

2021.09.11. 제27회 법무사2차 형사소송법 기출문제와 해설

2021년 제27회 법무사 2차 시험

형 사 소 송 법

(출제 : 법원행정처)

(해설 : 법무사단기학원 최철훈)

【문 1】

[기본적 사실관계]

A는 농촌 지역에서 주유소를 운영하는 자로서, S 정유회사를 통해 공급받은 유류를 면세유 구입카드를 소지한 영세 농민에게 면세유로 공급하고, 면세유 관리기관인 농협으로부터 해당 공급량에 대한 면세유류공급확인서를 발급받아 세무서에 제출함으로써 부가세 등 세금을 환급받아 정상유와 면세유의 차액 상당액을 정산하는 공급거래를 이어오고 있다. 한편 화물차를 운행하는 B는 면세유 공급대상자가 아님에도 A와의 친분을 통해 2019. 2. 1.부터 2019. 4. 1. 사이에 A가 위탁 보관 중이던 타인의 면세유 구입카드를 이용하여 A로부터 몇 차례 면세유를 정상유보다 저렴한 가격에 공급받았고, A는 그 거래에 대하여 세무서로부터 감면세액을 환급받았다. (각 설문은 상호 관련성이 없음)

1. < 추가된 사실관계 > 사법경찰관 P는 A가 B와의 공모관계에서 면세유를 본래와 다른 용도로 부정유통하였다는 범죄사실로 A의 스마트폰에 대한 압수·수색영장을 발부받아 확보한 스마트폰에 ‘면세유’를 키워드로 검색하여 나온 문자메세지, 사진 및 문서파일 등의 전자정보를 복제·출력하는 방식으로 압수·수색 절차를 진행하였다. (각 설문은 상호관련성이 없고, 견해 대립이 있는 경우 대법원 판례에 따름)

가. 사법경찰관 P가 A의 스마트폰에 대한 압수·수색영장을 집행할 때 준수하여야 할 절차상 유의사항은 무엇인지 설명하시오. [10점]

■ 해 설 ■

1. 영장의 사전제시

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., 선고, 2008도76 3, 판결] (2021년 조문·판례·기출·사례 형사소송법 147쪽)

헌법 제12조 제3항 본문, 형사소송법 제219조, 제118조는 '수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 처분을 받는 자에게 반드시 압수·수색영장을 제시하여야 한다'는 취지로 규정하고 있다. 그리고 형사소송법 제219조, 제114조 제1항 본문, 형사소송규칙 제58조는 압수·수색영장에 피의자의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부연월일, 유효기간, 압수·수색의 사유 등이 기재되어야 한다는 취지로 규정하고 있다.

그 취지는 영장주의의 절차적 보장과 더불어 압수·수색영장에 기재된 물건, 장소, 신체에 대해서만 압수·수색을 하도록 하여 개인의 사생활과 재산권의 침해를 최소화하는 한편, 준항고 등 피처분자의 불복신청의 기회를 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

위와 같은 관련 규정과 영장 제시 제도의 입법 취지 등을 종합하여 보면, 압수·수색영장을 집행하는 수사기관은 피압수자로 하여금 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색이라는 사실을 확인함과 동시에 형사소송법이 압수·수색영장에 필요적으로 기재하도록 정한 사항이나 그와 일체를 이루는 사항을 충분히 알 수 있도록 압수·수색영장을 제시하여야 한다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결 등 참조). [2021.03.20. 법무사2차 형사소송법 1순환 3회 모의시험 해설 발췌]

## 2. 영장 집행과정에서 별건압수의 금지 및 참여권 보장

법 제219조에 의해 준용되는 법 제106조 3항에 의해 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 “정보저장매체등”이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다. (2021년 조문·판례·기출·사례 형사소송법 155쪽)

또한 형사소송법 제219조, 제121조에 의하면, 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때 피의자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다. 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우에는 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 이를 제출받아야 하고, 피의자나 변호인에게

참여의 기회를 보장하여야 한다. 만약 그러한 조치를 취하지 않았다면 이는 형사소송법에 정한 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하지 않은 것이다.

