

2018년 3월 3일 시행

법원 서기보 형사소송법 시험해설(1책형) 해설 인왕산



【문 1】 고소에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함. 이하[문1~문23]까지 같음)

- ① 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소하지 못하지만, 형법 제298조의 강제추행죄의 경우에는 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소할 수 있다.
- ② A와 B가 2012. 3. 1. 함께 C를 강제추행하여 C가 A와 B를 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제4조 제2항의 특수강제추행죄로 고소하였는데, 검사가 A에 대하여 형법 제298조의 강제추행죄로 기소한 경우에, C가 B에 대한 고소를 취소하였다면 고소취소의 효력이 A에게도 미쳐 공소기각의 판결을 하여야 한다.
- ③ 제1심 법원이 반의사불벌죄로 기소된 피고인에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 따라 피고인의 진술 없이 유죄를 선고하여 판결이 확정된 경우 피고인이 같은 법 제23조의2에 따른 재심청구를 한 경우에는 피해자는 재심의 제1심 판결 선고 전까지 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 있다.
- ④ 위 ③항의 경우에, 피고인이 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조의2에 따른 재심청구가 아니라 형사소송법 제345조에 의한 항소권회복청구를 하여 항소심 재판을 받게 된 경우에도 재심을 신청한 경우와의 형평성을 고려하여 항소심 판결이 선고되기 전까지는 피해자가 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 있다.

해설

- ① **형사소송법제224조(고소의 제한)** 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소하지 못한다. **성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 성폭법) 제2조(정의) ①** 이 법에서 "성폭력범죄"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다. 3. 「형법」 제2편제32장 강간과 추행의 죄 중 제297조(강간), 제297조의2(유사강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행), 제300조(미수범), 제301조(강간등 상해·치상), 제301조의2(강간등 살인·치사), 제302조(미성년자등에 대한 간음), 제303조(업무상위력등에 의한 간음) 및 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)의 죄 **성폭법 제18조(고소 제한에 대한 예외)** 성폭력범죄에 대하여는 「**형사소송법**」 제224조(고소의 제한) 및 「**군사법원법**」 제266조에도 불구하고 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소할 수 있다. ☞ (○)
- ② **제233조(고소의 불가분)** 친고죄의 공범 중 그 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에 대하여도 효력이 있다. [참고] **주관적 불가분의 원칙** : 고소의 주관적 불가분의 원칙을 인정하는 이유는 고소가 원래 특정한 범인에 대한 것이 아니라 범죄사실에 대한 것이고, 고소인의 자의에 의하여 불공평한 결과가 발생하는 것을 방지하고자 하는 데 있다. // 법원은 검사가 공소를 제기한 범죄사실을 심판하는 것이지 고소권자가 고소한 내용을 심판하는 것이 아니므로, 고소권자가 비친고죄로 고소한 사건이더라도 검사가 사건을 친고죄로 구성하여 공소를 제기하였다면 공소장 변경절차를 거쳐 공소사실이 비친고죄로 변경되지 아니하는 한, 법원으로서 친고죄에서 소송조건이 되는 고소가 유효하게 존재하는지를 직권으로 조사·심리하여야 한다. 그리고 이 경우 친고죄에서 고소와 고소취소의 불가분 원칙을 규정한 형사소송법 제233조는 당연히 적용되므로, 만일 공소사실에 대하여 피고인과 공범관계에 있는 사람에 대한 적법한 고소취소가 있다면 고소취소의 효력은 피고인에 대하여 미친다(대판 2015. 11. 17. 2013도7987). **제327조(공소기각의 판결)** 다음 경우에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다. 5. **고소가 있어야 죄를 논할 사건에 대하여 고소의 취소가 있을 때.** // 피해자 C가 B에 대한 고소를 취소하였으므로 법원은 형사소송법 제327조 제5호에 따라 B에 대하여 공소기각판결을 해야 하고, 그 고소취소가 A에게도 효력이 미치므로 법원은 역시 A에 대하여도 공소기각판결을 해야 한다. ☞ (○)
- ③ ④ **제232조(고소의 취소)** ① 고소는 제1심 판결선고 전까지 취소할 수 있다. ③ 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 있어서 처벌을 희망하는 의사표시의 철회에 관하여도 전2항의 규정을 준용한다. **형사소송법 제232조 제1항 및 제3항**은 반의사불벌죄에서 처벌을 희망하는 의사표시는 제1심 판결 선고 전까지 철회할 수 있다고 규정하고 있다. 반의사불벌죄에서 처벌을 희망하는 의사표시의 철회를 어느 시점까지로 제한할 것인지는 형사소송절차 운영에 관한 입법정책의 문제로, 위 규정은 국가형벌권의 행사가 피해자의 의사에 의하여 좌우되는 현상을 장기간 방지하지 않으려는 목적에

서 철회 시한을 확립적으로 제1심 판결 선고 시까지로 제한한 것이다. 제1심 법원이 반의사불벌죄로 기소된 피고인에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 '소송촉진법'이라고 한다) 제23조에 따라 피고인의 진술 없이 유죄를 선고하여 판결이 확정된 경우, 만일 피고인이 책임을 질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었음을 이유로 소송촉진법 제23조의2에 따라 제1심 법원에 재심을 청구하여 재심개시결정이 내려졌다면 피해자는 재심의 제1심 판결 선고 전까지 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 있다. [㉓ ⇨ (○)] 그러나 피고인이 제1심 법원에 소송촉진법 제23조의2에 따른 재심을 청구하는 대신 항소권회복청구를 함으로써 항소심 재판을 받게 되었다면 항소심을 제1심이라고 할 수 없는 이상 항소심 절차에서는 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 없다[㉔ ⇨ (X)](대법원 2016. 11. 25. 선고 2016도9470).

정답 ④

【문 2】 다음 중 원칙적으로 피고인에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없는 증거를 모두 고른 것은?

- ㉑ 경찰이 피고인의 집에서 20m 떨어진 곳에서 피고인을 체포한 후 피고인의 집안을 수색하여 칼과 합의를서를 압수하였고, 적법한 시간 내에 압수수색영장을 청구하여 발부받지 않은 경우, 위 칼과 합의를서를 기초로 한 2차 증거인 '임의제출동의서', '압수조서 및 목록', '압수품 사진'
- ㉒ 미성년자인 피고인의 음주운전과 관련된 도로교통법 위반죄의 수사를 위하여 의식을 잃은 피고인을 대신하여 법정대리인인 아버지의 동의를 받아 혈액을 채취하였으나 사후 영장은 발부받지 않은 경우, 피고인의 혈중알코올농도에 대한 국립과학수사연구소의 감정피회보
- ㉓ 피고인에 대하여 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 위반」으로 공소가 제기된 사건에서 피고인 아닌 갑(甲)을 사실상 강제연행한 상태에서 받은 자술서 및 진술조서
- ㉔ 피고인에 대하여 뇌물수수죄로 공소가 제기된 사건에서 공판절차 진행 중 수소법원 이외의 지방법원 판사로 부터 발부받은 뇌물공여자 을(乙)에 대한 압수·수색 영장에 의해 수집한 '자립예탁금 거래내역표' 및 '수표 사본'

- ① ㉑, ㉒
- ② ㉑, ㉒, ㉓
- ③ ㉒, ㉓, ㉔
- ④ ㉑, ㉒, ㉓, ㉔

해설-----

㉑ [3] 경찰이 피고인의 집에서 20m 떨어진 곳에서 피고인을 체포한 후 피고인의 집안을 수색하여 칼과 합의를서를 압수하였을 뿐만 아니라 적법한 시간 내에 압수수색영장을 청구하여 발부받지도 않은 사안에서, 위 칼과 합의를서는 위법하게 압수된 것으로서 증거능력이 없고, 이를 기초로 한 2차 증거인 '임의제출동의서', '압수조서 및 목록', '압수품 사진' 역시 증거능력이 없다고 하며, 같은 취지의 원심판단을 수긍한 사례(대판 2010. 7. 22. 2009도 14376) ⇨ (X)

㉒ 형사소송법상 소송능력이란 소송당사자가 유효하게 소송행위를 할 수 있는 능력, 즉 피고인 또는 피의자가 자기의 소송상의 지위와 이해관계를 이해하고 이에 따라 방어행위를 할 수 있는 의사능력을 의미하는데, 피의자에게 의사능력이 있으면 직접 소송행위를 하는 것이 원칙이고, 피의자에게 의사능력이 없는 경우에는 형법 제9조 내지 제11조의 규정의 적용을 받지 아니하는 범죄사건에 한하여 예외적으로 법정대리인이 소송행위를 대리할 수 있다(형사소송법 제26조). 따라서 음주운전과 관련한 도로교통법 위반죄의 범죄수사를 위하여 미성년자인 피의자의 혈액채취가 필요한 경우에도 피의자에게 의사능력이 있다면 피의자 본인만이 혈액채취에 관한 유효한 동의를 할 수 있고, 피의자에게 의사능력이 없는 경우에도 명문의 규정이 없는 이상 법정대리인이 피의자를 대리하여 동의할 수는 없다(대법원 2014. 11. 13. 선고 2013도1228). ⇨ (X) // 나. 원심은, 피고인이 2011. 2. 24. 02:30경 오토바이를 운전하여 가다가 교통사고를 일으키고 의식을 잃은 채 병원 응급실로 후송된 사실, 병원 응급실로 출동한 경찰관은 사고 시각으로부터 약 1시간 20분 후인 2011. 2. 24. 03:50경 법원으로부터 압수·수색 또는 검증 영장이나 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피고인의 아버지의 동의만 받고서 응급실에 의식을 잃고 누워 있는 피고인으로부터 채혈한 사실 등을 인정한 후, 위 채혈에 관하여 사후적으로라도 영장을 발부받지

아니하였으므로 피고인의 혈중 알코올농도에 대한 국립과학수사연구소의 감정의뢰회보와 이에 기초한 다른 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없고, 피고인의 자백 외에 달리 이를 보장할 만한 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다. **다.** 원심판결 이유와 증거에 의하면, 당시 피고인은 의식불명상태여서 혈액채취에 대한 피고인 본인의 동의를 기대할 수는 없었던 상황으로 보이고, 이 사건 범죄는 형사소송법 제26조에 의하여 예외적으로 그 법정대리인이 소송행위를 대리할 수 있는 경우에도 해당하지 않으며, 달리 법정대리인에 의한 채혈동의를 허용하는 명문 규정이 없는 이상, 피고인이 아닌 피고인의 아버지의 동의만으로는 혈액채취에 관한 유효한 동의가 있었다고 볼 수 없다. 같은 취지에서 원심이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피고인의 동의 없이 피고인으로부터 혈액을 채취하고 사후에도 영장을 발부받지 아니하였다는 이유로 감정의뢰회보 등의 증거능력을 부정한 후 이 부분 공소사실에 관하여 무죄를 선고한 것은 옳고, 거기에 위법수집증거 배제원칙에 관한 법리오해의 위법이 없다(위 판결 이유 중). // [1] 수사기관이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고 사후에도 지체 없이 영장을 발부받지 아니한 채 혈액 중 알코올농도에 관한 감정을 의뢰하였다면, 이러한 과정을 거쳐 얻은 감정의뢰회보 등은 형사소송법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집하거나 그에 기초하여 획득한 증거로서, 원칙적으로 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여 피고인이나 변호인의 동의가 있더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다. [2] 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 혈액을 취득·보관하는 행위는 법원으로부터 감정처분허가장을 받아 형사소송법 제221조의4 제1항, 제173조 제1항에 의한 ‘감정에 필요한 처분’으로도 할 수 있지만, 형사소송법 제219조, 제106조 제1항에 정한 압수의 방법으로도 할 수 있고, 압수의 방법에 의하는 경우 혈액의 취득을 위하여 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하는 행위는 혈액의 압수를 위한 것으로서 형사소송법 제219조, 제120조 제1항에 정한 ‘압수영장의 집행에 있어 필요한 처분’에 해당한다. [3] 음주운전 중 교통사고를 야기한 후 피의자가 의식불명 상태에 빠져 있는 등으로 도로교통법이 음주운전의 제1차적 수사방법으로 규정한 호흡조사에 의한 음주측정이 불가능하고 혈액 채취에 대한 동의를 받을 수도 없을 뿐만 아니라 법원으로부터 혈액 채취에 대한 감정처분허가장이나 사전 압수영장을 발부받을 시간적 여유도 없는 긴급한 상황이 생길 수 있다. 이러한 경우 피의자의 신체 내지의 복류에 주취로 인한 냄새가 강하게 나는 등 형사소송법 제211조 제2항 제3호가 정하는 범죄의 증적이 현저한 준헌행범인의 요건이 갖추어져 있고 교통사고 발생 시각으로부터 사회통념상 범행 직후라고 볼 수 있는 시간 내라면, 피의자의 생명·신체를 구조하기 위하여 사고현장으로부터 곧바로 후송된 병원 응급실 등의 장소는 형사소송법 제216조 제3항의 범죄 장소에 준한다 할 것이므로, 검사 또는 사법경찰관은 피의자의 혈중알코올농도 등 증거의 수집을 위하여 의료법상 의료인의 자격이 있는 자로 하여금 의료용 기구로 의학적인 방법에 따라 필요최소한의 한도 내에서 피의자의 혈액을 채취하게 한 후 그 혈액을 영장 없이 압수할 수 있다. 다만 이 경우에도 형사소송법 제216조 제3항 단서, 형사소송규칙 제58조, 제107조 제1항 제3호에 따라 사후에 지체 없이 강제채혈에 의한 압수의 사유 등을 기재한 영장청구서에 의하여 법원으로부터 압수영장을 받아야 한다(대판 2012. 11. 15. 2011도15258).

