

2018년 9급 형사소송법: 무난한 출제이다. 단 난이도 높은 문제가 1문제에서 2문제 정도였으며 전체 난이도는 중상(中上)정도라고 할 수 있다. 물론 이번시험에도 여전히 판례가 강세였으며 최신판례도 다수 출제가 되었다. 판례와 조문의 비율은 약 7대3 정도로 출제가 되었다.

1. 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법/형사소송법개론)

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 압수했다라고 적법하다.
- ③ 현행범 체포과정에서 적법하게 압수한 것이라도 계속 압수할 필요성이 있으면 압수한 때로부터 48시간 내에 사후압수영장을 받아야 한다.
- ④ 현행범으로 체포하면서 현장에서 범인의 상의 주머니를 수색한 행위는 적법하다.

답 3
해설

- ① 수사기관이 별개의 증거를 환부하고 후에 임의제출받아 다시 압수한 경우, 제출에 임의성이 있다는 점에 관한 증명책임 소재는 검사이며 임의로 제출된 것이라고 볼 수 없는 경우 증거능력을 인정할 수 없다(대판 2016.3.10., 2013도11233)
- ② ④ 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 압수, 수색, 검증을 할 수 있다(제216조 제1항)
- ③ 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 압수, 수색, 검증을 할 수 있다. 다만 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다(제217조 제2항)

2. 약식절차에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법/형사소송법개론)

- 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 벌금 액을 상향하여 선고할 수 있다.
- ④ 약식명령에 대한 정식재판청구가 있으면 약식명령은 효력을 상실한다.

답 3
해설

- ① 지방법원은 그 관할에 속한 사건에 대하여 검사의 청구가 있는 때에는 공판절차 없이 약식명령으로 피고인을 벌금, 과료 또는 몰수에 처할 수 있다(제448조 제1항)
- ② 약식절차에서는 자백배제법칙(제309조), 자백보강법칙(제310조)은 적용되지만 서면심리인 관계로 “성립의 진정”을 확인할 수 없는 관계로 전문법칙(제310조의2)은 적용되지 않는다.
- ③ 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다(제457조의2 제1항). 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다(제457조의2 제2항).[2017.12.19. 개정된 내용으로서 동종의 형인 벌금은 약식명령의 형보다 중해질 수 있지만 중한 종류의 형인 자유형은 선고하지 못한다. 다만 중한 형을 선고하는 경우에는 판결서에 양형이유를 기재토록 하였다.]
- ④ 약식명령은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있는 때에는 그 효력을 잃는다(제456조).

3. 수사의 적법성에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법/형사소송법개론)

- 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 없는 한 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.

답 1
해설

- ① 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 혈액을 취득·보관하는 행위는 법원으로부터 감정처분허가장을 받아 ‘감정에 필요한 처분’으로도 할 수 있지만, 압수의 방법으로도 할 수 있고, 압수의 방법에 의하는 경우 혈액의 취득을 위하여 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하는 행위는 혈액의 압수를 위한 것으로서 ‘압수영장의 집행에 있어 필요한 처분’에 해당한다(대판 2012.11.15, 2011도15258)
- ② 2016헌마503
- ③ 2012도11162
- ④ 2013도2511

4. 피고인의 특징에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법/형사소송법개론)

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

답 2

해설

①92도2554

②타인의 성명을 모용한 경우 공소제기의 효력이 미치는 인적범위와 검사가 공소장의 피고인 표시를 정정함에 있어 공소장 변경절차나 법원의 허가를 요하지 않는다(1993.1.19., 92도2554).

③97도2215

④92도2554

5. 형사소송의 구조에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(18.9급 형사소송법/형사소송법개론)

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

답 4

해설

①②③통설의 입장

④탄핵주의는 소송의 주도권 여하에 따라 법원이 주도권을 가지면 직권주의, 당사자인 검사, 피고인 등이 주도권을 가지면 당사자주의라고 한다. 따라서 피고인신문은 법원이 하므로 직권주의요소, 공소장변경 자체는 검사가 하므로 당사자주의 요소, 공소장변경의 요구는 법원이 하므로 직권주의 요소이다. 공소장일분주의는 검사의 공소제기시 적용되는 제도이므로 당사자주의 요소이다.

