

형사소송법

22년 상반기 최신기출&최신판례

조충환 & 양건 & 오상훈

<수록내용>

22년 01월 08일 시행 경찰승진시험
22년 01월 09일 시행 해양경찰승진시험
22년 01년 시행 소방간부후보생시험
22년 01월 15일 시행 변호사시험
22년 03월 26일 시행 경찰채용 1차시험
22년 04월 02일 시행 국가공무원 9급 공채시험

제1편 서론

제2장 형사소송법의 이념과 구조

1. 다음은 형사소송의 이념에 대한 설명이다. 아래 ㉠부터 ㉤까지의 설명 중 옳고 그름의 표시(O, X)가 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ㉠ 헌법 제12조 제1항 후문이 규정하고 있는 적법절차란 법률이 정한 절차 및 그 실제적 내용이 모두 적정하여야 함을 말하고, 적당하다고 함은 공정하고 합리적이며 상당성이 있어 정의관념에 합치되는 것을 뜻한다.
- ㉡ 검사가 법원에 의하여 증인으로 채택된 수감자를 그 증언에 이르기까지 거의 매일 검사실로 하루 종일 소환하여 피고인측 변호인이 접근하는 것을 차단하고, 검찰에서의 진술을 반복하는 증언을 하지 않도록 회유·압박하는 한편, 때로는 검사실에서 그에게 편의를 제공하기도 한 행위만으로는 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하였다고 할 수 없다.
- ㉢ 신속한 재판을 받을 권리는 주로 피고인의 이익을 보호하기 위하여 인정된 기본권이지만 동시에 실제적 진실발견, 소송경제, 재판에 대한 국민의 신뢰와 형벌 목적의 달성과 같은 공공의 이익에도 근거가 있기 때문에 어느 면에서는 이중적인 성격을 갖고 있다.
- ㉣ 신속한 재판을 받을 권리와 관련하여 공판심리의 현저한 지연은 현행법상 명문으로 면소사유뿐만 아니라 공소기각 사유로도 규정하고 있다.

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

해설

- ㉠ O : 대판 1988.11.16, 88초60
- ㉡ X : 현재결 2001.8.30, 99헌마496
- ㉢ O : 현재결 1995.11.30, 92헌마44
- ㉣ X : 현행법은 재판지연을 구제하기 위한 별도의 명문규정을 두고 있지 않다. 따라서 현저한 재판의 지연이 있었다고 하더라도 형식재판으로 사건을 종결시킬 수는 없다. 다만, 공소제기 후 판결이 확정됨이 없이 25년을 경과하게 되면 공소시효가 완성된 것으로 보게 되므로(제249조 제2항), 이러한 경우에는 면소판결로 종결하게 된다.

정답 ①

2. 형사소송의 이념과 기본원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.국가9급

- ① 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 기본권 인권보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.
- ② 검사와 피고인 쌍방이 항소한 경우에 제1심 선고형기 경과 후 제2심 공판이 개정되었다면 이는 위법으로서 신속한 재판을 받을 권리를 박탈한 것이다.
- ③ 신속한 재판을 받을 권리는 주로 피고인의 이익을 보호하기 위하여 인정된 기본권이지만 동시에 실체적 진실 발견, 소송 경제, 재판에 대한 국민의 신뢰와 형벌 목적의 달성과 같은 공공의 이익에도 근거가 있기 때문에 어느 면에서는 이중적 성격을 갖고 있다고 할 수 있다.
- ④ 실체진실주의는 형사소송의 지도이념이며, 이를 공판절차에서 구현하기 위하여 「형사소송법」은 법원이 직권에 의한 증거조사를 할 수 있도록 하고 있다.

해설

- ① O : 대판 2007.11.15, 2007도3061전원합의체
- ② X : 검사와 피고인 쌍방이 항소한 경우에 제1심 선고형기 경과 후 제2심 공판이 개정되었다고 하여 이를 위법이라 할 수 없고, 신속한 재판을 받을 권리를 박탈한 것이라고 할 수 없다(대판1972.5.23, 72도840).
- ③ O : 현재결 1995.11.30.92헌마44
- ④ O : 제295조

정답 ②

제2편 수사와 공소

제1장 수사

수사의 조건

3. 함정수사에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰1차

- ① 수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용될 금전까지 제공하는 등으로 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은, 위법한 함정 수사에 해당하여 허용되지 않는다.
- ② 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정 수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소 제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다.

- ③ 범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법도 경우에 따라 허용될 수 있다.
- ④ 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」에 의하면 사법경찰관리는 아동·청소년을 대상으로 하는 디지털 성범죄에 대해 신분비공개수사는 가능하지만, 신분위장수사는 위법한 함정수사로서 허용되지 않는다.

해설

- ① O : 수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동경심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용될 금전까지 제공하는 등으로 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은, 위법한 함정수사에 해당하여 허용되지 않는다. / 그렇지만 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 않은 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐, 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우에는 설령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 않는다(대판 2007.7.12, 2006도2339 ; 대판 2013.3.28, 2013도1473 ; 대판 2020.7.9, 2020도483). ★
- ② O : 대판 2008.10.23, 2008도7362
- ③ O : 대판 2008.10.23, 2008도7362
- ④ X : 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(약칭 청소년성보호법)에서 2021. 3. 23. 신분비공개수사와 신분위장수사를 허용하는 규정을 신설하였다.
제25조의2(아동·청소년대상 디지털 성범죄의 수사 특례) ① 사법경찰관리는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 범죄(이하 “디지털 성범죄”라 한다)에 대하여 신분을 비공개하고 범죄현장(정보통신망을 포함한다) 또는 범인으로 추정되는 자들에게 접근하여 범죄행위의 증거 및 자료 등을 수집(이하 “신분비공개수사”라 한다)할 수 있다.
제25조의3(아동·청소년대상 디지털 성범죄 수사 특례의 절차) ① 사법경찰관리가 신분비공개수사를 진행하고자 할 때에는 사전에 상급 경찰관서 수사부서의 장의 승인을 받아야 한다. 이 경우 그 수사기간은 3개월을 초과할 수 없다.
 ③ 사법경찰관리는 신분위장수사를 하려는 경우에는 검사에게 신분위장수사에 대한 허가를 신청하고, 검사는 법원에 그 허가를 청구한다. ★★★

정답 ④

검사와 사법경찰관리의 관계

4. 「형사소송법」 제197조의2(보완수사요구)에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?

22.경찰승진

- ① 검사는 ‘송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우’ 또는 ‘사법경찰관의 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우’에 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다.
- ② 사법경찰관은 「형사소송법」 제197조의2 제1항에 따른 검사의 보완수사의 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없는 한 지체없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다.

- ③ 「형사소송법」 제197조의2 제1항에 따른 보완수사의 요구를 받은 사법경찰관과 검사 사이에 「형사소송법」 제197조의2 제2항의 ‘정당한 이유의 유무’에 대하여 이견의 조정이 필요한 경우에 사법경찰관은 검사에 대하여 협의를 요청할 수 있다.
- ④ 「형사소송법」 제197조의2 제2항에 따른 ‘정당한 이유의 유무’에 대하여 이견이 있어 협의를 요청받은 검사는 이에 응하지 않을 수 있으며, 이 경우에는 해당 검사가 소속된 검찰청의 장과 해당 사법경찰관이 소속된 경찰관서의 장의 협의에 따른다.

해설

- ① O : 제197조의2 제1항
- ② O : 제197조의2 제2항
- ③ O : 수사준칙 제8조 제1항
- ④ X : 「형사소송법」 제197조의2 제2항(검사의 보완수사요구) 및 제3항(사법경찰관 불이행)에 따른 ‘정당한 이유의 유무’에 대하여 이견이 있어 협의를 요청받은 검사는 이에 응하여야 한다(수사준칙 제8조 제1항 단서). 협의에도 불구하고 이견이 해소되지 않는 경우에는 해당 검사가 소속된 검찰청의 장과 해당 사법경찰관이 소속된 경찰관서의 장의 협의에 따른다(수사준칙 제8조 제2항).

정답 ④

5. 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」 상 사법경찰관의 사건송치에 관한 설명으로 가장 적절 하지 않은 것은? 22.경찰차

- ① 사법경찰관이 사건을 수사한 결과, 불송치 결정 중 죄가안됨에 대하여 「형법」 제10조 제1항에 따라 피의자를 별할 수 없는 경우에는 해당 사건을 검사에게 이송한다.
- ② 검사는 사법경찰관의 불송치 결정이 위법 또는 부당한 경우에는 관계 서류와 증거물을 송부받은 날로부터 90일 이내에 재수사를 요청할 수 있는데, 만약 불송치 결정에 영향을 줄 수 있는 명백히 새로운 증거 또는 사실이 발견된 경우에는 90일이 지난 후에도 재수사를 요청할 수 있다.
- ③ 사법경찰관은 수사결과에 따라 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 하는데, 이 때 보완수사가 필요하다고 인정되는 경우에도 검사는 직접 보완수사할 수 없으며 사법경찰관에 대한 보완수사요구만 가능하다.
- ④ 사법경찰관이 재수사 중인 사건에 대해 「형사소송법」 제245조의7 제1항에 따른 고소인등의 이의신청이 있는 경우에는 사법경찰관은 재수사를 중단해야 하며, 같은 조 제2항에 따라 해당사건을 지체없이 검사에게 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부해야 한다.

해설

- ① O : 수사준칙 제51조 제3항 ∴ 심신상실여부(책임능력)의 판단이므로
- ② O : 수사준칙 제63조 제1항 ★
- ③ X : 검사는 법 제245조의5제1호에 따라 사법경찰관으로부터 송치받은 사건에 대해 보완수사가 필

불심검문

7. 「경찰과 직무집행법」상 불심검문에 대한 설명으로 적절하지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ㉠ 경찰관은 수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 사람을 정지시켜 질문할 수 있다.
- ㉡ 경찰관의 동행요구를 받은 사람은 이를 거절할 수 있으며, 경찰관은 동행요구에 응하여 동행한 사람을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다.
- ㉢ 불심검문을 하게 된 경위, 불심검문 당시의 현장상황과 검문을 하는 경찰관들의 복장, 불심검문 대상자가 공무원증 제시나 신분 확인을 요구하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여, 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 불심검문 대상자가 충분히 알고 있었다고 하더라도 경찰관이 신분증을 제시하지 않은 이상 그 불심검문은 적법한 공무집행이라 할 수 없다.
- ㉣ 경찰관이 불심검문 대상자 해당 여부를 판단할 때에는 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 객관적·합리적인 기준에 따라 판단하여야 하고, 반드시 불심검문 대상자에게 「형사소송법」상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다.

- ① ㉠㉡ ② ㉠㉢ ③ ㉡㉢ ④ ㉢㉣

해설

- ㉠ O : 경찰관직무집행법 제3조 제1항
- ㉡ O : 경찰관직무집행법 제3조 제2항, 제6항
- ㉢ X : 불심검문을 하게 된 경위, 불심검문 당시의 현장상황과 검문을 하는 경찰관들의 복장, 불심검문 대상자가 공무원증 제시나 신분 확인을 요구하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여, 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 불심검문 대상자가 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 신분증을 제시하지 않았다고 하더라도 그 불심검문이 위법한 공무집행이라고 할수 없다(대판 2014.12.11, 2014도7976)
- ㉣ X : 경찰관이 불심검문 대상자 해당 여부를 판단할 때에는 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 불심검문 대상자인지를 객관적·합리적인 기준에 따라 판단하여야 하나, 반드시 불심검문 대상자에게 형사소송법상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없다(대판 2014.2.27, 2011도13999).

정답 ④

변사자검시

8. 다음 중 변사자 검시에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? 22.해경승진

- ㉠ 변사자의 검시는 수사가 아닌 수사의 단서에 불과하다.
- ㉡ 검시는 검증과 유사하므로 유족의 동의가 없으면 판사의 영장을 발부받아 검시

를 하여야 한다.

㉔ 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제17조 제1항에 의하면 사법경찰관은 변사자 또는 변사의 의심이 있으면 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 보고하고 지휘를 받아야 한다. 단, 긴급을 요하는 경우 그러하지 아니하다.

㉕ 변사자 또는 변사의 의심있는 사체가 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 사법경찰관이 검시하여야 한다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개

해설

- ㉑ O : 변사자의 검시는 수사의 단서에 불과하며, 검시를 통해 범죄혐의가 인정되면 수사를 개시하게 된다.
- ㉒ X : 검시는 변사자의 상황을 조사하는 것이므로 수사의 단서에 불과하여 영장이 필요 없다. 변사자 검시 후 사체해부 등 검증처분은 수사개시 이후의 처분이므로 영장이 있어야 하나, 대상이 사체라는 특수성과 수사의 긴급성 때문에 영장주의 예외가 인정된다(제222조 제2항).
- ㉓ X : 사법경찰관은 변사자 또는 변사한 것으로 의심되는 사체가 있으면 변사사건 발생사실을 검사에게 통보해야 한다(수사준칙 제17조 제1항).
- ㉔ X : 변사자검시의 주체는 변사자 또는 변사의 의심이 있는 사체의 소재지를 관할하는 지방검찰청 검사이다(제222조 제1항).

정답 ②

고소·고발

9. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 고소는 범죄의 피해자 기타 고소권자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 소추를 구하는 의사표시를 말하는 것으로서, 단순한 피해사실의 신고는 소추·처벌을 구하는 의사표시가 아니므로 고소가 아니다.
- ② 피해자가 고소장을 제출하여 처벌을 희망하는 의사를 분명히 표시한 후 고소를 취소한 바 없다면 비록 고소 전에 피해자가 처벌을 원치 않았다 하더라도 그 후에 한 피해자의 고소는 유효하다.
- ③ 친고죄에 있어서의 고소는 고소권 있는 자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하고 범인의 처벌을 구하는 의사표시로서 서면 뿐만 아니라 구술로도 할 수 있는 것이고, 다만 구술에 의한 고소를 받은 검사 또는 사법경찰관은 조서를 작성하여야 하지만 그 조서가 독립된 조서일 필요는 없으며 수사기관이 고소권자를 증인 또는 피해자로서 신문한 경우에 그 진술에 범인의 처벌을 요구하는 의사표시가 포함되어 있고 그 의사표시가 조서에 기재되면 고소는 적법하게 이루어진 것이다.
- ④ 고소에 따른 사회생활상의 이해관계를 알아차릴 수 있는 사실상의 의사능력이 있더라도 민법상의 행위능력이 없는 자에게는 고소능력이 인정되지 아니하고, 범행 당시 고소능력이 없던 피해자가 그 후에 비로소 고소능력이 생겼다면 그 고소기간은 고소능력이 생긴 때로부터 기산하여야 한다.

해설

- ① O ② O : 대판 2008.11.27, 2007도4977
- ③ O : 대판 2011.6.24, 2011도4451
- ④ X : 고소를 함에는 고소능력이 있어야 하는바, 이는 피해를 받은 사실을 이해하고 고소에 따른 사회생활상의 이해관계를 알아차릴 수 있는 사실상의 의사능력으로 충분하므로 **민법상의 행위능력이 없는 자라도** 위와 같은 능력을 갖춘 자에게는 **고소능력이 인정되고**, 범행 당시 고소능력이 없던 피해자가 그 후에 비로소 고소능력이 생겼다면 그 고소기간은 고소능력이 생긴 때로부터 기산하여야 한다(대판 2007.10.11, 2007도4962). **[사실관계]** 강간 피해 당시 14세의 정신지체아가 범행일로부터 약 1년 5개월 후 담임교사 등 주위 사람들에게 피해사실을 말하고 비로소 그들로부터 고소의 의미와 취지를 설명 듣고 고소에 이른 경우, 위 설명을 들은 때 고소능력이 생겼다고 본 사례

정답 ④

10. 친고죄에서의 고소에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가9급

- ① 수사기관이 고소권자를 증인 또는 피해자로서 신문한 경우 그 진술에 범인의 처벌을 요구하는 고소권자의 의사표시가 포함되어 있고 그 의사표시가 조서에 기재되어 있다면, 친고죄의 고소는 적법하다.
- ② 피고인과 고소인이 작성한 합의서가 제1심 법원에 제출된 경우에는 고소취소의 효력이 있고, 고소인이 제1심 법정에서 이를 반복하는 증언을 하더라도 그 고소취소의 효력에는 영향이 없다.
- ③ 친고죄에서 적법한 고소가 있었는지는 엄격한 증명의 대상이 되고, 일죄의 관계에 있는 범죄사실 일부에 대한 고소의 효력은 일죄 전부에 대하여 미친다.
- ④ 고소는 제1심 판결 선고 전까지 취소할 수 있으나 상소심에서 제1심 공소기각판결을 파기하고 이 사건을 제1심으로 환송한 경우 환송받은 제1심에서는 판결 선고 전이라도 친고죄에서의 고소를 취소할 수 없다.

해설

※ 이 문제의 정답은 객관식문제의 특성상 상대적으로 ①로 봄이 타당하다.

- ① O : 대판 2011. 6. 24. 2011도4451
- ② X : 법원에 합의서를 제출한 경우, 고소취소의 효력을 인정할 수 있으나에 관하여 아래와 같은 판례가 있음을 감안할 때, 지문상 표현만으로는 판단하기 어렵다.

[비교판례]

1. 비록 합의서에 피고인에 대한 고소를 취소한다거나 형사책임을 묻지 않는다는 표현을 명시적으로 기재하지는 않았지만, 피고인의 처벌을 구하는 의사를 철회한다는 의사로 합의서를 제1심법원에 제출하였다면 피고인에 대한 고소는 적법하게 취소되었다고 할 것이고, 따라서 그 후 피해자가 제1심 법원에 증인으로 출석하여 위 합의를 취소하고 다시 피고인의 처벌을 원한다는 진술을 함으로써 고소취소를 철회하는 의사표시를 하였다고 하여도 그것은 아무런 효력이 없다(대판 2009.9.24, 2009도6779).
2. 고소인과 피고인 사이에 작성된, “상호간에 원만히 해결되었으므로 이후에 민·형사간 어떠한 이의도 제기하지 아니할 것을 합의한다”는 취지의 합의서가 제1심 법원에 제출되었으나 고소인이 제1

심에서 고소취소의 의사가 없다고 증언하였다면 위 합의서의 제출로 고소취소의 효력이 발생하지 아니한다(대판 1981.10.6, 81도1968)

- ③ X : 대판 2011.6.24, 2011도4451 ∴ 자유로운 증명의 대상
- ④ X : 상소심에서 법률 위반을 이유로 제1심 공소기각판결을 파기하고 사건을 제1심법원에 환송함에 따라 다시 제1심 절차가 진행된 경우, 종전의 제1심판결은 이미 파기되어 효력을 상실하였으므로 환송 후의 제1심판결 선고 전에는 고소취소의 제한사유가 되는 제1심판결 선고가 없는 경우에 해당한다. 따라서 환송 후의 제1심판결 선고 전에 고소가 취소되면 형사소송법 제327조 제5호에 의하여 판결로써 공소를 기각하여야 한다(대판 2011.8.25, 2009도9112).

정답 ①

11. 반의사불벌죄에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰승진

- ① 항소심에 이르러 비로소 반의사불벌죄가 아닌 죄에서 반의사불벌죄로 공소장이 변경되었더라도, 항소심에서 피해자가 밝힌 처벌불원의사를 받아들여 피고인에 대한 폭행죄의 공소를 기각하는 것은 「형사소송법」 제232조 제3항 및 제1항의 처벌을 희망하는 의사표시의 철회가능시기에 관한 법리오해의 위법이 있다.
- ② 반의사불벌죄에 있어서 피해자의 피고인 또는 피의자에 대한 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌을 희망하는 의사표시의 철회는 미성년자인 피해자에게 의사능력이 있더라도 피해자가 단독으로 이를 할 수 없고, 법정대리인의 동의가 있거나 법정대리인의 대리가 필요하다.
- ③ 반의사불벌죄에 있어서의 ‘피해자의 명시한 의사’에 관하여도 친고죄의 고소불가분의 원칙에 관한 규정이 준용되므로 처벌을 희망하는 의사표시의 철회는 다른 공범자에 대하여도 효력이 미친다.
- ④ 피해자가 나이 어린 미성년자인 경우 그 법정대리인이 밝힌 처벌불원의 의사표시에 피해자 본인의 의사가 포함되어 있는지는 대상 사건의 유형 및 내용, 피해자의 나이, 합의의 실질적인 주체 및 내용, 합의 전후의 정황, 법정대리인 및 피해자의 태도 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 하는 것인데, 해당 처벌불원의 의사표시의 존재 여부는 당사자가 항소이유로 주장하지 아니한 이상 항소심 법원이 이를 직권으로 조사·판단할 필요는 없다.

해설

- ① O : 대판 1988.3.8, 85도2581
- ② X : 반의사불벌죄에 있어서 피해자의 피고인 또는 피의자에 대한 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌을 희망하는 의사표시의 철회는 의사능력이 있는 피해자가 단독으로 이를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 한다거나 법정대리인에 의해 대리되어야만 한다고 볼 것은 아니다(대판 2009.11.19, 2009도6058 전원합의체).
- ③ X : 반의사불벌죄에 있어서 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시나 처벌을 희망하는 의사표시의 철회에 관하여 친고죄와는 달리 공범자간에 불가분의 원칙을 적용하지 아니한다(대판 1994.4.26. 93도1689).
- ④ X : 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시의 부존재는 소위 소극적 소송조건으로서 직권조사사항이라 할 것이므로 당사자가 항소이유로 주장하지 아니하였다 하더라도 원심은 이를 직권으로 조사·판단하여야 한다(대판 2009.12.10, 2009도9939).

정답 ①

12. 친고죄와 반의사불벌죄에 관한 설명 중 옳은 것(O)과 옳지 않은 것(X)을 올바르게 조합한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22. 변호사

- ㉠ 제1심 법원이 반의사불벌죄로 기소된 피고인에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 따라 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때부터 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 동의는 있어야 한다.
- ㉢ 고소는 제1심 판결선고 전까지 취소할 수 있으므로 친고죄의 공범 중 일부에 대하여 제1심 판결이 선고된 후라도 제1심 판결선고 전의 다른 공범자에 대하여는 그 고소를 취소할 수 있고, 고소를 취소한 경우 친고죄에 대한 고소 취소로서의 효력이 있다.
- ㉣ 친고죄에 있어서의 피해자의 고소권은 공법상의 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 ㉠(O), ㉡(O), ㉢(X), ㉣(X)
- ② ㉠(O), ㉡(X), ㉢(X), ㉣(O)
- ③ ㉠(X), ㉡(O), ㉢(O), ㉣(X)
- ④ ㉠(X), ㉡(X), ㉢(O), ㉣(O)
- ⑤ ㉠(X), ㉡(X), ㉢(X), ㉣(O)

해설

- ㉠ O : 대판 2016.11.25, 2016도9470
- ㉡ X : 피해자가 단독으로 이를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 한다거나 법정대리인에 의해 대리되어야만 한다고 볼 것은 아니다(대판 2009.11.19, 2009도6058 전원합의체).
- ㉢ X : 친고죄의 공범 중 그 일부에 대하여 제1심판결이 선고된 후에는 제1심판결 선고 전의 다른 공범자에 대하여는 그 고소를 취소할 수 없고 그 고소의 취소가 있다 하더라도 그 효력을 발생할 수 없다. 이러한 법리는 필요적 공범이나 임의적 공범이나를 구별함이 없이 모두 적용된다(대판 1985.11.12, 85도1940).
- ㉣ O : 대판 1967.5.23, 67도471

정답 ②

13. 고소와 고발에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22. 경찰승진

- ① 고소능력은 피해를 받은 사실을 이해하고 고소에 따른 사회생활 상의 이해관계를 알아차릴 수 있는 사실상의 의사능력으로 충분하므로, 「민법」상의 행위능력이 없는 사람이라도 고소능력이 인정될 수 있다.

- ② 고소는 대리가 허용되지만, 고발은 대리가 허용되지 않는다.
- ③ 「형사소송법」 제225조 제1항이 규정하는 피해자의 법정대리인은 피해자 본인의 고소권이 소멸하더라도 고소권을 행사할 수 있으나, 피해자 본인의 명시한 의사에 반하여 이를 행사할 수는 없다.
- ④ 「형사소송법」 제230조 제1항 본문은 “친고죄에 대하여는 범인을 알게 된 날로부터 6월을 경과하면 고소하지 못한다.” 고 규정하고 있는바, 여기서 범인을 알게 된 다 함은 통상인의 입장에서 보아 고소권자가 고소를 할 수 있을 정도로 범죄사실과 범인을 아는 것을 의미하고, 범죄사실을 안다는 것은 고소권자가 친고죄에 해당하는 범죄의 피해가 있었다는 사실관계에 관하여 확정적인 인식이 있음을 말한다.

해설

- ① O : 대판 2011.6.24, 2011도4451
- ② O : 제236조, 대판 1989.9.26, 88도1533
- ③ X : 형사소송법 제225조 제1항이 규정하는 피해자의 법정대리인은 피해자 본인의 고소권이 소멸하더라도 고소권을 행사할 수 있고, 피해자 본인의 명시한 의사에 반하여도 이를 행사할 수 있다 (대판 1999.12.24, 99도3784).
- ④ O : 대판 2001.10.9, 2001도3106

정답 ③

14. 甲·乙·丙은 ‘피고인들은 공모하여 여성잡지에 허위 사실을 게재함으로써 사망한 전국회의원 A와 A의 전 보좌관 B 그리고 모델 C의 명예를 훼손하였다.’ 라는 사자명예훼손 및 출판물명예훼손의 공소사실로 기소가 되었다. 제1심 공판 도중 고소인 D(A의 처), E(A의 동생), B는 乙·丙에 대해서만 고소를 취소하였고 또한 고소인 C도 乙·丙에 대해서만 처벌을 희망하는 의사표시를 철회하였다. 이 경우 법원이 甲에 대하여 취해야 할 조치로서 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.해경승진

- ① 사자명예훼손 및 출판물명예훼손의 공소사실 모두에 대해서 실체재판을 하여야 한다.
- ② 사자명예훼손 및 출판물명예훼손의 공소사실 모두에 대해서 공소기각판결을 선고하여야 한다.
- ③ 사자명예훼손의 공소사실에 대해서는 실체재판을 하여야 하고, 출판물명예훼손의 공소사실에 대해서는 공소기각판결을 선고하여야 한다.
- ④ 사자명예훼손의 공소사실에 대해서는 공소기각 판결을 선고하여야 하고, 출판물명예훼손의 공소사실에 대해서는 실체재판을 하여야 한다.

해설

※ A에 대해서는 사자명예훼손죄(친고죄), B·C에 대해서는 출판물에 대한 명예훼손죄(반의사불벌죄)의 문제이다. 공범인 경우에 친고죄에서는 1인에 대한 고소나 취소의 효력은 전원에 미치나, 반의사불벌죄의 경우는 불가분의 원칙이 적용되지 아니한다. 따라서 A의 유족 D, E의 乙·丙에 대한 고소취소는 甲에게도 미치게 되어 모두 공소기각판결을 내려야 한다. 그러나 B, C의 乙·丙에 대한 고소취소의 효력은 甲에게는 미치지 않으므로 甲에게는 유무죄의 실체재판을 선고하여야 한다.

정답 ④

자수

15. 다음 중 자수에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

22.해경승진

- ㉠ 범인이 수개의 범죄사실 중의 일부를 수사기관에 자진 신고하였으나 그 동기가 투명치 않고 그 후 공범을 두둔하였다면 그 자수한 부분 범죄사실에 대하여 자수의 효력이 없다.
- ㉡ 일단 자수가 성립한 이상 자수의 효력은 확정적으로 발생하고 그 후에 범인이 번복하여 수사기관이나 법정에서 범행을 부인한다고 하더라도 일단 발생한 자수의 효력이 소멸하는 것은 아니다.
- ㉢ 범죄사실을 부인하거나 죄의 뉘우침이 없는 자수는 그 외형은 자수일지라도 법률상 형의 감경사유가 되는 진정한 자수라고는 할 수 없다.
- ㉣ 법률상의 형의 감경사유인 자수를 위하여는, 범인이 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖춘 객관적 사실을 자발적으로 수사관서에 신고하여 그 처분에 맡기는 것뿐만 아니라 법적으로 그 요건을 완전히 갖춘 범죄행위라고 적극적으로 인식하고 있어야 한다.

- ① 1개
- ② 2개
- ③ 3개
- ④ 4개

해설

- ㉠ X : 범인이 수개의 범죄사실 중의 일부를 수사기관에 자진 신고하였으나 그 동기가 투명치 않고 그 후 공범을 두둔하였더라도 그 자수한 부분 범죄사실에 대하여 자수의 효력이 있다(대판 1969.7.22, 69도779).
- ㉡ O : 대판 2011.12.22, 2011도12041
- ㉢ O : 대판 1994.10.14, 94도2130
- ㉣ X : 자수를 위하여는, 범인이 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖춘 객관적 사실을 자발적으로 수사관서에 신고하여 그 처분에 맡기는 것으로 족하고, 더 나아가 법적으로 그 요건을 완전히 갖춘 범죄행위라고 적극적으로 인식하고 있을 필요까지는 없다(대판 1995.6.30, 94도1017).

