2014년도 3월 8일 시행

법원직 9급 공개경쟁채용 필기시험

형사소송법(1책형)

해설 – 이준현 교수

【문 1】 증거능력에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

② 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

③ 검사가 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인에게 수사기관에 출석할 것을 요구하여 그 증인을 상대로 위증의 혐의를 조사한 내용을 담은 피의자신문조서는 원칙적으로 증거능력이 있다.

④ 형사소송법 제314조는 원진술자 등의 진술에 의하여 진정성립이 증명되지 아니하는 전문증거에 대하여 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 사유로 '사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'를 들고 있다. 그런데 증인이 형사소송법에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 위 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 않는다.

【정답】 ③

【해설】 ③ 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 번복시키는 방식으로 작성한 진술조서를 유죄의 증거로 삼는 것은 당사자주의·공판중심주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 헌법 제27조가 보장하는 기본권, 즉 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 실질적으로 부여되는 재판을 받을 권리를 침해하는 것이므로, 이러한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하는 한 증거능력이 없고, 그 후 원진술자인 종전 증인이 다시 법정에 출석하여 증언을 하면서 그 진술조서의 성립의 진정함을 인정하고 피고인 측에 반대신문의 기회가 부여되었다고 하더라도 그 증언 자체를 유죄의 증거로 할 수 있음은 별론으로 하고 위와 같은 진술조서의 증거능력이 없다는 결론은 달리할 것이 아니다. 이는 검사가 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인에게 수사기관에 출석할 것을 요구하여 그 증인을 상대로 위증의 혐의를 조사한 내용을 담은 피의자신문조서의 경우도 마찬가지이다(대판 2013.8.14, 2012도13665). **⇒ 마무리 3단계 12번 판례**

【문 2】 상소권에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 형사소송법 제343조 제2항에서는, "상소의 제기기간은 재판을 선고 또는 고지한 날로부터 진행한다."고 규정하고 있으므로 판결이 선고된 날로부터 상소기간이 기산되며, 이는 피고인이 불출석한 상태에서 재판을 하는 경우에도 마찬가지이다.

② 형사피고사건으로 법원에 재판이 계류중인 자는 공소제기당시의 주소지나 그 후 신고한 주소지를 옮긴 때는 자기의 신주소지를 법원에 제출한다거나 기타 소송진행 상태를 알 수 있는 방법을 강구하여야 하고, 만일 이러한 조치를 취하지 않았다면 소송서류가 송달되지 아니하여 공판기일에 출석하지 못하거나 판결선고 사실을 알지 못하여 상고기간을 도과하는 등 불이익을 받는 책임을 면할 수 없다.

③ 상소권을 포기한 후 상소제기기간이 도과하기 전에 상소포기의 효력을 다투면서 상소를 제기한 자는 원심 또는 상소심에서 그 상소의 적법 여부에 대한 판단과는 별도로 상소권회복청구를 할 수 있다.

④ 공시송달의 방법으로 피고인이 불출석한 가운데 공판절차가 진행되고 판결이 선고되었으며, 피고인으로서는 공소장부본 등을 송달받지 못한 관계로 공소가 제기된 사실은 물론이고 판결선고 사실에 대하여 알지 못한 나머지 항소기간 내에 항소를 제기하지 못한 경우에는, 이와 같은 항소기간의 도과는 피고인의 책임질 수 없는 사유에 기인한 것으로 봄이 상당하다.

【정답】 ③

【해설】 ③ 상소권을 포기한 후 상소제기기간이 도과하기 전에 상소포기의 효력을 다투면서 상소를 제기한 자는 원심 또는 상소심에서 그 상소의 적법여부에 대한 판단을 받으면 되고, 별도로 상소권회복청구를 할 여지는 없다고 할 것이다(대법원 2004.1.13, 2003모451). ⇛ 마무리 1단계 285면

【문 3】 고소에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 친고죄에서 피해자의 고소가 없거나 고소가 취소되었음에도 친고죄로 기소되었다가, 그 후 당초에 기소된 공소사실과 동일성이 인정되는 비친고죄로 공소장변경이 허용된 경우 그 공소제기의 흠은 치유되지 않는다.

