

(4) 재항변- 행위무능력자의 사술

(5) 재재항변

IV. 글을 마치면서

IV. 글을 마치면서

이상과 같이 요건사실의 의미 등에 관한 기본적 사실에 관하여 사례를 전제로 살펴 보았다. 결국 요건사실이란 실체법의 법률요건에 해당하는 구체적 사실을 가리킴을 알 수 있다. 즉, 민사소송에서 법원은 원고가 구하는 소송물인 「권리 또는 법률관계」의 존부에 관한 판단을 한다. 그리고 소송물인 「권리 또는 법률관계」의 존부판단은 당해 권리가 발생하였는지, 당해권리가 소멸하였는지 여부에 관한 법률효과의 조합에 의해 이루어진다. 민법 등 많은 실체법은 이러한 법률효과 [권리의 변동(발생, 변경, 소멸)]을 발생시키는 요건을 규정하고 있음을 깊이 이해하고 그 법률효과를 어떻게 얻어 낼 것인지 여부에 관하여 실무가로서 첫발을 디는 순간부터 민사사건 등에 관하여 소장, 준비서면 등을 작성할 때 요건사실이 무엇을 의미하는 것인지 다시 한번 숙지하기 바란다.

2011년 3월 고시계

홍익대학교 법대 교수· 변호사 박태신

형사소송법

1. 공소장변경의 한계와 전문증거의 증거능력

【설문】

○○검찰청 지검장 甲은 자신의 관할지역내에서 건설업을 하는 사업가 乙로부터 관련 형사사건에 관한 청탁명목으로 2009. 10. 1경 현금 5000만원과 함께 단란주점에서 향응을 접대받은 사실과 관련하여 수뢰죄 혐의로 체포되었고, 사업가 乙 역시 증뢰죄로 체포되었다. 수사과정에서 甲은 자신은 乙로부터 향응을 제공받은 적이 없으며, 5000만원은 개인적으로 빌린 돈이라고 주장하면서 혐의 사실을 완강히 부정한 반면, 乙은 경찰수사과정에서는 물론 검찰수사에서도 뇌물증여사실을 인정하였다. 따라서 사건담당 검사는 甲을 수뢰죄로, 乙을 증뢰죄로 기소하였다. 그리고 범죄사실 관련 증거로서 (1) 甲이 “보내준 돈 잘 받았다”고 말한 전화내용이 녹취되어 있는 녹음테이프(이는 乙이 검찰수사과정에서 임

의제출하였음)와 (2) 甲에게 청탁명목으로 5000만원 및 향응제공을 했다는 乙의 진술이 기재된 검사작성피의자신문조서 그리고 (3) 乙이 마련한 술자리에서 甲이 “뭐 이렇게 많이 준비했냐, 乙사장이 연관되어 있는 형사사건은 내가 잘 처리 되도록 신경쓰겠다”고 말하는 것을 옆에서 술시중을 하면서 들었다는 단란주점 종업원 A의 진술서 등을 증거로 신청하였다. 甲은 검찰측 증거 모두에 대해서 증거동의하지 않았다.

【문1】 만약 공소제기후의 수사과정에서 범죄일시가 당초 공소장에 기재된 2009. 10. 1이 아니라 2009. 10. 10임이 확인되어, 사건담당 검사가 이와 같은 취지의 공소장변경을 신청한 경우, 공소장변경을 허용해야 할 것인지에 관하여 논하시오. (10점)

【문2】 검찰측이 신청한 증거(1) 녹음테이프는 乙이 甲과의 통화내용을 상대방 몰래 녹음한 것이다. 그 증거능력의 유무에 대해 판단하시오. (10점)

【문3】 甲과 乙이 뇌물사건 관련하여 병합기소된 경우, 乙에 대한 검사작성 피의자신문조서가 甲의 공소사실에 대하여 증거능력이 있는지 논하시오.(15점)

【문4】 만약 乙이 공범으로 피고인 甲과 병합기소 되었고, 공판기일에 법정 에 나와 자신의 공소사실을 모두 인정하는 진술을 하였다면, 乙의 법정진술을 피고인 甲의 공소사실에 대한 증거로 사용할 수 있는지에 대해서 논하시오. (15 점)

【문5】 정작 공판(준비)기일에 단란주점 종업원 A는 출석하지 않았고, 조사 결과 법정에서 증언할 것에 대한 부담 때문에 몰래 출국하여 잠적한 것으로 드러났다. 이 경우 A가 작성한 진술서의 증거능력에 대해서 논하시오.(10점)

출제의도

위 문제는 제51회 사법시험문제를 조금 변형한 것으로, 아래의 강평에서도 확인할 수 있듯이, **【설문1】** 을 제외한 나머지 문제들은 전문증거의 증거능력에 관한 것이다. 특히 위 문제사안은, 해당 전문증거(녹음테이프, 공범인 공동피고인 乙에 대한 검사작성피의자신문조서와 乙의 법정진술, 참고인 A의 진술서 등)를 어떻게 볼 것인지(즉, 그 법적 성격)와 관련하여 견해대립이 존재하고, 그에 따라 증거능력을 인정하기 위한 적용법조가 달라지기 때문에, 견해대립의 쟁점들에 대해서 정확히 이해하고 있는

지, 이를 둘러싼 학설과 판례의 논의상황 내지 내용을 제대로 파악하고 있는지가 주된 평가대상이다.

따라서 각 문제별로 도입부에서 (1)쟁점정리를 한 후, (2)문제된 증거의 법적 성격을 파악하고, (3)쟁점과 관련한 학설상의 견해대립 및 판례를 정리한 후, (4) 형소법상의 적용법조를 확정하여, (4)해당 범규정상의 요건 충족여부를 구체적으로 검토하는 순(順)으로 답안을 작성하는 것이 바람직하다.

그리고 대립하는 견해들을 소개하고 정리할 때에는 최소한 주장의 요지 내지 핵심적인 논거 정도는 언급하는 것이 바람직하고, 설사 시간상 제약 또는 논지 전개상 자세한 설명을 생략하는 경우라 할지라도 최소한 [사안해결]부분에서 본인이 선택한 견해나 입장의 타당성 및 그에 대한 논거 정도는 제시하면서 답안을 전개하는 것이 필요하다.

