

'24년 경찰공무원(경위이하) 정기 승진시험

【 형 사 소 송 법 】

1. 형사소송의 법원(法源), 이념 및 구조에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 적법절차란 법률이 정한 절차 및 그 실체적 내용이 모두 적정하여야 함을 말하는 것으로서 적정하다는 것은 공정하고 합리적이며 상당성이 있어 정의관념에 합치됨을 뜻한다.
- ② 형사소송법의 법원(法源)이 되는 헌법은 수사절차에 대하여 강제수사법정주의를 명시하고 있지 않다.
- ③ 대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있으며, 이에 대법원규칙인 「형사소송규칙」은 형사소송법의 법원(法源)이 된다.
- ④ 검사, 피고인 또는 변호인의 증거신청 및 법원의 증거조사에 관한 규정(「형사소송법」 제294조 및 제295조)에서 우리나라 「형사소송법」은 당사자주의와 직권주의가 혼합되어 있음을 알 수 있다.

해설

- ① O : 대결 1988.11.16, 88초60
- ② X : 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다(헌법 제12조 제1항). → 헌법은 제12조 제1항에서 수사절차에 대하여 강제수사법정주의를 명시하고 있다.
- ③ O : 헌법 제108조
- ④ O : 당사자주의와 직권주의가 혼합되어 있음을 알 수 있다(제294조, 제295조 참조)

정답 ②

2. 형사소송법의 적용범위에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중에 수사를 받지 아니한다.
- ② 10년 넘게 대한민국에 머물면서 한국인 아내와 결혼하여 가정을 마련하고 직장생활을 하는 등 생활근거지를 대한민국에 두고 있는 미합중국 국적을 가진 미합중국 군대의 군속이 평시 상태의 대한민국 내에서 공무집행 중 저지른 「교통사고처리 특례법」 위반 범행에 대하여 대한민국의 형사재판권을 바로 행사할 수 있다.
- ③ 소급효금지 원칙은 형사법의 대원칙으로서, 형사소송법의 개정이 이루어지는 경우 개정법 시행 당시 수사 중이거나 법원에 계속 중인 사건에 대해서는 신법을 적용하고 구법에 따라 이미 행한 소송행위의 효력은 인정되지 아니한다.
- ④ 국회의원 면책특권의 대상이 되는 행위는 국회의 직무수행에 필수적인 국회의원의 국회 내에서의 직무상 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에만 국한되며, 이에 통상적으로 행해지는 직무부수행위까지는 포함되지 않는다.

해설

- ① X : 대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중에 형사소추를 받지 아니한다(헌법 제84조). → **수사의 가능 여부에 대해서는 논의가 있다.**
- ② O : 미합중국 국적을 가진 미합중국 군대의 군속인 피고인이 범행 당시 10년 넘게 대한민국에 머물면서 한국인 아내와 결혼하여 가정을 마련하고 직장생활을 하는 등 생활의 근거지를 대한민국에 두고 있었던 경우, 대한민국과 아메리카합중국 간의 상호 방위조약에서 군속의 개념에서 배제되는 자인 '통상적으로 대한민국에 거주하는 자'에 해당하므로 위 협정에서 정한 미합중국 군대의 군속에 관한 형사재판권 관련조항이 적용될 수 없다. 따라서 대한민국이 형사재판권을 행사할 수 있다(대판 2006.5.11, 2005도798).
- ③ X : 형사소송법은 형법과는 달리 **소급효금지원칙은 적용되지 않으며**, 신법을 적용할 것인가 구법을 적용할 것인가는 결국 입법정책의 문제이다. 형사소송법 2007년 개정부칙에 의하면, 개정에 있어서는 일반적으로 법 시행 당시 수사 중이거나 법원에 계속 중인 사건에도 개정 신법이 적용되나, 시행 전에 종전의 규정에 따라 행한 소송행위의 효력에는 영향을 미치지 아니한다(부칙 제2조)라고 규정함으로써 **혼합주의**를 취하고 있다. → **소급효금지의 원칙은 형사법의 대원칙이라는 부분과 이미 행한 소송행위의 효력은 인정되지 아니한다는 부분이 틀린 표현이다.**
- ④ X : 국회의원의 면책특권의 대상이 되는 행위는 직무상의 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에 국한되지 아니하고 이에 **통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함**하고, 그와 같은 부수행위인지 여부는 결국 구체적인 행위의 목적, 장소, 태양 등을 종합하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다(대판1992.9.22.,91도3317)

정답 ②

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

- 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.
- ② 고소권자가 비친고죄로 고소한 사건이더라도 검사가 사건을 친고죄로 구성하여 공소를 제기하였다면 공소장 변경절차를 거쳐 공소사실이 비친고죄로 변경되지 아니하는 한, 법원으로서 친고죄에서 소송조건이 되는 고소가 유효하게 존재하는지를 직권으로 조사·심리하여야 한다.
- ③ 고소의 취소는 수사기관 또는 법원에 대한 법률행위적 소송행위이므로 공소제기 전에는 고소사건을 담당하는 수사기관에 공소제기 후에는 고소사건의 수소법원에 대하여 이루어져야 한다.
- ④ 「형사소송법」이 고소 및 고소취소에 대하여 대리를 허용하는 규정을 두면서도 처벌불원 의사에 대하여는 이에 관한 규정을 두지 않은 것은 해석에 의한 보충이 필요한 입법의 불비이자 법률의 흠결에 해당한다.

해설

- ① O : 대판 2022.5.26, 2021도2488
- ② O : 대판 2015.11.17, 2013도7987
- ③ O : 대판 2012.2.23, 2011도17264
- ④ X : 형사소송법이 친고죄와 달리 반의사불벌죄에 관하여 고소취소의 시한과 재고소의 금지에 관한 규정을 준용하는 규정 외에 다른 근거규정이나 준용규정을 두지 않은 것은 이러한 반의사불벌죄의 특성을 고려하여 고소 및 고소취소에 관한 규정에서 규율하는 법원칙을 반의사불벌죄의 처벌불원 의사에 대하여는 적용하지 않겠다는 입법적 결단으로 이해하여야 한다(대판 2023.7.17, 2021도11126 전원합의체)

정답 ④

4. 2018. 1. 1.부터 2020. 12. 31.까지 사업자 甲은 다른 사업자 乙, 丙과 함께 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’ 이라고 한다)에서 금지하고 있는 부당한 공동행위를 하였는데, 2021. 5. 1. 공정거래위원회는 이를 인지하여 조사한 후 甲만을 검찰에 고발하고, 乙과 丙에 대하여는 시정조치를 명하였다. 참고로 공정거래법상 부당한 공동행위를 할 경우에는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 甲에 대한 공정거래위원회의 고발이 있기 전에 수사기관이 甲에 대한 공정거래법 위반 혐의를 수사하였다면 그 수사는 위법하다.
- ㉡ 공정거래위원회의 甲에 대한 고발은 친고죄에 관한 고소의 주관적 불가분 원칙을 규정한 「형사소송법」 제233조의 준용에 의하여 乙, 丙에 대하여도 그 효력이 발생한다.
- ㉢ 검사가 2021. 5. 20. 甲에 대하여 불기소처분을 한 이후 甲이 2022년도에 다시 공정거래법상 금지되고 있는 부당한 공동행위를 한 경우, 만약 공정거래위원회가 甲의 2022년도 위반행위에 대하여만 검찰에 고발하였다더라도 甲의 2020년도 위반행위에 대하여 공소를 제기할 수 있다.
- ㉣ 공정거래위원회가 甲에게 공정거래법의 규정을 위반한 혐의가 있다고 인정하여 공정거래법에 따라 甲을 고발하였다더라도, 해당 혐의에 관한 공정거래위원회의 처분이 위법하여 행정소송에서 취소된다면 공정거래위원회의 고발을 기초로 이루어진 공소제기의 효력이 부정된다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설

- ㉠ X : 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다 하더라도, 그 수사가 장차 고소나 고발이 있을 가능성이 없는 상태에서 행해졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다든 이유만으로 그 수사가 위법하게 되는 것은 아니다(대판 1995.2.24, 94도252).
- ㉡ X : 공정거래위원회가 법 위반행위자 중 일부에 대하여만 고발을 한 경우에 그 고발의 효력이 나머지 법 위반행위자에게도 미치는지 여부 즉, 고발의 주관적 불가분원칙의 적용 여부에 관하여는 명시적으로 규정하고 있지 아니하고, 형사소송법도 제233조에서 친고죄에 관한 고소의 주관적 불가분원칙을 규정하고 있을 뿐 고발에 대하여 그 주관적 불가분의 원칙에 관한 규정을 두고 있지 않고 또한 형사소송법 제233조를 준용하고 있지도 아니하다. 따라서, 공정거래위원회의 甲에 대한 고발은 乙, 丙에 대하여 그 효력이 발생하지 아니한다(대판 2010.9.30, 2008도4762).
- ㉢ O : 대판 2009.10.29, 2009도6614
- ㉣ X : 법원이 본안에 대하여 심판한 결과 공정거래법의 규정에 위반되는 혐의 사실이 인정되지 아니하거나 그 위반 혐의에 관한 공정거래위원회의 처분이 위법하여 행정소송에서 취소된다 하더라도 이러한 사정만으로는 그 고발을 기초로 이루어진 공소제기 등 형사절차의 효력에 영향을 미치지 아니한다(대판 2015.9. 10, 2015도3926).