② 고소인이 피고인과 이혼하였다가 피고인에 대한 간통죄의 재판이 종결되기 전에 다시 피고인과 혼인한 경우 간통고소는 혼인관계의 부존재라는 유효조건을 상실하여 소추조건을 결하게 되므로, 결국 공소제기절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당한다.

③ 친고죄에서 고소는, 고소권 있는 자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하고 범인의 처벌을 구하는 의사표시로서 서면뿐만 아니라 구술로도 할 수 있고, 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 적법하다.

④ 고소의 취소나 처벌을 희망하는 의사표시의 철회는 수사기관 또는 법원에 대한 법률행위적 소송행위이므로 공소제기 전에는 고소사건을 담당하는 수사기관에, 공소제기 후에는 고소사건의 수소법원에 대하여 이루어져야 한다.

【정답】 ①

【해설】 ① 친고죄에서 피해자의 고소가 없거나 고소가 취소되었음에도 친고죄로 기소되었다가 그 후 당초에 기소된 공소사실과 동일성이 인정되는 비친고죄로 공소장변경이 허용된 경우 그 공소제기의 흠은 치유된다고 보아야 한다(대판 2011.05.13, 2011도2233 ; 대판 1996.09.24, 96도2151). ⇛ **마무리 1단계 91면**

【문 4】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 당해 피고인과 공범관계에 있는 공동피고인에 대하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 공동피고인의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다.

② 공동피고인인 절도범과 그 장물범은 서로 다른 공동피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있다 할 것이므로, 피고인이 증거로 함에 동의한 바 없는 공동피고인에 대한 피의자신문조서는 공동피고인의 증언에 의하여 그 성립의 진정이 인정되지 아니하는 한 피고인의 공소 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 없다.

③ 폐지 또는 실효된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌·무효인 경우 그 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 법원은 면소판결을 하여야 한다.

④ 경합범 관계에 있는 수개의 범죄사실을 유죄로 인정하여 한 개의 형을 선고한 불가분의 확정판결에서 그 중 일부의 범죄사실에 대하여만 재심청구의 이유가 있는 것으로 인정된 경우에는 형식적으로는 1개의 형이 선고된 판결에 대한 것이어서 그 판결 전부에 대하여 재심개시의 결정을 할 수밖에 없지만, 비상구제수단인 재심제도의 본질상 재심사유가 없는 범죄사실에 대하여는 재심개시결정의 효력이 그 부분을 형식적으로 심판의 대상에 포함시키는데 그치므로 재심법원은 그 부분에 대하여는 이를 다시 심리하여 유죄인정을 파기할 수 없고 다만 그 부분에 관하여 새로이 양형을 하여야 하므로 양형을 위하여 필요한 범위에 한하여만 심리를 할 수 있을 뿐이다.

【정답】 ③

【해설】 ③ 폐지 또는 실효된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌·무효인 경우 그 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 법원은 무죄판결을 하여야 한다(대판 2010.12.16, 2010도5986). ⇛ **마무리 1단계 270면**

【문 5】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 본래 증거물이지만 증거서류의 성질도 가지고 있는 이른바 '증거물인 서면'을 조사하기 위해서는 증거서류의 조사방식인 낭독·내용고지 또는 열람의 절차와 증거물의 조사방식인 제시의 절차가 함께 이루어져야 하므로, 원칙적으로 증거신청인으로 하여금 그 서면을 제시하면서 낭독하게 하거나 이에 갈음하여 그 내용을 고지 또는 열람하도록 하여야 한다.

② 어떤 진술을 범죄사실에 대한 직접증거로 사용할 때에는 그 진술이 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 때에는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다.

③ 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 번복하는 경우에도 마찬가지로 적용되어야 한다.

④ 강간죄에 대하여 고소취소가 있는 경우에 그 수단인 폭행만을 분리하여 공소제기하였다면 이는 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하므로, 무죄를 선고하여야 한다.

