

## [2026년 변호사시험 형사법 형사소송법파트]

- 월비스 한림법학원 정주형

### 〈총평〉

제15회 변호사시험에서 형사소송법 파트는 변호사시험 15년 역사상 가장 쉽게 출제되지 않았나 생각이 들 정도로 난이도가 평이했습니다. 다만, 난이도가 평이한 경우 일단 답안을 작성한 수험생들은 내용을 상당부분 채점기준에 맞추어 쓸 수 있기 때문에 ① 답안을 모두 작성한 것인지 ② 얼마나 소소한 논점을 빼먹지 않고 답안을 작성하였는지에 따라 득점에 있어 차이가 발생할 수 있습니다. 실제 형사소송법의 난이도가 높은 경우 심지어 통백으로 형사소송법을 내더라도 형법만으로도 좋은 점수를 얻을 수가 있었습니다. 그러나, 금번 시험처럼 형사소송법의 난이도가 낮은 경우는 형사소송법을 빼먹고 답안을 쓴 경우에도 현저히 좋지 못한 성적을 얻을 수밖에 없다는 점을 유념해야 합니다.

또한 논점의 갯수와 배점이 비례적이지 못하여, 답안을 작성할 때에 배점에 맞게 논점을 간략히 요약하여 쓸 수 있느냐도 득점의 포인트가 될 것입니다. 가령, 1문의 설문 3.의 경우에는 실전답안에서는 사본이 제출되기 위한 요건을 중심으로 서술하고 대화자간 비밀녹음은 판례를 간단히 소개할 수밖에 없을 것입니다.

# [1문\_형사소송법 파트]

## I. 설문 ((2)-1))에 대하여 (12점)

### 1. 문제점

P는 丙의 사무실에서 영장에 기재된 회계 관련 서류를 압수하였는바, 압수절차에는 특별한 문제가 존재하지 않는 것으로 볼 수 있다. 丙의 수첩에 기재된 일일 출납내역 등은 전문증거인바 제311조 내지 제315조의 요건을 갖추지 못하면 甲, 乙, 丙의 피고사건에서 증거로 할 수 없다.

### 2. 제313조 제1항·제2항의 진술서의 전문법칙 예외

#### (1) 甲과 乙의 피고사건의 경우

- ① 丙의 수첩은 수사과정 또는 수사기관의 영향아래 작성된 것이 아니므로 제313조 제1항의 丙의 진술서에 해당한다.
- ② 甲과 乙의 피고사건에서 丙의 수첩은 피고인 아닌 丙이 작성한 진술서에 해당한다.
- ③ 피고인 아닌 자가 작성한 진술서는 자필이거나 서명 또는 날인이 있는 것으로서, 공판준비 또는 공판기일에서 작성자의 진술에 의해 성립의 진정이 인정되어야 증거능력이 인정될 수 있다(제313조 제1항 본문). 다만, 진정성립을 부인하는 경우에 있어서는 디지털포렌식, 필적 감정 그밖의 객관적 방법에 의해 진정성립이 대체증명되고 피고인이나 그 변호인이 작성자를 신문할 수 있으면(반대신문기회보장) 증거로 할 수 있다(제313조 제2항).
- ④ 설문에서 수첩의 기재와 관련하여 丙의 필적임이 확인된 감정서가 제출되었다. 따라서 甲과 乙의 피고사건에서는 甲이나 乙에게 반대신문의 기회가 보장된 경우에 한하여 증거로 사용할 수 있음이 원칙이다(제313조 제2항).

#### (2) 丙의 피고사건의 경우

- ① 丙이 작성한 수첩의 기재는 丙의 피고사건에서 피고인의 진술서에 해당한다. 따라서 피고인 丙의 공판정진술에 의해 성립의 진정이 인정되는 경우에 한하여 증거능력이 인정되는 것이 원칙이다(제313조 제1항 본문). 다만, 부인시 진정성립은 대체증명될 수 있는바, 丙의 필적임이 확인된 이상 진정성립은 별도 문제되지 않는다.
- ② ㉠ 피고인의 진술서의 경우 진정성립 이외에 제313조 제1항 단서의 특신상태가 별도의 요건인지에 대해서는 긍정설과 부정설이 대립된다.
  - ㉡ 판례는 서면형태의 진술서와 관련하여 진정성립 이외에 특신상태의 증명도 요건임을 명확히 한바 있다.
  - ㉢ 생각건대, 특신상황의 요건을 포기하면 진술이 이루어진 외부적 정황을 통제할 수단이 없어 오관이 우려되므로 포함설(긍정설)이 타당하다고 본다.
- ③ 丙의 수첩은 진정성립은 필적감정으로 대체되었는바, 丙의 진술이 특히 신빙할 만한 상태하에서

이루어졌음이 검사에 의해 증명된 경우라면 증거능력이 인정되는 것이 원칙이다(제313조 제2항).

