

2 형사기록의 답안작성 방법

I. 변론요지서 답안작성방법

변호사시험에서의 변론요지서 작성방법은 실무와는 다소 차이가 있다. 이 곳에서는 변호사시험을 위한 답안작성방법에 대하여 ① 일반적으로 배점이 큰 제325조 후단 무죄판결을 구하는 문제의 변론요지서 작성방법 ② 일반적으로 배점이 작은 제325조 전단 무죄판결과 면소판결 및 공소기각판결을 구하는 변론요지서 작성방법으로 나누어 살펴본다.

1. 배점이 큰 문제의 답안작성방법

제325조 후단 무죄판결을 구하는 문제는 일반적으로 배점이 큰 문제가 된다. 따라서 1. 쟁점 2. 증거능력 없는 증거 3. 증명력 검토 4. 결론의 기본적인 목차를 설정하고 이에 따라 답안을 작성하면 된다.

(1) 쟁점 부분의 답안작성방법

쟁점부분의 답안 작성방법은 먼저 피고인의 태도를 실시한 후 공소사실에서 피고인이 부인하는 점에 대하여 검사가 제출한 증거에 의하여 증명되었는지가 쟁점이라는 것을 간략히 밝힌다.¹⁾

(2) 증거능력 없는 증거 부분의 답안작성방법

검사가 공소사실을 입증하기 위하여 신청한 증거들 중에서 증거능력없는 증거를 형사소송법지식을 활용하여 배제하는 부분이다. 형사기록형사시험을 처음 대비하시는 분들이 가장 어렵게 느껴지는 부분이 이 부분이지만 정확한 형사소송법 지식이 있고, 몇 개의 기록문제를 확실하게 살피게 되면 크게 어렵지 않은 부분이라는 것을 알게 된다. 따라서 많은 기록을 보기보다는 적은 기록이라도 정확하게 살피는 공부를 하는 것이 바람직하다.

그리고 어느 정도 형사기록형사시험에 익숙해져 정확히 증거능력이 없는 증거를 배제할 수 있게되면 답안을 작성하는 것은 거의 공식화되어 있으므로 이를 활용하여 답안을 작성하면 될 것이다. 처음 기록형답안을 작성하시는 분들이 주의해야 할 점은 너무 장황하게 적지 않도록 하는 것이다. 따라서 ① 형사소송법의 일반적인 지식을 답안지에 실시할 필요는 없으며 ② 원칙적으로 개별적인 각 증거의 증거능력을 배제하여야 하지만, 예외적으로 동일인의 여러 단계에서의 진술이 동일한 사유로 증거능력이 없는 경우에는 이를 한꺼번에 묶어서 증거능력을 배제하는 것이 바람직하다.

<증거능력을 검토한 결과의 처리>

1. 증거능력있는 증거가 남지 않은 경우에 ① 피고인이 부인하고 있는 경우에는 공소사실에 대한 증명이 없다는 점을 들어 무죄를 주장하고 ② 피고인이 자백하고 있는 경우에는 자백을 보강하는 보강증거가 없다는 점을 들어 무죄를 주장할 수 있다.
2. 증거능력있는 증거가 남아 있는 경우에는 증명력의 검토로 넘어간다.

(3) 증명력의 검토 부분의 답안작성방법

증거능력 없는 증거를 배제하는 부분이 처음 공부하시는 분들에게 어렵다면 어느 정도 기록공부를 하신 분들이 가장 어려워하는 부분이 증명력의 검토이다. 이는 짧은 시간에 기록을 읽다보니 사건을 장악하지 못하고, 메모를 충실하게 할 수 없기 때문일 것이다. 그러나 증명력을 탄핵하는 부분은 배점이 높기 때문에 이 부분을 충실하게 기재할 수 있도록 노력하여야 할 것이다.

증명력을 탄핵하는 부분의 답안을 작성하는 방법에 대하여는 확일적으로 말할 수 없다. 그러나 시험문제가므로 기록을 검토하다 보면 쟁점부분에서 적시한 추상적인 쟁점(예를 들면 교사의 증명, 공모관계의 증명, 수위사실의 증명 등) 중에서도 기록에서 다루어지는 구체적인 쟁점(범죄사실의 인식 여부, 범죄수익의 분배 여부, 금전의 전달 여부, 갈의 전달 여부 등)을 밝혀내어 이 부분과 관련된 증거들의 신빙성을 다루면 된다고 할 수 있다. 이러한 증명력을 탄

1) 참고로 시중에 널리 퍼져있는 채점기준표를 보면 쟁점부분을 적시하고 있는 채점기준표가 있는가 하면 쟁점부분을 적시하지 않은 채점기준표도 있다. 따라서 이 부분을 반드시 기재해야 하는지에 대한 의문이 있으므로 독자 여러분의 판단에 맡긴다.

핵하는 답안은 기록에서의 자료뿐만 아니라 기록에서의 자료로부터 추론되는 여러 가지 상황을 적을 수도 있으므로 증명력을 탄핵하는 부분을 풍부하게 적기 위해서는 먼저 정확하게 기록을 검토하여 사건을 장악하고, 구체적인 쟁점과 관련된 자료를 정확히 메모하고 이와 더불어 일반 상식적인 관점에서 이를 조합하여 추론하는 연습이 필요하다. 그리고 증명력을 탄핵한 결과 검사가 제출한 증거만으로는 공소사실을 인정하기에는 부족한 경우에는 부족증거라는 제목으로 증명력이 부족하다는 것을 서술할 수도 있으며, 피고인에게 유리한 자료나 내용 등을 제시하며 사건의 실체를 정리하여 서술할 수도 있을 것이다.

<진술의 증명력 탄핵 일반-경·관·물·리·인·책>

일반적으로 진술의 증명력을 탄핵하는 가장 기본적인 방법이자 실제 활용빈도가 가장 높은 방법이 아래의 6가지의 방법이다. 다만, 이를 익혀두고 활용하되 증명력을 탄핵하는 방법은 다양하므로 너무 이 6가지에 집착하지 않도록 주의하기 바란다.

1. 경험법칙에 반하는 진술

진술이 경험칙, 사회상규 등에 비추어 합리적인지를 검토한 후 경험칙에 반한다는 점을 들어 진술의 신빙성을 탄핵할 수 있다. 예를 들면 목격 당시의 상황 즉 야간 여부, 조명상태, 목격자의 시력, 현장에서 장애물 존재 등을 적시하며 경험칙에 반하는 진술의 신빙성을 탄핵할 수 있다.

2. 일관성이 없는 진술

동일인의 여러진술이 있는 경우에 진술의 내용을 대조해가면서 진술이 일관성이 있는지를 검토한 후 일관성이 없는 점을 들어 진술의 증명력을 탄핵할 수 있다. 예를 들면 전후 진술이 일관성 없는 경우에 진술이 변경되었다는 점을 적시하고, 진술 변경의 시점과 그 이유 등을 분석하여 논증하면서 일관성이 없는 진술의 신빙성을 탄핵할 수 있다.

3. 객관적인 증거물에 배치되는 진술

진술이 객관적인 증거물에 배치되는 것은 아닌지를 검토한 후에 객관적인 증거물에 배치되는 점을 들어 진술의 증명력을 탄핵할 수 있다. 예를 들면, 목격자인 참고인은 가해자가 머리를 때렸다고 진술하였지만, 피해자가 입은 상처부위는 옆구리인 경우와 같이 객관적인 증거물에 배치되는 참고인의 진술의 신빙성을 탄핵할 수 있다.

4. 이해관계인의 진술

친족관계에 있는 자의 진술, 사업상 동업자인 관계에 있는 자의 진술 등에 대하여는 이해관계인의 진술이므로 객관적인 신빙성이 떨어진다는 점을 들어 진술의 증명력을 탄핵할 수 있다.

5. 인간됨

진술하는 사람의 기본적인 인간됨이 착실하지 못하여 방탕하거나, 타인에 대한 배려심의 부족으로 인하여 야비한 경우 등에는 그러한 인간됨을 지적하면서 진술의 신빙성을 탄핵할 수 있다.

6. 책임전가의 진술

주로 공범관계로 기소된 피고인이 자신의 범행이 명확히 드러나자 책임을 전가하기 위하여 상피고인과 공모하거나 상피고인이 범행을 주도하였다는 식의 진술은 책임을 전가하기 위한 진술로써 객관적인 신빙성이 떨어진다는 점을 들어 진술의 증명력을 탄핵할 수 있다.

(4) 결론 부분이 무죄인 경우의 답안작성방법

결론 부분이 무죄인 경우의 변론요지서의 결론 부분은 어느 정도 확립화된 답안이 예정되어 있는 부분이다. 즉 일반적으로 “본 공소사실에 대하여는 합리적인 의심이 없을 정도의 증거가 없으므로 형사소송법 제325조 후단의 무죄판결을 선고하여 주시기 바랍니다.”라는 내용으로 답안을 마무리 한다.

(5) 결론 부분이 유죄인 경우의 답안작성방법

결론 부분이 유죄인 경우는 시험에 출제될 확률이 높지는 않지만, 유죄인 경우에는 간략하게 정상변론을 적으라는 문제가 출제될 수 있다. 이러한 경우에는 아래의 정상관계의 작성요령을 바탕으로 간단히 정상변론을 할 수 있다.

<정상관계의 작성요령 - 전·동·피·일·반>

일반적으로는 무죄판결을 구하는 것으로 결론이 정리되지만, 무죄판결이 아니라 유죄판결이 예상되는 경우에는 정상관계를 적어주어야 한다. 아래에 정상관계를 적는 가장 기본적인 내용을 실시하니 참조하시기 바란다.

1. 전과관계

피고인에게 전과가 없거나 동종전과가 없음을 들어 정상참작을 구한다.

2. 범죄의 동기와 경위

피고인이 사건에 이르게 된 불가피한 상황(피의자의 곤궁이나 가족의 질병 등), 우발적 범행, 사안이 비교적 중하지 아니함 등을 들어 정상참작을 구한다.

3. 피해자와의 관계

범행이후 피고인이 피해자와의 합의 등을 들어 정상참작을 구한다.

4. 피의자의 일반적 정상사유

피고인의 연령, 건강, 직업, 수입, 생활환경, 가족관계(피고인이 가족을 부양하는지 여부 등) 등을 들어 정상참작을 구한다.

5. 반성의 유무 기타 유리한 정상

피고인의 반성하는 태도, 가족의 선도다짐, 탄원 등을 들어 정상참작을 구한다.

(6) 축소사실의 답안작성방법

공소사실이 무죄가 되더라도 이에 포함된 축소사실이 범죄가 성립될 수 있는 경우에는 축소사실에 대한 평가를 반드시 적어주어야 한다. 왜냐하면 축소사실은 검사의 공소장변경없이도 법원이 유죄판결할 수 있으므로 이는 별개의 공소사실로 보아야 하기 때문이다. 축소사실이 문제되는 경우는 주로 결합범에서 많이 발생하므로 공소제기된 범죄가 결합범인 경우에는 축소사실에 대한 평가를 빠뜨리지 않도록 주의를 요한다. 다만, 축소사실에 대한 문제는 몇 개의 범죄유형에서 일정한 패턴을 지니고 있으므로 어느 정도 실력이 쌓이게 되면 크게 어렵지 않게 된다.

2. 배점이 작은 문제의 답안

배점이 작은 문제는 일반적으로 제325조 전단의 무죄판결을 구하는 문제와 면소판결을 구하는 문제 및 공소기각판결을 구하는 문제가 주를 이룬다. 이러한 배점이 작은 문제는 일반적으로 쟁점을 쉽게 찾아낼 수 있으므로 쟁점을 찾고 답을 적는다는 것에 만족하지 말고 간략하지만 핵심적인 key-word가 올바르게 답안지에 표현되어야 하는 것이 중요하다. 그리고 배점이 작은 문제의 목차는 일반적으로 1. 쟁점 2. 법리와 사안의 적용 3. 결론의 기본적인 목차를 설정하고 이에 따라 답안을 작성하면 된다.²⁾

(1) 쟁점

쟁점부분의 답안 작성방법은 먼저 피고인의 태도를 실시한 후 법리상 어떠한 점이 쟁점이 되는지를 밝힌다.

(2) 법리와 사안의 적용

먼저 쟁점과 관련된 관례와 조문 및 이론의 법리를 간단하게 밝히고, 해당 사건에서의 사실관계 등을 적시하며 법리에 부합됨을 밝힌다.

(3) 결론

법리에 부합되는 사건이므로 이에 합당한 판결을 구한다. 그런데 이러한 결론을 적는 것은 어느 정도 확실화되어 있으므로 이를 활용하여 답안을 작성하면 된다.

<변론요지서에서의 결론 부분 예시답안>

2) 물론 상황에 따라서는 이보다도 더 축약된 답안으로 1. 법리의 검토 2. 결론의 목차로도 적을 수 있을 것이다.

1. 형식재판을 구하는 경우
 - 본 공소사실은 000에 해당하므로 제326조 제0호에 따라 면소판결을 선고해 주시기 바랍니다.
 - 본 공소사실은 000에 해당하므로 제327조 제0호에 따라 공소기각판결을 선고해 주시기 바랍니다.
2. 무죄판결을 구하는 경우
 - 본 공소사실은 범죄가 되지 아니하므로 제325조 전단에 따라 무죄를 선고해 주시기 바랍니다.
 - 본 공소사실은 합리적인 의심이 없을 정도로 증거가 없으므로 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여 주시기 바랍니다.
3. 정상변론의 경우
 - 위 정상사유를 참작하시어 가장 관대한 처벌을 내려 주시기 바랍니다.
 - 위 정상사유를 참작하시어 피고인에게 집행유예결격사유가 없으므로 집행유예를 선고하여 주시기 바랍니다.

II. 검토의견서 답안작성방법

검토의견서의 답안작성방법은 기본적으로 변론요지서와 동일하다. 다만, 변론요지서는 피고인에게 유리한 방향으로만 법리를 전개하면 되지만, 검토의견서의 경우에는 객관적인 입장에서 답안을 기재하라는 문구가 있으므로 보다 정확한 법지식으로 답안을 작성한다는 점에서 차이가 있을 뿐이다. 특히 최근 시험문제에서는 함정을 파놓은 듯한 문제도 많이 눈에 띄므로 평소에 형사법에 대한 정확한 법지식을 쌓도록 하여야 할 것이다.

III. 보석허가청구서 답안작성방법

보석허가청구서의 작성문제는 아직까지 변호사시험에 출제되지는 않았지만, 모의고사문제에는 몇 번 출제가 된 적이 있으므로 간단히 그 작성방법을 살펴본다. 보석허가청구서는 일정한 방식에 따라 적어야 될 부분만 주의하면 기본적인 작성방식은 변론요지서와 크게 다를 바가 없으므로 일정한 방식에 따라 적어야 될 부분을 위주로 설명한다. 일반적으로 보석허가청구서는 I. 청구취지 II. 청구이유의 목차로 작성하며, II. 청구이유는 다시 1. 공소사실의 요지(일반적으로 생략하라고 지시된다) 2. 보석 사유에 대하여 3. 공소사실에 대한 변론 4. 보석의 조건에 대하여 5. 결론의 목차로 답안을 작성하게 된다.

1. 청구취지의 작성방법 (3점)

청구취지의 작성방법은 어느 정도 획일화되어 있다. 따라서 아래의 문구를 정확히 기억한 후에 이를 활용하면 충분하다.

<청구취지>

‘피고인에 대한 보석을 허가한다.’ 또는
 ‘보증금납입 등을 조건으로 피고인에 대한 보석을 허가한다.’
 라는 결정을 구합니다.³⁾

3) 이전에는 보증금 납입만이 보석의 조건이었으나, 2007년 개정으로 현재는 보증금 이외에 서약서, 출석보증서 등 다양한 조건이 부가되므로 후단과 같이 기재할 수도 있다. 따라서 채점기준표에 의하면 ‘보증금 납입을 조건으로’라는 문구를 적는 것은 부적합하다고 하고 있다.

2. 보석 사유에 대하여 작성방법 (15점)

보석 사유는 피고인에게 보석을 허가할만한 사유가 있다는 것을 밝히는 부분이다. 이 부분의 답안도 어느 정도 확일화되어 있는데 형사소송법 제95조의 필요적 보석의 예외 사유를 바탕으로 목차를 잡고 답안을 작성하면 된다. 만약 문제에서 형사소송법 제95조에서 규정하고 있는 필요적 보석 사유의 예외에 해당하지 않는 경우에는 [필요적 보석 사유]라는 제목으로 실시하고, 형사소송법 제95조에서 규정하고 있는 필요적 보석 사유의 예외에 해당하는 경우에는 [임의적 보석 사유]라는 제목으로 실시한다. 그리고 제95조의 예외 사유에 대한 것을 실시하여 필요적 보석 사유에 해당한다거나, 필요적 보석 사유에 해당하지는 않지만 사안이 경미하여 임의적 보석 사유에 해당할 수 있음을 주장하여야 한다.

<형사소송법 제95조>

제95조 (필요적 보석) 보석의 청구가 있는 때에는 다음 이외의 경우에는 보석을 허가하여야 한다.

1. 피고인이 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 때
2. 피고인이 누범에 해당하거나 상습범인 죄를 범한 때
3. 피고인이 죄증을 인멸하거나 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때
4. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때
5. 피고인의 주거가 분명하지 아니한 때
6. 피고인이 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때

(1) 1호

피고인이 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 중한 범죄로 기소되지 않았거나, 기소되었다라도 공소사실에 대한 변론에서 무죄에 해당한다는 점을 적시하여야 한다.

(2) 2호

피고인이 누범에 해당하거나 상습범인 죄를 범하지 않았다는 점을 기록의 전과회보서 등을 참고하여 적시하여야 한다. 따라서 보석허가청구서의 경우에는 전과기록이 상당한 의미를 지니게 되므로 주의해서 살펴야 한다.

(3) 3호

피고인이 죄증을 인멸하거나 인멸할 염려가 없다는 점을 적시하여야 한다. 주로 피고인이 기본적인 사실관계를 다투지 않거나, 충분한 증거조사가 행하여졌음을 실시한다.

(4) 4 ~ 5호

4호와 5호는 같이 묶어서 주거가 분명하고 가족을 부양하고 안정된 직업이 있다는 점 등으로 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 없다는 점을 실시한다.

(5) 6호

사건의 경위, 범죄 후의 피고인의 태도(반성·합의·피해보상노력 등) 그리고 피해자와 원한관계가 없음 등으로 피고인이 피해자 등의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 없다는 점을 실시한다.

<필요적 보석 사유의 예시답안>

1. 필요적 보석 사유

피고인에게는 형사소송법 제95조 소정의 필요적 보석사유가 있습니다.

가. 피고인에 대한 공소사실 중 폭처법상의 공갈죄는 징역10년이 넘지만, 아래에서 보는 바와 같이 본 건은 친족상 도례의 적용으로 형이 면제되어야 하며, 나머지 공소사실들은 징역 10년이 넘지 않습니다.

나. 피고인의 공소사실 중 일부는 집행유예기간내에 범한 것으로 되어 있으나, 집행유예기간 중에 범한 범죄는 누범이 될 수 없으며 또한 피고인에 대하여 상습범으로 기소된 공소사실은 없으므로 상습범이 아닙니다.

다. 피고인은 공소사실과 관련하여 대부분 자백하고 있으며, 자백하고 있지 않은 사건도 수사과정에서 충분한 증거가 확보된 상태이므로 피고인에게 죄증을 인멸할 염려는 없습니다.

라. 피고인은 구속될 때까지 주소지인 서울 강서구 염창동 321 염창빌라 205호에 거주하여 주거가 분명하고, 부모님을 봉양하고 살고 있으며, 삼송건설회사에 인테리어 팀장으로 재직하여 직업도 확실하므로 도망하거나 도망할 염려가 없습니다.

마. 한독일은 약속어음을 회수하였고, 박은두와는 공탁을 한 후 합의를 위하여 노력하고 있으며, 서반이는 처벌불원의 의사를 표시하고 있으므로 피해자 등에게 위해를 가할 우려가 없습니다.

<임의적 보석 사유의 예시답안>

1. 임의적 보석 사유

가. 피고인의 공소사실 중 특가법위반죄의 법정형이 장기 10년이 넘는 징역형에 해당하나 아래에서 보는 바와 같이 무죄 판결이 선고되어야 하고, 나머지 공소사실은 법정형이 10년을 넘지 않습니다.

나. 피고인에게 유죄가 인정될 수 있는 공소사실은 모두 집행유예 기간이 경과한 이후의 것이므로 누범에 해당하지 않습니다. 그리고 유죄가 인정되는 상습도박죄는 비록 상습범이기는 하지만 법정형이나 죄질이 중하지 않습니다.

다. 피고인은 공소사실의 대부분을 자백하고 있고, 수사와 공판에서의 증거조사가 충분히 이루어졌으므로 피고인이 죄증을 인멸하거나 인멸할 염려가 없습니다.

라. 피고인은 주소지인 서울 강서구 염창동 321 염창빌라 205호에 거주하여 주거가 분명하고, 가장으로서 인쇄업을 하면서 부인과 아이들과 단란한 가정을 꾸려가고 있으므로 도망하거나 도망할 염려가 없습니다.

마. 피고인은 교통법위반죄와 관련하여 피해자의 조속한 쾌유를 빌며 깊이 반성하고 있으며, 차량이 종합보험에 가입되어 있고 이와 별도로 피해자와 합의를 하였으므로 피해자 등에게 위해를 가할 우려가 없습니다.

바. 따라서 비록 일부 공소사실이 필요적 보석의 예외사유에 해당하지만, 무기평등의 원칙과 피고인의 방어권을 보장하기 위하여 보석을 허가할 상당한 이유가 있습니다.

3. 공소사실에 대한 변론 작성방법 (75점)

공소사실에 대한 변론 부분의 작성방법은 변론요지서의 경우와 동일하다.

4. 보석의 조건에 대하여 작성방법 (5점)

보석의 조건에 대한 작성방법은 어느 정도 획일화되어 있다. 따라서 아래의 문구를 정확히 기억한 후에 이를 활용하면 충분하다.

<보석의 조건에 대하여>

피고인의 보석을 허가하실 경우 피고인에게 경제적 부담이 없도록 피고인의 출석서약서나 제3자의 출석보증서의 제출만으로 보석을 허가하여 주시기 바랍니다.

만약 부득이 보증금 납입을 조건으로 보석의 허가하는 경우에는 피고인의 처 000이 제출하는 보석보증보험증권을 첨부한 보증서로써 그 보증금의 납부에 갈음할 수 있도록 허가하여 주시기 바랍니다.

5. 결론 작성방법 (2점)

결론 부분의 작성방법은 어느 정도 획일화되어 있다. 따라서 아래의 문구를 정확히 기억한 후에 이를 활용하면 충분하다.

<결론>

이상의 이유로 피고인이 불구속으로 석방되어 나머지 재판을 받을 수 있도록 적당한 조건을 붙여 보석을 허가하여 주시기
길 바랍니다.

형사기록에서의 증거 능력 판단

제2편에서는 형사기록에서 증거능력 판단하는 방법을

- I. 공판기록의 증거능력
- II. 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력
- III. 사경작성의 피의자신문조서의 증거능력
- IV. 진술조서의 증거능력
- V. 제313조의 진술서와 진술기재서류의 증거능력
- VI. 압수조서와 압수목록 및 감정서의 증거능력
- VII. 제314조에 의한 증거능력
- VIII. 기타 서류들에 대한 증거능력

의 판단 순서로 정리한다.

