

**2024년 하반기  
형사소송법 기출 및 판례 총정리**

**조충환 & 오상훈**

**PMG 박문각**



# [2024년 하반기 최신판례]

## 1. 국선변호인 관련

(1) 피고인에게 유리한 양형요소를 주장할 필요성이 있다면 피고인의 권리보호를 위하여서는 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위에서 국선변호인을 선정하여 방어권을 보장해 줄 필요가 있다고 할 것이다. 검사만이 양형부당을 이유로 항소한 사안에서 항소법원이 변호인이 선임되지 않은 피고인에 대하여 검사의 양형부당 항소를 받아들여 형을 선고하는 경우에는 공판심리단계에서부터 국선변호인의 선정을 적극적으로 고려하여야 한다(대판 2024.7.11, 2024도4202).

(2) 항소심에서 양형이 피고인에게 불리하게 변경되는 경우뿐 아니라, 제1심법원이 피고인에 대하여 무죄를 선고하였으나 검사가 항소한 사안에서 항소법원이 변호인이 선임되지 않은 피고인에 대하여 검사의 항소를 받아들여 유죄를 선고하는 경우에는 공판심리단계에서부터 국선변호인의 선정을 더욱 적극적으로 고려하여야 한다. 그리하여 국선변호인이 피고인을 위하여 유죄 증명을 위한 검사의 주장과 증거 제출에 대응하는 데에서 나아가, 제1심의 무죄판결에서는 판단된 바 없는 양형에 관한 주장과 그에 관한 자료를 제출하도록 함으로써 피고인의 권리를 보호할 필요성은 충분하다고 할 것이다(대판 2024.7.11, 2024도4202).

2. 검사의 벌과금 납부독촉서에 법원 및 검찰 사건번호, 벌금액수, 납부기한 등이 기재되기는 하지만, 재판절차의 종류와 경과, 정식재판 청구기간 등이 기재되어 있지 않고 재판서 등본이 첨부되지 않아 피고인으로서의 공소제기된 죄명과 구체적인 범죄사실을 알 수 없어, 피고인이 벌과금 납부독촉서를 송달 받았다는 것만으로 약식명령이 고지된 사실을 알았다고 단정하기 어려우므로, 이로써 피고인이 책임질 수 없는 사유가 해소되어 그날부터 정식재판청구권회복 청구기간이 진행한다고 볼 수 없다(대결 2024.7.18, 2023모2908).

### 3. 유류물 압수·수색

-피고인이 불법 촬영 혐의로 주거지 압수수색을 받던 중 고층 아파트 바깥으로 저장매체(SSD카드파일) 등이 든 신발주머니를 투척한 사건으로, 판례에 의하면, 피고인이 저장매체를 던진 행위는 소유권을 포기한 것으로 해석할 수 있어 유류물로서 영장 없는 압수가 가능하다고 보았으며(증거능력인정), 유류물의 압수에 있어서는 일반적인 압수수색과 달리 압수의 대상이나 범위가 한정된다거나, 참여권자의 참여가 필수적이라고 볼 수는 없다는 입장으로 압수의 허용범위를 넓게 인정하는 것으로 보인다-

(1) 유류물 압수·수색에 대해서는 원칙적으로 영장에 의한 압수·수색·검증에 관하여 적용되는 형사소송법 제215조 제1항이나 임의제출물 압수에 관하여 적용되는 형사소송법 제219조에 의하여 준용되는 제106조 제1항, 제3항, 제4항에 따른 관련성의 제한이 적용된다고 보기 어렵다(대판 2024.7.25, 2021도1181).

(2) 유류물 압수는 수사기관이 소유권이나 관리처분권이 처음부터 존재하지 않거나, 존재하였지만 적법하게 포기된 물건, 또는 그와 같은 외관을 가진 물건 등의 점유를 수사상 필요에 따라 취득하는 수사방법을 말한다. 따라서 유류물 압수에 있어서는 정보저장매체의 현실적 지배·관리 혹은 이에 담겨있는 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 인정하기 어렵다. 정보저장매체를 소지하고 있던 사람이 이를 분실한 경우와 같이 그 권리를 포기하였다고 단정하기 어려운 경우에도, 수사기관이 그러한 사정을 알거나 충분히 알 수 있었음에도 이를 유류물로서 영장 없이 압수하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 영장에 의한 압수나 임의제출물 압수와 같이 수사기관의 압수 당시 참여권 행사의 주체가 되는 피압수자가 존재한다고 평가할 수는 없다.

따라서, 범죄수사를 위해 정보저장매체의 압수가 필요하고, 정보저장매체를 소지하던 사람이 그에 관한 권리를 포기하였거나 포기한 것으로 인식할 수 있는 경우에는, 수사기관이 형사소송법 제218조에 따라 피의자 기타 사람이 유류한 정보저장매체를 영장 없이 압수할 때 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 압수의 대상이나 범위가 한정된다거나, 참여권자의 참여가 필수적이라고 볼 수는 없다(대판 2024.7. 25, 2021도1181).

4. 국민참여재판으로 진행된 제1심법원에서 배심원이 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우라면, 그 무죄판결에 대한 항소심에서의 추가적이거나 새로운 증거조사는 형사소송법과 형사소송규칙 등에서 정한 바에 따라 증거조사의 필요성이 분명하게 인정되는 예외적인 경우에 한정하여 실시하는 것이 바람직하다(대판 2024.7.25, 2020도7802).

5. 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진정하다는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 추행의 범의에 대한 증거가 부족하다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 강제추행죄의 유죄로 판단할 수는 없다(대판 2024.8.1, 2024도3061).

6. 공소취소 후 재기소는 헌법 제13조 제1항 후문 ‘거듭처벌금지의 원칙’의 정신에 따라 불안정한 지위에 놓이게 될 수 있는 피고인의 인권과 법적 안정성을 보장한다는 관점에서 엄격하게 해석해야 한다. 따라서 ‘다른 중요한 증거를 발견한 경우’란 공소취소 전에 가지고 있던 증거 이외의 증거로서 공소취소 전의 증거만으로서 증거불충분으로 무죄가 선고될 가능성이 있으나 새로 발견된 증거를 추가하면 충분히 유죄의 확신을 가지게 될 정도의 증거가 있는 경우를 말하고, 공소취소 전에 충분히 수집 또는 조사하여 제출할 수 있었던 증거들은 새로 발견된 증거에 해당한다고 보기 어렵다(대판 2024.8.29, 2020도16827).

7. 형사소송법 제194조의2 제2항 제1호에 따라 법원이 비용보상청구의 전부 또는 일부를 기각하기 위해서는 피고인이었던 사람이 단순히 거짓 자백을 하거나 다른 유죄의 증거를 만드는 것만으로는 부족하고 그에게 ‘수사 또는 재판을 그르칠 목적’이 있어야 한다. 여기서 ‘수사 또는 재판을 그르칠 목적’은 헌법 제28조가 보장하는 형사보상청구권을 제한하는 예외적인 사유임을 감안할 때 신중하게 인정하여야 하고, 형사보상청구권을 제한하고자 하는 측에서 이를 입증하여야 한다(대결 2024.9.10, 2023모1766).

## 8. 증인에 대한 증거조사

(1) 증인이 해외 체류 중이어서 법정 출석에 따른 증인신문이 어렵다는 이유로, 형사소송법이 규정한 증인에 대한 증거조사 방식인 ‘신문’에 의하지 아니하고 증인에게 증인으로서 부담해야 할 각종 의무를 부과하지 아니한 채 별다른 법적 근거 없이 증인이 증인으로서 출석하지 않았음을 전제로 하면서도 인터넷 화상장치를 통해서 검사의 주신문, 변호인의 반대신문 등의 방식을 통해 공소증인의 진술을 청취하는 방법으로 증거조사를 한 다음 진술의 형식적 변형(녹취파일과 녹취서 등본)에 해당하는 이 사건 각 증거를 검사로부터 제출받는 우회적인 방식을 취하였다. 이와 같은 조치는 형사소송법이 정한 증인에 대한 적법한 증거조사로 볼 수 없다. 따라서 그러한 진술청취의 결과물인 이 사건 각 증거는 증거능력이 없어 사실인정의 자료로 삼을 수 없고, 이는 피고인과 변호인이 그와 같은 절차 진행에 동의하였거나 사후에 그 증거조사 결과에 대하여 이의를 제기하지 아니하고 증거로 함에 동의하였더라도 마찬가지이다 (대판 2024.9.12, 2020도14843).

(2) 형사소송법 제1편 제12장 및 형사소송규칙 제1편 제12장에서 증인에 대한 증거조사를 ‘신문’의 방식으로 하면서 소환방법과 법정에서 불출석할 경우의 제재와 조치, 출석한 증인에 대한 선서와 위증의 벌의 경고, 증언거부권 고지 및 신문문의 구체적인 방식 등에 대하여 엄격한 절차 규정을 두는 한편, 법정 외 신문(제165조), 비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문(제165조의2) 규정에서 정한 사유 등이 있는 때에만 예외적으로 증인이 직접 법정에서 출석하지 않고 증언할 수 있도록 정하였다. 이는 사건의 실체를 규명하는 데 가장 직접적이고 핵심적인 증인으로 하여금 원칙적으로 공개된 법정에서 출석하여 법관 앞에서 선서한 후 정해진 절차에 따른 신문의 방식으로 증언하도록 하여 재판의 공정성과 증언의 확실성·진실성을 담보하고, 법관은 그러한 증인의 진술을 토대로 형성된 유무죄의 심증에 따라 사건의 실체를 규명하도록 하기 위함이다. 그러므로 범죄사실의 인정을 위한 증거조사는 특별한 사정이 없는 한 공개된 법정에서 법률이 그 증거방법에 따라 정한 방식으로 하여야 하고, 이를 토대로 형성된 심증에 따라 공소가 제기된 범죄사실이 합리적인 의심이 없는 정도로 증명되었는지를 판단하여야 한다(대판 2024.9.12, 2020도14843).

9. 항소심에서도 피고인의 출석 없이는 원칙적으로 개정하지 못하며(제276조, 제370조), 피고인이 항소심 공판기일에 나오지 않은 때에는 다시 기일을 정해야 하고 피고인이 정당한 사유 없이 다시 정한 기일에도 출석하지 않은 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있다(제365조). 다만 법정형이 '500만 원 이하의 벌금 또는 과료'에 해당해 중형선고의 가능성이 없는 사건에서는 항소심에서도 피고인의 출석 없이 개정할 수 있다(제277조 제1항, 제370조). 형법 제329조(절도죄)의 법정형은 '6년 이하의 징역 또는 1000만 원 이하의 벌금'이므로 형사소송법에 따라 항소심에서 불출석 재판이 허용되는 사건에 해당하지 않는다(대판 2024.9.13. 2024도8185).

10. '직권의 남용'에 해당하는지 그 판단의 대상이 검사의 수사권 행사라면, 수사는 수사의 목적을 달성할 필요가 있는 경우에 한하여 상당하다고 인정되는 방법에 의하여 이루어져야 한다는 수사원칙과 공익의 대표자로서 실제적 진실에 입각한 국가 형벌권의 실현을 위하여 공소를 제기하고 그 과정에서 피고인의 정당한 이익을 옹호하여야 한다는 검사의 의무도 함께 고려되어야 한다(대결 2024.9.19, 2024모179).

11. 휴대전화는 정보처리장치나 정보저장매체의 특성을 가지고 있기는 하나, 기본적으로 통신매체의 특성을 가지고 있어 컴퓨터, 노트북 등 정보처리장치나 USB, 외장하드 등 정보저장매체와는 명확히 구별되는 특성을 가지고 있다. 휴대전화, 특히 스마트폰에는 전화·문자메시지·SNS 등 통신, 개인 일정, 인터넷 검색기록, 전화번호, 위치정보 등 통신의 비밀이나 사생활에 관한 방대하고 광범위한 정보가 집적되어 있다. 이와 같이 휴대전화에 저장된 전자정보는 컴퓨터나 USB 등에 저장된 전자정보와는 그 분량이나 내용, 성격 면에서 현저한 차이가 있으므로, 휴대전화에 대한 압수·수색으로 얻을 수 있는 전자정보의 범위와 그로 인한 기본권 침해의 정도도 크게 다르다. 따라서 압수·수색영장에 기재된 '압수할 물건'에 휴대전화에 저장된 전자정보가 포함되어 있지 않다면, 특별한 사정이 없는 한 그 영장으로 휴대전화에 저장된 전자정보를 압수할 수는 없다(대결 2024.9.25, 2024모2020).

## 12. 형사소송법 제123조 제2항, 제3항 관련

(1) 형사소송법 제123조 제2항, 제3항, 제219조에서 정한 바에 따라 압수·수색영장의 집행에 참여하는 주거주 등 또는 이웃 등은 최소한 압수·수색절차의 의미를 이해할 수 있는 정도의 능력을 갖추고 있어야 한다(대판 2024.10.8, 2020도11223).

(2) 형사소송법 제123조 제2항과 제3항은 주거주, 간수자 또는 이에 준하는 사람이나 이웃 사람 또는 지방공공단체의 직원의 참여에 관하여 그 참여 없이 압수·수색영장을 집행할 수 있는 예외를 인정하지 않고 있다. 이는 형사소송법 제121조, 제122조에서 압수·수색영장의 집행에 대한 검사, 피의자, 변호인의 참여에 대하여 급속을 요하는 등의 경우 집행의 일시와 장소의 통지 없이 압수·수색영장을 집행할 수 있다고 한 것과 다른 점이다. 따라서 형사소송법 제123조 제2항에서 정한 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선박·차량 안에 대한 압수·수색영장의 집행이 주거주 등이나 이웃 등의 참여 없이 이루어진 경우 특별한 사정이 없는 한 그러한 압수·수색영장의 집행은 위법하다고 보아야 한다. 나아가 주거주 등 또는 이웃 등이 참여하였다고 하더라도 그 참여자에게 최소한 압수·수색절차의 의미를 이해할 수 있는 정도의 능력이 없거나 부족한 경우에는, 주거주 등이나 이웃 등의 참여 없이 이루어진 것과 마찬가지로 형사소송법 제123조 제2항, 제3항에서 정한 압수·수색절차의 적법요건이 갖추어졌다고 볼 수 없으므로 그러한 압수·수색영장의 집행도 위법하다(대판 2024.10.8, 2020도11223).

(3) 형사소송법 제123조 제2항, 제3항에 따라 압수·수색영장의 집행에 참여하는 주거주, 간수자 또는 이에 준하는 사람이나 이웃 사람 또는 지방공공단체의 직원에게도 의사소통이나 의사표현에 어려움을 겪는 장애가 있을 수 있으므로, 압수·수색영장을 집행하는 수사기관으로서는 그러한 장애가 있는 참여자에 대하여 장애인차별금지법 제26조 제6항의 취지에 맞는 적법한 조치를 취함으로써 형사소송법 제123조 제2항, 제3항이 요구하는 압수·수색절차의 적법요건이 갖추어질 수 있도록 하여야 한다. 이러한 법리는, 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선박·차량 안에 대한 압수·수색에서 피의자가 동시에 주거주 등인 경우에도 동일하게 적용된다(대판 2024.10.8, 2020도11223).

(4) 형사소송법이 제121조, 제122조, 제219조에서 ‘당사자의 참여권’이라는 표제 아래 검사, 피의자, 변호인의 참여권을 규정하면서도 제123조에서 ‘책임자의 참여’라는 표제로 주거주 등이나 이웃 등의 필요적 참여를 별도로 정하고 있고, ‘당사자의 참여권’과 ‘책임자의 참여’는 그 취지나 목적, 보호법익이 동일하지 않기 때문이다. 따라서 피의자가 주거주 등인 주거지 등에서 압수·수색영장을 집행하는 경우 피의자에게 최소한 압수·수색절차의 의미를 이해할 수 있는 정도의 능력이 없다면 그 피의자만 참여하는 것으로는 부족하고, 수사기관은 형사소송법 제123조 제3항에 따라 참여능력이 있는 이웃 등을 함께 참여시켜야 한다. 이때 참여능력이 없는 피의자만이 참여하였다면 그 압수·수색은 형사소송법 제123조 제2항, 제3항을 위반한 것으로 원칙적으로 위법하다.. (대판 2024.10.8, 2020도11223).

(5) 형사소송법 제123조 제2항, 제3항, 제219조에 따라 압수·수색절차에 참여한 참여자와 관련하여 해당 절차의 적법요건이 갖추어졌는지는, 수사기관이 인식하였거나 인식할 수 있었던 사정 등을 포함하여 압수·수색 당시를 기준으로 외형적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 살펴 판단하여야 한다. 압수·수색 당시 수사기관이 인식할 수 없었던 참여자의 내부적, 주관적 사정이나 참여자의 객관적 능력에 관한 법률적·사후적인 판단은 고려대상이 아니다(대판 2024.10.8, 2020도11223).

13. 형사소송법 제216조 제3항은 “범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체 없이 영장을 받아야 한다.”라고 규정하고 있다. 이 규정에 따라 압수수색영장을 청구하였다가 영장을 발부받지 못한 때에는 수사기관은 압수한 물건을 즉시 반환하여야 하고, 즉시 반환하지 아니한 압수물은 유죄의 증거로 사용할 수 없으며, 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다. 여기서 압수한 물건을 즉시 반환한다는 것은 수사기관이 압수한 물건을 곧바로 반환하는 것이 현저히 곤란하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 영장을 청구하였다가 기각되는 바로 그때에 압수물을 돌려주기 위한 절차에 착수하여 그 절차를 지연하거나 불필요하게 수사기관의 점유를 계속하는 등으로 지체함이 없이 적극적으로 압수 이전의 상태로 회복시켜 주는 것을 의미한다(대판 2024.10.8, 2024도10062).

14. 경험한 과거의 사실을 진술할 지위에 있지 않음이 명백한 감정인을 법원이 증인 또는 감정증인으로 소환한 경우, 감정인이 소환장을 송달받고 출석하지 않았더라도 그 불출석에 대한 제재로서 형사소송법 제151조 제1항에 따른 과태료를 부과할 수는 없다(대결 2024.10.31, 2024모358).

15. 피고인은 진로변경방법 위반의 범칙행위로 교통사고를 일으켰으나 종합보험 가입으로 벌을 받지 아니하게 되었으므로 도로교통법 제162조 제2항 제2호 단서에 따라 통고처분의 대상인 ‘범칙자’에 해당하고, 통고처분에 따라 범칙금을 납부하면 범칙행위에 대하여 다시 처벌받지 않게 되는데(도로교통법 제164조 제3항), 피고인이 면허벌점 부과가 부당하다는 이유로 이미 납부한 범칙금을 회수한 후 범칙금을 납부하지 아니한 결과 도로교통법과 「즉결심판에 관한 절차법」에 따라 후속절차가 진행되어 이 사건 공소제기에 이르렀으므로, 이 사건 공소제기 절차는 관련 법령이 정한 요건과 절차에 따라 이루어진 것으로서, 거기에 「교통사고처리 특례법」의 취지에 반하는 위법이 있다고 보기 어렵다. 그럼에도 불구하고 이 사건 공소제기 절차가 법령에 위반되어 무효라고 판단한 원심의 조치(공소기각판결)에는, 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(대판 2024.10.31, 2024도 8903) -보험가입이 되었더라도 공소제기는 가능

#### 16. 형사소송법 제59조의2 관련

(1) 형사소송법은 국민의 알권리를 보장하고 사법에 대한 국민의 신뢰를 제고하려는 목적에서 정보공개 원칙을 유지하면서도 국가의 안전보장, 공공복리 등과 같은 국가적·사회적 이익이나 사건관계인의 사생활의 비밀, 생명·신체의 안전, 영업비밀 등 이익이 부당하게 침해되지 않도록 형사재판절차 및 그 소송기록이 가지는 특수성을 고려하여 기록공개에 일정한 제한 혹은 한계를 설정하려는 취지에서 형사재판확정기록의 공개와 제한 등에 관하여 제59조의2를 두고 있다(대결 2024.11.8, 2024모2182).

(2) 형사소송법 제59조의2 제2항 본문에서 정한 공개제한사유 중 제3호의 사유는 “소송기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해할 우려가 있는 경우”이다. 여기에 해당하는지 여부는 여러 사정을 종합적으로 고려하여 신청인의 알권리 및 재판공개 원칙이 물러서야 할 만큼 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또

는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 침해할 가능성이나 위험이 있는지를 기준으로 사회통념에 따라 객관적으로 판단하여야 한다.

