

2018. 9급 국가직 형사소송법 개론 해설

2018. 4. 김 상 천

01 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

경찰관은 절도범을 현행범으로 체포하면서 상의 주머니와 소지품을 수색하여 지갑과 노트북 1대를 압수하였다. 그 이후 노트북은 피의자의 소유인 것으로 확인하여 돌려주었다가, 추가 수사의 목적으로 다시 임의제출 받았다.

- ① 노트북 1대를 임의제출 받는 과정에서 제출에 임의성이 있었다는 점에 대해서는 검사가 입증해야 한다.
- ② 지갑이 체포범죄사실과 관련성이 있다면 압수영장 없이 압수했더라도 적법하다.
- ③ 현행범 체포과정에서 적법하게 압수한 것이라도 계속 압수할 필요성이 있으면 압수한 때로부터 48시간 내에 사후 압수영장을 받아야 한다.
- ④ 현행범으로 체포하면서 현장에서 범인의 상의 주머니를 수색한 행위는 적법하다.

정답 ③

영역 대물적 강제처분(압수·수색·검증의 사전영장주의 예외)

해설

- ① (O) 압수물의 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 하고, 임의로 제출된 것이라고 볼 수 없는 경우에는 증거능력을 인정할 수 없다(2013도11233).
- ② (O) 피의자를 현행범으로 체포하는 경우 체포현장에서 영장 없이 압수·수색할 수 있다(제216조 제1항 제2호).
- ③ (X) 지체 없이 압수·수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수·수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다.(제217조 제2항).
- ④ (O) 제216조 제1항 제2호.

02 약식절차에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법원은 검사의 청구가 있는 때에는 공판절차 없이 약식명령으로 피고인을 벌금, 구류 또는 과료에 처할 수 있다.
- ② 약식절차에서 자백배제법칙은 적용되지만 자백보강법칙과 전문법칙은 적용되지 않는다.
- ③ 벌금형이 고지된 약식명령에 대해 피고인만이 정식재판을 청구한 경우 법원은 벌금액을 상향하여 선고할 수 있다.
- ④ 약식명령에 대한 정식재판청구가 있으면 약식명령은 효력을 상실한다.

정답 ③

영역 약식절차

해설

- ① (X) 지방법원은 그 관할에 속한 사건에 대하여 검사의 청구가 있는 때에는 공판절차없이 약식명령으로 피고인을 벌금, 과료 또는 몰수에 처할 수 있다(제448조). 구류에 처할 사건은 약식명령으로 할 수 없다.
- ② (X) 공판절차와 직접 관련없는 증거법의 일반원칙이나 위법수사의 배제 등을 위한 증거재판주의, 자유심증주의, 위법수집증거배제법칙, 자백배제법칙, 자백의 보강법칙 등은 약식절차에서도 적용된다.

- ③ (O) 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다(제457조의2 제1항)(2017. 12. 19. 개정). 따라서 벌금액을 상향하여 선고할 수 있다.
- ④ (X) 약식명령은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있는 때에는 그 효력을 잃는다(제456조). 정식재판청구가 있어도 판결이 있는 때까지는 효력을 상실하지 않는다.

03 수사의 적법성에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법원으로부터 감정처분허가장이 아닌 혈액에 대한 압수영장을 발부받아 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하는 행위는 위법한 강제수사이다.
- ② 검찰수사관이 피의자신문에 참여한 변호인에게 피의자 후방에 앉으라고 요구한 행위는 이를 정당화할 특별한 사정이 없는한 변호인의 변호권을 침해하므로 헌법에 위배된다.
- ③ 응급구호가 필요한 자살기도자를 영장 없이 24시간을 초과하지 아니하는 범위에서 경찰서에 설치되어 있는 보호실에 유치한 것은 위법한 강제수사가 아니다.
- ④ 수사기관이 범행 중 또는 직후에 증거보전의 필요성, 긴급성이 있어서 상당한 방법으로 사진을 촬영한 경우라면 영장 없는 사진촬영도 위법한 수사가 아니다