초학자들이 가장 힘들어 하는 부분이지만, 먼저 정확한 형사소송법 지식을 확인하고 순서대로 차분히 접근하면 점차로 쉽게 느껴지게 될 것이다.⁴⁾

그리고 독자들의 이해를 돕기 위하여 구체적인 예시기록과 증거능력이 배제되는 예시답안도 함께 서술하였다. 주의할 점은 예시기록을 볼 때에는 어느 서류에서의 예시기록인지를 반드시 확인하여야 하며, 예시답안은 답안작성에 필요한 정도로 축약하였으니 외울 정도로 기억하였다가 실제 시험장에서 답안지에 활용할 수 있을 것이다.

4) 다만, 시험을 위한 기록에서의 증거능력 판단이다보니 의문의 여지가 있는 부분도 다수 있다. 예를 들면 1p의 [주의사항]에서 서류에는 필요한 서명·날인이 있다고 되어있음에도 진술기재서류에 서명·날인이 없어 증거능력이 배제되는 경우, 증인신문을 마친 후에 피고인이 별 의견없다고 진술하였음에도 전문진술의 증거능력이 배제되는 경우 등이 대표적인 예라고 할 수 있다. 이에 대하여는 앞으로 출제 자측이 시정을 하거나 확실한 기준을 제시하여야 할 것이다.

I. 공판기록의 증거능력 판단

공판기록에서는 피고인의 모두진술, 피고인신문시의 피고인의 법정진술, 증인신문시의 증언 그리고 제1회 공판기일이나 제2회 공판기일에 제출된 증거서류 등의 증거능력 판단이 문제된다. 아래에서는 ① 공판조서에 기재되어 있는 피고인들의 모두진술과 피고인신문단계에서의 피고인의 법정진술의 증거능력 ② 증인신문조서에 기재되어 있는 증언의 증거능력 ③ 수사서류이외의 것으로 법원에 제출되어 있는 서류의 증거능력 ④ 공판정에서 재판장과 검사의 증거능력 등과 관련된 진술의 순서로 검토한다.

1. 공판조서에 적혀있는 피고인들의 모두진술과 법정진술

공판조서의 내용은 비록 글로 적혀있지만 법정에서의 진술이므로 원본증거이다. 이러한 점에서 형사기록 후반부(기록상 25p이후)에 나오는 수사기록의 내용은 서류이므로 전문증거라는 점에서 구별된다. 아래에서는 공판조서에 기재된 피고인들의 모두진술과 피고인신문단계에서의 피고인의 법정진술의 증거능력을 ① 김갑동의 법정진술 ② 이을남의 공범인 공동피고인으로서의 법정진술의 증거능력 ③ 이을남의 공범 아닌 공동피고인으로서의 법정진술의 순서로 나누어 그 증거능력 여부를 검토한다.

☞ 제2편 증거능력 판단에서 등장하는 인명 중 김갑동은 해당범죄로 유죄에 빠질 위험에 처한 피고인을 의미하고, 이을남은 김갑동의 공동피고인을 의미한다. 그리고 기타의 인명은 피고인이외의 자를 말하므로 주로 피해자, 목격자 등을 의미한다.

(1) 김갑동의 법정진술

김갑동의 법정진술은 증거능력이 있는 것이 원칙이다.

<기록 예시 - 공판조서>

검 사	피고인 김갑동에게
문	피고인은 이을남과 공모하여 피해자 박병진에게서 돈을 편취한 사실이 있는가요.
답	예, 그렇습니다.

(2) 공범인 이을남의 법정진술

1) 원칙적으로 증거능력 인정 : 관례에 의하면 공범인 공동피고인인 이을남은 증인적격이 인정되지 않고, 김갑동의 반대신문권이 보장되어 있어 이을남의 법정진술은 증거능력이 인정되는 것이 원칙이다.

<공범인 공동피고인의 법정진술은 반대신문권이 보장되어 있어 증거능력이 인정된다는 관례> 형사소송법 제310조의 피고인의 자백에는 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 않으며, 이러한 공동피고인의 진술에 대하여는 피고인의 반대신문권이 보장되어 있어 독립한 증거능력이 있다(대판 1992.7.28. 92도917).

2) 공범인 이을남의 진술이 김갑동의 진술을 내용으로 하는 전문진술인 경우 : 공범인 이을남의 진술이 김갑동의 진술을 내용으로 하는 전문진술인 경우에는 논리적으로 제316조 제1항의 적용으로 김갑동이 특신상태하에서 진술하였다는 것이 증명되어야만 증거능력이 인정된다. 그러나 김갑동의 진술내용이 ① 이을남과 공모를 하는 내용이거나 ② 이을남에게 범죄를 교사하는 내용 등인 경우에는 이는 요증사실 자체를 직접 증명하는 원본증거가 되므로 이에 대하여는 전문법칙이 적용되지 않는다. 그리고 실제 기록시험에서도 이러한 원본증거가 나오는 경우가 대부분이므로 공범인 이을남이 김갑동의 진술을 내용으로 하는 경우에는 원칙적으로 증거능력이 인정된다.

○ 공범인 이을남의 법정진술 중 김갑동의 진술이 이을남과 공모를 하는 내용인 예시기록

<기록 예시 - 공판조서>

○ 증인의 증언이 김갑동의 진술을 내용으로 하는 전문진술의 예시기록

<기록 예시 - 증인신문조서>

검 사

증인 나목격에게

문

증인은 김갑동이 박병진에게 돈을 편취한 사실이 있다는 것을 들었는가요.

답

예, 그렇습니다. 김갑동은 저에게 “박병진에게서 돈을 편취했다”라고 진지하게 말하였으며, 누구에게도 이러한 사실을 알리지 말라고 하였습니다.

○ 증인의 증언이 김갑동의 진술을 내용으로 하는 전문진술인 경우에 김갑동이 특신상태하에서 진술했다는 증명이 없어 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

나목격의 증언 중 김갑동의 진술내용은 전문진술이며 제316조 제1항에 의하여 특신상태가 증명되어야 합니다. 그런데 김갑동의 진술이 특신상태하에서 행하여졌다는 증명이 없으므로 증거능력이 없습니다.

(3) 증인의 증언이 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 전문진술인 경우

증인의 진술이 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 전문진술인 경우에는 제316조 제2항에 따라 필요성과 특신상태가 인정되어야 증거능력이 인정된다. 그리고 판례에 의하면 김갑동이 아닌 타인에는 김갑동과 공범관계에 있는 이을남도 포함된다.

<제316조 제2항의 ‘피고인 아닌 타인의 진술’에 공동피고인이나 공범의 진술도 모두 포함된다는 판례(제316조 제1항의 ‘피고인의 진술’에는 공동피고인이나 공범의 진술은 포함되지 않는다는 판례)> [1] 형사소송법 제316조 제2항에 의하면 피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다고 규정하고 있는데 여기서 말하는 피고인 아닌 자라고 함은 제3자는 말할 것도 없고 공동피고인이나 공범자를 모두 포함한다고 해석된다. [2] 전문진술의 원진술자가 공동피고인이어서 형사소송법 제316조 제2항 소정의 ‘피고인 아닌 타인’에는 해당하나 법정에서 공소사실을 부인하고 있어서 ‘원진술자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에는 해당되지 않는다는 이유로 그 증거능력을 부정한 사례(대판 2000.12.27. 99도5679). ※ [1] 부분의 ‘피고인 아닌 자’는 ‘피고인 아닌 타인’의 오기로 보인다.

○ 증인의 증언이 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 경우의 예시기록

<기록 예시 - 증인신문조서>

검 사

증인 박병진에게

문

증인은 2016. 6. 10.경 죽은 한직원으로부터 이을남에게 2억 원을 전달하였다는 말을 들은 적이 있나요.

답

예, 제가 그때 김갑동과 죽은 한직원을 함께 만나서 왜 매매대금이 2억 원이나 차이가 나는지 따졌는데, 죽은 한직원이 “김갑동의 지시에 따라 이을남에게 현금 2억 원을 전달해주었다”고 분명히 저에게 말하였습니다.

○ 증인의 증언이 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 전문진술인 경우에 원진술자인 김갑동이 아닌 타인에게 필요성이 인정되지 않아 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

나목격의 증언 중 박병진의 진술내용은 제316조 제2항에 의하여 필요성과 특신상태가 증명되어야 합니다. 그런데 박병진은 현재 법정에 증인으로 출석하여 증언하고 있으므로 필요성이 인정되지 않아 증거능력이 없습니다.

- 증인의 증언이 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 전문진술인 경우에 필요성은 인정되나 특신상태하에서의 진술이라는 점이 증명되지 않아 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

나목격의 증언 중 박병진의 진술내용은 제316조 제2항에 의하여 필요성과 특신상태가 증명되어야 합니다. 그런데 박병진이 사망하여 필요성은 인정되지만, 박병진의 진술이 특신상태하에서 행하여졌다는 증명이 없으므로 증거능력이 없습니다.

- (4) 증인의 증언에 전문진술이 포함되어 있어 재전문진술인 경우

증인의 증언에 전문진술이 포함되어 있어 재전문진술인 경우에는 판례에 의하면 증거능력이 부정된다.

- 증인의 증언에 전문진술이 포함되어 있어 재전문진술인 예시기록

<기록 예시 - 증인신문조서>

검 사

증인 나목격에게

문 증인은 피해자 박병진에게서 돈을 편취당했다는 말을 들은 사실이 있는가요.

답 예, 그렇습니다. 지난 달 사망한 박병진은 저의 처에게 “김갑동에게 기망당하여 5억원을 사기당해 너무 피로워 비록 김갑동이 친구이기는 하지만 고소할 생각이다”라고 심각하게 말했다는 것을 저의 처를 통하여 들었습니다.

- 증인의 증언에 전문진술이 포함된 재전문진술인 경우에 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

나목격의 증언 중 박병진의 진술내용은 나목격의 치료부터 들은 내용이므로 재전문진술입니다. 판례에 의하면 재전문진술은 증거능력이 인정되지 않으므로 증거능력이 없습니다.

- (5) 조사자증언의 경우의 증거능력

수사단계에서 피의자나 피고인 아닌 자를 조사한 조사자나 참여자인 경우의 증언은 원칙적으로 제316조 제1항과 제2항의 요건을 구비하면 증거능력이 인정된다. 그러나 위법수사에 따른 조사과정에서 들은 내용을 증언하는 경우에는 위수증이 되어 증거능력이 없게 된다.

<제316조 제2항의 조사자 증언의 요건> 형사소송법 제316조 제2항은 ‘피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다’고 규정하고 있고, 같은 조 제1항에 따르면 위 ‘피고인 아닌 자’에는 공소제기 전에 피고인 아닌 타인을 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자(이하 ‘조사자’라고 한다)도 포함된다. 따라서 조사자의 증언에 증거능력이 인정되기 위해서는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없어야 하는 것이라서, 원진술자가 법정에 출석하여 수사기관에서 한 진술을 부인하는 취지로 증언한 이상 원진술자의 진술을 내용으로 하는 조사자의 증언은 증거능력이 없다(대판 2008.9.25, 2008도6985).

3. 공판단계에서 제출된 서류

공판단계에서 증거로 제출되는 서류들이 있다. 이러한 서류들은 제1회나 제2회의 공판조서 다음에 별지로 첨부되어 있는 것이 일반적이다. 이러한 서류들에 대한 증거능력이 문제되지만, 기록형시험에서는 일반적으로 증거능력이 있는 서류들이 제출되므로 크게 문제될 것은 없다.

4. 공판정에서의 증거능력 등과 관련된 재판장과 검사의 진술

공판조서의 내용 중에 있는 재판장이나 검사의 진술이 일반적인 소송진행과 관련된 내용인 경우에는 문제가 없지만, 증거능력과 관련된 특별한 의미가 있는 경우가 있으므로 이를 간단히 정리한다.

(1) 재판장의 진술로 압수물의 증거능력을 배제하는 경우

형소법 제216조 제1항 2호 등에 따라 영장없이 압수한 압수물의 경우에는 형소법 제217조 제2항에 의한 사후영장을 청구하여야 한다. 그러나 이러한 사후영장이 없었음을 재판장이 확인한 경우에는 그 압수물은 증거능력을 상실하게 된다.

○ 사후영장을 발부받지 않은 것을 재판장이 확인하는 예시기록

<기록 예시 - 공판조서>

재판장
 압수된 블랙박스(증 제2호)에 대한 압수수색영장이 사후에 발부된 사실이 없음을 확인하다.

(2) 검사의 진술로 압수물의 증거능력을 배제하는 경우

형소법 제216조 제1항 2호 등에 따라 영장없이 압수한 압수물의 경우에는 형소법 제217조 제2항에 의한 사후영장을 청구하여야 한다. 그러나 이러한 사후영장이 없었음을 검사가 확인한 경우에는 그 압수물을 증거능력을 상실하게 된다.

○ 사후영장을 발부받지 않은 것을 재판장이 확인하는 과정에서 검사가 진술하는 예시기록

<기록 예시 - 공판조서>

재판장
 검사에게
 문 압수된 블랙박스(증 제2호)에 대한 압수수색영장이 사후에 발부된 사실이 있는가요.
 답 아니요, 압수된 블랙박스(증 제2호)에 대한 압수수색영장이 사후에 발부된 사실이 없습니다.

○ 사후영장을 발부받지 않아 증거능력이 없다는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

블랙박스는 형소법 제216조 제1항 2호에 따른 영장없이 압수된 압수물이므로 제217조 제2항에 따라 지체없이 영장을 청구하여야 합니다. 그런데 이에 대한 사후영장을 청구하여 발부받지 않았으므로 블랙박스는 위수증이 되어 그 증거능력이 없습니다.

☞ 형사기록 후반부(일반적으로 25p이후)에는 수사과정에서 작성된 서류와 수사과정에서 제출된 서류들이 편철되어 있다. 이러한 서류들은 기본적으로 전문증거라는 점에서 형사기록 전반부에 나오는 공판조서(증인신문조서)와 차이가 있다. 이하 아래에서는 ① 검사작성의 피의자신문조서 ② 사경작성의 피의자신문조서 ③ 진술조서 ④ 진술서와 진술기개서류 ⑤ 압수조서와 압수목록 및 감정서 ⑥ 제314조 ⑦ 기타의 서류의 순서로 검토한다.

<대법원 재판예규 제1419호(2012. 12. 28. 결재)>5)

-형사공판조서 중 증거조사부분의 목록화에 관한 예규(제형 2003-2) 일부개정예규-

5) 대법원 재판예규에서 정한 증거의견 기재방법을 실시하고 있으니 참고하기 바란다.

개정이유 중 일부 인용 - ○ 형사소송법 제312조가 수사기관 작성 조서의 증거능력과 관련하여 규정하고 있는 요건 중 '적법한 절차와 방식에 따라 작성될 것'이라는 요건에 대한 피고인측의 증거의견을 증거목록의 의견란에 기재하는 것으로 함(제3조 제2항 제7호)

제3조 제2항 제7호를 다음과 같이 한다.

“증거의견 내용”란에는 당해 증거서류의 적법성·실질성립·임의성·내용을 모두 인정하거나 증거로 할 수 있음을 동의하는 경우에는 “○”, 적법성·실질성립·임의성·내용을 모두 부인하거나 증거로 할 수 있음을 동의하지 않는 경우에는 “×”로 표시한다. 적법성·실질성립·임의성·내용 중 일부를 부인하는 경우에는 아래 예시와 같이 적법성, 실질성립, 임의성, 내용의 순으로 연속하여 “○” 또는 “×”로 표시한다. 증거서류에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음을 부인하는 경우에는 “비고”란에 “특신성 부인”이라고 기재한다.

증거서류	증거의견	표시방법
가. 검사 피의자신문조서 (피고인이 검찰에서 작성한 진술서 등 포함)	적법성 인정, 실질성립 인정, 임의성 인정	○
	적법성 인정, 실질성립 인정, 임의성 부인	○○×
	적법성 인정, 실질성립 부인, 임의성 부인	○××
	적법성 부인, 실질성립 부인, 임의성 부인	×
가. 경찰 피의자신문조서 (피고인이 경찰에서 작성한 진술서 등 포함)	적법성 인정, 실질성립 인정, 임의성 인정, 내용 인정	○
	적법성 인정, 실질성립 인정, 임의성 인정, 내용 부인	○○○×
	적법성 인정, 실질성립 인정, 임의성 부인, 내용 부인	○○××
	적법성 부인, 실질성립 부인, 임의성 부인, 내용 부인	×

II. 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력

1. 김갑동에 대한 검사작성 피신조서의 증거능력 판단

(1) 증거의견에서 김갑동이 동의(○)한 경우

김갑동이 증거의견에서 동의(○)한 경우에는 원칙적으로 증거능력 있다. 그리고 이론적으로는 김갑동이 성립의 진정을 인정한 경우에도 증거능력이 인정되지만, 김갑동에 대한 검사작성 피신조서에서 성립의 진정만 인정하는 경우는 논리상 나타나기 어렵다. 왜냐하면 성립의 진정만 인정하는 경우의 증거의견은 (×○○) (×○×) ○×○) (○ ○×)의 형태로 나타나게 되는데 이러한 경우에는 적법성에 문제가 있거나 임의성에 문제가 있어 위수증이 될 수 있기 때문이다. 따라서 김갑동이 성립의 진정만을 인정한 경우에는 위수증을 검토하는 것도 의미가 있다.

☞ 참고로 검사작성 피신조서에 여러 개의 부호가 있는 경우에는 적법성/실질성립/임의성의 순서이다. 그리고 사경작성 피신조서에 여러 개의 부호가 있는 경우에는 적법성/실질성립/임의성/내용의 순서이다.

(2) 증거의견에서 김갑동이 부동의(×)한 경우

김갑동이 부동의(×)한 경우에는 원칙적으로 증거능력이 없다. 그러나 검사에 의하여 제312조 제2항의 요건인 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 성립의 진정을 증명(기록상 공판조서에서 확인)하면 증거능력이 인정될 수 있다. 그리고 판례에 의하면 ‘영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법’에는 조사자증언은 포함되지 않는다.

☞ 이론적으로는 검사에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 적법한 절차와 방식을 준수하지 못했거나 특신상태가 부정되는 경우에는 증거능력이 배제될 수 있지만, 실제 시험에서 출제되기는 어려울 것이다.

<조사자증언에 의해서는 성립의 진정을 인정할 수 없다는 판례> 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 방법으로서 형사소송법 제312조 제2항에 예시되어 있는 영상녹화물의 경우 형사소송법 및 형사소송규칙에 의하여 영상녹화의 과정, 방식 및 절차 등이 엄격하게 규정되어 있는데(형사소송법 제244조의2, 형사소송규칙 제134조의2 제3항, 제4항, 제5항 등) 피의자의 진술을 비롯하여 검사의 신문 방식 및 피의자의 답변 태도 등 조사의 전 과정이 모두 담겨 있어 피고인이 된 피의자의 진술 내용 및 취지를 과학적·기계적으로 재현해 낼 수 있으므로 조서의 내용과 검사 앞에서의 진술 내용을 대조할 수 있는 수단으로서의 객관성이 보장되어 있다고 볼 수 있으나, 피고인을 피의자로 조사하였거나 조사에 참여하였던 자들의 증언은 오로지 증언자의 주관적 기억 능력에 의존할 수밖에 없어 객관성이 보장되어 있다고 보기 어렵다. 결국 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 수단으로서 형사소송법 제312조 제2항에 규정된 '영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법'이란 형사소송법 및 형사소송규칙에 규정된 방식과 절차에 따라 제작된 영상녹화물 또는 그러한 영상녹화물에 준할 정도로 피고인의 진술을 과학적·기계적·객관적으로 재현해 낼 수 있는 방법만을 의미하고, 그 외에 조사관 또는 조사 과정에 참여한 통역인 등의 증언은 이에 해당한다고 볼 수 없다(대판 2016.02.18. 2015도16586).

- 증거의견에서 김갑동에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하여 증거능력을 배제하는 예시 답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 검사작성 피신조서에 대해 부동의하고 있습니다. 그리고 검사가 제312조 제2항에 따른 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하지 못했으므로 증거능력이 없습니다.

- 증거의견에서 김갑동에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하자 검사가 조사자증언에 의해 성립의 진정을 인정하려고 하는 예시기록

<기록 예시 - 증인신문조서>

검사	증인에게
문	피고인 김갑동이 증인에게 조사를 받으면서 어떤 진술을 하였는지요.
답	피고인은 조사 당시 자신이 범행을 한 것이 맞다고 자백하였습니다.
문	피고인 김갑동이 강압적인 분위기에서 조사를 받은 것은 아닌지요.
답	피고인은 당시 자유로운 분위기에서 자발적으로 자백하였습니다. 저는 피고인이 담배를 피우고 싶다고 하기에 담배도 1대 피우도록 건네주었고, 피고인은 당시 자백하면서 피해자에게 죄송하다면서 눈물까지 글썽였습니다.

- 증거의견에서 김갑동에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하자 검사자 조사자증언에 의해 성립의 진정을 인정하려고 하였으나 판례에 따라 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 검사작성 피신조서에 대하여 부동의하고 있습니다. 그리고 검사는 제312조 제2항에 따라 조사자증언을 통하여 성립의 진정을 인정하려고 하지만, 판례에 의하면 조사자증언은 '영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법'에 속하지 않으므로 성립의 진정을 인정할 수 없어 증거능력이 없습니다.

2. 이을남에 대한 검사작성 피신조서의 증거능력 판단

(1) 김갑동이 동의(○)한 경우

김갑동이 동의(○)한 경우에는 원칙적으로 증거능력이 있다.

(2) 김갑동이 부동의(×)하고, 이을남이 동의(○)한 경우

1) 이을남이 공범인 경우

이을남이 공범인 경우에 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하고, 이을남이 동의(○)한 경우에는 원칙적으로 증거능력이 있다. 왜냐하면 다수설에 의하면 공범자에 대한 검사작성 피신조서는 제312조 제4항 적용되는바, 이을남의 동의는 공판기일에서의 성립의 진정을 인정하는 취지의 동의라고 보아야 하고, 이을남은 공범인 공동피고인이므로 증인적격이 없으나 판례에 의하면 이러한 경우에 김갑동의 반대신문권이 보장되었다고 보기 때문이다.

☞ 이론적으로는 공범인 이을남이 성립의 진정을 인정한 경우에도 증거능력이 인정되지만, 이을남이 자신에 대한 검사작성 피신조서에서 성립의 진정만 인정하는 경우는 논리상 나타나기 어렵다. 왜냐하면 성립의 진정만 인정하는 경우의 증거의견은 (×○○) (×○×) ○×○) (○○×)의 형태로 나타나게 되는데 이러한 경우에는 적법성에 문제가 있거나 임의성에 문제가 있어 위수증이 될 수 있기 때문이다. 따라서 이을남이 성립의 진정만 인정한 경우에는 위수증을 검토하는 것이 바람직하다.

<공범인 공동피고인의 진술에 대하여는 반대신문권이 보장되어 있다는 판례> 형사소송법 제310조의 피고인의 자백에는 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 않으며, 이러한 공동피고인의 진술에 대하여는 피고인의 반대신문권이 보장되어 있어 독립한 증거능력이 있다(대판 1992.7.28. 92도917).

2) 이을남이 공범이 아닌 경우

이을남이 공범이 아닌 경우에 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하고, 이을남이 동의(○)한 경우에는 원칙적으로 증거능력이 없다. 다만, 제312조 제4항에 따라 ① 이을남이 증인으로 나온 것을 전제(기록상 증인신문조서의 존재의 확인)로 하여 이을남이 증언(기록상 증인신문조서에서 확인)으로 성립의 진정을 인정하거나 ② 검사가 '영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법'으로 성립의 진정을 증명(기록상 공판조서에서 확인)한 경우에는 증거능력이 인정될 수 있다. 그러나 ②의 경우에도 제312조 제4항에 따라 김갑동의 반대신문권이 보장되어야 하므로 결국 이을남의 증인신문조서가 있어야지만 증거능력이 인정된다.

