

**(주)네오고시뱅크 경찰승진시험(21.1.16) 기출문제 해설****[1문]**

사장 甲은 회사공금을 횡령하고 잠적한 직원 乙에게 보복을 하기로 결심하고, 폭력배 丙에게 전화를 걸어 乙을 찾아서 죽지 않을 정도로 때려 주면 5백만 원을 주겠다고 약속하였다. 며칠 후 丙은 乙의 행방을 찾아내어 乙이 거주하고 있는 여관방을 찾아가 乙을 폭행하려고 하자 乙은 휴대폰으로 丙 몰래 녹음을 시작하였다. 乙의 휴대폰에는 “무슨 이유로 나를 때리려고 하느냐?”는 乙의 질문에 丙이 “누가 나에게 돈을 준다기에 이러는 것 뿐이다.”고 말한 乙과 丙의 대화, 丙이 乙을 때리면서 “자꾸 도망가면 죽어버릴 거야.”라고 한 고함소리, 그리고 丙이 던진 의자가 바닥에 부딪히면서 난 소리가 녹음되었다.

한편 사법경찰관 A는 여관주인으로부터 “어떤 사람이 여관으로 찾아와 손님을 폭행하고 있다.”는 112신고를 받고 출동하여, 방금 범행을 마치고 여관방을 뛰어나와 도주하는 丙을 쫓아가 현행범인으로 체포하고 그 과정에서 丙의 휴대폰을 임의제출받아 압수하였으나, 압수한 휴대폰에 대해서는 사후영장은 발부받지 않았다.

다음 날 경찰서에 출석한 乙은 자신의 휴대폰에 녹음된 파일을 저장한 USB를 사법경찰관 A에게 제출하였다. 또한 乙은 얼마 전 자신의 휴대폰으로 甲이 보내온 “횡령한 회사공금을 당장 가져와라. 그렇지 않으면 사람을 시켜서 반드시 대가를 치르게 하겠다.”는 문자메시지 화면을 경찰서에 출석하기 전에 사진으로 촬영하고, 경찰서에서 조사를 받으면서 이를 사법경찰관 A에게 제출하였다.

www.neogosibank.co.kr

(주)네오고시뱅크  
NEO - GOSIBANK

※ 전체 논점정리와 결론은 별도로 쓰지 말고, 각 문항별로 답안을 작성할 것

1. 乙이 제출한 USB에 저장된 乙과 丙의 대화, 丙의 고함소리 그리고 의자가 바닥에 부딪히면서 난 소리를 丙에 대한 유죄의 증거로 할 수 있는가? (임의제출물 압수의 점은 제외함) (20점)

[현장강의 사례X노트 39번, 진도별모의고사 5회, 6회, 전범위모의고사 1회]

2. 사법경찰관 A가 丙을 현행범인으로 체포하고 그 과정에서 丙으로부터 휴대폰을 임의제출받아 압수한 것은 적법한가? (10점)

[현장강의 사례X노트 21번, 26번, 현장강의 모의고사 3회, 진도별모의고사 2회, 3회, 6회, 8회, 9회, 전범위모의고사 2회]

3. 乙이 사법경찰관 A에게 제출한 문자메시지 촬영 사진이 공판정에 증거로 제출되었으나, 甲이 그것은 자신이 보낸 것이 아니라고 주장하는 경우 이를 甲에 대한 유죄의 증거로 할 수 있는가? (임의제출물 압수의 점은 제외함) (10점)

[현장강의 사례X노트42번, 진도별모의고사 5회, 6회, 9회]

4. 사법경찰관 A가 乙을 조사하고 작성한 조서에 “내가 丙에게 누가 나를 때리라고 시켰냐고 물었더니, 너가 다니던 회사의 사장이지 누구겠느냐고 말했다.” 는 乙의 진술이 기재되었고 乙이 공판정에 증인으로 출석하고 그 조서의 성립의 진정을 인정하였다면, 이를 甲에 대한 유죄의 증거로 할 수 있는가? (10점)

[현장강의 사례X노트47번, 현장강의 모의고사 6회]

[2문] 다음을 약술하라. (50점)

1. 친고죄에서의 고소불가분의 원칙 및 반의사불벌죄에 대한 고소불가분의 원칙의 적용 여부 (30점)

[경정승진 예상논점 A급 11번, 최종예상 2번-고소의 불가분의 원칙]

2. 증거동의를 본질과 대상 (20점)

[경정급 예상논점 A급 44번, 최종예상 17번 - 증거동의]

## [참고조문]

※ 아래 법령은 현행 법령과 다를 수 있음

### 통신비밀보호법

**제3조(통신 및 대화비밀의 보호)** ①누구든지 이 법과 「형사소송법」 또는 「군사법원법」의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다. 다만, 다음 각호의 경우에는 당해 법률이 정하는 바에 의한다.

