

7급 국가직 기출

형사소송법

정 주 형 교수

<총평>

국가직 검찰7급은 다소간 변호사시험의 영향을 받은 바 있다. 무엇보다 정선된 문제 위주로 출제되었다는 점에서 매우 긍정적이다. 또한 어느 한 영역에 집중되지 않고, 형사소송법의 총칙에서부터 상소절차에 이르기까지 전영역이 골고루 출제되었다는 점은 최근 시험의 경향과 일맥상통하고 있다. 미시적이고 예외적인 판례, 단순암기사항은 가급적 배제되었고, 핵심쟁점의 범위 내에서 중요한 판례나, 이론적 설명을 정확히 이해하느냐를 중심으로 출제되었다. 기본서 위주로 충실히 공부한 수험생은 무난하게 90~100점을 맞을 수 있는 정도의 난이도라고 하겠다. 특히, 그간 국가직에서 거의 출제되지 않던 사례형문제가 3문제 정도 출제되었다는 것은 변호사시험의 영향이라고 볼 수 있겠다.

향후, 형사소송법은 미시적인 내용보다는 중요쟁점을 위주로, 한군데 집중하는 것보다는 교재의 전범위를 이해를 바탕으로 공부하는 것이 고득점의 포인트라고 할 수 있겠다.

01. 형사소송의 이념에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2013 검찰7급)

- ① 합리성과 정당성을 갖추지 못한 방법이나 절차에 의한 증거수집과 증거조사를 허용하는 것은 적법절차의 원칙에 위배된다.
- ② 적법절차에 위배되는 행위의 영향이 차단되거나 소멸된 상태에서 수집한 증거는 그 증거능력을 인정하더라도 적법절차의 실질적 내용에 대한 침해가 아니다.
- ③ 1심 또는 2심에서 유죄판결이 선고되더라도 확정되기까지는 무죄추정을 받으며 면소, 공소기각 또는 관할위반의 판결이 확정된 때에도 무죄추정이 유지된다.
- ④ 법원이 구속만기 25일을 앞두고 비로소 제1회 공판을 시작하였다면 신속한 재판을 받을 권리를 침해한 것이다.

정답 ④

- ① (O), 제308조의2의 위법수집증거배제법칙을 설명한 지문이다.
- ② (O), 위법수집증거와 인과관계가 희석 또는 단절된 경우에는 독수과실의 예외로서 증거능력이 부정됨을 설명한 지문이다.
- ③ (O), 형사피고인은 유죄로 확정될 때까지 무죄로 추정되는데, 면소, 공소기각, 관할위반의 판결이 확정되더라도 무죄추정은 유지된다.
- ④ (X), 구속사건에 대해서는 법원이 구속기간 내에 재판을 하면 되는 것이고 구속만기 25일을 앞두고 제1회 공판이 있었다 하여 헌법에 정한 신속한 재판을 받을 권리를 침해하였다 할 수 없다(대판 1990.6.12. 90도672).

02. 상해혐의로 징역 1년을 선고받은 피고인만이 항소한 사건을 지방법원 합의부가 심리하던 중 검사가 상해치사로 공소장변경을 신청하였다. 이에 대한 법원의 조치로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2013 검찰7급)

※상해죄는 지방법원 단독판사, 상해치사죄는 합의부 관할이다.

- ㉠ 피고인만이 항소한 사건이므로 검사의 공소장변경신청을 기각해야 한다.
- ㉡ 상해와 상해치사는 사물관할을 달리하므로 공소장변경을 허가할 수 없다.
- ㉢ 공소장변경을 허가하고 사건을 관할권 있는 고등법원으로 이송해야 한다.

㉣ 공소장변경을 허가하면 항소심은 징역 1년이 넘는 형을 선고할 수 있다.

- ① 1개
- ② 2개
- ③ 3개
- ④ 4개

정답 ①

㉣ 만이 옳은 설명이다.

- ㉠ (X), 검사는 공소제기 이후 항소심판결 선고 전까지 공소장변경신청을 할 수 있다. 따라서 동일성이 인정된다면 공소장변경을 허가해야 한다.
- ㉡ (X), 상해와 상해치사는 동일성이 인정되므로 공소장변경을 허가해야 한다(제298조 제1항 2문).
- ㉢ (O), 상해치사는 합의부관할 사건이다. 따라서 항소심에서 공소장변경에 의하여 단독판사의 관할사건이 합의부 관할사건으로 된 경우에도 법원은 사건을 관할권이 있는 법원에 이송하여야 한다고 할 것이고, 항소심에서 변경된 위 합의부 관할사건에 대한 관할권이 있는 법원은 고등법원이라고 봄이 상당하다(대판 1997.12.12. 97도2463).
- ㉣ (X), 피고인만이 항소하였으므로 불이익변경금지 원칙이 적용되어 항소심은 징역 1년이 넘는 형을 선고할 수 없다.

03. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2013 검찰7급)

- ① 공범의 1인으로 기소된 자가 구성요건에 해당하는 위법행위를 공동으로 하였으나 책임 조각된다는 이유로 무죄의 확정판결을 받은 경우 그에 대한 공소제기는 다른 공범자에 대해서는 공소시효정지의 효력이 없다.
- ② 공범의 소송비용은 공범인에게 연대부담하게 할 수 있다.
- ③ 형사소송법 제310조의 피고인의 자백에는 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 않으며, 이에 대해서는 피고인의 반대신문권이 보장되어 있어 독립한 증거능력이 인정된다.
- ④ 형사소송법 제11조 제2호의 '수인이 공동으로 범한 죄'에는 공동정범, 교사범, 중범뿐만 아니라 필요적 공범, 합동범도 포함된다.

정답 ①

- ① (X), 형사소송법 제253조 제1항, 제2항에 의하면 공소시효는 공소의 제기로 진행이 정지되고, 공범의 1인에 대한 공소시효의 정지는 다른 공범자에 대하여 효력이 미치고 당해 사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다고 규정하고 있는바, 위 제2항 소정의 공범관계의 준부는 현재 시효가 문제되어 있는 사건을 심판하는 법원이 판단하는 것으로서 법원조직법 제8조의 경우를 제외하고는 다른 법원의 판단에 구속되는 것은 아니라고 할 것이고, 위 형사소송법 제253조 제2항 소정의 재판이라 함은 중국재판이면 그 종류를 묻지 않는다고 할 것이나, 공범의 1인으로 기소된 자가 구성요건에 해당하는 위법행위를 공동으로 하였다고 인정되기는 하나 책임조각을 이유로 무죄로 되는 경우와는 달리 범죄의 증명이 없다는 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).
- ② (O), 제187조
- ③ (O), 대판 1990.10.30. 90도1939
- ④ (O), 타당한 설명이다.

04. 피고인의 증거동의에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2013 검찰7급)

- ① 증거동의는 전문증거 금지의 원칙에 대한 예외로서 반대신문권을 포기하겠다는 의사표시에 의하여 서류 또는 물건의 증거능력을 부여하는 것이다.
- ② 개개의 증거에 대하여 개별적인 증거조사방식을 거치지 아니하고 검사가 제시한 모든 증거에 대하여 증거로 함에 동의하는 방식의 증거동의도 효력이 있다.
- ③ 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차에서 2회 불출정하여 피고인의 출정없이 증거조사를 하는 경우는 증거동

의가 있는 것으로 간주된다.

- ④ 정식재판절차의 제1심에서 2회 불출석을 이유로 증거동의로 간주되었다고 하더라도 항소심에서 공소사실을 부인하면서 간주된 증거동의의 철회 또는 취소한다는 의사표시를 하면 제1심에서 부여된 증거의 증거능력은 상실된다.

정답 ④

①② (O), 대판 1983.3.8. 82도2873

③ (O), 대판 2010.7.15. 2007도5776

④ (X), 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차의 제1심에서 2회 불출석하여 형사소송법 제318조 제2항에 따른 증거동의를 간주된 후 증거조사를 완료한 이상, 간주의 대상인 증거동의는 증거조사가 완료되기 전까지 철회 또는 취소할 수 있으나 일단 증거조사를 완료한 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하는 점, 증거동의 간주가 피고인의 진의와는 관계없이 이루어지는 점 등에 비추어, 비록 피고인이 항소심에 출석하여 공소사실을 부인하면서 간주된 증거동의의 철회 또는 취소한다는 의사표시를 하더라도 그로 인하여 적법하게 부여된 증거능력이 상실되는 것이 아니다(대판 2010.7.15. 2007도5776).

