

2018년 국가직 9급 형사소송법
기출 해설

(검찰직 . 마약수수직)

이윤탁 교수



이 윤 탁 교수

2018년 국가직 9급 형사소송법 (검찰직, 마약수사직)

문1. 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) ■ 18년 국가9급

경찰관은 절도범을 현행범으로 체포하면서 상의 주머니와 소지품을 수색하여 지갑과 노트북 1대를 압수하였다. 그 이후 노트북은 피의자의 소유인 것으로 확인하여 돌려주었다가, 추가 수사의 목적으로 다시 임의제출 받았다.

- ① 노트북 1대를 임의제출 받는 과정에서 제출에 임의성이 있었다는 점에 대해서는 검사가 입증해야 한다.
- ② 지갑이 체포범죄사실과 관련성이 있다면 압수영장 없이 압수했더라도 적법하다.
- ③ 현행범 체포과정에서 적법하게 압수한 것이라도 계속 압수할 필요성이 있으면 압수한 때로부터 48시간 내에 사후압수영장을 받아야 한다.
- ④ 현행범으로 체포하면서 현장에서 범인의 상의 주머니를 수색한 행위는 적법하다.

해설 ① 수사기관이 별개의 증거를 피압수자 등에게 환부하고 후에 임의제출받아 다시 압수하였다면 증거를 압수한 최초의 절차 위반행위와 최종적인 증거수집 사이의 인과관계가 단절되었다고 평가할 수 있으나, 환부 후 다시 제출하는 과정에서 수사기관의 우월적 지위에 의하여 임의제출 명목으로 실질적으로 강제적인 압수가 행하여질 수 있으므로, 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 하고, 임의로 제출된 것이라고 볼 수 없는 경우에는 증거능력을 인정할 수 없다(대판 2013도11233).

- ②④ 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 영장체포(제200조의2), 긴급체포(제200조의3), 현행 범인의 체포(제212조)에 의하여 체포하거나 구속영장에 의하여 피의자를 구속하는 경우 (제201조)에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수·수색·검증을 할 수 있다(제 216조 제1항 제2호). 이 경우 체포현장에서 압수할 수 있는 물건은 긴급행위설에 따라 범죄사실과 관련된 증거물에 한한다.
- ③ 체포현장에서 영장 없이 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다(제217조 제2항).

정답 ③

문2. 약식절차에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

■ 18년 국가9급

- ① 법원은 검사의 청구가 있는 때에는 공판절차 없이 약식명령으로 피고인을 벌금, 구류 또는 과료에 처할 수 있다.
- ② 약식절차에서 자백배제법칙은 적용되지만 자백보강법칙과 전문법칙은 적용되지 않는다.
- ③ 벌금형이 고지된 약식명령에 대해 피고인만이 정식재판을 청구한 경우 법원은 벌금액을 상향하여 선고할 수 있다.
- ④ 약식명령에 대한 정식재판청구가 있으면 약식명령은 효력을 상실한다.

해설 ① 지방법원은 그 관할에 속한 사건에 대하여 검사의 청구가 있는 때에는 공판절차 없이 약식명령으로 피고인을 벌금, 과료 또는 몰수에 처할 수 있다(형사소송법 제448조 제1항). 즉 재산형에 한하여 약식명령이 가능하다.

② 서면심리를 원칙으로 하므로 전문법칙과 증거동의는 적용되지 않지만, 위법수집증거배제법칙(제308조의2), 자백배제법칙(제309조)이나 자백의 보강법칙(제310조)은 약식절차에서도 적용된다.

③ 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다(형사소송법 제457조의2 제1항). 즉 개정된 형사소송법에 따르면 형종 상향은 금지되지만, 벌금액의 상향은 선고할 수 있다.

④ 약식명령은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있는 때에는 그 효력을 잃는다(형사소송법 제456조).

정답 ③

문3. 수사의 적법성에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

■ 18년 국가9급

- ① 법원으로부터 감정처분허가장이 아닌 혈액에 대한 압수영장을 발부받아 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하는 행위는 위법한 강제수사이다.
- ② 검찰수사관이 피의자신문에 참여한 변호인에게 피의자 후방에 앉으라고 요구한 행위는 이를 정당화할 특별한 사정이 없는 한 변호인의 변호권을 침해하므로 헌법에 위배된다.
- ③ 응급구호가 필요한 자살기도자를 영장 없이 24시간을 초과하지 아니하는 범위에서 경찰서에 설치되어 있는 보호실에 유치한 것은 위법한 강제수사가 아니다.
- ④ 수사기관이 범행 중 또는 직후에 증거보전의 필요성, 긴급성이 있어서 상당한 방법으로 사진을 촬영한 경우라면 영장 없는 사진촬영도 위법한 수사가 아니다.

해설 ① 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 것으로

서 형사소송법 제219조, 제120조 제1항에 정한 '압수영장의 집행에 있어 필요한 처분'에 해당한다(대판 2011도15258).