1. 환부우편물등의 처리 : 「우편법」 제28조·제32조·제35조·제36조등의 규정에 의하여 폭발물등 우편금지품이 들어 있다고 의심되는 소포우편물(이와 유사한 郵便物을 포함한다) 을 개피하는 경우, 수취인에게 배달할 수 없거나 수취인이 수령을 거부한 우편물을 발송인에게 환부하는 경우, 발송인의 주소·성명이 누락된 우편물로서 수취인이 수취를 거부하여 환부하는 때에 그 주소·성명을 알기 위하여 개피하는 경우 또는 유가물이 든 환부불능우편물을 처리하는 경우
  2. 수출입우편물에 대한 검사 : 「관세법」 제256조·제257조 등의 규정에 의한 신서외의 우편물에 대한 통관검사절차
  3. 구속 또는 복역중인 사람에 대한 통신 : 「형사소송법」 제91조, 「군사법원법」 제131조, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제41조·제43조·제44조 및 「군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률」 제42조·제44조 및 제45조에 따른 구속 또는 복역중인 사람에 대한 통신의 관리
  4. 파산선고를 받은 자에 대한 통신 : 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제484조의 규정에 의하여 파산선고를 받은 자에게 보내온 통신을 파산관재인이 수령하는 경우
  5. 혼신제거등을 위한 전파감시 : 「전파법」 제49조 내지 제51조의 규정에 의한 혼신제거등 전파질서유지를 위한 전파감시의 경우
- ② 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청(이하 “통신제한조치”라 한다)은 범죄수사 또는 국가안전보장을 위하여 보충적인 수단으로 이용되어야 하며, 국민의 통신비밀에 대한 침해가 최소한에 그치도록 노력하여야 한다.
- ③ 누구든지 단말기 고유번호를 제공하거나 제공받아서 아니된다. 다만, 이동전화단말기 제조업체 또는 이동통신사업자가 단말기의 개통처리 및 수리 등 정당한 업무의 이행을 위하여 제공하거나 제공받는 경우에는 그러하지 아니하다.

**제4조(불법검열에 의한 우편물의 내용과 불법감청에 의한 전기통신내용의 증거사용 금지)** 제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.

**제14조(타인의 대화비밀 침해금지)** ①누구든지 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취할 수 없다.

②제4조 내지 제8조, 제9조제1항 전단 및 제3항, 제9조의2, 제11조제1항·제3항·제4항 및 제12조의 규정은 제1항의 규정에 의한 녹음 또는 청취에 관하여 이를 적용한다.

## ■ 사례 해설

### I. 설문(1)에 대하여 (20점)

#### 1. 문제점 (1/20점)<sup>1)</sup>

USB에 녹음된 녹음파일에는 乙과 丙의 대화,<sup>2)</sup> 丙의 고함소리 및 의자가 바닥에 부딪히면서 난 소리가 녹음되어 있다. 이하 위 녹음파일의 내용을 乙과 丙의 대화부분과 丙의 고함소리 및 의자가 바닥에 부딪히면서 난 소리를 나누어 각 증거능력을 판단하기로 한다. 전자의 경우에는 대화자간의 비밀녹음 및 전문법칙의 적용여부가 문제되고 후자의 경우에는 통신비밀보호법의 적용여부 및 이른바 비진술증거로서 현장녹음의 법리 등이 문제될 것이다.

#### 2. ㉠ 乙이 녹음한 丙의 진술 (12/20점)

##### (1) 대화자간 비밀녹음 (4점)

###### 가. 학설

- ① 통신비밀보호법은 타인간의 경우만 보호하고 있고, 대화당사자 사이에는 대화의 비밀성이 인정되지 않기 때문에 대화당사자의 비밀녹음도 증거능력이 있다는 견해,
- ② 타인과 타인간의 통신이나 대화의 경우에만 적용되는 통신비밀보호법의 위반은 아니나 대화상대방의 헌법상의 기본권인 프라이버시를 침해하므로 증거능력이 없다는 견해
- ③ 통신비밀보호법위반은 아니나 사인의 위법수집증거의 법리에 따라 비교형량하여 증거사용여부를 판단해야 한다는 견해가 대립한다.

###### 나. 판례

판례는 “고소인(녹음자)이 피고인인 자신의 아내와의 대화를 몰래 녹음한 부분은 타인간의 대화를 녹음한 것이 아니어서 통신비밀보호법 제14조의 적용을 받지 아니한다” 라고 판시하여 대화당사자 중 일방의 비밀 녹음은 증거사용이 가능하다고 보고 있다(대판2001도3106).

###### 다. 검토 및 사안의 적용

- 1) 대화당사자 사이의 대화를 타인간의 대화라고는 볼 수 없다는 점에서 통신비밀보호법의 적용은 없다고 볼 것이다. 그러나 국가의 기본권보호의무에 비추어 정보의 자기결정권을 침해하는 비밀녹음은 제308조의2에 따라 사인의 위법수집증거의 법리에 따라 해결해야 할 것으로 본다. 따라서 침해되는 사익과 형사소추의 필요성, 녹음상황 등을 비교형량하여 증거배제여부를 결정함이 타당하다고 볼 것이다.
- 2) 설문의 비밀녹음은 범죄피해자인 乙이 범행현장에서 녹음한 것으로서 비록 丙의 프라이버시를 침해하는 측면이 있더라도 이익형량의 관점에서 이를 위법수집증거로 볼 수 없다.

1) 설문(1)에서 usb는 사본이므로 사본으로서의 전제요건을 서술할 필요가 있느냐 의문이 제기될 수 있습니다. 그러나, 질문자체가 usb가 아니라 usb에 녹음된 녹음파일입니다. 즉, 원본인 녹음파일의 증거능력을 묻고 있으므로 별도 사본으로서의 제출요건을 서술할 필요가 없다고 볼 것입니다.

2) 乙과 丙의 대화내용이 무엇인지는 구체적으로 사실관계가 제시되어 있지 않으나, 질문의 내용에 비추어 진술내용이 담긴 녹음부분이 존재하는 것으로 추단할 수 있다.