정답 ①

영역 임의수사와 강제수사

최신판례

헌법재판소 2017. 11. 30.
2016헌마503

해설

- ① (X) 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 혈액을 채취·보관하는 행위는 ‘감정에 필요한 처분’으로도 할 수 있지만, ‘압수영장의 집행에 있어 필요한 처분’으로도 가능하다(2011도15258).
- ② (O) 검찰수사관이 피의자신문에 참여한 변호인에게 후방에 앉으라고 요구한 것은 변호인의 변호권을 침해한 것이다(2016헌마503).
- ③ (O) 경찰관직무집행법상 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 경찰관서에 보호조치할 수 있는 시설로 제한적으로 운영되는 경우(경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제7항)를 제외하고는 구속영장을 발부받음이 없이 피의자를 보호실에 유치함은 영장주의에 위배되는 위법한 구금으로서 적법한 공무수행이라고 볼 수 없다 할 것이다(98도958).
- ④ (O) 누구든지 자기의 얼굴 기타 모습을 함부로 촬영당하지 않을 자유를 가지나 이러한 자유도 국가권력의 행사로부터 무제한으로 보호되는 것은 아니고 국가의 안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 상당한 제한이 따르는 것이고, 수사기관이 범죄를 수사함에 있어 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하여 촬영을 한 경우라면 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 단정할 수 없다(99도2317).

04 피고인의 특징에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피의자가 다른 사람의 성명을 모용하였기 때문에 공소장에 피모용자가 피고인으로 표시되었다고 하면, 검사는 모용자에 대하여 공소를 제기한 것이므로 모용자가 피고인이 된다.
- ② 성명을 모용한 사실이 재판 중에 밝혀진 경우 검사는 공소장변경절차를 거쳐 피고인의 인적사항을 변경하여야 한다.
- ③ 피모용자가 약식명령에 대하여 정식재판을 청구함으로써 정식재판 절차에서 성명모용사실이 판명된 경우와 같이 피모용자에게 사실상의 소송계속이 발생하고 형식상 또는 외관상 피고인의지위를 갖게 된 경우 법원은 그에게 공소기각의 판결을 선고하여야 한다.
- ④ 검사가 공소장의 피고인 성명모용을 바로잡지 아니한 경우에는 공소제기의 방식이 형사소송법의 규정에 위반하여 무효이므로 법원은 공소기각의 판결을 선고하여야 한다.

정답 ②

영역 피고인의 특징

해설

- ① (O) 피의자가 다른 사람의 성명을 모용한 탓으로 공소장에 피모용자가 피고인으로 표시되었다 하더라도 이는 당사자의 표시상의 착오일 뿐이고, 검사는 모용자에 대하여 공소를 제기한 것이므로 모용자가 피고인이 되고 피모용자에게 공소의 효력이 미친다고는 할 수 없다(97도2215).
- ② (X) 검사는 공소장의 인적 사항의 기재를 정정하여 피고인의 표시를 바로잡아야 하는 것인바, 이는 피고인의 표시상의 착오를 정정하는 것이지 공소장을 변경하는 것이 아니므로 형사소송법 제208조에 따른 공소장변경의 절차를 밟을 필요가 없고 법원의 허가도 필요로 하지 아니한다(92도2554).
- ③ (O) 피모용자가 약식명령을 송달받고 이에 대하여 정식재판의 청구를 하여 피모용자를 상대로 심리를 하는 과정에서 성명모용 사실이 발각되고 검사가 공소장을 정정하는 등 사실상의 소송계속이 발생하고 형식상 또는 외관상 피고인의 지위를 갖게 된 경우에는 법원으로서 피모용자에게 적절한 공소의 제기가 없었음을 밝혀주는 의미에서 형사소송법 제327조 제2호를 유추적용하여 공소기각의 판결을 함으로써 피모용자의 불안정한 지위를 명확히 해소해 주어야 한다(97도2215).
- ④ (O) 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 한다(92도2554).

05 형사소송의 구조에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 소추기관과 재판기관이 분리되었는지 여부에 따라 규문주의와 탄핵주의로 구별된다.
- ② 소송의 스포츠화 또는 합법적 도박이 야기될 수 있다는 점은 당사자주의에 대한 비판이고, 사건의 심리가 국가기관의 자의적 판단이나 독단으로 흐를 수 있다는 점은 직권주의에 대한 비판이다.
- ③ 증인에 대한 교호신문절차, 증거동의제도는 당사자주의적 요소이다.
- ④ 피고인신문제도, 법원의 공소장변경 요구의무, 공소장일본주의는 직권주의적 요소이다.