- ② 변호인의 피의자 및 피고인을 조력할 권리 중 그것이 보장되지 않으면 그들이 변호인의 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분은 헌법상 기본권으로 보호되어야 한다. 따라서 형사절차에서 피의자신문의 중요성을 고려할 때, 변호인이 피의자신문에 자유롭게 참여할 수 있는 권리는 헌법상 기본권인 변호인의 변호권으로서 보호되어야 한다. 수사기관이 피의자신문에 참여한 변호인에 대하여 후방착서를 요구하는 행위는 변호인의 피의자신문참여를 제한함으로써 헌법상 기본권인 변호인의 변호권을 제한한다. 피의자신문에 참여한 변호인이 피의자 옆에 앉는다고 하여 피의자 뒤에 앉는 경우보다 수사를 방해할 가능성이 높아진다거나 수사기밀을 유출할 가능성이 높아진다고 볼 수 없으므로, 후방착석요구행위의 목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정할 수 없기 때문이다(현재 2016도17465).
- ③ 경찰서 조사대기실이 경찰관직무집행법상 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간 초과하지 않는 범위 내에서 경찰관서에 보호조치할 수 있는 시설로 제한적으로 운영되는 경우를 제외하고는 구속영장을 발부받음이 없이 조사대기실에 유치하는 것은 영장주의에 위배된다(대판 93도958).
- ④ 누구든지 자기의 얼굴 기타 모습을 함부로 촬영당하지 않을 자유를 가지나 이러한 자유도 국가권력의 행사로부터 무제한으로 보호되는 것이 아니고 국가의 안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 상당한 제한이 따르는 것이고, 수사기관이 범죄를 수사함에 있어 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 내지 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하여 촬영한 경우라면 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 단정할 수 없다(대판 99도2317)

정답 ①

문4. 피고인의 특정에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

■ 18년 국가9급

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

- 해설**
- ① 형사소송법 제248조에 의하여 공소는 검사가 피고인으로 지정한 이외의 다른 사람에게 그 효력이 미치지 아니하는 것이므로 공소제기의 효력은 검사가 피고인으로 지정한 자에 대하여만 미치는 것이고, 따라서 피의자가 다른 사람의 성명을 모용한 탓으로 공소장에 피모용자가 피고인으로 표시되었다 하더라도 이는 당사자의 표시상의 착오일 뿐이고, 검사는 모용자에 대하여 공소를 제기한 것이므로 모용자가 피고인이 되고 피모용자에게 공소의 효력이 미친다고는 할 수 없다(대판 97도2215).
 - ② 검사는 공소장의 인적 사항의 기재를 정정하여 피고인의 표시를 바로잡아야 하는 것인바, 이는 피고인의 표시상의 착오를 정정하는 것이지 공소장을 변경하는 것이 아니므로 형사소송법 제298조에 따른 공소장변경의 절차를 밟을 필요가 없고 법원의 허가도 필요로 하지 아니한다(대판 92도2554).
 - ③ 피모용자가 약식명령에 대하여 정식재판을 청구하여 피모용자를 상대로 심리를 하는 과정에서 성명모용사실이 발각되어 검사가 공소장을 정정하는 등 사실상의 소송계속이 발생하고 형식상 또는 외관상 피고인의 지위를 갖게 된 경우에 법원으로서는 피모용자에게 적법한 공소의 제기가 없었음을 밝혀 주는 의미에서 형사소송법 제327조 제2호를 유추적 용하여 공소기각의 판결을 함으로써 피모용자의 불안정한 지위를 명확히 해소해 주어야 한다(대판 92도2554).
 - ④ 검사가 공소장의 피고인 표시를 정정하여 모용관계를 바로잡지 아니한 경우에는 외형상 피모용자 명의로 공소가 제기된 것으로 되어 있어 공소제기의 방식이 형사소송법 제254조의 규정에 위반하여 무효라 할 것이므로 법원은 공소기각의 판결을 선고하여야 한다(대판 92도2554).

정답 ②

문5. 형사소송의 구조에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

■ 18년 국가9급

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

- 해설**
- ① 소추기관과 재판기관의 분리여부에 따라 규문주의와 탄핵주의로 구별되는데 규문주의는 소추기관과 재판기관이 분리되어 있지 않은 소송구조를 말하고, 탄핵주의는 소추기관과 재판기관이 분리된 소송구조를 말한다.
 - ② 당사자주의는 소송의 주도권을 당사자들에게 맡김으로서 소송의 스포츠화 또는 실체진실 발견이 왜곡되는 합리적 도박이 야기될 수 있는 단점이 있다. 직권주의는 소송의 주도적 지위를 법원이 가짐으로써 법원의 제3자로서의 공정성을 상실할 우려와 법원의 독단에 의한 사건진행의 단점으로 제기된다.
 - ③ 심판범위가 한정되고, 공소장일본주의 및 당사자의 증거신청권, 교호신문절차, 증거동의제도 등은 당사자주의적 요소에 속한다.