05. 수사단계에서 甲이 乙의 인적사항을 모용하고 이를 오인한 검사가 乙을 피고인으로 하는 약식명령을 청구하여 법원이 乙에 대해 약식명령을 하자, 이를 송달받은 乙이 정식재판을 청구하여 정식재판절차에서 甲의 성명모용사실이 밝혀진 경우에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2013 검찰7급)

- ① 공소장에 乙이 피고인으로 표시되었더라도 이는 표시상의 착오일 뿐이고 검사는 甲에 대해 공소를 제기한 것이므로 甲이 피고인이 되고 공소의 효력도 甲에게 미친다.
- ② 검사는 법원의 공소장변경허가를 받아 피고인의 표시를 甲으로 정정하여야 한다.
- ③ 검사가 피고인 표시를 정정하지 않으면 공소제기방식이 법률에 위반하여 무효이므로 공소기각판결을 선고하여야 한다.
- ④ 검사가 피고인 표시를 甲으로 정정하고 법원이 약식명령의 피고인 표시를 甲으로 정정하여 경정결정과 약식명령정본을 甲에게 송달한 경우, 甲이 기간 내에 정식재판청구를 하지 않으면 약식명령이 확정된다.

정답 ②

①③④ (O), 대판 1993.1.19. 92도2554

② (X), 이와 같은 경우 검사는 공소장의 인적 사항의 기재를 정정하여 피고인의 표시를 바로잡아야 하는 것인바, 이는 피고인의 표시상의 착오를 정정하는 것이지 공소장을 변경하는 것이 아니므로 형사소송법 제298조에 따른 공소장변경의 절차를 밟을 필요가 없고 법원의 허가도 필요로 하지 아니한다(대판 1993.1.19. 92도2554).

06. 다음 중 증거능력이 인정되지 않는 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2013 검찰7급)

- ㉠ 긴급체포시 영장없이 압수한 후 압수·수색영장을 발부받거나 즉시 반환하지 않았지만 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의한 물건
- ㉡ 수사기관이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 않은 채 피의자의 동의없이 채취하고 사후에도 지체없이 영장을 발부받지 아니한 혈액의 알코올농도에 관한 감정서
- ㉢ 경찰관이 영장없이 물건을 압수한 직후 피의자로부터 임의제출동의서를 받은 경우의 압수물
- ㉣ 피고인의 열람 또는 등사청구에 법원이 불응한 공판조서

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

정답 ④

㉠ (증거능력 부정), 형사소송법 제216조 제1항 제2호, 제217조 제2항, 제3항은 사법경찰관은 형사소송법 제200조의3(긴급체포)의 규정에 의하여 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수·수색을 할 수 있고, 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수·수색영장을 청구하여야 하며, 청구한 압수·수색영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건을 즉시 반환하여야 한다고 규정하고 있는바, 형사소송법 제217조 제2항, 제3항에 위반하여 압수·수색영장을 청구하여 이를 발부받지 아니하고도 즉시 반환하지 아니한 압수물은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다(대판 2009.12.24. 2009도11401).

㉡ (증거능력 부정), 수사기관이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고 사후에도 지체 없이 영장을 발부받지 아니한 채 혈액 중 알코올농도에 관한 감정을 의뢰하였다면, 이러한 과정을 거쳐 얻은 감정의뢰회보 등은 형사소송법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집하거나 그에 기초하여 획득한 증거로서, 원칙적으로 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여 피고인이나 변호인의 동의가 있더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다(대판 2012.11.15. 2011도15258).

㉢ (증거능력 부정), 형사소송법 제215조 제2항은 “사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원 판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 사법경찰관이 위 규정을 위반하여 영장없이 물건을 압수한 경우 그 압수물은 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 이와 같은 법리는 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 위법한 압수가 있는 직후에 피고인으로부터 작성받은 그 압수물에 대한 임의제출동의서도 특별한 사정이 없는 한 마찬가지로 할 것이다(대판 2010.7.22. 2009도14376).

㉣ (증거능력 부정), 형사소송법 제55조 제1항이 피고인에게 공판조서의 열람 또는 등사청구권을 부여한 이유는 공판조서의 열람 또는 등사를 통하여 피고인으로 하여금 진술자의 진술내용과 그 기재된 조서의 기재내용의 일치 여부를 확인할 수 있도록 기회를 줌으로써 그 조서의 정확성을 담보함과 아울러 피고인의 방어권을 충실하게 보장하려는 데 있으므로 피고인의 공판조서에 대한 열람 또는 등사청구에 법원이 불응하여 피고인의 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없을 뿐만 아니라, 공판조서에 기재된 당해 피고인이나 증인의 진술도 증거로 할 수 없다(대판 2003.10.10. 2003도3282).

7. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) (2013 검찰7급)

- ① 통고처분을 받아 범칙금을 납부한 경범죄처벌법상 음주소란과 이와 근접한 일시·장소에서 칼을 들고 피해자를 쫓아가며 “죽여 버린다.”고 협박하였다는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률상 흥기휴대협박의 공소사실은 기본적 사실관계가 동일하므로, 범칙금 납부의 효력은 흥기휴대협박에 미친다.
- ② 유무죄판결이 확정된 후 동일 범죄사실이 재차 공소제기된 경우 법원은 면소판결을 해야 한다.
- ③ 일사부재리의 효력은 공소가 제기된 피고인에 대해서만 미치므로 공동피고인 중 한 피고인에 대한 확정판결의 효력은 다른 피고인에게 미치는 않는다.
- ④ 4회(2.1., 2.10., 4.15., 4.30.)에 걸친 상습 도박행위 중 2.1.과 2.10.의 범행에 대해 상습도박죄로 4.1. 유죄판결이 선고되고 상소기간 경과로 그 판결이 확정된 경우, 그 확정판결의 효력은 4.15.과 4.30.의 범행에는 미치지 않는다.

정답 ①

① (X), 피고인이 경범죄처벌법상 ‘음주소란’ 범칙행위로 범칙금 통고처분을 받아 이를 납부하였는데, 이와 근접한 일시·장소에서 위험한 물건인 과도(과도)를 들고 피해자를 쫓아가며 “죽여 버린다.”고 소리쳐 협박하였다는 내용의 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반으로 기소된 사안에서, 범칙행위

인 '음주소란'과 공소사실인 '흥기휴대협박행위'는 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없다는 이유로, 범칙금 납부의 효력이 공소사실에 미치지 않는다고 한 사례(대판 2012.9.13. 2012도6612).

② (O), 제326조 제1호

③ (O), 제248조 제1항

④ (O), 기관력의 시적범위는 사실심리가 가능한 최후의 시점을 기준으로 결정된다. 현행법상 법원은 항소심판결선고전까지는 변론을 재개하여 사실심리를 할 수 있으므로 사실심판결선고시가 기관력의 시적범위의 기준시가 된다. 4.1.에 유죄판결이 선고되고 상소기간 경과로 판결이 확정되었기 때문에 기관력은 2.1.과 2.10.에 대해서만 미치며, 따라서 4.15.과 4.30.의 범행에는 미치지 않는다.

8. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2013 검찰7급)

- ① 공소장일본주의 위반에 관하여 피고인측으로부터 아무런 이의제기가 없었고, 법원도 실체파악에 지장이 없다고 보고 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 심증형성이 이루어졌다면, 피고인측은 공소장일본주의 위반을 주장하며 이미 진행된 소송절차의 효력을 다툴 수는 없다.
- ② 변호인 없는 피고인을 일시 퇴정시키고 증인신문을 한 후 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 않은 하자가 있었다면 다음 공판기일에 재판장이 증인신문결과 등을 공판조서에 의하여 고지하고 피고인도 "변경할 점과 이의할 점이 없다."고 진술했다 하더라도 그 하자는 치유되지 않는다.
- ③ 항소심에서 피고인이 법원에 거주지 변경신고를 하지 않아 송달이 되지 않자, 법원이 소송기록에 나타난 피고인의 휴대전화번호로 연락하여 송달받을 장소를 확인해 보는 등의 조치없이 곧바로 공시송달을 명하고 피고인의 진술없이 판결하는 것은 위법하다.
- ④ 반의사불벌죄에서 처벌불원의 의사표시의 부존재는 소극적 소송조건으로서 직권조사사항이므로 당사자가 항소이유로 주장하지 않아도 법원은 이를 조사·판단하여야 한다.

정답 ②

① (O), 대판 2009.10.22. 2009도7436 전합

② (X), 형사소송법 제297조에 따라 변호인이 없는 피고인을 일시 퇴정하게 하고 증인신문을 한 다음 피고인에게 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력이 없다고 볼 여지가 있으나, 그 다음 공판기일에서 재판장이 증인신문 결과 등을 공판조서(증인신문조서)에 의하여 고지하였는데 피고인이 '변경할 점과 이의할 점이 없다'고 진술하여 책문권 포기 의사를 명시함으로써 실질적인 반대신문의 기회를 부여받지 못한 하자가 치유되었다고 한 사례(대판 2010.1.14. 2009도9344).

③ (O), 대판 2010.1.28. 2009도12430

④ (O), 대판 2001.4.24. 2000도3172

9. 다음 설명 중 옳은 것은 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2013 검찰7급)

㉠ 범죄현장을 목격한 자를 참고인으로 조사한 경찰관이 법정에서 "참고인이 범죄현장을 목격했다고 말했다."는 취지로 증언하더라도, 원진술자가 법정에 출석하여 그런 진술을 한 적이 없다고 부인한다면 경찰관의 법정진술은 증거능력이 없다.

㉡ 외국의 권한 있는 수사기관이 작성한 수사보고서 및 피고인이 그 과정에서 작성하여 제출한 진술서는 피고인이 그 내용을 부인하면 증거로 사용할 수 없다.