6. 공소제기에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법/형사소송법개론)

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

답 2

해설

①검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있는 것이고, 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다(대판 1999.12.10., 99도577)

②제266조

③검사의 기명날인 또는 서명이 누락된 공소장이 관할법원에 제출된 경우, 공소제기의 효력(=원칙적 무효) 및 이때 검사가 공소장에 기명날인 또는 서명을 추완한 경우, 공소제기의 효력(=유효)(대판 2012.9.27, 2010도17052)

④이중기소 위반은 공소기각판결을 해야한다(제327조 제3호).

7. 불이익변경금지의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법/형사소송법개론)

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

답 3

해설

①2014도6472

②제1심 유죄판결에 대하여 검사의 항소가 없고 피고인만의 항소가 있는 제2심 유죄판결에 대하여 검사상고가 있는 경우에

상고심은 검사의 불복없는 제1심 판결의 형보다 중한 형을 과할 수 없다(대판 1957.10.4, 4290형비상)

③약식명령에 대하여 피고인만이 정식재판을 청구하였는데, 검사가 당초 사문서위조 및 위조사문서행사의 공소사실로 공소제기하였다가 제1심에서 사서명위조 및 위조사서명행사의 공소사실을 예비적으로 추가하는 내용의 공소장변경을 신청한 사안에서, 불이익변경금지 원칙 등을 이유로 공소장변경을 불허한 채 원래의 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지한 원심의 조치에 법리오해의 위법이 있다(대판 2013.2.28., 2011도14986)

④2016도1131

8. 전문법칙에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법/형사소송법개론)

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

답 2

해설

①전문증거란 원진술의 내용이 요증사실인 경우에는 전문증거이지만 요증사실이 원진술의 존재자체인 경우에는 본래증거가 된다.(대판 2000.2.25, 2012도2937) 따라서 여기서의 요증사실은 甲이 도둑질을 했다는 것이 아니라 乙의 진술자체가 요증사실이므로 전문증거가 아니라 본래증거이다.

②2015도16586

③형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라, 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다. 따라서 당해 피고인과 공범관계에 있는 공동피고인에 대해 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 공동피고인의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다(대판 2009.10.15, 2014도1779).

④사인인 의사가 작성한 진단서는 당연히 증거능력 있는 경우에 해당하지 않는다(대판 1969.3.31. 69도179). 따라서 제313조가 적용됨

9. 증거개시제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법/형사소송법개론)

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

답 3

해설

①2009헌마257, 2001다23447

②제266조의4 제1항

③검사는 제2항에도 불구하고 서류등의 목록에 대하여는 열람 또는 등사를 거부할 수 없다.(제266조의3 제5항)

④제266조의4 제5항

10. 변호인에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법/형사소송법개론)

- ①피고인 및 피의자와 「형사소송법」 제30조제2항에 규정된 자뿐만 아니라 피고인 및 피의자로부터 그 선임권을 위임받은 자도 피고인이나 피의자를 대리하여 변호인을 선임할 수 있다.
- ②국선변호인 선정을 청구한 피고인이 빈곤으로 인하여 변호인을 선임할 수 없다고 인정할 여지가 충분한 경우, 법원은 특별한 사정이 없는 한 국선변호인 선정결정을 하여야 한다.
- ③공범관계에 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 공동피고인들을 함께 변론하였다면 위법하다.
- ④구속 전 피의자신문에서 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 하며, 이 경우 변호인의 선정은 피의자에 대한 구속영장 청구가 기각된 경우를 제외하고, 제1심까지 효력이 있다.

답 1

해설

①형사소송법 제30조 제2항에 규정된 자에 한정되는 것이고, 피고인 및 피의자로부터 그 선임권을 위임받은 자가 피고인이나 피의자를 대리하여 변호인을 선임할 수는 없는 것이므로, 피고인이 법인인 경우에는

형사소송법 제27조 제1항 소정의 대표자가 피고인인 당해 법인

을 대표하여 피고인을 위한 변호인을 선임하여야 하며, 대표자가 제3자에게 변호인 선임을 위임하여 제3자로 하여금 변호인을 선임하도록 할 수는 없다.(대판 1994.10.28, 94도25)

- ②2012도16334
- ③2014도13797
- ④제201조의2 제8항

11. 간접증거에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법)

