



2021년 08월 21일 경찰공무원 시험 형사소송법 기출문제 해설

형소법 박용두

- 한국경찰학원은 수험생 여러분의 합격을 응원합니다 -

수업일 21년 08월 23일(월)

1. 변호인에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ① 피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있으며, 이 경우 피고인 또는 피의자는 제3자에게 선임권을 위임하여 그로 하여금 변호인을 선임하게 할 수 있다.
- ② 피고인이 구속된 때에 변호인이 없으면 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 하며, 여기서 ‘피고인이 구속된 때’에는 피고인이 당해 형사사건에서 구속되어 재판을 받고 있는 경우뿐만 아니라 피고인이 별건으로 구속되어 있거나 다른 형사사건에서 유죄로 확정되어 수형 중인 경우도 포함된다.
- ③ 법원은 피고인이 빈곤을 이유로 변호인을 선임할 수 없는 경우에는 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위에서 변호인을 선정하여야 하며, 피고인의 나이·지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 피고인의 의사에 반하여도 변호인을 선정할 수 있다.
- ④ 피고인이 필요적 변호사건인 폭력행위등처벌에관한법률위반죄로 기소된 후 사기죄의 약식명령에 대한 정식재판을 청구하여 제1심에서 모두 유죄판결을 받고 항소하였는데, 항소심이 국선변호인을 선정하지 아니한 채 두 사건을 병합심리하여 항소기각판결을 선고하였다면 변호인의 관여 없이 공판절차를 진행한 위법은 필요적 변호사건이 아닌 사기죄 부분에도 미친다.

[정답] ④

- ① [X] 피고인 또는 피의자가 **제3자에게 선임권을 위임하여 그로 하여금 변호인을 선임하게 할 수 없다**. 변호인 선임은 고유의 선임권자와 그 대리권자만이 할 수 있다.
 - ② [X] 피고인이 구속된 때’에는 피고인이 당해 형사사건에서 구속되어 재판을 받고 있는 경우만을 의미하므로, 피고인이 **별건으로 구속되어 있거나 다른 형사사건에서 유죄로 확정되어 수형 중인 경우는 포함되지 않는다**.
 - ③ [X] 법원은 피고인이 **빈곤**을 이유로 변호인을 선임할 수 없는 경우에는 피고인의 **청구**가 있는 경우에 변호인을 선임하고, 피고인의 나이·지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 **피고인의 명시적 의사에 반하지 않는 범위 안에서** 변호인을 선정하여야 한다(제33조 제2항, 제3항).
 - ④ [O] 대법원 2011. 4. 28. 선고 2011도2279 판결
2. 검사와 사법경찰관의 관계에 관한 설명으로 옳지 **않은** 것을 모두 고른 것은? (경찰 21년 2차)

- ㉠ 검사는 사법경찰관과 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있고 그 요구를 받은 사법경찰관은 지체없이 검사에게 사건을 송치하여야 하나, 검사가 영장을 청구하기 전에 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우에는 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있다.

- ㉡ 사법경찰관이 범죄를 수사하여 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 하고, 그 밖의 경우에는 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다. 후자의 경우 검사는 관계 서류와 증거물을 사법경찰관에게 반환할 필요가 없다.
- ㉢ 위 ㉠의 밑줄 친 경우 사법경찰관이 사건을 검사에게 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 검사는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있고, 검사가 재수사를 요청한 경우 사법경찰관은 사건을 재수사하여야 한다.
- ㉣ 검사는 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 즉시 사법경찰관에게 사건의 송치를 요구할 수 있고, 검사의 송치요구를 받은 사법경찰관은 검사에게 사건을 송치하여야 한다.

- ① ㉠㉡ ② ㉠㉢ ③ ㉠㉣ ④ ㉡㉣

[정답] ③

- ㉠ [X] 송부 받은 날부터 **90일 이내에 반환**한다(제245조의5).
 - ㉡ [X] 검사는 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 사법경찰관에게 **사건기록 등본의 송부를 요구**할 수 있다(제197조의3 제1항).
3. 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」의 내용으로 가장 적절한 것은? (경찰 21년 2차)
- ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자신문에 참여한 변호인이 피의자의 옆자리 등 실질적인 조력을 할 수 있는 위치에 앉도록 해야 하고, 정당한 사유가 없으면 피의자에 대한 법적인 조건·상당을 보장해야 하며, 피의자에 대한 신문이 아닌 단순 면담 등이라는 이유로 변호인의 참여·조력을 제한해서는 안 된다.
 - ② 피의자신문에 참여한 변호인은 검사 또는 사법경찰관의 신문 후 조서를 열람하고 의견을 진술할 수 있으며, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대해서는 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 이의를 제기할 수 있다.
 - ③ 검사 또는 사법경찰관은 피의자의 범죄수법, 범행 동기, 피해자와의 관계, 언동 및 그 밖의 상황으로 보아 피해자가 피의자 또는 그 밖의 사람으로부터 생명·신체에 위해를 입거나 입을 염려가 있다고 인정되는 경우에는 피해자의 신청이 있는 때에 한하여 신변보호에 필요한 조치를 강구할 수 있다.
 - ④ 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 출석요구를 하려는 경우에는 피의자와 조사의 일시·장소에 관하여 협의해야 하고 변호인이 있는 때에는 변호인과의 협의해야 하나, 피의자 외의 사람에 대한 출석요구의 경우에는 협의를 요하지 아니한다.

[정답] ①

- ① [O] 수사준칙 제13조 제2항
- ② [X] 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대해서는 검사 또는 사법경찰관의 **승인을 받지 않고도** 이의를 제기할 수 있다(수사준칙 제14조 제3항).
- ③ [X] **직권** 또는 피해자의 신청에 따라 신변보호에 필요한 조치를 강구해야 한다(제15조 제2항).
- ④ [X] 피의자 외의 사람에 대한 출석요구의 경우에도 협의를 요한다(수사준칙 제19조 제6항).