정답 ①

5. 참고인 조사에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 진술거부권의 고지가 갖는 실질적인 의미를 고려해 볼 때, 피의자의 지위에 있지 아니한 참고인으로서 조사를 받으면서 수사기관으로부터 진술거부권을 고지받지 않았다면 그 진술조서는 위법수집증거로서 증거능력이 없다.

- ② 검사 또는 사법경찰관이 참고인을 조사하는 경우에는 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다.
- ③ 참고인이 수사과정에서 진술서를 작성하였지만 수사기관이 그에 대한 조사과정을 기록하지 아니하여 「형사소송법」 제244조의4 제3항, 제1항에서 정한 절차를 위반한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 수사과정에서 진술서가 작성되었다 할 수 없으므로 그 증거능력을 인정할 수 없다.
- ④ 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 「형사소송법」에 따라 작성한 영상녹화물은, 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수는 없다.

해설

- ① X : 수사기관에 의한 진술거부권 고지의 대상이 되는 피의자의 지위는 수사기관이 조사대상자에 대한 범 죄혐의를 인정하여 수사를 개시하는 행위를 한 때에 인정되는 것으로 봄이 상당하다. 따라서 이러한 피의자의 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였다 하더라도 그 진술의 증거능력을 부정할 것은 아니다(대판 2014.4.30, 2012도725).
- ② O : 제244조의4 제3항
- ③ O : 대판 2015.4.23, 2013도3790
- ④ O : 대판 2014.7.10, 2012도5041

정답 ①

6. 영장에 의한 체포에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사법경찰관은 체포영장의 유효기간 내에 영장의 집행에 착수하지 못했거나 그 밖의 사유로 영장의 집행이 불가능하거나 불필요하게 되었을 때에는 그 영장을 청구한 검사에게 반환하고, 검사는 사법경찰관이 반환한 영장을 법원에 반환한다.
- ② 검사 또는 사법경찰관은 체포된 피의자의 배우자가 체포영장 등본의 교부를 청구하면 그 등본을 교부해야 한다.
- ③ 사법경찰관이 피의자를 영장에 의하여 체포한 후 구속한 경우에 있어서 구속기간은 피의자를 구속한 날부터 기산한다.
- ④ 검사는 체포영장을 발부받은 후 피의자를 체포하기 이전에 체포영장을 첨부하여 판사에게 인치·구금할 장소의 변경을 청구할 수 있다.

해설

- ① O : 수사준칙 제35조 제1항, 제3항
- ② O : 수사준칙 제34조
- ③ X : 사법경찰관이 피의자를 영장에 의하여 체포한 후 구속한 경우에 있어서 구속기간은 피의자를 체포한 날부터 기산한다(제203조의2).
- ④ O : 규칙 제96조의3

정답 ③

7. 긴급체포에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 긴급체포하는 경우에는 반드시 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고, 변명할 기회를 주어야 한다.
- ② 검사 또는 사법경찰관은 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있으며, 이는 현행범인 체포의 경우에도 준용된다.
- ③ 사법경찰관이 검사에게 긴급체포된 피의자에 대한 긴급체포승인 건의와 함께 구속영장을 신청한 경우, 검사는 긴급체포의 적법성 여부를 심사하면서 수사서류뿐만 아니라 피의자를 검찰청으로 출석시켜 직접 대면조사할 수 있는 권한을 가진다.
- ④ 영장 없이는 긴급체포 후 석방된 피의자를 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못하지만, 이와 같이 석방된 피의자라도 법원으로부터 구속영장을 발부받아 구속할 수 있다.

해설

- ① O : 제200조의5
- ② X : 현행범인 체포의 경우에는 제217조 제1항이 **준용되지 않는다**.
- ③ O : 대판 2010.10.28, 2008도11999
- ④ O : 대판 2001.9.28, 2001도4291

정답 ②

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

- ① 피고인이 구속된 경우에 변호인이 없는 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 하는데, 여기서 ‘피고인이 구속된 경우’란 피고인이 당해 형사사건에서 구속되어 재판 받고 있는 경우 뿐만 아니라 피고인이 별건으로 구속되어 있거나 다른 형사 사건에서 유죄로 확정되어 수형중인 경우도 이에 포함된다.
- ② 법원에 대한 기피신청이 있을 때에는 소송의 지연을 목적으로 함이 명백하거나 기피신청의 관할 규정에 위배된 경우를 제외하고는 소송진행을 정지하여야 하지만 급속을 요하는 경우에는 예외로 하고, 기피신청으로 소송진행이 정지되더라도 구속기간의 진행은 정지되지 아니한다.
- ③ 교도소에 구속된 자에 대한 공소장의 송달은 교도소장에게 송달하면 구속된 자에게 전달된 여부와 관계없이 효력이 생긴다.
- ④ 형집행정지 중에 있는 경우는 법률에 따라 구속 중인 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

해설

- ① X : 형사소송법 제33조 제1항 제1호의 ‘피고인이 구속된 때’라고 함은 피고인이 당해 형사사건에서 구속되어 재판을 받고 있는 경우를 의미하고, 피고인이 **별건으로 구속되어 있거나 다른 형사사건에서 유죄로 확정되어 수형 중인 경우는 이에 해당하지 아니한다**고 할 것이다(대판 2009.5.28, 2009도579).
- ② O : 대판 1990.6.8, 90도646
- ▶ **공판절차가 정지된 기간에도 구속기간은 진행된다는 종전의 규정하에서 나온 판례인데, 공판절차 정지기간은 구속기간에 산입되지 아니한다는 현행법(제92조 제3항)하에서는 기피신청으로 공판절차가 정지되면 구속기간의 진행도 정지되므로, 이제는 그 의미를 잃었다고 보아야 한다. 그러나 출제의 적절성 여부를 떠나 상대적으로 골라야 하는 객관식문제의 특성을 염두에 두면서 문제를 해결하여야 할 것으로 보인다.**

- ③ O : 대판 1972.2.18, 72모3
- ④ O : 대판 1986.10.14, 86도588

정답 ①

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

- ① 체포되거나 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주는 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다.
- ② 법원은 청구권자 아닌 사람이 구속의 적부심사를 청구하는 경우에는 심문 없이 결정으로 청구를 기각할 수 있는데, 이와 같은 기각결정에 대해서는 항고할 수 없다.
- ③ 법원은 구속된 피의자에 대하여 피의자의 출석을 보장할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 석방을 명할 수 있는데, 석방된 피의자가 출석요구를 받고 정당한 이유없이 출석하지 아니하더라도 동일한 범죄사실로 재차 체포하거나 구속할 수 없다.
- ④ 기소 전 보증금 납입 조건부 석방결정에 대하여 피의자나 검사가 그 취소의 실익이 있는 한 「형사소송법」 제402조에 의하여 항고할 수 있다.

해설

- ① O : 제214조의2 제1항
- ② O : 제214조의2 제3항, 제8항
- ③ X : 석방된 피의자가 출석요구를 받고 정당한 이유없이 출석하지 아니한 때에는 동일한 범죄사실로 재차 체포하거나 구속할 수 있다(제214조의3 제2항).
- ④ O : 대결 1997.8.27, 97모21

정답 ③

10. 구속집행정지에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 검사는 법원으로부터 구속집행정지에 관한 의견요청이 있을 때에는 의견서와 소송서류 및 증거물을 지체 없이 법원에 제출하여야 하는데, 이 경우 특별한 사정이 없는 한 의견요청을 받은 다음날까지 제출하여야 한다.
- ② 법원의 구속집행정지 결정에 대하여 검사는 보통항고를 할 수 있다.
- ③ 피의자·피고인에 대한 구속집행정지의 결정 여부는 법원의 권한이므로, 검사는 이를 할 수 없다.
- ④ 상소 중의 사건에 관한 피고인의 구속집행정지와 그 정지의 취소의 결정은 소송기록이 상소법원에 도달하기까지는 원심법원이 이를 하여야 한다.

