

# 2018년 7급 국가직 형사소송법 해설

김 상 천

## 01 자백에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인이 경찰에서 임의성 없는 자백을 한 후 검찰이나 심지어 법정에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 한 경우 각 자백의 임의성은 인정되지 아니한다.
- ② 자백의 임의성에 다툼이 있는 때에는 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하여야 하고, 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하지 못한 경우, 그 진술증거는 증거능력이 부정된다.
- ③ 피고인이 우연히 작성한 항해일지의 내용 중 공소사실에 일부 부합되는 사실의 기재가 있는 경우, 이 항해일지는 피고인이 범죄사실을 자백하는 문서라고 볼 수 있다.
- ④ 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 자백의 보강증거가 될 수 있고, 자백과 보강증거가 서로 어울려서 전체로서 범죄사실을 인정할 수 있으면 유죄의 증거로 충분하다.

정답 ③

해설

- ① 2010도3029
- ② 2011도14044
- ③ 상업장부나 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 범죄사실의 인정 여부와는 관계없이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 사무 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서 등의 경우는 사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서로서 그 존재 자체 및 기재가 그러한 내용의 사무가 처리되었음의 여부를 판단할 수 있는 별개의 독립된 증거자료이고, 설사 그 문서가 우연히 피고인이 작성하였고 그 문서의 내용 중 피고인의 범죄사실의 존재를 추론해 낼 수 있는, 즉 공소사실에 일부 부합되는 사실의 기재가 있다고 하더라도, 이를 일컬어 피고인이 범죄사실을 자백하는 문서라고 볼 수는 없다(94도2865).
- ④ 98도2890

## 02 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 서면인 공소장의 제출 없이 공소를 제기한 경우에는 이를 허용하는 특별한 규정이 없는 한 소송행위로서의 공소제기가 성립되었다고 볼 수 없다.
- ② 필요적 변호사건의 공판절차가 사선변호인과 국선변호인이 모두 불출석한 채 개정되어 국선변호인 선정취소결정이 고지된 후 변호인 없이 피해자에 대한 증인신문 등 심리가 이루어진 경우, 당해 공판절차에서 이루어진 피해자에 대한 증인신문 등 일체의 소송행위는 모두 무효이다.
- ③ 유죄판결 확정 후에 형 선고의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있었던 경우, 당해 사건에 대하여 재심개시결정이 확정되어 재심심판절차를 진행하는 법원은 면소판결을 해야 한다.
- ④ 당해 공판기일에 열석하지 아니한 판사가 재판장으로서 서명날인한 공판조서는 소송법상 무효이므로 공판기일에 있어서의 소송절차를 증명할 공판조서로서의 증명력이 없다.

정답 ③

해설

- ① 2015도3682
- ② 99도915
- ③ 면소판결 사유인 형사소송법 제326조 제2호의 ‘사면이 있는 때’에서 말하는 ‘사면’이란 일반사면을 의미할 뿐 형을 선고 받아 확정된 자를 상대로 이루어지는 특별사면은 여기에 해당하지 않으므로 재심대상판결 확정 후에 형 선고의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있었다고 하더라도 재심심판절차를 진행하는 법원은 실체에 관한 유무죄 등의 판단을 해야지 특별사면이 있음을 들어 면소판결을 하여서는 아니 된다(2011도1932).
- ④ 82도2940

**03 공소시효에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 공소제기 당시의 공소사실에 대한 법정형을 기준으로 하면 아직 공소시효가 완성되지 않았으나 법원이 공소장을 변경하지 않고도 범죄사실을 인정하는 경우, 그 범죄사실에 대한 법정형을 기준으로 하면 공소제기 당시 이미 공소시효가 완성되었다면 법원은 면소판결을 선고하여야 한다.
- ② 법정최고형이 징역 5년인 구 부정수표단속법위반죄를 범한 사람이 중국으로 출국하여 체류하다가 그곳에서 다른 범죄로 징역 14년을 선고받고 8년 이상 복역한 후 우리나라로 추방되어 위 죄로 공소제기된 경우, 위 수감기간 동안에는 공소시효의 진행이 정지되지 않는다.
- ③ 미수범의 범죄행위는 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니하여 더 이상 범죄가 진행될 수 없는 때에 종료하고, 그때부터 미수범의 공소시효가 진행된다.
- ④ 피고인이 A사건으로 처벌받을 가능성이 있음을 인지하였다고 보기 어려운 경우라도 다른 고소사건과 관련하여 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우에는 A사건의 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있었다고 볼 수 있다.

정답 ④

해설

- ① 2001도2902
- ② 2008도4101
- ③ 2016도14820
- ④ 피고인이 당해 사건으로 처벌받을 가능성이 있음을 인지하였다고 보기 어려운 경우라면 피고인이 다른 고소사건과 관련하여 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우라고 하더라도 당해 사건의 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있었다고 볼 수 없다(2013도9162).

