

본 문제의 소유권 및 판권은 경독사 [경찰독학사관] 스파르타 학원에 있습니다. 무단복사 판에서 저작권법에 의거 경고조치 없이 고발하여 민·형사상 책임을 지게 됩니다.

2019년도 2차 형사소송법 문제와 해설

네오고시뱅크/헤커스경찰학원 정주형

총평

금번 시험은 수사 9문제와 증거 3문제를 중심으로 형사소송법 서론 2문제, 공소제기 및 공판 3문제, 재판·상소 기타 특별소송절차 3문제 등으로 구성되었다. 수사와 증거 이외의 영역의 문제 또한 어렵지 않았고, 최신판례 지문이 6~7개 섞여 있고, 그동안 등한시 되어 오던 특별법 지문들도 2~3개 포함되어 있었지만, 쉽고 명확한 지문들이 함께 제시되어 있어, 체감난이도는 그다지 높지 않았을 것으로 생각된다. 다만, 기본서를 중심으로 하지 않고 기출지문위주로 암기만을 반복한 수험생들에게는 생소한 지문이 다소 포함되어 있어, 어렵게 문제를 풀었을 수도 있겠다.

얼마있지 않아, 형법, 형사소송법은 필수과목으로 지정될 것이 확실시되고 있다. 또한 문제출제 역시 문제은행을 토대로 같고 다듬는 작업이 계속해서 진행될 것으로 보인다. 금번 기출문제는 새로운 유형을 만들어내는 과도기적인 형태의 출제이다. 아직은 선택과목으로 남아있다는 점을 충분히 고려한 것으로 보인다. 비록 체감난이도는 낮게 평가될 수 있으나, 출제자들의 고민과 노력도 충분히 엿볼 수 있는 출제인바, 향후 새롭게 지문을 만드는 형태가 다소간 늘어날 것으로 예상된다. 형법과 형사소송법은 실무에서 가장 많이 사용되는 과목이다. 다소 변형된 지문들은 내용을 알고 공부해야만 손쉽게 풀릴 수 있다. 경찰로서 미래에서도 내용을 제대로 숙지하는 것은 반드시 필요하다. 출제경향을 감안할 때, 향후 형사소송법의 내용을 보다 더 이해하는 방향에서 학습이 이루어져야만 고득점을 꿈꿀 수 있을 것으로 보인다.

1. 형사소송법의 법원(法源)에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법은 최상위법으로 형사소송법의 법원이며, 검사의 영장 신청과 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘는 헌법에 명시적으로 규정되어 있다.
- ② 실질적 의미의 형사소송법이란 내용과 명칭이 모두 형사소송법인 법률을 말하며 형사절차의 가장 중요한 법원이 된다.
- ③ 대법원규칙은 헌법상 명시적 근거 없이 대법원이 법원의 내부규율과 사무처리의 통일을 위해 제정한 준칙에 불과하므로 형사절차의 법원이 될 수 없다.
- ④ 재기수사의 명령이 있는 사건에 관하여 지방검찰청 검사가 다시 불기소 처분을 하고자 하는 경우에는 미리 그 명령청의 장의 승인을 얻도록 한 「검찰사건사무규칙」의 규정은 법규적 효력을 가진 것이 아니다.

정답 ④

- ① (×) : 검사의 영장신청에 대해서는 헌법 제12조 제3항에 명시적으로 규정되어 있지만, 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘는 헌법에 규정되어 있지 않으며, 헌법재판소 판례는 “우리 헌법에는 수사기관의 조직과 운영, 특히 수사주체 및 기타 수사에 관여하는 공무원의 권한범위 등에 대해 구체적으로 규정을 두고 있지 않다. 따라서, 입법자는 비교적 넓은 범위의 재량을 가지고 수사절차에서의 인권보장, 수사인력의 수요 및 공급에 관한 제반 여건, 수사조직의 합리적 구성과 효율적 운영 등 여러 측면을 종합적으로 고려하여 그 구체적 내용을 정하는 입법을 할 수 있다(헌재결 2001.10.25. 2001헌바9).”라고 하여 법률의 개정만으로도 경찰에게 수사권을 부여할 수 있다는 입장을 취하고 있다.
- ② (×) : 실질적 의미의 형사소송법은 명칭을 불문하고 형벌권 행사

의 절차에 관한 내용을 지닌 모든 법률을 말한다.

- ③ (×) : 대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 내에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다고 함으로써(헌법 제108조), 형사절차법정주의의 유일한 예외를 정하고 있다. 이에 의하여 제정된 대법원규칙도 형사소송법의 법원이 된다.
- ④ (○) : 대판 1989.6.20. 89도648

2. 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형사소송법」 제34조에 의한 변호인의 접견교통권은 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다.
- ② 변호인이 피의자에 대한 접견신청을 하였을 때 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리의 의미와 범위를 정확히 이해하면서 이성적 판단에 따라 자발적으로 그 권리를 포기한 경우라도 수사기관이 접견을 허용하지 않는다면 변호인의 접견교통권을 침해하는 것이다.
- ③ 피의자에게 수인의 변호인이 있는 경우 검사는 피의자 또는 변호인의 신청이 없더라도 직권으로 대표변호인을 지정할 수 있다.
- ④ 판결내용 자체가 아니고 다만 구속 등 소송절차가 법령에 위반된 경우에는, 그로 인하여 피고인의 방어권이나 변호인의 조력을 받을 권리가 본질적으로 침해되고 판결의 정당성마저 인정하기 어렵다고 보이는 정도에 이르지 않는 한, 그것 자체만으로는 판결에 영향을 미친 위법이라고 할 수 없다.