### 3. 제315조 제2호의 예외

- ① 제315조 제2호는 상업장부, 항해일지 등 업무상 통상문서를 당연히 증거능력있는 서류로 규정하고 있다.
- ② 丙의 수첩은 이른바 상업장부에 해당하는바, 제313조 제1항·제2항의 요건을 갖추지 못한 경우라도 제315조 제2호에 따라 당연히 증거능력있는 서류에 해당할 수 있다.
- ③ 다만, 丙의 수첩이 업무상 통상문서로서 증거능력이 인정되기 위해서는 ‘굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제 되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서’에 해당하여야 한다(2015도2625). 따라서 그때그때 계속적·기계적으로 작성되어 고도의 신용성이 정황적으로 보장된다는 점을 검사가 입증한 경우라면 제313조 제1항·제2항의 요건을 충족하지 않은 경우라도 증거로 할 수 있다. 설문에서 영수증이 함께 첨부된 점에 비추어 신용성이 정황적으로 보장되는 것으로 볼 여지가 크다고 본다.

### 4. 사안의 해결

- ① 丙의 수첩은 甲, 乙의 사건에서는 각각 제313조 제1항·제2항 단서의 요건을 갖추면 증거능력이 인정되고, 丙의 피고사건에서는 특신상태의 증명이 추가로 이루어져야 증거능력이 인정될 수 있음이 원칙이다.
- ② 다만, 그때그때 기계적·계속적으로 작성된 것이 증명된다면, 제313조 제1항·제2항의 요건을 갖추지 못하더라도 제315조 제2호에 따라 당연히 증거능력이 인정된다고 볼 것이다.

## II. 설문 ((2)-2)에 대하여

### 1. 문제점

P가 압수집행당일 압수목록을 교부하면서 상세목록을 교부하지 않고 압수이후 2개월 7일만에 교부한 것이 적법한지 문제된다.

### 2. 압수목록의 교부

- ① 수사기관은 압수를 한 경우 압수경위를 기재한 압수조서와 압수물의 특징을 구체적으로 기재한 압수목록을 작성하고, 압수목록은 압수물의 소유자·소지자·보관자 기타 이에 준하는 사람에게 교부하여야 한다(형사소송법 제219조, 제129조, 수사준칙 제44조).
- ② 압수조서에는 작성연월일과 함께 품종, 외형상의 특징과 수량을 기재하여야 하고(제49조 제3항), 그 내용은 객관적 사실에 부합하여야 하므로(대판 2009.03.12. 2008도763), 압수목록 역시 압수물의 특징을 객관적 사실에 맞게 구체적으로 기재하여야 하는데, 압수방법·장소·대상자별로 명

확히 구분한 후 압수물의 품종·종류·명칭·수량·외형상 특징 등을 최대한 구체적이고 정확하게 특정하여 기재하여야 한다(대결 2024.01.05. 2021모385).

- ② 압수목록은, 수사기관의 압수 처분에 대한 사후적 통제수단임과 동시에 피압수자 등이 압수물에 대한 환부·가환부 청구를 하거나 부당한 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 데 가장 기초적인 자료가 되므로, 이러한 권리행사에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 바로 작성하여 교부하는 것이 원칙이다.
- ③ 요컨대, 헌법상 기본권에 관한 수사기관의 부당한 침해로부터 신속하게 권리를 구제받을 수 있도록 수사기관은 객관적·구체적인 압수목록을 신속하게 작성·교부할 의무를 부담한다.