**04 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 공판절차에서 피고인이나 변호인에게 최종의견 진술의 기회를 주지 아니한 채 변론을 종결하고 판결을 선고하는 것은 소송절차의 법령위반에 해당한다.
- ② 공소장변경신청서 부분을 피고인과 변호인 중 어느 한 쪽에 대해서만 송달하였다고 하여 절차상 잘못이 있다고 할 수 없다.
- ③ 재항고인이 제1심에서만 변호인 선임신고서를 제출하였고, 항고심과 재항고심에서는 법정기간 내에 별도의 변호인 선임 신고서를 제출하지 않은 상태에서 변호인이 변호인 명의로 재항고장을 제출한 경우, 그 재항고장은 재항고로서의 효력이 없다.

- ④ 변호인의 상소취하에 대한 피고인의 동의는 공판정에서 구술로써 할 수 있으며, 이때의 구술 동의는 묵시적으로도 가능하다.

정답 ④

해설

- ① 75도1010, 2018도327
- ② 2013도5165
- ③ 2017도1377
- ④ 변호인은 피고인의 동의를 얻어 상소를 취하할 수 있으므로(형사소송법 제351조, 제341조), 변호인의 상소취하에 피고인의 동의가 없다면 그 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(2015도7821)

**05 정보저장매체기록의 증거능력에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 수사기관이 압수물목록을 작성하는 경우 압수된 정보의 상세목록에는 정보의 파일 명세를 특정하여야 하고, 이를 출력한 서면을 피의자 등에게 교부하여야 하되 전자파일 형태로 복사해 주는 방식으로 교부하는 것은 허용되지 않는다.
- ② 수사기관이 압수현장에서 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 이를 복제하여 생성한 이미지 파일을 제출받아 압수한 경우, 수사기관이 수사기관 사무실에서 압수된 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 한다.
- ③ 압수된 디지털 저장매체로부터 출력된 문건이 진술증거로 사용되는 경우에는 형사소송법 제313조제1항에 의하여 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다.
- ④ 컴퓨터디스크에 들어있는 기재내용을 증거로 사용하는 경우 컴퓨터디스크 자체를 물증으로 취급하여야 하므로 그 기재내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되지 않는다.

정답 ③

해설

- ① 이러한 압수물 목록 교부 취지에 비추어 볼 때, 압수된 정보의 상세목록에는 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 하고, 수사기관은 이를 출력한 서면을 교부하거나 전자파일 형태로 복사해 주거나 이메일을 전송하는 등의 방식으로 할 수 있다(2017도13263).
- \* 8. 16. 파일널 강의 때 최신판례 지문으로 소개하면서 이런 식으로 오답지문으로 나올 수 있으니 주의하라고 말씀드렸는데, 그대로 나왔네요.^^
- ② 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 방식으로 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 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다(2017도13263).
- \* 8. 16. 파일널 강의 때 이 판례도 소개하면서 주의하라고 따로 말씀드렸는데, 바로 나왔네요.^^

③ 2012도16001

④ 컴퓨터 디스켓에 담긴 문건이 증거로 사용되는 경우 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다 할 것이고, 따라서 피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하거나 또는 그 진술을 기재한 문건의 경우 원칙적으로 형사소송법 제313조 제1항 본문에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에 이를 증거로 사용할 수 있다(2000도486)

**06 증인신문에 대한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 바르게 연결한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ㄱ. 공동피고인인 절도범과 그 장물범은 공범이 아닌 경우 서로 다른 공동피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있다.
- ㄴ. 범행을 하지 아니한 자가 범인으로 공소제기가 되어 피고인의 지위에서 범행사실을 허위자백하고, 나아가 공범에 대한 증인의 자격에서 증언을 하면서 그 공범과 함께 범행하였다고 허위의 진술을 한 경우, 이 증언은 증언거부권의 대상이 되지 않는다.
- ㄷ. 법원이 제2회 공판기일에서 증인을 채택하여 제3회 공판기일에 증인신문을 하기로 피고인에게 고지하였는데 제3회 공판기일에 증인은 출석하였으나 피고인이 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 경우, 형사소송법 제276조의 규정에 의하여 공판기일을 연기할 수 밖에 없는 사건에 해당하더라도 이미 출석하여 있는 증인에 대하여 공판기일 외의 신문으로서 증인신문을 하고, 제4회 공판기일에 그 증인신문조서에 대한 서증조사를 하는 것은 증거조사 절차로서 적법하다.
- ㄹ. 누구든지 자기가 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 드러날 염려가 있는 경우에는 증인출석을 거부할 수 있다.

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

**정답** ①

**해설**

① 2005도7601

② 형사소송법에서 위와 같이 증언거부권의 대상으로 규정한 ‘공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려 있는 증인’에는 자신이 범행을 한 사실뿐 아니라 범행을 한 것으로 오인되어 유죄판결을 받을 우려가 있는 사실 등도 포함된다고 할 것이다. 따라서 범행을 하지 아니한 자가 범인으로 공소제기가 되어 피고인의 지위에서 범행사실을 허위자백하고, 나아가 공범에 대한 증인의 자격에서 증언을 하면서 그 공범과 함께 범행하였다고 허위의 진술을 한 경우에도 그 증언은 자신에 대한 유죄판결의 우려를 증대시키는 것이므로 증언거부권의 대상은 된다고 볼 것이다. 다만 그 경우는 자신이 하지 아니한 범행을 오히려 했다고 진술하는 것으로서 자기부죄거부의 특권이 인정되는 본래 모습과는 상당한 차이가 있으므로, 이는 증언거부권을 고지받았으면 증언을 거부하였는지 여부, 즉 증언거부권의 행사에 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는지를 판단함에 있어 중요한 요소로 고려함이 마땅하다(2010도10028).