- ㉔ [1] 형사소송법 제199조 제1항은 임의수사 원칙을 명시하고 있는데, 수사관이 수사과정에서 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하는 것은, 피의자의 신체의 자유가 제한되어 실질적으로 체포와 유사한데도 이를 억제할 방법이 없어서 이를 통해서는 제도적으로는 물론 현실적으로도 임의성을 보장할 수 없을 뿐만 아니라, 아직 정식 체포·구속단계 이전이라는 이유로 헌법 및 형사소송법이 체포·구속된 피의자에게 부여하는 각종 권리 보장 장치가 제공되지 않는 등 형사소송법의 원리에 반하는 결과를 초래할 가능성이 크므로, 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소에서 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에 동행이 이루어졌다는 것이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 동행의 적법성이 인정된다고 보는 것이 타당하다. [2] 형사소송법 제308조의2는 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.”고 규정하고 있는데, 수사기관이 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없는 것이 원칙이므로, 수사기관이 피고인 아닌 자를 상대로 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 원칙적으로 피고인에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다. [3] 유흥주점 업주와 종업원인 피고인들이 영업장을 벗어나 시간적 소요의 대가로 금품을 받아서는 아니되는데도, 이른바 ‘티켓영업’ 형태로 성매매를 하면서 금품을 수수하였다고 하여 구 식품위생법(2007. 12. 21. 법률 제8779호로 개정되기 전의 것) 위반으로 기소된 사안에서, 경찰이 피고인 아닌 갑, 을을 사실상 강제연행하여 불법체포한 상태에서 갑, 을 간의 성매매행위나 피고인들의 유흥업소 영업행위를 처벌하기 위하여 갑, 을에게서 자술서를 받고 갑, 을에 대한 진술조서를 작성한 경우, 위 각 자술서와 진술조서는 헌법과 형사소송법이 규정한 체포·구속에 관한 영장주의 원칙에 위배하여 수집된 것으로서 수사기관이 피고인 아닌 자를 상대로 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거에 해당하여 형사소송법 제308조의2에 따라 증거능력이 부정된다는 이유로, 이를 피고인들에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 한 사례(대판 2011. 6. 30. 2009도6717). ☞ (X)

㉔ [1] 형사소송법은 제215조에서 검사가 압수·수색 영장을 청구할 수 있는 시기를 공소제기 전으로 명시적으로 한정하고 있지는 아니하나, 헌법상 보장된 적법절차의 원칙과 재판받을 권리, 공판중심주의·당사자주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조, 관련 법규의 체계, 문언 형식, 내용 등을 종합하여 보면, 일단 공소가 제기된 후에는 피고사건에 관하여 검사로서는 형사소송법 제215조에 의하여 압수·수색을 할 수 없다고 보아야 하며, 그럼에도 검사가 공소제기 후 형사소송법 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 하였다면, 그와 같이 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다(대판 2011. 4. 28. 2009도10412). // 원심판결 이유에 의하면, 원심은 ‘피고인이 2002년 3월 하순경 과천시에 있는 상호불상의 식당에서, 피고인 2로부터 향후 동일한 취지의 불공정거래행위 신고나 관련 업무처리 등을 할 경우 잘 봐달라는 취지로 건네주는 액면금 100만 원권 자기앞수표 1매(수표번호 3 생략)를 교부받아 그 직무에 관하여 뇌물을 수수하였다’는 공소사실에 대하여, 이에 부합하는 증거로 제출된 것은 검사가 이 사건 공소가 제기되고 공판절차가 진행 중이던 2007. 12. 7.경 법 제215조에 의하여 수소법원이 아닌 지방법원 판사로부터 피고인 2에 대한 압수·수색 영장을 발부받아 그 집행을 통하여 확보한 자립예탁금 거래내역표 1부, 해당거래청구 및 수표발행전표 사본 각 1부, 지급필수표 조회내용 1부, 자기앞수표 사본 3부와 이를 기초로 작성된 2008. 1. 17.자 수사보고뿐인데, 위 증거들은 모두 공소제기 후 검사가 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거들이거나 이를 기초로 하여 획득된 2차적 증거에 불과하여 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없으며, 나아가 검사로서는 이 사건에서 수소법원에 압수·수색에 관한 직권발동을 촉구하거나 법 제272조에 의한 사실조회를 신청하여 절차를 위반하지 않고서도 소정의 증명 목적을 달성할 수 있었던 점 등 그 판사와 같은 사정들에 비추어 볼 때, 위 증거들이 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우에 해당하지 않는다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄라고 판단하였다. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 볼 때, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하다(위 판결 이유중). ⇨ (X)

증거사용 불가 : ㉑㉒㉓ 정답 ㉔

【문 3】 국선변호인의 선정 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 별건으로 구속되어 있거나 다른 형사사건에서 유죄로 확정되어 수형 중인 피고인에 대하여 국선변호인을 선정하지 아니하였다 하더라도 법원이 직권으로 변호인을 선정하여야 하는 형사소송법 제33조 제1항 제1호를 위반한 것이 아니다.
- ② 필요적 변호사건의 항소심에서, 항소심 법원이 피고인 본인의 항소이유서 제출기간 경과 후 국선변호인을 선정하고 그에게 소송기록접수통지를 하였으나 국선변호인이 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하였다면 종전 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하는 조치를 할 필요는 없다.
- ③ 변호인 없는 불구속 피고인에 대하여 국선변호인을 선정하지 않은 채 판결을 선고한 다음 법정구속을 하더라도 법원이 직권으로 변호인을 선정하여야 하는 형사소송법 제33조 제1항 제1호를 위반한 것이 아니다.
- ④ 이해가 상반된 피고인들 중 어느 피고인이 법무법인을 변호인으로 선임하고, 법무법인이 담당변호사를 지정하였을 때, 법원이 담당변호사 중 1인 또는 수인을 다른 피고인을 위한 국선변호인으로 선정하는 것은 국선변호인의 조력을 받을 피고인의 권리를 침해하는 것이다.

해설-----

① [1] 형사소송법 제33조 제1항 제1호의 ‘피고인이 구속된 때’라고 함은, 원래 구속제도가 형사소송의 진행과 형벌의 집행을 확보하기 위하여 법이 정한 요건과 절차 아래 피고인의 신병을 확보하는 제도라는 점 등에 비추어 볼 때 피고인이 당해 형사사건에서 구속되어 재판을 받고 있는 경우를 의미하고, 피고인이 별건으로 구속되어 있거나 다른 형사사건에서 유죄로 확정되어 수형중인 경우는 이에 해당하지 아니한다(대판 2009. 5. 28. 2009도579). // 1. 형사소송법 제33조 제1항 제1호의 ‘피고인이 구속된 때’라고 함은, 원래 구속제도가 형사소송의 진행과 형벌의 집행을 확보하기 위하여 법이 정한 요건과 절차 아래 피고인의 신병을 확보하는 제도라는 점 등에 비추어 볼 때 피고인이 당해 형사사건에서 구속되어 재판을 받고 있는 경우를 의미하고, 피고인이 별건으로 구속되어 있거나 다른 형사사건에서 유죄로 확정되어 수형중인 경우는 이에 해당하지 아니한다고 할 것이다. 위 법리

와 기록에 비추어 보면, 피고인은 이 사건에서 구속된 바 없으므로 피고인에 대하여 국선변호인을 선정하지 아니한 제1심이나 원심의 조치에 위법이 있다고 할 수 없다. 이에 관한 상고이유의 주장은 이유 없다. ☞ (○)

② [1] [다수의견] (가) 헌법상 보장되는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’는 변호인의 ‘충분한 조력’을 받을 권리를 의미하므로, 일정한 경우 피고인에게 국선변호인의 조력을 받을 권리를 보장하여야 할 국가의 의무에는 형사소송 절차에서 단순히 국선변호인을 선정하여 주는 데 그치지 않고 한 걸음 더 나아가 피고인이 국선변호인의 실질적인 조력을 받을 수 있도록 필요한 업무 감독과 절차적 조치를 취할 책무까지 포함된다고 할 것이다. (나) 피고인을 위하여 선정된 국선변호인이 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하면 이는 피고인을 위하여 요구되는 충분한 조력을 제공하지 아니한 것으로 보아야 하고, 이런 경우에 피고인에게 책임을 돌릴 만한 아무런 사유가 없는데도 항소법원이 형사소송법 제361조의4 제1항 본문에 따라 피고인의 항소를 기각한다면, 이는 피고인에게 국선변호인으로부터 충분한 조력을 받을 권리를 보장하고 이를 위한 국가의 의무를 규정하고 있는 헌법의 취지에 반하는 조치이다. 따라서 피고인과 국선변호인이 모두 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하였다 라도, 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 아니한 데 대하여 피고인에게 귀책사유가 있음이 특별히 밝혀지지 않는 한, 항소법원은 종전 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하여 다시 소송기록 접수통지를 함으로써 새로운 국선변호인으로 하여금 그 통지를 받은 때로부터 형사소송법 제361조의3 제1항의 기간 내에 피고인을 위하여 항소이유서를 제출하도록 하여야 한다(대결 2012. 2. 16. 2009도1044). ☞ (X)

③ 1. 형사소송법 제33조 제1항 제1호 소정의 ‘피고인이 구속된 때’라고 함은 피고인이 당해 형사사건에서 이미 구속되어 재판을 받고 있는 경우를 의미하는 것이므로, 불구속 피고인에 대하여 판결을 선고한 다음 법정구속을 하더라도 구속되기 이전까지는 위 규정이 적용된다고 볼 수 없다. 기록에 의하면, 피고인은 원심판결 선고 이전까지 불구속 상태로 재판을 받은 사실을 알 수 있으므로, 원심이 피고인에 대하여 국선변호인을 선정하지 아니한 채 판결을 선고한 다음 피고인을 법정구속 하였다고 하더라도 이러한 원심의 조치에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 소송절차에 관한 법령을 위반한 위법이 있다고 볼 수 없다(대판 2011. 3. 10. 2010도17353). ☞ (○)

④ 공소사실 기재 자체로 보아 어느 피고인에 대한 유리한 변론이 다른 피고인에게 불리한 결과를 초래하는 경우 공동피고인들 사이에 이해가 상반된다. 이해가 상반된 피고인들 중 어느 피고인이 법무법인을 변호인으로 선임하고, 법무법인이 담당변호사를 지정하였을 때, 법원이 담당변호사 중 1인 또는 수인을 다른 피고인을 위한 국선변호인으로 선정한다면, 국선변호인으로 선정된 변호사는 이해가 상반된 피고인들 모두에게 유리한 변론을 하기 어렵다. 결국 이로 인하여 다른 피고인은 국선변호인의 실질적 조력을 받을 수 없게 되고, 따라서 국선변호인 선정은 국선변호인의 조력을 받을 피고인의 권리를 침해하는 것이다(대판 2015. 12. 23. 2015도9951).

☞ (○)

정답 ②

【문 4】 공판조서 등 소송 관련 서류에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 조서만으로 증명하여야 하고 그 증명력은 공판조서 이외의 자료에 의한 반증이 허용되지 않는 절대적인 것이다.
- ② 증거목록도 공판조서의 일부인 이상 검사 제출의 증거에 관한 피고인의 동의 또는 진정성립 여부 등에 관한 의견이 증거목록에 기재된 경우에는 명백한 오기가 아닌 이상 그 기재 내용도 절대적인 증명력을 갖는다.
- ③ 당해 공판기일에 열석하지 아니한 판사가 재판장으로서 서명날인한 공판조서는 적식의 공판조서라고 할 수 없어 소송법상 무효이므로, 공판기일에 있어서의 소송절차를 증명할 공판조서로서의 증명력은 인정될 수 없다.
- ④ 피고인이 자신의 진술 내용을 확인하기 위해 공판조서에 대한 열람·등사 청구를 하였으나 법원이 이에 불응하여 열람·등사청구권이 침해된 경우에도 공판조서의 기재 내용 자체에는 영향이 없으므로 위 공판조서에 기재된 당해 피고인의 진술은 유죄의 증거로 할 수 있다.

해설-----

- ① 제56조(공판조서의 증명력) 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 그 조서만으로써 증명한다. // [3] 공판조서의 기재가 명백한 오기인 경우를 제외하고는 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 조서만으로써 증명하여야 하고, 그 증명력은 공판조서 이외의 자료에 의한 반증이 허용되지 않는 절대적인 것이다(대판 2003. 10. 10. 2003도3282). ☞ (○)
- ② [5] 공판조서의 기재가 명백한 오기인 경우를 제외하고는 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 조서만으로써 증명하여야 하고 그 증명력은 공판조서 이외의 자료에 의한 반증이 허용되지 않는 절대적인 것이므로, **검사 제출의 증거에 관하여 동의 또는 진정성립 여부 등에 관한 피고인의 의견이 증거목록에 기재된 경우에는 그 증거목록의 기재는 공판조서의 일부로서 명백한 오기가 아닌 이상 절대적인 증명력을 가지게 된다**(대판 1998. 12. 22. 98도2890). ☞ (○)
- ③ 공판조서에 서명날인할 재판장은 당해 공판기일에 열석한 재판장이어야 하므로 당해 공판기일에 열석하지 아니한 판사가 재판장으로서 서명날인한 공판조서는 적식의 공판조서라고 할 수 없어 이와 같은 공판조서는 소송법상 무효라 할 것이므로 공판기일에 있어서의 소송절차를 증명할 공판조서로서의 증명력이 없다(대판 1983. 2. 8. 82도2940). ☞ (○)
- ④ **형사소송법 제55조 제1항**은 공판조서의 정확성을 담보함과 아울러 피고인의 방어권을 충실하게 보장하려는 취지에서 피고인에게 공판조서의 열람 또는 등사청구권을 인정하고, **제3항**은 피고인의 위와 같은 청구에 응하지 아니하는 때에는 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없다고 규정하고 있다. 따라서 **피고인이 공판조서의 열람 또는 등사를 청구하였음에도 법원이 불응하여 피고인의 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우에는 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없을 뿐만 아니라 공판조서에 기재된 당해 피고인이나 증인의 진술도 증거로 할 수 없다고 보아야 한다.**[☞ (X)] 다만 그러한 증거들 이외에 적법하게 채택하여 조사한 다른 증거들만에 의하더라도 범죄사실을 인정하기에 충분하고, 또한 당해 공판조서의 내용 등에 비추어 보아 공판조서의 열람 또는 등사에 응하지 아니한 것이 피고인의 방어권이나 변호인의 변호권을 본질적으로 침해한 정도에 이르지 않는 경우에는, 판결에서 공판조서 등을 증거로 사용하였다고 하더라도 그러한 잘못이 판결에 영향을 미친 위법이라고 할 수는 없다(대판 2012. 12. 27. 2011도15869)

정답 ④

【문 5】 진술거부권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 재판장은 공판준비기일에 출석한 피고인에게 진술을 거부할 수 있음을 알려주어야 한다.  
 ② 수사기관이 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 아니한 경우에는 그 피의자의 진술은 임의성이 인정되더라도 증거능력이 없다.  
 ③ 공판절차를 갱신하는 경우에는 피고인에게 진술거부권을 다시 고지할 필요가 없다.  
 ④ 진술거부권 행사도 진실발견을 적극적으로 숨기거나 법원을 오도하려는 시도에 기인한 경우 등 일정한 경우에는 양형의 가중요건으로 참작할 수 있다.