해설

- ① O : 규칙 제54조 제1항
- ② O : 제403조 제2항
- ③ X : 구속된 피의자에 대하여 지방법원판사는 구속집행을 정지할 수 있으며(제101조 제1항, 제209조), 피의자에 대한 구속집행정지는 검사 또는 사법경찰관이 직권으로 할 수도 있다. 검사가 구속 중인 피의자에 대한 구속집행정지의 결정을 할 경우 구속집행정지결정서에 따른다(검찰사건사무규칙 제86조). 사법경찰관이 피의자 구속집행정지를 할 경우에 구속의 집행을 정지한 사법경찰관은 지체 없이 구속집행정지 통보서를 작성하여 검사에게 그 사실을 통보하고, 그 통보서 사본을 사건기록에 편철해야 한다(경찰수사규칙 제62조).
- ④ O : 규칙 제57조 제1항

정답 ③

11. 보석제도에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 보석불허가 이유로 피고인이 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있다고 설시한 것은 필요적 보석의 제외 사유에 해당함을 명시한 것이므로, 이를 보석불허가 사유를 명시하도록 한 규정에 어긋나는 설시라고 할 수 없다.
- ② 법원이 집행유예 기간 중에 있는 피고인의 보석을 허가한 것은 누범과 상습범에 대하여는 보석을 허가하지 아니할 수 있다는 「형사소송법」 제95조 제2호의 취지에 위배되어 위법하다.
- ③ 법원이 검사의 의견을 듣지 아니한 채 보석에 관한 결정을 하였다고 하더라도 그 결정이 적정한 이상, 그와 같은 절차상의 하자만을 들어 그 결정을 취소할 수는 없다.
- ④ 제1심이 피고인에 대한 보석허가결정을 하여 그 결정 등본이 검사에게 송달되자, 검사가 그 결정에 대하여 즉시항고가 아닌 보통항고를 하였다면, 항고심이 이에 기하여 제1심의 보석허가 결정을 취소하는 결정을 할 수 있다.

해설

- ① O : 대결 1991.8.13, 91모53
- ② X : 집행유예기간중에 있는 피고인의 보석을 허가한 것이 누범과 상습범에 대하여는 보석을 허가하지 아니할 수 있다는 형사소송법 제95조 제2호의 취지에 위배되어 **위법이라고 할 수 없다**(대결 1990.4.18, 90모22).
- ③ O : 대결 1997.11.27, 97모88
- ④ O : 대결 1997.4.18, 97모26

정답 ②

12. 접견교통권에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 미결수용자가 가지는 변호인과의 접견교통권은 그와 표리 관계인 변호인의 접견교통권과 함께 헌법상 기본권으로 보장되고 있다.
- ② 미결수용자의 변호인이 교도관에게 변호인 접견을 신청하는 경우 미결수용자의 형사사건에 관하여 변호인이 실제 변호를 할 의사가 있는지 여부는 교도관의 심사대상이 된다.
- ③ 임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정되고, 이는 임의동행의 형식으로 연행된 피형의자의 경우에도 마찬가지이다.
- ④ 변호인의 접견교통권이 제한된 위법한 상태에서 얻어진 피의자의 자백은 그 증거능력을 부인하여 유죄의 증거에서 배제하여야 하며, 이러한 위법증거의 배제는 실질적이고 완전하게 증거에서 제외함을 뜻하는 것이다.

해설

- ① O : 대판 2022.6.30, 2021도244
- ② X : 미결수용자의 변호인이 교도관에게 변호인 접견을 신청하는 경우 미결수용자의 형사사건에 관하여 변호인이 구체적으로 어떠한 변호 활동을 하는지, 실제 변호를 할 의사가 있는지 여부 등은 교도관의 심사대상이 되지 않는다. 따라서 이 사건 접견변호사들이 미결수용자의 개인적인 업무나 심부름을 위해 접견신청 행위를 하였다는 이유만으로 교도관들에 대한 위계에 해당한다거나 그로 인해 교도관의 직무집행이 구체적이고 현실적으로 방해되었다고 볼 수 없다(대판 2022.6.30, 2021도244).
- ③ O : 대결 1996.6.3, 96모18
- ④ O : 대판 2007.12.13, 2007도7257

정답 ②

13. 압수·수색영장의 제시 및 교부에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 압수·수색의 처분을 받는 자가 여럿인 경우에는 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하고, 이 경우 압수할 물건의 소유자·소지자·보관자 기타 이에 준하는 자에게 개별적으로 해당 영장의 사본을 교부해야 한다.
- ② 사법경찰관이 피압수자에게 영장을 제시하면서 표지에 해당하는 첫 페이지와 혐의사실이 기재된 부분만을 보여 주고, 영장의 내용 중 압수·수색·검증할 물건, 압수·수색·검증할 장소, 압수·수색·검증을 필요로 하는 사유, 압수 대상 및 방법의 제한 등 필요적 기재 사항 및 그와 일체를 이루는 부분을 확인하지 못하게 한 경우에도 해당 영장 제시는 적법한 압수·수색영장의 제시라고 볼 수 있다.
- ③ 피의자가 영장의 사본을 수령하기를 거부하는 경우에는 검사 또는 사법경찰관이 영장 사본 교부 확인서 끝 부분에 그 사유를 적고 기명날인 또는 서명해야 한다.
- ④ 수사기관이 압수·수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압수·수색을 실시하고 그 집행을 종료한 후, 동일한 장소 또는 목적물에 대하여 다시 압수·수색할 필요가 있는 경우, 앞서 발부받은 압수·수색영장의 유효기간이 남아 있다면 이를 제시하고 다시 압수·수색을 할 수 있다.

해설

- ① X : 압수·수색 또는 검증의 처분을 받는 자가 여럿인 경우에는 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 한다. 이 경우 **피의자에게는 개별적으로 해당 영장의 사본을 교부해야 한다**(수사준칙 제38조 제2항).
- ② X : 해당 영장 제시는 적법한 압수·수색영장의 제시라고 볼 수 없다(대판 2017.9.21, 2015도12400).
- ③ O : 수사준칙 제38조 제5항
- ④ X : 수사기관이 압수·수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압수·수색을 실시하고 그 집행을 종료한 후, 동일한 장소 또는 목적물에 대하여 다시 압수·수색할 필요가 있는 경우, 앞서 발부받은 압수·수색영장의 유효기간이 남아 있다고 하더라도 이를 제시하고 다시 압수·수색을 할 수 없다(대결 1999.12.1, 99모161).

정답 ③

14. 압수·수색에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사법경찰관은 사본을 확보한 경우 등 압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 압수물 및 증거에 사용할 압수물에 대하여 공소제기 전이라도 소유자, 소지자, 보관자 또는 제출인의 청구가 있는 때에는 검사의 지휘를 받아 환부 또는 가환부하여야 한다.
- ② 정보저장매체의 외형적·객관적 지배·관리 등 상태와 별도로 단지 피의자나 그 밖의 제3자가 과거 그 정보저장매체의 이용 내지 개별 전자정보의 생성·이용 등에 관여한 사실이 있다는 사정만으로 그들을 실질적으로 압수·수색을 받는 당사자로 취급하여야 하는 것은 아니다.
- ③ 피처분자가 현장에 없거나 현장에서 그를 발견할 수 없는 경우 등 영장제시가 현실적으로 불가능한 경우에는 영장을 제시하지 아니한 채 압수·수색을 하더라도 위법하다고 볼 수 없다.
- ④ 정보저장매체를 임의제출한 피압수자에 더하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 하는 ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’에 해당하는지 여부는 민사법상 권리의 귀속에 따른 법률적 판단을 기준으로 종합적으로 판단하여야 한다.

해설

- ① O : 제218조의2 제1항
- ② O : 대판 2022.1.27, 2021도11170
- ③ O : 대판 2015.1.22, 2014도10978
- ④ X : 이에 해당하는지 여부는 민사법상 권리의 귀속에 따른 법률적·사후적 판단이 아니라 **압수·수색 당시 외형적·객관적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 기준으로 판단하여야 한다**(대판 2022.1.27, 2021도11170).

정답 ④

15. 「통신비밀보호법」상 감청에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 전화통화 당사자의 일방이 상대방 모르게 통화내용을 녹음하는 것은 감청에 해당하지 아니하지만, 제3자의 경우는 설령 전화통화 당사자 일방의 동의를 받고 그 통화내용을 녹음하였다 하더라도 그 상대방의 동의가 없었던 이상 「통신비밀보호법」 제3조를 위반한 불법감청에 해당한다.
- ② 「통신비밀보호법」 제3조 제1항 본문에 의하면 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 않고는 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 청취하지 못하는데, 여기서 말하는 ‘공개되지 않았다.’는 것은 반드시 비밀과 동일한 의미는 아니다.
- ③ 인터넷개인방송의 방송자가 비밀번호를 설정하는 등 그 수신범위를 한정하는 비공개 조치를 취하지 않고 방송을 송출하는 경우, 그 시청자는 인터넷개인방송의 당사자인 수신인에 해당하고, 이러한 시청자가 방송 내용을 지득·채록하는 것은 「통신비밀보호법」에서 정한 감청에 해당하지 않는다.
- ④ A가 비공개 조치를 한 후 인터넷개인방송을 하는 가정에서 A와 잘 아는 사이인 甲이 불상의 방법으로 접속하거나 시청하고 있다는 사정을 알면서도 방송을 중단하거나 甲을 배제하는 조치를 취하지 아니하고, 오히려 甲의 시청 사실을 전제로 甲을 상대로 한 발언을 하기도 하는 등 계속 진행을 하였더라도, 甲이 해당방송을 시청하면서 음향·영상 등을 청취하거나 녹음하였다면 「통신비밀보호법」 제3조를 위반한 불법감청에 해당한다.