참고로 아래의 사례풀이는 기존의 '모범답안'형식이 아니라 '강평'형식으로 작성하였다. 따라서 단순히 문제와 답을 확인하는 답안지의 차원을 넘어, 채점의 기준을 제시하고 출제의도 및 답안지 작성방향 등을 함께 서술함으로써, 수험생 스스로 자신을 평가해 볼 수 있도록 내용을 구성하였다.

【답안구성 예】

- I. [설문1]과 관련하여 - 공소장변경의 한계와 필요성
 1. 공소사실의 동일성 판단
 2. 공소장변경의 필요성 판단
 3. 사안해결
- II. [설문2]와 관련하여 - 통화상대방인 私人이 녹음한 테이프의 증거능력
 1. 녹음테이프의 법적 성격
 2. 대화상대방인 乙에 의한 비밀녹음행위의 적법성 평가
 3. (적법성을 전제로) 전문증거인 녹음테이프의 증거능력 평가
 4. 사안해결
- III. [설문3]과 관련하여 - 공동피고인 乙에 대한 검사작성 피의자신문조서의 증거능력
 1. 乙에 대한 검찰작성피신조서의 법적 성격
 2. 乙에 대한 검찰피신조서의 증거능력 인정여부
 3. 사안해결
- IV. [설문4]와 관련하여 - 공범인 공동피고인 乙의 법정진술의 증거능력
 1. 공동피고인 乙의 증인적격 인정여부
 2. 공범인 공동피고인 乙의 법정진술에 대한 증거능력 인정여부
 - (1) 공범인 공동피고인 乙의 법정진술에 대한 법적 평가
 - (2) 乙의 법정진술에 대한 증거능력 인정여부
 3. 사안해결
- V. [설문5]와 관련하여 - 참고인 A의 진술에 대한 증거능력과 제314조의 적용여부

1. 진술서의 증거능력에 관한 형사소송법 조문체계
2. 참고인 A의 진술서에 대한 법적성격 검토
3. 원진술자 A의 공판기일 불출석에 대한 제314조의 적용여부
4. 사안해결

I. 【설문1】은 공소장변경의 한계와 필요성에 관한 문제로서,

3. 사안해결

먼저 공소사실의 동일성 여부를 판례입장이기도 한 ‘기본적 사실동일설’에 따라 판단해 보면, 공소사실을 그 기초가 되는 사회적 사실로 환원하여 그러한 사실 사이에 다소의 차이가 있더라도 기본적인 점에서 동일하면 양자의 동일성을 인정할 수 있기 때문에, 위의 사안과 같이 범행일시만을 2009. 10. 1에서 2009. 10. 10로 변경하는 것은 동일성 범위 내로 판단할 수 있다.

다음 공소장변경의 필요성에 대해서는 위 사안이 동일구성요건 내에서 구체적인 범행일시를 변경하고자 하는 경우에 해당하고, 피고인의 방어권에 대한 실질적 불이익 여부를 기준으로 판단하는 판례의 입장에 볼 때, 굳이 공소장변경절차 없이도 변경이 가능한 경우로 평가할 수 있다.

II. 【설문2】의 논점은 사인(私人) 乙이 통화상대방인 甲 몰래 녹음한 테이프를 피고인 甲의 공소사실 입증에 위해 사용할 수 있는지에 관한 문제이다. 이를 위해서는 다음과 같은 사항에 대한 논의가 필요하다.

4. 사안해결

요컨대, 대화상대방인 사인(乙)이 甲 몰래 비밀녹음한 녹음테이프의 증거능력에 관한 문제는, 먼저 乙의 비밀녹음행위에 대한 적법성 여부에 따라 달라진다. 즉 대화상대방이라 하더라도 비밀녹음은 위법하다고 본다면, 당해 녹음테이프는 위법수집증거로 평가되어 증거능력이 부정되고, 만약 제3자 녹음과 달리 평가하여 대화상대방의 비밀녹음행위는 적법하다고 본다면, 비로소 전문증거로서의 증거능력이 문제된다.

적법하다고 보았을 때를 상정하여 판례에 따라 해결하면, 위 문제사례는 대화상대방 乙이 피고인 甲의 진술을 녹음한 것으로써, 제313조 제1항의 단서에 해당하고, 따라서 작성자(녹음자) 乙이 공판(준비)기일에 공판정에서 성립의 진정을 인정하고, 녹음된 대화상황의 특신성이 인정되면 전문증거로서의 증거능력을 인정할 수 있을 것으로 판단된다.

III. 【설문3】은 공범인 공동피고인 乙의 진술을 기재한 검사작성피의자신문조서를 피고인 甲의 공소사실 입증에 위해 사용할 수 있는지에 관한 문제이다. 이를 위해서는,

3. 사안해결

형사소송법 제312조 제1항의 피의자신문조서는 피고인이 된 피의자 자신의 진술을 내용으로 하는 전문증거로서, 공동피고인의 진술을 이에 포함시키는 것은 (제2항까지 고려해 보았을 때) 피고인에게 지나치게 불리한 해석론으로써 타당하지 않다고 사료된다. 따라서 제312조 제4항에 따라 당해 전문증거의 증거능력을 판단하는 것이 타당하다고 판단된다. 따라서 乙에 대한 검사작성 피의자신문조서가 甲에 대한 유죄의 증거로 사용되기 위해서는, ① 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서, ② 진술한 내용과 동일성이 원진술자의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의해서 증명되고, ③ 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있어야 한다.

IV. 【설문4】는 공범인 공동피고인 乙의 법정진술을 甲에 유죄의 증거로 사용할 있는지에 관한 문제이다. 이를 해결하기 위해서는,

3. 사안해결

적극설과 판례는 공동피고인 간에 존재하는 공범관계의 특수성을 간과하고 있다는 점에서 문제가 있고, 반대신문권의 실질적인 보장을 전제로 한 절충설도 공동피고인에게 피고인으로서의 진술거부권이 있다는 점을 고려했을 때, 그 피고인의 반대신문권의 실질적 기회부여 및 보장이 가능할지 의문이다.

따라서 공동피고인의 증인적격에 관한 논의에서 (판례와 같이) 소송절차(변론)의 분리를 전제로 공범인 공동피고인의 증인적격을 예외적으로 인정하였다면, 공동피고인의 법정진술에 관해서도, 변론 분리하여 피고인에게 공동피고인을 증인으로서 신문할 수 있는 기회를 보장한 경우에 한하여, 그 증거능력을 인정하는 것이 타당하다고 본다.

