

# 형사소송법

## 22년 하반기 최신기출&최신판례

조충환 & 양건 & 오상훈

### <수록내용>

22년 07년 30일 시행 경찰간부후보생시험 → 수사증거 14문제  
22년 08월 20일 시행 경찰채용 2차시험 → 수사증거 13문제  
22년 10월 01일 시행 해양경찰 2차시험 → 수사증거 4문제(3문제는 해경간부와 중복)  
22년 10월 01일 시행 해경간부후보생시험  
22년 10월 15일 시행 국가공무원 7급 공채시험

1. 형사소송의 이념에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.국가7급

- ① 「형사소송법」이 임의성 없는 진술의 증거능력을 부정하는 취지는, 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태 하에서 행하여진 진술은 그 자체가 실체적 진실에 부합하지 아니하여 오판을 일으킬 소지가 있을 뿐만 아니라 그 진위를 떠나서 진술자의 기본적 인권을 침해하는 위법·부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이다.
- ② 「형사소송법」이 수사기관에서 작성된 조서 등 서면증거에 대하여 일정한 요건을 충족하는 경우에 그 증거능력을 인정하는 것은 실체적 진실발견의 이념과 소송경제의 요청을 고려하여 예외적으로 허용하는 것일 뿐이므로, 그 증거능력 인정 요건에 관한 규정은 엄격하게 해석·적용하여야 한다.
- ③ 어느 재판에 대하여 어떠한 불복방법을 허용할 것인지의 여부는 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이지만, 심급제도가 헌법이 규정하는 국민의 재판청구권을 보장하기 위한 하나의 수단임을 고려할 때 어느 재판에 대하여 심급제도를 통한 불복을 허용할 것인지의 여부는 입법정책에 달린 문제로 볼 수 없다.
- ④ 위법수집증거 배제의 원칙은 수사과정의 위법행위를 억지함으로써 국민의 기본적 인권을 보장하기 위한 것이므로, 적법절차에 위배되는 행위의 영향이 차단되거나 소멸되었다고 볼 수 있는 상태에서 수집한 증거는 그 증거능력을 인정하더라도 적법절차의 실질적 내용에 대한 침해가 일어나지는 않는다 할 것이니 그 증거능력을 부정할 이유는 없다.

해설

- ① O : 대판 2015.9.10, 2012도9879 ※ 자백배제법칙(제309조): 허위배제 및 인권옹호설(판례)
- ② O : 수사기관이 작성한 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서에 대한 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 수단으로서 형사소송법 제312조 제4항에 규정된 '영상녹화물'이라 함은 형사소송법 및 형사소송규칙에 규정된 방식과 절차에 따라 제작되어 조사 신청된 영상녹화물을 의미한다고 봄이 타당하다(대판 2022.6.16, 2022도364) [사실관계] 사전에 피해자들로부터 서면동의를 받지 않고 조서를 열람하는 도중 영상녹화가 중단되어 조사 전 과정이 녹화되지 않은 영상녹화물에 의하여 피해자들에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 인정할 수 없다고 한 사례 ※ 전문법칙의 예외 ★
- ③ X : 심급제도는 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법 발견자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제에 귀착되므로 어느 재판에 대하여 심급제도를 통한 불복을 허용할 것인지의 여부 또는 어떤 불복방법을 허용할 것인지 등은 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이고, 특히 형사사법절차에서 수사 또는 공소제기 및 유지를 담당하는 주체로서 피의자 또는 피고인과 대립적 지위에 있는 검사에게 어떤 재판에 대하여 어떤 절차를 통하여 어느 범위 내에서 불복방법을 허용할 것인가 하는 점은 더욱 더 입법정책에 달린 문제이다(대결 2006.12.18, 2006모646). [사실관계] 체포영장 또는 구속영장에 관한 재판 그 자체에 대하여 직접 항고 또는 준항고를 하는 방법으로 불복하는 것은 이를 허용하지 아니한다고 한 사례 ★
- ④ O : 대판 2013.3.14, 2010도2094 ※ 독수과실이론의 예외이론

정답 ③

2. 함정수사에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰2차

- ① 물품반출 업무담당자 A가 물품을 밀반출하는 甲의 행위를 소속회사에 사전에 알리고 그 정확한 증거를 확보하기 위하여 甲의 밀반출행위를 목인한 경우, 이는 함정수사에 해당하지 아니한다.

- ② 이미 마약류관리에 관한 법률 위반죄를 범한 甲을 검거하기 위하여 수사기관이 정보원을 이용하여 그를 검거장소로 유인하여 검거한 것에 불과한 경우, 이는 위법한 함정수사에 해당하지 아니한다.
- ③ A가 수사기관에 체포된 동거남의 석방을 위한 공적을 쌓기위하여 B에게 필로폰 밀수입에 관한 정보제공을 부탁하면서 대가의 지급을 약속하고, 이에 B가 C에게, C가 甲에게 순차적으로 필로폰 밀수입을 권유하여, 이를 승낙하고 필로폰을 받으러 나온 甲이 체포된 경우, B와 C가 각자의 사적인 동기에 기하여 수사기관과 직접적인 관련이 없이 독자적으로 甲을 유인한 것으로서 위법한 함정수사에 해당하지 아니한다.
- ④ 함정수사가 위법하다고 평가받는 경우, 공소기각설은 수사기관이 제공한 범죄의 동기나 기회를 일반인이 뿌리칠 수 없었다는 범죄인 개인의 특수한 상황으로 인하여 가별적 위법성이 결여된다는 점을 논거로 하여 공소기각의 판결을 선고하여야 한다고 본다.

**해설**

- ① O : 소위 함정수사라 함은 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범죄를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 수사방식을 말하는 것이므로 위 물품반출업무담당자가 소속회사에 밀반출행위를 사전에 알리고 그 정확한 증거를 확보하기 위하여 피고인의 밀반출행위를 묵인하였다는 것은 이른바 함정수사에 비유할 수는 없다(대판 1987.6.9, 87도915). ★
- ② O : 대판 2007.7.26, 2007도4532
- ③ O : 대판 2007.11.29, 2007도7680
- ④ X : 함정수사가 위법하다고 평가받는 경우, 수사기관이 제공한 범죄의 동기나 기회를 일반인이 뿌리칠 수 없었다는 범죄인 개인의 특수한 상황으로 인하여 가별적 위법성이 결여된다는 점을 논거로 하는 견해는 무죄판결설의 입장이다. ★

**정답 ④**

**3. 다음 중 함정수사에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

**22.해경간부**

- ① 경찰관들이 노래방의 도우미 알선 영업 단속 실적을 올리기 위하여 그에 대한 제보나 첩보가 없는데도 손님을 가장하고 들어가 도우미를 불러낸 경우 위법한 함정수사에 해당한다.
- ② 수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은 위법한 함정수사에 해당한다.
- ③ 게임장에 잠복근무 중인 경찰관으로부터 환전해줄 것을 요구받고 거절하였음에도 위 경찰관의 지속적인 요구에 어쩔 수 없이 현금으로 환전해준 것은 범의를 유발하게 한 함정수사에 해당한다.
- ④ 경찰관이 취객 상대로 한 이른바 부축빼기 절도범을 단속하기 위하여 잠복 중, 마침 피고인이 나타나 취객을 부축하여 끌고 가 지갑을 뒤희자 현장에서 체포하여 기소한 경우, 위법한 함정수사라고 볼 수 있다.

**해설**

- ① O : 대판 2008.10.23, 2008도7362
- ② O : 대판 2007.7.12, 2006도2339 ; 대판 2020.1.30, 2019도15987 ★

- ③ O : 대판 2021.7.29, 2017도16810 ※ 게임 결과물 환전으로 인한 게임산업진흥에관한법률(이하 '게임산업법'이라 한다)위반 부분: 위법한 함정수사 ↔ ※ 사행행위 조장(회원카드 발급 및 게임점수 적립)으로 인한 게임산업진흥에관한법률위반 부분: 이미 이루어지고 있던 범행의 적발에 불과 ★
- ④ X : [부촉빼기절도사건] 경찰관이 취객을 상대로 한 이른바 부촉빼기 절도범을 단속하기 위하여, 공원 인도에 쓰러져 있는 취객 근처에서 감시하고 있다가, 마침 피고인이 나타나 취객을 부촉하여 10m 정도를 끌고 가 지갑을 뒤지자 현장에서 체포하여 기소한 경우 위법한 함정수사에 기한 공소제기라고 할 수 없다 (대판 2007.5.31, 2007도1903).

정답 ④

4. 함정수사에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.국가7급

- ㄱ. 수사기관이 이미 범행을 저지른 범인을 검거하기 위해 정보원을 이용하여 범인을 검거장소로 유인한 경우, 함정수사로 볼 수 없다.
- ㄴ. 수사기관이 피의자의 범죄사실을 인지하고도 바로 체포하지 않고 추가 범행을 지켜보고 있다가 범죄사실이 많이 늘어난 뒤에야 피의자를 체포하였다면 위법한 함정수사에 해당한다.
- ㄷ. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」의 아동·청소년대상 디지털 성범죄의 수사 특례에 따른 신분위장수사를 할 때에는 본래 범의를 가지지 않은 자에게 범의를 유발하는 행위를 하는 것이 허용된다.
- ㄹ. 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 아니한 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우, 설령 그로 인해 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 않는다.

- ① ㄱ, ㄷ      ② ㄱ, ㄹ      ③ ㄴ, ㄷ      ④ ㄴ, ㄹ

해설

- ㉠ O : 대판 2007.7.26, 2007도4532
- ㉡ X : 수사기관이 피고인의 범죄사실을 인지하고도 피고인을 바로 체포하지 않고 추가 범행을 지켜보고 있다가 범죄사실이 많이 늘어난 뒤에야 피고인을 체포하였다는 사정만으로는 피고인에 대한 수사와 공소제기가 위법하다거나 함정수사에 해당한다고 할 수 없다(대판 2007.6.29, 2007도3164).
- ㉢ X : 사법경찰관리는 아동·청소년을 대상으로 하는 디지털 성범죄에 대해 신분비공개수사는 물론 신분위장수사도 가능하다(아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제25조 제1항제2항). / 그러나 신분비공개수사 또는 신분위장수사를 할 때 수사 관계 법령을 준수하고, 본래 범의(犯意)를 가지지 않은 자에게 범의를 유발하는 행위를 하지 않는 등 적법한 절차와 방식에 따라 수사할 것, 피해아동·청소년에게 추가 피해가 발생하지 않도록 주의할 것, 법 제25조의2제2항제3호에 따른 행위를 하는 경우에는 피해아동·청소년이나 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제2조제3호의 성폭력피해자에 관한 자료가 유포되지 않도록 할 것 등을 준수해야 한다(아동·청소년의 성보호에 관한 법률 시행령 제5조의2). ★★
- ㉣ O : 대판 2020.1.30, 2019도15987 [사실관계] 피고인이 필로폰을 구해달라는 공소외인의 부탁(수사기관에 체포된 상태인 공소외인이 자신의 피의사실 수사에 관하여 유리한 결과를 얻기 위하여 피고인과의 개인적인 친밀관계를 이용하여 필로폰을 주문하는 전화를 걸었음)을 받고 필로폰을 소지한 행위는 수사기관의 사술이나 계략 등에 의해 범의가 유발된 위법한 함정수사에 기인하였다고 볼 수 없다고 한 사례 ★★

정답 ②

5. 다음 중 검사와 사법경찰관리의 관계에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

22.해경간부

- ① 검사는 고소·고발된 범죄 사건을 사법경찰관이 수사한 후 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서 또는 구두로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청해야 하고, 사법경찰관은 필요한 경우 사건을 재수사할 수 있다.
- ② 검사는 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게된 경우에는 사법경찰관에게 사건기록 등본의 송부를 요구할 수 있다.
- ③ 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반을 이유로 검사의 송부 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건기록 등본을 송부하여야 한다. 송부를 받은 검사는 필요하다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 시정조치를 요구할 수 있다.
- ④ 사법경찰관이 범죄를 수사한 후 범죄의 혐의가 인정되지 않아 불송치결정을 하는 경우 사법 경찰관은 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부해야 하며, 검사는 송부받은 날부터 90일 이내에 사법경찰관에게 그 서류 등을 반환하여야 한다.

해설

- ① X : 검사는 제245조의5제2호의 경우에 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 **문서로 명시하여** 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있다. 사법경찰관은 재수사 요청이 있는 때에는 사건을 재수사하여야 한다(제245조의8 제1항·제2항). ← 구두로: X ★
- ② O : 제197조의3 제1항
- ③ O : 제197조의3 제2항·제3항
- ④ O : 제245조의5 제2호

정답 ①

6. 「경찰관직무집행법」 제3조에 따른 불심검문에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23.경찰간부

- ① 「경찰관직무집행법」은 경찰관이 불심검문 대상자에 대하여 질문을 할 때 흉기 소지 여부를 조사할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 흉기 이외의 소지품 검사에 대해서는 규정하고 있지 않다.
- ② 불심검문이 적법하기 위해서는 불심검문 대상자에게 「형사소송법」상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있어야 하는 것은 아니다.
- ③ 불심검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 자신의 범죄행위에 관한 것임을 불심검문을 당하는 자가 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 경찰관이 불심검문을 당하는 자에게 신분증을 제시하지 않았다 하더라도 그 불심검문이 위법한 것은 아니다.
- ④ 불심검문 대상자 해당 여부는 사전에 알려진 정보나 전문지식을 기초로 하는 것이 아니라 불심검문 당시의 구체적 상황을 기초로 판단하여야 한다.

해설

- ① O : 경찰관직무집행법 제3조 제3항에서는 불심검문을 하는 과정에서 흉기를 가지고 있는지 조사할 수 있다고만 규정하고 있다.
- ③ O : 대판 2014.12.11, 2014도7976

- ② O ④ X : 경찰관이 불심검문 대상자 해당 여부를 판단함에 있어서는 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 불심검문 대상자인지 여부를 객관적합리적인 기준에 따라 판단하여야 할 것이나, / 반드시 불심검문 대상자에게 형사소송법상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없다(대판 2014.2.27, 2011도13999).

정답 ④

7. 고소에 관한 다음 설명 중 옳고 그름의 표시(O, X)가 모두 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰2차

- ㉠ 범죄 당시 고소능력이 없던 피해자가 그 후에 비로소 고소능력이 생겼다면 고소기간은 고소능력이 생긴 때로부터 기산된다.
- ㉡ 「형사소송법」상 고소의 대리는 허용되나, 고소취소의 대리는 허용되지 아니한다.
- ㉢ 고소인은 범죄사실을 특정하여 신고하면 족하고 범인이 누구인지 나아가 범인 중 처벌을 구하는 자가 누구인지를 적시할 필요는 없다.
- ㉣ 「형사소송법」 제232조에 의하면 고소는 제1심판결 선고 전까지 취소할 수 있고, 고소를 취소한 자는 다시 고소할 수 없으며, 고소권자가 서면 또는 구술로써 수사기관 또는 법원에 고소를 취소하는 의사표시를 하였다면 그 고소는 적법하게 취소된 것이고, 그 후 고소취소를 철회하는 의사표시를 다시 하였다고 하여도 그것은 효력이 없다.
- ㉤ 피해자의 친족은 피해자의 법정대리인이 피의자이거나 법정대리인의 친족이 피의자인 때에는 독립하여 고소할 수 있다.

- ① ㉠(O) ㉡(X) ㉢(O) ㉣(O) ㉤(O)
- ② ㉠(O) ㉡(X) ㉢(O) ㉣(X) ㉤(O)
- ③ ㉠(X) ㉡(O) ㉢(X) ㉣(O) ㉤(X)
- ④ ㉠(O) ㉡(O) ㉢(O) ㉣(O) ㉤(O)

해설

- ㉠ O : 대판 1995.5.9, 95도696
- ㉡ X : 고소 또는 그 취소는 대리인으로 하여금 하게 할 수 있다(제236조).
- ㉢ O : 대판 1996.3.12, 94도2423
- ㉣ O : 대판 2009.9.24, 2009도6779
- ㉤ O : 제226조

정답 ①

8. 다음 중 고소에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 「형사소송법」 제236조(대리고소)에 의하면 고소 또는 그 취소는 대리인으로 하여금 하게 할 수 있는데, 이와 같은 대리인에 의한 고소의 경우, 고소기간은 대리고소인이 아니라 정당한 고소권자를 기준으로 고소권자가 범인을 알게 된 날부터 기산한다.
- ② 고소장에 명예훼손죄라는 죄명을 붙이고, 명예훼손에 관한 사실을 적어 두었으나 그 사실이 명예훼손죄를 구성하지 않고 모욕죄를 구성하는 경우, 위 고소는 모욕죄에 대한 고소로서의 효력을 갖는다.

- ③ 고소인이 사건 당일 범죄사실을 신고하면서 현장에 출동한 경찰관에게 고소장을 교부한 경우, 경찰서에 도착하여 최종적으로 고소장을 접수시키지 아니 하기로 결심하고 고소장을 반환받았더라도, 고소장이 수사기관에 적법하게 수리되어 고소의 효력이 발생되었다고 할 수 있다.
- ④ 피해자의 법정대리인은 피해자의 고소권 소멸 여부에 관계없이 고소할 수 있고, 이러한 고소권은 피해자의 명시한 의사에 반하여도 행사할 수 있다.

**해설**

- ① O : 대판 2001.9.4, 2001도3081
- ② O : 대판 1981.6.23,
- ③ X : 고소인이 사건 당일 범죄사실을 신고하면서 현장에 출동한 경찰관에게 고소장을 교부하였고, 이후 경찰서에 도착하여 최종적으로 고소장을 접수시키지 아니하기로 결심하고 고소장을 반환받은 것이라면 고소장에 수사기관에 적법하게 수리되어 **고소의 효력이 발생되었다고 할 수 없다**(대판 2008.11.27, 2007도4977).
- ④ O : 대판 1999.12.24,

**정답 ③**

9. 다음 <보기> 중 친고죄와 반의사불벌죄에 대한 설명으로 옳은 것만을 있는 대로 고른 것은?  
(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.해경2차, 22.해경간부

**< 보 기 >**

- ㉠ 제1심 법원이 반의사불벌죄로 기소된 피고인에 대하여 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제23조에 따라 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없어, 피고인의 진술 없이 유죄를 선고하여 판결이 확정된 경우, 만일 피고인이 항소권회복청구를 함으로써 항소심 재판을 받게 되었다면 피해자는 그 항소심 절차에서 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 없다.
- ㉡ 반의사불벌죄에 있어서 청소년인 피해자에게 비록 의사능력이 있다 하더라도 피고인에 대하여 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌을 희망하는 의사표시의 철회는 피해자가 단독으로 이를 할 수 없고 법정대리인의 동의가 있어야 한다.
- ㉢ 고소는 1심판결 선고 전까지 취소할 수 있으므로 친고죄의 공범 중 일부에 대하여 제1심판결이 선고된 후라도 제1심판결 선고 전의 다른 공범자에 대하여는 그 고소를 취소할 수 있고, 고소를 취소한 경우 친고죄에 대한 고소 취소로서의 효력이 있다.
- ㉣ 친고죄에 있어서의 피해자의 고소권은 공범상의 권리라고 할 것이므로 법이 특히 명문으로 인정하는 경우를 제외하고는 자유처분을 할 수 없고, 따라서 일단 제기한 고소는 취소할 수 있으나 고소 전에 고소권을 포기할 수는 없다.

- ① ㉠, ㉡
- ② ㉠, ㉢
- ③ ㉡, ㉣
- ④ ㉠, ㉣

**해설**

- ㉠ O : 항소심을 제1심이라고 할 수 없는 이상 항소심 절차에서는 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 없다(대판 2016.11.25, 2016도9470).
- ㉡ X : 피해자인 청소년에게 의사능력이 있는 이상, 단독으로 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 하는 것으로 볼 것은 아니다(대판 2009.11.19, 2009도6058 전원합의체).

- ㉮ X : 친고죄의 공범 중 그 일부에 대하여 제1심 판결이 선고된 후에는 제1심 판결 선고 전의 다른 공범자에 대하여는 그 고소를 취소할 수 없고 그 고소의 취소가 있다 하더라도 그 효력을 발생할 수 없다(대판 1985.11.12, 85도1940). ∴ **고소의 주관적 불가분 원칙**
- ㉯ O : 대판 1967.5.23, 67도471

**정답 ㉮**

**10. 다음 중 반의사불벌죄와 관련된 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

**22.해경간부**

- ① 상해죄로 기소되어 제1심에서 무죄가 선고된 후 항소심에 이르러 비로소 폭행죄로 공소장변경이 이루어진 경우, 항소심에서 피해자가 처벌을 희망하지 않는 의사를 표시하였다면 법원은 판결로써 공소기각을 하여야 한다.
- ② 반의사불벌죄에서 피해자가 사망하여 직접 처벌 희망 또는 처벌 불원의 의사표시를 할 수 없는 경우 제1심판결 선고 전이라도 피해자의 상속인이 피해자를 대신하여 처벌 불원의 의사표시를 할 수 없다.
- ③ 반의사불벌죄에 있어서 피해자가 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시는 피해자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표명되어야 한다.
- ④ 반의사불벌죄에 있어서 피해자가 명시적으로 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 한 경우 다시 해당 의사표시를 철회할 수 없다.

**해설**

- ① X : 항소심에 이르러 비로소 반의사불벌죄가 아닌 죄에서 반의사불벌죄로 공소장변경이 있었다 하여 항소심인 제2심을 제1심으로 볼 수는 없다(대판 1988.3.8, 85도2518).
- ② O : 대판 2010.5.27, 2010도2680
- ③ O : 대판 2001.6.15, 2001도1809 ; 대판 2021.10.28, 2021도10010 ★
- ④ O : 대판 2007.9.6, 2007도3405 ★

**정답 ①**

**11. 고소와 고발에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

**22.국가7급**

- ① 명예훼손죄의 피해자가 그 죄의 공범 甲, 乙 중 甲에 대하여 처벌을 희망하는 의사를 철회한 경우, 乙에 대하여도 처벌희망의사가 철회된 것으로 볼 수는 없다.
- ② 친고죄로 기소된 후에 피해자의 고소가 취소되었다면, 당초에 기소된 공소사실과 동일성이 인정되는 범위 내에서 비친고죄의 공소사실로 공소장이 변경되었다라도 공소기각의 판결을 하여야 한다.
- ③ 세무공무원 등의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있는 조세범처벌법위반죄에 관하여 일단 불기소처분이 있었다라도 세무공무원 등이 종전에 한 고발은 여전히 유효하므로, 나중에 같은 범죄사실로 공소를 제기함에 있어 세무공무원 등의 새로운 고발이 있어야 하는 것은 아니다.
- ④ 「형사소송법」 제225조 제1항이 규정한 법정대리인의 고소권은 무능력자의 보호를 위하여 법정대리인에게 주어진 고유권이어서 법정대리인은 피해자의 고소권 소멸여부에 관계없이 고소할 수 있는 것이며, 그 고소기간은 법정대리인 자신이 범인을 알게 된 날로부터 진행한다.

해설

- ① O : 대판 1994.4.26, 93도1689 ※ 반의사불벌죄에는 고소의 주관적 불가분의 원칙이 적용되지 않는다.
- ② X : 친고죄에서 피해자의 고소가 없거나 고소가 취소되었음에도 친고죄로 기소되었다가 그 후 당초에 기소된 공소사실과 동일성이 인정되는 비친고죄로 공소장변경이 허용된 경우 그 공소제기의 흠은 치유되고, 친고죄로 기소된 후에 피해자의 고소가 취소되더라도 제1심이나 항소심에서 당초에 기소된 공소사실과 동일성이 인정되는 범위 내에서 다른 공소사실로 공소장을 변경할 수 있으며 이러한 경우 변경된 공소사실에 대하여 심리·판단하여야 하는데, 이는 반의사불벌죄에서 피해자의 ‘처벌을 희망하지 아니하는 의사표시’ 또는 ‘처벌을 희망하는 의사표시의 철회’가 있는 경우에도 마찬가지로 보아야 한다(대판 2011.5.13, 2011도2233). ※ 하자의 치유 ⇨ 유·무죄의 실제재판을 하여야 ★
- ③ O : 대판 2009.10.29, 2009도6614
- ④ O : 대판 1987.6.9, 87도857 ※ 고유권설

정답 ②

12. 다음 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23.경찰간부

가. 甲이 자신의 친구 乙과 함께 다른 도시에 살고 있는 甲의 삼촌 A의 물건을 절취한 경우, A가 乙에 대해서만 고소를 하였다면, 그 고소의 효력은 甲에게도 미친다.

나. 甲이 제1심 법원에서 「소송촉진 등에 관한 특례법」에 따라 甲의 진술없이 A에 대한 폭행죄로 유죄를 선고받고 확정된 후 적법하게 제1심 법원에 재심을 청구하여 재심개시결정이 내려졌다면 A는 그 재심의 제1심 판결 선고 전까지 처벌희망의사표시를 철회할 수 없으나, 甲이 재심을 청구하는 대신 항소권회복청구를 함으로써 항소심재판을 받게 되었다면 그 항소심 절차에서는 처벌희망의사표시를 철회할 수 있다.

다. 수개의 범칙사실 중 일부만을 범칙사건으로 하는 고발이 있는 경우에 고발장에 기재된 범칙사실과 동일성이 인정되지 않는 다른 범칙사실에 대해서는 고발의 효력이 미치지 아니한다.

라. 甲과 乙이 공모하여 A에 대하여 사실적시에 의한 명예훼손을 한 혐의로 공소제기되었으나 A가 甲에 대하여만 처벌불원의 의사를 표시하였다면, 법원은 A의 이러한 의사에 기하여 乙에 대하여 공소기각판결을 선고해서는 안 된다.

- ① 1개
- ② 2개
- ③ 3개
- ④ 4개

해설

- ※ 옳은 것은 다. 라. 2개이다.
- 가. X : 甲의 범치는 상대적 친고죄에 해당한다(형법 제328조 제2항). 상대적 친고죄에서 공범 중 일부만 피해자와 일정한 신분관계가 있는 경우 비신분자에 대한 고소나 고소취소의 효력은 신분관계에 있는 공범자에 대하여 미치지 아니한다(형법 제328조 제3항). **[참고판례]** 상대적 친고죄의 경우 신분자에 대한 고소취소는 비신분자에게 효력이 없다(대판 1964.12.15, 64도481).
- 나. X : 제1심 법원이 반의사불벌죄로 기소된 피고인에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 ‘소송촉진법’) 제23조에 따라 피고인의 진술 없이 유죄를 선고하여 판결이 확정된 경우, 만일 피고인이 책임을 질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었음을 이유로 소송촉진법 제23조의2에 따라 제1심 법원에 재심을 청구하여 재심개시결정이 내려졌다면 피해자는 재심의 제1심 판결선고 전까지 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 있다. / 그러나 피고인이 제1심 법원에 소송촉진법 제23조의2에 따른 재심을 청구하는 대신 항소권회복청구를 함으로써 항소심 재판을 받게 되었다면 항소심을 제1심이라고 할 수 없는 이상 항소심 절차에서는 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 없다(대판 2016.11.25, 2016도9470).