해설-----

- ① 공판준비기일 : 제266조의8(검사 및 변호인 등의 출석) ⑥ 재판장은 출석한 피고인에게 진술을 거부할 수 있음을 알려주어야 한다. // 공판기일 : 제283조의2(피고인의 진술거부권) ① 피고인은 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다. ② 재판장은 피고인에게 제1항과 같이 진술을 거부할 수 있음을 고지하여야 한다. ☞ (○)
- ② [1] 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사 과정에서 작성된 것이라면, 그것이 ‘진술조서, 진술서, 자술서’라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없다. **형사소송법이 보장하는 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거**

부의 권리에 터 잡은 것이므로, 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다(대판 2009. 8. 20. 2008도8238). ☞ (○)

- ③ **형사소송규칙 제144조(공판절차의 갱신절차) ①** 법 제301조, 법 제301조의2 또는 (규칙)제143에 따른 공판절차의 갱신은 다음 각 호의 규정에 의한다. 1. **재판장은 제127조의 규정에 따라 피고인에게 진술거부권 등을 고지한 후 법 제284조에 따른 인정신문을 하여 피고인임에 틀림없음을 확인하여야 한다.** ☞ (X) // **형사소송법 제301조(공판절차의 갱신)** 공판개정 후 판사의 경질이 있는 때에는 공판절차를 갱신하여야 한다. 단, 판결의 선고만을 하는 경우에는 예외로 한다. **제301조의2(간이공판절차결정의 취소와 공판절차의 갱신)** 제286조의2의 결정이 취소된 때에는 공판절차를 갱신하여야 한다. 단, 검사, 피고인 또는 변호인이 이의가 없는 때에는 그러하지 아니하다. **형사소송규칙 제143조(공판절차정지후의 공판절차의 갱신)** (공판절차정지후의 공판절차의 갱신) 공판개정후 법 제306조제1항의 규정에 의하여 공판절차가 정지된 경우에는 그 정지사유가 소멸한 후의 공판기일에 공판절차를 갱신하여야 한다.
- ④ [1] 형법 제51조 제4호에서 양형의 조건의 하나로 정하고 있는 범행 후의 정황 가운데에는 형사소송절차에서의 피고인의 태도나 행위를 들 수 있는데, 모든 국민은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리가 보장되어 있으므로(헌법 제12조 제2항), 형사소송절차에서 피고인은 방어권에 기하여 범죄사실에 대하여 진술을 거부하거나 거짓 진술을 할 수 있고, 이 경우 범죄사실을 단순히 부인하고 있는 것이 죄를 반성하거나 후회하고 있지 않다는 인격적 비난요소로 보아 가중적 양형의 조건으로 삼는 것은 결과적으로 피고인에게 자백을 강요하는 것이 되어 허용될 수 없다고 할 것이나, 그러한 태도나 행위가 피고인에게 보장된 방어권 행사의 범위를 넘어 객관적이고 명백한 증거가 있음에도 진실의 발견을 적극적으로 숨기거나 법원을 오도하려는 시도에 기인한 경우에는 가중적 양형의 조건으로 참작될 수 있다(대판 2001. 3. 9. 2001도192). ☞ (○)

정답 ③

**【문 6】** 전문증거의 증거능력 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? ★★★★★

- ① 피고인 본인의 진술에 의한 실질적 진정성립의 인정은 공판준비 또는 공판기일에서 한 명시적인 진술에 의하여야 하지만, 피고인이 실질적 진정성립에 대하여 이의하지 않았고 조서 작성 절차와 방식의 적법성을 인정하였다면 실질적 진정성립을 인정할 것으로 볼 수 있다.
- ② 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 진술서를 작성하였지만, 수사기관이 그에 대한 조사과정을 기록하지 아니하였다면 특별한 사정이 없으면 그 증거능력을 인정할 수 없다.
- ③ 수사기관이 피의자를 신문하면서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 그 증거능력이 부인되어야 한다.
- ④ 검사의 피고인에 대한 피의자신문 당시 피고인의 진술을 통역한 통역인의 증언은 검사 작성 피의자신문조서에 대한 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 수단에 해당한다고 볼 수 없다.

해설-----

- ① **제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등) ①** 검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다. ② 제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다. // **검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 작성절차와 방식의 적법성과 별도로 그 내용이 검사 앞에서 진술한 것과 동일하게 기재되어 있다는 점, 즉 실질적 진정성립이 인정되어야 증거로 사용할 수 있다.** 여기서 기재 내용이 동일하다는 것은 적극적으로 진술한 내용이 그

진술대로 기재되어 있어야 한다는 것뿐 아니라 진술하지 아니한 내용이 진술한 것처럼 기재되어 있지 아니할 것을 포함하는 의미이다. 그리고 형사소송법이 조서 작성절차와 방식의 적법성과 실질적 진정성립을 분명하게 구분하여 규정하고 있고, 또 피고인이 조서의 실질적 진정성립을 부인하는 경우에는 영상녹화물 등 객관적인 방법에 의하여 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음을 증명할 수 있는 방법을 마련해 두고 있는 이상, 피고인 본인의 진술에 의한 실질적 진정성립의 인정은 공판준비 또는 공판기일에서 한 명시적인 진술에 의하여야 하고, 단지 피고인이 실질적 진정성립에 대하여 이의하지 않았거나 조서 작성절차와 방식의 적법성을 인정하였다는 것만으로 실질적 진정성립까지 인정한 것으로 보아서는 아니 된다.[☞ (X)] 또한 특별한 사정이 없는 한 이른바 ‘입증취지 부인’이라고 진술한 것만으로 이를 조서의 진정성립을 인정하는 전제에서 그 증명력만을 다루는 것이라고 가볍게 단정해서도 안 된다.(대판 2013. 3. 14. 2011도8325)

② 제244조의4(수사과정의 기록) ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 피의자신문조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다. ② 제244조(피의자신문조서의 작성) 제2항 및 제3항은 제1항의 조서 또는 서면에 관하여 준용한다. ③ 제1항 및 제2항은 피의자가 아닌 자를 조사하는 경우에 준용한다. // 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). ☞ (○)

③ [1] 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사 과정에서 작성된 것이라면, 그것이 ‘진술조서, 진술서, 자술서’라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없다. 형사소송법이 보장하는 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터 잡은 것이므로, 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.[☞ (○)] [2] 검사가 국가보안법 위반죄로 구속영장을 발부받아 피의자신문을 한 다음, 구속 기소한 후 다시 피의자를 소환하여 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관한 신문을 하면서 피의자신문조서가 아닌 일반적인 진술조서의 형식으로 조서를 작성한 사안에서, 진술조서의 내용이 피의자신문조서와 실질적으로 같고, 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 미리 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않았다면 위법수집증거에 해당하므로, 유죄인정의 증거로 사용할 수 없다(대판 2009. 8. 20. 2008도8213).

④ 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 방법으로서 형사소송법 제312조 제2항에 예시되어 있는 영상녹화물의 경우 형사소송법 및 형사소송규칙에 의하여 영상녹화의 과정, 방식 및 절차 등이 엄격하게 규정되어 있는데(형사소송법 제244조의2, 형사소송규칙 제134조의2 제3항, 제4항, 제5항 등) 피의자의 진술을 비롯하여 검사의 신문 방식 및 피의자의 답변 태도 등 조사의 전 과정이 모두 담겨 있어 피고인이 된 피의자의 진술 내용 및 취지를 과학적·기계적으로 재현해 낼 수 있으므로 조서의 내용과 검사 앞에서의 진술 내용을 대조할 수 있는 수단으로서의 객관성이 보장되어 있다고 볼 수 있으나, 피고인을 피의자로 조사하였거나 조사에 참여하였던 자들의 증언은 오로지 증언자의 주관적 기억 능력에 의존할 수밖에 없어 객관성이 보장되어 있다고 보기 어렵다. 결국 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 수단으로서 형사소송법 제312조 제2항에 규정된 ‘영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법’이란 형사소송법 및 형사소송규칙에 규정된 방식과 절차에 따라 제작된 영상녹화물 또는 그러한 영상녹화물에 준할 정도로 피고인의 진술을 과학적·기계적·객관적으로 재현해 낼 수 있는 방법만을 의미하고, 그 외에 조사관 또는 조사 과정에 참여한 통역인 등의 증언은 이에 해당한다고 볼 수 없다[☞ (○)](대판 2016. 2. 18. 2015도16586).

정답 ①

**【문 7】** 공소제기와 관련된 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 공소장에의 공소사실 기재는 범죄의 일시는 이중기소나 시효에 저촉되지 않을 정도로, 장소는 토지관할을 가능할 수 있을 정도로, 방법에 있어서는 범죄구성요건을 밝히는 정도로 기재하면 족하다.
- ② 공소제기의 취지가 오해를 불러일으키거나 명료하지 못한 경우라면 법원은 검사에 대하여 석명권을 행사하여 그 취지를 명확하게 하여야 한다.
- ③ 공소장일본주의에 위배된 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하므로 증거조사절차가 마무리되어 법원의 심증형성이 이루어진 단계라도 피고인 측에서는 공소장일본주의의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다툴 수 있다.
- ④ 공소장에 기재된 적용법조에 오기·누락이 있거나 적용법조에 해당하는 구성요건이 충족되지 않을 경우 법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한도에서 공소장 변경의 절차를 거침이 없이 직권으로 공소장 기재와 다른 법조를 적용할 수 있다.

**해설**-----

- ① 가. **공소장에의 공소사실 기재**는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어의 범위를 특정하여 그 방어권행사를 용이하게 하기 위하여 요구되는 것이므로 범죄의 일시, 장소, 방법 등 소인을 명시하여 사실을 가능한 한 명확하게 특정할 수 있도록 하는 것이 바람직하나, 그렇다고 해서 필요 이상 엄격하게 특정을 요구하는 것도 공소의 제기와 유지에 장애를 초래할 수 있으므로, **범죄의 일시는 이중기소나 시효에 저촉되지 않을 정도로, 장소는 토지관할을 가능할 수 있을 정도로, 그리고 방법에 있어서는 범죄구성요건을 밝히는 정도로 기재하면 족하다**(대판 1992. 9. 14. 92도1532). ☞ (○)
- ② [2] 불고불리의 원칙상 검사의 공소제기가 없으면 법원이 심판할 수 없고, 법원은 검사가 공소제기한 사건에 한하여 심판을 하여야 하므로, 검사는 공소장의 공소사실과 적용법조 등을 명백히 함으로써 공소제기의 취지를 명확히 하여야 하는데, 검사가 어떠한 행위를 기소한 것인지는 기본적으로 공소장의 기재 자체를 기준으로 하되, 심리의 경과 및 검사의 주장내용 등도 고려하여 판단하여야 한다. 공소제기의 취지가 명료할 경우 법원이 이에 대하여 석명권을 행사할 필요는 없으나, **공소제기의 취지가 오해를 불러일으키거나 명료하지 못한 경우라면 법원은 형사소송규칙 제141조에 의하여 검사에 대하여 석명권을 행사하여 그 취지를 명확하게 하여야 한다**(대판 2017. 6. 15. 2017도3448). **형사소송규칙 제141조(석명권등) ① 재판장은 소송관계를 명료하게 하기 위하여 검사, 피고인 또는 변호인에게 사실상과 법률상의 사항에 관하여 석명을 구하거나 입증을 촉구할 수 있다. ② 합의부원은 재판장에게 고하고 제1항의 조치를 할 수 있다. ③ 검사, 피고인 또는 변호인은 재판장에 대하여 제1항의 석명을 위한 발문을 요구할 수 있다.** ☞ (○)
- ③ [1] **[다수의견]** 형사소송 법령의 내용과 그 개정 경위, 공소장일본주의의 기본취지, **우리나라 형사소송법이 당사자주의와 공판중심주의 원칙 및 직접심리주의와 증거재판주의 원칙 등을 채택하고 있다는 점 등을 아울러 살펴보면, 공소장일본주의는 위와 같은 형사소송절차의 원칙을 공소제기의 단계에서부터 실현할 것을 목적으로 하는 제도적 장치로서 우리나라 형사소송구조의 한 축을 이루고 있다고 보아야 한다.** 그러나 공소장일본주의는 공소사실 특정의 필요성이라는 또 다른 요청에 의하여 필연적으로 제약을 받을 수밖에 없는 것이므로, 양자의 취지와 정신이 조화를 이룰 수 있는 선에서 공소사실 기재 또는 표현의 허용범위와 한계가 설정되어야 한다는 점, 공판준비절차는 공판중심주의와 집중심리의 원칙을 실현하려는 데 그 주된 목적이 있으므로 공소장일본주의 위배를 포함한 공소제기 절차상의 하자는 이 단계에서 점검함으로써 위법한 공소제기에 기초한 소송절차가 계속 진행되지 않도록 하는 것이 바람직하다는 점, 형사소송법상 인정되는 공소장변경제도도 실제적 진실발견이라는 형사소송이념을 실현하기 위한 직권주의적 요소로서 형사소송법이 절차법으로서 가지는 소송절차의 발전적·동적 성격과 소송경제의 이념 등을 반영하고 있는 것이므로, 이러한 점에서도 공소장일본주의의 적용은 공소제기 이후 공판절차가 진행된 단계에서는 필연적으로 일정한 한계를 가질 수밖에 없다는 점 등을 종합하여 보면, **공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 이외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해**

사건에서 구체적으로 판단하여야 한다. 이러한 기준에 비추어 공소장일본주의에 위배된 공소제기라고 인정되는 때에는 그 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하는 것으로 보아 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙이다. <그러나> 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때 이제는 더 이상 공소장일본주의의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수는 없다고 보아야 한다[☞ (X)](문국현 의원 사건 대판 전합 2009. 10. 22. 2009도7436). ⇔ [참고] 공소장일본주의에 위배된 공소제기라고 인정되는 때에는, 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하는 것으로 보아 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙이다(형사소송법 제327조 제2호). 다만 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인 측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에 이른 경우에는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때 더 이상 공소장일본주의의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수 없다고 보아야 하나(위 대법원 전원합의체 판결 참조), 피고인 측으로부터 이의가 유효하게 제기되어 있는 이상 공판절차가 진행되어 법관의 심증형성의 단계에 이르렀다고 하여 공소장일본주의의 위배의 하자가 치유된다고 볼 수 없다(용산역전식구과 사건 대판 2015. 1. 29. 2012도2957).

- ④ 공소장에는 공소사실의 법률적 평가를 명확히 하여 공소의 범위를 확정하는 데 보조기능을 하기 위하여 적용법조를 기재하여야 하는데(형사소송법 제254조 제3항), 적용법조의 기재에 오기·누락이 있거나 또는 적용법조에 해당하는 구성요건이 충족되지 않을 때에는 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내로서 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한도에서 법원이 공소장 변경의 절차를 거침이 없이 직권으로 공소장 기재와 다른 법조를 적용할 수 있지만[☞ (○)], 공소장에 기재된 적용법조를 단순한 오기나 누락으로 볼 수 없고 구성요건이 충족됨에도 법원이 공소장 변경의 절차를 거치지 아니하고 임의적으로 다른 법조를 적용하여 차단할 수는 없다(대판 2015. 11. 12. 2015도12372).

정답 ③

【문 8】 다음 중 법관의 제척사유에 해당하는 경우는?