이러한 입장에서 볼 때, 소송절차(변론)의 분리를 통해서 甲에게 공동피고인 乙에 대한 신문기회가 부여되지 않는 한, 공범인 공동피고인 乙의 법정진술을 甲에 대한 증거로 사용할 수는 없다고 판단된다.

V. 【설문5】는 참고인 A의 진술서에 대한 증거능력 및 제314조의 적용여부가 문제된다.

4. 사안해결

따라서 참고인 A의 출국에 따라 A의 진술서에 대해 제314조를 적용하여 증거능력을 인정하기 위해서는, 먼저 A를 공판정에 출석시켜 진술하게 할 모든 수단을 강구하는 등 가능하고 상당한 수단을 동원하더라도 A의 소재를 파악할 없거나 법정에 출석시킬 수 없다는 사실이 검사에 의해 입증되어야 하고, 이러한 입증이 있는 경우에 한해서만 제314에 의해 원진술자인 A의 진정성립에 대한 인정진술 없이도 당해 진술서를

甲에 대한 증거로 사용할 수 있다고 본다.

2011년 7월호 고시계
전남대학교 법학전문대학원 교수 김봉수

2. 압수·수색 영장의 기재정도와 집행

【 설 문 】

검사는 변호사 A가 '사건수임과 관련하여 알선브로커를 고용하여 사건을 수임한다'는 첩보를 입수하고, 변호사 A에 대한 변호사법위반 사건을 이유로 압수·수색 영장을 청구하여 강제수사하려 한다. 검사는 압수장소를 'A의 변호사 사무실' 압수대상을 '변호사 수임일지, 사건관계철, 회계장부, 메모지 등 기타 본건 법률사건 또는 수임에 관하여 소개·알선 또는 유인의 대가로 금품을 제공한 혐의와 관련된 서류 일체, 컴퓨터 및 CD 등 기록매체와 그 출력물 일체' 라고 기재한 압수·수색영장을 가지고 A변호사 사무실을 수색하였다.

압수·수색 도중 변호사 사무장 B가 갑자기 서류뭉치를 상의 윗주머니에 넣고 도주하려하므로 수사관은 B를 멈춰 세운다음 등의 없이 안주머니에 손을 넣어 '사건관계철'을 꺼내었다.

한편 방문객인 C에게도 들고 있던 가방의 내용물을 확인하기 위해 열어 보여 달라고 하였으나 거부하자 수사관은 강제로 개방하였고, 그러자 그 안에서 다량의 알선사실을 입증할만한 소개일지, 내용 등이 기재된 '수첩'이 발견되었다.

검사는 사무장 B에 대하여 참고인으로 소환하여 조사한 후 변호사법 위반의 공범으로 긴급체포하려 하였다. 그러자 B가 임의로 귀가하려 하므로 손목을 잡아당기면서 강제로 정지시키고, 구치감에 연락하여 유치하도록 하였다. 그 과정에서 B는 왼쪽 엄지손가락 골절상을 입었다.

구치소의 교도관은 사무장 B로부터 영치하여 보관 중인 비망록을 읽어 보다가 사건알선에 관한 내용이 기재되어 있음을 알고 검사에게 임의 제출하였고, 검사는 이를 압수하였다. B는 임의제출에 반대의사표시를 분명히 하였고, 본건 범행 일체를 부인하고 있다.

1. 압수·수색 영장의 기재사항 중 압수대상을 '— 등 기타 서류 일체'라고 하여 포괄적으로 기재한 부분은 유효한가.

2. 변호사 A에 대한 범죄사실과 수색대상을 A변호사 사무실로 하는 본건 압수·수색 영장으로 동 사무실내에 있는 사무장 B의 몸수색과 C가 휴대하고 있는 가방에 대한 수색 행위는 정당한가.

3. 임의로 출석한 B에 대한 긴급체포 행위는 정당한가.
4. 위 사건관계철, 수첩은 증거로 사용할 수 있는가.
5. 교도관이 B의 일기장을 검사에게 임의 제출한 것은 정당한가.

☞ 출제의도

최근 사법시험의 경향은 실무지향적이고 검찰과 법원간의 의견대립이 있는 부분이 출제되고 있다. 최근 법원은 위법하게 수집한 압수물에 대해 증거능력을 부정하면서 원칙적 배제, 예외적 공정이라는 엄한 잣대를 들이대면서 압수수색에 통제를 강화해 가고 있다. 그런 점에서 수험생의 입장에서는 압수수색의 영장 기재정도와 집행범위에 관해서는 한번쯤 정리해 둘 필요가 있다.

【답안구성 예】

I. 압수·수색 영장의 기재사항 중 압수대상을 ‘--- 등 기타 서류 일체’라는 포괄적 기재는 유효한가.

1. 압수·수색의 의의
2. 일반적·탐색적 압수·수색 금지
3. 압수대상의 특정정도
4. 사안의 해결

II. A에 대한 ‘범죄사실과 A변호사 사무실’에 대한 압수·수색 영장으로 동 사무실내에 있던 사무장 B의 몸수색과 C가 휴대하고 있는 가방에 대한 수색 행위는 정당한가.

1. 문제의 제기
2. 몸수색의 허용성 여부
3. 몸수색의 한계
4. 제3자의 휴대물에 대한 수색
5. 문제의 해결

III. 임의로 출석한 B에 대한 긴급체포 행위는 정당한가.

1. 문제 제기
2. 긴급체포의 요건
 - (1) 사건의 중대성
 - (2) 혐의의 상당성
 - (3) 체포의 필요성
 - (4) 긴급성
3. 판례의 입장
4. 사안의 해결

IV. 위 사건관계철, 수첩은 증거로 사용할 수 있는가.

1. 문제의 제기

2. 위법한 수사와 증거능력
3. 사안의 해결

V. 교도관이 B의 비망록을 검사에게 임의제출한 것은 정당한가.

1. 문제제기
2. 판례의 입장
3. 소결

I. 압수수색 영장의 기재사항 중 압수대상을 ‘--- 등 기타 서류 일체’라는 포괄적 기재는 유효한가.

4. 사안의 해결

설문과 같이 ‘변호사 수입일지, 사건관계철, 회계장부, 메모지 등 기타 본건 법률사건 또는 수입에 관하여 소개·알선 또는 유인의 대가로 금품을 제공한 혐의와 관련된 서류 일체, 컴퓨터 및 CD 등 기록매체와 그 출력물 일체’라고 기재한 것은 비록 허가장에 피의사실이 기재되어 있지 않았다고 하더라도 관련 범죄사실을 어느 정도 특정하여 기재하고 있고, 구체적인 물건을 특정하거나 그 일부를 예시 또는 보다 상세한 설명적·한정적인 문언을 전제로 하고 있으므로 ‘기타 이와 관련된 문서, 컴퓨터 일체’라고 기재한 것은 유효하다.