다. O : 대판 2014.10.15, 2013도5650

라. O : 명예훼손죄는 반의사불벌죄인데, 반의사불벌죄에는 고소의 주관적 불가분의 원칙이 적용되지 않는다.

[참고판례] 대판 1994.4.26, 93도1689

정답 ②

13. 임의동행에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰2차

- ① 경찰관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행 장소로부터 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서에의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여 임의동행의 적법성이 인정된다.
- ② 경찰관이甲을 경찰서로 동행할 당시甲에게 언제든지 동행을 거부할 수 있음을 고지한 다음 동행에 대한 동의를 구하였고, 이에甲이 고개를 끄덕이며 동행의 의사표시를 하였으며, 동행 당시 경찰관에게 욕을 하거나 특별한 저항을 하지 않고서 동행에 순순히 응하였으며, 동행 당시 술에 취한 상태이긴 하였으나, 동행 후 경찰서에서 주취운전자 정황진술보고서의 날인을 거부하고 “이번이 3번째 음주운전이다. 난 시청직원이다. 1번만 봐달라.” 라고 말한 경우,甲에 대한 임의동행은 적법하다.
- ③ 경찰관이甲의 정신상태, 신체에 있는 주사바늘 자국, 알콜숨휴대, 전과 등을 근거로甲의 마약류 투약 혐의가 상당하다고 판단하여 경찰서로 임의동행을 요구하였고, 동행 장소인 경찰서에서甲에게 마약류 투약 혐의를 밝힐 수 있는 소변과 모발의 임의제출을 요구하였다면, 이때 임의동행은 「형사소송법」 제199조 제1항에 따른 임의동행에 해당하지 아니한다.
- ④ 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 운전자가 경찰관으로부터 언제라도 자유로이 퇴거할 수 있음을 고지받고 파출소까지 자발적으로 동행한 경우, 이 파출소에서의 음주측정요구는 위법한 체포 상태에서 이루어진 것이라고 할 수 없다.

해설

① O : 대판 2013.3.14, 2012도13611

② O : 대판 2012.9.13, 2012도8890

③ X : 대판 2020.5.14. 2020도398 [사실관계] 피고인이 메트암페타민(일명 필로폰) 투약 혐의로 임의동행 형식으로 경찰서에 간 후 자신의 소변과 모발을 경찰관에게 제출하여 마약류 관리에 관한 법률 위반(향정)으로 기소된 사안에서, 경찰관은 당시 피고인의 정신 상태, 신체에 있는 주사바늘 자국, 알콜숨 휴대, 전과 등을 근거로 피고인의 마약류 투약 혐의가 상당하다고 판단하여 경찰서로 임의동행을 요구하였고, 동행장소인 경찰서에서 피고인에게 마약류 투약 혐의를 밝힐 수 있는 소변과 모발의 임의제출을 요구하였으므로 피고인에 대한 임의동행은 마약류 투약 혐의에 대한 수사를 위한 것이어서 형사소송법 제199조 제1항에 따른 임의동행에 해당한다.★

④ O : 피고인은 경찰관들로부터 언제라도 자유로이 퇴거할 수 있음을 고지받고 △△파출소까지 자발적으로 동행한 것이므로 위 파출소에서의 음주측정요구를 위법한 체포 상태에서 이루어진 것이라고 할 수 없다(대판 2015.12.24, 2013도8481).★

정답 ③

14. 다음 중 통신제한조치에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 甲이 휴대전화기로 乙과 통화한 후 예우차원에서 바로 전화를 끊지 않고 기다리던 중 그 휴대전화기로부터 乙과 丙이 대화하는 내용이 들리자 이를 그 휴대전화기로 녹음한 경우, 이 녹음은 적법한 근거가 될 수 있다.
- ② 무전기와 같은 무선전화기를 이용한 통화는 「통신비밀보호법」 상 ‘전기통신’에 해당한다고 볼 수 없어, ‘타인간의 대화’에 포함된다고 할 수 없다.
- ③ 사법경찰관은 감청의 실시를 종료하면 감청대상이 된 전기통신의 가입자에게 감청사실 등을 통지하여야 하지만, 통지할 경우 사람의 생명·신체에 중대한 위험을 초래할 염려가 현저한 때에는 통지를 하지 않을 수 있다.
- ④ 통신기관 등은 통신제한조치허가서 또는 긴급 감청서 등에 기재된 통신제한조치 대상자의 전화번호 등이 사실과 일치하지 않는 경우에는 그 집행을 거부할 수 있으며, 어떠한 경우에도 전기통신에 사용되는 비밀번호를 누설할 수 없다.

해설

- ① X : 전화통화를 마친 후 상대방에 대한 예우 차원에서 바로 전화통화를 끊지 않고, 상대방이 먼저 전화를 끊기를 기다리던 중에 다른 사람의 대화가 들리자 통화연결상태에 있는 자신의 휴대폰 수신 및 녹음기능을 이용하여 대화를 몰래 청취하면서 녹음한 행위는 **통신비밀보호법 위반행위**로서 처벌된다(대판 2016.5.12, 2013도15616).
- ② X : **무전기와 같은 무선전화기를 이용한 통화가 위 법에서 규정하고 있는 전기통신에 해당함**은 전화통화의 성질 및 위 규정 내용에 비추어 명백하므로 / 이를 「통신비밀보호법」 제3조 제1항 소정의 ‘타인간의 대화’에 포함된다고 할 수 없다(대판 2003.11.13, 2001도6213).
- ③ X : 사법경찰관은 제6조제1항 및 제8조제1항에 따라 통신제한조치를 집행한 사건에 관하여 검사로부터 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분(기소중지 또는 참고인증지 결정은 제외한다)의 통보를 받거나 검찰송치를 하지 아니하는 처분(수사중지 결정은 제외한다) 또는 내사사건에 관하여 입건하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 날부터 30일 이내에 우편물 검열의 경우에는 그 대상자에게, 감청의 경우에는 그 대상이 된 전기통신의 가입자에게 통신제한조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다(통신비밀보호법 제9조의2 제2항). 제1항 내지 제3항의 규정에 불구하고 통신제한조치를 통지할 경우 국가의 안전보장·공공의 안녕질서를 위태롭게 할 현저한 우려가 있는 때에는 그 사유가 해소될 때까지 통지를 유예할 수 있다(통신비밀보호법 제9조의2 제4항). ← 통지를 하지 않을 수 있다.: X
- ④ O : 통신비밀보호법 제9조 제4항

정답 ④

15. 다음 <보기> 중 「통신비밀보호법」에 대한 설명으로 옳은 것만을 있는 대로 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ㉠ 사람의 목소리인 이상 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식등이라 할지라도 「통신비밀보호법」이 보호하는 타인 간의 대화에 해당한다.
- ㉡ 「통신비밀보호법」 상 전기통신의 감청은 전기통신이 이루어지고 있는 상황에서 실시간으로 전기통신의 내용을 지득·채록하는 경우와 통신의 송·수신을 직접적으로 방해하는 경우뿐만 아니라 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남아 있는 기록이나 내용을 열어보는 등의 행위를 포함한다.

- ㉔ 통신제한조치허가서에 의하여 허가된 통신 제한조치가 전기통신 감청 및 우편물 검열  
 뿐인경우 그 후 연장결정서에 당초 허가 내용에 없던 대화녹음이 기재되어 있다고 하  
 더라고 이는 대화녹음의 적법한 근거가 되지 못한다.
- ㉕ 검사는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 「전기통신사업법」에 의한 전기통신사업자  
 에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있고, 이 경우에는 관할 지방법  
 원(보통군사법원을포함한다) 또는 지원에 허가를 받아야 한다.

- ① ㉑, ㉒      ② ㉑, ㉕      ③ ㉒, ㉕      ④ ㉔, ㉕

해설

- ㉑ X : 통화를 마친 후 전화가 끊기지 않은 상태에서 휴대전화를 통하여 들은 ‘악’ 하는 소리와 ‘우당탕’ 소리  
 가 통신비밀보호법 제14조 제1항에서 말하는 ‘공개되지 아니한 타인 간의 대화’에 해당하지 않으므로 증거  
 능력이 인정된다(대판 2017.3.15, 2016도19843).
- ㉒ X : ‘전기통신의 감청’은 ‘감청’의 개념 규정에 비추어 전기통신이 이루어지고 있는 상황에서 실시간으로  
 전기통신의 내용을 지득채록하는 경우와 통신의 송수신을 직접적으로 방해하는 경우를 의미하는 것이지,  
 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남아 있는 기록이나 내용을 열어보는 등의 행위는 포함하지 않는다  
 (대판 2016.10.13, 2016도8137).
- ㉔ O : 대판 1999.9.3, 99도2317
- ㉕ O : 통신비밀보호법 제13조 제1항-제3항

정답 ④

16. 사법경찰관의 피의자신문에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

23.경찰간부

- ① 사법경찰관이 피의자를 신문함에는 사법경찰관리를 참여하게 하여야 한다.
- ② 사법경찰관은 피의자의 진술을 영상녹화하는 경우 미리 영상녹화사실을 알려주어야 하  
 지만, 조사의 전 과정을 영상녹화할 필요는 없다.
- ③ 사법경찰관은 변호인의 피의자 신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에  
 기재하여야 한다.
- ④ 피의자가 신문조서에 대하여 이의나 의견이 없음을 진술한 때에는 피의자로 하여금 그  
 취지를 자필로 기재하게 하고 조서에 간인한 후 기명날인 또는 서명하게 한다.

해설

- ① O : 형사소송법 제243조
- ② X : 피의자의 진술은 영상녹화할 수 있다. 이 경우 미리 영상녹화사실을 알려주어야 하며, 조사의 개시부  
 터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다(형사소송법 제244조의2 제1항).
- ③ O : 형사소송법 제243조의2 제5항
- ④ O : 형사소송법 제244조 제3항

정답 ②

17. 다음 중 긴급체포에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 긴급체포 후 석방된 자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매는 통지서 및 관련 서류를 열람하거나 등사할 수 있다.
- ② 사법경찰관이 검사에게 긴급체포된 피의자에 대한 승인 건의와 함께 구속영장을 신청한 경우 검사는 긴급체포의 합당성이나 구속영장 청구에 필요한 사유를 보장하기 위하여 긴급체포한 피의자를 출석시켜 직접 대면 조사할 수 있다.
- ③ 긴급체포가 그 요건을 갖추지 못한 경우, 단순히 체포가 위법함에 그치는 것이 아니라 그 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서도 특별한 사정이 없는 한 증거능력이 부정된다.
- ④ 피의자가 임의출석의 형식에 의하여 수사기관에 자진 출석한 후 조사를 받았고, 그 과정에서 피의자가 장기 3년 이상의 범죄를 범하였다고 볼 상당한 이유가 드러나고, 도주하거나 증거를 인멸할 우려가 생긴다고 객관적으로 판단되는 경우에는 자진출석한 피의자에 대해서도 긴급체포가 가능하다.

해설

- ① O : 제200조의4 제5항
- ② X : 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면조사는 긴급체포의 적법성을 의심할 만한 사유가 기록 기타 객관적 자료에 나타나고 피의자의 대면조사를 통해 그 여부의 판단이 가능할 것으로 보이는 예외적인 경우에 한하여 허용될 뿐, / 긴급체포의 합당성이나 구속영장 청구에 필요한 사유를 보장하기 위한 목적으로 실시되어서는 아니 된다(대판 2010.10.28, 2008도11999).
- ③ O : 대판 2008.3.27, 2007도11400
- ④ O : 대판 1998.7.6, 98도785 [사실관계] 피고인이 고소한 피의사건에 대하여 고소인 자격으로 피고소인과 대질조사를 받고 나서 조서에 무인하기를 거부하자 수사검사가 무고혐의가 인정된다면서 무고죄로 인지하여 조사를 하겠다고 하였고, 이에 피고인이 조사를 받지 않겠다고 하면서 가방을 들고 일어나 집으로 돌아가려고 하자 검사는 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인 선임권, 변명할 기회를 준 후에 피고인을 긴급체포 ※ 참고인(고소인)을 긴급체포한 사건  
**[비교판례]** 변호사 甲에 대하여 무죄가 선고되자 검사가 무죄가 선고된 공소사실에 대한 보완수사를 한다며 甲의 변호사 사무실 사무장이던 乙에게 참고인조사를 위한 출석을 요구하여, 자진출석한 乙을 참고인 조사를 하지 아니한 채 곧바로 위증 및 위증교사 혐의의 피의자신문조서를 받기 시작하였고, 이에 甲이 검사실로 찾아와서 乙에게 나가라고 지시하여 乙이 나가려 하자, 검사가 乙을 긴급체포한 것은 위법하다(대판 2006.9.8, 2006도148). ∴ 긴급체포의 요건을 갖추지 못하였으므로

정답 ②

18. 「형사소송법」이 명문으로 ‘다른 중요한 증거를 발견한 경우’ 를 요구하는 상황만을 모두 고르면?

22.국가7급

- ㄱ. 사기죄로 긴급체포되었다가 구속영장이 발부되지 않아 석방된 자를 사법경찰관이 동일한 사기죄의 범죄사실로 다시 체포하는 경우
- ㄴ. 사기죄로 구속되었다가 석방된 자를 사법경찰관이 동일한 사기죄의 범죄사실로 재차 구속하는 경우

- ㄷ. 사기죄에 대하여 공소취소에 의한 공소기각의 결정이 확정된 후, 검사가 다시 동일한 사기죄의 범죄사실로 공소를 제기하는 경우
- ㄹ. 사기죄의 불기소처분에 대한 재정신청이 법률상 방식에 위배된다는 이유로 그 신청을 기각하는 결정이 확정된 후, 검사가 다시 동일한 사기죄의 범죄사실로 공소를 제기하는 경우

- ① ㄱ, ㄴ            ② ㄷ, ㄹ            ③ ㄱ, ㄴ, ㄹ        ④ ㄴ, ㄷ, ㄹ

해설

- ㉠ X : 긴급체포되었다가 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못하여 석방된 자는 **영장없이**는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다(제200조의4 제3항). ⇨ **영장에 의하여 체포 가능** ★
- ㉡ O : 검사 또는 사법경찰관에 의하여 **구속되었다가 석방된 자**는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속하지 못한다(제208조 제1항).★
- ㉢ O : **공소취소에 의한 공소기각의 결정이 확정된 때에는** 공소취소 후 그 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거를 발견한 경우에 한하여 다시 공소를 제기할 수 있다(제329조).★
- ㉣ O : **재정신청기각결정이 확정된 사건에 대하여는** 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 소추할 수 없다(제262조 제4항).★

정답 ④

19. 다음 중 현행범체포에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경2차, 22.해경간부

- ① 사법경찰관이나 일반 사인이 현행범인 체포 규정에 의해 현행범인 체포를 하는 경우 영장 없이 타인의 주거에 들어갈 수 있다.
- ② 범죄를 실행 중이거나 실행 직후의 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다.
- ③ 「형사소송법」 제211조가 현행범인으로 규정한 ‘범죄 실행의 즉후인 자’ 라고 함은, 범죄 실행 행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 제3자가 아닌 체포하는 자의 입장에서 볼 때 명백한 경우를 의미한다.
- ④ 甲은 음주운전을 종료한 후 40분 이상 경과한 시점에서 길가에 앉아 있었는데, 사법경찰관이 甲에게서 술 냄새가 난다는 점만을 근거로 현행범으로 체포한 것은 ‘방금 음주운전을 실행한 범인 이라는 점에 관한 죄증이 명백하다고 할 수 없는 상태’ 에서 이루어진 것이므로 적법한 공무집행이라 볼 수 없다.

해설

- ① X : 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다(제212조). / 그러나 검사 또는 사법경찰관리가 아닌 사인이 현행범인을 체포할 때에 **타인의 주거에 들어간 경우에는 위법성이 조각되지 않는다**(대판 1965.12.21, 65도899).
- ② O : 제212조
- ③ O ④ O : 대판 2007.4.13, 2007도1249

정답 ①

20. 체포에 관한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰2차

- ㉠ 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」 제31조에 의하면 사법경찰관은 동일한 범죄사실로 다시 체포영장을 신청하는 경우에 그 취지를 체포영장 신청서에 적어야 한다.
- ㉡ 다액 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건의 경우, 피의자가 일정한 주거가 없는 때에 한하여 사법경찰관은 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다.
- ㉢ 긴급체포한 피의자를 구속하고자 할 때 구속영장은 피의자를 체포한 때로부터 24시간 이내에 청구되어야 한다.
- ㉣ 사법경찰관은 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 「형사소송법」 제200조에 의한 출석요구에 응하지 아니한 때에는 체포영장을 신청하여 피의자를 체포할 수 있다.
- ㉤ 甲의 마약 투약 제보를 받은 경찰관 P가 자신의 집에 있던 甲을 밖으로 유인하여 불러내려 하였으나, 이를 실패하자 甲의 집 현관문의 잠금장치를 해제하고 강제로 들어가서 수색한 후 甲을 긴급체포한 경우, P가 이미 甲의 신원, 주거지, 전화번호를 모두 알고 있었고, 마약 투약의 증거가 급속히 소멸될 상황이 아니었다고 하더라도 甲이 마약 관련 범죄를 범했다고 의심할 만한 상당한 이유가 있었다면, 이 긴급체포는 위법하지 아니하다.

- ① 1개                      ② 2개                      ③ 3개                      ④ 4개

**해설**

- ※ 옳은 것은 ㉠ 1개이다.
- ㉠ O : 수사준칙 제31조
- ㉡ X : 다액 50만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니한 경우에 한한다(형사소송법 제200조의2 제1항 단서, 이하 형사소송법 생략). ↔ 일정한 주거가 없는 때에 한: X
- ㉢ X : 사법경찰관은 긴급체포된 피의자를 구속하고자 할 때에 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 청구로 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 이 경우 구속영장은 피의자를 체포한 때부터 48시간 이내에 청구하여야 한다(제200조의4 제1항).
- ㉣ X : 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유 없이 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 검사는 관할 지방법원판사에게 청구하여 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다(제200조의2 제1항). ↔ 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황: X
- ㉤ X : 피고인이 피로폰을 투약한다는 제보를 받은 경찰관이 본인의 신분을 밝히고 피고인에게 만나자고 하였음에도 현재 집에 있지 않다는 취지로 거짓말을 하자 피고인의 집 문을 강제로 열고 들어가 피고인을 긴급체포한 경우, 피고인이 마약에 관한 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있었다더라도, 경찰관이 이미 피고인의 신원과 주거지 및 전화번호 등을 모두 파악하고 있었고, 당시 마약 투약의 범죄 증거가 급속하게 소멸될 상황도 아니었던 점 등의 사정을 감안하면, 긴급체포가 미리 체포영장을 받을 시간적 여유가 없었던 경우에 해당하지 않아 위법하다(대판 2016.10.13, 2016도5814). ∴ 필요성 X, 긴급성 X

**정답 ①**

21. 다음 중 긴급체포에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 긴급체포 요건을 갖추었는지 여부는 체포 당시 상황과 사후에 밝혀진 사정을 종합적으로 판단함으로써 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다.
- ② 긴급체포 후 구속영장을 발부받지 못하여 석방한 경우 동일한 범죄사실로 다시 긴급체포 할 수 없다. 그러나 체포영장을 다시 발부 받은 경우 체포가 가능하다.
- ③ 「형사소송법」 제208조(재구속의 제한)에서 말하는 구속되었다가 석방된 자의 범위에 는 긴급체포나 현행범으로 체포되었다가 사후영장발부 전에 석방된 경우도 포함된다.
- ④ 긴급체포된 자로부터 압수한 물건에 대해서는 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색할 수 있고, 압수된 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 압수한 때로부터 48시간 이내에 압수·수색영장을 청구하여야 한다.

해설

- ① X : 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이다(대판 2008.3.27, 2007도11400).
- ② O : 제200조의4 제3항
- ③ X : 제208조(재구속의 제한) 소정의 '구속되었다가 석방된 자'라 함은 구속영장에 의하여 구속되었다가 석방된 경우를 말하는 것이지, 긴급체포나 현행범으로 체포되었다가 사후영장발부 전에 석방된 경우는 포함되지 않는다 할 것이므로, /피고인이 수사 당시 긴급체포 되었다가 수사기관의 조치로 석방된 후 법원이 발부한 구속영장에 의하여 구속이 이루어진 경우 앞서 본 법조에 위배되는 위법한 구속이라고 볼 수 없다 (대판 2001.9.28, 2001도4291).
- ④ X : 검사 또는 사법경찰관은 긴급체포된 자가 소유소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 영장 없이 압수수색 또는 검증을 할 수 있다(제217조 제1항). 이 때 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다(제217조 제2항). ⇨ ① '24시간 이내'라고 하여야하고, '24시간 이내에 한하여'란 표현은 정확하지 않다. ② ↔ 압수 한 때로부터: X

정답 ②

22. 구속에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰2차

- ① 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」 제35조에 의하면 검사 또는 사법경찰관은 구속영장의 유효기간 내에 영장의 집행에 착수하지 못한 경우, 반환사유 등을 적은 영장반환서에 해당 영장을 첨부하여 즉시 법원에 반환하여야 하고, 구속영장이 여러 통 발부된 경우에는 모두 반환하여야 한다.
- ② 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 관할 지방법원 판사는 구속사유의 존부를 심리·판단하기 위하여 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다.
- ③ 구속적부심사절차에서 작성된 조서는 「형사소송법」 제311조의 법원 또는 법관의 조서에 해당하는 것이 아니라, 동법 제315조 제3호의 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'로서 당연히 증거능력이 있는 서류에 해당한다.
- ④ 구속영장을 집행함에는 피의자의 신청이 있는 때에 한하여 피의자에게 그 사본을 교부할 수 있다.

해설

- ① O : 수사준칙 제35조 제1항
- ② O : 제201조의2 제1항
- ③ O : 대판 2004.1.16, 2003도5693
- ④ X : 구속영장을 집행할 때는 피의자에게 반드시 이를(영장 정보, 원본 ↔ 사본: X) 제시하고 그 사본을 교부 하여야 하며 신속히 지정된 법원 기타 장소에 인치하여야 한다(제209조, 제85조 제1항). <개정 2022. 2. 3.>

정답 ④

23. 다음 중 구속 전 피의자심문제도에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

22.해경간부

- ① 체포영장에 의한 체포·긴급체포 또는 현행범인의 체포에 의하여 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피의자를 심문할 수 있다.
- ② 구속 전 피의자 심문시 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다.
- ③ 판사는 지정된 심문기일에 피의자를 심문할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 그 심문기일을 변경할 수 있으며, 법원은 변호인의 사정이나 그 밖의 사유로 변호인 선정 결정이 취소되어 변호인이 없게 된 때에는 직권으로 변호인을 다시 선정할 수 있다.
- ④ 피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장 청구서, 수사관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 사법경찰관이나 검사의 피의자 구속기간에 산입하지 아니한다.

해설

- ① X : 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 **지체 없이 피의자를 심문하여야 한다**(제201조의2 제1항).
- ② O : 제201조의2 제8항
- ③ O : 규칙 제96조의22, 제201조의2 제9항
- ④ O : 제201조의2 제7항

정답 ①

24. 구속 전 피의자심문(영장실질심사)에 대한 설명 중 옳은 것만을 모두 고른 것은?

23.경찰간부

- 가. 판사는 구속 여부를 판단하기 위하여 필요한 사항에 관하여 신속하고 간결하게 심문 하여야 하며, 피의자의 교우관계 등 개인적인 사항에 관하여 심문할 수는 없다.
- 나. 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다.
- 다. 피의자 심문에 참여할 변호인은 지방법원판사에게 제출된 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소·고발장, 피의자의 진술을 기재한 서류와 피의자가 제출한 서류를 열람할 수 있으나, 지방법원판사는 구속영장청구서를 제외하고는 위 서류의 전부 또는 일부의 열람을 제한할 수 있다.
- 라. 피의자가 출석을 거부하거나 질병 기타 부득이한 사유로 법원에 출석할 수 없는 때에는 경찰서에서 피의자에 대한 구속전 심문을 할 수 있다.
- 마. 피의자에 대한 구속전 심문절차는 공개하지 아니하지만, 판사는 상당하다고 인정하는 경우 이해관계인의 방청을 허가할 수 있다.



에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다고 하여 이러한 **재판확정 전의 자백**을 필요적 감경 또는 면제사유로 정하고 있다. 위와 같은 자백의 절차에 관해서는 아무런 법령상의 제한이 없으므로 그가 ① **신고한 사건**을 다루는 기관에 대한 고백이나 그 사건을 다루는 재판부에 증인으로 다시 출석하여 전에 그가 한 신고가 허위의 사실이었음을 고백하는 것은 물론 ② **무고 사건**의 피고인 또는 피의자로서 법원이나 수사기관에서의 신문에 의한 고백 또한 자백의 개념에 포함된다(대판 2018.8.1, 2018도7293).

**정답 ①**

**26. 다음 사례에 대한 설명 중 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

**22.경찰2차**

A는 2022. 2. 10. 甲의 집에서 자고 있는 사이 甲이 자신의 의사에 반해 나체를 촬영한 범행을 저질렀다며 경찰에 甲을 신고하였다. A는 甲을 신고하면서 甲의 집에서 가지고 나온 甲 소유의 휴대폰 2대(휴대폰1, 휴대폰2)를 사법경찰관 P에게 임의제출하였고, P는 A에게 제출범위에 관한 의사를 따로 확인하지 않았다. P는 휴대폰1에 저장된 동영상 파일을 통해 甲의 A에 대한 범행을 확인한 후, 휴대폰2에서도 甲의 범행의 증거를 찾던 중 2021. 1. 경 A가 아닌 B와 C의 나체를 불법 촬영한 동영상 30개와 사진을 발견하였다. P는 발견한 동영상과 사진을 CD에 복제한 후, 압수·수색 영장을 발부받아 이 CD를 압수하였다.

- ① 휴대폰은 임의제출물이기 때문에 2대의 휴대폰에 저장된 전자 정보 전부가 임의제출되어 압수된 것으로 취급할 수 있다.
- ② 2021. 1. 경 범행 동영상은 2022. 2. 10. 범행과 동종·유사한 범행이므로 2022. 2. 10. 범행과 구체적·개별적 연관관계가 없다 하더라도 2022. 2. 10. 범행 혐의사실과 관련성이 있다.
- ③ A가 제출한 휴대폰이 임의제출물이라 하더라도 휴대폰을 탐색하는 과정에서 甲에게 참여권을 보장하고 압수목록을 교부해야 한다.
- ④ 압수된 CD에 저장된 동영상과 휴대폰2에 저장된 원본 동영상과의 동일성은 검사가 주장·입증해야 하며, 엄격한 증명의 방법으로 증명되어야 한다.

