

2019년도 국가공무원 9급 공채 필기시험 형사소송법 나 책형
(시험일자 : 2019. 04. 06)

(해설 : 해커스 공무원 법원·검찰직 담당 최철훈 법무사)

문 1. 제1심 공판절차에서 피고인 甲의 변호인이 단독판사 A에 대한 기피신청을 A에게 하였다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2019 국가직 9급)

- ① 기피신청은 피고인을 위한 소송행위이므로 변호인은 甲의 명시적 의사에 반해 A에 대한 기피신청을 할 수 있다.
- ② 단독판사에 대한 기피신청은 해당 법관이 소속된 법원 합의부에 하여야 하므로 A는 결정으로 신청을 기각할 수 있다.
- ③ 변호인의 기피신청이 소송의 지연을 목적으로 함이 명백한 경우 A는 소송 진행을 정지하고 결정으로 신청을 기각하여야 한다.
- ④ 소송진행 정지에 대한 예외 사유가 없음에도 불구하고 A가 소송진행을 정지하지 않고 증거조사를 한 경우 그 증거조사는 무효이다.

● 정답 ● ④

■ 해 설 ■

- ① (×)법 제18조 2항 : 변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 아니하는 때에 한하여 법원에 대한 기피를 신청할 수 있다.
- ② (×)법 제19조 1항 단서 : 단독판사에 대한 기피는 당해 법관에게 신청하여야 한다. 따라서 설문 중 ‘해당 법관이 소속된 법원 합의부에 하여야 하므로’ 부분이 틀렸다
- ③ (×)법 제20조 1항 및 제22조에 의해 간이기각결정의 경우 소송진행을 정지할 필요가 없다.
- ④ (○)기피신청을 받은 법관이 형사소송법 제22조에 위반하여 본안의 소송절차를 정지하지 않은 채 그대로 소송을 진행하여서 한 소송행위는 그 효력이 없고, 이는 그 후 그 기피신청에 대한 기각결정이 확정되었다고 하더라도 마찬가지이다. [대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도8544 판결]

문 2. 진술거부권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2019 국가직 9급)

- ① 피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다.
- ② 헌법상 진술거부권이 보장되므로, 진술거부권이 보장되는 절차에서 진술거부권을 고지받을 권리를 인정하기 위하여 별도의 입법적 뒷받침이 필요한 것은 아니다.
- ③ 헌법상 보장된 진술거부권에 비추어 볼 때, 교통사고를 낸 차의 운전자 등의 신고의무는 사고의 규모나 당시의 구체적인 상황에 따라 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위하여 당사자의 개인적인 조치를 넘어 경찰관의 조직적 조치가 필요하다고 인정되는 경우에만 있는 것이다.
- ④ 조사대상자의 진술내용이 자신과 제3자에게 공동으로 관련된 범죄에 관한 것이거나 제3자의 피의사실뿐만 아니라 자신의 피의사실에 관한 것이기도 하여 그 실질이 피의자신문조서의 성격을 가지는 경우에 수사기관은 그 진술을 듣기 전에 미리 진술거부권을 고지하여야 한다.

◀ 정답 ▶ ②

■ 해 설 ■

- ① (○) 형사소송법 제314조는 “제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.”라고 정함으로써, 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. 위 증거능력에 대한 예외사유로 1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 ‘사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’, 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 ‘사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’라고 각 규정한 것에 비하여 현행 형사소송법은 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하고 있는데, 이는 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 취지가 반영된 것이다. 한편 헌법은 모든 국민은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다고 선언하고(제12조 제2항), 형사소송법은 피고인은 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다고 규정하여(제283조의2 제1항), 진술거부권을 피고인의 권리로서 보장하고 있다. 위와 같은 현행 형사소송법 제314조의 문언과 개정 취지, 진술거부권 관련 규정의 내용 등에 비추어 보면, 피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다. [대법원 2013. 6. 13., 선고, 2012도16001, 판결]
- ② (×) 진술거부권이 보장되는 절차에서 진술거부권을 고지받을 권리가 헌법 제12조 제2

항에 의하여 바로 도출된다고 할 수는 없고, 이를 인정하기 위해서는 입법적 뒷받침이 필요하다. [대법원 2014. 1. 16., 선고, 2013도5441, 판결]

- ③ (○)도로교통법 제54조 제2항 본문에 규정된 신고의무는, 교통사고가 발생한 때에 이를 지체 없이 경찰공무원 또는 경찰관서에 알려서 피해자의 구호, 교통질서의 회복 등에 관한 적절한 조치를 취하게 함으로써 도로상의 소통장애를 제거하고 피해의 확대를 방지하여 교통질서의 유지 및 안전을 도모하는 데 입법취지가 있다. 이와 같은 도로교통법상 신고의무 규정의 입법취지와 헌법상 보장된 진술거부권 및 평등원칙에 비추어 볼 때, 교통사고를 낸 차의 운전자 등의 신고의무는 사고의 규모나 당시의 구체적인 상황에 따라 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위하여 당사자의 개인적인 조치를 넘어 경찰관의 조직적 조치가 필요하다고 인정되는 경우에만 있는 것이라고 해석하여야 한다. [대법원 2014. 2. 27., 선고, 2013도15500, 판결]

- ④ (○) 대법원 2015. 10. 29., 선고, 2014도5939, 판결 등 다수

문 3. 자수에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2019 국가직 9급)

- ① 피고인이 자수하였음에도 불구하고 법원이 형법 제52조제1항에 따른 자수감경을 하지 않거나 자수감경 주장에 대하여 판단을 하지 않았더라도 위법하지 않다.
- ② 수사기관에의 자발적 신고 내용이 범행을 부인하는 등 범죄성립요건을 갖추지 아니한 경우에는 자수는 성립하지 않지만, 그 후 수사과정에서 범행을 시인하였다면 새롭게 자수가 성립될 여지가 있다.
- ③ 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 경우라도 자수가 인정될 수 있다.
- ④ 범인이 수사기관에 뇌물수수의 범죄사실을 자발적으로 신고하였다면, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 적용을 피하기 위해 그 수뢰액을 실제보다 적게 신고한 것일지라도 자수는 성립한다.

● 정답 ● ①

■ 해 설 ■

[대사판례 : 대법원 2004. 6. 24., 선고, 2004도2003, 판결]

형법 제52조 제1항 소정의 자수란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시를 함으로써 성립하는 것이고(대법원 1999. 7. 9. 선고 99도1695 판결 참조), 여기서 신고의 내용이 되는 '자신의 범죄사실'이란 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖춘 객관적 사실을 의미하는 것으로서, 위와 같은 객관적 사실을 자발적으로 수사기관에 신고하여 그 처분에 맡기는 의사표시를 함으로써 자수는 성립하게 되는 것이므로, 수사기관에의 신고가 자발적이라고 하더라도 그 신고의 내용이 자기의 범행을 부인하는 등의 내용으로 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖추지 아니한 사실일 경우에는 자수는 성립하지 아니하며(대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2443 판결 참조), 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 않는다 (대법원 2002. 6. 25. 선고 2002도1893 판결 참조).[대법원 2004. 6. 24., 선고, 2004도2003, 판결]

기록에 의하면, 검찰은 2003. 5.경부터 (이름 생략)그룹에 대한 특별세무조사와 관련하여 공소외 1이 위 그룹의 부회장 공소외 3으로부터 건네받은 2억 5,000만 원의 사용처를 조사하기 시작하였는데, 공소외 1은 2003. 6. 2. 위 금원 중 5,000만 원을 피고인에게 뇌물로 전달하였다고 진술한 사실, 이러한 사실을 알게 된 피고인은 2003. 6. 3. 검찰에 '(이름 생략)사건과 관련하여 잘못된 죄를 뉘우치고 사실 그대로 조사를 받기 위하여 자수하고자 한다.'는 내용의 자수서를 제출하고 자진출석한 다음 제1회 피의자신문을 받으면서 공소외 1로부터 3,000만 원을 받았지 5,000만 원을 받은 것은 아니라고 진술하였고 그 이후에도 계속하여 3,000만 원을 초과하는 금원의 수수사실을 완강히 부인한 사실, 이에 검찰이 공소외 1에 대하여 추가조사를 하고 피고인 및 처에 대한 금융자료를 조사하여 계속 추궁하자, 피고인은 2003. 6. 17. 제5회 피의자신문 이후에는 공소외 1로부터 5,000만 원을 받았다고

자백하면서 그 동안 3,000만 원을 받았다고 극구 주장했던 것은 죄를 적게 받기 위하여 그랬던 것이라고 진술한 사실, 검찰이 피고인을 수뢰액이 5,000만 원 이상인 때에 해당하는 특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조 제1항 제1호, 형법 제129조 위반죄로 기소하자, 피고인은 제1심 제1차 공판에서 다시 공소외 1로부터 받은 금액이 3,000만 원이라고 진술하면서 나머지 2,000만 원의 수수사실을 부인하였고 그 이후 원심까지 그 주장을 유지하다가 원심이 변론을 종결한 제5차 공판기일에 이르러 공소외 1로부터 5,000만 원을 받았다고 다시 시인한 사실을 알 수 있다.