### 3. 압수목록의 사후교부의 예외적 허용

- ① 적법하게 발부된 영장의 기재는 그 집행의 적법성 판단의 우선적인 기준이 되어야 하므로, 예외적으로 압수물의 수량·종류·특성 기타의 사정상 압수 직후 현장에서 압수목록을 작성·교부하지 않을 수 있다는 취지가 영장에 명시되어 있고, 이와 같은 특수한 사정이 실제로 존재하는 경우에는 압수영장을 집행한 후 일정한 기간이 경과하고서 압수목록을 작성·교부할 수도 있다.
- ② 압수목록 작성·교부 시기의 예외에 관한 영장의 기재는 피의자·피압수자 등의 압수 처분에 대한 권리구제절차 또는 불복절차가 형해화되지 않도록 그 취지에 맞게 엄격히 해석되어야 하고, 나아가 예외적 적용의 전제가 되는 특수한 사정의 존재 여부는 수사기관이 이를 증명하여야 하며, 그 기간 역시 필요 최소한에 그쳐야 한다. 또한 영장에 의한 압수 및 그 대상물에 대한 확인조치가 끝나면 그것으로 압수절차는 종료되고, 압수물과 혐의사실과의 관련성 여부에 관한 평가 및 그에 필요한 추가 수사는 압수절차 종료 이후의 사정에 불과하므로 이를 이유로 압수 직후 이루어져야 하는 압수목록 작성·교부의무를 해태·거부할 수는 없다(대결 2024.01.05. 2021모385).
- ③ 설문에서는 압수목록을 사후에 교부할 수 있다는 점이 별도로 영장에 명시되어 있지 않고, 2025년 9.17.에 이미 압수된 서류의 특정도 마쳤다. 그럼에도 불구하고 압수시로부터 2개월 7일여가 경과한 2025.11.7.에야 비로소 구체적 내역이 기재된 압수목록을 새로 교부한 것은 압수목록의 교부절차를 준수하지 않은 것으로 볼 수 있다.

### 4. 사안의 해결

P의 조치는 객관적·구체적 압수목록을 신속히 제시해야할 의무를 위반한 것으로서, 압수절차는 위법한 것으로 판단된다.

### III. 설문 (3)에 대하여 (10점)

#### 1. 문제점

X가 甲과 乙 및 자신사이의 대화를 몰래녹음한 파일의 증거능력과 관련하여서는 대화자간의 비밀녹음의 증거능력과 전문법칙의 예외등이 문제된다. 다만, 원본이 존재하지 않는바 원본과의 사본의 동일성의 입증방법등을 살펴볼 필요가 있다.

#### 2. 전문법칙의 예외

- ① X가 甲과 乙의 대화를 녹음한 녹음파일은 전문증거인바, 증거동의 없는 이상 제313조 제1항의 요건을 갖추지 못하면 증거로 할 수 없다.
- ② 결국 설문녹음파일은 피고인 아닌 자가 작성한 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류로서 제313조 제1항의 요건을 갖추지 못하면 증거로 할 수 없다. 다만, 설문상 해당 요건의 충족여부에 대해서는 구체적 사실제시가 없다.

#### 3. 대화자간의 비밀녹음

##### 1) 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 및 ③ 통신비밀보호법위반은 아니나 사인의 위법수집증거의 법리에 따라 비교형량하여 증거사용여부를 판단해야 한다는 견해가 대립한다.

##### (2) 판례

판례는 3인간의 대화 중 일방이 상대방과의 대화를 몰래 녹음한 부분은 타인간의 대화를 녹음한 것이 아니어서 통신비밀보호법 제14조의 적용을 받지 않는다고 보아 대화당사자 중 일방의 비밀녹음은 증거사용이 가능하다는 전제에서(2001도3106), 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 결정하여야 한다고 보아 이익형량설을 취하고 있다(대판 2023.12.14. 2021도2299).

##### (3) 검토

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.

#### (4) 사안의 경우

사안의 경우 X는 A회사의 이사로서 범죄에 가담한 바가 없고 회사의 이익을 위해 이를 녹음하여 증거로 제출한바 이를 위법수집증거로 볼 수는 없다.

#### 4. 원본과의 동일성

- ① 대화 내용을 녹음한 파일은 그 성질상 작성자나 진술자의 서명 또는 날인이 없을 뿐만 아니라 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 내용이 편집·조작될 위험성이 있음을 고려하여, 대화 내용을 직접 녹음한 원본이거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야 하고, 그러한 증명이 없는 경우에는 쉽게 증거능력을 인정할 수 없다(대판 2025.02.27. 2022도1864).
- ② **사인(私人)이 복사한 녹음파일 사본을 증거로 제출한 경우** 그 복사 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본 내용을 그대로 복사한 사본이라는 점은 **해쉬(Hash)값 비교 등 원본과 사본의 직접 비교를 통해 증명하는 것이 원칙**이다. 다만, 원본 제출이 불가능하거나 곤란하여 원본과 사본을 직접 비교할 수 없는 때에는 법원이 녹음파일 생성과 전달 및 보관 등의 절차에 관여한 사람의 증언이나 진술, 녹음파일에 대한 검증·감정 결과, 수사 및 공판 심리의 경과 등 제반 사정을 종합하여 사본의 원본 동일성 증명 여부를 판단할 수 있다(대판 2025.02.27. 2022도1864).