**해설**

※ <경찰이 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(카메라등이용촬영)죄의 피해자가 임의제출한 피고인 소유·관리의 휴대전화 2대의 전자정보를 탐색하다가 피해자를 촬영한 휴대전화가 아닌 다른 휴대전화에서 다른 피해자 2명에 대한 동종 범행 등에 관한 1년 전 사진·동영상을 발견하고 영장 없이 이를 복제한 CD를 증거로 제출한 사안> 대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체의 사실관계를 변형한 사례이다. ⇨ **최신판례집 466.**

- ① X : 수사기관이 제출자의 의사를 쉽게 확인할 수 있음에도 이를 확인하지 않은 채 특정 범죄혐의사실과 관련된 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체를 임의제출받은 경우, 그 정보저장매체에 저장된 전자정보 전부가 임의제출되어 압수된 것으로 취급할 수는 없다. 제출자의 구체적인 제출범위에 관한 의사를 제대로 확인하지 않는 등의 사유로 인해 임의제출자의 의사에 따른 전자정보 압수의 대상과 범위가 명확하지 않거나 이를 알 수 없는 경우에는 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실과 관련되고 이를 증명할 수 있는 최소한의 가치가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 된다(대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체).
- ② X : 범죄혐의사실과 관련된 전자정보에는 범죄혐의사실 그 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 것은 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 것도 포함될 수 있다. 다만 그 관련성은 임의제출에

다른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사의 경위, 임의제출의 과정 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, / 범죄혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다(대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체). [사실관계] 범죄 발생 시점 사이에 상당한 간격이 있고 피해자 및 범행에 이용한 휴대전화도 전혀 다른 피고인의 2013년 범행에 관한 동영상은 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실(2014년 범행)과 구체적·개별적 연관관계 있는 전자정보로 보기 어려워 수사기관이 사전영장 없이 이를 취득한 이상 증거능력이 없고, 사후에 압수·수색영장을 받아 압수절차가 진행되었더라도 달리 볼 수 없다.

- ③ O : 피해자 등 제3자가 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체를 영장에 의하지 않고 임의제출한 경우에는 실질적 피압수자인 피의자가 수사기관으로 하여금 그 전자정보 전부를 무제한 탐색하는 데 동의한 것으로 보기 어려울 뿐만 아니라 피의자 스스로 임의제출한 경우 피의자의 참여권 등이 보장되어야 하는 것과 견주어 보더라도 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 **피의자에게 참여권을 보장**하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다(대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체).
- ④ X : 원본 동일성은 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·증명해야 한다(대판 2018.2.8, 2017도13263). ⇨ 소송법적 사실이므로 **자유로운 증명**으로 족하다. ★

정답 ③

27. 다음 <보기> 중 전자정보 압수·수색에 대한 설명으로 옳은 것만을 있는 대로 고른 것은?  
(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.해경간부

< 보 기 >

- ㉠ 전자정보에 대한 압수·수색영장을 집행할 때에는 원칙적으로 영장 발부의 사유인 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 한다.
- ㉡ 수사기관이 피의자 甲의 「공직선거법」 위반 범행을 영장 범죄사실로 하여 발부받은 압수·수색 영장의 집행 과정에서 乙, 丙 사이의 대화가 녹음된 파일을 압수하여 乙, 丙의 「공직선거법」 위반 혐의사실을 발견한 사안에서, 별도의 압수·수색 영장을 발부받지 않고 압수한 위 녹음파일은 위법수집증거로서 증거능력이 없다.
- ㉢ 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 복제하여 생성한 파일(‘이미지 파일’)을 제출받아 압수하였다면 이로써 압수의 목적물에 대한 압수·수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관이 수사기관 사무실 에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다.
- ㉣ 수사기관 사무실 등으로 반출된 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위는 원칙적으로 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수가 된다.

- ① ㉠                      ② ㉠, ㉢                      ③ ㉠, ㉡, ㉣                      ④ ㉠, ㉡, ㉢, ㉣

해설

- ㉠ O : 대판 2014.2.27, 2013도12155
- ㉡ O : 대판 2014.1.16, 2013도7101

- ㉠ O : 대판 2018.2.8, 2017도13263
- ㉡ O : 대결 2015.7.16, 2011모1839 전원합의체

정답 ④

28. 전자정보의 압수·수색에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ① 수사기관의 전자정보에 대한 압수·수색은 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의 사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복제하는 방식으로 이루어져야 한다.
- ② 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거는 사후에 피고인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유되지 않는다.
- ③ 피의자가 휴대전화를 임의제출하면서 원격지에 저장되어 있는 전자정보를 수사기관에 제출한다는 의사로 클라우드에 접속하기 위한 아이디와 비밀번호를 임의로 제공하였더라도, 그 클라우드에 저장된 전자정보를 임의제출하는 것으로 볼 수는 없다.
- ④ 수사기관이 甲을 피의자로 하여 발부받은 압수·수색영장에 기하여 인터넷서비스업체인 A주식회사를 상대로 A주식회사의 본사 서버에 저장되어 있는 甲의 전자정보인 SNS 대화내용 등에 대하여 압수·수색을 실시한 경우, 수사기관은 압수·수색 과정에서 甲에게 참여권을 보장하여야 한다.

해설

- ① O : 대결 2011.5.26, 2009모1190 ; 대판 2017.11.14, 2017도3449
- ② O : <경찰이 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(카메라등이용촬영)죄의 피해자가 임의제출한 피고인 소유·관리의 휴대전화 2대의 전자정보를 탐색하다가 피해자를 촬영한 휴대전화가 아닌 다른 휴대전화에서 다른 피해자 2명에 대한 동종 범행 등에 관한 1년 전 사진·동영상을 발견하고 영장 없이 이를 복제한 CD를 증거로 제출한 사안> 대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체 ★
- ③ X : 피의자가 휴대전화를 임의제출하면서 휴대전화에 저장된 전자정보가 아닌 클라우드 등 제3자가 관리하는 원격지에 저장되어 있는 전자정보를 수사기관에 제출한다는 의사로 수사기관에게 클라우드 등에 접속하기 위한 아이디와 비밀번호를 임의로 제공하였다면 위 클라우드 등에 저장된 전자정보를 임의제출하는 것으로 볼 수 있다(대판 2021.7.29, 2020도14654). ★
- ④ O : 대결 2022.5.31, 2016모587 ※ 카카오톡 대화내용에 대한 압수·수색사건에서 피의자를 서비스이용자이자 “실질적 피압수자”로 보아 참여권이 보장되어야 한다고 본 사례 ★★ ⇨ 22년 상반기 최신판례 [4]

정답 ③

29. 다음 사례에 대한 설명 중 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰2차

사법경찰관 P는 甲을 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상 명예훼손 혐의로 수사하면서 압수·수색 영장을 발부받아 甲의 집에서 그의 컴퓨터를 압수·수색하였다. P는 甲의 컴퓨터 하드디스크를 하드카피 방법으로 복제본을 생성한 후, 수사기관 사무실로 가지고 나왔다. P는 甲에게 참여권을 고지하지 않은 채 甲의 참여 없이 반출한 복제본을 탐색하는 과정에서 우연히 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반죄에 해당되는 성폭력범죄 동영상 파일을 발견하였다. 이후 P는 압수·수색 영장을 발부받아 이 동영상 파일을 압수하였다.

- ① 사법경찰관 P는 압수목록에 컴퓨터 하드디스크 규격과 개수를 기재한 후, 하드카피 방법으로 복제본을 생성한 때 지체 없이甲에게 교부하여야 한다.
- ② 압수·수색 영장집행은甲의 집에서 하드디스크 복제본을 생성한 때 종료된 것이므로 탐색과정에서는甲에게 참여권을 보장하지 않아도 된다.
- ③甲의 컴퓨터를 압수·수색함에 있어서 압수·수색영장 집행사실을 미리 알려주면 컴퓨터에 저장된 파일을 삭제할 염려 등이 있더라도 사전에 집행의 일시와 장소를甲에게 통지하여 참여권을 보장해야 한다.
- ④ 성폭력범죄 동영상 파일을 우연히 발견하고, 사후에 영장을 발부받았다 하더라도 이 동영상 파일은 증거능력이 인정되지 않는다.

**해설**

- ① X : 형사소송법 제219조, 제129조에 의하면, 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다. 그리고 법원은 압수·수색영장의 집행에 관하여 **범죄 혐의사실과 관련 있는 정보의 탐색·복제·출력이 완료된 때에는 지체 없이** 압수된 정보의 상세목록을 피의자 등에게 교부할 것을 정할 수 있다. 압수물 목록은 피압수자 등이 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되므로, 수사기관은 이러한 권리행사에 지장이 없도록 **압수 직후 현장에서 압수물 목록을 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙이다.** 이러한 압수물 목록 교부 취지에 비추어 볼 때, 압수된 정보의 상세목록에는 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 하고, 수사기관은 이를 출력한 서면을 교부하거나 전자파일 형태로 복사해 주거나 이메일을 전송하는 등의 방식으로도 할 수 있다(대판 2018.2.8, 2017도13263). ← 하드카피 방법으로 복제본을 생성한 때: X ★
- ② X : 전자정보가 담긴 저장매체 또는 하드카피나 이미징 등 형태를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제탐색출력하는 과정에서도 변호인에게 **참여의 기회를 보장하여야 한다**(대결 2015.7.16, 2011모1839 전원합의체).
- ③ X : 피의자 또는 변호인은 압수수색영장의 집행에 참여할 수 있고, 압수수색영장을 집행함에는 원칙적으로 미리 집행의 일시와 장소를 피의자 등에게 통지하여야 하나 ‘**급속을 요하는 때에는 위와 같은 통지를 생략할 수 있다.** 여기서 ‘**급속을 요하는 때**라고 함은 압수수색영장 집행 사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수수색의 실효를 거두기 어려울 경우라고 해석할 수 있다(대판 2012.10.11, 2012도7455).
- ④ O : 전자정보에 대한 압수수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수수색을 할 수 있다(대결 2015.7.16, 2011모1839 전원합의체).

**정답 ④**

**30. 압수·수색에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

22.경찰2차

- ① 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 영장에 의하여 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 안에서의 피의자 수색이 허용된다.
- ② 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 현행범인으로 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수·수색을 할 수 있다.
- ③ 수사기관이 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별하여 압수한 후에도 그와 관련이 없는 나머지 정보를 삭제·폐기·반환하지 아니한 채 그대로 보관하고 있다면, 범죄 혐의 사실과 관련이 없는 부분에 대하여는 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는

전자정보를 영장없이 압수·수색하여 취득한 것이어서 위법하고, 사후에 압수·수색영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다.

- ④ 검사는 사본을 확보한 경우 등 압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 압수물 및 증거에 사용할 압수물에 대하여 공소제기 전이라도 소유자, 소지자, 보관자 또는 제출인의 청구가 있는 때에는 환부 또는 가환부하여야 한다.

**해설**

- ① X : 검사 또는 사법경찰관은 제200조의2(영장에 의한 체포)·제200조의3·제201조(구속) 또는 제212조의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자 수색을 할 수 있다. 다만, 제200조의2(영장에 의한 체포) 또는 제201조(구속)에 따라 피의자를 체포 또는 구속하는 경우의 피의자 수색은 미리 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 때에 한정한다(제216조 제1항 제1호).
- ② O : 제216조 제1항 제2호
- ③ O : 대결 2022.1.14, 2021모1586 ★ ⇨ 3개년 최신판례집 477.
- ④ O : 제218조의2 제1항

**정답 ①**

**31. 임의제출물의 압수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

23.경찰간부

- ① 검사가 교도관으로부터 그가 보관하고 있던 재소자의 인격적 법익에 대한 침해와 무관한 비망록을 뇌물수수 등의 증거자료로 임의제출받은 경우 그 압수절차가 재소자의 승낙없이 행해졌더라도 위법하지 않다.
- ② 수사기관이 압수·수색 영장의 집행과정에서 영장발부의 사유인 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였다가 피압수자 등에게 환부하고 후에 이를 다시 임의제출받아 압수한 경우 검사가 그 압수물 제출의 임의성을 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하면 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.
- ③ 甲이 골프채로 A를 상해한 사건에서, 사법경찰관이 甲 소유의 골프채를 甲의 집 앞마당에서 발견했음에도 그 소지자 또는 보관자가 아닌 피해자 A로부터 임의로 제출받는 형식으로 위 골프채를 압수하였다면, 이는 위법한 압수이다.
- ④ 사법경찰관이 절도죄의 피의자 A를 현행범으로 체포하면서 A로부터 절도를 위하여 소지하고 있던 드라이버를 임의제출받은 경우 사법경찰관은 「형사소송법」 제216조 제1항 제2호 및 같은 법 제217조 제2항에 따라서 사후에 압수영장을 발부받아야 한다.

**해설**

- ① O : 대판 2008.5.15, 2008도1097
- ② O : 대판 2016.3.10, 2013도11233
- ③ O : 대판 2010.1.28, 2009도10092
- ④ X : 검사, 사법경찰관은 현행범 체포 현장이나 범죄 장소에서도 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 「형사소송법」 제218조에 의하여 영장 없이 압수할 수 있고, 이 경우에는 검사나 사법경찰관이 사후에 영장을 받을 필요가 없다(대판 2016.2.18, 2015도13726).

**정답 ④**

32. 강제수사에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

ㄱ. 사인에 의하여 현행범인으로 체포된 후 불필요한 지체 없이 사법경찰관에게 인도된 경우, 구속영장 청구기간인 48시간의 기산점은 사법경찰관이 현행범인을 인도받은 때이다.

ㄴ. 사법경찰관이 피의자에 대하여 압수·수색영장을 집행할 경우, 피의자에게 영장의 원본을 제시하면 족하고 영장의 사본을 교부할 필요는 없다.

ㄷ. 검사의 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법원판사의 재판은 준항고의 대상이 된다.

ㄹ. 피압수자가 수사기관에 압수·수색영장의 집행에 참여하지 않는다는 의사를 명시하였다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그 변호인에게는 「형사소송법」 제219조, 제122조에 따라 미리 집행의 일시와 장소를 통지하는 등으로 압수·수색영장의 집행에 참여할 기회를 별도로 보장하여야 한다.

- ① ㄱ, ㄴ      ② ㄱ, ㄹ      ③ ㄴ, ㄷ      ④ ㄱ, ㄴ, ㄹ

해설

- ㉠ O : 대판 2011.12.22, 2011도12927
- ㉡ X : 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 하고, 처분을 받는 자가 피고인인 경우에는 그 사본을 교부하여야 한다. / 다만 처분을 받는 자가 현장에 없는 등 영장의 제시나 그 사본의 교부가 현실적으로 불가능한 경우 또는 처분을 받는 자가 영장의 제시나 사본의 교부를 거부한 때에는 예외로 한다(제219조, 제118조). <개정 2022. 2. 3.> ★
- ㉢ X : 검사의 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법원판사의 재판은 형사소송법 제402조의 규정에 의하여 항고의 대상이 되는 '법원의 결정'에 해당하지 아니하고, 제416조 제1항의 규정에 의하여 준항고의 대상이 되는 '재판장 또는 수명법관의 구금 등에 관한 재판'에도 해당하지 아니한다(대결 2006.12.18, 2006모646). ∴ 수임판사 ⇨ 체포영장 또는 구속영장에 관한 재판 그 자체에 대하여 직접 항고 또는 준항고를 하는 방법으로 불복하는 것은 이를 허용하지 아니한다.
- ㉣ O : <국선변호인에 대한 참여통지 누락이 압수·수색 절차의 위반 사유로 문제된 사건> 대판 2020.11.26, 2020도10729 ∴ 변호인의 참여권은 피압수자의 보호를 위하여 변호인에게 주어진 고유권이므로 ★

정답 ㉡

33. 다음 중 압수물처리에 관한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 법령상 생산·제조·소지·소유 또는 유통이 금지된 압수물로서 부패의 염려가 있거나 보관하기 어려운 압수물은 소유자 등 권한 있는 자의 동의를 받아 폐기하여야 한다.
- ② 피압수자 등 압수물의 환부를 받은 자가 압수 후 그 소유권을 포기하면 수사기관의 압수물 환부의무는 면제된다.
- ③ 사법경찰관은 압수물을 피압수자에게 환부하기에 앞서 피해자뿐만 아니라 피의자에게도 통지하여야 한다.
- ④ 압수한 서류 또는 물품에 대하여 물수의 선고가 없는 경우 압수의 효력에는 영향이 없다.

해설

- ① X : 법령상 생산제조소자소유 또는 유통이 금지된 압수물로서 부패의 염려가 있거나 보관하기 어려운 압수물은 소유자 등 권한 있는 자의 동의를 받아 **폐기할 수 있다**(제219조, 제130조 제3항).
- ② X : 피압수자 등 환부를 받을 자가 압수 후 그 소유권을 포기하는 등에 의하여 실제법상의 권리를 상실하더라도 그 때문에 압수물을 환부하여야 하는 수사기관의 의무에 어떠한 영향을 미칠 수 없고, 또한 수사기관에 대하여 형사소송법상의 환부청구권을 포기한다는 의사표시를 하더라도 그 효력이 없어 그에 의하여 수사기관의 필요적 **환부의무가 면제된다고 볼 수 없다**(대결 1996.8.16, 94모51 전원합의체).
- ③ O : 압수물의 대가보관, 압수물의 환부가환부압수장물의 피해자환부의 결정을 함에는 검사, 피해자, 피의자 또는 변호인에게 미리 통지하여야 한다(제219조, 제135조).
- ④ X : 압수한 서류 또는 물품에 대하여 물수의 선고가 없는 때에는 **압수를 해제한 것으로 간주한다**(제332조).

정답 ③

34. 압수물의 환부 또는 가환부에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

23.경찰간부

- ① 검사는 압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 압수물 및 증거에 사용할 압수물에 대하여 공소제기 전이라도 소유자, 소지자, 보관자 또는 제출인의 청구가 있는 때에는 환부 또는 가환부하여야 한다.
- ② 소유자 등의 환부 또는 가환부 청구에 대해 검사가 이를 거부하는 경우, 신청인은 해당 검사의 소속 검찰청에 대응한 법원에 압수물의 환부 또는 가환부 결정을 청구할 수 있다.
- ③ 검사가 가환부 처분을 할 경우에는 미리 피해자, 피의자 또는 변호인에게 통지해야 한다.
- ④ 압수한 장물은 압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 경우 피해자의 청구가 있는 때에는 공소제기 전이라도 피해자에게 환부하여야 한다.

해설

- ① O : 형사소송법 제218조의2 제1항
- ② O : 형사소송법 제218조의2 제2항 ★
- ③ O : 형사소송법 제219조, 제135조
- ④ X : **압수한 장물**은 피해자에게 환부할 이유가 명백한 때에는 피고사건의 종결 전이라도 결정으로 피해자에게 환부할 수 있다(형사소송법 제134조). ※ 압수장물의 피해자환부 ↔ **압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 압수물**은 피고사건 종결 전이라도 결정으로 환부하여야 하고(형사소송법 제133조 제1항), **증거에 공할 압수물**은 소유자, 소지자, 보관자 또는 제출인의 청구에 의하여 가환부할 수 있다(형사소송법 제133조 제2항). ※ **압수물의 환부, 가환부** ★

정답 ④

35. 다음 중 증거보전과 수사상 증인신문에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

22.해경간부

- ① 증거보전과 달리 수사상 증인신문은 제1심 판결 선고 전까지 청구할 수 있다.
- ② 검사는 증거보전을 청구할 때에는 서면 또는 구술로 그 사유를 소명하여야 한다.
- ③ 수사상 증인신문으로 작성된 조서는 법원 또는 법관의 조서로서 절대적 증거능력이 인정되고, 법원에서 보관하게 된다.
- ④ 증거보전청구를 기각하는 결정에 대하여는 항고할 수 있으나, 증인신문청구를 기각하는 결정에 대하여는 항고할 수 없다.

해설

- ① X : 수사상 증인신문은 증거보전과 마찬가지로 제1심 판결 선고 전까지 청구할 수 있다. ★  
범죄의 수사에 없어서는 아닐될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 출석 또는 진술을 거부한 경우에는 검사는 제1회 공판기일 전에 한하여 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구할 수 있다(제221조의2 제1항).
- ② X : 증거보전 청구를 함에는 서면으로 그 사유를 소명하여야 한다(제184조 제3항).
- ③ X : 증인신문을 한 때에는 지체없이 이에 관한 서류를 검사에게 송부하여야 한다(제221조의2 제6항).
- ④ O : 증거보전 청구를 기각하는 결정에 대하여는 3일 이내에 항고할 수 있다(제184조 제4항). 그러나 증인신문청구를 기각하는 결정에 대하여는 항고할 수 없다. ∴ 수임판사의 결정이므로

정답 ④

36. 다음 <보기> 중 불기소결정의 사유와 그 유형을 바르게 연결한 것은 모두 몇 개인가?

22.해경간부

< 보 기 >

- ㉠ 피의사실이 인정되지 아니하거나 충분한 증거가 없는 경우 - 혐의 없음
- ㉡ 피의사실에 법률상 범죄의 성립을 조각하는 사유가 있는 경우 - 죄가 안됨
- ㉢ 피의사실에 대하여 소송조건이 구비되지 않은 경우 - 공소권 없음
- ㉣ 피의자의 소재불명 등의 사유로 수사를 종결할수 없는 경우 그 사유가 해소될 때까지 내리는잠정적 수사종결 처분 - 기소유예
- ㉤ 피의사실은 인정되지만 「형법」 제51조(양형의 조건)의 각 호 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니하는 처분 - 기소중지

- ① 2개                      ② 3개                      ③ 4개                      ④ 5개

해설

- ㉠ O : 「검찰사건사무규칙」 제115조 제3항 제2호
- ㉡ O : 「검찰사건사무규칙」 제115조 제3항 제3호
- ㉢ O : 「검찰사건사무규칙」 제115조 제3항 제4호
- ㉣ X : 기소중지결정(「검찰사건사무규칙」 제120조)
- ㉤ X : 기소유예결정(「검찰사건사무규칙」 제115조 제3항 제1호)

정답 ②

37. 다음 중 재정신청과 관련된 설명으로 가장 옳은 것은?

22.해경간부

- ① 검사의 불기소처분에 대하여 고소인은 재정신청을 할 수 있으나, 고발인은 할 수 없다.
- ② 검사가 공소시효 만료일 30일 전까지 공소를 제기하지 아니하는 경우에는 항고전치주의의 예외를 인정하여 검찰항고를 거치지 않고 재정신청을 할 수 있다.
- ③ 공동신청권자 중 1인의 재정신청 및 취소는 전원을 위하여 효력이 발생한다.
- ④ 재정신청의 관할법원이 재정신청이 이유 있다고 인정하는 때에는 그 사건을 심판에 부칠 것을 결정하고, 공소유지 변호사를 임명하여 그 사건을 심판하여야 한다.

해설

- ① X : 고소권자로서 고소를 한 자(「형법」 제123조부터 제126조까지의 죄(직권남용, 불법체포·감금, 폭행·가혹행위, 피의사실공포)에 대하여는 고발을 한 자를 포함한다.)는 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다(제260조 제1항).
- ② O : 제260조 제2항 제3호
- ③ X : 재정신청은 대리인에 의하여 할 수 있으며 공동신청권자 중 1인의 신청은 그 전원을 위하여 효력을 발생한다(제264조 제1항). / 재정신청의 취소는 다른 공동신청권자에게 효력을 미치지 아니한다(제264조 제3항). ★
- ④ X : 공소제기결정에 따른 재정결정서를 송부받은 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장은 지체 없이 담당 검사를 지정하고 지정받은 검사는 공소를 제기하여야 한다(제262조 제6항). ※ 지문은 2007년 법 개정전의 내용이다. ★

정답 ②

38. 다음 중 공소제기 후 수사에 관한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 피의자신문은 그 대상자를 피의자로 한정하고 있어, 공소제기 후 검사가 작성한 피고인 진술조서는 증거능력이 없다.
- ② 참고인조사는 공소제기 후에도 허용되므로 공판준비 또는 공판기일에 이미 증언을 마친 증인을 검사가 다시 소환하여 피고인에게 유리한 증언 내용을 추궁하여 이를 반복시킨 진술조서는 증거능력이 인정된다.
- ③ 공판절차에서 피고인은 검사와 대등한 지위를 가지는 당사자이므로 공소제기 후에 수사기관이 피고인을 구속할 수는 없고 피고인 구속은 법원의 권한에 속한다.
- ④ 불구속으로 기소된 피고인이 증거를 인멸하거나 도주할 우려가 있어서 구속해야 할 필요성이 있으면 검사는 수소법원 이외의 법관으로부터 영장을 발부받아 피고인을 구속할 수 있다.

해설

- ① X : 검사작성의 피고인에 대한 진술조서가 공소제기 후에 작성된 것이라는 이유만으로는 곧 그 증거능력이 없다고 할 수 없다(대판 1984.9.25, 84도1646). ※ 판례는 공소제기후 검사작성의 피고인 진술조서의 증거능력을 인정함으로써 공소제기 후에도 피고인에 대한 조사가 가능하다고 본다.
- ② X : [반복진술조서사건] 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 그 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 반복시키는 방식으로 작성한 진술조서를 유죄의 증거로 삼는 것은 당사자주의·공판중심주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 헌법 제27조가 보장하는 기본권, 즉 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 실질적으로 부여되는 재판받을 권리를 침해하는 것이므로, 이러한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하는 한 그 증거능력이 없다고 하여야 할 것이다(대판 2008.9.25, 2008도6985).
- ③ O ④ X : 형사소송법 제215조에서 검사가 압수·수색 영장을 청구할 수 있는 시기를 공소제기 전으로 명시적으로 한정하고 있지는 아니하나, / 헌법상 보장된 적법절차의 원칙과 재판받을 권리, 공판중심주의·당사자주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조, 관련 법규의 체계, 문언 형식, 내용 등을 종합하여 보면, 일단 공소가 제기된 후에는 피고사건에 관하여 검사로서는 형사소송법 제215조에 의하여 압수·수색을 할 수 없다고 보아야 한다(대판 2011.4.28, 2009도10412).

정답 ③

39. 공소시효에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 국가7급

- ① 공무원이 동일한 사안에 관한 일련의 직무집행 과정에서 단일하고 계속된 범의로 일정 기간 계속하여 저지른 직권남용행위가 직권남용권리행사방해죄의 포괄일죄가 되는 경우, 그 공소시효는 최종 범죄행위가 종료된 때부터 진행한다.
- ② 공소장변경절차에 의하여 공소사실이 변경되어 그 법정형에 차이가 있는 경우, 공소장 변경 전 공소사실에 대한 법정형이 공소시효 기간의 기준이 된다.
- ③ 횡령으로 인한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(국고등손실)죄는 「형법」상 횡령죄 내지 업무상횡령죄에 대한 가중규정으로서 신분관계로 인한 형의 가중이 있는 것이고, 회계관계직원 내지 업무상 보관자라는 신분 없는 피고인이 위 죄의 범행에 방조범으로 가담하였다면 공소시효 기간의 기준이 되는 법정형은 「형법」상 단순 횡령방조죄의 법정형에 의하여야 한다.
- ④ 공범 중 1인에 대해 약식명령이 확정된 후 그에 대한 정식재판청구권회복결정이 있었다고 하더라도, 그 사이의 기간 동안에는 특별한 사정이 없는 한 다른 공범자에 대한 공소시효는 정지함이 없이 계속 진행한다.