- ① 환송판결 전의 원심에 관여한 법관이 환송 후 원심에 관여하는 경우
- ② 제1심판결에서 유죄의 증거로 사용된 증거를 조사하였으나, 경질되어 판결 선고에는 관여하지 않은 법관이 항소심에 관여하는 경우
- ③ 선거관리위원장으로서 공직선거법 위반 혐의 사실에 대하여 수사기관에 수사 의뢰를 한 법관이 당해 피고인에 대한 항소심에 관여하는 경우
- ④ 수사단계에서 피고인에 대하여 구속영장을 발부한 법관이 항소심에 관여하는 경우

해설

- ① 환송판결전의 원심에 관여한 재판관이 환송후의 원심재판관으로 관여하였다 하여 군법회의법 제48조나 형사소송법 제17조에 위배된다고 볼 수 없다(대판 1979. 2. 27. 78도3204). ☞ (X) **제17조(제척의 원인)** 법관은 다음 경우에는 직무집행에서 제척된다. 1. 법관이 피해자인 때 2. 법관이 피고인 또는 피해자의 친족 또는 친족관계가 있었던 자인 때 3. 법관이 피고인 또는 피해자의 법정대리인, 후견감독인인 때 4. 법관이 사건에 관하여 증인, 감정인, 피해자의 대리인으로 된 때 5. 법관이 사건에 관하여 피고인의 대리인, 변호인, 보조인으로 된 때 6. 법관이 사건에 관하여 검사 또는 사법경찰관의 직무를 행한 때 7. 법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때

- ② 제1심판결에서 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용된 증거를 조사한 판사는 형사소송법 제17조 제7호 소정의 전

심재판의 기초가 되는 조사, 심리에 관여하였다 할 것이고, 그와 같이 전심재판의 기초가 되는 조사, 심리에 관여한 판사는 직무집행에서 제척되어 항소심 재판에 관여할 수 없다(대판 1999. 10. 22. 99도3534). ☞ (○) // 기록에 의하면, 상고이유에서 지적하는 판사는 당초 이 사건 제1심 제1회 공판기일에서 피고인에 대한 이 사건 공소사실의 증거로 제출된 동인에 대한 피의자신문조서, 이광운, 김만수, 이용균, 김정배에 대한 진술조서 등에 대하여 증거조사를 하였고, 이후 위 증거들은 모두 이 사건 제1심판결에서 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용되었음을 알 수 있다(판결은 이후 경질된 다른 판사가 선고하였다). 사정이 그러하다면 동 판사는 형사소송법 제17조 제7호 소정의 전심재판의 기초가 되는 조사, 심리에 관여하였다 할 것이고, 그와 같이 전심재판의 기초가 되는 조사, 심리에 관여한 판사는 직무집행에서 제척되어 이 사건의 항소심 재판에 관여할 수는 없다 할 것이다. 그러함에도 동 판사는 이 사건 항소심의 재판장으로 관여하여 원심판결을 선고하였으니 이는 위법하다 할 것이고, 이는 판결에 영향을 미쳤음이 명백하다 할 것이다(위 판결 이유 중)

③ [1] 선거관리위원장은 형사소송법 제197조나 사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률에 사법경찰관의 직무를 행할 자로 규정되어 있지 아니하고 그 밖에 달리 사법경찰관에 해당한다고 볼 근거가 없으므로 선거관리위원장으로서는 공직선거및선거부정방지법위반혐의사실에 대하여 수사기관에 수사의뢰를 한 법관이 당해 형사피고사건의 재판을 하는 경우 그것이 적절하다고는 볼 수 없으나 형사소송법 제17조 제6호의 제척원인인 '법관이 사건에 관하여 사법경찰관의 직무를 행한 때'에 해당한다고 할 수 없다. [2] 형사소송법 제17조 제7호의 제척원인인 '법관이 사건에 관하여 그 기초되는 조사에 관여한 때'라 함은 전심재판의 내용 형성에 사용될 자료의 수집·조사에 관여하여 그 결과가 전심재판의 사실인정 자료로 쓰여진 경우를 말하므로, 법관이 선거관리위원장으로서는 공직선거및선거부정방지법위반혐의사실에 대하여 수사기관에 수사의뢰를 하고, 그 후 당해 형사피고사건의 항소심 재판을 하는 경우, 형사소송법 제17조 제7호 소정의 '법관이 사건에 관하여 그 기초되는 조사에 관여한 때'에 해당한다고 볼 수는 없다(대판 1999. 4. 13. 99도155).

☞ (X) ★★

④ 법관이 수사단계에서 피고인에 대하여 구속영장을 발부한 경우는 형사소송법 제17조 제7호 소정의 “법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때”에 해당한다고 볼 수 없다(대판 1989. 9. 12. 89도 612). ☞ (X)

정답 ②

**【문 9】** 유죄판결에 명시될 이유에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?

- ① 유죄판결을 선고하면서 판결이유에 범죄사실, 증거의 요지, 법령의 적용 중 어느 하나를 전부 누락한 경우에는 판결에 영향을 미친 법률 위반으로 파기사유가 된다.
- ② 유죄판결 이유에서 그에 대한 판단을 명시하여야 할 ‘형의 감면의 이유되는 사실’에는 형의 필요적 감면사유뿐만 아니라 임의적 감면사유도 이에 포함된다.
- ③ 피고인이 자수감경에 관한 주장을 하였음에도 판결 이유에서 이에 대하여 판단하지 아니한 것은 위법하다.
- ④ 판결에 범죄사실에 대한 증거를 설시함에 있어 어느 증거의 어느 부분에 의하여 어느 범죄사실을 인정한다고 구체적으로 설시하지 아니하였다 하더라도 그 적시한 증거들에 의하여 범죄사실을 인정할 수 있으면 이를 위법한 증거설시라고 할 수 없으므로, 항소심판결이 ‘피고인의 법정 진술과 적법하게 채택되어 조사된 증거들’로만 기재된 제1심판결의 증거의 요지를 그대로 인용하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다.

해설-----

① [1] 형사소송법 제323조 제1항에 따르면 유죄판결의 판결이유에는 범죄사실, 증거의 요지와 법령의 적용을 명시하여야 하므로, 유죄판결을 선고하면서 판결이유에 이 중 어느 하나를 전부 누락한 경우에는 형사소송법 제383조 제1호에 정한 판결에 영향을 미친 법률위반으로서 파기사유가 된다(대판 2009. 6. 25. 2009도3505). // 제383조(상고이유) 다음 사유가 있을 경우에는 원심판결에 대한 상고이유로 할 수 있다. 1. 판결에 영향을 미친

헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있을 때 ☞ (○)

- ② [1] 형사소송법 제323조 제2항은 ‘법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유 또는 형의 가중, 감면의 이유되는 사실의 진술이 있을 때에는 이에 대한 판단을 명시하여야 한다’고 규정하고 있다. 여기에서 ‘형의 가중, 감면의 이유되는 사실’이란 형의 필요적 가중, 감면의 이유되는 사실을 말하고 형의 감면이 법원의 재량에 맡겨진 경우, 즉 임의적 감면사유는 이에 해당하지 않는다.[☞ (X)] 따라서 피해회복에 관한 주장이 있었다라도 이는 작량감경 사유에 해당하여 형의 양정에 영향을 미칠 수 있을지언정 유죄판결에 반드시 명시하여야 하는 것은 아니다(대판 2017 11. 9. 2017도14769).
- ③ [1] 피고인이 자수하였다 하더라도 자수한 자에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것으로서 원심이 자수감경을 하지 아니하였다거나 자수감경 주장에 대하여 판단을 하지 아니하였다 하여 위법하다고 할 수 없다(대판 2001. 4. 24. 2001도872). ☞ (X)
- ④ 판결에 범죄사실에 대한 증거를 실시함에 있어 어느 증거의 어느 부분에 의하여 어느 범죄사실을 인정한다고 구체적으로 실시하지 아니하였다 하더라도 그 적시한 증거들에 의하여 판시 범죄사실을 인정할 수 있다면 위법한 증거설시라고 할 수 없다(대판 1983. 7. 12. 83도995). 형사소송법 제323조 제1항은 형의 선고를 하는 때에는 판결이유에 범죄 될 사실, 증거의 요지와 법령의 적용을 명시하여야 한다고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘증거의 요지’는 어느 증거의 어느 부분에 의하여 범죄사실을 인정하였나 하는 이유 설명까지 할 필요는 없지만 적어도 어떤 증거에 의하여 어떤 범죄사실을 인정하였는가를 알아볼 정도로 증거의 중요부분을 표시하여야 하고, 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못하는 것이므로, “피고인의 법정 진술과 적법하게 채택되어 조사된 증거들”로만 기재된 제1심판결의 증거의 요지를 그대로 인용한 항소심판결은 증거 없이 그 범죄사실을 인정하였거나 형사소송법 제323조 제1항을 위반한 위법을 저지른 것이라고 아니할 수 없다(대판 2000. 3. 10. 99도5312). ☞ (X)

정답 ①

【문10】 공소기각의 재판에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 공소가 제기된 사건에 대하여 피고인이 사망하거나 피고인인 범인이 존속하지 아니하게 되었을 때에는 결정으로 공소를 기각한다.
- ② 공소장 기재 사실 및 적용법조에 대한 판단만으로도 공소시효가 완성된 것이 명백한 때에는 공소기각 결정으로 사건을 종결시킬 수 있다.
- ③ 검사가 공소를 취소한 경우에는 공소기각 결정을 하여야 하고, 공소기각 결정이 확정된 후 그 범죄사실에 대해 다른 중요한 증거가 발견되지 않았음에도 다시 공소가 제기된 때에는 공소기각 판결을 하여야 한다.
- ④ 검사의 공소제기가 소추재량을 현저히 일탈하였다고 판단되는 경우에는 공소기각 판결을 할 수 있다.

해설 -----

제328조(공소기각의 결정) ① 다음 경우에는 결정으로 공소를 기각하여야 한다. 1. 공소가 취소되었을 때[☞ (○)] 2. 피고인이 사망하거나 피고인인 범인이 존속하지 아니하게 되었을 때[① ☞ (○)] 3. 제12조 또는 제13조의 규정에 의하여 재판할 수 없는 때 4. 공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니하는 때 // 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[③ ☞ (○)].

제326조(면소의 판결) 다음 경우에는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다. 1. 확정판결이 있을 때 2. 사면이 있을 때 3. 공소의 시효가 완성되었을 때[② ☞ (X)] 4. 범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때(확·사·시·폐)

- ④ [2] 검사는 범죄의 구성요건에 해당하여 형사적 제재를 함이 상당하다고 판단되는 경우에는 공소를 제기할 수 있고 또 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있는 재량이 있다(형사소송법 제246조, 제247조). 위와 같은 검사의 소추재량은 공익의 대표자인 검사로 하여금 객관적 입장에서 공소의 제기 및 유지 활동을 하게 하는 것이 형사소추의 적정성 및 합리성을 기할 수 있다고 보기 때문이므로 스스로 내재적인 한계를 가지는 것이고, 따라서 **검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 가함으로써 소추재량을 현저히 일탈하였다고 판단되는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있다**(대판 2017. 8. 23. 2016도5423). ☞ (○) **공소권남用に 해당하는 경우 소송법적 효과 : 공소제기가 법률규정에 위반하여 무효인 때에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소기각판결을 선고해야 한다.**

정답 ㉒

【문11】 다음 중 형사소송법 제315조의 각 호에 해당하여 증거능력이 인정될 수 있는 증거가 **아닌** 것은?

- ① 특별한 자격을 갖추지 아니한 채 범칙물자에 대한 시가감정업무에 4~5년 종사해 온 것에 불과한 세관공무원이 세관에 비치된 기준과 수입신고서에 기재된 가격을 참작하여 작성한 감정서
- ② 성매매업소에 고용된 여성들이 성매매를 업으로 하면서 영업에 참고하기 위하여 성매매 상대방의 아이디와 전화번호 및 성매매 방법 등을 메모지에 적어두었다가 그 내용을 직접 입력하여 작성한 메모리카드의 기재 내용
- ③ 법원 또는 합의부원, 검사, 변호인, 청구인이 구속된 피의자를 심문하고 그에 대한 피의자의 진술 등을 기재한 구속적부심문조서
- ④ 보험사기 사건에서 건강보험심사평가원이 수사기관의 의뢰에 따라 수사기관이 보내온 자료를 토대로 입원진료의 적정성에 대한 의견을 제시하는 내용의 ‘건강보험심사평가원의 입원진료 적정성 여부 등 검토의뢰에 대한 회신’

해설 -----

- ① 가. 특별한 자격이 있지는 아니하나 범칙물자에 대한 시가감정업무에 4~5년 종사해 온 세관공무원이 세관에 비치된 기준과 수입신고서에 기재된 가격을 참작하여 작성한 감정서는 공무원이 그 직무상 작성한 공문서라 할 것이므로 **피고인의 동의여부에 불구하고 형사소송법 제315조 제1호에 의하여 당연히 증거능력이 있다고** 할 것이며 또 그 증명력에 무슨 하자가 있다고도 할 수 없다(대판 1985. 4. 9. 85도225). ★
- ② 성매매업소에 고용된 여성들이 성매매를 업으로 하면서 영업에 참고하기 위하여 성매매 상대방의 아이디와 전화번호 및 성매매방법 등을 메모지에 적어두었다가 직접 메모리카드에 입력하거나 업주가 고용한 다른 여직원이 그 내용을 입력한 사안에서, 위 메모리카드의 내용은 **형사소송법 제315조 제2호의 ‘영업상 필요로 작성한 통상문서’로서 당연히 증거능력 있는 문서**에 해당한다(대판 2007. 7. 26. 2007도3219). ★★
- ③ [1] 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 문서**라고 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한, **피고인이 증거로 함에 부동의하더라도 형사소송법 제315조 제3호에 의하여 당연히 그 증거능력이 인정**된다. [2] 구속적부심문조서의 증명력은 다른 증거와 마찬가지로 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나, 피의자는 구속적부심에서의 자백의 의미나 자백이 수사절차나 공판절차에서 가지는 중요성을 제대로 헤아리지 못한 나머지 허위자백을 하고라도 자유를 얻으려는 유혹을 받을 수가 있으므로, 법관은 구속적부심문조서의 자백의 기재에 관한 증명력을 평가함에 있어 이러한 점에 각별히 유의를 하여야 한다(대판 2004. 1. 16. 2003도5693). ★★★
- ④ **상업장부나 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 범죄사실의 인정 여부와는 관계없이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서는 사무처리 내역을 증명하기**

위하여 존재하는 문서로서 **형사소송법 제315조 제2호에 의하여 당연히 증거능력이 인정된다.** 그리고 이러한 문서는 업무의 기계적 반복성으로 인하여 허위가 개입될 여지가 적고, 또 문서의 성질에 비추어 고도의 신용성이 인정되어 반대신문의 필요가 없거나 작성자를 소환해도 서면제출 이상의 의미가 없는 것들에 해당하기 때문에 당연히 증거능력이 인정된다는 것이 형사소송법 제315조의 입법 취지인 점과 아울러, 전문법칙과 관련된 형사소송법 규정들의 체계 및 규정 취지에 더하여 '기타'라는 문언에 의하여 형사소송법 제315조 제1호와 제2호의 문서들을 '특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'의 예시로 삼고 있는 형사소송법 제315조 제3호의 규정형식을 종합하여 보면, **형사소송법 제315조 제3호에서 규정한 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'는 형사소송법 제315조 제1호와 제2호에서 열거된 공권적 증명문서 및 업무상 통상문서에 준하여 '굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제 되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서'를 의미한다.** 따라서 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). ★★★

2018년 법원사무관 승진시험 주관식 기출

정답 ④

【문12】 상소권회복청구에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 상소권회복의 청구는 사유가 종지한 날로부터 상소의 제기기간에 상당한 기간 내에 서면으로 상소권회복청구를 함과 동시에 상소를 제기하여야 한다.
- ② 상소권회복청구에서 상소권자 또는 그 대리인이 단순히 질병으로 입원하였었기에 상소하지 못하였다는 것은 상소권회복의 사유에 해당하지 아니한다.
- ③ 제1심이 공시송달의 방법으로 진행되어 피고인이 공소제기 사실이나 판결선고 사실을 전혀 몰랐다면, 피고인이 제1심판결에 대한 항소를 법정기간 내에 제기하지 못한 것은 피고인이 책임질 수 없는 사유로 인한 때에 해당한다.
- ④ 제1심 재판 또는 항소심 재판이 소송촉진 등에 관한 특례법이나 형사소송법 등에 따라 피고인이 출석하지 않은 가운데 불출석 재판으로 진행되었다면, 제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고되었더라도 피고인은 제1심판결에 대하여 적법하게 항소권회복청구를 할 수 있다.