4. 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」상 사법경찰관이 그 행위에 착수한 때에는 수사를 개시한 것으로 보고 해당 사건을 즉시 입건해야 하는 경우가 아닌 것은? (경찰 21년 2차)

- ① 피혐의자의 수사기관 출석조사
- ② 피의자신문조서의 작성
- ③ 현행범인 체포
- ④ 체포·구속영장의 청구 또는 신청

[정답] ③

검사 또는 사법경찰관이 행위에 착수한 때에는 수사를 개시한 것으로 보고 해당 사건을 즉시 입건해야 하는 경우는, ㉠ 피혐의자의 수사기관 출석조사, ㉡ 피의자신문조서의 작성, ㉢ **긴급 체포**, ㉣ 체포·구속영장의 청구 또는 신청, ㉤ 사람의 신체, 주거, 관리하는 건조물, 자동차, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실에 대한 압수·수색 또는 검증영장(부검을 위한 검증영장은 제외한다)의 청구 또는 신청의 경우이다(수사준칙규정 제16조 제1항).

5. 체포와 구속에 관한 설명으로 가장 적절하지 **않은** 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ① 피고인이 경찰관들과 마주하자마자 도망가려는 태도를 보이거나 먼저 폭력을 행사하며 대항한 바 없는 등 경찰관들이 체포를 위한 실행행사에 나아가기 전에 체포영장을 제시하고 미란다 원칙을 고지할 여유가 있었음에도, 애초부터 미란다 원칙을 체포 후에 고지할 생각으로 먼저 체포행위에 나선 경찰관들의 행위는 적법한 공무집행이라고 보기 어렵다.
- ② 구속의 효력은 원칙적으로 구속영장에 기재된 범죄사실에만 미치므로, 구속기간이 만료될 무렵에 종전 구속영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실로 피고인을 구속하였다는 사실만으로는 피고인에 대한 구속이 위법하다고 할 수 없다.
- ③ 검사의 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법원 판사의 재판은 항고의 대상이 되는 ‘법원의 결정’에 해당하지 아니하고 준항고의 대상이 되는 ‘재판장 또는 수명법관의 구금 등에 관한 재판’에도 해당하지 아니하므로, 영장청구를 기각하는 결정에 대해서는 검사가 항고 또는 준항고를 할 수 없다.
- ④ 검사가 사법경찰관이 신청한 영장을 정당한 이유 없이 판사에게 청구하지 아니한 경우 사법경찰관은 그 검사 소속의 지방검찰청에 영장 청구 여부에 대한 심의를 신청할 수 있으며, 각 지방검찰청은 이를 심의하기 위하여 영장심의회를 둔다.

[정답] ④

- ① [O] 미란다원칙은 원칙적으로 체포행위 전에 고지해야 한다.
- ② [O] 영장의 효력은 사건을 단위로 하기 때문이다.
- ③ [O] 영장청구에 대한 지방법원판사의 재판에 대해서는 불복이 불가능하다.
- ④ [X] 영장심의회위원회는 **고등검찰청**에 둔다(제221조의5).

6. 구속에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ① 사인(私人)이 체포한 현행범인을 검사 등이 인도받은 후 그를 구속하고자 하는 경우에는 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간 내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 즉시 석방하여야 한다. 이 경우 48시간의 기산점은 현행범인을 인도받은 때가 아니라 현행범인을 체포한 때이다.
- ② 피고인의 구속기간은 2개월로 하나, 특히 구속을 계속할 필요가 있는 경우에는 심급마다 2개월 단위로 2차에 한하여 결정으로 갱신할 수 있다. 다만, 상소심은 피고인 또는 변호인이 신청한 증거의 조사, 상소이유를 보충하는 서면의 제출 등으로 추가 심리가 필요한 부득이한 경우에는 3차에 한하여 갱신할 수 있다.
- ③ 구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에 출석을 거부한다면 수사기관은 그 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있으며, 이 경우 피의자는 수사기관의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 없다.
- ④ 「형사소송법」 제72조는 “피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다”라고 규정하고 있는 바, 이는 수소법원 등 법관이 취하여야 하는 절차가 아니라 구속영장을 집행함에 있어 집행기관이 취하여야 하는 절차에 관한 것이다.

[정답] ②

- ① [X] 48시간의 기산점은 **현행범인을 인도받은 때**이다(판례).
- ② [O] 제92조
- ③ [X] 피의자는 수사기관의 질문에 대하여 진술을 **거부할 수 있다**(판례).
- ④ [X] **수소법원 등 법관이 취하여야 하는 절차**이다(판례).

7. 미성년자인 甲은 술에 취한 상태에서 승용차를 운전하던 중 교통사고를 야기하고 그 직후 의식불명인 상태로 병원응급실로 후송되었다. 이 경우 甲의 혈액 압수에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ① 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 甲의 동의 없이 甲의 혈액을 취득·보관하는 행위는 법원으로부터 감정처분 허가장을 받아 감정에 필요한 처분으로도 할 수 있지만, 압수의 방법으로도 할 수 있고, 압수의 방법에 의하는 경우 혈액의 취득을 위하여 甲의 신체로부터 혈액을 채취하는 행위는 압수영장의 집행에 있어 필요한 처분에 해당한다.
- ② 의식불명인 甲에 대하여 영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 상황에서 甲에게서 술냄새가 강하게 나는 등 준현행범인의 요건이 갖추어져 있고 교통사고 발생 시각으로부터 범행 직후라고 볼 수 있는 시간 내라면, 사법경찰관은 의료인으로부터 하역금 의학적인 방법에 따라 필요최소한의 한도 내에서 甲의 혈액을 채취하게 한 후 그 혈액을 영장 없이 압수할 수 있다.
- ③ 甲의 법정대리인인 부모가 병원응급실에 있는 경우 사법경찰관은 부모의 동의를 받아 의료인으로부터 하역금 의료용 기구로 의학적인 방법에 따라 필요최소한의 한도 내에서 甲의 혈액을 채취하게 한 후 그 혈액을 영장 없이 압수할 수 있다.
- ④ 간호사가 병원이나 담당의사를 대리하여 甲의 혈액을 사법경찰관에게 임의로 제출할 수 있는 권한이 없다고 볼 특별한 사정이 없는 이상, 사법경찰관은 간호사가 진료 목적으로 채혈해 둔 甲의 혈액 중 일부를 주취운전 여부에 대한 감정의 목적으로 임의로 제출받아 압수할 수 있다.

[정답] ③

- ③ [X] 채혈에 대해서는 **법정대리인이 대리하여 동의할 수 없다**. 형사절차에서 대리는 명문의 규정이 있을 때 가능한데, 채혈에 대해서는 대리에 관한 명문의 규정이 없다(판례).