해설

- ① O : 대판 2021.3.11, 2020도12583 [사실관계] 국가정보원 직원이 동일한 사안에 관한 일련의 직무집행 과정에서 단일하고 계속된 범의로 일정 기간 계속하여 저지른 직권남용행위에 대하여는 그 상대방이 수인이라도 포괄일죄가 성립한다고 본 사례 ★
- ② X : 공소장변경절차에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 있는 경우에는 변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 된다(대판 2001.8.24, 2001도2902).  
[비교판례] 공소장 변경이 있는 경우에 공소시효의 완성여부는 당초의 공소제기가 있었던 시점을 기준으로 판단할 것이고 공소장변경시를 기준으로 삼을 것은 아니다(대판 1982.5.25, 82도535).
- ③ O : 대판 2020.10.29, 2020도3972 ⇨ 형법 제33조 단서 적용 ★
- ④ O : 공범 중 1인에 대한 공소의 제기로 다른 공범자에 대한 공소시효의 진행이 정지되더라도 공소가 제기된 공범 중 1인에 대한 재판이 확정되면, 그 재판의 결과가 형사소송법 제253조 제1항이 규정한 공소기각 또는 관할위반인 경우뿐 아니라 유죄, 무죄, 면소인 경우에도 그 재판이 확정된 때로부터 다시 공소시효가 진행된다고 볼 것이고, 이는 약식명령이 확정된 때에도 마찬가지라고 할 것이다. 그리고 공범 중 1인에 대해 약식명령이 확정되고 그 후 정식재판청구권이 회복되었다고 하는 것만으로는, 그 사이에 검사가 다른 공범자에 대한 공소를 제기하지 못할 법률상 장애사유가 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 그 기간 동안 다른 공범자에 대한 공소시효가 정지된다고 볼 아무런 근거도 찾을 수 없다(대판 2012.3.29, 2011도15137).

정답 ②

40. 다음 중 공소사실의 특징에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 해경간부

- ① 유가증권변조 사건의 공소사실이 범행일자를 ‘2005. 1. 말경에서 같은 해 2. 4. 사이’로 범행 장소를 ‘서울 불상지’로, 범행방법을 ‘불상의 방법으로 수취인의 기재를 삭제’로 되어 있는 경우, 변조된 유가증권이 압수되어 현존하고 있는 이상 공소사실이 특정되었다고 볼 수 있다.
- ② 공모공동정범에 있어 실행정범의 인적 사항이 적시되지 아니하고 범행일시나 장소가 명백히 표시되지 아니하였으나 그 공모관계, 실행정범의 실행행위가 모두 표시되어 있는 경우라면 공소사실이 특정된 것으로 볼 수 있다.

- ③ 직무유기교사죄에서 “전기협 회원들에 대하여 불법파업을 하여 직무유기할 것을 결의하게 하고, 전기협 회원 6,500여 명이 이에 따라 같은 해 6. 23. 04:00경부터 불법파업에 돌입하게 하여 직무유기를 교사하였다.”는 공소사실은 특정된 것으로 볼 수 있다.
- ④ 공소장에 「상표법」 위반 등의 범죄구성요건 중 침해의 대상이 된 등록상표·서비스표·디자인이나 주지표지를 명확하게 적시하지 아니한 경우, 그 공소사실은 특정되지 않았다.

해설

- ① O : 대판 2008.3.27, 2007도11000
- ② O : 대판 1997.7.8, 97도632
- ③ X : 직무유기교사죄의 공소사실 중 "전기협 회원들에 대하여 불법파업을 하여 직무유기할 것을 결의하게 하고, 전기협 회원 6,500여 명이 이에 따라 같은 해 6. 23. 04:00경부터 불법파업에 돌입하게 하여 직무유기를 교사하였다."는 것만으로는 피교사자인 공무원들의 숫자조차 특정되어 있지 않아 도대체 몇 개의 직무유기교사죄를 공소제기한 것인지, 그리고 유기한 직무의 내용 및 유기행위의 태양이 어떠한지 알 수가 없으므로, 결국 직무유기교사의 점은 형사소송법 제327조 제2호에 정한 바 **공소장에 구체적인 범죄사실의 기재가 없어** 그 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 보아 **공소기각**을 선고한 사례(대판 1997.8.22, 95도984). ★
- ④ O : 침해의 대상이 된 등록상표·서비스표·디자인이나 주지표지를 특정할 수 있어야 하고, 침해의 태양과 관련하여서는 적어도 침해의 대상이 된 등록상표·서비스표·디자인이나 주지표지별로 **피고인이 사용한 표지나 디자인 등이 이를 침해하였는지 여부를 알 수 있을 정도로는 기재하여야 한다**(대판 2007.8.23, 2005도5847). ★

정답 ③

41. 다음 중 법관의 제척·기피에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 약식절차와 피고인 또는 검사의 정식재판청구에 의하여 개시된 제1심 공판절차는 동일한 심급 내에서 서로 절차만 달리할 뿐이므로, 약식명령을 발부한 법관이 정식재판절차의 제1심판결에 관여하였다고 하여 제척의 원인이 된다고 볼 수는 없다.
- ② 약식명령을 발부한 법관이 그 정식재판 절차의 항소심판결에 관여함은 ‘법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때’에 해당한다고 볼 수 없다.
- ③ 공소제기 전에 검사의 증거보전청구에 의하여 증인신문을 한 법관은 전심재판 또는 기초되는 조사, 심리에 관여한 법관으로 볼 수 있다.
- ④ 기피신청의 인용결정과 기각결정에 대하여 즉시항고할 수 있다.

해설

- ① O : 대판 2002.4.12, 2002도944
- ② X : **약식명령**을 한 판사가 그 정식재판 절차의 **항소심판결에 관여함**은 형사소송법 제17조 제7호 소정의 “법관이 사건에 관하여 **전심재판** 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때”에 해당하여 제척의 원인이 된다(대판 2011.4.28, 2011도17).
- ③ X : **공소제기** 전에 검사의 증거보전 청구에 의하여 증인신문을 한 법관은 형사소송법 제17조 제7호에 이른바 전심재판 또는 기초되는 조사, 심리에 관여한 법관이라고 할 수 없다(대판 1971.7.6, 71도974).
- ④ X : 기피신청을 기각한 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(제23조 제1항). / 그러나 기피신청의 인용결정에 대하여는 즉시항고를 인정하는 규정이 없다. 또한 판결 전 소송절차에 관한 결정이므로 보통항고도 할 수 없다(제403조 제1항). ★

정답 ①

42. 다음 중 무죄추정의 원칙에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 형사재판절차에서 유죄의 확정판결을 받기 전에 처분청이 징계혐의사실을 인정하는 것은 무죄추정의 원칙에 위배되지 아니한다.
- ② 파기환송을 받은 법원이 피고인 구속을 계속할 사유가 있어 결정으로 구속기간을 갱신하여 피고인을 계속 구속하는 것은 무죄추정의 원칙에 반하지 않는다.
- ③ 피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.
- ④ 공소장의 공소사실 첫머리에 피고인 특정을 위해 피고인이 전에 받은 소년부송치처분을 기재한 것은 무죄추정의 원칙에 반한다.

해설

- ① O : 대판 1986.6.10, 85누407 ★
- ② O : 대판 2001.11.30, 2001도5225
- ③ O : 헌법 제27조 제4항, 형사소송법 제275조의2
- ④ X : 공소장의 공소사실 첫머리에 피고인이 전에 받은 소년부송치처분과 직업 없음을 기재하였다 하더라도 이는 형사소송법 제254조 제3항 제1호에서 말하는 피고인을 특정할 수 있는 사항에 속하는 것이어서 그와 같은 내용의 기재가 있다 하여 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반된 것이라고 할 수 없고 또 헌법상의 형사피고인에 대한 무죄추정조항이나 평등조항에 위배되는 것도 아니다(대판 1990.10.16, 90도1813).

정답 ④

43. 다음 중 진술거부권에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 「형사소송법」 제283조의2에는 피의자 또는 피고인이 공판절차 또는 수사절차에서 법원이나 수사기관의 신문에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 규정하고 있다.
- ② 진술거부권은 현재 피의자나 피고인으로서 수사 또는 공판절차에 계속 중인 자뿐만 아니라 장차 피의자나 피고인이 될 가능성이 있는 자에게도 보장되며, 형사절차뿐만 아니라 행정절차나 국회에서의 조사절차 등에서도 보장된다.
- ③ 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않더라도, 그 피의자의 진술의 임의성이 인정되는 경우에는 증거능력이 인정된다.
- ④ 「도로교통법」에서 사고운전자에게 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 범위 내에서 교통사고의 객관적 내용을 신고하도록 규정한 것은 신고내용대로 수사가 진행될 수 있다는 점을 고려할 때, 운전자의 진술거부권을 침해하는 것으로 보아야 한다.

해설

- ① X : 형사소송법은 제283조의2에서 피고인의 진술거부권과 그 고지를 규정하고 있으나, / 제244조의3에서 피의자에의 진술거부권의 고지만을 규정하고 있다. ★
- ② O : 진술거부권은 주취상태로 운전을 하고 있어 장차 형사피의자나 피고인이 될 가능성이 있는 자에게도 보장되며(헌재결 1997.3.27, 96헌가11), 형사절차에서만 보장되는 것이 아니고 행정절차이거나 국회에서의 질문 등 어디에서나 그 진술이 자기에게 형사상 불리한 경우에는 묵비권을 가지고 이를 강요받지 아니 할 국민의 기본권으로 보장된다(대판 2015.5.28, 2015도3136).

- ③ X : 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다 (대판 2014.4.10, 2014도1779).
- ④ X : 교통사고를 일으킨 운전자에게 신고의무를 부담시키고 있는 도로교통법 제50조 제2항, 제111조 제3호는, 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 범위내에서 교통사고의 객관적 내용만을 신고하도록 한 것으로 해석하고, 형사책임과 관련되는 사항(事項)에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다(헌재결 1990.8.27, 89헌가118). \* **교통사고를 낸 운전자에 대한 신고의 무규정에 대하여 한정합헌결정을 한 사안**

정답 ②

44. 당사자능력과 소송능력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ① 자동차 운전자인 피고인이 업무상 과실로 성년인 피해자에게 상해를 가하였다고 하여 교통사고처리특례법위반죄로 기소된 사안에서, 의식불명 상태에 있는 피해자의 아버지가 피고인에 대한 처벌을 희망하지 아니한다는 의사를 표시하였더라도 그 의사표시는 피해자의 의사표시로서의 소송법상 효력이 없다.
- ② 반의사불벌죄에 있어서 피해자의 피고인 또는 피의자에 대한 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌을 희망하는 의사표시의 철회는 형사소송절차에 있어서의 소송능력에 관한 일반원칙에 따라 의사능력이 있는 미성년자인 피해자가 단독으로 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 하는 것은 아니다.
- ③ 음주운전과 관련한 도로교통법위반죄의 범죄수사를 위하여 미성년자인 피의자의 혈액채취가 필요한 경우에도 피의자에게 의사능력이 있다면 피의자 본인만이 혈액채취에 관한 유효한 동의를 할 수 있고, 피의자에게 의사능력이 없는 경우에도 명문의 규정이 없는 이상 법정대리인이 피의자를 대리하여 동의할 수는 없다.
- ④ 법인의 해산 또는 청산종결 등기 이전에 업무나 재산에 관한 위반행위가 있는 경우, 청산종결 등기가 된 이후 위반행위에 대한 수사가 개시되거나 공소가 제기되었다면 그에 따른 수사나 재판을 받는 일이 법인의 청산사무에 포함된다고 볼 수 없고, 따라서 청산종결 등기가 완료된 법인의 「형사소송법」상 당사자능력은 인정되지 아니한다.

해설

- ① O : 대판 2013.9.26, 2012도568
- ② O : 대판 2009.11.19, 2009도6058 전원합의체
- ③ O : 대판 2014.11.13, 2013도1228
- ④ X : 법인에 대한 청산종결 등기가 되었더라도 청산사무가 종결되지 않는 한 그 범위 내에서는 청산법인으로 존속한다. 법인의 해산 또는 청산종결 등기 이전에 업무나 재산에 관한 위반행위가 있는 경우에는 청산종결 등기가 된 이후 위반행위에 대한 수사가 개시되거나 공소가 제기되더라도 그에 따른 수사나 재판을 받는 일은 법인의 청산사무에 포함되므로, 그 사건이 종결될 때까지 법인의 청산사무는 종료되지 않고 형사소송법상 당사자능력도 그대로 존속한다(대판 2021.6.30, 2018도14261). \*

정답 ④

45. 다음 중 변호인에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.해경간부

- ① 피고인 또는 피의자의 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 동거인 또는 고용주는 독립하여 변호인을 선임할 수 있다.
- ② 공소제기 전 변호인 선임은 제1심에서는 그 효력이 없다.
- ③ 필요적 변호사건의 경우 변호인 없이 개정하여 심리를 진행하고 판결한 것은 소송절차의 법령 위반에 해당하지만 이는 피고인의 이익을 위하여 만들어진 제도이므로 이 규정으로 인해 피고인에게 불리한 결과를 가져오게 할 수는 없으므로 그와 같은 법령위반은 무죄판결에 영향을 미치지 아니한다.
- ④ 변호인은 피고인의 명시적 의사에 반하여 상소를 제기할 수 있다.

해설

- ① X : 피고인 또는 피의자의 법정대리인, 배우자, 직계친족과 형제자매는 독립하여 변호인을 선임할 수 있다(제30조 제2항). **“법배직형”**
- ② X : 공소제기 전의 변호인 선임은 제1심에도 그 효력이 있다(제32조 제2항).
- ③ O : 대판 2003.3.25, 2002도5748 ★
- ④ X : 피고인의 배우자, 직계친족, 형제자매 또는 원심의 대리인이나 변호인은 피고인을 위하여 상소할 수 있다(제341조 제1항). 전항의 상소는 **피고인의 명시한 의사에 반하여 하지 못한다**(제341조 제2항).

정답 ③

46. 변호인에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.국가7급

- ① 「형사소송법」 제33조 제1항이 정하는 필요적 변호사건이 아닌 경우에도 제1심법원이 피고인의 청구에 따라 또는 직권으로 국선변호인을 선정하여 공판을 진행하였다면, 항소법원이 특별한 사정변경 없이 국선변호인을 선정하지 않고 심리를 진행하는 것은 위법하다.
- ② 「형사소송규칙」은 항소이유서 제출기간 내에 피고인이 책임질 수 없는 사유로 국선변호인이 변경되면 그 국선변호인에게도 소송기록접수통지를 하여야 한다고 정하고 있는데, 이 규정을 새로 선임된 사선변호인의 경우까지 확대해서 적용하거나 유추적용할 수는 없다.
- ③ 항소법원은 피고인에게 소송기록접수통지를 한 다음에 변호인이 선임된 경우에는 그 변호인에게 다시 같은 통지를 할 필요가 없고, 이는 필요적 변호사건에서 항소법원이 국선변호인을 선정하고 피고인과 그 변호인에게 소송기록접수통지를 한 다음 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 항소법원이 국선변호인의 선정을 취소한 경우에도 마찬가지이다.
- ④ 피고인과 국선변호인이 모두 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하였다면, 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 아니한 데 대하여 피고인에게 귀책사유가 있음이 특별히 밝혀지지 않는 한, 항소법원은 종전 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하여 다시 소송기록접수통지를 함으로써 새로운 변호인으로 하여금 그 통지를 받은 때로부터 「형사소송법」 제361조의3 제1항의 기간 내에 피고인을 위하여 항소이유서를 제출하도록 하여야 한다.

해설

- ① X : 필요적 변호사건이 아닌 경우에도 제1심법원이 피고인의 청구에 따라 또는 직권으로 국선변호인을 선정하여 준 후 피고인에게 징역 1년의 형을 선고하면서 법정구속을 하지 않았는데, 피고인이 항소장만을 제

출한 다음 국선변호인 선정청구를 하지 않은 채 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하자 원심이 피고인의 항소를 기각한 경우, 피고인의 권리보호를 위하여 법원이 재량으로 국선변호인 선정을 해 줄 필요는 없다고 보아 국선변호인 선정 없이 공판을 진행한 항소심의 판단과 조치 및 절차는 정당하고, 국선변호인을 선정하여 주지 않은 것이 피고인의 방어권을 침해하여 판결에 영향을 미쳤다고 보기도 어렵다(대판 2013.5.9, 2013도1886). ★

- ② O ③ O : 대판 2018.11.22, 2015도10651 전원합의체 ※ 사선변호인을 선임한 경우
- ④ O : 대결 2012.2.16, 2009모1044 전원합의체 ※ 국선변호인을 선임한 경우

정답 ①

47. 다음 중 국선변호인에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 제1심에서 국선변호인 선정청구가 인용되고 불구속 상태로 실형을 선고받은 피고인이 그 후 별건 구속된 상태에서 항소를 제기하여 다시 국선변호인 선정청구를 하였는데, 원심이 이에 대해 아무런 결정도 하지 않고 공판기일을 진행하여 실질적 변론과 심리를 모두 마치고 난 뒤에 국선변호인 선정청구를 기각하고 판결을 선고하였다면 위법하다.
- ② 「형사소송법」 제33조 제1항 각 호에 해당하는 경우가 아닌 한 법원으로서는 권리보호를 위하여 필요하다고 인정하지 않으면 국선변호인을 선정하지 않아도 위법이 아니다.
- ③ 항소심에서 국선변호인을 선정하고 그에게 소송기록접수 통지를 한 이후에 변호인이 없는 다른 사건이 병합된 경우, 국선변호인 선정의 효력은 선정 이후 병합된 다른 사건에도 미치므로, 항소법원은 국선변호인에게 그 병합된 사건에 관하여도 소송기록 접수통지를 할 필요는 없다.
- ④ 피고인이 2급 시각장애인으로서 점자자료가 아닌 경우에는 인쇄물 정보접근에 상당한 곤란을 겪는 수준임에도 국선변호인 선정절차를 취하지 아니한채 공판심리를 진행하였다면 위법하다.

해설

- ① O : 대판 2013.7.11, 2012도16334
- ② O : 대판 2016.8.30, 2016도7672
- ③ X : 국선변호인 선정의 효력은 선정 이후 병합된 다른 사건에도 미치는 것이므로, 항소심에서 국선변호인이 선정된 이후 변호인이 없는 다른 사건이 병합된 경우에는 형사소송법 제361조의2, 형사소송규칙 제156조의2의 규정에 따라 항소법원은 지체 없이 국선변호인에게 병합된 사건에 관한 소송기록 접수통지를 함으로써 병합된 다른 사건에도 마찬가지로 국선변호인으로 하여금 피고인을 위하여 항소이유서를 작성·제출할 수 있도록 하여야 한다(대판 2015.4.23, 2015도2046). ∴ 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리를 보호하여야 하므로 ★
- ④ O : 대판 2010.4.29, 2010도881 ★

정답 ③

48. 소송서류와 소송행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ① 피고인에 대한 공판기일 소환은 「형사소송법」이 정한 소환장의 송달 또는 이와 동일한 효력이 있는 방법에 의하여야 하고, 그 밖의 방법에 의한 사실상의 기일의 고지 또는 통지 등은 적법한 피고인 소환이라고 할 수 없다.

- ② 공판기일외의 증인신문조서를 작성한 때에는 진술자의 청구가 없더라도 이를 진술자에게 열람하게 하여 기재 내용이 정확한지를 물어야 하고, 진술자가 조서에 대하여 추가, 삭제 또는 변경의 청구를 한 때에는 그 진술내용을 조서에 기재하여야 한다.
- ③ 피고인이 원하는 시기에 공판조서를 열람·등사하지 못하였다 하더라도 그 변론종결 이전에 이를 열람·등사한 경우에는 그 열람·등사가 늦어짐으로 인하여 피고인의 방어권 행사에 지장이 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 공판조서의 열람·등사청구권이 침해되었다고 볼 수 없다.
- ④ 피고인이 즉결심판에 대하여 제출한 정식재판청구서에 피고인의 자필로 보이는 이름이 기재되어 있고 그 옆에 서명이 되어 있어 위 서류가 작성자 본인인 피고인의 진정한 의사에 따라 작성되었다는 것을 명백하게 확인할 수 있다면, 피고인의 인장이나 지장이 찍혀 있지 않다고 하더라도 해당 정식재판청구는 적법하다고 보아야 한다.

해설

- ① O : 대판 2018.11.29, 2018도13377
- ② X : 조서는 진술자에게 읽어 주거나 열람하게 하여 기재 내용이 정확한지를 물어야 한다(제48조 제3항). 진술자가 조서에 대하여 추가, 삭제 또는 변경의 청구를 한 때에는 그 진술내용을 조서에 기재하여야 한다(제48조 제4항). ⇨ 공판조서 및 공판기일외의 증인신문조서에는 제48조 제3항 내지 제7항의 규정을 적용하지 아니한다. 단, 진술자의 청구가 있는 때에는 그 진술에 관한 부분을 읽어주고 증감변경의 청구가 있는 때에는 그 진술을 기재하여야 한다(제52조).
- ③ O : 대판 2007.7.26, 2007도3906
- ④ O : 대판 2019.11.29, 2017모3458

정답 ②

49. 소송서류의 송달에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ① 기록에 나타난 피고인의 휴대전화번호와 집전화번호, 그리고 가족의 주소를 통한 송달을 시도하지 않고서 공시송달의 방법에 의한 송달을 하고 피고인의 진술 없이 판결을 하는 것은 위법하다.
- ② 주거, 사무소 또는 송달영수인의 선임을 신고하여야 할 자가 그 신고를 하지 아니하는 때에는 법원사무관등은 서류를 우체에 부칠 수 있고, 이 경우 서류는 발송한 때에 송달된 것으로 간주한다.
- ③ 최초의 공시송달은 법원사무관등이 송달할 서류를 보관하고 그 사유를 법원게시장에 공시한 날부터 2주일을 경과하면 효력이 생기고, 제2회 이후의 공시송달은 공시한 날부터 5일을 경과하면 그 효력이 생긴다.
- ④ 피고인이 소송이 계속 중인 사실을 알면서도 법원에 거주지 변경 신고를 하지 않았다 하더라도, 잘못된 공시송달에 터 잡아 피고인의 진술 없이 공판이 진행되고 피고인이 출석하지 않은 기일에 판결이 선고된 이상, 피고인은 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 상소제기기간 내에 상소를 하지 못한 것으로 봄이 타당하다.

해설

- ① O : 대판 2010.1.28, 2009도12430
- ② X : 주거, 사무소 또는 송달영수인의 선임을 신고하여야 할 자가 그 신고를 하지 아니하는 때에는 법원사무관등은 서류를 우체에 부칠 수 있고, 이 경우 서류는 도달한 때에 송달된 것으로 간주한다(제61조 제1항제2항).

- ③ O : 제64조 제4항
- ④ O : 대판 2014.10.15, 2014모1557

정답 ②

50. 다음 중 공개주의 원칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

22.해경간부

- ① 공판의 공개에 관한 규정에 위반한 때에는 항소이유가 된다.
- ② 법원은 피해자를 증인으로 신문하는 경우 피해자 등의 신청에 따라 피해자의 사생활의 비밀이나 신변보호를 위해 결정으로 심리를 공개하지 않을 수 있다.
- ③ 소년보호사건의 심리에도 원칙적으로 공개주의가 적용되나, 소년부 판사가 상당하다고 인정하는 경우 비공개로 진행할 수 있다.
- ④ 재판장은 증인 또는 감정인이 피고인 또는 어떤 재정인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정할 때에는 그를 퇴정하게 하고 진술하게 할 수 있다.

해설

- ① O : 제361조의5 제9호
- ② O : 제294조의3 제1항
- ③ X : 심리는 공개하지 아니한다. 다만, 소년부 판사는 적당하다고 인정하는 자에게 참석을 허가할 수 있다 (소년법 제24조 제2항). ★
- ④ O : 제297조 제1항

정답 ③

51. 다음 중 공소장변경에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 미수의 공소사실에 대해 예비나 음모를 인정하고자 하는 경우에도 공소장변경을 거쳐야 한다.
- ② 상고심에서는 공소장변경이 허용되지 않지만, 상고심에서 파기환송된 항소심에서는 공소장변경이 허용된다.
- ③ 공소장변경 절차 없이도 법원이 심리·판단할 수 있는 죄가 한 개가 아니라 여러 개인 경우에는 법원으로서 그 중 어느 하나를 임의로 선택할 수 있다.
- ④ 공소장변경으로 공소사실을 예비적 또는 택일적으로 추가하는 경우에도 공소사실의 동일성이 인정되는 한도에서 허용된다.

해설

- ① O : 비지정문화재수출미수죄로 기소된 공소사실을 공소장변경 없이 비지정문화재수출예비·음모죄로 인정할 수 없다(대판 1999.11.26, 99도2461).
- ② O : 대판 2004.7.22, 2003도8153
- ③ X : 공소장변경 절차 없이도 법원이 심리·판단할 수 있는 죄가 한 개가 아니라 여러 개인 경우에는, 법원으로서 그 중 어느 하나를 임의로 선택할 수 있는 것이 아니라 검사에게 공소사실 및 적용법조에 관한 설명을 구하여 공소장을 보완하게 한 다음 이에 따라 심리·판단하여야 할 것이다(대판 2005.7.8, 2005도279).
- ④ O : 제298조 제1항

정답 ③

52. 다음 중 공판준비절차에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

22.해경간부

- ① 공판준비기일에 피고인의 출석은 필수적인 요건이 아니다.
- ② 국민참여재판의 경우 배심원이 공판준비기일에 참여한다.
- ③ 법원은 합의부원으로 하여금 공판준비기일을 진행하게 할 수 있고, 이 경우 수탁판사는 공판준비기일에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다.
- ④ 공판준비기일은 검사, 피고인, 변호인의 신청에 따라 법원이 결정한 경우에 한하여 공개할 수 있다.

해설

- ① O : 공판준비기일에는 검사 및 변호인이 출석하여야 하고, 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 피고인을 소환할 수 있으며, 피고인은 법원의 소환이 없는 때에도 공판준비기일에 출석할 수 있다(제266조의8 제1항·제5항). ★
- ② X : 공판준비기일에는 배심원이 참여하지 아니한다(국민참여재판법 제37조 제4항).
- ③ X : 법원은 합의부원으로 하여금 공판준비기일을 진행하게 할 수 있다. 이 경우 수명법관은 공판준비기일에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다(제266조의7 제3항).
- ④ X : 공판준비기일은 공개한다. 다만, 공개하면 절차의 진행이 방해될 우려가 있는 때에는 공개하지 아니할 수 있다(제266조의7 제4항).

정답 ①

53. 증거개시제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

22.국가7급

- ① 피고인에게 변호인이 있는 경우, 피고인은 검사가 증거로 신청할 서류 등 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류의 등사 또는 서면의 교부를 검사에게 신청할 수 없다.
- ② 피고인은 검사가 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한한 때에는 법원에 이를 허용하도록 할 것을 신청할 수 있다.
- ③ 검사는 국가안보 등 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하지 아니할 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건의 목록에 대하여 피고인이 신청한 열람 또는 등사를 거부할 수 있다.
- ④ 검사는 피고인 또는 변호인에게 서류의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용할 것을 명하는 법원의 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류에 대한 증거신청을 할 수 없다.