사정이 이와 같다면, 피고인이 2003. 6. 3. 검찰에 자수서를 제출하고 제1회 피의자신문을 받으면서 5,000만 원이 아닌 3,000만 원만을 받았다고 신고하고 이를 초과하는 금액의 수수사실을 부인한 이 사건의 경우, 비록 당시의 신고가 자발적이라고 하더라도 이는 그 신고된 내용에 해당하는 특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조 제1항 제2호, 형법 제129조 위반죄에 비하여 뇌물죄의 보호법익에 대한 침해 또는 침해 위협의 정도 및 그 위법성이 상대적으로 높기 때문에 적용법조와 법정형을 달리하는 이 사건 특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조 제1항 제1호, 형법 제129조 위반죄의 범죄성립요건에 관하여 신고한 것이라고 할 수 없으므로 이 사건 죄에 관한 자수가 성립하였다고 할 수 없고, 그 이후 검찰에 의한 보장수사와 추궁에 따라 5,000만 원을 받은 사실을 자백하였다고 하더라도 달리 볼 수는 없으며, 나아가 이 사건 죄 중 피고인이 당초부터 시인한 3,000만 원 부분에 한하여 자수의 효력을 인정하여 그 부분에 관하여 법률상 감경을 할 수 있는 것도 아니다.[대법원 2004. 6. 24., 선고, 2004도2003, 판결]

- ① (○)법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것으로서 원심이 자수감경을 하지 아니하였다거나 자수감경 주장에 대하여 판단을 하지 아니하였다 하여 위법하다고 할 수 없다 [대법원 2004. 6. 11., 선고, 2004도2018, 판결]. 왜냐하면 자수는 형의 필요적 감경 또는 면제사유가 아니므로 자수사실에 대한 주장은 형의 양정에 영향을 미치는 사유에 지나지 아니하여 유죄판결에 명시할 이유에 해당한다고 할 수 없기 때문이다(대법원 1991. 11. 12. 선고 91도2241 판결).
- ② (×)수사기관에의 신고가 자발적이라고 하더라도 그 신고의 내용이 자기의 범행을 명백히 부인하는 등의 내용으로 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖추지 아니한 사실일 경우에는 자수는 성립하지 않고, 일단 자수가 성립하지 아니한 이상 그 이후의 수사과정이나 재판과정에서 범행을 시인하였다고 하더라도 새롭게 자수가 성립할 여지는 없다는 것이 판례의 입장이다.(대법원 1993. 6. 11. 선고 93도1054 판결, 1994. 10. 14. 선고 94도2130 판결, 1999. 7. 9. 선고 99도1695 판결, 1999. 9. 21. 선고 99도2443 판결 등 참조)
- ③ (×)자수라 함은 범인이 스스로 수사책임이 있는 관서에 자기의 범행을 자발적으로 신고하고 그 처분을 구하는 의사표시를 말하고, 가령 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 않는다. [대법원 1992. 8. 14. 선고 92도962 판결]
- ④ (×)수사기관에 뇌물수수의 범죄사실을 자발적으로 신고하였으나 그 수뢰액을 실제보다 적게 신고함으로써 적용법조와 법정형이 달라지게 된 경우, 자수의 성립을 부인한 사례 [대법원 2004. 6. 24., 선고, 2004도2003, 판결]

문 4. 공판기일의 절차 진행을 순서대로 바르게 나열한 것은?

(2019 국가직 9급)

- ① 인정신문-진술거부권 고지-모두절차-피고인신문-증거조사
- ② 인정신문-모두절차-진술거부권 고지-증거조사-피고인신문
- ③ 진술거부권 고지-인정신문-모두절차-증거조사-피고인신문
- ④ 진술거부권 고지-인정신문-모두절차-피고인신문-증거조사

● 정답 ● ③

■ 해 설 ■

진술거부권의 고지(법 제283조의2 제2항) → 인정신문(법 제284조) → 검사의 모두진술(법 제285조) → 피고인의 모두진술(법 제286조) → 재판장의 쟁점정리 및 검사·변호인의 증거관계 등에 대한 진술(법 제287조) → 증거조사(법 제 290조) → 피고인신문(법 제 296조의2) → 증거조사 후의 검사의 의견진술(법 제302조) → 피고인의 최후진술(법 제 303조)

문 5. 소송주체 및 소송행위에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
(2019 국가직 9급)

- ① 항소심에서 공소장변경에 의하여 단독판사의 관할사건이 합의부 관할사건으로 변경된 경우에는 단독판사가 소속된 지방법원 본원 합의부가 관할한다.
- ② 피고인에 대하여 제1심법원이 집행유예를 선고하였으나 검사만이 양형부당을 이유로 항소한 사안에서, 항소심이 검사의 항소를 받아들여 변호인이 선임되어 있지 않은 피고인에게 징역형을 선고하는 경우 피고인의 권리보호를 위해 판결 선고 전 공판심리 단계에서부터 형사소송법 제33조 제3항에 따라 국선변호인을 선정해 주는 것이 바람직하다.
- ③ 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 따른 보호처분의 결정이 확정된 경우 당해 보호처분은 확정판결과 동일하고 기판력도 있으므로, 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소제기가 되었다면 이는 면소사유에 해당하며 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위배하여 무효인 때에 해당하지 않는다.
- ④ 법관이 당사자의 증거신청을 채택하지 아니하거나 이미 한 증거결정을 취소한 사정만으로도 법관이 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때에 해당한다.

◀ 정답 ▶ ②

■ 해 설 ■

- ① (×) 법 제8조 2항에 의해 사건을 관할권 있는 고등법원으로 이송하여야 한다는 것이 판례의 입장이다. [대법원 1997. 12. 12., 선고, 97도2463, 판결]
- ② (○) 대법원 2016. 11. 10., 선고, 2016도7622, 판결
- ③ (×) 가정폭력처벌법에 따른 보호처분의 결정이 확정된 경우에는 원칙적으로 그 가정폭력행위자에 대하여 같은 범죄사실로 다시 공소를 제기할 수 없으나(가정폭력처벌법 제16조), 그 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(대법원 1985. 5. 28. 선고 85도21 판결 참조). [대법원 2017. 8. 23. 선고 2016도5423 판결]
- ④ (×) 형사소송법 제18조 제2호의 "불공평한 재판을 할 염려가 있는 때"라 함은 통상인의 판단으로서 법원과 사건과의 관계상 불공평한 재판을 할 것이라는 의혹을 갖는 것이 합리적이라고 인정할 만한 객관적인 사정이 있는 때를 말하는 것이므로 재판부가 당사자의 증거신청을 채택하지 아니하였거나 같은 법 제262조에 정한 기간 내에 재정신청사건의 결정을 하지 아니하였다는 사유만으로는 재판의 공평을 기대하기 어려운 객관적인 사정이 있다 할 수 없다. [대법원 1990. 11. 2.자 90모44 결정]

문 6. 체포·구속적부심사에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2019 국가직 9급)

- ① 체포·구속적부심사의 청구권자(형사소송법 제214조의2제1항)는 변호인선임권자(형사소송법 제30조제2항)보다 범위가 넓다.
- ② 구속적부심사절차와 달리 체포적부심사절차에서는 보증금납입조건부 피의자석방결정을 할 수 없다.
- ③ 구속적부심사청구에 대한 법원의 결정에는 기각결정과 석방결정, 보증금납입조건부 석방결정이 있으며, 검사와 피의자는 이와 같은 법원의 결정에 대해 항고할 수 없다.
- ④ 구속적부심문조서는 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서이므로 특별한 사정이 없는 한, 증거동의 여부와 상관없이 당연히 증거능력이 인정된다.

◀ 정답 ▶ ③

■ 해설 ■

- ① (○) 체포·구속적부심사의 청구권자(법 제214조의2 제1항)는 체포 또는 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주 이나, 변호인선임권자(형사소송법 제30조제2항)는 피고인 또는 피의자의 법정대리인, 배우자, 직계친족과 형제자매 이므로 체포·구속적부심사의 청구권자에 가족, 동거인 또는 고용주 까지 포함되므로 그 범위가 더 넓다.
- ② (○)법 제214조의2 제5항에 의하면 『법원은 구속된 피의자(심사청구후 공소제기된 자를 포함한다)에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 제4항의 석방을 명할 수 있다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.』 고 규정하여 구속된 피의자에 대해서면 보증금납입조건부석방결정을 인정하고 있다.
- ③ (×) 법 제214조의2 제8항에 의하면 기각결정 및 석방결정에 대하여는 항고하지 못한다고 규정하여 불복을 금지하고 있다. 그러나 보증금납입조건부 피의자석방결정에 대하여는 항고하지 못한다는 규정이 없으며, 따라서 『피의자나 검사가 그 취소의 실익이 있는 한 형사소송법 제402조에 의하여 항고할 수 있다』 는 것이 판례의 입장이다. [대법원 1997. 8. 27., 자, 97모21, 결정]
- ④ (○) 구속적부심은 구속된 피의자 또는 그 변호인 등의 청구로 수사기관과는 별개 독립의 기관인 법원에 의하여 행하여지는 것으로서 구속된 피의자에 대하여 피의사실과 구속사유 등을 알려 그에 대한 자유로운 변명의 기회를 주어 구속의 적부를 심사함으로써 피의자의 권리보호에 이바지하는 제도인바, 법원 또는 합의부원, 검사, 변호인, 청구인이 구속된 피의자를 심문하고 그에 대한 피의자의 진술 등을 기재한 구속적부심문조서는 형사소송법 제311조가 규정한 문서에는 해당하지 않는다 할 것이나, 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서라고 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한, 피고인이 증거로 함에 부동의하더라도 형사소송법 제315조 제3호에 의하여 당연히 그 증거능력이 인정된다.[대법원 2004. 1. 16., 선고, 2003도5693, 판결]

문 7. 다음 사례에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2019 국가직 9급)

甲은 출근길 지하철에서 휴대전화로 여성의 은밀한 신체부위를 몰래 촬영하는 乙을 발견하고 소리를 지른 후 주위 사람들과 합세하여 乙을 현행범인으로 체포하였고, 이후 출동한 사법경찰관 丙에게 인계하였다. 丙은 인계받은 乙로부터 휴대전화를 임의제출 받아 영치하였지만 사후에 압수영장을 발부받지는 않았다. 한편 甲은 丙의 요청으로 인근 지하철 수사대 사무실로 가서 자신이 목격한 사실을 자필 진술서로 작성하여 丙에게 제출하였다. 이후 乙에 대한 공소가 제기되어 형사재판이 진행되었으나 甲의 소재 불명으로 법정 출석이 불가능하게 되자 검사는 甲의 진술서와 乙의 휴대전화를 증거로 제출하였다.