다만, 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 방식으로 복제하여 생성한 파일(이하 '이미지 파일' 이라 한다)을 제출받아 압수하였다면 이로써 압수의 목적물에 대한 압수수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관이 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색복제출력하는 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다. [2021.08.23. 법무사2차 형사소송법 3순환 2회 모의시험 【문 3】 해설 발췌]

### 3. 압수목록의 교부

증거물 또는 몰수할 물건을 압수하였을 때에는 압수조서와 압수목록을 작성하여야 한다(법 제49조 제1항, 수사규정 제44조 제1항). 압수조서(押收調書)에는 품종, 외형상의 특징과 수량뿐만 아니라 압수경위를, 압수목록(押收目錄)에는 물건의 특징을 각각 구체적으로 기재하여야 한다(법 제49조 제3항, 수사규정 제44조 제2항). 계속해서 압수조서에는 조사 또는 처분의 연월일시와 장소를 기재하고 그 조사 또는 처분을 행한 자와 참여한 법원사무관 또는 사법경찰관리 등이 기명날인 또는 서명하여야 하고(법 제50조), 압수목록도 공무원이 작성하는 서류이므로 작성 연월일과 소속 공무소를 기재하고 기명날인 또는 서명하여야 한다(법 제57조 제1항).

그리고 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다(법 제129조, 제219조). 압수목록은 ① 피압수자 등이 압수물에 대한 환부, 가환부신청을 하거나 ② 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되므로 이러한 권리행사에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙이다. (대법원 2009.3.12. 선고 2008도763 판결)

(2021년 조문·판례·기출·사례 형사소송법 149쪽)

- 나. 영장집행 단계에서 사법경찰관 P가 A에게 압수·수색영장의 첫 페이지 범죄사실 부분만을 제시하면서 나머지 영장 부분을 A가 확인하지 못하도록 한 경우 영장 제시는 적법한지 설명하시오. 만약 이후 수사 단계에서 조사에 참여한 A의 변호인이 위 영장의 나머지 부분까지 확인한 경우에 압수·수색 처분의 효력에 차이가 발생하는지 설명하시오. [10점]

■ 해설 ■

[대상판례 : 대법원 2020. 4. 16.자 2019모3526 결정]

- 결론 - 적법하지 않고 효력에 차이도 없다.
- 논거 -

1. 원심은, "수사기관이 재항고인의 휴대전화 등을 압수(이하 '이 사건 압수처분'이라 한다)할 당시 재항고인에게 영장을 제시하였는데 재항고인은 영장의 구체적인 확인을 요구하였던 점, 이후 재항고인의 변호인은 재항고인에 대한 조사에 참여하면서 영장을 확인하였던 점을 인정할 수 있다. 수사기관이 이 사건 압수처분을 함에 있어 재항고인에게 영장의 범죄사실 기재 부분을 보여주지 않았다고 하더라도 압수수색영장을 제시하지 않았다고 보기 어렵다."라고 판단하여 이 사건 준항고 청구를 기각하였다.

2. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

가. 헌법 제12조 제3항 본문, 형사소송법 제219조, 제118조는 '수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 처분을 받는 자에게 반드시 압수·수색영장을 제시하여야 한다'는 취지로 규정하고 있다. 그리고 형사소송법 제219조, 제114조 제1항 본문, 형사소송규칙 제58조는 압수·수색영장에 피의자의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부 연월일, 유효기간, 압수·수색의 사유 등이 기재되어야 한다는 취지로 규정하고 있다.

그 취지는 영장주의의 절차적 보장과 더불어 압수·수색영장에 기재된 물건, 장소, 신체에 대해서만 압수·수색을 하도록 하여 개인의 사생활과 재산권의 침해를 최소화하는 한편, 준항고 등 피압수자의 불복신청의 기회를 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

위와 같은 관련 규정과 영장 제시 제도의 입법 취지 등을 종합하여 보면, 압수·수색영장을 집행하는 수사기관은 피압수자로 하여금 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색이라는 사실을 확인함과 동시에 형사소송법이 압수·수색영장에 필요적으로 기재하도록 정한 사항이나 그와 일체를 이루는 사항을 충분히 알 수 있도록 압수·수색영장을 제시하여야 한다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결 등 참조).