정답 ②

통신제한조치

16. 다음은 「통신비밀보호법」에 대한 설명이다. 아래 ㉠부터 ㉣까지의 설명 중 옳고 그름의 표시(O, X)가 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ㉠ 사람의 목소리인 이상 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등이라 할지라도 「통신비밀보호법」이 보호하는 타인 간의 ‘대화’에 해당한다.
- ㉡ 「통신비밀보호법」상 ‘전기통신의 감청’은 전기통신이 이루어지고 있는 상황에서 실시간으로 전기통신의 내용을 지득·채록하는 경우와 통신의 송·수신을 직접적으로 방해하는 경우뿐만 아니라 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남

18. 「통신비밀보호법」이 규정하는 통신제한조치에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.9급개론

- ① 「통신비밀보호법」에서 보호하는 타인 간의 ‘대화’에는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 말을 주고받는 육성과 의사소통 과정에서 사물에서 발생하는 음향이 포함된다.
- ② 「통신비밀보호법」이 규정하는 감청에는 실시간으로 정기통신의 내용을 지득·채록하는 행위, 통신의 송·수신을 직접적으로 방해하는 행위, 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남아 있는 기록이나 내용을 열어보는 행위 등이 포함된다.
- ③ 통신의 당사자 일방이 수사기관에 제출할 의도로 상대방의 동의 없이 전자장치나 기계장치를 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취하는 것은 「통신비밀보호법」이 정한 감청에 해당하지 아니한다.
- ④ 사법경찰관은 인터넷 회선을 통하여 송신·수신하는 전기통신을 대상으로 통신제한 조치를 집행한 후 그 전기통신의 보관등을 하고자 하는 때에는 집행종료일부터 14일 이내에 보관등이 필요한 전기통신을 선별하여 검사에게 보관등의 승인을 청구하고, 검사는 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에는 보관등을 승인하여야 한다.

해설

- ① X : 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 ‘대화’는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리킨다. 따라서 사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향은 타인 간의 ‘대화’에 해당하지 않는다. 또한 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 ‘대화’에 해당한다고 볼 수 없다(대판 2017.3.15, 2016도19843).
- ② X : 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남아 있는 기록이나 내용을 열어보는 행위 등은 통신비밀보호법이 규정하는 감청에 포함되지 아니한다(대판 2016.10.13, 2016도8137).
- ③ O : 전기통신에 해당하는 전화통화 당사자의 일방이 상대방 모르게 통화 내용을 녹음하는 것은 여기의 감청에 해당하지 않는다. 그러나 제3자의 경우는 설령 전화통화 당사자 일방의 동의를 받고 그 통화 내용을 녹음하였다 하더라도 그 상대방의 동의가 없었던 이상, 감청에 해당하여 통신비밀보호법 제3조 제1항 위반이 되고, 이와 같이 제3조 제1항을 위반한 불법감청에 의하여 녹음된 전화통화의 내용은 제4조에 의하여 증거능력이 없다(대판 2019.3.14, 2015도1900).
- ④ X : 사법경찰관은 인터넷 회선을 통하여 송신·수신하는 전기통신을 대상으로 통신제한조치를 집행한 후 그 전기통신의 보관등을 하고자 하는 때에는 집행종료일로부터 14일 이내에 보관등이 필요한 전기통신을 선별하여 검사에게 보관등의 승인을 청구하고, 검사는 신청일로부터 7일 이내에 통신제한조치를 허가한 법원에 그 승인을 청구할 수 있다(제12조의2 제2항).

정답 ③

19. 통신제한조치에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.소방간부

- ① 통신제한조치는 통신비밀보호법 제5조의 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고, 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다.

- ② 전기통신의 감청은 전기통신이 이루어지고 있는 상황에서 실시간으로 전기통신의 내용을 지득·채록하는 경우, 통신의 송·수신을 직접적으로 방해하는 경우를 의미하는 것이므로 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남아 있는 기록이나 내용을 열어보는 등의 행위는 포함하지 않는다.
- ③ 피고인이 범행 후 피해자에게 전화를 걸어오자 피해자가 증거를 수집하려고 그 전화내용을 녹음한 경우 그것이 피고인 모르게 녹음된 것이라 하여 이를 위법하게 수집된 증거라고 할 수 없다.
- ④ 3인 간의 대화에서 그중 한 사람이 대화를 녹음하는 경우 다른 두 사람의 발언은 그 녹음자에 대한 관계에서 통신비밀보호법 제3조 제1항에서 정한 ‘타인 간의 대화’ 라고 할 수 없다.
- ⑤ 검사 또는 사법경찰관은 통신비밀보호법 제12조의 2 제5항에 따라 통신제한조치로 취득한 전기통신을 폐기한 때에는 폐기의 이유와 범위 및 일시 등을 기재한 폐기결과보고서를 작성하여 피의자의 수사기록 또는 피내사자의 내사사건 기록에 첨부하고 폐기일부 14일 이내에 통신제한조치를 허가한 법원에 송부하여야 한다.

해설

- ① O : 통신비밀보호법 제5조 제1항
- ② O : 대판 2016.10.13, 2016도8137
- ③ O : 대판 1997.3.28, 97도240
- ④ O : 대판 2006.10.12, 2006도4981
- ⑤ X : 검사 또는 사법경찰관은 통신비밀보호법 제12조의 2 제5항에 따라 통신제한조치로 취득한 전기통신을 폐기한 때에는 폐기의 이유와 범위 및 일시 등을 기재한 폐기결과보고서를 작성하여 피의자의 수사기록 또는 피내사자의 내사사건 기록에 첨부하고 폐기일부 7일 이내에 통신제한조치를 허가한 법원에 송부하여야 한다(통신비밀보호법 제12조의 2 제6항).

정답 ⑤

피의자신문

20. 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」상 심야조사 및 장시간 조사에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? 22.경찰승진

- ① 검사 또는 사법경찰관은 조사, 신문, 면담 등 그 명칭을 불문하고 피의자나 사건 관계인을 조사하는 경우에는 원칙적으로 대기시간, 휴식시간, 식사시간 등 모든 시간을 합산한 조사시간이 12시간을 초과하지 않도록 해야 한다.
- ② 검사 또는 사법경찰관은 피의자나 사건관계인에 대해 원칙적으로 오후 9시부터 오전 6시까지 사이에 심야조사를 해서는 안 되지만, 이미 작성된 조서의 열람을 위한 절차는 예외적으로 오후 9시부터 오전 6시까지 사이에 진행할 수 있다.
- ③ 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포한 후 48시간 이내에 구속영장의 청구 또는 신청 여부를 판단하기 위해 불가피한 경우 오후 9시부터 오전 6시까지 사이에 심야조사를 할 수 있다.
- ④ 검사 또는 사법경찰관은 사건의 성질 등을 고려할 때 심야조사가 불가피하다고 판단되는 경우 등 법무부장관, 경찰청장 또는 해양경찰청장이 정하는 경우로서 검사 또는 사법경찰관의 소속기관의 장이 지정하는 인권보호 책임자의 허가 등을 받은 때에는 오후 9시부터 오전 6시까지 사이에 심야조사를 할 수 있다.

해설

- ① O : 수사준칙 제22조 제1항
- ② X : 검사 또는 사법경찰관은 조사, 신문, 면담 등 그 명칭을 불문하고 피의자나 사건관계인에 대해 오후 9시부터 오전 6시까지 사이에 조사를 해서는 안 된다. 다만, 이미 작성된 조서의 열람을 위한 절차는 자정 이전까지 진행할 수 있다(수사준칙 제21조 제1항).
- ③ O : 수사준칙 제21조 제2항 제1호
- ④ O : 수사준칙 제21조 제2항 제4호

정답 ②

21. 피의자신문시 변호인 참여에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 경찰승진

- ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.
- ② 검사 또는 사법경찰관은 피의자신문에 참여한 변호인이 피의자의 옆자리 등 실질적인 조력을 할 수 있는 위치에 앉도록 해야 하고, 정당한 사유가 없으면 피의자에 대한 법적인 조언·상담을 보장해야 하며, 법적인 조언·상담을 위한 변호인의 메모를 허용해야 한다.
- ③ 변호인이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설할 염려가 있음이 객관적으로 명백한 경우가 아니더라도, 수사기관이 피의자 신문을 하면서 변호인에 대하여 피의자로부터 떨어진 곳으로 옮겨 앉으라고 지시를 한 다음 이러한 지시에 따르지 않았음을 이유로 퇴실을 명하였다면, 이는 변호인의 피의자신문 참여권에 대한 정당한 제한이라 할 수 있다.
- ④ 피의자신문에 참여한 변호인은 검사 또는 사법경찰관의 신문 후 조서를 열람하고 별도의 서면으로 의견을 제출할 수 있으며, 검사 또는 사법경찰관은 해당 서면을 사건기록에 편철한다.

해설

- ① O : 제243조의2 제1항
- ② O : 수사준칙 제13조 제1항
- ③ X : 수사기관이 피의자신문을 하면서 정당한 사유가 없는데도 변호인에 대하여 피의자로부터 떨어진 곳으로 옮겨 앉으라고 지시를 한 다음 이러한 지시에 따르지 않았음을 이유로 변호인의 피의자신문 참여권을 제한하는 것은 허용될 수 없다.(대결 2008.9.12, 2008모793).
- ④ O : 수사준칙 제14조 제1항

정답 ③

제2장 강제처분과 강제수사

22. 영장주의에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

22.해경승진

- ① 형집행장은 사형 또는 자유형을 집행하기 위하여 검사가 발부하는 것이며, 수형자를 대상으로 한다. 따라서 형집행장은 영장에 해당하지 않는다.
- ② 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면조사에 있어 피의자는 검사의 출석 요구에 응할 의무가 없고, 피의자 검사의 출석 요구에 동의한 때에 한하여 사법경찰관리는 피의자를 검찰청으로 호송하여야 한다.
- ③ 일반영장의 발부는 금지된다. 따라서 구속영장에 있어서는 범죄사실과 피의자는 물론 인치·구금할 장소가 특정되어야 하며, 압수·수색영장에 있어서는 압수수색의 대상이 특정되어야 한다.
- ④ 긴급체포는 영장주의 원칙에 대한 예외인 만큼 요건을 갖추지 못한 긴급체포로서 위법한 체포에 해당하는 것이고, 여기서 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 객관적 사정을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 재량의 여지가 없다.

해설

- ① O : 제473조
- ② O : 대판 2010.10.28, 2008도11999
- ③ O : 제75조, 제114조 제1항, 제209조, 제219조
- ④ X : 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 객관적 사정을 기초로 판단하여야 하는 것이 아니라, 체포당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 재량의 여지가 있다고 할 것이다(대판 2008.3.27, 2007도11400).

정답 ④

체포

23. 영장에 의한 체포에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰승진

- ① 수사기관이 영장에 의한 체포를 하고자 하는 경우, 검사는 관할 지방법원 판사에게 체포영장을 청구할 수 있고, 사법경찰관리는 검사의 승인을 받아 관할지방법원 판사에게 체포영장을 청구할 수 있다.
- ② 체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.
- ③ 체포영장을 발부받은 후 피의자를 체포하지 아니한 경우 검사는 변호인이 있는 때에는 피의자의 변호인에게, 변호인이 없는 때에는 피의자 또는 피의자의 동거가족 중 피의자가 지정하는 자에게 지체없이 그 사유를 서면으로 통지해야 한다.

- ④ 경찰관들이 체포를 위한 실력행사에 나아가기 전에 체포영장을 제시하고 미란다 원칙을 고지할 여유가 있었음에도 애초부터 미란다 원칙을 체포 후에 고지할 생각으로 먼저 체포행위에 나선 경우라도 이러한 행위를 위법하다고 할 수 없다.

해설

- ① X : 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원 판사의 체포영장을 발부 받아 피의자를 체포할 수 있다(제200조의 2 제1항). 청구할 수 있다.
- ② O : 제200조의 2 제5항
- ③ X : 체포영장 또는 구속영장의 발부를 받은 후 피의자를 체포 또는 구속하지 아니하거나 체포 또는 구속한 피의자를 석방한 때에는 지체없이 검사는 영장을 발부한 법원에 그 사유를 서면으로 통지하여야 한다(제204조).
- ④ X : 경찰관들이 체포를 위한 실력행사에 나아가기 전에 체포영장을 제시하고 미란다 원칙을 고지할 여유가 있었음에도 애초부터 미란다 원칙을 체포 후에 고지할 생각으로 먼저 체포행위에 나선 행위는 적법한 공무집행이라고 보기 어렵다(대판 2017.9.21, 2017도10866).

정답 ②

24. 긴급체포에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰승진

- ① 사법경찰관은 피의자를 긴급체포한 경우 즉시 긴급체포서를 작성해야 하나, 검사가 피의자를 긴급체포한 경우에는 긴급체포서를 작성할 필요가 없다.
- ② 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정과 체포 당시의 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
- ③ 긴급체포되었지만 구속영장을 청구하지 아니하거나 구속영장을 발부받지 못하여 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 관하여 다시 체포하지 못한다.
- ④ 사법경찰관이 긴급체포한 피의자에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 7일 이내에 검사에게 보고하여야 한다.

해설

- ① X : 사법경찰관은 피의자를 긴급체포한 경우 즉시 긴급체포서를 작성하여야 한다(제200조의 3 제3항).
- ② 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).
- ③ O : 제200조의 4 제3항
- ④ X : 사법경찰관이 긴급체포한 피의자에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다(제200조의 4 제6항).

정답 ③

25. 긴급체포에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있거나, 도망하거나 도망할 우려가 있는 경우에 긴급을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장없이 피의자를 체포할 수 있다.
- ② 긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의3(긴급체포) 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고, 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당하는 것이고, 여기서 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 한다.
- ③ 긴급체포되었다가 수사기관의 조치로 석방된 후 법원이 발부한 구속영장에 의하여 구속이 이루어진 경우 형사소송법 제208조(재구속의 제한)에 위배되는 위법한 구속이다.
- ④ 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 긴급체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 지체 없이 검사는 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 이 경우 구속영장은 피의자를 체포한 때부터 48시간 이내에 청구하여야 하며, 긴급체포서를 첨부하여야 한다.

해설

- ① O : 제200조의3 제1항
- ② O : 대판 2008.3.27, 2007도11400
- ③ X : 제208조 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 O : 제200조의4 제1항

정답 ③

26. 甲은 경찰관 P로부터 불심검문을 받고 운전면허증을 교부하였는데 P가 이를 곧바로 돌려주지 않고 신분조회를 위해 순찰차로 가는 것을 보자 화가 나 인근 주민들 여러 명이 있는 가운데 경찰관 P에게 큰 소리로 욕설을 하였다. 이에 P는 「형사소송법」 제200조의5에 따라 미란다 원칙을 고지한 후 甲을 모욕죄의 현행범으로 체포하였고, 그 과정에서 甲은 P에게 반항하면서 몸싸움을 하다가 가슴과 다리 부위에 타박상 등을 가하였다. 이에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ① P가 甲을 체포할 당시 甲은 모욕 범행을 실행하고 있거나 실행하고 난 직후의 사람에 해당하므로 현행범인에 해당한다.
- ② 甲은 P의 불심검문에 응하여 운전면허증을 교부하였지만, 도망하거나 증거를 인멸할 염려가 있으므로 체포의 필요성이 인정된다.
- ③ 甲에 대한 체포는 현행범인 체포의 요건을 갖추지 못하였다.
- ④ 甲에 대한 체포는 「형사소송법」 제200조의3에서 규정하고 있는 긴급체포의 요건을 갖추지 못하였다.

해설

- ①③ O : 대판 2011.5.26, 2011도3682
- ② X : 현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접촉성, 범인·범죄의 명백성 이외에 체포의 필요성, 즉 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 하고, 이러한 요건을 갖추지 못한 현행범인 체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당한다. 피고인은 경찰관의 불심검문에 응하여 이미 운전면허증을 교부한 상태이고, 경찰관뿐 아니라 인근 주민도 육설을 직접 들었으므로, 피고인이 도망하거나 증거를 인멸할 염려가 있다고 보기는 어렵고, 피고인의 모욕 범행은 불심검문에 항의하는 과정에서 저지른 일시적, 우발적인 행위로서 사안 자체가 경미할 뿐 아니라, 피해자인 경찰관이 범행현장에서 즉시 범인을 체포할 급박한 사정이 있다고 보기도 어려우므로, 경찰관이 피고인을 체포한 행위는 적법한 공무집행이라고 볼 수 없다. 대판 2011.5.26, 2011도3682).
- ④ O : 모욕죄의 법정형은 1년 이하의 징역·금고 또는 200만원 이하의 벌금에 처할 수 있는 범죄이므로(형법 제311조), 이는 긴급체포의 대상범죄가 아니다.

정답 ②

27. 다음 중 체포에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경승진

- ① 경찰관이 피의자의 집 문을 강제로 열고 들어가 피의자를 긴급체포한 경우, 피의자가 마약투약을 하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있었다더라도 경찰관이 이미 피의자의 주거지 및 전화번호 등을 모두 파악하고 있었고, 당시 증거가 급속하게 소멸될 상황도 아니었다면 미리 체포영장을 받을 시간적 여유가 없었던 경우에 해당하지 않는다.
- ② 경찰관이 시위에 참가한 6명의 조합원을 집회 및 시위에 관한 법률 위반 혐의로 현행범 체포 후 경찰서로 연행하였는데, 그 과정에서 체포의 이유를 설명하지 않다가 조합원들의 항의를 받고 1시간이 지난 후 그 이유를 설명한 것은 위법하다.
- ③ 피의자의 소란행위가 업무방해죄의 구성요건에 해당하지 않아 사후적으로 무죄로 판단된다고 하더라도, 피의자가 경찰관 앞에서 소란을 피운 당시 상황에서는 객관적으로 보아 피의자가 업무방해죄의 현행범이라고 인정할 만한 충분한 이유가 있었다면 경찰관이 피의자를 체포하려고 한 행위는 적법하다.
- ④ 순찰 중이던 경찰관이 교통사고를 낸 차량이 도주하였다는 무전연락을 받고 주변을 수색하다가 범퍼 등의 파손상태로 보아 사고차량으로 인정되는 차량에서 내리는 사람을 발견하고 준현행범인으로 체포한 행위는 위법하다.

해설

- ① O : 대판 2016.10.13, 2016도5814
- ② O : 대판 2017.3.15, 2013도2168
- ③ O : 대판 2013.8.23, 2011도4763
- ④ X : 순찰 중이던 경찰관이 교통사고를 낸 차량이 도주하였다는 무전연락을 받고 주변을 수색하다가 범퍼 등의 파손상태로 보아 사고차량으로 인정되는 차량에서 내리는 사람을 발견하고 준현행범인으로 체포한 행위는 **적법하다**(대판 2000.7.4, 99도4341).

정답 ④

구속

28. 구속 전 피의자심문제도에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것을 모두 고른 것은?

22.경찰승진

- ㉠ 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.
- ㉡ 구속 전 피의자심문시 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다.
- ㉢ 변호인은 구속영장이 청구된 피의자에 대한 심문 시작 전에 피의자와 접견할 수 있고, 피의자는 판사의 심문이 끝난 후에만 변호인에게 조력을 구할 수 있다.
- ㉣ 판사는 지정된 심문기일에 피의자를 심문할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 그 심문기일을 변경할 수 있으며, 법원은 변호인의 사정이나 그 밖의 사유로 변호인 선정결정이 취소되어 변호인이 없게 된 때에는 직권으로 변호인을 다시 선정할 수 있다.
- ㉤ 피의자심문을 하는 경우 법원이 구속영장 청구서·수사관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 사법경찰관이나 검사의 피의자 구속기간에 산입하지 아니한다.

- ① ㉠㉡
- ② ㉠㉢
- ③ ㉡㉣
- ④ ㉢㉣㉤

해설

- ㉠ X : 체포영장에 의한 체포·긴급체포 또는 현행범인의 체포에 의하여 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다(제201조의 2 제1항).
- ㉡ O : 제201조의 2 제8항
- ㉢ X : 변호인은 구속영장이 청구된 피의자에 대한 심문 시작 전에 피의자와 접견할 수 있다(규칙 제96조의 20 제1항). 피의자는 판사의 심문 도중에도 변호인에게 조력을 구할 수 있다(규칙 제96조의 16 제4항).
- ㉣ O : 제201조의 2 제9항
- ㉤ O : 제201조의 2 제7항

정답 ②

29. 구속에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰승진

- ① 구속은 구금과 구인을 포함하며, 구인한 피고인을 법원에 인치한 경우에 구금할 필요가 없다고 인정한 때에는 그 인치한 때로부터 24시간 내에 석방하여야 한다.
- ② 구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에 출석을 거부할 경우, 수사기관은 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있다.
- ③ 구속영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피의자에 대하여 피의사실의 요지와 구속영장이 발부되었음을 알리고 집행할 수 있으며, 이 경우 집행을 완료한 후에는 신속히 구속영장을 제시하여야 한다.
- ④ 구속기간이 만료될 무렵에 종전 구속영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실로 피의자를 구속하였다면, 피의자에 대한 구속은 예외없이 위법하다.

해설

- ① O : 제69조, 제71조
- ② O : 대결 2013.7.1, 2013모160
- ③ O : 제85조 제3항제4항, 제209조
- ④ X : 구속기간이 만료될 무렵에 종전 구속영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실로 피의자를 구속하였다는 사정만으로는 피고인에 대한 구속이 위법하다고 할 수 없다(대결 2000.11.10, 2000모134).

정답 ④

30. 체포·구속적부심사에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰승진

- ① 체포·구속적부심사의 청구권자는 체포되거나 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주이다.
- ② 고소로 시작된 형사피의사건의 구속적부심절차에서 피구속자의 변호를 맡은 변호인에게는 수사기록 중 고소장과 피의자신문조서의 내용을 알 권리 및 그 서류들을 열람·등사할 권리가 인정된다.
- ③ 구속적부심사청구에 대하여 법원은 기각결정과 석방결정, 보증금 납입조건부 석방결정을 할 수 있으며, 검사와 피의자는 이와 같은 결정에 대하여 항고할 수 없다.
- ④ 법원은 체포된 피의자에 대하여는 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 석방을 명할 수 없다.

해설

- ① O : 제214조의 2 제1항
- ② O : 현재결 2003.3.27, 2000헌마474
- ③ X : 법원의 기각결정과 석방결정에 대하여는 불복할 수 없지만, 보증금 납입조건부 석방결정에 대하여는 보통항고를 할 수 있다(제214조의 2 제8항, 대결 1997.8.27, 97모21).
- ④ O : 대결 1997.8.27, 97모21

정답 ③

31. 다음 중 구속기간에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

22.해경승진

- ① 구속기간의 말일이 공휴일 또는 토요일이면 구속기간에 산입하지 아니한다.
- ② 공소장변경으로 피고인의 불이익이 증가할 염려가 있다고 인정되어 공판절차가 정지된 기간은 구속기간에 산입하지 아니한다.
- ③ 기피신청으로 소송진행이 정지된 기간은 구속기간에 산입하지 아니한다.
- ④ 구속 전 피의자심문을 위하여 법원이 구속영장 청구서·수사 관계 서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 구속기간에 산입하지 아니한다.

해설

- ① X : 기간의 말일이 공휴일이거나 토요일이면 그날은 기간에 산입하지 아니한다. 다만, 시효와 구속기간에 관하여는 예외로 한다(제66조 제3항).
- ②③ O : 제92조 제3항
- ④ O : 제201조의 2 제7항

정답 ①

32. 구속에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.소방간부

- ① 법원이 피고인의 절차적 권리를 실질적으로 보장하지 않은 채 구속영장을 발부하였다면 그 발부결정은 위법하다.
- ② 검사 또는 사법경찰관에 의하여 구속되었다가 석방된 자는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속하지 못하며, 이 경우 1개의 목적을 위하여 동시 또는 수단결과의 관계에서 행하여진 행위는 동일한 범죄사실로 간주한다.
- ③ 피고인에 대한 구속기간은 2개월로 한다. 그럼에도 특히 구속을 계속할 필요가 있는 경우에는 심급마다 2개월 단위로 2차에 한하여 결정으로 갱신할 수 있다. 다만 상소심은 추가 심리가 필요한 부득이한 경우에 3차에 한하여 갱신할 수 있다.
- ④ 구속기간이 만료될 무렵에 종전 구속영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실로 피고인을 구속하는 경우에는 피고인의 절차적 권리를 실질적으로 침해하는 것이므로 피고인에 대한 구속은 위법하다.
- ⑤ 구속의 사유가 없거나 소멸된 때에는 법원은 직권 또는 검사, 피고인, 변호인과 변호인선임권자의 청구에 의하여 결정으로 구속을 취소하여야 한다.

해설

- ① O : 대결 2016.6.14, 2015모1032
- ② O : 제208조 제1항제2항
- ③ O : 제92조 제1항제2항
- ④ X : 구속기간이 만료될 무렵에 종전 구속영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실로 피의자를 구속하였다는 사정만으로는 피고인에 대한 구속이 위법하다고 할 수 없다(대결 2000.11.10, 2000모134).
- ⑤ O : 제93조

정답 ④

33. 다음 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 법원이 피고인에 대하여 구속영장을 발부함에 있어 사전에 형사소송법 제72조(피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다)의 청문절차를 거치지 아니한 채 구속영장을 발부하였다면 그 발부결정은 위법하고, 이미 변호인을 선정하여 공판절차에서 변명과 증거의 제출을 다하고 그의 변호 아래 판결을 선고받은 경우 등과 같이 위 규정에서 정한 절차적 권리가 실질적으로 보장되었다고 볼 수 있다고 하더라도 그 하자는 언제나 치유되었다고 볼 수 없다.
- ② 구속영장을 집행함에 있어서는 구속영장을 반드시 피고인에게 제시하여야 하므로 급속을 요하는 경우라고 하더라도 구속영장을 소지하지 아니한 경우에는 구속영장을 집행할 수 없다.
- ③ 형사소송법 제72조의 사전 청문절차와 달리 형사소송법 제88조(피고인을 구속한 때에는 즉시 공소사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 한다)에서 규정한 사후 청문절차를 위반하였다고 하더라도 구속영장의 효력에 어떠한 영향을 미치지 아니한다.
- ④ 상소기간 중 또는 상소 중의 사건에 관하여 구속기간의 갱신, 구속의 취소, 보석, 구속의 집행정지와 그 정지의 취소에 대한 결정은 소송기록이 원심법원에 있더라도 상소법원이 하여야 한다.

해설

- ① X : 피고인의 절차적 권리를 보장하기 위한 규정이므로 이미 변호인을 선정하여 공판절차에서 변명과 증거의 제출을 다하고 그의 변호 아래 판결을 선고받은 경우 등과 같이 위 규정에서 정한 절차적 권리가 실질적으로 보장되었다고 볼 수 있는 경우에는, 이에 해당하는 절차의 전부 또는 일부를 거치지 아니한 채 구속영장을 발부하였다 하더라도 이러한 점만으로 그 발부결정이 위법하다고 볼 것은 아니다(대결 2000.11.10, 2000모134). ⇨ 법원이 피고인에 대하여 구속영장을 발부함에 있어 사전에 위 규정에 따른 절차를 거치지 아니한 채 구속영장을 발부하였다면 그 발부결정은 위법하나, 법원이 피고인에 대하여 구속영장을 발부하기 전에 형사소송법 제72조에서 규정한 절차를 거치지 아니하였다 하더라도 절차적 권리가 실질적으로 보장되었다고 볼 수 있는 경우 그 구속영장 발부결정이 위법하다고 볼 것은 아니라고 한 사례
- ② X : 구속영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피고인에 대하여 공소사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고하고 집행할 수 있다(제85조 제3항).
- ③ O : 대결 2000.11.10, 2000모134
- ④ X : 상소기간 중 또는 상소 중의 사건에 관하여 구속기간의 갱신, 구속의 취소, 보석, 구속의 집행정지와 그 정지의 취소에 대한 결정은 소송기록이 원심법원에 있는 때에는 원심법원이 하여야 한다(제105조).

정답 ③

34. 다음은 체포·구속에 관한 설명이다. ㉠부터 ㉣까지의 설명 중 옳고 그름의 표시(○, ×)가 모두 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰차

- ㉠ 검사는 긴급체포한 피의자를 구속영장 청구 없이 석방한 경우에는 석방한 날로부터 30일 이내에 긴급체포서 사본과 함께 법정기자사항이 기재된 서면으로 법원에 통지하여야 하고, 만약 사후에 석방통지가 법에 따라 이루어지지 않은 사정이 있다면 그와 같은 사정만으로도 긴급체포 중에 작성된 피의자신문조서의 증거능력은 소급하여 부정된다.
- ㉡ 구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자 신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에 출석을 거부한다면 수사기관은 그 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있는데, 이 경우 피의자신문 절차도 강제수사의 한 방법으로 진행되어야 하므로 수사기관은 피의자를 신문하기 전에 진술거부권이 있음을 고지하여야 한다.
- ㉢ 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면조사는 강제수사가 아니므로 피의자는 검사의 출석 요구에 응할 의무가 없다.
- ㉣ 영장실질심사는 필요적 변호사건이므로 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 이 경우 변호인 선정의 효력은 구속영장 청구가 기각된 경우에도 제1심까지 효력이 있다.
- ㉤ 공동피의자의 순차적인 체포·구속적부심사청구가 수사방해를 목적으로 하고 있음이 명백한 때에는 법원은 피의자에 대한 심문없이 결정으로 청구를 기각할 수 있으며, 이와 같은 결정에 대해서는 피의자가 항고할 수 없다.