- ①유죄의 심증은 반드시 직접증거에 의하여 형성되어야만 하는 것은 아니며 경험칙과 논리법칙에 위반되지 아니하는 한 간접증거에 의하여 형성되어도 된다.
- ②간접증거가 개별적으로는 범죄사실에 대한 완전한 증명력을 가지지 못하더라도 전체 증거를 상호관련하여 종합적으로 고찰할 경우 종합적 증명력이 있는 것으로 판단되면 그에 의하여도 범죄사실을 인정할 수가 있다.
- ③형사재판에서 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 합리적인 의심의 할 여지가 없을 정도여야 하나, 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니다.
- ④간접증거에 의하여 주요사실의 전제가 되는 수개의 간접사실을 인정할 때에는 하나하나의 간접사실 사이에 모순, 저촉이 없어야 할 정도까지는 요구되지 않으며 전체적으로 고찰하여 유죄의 심증을 형성할 수 있으면 충분하다.

답 4
해설

- ①②2013도4172
- ③2016도21389

④살인죄와 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접 증거 없이 간접증거만으로도 유죄를 인정할 수 있으나, 그 경우에도 주요사실의 전제가 되는 간접사실의 인정은 합리적 의심의 허용하지 않을 정도의 증명이 있어야 하고, 그 하나하나의 간접사실이 상호 모순, 저촉이 없어야 함은 물론 논리와 경험칙, 과학법칙에 의하여 뒷받침되어야 한다. 그러므로 유죄의 인정은 범행 동기, 범행수단의 선택, 범행에 이르는 과정, 범행 전후 피고인의 태도 등 여러 간접사실로 보아 피고인이 범행한 것으로 보기에 충분할 만큼 압도적으로 우월한 증명이 있어야 하고, 피고인이 고의적으로 범행한 것이라고 보기에 의심스러운 사정이 병존하고 증거관계 및 경험법칙상 고의적 범행이 아닐 여지를 확실하게 배제할 수 없다면 유죄로 인정할 수 없다. 피고인은 무죄로 추정된다는 것이 헌법상의 원칙이고, 그 추정의 번복은 직접증거가 존재할 경우에 버금가는 정도가 되어야 한다(대판 2017.5.30. 2017도1549)

12. 공소장 기재사항 등에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법)

- ①포괄일죄의 공소장을 기재함에 있어서 검사는 그 전체범죄의 시기와 동기, 범행방법, 범행횟수 또는 피해액의 합계 및 피해자나 상대방을 기재하는 것으로 족하지 않고 포괄일죄를 이루는 개개의 범죄사실이 모두 특정되도록 기재하여야 한다.
- ②동일한 사실관계에 대하여 양립할 수 없는 적용법조의 적용을 주위적·예비적으로 구하는 사안에서 예비적 공소사실만 유죄로 인정되고 그 부분에 대하여 피고인만이 상소한 경우, 주위적 공소사실까지 상소심의 심판대상에 포함된다.
- ③공소장 적용법조의 기재에 오기나 누락이 있는 경우라 할지라도 이로 인하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한, 공소제기의 효력에는 영향이 없고 법원으로서도 공소장변경의 절차를 거치지 않고 공소장에 기재되어 있지 않은 법조를 적용할 수 있다.
- ④현행법규는 공소장일본주의에도 불구하고 공소장에 변호인선임서, 긴급체포서, 구속영장 등의 서류를 첨부하도록 하고 있다.

답 1
해설

- ①포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정하지 않더라도 그 전체 범행의 시기와 동기, 범행방법, 범행횟수 또는 피해액의 합계 및 피해자나 상대방을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정된다.(대판 1989.5.23, 89도570)
- ②2006도1146
- ③2010도11382
- ④규칙 제18조 제2항

13. 위법수집증거배제법칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법)

- ①위법한 절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 증거법칙으로 「형사소송법」은 이를 명문으로 규정하고 있다.
- ②위법수집증거배제법칙은 진술증거와 비진술증거 모두에 적용된다.
- ③수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않는다면, 법원은 예외적으로 위법하게 수집된 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.
- ④소송사기의 피해자가 제3자에 의하여 절취된 피고인 회사의 업무일지를 수사기관에 증거로 제출한 경우 피고인의 사생활 영역에 대한 현저한 침해의 결과가 초래되므로 이를 증거로 사용하는 것은 위법하다.

