

2012 법원직9급 형소법기출[윤황채교수]

[문 1] 변호인에 관한 다음 기술 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 변호인선임신고서는 특별한 사정이 없는 한 원본을 의미한다 할 것이므로 사본은 적법한 변호인선임신고서가 아니라고 할 것이다.
- ㉡ 피고인이 빈곤 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없어 형사소송법 제33조 제2항의 규정에 따른 국선변호인 선정청구를 하였으나 그에 관한 결정을 하지 않고 있는 사이에 피고인 스스로 변호인을 선임하였으나 그때는 이미 피고인에 대한 항소이유서 제출기간이 도과해버린 후이어서 그 사선변호인이 피고인을 위하여 항소이유서를 작성·제출할 시간적 여유가 없는 경우에는 법원은 사선변호인에게 소송기록접수통지를 함으로써 그 사선변호인이 통지를 받은 날로부터 기산하여 소정의 기간 내에 피고인을 위하여 항소이유서를 작성·제출할 수 있는 기회를 주어야 한다.
- ㉢ 변호인선임신고서를 제출하지 아니한 변호인이 변호인 명의로 정식재판청구서만 제출하고, 정식재판청구기간 경과 후에 비로소 변호인선임신고서를 제출한 경우, 변호인 명의로 제출한 위 정식재판청구서는 적법·유효한 정식재판청구로서의 효력이 없다.
- ㉣ 형사소송법 제33조 제2항에 따라 피고인이 빈곤 기타 사유로 변호인을 선임할 수 없는 때에 국선변호인을 선정하는 것은 피고인의 청구가 있는 경우에 한하는 것이고, 이 경우 법원으로서 피고인에게 국선변호인선정 청구를 할 수 있음을 고지하여야 할 의무가 있는 것은 아니다.
- ㉤ 상고심의 환송전 원심에서 선임된 변호인의 변호권은 사건이 환송된 뒤에는 항소심에서 다시 생긴다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개

[정답] ①

[해설] ① 판례에 의하면 박스에서 틀린 사례는 없다. ㉡ O. 형사소송법 제32조 제1항은 " 변호인의 선임은 심급마다 변호인과 연명날인한 서면으로 제출하여야 한다. " 고 규정하고 있는바, 위 규정에서 말하는 변호인선임신고서는 특별한 사정이 없는 한 원본을 의미한다고 할 것이고, 사본은 이에 해당하지 않는다고 할 것이다(대법원 2005.1.20. 2003도429).

㉢ O. 피고인이 빈곤 등을 이유로 국선변호인의 선정을 청구하면서, 국선변호인의 조력을 받아 항소이유서를 작성·제출하는 데 필요한 충분한 시간 여유를 두고 선정청구를 하였는데도 법원이 정당한 이유 없이 그 선정을 지연하여 항소이유서 제출기간이 경과한 후에야 비로소 국선변호인이 선정됨으로써 항소이유서의 작성·제출에 필요한 변호인의 조력을 받지도 못한 상태로 피고인에 대한 항소이유서 제출기간이 도과해 버렸다면 이는 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리가 법원에 의하여 침해된 것과 다를 바 없으므로, 설사 항소이유서 제출기간 내에 그 피고인으로부터 적법한 항소이유서의 제출이 없었다고 하더라도 그러한 사유를 들어 곧바로 결정으로 피고인의 항소를 기각하여서는 아니된다고 할 것이며, 그와 같은 경우에는 형사소송규칙 제156조의2를 유추적용하여 그 국선변호인에게도 별도로 소송기록접수통지를 하여 국선변호인이 그 통지를 받은 날로부터 기산하여 소정의 기간 내에 피고인을 위하여 항소이유서를 제출할 수 있는 기회를 주어야 하며, 그와 같은 기회의 부여에도 불구하고 그 국선변호인마저 정해진 기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하는 경우에 한하여 비로소 결정으로 항소를 기각할 수 있을 뿐이라고 보는 것이 형사피고인에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 국민의 기본적 권리로 규정한 헌법의 정신에 합치하는 해석이다(대법원

- 2000.11.28. 2000도66).
- ㉣ O. 변호인선임신고서를 제출하지 아니한 변호인이 변호인 명의로 정식재판청구서만 제출하고, 형사소송법 제453조 제1항이 정하는 정식재판청구기간 경과 후에 비로소 변호인선임신고서를 제출한 경우, 변호인 명의로 제출한 위 정식재판청구서는 적법·유효한 정식재판청구로서의 효력이 없다(대법원 1969.10.4. 69도68, 2001.11.1. 2001도4839).
- ㉣ O. 형사소송법 제33조 제5호에 의하여 피고인이 빈곤 기타 사유로 변호인을 선임할 수 없는 때에 국선변호인을 선정하는 것은 피고인의 청구가 있는 경우에 한하는 것이고, 법원으로서 피고인에게 위 법조에 기한 국선변호인선정 청구를 할 수 있음을 고지하여야 할 의무가 있는 것도 아니다(대법원 1994.10.25. 94도1467).
- ☞ 판례의 내용대로만 보면 맞는 지문이나, 현행규칙에 따르면 "재판장은 공소제기가 있는 때에 변호인 없는 피고인에게, 제33조 제2항에 해당하는 때에는 법원에 대하여 국선변호인의 선정을 청구할 수 있다는 취지를 서면으로 고지한다(규칙 제17조)."라고 되어 있으므로, 틀릴 여지가 있는 지문이다.

규칙 제17조 (공소제기의 경우 국선변호인의 선정등)
 ① 재판장은 공소제기가 있는 때에는 변호인 없는 피고인에게 다음 각호의 취지를 고지한다.
 1. 법 제33조 제1항 제1호 내지 제6호의 어느 하나에 해당하는 때에는 변호인 없이 개정할 수 없는 취지와 피고인 스스로 변호인을 선임하지 아니할 경우에는 법원이 국선변호인을 선정하게 된다는 취지
 2. 법 제33조제2항에 해당하는 때에는 법원에 대하여 국선변호인의 선정을 청구할 수 있다는 취지
 3. 법 제33조제3항에 해당하는 때에는 법원에 대하여 국선변호인의 선정을 희망하지 아니한다는 의사를 표시할 수 있다는 취지
 ② 제1항의 고지는 서면으로 하여야 한다.
 ③ 법원은 제1항의 고지를 받은 피고인이 변호인을 선임하지 아니할 때 및 법 제33조제2항의 규정에 의하여 국선변호인 선정청구가 있거나 같은 조제3항에 의하여 국선변호인을 선정하여야 할 때에는 지체 없이 국선변호인을 선정하고, 피고인 및 변호인에게 그 뜻을 고지하여야 한다.

- ㉣ O. 규칙 제158조(변호인 선임의 효력) 원심법원에서의 변호인 선임은 법 제366조 또는 법 제367조의 규정에 의한 환송 또는 이송이 있은 후에도 효력이 있다.

[문 2] 형사소송법의 적용범위에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 캐나다 시민권자인 피고인이 캐나다에서 위조사문서를 행사하였다는 내용으로 우리 법원에 기소된 경우, 외국인 국외범이라도 우리나라에 재판권이 있다고 보아야 한다.
- ② 미군범죄에 관하여는 원칙적으로 오로지 합중국의 재산이나 안전에 대한 범죄, 또는 오로지 합중국 군대의 타 구성원이나 군속 또는 그들의 가족의 신체나 재산에 대한 범죄, 공무집행중의 작위 또는 부작위에 의한 범죄인 경우에는 합중국 군당국이 재판권을 행사할 1차적 권리를 가지며, 기타의 범죄인 경우에는 대한민국 당국이 재판권을 행사할 1차적 권리를 가진다.
- ③ '(구)국가안전기획부의 불법 녹음 내용'과 '검사들이 OO 그룹으로부터 떡값 명목의 금품을 수수하였다'는 내용이 게재된 보도자료를 국회 법제사법위원회 개의 당일 국회 의원회관에서 기자들에게 배포한 행위는 면책특권의 대상이 되지

때문에 공소기간판결을 선고하여야 한다.

④ 항소심이 신법 시행을 이유로 구법(2007.6.1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 형사소송법)이 정한 바에 따라 적법하게 진행된 제1심의 증거조사절차 등을 위법하다고 보아 그 효력을 부정하고 다시 절차를 진행하는 것은 허용되지 아니하며, 다만 이미 적법하게 이루어진 소송행위의 효력을 부정하지 않는 범위 내에서 신법의 취지에 따라 절차를 진행하는 것은 허용된다.

[정답] ①

[해설] ① 캐나다 시민권자인 피고인이 캐나다에서 위조사문서를 행사하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 형법 제234조의 위조사문서행사죄는 형법 제5조 제1호 내지 제7호에 열거된 죄에 해당하지 않고, 위조사문서행사를 형법 제6조의 대한민국 또는 대한민국 국민의 법익을 직접적으로 침해하는 행위라고 볼 수도 없으므로 피고인의 행위에 대하여는 우리나라에 재판권이 없는 데도, 위 행위가 외국인의 국외범으로서 우리나라에 재판권이 있다고 보아 유죄를 인정할 원심판결에 재판권 인정에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 것이다(대판 2011.8.25. 2011도6507).

② 대한민국과아메리카합중국간의 상호방위조약제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정 제22조 제1항(가)호에 의하면 합중국 군당국은 합중국 군대의 구성원에 대하여 합중국법령이 부여한 모든 형사재판권 및 징계권을 대한민국 내에서 행사할 권리를 가지는 한편 같은 항(나)호에 의하면 대한민국 당국도 합중국군대의 구성원에 대하여 대한민국영역안에서 범한 범죄로서 대한민국법령에 의하여 처벌할 수 있는 범죄에 관하여 재판권을 가지게 되어 있고, 같은 조문 제3항에 의하면 재판권을 행사할 권리가 경합하는 경우에는 {1}오로지 합중국의 재산이나 안전에 대한 범죄 또는 오로지 합중국 군대의 미구성원이나 군속 또는 그의 가족의 신체나 재산에 대한 범죄(동(가)호의 (1))와, {2}공무집행 중의 작위 또는 부작위에 의한 범죄 (동(가)호의 (2))등에 관하여는 미합중국 군당국이 재판권을 행사할 제1차적 권리를 가지며, 기타의 범죄에 관하여는 대한민국 당국이 재판권을 행사할 제1차적 권리를 가지게 되어 있으니 (동(나)호)) 동 협정 제22조 제3항(나)호에 해당하는 본건 범죄에 관하여는 다른 사정이 없다면 대한민국법원에 제1차적 재판권이 있음이 분명하다(대법원 1980.9.9. 79도2062).

③ 국회의원인 피고인이, (구)국가안전기획부 내 정보수집팀이 대기업 고위관계자와 중앙일간지 사주 간의 사적 대화를 불법 녹음한 자료를 입수한 후 그 대화 내용과, 전직 검찰간부인 피해자가 위 대기업으로부터 이른바 떡값 명목의 금품을 수수하였다는 내용이 게재된 보도자료를 작성하여 국회 법제사법위원회 개의 당일 국회 의원회관에서 기자들에게 배포한 사안에서, 피고인이 국회 법제사법위원회에서 발언할 내용이 담긴 위 보도자료를 사전에 배포한 행위는 국회의원 면책특권의 대상이 되는 직무부수행위에 해당하므로, 피고인에 대한 허위사실적시 명예훼손 및 통신비밀보호법 위반의 점에 대한 공소를 기각하여야 한다(대법원 2011.5.13. 2009도14442).

④ 형사소송법 부칙(2007.6.1.) 제2조는 형사절차가 개시된 후 종결되기 전에 형사소송법이 개정된 경우 신법과 구법 중 어느 법을 적용할 것인지에 관한 입법례 중 이른바 혼합주의를 채택하여 구법 당시 진행된 소송행위의 효력은 그대로 인정하되 신법 시행 후의 소송절차에 대하여는 신법을 적용한다는 취지에서 규정된 것이다. 따라서 항소심이 신법 시행을 이유로 구법이 정한 바에 따라 적법하게 진행된 제1심의 증거조사절차 등을 위법하다고 보아 그 효력을 부정하고 다시 절차를 진행하는 것은 허용되지 아니하며, 다만 이미 적법하게 이루어진 소송행위의 효력을 부정하지 않는 범위 내에서 신법의 취지에 따라 절차를 진행하는 것은 허용된다(대법원 2008.10.23. 2008도2826).