④ 피고인신문제도와 법원의 공소장변경요구 의무는 직권주의적 요소지만, 공소장일본주의는 당사자주의적 요소이다.

정답 ④

※ 참고

직권주의 요소	<p>① 법원의 공소장변경요구 제도(제298조 제2항) ** 주의 - 공소장 변경제도와 공소장변경에 의한 심판대상의 한정은 당사자주의의 요소이나 공소장변경의 요구와 공소장변경의 허가는 법원이 행하므로 직권주의의 요소이다.</p> <p>② 직권증거조사(제295조)</p> <p>③ 법원의 피고인신문(제296조의2 제2항) : 개정법은 재판장이 필요하다고 인정하는 때에는 언제든지 피고인을 신문할 수 있게 하여 직권주의를 강화하였다.</p> <p>④ 법원의 증인신문(제161조의2)</p> <p>⑤ 재판장의 소송지휘권(제279조)</p> <p>⑥ 자유심증주의(제308조)</p> <p>⑦ 증거동의의 진정성조사(제318조 제1항) : 당사자의 동의는 당사자주의의 표현이고 증거동의에 대한 법원의 진정성 인정은 직권주의의 요소이다.</p> <p>⑧ 직권에 의한 변론의 재개(제305조)</p>
당사자주 의 요소	<p>① 심판법위의 한정 : 공소장에 의한 심판법위의 확정(제254조 제4항), 공소장변경제도(제298조)</p> <p>② 공소장일본주의(규칙 제118조 제2항)</p> <p>③ 공판준비절차에 있어서의 피고인의 방어권보장 : 공소장부분의 송달(제266조), 제1회 공판기일의 유예기간(제269조), 피고인의 공판기일변경신청권(제270조) 등은 피고인의 방어준비를 위해 인정되는 제도들이다.</p> <p>④ 공판절차에 있어서의 당사자의 주도적 지위 인정 : 당사자의 출석(제275조, 제276조), 검사의 모두진술(제285조), 당사자의 증거신청권(제294조), 교호신문제도(제161조의2)</p> <p>⑤ 배심제도의 인정 : 배심제도는 당사자주의와 관계된 제도이며 우리나라에는 국민의 형사재판 참여에 관한 법률을 제정하여 배심제도를 입법화하였다.</p>

문6. 공소제기에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

■ 18년 국가9급

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

- 해설** ① 기소편의주의에 따라 검사의 공소제기여부는 원칙적으로 재량에 속하지만, 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 공소권 남용을 인정하여 공소제기의 효력을 부인할 수 있다(대판 2001도3026).
 ② 법원은 늦어도 제1회 공판기일전 5일까지 공소장의 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하여야 한다(제266조).
 ③ 검사의 기명날인 또는 서명이 없는 상태로 관할법원에 제출된 공소장은 형사소송법 제57조 제1항에 위반된 서류라 할 것이다. 그리고 이와 같이 법률이 정한 형식을 갖추지 못한 공소장 제출에 의한 공소의 제기는 특별한 사정이 없는 한 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때(형사소송법 제327조 제2호)에 해당한다. 다만 이 경우 공소를 제기한 검사가 공소장에 기명날인 또는 서명을 추완하는 등의 방법에 의하여 공소의 제기가 유효하게 될 수 있다(대판 2010도17052).
 ④ 이중기소의 경우 법원은 공소기각의 판결을 선고하여야 한다(형사소송법 제327조 제3호).

정답 ②

문7. 불이익변경금지의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

■ 18년 국가9급

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

- 해설** ① 피고인의 상소에 의하여 원심판결이 파기된 경우에 원심법원이 원판결보다 중한 형을 선고할 수 있다고 하는 것은 피고인의 상소권을 보장한다는 이 원칙의 취지에 반하므로 불이익변경금지의 원칙은 상소심이 자판하는 경우뿐만 아니라 환송 또는 이송하는 경우에도 적용되어야 한다(대판 97도1716).
 ② 제1심 유죄판결에 대하여 검사의 공소가 없고 피고인만의 공소가 있는 제2심 유죄판결에 대하여 검사상고가 있는 경우에 상고심은 검사의 불복없는 제1심 판결의 형보다 중한 형을 과할 수 없다(대판 4290형비상1).
 ③ 약식명령에 대하여 피고인만이 정식재판을 청구하였는데, 검사가 당초 사문서위조 및 위조사문서행사의 공소사실로 공소제기하였다가 제1심에서 사서명위조 및 위조사서명행사의 공소사실을 예비적으로 추가하는 내용의 공소장변경을 신청한 사안에서, 두 공소사실은 기초

가 되는 사회적 사실관계가 범행의 일시와 장소, 상대방, 행위 태양, 수단과 방법 등 기본적인 점에서 동일할 뿐만 아니라, 주위적 공소사실이 유죄로 되면 예비적 공소사실은 주위적 공소사실에 흡수되고 주위적 공소사실이 무죄로 될 경우에만 예비적 공소사실의 범죄가 성립할 수 있는 관계에 있어 규범적으로 보아 공소사실의 동일성이 있다고 보이고, 나아가 피고인에 대하여 사서명위조와 위조사서명행사의 범죄사실이 인정되는 경우에는 비록 사서명위조와 위조사서명행사죄의 법정형에 유기징역형만 있다 하더라도 형사소송법 제457조의2에서 규정한 불이익변경금지 원칙이 적용되어 별금형을 선고할 수 있으므로, 위와 같은 불이익변경금지 원칙 등을 이유로 공소장변경을 불허할 것은 아니다(대판 2011도14986).