㉢ 사기죄에 대한 공판절차에서 증인이 "피고인이 피해자에게 토지를 싸게 구입하여 주겠다고 거짓말을 했다."는 취지로 진술한 경우, 이 진술은 본래증거이므로 전문법칙의 적용을 받지 않는다.

㉤ 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대해 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 내용을 부인하면 증거로 사용할 수 없다.

① 1개

② 2개

③ 3개

④ 4개

정답 ④

㉠ (O), 대판 2008.9.25. 2008도6985

㉡ (O), 대판 2006.1.13. 2003도6548

㉢ (O), 전문증거는 공판정 외의 진술이어야 하는바, 공판절차에서 증인이 진술한 경우는 본래증거이므로 전문법칙의 적용을 받지 않는다.

㉤ (O), 대판 2009.7.9. 2009도2865

10. 다음 사례에서 사법경찰관이 피의자를 구속할 수 있는 기간은? (2013 검찰7급)

㉠ 2013.2.23.(토) 23:50 사법경찰관 피의자 긴급체포

㉡ 2013.2.24.(일) 12:30 검사에게 구속영장청구 신청

13:00 법원 구속영장청구서 등 접수

㉢ 2013.2.25.(월) 10:00 판사 구속 전 피의자 심문

12:00 판사 구속영장 발부

18:00 검찰청에 구속영장·수사기록 반환

㉤ 2013.2.26.(화) 02:00 검사 지휘 아래 사법경찰관 구속영장 집행

※2013년 2월은 28일까지임

① 2013.3.4.까지

② 2013.3.5.까지

③ 2013.3.6.까지

④ 2013.3.7.까지

정답 ③

(해설) 사법경찰관의 구속기간은 10일이다(제202조). 구속기간은 일로써 계산한다(제66조 제1항). 일로써 계산하는 것은 기간은 초일을 산입하지 않는 것이 원칙이나(제66조 제1항 본문), 형사소송법은 신체구속의 최소화를 도모하기 위해 구속기간의 경우에는 초일도 산입하여야 한다고 예외를 정하고 있다(제66조 제1항 단서). 나아가 형사소송법은 신체구속의 최소화를 도모하기 위하여 사실상 신체구속의 효과가 있는 체포기간 역시 구속기간에 산입하여야 함을 규정하고 있다(제203조의2). 이러한 계산법에 의하면 원칙적으로 최초에 긴급체포를 한 2013.2.23.이 기산점이 되고 구속의 최종시점은 2013.3.4.24:00.가 되어야 하는 것이 원칙이다. 다만, 형사소송법은 영장실질심사 과정에서 피의자심문을 하는 경우에는 법원이 구속영장청구서·수사관계서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지의 기간은 제202조 및 제203조의 적용에 있어서 그 구속기간에 이를 산입하지 아니함을 규정하고 있다(제201조의2 제7항). 실질적인 수사기간을 확보해 줄 목적으로 신설된 조문이라 하겠다. 따라서 설문에서는 서류가 검찰청에 접수된 2013.2.24.13:00부터 다시금 서류를 반환받은 2013.2.25.18:00까지의 기간은 구속기간 2일이 제외된다. 그 결과 사법경찰관의 구속기간은 최장 2013.3.6.24:00까지이며, 동 기간 내에 사법경찰관은 피의자의 신병을 검찰에 인치하여야 한다.

11. 불기소결정의 사유와 그 유형을 바르게 연결한 것은? (2013 검찰7급)

① 피의사실이 인정되지만 형법 제51조의 사형을 고려하여 소추하지 않는 경우 - 공소권 없음

② 피의사실이 범죄구성요건에 해당하지만 법률상 범죄의 성립을 조각하는 사유가 있어 범죄를 구성하지 않는 경우 - 죄가 안됨

③ 피의사실이 인정되고 수사기관의 추적을 받고 있지만 행방이 묘연하여 당장 기소하기 어려운 경우 - 기소유예

- 정답 ③
- ①②④ (O), 대결 2011.5.26. 2009모1190
- ③ (X), 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮긴 후 영장에 기재된 범죄 혐의 관련 전자정보를 탐색하여 해당 전자정보를 문서로 출력하거나 파일을 복사하는 과정 역시 전체적으로 압수·수색영장 집행의 일환에 포함된다고 보아야 한다. 따라서 그러한 경우 문서출력 또는 파일복사 대상 역시 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 하는 것은 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제114조, 제215조의 적법 절차 및 영장주의 원칙상 당연하다. 그러므로 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄 혐의의 관련성에 대한 구분 없이 저장된 전

① (X), 법원에 대한 기피신청이 있는 경우에 형사소송법 제22조에 의하여 정지될소송진행에는 판결 선고는 포함되지 아니하는 것이고, 그와 같이 이미 중국판결이 선고되어 버리면 그 담당재판부를 사건 심리에서 배제하고자 하는 기피신청은 그 목적의 소멸로 재판을 할 이익이 상실되어 부적법하게 된다 (대결 1995.1.9. 94모77).