【문 3】 “검사 또는 사법경찰관의 조서(제312조), 진술서(제313조)의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.”의 밑줄 부분에 해당한다고 볼 수 있는 것은 다음 중 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 진술을 요할 자가 중풍·언어장애 등 장애등급 3급 5호의 장애로 인하여 법정에 출석할 수 없었고, 그 후 신병을 치료하기 위하여 속초로 간 후에는 그에 대한 소재탐지가 불가능하게 된 경우
- ㉡ 일본에 거주하는 사람을 증인으로 채택하여 환문코자 하였으나 외교통상부로부터 현재 일본측에서 형사사건에 대하여는 양국 형법체계상의 상이함을 이유로 송달에 응하지 않고 있어 그 송달이 불가능하다는 취지의 회신을 받은 경우
- ㉢ 10세 남짓의 성추행 피해자인 진술자가 만 5세 무렵에 당한 성추행으로 인하여 외상 후 스트레스 증후군을 앓고 있다는 등의 이유로 공판정에 출석하지 아니한 경우
- ㉣ 법정에서 출석한 증인이 증언거부권을 행사하여 증언을 거절하는 경우
- ㉤ 진술을 요할 자가 일정한 주거를 가지고 있으면서도 법원의 소환에 계속 불응하고 구인하여도 구인장이 집행되지 않는 경우

- ① 모두 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

[정답] ④

[해설] ④ 박스에서 특신상에 해당하는 것은 ㉠㉡㉣의 4개이다.

㉠ O. 검사 및 사법경찰관이 작성한 A에 대한 각 진술조서의 증거능력에 관하여는 제1심법원이 그를 증인으로 채택, 수회에 걸쳐 소환장과 구인영장을 발부하여 그가 소환장을 직접 받은 적도 있었으나, 중풍, 언어장애 등 장애등급 3급 5호의 장애로 인하여 법정에서 출석할 수 없었던 것이고, 그 후 신병을 치료하기 위하여 속초로 간 후에는 그에 대한 소재탐지가 불가능하게 된 사실이 인정되므로, 이러한 경우에는 형사소송법 제314조 소정의 공판기일에 진술을 요할 자가 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당하고, 그 진술내용도 피고인이 투자금을 더 투자하기로 한 후에 가등기를 거치기로 하였음에도 이를 어기고 고소인 B가 법무사 사무실에 맡겨둔 가등기 서류를 피고인이 일방적으로 되찾아 가등기에 필요한 B명의로의 서류를 위조하여 가등기를 경료하였다는 취지로 일관되게 진술하고 있고, B의 진술과도 부합하는 점 등에 비추어, A의 경찰, 검찰에서의 진술은 특히 신빙할 수 있는 상태에 한 진술로 보아야 할 것이다(대법원 1999.5.14. 99도202).

㉡ O. 일본에 거주하는 사람을 증인으로 채택하여 환문코자 하였으나 외무부로부터 현재 일본측에서 형사사건에 대하여는 양국 형법체계상의 상이함을 이유로 송달에 응하지 않고 있어 그 송달이 불가능하다는 취지의 회신을 받고 위 증인을 취소하였다면 이러한 사유는 형사소송법 제314조 소정의 공판기일에서 진술을 요할 자가 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다(대법원 1987.9.8. 87도1446).

㉣ O. 형사소송법 제314조는 “공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술을 할 수 없는 때에는 그 조서 또는 서류를 증거로 할 수 있다”고 규정하고 있는바, 여기서 “기타 사유로 진술할 수 없는 때”에는 법정에서 출석한 증인이 증언거부권을 행사하여 증언을 거절한 때도 포함된다(대법원 1992.8.14. 92도1211).

㉤ O. 경찰이 증인과 가족의 실거주지를 방문하지 않은 상태에서 전화상으로 증인의 모(母)로부터 법정에서 출석케 할 의사가 없

다는 취지의 진술을 들었다는 내용의 구인장 집행불능 보고서를 제출하고 있을 뿐이고, 검사가 기록상 확인된 증인의 휴대전화번호로 연락하여 법정 출석의사가 있는지를 확인하는 등의 방법으로 출석을 적극적으로 권유·독려하는 등 증인의 법정 출석을 위하여 상당한 노력을 기울이지 않은 경우, 형사소송법 제314조의 '기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 않는다(대법원 2007.1.11. 2006도7228).

ㄱ 직접주의와 전문법칙의 예외를 정한 형사소송법 제314조의 요건 충족 여부는 엄격히 심사하여야 하고 전문증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건에 관한 입증책임은 검사에게 있는 것이므로, 법원이 증인에 대한 구인장 집행불능 상황을 형사소송법 제314조의 '기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 인정할 수 있으려면, 형식적으로 구인장 집행이 불가능하다는 취지의 서면이 제출되었다는 것만으로는 부족하고, 증인에 대한 구인장의 강제력에 기하여 증인의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고, 부득이 증인의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 입증한 경우여야 한다(대법원 2007. 1. 11. 2006도7228).

ㄷ X. 만 5세 무렵에 당한 성추행으로 인하여 외상 후 스트레스 증후군을 앓고 있다는 등의 이유로 공판정에 출석하지 아니한 약 10세 남짓의 성추행 피해자에 대한 진술조서는 형사소송법 제314조에 정한 필요성의 요건과 신용성 정황적 보장의 요건을 모두 갖추지 못하여 증거능력이 없다(대판 2006.5.25. 2004도3619).

ㄹ 형사소송법 제314조에 의하면, 같은 법 제312조 소정의 조서나 같은 법 제313조 소정의 서류 등을 증거로 하기 위해서는, 첫째로 진술을 요할 자가 사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없는 경우이어야 하고('필요성의 요건'), 둘째로 그 진술 또는 서류의 작성 이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이어야 한다('신용성 정황적 보장의 요건'). 위 필요성의 요건 중 '질병' 은 진술을 요할 자가 공판이 계속되는 동안 임상신문이나 출장신문도 불가능할 정도의 중병임을 요한다고 할 것이고, '기타 사유' 는 사망 또는 질병에 준하여 증인으로 소환될 당시부터 기억력이나 분별력의 상실 상태에 있거나, 법정에서 출석하여 증거거부권을 행사한다거나, 증인소환장을 송달받고 출석하지 아니하여 구인을 명하였으나 끝내 구인의 집행이 되지 아니하는 등으로 진술을 요할 자가 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없는 예외적인 사유가 있어야 한다. 한편, 위 신용성 정황적 보장의 요건인 '특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때' 라고 함은 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다(대법원 2006.5.25. 2004도3619).

【문 4】 압수·수색에 관한 다음 기술 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 압수·수색영장의 집행은 급속을 요하여 범죄사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고하고 집행하는 경우를 제외하고는 처분을 받는 자에게 반드시 사전에 영장을 제시하여야 하는 바, 현장에서 압수·수색을 당하는 사람이 여러 명일 경우에는 그 사람들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이다. 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다고 하더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다.
- ② 압수·수색영장을 집행함에는 검사, 피고인 또는 변호인이 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때가 아니면 미리 집행의 일시와 장소를 검사, 피고인 또는 변호인에게 통지하여야 한다.
- ③ 압수·수색영장에 압수대상물을 압수장소에 '보관중인 물

건'으로 기재한 경우, 이를 '현존하는 물건'으로 해석가능하다고 할 수는 없다.

④ 음란물 유포의 범죄혐의를 이유로 압수수색영장을 발부받은 사법경찰관이 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견하자, 피고인을 마약류관리에 관한 법률 위반죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수하였으나 그 다음날 피고인을 석방하고도 사후 압수수색영장을 발부받지 않았다면 위 압수물과 압수조서는 형사소송법상 영장주의를 위반하여 수집한 증거로서 증거능력이 부정된다.

[정답] ①

[해설] ① 압수수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 사전에 제시하여야 한다(제118조, 제219조). 대인적 강제처분과는 달리 사후제시의 방법에 의한 긴급집행은 인정되지 않는다(제85조 제3항 및 제4항 참조). 따라서 지문에서 사후제시의 방법에 의한 긴급집행을 의미하는 “급속을 요하여 범죄사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고하고 집행하는 경우를 제외하고는” 부분이 틀렸다고 볼 수 있다. 후단부에 있는 내용은 옳은 내용이다. 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 하는바, 현장에서 압수·수색을 당하는 사람이 여러 명일 경우에는 그 사람들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이다. 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다고 하더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다(대법원 2009.3.12. 2008도763).

제118조(영장의 제시) 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.

② 제121조(영장집행과 당사자의 참여) 검사, 피고인 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다.

제122조(영장집행과 참여권자의 통지) 압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 단, 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다.

③ 헌법과 형사소송법이 구현하고자 하는 적법절차와 영장주의의 정신에 비추어 볼 때, 법관이 압수·수색영장을 발부하면서 '압수할 물건'을 특정하기 위하여 기재한 문언은 엄격하게 해석하여야 하고, 함부로 피압수자 등에게 불리한 내용으로 확장 또는 유추 해석하여서는 안 된다. 따라서 압수·수색영장에서 압수할 물건을 '압수장소에 보관중인 물건'이라고 기재하고 있는 것을 '압수장소에 현존하는 물건'으로 해석할 수는 없다(대법원 2009.3.12. 2008도763).

④ (구)정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 음란물 유포의 범죄혐의를 이유로 압수·수색영장을 발부받은 사법경찰관이 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견하자, 피고인을 마약류관리에 관한 법률 위반죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수하였으나, 그 다음날 피고인을 석방하였음에도 사후 압수·수색영장을 발부받지 않은 사안에서, 위 압수물과 압수조서는 형사소송법상 영장주의를 위반하여 수집한 증거로서 증거능력이 부정된다(대법원 2009.5.14. 2008도 10914).

【문 5】 다음은 전문증거에 관한 설명이다. 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서는 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 한 전문법칙에 관한 형사소송법 제310조의 2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다.
- ② 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다든 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우에는 형사소송법 제310조의 2에서 정한 전문법칙이

적용되지 않는다.

③ 공범으로서 별도로 공소제기된 다른 사건의 피고인 甲에 대한 수사과정에서 담당 검사가 피의자인 甲과 그 사건에 관하여 대화하는 내용과 장면을 녹화한 비디오테이프에 대한 법원의 검증조서는 피의자신문조서에 준하여 그 증거능력을 가려야 한다.

④ 증인신문조서가 증거보전절차에서 증인 甲의 증언내용을 기재한 것으로, 피의자였던 피고인이 당사자로 참여하여 자신의 범행사실을 시인하는 전제 하에 위 증인에게 반대신문한 내용이 기재되어 있다면, 위 조서 중 피의자의 진술기재 부분은 형사소송법 제311조 소정의 법원 또는 법관의 조서로서 증거능력이 인정된다.

[정답] ④

[해설] ④ 증인신문조서가 증거보전절차에서 피고인이 증인으로 서 증언한 내용을 기재한 것이 아니라 증인(甲)의 증언내용을 기재한 것이고, 다만 피의자였던 피고인이 당사자로 참여하여 자신의 범행사실을 시인하는 전제하에 위 증인에게 반대신문한 내용이 기재되어 있을 뿐이라면, 위 조서는 공판준비 또는 공판기일에 피고인 등의 진술을 기재한 조서도 아니고, 반대신문과정에서 피의자가 한 진술에 관한 한 형사소송법 제184조에 의한 증인신문조서도 아니므로 위 조서 중 피의자의 진술기재부분에 대하여는 형사소송법 제311조에 의한 증거능력을 인정할 수 없다(대법원 1984.5.15. 84도508).

① 형사소송법은 전문진술에 대하여 제316조에서 실질상 단순한 전문의 형태를 취하는 경우에 한하여 예외적으로 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있을 뿐, 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 달리 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는데 동의하지 아니하는 한 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다(대법원 2000.3.10. 2000도159).

② 형사소송법 제310조의2는 사실을 직접 경험한 사람의 진술이 법정에 직접 제출되어야 하고 이에 갈음하는 대체물인 진술 또는 서류가 제출되어서는 안 된다는 이른바 전문법칙을 선언한 것이다. 그런데 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다든 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. (구)정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2005.12.30. 법률 제7812호로 개정되기 전의 것) 제65조 제1항 제3호 위반죄와 관련하여 문자메시지로 전송된 문자정보를 휴대전화기 화면에 띄워 촬영한 사진에 대하여, 피고인이 성립 및 내용의 진정을 부인한다는 이유로 증거능력을 부정한 것은 위법하다(대법원 2008.11.13. 2006도2556).

③ 공범으로서 별도로 공소제기된 다른 사건의 피고인 갑에 대한 수사과정에서 담당 검사가 피의자인 甲과 그 사건에 관하여 대화하는 내용과 장면을 녹화한 비디오테이프에 대한 법원의 검증조서는 이러한 비디오테이프의 녹화내용이 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서와 실질적으로 같다고 볼 것이므로 피의자신문조서에 준하여 그 증거능력을 가려야 한다(대법원 1992.6.23. 92도682).

【문 6】 다음은 증거동의를 관한 설명이다. 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 검사작성의 공동피고인에 대한 피의자신문조서는 그 공동 피고인이 법정에서 성립 및 임의성을 인정하는 경우에는 다른 공동피고인이 이를 증거로 함에 부동의하였다 하더라도 그 다른 공동피고인의 범죄사실에 대한 유죄의 증거로 삼을

수 있다.

② 유죄증거에 대하여 피고인측이 반대증거로 제출한 서류는 그 진정성립이 증명되거나 상대방의 동의가 있어야 증거판단의 자료로 삼을 수 있다.