- ④ 재심대상사건에서 징역형의 집행유예를 선고하였음에도 재심사건에서 원판결보다 주형을 경하게 하고, 집행유예를 없앤 경우는 형사소송법 제439조에 의한 불이익변경금지원칙에 위배된다(대판 2016도1131).

정답 ③

문8. 전문법칙에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

■ 18년 국가급

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

해설 ① 어떤 증거가 전문증거인지 원본증거인지는 그 증거에 의하여 증명하려는 사실인 요증사실과의 관계에서 결정된다. 즉 타인의 진술이나 전문서류의 내용의 진실성이 요증사실로 된 경우에는 전문증거가 되지만, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 그 증거가 원본증거가 된다(대판 2012도2937). 따라서 을(乙)의 명예훼손이 요증사실일 경우 을(乙)의 발언사실은 원진술의 존재 자체가 요증사실이 되어 원본증거에 해당한다. 결국 전문법칙이 적용되지는 않는다.

② 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 2015도16586).

- ③ 형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자 신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다. 그러므로 공동피고인 아닌 피고인이 내용을 인정하여야 증거능력이 인정된다(대판 2003도7185). 즉 피고인인 갑(甲)이 내용을 인정하여야 증거능력이 인정된다.
- ④ 사인이 의뢰하여 작성한 의사 작성의 진단서는 감정서라 할 수 없으므로 제313조 제1항에 의하여 성립의 진정이 인정되면 증거능력이 인정된다(대판 70도221).

정답 ②

문9. 증거개시제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

■ 18년 국가9급

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

- 해설** ① 법원의 열람·등사 허용 결정에도 불구하고 검사가 이를 신속하게 이행하지 아니하는 경우에는 해당 증인 및 서류 등을 증거로 신청할 수 없는 불이익을 받는 것에 그치는 것이 아니라, 그러한 검사의 거부행위는 피고인의 열람·등사권을 침해하고, 나아가 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리까지 침해하게 되는 것이다(현재 2009현마257).
- ② 피고인 또는 변호인은 검사가 제266조의3 제1항에 따른 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부한 때에는 제1항에 따른 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부할 수 있다.
- ③ 피고인 또는 변호인은 검사가 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한한 때에는 법원에 그 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하도록 할 것을 신청할 수 있다(형사소송법 제264조의4 제1항).
- ④ 검사는 열람·등사 또는 서면의 교부에 관한 법원의 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류 등에 대한 증거신청을 할 수 없다(형사소송법 제266조의4 제5항).

정답 ③

문10. 변호인에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

■ 18년 국가9급

- ① 피고인 및 피의자와 형사소송법 제30조 제2항에 규정된 자뿐만 아니라 피고인 및 피의자로부터 그 선임권을 위임받은 자도 피고인이나 피의자를 대리하여 변호인을 선임할 수 있다.
- ② 국선변호인 선정을 청구한 피고인이 빙곤으로 인하여 변호인을 선임할 수 없다고 인정할 여지가 충분한 경우, 법원은 특별한 사정이 없는 한 국선변호인 선정결정을 하여야 한다.
- ③ 공범관계에 있지 않은 공동피고인들 사이에서 공소사실로 보아 어느 피고인에 대하여는 유리한 변론이 다른 피고인에 대하여는 불리한 결과를 초래하는 사건의 경우, 그 공동 피고인들에 대하여 선정된 동일한 국선변호인이 공동피고인들을 함께 변론하였다면 위법하다.
- ④ 구속 전 피의자심문에서 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 하며, 이 경우 변호인의 선정은 피의자에 대한 구속영장 청구가 기각된 경우를 제외하고, 제1심까지 효력이 있다.