③ 2000도3265

④ 출석을 거부할 수는 없다.

**07 고소불가분의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?**

- ① 다른 환자들 앞에서 수술결과에 불만을 품고 거칠게 항의하는 환자 A에 대하여 의사 甲이 욕을 하면서 업무상 지득한 A에 대한 비밀을 누설한 경우, 모욕행위에 대한 A의 고소는 업무상 비밀누설행위에 대하여도 효력이 미친다.
- ② 甲이 하나의 문서를 통해 A, B, C를 모욕하였으나 A만이 甲을 모욕죄로 고소한 경우, A의 고소는 B, C에 대한 모욕행위에는 효력이 미치지 않는다.
- ③ 변호사 甲이 A에게 직무상 알게 된 비밀을 누설하는 방법으로 B의 명예를 훼손한 경우, 명예훼손행위에 대한 B의 고소는 업무상 비밀누설행위에 대하여도 효력이 미친다.
- ④ 수회의 모욕이 경합범의 관계에 있다면 이 중 하나의 모욕행위에 대한 고소는 다른 모욕행위에 대하여 효력이 미치지 않는다.

정답 ③

해설

- ① 이 경우 모욕죄와 업무상비밀누설죄는 상상적 경합 관계에 있고 피해자가 동일하며, 두 죄는 모두 친고죄이다. 따라서 객관적 불가분 원칙이 적용되어 모욕행위에 대한 고소는 업무상비밀누설 행위에 대해서도 미친다.
- ② 피해자가 서로 다르므로 A의 고소는 B, C에 대한 모욕행위에 효력이 미치지 않는다.
- ③ 업무상비밀누설죄는 친고죄이고, 명예훼손죄는 반의사불벌죄이므로 명예훼손행위에 대한 B의 고소는 업무상 비밀누설행위에 대하여 효력이 미치지 않는다.
- ④ 수죄, 즉 실제적 경합범에 대하여는 객관적 불가분의 원칙이 적용되지 않는다. 따라서 하나의 모욕행위에 대한 고소는 다른 모욕행위에 대하여 효력이 미치지 않는다.

**08 보석에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 법원이 검사의 의견을 듣지 아니한 채 보석에 관한 결정을 하였다고 하더라도 그 결정이 적정한 이상 절차상의 하자만을 들어 그 결정을 취소할 수는 없다.
- ② 보석의 청구를 받은 법원은 24시간 이내에 심문기일을 정하여 구속된 피고인을 심문하여야 하고, 특별한 사정이 없는 한 보석의 청구를 받은 날부터 7일 이내에 그에 관한 결정을 하여야 한다.
- ③ 보석이 취소된 경우 보석조건은 즉시 그 효력을 상실하지만, 보증금납입 또는 담보제공의 보석조건은 예외로 한다.
- ④ 법원은 피고인이 정당한 사유 없이 보석조건을 위반한 경우에는 결정으로 피고인에 대하여 1천만 원 이하의 과태료를 부과하거나 20일 이내의 감치처분을 내릴 수 있고, 이 결정에 대하여는 즉시항고가 가능하다.

정답 ②

해설

- ① 97도88
- ② 보석의 청구를 받은 법원은 지체없이 심문기일을 정하여 구속된 피고인을 심문하여야 한다(형사소송규칙 제54조의2)
- ③ 제104조의2 ②
- ④ 제102조③④

**09 공소장변경에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 포괄일죄인 영업범에서 공소제기 된 범죄사실과 추가로 발견된 범죄사실 사이에 그 범죄사실들과 동일성이 인정되는 또 다른 범죄사실에 대한 유죄의 확정판결이 있는 때에는, 추가로 발견된 확정판결 후의 범죄사실은 공소제기된 범죄사실과 분단되어 동일성이 없는 별개의 범죄가 되므로, 검사는 공소장변경절차에 의하여 확정판결 후의 범죄사실을 공소사실로 추가할 수는 없다.
- ② 검사가 범죄사실을 협박죄로 구성하여 기소한 후 공판 중에 공소사실을 공갈미수로 하는 공소장변경이 허용되었더라도 공갈죄의 수단으로 한 협박에 대한 고소가 취소되었다면 그 효력은 반의사불벌죄인 협박죄에 대해서도 미치므로 법원은 공소기각의 판결을 하여야 한다.
- ③ 검사가 단순일죄로 기소한 후 포괄일죄인 상습범행을 추가로 기소하였으나 그 심리과정에서 전후에 기소된 범죄사실이 포괄일죄를 구성하는 것으로 밝혀진 경우, 검사는 원칙적으로 먼저 기소한 사건의 범죄사실에 추가로 기소한 범죄사실을 추가하여 전체를 상습범행으로 변경하는 공소장변경 신청을 하고, 추가기소한 사건에 대하여는 공소취소를 하는 것이 형사소송법의 규정에 충실한 조치이다.
- ④ 검사가 구술로 공소장변경허가신청을 하면서 변경하려는 공소사실의 일부만 진술하고 나머지는 전자적 형태의 문서로 저장한 저장매체를 제출하였다면, 공소사실의 내용을 구체적으로 진술한 부분에 한하여 공소장변경허가신청이 된 것으로 볼 수 있다.