해설 -----

- ① 제346조(상소권회복청구의 방식) ① 상소권회복의 청구는 사유가 종지한 날로부터 상소의 제기기간에 상당한 기간 내에 서면으로 원심법원에 제출하여야 한다. ② 상소권회복의 청구를 할 때에는 원인된 사유를 소명하여야 한다. ③ 상소권의 회복을 청구한 자는 그 청구와 동시에 상소를 제기하여야 한다. ☞ (○)
- ② 형사소송법 제345조에서 말하는 대리인 중에는 본인의 보조인으로서 본인의 부탁을 받아 상소에 관한 서면을 작성하여 이를 제출하는 등 본인의 상소에 필요한 사실행위를 대행하는 사람을 포함하며, 책임질 수 없는 사유란 상소를 하지 못한 사유가 상소권자 본인 또는 대리인의 고의 또는 과실에 기하지 아니함을 말한다 할 것이므로 상소권자 또는 대리인이 단순히 질병으로 입원하였다거나 기거불능 하였었기 때문에 상소를 하지 못하였다는 것은 상소권회복의 사유에 해당하지 아니한다(대결 1986. 9. 17. 86모46). ☞ (○)
- ③ 소송촉진등에 관한 특례법 제23조, 동법시행규칙 제19조 소정의 절차에 따라 공시송달의 방법으로 공소장부본등이 송달되고 피고인의 출석 및 진술 없이 판결을 선고한 후 그 판결등본을 같은 방법으로 송달하여 피고인이 공소제기사실이나 판결선고 사실을 전혀 몰랐다면, 피고인이 제1심 판결에 대한 항소를 법정기간내에 제기하지 못한 것은 피고인이 책임질 수 없는 사유로 인한 때에 해당한다(대결 1986. 2. 12. 86모3). 소송촉진

등에 관한 특례법 제23조(제1심 공판의 특례) 제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서(送達不能報告書)가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재(所在)를 확인할 수 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다. 다만, 사형, 무기 또는 장기(長期) 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다. 제19조(불출석피고인에 대한 재판) ① 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6월이 경과하도록 제18조 제2항 및 제3항의 규정에 의한 조치에도 불구하고 피고인의 소재가 확인되지 아니한 때에는 그 후 피고인에 대한 송달은 공시송달의 방법에 의한다. ② 피고인이 제1항의 규정에 의한 공판기일의 소환을 2회 이상 받고도 출석하지 아니한 때에는 법 제23조의 규정에 의하여 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다. 제18조(주소의 보고와 보정) ① 재판장은 피고인에 대한 인정신문을 마친 뒤 피고인에 대하여 그 주소의 변동이 있을 때에는 이를 법원에 보고할 것을 명하고, 피고인의 소재가 확인되지 않는 때에는 그 진술 없이 재판할 경우가 있음을 경고하여야 한다. ② 피고인에 대한 송달이 불능인 경우에 재판장은 그 소재를 확인하기 위하여 소재조사촉탁, 구인장의 발부 기타 필요한 조치를 취하여야 한다. ③ 공소장에 기재된 피고인의 주소가 특정되어 있지 아니하거나 그 기재된 주소에 공소제기 당시 피고인이 거주하지 아니한 사실이 인정된 때에는 재판장은 검사에게 상당한 기간을 정하여 그 주소를 보정할 것을 요구하여야 한다. ☞ (○)

④ 제1심판결에 대하여 피고인 또는 검사가 항소하여 항소법원이 판결을 선고한 후에는 상고법원으로부터 사건이 환송 또는 이송되는 경우 등을 제외하고는 항소법원이 다시 항소심 소송절차를 진행하여 판결을 선고할 수 없다. 따라서 항소심판결이 선고되면 제1심판결에 대한 항소권이 소멸되어 제1심판결에 대한 항소권 회복청구와 항소는 적법하다고 볼 수 없다. 이는 제1심 재판 또는 항소심 재판이 소송촉진 등에 관한 특례법이나 형사소송법 등에 따라 피고인이 출석하지 않은 가운데 불출석 재판으로 진행된 경우에도 마찬가지이다. 따라서 제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후 피고인이 동일한 제1심판결에 대하여 항소권 회복청구를 하는 경우 이는 적법하다고 볼 수 없어 형사소송법 제347조 제1항에 따라 결정으로 이를 기각하여야 한다(대결 2017. 3. 30. 2016모2874). ☞ (X)

정답 ④

【문13】 벌금형의 집행에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 벌금형이 확정된 사람이 납부명령이나 납부독촉을 받고도 일정한 기간 내에 벌금을 완납하지 아니할 경우 검사는 민사집행법에 의한 강제집행 또는 국세징수법에 의한 체납처분 절차를 진행하여 벌금액을 강제로 징수할 수 있다.
- ② 사법경찰관리가 벌금형을 받은 사람에 대한 노역장 유치의 집행을 위하여 구인하려면 검사로부터 발부받은 형집행장을 상대방에게 제시하여야 한다.
- ③ 500만 원 이하의 벌금형이 확정된 벌금 미납자로서 경제적 능력이 없는 사람은 검사의 납부명령일부 30일 이내에 노역장 유치를 대체하는 사회봉사를 신청할 수 있는 제도가 마련되어 있다.
- ④ 18세 미만의 소년에 대해서는 벌금형을 선고할 때 노역장유치의 선고를 하지 못하므로 이를 간과하여 18세 미만의 소년에 대해 노역장유치의 선고를 한 판결이 확정되었다고 하더라도 집행할 수는 없다.

해설-----

① 제477조(재산형 등의 집행) ① 벌금, 과료, 몰수, 추징, 과태료, 소송비용, 비용배상 또는 가납의 재판은 검사의 명령에 의하여 집행한다. ② 전항의 명령은 집행력 있는 채무명의와 동일한 효력이 있다. ③ 제1항의 재판의 집행에는 「민사집행법」의 집행에 관한 규정을 준용한다. 단, 집행 전에 재판의 송달을 요하지 아니한다. ④ 제3항에도 불구하고 제1항의 재판은 「국세징수법」에 따른 국세체납처분의 예에 따라 집행할 수 있다.

☞ (○)

② [1] 벌금형에 따르는 노역장 유치는 실질적으로 자유형과 동일하므로, 그 집행에 대하여는 자유형의 집행에 관한 규정이 준용된다(형사소송법 제492조 노역장 유치의 집행). 따라서 구금되지 아니한 당사자에 대하여 형의 집행기관인 검사는 그 형의 집행을 위하여 이를 소환할 수 있으나, 당사자가 소환에 응하지 아니한 때에는 형집행장

을 발부하여 이를 구인할 수 있는데(같은 법 제473조 집행하기 위한 소환), 이 경우의 형집행장의 집행에 관하여는 형사소송법 제1편 제9장(피고인의 소환, 구속 제68조 내지 제105조)에서 정하는 피고인의 구속에 관한 규정이 준용된다(같은 법 제475조 형 집행장의 집행). 그리하여 사법경찰관리가 벌금형을 받은 이를 그에 따르는 노역장 유치의 집행을 위하여 구인하려면, 검사로부터 발부받은 형집행장을 그 상대방에게 제시하여야 한다(같은 법 제85조 제1항 구속영장집행의 절차)(대판 2010. 10. 14. 2010도8591). ☞ (○)

③ **벌금 미납자의 사회봉사 집행에 관한 특례법(약칭 ‘벌금미납자법’) 제4조(사회봉사의 신청) ① 대통령령으로 정한 금액 범위 내의 벌금형이 확정된 벌금 미납자는 검사의 납부명령일부터 30일 이내에 주거지를 관할하는 지방검찰청(지방검찰청지청을 포함한다. 이하 같다)의 검사에게 사회봉사를 신청할 수 있다.** 다만, 검사로부터 벌금의 일부납부 또는 납부연기를 허가받은 자는 그 허가기한 내에 사회봉사를 신청할 수 있다. **벌금 미납자의 사회봉사 집행에 관한 특례법 시행령(약칭 ‘벌금미납자법 시행령’) 제2조(사회봉사의 신청과 벌금액) 「벌금 미납자의 사회봉사 집행에 관한 특례법」(이하 “법”이라 한다) 제4조 제1항 본문에 따른 벌금형의 금액은 300만원으로 한다.** 즉, 지문상의 **대통령령으로 정한 금액은 300만원이다.** ☞ (X)

④ **형법 제70조(노역장유치) ① 벌금 또는 과료를 선고할 때에는 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 한다.** ② 선고하는 벌금이 1억원 이상 5억원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억원 이상 50억원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억원 이상인 경우에는 1,000일 이상의 유치기간을 정하여야 한다. **소년법 제62조(환형처분의 금지) 18세 미만인 소년에게는 「형법」 제70조에 따른 유치선고를 하지 못한다.** 다만, 판결선고 전 구속되었거나 제18조 제1항 제3호(소년분류심사원에 위탁)의 조치가 있었을 때에는 그 구속 또는 위탁의 기간에 해당하는 기간은 노역장(勞役場)에 유치된 것으로 보아 「형법」 제57조(판결선고전 구금일수의 통산)를 적용할 수 있다. ☞ (○)

정답 ③

**【문14】** 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 피고인이 출석하지 아니하면 개정하지 못하는 경우에 구속된 피고인이 정당한 사유없이 출석을 거부하고 교도관에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행할 수 있다.
- ② 공소기각 또는 면소의 재판을 할 것이 명백한 사건에 관하여는 공판기일에 피고인의 출석 없이 개정할 수 있다.
- ③ 항소심에서 피고인이 제1회 공판기일에는 소환장을 적법하게 송달받고도 불출석하였다가 제2회 공판기일에는 출석하였으나, 제3회 공판기일에 소환장을 적법하게 송달받고도 다시 불출석하였다면, 피고인의 출석 없이 제3회 공판기일을 개정할 수 있다.
- ④ 필요적 변호사건이라 하여도 피고인이 재판거부의 의사를 표시하고 재판장의 허가 없이 퇴정하였으며, 변호인마저 이에 동조하여 퇴정해 버린 경우에는 피고인이나 변호인의 재정 없이도 심리판결 할 수 있다.

**해설**-----

- ① **제277조의2(피고인의 출석거부와 공판절차) ① 피고인이 출석하지 아니하면 개정하지 못하는 경우에 구속된 피고인이 정당한 사유없이 출석을 거부하고, 교도관에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행할 수 있다.** ② 제1항의 규정에 의하여 공판절차를 진행할 경우에는 출석한 검사 및 변호인의 의견을 들어야 한다. ☞ (○)
- ② **제277조(경미사건 등과 피고인의 불출석)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사건에 관하여는 피고인의 출석을 요하지 아니한다. 이 경우 피고인은 대리인을 출석하게 할 수 있다. 2. **공소기각 또는 면소의 재판을 할 것이 명백한 사건** ☞ (○)
- ③ 형사소송법 제370조, 제276조에 의하면 항소심에서도 공판기일에 피고인의 출석 없이는 개정하지 못하나, 같은 법 제365조가 피고인이 항소심 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하고, 피고인이 정당한 사유

없이 다시 정한 기일에도 출석하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있도록 정하고 있으므로 피고인의 출석 없이 개정하려면 **불출석이 2회 이상 계속된 바**가 있어야 한다(대판 2016. 4. 29. 2016도2210). ☞ (X) // 3. 위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인들이 제1회 공판기일에 불출석하였으나 제2회 공판기일에는 출석하였으므로 원심으로서 피고인들이 제3회 공판기일에 불출석하였다고 하여 바로 개정할 수 없고 제4회 공판기일을 다시 정하여 제4회 공판기일에도 불출석한 때 비로소 피고인들의 출석 없이 개정할 수 있다고 할 것이다. 그럼에도 원심은 피고인들이 2회 이상 계속하여 불출석한 것으로 보고 피고인들의 출석 없이 제3회 공판기일을 개정하였으니, 거기에는 형사소송법 제365조 등 소송절차에 관한 법령을 위반하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다. 4. 이에 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심 판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 대법관 김신(재판장) 박병대(주심) 박보영 권순일(위 판결 이유 중)

**제370조(준용규정)** 제2편 중 공판에 관한 규정은 본장에 특별한 규정이 없으면 **항소의 심판에 준용한다. 제276조(피고인의 출석권)** 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 특별한 규정이 없으면 개정하지 못한다. 단, 피고인이 법인인 경우에는 대리인을 출석하게 할 수 있다. **제365조(피고인의 출정)** ① 피고인이 공판기일에 출정하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하여야 한다. ② 피고인이 정당한 사유 없이 다시 정한 기일에 출정하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 판결을 할 수 있다.

- ④ 가. 필요적 변호사건이라 하여도 피고인이 재판거부의 의사를 표시하고 재판장의 허가 없이 퇴정하고 변호인마저 이에 동조하여 퇴정해 버린 것은 모두 피고인측의 방어권의 남용 내지 변호권의 포기로 볼 수밖에 없는 것이므로 수소법원으로서 **형사소송법 제330조**에 의하여 피고인이나 변호인의 재정 없이도 심리판결 할 수 있다. 나. 위 "가"항과 같이 피고인과 변호인들이 출석하지 않은 상태에서 증거조사를 할 수밖에 없는 경우에는 **형사소송법 제318조 제2항**의 규정상 피고인의 진의와는 관계없이 형사소송법 제318조 제1항의 동의를 있는 것으로 간주하게 되어 있다(대판 1991. 6. 28. 91도865). ☞ (O) // **제330조(피고인의 진술 없이 하는 판결)** 피고인이 진술하지 아니하거나 재판장의 허가 없이 퇴정하거나 재판장의 질서유지를 위한 퇴정명령을 받은 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있다. **제318조(당사자의 동의와 증거능력)** ① 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다. ② 피고인의 출정 없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 전항의 동의를 있는 것으로 간주한다. 단, 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 예외로 한다.

정답 ③

【문15】 상고이유에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 피고인의 양형부당을 이유로 한 상고가 허용된다.
- ② 검사는 항소심의 형의 양정이 가볍다는 사유를 상고이유로 주장할 수 없다.
- ③ 제1심판결에 대하여 검사만이 양형부당을 이유로 항소하였을 뿐 피고인은 항소하지 아니한 경우에도 항소심이 검사의 항소를 받아들여 피고인에 대하여 제1심보다 무거운 형을 선고하였다면 피고인으로서 항소심판결에 대하여 사실오인, 채증법칙 위반, 심리미진 또는 법령위반 등의 사유를 들어 상고이유로 삼을 수 있다.
- ④ 피고인이 제1심판결에 대하여 양형부당만을 항소이유로 내세운 경우, 이를 일부 인용한 항소심판결에 대하여 피고인은 법리오해나 사실오인의 점을 상고이유로 삼을 수 없다.