수사의 유동성의 측면에서 어쩔 수 없는 기재라고 해석된다. 다만 관련성 유무를 판단함에 있어서 가능하면 영장 청구서만이 아니라 영장 허가장에도 범죄사실을 기재하도록 함이 상당하다.

II. A에 대한 ‘범죄사실과 A변호사 사무실’에 대한 압수수색 영장으로 동 사무실내에 있던 사무장 B의 몸수색과 C가 휴대하고 있는 가방에 대한 수색 행위는 정당한가.

5. 문제의 해결

본건은 압수·수색 도중에 몸에 감추고 도망가려 하는 변호사 사무장의 경우 비록 제3자이지만 피의자와 특수한 관계에 있고, 상의 윗주머니가 불룩하게 튀어 나와 있어서 압수대상물을 은닉하고 있다고 볼 여지가 있고, 긴급히 조치하지 않으면 이를 인멸할 여지도 있는데다가 사무장의 윗주머니에 손을 넣어 사건관계철을 꺼낸 것은 상당한 방법이므로 유효하다고 해석된다.

반면 방문객 C의 가방에 대해서는 영장의 효력이 미치지 않는 것이고, 동의 없이 가방을 뒤진 행위는 위법하다.

III. 임의로 출석한 B에 대한 긴급체포 행위는 정당한가.

4. 사안의 해결

본건에서는 사무장이 임의로 출석하였으므로 체포의 필요성과 긴급성이 주로 문제된다. 관례의 취지와 같이 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니고, 체포당시의 상황을 가지고 판단하여야 한다. 체포당시 피의자는 범행일체를 부인하고 있지만 증거능력을 갖춘 다른 제반 증거에 의해 혐의의 상당성 요건을 갖추었다고 판단되므로 도주우려도 있다는 전제하에 긴급체포한 것은 상당하고 따라서 검사의 긴급체포는 적법하다.

IV. 위 사건관계철, 수첩은 증거로 사용할 수 있는가.

3. 사안의 해결

먼저, 사건관계철은 비록 사무장의 동의를 받지 않았으나 압수·수색 도중에 은닉하고 도주하려 하였고, 윗 주머니가 불룩하게 튀어 나와 있어서 압수대상물을 은닉하고 있다고 볼 여지가 있고, 긴급히 조치하지 않으면 이를 인멸할 여지도 있으므로 수사관이 손을 넣어 주머니 안쪽을 수색한 것은 상당한 방법으로 행하여진 것이므로 허용된다. 따라서 사건관계철의 증거능력은 인정된다.

반면 방문객 C의 가방을 뒤져 C의 사물인 수첩을 압수한 행위는, 장소에 대한 영장의 효력이 미치는 범위 밖으로서 위법한 집행이고 이는 중대한 위법이 있다. 결국 사건관계철의 증거능력은 인정되지만 수첩의 증거능력은 부인된다.

V. 교도관이 B의 비망록을 검사에게 임의제출한 것은 정당한가.

3. 소결

형사소송법 제218조가 압수의 대상을 「소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건이라고」만 규정하고 있으므로 적법하게 소지, 보관하게 된 자는 비록 소유자의 승낙이나 동의가 없다고 하더라도 유효하게 임의 제출할 수 있다고 해석된다. 수사기관에게 임의 제출하는 것이 당해 물건의 소유권을 침해하는 것이 아니기 때문이다. 그런 점에서 대법원의 본 판결은 정당하고 이에 따르면 검사의 압수는 정당하다.

2011년 9월호 고시계
성균관대학교 법학전문대학원 교수· 변호사 노명선

3. 이중기소의 처리 및 추가기소에 의한 공소장변경의 허용 여부

【설문】

검사는 1995. 9. 15. 피고인들을 단순절도죄(1995. 6. 28.과 같은 해 7. 일자 미상 및 같은 해 9. 1.의 3회의 범행)의 단순일죄로 기소한 후(이하 1호 사건이라고 한다), 같은 죄의 여죄(같은 해 6. 17.과 같은 해 8. 6. 및 같은 달 11.의 3회의 범행)가 밝혀지자 그 여죄를 상습으로 범하였다고 판단하여 같은 해 10. 27. 이를 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(상습강·절도죄등의가중처벌)죄로 기소하였다(이하 2호 사건이라고 한다)

제1심은 1995. 12. 7. 제1심 제3회 공판절차에서 1호 사건에 2호 사건을 병합 심리하기로 결정한 후, 1호 사건의 공소장변경 검토 등을 위하여 속행된 같은 달 28. 제4회 공판절차에서 검사가 구두로 1호 사건의 공소장 중 죄명 '단순절도'와 적용법조 '형법 제329조'를 각 철회하자, 제1심법원은 "1호 사건의 단순절도 부분에 대하여는 검사의 공소철회가 있으므로 공소를 기각한다."라는 결정을 하고 이를 고지한 바 있다.