정답 ②

해설

- ① 2016도21342
- ② 공갈죄의 수단으로서 한 협박은 공갈죄에 흡수될 뿐 별도로 협박죄를 구성하지 않으므로, 이 사건 범죄사실에 대한 피해자의 고소는 결국 공갈죄에 대한 것이라 할 것이어서, 그 후 고소가 취소되었다 하여 공갈죄로 처벌하는데 아무런 장애가 되지 아니하며, 공소를 제기할 당시에는 이 사건 범죄사실을 협박죄로 구성하여 기소하였다 하더라도 그 후 공판 중에 기본적 사실관계가 동일하여 공소사실을 공갈미수로 공소장 변경이 허용된 이상 그 공소제기의 하자는 치유된다고 할 것이고, 그와 같은 공소장의 변경은 허용되어서는 아니된다는 주장은 독자적인 견해로서 받아들일 수 없다(96도2151).
- ③ 99도3929
- ④ 2016도11138

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

- ㄱ. 확정판결 전의 공소사실과 확정판결 후의 공소사실에 대하여 따로 유죄를 선고하여 두 개의 형을 정한 제1심 판결에 대하여 피고인만이 확정판결 전의 유죄판결 부분에 대하여 항소한 경우, 항소심에 계속된 사건은 확정판결 전의 유죄판결 부분뿐이므로 항소심이 심리·판단하여야 할 범위는 확정판결 전의 유죄판결 부분에 한정된다.
- ㄴ. 형법 제37조 전단 경합범관계에 있는 공소사실 중 일부에 대하여 유죄, 나머지 부분에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결에 대하여 검사만이 항소하면서 무죄부분에 대하여는 항소이유를 기재하고 유죄부분에 대하여는 이를 기재하지 않았으나 항소범위는 ‘전부’로 표시한 경우, 항소심이 제1심판결의 무죄부분을 유죄로 인정하는 때에는 제1심판결 전부를 파기하고 경합범 관계에 있는 공소사실 전부에 대하여 하나의 형을 선고하여야 한다.
- ㄷ. 환송 전 항소심판결에서 경합범관계에 있는 A죄에 대해서는 무죄를 선고하고 B죄에 대해서는 유죄로 인정하여 형을 선고하였는데, 검사만 무죄로 선고된 A죄에 대하여 상고를 하자 대법원이 원심판결 중 A죄에 대해서만 파기하고 이를 원심법원에 환송한 경우, 환송 후의 원심에는 파기환송된 A죄 부분만이 계속된 것이므로 환송 후의 원심으로서는 이 부분만을 심리하여야 한다.
- ㄹ. 환송 전 원심에서 상상적 경합관계에 있는 수죄에 대하여 모두 무죄가 선고되었고, 이에 검사가 무죄부분 전부에 대하여 상고하였으나 그 중 일부 무죄부분에 대하여는 이를 상고이유로 삼지 않은 경우, 상고이유로 삼지 아니한 무죄부분도 상고심에 이심되므로 상고심은 그 무죄 부분까지 판단할 수 있다.

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

정답 ④

해설

- ① 2016도18553  
 ② 2014도342  
 ③ 99도4840  
 ④ 환송 전 원심에서 상상적 경합 관계에 있는 수죄에 대하여 모두 무죄가 선고되었고, 이에 검사가 무죄 부분 전부에 대하여 상고하였으나 그 중 일부 무죄 부분(A)에 대하여는 이를 상고이유로 삼지 않은 경우, 비록 상고이유로 삼지 아니한 무죄 부분(A)도 상고심에 이심되지만 그 부분은 이미 당사자 간의 공격방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서 이탈하게 되므로, 상고심으로서도 그 무죄 부분에까지 나아가 판단할 수 없다. 따라서 상고심으로부터 다른 무죄 부분(B)에 대한 원심판결이 잘못되었다는 이유로 사건을 파기환송 받은 원심은 그 무죄 부분(A)에 대하여 다시 심리·판단하여 유죄를 선고할 수 없다(2008도8922).