해설-----  
 ① [1] **형사소송법 제383조 제4호**는 양형이 부당한 것을 이유로 상고할 수 있는 것을 '원심이 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형을 선고한 경우'에 한정하고 있다.[☞ (O)] 이러한 제한은 형의 양정이 피고인 및 당해 범행에 관련한 다양한 사정(형법 제51조 참조)을 종합적으로 참작한 판단으로 행하여지는 만큼 일반적으로 법률심인 상고심에서 양형에 관한 구체적 사정들을 심리하도록 하는 것은 적절하지 아니하나, 다른 한편 피고

인이 중형을 선고받은 경우에는 예외적으로 피고인의 이익을 위하여 그 양형의 적정 여부를 심리하도록 하려는 취지라고 할 것이다. 또한 피고인의 여러 범행이 형법 제37조 후단의 경합범관계에 있었다는 우연한 사정으로 형이 여럿 선고된 경우를 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하여 하나의 형이 선고된 경우와 달리 취급할 이유는 없다(바로 그러한 이유에서 형법 제39조 제1항은 판결이 확정된 죄와 위 형법 제37조 후단의 경합범의 죄를 동시에 판결할 경우와의 형평을 고려하여 그 후자의 죄에 대하여 선고형을 정하도록 규정하고 있는 것이다). 이상과 같은 점 등에 비추어 보면, 하나의 사건에서 징역형이나 금고형이 여럿 선고된 경우에는 이를 모두 합산한 형기가 10년 이상이면 위 규정에서 정하는 '10년 이상의 징역이나 금고의 형을 선고한 경우'에 해당한다고 할 것이다(대판 2010. 1. 28. 2009도13411).

- ② 형사소송법 제383조 제4호의 해석상 검사가 항소심의 형의 양정이 가볍다는 사유로 상고할 수 없다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013도14914) 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판사와 같은 이유를 들어 이 사건 공소사실 중 피해자 서명택에 대한 상해의 점에 대하여 그 범죄사실의 증거가 없음을 이유로 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지한 것은 정당하다. 거기에 상고이유의 주장과 같이 상해죄에서의 고의 내지 예견가능성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다. 그리고 원심이 양형에 있어서 법리를 오해한 위법이 있다는 취지의 주장은 결국 양형부당 주장에 해당한다. 그러나 형사소송법 제383조 제4호의 해석상 검사는 원심의 형의 양정이 가볍다는 사유를 상고이유로 주장할 수 없다(위 판결 이유 중) ☞ (○) [참고] 피고인에 대하여 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형이 선고된 경우에 있어서도 형사소송법 제383조 제4항의 해석상 검사는 그 형이 심히 가볍다는 이유로는 상고할 수 없다. 함이 당원의 견해(대판 1990.9.25. 90도1624)이므로 피고인 A에 대하여 무기징역을, 피고인 C에 대하여 징역 15년을 각 선고한 원심의 형의 양정이 심히 경하여 부당하다는 논지는 받아들일 수 없다(대판 1994. 8. 12. 94도1705).
- ③ [2] 제1심판결에 대하여 검사만이 양형부당을 이유로 항소하였을 뿐 피고인은 항소하지 아니한 경우에는, 피고인 으로서는 항소심판결에 대하여 사실오인, 채증법칙 위반, 심리미진 또는 법령위반 등의 사유를 들어 상고이유로 삼을 수 없다(대판 2009. 5. 28. 2009도579). 기록에 의하면, 제1심의 유죄 판결에 대하여 검사만이 양형부당을 이유로 항소하였을 뿐 피고인은 항소하지 아니하였고, 원심은 검사의 항소를 받아들여 피고인에 대하여 제1심 보다 무거운 형을 선고하였음을 알 수 있으므로, 원심판결에 손괴죄에 대한 법리오해나 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 있다는 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다. 이에 관한 상고이유의 주장도 이유 없다(위 판결 이유 중). ☞ (X)
- ④ 가. 피고인이 제1심판결에 대하여 양형부당만을 항소이유로 내세운 경우, 이를 일부 인용한 원심판결에 대하여 피고인 으로서는 법리오해나 사실오인의 점을 상고이유로 삼을 수 없다(대판 1990. 11. 27. 90도2376, 대판 1995. 2. 3. 94도2134). ☞ (○)

정답 ③

【문16】 재심에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 형벌에 관한 법령이 당초부터 헌법에 위배되어 법원에서 위헌·무효라고 선언한 경우도 형사소송법 제420조 제5호의 재심사유인 '무죄 등을 인정할 증거가 새로 발견된 때'에 해당한다.
- ② 유죄의 확정판결 후 형 선고의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있었다면 이미 재심청구의 대상이 존재하지 않아 그러한 판결을 대상으로 하는 재심청구는 부적법하다.
- ③ 항소심의 유죄판결에 대한 상고심 재판 계속 중 피고인이 사망하여 공소기각 결정이 확정되었다면 형사소송법상 재심절차의 전제가 되는 '유죄의 확정판결'이 존재하는 경우에 해당한다고 할 수 없다.
- ④ 재심청구인이 재심 청구를 한 후 청구에 대한 결정이 확정되기 전에 사망한 경우 재심청구절차는 재심청구인의 사망으로 당연히 종료하게 된다.

해설-----

- ① [1] 형사소송법 제420조 제5호의 재심사유에서 무죄 등을 인정할 ‘증거가 새로 발견된 때’란 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차에서 발견되지 못하였거나 또는 발견되었다 하더라도 제출할 수 없었던 증거로서 이를 새로 발견하였거나 비로소 제출할 수 있게 된 때는 물론이고, 형벌에 관한 법령이 당초부터 헌법에 위배되어 법원에서 위헌·무효라고 선언한 때에도 역시 이에 해당한다(대결 2013. 4. 18. 2010모363). ☞ (○)
- ② [2] 유죄판결 확정 후에 형 선고의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있었다고 하더라도, 형 선고의 법률적 효과만 장래를 향하여 소멸될 뿐이고 확정된 유죄판결에서 이루어진 사실인정과 그에 따른 유죄 판단까지 없어지는 것은 아니므로, 유죄판결은 형 선고의 효력만 상실된 채로 여전히 존재하는 것으로 보아야 하고, 한편 형사소송법 제420조 각 호의 재심사유가 있는 피고인으로서 재심을 통하여 특별사면에도 불구하고 여전히 남아 있는 불이익, 즉 유죄의 선고는 물론 형 선고가 있었다는 기왕의 경력 자체 등을 제거할 필요가 있다. 그리고 형사소송법 제420조가 유죄의 확정판결에 대하여 선고를 받은 자의 이익을 위하여 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있는 것은 유죄의 확정판결에 중대한 사실인정의 오류가 있는 경우 이를 바로잡아 무고하고 죄 없는 피고인의 인권침해를 구제하기 위한 것인데, 만일 특별사면으로 형 선고의 효력이 상실된 유죄판결이 재심청구의 대상이 될 수 없다고 한다면, 이는 특별사면이 있었다는 사정만으로 재심청구권을 박탈하여 명예를 회복하고 형사보상을 받을 기회 등을 원천적으로 봉쇄하는 것과 다를 바 없어서 재심제도의 취지에 반하게 된다. 따라서 특별사면으로 형 선고의 효력이 상실된 유죄의 확정판결도 형사소송법 제420조의 ‘유죄의 확정판결’에 해당하여 재심청구의 대상이 될 수 있다(대판 전합 2015. 5. 21. 2011도1932). ☞ (X)
- ③ 형사소송법 제420조 본문에 의하면 재심은 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있다. 항소심의 유죄판결에 대하여 상고가 제기되어 상고심 재판이 계속되던 중 피고인이 사망하여 형사소송법 제382조, 제328조 제1항 제2호에 따라 공소기각결정이 확정되었다면 항소심의 유죄판결은 이로써 당연히 그 효력을 상실하게 되므로, 이러한 경우에는 형사소송법상 재심절차의 전제가 되는 ‘유죄의 확정판결’이 존재하는 경우에 해당한다고 할 수 없다.[☞ (○)] 그런데 피고인 등이 이와 같이 공소기각결정으로 효력을 상실한 항소심의 유죄판결을 대상으로 하여 재심을 청구한 경우, 법원이 일단 이를 대상으로 재심개시결정을 한 후 이에 대하여 검사나 피고인 등이 모두 불복하지 아니함으로써 재심개시결정이 확정된 때에는, 재심개시결정에 의하여 재심이 개시된 대상은 항소심의 유죄판결로 확정되고, 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원이 재심이 개시된 대상을 변경할 수는 없다. 그러나 이 경우 재심개시결정은 재심을 개시할 수 없는 항소심의 유죄판결을 대상으로 한 것이므로, 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원으로서 심판의 대상이 없어 아무런 재판을 할 수 없다(대판 2013. 6. 27. 2011도7931). **제382조(공소기각의 결정)** 제328조 제1항 각 호의 규정에 해당하는 사유가 있는 때에는 상고법원은 결정으로 공소를 기각하여야 한다. **제328조(공소기각의 결정)** ① 다음 경우에는 결정으로 공소를 기각하여야 한다. 2. **피고인이 사망**하거나 피고인인 법인이 존속하지 아니하게 되었을 때
- ④ 형사소송법이나 형사소송규칙에는 재심청구인이 재심의 청구를 한 후 청구에 대한 결정이 확정되기 전에 사망한 경우에 재심청구인의 배우자나 친족 등에 의한 재심청구인 지위의 승계를 인정하거나 형사소송법 제438조와 같이 재심청구인이 사망한 경우에도 절차를 속행할 수 있는 규정이 없으므로, 재심청구절차는 재심청구인의 사망으로 당연히 종료하게 된다(대결 2014. 5. 30. 2014모739). ☞ (○)

정답 ②

**【문17】** 법원의 구속에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 공소기각판결, 무죄판결, 면소판결, 선고유예판결, 형면제판결의 선고는 구속영장이 실효되는 사유에 해당한다.
- ② 피고인의 구속기간이 만료될 무렵에 종전 구속영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실로 피고인을 구속하였다는 사정만으로도 그 구속이 위법하다고 할 수 없다.
- ③ 구속되었다가 공소제기 후 수소법원이 석방한 피고인은 다른 중요한 증거가 발견된 경우가 아니면 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속하지 못한다.
- ④ 구인한 피고인을 법원에 인치한 경우에 구금할 필요가 없다고 인정한 때에는 그 인치한 때로부터 24시간 내에 석방하여야 한다.

**해설**-----

- ① 제331조(무죄 등 선고와 구속영장의 효력) 무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다. ☞ (○)
- ② [1] **형사소송법 제75조 제1항**은, "구속영장에는 피고인의 성명, 주거, 죄명, 공소사실의 요지, 인치구금할 장소, 발부연월일, 그 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 할 취지를 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인 하여야 한다."고 규정하고 있는바, 구속의 효력은 원칙적으로 위 방식에 따라 작성된 구속영장에 기재된 범죄사실에만 미치는 것이므로, **구속기간이 만료될 무렵에 종전 구속영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실로 피고인을 구속하였다는 사정만으로는 피고인에 대한 구속이 위법하다고 할 수 없다**(대결 2000. 11. 10. 2000모134). ☞ (○)
- ③ **제208조(재구속의 제한)** ① **검사 또는 사법경찰관에 의하여 구속되었다가 석방된 자는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속하지 못한다.** ② 전항의 경우에는 1개의 목적을 위하여 동시 또는 수단결과의 관계에서 행하여진 행위는 동일한 범죄사실로 간주한다. // **나. 항소법원은 항소피고사건의 심리 중 또는 판결선고 후 상고제기 또는 판결확정에 이르기까지 수소법원으로서 형사소송법 제70조 제1항 각호의 사유 있는 불구속 피고인을 구속할 수 있고 또 수소법원의 구속에 관하여는 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 구속함을 규율하는 형사소송법 제208조의 규정은 적용되지 아니하므로 구속기간의 만료로 피고인에 대한 구속의 효력이 상실된 후 항소법원이 피고인에 대한 판결을 선고하면서 피고인을 구속하였다 하여 위 법 제208조의 규정에 위배되는 재구속 또는 이중구속이라 할 수 없다(대결 1985. 7. 23. 85모12). ☞ (X) 즉, 재구속 제한은 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 구속하는 경우에 적용될 뿐이며, 법원이 피고인을 구속하는 경우에는 적용되지 않는다(이재상, 신형사소송법 제2판 p258)**
- ④ 제71조(구인의 효력) **구인한 피고인을 법원에 인치한 경우에 구금할 필요가 없다고 인정한 때에는 그 인치한 때로부터 24시간 내에 석방하여야 한다.** ☞ (○)

정답 ③

**【문18】** 면소판결에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 피고인은 면소판결에 대하여 무죄의 실체판결을 구하는 상소를 할 수 없는 것이 원칙이다.
- ② 소년법상의 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소가 제기가 되었다면 면소판결을 하여야 한다.
- ③ 판결의 확정 없이 공소제기 후 25년이 경과하면 면소판결을 선고하여야 한다.
- ④ 면소판결을 하는 경우 몰수형도 선고할 수 없다.

**해설**-----

- ① 피고인에게는 실체 판결청구권이 없는 것이므로 면소판결에 대하여 무죄의 실체판결을 구하여 상소를 할 수는

없는 것이다(대판1984. 11. 27. 84도2106). 피고인에게는 실체판결청구권이 없는 것이므로 면소판결에 대하여 무죄의 실체판결을 구하여 상소를 할 수 없는 것이니(대판 1964. 4. 7. 64도57) 이런 취지에서 면소판결에 대한 피고인의 항소를 부적법하다 하여 기각한 원심판결의 판단은 정당하고 견해를 달리하여 무죄의 실체판결을 구하는 소론은 채택할 바 못된다(위 판결 이유 중). ☞ (○)

② **소년법 제32조의 보호처분을 받은 사건과 동일(상습죄 등 포괄일죄 포함)한 사건에 관하여 다시 공소제기가 되었다면, 이는 공소제기 절차가 법률의 규정에 위배하여 무효인 때에 해당한 경우이므로 형사소송법 제327조 제2호의 규정에 의하여 공소기각의 판결을 하여야 한다(대판 1996. 2. 23. 96도47).** ☞ (X)

③ **제326조(면소의 판결) 다음 경우에는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다. 3. 공소의 시효가 완성되었을 때 제249조(공소시효의 기간) ② 공소가 제기된 범죄는 판결의 확정 없이 공소를 제기한 때로부터 25년을 경과하면 공소시효가 완성한 것으로 간주한다.** ☞ (○)

④ **형법 제49조 단서는 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다고 규정하고 있으나, 우리 법제상 공소의 제기 없이 별도로 몰수만을 선고할 수 있는 제도가 마련되어 있지 아니하므로 실체판단에 들어가 공소사실을 인정하는 경우가 아닌 면소의 경우에는 원칙적으로 몰수도 할 수 없다(대판 1992. 7. 28. 92도700, 대판 2007. 7. 26. 2007도4556)** ☞ (○)

정답 ②

**【문19】** 친고죄와 반의사불벌죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시의 부존재는 법원이 직권으로 조사·판단하여야 한다.
- ② 항소심에 이르러 비로소 반의사불벌죄가 아닌 죄에서 반의사불벌죄로 공소장이 변경된 경우 그 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 있다.
- ③ 친고죄의 공범중 공범자 1인에 대하여 제1심 판결이 선고된 후에는 나머지 공범자에 대하여 고소를 취소할 수 없다.
- ④ 고소인이 민·형사상의 아무런 이익을 제기하지 않는다는 합의서를 피고인에게 작성하여준 것만으로는 고소가 적법하게 취소된 것으로 볼 수 없다.