8. 공소제기 후의 수사에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ① 검사가 공소제기 후 「형사소송법」 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 하였다면, 이는 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다.
- ② 검사작성의 피고인에 대한 진술조서가 공소제기 후에 작성된 것이라는 이유만으로는 곧 그 증거능력이 없다고 할 수 없다.
- ③ 검사 또는 사법경찰관이 피고인에 대한 구속영장을 집행하는 경우에 필요한 때에는 그 집행현장에서 영장없이 압수, 수색, 검증을 할 수 있다.
- ④ 제1심에서 피고인에 대하여 무죄판결이 선고되어 검사가 항소한 후 수사기관이 항소심 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 수 있는 사람을 특별한 사정 없이 미리 수사기관에 소환하여 작성한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 않는 한 증거능력이 없다. 그러나 그 참고인이 나중에 법정에 증인으로 출석하여 진술조서의 성립의 진정을 인정하고 피고인 측에 반대신문의 기회가 부여되면 그 진술조서를 증거로 할 수 있다.

[정답] ④

- ④ [X] 참고인이 나중에 법정에 **증인으로 출석하여 위 진술조서의 성립의 진정을 인정하고 피고인 측에 반대신문의 기회가 부여된다 하더라도 위 진술조서의 증거능력을 인정할 수 없다.** [판례참고] 제1심에서 피고인에 대하여 무죄판결이 선고되어 검사가 항소한 후, **수사기관이 항소심 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 수 있는 사람을 특별한 사정 없이 미리 수사기관에 소환하여 작성한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 않는 한 증거능력이 없다.** 검사가 공소를 제기한 후 참고인을 소환하여 피고인에게 불리한 진술을 기재한 진술조서를 작성하여 이를 공판절차에 증거로 제출할 수 있게 한다면, 피고인과 대등한 당사자의 지위에 있는 검사가 수사기관으로서의 권한을 이용하여 일방적으로 법정 밖에서 유리한 증거를 만들 수 있게 하는 것이므로 **당사자주의·공판중심주의·직접심리주의에 반하고 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하기 때문**이다. 위 참고인이 나중에 법정에 **증인으로 출석하여 위 진술조서의 성립의 진정을 인정하고 피고인 측에 반대신문의 기회가 부여된다 하더라도 위 진술조서의 증거능력을 인정할 수 없음**은 마찬가지이다. 위 **참고인이 법정에서 위와 같이 증거능력이 없는 진술조서와 같은 취지로 피고인에게 불리한 내용의 진술을 한 경우, 그 진술에 신빙성**을 인정하여 유죄의 증거로 삼을 것인지는 증인신문 전 수사기관에서 진술조서가 작성된 경위와 그것이 법정진술에 영향을 미쳤을 가능성 등을 **종합적으로 고려하여 신중하게 판단**하여야 한다(대법원 2019. 11. 28. 선고 2013도6825 판결).

9. 다음 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ① 반의사불벌죄에서 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시 철회의 유무나 그 효력 여부에 관한 사실은 엄격한 증명의 대상이 아니라 자유로운 증명의 대상이다.
- ② 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시의 부존재는 소극적 소수조건으로서 직권조사사항이므로 당사자가 항소이유로 주장하지 아니하더라도 항소심은 이를 직권으로 조사·판단하여야 한다.
- ③ 「형사소송법」은 형사소추권의 발동 여부를 사인(私人)인 피해자의 의사에 맡겨 장기간 불확정한 상태에 두어 생기는 폐단을 막기 위해서 친고죄에 대하여 고소기간을 범인을 알

게 된 날부터 6월로 제한하고 있으며, 이는 소추조건인 고발에도 적용된다.

- ④ 고소권자가 비친고죄로 고소한 사건을 검사가 친고죄로 구성하여 공소를 제기하였다면 공소장 변경절차를 거쳐 공소사실이 비친고죄로 변경되지 아니하는 한, 법원은 친고죄에서 소수조건이 되는 고소가 유효하게 존재하는지를 직권으로 조사·심리하여야 한다.

[정답] ③

③ [X] 친고죄에 대하여 고소기간을 범인을 알게 된 날부터 6월로 제한하고 있는데, 이는 소추조건인 고발에는 적용되지 않는다. **고발에는 기간제한이 없다.**

10. 「통신비밀보호법」상 사법경찰관의 통신제한조치(전기통신의 감청)에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (경찰 21년 2차)

- ㉠ 일정한 요건이 구비된 경우에는 검사에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치에 대한 허가를 신청하고, 검사는 법원에 대하여 그 허가를 청구할 수 있다.
- ㉡ 통신제한조치의 기간은 3개월을 초과하지 못하나 허가요건이 존속하는 경우에는 3개월의 범위에서 통신제한조치기간의 연장을 청구할 수 있다. 다만 통신제한조치의 연장을 청구하는 경우에 통신제한조치의 총 연장기간은 1년(일정한 범죄의 경우는 3년)을 초과할 수 없다.
- ㉢ 통신제한조치를 집행한 사건에 관하여 검사로부터 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분(기소중지 또는 참고인중지 결정은 제외한다)의 통보를 받거나 검찰송치를 하지 아니하는 처분(수사중지 결정은 제외한다) 또는 내사사건에 관하여 입건하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 날부터 30일 이내에 감청의 대상이 된 전기통신의 가입자에게 통신제한조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다.
- ㉣ 인터넷 회선을 통하여 송신·수신하는 전기통신을 대상으로 통신제한조치를 집행한 경우 그 전기통신의 보관 등을 하고자 하는 때에는 집행종료일부 10일 이내에 보관 등이 필요한 전기통신을 선별하여 검사에게 보관 등의 승인을 신청하고, 검사는 신청일부터 10일 이내에 통신제한조치를 허가한 법원에 그 승인을 청구할 수 있다.

- ① ㉠㉢ ② ㉠㉣ ③ ㉡㉢ ④ ㉡㉣

[정답] ①

- ① [X] **2월**을 초과할 수 없고, **2월의 범위 내에서 연장**이 가능하다. 총 연장기간은 1년(일정한 범죄의 경우는 3년)을 초과할 수 없다(개정 통신비밀보호법).
- ③ [X] 전기통신의 보관 등을 하고자 하는 때에는 집행종료일부터 **14일** 이내에 보관 등이 필요한 전기통신을 선별하여 검사에게 보관 등의 승인을 신청하고, 검사는 신청일부터 **7일** 이내에 통신제한조치를 허가한 법원에 그 승인을 청구할 수 있다(개정 통신비밀보호법).