해설

- ① O : 제266조의3 제1항
- ② O : 제266조의4 제1항
- ③ X : 검사는 국가안보 등 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하지 아니할 상당한 이유가 있는지의 여부를 불문하고 서류 또는 물건의 목록에 대하여 피고인이 신청한 열람 또는 등사를 거부할 수 없다(제266조의3 제5항)
- ④ O : 제266조의4 제5항

정답 ③

54. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ① 법원은 「형사소송법」 제165조의2 제3호의 요건이 충족될 경우 피고인뿐만 아니라 검사, 변호인, 방청인 등에 대하여도 차폐시설 등을 설치하는 방식으로 증인신문을 할 수 있으며, 이는 「형사소송규칙」 제84조의9에서 피고인과 증인 사이의 차폐시설 설치만을 규정하고 있다고 하여 달리 볼 것이 아니다.
- ② 필요적 변호사건이라 하여도 피고인이 재판거부의 의사를 표시하고 재판장의 허가 없이 퇴정하고 변호인마저 이에 동조하여 퇴정해 버린 것은 모두 피고인측의 방어권의 남용 내지 변호권의 포기로 볼 수밖에 없는 것이므로 수소법원으로서 「형사소송법」 제330조에 의하여 피고인이나 변호인의 재정 없이도 심리·판결할 수 있다.
- ③ 피고인이 항소심 제1회, 제2회 공판기일에는 출석하였으나 제3회 공판기일에는 건강상 이유로 불출석하였고, 제4회 공판기일에는 변호인과 함께 출석하였으나 다시 제5회 공판기일인 선고기일에 불출석한 경우, 피고인이 2회 연속으로 정당한 이유없이 출정하지 않은 경우에 해당하므로 항소심법원은 제5회 공판기일을 개정하여 판결을 선고할 수 있다.
- ④ 피해자들을 증인으로 신문함에 있어서 증인들이 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정하여 피고인의 퇴정을 명하고 증인신문을 진행한 경우, 피고인의 변호인이 증인신문과정에 참여하였고 피고인을 입정하게 하고 법원사무관등으로 하여금 진술의 요지를 고지하게 한 다음 변호인을 통하여 반대신문의 기회를 부여하였다면, 피고인의 반대신문권을 침해한 위법은 인정되지 않는다.

해설

- ① O : 대판 2015.5.28, 2014도18006
- ② O : 대판 1991.6.28, 91도865
- ③ X : 항소심에서도 피고인의 출석 없이는 개정하지 못하는 것이 원칙이다(형사소송법 제370조, 제276조). 다만 피고인이 항소심 공판기일에 출정하지 않아 다시 기일을 정하였는데도 정당한 사유 없이 그 기일에도 출정하지 않은 때에는 **피고인의 진술 없이 판결할 수 있다**(형사소송법 제365조). 이와 같이 피고인이 불출석한 상태에서 그 진술 없이 판결할 수 있기 위해서는 피고인이 **적법한 공판기일 통지를 받고서도 2회 연속으로 정당한 이유 없이 출정하지 않은 경우에** 해당하여야 한다(대판 2019.10.31, 2019도5426). ∴ **피고인이 고지된 선고기일인 제5회 공판기일에 출석하지 않았더라도 제4회 공판기일에 출석한 이상 2회 연속으로 정당한 이유 없이 출정하지 않은 경우에 해당하지 않으므로 항소심 법원은 판결을 선고할 수 없다.** \*
- ④ O : 대판 2012.2.23, 2011도15608

정답 ③

55. 공판준비절차와 공판절차에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ㄱ. 피고인은 모두진술 단계에서는 현장부재의 주장을 할 수 없다.
- ㄴ. 법원은 검사가 기소한 때에 지체없이 공소장 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하여야 하며, 제1회 공판기일 전 3일까지 송달하여야 한다.
- ㄷ. 피고인이 공판준비절차에서 현장부재의 주장을 한 경우, 검사는 피고인에게 증거로 신청할 서류와 그 서류의 증명력에 관련된 서류의 교부를 요구할 수 있다.
- ㄹ. 공판준비기일에서 신청하지 못한 증거에 대해서도 법원은 직권으로 증거조사를 할 수 있다.

- ① ㄱ, ㄴ      ② ㄱ, ㄷ      ③ ㄴ, ㄹ      ④ ㄷ, ㄹ

해설

- ㉠ X : 피고인은 모두진술 단계에서도 현장부재의 주장을 할 수 있다(제286조 제1항·제2항 참조). ∴ 피고인의 모두진술에서는 이익이 되는 사실 등을 진술할 수 있으므로(제286조 제2항) ★
- ㉡ X : 법원은 공소의 제기가 있는 때에는 지체없이 공소장의 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하여야 한다. 단, 제1회 공판기일 전 5일까지 송달하여야 한다(제266조).
- ㉢ O : 제266조의11 제1항
- ㉣ O : 제266조의13 제2항

정답 ④

56. 다음 설명 중 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

ㄱ. ‘변호인이 되려는 자’의 집견교통권은 피의자 또는 피고인을 조력하기 위한 핵심적인 부분으로서 헌법상 기본권으로 보장된다.

ㄴ. 피고인이 공판기일에 출석하여 증거로 함에 부동의한 경우에는 그 후 피고인이 출석하지 아니한 공판기일에 변호인만이 출석하여 피고인의 의견을 번복하고 증거로 함에 동의하였더라도 이는 특별한 사정이 없는 한 효력이 없다.

ㄷ. 강도살인 혐의로 기소된 피고인에 대한 제1심 공판절차가 변호인의 선임 또는 선정 없이 이루어졌다면, 그와 같은 공판절차에서 이루어진 증거조사와 피고인신문 등 일체의 소송행위는 모두 무효이다.

ㄹ. 법원이 피고인에게는 최종의견을 진술할 기회를 주었으나 변호인에게는 최종의견 진술의 기회를 주지 않고 변론을 종결한 다음 판결을 선고하였다고 하더라도, 이를 소송절차의 법령위반에 해당한다고 할 수는 없다.

- ① ㄱ, ㄴ      ② ㄱ, ㄹ      ③ ㄱ, ㄴ, ㄷ      ④ ㄴ, ㄷ, ㄹ

해설

- ㉠ O : 헌재결 2019.2.28, 2015헌마1204 ★
- ㉡ O : 대판 2013.3.28, 2013도3
- ㉢ O : 대판 2011.9.8, 2011도6325 ※ 필요적 변호사건 ∴ 강도살인죄는 사형·무기징역의 형이어서 단기 3년이상이므로
- ㉣ X : 피고인이나 변호인에게 최종의견 진술의 기회를 주지 아니한 채 변론을 종결하고 판결을 선고하는 것은 소송절차의 법령위반에 해당한다(대판 2018.3.29, 2018도327). ★

정답 ③

57. 다음 중 증인신문에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 피고인이 신청한 증인에 대하여 재판장이 먼저 신문하였다고 하여 이를 잘못이라 할 수 없다.

- ② 재판장은 증인이 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 피고인을 퇴정하게 하고 증인신문을 진행함으로써 피고인의 직접적인 증인 대면을 제한할 수 있지만, 이러한 경우에도 피고인의 반대신문권을 배제하는 것은 허용되지 않는다.
- ③ 공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있으므로 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있고, 이는 대항범인 공동피고인의 경우에도 다르지 않다.
- ④ 증인에 대한 감치재판절차를 개시한 후 감치결정 전에 그 증인이 증언을 하거나 그 밖에 감치에 처하는 것이 상당하지 아니하다고 인정되는 때에는 법원은 불처벌결정을 하여야 하며, 이에 대하여는 불복할 수 있다.

해설

- ① O : 대판 1971.9.28, 71도1496
- ② O : 대판 2012.2.23, 2011도15608 **[사실관계]** 원심법원의 재판장이 피고인의 퇴정을 명하고 증인신문을 진행하였는데, 증인신문을 실시하는 과정에 변호인을 참여시키는 한편 피고인을 입정하게 하고 법원사무관 등으로 하여금 진술의 요지를 고지하게 한 다음 변호인을 통하여 반대신문의 기회를 부여한 사안에서, 원심의 증인신문절차 등 공판절차에 위법이 없다고 한 사례
- ③ O : 대판 2012.3.29, 2009도11249 **[사실관계]** 피고인들이 증·수뢰사건으로 기소되어 공동피고인으로 함께 재판을 받으면서 서로 뇌물을 주고받은 사실이 없다고 다투던 중 증·수뢰의 상대방인 공동피고인에 대한 사건이 변론분리되어 뇌물공여 또는 뇌물수수의 증인으로 채택되었는데, 증언거부권을 고지받지 못한 상태에서 자신들의 종전 주장을 되풀이함에 따라 거짓 진술에 이르게 된 사안에서, 피고인들을 위증죄로 처벌할 수 없다고 한 사례
- ④ X : 감치재판절차를 개시한 후 감치결정 전에 그 증인이 증언을 하거나 그 밖에 감치에 처하는 것이 상당하지 아니하다고 인정되는 때에는 법원은 불처벌결정을 하여야 한다. 감치재판개시결과와 불처벌결정에 대하여는 불복할 수 없다(규칙 제68조의4 제2항·제3항).\*

정답 ④

58. 공판절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ① 간이공판절차는 피고인이 공판정에서 공소사실에 대하여 자백하는 때에 한하여 허용되므로, 피고인이 법정에서 공소장에 기재된 사실 전부를 인정하였다면 이에 대해 책임조각사유를 주장하는 경우에도 간이공판절차를 진행할 수 있다.
- ② 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 ‘국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사가 기재된 서면’을 제출하지 아니한 피고인도 제1회 공판기일이 열리기 전까지는 국민참여재판 신청을 할 수 있고, 법원은 그 의사를 확인하여 국민참여재판으로 진행할 수 있다.
- ③ 원래 공소제기가 없었음에도 피고인의 소환이 이루어지는 등 사실상의 소송계속이 발생한 상태에서 검사가 약식명령을 청구하는 공소장을 제1심법원에 제출하고 위 공소장에 기하여 공판절차를 진행한 경우, 제1심법원으로서에는 이에 기하여 유·무죄의 실체판단을 하여야 한다.
- ④ 국민참여재판 대상사건의 공소제기가 있었음에도 불구하고 법원에서 피고인이 국민참여재판을 원하는지에 관한 의사 확인절차를 거치지 아니한 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하였다면 이는 피고인의 국민참여재판을 받을 권리에 대한 중대한 침해로서 그 절차는 위법하고, 이러한 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위도 무효라고 보아야 한다.

해설

- ① X : 간이공판절차로 진행하기 위한 요건인 공소사실의 자백은 공소장 기재 사실을 인정하고 나아가 **위법성이나 책임의 저각사유가 되는 사실을 진술하지 아니하는 것으로 충분하고 명시적으로 유죄임을 자인하는 진술이 있어야 하는 것은 아니다**(대판 1981.11.24, 81도2422). ⇨ **피고인이 책임조각사유를 주장하는 경우에는 간이공판절차를 진행할 수 없다.**
- ② O : 대판 2009.10.23, 2009모1032
- ③ O : 대판 2003.11.14, 2003도2735
- ④ O : 대판 2012.4.26, 2012도1225

정답 ①

59. 다음 중 국민참여재판에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 국민참여재판에 관하여 변호인이 없는 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다.
- ② 배심원의 평결과 의견은 법원을 구속하지 않는다.
- ③ 법원이 국민참여재판 대상사건을 피고인의 의사에 따라 국민참여재판으로 진행함에 있어서는 별도의 국민참여재판 개시결정을 하여야 한다.
- ④ 배심원은 만 20세 이상의 대한민국 국민 중에서 선정된다.

해설

- ① O : 국민참여재판법 제7조
- ② O : 국민참여재판법 제46조 제5항
- ③ X : 국민의 형사재판 참여에 관한 법률에 의하면 제1심 법원이 국민참여재판 대상사건을 피고인의 의사에 따라 국민참여재판으로 진행함에 있어 **별도의 국민참여재판 개시결정을 할 필요는 없고**, / 그에 관한 이의가 있어 제1심 법원이 국민참여재판으로 진행하기로 하는 결정에 이른 경우 이는 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 해당하며, 그에 대하여 특별히 즉시항고를 허용하는 규정이 없으므로 위 결정에 대하여는 **항고할 수 없다**(대결 2009.10.23, 2009모1032).
- ④ O : 국민참여재판법 제16조

정답 ③

60. 엄격한 증명과 자유로운 증명에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰2차

- ① 양자는 증거능력의 유무와 증거조사방법에 차이가 있을 뿐 심증의 정도에는 차이가 없다.
- ② 자유로운 증명은 증거능력 없는 증거나 적법한 증거조사절차를 거치지 아니한 증거에 의한 증명을 의미한다.
- ③ 법원은 전과조회서가 변론종결 후에 회보되었다 하더라도 변론재개 없이 전과조회서에 기재된 누범전과의 사실을 근거로 형을 가중할 수 있다.
- ④ 친고죄에서 적법한 고소유무는 자유로운 증명의 대상이다.

해설

- ① O : 엄격한 증명과 자유로운 증명은 증거능력의 유무와 증거조사방법에 차이가 있을 뿐, 사실인정을 위해 요구되는 심증의 정도는 '합리적인 의심이 없는 정도'라는 점에서 차이가 없다.★
- ② O : 이른바 엄격한 증명이란 범죄사실의 인정은 증거능력이 있고 적법한 증거조사를 거친 증거에 의한 증명에 의하여야 한다는 것을 말하고(대판 1989.10.10, 87도966), / 자유로운 증명이란 증거조사의 방법이나 증거능력의 제한을 받지 아니하고 제반 사정을 종합하여 적당하다고 인정되는 방법에 의하여 판단하는 것을 말한다(대판 2021.10.28, 2021도404).★
- ③ X : 누범전과는 법률상 형의 가중의 이유되는 사실(형벌권의 범위에 관한 사실)이므로 엄격한 증명을 요한다.★
- ④ O : 대판 2011.6.24, 2011도4451

정답 ③

61. 다음 <보기> 중 엄격한 증명의 대상에 해당하는 것끼리 짝지어진 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.해경간부

< 보 기 >

- ㉠ 친고죄에서 적법한 고소가 있었는지 여부
- ㉡ 횡령죄에 있어서 피해자 등이 목적과 용도를 특정하여 위탁한 사실 및 그 용도 내용
- ㉢ 음주운전에 있어서 워드마크 공식의 적용을 위한 전제 사실인 섭취한 알코올의 양, 음주 시각, 체중 등의 전제사실
- ㉣ 뇌물죄에 있어서 수뢰가액
- ㉤ 명예훼손죄에 있어서 위법성조각사유인 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 것인지 여부
- ㉥ 피고인의 범행 당시의 정신상태가 심신상실인지 또는 심신미약이었는지 여부

- ① ㉡, ㉢, ㉣
- ② ㉡, ㉢, ㉤
- ③ ㉠, ㉢, ㉤
- ④ ㉠, ㉣, ㉥

해설

- ① X : 친고죄에서 고소는 처벌조건이 아니라 소추조건이며, 친고죄에서 적법한 고소가 있었는지는 자유로운 증명의 대상이 된다(2011.6.24, 2011도4451).
- ② O : 대판 2013.11.14, 2013도8121
- ③ O : <혈중알코올농도 측정 없이 워드마크 공식을 적용한 사건> 범죄구성요건사실을 인정하기 위하여 과학공식 등의 경험칙을 이용하는 경우에 그 법칙 적용의 전제가 되는 개별적·구체적 사실에 대하여는 엄

격한 증명을 요한다. 위드마크 공식은 알코올을 섭취하면 최고 혈중알코올농도가 높아지고, 흡수된 알코올은 시간의 경과에 따라 일정하게 분해된다는 과학적 사실에 근거한 수학적 방법에 따른 계산결과를 통해 운전 당시 혈중알코올농도를 추정하는 경험칙의 하나이므로, 그 적용을 위한 자료로 섭취한 알코올의 양, 음주시간, 체중 등이 필요하고 이에 관하여는 엄격한 증명이 필요하다(대판 2022.5.12, 2021도14074). ★

- ㉞ O : 대판 2011.5.26, 2009도2453 ∴ 뇌물죄에서 수뢰액은 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로
- ㉟ X : 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 하는 것이나, 그 증명은 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것은 아니므로, 이 때에는 전문증거에 대한 증거능력의 제한을 규정한 형사소송법 제310조의2는 적용될 여지가 없다(대판 1996.10.25, 95도1473).

- ㊱ X : 형법 제10조에 규정된 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신질환의 종류와 정도, 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 반성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다(대판 1999.8.24, 99도1194 ; 대판 2018.9.13, 2018도7658).

※ 참고: 구성요건해당사실이 증명되면 위법성과 책임은 추정되므로, 만일 피고인이 위법성조각사유·책임조각사유를 주장하면 그 추정은 깨어지고 위법성조각사유·책임조각사유의 부존재는 엄격한 증명의 대상이 된다.

정답 ①

62. 증명에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ① 「형법」 제6조와 관련하여 행위지의 법률에 의해 범죄를 구성하는지 여부에 대해서는 엄격한 증명에 의하여 검사가 이를 입증하여야 한다.
- ② 자백의 임의성에 대한 거증책임은 검사에게 있으며, 이는 자유로운 증명으로 족하다.
- ③ 「형법」 제310조의 ‘진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때’에 해당한다는 점은 피고인이 증명하여야 하나, 엄격한 증명을 요하는 것은 아니다.
- ④ 몰수나 추징의 대상이 되는지 여부는 자유로운 증명으로 가능하나 추징액의 인정은 엄격한 증명이 필요하다.

해설

- ① O : 대판 2008.7.24, 2008도4085 ; 대판 2017.3.22, 2016도17465 ★
- ② O : 대판 2015.9.10, 2012도9879
- ③ O : 대판 1996.10.25, 95도1437
- ④ X : 몰수, 추징의 대상이 되는지 여부나 추징액의 인정은 엄격한 증명을 필요로 하지 아니한다(대판 2015.4.23, 2015도1233).

정답 ④

63. 다음 중 거증책임에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 횡령죄에 있어서 불법영득의 의사에 관한 입증책임은 검사에게 있으므로 불법영득의 의사를 인정할 수 있는 사정을 검사가 입증하여야 한다.
- ② 명예훼손죄의 위법성조각사유인 적시한 사실의 진실성과 공익성에 대하여도 그 부존재를 검사가 엄격한 증명의 방식으로 입증하여야 한다.

- ③ 검사 작성의 피의자신문조서에 기재된 진술의 임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 증명할 것이 아니라 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하여야 한다.
- ④ 형사재판에 있어서 공소가 제기된 범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 한다.

해설

- ① O : 대판 2010.6.24, 2007도5899 ★
- ② X : 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 하는 것이나, 그 증명은 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것은 아니므로, 이 때에는 전문증거에 대한 증거능력의 제한을 규정한 형사소송법 제310조의2는 적용될 여지가 없다(대판 1996.10.25, 95도1473).
- ③ O : 대판 2012.11.29, 2010도3029
- ④ O : 대판 2010.7.22, 2009도1151 ★

정답 ②

64. 다음 중 위법수집증거배제법칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.해경간부

- ① 위법수집증거배제법칙은 진술증거와 비진술증거 모두에 적용된다.
- ② 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄인정의 증거로 사용할 수 없다. 그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.
- ③ 수사기관에 의한 진술거부권 고지 대상이 되는 피의자 지위는 수사기관이 조사대상자에 대한 범죄혐의를 인정하여 수사를 개시하는 행위를 한 때 인정되는 것으로 보아야 한다. 따라서 이러한 피의자 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였더라도 진술의 증거능력을 부정할 것은 아니다.
- ④ 제1심에서 피고인에 대하여 무죄판결이 선고되어 검사가 항소한 후, 수사기관이 항소심 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 수 있는 사람을 특별한 사정 없이 미리 수사기관에 소환하여 작성한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의 하지 않는 한 증거능력이 없으나 위 참고인이 나중에 법정에서 증인으로 출석하여 위 진술조서의 성립의 진정을 인정하고 피고인측에 반대신문의 기회가 부여된다면 위 진술조서의 증거능력을 인정할 수 있다.

해설

- ① O : <제주지사실압수수색사건> 압수절차가 위법하더라도 압수물의 증거능력은 인정된다는 이유만으로 압수물의 증거능력을 인정한 것은 위법하다(대판 2007.11.15, 2007도3061 전원합의체). ★
- ② O : <압수수색영장에 기하여 허용되는 압수의 대상 및 그 범위와 더불어, 압수된 증거물을 영장 발부의 사유가 된 범죄 혐의사실 이외의 다른 범죄사실을 뒷받침하는 증거로 쓰기 위한 요건 중 '객관적 관련성'이 충족되었는지가 문제된 사건> 대판 2020.2.13, 2019도14341 ★

- ③ O : 대판 2014.4.30, 2012도725
- ④ X : 항소심에서 증인신문할 사람에 대한 진술조서 <진술조서의 증거능력과 법정 증인의 증명력이 문  
제된 사건> 제1심에서 피고인에 대하여 무죄판결이 선고되어 검사가 항소한 후, 수사기관이 항소심 공판  
기일에 증인으로 신청하여 신문할 수 있는 사람을 특별한 사정 없이 미리 수사기관에 소환하여 작성한 진  
술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 않는 한 증거능력이 없다. / 위 참고인이 나중에 법정  
증인으로 출석하여 위 진술조서의 성립의 진정을 인정하고 피고인 측에 반대신문의 기회가 부여된다 하더  
라도 위 진술조서의 증거능력을 인정할 수 없음을 마찬가지이다(대판 2019.11.28, 2013도6825).

정답 ④

65. 다음 중 위법수집증거에 관한 법칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.해경2차

- ① 경찰관이 이른바 전화사기죄 범행의 혐의자를 긴급체포하면서 그가 보관하고 있던 다른 사람의 주민등록증, 운전면허증 등을 압수한 사안에서 이는 적법한 압수로서 위 혐의자의 점유이탈물 횡령죄 범행에 대한 증거로 사용할 수 있다.
- ② 위법하게 수집된 증거는 피고인이 증거로 함에 동의하더라도 증거능력이 인정되지 않는 것이 원칙이다.
- ③ 위법한 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자 신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없다.
- ④ 수사기관이 범행현장에서 지문채취 대상물인 유리컵에서 지문을 채취한 후, 그 유리컵을 적법한 절차에 의하지 아니한 채 압수하였다면 채취된 지문도 위법수집증거이다.

해설

- ① O : 경찰관이 이른바 전화사기죄 범행의 혐의자를 긴급체포하면서 그가 보관하고 있던 다른 사람의 주민등록증, 운전면허증 등을 압수한 사안은 수사에 필요한 범위 내의 압수로서 적법하므로, 이를 위 혐의자의 점유이탈물횡령죄 범행에 대한 증거로 사용할 수 있다(대판 2008.7.10, 2008도2245).
- ② O : 형사소송법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집하거나 그에 기초하여 획득한 증거로서, 원칙적으로 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여 피고인이나 변호인의 동의가 있더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다(대판 2012.11.15, 2011도15258).
- ③ O : 대판 2002.6.11, 2000도5701
- ④ X : 범행 현장에서 지문채취 대상물에 대한 지문채취가 먼저 이루어진 이상, 수사기관이 그 이후에 지문채취 대상물을 적법한 절차에 의하지 아니한 채 압수하였다고 하더라도 위와 같이 채취된 지문은 위법하게 압수한 지문채취 대상물로부터 획득한 2차적 증거에 해당하지 아니함이 분명하여, 이를 가리켜 위법수집증거라고 할 수 없으므로, 원심이 이를 증거로 채택한 것이 위법하다고 할 수 없다(대판 2008.10.23, 2008도7471). ★

정답 ④

66. 증거능력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.국가7급

- ① 공개금지사유가 없음에도 불구하고 재판의 심리에 관한 공개를 금지하기로 결정한 경우, 그 절차에 의하여 이루어진 증인의 증언은 증거능력이 없지만 변호인의 반대신문권이 보장되었다면 증거능력이 있다.
- ② 수사기관이 피의자신문에 있어서 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않은 경우, 그 피의자진술은 임의성이 인정되더라도 증거능력이 부인된다.

- ③ 「형사소송법」 제217조 제2항과 제3항에 위반하여 압수·수색영장을 발부받지 않았을 뿐만 아니라 확보한 압수물을 즉시 반환하지도 않은 경우, 피고인이 위 압수물을 증거로 함에 동의하더라도 증거능력이 부인된다.
- ④ 대화에 참가하지 않은 제3자가 몰래 타인 간의 전화통화를 녹음한 경우, 비록 대화 당사자 중 일방의 동의를 얻었다고 하더라도 그 상대방의 동의가 없었다면 통화녹음의 증거능력은 인정되지 않는다.

**해설**

- ① X : 공개금지사유가 없음에도 불구하고 재판의 심리에 관한 공개를 금지하기로 결정하였다면 그러한 공개 금지결정은 피고인의 공개재판을 받을 권리를 침해한 것으로서 그 절차에 의하여 이루어진 증인의 증언은 증거능력이 없다고 할 것이고, 변호인의 반대신문권이 보장되었더라도 달리 볼 수 없으며, 이러한 법리는 공개금지결정의 선고가 없는 등으로 공개금지결정의 사유를 알 수 없는 경우에도 마찬가지라 할 것이다(대판 2015.10.29, 2014도5939). ※ 위법수집증거
- ② O : 대판 1992.6.23, 92도682
- ③ O : 대판 2009.12.24, 2009도1140
- ④ O : 대판 2010.10.14, 2010도9016

**정답 ①**

**67. 다음 중 자백에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

22.해경간부

- ① 자백의 임의성에 대한 증명은 자유로운 증명으로 족하다.
- ② 피고인의 자백의 임의성이 없다고 의심할 만한 사유가 있다면, 비록 그 임의성을 의심하게 된 자백과의 사이에 인과관계가 없는 것이 명백하더라도 자백의 임의성은 부정된다.
- ③ 피고인이 경찰수사 단계에서 고문 등 가혹행위로 인하여 임의성 없는 자백을 하고, 그 후에도 임의성 없는 심리상태가 검사 조사단계에서도 계속된 경우 검사 앞에서의 자백도 임의성이 부정된다.
- ④ 임의성이 없거나 의심되는 자백은 증거동의 있는 경우라도 증거능력이 없으며, 탄핵증거로도 사용할 수 없다.

**해설**

- ① O : 대판 2004.3.26, 2003도8077
- ② X : 피고인의 자백이 임의성이 없다고 의심할 만한 사유가 있는 때에 해당한다 할지라도 그 임의성이 없다고 의심하게 된 사유들과 피고인의 자백과의 사이에 **인과관계가 존재하지 않은 것이 명백한 때에는** 그 자백은 임의성이 있는 것으로 인정된다(대판 1984.11.27, 84도2252).
- ③ O : 대판 2013.7.11, 2011도14044
- ④ O : 대판 2013.7.11, 2011도14044 / 검사가 유죄의 자료로 제출한 사법경찰리 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나, 그것이 **임의로 작성된 것이 아니라** 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다(대판 2014.3.13, 2013도12507). “**위자동탄X**”

**정답 ②**

68. 다음 중 원본증거에 해당하는 것으로 가장 적절한 것은?

22.해경간부

- ① 검사가 피해자의 진술을 기재한 진술조서
- ② 피고인 스스로 작성한 진술서
- ③ 범행목격자의 공판정에서의 증언
- ④ 경찰관이 범인에게 들은 내용에 대해 법정에서 한 진술

해설

- ③ O : 범행목격자의 공판정에서의 증언은 사실을 체험한 자가 직접 법원에 진술하는 것이므로 원본증거에 해당된다.
- ① ② ④ X : 검사가 피해자의 진술을 기재한 진술조서, 피고인 스스로 작성한 진술서는 공판준비 또는 공판 기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류(전문서류)이고, 경찰관이 범인에게 들은 내용에 대해 법정에서 한 진술은 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술(전문진술)이므로 전문증거에 해당한다.