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

해설

- ㉠ X : 긴급체포되어 조사를 받고 구속영장이 청구되지 아니하여 석방되었음에도 검사가 그로부터 30일 이내에 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 긴급체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서들의 작성이 소급하여 위법하게 된다고 볼 수는 없다(대판 2014.8.26, 2011도6035).
- ㉡ X : 구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에 출석을 거부한다면 수사기관은 그 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있다고 보아야 한다. / 다만 이러한 경우에도 그 피의자신문 절차는 어디까지나 「형사소송법」 제199조 제1항 본문, 제200조의 규정에 따른 임의수사의 한 방법으로 진행되어야 하므로, 피의자는 「헌법」 제12조 제2항과 「형사소송법」 제244조의3에 따라 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있고, 수사기관은 피의자를 신문하기 전에 그와 같은 권리를 알려주어야 한다(대결 2013.7.1, 2013모160). ↔ 강제수사 X
- ㉢ O : 대판 2010.10.28, 2008도11999
- ㉣ X : 선정된 변호인은 피의자에 대한 구속영장 청구가 기각되어 효력이 소멸한 경우를 제외하고는 제1심까지 효력이 있다(제201조의2 제8항). ↔ 구속영장 청구가 기각된 경우에도: X ※ 구속전 피의자신문제도(영장실질심사)
- ㉤ O : 제214조의2 제3항 제2호 / 제3항과 제4항의 결정(체포·구속적부심사의 간이기각결정, 기각결정과 석방결정)에 대하여는 항고하지 못한다(제214조의2 제8항). ※ 체포·구속적부심사제도

정답 ④

접견교통권

35. 접견교통권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.소방간부

- ① 임의동행 형식으로 수사기관에 연행된 피의자 또는 피내시자에게는 변호인 또는 변호인이 되려는 자와 접견교통권이 인정된다.
- ② 신체구속을 당한 사람이 그 변호인을 자신의 범죄행위에 공범으로 가담시키려 하였다는 사정만으로 그 변호인의 신체구속을 당한 사람과의 접견교통을 금지하는 것은 정당화될 수 없다.
- ③ 변호인이 피의자에 대한 접견신청을 하였을 때 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리의 의미와 범위를 정확히 이해하면서 이성적 판단에 따라 자발적으로 그 권리를 포기한 경우라도 피의자 등의 의사에 반하여 변호인의 접견이 강제될 수 있다.
- ④ 변호인의 조력을 받을 권리는 불구속 피의자·피고인 모두에게 포괄적으로 인정되는 권리이므로 신체 구속상태에 있지 아니한 자도 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 있다.
- ⑤ 변호인의 구속된 피고인과의 접견교통권에 관한 형사소송법 제34조는 형이 확정되어 집행 중에 있는 수형자에 대한 재심개시의 여부를 결정하는 재심청구절차에는 그대로 적용될 수 없다.

해설

- ① O : 대결 1996.6.3, 96모18
- ② O : 대결 2007.1.31, 2006모656
- ③ X : 변호인의 접견교통권은 피의자 등이 변호인의 조력을 받을 권리를 실현하기 위한 것으로서, 피의자 등이 헌법 제12조 제4항에서 보장한 기본권의 의미와 범위를 정확히 이해하면서도 이성적 판단에 따라 자발적으로 그 권리를 포기한 경우까지 피의자 등의 의사에 반하여 변호인의 접견이 강제될 수 있는 것은 아니다(대판 2018.12.27, 2016다266736).
- ④ O : 현재결 2004.9.23, 2000헌마138
- ⑤ O : 대판 1998.4.28, 96다48831

정답 ③

보석

36. 다음 중 형사소송법상 보석에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

22.해경승진

- ① 법원은 특별한 사정이 없는 한 보석의 청구를 받은 날부터 7일 이내에 그에 관한 결정을 하여야 한다.
- ② 법원은 보석허가결정 이후에 피고인의 보석조건을 변경할 수는 있으나, 일정기간 동안 당해 조건의 이행을 유예할 수는 없다.
- ③ 형사소송법 제98조 제1호(피고인 본인의 서약서), 제2호(피고인 본인의 보증금 약정서), 제5호(피고인 이외의 자의 출석보증서), 제7호(피해자의 권리 회복에 필요한 금원의 공탁이나 담보제공), 제8호(보증금납부 또는 담보제공)의 보석조건을 이행한 후가 아니면 보석허가결정을 집행하지 못한다.

- ④ 심문기일을 정한 법원은 즉시 검사, 피고인, 보석 청구인 및 피고인을 구금하고 있는 관서의 장에게 심문기일과 장소를 통지하여야 한다.

해설

- ① O : 규칙 제55조
- ② X : 법원은 보석허가결정 이후에 피고인의 보석조건을 변경하거나 일정기간 동안 당해 조건의 이행을 유예할 수 있다(제102조 제1항).
- ③ O : 제100조 제1항
- ④ O : 규칙 제54조의 2 제2항

정답 ②

입수·수색·검증

37. 압수·수색에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰승진

- ① 사법경찰관은 긴급체포된 자가 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.
- ② 범행직후의 범죄장소에서 수사상 필요가 있는 때에는 긴급한 경우가 아니더라도 수사기관은 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있으나, 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다.
- ③ 경찰관이 현행범인 체포 당시 피의자로부터 임의제출방식으로 압수한 휴대전화기에 대하여 작성한 압수조서 중 압수경위란에 피의자의 범행을 목격한 사람의 진술이 기재된 경우, 이는 「형사소송법」 제312조 제5항에서 정한 ‘피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서’에 준하는 것으로 볼 수 있지만, 휴대전화기에 대한 임의제출절차가 적법하지 않다면 위 압수조서에 기재된 피의자의 범행을 목격한 사람의 진술 역시 피의자가 증거로 함에 동의하더라도 유죄를 인정하기 위한 증거로 사용할 수 없다.
- ④ 「형사소송법」 제218조를 위반하여 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 제출받은 물건을 영장없이 압수한 경우 그 ‘압수물’ 및 ‘압수물을 찍은 사진’은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 헌법과 「형사소송법」이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

해설

- ① X : 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 (제217조 제1항).
- ② X : 범행 직후의 범죄장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 수사기관은 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체 없이 영장을 받아야 한다 (제216조 제3항).
- ③ X : 체포 당시 임의제출 방식으로 압수된 피고인 소유 휴대전화기에 대한 압수조서 중 ‘압수경위’

란에 기재된 내용은 피고인이 범행을 저지르는 현장을 직접 목격한 사람의 진술이 담긴 것으로서 형사소송법 제312조 제5항에서 정한 '피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서'에 준하는 것으로 볼 수 있고, 이에 따라 휴대전화기에 대한 임의제출절차가 적법하였는지에 영향을 받지 않는 별개의 독립적인 증거에 해당한다. 따라서 피고인이 증거로 함에 동의한 이상 유죄를 인정하기 위한 증거로 사용할 수 있다(대판 2019.11.14, 2019도13290).

④ O : 대판 2010.1.28, 2009도10092

정답 ④

38. 전자정보의 압수·수색에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 경찰승진

- ① 수사기관이 인터넷서비스이용자인 피의자를 상대로 피의자의 컴퓨터 등 정보처리 장치 내에 저장되어 있는 이메일 등 전자정보를 압수·수색하는 것은 전자정보의 소유자 내지 소지자를 상대로 해당 전자정보를 압수·수색하는 대물적 강제처분으로 「형사소송법」의 해석상 허용된다.
- ② 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 압수이다.
- ③ 수사기관이 피의자 甲의 공직선거법위반 범행을 영장 범죄사실로 하여 발부받은 압수·수색영장의 집행 과정에서 乙, 丙 사이의 대화가 녹음된 녹음파일을 압수하여 乙, 丙의 공직선거법위반 혐의사실을 발견한 경우, 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않고 압수한 乙, 丙 사이의 대화가 녹음된 녹음파일은 위법수집 증거로서 증거능력이 없다.
- ④ 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 방식으로 복제하여 생성한 파일('이미지 파일')을 제출받아 압수하였다면, 그 이후 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 모든 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 한다.

해설

① O : 대판 2017.11.29, 2017도9747

② O : 대결 2015.7.19, 2011모1839 전원합의체

③ O : 대판 2014.1.16, 2013도7101

④ X : 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 방식으로 복제하여 생성한 파일(이하 '이미지 파일'이라 한다)을 제출받아 압수하였다면 이로써 압수의 목적물에 대한 압수·수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관이 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다(대판 2018.2.8, 2017도13263).

정답 ④

39. 압수·수색에서 관련성에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.국가9급

- ① 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없으나, 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.
- ② 객관적 관련성은 영장의 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행에 한정되지 않고, 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.
- ③ 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관 관계가 있는 경우에 인정되는데, 단순히 혐의사실과 동종 또는 유사 범행인 경우에도 관련성이 인정될 수 있다.
- ④ 인적 관련성은 영장에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다.

해설

- ①② O : 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다. 그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다. 압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다(대판 2021.7.29, 2020도14654).
- ③ X : 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다(대판 2017.12.5, 2017도13458).
- ④ O : 피의자와 사이의 인적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다(대법원 2017.1.25, 2016도13489).

정답 ③

40. 전자정보의 압수에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가9급

- ① 피의자 소유 정보저장매체를 제3자가 보관하고 있던 중 이를 수사기관에 임의제출하면서 그곳에 저장된 모든 전자정보를 일괄하여 임의제출한다는 의사를 밝힌 경우에도 특별한 사정이 없는 한 수사기관은 범죄혐의사실과 관련된 전자정보에 한정하여 영장 없이 적법하게 압수할 수 있다.
- ② 임의제출된 전자정보매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하지만, 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었거나 피고인 또는 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다면 그 위법성은 치유된다.

- ③ 정보저장매체를 임의제출 받아 이를 탐색·복제·출력하는 경우, 압수·수색 당시 또는 이와 시간적으로 근접한 시기까지 해당 정보저장매체를 현실적으로 지배·관리하지는 아니하였더라도 그곳에 저장되어 있는 개별 전자정보의 생성·이용 등에 관여한 자에 대하여서는 압수·수색절차에 대한 참여권을 보장해 주어야 한다.
- ④ 수사기관이 임의제출된 전자저장매체에서 범죄혐의사실이 아닌 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우, 당해 정보저장매체에 대한 임의제출에 기한 압수·수색이 종료되기 전이라면 별도의 영장을 발부받지 않고 이를 적법하게 압수·수색할 수 있으나 임의제출에 의한 압수·수색이 종료되었던 경우에는 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받아야 이를 적법하게 압수할 수 있다.

해설

- ① O : 대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체
- ② X : 임의제출된 전자정보매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 사후에 법원으로 부터 영장이 발부되었거나 피고인 또는 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다 하여 그 위법성이 치유되는 것도 아니다(대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체).
- ③ X : 정보저장매체를 임의제출한 피압수자에 대하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 하는 '피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체'라 함은, 피의자가 압수·수색 당시 또는 이와 시간적으로 근접한 시기까지 해당 정보저장매체를 현실적으로 지배·관리하면서 그 정보저장매체 내 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 보유·행사하고, 달리 이를 자신의 의사에 따라 제3자에게 양도하거나 포기하지 아니한 경우로써, 피의자를 그 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대하여 실질적인 피압수자로 평가할 수 있는 경우를 말하는 것이다(대판 2022.1.27, 2021도11170).
- ④ X : 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 초과하여 수사기관이 임의로 전자정보를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다. 만약 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 범죄혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다(대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체).

정답 ①

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

22.소방간부

- ① 전자정보에 대한 압수·수색영장을 집행할 때에는 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 한다.
- ② 수사기관은 전자정보의 복사 또는 출력이 불가능하거나 현저히 곤란한 부득이한 사정이 있는 경우에는, 압수·수색영장에 저장매체 자체를 직접 또는 하드카피나 이미징 등 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 해당 파일을 압수·수색할 수 있도록 기재되어 있지 않더라도 압수목적물인 저장매체 자체를 수사관서로 반출할 수 있다.
- ③ 전자정보가 담긴 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 복제·탐색·출력하는 경우 피압수자 측에 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다면 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다더라도 그 압수·수색은 위법하다.

- ④ 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 방식으로 복제하여 생성한 파일(이미지 파일)을 제출받아 압수하였다면 이로써 압수의 목적물에 대한 압수·수색절차는 종료된 것이므로 수사기관의 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다.
- ⑤ 증거로 제출된 전자문서 파일의 원본 동일성은 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·증명해야 한다.

해설

- ① O : 대결 2011.5.26, 2009모1190
- ② X : 영장 발부의 사유인 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대 한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 하나, 위와 같은 방식에 의한 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 부득이한 사정이 존재하더라도 저장매체 자체를 직접 혹은 하드카피나 이미징 등 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 해당 파일을 압수·수색할 수 있도록 영장에 기재되어 있고 실제 그와 같은 사정이 발생한 때에 한하여 위 방법이 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다(대결 2011.5.26, 2009모1190).
- ③ O : 대판 2020.11.26, 2020도10729
- ④⑤ O : 대판 2018.2.8, 2017도13263

정답 ②

42. 강제처분에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.국가9급

- ① 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게도 따로 영장을 제시하여야 한다.
- ② 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 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.
- ③ 피처분자가 현장에 없거나 현장에서 그를 발견할 수 없는 경우 등 영장 제시가 현실적으로 불가능한 경우에는 영장을 제시하지 아니한 채 압수·수색을 하더라도 위법하다고 볼 수 없다.
- ④ 여자의 신체에 대하여 수색할 때에는 의사와 성년 여자를 참여하게 하여야 한다.

해설

- ① O : 대판 2017.9.21, 2015도12400
- ② O : 대판 2017.7.18, 2014도8719
- ③ O : 대판 2015.1.22, 2014도10978 전원합의체
- ④ X : 여자의 신체에 대하여 수색할 때에는 성년 여자를 참여하게 하여야 한다(제124조, 제219조).
▶여자의 신체검사 ⇨ 의사나 성년여자 참여(제141조 제3항, 제219조).

정답 ④

43. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 수사기관은 압수의 목적물이 컴퓨터용 디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우에는 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 이를 제출받아야 하고, 피의자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하여야 한다. 다만 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 방식으로 복제하여 생성한 파일을 제출받아 압수하였다면 이로써 압수의 목적물에 대한 압수·수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관이 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다.
- ② 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의한 경우라도 그 위법성이 치유되는 것도 아니다.
- ③ 압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다. 그중 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다.
- ④ 피압수자가 수사 도중 자유로운 의사에 의해 소유권을 포기한 경우에는 국가가 그 소유권을 취득한다고 보아야 하므로, 수사기관의 환부의무는 면제되고, 피압수자의 압수물에 대한 환부청구권도 소멸한다.

해설

- ① O : 대판 2018.2.8, 2017도13263
- ② O ③ 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
- ④ X : 피압수자 등 환부를 받을 자가 압수 후 그 소유권을 포기하는 등에 의하여 실체법상의 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 수는 없으므로, 압수물의 소유권이나 그 환부청구권을 포기하는 의사표시로 인하여 위 환부의무에 대응하는 압수물에 대한 환부청구권이 소멸하는 것은 아니다(대결 1996.8.16, 94모51 전원합의체).

정답 ④

44. 다음 사례에서 P가 할 수 있는 조치에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22. 국가9급

미성년자 甲은 음주운전을 하다가 교통사고를 내고 구급차에 실려 병원으로 이송되었다. 사법경찰관 P는 응급실에 누워있는 甲에게서 술냄새가 강하게 나는 것을 인지하고 甲을 도로교통법위반(음주운전)죄로 입건하기 위해 증거 수집의 목적으로 甲의 혈액을 취득·보관하려고 한다.

- ① P가 甲의 동의 없이 혈액을 강제로 취득하는 것은 「형사소송법」이 정한 압수의 방법으로 하여야 하고, 감정에 필요한 처분으로는 이를 할 수 없다.
- ② 甲이 응급실에서 의식을 잃지 않고 의사능력이 있는 경우라도 甲은 미성년자이므로 P는 甲의 법정대리인의 동의를 얻어야 그의 혈액을 압수할 수 있다.
- ③ 위 응급실은 「형사소송법」 제216조제3항의 범죄 장소에 준한다고 볼 수 없으므로, P는 긴급체포시 압수의 방법으로 영장 없이 甲의 혈액을 취득할 수 있다.
- ④ P는 당시 간호사가 위 혈액의 소지자 겸 보관자인 의료기관 또는 담당의사를 대리하여 혈액을 경찰관에게 임의로 제출할 수 있는 권한이 없었다고 볼 특별한 사정이 없는 이상, 간호사로부터 진료 목적으로 채혈해 놓은 甲의 혈액을 임의로 제출받아 영장 없이 압수할 수 있다.

해설

- ① X : 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 소변을 채취하는 것은 법원으로부터 감정허가장을 받아 ‘감정에 필요한 처분’으로 할 수 있지만, 압수·수색의 방법으로도 할 수 있다. 이러한 압수·수색의 경우에 수사기관은 원칙적으로 형사소송법 제215조에 따라 판사로부터 압수·수색영장을 적법하게 발부받아 집행해야 한다(대판 2018.7.12, 2018도6219).
- ② X : 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.(대판 2014.11.13, 2013도1228).
- ③ X : 피의자의 생명·신체를 구조하기 위하여 사고현장으로부터 곧바로 후송된 병원 응급실 등의 장소는 형사소송법 제216조 제3항의 범죄 장소에 준한다 할 것이므로, 검사 또는 사법경찰관은 피의자의 혈중알코올농도 등 증거의 수집을 위하여 의료법상 의료인의 자격이 있는 자로 하여금 의료용 기구로 의학적인 방법에 따라 필요최소한의 한도 내에서 피의자의 혈액을 채취하게 한 후 그 혈액을 영장 없이 압수할 수 있다. 다만 이 경우에도 사후에 지체 없이 법원으로부터 압수영장을 받아야 한다(대판 2012.11.15, 2011도15258).
- ④ O : 대판 1999.9.3.98도968

정답 ④

45. 수사기관의 강제처분에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22. 경찰1차

- ① 「통신비밀보호법」에 규정된 통신제한조치상의 ‘전기통신의 감청’은 ‘감청’의 개념 규정에 비추어 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남아 있는 기록이나 내용을 열어보는 등의 행위는 포함하지 않는다.

- ② 공무원에게 금품을 제공한 혐의로 발부된 통신사실 확인자료제공 요청 허가서에 대상자로 기재되어 있는 피고인 甲이 피고인 乙의 뇌물수수 범행의 증뢰자라면, 위 허가서에 의하여 제공받은 甲과 乙의 통화내역을 乙의 수뢰사실의 증명을 위한 증거로 사용할 수 있다.
- ③ 임의제출물의 압수는 압수물에 대한 수사기관의 점유취득이 제출자의 의사에 따라 이루어지므로, 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 초과하여 수사기관이 임의로 전자정보를 탐색 복제 출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수 수색에 해당한다고 할 수 없다.
- ④ 수사기관이 범죄증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 소변을 채취하기 위해서는 법원으로부터 감정허가장을 받아 「형사소송법」 제221조의4 제1항, 제173조 제1항에서 정한 ‘감정에 필요한 처분’으로 할 수 있지만, 「형사소송법」 제219조, 제106조 제1항, 제109조에 따른 압수·수색의 방법으로도 할 수 있다.

해설

- ① O : 대판 2016.10.13, 2016도8137
- ② O : 통신비밀보호법은 통신제한조치의 집행으로 인하여 취득된 전기통신의 내용은 통신제한조치의 목적이 된 범죄나 이와 관련되는 범죄를 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하기 위한 경우 등에 한정하여 사용할 수 있도록 규정하고(제12조 제1호), **통신사실확인자료의 사용제한**에 관하여 이 규정을 준용하도록 하고 있다(제13조의5). 따라서 통신사실확인자료 제공요청에 의하여 취득한 통화내역 등 통신사실확인자료를 범죄의 수사·소추를 위하여 사용하는 경우 대상 범죄는 **통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄 및 이와 관련된 범죄**에 한정되어야 한다. 여기서 통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄와 관련된 범죄란 통신사실 확인자료제공요청 허가서에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 자료제공 요청대상자와 피의자 사이에 **인적 관련성**이 있는 범죄를 의미한다. 그리고 피의자와 사이의 인적 관련성은 통신사실 확인자료제공요청 허가서에 기재된 대상자의 공동 정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 **필요적 공범** 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다(대판 2017.1.25, 2016도1348) ※ 압수·수색영장에서와 같은 관련성과 동일한 법리 ★★★
- ③ X : <경찰이 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(카메라등이용촬영)죄의 피해자가 임의제출한 피고인 소유·관리의 휴대전화 2대의 전자정보를 탐색하다가 피해자를 촬영한 휴대전화화기 아닌 다른 휴대전화에서 다른 피해자 2명에 대한 동종 범행 등에 관한 1년 전 사진·동영상을 발견하고 영장 없이 이를 복제한 CD를 증거로 제출한 사안> [4] ① 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 초과하여 수사기관 임의로 전자정보를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다. ② 따라서 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유되는 것도 아니다(대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체).
- ④ O : 대법원 2018.7.12, 2018도6219

정답 ③

46. 영장의 집행에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 경찰차

- ① 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다.
- ② 체포된 피의자에 대한 수사기관의 구속영장의 제시와 집행이 그 발부 시로부터 정당한 사유 없이 시간이 지체되어 이루어졌다 하더라도, 구속영장이 그 유효기간 내에 집행되었다면 위 기간 동안의 체포 내지 구금 상태를 위법하다고 할 수 없다.
- ③ 압수·수색영장을 집행함에 있어 ‘급속을 요하는 때’에는 집행의 일시와 장소를 피의자 등에게 통지하지 않아도 되는데, 여기서 ‘급속을 요하는 때’라고 함은 압수 수색영장 집행 사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수 수색의 실효를 거두기 어려울 경우를 의미한다.
- ④ 구속영장을 집행함에 있어 사법경찰관이 구속영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피고인에 대하여 공소사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고하고 집행할 수 있다.

해설

- ① O : <제주지사실압수수색사건2> 대판 2009.3.12, 2008도763
- ② X : [사법경찰관이 현행범인 체포된 피의자에 대하여 구속영장 발부일로부터 만 3일이 경과하여 구속영장 원본 제시에 의한 구속영장을 집행한 사건] 헌법이 정한 적법절차와 영장주의 원칙, 형사소송법이 정한 체포된 피의자의 구금을 위한 구속영장의 청구, 발부, 집행절차에 관한 규정을 종합하면, 법관이 검사의 청구에 의하여 체포된 피의자의 구금을 위한 구속영장을 발부하면 검사와 사법경찰관리는 지체 없이 신속하게 구속영장을 집행하여야 한다. 피의자에 대한 구속영장의 제시와 집행이 그 발부 시로부터 정당한 사유 없이 시간이 지체되어 이루어졌다면, 구속영장이 그 유효기간 내에 집행되었다고 하더라도 위 기간 동안의 체포 내지 구금 상태는 위법하다(대판 2021.4.29, 2020도16438).
- ③ O : 대판 2012.10.11, 2012도7455
- ④ O : 형사소송법 제85조 제3항

정답 ②

판사에 대한 강제처분의 청구

47. 증거보전절차에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ① 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인은 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일 전이라도 판사에게 압수, 수색, 검증, 증인신문 또는 감정을 청구할 수 있다.
- ② 압수에 관한 증거보전의 청구는 압수할 물건의 소재지를 관할하는 지방법원판사에게 하여야 한다.
- ③ 증거보전은 제1심 제1회 공판기일전에 한하여 허용되는 것이므로 재심청구사건에서는 증거보전절차가 허용되지 않는다.
- ④ 공동피고인과 피고인이 뇌물을 주고 받은 사이로 필요적 공범관계에 있는 경우, 검사는 수사단계에서 피고인에 대한 증거를 미리 보전하기 위해 필요한 경우라고 할지라도 판사에게 공동 피고인을 증인으로 신문할 것을 청구할 수는 없다.

해설

- ① O : 제184조 제1항
- ② O : 규칙 제91조 제1항 제1호
- ③ O : 대결 1984.3.29, 84모15
- ④ X : 공동피고인과 피고인이 뇌물을 주고 받은 사이로 필요적 공범관계에 있다고 하더라도 검사는 수사단계에서 피고인에 대한 증거를 미리 보전하기 위하여 필요한 경우에는 판사에게 공동피고인을 증인으로 신문할 것을 청구할 수 있다(대판 1988.11.8, 86도1646).

정답 ④

48. 증거보전절차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.소방간부

- ① 검사는 제1회 공판기일 전이라도 판사에게 증인신문 뿐만 아니라 압수·수색·검증·감정을 내용으로 하는 증거보전을 청구할 수 있다.
- ② 증거보전은 제1심 제1회 공판기일 전에 한하여 허용되는 것이므로 재심청구사건에서는 증거보전절차는 허용되지 않는다.
- ③ 피고인뿐만 아니라 피의자도 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일 전이라도 판사에게 압수·수색·검증·증인신문 또는 감정을 청구할 수 있다.
- ④ 공동피고인과 피고인이 뇌물을 주고 받은 사이로 필요적 공범관계인 경우에는 검사는 수사단계에서 피고인에 대한 증거를 미리 보전하기 위해 필요한 경우라도 판사에게 공동피고인을 증인으로 신문할 것을 청구할 수 없다.
- ⑤ 증거보전을 청구하는 경우에는 서면으로 그 사유를 소명하여야 하며 증거보전청구를 기각하는 결정에 대하여는 항고할 수 있다.

해설

- ①③ O : 제184조 제1항
- ② O : 대결 1984.3.29, 84모15
- ④ X : 공동피고인과 피고인이 뇌물을 주고 받은 사이로 필요적 공범관계에 있다고 하더라도 검사는 수사단계에서 피고인에 대한 증거를 미리 보전하기 위하여 필요한 경우에는 판사에게 공동피고인을 증인으로 신문할 것을 청구할 수 있다(대판 1988.11.8, 86도1646).
- ⑤ O : 제184조 제3항제4항

정답 ④

제3장 수사의 종결

49. 사법경찰관의 수사종결에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?

22.경찰승진

- ① 사법경찰관은 고소·고발 사건을 포함하여 범죄를 수사한 때에는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다.

- ② 사법경찰관은 고소·고발 사건을 포함하여 범죄를 수사한 때에는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우를 제외한 그 밖의 경우에는 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체없이 검사에게 송부하여야 한다.
- ③ 사법경찰관은 고소·고발 사건을 포함하여 범죄를 수사한 때에는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우를 제외한 그 밖의 경우에는 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 하고, 그 송부한 날부터 7일 이내에 서면으로 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다)에게 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지하여야 한다.
- ④ 사법경찰관으로부터 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지받은 사람은 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청하여야 한다.

해설

- ① O : 제245조의 5 제1호
- ② O : 제245조의 5 제2호
- ③ O : 제245조의 6
- ④ X : 사법경찰관으로부터 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지받은 사람은 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청하여야 한다(제245조의7 제1항). ⇨ 특별히 기간의 제한은 없다.

정답 ④

50. 수사의 종결에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 경찰차

- ① 사법경찰관은 사건을 수사한 경우에는 혐의없음, 죄가안됨, 공소권없음, 각하와 같은 불송치 결정을 할 수 있지만 기소유예는 할 수 없다.
- ② 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」 제53조 및 제54조에 의하면 사법경찰관은 수사종결 후 그 내용을 고소인등과 피의자에게 통지해야 하는데, 특히 수사중지 결정 통지를 받은 사람은 해당 사법경찰관이 소속된 경찰관서의 장에게 이의를 제기할 수 있다.
- ③ 검사가 수사를 종결하고 공소제기한 이후 「형사소송법」 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수 수색을 하였다면 이는 위법한 압수·수색에 해당한다.
- ④ 검사의 무혐의 불기소처분에 대해 재정신청을 받은 법원은 당해 불기소처분이 위법하다 하더라도 기록에 나타난 제반 사정을 고려하여 기소유예의 불기소처분을 할 만한 사건이라고 인정되는 경우에는 재정신청을 기각할 수 있다.

해설

- ① O : 수사준칙 제51조 제1항 제3호
- ② X : 검사 또는 사법경찰관은 제51조 또는 제52조에 따른 결정을 한 경우에는 그 내용을 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를

포함한다. 이하 “고소인등”이라 한다)과 피의자에게 통지해야 한다(수사준칙 제53조 제1항). / 제 53조에 따라 사법경찰관으로부터 제51조 제1항 제4호에 따른 수사중지 결정의 통지를 받은 사람은 해당 사법경찰관이 소속된 바로 위 상급경찰관서의 장에게 이의를 제기할 수 있다(수사준칙 제 54조 제1항). ↔ 해당 사법경찰관이 소속된 경찰관서의 장에게: X

- ③ O : 대판 2011.4.28, 2009도10412 ※ 공소제기후의 강제수사
- ④ O : 대판 1997.4.22, 97모30

정답 ②

불기소처분에 대한 불복

51. 재정신청에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ① 법원은 재정신청의 기각결정 또는 재정신청의 취소가 있는 경우에는 결정으로 재정신청인에게 신청절차에 의하여 생긴 비용의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있다.
- ② 구금 중인 고소인이 재정신청서를 재정신청이 허용되는 기간 내에 교도소장에게 제출하였다면, 재정신청서가 이 기간 내에 불기소 처분을 한 검사가 소속한 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 도달하지 않았더라도 적법한 재정신청서의 제출이라고 할 수 있다.
- ③ 재정신청이 있으면 재정결정이 확정될 때까지 공소시효의 진행이 정지되고 공소 제기결정이 있는 때에는 공소시효에 관하여 그 결정이 있는 날에 공소가 제기된 것으로 본다.
- ④ 「형사소송법」 제262조 제4항 후문은 재정신청 기각결정이 확정된 사건에 대하여는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 소추할 수 없다고 규정하고 있는데, 여기에서 ‘다른 중요한 증거를 발견한 경우’란 재정신청 기각결정 당시에 제출된 증거에 새로 발견된 증거를 추가하면 충분히 유죄의 확신을 가지게 될 정도의 증거가 있는 경우를 말한다.