**(2) 전문법칙의 예외 (8점)****가. 매체의 특수성 (2점)**

- ① 구법 제313조 제1항의 대상은 진술서나 진술을 기재한 서류만을 규정하고 있으나, 통설과 판례는 녹음파일과 같은 특수매체기록도 매체가 특수할 뿐 타인의 진술을 전문하는 매체라는 점에서 서류와 본질이 다르지 않다고 보아 본조의 서류로 취급하여야 한다고 보았다.
- ② 2016.5.29. 개정형사소송법은 이러한 판례의 태도를 입법으로 반영하여, 문자·사진·영상 등의 특수매체기록을 서류와 동일시하는 전문법칙 예외규정을 명문화하였다(제313조 제1항·제2항).
- ③ 특수매체기록은 매체의 특수성상 제313조 제1항의 적용에 있어 서명이나 날인은 별도로 요구되지 않는다고 본다(통설·판례).

**나. 피고인 아닌 자가 피고인의 진술을 기재한 서류 (6점)**

- ① 위의 녹음파일 역시 서류에 준하여 증거능력을 판단하면 족하다. 특히 피고인 아닌 乙이 피고인 丙의 진술을 녹음하였다는 점에서 피고인 아닌 자가 피고인의 진술을 기재한 서류로 취급하여 증거능력을 판단하면 된다.
- ② 피고인 아닌 자가 작성한 피고인의 진술을 기재한 서류의 전문법칙 예외요건과 관련하여서는 ㉠ **제313조 제1항 단서만이 증거능력인정요건**이라는 완화요건설 ㉡ **제313조 제1항 단서뿐만 아니라 본문까지도 요건**이라는 가중요건설이 대립된다.
- ③ 판례는 고소인이 피고인인 자신의 아내와의 대화를 녹음한 부분에 대해 **작성자인 고소인이 성립의 진정을 인정하고 검사가 특신상태를 증명하면 증거능력이 있다고 보아 완화요건설**이다.
- ④ 생각건대, **제313조 제1항 단서의 명문규정과 신빙성높은 특수매체기록의 증거사용의 필요성을 감안할 때 완화요건설이 타당**하다.
- ⑤ 그렇다면, 설문에서는 제313조 제1항 단서에 따라, 작성자인 乙의 공판정진술에 의해 성립의 진정이 인정되고 특신상태가 증명되면 증거능력이 있다고 판단된다.

**(3) 소결**

乙이 丙의 진술을 녹음한 부분은, 통신비밀보호법의 적용을 받지 않고 위법수집증거로 볼 수 없으므로 제313조 제1항 단서에 따라 작성자인 乙의 진정성립인정과 검사가 특신상태를 증명하면 증거능력이 있다.

**3. ㉡ 丙의 고함소리와 의자가 바닥에 부딪히며 난 소리 (6/20점)****(1) 통신비밀보호법의 적용여부 (3점)**

- ① 통신비밀보호법 제3조 제1항은 누구든지 “공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.”고 규정하고 있다. 이때 통비법의 적용대상이 되는 “타인간의 대화”는 육성에 의한 의사소통행위를 가리키는바, 고함소리는 육성일지라도 의사소통행위가 아니어서 통비법의 적용대상이 아니고 의자가 바닥에 부딪혀서 나는 소리와 같이 사물에서 나는 소리는 육성이 아니어서 통비법의 적용대상이 아니다.
- ② 그러나, 위 증거들은 타인인 丙의 사생활(프라이버시)에 관한 증거들이므로 곧바로 증거능력이 부정되는 것은 아니지만 전술한 사인의 위법수집증거의 법리에 따라 공익과 사익을 비교형량하여 증거능력을 판단할 필요가 있다.
- ③ 설문에서 위 녹음파일은 폭행을 당하는 乙이 폭행현장에서 녹음한 것으로서 타인으로부터 금품을 수수한 상태에서 의자를 던지면서 乙을 폭행한 丙에 대한 형사소추의 필요성을 감안할 때 이를 위법수집증거로 볼 수 없다.

**(2) 전문법칙의 적용여부 (3점)**

- ① 丙의 고함소리는 육성에 의한 의사소통행위가 아니고 단순히 진술의 존재자체가 문제되는 증거이다. 또한 의자가 바닥에 부딪혀서 난 소리는 단순한 음향으로서 역시 진술증거가 아니다. 따라서 전문법칙이 적용되지 않는다.
- ② 다만, 전문법칙이 적용되지는 않지만 이와 같은 녹음테이프는 이른바 현장녹음으로서 그 처리에 관하여 진술증거설, 비진술증거설, 검증조서유추설등이 대립된다. 생각건대, 전문법칙이 적용되지 않는 녹음테이프는 그 원본이 비진술증거인이상 전문법칙은 적용되지 않는다고 보아야 한다(비진술증거설). (혹은, 생각건대 현장녹음은 비진술증거이나 조작이나 편집의 우려가 있으므로 검증조서에 준하여 작성자의 진정성립이 요구된다고 보아야 한다(검증조서유추설).)
- ③ 그렇다면, 丙의 고함소리나 의자가 부딪혀서 난 소리에는 별도로 전문법칙은 적용되지 않고 이를 위법수집 증거로 볼 수 없는 이상 증거능력이 인정된다. (검증조서 유추설 : 丙의 고함소리나 의자가 부딪혀서 난 소리 부분은 검증조서에 준하여 작성자인 乙이 성립의 진정을 인정하면 증거능력이 있다.)

**4. 사안의 해결 (1/20점)**

乙이 丙의 진술을 녹음한 부분은, 제313조 제1항 단서의 요건을 갖추면 丙의 피고사건에서 증거로 할 수 있고, 丙의 고함소리나 의자가 부딪혀서 난 소리는 전문법칙의 적용과 무관하게 증거능력이 있다. (검증조서 유추설 : 丙의 고함소리나 의자가 부딪혀서 난 소리 부분은 검증조서에 준하여 작성자인 乙이 성립의 진정을 인정하면 증거능력이 있다.)