11. 압수·수색에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ① 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 있으며, 이 경우 압수·수색 또는 검증은 체포현장이 아닌 장소에서도 할 수 있다.
- ② 경찰관이 현행범인 체포 당시 임의제출방식으로 피의자로부터 압수한 휴대전화기에 대하여 작성한 압수조서 중 압수경

위란에 피의자의 범행을 직접 목격한 사람의 진술이 기재된 경우, 이는 「형사소송법」 제312조제5항에서 정한 ‘피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서’에 준하며, 휴대전화기에 대한 임의제출절차가 적법하지 않다면 압수조서에 기재된 진술은 증거로 할 수 없다.

- ③ 사법경찰관은 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있으므로, 현행범 체포현장이나 범죄 현장에서 소지자 등이 임의로 제출하는 물건을 영장 없이 압수하는 것이 허용되고, 이 경우 별도로 사후에 영장을 받을 필요가 없다.
- ④ 사법경찰관은 피의사실이 중대하고 범죄혐의가 명백함에도 불구하고 피의자가 장시간의 설득에도 소변의 임의제출을 거부하면서 영장집행에 저항하여 다른 방법으로 수사 목적을 달성하기 곤란하다고 판단한 때에는, ‘압수·수색영장의 집행에 필요한 처분’으로 필요최소한의 한도 내에서 피의자를 강제로 인근 병원으로 데리고 가서 의사로 하여금 피의자의 신체에서 소변을 채취하는 것이 허용된다.

[정답] ②

- ② [X] **휴대전화기에 대한 임의제출절차가 적법하였는지 여부에 영향을 받지 않는 별개의 독립적인 증거**에 해당하므로, 피고인이 **증거로 함에 동의한 이상 유죄를 인정하기 위한 증거로 사용**할 수 있다. [판례학습] 피고인이 증거로 함에 동의한 서류들 중 이 사건 휴대전화기에 대한 압수조서의 ‘압수경위’란에는, 이 부분 공소사실과 관련하여 “2018. 3. 26. 08:15경 지하철 1호선 서울역 승강장 및 ’가’ 게이트 앞에서 경찰관이 소매치기 및 성폭력 등 지하철범죄 예방·검거를 위한 비노출 잠복 근무 중 검정재킷, 검정바지, 흰색 운동화를 착용한 20대 가량 남성이 짧은 치마를 입고 에스컬레이터를 올라가는 여성을 쫓아가 뒤에 밀착하여 치마 속으로 휴대폰을 집어넣는 등 해당 여성의 신체를 몰래 촬영하는 행동을 하였다”는 내용이 포함되어 있고, 그 하단에는 이 부분 공소사실에 관한 피고인의 범행을 직접 목격하면서 위 압수조서를 작성한 사법경찰관 및 사법경찰리의 각 기명날인이 들어가 있다. 이 사건 **휴대전화기에 대한 압수조서 중 ‘압수경위’란에 기재된 상기의 내용은, 피고인이 이 부분 공소사실과 같은 범행을 저지르는 현장을 직접 목격한 사람의 진술이 담긴 것**으로서 형사소송법 제312조 제5항에서 정한 **‘피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서’에 준하는 것으로 볼 수 있고, 이에 따라 이 사건 휴대전화기에 대한 임의제출절차가 적법하였는지 여부에 영향을 받지 않는 별개의 독립적인 증거**에 해당하므로, 피고인이 **증거로 함에 동의한 이상 유죄를 인정하기 위한 증거로 사용**할 수 있을 뿐 아니라 이 부분 공소사실에 대한 **피고인의 자백을 보강하는 증거가 된다**(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결).

12. 다음 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ① 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과, 증거조사절차가 마무리되어 법원의 심증형성이 이루어진 단계에서는 더이상 공소장일본주의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수는 없다.
- ② 공소장의 변경은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서만 허용되고, 공소사실의 동일성이 인정되지 아니한 범죄사실을 공소사실로 추가하는 취지의 공소장변경신청이 있는 경우 법원은 그 변경신청을 기각하여야 한다.
- ③ 검사가 제출한 공소장변경허가신청서에 신청을 허가하여 달라는 취지의 문구만이 기재되어 있을 뿐 피고인의 성명 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항, 적용법조 등이 기재되어

있지 않고 피고인 또는 변호인에게 송달되지도 않았다면, 검사가 공판기일에서 공소장변경허가신청서로 공소장을 갈음한다는 구두진술을 하고 피고인과 변호인이 이의를 제기하지 아니하고 변론에 응하였다라도 그 공소제기의 절차는 법률의 규정에 위반하여 무효이므로 법원은 그 공소사실에 대하여 공소기각판결을 선고하여야 한다.

- ④ 동일한 사실관계에 대하여 서로 양립할 수 없는 적용법조의 적용을 주위적·예비적으로 구하는 경우, 예비적 공소사실만 유죄로 인정되고 그 부분에 대하여 피고인만 상소하였다면 예비적 공소사실만 상소심의 심판의 대상에 포함되고 주위적 공소사실은 상소심의 심판대상에 포함되지 않는다.

[정답] ④

- ① [O] 일본주의 위반의 하자가 치유될 수 있다는 판례이다.
- ② [O] 공소장변경은 동일성이 인정되는 범위 내에서만 가능하기 때문이다.
- ③ [O] 공소제기의 현저한 방식위반이 있는 경우에는 피고인과 변호인이 이의를 제기하지 아니하고 변론에 응하였다라도 하자가 치유될 수 없다는 판례이다.
- ④ [X] **주위적 공소사실도 상소심의 심판대상에 포함된다**. 일부에 대한 상소는 그 일부와 불가분의 관계에 있는 부분에 대해서도 상소제기 효력이 미친다는 상소불가분에 관한 판례이다.

13. 증인신문에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ① 형사공판절차에서 증인의 구인은 증인이 정당한 사유 없이 소환에 불응하거나 법원에 출석해 있는 증인이 정당한 사유 없이 동행명령에 따른 동행을 거부하는 때에 한하여 허용된다.
- ② 피고인의 지위에 있는 공동피고인은 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되지 않는 한 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 대항범인 공동피고인의 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 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, 그 증언은 자신에 대한 유죄판결의 우려를 증대시키는 것이므로 증언거부권의 대상이 된다.
- ④ 수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못한 경우에는 정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아니라도, 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 「형사소송법」 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않으므로 수사기관이 그 증인의 진술을 기재한 서류는 증거능력이 없다.