**11 형사소송의 이념과 구조에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 국민참여재판을 받을 권리는 헌법상 기본권으로서 보호될 수는 없지만, 국민의 형사재판 참여에 관한 법률에서 정하는 대상 사건에 해당하는 한 피고인은 원칙적으로 국민참여재판으로 재판을 받을 법률상 권리를 가진다고 할 것이고, 이러한 형사소송절차상의 권리를 배제함에 있어서는 헌법에서 정한 적법절차의 원칙을 따라야 한다.
- ② 헌법 제109조, 법원조직법 제57조제1항에서 정한 공개금지 사유가 없음에도 불구하고 재판의 심리에 관한 공개를 금지하기로 결정한 경우, 그러한 공개금지결정은 공개재판을 받을 권리를 침해한 것이지만, 변호인의 반대신문권이 보장되었다면 그 절차에 의하여 이루어진 증인의 증언은 증거능력이 인정된다.
- ③ 규문주의하에서는 재판기관이 소추기관의 소추 없이 직권으로 재판절차를 개시하여 심리·판단하므로 피고인은 단지 조사의 대상일 뿐 방어권의 주체가 되기 어렵다.
- ④ 직권주의하에서는 법원이 소송에서 주도적으로 활동하여 심리의 능률과 신속을 도모할 수 있고, 당사자주의하에서는 당사자가 소송에서 주도적으로 활동하여 많은 증거의 수집과 제출이 이루어질 경우 실제적 진실발견에 도움이 될 수 있다.

정답 ②

해설

- ① 2012헌바298
- ② 헌법 제27조 제3항 후문, 제109조와 법원조직법 제57조 제1항, 제2항의 취지에 비추어 보면, 헌법 제109조, 법원조직법 제57조 제1항에서 정한 공개금지사유가 없음에도 불구하고 재판의 심리에 관한 공개를 금지하기로 결정하였다면 그러한 공개금지결정은 피고인의 공개재판을 받을 권리를 침해한 것으로서 그 절차에 의하여 이루어진 증인의 증언은 증거능력이 없고, 변호인의 반대신문권이 보장되었다라도 달리 볼 수 없으며, 이러한 법리는 공개금지결정의 선고가 없는 등으로 공개금지결정의 사유를 알 수 없는 경우에도 마찬가지이다(2013도2511).
- ③ 규문주의에서는 소추기관과 재판기관이 분리되지 않고 재판의 진행이 법관에게 집중되어 피고인도 조사·심리의 객체가 된다.
- ④ 직권주의와 당사자주의의 장점에 관한 설명으로 옳은 지문이다.

**12 형사소송법 제345조에서 상소권회복의 청구요건으로 규정하고 있는 '자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유'에 해당하는 경우가 아닌 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 피고인이 당해 사건의 공동피고인의 기망에 의하여 항소권을 포기하였음을 항소제기 기간이 도과한 뒤에야 비로소 알게 된 경우
- ② 교도소장이 형집행유예취소결정정본을 송달받고 1주일이 지난 뒤에 그 사실을 구속된 피고인에게 알렸기 때문에 피고인이나 그 배우자가 항고제기 기간 내에 항고장을 제출할 수 없게 된 경우
- ③ 공시송달로 피고인을 소환하였으나 피고인이 불출석한 가운데 공판절차가 진행되고 제1심판결이 선고되었지만, 피고인으로서의 공소장부분 등을 송달받지 못한 관계로 공소가 제기된 사실은 물론이고 판결선고 사실에 대하여 알지 못한 나머지 항소제기 기간 내에 항소를 제기하지 못한 경우

- ④ 피고인이 출석한 가운데 제1심 형사재판이 변론종결되어 판결선고기일이 고지되었지만 그 선고기일에 피고인이 불출석하자, 소송촉진 등에 관한 특례법 에 의하여 공시송달로 피고인을 소환한 최초의 공판기일에 곧바로 피고인의 불출석 상태에서 판결을 선고하였으나 피고인이 그 선고 사실을 알지 못하여 항소제기 기간을 도과한 경우

정답 ①

해설

- ① 상소권 포기가 비록 기망에 의한 것이라도 형사소송법 제354조에 의하여 다시 상소를 할 수 없으며, 상소권 회복은 자기가 책임질 수 없는 사유로 인하여 상소제기 기간내에 상소를 하지 못한 사람이 이를 청구하는 것이므로 재항고인이 상피고인의 기망에 의하여 항소권을 포기하였음을 항소제기 기간이 도과한 뒤에야 비로소 알게 되었다 하더라도 이러한 사정은 재항고인이 책임질 수 없는 사유에 해당한다고 볼 수 없다(84도40).
- ② 91도32
- ③ 2003도447
- ④ 91도23

**13 증거조사에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 증거조사를 거치지 아니하였고 피고인이 이를 증거로 사용함에 동의를 한 바도 없기 때문에 증거능력이 인정되지 않는 증거라도 구성요건 사실을 추인하게 하는 간접사실의 인정자료로는 허용된다.
- ② 법원은 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 의하여 공판준비에 필요하다고 인정할 때에는 공판기일 전에 피고인 또는 증인을 신문할 수 있고, 검증, 감정 또는 번역을 명할 수 있다.
- ③ 재판부가 당사자의 증거신청을 채택하지 아니하거나 이미 한 증거결정을 취소하였다고 하더라도 그러한 사유만으로는 법관의 기피사유인 ‘불공평한 재판을 할 염려가 있는 때’ 에 해당하지 않는다.
- ④ 형의 양정에 관한 절차는 범죄사실을 인정하는 단계와 달리 취급하여야 하므로 당사자가 직접 수집하여 제출하기 곤란하거나 필요하다고 인정되는 경우, 법원은 직권으로 양형조건에 관한 형법 제51조의 사항을 수집·조사할 수 있다.