- ① 검사가 증거로 제출한 휴대전화는 위법수집증거로서 증거능력이 인정되지 않는다.
- ② 甲이 소재불명이라 하더라도 공판기일에 丙이 출석하여 甲의 진술서 작성사실에 대한 진정성립을 인정하면 甲의 진술서의 증거능력이 인정된다.
- ③ 甲이 소재불명이므로 甲의 진술서는 특히 신빙할 수 있는 상태에서 작성되었음이 증명된 경우에 한해 증거능력이 인정된다.
- ④ 위 ③의 특신상태의 증명은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로 충분하다.

◀ 정답 ▶ ③

■ 해 설 ■

- ① (×) 『법 제218조에 의하면 검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장없이 압수할 수 있다』. 설문상 제출의 임의성에 관하여 의심할만한 사정이 없으며, 법 제218조에 의하면 사후영장을 요한다고 규정하지 아니하고 있으므로 임의제출물 압수 후 사후영장을 청구하지 아니하였더라도 압수 과정에 위법이 없다. 또한 설문상 위법수집증거라고 볼만한 별다른 사정도 엿보이지 않으므로 검사가 증거로 제출한 휴대전화는 위법수집증거에 해당하지 아니한다.
- ② (×) ③ (○) 설문상 참고인 甲이 사법경찰관 丙의 요청으로 수사대 사무실로 가서 자필 진술서를 작성한 점으로 볼 때 甲이 작성한 자필진술서는 수사과정에서 작성한 진술서에 해당한다. 법 제312조 5항에 의하면 피고인 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 대하여 법 제312조 4항을 준용하고, 법 제312조 4항에 의하면 참고인진술조서가 증거능력을 인정받기 위해서는 i) 적법한 절차와 방식을 갖추 것 ii) 실질적 진정성립을 인정할 것 iii) 피고인이 작성자에 대하여 반대신문의 기회가 보장될 것 iv) 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명될 것이 요구된다. 여기서 ii) 실질적 진정성립이란 진술자가 말한 대로 조서에 기재되어 있다는 것을 의미하므로 실질적 진정성립의 인정 주체는 진술자에 해당한다. 설문과 같이 진술자가 아닌 조사자 丙이 실질적 진정성립을 인정할 수 있는 주체에 해당한다고 볼 수 없다. 또한 실질적 진정성립을 부인할 경우 조사자증언에 의해 실질적 진정성립을 인정할 수 있는지 문제되나, 판례에 의하면 법 제312조에서 규정하는 실질적 진정성립을 증명하기 위한 ‘영상녹

화물이나 그 밖의 객관적 방법'에서의 '그 밖의 객관적 방법'이란 영상녹화물에 준할 정도의 객관적 방법을 의미하는바 조사자증언은 여기에 포함되지 않는다는 입장이다[대법원 2016. 2. 18., 선고, 2015도16586, 판결]. 따라서 조사자 丙이 실질적 진정성립을 인정한다 하더라도 설문의 진술서가 법 제312조 4항의 요건을 충족한다고 볼 수 없다. 사안의 경우 甲이 소재불명이라면 특신상태의 요건을 충족하였다는 전제하에 오히려 법 제314조에 의해 증거능력이 인정된다고 보는 것이 타당할 것이다.

- ④ (×) '특신상태'란 법 제314조의 증거능력의 전제되는 사실로서 소송법적 사실에 해당한다. 소송법적 사실에 대한 증명은 엄격한 증명은 요하지 않고 자유로운 증명으로 족하나, 이것도 증명인 이상 판사에게 확신 들 정도로 증명하여야 하는 것이다. 판례 또한 『단지 그러할 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다.』 고 판시하고 있다. [대법원 2014. 4. 30., 선고, 2012도725, 판결]

문 8. 증거동의에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2019 국가직 9급)

- ① 피고인이 제1심에서 사법경찰관 작성 조서에 대해 증거로 함에 동의하고 증거조사를 마쳤다면, 그 후 항소심에서 범행인정여부를 다투고 있다 하여도 이미 한 증거동의의 효과에 아무런 영향이 없다.
- ② 피고인의 증거동의가 있으면 별도로 변호인의 동의는 필요 없지만, 변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 않는 한 피고인을 대리하여 증거동의를 할 수 있다.
- ③ 피고인의 유죄증거에 대한 반대증거로 제출된 서류는 그것이 유죄사실을 인정하는 증거가 되지 않는 이상 증거동의가 없더라도 증거판단의 자료로 삼을 수 있다.
- ④ 피고인이 참고인의 진술조서에 대하여 이견이 없다고 진술하고 공판정에서도 그 진술조서의 기재내용과 부합되는 진술을 하였다 하더라도 증거동의에 대한 명시적 의사표시가 없는 한, 그 진술조서를 증거로 채용하는 데 동의한 것으로 볼 수 없다.

◀ 정답 ▶ ④

■ 해 설 ■

- ① (○) 증거동의의 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하므로 제1심에서 한 증거동의를 제2심에서 취소할 수 없고, 일단 증거조사가 종료된 후에 증거동의의 의사표시를 취소 또는 철회하더라도 취소 또는 철회 이전에 이미 취득한 증거능력이 상실되지 않는다.[대법원 2005. 4. 28., 선고, 2004도4428, 판결]
- ② (○) 증거로 함에 대한 동의의 주체는 소송주체인 당사자라 할 것이지만 변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 아니하는 한 피고인을 대리하여 증거로 함에 동의할 수 있으므로 피고인이 증거로 함에 동의하지 아니한다고 명시적인 의사표시를 한 경우 이외에는 변호인은 서류나 물건에 대하여 증거로 함에 동의할 수 있고, 이 경우 변호인의 동의에 대하여 피고인이 즉시 이의하지 아니하는 경우에는 변호인의 동의로 증거능력이 인정되어 증거조사 완료 전까지 그 동의가 취소 또는 철회하지 아니한 이상 일단 부여된 증거능력은 그대로 존속한다. [대법원 2005. 4. 28., 선고, 2004도4428, 판결]
- ③ (○) 검사가 유죄의 자료로 제출한 증거들이 그 진정성립이 인정되지 아니하고 이를 증거로 함에 상대방의 동의가 없더라도, 이는 유죄사실을 인정하는 증거로 사용하는 것이 아닌 이상 공소사실과 양립할 수 없는 사실을 인정하는 자료로 쓸 수 있다고 보아야 한다.(대법원 1994. 11. 11. 선고 94도1159 판결)
- ④ (×) 동의는 증거능력을 부여하는 중요한 소송행위이므로 원칙적으로 명시적으로 이루어져야 하지만, 반대신문권을 포기하는 의사 또는 증거능력을 부여하려는 의사가 충분히 나타난 것이라면 묵시적인 동의도 허용된다고 본다. 또한 판례도 묵시적 증거동의도 가능하다는 입장이다.

판례 : 피고인이 신청한 증인의 증언이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 전문진술이라고 하더라도 피고인이 그 증언에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였다면 그 증언을 증거로 함에 동의한 것으로 볼 수 있으므로 이는 증거능력이 있다. (대법원 1983. 9. 27. 선고 83도516 판결)

문 9. 공판 및 상소절차에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2019 국가직 9급)

- ① 재판장은 여러 공판기일을 일괄하여 지정할 수 없다.
- ② 간이공판절차로 진행된 제1심에서 형사소송법 제318조의3에 의하여 증거동의가 의제되어 증거능력이 인정된 증거라도 피고인이 항소심에서 진술을 번복하여 범행을 부인한다면 그 증거능력은 그대로 유지될 수 없다.
- ③ 제1심이 위법한 공시송달결정에 터 잡아 피고인의 진술 없이 심리·판단하였다면, 항소심은 검사만이 양형부당을 이유로 항소한 경우라도 직권으로 제1심의 위법을 시정하는 조치를 취하여야 한다.
- ④ 준항고의 청구는 재판의 고지 있는 날로부터 5일 이내에 하여야 한다.