정답 ④

영역 소송구조

해설

- ① (O) 규문주의란 법원이 스스로 절차를 개시하여 심리·재판하는 구조를 말하고, 탄핵주의란 재판기관과 소추기관을 분리하여 소추기관의 공소제기에 의하여 법원이 절차를 개시하는 주의를 말한다.
 - ② (O) 당사자주의에서는 재판결과가 당사자의 열의와 능력에 좌우되어 '소송의 스포츠화 또는 합법적 도박'이 야기될 우려가 있다. 직권주의에서는 사건의 심리가 자칫 법원의 독단에 흘러 피고인의 정당한 권리행사가 무시되기 쉽다.
 - ③ (O) 현행 형사소송법은 공소장에 공소사실을 특정하여 기재하도록 하고(제254조 제4항), 공소사실과 동일성이 인정되는 사실이라 할지라도 원칙적으로 공소장변경절차를 거치지 아니하면 심판의 대상이 될 수 없도록 하였으며(제208조), 피고인에 대한 공소장부분의 송달(제266조), 제1회 공판기일의 유예기간(제269조), 당사자의 공판기일 변경신청권(제270조), 당사자의 출석권(제275조, 제276조), 검사의 모두진술에 의한 공판의 개시(제285조), 피고인신문의 방식 및 진술거부권(제287조, 제289조), 당사자의 신청에 의한 증거조사(제294조), 증거조사 참여권 및 이의신청권(제163조, 제176조, 제296조), 교호신문방식에 의한 증인신문(제161조의2), 전문증거법칙의 채택(제310조의2) 등 규정을 두어 소송절차의 전반에 걸쳐 기본적으로 당사자주의 소송구조를 취하고 있는 것으로 이해되고, 또한 재판실무도 그와 같은 전제하에 운용되고 있다(92헌마44).
- 증거동의 - 직권주의 소송구조에서는 증거조사시 피고인이 증거에 인부할 필요가 없다. 증거조사는 법원이 주도권을 가지고 있으므로 피고인의 증거동의 여부는 불필요하다고 할 수 있다. 반면 당사자주의 소송구조에서는 양 당사자가 증거에 대한 주도권을 가지고 있으므로 각자 증거제출책임이 있고, 상대방의 증거에 대하여 이를 적극적으로 주장·배척하여야 한다.
- ④ (X) 피고인신문제도, 공소장변경요구는 직권주의적 요소이나, 공소장일본주의는 당사자주의적 요소이다(피고인신문제도가 존재한다는 점은 직권주의적 요소이나, 피고인신문의 순서와 방식(검사와 변호인이 먼저 신문하고 법원은 그 후에 신문)은 당사자주의적 요소이다.)

06 공소제기에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 현행법은 기소판의주의를 취하고 있기 때문에 실사 검사가 고의로 공소권을 남용해서 피고인에게 실질적인 불이익을 주더라도 공소제기의 효력을 부인할 수는 없다.
- ② 수소법원은 늦어도 제1회 공판기일 전 5일까지는 피고인 또는 변호인에게 공소장 부분을 송달하여야 한다.
- ③ 검사가 기명날인만 있고 자필서명이 없는 공소장을 법원에 제출한 경우, 공소를 제기한 검사가 제1심의 제1회 공판기일에 공판검사로 출석해서 기소요지를 진술하고 공소장에 서명을 추가하더라도 이러한 공소제기는 무효이다.
- ④ 동일한 사건에 대해 동일한 법원에 이중으로 공소가 제기된 때에는 법원으로서 후소에 대해 공소기각의 결정을 하여야 한다.

정답 ②

영역 공소제기 등

해설

- ① (X) 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적으로 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈한 경우, 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있다(2001도3026).
- ② (O) 법원은 공소의 제기가 있는 때에는 지체없이 공소장의 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하여야 한다. 단, 제1회 공판기일 전 5일까지 송달하여야 한다(제266조).
- ③ (X) 공소장에 대하여도 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 것) 제57조, 형사소송규칙 제40조가 적용되어 서명날인을 기명날인으로 갈음할 수 있는 것으로 보아야 하므로 검사의 기명날인이 된 공소장이 법률이 정한 형식을 갖추지 못한 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 위 공소장이 통상적인 경우와는 달리 기명 및 서명날인이 아닌 기명날인만 된 채 제1심법원에 제출되었다라도 공소제기 검사가 제1심의 제1회 공판기일에 공판검사로 출석하여 기소요지를 진술하고 기명날인이 된 공소장에 서명을 추가함으로써 그 공소제기의 의사를 명확히 하였다면 위 공소의 제기는 위 검사의 의사에 의하여 적법하게 이루어진 것으로 인정된다(2007도4961).
- ④ (X) 제327조 제3호