나. 원심의 사실인정에 따르더라도 수사기관이 이 사건 압수처분 당시 재항고인으로부터 영장 내용의 구체적인 확인을 요구받았음에도 압수·수색영장의 내용을 보여주지 않았다고 보여진다. 그렇다면 위 법리에 비추어 형사소송법 제219조, 제118조에 따른 적법한 압수·수색영장의 제시를 인정하기 어렵고, 따라서 원심으로서는 이 사건 압수처분 당시 수사기관이 위 요건을 갖추어 재항고인에게 압수수색영장을 제시하였는지 여부를 판단하여야 할 것이다.

그럼에도 원심은 앞서 본 사정만으로 이 사건 압수처분이 위법하지 않다고 판단하였으니,

이러한 원심판단에는 헌법과 형사소송법의 관련 규정을 위반한 잘못이 있다. [2021.03.20. 법무사2차 형사소송법 1순환 3회 모의시험]

다. 사법경찰관 P는 압수·수색영장의 집행에 따라 A의 스마트폰에서 출력한 전자정보를 통해 A가 2019.3. 무렵 공장운영자 C에게도 면세유를 부정유통한 정황을 포착하였다. 위 전자정보를 A와 C의 공모관계에 의한 면세유 부정유통 추가 범행의 증거로 사용할 수 있는지 설명하시오. [10점]

■ 해 설 ■

- 결론 - 사용할 수 없다.
- 논거 -

1. 해당사건 또는 피의사건과 관련된 것만 영장에 의하여 압수할 수 있다.

형사소송법 제215조 제1항은 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 정하고 있다.

따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의 사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다.

그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우를 의미하는 것이나, 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다. 이때 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 그 관련성이 있다고 할 것은 아니다.

그리고 피의자와 사이의 인적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 대상자의 범죄를 의미하는 것이나, 그의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 등 참조).

설문상 영장에 기재된 범죄사실은 A와 B간의 공모에 의한 조세범처벌법 위반에 대한 영장 기재 범죄사실이고, 추가로 발견된 것은 A와 C간의 공모에 의한 조세범처벌법 위반에 대한 범죄사실이며, 양자간의 관계는 기본적 사실관계의 동일성이 없을 뿐만 아니라 추가로 발견된 범죄사실이 영장에 기재된 범죄사실에 대한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 성질의 것도 아니다. 즉 영장기재 범죄사실과 추가로 발견된 범죄사실은 단순히 동종 또는 유사 범행에 불과하므로 이 사건 영장에 기하여 압수할 수는 없다. [2021.08.21. 법무사2차 형사소송법 3순환 1회 모의시험 [문3] 해설 인용]

## 2. 영장집행과정에서 추가로 범행이 발견될 경우 수사기관의 조치

압수·수색영장을 집행하는 과정에서 당해 영장의 범죄혐의와 다른 별도의 범죄혐의와 관련된 증거를 발견하게 될 경우, 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받거나 무영장 압수·수색의 요건을 갖추어야 하며, 만일 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않거나 무영장 압수·수색의 요건을 갖추지 아니한 채 압수하였다면 이는 영장주의에 정면으로 위배한 것이 되어 위법수집증거로서 원칙적으로 증거능력을 인정할 수 없게 된다.<sup>1)</sup>(2021년 조문·판례·기출·사례 형사소송법 149쪽)

또한 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다. (2021년 조문·판례·기출·사례 형사소송법 156쪽)