◀ 정답 ▶ ③

■ 해설 ■

- ① (×) 법 제267조의2(집중심리) 3항 재판장은 여러 공판기일을 일괄하여 지정할 수 있다.
- ② (×) 피고인이 제1심법원에서 공소사실에 대하여 자백하여 제1심법원이 이에 대하여 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정하고, 이에 따라 제1심법원이 제1심판결 당시의 증거들을 증거로 함에 피고인 또는 변호인의 이의가 없어 형사소송법 제318조의3의 규정에 따라 증거능력이 있다고 보고, 상당하다고 인정하는 방법으로 증거조사를 한 이상, 가사 항소심에 이르러 범행을 부인하였다고 하더라도 제1심법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서도 증거로 할 수 있는 것이므로 제1심법원에서 이미 증거능력이 있었던 증거는 항소심에서도 증거능력이 그대로 유지되어 심판의 기초가 될 수 있고 다시 증거조사를 할 필요가 없다.[대법원 1998. 2. 27., 선고, 97도3421, 판결]
- ③ (○) 위와 같이 제1심이 위법한 공시송달 결정에 터잡아 공소장 부분과 공판기일 소환장을 송달하고 피고인의 출석 없이 심리·판단한 이상, 이는 피고인에게 출석의 기회를 주지 아니한 것이 되어 그 소송절차는 위법한 것이다. 한편 항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있으므로, 원심으로서는 검사만이 양형부당으로 항소하였더라도 마땅히 직권으로 제1심의 위법을 시정하는 조치를 취했어야 할 것이다. 즉 원심으로서는 다시 적법한 절차에 의하여 소송행위를 새로이 한 후 위법한 제1심판결을 파기하고, 원심에서의 진술 및 증거조사 등 심리결과에 기하여 다시 판결하여야 할 것이다.[대법원 2011. 5. 13., 선고, 2011도1094, 판결]
- ④ (×) 재판의 고지있는 날로부터 3일 이내에 하여야 한다. (법 제416조 3항)

문 10. 면소판결에 대한 설명으로 옳지 않은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2019 국가직 9급)

- ㄱ. 일반사면과 특별사면을 불문하고 사면이 있는 경우에는 법원은 별도의 실체적 심리를 진행함이 없이 면소판결을 하여야 한다.
- ㄴ. 여러 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 상습범이 아닌 기본범죄로 유죄판결이 확정되었더라도, 판결이 확정된 범죄사실과 판결 선고 전에 저질러진 나머지 범죄사실이 상습범으로서 포괄일죄의 관계가 있다면, 새로이 공소 제기된 그 나머지 범죄사실에 대해 법원은 면소판결을 하여야 한다.
- ㄷ. 피고인이 사물변별능력 또는 의사능력이 없는 상태에 있는 경우에는 당해 사건에 대한 면소판결이 명백히 예견되더라도 공판절차를 정지하여야 할 것이고 피고인의 출정 없이 재판할 수 없다.
- ㄹ. 몰수나 추징이 공소사실과 관련이 있다 하더라도 그 공소사실에 관하여 이미 공소시효가 완성되어 면소판결의 사유에 해당하는 경우에는 몰수나 추징도 할 수 없다.
- ㅁ. 면소판결은 유죄 확정판결이라 할 수 없으므로 면소판결을 대상으로 한 재심청구는 부적법하다.

① ㄱ, ㄴ, ㄷ

② ㄱ, ㄴ, ㅁ

③ ㄴ, ㄷ, ㄹ

④ ㄷ, ㄹ, ㅁ

● 정답 ● ①

■ 해설 ■

- ㉠ (×) 면소판결의 사유인 법 제326조 2호의 사면이란 일반사면을 의미한다는 것이 판례의 입장이다[대법원 2015. 5. 21., 선고, 2011도1932, 전원합의체판결]. 특별사면이 있다고 면소판결을 선고하는 것은 아니다.
- ㉡ (×) 상습범으로서 포괄적 일죄의 관계에 있는 여러 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 유죄판결이 확정된 경우에, 그 확정판결의 사실심판결 선고 전에 저질러진 나머지 범죄에 대하여 새로이 공소가 제기되었다면 그 새로운 공소는 확정판결이 있었던 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 제기된 데 해당하므로 이에 대하여는 판결로써 면소의 선고를 하여야 하는 것인바(형사소송법 제326조 제1호), 다만 이러한 법리가 적용되기 위해서는 전의 확정판결에서 당해 피고인이 상습범으로 기소되어 처단되었을 것을 필요로 하는 것이고, 상습범 아닌 기본 구성요건의 범죄로 처단되는 데 그친 경우에는, 가사 뒤에 기소된 사건에서 비로소 드러났거나 새로 저질러진 범죄사실과 전의 판결에서 이미 유죄로 확정된 범죄사실 등을 종합하여 비로소 그 모두가 상습범으로서의 포괄적 일죄에 해당하는 것으로 판단된다 하더라도 뒤늦게 앞서의 확정판결을 상습범의 일부에 대한 확정판결이라고 보아 그 기판력이 그 사실심판결 선고 전의 나머지 범죄에 미친다고 보아서는 아니 된다.[대법원 2004. 9. 16., 선고, 2001도3206, 전원합의체 판결]
- ㉢ (×) 공소기각 또는 면소의 재판을 할 것이 명백한 사건한 사건의 경우에는 법 제277조 2호에 기하여 피고인의 출석을 요하지 않는다. 따라서 피고인의 출정없이 재판할 수 있다.
- ㉣ (○) 형법 제49조 단서는 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니할 때에도 몰수의 요건이

있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다고 규정하고 있으므로 몰수뿐만 아니라 몰수에 갈음하는 추징도 위 규정에 근거하여 선고할 수 있다고 할 것이나 우리 법제상 공소의 제기 없이 별도로 몰수나 추징만을 선고할 수 있는 제도가 마련되어 있지 아니하므로 위 규정에 근거하여 몰수나 추징을 선고하기 위하여서는 몰수나 추징의 요건이 공소가 제기된 공소사실과 관련되어 있어야 하고, 공소사실이 인정되지 않는 경우에 이와 별개의 공소가 제기되지 아니한 범죄사실을 법원이 인정하여 그에 관하여 몰수나 추징을 선고하는 것은 불고불리의 원칙에 위반되어 불가능하며, 몰수나 추징이 공소사실과 관련이 있다 하더라도 그 공소사실에 관하여 이미 공소시효가 완성되어 유죄의 선고를 할 수 없는 경우에는 몰수나 추징도 할 수 없다. [대법원 1992. 7. 28. 선고 92도700 판결]

- ㊤ (○) 형사재판에서 재심은 형사소송법 제420조, 제421조 제1항의 규정에 의하여 유죄 확정판결 및 유죄판결에 대한 항소 또는 상고를 기각한 확정판결에 대하여만 허용된다. 면소판결은 유죄 확정판결이라 할 수 없으므로 면소판결을 대상으로 한 재심청구는 부적법하다. [대법원 2018. 5. 2.자 2015모3243 결정]

문 11. 증거의 신청 및 결정에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
(2019 국가직 9급)

- ① 증거로 할 부분을 특정하여 명시하면 서류나 물건의 일부에 대한 증거신청도 허용된다.
- ② 검사와 달리 피고인 또는 변호인이 증거신청을 하는 때에는 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계를 구체적으로 명시해야 하는 것은 아니다.
- ③ 범죄로 인한 피해자의 법정대리인은 그 피해자에 대한 증인신문을 신청할 수 없다.
- ④ 공판심리가 종결된 후에 피고인이 증인신청을 하였다면, 법원은 피고인의 방어권 보장을 위해 변론을 재개하여 증인신문을 하여야 한다.

◀ 정답 ▶ ①

■ 해 설 ■

- ① (○) 형사소송규칙 제132조의2(증거신청의 방식) 제3항 서류나 물건의 일부에 대한 증거신청을 함에 있어서는 증거로 할 부분을 특정하여 명시하여야 한다.
- ② (×) 형사소송규칙 제132조의2(증거신청의 방식) 제1항 검사, 피고인 또는 변호인이 증거신청을 함에 있어서는 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계를 구체적으로 명시하여야 한다.
- ③ (×) 형사소송법 제294조의2(피해자등의 진술권) 제1항 법원은 범죄로 인한 피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다. 이하 이 조에서 "피해자등"이라 한다)의 신청이 있는 때에는 그 피해자등을 증인으로 신문하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 - 1. 삭제
 - 2. 피해자등 이미 당해 사건에 관하여 공판절차에서 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우
 - 3. 피해자등의 진술로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우
- ④ (×) 증거신청의 채택 여부는 법원의 재량으로서 법원이 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 이를 조사하지 아니할 수 있는 것이고, 법원이 적법하게 공판의 심리를 종결한 뒤에 피고인이 증인신청을 하였다 하여 반드시 공판의 심리를 재개하여 증인신문을 하여야 하는 것은 아니다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도7947 판결 등 참조).[대법원 2014. 2. 27., 선고, 2013도12155, 판결]

문 12. 甲과 乙은 함께 강도를 행하였고, 이러한 사실을 알고 있는 丙은 甲 등이 강취한 물건을 매수하였다. 검사는 甲과 乙을 강도죄의 공범으로, 丙을 장물취득죄로 기소하였고, 법원은 이들을 공동피고인으로 병합심리 중에 있다. 이에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2019 국가직 9급)

- ㄱ. 甲의 사건에서, 乙은 피고인의 지위에 있으므로 소송절차를 분리하지 않는 한 증인이 될 수 없다.
- ㄴ. 사법경찰관이 작성한 甲에 대한 피의자신문조서는 甲이 내용을 인정하면 乙의 범죄사실 인정의 증거로 사용할 수 있다.
- ㄷ. 검사가 작성한 甲에 대한 피의자신문조서는 甲이 진정성립과 임의성을 인정하더라도, 乙이 증거사용에 부동의 하면 乙의 범죄사실 인정의 증거로 사용할 수 없다.
- ㄹ. 丙은 甲과 乙의 사건에 대한 증인적격이 인정되고, 이에 법원은 丙에 대해 증인신문을 할 수 있다.