제2심법원은 검사가 먼저 공소 제기된 1호 사건의 단순절도 범행 이전에 이루어진 2호 사건의 단순절도 범행에 관하여 그 행위가 피고인들의 절도의 습벽의 발로로 이루어진 것으로 판단하여 이를 특정범죄가중처벌등에관한법률(상습강·절도죄등의가중처벌)위반으로 기소하고 있고, 이미 기소된 1호 사건의 단순절도 범행도 절도습벽에서 이루어진 것으로 보아 제1심 4회 공판절차에서 그 사건의 공소장의 죄명과 적용법조를 '단순절도'와 '형법 제329조'에서 '특정범죄가중처벌등에관한법률(상습강·절도죄등의가중처벌)위반'과 '특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의4 제1항' 형법 제329조로 변경하려는 의도로 1호 사건의 죄명과 적용법조를 각 철회하는 진술을 한 것으로 보여지나, 이러한 구두의 진술만으로는 적법한 공소장변경 허가신청이 있었다고 볼 수 없다고 보았다. 또한 제2심법원은 1호 사건 중 단순절도의 점에 관하여 공소를 취소할 아무런 이유가 없는 이 사건에 있어서 검사의 위 구두진술을 1호 사건의 단순절도의 점에 대한 공소취소로 볼 수 없으며, 더욱이 제1심 판결은 위 단순절도의 공소사실을 범죄사실로 그대로 기재하고 이를 2호 공소사실과 포괄일죄로 처단하고 있으므로, 결국 원심의 "1호 사건의 단순절도 부분에 대하여 검사의 공소철회가 있으므로 공소를 기각한다."는 결정은 검사의 공소취소 없이 이루어진 것으로서 '공소기각'이라는 용어에도 불구하고 1호 사건의 단순절도 부분에 대한 공소기각으로서의 효력이 없다고 보았다. 다만 위와 같이 검사가 의도한 대로 공소장의 죄명과 적용법조를 변경하는 것을 허가한다는 의미밖에 없으나, 이 또한 위에서 본 바와 같이 부적법하여 효력이 없다고 보았다. 이리하여 제2심법원은 공소의 효력은 그 공소사실과 동일성이 인정되는 범위 내에서는 비록 공소장에 공소사실로 적시되지 아니하였다 할지라도 그 전부에 대하여 미친다고 할 것이므로, 먼저

제기된 공소의 단순절도 범행과 뒤에 제기된 상습절도 범행이 다 같이 피고인들의 절도습벽에서 이루어졌다고 한다면, 먼저 제기된 공소사실과 뒤에 제기된 공소사실은 실제법상 일죄인 상습절도의 포괄일죄의 관계에 있다 할 것이고, 따라서 먼저 제기된 위 1호 사건의 공소의 효과는 그와 포괄일죄의 관계에 있는 위 2호 사건의 공소사실에도 미치게 되는 것이라고 할 것이므로, 위 2호 사건의 공소제기는 형사소송법 제327조 제3호 소정의 '공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기된 경우에 해당한다는 이유로 이에 대하여 공소를 기각하고, 먼저 기소된 1호 사건의 단순절도 범행만을 유죄로 인정하여 형을 선고하였다.

(1) 이미 제기된 공소사실과 동일한 사건에 대하여 다시 공소가 제기된 경우, 법원의 처리방향을 서술하십시오.

(2) 위 사례의 1호 사건과 2호 사건처럼 별개로 제기된 공소의 범죄사실이 심리 중 포괄일죄로 밝혀지는 경우 검사의 적절한 조치는?

(3) 검사의 석명에 의하여, 추가기소가 독립한 별도의 기소가 아니라 공소사실의 추가 보충과 죄명 및 적용법조를 변경하는 취지임이 분명한 경우라고 하더라도, 이를 적법한 공소장 변경으로 볼 수 없다고 하여 2호 사건의 공소를 기각한 제2심의 판단에 대하여 논하십시오

(4) 위 피고인에 대하여 전후에 기소된 범죄사실이 별개의 사건이라 하고, 1호 사건은 A지방법원 a지원 단독판사에 계속되어 있고 2호 사건은 A지방법원 합의부에 계속되어 있을 경우, 병합심리의 가능성과 절차에 관하여 서술하십시오.

【답안구성 예】

I. 사안의 논점

II. 설문(1)에 관하여

1. 공소제기의 효과
2. 이중기소의 처리

III. 설문(2)의 해결

1. 공소제기의 물적 효력범위
2. 검사의 적절한 조치

IV. 설문(3)의 해결

1. 공소장변경제도의 취지
2. 검사의 석명을 통한 공소장변경 간주의 허용 여부
3. 제2심 판단의 부당성

V. 설문(4)의 해결

1. 관련사건의 병합 심리
2. 설문의 해결

VI. 결 론

1. 설문(1)
2. 설문(2)
3. 설문(3)
4. 설문(4)

VI. 결 론

1. 설문(1)

동일법원에 이중으로 기소된 경우에는 형소법 제327조 제3호에 따라 이중기소에 의한 소송계속을 공소기각판결로써 종결시키고, 사물관할을 달리 하는 수개의 법원에 이중으로 기소된 경우에는 형소법 제12조에 의해 법원합의부가 심판하고, 단독판사에 계속된 사건은 형소법 제328조 제1항 제3호에 의하여 공소기각결정으로 종결시키면 된다. 끝으로 사물관할을 같이 하는 다른 법원 간에 이중으로 기소된 경우에는 형소법 제13조에 의하여 원칙적으로 먼저 공소제기된 법원에서 심판한다. 즉, 뒤에 공소를 제기 받은 법원은 형소법 제328조 제1항 제3호에 의하여 공소기각결정을 하여야 한다.

2. 설문(2)

검사가 뒤에 공소된 사실에 대한 현실적인 실체심판을 구하기 위해서는 공소장변경 절차를 통하여 뒤에 제기된 공소사실을 먼저의 공소사실에 추가시켜야 하고, 뒤에 기소한 사건에 대하여는 공소취소를 하면 될 것이다.

3. 설문(3)

비록 정식의 공소장변경절차에는 위배되지만, 공소장변경이 이루어진 것으로 간주하여 전후 기소사실의 전체에 대한 심판을 하는 것이 절차유지의 원칙이나 소송경제에도 부합한다. 그럼에도 제2심이 형식적으로 접근하여 추가기소를 이중기소로 인정하여 곧바로 공소기각판결을 선고한 것은 심리미진에 해당한다 할 것이고, 더 나아가 포괄일죄에 대한 추가기소의 경우 정식의 공소장변경의 절차 없이 심판할 수 있는 범위에 관한 법리를 오해한 것이라고 할 수 있다.

4. 설문(4)

법원합의부의 직권적 결정에 의하여 단독판사에 속한 사건을 병합하여 심리할 수 있으므로, A지방법원 합의부의 병합심리 결정이 있는 경우, A지방법원 합의부가 A지방법원 a지원 단독판사에 계속된 사건을 병합심리할 수 있다.

