

② 형사소송법 정답 및 해설

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
③	①	②	④	②	④	④	④	④	③	③	①	②	④	③	③	③	④	③	②
21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40
③	③	①	③	③	④	②	④	③	②	④	③	①	④	②	④	④	④	④	④

1. 정답 ③

해설 ③ 대판 2013도7649

- ① 공소사실 중 명예훼손죄가, 확정판결의 범죄사실 중 업무방해죄와 상상적 경합관계에 있다고 보아 이미 확정된 위 확정판결의 기판력이 위 공소사실 중 명예훼손죄에 대하여도 미친다는 이유로 면소판결을 선고한 원심판결은 정당하다(대판 2005도10233).
- ② 피고인이 피해자를 살해하려고 목을 누르는 등 폭행을 가하였으나 미수에 그쳤다는 살인미수의 공소사실에 대하여 예비적으로 피고인이 피해자를 강간하려고 위와 같은 폭행을 가하였으나 미수에 그치고 피해자에게 상해를 입혔다는 강간치상의 공소사실을 추가하는 공소장변경은 공소사실의 동일성을 해친다고 볼 수 없다(대판 84도666).
- ④ 검사가 공소사실 중 임차권 양도계약 중개수수료 교부자를 甲에서 乙로 변경하는 공소장변경 신청을 하고 원심이 이를 허가한 사안에서, 그와 같이 공소장을 변경하더라도 피고인이 공소사실 기재 일시 장소에서 위 계약을 중개한 후 법정 수수료 상한을 초과한 중개수수료를 교부받았다는 사실에는 변함이 없으므로, 공소사실의 동일성이 인정된다(대판 2009도9593).

2. 정답 ①

- 해설 ① 검사가 공소사실의 일부가 되는 범죄일람표를 컴퓨터 프로그램을 통하여 열어보거나 출력할 수 있는 전자적 형태의 문서로 작성한 후, 종이문서로 출력하여 제출하지 아니하고 위 전자적 형태의 문서가 저장된 저장매체 자체를 서면인 공소장에 첨부하여 제출한 경우에는, 서면인 공소장에 기재된 부분에 한하여 공소가 제기된 것으로 볼 수 있을 뿐이고, 위 저장매체에 저장된 전자적 형태의 문서 부분까지 공소가 제기된 것이라고 할 수는 없다(대판 2015도3682).
- ② 대결 87도17
 - ③ 대판 81도1489
 - ④ 대판 2007도7260

3. 정답 ②

해설 옳은 것은 ㉠㉡이다.

- ㉠(○) 제266조의12
- ㉡(○) 제266조의13 제1항
- ㉢(×) 변론의 재개에 관한 규정은 공판준비기일의 재개에 관하여 준용한다(제266조의14).
- ㉣(×) 법원은 쟁점 및 증거의 정리를 위하여 필요한 경우에는 제1회 공판기일 후에도 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있다. 이 경우 기일 전 공판준비절차에 관한 규정을 준용한다(제266조의15).
- ㉤(×) 법원은 공소의 제기가 있는 때에는 지체없이 공소장의 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하여야 한다. 단, 제1회 공판기일 전 5일까지 송달하여야 한다(제266조).

4. 정답 ④

해설 ④ 헌재 2015헌마632

- ① 검찰청이 보관하고 있는 불기소처분기록에 포함된 불기소결정서는 달리 특별한 사정이 없는 한 변호인의 열람·지정에 의한 공개의 대상이 된다(대판 2012도1284).
- ② 검사는 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건의 목록에 대하여는 국가안보, 증인보호의 필요성 등의 중대한 사유가 있는 경우에도 열람 또는 등사를 거부할 수 없다(제266조의3 제5항).
- ③ 법원이 검사에게 수사서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용할 것을 명한 결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 해당한다 할 것인데, 위 결정에 대하여는 형사소송법에서 별도로 즉시항고에 관한 규정을 두고 있지 않으므로 제402조에 의한 항고의 방법으로 불복할 수 없다고 보아야 한다(대결 2012보1393).

5. 정답 ②

해설 ② 제438조 제3항

- ① 장기 3년 이하의 징역 또는 금고, 다액 500만원을 초과하는 벌금 또는 구류에 해당하는 사건에서 피고인의 불출석허가신청이 있고 법원이 피고인의 불출석이 그의 권리를 보호함에 지장이 없다고 인정하여 이를 허가한 사건에 관하여는 피고인의 출석을 요하지 아니한다. 다만, 제284조(인정신문)에 따른 절차를 진행하거나 판결을 선고하는 공판기일에는 출석하여야 한다(제277조 제3호).
- ③ 다액 500만원 이하의 벌금 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피고인의 출석을 요하지 아니한다. 이 경우 피고인은 대리인을 출석하게 할 수 있다(제277조 제1호).
- ④ 피고사건에 대하여 무죄, 면소, 형의 면제 또는 공소기각의 재판을 할 것으로 명백한 때에는 피고인이 질병으로 인하여 출정할 수 없는 경우라도 피고인의 출정없이 재판할 수 있다(제306조 제4항).