한편, 형사소송법 제59조의2 제2항 단서에서는 같은 항 본문 각호로 정한 공개제한사유가 있다고 하더라도 소송관계인이나 이해관계 있는 제3자가 열람 또는 등사에 관하여 정당한 사유가 있다고 인정되는 경우에는 열람 또는 등사를 제한할 수 없도록 공개제한의 예외를 규정하고 있다. 여기서 ‘열람 또는 등사에 관하여 정당한 사유가 있다고 인정되는 경우’란 재판확정기록의 열람 또는 등사로 인하여 국가·사회 및 사건관계인 등에게 초래될 불이익보다 이로 인하여 소송관계인이나 이해관계 있는 제3자가 얻게 될 이익이 우월한 경우를 뜻하고, 구체적인 사안이 이에 해당하는지 여부는 형사재판절차와 그 소송기록의 특수성을 고려하여 신청인의 열람 또는 등사의 목적과 필요성, 그로 인하여 생길 수 있는 사건관계인의 피해의 내용과 정도 등 제반 사정을 종합적으로 비교·교량하여 신중하게 판단하여야 한다(대결 2024.11.8, 2024모2182).

(3) 형사재판확정기록에 관해서는 형사소송법 제59조의2에서 정한 바에 따라 열람·등사신청이 허용되고 이에 관한 검사의 거부나 제한 처분 등에 대한 불복은 준항고 방식에 의한다 따라서 준항고를 준용하는 불복절차에서 법원은 의견제출 기회 부여, 석명, 심문 등을 통해 신청인 및 검사 양측에 공개제한사유가 있는지 여부와 공개제한사유가 있더라도 그 예외에 해당하는 정당한 사유가 있는지 여부를 구체적으로 소명하게 하거나 검사로부터 해당 소송기록을 제출받아 그 내용을 확인하는 등의 방법으로 소송기록의 열람·등사 제한사유 존부 내지 제한예외 해당 여부에 관한 판단에 필요한 제반 사정들을 소송서류 등별로 충실하게 심리한 다음, 이를 바탕으로 해당 소송기록의 열람 또는 등사를 거부하거나 제한한 검사의 처분의 위법 여부 및 당부를 판단하여야 하고, 공개가 일부 허용될 필요가 있다고 보더라도 각 소송서류 등 가운데 공개가 가능한 부분과 공개를 제한할 부분이 혼합되어 있는 경우에는 그 분리 가능 여부에 따라 공개 범위 등을 정하여야 하며, 열람 또는 등사 중 합리적이고 적정한 공개 방법 등을 고려하여 그 처분의 취소 여부와 취소 범위를 결정하여야 한다(대결 2024.11.8, 2024모2182).

## 17. 제313조 제1항에 규정된 서류관련

(1) 형사소송법 제313조 제1항에서 규정한 서류'란, "수사과정 외"에서 작성된 서류를 의미한다(대판 2024.11.14, 2024도11314).

(2) 형사조정조서 중 '피의자의 주장'란에 피고인의 진술을 기재한 부분은 비록 수사기관이 아닌 자에 의하여 작성되었다고 하더라도 수사가 시작된 이후 수사기관의 관여나 영향 아래 작성된 경우로서 실질적으로 고찰할 때 수사과정 외에서 작성된 것이라고 볼 수 없으므로 형사소송법 제313조 제1항에 따라 증거능력을 인정할 수 없다. 이는 수사기관이 작성한 '피의자신문조서'나 '피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서'가 아니고, '피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서'라 보기도 어려우므로 형사소송법 제312조에 의하여 증거능력을 인정할 수도 없다(대판 2024.11.14, 2024도11314).

# [기출문제]

## 제1편 서론

### 1. 실체적 진실주의에 대한 설명으로 옳은 것은?

24.7급 국가직

- ① 실체적 진실주의란 법원이 당사자의 사실상의 주장, 사실의 인부 또는 제출한 증거만을 기초로 사안의 진상을 밝혀 진실한 사실을 인정하여야 한다는 형사소송법상의 원리를 의미한다.
- ② 소극적 실체진실주의는 죄 있는 사람을 빠짐없이 처벌할 것을 요구하고, 적극적 실체진실주의는 죄 없는 사람이 처벌받는 일이 없도록 할 것을 요구한다.
- ③ 소극적 실체진실주의는 입법정책의 차원에서 입법형성권의 행사로 선택된 것에 불과하다.
- ④ 형사소송법에서 적극적 실체진실주의의 요구와 소극적 실체진실주의의 요구가 충돌하는 경우에는 소극적 실체진실주의가 우선한다.

#### 해설

- ① 실체적 진실주의란 법원이 당사자의 사실상의 주장, 사실의 인부 또는 제출한 증거에 구속되지 않고 사안의 진상을 규명하여 객관적 진실을 발견하려는 형사소송법상의 원리를 의미한다.
- ② 적극적 실체진실주의는 죄 있는 사람을 빠짐없이 처벌할 것을 요구하고, 소극적 실체진실주의는 죄 없는 사람이 처벌받는 일이 없도록 할 것을 요구한다.
- ③ 소극적 실체진실주의는 입법정책의 차원에서 입법형성권의 행사로 선택된 것에 불과하는 것이 아니라, 실제 적진실의 발견은 형사소송의 최고의 목표이며, 중요한 지도이념이다.
- ④ 형사소송법에서 적극적 실체진실주의의 요구와 소극적 실체진실주의의 요구가 충돌하는 경우에는 소극적 실체진실주의가 우선한다(통설). 헌법재판소에 의하면 “무죄추정의 원칙을 규정하고 있는 헌법 제27조 제4항을 종합하면, 형사재판절차에는 소극적 진실주의가 헌법적으로 보장되어 있음을 인정할 수 있다” 라고 판시하고 있다(헌재결 1998.12.24, 94헌바46).

정답 ④

### 2. 다음 중 형사소송의 이념과 구조에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24.해경 경위공채

- ① 형사소송에 관한 절차법에서 범인필벌의 요구만을 앞세워 합리성과 정당성을 갖추지 못한 방법이나 절차에 의한 증거수집과 증거조사를 허용하는 것은 적극적 실체 진실주의를 외면한 것이다.
- ② 규문주의는 소추기관과 재판기관이 분리되지 않고 재판기관이 스스로 형사절차를 개시하여 재판을 하는 구조이므로, 불고불리의 원칙이 적용될 여지가 없다.
- ③ 검사에게 공익의 대표자로서 피고인의 정당한 이익을 옹호해야 할 객관의무를 부여하고 있는 점을 고려할 때에도 경찰공무원에 대한 증인적격의 인정은 적법절차의 원칙에 반하지 않는다.
- ④ 직권주의는 사건의 심리가 자칫 법원의 독단에 흘러 피고인의 정당한 권리행사가 무시되기 쉬우나 소위 ‘사법의 스포츠화’를 방지할 수 있다는 장점이 있다.

해설

- ① 형사소송에 관한 절차법에서 소극적 진실주의의 요구를 외면한 채 범인필벌의 요구만을 앞세워 합리성과 정당성을 갖추지 못한 방법이나 절차에 의한 증거수집과 증거조사를 허용하는 것은 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리에 위배되는 것으로서 헌법상 용인될 수 없다(헌재결 1996.12.26, 94헌바1)
- ②④ 통설의 입장으로 옳은 설명이다.
- ③ 헌재결 2001.11.29, 2011헌바41

정답 ①

## 제2편 수사와 공소

### 3. 함정수사에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24.경위공채

- ① 게임장에 잠복근무 중인 경찰관이 게임점수를 환전해줄 것을 요구하여 피고인이 거절했음에도 지속적으로 요구하여 어쩔 수 없이 현금으로 환전해 준 것은 위법한 함정수사에 해당한다.
- ② 사법경찰관리가 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」에 따른 신분비공개수사를 하려는 때에는 사전에 상급 경찰관서 수사부서장의 승인을 받아야 한다.
- ③ 사법경찰관리가 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」에 따른 신분위장수사를 하는 경우에 긴급을 요하는 때에는 법원의 허가없이 신분위장수사를 개시할 수 있다.
- ④ 위법한 범의유발형 함정수사에 기초해 공소가 제기된 경우, 법원은 공소제기절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하므로 무죄판결을 선고해야 한다.

해설

- ① 대판 2021.7.29, 2017도16810
- ② 아동·청소년 성보호에 관한 법률 제25조의3 제1항
- ③ 아동·청소년 성보호에 관한 법률 제25조의4 제1항
- ④ 위법한 범의유발형 함정수사에 기초해 공소가 제기된 경우, 법원은 공소제기절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하므로 공소기각판결을 선고해야 한다(대판 2005.10.28, 2005도1247).

정답 ④

### 4. 음주측정에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경위공채

- ① 운전자가 거부할 경우 사법경찰관에 호흡측정을 강요할 권한은 없으나, 적법한 호흡조사 측정요구를 거부하는 행위 자체가 도로교통법위반(음주측정거부)죄를 구성한다.
- ② 도로교통법에 따른 호흡측정이 이루어졌으나 호흡측정 당시의 구체적 상황에 비추어 호흡측정 결과에 오류가 있다고 인정할만한 객관적이고 합리적인 사정이 있는 경우에는 혈액 채취에 의한 측정 방법으로 다시 음주측정을 하는 것이 허용될 수 있다.
- ③ 워드마크 공식의 경우 그 적용을 위한 자료로는 섭취한 알코올의 양, 음주시각, 체중 등이 필요하므로 그런 전제사실을 인정하기 위해서는 엄격한 증명이 필요하다.
- ④ 음주운전이 의심되는 상황에서 운전자가 혈중알코올농도 측정 직전에 추가로 음주를 한 경우에는 워드마크 공식을 통해 혈중알코올농도를 추정할 수 없다.

해설

- ① 도로교통법 제148조의2 제2항
- ② 대판 2015.7.9, 2014도16051
- ③ 대판 2008.8.21, 2008도5531
- ④ 죄증을 인멸하기 위해 추가음주가 이루어지는 경우 정당한 형사처벌의 필요성이 인정되지만, 별도의 입법적 조치가 없는 현상에서는 위드마크 공식을 통해 혈중알코올농도를 추정할 밖에 없다고 보았다(대판 2023.12.28, 2020도6417).

정답 ④

5. 함정수사에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

24.7급 국가직

- ① 범의를 유발한 함정수사에 기초하여 제기한 공소라 하더라도 이를 무효라 할 수는 없고, 다만, 그러한 수사로 취득한 증거는 증거능력이 부정되므로 법원은 「형사소송법」 제325조 후단(범죄사실의 증명이 없는 때)에 기하여 무죄를 선고하여야 한다.
- ② 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법하다.
- ③ 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 아니한 사인(私人)이 피유인자를 상대로 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우는, 설령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 않는다.
- ④ 구체적인 사건에서 위법한 함정수사에 해당하는지 여부는 해당 범죄의 종류와 성질, 유인자의 지위와 역할, 유인의 경위와 방법, 유인에 따른 피유인자의 반응, 피유인자의 처벌 전력 및 유인행위 자체의 위법성 등을 종합하여 판단하여야 한다.

해설

- ①② 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 볼 것이다. 따라서 형사소송법 제327조 제2호에 의거 공소기각 판결을 선고하여야 한다(대판 2005.10.28, 2005도1247).
- ③ 대판 2008.7.24. 2008도2794
- ④ 대판 2007.7.12, 2006도2339

정답 ①

6. 다음 중 검사와 사법경찰관 등 수사기관에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24.해경 경위공채

- ① 삼림, 해사, 세무 등 특수분야의 수사를 담당하는 사법경찰관리를 특별사법경찰관리라고 하므로, 해양경찰의 경찰공무원도 특별사법경찰관리에 해당한다.
- ② 「형사소송법」에서 검사는 범죄혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다고 규정하고 있으나, 검사가 모든 범죄에 대해 수사를 개시할 수 있는 것은 아니다.

- ③ 「형사소송법」에 따라 검사와 사법경찰관은 수사에 관하여 서로 협력하여야 하므로, 송치 사건의 공소제기 여부 결정에 필요한 경우 검사는 사법경찰관으로부터 송치받은 모든 사건에 대해 직접 보완수사를 하는 것을 원칙으로 한다.
- ④ 고위공직자범죄수사처 검사는 그 직무를 수행함에 있어서 「검찰청법」 제4조에 따른 검사의 직무를 수행할 수 있다. 따라서 고위공직자 등의 모든 범죄에 대하여 원칙적으로 공소제기를 할 수 있다.

**해설**

- ① 해양경찰청 소속 경찰공무원은 일반사법경찰관리에 해당한다(해양경찰법 제13조 제2항·제3항, 제197조 제1항·제2항).
- ② 형사소송법 제196조 제1항, 검찰청법 제4조 제1항, 검사의 수사개시범위에 관한 규정 제2조
- ③ 검사는 사법경찰관으로부터 송치받은 사건에 대해 보완수사가 필요하다고 인정하는 경우에는 직접 보완수사를 하거나 법 제197조의2제1항제1호에 따라 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다. 다만, 송치사건의 공소제기 여부 결정에 필요한 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 특별히 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 필요가 있다고 인정되는 경우를 제외하고는 검사가 직접 보완수사를 하는 것을 원칙으로 한다(수사준칙 제59조 제1항).
- ④ 수사처검사는 제3조 제1항 제2호에서 정하는 사건에 대해서만 공소제기 가능하고, 이를 제외한 고위공직자범죄 등에 관한 수사를 한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 송부하여야 한다(제26조 제1항).

**정답 ②**

**7. 「형사소송법」 제197조의3(시정조치요구 등), 제197조의4(수사의 경합) 및 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?**

24.순경2차

- ① 검사는 사법경찰관의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 사법경찰관에게 사건기록 등본의 송부를 요구할 수 있다.
- ② 위의 ①에 따라 검사로부터 사건기록 등본의 송부 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건기록 등본을 송부하여야 하며, 이 경우 사법경찰관은 요구를 받은 날부터 7일 이내에 사건기록 등본을 검사에게 송부해야 한다.
- ③ 검사는 사법경찰관과 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있으며, 이 때에는 그 내용과 이유를 구체적으로 적은 서면으로 해야 한다.
- ④ 수사의 경합에 따라 사건송치를 요구받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건을 송치하여야 하며, 검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우 사법경찰관은 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 없다.

**해설**

- ①② 제197조의3 제1항·제2항, 수사준칙 제45조 제2항
- ③ 제197조의 4 제1항, 수사준칙 제49조 제1항

- ④ 검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우 사법경찰관은 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있다(제197조의4 제1항·제2항).

정답 ④

8. 해양경찰관의 수사로 범행이 밝혀지자 피해자 A(甲의 비동거친족)는 수사 단계에서 甲(절도교사죄, 장물취득죄), 乙·丙(특수절도죄)을 고소하였다. 이후 제1심 공판 과정에서 A가 甲에 대하여 처벌을 원하지 않는다는 취지로 고소취소장을 제출하였고 甲·乙·丙이 함께 재판을 받고 있다. 이에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24.해경 경위공채

- ① 친고죄의 공범 중 그 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에 대하여도 효력이 있다.
- ② 상대적 친고죄에서 공범자 중 일부만이 피해자와 일정한 신분관계가 있는 경우에 비신분자에 대한 고소는 신분자에 대하여 효력이 없고, 신분자에 대한 고소취소는 비신분자에 대하여 효력이 없다.
- ③ 법원은 乙·丙에 대해서는 유·무죄의 실체판결을 하여야 한다.
- ④ 법원은 甲에 대해서는 공소기각의 결정을 하여야 한다.

해설

- ① 제233조
- ② 통설의 입장으로 옳은 설명이다.
- ③ 乙·丙은 친고죄가 아니므로 법원은 유·무죄의 실체재판을 하여야 한다
- ④ 신분자인 甲(친고죄)에 대해서는 고소가 취소되었으므로 제327조 제5호에 의거 공소기각판결을 하여야 한다.

정답 ④

9. 고소·고발에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

24. 9급 법원직

- ① 피해자가 반의사불벌죄의 공범 중 그 1인에 대하여 처벌을 희망하는 의사를 철회한 경우, 다른 공범자에 대하여 처벌 희망의사가 철회된 것으로 볼 수 없다.
- ② 폭행죄의 피해자가 의사능력 있는 미성년자인 경우, 그 미성년자가 가해자에 대한 처벌을 원하지 않는다는 의사표시를 명백히 하면 공소를 제기할 수 없다.
- ③ 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 위반죄를 적용하여 위반행위자들 중 일부에 대하여 공정거래위원회가 고발을 하였다면 나머지 위반행위자에 대하여도 위 고발의 효력이 미친다.
- ④ 고소권자가 비친고죄로 고소한 사건이더라도 검사가 사건을 친고죄로 구성하여 공소를 제기하였다면 공소장 변경절차를 거쳐 공소사실이 비친고죄로 변경되지 아니하는 한, 법원으로서 친고죄에서 소송조건이 되는 고소가 유효하게 존재하는지를 직권으로 조사·심리하여야 한다.

해설

- ① 대판 1994.4.26, 93도1689
- ② 대판 2009.11.19, 2009도6058 전원합의체
- ③ 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 위반죄를 적용하여 위반행위자들 중 일부에 대하여 공정거래위원회가 고발을 하였다면 나머지 위반행위자에 대하여 위 고발의 효력이 미치지 아니한다(대판 2010.9.30, 2008도4762).
- ④ 대판 2015.11.17, 2013도7987

정답 ③

10. 고소와 처벌불원의사에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경위공채

- ① 공갈죄의 수단으로서 한 협박은 공갈죄에 흡수되어 별도로 협박죄를 구성하지 않으므로, 乙이 甲을 협박죄로 고소하였다가 취소하였다고 하여도 이는 甲을 공갈죄로 처벌하는 데에 장애가 되지 않는다.
- ② 성년후견인이 의사무능력인 피해자를 대리하여 반의사불벌죄의 처벌불원의사를 결정하거나 처벌희망의사를 철회할 수 없으나, 성년후견개시심판에서 가정법원의 허가를 얻은 경우에는 그렇지 않다.
- ③ 회사의 업무를 처리하는 사람이 회사 명의의 합의를서를 임의로 작성·교부한 행위에 의해 회사에 재산상 손해를 가하였다면, 사문서위조죄 및 동행사죄와 업무상 배임죄가 성립할 수 있다.
- ④ 고소는 수사기관에 '접수' 되어야 하므로 현장출동 경찰관에게 고소장을 교부하였다가 경찰관이 경찰서에 접수시키기 전에 반환받았다면 고소로서의 효력이 발생하지 않는다.

해설

- ① 대판 1996.9.24, 96도2151
- ② 성년후견인이 의사무능력인 피해자를 대리하여 반의사불벌죄의 처벌불원의사를 결정하거나 처벌희망의사를 철회할 수 없다. 성년후견개시심판에서 가정법원의 허가를 얻은 경우에도 마찬가지이다(대판 2023.7.17, 2021도11126 전원합의체).
- ③ 대판 2009.4.9, 2008도5634
- ④ 대판 2008.11.27, 2007도4977

정답 ②

11. 친고죄의 고소에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

24.7급 국가직

- ① 친고죄의 공범 중 일부에 대하여 제1심판결이 선고된 후에는 아직 제1심판결을 선고받지 않은 다른 공범자에 대하여 고소취소가 있다 하더라도 그 고소취소는 효력이 없지만, 이러한 법리는 필요적 공범에는 적용되지 않는다.
- ② 법정대리인의 고소권은 무능력자의 보호를 위하여 법정대리인에게 주어진 고유권이므로, 법정대리인은 피해자의 고소권 소멸 여부에 관계없이 고소할 수 있고, 피해자의 명시한 의사에 반하여도 고소할 수 있다.

- ③ 범행 당시 고소능력이 없던 피해자가 그 후에 비로소 고소능력이 생겼다면 그 고소기간은 고소능력이 생긴 때로부터 기산해야 한다.
- ④ 친고죄에 대하여 고소할 자가 없는 경우에 이해관계인의 신청이 있으면 검사는 10일 이내에 고소할 수 있는 자를 지정해야 한다.