2011년 12월호 고시계
부산대학교 법학전문대학원 교수 문채규

4. 상습범과 상상적 경합범의 기판력이 미치는 범위

【 설 문 】

서로 알고 지내는 사이인 甲,乙,丙은 자주 어울려 도박을 하게 되었는데, 甲,乙이 丙에게 거액의 돈을 잃게 되자 2011.6.1. 이를 만회하기 위해 丙을 외딴 집에 불러내어 같이 도박을 하던 중, 丙을 감금하고 협박하여 丙의 주택을 빼앗기로 하고, 지금까지의 도박판에서 甲과乙이 丙에게 잃은 돈 1억 원을 매수대금으로 하는 매매계약을 작성하고, 丙의 인감증명서를 이용하여 丙소유의 주택을 甲,乙의 공동소유로 이전등기를 경료하였다. 丙은 감금에서 벗어나기 위해 경찰에 신고하였다. 수사과정에서 甲,乙은 丙과는 친구사이인데 이날 처음으로 도박하였고, 丙에게 돈을 많이 잃어 조금만 돌려달라고 사정하고 있었다고 말하면서 丙을 감금한 사실도 인정하였다. 丙도 자신이 여러 차례 도박한 사실이 들어날까 두려워 甲,乙의 주장을 그대로 인정하면서 甲,乙의 처벌을 원하지 않는다고 진술하였다.

검사는 甲,乙을 2011.6.1의 단순도박과 감금죄로 각 500만원의 벌금에, 丙을 같은 단순도박죄로 벌금 100만원의 벌금에 처하는 약식재판을 청구하였다. 甲,乙,丙에 대한 약식명령이 2011.8.1확정되었다.

그 후 甲과 乙이 丙에게 주택을 비워달라고 요구하자. 丙은 검사를 찾아가서 이 사건 이전에 20여 회에 달하는 상습도박 사실과 자신의 주택을 빼앗아 간 사실을 진술하면서 甲,乙을 엄히 처벌하여 달라고 진술하였다,

검사는 甲,乙,丙에 대하여 2011.1.1.부터 2011.5.30까지 20회 도박한 사실을 특정하여 상습도박으로, 甲,乙에 대하여는 공갈죄를 경합하여 공소제기 하였다.

甲,乙,丙에 대하여 법원을 어떤 판결을 하여야 하는가.

☞ 출제의도

기판력에 관하여는 여러 차례 사법시험에 출제된 바 있어 비중 있게 공부하여야 할 분야이다. 설문은 형법의 죄수문제를 포함하여, 포괄일죄와 상상적 경합범의 기판력의 범위에 관하여 비교적 기초적인 문제에 관하여 다루고 있는데, 설문과 같은 포괄일죄인 상습범의 기판력에 관하여 학설로서는 자주 언급되지 않으나 판례가 면소판결설에서 실체판결설로 변경되어 있는 사실을 정확히 알고 있는지를 묻고 있고, 상상적 경합범의 확정판결의 기판력의 범위는 쉽게 해결할 수 있으리라고 본다.

【답안구성 예】

I. 논점의 정리

II. 상습범의 죄수와 기판력의 범위

1. 상습범의 죄수

- (1) 상습범의 의의
- (2) 상습범 죄수에 대한 학설 및 판례
- (3) 검토

2. 상습범에 있어 동종의 확정판결의 기판력이 미치는 범위

- (1) 문제의 소재
- (2) 공소사실동일성 판단기준
- (3) 학설의 대립 및 판례
- (4) 검토

3. 甲,乙,丙의 상습도박죄의 공소사실에 관하여

III. 상상적 경합범의 기판력의 범위

1. 설문의 감금죄와 공갈죄의 상상적 경합범성

2. 상상적 경합범의 소송법적 효력

- (1) 소송법상 일죄성
- (2) 기판력의 범위

3. 甲,乙에 대한 공갈죄의 공소사실 검토

IV. 문제의 해결

IV. 문제의 해결

상습도박죄에 대하여는 그와 포괄일죄 관계에 있는 단순도박죄에 관하여 확정판결이 있다하더라도 그 기판력의 효력은 상습도박죄에 미치지 아니하므로 법원은 甲,乙,丙에 대한 상습도박의 점에 관한 공소사실은 실체판결을 하여야 하며, 감금죄의 공소사실에 대한 확정판결은 감금죄와 상상적 경합관계에 있는 공갈죄에도 미친다 할 것이므로 甲,乙에 대한 공갈의 점에 관한 공소사실은 면소의 판결을 하여야 할 것이다.

2011년 12월 고시계
경상대학교 법대 교수 · 변호사 김태계

5. 증명, 공범자의 자백과 제314조

【 설 문 】

甲과 乙은 함께 B(3세)를 약취하여 그의 부모에게 2억원을 요구하였다는 공소 사실로 특가법위반(제5조의2)으로 기소되었다. 甲과 乙은 병합심리를 받게 되었는데, 공판정에서 甲은 공소범죄사실을 공모한 적도, 이를 실행한 적도 없다고 범행사실을 부인한 반면, 乙은 甲과 함께 공모 하에 공소범죄사실을 저질렀다고 자백하였다. 甲이 범행사실을 부인한데 대해 검사는 甲의 자백내용이 기재된 검사작성피의자신문조서를 제출하였다. 그러나 甲은 당시 검사 앞에서의 (허위)자백은 장시간 잠을 자지 못한 상태에서 어쩔 수 없이 이루어진 것으로서 임의성 없는 자백이라고 주장하였다.

(1) 엄격한 증명과 자유로운 증명의 개념에 대해서 설명하고, 공모의 사실과 자백의 임의성의 기초되는 사실은 각각 어떠한 증명방법에 의하여야 하는지 밝히시오.

(2) 乙의 공판정에서의 자백만으로 부인하는 甲을 유죄로 할 수 있는가?

(3) 만약 甲이 B의 부친인 A에게 돈을 요구하는 전화를 걸자 이를 A가 비밀리에 녹음하였다면 그러한 행위는 위법한가? 만약 적법하다고 한다면 그 녹음테이프를 증거로 사용할 수 있기 위한 조건은 무엇인가?

(4) 만약 공범자인 乙이 교통사고로 즉사하여 공판정에 출석할 수 없는 경우, 乙이 甲과의 공동범행을 자백한 내용이 기재되어 있는 사법경찰관작성피의자신문조서(특신상태 인정됨)를 범행을 부인하는 甲에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 있는가?

☞ 출제의도

실무상 피고인과 범인을 결부지우는 증거로서는 자백조서밖에 없는 사건도 많고 그러한 자백에 과도하게 의존한 결과 오판을 회피할 수 없었던 사례도 적지 않은바, 공범자의 자백을 중심으로 엄격한 증명과 자유로운 증명, 공범자의 자백과 보강법칙, 사인의 비밀녹음의 증거능력 및 공범자의 법정 외 자백과 제314조의 적용 여부에 대한 이해도를 알아보는데 그 취지가 있다. 기초적, 기본적인 개념지식에 대한 이해를 확실히 해두는 것이 중요하다는 것을 재삼 강조하는데도 그 의의를 두고 있다.