07 불이익변경금지의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인만 상고한 상고심에서 항소심판결을 파기하고 사건을 항소심에 환송한 경우에 그 항소심에서는 파기된 항소심판결보다 중한 형을 선고할 수 없다.
- ② 피고인만 항소한 항소심판결에 대해 검사만 상고한 경우 상고심에서도 불이익변경금지의 원칙이 적용된다.
- ③ 제1심에서 사문서위조죄로 벌금형의 선고를 받은 피고인만 항소한 항소심에서 동일한 공소사실에 대해 법정형에 벌금형이 없는 사서명위조죄가 인정되었다면 항소심법원은 불이익변경금지의 원칙에도 불구하고 벌금형을 선고할 수는 없다.
- ④ 징역형의 집행유예가 확정된 사건에 대한 재심에서 원판결보다 주형을 경하게 하면서 집행유예를 없앤 경우에는 불이익변경금지의 원칙에 위배된다.

정답 ③

영역 불이익변경금지원칙

해설

- ① (O) 상고심이 원심판결을 파기환송한 경우에 항소심은 그 파기된 원판결과의 관계에 있어서 불이익변경금지원칙의 적용을 받는다(64도298).
- ② (O) 제1심 판결에 피고인만이 항소한 사건의 항소심 판결에 대하여 검사가 상고한 경우에도 불이익변경금지원칙이 적용되므로 상고심이나 파기환송 후의 항소심에서는 제1심 판결에서 선고한 형보다 중한 형을 선고할 수 없는 것이다(4290형비상1).
- ③ (X) 약식명령에 대하여 피고인만이 정식재판을 청구하였는데, 검사가 당초 사문서위조 및 위조사서명행사의 공소사실로 공소제기하였다가 제1심에서 사서명위조 및 위조사서명행사의 공소사실을 예비적으로 추가하는 내용의 공소장변경을 신청한 사안에서, 피고인에 대하여 사서명위조와 위조사서명행사의 범죄사실이 인정되는 경우에는 비록 사서명위조죄와 위조사서명행사죄의 법정형에 유기징역형만 있다 하더라도 형사소송법 제457조의2에서 규정한 불이익변경금지 원칙이 적용되어 벌금형을 선고할 수 있으므로, 위와 같은 불이익변경금지 원칙 등을 이유로 공소장변경을 불허하여서는 아니된다(2011도14986).

- ④ (O) 제1심에서 징역형의 집행유예를 선고한데 대하여 제2심이 그 징역형의 형기를 단축하여 실형을 선고하는 것도 불이익변경 금지원칙에 위배된다(86모2).

08 전문법칙에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① “甲이 도둑질 하는 것을 보았다”라는 乙의 발언사실을 A가 법정에서 증언하는 경우, 乙의 명예훼손 사건에 대한 전문증거로서 전문법칙이 적용된다.
 ② 조사과정에 참여한 통역인의 증언은 검사작성 피의자신문조서에 대한 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 수단으로서 형사소송법 제312조제2항에 규정된 ‘영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법’에 해당한다고 볼 수 없다.
 ③ 사법경찰관작성의 공동피고인(乙)에 대한 피의자신문조서를 乙이 법정에서 진정성립 및 내용을 인정한 경우, 공동 피고인(甲)이 그 피의자신문조서의 진정성립 및 내용을 인정하지 않더라도 甲에 대하여 증거능력이 있다.
 ④ 의사가 작성한 진단서는 업무상 필요에 의하여 순서적, 계속적으로 작성되는 것이고 그 작성이 특히 신빙할 만한 상황에 의하여 작성된 문서이므로 당연히 증거능력이 인정되는 서류라고 할 수 있다.