**해설**

- ① 친고죄의 공범중 그 일부에 대하여 제1심판결이 선고된 후에는 제1심판결선고전의 다른 공범자에 대하여는 그 고소를 취소할 수 없고 그 고소의 취소가 있다 하더라도 그 효력을 발생할 수 없으며, 이러한 법리는 필요적 공범이나 임의적 공범이나를 구별함이 없이 모두 적용된다(대판 1985.11.12, 85도1940).
- ② 대판 1999.12.24, 99도32784
- ③ 대판 1995.5.9, 95도696
- ④ 제228조

**정답 ①**

**12. 피의자신문에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?**

24.순경2차

- ㉠ 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 진술을 하지 아니할 수 있다는 것, 진술을 거부할 권리를 포기하고 행한 진술은 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있다는 것, 신문물을 받은 때에는 변호인을 참여하게 하는 등 변호인의 조력을 받을 수 있다는 것을 고지하여야 한다.
- ㉡ 검사 또는 사법경찰관은 피의자의 연령·성별·국적 등의 사정을 고려하여 그 심리적 안정의 도모와 원활한 의사소통을 위하여 필요한 경우 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 하며, 신뢰관계인이 동석하지 않은 상태에서 행한 진술은 임의성이 인정되더라도 유죄인정의 증거로 사용할 수 없다.
- ㉢ 검사 또는 사법경찰관은 오후 9시부터 오전 6시까지 사이에 조사를 해서는 안되지만, 공소시효가 임박하거나 피의자를 체포한 후 48시간 이내에 구속영장의 청구 또는 신청 여부를 판단하기 위해 불가피한 경우에는 심야조사를 할 수 있다.
- ㉣ 피의자의 진술을 영상녹화하는 경우 미리 영상녹화사실을 알려주어야 하며, 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 하고, 영상녹화가 완료된 때에는 피의자 또는 변호인의 요구가 없더라도 피의자 또는 변호인 앞에서 영상녹화물을 재생하여 시청하게 한 후 지체없이 그 원본을 봉인하고 피의자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.

- ① ㉠㉡
- ② ㉠㉢
- ③ ㉡㉣
- ④ ㉠㉡㉢㉣

**해설**

- ㉠ O : 제244조의3 제1항
- ㉡ X : 검사 또는 사법경찰관은 피의자의 연령·성별·국적 등의 사정을 고려하여 그 심리적 안정의 도모와 원활한 의사소통을 위하여 필요한 경우 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다(제44조의5). 신뢰관계인이 동석하지 않은 상태에서 행한 진술이 임의성이 인정될 경우 유죄인정의 증거로 사용할 수 있는가에 대해서는 관점에 따라 해석이 달라질 수 있는 문제로 보여진다.
- ㉢ O : 수사준칙 제21조 제1항·제2항

㉔ X : 피의자의 진술을 영상녹화하는 경우 미리 영상녹화사실을 알려주어야 하며, 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 하고(제244조의2 제1항), 영상녹화가 완료된 때에는 피의자 또는 변호인의 요구가 있는 때에는 피의자 또는 변호인 앞에서 영상녹화물을 재생하여 시청하게 한 후(제244조의2 제3항) 지체없이 그 원본을 봉인하고 피의자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다(제244조의2 제2항).

**정답 ①**

**13. 긴급체포에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?**

24. 9급 법원직

- ① 검사가 형사소송법 제200조의4 제4항에 따른 석방통지를 법원에 하지 아니하였더라도 긴급체포 당시의 상황과 경위, 긴급체포 후 조사 과정 등에 특별한 위법이 있다고 볼 수 없는 이상, 단지 사후에 석방통지가 법에 따라 이루어지지 않았다는 사정만으로 그 긴급체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서들의 작성이 소급하여 위법하게 된다고 볼 수는 없다.
- ② 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 긴급체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자 수색, 체포현장에서의 압수, 수색, 검증을 할 수 있고, 긴급체포된 피의자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 48시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.
- ③ 검사 또는 사법경찰관은 구속영장을 청구하거나 신청하지 않고 긴급체포한 피의자를 석방하려는 때에는 긴급체포 후 석방된 자의 인적사항, 긴급체포의 일시·장소와 긴급체포하게 된 구체적 이유, 석방의 일시·장소 및 사유, 긴급체포 및 석방한 검사 또는 사법경찰관의 성명을 적은 피의자 석방서를 작성해야 한다.
- ④ 사법경찰관은 긴급체포한 피의자에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 하나, 사전에 석방 건의서를 작성·제출하여 검사의 지휘를 받을 필요는 없다.

해설

- ① 대판 2014.8.26, 2011도6035
- ② 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 긴급체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자 수색, 체포현장에서의 압수, 수색, 검증을 할 수 있고(제216조 제1항 제1호), 긴급체포된 피의자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다(제217조 제1항).
- ③ 수사준칙 제36조 제1항 제2호
- ④ 수사준칙 제36조 제2항 제2호

**정답 ②**

**14. 현행범체포에 대한 설명으로 옳은 것(O)과 옳지 않은 것(X)을 올바르게 조합한 것은?  
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

24. 경위공채

가. 「형사소송법」 제211조가 현행범인으로 규정한 “범죄의 실행의 즉후인 자” 라고 함은, 범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 일반인의 입장에서 볼 때 명백한 경우를 말한다.

나. 사법경찰관리가 현행범인을 체포하는 경우에 체포이유 등의 고지는 체포를 위한 실행력행사 전에 하여야 하는 것이 원칙이나, 달아나거나 대항하는 피의자 등에 대하여는 붙들거나 제압한 후에 지체없이 행할 수 있다.

다. 범죄의 실행 중이거나 실행 직후인 형사미성년자도 현행범체포의 대상이 될 수 있다.

라. 사법경찰관이 피의자를 현행범으로 체포하면서 체포사유 및 변호인선임권을 고지하지 아니하였음에도 불구하고, 고지한 것으로 현행범인체포서를 작성한 경우 허위공문서작성죄가 성립한다.

- ① 가(X), 나(O), 다(X), 라(O)
- ② 가(O), 나(O), 다(O), 라(X)
- ③ 가(O), 나(X), 다(X), 라(X)
- ④ 가(X), 나(O), 다(O), 라(O)

**해설**

- ㉠ X : “범죄의 실행의 즉후인 자”라고 함은, 범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 체포하는 자의 입장에서 볼 때 명백한 경우를 일컫는다(대판 2007.4.13, 2007도1249).
- ㉡ O : 대판 2010.6.24, 2008도11226
- ㉢ X : 현행범체포의 대상은 범죄사실이 존재해야 한다. 범죄성립여부가 불확실한 경우 물론 위법성조각사유 내지 책임조각사유가 있으면 현행범체포가 허용되지 않는다.
- ㉣ O : 대판 2010.6.24, 2008도11226

**정답 ①**

**15. 체포에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

24.순경2차

- ① 체포영장에 의하여 체포된 자가 그 후 석방되었더라도, 동일한 범죄사실에 관하여 다시 체포영장을 청구하는 취지 및 이유를 기재한 후 체포영장을 다시 청구할 수 있다.
- ② 체포된 피의자는 관할 법원에 체포의 적부심사를 청구할 수 있으며, 청구를 받은 법원은 그 청구가 이유 있다고 인정한 경우에는 심사 청구 후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 결정으로 체포된 피의자의 석방을 명하여야 한다.
- ③ 사법경찰관은 체포영장에 의해 피의자를 체포하는 경우에는 미리 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 때에 한정하여 영장 없이 타인의 주거나 타인의 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자 발견을 위한 수색을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체 없이 수색영장을 받아야 한다.
- ④ 현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접촉성, 범인·범죄의 명백성 외에 체포의 필요성, 즉 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 하며, 이러한 현행범인 체포의 요건을 갖추었는지는 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다.

해설

- ① 제200조의2 제4항
- ② 제214조의2 제1항·제4항
- ③ 사법경찰관은 체포영장에 의해 피의자를 체포하는 경우에는 미리 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 때에 한정하여 영장 없이 타인의 주거나 타인의 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자 발견을 위한 수색을 할 수 있다(제216조 제1항 제1호). 이 경우에는 사후에 지체 없이 수색영장을 받을 필요는 없다.
- ④ 대판 2011.5.26, 2011도3682, 대판 2018.3.29, 2017도21537

정답 ③

16. 체포에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?

24.7급 국가직

ㄱ. 체포영장 집행 시 미리 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 때에는 수색영장 없이 타인의 주거에 들어가서 피의자의 발견을 위한 수색을 할 수 있다.

ㄴ. 사법경찰관이 긴급체포된 피의자에 대한 긴급체포 승인 건의와 함께 구속영장을 검사에게 신청한 경우, 검사는 긴급체포의 승인 및 구속영장의 청구가 피의자의 인권에 대한 부당한 침해로 초래하지 않도록 긴급체포의 적법성 여부를 심사하면서 필요한 경우 피의자를 검찰청으로 출석시켜 직접 대면 조사할 수 있는 권한을 가진다.

ㄷ. 현행범 체포의 적법성은 체포 당시의 구체적 상황을 기초로 객관적으로 판단되어야 하고, 사후에 범인으로 인정되었는지 여부도 고려하여 판단되어야 한다.

ㄹ. 경찰관들이 체포영장을 발부받았으나 급속을 요하여 그 체포영장을 제시하지 않은 채 체포절차에 착수하였는데, 피의자가 흥분하며 타고 있던 승용차를 출발시켜 경찰관들에게 상해를 입히는 범죄를 추가로 저지른 경우, 저항하는 피의자를 특수공무집행방해치상죄의 현행범으로 적법하게 체포한 후 위 체포영장을 별도로 제시하지 않았더라도 피의자에 대한 체포절차는 적법하다.

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

해설

- ㉠ O : 제216조 제1항 제1호
- ㉡ O : 대판2010.10.28, 2008도11999
- ㉢ X : 현행범 체포의 적법성은 체포 당시의 구체적 상황을 기초로 객관적으로 판단하여야 하고, 사후에 범인으로 인정되었는지에 의할 것은 아니다(대판 2013.8.23, 2011도4763).
- ㉣ O : 대판 2021.6.24, 2021도4648

정답 ③

17. 다음 <보기> 중 구속전 피의자신문제도에 대한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?

24.하반기 해경순경

- ㉠ 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다. 이 경우 특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날까지 심문하여야 한다.
- ㉡ 피의자에 대한 심문절차는 원칙적으로 공개 하지 아니하나, 판사는 상당하다고 인정 하는 경우에는 피의자의 친족, 피해자 등 이해 관계인의 방청을 허가할 수 있다.
- ㉢ 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원 판사는 직권으로 변호인을 선정 하여야 한다. 이 경우 변호인의 선정은 피의자에 대한 구속영장 청구가 기각되어 효력이 소멸한 경우를 제외하고는 제1심까지 효력이 있다.
- ㉣ 검사와 변호인은 판사의 심문이 끝난 후에 의견을 진술할 수 있으며, 피의자는 판사의 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다.
- ㉤ 법원은 변호인의 사정이나 그 밖의 사유로 변호인 선정결정이 취소되어 변호인이 없게 된 때에는 직권으로 변호인을 다시 선정하여야 한다.

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

**해설**

- ㉠ X: 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다. 이 경우 특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날의 다음날까지 심문하여야 한다(제201조의2제1항).
- ㉡ O: 규칙 제96조의14
- ㉢ O: 제201조의2 제8항
- ㉣ O: 규칙 제96조의16 제3항·제4항
- ㉤ X: 법원은 변호인의 사정이나 그 밖의 사유로 변호인 선정결정이 취소되어 변호인이 없게 된 때에는 직권으로 변호인을 다시 선정할 수 있다(제201조의2 제9항).

**정답 ②**

**18. 피고인 구속에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?**

**24. 9급 법원직**

- ① 법원은 피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없고, 이러한 사전청문절차는 합의부원 1인이 진행할 수는 없으므로 재판부를 구성하는 법관 전원이 참여한 가운데 이루어져야 한다.
- ② 사전청문절차는 피고인의 출석 하에 이루어지는 것이 원칙이나, 피고인이 출석하기 어려운 특별한 사정이 있고 상당하다고 인정하는 때에는 검사와 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 진행할 수 있다.
- ③ 피고인을 구속하는 구속영장에는 피고인의 성명, 주거, 죄명, 공소사실의 요지, 인치 구금할 장소, 발부년월일, 그 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 할 취지를 기재하여야 하나, 피고인의 성명이 분명하지 아니한 때에는 인상, 체격, 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항으로 피고인을 표시할 수 있다.
- ④ 법원은 피고인의 현재지의 지방법원판사에게 피고인의 구속을 촉탁할 수 있고, 이 경우 촉탁을 받은 지방법원판사는 피고인이 관할구역 내에 현재하지 아니한 때에는 그 현재지의 지방법원판사에게 다시 피고인의 구속을 촉탁할 수 있으며, 촉탁을 받은 지방법원판사는 구속영장을 발부하여야 한다.

해설

- ① 사전청문절차는 합의부원으로 하여금 진행하게 할 수 있다(제72조의2 제1항)
- ② 제72조의2 제2항
- ③ 제209조, 제75조 제2항·제3항
- ④ 제77조 제1항 ~ 제3항

정답 ①

19. 구속집행정지에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

24. 9급 법원직

- ① 구속집행정지는 피고인 등의 신청 또는 직권에 의하여 할 수 있고, 구속의 집행이 정지될 뿐이며 구속영장의 효력에는 영향이 없다는 점에서 보석과 동일하나, 보증금의 납입 등을 조건으로 하지 않고 친족·보호단체 기타 적당한 자에게 부탁하거나 주거를 제한하여 석방한다는 점에서는 보석과 차이가 있다.
- ② 구속집행이 정지된 피고인은 수사기관의 관찰대상이 되지만 이것만으로 피고인의 도망을 막기에는 부족하고, 또한 피고인이 도망할 염려가 있는 경우에는 구속집행정지 취소 사유가 될 뿐이다.
- ③ 구속집행정지결정에는 정지의 기간을 정할 수도 있고 정하지 않을 수도 있으며, 구속집행정지결정에 있어서 기간을 정할 것인지 여부가 법원의 재량에 맡겨져 있으므로 결정 후 이를 연장 또는 단축하는 것도 가능하다.
- ④ 헌법 제44조 제2항에 따라 구속된 국회의원에 대하여 국회의 석방요구가 있으면 구속영장의 집행이 당연히 정지되므로, 수소법원은 구속집행정지의 결정을 따로 할 필요가 없다. 국회의 석방요구가 있는 경우 검찰총장은 즉시 석방을 지휘하고 그 사유를 수소법원에 통지하여야 한다.

해설

- ① 구속집행정지는 직권(신청x)에 의해서만 가능(제101조 제1항)
- ② 제102조 제2항 제2호
- ③ 구속집행정지결정에 있어서 기간을 정할 것인지의 여부가 법원의 재량에 맡겨져 있으므로 기간이 없는 경우도 있을 수 있으나, 통상적으로는 일정기간을 정해서 구속집행을 정지한다.
- ④ 제101조 제4항, 제5항

정답 ①

20. 구속에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24.순경2차

- ① 구속기간의 만료로 피고인에 대한 구속의 효력이 상실된 후 항소법원이 피고인에 대한 판결을 선고하면서 피고인을 구속한 경우, 이는 「형사소송법」 제208조(재구속의 제한)의 규정에 위배되는 재구속 또는 이중구속에 해당하지 않는다.
- ② 피의자가 체포 또는 구인된 경우 경찰 수사과정에서의 구속 기간 또는 검찰 수사과정에서의 구속기간은 피의자를 체포 또는 구인한 날부터 기산하며, 구속기간의 초일은 시간을 계산함이 없이 1일로 산정한다.

- ③ 구속의 사유가 없거나 소멸된 때에는 피고인, 피고인의 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매·가족·동거인 또는 고용주는 법원에 구속된 피고인의 구속취소를 청구할 수 있다.
- ④ 구속 전 피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장청구서·수사관계서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 사법경찰관 및 검사의 피의자에 대한 구속기간에 산입하지 않는다.

**해설**

- ① 대결 1985.7.23, 85모12
- ② 제66조 제1항, 제203조의2
- ③ 구속의 사유가 없거나 소멸된 때에는 피고인, 피고인의 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 청구에 의하여 결정으로 구속을 취소하여야 한다(제93조).
- ④ 제201조의2 제7항

**정답 ③**

**21. 체포·구속적부심사에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?**

24. 9급 법원직

- ① 체포적부심사청구를 받은 법원이 그 청구가 이유 있다고 인정할 때에는 결정으로 체포된 피의자의 석방을 명하여야 하며, 검사는 이 결정에 대하여 항고하지 못한다.
- ② 구속영장을 발부한 법원은 구속적부심사의 심문·조사·결정에 관여하지 못하고, 이는 구속영장을 발부한 법관 외에는 심문·조사·결정을 할 판사가 없는 경우에도 마찬가지이다.
- ③ 체포영장에 의하여 체포된 피의자뿐만 아니라 체포영장에 의하지 아니하고 긴급체포된 피의자도 체포적부심사의 청구권자에 해당한다.
- ④ 구속된 피의자로부터 구속적부심사의 청구를 받은 법원이 보증금납입조건부 피의자석방 결정을 내린 경우 보증금이 납입된 후에야 피의자를 석방할 수 있다.

**해설**

- ① 제214조의2 제8항
- ② 체포영장이나 구속영장을 발부한 법원은 제4항부터 제6항까지의 심문·조사·결정에 관여할 수 없다. 다만, 체포영장이나 구속영장을 발부한 법관 외에는 심문·조사·결정을 할 판사가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.(제214조의2 제12항).
- ③ 제214조의2 제1항
- ④ 제214조의2 제7항, 제100조

**정답 ②**

**22. 압수·수색에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?**

24. 9급 법원직

- ① 피해자 등 제3자가 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체를 임의제출한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피의자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다.
- ② 정보저장매체를 임의제출한 피압수자에 대하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이

보장되어야 하는 ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’에 해당하는지 여부와 관련하여, 정보저장매체의 외형적·객관적 지배·관리 등 상태와 별도로 단지 피의자나 그 밖의 제3자가 과거 그 정보저장매체의 이용 내지 개별 전자정보의 생성·이용 등에 관여한 사실이 있다는 사정만으로 그들을 실질적으로 압수·수색을 받는 당사자로 취급하여야 하는 것은 아니다.

- ③ 압수목록은 압수 직후 현장에서 바로 작성하여 교부하는 것이 원칙이고, 임의제출에 따른 압수의 경우에도 범죄혐의를 전제로 한 수사 목적이나 압수의 효력은 영장에 의한 경우와 동일하므로, 수사기관은 영장에 의한 압수와 마찬가지로 객관적·구체적 압수목록을 신속하게 작성·교부할 의무를 부담한다.
- ④ 수사기관이 압수·수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압수·수색을 실시하고 그 집행을 종료한 이후에도 압수·수색영장의 유효기간이 남아 있고 동일한 장소 또는 목적물에 대하여 다시 압수·수색할 필요가 있다면 이를 제시하고 다시 압수·수색을 하는 것이 가능하다.

**해설**

- ① 대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체
- ② 대판 2022.1.27, 2021도11170
- ③ 대결 2024.1.5, 2021모385
- ④ 수사기관이 압수·수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압수·수색을 실시하고 그 집행을 종료하였다면 이미 그 영장은 목적을 달성하여 효력이 상실되는 것이고, 동일한 장소 또는 목적물에 대하여 다시 압수·수색할 필요가 있는 경우라면 그 필요성을 소명하여 법원으로부터 새로운 압수·수색영장을 발부 받아야 하는 것이지, 앞서 발부 받은 압수·수색영장의 유효기간이 남아있다고 하여 이를 제시하고 다시 압수·수색을 할 수는 없다(대결 1999.12.1, 99모161).

**정답 ④**

**23. 압수·수색·검증에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은 ?(다툼이 있는 경우 판례의 함)**

24.경찰경력직

- ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 현행범으로 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 체포현장에서의 압수, 수색, 검증을 할 수 있다.
- ② 압수·수색영장을 집행함에는 원칙적으로 미리 집행의 일시와 장소를 피의자 또는 변호인에게 통지를 생략할 수 있는데, 여기서 ‘급속을 요하는 때’라고 함은 압수·수색영장 집행 사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수·수색의 실효를 거두기 어려운 경우를 의미한다
- ③ 범행 중 또는 범행직후의 범죄 장소에서 수사상 필요가 수사상 필요가 있는 때에는 긴급한 경우가 아니라도 수사기관은 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있으나, 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다
- ④ 검사 또는 사법경찰관은 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.