6. 정답 ④

해설 ④ 소속법 제23조, 소속규칙 제19조

- ① 필요적 변호사건이라 하여도 피고인이 재판거부의 의사를 표시하고 재판장의 허가 없이 퇴정하고 변호인마저 이에 동조하여 퇴정해 버린 것은 모두 피고인 측의 방어권의 남용 내지 변호권의 포기로 볼 수밖에 없는 것이므로 수소법원으로서 형사소송법 제330조에 의하여 피고인이나 변호인의 재정 없이도 심리판결 할 수 있다. 위와 같이 피고인과 변호인들이 출석하지 않은 상태에서 증거조사를 할 수밖에 없는 경우에는 형사소송법 제318조 제2항의 규정상 피고인의 진의와는 관계없이 형사소송법 제318조 제1항의 동의를 있는 것으로 간주하게 되어 있다(대판 91도865).
- ② 형사소송법 제370조, 제276조에 의하면 항소심에서도 공판기일에 피고인의 출석없이 개정하지 못하나, 같은 법 제365조가 피고인이 항소심 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하고, 피고인이 정당한 사유 없이 다시 정한 기일에도 출석하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있도록 정하고 있으므로 피고인의 출석 없이 개정하려면 불출석이 2회 이상 계속된 바가 있어야 한다. 피고인들이 제1회 공판기일에 불출석하였으나 제2회 공판기일에는 출석하였으므로 항소심으로는 피고인들이 제3회 공판기일에 불출석하였다고 하여 바로 개정할 수 없고 제4회 공판기일을 다시 정하여 제4회 공판기일에도 불출석한 때 비로소 피고인들의 출석 없이 개정할 수 있다(대판 2016도2210).
- ③ 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 따라 진행된 제1심의 불출석 재판에 대하여 검사만 항소하고 항소심도 불출석 재판으로 진행한 후에 제1심판결을 파기하고 새로 또는 다시 유죄판결을 선고하여 유죄판결이 확정된 경우, 귀책사유 없이 제1심과 항소심의 공판절차에 출석할 수 없었던 피고인은 재심 규정을 유추 적용하여 재심 규정이 정한 기간 내에 항소심 법원에 유죄판결에 대한 재심을 청구할 수 있다(대판(전) 2014도17252).

7. 정답 ④

해설 옳지 않은 것은 ㉠㉡㉢㉣이다.

- ㉠(○) 대판 99도2029
- ㉡(×) 서류나 물건의 일부에 대한 증거신청을 함에 있어서는 증거로 할 부분을 특정하여 명시하여야 한다(규칙 제132조의2 제3항).
- ㉢(×) 증거신청은 검사가 먼저 이를 한 후 다음에 피고인 또는 변호인이 이를 한다(규칙 제133조).
- ㉣(×) 법원은 증거신청을 기각·각하하거나, 증거신청에 대한 결정을 보류하는 경우, 증거신청인으로부터 당해 증거서류 또는 증거물을 제출받아서는 아니 된다(규칙 제134조 제4항).
- ㉤(×) 법 제312조 및 법 제313조에 따라 증거로 할 수 있는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서 또는 서류가 피고인의 자백 진술을 내용으로 하는 경우에는 범죄사실에 관한 다른 증거를 조사한 후에 이를 조사하여야 한다(규칙 제135조).

8. 정답 ④

해설 모두 옳지 않은 지문이다.

- ㉠(×) 국민참여재판에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 때에는 「법원조직법」·「형사소송법」 등 다른 법령을 적용하므로 국민참여재판에서도 법원의 직권에 의한 증거조사는 가능하다(국참법 제4조).
- ㉡(×) 본래 증거물이지만 증거서류의 성질도 가지고 있는 이른바 '증거물인 서면'을 조사하기 위해서는 증거서류의 조사방식인 낭독 '내용고지 또는 열람'의 절차와 증거물의 조사방식인 제시의 절차가 함께 이루어져야 한다(대판 2013도2511).
- ㉢(×) 법원은 피고인에 대하여 판결을 선고한 때에는 선고일로부터 7일 이내에 피고인에게 그 판결서등본을 송달하여야 한다. 다만, 피고인이 동의하는 경우에는 그 판결서 초본을 송달할 수 있다(규칙 제148조 제1항).
- ㉣(×) 이의신청에 대한 결정에 의하여 판단이 된 사항에 대하여는 다시 이의신청을 할 수 없으며(규칙 제140조), 항고도 허용되지 않는다(제403조 제2항).
- ㉤(×) 법원은 증거결정을 함에 있어서 필요하다고 인정할 때에는 그 증거에 대한 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 들을 수 있다(규칙 제134조 제1항).

9. 정답 ④

해설 ④ 재판장은 증인이 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 피고인을 퇴정하게 하고 증인신문을 진행함으로써 피고인의 직접적인 증인 대면을 제한할 수 있지만, 이러한 경우에도 피고인의 반대신문권을 배제하는 것은 허용될 수 없다(대판 2009도9344).

- ① 대판 2000도3265
- ② 제161조 제1항, 제2항
- ③ 대판 2012도2937

10. 정답 ③

해설 옳지 않은 것은 ㉠㉡㉢이다.