정답 ③

69. 전문증거에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰2차

- ① 녹음파일에 담긴 진술 내용의 진실성이 증명의 대상이 되는 때에는 전문법칙이 적용된다고 할 것이나, 녹음파일에 담긴 진술 내용의 진실성이 아닌 그와 같은 진술이 존재하는 것 자체가 증명의 대상이 되는 경우에는 전문법칙이 적용되지 아니한다.
- ② “피해자로부터 ‘피고인이 자신을 추행했다.’ 는 취지의 말을 들었다.” 는 A의 진술을 “피고인이 자신을 추행했다.” 는 피해자의 진술내용의 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우에는 전문증거에 해당하지 않는다.
- ③ 전문증거라도 당사자가 동의한 경우에는 전문법칙이 적용되지 않으며, 증인의 신용성을 탄핵하기 위한 탄핵증거로 제출된 경우에도 전문법칙이 적용되지 않는다.
- ④ A에 대한 사기죄로 공소제기된 甲의 공판에서 甲이 자신의 처에게 보낸 “내가 A를 속여 투자금을 받았는데 그 돈을 송금한다.” 라는 내용의 문자 메시지가 증거로 제출되었다면 이 메시지는 전문증거에 해당한다.

해설

- ① O : <내란음모사건> 대판 2015.1.22, 2014도10978 전원합의체 ★★
- ② X : 어떠한 내용의 진술을 하였다든 사실 자체에 대한 경험증거로 사용될 것이라는 이유로 진술의 증거능력을 인정한 다음 그 사실을 다시 진술 내용이나 그 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우에 그 진술은 전문증거에 해당한다. 그 진술에 포함된 원진술의 내용인 사실을 증명하는 데 사용되어 원진술의 내용인 사실이 요증사실이 되기 때문이다. 이러한 경우 형사소송법 제311조부터 제316조까지 정한 요건을 충족하지 못한다면 증거능력이 없다(대판 2021.2.25, 2020도17109). [사실관계] 원심의 판단은 피해자가 양○○에게 ‘피고인이 추행했다’는 진술을 하였다든 것 자체에 대한 증거로 사용된다는 이유로 증거능력을 인정한 것이나, / 원심은 위와 같이 판단한 다음 양○○의 위 진술이 피해자의 진술에 부합한다고 보아 양○○의 위 진술을 피해자의 진술 내용의 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하였으므로 위 양○○의 진술은 전문증거에 해당하고, 형사소송법 제310조의2, 제316조 제2항의 요건을 갖추지 못하므로 증거능력이 없다. ★ ⇨ 3개년 최신판례집 515.

③ O : 제318조 제1항, 제318조의2 제1항

④ O : 피고인 甲의 진술서에 준한다고 보아야 한다(제313조 제1항). ★

피해자가 피고인으로부터 당한 공갈 등 피해 내용을 담아 남동생에게 보낸 문자메세지를 촬영한 사진은 「형사소송법」 제313조에 규정된 ‘피해자의 진술서에 준하는 것인데, 제반 사정에 비추어 그 진정성립이 인정되어 증거로 할 수 있다(대판 2010.11.25, 2010도8735).

정답 ②

70. 전문증거에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23.경찰간부

- ① 甲이 수표를 발행하였으나 예금부족으로 지급되지 아니하게 하였다는 부정수표단속법 위반의 공소사실을 증명하기 위하여 제출되는 수표는 증거물인 서면에 해당한다.
- ② 상해의 공소사실에서, 피해자 A의 상해 부위를 촬영한 사진은 비진술증거로서 전문법칙이 적용되지 아니한다.
- ③ 감금된 피해자 A가 甲으로부터 풀려나는 당일 남동생 B에게 도움을 요청하면서 甲이 협박한 말을 포함하여 공갈 등 甲으로부터 피해를 입은 내용을 문자메시지로 보낸 경우, 이 문자메시지의 내용을 촬영한 사진은 A의 진술서로 볼 수 없다.
- ④ 협박의 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 협박 문자정보가 그 증거가 되는 경우, 그 문자정보에는 전문법칙이 적용되지 아니한다.

해설

① O : 대판 2015.4.23, 2015도2275

② O : ‘상해부위를 촬영한 사진’은 비진술증거로서 전문법칙이 적용되지 않으므로, 위 사진이 진술증거임을 전제로 전문법칙이 적용되어야 한다는 취지의 상고이유의 주장 또한 받아들일 수 없다(대판 2007.7.26, 2007도3906). ★

③ X : 피해자가 피고인으로부터 당한 공갈 등 피해 내용을 담아 남동생에게 보낸 문자메세지를 촬영한 사진은 「형사소송법」 제313조에 규정된 ‘피해자의 진술서에 준하는 것인데, 제반 사정에 비추어 그 진정성립이 인정되어 증거로 할 수 있다(대판 2010.11.25, 2010도8735).

④ O : 대판 2008.11.13, 2006도2556

정답 ③

71. 증거에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ① 수표를 발행한 후 예금부족 등으로 지급되지 아니하게 하였다는 부정수표단속법위반 공소사실을 증명하기 위하여 제출되는 수표는 그 서류의 존재 또는 상태 자체가 증거가 되는 것이어서 증거물인 서면에 해당한다.
- ② 수사기관이 피의자 甲의 공직선거법위반 범행을 혐의사실로 하여 발부받은 압수·수색영장의 집행 과정에서 甲에 대한 혐의사실과 무관한 제3자들 사이의 대화가 녹음된 녹음파일을 압수하였다면 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않고 압수한 위 녹음파일은 증거능력이 없다.
- ③ 이른바 보험사기 사건에서 건강보험심사평가원이 수사기관의 의뢰에 따라 그 보내온 자료를 토대로 입원진료의 적정성에 대한 의견을 제시하는 내용의 ‘건강보험심사평가원의 입원진료 적정성 여부 등 검토의뢰에 대한 회신’은 「형사소송법」 제315조제3호에서 규정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’에 해당하지 않는다.

- ④ 증인이 법정에서 “피해자로부터 ‘피고인이 추행했다’ 는 취지의 말을 들었다.” 라고 진술하였고, 증인의 진술을 피해자의 진술에 부합한다고 보아 피해자의 진술 내용의 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하였다면 위 증인의 진술은 전문증거에 해당하지 않는다.

해설

- ① O : 대판 2015.4.23, 2015도2275
- ② O : 대판 2014.1.16, 2013도7101
- ③ O : 대판 2017.12.5, 2017도12671
- ④ X : 어떠한 내용의 진술을 하였다든 사실 자체에 대한 정황증거로 사용될 것이라는 이유로 진술의 증거능력을 인정한 다음 그 사실을 다시 진술 내용이나 그 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우에 그 진술은 전문증거에 해당한다. 그 진술에 포함된 원진술의 내용인 사실을 증명하는 데 사용되어 원진술의 내용인 사실이 요증사실이 되기 때문이다. 이러한 경우 형사소송법 제311조부터 제316조까지 정한 요건을 충족하지 못한다면 증거능력이 없다(대판 2021.2.25, 2020도17109). [사실관계] <원심>은, 증인 양○○의 제1심 법정진술 중 “피해자로부터 ‘피고인이 추행했다’는 취지의 말을 들었다.”는 부분은 ‘피고인이 피해자를 추행한 사실의 존부’에 대한 증거로 사용되는 경우에는 전문증거에 해당하나 / 피해자가 양○○에게 위와 같은 진술을 하였다든 것 자체에 대한 증거로 사용되는 경우에는 양○○가 경험한 사실에 관한 진술에 해당하여 전문법칙이 적용되지 않고, 나아가 위 양○○의 진술도 피해자의 진술에 부합한다고 판단하였다. 이에 대하여 <대법원>은, 원심의 판단은 피해자가 양○○에게 ‘피고인이 추행했다’는 진술을 하였다든 것 자체에 대한 증거로 사용된다는 이유로 증거능력을 인정한 것이나, / 원심은 위와 같이 판단한 다음 양○○의 위 진술이 피해자의 진술에 부합한다고 보아 양○○의 위 진술을 피해자의 진술 내용의 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하였으므로 위 양○○의 진술은 전문증거에 해당하고, 형사소송법 제310조의2, 제316조 제2항의 요건을 갖추지 못하므로 증거능력이 없다고 보았다. \*

정답 ④

72. 「형사소송법」 제311조에 따라서 증거능력이 인정되는 전문증거는 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23.경찰간부

- 가. 당해 사건에서 상소심에 의한 파기환송 전의 공판조서
- 나. 당해 사건에서 공판절차 갱신 전의 공판조서
- 다. 당해 사건의 공판준비절차에서 작성된 감정인신문조서
- 라. 당해 사건의 공판기일에서 피고인이 행한 진술
- 마. 증거보전절차에서 작성된 증인신문조서 중 증인에 대한 반대신문과정에서 피의자가 진술한 내용을 기재한 부분

- ① 2개    ② 3개                      ③ 4개                      ④ 5개

해설

※ 제311조(법원 또는 법관의 조서) 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검증의 결과를 기재한 조서는 증거로 할 수 있다. 제184조(증거보전의 청구) 및 제221조의2(증인신문의 청구)의 규정에 의하여 작성한 조서도 또한 같다.  
 ‘공판준비기일에 피고인의 진술을 기재한 조서’란 ① 공판준비기일조서, ② 공판기일 전에 피고인을 신문한 조서, ③ 공판기일 전의 법원의 검증조서 중 피고인의 진술을 기재한 조서를 말하고, / ‘공판준비기일에 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서’란 공판준비절차에서 증인이나 감정인 등을 신문한 조서를 말한다.

- ‘공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서’란 ① 공판절차갱신 전의 공판조서 ② 상소 심에 의한 파기환송 전의 공판조서, ③ 이송된 사건의 이송 전의 공판조서 등을 의미한다.
- 가. O 나. O : ‘공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서’에 해당한다.
- 다. O : ‘공판준비기일에 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서’에 해당한다.
- 라. X : 당해 사건의 공판기일에서 피고인이 행한 진술은 원본증거에 해당한다.
- 마. X : **증인신문조서가 증거보전절차에서 피고인이 증인으로서 증언한 내용을 기재한 것이 아니라 증인(갑)의 증언내용을 기재한 것이고 다만 피의자였던 피고인이 당사자로 참여하여 자신의 범행사실을 시인하는 전제하에 위 증인에게 반대신문한 내용이 기재되어 있을 뿐이라면, 위 조서는 공판준비 또는 공판기일에 피고인 등의 진술을 기재한 조서도 아니고, 반대신문과정에서 피의자가 한 진술에 관한 한 형사소송법 제184조에 의한 증인신문조서도 아니므로 위 조서 중 피의자의 진술기재부분에 대하여는 형사소송법 제311조에 의한 증거능력을 인정할 수 없다(대판 1984.5.15, 84도508).**

정답 ②

73. 甲의 상황이 「형사소송법」 제314조의 ‘사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당한다고 볼 수 있는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ① 공판기일에 진술을 요하는 甲이 질병을 앓고 있으나 임상신문이나 출장신문은 가능한 경우
- ② 공판기일에 진술을 요하는 甲이 외국에 거주하고 있으나 증언 자체를 거부하는 의사가 분명하지 않고, 거주하는 외국의 주소와 연락처가 파악되며, 대한민국과 그 외국 간에 국제형사사법공조조약이 체결되어 있어 甲을 증인으로 소환할 수 있는 경우
- ③ 수사기관에서 진술한 피해자인 유아 甲이 공판정에서 진술을 하였으나 증인신문 당시 일정한 사항에 관하여 ‘기억이 나지 않는다’라는 취지로 진술하여 그 진술의 일부가 재현 불가능하게 된 경우
- ④ 수사기관에서 참고인으로 진술한 甲이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못하였고, 피고인이 그러한 甲의 증언거부 상황을 초래하지 않은 경우

해설

- ① X : 형사소송법 제314조의 필요성의 요건 중 ‘질병’은 진술을 요할 자가 공판이 계속되는 동안 임상신문이나 출장신문도 불가능할 정도의 중병임을 요한다(대판 2006.5.25, 2004도3619). [사실관계] 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 없다.
- ② X : 제314조의 ‘외국거주’란 진술을 요하는 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 그 밖에 그를 공판정에 출석시켜 진술하게 할 모든 수단을 강구하는 등 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 진술을 요할 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 적용이 있다(대판 2016.2.18, 2015도17115).
- ③ O : 수사기관에서 진술한 피해자인 유아 甲이 공판정에서 진술을 하였더라도 증인신문 당시 일정한 사항에 관하여 기억이 나지 않는다는 취지로 진술하여 그 진술의 일부가 재현 불가능하게 된 경우, 형사소송법 제314조, 제316조 제2항에서 말하는 ‘원진술자가 진술을 할 수 없는 때에 해당한다(대판 2006.4.14, 2005도9561).
- ④ X : 수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못한 경우에는 정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아니라도, 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당하지 않는다(대판 2019.11.21, 2018도13945 전원합의체).

정답 ③

74. 전문법칙의 예외에 관한 설명 중 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰2차

- ① 사법경찰관이 적법한 절차와 방식에 따라 작성한 검증조서에 피의자 아닌 자의 진술이 기재된 경우, 그 진술이 영상녹화물에 의하여 증명되고 공판기일에서 작성자인 사법경찰관의 진술에 따라 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.
- ② A는 살인현장을 목격한 친구 B가 “甲이 길가던 여자를 죽였다.” 고 말한 내용을 자필 일기장에 작성하였고, 훗날 이 일기장이 甲의 살인죄 공판에 증거로 제출된 경우, 이 일기장은 「형사소송법」 제313조 제1항의 진술기재서(류)에 해당된다.
- ③ 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 내역을 그때 그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서라 하더라도 불법적인 업무과정에서 작성한 문서는 신빙성이 없으므로 당연히 증거능력이 인정되지 않는다.
- ④ 甲이 살인죄로 공소제기된 공판에서 A가 증인으로 출석하여 교통사고로 사망한 B가 생전에 자신에게 “甲이 C를 살해하는 것을 보았다.” 는 말을 한 적이 있다고 진술한 경우, B의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

해설

- ① X : 검증조서에 피의자 아닌 자의 진술이 기재된 경우 **참고인진술조서(제312조 제4항)**로 보아야 한다. 따라서 그 진술이 영상녹화물에 의하여 증명되거나 공판기일에서 **원진술자의 진술(↔ 작성자인 사법경찰관 X)**에 따라 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. **“적실반특”**
- ② X : 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 **진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)**은 공판준비나 공판기일에서의 그 **작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다(제313조 제1항)**. ⇨ A는 살인현장을 목격한 친구 B가 “甲이 길가던 여자를 죽였다.”고 말한 내용을 자필 일기장에 작성한 경우 피고인이 아닌 자가 작성한 진술 기재서(류)에 해당하나, A의 일기장에는 진술자인 **B의 서명 또는 날인이 있을 수 없으므로 제313조의 진술기재서(류)에 해당한다고 보기 어렵다. ★★**
- ③ X : 상업장부나 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 범죄사실의 인정여부와는 관계없이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서는 사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서로서 당연히 증거능력이 인정된다(대판 2017.12.5, 2017도12671). 또한 판례는 **불법적인 업무**이지만 그 영업용 컴퓨터기록도 제315조 제2호에 해당한다고 보고 있다. **★★** 성매매업소에서 영업에 참고하기 위하여 성매매상대방에 관한 정보를 입력하여 작성한 메모리카드의 내용은 형사소송법 **제315조 제2호의 ‘영업상 필요로 작성한 통상문서**로서 당연히 증거능력 있는 문서에 해당한다(대판 2007.7.26, 2007도3219).
- ④ O : A(피고인 아닌 자)의 공판준비 또는 공판 기일에서의 진술이 B(피고인 아닌 타인)의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 B(원진술자)가 사망·질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다(제316조 제2항).

정답 ④

75. 피고인이 증거로 함에 동의하지 아니한 수사보고서(사법경찰관리 또는 검찰수사관이 수사의 경위 및 결과를 내부적으로 보고하기 위하여 작성한 후 사법경찰관 또는 검사에게 보고하는 문서)의 증거능력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23.경찰간부

- ① 외국에 거주하는 참고인과의 전화 대화내용을 문답형식으로 기재한 검찰수사관 작성의 수사보고서는 증거능력이 없다.
- ② 甲이 乙과 합동하여 A의 재물을 절취하려다가 미수에 그쳤다는 내용의 공소사실을 자백한 사안에서, 甲이 범행에 사용한 도구와 손괴된 A의 집 문 쇠창살의 모습이 촬영된 현장 사진이 첨부된 수사보고서는 甲의 자백의 진실성을 담보하기에 충분한 보강증거가 된다.
- ③ 증거능력이 없는 수사보고서를 피해자들의 처벌희망 의사표시 철회의 효력 여부를 판단하는 증거로 사용할 수 있다.
- ④ 상해사건 피해자의 피해부위에 대해 사법경찰관이 작성한 수사보고서는 진술서로 볼 수는 없고 검증조서로 보아야 한다.

**해설**

- ① O : 외국에 거주하는 참고인과의 전화 대화내용을 문답형식으로 기재한 검찰수사관 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). ⇨ 서명 또는 기명날인이 없으므로 제313조에 정한 진술을 기재한 서류가 아니어서 제314조에 의한 증거능력의 유무를 따질 필요가 없다. 다만 전문증거이므로 피고인의 증거동 의가 있으면 증거로 사용할 수 있다.
- ② O : 피고인이 갑과 합동하여 을의 재물을 절취하려다가 미수에 그쳤다는 내용의 공소사실을 자백한 사안에서, 피고인을 현행범으로 체포한 을의 수사기관에서의 진술과 현장사진이 첨부된 수사보고서가 피고인 자백의 진실성을 담보하기에 충분한 보강증거가 될 수 있다(대판 2011.9.29, 2011도8015). **[사실관계]** 범행에 사용된 노루발뿔뿔이와 손괴된 쇠창살의 모습이 촬영되어 수사보고서에 첨부된 현장사진은 「형법」 제331조 제1항(야간손괴침입절도)의 죄에 관한 피고인의 자백에 대한 보강증거로 인정될 수 있다.
- ③ O : 반의사불벌죄에서 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시 철회의 유무나 그 효력 여부에 관한 사실은 엄격한 증명의 대상이 아니라 증거능력이 없는 증거나 법률이 규정한 증거조사방법을 거치지 아니한 증거에 의한 증명, 이른바 **자유로운 증명**의 대상이다(대판 2010.10.14, 2010도5610). ⇨ **증거능력이 없는 수사보고서라도 처벌희망 의사표시 철회의 효력 여부를 판단하는 증거로 사용할 수 있다.**
- ④ X : 수사보고서에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있는 경우, 그 기재 부분은 검찰수사관규칙 제17조에 의하여 검사가 범죄의 현장 기타 장소에서 실황조사를 한 후 작성하는 실황조서 또는 사법경찰관리집무규칙 제49조 제1항, 제2항에 의하여 사법경찰관이 수사상 필요하다고 인정하여 범죄현장 또는 기타 장소에 임하여 실황을 조사할 때 작성하는 실황조사서에 해당하지 아니하며, 단지 **수사의 경위 및 결과를 내부적으로 보고하기 위하여 작성된 서류에 불과하므로 그 안에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있다고 하여 이를 형사소송법 제312조 제1항의 '검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서'라고 할 수 없다**(대판 2001.5.29, 2000도2933). **\* 수사보고서 ≠ 검증조서 X**

**정답 ④**

**76. 다음 중 전문법칙에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

22.해경간부

- ① 사인(私人)이 피고인 아닌 사람과의 대화내용을 녹음한 녹음테이프에 대해 법원이 그 진술당시 진술자의 상태 등을 확인하기 위해 작성한 검증조서는 법원의 검증결과를 기재한 조서로서 「형사소송법」 제311조에 의하여 증거로 할 수 있다.

- ② 사인(私人)이 피고인 아닌 사람과의 대화내용을 녹음한 녹음테이프는 원본으로서 공판 준비나 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 녹음된 각자의 진술내용이 자신이 진술한대로 녹음된 것이라는 점이 인정되더라도 피고인이 동의하지 않는다면 증거로 사용할 수 없다.
- ③ 피고인 아닌 자의 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에는 이를 증거로 할 수 있다.
- ④ 「형사소송법」 제316조 제2항에서 말하는 ‘피고인 아닌 타인’ 이라 함은 제3자는 말할 것도 없고 공동피고인이나 공범자를 포함한다.

해설

- ① O : 대판 2008.7.10, 2007도10755 ↔ 법원이 실시한 검증의 내용이 녹음테이프에 녹음된 전화대화의 내용이 검증조서에 첨부된 녹취서에 기재된 내용과 같다는 것에 불과한 경우: 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류(제313조 제1항) ∴ 증거자료가 되는 것은 녹음테이프에 녹음된 대화 내용이므로
- ② X : 수사기관 아닌 사인(私人)이 피고인 아닌 사람과의 대화내용을 녹음한 녹음테이프는 형사소송법 제 311조, 제312조 규정 이외의 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 다를 바 없으므로, 피고인이 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하는 이상 그 증거능력을 부여하기 위해서는, 첫째 녹음테이프가 원본이거나 원본으로부터 복사한 사본일 경우 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본 내용 그대로 복사된 사본일 것, 둘째 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비나 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 각자의 진술내용이 자신이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 인정되어야 한다(대판 2011.9.8, 2010도7497).
- ③ O : 제316조 제1항
- ④ O : 대판 2007.2.23, 2004도8654 ★

정답 ②

77. 다음 사례에 대한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰2차

甲은 A를 인적이 드문 곳으로 유인한 후, 권총으로 살해하였다. 범행장면은 현장 인근의 건물에 적법하게 설치된 CCTV에 녹화되었다. 사법경찰관 P는 CCTV 관리자가 녹화저장장치에서 甲의 범행장면이 복사된 이동식 저장장치(이하 ‘USB’)를 건네 주자 이를 압수하였다. 이후 P는 권총의 구매 경위를 수사하기 위하여 甲의 이메일 계정을 압수하였다. 압수된 이메일에는 B가 甲에게 “권총을 구매하여 택배로 보냈다.”는 내용이 있었다. 검사는 甲을 살인죄로 기소하면서 USB와 이메일 파일을 증거로 제출하였다.

- ㉠ USB에 저장된 파일이 복사 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본 내용을 그대로 복사한 사본이라는 점이 증명되어야 한다.
- ㉡ CCTV에 녹화된 甲의 얼굴 등은 개인정보에 해당하지만 CCTV 관리자가 정보주체의 동의 없이 임의제출하였더라도 위법수집증거에 해당하지 않는다.
- ㉢ USB에 저장된 CCTV 영상이 범죄 당시 현장의 영상이라는 사실이 요증사실인 경우에는 전문법칙이 적용되지 않는다.
- ㉣ 이메일 작성자인 B가 증인으로 출석하여 “甲에게 이메일을 보낸 기억이 없다.”고 진술한 경우에는 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에도 증거로 할 수 없다.

- ① 1개
- ② 2개
- ③ 3개
- ④ 4개

해설

※ 옳은 것은 ㉠㉡㉢ 3개이다.

㉠ O : 대판 2018.2.8, 2017도13263

㉡ O : 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제외하고는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있다(개인정보 보호법 제18조 제1항 제7호). ★★

㉢ O : 어떤 증거가 전문증거인가의 여부는 **요증사실**(그 증거에 의하여 증명하려는 사실)과의 관계에 따라 정하여지는데, 지문처럼 요증사실이 CCTV 영상의 내용(甲이 A를 살해하였다는 사실)이 아니라 USB에 저장된 CCTV 영상이 **범죄 당시 현장의 영상**이라는 사실이라면, 진술의 내용이 된 사실의 존부나 내용의 진실성이 요증사실이 아니므로 전문법칙은 적용되지 않는다고 보아야 한다.

[참고판례] 정보저장매체에 기억된 문자정보의 내용의 진실성이 아닌 그와 같은 내용의 **문자정보의 존재 자체가 직접 증거**로 되는 경우에는 전문법칙이 적용되지 아니한다(대판 2013.2.15, 2010도3504).

※ 참고: 수사기관이 아닌 사인이 녹화한 영상녹화물(범죄당시 현장영상)을 독립증거로 사용하는 경우 전문법칙이 적용되는지에 대하여는 비진술증거설, 진술증거설, 검증조서유추(적용)설 등 견해의 대립이 있을 수 있으나, 범행현장의 상황을 그대로 녹화한 영상녹화물은 **비진술증거**로 보아야 한다(이창현).

※ 참고: 현장사진의 증거능력에 대하여는 비진술증거설, 진술증거설, 검증조서유추(적용)설이 대립하고 있다. 판례는 **비진술증거**로 보고 있다. ★★

피고인의 동의하에 촬영된 나체사진의 존재만으로 피고인의 인격권과 초상권을 침해하는 것으로 볼 수 없고, 가사 사진을 촬영한 제3자가 그 사진을 이용하여 피고인을 공갈할 의도였다고 하더라도 사진의 촬영이 임의성이 배제된 상태에서 이루어진 것이라고 할 수는 없으며, 그 사진은 범죄현장의 사진으로서 피고인에 대한 형사소추를 위하여 반드시 필요한 증거로 보이므로, 공익의 실현을 위하여는 그 사진을 범죄의 증거로 제출하는 것이 허용되어야 하고, 이로 말미암아 피고인의 사생활의 비밀을 침해하는 결과를 초래한다 하더라도 이는 피고인이 수인하여야 할 기본권의 제한에 해당된다(대판 1997.9.30, 97도1230).

⇒ ‘이 사건 사진이 진정한 것으로 인정되는 한 이로써 이사건 사진은 증거능력을 취득한 것이라 할 것이다.’라고 하여 비진술증거로 판단한 것으로 보인다. 따라서 전문법칙이 적용되지 않는다. / 다만 사진의 촬영일자가 나타난 부분은 전문증거에 해당하여 전문법칙이 적용된다고 보았다(이창현). ★

㉣ X : 피고인 아닌 자가 작성한 진술서에 대하여 **작성자가 그 진정성립을 부인하는 경우에는 과학적 분석결과에 기초한 디지털 포렌식 자료, 감정 등 객관적인 방법으로 성립의 진정이 증명되고, 반대신문의 기회가 제공되었다면 증거**로 할 수 있다(제313조 제2항).★

정답 ㉢

78. 다음 사례에 대한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰2차

甲과 乙은 인터넷 채팅을 통하여 알게 된 A와 B를 승용차에 태우고 함께 남산 부근을 드라이브하던 중, A와 B가 잠시 차에서 내린 사이에 甲이 乙에게 A와 B를 한 사람씩 나누어 강간하자고 제의하자 乙은 아무런 대답도 하지 않고 따라 다니다가 자신의 강간 상대방으로 남겨진 B에게 일체의 신체적 접촉도 시도하지 않은 채 B와 이야기만 나눴다. 甲은 A를 숲속에서 강간하려고 하였으나 A가 수술한지 얼마 안되어 배가 아프다면서 애원하자 강간행위를 중지하였다. 며칠 후 乙은 친구 C를 만나 “甲이 A를 강간하려고 하는 동안 나는 그냥 가만히 있었다.” 라고 말하였다. 사법경찰관 P는 甲을 수사하는

과정에서 C를 참고인으로 조사하여 C가 乙로부터 들은 위 진술 내용이 기재된 진술조서를 적법하게 작성하였다. 검사는 甲을 강간미수죄로 기소하면서 C에 대한 진술조서를 증거로 제출하였으나, 甲은 이를 증거로 함에 부동의하였다.