해설

- ① O : 제262조의 3 제1항
- ② X : 재정신청서는 같은 법 제260조 제2항이 정하는 기간 안에 불기소 처분을 한 검사가 소속한 지방검찰청의 검사장 또는 지청장에게 도달하여야 하고, 설령 구금중인 고소인이 재정신청서를 그 기간 안에 교도소장 또는 그 직무를 대리하는 사람에게 제출하였다 하더라도 재정신청서가 위의 기간 안에 불기소 처분을 한 검사가 소속한 지방검찰청의 검사장 또는 지청장에게 도달하지 아니한 이상 이를 적법한 재정신청서의 제출이라고 할 수 없다(대결 1998.12.14, 98모127).
- ③ O : 제262조의 4 제1항제2항
- ④ O : 대판 2018.12.28, 2014도17182

정답 ②

52. 재정신청에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.법원9급

- ① 검사가 공소시효 만료일 30일 전까지 공소를 제기하지 아니하는 경우에는 검사의 불기소처분에 대한 항고를 거치지 않고도 재정신청을 할 수 있다.
- ② 법원이 재정신청서를 송부받은 날부터 10일 이내에 피의자에게 그 사실을 통지하지 않았는데 재정신청이 이유 있다고 보아 공소제기결정을 하였고 그에 따라 공소가 제기되어 본안사건의 절차가 개시되었다면, 피고인은 본안사건에서 그와 같은 잘못을 다룰 수 있다.
- ③ 재정신청은 그에 대한 결정이 있을 때까지 취소할 수 있으나, 이를 취소한 자는 다시 재정신청을 할 수 없다.
- ④ 재정신청에 따른 공소제기의 결정에 대하여는 형사소송법 제415조의 재항고가 허용되지 않으며, 그러한 재항고가 제기된 경우에 원심법원은 결정으로 이를 기각하여야 한다.

해설

- ① O : 제260조 제2항 제3호
- ② X : 법원이 재정신청서를 송부받았음에도 송부받은 날부터 형사소송법 제262조 제1항에서 정한 기간 안에 피의자에게 그 사실을 통지하지 아니한 채 형사소송법 제262조 제2항 제2호에서 정한 공소제기결정을 하였더라도, 그에 따른 공소가 제기되어 **본안사건의 절차가 개시된 후에는** 다른 특별한 사정이 없는 한 본안사건에서 위와 같은 잘못을 **다룰 수 없다**(대판 2017.3.9, 2013도 16162).
- ③ O : 제264조 제2항
- ④ O : 대결 2012.10.29, 2012모1090 ∵ 본안사건 자체의 재판을 통하여 대법원의 최종적인 판단을 받는 길이 열려 있으므로

정답 ②

공소제기 후의 수사

53. 공소제기 후의 수사에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ① 검사 작성의 피고인에 대한 진술조서가 공소제기 후에 작성된 것이라는 이유만으로는 곧 그 증거능력이 없다고 할 수 없다.
- ② 제1심에서 피고인에 대하여 무죄판결이 선고되어 검사가 항소한 후, 수사기관이 항소심 공판기일에 증언으로 신청하여 신문할 수 있는 사람을 특별한 사정없이 미리 수사기관에 소환하여 작성한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 않는 한 증거능력이 없다.
- ③ 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 반복시키는 방식으로 작성한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하더라도 증거능력이 없다.
- ④ 검사 또는 사법경찰관이 피고인에 대한 구속영장을 집행하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 구속현장에서 압수·수색·검증을 할 수 있다.

해설

- ① O : 대판 1984.9.25, 84도1646
- ② O : 대판 2019.11.28, 2013도6825
- ③ X : 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 번복시키는 방식으로 작성한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하는 한 증거능력이 없다(대판 2008.9.25, 2008도6985).
- ④ O : 제216조 제2항

정답 ③

54. 다음 중 공소제기 후 수사에 관한 내용으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 따름) 22.해경승진

- ㉠ 공소제기된 피고인의 구속상태를 계속 유지할 것인지 여부에 관한 판단은 전적으로 당해 수소법원의 전권에 속한다.
- ㉡ 공소제기 후에도 수사기관은 피고사건에 관하여 수소법원이 아닌 지방법원 판사로부터 구속영장을 발부받아 피고인을 구속할 수 있다.
- ㉢ 피고인에게 유리한 증언을 한 증인을 수사기관이 법정 외에서 다시 참고인으로 조사하면서 그 증언을 번복하게 하여 작성한 참고인 진술조서는 피고인이 동의 하더라도 증거로 사용할 수 없다.
- ㉣ 검사는 공소를 제기한 피고사건에 대하여 판결이 확정될 때까지 그 공소를 취소할 수 있다.

- ① 없음
- ② 1개
- ③ 2개
- ④ 3개

해설

- ㉠ O : 대결 1997.11.27, 97모88
- ㉡ X : 검사가 공소제기 후 법 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수수색을 하였다면, 그와 같이 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다(대판 2011.4.28, 2009도10412).
- ㉢ X : 피고인이 동의를 한 경우라면 증거로 사용할 수 있다(대판 2000.6.15, 99도1108 전원합의체).
- ㉣ X : 공소는 제1심판결의 선고 전까지 취소할 수 있다(제255조 제1항).

정답 ②

제4장 공소의 제기

55. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 공소장에 검사의 간인이 없으나 공소장의 형식과 내용이 연속된 것으로 일체성이 인정되고 동일한 검사가 작성하였다고 인정되는 경우라고 하더라도, 그 공소장은 형사소송법 제57조 제2항에 위반되어 효력이 없는 서류이고, 이러한 공소장 제출에 의한 공소제기는 그 절차가 형사소송법 제327조 제2호에 위반하여 무효인 때에 해당한다.

- ② 검사의 기명날인 또는 서명이 누락된 채로 관할법원에 제출된 공소장은 형사소송법 제57조 제1항에 위반되어 원칙적 무효이나, 이때 검사가 공소장에 기명날인 또는 서명을 추완하는 등의 방법에 의하여 공소의 제기가 유효하게 될 수 있다.
- ③ 검사가 전자문서나 저장매체를 이용하여 공소를 제기한 경우, 법원은 저장매체에 저장된 전자문서 부분을 제외하고 서면인 공소장에 기재된 부분만으로 공소사실을 판단하여야 한다. 만일 그 기재 내용만으로는 공소사실이 특정되지 않은 부분이 있다면 검사에게 특정을 요구하여야 하고, 그런데도 검사가 특정하지 않는다면 그 부분에 대해서는 공소를 기각할 수밖에 없다.
- ④ 공소장일본주의에 위배된 공소제기는 그 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하는 것으로 보아 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙이다. 그러나 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인 측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때 이제는 더 이상 공소장일본주의의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다툴 수는 없다고 보아야 한다.

해설

- ① X : 공소장에 검사의 간인이 없더라도 그 **공소장의 형식과 내용이 연속된 것으로 일체성이 인정되고 동일한 검사가 작성하였다**고 인정되는 한 그 공소장을 형사소송법 제57조 제2항에 위반되어 효력이 없는 서류라고 할 수 없다. 이러한 공소장 제출에 의한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때(형사소송법 제327조 제2호)에 해당한다고 할 수 없다(대판 2021.12.30, 2019도16259).
- ② O : 대판 2021.12.16, 2019도17150
- ③ O : 대판 2017.2.15, 2016도19027
- ④ O : 대판 2009.10.22, 2009도7436 전원합의체

정답 ①

공소시효

56. 공소시효에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) **22.경찰승진**

- ① 「형사소송법」 제253조 제2항은 “공범의 1인에 대한 전항의 시효정지는 다른 공범자에 대하여 효력이 미치고 당해 사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다.”고 규정하는바, 여기서 말하는 ‘공범’에는 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계에 있는 자는 포함되지 않는다.
- ② 공범 중 1인에 대한 공소의 제기로 다른 공범자에 대한 공소시효의 진행이 정지되더라도 공소가 제기된 공범 중 1인에 대한 재판이 확정되면, 그 재판의 결과가 공소기각 또는 관할위반인 경우뿐만 아니라 유죄, 무죄, 면소인 경우에도 그 재판이 확정된 때로부터 다시 공소시효가 진행되지만, 약식명령이 확정된 때에는 그러하지 아니하다.
- ③ 공범의 1인으로 기소된 자가 범죄의 증거가 없다는 이유로 무죄의 확정판결을 선고받은 경우, 그에 대하여 제기된 공소로써는 진범에 대한 공소시효 정지의 효력이 없다.

- ④ 피고인과 공범관계에 있는 자가 같은 범죄사실로 공소제기가 된 후 대법원에서 상고기각됨으로써 유죄판결이 확정되었다면, 공범자인 피고인에 대하여도 그 공범관계에 있는 자가 공소제기된 때부터 그 재판이 확정된 때까지의 기간 동안은 공소시효의 진행이 정지된다.

해설

- ① O : 대판 2015.2.12, 2012도4842
- ② X : 약식명령이 확정된 때에도 동일하다(대판 2012.3.29, 2011도15137).
- ③ O : 대판 1999.3.9, 98도4621
- ④ O : 대판 1995.1.20, 94도2752

정답 ②

57. 공소시효에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 공소제기 당시의 공소사실에 대한 법정형을 기준으로 하면 공소제기 당시 아직 공소시효가 완성되지 않았으나 변경된 공소사실에 대한 법정형을 기준으로 하면 공소제기 당시 이미 공소시효가 완성된 경우에는 공소기각의 판결을 선고하여야 한다.
- ② 공소시효 기간은 두 개 이상의 형을 병과하거나 두 개 이상의 형에서 한 개를 과할 범죄에 대해서는 무거운 형을 기준으로 적용하고, 형법에 의하여 형을 가중 또는 감경한 경우에는 가중 또는 감경하지 아니한 형을 기준으로 적용한다.
- ③ 형사소송법 제253조(시효의 정지와 효력) 제3항은 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지된다고 규정하고 있는데, 이때 범인의 국외체류의 목적은 오로지 형사처분을 면할 목적만으로 국외체류하는 것에 한정되는 것은 아니고 범인이 가지는 여러 국외체류 목적 중 형사처분을 면할 목적이 포함되어 있으면 족하다.
- ④ 사람을 살해한 범죄로 사형에 해당하는 범죄에 대하여는, 중범을 제외하고 형사소송법 제249조(공소시효의 기간)부터 제253조(시효의 정지와 효력)까지에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다.

해설

- ① X : 공소장변경절차에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 있는 경우에는 **변경된 공소사실에 대한 법정형**이 공소시효기간의 기준이 된다고 보아야 하므로 공소제기 당시의 공소사실에 대한 법정형을 기준으로 하면 공소제기 당시 아직 공소시효가 완성되지 않았으나 변경된 공소사실에 대한 법정형을 기준으로 하면 공소제기 당시 이미 공소시효가 완성된 경우에는 공소시효의 완성을 이유로 **면소판결**을 선고하여야 한다(대판 2001.8.24, 2001도2902).
- ② O : 제250조, 제251조
- ③ O : 대판 2015.6.24, 2015도5916
- ④ O : 제253조의2

정답 ①

제3편 소송의 주체와 소송절차의 일반이론

제1장 소송의 주체

법원(제척·기피·회피 / 관할)

58. 다음 중 법원의 관할에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.해경승진

- ㉠ 사물관할을 달리하는 수개의 관련사건이 각각 법원합의부와 단독판사에게 계속된 때에는 합의부는 결정으로 단독판사에게 속한 사건을 병합하여 심리할 수 있다.
- ㉡ 관할법원이 법률상의 이유 또는 특별한 사정으로 재판권을 행사할 수 없을 때에는 검사 또는 피고인은 직급 상급법원에 관할이전을 신청할 수 있다.
- ㉢ 동일사건이 사물관할을 같이하는 수개의 법원에 계속된 때에는 먼저 공소를 받은 법원이 심판한다. 단, 각 법원에 공통되는 직급 상급 법원은 검사 또는 피고인의 신청에 의하여 결정으로 뒤에 공소를 받은 법원으로 하여금 심판하게 할 수 있다.
- ㉣ 고유관할사건 계속 중 고유관할 법원에 관련사건이 계속된 이상 그 후 양 사건이 병합되어 심리되지 아니한 채 고유사건에 대한 심리가 먼저 종결되었다면 관련사건에 대한 관할권은 소멸된다.

- ① ㉠, ㉡ ② ㉢, ㉣ ③ ㉠, ㉢ ④ ㉡, ㉣

해설

- ㉠ O : 제10조
- ㉡ X : 관할법원이 법률상의 이유 또는 특별한 사정으로 재판권을 행사할 수 없을 때에는 검사는 직급 상급법원에 관할이전 신청을 하여야 하나, 피고인은 직급 상급법원에 관할이전을 신청할 수 있다(제15조).
- ㉢ O : 제13조
- ㉣ X : 고유관할사건 계속 중 고유관할 법원에 관련사건이 계속된 이상 그 후 양 사건이 병합되어 심리되지 아니한 채 고유사건에 대한 심리가 먼저 종결되었다 하더라도 관련사건에 대한 관할권은 여전히 유지된다(대판 2008.6.12, 2006도8568).

정답 ③

59. 법관의 제척사유에 해당하는 경우는? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함)

22.법원9급

- ① 법관이 사건에 관하여 피고인의 변호인이거나 피고인·피해자의 대리인인 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합, 법률사무소, 「외국법자문사법」 제2조 제9호에 따른 합작법무법인에서 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때

- ② 원심 합의부원인 법관이 원심 재판장에 대한 기피신청 사건의 심리와 기각결정에 관여한 경우
- ③ 고발사실 중 검사가 불기소한 부분에 관한 재정신청을 기각한 법관이 위 고발사실 중 나머지 공소제기 된 부분에 대한 사건에 관여한 경우
- ④ 공소제기 전에 검사의 청구에 의하여 증거보전절차상의 증인신문을 한 법관

해설

- ① O : 제17조 제8호
- ② X : 원심 합의부원인 법관이 원심 재판장에 대한 기피신청 사건의 심리와 기각결정에 관여한 사실이 있다고 하더라도, 이를 형사소송법 제17조 제7호 소정의 '법관이 사건에 관하여 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때에 해당한다고 볼 수는 없다(대판 2010.12.9, 2007도10121).
- ③ X : 고발인 甲의 피고인에 대한 고발사실 중 검사가 불기소한 부분에 관하여 한 재정신청사건에 관여하여 이를 기각한 법관들이, 甲의 위 고발사실 중 공소가 제기된 사건의 항소심에서 재판장과 주심판사로 관여한 경우, 고발사실의 일부에 대한 재정신청사건에 관여하여 그 신청을 기각한 것이 그 나머지 부분에 대한 사건에 있어 형사소송법 제17조 제7호에 정한 '법관이 사건에 관하여 전심 재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때에 해당하지 않는다(대판 2014.1.16, 2013도10316).
- ④ 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).

정답 ①

피고인 (피고인특정, 진술거부권, 무죄추정의 원칙)

60. 공동피고인에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 국가9급

- ① 공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서 피고인의 지위에 있으므로 소송절차가 분리되지 않으면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 대하여 증인이 될 수 없다.
- ② 대항범인 공동피고인은 소송절차의 분리로 피고인의 지위에서 벗어나더라도 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없다.
- ③ 공범이 아닌 공동피고인은 변론을 분리하지 않더라도 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 대하여 증인이 될 수 있다.
- ④ 「형사소송법」 제310조의 피고인의 자백에는 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 아니하므로 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있다.

해설

- ① O : 대판 2008.6.26, 2008도3300
- ② X : 피고인의 지위에 있는 공동피고인은 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(대판 2012.3.29,

2009도11249).

③ O : 대판 1979.3.27, 78도1031

④ O : 대판 1990.10.30, 90도1939

정답 ②

61. 다음 중 진술거부권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 22.해경승진

- ㉠ 진술거부권이 보장되는 절차에서 진술거부권을 고지받을 권리는 헌법 제12조 제2항에 의하여 바로 도출되는 것이므로 이를 인정하기 위하여 별도의 입법적 뒷받침이 필요한 것은 아니다.
- ㉡ 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 이의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 합리적인 이유가 있는 경우로서 증거능력이 인정되어야 한다.
- ㉢ 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 때에는 인정되는 것으로 봄이 상당하다.
- ㉣ 조사대상자의 진술내용이 단순히 제3자의 범죄에 관한 경우가 아니라 자신과 제3자에게 공동으로 관련된 범죄에 관한 것이거나 제3자의 피의사실 뿐만 아니라 자신의 피의사실에 관한 것이기도 하여 그 실질이 피의자신문조서의 성격을 가지는 경우에 수사기관은 그 진술을 듣기 전에 미리 진술거부권을 고지하여야 한다.

- ① 1개
- ② 2개
- ③ 3개
- ④ 4개

해설

- ㉠ X : 진술거부권을 고지받을 권리가 헌법 제12조 제2항에 의하여 바로 도출된다고 할 수는 없고, 이를 인정하기 위해서는 입법적 뒷받침이 필요하다(대판 2014.1.16, 2013도5441).
- ㉡ 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 2009.8.20, 2008도8213).
- ㉢ O : 대판 2015.10.29, 2014도5939

정답 ②

62. 진술거부권에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.국가9급

- ㄱ. 진술거부권은 형사책임과 관련하여 형사절차에서 보장되는 것이므로 행정절차나 국회의 조사절차 등에서는 자기에게 불리한 사실을 묵비할 권리가 인정되지 않는다.
- ㄴ. 헌법 제12조제2항은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다고

- ① O : 제30조 제2항, 제32조 제2항
- ② O : 제341조 제1항-제2항, 제351조
- ③ X : 신청이 없는 때에는 재판장은 직권으로 대표변호인을 지정할 수 있고 그 지정을 철회 또는 변경할 수 있다(제32조의2 제2항).
- ④ O : 대결 2007.1.31, 2006모656

정답 ③

제2장 소송절차의 일반이론

66. 하자의 치유가 인정되지 않는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 국가9급

- ① 제1심법원이 국민참여재판의 대상이 되는 사건임을 간과하여 이에 관한 피고인의 의사를 확인하지 아니한 채 통상의 공판절차로 재판을 진행한 경우, 항소심에서 피고인에게 국민참여 재판절차 등에 관한 충분한 안내와 그 희망 여부에 관하여 속고할 수 있는 상당한 시간을 주었음에도 국민참여재판을 원하지 아니한다고 하면서 위와 같은 제1심의 절차적 위법을 문제 삼지 아니할 의사를 명백히 표시하는 경우
- ② 검사가 증인에게 주신문을 하면서 형사소송규칙상 허용되지 않는 유도신문을 하였다고 볼 여지가 있었는데 다음 공판기일에 재판장이 증인신문 결과 등을 고지 하였음에도 피고인과 변호인이 '변경할 점과 이의할 점이 없다' 고 진술한 경우
- ③ 검사가 피고인을 필로폰 판매행위로 공소제기한 후 필로폰 매매알선행위를 예비적으로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였으나 불허되자 그 자리에서 이 공소장변경 허가신청서를 공소장에 갈음하는 것으로 구두진술하고 피고인가 변호인이 이에 대하여 이의를 제기하지 않은 경우
- ④ 공소장일본주의에 위배된 공소제기가 있었는데 피고인이 아무런 이의를 제기하지 아니하여 그대로 공판절차가 진행되고 증거조사절차가 마무리된 경우

해설

- ※ 하자치유 인정: ① 대판 2012.6.14, 2011도15484 ② 대판 2012.7.26, 2012도2937 ④ 대판 2017.6.14, 2014도15129
- ※ 하자치유 부정: ③ 공소제기의 절차에 법률의 규정에 위반하여 무효라고 볼 정도의 현저한 방식위반이 있다고 봄이 상당하고, 피고인과 변호인이 그에 대하여 이의를 제기하지 않았다고 하여 그 하자가 치유된다고 볼 수는 없으므로, 이 사건에 대한 공소사실에 대하여는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다(대판 2009.2.26, 2008도11813).

정답 ③

67. 다음 중 반드시 서면으로만 하여야 하는 소송행위는 모두 몇 개인가?

22. 해경승진

- | | | |
|----------|-----------|----------|
| ㉠ 상소의 제기 | ㉡ 상소의 포기 | ㉢ 공소의 제기 |
| ㉣ 공소의 취소 | ㉤ 약식명령 청구 | |

- ① 1개
- ② 2개
- ③ 3개
- ④ 4개

해설

- ※ 서면으로만 하는 소송행위 : ㉠, ㉡, ㉢
- ※ 서면 또는 구술 가능한 소송행위 : ㉣, ㉤

정답 ㉢

68. 형사소송법 제59조의2(재판확정기록의 열람·등사), 제59조의3(확정 판결서등의 열람·복사)에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? 22.법원9급

- ① 법원사무관등이나 그 밖의 법원공무원은 확정 판결서등의 열람 및 복사에 앞서 판결서등에 기재된 성명 등 개인정보가 공개되지 아니하도록 대법원규칙으로 정하는 보호조치를 하여야 하며, 이때 개인정보 보호조치를 한 법원사무관등이나 그 밖의 법원공무원은 고의로 인한 것이 아니면 위 열람 및 복사와 관련하여 민사상·형사상 책임을 지지 아니한다.
- ② 검사는 소송기록의 보존을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 그 소송기록의 등본을 열람 또는 등사하게 할 수 있다. 다만, 원본의 열람 또는 등사가 필요한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 누구든지 판결이 확정된 사건의 판결서 또는 그 등본, 증거목록 또는 그 등본, 그 밖에 검사나 피고인 또는 변호인이 법원에 제출한 서류·물건의 명칭·목록 또는 이에 해당하는 정보를 보관하는 법원에서 해당 판결서등을 열람 및 복사할 수 있다.
- ④ 검사는 소송기록의 공개로 인하여 공범관계에 있는 자 등의 증거인멸 또는 도주를 용이하게 하거나 관련 사건의 재판에 중대한 영향을 초래할 우려가 있는 경우에는 소송기록의 전부 또는 일부의 열람 또는 등사를 제한할 수 있다. 다만, 소송관계인이나 이해관계 있는 제3자가 열람 또는 등사에 관하여 정당한 사유가 있다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

해설

- ① X : 제2항에 따른 개인정보 보호조치를 한 법원사무관등이나 그 밖의 법원공무원은 고의 또는 중대한 과실로 인한 것이 아니면 제1항에 따른 열람 및 복사와 관련하여 민사상·형사상 책임을 지지 아니한다(제59조의3 제3항).
- ② O : 제59조의2 제4항
- ③ O : 제59조의3 제1항
- ④ O : 제59조의2 제2항 제4호

정답 ㉠

제4편 공판

제1장 공판절차

공소장변경

69. 공소장변경에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가9급

- ① 공소사실의 동일성을 판단할 경우 순수한 사실관계의 동일성이라는 관점에서만 파악할 수 없고, 피고인의 행위와 자연적·사회적 사실관계 이외에 규범적 요소를 고려하여 기본적 사실관계가 실질적으로 동일한지에 따라 판단해야 한다.
- ② 甲이 한 개의 강도범행을 하는 기회에 수 명의 피해자에게 각각 폭행을 가하여 각 상해를 입힌 사실에 대하여 포괄일죄로 기소된 경우 법원은 공소장변경 없이 피해자별로 수 개의 강도상해죄의 실체적 경합범으로 처벌할 수 있다.
- ③ 甲이 과실로 교통사고를 발생시켰다는 각 ‘교통사고처리 특례법 위반죄’의 공소사실을 고의로 교통사고를 낸 뒤 보험금을 청구하여 수령하거나 미수에 그쳤다는 ‘사기 및 사기미수죄’로 변경하고자 하는 경우 기본적 사실관계가 동일하므로 공소장 변경은 허용된다.
- ④ 甲이 A에게 필로폰 0.3g을 교부하였다는 ‘마약류관리법위반(향정)죄’의 공소사실을 필로폰을 구해주겠다고 속여 대금을 편취하였다는 ‘사기죄’로 변경하고자 하는 경우 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없으므로 공소장변경은 허용되지 않는다.

해설

- ① O : 대판 2017.12.5, 2013도7649
- ② O : 대판 1987.5.26, 87도527
- ③ X : 각 교통사고처리 특례법 위반죄의 행위 태양은 과실로 교통사고를 발생시켰다는 점인데 반하여, 이 사건 사기 및 사기미수죄는 고의로 교통사고를 낸 뒤 보험금을 청구하여 수령하거나 미수에 그쳤다는 것으로서 서로 행위 태양이 전혀 다르고, 피해자도 서로 다르다. 따라서 위 각 교통사고처리 특례법 위반죄와 사기 및 사기미수죄는 그 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없으므로, 위 전자에 관한 확정판결의 기판력이 후자에 미친다고 할 수 없다(대판 2010.2.25, 2009도14263).
⇒ 동일성이 없어서 공소장변경을 허용할 수 없다.
- ④ O : 대판 2012.4.13, 2010도16659

정답 ③

70. 공소장변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.소방간부

- ① 일방의 범죄가 성립되는 때에는 타방의 범죄성립은 인정할 수 없다고 볼 정도로 양자가 밀접한 관계에 있는 경우에는 양자의 기본적 사실관계는 동일하다고 봄이 상당하다.
- ② 포괄일죄의 경우 공소장변경 허가 여부를 결정할 때에는 포괄일죄를 구성하는 개개 공소사실 별로 중전 것과의 동일성 여부를 따지기보다는 변경된 공소사실이 전체적으로 포괄일죄의 범주 내에 있는지 여부에 초점을 맞추어야 한다.
- ③ 상고심에서는 공소장변경이 허용되지 않지만 상고심에서 파기환송된 항소심에서는 공소장변경이 허용된다.
- ④ 횡령죄와 배임죄는 다 같이 신임관계를 기본으로 하는 재산범죄로서 그에 대한 형벌도 경중의 차이가 없고 동일한 범죄사실에 대하여 단지 법률 적용만을 달리 하는 경우에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 횡령죄로 기소된 공소사실에 대하여 공소장변경 없이도 배임죄를 적용하여 처벌할 수 있다.
- ⑤ 단독범으로 기소된 것을 다른 사람과 공모하여 동일한 내용의 범행을 한 것으로 인정하는 경우에는 이로 말미암아 피고인에게 예기치 않은 타격을 주어 방어권 행사에 실질적 불이익을 줄 우려가 없더라도 공소장변경이 필요하다.

해설

- ① O : 대판 2007.5.10, 2007도1048
- ② O : 대판 2006.4.27, 2006도514
- ③ O : 대판 2004.7.22, 2003도8153
- ④ O : 대판 2015.10.29, 2013도9481
- ⑤ X : 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 법원이 공소장 변경절차를 거치지 않고 공소사실과 다르게 사실을 인정 하더라도 불고불리의 원칙에 위배되지 않는다(대판 2018.7.12, 2018도5909).

정답 ⑤

71. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 공소장변경 절차 없이도 법원이 심리·판단할 수 있는 죄가 한 개가 아니라 여러 개인 경우 법원으로서 그 중 어느 하나를 임의로 선택하여 심리·판단할 수 있다.
- ② 공소사실의 동일성이 인정됨에도 불구하고 법원이 공소장변경을 허가하지 않은 경우에도 검사는 이에 대하여 항고하여 다툴 수 없다.
- ③ 공소사실의 동일성이 인정되지 않는 등의 사유로 공소장변경허가결정에 위법사유가 있는 경우에는 공소장변경허가를 한 법원이 스스로 이를 취소할 수 있다.
- ④ ‘피고인은 피해자들로부터 차용금 명목으로 합계 24억 7,100만 원을 교부받아 이를 편취하였다’는 공소사실과 ‘피고인은 피해자들로부터 투자금 명목으로 2007. 11. 27. 1억 3,000만 원을 교부받은 것을 비롯하여 그때부터 2008. 7. 31.경까지 당십 별지 [범죄일람표(투자금산정서)] 기재와 같이 47회에 걸쳐 합계 2,458,389,426원을 교부받아 이를 편취하였다’는 공소사실 사이에는 동일성이 인정된다.

해설

- ① X : 공소장변경 절차 없이도 법원이 심리·판단할 수 있는 죄가 한 개가 아니라 여러 개인 경우에는, 법원으로서도 그 중 어느 하나를 임의로 선택할 수 있는 것이 아니라 검사에게 공소사실 및 적용법조에 관한 석명을 구하여 공소장을 보완하게 한 다음 이에 따라 심리·판단하여야 할 것이다(대판 2005.7.8, 2005도279).
- ② O : 대결 1987.3.28, 87모17 ∴ 판결전의 소송절차에 관한 결정이므로
- ③ O : 대판 2001.3.27, 2001도116
- ④ O : 대판 2011.4.14, 2011도769 ∴ 위 변경 전후의 공소사실은 모두 투자 권유를 통한 피고인의 일련의 편취행위를 대상으로 하는 것이므로

정답 ①

공판준비절차

72. 증거개시제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 국가9급

- ① 증거개시제도는 실질적인 당사자 대등을 확보하고 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리를 실현하기 위한 제도로서, 「형사소송법」은 검사가 보유하고 있는 증거뿐만 아니라 피고인이 보유하고 있는 증거의 개시도 인정하고 있다.
- ② 검사의 증거개시 대상이 되는 것은 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류 또는 물건이다.
- ③ 피고인 또는 변호인은 검사가 서류 또는 물건의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한한 때에는 법원에 그 서류 또는 물건의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하도록 할 것을 신청할 수 있다.
- ④ 법원의 증거개시에 관한 결정에 대하여는 집행정지의 효력이 있는 즉시항고의 방법으로 불복할 수 있다.