더불어, 증거동의를 없는 이상 위 녹음파일을 증거로 채택하기 위해서는 형사소송규칙 제134조의8에 따라 공판정에서 재생, 청취라는 증거조사도 필요하다.

**II. 설문(2)에 대하여 (10점)****1. 문제점 (1/10점)**

사경 A의 현행범체포의 적법성과 관련하여서는 A를 현행범인으로 볼 수 있는지와 현행범체포의 요건을 갖춘 것이지가 문제되고 휴대폰의 임의제출과 관련하여서는 제218조의 영장주의 예외요건을 충족한 것이지가 문제된다.

**2. 현행범체포의 적법성 (4/10점)**

가. 현행범체포가 적법하려면 현행범인 또는 준현행범인으로서 ① 범죄의 명백성 ② 체포의 필요성(판례) ③ 비례성이 요구되고, ④ 절차적 요건으로서 미란다원칙(제200조의5, 제213조의2)을 고지하는 등 적법한 절차를 거쳐야 한다.

나. 설문에서 체포당시 A의 사정을 기준으로 보았을 때 丙은 甲에 대한 폭행 내지는 상해죄를 범한 직후로서 여관주인의 신고를 받은 직후에 여관방을 뛰어나와 도망중인 丙을 쫓아가 체포하였다는 점에서 丙은 범죄의 실행직후인 현행범인에 해당한다(제211조 제1항). 또한 丙이 도주하고 있다는 점에서 체포의 필요성 요건을 갖추고 있고 丙의 죄증의 중대성을 감안할 때 이를 경미범죄라거나 체포행위가 비례성에 반한다고 볼 수 없다.

다. 그렇다면, 사경A의 丙에 대한 현행범체포는 미란다원칙을 고지하였음을 전제로 적법한 것으로 판단된다. 다만, 미란다원칙은 미리 고지하는 것이 원칙이나 설문과 같이 달아나는 피의자를 붙들거나 피의자가 저항하는 경우에는, 제압하거나 제압한 직후 지체없이 고지하여야 한다.

### 3. 임의제출물 압수의 적법성 (4/10점)

가. 유류물이나 소유자·소지자·보관자가 임의로 제출한 물건은 영장없이 압수할 수 있다(제218조). 사전뿐 아니라 사후에도 영장을 발부받을 필요는 없으나, 일단 제출 후에는 임의로 취거할 수 없다는 점에서 강제수사에 해당한다. 이때 임의제출물의 압수에는 장소적 제한이 없으므로 현행범체포 현장이나 범죄장소에서도 임의제출물 압수가 가능하다.

나. 헌법 제12조 제3항이 천명하는 영장주의의 중요성에 비추어, 영장주의 예외규정은 엄격히 해석해야 하므로 임의제출물압수가 적법하기 위해서는 ① 제출자가 소유자·소지자·보관자의 개념에 포섭되어야 하고 ② 수사기관의 우월적 지위에 의하여 임의제출 명목으로 실질적으로 강제적인 압수가 행하여질 수 있으므로, 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 한다.

(3) 설문에서는, 제출자인 丙이 소유자, 소지자, 보관자에 해당하는 것은 사실이나 제출의 임의성이 담보되었다는 사정이 없다. 따라서 이를 임의제출로 포섭하기는 어려운 것으로 보인다. 다만, 제출의 임의성은 검사가 합리적 의심이 없는 정도로 입증해야 한다.

### 4. 사안의 해결 (1점)

설문에서 사경 A의 현행범체포는 미란다원칙 고지를 전제로 적법한 것으로 판단되나, 임의제출물 압수는 제출의 임의성이 적극적으로 증명되지 않아 제218조의 요건을 충족한 것으로 판단하기 어렵다.

참고로, 사법경찰관은 체포현장에서 영장없이 압수할 수 있다(제216조 제1항 제2호). 다만, 압수계속 필요시에는 지체없이, 체포시로부터 48시간 내에 압수·수색영장을 청구하여 발부받아야 한다. 따라서 제출의 임의성이 증명되지 않는 경우를 대비하여 사후영장을 받아 제216조 제1항 제2호로써 적법성을 담보하는 것이 필요하다.

## III. 설문(3)에 대하여 (10점)

### 1. 문제점 (1/10점)

설문 문자메시지의 증거능력과 관련하여 문제메시지의 속성이 무엇인지가 선결되어야 한다. 이를 비진술증거의 대체물인 사진으로 볼 경우 사본으로서 필요한 요건과 전문법칙의 적용여부도 순차적으로 살펴볼 필요가 있다.

### 2. 문자메시지의 입증취지 (2/10점)

어떠한 진술이 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에 따라 달라질 수 있는바, 원진술의 의미내용이 문제되면 진술증거로서 전문증거이나 원진술의 존재자체가 문제되면 비진술증거로서 이를 전문증거로 볼 수 없다.

설문에서 乙이 촬영하여 제출한 “횡령한 회사공금을 당장 가져와라. 그렇지 않으면 사람을 시켜서 반드시 대가를 치르게 하겠다.” 는 문자메시지 화면사진은 甲이 丙에게 乙을 폭행하였다는 사실을 교사한 부분과 관련한 정황증거에 해당한다. 따라서 위 문자메시지는 그 의미내용이 문제되는 진술증거가 아니라 그 존재자체가 문제되는 비진술증거의 대체물인 사진에 해당한다.

### 3. 사본으로서의 필요요건 (2/10점)

실질적 직접주의에서 파생된 최량증거의 법칙에 따라, 대체물이 증거로 제출된 경우에 있어서는 ① 원본이 존재하거나 존재하였을 것 ② 원본의 제출이 불능이거나, 현저히 곤란하였을 것 ③ 원본을 정확히 전사하였을 것 등이 전제되어야 한다.