- ㉠(×) 검사는 수사단계에서 피고인에 대한 증거를 미리 보전하기 위하여 필요한 경우에는 판사에게 공동피고인을 증인으로 신문할 것을 청구할 수 있다(대판 86도1646).
- ㉡(×) 피고인과 별개의 범죄사실로 기소되어 병합심리중인 공동피고인은 피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있다 할 것이므로 선서없이 한 공동피고인의 법정진술이나 피고인이 증거로 함에 동의한 바 없는 공동피고인에 대한 피의자신문조서는 피고인의 공소 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 없다(대판 82도1000).
- ㉢(○) 제297조의2, 제161조의2
- ㉣(×) 형사소송법 제297조에 따라 변호인이 없는 피고인을 일시 퇴정하게 하고 증인신문을 한 다음 피고인에게 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력이 없다고 볼 여지가 있으나, 그 다음 공판기일에서 재판장이 증인신문 결과 등을 공판조서에 의하여 고지하였는데 피고인이 '변경할 점과 이의할 점이 없다'고 진술하여 책문권 포기 의사를 명시함으로써 실질적인 반대신문의 기회를 부여받지 못한 하자가 치유되었다(대판 2009도9344).

11. 정답 ③

해설 옳은 것은 ㉠㉡㉢이다.

- ㉠(○) 대판 2010도13583
- ㉡(○) 대판 2011도11994
- ㉢(×) 주신문에 있어서는 유도신문을 하여서는 아니되나(규칙 제75조 제2항), 반대신문에서는 원칙적으로 유도신문이 허용된다(규칙 제76조 제2항).
- ㉣(×) 반대신문의 기회에 주신문에 나타나지 아니한 새로운 사항에 관하여 신문하고자 할 때에는 재판장의 허가를 받아야 한다(규칙 제76조 제4항).
- ㉤(○) 제151조 제8항

12. 정답 ①

해설 ① 대판 2004도2116

- ② 피고인이 공판정에서 공소사실에 대하여 자백한 때에는 법원은 그 공소사실에 한하여 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정할 수 있다(제286조의2).
- ③ 고인이 공판정에서 공소사실에 대하여 자백한 때에는 법원은 그 공소사실에 한하여 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정할 수 있다(제286조의2). 간이공판절차에서의 자백은 공판기일에서의 자백을 의미하므로 피고인이 공판준비절차에서 자백한 때에는 간이공판절차로 심판할 수 없다.
- ④ 간이공판절차는 지방법원 또는 지원의 제1심 관할사건의 단독사건은 물론 합의부 관할사건에도 적용된다(통설).

13. 정답 ②

해설 옳은 것은 ㉠㉡이다.

- ㉠(○) 통설의 입장이다.
- ㉡(○) 제403조 제1항
- ㉢(×) 피고인이 공판정에서 자백한 경우에 간이공판절차에 의해 심판할 수 있으며, 검사면전의 피의자신문에서 자백한 경우에는 간이공판절차를 개시할 수 없다(제286조의2).
- ㉣(×) 간이공판절차의 결정이 취소된 때에는 공판절차를 갱신해야 한다. 다만, 검사·피고인 또는 변호인이 이의가 없는 때에는 갱신을 요하지 않는다(제301조의2).
- ㉤(×) 피고인이 공판정에서 공소사실을 자백한 때에 법원이 취하는 심판의 간이공판절차에서의 증거조사는 증거방법을 표시하고 증거조사 내용을 "증거조사함"이라고 표시하는 방법으로 하였다면 간이절차에서의 증거조사에서 법원이 인정채택한 상당한 증거방법이라고 인정할 수 있다(대판 80도333).

14. 정답 ④

해설 ④ 국참법 제17조 제4호

- ① 국민참여재판의 배제결정에 대하여는 **즉시항고를 할 수 있다**(국참법 제9조 제3항).
 ② 법원은 공소사실의 일부 철회 또는 변경으로 인하여 대상사건에 해당하지 아니하게 된 경우에도 국참법에 따른 재판을 계속 진행한다. 다만, 법원은 심리의 상황이나 그 밖의 사정을 고려하여 국민참여재판으로 진행하는 것이 적당하지 아니하다고 인정하는 때에는 결정으로 당해 사건을 지방법원 본원 합의부가 국민참여재판에 의하지 아니하고 심판하게 할 수 있다. **결정 전에 행한 소송행위는 그 결정 이후에도 그 효력에 영향이 없다**(국참법 제6조 제1항·제4항).
 ③ 국민참여재판은 **제1심 절차에 한하여** 허용된다(통설).

15. 정답 ③

해설 옳은 것은 ㉠㉡㉢이다.

- ㉠(○) 국참법 제45조
 ㉡(×) 선정이 될 수는 있으나 면제사유에 해당하므로 면제할 수 있을 뿐이다(국참법 제20조 제2호).
 ㉢(×) 평결이 유죄인 경우 배심원은 심리에 관여한 판사와 함께 양형에 관하여 토의하고 그에 관한 의견을 개진한다(국참법 제46조 제4항).
 ㉣(○) 국참법 제36조 제1항
 ㉤(○) 국참법 제32조 제1항·제3항

16. 정답 ③

해설 옳은 것은 ㉠㉢㉣㉤이다.