**해설**

- ① 제216조 제1항 제1호

- ② 대판 2012.10.11, 2012도7455
- ③ 범행 중 또는 범행직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다(제216조 제3항).
- ④ 제217조 제1항

**정답 ③**

**24. 임의제출에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

24. 경위공채

- ① 「형사소송법」 제218조의 임의제출에 따른 압수의 경우에도 수사기관은 영장에 의한 압수와 마찬가지로 객관적·구체적인 압수목록을 신속하게 작성·교부할 의무를 부담한다.
- ② 피해자 등 제3자가 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체를 영장에 의하지 않고 임의제출한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 실질적 피압수자인 피의자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 해당 피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다.
- ③ 현행범 체포현장이나 범죄 현장에서도 소지자 등이 임의로 제출하는 물건을 「형사소송법」 제218조에 의하여 영장 없이 압수하는 것이 허용되나, 이 경우 검사나 사법경찰관은 별도로 사후에 영장을 받아야 한다.
- ④ 임의제출자의 의사에 따른 전자정보 압수의 대상과 범위가 명확하지 않거나 알 수 없는 경우에는 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실과 관련되고 이를 증명할 수 있는 최소한의 가치가 있는 전자정보에 한해 압수의 대상이 된다.

**해설**

- ① 대결 2024.1.5, 2021모385
- ② 대판 2021.11.18, 2016도348전원합의체
- ③ 형사소송법 제218조에 의하면 검사 또는 사법경찰관은 피의자 등이 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건은 영장 없이 압수할 수 있으므로, 현행범 체포 현장이나 범죄 장소에서도 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 위 조항에 의하여 영장 없이 압수할 수 있고, 이 경우에는 검사나 사법경찰관이 사후에 영장을 받을 필요가 없다(대판 2016.2.18, 2015도13726).
- ④ 대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체

**정답 ③**

**25. 압수·수색에 관한 설명 중 옳고 그름의 표시(O, X)가 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

24.순경2차

- ① 압수·수색의 처분을 받는 자가 여럿인 경우에는 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하며, 이 경우 피의자에게는 개별적으로 해당 영장의 사본을 교부해야 하는데, 피의자에게 영장을 제시하거나 영장의 사본을 교부할 때에는 사건관계인의 개인정보가 피의자의 방어권 보장을 위해 필요한 정도를 넘어 불필요하게 노출되지 않도록 유의해야 한다.

- ㉠ 압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미하는데, 이러한 인적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범에 대한 피고사건에 대해서만 인정되는 것이지, 필요적 공범에 대한 피고사건에 대해서 인정되는 것은 아니다.
- ㉡ 현행범 체포현장이나 범죄현장에서 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 영장 없이 압수할 수 있으며, 다만 이 경우 검사나 사법경찰관은 사후에 지체 없이 영장을 받아야 한다.
- ㉢ 수사기관에 의해 참여권을 고지받은 피압수자가 압수·수색현장에 출입한 상태에서 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의 사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 방식으로 복제하여 생성한 파일을 제출받아 압수한 경우, 수사기관이 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 한다.

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

**해설**

- ㉠ O : 수사준칙 제38조 제2항, 제3항
- ㉡ X : 피의자와 사이의 인적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 대상자의 범죄를 의미하는 것이나, 그의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다(대판 2017.1.25, 2016도13489).
- ㉢ X : 현행범 체포 현장이나 범죄 장소에서도 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 위 조항에 의하여 영장 없이 압수할 수 있고, 이 경우에는 검사나 사법경찰관이 사후에 영장을 받을 필요가 없다(대판 2016.2.18, 2015도13726).
- ㉣ X : 대판 2018.2.8, 2017도13263

**정답 ②**

**26. 압수·수색에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?**

24.7급 국가직

- ① 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 해당 클라우드 등에 저장된 전자정보를 임의제출하는 것으로 볼 수 있다.
- ② 전자정보에 대한 압수·수색영장에 기하여 저장매체 자체를 반출한 후 유관정보를 탐색하는 과정에 당해 영장의 범죄혐의와는 다른 별도의 범죄혐의와 관련된 증거를 발견하게 되어 이를 압수하려는 경우에는 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 위 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받아야 한다.
- ③ 정보통신서비스 회사에서 보관 중인 이메일에 대하여 압수·수색영장을 집행하면서 그 회사에 팩스로 영장 사본을 송신하였다면, 집행 시에 그 영장의 원본을 제시하지 않더라도 위법하지 않다.
- ④ 피의자의 이메일 계정에 대한 접근권한에 갈음하여 발부받은 압수·수색영장의 집행에

필요한 처분은 원격지 서버에 있는 피의자의 이메일 등 관련 전자정보를 수색 장소의 정보처리장치로 내려받거나 그 화면에 현출시키는 행위와 같이 집행의 목적을 달성하기 위한 필요 최소한도의 범위 내에서 그 수단과 목적에 비추어 사회통념상 타당하다고 인정되는 행위이어야 한다.

해설

- ① 대판 2021.7.29, 2020도14654
- ② 대결 2015.7.16, 2011모1839 전원합의체
- ③ 수사기관이 갑 주식회사에서 압수수색영장을 집행하면서 갑 회사에 팩스로 영장 사본을 송신하기만 하고 영장 원본을 제시하거나 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 피압수·수색 당사자에게 교부하지도 않은 채 피고인의 이메일을 압수한 후 이를 증거로 제출하였다면 압수된 이메일은 증거능력이 없다(대판 2017.9.7, 2015도10648).
- ④ 대판 2017.11.29, 2017도9747

정답 ③

27. 「통신비밀보호법」상의 통신제한조치에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24.순경2차

- ㉠ 전기통신의 감청은 ‘감청’의 개념 규정에 비추어 전기통신이 이루어지고 있는 상황에서 실시간으로 전기통신의 내용을 지득·채록하는 경우와 전기통신의 송·수신을 직접적으로 방해하는 경우를 의미하는 것이므로, 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남아있는 기록이나 내용을 열어보는 등의 행위는 포함하지 않는다.
- ㉡ 범죄수사를 위한 통신제한조치의 기간은 1개월을 초과하지 못하고, 그 기간 중 통신제한조치의 목적이 달성되었을 경우에는 즉시 종료하여야 한다.
- ㉢ 사법경찰관은 「통신비밀보호법」 제8조에 따른 긴급통신제한조치를 한 경우에 집행에 착수한 때부터 36시간 이내에 법원의 허가를 받지 못한 경우에는 해당 조치를 즉시 중지하고 해당 조치로 취득한 자료를 폐기하여야 한다.
- ㉣ 사법경찰관은 통신제한조치를 집행한 사건에 관하여 검사가 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분(기소중지 또는 참고인중지 결정은 포함한다)의 통보를 받은 때에는 그 통보를 받은 날부터 30일 이내에 감청의 대상이 된 전기통신의 가입자에게 통신제한조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다.
- ㉤ 「통신비밀보호법」 제3조 제1항을 위반한 불법감청에 의하여 녹음된 전화통화의 내용은 「통신비밀보호법」 제4조에 의하여 원칙적으로 증거능력이 없으나, 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다면 증거능력이 인정된다.

- ① ㉠㉢
- ② ㉡㉣
- ③ ㉠㉡㉣
- ④ ㉠㉢㉣

해설

- ㉠ O : 대판 2016.10.13, 2016도8137
- ㉡ X : 통신제한조치의 기간은 2개월을 초과하지 못하고, 그 기간 중 통신제한조치의 목적이 달성되었을 경우에는 즉시 종료하여야 한다(통신비밀보호법 제6조 제7항).

㉔ O : 통신비밀보호법 제8조 제5항

㉕ X : 사법경찰관은 통신제한조치를 집행한 사건에 관하여.검사로부터 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분(기소중지 또는 참고인중지 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)

㉖ X : 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다(대판 2010.10.14, 2010도9016).

**정답 ①**

**28. 재정신청에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?**

24. 9급 법원직

- ① 고소권자인 고소인 또는 공무원의 일부 직무상 범죄(형법 제123조부터 제126조)에 대한 고발인은 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다.
- ② 재정신청은 서면으로 불기소처분을 한 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 신청하되, 재정신청서는 그 검사가 소속한 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 제출하여야 한다.
- ③ 법원은 재정신청서를 송부받은 때에는 송부받은 날부터 10일 이내에 피의자에게 그 사실을 통지하여야 하며, 3개월 이내에 항고의 절차에 준하여 결정하여야 하나, 3개월의 처리기간은 훈시기간에 해당한다.
- ④ 재정신청서에 재정신청을 이유 있게 하는 사유가 기재되어 있지 않음에도 이를 간과한 채 공소제기결정을 하였다면, 본안 사건 재판부는 원칙적으로 공소제기의 절차가 법률에 위반되어 무효인 경우에 해당함을 이유로 공소기각판결을 하여야 한다.

**해설**

- ① 제260조 제1항
- ② 제260조 제3항
- ③ 제262조제1항-제2항, 대결 1990.12.13, 90모58
- ④ 법원이 재정신청서에 재정신청을 이유 있게 하는 사유가 기재되어 있지 않음에도 이를 간과한 채 형사소송법 제262조 제2항 제2호 소정의 공소제기결정을 한 관계로 그에 따른 공소가 제기되어 본안사건의 절차가 개시된 후에는, 다른 특별한 사정이 없는 한 이제 그 본안사건에서 위와 같은 잘못을 다룰 수 없다(대판 2010.11.11, 2009도224).

**정답 ④**

**29. 사법경찰관의 사건 송치, 불송치에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

24. 경위공채

- ① 경찰서장은 20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처할 범죄사건에 대하여 즉결심판을 청구할 수 있으나, 촉범소년과 우범소년에 대하여는 직접 소년부송치를 할 수 없다.
- ② 공소시효 임박 사건이나 중요사건에 대하여 검사와 사법경찰관은 송치 전에 수사할 사항, 증거수집 대상, 법령 적용 등에 관하여 상호 의견을 제시·교환할 것을 요청할 수 있다.

- ③ 사법경찰관이 불송치 결정을 한 때에는 서류와 증거를 검사에게 송부한 날부터 7일 이내에 서면으로 고소인, 고발인, 피해자 등에게 사건을 검사에게 송치하지 않는 취지와 그 이유를 통지해야 한다.
- ④ 경찰관이 고소사건을 처리하지 아니하였음에도 경찰범죄정보시스템에 그 사건을 검찰에 송치한 것으로 허위사실을 입력한 경우에는 공전자기록위작죄에서 말하는 위작에 해당한다.

**해설**

- ① 경찰서장은 20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처할 범죄사건에 대하여 즉결심판을 청구할 수 있으며 (즉결심판절차법 제2조), 촉법소년과 우범소년에 대하여는 경찰서장이 직접 관할소년부에 송치하여야 한다 (소년법 제4조 제1항 제2호·제3호).
- ② 수사준칙 제4조 제1항
- ③ 제245조의 6
- ④ 대판 2005.6.9, 2004도6132

**정답 ①**

**30. 공소제기에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?**

24.7급 국가직

- ① 공소장부분의 송달 없이 공소를 제기한 경우와 같이 공소제기에 현저한 방식 위반이 있는 경우 공소제기 절차가 무효인 경우에 해당하지만, 이러한 공소제기에 대하여 피고인과 변호인이 이의를 제기하지 아니하고 변론에 응하였다면 그 하자는 치유된다.
- ② 경찰서장의 청구에 의해 즉결심판을 받은 피고인으로부터 적법한 정식재판의 청구가 있는 경우 경찰서장의 즉결심판 청구는 공소제기와 동일한 소송행위이므로 공판절차에 의하여 심판하여야 한다.
- ③ 검사가 공소사실의 일부가 되는 범죄일람표를 전자적 형태의 문서로 작성한 후 종이 문서로 출력하여 제출하지 아니하고 전자적 형태의 문서가 저장된 저장매체 자체를 서면인 공소장에 첨부하여 제출한 경우, 저장매체에 저장된 전자적 형태의 문서 부분까지 공소가 제기된 것이라고 할 수는 없다.
- ④ 공소장에 범죄의 일시·장소·방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 형사소송법의 취지에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 개괄적 표시가 부득이한 경우에는 공소제기가 위법하다고 할 수 없다.

**해설**

- ① 공소의 제기에 현저한 방식 위반이 있는 경우에는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하고, 위와 같은 절차위배의 공소제기에 대하여 피고인과 변호인이 이의를 제기하지 아니하고 변론에 응하였다고 하여 그 하자가 치유되지는 않는다(대판 2009.2.26, 2008도11813).
- ② 대판 2017.10.12, 2017도10368
- ③ 대판 2016.12.15, 2015도3682
- ④ 대판 1991.10.25, 91도2085

**정답 ①**

## 제3편 소송주체와 소송절차의 일반이론

31. 관할에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

24. 9급 법원직

- ① 단독판사의 관할사건이 공소장변경에 의하여 합의부 관할사건으로 변경된 경우에는 단독판사는 관할위반의 판결을 선고하여 사건을 관할권이 있는 합의부에 이송해야 한다.
- ② 같은 사건이 사물관할을 같이 하는 여러 개의 법원에 계속된 경우에 각 법원에 공통되는 바로 위의 상급법원은 검사나 피고인의 신청에 의하여 결정으로 뒤에 공소를 받은 법원으로 하여금 심판하게 할 수 있다.
- ③ 관할이전의 사유가 존재하는 경우 검사는 직근 상급법원에 관할의 이전을 신청할 의무가 있다.
- ④ 토지관할에 있어서 ‘현재지’는 공소제기 당시 피고인이 현재 한 장소로서 임의에 의한 현재지 뿐만 아니라 적법한 강제에 의한 현재지도 이에 해당한다.

해설

- ① 단독판사의 관할사건이 공소장변경에 의하여 합의부 관할사건으로 변경된 경우에는 법원은 결정으로 관할권이 있는 법원에 이송한다(제8조 제2항).
- ② 제13조
- ③ 제15조
- ④ 대판 2011.12.22, 2011도12927

정답 ①

32. 피의자 및 피고인의 진술거부권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

24.7급 국가직

- ① 진술거부권은 피의자나 피고인으로서 수사 또는 공판절차에 계속 중인 자뿐만 아니라 장차 피의자나 피고인이 될 자에게도 보장되며, 형사절차뿐만 아니라 행정절차나 국회에서의 조사절차 등에서도 보장된다.
- ② 사법경찰관이 피의자에게 진술거부권을 행사할 수 있음을 알려 주고 그 행사 여부를 질문하였다면, 피의자신문조서 중 진술거부권 행사 여부에 대한 피의자의 답변 부분에 피의자의 기명날인 또는 서명이 되어 있지 아니하였다고 하더라도 그 피의자신문조서의 증거능력이 배제되는 것은 아니다.
- ③ 형사소송절차에서 피고인은 방어권에 기하여 범죄사실에 대한 진술을 거부하거나 거짓 진술도 할 수 있지만, 그러한 태도나 행위가 피고인에게 보장된 방어권 행사의 범위를 넘어 객관적이고 명백한 증거가 있음에도 진실의 발견을 적극적으로 숨기거나 법원을 오도하려는 시도에 기인한 경우에는 가중적 양형의 조건으로 참작될 수 있다.
- ④ 수사기관에 의한 진술거부권 고지의 대상이 되는 피의자의 지위는 수사기관이 범죄인지서를 작성하는 등의 형식적인 사건수리 절차를 거치기 전이라도 조사대상자에 대하여 범죄의 혐의가 있다고 보아 실질적으로 수사를 개시하는 행위를 한 때에 인정된다.

해설

- ① 헌재결 1990.8.27, 89헌가118
- ② 사법경찰관이 피의자에게 진술거부권을 행사할 수 있음을 알려 주고 그 행사 여부를 질문하였다 하더라도, 형사소송법 제244조의3 제2항에 규정한 방식에 위반하여 진술거부권 행사 여부에 대한 피의자의 답변이 자필로 기재되어 있지 아니하거나 그 답변 부분에 피의자의 기명날인 또는 서명이 되어 있지 아니한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제312조 제3항에서 정한 '적법한 절차와 방식에 따라 작성'된 조서라 할 수 없으므로 그 증거능력을 인정할 수 없다(대판 2013.3.28, 2010도3359).
- ③ 대판 2001.3.9, 2001도192
- ④ 대판 2015.10.29, 2014도5939

정답 ②

### 33. 변호인과 관련된 설명으로 옳지 않은 것은?

24.7급 국가직

- ① 필요적 국선변호인 선정 사유 중 하나인 '피고인이 구속된 때'란 피고인이 해당 형사 사건에서 구속되어 재판받을 경우뿐만 아니라 피고인에게 별건으로 구속영장이 발부되어 집행되고 있는 경우도 포함된다.
- ② 피고인이 공판기일에 출석하여 증거로 함에 동의하지 않는다는 의견을 진술한 경우에는 그 후 피고인이 출석하지 아니한 공판기일에 변호인만 출석하여 증거로 함에 동의하였다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 증거동의를 효력이 발생하지 않는다.
- ③ 필요적 변호사건에서 항소법원이 국선변호인을 선정하고 피고인과 그 변호인에게 소송기록 접수통지를 한 다음 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 항소법원이 국선변호인의 선정을 취소한 경우, 항소법원은 그 사선변호인에게도 다시 같은 통지를 하여야 한다.
- ④ 항소심에서 변호인이 선임된 후 동일 피고인에 대한 변호인이 없는 다른 사건이 병합된 경우, 항소법원은 변호인에게 병합된 사건에 관한 소송기록 접수통지를 함으로써 병합된 사건에도 피고인을 위하여 항소이유서를 작성·제출할 수 있게 하여야 하고, 이때 변호인의 항소이유서 제출기간은 변호인이 위 통지를 받은 날부터 계산한다.

해설

- ① 대판 2024.5.23, 2021도6357 전원합의체
- ② 대판 2013.3.28, 2013도3
- ③ 형사소송법은 항소법원이 항소인인 피고인에게 소송기록접수통지를 하기 전에 변호인의 선임이 있는 때에는 변호인에게도 소송기록접수통지를 하도록 정하고 있으므로(제361조의2 제2항), 피고인에게 소송기록접수통지를 한 다음에 변호인이 선임된 경우에는 변호인에게 다시 같은 통지를 할 필요가 없다(대결 2018.11.22, 2015도10651 전원합의체).
- ④ 대판 2010.5.27, 2010도3377

정답 ③

### 34. 형사소송법상 송달영수인 신고제도에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

24. 9급 법원직

- ① 피고인, 대리인, 대표자, 변호인 또는 보조인이 법원 소재지에 서류의 송달을 받을 수 있는 주거 또는 사무소를 두지 아니한 때에는 법원 소재지에 주거 또는 사무소 있는 자를 송달영수인으로 선임하여 연명한 서면으로 신고하여야 한다.

- ② 송달영수인 선임 및 신고가 필요한 ‘법원 소재지’는 당해 법원이 위치한 특별시, 광역시, 시 또는 군이므로, 인천광역시 옹진군이나 대구광역시 달성군에 서류 송달을 받을 수 있는 주거나 사무소를 두고 있는 피고인은 송달영수인을 선임하여 이를 신고할 필요가 없다.
- ③ 송달영수인의 자격에는 제한이 없으며 자연인은 물론 법인도 송달영수인으로 선임할 수 있으며, 송달영수인의 선임은 같은 지역에 있는 각 심급법원에 대하여 효력이 있으므로, 사건의 이송 또는 상소에 의해서 사건이 다른 지역에 있는 법원에 계속된 경우에는 송달영수인의 선임신고는 당연히 효력을 잃는다.
- ④ 송달영수인에게 항소기록접수통지서가 송달된 경우 항소이유서를 제출하여야 할 사람은 송달영수인이 아니라 피고인이므로, 항소이유서 제출기간의 연장 여부는 피고인 본인의 주거 또는 사무소를 기준으로 결정된다.

**해설**

- ① 제60조 제1항
- ② 송달영수인 선임 및 신고가 필요한 ‘법원 소재지’(제60조)는 당해 법원이 위치한 특별시, 광역시, 시 또는 군(다만, 광역시내의 군은 제외)으로 한다(규칙 제42조).
- ③ 제60조 제3항
- ④ 제67조

**정답 ②**

**35. 소송행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?**

24.7급 국가직

- ① 피고인에 대한 공시송달은 피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알 수 없는 때에 한하여 할 수 있으므로, 피고인의 주거 등을 파악하기 위해 필요한 조치를 취하지 아니한 채 곧바로 공시송달의 방법으로 송달을 하고 피고인의 진술 없이 판결을 하는 것은 허용되지 않는다.
- ② 음주운전과 관련한 도로교통법위반죄의 범죄수사를 위하여 미성년자인 피의자의 혈액채취가 필요한 경우에도 피의자에게 의사능력이 있다면 피의자 본인만 혈액채취에 관한 유효한 동의를 할 수 있고, 피의자에게 의사능력이 없는 경우에도 명문의 규정이 없는 이상 법정대리인이 피의자를 대리하여 동의할 수는 없다.
- ③ 변호인 선임신고서를 제출하지 않은 변호인이 변호인 명의로 재항고장을 제출한 경우, 그 재항고장은 적법·유효한 재항고로서의 효력이 없다.
- ④ 피고인이 즉결심판에 대하여 제출한 정식재판청구서에 피고인의 자필로 보이는 이름이 기재되어 있고 그 옆에 서명이 되어 있더라도 피고인의 인장이나 지장이 찍혀 있지 않다면 정식재판청구는 위법하다.