☞ 기록에서 이을남에 대한 증인신문조서가 있어야 하는 이유는 이을남이 증인으로 출석하여야 제312조 제4항에 따른 김갑동의 반대신문권이 보장되기 때문이다.

<공범 아닌 공동피고인의 피의자신문조서는 동의없으면 증언에 의하여 성립의 진정이 인정되어야 증거능력이 인정된다는 판례> 공동피고인인 절도범과 그 장물범은 서로 다른 공동피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있다 할 것이므로, 피고인이 증거로 함에 동의한 바 없는 공동피고인에 대한 피의자신문조서는 공동피고인의 증언에 의하여 그 성립의 진정이 인정되지 아니하는 한 피고인의 공소 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 없다(대판 2006.1.12. 2005도7601).

○ 증거의견에서 공범이 아닌 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하고 이을남이 동의(○)한 경우에 이을남에 대한 검사작성 피신조서가 증거능력을 갖추기 위한 기록 예시

<기록 예시 - 증인신문조서>
검 사
증인에게 수사기록 중 검사가 작성한 증인에 대한 피의자신문조서를 보여주고 열람하게 한 후,

문 증인은 검찰에서 사실대로 진술하고 그 조서를 읽어보고 서명, 무인한 사실이 있고, 그 피의자신문조서는 그때 검사에게 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있는가요.

예, 그렇습니다.

- 증거의견에서 공범이 아닌 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하고 공범이 아닌 이을남이 동의(○)한 경우에 이을남이 증인으로 신청되지 않아 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 부동의하고 있지만, 이을남은 동의하고 있습니다. 그러나 이을남은 공범 아닌 공동피고인으로 증인적격이 인정되므로 증인으로서 성립의 진정을 인정하고 반대신문을 받아야 합니다. 그런데 이을남은 증인으로 신청된 바가 없으므로 증거능력이 없습니다.

- 증거의견에서 공범이 아닌 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하고 공범이 아닌 이을남이 동의(○)한 경우에 이을남이 증인으로 신청되었으나 증인신문에서 성립의 진정을 인정하지 않아 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대해 부동의하고 있습니다. 그리고 이을남이 증인으로 증언하였으나 검사작성 피신조서의 성립의 진정을 인정하지 않았고, 검사도 제312조 제4항에 따른 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하지 못했으므로 증거능력이 없습니다.

(3) 김갑동이 부동의(×)하고, 이을남도 부동의(×)한 경우

1) 이을남이 공범인 경우

이을남이 공범인 경우에 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하고, 이을남도 부동의(×)한 경우에는 원칙적으로 증거능력이 없다. 그러나, 검사가 공판정에서 제312조 제4항에 따라 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명(기록상 공판조서에서 확인)하면 증거능력이 인정될 수 있다.

☞ 이을남이 성립의 진정을 부인하는 취지로 부동의(×)하였으므로 공판정에서 성립의 진정을 인정하는 경우는 공판기일에서 번의하는 경우외에는 거의 없을 것이다. 그리고 형사소송법 제312조 제4항에 따라 검사에 의해 객관적인 방법으로 성립의 진정이 인정된 경우에 김갑동의 반대신문권보장이 문제되지만, 이을남은 공범인 공동피고인이므로 증인적격이 없고 판례에 의하면 이러한 경우에 김갑동의 반대신문권이 보장되었다고 보기 때문에 증거능력이 인정되는 것이다.

- 증거의견에서 공범인 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×), 이을남도 부동의(×)하고 검사가 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하지 못하여 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 부동의하고 있습니다. 그리고 이을남도 성립의 진정을 부인하는 취지로 부동의하고 있으며, 검사가 제312조 제4항에 따른 영상녹화물이나 기타 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하지 못하고 있으므로 증거능력이 없습니다.

2) 이을남이 공범이 아닌 경우

김갑동이 부동의(×)하고, 공범이 아닌 이을남도 부동의(×)한 경우에는 원칙적으로 증거능력이 없다. 그러나 검사가 제312조 제4항에 따라 객관적인 방법으로 성립의 진정을 인정하고(기록상 공판조서에서 확인) 공범이 아닌 이을남이 증인으로 출석한 경우(기록상 증인신문조서의 존재 확인)에는 증거능력이 인정될 수 있다.

☞ 검사에 의하여 객관적인 방법으로 성립의 진정이 인정된 경우에 제312조 제4항에 따라 김갑동의 반대신문권을 보장하기 위해서는 증인적격이 인정되는 공범이 아닌 공동피고인인 이을남은 증인으로 출석하여야 증거능력이 인정된다.

- 증거의견에서 공범이 아닌 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×), 이을남도 부동의(×)하고 검사가 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하지 못하여 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 부동의하고 있습니다. 그리고 이을남도 성립의 진정을 부인하는 취지로 부동의하고 있으며, 검사가 제312조 제4항에 따른 영상녹화물이나 기타 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하지 못하고 있으므로 증거능력이 없습니다.

- 증거의견에서 공범이 아닌 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×), 이을남도 부동의(×)하고 검사가 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하였으나, 이을남이 증인으로 출석하지 않은 경우에 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 부동의하고 있습니다. 그런데 검사가 제312조 제4항에 따른 영상녹화물이나 기타 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하였으나, 이을남이 증인으로 신청되지 않아 김갑동의 반대신문권이 보장되지 않았으므로 증거능력이 없습니다.

(4) 김갑동이 부동의(×)하고, 이을남이 사망 등으로 진술할 수 없는 경우

이론상 김갑동이 부동의(×)하고, 이을남이 사망 등으로 진술할 수 없는 경우에는 제314조가 적용될 수 있다. 따라서 이을남이 사망 등으로 필요성이 인정되고 이을남의 진술이 특신상태하에서 진술되었다는 것이 증명되면 증거능력이 인정될 수 있다.

☞ 그러나 기록형시험에서 이을남이 사망 등으로 진술할 수 없는 경우는 출제하기 어렵다. 다만 이론상 이러한 논의가 될 수 있다는 정도만 알아두기 바란다. 만약 시험에 출제된다면 이을남이 진술거부권이나 증언거부권을 행사한 정도가 나올 수 있을 것이지만 쉽지 않을 것이다.

3. 이을남에 대한 검사작성 피신조서의 전문진술 - 재전문증거

☞ 이론상 김갑동에 대한 검사작성 피신조서에서도 전문진술이 기재되는 경우를 상정할 수 있겠지만, 이는 기록형시험에서 출제하기 어려운 측면이 있으므로 생략하고 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 기재된 전문진술만을 살펴본다.

이을남에 대한 검사작성 피신조서가 김갑동에게 증거능력이 인정되는 경우에도 이을남의 진술에 전문진술이 포함되어 있는 재전문증거의 증거능력을 인정할 수 있는지가 문제된다. 이러한 경우 ① 김갑동의 동의(○)가 있어 증거능력이 있는 경우에는 그 당연한 논리상 재전문증거라고 하더라도 증거능력이 인정되지만 ② 김갑동이 부동의(×)하였지만, 이을남에 대한 검사작성 피신조서가 증거능력이 인정되는 경우에는 판례에 의하면 전문진술의 증거능력요건이 구비되면 증거능력이 인정될 수 있다.

<전문진술을 기재한 조서·서류는 각각의 요건이 구비된 경우에 증거능력이 인정될 수 있다는 판례> 전문진술이나 전문진술을 기재한 조서·서류는 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 원칙적으로 증거능력이 없는 것인데, 다만 전문진술은 형사소송법 제316조 제2항의 규정에 따라 원진술자가 사망, 질병, 외국 거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 예외적으로 증거능력이 있다고 할 것이고, 전문진술이 기재된 조서·서류는 형사소송법 제313조 내지 제314조의 규정에 의하여 각 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하

답 예, 정알선이 저에게 “김갑동이 어제 박병진의 고급시계를 소매치기하는 것을 보았는데, 내가 중재에 나설테니 싸값에 사라”라고 분명하게 말하였습니다.

- 김갑동이 부동의(×)하였지만, 증거능력이 인정되는 공범이 아닌 이을남에 대한 검사작성 피신조서의 진술 내용이 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 경우에 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

이을남에 대한 검사작성 피신조서 중 정알선의 진술내용은 재전문증거입니다. 그런데 정알선의 진술내용이 증거능력을 갖추기 위해서는 제316조 제2항의 필요성과 특신상태가 증명되어야 하는바, 원진술자인 정알선이 현재 법정에 출석하여 있으므로 필요성이 인정되지 않아 증거능력이 없습니다.

4. 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 있는 전문진술의 증거능력

김갑동이 동의(○)하면 증거능력이 인정되지만, 김갑동이 부동의(×)한 경우에는 판례에 의하면 재전문증거 중 전문진술이 기재된 서류만 각각의 요건을 구비한 경우에 증거능력을 인정하고 있으므로 이을남에 대한 검사작성 피신조서에 있는 재전문진술은 재재전문증거이므로 증거능력이 인정되지 않는다.

- 김갑동이 부동의(×)하였지만, 증거능력이 인정되는 이을남에 대한 검사작성 피신조서 중 재전문진술을 내용으로 하는 재재전문증거의 예시기록

<기록 예시 - 검사작성 피신조서(증거능력이 인정되는 이을남의 검사작성 피신조서)>

검 사

피의자 이을남에게

문 피의자는 정알선으로부터 김갑동이 훔친 박병진의 고급시계를 싸값에 사라는 말을 들었는가요.

답 예, 정알선이 저의 처에게 “김갑동이 어제 박병진의 고급시계를 소매치기하는 것을 보았는데, 내가 중재에 나설테니 싸값에 사라”라고 분명하게 말했다는 것을 저의 처에게 들었습니다.

- 김갑동이 부동의(×)하였지만, 증거능력이 인정되는 진술조서 중 재전문진술을 내용으로 하는 재재전문증거에 대하여 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

이을남의 검사작성 피신조서 중 정알선의 진술내용은 이을남의 처에게서 들은 내용이므로 재재전문증거입니다. 판례에 의하면 이러한 재재전문증거는 증거능력이 인정되지 않으므로 증거능력이 없습니다.

III. 사경작성의 피의자신문조서의 증거능력

1. 김갑동에 대한 사경작성의 피신조서(제312조 제3항)

김갑동이 동의(○)하거나 내용을 인정할 때만 증거능력이 인정된다. 따라서 김갑동이 부동의(×)하거나 내용을 부인할 경우(○○○×)에는 증거능력이 없다.

☞ 기록형 시험에서 김갑동의 사경작성 피신조서에 대하여 내용만을 인정하는 경우는 논리상 거의 없을 것이다.

<내용의 인정의 의미> [1] 형사소송법 제312조 제3항에 의하면, 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 규정하고 있는바, 위 규정에서 ‘그 내용을 인정할 때’라 함은 피의자신문조서의 기재 내용이 진술 내용대로 기재되어 있다는 의미가 아니고 그와 같이 진술한 내용이 실제 사실과 부합한다는 것을 의미한다. [2] 공소사실이 최초로 심리된 제1심 제4회

공판기일부터 피고인이 공소사실을 일관되게 부인하여 경찰 작성 피의자신문조서의 진술 내용을 인정하지 않는 경우, 제1심 제4회 공판기일에 피고인이 위 서증의 내용을 인정한 것으로 공판조서에 기재된 것은 착오 기재 등으로 보아 위 피의자신문조서의 증거능력을 부정하여야 하고, 이와 반대되는 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(대판 2010. 6.24. 2010도5040).

- 증거의견에서 김갑동에 대한 사경작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하여 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동에 대한 사경작성 피신조서는 제312조 제3항이 적용되는바, 김갑동이 내용을 부인하는 취지로 부동의하고 있으므로 증거능력이 없습니다.

- 증거의견에서 김갑동에 대한 사경작성 피신조서에 대하여 김갑동이 내용을 부인(○○○×)하여 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동에 대한 사경작성 피신조서는 제312조 제3항이 적용되는바, 김갑동이 내용을 부인하고 있으므로 증거능력이 없습니다.

2. 공범인 이을남에 대한 사경작성 피신조서 (제312조 제3항)

김갑동이 동의(○)하거나 내용을 인정할 때만 증거능력이 인정된다. 따라서 김갑동이 부동의(×)하거나 내용을 부인할 경우(○○○×)에는 증거능력이 없다. 이는 제312조 제3항의 위법수사를 억지하기 위한 정책적 규정이라는 점 때문이므로 이을남의 동의(○)에 관계없으며, 제314조도 적용되지 않는다. 판례도 이와 동일하다.

기록형 시험에서 김갑동이 이을남의 사경작성 피신조서에 대하여 내용만을 인정하는 경우는 논리상 거의 없을 것이다.

<공범에 대한 사경작성 피신조서는 피고인이 내용부인하면 증거능력 없다는 판례> 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 신청할 경우에도 적용된다. 따라서 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. 그리고 이러한 경우 그 공동피고인이 법정에서 경찰수사도 중 피의자신문조서에 기재된 것과 같은 내용으로 진술하였다는 취지로 증언하였다고 하더라도, 이러한 증언은 원진술자인 공동피고인이 그 자신에 대한 경찰 작성의 피의자신문조서의 진정성립을 인정하는 취지에 불과하여 위 조서와 분리하여 독자적인 증거가치를 인정할 것은 아니므로, 앞서 본 바와 같은 이유로 위 조서의 증거능력이 부정되는 이상 위와 같은 증언 역시 이를 유죄 인정의 증거로 쓸 수 없다(대판 2009.10.15. 2009도1889).

<제312조 제3항의 피신조서는 제314조를 적용할 수 없다는 전합 판례> 형사소송법 제312조 제2항(현행법 제312조 제3항 - 저자주)은 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 신청할 경우에도 적용되는바, 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피의자에 대한 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정되므로 그 당연한 결과로 그 피의자신문조서에 대하여는 사망 등 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정인 형사소송법 제314조가 적용되지 아니한다(대판 2004.7.15. 2003도7185 전합).

- 증거의견에서 공범인 이을남에 대한 사경작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하여 증거능력이 배제되는

예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

이을남에 대한 사경작성 피신조서는 판례에 의하면 제312조 제3항이 적용되는바, 김갑동이 내용을 부인하는 취지로 부동의하고 있으므로 증거능력이 없습니다.

- 증거의견에서 공범인 이을남에 대한 사경작성 피신조서에 대하여 김갑동이 내용을 부인(○○○×)하여 증거능력이 배제되는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

이을남에 대한 사경작성 피신조서는 판례에 의하면 제312조 제3항이 적용되는바, 김갑동이 내용을 부인하고 있으므로 증거능력이 없습니다.

3. 공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성의 피신조서 (제312조 제4항 적용)

공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서는 제312조 제4항의 적용을 받는다. 따라서 이 경우에는 공범이 아닌 이을남에 대한 검사작성 피신조서와 동일하게 취급된다.

- (1) 김갑동이 동의(○)한 경우

김갑동이 동의(○)한 경우에는 원칙적으로 증거능력이 있다.

- (2) 김갑동이 부동의(×)하고, 이을남이 동의(○)한 경우

공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하고, 이을남이 동의(○)한 경우에는 원칙적으로 증거능력이 없다. 다만, 제312조 제4항에 따라 ① 이을남이 증인으로 나온 것을 전제(기록상 증인신문조서의 존재의 확인)로 하여 이을남이 증언(기록상 증인신문조서에서 확인)으로 성립의 진정을 인정하거나 ② 검사가 '영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법'으로 성립의 진정을 증명(기록상 공판조서에서 확인)한 경우에는 증거능력이 인정될 수 있다. 그러나 ②의 경우에도 제312조 제4항에 따라 김갑동의 반대신문권이 보장되어야 하므로 결국 이을남의 증인신문조서가 있어야지만 증거능력이 인정된다.

☞ 기록에서 이을남에 대한 증인신문조서가 있어야 하는 이유는 이을남이 증인으로 출석하여야 제312조 제4항에 따른 김갑동의 반대신문권이 보장되기 때문이다.

<공범 아닌 공동피고인의 피의자신문조서는 동의없으면 증언에 의하여 성립의 진정이 인정되어야 증거능력이 인정된다는 판례> 공동피고인인 절도범과 그 장물범은 서로 다른 공동피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있다 할 것이므로, 피고인이 증거로 함에 동의한 바 없는 공동피고인에 대한 피의자신문조서는 공동피고인의 증언에 의하여 그 성립의 진정이 인정되지 아니하는 한 피고인의 공소 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 없다(대판 2006.1.12. 2005도7601).

- 증거의견에서 공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하고 이을남이 동의(○)한 경우에 이을남에 대한 사경작성 피신조서가 증거능력을 갖추기 위한 기록 예시

<기록 예시 - 증인신문조서>

검 사

증인에게 수사기록 중 사법경찰관이 작성한 증인에 대한 피의자신문조서를 보여주고 열람하게 한 후,

문

증인은 검찰에서 사실대로 진술하고 그 조서를 읽어보고 서명, 무인한 사실이 있고, 그 피의자신문조서는 그때 검사에게 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있는가요.

답

예, 그렇습니다.

- 증거의견에서 공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하고 공범이 아닌 이을남이 동의(○)한 경우에 이을남이 증인으로 신청되지 않은 경우의 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 이을남에 대한 사경작성 피신조서에 대하여 부동의하고 있지만, 이을남은 동의하고 있습니다. 그러나 공범이 아닌 이을남은 제312조 제4항에 따라 증인으로서 성립의 진정을 인정하고 반대신문을 받아야 합니다. 그런데 이을남은 증인으로 신청된바 없으므로 증거능력이 없습니다.

- 증거의견에서 공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하고 공범이 아닌 이을남이 동의(○)한 경우에 이을남이 증인으로 신청되었으나 증인신문에서 성립의 진정을 인정하지 않아 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 이을남에 대한 사경작성 피신조서에 대해 부동의하고 있습니다. 그리고 이을남이 증인으로 증언하였으나 검사작성 피신조서의 성립의 진정을 인정하지 않았고, 검사도 제312조 제4항에 따른 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하지 못했으므로 증거능력이 없습니다.

(3) 김갑동이 부동의(×)하고, 이을남도 부동의(×)한 경우

김갑동이 부동의(×)하고, 공범이 아닌 이을남도 부동의(×)한 경우에는 원칙적으로 증거능력이 없다. 다만, 이을남이 동의(○)한 경우와 동일하게 제312조 제4항에 따라 이을남이 증인으로 나온 것을 전제(기록상 증인신문조서의 존재의 확인)로 하여 이을남이 성립의 진정을 인정(기록상 증인신문조서에서 확인)하거나 검사가 ‘영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법’으로 성립의 진정을 증명(기록상 공판조서에서 확인)한 경우에는 증거능력이 있게 된다. 따라서 기록시험에서는 이을남의 증인신문조서(기록상 공판조서의 뒷부분에 위치)가 없다면 증거능력은 인정되지 않는 것이 원칙이다.

☞ 검사에 의하여 객관적인 방법으로 성립의 진정이 인정된 경우에도 기록에서 이을남에 대한 증인신문조서가 있어야 하는 이유는 이을남이 증인으로 나와야 제312조 제4항에 따른 김갑동의 반대신문권이 보장되기 때문이다.

- 증거의견에서 공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×), 이을남도 부동의(×)하였으나 검사가 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하지 못하여 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 이을남에 대한 사경작성 피신조서에 대하여 부동의하고 있습니다. 그리고 이을남도 증인으로서 성립의 진정을 인정하지 않았고, 검사도 제312조 제4항에 따른 영상녹화물이나 기타 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하지 못하고 있으므로 증거능력이 없습니다.

- 증거의견에서 공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서에 대하여 김갑동이 부동의(×), 이을남도 부동의(×)하고 검사가 객관적 방법으로 성립의 진정을 증명하였으나 이을남이 증인으로 출석하지 않은 경우에 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 이을남에 대한 사경작성 피신조서에 대하여 부동의하고 있습니다. 비록 검사가 제312조 제4항에 따른 영상녹화물이나 기타 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하였으나, 이을남이 증인으로 신청되지 않아 김갑동의 반대신문권이 보장되지 않았으므로 증거능력이 없습니다.

(4) 김갑동이 부동의(×)하고, 이을남이 사망 등으로 진술할 수 없는 경우

이을남에 대한 사경작성 피신조서 중 김갑동의 진술내용은 재전문증거입니다. 김갑동의 진술내용이 증거능력을 인정받기 위해서는 제316조 제1항의 특신상태가 증명되어야 하는바, 이에 대한 증거가 없으므로 증거능력이 없습니다.

(2) 공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서의 진술 내용 중 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 경우

김갑동이 부동의(×)하였지만, 공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서가 증거능력이 인정되는 경우라도 그 일부분이 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 전문진술인 경우에는 관례에 의하면 제316조 제2항에 따라 필요성과 특신상태가 증명되어야 증거능력이 인정된다.

- 김갑동이 부동의(×)하였지만, 증거능력이 인정되는 공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서의 진술 중 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 경우의 예시기록

<기록 예시 - 사경작성 피신조서(증거능력이 인정되는 이을남에 대한 사경작성 피신조서)>

사법경찰관

피의자 이을남에게

문 피의자는 정알선으로부터 김갑동이 훔친 박병진의 고급시계를 싹값에 사라는 말을 들었는가요.
 답 예, 정알선이 저에게 “김갑동이 어제 박병진의 고급시계를 소매치기하는 것을 보았는데, 내가 중재에 나설테니 싹값에 사라”라고 분명하게 말하였습니다.

- 김갑동이 부동의(×)하였지만, 증거능력이 인정되는 공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서의 진술 중 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 경우에 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

이을남에 대한 사경작성 피신조서 중 정알선의 진술내용은 재전문증거입니다. 정알선의 진술내용이 증거능력을 갖추기 위해서는 제316조 제2항의 필요성과 특신상태가 증명되어야 하는바, 원진술자인 정알선은 현재 범정에 출석하여 있으므로 필요성이 인정되지 않아 증거능력이 없습니다.

5. 이을남에 대한 사경작성 피신조서에 있는 재전문진술의 증거능력

☞ 이을남이 공범인 경우에는 김갑동이 동의(○)를 하거나 내용을 인정하는 경우에는 재전문이 크게 의미가 없으므로 이을남이 공범이 아닌 경우만을 전제로 살펴본다.

공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서를 김갑동이 동의(○)한 경우에는 증거능력이 인정되지만, 김갑동이 부동의(×)하였으나 증거능력이 인정되는 경우에도 이을남의 진술에 재전문진술이 포함되어 있는 경우에는 재전문증거이므로 관례에 의하면 증거능력이 인정되지 않는다.

- 김갑동이 부동의(×)하였지만, 증거능력이 인정되는 공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서 중 재전문진술을 내용으로 하는 재전문증거의 예시기록

<기록 예시 - 사경작성 피신조서(증거능력이 인정되는 공범이 아닌 이을남의 사경작성 피신조서)>

사법경찰관

피의자 이을남에게

문 피의자는 정알선으로부터 김갑동이 훔친 박병진의 고급시계를 싹값에 사라는 말을 들었는가요.
 답 예, 정알선이 저의 처에게 “김갑동이 어제 박병진의 고급시계를 소매치기하는 것을 보았는데, 내가 중재에 나설테니 싹값에 사라”라고 분명하게 말했다는 것을 저의 처에게 들었습니다.

- 김갑동이 부동의(×)하였지만, 증거능력이 인정되는 공범이 아닌 이을남에 대한 사경작성 피신조서 중 재전문진술을 내용으로 하는 재재전문증거에 대하여 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

이을남의 사경작성 피신조서 중 정알선의 진술내용은 이을남의 처에게서 들은 내용이므로 재재전문증거입니다. 판례에 의하면 이러한 재재전문증거는 증거능력이 인정되지 않으므로 증거능력이 없습니다.

IV. 진술조서의 증거능력

1. 김갑동이 동의(○)한 경우

증거의견에서 김갑동이 동의(○)한 경우에는 원칙적으로 증거능력 있다.