정답 ②

- ① (○) : 대결 1996.6.3. 96도18
- ② (×) : 변호인의 접견교통권은 피의자 등이 변호인의 조력을 받을 권리를 실현하기 위한 것으로서, 피의자 등이 헌법 제12조 제4항에서 보장한 기본권의 의미와 범위를 정확히 이해하면서도 이성적 판단에 따라 자발적으로 그 권리를 포기한 경우까지 피의자 등의 의사에 반하여 변호인의 접견이 강제될 수 있는 것은 아니다. 그러나 변호인이 피의자 등에 대한 접견신청을 하였을 때 위와 같은 요건이 갖추어지지 않았는데도 수사기관이 접견을 허용하지 않는 것은 변호인의 접견교통권을 침해하는 것이고, 이 경우 국가는 변호인이 입은 정신적 고통을 배상할 책임이 있다. 이때 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성, 수사기관에 이러한 권리를 침해할 동기와 유인이 있는 점, 피의자 등이 접견교통을 거부하는 것은 이례적이라는 점을 고려하면, 피의자 등이 헌법 제12조 제4항에서 보장한 기본권의 의미와 범위를 정확히 이해하면서도 이성적 판단에 따라 자발적으로 그 권리를 포기하였다는 것에 대해서는 이를 주장하는 사람이 증명할 책임이 있다(대판 2018.12.27. 2016다266736).
- ③ (○) : 제32조의2 제2항
- ④ (○) : 대판 2019.2.28. 2018도19034

3. 수사절차에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?

- ① 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위, 경사는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.
- ② 사법경찰관리는 수사과정에서 수사와 관련하여 작성하거나 취득한 서류 또는 물건에 대한 목록을 빠짐없이 작성하여야 한다.
- ③ 사법경찰관이 수사를 개시한 때에는 사건의 경중에 관계없이 즉시 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 하며, 중대한 사건의 경우에는 수사지휘를 건의하여야 한다.
- ④ 사법경찰관이 살인의 죄, 13세 미만 아동 또는 장애인에 대한 성폭력범

죄에 대하여 수사를 개시한 때에는 반드시 입건 여부에 대한 검사의 의견에 따라야 한다.

정답 ②

- ① (×) : 경사는 사법경찰관이 아닌 사법경찰리에 해당한다.
- ② (○) : 제198조 제3항
- ③ (×) : 사법경찰관은 내란의 죄 등 일정한 사건에 대한 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 즉시 수사를 개시하고 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다(수사준칙 제74조).
- ④ (×) : 살인의 죄, 13세 미만 아동 또는 장애인에 대한 성폭력범죄 등에 대하여 수사를 개시한 때에는 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 할 뿐이지, 입건 여부에 대해 검사의 의견을 따라야 하는 것은 아니다.

4. 함정수사에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 않은 유인자가 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐 수사기관이 사술이나 계락을 사용한 것으로 볼 수 없는 경우라도, 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다는 점이 입증되면 위법한 함정수사에 해당한다.
- ② 위법한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하므로 그 수사에 기하여 수집된 증거는 증거능력이 없으며, 따라서 법원은 「형사소송법」 제325조에 의하여 무죄판결을 선고해야 한다.
- ③ 경찰관이 이른바 부촉빠기 절도범을 단속하기 위하여 취객 근처에서 감시하고 있다가, 피고인이 나타나 취객을 부촉하여 10m 정도를 끌고 가 지갑을 뺏기자 현장에서 체포하여 기소한 경우 수사기관이 위계를 사용한 것으로 볼 수 있으므로 위법한 함정수사에 해당한다.
- ④ 수사기관이 피고인의 범죄사실을 인지하고도 피고인을 바로 체포하지 않고 추가 범행을 지켜보고 있다가 범죄사실이 많이 늘어난 뒤에야 피고인을 체포하였다는 사정만으로는 피고인에 대한 수사와 공소제기가 위법하다거나 함정수사에 해당한다고 할 수 없다.

정답 ④

- ① (×) : 수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용할 금전까지 제공하는 등으로 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은 위법한 함정수사에 해당하여 허용되지 아니하지만, 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 아니한 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우는, 설령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 아니한다(대판 2007.7.12. 2006도2339).
- ② (×) : 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 해당한다(대판 2005.10.28. 2005도1247).
- ③ (×) : 경찰관이 취객을 상대로 한 이른바 부촉빠기 절도범을 단속하기 위하여, 공원 인도에 쓰러져 있는 취객 근처에서 감시하고 있다가, 마침 피고인이 나타나 취객을 부촉하여 10m 정도를 끌고 가 지갑을 뺏기자 현장에서 체포하여 기소한 경우, 위법한 함정수사에 기한 공소제기가 아니라고 한 사례(대판 2007.5.31. 2007도1903).

④ (○) : 대판 2007.6.29. 2007도3164

5. 압수·수색에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 수사기관의 압수·수색은 법관이 발부한 압수·수색영장에 의하여야 하는 것이 원칙이고, 그 영장에는 피의자의 성명, 압수할 물건, 수색할 장소·신체·물건과 압수·수색의 사유 등이 특정되어야 하며, 피의자 아닌 자의 신체 또는 물건은 압수할 물건이 있음을 인정할 수 있는 경우에 한하여 수색할 수 있다.
- ② 법관이 압수·수색영장을 발부하면서 ‘압수할 물건’을 특정하기 위하여 기재한 문언은 엄격하게 해석해야 하고, 함부로 피압수자 등에게 불리한 내용으로 확장 또는 유추해석해서는 안되므로, 압수·수색영장에서 압수할 물건을 ‘압수장소에 보관중인 물건’이라고 기재하고 있는 것을 ‘압수장소에 현존하는 물건’으로 해석할 수는 없다.
- ③ 피의자의 컴퓨터 내에 저장되어 있는 이메일 등 전자정보를 압수·수색하는 것은 전자정보의 소유자 내지 소지자를 상대로 해당 전자정보를 압수·수색하는 대물적 강제처분으로 「형사소송법」의 해석상 허용된다.
- ④ 영장에 수색할 장소를 특정하도록 한 취지에 비추어 보면, 수색장소에 있는 정보처리장치를 이용하여 정보통신망으로 연결된 원격지의 저장매체에서 수색장소에 있는 정보처리장치로 전자정보를 내려 받아 이를 압수하는 것은 압수·수색영장에서 허용한 집행의 장소적 범위를 위법하게 확대하는 것이다.