- ㉠(○) 대판 2012도2937
 ㉡(○) 대판 99도1252
 ㉢(○) 대판(전) 2014도1097
 ㉣(○) 대판 2009도2453
 ㉤(×) 피고인의 범행 당시의 정신상태가 **심신상실이나 또는 심신미약**이었느냐의 문제는 법률적 판단이지 범죄될 사실은 아니기 때문에 **엄격한 증명이 필요 없다**(대판 71도212).

17. 정답 ③

해설 ③ 법관의 서명·날인 란에 법관의 서명만 있고 날인이 없는 압수·수색영장이 야간집행을 허가하는 판사의 수기와 날인, 영장 앞면과 별지 사이에 판사의 간인이 있더라도 형사소송법이 정한 요건을 갖추지 못하여 적법하게 발부되었다고 볼 수 없으나, 위와 같은 결함은 피고인의 기본적 인권보장 등 법익 침해 방지와 관련성이 적으므로 이 사건 파일 출력물의 취득 과정에서 절차 조항 위반의 내용과 정도가 중대하지 않고 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익을 본질적으로 침해하였다고 볼 수 없다(대판 2018도20504).

- ① 대판 2010도3359
 ② 대판 2002도123
 ④ 대판 2019도14341

18. 정답 ④

해설 ④ 대판 2020도10729

- ① 법관의 서명·날인 란에 법관의 서명만 있고 날인이 없는 압수·수색영장이 야간집행을 허가하는 판사의 수기와 날인, 영장 앞면과 별지 사이에 판사의 간인이 있더라도 형사소송법이 정한 요건을 갖추지 못하여 적법하게 발부되었다고 볼 수 없으나, 위와 같은 결함은 피고인의 기본적 인권보장 등 법익 침해 방지와 관련성이 적으므로 이 사건 파일 출력물의 취득 과정에서 절차 조항 위반의 내용과 정도가 중대하지 않고 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익을 본질적으로 침해하였다고 볼 수 없다(대판 2018도20504).
 ② 검찰관이 피고인을 뇌물수수 혐의로 기소한 후, 형사사법공조절차를 거치지 아니한 채 과태말라공화국에 현지출장하여 그곳 호텔에서 뇌물공여자 甲을 상대로 참고인 진술조서를 작성한 사안에서, 조사의 상대방이 우리나라 국민이고 그가 조사에 스스로 응함으로써 조사의 방식이나 절차에 강제력이나 위력은 물론 어떠한 비자발적 요소도 개입될 여지가 없었음이 기록상 분명한 이상, 위법수집증거배제법칙이 적용된다고 볼 수 없다(대판 2011도3809).
 ③ 경찰이 피고인 아닌 甲, 乙을 사실상 강제연행 하여 불법체포 한 상태에서 甲, 乙 간의 성매매행위나 피고인들의 유흥업소 영업행위를 처벌하기 위하여 甲, 乙에게서 자술서를 받고 甲, 乙에 대한 진술조서를 작성한 경우, 수사기관이 피고인 아닌 자를 상대로 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거에 대하여 형사소송법 제308조의2에 따라 증거능력이 부정된다는 이유로, 이를 피고인들에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다(대판 2009도6717).

19. 정답 ③

해설 옳지 않은 것은 ㉠㉡이다.

- ㉠(×) 형사소송법 규정에 위반하여 수사기관이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고 사후적으로도 지체 없이 이에 대한 영장을 발부받지도 아니한 채 강제채혈한 피의자의 혈액 중 알콜농도에 관한 감정이 이루어졌다면, 이러한 감정결과보고서 등은 형사소송법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집되거나 그에 기초한 증거로서 그 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 해당하고, 이러한 증거는 피고인이나 변호인의 증거동의를 있다고 하더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다(대판 2009도2109).
- ㉡(○) 대판 2003도3282
- ㉢(×) 사전에 구속영장을 제시하지 아니한 채 구속영장을 집행하고, 그 구속 중 수집한 피고인의 진술증거 중 피고인의 제1심 법정진술은, 변호인과의 충분한 상의를 거친 후 공소사실 전부에 대하여 자백한 것이라면, 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있는 예외적인 경우에 해당한다(대판 2009도526).
- ㉣(○) 대판 2019도7342

20. 정답 ②

- 해설 ② 이 사건 문자메시지는 피해자가 피고인으로부터 풀려난 당일에 남동생에게 도움을 요청하면서 피고인이 협박한 말을 포함하여 공갈 등 피고인으로부터 피해를 입은 내용을 문자메시지로 보낸 것이므로, 이 사건 문자메시지의 내용을 촬영한 사진은 증거서류 중 피해자의 진술서에 준하는 것으로 취급함이 상당할 것이다(대판 2010도8735).
- ① 대판 2015도2275
- ③ 전문증거라도 당사자가 증거동의를 한 경우에는 증거능력이 인정되므로 전문법칙이 적용되지 않으며(제318조 제1항), 전문증거가 탄핵증거로 제출된 경우에도 탄핵증거는 증거능력이 부정되는 전문증거가 사용되므로 전문법칙이 배제된다(제318조 제2항 제1항).
- ④ ‘공소외 9 선생앞: 2011년 면담은 1월 30일 ~ 2월 1일까지 공소외 9과 ∇∇선생과 함께 북경에서 하였으면 하는 의견입니다’라는 등의 내용이 담겨져 있는 파일들이 피고인 1의 컴퓨터에 ‘저장’되어 있었던 사실을 피고인 1, 피고인 5가 북한 공작원들과 그 일시경 실제로 회합하였음을 증명하려고 하는 경우에는 문건 내용이 진실한지가 문제되므로 전문법칙이 적용된다고 할 것이다(대판 2013도2511).