① ㄱ, ㄷ

② ㄱ, ㄹ

③ ㄴ, ㄷ

④ ㄴ, ㄹ

◀ 정답 ▶ ②

■ 해 설 ■

甲과 乙은 공범자인 공동피고인이며, 甲·乙과 丙은 공범자 아닌 공동피고인 관계이다. 판례에 의하면 공범자인 공동피고인은 피고인의 지위에 있어 증인적격이 없으며, 공범자인 공동피고인의 진술은 다른 피고인에 대해 반대신문의 기회가 보장되어 있으므로 증거능력이 있다는 입장이다. 다만 변론을 분리하면 피고인의 지위에서 벗어나게 되므로 증인신문절차를 요한다는 것이 판례의 입장이다. 그러나 공범자 아닌 공동피고인의 경우에는 우연히 병합심리되었을 뿐 당해피고인에 대해서는 증인의 지위에 있으므로 증인신문절차에 의하지 아니하고 한 진술은 당해피고인에 대하여는 증거능력이 인정되지 않는다는 입장이다.

[판례 01 : 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.(대법원 2008. 6. 26., 선고, 2008도3300, 판결)]

[판례 02 : 피고인과 별개의 범죄사실로 기소되어 병합심리중인 공동피고인은 피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있다 할 것이므로 선서없이 한 공동피고인의 법정진술이나 피고인이 증거로 함에 동의한 바 없는 공동피고인에 대한 피의자 신문조서는 피고인의 공소 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 없다(대법원 1982. 9. 14. 선고 82도1000 판결 참조)]

㉠ (○)대법원 2008. 6. 26., 선고, 2008도3300, 판결

- ㉠ (×) 공범자의 진술이 기재된 사경 작성 피의자진술조서의 경우 내용인정의 주체는 당해 피고인 이라는 입장이다. 사법경찰관이 작성한 甲에 대한 피의자신문조서에 대해 甲이 내용을 인정하면 특신상태를 갖춘 경우 갑에 대해서만 증거능력이 인정될 수 있을 뿐이며, 乙의 범죄사실 인정의 증거로 사용하기 위해서는 乙이 내용을 인정하여야 한다.
- ㉡ (×) 甲과 乙은 공범자 관계이고, 공범자인 공동피고인의 진술이 기재된 검사 작성 피의자신문조서에 대해 당해피고인 乙이 증거동의 하지 않는 한 법 제312조 4항의 요건을 충족하여야 한다. 법 제312조 4항에 의하면 i) 적법한 절차와 방식을 갖추는 것 ii) 실질적 진정성립을 인정할 것 iii) 피고인이 작성자에 대하여 반대신문의 기회가 보장될 것 iv) 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명될 것이 요구된다. 설문과 관련하여 甲이 진정성립과 임의성을 인정할 경우, 갑과 을은 공범자인 공동피고인 관계에 있으므로 반대신문의 기회는 보장되어 있고, 설문상 적법한 절차와 방식을 위반하거나 특신상태를 부정할 만한 사정도 엿보이지 않는다. 따라서 사안의 경우 乙이 증거사용에 부동의 하더라도 乙의 범죄사실 인정의 증거로 사용할 수 있다.
- ㉢ (○) 대법원 1982. 9. 14. 선고 82도1000 판결

문 13. 공판준비절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

(2019 국가직 9급)

- ① 피고인이 국민참여재판을 원하는 의사를 표시한 경우에 재판장은 사건을 공판준비절차에 부쳐야 하며, 공판준비기일에는 주장과 증거를 정리하고 심리계획을 수립하기 위해 검사와 변호인 이외에 배심원도 참여시켜야 한다.
- ② 공판준비기일에 신청하지 못한 증거라도 공판기일에 법원이 직권으로 증거조사를 할 수 있다.
- ③ 법원은 쟁점 및 증거의 정리를 위하여 필요한 경우에는 제1회 공판기일 후에도 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있다.
- ④ 법원은 공판준비기일을 종료하는 때에는 검사, 피고인 또는 변호인에게 쟁점 및 증거에 관한 정리결과를 고지하고, 이에 대한 이의의 유무를 확인하여야 한다.

● 정답 ● ①

■ 해 설 ■

- ① (×) 전단 (○) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제36조(공판준비절차) 제1항 재판장은 제8조에 따라 피고인이 국민참여재판을 원하는 의사를 표시한 경우에 사건을 공판준비절차에 부쳐야 한다. 다만, 공판준비절차에 부치기 전에 제9조제1항의 배제결정이 있는 때에는 그러하지 아니하다. / 후단 (×) 같은 법 제36조 제4항에 의하면 『공판준비기일에는 배심원이 참여하지 아니한다』고 규정하고 있다. 따라서 참여하지 않을 배심원에게 통지도 하지 아니한다. 또한 국민의 형사재판 참여에 관한 규칙 제27조에 의하면 『법원은 법 제24조에 따른 배심원 선정기일 이전에 공판준비절차를 마쳐야 한다. 다만, 「형사소송법」 제266조의15에 따라 공판기일 사이에 공판준비기일을 진행하는 때에는 그러하지 아니하다.』고 규정하고 있다. 따라서 원칙적으로 공판준비기일에는 참여할 배심원도 없다고 보는 것이 정확하다.
- ② (○) 형사소송법 제266조의13 제1항에 의하면 공판준비기일에서 신청하지 아니한 증거는 그 신청으로 인하여 소송을 현저히 지연시키지 아니하거나, 중대한 과실 없이 공판준비기일에 제출하지 못하는 등 부득이한 사유를 소명한 때에 한하여 공판기일에 증거신청할 수 있다. 다만 제2항에 의해 법원은 위 사유가 없음에도 불구하고 직권으로 증거를 조사할 수 있다.
- ③ (○) 형사소송법 제266조의15(기일간 공판준비절차) 법원은 쟁점 및 증거의 정리를 위하여 필요한 경우에는 제1회 공판기일 후에도 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있다. 이 경우 기일전 공판준비절차에 관한 규정을 준용한다.
- ④ (○) 형사소송법 제266조의 10 제1항

문 14. 체포 및 영장제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2019 국가직 9급)

- ① 경찰의 긴급체포 승인 및 구속영장의 신청이 있으면, 검사는 체포된 피의자를 검찰청으로 출석시켜 직접 대면조사할 수 있지만, 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면조사는 임의수사이므로 피의자는 검사의 출석요구에 응할 의무가 없다.
- ② 검사가 현행범인을 체포하는 경우 체포를 위한 실력행사에 들어가기 전에 미리 피의사실의 요지와 변호인 선임권 등을 고지하여야 하지만, 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 제압하는 과정에서 고지하거나, 그것이 여의치 않은 경우에는 제압한 후에 지체 없이 고지하여야 한다.
- ③ 사법경찰관은 범행 중 또는 범행 직후의 범죄장소에서 긴급을 요하여 판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있으나, 이 경우에는 사후에 지체 없이 영장을 받아야 한다.
- ④ 경찰은 피의자를 긴급체포한 후 24시간 이내에 피의자가 보관하는 물건을 영장 없이 압수할 수 있으며, 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 압수·수색이 종료한 때로부터 48시간 이내에 영장을 청구하여야 한다.