③ 피고인이 제1심에서 증거동의를 의사표시를 하여 증거조사를 마쳤으나 항소심에 이르러 증거동의를 철회하였다면, 그 동의 철회로 인하여 적법하게 부여된 증거능력이 상실된다.

④ 간이공판절차의 결정이 있는 사건의 증거에 관하여는 전문증거에 대해 증거동의를 있는 것으로 간주하는 것은 피고인이 공판정에서 공소사실을 자백한 이상 전문증거에 대한 반대신문권을 포기한 것으로 볼 수 있고 간이공판절차를 통한 재판의 신속을 도모할 필요 등에서 인정되는 것이므로, 실령 검사, 피고인 또는 변호인이 증거로 함에 이의를 표시하였다 하더라도 마찬가지로 증거동의를 의제된다.

[정답] ①

[해설] ① 해당 지문인 “검사작성의 공동피고인 중 1인에 대한 피의자신문조서는 그 공동피고인이 공판기일에 성립의 진정 및 임의성을 인정하는 경우에는 다른 공동피고인이 이를 증거로 함에 부동의 하였다 하더라도 다른 공동피고인의 범죄사실에 대한 유죄증거로 삼을 수 있다(대판 1990.12.26. 90도2362).”는 2007년 개정 전의 예전 판례로서, 현행법에서는 검사작성의 공동피고인 중 1인에 대한 피의자신문조서에 대해서는 제312조 제4항이 적용되어야 함이 분명하고, 따라서 제312조 제4항에 의하여 반대신문의 기회가 보장되어 있는 경우가 아닌 한 그 증거능력을 인정할 수 없음이 분명하다(신양균, 신판 형사소송법(2009. 화산미디어), 785면; 이재상, 신형사소송법(2007년. 박영사), 552면). 예전에 출간된 2007년 개정 형사소송법에 대한 법원행정처 해설서에도 동일하다.

② 유죄의 자료가 되는 것으로 제출된 증거의 반대증거나 서류에 대하여는 그것이 유죄사실을 인정하는 증거가 되는 것이 아닌 이상 반드시 그 진정성립이 증명되지 아니하거나 이를 증거로 함에 있어서의 상대방의 동의가 없다고 하더라도 증거판단의 자료로 할 수 있다(대법원 1981.12.22. 80도1547).

③ 피고인이 제1심에서 증거동의를 의사표시를 한 후, 항소심에 이르러 증거동의를 철회하였다고 하더라도 증거조사를 마친 후의 증거에 대하여는 동意的 철회로 인하여 적법하게 부여된 증거능력이 상실되는 것이 아니다(대법원 1997.9.30. 97도1230).

④ 간이공판절차의 개시결정이 있는 사건의 증거에 관하여는 증거동의를 있는 것으로 간주한다(제318조의3 본문). 다만, 검사·피고인 또는 변호인이 증거로 함에 이의가 있는 때에는 증거동의를 의제되지 않는다(제318조의3 단서).

★ 제318조의3(간이공판절차에서의 증거능력에 관한 특례) 제286조의2의 결정이 있는 사건의 증거에 관하여는 제310조의2, 제312조 내지 제314조 및 제316조의 규정에 의한 증거에 대하여 제318조제1항의 동의가 있는 것으로 간주한다. 단, 검사, 피고인 또는 변호인이 증거로 함에 이의가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

【문 7】 재심에 대한 다음 기술 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 군사법원 판결이 확정된 후 군에서 제적되어 군사법원에 재판권이 없는 경우라도 재심에 관하여는 예외적으로 원판결을 한 군사법원에 관할권이 있다.

② 간통죄의 고소가 취소되었으나 담당공무원이 위 고소취소장을 접수받아 기록에 첨부하지 아니하는 바람에 피고인에 대하여 유죄의 판결이 선고되고 그 판결이 확정되었다 하더라도 그와 같은 사유는 재심사유에 해당하지 않는다.

③ 경합범 관계에 있는 수개의 범죄사실을 유죄로 인정하여 1개의 형을 선고한 불가분의 확정판결에서 그 중 일부의 범죄사실에 대하여 재심청구의 이유가 있는 것으로 인정된 경우에는 그 판결 전부에 대하여 재심개시의 결정을 하여야 한다.

④ 형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 '폐지'가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 이와 같은 경우에는 면소를 선고한 판결에 대하여 상고가 가능하다.

[정답] ①

[해설] ① 군법회의는 군인 또는 군무원이 아닌 국민에 대하여는 헌법 제26조 제2항에 해당하는 경우가 아니면 그 재판권이 없고, 비록 군법회의법 제463조 본문에 재심의 청구는 원판결을 한 대법원 또는 군법회의가 관할한다고 규정되어 있으나, 관할은 재판권을 전제로 하는 것이므로 군법회의판결이 확정된 후 군에서 제척되어 군법회의에 재판권이 없는 경우에는 재심사건이라 할지라도 그 관할은 원판결을 한 군법회의가 아니라 같은 심급의 일반법원에 있다(대법원 1985.9.24, 84도 2972).

② 형사소송법 제420조 제5호는 유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를, 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 발견된 때에는 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 위 법조 소정의 '원판결이 인정한 죄보다 경한 죄'라 함은 원판결이 인정한 죄와는 별개의 죄로서 그 법정형이 가벼운 죄를 말하는 것이므로, 동일한 죄에 대하여 공소기각을 선고할 수 있는 경우는 여기에서의 경한 죄에 해당하지 않는다고 할 것이다(대법원 1986.8.28. 86도15). 재항고인에 대한 간통죄의 고소가 취소되었다 하더라도 이는 범원으로부터 공소기각을 선고받을 수 있는 사유에 지나지 아니하므로, 가사 소론 주장처럼 담당공무원이 위 고소취소장을 접수받아 기록에 첨부하지 아니하는 바람에 재항고인에 대하여 유죄의 판결이 선고되고 그 판결이 확정되었다고 하더라도 그와 같은 사유는 형사소송법 제420조 제5호 소정의 재심사유에 해당하지 않는다(대법원 1997.1.13. 96도51).

③ 재심이 개시된 사건에서 범죄사실에 대하여 적용하여야 할 법령은 재심판결 당시의 법령이고, 재심대상판결 당시의 법령이 변경된 경우 법원은 그 범죄사실에 대하여 재심판결 당시의 법령을 적용하여야 한다. 이른바 '진보당사건'에 관한 재심대상판결인 대법원 1959.2.27. 4291형상559 판결에서 피고인에 대한 (구)국가보안법(1958.12.26. 법률 제500호로 폐지제정되기 전의 것) 위반, 군정법령 제5호 위반 및 간첩의 공소사실이 각 유죄로 인정되어 사형이 집행되었는데, 피고인의 자녀들이 위 판결에 대해 재심을 청구하여 재심이 개시된 사안에서, 원심판결과 제1심판결 중 유죄 부분을 각 파기하고 직접판결을 하면서 제1심판결에서 무죄가 선고된 진보당 관련 구 국가보안법 위반의 공소사실에 대한 검사의 항소를 기각하고, 간첩의 공소사실에 대하여 무죄를 선고하는 한편, 무기불법소지에 의한 군정법령 제5호 위반죄에 대하여는 당시 적용 법령인 위 제5호가 폐지되어 (구)총포화약류단속법(1981.1.10. 법률 제3354호 총포·도검·화약류단속법으로 전부 개정되기 전의 것)을 적용하였으나, 피고인의 독립운동가 및 정치인으로서의 이력과 이 사건 재심에서 공소사실 대부분이 무죄로 밝혀진 점 등을 고려하여 그 형의 선고를 유예한다(대법원 2011.1.20. 2008재도11 전합체).

④ 재심이 개시된 사건에서 범죄사실에 대하여 적용하여야 할 법령은 재심판결 당시의 법령이므로, 법원은 재심대상판결 당시의 법령이 변경된 경우에는 그 범죄사실에 대하여 재심판결 당시의 법령을 적용하여야 하고, 폐지된 경우에는 형사소송법 제326조 제4호를 적용하여 그 범죄사실에 대하여 면소를 선고하는 것이 원칙이다. 그러나 법원은, 형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 소급하여 그 효력을 상실하

였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 당해 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 같은 법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 한다. 나아가 형벌에 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. 따라서 면소판결에 대하여 무죄판결인 실체판결이 선고되어야 한다고 주장하면서 상고할 수 없는 것이 원칙이지만, 위와 같은 경우에는 이와 달리 면소를 할 수 없고 피고인에게 무죄의 선고를 하여야 하므로 면소를 선고한 판결에 대하여 상고가 가능하다(대법원 2010.12.16. 2010도5986 전합체).

【문 8】 재정신청에 관한 다음 기술 중 ()에 들어갈 숫자를 맞게 짝지은 것은?

- ㉑ 검사가 공소시효 만료일 ()일 전까지 공소를 제기하지 아니하는 경우에는 항고전치주의의 예외를 인정하여 곧바로 재정신청을 할 수 있게 하였다.
- ㉒ 항고기각 결정을 통지 받은 날 또는 항고전치주의의 예외 적용을 받는 경우에는 각 호(위 ㉑의 경우를 제외)의 사유가 발생한 날로부터 ()일 이내에 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 재정신청서를 제출하여야 한다.
- ㉓ 항고전치주의가 적용되는 경우, 재정신청서를 제출받은 지방검찰청검사장 또는 지청장은 재정신청서를 제출받은 날부터 ()일 이내에 재정신청서·의견서·수사 관계 서류 및 증거물을 관할 고등검찰청을 경유하여 관할 고등법원에 송부하여야 한다.
- ㉔ 법원은 재정신청서를 송부 받은 날부터 ()일 이내에 피의자 및 재정신청인에게 그 사실을 통지하여야 한다.

- ① 30 - 10 - 7 - 10 ② 10 - 10 - 7 - 30
- ③ 10 - 10 - 30 - 7 ④ 30 - 10 - 10 - 7

[정답] ①

[해설] ① 30 - 10 - 7 - 10이 옳다.

- ㉑ 검사가 공소시효 만료일 (30)일 전까지 공소를 제기하지 아니하는 경우에는 항고전치주의의 예외를 인정하여 곧바로 재정신청을 할 수 있다(제260조 제2항 제3호).
- ㉒ 항고기각 결정을 통지 받은 날 또는 항고전치주의의 예외 적용을 받는 경우에는 각 호(위 ㉑의 경우를 제외)의 사유가 발생한 날로부터 (10)일 이내에 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 재정신청서를 제출하여야 한다(제260조 제3항).
- ㉓ 항고전치주의가 적용되는 경우, 재정신청서를 제출받은 지방검찰청검사장 또는 지청장은 재정신청서를 제출받은 날부터 (7)일 이내에 재정신청서·의견서·수사 관계 서류 및 증거물을 관할 고등검찰청을 경유하여 관할 고등법원에 송부하여야 한다(제261조).
- ㉔ 법원은 재정신청서를 송부받은 날부터 (10)일 이내에 피의자 및 재정신청인에게 그 사실을 통지하여야 한다(제262조 제1항).
- ★ 규칙 제120조(재정신청인에 대한 통지) 법원은 재정신청서를 송부받은 때에는 송부받은 날로부터 10일 이내에 피의자 이외에 재정신청인에게도 그 사유를 통지하여야 한다.

【문 9】 항소 관련 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 항소제기기간은 7일이고, 항소장은 원심법원에 제출되어야 하며, 원심법원은 항소장을 받은 날부터 14일 이내에 소송기록과 증거물을 항소법원에 송부하여야 한다.
- ② 항소이유서는 적법한 기간 내에 항소법원에 도달하면 되

는 것으로, 그 도달은 항소법원의 지배권 안에 들어가 사회 통념상 일반적으로 알 수 있는 상태에 있으면 되고 나아가 항소법원의 내부적인 업무처리에 따른 문서의 접수, 결재과정 등을 필요로 하는 것은 아니다.

③ 피고인이 항소이유서에 '위 사건에 대한 원심판결은 도저히 납득할 수 없는 억울한 판결이므로 항소를 한 것입니다'라고 기재한 경우 항소심으로서 이를 제1심판결에 사실의 오인이 있거나 양형부당의 위법이 있다는 항소이유를 기재한 것으로 선해하여 그 항소이유에 대하여 심리를 하여야 한다.

④ 피고인이 항소이유서 제출기간 내에 수감 중인 구치소장 등에게 항소이유서를 제출하였더라도 항소이유서 제출기간 도과된 후에 항소이유서가 법원에 전달되었다면, 항소이유서 제출기간이 준수된 것으로 볼 수 없다.

[정답] ④

[해설] ④ 예전에는 항소이유서의 제출에 관하여 제344조의 재소자특칙이 준용되지 않는다고 하였으나, 2006년 전원합의체 판결로 항소이유서의 제출에 관하여도 위 재소자특칙이 준용되는 것으로 변경되었다.