정답 ①

해설

- ① 구성요건에 해당하는 사실은 엄격한 증명에 의하여 이를 인정하여야 하고, 증거능력이 없는 증거는 구성요건 사실을 추인하게 하는 간접사실이나 구성요건 사실을 입증하는 직접증거의 증명력을 보강하는 보조사실의 인정자료로서도 허용되지 아니한다(2004도5493).
- ② 제273조 제1항
- ③ 95도10
- ④ 2010도750

**14 체포 및 구속에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 변호인 없는 불구속 피고인에 대하여 국선변호인을 선정하지 않은 채 판결을 선고한 다음 법정 구속하더라도 형사소송법 제33조제1항제1호 위반에 해당하지 않는다.
- ② 사법경찰관이 검사에게 긴급체포된 피의자에 대한 긴급체포 승인 건의와 함께 구속영장을 신청한 경우, 검사는 긴급체포의 합당성을 보강하기 위한 목적으로 피의자를 검찰청으로 출석시켜 직접 대면 조사할 수 있다.

- ③ 형사소송법에서 현행범인으로 규정한 ‘범죄의 실행의 즉후인 자’ 라고 함은 범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인임이 체포하는 자의 시각에서 볼 때 명백한 경우를 의미한다.
- ④ 피의자가 긴급체포된 후 사후영장 발부 전에 수사기관의 조치에 의하여 석방되었다면, 그 후 동일한 범죄사실에 관하여 법원이 발부한 구속영장에 의하여 구속하더라도 위법은 아니다

정답 ②

해설

- ① 2010도17353
- ② 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(2008도11999).
- ③ 2005도7158
- ④ 2001도4291

**15 수사에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 헌법 제16조 후문은 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.” 라고 규정하고 있을 뿐 영장주의에 대한 예외를 마련하고 있지 않지만, 주거에 대한 압수나 수색에 있어 영장주의가 예외 없이 반드시 관철되어야 하는 것은 아니다.
- ② 피의자가 구속 당시에 헌법 및 형사소송법에 규정된 사항(구속의 이유 및 변호인의 조력을 받을 권리)을 고지받지 못하였고, 구금기간 중 면회거부 등의 처분을 받은 경우, 이는 형사소송법 제93조의 구속취소사유에 해당한다.
- ③ 검사는 증거에 사용할 압수물에 대하여 소유자 등에 의한 가환부의 청구가 있는 경우, 가환부를 거부할 수 있는 특별한 사정이 없는 한 가환부에 응하여야 한다.
- ④ 재소자가 법령에 근거하여 위탁한 비망록을 교도관이 수사기관에 임의로 제출하였다면, 재소자의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익이 침해되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 비망록의 증거사용에 대하여 반드시 재소자의 동의를 받아야 하는 것은 아니다.

정답 ②

해설

- ① 2015헌바370
- ② 체포, 구금 당시에 헌법 및 형사소송법에 규정된 사항(체포, 구금의 이유 및 변호인의 조력을 받을 권리) 등을 고지받지 못하였고, 그 후의 구금기간 중 면회거부 등의 처분을 받았다 하더라도 이와 같은 사유는 형사소송법 제93조 소정의 구속취소사유에는 해당하지 아니한다(91도76).
- ③ 2017모236
- ④ 2008도1097

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

- ① 약식명령은 그 재판서를 피고인에게 송달함으로써 효력이 발생하고, 변호인이 있는 경우라도 반드시 변호인에게 약식명령 등본을 송달해야 하는 것은 아니다.
- ② 변호인이 정식재판청구서를 제출할 것으로 믿고 피고인이 스스로 적법한 정식재판의 청구기간 내에 정식재판청구서를 제출하지 못하였다도, 그것이 피고인 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 정식재판의 청구기간 내에 정식재판을 청구하지 못한 때에 해당하지 않는다.
- ③ 검사가 사기죄에 대하여 약식명령의 청구를 한 다음, 피고인이 약식명령의 고지를 받고 정식재판의 청구를 하여 그 사건이 제1심법원에 계속 중일 때, 사기죄의 수단의 일부로 범한 사문서위조 및 동행사죄에 대하여 추가로 공소를 제기하였다면, 일사부재리의 원칙에 위반되므로 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다.
- ④ 약식명령에 대한 정식재판청구가 제기되었음에도 법원이 증거서류 및 증거물을 검사에게 반환하지 않고 보관하고 있다고 하여 그 이전에 이미 적법하게 제기된 공소제기의 절차가 위법하게 되는 것은 아니다.

정답 ③

해설

- ① 2017도1557
- ② 2017도1557
- ③ 검사가 사기죄에 대하여 약식명령의 청구를 한 다음, 피고인이 약식명령의 고지를 받고 정식재판의 청구를 하여 그 사건이 제1심법원에 계속중일때, 사기죄의 수단의 일부로 범한 사문서위조 및 동행사죄에 대하여 추가로 공소를 제기하였더라도, 일사부재리의 원칙에 위반되거나, 공소권을 남용한 것으로서 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 볼 수 없다(89도2102).
- ④ 2007도3906

17 다음 사례에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

민원인 甲이 건축허가 담당공무원 乙에게 건축허가를 신청하자 乙이 건축허가와 관련하여 뇌물을 요구하였고, 이에 甲은 뇌물을 제공하였다. 이후 검사는 뇌물죄에 대한 혐의로 甲과 乙을 공동피고인으로 기소하였다.