21. 정답 ③

해설 옳은 것은 ㉠㉡이다.

- ㉠(○) 대판 2019도13290
- ㉡(○) 대판 2012도534
- ㉢(×) 경찰관이 입당원서 작성자의 주거지·근무지를 방문하여 입당원서 작성 경위 등을 질문한 후 진술서 작성을 요구하여 이를 제출받은 이상 형사소송법 제312조 제5항이 적용되어야 한다(대판 2022도9510).
- ㉣(×) 미국 범죄수사대(CID), 연방수사국(FBI)의 수사관들이 작성한 수사보고서 및 피고인이 위 수사관들에 의한 조사를 받는 과정에서 작성하여 제출한 진술서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 증거로 쓸 수 없다(대판 2003도6548).

22. 정답 ③

해설 옳지 않은 것은 ㉠㉡이다.

- ㉠(×) 사인인 의사가 작성한 진단서는 증거법칙상 당연히 증거능력이 있는 서류로는 볼 수 없다(대판 69도179).
- ㉡(×) 양벌규정에 따라 처벌되는 행위자와 행위자가 아닌 법인 또는 개인 간의 관계는, 행위자가 저지른 법규위반행위가 사업주의 법규위반행위와 사실관계가 동일하거나 적어도 중요부분을 공유한다는 점에서 내용상 불가분적 관련성을 지닌다고 보아야 하고, 따라서 앞서 본 형법총칙의 공범관계 등과 마찬가지로 인권보장적인 요청에 따라 형사소송법 제312조 제3항이 이들 사이에서도 적용된다고 보는 것이 타당하다(대판 2016도9367).
- ㉢(○) 대판 90도1474
- ㉣(○) 대판 2007도1807

23. 정답 ①

- 해설 ① 이 사건 영상녹화물은 봉인되지는 않았지만 부착된 라벨지에 있는 피조사자의 서명, 무인화 인쇄된 해시 값 등으로 볼 때 이 사건 영상녹화물 자체에 원본으로서 동일성과 무결성을 담보할 수 있는 수단이나 장치가 있어 조작가능성에 대한 의심을 배제할 수 있는 경우에 해당한다고 볼 수 있다. 그러므로 이 사건 영상녹화물을 법정 등에서 재생·시청하는 방법으로 조사하여 영상녹화물의 조작 여부를 확인함과 동시에 이 사건 피의자신문조서의 실질적 진정성립 여부를 판단할 수 있다(대판 2020도13957).

- ② 제313조 제2항
- ③ 대판 98도2742 이 판례에서는 서명 또는 날인이 없으므로 수사보고서의 증거능력이 부정된다고 판시하였고 증거동의 여부에 대하여는 언급하고 있지 않으나 판례는 서명 또는 날인이 없는 전문증거에 대하여도 증거동의를 가능하다고 보고 있으므로 맞는 지문으로 보아야 한다.
- ④ 대판 2020도13957

24. 정답 ③

- 해설** ③ 피해자 乙이 공판정에서 진술을 한 경우라도 증인신문 당시 일정한 사항에 관하여 기억이 나지 않는다는 취지로 진술하여 그 진술의 일부가 재현 불가능하게 된 경우도 위 조항이 규정하는 '원진술자가 진술을 할 수 없는 때'에 해당한다(대판 99도3786).
- ① 대판(전) 2018도13945
 - ② 대판 99도915
 - ④ 대판 2006도7228

25. 정답 ③

- 해설** ③ 만 5세 무렵에 당한 성추행으로 인하여 외상 후 스트레스 증후군을 앓고 있다는 등의 이유로 공판정에 출석하지 아니한 약 10세 남짓의 성추행 피해자에 대한 진술조서가 형사소송법 제314조에 정한 필요성의 요건과 신용성 정황적 보장의 요건을 모두 갖추지 못하여 증거능력이 없다(대판 2004도3619).
- ① 공소외 乙을 증인으로 채택하여 국내의 주소지 등으로 소환하였으나 소환장이 송달불능되었고, 공소외 乙이 미국으로 출국하여 그곳에 거주하고 있음이 밝혀지자 다시 미국 내 주소지로 증인소환장을 발송하였으나, 공소외 乙이 제1심법원에 경위서를 제출하면서 장기간 귀국할 수 없음을 통보한 경우 외국거주 등 사유로 인하여 법정에서의 신문이 불가능한 상태의 경우에 해당된다고 할 것이다(대판 2004도5561).
 - ② 진술자가 진술한 후 일본으로 이주한 이래 전자우편에 의한 연락 이외에 그 주거지나 거소 등이 파악되지 않는 상태이고 수사기관이 그의 전자우편 주소로 증인 출석을 수차례 권유하였으나 진술자가 자필진술서를 통하여 그 증언을 거부할 뜻을 명확히 표시한 경우 외국거주에 해당한다(대판 2013도2511).
 - ④ 검사 및 사법경찰관이 작성한 甲에 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 해당한다(대판 99도202).