2. 김갑동이 부동의(×)한 경우

진술조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)한 경우에는 원칙적으로 증거능력이 없다. 다만, 제312조 제4항에 따라 진술자가 증인으로 나온 것을 전제(기록상 증인신문조서의 존재의 확인)로 하여 진술자가 증언(기록상 증인신문조서에서 확인)으로 성립의 진정을 인정하거나, 검사가 ‘영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법’으로 성립의 진정을 증명(기록상 공판조서에서 확인)한 경우에는 증거능력이 있게 된다. 따라서 기록시험에서는 진술자에 대한 증인신문조서(기록상 공판조서의 뒷부분에 위치)가 없다면 진술자에 대한 진술조서는 원칙적으로 증거능력이 인정되지 않는다.

☞ 기록에서 진술자에 대한 증인신문조서가 있어야 하는 이유는 진술자가 증인으로 출석하여야 제312조 제4항에 따른 김갑동의 반대신문권이 보장되기 때문이다.

- 증거의견에서 진술조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하자 진술조서의 진술자가 증인으로 선서한 후 증언으로 성립의 진정을 인정하여 증거능력을 인정받는 예시기록

<기록 예시 - 증인신문조서>

검 사

증인에게 수사기록 중 검사가 작성한 증인에 대한 진술조서를 보여주고 열람하게 한 후,

문 증인은 검찰에서 사실대로 진술하고 그 조서를 읽어보고 서명, 무인한 사실이 있고, 그 진술조서는 그때 검사에게 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있는가요.

답 예, 그렇습니다.

- 증거의견에서 진술조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하였고 진술조서의 진술자가 증인으로 신청되지 않아 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 박병진에 대한 (검사작성 또는 사경작성의) 진술조서에 대하여 부동의하고 있습니다. 그런데 박병진은 증인으로 신청된 바가 없어 반대신문을 받지 않았으므로 증거능력이 없습니다.

- 증거의견에서 진술조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하였고 진술조서의 진술자가 증인으로 신청되었으나 성립의 진정을 인정하지 않고, 검사가 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하지 못하여 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 박병진에 대한 (검사작성 또는 사경작성의) 진술조서에 대하여 부동의하고 있습니다. 그리고 박병진은 증인으로 출석하였지만 증인으로 진술조서에 대한 성립의 진정을 인정하지 않았고, 검사가 '영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법'에 의하여 성립의 진정을 증명하지 못했으므로 증거능력이 없습니다.

3. 김갑동이 부동의(×)하고, 진술인이 사망 등으로 진술할 수 없는 경우

김갑동이 부동의(×)하고, 진술인이 사망 등으로 진술할 수 없는 경우에는 제314조에 의하여 필요성과 특신상태가 인정되면 증거능력이 인정될 수 있다.

- 증거의견에서 진술조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하였지만, 검사가 제314조에 따른 필요성과 특신상태를 입증하는 예시기록

<기록 예시 - 공판조서>

검 사

박병진에 대한 검사작성의 진술조서에 하여 박병진은 공소제기전에 사망하였고, 조사자 등의 신문을 통하여 조사당시에 특신상태가 인정되었다고 진술

- 증거의견에서 진술조서에 대하여 김갑동이 부동의(×)하였지만, 검사가 제314조에 따른 특신상태를 증명하지 못하여 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 박병진에 대한 (검사작성 또는 사경작성의) 진술조서에 대하여 부동의하고 있습니다. 그리고 박병진은 사망하였으므로 제312조 제4항의 요건을 구비할 수 없기에 제314조에 의한 필요성과 특신상태가 인정되면 증거능력이 인정될 수 있습니다. 그런데 박병진은 사망하였으므로 필요성은 인정되지만, 특신상태에 대한 증거가 없으므로 증거능력이 없습니다.

4. 진술조서에 전문진술이 기재된 경우

진술조서가 김갑동에게 증거능력이 인정되는 경우에도 진술인의 진술에 전문진술이 포함되어 있는 재전문증거의 증거능력을 인정할 수 있는지가 문제된다. 이러한 경우 ① 김갑동의 동의(○)가 있어 증거능력이 있는 경우에는 그 당연한 논리상 재전문증거라고 하더라도 증거능력이 인정되지만 ② 김갑동이 동의하지 않았지만, 진술조서가 증거능력이 인정되는 경우에 그 일부분이 전문진술을 내용으로 하는 재전문증거인 경우에는 판례에 의하면 전문진술의 증거능력 요건을 구비하여야 증거능력이 인정된다.

<전문진술을 기재한 조서·서류는 각각의 요건이 구비된 경우에 증거능력이 인정될 수 있다는 판례> 전문진술이나 전문진술을 기재한 조서·서류는 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 원칙적으로 증거능력이 없는 것인데, 다만 전문진술은 형사소송법 제316조 제2항의 규정에 따라 원진술자가 사망, 질병, 외국 거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 예외적으로 증거능력이 있다고 할 것이고, 전문진술이 기재된 조서·서류는 형사소송법 제313조 내지 제314조의 규정에 의하여 각 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론, 나아가 형사소송법 제316조 제2항의 규정에 따른 위와 같은 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다고 할 것이다(대판 2014.4.30. 2012도725).

(1) 진술인의 진술 내용이 김갑동의 진술을 내용으로 하는 경우

김갑동이 부동의(×)하였지만 진술조서가 증거능력이 인정되는 경우라도 그 일부분이 김갑동의 진술을 내용으로 하는 전문진술인 경우에는 제316조 제1항에 의하여 김갑동이 특신상태하에서 진술하였다는 점이 증명되어야 증거능력이 인정된다.

- 증거의견에서 김갑동의 진술서 등에 대하여 김갑동이 부동의(×)하였고, 검사가 제313조 제2항에 따른 성립의 진정을 인정하지 못하여 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 일기장에 대하여 성립의 진정을 부인하는 취지로 부동의하고 있습니다. 그런데 검사는 제313조 제2항에 따라 객관적인 방법으로 성립의 진정을 증명하지 않았으므로 증거능력이 없습니다.

2. 김갑동의 진술기재서류(문자·사진·영상 등 포함)의 증거능력 판단

(1) 김갑동이 동의(○)하는 경우

김갑동의 진술기재서류는 김갑동이 동의(○)하면 원칙적으로 증거능력이 인정된다.

(2) 김갑동이 부동의(×)하는 경우

1) 김갑동의 진술기재서류에 서명날인이 없는 경우

김갑동의 진술기재서류에 서명날인이 없는 경우에는 제313조 제1항의 기본적인 요건이 구비되지 않아 증거능력이 인정되지 않고, 판례의 취지에 따르면 이 경우에는 제314조도 적용될 수 없다.

2) 김갑동의 진술기재서류에 서명날인이 있는 경우

김갑동의 서명 또는 날인이 있는 진술기재서류는 김갑동이 동의(○)하면 원칙적으로 증거능력이 인정된다. 그러나 김갑동이 부동의(×)하면 제313조 제1항 단서에 따라 작성자가 증인으로 선서한 후 증언으로 성립의 진정을 인정(기록상 증인신문조서에서 확인)하고, 특신상태가 인정되면 증거능력이 인정된다. 따라서 김갑동이 부동의(×)한 경우라면 기록에서 작성자의 증인신문조서가 있는지 확인하여야 한다.

<작성자설을 따른 판례> 통신비밀보호법은 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하고(제3조 본문), 이에 위반하여 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없고(제4조), 누구든지 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취할 수 없고(제14조 제1항), 이에 의한 녹음 또는 청취에 관하여 위 제4조의 규정을 적용한다(제14조 제2항)고 각 규정하고 있는바, 녹음테이프 검증조서의 기재 중 피고인과 공소외인 간의 대화를 녹음한 부분은 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 것이므로 위 법 제14조 제2항 및 제4조의 규정에 의하여 증거능력이 없고, 피고인들 간의 전화통화를 녹음한 부분은 피고인의 동의없이 불법감청한 것이므로 위 법 제4조에 의하여 증거능력이 없다. 또한, 녹음테이프 검증조서의 기재 중 고소인이 피고인과의 대화를 녹음한 부분은 타인간의 대화를 녹음한 것이 아니므로 위 법 제14조의 적용을 받지는 않지만, 그 녹음테이프에 대하여 실시한 검증의 내용은 녹음테이프에 녹음된 대화의 내용이 검증조서에 첨부된 녹취서에 기재된 내용과 같다는 것에 불과하여 증거자료가 되는 것은 여전히 녹음테이프에 녹음된 대화의 내용이라 할 것인바, 그 중 피고인의 진술내용은 실질적으로 형사소송법 제311조, 제312조 규정 이외에 피고인의 진술을 기재한 서류와 다를 바 없으므로, 피고인이 그 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상 그 녹음테이프 검증조서의 기재 중 피고인의 진술내용을 증거로 사용하기 위해서는 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 공판준비 또는 공판기일에서 그 작성자인 고소인의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 것으로 인정되어야 한다(대판 2001.10.9, 2001도3106).

- 증거의견에서 김갑동의 진술기재서류 등에 대하여 김갑동이 부동의(×)하였지만, 작성자가 증인으로 선서한 후 증언으로 성립의 진정을 인정하고 특신상태가 인정되어 증거능력이 인정되는 예시기록

<기록 예시 - 증인신문조서>

검 사

증인 나대필에게 차용증을 열람하게 한 후,

문 증인이 작성한 차용증이 맞는지요.

답 예, 제가 피고인 김갑동의 진술에 따라 정확하게 작성한 차용증이 맞습니다. 당시 김갑동은 많은 채무를 부담하는 것이므로 굉장히 심각한 표정이었습니다.

- 증거의견에서 김갑동의 진술기재서류 등에 대하여 김갑동이 부동의(×)하였고, 작성자가 증인으로 신청되지 않아 증거능력이 배제되는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 김갑동 명의의 차용증에 대하여 부동의하고 있습니다. 그런데 작성자인 나대필이 증인으로 신청되지 않아 증인으로 선서하고 증인으로 제313조 제1항 단서에 따른 성립의 진정을 인정하지 않았으므로 증거능력이 없습니다.

3. 김갑동이외의 진술자의 자필 진술서(문자·사진·영상 등 포함)

(1) 김갑동이 동의(○)하는 경우

증거의견에서 김갑동이 동의(○)하면 원칙적으로 증거능력이 인정된다.

(2) 김갑동이 부동의(×)하는 경우 ★

증거의견에서 김갑동이 부동의(×)하면 원칙적으로 증거능력이 인정되지 않는다. 다만, ① 제313조 제1항에 따라 진술자가 증인으로 나온 것을 전제(기록상 증인신문조서의 존재의 확인)로 하여 진술자가 증언(기록상 증인신문조서에서 확인)으로 성립의 진정을 인정하거나 ② 제313조 제2항에 따라 검사가 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감청 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명(기록상 공판조서에서 확인)되면 증거능력이 인정될 수 있다. 그러나 ②의 경우에도 제313조 제2항 단서에 따라 김갑동의 반대신문권이 보장되어야 하므로 결국 진술자에 대한 증인신문조서가 있어야지만 증거능력이 인정된다. 그리고 진술서의 성립의 진정을 인정하지 못하는 경우에는 제314조에 따라 필요성과 특신상태가 증명되면 증거능력이 인정될 수 있다.

☞ 기록에서 진술자에 대한 증인신문조서가 있어야 하는 이유는 ① 진술자가 증인으로 출석하여야 진술서의 성립의 진정을 인정할 수 있으며 ② 검사가 과학적인 방법으로 성립의 진정을 인정하더라도 제313조 제2항 단서에 따른 김갑동의 반대신문권이 보장되기 때문이다.

- 증거의견에서 진술서 등에 대하여 김갑동이 부동의(×)하였어도 진술자(작성자와 동일)의 증언에 의하여 성립의 진정이 인정되어 증거능력이 인정되는 예시기록

<기록 예시 - 증인신문조서>

검 사

증인에게 고소장을 열람하게 한 후,

문 증인이 작성하여 제출한 고소장이 맞는지요.

답 예, 제가 작성하여 제출한 고소장이 맞습니다.

- 증거의견에서 진술서 등에 대하여 김갑동이 부동의(×)하였고, 진술자(작성자와 동일)가 증인으로 신청되지 않아 증거능력이 배제되는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 박병진의 고소장에 대하여 부동의하고 있습니다. 그런데 박병진이 증인으로 신청되지 않아 박병진이 증인으로 선서하고 증언으로 제313조 제1항 본문에 따른 성립의 진정을 인정하지 않았으므로 증거능력이 없습니다.

- 증거의견에서 진술서 등에 대하여 김갑동이 부동의(×)하였고 진술자(작성자와 동일)가 증인으로 신청되었지만, 성립의 진정을 인정하지 않고 검사가 객관적 방법으로 성립의 진정을 증명하지 않아 증거능력이 배제되는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 박병진의 고소장에 대하여 부동의하고 있습니다. 그런데 박병진이 증인으로 출석하였으나 성립의 진정을 인정하지 않았고, 검사도 제313조 제2항 본문에 따른 객관적 방법으로 성립의 진정을 증명하지 못했으므로 증거능력이 없습니다.

4. 김갑동이외의 진술자의 진술기재서류(문자·사진·영상 등 포함)

- (1) 김갑동이 동의(○)하는 경우

증거의견에서 김갑동이 동의(○)하면 원칙적으로 증거능력이 인정된다.

- (2) 김갑동이 부동의(×)하는 경우

- 1) 진술자의 서명날인이 없는 경우

진술자의 진술기재서류에 서명날인이 없는 경우에는 제313조 제1항의 기본적인 요건이 구비되지 않아 증거능력이 인정되지 않고, 판례에 의하면 이 경우에는 제314조도 적용될 수 없다.

<전화대화내용의 수사보고서에 진술자의 서명 또는 날인이 없어 증거능력 부정판례> 외국에 거주하는 참고인과의 전화 대화내용을 문답형식으로 기재한 검찰주사보 작성의 수사보고서는 전문증거로서 형사소송법 제310조의2에 의하여 제311조 내지 제316조에 규정된 것 이외에는 이를 증거로 삼을 수 없는 것인데, 위 수사보고서는 제311조, 제312조, 제315조, 제316조의 적용대상이 되지 아니함이 분명하므로, 결국 제313조의 진술을 기재한 서류에 해당하여야만 제314조의 적용 여부가 문제될 것인바, 제313조가 적용되기 위하여는 그 진술을 기재한 서류에 그 진술자의 서명 또는 날인이 있어야 한다(대판 1999. 2. 26. 98도2742).

- 증거의견에서 진술자의 진술기재서류 등에 대하여 김갑동이 부동의(×)하였지만, 진술기재서류에 진술자(작성자와 다름)의 서명·날인이 없어 증거능력이 배제되는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

진술자의 증명서는 피고인 아닌 자의 진술기재서류로서 제313조 제1항 본문에 의하여 진술자의 서명·날인이 있어야 증거능력이 인정됩니다. 그런데 증명서에는 진술자의 서명·날인이 없으므로 증거능력이 없습니다.

- 2) 김갑동이 부동의(×)한 경우

김갑동이 부동의(×)하면 원칙적으로 증거능력이 인정되지 않는다. 그러나, 제313조 제1항 본문에 따라 진술자가 증인으로 선서한 후 증언으로 성립의 진정을 인정(기록상 증인신문조서에서 확인)하면 증거능력이 인정된다. 따라서 기록시험에서는 진술자에 대한 증인신문조서(기록상 공판조서의 뒷부분에 위치)가 없다면 진술자에 대한 진술기재서류는 증거능력이 인정되지 않는다. 다만, 제314조에 따라 필요성과 특신상태가 증명되면 증거능력이 인정될 수 있다.

- 증거의견에서 진술자의 진술기재서류 등에 대하여 김갑동이 부동의(×)하였지만, 진술자(작성자와 다름)의 증언에 의하여 성립의 진정이 인정되어 증거능력이 인정되는 예시기록

<기록 예시 - 증인신문조서>

검 사

증인에게 고소장을 열람하게 한 후,

문 증인이 그 내용을 진술하고 증인의 어머니가 작성하여 제출한 고소장이 맞는지요.

답 예, 제가 교통사고를 당해 팔을 쓸 수 없어 어머니가 대필을 하고 제가 서명하고 날인한 고소장이 맞고, 그 내용도 제가 진술한대로 적혀있습니다.

- 증거의견에서 진술자의 진술기재서류 등에 대하여 김갑동이 부동의(×)하였지만, 진술자(작성자와 다름)의 증언에 의하여 성립의 진정이 인정되지 않아 증거능력이 배제되는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 박병진의 고소장에 대하여 부동의하고 있습니다. 그리고 진술자인 박병진이 증인으로 신청되지 않아 증인으로 선서하고 증언으로 제313조 제1항 본문에 따른 성립의 진정을 인정하지 않았으므로 증거능력이 없습니다.

5. 진술서나 진술기재서류에 전문진술이 있는 경우 - 재전문증거

진술서나 진술기재서류가 김갑동에게 증거능력이 인정되는 경우에도 진술인의 진술에 전문진술이 포함되어 있는 재전문증거의 증거능력을 인정할 수 있는지가 문제된다. 이러한 경우 ① 김갑동의 동의(○)가 있어 증거능력이 있는 경우에는 그 당연한 논리상 재전문증거라고 하더라도 증거능력이 인정되지만 ② 김갑동이 동의하지 않았지만, 진술서나 진술기재서류가 증거능력이 인정되는 경우에 그 일부분이 전문진술을 내용으로 하는 재전문증거인 경우에는 판례에 의하면 전문진술의 증거능력 요건을 구비하여야 증거능력이 인정된다.

<전문진술을 기재한 조서·서류는 각각의 요건이 구비된 경우에 증거능력이 인정될 수 있다는 판례> 전문진술이나 전문진술을 기재한 조서·서류는 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 원칙적으로 증거능력이 없는 것인데, 다만 전문진술은 형사소송법 제316조 제2항의 규정에 따라 원진술자가 사망, 질병, 외국 거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 예외적으로 증거능력이 있다고 할 것이고, 전문진술이 기재된 조서·서류는 형사소송법 제313조 내지 제314조의 규정에 의하여 각 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론, 나아가 형사소송법 제316조 제2항의 규정에 따른 위와 같은 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다고 할 것이다(대판 2014.4.30. 2012도725).

(1) 진술인의 진술 내용이 김갑동의 진술을 내용으로 하는 경우

김갑동이 부동의(×)하였지만 진술서나 진술기재서류가 증거능력이 인정되는 경우라도 그 일부분이 김갑동의 진술을 내용으로 하는 전문진술인 경우에는 제316조 제1항에 의하여 김갑동이 특신상태하에서 진술하였다는 점이 증명되어야 증거능력이 인정된다.

- 김갑동이 부동의(×)하였지만, 증거능력이 인정되는 진술서나 진술기재서류 중 김갑동의 진술을 내용으로 하는 경우의 예시기록

<기록 예시 - 고소장(증거능력이 인정되는 정알선의 고소장)>

김갑동이 저에게 “박병진의 고급시계를 절취하였으니 이를 값값에 팔아달라”라고 분명히 말하였지만, 제가 더 이상 범죄를 범할 마음이 없어 이에 신고하는 것입니다.

- 김갑동이 부동의(×)하였지만, 증거능력이 인정되는 진술서나 진술기재서류 중 김갑동의 진술을 내용으로 하는 경우에 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

정알선의 고소장의 진술 중 김갑동의 진술내용은 재전문증거입니다. 그런데 김갑동의 진술내용이 증거능력을 갖추기 위해서는 제316조 제1항의 특신상태가 증명되어야 하는바, 이에 대한 증명이 없으므로 증거능력이 없습니다.

(2) 진술인의 진술 내용이 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 경우

김갑동이 부동의(×)하였지만 진술서나 진술기재서류의 증거능력이 인정되는 경우라도 그 일부분이 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 전문증거인 경우에는 제316조 제2항에 따라 원진술자에게 필요성이 인정되고 특신상태하에서 진술자에게 진술하였다는 점이 증명되어야 증거능력이 인정된다.

- 김갑동이 부동의(×)하였지만, 증거능력이 인정되는 진술조서 중 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 경우의 예시기록

<기록 예시 - 고소장 (증거능력이 인정되는 나장물의 고소장)>

나목격이 저에게 “김갑동이 어제 박병진의 고급시계를 소매치기하는 것을 보았는데, 내가 중재에 나설테니 싼값에 사라”라고 분명하게 말하였습니다.

- 김갑동이 부동의(×)하였지만, 증거능력이 인정되는 진술서나 진술기재서류 중 김갑동이 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 경우에 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

나장물의 고소장의 진술 중 나목격의 진술내용은 재전문증거입니다. 그런데 나목격의 진술내용이 증거능력을 갖추기 위해서는 제316조 제2항의 필요성과 특신상태가 증명되어야 하는바, 원진술자인 나목격은 현재 법정에 출석하여 있으므로 필요성이 인정되지 않아 증거능력이 없습니다.

6. 진술서나 진술기재서류에 재전문진술이 기재된 경우 - 재재전문증거

판례에 의하면 재전문증거 중 전문진술이 기재된 서류만 각각의 요건을 구비한 경우에 증거능력을 인정하고 있으므로 진술자에 대한 검사작성 또는 사경작성 진술조서에 있는 재전문진술은 재재전문증거이므로 증거능력이 인정되지 않는다.

- 김갑동이 부동의(×)하였지만, 증거능력이 인정되는 진술서 중 재전문진술을 내용으로 하는 재재전문증거의 예시 기록

<기록 예시 - 고소장 (증거능력이 인정되는 나장물의 고소장)>

정알선이 저의 처에게 “김갑동이 어제 박병진의 고급시계를 소매치기하는 것을 보았는데, 내가 중재에 나설테니 싼값에 사라”라고 분명하게 말했다는 것을 저의 처에게 들었습니다.

- 김갑동이 부동의(×)하였지만, 증거능력이 인정되는 진술서 중 재전문진술을 내용으로 하는 재재전문증거에 대하여 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

나장물의 고소장의 내용 중 정알선의 진술내용은 나장물의 처에게서 들은 내용이므로 재재전문증거입니다. 판례에 의하면 이러한 재재전문증거는 증거능력이 인정되지 않으므로 증거능력이 없습니다.

VI. 압수조서와 압수목록 및 감정서의 증거능력

☞ 압수조서 등의 증거능력 판단은 기록형시험에 자주 출제된다. 이러한 압수조서 등에 대하여는 일반적으로 동의하게 되지만, 그 기초가 되는 압수물이 위법수집증거인 경우에는 독수독과이론에 따라 압수조서 등도 증거능력이 없게 된다. 따라서 압수조서 등의 증거능력은 압수물의 위법여부에 따라 판단된다는 점을 기억해 두어야 한다.

1. 별건압수로서 압수물이 위수증인 경우

○ 별건압수물로 위수증인 예시기록

<기록 예시 - 압수조서 중 압수경위 부분>

2011. 11. 2. 04 : 00 피의자 김갑동을 특수강도 혐의로 긴급체포하여 서울서초경찰서 형사과 형사팀 사무실로 인치하였는데, 피의자의 인상착의가 당서에서 수사 중인 2011. 6. 1.자 주거침입 강간미수사건의 용의자와 유사하여 피해자 정미희를 당서로 불러 피의자를 보여준 결과 범인이 맞다고 하다. 이에 피의자의 주거지를 수색한 결과 용의자의 신발자국과 유사한 신발을 발견하고 형사소송법 제217조 제1항에 따라 긴급체포한 지 24시간 이내에 압수하다.