#### 5. 사안의 해결

X가 대화당사자로서 甲, 乙과의 대화를 녹음한 것은 위법수집증거로 볼 수 없고 제313조 제1항의 요건을 갖추면 甲과 乙의 각 피고사건에 증거로 사용할 수 있다.

다만, 원본이 삭제된 점에 비추어, 원본을 복구하여 원본과 사본의 해쉬값을 직접 비교하거나, 녹음파일 생성과 전달 및 보관 등의 절차에 관여한 사람의 증언이나 진술, 녹음파일에 대한 검증·감정 결과, 수사 및 공판 심리의 경과 등 제반 사정을 종합하여 사본의 원본 동일성이 우선적으로 증명되어야 한다.

#### IV. 설문 (4)에 대하여 (10점)

##### 1. 결론

항소심법원이 甲이 항소취하에 동의하는지를 甲에게 확인하지 않고 검사의 항소이유에 대해서만 판결을 선고한 것은 위법하다.

##### 2. 변호인의 항소취하의 적법여부

- ① 변호인은 피고인의 동의를 얻어 상소를 취하할 수 있으므로(형사소송법 제351조, 제341조), 변호인의 항소취하에 피고인의 동의가 없다면 항소취하의 효력은 발생하지 아니한다.
- ② 한편 변호인이 항소취하를 할 때 원칙적으로 피고인은 이에 동의하는 취지의 서면을 제출하여야 하나(형사소송규칙 제153조 제2항), 피고인은 공판정에서 구술로써 항소취하를 할 수 있으므로(형사소송법 제352조 제1항 단서), 변호인의 항소취하에 대한 피고인의 동의도 공판정에서 구술로써 할 수 있다. 다만 상소를 취하하거나 상소의 취하에 동의한 자는 다시 상소를 하지 못하는 제한을 받게 되므로(형사소송법 제354조), 항소취하에 대한 피고인의 구술 동의는 명시적으로 이루어져야만 한다(대판 2015.09.10. 2015도7821).
- ③ 설문에서 甲의 변호인 戊는 구두로 항소를 취하한다고 진술하였으나 피고인 甲의 동의가 있는지가 명확하지 않다. 피고인의 동의는 구술로도 가능하나 구술동의를 명시적이어야 하는바 명시적인 구술동의를 없음에도 이에 대한 판단없이 피고인이 제출한 항소이유에 대한 판단을 하지 않은 항소심 판결은 위법하다.

## [2문\_형사소송법파트]

### I. 설문 (4)에 대하여 (10점)

#### 1. 문제점

검사의 불복수단으로 항고, 준항고, 영장재청구 등의 방법이 고려될 수 있다. 정치한 논의를 위해서는 영장기각결정의 법적 성질부터 살펴보아야 한다.

#### 2. 수사상 영장기각결정의 법적 성질

제201조 제1항은 수사상 구속영장 발부를 관할지방법원판사의 권한으로 규정하고 있는바, 관할지방법원판사의 영장기각결정은 이른바 수임판사의 명령에 해당한다.

#### 3. 즉시항고

즉시항고란 7일 이내 제기하는 항고로서, 그 허용여부는 입법정책적으로 결정된다. 따라서 명문의 규정이 없는 이상 즉시항고는 허용되지 않는다.

#### 4. 보통항고

제402조, 제403조 제2항은 법원의 구금에 관한 결정에 대하여 보통항고를 허용하고 있다. 그러나 어떠한 재판에 대하여 불복을 허용할 것인지의 문제는 입법정책적 문제로서 그 문언은 엄격히 해석해야 한다. 따라서 제402조, 제403조 제2항의 보통항고의 대상은 수소법원의 결정만을 의미한다고 보아야 하고, 수임판사의 명령은 보통항고의 대상이 아니라고 보아야 한다.

#### 5. 준항고

제416조 제1항은 재판장과 수명법관의 구금에 관한 명령에 대해서는 소속법원에 준항고를 제기할 수 있도록 규정하고 있고, 제417조는 수사기관의 구금에 관한 처분에 대해서만 관할법원에 준항고를 제기할 수 있도록 규정하고 있는바, 수임판사의 명령에 대해서는 제416조, 제417조에 따른 준항고를 제기할 수 없다.