정답 ②

영역 전문법칙

해설

- ① (X) 원진술의 내용이 요증사실인 경우에는 문증거이지만 원진술의 존재 자체가 요증 사실인 경우에는 본래증거이지 문증거가 아니다(2008도8007). 여기서는 乙진술 존재 자체가 요증사실이 되므로, 乙진술은 본래증거이지 전문증거가 아니다.
 ② (O) ‘그 밖의 객관적인 방법’은 영상녹화물에 준하는 정도의 객관성을 갖춘 것을 말하고 조사관 또는 조사 과정에 참여한 통역인 등의 증언은 이에 해당한다고 볼 수 없다(2015도16586).
 ③ (X) 공범의 사법경찰관작성의 피의자신문조서의 경우 내용인정을 원진술자(공범)가 아닌 피고인이 하여야 한다(2009도1889). 따라서 피고인(甲)이 내용을 인정하지 않으면 증거능력이 없다.
 ④ (X) 사인인 의사가 작성한 진단서는 제315조에 의하여 당연히 증거능력이 인정되는 서류라 할 수 없고, 제313조 제1항이 적용된다(69도179).

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

- ① 법원의 개시결정에도 불구하고 검사가 피고인에게 유리한 증거서류의 열람·등사를 거부한 것은 피고인의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로 헌법에 위반된다.
 ② 피고인 또는 변호인은 검사가 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한한 때에는 법원에 그 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하도록 할 것을 신청할 수 있다.
 ③ 검사는 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건의 목록에 대하여는 국가안보, 증인보호의 필요성 등의 중대한 사유가 있는 경우를 제외하고, 열람 또는 등사를 거부할 수 없다.
 ④ 검사가 열람·등사 등에 관한 법원의 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류 등에 대한 증거신청을 할 수 없다.

정답 ③

영역 증거개시

해설

- ① (O) 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법이 보장하고 있는 기본권이고, 변호인의 수사서류 열람·등사권은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리라는 헌법상 기본권의 중요한 내용이자 구성요소이며 이를 실현하는 구체적인 수단이 된다. 따라서 변호인의 수사서류 열람·등사를 제한함으로써 인하여 결과적으로 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 또는 변호인의 충분한 조력을 받을 권리가 침해된다면 이는 헌법에 위반되는 것이다(2009헌마257).
 ② (O) 제266조의4 제1항
 ③ (X) 국가안보, 증인보호의 필요성 등의 중대한 사유가 있는 경우에도 서류 또는 목록의 열람 또는 등사를 거부할 수 없다(제266조의3 제5항).
 ④ (O) 제266조의4 제5항

10 변호인에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인 및 피의자와 형사소송법 제30조제2항에 규정된 자뿐만 아니라 피고인 및 피의자로부터 그 선임권을 위임 받은 자도 피고인이나 피의자를 대리하여 변호인을 선임할 수 있다.
- ② 국선변호인 선정을 청구한 피고인이 빈곤으로 인하여 변호인을 선임할 수 없다고 인정할 여지가 충분한 경우, 법원은 특별한 사정이 없는 한 국선변호인 선정결정을 하여야 한다.
- ③ 공범관계에 있지 않은 공동피고인들 사이에서 공소사실로 보아 어느 피고인에 대하여는 유리한 변론이 다른 피고인에 대하여는 불리한 결과를 초래하는 사건의 경우, 그 공동피고인들에 대하여 선정된 동일한 국선변호인이 공동 피고인들을 함께 변론하였다면 위법하다.
- ④ 구속 전 피의자심문에서 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 하며, 이 경우 변호인의 선정은 피의자에 대한 구속영장 청구가 기각된 경우를 제외하고, 제1심까지 효력이 있다.

정답 ①

영역 변호인

해설

- ① (X) 형사소송에 있어서 변호인을 선임할 수 있는 자는 피고인 및 피의자와 형사소송법 제30조 제2항에 규정된 자에 한정되는 것이고, 피고인 및 피의자로부터 그 선임권을 위임받은 자가 피고인이나 피의자를 대리하여 변호인을 선임할 수는 없다(94모25).
- ② (O) 피고인으로부터 형사소송법 제33조 제2항에 의한 국선변호인 선정청구가 있는 경우 즉시 국선변호인을 선정하고, 원심에서 피고인의 청구 또는 직권으로 국선변호인이 선정되어 공판이 진행된 경우에는 특별한 사정변경이 없는 한 국선변호인을 선정한다(국선변호에 관한 예규 제6조 제1항, 제8조 제1항).
- ③ (O) 2000도4398
- ④ (O) 제201조의2 제8항