☞ 원래 형사소송법이 재소자에 대한 특칙을 두어 상소장 법원 도달주의의 예외를 인정한 취지는, 재소자로서 교도소나 구치소에 구금되어 행동의 자유가 박탈되어 있는 자가 상소심 재판을 받기 위한 상소장 제출을 위하여 할 수 있는 행위는 구급당하고 있는 교도소 등의 책임자나 그 직무대리자에게 상소장을 제출하여 그들로 하여금 직무상 해당 법원에 전달케 하는 것이 통상적인 방법이라는 점을 고려하여 재소자에게 상소제기에 관한 편의를 제공하자는데 있다. 그런데 피고인으로서는 적법한 항소이유서 제출에 의하여 비로소 자신이 주장하는 항소이유에 대하여 심판 받을 수 있으므로 항소이유서는 상소장과 함께 상소심 심판을 받기 위하여 반드시 제출이 요구되는 것이고, 그 기간의 장단(長短)에 차이가 있을 뿐 항소이유서 제출의 방법에 있어서는 상소장과 그 사정이 전혀 다를 바 없다. 한편, 제출기간 내에 교도소장 등에게 항소이유서를 제출하였음에도 불구하고 기간 도과 후에 법원에 전달되었다는 이유만으로 상소가 기각된다면 이는 실제적 진실발견을 위하여 자기가 할 수 있는 최선을 다한 자에게조차 상소심의 심판을 받을 기회를 박탈하는 것이고, 결과적으로 실제적 진실발견을 통하여 형벌권을 행사한다는 형사소송의 이념을 훼손하며 인권유린의 결과를 초래할 수도 있는 것이다. 형사소송법이 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 상소의 제기기간 내에 상소를 하지 못한 자에게 상소권회복의 청구를 인정하며(제345조), 그 상소권회복청구의 제기기간에 대하여 재소자에 대한 특칙 규정을 준용하는 것도 피고인이 책임질 수 없는 사유로 상소권이 박탈되어서는 안 된다는 형사소송의 이념을 표현한 것이라 볼 것이다. 그렇다면, 형사소송법 제355조에서 재소자에 대한 특칙 규정이 준용되는 경우 중에 항소이유서 제출의 경우를 빠뜨리고 있다고 하더라도 위에서 본 바와 같은 제344조 제1항의 재소자에 대한 특칙 규정의 취지와 그 준용을 규정한 제355조의 법리에 비추어 항소이유서 제출에 관하여도 위 재소자에 대한 특칙 규정이 준용되는 것으로 해석함이 상당하다(대법원 2006.3.16. 2005도9729 전합제).

☞ 한편 2007년 12월 개정을 통하여 항소이유서의 제출에 있어서도 재소자특칙을 준용하는 규정을 신설함으로써(제361조의3 제1항 단서), 교도소 또는 구치소에 있는 피고인이 항소이유서 제출기간 이내에 교도소장 또는 구치소장에게 항소이유서를 제출한 때에는 항소이유서 제출기간 이내에 항소이유서를 제출한 것으로 간주된다.

① 제358조(항소제기기간) 항소의 제기기간은 7일로 한다.
제359조(항소제기의 방식) 항소를 함에는 항소장을 원심법원에 제출하여야 한다.
제361조(소송기록과 증거물의 송부) 제360조의 경우를 제외하고는

원심법원은 항소장을 받은 날부터 14일 이내에 소송기록과 증거물을 항소법원에 송부하여야 한다.

② 항소이유서는 적법한 기간 내에 항소법원에 도달하면 되는 것으로, 그 도달은 항소법원의 지배권 안에 들어가 사회통념상 일반적으로 알 수 있는 상태에 있으면 되고 나아가 항소법원의 내부적인 업무처리에 따른 문서의 접수, 결재과정 등을 필요로 하는 것은 아니다(대법원 1997.4.25. 96도3325).

③ 형사소송법은 상고이유를 엄격히 제한함과 동시에 상고이유서에는 소송기록과 원심법원의 증거조사에 표현된 사실을 인용하여 그 이유를 명시하도록 규정하고 있음에 반하여 항소이유서에 대하여는 그와 같은 규정을 두고 있지 아니할 뿐 아니라, 상고심은 원칙적으로 법률심으로서 사후심인 데 반하여, 항소심은 사후심적 성격이 가미된 속심인 점에 비추어 항소인들이 항소이유서에 '위 사건에 대한 원심판결은 도저히 납득할 수 없는 억울한 판결이므로 항소를 한 것입니다'라고 기재하였다고 하더라도 항소심으로서 이를 제1심판결에 사실의 오인이 있거나 양형부당의 위법이 있다는 항소이유를 기재한 것으로 선해하여 그 항소이유에 대하여 심리를 하여야 한다(대법원 2002.12.3. 2002도265).

【문10】 다음은 불이익변경금지의 원칙에 관한 설명이다. 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 재심사건은 상소사건이 아니므로 불이익변경금지의 원칙이 적용되지 아니한다.

② 피고인에 대한 벌금형이 제1심보다 감경되었다 하더라도 그 벌금형에 대한 노역장유치기간이 제1심보다 더 길어졌다면 불이익변경금지원칙에 반한다.

③ 제1심에서 징역 2년에 집행유예 3년 및 5억원 추징을 선고한 제1심판결에 대하여 피고인만이 항소한 상태에서 항소심이 피고인에게 징역 1년에 집행유예 2년 및 6억원 추징을 선고하였다면 불이익변경금지원칙에 반하지 않는다.

④ 피고인이 항소심 계속 중 별건 확정판결의 집행에 의하여 수감 중이었으므로 항소심에서의 미결구금일수가 전혀 없음에도 불구하고 착오로 본형에 잘못 산입한 오류를 판결서의 경정을 통하여 시정하는 경우라 하더라도, 이는 피고인에게 불이익한 형의 변경으로 허용되지 아니한다.

[정답] ③

[해설] ③ 불이익변경금지원칙의 적용에 있어서는 이를 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라, 전체적·실질적으로 고찰하여 결정하여야 할 것임바, 항소심에서 주형을 감형하면서 추징액을 증액한 경우(제1심의 형량인 징역 2년에 집행유예 3년 및 금 5억여 원 추징을 항소심에서 징역 1년에 집행유예 2년 및 금 6억여 원 추징으로 변경), 불이익변경금지원칙에 반하지 않는다(대법원 1998.5.12. 96도2850).

① 재심에서도 불이익변경금지의 원칙은 적용된다.

★ 제439조(불이익변경의 금지) 재심에는 원판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다.

② 자유형을 벌금형으로 변경할 때 노역장유치기간이 자유형을 초과하는 경우라도 노역장유치는 벌금형의 특수한 집행방법에 불과하므로, 이 경우에는 불이익한 변경에 해당하지 않는다(대법원 2001.3.13. 2000도6095).

④ 불이익변경금지원칙은 피고인이 안심하고 상소권을 행사하도록 하려는 정책적 고려에서 나온 제도로서 피고인만이 상소한 사건의 상소심에서 원심보다 피고인에게 불리하게 미결구금일수의 산입을 감축하는 등의 경우에는 불이익변경금지원칙의 적용 여부를 살펴보아야 할 것이나, 위와 같이 판결을 선고한 법원에서 당해 판결서의 명백한 오류에 대하여 판결서의 경정을 통하여 그 오류를 시정하는 것은 피고인에게 유리 또는 불리한 결과를 발생시키거나 피고인의 상소권 행사에 영향을 미치는 것이 아니므로, 여기에 불이익변경금지원칙이 적용될 여

지는 없다(대법원 2007.7.13. 2007도3448).

☞ 피고인이 항소심 계속중 벌전 확정판결의 집행에 의하여 수감 중이었으므로 항소심에서의 미결구금일수가 전혀 없음에도 불구하고 착오로 본형에 잘못 산입한 오류를 판결서의 경정을 통하여 시정함에 있어 불이익변경금지원칙이 적용될 여지가 없다(대법원 2007. 7. 13. 2007도3448).

【문11】 공소장변경제도와 관련된 다음 기술 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법원의 심판대상인 과실의 내용이 피고인이 횡단보도 앞에서 횡단보행자가 있는지 여부를 잘 살피지 아니하고 또 신호에 따라 정차하지 아니하고 시속 50킬로미터로 진행한 과실이라면 보조제동장치나 조향장치를 조작하지 아니하였다는 과실은 전자와 그 내용을 달리하며 피고인의 방어권행사에 불이익을 초래할 염려가 있는 경우이므로 공소장의 변경절차를 밟지 아니한 이상, 법원의 현실적 심판의 대상이 될 수 없다.
- ② 공소제기된 강제추행치상죄가 입증되지 아니하고 강제추행죄만 입증되는 경우에 법원은 공소장변경절차를 거치지 아니하고 강제추행의 공소사실에 관하여 심리·판단할 수 있고, 그 때 그 강제추행죄에 대한 고소를 취소한 사실이 인정됨에도 강제추행치상죄의 증명이 없다 하여 무죄의 선고를 할 것은 아니다.
- ③ 적법한 변론종결 후 검사가 변론재개신청과 함께 공소장 변경신청을 한 경우, 법원이 반드시 변론을 재개하여 공소장 변경을 허가하여야 하는 것은 아니다.
- ④ 횡령죄와 배임죄는 다같이 신임관계를 기본으로 하고 있는 같은 죄질의 재산범죄로서 그 형벌에 있어서도 경중의 차이가 없으나, 범행의 방법이 다른바 배임죄로 기소된 공소사실에 대하여 공소장변경 없이 횡령죄를 적용하여 처벌함은 위법하다.

【정답】 ④

[해설] ④ 횡령죄와 배임죄는 다 같이 신임관계를 기본으로 하고 있는 같은 죄질의 재산범죄로서 그 형벌에 있어서도 경중의 차이가 없고 동일한 범죄사실에 대하여 단지 법률적용만을 달리하는 경우에 해당하므로 법원은 배임죄로 기소된 공소사실에 대하여 공소장변경 없이도 횡령죄를 적용하여 처벌할 수 있다(대법원 1999.11.26. 99도2651).

- ① 법원의 심판의 대상은 공소사실과 공소상에 예비적 또는 택일적으로 기재되거나 소송의 발전에 따라 그 추가 또는 변경된 사실에 한하므로 공소사실과 동일성이 인정되는 사실일지라도 소송진행에 의하여 현실로 심판의 대상이 되지 아니하는 사실은, 법원이 그 사실을 인정하더라도 피고인이 방어에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없는 경우가 아닌 이상 이를 심판할 수 없다고 할 것인 바, 심판대상인 과실의 내용이 피고인이 횡단보도 앞에서 횡단보행자가 있는지 여부를 잘 살피지 아니하고 또 신호에 따라 정차하지 아니하고 시속 50km로 진행한 과실이라면 보조제동장치나 조향장치를 조작하지 아니하였다는 과실은 전자와 그 내용을 달리하며 피고인의 방어권행사에 불이익을 초래할 염려가 있는 경우이므로 공소장의 변경절차를 밟지 아니한 이상, 법원의 현실적 심판의 대상이 될 수 없다(대법원 1989.10.10. 88도1691).
- ② 피고인의 방어권 행사의 보장을 비롯한 적법절차의 준수는 형사소송에서 어길 수 없는 원칙이며 공소장변경제도는 피고인의 방어권 행사를 보장하기 위한 제도 중의 하나이어서 그의 중요성이 아무리 강조되어도 지나침이 없다 할 것이나, 정의와 형평의 기초 아래서의 실제적 진실의 신속한 발견 역시 형사소송이 목적하는 바이므로 형사소송에서는 적법절차를 준수

하면서 동시에 실제적 진실을 발견하도록 요청되는데, 공소사실의 변경과 관련하여 이처럼 일응 상반되는 두 가지의 요청을 적절히 조화시키기 위하여는 피고인의 방어권 행사에 실질적으로 불이익을 줄 우려가 없을 경우에 한하여 법원으로 하여금 검사의 공소장변경절차를 거치지 아니하고 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있게 함이 상당하다 할 것인바, 강제추행치상의 공소사실 중에는 강제추행의 공소사실도 포함되어 있다고 볼 것이므로 강제추행치상의 공소사실에 대한 피고인의 방어행위는 동시에 강제추행의 공소사실에 대한 방어행위를 겸하고 있으며 한편, 고소와 그의 취소는 고소의 대상이 된 범죄사실과 동일성이 인정되는 범위 내의 공소사실 전부에 대하여 그의 효력이 미치는 것이어서, 피고인으로서는 그 방어행위의 일환으로 자신의 행위로 인하여 피해자에게 강제추행치상죄에서의 상해를 입힌 사실이 없다는 주장을 하고 법원이 그와 같은 주장을 받아들여 피고인의 행위가 강제추행죄로 처벌하는 경우까지도 대비하여 강제추행죄에 관한 고소인의 고소취소의 원용 등 일체의 방어행위를 할 수 있으므로, 법원이 사건의 실제적 사실관계나 공소요건을 포함한 절차적 사실관계에 관하여 심리를 거쳐 판단한 이상 공소장변경절차를 거치지 아니하고 강제추행치상죄의 공소사실에 대하여 강제추행죄를 인정·처벌하였다고 하더라도, 그로 인하여 피고인에게 미처 예기하지 못한 불의의 타격을 가하여 강제추행죄에 관한 방어권 행사에 어떠한 불이익을 주었다고는 할 수 없으며, 이러한 이치는 공소제기된 강제추행치상죄는 친고죄가 아닌 반면 강제추행죄는 친고죄라 하여 달라질 것은 아니기 때문에, 공소제기된 강제추행치상죄가 입증되지 않고 강제추행죄만 입증되는 경우에 법원은 공소장변경절차를 거치지 아니하고 강제추행의 공소사실에 관하여 심리·판단할 수 있고, 그 때 그 강제추행죄에 대한 고소를 취소한 사실이 인정되면 공소기각의 판결을 선고하여야 할 것이지 강제추행치상죄의 증명이 없다 하여 무죄의 선고를 할 것은 아니다(대법원 1999.4.15. 96도1922 전합제).