설문상, ①②③요건의 충족여부는 명백하지 않은바 검사가 이를 입증하였을 것이 전제되어야 한다.

#### 4. 전문법칙의 적용여부 (4/10점)

비진술증거의 대체물인 사진에 대해 전문법칙이 적용되는지에 대해서는

- 가. 학설은, ㉠ 비진술증거인 이상 최량증거의 법칙 이외에 별도의 전문법칙은 적용되지 않는다는 견해(비진술증거설)와 ㉡ 조작·편집을 방지하기 위해 전문법칙, 특히 제315조 제3호가 유추적용되어야 한다는 견해(전문법칙유추설)가 대립된다.
- 나. 판례는, 정보통신망법위반사건에서 욕설이 담긴 휴대폰문자메시지 사본이 제출된 사안에서 문자정보가 범행의 직접적인 수단이 될 뿐인 경우에는 전문법칙이 적용될 여지가 없다고 보아 비진술증거설을 취하고 있다.
- 다. 생각건대, 최량증거의 법칙 적용과정에서 조작·편집의 과정은 충분히 통제될 수 있는바, 원본이 비진술 증거인 이상 전문법칙이 적용되지 않는다고 보는 견해가 타당하다.
- 라. 그렇다면, 乙의 휴대폰의 문자메시지가 증거능력이 인정되기 위해서는 별도로 전문법칙의 적용 내지는 유추적용되지 않는다.

#### 5. 사안의 해결 (1/10점)

乙이 제출한 문자메시지는 비진술증거의 대체물에 해당하되, 최량증거의 법칙에 따라 원본과의 동일성 등이 증명되면 甲의 피고사건에서 증거로 할 수 있다.

### IV. 설문(4)에 대하여 (10점)

#### 1. 문제점 (1/10점)

사경작성 乙에 대한 진술조서는 전문증거인바 증거동의를 없는 이상 제311조 내지 제316조의 요건을 갖추지 못하면 증거로 할 수 없다(제310조의2). 다만, 위 진술조서 가운데 甲의 피고사건에서 증거가치가 있는 것은 乙이 다니는 회사의 사장이 시켰다는 취지의 丙의 진술인바, 이는 전문증거의 내용 속에 다른 전문증거가 포함된 경우로서 재전문증거에 해당한다. 이하 재전문증거의 증거능력인정여부부터 살펴보기로 한다.

#### 2. 재전문증거의 증거능력 (4.5/10점)

##### (1) 견해의 대립

- ① 재전문은 이중의 예외로서 오류의 가능성이 농후하므로 증거능력을 부정해야 한다고 보는 소극설.
- ② 법정 외의 진술 하나하나가 전문법칙의 예외를 모두 충족하는 때에는 증거로 사용할 수 있다고 보는 적극설이 대립하고 있다.

##### (2) 판례의 태도

판례는 전문진술이 기재된 조서는 제312조 내지 제314조의 규정과 제316조의 요건을 충족하면 증거능력을 인정하지만, 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서는 당사자의 증거동의를 없는 한 증거능력을 인정할 수 없다는 입장이다.

**(3) 검토 및 사안적용**

가. 생각건대, 우리의 경우 직업법관이 사실에 대한 판단을 하고 있고 전문법칙을 엄격하게 해석하는 영미에 있어서도 재전문증거를 누적적 증거라고 명명하여 증거로 사용하고 있으며, 아동 및 장애인 성폭행범과 같은 특수한 상황에 대비할 필요성이 있다는 점 등을 감안할 때 재전문증거도 증거능력을 부여하는 것이 타당하다고 본다(적극설).

나. 그렇다면, 丙의 진술을 전문하는 乙의 진술은 재전문증거이지만 전문법칙의 예외를 충족하면 증거능력을 인정받을 수 있다.

**3. 전문법칙 예외 (4/10점)****(1) 사경작성 진술조서의 속성 (1점)**

설문의 사경작성 乙에 대한 진술조서는 丙의 진술을 전문하는 형태로서 사법경찰관 작성 참고인 乙에 대한 진술조서와 피고인 아닌 乙이 丙의 진술을 전문하는 내용이 결합된 것이다. 따라서 제312조 제4항과 제316조 제2항의 요건을 모두 갖추어야 한다.

**(2) 제312조 제4항 (1.5점)**

사법경찰관 작성 진술조서가 증거능력이 있으려면 ① 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 ② 원진술자의 진술 또는 영상녹화물 기타 객관적 방법에 의해 실질적 진정성립이 증명되어야 하고 ③ 특신상태가 증명되어야 하며 ④ 피고인 또는 변호인이 원진술자를 신문할 수 있어야 한다.

설문에서는 원진술자인 乙이 증인으로 출석하여 성립의 진정을 인정하고 있지만 ①③④의 요건이 충족되어 있는지는 명확하지 않다.

**(3) 제316조 제2항 (1.5점)**

가. 제316조 제2항은 ① 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 기타 이에 준하는 사유로 진술할 수 없고 (필요성요건) ② 그 진술이 특신상태 하에서 이루어졌음이 증명된 경우(신용성 요건)에 있어 예외적으로 증거능력을 인정하고 있다.

나. 제316조 제2항은 전형적인 영미법상 전문법칙의 예외조항으로서 공판중심주의를 강화하고자 한 형사소송법 개정의 취지에 비추어 그 요건은 엄격히 심사하여야 한다.

다. 설문에서 丙이 법정에서 출석하였는지, 丙의 진술에 특신상태가 인정되는지가 명확하지 않다. 이는 검사가 합리적 의심이 없는 정도로 증명할 필요가 있다.