해설

- ① O : 대판 2010.10.14, 2010도9016
- ② O : 대판 2022.8.31, 2020도1007
- ③ O : 대판 2022.10.27, 2022도9877
- ④ X : 방송자가 이와 같은 제3자의 시청·녹화 사실을 알거나 알 수 있었음에도 방송을 중단하거나 그 제3자를 배제하지 않은 채 방송을 계속 진행하는 등 허가받지 아니한 제3자의 시청·녹화를 사실상 승낙·용인한 것으로 볼 수 있는 경우에는 그 제3자 역시 인터넷개인방송의 당사자에 포함될 수 있으므로, 이러한 제3자가 방송 내용을 지득·채록하는 것은 **통신비밀보호법에서 정한 감청에 해당하지 않는다**(대판 2022.10. 27, 2022도9877).

정답 ④

16. 공소제기에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공소사실의 특징은 공소제기의 유효조건이므로 공소장의 기재가 불명확한 경우는 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효일 때에 해당하여 법원은 즉시 공소기각의 판결을 선고해야 한다.

- ② 동일한 사실관계에 대하여 서로 양립할 수 없는 적용법조의 적용을 주위적·예비적으로 구하는 경우 예비적 공소사실만 유죄로 인정되고 그 부분에 대하여 피고인만 상소하였다면 예비적 공소사실만 상소심의 심판대상에 포함되고 주위적 공소사실은 상소심의 심판대상에 포함되지 않는다.
- ③ 공소장에 적용법조의 오기나 누락이 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주더라도 법원은 공소장 변경 없이 공소장에 기재되어 있지 않은 법조를 적용할 수 있다.
- ④ 공소장에 검사의 간인이 없더라도 그 공소장의 형식과 내용이 연속된 것으로 일체성이 인정되고 동일한 검사가 작성하였다고 인정되는 한, 이러한 공소장 제출에 의한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 할 수 없다.

해설

- ① X : 공소장에 피고인인 계주가 조직한 낙찰계의 조직일자, 구좌·계금과 계원들에게 분배하여야 할 계금이 특정되어 있고 피해자인 계원들의 성명과, 피해자 별 피해액만이 명확하지 아니한 경우에는, 법원은 **검사에게 석명을 구하여 만약 이를 명확하게 하지 아니한 경우에 공소사실의 불특정을 이유로 공소기각을 할 것**이고 이에 이르지 않고 바로 공소기각의 판결을 하였음은 심리미진의 위법이 있다(대판 1983.6.14, 83도293).
- ② X : 주위적·예비적 공소사실의 일부에 대한 상소제기의 효력은 나머지 공소사실 부분에 대하여도 미치는 것이고, 동일한 사실관계에 대하여 서로 양립할 수 없는 적용법조의 적용을 주위적·예비적으로 구하는 경우에는 예비적 공소사실만 유죄로 인정되고 그 부분에 대하여 피고인만 상소하였다고 하더라도 **주위적 공소사실까지 함께 상소심의 심판대상에 포함된다**고 볼 것이다(대판 2006.5.25, 2006도1146).
- ③ X : 적용법조의 기재에 오기나 누락이 있는 경우라 할지라도 이로 인하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한 공소제기의 효력에는 영향이 없고, 법원으로서도 공소장 변경의 절차를 거치지 않고 곧 바로 공소장에 기재되어 있지 않은 법조를 적용할 수 있다(대판 2006.4.28, 2005도4085). 공소장에 적용법조의 오기나 누락이 **피고인의 방어에 실질적인 불이익을 준 경우라면, 법원은 공소장 변경 없이 공소장에 기재되어 있지 않은 법조를 적용할 수 없다.**
- ④ O : 대판 2021.12.30, 2019도16259

정답 ④

17. 피고인 특정과 관련하여 아래의 괄호 안에 들어갈 적절한 용어를 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

공판심리 중 성명모용사실이 밝혀지면 검사는 (㉠)절차에 의해 피고인의 표시를 바로 잡아야 한다. 만약 검사가 그 모용관계를 바로 잡지 아니한 경우, 이는 (㉡)에 해당하므로 법원은 (㉢)(으)로 공소를 기각하여야 한다.

- | | | |
|-----------|----------------------|------|
| ① ㉠ 공소장정정 | ㉡ 피고인에 대한 재판권이 없는 경우 | ㉢ 결정 |
| ② ㉠ 공소장변경 | ㉡ 적법한 공소제기가 없는 경우 | ㉢ 판결 |
| ③ ㉠ 공소장변경 | ㉡ 피고인에 대한 재판권이 없는 경우 | ㉢ 결정 |
| ④ ㉠ 공소장정정 | ㉡ 적법한 공소제기가 없는 경우 | ㉢ 판결 |

해설

※ 피의자가 다른 사람의 성명을 모용한 탓으로 공소장에 피모용자가 피고인으로 표시된 경우 검사는 공소장의 인적 사항의 기재를 정정하여 피고인의 표시를 바로잡아야 하는 것인바, 이는 피고인의 **표시상의 착오**를

정정하는 것이지 공소장을 변경하는 것이 아니므로 공소장변경의 절차를 밟을 필요가 없고 법원의 허가도 필요로 하지 아니한다. 검사가 공소장의 피고인 표시를 정정하여 모용관계를 바로잡지 아니한 경우에는 외형상 피모용자 명의로 공소가 제기된 것으로 되어 있어 공소제기의 방식이 형사소송법 제254조(공소제기의 방식과 공소장)의 규정에 위반하여 무효(적법한 공소제기가 없는 경우)라 할 것이므로 법원은 공소기각의 판결을 선고하여야 한다(대판 1993.1.19, 92도2554).

정답 ④

18. 공소장일본주의에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공소장일본주의는 검사가 공소를 제기할 때에는 원칙적으로 공소장 하나만을 제출하여야 하고 그 밖에 사건에 관하여 법원에 예단을 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 아니된다는 원칙이다.
- ② 공소장일본주의에 위반하여 공소가 제기된 때에는 그 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하는 것으로 보아 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙이다.
- ③ 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인측의 유효한 이의제기가 있었다라도 법원이 공판절차 초기 쟁점정리 과정에서 범죄 구성요건과 상관이 없어 심리하지 않겠다고 고지하고 증거조사 등의 공판절차를 진행하였다면 공소장 기재 방식의 하자는 치유된 것으로 본다.
- ④ 살인, 방화 등의 경우 범죄의 직접적인 동기 또는 공소범죄사실과 밀접불가분의 관계에 있는 동기를 공소사실에 기재하는 것이 공소장일본주의 위반이 아님은 명백하고, 설사 범죄의 직접적인 동기가 아닌 경우에도 동기의 기재는 공소장의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

해설

- ① O : 규칙 제118조 제1항
- ② O : 대판 2017.11.9, 2014도1519
- ③ X : 피고인 측으로부터 이의가 유효하게 제기되어 있는 이상 공판절차가 진행되어 법관의 심증형성의 단계에 이르렀다고 하여 공소장일본주의 위배의 하자가 치유된다고 볼 수 없다(대판 2015.1.29, 2012도2957).
- ④ O : 대판 2007.5.11, 2007도748

정답 ③

19. 공소시효에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사람을 살해한 범죄(중범은 제외한다)로 사형에 해당하는 범죄에 대하여는 공소시효를 적용하지 아니한다.
- ② 범죄 후 법률의 개정에 의하여 법정형이 가벼워진 경우에는 「형법」 제1조 제2항에 의하여 당해 범죄사실에 적용될 가벼운 법정형(신법의 법정형)이 공소시효 기간의 기준이 된다.
- ③ 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 면소판결을 선고하여야 한다.
- ④ 공범의 1인으로 기소된 자가 책임조각을 이유로 무죄의 확정판결을 선고받은 경우 그에 대하여 제기된 공소로써는 진범에 대한 공소시효정지의 효력이 인정되지 않는다.

해설

- ① O : 제253조의2
- ② O : 대판 2008.12.11, 2008도4376
- ③ O : 대판 2013.7.26, 2013도6182
- ④ X : 공범의 1인으로 기소된 자가 **책임조각**을 이유로 무죄의 확정판결을 선고받은 경우 그에 대하여 제기된 공소는 **진범에 대한 공소시효정지의 효력이 인정된다**(대판 1999.3.9, 98도4621).
 ↔ 공범의 1인으로 기소된 자가 **범죄의 증명이 없다**는 이유로 공범 중 1인이 무죄의 확정판결을 선고받은 경우에는 그를 공범이라고 할 수 없어 그에 대하여 제기된 공소로써는 **진범에 대한 공소시효정지의 효력이 없다**(대판 1999.3.9, 98도4621).