○ 별건압수물로 위수증이어서 압수조서 등이 증거능력 배제되는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

사법경찰관이 압수한 나이키 신발은 김갑동에 대한 특수강도혐의로 긴급체포한 이후에 제217조 제1항에 따라 영장없이 압수한 것입니다. 그런데 나이키 신발은 강간미수사건과 관련된 증거로서 특수강도 범행과는 관련성이 없는 증거이므로 별건압수에 해당하여 위법수집증거이므로 증거능력이 없습니다. 그리고 이를 기초로 작성된 압수조서와 압수목록 및 감정서도 (비록 피고인이 동의하였지만) 독수독과이론에 따라 증거능력이 없습니다.

2. 압수절차의 위법으로 위수증인 경우

○ 압수절차의 위법으로 위수증인 예시기록

<기록 예시 - 압수조서>

피의자 김갑동에 관한 뇌물공여 등 혐의로 서울서초경찰서에서 2014.7.30. 14 : 00피의자로 긴급체포한 후, 2014. 8. 1. 13 : 00경 피의자의 갑동건설 주식회사 사무실을 수색하던 중 책상 서랍에 보관 중인 피의자 소유의 수첩을 발견한 바, 그 수첩에 “2014. 5. 8. 100만 원, 관”이라고 기재되어 있어 뇌물공여 혐의의 증거라고 사료되고, 긴급히 압수할 필요가 있어 별지 압수목록과 같이 영장 없이 압수하다.

<증거능력 배제 예시답안>

사법경찰관이 김갑동을 긴급체포한 시간은 2014.7.30. 14 : 00이며, 수첩을 압수한 시간은 2014.8.1.13 : 00입니다. 형소법 제217조 제1항에 의하면 긴급체포한 때부터 24시간이내에만 영장없는 압수가 가능한데 본 사건의 수첩의 압수는 긴급체포후 24시간이 지난후의 압수이므로 이는 위법하게 수집한 증거물로서 증거능력이 없습니다. 그리고 이를 기초로 작성된 압수조서와 압수목록도 (비록 피고인이 동의하였지만) 독수독과이론에 따라 증거능력이 없습니다.

3. 영장없는 압수 후 사후영장의 미청구로 위수증인 경우

○ 영장없는 압수 후 사후영장의 미청구로 위수증인 예시기록

<기록 예시 - 공판조서>

재판장

검사에게

문 압수된 일기장(증 제1호)에 대한 압수수색영장이 사후에 발부된 사실이 있는가요.

답 아니요, 압수된 일기장(증 제1호)에 대한 압수수색영장이 사후에 발부된 사실이 없습니다.

○ 영장없는 압수 후 사후영장의 미청구로 증거능력이 배제되는 예시답안

<증거능력 배제 예시 답안>

사법경찰관이 압수한 일기장은 제216조 제1항 2호에 의하여 체포현장에서 영장없이 압수한 것입니다. 그런데 사법경찰관은 이후 제217조 제2항에 따라 사후에 지체없이 압수영장을 청구하지 않았으므로 이는 위법수집증거로서 증거능력이 없습니다. 그리고 이를 기초로 작성된 압수조서와 압수목록도 (비록 피고인이 동의하였지만) 독수독과이론에 따라 증거능력이 없습니다.

VII. 제314조에 의한 증거능력 인정

1. 제314조에 의한 증거능력 인정

김갑동이 부동의(×)한 제312조 제4항, 제6항, 제313조의 적용을 받는 서류가 성립의 진정을 인정받지 못한 경우에도 제314조에 따라 필요성과 특신상태가 증명되면 증거능력이 인정된다.

2. 제314조의 필요성과 관련된 기본 판례

<외국거주의 판단방법> 구 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8461호로 개정되기 전의 것) 제314조에 따라 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위하여는 '진술을 요할 자가 사망·질병·외국거주 기타 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우'이어야 하고, '그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 것'이라야 한다는 두 가지 요건이 갖추어져야 할 것인바, 첫째 요건과 관련하여 '외국거주'라 함은 진술을 요할 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 수사 과정에서 수사기관이 그 진술을 청취하면서 그 진술자의 외국거주 여부와 장래 출국 가능성을 확인하고 만일 그 진술자의 거주지가 외국이거나 그가 가까운 장래에 출국하여 장기간 외국에 체류하는 등의 사정으로 향후 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우가 발생할 개연성이 있다면 그 진술자의 외국 연락처를, 일시 귀국할 예정이 있다면 그 귀국 시기와 귀국시 체류 장소와 연락 방법 등을 사전에 미리 확인하고 그 진술자에게 공판정 진술을 하기 전에는 출국을 미루거나, 출국한 후라도 공판 진행 상황에 따라 일시 귀국하여 공판정에 출석하여 진술하게끔 하는 방안을 확보하여 그 진술자로 하여금 공판정에 출석하여 진술할 기회를 충분히 제공하며, 그 밖에 그를 공판정에 출석시켜 진술하게 할 모든 수단을 강구하는 등 가능하고 상당한 수단을 다하였다도 그 진술을 요할 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 그 요건이 충족된다(대판 2008.2.28, 2007도10004).

<소재탐지촉탁까지 하여야 소재불명이라는 판례> 형사소송법 제314조에서 말하는 '공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없을 때'라 함은 단순히 소환장이 주소불명 등으로 송달불능된 것만으로는 부족하고, 송달불능이 되어 소재탐지촉탁까지 하여 소재수사를 하였음에도 불구하고, 그 소재를 확인할 수 없어 출석하지 아니한 경우에 비로소 이에 해당한다고 할 것이며(대법원 1985. 2. 26. 선고 84도1697 판결, 1996. 5. 14. 선고 96도575 판결 등 참조), 증인의 주소지가 아닌 곳으로 소환장을 보내 송달불능이 되자 그 곳을 중심으로 소재탐지를 한 끝에 소재탐지불능 회보를 받은 경우에는 이에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1979. 12. 11. 선고 79도1002 판결 참조)(대판 2006.12.22, 2006도7479).

<증언거부권행사는 필요성이 인정되지 않는다는 판례(변호사의 법률의견서 사건)> [다수의견] 현행 형사소송법 제314조의 문언과 개정 취지, 증거거부권 관련 규정의 내용 등에 비추어 보면, 법정에서 출석한 증인이 형사소송법 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증거거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 아니한다(대판 2012.5.17, 2009도6788 전합).

<진술거부권의 행사는 필요성이 인정되지 않는다는 판례> [1] 현행 형사소송법 제314조의 문언과 개정 취지, 진술거부권 관련 규정의 내용 등에 비추어 보면, 피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다고 할 것이다. [2] 공판기일에서 디지털 저장매체로부터 출력한 문서의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 피고인들이 진술거부권을 행사한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 기타 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않는다고 판단한 원심을 수긍한 사안(대판 2013. 6.13. 2012도16001).

<출산을 앞둔 경우는 필요성이 인정되지 않는다는 판례> 공판기일에 증인으로 소환받고도 출산을 앞두고 있다는 이유로 출석하지 아니한 것은 특별한 사정이 없는 한 사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술을 할 수 없는 때에 해당한다고 할 수 없어 형사소송법 제314조에 의한 증거능력이 있다고 할 수 없다(대판 1999.4.23. 99도915).

<성추행으로 인하여 외상 후 스트레스 증후군을 앓고 있다는 것으로는 필요성을 인정할 수 없다는 판례> 만 5세 무렵에 당한 성추행으로 인하여 외상 후 스트레스 증후군을 앓고 있다는 등의 이유로 공판정에 출석하지 아니한 약 10세 남짓의 성추행 피해자에 대한 진술조서가 형사소송법 제314조에 정한 필요성의 요건과 신용성 정황적 보장의 요건을 모두 갖추지 못하여 증거능력이 없다고 본 원심의 판단을 수긍한 사례(대판 2006.5.25. 2004도3619).

<제314조와 제316조의 특신상태의 증명의 정도> [1] 형사소송법 제314조가 참고인의 소재불명 등의 경우에 그 참고인이 진술하거나 작성한 진술조서나 진술서에 대하여 증거능력을 인정하는 것은, 형사소송법이 제312조 또는 제313조에서 참고인 진술조서 등 서면증거에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우에 한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 인정한 데 대하여 다시 중대한 예외를 인정하여 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 한 것이므로, 그 경우 참고인의 진술 또는 작성이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음에 대한 증명’은 단지 그럴할 개연성이 있다는 정도로서는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다. [2] 형사소송법 제314조의 ‘특신상태’와 관련된 법리는 마찬가지로 원진술자의 소재불명 등을 전제로 하고 있는 형사소송법 제316조 제2항의 ‘특신상태’에 관한 해석에도 그대로 적용된다(대판 2014.04.30. 2012도725).

3. 제314조와 관련하여 증거능력을 배제하는 예시답안

- 진술조서의 진술자에 대하여 소재탐지촉탁까지 하지 않은 것은 필요성이 인정되지 않아 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 박병진의 진술조서에 대하여 부동의하고 있습니다. 그리고 박병진은 증인으로 신청되었으나 법정에서 출석하지 않았습니다. 검사는 소환장이 주소불명 등으로 송달불능되어 필요성이 인정된다고 하지만, 판례에 의하면 소환장의 송달불능이 된 것만으로는 부족하고 소재탐지촉탁까지 하여야 필요성이 인정됩니다. 따라서 소재탐지촉탁까지 하지 않은 본 사건의 경우에는 필요성이 인정되지 않아 증거능력이 없습니다.

- 법률의견서의 진술자가 증언을 거부한 것은 필요성이 인정되지 않아 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 나변호의 법률의견서에 대하여 부동의하고 있습니다. 그리고 나변호는 증인으로 신청되었으나 법정에서 증언을 거부하였습니다. 판례에 의하면 증언을 거부한 것은 제314조의 필요성이 인정되지 않으므로 법률의견서는 증거능력이 없습니다.

- 필요성은 인정되나 특신상태의 증명이 없어 증거능력을 배제하는 예시답안

<증거능력 배제 예시답안>

김갑동은 박병진의 진술서에 대하여 부동의하고 있습니다. 그리고 박병진은 사망하였으므로 제314조의 필요성이 인정되나, 진술당시 특신상태하에 있었다는 증거가 없으므로 증거능력이 없습니다.

Ⅷ. 기타 서류들에 대한 증거능력

기록형시행에서는 위에서 언급하지 않은 많은 서류들이 제출된다. 가장 대표적인 서류들로는 수사보고서, 실황조사서, 전과회보서, 약식명령, 판결문, 가족관계증명서, 등기사항전부증명서, 자동차등록원부, 자동차보험가입사실증명서 등이 있다. 그러나 기록형시행에서는 일반적으로 증거의견이 동의로 되어 있고, 아직까지 이 부분의 증거능력을 판단하는 문제는 출제가 되지 않았으므로 크게 문제될 것은 없다.

무면공 예시답안과 소추조건 정리

3편에서는 일반적으로 시험에서 출제되는 작은 배점의 문제들을

- I. 제325조 전단 무죄판결 예시답안
- II. 제326조 면소판결 예시답안
- III. 제327조 공소기각판결 예시답안
- IV. 공소시효와 친고죄 및 반의사불벌죄
관련 조문 정리의 순서로
설명한다.

일반적으로 시험에서 출제되는 작은 배점의 문제들은 ① 공소사실이 범죄로 되지 아니하는 제325조 전단사유로 무죄에 해당하는 경우 ② 제326조의 면소판결 사유에 해당되는 경우 ③ 제327조의 공소기각판결 사유에 해당하는 경우이다.⁶⁾

제3편에서는 일반적으로 시험에서 출제되는 작은 배점의 문제들을

- I. 제325조 전단 무죄판결 예시답안
- II. 제326조 면소판결 예시답안
- III. 제327조 공소기각판결 예시답안
- IV. 공소시효와 친고죄 및 반의사불벌죄 관련 조문 정리의 순서로 설명한다.

6) 제319조의 관할위반판결과 제328조의 공소기각결정 사유는 시험에 출제되기가 어려우므로 이는 생략한다.

I. 제325조 전단 무죄판결 예시답안

제325조 전단 무죄판결을 구하는 경우는 공소사실이 구성요건에 해당하지 않거나 구성요건에 해당하더라도 위법이나 책임이 조각되어 범죄가 되지 아니하는 경우이다. 형사소송법 제325조 전단 무죄를 구하는 사유들은 상당히 많이 있다. 그러나 아래에서는 기출문제에 출제되었던 제325조 전단 무죄를 구하는 예시답안을 정리하니 참고하기 바란다.⁷⁾

○ 명예훼손죄에서 사실의 적시를 부정하여 제325조 전단의 무죄를 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁점⁸⁾

이름남은 본 공소사실을 인정하고 있습니다만, 법리적으로 ① 주위적 공소사실인 명예훼손에 해당되는지 ② 예비적 공소사실인 모욕죄에 대한 적법한 공소제기가 있는지가 쟁점입니다.

2. 명예훼손의 해당여부

가. 법리와 사안의 적용

판례는 명예훼손은 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 구체적 사실의 적시를 하

여 명예를 침해함을 요하는 것이라고 판시하고 있습니다. 살피건대 이름남이 ‘이 나쁜 새끼. 거짓말쟁이’라고 한 것은 김갑동에 대한 경멸적 감정의 표현은 될 수 있을지언정 구체적 사실을 적시한 것이라고 볼 수 없습니다.

나. 결 언

따라서 주위적 공소사실인 명예훼손죄는 (범죄가 되지 아니하므로) 제325조 전단에 따라 무죄판결의 선고를 구할 수 있습니다.

3. 모욕죄와 고소의 추완⁹⁾

가. 친고죄의 고소의 추완의 부정

예비적 공소사실인 모욕죄는 형법 제312조 제1항에 의하여 친고죄입니다. 그런데 검사는 공소제기일인 2014년 10월 17일에 고소장을 제출한 바 없고, 2014년 12월 18일에 김갑동이 고소를 하자 이를 바탕으로 2014년 12월 18일에 모욕죄를 예비적 공소사실로 추가하고 있습니다. 그러나 판례에 의하면 고소의 추완을 허용하지 않으므로 예비적 공소사실인 모욕죄는 위법한 공소제기가 됩니다.

나. 결 언

따라서 예비적 공소사실인 모욕죄에 대하여는 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소기각판결의 선고를 구하는 주장을 할 수 있습니다.

○ 갈취한 신용카드로 예금을 인출한 경우에 절도죄와 여전법위반죄의 성립을 부정하여 제325조 전단의 무죄를 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁점

이름남은 본 공소사실에 대하여 자백하고 있습니다. 그런데 본 공소사실은 이미 범해진 공갈죄로 취득한 신용카드를 이용하여 현금을 인출하는 과정에서 발생한 것으로 ① 현금을 취득한 부분에 새로운 절도죄가 성립하는지 ② 갈취한 신용카드를 사용한 것이 여신전문금융업법 제70조 제1항 제4호의 부정사용에 해당하는지가 쟁점입니다.

2. 인출한 현금에 대한 절도죄의 성립여부

- 7) 제325조 전단 사유들의 예시답안을 모두 작성하는 것은 거의 불가능하고 무익하다고도 볼 수 있다. 따라서 미흡하기는 하지만, 독자분들이 본서의 예시답안을 참조하여 적절히 연습하시기 바란다.
- 8) 작은 배점의 문제이지만 명확한 쟁점 파악에 도움이 되도록 쟁점을 모두 적어 놓았다. 부탁드릴 것은 채점기준표에는 작은 배점의 문제에서의 쟁점은 배점이 없어 보이므로 법리를 전개할 때 쟁점을 같이 언급하는 것도 하나의 방법이 될 것이다. 다만, 쟁점을 적었다고 하여 가점을 주지 못할망정 감점시킬 일은 없으므로 여건이 가능하면 적어주는 것이 바람직하다. 이하 아래에서 모두 동일하다.
- 9) 본 주제와는 관련이 없지만, 참조용으로 확인하시기 바란다.

판례에 의하면 갈취한 카드를 이용하여 현금을 인출하는 행위는 별도의 절도죄가 성립하지 않고 공갈죄의 포괄일죄라고 판시하고 있습니다. 따라서 본 공소사실의 경우에도 별도의 절도죄는 성립하지 않고 공갈죄의 포괄일죄에 불과합니다.

3. 신용카드 부정사용죄의 성립여부

판례에 의하면 여신전문금융업법 제70조 제1항 소정의 부정사용은 신용카드나 직불카드의 본래적 용법에 따른 사용을 말하므로 본 건과 같이 신용카드를 이용하여 예금을 인출한 경우에는 부정사용죄가 성립하지 않습니다.¹⁰⁾

4. 결 언

따라서 본 공소사실들은 범죄가 되지 않으므로 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄판결을 선고하여 주시기 바랍니다.

○ 사망자 상대 소송사기죄의 성립을 부정하여 제325조 전단의 무죄를 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁 점

김갑동은 본 공소사실을 인정하고 있습니다. 그런데 범리상 사망자를 상대로 한 소송사기죄가 성립할 수 있는지가 쟁점입니다.

2. 판례의 태도

판례는 ‘피고인의 제소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 이와 같은 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하고 따라서 사기죄를 구성한다고 할 수 없다’고 판시하여 사망자 상대 소송사기죄를 부정하고 있습니다.

3. 결 언

따라서 이러한 판례의 태도에 의하면 본 공소사실은 범죄가 되지 아니하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄판결의 선고를 주장할 수 있을 것입니다.

○ 공갈죄에 있어서 피해자의 처분행위가 없어 제325조 전단의 무죄를 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁 점

이을혜는 강기술을 폭행한 사실은 인정합니다. 그런데 강기술의 처분행위가 없는 이러한 사실만으로 공갈죄의 성립을 인정할 수 있는지가 쟁점입니다.

2. 범리적 검토

판례에 의하면 공갈죄가 성립하기 위해서는 폭행 또는 협박과 같은 공갈행위로 인하여 피공갈자가 재산상 이익을 공여하는 처분행위가 있어야 합니다. 그런데 본 사건에서는 피해자가 처분행위를 한 바가 없으며, 단지 피해자가 피고인으로부터 원래라면 얻을 수 있었던 재산상 이익의 실현에 장애가 발생한 것에 불과하므로 공갈죄는 성립할 수 없습니다.

3. 결 언

따라서 본 공소사실은 범죄가 되지 않으므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄판결이 선고되어야 합니다.

4. 축소사실인 폭행의 점에 대하여

본 공소사실에 포함되어 있는 폭행죄는 형법 제260조 제3항에 의하여 반의사불벌죄입니다. 이에 대하여 피해자인 강기술은 이 사건 공소제기 전인 2012. 9. 28.에 처벌불원의 의사를 표시하고 있으므로 폭행죄에 대하여는 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 선고하여 주시기 바랍니다.

10) 여전법 제70조 제1항 4호에는 갈취된 카드가 포함되지 않는다는 해설도 가능하지만 간략하게 답안을 작성하기 위하여 생략한다.

○ 불법원인급여물에 대한 횡령죄의 성립을 부정하여 제325조 전단의 무죄를 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁점

이달수는 4,000만원을 영득했다는 공소사실을 인정하고 있습니다. 그런데 김토건이 이달수에게 금품을 전달한 것은 불법원인급여에 해당하여 이러한 불법원인급여물에 대한 횡령죄가 성립할 수 있는지가 쟁점입니다.

2. 불법원인급여에 대한 횡령죄의 성부

판례는 불법원인급여를 횡령한 경우에 원칙적으로 부정설을 따르고, 수탁자의 불법이 위탁자의 불법보다 현저히 큰 경우에만 예외적으로 횡령죄의 성립을 인정하고 있습니다. 본 사건의 경우에 4,000만원은 배임수채죄에 공할 불법원인급여물이며, 예외적인 상황이 아니므로 피고인 이달수가 4,000만원을 영득한 부분은 횡령죄가 성립하지 않습니다.

3. 결언

따라서 본 공소사실은 범죄가 되지 않으므로 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄판결을 선고해 주시기 바랍니다.

○ 업무상횡령죄에서 불법영득의사를 부정하여 제325조 전단의 무죄를 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁점

김갑동은 본 공소사실에 대하여 자신이 처벌받는 것은 억울하다고 주장하고 있는바, 이에 대하여는 ① 김갑동의 행위가 배임인지 횡령인지가 문제되고 ② 만약 횡령죄로 의율변경된다면 횡령죄가 성립할 수 있는지가 쟁점입니다.

2. 업무상횡령죄로의 의율변경

김갑동은 회사 소유의 부동산인 토지를 명의신탁 받은 후 이에 저당권을 설정하여 이를 영득한 것으로 공소제기되어 있는바 판례에 의하면 명의신탁물을 영득한 경우에는 횡령죄가 성립하게 됩니다. 그리고 김갑동은 회사의 대표이사로서 회사의 업무를 담당하고 있는 자이므로 업무상횡령죄로 의율되었어야 합니다.

3. 업무상횡령죄의 성립여부

김갑동은 해당 부동산에 담보를 설정하여 그 융통자금으로 회사의 부도사태를 막고 있습니다. 판례에 의하면 보관자가 소유자의 이익을 위하여 이를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 불법영득의사를 인정할 수 없다고 하고 있습니다. 따라서 본 사건의 경우에는 김갑동에게 업무상횡령죄가 성립한다고 할 수 없습니다.

4. 결언

따라서 본 공소사실은 범죄가 되지 아니하므로 형사소송법 제325조 전단에 의한 무죄판결의 선고를 구할 수 있습니다.

○ 경찰관에 대한 협박이 인정되지 않아 공무집행방해죄의 성립을 부정하여 제325조 전단의 무죄를 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁점

김갑동은 본 공소사실에 대하여 자백하고 있습니다. 그런데 법리상 경찰관에 대한 협박이 인정되어 공무집행방해죄가 성립될 수 있는지가 쟁점입니다.

2. 판례의 법리와 사안의 적용

판례는 원칙적으로 해약의 고지대상은 상대방이어야 하지만 피해자와 밀접한 제3자에 대한 법익을 침해하는 내용의 해약의 고지도 피해자에 대한 협박이 될 수 있다고 하고 있습니다. 그런데 본 사건에서 김갑동은 경찰관에게 '정고소 이 자식, 만일 내가 이 사건으로 처벌되면 아는 동생을 시켜 집에 불을 질러 버리겠다.'고 한 것이어서 경찰관에 대한 해약의 고지가 아니고, 경찰관과 정고소는 서로 밀접한 관계에 있다고 보기는 어려우므로 경찰관에 대한 협박으로 보기는 어렵습니다.

3. 결언

따라서 본 공소사실은 범죄가 되지 아니하므로 제325조 전단에 의한 무죄변론이 가능하다고 판단됩니다.11)

○ 범인도피죄에 친족간의 특례가 적용되어 제325조 전단의 무죄를 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁점

이을남은 자백하고 있습니다. 그런데 법원에 제출된 가족관계증명서 등에 따르면 이을남은 김갑동과 고종사촌간이므로 친족간의 특례가 적용되어 무죄를 주장할 수 있는지가 쟁점입니다.

2. 형법 제151조 제2항의 친족간의 특례

형법 제151조 제2항은 '친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 범인은닉의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다'고 규정하고 있으며, 이는 친족간의 정의를 고려한 규정이며 그 법적 성질은 책임조각사유입니다. 따라서 본 사건에서 이을남의 범인은닉행위는 책임이 조각되어 범죄가 성립하지 않습니다.

3. 결론

따라서 본 공소사실은 범죄로 되지 아니하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄판결을 선고해 주시기 바랍니다.

II. 제326조 면소판결 예시답안

제326조 (면소의 판결) 다음 경우에는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다.

1. 확정판결이 있을 때
2. 사면이 있을 때
3. 공소의 시효가 완성되었을 때
4. 범죄후의 범령개폐로 형이 폐지되었을 때

1. 확정판결이 있을 때

시험에서 '확정판결이 있을 때'는 주로 약식명령으로 확정된 경우를 출제한다. 따라서 아래에서는 약식명령에서 살펴 보아야 할 부분과 확정판결이 있어 면소판결을 구하는 예시답안을 살펴본다. 그리고 확정판결의 기관력이 미치는 포괄일죄와 상상적 경합 관련 판례를 실시한다.