- ③ 형사소송법 제298조 제1항에 의한 공소장의 변경은 그 변경 사유가 변론종결 이후에 발생하는 등 특별한 사정이 없는 한 법원에서 공판의 심리를 종결하기 전에 한 것에 한하여 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 하는 것이지, 법원이 적법하게 공판의 심리를 종결한 뒤에 이르러 검사가 공소장변경신청을 하였다 하여 반드시 공판의 심리를 재개하여 공소장변경을 허가하여야 하는 것은 아니다(대법원 1994.10.28. 94도1756).

【문12】 고소취소에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 반의사불벌죄에 있어 처벌희망의 의사표시를 철회한 자는 다시 처벌희망의 의사를 표시할 수 없다.
- ② 항소심이 제1심의 공소기각 판결이 위법함을 이유로 제1심판결을 파기하고, 사건을 제1심으로 다시 환송한 경우, 이미 제1심 판결이 한번 선고되었던 이상 파기환송 후 다시 진행된 제1심 절차에서 고소취소는 허용되지 않는다.
- ③ 피해자가 제1심 법정에서 피고인들에 대한 처벌희망 의사표시를 철회할 당시 나이가 14세 10개월이었다라도, 그 철회의 의사표시가 의사능력이 있는 상태에서 행해졌다면 법정대리인의 동의가 없었더라도 유효하다.
- ④ 항소심에서 공소장변경 또는 법원의 직권에 의하여 비친 고죄를 친고죄로 인정한 경우, 항소심에서의 고소취소는 친고죄에 대한 고소취소로서의 효력이 없다.

【정답】 ②

[해설] ② 형사소송법 제232조 제1항은 고소를 제1심판결 선고 전까지 취소할 수 있도록 규정함으로써 친고죄에서 고소취소의 시한을 한정하고 있다. 그런데 상소심에서 형사소송법 제

366조 또는 제393조 등에 의하여 제1심의 공소기각판결이 법률에 위반됨을 이유로 이를 파기하고 사건을 제1심법원에 환송함에 따라 다시 제1심 절차가 진행된 경우, 종전의 제1심 판결은 이미 파기되어 그 효력을 상실하였으므로, 환송 후의 제1심판결 선고 전에는 고소취소의 제한사유가 되는 제1심판결 선고가 없는 경우에 해당한다. 뿐만 아니라 특히 간통죄의 고소는 제1심판결 선고 후 이혼소송이 취하된 경우 또는 피고인과 고소인이 다시 혼인한 경우에도 소급적으로 효력을 상실하게 되는 점까지 감안하면, 환송 후 제1심판결 선고 전에 간통죄의 고소가 취소되면 형사소송법 제327조 제5호에 의하여 판결로써 공소를 기각하여야 할 것이다(대법원 2011.8.25. 2009도9112).

- ① 제232조(고소의 취소) ①고소는 제1심 판결선고전까지 취소할 수 있다. ②고소를 취소한 자는 다시 고소하지 못한다. ③피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 있어서 처벌을 희망하는 의사표시의 철회에 관하여도 전2항의 규정을 준용한다.
- ③ 형사소송법상 소송능력이라 함은 소송당사자가 유효하게 소송행위를 할 수 있는 능력, 즉 피고인 또는 피의자가 자기의 소송상의 지위와 이해관계를 이해하고 이에 따라 방어행위를 할 수 있는 의사능력을 의미한다. 의사능력이 있으면 소송능력이 있다는 원칙은 피해자 등 제3자가 소송행위를 하는 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다. 따라서 반의사불벌죄에 있어서 피해자의 피고인 또는 피의자에 대한 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌을 희망하는 의사표시의 철회는, 위와 같은 형사소송절차에 있어서의 소송능력에 관한 일반원칙에 따라, 의사능력이 있는 피해자가 단독으로 이를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 한다거나 법정대리인의 해 대리되어야만 한다고 볼 것은 아니다. 나아가 청소년의 성보호에 관한 법률이 형사소송법과 다른 특별한 규정을 두고 있지 않는 한, 위와 같은 반의사불벌죄에 관한 해석론은 청소년의 성보호에 관한 법률의 경우에도 그대로 적용되어야 한다. 그러므로 청소년의 성보호에 관한 법률 제16조에 규정된 반의사불벌죄라고 하더라도, 피해자인 청소년에게 의사능력이 있는 이상, 단독으로 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 하는 것으로 볼 것은 아니다(대법원 2009.11.19. 2009도6058 전합체).
- ④ 원래 고소의 대상이 된 피고소인의 행위가 친고죄에 해당할 경우 소송요건인 그 친고죄의 고소를 취소할 수 있는 시기를 언제까지로 한정하는가는 형사소송절차운영에 관한 입법정책상의 문제이기에 형사소송법의 그 규정은 국가형벌권의 행사가 피해자의 의사에 의하여 좌우되는 현상을 장기간 방지하지 않으려는 목적에서 고소취소의 시한을 확일적으로 제1심판결 선고시까지로 한정하는 것이고, 따라서 그 규정을 현실적 심판의 대상이 된 공소사실이 친고죄로 된 당해 심급의 판결 선고시까지 고소인이 고소를 취소할 수 있다는 의미로 볼 수는 없다 할 것이어서, 항소심에서 공소장의 변경에 의하여 또는 공소장변경절차를 거치지 아니하고 법원 직권에 의하여 친고죄가 아닌 범죄를 친고죄로 인정하였더라도 항소심을 제1심이라 할 수는 없는 것이므로, 항소심에 이르러 비로소 고소인이 고소를 취소하였다면 이는 친고죄에 대한 고소취소로서의 효력은 없다(대법원 1999.4.15. 96도1922 전합체).

【문13】 다음은 자백과 보강증거에 관한 설명이다. 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 즉결심판절차에는 불이익한 자백의 증거능력에 관한 형사소송법 제310조가 적용되지 아니한다.
- ② 형사소송법 제310조 소정의 "피고인의 자백"에 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 아니하므로 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있을 뿐만 아니라 공범인 공동피고인들의 각 진술은 상호

간에 서로 보강증거가 될 수 있다.

- ③ 피고인이 업무추진 과정에서 지출한 자금 내역을 기록한 수첩의 기재 역시 이를 자백이라고 봄이 합당하여, 피고인의 검찰에서의 자백에 대한 보강증거로 삼을 수 없다.
- ④ 자백에 대한 보강증거는 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있다.

【정답】 ③

【해설】 ③ 피고인이 범인으로 검거되기 전에 범죄혐의와 관계없이 작성한 일기장, 수첩, 메모, 상업장부 등도 피고인의 진술을 내용으로 하는 것인 한 자백에 해당하여 보강증거가 될 수 없다고 하는 것이 다수설의 입장이나, 판례는 "피고인이 뇌물공여사실을 수첩에 기재한 사건에서 상업장부나 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 수첩의 경우에도 범죄사실의 인정 여부와는 관계없이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 사무내역을 그때그때 계속적·기계적으로 기재한 경우는 그것을 우연히 피고인이 작성하였고, 그 내용 중 공소사실에 일부 부합되는 사실의 기재가 있다고 하더라도 자백이라고 볼 수는 없으므로 증거능력이 있는 한 별개의 증거로서 자백에 대한 보강증거가 될 수 있다(대법원 1996.10.17. 94도2865).

- ① 즉결심판에 관한 절차법 제10조(증거능력) 즉결심판절차에 있어서는 형사소송법 제310조, 제312조제3항 및 제313조의 규정은 적용하지 아니한다.
- ② 형사소송법 제310조 소정의 "피고인의 자백"에 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 아니하므로 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있는 것일 뿐만 아니라 공범인 공동피고인들의 각 진술은 상호간에 서로 보강증거가 될 수 있다(대법원 1990.10.30. 90도1939).
- ④ 자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요부분을 인정할 수 있는 정도가 되지 아니하더라도 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 족할 뿐만 아니라 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있으며, 또한 자백과 보강증거가 서로 어울려서 전체로서 범죄사실을 인정할 수 있으면 유죄의 증거로 충분하다. 2000.10.19. 채취한 소변에 대한 검사결과 메스암페타민 성분이 검출된 경우, 위 소변검사결과는 2000.10.17. 메스암페타민을 투약하였다는 자백에 대한 보강증거가 될 수 있음은 물론 같은 달 13. 메스암페타민을 투약하였다는 자백에 대한 보강증거도 될 수 있다(대법원 2002.1.8. 2001도1897).

【문14】 일부 상소에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인이 몰수 또는 추징에 관한 부분만을 불복대상으로 삼아 상소를 제기하였다 하더라도, 상소심으로서 이를 적법한 상소제기로 다루어야 하므로, 상소의 효력은 그 불복범위인 몰수 또는 추징에 관한 부분에 한정된다.
- ② 경합범으로 공소제기된 사실에 대하여 일부무죄, 일부유죄의 판결이 선고되었는데 검사만이 무죄 부분에 대하여 항소를 한 경우, 피고인과 검사가 항소하지 아니한 유죄 부분은 항소기간이 지남으로써 확정되고, 무죄부분만 항소심의 심판대상이 된다.
- ③ 단순일죄 또는 과형상 일죄의 일부상소는 허용되지 않는다.
- ④ 포괄일죄 중 유죄부분에 대하여 피고인만이 상소하였을 뿐 무죄부분에 대하여 검사가 상소를 하지 않은 경우 상소심은 무죄부분에 대하여 심리, 판단할 수 없다.

【정답】 ①

【해설】 ① 몰수 또는 추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 목

적으로 하는 것이 아니라 징벌적인 성질을 가지는 처분으로 부가형으로서의 성격을 띠고 있다. 이는 피고사건 본안에 관한 판단에 따른 주형 등에 부가하여 한 번에 선고되고 이와 일체를 이루어 동시에 확정되어야 하고 본안에 관한 주형 등과 분리되어 이심되어서는 아니 되는 것이 원칙이므로, 피고사건의 주위적 주문과 몰수 또는 추징에 관한 주문은 상호 불가분적 관계에 있어 상소불가분의 원칙이 적용되는 경우에 해당한다. 따라서 피고사건의 재판 가운데 몰수 또는 추징에 관한 부분만을 불복대상으로 삼아 상소가 제기되었다 하더라도, 상소심으로서 이를 적법한 상소제기로 다루어야 하고, 그 부분에 대한 상소의 효력은 그 부분과 불가분의 관계에 있는 본안에 관한 판단부분에까지 미쳐 그 전부가 상소심으로 이심(移審)된다(대판 2008.11.20. 2008도5596).

② 형법 제37조 전단의 경합범으로 같은 법 제38조 제1항 제2호에 해당하는 경우 하나의 형으로 처벌하여야 함은 물론이지만 위 규정은 이를 동시에 심판하는 경우에 관한 규정인 것이고 경합범으로 동시에 기소된 사건에 대하여 일부 유죄, 일부 무죄의 선고를 하거나 일부의 죄에 대하여 징역형을, 다른 죄에 대하여 벌금형을 선고하는 등 판결주문이 수개일 때에는 그 1개의 주문에 포함된 부분을 다른 부분과 분리하여 일부상소를 할 수 있는 것이고 당사자 쌍방이 상소하지 아니한 부분은 분리 확정된다고 볼 것이므로, 경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 제1심판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대하여 항소를 한 경우 피고인과 검사가 항소하지 아니한 유죄판결 부분은 항소기간이 지남으로써 확정되어 항소심에 계속된 사건은 무죄판결 부분에 대한 공소뿐이라 할 것이고, 그에 따라 항소심에서 이를 파기할 때에는 무죄 부분만을 파기할 수밖에 없다(대법원 2000.2.11. 99도4840).

③ 단순일죄의 관계에 있는 공소사실의 일부에 대하여만 유죄로 인정하고 나머지 부분에 대하여는 무죄로 판단한 제1심 판결에 대하여 피고인만이 항소하였다더라도, 상소불가분의 원칙상 항소의 효력이 제1심판결의 유죄부분과 무죄부분을 전부에 대하여 미치는 것이므로, 무죄부분을 포함한 공소사실 전부가 항소심에 이심되어 그 심판대상이 된다(대법원 1990.1.25. 89도478).