- 해설**
- ① 형사소송에 있어서 변호인을 선임할 수 있는 자는 피고인 및 피의자와 형사소송법 제30조, 제2항에 규정된 자에 한정되는 것이고, 피고인 및 피의자로부터 그 선임권을 위임받은 자가 피고인이나 피의자를 대리하여 변호인을 선임할 수는 없는 것이므로, 피고인이 법인인 경우에는 형사소송법 제27조 제1항 소정의 대표자가 피고인인 당해 법인을 대표하여 피고인을 위한 변호인을 선임하여야 하며, 대표자가 제3자에게 변호인 선임을 위임하여 제3자로 하여금 변호인을 선임하도록 할 수는 없다(대결 94모25).
 - ② 피고인이 자체(척추)4급 장애인으로서 국민기초생활수급자에 해당한다는 소명자료를 첨부하여 서면으로 형사소송법 제33조 제2항에서 정한 빙곤을 사유로 한 국선변호인 선정청구를 하였고, 위 소명자료에 의하면 피고인이 빙곤으로 인하여 변호인을 선임할 수 없는 경우에 해당하는 것으로 인정할 여지가 충분하며 기록상 이와 달리 판단할 사정을 찾아 볼 수 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 국선변호인 선정결정을 하여 선정된 변호인으로 하여금 공판심리에 참여하도록 하였어야 하는데도, 위 청구를 기각하는 결정을 한 후 피고인만 출석한 상태에서 심리를 진행하여 판결을 선고한 원심의 조치에 법령위반의 위법이 있다(대판 2010도18103; 대판 2001도1294).
 - ③ 공범관계에 있지 않은 공동피고인들 사이에서도 공소사실의 기재 자체로 보아 어느 피고인에 대한 유리한 변론이 다른 피고인에 대하여는 불리한 결과를 초래하는 사건에서는 공동피고인들 사이에 이해가 상반된다고 할 것이어서, 그 공동피고인들에 대하여 선정된 동일한 국선변호인이 공동피고인들을 함께 변론한 경우에는 형사소송규칙 제15조 제2항에 위반된다(대판 2014도13797).
 - ④ 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 이 경우 변호인의 선정은 피의자에 대한 구속영장 청구가 기각되어 효력이 소멸한 경우를 제외하고는 제1심까지 효력이 있다(제201조의2 제8항).

정답 ①

문 11. 간접증거에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) ■ 18년 국가9급

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

해설 ① ② 범죄사실의 증명은 반드시 직접증거만으로 이루어져야 하는 것은 아니고 논리와 경험칙에 합치되는 한 간접증거로도 할 수 있으며, 간접증거가 개별적으로는 범죄사실에 대한 완전한 증명력을 가지지 못하더라도 전체 증거를 상호관련하에 종합적으로 고찰할 경우 그 단독으로는 가지지 못하는 종합적 증명력이 있는 것으로 판단되면 그에 의하여도 범죄사실을 인정할 수가 있다(대판 96도1783).

③ 형사재판에서 유죄로 인정하기 위한 심증 형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다(대판 2010도12728).

④ 살인죄 등과 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접증거 없이 간접증거만으로 유죄를 인정할 수 있으나, 그러한 유죄 인정에는 공소사실에 대한 관련성이 깊은 간접증거들에 의하여 신중한 판단이 요구되므로, 간접증거에 의하여 주요사실의 전제가 되는 간접사실을 인정할 때에는 증명이 합리적인 의심을 허용하지 않을 정도에 이르러야 하고, 하나하나의 간접사실 사이에 모순, 저촉이 없어야 하는 것은 물론 간접사실이 논리와 경험칙, 과학법칙에 의하여 뒷받침되어야 한다(대판 2011도1902).

정답 ④

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

■ 18년 국가9급

- ① 포괄일죄의 공소장을 기재함에 있어서 검사는 그 전체범죄의 시기와 종기, 범행방법, 범행횟수 또는 피해액의 합계 및 피해자나 상대방을 기재하는 것으로 족하지 않고 포괄일죄를 이루는 개개의 범죄사실이 모두 특정되도록 기재하여야 한다.
- ② 동일한 사실관계에 대하여 양립할 수 없는 적용법조의 적용을 주위적·예비적으로 구하

는 사안에서 예비적 공소사실만 유죄로 인정되고 그 부분에 대하여 피고인만이 상소한 경우, 주위적 공소사실까지 상소심의 심판대상에 포함된다.

- ③ 공소장 적용법조의 기재에 오기나 누락이 있는 경우라 할지라도 이로 인하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한, 공소제기의 효력에는 영향이 없고 법원으로서도 공소장변경의 절차를 거치지 않고 공소장에 기재되어 있지 않은 법조를 적용할 수 있다.
- ④ 현행법규는 공소장일본주의에도 불구하고 공소장에 변호인 선임서, 긴급체포서, 구속영장 등의 서류를 첨부하도록 하고 있다.

- 해설**
- ① 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 범행횟수 또는 피해액의 합계 및 피해자나 상대방을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정되는 것이므로 포괄일죄인 상습사기의 공소사실에 있어서 그 범행의 모든 피해자들의 성명이 명시되지 않았다 하여 범죄사실이 특정되지 아니하였다고 볼 수 없다(대판 90도833).
 - ② 원래 주위적·예비적 공소사실의 일부에 대한 상소제기의 효력은 나머지 공소사실 부분에 대하여도 미치는 것이고, 동일한 사실관계에 대하여 서로 양립할 수 없는 적용법조의 적용을 주위적·예비적으로 구하는 경우에는 예비적 공소사실만 유죄로 인정되고 그 부분에 대하여 피고인만 상소하였다 하더라도 주위적 공소사실까지 함께 상소심의 심판대상에 포함된다(대판 2006도1146).
 - ③ 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 처단할 수는 없다(대판 2015도12372).
 - ④ 공소장에는, 공소제기전에 변호인이 선임되거나 보조인의 신고가 있는 경우 그 변호인선임서 또는 보조인신고서를, 공소제기전에 특별대리인의 선임이 있는 경우 그 특별대리인 선임결정등본을, 공소제기당시 피고인이 구속되어 있거나, 체포 또는 구속된 후 석방된 경우 체포영장, 긴급체포서, 구속영장 기타 구속에 관한 서류를 각 첨부하여야 한다(형사소송규칙 제118조 제2항).