#### 6. 영장재청구

형사소송법은 제208조 제1항의 경우 이외에는 영장재청구를 금지하고 있지 않다. 제208조는 비록 구속되었다가 다시 구속된 경우만을 의미하지만, 구속영장이 청구되었다가 기각된 경우에도 준용되도록 하여야 할 것이다. 따라서 다른 중요한 증거를 제출하면서, 제201조 제5항에 따라 다시 영장을 청구하는 취지를 기재하여 영장을 재청구하는 간접적 방식에 의하여만 불복이 가능할 것으로 판단된다.

## 7. 사안의 해결

관할지방법원판사의 영장기각결정은 수임판사의 명령으로서, 검사는 甲에 대한 영장을 재청구하는 것 이외에는 현행법상 직접적인 불복은 불가능하다.

## II. 설문 ((5)-1))에 대하여 (15점)

### 1. 문제점

C가 작성한 진술서는 전문증거인바 증거동 의가 없는 이상, 제311조 내지 제316조의 요건을 갖추지 못하면 증거로 할 수 없다(제310조의2). C가 작성한 진술서는 ‘甲이 A에게 丁의 사무실에서 무대 의상을 훔쳐오라는 하는 취지의 발언’을 C가 듣고 이를 진술서로 전문한 것으로서 이른바 재전문증거에 해당하는바 재전문증거의 증거능력 인정 여부부터 살펴보기로 한다.

### 2. 재전문증거의 증거능력

#### (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 **적극설**이 대립하고 있다.

#### (2) 판례의 태도

판례는 전문진술이 기재된 조서는 제312조 내지 제314조의 규정과 제316조의 요건을 충족하면 증거능력을 인정하지만, 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서는 당사자의 증거동 의가 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 재전문 증거도 증거능력을 부여하는 것이 타당하다고 본다(**적극설**).

나. 그렇다면, C가 작성한 진술서가 재전문증거라는 점이 증거능력인정의 장애요소가 된다고 볼 수 없다.

### 3. 전문법칙 예외요건

- ① C가 제출한 진술서는 ㉠ C가 수사기관에서 조사를 받으면서 제출하였다는 점에서 제312조 제5항의 수사상 진술서로서의 속성(제312조 제5항)과 ㉡ 甲이 A에게 행한 발언이 기재되었다는 점

에서 피고인 아닌 C가 甲의 진술을 전문한 것으로서의 속성(제316조 제1항)을 겸유하는 이른바 전문진술이 기재된 서류에 해당한다.

- ② 따라서 C의 진술서에 기재된 甲의 진술은 제312조 제5항에 따라 피고인 아닌 C의 진술을 기재한 서류로서 적법한 절차와 방식에 따른 작성, 실질적 진정성립, 특신상태 및 피고인 측에 C에 대한 반대신문기회 보장(제312조 제4항)의 요건과 동시에, 원진술자 甲의 진술이 특히 신빙할 만한 상태하에서 이루어졌음이 검사에 의해 증명되어야 한다.

#### 4. 사안의 해결

C의 진술서에 기재된 甲의 진술은 제312조 제4항·제5항의 요건과 제316조 제1항의 요건을 모두 갖추면 甲의 증거부동의에도 불구하고 甲의 피고사건에서 증거로 할 수 있다.

### III. 설문 ((5)-2)에 대하여 (10점)

#### 1. 문제점

丁의 甲의 이종사촌인바, 친족간에 이루어진 甲의 범죄는 친고죄에 해당한다. 丁이 제1심 제2회 공판기일에 제출한 합의서를 적법한 고소취소로 볼 수 있는지 문제된다.

#### 2. 친고죄의 법률관계

- ① 이종사촌간에 이루어진 절도죄의 경우 친고죄인바(형법 제328조 제1항, 제329조), 적법한 고소가 있어야 공소제기가 가능하다.
- ② 한편, 고소는 서면 또는 구술에 의해 검사 또는 사법경찰관에게 하여야 하고(제237조 제1항), 사법경찰관은 구술에 의해 고소를 받은 때에는 이를 조서에 기재해야 한다. 이때 조서는 독립된 조서일 필요가 없으므로 이를 진술조서에 기재해도 고소로서 유효하다.
- ③ 설문에서 丁은 경찰에 丙을 고소하였다가 고소보충조사를 받으면서 甲을 처벌해달라는 의사를 구술로 분명히 하였고 이를 사법경찰관 戊가 진술조서에 기재하였으므로, 丁의 甲에 대한 고소는 유효하다.
- ④ 다만, 친고죄에 있어 제1심 선고전에 고소취소가 있으면 법원은 판결로써 공소를 기각해야 하느냐, 丁의 합의서제출이 고소취소에 해당하는지를 추가적으로 살펴볼 필요가 있다.