☞ 상상적 경합관계에 있는 두 죄에 대하여 한 죄는 무죄, 한 죄는 유죄가 선고되어 검사만이 무죄부분에 대하여 상고하였다 하여도 유죄부분도 상고심의 심판대상이 되는 것이고, 공소사실 중 일부에 대하여는 유죄를, 실제적 경합관계에 있는 일부에 대하여는 무죄를 각 선고하고, 그 유죄 부분과 상상적 경합관계에 있는 다른 일부에 대하여는 무죄임을 판시하면서 주문에 별도의 선고를 하지 않은 항소심판결에 대하여, 검사가 무죄 부분 전체에 대하여 상고를 한 경우 그 유죄 부분은 형식상 검사 및 피고인 어느 쪽도 상고한 것 같아 보이지 않지만 그 부분과 상상적 경합관계에 있는 무죄 부분에 대하여 검사가 상고함으로써 그 유죄 부분은 그 무죄 부분의 유·무죄 여하에 따라서 처단될 죄목과 양형을 좌우하게 되므로, 결국 그 유죄 부분도 함께 상고심의 판단대상이 된다(대법원 2005. 1. 27. 2004도7488).

④ 환송 전 항소심에서 포괄일죄의 일부만이 유죄로 인정된 경우 그 유죄부분에 대하여 피고인만이 상고하였을 뿐 무죄부분에 대하여 검사가 상고를 하지 않았다면 상소불가분의 원칙에 의하여 무죄부분도 상고심에 이심되기는 하나 그 부분은 이미 당사자 간의 공격방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서부터 벗어나게 되어 상고심으로서도 그 무죄부분에까지 나아가 판단할 수 없는 것이고, 따라서 상고심으로부터 위 유죄부분에 대한 항소심판결이 잘못되었다는 이유로 사건을 파기환송 받은 항소심은 그 무죄부분에 대하여 다시 심리판단하여 유죄를 선고할 수 없다(대법원 1991.3.12. 90도2820).

【문15】 다음은 판결에 관한 설명이다. 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 법원은 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률조항이 소

급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소한 피고사건에 대하여 무죄를 선고하여야 한다.

② 상상적 경합범의 관계에 있는 두 죄 중, 한 죄는 사면되어 면소판결의 대상이고 나머지 죄는 무죄일 경우, 주문에서 무죄로 판시한다.

③ 소년에 대한 보호처분은 확정판결에 해당하므로, 소년법상 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소제기가 되었다면 면소판결을 하여야 한다.

④ 교통사고로 인해 업무상 과실치사상죄로 기소된 사안에서 피고인에게 업무상 주의의무위반이 없다고 증명됨과 동시에 교통사고처리특례법이 규정한 자동차종합보험에 가입하였던 사실이 인정된다면 법원은 공소기각의 판결을 선고하여야 한다.

【정답】 ③

[해설] ③ 소년법 제30조의 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소제기가 되었다면 동조의 보호처분은 확정판결이 아니고 따라서 기판력도 없으므로 이에 대하여 면소판결을 할 것이 아니라 공소제기절차가 동법 제47조의 규정에 위배하여 무효인 때에 해당한 경우이므로 공소기각의 판결을 하여야 한다(대법원 1985.5.28. 85도21).

① 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소한 피고사건이 범죄로 되지 아니한 때에 해당한다고 할 것이고, 범죄 후의 법령의 개폐로 형이 폐지 되었을 때에 해당한다거나, 혹은 공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니하는 때에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1992.5.8. 91도2825).

☞ 위헌·무효인 대통령 긴급조치 제1호 제5항, 제1항, 제3항을 적용하여 공소가 제기된 이 사건 공소사실 중 각 긴급조치 위반의 점은 형사소송법 제325조 전단의 ‘피고사건이 범죄로 되지 아니한 때에’에 해당하므로 모두 무죄를 선고하여야 함에도 같은 법 제326조 제4호를 적용하여 면소를 선고한 원심판결 중 유언비어 날조·유도로 인한 긴급조치 위반 부분에 면소 및 무죄판결에 대한 법리와 긴급조치 제1호의 위헌 여부 판단에 대한 법리를 오해한 위법이 있다는 이유로, 원심판결 및 제1심판결 중 이 부분을 파기하고 직접 무죄를 선고한다(대법원 2010.12.16. 2010도5986 전합제).

② 손괴 후 미조치 부분(도로교통법 제106조, 제50조 제1항 위반)은 일반사면으로 면소판결의 대상이 되나 이와 상상적 경합범의 관계에 있는 판시 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량)의 공소사실에 대하여 원심이 무죄를 선고하였으므로 이에 관하여는 따로 주문에서 면소의 선고를 하지 아니한다(대법원 1996.4.12. 95도2312).

④ 피고인이 신호를 위반하여 차량을 운행함으로써 사람을 상해에 이르게 한 교통사고로서 교통사고처리특례법 제3조 제1항, 제2항 단서 제1호의 사유가 있다고 하여 공소가 제기된 사안에 대하여, 공판정차에서의 심리 결과 피고인이 신호를 위반하여 차량을 운행한 사실이 없다는 점이 밝혀지게 되고, 한편 위 교통사고 당시 피고인이 운행하던 차량은 교통사고처리특례법 제4조 제1항 본문 소정의 자동차종합보험에 가입되어 있었으므로, 결국 교통사고처리특례법 제4조 제1항 본문에 따라 공소를 제기할 수 없음에도 불구하고 이에 위반하여 공소를 제기한 경우에 해당하고, 따라서 위 공소제기는 형사소송법 제327조 제2호 소정의 공소제기 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하는바, 이러한 경우 법원으로서 위 교통사고에 대하여 피고인에게 아무런 업무상 주의의무위반이 없다는 점이 증명되었다 하더라도 바로 무죄를 선고할 것이 아니라, 형사소송법 제327조의 규정에 의하여 소송조건외 흠결을 이유로 공소기각의 판결을 선고하여야 한다(대법원 2004.11.26. 2004도4693).

[문16] 공판조서에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 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.
- ② 공판기일의 소송절차에 관하여는 참여한 법원사무관 등이 공판조서를 작성하여야 한다.
- ③ 검사, 피고인 또는 변호인이 공판조서의 기재에 대하여 변경을 청구하거나 이의를 제기하는 것은 허용되지 않는다.
- ④ 피고인의 공판조서에 대한 열람 또는 등사청구에 법원이 불응하여 피고인의 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없을 뿐만 아니라, 공판조서에 기재된 당해 피고인이나 증인의 진술도 증거로 할 수 없다.

[정답] ③

[해설] ③ 검사·피고인 또는 변호인은 공판조서의 기재에 대하여 변경을 청구하거나 이의를 제기할 수 있으며(제54조 제3항), 검사·피고인 또는 변호인이 공판조서의 기재에 대하여 변경을 청구하거나 이의를 제기한 때에는 그 취지와 이에 대한 재판장의 의견을 기재한 조서를 당해 공판조서에 반드시 첨부하도록 하여 공판조서기재의 정확성을 높이고 있다(제54조 제4항).

제54조(공판조서의 정리등)
 ① 공판조서는 각 공판기일후 신속히 정리하여야 한다.
 ② 다음 회의 공판기일에 있어서는 전회의 공판심리에 관한 주요사항의 요지를 조서에 의하여 고지하여야 한다. 다만, 다음 회의 공판기일까지 전회의 공판조서가 정리되지 아니한 때에는 조서에 의하지 아니하고 고지할 수 있다.
 ③ 검사, 피고인 또는 변호인은 공판조서의 기재에 대하여 변경을 청구하거나 이의를 제기할 수 있다.
 ④ 제3항에 따른 청구나 이의가 있는 때에는 그 취지와 이에 대한 재판장의 의견을 기재한 조서를 당해 공판조서에 첨부하여야 한다.
 ① 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(대법원 2002.7.12. 2002도2134).

② 제51조 제1항

제51조(공판조서의 기재요건)
 ① 공판기일의 소송절차에 관하여는 참여한 법원사무관등이 공판조서를 작성하여야 한다.
 ② 공판조서에는 다음 사항 기타 모든 소송절차를 기재하여야 한다.
 1. 공판을 행한 일시와 법원
 2. 법관, 검사, 법원사무관등의 관직, 성명
 3. 피고인, 대리인, 대표자, 변호인, 보조인과 통역인의 성명
 4. 피고인의 출석여부
 5. 공개의 여부와 공개를 금한 때에는 그 이유
 6. 공소사실의 진술 또는 그를 변경하는 서면의 낭독
 7. 피고인에게 그 권리를 보호함에 필요한 진술의 기회를 준 사실과 그 진술한 사실
 8. 제48조제2항에 기재한 사항
 9. 증거조사를 한 때에는 증거될 서류, 증거물과 증거조사의 방법
 10. 공판정에서 행한 검증 또는 압수
 11. 변론의 요지
 12. 재판장이 기재를 명한 사항 또는 소송관계인의 청구에 의하여 기재를 허가한 사항

- 13. 피고인 또는 변호인에게 최종 진술할 기회를 준 사실과 그 진술한 사실
- 14. 판결 기타의 재판을 선고 또는 고지한 사실

④ 형사소송법 제55조 제1항이 피고인에게 공판조서의 열람 또는 등사청구권을 부여한 이유는 공판조서의 열람 또는 등사를 통하여 피고인으로 하여금 진술자의 진술내용과 그 기재된 조서의 기재내용의 일치 여부를 확인할 수 있도록 기회를 줌으로써 그 조서의 정확성을 담보함과 아울러 피고인의 방어권을 충실하게 보장하려는 데 있으므로 피고인의 공판조서에 대한 열람 또는 등사청구에 법원이 불응하여 피고인의 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없을 뿐만 아니라, 공판조서에 기재된 당해 피고인이나 증인의 진술도 증거로 할 수 없다. 증거신청의 채택 여부는 법원의 재량으로서 법원이 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 이를 조사하지 아니할 수 있다. 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(대법원 2003.10.10. 2003도3282).

[문17] 배상명령절차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 법원은 직권으로 피고인에 대한 배상명령을 할 수 있다.
- ② 배상명령은 피고사건의 범죄행위로 인하여 직접 발생한 물적 피해와 치료비 및 위자료의 배상에 제한된다.
- ③ 피해자는 제1심 또는 제2심 공판의 변론이 종결될 때까지 신청서에 인지를 첨부하여 사건이 계속된 법원에 피해배상을 신청할 수 있다.
- ④ 법원은 배상신청이 있을 때에는 신청인에게 공판기일을 알려야 한다. 신청인이 공판기일을 통지받고도 출석하지 아니하였을 때에는 신청인의 진술 없이 재판할 수 있다.

[정답] ③

[해설] ③ 피해자는 제1심 또는 제2심 공판의 변론종결시까지 사건이 계속된 법원에 피해배상을 신청할 수 있으며, 이 경우 인지의 첨부은 요하지 않는다(소송촉진 등에 관한 특례법 제26조 제1항).
 ① 배상명령절차라 함은 공소가 제기된 범죄로 인하여 범죄피해자에게 손해가 발생한 경우에 법원의 직권 또는 피해자의 신청에 의하여 가해자인 피고인에게 그 손해의 배상을 명하는 절차를 말한다(소송촉진 등에 관한 특례법 제25조).
 ② 배상명령은 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 직접적인 물적 피해, 치료비손해 및 위자료의 배상에 한정된다(소송촉진 등에 관한 특례법 제25조 제1항). 따라서 간접적인 손해나 기대이익의 상실액 등은 배상명령의 범위에 포함되지 않으며 이는 민사소송에 의할 수밖에 없다.
 ④ 법원은 배상신청이 있을 때에는 신청인에게 공판기일을 알려야 하며, 신청인이 공판기일을 통지받고도 출석하지 아니하였을 때에는 신청인의 진술 없이 재판할 수 있다(소송촉진 등에 관한 특례법 제29조).

[문18] 다음은 수사기관 영상녹화물의 증거능력에 관한 설명이다. 가장 옳은 것은?

- ① 피의자 및 피의자 아닌 자의 진술은 영상녹화 할 수 있다. 이 경우 미리 영상녹화사실을 알려주어야 한다.
- ② 진정 성립의 증명을 위한 영상녹화물은 조사가 개시된 시점부터 조사가 종료되어 피의자가 조서에 기명날인 또는 서명을 마치는 시점까지 전과정이 영상녹화된 것이어야 한다.
- ③ 피고인이 아닌 피의자의 진술에 대한 영상녹화물의 조사

를 신청하는 경우 검사는 영상녹화를 시작하고 마친 시각과 조사 장소 등을 기재한 서면을 제출하여야 한다.

④ 기억환기를 위한 영상녹화물의 조사는 검사 또는 피고인의 신청이 있는 경우에 한한다.