해설

- ①② O : 제266조의3 제1항, 제266조의11 제1항
- ③ O : 제266조의4 제1항
- ④ X : 형사소송법 제402조는 “법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고를 할 수 있다. 단, 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.”고 규정하고, 제403조 제1항은 “법원의 관할 또는 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 특히 즉시항고를 할 수 있는 경우 외에는 항고하지 못한다.”고 규정하고 있다. 그런데 형사소송법 제266조의4에 따라 법원이 검사에게 수사서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용할 것을 명한 결정은 피고사건 소송절차에서의 증거개시와 관련된 것으로서 제403조에서 말하는 ‘판결 전의 소송절차에 관한 결정’에 해당한다 할 것인데, 위 결정에 대하여는 형사소송법에서 별도로 즉시항고에 관한 규정을 두고 있지 않으므로 제402조에 의한 항고의 방법으로 불복할 수 없다고 보아야 한다(대결 2013.1.24, 2012모1393). 따라서 법원의 증거개시에 관한 결정에 대하여는 그 결정이 고지되는 즉시 집행력이 발생한다.

정답 ④

73. 피고인 불출석에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 항소심 공판기일에 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하여야 하고, 피고인이 정당한 사유없이 다시 정한 기일에 출석하지 아니한 때에는 피고인의 진술없이 판결을 할 수 있다.
- ② 피고인이 출석하지 아니하면 개정하지 못하는 경우에 구속된 피고인이 정당한 사유없이 출석을 거부하고, 교도관에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행할 수 있다. 이 경우에는 출석한 검사 및 변호인의 의견을 들어야 한다.
- ③ 장기 3년 이하의 징역 또는 금고, 다액 500만원을 초과하는 벌금 또는 구류에 해당하는 사건에서 피고인의 불출석허가신청이 있고 법원이 피고인의 불출석이 그의 권리를 보호함에 지장이 없다고 인정하여 이를 허가한 사건에 관하여는 피고인의 출석을 요하지 아니한다. 다만, 형사소송법 제284조에 따른 인정신문 절차를 진행하거나 판결을 선고하는 공판기일에는 출석하여야 한다.
- ④ 피고인이 제1심에서 도로교통법 위반(음주운전)죄로 유죄판결을 받고 항소한 후 항소심 제1회, 제2회 공판기일에 출석하였고, 제3회 공판기일에 변호인만이 출석하고 피고인은 건강상 이유를 들어 출석하지 않았으나, 제4회 공판기일에 변호인과 함께 출석하자 원심은 변론을 종결하고 제5회 공판기일인 선고기일을 지정하여 고지하였는데, 피고인과 변호인이 모두 제5회 공판기일에 출석하지 아니하자 항소심이 피고인의 출석 없이 공판기일을 개정하여 피고인의 항소를 기각하는 판결을 선고한 것은 적법하다.

해설

- ① O ④ X : 피고인이 불출석한 상태에서 그 진술 없이 판결할 수 있기 위해서는 피고인이 적법한 공판기일 통지를 받고서도 2회 연속으로 정당한 이유 없이 출석하지 않은 경우에 해당하여야 한다. 피고인이 고지된 선고기일인 제5회 공판기일에 출석하지 않았더라도 제4회 공판기일에 출석한 이상 2회 연속으로 정당한 이유 없이 출석하지 않은 경우에 해당하지 않아 형사소송법 제365조 제2항에 따라 제5회 공판기일을 개정할 수 없다는 이유로, 그런데도 피고인의 출석 없이 제5회 공판기일을 개정하여 판결을 선고한 원심의 조치에 소송절차에 관한 형사소송법 제365조에 반하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(대판 2019.10.31, 2019도5426).
- ② O : 제277조의2 제1항, 제2항
- ③ O : 제277조 제3호

정답 ④

74. 공판기일의 절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가9급

- ① 법원은 서류 또는 물건이 증거로 제출된 경우에 이에 관한 증거결정을 함에 있어서는 제출한 자로 하여금 그 서류 또는 물건을 상대방에게 제시하게 하여 상대방으로 하여금 그 서류 또는 물건의 증거능력 유무에 관한 의견을 진술하게 하여야 한다.

- ② 증거신청의 채택 여부는 법원의 재량으로서 법원이 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 이를 조사하지 아니할 수 있다.
- ③ 피고인은 검사의 모두 진술이 끝난 뒤에, 진술거부권을 행사하는 경우를 제외하고, 공소사실의 인정 여부를 진술해야 하며, 만일 이 단계에서 피고인이 자백하면 간이공판절차로 이행하는 계기가 된다.
- ④ 법원의 증거결정에 대해서는 법령 위반이 있음을 이유로 해서 준항고 할 수 있다.

해설

- ① O : 규칙 제134조 제2항
- ② O : 대판 2018.3.15, 2017도18706
- ③ O : 제286조 제1항, 제286조의2
- ④ X : 법원의 증거결정에 대해서는 법령 위반이 있음을 이유로 해서만 이의신청을 할 수 있다(제 295조, 규칙 제135조의2 단서).

정답 ④

75. 공판절차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 변호인에게 최종의견 진술의 기회를 주었다면 피고인에게 별도로 진술 기회를 주지 아니한 채 판결을 선고하였더라도 위법하다고 볼 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 허용될 수 없다.
- ③ 종결한 변론을 재개하느냐의 여부는 법원의 재량에 속하는 사항으로서 변론종결 후 선임된 변호인의 변론재개신청을 들어주지 아니하더라도 위법하다고 볼 수 없다.
- ④ 공판기일에 재판장이 피고인 신문과 증거조사가 종료되었음을 선언한 후 검사에게 의견진술의 기회를 주었다면, 검사가 양형에 관한 의견진술을 하지 않았다 하더라도 위법하다고 볼 수 없다.

해설

- ① X : 형사소송법 제303조는 “재판장은 검사의 의견을 들은 후 피고인과 변호인에게 최종의 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 정하고 있으므로, 최종의견 진술의 기회는 피고인과 변호인 모두에게 주어져야 한다. 피고인이나 변호인에게 최종의견 진술의 기회를 주지 아니한 채 변론을 종결하고 판결을 선고하는 것은 소송절차의 법령위반에 해당한다(대판 2018.3.29, 2018도327).
- ② O : 대판 2012.2.23, 2011도15608
- ③ O : 대판 1986.6.10, 86도769
- ④ O : 대판 2001.11.30, 2001도5225 ∴ 검사의 구형은 양형에 관한 의견진술에 불과하므로

정답 ①

76. 증거조사에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ① 증거신청은 검사가 먼저 이를 한 후 다음에 피고인 또는 변호인이 이를 한다.
- ② 법원은 서류 또는 물건이 증거로 제출된 경우에 이에 관한 증거결정을 함에 있어서는 제출한 자로 하여금 그 서류 또는 물건을 상대방에게 제시하게 하여 상대방으로 하여금 그 서류 또는 물건의 증거능력 유무에 관한 의견을 진술하게 하여야 한다. 다만, 「형사소송법」 제318조의3의 규정에 의하여 동의가 있는 것으로 간주되는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 법원은 증거결정을 함에 있어서 필요하다고 인정할 때에는 그 증거에 대한 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 들어야 한다.
- ④ 법원이 필요하지 않다고 인정할 때에는 증거를 조사하지 않을 수 있는 것이므로, 법원이 검사의 증인신청을 받아들이지 않았다고 하더라도 이를 두고 위법하다고 할 수는 없다.

해설

- ① O : 규칙 제133조
- ② O : 규칙 제134조 제2항
- ③ X : 법원은 증거결정을 함에 있어서 필요하다고 인정할 때에는 그 증거에 대한 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 들을 수 있다(규칙 제134조 제1항).
- ④ O : 대판 1995.6.13, 95도826

정답 ③

77. 증거조사에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.9급개론

- ① 검사, 피고인 또는 변호인은 증거조사에 관하여 법령의 위반이 있거나 상당하지 아니함을 이유로 이의신청할 수 있다.
- ② 유죄의 심증은 반드시 직접증거에 의하여 형성되어야 하며, 경험칙과 논리칙에 위반되지 않는다고 하여 간접증거에 의하여 형성되어서는 아니 된다.
- ③ 공판준비기일에 신청하지 못한 증거라도 법원은 직권으로 증거를 조사할 수 있다.
- ④ 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 따라 증거서류를 조사하는 때에는 신청인이 이를 낭독하여야 한다.

해설

- ① O : 규칙 제135조의2
- ② X : 유죄의 심증은 반드시 직접증거에 의하여 형성되어야만 하는 것은 아니고 경험칙과 논리법칙에 위반되지 아니하는 한 간접증거에 의하여 형성되어도 되는 것이며, 간접증거가 개별적으로는 범죄사실에 대한 완전한 증명력을 가지지 못하더라도 전체 증거를 상호 관련하여 종합적으로 고찰할 경우 그 단독으로는 가지지 못하는 종합적 증명력이 있는 것으로 판단되면 그에 의하여도 범죄사실을 인정할 수가 있다(대판 2013.6.27, 2013도4172).

③ O : 제266조의13제2항

④ O : 제292조 제1항

정답 ②

증인신문

78. 증인신문에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ① 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.
- ② 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.
- ③ 피고인이 신청한 증인에 대하여 재판장이 먼저 신문하였다고 하여 이를 잘못이라 할 수 없다.
- ④ 공판기일에서 증인을 채택하여 다음 공판기일에 증인신문을 하기로 피고인에게 고지하였는데 그 다음 공판기일에 증인은 출석하였으나 피고인이 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 경우, 이미 출석하여 있는 증인에 대하여 공판기일 외의 신문으로서 증인신문을 하고 다음 공판기일에 그 증인신문조서에 대한 서증조사를 하는 것은 증거조사절차로서 적법하다.

해설

① O : 대판 2012.2.23, 2011도15608

② X : 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 없다(규칙 제68조의 4 제2항, 제3항).

③ O : 대판 1971.9.28, 71도1496

④ O : 대판 2000.10.13, 2000도3265

정답 ②

79. 증거거부권에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ① 증거거부권의 고지 제도는 증인에게 증언의무의 이행을 거절할 수 있는 권리의 존재를 확인시켜 침묵할 것인지 아니면 진술할 것인지에 관하여 심사숙고할 기회를 충분히 부여함으로써 침묵할 수 있는 권리를 보장하기 위한 것이다.
- ② 증거거부권의 대상으로 규정한 ‘공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 드러날 염려가 있는 증언’에는 자신이 범행을 한 사실뿐만 아니라 범행을 한 것으로 오인되어 유죄판결을 받을 우려가 있는 사실 등도 포함된다.

- ③ 「형사소송법」 제148조의 ‘형사소추’는 증인이 이미 저지른 범죄 사실에 대한 것 이외에 증인의 증언에 의하여 비로소 범죄가 성립하는 경우도 포함하므로, 후자의 경우에도 그 증언은 증언거부권 고지의 대상이 된다.
- ④ 자신에 대한 유죄판결이 확정된 증인이 공범에 대한 피고사건에서 증언할 당시 앞으로 재심을 청구할 예정이라고 하여도, 이를 이유로 그 증인에게 「형사소송법」 제148조에 의한 증언거부권이 인정되지는 않는다.

해설

- ① O : 대판 2010.1.21, 2008도942 전원합의체
- ② O : 대판 2012.12.13, 2010도10028
- ③ X : 형사소송법 제148조에서 ‘형사소추’는 증인이 이미 저지른 범죄사실에 대한 것을 의미한다고 할 것이므로, 증인의 증언에 의하여 비로소 범죄가 성립하는 경우에는 형사소송법 제160조, 제148조 소정의 증언거부권 고지대상이 된다고 할 수 없다(대판 2011.12.8, 2010도2816).
- ④ O : 대판 2011.11.24, 2011도11994

정답 ③

80. 증인신문에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 형사소송법 제148조(근친자의 형사책임과 증언 거부)의 증언거부권은 헌법 제12조 제2항에 정한 불이익 진술의 강요금지 원칙을 구체화한 자기부죄거부특권에 관한 것이므로, 자신에 대한 유죄판결이 확정된 증인이 공범에 대한 피고사건에서 증언할 당시 앞으로 재심을 청구할 예정인 경우 형사소송법 제148조에 의한 증언거부권이 인정된다.
- ② 법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 증인의 연령, 심신의 상태, 그 밖의 사정을 고려하여 증인이 현저하게 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 피해자·법정대리인·검사의 신청에 따라 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.
- ③ 법원은 증인이 불출석에 따른 과태료 재판을 받고도 정당한 사유 없이 다시 출석하지 아니한 때에는 결정으로 증인을 7일 이내의 감치에 처하고, 감치의 재판을 받은 증인이 감치의 집행 중에 증언을 한 때에는 즉시 감치결정을 취소하고 그 증인을 석방하도록 명하여야 한다.
- ④ 법원은 증인이 멀리 떨어진 곳 또는 교통이 불편한 곳에 살고 있거나 건강상태 등 그 밖의 사정으로 말미암아 법정에 직접 출석하기 어렵다고 인정하는 때에는 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문할 수 있다.

해설

- ① X : 형사소송법 제148조의 증언거부권은 헌법 제12조 제2항에 정한 불이익 진술의 강요금지 원칙을 구체화한 자기부죄거부특권에 관한 것인데, 이미 유죄의 확정판결을 받은 경우에는 헌법 제13조 제1항에 정한 일사부재리의 원칙에 의해 다시 처벌받지 아니하므로 자신에 대한 유죄판결이 확정된 증인은 공범에 대한 사건에서 증언을 거부할 수 없고, 설령 증인이 자신에 대한 형사사건에서

시종일관 범행을 부인하였다더라도 그러한 사정만으로 증인이 진실대로 진술할 것을 기대할 수 있는 가능성이 없는 경우에 해당한다고 할 수 없으므로 허위의 진술에 대하여 위증죄 성립을 부정할 수 없다. 자신에 대한 유죄판결이 확정된 증인이 공범에 대한 피고사건에서 증언할 당시 앞으로 재심을 청구할 예정이라고 하여도, 이를 이유로 증인에게 형사소송법 제148조에 의한 증언거부권이 인정되지는 않는다(대판 2011.11.24, 2011도11994).

- ② O : 제163조의2 제1항
- ③ O : 제151조 제2항, 제7항
- ④ O : 제165조의2 제2항

정답 ①

간이공판절차

81. 간이공판절차에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ① 간이공판절차의 결정이 요건인 ‘공소사실의 자백’ 이란 공소장 기재사실을 인정하고 나아가 위법성이나 책임조각사유가 되는 사실을 진술하지 아니하는 것으로 충분하고, 명시적으로 유죄를 자인하는 진술이 있어야 하는 것은 아니다.
- ② 피고인이 공소사실에 대하여 검사가 신문을 할 때에는 공소사실을 모두 사실과 다름 없다고 진술하였으나 변호인이 신문을 할 때에는 범의나 공소사실을 부인하였다면 그 공소사실은 간이 공판절차에 의하여 심판할 대상이 아니다.
- ③ 간이공판절차에 따라 제1심법원이 제1심판결 명시의 증거들을 증거로 함에 피고인 또는 변호인의 이의가 없어 「형사소송법」 제318조의3의 규정에 따라 증거능력이 있다고 보고 상당하다고 인정하는 방법으로 증거조사를 하였다더라도, 피고인이 항소심에 이르러 범행을 부인하였다면 제1심법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서 증거로 할 수 없다.
- ④ 간이공판절차의 증거조사에서 증거방법을 표시하고 증거조사 내용을 ‘증거조사함’ 이라고 표시하는 방법으로 하였다면, 이는 법원이 채택한 상당한 증거조사방법이라고 인정할 수 있다.

해설

- ① O : 대판 1987.8.18, 87도1269
- ② O : 대판 1998.2.27, 97도3421
- ③ X : 항소심에 이르러 범행을 부인하였다고 하더라도 제1심법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서 증거로 할 수 있는 것이므로 제1심법원에서 이미 증거능력이 있었던 증거는 항소심에서도 증거능력이 그대로 유지되어 심판의 기초가 될 수 있고 다시 증거조사를 할 필요가 없다 (대판 2005.3.11, 2004도8313).
- ④ O : 대판 1980.4.22, 80도333

정답 ③

국민참여재판절차

82. 국민참여재판에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.9급개론

- ① 배심원의 평결과 의견은 법원을 기속하지 아니한다.
- ② 국민참여재판에 관하여 변호인이 없는 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다.
- ③ 피고인이 법원에 국민참여재판을 신청하였음에도 불구하고 법원이 이에 대한 배제결정도 하지 않은 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하는 것은 피고인의 국민참여재판을 받을 권리 및 법원의 배제결정에 대한 항고권 등의 중대한 절차적 권리를 침해한 것으로 위법하다.
- ④ 배심원은 만 19세 이상의 대한민국 국민 중에서 선정된다.

해설

- ① O : 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제46조 제5항
- ② O : 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제7조
- ③ O : 대판 2011.9.8, 2011도7106
- ④ X : 배심원은 만 20세 이상의 대한민국 국민 중에서 선정된다(국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제16조).

정답 ④

제2장 증거

83. 증거재판주의에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰승진

- ① 구성요건에 해당하는 사실은 엄격한 증명에 의하여 이를 인정하여야 하지만, 증거능력이 없는 증거는 구성요건 사실을 추인하게 하는 간접사실이나 구성요건 사실을 입증하는 직접증거의 증명력을 보강하는 보조사실의 인정자료로는 사용할 수 있다.
- ② 법원은 범죄의 구성요건이나 법률상 규정된 형의 가중·감면의 사유가 되는 경우를 제외하고는, 법률이 규정한 증거로서의 자격이나 증거조사방식에 구애됨이 없이 상당한 방법으로 조사하여 양형의 조건이 되는 사항을 인정할 수 있다.
- ③ 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 하나, 그 증명은 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것은 아니다.
- ④ 탄핵증거는 범죄사실을 인정하는 증거가 아니므로 엄격한 증거조사를 거쳐야 할 필요가 없지만, 법정에서 이에 대한 탄핵증거로서의 증거조사는 필요하다.

해설

- ① X : 구성요건에 해당하는 사실은 엄격한 증명에 의하여 이를 인정하여야 하고, 증거능력이 없는 증거는 구성요건 사실을 추인하게 하는 간접사실이나 구성요건 사실을 입증하는 직접증거의 증명력을 보강하는 보조사실의 인정자료로도 사용할 수 없다(대판 2015.1.22, 2014도10978 전원합의체).
- ② O : 대판 2010.4.29, 2010도750
- ③ O : 대판 1996.10.25, 95도1473
- ④ O : 대판 2005.8.19, 2005도2617

정답 ①

84. 증명에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ① 증거능력이 없는 증거는 유죄의 직접적인 증거로 삼을 수 없으나, 구성요건 사실을 추인하게 하는 간접사실이나 구성요건 사실을 입증하는 직접증거의 증명력을 보강하는 보조사실의 인정자료로는 사용할 수 있다.
- ② 「형법」 제307조 제2항 허위사실 적시 명예훼손죄에서 허위사실의 인식과 달리 허위사실 자체는 엄격한 증명의 대상이 된다.
- ③ 「예비군법」 제15조 제9항 제1호에서 정한 정당한 사유가 없다는 사실은 범죄구성요건이므로 검사가 증명하여야 하지만, 양심적 예비군훈련거부를 주장하는 피고인은 자신의 예비군훈련 거부가 그에 따라 행동하지 않고서는 인격적 존제가치가 파멸되고 말 것이라는 절박하고 구체적인 양심에 따른 것이며 그 양심이 깊고 확고하며 진실한 것이라는 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시하고, 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 진정한 양심의 부존재를 증명할 수 있다.
- ④ 합리적 의심이란 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심도 포함된다.

해설

- ① X : 구성요건에 해당하는 사실은 엄격한 증명에 의하여 이를 인정하여야 하고, 증거능력이 없는 증거는 구성요건 사실을 추인하게 하는 간접사실이나 구성요건 사실을 입증하는 직접증거의 증명력을 보강하는 보조사실의 인정자료로도 사용할 수 없으며, / 이러한 간접사실이나 보조사실도 범죄의 구성요건과 관련된 것인 이상 합리적인 의심의 여지가 없는 엄격한 증명을 요한다(대판 2005.1.22, 2014도10978).
- ② X : 형법 제307조 제2항의 ‘허위사실’의 표현은 증거에 의하여 허위성이 입증된 경우에만 처벌되는데, ‘적시된 사실이 객관적으로 허위’이고 피고인이 적시한 사실이 ‘허위임을 인식’하였는지에 대한 증명책임은 원칙적으로 검사에게 있다(대법원 1994. 10. 28. 선고 94도2186 판결; 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009도4949 판결 참조). 대법원 역시 “형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실은 그것이 주관적 요건이든 객관적 요건이든 그 증명책임이 검사에게 있으므로, 허위사실 적시 명예훼손죄로 기소된 사건에서 사람의 사회적 평가를 떨어뜨리는 사실이 적시되었다는 점, 그 적시된 사실이 객관적으로 진실에 부합하지 아니하여 허위일 뿐만 아니라 그 적시된 사실이 허위라는 것을 피고인이 인식하고서 이를 적시하였다는 점은 모두 검사가 증명하여야 한다.”라고 판시하였다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2017도16939 판결 등 참조)(헌재결 2021.2.25, 2016헌바84).

형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실은 그것이 주관적 요건이든 객관적 요건이든 그 증명책임이 검사에게 있으므로, 허위사실 적시 명예훼손죄로 기소된 사건에서 사람의 사회적 평가를 떨어뜨리는 사실이 적시되었다는 점, 그 적시된 사실이 객관적으로 진실에 부합하지 아니하여 허위일 뿐만 아니라 그 적시된 사실이 허위라는 것을 피고인이 인식하고서 이를 적시하였다는 점은 모두 검사가 증명하여야 한다. 그런데 위 증명책임을 다하였는지 여부를 결정함에 있어서는, 어느 사실이 적극적으로 존재한다는 것의 증명은 물론, 그 사실의 부존재의 증명이라도 특정 기간과 특정 장소에서의 특정행위의 부존재에 관한 것이라면 적극적 당사자인 검사가 이를 합리적 의심의 여지가 없이 증명하여야 한다(대판 2010.11.25, 2009도12132).

⇒ 허위사실 자체는 객관적 구성요건요소이고, 허위사실의 인식은 주관적 구성요건요소인 고의에 해당하여 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실이므로 엄격한 증명의 대상이라는 취지

③ O : [여호와와 증인 신도인 피고인이 '종교적 신념'을 이유로 예비군훈련을 거부하였다는 이유로 예비군법위반죄로 기소된 사안] 대판 2021.1.28, 2018도4708 ; 대판 2021.2.4, 2020도3439

④ X : 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증 사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리적 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악할 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로, / 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다(대판 2004.6.25, 2004도2221 ; 대판 2013.6.27, 2013도4172).

정답 ③

85. 위법수집증거배제법칙에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰차

- ① 검사가 공소외 甲을 구속 기소한 후 다시 소환하여 피고인 등 공범과의 활동에 관한 신문을 하면서 피의자신문조서가 아닌 일반적인 진술조서의 형식으로 조서를 작성한 경우, 이 진술 조서의 내용이 피의자신문조서와 실질적으로 같고 진술의 임의성이 인정되는 경우라도, 甲에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 진술은 위법수집증거에 해당하므로 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.
- ② 법관의 서명날인란에 서명만 있고 날인이 없는 영장은 「형사소송법」이 정한 요건을 갖추지 못하여 적법하게 발부되었다고 볼 수 없으므로, 비록 판사의 의사에 기초하여 진정하게 영장이 발부되었다는 점이 외관상 분명하고 의도적으로 적법 절차의 실질적인 내용을 침해한다거나 영장주의를 회피할 의도를 가지고 이 영장에 따른 압수·수색을 하였다고 보기 어렵다 하더라도, 이 영장에 따라 압수한 파일 출력물과 이에 기초하여 획득한 2차적 증거인 피의자신문조서도 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.
- ③ 유흥주점 업주인 피고인이 성매매업을 하면서 금품을 수수하였다고 하여 기소된 사안에서, 경찰이 피고인 아닌 甲, 乙을 사실상 강제연행하여 불법체포한 상태에서 받은 자술서 및 진술조서가 위법수사로 얻은 진술증거에 해당하더라도, 이를 피고인에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있다.
- ④ 피고인이 발송한 이메일에 대한 압수·수색영장을 집행하면서 수사기관이 甲 회사에 팩스로 영장 사본을 송신하였다면, 비록 영장 원본을 제시하거나 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 피압수·수색 당사자에게 교부하지 않았더라도, 이 같은 방법으로 압수된 피고인의 이메일은 위법수집증거의 증거능력을 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당하므로 증거능력이 부정되지 않는다.

해설

- ① O : 진술조서의 내용이 피의자신문조서와 실질적으로 같고, 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 미리 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않았다면 위법수집증거에 해당하므로, 유죄인정의 증거로 사용할 수 없다(대판 2009.8.20, 2008도8213).
- ② X : 압수수색영장에 법관의 서명날인란에 서명만 있고 날인이 없는 것은, 「형사소송법」이 정한 요건을 갖추지 못하여 적법하게 발부되었다고 볼 수 없다. 원심이 이와 달리 이 사건 영장이 법관의 진정한 의사에 따라 발부되었다는 등의 이유만으로 이 사건 영장이 유효라고 판단한 것은 잘못이다. 그러나 제반 사정을 전체적·종합적으로 고려하면, 이 사건 영장에 따라 압수한 이 사건 파일 출력물과 이에 기초하여 획득한 2차적 증거인 검사 작성의 피의자신문조서, 경찰 작성의 피의자신문조서 등은 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 경우에 해당한다(대판 2019.7.11, 2018도20504).
→ 독수독과이론의 예외에 해당하여 2차증거의 증거능력을 인정한다는 취지
- ③ X : 유흥주점 업주와 종업원인 피고인들이 이른바 ‘티켓영업’ 형태로 성매매를 하면서 금품을 수수하였다고 하여 구 식품위생법 위반으로 기소된 사안에서, 경찰이 피고인 아닌 甲, 乙을 사실상 강제연행한 상태에서 받은 각 자술서 및 이들에 대하여 작성한 각 진술조서는 위법수사로 얻은 진술 증거에 해당하여 증거능력이 없다는 이유로, 이를 피고인들에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 한 사례(대판 2011.6.30, 2009도6717).
- ④ X : 수사기관의 압수수색은 법관이 발부한 압수수색영장에 의하여야 하는 것이 원칙이고, 그 영장에는 피의자의 성명, 압수할 물건, 수색할 장소신체물건과 압수수색의 사유 등이 특정되어야 하며, 영장은 처분을 받은 자에게 반드시 제시되어야 하고, 압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(대판 2017.9.7, 2015도10648). [사실관계] 수사기관이 갑 주식회사에서 압수수색영장을 집행하면서 갑 회사에 팩스로 영장 사본을 송신하기만 하고 영장 원본을 제시하거나 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 피압수수색 당사자에게 교부하지도 않은 채 피고인의 이메일을 압수한 후 이를 증거로 제출한 사안에서, 위와 같은 방법으로 압수된 이메일은 증거능력이 없다.

정답 ①

위법수집증거배제법칙

86. 위법수집증거배제법칙에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 경찰승진

- ① 피의자가 변호인의 참여를 원한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거에 해당하므로 이를 증거로 할 수 없다.
- ② 제1심 법정에서의 피고인의 자백이, 진술거부권을 고지받지 않은 상태에서 이루어진 수사기관에서의 최초 자백 이후 몇 시간 뒤 바로 수사기관의 진술거부권 고지가 이루어졌고 그 후 신문시마다 진술거부권 고지가 모두 적법하게 이루어졌을 뿐만 아니라 40여 일이 지난 후에 변호인의 충분한 조력을 받으면서 공개된 법정에서 임의로 이루어진 것인 경우, 피고인의 그 법정자백은 예외적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.
- ③ 검사가 형사사법공조절차를 거치지 아니한 채 파테탈로공화국에 머무르는 우리나라 사람을 직접 만나 그를 참고인으로 조사하여 작성한 진술조서는 국제법상 마땅히 보장되어야 하는 외국의 영토주권을 침해하고 국제형사사법공조절차를 위반한 위법수집증거로서 그 증거능력이 부정되어야 한다.

- ④ 압수·수색은 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련된 증거에 한하여 할 수 있는 것이므로, 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없지만, 수사기관이 그 별개의 증거를 피압수자 등에게 환부하고 후에 이를 임의 제출받아 다시 압수하였다면 그 증거를 압수한 최초의 절차 위반행위와 최종적인 증거수집 사이의 인과관계가 단절되었다고 평가할 수 있는 사정이 될 수 있다.

해설

- ① O : 대판 2013.3.28, 2010도3359
 ② O : 대판 2009.3.12, 2008도11437
 ③ X : 어떠한 영토주권 침해의 문제가 생겨날 수 없고, 더욱이 이는 우리나라와 과테말라공화국 사이의 국제법적 문제로서 피고인은 그 일방인 과테말라공화국과 국제법상 관할의 원인이 될 만한 아무런 연관성도 갖지 아니하므로, 피고인에 대한 국내 형사소송절차에서 위와 같은 사유로 인하여 위법수집증거배제법칙이 적용된다고 볼 수 없다(대판 2011.7.14, 2011도3809). 다만, 특신상태가 인정되지 않았다는 이유로 진술조서의 증거능력을 인정하지 않았다.
 ④ O : 대판 2016.3.10, 2013도11233

정답 ③

자백배제법칙

87. 자백배제법칙에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 경찰승진

- ① 피고인이 경찰에서 가혹행위 등으로 인하여 임의성 없는 자백을 하고 그 후 검찰이나 법정에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 하였다면, 검찰에서의 자백은 임의성없는 자백이라고 보아야 하지만 공개된 법정에서의 자백은 그러하지 아니하다.
 ② 경찰에서 부당한 신체구속을 당하였다 하더라도 검사 앞에서의 진술에 임의성이 인정되는 경우, 그와 같은 부당한 신체구속이 있었다는 사유만으로 검사가 작성한 피의자신문조서의 증거능력이 상실된다고 할 수 없다.
 ③ 검사 작성의 피의자신문조서가 사건의 송치를 받은 당일에 작성된 경우, 그와 같은 조서의 작성시기만으로는 그 조서에 기재된 피의자의 자백진술이 임의성 없다고 의심하여 증거능력을 부정할 수 없다.
 ④ 일정한 증거가 발견되면 피의자가 자백하겠다고 한 약속이 검사의 강요나 위계에 의하여 이루어졌다면 또는 불기소나 경한 죄의 소추 등 이익과 교환조건으로 된 것이라고 인정되지 아니한 경우, 이와 같은 자백의 약속하에 된 자백을 곧 임의성이 없는 자백이라고 단정할 수는 없다.