정답 ①

문13. 위법수집증거배제법칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

■ 18년 국가9급

- ① 위법한 절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 증거법칙으로 형사소송법은 이를 명문으로 규정하고 있다.
- ② 위법수집증거배제법칙은 진술증거와 비진술증거 모두에 적용된다.
- ③ 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적 내용을 침해 하는 경우에 해당하지 않는다면, 법원은 예외적으로 위법하게 수집된 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

- ④ 소송사기의 피해자가 제3자에 의하여 절취된 피고인 회사의 업무일지를 수사기관에 증거로 제출한 경우 피고인의 사생활 영역에 대한 현저한 침해의 결과가 초래되므로 이를 증거로 사용하는 것은 위법하다.

해설 ① 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다(형사소송법 제308조의2). ② 절차 조항에 따르지 않는 수사기관의 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다. 이와 달리, 압수물은 그 압수절차가 위법이라 하더라도 물건 자체의 성질, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다는 취지로 판시한 대법원 1968. 9. 17. 선고 68도932 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 안에서 이를 변경하기로 한다(대판 2007도3061). ③ 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다(대판 2007도3061 전합의체판결; 대판 2008도10914 등). ④ 설명 그것이 제3자에 의하여 절취된 것으로서 위 소송사기 등의 피해자측이 이를 수사기관에 증거자료로 제출하기 위하여 대가를 지급하였다 하더라도, 공익의 실현을 위하여는 이 사건 업무일지를 범죄의 증거로 제출하는 것이 허용되어야 하고, 이로 말미암아 피고인의 사생활 영역을 침해하는 결과가 초래된다 하더라도 이는 피고인이 수인하여야 할 기본권의 제한에 해당된다(대판 2008도1584).

정답 ④

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

■ 18년 국가9급

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

① ㉠, ㉡

② ㉢, ㉣

③ ㉠, ㉢

④ ㉡, ㉢

해설 ⓒ, ⓔ 항목이 옳은 지문이다.

- ⑦ (X) 제1심이 공소장 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하지 아니한 채 공판절차를 진행하였다면 이는 소송절차에 관한 법령을 위반한 경우에 해당한다. 이러한 경우에도 피고인이 제1심 법정에서 이의함이 없이 공소사실에 관하여 충분히 진술할 기회를 부여받았다면 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없으나, 제1심이 공시송달의 방법으로 피고인을 소환하여 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 가운데 제1심의 절차가 진행되었다면 그와 같은 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위는 효력이 없으므로, 이러한 경우 항소심은 피고인 또는 변호인에게 공소장 부분을 송달하고 적법한 절차에 의하여 소송행위를 새로이 한 후 항소심에서의 진술과 증거조사 등 심리결과에 기초하여 다시 판결하여야 한다(대판 2013도9498).
- ⑧ (X) 변호인선임신고서를 제출하지 아니한 변호인이 변호인 명의로 정식재판청구서만 제출하고, 형사소송법 제453조 제1항이 정하는 정식재판청구기간 경과 후에 비로소 변호인 선임신고서를 제출한 경우, 변호인 명의로 제출한 위 정식재판청구서는 적법·유효한 정식재판청구로서의 효력이 없다(대결 2003도429).
- ⑨ (O) 형사소송법 제297조에 따라 변호인이 없는 피고인을 일시 퇴정하게 하고 중인신문을 한 다음 피고인에게 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 아니한 채 이루어진 중인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력이 없다고 볼 여지가 있으나, 그 다음 공판기일에서 재판장이 중인신문 결과 등을 공판조서(중인신문조서)에 의하여 고지하였는데 피고인이 ‘변경할 점과 이의할 점이 없다’고 진술하였다면 책문권 포기 의사를 명시함으로써 실질적인 반대신문의 기회를 부여받지 못한 하자가 치유되었다고 볼 수 있다(대판 2009도 9344).
- ⑩ (O) 세무공무원의 고발 없이 조세범칙사건의 공소가 제기된 후에 세무공무원이 고발을 하여도 그 공소절차의 무효가 치유된다고 할 수 없다(대판 70도942).