해설-----

① [1] 이른바 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시의 부존재는 소극적 소송조건으로서 직권조사사항이라 할 것이므로 당사자가 항소이유로 주장하지 아니하였다고 하더라도 원심은 이를 직권으로 조사·판단하여야 한다(대판 2002. 3. 15. 2002도158). ☞ (○)

② 가. **형사소송법 제232조 제1항, 제3항의 취지는 국가형벌권의 행사가 피해자의 의사에 의하여 좌우되는 현상을 장기간 방치할 것이 아니라 제1심 판결 선고 이전까지로 제한하자는데 그 목적이 있다 할 것이므로 비록 항소심에 이르러 비로소 반의사불벌죄가 아닌 죄에서 반의사불벌죄로 공소장변경이 있었다 하여 항소심인 제2심을 제1심으로 볼 수는 없다(대판 1988. 3. 8. 85도2518). 제232조(고소의 취소) ① 고소는 제1심 판결선고 전까지 취소할 수 있다. ③ 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 있어서 처벌을 희망하는 의사표시의 철회에 관하여도 전2항의 규정을 준용한다.** ☞ (X)

③ 친고죄의 공범 중 그 일부에 대하여 제1심판결이 선고된 후에는 **제1심판결선고전의 다른 공범자에 대하여는 그 고소를 취소할 수 없고 그 고소의 취소가 있다 하더라도 그 효력을 발생할 수 없으며, 이러한 법리는 필요적 공범이나 임의적 공범이나를 구별함이 없이 모두 적용된다(대판 1985. 11. 12. 85도1940).** 즉, 판례와 같이 해석하는 것이 친고죄 고소의 주관적불가분 원칙 취지와 부합한다. 고소가 취소된 사정은 양형에서 고려할 수 있다. ☞ (○)

- ④ 나. 형사소송법 제239조, 제237조의 규정상 고소인이 합의서를 피고인에게 작성하여준 것만으로는 고소가 적법히 취소된 것으로 볼 수 없다(대판 1983. 9. 27. 83도516). ☞ (○) 합의서가 공소제기 전에는 수사기관에 공소제기 후에는 수소법원에 제출되어야만 고소취소로 볼 수 있다. 보기의 경우 작성만 해 주었을 뿐 제출하지는 않았다.

[참고 1.] 제237조(고소, 고발의 방식) ① 고소 또는 고발은 서면 또는 구술로써 검사 또는 사법경찰관에게 하여야 한다. ② 검사 또는 사법경찰관이 구술에 의한 고소 또는 고발을 받은 때에는 조서를 작성하여야 한다. 제239조(준용규정) 전2조(제237조, 제238조)의 규정은 고소 또는 고발의 취소에 관하여 준용한다. [참고 2.] 피해자가 경찰에 강간치상의 범죄사실을 신고한 후 경찰관에게 가해자의 처벌을 원한다는 취지의 진술을 하였다가, 그 다음에 가해자와 합의한 후 "이 사건 전체에 대하여 가해자와 원만히 합의하였으므로 피해자는 가해자를 상대로 이 사건과 관련한 어떠한 민·형사상의 책임도 묻지 아니한다."는 취지의 가해자와 피해자 사이의 합의서가 경찰에 제출되었다면, 위와 같은 합의서의 제출로써 피해자는 가해자에 대하여 처벌을 희망하던 종전의 의사를 철회한 것으로서 공소제기 전에 고소를 취소한 것으로 봄이 상당하다(대판 2002. 7. 12. 2001도6777). // 형사소송법 제232조에 의하면 고소는 제1심판결 선고 전까지 취소할 수 있되 고소를 취소한 자는 다시 고소할 수 없으며, 한편 고소취소는 범인의 처벌을 구하는 의사를 철회하는 수사기관 또는 법원에 대한 고소권자의 의사표시로서 형사소송법 제239조, 제237조에 의하여 서면 또는 구술로써 하면 족한 것이므로, 고소권자가 서면 또는 구술로써 수사기관 또는 법원에 고소를 취소하는 의사표시를 하였다고 보여지는 이상 그 고소는 적법하게 취소되었다고 할 것이고, 그 후 고소취소를 철회하는 의사표시를 다시 하였다고 하여도 그것은 효력이 없다 할 것이다(대판 2007. 4. 13. 2007도425, 대판 2009. 9. 24. 2009도6779). [참고 3.] 법원에 제출된 합의서에는 고소인과 피고인 상호간에 원만히 해결되었으므로 이후에 민·형사상 어떠한 이의도 제기하지 않을 것을 합의한다는 취지가 기재되어 있을 뿐이고 그 합의서 제출 후에 고소인이 법정에 나와 고소취소의 의사가 없다고 진술하였다면 위 합의서가 고소인의 자유의사에 의하여 작성되었는가의 여부에 관계없이 고소는 취소되지 아니한 것이다(대판 1980. 10. 27. 80도1448).

정답 ②

【문20】 증거동의에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 증거동의를 공판절차의 갱신이 있거나, 심급을 달리하는 경우에도 미친다. 따라서 제1심에서 한 증거동의를 항소심에서도 그 효력이 있다.
- ② 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차에서 2회 불출석하여 법원이 피고인의 출석 없이 증거조사를 하는 경우에 증거동의를 간주된다.
- ③ 증거동의를 구두변론 종결시까지 철회할 수 있다.
- ④ 피고인의 명시적 의사에 반하지 않는 한 변호인은 피고인을 대리하여 증거동의를 할 수 있다.

해설-----

- ① 동의를 효력이 미치는 범위 중 시간적 범위는 공판절차의 갱신이 있거나 심급을 달리 한다고 하여 소멸되지 않는다(유안석, 온달 주관식 형사소송법 2017년 제2판). 사법경찰관 및 검사 작성의 갑에 대한 각 피의자신문조서는 제1심 공판기일에서 피고인이 증거로 함에 동의하였다면 제2심 공판기일에서 피고인이 이를 번복하여 증거로 함에 부동의하였다더라도 이미 적법하게 부여된 위 조서들의 증거능력이 상실되지는 않는다(대판 1991. 1. 11 90도2525). 피고인들이 제1심법정에서 경찰작성 조서들에 대하여서 증거로 함에 동의하였다면 그 후 항소심에서 범행인정 여부를 다투고 있다하여도 이미 동의한 효과에 아무런 영향을 가져오지 아니한다(대판 1990. 2. 13. 89도2366). ☞ (○) [참고] 제318조(당사자의 동의와 증거능력) ① 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다. ② 피고인의 출정없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 전항의 동의가 있는 것으로 간주한다. 단, 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 예외로 한다. 제364조(항소법원의 심판) ③ 제1심법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서도 증거로 할 수 있다.

- ② 제458조(준용규정) ② 제365조의 규정은 정식재판절차의 공판기일에 정식재판을 청구한 (약식명령)피고인이 출석하지 아니한 경우에 이를 준용한다. 제365조(피고인의 출정) ① 피고인이 공판기일에 출정하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하여야 한다. ② 피고인이 정당한 사유 없이 다시 정한 기일에 출정하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 판결을 할 수 있다. 제318조(당사자의 동의와 증거능력) ① 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다. ② 피고인의 출정 없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 전항의 동의가 있는 것으로 간주한다. 단, 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 예외로 한다.

[1] 형사소송법 제458조 제2항, 제365조는 피고인이 출정을 하지 않음으로써 본안에 대한 변론권을 포기한 것으로 보는 일종의 제재적 규정으로, 이와 같은 경우 피고인의 출정 없이도 심리, 판결할 수 있고 공판심리의 일환으로 증거조사가 행해지게 마련이어서 피고인이 출석하지 아니한 상태에서 증거조사를 할 수밖에 없는 경우에는 위 법 제318조 제2항의 규정상 피고인의 진의와는 관계없이 같은 조 제1항의 동의가 있는 것으로 간주하게 되어 있는 점, 위 법 제318조 제2항의 입법 취지가 재판의 필요성 및 신속성 즉, 피고인의 불출정으로 인한 소송행위의 지연 방지 내지 피고인 불출정의 경우 전문증거의 증거능력을 결정하지 못함에 따른 소송지연 방지에 있는 점 등에 비추어, 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차에서 2회 불출정하여 법원이 피고인의 출정 없이 증거조사를 하는 경우에 위 법 제318조 제2항에 따른 피고인의 증거동의를 간주된다. ⇨ (○) [2] 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차의 제1심에서 2회 불출정하여 형사소송법 제318조 제2항에 따른 증거동의를 간주된 후 증거조사를 완료한 이상, 간주의 대상인 증거동의를 증거조사가 완료되기 전까지 철회 또는 취소할 수 있으나 일단 증거조사를 완료한 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하는 점, 증거동의 간주가 피고인의 진의와는 관계없이 이루어지는 점 등에 비추어, 비록 피고인이 항소심에 출석하여 공소사실을 부인하면서 간주된 증거동의를 철회 또는 취소한다는 의사표시를 하더라도 그로 인하여 적법하게 부여된 증거능력이 상실되는 것이 아니다(대판 2010. 7. 15. 2007도5776).

- ③ [3] 형사소송법 제318조에 규정된 증거동의를 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하므로 취소 또는 철회 이전에 이미 취득한 증거능력은 상실되지 않는다(대판 2004. 6. 25. 2004도2611). ⇨ (X)

- ④ 라. 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 인정된다(대판 1988. 11. 8. 88도1628). ⇨ (○)

정답 ③

【문21】 공소시효에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 형법상 내란의 죄, 외환의 죄 등 일정한 헌정질서 파괴범죄는 형사소송법상의 공소시효 규정이 적용되지 아니한다.
- ② 공소장 변경이 있는 경우 공소시효의 완성 여부는 당초의 공소제기가 있었던 시점이 기준이 되어야 하고 공소장 변경시를 기준으로 삼아서는 안 된다.
- ③ 공소장 변경으로 인해 공소사실이 변경됨에 따라 법정형에 차이가 생기는 경우라도 변경 전 공소사실에 대한 법정형이 공소시효 기간의 기준이 된다.
- ④ 포괄일죄의 공소시효는 최종의 범죄행위가 종료한 때로부터 진행한다.

해설-----

- ① 헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법(약칭 : 헌정범죄시효법) 제2조(정의) 이 법에서 "헌정질서 파괴범죄"란 「형법」 제2편 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄와 「군형법」 제2편제1장 반란의 죄, 제2장 이적(利敵)의 죄를 말한다. 제3조(공소시효의 적용 배제) 다음 각 호의 범죄에 대하여는 「형사소송법」 제249조부터 제253조가

지 및 「군사법원법」 제291조부터 제295조까지에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다. 1. 제2조의 **헌정질서 파괴범죄** 2. 「형법」 제250조의 죄로서 「집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약」에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄 ⇨ (○)

- ② ㉓ ④ [2] 공소장 변경이 있는 경우에 공소시효의 완성 여부는 당초의 공소제기가 있었던 시점을 기준으로 판단할 것이고 공소장 변경시를 기준으로 삼을 것은 아니다[② ⇨ (○)]. [3] 공소장변경절차에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 있는 경우에는 변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 된다[③ ⇨ (X)]. [4] 포괄일죄의 공소시효는 최종의 범죄행위가 종료한 때로부터 진행한다[④ ⇨ (○)].(대판 2002. 10. 11. 2002도2939). 2018년 법무사 2차 형사소송법 기출

정답 ㉓

【문22】 법원의 구속집행정지 및 보석제도에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 검사는 법원의 구속집행정지결정에 관하여 즉시항고를 할 수 없다.
- ② 피고인이 집행유예기간 중에 있는 때에는 보석을 허가할 수 없다.
- ③ 구속영장의 효력이 소멸한 때에는 보석조건은 즉시 그 효력을 상실한다.
- ④ 보석취소의 결정이 있는 때에는 그 취소결정의 등본에 의하여 피고인을 재구금하여야 한다.

해설-----

① 2015. 7. 31. 일부개정 전 구 형사소송법 제101조(구속의 집행정지) ① 법원은 상당한 이유가 있는 때에는 결정으로 구속된 피고인을 친족·보호단체 기타 적당한 자에게 부탁하거나 피고인의 주거를 제한하여 구속의 집행을 정지할 수 있다. ② 전항의 결정을 함에는 검사의 의견을 물어야 한다. 단, 급속을 요하는 경우에는 그러하지 아니하다. ③ “제1항의 결정에 대하여는 검사는 즉시항고를 할 수 있다.”는 규정은 헌법재판소 2012. 6. 27. 2011헌가36 위헌결정 취지에 따라 법원의 구속집행정지 결정에 대한 검사의 즉시항고권을 삭제하였다(2015. 7. 31. 일부개정) 따라서 **현재는 형사소송법 제403조 제2항에 의하여 “보통항고”로 다룰 수 있다.** ⇨ (○)

헌법 역시 시험과목이므로 부연설명하자면 [참고] 1. **법원이 피고인의 구속 또는 그 유지 여부의 필요성에 관하여 한 재판의 효력이 검사나 다른 기관의 이견이나 불복이 있다 하여 좌우되거나 제한받는다**면 이는 **영장주의에 위반**한다고 할 것인바, 구속집행정지결정에 대한 검사의 즉시항고를 인정하는 이 사건 법률조항은 **검사의 불복을 그 피고인에 대한 구속집행을 정지할 필요가 있다는 법원의 판단보다 우선시할 뿐만 아니라, 사실상 법원의 구속집행정지결정을 무의미하게 할 수 있는 권한을 검사에게 부여한 것**이라는 점에서 **헌법 제12조 제3항의 영장주의원칙에 위배**된다. 또한 헌법 제12조 제3항의 영장주의는 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙의 특별규정이므로, 헌법상 영장주의원칙에 위배되는 이 사건 법률조항은 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙에도 위배된다. 2. 이 사건 법률조항은 **부당한 구속집행정지결정으로 피고인이 출소한 후 도망가거나 증거를 인멸함으로써 공정한 재판 진행이나 형의 집행에 차질을 가져오는 것을 예방하기 위한 것으로서 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정**된다. 그러나 피고인에 대한 신병확보의 필요성은 피고인의 출석을 보장할 만한 조건의 부가에 의하여 그 목적을 달성할 수 있으며, 법원의 구속집행정지결정에 대하여 검사가 불복할 수 있도록 하더라도, **보통항고를 하고 집행정지를 청구하거나, 즉시항고를 인정하되 즉시항고에 재판의 집행을 정지하는 효력을 인정하지 않는 방법도 있으므로, 구속집행정지결정 자체를 무력화시키는 방법보다 덜 침해적인 방법에 의해서는 그 목적을 전혀 달성할 수 없다고 보기 어렵다**는 점을 고려할 때 구속집행정지결정에 대하여 즉시항고권을 인정하는 것은 **피해의 최소성을 갖춘 것이라고 할 수 없다.** 또한 법원이 일정한 조건 하에 구속의 집행을 정지하는 경우 도주와 증거인멸의 우려 등은 이미 법원의 결정 단계에서 고려되었다는 점, 구속의 집행정지 사유들은 한시적인 경우가 많아 그 시기를 놓치게 되면 피고인에게 집행정지의 의미가 없어지게 되는 점 등을 종합해 보면, 이 사건 법률조항이 **법익의 균형성을 갖춘 것이라고 보기도 어렵다** (2012. 6. 27. 2011헌가36).