【정답】 ④

【해설】 ④ 강간죄에 대하여 고소가 없거나 고소가 취소된 경우에, 그 수단인 폭행·협박만을 분리하여 공소제기한 경우, 예전 판례는 무죄를 선고하여야 한다고 했다가 강간죄를 친고죄로 규정한 취지에 비추어 2002년 전원합의체 판결로 제327조 제2호에 따른 공소기각판결을 하여야 한다고 판례를 변경하였다(대판 2002.5.16, 2002도51). 그러나 이제는 강간죄에 대한 친고죄의 폐지로 인하여 이러한 판례의 결론은 더 이상 유지될 수 없을 것이며, 법원은 공소기각판결을 할 것이 아니라 실체재판을 하여야 할 것이다. 따라서 유죄판결을 선고할 수도 있다. **⇒ 마무리 1단계 248면, 144면**

【문 6】 현행범인 체포에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (2014년 법원서기보)

① 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있는데, 현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접착성, 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.

② 경찰관이 현행범인 체포 요건을 갖추지 못하였는데도 실력으로 현행범인을 체포하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없고, 현행범인 체포행위가 적법한 공무집행을 벗어나 불법인 것으로 볼 수밖에 없다면, 현행범이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다.

③ 검사 또는 사법경찰관리 아닌 이에 의하여 현행범인이 체포된 후 불필요한 지체 없이 검사 등에게 인도된 경우, 구속영장 청구기간인 48시간의 기산점은 현행범인 체포시이다.

④ 체포에 대하여는 헌법과 형사소송법이 정한 체포적부심사라는 구제절차가 존재함에도 불구하고, 체포적부심사절차를 거치지 않고 제기된 헌법소원심판청구는 법률이 정한 구제절차를 거치지 않고 제기된 것으로서 보충성의 원칙에 반하여 부적법하다.

【정답】 ③

【해설】 ③ 검사 또는 사법경찰관리 아닌 자에 의하여 현행범인이 체포된 후 불필요한 지체 없이 검사 또는 사법경찰관리에게 인도된 경우 구속영장 청구기간인 48시간의 기산점은 현행범인 체포시가 아니라 검사 등이 현행범인을 인도받은 때라고 할 것이다(대판 2011.12.22, 2011도12927). **⇒ 마무리 1단계 172면**

【문 7】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 하나의 행위가 부작위범인 직무유기죄와 작위범인 허위공문서작성·행사죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우, 공소제기권자는 재량에 의하여 작위범인 허위공문서작성·행사죄로 공소를 제기하지 않고 부작위범인 직무유기죄로만 공소를 제기할 수 있다.

② 확정판결을 받은 범죄사실과 그 확정판결의 사실심판결 선고 전에 저질러진 범죄사실이 상습범으로서 포괄일죄에 해당하는 것으로 평가될 수 있다고 하더라도, 그 확정판결의 기판력이 그 전에 저질러진 범죄사실에까지 미치기 위하여는 그 확정판결에서 당해 피고인이 상습범으로 공소제기되어 처단되었어야 하고 상습범이 아닌 기본 구성요건의 범죄로 처단된 데에 그친 경우에는 설령 그 확정판결을 받은 범죄사실과 그 전에 저질러진 범죄사실을 종합하여 비로소 모두가 상습범으로서의 포괄적 일죄에 해당하는 것으로 판단된다고 하더라도 그 확정판결의 기판력이 그 사실심판결 선고 전에 저질러진 범죄사실에 미치는 것으로 볼 수 없다.

③ 공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있으므로 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다.

④ 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부에 대하여 판결이 확정된 경우에는 그 판결확정시를 기준으로 그 이전에 이루어진 범행에 대하여는 확정판결의 기판력이 미쳐 면소의 판결을 선고하여야 할 것이다.

【정답】 ④

【해설】 ④ 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부에 대하여 판결이 확정된 경우에는 사실심 판결선고시를 기준으로 그 이전에 이루어진 범행에 대하여는 확정판결의 기판력이 미쳐 면소의 판결을 선고하여야 할 것이다(대판 2006.05.11, 2006도1252). ⇛ 마무리 1단계 280면

【문 8】 국민참여재판에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 2012. 7. 1. 이후 기소된 사건 중 법원조직법 제32조 제1항(제2호 및 제5호는 제외한다)에 따른 합의부 관할 사건은 모두 국민참여재판의 대상사건이 될 수 있다.