정답 ④

20. 진술거부권에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 객관적이고 명백한 증거가 있음에도 진실의 발견을 적극적으로 숨기거나 법원을 오도하려는 시도에 기인한 진술거부권의 행사라 하더라도 이는 **가중적 양형의 조건으로 참작될 수 없다**.
- ㉡ 수사기간이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.
- ㉢ 교통사고를 야기한 운전자의 교통사고 신고의무를 규정한 구 「도로교통법」(1984. 8. 4. 법률 제3744호) 제50조 제2항 및 제111조 제3호를 사고 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 범위 내에서 교통사고의 객관적 내용만을 신고하도록 한 것으로 해석하고, 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 않는 것으로 해석하는 한 헌법에 위배되지 않는다.
- ㉣ 선거범죄 조사와 관련하여 선거관리위원회 위원·직원이 관계자에게 질문·조사를 할 수 있다고 규정하면서도 진술거부권의 고지에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 않은 구 「공직선거법」(2013. 8. 13. 법률 제12111호로 개정되기 전의 것) 제272조의2에서, 선거범죄 조사와 관련하여 관계자에게 진술거부권 고지 없이 작성·수집된 선거관리위원회의 문답서는 증거능력이 없다.

① ㉠㉡

② ㉠㉢

③ ㉡㉣

④ ㉡㉣

해설

- ㉠ X : 객관적이고 명백한 증거가 있음에도 진실의 발견을 적극적으로 숨기거나 법원을 오도하려는 시도에 기인한 진술거부권의 행사라 하더라도 이는 **가중적 양형의 조건으로 참작할 수 있다**(대판 2001.3.9, 2001도192).
- ㉡ O : 대판 2011.11.10, 2010도8294
- ㉢ O : 헌재결 1990.8.27, 89헌가118
- ㉣ X : 개정된 공직선거법은 제272조의 2 제7항을 신설(2013. 8. 13)하여 선거관리위원회의 조사절차에서 피조사자에게 **진술거부권을 고지하도록 하는 규정을 마련하였으나**, 그 부칙 제1조는 “이 법은 공포한 날부터 시행한다.”고 규정하고 있어 그 시행 전에 이루어진 선거관리위원회의 조사절차에서 **미리 진술거부권을 고지하지 않았다고 하여 그 조사절차가 위법하다거나 그 과정에서 작성·수집된 선거관리위원회 문답서의 증거능력이 당연히 부정된다고 할 수는 없다**(대판 2014.1.16, 2013도5441).

정답 ③

21. 공판절차의 기본원칙에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법은 공개재판을 받을 권리를 피고인의 기본권으로 보장하고 있을 뿐만 아니라 원칙적으로 재판의 심리와 판결을 공개하도록 규정하고 있다.
- ② 「형사소송법」은 공판중심주의를 실현하기 위해 구두변론주의 원칙을 명시하고 있으며, 이는 당사자의 주장과 입증만에 의해 재판을 하게 되는 당사자처분주의에 바탕을 두고 있다.
- ③ 「형사소송법」은 증명대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본증거를 재판의 기초로 삼아야 하며, 원본증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되지 않는다는 실질적 직접주의를 채택하고 있다.
- ④ 「형사소송법」에는 집중심리에 대한 명문의 규정이 있다.

해설

- ① O : 헌법 제27조 제3항, 제109조
- ② X : 형사소송법은 공판중심주의를 실현하기 위하여 구두변론주의 원칙을 명시하고 있다(제275조의3). 당사자처분권주의란 소송의 종결에 관하여 당사자의 처분에 맡기는 원칙을 말하며, 민사소송이 당사자처분권주의에 바탕을 두고 있다. 그러나 국가형벌권을 실현하는 절차인 형사소송에 있어서는 형식적 진실로서는 만족할 수 없고 법원은 당사자의 주장이나 입증에 구속됨이 없이 실체적 진실을 규명할 것이 요구된다.
- ③ O : 대판 2012.6.14, 2011도5313
- ④ O : 제267조의2

정답 ②

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

- ① 법원은 간이공판절차로 심판하는 것이 현저히 부당하다고 인정할 때에는 검사의 의견을 들어 간이공판절차의 개시결정을 취소해야 한다.
- ② 간이공판절차로 진행된 제1심법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서 증거로 할 수 있으므로 제1심법원에서 이미 증거능력이 있었던 증거는 항소심에서도 증거능력이 그대로 유지되어, 항소심에서 피고인의 범행을 부인하더라도 다시 증거조사를 할 필요가 없다.
- ③ 간이공판절차는 피고인이 공판정에서 자백하는 경우에 증거조사를 간편하게 하고 증거능력의 제한을 완화하여 심리를 신속하게 진행하는데 그 의의가 있으며, 이에 따라 위법수집증거배제법칙을 제외한 전문법칙이나 자백배제법칙에 의한 증거능력의 제한은 완화되어 적용된다.
- ④ 간이공판절차 개시결정이 있는 경우 전문법칙이 적용되는 증거에 대하여 동의가 있는 것으로 간주되지만, 피고인 또는 변호인은 이를 증거로 함에 이의를 제기할 수 있다.

해설

- ① O : 제286조의3
- ② O : 대판 2005.3.11, 2004도8313
- ③ X : 간이공판절차는 증거조사 간이화와 전문법칙 적용 완화의 특칙 이외는 일반 공판절차와 동일하다. 따라서 위법수집증거배제법칙, 자백배제법칙, 자백보강법칙 등은 그대로 적용된다.
- ④ O : 제318조의3

정답 ③

23. 국민참여재판에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국민참여재판 대상이 되는 사건임에도 법원에서 피고인이 국민참여재판을 원하는지에 관한 의사 확인절차를 거치지 아니한 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하였다면, 그 절차는 위법하고 이러한 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위도 무효이다.
- ② 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리는 직업법관에 의한 재판을 주된 내용으로 하는 것이므로, 국민참여재판을 받을 권리가 헌법 제27조 제1항에서 규정한 재판을 받을 권리의 보호범위에 속한다고 볼 수 없다.
- ③ 피고인이 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일이 경과한 후에는 국민참여재판 신청을 할 수 없다.
- ④ 배심원은 유·무죄에 관하여 전원의 의견이 일치하지 아니하는 때에는 평결을 하기 전에 심리에 참여한 판사의 의견을 들은 다음 다수결 방법으로 유·무죄의 평결을 한다.

해설

- ① O : 대판 2012.4.26, 2012도1225
- ② O : 현재결 2009.11.26, 2008헌바12
- ③ X : 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 의사확인서를 제출하지 아니한 피고인도 **제1회 공판기일이 열리기 전까지는 국민참여재판 신청을 할 수 있고**, 법원은 그 의사를 확인하여 국민참여재판으로 진행할 수 있다고 봄이 상당하다(대결 2009.10.23, 2009모1032).
- ④ O : 참여법률 제46조 제3항

정답 ③

24. 증명에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 구성요건에 해당하는 사실은 엄격한 증명에 의하여 이를 인정하여야 하나, 증거능력이 인정되지 않는 증거라도 구성요건 사실을 입증하는 직접증거의 증명력을 보강하는 보조사실의 인정자료로서는 허용된다.
- ② 공모공동정범에 있어서 공모나 모의를 인정하기 위하여는 엄격한 증명에 의하여야 하고, 그 증거는 판결에 표시되어야 한다.
- ③ 의사에게 의료행위로 인한 업무상과실치상죄가 문제되는 사안에서 공소사실에 기재된 업무상과실의 존재와 그러한 업무상과실로 인하여 환자에게 상해의 결과가 발생한 점은 자유로운 증명의 대상이다.
- ④ 친고죄에서 고소 유무에 대한 사실은 자유로운 증명의 대상이나, 반의사불벌죄에서 피고인 또는 피의자의 처벌불원 의사표시 또는 처벌희망 의사표시 철회의 유무나 그 효력 여부에 관한 사실은 엄격한 증명의 대상이다.

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 2006.12.8, 2006도6356).
- ② O : 대판 1989.9.13, 88도1114

- ③ X: 의사에게 의료행위로 인한 업무상 과실치사상죄를 인정하기 위해서는, 의료행위 과정에서 공소사실에 기재된 업무상 과실의 존재는 물론 그러한 업무상 과실로 인하여 환자에게 상해사망 등 결과가 발생한 점에 대하여도 **엄격한 증거에 따라 합리적 의심의 여지가 없을 정도로** 증거가 이루어져야 한다(대판 2023.1.12, 2022도11163).
- ④ X: 반의사불벌죄의 경우에 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시 철회의 유무나 그 효력 여부에 관한 사실은 **자유로운 증명**의 대상이다(대판 2010.10.14, 2010도5610).