26. 정답 ④

- 해설** ④ 대한민국 주중국 대사관 영사가 작성한 사실확인서 중 공인 부분을 제외한 나머지 부분은 형사소송법 제315조 제1호의 '공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서' 또는 제3호의 '기타 특히 신뢰할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'라고 볼 수 없으므로 증거능력이 없다(대판 2007도7257).
- ① 대판 82도1504
 - ② 대판 2007도3219
 - ③ 대판 2011도5459

27. 정답 ②

- 해설** 제315조의 당연히 증거능력 있는 서류에 해당하는 것은 ㉠㉡이다.
- ㉠(×) 건강보험심사평가원이 수사기관의 의뢰에 따라 그 보내온 자료를 토대로 입원진료의 적정성에 대한 의견을 제시하는 내용의 '건강보험심사평가원의 입원진료 적정성 여부 등 검토의뢰에 대한 회신'은 형사소송법 제315조 제3호의 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'에 해당하지 않는다(대판 2017도12671).
 - ㉡(○) 선거운동원들이 실제로 선거운동을 하였는지 여부를 그때그때 일상적, 계속적, 기계적으로 확인하여 작성한 출결부는 형사소송법 제315조 제2호의 '기타 업무상 필요로 작성된 통상문서'에 해당한다(대판 2012도16001).
 - ㉢(○) 사법경찰관 작성의 새세대 16호에 대한 수사보고서는 피고인이 검찰에서 소지 탐독사실을 인정하고 있는 새세대 16호라는 유인물의 내용을 분석하고, 이를 기계적으로 복사하여 그 말미에 그대로 첨부한 문서로서 그 신용성이 담보되어 있어 형사소송법 제315조 제3호 소정의 "기타 특히 신용할 만한정황에 의하여 작성된 문서"에 해당되는 문서로서 당연히 증거능력이 인정된다(대판 92도1211).
 - ㉣(×) 변호사가 피고인에 대한 법률자문 과정에 작성하여 피고인에게 전송한 전자문서를 출력한 법률의견서는 압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건으로서 그 실질에 있어서 형사소송법 제313조 제1항에 규정된 '피고인 아닌 자가 작

성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류'에 해당한다고 할 것이다(대판(전) 2009도6788).

28. 정답 ④

해설 옳은 것은 ㉠㉡㉢㉣이다.

㉠(○) 대판 2012도72

㉡(○) 대판 2005도9561 피해자를 치료한 의사의 초진기록지에 피고인으로부터 범죄피해를 당하였다는 피해자의 진술이 기재되어 있는 경우 이는 전문진술을 기재한 진술서에 해당한다. 따라서 의사의 초진기록지는 진술서에 해당하여 제313조 제1항에 의하여 의사의 법정진술로 성립의 진정이 증명되면 증거능력이 인정되며, 진단서에 기재된 피고인으로부터 범죄피해를 당하였다는 피해자의 진술의 경우는 전문진술에 해당하므로 제316조 제2항에 의하여 피해자의 진술불능과 특신상태가 인정되면 증거능력이 인정될 수 있다.

㉢(○) 대판 99도5679

㉣(×) 피고인을 검거한 경찰관이 조사 당시 피고인이 범행사실을 자백하였다는 취지의 법정증언은 피고인이 범행을 부인하더라도 특신상태가 인정되는 경우에는 제316조 제1항(조사자 증언제도)에 의하여 증거능력이 인정될 수 있다(제316조 제1항).

㉤(○) 대판 2001도3997

29. 정답 ③

해설 ③ 대판 2005도2945

① 디지털 녹음기에 녹음된 내용을 전자적 방법으로 테이프에 전사한 사본인 녹음테이프를 대상으로 법원이 검증절차를 진행하여, 녹음된 내용이 녹취록의 기재와 일치하고 그 음성이 진술자의 음성임을 확인하였더라도, 그것만으로 녹음테이프의 증거능력을 인정할 수 없다(대판 2008도9414).

② 녹음테이프는 성실상 작성자나 진술자의 서명이나 날인이 없을 뿐만 아니라 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 내용이 편집·조작될 위험이 있으므로, 그 대화내용을 녹음한 원본이거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야만 하고, 그러한 증명이 없는 경우에는 쉽게 증거능력을 인정할 수 없으며, 녹음테이프에 수록된 대화내용이 이를 풀어쓴 녹취록의 기재와 일치한다거나 녹음테이프의 대화내용이 중단되었다고 볼 만한 사정이 없다는 점만으로는 위와 같은 증명이 있다고 할 수 없다(대판 2011도6035).