- ㉠ 乙은 강간 범행에 공동으로 가공할 의사가 있었다고 볼 수 없다.
- ㉡ 甲은 강간죄의 중지미수에 해당한다.
- ㉢ 진술조서에 기재된 乙의 진술부분은 재전문증거에 해당한다.
- ㉣ 진술조서의 실질적 진정성립과 특신상태가 증명이 되고, 변호인이 C를 신문할 수 있었던 때에는 C의 진술조서 전부에 대해 증거능력이 인정된다.

- ① 1개                    ② 2개                    ③ 3개                    ④ 4개

해설

※ 옳은 것은 ㉠㉣ 2개이다.

㉠ O : 대판 2003.3.28, 2002도7477

㉡ X : 강간의 실행에 착수하였으나 피해자가 수술한지 얼마 안 되어 배가 아프다면서 애원하여 간음을 중단한 경우에는 피해자를 불쌍히 여겨서가 아니라 피해자의 신체조건상 강간을 하기에 지장이 있다고 본 데에 기인한 것이므로, 이는 일반의 경험상 강간행위를 수행함에 장애가 되는 외부적 사정에 의하여 범행을 중지한 것에 지나지 않는 것으로서 중지범의 요건인 자의성을 결여하였다(대판 1992.7.28, 92도917).

㉢ O : 乙로부터 들은 C의 진술은 전문증거이고, 이를 조서에 기재하면 재전문증거(전문진술이 기재된 조서)에 해당한다.

㉣ X : 전문진술이 기재된 조서로서 재전문서류는 「형사소송법」 제312조 또는 제314조의 전문서류의 증거능력 인정요건을 갖추어야 함은 물론 나아가 「형사소송법」 제316조 제2항의 전문진술의 증거능력 인정요건을 모두 갖추어야 증거능력이 인정된다(대판 2017.7.18, 2015도12981). ⇨ 제312조 제4항의 요건을 갖추었더라도 제316조 제2항의 전문진술의 증거능력 인정요건 중 필요성을 갖추지 못하였으므로 증거능력이 인정되지 않는다. ★

정답 ㉡

79. 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23.경찰간부

甲은 관급공사를 수주받기 위하여 공무원 乙에게 뇌물을 제공하고, 乙은 그 뇌물을 받은 혐의로 함께 기소되어 공동피고인으로 재판을 받고 있다. 검사는 사법경찰관 작성의 공범 甲에 대한 피의자신문조서와 乙에 대한 진술조서 및 乙의 진술을 적법하게 녹화한 영상녹화물을 증거로 제출하였다. 甲에 대한 피의자신문조서에는 甲이 乙에게 뇌물을 제공했다고 자백한 사실이 기재되어 있다.

- ① 乙의 진술이 담긴 영상녹화물은 乙의 공소사실을 직접 증명하는 독립적인 증거로 사용할 수 없다.
- ② 甲이 자신에 대한 피의자신문조서의 내용을 인정했다더라도 乙이 공판기일에 甲에 대한 피의자신문조서의 내용을 부인하면 甲에 대한 피의자신문조서는 乙에게 증거능력이 없다.
- ③ 乙에 대한 진술조서는 乙에 대한 피의자신문조서로 보아야 한다.
- ④ 만약 공판이 진행되던 중 甲이 사망한 경우에는 甲에 대한 피의자신문조서는 특신상태만 증명되면 乙의 공소사실을 증명하는 증거로 사용할 수 있다.

해설

- ① O : 대판 2014.7.10, 2012도5041
- ② O : 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대한 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다(대법원 2004.7.15, 2003도7185 전원합의체 : 대판 2015.10.29, 2014도5939). ∴ 제312조 제3항 적용 O
- ③ O : 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사 과정에서 작성된 것이라면, 그것이 진술조서, 진술서, 자술서라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없다(대판 2014.4.10, 2014도1779).
- ④ X : 당해 피고인과 공범관계가 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 않는다(대판 2009.11.26, 2009도6602). ∴ 제314조 적용 X ⇨ 특신상태가 증명되더라도 증거로 사용할 수 없다.

정답 ④

80. 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23.경찰간부

사법경찰관이 수사한 결과를 기재한 수사보고서에 의하면, “X승용차는 A가 구입한 것으로 A가 실질적인 소유주이고, 다만 장애인에 대한 면세 혜택의 적용을 받기 위해 甲의 어머니 乙의 명의를 빌려 등록한 것에 불과하다. 甲은 乙과 공모하여 乙로부터 X승용차 매도에 필요한 자동차등록증 등 모든 서류를 교부받았다. 다음날 甲은 A가 운전 후 A의 집 앞에 주차해 둔 X승용차를 그 안에 꽂혀있던 키를 사용하여 몰래 운전해 가 관련 서류를 매수인 B에게 교부하여 X자동차를 매도하였다” 라고 기재되어 있다. 사법경찰관은 참고인 A의 피해진술을 조서에 기재하였고, 그 후 공소제기된 甲과 乙이 A에 대한 진술조서에 증거부동의하자 A는 공판기일에 증인으로 출석하여 그 조서에 대한 실질적 진정성립을 인정하고 검사의 주신문에 대하여 진술하였으나, 변호인의 반대신문에 대해서는 특별한 사정이 없음에도 정당한 이유 없이 진술을 거부하였다.

- ① 위 수사보고서에 기재된 내용 중 X승용차 취거에 관하여 甲과 乙은 절도죄의 공동정범의 죄책을 진다.
- ② A에 대한 진술조서는 「형사소송법」 제312조 제4항에 따른 증거능력이 부정된다.
- ③ 위 수사보고서에 기재된 내용 중 甲이 X승용차를 B에게 매도한 행위는 B에 대한 사기죄를 구성한다.
- ④ A에 대한 진술조서는 「형사소송법」 제314조에 따른 증거능력이 부정된다.

해설

- ① O ③ X : [명의신탁받은 자동차절도사건(대내관계)](전여친사건) 자동차 명의신탁관계에서 제3자(아들)가 명의수탁자(어머니)로부터 승용차를 가져가 매도할 것을 허락받고 인감증명 등을 교부받아 위 승용차를 명의신탁자 몰래 가져간 경우, 위 제3자와 명의수탁자의 공모가공에 의한 절도죄의 공모공동정범이 성립한다고 한 사례(대판 2007.1.11, 2006도4498). ⇨ 나아가 자동차의 명의수탁자가 명의신탁 사실을 고지하지 않고, 나아가 자신 소유라는 말을 하면서 자동차를 제3자에게 매도하고 이전등록까지 마쳐 준 경우, 매수인에 대한 사기죄가 성립하지 않는다고 한 사례 ∴ 명의신탁사실에 대한 고지의무가 없으므로

- ② O : 검사 또는 사법경찰관이 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다(제312조 제4항). ※ 참고인진술조서의 증거능력 요건 “**적실반특**” ∴ **실질적 진정성립을 인정하였으나, 반대신문과 특신상태요건을 갖추지 못하였으므로**
- ④ O : 수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못한 경우에는 **정당하게 증거거부권을 행사한 것이 아니라도**, 피고인이 증인의 증거거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당하지 않는다’고 보아야 한다. 따라서 증인이 정당하게 증거거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우와 마찬가지로 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서류는 증거능력이 없다(대판 2019.11.21, 2018도13945 전원합의체).

정답 ③

81. 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23.경찰간부

피해자 A에 대한 강도 사건에서 甲은 정범으로, 乙은 교사범으로 기소되어 甲과 乙 모두 공동피고인으로 재판을 받고 있다. 공판정에서 甲은 乙이 시켜서 A에 대한 범행을 했다고 자백한 반면, 乙은 甲에게 교사한 적이 없다고 부인하였다. 증인 丙은 공판정에서 사건 발생 직후 甲으로부터 “乙이 시켜서 A에 대한 범행을 했다.” 는 말을 들었다고 증언하였다. 법원은 甲의 진술과 丙의 증언에 신빙성이 있다고 판단하고 있으나 甲의 자백 외에는 다른 증거가 없다.

- ① 법원은 甲의 자백만으로 乙에게 유죄를 선고할 수 있다.
- ② 甲이 丙에게 한 진술의 특신상태가 증명되면 丙의 증언은 甲의 범죄사실을 입증하는 증거로 사용할 수 있다.
- ③ 甲의 범죄사실에 대한 丙의 증언에 증거능력이 인정되면 법원은 丙의 증언을 기초로 甲에게 유죄를 선고할 수 있다.
- ④ 丙의 증언은 乙의 범죄사실을 입증하는 증거로 사용할 수 없다.

해설

- ① O : 공동피고인의 자백은 이에 대한 피고인의 반대신문권이 보장되어 있어 증인으로 신문한 경우와 다를 바 없으므로 독립한 증거능력이 있고, 이는 **피고인들간에 이해관계가 상반된다고 하여도 마찬가지라 할 것**이다(대판 2006.5.11, 2006도1944).
- ② O : 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다.)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 **특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다**(제316조 제1항).
- ③ X : 피고인이 범행을 자인하는 것을 들었다는 피고인 아닌 자의 진술내용은 형사소송법 제310조의 피고인의 자백에는 포함되지 아니하나 이는 피고인의 **자백의 보강증거로 될 수 없다**(대판 1981.7.7, 81도1314). ∴ 피고인의 공판정외자백에 해당하므로
- ④ O : 전문진술의 원진술자가 **공동피고인**이어서 형사소송법 제316조 제2항 소정의 ‘피고인 아닌 타인’에는 해당하나 법정에서 공소사실을 부인하고 있어서 ‘원진술자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 해당되지 않으므로 그 증거능력(공동피고인의 진술을 내용으로 하는 증인의 증언의 증거능력)을 인정할 수 없다(대판 2000.12.27, 99도5679).

정답 ③

82. 다음 중 증거동의를 관한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경2차, 22.해경간부

- ① 피고인이 제1심에서 2회 불출정하여 증거동의를 간주된 후 증거조사를 완료한 경우라도 항소심에 출석하여 증거동의를 철회 또는 취소하는 의사표시를 한다면 그 증거능력이 상실된다.
- ② 피고인은 증거로 할 수 있음에 동의하는 의사표시를 하였더라도 증거조사가 완료되기 전까지 그 의사를 철회할 수 있다.
- ③ 검사 작성의 피고인 아닌 자에 대한 진술조서에 관하여 피고인이 공판정 진술과 배치되는 부분은 부동의한다고 진술한 것은 조서내용의 특정부분에 대하여 증거로 함에 동의한다는 특별한 사정이 있는 때와 같이 그 조서를 증거로 함에 동의한다는 취지로 해석해야 한다.
- ④ 피고인이 무죄에 관한 자료로 제출한 서증 가운데 도리어 유죄임을 뒷받침하는 내용이 있는 경우 법원은 증거공통의 원칙상 피고인의 증거동의 등 별도의 조치가 없더라도 이를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

해설

- ① X : 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차의 제1심에서 2회 불출정하여 형사소송법 제318조 제2항에 따른 증거동의를 간주된 후 증거조사를 완료한 이상, 간주의 대상인 증거동의를 증거조사가 완료되기 전까지 철회 또는 취소할 수 있으나 일단 증거조사를 완료한 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하는 점, 증거동의 간주가 피고인의 진의와는 관계없이 이루어지는 점 등에 비추어, 비록 피고인이 항소심에 출석하여 공소사실을 부인하면서 간주된 증거동의를 철회 또는 취소한다는 의사표시를 하더라도 그로 인하여 **적법하게 부여된 증거능력이 상실되는 것이 아니다**(대판 2010.7.15, 2007도5776).
- ② O : 대판 2015.8.27, 2015도3467
- ③ X : 검사 작성의 피고인 아닌 자에 대한 진술조서에 관하여 피고인이 공판정진술과 배치되는 부분은 부동의한다고 진술한 것은 조사 내용의 특정부분에 관하여 증거로 함에 동의한다는 특별한 사정이 있는 때와는 달리 그 조서를 **증거로 함에 동의하지 아니한다는 취지**로 해석하여야 한다(대판 1984.10.10, 84도1552).
- ④ X : 피고인이나 변호인이 무죄에 관한 자료로 제출한 서증 가운데 도리어 유죄임을 뒷받침하는 내용이 있다고 하여도, 법원은 **상대방의 원용(동의)이 없는 한** 그 서류의 진정성립 여부 등을 조사하고 아울러 그 서류에 대한 피고인이나 변호인의 의견과 변명의 기회를 주지 않았다면 그 서류를 **유죄인정의 증거로 쓸 수 없다**(대판 2017.9.21, 2015도12400). ★

정답 ②

83. 증거동의를 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23.경찰간부

- ① 피고인이 증거로 함에 동의하지 아니한다고 명시적인 의사표시를 한 경우 이외에는 변호인은 피고인을 대리하여 증거동의를 할 수 있다.
- ② 피고인이 변호인과 함께 출석한 공판기일의 공판조서에 검사가 제출한 증거에 대하여 동의한다는 기재가 되어 있다면 이는 피고인이 증거동의를 한 것으로 보아야 하고, 그 기재는 절대적인 증명력을 가진다.
- ③ 증거동의를 반대신문과 관계있는 증거를 대상으로 하는 것이므로 모든 전문증거는 증거동의를 대상이 되지만 물건은 증거동의를 대상이 될 수 없고 관련성만 인정되면 증거로 사용할 수 있다.

- ④ 증거동의 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 증거동의 의사표시의 취소 또는 철회가 인정되지 아니한다.

해설

- ① O : 대판 2005.4.28, 2004도4428
- ② O : 대판 2016.3.10, 2015도19139
- ③ X : 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다(형사소송법 제318조 제1항). 제318조 제1항의 규정에도 불구하고 증거물이 증거동의의 대상이 되는지 여부에 대하여 물건이 동의의 대상이 될 수 있다는 적극설과 동의의 대상이 될 수 없다는 소극설(다수설)이 대립한다. 판례는 전문서류 뿐만 아니라 비진술증거와 물건에 대하여도 증거동의의 대상으로 보고 있다고 보아야 한다. ★  
**[참고판례] <제주지사실압수수색사건> 압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 자체의 성질, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없어 증거능력이 있다(대결 1996.5.14, 96초88). ⇨ 증거동의 인정 / '상해부위를 촬영한 사진'은 비진술증거로서 전문법칙이 적용되지 않는다(대판 2007.7.26, 2007도3906). ⇨ 증거동의 인정 ★**
- ④ O : 대판 2015.8.27, 2015도3467

정답 ③

84. 다음 중 탄핵증거에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 법정에서 탄핵증거로 증거조사를 한 바 없는 증거를 탄핵증거로 사용할 수 없다.
- ② 탄핵증거는 진술의 증명력을 감쇄하기 위하여 인정되는 것이고 범죄사실 또는 그 간접사실 인정의 증거로서는 허용되지 않는다.
- ③ 탄핵증거는 범죄사실을 인정하는 증거가 아니어서 엄격한 증거능력을 요하지 아니한다.
- ④ 탄핵증거의 제출에 있어서도 상대방에게 이에 대한 공격방어의 수단을 강구할 기회를 사전에 부여하여야 하지만, 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것인지를 사전에 상대방에게 알려야 할 필요는 없다.

해설

- ① O : 대판 2005.8.19, 2005도2617
- ② O : 대판 2012.10.25, 2011도5459
- ③ O : 대판 2012.9.27, 2012도7467
- ④ X : 탄핵증거의 제출에 있어서도 상대방에게 이에 대한 공격방어의 수단을 강구할 기회를 사전에 부여하여야 한다는 점에서 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계 및 입증취지 등을 미리 구체적으로 명시하여야 할 것이므로, 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 한다(대판 2005.8.19, 2005도2617).

정답 ④

85. 다음 중 자유심증주의에 관한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경간부

- ① 증거의 증명력의 판단은 논리와 경험칙에 합치해야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이르는 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도여야 한다.
- ② 간접증거와 직접증거의 구분은 증거법증주의보다 자유심증주의에서 더욱 의미를 갖는다.
- ③ 피고인이 변호인과 함께 출석한 공판기일의 공판조서에 검사가 제출한 증거에 대하여 동의한다고 기재되어 있다면 그 기재는 절대적인 증명력을 가진다.
- ④ 형사재판에 있어서 관련된 다른 형사사건의 확정판결에서 제출된 다른 증거 내용에 비추어 관련 형사사건 확정판결의 사실판단을 그대로 채택하기 어렵다고 인정될 경우라도 이를 배척할 수 없다.

해설

- ① X : 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험칙에 합치하여야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다(대판 2019.12.12, 2019도5797). ★
- ② X : 증명력을 법관의 자유심증에 맡기는 자유심증주의에서는 간접증거와 직접증거의 구분은 자유심증주의에서는 큰 의미를 갖지 못한다. [참고판례] 살인죄 등과 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접증거 없이 간접증거만에 의하여 유죄를 인정할 수 있다(대판 2012.9.27, 2012도2658). ★
- ③ O : 대판 2016.3.10, 2015도19139 ⇨ 피고인이 증거동의를 한 것으로 보아야
- ④ X : 형사재판에서 이와 관련된 다른 형사사건의 확정판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 된다. / 그러나 당해 형사재판에서 제출된 다른 증거 내용에 비추어 관련 형사사건의 확정판결에서의 사실판단을 그대로 채택하기 어렵다고 인정될 경우에는 이를 배척할 수 있다(대판 2020.3.12, 2018도20188). ★

정답 ③

86. 공소와 재판에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ① 「소년법」상 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 관하여 다시 공소제기가 되었다면, 법원은 면소판결을 하여야 한다.
- ② 검사가 저장매체를 이용하여 공소를 제기한 경우, 법원은 저장매체에 저장된 전자문서 부분을 제외하고 서면으로 제출된 공소장에 기재된 부분만으로 공소사실을 판단하여야 한다.
- ③ 형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 소급하여 그 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 당해 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여는 무죄를 선고하여야 한다.
- ④ 검사가 종전에 기소유예처분을 한 피의사실에 대하여 이를 반복할 만한 사정변경이 없었음에도 4년여가 지난 시점에 다시 기소하였고, 검사가 공소권을 자의적으로 행사하여 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 볼 수 있다면, 공소기각의 판결을 하여야 한다.

해설

- ① X : 소년법 제32조의 보호처분을 받은 사건과 동일(상습죄 등 포괄일죄 포함)한 사건에 관하여 다시 공소 제기가 되었다면, 이는 공소제기 절차가 법률의 규정에 위배하여 무효인 때에 해당한 경우이므로 형사소송법 제327조 제2호의 규정에 의하여 공소기각의 판결을 하여야 한다(대판 1996.2.23, 96도47). ∴ 제32조의 보호처분을 받은 소년에 대하여는 그 심리가 결정된 사건은 다시 공소를 제기하거나 소년부에 송치할 수 없다(소년법 제53조)고 되어 있을뿐, 확정판결이 있을 때에 해당하지 아니하므로 면소판결 X ★
- ② O : 대판 2016.12.15, 2015도3682
- ③ O : 대판 2010.12.16, 2010도5986 전원합의체
- ④ O : 대판 2021.10.14, 2016도14772 ※ 공소권남용이론 ★

정답 ①

87. 다음 중 일사부재리의 효력 또는 기판력에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.해경간부

- ① 검사가 일죄의 일부만 공소제기하고 법원이 일죄의 일부에 대해서만 유죄판결을 하였다면 그 판결의 기판력은 일죄의 일부에만 미친다.
- ② 행정법상 질서벌인 과태료부과처분은 형사처벌과 유사한 성질을 가지는 것으로 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 가하는 것은 일사부재리의 원칙에 위배된다.
- ③ 「도로교통법」에 의해 범칙금 납부통지서를 받은 사람이 그 범칙금을 납부한 경우 범칙금의 납부에 확정재판의 효력에 준하는 효력이 인정되어 일사부재리의 효력이 인정된다.
- ④ 약식명령의 기판력이 미치는 시간적 범위는 약식명령의 발령시가 아닌 송달시를 기준으로 한다.

해설

- ① X : 검사가 일죄의 일부만 공소제기하고 법원이 일죄의 일부에 대해서만 유죄판결을 하였다 하더라도 그 판결의 기판력은 공소사실의 동일성이 인정되는 일죄의 전부에 미친다고 보아야 한다. ★
- ② X : 행정법상의 질서벌인 과태료의 부과처분과 형사처벌은 그 성질이나 목적을 달리하는 별개의 것이므로 행정법상의 질서벌인 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 한다고 하여 이를 일사부재리의 원칙에 반하는 것이라고 할 수는 없다(대판 1996.4.12, 96도158).
- ③ O : 도로교통법 제119조 제3항은 그 법 제118조에 의하여 범칙금 납부통고서를 받은 사람이 그 범칙금을 납부한 경우 그 범칙행위에 대하여 다시 벌받지 아니한다고 규정하고 있는바, 이는 범칙금의 납부에 확정재판의 효력에 준하는 효력을 인정하는 취지로 해석하여야 한다(대판 2002.11.22, 2001도849). ★
- ④ X : 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부에 대하여 약식명령이 확정된 경우에는 그 약식명령의 발령시를 기준으로 하여 그 이전에 이루어진 범행에 대하여는 면소의 판결을 선고하여야 한다(대판 2013.6.13, 2013도47370).

정답 ③

88. 다음 중 불이익변경금지원칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.해경간부

- ① 피고인의 상고에 의하여 상고심에서 원심판결을 파기하고 사건을 항소심에 환송한 경우에 그 항소심에서는 환송 전 원심판결과의 관계에서도 불이익변경금지의 원칙이 적용되지만, 환송 후 항소심에서 적법한 공소장변경으로 인하여 새로운 범죄사실을 유죄로 인정하는 경우에는 적용되지 않는다.
- ② 두 개의 벌금형을 선고한 환송 전 원심판결에 대하여 피고인만이 상고하여 파기환송되었는데, 환송 후 원심이 징역형의 집행유예와 사회봉사명령을 선고한 것은 불이익변경금지의 원칙에 위배된다.
- ③ 추징에 관하여도 불이익변경금지의 원칙이 적용되므로 피고인만이 항소한 사건에서 추징액을 제1심보다 피고인에게 더 불리하도록 변경할 수 없다.
- ④ 피고인만이 항소한 사건에서 항소심이 제1심 판결을 직권으로 파기하고 다른 형은 동일하게 선고하면서 위치추적전자장치부착명령의 기간만을 제1심판결보다 장기의 기간으로 부과한 것은 불이익변경금지의 원칙에 위배된다.

해설

- ① X : 피고인의 상고에 의하여 상고심에서 원심판결을 파기하고 사건을 항소심에 환송한 경우에 그 항소심에서는 환송 전 원심판결과의 관계에서도 불이익변경금지의 원칙이 적용되어 그 파기된 항소심판결보다 중한 형을 선고할 수 없다. 그리고 이러한 법리는 환송 후의 원심에서 적법한 공소장변경이 있어 이에 따라 그 항소심이 새로운 범죄사실을 유죄로 인정하는 경우에도 마찬가지이다(대판 2014.8.20, 2014도6472).
- ② O : 대판 2006.5.26, 2005도8607 ∴ **벌금형보다 무거운 징역형의 집행유예와 그 부가처분인 사회봉사명령을 선고한 것이므로**
- ③ O : 대판 2006.11.9, 2006도4888 ∴ **추징도 몰수와 마찬가지로 형에 준하여 평가하여야 할 것이므로**
- ④ O : 피고인과 검사 쌍방이 피고사건 및 부칙명령 청구사건 전부에 대하여 항소하였으나 검사가 부칙명령 청구사건에 대한 항소이유서를 제출하지 아니한 경우, 부칙명령 청구사건에 관하여 불이익변경금지의 원칙이 적용된다(대판 2014.3.27, 2013도9666). ∴ **피고인만이 항소한 경우와 같게 되므로** ★

정답 ①

89. 불이익변경금지원칙에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ㄱ. 제1심이 징역형을 선고하고 피고인만이 항소하였는데, 항소심에서는 범죄사실 중 일부를 무죄로 판단하면서 제1심과 동일한 형을 선고하면 불이익변경금지원칙에 위배된다.
- ㄴ. 제1심이 금고형의 실형을 선고하고 피고인만이 항소하였는데, 항소심에서는 형기의 변경 없이 금고형을 징역형으로 바꾸어 집행유예를 선고하면 불이익변경금지원칙에 위배된다.
- ㄷ. 제1심이 소송비용의 부담을 명하는 재판을 하지 아니하고 피고인만이 항소하였는데, 항소심에서 제1심 및 항소심 소송비용의 부담을 명한 조치는 불이익변경금지원칙에 위배되지 않는다.
- ㄹ. 제1심은 소년인 피고인에게 징역 장기 15년, 단기 7년의 부정기형을 선고하고 피고인만이 항소하였는데, 항소심에서 피고인이 성년에 이르러 정기형을 선고하여야 하는 경우, 부정기형의 단기인 징역 7년을 초과한 징역 10년을 선고하더라도 불이익변경금지원칙에 위배되지 않는다.

- ① 가, 나      ② 가, 다      ③ 나, 라      ④ 다, 라

**해설**

- ㉠ X : 피고인만이 항소한 사건에서 항소심이 피고인에 대하여 제1심이 인정한 범죄사실의 일부를 무죄로 인정하면서도 제1심과 **동일한 형**을 선고하였다 하여 그것이 불이익변경금지 원칙에 위배된다고 볼 수 없다(대판 2003.2.11, 2002도5679).
- ㉡ X : **형기의 변경 없이** 금고형을 징역형으로 바꾸어 집행유예를 선고하더라도 불이익변경금지 원칙에 위배되지 않는다(대판 2013.12.12, 2013도6608).
- ㉢ O : 대판 2001.4.24, 2001도872
- ㉣ O : 1심에서 선고한 부정기형 대신 정기형을 선고함에 있어 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준은 부정기형의 **장기와 단기의 중간형, 즉 징역 11년**이 되어야 한다(대판 2020.10.22, 2020도4140 전원합의체). ★

**정답 ④**

**90. 다음 중 약식명령에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?**

**22.해경간부**

- ① 법원은 검사의 청구가 있는 때에는 공판절차 없이 약식명령으로 벌금, 구류 또는 과료에 처할 수 있다.
- ② 피고인은 약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내 정식재판의 청구를 할 수 있으며, 피고인은 정식재판의 청구를 포기할 수 있다.
- ③ 약식명령의 청구가 있는 경우에 그 사건이 약식명령으로 할 수 없거나, 약식명령으로 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정한 때에는 청구를 기각하여야 한다.
- ④ 약식명령에 대한 정식재판의 청구는 제1심판결 선고 전까지 취할 수 있다.