- 1) 수사기관이 피의자 갑의 공직선거법 위반 범행을 영장 범죄사실로 하여 발부받은 압수·수색영장의 집행 과정에서 을, 병 사이의 대화가 녹음된 녹음파일(이하 ‘녹음파일’이라 한다)을 압수하여 을, 병의 공직선거법 위반 혐의사실을 발견한 사안에서, 압수·수색영장에 기재된 ‘피의자’인 갑이 녹음파일에 의하여 의심되는 혐의사실과 무관한 이상, 수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 아니한 채 압수한 녹음파일은 형사소송법 제219조에 의하여 수사기관의 압수에 준용되는 형사소송법 제106조 제1항이 규정하는 ‘피고사건’ 내지 같은 법 제215조 제1항이 규정하는 ‘해당 사건’과 ‘관계가 있다고 인정할 수 있는 것’에 해당하지 않으며, 이와 같은 압수에는 헌법 제12조 제1항 후문, 제3항 본문이 규정하는 영장주의를 위반한 절차적 위법이 있으므로, 녹음파일은 형사소송법 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’로서 증거로 쓸 수 없고, 그 절차적 위법은 헌법상 영장주의 내지 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 중대한 위법에 해당하여 예외적으로 증거능력을 인정할 수도 없다고 한 사례. (대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결)

3. 사안의 해결

설문상 영장에 기재된 범죄사실인 A와 B간의 공모에 의한 조세범처벌법 위반에 대한 영장 기재 범죄사실과 추가로 발견된 A와 C간의 공모에 의한 조세범처벌법 위반에 대한 범죄사실은 별개의 범죄로서 실체적경합에 해당하므로 설문상의 영장으로는 적법하게 압수할 수 없을 뿐만 아니라 설문상 추가탐색을 중단하고 별도의 영장을 발부받은 사실 또한 없어 보인다.

결론적으로 영장주의를 정면으로 위반하여 수집한 압수물에 해당하고, 적법절차의 실질적내용을 침해하여 수집한 압수물에 해당하므로 법 제308조의 2에 의해 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

2. < 추가된 사실관계 > A는 2020. 1. 20. “농업 용도에 사용할 면세유를 B에게 다른 용도로 판매하고 조세를 환급받았다.”는 공소사실에 대하여 조세범처벌법위반죄로 공소가 제기되었다. (각 설문은 상호관련성이 없고, 견해 대립이 있을 경우 대법원 판례에 따름)

가. 사법경찰관 P는 공소제기에 앞서 A에 대한 피의자신문조서를 작성하였고, 이후 소속 경찰청장 명의로 관할 세무서장에게 고발의뢰가 이루어졌으나 별다른 이유 없이 고발장이 제출되지 않았다. 이 경우 A에 대한 피의자조사의 적법성에 대하여 논하시오. [7점]

■ 해 설 ■

○ 관련규정 - 조세범 처벌법

제4조(면세유의 부정 유통) ① 「조세특례제한법」 제106조의2제1항제1호에 따른 석유류를 같은 호에서 정한 용도 외의 다른 용도로 사용·판매하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 석유판매업자(같은 조 제2항에 따른 석유판매업자를 말한다)는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액등의 5배 이하의 벌금에 처한다

제21조(고발) 이 법에 따른 범칙행위에 대해서는 국세청장, 지방국세청장 또는 세무서장의 고발이 없으면 검사는 공소를 제기할 수 없다.

○결론 - 피의자조사는 적법하다.

○논거 -

설문상의 범죄는 조세범처벌법 제4조 및 같은 법 제21조에 의해 즉고발사건에 해당한다.

즉고발사건에서 고발이 있기 전에 수사가 가능한지 문제되나, 판례는 친고죄나 즉고발사건에서 고소 또는 고발은 소추요건이지 수사요건이 아님을 이유로 장차 고소나 고발가능성이 없는 상태에서 수사하였다는 등의 특단의 사정이 없는 한 고소나 고발전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 할 수 없다는 입장이다<sup>2)</sup>. (2021년 조문·판례·기출·사례 형사소송법 74쪽)

설문상 장차 고소나 고발 가능성이 없는 상태에서 수사하였다는 사정이 엿보이지 않고 별다른 위법수사의 사정도 엿보이지 않으므로 A에 대한 피의자조사는 적법하다.