◀ 정답 ▶ ④

■ 해설 ■

- ① (○) 사법경찰관이 검사에게 긴급체포된 피의자에 대한 긴급체포 승인 건의와 함께 구속영장을 신청한 경우, 검사는 긴급체포의 승인 및 구속영장의 청구가 피의자의 인권에 대한 부당한 침해를 초래하지 않도록 긴급체포의 적법성 여부를 심사하면서 수사서류 뿐만 아니라 피의자를 검찰청으로 출석시켜 직접 대면조사할 수 있는 권한을 가진다고 보아야 한다. 따라서 이와 같은 목적과 절차의 일환으로 검사가 구속영장 청구 전에 피의자를 대면조사하기 위하여 사법경찰관에게 피의자를 검찰청으로 인치할 것을 명하는 것은 적법하고 타당한 수사지휘 활동에 해당하고, 수사지휘를 전달받은 사법경찰관리는 이를 준수할 의무를 부담한다. 다만 체포된 피의자의 구금 장소가 임의적으로 변경되는 점, 법원에 의한 영장실질심사 제도를 도입하고 있는 현행 형사소송법하에서 체포된 피의자의 신속한 법관 대면권 보장이 지연될 우려가 있는 점 등을 고려하면, 위와 같은 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면조사는 긴급체포의 적법성을 의심할 만한 사유가 기록 기타 객관적 자료에 나타나고 피의자의 대면조사를 통해 그 여부의 판단이 가능할 것으로 보이는 예외적인 경우에 한하여 허용될 뿐, 긴급체포의 합당성이나 구속영장 청구에 필요한 사유를 보강하기 위한 목적으로 실시되어서는 아니 된다. 나아가 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면조사는 강제수사가 아니므로 피의자는 검사의 출석 요구에 응할 의무가 없고, 피의자가 검사의 출석 요구에 동의한 때에 한하여 사법경찰관리는 피의자를 검찰청으로 호송하여야 한다. (대법원 2010. 10. 28. 선고 2008도11999 판결)
- ② (○) 대법원 2017. 9. 21., 선고, 2017도10866, 판결 등 다수
- ③ (○) 법 제216조 3항
- ④ (×) 체포한 때 부터 48시간 이내에 (사후)영장을 청구하여야 한다. 정확히는 긴급체포된 자가 소유·소지·보관하는 물건은 체포한 때부터 24시간 이내에 영장없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있고, 체포한 때부터 48시간 이내에 사후영장을 청구하여야 한다. (법 제217조 1항 및 같은 조 2항)

문 15. 공소제기에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2019 국가직 9급)

- ① 약식명령에 대한 정식재판청구가 제기되었음에도 법원이 증거서류 및 증거물을 검사에게 반환하지 않고 보관하고 있다고 하여 그 이전에 이미 적법하게 제기된 공소제기의 절차가 위법하게 된다고 할 수 없다.
- ② 포괄일죄에서 공소장변경 허가 여부를 결정할 때는 포괄일죄를 구성하는 개개 공소사실별로 종전 것과의 동일성 여부를 판단하여야 한다.
- ③ 살인, 방화 등의 경우 범죄의 직접적인 동기 또는 공소범죄 사실과 밀접불가분의 관계에 있는 동기를 공소사실에 기재하는 것이 공소장일본주의 위반이 아님은 명백하고, 설사 범죄의 직접적인 동기가 아닌 경우에도 동기의 기재는 공소장의 효력에 영향을 미치지 아니한다.
- ④ 불특정 다수 인터넷 이용자들의 컴퓨터에 자신들의 프로그램을 설치하여 경쟁업체 프로그램이 정상적으로 사용되거나 설치되지 못하도록 함으로써 인터넷 이용자들의 인터넷 이용에 관한 업무를 방해하였다고 하여 ‘컴퓨터등장애업무방해’로 기소된 경우, 공소장 기재만으로는 업무 주체인 구체적인 피해자와 방해된 업무 내용을 알 수 없는 때는 공소사실이 특정되지 않은 것이다.

◀ 정답 ▶ ②

■ 해 설 ■

- ① (○) 검사가 약식명령을 청구하는 때에는 약식명령의 청구와 동시에 약식명령을 하는 데 필요한 증거서류 및 증거물을 법원에 제출하여야 하는바(형사소송규칙 제170조), 이는 약식절차가 서면심리에 의한 재판이어서 공소장일본주의의 예외를 인정한 것이므로 약식명령의 청구와 동시에 증거서류 및 증거물이 법원에 제출되었다 하여 공소장일본주의를 위반하였다 할 수 없고, 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. [대법원 2007. 7. 26., 선고, 2007도3906, 판결]
- ② (×) 포괄일죄에서는 공소장변경을 통한 종전 공소사실의 철회 및 새로운 공소사실의 추가가 가능한 점에 비추어 그 공소장변경 허가 여부를 결정할 때는 포괄일죄를 구성하는 개개 공소사실별로 종전 것과의 동일성 여부를 따지기보다는 변경된 공소사실이 전체적으로 포괄일죄의 범주 내에 있는지 여부, 즉 단일하고 계속된 범의하에 동종의 범행을 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에 해당한다고 볼 수 있는지 여부에 초점을 맞추어야 한다. [대법원 2018. 10. 25., 선고, 2018도9810, 판결]
- ③ (○) 공소장에는 법령이 요구하는 사항만 기재할 것이고 공소사실의 첫머리에 공소사실과 관계 없이 법원의 예단만 생기게 할 사유를 불필요하게 나열하는 것은 옳다고 할 수 없고, 공소사실과 관련이 있는 것도 원칙적으로 범죄의 구성요건에 적어야 할 것이고, 이를 첫머리 사실로서 불필요하게 길고 장황하게 나열하는 것을 적절하다고 할 수 없다 (대법원 1992. 9. 22. 선고 92도1751 판결, 1999. 7. 23. 선고 99도1860 판결 등 참조). 그러나 살인, 방화 등의 경우 범죄의 직접적인 동기 또는 공소범죄사실과 밀접불가분의 관계에 있는 동기를 공소사실에 기재하는 것이 공소장일본주의 위반이 아님은 명

백하고, 설사 범죄의 직접적인 동기가 아닌 경우에도 동기의 기재는 공소장의 효력에 영향을 미치지 아니한다. 이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건 공소장 첫머리에 범행 동기와 경위가 다소 길고 장황하게 기재되었다 하여 공소제기의 방식이 공소장일본주의 내지 예단금지의 원칙에 위배된다고 할 수 없다고 판단한 것은 정당하여 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 공소장일본주의 내지 예단배제원칙 위반 등의 위법이 있다고 할 수 없다.[대법원 2007. 5. 11., 선고, 2007도748, 판결]

④ (○) 대법원 2011. 5. 13., 선고, 2008도10116, 판결

문 16. 재정신청에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2019 국가직 9급)

- ① 재정신청 기각결정에 대한 재항고나 그 재항고 기각결정에 대한 즉시항고로서의 재항고에 대한 법정기간의 준수 여부는 재항고장이나 즉시항고장이 법원에 도달한 시점을 기준으로 판단하여야 하고, 거기에 재소자 피고인 특칙은 준용되지 아니한다.
- ② 재정신청사건의 심리 중에는 관련 서류 및 증거물을 열람 또는 등사할 수 있다.
- ③ 공동신청권자 중 1인의 재정신청 및 취소는 전원을 위하여 효력을 발생한다.
- ④ 법원이 재정신청 대상 사건이 아닌 공직선거법 제251조의 후보자비방죄에 관한 재정신청임을 간과한 채 공소제기결정을 한 관계로 그에 따른 공소가 제기되어 본안사건의 절차가 개시되었다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 본안사건에서 그 잘못을 다룰 수 있다.

◀ 정답 ▶ ①

■ 해설 ■

- ① (○) 위와 같이 법정기간 준수에 대하여 도달주의 원칙을 정하고 재소자 피고인 특칙의 예외를 개별적으로 인정한 형사소송법의 규정 내용과 입법 취지, 재정신청절차가 형사재판절차와 구별되는 특수성, 법정기간 내의 도달주의를 보완할 수 있는 여러 형사소송법상 제도 및 신속한 특급우편제도의 이용 가능성 등을 종합하여 보면, 재정신청 기각결정에 대한 재항고나 그 재항고 기각결정에 대한 즉시항고로서의 재항고에 대한 법정기간의 준수 여부는 도달주의 원칙에 따라 재항고장이나 즉시항고장이 법원에 도달한 시점을 기준으로 판단하여야 하고, 거기에 재소자 피고인 특칙은 준용되지 아니한다.[대법원 2015. 7. 16., 자, 2013도2347, 전원합의체 결정]
- ② (×) 형사소송법 제262조의2(재정신청사건 기록의 열람·등사 제한) 재정신청사건의 심리 중에는 관련 서류 및 증거물을 열람 또는 등사할 수 없다. 다만, 법원은 제262조제2항 후단의 증거조사과정에서 작성된 서류의 전부 또는 일부의 열람 또는 등사를 허가할 수 있다. / 법 제262조(심리와 결정) ②법원은 재정신청서를 송부받은 날부터 3개월 이내에 항고의 절차에 준하여 다음 각 호의 구분에 따라 결정한다. 이 경우 필요한 때에는 증거를 조사할 수 있다.
- ③ (×) 형사소송법 제264조(대리인에 의한 신청과 1인의 신청의 효력, 취소) ①재정신청은 대리인에 의하여 할 수 있으며 공동신청권자 중 1인의 신청은 그 전원을 위하여 효력을 발생한다. ②재정신청은 제262조제2항의 결정이 있을 때까지 취소할 수 있다. 취소한 자는 다시재정신청을 할 수 없다. ③전항의 취소는 다른 공동신청권자에게 효력을 미치지 아니한다. 즉, 공동신청권자 중 1인의 신청은 그 전원을 위하여 효력을 발생하지만, 취소는 다른 공동신청권자에게 효력을 미치지 않는다.
- ④ (×) 법원이 재정신청 대상 사건이 아님에도 이를 간과한 채 형사소송법 제262조 제2항 제2호에 따라 공소제기결정을 하였더라도, 그에 따른 공소가 제기되어 본안사건의 절차가 개시된 후에는 다른 특별한 사정이 없는 한 본안사건에서 위와 같은 잘못을 다룰 수 없다. [대법원 2017. 11. 14., 선고, 2017도13465, 판결]