② (O), 대판 1971.7.6. 71도974

③ (O), 제10조

④ (O), 제328조 제1항 제3호

자정보 중 임의로 문서출력 혹은 파일복사를 하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 영장주의 등 원칙에 반하는 위법한 집행이다(대결 2011.5.26. 2009도1190).

16. 증인신문에 대한 설명으로 옳은 것을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2013 검찰7급)

- ㉠ 甲이 공판기일에 증인으로 출석하여 진술한 다음, 당해 사건의 같은 기일에 통역인으로서 증인 乙의 진술을 통역한 경우 甲이 통역한 乙에 대한 증인신문조서는 증거로 할 수 없다.
- ㉡ 특별한 지식에 의하여 알게 된 과거 사실을 신문받는 감정증인에게 는 증인에 관한 규정이 적용된다.
- ㉢ 공동피고인과 피고인이 뇌물을 주고받은 사이로 필요적 공범관계에 있다면 수사상 증거보전의 필요성이 인정되어도 증인으로 신문할 수 는 없다.
- ㉣ 서로 폭행을 했다는 이유로 기소되어 병합심리 중인 공동피고인이 선서 없이 한 법정진술은 피고인의 증거로 함에 동의한 바 없더라도 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 있다.
- ㉤ 사고당시 10세 남짓한 초등학교 5학년생으로서 선서무능력자라고 해도 그 증언의 전후사정으로 보아 의사판단능력이 있다고 인정된다면 증언능력이 있다.

- ① ㉠㉡㉢
- ② ㉠㉡㉣
- ③ ㉡㉢㉣
- ④ ㉢㉣㉤

정답 ②

- ㉠ (O), 형사소송법 제17조 제4호는 '법원이 사건에 관하여 증인, 감정인, 피해자의 대리인으로 된 때에는 직무집행에서 제척된다.'고 규정하고 있고, 위 규정은 같은 법 제25조 제1항에 의하여 통역인에게 준용되므로, 통역인이 사건에 관하여 증인으로 증언한 때에는 직무집행에서 제척되고, 제척사유가 있는 통역인이 통역한 증인의 증인신문조서는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다(대판 2011.4.14. 2010도13853).
- ㉡ (O), 제179조
- ㉢ (X), 공동피고인과 피고인이 뇌물을 주고받은 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).
- ㉣ (X), 피고인과 별개의 범죄사실로 기소되어 병합심리중인 공동피고인은 피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있다 할 것이므로 선서 없이 한 공동피고인의 법정진술이나 피고인이 증거로 함에 동의한 바 없는 공동피고인에 대한 피의자 신문조서는 피고인의 공소 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 없다(대판 1982.9.14. 82도1000).
- ㉤ (O), 대판 1984.9.25. 84도619

17. 국민참여재판에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2013 검찰7급)

- ① 국민참여재판 대상사건의 공소제기가 있으면 법원은 피고인이 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사를 서면 등의 방법으로 반드시 확인하여야 한다.
- ② 제1심 법원이 국민참여재판 대상사건임을 간과하여 피고인의 의사를 확인하지 않고 통상의 공판절차로 재판을 진행하였다면, 항소심에서 피고인이 국민참여재판을 원하지 않는다고 하면서 절차적 위반을 문제삼지 아니할 의사를 명백히 표시하여도 그 하자는 치유되지 않으며 제1심 공판절차는 전체로서 위법하다.
- ③ 피고인이 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 의사확인서를 제출하지 않았더라도 제1회 공판기일이 열리기 전까지는 국민참여재판을 신청할 수 있고 법원은 그 의사를 확인하여 국민참여재판으로 진행할 수 있다.

- ④ 피고인이 국민참여재판을 신청하였으나 법원이 배제결정도 하지 않은 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하는 것은 국민참여재판을 받을 권리 및 배제결정에 대한 항고권 등의 중대한 절차적 권리를 침해하는 것으로서 위법하고, 공판절차에서 이루어진 소송행위는 무효이다.