정답 ②

문15. 공소시효에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

■ 18년 국가9급

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

해설 ① 형사소송법 제262조의4 제1항, 동조 제2항

- ② 공소시효의 기산점에 관하여 규정한 형사소송법 제252조 제1항에 정한 '범죄행위'에는 당해 범죄행위의 결과까지도 포함하는 취지로 해석함이 상당하므로, 교량붕괴 사고에 있어 업무상과실치사상죄, 업무상과실일반교통방해죄 및 업무상과실자동차 추락죄의 공소시효도 교량붕괴사고로 인하여 피해자들이 사상에 이른 결과가 발생함으로써 그 범죄행위가 종료한 때로부터 진행한다고 보아야 한다(대판 97도1740).
- ③ 사람을 살해한 범죄(종범은 제외한다)로 사형에 해당하는 범죄에 대하여는 제249조부터 제253조까지에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다(형사소송법 제253조의2). 제253조의2(공소시효의 적용배제)의 개정규정은 이 법 시행 전에 범한 범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여도 적용한다(부칙 제2조).
- ④ 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 이른바 대향범 관계에 있는 자는 강학상으로는 필요적 공범이라고 불리고 있으나, 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 할 뿐 각자 자신의 구성요건을 실현하고 별도의 형벌규정에 따라 처벌되는 것이어서, 2인 이상이 가공하여 공동의 구성요건을 실현하는 공범관계에 있는 자와는 본질적으로 다르며, 대향범 관계에 있는 자 사이에서는 각자 상대방의 범행에 대하여 형법 총칙의 공범규정이 적용되지 아니한다(대판 2012도4842).

정답 ③

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

■ 18년 국가9급

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

해설 ① 형사소송법 제277조 제3호

- ② 피고인이 공판기일에 출정하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하여야 한다. 피고인이 정당한 사유없이 다시 정한 기일에 출정하지 아니한 때에는 피고인의 진술없이 판결을 할 수 있다(형사소송법 제365조).
- ③ 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조
- ④ 형사소송법 제277조

정답 ②

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

■ 18년 국가9급

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

㉠

㉡

㉢

- | | | | |
|---|--------|------|--------|
| ① | 면소판결 | 면소판결 | 공소기각판결 |
| ② | 공소기각판결 | 면소판결 | 공소기각결정 |
| ③ | 면소판결 | 무죄판결 | 공소기각결정 |
| ④ | 공소기각판결 | 무죄판결 | 공소기각판결 |

해설

- ㉠ 소년법 제32조의 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소제기가 되었다면 동조의 보호처분은 확정판결이 아니고 따라서 기판력도 없으므로 이에 대하여 면소판결을 할 것이 아니라 공소제기절차가 동법 제53조의 규정에 위배하여 무효인 때에 해당한 경우이므로 공소기각의 판결을 하여야 한다(대판 85도21).
- ㉡ 형별에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 '폐지'가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 같은 법 제325조 전단이 규정하는 '범죄로 되지 아니한 때'의 무죄사유에 해당하는 것이지, 같은 법 제326조 제4호의 면소사유에 해당한다고 할 수 없다(대판 2010도5986)
- ㉢ 공소기각의 판결사유이다(형사소송법 제327조 제4호).

정답 ④

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

■ 18년 국가9급

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

- 해설**
- ① 관세포탈미수로 인한 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반죄로 공소제기된 경우에는 위 소위가 관세포탈예비로 인한 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반죄를 구성한다고 하더라도 검사가 공소장변경을 하지 아니한 이상 법원은 이에 관하여 심판할 수 없다(대판 82도2939).
 - ② 파기환송 후의 항소심도 속심의 성질을 유지하므로 공소장변경이 허용된다(대판 79도 2105).
 - ③ 공소사실의 동일성이 인정된다면 검사는 공소제기 후에도 공소사실과 적용법조를 예비적·택일적으로 변경할 수 있다(대판 2011도14986, 대판 98도1438).
 - ④ 법원이 동일한 공소 범죄사실을 가지고 포괄죄로 보지 아니하고 실체적 경합관계에 있는 수죄로 인정하였다고 하여도 이는 다만 죄수에 관한 법률적 평가를 달리한 것에 불과 할 뿐이지 소추 대상인 공소사실과 다른 사실을 인정할 것이라고 보기 어렵고, 또 피고인의 방어권행사에 실질적으로 불이익을 초래할 우려도 없다고 하겠으므로 불고불리의 원칙에 위반되지 아니한다(대판 82도938).

정답 ④

문 19. 상소에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

■ 18년 국가9급

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

- 해설**
- ① 환형처분, 집행유예, 몰수, 압수물의 환부·추징 등은 주형과 일체가 되어 있으므로 주형과 분리하여 상소할 수 없다. 판례도 압수물의 환부나 추징에 대한 독립상소는 허용되지 않는다고 한다(대판 84도1502).
 - ② 공소기각, 관할위반, 면소판결과 같은 형식재판에 대하여 무죄를 주장하는 상소는 상소이익이 없어 인정되지 않는다. 판례도 피고인에게는 실체판결청구권이 없는 것이므로 면소판결에 대하여 무죄의 실체판결을 구하여 상소를 할 수는 없고(대판 84도2106), 공소기각의 판결이 있으면 피고인은 유죄판결의 위험으로부터 벗어나는 것이므로 그 판결은 피고인에게 불이익한 재판이라고 할 수 없다(대판 97도1211)고 하였다.
 - ③ 경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 항소심 판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대하여 상고를 한 경우 피고인과 검사가 상고하지 아니한 유죄판결 부분은 상고기간이 지남으로써 확정되어 상고심에 계속된 사건은 무죄판결 부분에 대한 공소뿐이라 할 것이므로 상고심에서 이를 파기할 때에는 무죄 부분만을 파기할 수밖에 없다(대판 91도1402).
 - ④ 상고법원은 필요한 경우에는 특정한 사항에 관하여 변론을 열어 참고인의 진술을 들을