[정답] ②

- ② [X] **대항범인 공동피고인의 경우에도 마찬가지이다**. [판례학습] 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(대법원 2012. 3. 29. 선고 2009도11249 판결).
- ④ [O] 수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못한 경우에는 **정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아니라도, 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않는다**고 보아야 한다. 따라서 증인이 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우와 마찬가지로 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서

류는 증거능력이 없다. 대법원은 이미 2012. 5. 17. 선고한 2009도6788 전원합의체 판결에서 **법정에 출석한 증인이 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 않는다**고 밝혔다. 증인이 정당하게 증언거부권을 행사한 경우와 증언거부권의 정당한 행사가 아닌 경우를 비교하면, 피고인의 반대신문권이 보장되지 않는다는 점에서 아무런 차이가 없다. 증인의 증언거부권의 존부라는 우연한 사정에 따라 전문법칙의 예외규정인 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'의 해당 여부가 달라지는 것은 피고인의 형사소송절차상 지위에 심각한 불안정을 초래한다. 다만 **피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 형사소송법 제314조의 적용을 배제할 이유가 없다**. 이러한 경우까지 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 않는다고 보면 사건의 실체에 대한 심증형성은 법관의 면전에서 본래증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙에 대하여 예외를 정한 형사소송법 제314조의 취지에 반하고 정의의 관념에도 맞지 않기 때문이다. 증인이 증언거부권이 없음에도 사실상 증언을 회피함으로써 자신이 수사기관에서 한 진술을 피고인의 면전에서 재현하지 못하는 것은 그의 수사기관에서의 진술이 허위일 수 있다는 의심을 불러일으킨다. 따라서 증인이 정당한 이유 없이 증언을 거부하는 경우에는 반대신문을 통하여 증인이 수사기관에서 한 진술의 진위 여부를 음미하여야 할 필요성이 크다. 정당한 이유 없는 증언거부에 대하여는 실효적인 제재수단을 도입하거나 증인보호제도를 정비하는 등 관련 법령의 제·개정을 통하여 증언을 유도하는 방안을 강구하여야 할 것이지, 전문법칙 예외규정의 적용 범위를 넓히는 해석을 통하여 해결할 문제가 아니다. **피고인이 증인에게 필요폰을 매도하였다는 공소사실로 기소되었는데, 증인이 자신에 대한 관련 형사판결이 확정되었음에도 정당한 이유 없이 법정 증언을 거부한 사안에서, 증인이 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못하였다면, 피고인이 그러한 증언거부 상황을 초래하였다는 등 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 않고, 따라서 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서류는 증거능력이 없다**(대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결).

14. 소송절차에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)
- ① 검사 또는 변호인이 항소심에서 피고인신문을 실시하는 경우 재판장은 제1심의 피고인신문과 중복되거나 항소이유의 당부를 판단하는 데 필요 없다고 인정하는 때에는 그 신문 전부를 또는 일부를 제한할 수 있으므로, 변호인이 피고인을 신문하겠다는 의사를 표시하였음에도 변호인에게 일체의 피고인신문을 허용하지 않았다고 하여 소송절차의 법령위반이 있다고 할 수 없다.
 - ② 증인채택 결정을 취소하는 것은 법원의 재량이므로 제보자가 「특정범죄신고자 등 보호법」에 따라 보호되는 범죄신고자 등에 해당한다는 이유로 제보자에 대한 소재탐지나 구인장 발부 없이 제보자에 대한 증인채택 결정을 취소한 것은 위법하다고 할 수 없다.
 - ③ 제1심법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서도 증거로 할 수 있으므로 제1심법원에서 이미 증거능력이 있었던 증거는 항소심에서도 증거능력이 그대로 유지되나, 항소심에서 피고인이 범행을 부인하는 경우 그것을 심판의 기초로 하기 위해서는 다시 증거조사를 하여야 한다.

④ 상고심은 항소심까지의 소송자료만을 기초로 하여 항소심판결 선고 시를 기준으로 그 당부를 판단하여야 하므로, 직권조사 기타 법령에 특정한 경우를 제외하고는 새로운 증거조사를 할 수 없을 뿐만 아니라 항소심판결 후에 나타난 사실이나 증거는 비록 그것이 상고이유서 등에 첨부되어 있다 하더라도 사용할 수 없다.

[정답] ④

- ① [X] 변호인이 피고인을 신문하겠다는 의사를 표시하였음에도 변호인에게 일체의 피고인신문을 허용하지 않았다면 **소송절차의 법령위반에 해당한다**. [판례학습] 형사소송법 제370조, 제296조의2 제1항 본문은 “검사 또는 변호인은 증거조사 종료 후에 순차로 피고인에게 공소사실 및 정상에 관하여 필요한 사항을 신문할 수 있다.”라고 규정하고 있으므로, 변호인의 피고인신문권은 변호인의 소송법상 권리이다. 한편 재판장은 검사 또는 변호인이 항소심에서 피고인신문을 실시하는 경우 제1심의 피고인신문과 중복되거나 항소이유의 당부를 판단하는 데 필요 없다고 인정하는 때에는 그 신문의 전부 또는 일부를 제한할 수 있으나(형사소송규칙 제156조의6 제2항) 변호인의 본질적 권리를 해할 수는 없다(형사소송법 제370조, 제299조 참조). 따라서 재판장은 변호인이 피고인을 신문하겠다는 의사를 표시한 때에는 피고인을 신문할 수 있도록 조치하여야 하고, **변호인이 피고인을 신문하겠다는 의사를 표시하였음에도 변호인에게 일체의 피고인신문을 허용하지 않은 것은 변호인의 피고인신문권에 관한 본질적 권리를 해하는 것으로서 소송절차의 법령위반에 해당한다**(대법원 2020. 12. 24. 선고 2020도10778 판결).
 - ② [X] 제보자에 대한 증인채택 결정을 취소한 것은 **위법하다**. [판례학습] 형사소송법이 증인의 법정 출석을 강제할 수 있는 권한을 법원에 부여한 취지는, 다른 증거나 증인의 진술에 비추어 굳이 추가 증인신문을 할 필요가 없다는 등 특별한 사정이 없는 한 사건의 실체를 규명하는 데 가장 직접적이고 핵심적인 증인으로 하여금 공개된 법정에서 출석하여 선서 후 증언하도록 하고, 법원은 출석한 증인의 진술을 토대로 형성된 유죄·무죄의 심증에 따라 사건의 실체를 규명하도록 하기 위함이다. 따라서 **다른 증거나 증인의 진술에 비추어 굳이 추가 증거조사를 할 필요가 없다는 등 특별한 사정이 없고, 소재탐지나 구인장 발부가 불가능한 것이 아님에도 불구하고, 불출석한 핵심 증인에 대하여 소재탐지나 구인장 발부 없이 증인채택 결정을 취소하는 것은 법원의 재량을 벗어난 것으로서 위법하다**(대법원 2020. 12. 10. 선고 2020도2623 판결).
 - ③ [X] **다시 증거조사를 하여야 하는 것은 아니다**. [판례학습] 항소심에 이르러 범행을 부인하였다고 하더라도 제1심법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서도 증거로 할 수 있는 것이므로 제1심법원에서 이미 증거능력이 있었던 증거는 항소심에서도 증거능력이 그대로 유지되어 심판의 기초가 될 수 있고 다시 증거조사를 할 필요가 없는 것이다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97도3421 판결).
 - ④ [O] 대법원 2019. 3. 21. 선고 2017도16593-1 전원합의체 판결
15. 증거에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)
- ① 공언허 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 「형법」 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 하나, 그 증명은 엄격한 증거에 의할 것을 요하지 아니하므로 전문증거의 증거능력에 관한 「형사소송법」 제310조의2는 적용될 여지가 없다.