답 4

해설

①제308조의2

②③2014도10978

④이 사건 업무일지 그 자체는 피고인 경영의 주식회사 수복건설이 그날그날 현장 및 사무실에서 수행한 업무내용 등을 담당직원이 기재한 것이고, 그 뒷면은 1996. 2. 25. 자 태전사 신축 공사계약서(이하 ‘신축계약서’라 한다), 1998. 2. 25. 자 태전사 신축추가 공사계약서(이하 ‘추가계약서’라 한다) 및 1999. 11. 27. 자 약정서 등 이 사건 각 문서의 위조를 위해 미리 연습한 흔적이 남아 있는 것에 불과하여, 이를 피고인의 사생활 영역과 관계된 자유로운 인격권의 발현물이라고 볼 수는 없고, 사문서위조·위조사문서행사 및 소송사기로 이어지는 일련의 범행에 대하여 피고인을 형사소추하기 위해서는 이 사건 업무일지가 반드시 필요한 증거로 보이므로, 설령 그것이 제3자에 의하여 절취된 것으로서 위 소송사기 등의 피해자측이 이를 수사기관에 증거자료로 제출하기 위하여 대가를 지급하였다 하더라도, 공익의 실현을 위하여는 이 사건 업무일지를 범죄의 증거로 제출하는 것이 허용되어야 하고, 이로 말미암아 피고인의 사생활 영역을 침해하는 결과가 초래된다 하더라도 이는 피고인이 수인하여야 할 기본권의 제한에 해당된다. 대법원 2008.6.26. 2008도1584

14. 소송행위의 무효 및 추완에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법)

ㄱ. 제1심법원이 공소장 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하지 않은 채 공판절차가 진행되었다면, 그 공판절차에서 이루어진 소송행위는 효력이 없으며, 피고인 또는 변호인의 이의가 없더라도 추완도 인정되지 않는다.
 ㄴ. 변호인 선임신고 이전에 변호인으로서 한 소송행위라고 하더라도 소송절차의 동적·발전적 성격을 고려하여 변호인 선임신고에 의해서 추완이 인정된다.
 ㄷ. 당사자에게 참여의 기회를 주지 않고 행한 증인신문은 참여권을 침해한 것으로서 무효이지만, 피고인이 그 증인신문조서에 대하여 증거동의를 하면 그 하자는 치유된다.
 ㄹ. 세무공무원의 고발 없이 「조세범처벌법」 위반사건의 공소가 제기된 이후에 세무공무원이 고발한 경우에는 공소제기의 흠결이 치유될 수 없다.

- ① ㄱ, ㄴ
 ③ ㄱ, ㄷ

- ② ㄷ, ㄹ
 ④ ㄴ, ㄹ

답 2

해설

㉠제1심이 공소장 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하지 아니한 채 공판절차를 진행하였다면 이는 소송절차에 관한 법령을 위반한 경우에 해당한다. 이러한 경우에도 피고인이 제1심 법정에서 이의함이 없이 공소사실에 관하여 충분히 진술할 기회를 부여받았다면 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없으나, 제1심이 공소송달의 방법으로 피고인을 소환하여 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 가운데 제1심의 절차가 진행되었다면 그와 같은 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위는 효력이 없으므로, 이러한 경우 항소심은 피고인 또는 변호인에게 공소장 부분을 송달하고 적법한 절차에 의하여 소송행위를 새로이 한 후 항소심에서의 진술과 증거조사 등 심리결과에 기초하여 다시 판결하여야 한다. (대판 2014.4.24. 2013도9498)

㉡변호인 선임서를 제출하지 않은 채 항소이유서만을 제출하고 항소이유서 제출기간이 지난 후에 변호인 선임서를 제출한 경우, 항소이유서가 적법·유효한 변호인의 항소이유서가 될 수 없다. (대판 1969.10.04. 69도68)

㉢86도1646

㉣70도942

15. 공소시효에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법)

- ① 재정신청이 있으면 재정결정이 확정될 때까지 공소시효의 진행이 정지되며, 공소제기결정이 있는 때에는 공소시효에 관하여 그 결정이 있는 날에 공소가 제기된 것으로 본다.
 ② 결과적 가중범의 경우 기본범죄행위가 종료되더라도 중한 결과가 발생하여야 공소시효가 진행된다.
 ③ 사람을 살해한 범죄(중범은 제외한다)로 사형에 해당하는 범죄에 대해 공소시효의 적용을 배제하는 「형사소송법」의 규정은 이 규정의 시행 후에 범한 범죄에 대해서만 적용된다.
 ④ 「형사소송법」은 공범 중 1인에 대한 공소제기로 다른 공범자에 대하여도 공소시효가 정지되도록 규정하고 있는데, 여기서의 공범에 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계는 포함되지 않는다.