**해설**

- ① X : 지방법원은 그 관할에 속한 사건에 대하여 검사의 청구가 있는 때에는 공판절차없이 약식명령으로 피고인을 **벌금, 과료 또는 몰수**에 처할 수 있다(제448조 제1항). ↔ **구류: X**
- ② X : 검사 또는 피고인은 약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내에 정식재판의 청구를 할 수 있다. 단, 피고인은 정식재판의 청구를 **포기할 수 없다**(제453조 제1항).
- ③ X : 약식명령의 청구가 있는 경우에 그 사건이 약식명령으로 할 수 없거나 약식명령으로 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정한 때에는 **공판절차에 의하여 심판하여야 한다**(제450조).
- ④ O : 제454조

**정답 ④**

**91. 약식명령에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

**22.국가7급**

- ① 약식명령에 대하여 정식재판청구가 제기되었음에도 법원이 증거서류 및 증거물을 검사에게 반환하지 않고 보관하고 있다면, 공소장일본주의에 반하여 위법한 공소제기가 된다.
- ② 「형사소송법」 제457조의2제1항에서 정한 **형중 상향의 금지** 원칙은 피고인만이 정식재판을 청구한 사건과 다른 사건이 병합·심리된 다음 경합범으로 처단되는 경우에도 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 그대로 적용된다.
- ③ 포괄일죄의 관계에 있는 범행 일부에 관하여 약식명령이 확정된 경우, 약식명령의 발령시를 기준으로 하여 그 전의 범행에 대하여는 면소의 판결을 하여야 하고, 그 이후의 범행에 대하여서만 한 개의 범죄로 처벌하여야 한다.

- ④ 약식명령 청구사건을 공판절차에 의하여 심판할 경우, 공소장 부분을 피고인에게 송달하지 않았다 하더라도 검사와 피고인이 공판기일에 출석하여 피고인을 신문하고 피고인도 이에 대하여 이의를 제기함이 없이 신문에 응하고 변론을 하였다면 이러한 하자는 모두 치유된다.

해설

- ① X : 약식명령에 대한 정식재판청구가 제기되었음에도 법원이 증거서류 및 증거물을 검사에게 반환하지 않고 보관하고 있다고 하여 그 이전에 이미 적법하게 제기된 공소제기의 절차가 위법하게 된다고 할 수도 없다(대판 2007.7.26, 2007도3906). ∴ **약식명령에 대한 정식재판청구가 제기되는 경우 공소장일본주의가 적용되지 않으므로**
- ② O : 대판 2020.3.26, 2020도355 ★
- ③ O : 대판 2013.6.13, 2013도4737
- ④ O : 대판 2003.11.14, 2003도2735

정답 ①

92. 즉결심판절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ① 경찰서장의 청구에 의해 즉결심판을 받은 피고인으로부터 적법한 정식재판의 청구가 있는 경우 경찰서장의 즉결심판청구는 공소제기와 동일한 소송행위이므로 별도의 공소제기 없이 공판절차에 의하여 심판하여야 한다.
- ② 즉결심판을 받은 피고인이 정식재판청구를 함으로써 공판절차가 개시된 경우에는 통상의 공판절차와 마찬가지로 국선변호인의 선정에 관한 「형사소송법」 제283조의 규정이 적용된다.
- ③ 법원은 즉결심판절차에 의하여 심판하는 경우에도 양형기준을 벗어난 판결을 할 때에는 당해 양형을 하게 된 사유를 합리적이고 설득력 있게 표현하는 방식으로 이유를 기재하여야 한다.
- ④ 법원이 경찰서장의 즉결심판 청구를 기각하여 경찰서장이 사건을 관할 지방검찰청으로 송치하였으나 검사가 이를 즉결심판에 대한 피고인의 정식재판청구가 있는 사건으로 오인하여 그 사건기록을 법원에 송부한 경우, 공소제기가 성립되었다고 볼 수 없다.

해설

- ① O : 대판 2017.10.12, 2017도10368 ★
- ② O : 대판 1997.2.14, 96도3059
- ③ X : 법원이 양형기준을 벗어난 판결을 하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다. 다만, **약식절차 또는 즉결심판절차에 따라 심판하는 경우에는 그러하지 아니하다(법원조직법 제81조의7 제2항)**.
- ④ O : 대판 2003.11.14, 2003도2735

정답 ③

93. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가7급

- ① 비상상고 제도는 법령 해석·적용의 통일성을 도모하려는 제도로서, 상급심의 파기판결에 의해 효력을 상실한 재판도 「형사소송법」 제441조에 따른 비상상고의 대상이 될 수 있다.
- ② 성폭력범죄의 재판에 있어서 ‘성추행 피해자가 추행 즉시 행위자에게 항의하지 않은 사정’ 이나 ‘피해 신고 시 성폭력이 아닌 다른 피해사실을 먼저 진술한 사정’ 만으로 곧바로 피해자 진술의 신빙성을 부정할 것은 아니다.
- ③ 재심판결이 확정됨에 따라 원판결이나 그 부수처분의 법률적 효과가 상실되고 형 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체의 효과가 소멸하는 것은 재심의 본질상 당연한 것으로서, 원판결의 효력 상실 그 자체로 인하여 피고인이 어떠한 불이익을 입는다 하더라도 이를 두고 재심에서 보호되어야 할 피고인의 법적 지위를 해치는 것이라고 볼 것은 아니다.
- ④ 제1심에서 피고인에 대하여 무죄판결이 선고되어 검사가 항소한 후, 수사기관이 항소심 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 수 있는 사람을 특별한 사정 없이 미리 수사기관에 소환하여 작성한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 않는 한 증거능력이 없다.

해설

- ① X : 상급심의 파기판결에 의해 효력을 상실한 재판의 법령위반 여부를 다시 심사하는 것은 무익할 뿐만 아니라, 법령의 해석·적용의 통일을 도모하려는 비상상고 제도의 주된 목적과도 부합하지 않는다. 따라서 **상급심의 파기판결에 의해 효력을 상실한 재판은 위 조항에 따른 비상상고의 대상이 될 수 없다**(대판 2021.3.11, 2019오1). ★
- ② O : 대판 2020.9.24, 2020도7869 ★
- ③ O : 대판 2019.2.28, 2018도13382 ★
- ④ O : 피고인이 증거로 할 수 있음에 **동의하지 않는 한 증거능력이 없다**. 위 참고인이 나중에 법정증인으로 출석하여 위 진술조서의 성립의 진정을 인정하고 피고인 측에 **반대신문의 기회가 부여된다** 하더라도 위 진술조서의 증거능력을 인정할 수 없음은 마찬가지이다(대판 2019.11.28, 2013도6825). ※ **공소제기 후 수사에서 반복진술조서의 법리( ∵ 당사자주의와 공판중심주의 원칙, 직접심리주의에 반하므로)**

정답 ①

# 2022년 하반기 최신판례

1. 피고인이 고소·고발에 수반하여 이를 알지 못하는 수사기관에 개인정보를 알려준 행위는 개인정보보호법에 따른 개인정보 ‘누설’에 해당한다(대판 2022.11.10, 2018도1966).

∴ ‘누설’이라 함은 (동의 X, 절차 X) 아직 개인정보를 알지 못하는 타인에게 알려주는 일체의 행위를 말하므로
2. 인터넷개인방송의 방송자가 비밀번호를 설정하는 등 그 수신 범위를 한정하는 비공개 조치를 취하지 않고 방송을 송출하는 경우, 시청자가 방송 내용을 지득·채록하는 것은 통신비밀보호법에서 정한 감청에 해당하지 않는다. ∴ 시청자 = 당사자 / 그러나 인터넷개인방송의 방송자가 비밀번호를 설정하는 등으로 비공개 조치를 취한 후 방송을 송출하는 경우에는, 방송자로부터 허가를 받지 못한 사람은 당해 인터넷개인방송의 당사자가 아닌 ‘제3자’에 해당하고, 이러한 제3자가 비공개 조치가 된 인터넷개인방송을 비정상적인 방법으로 시청·녹화하는 것은 통신비밀보호법상의 감청에 해당할 수 있다. / 다만, 제3자의 시청·녹화를 사실상 승낙·용인한 것으로 볼 수 있는 경우에는 통신비밀보호법에서 정한 감청에 해당하지 않는다(대판 2022.10.27, 2022도9877).

※ 사실상 승낙·용인 = 제3자의 접속·시청사실을 알면서도 방송중단·배제조치를 취하지 않은 경우 = 제3자 X

※ 인터넷개인방송 = 전기통신 ★
3. 보호관찰관의 지도·감독은 전자장치의 부착을 위하여 수반된 것일 뿐 별도의 조건이나 「보호관찰 등에 관한 법률」상 보호관찰에 해당하지 않고, / 구속집행정지 제도 취지에 부합한다면 피고인의 도주 방지 및 출석을 확보하기 위하여 전자장치의 부착을 구속집행정지의 조건으로 부가할 수도 있다(대결 2022.11.22, 2022모1799).

※ 구속집행정지제도는 보석제도를 보충하는 제도

※ 군인신분의 경우 보호관찰을 받을 수 없다는 재항고를 배척한 사례
4. 피고인에 대하여 2013. 12.경부터 2014. 1.경 사이 약 10분간 소란을 피워 주점영업 업무방해 범행을 저질렀다는 혐의로 2020. 12. 30. 기소된 사안에서 위 공소사실은 반복적 행위, 수일에 걸쳐 발생한 행위가 아니라 특정일에 발생한 행위이므로, 범행일이 2013. 12. 31. 이후인지 여부에 따라 공소시효의 완성 여부가 달라지는데, 이 부분 공소사실의 일시는 ‘2013. 12.경부터 2014. 1.경 사이’ 이므로, 공소시효 완성 여부를 판별할 수 없다. 따라서 이 부분 공소사실은 구체적으로 특정되었다고 할 수 없다(대판 2022.11.17, 2022도8257). ∴ 제254조 제4항 범죄일시는 이중기소시효에 저촉되는지 여부를 식별할 수 있을 정도로 기재되어야 공소사실이 특정되었다 할 수 있으므로
5. 개정형사소송법( 2007. 12. 21.) 부칙 제3조는 ‘공소시효에 관한 경과조치’라는 표제 아래 “이 법 시행 전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정을 적용한다.” 라고 규정하고 있다. 종전의 규정’에는 ‘구 형사소송법 제249조 제1항’ 뿐만 아니라 ‘같은 조 제2항’도 포함된다고 봄이 타당하다. 따라서 개정 형사소송법 시행 전에 범한 죄에 대해서는 부칙조항에 따라 구 형사소송법 제249조 제2항이 적용되어 판결의 확정 없이 공소를 제기한 때로부터 15년이 경과하면 공소시효가 완성한 것으로 간주된다.(대판 2022.8.19, 2020도1153).

※ 현행 제249조 제2항 의제공소시효 = 25년

6. 형사소송법 제253조 제3항은 “범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지된다.” 라고 규정하고 있다. 위 조항은 형사소송법 제249조 제2항(의제공소시효)에서 말하는 ‘공소시효’는 여기에 포함되지 않는다고 봄이 타당하다. 따라서 공소제기 후 피고인이 처벌을 면할 목적으로 국외에 있는 경우에도 그 기간 동안 형사소송법 제249조 제2항에서 정한 기간의 진행이 정지되지 않는다고 보아야 한다(대판 2022.9.29, 2020도13547).

7. 범죄단체 등에 소속된 조직원이 저지른 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반죄 등의 개별적 범행과 폭력행위처벌법 위반(단체 등의 활동)죄는 범행의 목적이나 행위 등 측면에서 일부 중첩되는 부분이 있더라도, 일반적으로 구성요건을 달리하는 별개의 범죄로서 범행의 상대방, 범행 수단 내지 방법, 결과 등이 다를 뿐만 아니라 그 보호법익이 일치한다고 볼 수 없다. 상상적 경합이 아닌 실제적 경합관계에 있다고 보아야 한다(대판 2022.9.7, 2022도6993).

[사실관계] ‘피고인이 2020. 7. 29.경 텔레그램 대화방에 참여하여 이를 조직적인 형태로 발전시키고 다수의 구성원들을 모아 범죄집단인 “○○○○”을 구성한 후 2021. 3. 8.경까지 ○○○○의 수괴로서, 지인에 대한 음란물 합성사진을 의뢰하거나 미성년자 조건 만남을 의뢰하는 다수 피해자들을 상대로 그 의뢰 사실을 주변 사람들에게 알리겠다고 협박하여 자신들의 지시에 따르도록 하면서, 2020. 8. 초순경부터 2021. 2. 중순경까지 자신들의 지시에 불응한 피해자들 39명의 의뢰 사실을 폭로하여 명예를 훼손하고, 2020. 8. 25.경 및 2020. 8. 28.경 2명의 아동·청소년 피해자들에게 속옷을 벗은 나체 사진을 찍어 전송하도록 지시하고, 2020. 9. 1.경부터 2021. 3. 5.경까지 피해자들 41명으로부터 돈을 갈취하거나 미수에 그치는 등 활동하였다.’는 사실과 피고인이 ○○○○의 성명불상 구성원들과 공동하여 집단의 위력을 과시하는 방법으로 2020. 7. 30.경부터 2021. 2. 23.경까지 지인에 대한 음란물 합성사진 등을 의뢰한 342명의 피해자들을 협박하여 ○○○○의 격리유치장 대화방에 입장하도록 한 후 반성문 작성, 일상생활 보고 등 의무 없는 일을 하게 강요하거나 미수에 그쳤다.’는 취지로 폭력행위처벌법 위반(단체 등의 공동강요)의 범죄사실은 범행의 기간 등이 일부 중첩되긴 하나, 전체 범행기간이 일치하지 않고 범행의 상대방, 수단 내지 방법, 보호법익 등도 상이하며 실제적 경합관계에 있으므로, 공소사실의 기본적인 사실관계가 동일하다고 볼 수 없다(대판 2022.9.7, 2022도6993). ⇨ 공소장변경 허용 X

※ 폭처법 제4조 제1항의 단체구성·활동죄로 공소제기한 후 폭처법 제2조 제2항 제2호 단체등 공동강요죄를 추가하여 공소장변경을 신청한 경우 이를 허용하지 않은 사례

≡ 범죄단체조직·활동죄(포괄일죄)와 사기죄(보이스피싱): 실제적 경합, 공소장 변경 허용 X ★

8. 피고인이 저녁 시간에 무면허인 상태로 차량을 운전하여 인근 식당까지 이동하고(제1 무면허운전 혐의), 약 3시간이 경과 후 식당 인근에서 시동이 켜진 위 차량에서 술에 취해 잠이 든 상태로 발견되어 경찰에 의해 음주측정을 받은 다음(제2 무면허운전 및 음주운전 혐의), 검사가 피고인에 대하여 제2 무면허운전 및 음주운전을 하였다는 혐의로 기소하였다. 제2 무면허운전과 제1 무면허운전은 시간 및 장소에 있어 일부 차이가 있으나, 같은 날 동일 차량을 무면허로 운전하려는 단일하고 계속된 범의 아래 동종 범행을 같은 방법으로 반복한 것으로 포괄하여 일죄에 해당하고 그 기초가 되는 사회적 사실관계도 기본적인 점에서 동일하다(대판 2022.10.27, 2022도8806). ⇨ 공소장변경 허용 O

※ 도로교통법상 무면허운전죄의 죄수 판단기준: 행위표준설 ⇨ 운전한 날마다 1죄

9. ‘공판기일 변경명령’ 을 송달받은 경우도 ‘**적법한 공판기일 통지**’ 에 포함된다(대판 2022.11.10, 2022도7940).
  - ※ 제365조 ‘**피고인 진술없이 판결할 있는 경우**’ = 적법한 공판기일 통지를 받고 2회 이상 연속하여 정당한 이유 없이 출정하지 아니한 경우
10. 형사소송법 제312조 제5항의 적용대상인 ‘**수사과정에서 작성한 진술서**’ 란 수사가 시작된 이후에 수사기관의 관여 아래 작성된 것이거나, 개시된 수사와 관련하여 수사과정에 제출할 목적으로 작성한 것으로, 작성 시기와 경위 등 여러 사정에 비추어 그 실질이 이에 해당하는 이상 명칭이나 작성된 장소 여부를 불문한다(대판 2022.10.27, 2022도9510).
  - [사실관계] 경찰관이 입당원서 작성자의 주거지·근무지를 방문하여 그 작성 경위 등을 질문한 후 작성을 요구하여 제출받은 ‘진술서’ 에 대해서는 형사소송법 제312조 제5항이 적용되므로 형사소송법 제244조의4에서 정한 절차 등을 준수하지 않았을 경우 증거능력을 부정할 사례(대판 2022.10.27, 2022도9510).
  - ⇨ 제312조 제4항 참고인진술조서의 증거능력 인정요건을 갖추어야
  - ※ 제244조의4(수사과정의 기록) = 도착시각·마친 시각 등 기록 또는 별도서면 기록 편철
11. 수사기관이 작성한 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서에 대한 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 수단으로서 형사소송법 제312조 제4항에 규정된 ‘**영상녹화물**’ 이라 함은 형사소송법 및 형사소송규칙에 규정된 방식과 절차에 따라 제작되어 조사 신청된 영상녹화물을 의미한다고 봄이 타당하다(대판 2022.6.16, 2022도364).
  - ※ 사전에 피해자들로부터 서면동의를 받지 않고 조서를 열람하는 도중 영상녹화가 중단되어 조사 전 과정이 녹화되지 않은 영상녹화물에 의하여 피해자들에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 인정할 수 없다고 한 사례
12. 범행 후 (성폭행)피해자의 태도 중 ‘마땅히 그러한 반응을 보여야만 하는 피해자’ 로 보이지 않는 사정이 존재한다는 이유만으로 피해자 진술의 신빙성을 함부로 배척할 수 없다(대판 2022.9.29. 2020도11185).
  - ※ 군인등강제추행·성폭법상 통신매체이용음란사건
13. **휴대전화에 대한 임의제출서, 압수조서** 등은 경찰이 피고인의 범행 직후 범행 현장에서 피고인으로부터 위 휴대전화를 임의제출 받아 압수하였다는 내용으로서 피고인의 자백을 보장하는 증거가 된다(대판 2022.11.17, 2019도11967).
  - ※ 성폭법상 카메라이용촬영사건(청바지입은 피해자들의 엉덩이를 26회 촬영한 사건) ⇨ 임의제출받은 휴대전화에서 전자정보를 복제·탐색·출력하는 과정에 피고인 참여기회를 보장하지 않아 동영상을 복제한 시디 및 출력한 사진은 증거능력이 없다고 한 사례
14. 제1심판결서에 재판한 법관의 서명날인이 누락되어 있고, 항소심이 이를 간과한 채 일부 피고인들의 항소를 기각하는 판결을 선고한 것은 판결에 영향을 미친 법률 위반에 해당한다(대판 2022.7.14, 2022도5129).
  - ※ 법관의 서명날인이 누락 = 제38조(재판서의 방식) 위반 ⇨ 상고이유(제383조 제1호) ○
15. 도로교통법 위반(음주운전)죄로 1회 이상 형사처벌을 받은 전력이 있는 피고인이 음주측정을 요구받고도 이에 응하지 않았다는 도로교통법 위반(음주측정거부)의 공소사실에 대하여, 유죄판결선고 후, 헌법재판소가 위헌결정을 선고한 위 법률조항 부분은 소급하여 효력을 상실하였으므로 해당 법조를 적용하여 기소한 피고사건은 죄가 되지 않는 경우에 해당한다(대판 2022.6.9, 2021도14878). ⇨ 무죄판결

※ 원심판결 선고 후 헌법재판소가 도로교통법 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제1항을 1회 이상 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제2항을 위반한 사람’에 관한 부분에 대하여 위헌결정(헌법재판소 2022. 5. 26. 선고 2021헌가32 등 전원재판부 결정 참조)을 선고한 사안

16. 형사소송법 제364조의2 조항에서 정한 ‘**항소한 공동피고인**’은 제1심의 공동피고인으로서 자신이 항소한 경우는 물론 그에 대하여 검사만 항소한 경우까지도 포함한다(대판 2022.7.28, 2021도10579).

※ 제364조의2(공동피고인을 위한 파기) 피고인을 위하여 원심판결을 파기하는 경우에 파기의 이유가 ‘**항소한 공동피고인**’에게 공통되는 때에는 그 공동피고인에게 대하여도 원심판결을 파기하여야 한다.

17. **즉시항고도** 상소의 일종이므로 **재소자 특칙**(제344조 제1항)은 집행유예취소 결정에 대한 즉시항고회복청구서의 제출에도 마찬가지로 적용된다(대결 2022.10.27, 2022모1004).

※ 상소권회복청구기각결정에 대한 재항고사건

∵ 재소자특칙(제344조 제1항)을 상소권회복청구에 준용하고 있으므로(제355조)

※ 제344조(재소자에 대한 특칙) ① 교도소 또는 구치소에 있는 피고인이 상소의 제기기간 내에 상소장을 교도소장 또는 구치소장 또는 그 직무를 대리하는 자에게 제출한 때에는 상소의 제기기간 내에 상소한 것으로 간주한다.

18. 형벌조항에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 있는 경우 **헌법재판소법 제47조에 의한 재심**은 원칙적인 재심대상판결인 제1심 유죄판결 또는 파기자판한 상급심판결에 대하여 청구하여야 한다. 제1심이 유죄판결을 선고하고, 그에 대하여 불복하였으나, 항소 또는 상고기각판결이 있었던 경우에 헌법재판소법 제47조를 이유로 재심을 청구하려면 재심대상판결은 제1심판결이 되어야 하고, / 항소 또는 상고기각판결을 재심대상으로 삼은 재심 청구는 법률상의 방식을 위반한 것으로 부적법하다(대결 2022. 6. 16. 2022모509).

19. 재심대상판결에서 징역 2년에 집행유예 3년을 선고받은 후 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간이 경과하였으므로, 이 사건 재심대상판결에 적용된 구 특정범죄가중법 제5조의4 제1항 중 형법 제329조에 관한 위헌결정의 취지를 반영하여 이 사건 재심판결에서 다시 징역 2년에 집행유예 3년을 선고받고 유예기간이 경과하지 않았더라도, 이 (**재심판결**)는 **특정범죄가중법 제5조의4 제5항의 “징역형을 받은 경우”에 해당하지 않는다**(대판 2022.7.28, 2020도13705).

※ 특가법 제5조의4 제5항 = 반복적인 절도등 범행에 대한 누범가중 처벌규정

∵ 징유기간 경과에 따라 형선고의 효력이 상실되어 특가법 제5조의4 제5항의 징역형을 받은 경우에 해당하지 않게 되었음에도 재심에서 다시 징역형 집행유예가 선고되었다는 우연한 사정변경만으로 특가법 제5조의4 제5항을 적용하는 것은 특가법 제5조의4 제5항의 입법취지에 반하고, 재심절차가 개시된 피고인에게 예상치 못한 부당한 결과를 초래하므로

20. **소송촉진법** 제26조 제7항에 따르면 피해자는 피고사건의 범죄행위로 발생한 피해에 관하여 **다른 절차에 따른 손해배상청구가 법원에 계속 중일 때에는** 배상신청을 할 수 없다. 여기에서 ‘**다른 절차에 따른 손해배상청구**’는 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 피해에 관하여 불법행위를 원인으로 손해배상청구를 하는 경우를 가리킨다. 그러한 경우에는 같은 법 제32조 제1항이 정하는 바에 따라 법원은 결정으로 **배상명령신청을 각하**해야 한다(대판 2022.7.28, 2020도12279).

[헌법재판소 결정]

1. **전기통신사업법 제30조** 본문 중 ‘누구든지 전기통신사업자 가운데 이동통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 타인의 통신용으로 제공하여서는 아니 된다.’ 부분 및 제97조 제7호 중 ‘전기통신사업자 가운데 이동통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 타인의 통신용으로 제공한 자’에 관한 부분은 **이동통신서비스 이용자의 일반적 행동자유권을 침해하지 아니한다**(헌재결 2022.6.30, 2019헌가14).
  - ※ **전기통신사업법 제30조의 ‘통신실명제’는 명의자와 실제 이용자가 다른 차명휴대전화, 이른바 대포폰이 보이스피싱(Voice Phishing) 등 범죄의 범행도구로 악용되는 것을 방지하여 이동통신시장질서를 교란하는 행위 등을 막기 위한 취지의 조항으로 입법목적이 정당하고, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추어 일반적 행동자유권의 침해가 아니라고 본 사례**
  - ※ **통신의 자유 및 표현의 자유는 제한하지 않는다고 보았음! ★**
2. 수사기관 등이 전기통신사업자에게 이용자의 성명 등 통신자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있도록 한 **전기통신사업법 제83조 제3항** 중 ‘검사 또는 수사관서의 장(군 수사기관의 장을 포함한다), 정보수사기관의 장의 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해 방지를 위한 정보수집을 위한 통신자료 제공요청’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 관한 헌법재판소의 판단
  - ① **수사기관 등에 의한 통신자료 제공요청(이용자의 성명·주민등록번호·주소·전화번호·아이디·가입일 또는 해지일 등)은 임의수사★에 해당하는 것으로, 전기통신사업자가 이에 응하지 아니한 경우에도 어떠한 법적 불이익을 받는다고 볼 수 없다.** 따라서 이 사건 **통신자료 취득행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 않는다.**
  - ② 이 사건 법률조항은 **직접성이 인정된다.** 직접성을 부정한 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 안에서 이를 변경한다.
  - ③ 이 사건 법률조항은 **개인정보자기결정권을 제한하나, 영장주의가 적용되지 않으며, 명확성원칙·과잉금지원칙에 위배되지 않는다.★**
  - ④ 이 사건 법률조항은 통신자료 취득에 대한 **사후통지절차를 두지 않아 적법절차원칙에 위배된다.★**
  - ⑤ 이 사건 법률조항은 **통신자료 취득 자체가 헌법에 위반된다는 것이 아니라 통신자료 취득에 대한 사후통지절차를 마련하지 않은 것이 헌법에 위반된다는 것이므로, 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌 결정을 하게 되면 법적 공백이 발생하게 된다.** 따라서 이 사건 법률조항에 대하여 **잠정적용**을 명하는 **헌법불합치결정**을 선고하되, 입법자는 늦어도 **2023. 12. 31.까지 개선입법을 하여야 한다**(헌재결 2022.7.21, 2016헌마388).
3. 공무원이 지위를 이용하여 범한 공직선거법위반죄의 경우 ① ‘공무원이 지위를 이용하여’에 관한 부분은 **죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않고**, ② 일반인이 범한 공직선거법위반죄와 달리 **공소시효를 10년으로 정한 것**에 관한 부분은 **평등원칙에 위반되지 않는다**(헌재결 2022.8.31, 2018헌바440).
4. **별건으로 공소제기 후 확정되어 검사가 보관하고 있는 서류**에 대하여 법원의 열람·등사 허용 결정이 있었음에도 검사가 청구인에 대한 형사사건과의 관련성을 부정하면서 해당 서류의 열람·등사를 허용하지 아니한 행위에 대한 헌법소원심판에 있어서 심판청구의 이익이 존재하며, **이 사건 거부행위가 청구인의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다**(헌재결 2022.6.30, 2019헌마356).
  - ※ **제266조의3(공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사)**