④ 피고인과의 대화내용을 녹음한 보이спен 자체에 대하여는 증거동의를 있었지만 그 녹음내용을 재녹음한 녹음테이프, 녹음테이프의 음질을 개선한 후 재녹음한 시디 및 녹음테이프의 녹음내용을 풀어 쓴 녹취록 등에 대하여는 증거로 함에 부동한 사안에서, 극히 일부의 청취가 불가능한 부분을 제외하고는 보이спен, 녹음테이프 등에 녹음된 대화내용과 녹취록의 기재가 일치하는 것으로 확인되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것으로 인정되므로 이를 증거로 사용할 수 있다(대판 2007도10804).

30. 정답 ②

해설 옳은 것은 ㉡㉢이다.

㉠(×) 검사가 피고인들의 체포장면이 녹화된 동영상 CD를 별도의 증거로 제출하지 아니하고 CD의 내용을 간략히 요약한 수사 보고서에 CD를 첨부하여 수사보고서만을 서증으로 제출하였는데, 형사소송법 제292조의3 및 형사소송규칙 제134조의8은 녹음·녹화매체 등에 대한 증거조사는 이를 재생하여 청취 또는 시청하는 방법으로 하도록 규정하고 있으므로, 원심이 CD에 대하여 형사소송규칙에서 정한 증거조사절차를 거치지 아니한 채 유죄의 증거로 채택한 조치는 잘못이다(대판 2009도13846).

㉡(○) 규칙 제134조의7 제1항

㉢(×) 압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건을 진술증거로 사용하는 경우, 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문 법칙이 적용되므로 형사소송법 제313조 제1항에 따라 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다(대판 2007도7257).

㉤(○) 규칙 제134조의7 제2항

31. 정답 ④

해설 ④ 대판 2019도11552

① 수사기관이 원진술자의 진술을 기재한 조서는 원진술자의 법정 출석과 피고인에 의한 반대신문이 이루어지지 못하였다면, 그 조서는 진정한 증거가치를 가진 것으로 인정받을 수 없는 것이어서 이를 주된 증거로 하여 공소사실을 인정하는 것은 원칙적으로 허용될 수 없다. 이는 원진술자의 사망이나 질병 등으로 인하여 원진술자의 법정 출석 및 반대신문이 이루어지지 못한 경우는 물론 수사기관의 조서를 증거로 함에 피고인이 동의한 경우에도 마찬가지이다(대판 2005도9730).

② 증거동의를 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하므로 제1심에서 한 증거동의를 제2심에서 취소할 수 없고, 일단 증거조사가 종료된 후에 증거동의를 의사표시를 취소 또는 철회하더라도 취소 또는 철회 이전에 이미 취득한 증거능력이 상실되지 않는다(대판 99도2029).

③ 피고인이 공시송달의 방법에 의한 공판기일의 소환을 2회 이상 받고도 출석하지 아니하여 법원이 피고인의 출정 없이

증거조사를 하는 경우에는 형사소송법 제318조 제2항에 따른 피고인의 증거동의가 있는 것으로 간주된다(대판 2010도15977).

32. 정답 ③

해설 ③ 대판 2007도7760

- ① 형사소송법 제217조 제2항, 제3항에(긴급체포시 압수수색) 위반하여 압수수색영장을 청구하여 이를 발부받지 아니하고도 즉시 반환하지 아니한 압수물은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다(대판 2009도11401).
- ② 증인의 증언이 전문진술이라고 하더라도 피고인이 그 증언에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였다면 그 증언을 증거로 함에 동의한 것으로 볼 수 있으므로 이는 증거능력 있다(대판 83도516). 판례는 묵시적 동의도 인정하고 있으므로 사안의 경우 증거동의 한 것으로 볼 수 있다.
- ④ 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차의 제1심에서 2회 불출정하여 형사소송법 제318조 제2항에 따른 증거동의가 간주된 후 증거조사를 완료한 이상, 비록 피고인이 항소심에 출석하여 공소사실을 부인하면서 간주된 증거동의를 철회 또는 취소한다는 의사표시를 하더라도 그로 인하여 적법하게 부여된 증거능력이 상실되는 것이 아니다(대판 2007도5776).

33. 정답 ①

해설 옳은 것은 ㉠이다.

- ㉠(×) 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 없다고 할 것이다. 위 참고인이 나중에 법정에 증인으로 출석하여 위 진술조서의 성립의 진정을 인정하고 피고인 측에 반대신문의 기회가 부여된다 하더라도 위 진술조서의 증거능력을 인정할 수 없음은 마찬가지이다(대판 2013도6825).
- ㉡(×) 일단 발생한 동의의 효력은 공판절차의 갱신이 있거나 심급이 변경되어도 소멸되지 않는다(통설).
- ㉢(○) 원칙적으로 서류 또는 물건에 대한 일부 동의는 허용되지 않지만, 서류 또는 물건의 내용이 가분인 때에는 일부에 대하여도 동의할 수 있다(통설).
- ㉣(×) 피고인이나 변호인이 무죄에 관한 자료로 제출한 서증 가운데 도리어 유죄임을 뒷받침하는 내용이 있다고 하여도, 법원은 상대방의 원용(동의)이 없는 한 그 서류의 진정성립 여부 등을 조사하고 아울러 그 서류에 대한 피고인이나 변호인의 의견과 변명의 기회를 주지 않았다면 그 서증을 유죄인정의 증거로 쓸 수 없다. 그러나 해당 서류를 제출한 당사자는 그것을 증거로 함에 동의하고 있음이 명백한 것이므로 상대방인 검사의 원용이 있으면 그 서증을 유죄의 증거로 사용할 수 있다(대판 2015도12400).