② 국민참여재판의 대상사건이라도 법원이 국민참여재판을 하지 아니하기로 하는 배제결정을 할 때에는 국민참여재판을 하지 아니하지만, 피고인이 국민참여재판을 원하지 아니하더라도 법원이 국민참여재판을 할 필요가 있다고 판단할 때에는 국민참여재판으로 진행할 수 있다.

③ 법원은 국민참여재판의 대상사건의 피고인에 대하여 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사를 서면 등의 방법으로 반드시 확인하여야 한다.

④ 제1심법원이 국민참여재판의 대상이 되는 사건임을 간과하여 이에 관한 피고인의 의사를 확인하지 아니한 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하였더라도, 피고인이 항소심에서 국민참여재판을 원하지 아니한다고 하면서 제1심의 절차적 위법을 문제 삼지 아니할 의사를 명백히 표시하는 경우에는 일정한 요건하에 그 하자가 치유될 수도 있다.

【정답】 ②

【해설】 ② 국민참여재판은 피고인의 희망 의사의 번복에 관한 일정한 제한이 있는 외에는 피고인의 의사에 반하여 할 수 없는 것이다(대판 2013.01.31, 2012도13896). 따라서 피고인이 국민참여재판을 원하지 않는 경우에는 국민참여재판을 할 필요가 있다고 판단된다고 하더라도 법원이 직권으로 국민참여재판으로 진행할 수는 없다. ⇛ 마무리 1단계 119면, 마무리 2단계 219번 문제

【문 9】 영장주의에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

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, 피의자가 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 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 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.

【정답】 ④

【해설】 ④ 긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의3 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 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나, 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이다(대판 2006.09.08, 2006도148). ⇛ 마무리 1단계 168면

【문10】 진술거부권에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 수사기관에 의한 진술거부권 고지 대상이 되는 피의자 지위는 수사기관이 조사대상자에 대한 범죄혐의를 인정하여 수사를 개시하는 행위를 한 때 인정된다.
② 구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에 출석을 거부할 경우, 수사기관이 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있고, 이때 피의자를 신문하기 전에 진술거부권을 고지하여야 한다.
③ 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.
④ 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 임의로 행해진 피고인의 자백을 기초로 한 2차적 증거 중 피고인 및 피해자의 법정진술은 공개된 법정에서 임의로 이루어진 것이라고 하더라도 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

【정답】 ④

【해설】 ④ 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 임의로 행해진 피고인의 자백을 기초로 한 2차적 증거 중 피고인 및 피해자의 법정진술은 공개된 법정에서 임의로 이루어진 것이라는 점에서 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대판 2009.3.12, 2008도11437). ⇛ 마무리 1단계 16면

【문11】 형사재판의 공시 등과 관련한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (2014년 법원서기보)

① 피해자의 이익을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 피해자의 청구가 있는 경우에 한하여 피고인의 부담으로 판결공시의 취지를 선고할 수 있다.

② 피고사건에 대하여 무죄 또는 면소의 판결을 선고할 때에는 판결공시의 취지를 선고할 수 있다.

③ 재심에서 무죄의 선고를 한 때에는 그 판결을 관보와 그 법원소재지의 신문지에 기재하여 공고할 수 있다.

④ 법원은 형사보상결정이 확정되었을 때에는 2주일 내에 보상결정의 요지를 관보에 게재하여 공시하여야 한다. 이 경우 보상결정을 받은 자의 신청이 있을 때에는 그 결정의 요지를 신청인이 선택하는 두 종류 이상의 일간신문에 각각 한 번씩 공시하여야 하며 그 공시는 신청일부터 30일 이내에 하여야 한다.

【정답】 ③

【해설】 ③ 재심에서 무죄의 선고를 한 때에는 그 판결을 관보와 그 법원소재지의 신문지에 기재하여 공고하여야 한다(제440조). ⇒ 마무리 1단계 326면

① 형법 제58조 제1항, ② 형법 제58조 제1항, ④ 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제25조

【문12】 공소취소에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 항소심의 파기환송·파기이송 후의 절차 및 재심절차에서는 제1심판결선고 전일지라도 공소취소를 할 수 없다.