- ② 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우, 그 문자정보는 범행의 직접적인 수단이고 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않으므로 「형사소송법」 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용되지 않는다.
- ③ 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄의 증거로 사용할 수 없으나, 수사기관이 그 증거를 피압수자에게 환부한 후에 임의제출받아 다시 압수하였다면 최초의 절차 위반행위와 최종적인 증거수집 사이의 인과관계가 단절되었다고 평가할 수 있고, 제출에 임의성이 있다는 점을 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명한 경우에는 증거능력을 인정할 수 있다.
- ④ 피고인의 수사기관에서나 제1심 법정에서의 자백이 항소심에서의 법정진술과 다른 경우 그 자백의 증명력 내지 신빙성이 의심스럽다고 할 것이고, 같은 사람의 검찰에서의 진술과 법정에서의 증언이 다른 경우 검찰에서의 진술을 믿고서 범죄사실을 인정하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것이다.

[정답] ④

- ④ [X] **자유심증주의의 한계를 벗어나는 것이 아니다.** [판례해설] 증거의 취사와 사실인정은 채증법칙에 위반되지 아니하면 사실심의 전권사항에 속하는 것이고 같은 사람의 검찰에서의 진술과 법정에서의 증언이 다른 경우 반드시 후자를 믿어야 된다는 법칙은 없다고 할 것이므로 같은 사람의 법정에서의 증언과 다른 검찰에서의 진술을 믿고서 범죄사실을 인정하더라도 그것이 위법하게 진술된 것이 아닌 이상 자유심증에 속한다(대법원 1988. 6. 28. 선고 88도740 판결).

16. 사법경찰관이 작성한 조서의 증거능력에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ① 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력에 관한 「형사소송법」 제312조제3항은 당해 사건에서 작성한 피의자신문조서뿐만 아니라 별개 사건에서 작성한 피의자신문조서에 대해서도 적용되므로, 피의자였던 피고인이 별개 사건에서 작성된 피의자신문조서의 내용을 부인하는 이상 그 조서는 당해 사건에 대한 유죄의 증거로 할 수 없다.
- ② 「형사소송법」 제312조제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인 甲에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우에만 적용되고 甲과 공범관계에 있는 다른 피의자 乙에 대한 피의자신문조서에는 적용되지 않으므로, 乙에 대한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 甲이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하더라도 乙의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되면 증거로 할 수 있다.
- ③ 사법경찰관이 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서를 작성함에 있어서 진술자의 성명을 가명으로 기재하였다면 그 이유만으로도 그 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성되었다고 할 수 없고, 공판기일에 원진술자가 출석하여 자신의 진술을 기재한 조서임을 확인함과 아울러 그 조서의 실질적 진정성립을 인정하고 나아가 그에 대한 반대신문이 이루어졌다고 하더라도 그 증거능력이 인정되지 않는다.
- ④ 사법경찰관이 피의자를 조사하는 경우와는 달리 피의자가 아닌 자를 조사하는 경우에는 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철할 것을 요하지 않으므로, 사법경찰관이 그 조사과정을 기록하지 아니하였더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 피의자 아닌 자가 조사과정에서 작성한 진술서는 증거로 할 수 있다.

[정답] ①

- ① [O] 대법원 1995. 3. 24. 선고 94도2287 판결
- ② [X] 형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용되는바, 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피의자에 대한 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 **그 피의자의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다**(대법원 2004.7.15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결).
- ③ [X] 수사기관이 진술자의 성명을 **가명으로 기재하여 조서를 작성하였다고 해서 그 이유만으로 그 조서가 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 작성되지 않았다고 할 것은 아니다.** 그러한 조서라도 공판기일 등에 원진술자가 출석하여 자신의 진술을 기재한 조서임을 확인함과 아울러 그 조서의 실질적 진정성립을 인정하고 나아가 그에 대한 반대신문이 이루어지는 등 형사소송법 제312조 제4항에서 규정한 조서의 증거능력 인정에 관한 다른 요건이 모두 갖추어진 이상 그 **증거능력을 부정할 것은 아니라고 할 것**이다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2011도7757 판결).
- ④ [X] 형사소송법 제221조 제1항에서 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다고 규정하고, 제244조의4 제3항, 제1항에서 **검사 또는 사법경찰관이 피의자가 아닌 자를 조사하는 경우에는 피의자를 조사하는 경우와 마찬가지로 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다**고 규정하고 있다. 이와 같이 수사기관으로 하여금 피의자가 아닌 자를 조사할 수 있도록 하면서도 그 조사과정을 기록하도록 한 취지는 수사기관이 조사과정에서 피조사자로부터 진술증거를 취득하는 과정을 투명하게 함으로써 그 과정에서의 절차적 적법성을 제도적으로 보장하려는 데 있다. 따라서 수사기관이 수사에 필요하여 피의자가 아닌 자를 조사하는 과정에서 그 진술을 청취하여 증거로 남기는 방법으로 진술조서가 아닌 진술서를 작성·제출받는 경우에도 그 절차는 준수되어야 할 것이다. 이러한 형사소송법의 규정 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 그 증거능력을 인정할 수 없다(대법원 2015. 4. 23. 선고 2013도3790 판결).