해설

- ① X : 피고인이 경찰에서 가혹행위 등으로 인하여 임의성 없는 자백을 하고 그 후 검찰이나 법정에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 하였다면 각 자백도 임의성 없는 자백이라고 보아야 한다(대판 2015.9.10, 2012도9879).
 ② O : 대판 1986.11.25, 83도1718

③ O : 대판 1984.5.29, 84도378

④ O : 대판 1983.9.13, 83도712

정답 ①

88. 자백배제법칙에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰차

- ① 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.
- ② 임의성이 인정되지 아니하여 증거능력이 없는 진술증거는 피고인이 증거로 함에 동의하더라도 증거로 삼을 수 없으나, 임의성이 의심되는 자백은 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로는 사용할 수 있다.
- ③ 피고인이 피의자신문조서에 기재된 피고인의 진술 및 공판기일에서의 피고인의 진술의 임의성을 다투면서 그것이 허위자백이라고 다투는 경우, 법원은 제반 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 임의성 여부를 판단하면 된다.
- ④ 피고인이나 그 변호인이 검사 작성의 당해 피고인에 대한 피의자 신문조서의 임의성을 인정하는 진술을 하였다가 이를 반복하는 경우에, 증거조사를 마친 조서의 임의성을 다투는 주장이 받아들여지게 되면, 그 조서는 증거배제결정을 통하여 유죄 인정의 자료에서 제외되어야 한다.

해설

① O : 형사소송법 제309조

② X : 기록상 진술증거의 임의성에 관하여 의심할 만한 사정이 나타나 있는 경우에는 법원은 직권으로 그 임의성 여부에 관하여 조사를 하여야 하고, 임의성이 인정되지 아니하여 증거능력이 없는 진술증거는 피고인이 증거로 함에 동의하더라도 증거로 삼을 수 없다(대판 2013.7.11, 2011도14044).

사법경찰리 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서와 피고인이 작성한 자술서들은 모두 검사가 유죄의 자료로 제출한 증거들로서 피고인이 각 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나 그러한 증거라 하더라도 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다(대판 1998.2.27, 97도1770). ⇨ 임의성이 의심되는 자백은 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로는 사용할 수 없다는 취지

③ O : 대판 2012.11.29, 2010도3029

④ O : 검사 작성의 당해 피고인에 대한 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 하고, 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하지 못한 경우에는 그 조서는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는데, 이러한 법리는 피고인이나 그 변호인이 검사 작성의 당해 피고인에 대한 피의자신문조서의 임의성을 인정하는 진술을 하였다가 이를 반복하는 경우에도 마찬가지로 적용되어야 한다. 따라서 증거조사를 마친 조서의 임의성을 다투는 주장이 받아들여지게 되면, 그 조서는 구 형사소송규칙 제139조 제4항의 증거배제결정을 통하여 유죄 인정의 자료에서 제외하여야 한다(대판 2008.7.10, 2007도7760). ★

정답 ②

전문증거

89. 전문법칙에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰차

- ① 「형사소송법」은 헌법이 요구하는 적법절차를 구현하기 위하여 사건의 실체에 대한 심증 형성은 법관의 면전에서 본래증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙을 채택하고 있다.
- ② 전문진술이 기재된 조서는 「형사소송법」 제312조 또는 제314조의 규정에 의하여 각 그 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론 「형사소송법」 제316조의 규정에 따른 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다.
- ③ 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우, 그 문자정보는 범행의 직접적인 수단이고 경험자의 진술에 갈음 하는 대체물에 해당하므로 「형사소송법」 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용된다.
- ④ 「형사소송법」은 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 한 「형사소송법」 제310조의2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다.

해설

- ① O : 대판 2014.8.26, 2011도6035 ★
- ② O : 대판 2017.7.18, 2015도12981
- ③ X : 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우, 그 문자정보는 범행의 직접적인 수단이고 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않으므로, 형사소송법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용되지 않는다(대판 2008.11.13, 2006도2556).
- ④ O : 대판 2000.3.10, 2000도159

정답 ③

90. 전문증거의 증거능력에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ① 甲이 진술 당시 술에 취하여 횡설수설하였다는 것을 확인하기 위하여 제출된 甲의 진술이 녹음된 녹음테이프는 전문증거에 해당한다.
- ② 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.

- ③ 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우와 같이, 그 문자정보가 범행의 직접적인 수단이 될 뿐 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않는 경우에는 전문법칙이 적용될 여지가 없다.
- ④ 성폭력 피해아동이 어머니에게 진술한 내용을 어머니가 상담원에게 전한 후, 상담원이 그 내용을 검사 면전에서 진술하여 작성된 진술조서는 이른바 ‘재전문진술을 기재한 조서’로서, 피고인이 동의하지 않는 한 증거능력이 인정되지 않는다.

해설

- ① X : 녹음테이프에 대한 검증의 내용이 그 진술 당시 진술자의 상태 등을 확인하기 위한 것인 경우에는, 녹음테이프에 대한 검증조서의 기재 중 진술내용을 증거로 사용하는 경우에 적용되는 전문법칙의 법리는 적용되지 아니하므로, 법원의 검증의 결과를 기재한 조서로서 형사소송법 제311조에 의하여 당연히 증거로 할 수 있다(대판 2008.7.10, 2007도10755). 따라서 진술자의 상태 등을 확인하기 위해서 제출된 녹음테이프는 진술내용을 증거로 하는 경우가 아니므로 전문증거가 아니다.
- ② O : 대판 2017.12.5, 2017도12671
- ③ O : 대판 2008.11.13, 2006도2556
- ④ O : 대판 2000.3.10, 2000도159

정답 ①

91. 「형사소송법」 제312조 제3항에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 국가9급

- ① 사법경찰관이 작성한 피고인의 공범에 대한 피의자신문조서의 경우에 사망 등의 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에는 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정인 「형사소송법」 제314조가 적용된다.
- ② 「형사소송법」 제312조제3항의 ‘그 내용을 인정할 때’ 라 함은 피의자신문조서의 기재내용이 진술 내용대로 기재되어 있다는 의미가 아니고 그와 같이 진술한 내용이 실제 사실과 부합한다는 것을 의미한다.
- ③ 피고인과 공범관계에 있는 공동피고인에 대하여 수사과정에서 작성된 피의자신문조서는 그 공동피고인에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 해당 피고인이 공판기일에 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 없다.
- ④ 사법경찰관이 작성한 양벌규정 위반 행위자의 피의자신문조서가 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것이지만, 공판기일에 양벌규정에 의해 기소된 사업주가 그 내용을 증거로 함에 동의하지 않고 그 내용을 부인하였다면 증거로 할 수 없다.

해설

- ① 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 아니한다(대판 2004.7.15, 2003도7185 전원합의체).

- ② O : 대판 2010.6.24, 2010도5040
- ③ O : 대판 2009.7.9, 2009도2865
- ④ O : 대판 2020.6.11, 2016도9367

정답 ①

92. 진술조서의 증거능력에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ① 만약 동석한 사람이 피의자를 대신하여 진술한 부분이 조서에 기재되어 있다면 그 부분은 피의자의 진술을 기재한 것이 아니라 동석한 사람의 진술을 기재한 조서에 해당하므로 그 사람에 대한 진술조서로서의 증거능력을 취득하기 위한 요건을 충족하지 못하는 한 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.
- ② 검사가 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서에 대하여 그 원진술자가 공판기일에서 그 조서의 내용과 다른 진술을 하거나 변호인 또는 피고인의 반대신문에 대하여 아무런 답변을 하지 아니하였다 하여 곧 증거능력 자체를 부정할 사유가 되지 아니한다.
- ③ 원진술자가 법정에서 증인으로 나와 진술조서의 기재 내용을 열람하거나 고지받지 못한 채 단지 검사나 재판장의 신문에 대하여 수사기관에서 사실대로 진술하였다는 취지의 증언만을 하고 있을 뿐이라면, 그 진술조서는 증거능력을 인정할 수 없다.
- ④ 사법경찰관 작성의 피해자에 대한 진술조서가 피해자의 화상으로 인한 서명불능을 이유로 입회하고 있던 피해자의 동생에게 대신 읽어 주고 그 동생으로 하여금 서명날인하게 하는 방법으로 작성되었다면, 이는 「형사소송법」 제312조 제4항 소정의 형식적 요건을 구비한 서류로서 증거로 사용할 수 있다.

해설

- ① O : 대판 2009.6.23, 2009도1322
- ② O : 대판 2001.9.14, 2001도1550
- ③ O : 대판 1994.11.11, 94도343
- ④ X : 사법경찰관 작성의 피해자에 대한 진술조서가 피해자의 화상으로 인한 서명불능을 이유로 입회하고 있던 피해자의 동생에게 대신 읽어 주고 그 동생으로 하여금 서명날인하게 하는 방법으로 작성되었다면, 이는 증거로 사용할 수 없다(대판1997.4.11, 96도2865).

정답 ④

93. 「형사소송법」 제314조에 의한 증거능력의 인정요건에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ① 「형사소송법」 제314조에서 말하는 ‘외국거주’ 라고 함은 진술을 요할 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 진술을 요할 자를 법정에 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 그 적용이 있다.
- ② 진술을 요할 자가 일정한 주거를 가지고 있더라도 법원의 소환에 계속 불응하고 구인하여도 구인장이 집행되지 아니하는 등 법정에서의 신문이 불가능한 상태의 경우에는 「형사소송법」 제314조 소정의 ‘진술할 수 없는 때’ 에 해당한다.

- ③ 증인의 주소지가 아닌 곳으로 소환장을 보내 송달불능이 되자 그 곳을 중심으로 한 소재탐지 끝에 소재불능회보를 받은 경우에는 「형사소송법」 제314조에서 말하는 원진술자가 공판정에서 진술할 수 없는 때라고 할 수 없다.
- ④ 수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못한 경우, 정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아니라면 피고인이 증인의 증언 거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 있더라도 「형사소송법」 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않는다.

해설

- ① O : 대판 2016.10.13, 2016도8137
- ② O : 대판 1995.6.13, 95도523
- ③ O : 대판 2006.12.22, 2006도7479
- 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 때’에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 따라서 증인이 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우와 마찬가지로 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서류는 증거능력이 없다. 다만, 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 형사소송법 제314조의 적용을 배제할 이유가 없다(대판 2019.11.21, 2018도13945 전원합의체).

정답 ④

94. 전문증거에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.9급개론

- ① 검사가 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서, 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할때에 한하여 증거로 할 수 있다.
- ② 상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서는 당연히 증거능력 있는 서류이다.
- ③ 법정에서 출석한 증인이 형사소송법 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우에도 형사소송법 제314조의 ‘그밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당한다.
- ④ 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 전문진술이 기재된 조서는 형사소송법 제312조 내지 제314조의 규정에 의하여 각 그 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론, 나아가 형사소송법 제316조 제1항의 규정에 따라 피고인의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에는 이를 증거로 할 수 있다.

해설

- ① O : 제312조 제1항
- ② O : 제315조 제2호
- ③ X : 법정에서 출석한 증인이 형사소송법 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다고 할 것이다(대판 2012.5.17, 2009도6788 전원합의체).
- ④ O : 대판 2000.9.8, 99도4814

정답 ③

95. 전문증거에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.소방간부

- ① 전문진술을 증거로 하는 경우에는 전문진술자가 원진술자로부터 진술을 들을 당시 원진술자가 증언능력에 준하는 능력을 갖춘 상태에 있어야 한다.
- ② 형사소송법 제312조 제3항에서 ‘그 내용을 인정할 때’ 라 함은 피의자신문조서의 기재 내용이 진술내용대로 기재되어 있다는 의미가 아니고 그와 같이 진술한 내용이 실제사실과 부합한다는 것을 의미한다.
- ③ 피의자의 진술을 녹취한 서류가 수사기관의 조사과정에서 작성된 것이라면 그것이 진술조서 또는 진술서라는 형식을 취하였다 하더라도 수사기관이 작성한 피의자신문조서로 볼 수 있다.
- ④ 영업에 참고하기 위하여 성매매 상대방의 아이디와 전화번호 및 성매매방법 등을 메모지에 적어두었다가 직접 메모리카드에 입력하거나 업주가 고용한 여직원이 그 내용을 입력한 경우 위 메모리카드의 내용은 영업상 필요로 작성한 통상문서로서 당연히 증거능력 있는 문서에 해당한다.
- ⑤ 소재불명한 참고인의 진술조서나 진술서에 대하여 증거능력을 인정하는 경우 참고인의 진술 또는 작성이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음에 대한 증명’ 은 그러한 개연성이 있다는 정도에 이르러야 한다.

해설

- ① O : 대판 2006.4.14, 2005도9561
- ② O : 대판 2013.3.28, 2010도3359
- ③ O : 대판 2014.4.10, 2014도1779
- ④ O : 대판 2007.7.26, 2007도3219
- ⑤ X : 참고인의 진술 또는 작성이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음에 대한 증명’은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다고 할 것이다(대판 2014.2.21, 2013도12652).

정답 ⑤

96. 전문증거에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가9급

- ㄱ. 사법경찰관이 피의자를 신문하기 전에 피의자에게 진술거부권을 행사할 수 있음을 알려 주고 그 행사 여부를 질문하였다면 비록 진술거부권 행사 여부에 대한 피의자의 답변이 자필로 기재되어 있지 아니하더라도 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 특별한 사정이 없는 한 「형사소송법」 제312조제3항에서 정한 ‘적법한 절차와 방식’ 에 따라 작성된 조서라 할 수 있다.
- ㄴ. 어떤 진술이 기재된 서류가 그 내용의 진실성이 범죄 사실에 대한 직접증거로 사용함에 있어서서는 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 진술을 하였다든 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없이 간접사실에 대한 정황증거로 사용함에 있어서는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다.

ㄷ. 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서는 증거능력이 인정되지 않으며, 나아가 설령 피고인이 증거로 하는 데 동의한 경우라 하더라도 증거로 할 수 없다.

ㄹ. 사법경찰관 사무취급이 작성한 실황조사서가 사고발생 직후 사고장소에서 긴급을 요하여 판사의 영장없이 시행된 것으로서 「형사소송법」 제216조제3항에 의한 검증에 따라 작성된 것이라면 사후영장을 받지 않는 한 유죄의 증거로 삼을 수 없다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄴ, ㄷ ③ ㄴ, ㄹ ④ ㄷ, ㄹ

해설

- ㉠ X : 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 방식'에 따라 작성된 조서라 할 수 없으므로 그 증거능력을 인정할 수 없다(대판 2013.3.28, 2010도3359).
- ㉡ O : 대판 2000.2.25, 99도1252
- ㉢ X : 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서는 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 한 이를 증거로 할 수 없다(대판2000.3.10, 2000도159).
- ㉣ O : 대판1989.3.14.88도1399

정답 ㉢

97. 전문증거의 증거능력에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 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.
- ② 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여, 휴대전화기에 저장된 문자정보는 형사소송법 제310조의2의 전문법칙이 적용되지 않는다.
- ③ 체포·구속인접견부는 유치된 피의자가 죄증을 인멸하거나 도주를 기도하는 등 유치장의 안전과 질서를 위태롭게 하는 것을 방지하기 위한 목적으로 작성되는 서류일 뿐이어서 형사소송법 제315조 제2, 3호에 따라 당연히 증거능력이 인정되는 서류로 볼 수는 없다.
- ④ 양벌규정에 따라 처벌되는 행위자와 행위자가 아닌 법인 또는 개인 사이는 공범관계라고 볼 수 없으므로 법인 또는 개인이 피고인인 사건에서 사법경찰관 작성의 행위자에 대한 피의자신문조서에는 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서에 관한 형사소송법 제312조 제4항이 적용된다.

해설

- ① O : 대판 2017.12.5, 2017도12671
- ② O : 대판 2008.11.13, 2006도2556 ∴ 그 문자정보는 범행의 직접적인 수단이고 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않으므로
- ③ O : 대판 2012.10.25, 2011도5459
- ④ X : 형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 해당 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다. 따라서 해당 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되는 등 형사소송법 제312조 제4항의 요건을 갖춘 경우라도 해당 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인한 이상 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없고, 그 당연한 결과로 위 피의자신문조서에 대하여는 사망 등 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정인 형사소송법 제314조가 적용되지 아니한다. / 그리고 이러한 법리는 ① 공동정범이나 교사범, 방조범 등 공범관계에 있는 자들 사이에서만 아니라, ② 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원 등 행위자의 위반행위에 대하여 행위자가 아닌 법인 또는 개인이 양벌규정에 따라 기소된 경우, 이러한 법인 또는 개인과 행위자 사이의 관계에서도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다(대판 2020.6.11, 2016도9367).

정답 ④

당사자의 동의와 증거능력

98. 증거동의에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰승진

- ① 피고인이 출석한 공판기일에서 증거로 함에 부동의한다는 의견을 진술한 후 피고인이 출석하지 아니한 공판기일에 변호인만이 출석하여 종전 의견을 번복하여 증거로 함에 동의하였다면 그 변호인의 증거동의를 원칙적으로 효력이 있다.
- ② 수사기관이 甲으로부터 피고인의 폭력행위등처벌에관한법률위반(단체등의구성·활동) 범행에 대한 진술을 듣고 추가적인 정보를 확보할 목적으로, 구속수감되어 있던 甲에게 그의 압수된 휴대전화를 제공하여 피고인과 통화하고 위 범행에 관한 통화내용을 녹음하게 한 경우, 그 녹음 자체는 물론 이를 근거로 작성된 녹취록 첨부 수사보고는 설령 피고인의 증거동의를 하는 경우에도 이를 유죄의 증거로 사용할 수 없다.
- ③ 필요적 변호사건에서 피고인과 변호인이 재판거부의 의사를 표시하고 재판장의 허가 없이 퇴정한 경우에는 증거동의를 하는 것으로 간주된다.
- ④ 피고인이 제1심 법정에서 경찰의 검증조서 가운데 범행 부분만 부동의하고 현장상황 부분에 대해서는 모두 증거로 함에 동의하였다면, 해당 검증조서 가운데 현장상황 부분만을 증거로 채용한 판결에 잘못이 없다.

해설

- ① X : 피고인이 출석한 공판기일에서 증거로 함에 부동의한다는 의견이 진술된 경우에는 그 후 피고인이 출석하지 아니한 공판기일에 변호인만이 출석하여 종전 의견을 번복하여 증거로 함에 동의하였다 하더라도 이는 특별한 사정이 없는 한 효력이 없다고 보아야 한다(대판 2013.3.28, 2013도3).

- ② O : 대판 2010.10.14, 2010도9016
- ③ O : 대판 1991.6.28, 91도865
- ④ O : 대판 1990.7.24, 90도1303

정답 ①

99. 증거동의에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰차

- ① 피고인이 공소사실을 부인하고 있는 상황에서 검사가 신청한 증인의 법정진술이 전문증거로서 증거능력이 없는 경우, 피고인 또는 변호인에게 의견을 묻는 등의 적절한 방법으로 그러한 사정에 대하여 고지가 이루어지지 않은 채 증인신문이 진행되었다면, 피고인이 그 증거조사 결과에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였더라도 증인의 법정증언을 증거로 삼는 데에 동의한 것으로 볼 수 없다.
- ② 피고인이 출석한 공판기일에서 증거로 함에 부동의한다는 의견이 진술된 경우에는 그 후 피고인이 출석하지 아니한 공판기일에 변호인만이 출석하여 증거로 함에 동의하였다더라도 이는 특별한 사정이 없는 한 효력이 없다.
- ③ 증거동의를 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하므로 이를 취소 또는 철회하였다도 이미 취득한 증거능력은 상실되지 않는다.
- ④ 피고인의 변호인이 증거 부동의 의견을 밝힌 고발장을 첨부 문서로 포함하고 있는 검찰주사보 작성의 수사보고가 수사기관이 첨부한 자료를 통하여 얻은 인식·판단 추론이거나 자료의 단순한 요약에 불과하였다도, 피고인이 증거에 동의하여 증거조사가 행하여졌다면 그 수사보고에 대한 증거동의를 효력은 첨부된 고발장에도 당연히 미친다고 볼 것이므로 이를 유죄의 증거로 삼을 수 있다.

해설

- ① O : 대판 2019.11.14, 2019도1155 ★★
- ② O : 대판 2013.3.28, 2013도3
- ③ O : 대판 2015.8.27, 2015도3467
- ④ X : 검찰관이 공판기일에 제출한 증거 중 뇌물공여자 갑이 작성한 고발장에 대하여 피고인의 변호인이 증거 부동의 의견을 밝히고, 같은 고발장을 첨부문서로 포함하고 있는 검찰주사보 작성의 수사보고에 대하여는 증거에 동의하여 증거조사가 행하여졌는데, 원심법원이 수사보고에 대한 증거동의를 효력이 첨부된 고발장에도 당연히 미친다고 보아 이를 유죄의 증거로 삼은 경우, **수사보고에 기재된 내용은 수사기관이 첨부한 자료를 통하여 얻은 인식·판단 추론이거나 자료의 단순한 요약에 불과하여 원 자료로부터 독립하여 공소사실에 대한 증명력을 가질 수 없고, 피고인이나 변호인도 수사보고의 증명력을 위와 같은 취지로 이해하여 공소사실을 부인하면서도 수사보고의 증거능력을 다투지 않은 것으로 보이는 등의 제반 사정에 비추어, 위 고발장은 군사법원법에 따른 적법한 증거 신청·증거결정·증거조사 절차를 거쳤다고 볼 수 없거나 공소사실을 뒷받침하는 증명력을 가진 증거가 아니므로 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다**(대판 2011.7.14, 2011도3809). ⇨ 수사보고에 대한 증거동의를 효력이 첨부된 고발장에도 당연히 미친다고 볼 수 없으므로 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다는 취지

정답 ④

100. 증거동의에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가9급

- ① 변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 않는 한 피고인을 대리하여 증거로 함에 동의할 수 있다.
- ② 증거동의의 효력은 당해 심급에만 미치므로 공판절차의 갱신이 있거나 심급을 달리하면 그 효력이 상실된다.
- ③ 서류의 기재내용이 가분적인 경우에는 서류의 일부에 대한 증거동의도 가능하다.
- ④ 필요적 변호사건에서 피고인과 변호인이 무단퇴정하여 수소법원이 피고인이나 변호인이 출석하지 않은 상태에서 증거조사를 하는 경우, 피고인의 진의와 관계없이 증거로 함에 동의가 있는 것으로 간주한다.

해설

- ① O : 대판 1988.11.8, 88도1628
- ② X : 증거동의의 효력은 공판절차의 갱신이 있거나 심급을 달리하는 경우에도 그 효력이 상실되지 아니한다(대판 1994.7.29, 93도955 참조).
- ③ O : 원칙적으로 동의의 효력은 그 대상인 서류 또는 물건 전체에 미친다. 따라서 일부에 대한 동의는 허용되지 않는다. 다만, 동의한 서류 또는 물건의 내용을 나눌 수 있는 경우에는 일부에 대한 동의도 가능하다.
- ④ O : 대판 1991.6.28, 91도865

정답 ②

자유심증주의

101. 자유심증주의에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰승진

- ① 조서의 내용에 대한 증명력은 전체적으로 고찰되어야 하므로, 진술조서의 기재 중 일부분을 믿고 다른 부분을 믿지 아니한다면 곧바로 부당하다고 평가되어야 한다.
- ② 검찰에서의 피고인의 자백이 법정진술과 다르다거나 피고인에게 지나치게 불리한 내용이라는 사유만으로는 그 자백의 신빙성이 의심스럽다고 할 수는 없다.
- ③ 유전자검사 결과 주사기에서 마약성분과 함께 피고인의 혈흔이 확인됨으로써 피고인이 필로폰을 투약한 사정이 적극적으로 증명되는 경우, 반증의 여지가 있는 소변 및 모발검사에서 마약 성분이 검출되지 않았다는 소극적 사정에 관한 증거만으로 이를 쉽사리 뒤집을 수 없다.
- ④ 동일한 사실관계에 관하여 이미 확정된 형사판결이 인정한 사실은 유력한 증거자료가 되므로, 그 형사재판의 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 이와 배치되는 사실은 인정할 수 없다.

해설

- ① X : 진술조서의 기재 중 일부분을 믿고 타 부분을 믿지 아니한다고 하더라도 그것이 곧 부당하다고 할 수 없다(대판 1980.3.11, 80도145).

- ② O : 대판 1985.7.9, 85도826
- ③ O : 대판 2009.3.12, 2008도8486
- ④ O : 대판 2009.12.24, 2009도11349

정답 ①

자백보강법칙

102. 자백보강법칙에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰승진

- ① 「형사소송법」 제310조에서 말하는 피고인의 자백에는 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 않으며, 이러한 공동피고인의 진술에 대하여는 피고인의 반대신문권이 보장되어 있어 독립한 증거능력이 있다.
- ② 피고인의 습벽을 범죄구성요건으로 하며 포괄일죄인 상습범에 있어서는 이를 구성하는 각 행위에 관하여 개별적으로 보강증거를 요구하고 있는 것이 아니라 포괄적으로 보강증거를 요구한다.
- ③ 피고인이 범행을 자인하는 것을 들었다는 피고인 아닌 자의 진술내용은 「형사소송법」 제310조에서 말하는 피고인의 자백에는 포함되지 아니한다.
- ④ 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있고, 자백과 보강증거가 서로 어울려서 전체로서 범죄사실을 인정할 수 있으면 유죄의 증거로 충분하다.

해설

- ① O : 대판 2006.5.11, 2006도1944
- ② X : 피고인의 습벽을 범죄구성요건으로 하며 포괄일죄인 상습범에 있어서도 이를 구성하는 각 행위에 관하여 개별적으로 보강증거가 필요하다(대판 1996.2.13, 95도1794).
- ③ O : 제310조에서 말하는 피고인의 자백에는 포함되지 아니한다. 그러나 이와 같은 진술기재내용을 피고인의 자백의 보강증거로 삼는다면 결국 피고인의 자백을 피고인의 자백으로서 보강하는 결과가 되어 아무런 보강도 하는 바 없는 것이니 보강증거가 되지는 못한다(대판 1981.7.7, 81도1314).
- ④ O : 대판 2008.11.27, 2008도7883

정답 ②

103. 보강증거에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가9급

- ① 휴대전화기의 카메라를 이용하여 성명불상 여성 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하다가 현행범으로 체포된 피고인이 공소사실에 대해 자백한 바, 현행범체포 당시 임의제출 방식으로 압수된 피고인 소유 휴대전화기에 대한 압수조서의 ‘압수경위’란에 기재된 피고인의 범행을 직접 목격한 사법경찰관의 진술내용은 피고인의 자백을 보강하는 증거가 된다.
- ② ‘○○자동차 점거로 甲이 처벌받은 것은 학교측의 제보 때문이라 하여 피고인이 그 보복으로 학교총장실을 침입점거했다’는 피고인의 자백에 대해, ‘피고인과 공소의 甲이 ○○자동차 △△영업소를 점거했다가 甲이 처벌받았다’는 검사 제출의 증거내용은 보강증거가 될 수 없다.

- ③ 피고인이甲과 합동하여 피해자乙의 재물을 절취하려다가 미수에 그쳤다는 내용의 공소사실을 자백한 경우, 피고인을 현행범으로 체포한 피해자乙의 수사기관에서의 진술과 현장 사진이 첨부된 수사보고서는 피고인 자백에 대한 보강증거가 된다.
- ④ 자동차등록증에 차량의 소유자가 피고인으로 등록·기재된 것이 피고인이 그 차량을 운전하였다는 사실의 자백 부분에 대한 보강증거는 될 수 있지만 피고인의 무면허운전이라는 전체 범죄사실의 보강증거가 될 수는 없다.

해설

- ① O : 대판 2019.11.14, 2019도13290
- ② O : 대판 1990.12.7, 90도2010
- ③ O : 대판 2011.9.29, 2011도8015
- ④ X : 차량이 피고인의 소유로 등록되어 있으므로 피고인이 그 소유 차량을 운전하였다는 사실의 자백 부분에 대한 보강증거가 될 수 있고, 운전면허 없이 운전하였다는 전체 범죄사실의 보강증거로 충분하다 할 것이다(대판 2000.9.26, 2000도2365).

정답 ④

증거 종합

104. 자백에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못하고, 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.
- ② 피고인이 피의자신문조서에 기재된 피고인의 진술 및 공판기일에서의 피고인의 진술의 임의성을 다투면서 그것이 허위자백이라고 다투는 경우, 법원은 구체적인 사건에 따라 피고인의 학력, 경력, 직업, 사회적 지위, 지능 정도, 진술의 내용, 피의자신문조서의 경우 그 조서의 형식 등 제반 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 위 진술이 임의로 된 것인지의 여부를 판단하면 된다.
- ③ 피고인이 범행을 자인하는 것을 들었다는 피고인 아닌 자의 진술내용은 형사소송법 제310조(불이익한 자백의 증거능력)의 피고인의 자백에는 포함되지 아니하나 이는 피고인의 자백의 보강증거로 될 수 있다.
- ④ 기록상 진술증거의 임의성에 관하여 의심할 만한 사정이 나타나 있는 경우에는 법원은 직권으로 그 임의성 여부에 관하여 조사를 하여야 하고, 임의성이 인정되지 아니하여 증거능력이 없는 진술증거는 피고인이 증거로 함에 동의하더라도 증거로 삼을 수 없으며, 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 탄핵증거로도 사용할 수 없다.