- ① 甲과 乙이 서로 뇌물을 주고받은 사실이 없다고 주장하며 다투는 경우, 이들은 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나더라도 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없다.
- ② 甲이 공판정에서 “乙로부터 ‘해외여행을 가려고 하는데 여행사에 대금을 대신 내주면 잘 봐 주겠다’라는 말을 들었다.”는 취지의 진술을 한 경우, 甲의 진술로 증명하고자 하는 사실이 ‘乙이 위와 같은 내용의 말을 하였다’는 것이라면 甲이 乙로부터 위와 같은 말을 들었다고 하는 진술은 전문증거가 아니라 본래증거에 해당한다.
- ③ 만약 甲만이 검거되어 검사가 甲을 증뢰죄로 기소하였다면, 그로 인한 공소시효 정지의 효력은 乙의 수뢰죄에 대하여도 미친다.
- ④ 공판정에서 甲은 범행을 자백하였으나 乙이 범행을 부인하고 있는 경우, 甲의 자백이 乙에게 불이익한 유일한 증거라면 법원은 甲의 자백을 乙의 범죄사실을 인정하는데 있어서 증거로 쓸 수 없다.

정답 ②

해설

- ① 피고인의 지위에 있는 공동피고인은 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있고, 이는 대항범인 공동피고인의 경우에도 다르지 않다(2008도3300).
- ② 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정하여지지만, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다(2008도5347). 증명하고자 하는 사실이 乙진술의 존재 자체이므로 본래증거에 해당한다.
- ③ 형사소송법이 공범 중 1인에 대한 공소의 제기로 다른 공범자에 대하여도 공소시효가 정지되도록 한 것은 공범간 처벌의 형평을 기하기 위하여 공소제기 효력의 인적 범위를 확장하는 예외를 마련하여 놓은 것이므로, 이는 엄격하게 해석하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 확장하거나 축소하여 해석해서는 아니 된다. 그런데 강학상 필요적 공범의 일종인 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 대항범 상호 간에는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없고, 그 범죄구성요건과 죄질이 같지 아니하며, 법정형도 별개로 규정되어 있는 점 등에 비추어 볼 때, 강학상 필요적 공범, 특히 대항범은 형법에서 규정하고 있는 공범과는 전혀 다른 것이다. 그런데도 강학상 필요적 공범, 그 중에서도 대항범 관계에 있는 자 사이에서도 공소시효 정지규정이 적용되도록 하는 것은, 공범이라는 명칭을 강학상 사용하고 있다는 이유만으로 아무런 법적·논리적 근거 없이 공소제기 효력의 인적 범위를 넓히게 되는 것이어서 피고인에게 불리한 방향으로 확장 해석하는 것이다. 따라서 형사소송법 제 253조 제2항에서 공범은 형법에서 규정하고 있는 공범인 공동정범, 교사범, 방조범, 간접정범만을 의미하고, 강학상 필요적 공범 중 형법의 공범 규정이 적용될 수 없는 대항범은 여기에 해당하지 않는다(2011노2616).
- ④ 형사소송법 제310조 소정의 "피고인의 자백"에 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 아니하므로 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있는 것일 뿐만 아니라 공범인 공동피고인들의 각 진술은 상호간에 서로 보강증거가 될 수 있다(90도1939).

18 다음 사례에 대한 <보기>의 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?

(가) 검사는 甲을 강도협의로 긴급체포하여 수사하였으나 甲은 범행을 부인하였다.  
 (나) 이에 검사는 수사 중 A가 강도사건의 유일한 목적자임을 알고 A에게 전화하여 검찰청에 출석해서 참고인으로 진술을 해줄 것을 요청하였으나 A가 거절하자 A에게 출석요구서를 발송하였다.  
 (다) 그러나 A는 정당한 이유 없이 검사의 출석요구에 계속 불응하였다.  
 (라) 이에 검사는 A의 진술을 확보하기 위하여 공소제기 전에 판사에게 A에 대한 증인신문을 청구하였다.

<보기>

ㄱ. (가)와 관련하여, 검사는 법원으로부터 즉시 긴급체포에 대하여 사후 승인을 받아야 한다.  
 ㄴ. (나)와 관련하여, 검사가 A의 출석을 전화로 요구한 것은 위법하다.  
 ㄷ. (다)와 관련하여, 검사가 A를 조사하기 위하여 출석불응을 이유로 체포영장을 청구할 수는 없다.  
 ㄹ. (라)와 관련하여, 판사가 A에 대하여 증인신문을 한 경우 지체 없이 해당 증인신문조서를 검사에게 송부하여야 한다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄹ ③ ㄴ, ㄷ ④ ㄷ, ㄹ