정답 ②

- ① (O), 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제8조 제1항
- ② (X), 국민참여재판은 그 실시를 희망하는 의사의 번복에 관하여 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제8조 제4항에 따른 시기적·절차적 제한이 있는 외에는 피고인의 의사에 반하여 할 수 없으므로, 제1심법원이 국민참여재판 대상이 되는 사건임을 간과하여 이에 관한 피고인의 의사를 확인하지 아니한 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하였다면, 피고인이 항소심에서 국민참여재판을 원하지 아니한다고 하면서 위와 같은 제1심의 절차적 위법을 문제삼지 아니할 의사를 명백히 표시하는 경우에는 하자가 치유되어 제1심 공판절차는 전체로서 적법하게 된다고 보아야 하고, 다만 국민참여재판제도의 취지와 피고인의 국민참여재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하고자 하는 관련 규정의 내용에 비추어 위 권리를 침해한 제1심 공판절차의 하자가 치유된다고 보기 위해서는 같은 법 제8조 제1항, 국민의 형사재판 참여에 관한 규칙 제3조 제1항에 준하여 피고인에게 국민참여재판절차 등에 관한 충분한 안내와 그 희망 여부에 관하여 숙고할 수 있는 상당한 시간이 사전에 부여되어야 한다(대판 2012.4.26. 2012도1225).
- ③ (O), 대결 2009.10.23. 2009도1032
- ④ (O), 대판 2011.9.8. 2011도7106

18. 다음 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2013 검찰7급)

- ㉠ 공소장변경 허가결정에 대해서는 항고의 방법으로 불복할 수 없다.
- ㉡ 검사가 포괄일죄로 기소하였음에도 법원이 공소장변경을 통한 적용법조의 변경없이 경합범으로 처단한 것은 불고불리의 원칙에 위배된다.
- ㉢ 피고인의 상고에 의하여 상고심이 원심판결을 파기하고 사건을 항소심에 환송한 경우에도 공소사실의 동일성이 인정되면 공소장변경이 허용된다.
- ㉣ 피고인이 이적표현물을 제작·반포한 사실은 부인하면서 이를 취득·소지한 것에 대하여는 자백하는 경우에 법원이 검사에게 그 표현물을 취득·소지한 것으로 공소장변경을 요구하지 않은 것은 위법하다.

- ① ㉠㉡
- ② ㉡㉢
- ③ ㉡㉣
- ④ ㉢㉣

정답 ③

- ㉠ (O), 판결전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 특히 즉시항고를 할 수 있는 경우외에는 항고를 하지 못하는 것인 바, 소송사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경의 허가에 관한 결정은 판결전의 소송절차에 관한 결정이라 할 것이므로, 그 결정을 함에 있어서 저지른 위법이 판결에 영향을 미친 경우에 한하여 그 판결에 대하여 상소를 하여 다툴으로써 불복하는 외에는 당사자가 이에 대하여 독립하여 상소할 수 없다(대결 1987.3.28. 87도17).
- ㉡ (X), 법원이 동일한 범죄사실을 가지고 포괄일죄로 보지 아니하고 실제적 경합관계에 있는 수죄로 인정하였다고 하여도 이는 다만 죄수에 관한 법률적 평가를 달리한 것에 불과할 뿐이지 소추대상인 공소사실과 다른 사실을 인정한 것도 아니고 또 피고인의 방어권행사에 실질적으로 불이익을 초래할 우려도 없어서 불고불리의 원칙에 위반되는 것이 아니므로, 가사 원심에서 적법한 공소장변경이 없었다고 하더라도 원심이 피고인의 공소의 1에 대한 부당대출죄와 공소의 2에 대한 부당대출죄를 포괄일죄로 보지 아니하고 실제적 경합범으로 인정한 것이 위법하다고 볼 수도 없다(대판 2005.10.28. 2005도5996).
- ㉢ (O), 대판 2004.7.22. 2003도8153
- ㉣ (X), 피고인이 이적표현물을 제작·반포한 사실은 부인하면서 이를 취득·소

지한 것에 대하여는 자백하는 취지로 진술한다고 하여도 법원이 검사에게 공소장의 변경을 요구할 것인지 여부는 법원의 재량에 속하는 것이므로, 법원이 검사에게 그 표현물을 취득·소지한 것으로 공소장변경을 요구하지 아니하였다 하여 위법하다고 할 수 없다(대판 1997.8.22. 97도1516).

19. 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2013 검찰7급)

- ㉠ 증거보전청구 기각결정에 대해서는 항고할 수 없다.
- ㉡ 재정신청 기각결정에 대해서는 항고는 물론 재항고도 할 수 없다.
- ㉢ 피의자에 대한 구속영장청구 기각결정에 대해서는 항고할 수 없다.
- ㉣ 기피신청 기각결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다.
- ㉤ 재심개시결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다.

