

2010년 4월 10일 시행 국가직 형사소송법 기출문제

해설 이승준 교수

해설작업을 도와준 김남희 조교에게 고마움을 전하며.....

1. 탄핵주의에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 재판기관과 소추기관을 분리하여 소추기관의 공소제기에 의하여 법원이 절차를 개시하는 주의를 말한다.
- ② 피고인도 소송주체로서의 지위를 가지는 소송구조이다.
- ③ 우리 형사소송법은 국가소추주의에 의한 탄핵주의 소송구조를 채택하고 있다.
- ④ 소송에서 주도적 지위를 법원에게 인정하는 직권주의 소송구조와 대립되는 개념이다.

<정답> ④

<해설>

①②탄핵주의란 재판기관 이외의 자, 즉 원고의 소추에 의하여 법원이 재판절차를 개시하는 원칙으로, 재판기관과 소추기관이 분리되어 있다(불고불리의 원칙). 소송주체는 법원 및 양 당사자(검사, 피고인)이다. (맥 이승준 형사소송법 p21)

③우리 형사소송법은 “공소는 검사가 제기하여 수행한다.”라고 규정하여(§246), 국가소추주의에 의한 탄핵주의 소송구조를 채택하고 있다. (맥 이승준 형사소송법 p22)

④규문주의란 재판기관이 소추기관의 소추없이 직권으로 재판절차를 개시하는 원칙으로, 재판기관과 소추기관이 분리되지 않은 형태의 소송구조이다. 그리하여 탄핵주의와 대립되는 개념이라고 볼 수 있다. (맥 이승준 형사소송법 p21)

2. 변호인에 대한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 원심의 변호인선임은 상소심의 파기환송이 있는 후에도 그 효력이 유지된다.
- ② 피고인을 위한 국선변호인이 선정된 사건에서는 변호인 없이도 개정할 수 없고, 판결을 선고할 수도 없다.
- ③ 변호인에게는 공소제기 후 검사가 보관하는 서류 등의 열람등사권, 소송계속 중의 관계서류 열람등사권, 보석청구권이 인정된다.
- ④ 변호인선임신고서의 제출 없이 그 변호인 명의로 정식재판청구서만 제출하고, 정식재판 청구기간 경과 후에 비로소 변호인선임신고서를 제출한 경우 정식재판청구는 효력이 없다.

<정답> ②

<해설>

①환송 전 원심에서의 변호인선임의 효력이 환송 후 재판에서의 효력 : 형사소송규칙은 환송 전 또는 이송전 원심에서의 변호인선임은 파기환송 후 또는 파기이송 후에도 그 효력이 있다고 규정하고 있다(규칙 §158). (맥 이승준 형사소송법 p92)

②제282조 【필요적 변호】 제33조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사건 및 같은 조 제2항·제3항의 규정에 따라 변호인이 선정된 사건에 관하여는 변호인 없이 개정하지 못한다. 단, 판결만을 선고할 경우에는 예외로 한다. (맥 이승준 형사소송법 p93)

③열람과 등사가 허용되는 것은 소송계속 중의 소송서류 또는 증거물에 한한다. 여기서의 소송계속 중이란 공소제기 이후의 공판단계를 의미한다. 따라서 공소제기 전 수사 중인 수사서류에 대하여는 열람·등사권이 인정되지 않는다. 그리고 소송계속 중의 관계서류란 공소제기 후에 법원에 제출되어 있는 서류를 의미한다. 그러나 형사소송법은 소송계속 중의 서류라고

규정하고 있을 뿐이고 서류의 보관장소를 규정하고 있지 않으며, 공소제기에 의하여 소송은 계속된다고 할 것이므로 변호인은 공소가 제기된 사건의 기록 중 아직 검사가 법원에 제출하지 아니한 검사보관의 서류나 증거물도 열람등사할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다(다수설, 憲裁 1997.11.27, 94헌마60). (맥 이승준 형사소송법 p100-101)

④판례는 변호인 선임의 보정적 추완을 부정하고 있다. (맥 이승준 형사소송법 p145)

3. 소송행위의 추완에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 유효한 고소의 존재는 친고죄의 본질적 소송조건을 이루므로 고소의 추완이 있는 경우 법원은 공소기각의 판결을 내려야 한다.
- ② 상소기간 만료 후 상소권회복청구에 의하여 다시 상소를 제기한 경우는 보정적 추완에 해당한다.
- ③ 변호인선임신고가 되지 아니한 상태에서 항소이유서를 제출하고 그 후 변호인선임제가 제출된 경우 보정적 추완이 인정된다.
- ④ 세무공무원의 고발없이 조세범칙사건의 공소가 제기된 후에 세무공무원이 고발한 경우에는 그 공소절차의 무효가 치유된다.

<정답> ①

<해설>

(맥 이승준 형사소송법 p145-146)

- ①고소의 추완 : 친고죄에 있어서 고소가 없음에도 불구하고 공소를 제기한 후에 비로소 고소가 있는 경우에 고소의 추완에 의하여 공소가 적법하게 될 수 있는가의 문제를 고소의 추완이라 한다. 고소의 추완은 고소가 소송조건이 되는 친고죄에 대해서만 문제된다. 판례는 소극설의 입장으로 소송조건인 추완을 부정한다.
- ②단순추완 : 형사소송법은 상소권회복(\$345)과 약식명령에 대한 정식재판청구의 회복(\$458)에 관하여는 명문의 규정에 의하여 단순추완을 인정하고 있다.
- ③판례 : 판례는 상소이유서제출기간 후에 변호인선임제가 제출된 때에는 그 기간 전에 상소이유서를 제출하였다고 하더라도 변호인의 상소이유서로서의 효력이 없다고 판시하여 보정적 추완을 부정하고 있다(大決 1969.10.4, 69도68).
- ④세무공무원의 고발없이 조세범칙사건의 공소가 제기된 후에 세무공무원이 고발한 경우(大判 1970.7.28, 70도942)판례는 소극설의 입장으로 소송조건인 추완을 부정한다.