34. 정답 ④

해설 ④ 탄핵증거의 제출에 있어서도 상대방에게 이에 대한 공격방어의 수단을 강구할 기회를 사전에 부여하여야 한다는 점에서 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계 및 입증취지 등을 미리 구체적으로 명시하여야 할 것이므로, 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 한다(대판 2005도2617).

- ① 대판 80도1547
- ② 대판 2011도5459
- ③ 제318조의2 제2항

35. 정답 ②

해설 옳지 않은 것은 ㉠㉢이다.

- ㉠(×) 영상녹화물의 재생은 검사의 신청이 있는 경우에 한하고, 기억의 환기가 필요한 피고인 또는 피고인 아닌 자에게만 이를 재생하여 시청하게 하여야 한다(규칙 제134의5).
- ㉡(○) 대판 2005도6271
- ㉢(×) 피고인이 내용을 부인하여 증거능력이 없는 사법경찰리 작성의 피의자신문조서에 대하여 비록 당초 증거제출 당시 탄핵증거라는 입증취지를 명시하지 아니하였지만 피고인의 법정진술에 대한 탄핵증거로서의 증거조사절차가 대부분 이루어졌다고 볼 수 있는 점 등의 사정에 비추어 위 피의자신문조서를 피고인의 법정진술에 대한 탄핵증거로 사용할 수 있다(대판 2005도2617).
- ㉣(○) 대판 80도1547

36. 정답 ④

해설 ④ 형사소송법이 채택하고 있는 실질적 직접심리주의의 정신에 비추어, 항소심으로서 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 항소심의 판단과 다르다는 이유만으로 이에 대한 제1심의 판단을 함부로 뒤집어서는 아니된다

할 것이나, 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 명백하게 잘못되었다고 볼 특별한 사정이 있거나, 제1심의 증거조사 결과와 항소심 변론종결시까지 추가로 이루어진 증거조사 결과를 종합하면 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 예외적인 경우에는 그러하지 아니하다 할 것이다(대판 2008도7462).

- ① 대판 2008도12111
- ② 대판 2021도14234
- ③ 대판 88도740

37. 정답 ④

해설 ④ 강간죄에서 공소사실을 인정할 증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우에 피고인의 진술이 경험칙상 합리성이 없고 그 자체로 모순되어 믿을 수 없다고 하여 그것이 공소사실을 인정하는 직접증거가 되는 것은 아니지만, 이러한 사정은 법관의 자유판단에 따라 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자 진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황이 될 수 있다(대판 2018도7709).

- ① 대판 2011도15653
- ② 대판 2010도12728
- ③ 대판 2020도786

38. 정답 ④

해설 ④ 대판 2000도2365
① 피고인을 현행범으로 체포한 피해자의 수사기관에서의 진술과 앞서 본 현장사진이 첨부된 수사보고서는 피고인의 자백의 진실성을 담보하기에 충분한 보강증거가 된다(대판 2011도8015).
② 피고인 甲이 乙로부터 필로폰을 매수하면서 그 대금을 乙이 지정하는 은행계좌로 송금한 사실에 대한 압수수색검증영장 집행보고는 필로폰 매수행위에 대한 보강증거는 될 수 있어도 그와 실체적 경합범 관계에 있는 필로폰 투약행위에 대한 보강증거는 될 수 없다(대판 2007도10937).
③ 범의는 자백만으로 인정할 수 있다(대판 4294형상171).

39. 정답 ④

해설 ④ 포괄1죄인 상습범에 있어서도 이를 구성하는 각 행위에 관하여 개별적으로 보강증거를 요구하고 있는 점에 비추어 보면 투약습성에 관한 정황증거만으로 객관적 구성요건인 각 투약행위가 있었다는 점에 관한 보강증거로 삼을 수는 없다(대판 95도1794).
① 대판 83도820
② 대판 2010도11272
③ 대판 82도3107

40. 정답 ④

해설 ④ 2000. 10. 19. 21:50경 피고인으로부터 채취한 소변을 검사한 결과 검출된 메스암페타민 성분은 주로 피고인이 2000. 10. 17. 투약한 메스암페타민에 의한 것으로 보이는 하지만, 2000. 10. 13. 메스암페타민을 투약함으로써 인하여 피고인의 체내에 남아 있던 메스암페타민 성분도 그에 포함되어 검출되었을 가능성을 배제할 만한 합리적 근거가 없으므로 위 각 투약행위에 대한 보강증거로 될 수 있다(대판 2001도1897).
① 대판 2019도13290
② 대판 2007도5845
③ 대판 85도1838



프라임 법학원

www.primeedunet.com

상담문의: 02)888-0112