정답 ②

25. 증거 또는 증거능력에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피의자가 휴대전화를 임의제출하면서 휴대전화에 저장된 전자 정보가 아닌 클라우드 등 제3자가 관리하는 원격지에 저장되어 있는 전자정보를 수사기관에 제출한다는 의사로 수사기관에게 클라우드 등에 접속하기 위한 아이디와 비밀번호를 임의로 제공하였다면, 이는 해당 클라우드 등에 저장된 전자정보를 임의제출한 것으로 볼 수 있다.
- ② 긴급체포되어 조사를 받고 구속영장이 청구되지 않아서 석방된 후 검사가 그 석방일로부터 30일 이내에 석방통지를 법원에 하지 않더라도 긴급체포 당시 상황과 경위, 긴급체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서가 위법하게 작성되었다고 볼 수는 없다.
- ③ 범죄의 피해자인 검사가 그 사건의 수사에 관여하거나, 압수·수색영장의 집행에 참여한 검사가 다시 수사에 관여하였다는 이유만으로도 바로 그 수사가 위법한 것이 되고, 그에 따른 참고인의 진술에 임의성이 있다고 볼 수 없으므로, 그 검사가 작성한 참고인 진술조서의 증거능력이 인정될 수 없다.
- ④ 구속적부심문조서는 「형사소송법」 제311조가 규정한 문서에는 해당하지 않지만, 특히 인용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서이므로 특별한 사정이 없는 한 피고인의 증거동 의가 없더라도 「형사소송법」 제315조 제3호에 의하여 당연히 증거능력이 인정된다.

해설

- ① O: 대판 2021.7.29, 2020도14654
- ② O: 대판 2014.8.26, 2011도6035
- ③ X: 범죄의 피해자인 검사가 그 사건의 수사에 관여하거나, 압수·수색영장의 집행에 참여한 검사가 다시 수사에 관여하였다는 이유만으로 바로 그 수사가 **위법하다**거나 그에 따른 참고인이나 피의자의 진술에 **임의성이 없다고 볼 수는 없다**. 따라서 그 검사 등이 작성한 참고인 진술조서 등의 **증거능력이 부정될 수 없다** (대판 2013.9.12, 2011도12918).
- ④ O: 대판 2004.1.16, 2003도5693

정답 ③

26. 자유심증주의 또는 그 제한에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공소사실을 인정할 증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우에 피고인의 진술이 경험칙상 합리성이 없고 그 자체로 모순되어 믿을 수 없다는 사정은 공소사실을 인정하는 직접증거가 될 수 없으며, 이러한 사정은 법관의 자유판단에 따라 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자 진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황도 될 수 없다.

- ② 범행에 관한 간접증거만이 존재하고 그 간접증거의 증명력에 한계가 있는 경우에 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의하는 것이므로, 범인으로 지목되고 있는 자에게 범행을 저지를 만한 동기가 발견되지 않더라도 만연히 무엇인가 동기가 분명히 있는데 이를 범인이 숨기고 있는 것으로 단정한다고 하여도 형사증거법의 이념에 반하는 것은 아니다.
- ③ 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여 하며, 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것을 요한다.
- ④ 살인죄 등과 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접증거 없이 간접증거만으로 유죄를 인정할 수 있으나, 그러한 유죄 인정에는 공소사실에 대한 관련성이 깊은 간접증거들에 의하여 신중한 판단이 요구된다.

해설

- ① X : 공소사실을 인정할 증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우에 피고인의 진술이 경험칙상 합리성이 없고 그 자체로 모순되어 믿을 수 없다고 하여 그것이 공소사실을 인정하는 직접증거가 되는 것은 아니지만, 이러한 사정은 법관의 자유판단에 따라 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자 진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황이 될 수 있다(대판 2022.12.15, 2021도14234).
- ② X : 범행에 관한 간접증거만이 존재하고 더구나 그 간접증거의 증명력에 한계가 있는 경우, 범인으로 지목되고 있는 자에게 범행을 저지를 만한 동기가 발견되지 않는다면, 만연히 무엇인가 동기가 분명히 있는데도 이를 범인이 숨기고 있다고 단정할 것이 아니라 반대로 간접증거의 증명력이 그만큼 떨어진다고 평가하는 것이 형사 증거법의 이념에 부합하는 것이라 할 것이다(대판 2006.3.9, 2005도8675).
- ③ X : 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험의 법칙에 합치하여야 하고, 형사 재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증 형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니다(대판 2022.3.31, 2018도19037).
- ④ O : 대판 2013.9.12, 2013도4381

정답 ④

27. 위법수집증거의 배제에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 수사기관이 범행현장에서 지문채취 대상물인 유리컵에서 지문을 채취하고, 그 후 그 유리컵을 적법한 절차에 의하지 않고 압수했다고 하더라도, 채취된 지문은 위법하게 압수한 지문채취 대상물로부터 획득한 2차적 증거에 해당하지 않으므로 위법수집증거에 해당하지 않는다.
- ㉡ 경찰관들이 피고인 甲, 乙, 丙의 나이트클럽 내에서의 음란행위 영업에 관한 범죄 혐의가 포착된 상태에서 그 증거를 보전하기 위하여 불특정 다수에게 공개된 장소인 클럽에 통상적인 방법으로 출입하여 손님들에게 공개된 丙의 성행위를 묘사하는 장면이 포함된 공연에 대한 촬영이 영장 없이 이루어졌다면, 이 촬영물과 이를 캡처한 영상사진은 증거 능력이 없다.
- ㉢ 호텔 투숙객 甲이 마약을 투약하였다는 신고를 받고 출동한 경찰관이 임의동행을 거부하는 甲을 강제로 경찰서로 데리고 가서 채뇨 요구를 하자 이에 甲이 응하여 소변검사가 이루어진 경우, 그 결과물인 ‘소변검사시인서’는 증거능력이 없다.
- ㉣ 甲이 휴대전화기로 乙과 약 8분간의 통화를 마친 후 乙에 대한 예우 차원에서 바로 전화를 끊지 않고 乙이 먼저 전화를 끊기를 기다리던 중, 그 휴대전화기로부터 乙과 丙이 대화하는 내용이 들리자 이를 그 휴대전화기의 수신 및 녹음기능을 이용하여 대화를 몰래 청취하면서 녹음한 경우에 이 녹음은 위법하다고 할 수 있다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설

※ 옳은 것은 ㉠㉡㉢ 3개이다.

㉠ O : 대판 2008.10.23, 2008도7471

㉡ X : 위 촬영물은 경찰관들이 피고인들에 대한 범죄 혐의가 포착된 상태에서 클럽 내에서의 음란행위 영업에 관한 증거를 보전하기 위하여, 불특정 다수에게 공개된 장소인 클럽에 통상적인 방법으로 출입하여 손님들에게 공개된 모습을 촬영한 것이므로, 영장 없이 촬영이 이루어졌더라도 위 촬영물과 이를 캡처한 영상사진은 증거능력이 인정된다(대판 2023.4.27, 2018도8161).

㉢ O : 대판 2013.3.14, 2012도1361

㉣ O : 대판 2016.5.12, 2013도15616

정답 ③

28. 자백 또는 그 증거능력에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인이 제출한 항소이유서에 ‘돈이 급해 지어서는 안될 죄를 지었습니다’, ‘진심으로 뉘우치고 있습니다’ 라고 기재되어 있고 피고인이 항소심 공판기일에 항소이유서를 진술하였다면, 곧 이어서 있는 검사와 재판장 및 변호인의 각 심문에 대하여 피고인이 범죄사실을 부인하였고, 수사단계에서도 범죄사실을 일관되게 부인하여 왔더라도 항소이유서의 기재만으로 범죄사실을 자백한 것으로 볼 수 있다.
- ② 자백은 피고인의 진술이나 피의자의 지위에서 행한 진술을 말하며, 피의자의 지위가 발생하기 이전의 참고인으로서 행한 진술은 자백에 해당하지 않는다.
- ③ 검찰에서의 피고인의 자백이 임의성이 있어 그 증거능력이 인정된다면 자백의 진실성과 신빙성은 당연히 인정된다.
- ④ 임의성 없는 자백은 증거동의를 대상이 아니고 탄핵증거로도 사용될 수 없다.

해설

① X : 수사단계에서도 일관되게 그와 같이 범죄사실을 부인하여 온 점에 비추어 볼 때, 위와 같이 추상적인 항소이유서의 기재만을 가지고 범죄사실을 자백한 것으로 볼 수 없다(대판 1999.11.12, 99도3341).

② X : 자백배제법칙에서 말하는 자백은 피고인의 진술이나 피의자의 지위에서 행한 진술뿐만 아니라, 피의자의 지위가 발생하기 이전의 참고인으로서 행한 진술도 자백에 해당한다.

③ X : 임의성은 인정되나 신빙성이 없다(대판 2007.9.6, 2007도4959).

④ O : 대판 2006.11.23, 2004도7900

정답 ④

29. 자백보강법칙에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형사소송법」 제310조 소정의 ‘피고인의 자백’에 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 않으므로, 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있고, 공범인 공동피고인들의 각 진술은 상호 간에 서로 보강 증거가 될 수 있다.