11 제척, 기피제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법원사무관등과 통역인에 대한 기피재판은, 소송지연의 목적이 명백하거나 관할위반의 경우를 제외하고, 그 소속 법원이 결정으로 하여야 한다.
- ② 약식명령을 발령한 법원이 정식재판절차의 제1심 판결에 관여하였다고 하여 제척의 원인이 된다고 볼 수는 없다.
- ③ 기피신청을 인용한 결정 및 기각한 결정에 대하여는 즉시항고가 허용된다.
- ④ 기피당한 법관은 기피에 관한 결정에 관여하지 못하며, 기피당한 법관의 소속법원이 합의부를 구성하지 못하는 때에는 직근 상급법원이 결정하여야 한다.

정답 ③

영역 제척, 기피, 회피

해설

- ① (O) 제25조 제11항
- ② (O) 2002도944
- ③ (X) 기피신청에 대한 인용결정에 대하여는 항고하지 못한다(제403조 제1항).
- ④ (O) 제21조 제2항, 제3항

12 함정수사에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인이 본래 범의를 가지지 아니하였는데 수사기관의 사술 또는 계략으로 인해 범의를 일으켜 행위한 것으로 인정된다면 법원은 무죄판결을 하여야 한다.
- ② 구체적인 사건에서 위법한 함정수사에 해당하는지 여부는 해당 범죄의 종류와 성질, 유인자의 지위와 역할, 유인의 경위와 방법, 유인에 따른 피유인자의 반응, 피유인자의 처벌 전력 및 유인행위 자체의 위법성 등을 종합하여 판단하여야 한다.

- ③ 경찰관들이 노래방 단속실적을 올리기 위하여 평소 손님들에게 도우미 알선영업을 해왔다는 자료나 첩보가 없음에도 노래방에 손님을 가장하고 들어가 도우미를 불러 줄 것을 재차 요구한 후 이를 단속하였다면 이는 위법한 함정수사에 해당한다.
- ④ 수사기관과 직접 관련이 없는 사인(私人)이 피고인에게 범죄의 실행을 부탁한 경우, 그로 인하여 피고인의 범의가 유발되었다 하더라도 이는 위법한 함정수사에 해당하지 아니한다.

정답 ①

영역 수사의 조건

해설

- ① (X) 범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 볼 것이다(2005도1247). 무죄판결이 아니라 공소기각판결을 하여야 한다.
- ②③ (O) 2013도1473
- ④ (O) (2998도7362)

13 기관력 또는 일사부재리의 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 과태료를 납부한 후에 다시 형사처벌을 하는 것은 일사부재리의 원칙에 반하는 것이 아니다.
- ② 피고인이 성명을 모용한 경우 기관력은 피모용자에게 미치지 않는다.
- ③ 면소판결이 확정된 경우에는 일사부재리의 효력이 인정된다.
- ④ 약식명령에 대한 기관력의 시간적 범위는 약식명령의 도달시를 기준으로 한다.

정답 ④

영역 재판의 확정

해설

- ① (O) 96도158
- ② (O) 92도2554
- ③ (O) 91도2536
- ④ (X) 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부에 대하여 약식명령이 확정된 경우에는 그 약식명령의 발령 시를 기준으로 하여 그 이전에 이루어진 범행에 대하여는 면소의 판결을 선고하여야 한다(94도1318 등).

14 진술증거의 증거능력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 임의성이 인정되지 아니하여 증거능력이 없는 진술증거는 피고인이 증거로 함에 동의하더라도 증거로 삼을 수 없다.
- ② 참고인으로 조사를 받으면서 수사기관으로부터 진술거부권을 고지받지 않았다면 그 진술조서는 위법수집증거로서 증거능력이 없다.
- ③ 공판기일에 피고인의 진술을 기재한 조서는 전문법칙에도 불구하고 증거로 할 수 있다.
- ④ 공판기일에 피고인에게 유리한 증언을 한 증인을 이후 검사가 소환하여 일방적으로 반복시키는 방식으로 작성한 진술조서는 증거능력이 없다.