정답 ④

- ① (○) : 제109조 제2항
- ② (○) : 대판 2009.3.12. 2008도763
- ③ (○) : 대판 2017.11.29. 2017도9747
- ④ (×) : 형사소송법 제109조 제1항, 제114조 제1항에서 영장에 수색할 장소를 특정하도록 한 취지와 정보통신망으로 연결되어 있는 한 정보처리장치 또는 저장매체 간 이전, 복제가 용이한 전자정보의 특성 등에 비추어 보면, 수색장소에 있는 정보처리장치를 이용하여 정보통신망으로 연결된 원격지의 저장매체에 접속하는 것이 위와 같은 형사소송법의 규정에 위반하여 압수·수색영장에서 허용한 집행의 장소적 범위를 확대하는 것이라고 볼 수 없다. 수색행위는 정보통신망을 통해 원격지의 저장매체에서 수색장소에 있는 정보처리장치로 내려받거나 현출된 전자정보에 대하여 위 정보처리장치를 이용하여 이루어지고, 압수행위는 위 정보처리장치에 존재하는 전자정보를 대상으로 그 범위를 정하여 이를 출력 또는 복제하는 방법으로 이루어지므로, 수색에서 압수에 이르는 일련의 과정이 모두 압수·수색영장에 기재된 장소에서 행해지기 때문이다(대판 2017.11.29. 2017도9747).

6. 피의자 신문에 대한 설명으로 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 수사기관이 진술거부권을 고지하지 않은 경우 그 진술을 기재한 조서는 그 진술에 임의성이 인정되더라도 증거능력이 인정되지 않는다.
- ② 피의자가 피의자신문조서를 열람한 후 이의를 제기한 경우 이를 조서에 추가로 기재해야 하며, 이의를 제기하였던 부분은 부당한 심증형성의 기초가 되지 않도록 삭제하여야 한다.
- ③ 사법경찰관은 신청이 없더라도 필요성이 있다고 인정되면 직권으로 신뢰관계자를 동석하게 할 수 있다.
- ④ 사법경찰관이 피의자를 신문하면서 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 한 경우 동석한 사람이 피의자를 대신하여 진술하도록 하여서는 안 되며, 만약 동석한 사람이 피의자를 대신하여 진술한 부분이 조서에 기재되어

있다면 그 부분은 동석한 사람의 진술을 기재한 조서에 해당한다.

정답 ②

- ① (○) : 대판 2009.8.20. 2008도8213
- ② (×) : 피의자신문조서는 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려주어야 하며, 진술한 대로 기재되지 아니하였거나 사실과 다른 부분의 유무를 물어 피의자가 증감 또는 변경의 청구 등 이의를 제기하거나 의견을 진술한 때에는 이를 조서에 추가로 기재하여야 한다. 이 경우 피의자가 이의를 제기하였던 부분은 읽을 수 있도록 남겨두어야 한다(제244조 제2항).
- ③ (○) : 제244조의5
- ④ (○) : 대판 2009.6.23. 2009도1322

7. 체포절차에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?

- ① 사법경찰관이 피의자를 체포하였을 때에는 변호인이 있으면 변호인에게, 변호인이 없으면 변호인선임권자 중 피의자가 지정한 자에게 지체 없이 서면으로 체포의 통지를 하여야 한다.
- ② 체포된 피의자는 관할법원에 체포의 적부심사를 청구할 수 있으며, 청구를 받은 법원은 심사청구 후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 청구가 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 피의자의 석방을 명하여야 한다.
- ③ 사법경찰관이 기소중지된 피의자를 해당 수사관서가 위치하는 특별시·광역시·도 또는 특별자치도 외의 지역에서 긴급체포하였을 때에는 12시간 내에 검사에게 긴급체포를 승인해 달라는 건의를 하여야 한다.
- ④ 사법경찰관은 긴급체포한 피의자에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다.

정답 ③

- ① (○) : 제200조의6, 제87조
- ② (○) : 제214조의2 제4항
- ③ (×) : 사법경찰관은 긴급체포 후 12시간 내에 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 긴급체포를 승인해 달라는 건의를 하여야 한다. 다만, 기소중지된 피의자를 해당 수사관서가 위치하는 특별시·광역시·도 또는 특별자치도 외의 지역에서 긴급체포하였을 때에는 24시간 내에 긴급체포에 대한 승인 건의를 할 수 있다(수사준칙 제35조 제3항).
- ④ (○) : 제200조의4 제6항

8. 구속에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피의자는 검사의 구속영장 청구 전 대면조사를 위한 출석요구에 응할 의무가 없으므로, 사법경찰관리는 피의자가 검사의 출석 요구에 동의한 때에 한하여 피의자를 검찰청으로 호송하여야 한다.
- ② 구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에 출석을 거부할 경우, 수사기관은 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있다.
- ③ 검사의 구속영장 청구에 대한 지방법원판사의 재판은 「형사소송법」 제402조의 규정에 의하여 항고의 대상이 되는 법원의 결정에는 해당하지 아니하나, ‘재판장 또는 수명법관의 구금 등에 관한 재판’에는 해당하므로 「형사소송법」 제416조 제1항의 규정에 의하여 준항고의 대상이 된다.
- ④ 구속기간이 만료될 무렵에 종전 구속영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실로 피고인을 구속하였다는 사정만으로는 피고인에 대한 구속이 위법하다고 할 수 없다.