- 나. 공판절차에서 A는 공소사실을 자백하고 있으나 1심 법원은 관할 세무서장의 고발이 없는 채로 제기된 공소의 효력에 대하여 심리하고자 한다. 1심 법원의 적정한 처리에 대하여 논하시오. [8점]

■ 해 설 ■

- 결론 - 법 제327조 2호에 기하여 공소기각의 판결을 선고하여야 한다.
- 논거 -

설문상 검사가 공소제기한 범죄사실은 조세범처벌법 제4조 및 같은 법 제21조에 의해 즉고발사건이므로 관할 세무서장의 고발은 소추요건이다.

즉고발사건에서 적법한 고발이 있었는지 여부는 적극적 소송조건으로서 직권조사사항이므로 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 한다.

설령 즉고발사건에서 적법한 고발의 유무가 당사자간 공방의 대상이 아니었다 하더라도 고발의 적법여부가 직권조사사항인 이상 법원은 직권으로 조사하여 고발의 존재 및 적법 여부를 심리 판단하여야 한다.

법원이 직권으로 조사하여 심리한 결과 고발이 존재하지 아니하거나 적법하지 아니하여 검사의 공소제기가 소추요건을 갖추지 아니한 경우 비록 범죄사실에 대한 자백과 이에 대한 보강증거가 있다 하더라도 법원은 공소제기절차가 법률의 규정에 위반되어 무효임

- 2) 친고죄나 세무공무원 등의 고발이 있어야 논할 수 있는 죄에 있어서 고소 또는 고발은 이른바 소추조건에 불과하고 당해 범죄의 성립 요건이나 수사의 조건은 아니므로, 위와 같은 범죄에 관하여 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다고 하더라도, 그 수사가 장차 고소나 고발이 있을 가능성이 없는 상태에서 행해졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 볼 수는 없다. (대법원 1995.2.24, 선고, 94도252, 판결)

을 이유로 법 제327조 2호에 기하여 판결로서 공소기각을 하여야 한다.

참조판례 : 이른바 반의사 불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시의 부존재는 소위 소극적 소송조건으로서 직권조사사항이라 할 것이므로 당사자가 항소이유로 주장하지 아니하였다 고 하더라도 법원은 이를 직권으로 조사·판단하여야 한다[대법원 2001.4.24, 선고, 2000도3172, 판결]. (2021년 조문·판례·기출·사례 형사소송법 624쪽/2018년도 법원직 9급 공채시험 1책형 19번 문제 설문 1번)

다. 만약 1심 계속 중에 관할 세무서장이 고발장을 제출한 경우 공소제기의 효력에 어떤 영향이 있는지 논하시오. [5점]

■ 해 설 ■

○결론 - 공소제기절차가 법률의 규정에 위반되어 무효라는 결론에 어떠한 영향도 미치지 아니한다.

○논거 -

즉고발사건의 고발이 없음에도 불구하고 공소를 제기하였다가 1심 계속 중 고발이 있을 경우 위법한 공소제기가 적법해지는지가 문제되느냐, 통상 이를 고소의 추완으로 이해한다.

우리 판례는 고소의 추완을 부정하는바, 고소추완을 인정할 경우 소송절차의 형식적 확실성을 저해할 뿐만 아니라 관련 조문이 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 고소추완을 인정하는 근거규정도 없다.

결론적으로 고소추완을 부정하는 판례의 입장이 타당하므로 설문과 같이 공소제기 이후 고발이 이루어 지더라도 여전히 공소제기시 고발이 없었다는 하자는 치유되지 않는다고 보아야 한다.