답 3
해설

- ① 제262조의4
- ② 2002도3924
- ③

제253조의2(공소시효의 적용 배제) 사람을 살해한 범죄(중범은 제외한다)로 사형에 해당하는 범죄에 대하여는 제249조부터 제253조까지에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다.

부칙 제2조(공소시효의 적용 배제에 관한 경과조치) 제253조의2의 개정규정은 이 법 시행 전에 범한 범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여도 적용한다.

④ 2012도4842

16. 피고인 출석의 예외에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법)

- ① 장기 3년 이하의 징역 또는 금고, 다액 500만 원을 초과하는 벌금 또는 구류에 해당하는 사건에서는 피고인이 불출석허가 신청을 하고 법원이 불출석을 허가하는 경우에는, 인정신문과 판결선고기일을 제외하고, 피고인의 출석 없이 개정할 수 있다.
- ② 항소심에서는 피고인이 적법한 공판기일 소환장을 받고도 정당한 사유 없이 공판기일에 1회 출정하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있다.
- ③ 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건을 제외하고, 제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 후 6월이 경과하도록 피고인의 소재를 확인할 수 없으면 2회 공시송달 후 결석재판을 진행할 수 있다.
- ④ 법정형 다액 500만 원 이하의 벌금 또는 과료에 해당하는 사건에서는 법원이 피고인을 소환하는 경우 피고인을 대신하여 대리인이 출석할 수 있다.

답 2
해설

- ①④ 제277조 제1호, 제3호
- ②

제365조(피고인의 출정)

① 피고인이 공판기일에 출정하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하여야 한다.

② 피고인이 정당한 사유없이 다시 정한 기일에 출정하지 아니한 때에는 피고인의 진술없이 판결을 할 수 있다.

③ 소추법 제23조 소추규칙 제19조

17. 다음 각각의 경우에 법원이 어떤 재판을 하여야 하는지 옳은 것으로만 연결된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법)

- ㄱ. 「소년법」상 보호처분이 확정된 사건에 대해 다시 공소가 제기된 경우
- ㄴ. 공소제기된 범죄사실에 대한 적용법조가 헌법재판소의 위헌결정으로 효력을 상실한 경우
- ㄷ. 공소취소로 공소기각이 확정된 후 그 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거가 발견되지 않았음에도 다시 공소를 제기한 경우

	ㄱ	ㄴ	ㄷ
① 면소판결	면소판결	면소판결	공소기각판결
② 공소기각판결	면소판결	면소판결	공소기각결정
③ 면소판결	무죄판결	무죄판결	공소기각결정
④ 공소기각판결	무죄판결	무죄판결	공소기각판결

답 4
해설

- ㉠ 소년법 제32조의 보호처분을 받은 사건과 동일(상습죄 등 포괄일죄 포함)한 사건에 관하여 다시 공소제기가 되었다면, 이는 공소제기 절차가 법률의 규정에 위배하여 무효인 때에 해당하는 경우이므로 형사소송법 제327조 제2호의 규정에 의하여 공소기각의 판결을 하여야 한다.(대판 1996.2.23. 96도47)
- ㉡ 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소한 피고 사건은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당하므로, 결국 이 부분 공소사실은 무죄라 할 것이다.(대판 1999.12.24. 99도3003)

㉢

제327조 제4호(공소기각의 판결) 제329조의 규정에 위반하여 공소가 제기되었을 때에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.

제329조(공소취소와 재기소) 공소취소에 의한 공소기각의 결정이 확정된 때에는 공소취소 후 그 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거를 발견한 경우에 한하여 다시 공소를 제기할 수 있다.

18. 공소장변경에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법)

- ①미수의 공소사실에 대해 예비나 음모를 인정하고자 하는 경우에도 공소장변경을 거쳐야 한다.
- ②상고심에서는 공소장변경이 허용되지 않지만, 상고심에서 파기환송된 항소심에서는 공소장변경이 허용된다.
- ③공소장변경으로 공소사실을 예비적 또는 택일적으로 추가하는 경우에도 공소사실의 동일성이 인정되는 한도에서 허용된다.
- ④동일한 범죄사실에 대하여 포괄일죄로 기소된 것을 법원이 공소장변경절차를 거치지 아니하고 실제적 경합관계에 있는 수죄로 인정하는 것은 허용되지 아니한다.