**4. 사안의 해결 (0.5/10점)**

사경작성 乙에 대한 진술조서는 재전문증거이나 제312조 제4항과 제316조 제2항의 요건을 모두 갖추면 피고인 甲에 대한 증거로 사용할 수 있다. 다만, 그 요건을 충족하였는지는 설문상 명확하지 않다.

## ■ (1) 친고죄에서의 고소불가분의 원칙 및 반의사불벌죄에 대한 고소불가분의 원칙의 적용여부 (30점)

### I. 서 설 (4/30점)<sup>3)</sup>

#### 1. 의 의 (2점)

고소불가분의 원칙이란, 고소 및 고소취소의 효력이 인적·물적으로 불가분이라는 원칙을 말한다. 고소불가분의 원칙은 객관적 불가분의 원칙과 주관적 불가분의 원칙으로 나뉜다. 형사소송법은 고소의 객관적 불가분의 원칙은 명문으로 규정하고 있지 않지만, 법 제233조는 친고죄와 관련하여 고소의 주관적 불가분의 원칙을 규정하고 있다.

#### 2. 제도적 취지 (1점)

국가형벌권의 행사가 피해자의 자의적인 의사에 좌우되어 형사사법의 공평성과 객관성이 상실되는 것을 방지하기 위한 것이다.

#### 3. 문제점 (1점)

반의사불벌죄의 경우에 있어서는 고소의 주관적 불가분의 원칙적용여부에 대해 명문규정을 두고 있지않은바, 반의사불벌죄에 있어서도 고소불가분의 원칙이 준용되는지 문제된다.

### II. 객관적 불가분의 원칙 (8/30점)

#### 1. 의 의 (1점)

한 개의 범죄사실의 일부분에 대한 고소 또는 그 취소는 그 범죄사실의 전부에 대하여 효력이 발생한다는 원칙을 말한다.

#### 2. 인정여부 (2점)

형사소송법은 주관적 불가분의 원칙과는 달리 이에 대해 특별한 규정을 두고 있지 않아 그 인정여부가 문제된다.

① 이론상 당연히 인정된다는 긍정설(통설)과 ② 입법정책상의 문제임을 이유로 하는 부정설이 대립하는데, 고소에 있어서 범죄사실의 신고가 반드시 정확하다고 볼 수 없고 처벌의 범위까지 고소권자의 의사에 좌우되게 할 수는 없으므로 사건개념의 단일성·동일성에서 당연히 유래된다고 보는 긍정설이 타당하다.

#### 3. 적용범위 (5점)

##### (1) 단순일죄 (1점)

단순일죄에 대하여는 예외 없이 적용된다. 따라서 강간의 수단인 폭행·협박에 대한 고소의 효력은 강간에 대하여도 미친다.

##### (2) 과형상 일죄 (3점)

- ① 각 부분이 모두 친고죄이고 피해자가 같을 때는 동원칙이 적용된다.
- ② 각 부분이 친고죄라 하더라도 피해자가 다를 때는 이 원칙이 적용되지 않으므로 1인의 피해자가 한 고소의 효력은 다른 피해자에 대한 범죄사실에는 미치지 않는다.
- ③ 일죄의 일부분만이 친고죄인 때는 비친고죄에 대한 고소의 효력은 친고죄에 대하여 미치지 않는다.

##### (3) 수 죄 (1점)

객관적 불가분의 원칙은 한 개의 범죄사실을 전제로 한 원칙이므로 수죄인 경합범에 대하여는 적용되지 않는다.

3) 단문의 채점기준표는 임의적으로 작성한 것입니다. 단문의 채점은 실제로는 (1)(2)문을 합쳐서 25점이 넘지 않을 것입니다. 이 점을 감안하면, 고소불가분의 원칙의 경우 14~16점 정도가 최고답안으로 채점될 것입니다.

### Ⅲ. 주관적 불가분의 원칙(10/30점)

#### 1. 의 의 (1점)

친고죄의 공범 중 1인 또는 수인에 대한 고소와 그 취소는 다른 공범자에 대하여도 효력이 있다는 원칙을 말한다 (제233조).

#### 2. 인정이유 (1점)

고소가 원래 특정한 범인에 대한 것이 아니라 범죄사실에 대한 것이고 고소인의 자의에 의하여 불공평한 결과가 발생하는 것을 방지하기 위해서이다. 여기의 공범에는 필요적 공범도 포함된다.

#### 3. 적용범위 (2점)

##### (1) 절대적 친고죄

언제나 이 원칙이 적용되므로 공범 중 1인에 대한 고소의 효력은 전원에 대하여 미친다.

##### (2) 상대적 친고죄

비신분자에 대한 고소의 효력은 신분자에게 미치지 않으며, 신분자에 대한 고소취소는 비신분자에게 효력이 없다. 다만 친족 2인 이상이 공범인 경우에는 1인의 친족에 대한 고소는 다른 친족에게도 효력을 미친다.

#### 4. 공범자에 대한 제1심 판결선고 후의 고소취소 (6점)

##### (1) 문제점

고소 후에 공범자 1인에 대해 제1심 판결이 선고되어 고소를 취소할 수 없게 되었을 때 다른 1심 판결선고 전의 공범에 대한 고소취소가 가능한지 문제된다.

##### (2) 학 설

###### (가) 적극설

피해자의 의사를 존중하여 고소를 취소할 수 있지만 1심 판결선고를 받은 자에게는 취소의 효력이 미치지 않는다는 견해이다.