(1) 약식명령서의 검토

- ① 우측 상단에서 확정되었다는 사실을 확인하여야 하고, 약식명령의 확정일은 정당한 답안을 적을 때 확정된 날짜를 적어줄 수 있으므로 메모를 하는 것이 바람직하다.
- ② 사건란을 통해 어떠한 범죄로 약식명령을 받게 되었는지를 확인한다. 주로 해당공소사실의 상습범이 기재되어 있는 경우가 많이 있겠지만, 상상적경합관계에 있는 경우도 있다.
- ③ 피고인란을 통해 피고인이 누구인지를 확인한다.
- ④ 범죄사실란을 통해 확정된 범죄사실의 일시와 장소 및 피해자 등을 확인한다. 포괄일죄의 경우에는 행위태양 등이 중요하고, 상상적 경합범인 경우에는 일시와 장소 등이 중요하다.
- ⑤ 하단에 있는 약식명령 발령날짜를 확인한다. 약식명령의 기관력의 기준시는 발령시이므로 발령날짜는 매우 중요하므로 메모를 하는 것이 바람직하다.

(2) 확정판결이 있어 면소판결을 구하는 예시답안

- 사기죄로 기소되었으나 상습사기로 확정된 약식명령의 발령시 전에 범한 범죄이므로 약식명령의 기관력이 미쳐

11) 본 문제에 대하여는 제325조 후단의 무죄판결을 구하는 것도 가능하지만, 제325조 전단의 무죄판결을 구하는 것이 타당해 보인다.

면소판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁 점

이달수는 본 공소사실을 모두 인정하고 있으나, 이달수에게는 상습사기로 인해 약식명령이 확정된 사건이 있어 본 공소사실이 면소사유인 ‘확정판결이 있는 때’에 해당되는지가 쟁점입니다.

2. 법리의 검토

이달수는 2011.11.20. 상습사기죄로 벌금 300만원의 약식명령을 발령받아 2011.12.17. 확정된 사실이 있습니다. 살피건대 2011.10.10. 범한 본 공소사실은 확정된 상습사기죄와 범행수단이나 방법이 유사하다는 점에서 상습사기죄의 포괄일죄에 해당하고 약식명령발령시 이전의 행위이므로 기판력이 미칩니다.

3. 결 언

따라서 본 공소사실은 ‘확정판결이 있는 때’에 해당하므로 형사소송법 제326조 제1호에 의하여 면소판결을 선고해 주시기 바랍니다.

- 정통법위반으로 기소되었으나 정통망법위반으로 확정된 약식명령의 발령시 전에 범한 범죄이므로 약식명령의 기판력이 미쳐 면소판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁 점

김갑동은 공소사실을 모두 인정하고 있습니다. 그런데 김갑동에게는 정통망법위반으로 확정된 약식명령이 있으므로 면소사유인 ‘확정판결이 있는 때’에 해당하는지가 쟁점입니다.

2. 확정된 약식명령의 기판력 범위

김갑동은 2015.11.15.경부터 2015.12.30.경까지 범한 정통망법위반죄로 2016.10.30. 벌금 300만원의 약식명령을 발령받아 확정된 사실이 있습니다. 살피건대 2016.1.3.경부터 2016.1.5.경까지 범한 본건 공소사실은 확정된 정통망법위반죄와 범행수단이나 방법이 유사하다는 점에서 포괄일죄에 해당하고 약식명령발령시 이전의 행위이므로 기판력이 미칩니다.

3. 결 언

따라서 본 공소사실은 ‘확정판결이 있는 때’에 해당하므로 형사소송법 제326조 제1호에 따라 면소판결을 선고하여 주시기 바랍니다.

- 사문서위조와 동행사죄로 기소되었으나 상상적 경합관계에 있는 동일한 사문서위조와 동행사죄에 대한 확정된 약식명령이 있어 면소판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁 점

김갑인은 공소사실에 대하여 인정하고 있습니다. 그런데 김갑인에게는 사문서위조 및 행사죄로 확정된 약식명령이 있으므로 면소사유인 ‘확정판결이 있는 때’에 해당하는지가 쟁점입니다.

2. 법리적 검토

판례에 의하면 사문서위조죄의 죄수는 명의인마다 죄가 정해지므로 본 매매계약서를 위조한 죄는 2죄가 되지만 상상적 경합에 해당합니다. 그리고 위조된 매매계약서를 행사한 점에 있어서도 동일한 논리가 적용됩니다. 살피건대 김갑인이 매수인 박병진 명의의 매매계약서를 위조하고 이를 행사하였다는 공소사실은 이미 확정된 매도인 최정오에 대한 약식명령과 동일한 사건으로 상상적 경합관계에 있어 기판력이 미칩니다.

3. 결 언

따라서 본 공소사실은 ‘확정판결이 있는 때’에 해당하므로 형사소송법 제326조 제1호에 따라 면소판결을 선고하여 주시기 바랍니다.

- 변호사법위반죄로 기소되었으나 상상적 경합관계에 있는 사기죄로 확정된 약식명령이 있어 면소판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁점

김갑동은 자백하고 있습니다. 그런데 김갑동에게는 사기죄로 확정된 약식명령이 있으므로 면소사유인 ‘확정판결이 있을 때’에 해당하는지가 쟁점입니다.

2. 사기죄와 변호사법위반죄의 동일성 여부

약식명령에 의하여 확정된 사기죄와 본 변호사법위반죄는 일시가 2013.5.7. 14 : 00 경으로 동일하고, 장소가 목동빌라 302호로 동일하고, 방법도 피해자 왕근심에게 청탁조로 500만원을 받았다는 점도 동일합니다. 살피건대 약식명령으로 확정된 사기죄는 본 변호사법위반죄와 동일한 사건으로 상상적 경합관계에 있어 기판력이 미칩니다.

3. 결론

따라서 본 공소사실은 ‘확정판결이 있을 때’에 해당하므로 형사소송법 제326조 제1호에 따라 면소판결을 선고하여 주시기 바랍니다.

(3) 포괄일죄 관련 판례 정리

<상습범 중 일부에 대하여 단순범죄로 유죄확정되었다면 기판력은 나머지 상습범죄에 미치지 않는다는 판례> [다수의견] 상습범으로서 포괄적 일죄의 관계에 있는 여러 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 유죄판결이 확정된 경우에, 그 확정판결의 사실심판결 선고 전에 저질러진 나머지 범죄에 대하여 새로이 공소가 제기되었다면 그 새로운 공소는 확정판결이 있었던 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 제기된 데 해당하므로 이에 대하여는 판결으로써 면소의 선고를 하여야 하는 것인바(형사소송법 제326조 제1호), 다만 이러한 법리가 적용되기 위해서는 전의 확정판결에서 당해 피고인이 상습범으로 기소되어 처단되었을 것을 필요로 하는 것이고, 상습범 아닌 기본 구성요건의 범죄로 처단되는 데 그친 경우에는, 가사 뒤에 기소된 사건에서 비로소 드러났거나 새로 저질러진 범죄사실과 전의 판결에서 이미 유죄로 확정된 범죄사실 등을 종합하여 비로소 그 모두가 상습범으로서의 포괄적 일죄에 해당하는 것으로 판단된다 하더라도 뒤늦게 앞서의 확정판결을 상습범의 일부에 대한 확정판결이라고 보아 그 기판력이 그 사실심판결 선고 전의 나머지 범죄에 미친다고 보아서는 아니 된다(대판 2004.9.16. 2001도3206 전합).

<동일인을 살해할 목적으로 수차례의 예비와 미수에 그치다가 결국 살해하였다면 포괄하여 살인기수죄 일죄가 된다는 판례> 살해의 목적으로 동일인에게 일시·장소를 달리하고 수차례 걸쳐 단순한 예비행위를 하거나 또는 공격을 가하였으나 미수에 그치다가 드디어 그 목적을 달성한 경우에 그 예비행위 내지 공격행위가 동일한 의사발동에서 나왔고 그 사이에 범의의 갱신이 없는 한 각 행위가 같은 일시 장소에서 행하여졌거나 또는 다른 장소에서 행하여졌거나를 막론하고 또 그 방법이 동일하거나 여부를 가릴 것 없이 그 살해의 목적을 달성할 때까지의 행위는 모두 실행행위의 일부로서 이를 포괄적으로 보고 단순한 한 개의 살인기수죄로 처단할 것이지 살인예비 내지 미수죄와 동 기수죄의 경합죄로 처단 할 수 없는 것이다(대판 1965.9.28. 65도695).

<직계존속을 상습으로 폭행·상해하면 상습존속상해죄의 포괄일죄라는 판례> [1] 직계존속인 피해자를 폭행하고, 상해를 가한 것이 존속에 대한 동일한 폭력 습벽의 발현에 의한 것으로 인정되는 경우, 그 중 법정형이 더 중한 상습존속상해죄에 나머지 행위들을 포괄시켜 하나의 죄만이 성립한다. [2] 죄수평가를 잘못하였다 하더라도 결과적으로 처단형의 범위에는 아무런 차이가 없는 경우에는 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 보기 어렵다(대판 2003.2.28. 2002도7335).

<강간 후 방기하면 유기죄는 성립하지 않는다는 판례> 강간치상의 범행을 저지른 자가 그 범행으로 인하여 실신상태에 있는 피해자를 구호하지 아니하고 방치하였다고 하더라도 그 행위는 포괄적으로 단일의 강간치상죄만을 구성한다(대판 1980.6.24. 80도726).

<강요하여 횡령자인서를 받아낸 뒤 돈을 갈취하면 공갈죄 일죄만 성립한다는 판례> 피고인이 투자금의 회수를 위해 피해자를 강요하여 물품대금을 횡령하였다는 자인서를 받아낸 뒤 이를 근거로 돈을 갈취한 경우, 피고인의 주된 범의가 피해자로부터 돈을 갈취하는 데에 있었던 것이라면 피고인은 단일한 공갈의 범의 하에 갈취의 방법으로 일단 자인서를 작성케 한 후 이를 근거로 계속하여 갈취행위를 한 것으로 보아야 할 것이므로 위 행위는 포괄하여 공갈죄 일죄만을 구성한다고 보아야 한다(대판 1985.6.25. 84도2083).

<구성요건이 신설된 상습강제추행죄가 시행되기 이전의 범행을 상습강제추행죄로 처벌할 수 없다는 판례> 포괄일죄에 관한 기존 처벌법규에 대하여 그 표현이나 형량과 관련한 개정을 하는 경우가 아니라 애초에 죄가 되지 아니하던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우에는 신설된 포괄일죄 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여는 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 없다(형법 제1조 제1항). 이는 신설된 처벌법규가 상습범을 처벌하는 구성요건인 경우에도 마찬가지라고 할 것이므로, 구성요건이 신설된 상습강제추행죄가 시행되기 이전의 범행은 상습강제추행죄로는 처벌할 수 없고 행위시점에 기초하여 강제추행죄로 처벌할 수 있을 뿐이며, 이 경우 그 소추요건도 상습강제추행죄에 관한 것이 아니라 강제추행죄에 관한 것이 구비되어야 한다(대판 2016.1.28. 2015도15669).

<성폭력범의 주거침입강간죄가 성립하면 주거침입죄는 이에 흡수된다는 판례> 성폭력범죄및피해자보호등에관한법률 제5조 제1항은 형법 제319조 제1항의 죄를 범한 자가 강간의 죄를 범한 경우를 규정하고 있고, 성폭력범죄및피해자보호등에관한법률 제9조 제1항은 같은 법 제5조 제1항의 죄와 같은 법 제6조의 죄에 대한 결과적 가중범을 동일한 구성요건에 규정하고 있으므로, 피해자의 방안에 침입하여 식칼로 위협하여 반항을 억압한 다음 피해자를 강간하여 상해를 입히게 한 피고인의 행위는 그 전체가 포괄하여 같은 법 제9조 제1항의 죄를 구성할 뿐이지, 그 중 주거침입의 행위가 나머지 행위와 별도로 주거침입죄를 구성한다고는 볼 수 없다(대판 1999.4.23. 99도354).

<상습절도범이 자동차불법사용죄를 범하면 상습절도죄의 포괄일죄라는 판례> 상습절도 등의 범행을 한 자가 추가로 자동차등불법사용의 범행을 한 경우에 그것이 절도 습벽의 발현이라고 보이는 이상 자동차등불법사용의 범행은 상습절도 등의 죄에 흡수되어 1죄만이 성립하고 이와 별개로 자동차등불법사용죄는 성립하지 않는다고 보아야 하고, 검사가 상습절도 등의 범행을 형법 제332조 대신에 특가법 제5조의4 제1항으로 의율하여 기소하였다 하더라도 그 공소제기의 효력은 동일한 습벽의 발현에 의한 자동차등불법사용의 범행에 대하여도 미친다고 보아야 한다(대판 2002.4.26. 2002도429).

<여러 절도의 습벽이 있는 경우에는 가장 중한 상습특수절도죄의 포괄일죄만 성립한다는 판례> 3번의 특수절도 사실, 2번의 특수절도미수 사실, 1번의 야간주거침입절도 사실, 1번의 절도 사실 등 7가지의 사실이 상습적으로 반복한 것으로 볼 수 있다면, 이러한 경우에는 법정형이 가장 중한 상습특수절도죄에 나머지 행위를 포괄시켜 하나의 죄만이 성립된다(인정된 죄명 : 상습특수절도)(대판 1975.5.27. 75도1184).

<절도범이 체포를 면탈하기 위해 수명에게 폭행하여 1인만 상해를 입히면 포괄하여 1개의 강도상해죄가 성립한다는 판례> [사실관계] 甲은 지하주차장에서 乙의 베스타 승합차 조수석 문을 열고 들어가 공구함을 뒤지던 중 도난경보 장치의 경보음을 듣고 달려온 乙에게 발각되었는데, 乙의 신고를 받고 출동한 경찰관 丙·丁이 자신을 체포하려 하자, 甲은 체포를 면탈할 목적으로 팔꿈치로 丙의 안면을 1회 쳐 구타하고 발로는 丁의 정강이를 걷어 차 전치 2주의 상해를 입혔다. 甲의 죄책은? [판결요지] 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 체포하려는 여러 명의 피해자에게 같은 기회에 폭행을 가하여 그 중 1인에게만 상해를 가하였다면 이러한 행위는 포괄하여 하나의 강도상해죄만 성립한다(대판 2001.8.21. 2001도3447).

<동일피해자에 대하여 수개의 기망행위를 하였어도 범의가 단일하고 범행방법이 동일하면 포괄일죄가 성립한다는 판례> 사기죄에 있어서 동일한 피해자에 대하여 수회에 걸쳐 기망행위를 하여 금원을 편취한 경우, 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다면 사기죄의 포괄일죄만이 성립하고, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 아니하다면 각 범행은 실제적 경합범에 해당한다(대판 2000.2.11. 99도4862).

<현금카드를 갈취하여 예금을 인출하면 공갈죄의 포괄일죄라는 판례> 예금주인 현금카드 소유자를 협박하여 그 카드를 갈취하였고, 하자 있는 의사표시이기는 하지만 피해자의 승낙에 의하여 현금카드를 사용할 권한을 부여받아 이를 이용하여 현금을 인출한 이상, 피해자가 그 승낙의 의사표시를 취소하기까지는 현금카드를 적법, 유효하게 사용할 수 있고, 은행의 경우에도 피해자의 지급정지 신청이 없는 한 피해자의 의사에 따라 그의 계산으로 적법하게 예금을 지급할 수밖에 없는 것이므로, 피고인이 피해자로부터 현금카드를 사용한 예금인출의 승낙을 받고 현금카드를 교부받은 행위와 이를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 여러 번 인출한 행위들은 모두 피해자의 예금을 갈취하고자

하는 피고인의 단일하고 계속된 범의 아래에서 이루어진 일련의 행위로서 포괄하여 하나의 공갈죄를 구성한다고 볼 것이지, 현금지급기에서 피해자의 예금을 취득한 행위를 현금지급기 관리자의 의사에 반하여 그가 점유하고 있는 현금을 절취한 것이라 하여 이를 현금카드 갈취행위와 분리하여 따로 절도죄로 처단할 수는 없다.(대판 1996.9.20. 95도1728)

<편취한 현금카드로 예금을 인출하면 사기죄의 포괄일죄라는 판례> [1] 예금주인 현금카드 소유자로부터 그 카드를 편취하여, 비록 하자 있는 의사표시이기는 하지만 현금카드 소유자의 승낙에 의하여 사용권한을 부여받은 이상, 그 소유자가 승낙의 의사표시를 취소하기까지는 현금카드를 적법, 유효하게 사용할 수 있으며, 은행 등 금융기관은 현금카드 소유자의 지급정지 신청이 없는 한 카드 소유자의 의사에 따라 그의 계산으로 적법하게 예금을 지급할 수밖에 없는 것이므로, 피고인이 현금카드의 소유자로부터 현금카드를 사용한 예금인출의 승낙을 받고 현금카드를 교부받은 행위와 이를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 여러 번 인출한 행위들은 모두 현금카드 소유자의 예금을 편취하고자 하는 피고인의 단일하고 계속된 범의 아래에서 이루어진 일련의 행위로서 포괄하여 하나의 사기죄를 구성한다고 볼 것이지, 현금자동지급기에서 카드 소유자의 예금을 인출, 취득한 행위를 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하여 그가 점유하고 있는 현금을 절취한 것이라 하여 이를 현금카드 편취행위와 분리하여 따로 절도죄로 처단할 수는 없다.[2] 피고인이 현금카드의 소유자로부터 현금카드를 편취하여 예금인출의 승낙을 받고 현금카드를 교부받아 이를 이용하여 현금을 인출한 사안에서, 피고인의 현금 인출행위가 현금지급기 관리자의 의사에 반하여 그가 점유하고 있는 현금을 절취한 것에 해당하거나 피고인이 인출된 현금의 보관자의 지위에 있는 것이 아니라는 이유로 절취의 주위적 공소사실과 횡령의 예비적 공소사실 모두에 대하여 무죄를 선고한 원심의 판단을 수긍한 사례(대판 2005.9.30. 2005도5869).

<편취한 현금카드로 예금을 인출하면 사기죄의 포괄일죄라는 판례> 피고인이 현금카드의 소유자로부터 현금카드를 편취하여 예금인출의 승낙을 받고 현금카드를 교부받아 이를 이용하여 현금을 인출한 사안에서, 피고인의 현금 인출행위가 현금지급기 관리자의 의사에 반하여 그가 점유하고 있는 현금을 절취한 것에 해당하거나 피고인이 인출된 현금의 보관자의 지위에 있는 것이 아니라는 이유로 절취의 주위적 공소사실과 횡령의 예비적 공소사실 모두에 대하여 무죄를 선고한 원심의 판단을 수긍한 사례(대판 2005.9.30. 2005도5869).

<부정발급 받은 자기의 신용카드를 이용하여 현금인출하고 물품구입하였다면 사기죄의 포괄일죄라는 판례> 피고인이 카드사용으로 인한 대금 결제의 의사와 능력이 없으면서도 있는 것 같이 가장하여 카드회사를 기망하고, 카드회사는 이에 착오를 일으켜 일정 한도 내에서 카드사용을 허용해 줌으로써 피고인은 기망당한 카드회사의 신용공여라는 하자 있는 의사표시에 편승하여 자동지급기를 통한 현금대출도 받고, 가맹점을 통한 물품구입대금 대출도 받아 카드발급회사로 하여금 같은 액수 상당의 피해를 입게 함으로써, 카드사용으로 인한 일련의 편취행위가 포괄적으로 이루어지는 것이다. 따라서 카드 사용으로 인한 카드회사의 손해는 그것이 자동지급기에 의한 인출행위든 가맹점을 통한 물품 구입행위든 불문하고 모두가 피해자인 카드회사의 기망당한 의사 표시에 따른 카드발급에 터잡아 이루어지는 사기의 포괄일죄이다(대판 1996.4.9. 95도2466).

<과다한 부채 누적자가 자기의 신용카드를 사용하여 물품구입하고 현금서비스를 받았다면 사기죄의 포괄일죄라는 판례> 피고인이 신용카드 사용으로 인한 대금을 신용카드업자에 결제할 의사나 능력이 없으면서도 신용카드를 사용하여 가맹점으로부터 물품을 구입하고 현금서비스를 받았다면 피고인은 신용카드업자가 가맹점을 통하여 송부된 카드회원 서명의 매출전표를 받은 후 카드회원인 피고인이 대금을 결제할 것으로 오신하여 가맹점에 물품구입대금을 결제하여 줌으로써 신용카드업자로부터 물품구입대금을 대출받고, 현금자동지급기를 통한 현금대출도 받아(현금자동지급기를 통한 현금대출은 단순히 그 지급방법만이 사람이 아닌 기계에 의해서 이루어지는 것에 불과하다) 신용카드업자로 하여금 같은 액수 상당의 피해를 입게 한 것이고, 이러한 카드사용으로 인한 일련의 편취행위는 그것이 가맹점을 통한 물품구입행위든, 현금자동지급기에 의한 인출행위든 불문하고 모두가 피해자인 신용카드업자의 기망당한 금전대출에 터잡아 포괄적으로 이루어지는 것이라 할 것이다(대판 2005.8.19. 2004도6859).

<절취한 신용카드로 여러번 물품 구입하면 사기죄는 실체적 경합이지만, 신용카드부정사용죄는 포괄일죄가 된다는 판례> [1] 신용카드를 절취한 후 이를 사용한 경우 신용카드의 부정사용행위는 새로운 법익의 침해로 보아야 하고 그 법익침해가 절도범행보다 큰 것이 대부분이므로 위와 같은 부정사용행위가 절도범행의 불가분적 사후행위가 되는 것은 아니다. [2] 피고인은 절취한 카드로 가맹점들로부터 물품을 구입하겠다는 단일한 범의를 가지고 그 범의가 계속된 가운데 동종의 범행인 신용카드 부정사용행위를 동일한 방법으로 반복하여 행하였고, 또 위 신용카드의 각 부정사용의 피해법익도 모두 위 신용카드를 사용한 거래의 안전 및 이에 대한 공중의 신뢰인 것으로 동일하므로, 피고인이 동일한 신용카드를 위와 같이 부정사용한 행위는 포괄하여 일죄에 해당하고, 신용카드를 부정사용한 결과가

사기죄의 구성요건에 해당하고 그 각 사기죄가 실제적 경합관계에 해당한다고 하여도 신용카드부정사용죄와 사기죄는 그 보호법익이나 행위의 태양이 전혀 달라 실제적 경합관계에 있으므로 신용카드 부정사용행위를 포괄일죄로 취급하는데 아무런 지장이 없다고 한 사례(대판 1996.7.12. 96도1181).

<갈취한 현금카드로 예금을 인출하면 공갈죄의 포괄일죄가 되지만, 강취한 현금카드로 예금 인출하면 별도의 절도죄가 성립한다는 판례> [1] 예금주인 현금카드 소유자를 협박하여 그 카드를 갈취한 다음 피해자의 승낙에 의하여 현금카드를 사용할 권한을 부여받아 이를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위는 모두 피해자의 예금을 갈취하고자 하는 피고인의 단일하고 계속된 범의 아래에서 이루어진 일련의 행위로서 포괄하여 하나의 공갈죄를 구성하므로, 현금자동지급기에서 피해자의 예금을 인출한 행위를 현금카드 갈취행위와 분리하여 따로 절도죄로 처단할 수는 없다. 왜냐하면 위 예금 인출 행위는 하자 있는 의사표시이기 는 하지만 피해자의 승낙에 기한 것이고, 피해자가 그 승낙의 의사표시를 취소하기까지는 현금카드를 적법, 유효하게 사용할 수 있으므로, 은행으로서도 피해자의 지급 정지 신청이 없는 한 그의 의사에 따라 그의 계산으로 적법하게 예금을 지급할 수밖에 없기 때문이다. [2] 강도죄는 공갈죄와는 달리 피해자의 반항을 억압할 정도로 강력한 정도의 폭행·협박을 수단으로 재물을 탈취하여야 성립하므로, 피해자로부터 현금카드를 강취하였다고 인정되는 경우에는 피해자로부터 현금카드의 사용에 관한 승낙의 의사표시가 있었다고 볼 여지가 없다. 따라서 강취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 행위는 피해자의 승낙에 기한 것이라고 할 수 없으므로, 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되어서 강도죄와는 별도로 절도죄를 구성한다(대판 2007.5.10. 2007도1375).