**해설**

- ① 대판 2015.2.1, 2014도16822
- ② 대판 2014.11.13, 2013도1228
- ③ 대결 2017.7.27, 2017모1377
- ④ 정식재판청구서에는 피고인의 자필로 보이는 이름이 기재되어 있고 그 옆에 서명이 되어 있는 경우라면, 피고인의 인장이나 지장이 찍혀 있지 않다고 하더라도 정식재판청구는 적법하다고 보아야 한다(대결 2019.11.29, 2017모3458).

**정답 ④**

## 제4편 공 판

### 제1장 공판절차

36. 공소장변경 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

24. 9급 법원직

- ① 피고인의 상고에 의하여 상고심에서 원심판결을 파기하고 사건을 항소심에 환송한 경우에도 공소사실의 동일성이 인정되면 공소장변경을 허용하여 이를 심판대상으로 삼을 수 있다.
- ② 법원이 동일한 범죄사실을 가지고 포괄일죄로 보지 아니하고 실제적 경합관계에 있는 수죄로 인정하였다고 하여도 이는 다만 죄수에 관한 법률적 평가를 달리한 것에 불과할 뿐이지 소추대상인 공소사실과 다른 사실을 인정한 것도 아니고 또 피고인의 방어권 행사에 실질적으로 불이익을 초래할 우려도 없어서 불고불리의 원칙에 위반되는 것이 아니다.
- ③ 공소가 제기된 살인죄의 범죄사실에 대하여는 증거가 없으나 폭행치사죄의 증거가 있는 경우, 공소장의 변경 없이 폭행치사죄를 인정함은 결국 폭행치사죄에 대한 피고인의 방어권 행사에 불이익을 주는 것이므로 법원은 검사의 공소장 변경 없이는 이를 폭행취사죄로 처단할 수는 없다.
- ④ 공소장변경절차에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 있는 경우에는 변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 되고, 그 공소시효의 완성 여부도 공소장 변경시를 기준으로 한다.

해설

- ① 대판 2004.7.22, 2003도8153
- ② 대판 2005.10.28, 2005도5996
- ③ 대판 1981.7.28, 81도1489
- ④ 공소장 변경이 있는 경우에 공소시효의 완성 여부는 당초의 공소제기가 있었던 시점을 기준으로 판단할 것이고 공소장 변경시를 기준으로 삼을 것은 아니지만, 공소장변경절차에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 있는 경우에는 변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 된다(대판 2001.8.24, 2001도2902).

정답 ④

37. 공소장변경에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

24.7급 국가직

- ① 공소사실 중 일부가 변경되고 법원이 그 변경을 이유로 공판절차를 정지하지 않았다고 하더라도 공판절차의 진행상황에 비추어 그 변경이 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 주지 않는 것으로 인정되는 경우에는 이를 위법하다고 할 수 없다.
- ② 상고심에서 항소심판결을 파기하고 사건을 항소심법원에 환송한 경우, 환송받은 항소심 법원은 공소사실의 동일성이 인정되면 공소장변경을 허용하여 이를 심판대상으로 삼을 수 있고, 공소장변경을 이유로 직권으로 제1심판결을 파기한 후 다시 판결할 수 있다.

- ③ 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 처벌하지 않는 것이 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반한다고 인정되는 경우, 법원이 검사에게 공소장변경을 요구하지 않았다면 위법하다.
- ④ 법원이 공소장변경절차 없이 동일한 범죄사실에 대하여 포괄일죄로 보지 않고 실제적 경합관계에 있는 수죄로 인정하는 것은 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 우려가 없으므로 불고불리 원칙에 위배되지 않는다.

**해설**

- ① 대판 2015.11.12, 2015도6809
- ② 대판 2004.7.22, 2003도8153
- ③ 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원으로서의 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다(대판 2006.4.13, 2005도9268).
- ④ 대판 2005.10.28, 2005도5996

**정답 ③**

**38. 다음 중 증거개시제도에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?**

24.해경 경위공채

- ① 피고인 또는 변호인은 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있다. 다만, 피고인에게 변호인이 있는 경우 피고인은 서류 또는 물건의 목록에 대한 열람만을 신청할 수 있다.
- ② 검사는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한하는 때에는 지체 없이 그 이유를 서면으로 통지하여야 한다.
- ③ 검사가 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한하는 경우에도 서류등의 목록에 대하여는 열람 또는 등사를 거부할 수 없다.
- ④ 검사는 열람·등사 또는 서면의 교부에 관한 법원의 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류등에 대한 증거신청을 할 수 없다.

**해설**

- ① 피고인 또는 변호인은 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 다음 서류(제266조의3 제1항 각호) 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있다. 다만, 변호인이 있는 경우에는 피고인은 열람만을 신청할 수 있다(제266조의 3 제1항).
- ② 제266조의3 제3항
- ③ 제266조의3 제5항
- ④ 제266조의4 제5항

**정답 ①**

**39. 공판정의 심리에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?**

24.7급 국가직

- ① 공판절차 진행 중에 피고인과 변호인이 재판거부 의사를 표시하고 재판장의 허가 없이 퇴정한 경우, 피고인과 변호인의 재정 없이도 심리·판결할 수 있는 것이 원칙이지만,

필요적 변호사건이라면 변호인의 재정 없이는 심리·판결할 수 없다.

- ② 피고인이 소송 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 보아야 한다.
- ③ 공무원이 그 직무에 관하여 알게 된 사실에 관하여 본인 또는 당해 공무소가 직무상 비밀에 속한 사항임을 신고한 때에는 법원은 그 소속 공무소 또는 감독 관공서의 승낙 없이는 그 공무원을 증인으로 신문하지 못한다.
- ④ 「형사소송법」 제277조의2의 규정에 의하여 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행하기 위해서는 구속된 피고인이 정당한 사유 없이 출석을 거부하였다는 것만으로는 부족하고, 더 나아가 교도관리에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되어야 한다.

해설

- ① 공판절차 진행 중에 피고인과 변호인이 재판거부 의사를 표시하고 재판장의 허가 없이 퇴정한 경우, 필요적 변호사건이라도 변호인의 재정 없이 심리·판결할 수 있다(대판 1991.6.28, 91도865).
- ② 대결 2014.10.15, 2014모1557
- ③ 제147조 제1항
- ④ 제277조의2 제1항

정답 ①

40. 공판기일의 진행에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

24. 9급 법원직

- ① 필요적 변호사건에서 변호인 없이 개정하여 심리를 진행하고 판결한 것은 소송절차의 법령위반에 해당하므로, 설령 법원이 무죄판결을 선고하였다고 하더라도 법원의 이러한 잘못된 판결에 영향을 미친 법령위반에 해당한다.
- ② 검사가 공판기일의 통지를 받고 1회 공판기일에 불출석하였고, 또한 공판기일의 통지를 받고도 2회 공판기일에 불출석한 때에는 2회 공판기일을 바로 개정할 수 있고, 나아가 2회 공판기일에서 다음 기일을 고지한 이상 따로 기일 통지를 할 필요도 없다.
- ③ 구속된 피고인이 공판기일에 출석하지 않는 경우에 법원이 형사소송법 제277조의2에 따라 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행하기 위해서는 피고인의 출석거부사유가 정당한 것인지 여부뿐만 아니라 교도관에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하였는지 여부 등 위 조문에 규정된 사유가 존재하는가의 여부를 조사하여야 한다.
- ④ 약식명령에 대해 피고인만이 정식재판을 청구한 사안에서, 법원이 피고인이 출석한 제1회 공판기일에 변론을 종결하고 제2회 공판기일인 선고기일을 지정·고지하였다면, 피고인이 출석하지 아니하였더라도 법원은 형사소송법 제370조, 제277조 제4호에 따라 제2회 공판기일에 판결을 선고할 수 있다.

해설

- ① 필요적 변호사건에서 변호인 없이 개정하여 심리를 진행하고 판결한 것은 소송절차의 법령위반에 해당하지만, 법원이 무죄판결을 선고한 경우라면 판결에 영향을 미친 법령위반에 해당하지 아니한다(대판 2003.3.25, 2002도5748).
- ② 대판 1967.2.21, 66도1710

- ③ 대판 2001.6.12, 2001도114
- ④ 제458조 제2항

정답 ①

41. 형사법상 허위 진술에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경위공채

- ① 공범 중 1인이 그 범행에 관한 수사절차에서 참고인 또는 피의자로 조사받으면서 자기의 범행을 구성하는 사실관계에 관하여 허위로 진술하고 허위 자료를 제출하는 것이 다른 공범에서 도피하게 하는 결과가 된다고 하더라도 범인도피죄로 처벌되지 않으나, 공범이 이러한 행위를 교사하였다면 범인도피 교사의 죄책을 면할 수 없다.
- ② 위증죄에서 허위의 진술이란 증인이 자기의 기억에 반하는 사실을 진술하는 것을 말하고 그 내용이 객관적 사실과 부합한다고 하여도 위증죄의 성립에 장애가 되지 않는다.
- ③ 참고인이 수사기관에서 범인에 관하여 조사를 받으면서 그가 알고 있는 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도, 그것이 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도일 것이 아니라면 범인도피죄를 구성하지 않는다.
- ④ 소송절차가 분리된 공범이 공동피고인이 증인으로 법정에 출석하여 증언거부권을 고지 받은 상태에서 자기의 범죄사실에 대하여 허위로 진술하였으면 위증죄가 성립한다.

해설

- ① 공범 중 1인이 그 범행에 관한 수사절차에서 참고인 또는 피의자로 조사받으면서 자기의 범행을 구성하는 사실관계에 관하여 허위로 진술하고 허위 자료를 제출하는 것이 다른 공범에서 도피하게 하는 결과가 된다고 하더라도 범인도피죄로 처벌되지 않으며, 교사하였더라도 범죄가 될 수 없는 행위를 교사한 것에 불과하여 범인도피교사죄가 성립하지 않는다(대판 2018.8.1, 2015도20396).
- ② 대판 1989.1.17, 88도580
- ③ 대판 2008.6.26, 2008도1059
- ④ 대판 2012.10.11, 2012도6848

정답 ①

42. 증인신문에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?

24.7급 국가직

- ㄱ. 공동피고인인 절도범과 그 장물범은 변론을 분리하지 않으면 서로 다른 공동피고인의 범죄사실에 대하여 증인적격이 인정되지 않는다.
- ㄴ. 증인이 주신문을 하는 자에 대하여 적의 또는 반감을 보일 경우에는 주신문에 있어서도 유도신문을 할 수 있다.
- ㄷ. 재판장은 증인이 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 피고인을 퇴정하게 하고 증인신문을 진행함으로써 피고인의 직접적인 증인 대면을 제한할 수 있지만, 그로 인해 피고인의 반대신문권이 침해되었다면 그 다음 공판기일에 피고인이 이에 대하여 이의가 없다고 진술하더라도 그러한 하자는 치유되지 않는다.
- ㄹ. 증인은 친족이었던 사람이 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 드러날 염려가 있는 경우 증언을 거부할 수 있다.

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

**해설**

- ㉠ X : 공동피고인인 절도범과 그 장물범은 서로 다른 공동피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있다 할 것이다(대판 2006.1.12, 2005도7601).
- ㉡ O : 규칙 제75조 제2항 제3호
- ㉢ X : 그 다음 공판기일에서 재판장이 증인신문 결과 등을 공판조서(증인신문조서)에 의하여 고지하였는데 피고인이 '변경할 점과 이의할 점이 없다고 진술하였다면 책문권 포기 의사를 명시함으로써 실질적인 반대신문의 기회를 부여받지 못한 하자가 치유되었다고 보아야 한다(대판 2010.1.14. 2009도9344).
- ㉣ O : 제148조 제1호

**정답 ④**

**43. 간이공판절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?**

24.7급 국가직

- ① 피고인이 공소사실에 대하여 검사가 신문을 할 때에는 공소사실 모두 사실과 다름없다고 진술하였으나 변호인이 신문을 할 때에는 범의나 공소사실을 부인한 경우에 그 공소사실은 간이공판절차에 의하여 심판할 대상이 아니다.
- ② 간이공판절차 결정의 요건인 공소사실의 자백이라 함은 공소장 기재사실을 인정하고 나아가 위법성이나 책임조각사유가 되는 사실을 진술하지 아니하는 것으로 충분하고 명시적으로 유죄를 자인하는 진술을 하여야 하는 것은 아니다.
- ③ 법원이 간이공판절차에 의하여 심판할 것으로 결정한 것에 대해 검사 또는 피고인, 변호인은 항고할 수 있다.
- ④ 단독판사 관할사건 뿐만 아니라 합의부 관할사건도 간이공판절차에 의한 심판이 가능하다.

**해설**

- ① 대판 1998.2.27, 97도3421
- ② 대판 1981.11.24, 81도2422
- ③ 법원이 간이공판절차에 의하여 심판할 것으로 결정한 것에 대해 검사 또는 피고인, 변호인은 항고할 수 없다(제403조 제1항 참조).
- ④ 제286조의2 참조

**정답 ③**

**44. 변론의 종결, 속행, 재개, 분리, 병합 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?**

24. 9급 법원직

- ① 피고인의 변호인이 공판기일통지서를 받고도 공판기일에 출석하지 아니하여 변호인 없이 변론을 종결한 경우에는 법령위반에 해당한다고 볼 수 없다.
- ② 변론을 종결한 기일에 판결을 선고하는 경우에는 판결의 선고 후 5일 내에 판결서를 작성하여야 하고, 특별한 사정이 있는 때에는 따로 선고기일을 지정할 수 있지만, 그 선고기일은 변론종결 후 14일 이내로 지정되어야 한다.
- ③ 검사가 다수인의 집합에 의하여 구성되는 집합범이나 2인 이상이 공동하여 죄를 범한

공범의 관계에 있는 피고인들에 대하여 여러 개의 사건으로 나누어 공소를 제기한 경우에, 법원이 변론을 병합하지 않은 것은 형사소송절차에서의 구두변론주의와 직접심리주의를 위반한 것이라고 보아야 한다.

- ④ 변론종결 후 변론재개신청이 있는 경우에도 종결한 변론을 재개하느냐의 여부는 법원의 재량에 속하므로, 검사나 피고인에게 주장 및 증명을 위한 충분한 기회를 부여하였다가 변론을 종결한 이상 다른 특별한 사정이 없는 한 그 후에 이루어진 변론재개신청을 법원이 받아들이지 아니하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수는 없다.

**해설**

- ① 대판 1977.2.22, 76도4376
- ② 제318조의4 제3항, 규칙 제146조
- ③ 검사가 다수인의 집합에 의하여 구성되는 집합범이나 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 공범의 관계에 있는 피고인들에 대하여 여러 개의 사건으로 나누어 공소를 제기한 경우에, 법원이 변론을 병합하지 아니하였고 하여 형사소송절차에서의 구두변론주의와 직접심리주의에 위반한 것이라고 볼 수 없다(대판 1990.6.22, 90도764).
- ④ 대판 1986.6.10, 86도769

**정답 ③**

**45. 국민참여재판에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?**

24.7급 국가직

- ① 공소장부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사 확인서를 제출하지 아니한 피고인도 제1회 공판기일이 열리기 전까지는 국민참여재판 신청을 할 수 있다.
- ② 법원은 공범관계에 있는 피고인들 중 일부가 국민참여재판을 원하지 아니하여 국민참여재판의 진행에 어려움이 있다고 인정되는 경우에 공소제기 후부터 공판준비기일이 종결된 다음날까지 국민참여재판을 하지 않기로 하는 결정을 할 수 있다.
- ③ 국민참여재판 대상 사건의 피고인이 국민참여재판을 신청하였으나 제1심법원이 그에 대한 배제결정을 하지 않은 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하였고 제2심법원도 그러한 점에 대하여 심리·판단을 하지 않은 경우, 대법원은 제1심판결과 제2심판결을 모두 파기하고 사건을 제1심법원에 환송하여야 한다.
- ④ 배심원은 유·무죄에 관하여 전원의 의견이 일치하지 않는 경우 배심원 과반수의 요청이 있을 때에 한하여 평결을 하기 전에 심리에 관여한 판사의 의견을 들을 수 있다.

**해설**

- ① 대결 2009.10.23, 2009모1032
- ② 제9조 제1항 제2호
- ③ 대판 2011.9.8, 2011도7106
- ④ 배심원은 유·무죄에 관하여 전원의 의견이 일치하지 않는 경우 평결을 하기 전에 심리에 관여한 판사의 의견을 들어야 한다. 이 경우 유·무죄의 평결은 다수결의 방법으로 한다(국민의 형사재판참여에 관한 법률 제46조 제3항).

**정답 ④**

## 제2장 증거

### 46. 위법수집증거에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경위공채

- ① 사법경찰관이 피고인이 아닌 A를 사실상 강제연행하여 불법 체포한 상태에서 피고인의 행위를 처벌하기 위해 A에게 자술서를 받은 경우, 이를 피고인에 대한 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.
- ② 정서적 학대를 당했다는 피해아동의 부모가 피해아동이 가방에 녹음기를 넣어 30명의 아동을 상대로 한 수업시간 중 교실에서 피의자인 담임교사가 한 발언을 몰래 녹음한 녹음파일은 통신비밀보호법을 위반하여 ‘공개되지 아니한 타인 간의 대화’를 녹음한 것이 아니므로 증거능력이 인정된다.
- ③ 형사소송법의 규정을 위반하여 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 피해자로부터 제출 받은 물건을 영장 없이 압수한 경우 그 압수물을 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.
- ④ 판사의 서명만 있고 날인이 없는 압수수색영장을 수사기관이 신뢰하여 그 영장에 따라 수집한 압수물은 다른 위법한 사정이 없는 한 증거로 할 수 있다.

#### 해설

- ① 대판 2011.6.30, 2009도6717
- ② 피해아동의 부모가 피해아동의 가방에 녹음기를 넣어 수업시간 중 교실에서 피고인이 한 발언을 녹음한 녹음파일, 녹취록 등은 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음한 것이므로 통신비밀보호법 제14조 제2항 및 제4조에 따라 증거능력이 부정된다(대판 2024.1.11, 2020도1538).
- ③ 대판 2010.1.28, 2009도10092
- ④ 대판 2019.7.11, 2018도20504

정답 ②

### 47. 수사기관의 사진 등 촬영에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

24.7급 국가직

- ① 특별사법경찰관이 범죄혐의가 포착된 상태에서 증거보전에 필요하여 영장 없이 공개된 장소인 음식점에 통상적인 방법으로 출입하여 음식점 내에 있는 사람이라면 누구나 볼 수 있었던 손님들의 춤추는 모습을 촬영한 것은 위법하지 않다.
- ② 수사기관이 영장없이 커피숍에서 피의자 몰래 네트워크 카메라 등을 설치·이용하여 피의자의 행동과 피의자가 본 태블릿 개인용 컴퓨터 화면 내용을 촬영한 것은 수사의 비례성·상당성 원칙과 영장주의 등을 위반한 것이므로 그로 인해 취득한 영상물 등은 증거능력이 없다.
- ③ 무인장비에 의한 제한속도 위반 차량 단속은 제한속도 위반 범죄가 현재 행하여지고 있고, 그 범죄의 성질·태양으로 보아 긴급하게 증거보전을 할 필요가 있는 상태에서 일반적으로 허용되는 한도를 넘지 않는 상당한 방법에 의한 것으로 이를 통하여 운전 차량의 차량번호 등을 촬영한 사진은 증거능력이 있다.
- ④ 사법경찰관이 실시한 검증 현장에서 피고인이 범행을 자백한 후 이를 재연하고 그 재연

과정을 사법경찰관이 촬영한 사진이 검증조서에 첨부되어 있고 그 과정에 위법이 없다면, 그 사진은 피고인이 공판정에서 그 자백 내용 및 범행 재연 상황을 모두 부인하더라도 위 검증조서를 작성한 사법경찰관의 진술에 따라 위 검증조서의 진정성립이 증명되면 증거능력이 있다.