- ② 피고인이 집행유예의 기간 중에 있어 집행유예의 결격자라고 하여 보석을 허가할 수 없는 것은 아니고 형사소송법 제95조는 그 제1 내지 5호 이외의 경우에는 필요적으로 보석을 허가하여야 한다는 것이지 여기에 해당하는 경우에는 보석을 허가하지 아니할 것을 규정한 것이 아니므로 집행유예기간중에 있는 피고인의 보석을 허가할 것이 누범과 상습범에 대하여는 보석을 허가하지 아니할 수 있다는 형사소송법 제95조 제2호의 취지에 위배되어 위법이라고 할 수 없다(대결 1990. 4. 18. 90모22). ☞ (X)
- ③ 제104조의2(보석조건의 효력상실 등) ① 구속영장의 효력이 소멸한 때에는 보석조건은 즉시 그 효력을 상실한다. ☞ (○)
- ④ 형사소송법 제102조(보석조건의 변경과 취소 등) ② 법원은 피고인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 직권 또는 검사의 청구에 따라 결정으로 보석 또는 구속의 집행정지를 취소할 수 있다. 다만, 제101조제4항에 따른 구속영장의 집행정지는 그 회기 중 취소하지 못한다. 1. 도망한 때 2. 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때 3. 소환을 받고 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때 4. 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때 5. 법원이 정한 조건을 위반한 때 형사소송규칙 제56조(보석 등의 취소에 의한 재구금절차) ① 법 제102조 제2항에 따른 보석취소 또는 구속집행정지취소의 결정이 있는 때 또는 기간을 정한 구속집행정지결정의 기간이 만료된 때에는 검사는 그 취소결정의 등본 또는 기간을 정한 구속집행정지결정의 등본에 의하여 피고인을 재구금하여야 한다. ☞ (○) 다만, 급속을 요하는 경우에는 재판장, 수명법관 또는 수탁판사가 재구금을 지휘할 수 있다.

정답 ②

【문23】 약식명령과 그에 대한 정식재판에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 약식명령의 고지는 검사와 피고인에 대한 재판서의 송달에 의하여 하고, 피고인에게 변호인이 있는 경우에도 변호인에게 약식명령 등본을 송달해야 하는 것은 아니다.
- ② 피고인은 정식재판의 청구를 포기할 수 없다.
- ③ 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다.
- ④ 약식명령은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있는 때에는 그 효력을 잃는다.

해설 -----

- ① 제452조(약식명령의 고지) 약식명령의 고지는 검사와 피고인에 대한 재판서의 송달에 의하여 한다. // 형사소송법 제452조에서 약식명령의 고지는 검사와 피고인에 대한 재판서의 송달에 의하도록 규정하고 있으므로, 약식명령은 그 재판서를 피고인에게 송달함으로써 효력이 발생하고, 변호인이 있는 경우라도 반드시 변호인에게 약식명령 등본을 송달해야 하는 것은 아니다. 따라서 정식재판 청구기간은 피고인에 대한 약식명령 고지일을 기준으로 하여 기산하여야 한다(대결 2016. 12. 2. 2016모2711, 대결 2017. 7. 27. 2017모1557). ☞ (○)
- ② 제453조(정식재판의 청구) ① 검사 또는 피고인은 약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내에 정식재판의 청구를 할 수 있다. 단, 피고인은 정식재판의 청구를 포기할 수 없다. ☞ (○)
- ③ 제457조의2(형종 상향의 금지 등) ① 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형(보기와 같이 '중한 형'이 아님)을 선고하지 못한다. ② 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다. ☞ (X)

[참고] 개정이유 : 1995년 「형사소송법」 개정으로 약식명령에 대하여 피고인이 정식재판을 청구한 사건의 경우 불이익변경금지의 원칙이 적용되어 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못하게 되었으나, (이유 1.) 정식재판청구 사건에 대한 불이익변경금지의 원칙이 도입된 후에 ㉠ 정식재판 과정에서 피해자가 사망하는 등 피해가 확대된 경우와 같이 공판 과정에서 새로운 사실이 밝혀진 경우, ㉡ 피고인이 피해자를 회유하거나 증거를

조작하여 약식명령을 받은 사실이 밝혀진 경우 또는 ㉔ 벌금 집행의 지연이나 불법 영업을 계속하기 위하여 정식재판청구를 남용하는 경우 등에도 불이익변경금지의 원칙으로 인하여 죄질이나 국민의 법감정에 맞지 아니한 가벼운 벌금형을 선고할 수 밖에 없어 정식재판청구가 범죄자에 대한 형벌 상한 보증제도로 전락하였다는 문제점과, (이유 2.) 불이익변경금지의 원칙의 적용으로 ㉕ 서류재판인 약식명령의 결정이 공판절차를 거치는 정식재판 판결보다 우선하게 되는 결과를 가져옴에 따라 실제적 진실에 부합하는 처벌을 할 수 없는 등 사법 정의에 반하는 결과를 가져오게 되었다는 점이 부작용으로 지적되고 있고, ㉖ 약식명령에 대한 정식재판청구 사건이 불이익변경 금지 원칙 도입 이전보다 6배 이상 급증(정식재판 청구율: 1997년 1.8퍼센트, 2005년 6.9퍼센트, 2014년 11.5퍼센트)함에 따라 사법역량이 오히려 경미한 사건에 집중되어, 경미한 사건을 간이한 절차에 따라 신속히 처리하려는 약식명령 제도의 취지에 반하는 결과를 가져오게 되었으며, ㉗ 약식명령과 약식명령에 대한 정식재판청구 사건은 같은 1심 절차임에도 불구하고 약식명령에 대한 정식재판청구 사건에 대하여 불이익변경금지의 원칙을 적용하는 것은 형사소송구조에 부합한다고 보기 어렵고, 독일, 일본, 프랑스 등 외국의 입법례에서도 그 예를 찾을 수 없는 제도라 할 수 있으므로, (결론) 약식명령에 대한 정식재판청구 사건에서 불이익변경금지의 원칙을 폐지하여 정식재판청구의 남용을 방지하고 사법정의와 국민의 법감정에 맞는 판결이 가능하도록 하려는 것임.

- ④ 제456조(약식명령의 실효) 약식명령은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있는 때에는 그 효력을 잃는다. ◻ (○)  
정답 ㉔

【문24】 기록 등의 열람·복사 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 누구든지 판결이 확정된 사건의 판결서를 보관하는 법원에서 이를 열람 및 복사할 수 있다. 다만, 사건관계인의 사생활의 비밀을 현저히 해할 우려가 있는 경우에는 소송관계인의 신청이 있는 경우에 한하여 판결서의 열람 및 복사를 제한할 수 있다.
- ② 법원공무원은 위 ①에 따른 열람 및 복사에 앞서 판결서에 기재된 성명 등 개인정보가 공개되지 아니하도록 대법원규칙으로 정하는 보호조치를 하여야 한다.
- ③ 위 ②에 따른 개인정보 보호조치를 한 법원공무원은 고의 또는 과실로 인한 것이 아니면 위 ①에 따른 열람 및 복사와 관련하여 민사상·형사상 책임을 지지 아니한다.
- ④ 누구든지 권리구제·학술연구 또는 공익적 목적으로 재판이 확정된 사건의 소송기록을 보관하고 있는 검찰청에 그 소송기록의 열람 또는 등사를 신청할 수 있는데, 검사는 소송관계인이 동의하지 않는 경우에는 소송기록의 전부 또는 일부의 열람 또는 등사를 제한할 수 있다.

해설-----

제59조의2(재판확정기록의 열람·등사) 제1항 누구든지 권리구제·학술연구 또는 공익적 목적으로 재판이 확정된 사건의 소송기록을 보관하고 있는 검찰청에 그 소송기록의 열람 또는 등사를 신청할 수 있다. 제2항 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 소송기록의 전부 또는 일부의 열람 또는 등사를 제한할 수 있다. 다만, 소송관계인이나 이해관계 있는 제3자가 열람 또는 등사에 관하여 정당한 사유가 있다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다. 제3호 : 소송기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해할 우려가 있는 경우 제7호 : 소송기록의 공개에 대하여 당해 소송관계인이 동의하지 아니하는 경우[④ ◻ (○)] // 제59조의3(확정 판결서등의 열람·복사) 제1항 누구든지 판결이 확정된 사건의 판결서 또는 그 등본, 증거목록 또는 그 등본, 그 밖에 검사나 피고인 또는 변호인이 법원에 제출한 서류·물건의 명칭·목록 또는 이에 해당하는 정보(이하 "판결서등"이라 한다)를 보관하는 법원에서 해당 판결서등을 열람 및 복사(인터넷, 그 밖의 전자정보처리시스템을 통한 전자적 방법을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 판결서등의 열람 및 복사를 제한할 수 있다.

5. 제59조의2 제2항 제3호 또는 제6호의 사유가 있는 경우. 다만, 소송관계인의 신청이 있는 경우에 한정한다[① ◻ (○)]. 제2항 법원사무관등이나 그 밖의 법원공무원은 제1항에 따른 열람 및 복사에 앞서 판결서등에 기재된 성명 등 개인정보가 공개되지 아니하도록 대법원규칙으로 정하는 보호조치를 하여야 한다[② ◻ (○)]. 제3

항 제2항에 따른 개인정보 보호조치를 한 법원사무관등이나 그 밖의 법원공무원은 고의 또는 <중대한 과실>로 인한 것이 아니면 제1항에 따른 열람 및 복사와 관련하여 민사상·형사상 책임을 지지 아니한다③ (X)].

정답 ③

【문25】 형사소송법상 피의자를 보호하기 위한 제도에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 체포·구속적부심사에 관한 법원의 결정에 대하여는 기각결정과 석방결정을 불문하고 항고가 허용되지 않는다.
- ② 미체포된 피의자에 대하여는 구속영장을 청구받은 판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 이유가 있는 경우에 피의자가 도망하는 등의 사유로 심문할 수 없는 경우 이외에는 피의자를 구인한 후 심문하여야 한다.
- ③ 법원은 체포·구속적부심사에서 체포 또는 구속된 피의자에게 변호인이 없는 때에는 국선변호인을 선정하여야 하나, 심문 없이 기각 결정하는 경우에는 국선변호인을 선정할 필요는 없다.
- ④ 체포·구속적부심사의 심문기일에 출석한 검사·변호인·청구인은 피의자를 직접 심문할 수 없고 법원의 심문이 끝난 후 의견을 진술할 수 있다.

해설-----

① 제214조의2(체포와 구속의 적부심사) 제3항 법원은 제1항에 따른 청구가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 제4항에 따른 심문 없이 결정으로 청구를 기각할 수 있다. 1. 청구권자 아닌 자가 청구하거나 동일한 체포영장 또는 구속영장의 발부에 대하여 재청구한 때 2. 공범 또는 공동피의자의 순차청구가 수사방해의 목적임이 명백한 때. 제4항 제1항의 청구를 받은 법원은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포 또는 구속된 피의자를 심문하고 수사관계서류와 증거물을 조사하여 그 청구가 이유 없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 체포 또는 구속된 피의자의 석방을 명하여야 한다. 심사청구 후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 또한 같다(소위 전격기소). 제8항 제3항과 제4항의 결정(기각 또는 석방)에 대하여는 항고하지 못한다. (O)

[참고] 전격기소와 구속적부심사 - 헌법불합치 결정(2004. 3. 25. 2002헌바104)

1. 헌법 제12조 제6항은 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다’고 규정하고 있는 바, 체포·구속적부심사청구권의 경우 헌법적 차원에서 독자적인 지위를 가지고 있기 때문에 입법자가 전반적인 법체계를 통하여 관련자에게 그 구체적인 절차적 권리를 제대로 행사할 수 있는 기회를 최소한 1회 이상 제공하여야 할 의무가 있다고 보아야 한다.

2. 우리 형사소송법은 피의자에 대하여는 제214조의2에서 구속적부심사제도를, 피고인에 대하여는 제93조에서 구속취소제도를 두어 당해 구속의 근거인, 검사가 수사단계에서 판사로부터 발부 받은 구속영장의 헌법적 정당성에 대하여 법원이 다시 심사할 수 있도록 하면서, 만일 그 구속영장 자체에서 명백한 하자 등이 발견되는 경우 법원이 당사자를 즉시 석방할 수 있도록 규정하고 있기 때문에, 입법자는 헌법 제12조 제3항 및 형사소송법 제201조의 적용영역에 관하여 그 입법형성의무 중 대부분을 일단 이행하였다고 보아야 한다.

3. 검사가 전격기소를 한 이후 청구인에게 ‘구속취소’라는 후속절차가 보장되어 있다고 하더라도 그에 따르는 적지 않은 시간적, 정신적, 경제적 부담을 청구인에게 지워야 할 이유도 없으며, 기소이전단계에서 이미 행사된 적부심사청구권의 당부에 대하여 법원으로부터 실질적인 심사를 받을 수 있는 청구인의 절차적 기회를 완전히 박탈하여야 하는 합리적인 근거도 없기 때문에, 입법자는 그 한도 내에서 적부심사청구권의 본질적 내용을 제대로 구현하지 아니하였다고 보아야 한다. 따라서 헌법에 합치하지 않는다(잠정적용 헌법불합치).

이후 2004. 10. 16. 형사소송법 개정으로 형사소송법 제214조의2 제3항 말미에 “심사청구 후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 같다”라는 규정이 신설되었다(2007. 6. 1. 개정 이후 즉 현행법에는 개정 전 제3항이 제4항으로 변경).

② 제201조의2(구속영장 청구와 피의자 심문) ① 제200조의2(영장에 의한 체포)·제200조의3(긴급체포) 또는 제212조(현행범인의 체포)에 따라 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구 받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다. 이 경우 특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날의 다음날까지 심문하여야 한다. ② 제1항 외의 피의자(보기와 같은 미체포된 피의자)에 대하여 구속영장을 청구 받은 판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문[☞ (○)]하여야 한다. 다만, 피의자가 도망하는 등의 사유로 심문할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 제214조의2(체포와 구속의 적부심사) ⑩ 체포 또는 구속된 피의자에게 변호인이 없는 때에는 제33조의 규정을 준용한다. 제33조(국선변호인) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 변호인이 없는 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 1. 피고인이 구속된 때 2. 피고인이 미성년자인 때 3. 피고인이 70세 이상인 때 4. 피고인이 농아자인 때 5. 피고인이 심신장애의 의심이 있는 때 6. 피고인이 사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 기소된 때 ② 법원은 피고인이 빈곤 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우에 피고인의 청구가 있는 때에는 변호인을 선정하여야 한다. ③ 법원은 피고인의 연령·지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위 안에서 변호인을 선정하여야 한다. // 즉, 필요적 국선변호사건에 해당하므로 심문 없이 기각 결정을 하는 경우에도 국선변호인을 선정해야 한다. ☞ (X)

[참고] 암기 : 구·미·70·농·심·사·무·3년

④ 제214조의2(체포와 구속의 적부심사) ⑨ 검사·변호인·청구인은 제4항의 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다. 형사소송규칙 제105조(심문기일의 절차) ① 법 제214조의2 제9항에 따라 심문기일에 출석한 검사·변호인·청구인은 법원의 심문이 끝난 후 의견을 진술할 수 있다[원칙 ☞ (○)]. 다만, 필요한 경우에는 심문 도중에도 판사의 허가를 얻어 의견을 진술할 수 있다.

정답 ③