해설

- ① O : 제309조, 제310조
- ② O : 대판 2012.11.29, 2010도3029 ∴ 증거능력의 요건이므로

- 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 2008.2.14, 2007도10937). **[판결이유]** 피고인의 자백을 내용으로 하고 있는 이와 같은 진술기재 내용을 피고인의 자백의 보강증거로 삼는다면 결국 **피고인의 자백을 피고인의 자백으로서 보강하는 결과**가 되어 **아무런 보강도 하는 바 없는 것이니** 보강증거가 되지 못하고, 오히려 보강증거를 필요로 하는 피고인의 자백과 동일하게 보아야 할 성질의 것이라고 할 것이므로 피고인의 자백의 보강증거로 될 수 없다.

④ O : 대판 2013.7.11, 2011도14044

정답 ③

105. 증거에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 경찰차

- ㉠ 간접증거만으로 유죄를 인정하는 경우에는 여러 간접사실로 보아 피고인이 범행한 것으로 보기에 충분할 만큼 압도적으로 우월한 증거가 있어야 한다.
- ㉡ 피고인이 수표를 발행하였으나 예금부족 또는 거래정지처분으로 지급되지 아니하게 하였다는 부정수표단속법위반의 공소사실을 증명하기 위하여 제출되는 수표는 증거물의 예에 의하여 증거능력을 판단하여야 한다.
- ㉢ 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정하여지는바, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거가 아니라 본래증거이다.
- ㉣ 「형사소송법」 제150조 증언거부사유의 소명, 제184조 제3항 증거보전청구사유의 소명, 제221조의2 제3항 증인신문청구 사유의 소명은 증명의 정도에 이르지 않더라도 입증의 허용된다.
- ㉤ 공판기일 외의 증인신문·검증에 대하여는 공판조서의 배타적 증명력이 인정되지 않는다.

- ① 1개
- ② 2개
- ③ 3개
- ④ 4개

해설

- ※ 옳은 것은 ㉠, ㉡, ㉢, ㉣ 4개이다.
- ㉠ O : 대판 2017.5.30, 2017도1549
- ㉡ O : 대판 2015.4.23, 2015도2275
- ㉢ X : 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지는 요증사실과 관계에서 정하여지는데, **원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, / 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다**(대판 2012.7.26, 2012도2937).
- ㉣ O : 증명과 구별되는 개념으로 소명이 있다. **증명**이란 사실의 존부에 대하여 법관으로 하여금 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 고도의 개연성, 즉 확신을 갖게 하는 것을 말하는데 비하여, **소명**이란 **확신까지는 언저 못하였지만 대강의 심증을 얻은 상태**를 말한다. 따라서 소명의 경우 엄격한 형식이나 절차가 요구되지 않고, 증명의 정도에 이르지 않더라도 입증의 허용된다. 기피사유의 소명(제19조 제2항), 증언거부사유의 소명(제150조), 증거보전청구사유의 소명(제184조 제3항), 증인신문청구 사유의 소명(제221조의2 제3항), 상소권회복청구 원인사유의 소명(제346조 제2항) 등이 여기에 해당한다. ※ 증거재판주의 ★★★

- ㉔ O : 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 그 조서만으로써 증명한다(제56조). 따라서 공판조서의 배타적 증명력은 **공판기일의 소송절차에 한하므로**, / **공판기일 전의 증인신문청구, 증거보전절차, 공판준비기일의 증인신문이나 검증의 경우 배타적 증명력이 인정되지 않는다.** ★

정답 ④

106. 증거능력에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 제1심에서 간이공판절차에 의하여 상당하다고 인정하는 방법으로 증거조사를 한 이상, 피고인이 항소심에 이르러 범행을 부인하였다고 하더라도 제1심에서 이미 증거능력이 있었던 증거는 항소심에서도 증거능력이 그대로 유지된다.
- ② 경찰이 피고인 아닌 제3자를 사실상 강제연행하여 불법체포한 상태에서 위 제3자를 처벌하기 위하여 그로부터 자술서를 받은 경우 위 자술서는 위법수사로 얻은 진술증거에 해당하여 증거능력이 없고, 이는 위 제3자가 아닌 피고인에 대한 증거로도 삼을 수 없다.
- ③ 수사기관이 피고인이 2018. 5.경 피해자 甲(여, 10세)에 대하여 저지른 간음유인미수 및 통신매체이용음란 범행과 관련하여 압수·수색영장을 받아 피고인의 휴대전화를 압수하였는데, 이에 대한 디지털정보분석 결과 피고인이 2017. 12.경부터 2018. 4.경까지 사이에 다른 피해자 乙(여, 12세), 丙(여, 10세) 등에 대하여 저지른 간음유인, 미성년자의제강간, 통신매체이용음란 등 범행에 관한 추가 자료들이 획득된 경우, 위 추가 자료들은 피고인의 乙, 丙 등에 대한 범행에 관하여 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.
- ④ 제3자가 피고인으로부터 건축허가 담당 공무원이 외국연수를 가므로 사례비를 주어야 한다는 말을 들었다는 취지로 한 진술은 피고인에 대한 알선수재죄에 있어 전문증거에 해당하므로 피고인의 부동의에도 불구하고 증거능력이 인정되기 위해서는 형사소송법 제311조 내지 제316조에서 정한 사유가 인정되어야 한다.

해설

- ① O : 대판 2005.3.11, 2004도8313
- ② O : 대판 2011.6.30, 2009도6717
- ③ O : <압수·수색영장에 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> 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다. / 그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있고, 추가 자료들로 인하여 밝혀진 피고인의 을, 병, 정에 대한 범행은 압수·수색영장의 범죄사실과 단순히 동종 또는 유사 범행인 것을 넘어서서 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우로서 객관적·인적 관련성을 모두 갖추었다(대판 2020.2.13, 2019도14341). [사실관계] 긴급 체포현장에서 영장 없이 압수한 휴대폰에 대하여 해당사건과의 관련성이 충족되므로 이를 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다고 한 사례
- ④ X : 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정하여지는 바, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, / 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다(대판 2008.11.13, 2008도8007). ∴ 피고인의 진술의 존재 자체가 알선수재죄의 요증사실이므로

정답 ④

제3장 재판

107. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 공소기각결정의 사유로서 형사소송법 제328조 제1항 제4호에 규정된 ‘공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니한 때’란 공소장 기재사실 자체에 대한 판단으로 그 사실 자체가 죄가 되지 아니함이 명백한 경우를 말한다.
- ② 공소기각의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있고, 공소취소에 의한 공소기각의 결정이 확정된 때에는 공소취소 후 그 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거를 발견한 경우에 한하여 다시 공소를 제기할 수 있다.
- ③ 친고죄에서 고소 없이 수사를 하고 공소제기 전에 고소를 받아 공소를 제기한 경우 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반되어 무효로서 공소기각 판결을 하여야 한다.
- ④ 공소기각의 판결에 대하여 피고인이 무죄를 주장하며 상소하는 것은 허용되지 아니한다.

해설

- ① O : 대판 2014.5.16, 2012도12867
- ② O : 제328조 제2항, 제329조
- ③ X : 법률에 의하여 고소나 고발이 있어야 논할 수 있는 죄에 있어서 고소 또는 고발은 이른바 소추조건에 불과하고 당해 범죄의 성립요건이나 수사의 조건은 아니므로, 위와 같은 범죄에 관하여 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였더라도, 그 수사가 장차 고소나 고발의 가능성이 없는 상태에서 행해졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하게 되는 것은 아니다(대판 2011.3.10, 2008도7724).
조세범처벌법 제6조의 세무종사 공무원의 고발은 공소제기의 요건이고 수사개시의 요건은 아니므로 수사기관이 고발에 앞서 수사를 하고 피고인에 대한 구속영장을 발부받은 후 검찰의 요청에 따라 세무서장이 고발조치를 하였다고 하더라도 공소제기 전에 고발이 있는 이상 조세범처벌법 위반사건 피고인에 대한 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효라고 할 수 없다(대판 1995.3.10. 94도3373).
- ④ O : 대판 2008.5.15, 2007도6793 ∴ 공소기각의 재판이 있으면 피고인은 유죄판결의 위험으로부터 벗어나는 것이므로 그 재판은 피고인에게 불이익한 재판이라고 할 수 없으므로

정답 ③

108. 기관력에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰승진

- ① 경찰사정이 범칙행위에 대하여 통고처분을 한 경우, 통고처분에서 정한 범칙금 납부기간까지는 원칙적으로 경찰서장은 즉결심판을 청구할 수 없지만, 검사는 통고처분에서 정한 범칙금 납부기간이 지나지 않더라도 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기할 수 있다고 보아야 한다.

- ② 「소년법」 제32조의 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소제기가 되었다면 면소판결을 할 것이 아니라 공소기각의 판결을 하여야 한다.
- ③ 피고인이 외국에서 형사처벌을 과하는 확정판결을 받았더라도 그 외국 판결은 우리나라 법원을 기속할 수 없고 우리나라에서는 기판력도 없어 일사부재리의 원칙이 적용되지 않는다.
- ④ 회사의 대표이사가 업무상 보관하던 회사 자금을 빼돌려 횡령한 다음 그 중 일부를 더 많은 장비 납품 등의 계약을 체결할 수 있도록 해달라는 취지의 묵시적 청탁과 함께 배임중재에 공여한 경우, 횡령의 점에 대하여 약식명령이 확정되었다고 하더라도 그 기판력이 배임중재의 점에는 미치지 아니한다.

해설

- ① X : 경찰서장이 범칙행위에 대하여 통고처분을 한 이상, 통고처분에서 정한 범칙금 납부기간까지는 원칙적으로 경찰서장은 즉결심판을 청구할 수 없고, 검사도 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기할 수 없다(대판 2020.4.29, 2017도13409).
- ② O : 대판 1996.2.23, 96도47
- ③ O : 대판 1983.10.25, 83도2366
- ④ O : 대판 2008.11.13, 2006도4885

정답 ①

109. 확정판결의 기판력에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 판결의 확정력은 사실심리의 가능성이 있는 최후의 시점인 판결선고 시를 기준으로 하여 그때까지 행하여진 행위에 대하여만 미치는 것으로서, 제1심판결에 대하여 항소가 된 경우 판결의 확정력이 미치는 시간적 한계는 현행 형사항소심의 구조와 운용실태에 비추어 볼 때 항소심 판결선고 시라고 보는 것이 상당하다.
- ② 가정폭력처벌법에 따른 보호처분의 결정이 확정된 경우에는 원칙적으로 가정폭력행위자에 대하여 같은 범죄사실로 다시 공소를 제기할 수 없으나, 보호처분은 확정판결이 아니고 따라서 기판력도 없으므로, 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소제기가 되었다면 이에 대해서는 면소판결을 할 것이 아니라 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위배하여 무효인 때에 해당한 경우이므로 형사소송법 제327조 제2호의 규정에 의하여 공소기각의 판결을 하여야 한다.
- ③ 상습범으로 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 동일한 습벽에 의해 후행범죄를 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 동일한 습벽에 의한 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 범하여졌다면 재심판결의 기판력이 후행범죄에 미친다.
- ④ 상상적 경합은 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우를 말하는 것으로, 여기에서 1개의 행위란 법적 평가를 떠나 사회관념상 행위가 사물자연의 상태에서 1개로 평가되는 것을 의미하고, 상상적 경합 관계의 경우에는 그중 1죄에 대한 확정판결의 기판력은 다른 죄에 대하여도 미친다.

해설

- ① O : 대판 2021.2.4, 2019도10999
- ② O : 대판 2017.8.23, 2016도5423
- ③ X : <재심판결에 관한 기판력의 범위, 재심판결을 확정판결로 하여 후단 경합범이 성립할 수 있는지 문제된 사건> 상습범으로 유죄의 확정판결(이하 앞서 저질러 재심의 대상이 된 범죄를 '선행범죄'라 한다)을 받은 사람이 그 후 동일한 습벽에 의해 범행을 저질렀는데(이하 뒤에 저지른 범죄를 '후행범죄'라 한다) 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 동일한 습벽에 의한 후행 범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 저질러진 범죄라 하더라도 재심판결의 기판력이 후행범죄에 미치지 않는다. 따라서 재심대상판결을 전후하여 범한 선행범죄와 후행범죄의 일죄성은 재심대상판결에 의하여 분단되어 동일성이 없는 별개의 상습범이 된다. 그러므로 선행범죄에 대한 공소제기의 효력은 후행범죄에 미치지 않고 선행범죄에 대한 재심판결의 기판력은 후행범죄에 미치지 않는다(대판 2019.6.20, 2018도20698 전원합의체).
- ④ O : 대판 2017.9.21, 2017도11687

정답 ③

제5편 상소 · 비상구제절차 · 특별형사절차

제1장 상소

110. 상소권회복청구에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 상고를 포기한 후 그 포기가 무효라고 주장하는 경우 상고제기기간이 경과하기 전이라도 상고포기의 효력을 다투면서 상고를 제기하여 그 상고의 적법 여부에 대한 판단을 받는 대신 별도로 상소권회복청구를 할 수도 있다.
- ② 상소권회복을 청구한 자는 그 청구와 동시에 상소를 제기하여야 한다.
- ③ 상소권회복의 청구를 받은 법원은 청구의 허부에 관한 결정을 하여야 하며, 이 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.
- ④ 법률의 규정에 따라 상소할 수 있는 자는 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 상소 제기기간 내에 상소를 하지 못한 경우에는 그 사유가 해소된 날부터 상소 제기기간에 해당하는 기간 내에 서면으로 원심법원에 상소권회복의 청구를 할 수 있다.

해설

- ① X : 상소권회복은 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 상소제기기간 내에 상소를 하지 못한 사람이 이를 청구하는 것이고, 상고를 포기한 후 그 포기가 무효라고 주장하는 경우 상고제기기간이 경과하기 전에는 상고포기의 효력을 다투면서 상고를 제기하여 그 상고의 적법 여부에 대한 판단을 받으면 되고, 별도로 상소권회복청구를 할 여지는 없다(대결 1999.5.18, 99모40).
- ② O : 제346조 제3항
- ③ O : 제347조 제1항, 제2항
- ④ O : 제345조, 제346조 제1항

정답 ①

111. 상소 제기에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22. 법원9급

- ① 교도소 또는 구치소에 있는 피고인이 제출하는 상소장에 대하여 상소의 제기기간 내에 교도소장이나 구치소장 또는 그 직무를 대리하는 사람에게 이를 제출한 때에 상소의 제기기간 내에 상소한 것으로 간주하는 형사소송법 제344조 제1항의 특칙은 재정신청 기각결정에 대한 재항고의 경우에는 적용되지 않는다.
- ② 항소장에 경합범으로서 2개의 형이 선고된 죄 중 일죄에 대한 형만을 기재하고 나머지 일죄에 대한 형을 기재하지 아니하였다면 항소이유서에서 그 나머지 일죄에 대하여 항소이유를 개진하였다더라도 판결 전부에 대한 항소로 볼 수는 없다.
- ③ 경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 항소심 판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대하여 상고를 한 경우 피고인과 검사가 상고하지 아니한 유죄판결 부분은 상고기간이 지남으로써 확정되고 상고심에서는 무죄 부분만 파기할 수 있다.
- ④ 제1심판결에 대하여 피고인은 항소하지 아니하고 검사만 항소하여 항소가 기각된 경우 피고인은 이에 대하여 상고할 수 없다.

해설

- ① O : 대결 2015.7.16, 2013모2347 전원합의체 ※ 재소자 피고인 특칙 → 재정신청에 적용 X
- ② X : 현행 법규상 항소장에 불복의 범위를 명시하라는 규정이 없고 또 상소는 재판의 전부에 대하여 하는 것을 원칙으로 삼고 다만 재판의 일부에 대하여도 상소할 수 있다고 규정한 형사소송법 제342조의 규정에 비추어 볼 때, 비록 항소장에 경합범으로서 2개의 형이 선고된 죄 중 일죄에 대한 형만을 기재하고 나머지 일죄에 대한 형을 기재하지 아니하였다 하더라도 항소이유서에서 그 나머지 일죄에 대하여도 항소이유를 개진한 경우에는 **판결 전부에 대한 항소**로 봄이 상당하다(대판 2004.12.10, 2004도3515).
- ③ O : 대판 1992.1.21, 91도1402 ∵ 당사자 쌍방이 상소하지 아니한 부분(유죄부분)은 **분리 확정**되므로
- ④ O : 대판 1990.1.25, 89도2166 ∵ 항소심 판결은 피고인에게 불이익한 판결이 아니므로

정답 ②

112. 불이익변경금지의 원칙에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22. 경찰승진

- ① 불이익변경금지의 원칙은 피고인과 검사 쌍방이 상소한 결과 검사의 상소가 받아들여져 원심판결 전부가 파기됨으로써 피고인에 대한 형량 전체를 다시 정해야 하는 경우에는 적용되지 아니하는 것이며, 사건이 경합범에 해당한다고 하여 개개 범죄별로 불이익변경의 여부를 판단할 것은 아니다.
- ② 피고인만이 항소한 사건에서 제1심이 인정한 범죄사실의 일부가 제2심에서 무죄로 되었음에도 제2심이 제1심과 동일한 형을 선고한 것은 불이익변경금지의 원칙에 위배된다.
- ③ 항소심이 제1심에서 별개의 사건으로 따로 두 개의 형을 선고받고 항소한 피고인에 대하여 사건을 병합심리한 후 경합범으로 처단하면서 제1심의 각 형량보다 중한 형을 선고한 것은 불이익 변경금지의 원칙에 어긋나지 아니한다.

- ④ 피고인의 상고에 의하여 상고심에서 원심판결을 파기하고, 사건을 항소심에 환송한 경우에는 환송 전 원심판결과의 관계에서도 불이익변경금지의 원칙이 적용되어 그 파기된 항소심판결보다 중한 형을 선고할 수 없다.

해설

- ① O : 대판 2007.6.28, 2005도7473
- ② X : 피고인만이 항소한 사건에서 항소심이 피고인에 대하여 제1심이 인정한 범죄사실의 일부를 무죄로 인정하면서도 제1심과 동일한 형을 선고하였다 하여 그것이 불이익변경금지 원칙에 위배된다고 볼 수 없다(대판 2003.2.11, 2002도5679).
- ③ O : 대판 2001.9.18, 2001도3448
- ④ O : 대판 2014.8.20, 2014도6472

정답 ②

113. 불이익변경금지에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가9급

- ① 자유형을 벌금형으로 변경하는 경우에는 비록 벌금형에 대한 노역장유치기간이 자유형의 기간을 초과하는 경우라도 불이익 변경에 해당하지 않는다.
- ② 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 정식재판절차에서 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다.
- ③ 검사가 공익적 지위 내지 피고인에 대한 후견적 지위에서 피고인의 이익을 위하여 상소한 경우에도 불이익변경금지가 적용된다.
- ④ 검사와 피고인 쌍방이 항소하였으나 검사의 항소가 항소이유서 미제출로 인하여 기각되더라도 불이익변경금지는 적용되지 않는다.

해설

- ① O : 대판 1980.5.13, 80도768
- ② O : 제457조의2 제1항
- ③ O : 대판 1971.5.24, 71도574
- ④ X : 검사와 피고인 쌍방이 항소하였으나 검사의 항소가 항소이유서 미제출로 인하여 기각하여야 하는 경우는 항소심은 제1심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(대판 1998.9.25, 98도2111).

정답 ④

항소

114. 항소심의 절차에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰승진

- ① 피고인에게 소송기록접수통지가 되기 전에 변호인의 선임이 있는 때에는 변호인에게도 소송기록접수통지를 하여야 하고, 변호인의 항소이유서 제출기간은 변호인이 이 통지를 받은 날로부터 계산하여야 할 것이다.

- ② 필요적 변호사건에서 항소법원이 피고인과 국선변호인에게 소송기록접수통지를 하였으나 피고인과 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 않고 있는 사이에 항소이유서 제출기간 내에 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 항소법원이 직권으로 기존 국선변호인 선정결정을 취소하였다면, 특별한 사정이 없는 한 새로 선임된 사선변호인에게 소송기록접수통지를 하여 그 변호인에게 항소이유서 작성·제출을 위한 기간을 보장해 주어야 한다.
- ③ 항소인 또는 변호인이 항소이유서에 추상적으로 제1심판결이 부당하다고만 기재함으로써 항소이유를 특정하여 구체적으로 명시하지 아니하였다고 하더라도 항소이유서가 법정의 기간 내에 적법하게 제출된 경우에는 이를 항소이유서가 법정의 기간 내에 제출되지 아니한 것과 같이 보아 「형사소송법」 제361조의4 제1항에 의하여 결정으로 항소를 기각할 수는 없다.
- ④ 이미 항소이유서를 제출하였더라도 항소이유를 추가·변경·철회할 수 있으므로, 항소이유서 제출기간의 경과를 기다리지 않고는 항소사건을 심판할 수 없다고 보아야 한다.

해설

- ① O : 대결 2011.5.13, 2010모1741
- ② X : 필요적 변호사건에서 항소법원이 국선변호인을 선정하고 피고인과 국선변호인에게 소송기록접수통지를 한 다음 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 국선변호인의 선정을 취소한 경우 항소법원은 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 할 의무가 없다고 보아야 한다(대결 2018.11.22, 2015도10651 전원합의체).
- ③ O : 대결 2002.12.3, 2002모265
- ④ O : 대판 2018.11.29, 2018도12896

정답 ②

115. 항소이유서 제출기간에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 항소인이나 변호인이 항소이유서에 항소이유를 특정하여 구체적으로 명시하지 아니하였다고 하더라도 항소이유서가 법정기간 내에 적법하게 제출된 경우에는 결정으로 항소를 기각할 수 없다.
- ② 관공서의 공휴일에 관한 규정 제2조 제11호에 따라 정부에서 수시로 지정하는 임시공휴일은 형사소송법 제66조 제3항에서 정한 공휴일에 해당하지 않으므로 항소이유서 제출기간의 말일이 임시공휴일이더라도 피고인이 그 날까지 항소이유서를 제출하지 아니하였다면 항소이유서가 제출기간 내에 적법하게 제출되었다고 볼 수 없다.
- ③ 피고인과 국선변호인이 모두 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하였다고 하더라도, 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 항소이유서 제출기간 내에 피고인을 위하여 항소이유서를 제출하도록 하여야 한다.

- ④ 항소이유서는 적법한 기간 내에 항소법원의 지배권 안에 들어가 사회통념상 일반적으로 알 수 있는 상태에 있으면 도달한 것이고, 항소법원의 내부적인 업무처리에 따른 문서의 접수, 결재과정 등까지 이루어져야 하는 것은 아니다.

해설

- ① O : 대결 2006.3.30, 2005모564 ∴ 형사소송법 제361조의4 제1항은 항소인이나 변호인이 같은 법 제361조의3 제1항의 기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 때에는 직권조사사유가 있거나 항소장에 항소이유의 기재가 있는 경우를 제외하고 결정으로 항소를 기각하여야 한다고 규정하고 있으므로
- ② X : 기간의 말일이 공휴일인지 여부는 '공휴일'에 관하여 규정하고 있는 '관공서의 공휴일에 관한 규정' 제2조 각호에 해당하는지에 따라 결정되고, 같은 조 제11호가 정한 '기타 정부에서 수시 지정하는 날인 임시공휴일 역시 공휴일에 해당한다(대결 2021.1.14, 2020모3694).
- ③ O : 대결 2012.2.16, 2009모1044 전원합의체
- ④ O : 대판 1997.4.25, 96도3325

정답 ②

116. 항소심에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 항소심은 제1심의 형량이 너무 가벼워서 부당하다는 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 제1심판결에 양형이 부당하다고 인정할 사유가 있는지 심판하여 이를 파기하고 보다 가벼운 형을 정하여 선고할 수 있다.
- ② 항소심으로서 특별한 사정이 없는 한 제1심 중인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 항소심의 판단과 다르다는 이유만으로 이에 대한 제1심의 판단을 함부로 뒤집어서는 안 된다.
- ③ 검사가 일부 유죄, 일부 무죄로 판단한 제1심판결 전부에 대하여 항소하면서 항소장이나 항소이유서에 단순히 '양형부당' 이라는 문구만 기재하였을 뿐 그 구체적인 이유를 기재하지 않았다면 항소심은 제1심판결의 유죄 부분의 형이 너무 가볍다는 이유로 파기하고 그보다 무거운 형을 선고할 수 없다.
- ④ 제1심이 실체적 경합범 관계에 있는 공소사실 중 일부에 대하여 재판을 누락한 경우, 항소심으로서 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 제1심의 누락부분을 파기하고 그 부분에 대하여 재판하여야 하고, 이 경우에는 피고인만이 항소하였더라도 제1심의 형보다 중한 형을 선고할 수 있다.

해설

- ① O : 대판 2010.12.9, 2008도1092 ∴ 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있으므로(제364조 제2항)
- ② O : 대판 2020.10.29, 2019도4047
- ③ O : 대판 2020.8.27, 2020도8615 ∴ 적법한 항소이유의 기재라고 볼 수 없으므로
- ④ X : 제1심이 실체적 경합범 관계에 있는 공소사실 중 일부에 대하여 재판을 누락한 경우, 항소심으로서 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 제1심의 누락부분을 파기하고 그 부분에 대하여 재판하여야 한다. 다만, 피고인만이 항소한 경우라면 불이익변경금지의 원칙에 따라 제1심의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(대판 2009.2.12, 2008도7848).

정답 ④

제2장 비상구제절차

재심

117. 다음 중 재심의 사유에 해당하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.국가9급

- ① 원판결의 증거가 된 서류 또는 증거물이 민사확정판결에 의하여 위조되거나 변조된 것임이 증명된 때
- ② 원판결의 증거가 된 증언, 감정, 통역 또는 번역이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 때
- ③ 무고로 인하여 유죄를 선고받은 경우에 그 무고의 죄가 확정판결에 의하여 증명된 때
- ④ 유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를, 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 가벼운 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때

해설

- ① X : 제420조 제1호.제2호.제3호의 확정판결은 형사확정판결만을 의미하나, 제4호의 경우는 형사뿐만 아니라 민사확정판결을 모두 포함한다(대결 1986.8.28, 86모15)
- ②③④ O : 모두 재심사유에 해당한다(제420조 제2호, 제3호, 제5호)

정답 ①

118. 재심에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.9급개론

- ① 재심이 개시된 사건에서 범죄사실에 대하여 적용하여야 할 법령은 재심판결 당시의 법령이고, 재심대상판결 당시의 법령이 변경된 경우 법원은 그 범죄사실에 대하여 재심판결 당시의 법령을 적용하여야 한다.
- ② 재심심판절차에서는 특별한 사정이 없는 한 검사가 재심대상 사건과 별개의 공소사실을 추가하는 내용으로 공소장을 변경하는 것은 허용되지 않는다.
- ③ 유죄의 확정판결 등에 대해 재심개시결정이 확정된 후 재심심판절차가 진행된다면 확정판결은 효력을 잃게 된다.
- ④ 재심개시절차에서는 「형사소송법」에서 규정하고 있는 재심사유가 있는지 여부만을 판단하여야 하고, 나아가 재심사유가 재심대상판결에 영향을 미칠 가능성이 있는가의 실체적 사유는 고려하여서는 아니 된다.

해설

- ① O : 대판 2013.7.11, 2011도14044
- ②④ O : 대판 2019.6.20, 2018도20698 전원합의체
- ③ X : 재심판결이 확정되면 원판결은 당연히 효력을 잃는다(대판 2018.2.28, 2015도15782).

정답 ③

119. 재심에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) 22.법원9급

- ① 수사기관이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 체포·구금을 한 경우 그 수사에 기초한 공소제기에 따른 유죄의 확정판결에는 재심사유가 인정된다.
- ② 경합범 관계에 있는 수개의 범죄사실을 유죄로 인정하여 한 개의 형을 선고한 불가분의 확정판결에서 그 중 일부의 범죄사실에 대하여만 재심청구의 이유가 있는 것으로 인정된 경우에는 판결 전부에 대하여 재심개시의 결정을 하게 되나 재심사유가 없는 범죄사실에 대하여는 이를 다시 심리하여 유죄인정을 파기할 수 없다.
- ③ 제1심판결이 소송촉진등에관한특례법 제23조 본문의 특례 규정에 의하여 선고된 다음 피고인이 책임질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었다고 하여 같은 법 제23조의2의 규정에 의한 재심이 청구되고 재심개시의 결정이 내려진 경우 처벌불원의 의사의 표시는 그 재심의 제1심판결 선고 전까지 하면 된다.
- ④ 재심심판절차에서도 재심대상사건과 별개의 공소사실을 추가하는 내용으로 공소장을 변경할 수 있고, 재심대상사건에 일반 절차로 진행 중인 별개의 형사사건을 병합하여 심리할 수 있다.