② 공소취소사유는 법률상 제한이 없다. 공소제기 후에 변경된 사정으로 불기소처분을 하는 것이 상당하다고 인정되는 경우이면 된다. 따라서 증거불충분이나 소송조건의 결여 등 어떤 사유로도 공소취소는 가능하다.

③ 실체적 경합관계에 있는 수개의 공소사실 중 어느 한 공소사실을 전부 철회하거나 그 공소사실의 소추대상에서 피고인을 완전히 제외하는 검사의 공소장변경신청이 있는 경우 이것이 그 부분의 소송을 취소하는 취지가 명백하다면 공소취소신청이라는 형식을 갖추지 아니하였더라도 이를 공소취소로 보아 공소기각을 하여야 한다.

④ 약식명령이 고지된 후 정식재판의 청구에 의하여 공판절차가 개시된 경우에는 공소취소를 할 수 없다.

【정답】 ④

【해설】 ④ 공소는 제1심판결의 선고 전까지 취소할 수 있으므로(제255조 제1항), 약식명령이 고지된 후 정식재판의 청구에 의하여 공판절차가 개시된 경우에도 제1심판결의 선고 전이라면 공소취소를 할 수 있다. ⇒ 마무리 1단계 238면

【문13】 공소장일본주의에 대한 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 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.

② 체포 또는 구속된 후 석방된 피고인에 대한 공소제기시 공소장에 기존의 구속영장 기타 구속에 관한 서류를 첨부하는 것은 공소장일본주의의 위반이다.
③ 검사가 약식명령을 청구하는 때에는 약식명령의 청구와 동시에 약식명령을 하는 데 필요한 증거서류 및 증거물을 법원에 제출하여야 하지만, 그 후 약식명령에 대한 정식재판청구가 제기된 경우, 법원이 증거서류 및 증거물을 검사에게 반환하지 않고 보관하고 있다면 이는 공소장일본주의에 위배되는 것이다.
④ 공소장에 누범이나 상습범을 구성하지 않는 전과사실을 기재하였다면 공소장일본주의에 위배된다.

【정답】 ①

【해설】 ① 대판 2007.05.11, 2007도748 **⇛ 마무리 1단계 245면**
② 체포 또는 구속된 후 석방된 피고인에 대한 공소제기시 공소장에 기존의 구속영장 기타 구속에 관한 서류를 첨부하는 것은 공소장일본주의의 위반이 아니다(규칙 제118조 제1항 참조). ⇛ 마무리 1단계 244면
③ 검사가 약식명령을 청구하는 때에는 약식명령의 청구와 동시에 약식명령을 하는 데 필요한 증거서류 및 증거물을 법원에 제출하여야 하며, 그 후 약식명령에 대한 정식재판청구가 제기되었음에도 법원이 증거서류 및 증거물을 검사에게 반환하지 않고 보관하고 있다고 하여 그 이전에 이미 적법하게 제기된 공소제기의 절차가 위법하게 된다고 할 수도 없다(대판 2007.7.26, 2007도3906). **⇛ 마무리 1단계 245면**
④ 공소장에 누범이나 상습범을 구성하지 않는 전과사실을 기재하였다 하더라도 이는 피고인을 특정할 수 있는 사항에 속한다 할 것으로서 그 공소장기재는 적법하다 할 것이다(대판 1966.7.19, 66도793). **⇛ 마무리 1단계 244면**

【문14】 간이공판절차에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 피고인이 공소사실에 대하여 검사가 신문을 할 때에는 공소사실을 모두 사실과 다름없다고 진술하였으나 변호인이 신문을 할 때에는 범의나 공소사실을 부인하였다면 그 공소사실은 간이공판절차에 의할 수 없다.
② 과형상 일죄나 포괄적 일죄 또는 예비적·택일적으로 기재된 공소사실 중 일부에 대하여 자백하고 나머지를 부인하는 경우에는 자백 부분만 특정하여 간이공판절차로 심리하는 것은 부적합하다.
③ 간이공판절차에서의 '상당한 방법'의 증거조사로 증거방법을 표시하고 증거조사내용을 '증거조사함'이라는 파란색 스탬프를 찍었을 뿐 입증취지와 의견을 기재하지 않았다면 상당한 방법의 증거조사라고 인정할 수 없다.
④ 간이공판절차의 결정이 취소된 때에는 공판절차를 갱신하여야 한다. 다만 검사·피고인 또는 변호인이 이의가 없는 때에는 갱신을 필요로 하지 않는다. 이때 이의 없다는 의사표시는 적극적이며 명시적이어야 한다.