정답 ③

- ① (○) : 대판 2010.10.28. 2008도11999
- ② (○) : 대결 2013.7.1. 2013도160
- ③ (×) : 검사의 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법원판사의 재판은 형사소송법 제402조의 규정에 의하여 항고의 대상이 되는 ‘법원의 결정’에 해당하지 아니하고, 제416조 제1항의 규정에 의하여 준항고의 대상이 되는 ‘재판장 또는 수명법관의 구금 등에 관한 재판’에도 해당하지 아니한다(대결 2006.12.18. 2006도646).
- ④ (○) : 대결 1996.8.12. 96도46

9. 영장에 의하지 아니한 강제처분에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 체포영장의 집행을 위하여 타인의 주거를 수색하는 경우 별도로 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는지 여부를 구별하지 않고 피의자가 그 장소에 소재할 개연성만 소명되면 수색영장 없이 피의자 수색을 할 수 있도록 허용하는 「형사소송법」 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분은 영장주의에 위반된다.
- ② 사법경찰관은 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.
- ③ 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건을 영장 없이 압수한 이후 이 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우 사법경찰관은 압수한 때부터 48시간 이내에 압수·수색영장을 청구하여야 한다.
- ④ 교통사고를 가장한 살인사건의 범행일로부터 약 3개월 가까이 경과한 후 범죄에 이용된 승용차의 일부분인 강판조각이 범행 현장에서 발견된 경우 이 강판조각은 「형사소송법」 제218조에 규정된 유류물에 해당하므로 영장 없이 압수할 수 있다.

정답 ③

- ① (○) : 현재결 2018.4.26. 2015헌바370
- ② (○) : 제217조 제1항
- ③ (×) : 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건을 영장 없이 압수한 이후 이 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우 사법경찰관은 체포한 때부터 48시간 이내에 압수·수색영장을 청구하여야 한다(제217조 제2항).
- ④ (○) : 대판 2011.5.26. 2011도1902

10. 공소시효에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형사소송법」 제253조 제3항에서 정한 ‘범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우’에는 범인이 국외에서 범죄를 저지르고 형사처분을 면할 목적으로 국외에서 체류를 계속하는 경우도 포함된다.
- ② 공소장이 변경된 경우 공소시효의 완성 여부는 공소장변경시를 기준으로 삼아야 한다.
- ③ 무기징역에 해당하는 범죄의 공소시효는 25년이다.
- ④ 「형법」에 의하여 형을 가중 또는 감경한 경우에는 가중 또는 감경한 형에 의하여 공소시효 기간이 적용된다.

정답 ①

- ① (○) : 대판 2015.6.24. 2015도5916
- ② (×) : 공소장변경이 있는 경우 공소시효의 완성 여부는 당초의 공소제기가 있었던 시점을 기준으로 판단할 것이고 공소장변경시를 기준으로 삼을 것은 아니다(대판 2001.8.24. 2001도2902).
- ③ (×) : 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄의 공소시효는 15

년이다(제249조 제1항 제2호).

- ④ (×) : 형법에 의하여 형을 가중 또는 감경한 경우에는 가중 또는 감경하지 아니한 형에 의하여 제249조(공소시효)의 규정을 적용한다(제250조).

11. 재판권 또는 관할에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 내국 법인의 대표자인 외국인이 내국 법인이 외국에 설립한 특수목적법인에 위탁해 둔 자금을 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용한 경우, 그 피해자는 외국에 설립된 특수목적법인이므로 그 외국인에 대해서는 우리나라 법원에 재판권이 없다.
- ② 지방법원 본원과 지방법원 지원 사이의 관할의 분배는 지방법원 내부의 사법행정사무로서 행해진 지방법원 본원과 지원 사이의 단순한 사무분배에 그치고 소송법상 토지관할의 분배에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ 관련사건의 관할은 고유관할사건 및 그 관련사건이 병합기소되거나 병합되어 심리될 것을 전제요건으로 하므로, 고유관할사건 계속 중 고유관할 법원에 관련사건이 계속된 후 양 사건이 병합되어 심리되지 아니한 채 고유사건에 대한 심리가 먼저 종결되었다면 관련사건에 대한 관할권은 더 이상 유지되지 않는다.
- ④ 일반 국민이 범한 수 개의 죄 가운데 특정 군사범죄와 그 밖의 일반 범죄가 동시적 경합범 관계에 있다고 보아 하나의 사건으로 군사법원에 기소된 경우, 특정 군사범죄에 대하여는 군사법원이 전속적 재판권을 가지나 그 밖의 일반 범죄에 대하여는 군사법원이 재판권을 행사할 수 없다.

정답 ④

- ① (×) : 법인 소유의 자금에 대한 사실상 또는 법률상 지배·처분 권한을 가지고 있는 대표자 등은 법인에 대한 관계에서 자금의 보관자 지위에 있으므로, 법인이 특정 사업의 명목상의 주체로 특수목적법인을 설립하여 그 명의로 자금 집행 등 사업집행을 하면서도 자금의 관리·처분에 관하여는 실질적 사업주체인 법인이 의사결정권한을 행사하면서 특수목적법인 명의로 보유한 자금에 대하여 현실적 지배를 하고 있는 경우에는, 사업주체인 법인의 대표자 등이 특수목적법인의 보유 자금을 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용하면 위탁자인 법인에 대하여 횡령죄가 성립할 수 있다. 이는 법인의 대표자 등이 외국인인 경우에도 마찬가지이므로, 내국 법인의 대표자인 외국인이 내국 법인이 외국에 설립한 특수목적법인에 위탁해 둔 자금을 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용한다면 횡령죄의 피해자는 당해 금전을 위탁한 내국 법인이다. 따라서 그 행위가 외국에서 이루어진 경우에도 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우가 아니라면 그 외국인에 대해서도 우리 형법이 적용되어(형법 제6조), 우리 법원에 재판권이 있다(대판 2017.3.22. 2016도17465).
- ② (×) : 제1심 형사사건에 관하여 지방법원 본원과 지방법원 지원은 소송법상 별개의 법원이자 각각 일정한 토지관할 구역을 나누어 가지는 대등한 관계에 있으므로, 지방법원 본원과 지방법원 지원 사이의 관할의 분배도 지방법원 내부의 사법행정사무로서 행해진 지방법원 본원과 지원 사이의 단순한 사무분배에 그치는 것이 아니라 소송법상 토지관할의 분배에 해당한다. 그러므로 형사소송법 제4조에 의하여 지방법원 본원에 제1심 토지관할이 인정된다고 볼 특별한 사정이 없는 한, 지방법원 지원에 제1심 토지관할이 인정된다는 사정만으로 당연히 지방법원 본원에도 제1심 토지관할이 인정된다고 볼 수는 없다(대판 2015.10.15. 2015도1803).
- ③ (×) : 형사소송법 제5조에 정한 관련 사건의 관할은, 이른바 고유관할사건 및 그 관련 사건이 반드시 병합기소되거나 병합되어 심리될 것을 전제요건으로 하는 것은 아니고, 고유관할사건 계속 중 고유관할 법원에 관련 사건이 계속된 이상 그 후 양 사건이 병합되어 심리되지 아니한 채 고유사건에 대한 심리가 먼저 종결되었다 하더라도 관련 사건에 대한 관할권은 여전히 유지된다(대판 2008.6.12. 2006도8568).