그렇지 아니하고 위와 같은 잘못을 본안사건에서 다룰 수 있다고 한다면 이는 공소제기

결정에 대하여 불복할 수 없도록 한 같은 법 제262조 제4항의 규정취지에 위배하여 형사소송절차의 안정성을 해칠 우려가 있기 때문이다. 또한 위와 같은 잘못은 본안사건에서 공소사실 자체에 대하여 무죄, 면소, 공소기각 등을 할 사유에 해당하는지를 살펴 무죄 등의 판결을 함으로써 그 잘못을 바로잡을 수 있다. 뿐만 아니라 본안사건에서 심리한 결과 범죄사실이 유죄로 인정되는 때에는 이를 처벌하는 것이 오히려 형사소송의 이념인 실제적 정의를 구현하는 데 보다 충실하다는 점도 고려하여야 한다. [대법원 2010. 11. 11. 선고 2009도224 판결 [사기] 참조]

문 17. 공소장변경에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2019 국가직 9급)

- ① 검사가 형이 보다 가벼운 일반법의 법조를 적용하여 그 죄명으로 기소한 경우, 공소사실에 변경이 없고 그 적용법조의 구성요건이 완전히 동일하다면 법원은 공소장변경 없이 형이 더 무거운 특별법의 법조를 적용하여 처벌할 수 있다.
- ② 단독범으로 기소된 것을 다른 사람과 공모하여 동일한 내용으로 공동정범의 범행을 한 것으로 인정하는 경우, 이로 말미암아 피고인에게 예기치 않은 타격을 주어 방어권 행사에 실질적 불이익을 줄 우려가 없더라도 공소장변경이 필요하다.
- ③ 기소된 공소사실의 재산상 피해자와 공소장에 기재된 피해자가 다른 것으로 판명된 경우에는 공소사실의 동일성을 해하지 않고 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 주지 않는 한 공소장변경 없이 공소장 기재의 피해자와 다른 실제의 피해자를 적시하여 이를 유죄로 인정해야 한다.
- ④ 동일한 범죄사실에 대하여 포괄일죄로 기소된 것을 법원이 공소장변경 없이 실체적 경합관계에 있는 수죄로 인정하는 것은 피고인의 방어권 행사에 실질적으로 불이익을 초래할 우려가 있어서 허용되지 아니한다.

◀ 정답 ▶ ③

■ 해 설 ■

- ① (×) 일반법과 특별법이 동일한 구성요건을 가지고 있고 그 구성요건에 해당하는 어느 범죄사실에 대하여 검사가 그 중 형이 가벼운 일반법의 법조를 적용하여 그 죄명으로 기소하였는데 그 일반법과 특별법을 적용한 때 형의 범위가 차이 나는 경우에는, 비록 그 공소사실에 변경이 없고 적용법조의 구성요건이 완전히 동일하다 하더라도, 그러한 적용법조의 변경이 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래한다고 보아야 하며, 따라서 법원은 공소장변경 없이는 형이 더 무거운 특별법의 법조를 적용하여 특별법 위반의 죄로 처단할 수 없다. [대법원 2007. 12. 27., 선고, 2007도4749, 판결]
- ② (×) 단독범으로 기소된 것을 법원이 다른 사람과 공모하여 동일한 내용의 범행을 한 것으로 인정하는 경우, 이 때문에 피고인의 방어권의 행사에 실질적 불이익을 줄 우려가 있다면 반드시 공소장변경을 필요로 한다. [대법원 1997. 5. 23., 선고, 96도1185, 판결]. 그러나 공소사실의 동일성 범위 내이고, 공소장변경 없이 변경된 공소사실에 대하여 유죄판결을 선고하더라도 심리경과에 비추어 피고인 방어권보장에 별다른 불이익이 없다면 공소장변경을 반드시 요하는 것이 아니라는 것이 판례의 입장이다. [대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도1366 판결 등 참조]
- ③ (○) 대법원 2017. 6. 19., 선고, 2013도564, 판결
- ④ (×) 법원이 동일한 범죄사실을 가지고 포괄일죄로 보지 아니하고 실체적 경합관계에 있는 수죄로 인정하였다고 하더라도 이는 다만 죄수에 관한 법률적 평가를 달리한 것에 불과할 뿐이지 소추대상인 공소사실과 다른사실을 인정한 것도 아니고 또 피고인의 방어권 행사에 실질적으로 불이익을 초래할 우려도 없으므로 불고불리의 원칙에 위반되는 것이 아니다. [대법원 1987. 5. 26., 선고, 87도527, 판결]

문 18. 디지털 저장매체에 저장되어 있는 피고인 아닌 자가 작성한 문서를 출력하여 제출한 경우, 그 증거능력 인정요건에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (증거동의를 없음을 전제하고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2019 국가직 9급)

- ① 디지털 저장매체의 사용자 및 소유자, 로그기록 등 저장매체에 남은 흔적, 초안 문서의 존재, 작성자만의 암호 사용 여부, 전자서명의 유무 등 객관적 사정에 의하여 동일인이 작성하였다고 볼 수 있다면 그 작성자의 부인에도 불구하고 진정성립을 인정할 수 있다.
- ② 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 정보저장매체 원본이 압수시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 무결성이 담보되어야 한다.
- ③ 작성자가 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 내역을 그때그때 계속적·기계적으로 기재하여 저장해 놓은 문서로서 업무상 필요로 작성한 통상문서에 해당하면 증거능력이 인정된다.
- ④ 디지털 저장매체에 저장된 로그파일의 원본이 아니라 그 복사본의 일부 내용을 요약·정리하는 방식으로 새로운 문서파일이 작성된 경우, 새로 작성한 파일을 출력한 문서는 로그파일의 복사본과 원본의 동일성이 인정되더라도 로그파일 원본의 내용을 증명하는 증거로 사용할 수 없다.

◀ 정답 ▶ ④

■ 해 설 ■

- ① (○) 기존판례는 『압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문서를 진술증거로 사용하는 경우, 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되므로 형사소송법 제313조 제1항에 따라 그 작성자 또는 진술자의 공판준비나 공판기일에서의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다는 것이 대법원의 확립된 판례이다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결, 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결 등 참조). 이에 관하여는 1954. 9. 23. 제정되고 1961. 9. 1. 개정된 형사소송법 제313조 제1항의 규정은 21세기 정보화시대를 맞이하여 그에 걸맞게 해석하여야 하므로, 디지털 저장매체로부터 출력된 문서에 관하여는 저장매체의 사용자 및 소유자, 로그기록 등 저장매체에 남은 흔적, 초안 문서의 존재, 작성자만의 암호 사용 여부, 전자서명의 유무 등 여러 사정에 의하여 동일인이 작성하였다고 볼 수 있고 그 진정성을 탄핵할 다른 증거가 없는 한 그 작성자의 공판준비나 공판기일에서의 진술과 상관없이 성립의 진정을 인정하여야 한다는 견해가 유력하게 주장되고 있는바, 그 나름 경청할 만한 가치가 있는 것은 사실이나, 입법을 통하여 해결하는 것은 몰라도 해석을 통하여 위와 같은 실정법의 명문조항을 달리 확장 적용할 수는 없다. 이는 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 형사법의 대원칙에 비추어 보아도 그러하다. 이 사건에서 원심은, 위 두 파일은 그 작성자로 추정되는 공소외 4의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되지 않았다는 이유로 위 두 파일의 증거능력을 인정하지 않았다.

이 사건에서 원심은, 위 두 파일은 그 작성자로 추정되는 공소외 4의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되지 않았다는 이유로 위 두 파일의 증거능력을 인정하지 않았다. 원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비

추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 디지털 저장매체로부터 출력한 문서의 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다. [대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 전원합의체 판결]』는 입장으로 입법의 뒷받침이 없는 한 객관적 방법으로 증명할 수 없다는 입장이었다. 그러나 위 대상판례의 선고 이후인 2016. 5. 29. 개정된 법 제313조 2항에 의하면 『제1항 본문에도 불구하고 진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다.』 새롭게 개정하여 입법적 조치를 마련하였다. 따라서 판례의 취지에 의한다 하더라도 이제는 객관적 사정에 의하여 동일인이 작성하였다고 볼 수 있다면 그 작성자의 부인에도 불구하고 진정성립을 인정할 수 있다 할 것이다.

- ② (○) 대법원 2013. 6. 13., 선고, 2012도16001, 판결
- ③ (○) 대법원 2015. 7. 16., 선고, 2015도2625, 전원합의체 판결
- ④ (×) 디지털 저장매체에 저장된 로그파일의 원본이 아니라 그 복사본의 일부 내용을 요약·정리하는 방식으로 새로운 문서파일이 작성된 경우 그 문서파일 또는 거기에서 출력한 문서를 로그파일 원본의 내용을 증명하는 증거로 사용하기 위하여는 피고인이 이를 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 이상 그 문서파일의 기초가 된 로그파일 복사본과 로그파일 원본의 동일성도 인정되어야 한다. 나아가 이때 새로운 문서파일 또는 거기에서 출력한 문서를 진술증거로 사용하는 경우 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되므로 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비기일이나 공판기일에서 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다(대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결 등 참조).