###### (나) 소극설(통설)

고소의 주관적 불가분의 원칙에 반하고, 고소권자의 선택에 의하여 불공평한 결과를 초래하는 것이므로 취소할 수 없고 취소가 있어도 효력이 없다는 견해이다.

##### (3) 판례(대판85도1940)

친고죄의 공범 중 1인이 1심 판결을 선고받은 후 다른 1인에 대하여 고소를 취소할 수 없고 취소가 있어도 효력이 없다고 판시하여 소극설의 입장이다.

##### (4) 검토

이를 인정하면 형사사법권의 발동이 사인(私人)의 의사에 지나치게 좌우될 위험성이 있으므로 소극설이 타당하다고 본다.

#### IV. 반의사불벌죄와 고소불가분의 원칙 (6/30점)

##### 1. 고소의 객관적 불가분의 원칙 (2점)

반의사불벌죄에 있어서도 고소의 객관적 불가분의 원칙이 준용되는지 이론상 긍정설과 부정설을 생각해볼 수 있다. 생각건대, 고소의 객관적 불가분의 원칙은 사건개념의 단일성과 동일성에서 당연히 유래되는 원칙이므로 친고죄이냐 반의사불벌죄이냐를 불문하고 당연히 적용된다고 판단된다.

##### 2. 고소의 주관적 불가분의 원칙 (4점)

- ① 반의사불벌죄에 대해 고소의 주관적 불가분의 원칙이 적용되는지 문제된다.
- ② 이에 대해서는 ㉠ 공범간의 형평성을 강조하여 제233조를 준용해야 한다는 견해(준용긍정설)와 ㉡ 피해자의 개별적인 처벌의사를 존중할 필요가 있음을 이유로 제233조를 준용해서는 안된다는 견해(준용부정설)이 대립된다.
- ③ 판례도 “제232조 제3항이 반의사불벌죄에 제233조를 준용하는 규정을 두지 않은 것은 친고죄와는 달리 공범자간에 불가분의 원칙을 적용하지 아니하고자 함에 있다고 볼 것이지 입법의 불비로 볼 것은 아니다” 고 판시하여 준용을 부정하고 있다(대판93도1689).
- ④ 생각건대, 공범간의 형평성 문제를 어떻게 처리할 것인가는 입법정책의 문제인바 명문규정이 없는 이상 부정설이 타당하다고 본다.

#### V. 결어(2/30점)

고소불가분의 원칙은 객관적 불가분의 원칙과 주관적 불가분의 원칙으로 나뉜다. 우리 형사소송법은 친고죄에 있어 고소의 주관적 불가분의 원칙만을 명문으로 규정하고 있으나, 고소의 객관적 불가분의 원칙은 친고죄이냐 반의사불벌죄이냐를 불문하고 당연히 인정된다. 그러나 고소의 주관적 불가분의 원칙은 입법정책적인 제도인바 친고죄에만 적용되고 반의사불벌죄에는 적용되지 않는다는 것이 판례의 태도이다.

www.neogosibank.co.kr

(주)네오고시뱅크  
NEO - GOSIBANK

## ■ [2문] (2) 증거동의를 본질과 대상 (20점)<sup>4)</sup>

### I. 서 설 (2/20점)

#### 1. 증거동의를 의의(제318조 제1항) (1점)

검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다. 증거동의제도는 신속한 재판과 소송경제를 도모하기 위한 것이며, 당사자주의와 직권주의가 조화를 이루고 있다고 할 수 있다.

#### 2. 동의와 전문법칙 (0.5점)

동의와 전문법칙의 관계에 대해서는 전문법칙예외설과 전문법칙부적용설(다수설)의 대립이 있으나, 제318조는 전문법칙의 예외조문(제311조 내지 제316조)과는 그 성격을 달리하므로 전문법칙부적용설이 타당하다고 본다.

#### 3. 문제점 (0.5점)

우리 형사소송법 제318조 제1항은 반대신문권이 문제되지 않는 물건까지도 증거동의를 대상으로 규정하고 있는바, 증거동의를 본질과 그 대상은 무엇인지 문제된다.

### II. 증거동의를 본질 (5/20점)

#### 1. 학설

증거로 함에 대한 당사자의 동의의 본질에 관하여는, ① 이를 증거능력에 대한 당사자의 처분권을 인정한 것이라고 보아 모든 증거물이 동의의 대상이 된다는 견해(처분권설)와 ② 반대신문권의 포기라고 보아 전문증거인 서류 또는 진술에 대해서만 동의가 가능하다는 견해(반대신문권포기설), ③ 반대신문권포기가 주요논거이기는 하나 직접주의적 요청도 포함하고 있다는 이원설 등이 대립된다. 기타 증거동의를 본질을 당사자의 권리포기로 보는 권리포기설도 연혁적으로 존재한다.

#### 2. 판례

판례는 “제318조 제1항은 전문증거금지원칙에 대한 예외로서 반대신문권을 포기하겠다는 피고인의 의사표시에 의하여 서류 또는 물건의 증거능력을 부여하는 규정” 이라고 판시하여(82도2873), 반대신문권포기설을 취한다. (다만, 반대신문권포기설에 의하면서도 물건을 증거동의를 대상으로 보았다는 점에서 학설상 반대신문권포기설과는 다소간 구분된다.)

#### 3. 검토

생각건대 처분권설에 의하면 증거에 대한 당사자처분권주의를 인정하는 결과가 되고, 증거동의를 영미법에서 유래한 제도라는 점을 감안할 때 통설인 반대신문권포기설로 이해함이 타당하다. (이원설에 따른 검토 : 증거동의를 비롯 영미법에서 유래한 것으로서 반대신문권포기설에 따른 이해가 기본이기는 하지만 반대신문권이 문제되지 않는 물건이나 피고인의 진술이 기재된 서류, 검증조서나 감정서등도 증거동의를 대상이 된다는 점에 비추어 이원설로 이해함이 타당하다고 본다.)