해설

- ① O : 대결 2018.5.2, 2015모3243 ∴ 불법체포·감금의 직무범죄가 인정되는 경우에 준하므로(제420조 제7호)
- ② O : 대판 2021.7.8, 2021도2738 ∴ 재심사유가 없는 범죄사실에 대하여는 재심개시결정의 효력이 그 부분을 형식적으로 심판의 대상에 포함시키는데 그치므로
- ③ O : 대판 2002.10.11, 2002도1228 ∴ 제1심의 공판절차에서 적절한 방어를 할 기회를 가지지 못하였던 것이고 바로 그러한 이유로 인하여 재심청구가 허용된 것이므로
- ④ X : 재심의 취지와 특성, 형사소송법의 **이익재심 원칙**과 재심심판절차에 관한 특칙 등에 비추어 보면, 재심심판절차에서는 특별한 사정이 없는 한 검사가 재심대상사건과 **별개의 공소사실을 추가**하는 내용으로 공소장을 변경하는 것은 허용되지 않고, 재심대상사건에 일반 절차로 진행 중인 **별개의 형사사건을 병합하여 심리하는 것도 허용되지 않는다**(대판 2019.6.20, 2018도20698 전원합의체).

정답 ④

제3장 특별형사절차

120. 즉결심판절차에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰승진

- ① 즉결심판을 청구할 때에는 사전에 피고인에게 즉결심판의 절차를 이해하는 데 필요한 사항을 서면 또는 구두로 알려주어야 한다.
- ② 벌금 또는 과료를 선고하는 경우에는 피고인이 출석하지 아니하더라도 심판할 수 있다.
- ③ 지방법원, 지원 또는 시·군 법원의 판사는 정식재판청구서를 받은 날부터 7일 이내에 경찰사정에게 정식재판청구서를 첨부한 사건기록과 증거물을 송부하고, 경찰서장은 지체없이 관할지방검찰청 또는 지청의 장에게 이를 송부하여야 하며,

그 검찰청 또는 지청의 장은 지체없이 관할법원에 이를 송부하여야 한다.

- ④ 즉결심판은 정식재판의 청구기간의 경과, 정식재판청구권의 포기 또는 그 청구의 취하에 의하여 확정판결과 동일한 효력이 생기지만, 정식재판청구를 기각하는 재판이 확정된 때에는 그러하지 아니하다.

해설

- ① O : 즉결심판절차법 제3조 제3항
- ② O : 즉결심판절차법 제8조의2 제1항
- ③ O : 즉결심판절차법 제14조 제3항
- ④ X : 즉결심판은 정식재판의 청구기간의 경과, 정식재판청구권의 포기 또는 그 청구의 취하에 의하여 확정판결과 동일한 효력이 생긴다. 정식재판청구를 기각하는 재판이 확정된 때에도 같다(즉결심판절차법 제16조).

정답 ④

121. 즉결심판에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

22. 국가9급

- ① 즉결심판의 대상은 20만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처할 사건이다.
- ② 즉결심판에 있어서 피고인의 출석은 개정 요건이므로 벌금 또는 과료를 선고하는 경우에 피고인이 출석하지 아니한 때에는 피고인의 진술을 듣지 아니하고 형을 선고할 수 없다.
- ③ 즉결심판절차에서 피고인이 정식재판을 청구하는 경우, 즉결심판의 선고·고지를 받은 날부터 7일 이내에 정식재판 청구서를 경찰서장에게 제출하여야 하며, 이를 받은 경찰서장은 지체 없이 판사에게 송부하여야 한다.
- ④ 즉결심판이 확정된 때에는 확정판결과 동일한 효력이 있고, 즉결심판은 정식재판의 청구기간의 경과, 정식재판청구권의 포기 또는 그 청구의 취하에 의하여 확정되며 정식재판청구를 기각하는 재판의 확정된 때에도 같다.

해설

- ① O : 즉결심판절차법 제2조
- ② X : 즉결심판에 있어서 벌금 또는 과료를 선고하는 경우에 피고인이 출석하지 아니하더라도 심판할 수 있다(즉결심판절차법 제8조의2 제1항).
- ③ O : 즉결심판절차법 제14조 제1항
- ④ O : 즉결심판절차법 제16조

정답 ②

종합문제

122. 甲이 공무원 乙에게 1,000만 원을 제공하였다는 뇌물 사건을 수사하던 검사는 甲의 직장동료인 丙으로부터 “甲이 ‘乙에게 뇌물을 주었다’ 고 내게 말했다.” 라는 참고인 진술을 확보하고 甲과 乙을 공동피고인으로 기소하였다. 그러나 공판정에 출석한 丙은 일체의 증언을 거부하였고, 일관되게 범행을 부인하던 甲이 심경의 변화를 일으켜 뇌물공여 혐의를 모두 자백하였으나, 乙은 뇌물을 받은 사실이 없다고 주장하며 혐의를 부인하고 있다. 이에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰승진

- ① 甲은 소송절차가 분리되면 乙에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다.
- ② 甲이 공판정에서 한 자백은 丙에 대한 참고인진술조서 가운데 “甲이 ‘乙에게 뇌물을 주었다’ 고 내게 말했다.” 라는 진술내용으로 보강할 수 있다.
- ③ 甲이 공판정에서 한 자백은 乙의 혐의에 대해서 유죄 인정의 증거가 될 수 있다.
- ④ 변론분리 후 甲이 증언하는 과정에서 “뇌물을 제공받은 乙이 저에게 ‘귀하에게 받은 돈은 나라와 민족을 위해 필요한 곳에 쓰겠습니다’ 라고 말했습니다.” 라고 진술한 경우, 乙의 위 진술 내용은 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

해설

- ① O : 대판 2008.6.26, 2008도3300
- ② 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).
- ③ O : 대판 1990.10.30, 90도1939
- ④ O : 변론분리 후 甲이 증언하는 과정에서 “뇌물을 제공받은 乙이 저에게 ‘귀하에게 받은 돈은 나라와 민족을 위해 필요한 곳에 쓰겠습니다’라고 말했습니다.”라고 진술한 경우, 피고인 乙의 진술을 내용으로 하는 전문진술이므로 제316조 제1항에 의거 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

정답 ②

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

22.국가9급

- ① 공판준비 또는 공판기일에 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 반복시키는 방식으로 작성한 진술조서는 원칙적으로 증거능력이 있다.
- ② 검사의 불기소처분에는 확정재판에 있어서의 확정력과 같은 효력이 없어 일단 불기소처분을 한 후에도 공소시효가 완성되기 전이면 언제라도 공소를 제기할 수 있다.
- ③ 제정신청에 관하여 법원의 공소제기 결정이 있는 때에는 공소시효에 관하여 그 결정이 있는 날에 공소가 제기된 것으로 본다.

- ④ 공소장에 적용법조의 기재에 오기가 있거나 누락이 있더라도 이로 인하여 피고인의 방어에 실질적 불이익이 없는 한 공소제기의 효력에는 영향이 없다.

해설

- ① X : 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하는 한 그 증거능력이 없다고 하여야 할 것이다 (대판 2000.6.15, 99도1108 전원합의체).
- ② O : 대판 2009.10.29, 2009도6614
- ③ O : 제262조의4 제2항
- ④ O : 대판 2012.11.15, 2010도11382

정답 ①

124. 「형사소송법」의 내용에 설명으로 옳지 않은 것은?

22.9급개론

- ① 재정신청이 법률상의 방식에 위배되거나 이유가 없는 때에는 법원은 신청을 기각하는 결정을 하며, 이러한 기각결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.
- ② 검사는 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있다.
- ③ 즉시항고는 법률에 명문의 규정이 있는 경우에만 허용되며 즉시항고의 제기기간은 7일로 한다.
- ④ 재심에서 무죄의 선고를 한 때 무죄를 선고받은 자가 원하지 아니하는 경우에는 재심무죄판결을 공시하지 아니할 수 있다.

해설

- ① O : 제262조 제4항
- ② X : 검사는 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우, 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우에 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있으며(제197조의 2 제1항), 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있다(제245조의 8 제1항).
- ③ O : 제403조 제1항, 제405조
- ④ O : 제440조

정답 ②

125. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

22.법원9급

- ① 피고사건이 법원의 관할에 속하지 아니한 때에는 판결로써 관할위반의 선고를 하여야 하나, 법원은 피고인의 신청이 없으면 도지관할에 관하여 관할 위반의 선고를 하지 못하고, 관할 위반의 신청은 피고사건에 대한 진술 전에 하여야 한다.
- ② 공소는 항소심 판결의 선고 전까지 취소할 수 있고, 이유를 기재한 서면으로 하여야 하지만 공판정에서는 구술로써 할 수 있다.
- ③ 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 사건에서 고소가 취소되었을 때, 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 사건에서 처벌을 원하지 아니하는 의사표시를 하거나 처벌을 원하는 의사표시를 철회하였을 때에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.

관이 피고인을 체포한 행위는 적법한 공무집행이라고 볼 수 없고, 피고인이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당한다(대판 2011.5.26, 2011도3682).

- ㉠ X : 공무집행방해죄는 공무원의 적법한 공무집행을 전제로 하므로 적법한 공무집행에 해당하지 않는 경우 공무원에 대한 폭행·협박행위는 구성요건해당성이 없어 공무집행방해죄가 성립하지 않는다. 이 경우 상해죄는 정당방위에 해당하므로 위법성이 조각된다(대판 2011.5.26, 2011도3682 참조).
- ㉡ O : 대판 2009.6.25, 2009도3505
- ㉢ X : 불심검문을 하게 된 경위, 불심검문 당시의 현장상황과 검문을 하는 경찰관들의 복장, 피고인이 공무원증 제시나 신분 확인을 요구하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여, 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 신분증을 제시하지 않았다고 하여 그 불심검문이 위법한 공무집행이라고 할 수 없다(대판 2014.12.11, 2014도7976).

정답 ③

2022년 상반기 최신판례

[1] 법원이 선임한 부재자 재산관리인이 그 관리대상인 부재자의 재산에 대한 범죄행위에 관하여 법원으로부터 고소권 행사에 관한 허가를 얻은 경우 부재자 재산관리인은 형사소송법 제225조 제1항에서 정한 법정대리인으로서 적법한 고소권자에 해당한다(대판2022.5.26, 2021도2488).

[2] 수사기관이 외국인을 체포하거나 구속하면서 지체 없이 자국 영사관에 영사통보권 등이 있음을 고지하지 않았다면 체포나 구속 절차는 위법하므로, 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다. 그러나 구속된 피고인이 수사 단계에서 자신의 구금 사실을 자국 영사관에 통보할 수 있음을 알게 되었음에도 수사기관에 영사기관 통보를 요구하지 않은 사안에서, 절차 위반의 내용과 정도가 중대하거나 절차 조항이 보호하고자 하는 외국인 피고인의 권리나 법익을 본질적으로 침해하였다고 볼 수 없어 체포나 구속 이후 수집된 증거와 이에 기초한 증거들은 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대판2022. 4. 28.2021도17103).

[3] 압수·수색영장에 적힌 ‘압수할 물건’에는 ‘여성의 신체를 몰래 촬영한 것으로 판단되는 사진, 동영상 파일이 저장된 컴퓨터 하드디스크 및 외부저장매체’가, ‘수색할 장소’에는 피고인의 주거지가 기재되어 있다. 이 사건 압수·수색영장에 적힌 ‘압수할 물건’에 원격지 서버 저장 전자정보가 기재되어 있지 않은 이상 압수·수색영장에 적힌 ‘압수할 물건’은 피고인의 주거지에 있는 컴퓨터 하드디스크 및 외부저장매체에 저장된 전자정보에 한정된다. 그럼에도 휴대전화가 구글계정에 로그인되어 있는 상태를 이용하여 원격지 서버에 해당하는 구글클라우드에 접속하여 구글클라우드에서 발견한 불법촬영물을 압수한 경우, 이는 압수·수색영장에서 허용한 압수의 범위를 넘어선 것으로 적법절차 및 영장주의의 원칙에 반하여 위법하다(대판 2022.6.30, 2022도1452).

[4] 인터넷서비스업체(카카오)가 보관하는 준항고인(서비스이용자로서 실질적 피압수자이자 피의자)의 전자정보에 대한 수사기관의 압수·수색영장 집행 시 준항고인에게 참여권이 있다는 점을 인정하되, 이 사건은 참여권자에 대한 사전 통지의무의 예외사유인 형사소송법 제122조 단서의 ‘급속을 요하는 때’에 해당하므로 사전통지를 하지 않은 것 자체는 위법이 아니다.

다만 이 사건 압수·수색에 압수·수색영장 원본을 제시하지 않은 위법, 인터넷서비스업체로부터 입수한 전자정보에서 범죄 혐의사실과 관련된 부분을 선별해야 하고 그 선별과정에서도 준항고인의 참여권이 보장되어야 하는데 이를 이행하지 않은 위법, 준항고인에게 압수한 전자정보 목록을 교부하지 않은 위법 등 위법의 정도가 중대하여 이 사건 압수·수색 절차 전체가 위법하다(대결 22.5.31, 2016모587).

[5] 정보저장매체를 임의제출한 피압수자에 대하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 하는 ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’란, 피의자가 압수·수색 당시 또는 이와 시간적으로 근접한 시기까지 해당 정보저장매체를 현실적으로 지배·관리하면서 그 정보저장매체 내 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 보유·행사하고, 달리 이를 자신의 의사에 따라 제3자에게 양도하거나 포기하지 아니한 경우로써, 피의자를 그 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대하여 실질적인 피압수자로 평가할 수 있는 경우를 말하는 것이다. 이에 해당하는지 여부는 민사법상 권리의 귀속에 따

른 법률적·사후적 판단이 아니라 압수·수색 당시 외형적·객관적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 기준으로 판단하여야 한다. 이러한 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 있거나 그 과정에서 생성된 전자정보에 의해 식별되는 정보주체에 해당한다는 사정만으로 그들을 실질적으로 압수·수색을 받는 당사자로 취급하여야 하는 것은 아니다(대판2022.1. 27, 2021도 11170).

[6] 금융계좌추적용 압수·수색영장의 집행에 있어서도 수사기관이 금융기관으로부터 금융거래자료를 수신하기에 앞서 금융기관에 영장 원본을 사전에 제시하지 않았다면 원칙적으로 적법한 집행 방법이라고 볼 수는 없다.

다만 수사기관이 금융거래정보에 대하여 영장 사본을 첨부하여 그 제공을 요구한 결과 금융기관으로부터 회신받은 금융거래자료가 해당 영장의 집행 대상과 범위에 포함되어 있고, 이러한 모사전송 내지 전자적 송수신 방식의 금융거래정보 제공요구 및 자료 회신의 전 과정이 해당 금융기관의 자발적 협조 의사에 따른 것이며, 그 자료 중 범죄혐의사실과 관련된 금융거래를 선별하는 절차를 거친 후 최종적으로 영장 원본을 제시하고 위와 같이 선별된 금융거래자료에 대한 압수절차가 집행된 경우로서, 그 과정이 금융실명법에서 정한 방식에 따라 이루어지고 달리 적법절차와 영장주의 원칙을 잠탈하기 위한 의도에서 이루어진 것이라고 볼 만한 사정이 없어, 이러한 일련의 과정을 전체적으로 '하나의 영장에 기하여 적시에 원본을 제시하고 이를 토대로 압수·수색하는 것'으로 평가할 수 있는 경우에 한하여, 예외적으로 영장의 적법한 집행 방법에 해당한다고 볼 수 있다(대판 2022.1.27. 2021도11170).

[7] 저장매체의 소재지에서 압수·수색이 이루어지는 경우는 물론 예외적으로 저장매체에 들어 있는 전자파일 전부를 하드카피나 이미징(imaging) 등의 형태(이하 '복제본'이라 한다)로 수사기관 사무실 등으로 반출한 경우에도 반출한 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위는 원칙적으로 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수가 된다(대결 2022.1.14, 2021모1586).

[8] 법원은 압수·수색영장의 집행에 관하여 범죄 혐의사실과 관련 있는 전자정보의 탐색·복제·출력이 완료된 때에는 지체 없이 영장 기재 범죄 혐의사실과 관련이 없는 나머지 전자정보에 대해 삭제·폐기 또는 피압수자 등에게 반환할 것을 정할 수 있다. 수사기관이 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별하여 압수한 후에도 그와 관련이 없는 나머지 정보를 삭제·폐기·반환하지 아니한 채 그대로 보관하고 있다면 위법하고, 사후에 법원으로부터 압수·수색영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다(대결 2022.1.14, 2021모 1586).

[9] 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. 수사기관은 압수 직후 현장에서 압수물 목록을 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙이다. 압수된 정보의 상세목록에는 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 한다(대결 2022.1.14, 2021모1586).

[10] 수사기관이 압수·수색영장에 기재된 범죄 혐의사실과의 관련성에 대한 구분 없이 임의로 전체의

전자정보를 복제·출력하여 이를 보관하여 두고, 그와 같이 선별되지 않은 전자정보에 대해 구체적인 개별 파일 명세를 특정하여 상세목록을 작성하지 않고, 포괄적인 압축파일만을 기재한 후 이를 전자정보 상세목록이라고 하면서 피압수자 등에게 교부함으로써 범죄 혐의사실과 관련성 없는 정보에 대한 삭제·폐기·반환 등의 조치도 취하지 아니하였다면, 영장주의와 적법절차의 원칙을 중대하게 위반한 것으로 봄이 타당하다. 사후에 압수·수색영장이 발부되었다고 하여 달리 볼 수 없다(대결 2022.1.14, 2021도1586).

[11] 부패의 염려가 있거나 보관하기 어려운 압수물이라 하더라도 법령상 생산·제조·소지·소유 또는 유통이 금지되어 있고, 권한 있는 자의 동의를 받지 못하는 한 이를 폐기할 수 없고, 만약 그러한 요건이 갖추어지지 않았음에도 폐기하였다면 이는 위법하다(대판 2022.1.14, 2019다282197).

[12] 변호사법은 제31조 제1항 제3호에서 ‘변호사는 공무원으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건에 관하여는 그 직무를 수행할 수 없다.’고 규정하면서, 동법 제113조 제5호에서 ‘공무원으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건’을 ‘수임’한 행위를 처벌하고 있다. 위 변호사법 위반죄(제31조 제1항 제3호, 제113조 제5호)의 공소시효는 그 범죄행위인 ‘수임’행위가 종료한 때로부터 진행된다고 봄이 타당하고, 수임에 따른 ‘수임사무의 수행’이 종료될 때까지 공소시효가 진행되지 않는다고 해석할 수는 없다(대판 2022.1.14, 2017도18693).

[13] 형사재판확정기록에 관해서는 형사소송법 제59조의2에 따른 열람·등사신청이 허용되고 그 거부나 제한 등에 대한 불복은 준항고에 의하며, 형사재판확정기록이 아닌 불기소처분으로 종결된 기록에 관해서는 정보공개법에 따른 정보공개청구가 허용되고 그 거부나 제한 등에 대한 불복은 항고소송절차에 의한다. 형사소송법 제59조의2의 ‘재판이 확정된 사건의 소송기록’이란 특정 형사사건에 관하여 법원이 작성하거나 검사, 피고인 등 소송관계인이 작성하여 법원에 제출한 서류들로서 재판확정 후 담당 기관이 소정의 방식에 따라 보관하고 있는 서면의 총체라 할 수 있고, 위와 같은 방식과 절차에 따라 보관되고 있는 이상 해당 형사사건에서 증거로 채택되지 아니하였거나 그 범죄사실과 직접 관련되지 아니한 서류라고 하여 재판확정기록에 포함되지 않는다고 볼 것은 아니다(대결 2022.2.11, 2021도3175).

[14] 검사가 공소장변경허가신청서를 제출하지 않고 공소사실에 대한 검사의 의견을 기재한 서면을 제출하였더라도 이를 곧바로 공소장변경허가신청서를 제출한 것이라고 볼 수는 없다(대판 2022.1.13, 2021도13108).

[15] 피고인이 위력으로써 13세 미만 미성년자인 피해자 甲에게 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반의 공소사실에 대하여, 甲의 진술과 조사 과정을 촬영한 영상물과 속기록의 증거능력과 관련하여, 甲을 증인으로 소환하여 진술을 듣고 피고인에게 **반대신문권을 행사할 기회를 부여할 필요가 있는지 여부 등에 관하여 심리·판단하였어야 하는데,** 이와 같은 심리에 이르지 않은 채 위 영상물과 속기록을 유죄의 증거로 삼은 원심판결에 **법리오해 또는 심리미진의 잘못이 있다**(대판 2022.4.14, 2021도14616).

[16] 피고인에게 불리한 증거인 증인이 주신문의 경우와 달리 반대신문에 대하여는 답변을 하지 아니하는 등 진술 내용의 모순이나 불합리를 그 증인신문 과정에서 드러내어 이를 탄핵하는 것이 사실상

곤란하였고, 그것이 피고인 또는 변호인에게 책임 있는 사유에 기인한 것이 아닌 경우라면, 관계 법령의 규정 혹은 증인의 특성 기타 공판절차의 특수성에 비추어 이를 정당화할 수 있는 특별한 사정이 존재하지 아니하는 이상, 이와 같이 실질적 반대신문권의 기회가 부여되지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력을 인정하기 어렵다. 이 경우 피고인의 책문권 포기로 그 하자가 치유될 수 있으나, 책문권 포기의 의사는 명시적인 것이어야 한다(대판 2022.3.17, 2016도17054).

[17] 형사소송법 제312조 제4항에 규정된 ‘**영상녹화물**’이라 함은 **형사소송법 및 형사소송규칙에 규정된 방식과 절차에 따라 제작되어 조사 신청된 영상녹화물**을 의미한다고 봄이 타당하다(대판 2022.6.16, 2022도364).

[18] 수사기관이 작성한 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서에 대하여 실질적 진정성립을 증명하기 위해 영상녹화물의 조사를 신청하려면 영상녹화를 시작하기 전에 피고인 아닌 자의 동의를 받고 그에 관해서 피고인 아닌 자가 기명날인 또는 서명한 **영상녹화 동의서**를 첨부하여야 하고, 조사가 개시된 시점부터 조사가 종료되어 참고인이 조서에 기명날인 또는 서명을 마치는 시점까지 **조사 전 과정이 영상녹화**되어야 하므로 이를 위반한 영상녹화물에 의하여는 특별한 사정이 없는 한 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서의 **실질적 진정성립을 증명할 수 없다**(대판 2022.6.16, 2022도364).

[19] 형사소송법 제313조 제1항 단서의 의미에 관하여 학설상의 대립이 있는데, 이에 대하여 녹음테이프의 증거능력이 문제된 사안에서 **원진술자인 피고인의 ‘진정성립을 부정하는 진술’에도 불구하고 특신상태 등이 인정되면 진술기재서의 증거능력을 인정(특신상태가 증거능력 취득요건을 완화하는 기능을 한다고 하여 **완화요건설**로 불림)**(대판 2022.4.28, 2018도3914).

[20] 형사소송법 제314조는 원진술자 또는 작성자가 사망·질병·외국거주·소재불명 등의 사유로 공판준비 또는 공판기일에 출석하여 진술할 수 없는 경우에 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌다는 점이 증명되면 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차도 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 함으로써 보다 중대한 예외를 인정한 것이므로, 그 요건을 **더욱 엄격하게 해석·적용하여야 한다**(대판 2022.3.17, 2016도17054).

[21] **혈중알코올농도 측정 없이 위드마크 공식을 사용해 피고인이 마신 술의 양을 기초로 피고인의 운전 당시 혈중알코올농도를 추산하는 경우로서 알코올의 분해소멸에 따른 혈중알코올농도의 감소기에 운전이 이루어진 것으로 인정되는 경우에는 피고인에게 가장 유리한 음주 시작 시점부터 곧바로 생리작용에 의하여 분해소멸이 시작되는 것으로 보아야 한다.** 이와 다르게 음주 개시 후 특정 시점부터 알코올의 분해소멸이 시작된다고 인정하려면 알코올의 분해소멸이 시작되는 시점이 다르다는 점에 관한 과학적 증명 또는 객관적인 반대 증거가 있거나, 음주 시작 시점부터 알코올의 분해소멸이 시작된다고 보는 것이 그렇지 않은 경우보다 피고인에게 불이익하게 작용되는 특별한 사정이 있어야 한다(대판 2022.5.12, 2021도14074).

[22] 인접한 시기에 같은 피해자를 상대로 저질러진 동종 범죄라도 각각의 범죄에 따라 범행의 구체적인 경위, 피해자와 피고인 사이의 관계, 피해자를 비롯한 관련 당사자의 진술 등이 다를 수 있다. 따라서 사실심 법원은 인접한 시기에 같은 피해자를 상대로 저질러진 동종 범죄에 대해서도 각각의 범죄에

따라 피해자 진술의 신빙성이나 그 신빙성 유무를 기초로 한 범죄 성립 여부를 달리 판단할 수 있고, 이것이 실제적 진실발견과 인권보장이라는 형사소송의 이념에 부합한다(대판 2022.3.31, 2018도19472).

[23] 판결 선고는 재판장이 주문을 낭독한 이후라도 선고가 종료되기 전까지는 일단 낭독한 주문의 내용을 정정하여 다시 선고할 수 있다. 그러나 판결 선고절차가 종료되기 전이라도 변경 선고가 무제한 허용된다고 할 수는 없다. 재판장이 일단 주문을 낭독하여 선고 내용이 외부적으로 표시된 이상 재판서에 기재된 주문과 이유를 잘못 낭독하거나 설명하는 등 실수가 있거나 판결 내용에 잘못이 있음이 발견된 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에 변경 선고가 허용된다(대판 2022.5.13, 2017도3884).

[24] 제1심 재판장이 선고기일에 법정에서 ‘피고인을 징역 1년에 처한다.’는 주문을 낭독한 뒤 상소기간 등에 관한 고지를 하던 중 피고인이 ‘재판이 개판이야, 재판이 뭐 이 따위야.’ 등의 말과 욕설을 하면서 난동을 부려 교도관이 피고인을 제압하여 구치감으로 끌고 간 후 다시 법정으로 데리고 나왔다. 제1심 재판장은 피고인에게 ‘선고가 아직 끝난 것이 아니고 선고가 최종적으로 마무리되기까지 이 법정에서 나타난 사정 등을 종합하여 선고형을 정정한다.’는 취지로 말하며 징역 3년을 선고한 사안에서, 위 변경 선고가 정당하다고 볼 만한 특별한 사정이 발견되지 않으므로 위법하다(대판 2022.5.13, 2017도3884).

[25] 경합범 관계에 있는 공소사실 중 일부 유죄, 일부 무죄를 선고하여 판결주문이 수 개일 때 검사가 판결 전부에 대하여 상소하였는데 상소심에서 이를 파기할 때에는 유죄 부분과 파기되는 무죄 부분이 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되어야 하므로, 유죄 부분과 파기되는 무죄 부분을 함께 파기하여야 한다. 그러나 위와 같이 하나의 형을 선고하기 위해서 파기하는 경우를 제외하고는 경합범의 관계에 있는 공소사실이라고 하더라도 개별적으로 파기되는 부분과 불가분의 관계에 있는 부분만을 파기하여야 한다.

따라서, 피해자 학부모 및 대한민국에 대한 사기로 기소된 피고인에 대하여 제1심법원이 피해자 대한민국에 대한 사기 부분에 대하여 무죄를 선고하고 피해자 학부모들에 대한 사기 부분에 대하여 공소를 기각하자 검사가 제1심판결 전부에 대하여 항소를 제기하였고, 그 중 공소기각부분에 대한 상고가 이유가 있어 이를 파기한 경우 그 판결 전체가 불가분의 관계에 있다고 볼 수 없고, 각 부분에 관한 항소이유를 개별적으로 판단해야 하므로 공소기각 부분만 파기하여야 하고 아무 상관이 없는 무죄 부분은 파기할 수 없다(대판 2022.1.13, 2021도13108).

[26] 제1심판결에 대하여 피고인은 비약적 상고를, 검사는 항소를 각각 제기하여 이들이 경합한 경우 피고인의 비약적 상고에 상고의 효력이 인정되는 않더라도, 피고인의 비약적 상고가 항소기간 준수 등 항소로서의 적법요건을 모두 갖추었고, 피고인이 자신의 비약적 상고에 상고의 효력이 인정되지 않는 때에도 항소심에서는 제1심판결을 다룰 의사가 없었다고 볼 만한 특별한 사정이 없다면, **피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력이 인정된다**고 보아야 한다(대판 2022.5.19, 2021도17131 전원합의체).

[27] 형벌조항에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 있는 경우 헌법재판소법 제47조에 의한 재심은 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 상고

기각판결을 재심대상으로 삼은 재심청구는 법률상의 방식을 위반한 것으로 부적법하다(대결2022.6.24, 2022모509).

[28] 현재판례

1. 음주운전 금지규정 위반 또는 음주측정거부 전력이 1회 이상 있는 사람이 다시 음주운전 금지규정 위반행위를 한 경우 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 도로교통법 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제1항 또는 제2항을 1회 이상 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제1항을 위반한 사람’에 관한 부분이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다(헌재결 2022.5.26, 2021헌가30).

2. 음주운전 금지규정 위반 전력이 1회 이상 있는 사람이 다시 음주측정거부를 한 경우 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 구 도로교통법 제148조의2 제1항 및 도로교통법 제148조의2 제1항 중 각 ‘제44조 제1항을 1회 이상 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제2항을 위반한 사람’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다(헌재결2022.5.26, 헌가32).

3. 음주측정거부 전력이 1회 이상 있는 사람이 다시 음주운전 금지규정 위반행위를 한 경우 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 구 도로교통법 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제2항을 1회 이상 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제1항을 위반한 사람’에 관한 부분이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다(헌재결 2022.8.31, 2022헌가14).

4. 음주측정거부 전력이 1회 이상 있는 사람이 다시 음주측정거부행위를 한 경우 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 도로교통법 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제2항을 2회 이상 위반한 사람’에 관한 부분이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다(헌재결 2022.8.31, 2022헌가18).

5. 음주운전 금지규정을 2회 이상 위반한 사람을 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 구 도로교통법 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’에 관한 부분이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다(헌재결2021.11.25, 2019헌바446).