【정답】 ③

【해설】 ③ 피고인이 공판정에서 공소사실을 자백한 때에 법원이 취하는 심판의 간이공판절차에서의 증거조사는 증거방법을 표시하고 증거조사내용을 "증거조사함"이라고 표시하는 방법으로 하였다면 간이절차에서의 증거조사에서 법원이 인정채택한 상당한 증거방법이라고 인정할 수 있다(대판 1980.04.22, 80도333). **⇛ 마무리 1단계 113면**

【문15】 항소심의 절차에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (2014년 법원서기보)

① 항소를 함에는 항소장을 원심법원에 제출하여야 하나, 원심법원의 허가를 받아 원심법원을 경유하지 아니하고 곧바로 항소법원에 제출할 수 있다.
② 항소인 또는 변호인은 소송기록접수의 통지를 받은 날로부터 20일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출하여야 하는데, 구치소에 있는 피고인이 그 항소이유서의 제출기간 내에 항소이유서를 구치소장 또는 그 직무를 대리하는 자에게 제출한 때에는 항소이유서의 제출기간 내에 제출한 것으로 간주한다.
③ 피고인이 사망한 때에는 항소법원은 공판절차를 거칠 필요 없이 결정으로 공소를 기각하여야 한다.
④ 항소법원은 항소이유에 포함된 사유에 관하여 심판하되, 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다.

【정답】 ①

【해설】 ① 항소를 함에는 항소장을 원심법원에 제출하여야 한다(제359조). 따라서 항소장을 곧바로 항소법원에 제출할 수는 없다. ⇛ 마무리 1단계 301면

【문16】 보강증거에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 형사소송법 제310조 소정의 "피고인의 자백"에 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 아니하므로 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있고, 공범인 공동피고인들의 각 진술은 상호간에 서로 보강증거가 될 수 있다.
② 피고인이 범행을 자인하는 것을 들었다는 피고인 아닌 자의 진술내용은 형사소송법 제310조의 피고인의 자백에는 포함되지 아니하나 이는 피고인의 자백에 대한 보강증거가 될 수 없다.
③ 자백에 대한 보강증거는 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있으며, 또한 자백과 보강증거가 서로 어울려서 전체로서 범죄사실을 인정할 수 있으면 유죄의 증거로 충분하다.
④ 전과에 관한 사실을 보강증거 없이 피고인의 자백만으로 이를 인정한 경우에는 법령위반에 해당하므로 상소이유가 된다.

【정답】 ④

【해설】 ④ 전과에 관한 사실은 엄격한 의미에서의 범죄사실과는 구별되는 것으로서 피고인의 자백만으로서도 이를 인정할 수 있다(대판 1979.08.21, 79도1528). 따라서 전과에 관한 사실을 보강증거 없이 피고인의 자백만으로 이를 인정한 경우라도 법령위반에 해당되지 않으므로 상소이유가 된다고 할 수 없다. ⇛ 마무리 1단계 48면

【문17】 증인 등에 관하여 형사소송법이 명문으로 규정하고 있는 사항이 아닌 것은? (2014년 법원서기보)

① 공무원 또는 공무원이었던 자가 그 직무에 관하여 알게 된 사실에 관하여 본인 또는 당해 공무소가 직무상 비밀에 속한 사항임을 신고한 때에는 그 소속공무소 또는 감독관공서의 승낙 없이는 증인으로 신문하지 못한다.
② 누구든지 자기나 친족 또는 친족관계가 있었던 자, 법정대리인, 후견감독인 등의 관계있는 자가 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려 있는 증언을

거부할 수 있다.

③ 증인이 16세 미만의 자이거나 선서의 취지를 이해하지 못하는 자에 해당한 때에는 선서하게 하지 아니하고 신문하여야 한다.

④ 증인이 자기나 친족 또는 이러한 관계에 있었던 사람, 증인의 후견인 또는 증인의 후견을 받는 사람 등 어느 한 사람과 현저한 이해관계가 있는 사항에 관하여 신문을 받을 때에는 선서를 거부할 수 있다.