[정답] ②

[해설] ② 규칙 제134조의2(영상녹화물의 조사 신청)

- ③제1항의 영상녹화물은 조사가 개시된 시점부터 조사가 종료되어 피의자가 조서에 기명날인 또는 서명을 마치는 시점까지 전과정이 영상녹화된 것으로, 다음 각 호의 내용을 포함하는 것이어야 한다.
1. 피의자의 신문이 영상녹화 되고 있다는 취지의 고지
 2. 영상녹화를 시작하고 마친 시각 및 장소의 고지
 3. 신문하는 검사와 참여한 자의 성명과 직급의 고지
 4. 진술거부권·변호인의 참여를 요청할 수 있다는 점 등의 고지
 5. 조사를 중단·재개하는 경우 중단 이유와 중단 시각, 중단 후 재개하는 시각
 6. 조사를 종료하는 시각

① 피의자의 진술을 영상녹화 함에 있어서는 피의자에게 미리 영상녹화사실을 알려주어야만 영상녹화 할 수 있다(제244조의2 제1항). 그러나 피의자가 아닌 자의 진술을 영상녹화 함에 있어서는 그의 동의를 받아야만 영상녹화 할 수 있다(제221조 제1항).

③ 규칙 제134조의2(영상녹화물의 조사 신청) ①검사는 피고인이 된 피의자의 진술을 영상녹화 한 사건에서 피고인이 그 조서에 기재된 내용이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음을 인정하지 아니하는 경우 그 부분의 성립의 진정을 증명하기 위하여 영상녹화물의 조사를 신청할 수 있다. ②검사는 제1항에 따른 신청을 함에 있어 다음 각 호의 사항을 기재한 서면을 제출하여야 한다.

1. 영상녹화를 시작하고 마친 시각과 조사 장소
 2. 피고인 또는 변호인이 진술과 조서 기재내용의 동일성을 다투는 부분의 영상을 구체적으로 특정할 수 있는 시각
- ④ 규칙 제134조의5(기억 환기를 위한 영상녹화물의 조사) ①법 제318조의2 제2항에 따른 영상녹화물의 재생은 검사의 신청이 있는 경우에 한하고, 기억의 환기가 필요한 피고인 또는 피고인 아닌 자에게만 이를 재생하여 시청하게 하여야 한다.

【문19】 다음은 간이공판절차에 관한 설명이다. 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 간이공판절차의 요건으로서의 피고인의 '자백'은 공소장 기재 사실을 인정하고 나아가 위법성이나 책임의 조각사유가 되는 사실을 진술하지 아니하는 것으로 충분하다.
- ② 피고인이 공판정에서 공소사실에 대하여 자백한 때에는 법원은 그 공소사실에 한하여 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정하여야 한다.
- ③ 간이공판절차의 적용범위는 지방법원 단독판사의 관할사건으로, 지방법원 및 지방법원지원의 합의부가 제1심으로 심판할 사건은 간이공판절차에 의할 수 없다.
- ④ 간이공판절차에 있어서는 임의성 없는 자백에 관한 형사소송법 제309조나 보강증거 없는 자백에 관한 같은 법 제310조가 적용되지 않는다.

[정답] ①

[해설] ① 형사소송법 제286조의2가 규정하는 간이공판절차의 결정의 요건인 공소사실의 자백이라 함은 공소장 기재사실을 인정하고 나아가 위법성이나 책임조각사유가 되는 사실을 진술하지 아니하는 것으로 충분하고 명시적으로 유죄를 자인하는 진술이 있어야 하는 것은 아니다(대법원 1987.8.18. 87도 1269).

- ② 피고인이 공판정에서 공소사실에 대하여 자백한 때에는 법원은 그 공소사실에 한하여 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정 "할 수 있다"(제286조의2).
- ③ 간이공판절차는 단독사건이든 합의부사건이든 불문하고 인정된다.
- ④ 간이공판절차에서 증거능력 제한이 완화되는 것은 전문법칙에 한한다. 따라서 자백배제법칙이나 위법수집증거배제법칙 등은 통상의 공판절차와 마찬가지로 그대로 적용되며, 한편 증명력의 제한도 완화되는 것이 아니므로 자백의 보강법칙이나 자유심증주의도 그대로 적용된다.

【문20】 공판정에서의 속기·녹음 및 영상녹화에 관한 다음 기술 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 법원은 검사, 피고인 또는 변호인의 신청이 있는 때에는 특별한 사정이 없는 한 공판정에서의 심리의 전부 또는 일부를 속기사로 하여금 속기하게 하거나 녹음장치 또는 영상녹화장치를 사용하여 녹음 또는 영상녹화 하여야 한다.
- ② 속기, 녹음 또는 영상녹화의 신청은 공판기일의 1주일 전까지 하여야 한다. 다만, 지정된 공판기일부터 1주일이 남지 않은 시점에서 공판기일 지정의 통지가 있는 경우에는 통지 받은 다음 날까지 신청할 수 있다.
- ③ 법원은 속기록·녹음물 또는 영상녹화물을 기록에 철하여 공판조서와 함께 보관하여야 한다.
- ④ 속기록, 녹음물 또는 영상녹화물은 전자적 형태로 이를 보관할 수 있으며, 재판이 확정되면 폐기한다.

[정답] ③

[해설] ③ 법원은 속기록·녹음물 또는 영상녹화물을 공판조서와 별도로 보관하여야 한다(제56조의2 제2항).

- ① 제56조의2(공판정에서의 속기·녹음 및 영상녹화) ①법원은 검사, 피고인 또는 변호인의 신청이 있는 때에는 특별한 사정이 없는 한 공판정에서의 심리의 전부 또는 일부를 속기사로 하여금 속기하게 하거나 녹음장치 또는 영상녹화장치를 사용하여 녹음 또는 영상녹화(녹음이 포함된 것을 말한다.)하여야 하며, 필요하다고 인정하는 때에는 직권으로 이를 명할 수 있다.
- ② 규칙 제30조의2(속기 등의 신청) ①속기, 녹음 또는 영상녹화(녹음이 포함된 것을 말한다. 다음부터 같다)의 신청은 공판기일의 1주일 전까지 하여야 한다. 다만, 지정된 공판기일부터 1주일이 남지 않은 시점에서 공판기일 지정의 통지가 있는 경우에는 통지받은 다음날까지 신청할 수 있다.
- ④ 규칙 제39조(속기록 등의 보관과 폐기) 속기록, 녹음물 또는 영상녹화물은 전자적 형태로 이를 보관할 수 있으며, 재판이 확정되면 폐기한다.

【문21】 공판절차의 갱신에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 공판개정 후 판사의 경질이 있는 때에는 공판절차를 갱신하여야 하나, 판결의 선고만을 하는 경우에는 공판절차를 갱신할 필요가 없다.
- ② 판사가 경절되었음에도 공판절차를 갱신하지 않으면 절대적 항소이유가 된다.
- ③ 간이공판절차의 결정이 취소된 때에는 공판절차를 갱신하여야 하고, 이는 검사, 피고인 또는 변호인의 이의가 없더라도 마찬가지이다.
- ④ 피고인의 심신상실로 인하여 공판절차가 정지된 경우에는 그 정지사유가 소멸한 후에 재개된 공판기일에 공판절차를 갱신하여야 한다.

[정답] ③

- [해설] ③ 간이공판절차결정이 취소된 때에는 공판절차를 갱신하여야 한다(제301조의2 본문). 다만, 검사, 피고인 또는 변호인이 이의가 없는 때에는 예외로 한다(제301조의2 단서).
- ① 제301조(공판절차의 갱신) 공판개정 후 판사의 경질이 있는 때에는 공판절차를 갱신하여야 한다. 단, 판결의 선고만을 하는 경우에는 예외로 한다.
 - ② 제361조의5 제7호

제361조의5 (항소이유) 다음 사유가 있을 경우에는 원심판결에 대한 항소이유로 할 수 있다.

1. 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때
 2. 판결후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때
 3. 관할 또는 관할위반의 인정이 법률에 위반한 때
 4. 판결법원의 구성이 법률에 위반한 때
 5. 및 6. 삭제
 7. 법률상 그 재판에 관여하지 못할 판사가 그 사건의 심판에 관여한 때
 8. 사건의 심리에 관여하지 아니한 판사가 그 사건의 판결에 관여한 때
 9. 공판의 공개에 관한 규정에 위반한 때
 10. 삭제
 11. 판결에 이유를 붙이지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때
 12. 삭제
 13. 재심청구의 사유가 있는 때
 14. 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때
 15. 형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때
- ④ 규칙 제143조(공판절차정지후의 공판절차의 갱신) 공판개정 후 법 제306조제1항의 규정에 의하여 공판절차가 정지된 경우에는 그 정지사유가 소멸한 후의 공판기일에 공판절차를 갱신하여야 한다.

【문22】 송달에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 송달영수인의 신고는 '신체구속을 당한 자'에게는 적용되지 않는데, 위 '신체구속을 당한 자'는 그 사건에서 신체를 구속당한 자 뿐만 아니라 다른 사건으로 신체구속을 당한 자도 포함한다.
- ② 교도소 또는 구치소에 구속된 자에 대한 송달은 그 소장에게 송달하면 구속된 자에게 전달되었는지 여부와 관계없이 효력이 생긴다.
- ③ 피고인에 대한 공시송달은 피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알 수 없는 때에 한하여 이를 할 수 있으므로, 기록상 피고인의 집 전화번호 또는 휴대전화번호 등이 나타나 있는 경우에는 위 전화번호로 연락하여 송달받을 장소를 확인하여 보는 등의 시도를 해 보아야 하고, 그러한 조치를 취하지 아니한 채 이루어진 공시송달은 위법하다.
- ④ 공시송달은 법원이 명하는 때에 한하여 할 수 있다.

【정답】 ①

- [해설] ① 형사소송법 제60조 제4항이 규정한 신체구속을 당한 자라 함은 그 사건에서 신체를 구속당한 자를 가리키는 것이요 다른 사건으로 신체구속을 당한 자는 여기에 해당되지 아니한다고 보는 것이 상당하므로 다른 사건으로 신체구속을 당한 자로서는 이 강도상해사건에 관하여는 송달받기 위한 신고 의무를 면제받을 수 없는 것이다(대법원 1976.11.10. 76도 69).
- ② 교도소 또는 구치소에 구속된 자에 대한 송달은 그 소장에게 송달하면 구속된 자에게 전달된 여부와 관계없이 효력이 생기는 것이다(대법원 1995.1.12. 94도2687).
 - ③ 형사소송법 제370조, 제276조에 의하면, 항소심에서도 피고인의 출석 없이는 개정하지 못하고, 다만 같은 법 제365조에 의하면, 피고인이 항소심 공판기일에 출정하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하고 피고인이 정당한 이유 없이 다시 정한 기일에도 출정하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 판결할

수 있도록 되어 있으나, 이와 같이 피고인의 진술 없이 판결할 수 있기 위해서는 피고인이 적법한 공판기일 소환장을 받고서 정당한 이유 없이 출정하지 아니할 것을 필요로 한다. 그리고 형사소송법 제63조 제1항에 의하면, 형사소송절차에서 피고인에 대한 공시송달은 피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알 수 없는 때에 한하여 이를 할 수 있는 것인바, 기록상 피고인의 집 전화번호 또는 휴대 전화번호 등이 나타나 있는 경우에는 위 전화번호로 연락하여 송달받을 장소를 확인하여 보는 등의 시도를 해보아야 하고, 그러한 조치를 취하지 아니한 채 곧바로 공시송달의 방법에 의한 송달을 하고 피고인의 진술 없이 판결을 하는 것은 형사소송법 제63조 제1항, 제365조에 위배되어 허용되지 아니한다. 이러한 법리는 피고인이 제1심판결에 대하여 항소를 하여 소송이 계속된 사실을 알면서 법원에 거주지 변경신고를 하지 않은 잘못을 저질러서 그로 인하여 송달이 되지 아니하자 법원이 공시송달의 방법에 의한 송달을 하게 된 경우에도 마찬가지이다. 왜냐하면, 법원의 공시송달 절차에 명백한 위법이 있음에도 불구하고 피고인에게 거주지 변경신고를 하지 아니한 잘못이 있다 하여 위 위법한 공시송달 절차에 기한 재판이 적법하게 되는 것은 아니기 때문이다. 항소한 피고인이 거주지 변경신고를 하지 아니한 상태에서, 기록에 나타난 피고인의 휴대전화번호와 집전화번호로 연락하여 송달받을 장소를 확인해 보는 등의 조치를 취하지 아니한 채 곧바로 공시송달을 명하고 피고인의 진술 없이 판결을 한 원심의 조치가 형사소송법 제63조 제1항, 제365조에 위배된다(대법원 2007.7.12. 2006도3892).