④ (○) : 대결 2016.6.16. 2016초기318 전합

12. 공소장변경에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공소사실인 강제추행에는 위력에 의한 추행이 포함되어 있다고 볼 수 없으므로 피고인이 피해자를 추행한 사실 자체는 부인하지 않고 있다고 하더라도 공소장변경 없이 위력에 의한 추행을 유죄로 인정하는 것은 위법하다.
- ② 횡령죄와 배임죄는 다 같이 신임관계를 기본으로 하고 있는 재산범죄로서 그에 대한 형벌에서도 경중의 차이가 없으나 엄연히 구성요건을 달리하는 별개의 범죄이므로 횡령죄로 기소된 공소사실에 대하여 공소장변경 없이 배임죄를 적용하여 처벌할 수는 없다.
- ③ 공판심리 중인 범죄사실과 동일성이 인정되는 범죄사실이 추가로 발견되고 이들 범죄사실 사이에 그와 동일성이 인정되는 또 다른 범죄사실에 대한 유죄의 확정판결이 있는 경우, 검사는 확정판결 후의 범죄사실을 공소장변경절차에 의하여 공소사실로 추가할 수 없고 별개의 독립된 범죄로 공소를 제기하여야 한다.
- ④ 검사가 공소장에 적용법조를 단순음주운전 처벌규정으로 기재하였다고 하더라도 공소사실에 피고인이 음주운전 금지의무를 2회 이상 위반한 사실을 기재하였다면, 법원은 공소장변경 없이 직권으로 2회 이상 음주운전 금지의무를 위반하고 다시 음주운전을 한 운전자를 가중처벌하는 규정을 적용하여 피고인을 처벌할 수 있다.

정답 ③

- ① (×) : 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 법원이 공소장변경절차를 거치지 아니하고 다르게 사실을 인정하였다고 할지라도 불고불리의 원칙에 위배되지 아니한다. 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 피고인이 피해자를 추행한 사실 자체는 부인하지 않고 있고, 이 사건 공소사실인 강제추행에는 ‘위력에 의한’ 추행이 포함되어 있다고 볼 수 있으므로, 공소장변경 없이 위력에 의한 추행을 유죄로 인정하더라도 피고인의 방어권행사에 불이익이 없다는 이유로, 공소장변경 없이 피고인이 위력으로 피해자를 추행한 사실을 유죄로 인정하였다. 앞서 본 법리 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 불고불리 원칙에 위배되거나 공소장변경에 관한 법리를 오해한 위법은 없다(대판 2013.12.12. 2013도12803).
- ② (×) : 횡령죄와 배임죄는 다같이 신임관계를 기본으로 하고 있는 같은 죄질의 재산범죄로서 그 형벌에 있어서도 경중의 차이가 없고 동일한 범죄사실에 대하여 단지 법률적용만을 달리하는 경우에 해당하므로 법원은 배임죄로 기소된 공소사실에 대하여 공소장변경 없이도 횡령죄를 적용하여 처벌할 수 있다(대판 1999.11.26. 99도2651).
- ③ (○) : 대판 2017.4.28. 2016도21342
- ④ (×) : 검사가 피고인을 도로교통법 위반(음주운전)으로 기소하면서 공소사실을 ‘술에 취한 상태에서의 운전금지의무를 2회 이상 위반한 사람으로서 다시 혈중알코올농도 0.132%의 술에 취한 상태로 자동차를 운전하였다’고 기재하고, 적용법조를 ‘도로교통법 제148조의2 제2항 제2호, 제44조 제1항’으로 기재한 사안에서, 법원이 공소장변경 없이 직권으로 그보다 형이 무거운 ‘도로교통법 제148조의2 제1항 제1호, 제44조 제1항’을 적용하여 처벌하는 것은 불고불리 원칙에 반하여 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래한다고 한 사례(대판 2019.6.13. 2019도4608).

13. 다음 중 법원의 재량에 해당하는 것(○)과 재량에 해당하지 않는 것(X)을 모두 바르게 표시한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 변론종결 후 변론재개신청이 있는 경우 법원이 종결한 변론을 재개

해야 하는지 여부

- ㉠ 검사의 공소장변경 신청이 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 경우 법원이 이를 허가해야 하는지 여부
- ㉡ 고소권자가 비친고죄로 고소한 사건을 검사가 친고죄로 구성하여 공소를 제기하였으나 공소장변경절차를 거쳐 공소사실이 비친고죄로 변경되지 아니한 경우 법원이 친고죄의 소송조건인 고소가 유효하게 존재하는지를 직권으로 조사·심리해야 하는지 여부
- ㉢ 피고인이 국선변호인 선정청구를 하면서 제출한 소명자료에 의하면 피고인이 빈곤으로 인하여 변호인을 선임할 수 없는 경우에 해당한다고 인정할 여지가 충분하고 이와 달리 볼 만한 사정이 없는 경우 법원이 국선변호인을 선정해야 하는지 여부

- ① ㉠(O) ㉡(X) ㉢(O) ㉣(X)
- ② ㉠(O) ㉡(X) ㉢(X) ㉣(X)
- ③ ㉠(X) ㉡(O) ㉢(X) ㉣(O)
- ④ ㉠(O) ㉡(O) ㉢(X) ㉣(X)