【정답】 ④

【해설】 ④ 형사소송법에서는 민사소송법과 달리 '선서거부권제도(민사소송법 제324조)', '선서면제제도(민사소송법 제323조)' 등은 인정되지 않는다(대판 2011.7.28, 2009도14928). 따라서 형사소송에서는 선서를 거부할 수는 없다. ⇛ 마무리 1단계 97면

【문18】 변호인의 피의자신문 참여에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있지만, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있다.

② 변호인의 의견이 기재된 피의자신문조서는 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.

③ 검사 또는 사법경찰관의 변호인참여 등에 관한 처분에 불복이 있으면, 그 직무집행지의 관할 법원 또는 검사의 소속검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다.

④ 피의자가 변호인의 참여를 원한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서라도 증거능력 자체가 부정되는 것은 아니나, 증명력이 낮게 평가될 수밖에 없다.

【정답】 ④

【해설】 ④ 피의자가 변호인의 참여를 원한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서는 형사소송법 제312조에 정한 '적법한 절차와 방식'에 위반된 증거일 뿐만 아니라, 형사소송법 제308조의2에서 정한 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거'에 해당하므로 이를 증거로 할 수 없다(대판 2013.3.28, 2010도3359). ⇛ 마무리 1단계 395면

【문19】 사건의 이송에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (2014년 법원서기보)

① 피고인이 국민참여재판을 원하는 의사를 표시한 경우 지방법원 지원 합의부가 배제결정을 하지 아니하는 경우에는 국민참여재판절차회부결정을 하여 사건을 지방법원 본원 합의부로 이송하여야 한다.

② 법원은 공소가 제기된 사건에 대하여 군사법원이 재판권을 가지게 되었거나 재판권을 가졌음이 판명된 때에는 결정으로 사건을 재판권이 있는 같은 심급의 군사법원으로 이송하여야 하는데, 이 경우 이송 전에 행한 소송행위는 원칙적으로 무효이므로, 이송 후 군사법원에서 다시 소송행위를 하여야 한다.

③ 단독판사의 관할사건이 공소장변경에 의하여 합의부 관할사건으로 변경된 경우, 법원은 관할위반의 판결을 할 것이 아니라, 결정으로 관할권이 있는 법원에 이송한다.

④ 상고심에서 관할의 인정이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결 또는 제1심판결을 파기하는 경우에는 판결로써 사건을 관할 있는 법원에 이송하여야 한다.

【정답】 ②

【해설】 ② 법원은 공소가 제기된 사건에 대하여 군사법원이 재판권을 가지게 되었거나 재판권을 가졌음이 판명된 때에는 결정으로 사건을 재판권이 있는 같은 심급의 군사법원으로 이송한다(제16조의2 본문). 이 경우에 이송 전에 행한 소송행위는 이송 후에도 그 효력에 영향이 없다(제16조의2 단서). ⇛ 마무리 1단계 370면

【문20】 약식명령에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 약식명령은 정식재판의 청구기간이 경과하거나 그 청구의 취하 또는 청구기각의 결정이 확정된 때에는 확정판결과 동일한 효력이 있다.

② 약식명령의 기판력이 미치는 시적 범위는 약식명령의 송달시를 기준으로 하여야 한다.

③ 정식재판청구권회복결정이 부당하더라도 이미 그 결정이 확정되었다면, 정식재판청구사건을 처리하는 법원으로서는 정식재판청구권회복청구가 적법한 기간 내에 제기되었는지 여부나 그 회복사유의 존부 등에 대하여는 살펴볼 필요 없이 통상의 공판절차를 진행하여 본안에 관하여 심판하여야 한다.

④ 법정대리인이 있는 피고인이 정식재판청구를 취하함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 하는데, 법정대리인의 사망 기타 사유로 인하여 그 동의를 얻을 수 없는 때에는 예외로 한다.