(참조 : 2021년 조문·판례·기출·사례 형사소송법 99쪽)

친고죄의 경우 피해자등 적법한 고소권자의 고소가 없음에도 불구하고 검사가 공소를 제기한 경우, 공소제기 이후 피해자 등 적법한 고소권자의 고소에 의해 부적법한 공소제기가 추후에 적법하게 되는지 문제된다. 이 문제는 주로 비친고죄로 공소제기한 이후 검사가 친고죄로 공소장 변경을 신청하고자 하는데 고소 없이 공소제기한 것이기 때문에 공소장 변경 전에 고소를 받은 다음 친고죄로 공소장변경을 할 경우에 문제된다. 이를 고소추완이라고 한다. 보정적 추완의 일례이다. 이에 관해 판례는 고소추완이 불가능 하다<sup>3)</sup>는 입장

3) 고소인이 제출한 고소장 및 고소보충 진술조서에 처벌의사를 표시한 바 없는 간통행위에

이다. 즉, 추후 고소를 하더라도 이미 이전에 이미 부적법한 공소제기가 추후 고소로 인해 적법해지는 것은 아니라는 입장이다. 친고죄에 있어서의 고소는 소송조건으로서 공소제기절차의 형식적 확실성을 확보하기 위하여 고소의 추완을 인정할 수 없다고 보는 판례가 타당하다고 답하면 된다.

○ 2021년도 법무사 시험 출제경향 및 앞으로의 공부 방향

이번 시험은 최신판례를 묻는 최근 시험의 출제경향에서 벗어났습니다. 다만 수사과정에서 모두 출제되어 출제 쟁점의 다양성을 갖추지 못하였다는 문제점을 보이고 있습니다.

특히 즉고발사건으로 바꾸기만 했을 뿐 수사의 단서인 고소와 관련하여 친고죄의 고소전 수사, 적법한 고소유무가 소송요건으로서 직권조사사항인지 여부, 고소추완 등 강의 초반기에 이루어지는 너무나도 뻔한 쟁점을 무려 20점 배점으로 물어보았는데, 이 정도 쟁점과 문제난이도로 과연 변별력이 있을지 의문이 들 정도입니다.

30점 배점 또한 모두 강제수사와 관련된 전자정보에 대한 압수에서 출제되었는데, 이 부분은 이미 다른 객관식 및 주관식 시험에 모두 출제된 바가 있는 쟁점일 뿐만 아니라 모두 강의 초반에 이루어지는 쟁점이라 형사소송법 동차반 강의의 초반 강의 정도만 제대로 수강한 수험생 이라도 누구나 쉽게 풀 수 있는 문제들로 구성되어 있습니다.

이처럼 출제 쟁점이 다양하지 아니할 뿐만 아니라 수사파트의 쟁점 만으로 모두 출제함으로써 시험의 변별력을 통한 법률전문가의 선발이라는 법무사시험의 가장 기본적인 목적에 충실하였는지 의문이 들 정도입니다.

이번 시험은 학원 강사 입장에서 모두 강의 중에 조문을 직접 눈으로 보아가면 충분히 설명한 부분들이라 다들 쉽게 풀었을 것으로 보입니다.

이번 시험에서는 형사소송법이 상향 평준화 될 것으로 보이며, 만약 형사소송법 중 1문제라도 틀린게 있다면 자신의 수험생활을 깊이 반성하여야 할 것 입니다.

이번 시험을 통해 법무사시험이 최신판례 위주로만 출제하는게 아니라 전통적이면

대하여, 고소인이 원심 재판 진행 중 검찰 조사에서 원래의 고소 취지는 고소장 접수 이전의 모든 간통행위를 처벌해 달라는 것이었다는 취지의 진술을 한 경우, 이는 친고죄에 있어서 공소제기 후의 고소 추완에 해당하여 허용되지 않는다. (대법원 2006.4.28, 선고, 2005도8976, 판결)

서 기본적인 쟁점 위주로 묻기도 한다는 사실을 확인할 수 있습니다.

이번 시험의 출제경향이 법무사 시험의 출제경향을 대변하지는 않는다는 점을 주지할 필요가 있으며, 수험생 입장에서는 어느 한쪽에 편향되어 공부하기 보다는 어느 분야에서 출제되어도 자신 있을 정도로 기본서와 기본강의에 충실한 필요가 있다는 점을 알아야 할 것입니다.