해설

- ① 대판 2023.7.13, 2021도10763
- ② 대판 2017.11.29, 2017도9747
- ③ 대판 1999.12.7, 98도3329
- ④ 사법경찰관이 작성한 검증조서에 피의자이던 피고인이 검사 이외의 수사기관 앞에서 자백한 범행내용을 현장에 따라 진술·재연한 내용이 기재되고 그 재연 과정을 촬영한 사진이 첨부되어 있다면, 그러한 기재나 사진은 피고인이 공판정에서 그 진술내용 및 범행재연의 상황을 모두 부인하는 이상 증거능력이 없다(대판 2006.1.13, 2003도6548).

정답 ④

48. 위법수집증거배제법칙 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24.순경2차

- ① 피고인이 자신의 휴대전화 카메라를 이용하여 총 9회에 걸쳐 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 4명의 신체를 그들의 의사에 반하여 촬영하였다는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)죄의 공소사실과 관련하여, 수사기관이 피고인을 현행범으로 체포할 당시 임의제출 형식으로 압수한 휴대전화의 증거능력이 문제된 경우, 휴대전화 제출에 관하여 검사가 임의성의 의문점을 없애는 증명을 다하지 못하였다면 휴대전화 및 그에 저장된 전자정보는 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.
- ② 수사기관은 복제본에 담긴 전자정보를 탐색하여 혐의사실과 관련된 정보를 선별하여 출력하거나 다른 저장매체에 저장하는 등으로 압수를 완료하면 혐의사실과 관련 없는 전자정보(이하 ‘무관정보’라 한다)를 삭제·폐기하여야 하므로, 무관정보가 남아있는 복제본은 더 이상 수사기관의 탐색, 복제 또는 출력 대상이 될 수 없다.
- ③ 수사기관이 이른바 전화사기죄 범행의 혐의자를 긴급체포하면서 그가 보관하고 있던 다른 사람의 주민등록증, 운전면허증 등을 압수한 경우, 이는 「형사소송법」 제217조 제1항에서 규정한 위 범죄사실의 수사에 필요한 범위 내의 적법한 압수로서 이를 위 혐의자의 점유이탈물횡령죄 범행에 대한 증거로 사용할 수 있다.
- ④ 사법경찰관이 피고인 아닌 자의 주거지·근무지를 방문한 곳에서 진술서 작성을 요구하여 제출받은 경우 등 그 진술서가 경찰서에서 작성한 것이 아니라 작성자가 원하는 장소를 방문하여 받은 것이라면, 위 진술서는 「형사소송법」 제312조 제5항이 적용되지 않아 「형사소송법」 제244조의4(수사과정의 기록)에서 정한 절차를 준수하지 않더라도 증거능력이 인정된다.

해설

- ① 대판 2024.3.12, 2020도9431
- ② 대판 2023.10.18, 2023도8752
- ③ 대판 2008.7.10, 2008도2245

- ④ 사법경찰관이 피고인 아닌 자의 주거지·근무지를 방문한 곳에서 진술서 작성을 요구하여 제출받은 경우 등 그 진술서가 경찰서에서 작성한 것이 아니라 작성자가 원하는 장소를 방문하여 받은 것이라면, 위 진술서는 「형사소송법」 제312조 제5항이 적용되어야 하므로 「형사소송법」 제244조의4(수사과정의 기록)에서 정한 절차를 준수하지 않았다면 증거능력이 인정되지 않는다(대판 2022.10.27, 2022도9510).

**정답 ④**

**49. 위법수집증거배제법칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?**

24.7급 국가직

- ① 범행현장에서 지문채취 대상물에 대한 지문채취가 먼저 이루어진 후 수사기관이 지문채취 대상물을 적법하지 않은 절차로 압수한 경우, 위와 같이 채취한 지문은 위법하게 압수한 지문채취 대상물로부터 획득한 2차적 증거에 해당하지 않는다.
- ② 적법한 공개금지 사유가 없음에도 불구하고 공개금지 결정에 따라 비공개로 진행된 증인신문절차에 의하여 이루어진 증인의 증언은 변호인의 반대신문권이 보장되었다고 하더라도 증거능력이 없다.
- ③ 우편물 통관검사 절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다.
- ④ 검찰관이 피고인을 뇌물수수 혐의로 기소한 후, 형사사법공조절차를 거치지 아니한 채 과테말라공화국에 현장 출장하여 그곳에서 뇌물공여자를 상대로 참고인진술조서를 작성한 경우 그 진술조서는 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 인정될 수 없다.

**해설**

- ① 대판 2008.10.23, 2008도7471
- ② 대판 2015.10.29, 2014도59329
- ③ 대판 2013.9.26, 2013도7718
- ④ 위법수집증거배제법칙이 적용된다고 볼 수 없다(대판 2011.7.14, 2011도3809).

**정답 ④**

**50. 형사법상 자백에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

24. 경위공채

- ① 무고사건의 피의자가 수사기관에서 피의자신문을 받는 과정에서 피의사실에 관해 자백한 때에도 그 피의자는 형을 감경 또는 면제받는다.
- ② 고의나 목적 등과 같은 범죄의 주관적 구성요건 요소에 대하여 자백한 경우에는 보장증거가 필요하지 않다.
- ③ 피고인이 그 범죄혐의를 받기 전에 이와는 관계없이 자기의 업무수행에 필요한 자금을 지출하면서 스스로 그 지출한 자금내역을 자료로 남겨두기 위하여 뇌물자금과 기타 자금을 구별하지 아니하고 그 내역을 기입한 수첩은 피고인의 경찰에서의 자백에 대한 보강증거가 될 수 없다.
- ④ 즉결심판절차에서는 피고인의 자백과 별개의 독립된 증거로서 증거능력이 있는 보장증거가 없더라도 자백만으로 유죄를 인정할 수 있다.

해설

- ① 대판 2021.1.14, 2020도13077
- ② 우리나라에서는 고의나 목적 등과 같은 범죄의 주관적 구성요건 요소에 대하여 자백한 경우에는 보강증거가 필요하지 않는다는 점에 견해가 일치되어 있다.
- ③ 이러한 수첩의 기재 내용은, 피고인이 자신의 범죄사실을 시인하는 자백이라고 볼 수 없으므로, 증거능력이 있는 한 피고인의 금전출납을 증명할 수 있는 별개의 증거라고 할 것인즉, 피고인의 검찰에서의 자백에 대한 보강증거가 될 수 있다(대판1996. 10. 17. 94도2865 전원합의체).
- ④ 즉결심판절차법 제10조

정답 ③

51. 위법수집증거 배제법칙에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? 24. 9급 법원직

- ① 수사기관이 피의자신문 시 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 없다.
- ② 적법한 공개금지사유가 없음에도 불구하고 공개금지결정에 따라 비공개로 진행된 증인 신문절차에 의하여 이루어진 증인의 증언은 변호인의 반대신문권이 보장되지 않는 한 증거능력이 없다.
- ③ 위법한 체포 상태에서 음주측정요구가 이루어진 경우, 음주측정요구를 위한 위법한 체포와 그에 이은 음주측정요구는 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위하여 연속하여 이루어진 것으로서 개별적으로 그 적법 여부를 평가하는 것은 적절하지 않으므로 그 일련의 과정을 전체적으로 보아 위법한 음주측정요구가 있었던 것으로 볼 수밖에 없다.
- ④ 검사가 피의자에 대한 변호인의 접견을 부당하게 제한하고 있는 동안에 검사가 작성한 피의자신문조서는 증거능력이 없다.

해설

- ① 대판 2011.11.10, 2010도8294
- ② 공개금지사유가 없음에도 불구하고 재판의 심리에 관한 공개를 금지하기로 결정하였다면 그러한 공개금지결정은 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).
- ③ 대판 2006.11.9, 2004도8404
- ④ 대판 1990.8.24, 90도1285

정답 ②

52. 증거능력에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? 24. 9급 법원직

- ① 체포·구속인접견부는 유치된 피의자가 죄증을 인멸하거나 도주를 기도하는 등 유치장의 안전과 질서를 위태롭게 하는 것을 방지하기 위한 목적으로 작성되는 서류로 보일 뿐이어서 형사소송법 제315조에 규정된 당연히 증거능력이 있는 서류로 볼 수는 없다.

- ② 구속적부심문조서는 형사소송법 제311조의 법원 또는 법관의 조서에 해당되는 문서로 당연히 그 증거능력이 인정된다.
- ③ 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 제315조 제3호의 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’에 해당하지 않는다.
- ④ 대한민국 주중국 대사관 영사가 작성한 사실확인서 중 공인부분을 제외한 나머지 부분이 비록 영사의 공무수행 과정중 작성되었지만 공적인 증명보다는 상급자 등에 대한 보고를 목적으로 하는 것인 경우, 형사소송법 제315조 제1호의 ‘공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서’ 또는 제3호의 ‘기타 특히 신뢰할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’라고 볼 수 없으므로 증거능력이 없다.

**해설**

- ① 대판 2011.10.25, 2011도5459
- ② 구속적부심문조서는 형사소송법 제311조가 규정한 문서에는 해당하지 않는다 할 것이나, 형사소송법 제315조 제3호에 의하여 당연히 그 증거능력이 인정된다(대판 2004.1.16, 2003도5693).
- ③ 대판 2017.12.5, 2017도12671
- ④ 대판 2007.12.13, 2007도7257

**정답 ②**

**53. 전문증거에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?**

24. 9급 법원직

- ① 어떤 진술이 기재된 서류가 그 내용의 진실성이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용될 때는 전문증거가 되지만, 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 진술의 진실성과 관계 없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다.
- ② 어떠한 내용의 진술을 하였다는 사실 자체에 대한 정황증거로 사용될 것이라는 이유로 서류의 증거능력을 인정한 다음 그 사실을 다시 진술 내용이나 그 진실성을 증명하는 간접 사실로 사용하는 경우에 그 서류는 전문증거에 해당한다.
- ③ 형사소송법은 전문진술에 대하여 제316조에서 실질상 단순한 전문의 형태를 취하는 경우에 한하여 예외적으로 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있을 뿐, 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 달리 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 한 이를 증거로 할 수 없다.
- ④ 증인이 제1심 법정에서 출석하여 자기 피해자로부터 들은 금전대여 경위에 관하여 한 증언은 피해자의 진술을 내용으로 하는 전문진술이지만, 이후 피해자가 법정에서 출석하여 이에 관하여 상반된 진술을 한 경우에는 증거로 쓸 수 있다.

**해설**

- ①② 대판 2019.8.29, 2018도14303 전원합의체
- ③ 대판 2000.3.10, 2000도159
- ④ 형사소송법 제316조 제2항은 “피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사

유로 인하여 진술할 수 없고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다”고 규정하고 있는 바, 증언에 증거능력이 인정되기 위해서는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없어야 하는 것이라서, 원진술자가 법정에 출석하여 수사기관에서 한 진술을 부인하는 취지로 증언한 이상 원진술자의 진술을 내용으로 하는 증언은 증거능력이 없다(대판2008.9.25, 2008도6985).

정답 ④

54. 피의자신문조서에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경위공채

- ① 피고인과 공범 관계에 있는 공동피고인에 대해 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 그 공동피고인이 피의자신문조서에 기재된 것과 같은 내용으로 진술하였다는 취지로 증언하였더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다.
- ② 피고인과 공범 관계에 있는 다른 피의자에 대한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서에 대해 사망 등 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정인 「형사소송법」 제314조가 적용되지 않는다.
- ③ 행위자가 아닌 법인이 양벌규정에 따라 기소된 경우, 사법경찰관이 행위자에 대하여 작성한 피의자신문조서는 행위자가 그 내용을 인정하면 당해 피고인인 법인이 그 내용을 부인하더라도 증거능력이 있다.
- ④ 사법경찰관 작성 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나, 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서 진술을 탄핵하기 위한 반대 증거로 사용할 수 있다.

해설

- ① 대판 2009.10.15, 2009도1889
- ② 대판 2004.7.15, 2003도7185 전원합의체
- ③ 행위자가 아닌 법인이 양벌규정에 따라 기소된 경우, 사법경찰관이 행위자에 대하여 작성한 피의자신문조서는 행위자가 그 내용을 인정하는 경우라도 당해 피고인인 법인이 그 내용을 부인하는 경우에는 증거능력이 없다(대판 2020.6.11, 2016도9367)
- ④ 대판 1998.2.27, 97도1770

정답 ③

55. 사법경찰관의 참고인 조사에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경위공채

가. 법원이 절도 공소사실에 대하여 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정하였다면, 사법경찰관 작성의 참고인 진술조서는 피고인이 증거로 함에 동의한 것으로 간주하므로 피고인이 이를 증거로 함에 이의를 제기하더라도 피고인에 대한 유죄의 증거로 할 수 있다.

나. 사법경찰관 작성의 참고인 진술조서에 대해 변호인이 증거동의를 함에도 피고인이 즉시 이의를 하지 않았다가 진술조서에 관한 증거조사 완료 후 변호인의 증거동의를 취소하였다면 진술조서는 증거능력이 없다.

다. 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 따라 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 같이 기재되어 있음이 증명된 때에는 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 아래에서 행하여졌음이 증명되지 않더라도 증거능력이 인정된다.

라. 참고인 진술에 대한 영상녹화는 참고인의 동의를 얻어야 가능하나 피의자의 진술을 녹화하는 것은 피의자에게 미리 영상녹화 사실을 알려주면 그의 동의가 없이도 가능하다.

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

**해설**

- ㉠ X : 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정하였다면, 사법경찰관 작성의 참고인 진술조서는 피고인이 증거로 함에 동의한 것으로 간주하므로 피고인에 대한 유죄의 증거로 할 수 있다. 단, 검사, 피고인 또는 변호인이 증거로 함에 이의가 있는 때에는 그러하지 아니하다(제318조의3)
- ㉡ X : 변호인의 동의에 대하여 피고인이 즉시 이의하지 아니하는 경우에는 변호인의 동의로 증거능력이 인정되어 증거조사 완료 전까지 그 동이가 취소 또는 철회하지 아니한 이상 일단 부여된 증거능력은 그대로 존속한다(대판 2005. 4. 28. 2004도4428)
- ㉢ X : 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 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 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다(제312조 제4항).
- ㉣ O : 제221조 제1항, 제244조의2 제1항

**정답 ㉢**

**56. 간접증거에 대한 설명으로 옳은 것(O)과 옳지 않은 것(X)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)** 24. 경위공채

가. 제삼자의 진술은 그것이 요증사실에 대한 경험자로서의 진술이라면 직접증거이고, 요증사실을 경험한 자로부터 전해 들은 말을 옮기는 취지의 전문진술이라면 간접증거이다.

나. 살인죄와 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에는 직접증거 없이 간접증거만으로 유죄를 인정할 수 없다.

다. 자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요 부분을 인정할 수 있는 정도가 되어야 하고, 또한 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거는 보강증거가 될 수 없다.

라. 휴대전화를 이용한 불법 촬영 범죄의 경우, 휴대전화 안에 저장된 같은 유형의 전자정보에서 발견되는 간접증거나 정황증거는 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계가 인정될 수 있다.

- ① 가(X), 나(X), 다(X), 라(O)  
 ② 가(O), 나(X), 다(X), 라(O)  
 ③ 가(O), 나(X), 다(O), 라(X)  
 ④ 가(X), 나(O), 다(O), 라(O)

- ㉗ X : 직접증거란 요증사실을 직접적으로 증명하는 증거를 말하며, 간접증거란 간접사실(요증사실을 추론할 수 있게 하는 사실)을 증명하는 증거를 말한다. 제삼자의 진술이 요증사실에 대한 경험자로서의 진술이라면 직접증거이며, 요증사실을 경험한 자로부터 전해 들은 말을 옮기는 취지의 전문진술의 경우에도 직접증거에 해당한다.
- ㉘ X : 살인죄와 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에는 직접증거 없이 간접증거만으로 유죄를 인정할 수 있다 (대판 2011.5.26, 2011도1902).
- ㉙ X : 자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요부분을 인정할 수 있는 정도가 되지 아니하더라도 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 족할 뿐만 아니라 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있다(대판 2002.1.8, 2001도1897).
- ㉚ O : 대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체

정답 ①

57. 전문법칙에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24.순경2차

- ① 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 서류가 비록 수사기관이 아닌 자에 의하여 작성되었다고 하더라도, 수사가 시작된 이후 수사기관의 관여나 영향 아래 작성된 경우로서 서류를 작성한 자의 신분이나 지위, 서류를 작성한 경위와 목적, 작성 시기와 장소 및 진술을 받는 방식 등에 비추어 실질적으로 고찰할 때 그 서류가 수사과정 외에서 작성된 것이라고 보기 어렵다면, 이를 「형사소송법」 제313조 제1항의 ‘전 2조의 규정 이외에 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 서류’에 해당한다고 할 수 없다.
- ② 「형사소송법」 제314조에서 ‘특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음에 대한 증명’은 단지 그러할 개연성이 있다는 정도로는 부족하고, 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증은 굳이 거치지 않더라도 진술의 신빙성을 충분히 담보할 수 있어 실질적 직접 심리주의와 전문 법칙에 대한 예외로 평가할 수 있는 정도에 이르러야 한다.
- ③ 乙로부터 “甲이 도둑질하는 것을 보았다.”라는 발언을 들은 A가 법정에서 증언하는 경우, 그 증언 내용은 乙의 甲에 대한 명예훼손 사건에 관한 전문증거로서 전문법칙이 적용된다.
- ④ 체포·구속인접견부는 유치된 피의자가 죄증을 인멸하거나 도주를 기도하는 등 유치장의 안전과 질서를 위태롭게 하는 것을 방지하기 위한 목적으로 작성되는 서류로 보일 뿐이어서 「형사소송법」 제315조 제2호, 제3호에 규정된 당연히 증거능력이 있는 서류로 볼 수 없다.

- ① 대판 2024.4.12, 2023도13406
- ② 대판 2014.2.21, 2013도12652
- ③ 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이지만, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다(대판 2021.2.25, 2020도17109).
- ④ 대판 2012.10.25, 2011도5459

정답 ③

58. 전문증거에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24.순경2차

- ① 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 「형사소송법」 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수 없다.
- ② 甲은 악덕 사채업자 A와 채무변제 문제로 시비가 붙자 찾김에 A를 살해한 혐의로 기소되었는데, 甲의 친구 B는 공판에서 “甲이 나에게 ‘악덕 사채업자는 죽어도 싸다. 내가 A를 없애 버렸다’ 고 말한 적이 있습니다.” 라고 증언하였다면, 甲의 진술이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음’ 이 증명된 때에 한하여 B의 진술을 증거로 할 수 있다.
- ③ 사법경찰관이 작성한 실황조서가 사고발생 직후 사고장소에서 긴급을 요하여 판사의 영장없이 시행된 것으로서 「형사소송법」 제216조 제3항에 의한 검증에 따라 작성된 것이라면 사후에 지체없이 영장을 받지 않는 한 유죄의 증거로 삼을 수 없다.
- ④ 참고인의 진술을 내용으로 하는 조사자 증언은 그 참고인이 법정에서 출석하여 조사 당시의 진술을 부인하는 취지로 증언하였다더라도, 그 진술이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여 졌음’ 이 증명되면 증거능력이 인정된다.

해설

- ① 대판 2014.7.10, 2012도5041
- ② 제316조 제1항
- ③ 대판 1989.3.14, 88도1399
- ④ 원진술자가 법정에서 출석하여 수사기관에서 한 진술을 부인하는 취지로 증언한 이상 원진술자의 진술을 내용으로 하는 조사자의 증언은 증거능력이 없다(대판 2008.9.25, 2008도6985).

정답 ④

59. 다음 사례에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24.순경2차

甲은 A(여, 23세)를 강간하기로 마음을 먹었다. 甲은 일반인의 출입이 허용되고, 문이 열려 있는 상가 건물의 1층 출입문을 통해 통상적인 출입방법으로 A를 뒤따라 들어갔다. 甲은 그곳에서 엘리베이터를 기다리는 A를 폭행·협박하여 A의 반항을 억압한 후 지하 1층 계단으로 끌고 가 강간행위를 실행하였다. 甲은 강간 행위의 실행 도중 강도의 범의를 일으켜 범행현장에 있던 A 소유의 핸드백을 빼앗고 그 자리에서 강간행위를 계속한 후 핸드백을 가지고 도주하였다. 곧바로 A는 남동생 B에게 도움을 요청하면서 피해 내용을 문자메시지로 보냈다. 甲은 몇 달 후 수사기관에 의해 긴급체포되었는데 외국인으로 한국어가 몹시 서툴렀다. 사법경찰관은 피의자 甲을 신문하면서 피의자의 요청에 따라 신뢰관계 있는 사람을 동석하게 하여 피의자신문조서를 작성하였다. 甲은 위 범죄혐의로 기소되었고, 검사는 B로부터 피해 내용이 담긴 문자메시지를 촬영한 사진을 적법하게 임의제출받아 증거로 제출하였다.