공시송달은 피고인의 주거, 사무소와 현재지를 알 수 없는 때에 한하여 할 수 있을 뿐이고 피고인의 주거, 사무소, 현재지 등이 기록상 나타나 있는 경우에는 이를 할 수 없다. 공소장에 기재된 피고인의 주거지로 약식명령서를 송달하였다가 수취인불명 등으로 송달이 불능되었다 하더라도 수사기록에 편철된 피고인에 대한 피의자신문조서 등에 피고인의 사무소가 나타나 있다면 법원으로서 그 사무소에 다시 소송서류를 송달해 보아야 할 것임에도 바로 공시송달의 방법을 취한 것은 공시송달의 요건을 흠결한 것이며 그로 인하여 피고인이 정식 재판청구기간을 초과하게 되었다면 이는 피고인이 책임질 수 없는 사유에 해당한다. 공시송달의 요건에 흠결이 있는 경우에도 법원이 명하여 그 절차가 취하여진 이상 송달로서는 유효하다 할 것이므로 약식명령을 공시송달 한 경우 공시송달을 한 날로부터 2주일을 경과하면 송달의 효력이 생기고 그때부터 정식재판 청구기간을 기산하여야 할 것이며 그러한 기간계산방법에 따라 정식재판청구기간이 도과한 경우에는 형사소송법 제458조, 제345조, 제346조에 의하여 정식재판청구권 회복청구와 동시에 정식재판청구를 함은 별론으로 하고 따로 정식재판청구만을 할 수는 없다(대법원 1986.2.27. 85도6).

- ④ 제64조(공시송달의 방식) ①공시송달은 대법원규칙의 정하는 바에 의하여 법원이 명한 때에 한하여 할 수 있다. ②공시송달은 법원사무관등이 송달할 서류를 보관하고 그 사유를 법원 게시장에 공시하여야 한다. ③법원은 전항의 사유를 관보나 신문지상에 공고할 것을 명할 수 있다. ④최초의 공시송달은 제2항의 공시를 한 날로부터 2주일을 경과하면 그 효력이 생긴다. 단, 제2회이후의 공시송달은 5일을 경과하면 그 효력이 생긴다.

【문23】 공판준비절차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 법원은 공판준비절차에서 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경을 허가할 수 있다.
- ② 검사, 피고인 또는 변호인은 법원에 대하여 공판준비기일의 지정을 신청할 수 있다. 이 경우 당해 신청에 관한 법원의 결정에 대하여는 불복할 수 없다.
- ③ 공판준비기일은 원칙적으로 공개한다.
- ④ 공판준비 기일에는 검사 및 변호인은 물론 피고인도 반드시

시 출석하여야 한다.

[정답] ④

[해설] ④ 공판준비 기일에는 검사 및 변호인이 출석하여야 진행할 수 있으나, 피고인의 출석은 원칙적으로 공판준비기일 진행의 필수적인 요건은 아니다(제266조의8 제1항). 다만, 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 피고인을 소환할 수 있으며, 피고인은 법원의 소환이 없는 때에도 공판준비 기일에 출석할 수 있다(제266조의8 제5항).

① 제266조의9 제1항 제2호

제266조의9(공판준비에 관한 사항) ①법원은 공판준비절차에서 다음 행위를 할 수 있다.

1. 공소사실 또는 적용법조를 명확하게 하는 행위
 2. 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 허가하는 행위
 3. 공소사실과 관련하여 주장할 내용을 명확히 하여 사건의 쟁점을 정리하는 행위
 4. 계산이 어렵거나 그 밖에 복잡한 내용에 관하여 설명하도록 하는 행위
 5. 증거신청을 하도록 하는 행위
 6. 신청된 증거와 관련하여 입증 취지 및 내용 등을 명확하게 하는 행위
 7. 증거신청에 관한 의견을 확인하는 행위
 8. 증거 채부(採否)의 결정을 하는 행위
 9. 증거조사의 순서 및 방법을 정하는 행위
 10. 서류등의 열람 또는 등사와 관련된 신청의 당부를 결정하는 행위
 11. 공판기일을 지정 또는 변경하는 행위
 12. 그 밖에 공판절차의 진행에 필요한 사항을 정하는 행위
- ②제296조 및 제304조는 공판준비절차에 관하여 준용한다.

② 제266조의7 제2항

제266조의7(공판준비기일) ①법원은 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 공판준비기일을 지정할 수 있다.

②검사, 피고인 또는 변호인은 법원에 대하여 공판준비기일의 지정을 신청할 수 있다. 이 경우 당해 신청에 관한 법원의 결정에 대하여는 불복할 수 없다.

③법원은 합의부원으로 하여금 공판준비기일을 진행하게 할 수 있다. 이 경우 수명법관은 공판준비기일에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다.

③ 제266조의7 ④공판준비기일은 공개한다. 다만, 공개하면 절차의 진행이 방해될 우려가 있는 때에는 공개하지 아니할 수 있다.

【문24】 다음 중 형사소송법 제17조 제7호 소정의 ‘전심 관여’에 해당하여 법원이 제척되는 경우는 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- Ⓐ 파기환송 전의 원심에 관여한 법관이 환송 후의 재판에 관여한 경우
 Ⓑ 약식명령을 발부한 법관이 정식재판절차의 제1심판결에 관여한 경우
 Ⓒ 피고인에 대하여 구속영장을 발부한 법관이 제1심판결에 관여한 경우
- ① 0개 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개

[정답] ①

[해설] ① 전심재판관여의 제척사유에 해당하는 것은 0개이다.

Ⓐ X. 대법원의 파기환송판결 전의 원심에 관여한 재판관은 파기환송 후의 원심재판으로 관여하였다고 하여도 형사소송법 제17조 제7호에 해당되지 않는다(대법원 1971.12.28. 71도1208).

Ⓑ X. 약식절차와 피고인 또는 검사의 정식재판청구에 의하여 개시된 제1심 공판절차는 동일한 심급 내에서 서로 절차만 달리할 뿐이므로, 약식명령이 제1심 공판절차의 전심재판에 해당하는 것은 아니고, 따라서 약식명령을 발부한 법관이 정식재판절차의 제1심판결에 관여하였다고 하여 형사소송법 제17조 제7호에 정한 ‘법관이 사건에 관여하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때’에 해당하여 제척의 원인이 된

다고 볼 수는 없다(대법원 2002.4.12. 2002도944).

Ⓒ X. 법관이 수사단계에서 피고인에 대하여 구속영장을 발부한 경우는 형사소송법 제17조 제7호 소정의 법관이 사건에 관여하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사심리에 관여한 때에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1989.9.12. 89도612).

【문25】 다음은 체포·구속의 적부심사에 관한 설명이다. 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 체포 또는 구속적부심의 심사청구권자는 체포 또는 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족에 한정된다.

② 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관이라 하더라도 체포·구속적부심의 심문·조사·결정에 관여할 수 있다.

③ 구속적부심문조서는 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서라고 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한, 피고인이 증거로 함에 부동의 하더라도 당연히 증거능력이 인정된다.

④ 체포·구속적부심사청구에 대한 기각결정에 대하여는 3일 이내에 항고할 수 있다.

[정답] ③

[해설] ③ 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 문서라고 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한, 피고인이 증거로 함에 부동의하더라도 형사소송법 제315조 제3호에 의하여 당연히 그 증거능력이 인정된다(대법원 2004.1.16. 2003도5693).

☞ 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 점을 각별히 유의를 하여야 한다.

① 체포·구속적부심사의 청구권자에는 체포 또는 구속된 피의자, 그 피의자의 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 가족뿐만 아니라 동거인이나 고용주도 포함된다(제214조의2 제1항).

② 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관은 심문·조사결정에 관여하지 못한다(제214조의2 제12항).

④ 체포·구속적부심사청구에 대한 기각결과 석방결정에 대하여는 항고하지 못한다(제214조의2 제8항).

제214조의2 (체포와 구속의 적부심사)

①체포 또는 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주는 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다.

②피의자를 체포 또는 구속한 검사 또는 사법경찰관은 체포 또는 구속된 피의자와 제1항에 규정된 자 중에서 피의자가 지정하는 자에게 제1항에 따른 적부심사를 청구할 수 있음을 알려야 한다.

③법원은 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 목적이 명백한 때

④제1항의 청구를 받은 법원은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포 또는 구속된 피의자를 심문하고 수사관계서류와 증거물을 조사하여 그 청구가 이유없다고 인정할 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유있다고 인정할 때에는 결정으로 체포 또는 구속된 피의자의 석방을 명하여야 한다. 심사청구후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 또한 같다.

⑤법원은 구속된 피의자(심사청구후 공소제기된 자를 포함한다)에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 제4항의 석방을 명할 수 있다. 다만, 다음 각호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 죄중을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때
2. 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때

⑥제5항의 석방결정을 하는 경우에 주거의 제한, 범인 또는 검사가 지정하는 일시·장소에 출석할 의무 기타 적당한 조건을 부가할 수 있다.

⑦제99조 및 제100조는 제5항에 따라 보증금의 납입을 조건으로 하는 석방을 하는 경우에 준용한다.

⑧제3항과 제4항의 결정에 대하여는 항고하지 못한다.

⑨검사·변호인·청구인은 제4항의 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.

⑩체포 또는 구속된 피의자에게 변호인이 없는 때에는 제33조의 규정을 준용한다.

⑪법원은 제4항의 심문을 하는 경우 공범의 분리심문이나 그 밖에 수사상의 비밀보호를 위한 적절한 조치를 취하여야 한다.

⑫체포영장 또는 구속영장을 발부한 법원은 제4항부터 제6항까지의 심문·조사·결정에 관여하지 못한다. 다만, 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관외에는 심문·조사·결정을 할 판사가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑬법원이 수사 관계 서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 제200조의2제5항(제213조의2에 따라 준용되는 경우를 포함한다) 및 제200조의4제1항의 적용에 있어서는 그 제한기간에 산입하지 아니하고, 제202조·제203조 및 제205조의 적용에 있어서는 그 구속기간에 산입하지 아니한다.

⑭제201조의2제6항은 제4항에 따라 피의자를 심문하는 경우에 준용한다.

윤황채 2012년 2차시험대비 형법판례특강
형법판례때려잡기특강
 2012년 5월 5일 예정

1. 2011년 1차, 2차시험에서 판례의 98%와 100% 적중률!
2. 직접 교재로 확인가능 합니다!!!
3. 판례를 알면 형법이 보이고, 고득점이 보이고 합격이 보인다!
4. 처음 형법을 공부해서 기초가 부족한 학생도 쉽게 판례를 이해할 수 있습니다!

2012년 2차대비 형법심화문제특강
형법AllPass 심화문제때려잡기특강
 2012년 6월 2일(토) 오전 9시 개강

1. 2012년 2차시험에서 심화문제 완벽대비!

2. 총론2회, 각론2회 진도별문제풀이!!!
그리고 종합문제풀이 1회(총5회)
3. 심화문제를 풀면 형법문제가 보이고, 고득점이 보이고 합격이 보인다!
4. 판례를 공부해서 문제에 적용 시키고 순발력을 키워야 합니다!

2012년 2차시험대비 형법총정리마무리특강
형법조문-형법이론 및 학설-핵심판례
 2012년 7월 7일 예정

1. 형법 법조문 완전정복!
2. 형법이론 및 학설 마무리정리!!
3. 출제가능 핵심판례 요약정리!
4. 2011년 최신판례 완벽정리!
5. 형법 쪽집게 암기사항 마무리!

*** 윤황채 형사법 수험서 ***

1. 형법총론, 형법각론[도서출판 예웅 2011. 제5판]
2. PASS 핵심 경찰형법[도서출판 배움 2011. 제7판]
3. 형법, 형소법용어해설집[도서출판 배움 2011. 초판]
4. PASS 심화형법[총론,각론][국민고시각 2010. 개정판]
5. 형법조문과 판례[도서출판 예웅 2010. 초판]
6. 객관식 판례형법[총론,각론][도서출판 배움 2012. 제3판]
7. 법1 겸2 겸3 핵심형법[도서출판 배움 2010. 제3판]
8. 법1 겸2 겸3 형법강의노트[도서출판 배움 2011. 제3판]
9. 경찰검찰법원 형법판례때려잡기![도서출판 배움 2011. 제3판]

특강문의는
 서울 국가경찰학원 02-6272-0022
 인천 국가경찰학원 032-277-0055

카페
<http://cafe.naver.com/gosicore.cafe>
<http://cafe.daum.net/new-police>
<http://cafe.daum.net/SungjinAcademy>
golicore@naver.com

윤황채 형법고득점 7단계공부전략

- 1단계 : 교과서 공부 (PASS 핵심형법)
 - 1순환 : 기초 법률용어공부(형법적응하기)
 - 2순환 : 형법 기본학습(형법내용보기)
 - 3순환 : 형법 심화학습(형법깊이보기)
- 2단계 : 기초형법 문제풀이(기본문제)
- 3단계 : 판례공부(판례때려잡기)
- 4단계 : 학설-이론-법조문 심화학습(형법총정리)
- 5단계 : 형법기출문제풀이
 - 1순환 : 경찰기출문제(순경,경찰간부,경찰승진)
 - 2순환 : 기타기출문제(검찰직,법원직,법원고시,사법시험)
- 6단계 : 형법기출지문정리(기출지문OX정리)
- 7단계 : All Pass 형법문제풀이
 - 1순환 : 진도별 문제풀이(6회)
 - 2순환 : 심화문제풀이(총론1회, 각론1회)
 - 3순환 : 종합문제풀이(1회)