<도박의 습벽 있는 자가 도박하고 또 도박을 방조하였다면 상습도박죄의 포괄일죄라는 판례> 상습도박의 죄나 상습도박방조의 죄에 있어서의 상습성은 행위의 속성이 아니라 행위자의 속성으로서 도박을 반복해서 거듭하는 습벽을 말하는 것인바, 도박의 습벽이 있는 자가 타인의 도박을 방조하면 상습도박방조의 죄에 해당하는 것이며, 도박의 습벽이 있는 자가 도박을 하고 또 도박방조를 하였을 경우 상습도박방조의 죄는 무거운 상습도박의 죄에 포괄시켜 1죄로서 처단하여야 한다(대판 1984.4.24. 84도195).

<단일한 범의로 계속하여 수뢰하면 포괄일죄라는 판례> 단일하고도 계속된 범의 아래 동종의 범행을 일정기간 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 각 범행을 통틀어 포괄일죄로 볼 것이고, 수뢰죄에 있어서 단일하고도 계속된 범의 아래 동종의 범행을 일정기간 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 것이라면 돈을 받은 일자가 상당한 기간에 걸쳐 있고, 돈을 받은 일자 사이에 상당한 기간이 끼어 있다 하더라도 각 범행을 통틀어 포괄일죄로 볼 것이다(대판 2000.1.21. 99도4940).

<공무원이 17회에 걸쳐 정기적으로 상납받은 것은 포괄일죄라는 판례> 공무원인 이 사건 피고인들이 1987.7.15.부터 1988.12.28.까지 사이에 전후 17회에 걸쳐 정기적으로 동일한 납품업자로부터 신속한 검수, 검수과정에서의 함량미달 등 하자를 눈감아 달라는 청탁명목으로 계속하여 금원을 교부받아 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 것이라면, 공무원이 직무에 관하여 뇌물을 수수한다는 단일한 범의 아래 계속하여 일정기간 동종행위를 반복한 것이 분명하므로, 뇌물수수의 포괄일죄로 보아 특정범죄가중처벌등에관한법률에 의율하여야 한다(대판 1990.9.25. 90도1588).

<위증죄의 죄수 판단은 기일을 기준으로 하지만, 행정소송사건에서 최초의 선서의 효력을 유지시킨 후 변론기일을 달리하여 수 개의 허위진술을 하여도 1개의 위증죄가 성립한다는 판례> 하나의 사건에 관하여 한 번 선서한 증인이 같은 기일에 여러 가지 사실에 관하여 기억에 반하는 허위의 진술을 한 경우 이는 하나의 범죄의사에 의하여 계속하여 허위의 진술을 한 것으로서 포괄하여 1개의 위증죄를 구성하는 것이고 각 진술마다 수 개의 위증죄를 구성하는 것이 아니므로, 당해 위증 사건의 허위진술 일자와 같은 날짜에 한 다른 허위진술로 인한 위증 사건에 관한 판결이 확정되었다면, 비록 종전 사건 공소사실에서 허위의 진술이라고 한 부분과 당해 사건 공소사실에서 허위의 진술이라고 한 부분이 다르다 하여도 종전 사건의 확정판결의 기판력은 당해 사건에도 미치게 되어 당해 위증죄 부분은 면소되어야 한다. 나아가 행정소송사건의 같은 심급에서 변론기일을 달리하여 수차 증인으로 나가 수 개의 허위진술을 하더라도 최초의 선서의 효력을 유지시킨 후 증언한 이상 1개의 위증죄를 구성함에 그친다(대판 2007.3.15. 2006도9463).

<동일사항에 대하여 수차례의 허위감정보고서를 제출해도 포괄하여 1개의 허위감정죄라는 판례> [1] 허위감정죄는 고의범이므로 비록 감정내용이 객관적 사실에 반한다고 하더라도 감정인의 주관적 판단에 반하지 않는 이상 허위의 인식이 없어 허위감정죄로 처벌할 수 없다. [2] 하나의 소송사건에서 동일한 선서 하에 이루어진 법원의 감정명령에 따라 감정인이 동일한 감정명령 사항에 대하여 수 차례에 걸쳐 허위의 감정보고서를 제출하는 경우에는 각 감정보고서 제출행위시마다 각기 허위감정죄가 성립한다 할 것이나, 이는 단일한 범의 하에 계속하여 허위의 감정을 한 것으로서 포괄하여 1개의 허위감정죄를 구성한다(대판 2000.11.28. 2000도1089).

<음주운전 중 두 번 사고 냈어도 음주운전죄는 포괄일죄라는 판례> [1] 음주운전으로 인한 도로교통법 위반죄의 보호법익과 처벌방법을 고려할 때, 혈중알콜농도 0.05% 이상의 음주상태로 동일한 차량을 일정기간 계속하여 운전하다가 1회 음주측정을 받았다면 이러한 음주운전행위는 동일 죄명에 해당하는 연속된 행위로서 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우이므로 포괄일죄에 해당한다. [2] 음주상태로 자동차를 운전하다가 제1차 사고를 내고 그대로 진행하여 제2차 사고를 낸 후 음주측정을 받아 도로교통법 위반(음주운전)죄로 약식명령을 받아 확정되었는데, 그 후 제1차 사고 당시의 음주운전으로 기소된 사안에서 위 공소사실이 약식명령이 확정된 도로교통법 위반(음주운전)죄와 포괄일죄 관계에 있다고 본 사례(대판 2007.7.26. 2007도4404).

(4) 상상적 경합 관련 판례 정리

<확정된 약식명령과 공소사실이 상상적 경합관계에 있으면 기판력이 미친다는 판례> 약식명령이 확정된 위 문서서위조 및 그 행사죄의 범죄사실과 피고인이 동일한 합의를 임의로 작성·교부하여 회사에 재산상 손해를 가하였다는 위 공소사실은 그 객관적 사실관계가 하나의 행위라고 할 것이어서 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우로서 형법 제40조에 정해진 상상적 경합관계에 있다고 할 것이다. 같은 취지에서 위 확정된 약식명령의 기판력이 위 공소사실에도 미친다고 한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리를 오해하는 등의 위법이 없다(대판 2009.4.9. 2008도5634).

<상상적 경합관계에 있는 1죄에 대한 기판력은 다른 범죄에도 미친다는 판례> [1] 동일인 한도초과 대출로 상호저축은행에 손해를 가하여 상호저축은행 위반죄와 업무상배임죄가 모두 성립한 경우, 두 죄는 형법 제40조에서 정한 상상적 경합관계에 있고, 형법 제40조의 상상적 경합관계의 경우에는 그 중 1죄에 대한 확정판결의 기판력은 다른 죄에 대하여도 미친다. [2] 판결이 확정된 동일인 한도초과 대출로 인한 구 상호저축은행(2010. 3. 22. 법률 제10175호로 개정되기 전의 것) 위반의 범죄사실과 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실이 상상적 경합관계에 있다고 보아, 위 공소사실에 대하여 면소를 선고한 원심판결을 수긍한 사례(대판 2011.2.24. 2010도13801).

<조개 트럭 사건(감금죄와 강간죄를 상상적 경합으로 본 판례)> [1] 강간죄의 성립에 언제나 직접적으로 또 필요한 수단으로서 감금행위를 수반하는 것은 아니므로 감금행위가 강간미수죄의 수단이 되었다 하여 감금행위는 강간미수죄에 흡수되어 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없는 것이고, 그때에는 감금죄와 강간미수죄는 일개의 행위에 의하여 실현된 경우로서 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다. [2] 피고인이 피해자가 자동차에서 내릴 수 없는 상태에 있음을 이용하여 강간하려고 결의하고, 주행중인 자동차에서 탈출불가능하게 하여 외포개 하고 50킬로미터를 운행하여 여관 앞까지 강제연행한 후 강간하려다 미수에 그친 경우 위 협박은 감금죄의 실행의 착수입과 동시에 강간미수죄의 실행의 착수라고 할 것이다(대판 1983.4.26. 83도323).

<강도강간범이 치상의 결과를 야기하면 강도강간죄와 강도치상죄의 상상적 경합이 된다는 판례> 강도가 재물강취의 뜻을 재물의 부재로 이루지 못한 채 미수에 그쳤으나 그 자리에서 항거불능의 상태에 빠진 피해자를 간음할 것을 결의하고 실행에 착수했으나 역시 미수에 그쳤더라도 반항을 억압하기 위한 폭행으로 피해자에게 상해를 입힌 경우에는 강도강간미수죄와 강도치상죄가 성립되고 이는 1개의 행위가 2개의 죄명에 해당되어 상상적 경합관계가 성립된다. (대판 1988.6.28. 88도820).

<명예훼손죄와 후보자비방죄를 상상적 경합으로 본 판례> 형법 제307조의 명예훼손죄와 공직선거법 제251조의 후보자비방죄가 상상적경합의 관계에 있다고 본 원심판결을 수긍한 사례(대판 1998.03.24. 97도2956).

<절도범이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가하면 준강도죄와 공무집행방해죄의 상상적 경합이 된다는 판례> 절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행 협박을 가한 때에는 준강도죄와 공무집행방해죄를 구성하고 양 죄는 상상적 경합관계에 있으나, 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄는 실제적 경합관계에 있고 상상적 경합관계에 있는 것이 아니다(대판 1992.7.28. 92도917).

<공무원에게 청탁 또는 알선한다고 기망하고 금품을 받으면 상상적 경합이라는 판례> 공무원이 취급하는 사건에 관하여 청탁 또는 알선을 할 의사와 능력이 없음에도 청탁 또는 알선을 한다고 기망하고 금품을 교부받은 경우, 사기죄와 변호사법 위반죄가 상상적 경합의 관계에 있다(대판2006.1.27. 2005도8704).

<공천관련금품수수죄와 사기죄를 상상적 경합으로 본 판례> 국회의원 선거에서 정당의 공천을 받게 하여 줄 의사나 능력이 없음에도 이를 해 줄 수 있는 것처럼 기망하여 공천과 관련하여 금품을 받은 경우, 공직선거법상 공천관련 금품수수죄와 사기죄가 모두 성립하고 양자는 상상적 경합의 관계에 있다(대판 2009.4.23. 2009도834).

<동일인 대출한도 초과대출 상호저축은행법 위반죄와 업무상배임죄를 상상적 경합으로 본 판례> 동일인 대출한도 초과대출 행위로 인하여 상호저축은행에 손해를 가함으로써 상호저축은행법 위반죄와 업무상배임죄가 모두 성립한 경우, 위 두 죄는 형법 제40조에서 정한 상상적 경합관계에 있다(대판 2012.6.28. 2012도2087).

<부정수표단속법위반죄와 업무상배임죄를 상상적 경합으로 본 판례> 당좌수표를 조합 이사장 명의로 발행하여 그 소지인이 지급제시기간 내에 지급제시하였으나 거래정지처분의 사유로 지급되지 아니하게 한 사실(부정수표단속법위반죄)과 동일한 수표를 발행하여 조합에 대하여 재산상 손해를 가한 사실(업무상배임죄)은 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하다고 할 것이어서 1개의 행위가 수 개의 죄에 해당하는 경우로서 형법 제40조에 정해진 상상적 경합관계에 있다(대판 2004.5.13. 2004도1299).

<문서죄의 죄수는 명의인을 기준으로 판단하므로 2인 이상의 연명문서를 위조하면 상상적 경합이 된다는 판례> 문서에 2인 이상의 작성명의인이 있을 때에는 각 명의자마다 1개의 문서가 성립되므로 2인 이상의 연명으로 된 문서를 위조한 때에는 작성명의인의 수대로 수 개의 문서위조죄가 성립하고 또 그 연명문서를 위조하는 행위는 자연적 관찰이나 사회통념상 하나의 행위라 할 것이어서 위 수개의 문서위조죄는 형법 제40조가 규정하는 상상적 경합범에 해당한다(대판 1987.7.21. 87도564).

<사회관념상 1개의 행위로 두 명의 경찰관에게 폭행하면 공무집행방해죄의 상상적 경합이라는 판례> 범죄 피해 신고를 받고 출동한 두 명의 경찰관에게 욕설을 하면서 차례로 폭행을 하여 신고 처리 및 수사 업무에 관한 정당한 직무집행을 방해한 사안에서, 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 폭행 행위는 사회관념상 1개의 행위로 평가하는 것이 상당하다는 이유로, 위 공무집행방해죄는 형법 제40조에 정한 상상적 경합의 관계에 있다고 한 사례(대판 2009.6.25. 2009도3505).

<특가법상 보복범죄와 성폭법상 주거침입강간을 상상적 경합으로 본 판례> 피고인이 피해자의 주거에 침입하여 강간하려다 미수에 그침과 동시에 자기의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 수사단서를 제공하고 진술한 것에 대한 보복 목적으로 그를 폭행하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(보복범죄 등)죄 및 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(주거침입강간등)죄가 각 성립하고 두 죄가 상상적 경합관계에 있다고 본 원심판단을 수긍한 사례(대판 2012.3.15. 2012도544, 2012전도12).

<음주 후 무면허 운전하여 사람 상해입히고 재물손괴하면, 음주운전죄와 무면허운전죄는 상상적 경합이며, 위험운전치사상죄와 업무상과실재물손괴죄는 상상적 경합이며, 두 상상적 경합범들 사이는 실제적 경합관계에 있다는 판례>

[1] 음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차를 운전하여 사람을 상해에 이르게 함과 동시에 다른 사람의 재물을 손괴한 때에는 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄 외에 업무상과실 재물손괴로 인한 도로교통법 위반죄가 성립하고, 위 두 죄는 1개의 운전행위로 인한 것으로서 상상적 경합관계에 있다. [2] 자동차 운전면허 없이 술에 취하여 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 차량을 운전하던 중 전방에 신호대기로 정차해 있던 화물차의 뒷부분을 들이받아 그 화물차가 밀리면서 그 앞에 정차해 있던 다른 화물차를 들이받도록 함으로써, 피해자에게 상해를 입게 함과 동시에 위 각 화물차를 손괴하였다는 공소사실에 대하여, 유죄로 인정되는 각 범죄 중 도로교통법 위반(음주운전)죄와 도로교통법 위반(무면허운전)죄 상호간만 상상적 경합관계에 있고 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄와 각 업무상과실 재물손괴로 인한 도로교통법 위반죄는 실제적 경합관계라고 본 원심판결에 죄수관계에 관한 범리를 오해한 위법이 있다고 한 사례(대판 2010.1.14. 2009도10845).
※ 도로교통법 위반(음주운전)죄와 도로교통법 위반(무면허운전)죄 상호간 상상적 경합관계에 있고, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄와 각 업무상과실 재물손괴로 인한 도로교통법 위반죄도 상상적 경합관계 있으며, 양 상상적 경합 범죄들 사이는 실제적 경합관계에 있다.

2. 사면이 있을 때

시험에서 '사면이 있을 때'는 출제하기 쉽지 않으므로 생략한다.

3. 공소의 시효가 완성되었을 때

시험에서 ‘공소의 시효가 완성되었을 때’는 출제가능성이 높은 사유이다. ‘공소의 시효가 완성되었을 때’의 쟁점을 발견하기 위해서는 먼저 범죄일시와 공소제기일시를 살펴보고 어느 정도의 기간의 차이가 있는 경우에 형법에서 범죄의 형량을 살펴보고 형사소송법 제249조를 참조하여 공소시효가 완성되었는지를 판단하여야 한다.

○ 점유이탈물횡령죄로 기소되었으나 공소시효가 완성되어 면소판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁점

이을남은 본 공소사실에 대하여 자백하고 있습니다. 그런데 법리상 본 사건은 2008. 9. 말경에 있었던 범행이므로 면소사유인 ‘공소시효가 완성되었을 때’에 해당하는지가 쟁점입니다.

2. 공소시효의 완성여부

점유이탈물횡령죄는 형법 제360조 제1항에 의하면 1년이하의 징역이고, 형사소송법 제249조 제1항 제5호에 의하면 공소시효는 5년입니다. 살피건대 본 건 범행은 2008. 9. 말경에 있었지만 검사는 2013.10.18.에 공소제기하였으므로 역수상 검사의 공소제기는 공소시효완성후의 공소제기입이 명백합니다.

3. 결언

따라서 본 공소사실은 ‘공소시효가 완성되었을 때’에 해당하므로 형사소송법 제326조 제3호에 따라 면소판결을 선고하여 주시기 바랍니다.

○ 특수협박죄로 기소되었으나, 특수협박은 무죄가 되고 축소사실인 협박죄에 대하여 ‘공소시효가 완성되었을 때’에 해당하여 면소판결을 구하는 검토의견서의 예시답안

<예시답안>

4. 축소사실인 형법상 협박죄의 점에 대하여

가. 공소시효완성의 검토

협박죄는 형법 제283조 제1항에 따라 법정형이 3년이하의 징역이고, 형사소송법 제249조 제1항 제5호에 의하면 공소시효는 5년입니다. 살피건대 이을남의 협박행위는 2009.2.3.에 있었지만 검사는 2014.10.17.에 공소제기 하였으므로 역수상 검사의 공소제기는 공소시효완성후의 공소제기입이 명백합니다.

나. 결언

따라서 축소사실인 형법상의 협박죄는 ‘공소시효가 완성되었을 때’에 해당하므로 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소판결의 선고를 주장할 수 있을 것입니다.

4. 범죄후의 범령개폐로 형이 폐지되었을 때

시험에서 ‘범죄후의 범령개폐로 형이 폐지되었을 때’는 출제하기 쉽지 않으므로 생략한다.

III. 제327조 공소기각판결 예시답안

제327조 (공소기각의 판결) 다음 경우에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.

1. 피고인에 대하여 재판권이 없는 때
2. 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때
3. 공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때
4. 제329조의 규정에 위반하여 공소가 제기되었을 때
5. 고소가 있어야 죄를 논할 사건에 대하여 고소의 취소가 있을 때
6. 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 대하여 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회되었을 때

1. 피고인에 대하여 재판권이 없는 때

시험에서 '피고인에 대하여 재판권이 없는 때'는 출제하기 쉽지 않으므로 생략한다.

2. 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때

'공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때'는 일반적인 규정으로서 그 예가 상당히 많다. 하지만 이곳에서는 시험출제빈도가 높은 쟁점들만의 예시답안을 정리한다.

(1) 공소장일본주의의 위반이 있는 경우

공소장일본주의의 위반은 시험에 출제하기는 쉽지 않다. 왜냐하면 판례에 의하면 공소장일본주의의 위반이 있더라도 하자가 치유되기 때문이다. 따라서 아래에서는 공소장일본주의의 위반과 관련된 가장 기본적인 예시답안만을 정리한다.

- 음주운전으로 기소된 사안에서 동종의 음주운전의 전과를 기재하여 공소장일본주의의 위반으로 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

가. 음주운전의 점에 대한 공소장일본주의의 위반

김갑동을 도교법위반(음주운전)죄로 기소한 공소장에 동종의 도교법위반(음주운전)죄에 대한 4회의 전과를 기재한 것은 예단을 줄 수 있는 기재로서 이는 공소장일본주의에 위배됩니다. 따라서 본 공소사실에 대한 공소제기는 '공소제기절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때'에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 선고해 주시기 바랍니다.

(2) 친고죄에서 적법한 고소가 없는 경우

- 친고죄인 업무상비밀누설교사에서 적법한 고소가 없어 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 친고죄의 적법한 고소가 없음

김갑동은 본 공소사실에 대하여 자백하고 있지만, 업무상비밀누설죄는 형법 제318조에 의하여 친고죄이므로 이에 대한 적법한 고소가 있었는지가 쟁점입니다. 살피건대 본 건에 대하여 피해자인 한예슬은 수사이전에 고소를 하지 않았고, 수사과정에서도 처벌의사를 밝히지 않았으므로 본 공소사실에 대해서는 적법한 고소가 없습니다.

2. 결 언

따라서 본 공소사실에 대하여는 '공소제기절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때'에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 선고해 주시기 바랍니다.

(3) 친고죄에서 고소가 있었지만 고소기간의 경과로 적법한 고소가 아닌 경우

- 상대적 친고죄인 사기죄에서 범인을 알게된 날로부터 6개월이 지난 시점에서 고소하여 부적합한 고소이므로 적법한 고소가 없어 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁 점

김갑동은 본 공소사실에 대하여 자백하고 있습니다. 그런데 김갑동과 이을남은 동거하지 않는 친족관계에 있으므로 형법 제354조, 형법 제328조 제2항에 의하여 친고죄에 해당하는바, 적법한 고소가 있었는지가 쟁점입니다.

2. 고소기간의 준수 여부

이을남은 변제기간인 2011.4.11. 이후 거짓말을 하였다는 것을 알고 2011.5.8. 이를 추궁하는 과정에서 김갑동이 사기를 범했다는 것을 알았습니다. 그런데 형사소송법 제230조 제1항에 의하면 친고죄의 경우에는 범인을 알게된 날로부터 6월내에 고소를 하여야 하지만, 이을남은 2012.4.11.에 고소를 하였으므로 이는 적법한 고소라고 할 수 없습니다.

3. 결 언

따라서 본 공소사실에 대하여는 ‘공소제기절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때’에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 선고해 주시기 바랍니다.

- 상대적 친고죄인 횡령죄에서 범인을 알게된 날로부터 6개월이 지난 시점에서 고소하여 부적합 고소이므로 적법한 고소가 없어 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

가. 쟁 점

김갑동은 본 공소사실에 대하여 자백하고 있습니다. 그런데 김갑동과 이을남은 동거하지 않는 친족관계에 있으므로 형법 제361조, 형법 제328조 제2항에 의하여 친고죄에 해당하는바, 적법한 고소가 있었는지가 쟁점입니다.

나. 고소기간의 준수 여부

이을남은 2010.10.18. 등기부등본을 발급받았을 때 이미 김갑동이 횡령죄를 범했다는 것을 알았습니다. 그런데 형사소송법 제230조 제1항에 의하면 친고죄의 경우에는 범인을 알게 된 날로부터 6월내에 고소를 하여야 하지만, 이을남은 2011.5.28.에 고소를 하였으므로 이는 적법한 고소라고 할 수 없습니다.

다. 결 언

따라서 본 공소사실에 대하여는 ‘공소제기절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때’에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 선고해 주시기 바랍니다.

- 축소사실인 공갈죄가 상대적 친고죄인 경우에 범인을 알게된 날로부터 6개월이 지난 시점에서 고소하여 부적합 고소이므로 적법한 고소가 없어 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

4. 축소사실에 대한 친족상도례의 적용

축소사실인 김갑동의 공갈죄는 이을남이 사촌이므로 형법 제354조, 제328조 제2항에 의하여 상대적 친고죄에 해당하여 적법한 고소가 있어야 합니다. 그런데 형사소송법 제230조 제1항에 의하면 친고죄의 경우에는 범인을 알게 된 날로부터 6월내에 고소를 하여야 하지만, 이을남은 2012.5.20.에 범인을 알게 되었으며 2013.6.3.에 고소를 하였으므로 이는 적법한 고소라고 할 수 없습니다. 따라서 본 공소사실에 대하여는 ‘공소제기절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때’에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 선고해 주시기 바랍니다.