- ① 甲이 A를 뒤따라 상가 건물 1층에 들어간 행위는 범죄를 목적으로 한 출입으로 건조물 침입죄의 침입행위에 해당한다.

- ② 위 사례의 경우, 甲에게는 강간죄와 강도죄의 경합범이 성립한다.
- ③ 사법경찰관은 甲에 대한 피의자신문조서를 작성하면서 동석한 신뢰관계 있는 사람이 甲을 대신하여 진술하도록 하여서는 아니되지만, 만약 동석한 사람이 甲을 대신하여 진술한 부분을 사법경찰관이 조서에 기재하였다면 그 부분은 피의자의 진술을 기재한 것에 해당한다.
- ④ A와 B가 범정에 출석하여 A는 사진 속 문자메시지의 내용이 자신이 작성해 보낸 것과 동일함을 확인하고, B는 A가 보낸 문자메시지를 촬영한 사진이 맞다고 확인한 경우, 문자메시지를 촬영한 사진은 증거로 사용할 수 있다.

**해설**

- ① 일반인의 출입이 허용된 상가 등 영업장소에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다(대판 2022.8.25, 2022도3801).
- ② 강간행위의 종료 전 즉 그 실행행위의 계속 중에 강도의 행위를 할 경우에는 이때에 바로 강도의 신분을 취득하는 것이므로 이후에 그 자리에서 강간행위를 계속하는 때에는 강도가 부녀를 강간한 때에 해당하여 형법 제339조의 강도강간죄를 구성한다(대판 2010.12.9, 2010도9630).
- ③ 동석한 사람이 피의자를 대신하여 진술한 부분이 조서에 기재되어 있다면 그 부분은 피의자의 진술을 기재한 것이 아니라 동석한 사람의 진술을 기재한 조서에 해당한다(대판 2009.6.23, 2009도1322).
- ④ 대판 2010.11.25, 2010도8735

**정답 ④**

**60. 전문법칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?**

24.7급 국가직

- ① 피고인 甲의 건축허가 관련 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄 피고사건에서 乙이 “내(乙)가 건축허가 담당 공무원에게 사례비 2,000만 원을 주기로 甲과 상의하였다” 라고 증언한 경우 위 증언에는 전문법칙이 적용되지 않는다.
- ② 피고인 甲과 공범관계에 있는 공동피고인 乙에 대해 검사가 작성한 피의자신문조서는 乙이 피의자신문조서에 기재된 것과 같은 내용으로 진술하였다는 취지로 공판정에서 진술하였다면 甲이 공판기일에 그 조서의 내용을 부인하더라도 甲에 대해 증거능력이 인정된다.
- ③ 수사기관이 아닌 사인이 피고인 아닌 자와의 전화 대화를 녹음한 녹음테이프에 대하여 법원이 실시한 검증의 내용이 그 진술 당시 술에 취한 상태에서 횡설수설 이야기한 것인지 여부 등 진술자의 상태 등을 확인하기 위한 것인 경우에는 그 검증조서는 법원의 검증결과를 기재한 조서로서 당연히 증거로 할 수 있다.
- ④ 피고인 甲의 범죄사실 인정 진술을 수사기관이 아닌 乙이 녹음하였다면, 그 녹음된 진술 내용은 甲의 진정성립 인정이 없더라도 乙의 증언으로 진정성립이 증명되고, 원진술의 특신상태가 인정된다면 증거로 사용할 수 있다.

**해설**

- ① 대판 2008.11.13, 2008도8007
- ② 피고인이 공소사실을 부인하는 경우 검사가 작성한 피의자신문조서 중 공소사실을 인정하는 취지의 진술 부분은 그 내용을 인정하지 않았다고 보아야 한다(대판 2023.4.27, 2023도2102). 따라서 증거능력이 부정된다.
- ③ 대판 2008.7.10, 2007도10755

61. 당사자의 동의에 의한 증거능력의 인정에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?  
(다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함.)

24. 9급 법원직

- ① 형사소송법 제318조에 규정된 증거동의를 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하므로 취소 또는 철회 이전에 이미 취득한 증거능력은 상실되지 않는다.
- ② 피고인이 신청한 증인의 증언이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 전문진술이라고 하더라도 피고인이 그 증언에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였다면 그 증언을 증거로 함에 동의한 것으로 볼 수 있으므로 이는 증거능력이 있다.
- ③ 필요적 변호사건에서 피고인이 재판 거부의 의사를 표시하고 재판장의 허가 없이 퇴정하고 변호인마저 이에 동조하여 퇴정해 버린 경우 법원으로서 피고인이나 변호인의 재정없이도 심리·판결할 수 있고, 이와 같이 피고인과 변호인이 출석하지 않은 상태에서 증거조사를 할 수밖에 없는 경우에는 형사소송법 제318조 제2항의 규정상 피고인의 진의와는 관계없이 형사소송법 제318조 제1항의 동의가 있는 것으로 간주된다.
- ④ 피고인이나 그 변호인이 검사 작성의 당해 피고인에 대한 피의자신문조서의 성립의 진정함을 인정하는 진술을 하였다고 하더라도, 그 피의자신문조서에 대하여 증거조사가 완료되기 전에는 최초의 진술을 반복함으로써 그 피의자신문조서를 유죄 인정의 자료로 사용할 수 없도록 할 수 있으나, 그 피의자신문조서에 대하여 위의 증거조사가 완료된 뒤에는 그와 같은 반복의 의사표시에 의하여 이미 인정된 조서의 증거능력이 부정될 여지가 없다.

해설

- ① 대판 2010.7.8, 2008도7546
- ② 대판 1983.9.27, 83도516
- ③ 대판 1991.6.28, 91도865
- ④ 피고인이나 그 변호인이 검사 작성의 당해 피고인에 대한 피의자신문조서의 성립의 진정함을 인정하는 진술을 하였다 하더라도, 증거조사가 완료되기 전에는 최초의 진술을 반복함으로써 그 피의자신문조서를 유죄 인정의 자료로 사용할 수 없도록 할 수 있으나, 위의 증거조사가 완료된 뒤에는 그와 같은 반복의 의사표시에 의하여 이미 인정된 조서의 증거능력이 당연히 상실되는 것은 아니다. 다만, 적법절차 보장의 정신에 비추어 성립의 진정함을 인정한 최초의 진술에 그 효력을 그대로 유지하기 어려운 중대한 하자가 있고 그에 관하여 진술인에게 귀책사유가 없는 경우에 한하여 예외적으로 증거조사 절차가 완료된 뒤에도 그 진술을 취소할 수 있고, 그 조서를 유죄 인정의 자료에서 제외하여야 할 것이다(대판 2008.7.10, 2007도7760). 현행법에 의하면, '성립의 진정'은 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건이 아니므로 실익이 없는 판례이다.

62. 증거동의를 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

24.7급 국가직

- ① 변호인은 피고인의 명시적 의사에 반하지 않는 한 증거동의를 할 수 있고, 이때 변호인의 동의에 대해 피고인이 즉시 이의를 제기하지 않은 경우에는 증거동의를 효력이 인정된다.
- ② 제1심에서 피고인이 증거동의를 하고 증거조사를 완료한 이상, 항소심에서 위 증거동의를 철회 또는 취소한다는 의사표시를 하더라도 이미 취득한 증거능력이 상실되지 않는다.
- ③ 제1심에서 피고인이 공시송달에 의한 공판기일 소환을 2회 이상 받고도 출석하지 아니하여 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제23조 본문에 따라 피고인의 출석 없이 증거조사를 하는 경우 증거동의 간주가 허용되지 않는다.
- ④ 간이공판절차에서는 검사, 피고인 또는 변호인이 증거로 함에 이의가 없는 한 전문증거에 대해서 증거동의를 하는 것으로 간주한다.

해설

- ① 대판 1988.11.8, 88도1628
- ② 대판 2010.7.8, 2008도7546
- ③ 피고인이 공시송달의 방법에 의한 공판기일의 소환을 2회 이상 받고도 출석하지 아니하여 법원이 피고인의 출석 없이 증거조사를 하는 경우에는 형사소송법 제318조 제2항에 따른 피고인의 증거동의를 하는 것으로 간주된다고 할 것이다(대판 2011.3.10, 2010도15977).
- ④ 제318조의3

정답 ③

63. 탄핵증거에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

24. 9급 법원직

- ① 검사가 유죄의 자료로 제출한 사법경찰관 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나, 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있고, 또한 탄핵증거는 범죄사실을 인정하는 증거가 아니므로 엄격한 증거조사를 거칠 필요는 없다.
- ② 탄핵증거의 제출에 있어서도 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계 및 증명취지 등을 미리 구체적으로 명시하여야 할 것이므로, 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투고자 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 한다.
- ③ 설령 공판과정에서 그 증명취지가 구체적으로 명시되고 제시가 되었다고 하더라도 증거목록에 기재되지 않았고 증거결정이 있지 아니하였다면 탄핵증거로 제출된 서증에 대하여 탄핵증거로서의 증거조사가 이루어지지 않은 것으로 볼 수밖에 없다.
- ④ 탄핵증거는 진술의 증명력을 감쇄하기 위하여 인정되는 것이므로, 간접사실을 인정하는 증거로서는 허용되지 않는다고 할 것이다.

해설

- ① 대판 1998.2.27, 97도1770, 대판 2005.8.19, 2005도2617
- ② 대판 2005.8.19, 2005도2617

- ③ 비록 증거목록에 기재되지 않았고 증거결정이 있지 아니하였다 하더라도 공판과정에서 그 입증취지가 구체적으로 명시되고 제시까지 된 이상 위 각 서증들에 대하여 탄핵증거로서의 증거조사는 이루어졌다고 보아야 할 것이다(대판 2006.5.26, 2005도6271).
- ④ 대판 2012.10.25, 2011도5459

**정답 ③**

**64. 탄핵증거에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

24.순경2차

- ① 공소사실에 부합하는 증거인 피해자의 진술을 탄핵하는 증거로 삼은 변호인 제출의 신용카드 사용내역증인서 사본이 비록 공판과정에서 그 입증취지가 구체적으로 명시되고 제시까지 되었다고 하더라도 증거목록에 기재되지 않았고 증거결정이 있지 아니하였다면, 탄핵증거로서의 증거조사는 이루어졌다고 볼 수 없다.
- ② 사법경찰리 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없을 뿐만 아니라, 그것이 임의로 작성된 것이라도 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 없다.
- ③ 검사가 A에 대하여 참고인조사를 한 후 그 진술조서를 증거로 제출하였는데, A가 공판정에 나와 참고인진술조서에 기재된 내용과 모순되는 진술을 하면서 그 조서의 진정성립을 부인하는 경우, 그 참고인진술조서는 A의 위 법정진술에 대한 탄핵증거로 사용될 수 있다.
- ④ 탄핵증거의 제출에 있어서도 상대방에게 이에 대한 공격방어의 수단을 강구할 기회를 사전에 부여하여야 할 것이지만, 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 할 필요는 없다.

**해설**

- ① 비록 증거목록에 기재되지 않았고 증거결정이 있지 아니하였다 하더라도 공판과정에서 그 입증취지가 구체적으로 명시되고 제시까지 된 이상 위 각 서증들에 대하여 탄핵증거로서의 증거조사는 이루어졌다고 보아야 할 것이다(대판 2006.5.26, 2005도6271).
- ② 사법경찰리 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나, 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다(대판 2014.3.13, 2013도12507).
- ③ 제318조의2 제1항
- ④ 탄핵증거의 제출에 있어서도 상대방에게 이에 대한 공격방어의 수단을 강구할 기회를 사전에 부여하여야 하며, 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 한다(대판 2005.8.19, 2005도2617).

**정답 ③**

**65. 증명에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

24.순경2차

- ① 상해죄의 피해자가 제출하는 상해진단서는 일반적으로 의사가 당해 피해자의 진술을 토대로 상해의 원인을 파악한 후 의학적 전문지식을 동원하여 관찰·판단한 상해의 부위

와 정도 등을 기재한 것으로서, 거기에 기재된 손해가 곧 피고인의 범죄행위로 인하여 발생한 것이라는 사실을 직접 증명하는 증거가 되기에 충분하다.

- ② 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 한다.
- ③ 목적과 용도를 정하여 위탁한 금전을 수탁자가 임의로 소비하면 횡령죄를 구성할 수 있으나, 이 경우 피해자 등이 목적과 용도를 정하여 금전을 위탁한 사실 및 그 목적과 용도가 무엇인지는 엄격한 증명의 대상이다.
- ④ 교사범에 있어서의 교사사실은 범죄사실을 구성하는 것으로서 이를 인정하기 위하여는 엄격한 증명이 요구되지만, 피고인이 교사사실을 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 그와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수 있다.

**해설**

- ① 상해죄의 피해자가 제출하는 상해진단서는 일반적으로 의사가 당해 피해자의 진술을 토대로 상해의 원인을 파악한 후 의학적 전문지식을 동원하여 관찰·판단한 상해의 부위와 정도 등을 기재한 것으로서 거기에 기재된 손해가 곧 피고인의 범죄행위로 인하여 발생한 것이라는 사실을 직접 증명하는 증거가 되기에 부족한 것이지만,, 피해자의 진술과 더불어 피고인의 상해 사실에 대한 유력한 증거가 되고, 합리적인 근거 없이 그 증명력을 함부로 배척할 수 없다고 할 것이다(대판 2011.1.27, 2010도12728).
- ② 대판 2004.5.28, 2004도497
- ③ 대판 2013.11.14, 2013도8121
- ④ 대판 2000.2.25, 99도1252

**정답 ①**

**66. 자백과 보강증거에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?**

24. 9급 법원직

- ① 피고인이 범행을 자인하는 것을 들었다는 피고인 아닌 자의 진술은 피고인의 자백에 포함되지 아니하므로, 피고인의 자백의 보강증거가 될 수 있다.
- ② 기소된 대마 흡연일자로부터 한 달 후 피고인의 주거지에서 압수된 대마 잎이 피고인의 자백에 대한 보강증거가 된다.
- ③ 뇌물공여의 상대방이 뇌물 수수 사실을 부인하면서도 뇌물 공여자를 만났던 사실 및 청탁을 받은 사실을 시인한 것이 뇌물공여자의 자백에 대한 보강증거가 될 수 있다.
- ④ 필로폰 매수 대금을 송금한 사실에 대한 증거가 필로폰 매수죄와 실체적 경합범 관계에 있는 필로폰 투약행위에 대한 보강증거가 될 수 없다.

**해설**

- ① 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).
- ② 대판 2007.9.20, 2007도5845
- ③ 대판 1995.6.30, 94도993
- ④ 대판 2008.2.14, 2007도10937

**정답 ①**

67. 자백에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24.순경2차

- ① 수사기관이 작성한 압수조서에 기재된 피의자였던 피고인의 자백 진술 부분은 피고인 또는 변호인이 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없다.
- ② 상업장부나 항해일지, 진료일지 등의 문서가 우연히 피고인에 의해 작성되었고 그 문서의 내용 중 피고인의 범죄사실의 존재를 추론해 낼 수 있는 공소사실에 일부 부합되는 사실의 기재가 있다고 하더라도, 피고인이 범죄사실을 자백하는 문서라고 볼 수 없다.
- ③ 자동차등록증에 차량의 소유자가 피고인으로 등록·기재된 것은 피고인이 그 차량을 운전하였다는 사실의 자백 부분에 대한 보강증거가 될 수 있지만, 피고인의 무면허운전이라는 전체 범죄사실의 보강증거가 될 수는 없다.
- ④ 피고인이 증거로 동의한 압수조서 중 ‘압수경위’란에 피고인의 범행 장면(휴대전화기로 여성의 치마 속 몰래 촬영)을 현장에서 목격한 사법경찰관리가 이를 묘사한 진술내용이 포함된 경우, 이러한 내용은 지하철역 에스컬레이터에서 휴대전화기의 카메라를 이용하여 여성 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하였다는 피고인의 자백에 대한 보강증거가 될 수 있다.

해설

- ① 대판 2024.5.30, 2020도16796
- ② 대판 1996.10.17, 94도2865
- ③ 자동차등록증에 차량의 소유자가 피고인으로 등록·기재된 것이 피고인이 그 차량을 운전하였다는 사실의 자백 부분에 대한 보강증거가 될 수 있고 결과적으로 피고인의 무면허운전이라는 전체 범죄사실의 보강증거로 충분하다(대판 2000.9.26, 2000도2365).
- ④ 대판 2019.11.14, 2019도13290

정답 ③

68. 자백의 보강법칙에 대한 설명으로 옳은 것은?

24.7급 국가직

- ① 피고인이 범행을 자인하는 것을 들었다는 피고인 아닌 자의 진술은 피고인의 자백에 대한 보강증거가 될 수 있다.
- ② 필로폰 매수 대금을 송금한 사실에 대한 증거는 필로폰 매수죄와 실체적 경합범 관계에 있는 필로폰 투약행위에 대한 자백의 보강증거가 될 수 있다.
- ③ 피고인이 업무추진 과정에서 지출한 자금내역을 뇌물 자금과 기타 자금을 구별하지 아니하고 그 지출 일시, 금액, 상대방 등 내역을 그때그때 기계적으로 기입한 수첩의 기재 내용은 증뢰사실의 자백에 대한 보강증거가 될 수 있다.
- ④ 「형사소송법」 제310조의 ‘피고인의 자백’에 공범의 자백도 포함되므로 공범의 자백이 피고인의 공소사실에 대한 유일한 증거인 경우에는 보강증거가 필요하다.

해설

- ① 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).
- ② 필로폰 매수 대금을 송금한 사실에 대한 증거가 필로폰 매수죄와 실제적 경합범 관계에 있는 필로폰 투약 행위에 대한 보강증거가 될 수 없다(대판 2008.2.14, 2007도10937).
- ③ 대판 1996.10.17, 94도2865
- ④ 형사소송법 제310조 소정의 "피고인의 자백"에 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 아니하므로 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있는 것일 뿐만 아니라 공범인 공동피고인들의 각 진술은 상호간에 서로 보강증거가 될 수 있다(대판 1990.10.30, 90도1939).

정답 ③

69. 종국재판에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

24.7급 국가직

- ① 수표발행 후 예금부족 등으로 수표금이 지급되지 아니하게 한 경우의 처벌규정인 「부정수표단속법」 제2조제2항 위반 사건에서 부도수표를 회수하거나 수표소지인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사의 표시가 제1심판결 선고 전에 이루어지는 경우에는 판결로 공소를 기각하여야 한다.
- ② 대법원은 판결 선고 후 그 판결 내용에 오류가 있음을 발견하면 결정으로 이를 정정할 수 있다.
- ③ 무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결은 확정 시가 아닌 선고 시에 구속영장이 효력을 잃는다.
- ④ 헌법재판소의 헌법불합치결정으로 법률조항이 효력을 잃은 경우는 법률조항에 대한 위헌결정에 해당하므로 법원은 그 피고사건에 대하여 「형사소송법」 제325조 전단(피고사건이 범죄로 되지 아니한 경우)에 따라 무죄를 선고하여야 한다.

해설

- ① 대판 2005.10.7, 2005도4435
- ② 대법원은 판결 선고 후 그 판결 내용에 오류가 있음을 발견하면 판결로써 정정할 수 있다(제400조 제1항).
- ③ 제331조
- ④ 대판 1992.5.8, 91도2825

정답 ②

70. 기판력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

24.7급 국가직

- ① 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 따른 보호처분의 결정이 확정된 후 위 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었다면 면소판결을 선고해야 한다.
- ② 상습범으로 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 동일한 습벽에 의해 범행을 저질렀는데 위 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 뒤에 저지른 범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 저질러진 범죄라 하더라도 재심판결의 기판력이 뒤에 저지른 범죄에 미치지 않는다.
- ③ 상습범으로서 포괄일죄의 관계에 있는 여러 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 상습범의 유죄판결이 확정된 경우, 그 확정판결의 사실심판결 선고 전에 저질러진 나머지 범죄에 대하여 새로이 공소가 제기되었다면 면소판결을 선고해야 한다.

- ④ 2개의 죄가 상상적 경합관계에 있는 경우 그 중 1개의 죄에 대한 확정판결의 기판력은 다른 죄에 대하여도 미친다.