17. 증거동의를 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ㉠ 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 제출받은 물건을 영장없이 압수한 경우 그 압수물 및 압수물을 찍은 사진은 유죄의 증거로 사용할 수 없고, 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.
- ㉡ 긴급체포현장에서 영장없이 압수한 물건에 대하여 압수·수색영장을 청구하여 이를 발부받지 아니하고도 즉시 반환하지 아니한 경우 그 압수물은 유죄의 증거로 사용할 수 없고, 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

- ㉔ 수사기관이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고 사후적으로도 지체없이 그에 대한 영장을 발부받지도 아니한 채 피의자의 혈액 중 알콜농도에 관한 감정이 이루어졌다면, 그 감정결과보고서는 영장주의 원칙을 위반하여 수집한 증거로서 피고인이나 변호인의 증거동의를 있다고 하더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다.
- ㉕ 수사기관이 마약사범 수사에 협조해 온 공소외인으로부터 피고인의 필로폰 판매 범행에 대한 진술을 들은 다음, 추가증거를 확보할 목적으로 필로폰투약 혐의로 구속수감되어 있는 공소외인에게 압수된 그의 휴대전화를 제공하여 그로 하여금 피고인과 통화하고 범행에 관한 통화 내용을 몰래 녹음하게 한 행위는 불법감청에 해당하고, 그 녹취내용은 피고인의 증거동위에 상관없이 증거능력이 없다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

[정답] ④

㉔㉕㉖㉗ [O] 위법수집증거는 동의를 대상이 되지 않는다는 취지의 판례들이다.

18. 다음 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ① 「형사소송법」은 피고인에게 증거신청권과 증거보전청구권, 증거조사에 대한 의견진술권과 증거조사에 대한 이의신청권 등을 보장하고 있는데, 이는 형사소송절차에서 피고인에게 당사자로서의 지위를 인정하고 국가의 형벌권 행사에 대하여 적절하게 방어할 수 있는 수단과 기회를 제공함으로써 공정한 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 것이다.
- ② 당사자의 증거신청에 대한 법원의 채택여부의 결정은 판결전의 소송절차에 관한 결정으로서 이의신청을 하는 외에는 달리 불복할 수 있는 방법이 없고, 그로 말미암아 사실을 오인하여 판결에 영향을 미치기에 이른 경우에도 이를 이유로 상소를 할 수 없다.
- ③ 수사기관의 압수물의 환부에 관한 처분의 취소를 구하는 준항고는 통상의 항고소송에서와 마찬가지로 그 이익이 있어야 하고, 소송 계속 중 준항고로써 달성하고자 하는 목적이 이미 이루어졌거나 시일의 경과 또는 그 밖의 사정으로 인하여 그 이익이 상실된 경우에는 준항고가 부적법하게 된다.
- ④ 검사가 수사과정에서 압수·수색영장의 청구 등 강제처분을 위한 조치를 취하지 아니함으로써 증거를 확보하지 못하고 불기소처분을 하였다면, 고소인이나 고발인은 그 불기소처분에 대하여 재정신청이나 검찰항고로써 불복할 수 있으나 압수·수색영장의 청구 등 강제처분을 위한 조치를 취하지 아니한 것 그 자체를 ‘압수에 관한 처분’으로 보아 준항고를 할 수는 없다.

[정답] ②

- ② [X] **판결에 영향을 미친 경우에는 이를 이유로 상소를 할 수 있다.** [판례학습] 당사자의 증거신청에 대한 법원의 채택여부의 결정은 판결전의 소송절차에 관한 결정으로서 이의신청을 하는 외에는 달리 불복할 수 있는 방법이 없고, 다만 그로 말미암아 사실을 오인하여 판결에 영향을 미치기에 이른 경우에만 이를 상소의 이유로 삼을 수 있을 뿐이다(대법원 1990. 6. 8. 선고 90도646 판결).
- ④ [O] 헌법과 형사소송법 및 검찰청법 등의 규정을 종합해 보면, 고소인 또는 고발인, 그 밖의 일반국민이 검사에 대하여 영장청구 등의 강제처분을 위한 조치를 취하도록 요구하거나 신청할 수 있는 권리를 가진다고 할 수 없

고, 검사가 수사과정에서 영장의 청구 등 강제처분을 위한 조치를 취하지 아니함으로써 말미암아 고소인 또는 고발인, 그 밖의 일반국민의 법률상의 지위가 직접적으로 어떤 영향을 받는다고도 할 수 없다. 따라서 검사가 수사과정에서 증거수집을 위한 압수·수색영장의 청구 등 강제처분을 위한 조치를 취하지 아니하고 그로 인하여 증거를 확보하지 못하고 불기소처분에 이르렀다면, 그 불기소처분에 대하여 형사소송법상의 재정신청이나 검찰청법상의 항고·재항고 등으로써 불복하는 것은 별론으로 하고, 검사가 압수·수색영장의 청구 등 강제처분을 위한 조치를 취하지 아니한 것 그 자체를 형사소송법 제417조 소정의 ‘압수에 관한 처분’으로 보아 이에 대해 준항고로써 불복할 수는 없다. 검사의 불기소처분에 대하여 검찰청법의 규정에 따른 항고 또는 재항고의 결과 고등검찰청검사장 등이 하는 이른바 재기수사 명령은 검찰 내부에서의 지휘권의 행사에 지나지 아니하므로 그 재기수사명령에서 증거물의 압수·수색이 필요하다는 등의 지적이 있었다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2007. 5. 25.자 2007도82 결정).