【답안구성 예】

I. 설문(1)의 검토

1. 엄격한 증명과 자유로운 증명
2. 공모의 사실의 경우
3. 자백의 임의성의 기초되는 사실의 경우

II. 설문(2)의 검토

1. 논점의 제시
2. 공범자인 공동피고인의 자백의 증거능력
 - (1) 문제점
 - (2) 학설 및 판례
 - (3) 검토 및 사안의 경우
3. 공범자의 자백과 보강법칙
 - (1) 문제점
 - (2) 학설 및 판례
 - (3) 검토 및 사안의 경우
4. 설문(2)의 해결

III. 설문(3)의 검토

1. 논점의 제시
2. A의 행위가 사인의 위법한 증거수집인지 여부
 - (1) 문제점
 - (2) 학설 및 판례
 - (3) 사안의 경우
3. 진술녹음의 증거능력의 적용규정
 - (1) 학설 및 판례
 - (2) 검토 및 사안의 경우
4. 설문(3)의 해결

IV. 설문(4)의 검토

1. 논점의 제시
2. 공범자의 법정 외 자백과 제314조의 적용 여부
 - (1) 문제점
 - (2) 학설 및 판례
 - (3) 검토
3. 설문(4)의 해결

I. 설문(1)의 검토

1. 엄격한 증명과 자유로운 증명

형사소송법 제307조 제1항은 “사실의 인정은 증거에 의하여야 한다”고 규정하여 증거재판주의를 증거법의 기본원칙으로 천명하고 있다. 본조에서 말하는 사실은 범죄될

사실을 의미하며, 증거 또한 증거능력 있고 적법한 증거조사를 거친 증거만을 말하는 것이다. 여기서 증거재판주의는 규범적 의미에서 범죄될 사실은 엄격한 증명을 요한다는 특수한 의미를 가지게 된다. 법률상 증거능력 있고 적법한 증거조사를 거친 증거에 의한 증명을 엄격한 증명이라고 한다. 결국 형사소송법 제307조는 근대 재판절차의 자명한 원리를 넘어서 형사절차상 피고인보호를 위하여 요구되는 엄격한 증명의 법리를 천명한 것이다. 자유로운 증명은 증거능력이 없는 증거를 사용하거나 법률이 규정한 증거조사방식을 거치지 아니하고 사실을 증명하는 방법이다.

엄격한 증명과 자유로운 증명은 증거능력의 유무와 증거조사의 방법에 차이가 있을 뿐 심증의 정도에 차이가 있는 것은 아니다. 엄격한 증명과 자유로운 증명은 모두 합리적 의심 없는 증명을 요하는 점에서 같다.

형사소송법 제307조의 사실은 엄격한 증명의 대상이 되는 사실, 즉 주요사실을 의미한다고 볼 때 어떤 사실이 주요사실이 되느냐를 명백히 할 필요가 있다. 형사소송법의 기본이념에 비추어 형벌권의 존부와 그 범위에 관한 사실이 엄격한 증명의 대상이 된다고 할 수 있고, 자유로운 증명의 대상으로는 정상관계사실과 소송법적 사실 및 보조사실을 들 수 있다.

2. 공모의 사실의 경우

구성요건에 해당하는 사실은 객관적 구성요건요소인가 주관적 구성요건요소인가를 묻지 않고 모두 엄격한 증명의 대상이 된다. 따라서 행위의 주체·객체·결과발생·인과관계 등의 객관적 구성요건요소를 이루는 사실뿐만 아니라 고의·과실·목적·공모 공동정범의 공모 등과 같은 주관적 구성요건요소인 사실도 엄격한 증명의 대상이 된다.

판례도 공모사실에 대하여 엄격한 증명을 요한다고 판시하고 있다(대법원 1988.9.13, 88도1114). 다만 공모나 고의와 같은 주관적 구성요건요소인 사실은 내심의 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 통하여 증명할 수밖에 없을 것이다(대법원 2008.9.11, 2006도4806).

3. 자백의 임의성의 기초되는 사실의 경우

자백의 임의성에 대한 입증방법에 관해서는 학설의 대립이 있다. ① 자백의 임의성에 관한 사실은 소송법적 사실에 불과하므로 자유로운 증명으로 족하다는 견해, ② 피고인에게 중대한 불이익을 초래하는 사실이므로 피고인의 이익보호를 위하여 엄격한 증명을 요한다는 견해, ③ 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화·기망 등의 사유로 인한 경우에는 엄격한 증명을 요하고, 기타의 사유로 인한 경우에는 자유로운 증명으로 족하다는 견해¹⁾가 그것이다.

판례는 자유로운 증명으로 족하다는 입장을 취하고 있다(대법원 2003.5.30, 2003도705).

1) 신동운 1129면.

임의성의 기초가 되는 사실은 기본적으로 소송법적 사실에 해당하나, 이러한 사유의 존재 여부는 자백의 증거능력 유무를 결정함으로써 피고인의 유죄인정에 결정적인 역할을 하게 되므로 피고인의 이익보호라는 관점에서 임의성의 기초사실에 대한 증명은 엄격한 증명에 의하여야 한다고 본다. 임의성을 잃게 하는 위법사유에 따라 증명의 방법을 달리해야 한다는 견해는 문제해결을 위한 명확한 기준을 제시하고 있다고 볼 수 없다.

엄격한 증명의 방법에 의하게 되면, 증거능력이 있고 적법한 증거조사에 의해야 하므로, 예컨대 피의자신문을 담당했던 경찰관을 증인으로 선서하게 하여 상호신문의 방식으로 위법수사 유무를 심리하게 될 것이다.

한편, 자백의 임의성에 대한 거증책임은 검사에게 있다고 본다. 판례(대법원 2000.1.21, 99도4940)도 “임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 입증할 것이 아니고 검사가 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증을 하여야 한다”고 판시하고 있다.