**해설**

- ① 면소판결을 할 것이 아니라 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위배하여 무효인 때에 해당한 경우이므로 형사소송법 제327조 제2호의 규정에 의하여 공소기각의 판결을 하여야 한다(대판 2017.8.23, 2016도5423).
- ② 대판 2019.6.20, 2018도20698 전원합의체
- ③ 대판 2004.9.16, 2001도3206 전원합의체
- ④ 대판 2017.9.21, 2017도11687

**정답 ①**

## 제5편 상소·비상구제절차·특별형사절차·재판의 집행과 형사보상

### 71. 상소권회복에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

24. 9급 법원직

- ① 피고인에 대하여 공시송달의 방법에 의하여 공소장 등이 송달되고 피고인이 불출석한 가운데 판결이 선고되어 확정된 후 검거되어 수용된 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 그 판결에 의한 형의 집행으로 수용된 날 상소권회복청구의 대상 판결이 선고된 사실을 알았다고 보아야 한다.
- ② 상소권회복의 청구를 하는 때에는 그 청구와 동시에 상소를 제기하여야 하므로, 상소권회복의 청구와 동시에 상소를 제기하지 아니한 경우에는 상소권회복의 청구는 부적법하므로 불허되어야 한다.
- ③ 공소기각이나 관할위반의 판결이 형식적으로 확정된 후 상소권회복의 결정이 있으면 판결의 확정으로 진행되었던 공소시효의 진행이 다시 정지된다.
- ④ 징역형의 실형이 선고되었으나 피고인이 집행유예를 선고받은 것으로 잘못 전해 듣고 또한 판결주문을 제대로 알아들을 수가 없어서 항소제기간 내에 항소하지 못한 것이라면 상소권회복 사유인 ‘자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 항소제기간 내에 항소하지 못한 경우’에 해당된다.

**해설**

- ① 대결 2017.9.22, 2017모2521
- ② 제346조 제3항
- ③ 제253조 제1항
- ④ 피고인이 이미 확정되어 있던 징역형의 집행유예 판결의 선고일을 잘못 안 나머지 상고포기서를 제출한 것이라 하더라도, 그와 같은 사정은 상고포기로 이미 확정된 상소권회복 대상판결에 대하여 적법한 상소권회복청구의 사유가 될 수 없다(대결 1996.7.16, 96모44).

**정답 ④**

72. 일부상소에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

24. 9급 법원직

- ① 몰수나 추징의 선고는 본안 중국판결에 부수되는 처분에 불과한 것이므로, 피고인이 몰수나 추징에 대하여만 항소를 제기하였다면 항소심법원은 항소를 기각하여야 한다.
- ② 제1심이 단순일죄의 관계에 있는 공소사실의 일부에 대하여만 유죄로 인정한 경우에 피고인만이 항소하여도 그 항소는 그 일죄의 전부에 미쳐서 항소심은 무죄부분에 대하여도 심판할 수 있다.
- ③ 상상적 경합의 관계에 있는 두 죄에 대하여 한 죄는 무죄, 한 죄는 유죄가 선고되어 검사만이 무죄 부분에 대하여 항소하였다더라도 유죄 부분도 항소심의 심판대상이 된다.
- ④ 포괄일죄의 일부만이 유죄로 인정된 경우 그 유죄 부분에 대하여 피고인만이 항소하였을 뿐이라면, 유죄 이외의 부분도 항소심에 이심되기는 하나 그 부분은 항소심의 심판대상이 되지 않는다.

해설

- ① 피고인이 몰수나 추징에 대하여만 상소가 제기되었다 하더라도, 상소심에서는 몰수 또는 추징에 관한 부분만을 불복대상으로 삼았다는 이유로 그 상소의 제기가 부적법하다고 보아서는 아니 되고, 그 부분에 대한 상소의 효력은 그 부분과 불가분의 관계에 있는 본안에 관한 판단 부분에까지 미쳐 그 전부가 상소심으로 이심되는 것이다(대판 2008.11.20, 2008도5596 전원합의체).
- ② 대판 2001.2.9, 2000도5000
- ③ 대판 2005.1.27, 2004도7488
- ④ 대판 1991.3.12, 90도2820

정답 ①

73. 파기판결의 기속력에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

24. 9급 법원직

- ① 파기판결의 기속력은 파기의 직접 이유가 된 원심판결에 대한 소극적인 부정 판단에 한하여 생긴다.
- ② 상고심에서 상고이유의 주장이 이유 없다고 판단되어 배척된 부분은 그 판결 선고와 동시에 확정력이 발생하여 이 부분에 대하여는 피고인은 더 이상 다룰 수 없고, 또한 환송받은 법원으로서도 이와 배치되는 판단을 할 수 없다.
- ③ 파기환송을 받은 법원은 그 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 기속되지만 그에 따라 판단한 판결에 대하여 다시 상고를 한 경우에 그 상고사건을 재판하는 상고법원은 앞서의 파기이유로 한 판단에 기속되지 않는다.
- ④ 상고법원으로부터 사건을 환송받아 심리하는 과정에서 상고법원의 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생긴 때에는 상고법원이 파기이유로 한 법률적 판단의 기속력은 미치지 않는다.

해설

- ① 대판 2004.4.9, 2004도340
- ② 대판 2022.12.29, 2018도7575
- ③ 파기환송을 받은 법원은 그 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 기속되며, 그에 따라 판단한 판결에

대하여 다시 상고를 한 경우에도 그 상고사건을 재판하는 상고법원은 앞서의 파기이유로 한 판단에 기속된다(대판1983.4.18, 83도383).

④ 대판 19832.2.8, 82도2672

정답 ③

74. 소송기록접수통지에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

24. 9급 법원직

- ① 피고인과 국선변호인이 모두 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았더라도 국선변호인이 항소이유를 제출하지 않은 것에 피고인의 귀책사유가 있음이 특별히 밝혀지지 않는 한, 항소법원은 종전 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하여 다시 소송기록접수통지를 하여야 한다.
- ② 항소심에서 국선변호인이 선정된 이후 변호인이 없는 다른 사건이 병합된 경우, 항소법원은 지체 없이 국선변호인에게 병합된 사건에 관한 소송기록접수통지를 하여야 한다.
- ③ 형사소송법은 항소법원이 항소인인 피고인에게 소송기록접수통지를 하기 전에 변호인의 선임이 있는 때에는 변호인에게도 소송기록접수통지를 하도록 정하고 있으므로, 피고인에게 소송기록접수통지를 한 다음에 변호인이 선임된 경우에는 변호인에게 다시 같은 통지를 할 필요가 없다.
- ④ 필요적 변호사건에서 항소법원이 피고인과 국선변호인에게 소송기록접수통지를 하였으나 피고인과 국선변호인이 항소 이유서를 제출하지 않고 있는 사이에 항소이유서 제출기간내에 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 항소법원이 직권으로 기존 국선변호인 선정결정을 취소하였다면, 항소법원은 피고인이 소송지연 등을 위하여 새로 변호인을 선임하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 새로 선임된 사선변호인에게 소송기록접수통지를 하여 그 변호인에게 항소이유서 작성·제출을 위한 기간을 보장해 주어야 한다.

해설

- ① 대결 2012.2.16, 2009모1044 전원합의체
- ② 대판 2010.5.27, 2010도3377
- ③ 제361조의2, 대판 2018.11.22, 2015도10651 전원합의체
- ④ 필요적 변호사건에서, 항소법원이 이미 피고인과 국선변호인에게 소송기록접수통지를 하였으나, 피고인과 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 않고 있던 중 항소이유서 제출기간 내에 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 국선변호인 선정결정이 취소된 경우 그 사선변호인에게 새로운 소송기록접수통지를 할 필요는 없으며, 사선변호인의 항소이유서 제출기간은 피고인 또는 국선변호인의 소송기록접수통지 수령일로부터 계산하여야 한다(대판 2018.11.22, 2015도10651 전원합의체).

정답 ④

75. 항소에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

24.7급 국가직

- ① 항소장에 항소이유가 기재되어 있지 않고 적법한 기간 내에 항소이유서도 제출되지 않았다면 직권조사사유가 있는 경우 외에는 항소심법원은 결정으로 항소를 기각하여야 한다.
- ② 제1심법원이 소년임을 이유로 징역 장기 4년, 단기 2년의 부정기형을 선고한 데 대하여 피고인만 항소한 경우, 항소심법원이 위 피고인이 항소심에 이르러 19세에 도달하였음을 이유로 제1심판결을 파기하고 징역 3년을 선고하였다면 이는 불이익변경금지원칙에 위배되지 않는다.

- ③ 항소심법원이 피고인에게 소송기록 접수통지를 함에 있어 2회에 걸쳐 그 통지서를 송달하였다고 하더라도, 항소이유서 제출기간의 기산일은 최초 송달의 효력이 발생한 날의 다음 날이다.
- ④ 경합범 중 일부에 대하여 무죄, 나머지 일부에 대하여 유죄를 선고한 항소심판결에 대하여 검사만 무죄 부분을 상고하였는데, 상고심법원이 이를 유죄 취지로 파기할 때에는 상소불가분의 원칙에 따라 상고되지 않은 유죄 부분도 함께 파기하여야 한다.

**해설**

- ① 제361조의4 제1항
- ② 대판 2020.10.22, 2020도4140 전원합의체
- ③ 대판 2010.5.27, 2010도3377
- ④ 경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 제1심판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대하여 항소를 한 경우, 피고인과 검사가 항소하지 아니한 유죄판결 부분은 항소기간이 지남으로써 확정되어 항소심에 계속된 사건은 무죄판결 부분에 대한 공소뿐이며, 그에 따라 항소심에서 이를 파기할 때에는 무죄 부분만을 파기하여야 한다(대판 2010.11.25, 2010도10985).

**정답 ④**

**76. 상고 절차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?**

**24. 9급 법원직**

- ① 상고를 제기한 검찰청 소속 검사가 그 이름으로 상고이유서를 제출하여도 유효한 것으로 취급되고, 이 경우 상고를 제기한 검찰청이 있는 곳을 기준으로 법정기간인 상고이유서 제출기간이 형사소송법 제67조에 따라 연장된다.
- ② 상고장 및 상고이유서에 기재된 상고이유의 주장이 형사소송법 제383조 각 호의 어느 하나의 사유에 해당하지 아니함이 명백한 때에는 결정으로 상고를 기각하여야 한다.
- ③ 상고법원은 필요한 경우에는 특정한 사항에 관하여 변론을 열어 참고인의 진술을 들을 수 있다.
- ④ 상고심은 사후심으로서, 원심까지의 소송자료만을 기초로 삼아 원심판결의 당부를 판단하여야 하므로, 원심판결 후에 나타난 사실이나 증거의 경우 비록 그것이 상고이유서 등에 첨부되어 있다고 하더라도 사용할 수 없음이 원칙이다.

**해설**

- ① 상고를 제기한 검찰청 소속 검사가 그 이름으로 상고이유서를 제출하여도 유효한 것으로 취급되지만 이 경우 상고를 제기한 검찰청이 있는 곳을 기준으로 법정기간인 상고이유서 제출기간이 형사소송법 제67조에 따라 연장될 수 없다(대결 2003.6.26, 2003도2008).
- ② 제380조 제2항
- ③ 제390조 제2항
- ④ 대판 2019.3.21, 2017도16593 전원합의체

**정답 ①**

77. 상소에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

24.7급 국가직

- ① 피고인의 법정대리인은 피고인의 명시한 의사에 반하여도 피고인을 위하여 상소할 수 있다.
- ② 상고심법원이 피고인의 이익을 위하여 원심판결을 파기하는 경우에 파기의 이유가 상고한 공동피고인에게 공통되는 때에는 그 공동피고인에 대하여도 원심판결을 파기하여야 하지만, 적법한 상고이유서를 제출하지 않은 공동피고인에게는 위 법리가 적용되지 않는다.
- ③ 피고인이 공동피고인의 기망에 의하여 항소권을 포기하였음을 항소 제기기간이 도과한 뒤에야 비로소 알게 되었다 하더라도 이러한 사정은 피고인이 책임질 수 없는 사유에 해당하지 않는다.
- ④ 검사가 압수·수색영장의 청구 등 강제처분을 위한 조치를 취하지 않은 것은 압수에 관한 처분이라 할 수 없으므로 준항고의 대상이 되지 않는다.

해설

- ① 제340조
- ② 파기의 이유가 상고이유서를 제출하지 아니한 공동피고인에게도 공통되므로 공동피고인들에 대하여도 원심판결을 파기하기로 한다(대판 2000.12.8, 2000도2626).
- ③ 대결 1984.7.11, 84모40
- ④ 대판 2007.5.25, 2007도82

정답 ②

78. 다음 <보기> 중 재심의 대상에 해당하는 것으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24.해경 경위공채

- ㉠ 항소심에서 파기된 제1심판결
- ㉡ 공소기각판결
- ㉢ 집행유예판결
- ㉣ 재정신청기각결정
- ㉤ 특별사면으로 형 선고의 효력이 상실된 유죄의 확정판결
- ㉥ 약식명령에 대한 정식재판 청구에 따라 유죄판결이 확정된 경우의 약식명령
- ㉦ 비상상고에 의하여 법령에 위반한 소송절차가 파기된 경우
- ㉧ 대법원의 파기환송판결

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

해설

- ㉠ X : 항소심에서 파기된 제1심판결은 재심대상 X (대결 2004.2.13, 2003모464).
- ㉡ X : 유죄의 확정판결이 아니므로 재심대상이 아니다.
- ㉢ O : 집행유예판결도 유죄판결이기 때문에 재심대상이 된다
- ㉣ O : 유죄판결 확정 후에 형 선고의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있었다고 하더라도 확정된 유죄판결에 대하여 재심의 대상이 된다(대판 2015.5.21, 2011도1932 전원합의체).
- ㉤ X : 약식명령에 대하여 정식재판 청구가 이루어지고 그 후 진행된 정식재판 절차에서 유죄판결이 선고되어

확정된 경우, 재심대상은 효력을 잃은 약식명령이 아니라 유죄의 확정판결을 대상으로 재심을 청구하여야 한다(대판 2013. 4.11, 2011도10626).

- ㉠ 비상상고는 모든 확정판결에 대하여 그 심판의 법령위반을 바로잡기 위하여 인정되는 비상구제절차이다(제 441조). 따라서 유죄판결, 무죄판결, 면소판결, 공소기각판결, 관할위반판결은 모두 비상상고의 대상이 된다. 비상상고가 이유가 있다고 인정한 때에는 대법원은 확정판결을 파기하게 되는데 확정판결 자체는 그대로 유지되고 그 위반된 부분만을 파기하게 되는 부분파기가 원칙이다. 비상상고의 목적이 법령해석 및 법령적용에 통일을 기하려는 데에 있기 때문이다(적법한 증거조사 없이 증거능력 없는 증거를 유죄의 증거로 실시한 위법이 있더라도 다른 증거에 의해 범죄사실을 인정할 수 있을 때에는 증거로 거시한 부분만 파기하게 되므로 부분파기는 피고인에게는 영향을 주지 아니한다). 그러나 피고인에게 불이익함을 이유로 파기자판하는 경우에는 예외적으로 확정되었던 원판결이 파기 되고 비상상고에 대한 판결의 효력이 피고인에 영향을 주게 된다.

확정된 원판결이 비상상고에 의하여 법령에 위반한 소송절차가 파기된 경우 원판결이 유죄판결인 경우에는 재심의 대상이 될 수 있으나, 그 밖의 판결 즉 무죄판결, 면소판결, 공소기각판결, 관할위반판결 등에 대하여는 비상상고에 의하여 법령에 위반한 소송절차가 파기더라도 재심의 대상이 될 수 없다.

따라서 ㉠에 대한 재심대상 여부는 일률적으로 판단하기는 어려운 측면이 있다 하겠으나, 출제기관에서는 재심의 대상으로 파악하고 있는 것으로 보이며, 정답을 2번으로 처리하고 있다.

- ㉡ X : 형사재판에 있어서의 재심은 형사소송법 제420조, 제421조 제1항의 규정에 의하여 유죄의 확정판결 및 유죄판결에 대한 항소 또는 상고를 기각한 확정판결에 대하여만 허용되는 것이고, 환송판결은 유죄의 확정판결이라 할 수 없으므로 환송판결을 대상으로 한 재심청구는 부적법하다 할 것이다(대결 2006.6.27, 2005재도18).

**정답 ②**

**79. 재심에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?**

24.7급 국가직

- ㄱ. 재심 심판에서 범죄사실에 적용하여야 할 법령은 재심판결 당시의 법령이 아니라, 재심대상판결 당시의 법령이다.
- ㄴ. 형의 선고받은 자에 대하여 형의 면제를 인정할 명백한 증거가 새로 발견되었다면 재심사유가 될 수 있는데, 이때 형의 면제란 형의 필요적 면제만을 말한다.
- ㄷ. 재심판결이 선고되어도 확정되기 전까지는 재심대상판결은 그 효력을 잃지 않는다.
- ㄹ. 항소심에서 파기된 제1심판결도 재심 대상이 될 수 있다.

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

**해설**

- ㉠ X : 재심이 개시된 사건에서 범죄사실에 대하여 적용하여야 할 법령은 재심판결 당시의 법령이다(대판 2013.7.11, 2011도14044).
- ㉡ O : 대결 1984.5.30, 84모32
- ㉢ O : 대판 2018.2.28, 2015도15782
- ㉣ X : 항소심에서 파기되어버린 제1심판결에 대해서는 재심을 청구할 수 없는 것이다(대결 2004.2.13, 2003모464).

**정답 ②**

80. 약식명령에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

24. 9급 법원직

- ① 약식명령 청구의 대상은 지방법원의 관할에 속하는 벌금, 과료, 몰수에 처할 수 있는 사건이다.
- ② 포괄일죄의 관계에 있는 범행일부에 관하여 약식명령이 확정되었다면 그 약식명령의 고지시를 기준으로 하여 그 전의 범행에 대하여는 면소의 판결을 하고, 그 이후의 범행에 대하여서만 일개의 범죄로 처벌하여야 할 것이다.
- ③ 검사의 약식명령 청구와 동시에 증거서류 및 증거물이 법원에 제출되었다고 하여 공소장일본주의를 위반하였다고 할 수 없고, 그 후 약식명령에 대한 정식재판청구가 제기되었음에도 법원이 증거서류 및 증거물을 검사에게 반환하지 않고 보관하고 있다고 하여 그 이전에 이미 적법하게 제기된 공소제기절차가 위법하게 된다고 할 수 없다.
- ④ 약식명령은 그 재판서를 피고인에게 송달함으로써 효력이 발생하고, 변호인이 있는 경우라도 반드시 변호인에게 약식명령 등본을 송달해야 하는 것은 아니므로 정식재판 청구기간은 피고인에 대한 약식명령 고지일을 기준으로 하여 기산하여야 한다.

해설

- ① 제448조 제1항
- ② 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부에 대하여 약식명령이 확정된 경우에는 그 약식명령의 발령 시를 기준으로 하여 그 이전에 이루어진 범행에 대하여는 면소의 판결을 선고하여야 한다(대판 2013.6.13, 2013도4737).
- ③ 대판 2007.7.26, 2007도32906
- ④ 대결 2017.7.27, 2017모1557

정답 ②

[종합문제]

81. 다음 설명 중 옳은 것만을 모두 고르면?

24.7급 국가직

- ㄱ. 甲과 乙이 서로 뇌물을 주고받은 사이로 필요적 공범관계에 있고, 검사가 수사단계에서 甲에 대한 증거를 미리 보전할 필요성이 있어 판사에게 乙을 인으로 신문할 것을 청구한 경우, 법원은 乙을 증인으로 신문할 수 있다.
- ㄴ. 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 증거를 취득하였다더라도 사후 영장을 발부받으면 그 위법성이 치유될 수 있다.
- ㄷ. 검사가 종전에 기소유예 처분을 한 후 수년여가 지난 시점에 이를 반복할 만한 사정변경이 없음에도 다시 기소하는 것은 기소편의주의 원칙에 비추어 소추재량권의 현저한 일탈이라 볼 수 없다.
- ㄹ. 구속의 효력은 원칙적으로 구속영장에 기재된 범죄사실에만 미치는 것이므로, 구속기간이 만료될 무렵에 종전 구속영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실로 피고인을 구속하였다는 사정만으로는 피고인에 대한 구속이 위법하다고 할 수 없다.

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

해설

- ㉠ O : 대판 1988.11.8, 86도1646  
㉡ X : 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사 기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 사후에 법원으로부터 영장이 발부 되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유되는 것도 아니다 (대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체).  
㉢ X : 위 공소제기는 검사가 공소권을 자의적으로 행사한 것으로서 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보아야 한다(대판 2021.10.14. 2016도14772).  
㉣ O : 대결 2000.11.10, 2000모134

정답 ㉡