정답 ②

영역 증거능력

해설

- ① (O) 2011도14044
- ② (X) 피의자의 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였다 하더라도 그 진술의 증거능력을 부정할 것은 아니다(2011도8125).
- ③ (O) 제311조
- ④ (O) 2008도6985

- 15 자백보강법칙에 대한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 바르게 연결한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 피고인이 위조신분증을 제시·행사한 사실을 자백하고 있는 때에는 그 신분증의 현존은 자백을 보강하는 간접증거가 된다.
 ㄴ. 피고인이 범행을 자인하는 것을 들었다는 피고인 아닌 자의 진술은 피고인의 자백의 보강증거가 될 수 있다.
 ㄷ. 즉결심판이나 소년보호사건에서는 피고인의 자백만을 증거로 범죄사실을 인정할 수 있다.

	ㄱ	ㄴ	ㄷ
①	○	×	○
②	×	○	×
③	×	○	○
④	○	×	×

정답 ①

영역 자백보강법칙

해설

- ㄱ. (○) 82도3107
 ㄴ. (X) ‘피고인이 범행을 자인하는 것을 들었다’는 피고인 아닌 자의 진술내용은 제310조의 피고인의 자백에는 포함되지 아니하나 이는 피고인의 자백의 보강증거로 될 수 없다(2007도10937).
 ㄷ. (○) 즉결심판절차에 있어서는 형사소송법 제310조, 제312조제3항 및 제313조의 규정은 적용하지 아니한다(즉결심판에 관한 절차법 제10조). 형사소송절차가 아닌 소년보호사건에 있어서는 비행사실의 일부에 관하여 자백이외의 다른 증거가 없다 하더라도 법령적용의 착오나 소송절차의 법령위반이 있다고 할 수 없다(82도36).

- 16 증거능력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 조서말미에 피고인의 서명만 있고 간인이 없는 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서에 대해, 간인이 없는 것이 피고인이 간인을 거부하였기 때문이라는 취지가 조서말미에 기재되었다면, 그 조서의 증거능력을 인정할 수 있다.
 ② 문자메시지가 표시된 휴대전화기의 화면을 촬영한 사진을 증거로 사용하려면 그 휴대전화기를 법정에 제출할 수 없거나 제출이 곤란한 사정이 있고, 그 사진이 휴대전화기의 화면에 표시된 문자메시지와 정확하게 같다는 사실이 증명되어야 한다.
 ③ 형사소송법 제314조의 ‘특신상태’와 관련된 법리는 원진술자의 소재불명 등을 전제로 하고 있는 형사소송법 제316조제2항의 ‘특신상태’에 관한 해석과 동일하다.
 ④ 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 진술서를 작성하였으나 수사기관이 그에 대한 조사과정을 기록하지 아니한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 진술서의 증거능력을 인정할 수 없다.

정답 ①

영역 전문법칙

해설

- ① (X) 조서말미에 피고인의 서명만이 있고, 그 날인(무인 포함)이나 간인이 없는 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 증거능력이 없다고 할 것이고, 그 날인이나 간인이 없는 것이 피고인이 그 날인이나 간인을 거부하였기 때문이어서 그러한 취지가 조서말미에 기재되었다거나, 피고인이 법정에서 그 피의자신문조서의 임의성을 인정하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다(99도237).
 ② (○) 2006도2556
 ③ (○) 2012도725
 ④ (○) 2013도3790

17 보석에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 피고인이 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 경우에도 법원이 직권으로 보석을 허가할 수 있다.
- ② 구속된 피고인 외에도 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매·가족·동거인·고용주가 보석을 청구할 수 있다.
- ③ 법원은 보석청구자 이외의 자에게 보증금의 납입을 허가할 수 있고, 유가증권으로써 보증금에 갈음함을 허가할 수 있다.
- ④ 보석으로 석방된 피고인이 재판 중 법원의 소환에 불응한 경우 법원은 직권 또는 검사의 청구에 따라 결정으로 보증금의 전부 또는 일부를 몰수하여야 한다.