정답 ②

- ㉠ (재량○) : 대판 2000.4.11. 2000도565
- ㉡ (재량×) : 대판 1999.4.13. 99도375
- ㉢ (재량×) : 대판 2015.11.17. 2013도7987
- ㉣ (재량×) : 대판 2011.3.24. 2010도18103

14. 압수·수색에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 검사나 사법경찰관은 현행범체포 현장이나 범죄 장소에서 소지자 등이 임의로 제출하는 물건을 영장 없이 압수할 수 있으나, 이 경우 사후에 영장을 받아야 한다.
- ② 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있도록 규정한 「형사소송법」 제216조 제3항의 요건 중 어느 하나라도 갖추지 못한 경우, 그 압수·수색 또는 검증은 위법하나 사후에 법원으로부터 영장을 발부받았다면 그 위법성이 치유된다.
- ③ 검사가 압수·수색영장의 효력이 상실되었음에도 다시 그 영장에 기하여 피의자의 주거에 대한 압수·수색을 실시하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료되는 물건을 압수한 경우 압수 자체가 위법하게 됨은 별론으로 하더라도 몰수의 효력에는 영향을 미치지 않는다.
- ④ 압수·수색영장은 현장에서 피압수자가 여러 명일 경우에는 그들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하나, 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다면 압수하고자 하는 물건을 소지하고 있는 사람에게는 따로 영장을 제시할 것까지 요하지 아니한다.

정답 ③

- ① (×) : 검사 또는 사법경찰관은 형사소송법 제212조의 규정에 의하여 피의자를 현행범 체포하는 경우에 필요한 때에는 체포 현장에서 영장 없이 압수·수색·검증을 할 수 있으나, 이와 같이 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 48시간 이내에 지체 없이 압수영장을 청구하여야 한다(제216조 제1항 제2호, 제217조 제2항). 그리고 검사 또는 사법경찰관이 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 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(제216조 제3항). 다만 형사소송법 제218조에 의하면 검사 또는 사법경찰관은 피의자 등이 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건은 영장 없이 압수할 수 있으므로, 현행범 체포 현장이나 범죄 장소에서도 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 위 조항에 의하여 영장 없이 압수할 수 있고, 이 경우에는 검사나 사법경찰관이 사후에 영장을 받을 필요가 없다(대판

2016.2.18. 2015도13726).

- ② (×) : 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원 판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있으나, 사후에 지체 없이 영장을 받아야 한다(형사소송법 제216조 제3항). 형사소송법 제216조 제3항의 요건 중 어느 하나라도 갖추지 못한 경우에 그러한 압수·수색 또는 검증은 위법하며, 이에 대하여 사후에 법원으로부터 영장을 발부받았다고 하여 그 위법성이 치유되지 아니한다(대판 2017.11.29. 2014도16080).
- ③ (○) : 범죄행위에 제공하려고 한 물건은 범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인 이외의 자가 정을 알면서 취득한 경우 이를 몰수할 수 있고, 한편 법원이나 수사기관은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있으나, 몰수는 반드시 압수되어 있는 물건에 대하여서만 하는 것이 아니므로, 몰수대상물건이 압수되어 있는가 하는 점 및 적법한 절차에 의하여 압수되었는가 하는 점은 몰수의 요건이 아니다. ⇨ 이미 그 집행을 종료함으로써 효력을 상실한 압수·수색영장에 기하여 다시 압수·수색을 실시하면서 몰수대상물건을 압수한 경우, 압수 자체가 위법하게 됨은 별론으로 하더라도 그것이 위 물건의 몰수의 효력에는 영향을 미칠 수 없다고 한 사례(대판 2003.5.30. 2003도705).
- ④ (×) : 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 하는바, 현장에서 압수·수색을 당하는 사람이 여러 명일 경우에는 그 사람들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이다. 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다고 하더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다(대판 2009.3.12. 2008도763).

15. 엄격한 증명에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대한민국 영역 외에서 대한민국 국민에 대하여 범죄를 저지른 외국인에 대하여 우리나라 형법을 적용하여 처벌함에 있어 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하는지는 엄격한 증명을 요하나, 몰수 또는 추징의 대상이 되는지 여부나 추징액의 인정은 엄격한 증명을 요하지 아니한다.
- ② 뇌물수수죄에서 공무원의 직무에 관하여 수수하였다는 범의를 인정하기 위해서는 엄격한 증명이 요구되나, 내란선동죄에서 국헌문란의 목적은 범죄 성립을 위하여 고의 외에 요구되는 초과주관적 위법요소로서 엄격한 증명을 요하지 아니한다.
- ③ 횡령죄에서 목적과 용도를 정하여 금전을 위탁한 사실 및 그 목적과 용도가 무엇인지는 엄격한 증명의 대상이 되나, 횡령한 재물의 가액이 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」의 적용 기준이 되는 하한 금액을 초과한다는 점은 엄격한 증명을 요하지 않는다.
- ④ 공모공동정범에서 공모관계를 인정하기 위해서는 엄격한 증명이 요구되나, 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의9 제1항 위반죄의 ‘보복의 목적’이 행위자에게 있었다는 점은 엄격한 증명을 요하지 아니한다.

정답 ①

- ① (○) : 대판 1973.5.1. 73도289, 대판 1982.2.9. 81도3040
- ② (×) : 내란선동죄에서 ‘국헌을 문란할 목적’이란 “헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것(형법 제91조 제1호)” 또는 “헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것(같은 조 제2호)”을 말한다. 국헌문란의 목적은 범죄 성립을 위하여 고의 외에 요구되는 초과주관적 위법요소로서 엄격한 증명사항에 속하나, 확정적 인식임을 요하지 아니하며, 다만 미필적 인식이 있으면 족하다(대판 2015.1.22. 2014도10978 전합).
- ③ (×) : 횡령한 재물의 가액이 특정경제범죄법의 적용 기준이 되는 하한 금액을 초과한다는 점도 다른 구성요건 요소와 마찬가지로

엄격한 증거에 의하여 증명되어야 한다(대판 2017.5.30. 2016도 9027).