수 있다(형사소송법 제390조 제2항). 이는 사회적으로 이슈가 된 사건에 대하여 전문가 등의 의견을 듣기 위하여 도입한 제도이다.

정답 ④

문 20. 공판절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) ■ 18년 국가9급

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

- 해설**
- ① 헌법 제109조는 재판공개의 원칙을 규정하고 있는 것으로서 검사의 공소제기절차에는 적용될 여지가 없다. 따라서 공소가 제기되기 전까지 피고인이 그 내용이나 공소제기 여부를 알 수 없었다거나 피고인의 소송기록 열람·등사권이 제한되어 있었다고 하더라도 그 공소제기절차가 위 헌법 규정을 위반하였다고는 할 수 없다(대판 2006도1427).
 - ② 검찰청이 보관하고 있는 불기소처분기록에 포함된 불기소결정서는 형사피의자에 대한 수사의 종결을 위한 검사의 처분 결과와 이유를 기재한 서류로서, 작성 목적이나 성격 등에 비추어 이는 수사기관 내부의 의사결정과정 또는 검토과정에 있는 사항에 관한 문서도 아니고, 그 공개로써 수사에 관한 직무의 수행을 현저하게 곤란하게 하는 것도 아니므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 변호인의 열람·지정에 의한 공개의 대상이 된다(대판 2012도1284).
 - ③ 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차의 제1심에서 2회 불출석하여 법 제318조 제2항에 따른 증거동의가 간주된 후 증거조사를 완료한 이상, 간주의 대상인 증거동의는 증거조사가 완료되기 전까지 철회 또는 취소할 수 있으나 일단 증거조사를 완료한 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 않는다(대판 2007도5776).
 - ④ 공시송달 방법에 의한 피고인 소환이 부적법하여 피고인이 공판기일에 출석하지 않은 가운데 진행된 제1심의 절차가 위법하고 그에 따른 제1심판결이 파기되어야 한다면, 항소심

으로서는 다시 적법한 절차에 의하여 소송행위를 새로이 한 후 항소심에서의 진술과 증거조사 등 심리 결과에 기초하여 다시 판결하여야 한다. 피고인의 직장 주소로 송달을 실시하여 보거나 피고인 어머니의 전화번호로 연락하여 피고인이 송달받을 장소를 찾아보는 등의 시도를 하지 아니한 채 곧바로 공시송달 방법으로 피고인소환장 등을 송달하고 피고인의 진술 없이 판결을 선고한 제1심의 절차가 위법하다는 이유로 제1심판결을 파기하면서도, 다시 적법한 절차에 의하여 소송행위를 하지 않고 피고인의 참여 없이 실시된 제1심 증거조사 결과에 기초하여 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(대판 2012도986).

정답 ②

이윤탁 교수 약력 & 주요저서

● 저자약력

- 고려대학교 법학과 졸업
동(同) 대학원 법학과
- 前 메가Cast 경찰 공무원학원 형사소송법 대표강사
- 現 공단기, 법검단기 형법, 형사소송법 대표강사
- 現 경찰간부단기 형사법 대표강사
- 現 경단기 형사법 프랩

● 주요저서

- 이윤탁 형사소송법 합격생 필기노트
- 이윤탁 형사소송법 기본서
- 이윤탁 형사소송법 기출문제 1000제
- 이윤탁 형사소송법 3개년 기출문제 분석정리
- 이윤탁 형사소송법 3개년 판례 분석정리
- 이윤탁 형사소송법 300제
- 이윤탁 객관식 형사소송법의 종결(법원직용)
- 이윤탁 형사법 I [형법총론]
- 이윤탁 형사법 II [형법각론]
- 이윤탁 형사법 III [수사와 증거]
- 이윤탁 형사소송법 5개년 기출문제

2018년 국가직9급 형사소송법(검찰직, 마약수사직)

기 출 해 설

해 설 이 윤 탁

편 집 나눔에듀

경기 안양시 만안구 삼막로96번길 102, A동 102호(석수동, 삼성타운 3차)

등록번호 제832-93-00127호

전 화 070-8614-7009 / FAX: (02)6000-9467

• 저자와 협의하 인자를 생략합니다.

• 본서의 무단전재 또는 복제행위는 저작권법 제63조에 의해 만형사상의 처벌을 받습니다.

• 파본은 구입처에서 교환해 드립니다.