문 19. 상소에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2019 국가직 9급)

- ① 공소기각의 재판이 있으면 피고인은 유죄판결의 위험으로부터 벗어나는 것이므로 그 재판은 피고인에게 불이익한 재판이라고 할 수 없어서 이에 대하여 피고인은 상소권이 없다.
- ② 공판기일에 출석한 피고인이 변호인의 상소취하에 대한 동의 여부를 묻는 재판장의 질문에 특별히 의사를 표시하지 않았다면 상소취하에 동의한 것으로 볼 수 있다.
- ③ 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 죄에 대하여 일부는 유죄, 일부는 무죄를 선고한 원심판결 전체에 대하여 검사만이 상소한 경우, 무죄 부분에만 상소이유가 있더라도 상소심은 원심판결 전부를 파기하여야 한다.
- ④ 검사와 피고인 쌍방이 항소하였으나 검사가 항소이유서를 제출하지 아니하여 검사의 항소를 기각하여야 하는 경우에는 불이익변경금지의 원칙이 적용된다.

● 정답 ● ②

■ 해설 ■

- ① (○) 대법원 1983. 12. 13., 선고, 82도3076, 판결 등 다수
- ② (×) 변호인은 피고인의 동의를 얻어 상소를 취하할 수 있으므로(형사소송법 제351조, 제341조), 변호인의 상소취하에 피고인의 동의가 없다면 상소취하의 효력은 발생하지 아니한다. 한편 변호인이 상소취하를 할 때 원칙적으로 피고인은 이에 동의하는 취지의 서면을 제출하여야 하나(형사소송규칙 제153조 제2항), 피고인은 공판정에서 구술로써 상소취하를 할 수 있으므로(형사소송법 제352조 제1항 단서), 변호인의 상소취하에 대한 피고인의 동의도 공판정에서 구술로써 할 수 있다. 다만 상소를 취하하거나 상소의 취하에 동의한 자는 다시 상소를 하지 못하는 제한을 받게 되므로(형사소송법 제354조), 상소취하에 대한 피고인의 구술 동의는 명시적으로 이루어져야만 한다.[대법원 2015. 9. 10., 선고, 2015도7821, 판결] . 즉 설문과 같이 변호인의 상소취하에 대한 동의 여부를 묻는 재판장의 질문에 특별히 의사를 표시하지 않아서 묵시적 추인으로 인정될 만한 사정이 존재한다 하더라도 상소취하에 대한 피고인의 동의는 명시적이어야 하므로 설문과 같은 경우 상소취하에 동의한 것으로 볼 수 없다.
- ③ (○) 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 죄에 대하여 일부는 유죄, 일부는 무죄를 선고한 원심판결에 대하여 피고인은 상소하지 아니하고, 검사만이 무죄부분에 한정하지 아니하고 전체에 대하여 상소한 경우에 무죄부분에 대한 검사의 상소만 이유 있는 때에도 원심판결의 유죄부분은 무죄부분과 함께 파기되어야 하므로 상소심으로서 원심판결 전부를 파기하여야 한다. [대법원 2004. 10. 15., 선고, 2004도5035, 판결]

왜냐하면 형법 제37조 전단의 동시적 경합범(즉, 판결이 확정되지 아니한 수개의 범죄)에 대하여는 형법 제38조에 의하여 1개의 단일한 형을 선고하여야 하는바, 검사의 전부 상소에 의하여 수개의 죄 모두에 대해 확정 차단 되어 상소심에 이심 되었는데(즉, 상소심에 계속 소송계속이 유지되는바), 무죄부분에 대한 상소만 이유 있고, 유죄부분에 대한 상소는 이유 없어, 무죄부분만 파기하게 된다면, 파기되지 않은 유죄부분은 확정되고, 파기환송된 무죄부분에 대해서는 환송후 항소심에서 다시 판결을 하게 되어 피고인에게

두 개의 유죄판결이 선고될 수 밖에 없다. 이는 형법 제38조에 반하므로 설령 무죄부분에 대한 상소만 이유 있다 하더라도 상소심은 전부파기할 수 밖에 없는 것이다. (해설자주)

비교) 형법 제37조 전단의 경합범으로 경합범으로 동시에 기소된 사건에 대하여 일부 유죄, 일부 무죄의 선고를 하거나 일부의 죄에 대하여 징역형을, 다른 죄에 대하여 벌금형을 선고하는 등 판결주문이 수개일 때에는 그 1개의 주문에 포함된 부분을 다른 부분과 분리하여 일부상소를 할 수 있는 것이고 당사자 쌍방이 상소하지 아니한 부분은 분리 확정된다고 볼 것인바, 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 확정되어 상고심에 계속된 사건은 무죄판결 부분에 대한 공소뿐이라 할 것이므로 상고심에서 이를 파기할 때에는 무죄 부분만을 파기할 수 밖에 없다.[대법원 1992. 1. 21., 선고, 91도1402, 전원합의체 판결]

- ④ (○) 피고인과 검사 쌍방이 항소하였으나 검사가 항소 부분에 대한 항소이유서를 제출하지 아니하여 결정으로 항소를 기각하여야 하는 경우에는 실질적으로 피고인만이 항소한 경우와 같게 되므로 항소심은 불이익변경금지의 원칙에 따라 제1심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다. [대법원 1998. 9. 25., 선고, 98도2111, 판결]

문 20. 형사절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2019 국가직 9급)

- ① 법원이 판결의 선고 전에 피고인이 이미 사망한 사실을 알지 못하여 공소기각의 결정을 하지 않고 실체판결에 나아감으로써 법령위반의 결과를 초래한 경우, 이에 대한 검찰총장의 비상상고는 적법하다.
- ② 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못하고, 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다.
- ③ 피의자는 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일 전이라도 판사에게 증인신문을 청구할 수 있는데, 판사가 이를 기각하는 결정에 대하여는 3일 이내에 항고할 수 있다.
- ④ 甲이 수사기관에서 조사를 받을 때 乙의 성명, 주소, 본적 등 인적 사항을 모용하였기 때문에 검사가 이를 오인하여 乙의 표시로 공소를 제기한 경우, 검사가 공소제기 후 피고인표시정정을 함으로써 그 모용관계가 바로 잡혔다고 볼만한 사정이 없는 이상 이 공소는 형사소송법 제254조의 공소제기의 방식에 관한 규정에 위반하여 무효로 된다.

◀ 정답 ▶ ①

■ 해 설 ■

- ① (×) 형사소송법 제441조는 "검찰총장은 판결이 확정된 후 그 사건의 심판이 법령에 위반한 것을 발견한 때에는 대법원에 비상상고를 할 수 있다."고 규정하고 있는바, 이러한 비상상고 제도는 법령 적용의 오류를 시정함으로써 법령의 해석·적용의 통일을 도모하려는 데에 주된 목적이 있는 것이므로, '그 사건의 심판이 법령에 위반한 것'이라고 함은 확정판결에서 인정한 사실을 변경하지 아니하고 이를 전제로 한 실체법의 적용에 관한 위법 또는 그 사건에 있어서의 절차법상의 위배가 있음을 뜻하는 것이라고 할 것이다 (대법원 1962. 9. 27. 선고 62오1 판결 참조). 따라서 단순히 그 법령 적용의 전제사실을 오인함에 따라 법령위반의 결과를 초래한 것과 같은 경우는 법령의 해석적용을 통일한다는 목적에 유용하지 않으므로 '그 사건의 심판이 법령에 위반한 것'에 해당하지 않는다고 해석함이 상당하다.

피고인이 위와 같이 이미 사망하였다는 사실에 관하여 원판결의 선고 전에 아무런 신고가 없었고 또 이를 인정할 만한 어떠한 자료도 찾아 볼 수 없으며, 위 법원은 피고인이 여전히 생존해 있음을 전제로 하여 원판결을 선고한 것임이 기록상 분명하므로, 위 법원이 원판결의 선고 전에 피고인이 이미 사망한 사실을 알지 못하여 공소기각의 결정을 하지 않고 실체판결에 나아감으로써 법령위반의 결과를 초래하였다고 하더라도, 이는 형사소송법 제441조에 정한 '그 심판이 법령에 위반한 것'에 해당한다고 볼 수 없다.

그렇다면 이 사건 비상상고는 결국 전제된 사실에 관한 원판결의 오인을 주장하는 것에 귀착되고, 그러한 사실오인을 비난하는 것은 비상상고의 이유가 될 수 없으므로, 이 사건 비상상고를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

[대법원 2005. 3. 11., 선고, 2004오2, 판결]

- ② (○) 형사소송법 제457조의2 제1항, 제2항 (다만, 개정 형사소송법 조항은 2017년 12월 19일 정식재판 청구한 사건부터 적용되며, 이전에 정식재판청구한 사건은 기존대로 불이익변경 금지의 원칙이 적용된다는 점을 유념하여야 한다.)
- ③ (○) 형사소송법 제184조 제1항 및 제4항
- ④ (○) 검사가 공소장의 피고인 표시를 정정하여 모용관계를 바로잡지 아니한 경우에는 외형상 피모용자 명의로 공소가 제기된 것으로 되어 있어 공소제기의 방식이 형사소송법 제254조의 규정에 위반하여 무효라 할 것이므로 법원은 공소기각의 판결을 선고하여야 하고, 검사가 피고인 표시를 바로잡은 경우에는 처음부터 모용자에 대한 공소의 제기가 있었고 피모용자에 대한 공소의 제기가 있었던 것이 아니므로 법원은 모용자에 대하여 심리하고 재판을 하면 되지 원칙적으로 피모용자에 대하여 심판할 것이 아니다.[대법원 1993. 1. 19., 선고, 92도2554, 판결]