정답 ④

영역 보석

해설

- ① (O) 제96조
- ② (O) 제94조
- ③ (O) 제100조 제2항, 제3항
- ④ (X) 법원은 보석을 취소하는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 따라 결정으로 보증금 또는 담보의 전부 또는 일부를 몰취할 수 있다(제103조 제1항). 법원은 보증금의 납입 또는 담보제공을 조건으로 석방된 피고인이 동일한 범죄사실에 관하여 형의 선고를 받고 그 판결이 확정된 후 집행하기 위한 소환을 받고 정당한 사유 없이 출석하지 아니하거나 도망한 때에는 직권 또는 검사의 청구에 따라 결정으로 보증금 또는 담보의 전부 또는 일부를 몰취하여야 한다(동조 제2항). 소환에 불응하였다고 하여 보석이 바로 취소되지 않고, 보석이 취소된다고 하여도 보증금을 꼭 몰수하여야 하는 것은 아니다. 피고인에게 귀책사유가 있다고 단정하기 어려운 경우가 있기 때문에 보석 취소의 경우 보석보증금의 몰수는 필요적이지 아니라 임의적이다.

18 피해자에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 고소의 주체가 되는 피해자에는 법인, 법인격 없는 사단이나 재단도 포함된다.
- ② 고소를 하지 않은 피해자라고 하더라도 검사의 불기소처분에 대하여 항고할 수 있다.
- ③ 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술에 대해서는 증거로 사용할 수 있는 특례가 마련되어 있다.
- ④ 법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 당해 피해자·법정대리인 또는 검사의 신청에 따라 피해자의 신변보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 결정으로 심리를 공개하지 아니할 수 있다.

정답 ②

영역 피해자

해설

- ① (O) 자연인뿐만 아니라 법인, 법인격 없는 사단 및 재단 등도 피해자가 될 수 있다. 법인 등이 피해자인 경우에는 그 대표자가 피해자로서 고소할 수 있다. 문중(門中)의 구성원(構成員)이 문중재산(門中財産)에 대한 사기죄의 피해자로서 그 범죄에 대한 불기소처분에 관하여 헌법소원의 청구인적격이 있다(94헌마82).
- ② (X) 범죄피해자는 그가 고소를 제기한 바 없었어도 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원심판을 청구할 자격이 있는 한편, 그는 고소인이 아니므로 불기소처분에 대하여 검찰청법에 정한 항고, 재항고의 제기에 의한 구제를 받을 방법이 없고, “고소권자로서 고소한 자”에 해당하지 않아 형사소송법 제260조 제1항 소정의 재정신청 절차를 취할 수도 없으므로 곧바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(2008헌마399).
- ③ (O) 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항)
- ㉠ (O) 제294조의3 제1항

19 증인적격이 있는 자만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 당해 사건에서 압수·수색을 집행한 검찰수사관
 ㄴ. 별개의 재판에서 이미 당해 사건에 대해 유죄판결이 확정된 공범
 ㄷ. 피고인의 배우자

- ① ㄱ
 ② ㄱ, ㄷ
 ③ ㄴ, ㄷ
 ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ

정답 ④

영역 증인신문

해설

- ㄱ. (O) 2001헌41
 ㄴ. (O) 2005도10101
 ㄷ. (O) 83도823

20 체포·구속적부심사제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 체포적부심을 신청한 피의자에 대하여 법원은 직권으로 보증금 납입조건부 석방결정을 할 수 있다.
 ② 심사청구 후 검사가 전격 기소한 경우에도 법원은 심사청구에 대한 판단을 해야 한다.
 ③ 구속영장을 발부한 법관도 구속적부심사의 심문, 조사, 결정에 관여할 수 있는 경우가 있다.
 ④ 법원은 공동피의자의 연속적인 심사청구가 수사방해의 목적이 명백한 경우에는 심문 없이 기각할 수 있다.

정답 ①

영역 체포·구속적부심

해설

- ① (X) 형사소송법은 수사단계에서의 체포와 구속을 명백히 구별하고 있고 이에 따라 체포와 구속의 적부심사를 규정한 같은 법 제214조의2에서 체포와 구속을 서로 구별되는 개념으로 사용하고 있는바, 같은 조 제4항에 기소 전 보증금 납입을 조건으로 한 석방의 대상자가 '구속된 피의자'라고 명시되어 있고, 같은 법 제214조의3 제2항의 취지를 체포된 피의자에 대하여도 보증금 납입을 조건으로 한 석방이 허용되어야 한다는 근거로 보기는 어렵다 할 것이어서 현행법상 체포된 피의자에 대하여는 보증금 납입을 조건으로 한 석방이 허용되지 않는다(97모21).
 ② (O) 제214조의2 제4항
 ③ (O) 제214조의2 제12항
 ④ (O) 제214조의2 제3항