- ① ㉠㉡㉢
- ② ㉠㉢㉣
- ③ ㉢㉣㉤
- ④ ㉠㉢㉣㉤

정답 ③

- ㉠ (X), 증거보전의 청구를 기각하는 결정에 대하여는 3일 이내에 항고할 수 있다(제184조 제4항).
- ㉡ (X), 형사소송법 제262조 제4항의 "불복할 수 없다"는 부분은 재정신청 기각결정에 대한 '불복'에 형사소송법 제415조의 '재항고'가 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다(헌재결 2011.11.24. 2008헌마578).
- ㉢ (O), 대결 2006.12.18. 2006도646
- ㉣ (O), 제23조
- ㉤ (O), 제437조

20. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (피고인만이 상소한 것으로 전제하고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2013 검찰7급)

- ① 선고형이 중하게 변경되지 않는 한 원심이 인정한 죄보다 중한 죄를 인정하거나 원심이 무거운 형을 선택하더라도 불이익변경금지 원칙에 반하지 않는다.
- ② 징역 15년과 5년 동안의 위치추적 전자장치 부착명령을 선고한 제1심판결을 파기한 후 징역 9년, 5년 동안의 공개명령 및 6년 동안의 위치추적 전자장치 부착명령을 선고한 것은 불이익변경금지 원칙에 반하지 않는다.
- ③ 판결을 선고한 법원에서 판결서의 경정을 통하여 당해 판결서의 명백한 오류를 시정하는 것은 피고인에게 유리 또는 불리한 결과를 발생시키거나 피고인의 상소권 행사에 영향을 미칠 수 있으므로, 여기에도 불이익변경금지 원칙이 적용된다.
- ④ 피고인이 벌금형의 약식명령을 고지받아 정식재판을 청구한 사건과 공소가 제기된 다른 사건을 병합심리한 후 경합범으로 처단하면서 정식재판청구된 약식명령의 벌금형을 징역형으로 변경하여 선고하는 것은 불이익변경금지 원칙에 반한다.

정답 ③

- ① (O), 불이익변경금지의 원칙은 피고인의 또는 피고인을 위한 상소사건에 있어서 원심의 형, 즉 판결주문의 형보다 중한 형을 선고할 수 없다는 것에 불과하므로, 제1심판결에 대하여 피고인들만이 항소한 경우, 항소심이 검사의 공소장변경신청을 허가하고 그 변경된 적용법률에 의하여 판결을 선고하였다 하더라도, 선고된 항소심의 형이 제1심의 그것보다 가벼운 이상 불이익변경금지의 원칙에 위배된다고 할 수

없다(대판 1999.10.8. 99도3225).

② (O), 대판 2011.4.14. 2010도16939, 2010전도159

③ (X), 불이익변경금지원칙은 피고인이 안심하고 상소권을 행사하도록 하려는 정책적 고려에서 나온 제도로서 피고인만이 상소한 사건의 상소심에서 원심보다 피고인에게 불리하게 미결구금일수의 산입을 감축하는 등의 경우에는 불이익변경금지원칙의 적용 여부를 살펴보아야 하나, 위와 같이 판결을 선고한 법원에서 당해 판결서의 명백한 오류에 대하여 판결서의 경정을 통하여 그 오류를 시정하는 것은 피고인에게 유리 또는 불리한 결과를 발생시키거나 피고인의 상소권 행사에 영향을 미치는 것이 아니므로, 여기에 불이익변경금지원칙이 적용될 여지는 없다(대판 2007.7.13. 2007도3448).

④ (O), 대판 2004.11.11. 2004도6784

형사소송법 기본이론강의

7/8(월)~8/27(화) **현재 접수중**

매주 월/화, 총16회, 오후14:00~18:00 ■교재 : 정주형 형사소송법(윌비스)

형사소송법 문제풀이강의

9급 국가직 대비 최종점검 전범위 모의고사

6/26(수)~7/17(수)

매주 수, 총4회, 오후14:00~18:00 ■교재 : 정주형 형소법 9급 전범위 모의고사

경찰직 2013년 2차대비 마무리 문제풀이

7/3(수)~8/7(수)

매주 수, 총6회, 오전9:00~13:00 ■교재 : 정주형 형소법 경찰직 마무리 문제풀이집(윌비스)

**최신판례 및
최신개정법령
총정리 특강**

시험전
필수특강!

6/30(일)

오후13:00~18:00

■교재 : (최신3개년)형사소송법
판례총정리(윌비스, 근간)