19. 즉결심판에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ① 즉결심판에 대하여 피고인의 정식재판 청구가 있었음에도 검사가 정식재판이 청구된 즉결심판 사건에 대하여 법원에 사건기록과 증거물을 송부하지 아니하고 그와 동일성 있는 범죄사실에 대하여 약식명령을 청구하였다고 하여, 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하거나 공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었다고 할 수 없다.
- ② 법원이 경찰서장의 즉결심판 청구를 기각하여 경찰서장이 사건을 관할 지방검찰청으로 송치하였으나 검사가 이를 즉결심판에 대한 피고인의 정식재판청구가 있는 사건으로 오인하여 그 사건기록을 법원에 송부하였다면 적법한 공소제기가 있다고 볼 수 없다.
- ③ 피고인이 경범죄처벌법위반으로 즉결심판에 회부되었다가 정식재판을 청구한 경우, 정식재판청구로 제1회 공판기일전에 사건기록 및 증거물이 관할 법원에 송부된다고 하여 그 이전에 이미 적법하게 제기된 경찰서장의 즉결심판청구의 절차가 위법하게 된다고 볼 수 없다.
- ④ 경범죄처벌법위반죄의 범죄사실과 폭력행위등처벌에관한법률위반죄의 공소사실이 모두 범행장소가 동일하고 범행일시도 같으며 모두 피해자와의 시비에서 발단한 일련의 행위인 경우, 양 사실은 그 기본적 사실관계가 동일하므로 이미 확정된 경범죄처벌법위반죄에 대한 즉결심판의 기판력은 폭력행위등처벌에관한법률위반죄의 공소사실에도 미친다.

[정답] ①

- ① [X] 피고인이 경찰서장의 청구에 따라 즉결심판을 받고 적법한 정식재판청구를 한 경우 경찰서장의 즉결심판청구는 공소제기와 동일한 소송행위이므로, 관할 법원은 공판절차에 따라 심판하여야 한다. 피고인이 이 사건 즉결심판에 대하여 적법한 정식재판청구를 하였는데도, 검사가 즉결심판이 청구된 위반 내용과 동일성 있는 범죄사실에 대하여 약식명령을 청구하였으므로, 법원은 **공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때에 해당한다는 이유로 공소기관결을 선고**하여야 한다(대법원 2019. 11. 29. 자 2017도3458 결정).
- ② [O] 공소제기의 본질적 요소인 공소장이 제출되지 않았으므로 공소제기가 있었다고 볼 수 없다는 취지의 판례이다.
- ③ [O] 즉결심판절차법에 따르면 즉결심판청구의 경우 일부주의가 적용되지 않고, 즉결심판에 대해 정식재판을 청구한 경우 1회공판기일전까지 사건기록과 증거물을 송부하도록 하고

있다. 따라서 즉결심판청구절차는 위법하다고 볼 수 없다. [판례학습] 법원은 즉결심판에 대한 정식재판의 청구가 적법한 때에는 공판절차에 의하여 심판하여야 하는 바, 이에 따라 정식재판청구에 의한 제1회 공판기일 전에 사건기록 및 증거물이 경찰서장, 관할 지방검찰청 또는 지청의 장을 거쳐 관할법원에 송부된다고 하여 그 이전에 이미 적법하게 제기된 경찰서장의 즉결심판청구의 절차가 위법하게 된다고 볼 수 없고, 그 과정에서 정식재판이 청구된 이후에 작성된 피해자에 대한 진술조서 등이 사건기록에 편철되어 송부되었다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다(대법원 2011.1.27. 선고 2008도7375 판결).

④ [O] 기본적사실관계가 동일하여 동일성을 인정한 판례이다.

20. 약식명령에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) (경찰 21년 2차)

- ㉠ 지방법원은 그 관할에 속한 사건에 대하여 검사의 청구가 있는 때에는 공판절차없이 약식명령으로 피고인을 벌금, 과료 또는 몰수에 처할 수 있으나, 그 사건이 약식명령으로 할 수 없거나 약식명령으로 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정할 때에는 검사의 청구를 기각하여야 한다.
- ㉡ 검사가 약식명령을 청구함에 있어서는 공소장부분을 첨부할 것을 요하지 아니하나, 법원이 약식명령청구사건을 공판절차에 의하여 심판하기로 하고 그 취지를 검사에게 통지한 때에는 5일 이내에 피고인 수에 상응한 공소장부분을 법원에 제출하여야 한다.
- ㉢ 약식명령의 고지는 검사와 피고인에 대한 재판서의 송달에 의하여야 하고 변호인이 있는 경우라도 반드시 변호인에게 약식명령 등본을 송달해야 하는 것은 아니며, 변호인이 있는 피고인의 정식재판 청구기간은 피고인에 대한 약식명령 고지일을 기준으로 하여 기산하여야 한다.
- ㉣ 피고인이 절도죄 등으로 벌금 300만 원의 약식명령을 발령받은 후 정식재판을 청구하였는데, 제1심법원이 정식재판청구 사건을 통상절차에 의해 공소가 제기된 다른 점유이탈물횡령 등 사건들과 병합한 후 각 죄에 대해 모두 징역형을 선택한 다음 경합범으로 처단하여 징역 1년 2월을 선고하는 것은 형종상향금지의 원칙을 위반하는 것이라고 할 수 없다.

- ① ㉠㉡ ② ㉡㉢ ③ ㉡㉣ ④ ㉢㉣

[정답] ②

- ㉠ [X] 약식명령으로 할 수 없거나 약식명령으로 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정할 때에는 **공판절차에 의하여 심판하여야 한다.**
- ㉡ [O] 법원이 공판절차에 의하여 심판하기로 결정한 경우, 피고인의 법정출석을 요하므로 검사는 공소장부분을 법원에 제출하여야 하고 법원은 피고인에게 송달하여야 한다.
- ㉢ [O] 대법원 2017.7.27. 자 2017모1557 결정
- ㉣ [X] **형종상향금지의 원칙을 위반하는 것이다.** [판례학습] 약식명령에 대하여 피고인만이 정식재판을 청구한 사건과 다른 사건이 병합·심리된 후 **경합범으로 처단되는 경우에도 정식재판을 청구한 사건에 대하여 형종상향금지의 원칙이 그대로 적용**되므로, 이 원칙에 따라 **약식명령의 벌금형보다 중한 종류의 형인 징역형을 선택하지 못하고**, 나아가 다른 사건이 병합·심리되어 **경합범으로 처단되더라도 피고인만이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 징역형을 선고하여서는 아니 된다.** 피고인이 절도죄 등으로 **벌금 300만 원의 약식명령을 발령받은 후 이에 대해 정식재판을 청구**하자, 제

1심 법원이 위 정식재판청구 사건을 통상절차에 의해 공소가 제기된 **다른 점유이탈물횡령 등 사건들과 병합한 후 각 죄에 대해 모두 징역형을 선택한 다음 경합범 기중하여 피고인에게 징역 1년 2월을 선고**한 사건에서, 제1심판결에는 형사소송법 제457조의2 제1항에서 정한 **형종상향금지의 원칙을 위반한 잘못이 있다**(대법원 2020. 1. 9. 선고 2019도 15700 판결).