(4) 친고죄에서 고소의 추완이 있는 경우

친고죄에서 검사가 고소없이 공소를 제기하고 이후에 고소를 받아 이를 추완하는 고소의 추완을 판례는 인정하지 않으므로 고소의 추완이 있는 경우에는 공소기각판결의 선고를 구할 수 있다.

- 상대적 친고죄인 절도죄에서 검사가 고소없이 공소를 제기한 후 고소를 추완하여 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁 점

김갑동은 본 공소사실에 대하여 자백하고 있습니다. 그런데 김갑동과 이삼숙은 동거하지 않는 친족관계에 있으므로 형법 제344조, 제328조 제2항에 의하여 친고죄에 해당하는바 적법한 공소제기가 있었는지가 쟁점입니다.

2. 고소의 추완의 불인정

검사는 2012.6.5.자로 공소를 제기한 후, 제1회 공판기일이 지난 후인 2012.7.7.에 이삼숙의 고소장을 법원에 제출하여 고소를 추완하고 있습니다. 그러나 관례에 의하면 고소의 추완은 인정되지 않으므로 적법한 공소제기가 있었다고 볼 수 없습니다.

3. 결 언

따라서 본 공소사실에 대하여는 ‘공소제기절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때’에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 선고해 주시기 바랍니다.

○ 예비적 공소사실인 모욕죄에 대한 고소의 추완을 인정하지 않아 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

가. 친고죄인 모욕죄의 고소의 추완의 부정

예비적 공소사실인 모욕죄는 형법 제312조 제1항에 의하여 친고죄입니다. 그런데 검사는 공소제기일인 2014년 10월 17일에 고소장을 제출한 바 없고, 2014년 12월 18일에 김갑동이 고소를 하자 이를 바탕으로 2014년 12월 18일에 모욕죄를 예비적 공소사실로 추가하고 있습니다. 그러나 관례에 의하면 고소의 추완은 인정되지 않으므로 예비적 공소사실인 모욕죄에 대한 공소제기는 위법합니다.

나. 결 언

따라서 본 공소사실에 대하여는 ‘공소제기절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때’에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 선고해 주시기 바랍니다.

(5) 친고죄에서 공소제기 전에 고소의 취소가 있는 경우

친고죄에서 공소제기 전에 고소의 취소가 있는 경우에는 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 구할 수 있다. 그러나 공소제기 이후에 고소의 취소가 있는 경우에는 제327조 제5호에 의한 공소기각판결을 구하게 된다.

○ 상대적 친고죄인 절도죄에서 공소제기전에 고소의 취소가 있어 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁 점

김갑동은 본 공소사실에 대하여 자백하고 있습니다. 그런데 김갑동과 이을남은 동거하지 않는 친족관계에 있으므로 형법 제344조, 제328조 제2항에 의하여 친고죄에 해당하는바 적법한 공소제가 있었는지가 쟁점입니다.

2. 공소제기전 고소의 취소

이을남은 2012.6.5.에 김갑동의 절도범행을 고소하였으나, 공소제기 전인 2012.7.7.에 고소를 취소하였습니다. 따라서 고소가 취소되었으므로 본 공소사실에 대하여는 적법한 공소제기가 있었다고 볼 수 없습니다.

3. 결 언

따라서 본 공소사실에 대하여는 ‘공소제기절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때’에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 선고해 주시기 바랍니다.

(6) 반의사불벌죄에서 공소제기전에 처벌불원의 의사표시가 있는 경우

반의사불벌죄에서 공소제기전에 처벌불원의 의사표시가 있는 경우에는 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 구할 수 있다. 그러나 공소제기이후에 처벌불원의 의사표시가 있는 경우에는 제327조 제6호에 의한 공소기각판결을 구하게 된다.

○ 공갈죄로 기소된 사건에서 공갈죄는 무죄가 되지만 축소사실인 폭행부분에 대하여 공소제기전에 처벌불원의 의사표시가 있어 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

4. 축소사실인 폭행의 점에 대하여

본 공소사실에 포함되어 있는 폭행죄는 형법 제260조 제3항에 의하여 반의사불벌죄입니다. 이에 대하여 강기술은 공소제기 전인 2012. 9. 28.에 처벌불원의 의사를 표시하고 있으므로 폭행죄에 대하여는 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 선고하여 주시기 바랍니다.

- 교특법위반죄에서 제3조 제2항 본문에 의해 피해자의 처벌불원의 의사표시가 공소제기 전에 있어 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁점

이달수는 공소사실을 모두 인정하고 있으나, 피해자 조범생이 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서 제6호의 '보행자'에 해당하는지가 쟁점입니다.

2. 보행자의 해당 여부

도로교통법 제27조 제1항은 '모든 차의 운전자는 보행자(제13조의2 제6항에 따라 자전거에서 내려서 자전거를 끌고 통행하는 자전거 운전자를 포함한다)가 횡단보도를 통행하고 있을 때에는 보행자의 횡단을 방해하거나 위험을 주지 아니하도록 그 횡단보도 앞(정지선이 설치되어 있는 곳에서는 그 정지선을 말한다)에서 일시정지하여야 한다'라고 규정하고 있습니다. 그런데 본 사건에 있어 조범생은 자전거를 타고 가다 사고를 당한 것이므로 위 규정의 반대해석상 보행자에 해당하지 않습니다. 따라서 이달수의 범행은 교특법 제3조 제2항 단서 제6호의 반의사불벌죄의 예외에 해당하지 않습니다.

3. 결론

따라서 본 공소사실은 교특법 제3조 제2항 본문에 따라 반의사불벌죄인바, 조범생은 공소제기 이전인 2011.12.16. 김갑동과 합의하여 처벌불원의 의사를 표시하였으므로 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 선고하여 주시기 바랍니다.

- 특가법위반(도주차량)죄는 무죄가 되지만, 축소사실인 교특법위반죄가 성립하는 경우에 종합보험에 가입되어 있어 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

4. 축소사실로서의 교특법위반행위에 대하여

김갑인은 교특법 제3조 제1항 위반의 점은 인정하고 있습니다. 그런데 김갑인은 종합보험에 가입되어 있어 교특법 제4조 제1항에 의해 검사는 공소를 제기할 수 없으므로 이에 대하여는 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 선고하여 주시기 바랍니다.

3. 공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때

시험에서 '공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때'는 출제하기 쉽지 않으므로 생략한다.

4. 제329조의 규정에 위반하여 공소가 제기되었을 때

시험에서 '공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때'는 출제하기 쉽지 않으므로 생략한다.

☞ 형사소송법 제329조(공소취소와 제기소) 공소취소에 의한 공소기각의 결정이 확정된 때에는 공소취소후 그 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거를 발견한 경우에 한하여 다시 공소를 제기할 수 있다.

5. 고소가 있어야 죄를 논할 사건에 대하여 고소의 취소가 있을 때

친고죄의 경우에 고소가 있어 적법하게 공소제기되었으나 제1심 판결선고전에 고소가 취소된 경우에 공소기각판결의 선고를 구할 수 있다. 만약 고소의 취소가 공소제기전에 이루어졌다면 제327조 제2호에 따라 공소기각판결의 선고를 구할 수 있다.

○ 상대적 친고죄인 절도죄에서 공소제기 이후에 고소의 취소가 있어 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁점

김갑동은 본 공소사실에 대하여 자백하고 있습니다. 그런데 김갑동과 이을남은 동거하지 않는 친족관계에 있으므로 형법 제344조, 제328조 제2항에 의하여 친고죄에 해당하는바 공소가 적법하게 유지될 수 있는지가 쟁점입니다.

2. 공소제기 후 고소의 취소

이을남은 2012.6.5.자로 김갑동의 절도범행을 고소하였으나, 공소제기 후인 2012.11.1.에 고소를 취소하였습니다. 따라서 고소가 취소되었으므로 본 공소사실에 대한 공소는 적법하게 유지될 수 없습니다.

3. 결언

따라서 본 공소사실에 대하여는 ('고소가 있어야 죄를 논할 사건에 대하여 고소의 취소가 있을 때'에 해당하므로) 형사소송법 제327조 제5호에 따라 공소기각판결을 선고해 주시기 바랍니다.

6. 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 대하여 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회되었을 때

반의사불벌죄에서 공소제기 후에 처벌불원의 의사표시가 있는 경우에는 제327조 제6호에 따라 공소기각판결을 구할 수 있다. 그러나 공소제기 전에 처벌불원의 의사표시가 있는 경우에는 제327조 제2호에 의한 공소기각판결을 구하게 된다.

○ 교통법위반죄에서 제3조 제2항 본문에 의해 피해자의 처벌불원의 의사표시가 있어 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁점

이달수는 공소사실을 모두 인정하고 있으나, 피해자 조범생이 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서 제6호의 '보행자'에 해당하는지가 쟁점입니다.

2. 보행자의 해당 여부

도로교통법 제27조 제1항은 '모든 차의 운전자는 보행자(제13조의2 제6항에 따라 자전거에서 내려서 자전거를 끌고 통행하는 자전거 운전자를 포함한다)가 횡단보도를 통행하고 있을 때에는 보행자의 횡단을 방해하거나 위험을 주지 아니하도록 그 횡단보도 앞(정지선이 설치되어 있는 곳에서는 그 정지선을 말한다)에서 일시정지하여야 한다'라고 규정하고 있습니다. 그런데 본 사건에 있어 조범생은 자전거를 타고 가다 사고를 당한 것이므로 위 규정의 반대해석상 보행자에 해당하지 않습니다. 따라서 이달수의 범행은 교통법 제3조 제2항 단서 제6호의 반의사불벌죄의 예외에 해당하지 않습니다.

3. 결언

따라서 본 공소사실은 교통법 제3조 제2항 본문에 따라 반의사불벌죄인바, 조범생은 본 사건 공소제기 이후인 2011.1.2.16. 이달수와 합의하면서 처벌불원의 의사를 표시하였으므로 형사소송법 제327조 제6호에 따라 공소기각판결을 선고하여 주시기 바랍니다.

○ 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(이하 정통망법) 제70조 제3항에 따라 공소제기 후에 처벌불원의 의사표시가 있어 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁점

김갑동은 본 공소사실을 모두 인정하고 있지. 그런데 법리적으로 보아 적법한 공소제기가 유지될 수 있는지가 쟁점입니다.

2. 정통방법 제70조 제3항에 의한 반의사불벌죄

정통방법 제70조 제2항의 공소사실은 동법 제70조 제3항에 의하여 반의사불벌죄입니다. 살피건대 본 사건에서 최병너는 공소가 제기된 이후인 2015.6.7. 법원에 처벌불원의 의사표시를 하였으므로 본 공소사실에 대한 공소제기는 적법하게 유지될 수 없습니다.

3. 결 언

따라서 본 공소사실에 대하여는 형사소송법 제327조 제6호에 의하여 공소기각의 판결을 선고해 주시기 바랍니다.

○ 부정수표단속법 제2조 제4항에 따라 공소제기 후에 처벌불원의 의사표시가 있어 공소기각판결을 구하는 예시답안

<예시답안>

1. 쟁 점

김갑동은 본 공소사실에 대하여 자백하고 있습니다만, 적법한 공소가 유지될 수 있는지가 쟁점입니다.

2. 관련 법리

부수법 제2조 제4항에 따르면 부도수표를 회수하지 못하였다도 수표 소지인의 명시적 의사에 반하는 경우 공소를 제기할 수 없도록하여 반의사불벌죄로 규정하고 있습니다. 살피건대 본 사건에서는 수표 소지인인 박병진이 공소제기 후인 제2회 공판기일에서 처벌불원의 의사를 표시하고 있으므로 적법한 공소가 유지될 수 없습니다.

3. 결 언

따라서 본 공소사실에 대하여는 형사소송법 제327조 제6호에 의하여 공소기각판결의 선고를 구하는 변론이 가능하다고 판단됩니다.

IV. 공소시효와 친고죄 및 반의사불벌죄 관련 조문 정리

1. 공소시효와 관련된 형사소송법 조문

제249조 (공소시효의 기간) ① 공소시효는 다음 기간의 경과로 완성한다.

1. 사형에 해당하는 범죄에는 25년
2. 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄에는 15년
3. 장기10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 10년
4. 장기10년미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 7년
5. 장기5년미만의 징역 또는 금고, 장기10년 이상의 자격정지 또는 벌금에 해당하는 범죄에는 5년
6. 장기5년 이상의 자격정지에 해당하는 범죄에는 3년
7. 장기5년미만의 자격정지, 구류, 과료 또는 몰수에 해당하는 범죄에는 1년

② 공소가 제기된 범죄는 판결의 확정이 없이 공소를 제기한 때로부터 25년을 경과하면 공소시효가 완성한 것으로 간주한다.

☞ 시험출제빈도가 가장 높은 부분은 제249조 제1항 4호와 5호이므로 이 부분을 정확히 기억하여야 한다.

2. 형법 조문 정리

가. 친고죄 조문 정리

(1) 사자명예훼손죄와 모욕죄

제312조 (고소와 피해자의 의사) ① 제308조와 제311조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

제308조 (사자의 명예훼손) 공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

제311조 (모욕) 공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

(2) 비밀침해죄와 업무상비밀누설죄

제318조 (고소) 본장의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

제316조 (비밀침해) ① 봉합 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서 또는 도화를 개봉한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 봉합 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서, 도화 또는 전자기록등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자도 제1항의 형과 같다.

제317조 (업무상비밀누설) ① 의사, 한의사, 치과의사, 약제사, 약종상, 조산사, 변호사, 변리사, 공인회계사, 공증인, 대서업자나 그 직무상 보조자 또는 차등의 직에 있던 자가 그 직무처리중 지득한 타인의 비밀을 누설한 때에는 3년 이하의 징역이나 금고, 10년 이하의 자격정지 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

② 종교의 직에 있는 자 또는 있던 자가 그 직무상 지득한 사람의 비밀을 누설한 때에도 전항의 형과 같다.

(3) 친족상도례 일반

제328조 (친족간의 범행과 고소) ① 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 제323조의 죄는 그 형을 면제한다.

② 제1항이외의 친족간에 제323조의 죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

③ 전2항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 전2항을 적용하지 아니한다.

제344조 (친족간의 범행) - 절도죄

제328조의 규정은 제329조 내지 제332조의 죄 또는 미수범에 준용한다.

제354조 (친족간의 범행, 동력) - 사기죄와 공갈죄

제328조와 제346조의 규정은 본장의 죄에 준용한다.

제361조 (친족간의 범행, 동력) - 횡령죄와 배임죄

제328조와 제346조의 규정은 본 장의 죄에 준용한다.

(4) 친족상도례의 장물죄의 특징

제365조 (친족간의 범행) ① 전3조의 죄를 범한 자와 피해자간에 제328조제1항, 제2항의 신분관계가 있는 때에는 동조의 규정을 준용한다.

② 전3조의 죄를 범한 자와 본범간에 제328조제1항의 신분관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다. 단, 신분 관계가 없는 공범에 대하여는 예외로 한다.

제362조 (장물의 취득, 알선등) ① 장물을 취득, 양도, 운반 또는 보관한 자는 7년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 전항의 행위를 알선한 자도 전항의 형과 같다.

제363조 (상습범) ① 상습으로 전조의 죄를 범한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

② 제1항의 경우에는 10년 이하의 자격정지 또는 1천500만원 이하의 벌금을 병과할 수 있다.

제364조 (업무상과실, 중과실) 업무상과실 또는 중대한 과실로 인하여 제362조의 죄를 범한 자는 1년 이하의 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

나. 반의사불벌죄

(1) 명예훼손죄와 출판물에 의한 명예훼손죄

제312조 (고소와 피해자의 의사) ② 제307조와 제309조의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

제307조 (명예훼손) ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

제309조 (출판물등에 의한 명예훼손) ① 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조 제1항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 방법으로 제307조제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

(2) 폭행죄

제260조 (폭행, 존속폭행) ① 사람의 신체에 대하여 폭행을 가한 자는 2년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

(3) 과실치상죄

제266조 (과실치상) ① 과실로 인하여 사람의 신체를 상해에 이르게 한 자는 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

② 제1항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

(4) 협박죄

제283조 (협박, 존속협박) ① 사람을 협박한 자는 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

(5) 외국원수에 대한 폭행등 등의 죄

제110조 (피해자의 의사) 제107조 내지 제109조의 죄는 그 외국정부의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

제107조 (외국원수에 대한 폭행등) ① 대한민국에 체재하는 외국인의 원수에 대하여 폭행 또는 협박을 가한 자는 7년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

② 전항의 외국원수에 대하여 모욕을 가하거나 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

제108조 (외국사절에 대한 폭행등) ① 대한민국에 파견된 외국사절에 대하여 폭행 또는 협박을 가한 자는 5년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

② 전항의 외국사절에 대하여 모욕을 가하거나 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

제109조 (외국의 국기, 국장의 모독) 외국을 모욕할 목적으로 그 나라의 공용에 공하는 국기 또는 국장을 손상, 제거 또는 오욕한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 교특법 관련 조문

제3조 (처벌의 특례) ① 차의 운전자가 교통사고로 인하여 「형법」 제268조의 죄를 범한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 차의 교통으로 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄와 「도로교통법」 제151조의 죄를 범한 운전자에 대하여는 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소(公訴)를 제기할 수 없다. 다만, 차의 운전자가 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범하고도 피해자를 구호하는 등 「도로교통법」 제54조제1항에 따른 조치를 하지 아니하고 도주하거나 피해자를 사고 장소로부터 옮겨 유기하고 도주한 경우, 같은 죄를 범하고 「도로교통법」 제44조제2항을 위반하여 음주측정 요구에 따르지 아니한 경우(운전자가 채혈 측정을 요청하거나 동의한 경우는 제외한다)와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로 인하여 같은 죄를 범한 경우에는 그러하지 아니하다. [개정 2016.1.27 제13829호(도로교통법), 2016.12.2] [[시행일 2017.12.3]]

1. 「도로교통법」 제5조에 따른 신호기가 표시하는 신호 또는 교통정리를 하는 경찰공무원등의 신호를 위반하거나 통행금지 또는 일시정지를 내용으로 하는 안전표지가 표시하는 지시를 위반하여 운전한 경우
2. 「도로교통법」 제13조제3항을 위반하여 중앙선을 침범하거나 같은 법 제62조를 위반하여 횡단, 유턴 또는 후진한 경우
3. 「도로교통법」 제17조제1항 또는 제2항에 따른 제한속도를 시속 20킬로미터 초과하여 운전한 경우
4. 「도로교통법」 제21조제1항, 제22조, 제23조에 따른 앞지르기의 방법·금지시기·금지장소 또는 끼어들기의 금지를 위반하거나 같은 법 제60조제2항에 따른 고속도로에서의 앞지르기 방법을 위반하여 운전한 경우
5. 「도로교통법」 제24조에 따른 철길건널목 통과방법을 위반하여 운전한 경우
6. 「도로교통법」 제27조제1항에 따른 횡단보도에서의 보행자 보호의무를 위반하여 운전한 경우
7. 「도로교통법」 제43조, 「건설기계관리법」 제26조 또는 「도로교통법」 제96조를 위반하여 운전면허 또는 건설기계조종사면허를 받지 아니하거나 국제운전면허증을 소지하지 아니하고 운전한 경우. 이 경우 운전면허 또는 건설기계조종사면허의 효력이 정지 중이거나 운전의 금지 중인 때에는 운전면허 또는 건설기계조종사면허를 받지 아니하거나 국제운전면허증을 소지하지 아니한 것으로 본다.
8. 「도로교통법」 제44조제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 하거나 같은 법 제45조를 위반하여 약물의 영향으로 정상적으로 운전하지 못할 우려가 있는 상태에서 운전한 경우
9. 「도로교통법」 제13조제1항을 위반하여 보도가 설치된 도로의 보도를 침범하거나 같은 법 제13조제2항에 따른 보도 횡단방법을 위반하여 운전한 경우
10. 「도로교통법」 제39조제3항에 따른 승객의 추락 방지 의무를 위반하여 운전한 경우
11. 「도로교통법」 제12조제3항에 따른 어린이 보호구역에서 같은 조 제1항에 따른 조치를 준수하고 어린이의 안전에 유의하면서 운전하여야 할 의무를 위반하여 어린이의 신체를 상해에 이르게 한 경우
12. 「도로교통법」 제39조제4항을 위반하여 자동차의 화물이 떨어지지 아니하도록 필요한 조치를 하지 아니하고 운전한 경우

제4조 (보험 등에 가입된 경우의 특례) ① 교통사고를 일으킨 차가 「보험업법」 제4조, 제126조, 제127조 및 제128조, 「여객자동차 운수사업법」 제60조, 제61조 또는 「화물자동차 운수사업법」 제51조에 따른 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 제3조제2항 본문에 규정된 죄를 범한 차의 운전자에 대하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제3조제2항 단서에 해당하는 경우
2. 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 불구(不具)가 되거나 불치 또는 난치의 질병이 생긴 경우
3. 보험계약 또는 공제계약이 무효로 되거나 해지되거나 계약상의 면책 규정 등으로 인하여 보험회사, 공제조합 또는 공제사업자의 보험금 또는 공제금 지급의무가 없어진 경우

② 제1항에서 “보험 또는 공제”란 교통사고의 경우 「보험업법」에 따른 보험회사나 「여객자동차 운수사업법」 또는 「화물자동차 운수사업법」에 따른 공제조합 또는 공제사업자가 인가된 보험약관 또는 승인된 공제약관에 따라 피보험자와 피해자 간 또는 공제조합원과 피해자 간의 손해배상에 관한 합의 여부와 상관없이 피보험자나 공제조합원을 갈음하여 피해자의 치료비에 관하여는 통상비용의 전액을, 그 밖의 손해에 관하여는 보험약관이나 공제약관으로 정한 지급기준금액을 대통령령으로 정하는 바에 따라 우선 지급하되, 중국적으로는 확정판결이나 그 밖에 이에 준하는 집행권원상 피보험자 또는 공제조합원의 교통사고로 인한 손해배상금 전액을 보상하는 보험 또는 공제를 말한다.

③ 제1항의 보험 또는 공제에 가입된 사실은 보험회사, 공제조합 또는 공제사업자가 제2항의 취지를 적은 서면에 의하여 증명되어야 한다.

4. 부수법 관련 조문

제2조 (부정수표 발행인의 형사책임) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 부정수표를 발행하거나 작성한 자는 5년 이하의 징역 또는 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처한다.

1. 가공인물의 명의로 발행한 수표
2. 금융기관(우체국을 포함한다. 이하 같다)과의 수표계약 없이 발행하거나 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 발행한 수표
3. 금융기관에 등록된 것과 다른 서명 또는 기명날인으로 발행한 수표

② 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족, 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 경우에도 제1항과 같다.

③ 과실로 제1항과 제2항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 금고 또는 수표금액의 5배 이하의 벌금에 처한다.

④ 제2항과 제3항의 죄는 수표를 발행하거나 작성한 자가 그 수표를 회수한 경우 또는 회수하지 못하였다라도 수표 소지인의 명시적 의사에 반하는 경우 공소를 제기할 수 없다.

5. 정통방법 관련 조문

제70조 (벌칙) ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

제74조 (벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제8조제4항을 위반하여 비슷한 표시를 한 제품을 표시·판매 또는 판매할 목적으로 진열한 자
2. 제44조의7제1항제1호를 위반하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자
3. 제44조의7제1항제3호를 위반하여 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 한 자
4. 제50조제5항을 위반하여 조치를 한 자
5. 삭제 [2014.5.28] [[시행일 2014.11.29]]
6. 제50조의8을 위반하여 광고성 정보를 전송한 자
7. 제53조제4항을 위반하여 등록사항의 변경등록 또는 사업의 양도·양수 또는 합병·상속의 신고를 하지 아니한 자

② 제1항제3호의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.