- ② 자백에 대한 보강증거는 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도로는 족하지 않고, 범죄사실의 전부 또는 중요 부분을 인정할 수 있는 정도가 되어야 한다.
- ③ 자동차등록증에 차량의 소유자가 피고인으로 등록되어 있는 것은 피고인이 그 차량을 운전하였다는 사실의 자백 부분에 대한 보강증거가 될 수 있고, 결과적으로 피고인이 운전면허 없이 운전하였다는 전체 범죄사실의 보강증거로 충분하다.
- ④ 2020. 2. 18. 01:35경 자동차를 타고 온 피고인 甲으로부터 필로폰 0.06g을 건네받은 후 甲이 그 차량을 운전해 갔다고 한 공소외인 A의 진술과 2020. 2. 20. 甲으로부터 채취한 소변에서 나온 필로폰 양성 반응은, 甲이 2020. 2. 18. 02:00경의 필로폰 투약으로 정상적으로 운전하지 못할 우려가 있는 상태에 있었다는 공소사실 부분에 대한 자백을 보강하는 증거가 되기에 충분하다.

해설

- ① O : 대판 1990.10.30, 90도1939
- ② X : 자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요부분을 인정할 수 있는 정도가 되지 아니하더라도 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 족하다(대판 2002.1.8, 2001도1897).
- ③ O : 대판2000.9.26, 2000도2365
- ④ O : 대판 2010.12.23, 2010도11272

정답 ②

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

- ① 피고인의 범행을 직접 목격하고 현행범으로 체포한 경찰관의 법정진술은 전문증거에 해당하지 않는다.
- ② 어떠한 내용의 진술을 하였다는 사실 자체에 대한 정황증거로 사용될 것이라는 이유로 진술의 증거능력을 인정한 다음 그 사실을 다시 진술 내용이나 그 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우에 그 진술은 전문증거에 해당한다.
- ③ 다른 피고인에 대한 형사사건의 공판조서는 「형사소송법」 제311조에 따라 당해 사건에서의 증거능력이 인정된다.
- ④ 「형사소송법」 제312조 제1항에서 정한 ‘검사가 작성한 피의자 신문조서’란 당해 피고인에 대한 피의자신문조서만이 아니라 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대하여 검사가 작성한 피의자신문조서도 포함된다.

해설

- ① O : 대판 1995.5.9, 95도535
- ② O : 대판 2019.8.29, 2018도14303 전원합의체
- ③ X : 다른 피고인에 대한 형사사건의 공판조서는 형사소송법 제315조 제3호에 정한 서류로서 당연히 증거능력이 있다(대판 2005.4.28, 2004도4428).
- ④ O : 대판 2023.6.1, 2023도3741

정답 ③

31. 전문법칙 또는 그 예외에 관한 설명으로 옳고 그름의 표시(O, X)가 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 대한민국 영사가 작성한 사실확인서 중 공인 부분을 제외한 나머지 부분이 공적인 증명 보다는 상급자 등에 대한 보고를 목적으로 하는 경우에는 「형사소송법」 제315조 제1호에 정한 ‘공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서’ 라고 할 수 없다.
- ㉡ 법원·법관의 공판기일에서의 검증의 결과를 기재한 조서와 수사기관이 작성한 검증조서는 당연히 증거능력이 인정된다.
- ㉢ 법관의 면전에서 조사·진술되지 않고 그에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 반대신문의 기회가 실질적으로 부여되지 않은 진술은 원칙적으로 증거로 할 수 없다.
- ㉣ 사인(私人)이 피고인 아닌 자의 전화 대화를 녹음한 녹음 테이프에 대하여 법원이 실시한 검증의 내용이 그 진술 당시 진술자의 상태 등을 확인하기 위한 것인 경우에는 그 내용을 기재한 검증조서는 「형사소송법」 제313조 제1항에 따른 요건을 갖추어야 증거능력이 인정될 수 있다.
- ㉤ 감정의 경과와 결과를 기재한 서류는 공판준비 또는 공판 기일에서 그 작성자가 성립의 진정을 부인하면 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되더라도 증거로 할 수 없다.

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

해설

- ㉠ O : 대판 2007.12.13, 2007도7257
- ㉡ X : 법원·법관의 공판기일에서의 검증의 결과를 기재한 조서는 당연히 증거능력이 인정된다(제311조). / 그러나 수사기관이 작성한 검증조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에서의 작성자의 진술에 따라 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다(제312조 제6항).
- ㉢ O : 대판 2014.2.21, 2013도12652
- ㉣ X : 녹음테이프에 대한 검증의 내용이 그 진술 당시 진술자의 상태 등을 확인하기 위한 것인 경우에는, 녹음테이프에 대한 검증조서의 기재 중 진술내용을 증거로 사용하는 경우에 관한 위 법리는 적용되지 아니하고, 따라서 위 검증조서는 법원의 검증의 결과를 기재한 조서로서 형사소송법 제311조에 의하여 당연히 증거로 할 수 있다(대판 2008.7.10, 2007도10755).
- ㉤ X : 감정의 경과와 결과를 기재한 서류는 공판준비 또는 공판 기일에서 그 작성자가 성립의 진정을 부인하면 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인 아닌 자가 작성한 진술서는 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 작성자를 신문할 수 있었을 것을 요한다(제313조 제2항-제3항).

정답 ②

32. 전문진술에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공소제기 전에 피고인 아닌 타인을 조사한 자의 증언은 원진술자가 법정에서 출석하여 수사기관에서 한 진술을 부인하는 취지로 증언하였다면 「형사소송법」 제316조 제2항에 따라 증거능력이 인정되지 않는다.

- ② 전문의 진술을 증거로 함에 있어서는 전문진술자가 원진술자로부터 진술을 들을 당시 원진술자가 증언능력에 준하는 능력을 갖춘 상태에 있어야 할 것인데, 그 능력의 유무는 단지 공술자의 연령에 의하므로 만 3세 3개월 내지 만 3세 7개월 가량된 유아의 증언능력은 부인된다.
- ③ 「형사소송법」 제316조 제2항에서 말하는 ‘원진술자가 진술을 할 수 없는 때’에는 사망, 질병 등 명시적으로 열거된 사유 외에도 원진술자가 공판정에서 진술을 한 경우라도 증인신문 당시 일정한 사항에 관하여 기억이 나지 않는다는 취지로 진술하여 그 진술의 일부가 재현 불가능하게 된 경우도 포함한다.
- ④ 「형사소송법」 제316조 제2항에서 말하는 ‘그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때’라 함은 그 진술을 하였다는 것에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다.

해설

- ① O : 대판 2008.9.25, 2008도6985
- ② X : 전문의 진술을 증거로 함에 있어서는 전문진술자가 원진술자로부터 진술을 들을 당시 원진술자가 증언능력에 준하는 능력을 갖춘 상태에 있어야 할 것인데, 사고 당시 만 3세 3개월 내지 만 3세 7개월 가량 이던 피해자인 여아의 증언능력 및 그 진술의 신빙성이 인정된다(대판 2006.4.14, 2005도9561).
[판결이유] 전문의 진술을 증거로 함에 있어서는 전문진술자가 원진술자로부터 진술을 들을 당시 원진술자가 증언능력에 준하는 능력을 갖춘 상태에 있어야 할 것이다. 그런데 증인의 증언능력은 증인 자신이 과거에 경험한 사실을 그 기억에 따라 공술할 수 있는 정신적인 능력이라 할 것이므로, 유아의 증언능력에 관해서도 그 유무는 단지 공술자의 연령만에 의할 것이 아니라 그의 지적수준에 따라 개별적이고 구체적으로 결정되어야 함은 물론 공술의 태도 및 내용 등을 구체적으로 검토하고, 경험한 과거의 사실이 공술자의 이해력, 판단력 등에 의하여 변식될 수 있는 범위 내에 속하는가의 여부도 충분히 고려하여 판단하여야 한다.
- ③ O : 대판 2006.4.14, 2005도9561
- ④ O : 대판 2000.3.10, 2000도159

정답 ②

33. 증거능력에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 수표를 발행한 후 예금부족 등으로 지급되지 아니하게 하였다는 부정수표단속법위반 공소사실을 증명하기 위하여 제출되는 증거물인 수표에 대하여 수표 원본이 아닌 복사한 사본이 증거로 제출되었고 피고인이 이를 증거로 하는 데 부동의한 경우, 사본을 증거로 사용하기 위해서는 원본을 법정에서 제출할 수 없거나 제출이 곤란한 사정이 있고 원본이 존재하거나 존재하였으며 증거로 제출된 수표 사본이 이를 정확하게 전사한 것이라는 사실이 증명되어야 한다.
- ② 개인의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 금지되는 것은 아니며, 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다.
- ③ 정보저장매체로부터 출력된 문서에 대하여 정보저장매체 원본에 저장된 전자기록과 출력문서의 동일성이 인정되고, 정보저장매체 원본이 압수된 이후부터 문건 출력에 이르기까지 변경되지 않았다는 무결성이 담보되는 것만으로 출력된 문서의 내용을 전문증거로 사용할 수 있다.

- ④ 내용부인으로 증거능력이 상실된 사법경찰리 작성 피의자신문조서에 문자 전송 내역이 첨부되어 있는 경우 검사는 위 조서가 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정 진술의 증명력을 다투기 위한 탄핵증거로 사용할 수 있다.