4) 증거동의를 강사가 특A급으로 예상하였지만, 이를 증거동의를 본질과 대상으로 변형한 것은 일종의 불의타로서 느낌을 받으셨을 수도 있습니다. 그런데 이는 교수출제의 전형을 보여주는 것입니다. 교수님들은 단순 암기용의 단문을 그다지 좋아하지 않습니다. 증거동의를 본질과 대상에 대해서는 사례에 부분부분의 논점이 길게 쓰여있습니다. 사례에서 연습한 내용들을 통합하여 서술하는 것이 실제 시험에서는 용이하지 않았을 것입니다. 만약 증거동의를 대한 단문을 그대로 쓰셨다하더라도 7점 정도 점수를 획득하셨을 것입니다. 거기에 본질과 대상이 간략히 나와 있기 때문입니다. 그런데, 7점도 절대 적은 점수가 아닙니다. 실제 20점짜리 단문은 최고점수가 아마도 10~11점 정도일 것입니다. 따라서 요령껏 증거동의를 단문에 사례에 나타난 부분(위수증과 증거동의, 물건과 증거동의 등)을 늘려쓰셨으면 점수가 8~9점정도 획득이 되었을 것입니다.

### Ⅲ. 증거동의를의 대상 (12/20점)

#### 1. 서류 (1점)

동의를의 대상은 전문법칙에 의하여 증거능력이 없는 서류이며 진술도 동의의 대상에 포함된다는 것이 통설과 판례이다. 또한 판례는 재전문진술이나 이를 기재한 조서도 동의의 대상이 되는 것으로 보고 있다(대판2000도159).

#### 2. 물건 (4.5점)

##### (1) 견해의 대립

- ① 제318조의 문언에 물건도 포함되므로 증거동의를의 대상이 된다고 보는 적극설과
- ② 증거물은 반대신문과 관계없으며 물적 증거의 증거능력에는 전문법칙의 제한이 없으므로 동의의 대상이 되지 않는다고 보는 소극설의 대립이 있다. 소극설은 제318조를 입법오류라고 본다.

##### (2) 판례의 태도

판례는 “제318조 1항은 전문증거금지원칙에 대한 예외로서 반대신문권을 포기하겠다는 피고인의 의사표시에 의하여 서류 또는 물건의 증거능력을 부여하는 규정” 이라고 하여 물건도 증거동의를의 대상이 된다는 입장이다(대판82도2873).

나아가 최근 판례는 비진술증거인 상해부위 사진도 증거동의를의 대상이 된다고 보아 물건포함설의 입장을 명확히 하고 있다(대판2007도3906).

##### (3) 검토

명문규정을 함부로 입법오류로 판단하는 것은 법적 안정성 차원에서 타당하지 않다. 따라서 제318조 제1항이 명문으로 물건에 대한 증거동의를를 인정한 이상 물건포함설이 타당하다고 본다. 증거동의를는 신속한 재판을 추구하기 위한 제도인바, 물건(비진술증거)에 대한 증거동의를를 허용시에는 증거조사절차를 간이화 할 수 있다는 실익도 존재한다.

#### 3. 증거능력이 없는 증거 (2점)

- (가) 증거능력 없는 전문증거 : 동의의 대상이 되는 것은 증거능력 없는 전문증거에 한한다. 이미 증거능력이 인정된 증거는 동의의 대상이 되지 않는다.
- (나) 반대증거 : 판례는 유죄증거에 대하여 반대증거로 제출된 서류는 성립의 진정이 증명되지 않거나 동의가 없어도 증거판단의 자료로 삼을 수 있으므로 동의의 대상이 되지 않는다고 하나(대판71도2060), 반증은 증거능력 있는 증거에 의할 것을 요하므로 동의의 대상이 된다고 해야 할 것이다.

#### 4. 위법수집증거와 증거동의 (4.5점)

가. 위법수집증거에 대해 증거동의가 허용되는지 문제된다.

나. 이에 대해서는 ① 위법수집증거는 중대한 위법이 개재되어 있는 것이므로 증거동의의 대상이 되지 않는다는 입장, ② 위법수집증거라도 법률상 제한인 제318조 제1항이 적용되어 증거동의가 된다는 입장, ③ 공익절차위반은 동의대상이 아니나 사익절차위반은 동의대상이 된다는 절충설이 대립된다.

다. 판례는 영장주의 위반의 위법수집증거나 고문이나 잠을 재우지 않은 위법사유가 경합된 자백 등에 대해서는 증거동의 대상이 아니라고 보나, 당사자에게 참여기회를 주지 않는 등 반대신문권을 침해하는 위법수집증거에 대해서는 증거동의를 허용하고 있는 듯한 태도를 보이고 있다.

라. 생각건대, 증거동의를 신속한 재판을 추구하기 위해 단지 입법정책적으로 마련된 제도인바, 헌법상 적법절차의 본질을 보호하기 위해 마련된 위법수집증거배제법칙을 침해할 수 없다고 보아야 한다.

#### IV. 결어 (1/20점)

증거동의의 본질은 반대신문권으로 보아야 하지만, 우리 법조문의 태도에 비추어 이원설적 접근도 필요하다고 본다. 무엇보다 증거동의의 본질론에 앞서 증거동의를 신속한 재판을 추구하기 위해 마련된 입법정책적 제도에 불과하다는 점이 강조되어야 한다.

www.neogosibank.co.kr

(주)네오고시뱅크  
NEO - G O S I B A N K