#### 3. 합의서와 고소취소

합의서제출자체가 고소취소에 해당할 수 있는지 문제된다.

##### (1) 견해의 대립

- ① 적극설 : 합의서제출은 고소취소의 의사를 표현한 것이므로 합의서가 법원에 접수된 때로부터

고소취소의 효력은 발생하며 그 후에 고소인의 진술은 합의서의 진정성립여부를 확인하는 행위에 불과하다고보는 견해이다.

- ② 소극설(통설) : 합의서와 고소취소는 그 제출대상이나 내용에 있어 구별되므로 합의서가 작성되었다는 점만으로 고소취소라고 인정할 수 없으며 합의서의 기재내용과 제출경위를 살펴 합의서의 제출이 고소취소의 의사를 표시한 것으로 볼 수 있는지 판단해야 한다는 견해이다.

#### (2) 판례의 태도

대법원은 “합의서 제출 후 피해자가, 강요에 의해 합의서가 작성되었으며 고소취소의 의사가 없다고 주장하는 경우에는 합의서가 고소인의 자유의사에 의해 작성되었는가에 관계없이 고소취소의 효력은 발생하지 않는다”고 판시하는 등 합의서제출과 고소취소를 별개의 개념으로 보고 있다(81도1968).

#### (3) 검토

합의가 가해자와 피해자 사이의 사적인 계약에 불과하나 고소취소는 고소인의 국가기관에 대한 소송행위이므로 합의와 고소취소는 상호 동의어가 아니라고 보아야 한다. 따라서 합의서나 탄원서의 제출유무가 아니라 당사자의 진정한 의사가 무엇인지를 고려하여 고소취소여부를 결정하여야 한다.

### 4. 조건부 고소취소의 허용여부 (사안의 해결)

- ① 친고죄에 있어서 1심선고전 고소취소가 있으면 법원은 판결로써 공소를 기각하여야 하는 등, 친고죄의 고소 및 고소취소의 준부는 소송조건에 해당한다.
- ② 국가의 형벌권을 좌우하는 소송조건인 준부는 엄격하게 해석해야 하는바, 조건부 고소취소는 효력이 없다고 보아야 한다. 사인의 의사표시가 국가형사소추권의 행사를 지나치게 좌우해서는 안 되기 때문이다.
- ③ 그렇다면, 甲이 피해를 변제하면 甲에 대한 처벌을 원치 않는다는 丁의 조건부 고소취소는 효력이 없고, 법원은 甲에게 실체판결을 선고해야 한다고 판단된다.

## IV. 설문 ((5)-3))에 대하여 (5점)

### 1. 결론

비록 제1심의 변론이 종결된 이후라도, 고소취소의 취지가 기재된 합의서가 법원에 제출된 경우라면 법원은 변론을 재개하여 증거조사를 하였어야 한다고 판단된다.

### 2. 변호인의 항소취하의 적법여부

- ① 판례는 원칙적으로 “변론종결 후 변론의 속행 여부 또는 종결한 변론의 재개 여부는 모두 법원의 재량에 속하는 사항”으로 본다(대판 2005.10.28. 2005도6503).
- ② 다만, 판례는, “사실심 변론종결 후 검사나 피해자 등에 의해 피고인에게 불리한 새로운 양형 조건에 관한 자료가 법원에 제출된 경우”나(대판 2021.09.30. 2021도5777) “항소이유서제출 기간 내에 변론이 종결되었으나 항소이유서제출 기간 내에 추가 이유서가 제출된 경우” 등(대판

2015.0409. 2015도1466)에 있어 **예외적으로 변론의 재개 의무를 인정**하기도 하였다.

- ③ 생각건대, 변론의 재개는 수소법원의 소송지휘에 관한 결정사항으로서 원칙적으로 재량에 속하나, 사법권을 보유한 법원은 실체진실발견의 책무가 있으므로 예외적 의무 또한 인정할 수 있다.
- ④ 설문에서는 고소취소의 취지인 합의서가 1심판결선고 전에 제출되었다. 소송조건은 법원의 직권 조사사항인 점(가령, 제1조) 등을 감안할 때 실체진실발견의 책무가 있는 법원으로서, 변론을 재개하여 고소취소여부를 심리하여 보았어야 할 것이다.