정답 ④

해설

- ㄱ. 검사는 긴급체포 후 법원의 사후 승인을 받을 필요는 없다.
- ㄴ. 서면 이외의 방법으로도 가능하다. 경찰관은 신속한 출석요구를 위하여 필요한 경우에는 전화·팩스·전자우편·문자메시지(SMS)전송 그 밖에 적당한 방법으로 출석요구를 할 수 있다(범죄수사규칙 제54조 ②).
- ㄷ. 참고인인 A의 출석을 강제할 방법은 없다.
- ㄹ. 제221조의2⑥

**19 소송행위에 있어서 절차에 하자가 있으나 사후적으로 하자의 치유가 인정되지 않는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 변호인이 없는 피고인을 일시 퇴정하게 하고 증인신문을 한 후 피고인에게 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 아니한 채, 그 다음 공판기일에서 재판장이 피고인에게 증인신문 결과 등을 공판조서에 의하여 고지하였는데 피고인이 ‘변경할 점과 이의할 점이 없다’고 진술한 경우
- ② 항소심이 피고인에게 검사의 항소이유서 부분을 송달하지 아니하였는데, 검사의 항소이유서의 요지는 제1심의 피고인에 대한 형량은 너무 가벼워 부당하다는 것이고, 피고인 역시 항소이유로서 사실오인과 양형과중의 사유를 들고 있는 경우, 항소심이 쌍방의 항소를 변론 없이 기록에 나타난 양형의 조건이 되는 제반사항을 참작하여 한 제1심의 형의 양정이 적절하고 무겁거나 가볍다고 볼 수 없다고 하여 쌍방의 항소를 기각한 경우
- ③ 증인신문 과정에서 검사가 주신문을 하면서 유도신문을 하였으나 그 다음 공판기일에서 재판장이 피고인에게 증인신문 결과 등을 공판조서에 의하여 고지하였는데 피고인과 변호인이 ‘변경할 점과 이의할 점이 없다’고 진술한 경우
- ④ 검사가 새로운 범죄사실을 추가하기 위하여 공소장변경신청을 하였으나 법원이 이를 받아들이지 않자 공소장부분 송달 등의 절차 없이 공판기일에서 당해 공소장변경신청서로 공소장을 갈음한다는 구두진술을 하였고, 피고인의 성명 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항, 적용법조 등을 당해 공소장변경신청서에 기재하지 않는 등 공소의 제기에 현저한 방식 위반이 있었지만, 이에 대하여 피고인과 변호인이 이의를 제기하지 아니하고 변론에 응한 경우

정답 ④

해설

- ① 2009도9344
- ② 2001도5810
- ③ 2012도2937
- ④ 형사소송법이 공소의 제기에 관하여 서면주의와 엄격한 요식행위를 채용한 것은 공소의 제기에 의해서 법원의 심판이 개시되므로 심판을 구하는 대상을 명확하게 하고 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것이다. 따라서 위와 같은 엄격한 형식과 절차에 따른 공소장의 제출은 공소제기라는 소송행위가 성립하기 위한 본질적 요소라고 할 것이므로, 공소의 제기에 현저한 방식 위반이 있는 경우에는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하고, 위와 같은 절차위배의 공소제기에 대하여 피고인과 변호인이 이의를 제기하지 아니하고 변론에 응하였다고 하여 그 하자가 치유되지 않는다(2008도11813).

20 증거동의를 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 형사소송법 제318조제1항은 “검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다.” 라고 규정하고 있을 뿐 진정한 것으로 인정하는 방법을 제한하고 있지 아니하므로, 증거동의를 하는 서류 또는 물건은 법원이 제반 사정을 참작하여 진정한 것으로 인정하면 증거로 할 수 있다.
- ㄴ. 변호인의 증거동의를 대하여 피고인이 즉시 이의하지 아니하는 경우에는 변호인의 동의로 증거능력이 인정되어 증거조사 완료 전까지 그 동의가 취소 또는 철회되지 아니한 이상 일단 부여된 증거능력은 그대로 존속한다.
- ㄷ. 제1회 공판기일에서 피고인과 변호인이 함께 출석하여 검사가 제출한 일부 증거에 대하여 증거로 함에 부동의한다는 의견이 진술된 경우, 그 후 피고인이 출석하지 아니한 제2회 공판기일에 변호인만이 출석하여 종전 의견을 반복하여 이들 증거에 대하여 증거로 함에 동의하였다 하더라도 이는 특별한 사정이 없는 한 효력이 없다.
- ㄹ. 변호인이 검사가 공판기일에 제출한 증거 중 뇌물공여자가 작성한 고발장에 대하여는 증거 부동의 의견을 밝히고, 같은 고발장을 첨부문서로 포함하고 있는 검찰주사보 작성의 수사보고에 대하여는 증거에 동의하여 증거조사가 행하여진 경우, 수사보고에 대한 증거동의를 효력은 첨부된 고발장에도 당연히 미친다.

① ㄱ, ㄹ ② ㄴ, ㄷ ③ ㄱ, ㄴ, ㄷ ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

정답 ③ 영역 압수물의 처리

해설

- ㄱ. 2015도3467
- ㄴ. 88도1628
- ㄷ. 2013도3
- ㄹ. 수사보고에 대한 증거동의를 효력이 첨부된 고발장에도 당연히 미친다고 본 사안에서, 위 고발장을 유죄의 증거로 삼을 수 없다(2011도3809).