- ④ (×) : 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제1항 위반의 죄의 행위자에게 보복의목적이 있었다는 점 또한 검사가 증명하여야 하고 그러한 증명은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 엄격한 증명에 의하여야 하며 이와 같은 증명이 없다면 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대판 2014.9.26. 2014도9030).

16. 다음 중 ㉠~㉣의 설명에 대하여 옳고 그름의 표시(O, X)가 모두 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 조사대상자의 진술 내용이 제3자의 피의사실뿐만 아니라 자신의 피의사실에 관한 것이기도 하여 그 실질이 피의자신문조서의 성격을 가지는 경우에 수사기관은 진술을 듣기 전에 미리 진술거부권을 고지하여야 한다.
- ㉡ 수사기관이 피의자를 조사하는 경우에는 그 조사과정을 기록하여야 하나 피의자가 아닌 자를 조사하는 과정에서 그 진술을 청취하여 증거로 남기는 방법으로 진술조서가 아닌 진술서를 작성·제출받는 경우에는 그 절차를 준수할 것을 요하지 아니한다.
- ㉢ 선거관리위원회 위원·직원이 관계인에게 진술이 녹음된다는 사실을 미리 알려 주지 아니한 채 진술을 녹음하였다면, 그와 같은 조사 절차에 의하여 수집한 녹음파일 내지 그에 터 잡아 작성된 녹취록은 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거에 해당한다.
- ㉣ 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 검색을 통해 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일한 방식으로 복제하여 생성한 파일을 제출받아 압수한 후 수사기관의 사무실에서 압수된 파일을 탐색·복제·출력하는 경우에도 수사기관은 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 한다.

- ① ㉠(O) ㉡(O) ㉢(X) ㉣(X)
 ② ㉠(O) ㉡(X) ㉢(O) ㉣(O)
 ③ ㉠(O) ㉡(X) ㉢(O) ㉣(X)
 ④ ㉠(X) ㉡(O) ㉢(X) ㉣(O)

정답 ③

- ㉠ (○) : 대판 2015.10.29. 2014도5939
- ㉡ (×) : 형사소송법 제221조 제1항, 제244조의4 제1항, 제3항, 제312조 제4항, 제5항 및 그 입법 목적 등을 종합하여 보면, 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 진술서를 작성하였지만 수사기관이 그에 대한 조사과정을 기록하지 아니하여 형사소송법 제244조의4 제3항, 제1항에서 정한 절차를 위반한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 수사과정에서 진술서가 작성되었다 할 수 없으므로 증거능력을 인정할 수 없다(대판 2015.4.23. 2013도3790).
- ㉢ (○) : 대판 2014.10.15. 2011도3509
- ㉣ (×) : 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열방식으로 복제하여 생성한 파일(이하 ‘이미지 파일’이라 한다)을 제출받아 압수하였다면 이로써 압수의 목적물에 대한 압수·수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관이 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다(대판 2018.2.8. 2017도 13263).

17. 증거에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 자백에 대한 보강증거는 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한

것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 충분하고, 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있다.

- ② 피고인이 수표를 발행하였으나 예금부족 또는 거래정지처분으로 지급되지 아니하게 하였다는 부정수표단속법위반의 공소사실을 증명하기 위하여 제출되는 수표는 증거물인 서면에 해당하므로 그 증거능력은 증거물의 예에 의하여 판단하여야 한다.
- ③ 피고인이 변호인과 함께 출석한 공판기일의 공판조서에 검사가 제출한 증거에 대하여 동의한다는 기재가 되어 있다면 피고인이 증거동의를 한 것으로 보아야 하고, 그 기재는 절대적인 증명력을 가진다.
- ④ 보험사기 사건에서 건강보험심사평가원이 수사기관의 의뢰에 따라 보내온 자료를 토대로 입원진료의 적정성에 대한 의견을 제시하는 내용의 건강보험심사평가원의 입원진료 적정성 여부 등 검토의뢰에 대한 회신은 「형사소송법」 제315조 제3호의 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’에 해당한다.

정답 ④

- ① (○) : 대판 1998.3.13. 98도159
- ② (○) : 대판 2015.4.23. 2015도2275
- ③ (○) : 대판 2008.4.24. 2007도10058
- ④ (×) : 사무처리 내역을 계속적, 기계적으로 기재한 문서가 아니라 범죄사실의 인정 여부와 관련 있는 어떠한 의견을 제시하는 내용을 담고 있는 문서는 형사소송법 제315조 제3호에서 규정하는 당연히 증거능력이 있는 서류에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이른바 보험사기 사건에서 건강보험심사평가원이 수사기관의 의뢰에 따라 그 보내온 자료를 토대로 입원진료의 적정성에 대한 의견을 제시하는 내용의 ‘건강보험심사평가원의 입원진료 적정성 여부 등 검토의뢰에 대한 회신’은 형사소송법 제315조 제3호의 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’에 해당하지 않는다(대판 2017.12.5. 2017도12671).

18. 다음 중 공소기각판결을 해야 하는 경우는? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니하는 경우
- ② 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 따른 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소제기가 된 경우
- ③ 형벌에 관한 법령이 폐지되었다 하더라도 그 폐지가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것인 경우
- ④ 범죄 후 법률이념의 변천에 따라 과거에 범죄로 본 행위에 관하여 현재의 평가가 달라짐에 따라 이를 처벌대상으로 삼는 것이 부당하다는 반성적 고려에서 그 행위를 처벌하는 조항이 삭제된 경우

정답 ②

- ① 공소기각결정(제328조 제1항 제4호)
- ② 공소기각판결(대판 2017.8.23. 2016도5423)
- ③ 무죄판결(대결 2013.4.18. 2011초기689 전합)
- ④ 면소판결(대판 2011.7.14. 2011도1303), 판례는 단순히 형이 폐지된 것으로 족하지 않고 이른바 동기설에 따라 법률이념이 변천된 경우에 한하여 면소판결사유가 된다고 본다.