답 4

해설

①99도2461, 82도2939

②2003도8153

③제298조 제1항

④법원이 동일한 범죄사실을 가지고 포괄일죄로 보지 아니하고 실제적 경합관계에 있는 수죄로 인정하였다고 하더라도 이는 다만 죄수에 관한 법률적 평가를 달리한 것에 불과할 뿐이지 소추대상인 공소사실과 다른사실을 인정한 것도 아니고 또 피고인의 방어권행사에 실질적으로 불이익을 초래할 우려도 없으므로 공소장변경없이 실제적 경합법으로 처단하더라도 불고불리의 원칙에 위반되는 것이 아니다(대판 1987.5.26. 87도527)

19. 상소에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법)

- ①피고사건에 대한 판결 중 몰수 또는 추징에 관한 부분만을 불복대상으로 삼아 상소가 제기된 경우 상소의 효력은 그 몰수 또는 추징의 부분에 한정된다.
- ②적법한 공소기각판결 또는 면소판결에 대해 피고인은 무죄를 주장하며 상소할 수 있다.
- ③경합범관계에 있는 수개의 공소사실에 대하여 일부는 유죄, 다른 일부는 무죄의 판결이 선고된 경우 검사만이 무죄부분에 대해 항소를 하였더라도 항소심은 피고인을 위하여 피고인이 항소하지 아니한 유죄부분을 심판할 수 있다.
- ④상고법원은 필요한 경우 특정사항에 관하여 변론을 열고 참고인의 진술을 들을 수 있다.

답 4

해설

① 피고사건의 재판 가운데 몰수 또는 추징에 관한 부분만을 불복대상으로 삼아 상소가 제기되었다 하더라도, 상소심으로서의 이를 적법한 상소제기로 다루어야 하고, 그 부분에 대한 상소의 효력은 그 부분과 불가분의 관계에 있는 본안에 관한 판단 부분에까지 미쳐 그 전부가 상소심으로 이심된다.(대판 2008.11.20. 2008도5596)

②폐지 또는 실효된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌·무효인 경우 그 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대

하여 법원이 취하여야 할 조치(=무죄의 선고) 및 이 경우 면소를 선고한 판결에 대하여 상소가 가능하다(대판 2010.12.16. 2010도5986) -- 원칙은 면소판결에 대해 피고인은 상소의 이익이 없으므로 상소할 수 없다(84도2106) 다만 면소판결 자체가 위법한 경우에는 피고인은 상소할 수 있다.

③경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 제1심판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대해 항소한 경우, 항소심에서 이를 파기할 때의 파기 범위는 무죄부분이다(대판 2010.11.25. 2010도10985)

④제390조 제2항

20. 공판절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)(18.9급 형사소송법)

- ①재판공개의 원칙은 검사의 공소제기절차에는 적용되지 않으므로 공소가 제기되기 전까지 피고인이 그 내용이나 공소제기 여부를 알 수 없었다거나 피고인의 소송기록 열람·등사권이 제한되어 있었다고 하더라도 그 공소제기절차가 헌법에 위반된다고 할 수 없다.
- ②검찰청이 보관하고 있는 불기소결정서는 수사기관 내부의 의사결정과정 또는 검토과정에 관한 문서로서, 이를 공개하면 수사에 관한 직무의 수행을 현저히 곤란하게 하므로 변호인의 열람·지정에 의한 공개의 대상이 될 수 없다.
- ③약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차에서 정당한 사유 없이 2회 불출석한 경우 검사가 제출한 증거에 관하여 증거동의를 한 것으로 간주하여 증거능력을 부여할 수 있다.
- ④제1심에서 위법한 공시송달 결정에 터잡아 공소장 부분과 공판기일 소환장을 송달하고 피고인 출석 없이 재판절차를 진행한 위법이 있는데도, 항소심에서 직권으로 제1심의 위법을 시정하는 조치를 취하지 않은 채 제1심이 조사·채택한 증거들에 기하여 검사의 항소이유만을 판단한 것은 법리오해의 위법이 있다.

답 2

해설

①2006도1427

②검찰청이 보관하고 있는 불기소처분기록에 포함된 불기소결정서가 변호인의 열람·지정에 의한 공개의 대상이 된다(대판 2012.5.24. 2012도1284)

③2007도5776

④2013도9498