해설

- ① O : 대판 2005.8.19, 2005도2617
- ② X : 탄핵증거는 범죄사실을 인정하는 증거가 아니므로 엄격한 증거조사를 거쳐야 할 필요가 없음은 형사소송법 제318조의2의 규정에 따라 명백하나 법정에서 이에 대한 탄핵증거로서의 증거조사는 필요하다(대판 2005.8.19, 2005도2617).
- ③ O : 대판 2012.10.25, 2011도5459
- ④ O : 대판 1998.2.27, 97도1770

정답 ②

36. 중국재판에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 이중기소의 경우 공소기각판결을 하도록 규정한 「형사소송법」 제327조 제3호의 취지는 동일 사건에 대하여 피고인으로 하여금 이중위험을 받지 않게 하고 법원이 2개의 실체판결을 하지 않도록 함에 있는 것이다.
- ② 형벌에 관한 명령이 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 소급하여 그 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 법원은 그 명령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 무죄를 선고하여야 하므로, 이 경우 법원이 면소판결을 선고하면 그에 대한 상소가 가능하다.
- ③ 국회의원의 면책특권에 속하는 행위에 대하여 공소가 제기되었다면 공소권 없음에도 불구하고 공소가 제기된 것이므로 법원은 공소기각의 판결을 하여야 한다.
- ④ 「형사소송법」 제319조의 관할위반의 판결은 중국재판에 해당하지 않는다.

해설

- ① O : 대판 2004.8.20, 2004도3331
- ② O : 대판 2010.12.16, 2010도5986전원합의체
- ③ O : 대판 1992.9.22, 91도3317
- ④ X : 관할위반의 판결은 법원의 관할에 속하지 않아서 실체에 대한 심리를 하지 않고 소송을 종결시키는 형식적 중국재판에 해당한다(제319조 참조).

정답 ④

37. 재심사유에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형사소송법」 제420조 제5호는 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때를 재심사유로 들고 있는데, 여기서 ‘형의 면제’라 함은 형의 필요적 면제의 경우와 임의적 면제의 경우를 불문한다.
- ② 당해 사건의 증거가 아니고 공범자 중 1인에 대하여 무죄, 다른 1인에 대하여 유죄의 확정판결이 있는 경우에 무죄 확정판결 자체만으로는 무죄 확정판결의 증거자료를 자기의 증거로 하지 못하였고 또 새로 발견된 것이 아닌 한 유죄 확정판결에 대한 새로운 증거로서의 재심사유에 해당한다고 할 수 없다.

- ③ 「형사소송법」 제420조 제7호 소정의 ‘그 공소의 기초가 된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 지은 것’에 해당하는지 여부에 판단함에 있어 사법경찰관 등이 범한 직무에 관한 죄가 사건의 실체관계에 관계된 것인지 여부나 당해 사법경찰관이 직접 피의자에 대한 조사를 담당하였는지 여부는 고려할 사정이 아니다.
- ④ 「형사소송법」 제420조 제2호 소정의 ‘원판결의 증거가 된 증언’이라 함은 원판결의 증거로 채택되어 범죄사실을 인정하는 데 사용된 증언을 뜻하는 것이고, 그 ‘증거가 된 증언’에 단순히 증거조사의 대상이 되었을 뿐 범죄사실을 인정하는 증거로 사용되지 않은 증언은 포함되지 않는다.

해설

- ① X : 형사소송법 제420조 제5호는 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제를 인정할 명백한 증거가 새로 발견될 때를 재심사유로 들고 있는바, 여기서 형의 면제라 함은 형의 필요적 면제의 경우만을 말하고 임의적 면제는 해당하지 않는다(대결 1984.5.30, 84모32).
- ② O : 대결 1984.4.13, 84모14
- ③ O : 대결 2006.5.11, 2004모16
- ④ O : 대판 2005.4.14, 2003도1080

정답 ①

38. 약식절차와 즉결심판절차에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 약식명령에 대한 정식재판의 청구는 제1심판결 선고 전까지 취하할 수 있다.
- ② 약식명령에 대한 정식재판의 청구기간은 피고인에 대한 약식명령 고지일을 기준으로 하여 기산하여야 한다.
- ③ 즉결심판절차에서는 공소장일본주의가 적용된다.
- ④ 즉결심판에 불복하는 피고인은 즉결심판의 선고·고지를 받은 날부터 7일 이내에 정식 재판청구서를 경찰서장에게 제출하여야 한다.

해설

- ① O : 제454조
- ② O : 대판 2017.7.27, 2017모1557
- ③ X : 경찰서장은 즉결심판의 청구와 동시에 즉결심판을 함에 필요한 서류 또는 증거물을 판사에게 제출하여야 한다(즉결심판절차법 제4조). 따라서 즉결심판절차에서는 공소장일본주의가 적용되지 아니한다.
- ④ O : 즉결심판절차법 제14조 제1항

정답 ③

39. 소년범의 형사절차에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 항소심판결 선고 당시 성년이 되었음에도 불구하고 정기형을 선고함이 없이 부정기형을 선고한 제1심판결을 인용하여 항소를 기각한 것은 적법하다.
- ② 항소심판결 선고 당시 피고인이 소년이어서 부정기형이 선고되었다면, 그 후에 피고인이 성년이 되었다고 하더라도 부정기형을 선고한 항소심판결을 파기할 사유가 되지 않는다.

- ③ 공소장의 공소사실 첫머리에 피고인이 전에 받은 소년부송치 처분과 직업 없음을 기재한 경우, 이는 피고인을 특정할 수 있는 사항에 속하는 것이어서 그와 같은 내용의 기재가 있다 하여 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반된 것이라고 할 수 없다.
- ④ 부정기형과 실질적으로 동등하다고 평가될 수 있는 정기형은 부정기형의 장기와 단기의 정중양에 해당하는 형이다.

해설

- ① X : 항소심판결 선고당시 성년이 되었음에도 불구하고 정기형을 선고함이 없이 부정기형을 선고한 제1심판결을 인용하여 항소를 기각한 것은 **위법하다**(대판 1990.4.24, 90도539). ∴ **항소심 판결당시를 표준으로 하여 소년법 적용 여부를 결정하므로**
[참고판례] 항소심이 미성년자에 대하여 정기형을 선고하였음이 위법이라는 이유로 상고심이 항소심판결을 파기하고 재판하는 경우에 동 피고인이 성년에 달하였다면 부정기형을 선고한 제1심 판결까지 파기하고 정기형을 선고하여야 한다(대판 1981.12.8, 81도2414).
- ② O : 대판 1998.2.27, 97도3421
- ③ O : 대판 1990.10.16, 90도1813
- ④ O : 대판 2020.10.22, 2020도4140 전원합의체

정답 ①

40. 배상명령에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피해자는 약식절차 또는 즉결심판절차에서 배상신청을 할 수 있다.
- ② 재산상 이익을 침해당한 피해자가 그 재산상 피해의 회복에 관한 채무명의(집행권원)를 이미 가지고 있는 경우라 하더라도, 이와 별도로 배상신청을 할 이익이 없는 것은 아니다.
- ③ 피고인이 재판과정에서 배상신청인과 민사적으로 합의하였다는 내용의 합의서를 제출하였다면, 그 합의서 기재 내용만으로는 배상신청인이 변제를 받았는지 여부 등 피고인의 민사책임에 관한 구체적인 합의 내용을 알 수 없다 하더라도 사실심법원은 배상신청인이 처음 신청한 금액을 바로 인용하여야 한다.
- ④ 법원은 배상신청이 있을 때에는 신청인에게 공판기일에 알려야 하고, 신청인이 공판기일을 통지받고도 출석하지 않은 경우에는 신청인의 진술 없이 재판할 수 있다.

해설

- ① X : 배상명령은 제1심 또는 제2심의 형사사건으로 유죄판결을 선고하는 경우에 한하여 가능하다(소송촉진 등에 관한 특별법 제25조 제1항). 따라서 **피해자는 약식절차 또는 즉결심판절차에서 배상신청을 할 수 없다**.
- ② X : 배상명령제도는 범죄행위로 인하여 재산상 이익을 침해당한 피해자로 하여금 당해 형사소송절차 내에서 신속히 그 피해를 회복하게 하려는데 그 주된 목적이 있으므로 피해자가 이미 그 재산상 피해의 회복에 관한 **채무명의를 가지고 있는 경우에는 이와 별도로 배상명령 신청을 할 이익이 없다**(대판 1982.7.27, 82도1217).
- ③ X : 피고인이 재판과정에서 배상신청인과 민사적으로 합의하였다는 내용의 합의서를 제출하였고, 합의서 기재 내용만으로는 배상신청인이 변제를 받았는지 여부 등 피고인의 민사책임에 관한 구체적인 합의 내용을 알 수 없다면, 사실심법원에서는 배상신청인이 처음 신청한 금액을 바로 인용할 것이 아니라 구체적인 합의 내용에 관하여 심리하여 피고인의 배상책임의 유무 또는 그 범위에 관하여 살펴보는 것이 합당하다(대판 2013.10.11, 2013도9616).
- ④ O : 소송촉진 등에 관한 법률 제29조 제1항제2항

정답 ④