【정답】 ②

【해설】 ② 약식명령의 경우에는 약식명령의 발령시가 기판력의 표준시점이 된다는 것이 판례의 입장이다(대판 1984.7.24, 84도1129). ⇛ 마무리 1단계 280면

【문21】 상고심에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (2014년 법원서기보)

① 제1심판결에 대한 비약적 상고는, 그 사건에 대한 상대방의 항소가 제기된 때에는, 그 항소가 취하되더라도 효력을 잃게 된다.

② 상고법원은 상고장, 상고이유서 기타의 소송기록에 의하여 변론 없이 판결할 수 있다.

③ 상고심의 공판기일에는 피고인의 소환을 요하지 아니한다.

④ 피고인의 이익을 위하여 원심판결을 파기하는 경우에 파기의 이유가 상고한 공동피고인에 공통되는 때에는 그 공동피고인에 대하여도 원심판결을 파기하여야 한다.

【정답】 ①

【해설】 ① 제1심 판결에 대한 비약적 상고는 그 사건에 대한 항소가 제기된 때에는 그 효력을 잃게 되지만, 항소의 취하 또는 항소기각의 결정이 있는 때에는 예외로 한다(제373조). ⇛ 마무리 1단계 313면

【문22】 재심에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 항소심의 유죄판결에 대한 상고심 재판 계속 중 피고인이 사망하여 공소기각결정이 확정된 경우에는 재심절차의 전제가 되는 '유죄의 확정판결'이 존재하지 않게 된다.

② 재심의 청구는 형의 집행을 종료하거나 형의 집행을 받지 아니하게 된 때에도 할 수 있다.

③ 재심의 청구는 형의 집행을 정지하는 효력이 있다.
④ 약식명령에 대하여 정식재판 청구가 이루어지고 그 후 진행된 정식재판 절차에서 유죄판결이 선고되어 확정된 경우, 재심사유가 존재한다고 주장하는 피고인 등은 효력을 잃은 약식명령이 아니라 유죄의 확정판결을 대상으로 재심을 청구하여야 한다.

【정답】 ③

【해설】 ③ 재심의 청구는 형의 집행을 정지하는 효력이 없다(제428조 본문). 단, 관할법원에 대응한 검찰청 검사는 재심청구에 대한 재판이 있을 때까지 형의 집행을 정지할 수 있다(제428조 단서). ⇒ 마무리 1단계 323면

【문23】 불이익변경금지의 원칙에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 검사가 피고인에게 더 불이익한 재판을 구하기 위하여 상소한 사건에서는 적용되지 않는다.
② 재심에는 원판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다.
③ 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다.
④ 피고인만의 상고에 의하여 상고심에서 원심판결을 파기하고 사건을 항소심에 환송한 경우에는 환송전 원심판결과의 관계에서까지 불이익변경금지의 원칙이 적용되는 것은 아니므로, 그 파기된 항소심판결보다 중한 형을 선고할 수 있다.

【정답】 ④

【해설】 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 할 것이다(대판 2006.05.26, 2005도8607). ⇒ 마무리 1단계 294면

【문24】 공소시효에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 포괄일죄의 공소시효는 최종의 범죄행위가 종료한 때로부터 진행한다.
② 시효는 공소의 제기로 진행이 정지되고 공소기각 또는 관할위반의 재판이 확정된 때로부터 진행한다.
③ 공소장 변경이 있는 경우에 공소시효의 완성 여부는 당초의 공소제기가 있었던 시점을 기준으로 판단할 것이고 공소장 변경시를 기준으로 삼을 것은 아니다.
④ 공소장변경절차에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 있는 경우에는 변경 전의 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 된다.

【정답】 ④

【해설】 ④ 공소장변경절차에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 있는 경우에는 변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 된다(대판 2002.10.11, 2002도2939). ⇒ 마무리 1단계 258면

【문25】 형사소송법상 체포와 구속제도에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014년 법원서기보)

① 피고인에 대한 구속기간(원칙적으로 2개월)에는 공소제기 전의 체포기간도 포함한다.
② 긴급체포되었지만 구속영장을 청구하지 아니하여 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다.
③ 무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다.
④ 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.

【정답】 ①

【해설】 ① 공소제기 전의 체포·구인·구금 기간은 피고인에 대한 구속기간(원칙적으로 2개월)에는 산입하지 아니한다(제92조 제3항). ⇛ 마무리 1단계 183면