19. 상소에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 형사소송절차에서 소송비용의 재판에 대한 불복은 본안의 재판에 대한 상소의 전부 또는 일부가 이유 있는 경우에 한하여 허용되고, 본안의 상소가 이유 없는 경우에는 허용되지 아니한다.

- ② 제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후 피고인이 동일한 제1심판결에 대하여 항소권 회복청구를 한 경우 법원은 결정으로 이를 기각하여야 한다.
- ③ 변호인은 피고인의 동의를 얻어 상소를 취하할 수 있는데 변호인의 상소취하에 대한 피고인의 동의는 공판정에서 구술로써 할 수 있으며, 피고인의 구술 동의는 반드시 명시적으로 이루어질 것을 요하지 않는다.
- ④ 피고인과 검사 쌍방이 항소하였으나 검사가 항소 부분에 대한 항소이유서를 제출하지 아니하여 결정으로 항소를 기각하여야 하는 경우 항소심은 불이익변경금지의 원칙에 따라 제1심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다.

정답 ③

- ① (○) : 소송비용의 재판에 대한 불복은 본안의 재판에 대한 상소의 전부 또는 일부가 이유 있는 경우에 한하여 허용되고, 본안의 상소가 이유 없는 경우에는 허용되지 아니하며, 이러한 법리는 형사소송절차에서 소송비용의 재판에 대한 불복이 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2016.5.24. 2014도6428).
- ② (○) : 대결 2017.3.30. 2016도2874
- ③ (×) : 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(대판 2015.9.10. 2015도7821).
- ④ (○) : 대판 1998.9.25. 98도2111

20. 즉결심판과 약식명령에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 경찰서장의 청구에 의해 즉결심판을 받은 피고인으로부터 적법한 정식재판의 청구가 있는 경우 경찰서장의 즉결심판청구는 공소제기와 동일한 소송행위이므로 공판절차에 의하여 심판하여야 한다.
- ② 피고인이 정식재판을 청구한 즉결심판 사건에 대하여 검사가 법원에 사건기록과 증거물을 그대로 송부하지 아니하고 즉결심판이 청구된 위반내용과 동일성 있는 범죄사실에 대하여 약식명령을 청구하였다면, 이는 공소제기 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때 또는 공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때에 해당한다.
- ③ 약식명령은 그 재판서를 피고인에게 송달함으로써 효력이 발생하고, 변호인이 있는 경우라도 반드시 변호인에게 약식명령 등본을 송달해야 하는 것은 아니다.
- ④ 약식명령에 대하여 정식재판절차에서 유죄판결이 선고되어 확정된 경우 피고인 등은 약식명령이 아니라 유죄의 확정판결을 대상으로 재심을 청구하여야 하나, 피고인 등이 약식명령에 대하여 재심을 청구하여 재심개시결정이 확정되었다면 재심절차를 진행하는 법원은 재심이 개시된 대상을 유죄의 확정판결로 변경할 수 있다.

정답 ④

- ①② (○) : 즉결심판에 관한 절차법 제14조 제1항, 제3항, 제4항 및 형사소송법 제455조 제3항에 의하면, 경찰서장의 청구에 의해 즉결심판을 받은 피고인으로부터 적법한 정식재판의 청구가 있는 경우 경찰서장의 즉결심판청구는 공소제기와 동일한 소송행위이므로 공판절차에 의하여 심판하여야 한다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011도8503 판결 참조). 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시

와 같은 사실을 인정한 다음, 즉결심판에 대하여 피고인의 정식재판 청구가 있는 경우 경찰서는 검찰청으로, 검찰청은 법원으로 정식재판청구서를 첨부한 사건기록과 증거물을 그대로 송부하여야 하고 검사의 별도의 공소제기는 필요하지 아니한데도 검사가 정식재판을 청구한 즉결심판 사건에 대하여 법원에 사건기록과 증거물을 그대로 송부하지 아니하고 즉결심판이 청구된 위반내용과 동일성 있는 범죄사실에 대하여 약식명령을 청구하였다는 이유로, 이 사건 공소제기 절차는 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하거나 공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때에 해당한다고 판단하여 이 사건 공소를 기각하였다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 즉결심판에 대한 정식재판 청구 후의 사건기록 송부 및 소송행위 하자의 치유에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다(대판 2017.10.12. 2017도10368).

- ③ (○) : 대결 2017.7.27. 2017도1557
- ④ (×) : 형사소송법 제420조 본문은 재심은 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있도록 하고, 같은 법 제456조는 약식명령은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있는 때에는 그 효력을 잃도록 규정하고 있다. 위 각 규정에 의하면, 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. 그런데도 피고인 등이 약식명령에 대하여 재심의 청구를 한 경우, 법원으로서 재심의 청구에 기재된 재심을 개시할 대상의 표시 이외에도 재심청구의 이유에 기재된 주장 내용을 살펴보고 재심을 청구한 피고인 등의 의사를 참작하여 재심청구의 대상을 무엇으로 보아야 하는지 심리·판단할 필요가 있다. 그러나 법원이 심리한 결과 재심청구의 대상이 약식명령이라고 판단하여 그 약식명령을 대상으로 재심개시결정을 한 후 이에 대하여 검사나 피고인 등이 모두 불복하지 아니함으로써 그 결정이 확정된 때에는, 그 재심개시결정에 의하여 재심이 개시된 대상은 약식명령으로 확정되고, 그 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원이 재심이 개시된 대상을 유죄의 확정판결로 변경할 수는 없다. 이 경우 그 재심개시결정은 이미 효력을 상실하여 재심을 개시할 수 없는 약식명령을 대상으로 한 것이므로, 그 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원으로서 심판의 대상이 없어 아무런 재판을 할 수 없다(대판 2013.4.11. 2011도10626).