II. 설문(2)의 검토

4. 설문(2)의 해결

乙의 공판정에서의 자백은 공범자인 공동피고인의 자백으로서 甲의 반대신문권이 사실상 주요한 것을 요건으로 그 증거능력을 인정할 수 있으며(절충설), 甲을 유죄로 하기 위해서는 乙의 자백 외에 그것을 뒷받침하는 보강증거가 있어야 할 것이므로(보강증거필요설), 법원은 다른 보강증거가 없는 한 甲을 유죄로 할 수 없다고 본다. 다만 판례에 따라 때에는 별도의 보강증거 없이도 부인하는 甲을 유죄로 할 수 있다.

III. 설문(3)의 검토

4. 설문(3)의 해결

A의 전화통화 녹음행위는 대화당사자 일방이 범죄의 직접적인 관련자(예컨대, 피의자·피고인·피해자 등)로서 자신의 범죄 관련 대화를 비밀녹음한 것으로서 위법한 증거수집이 아니며, 그 녹음테이프는 전문법칙인 제313조에 의하여 녹음한 A가 공판기일에서 甲이 진술한 대로 녹음되었다는 진정 성립을 인정하고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 경우에는 증거능력을 인정할 수 있다.

IV. 설문(4)의 검토

3. 설문(4)의 해결

공범자인 乙이 교통사고로 즉사하여 공판정에 출석할 수 없는 경우, 乙이 甲과의 공

동범행을 자백한 내용이 기재되어있는 사법경찰관작성피의자신문조서(특신상태 인정됨)를 甲에 대한 유죄의 증거로 사용하기 위해서는 제314조가 적용되어야 하나, 제312조 제3항의 내용인정 주체를 원진술자가 아니라 피고인이나 변호인으로 볼 때에는 제314조가 적용되지 않는다. 따라서 乙의 사법경찰관작성피의자신문조서는 甲에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

2012년 1월호 고시계
부산대학교 법학전문대학원 교수 민영성

6. 전자정보의 압수 및 공범자진술 등의 증거능력

【설문】

S 자동차회사의 엔진제조기술을 중국으로 팔아넘긴 사건을 내사 중인 사법경찰관 A는 그 회사의 연구원 甲을 피의자로 인지하고 압수·수색·검증영장을 발부받아 甲의 사무실에서 甲의 노트북을 검색하였다. 이에 A는 범행에 대한 내용을 기록한 메모파일을 발견하고 노트북 전체를 압수하는 한편 메모파일을 출력하여 검토한 결과 甲이 기술 판매대금을 동료연구원 乙에게도 분배한 사실을 찾아내었다.

A는 먼저 甲을 소환하였으나 범행을 부인하면서 돌아가려 하므로 긴급체포하자 甲은 즉시 변호사 X를 변호인으로 선임하였다. X는 피의자신문 참여를 요청하였으나 A는 제1회 피의자신문 이후부터 수사기밀을 누설할 우려가 있다는 이유를 들어 거부한 채 노트북의 메모내용을 근거로 甲을 추궁하여 공동범행을 자백받았다. 그리고 이를 토대로 A는 乙을 소환하여 신문하였지만, 乙은 메모파일의 내용은 자신과는 관계없는 것이라면서 범행을 완강히 부인하였다. 그러나 A는 법관으로부터 영장을 발부받아 甲과 乙을 구속하였다.

사건을 송치받은 검사는 甲에 대하여는 공동범행을 시인하는 내용의 피의자신문조서를, 乙에 대하여는 부인하는 내용의 피의자신문조서를 작성하였고, 이후 甲, 乙을 공범으로 기소하였다. 그런데 법정에서 乙은 물론 甲도 태도를 바꾸어 노트북의 메모파일 내용은 사실과 다른 것이라고 주장하며 범행을 부인하기 시작하였다. 이에 검사는 ① 甲에 대한 검사 작성의 피의자신문조서, ② 甲에 대한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서, ③ 사법경찰관이 출력한 메모를 증거로 신청하였다.

(1) A가 행한 甲의 긴급체포와 변호인참여거부행위의 적법여부를 논하고, 구속영장 신청 전에 변호인 X가 취할 수 있는 소송법적 대응수단을 논하시오.(20점)

(2) 노트북 전체를 압수한 A의 행위의 적법여부 및 甲이 불복할 수 있는 방법을 논하시오.(10점)

(3) 범행을 부인하면서 모든 증거를 부동의하는 피고인 乙에 대한 공소사실을

입증하기 위해서 검사가 신청한 ① - ③의 각 증거의 증거능력에 대하여 논하시오.(30점)

【답안구성 예】

I. 쟁점의 정리

1. 제(1)문과 관련하여
2. 제(2)문과 관련하여
3. 제(3)문과 관련하여

II. 설문 (1)의 검토

1. 긴급체포의 적법여부
2. 피의자신문시 변호인참여거부행위의 적법여부
3. 변호인 X의 소송법적 대응수단

III. 설문 (2)의 검토

1. 노트북(전자정보) 전체를 압수한 행위의 적법여부
2. 불복방법

IV. 설문 (3)의 검토

1. 문 제 점
2. 검사가 작성한 甲에 대한 피의자신문조서의 乙에 대한 증거능력
3. 사법경찰관 X가 작성한 甲에 대한 피의자신문조서의 증거능력
4. 사법경찰관 X가 출력한 메모의 증거능력

IV. 사례의 해결

1. 설문 (1)의 해결
2. 설문 (2)의 해결

IV. 사례의 해결

1. 설문 (1)의 해결

사안의 경우 긴급체포는 요건은 충족되었지만, 변호인 X에게는 피의자신문에 참여할 권리가 인정되는바, 사법경찰관 A의 변호인참여거부행위는 위법하다. 긴급체포에 대하여 변호인 X는 체포취소를 청구하거나 체포적부심사를 청구(법 제214조의2 제1항)하여 피의자 甲의 석방을 요구할 수 있지만, 보증금납입조건부 피의자석방(법 제214조의2 제5항)제도에 의하여는 석방될 수 없다. 그리고 피의자신문 참여거부행위에 대하여는 준항고(법 제417조)로 다룰 수 있다.

2. 설문 (2)의 해결

(1) 검사가 작성한 甲에 대한 피의자신문조서는 甲이 공판정에서 성립의 진정을 부인하고 있으므로 乙에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

(2) 사법경찰관 A가 작성한 甲에 대한 피의자신문조서는 위법수집증거로서 乙에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

(3) 사법경찰관 A가 출력한 메모의 내용은 甲이 성립의 진정을 부인하고 있으므로 乙에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

2012년 4월호 고시계
서경대학교 법대 교수 정웅석