4. 구속기간에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 현행범으로 체포된 피의자의 구속기간은 구속영장이 발부된 때로부터 기산한다.
- ② 구속기간이 연장된 경우 그 연장기간은 구속기간 만료일로부터 기산한다.
- ③ 피고인의 구속기간은 원칙적으로 2개월이고, 이는 제1회 공판기일부터 기산한다.
- ④ 감정유치기간은 구속기간에 산입하지 않지만, 미결구금일수를 산입할 때에는 구속기간으로 간주한다.

<정답> ④

<해설>

- ①구속기간의 기산점 : 피의자가 체포영장에 의한 체포·간급체포·현행범인의 체포에 의하여 체포되거나 구인을 위한 구속영장에 의하여 구인된 경우에 검사 또는 사법경찰관의 구속기간은 피의자를 체포 또는 구인한 날로부터 기산한다(\$203의2). (맥 이승준 형사소송법 p259)

② 제98조 【구속기간연장기간의 계산】 구속기간연장허가결정이 있는 경우에 그 연장기간은 법 제203조의 규정에 의한 **구속기간만으로 다음날로부터** 기산한다. (형사소송규칙)

③ 피고인의 구소기간은 원칙으로 2개월로 하며, 기산일은 **공소제기일**이다.

④ 제172조 제8항 및 제172조의 2 제1항

피의자의 감정유치기간은 원칙적으로 구속기간이나, 구속된 피의자에 대한 감정유치의 경우 구속기간이 정지한 것으로 간주되므로 구속기간에 산입하지 않으나, 미결구금일수의 산입에 있어서는 이를 구속으로 간주한다.

(맥 이승준 형사소송법 p261)

5. 긴급체포에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 위법한 긴급체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 유죄의 증거로 사용할 수 없다.
- ② 피고인이 수사 당시 긴급체포되었다가 수사기관의 조치로 석방된 후 법원이 발부한 구속영장에 의하여 구속이 이루어진 경우에는 위법한 구속에 해당한다.
- ③ 사법경찰관이 긴급체포한 피의자를 구속영장의 신청 없이 석방한 경우 즉시 검사에게 보고하여야 한다.
- ④ 긴급체포 후 석방된 자는 통지서 및 관련서류를 열람 또는 등사할 수 있다.

<정답> ②

<해설>

① 긴급체포가 요건을 갖추지 못하여 위법한 체포에 해당하는 경우 및 위법한 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서의 증거능력 유무(소극)

긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의3 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고, 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당하는 것이고, 여기서 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나, 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이고, 이러한 위법은 영장주의에 위배되는 중대한 것이니 그 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없다(大判 2002.6.11, 2000도5701). (맥 이승준 형사소송법 p245)

② 긴급체포되었으나 구속영장을 청구하지 아니하거나 구속영장을 발부받지 못하여 석방된 자는 영장없이 동일한 범죄사실에 관하여 다시 체포하지 못한다(§200의4-③). 따라서 판사에 의하여 체포영장을 발부받은 때에는 다시 체포할 수 있다. (맥 이승준 형사소송법 p244)

③ 사법경찰관은 긴급체포한 피의자에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다(§200의4-⑥). (맥 이승준 형사소송법 p244)

④ 긴급체포 후 석방된 자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매는 통지서 및 관련 서류를 열람하거나 등사할 수 있다(§200의4-⑤). (맥 이승준 형사소송법 p244)

6. 보석에 대한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- | |
|-------------------------------------|
| ㉠ 법원의 보석허가결정에 대하여 검사는 즉시항고를 할 수 없다. |
|-------------------------------------|

적 처분으로서, 범죄의 수사와 구별되는 수사의 단서라고 할 수 있다.

(맥 이승준 형사소송법 p178)

④ 자동차 검문 (맥 이승준 형사소송법 p179)

구 분	내 용
교통검문	도로교통법위반사범의 단속을 위한 검문을 말한다.
경계검문	불특정한 일반범죄의 예방과 검거를 목적으로 행하는 검문을 말한다.
긴급수배 검문	특정범죄가 발생한 때에 범인의 검거와 수사정보의 수집을 목적으로 행하는 검문을 말한다.

8. 공판절차의 정지에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 공판절차의 정지는 주로 피고인의 방어권을 보호하기 위한 제도이다.
- ② 피고인의 심신상실 또는 질병은 공판절차정지사유에 해당한다.
- ③ 공소장변경이 있으면 법원은 직권으로 공판절차를 정지하여야 한다.
- ④ 공판절차의 정지는 법원의 결정으로 한다.

<정답> ③

<해설>

(맥 이승준 형사소송법 p502)

① 공판절차의 정지라 함은 심리의 진행을 방해할 중대한 사유가 발생한 경우에 그 사유가 없어질 때까지 공판절차를 법률상 진행할 수 없게 하는 것을 말한다. **공판절차의 정지는 주로 피고인의 방어권을 보호하기 위한 제도이다.**

② 피고인이 사물의 변별 또는 의사결정을 할 능력이 없는 상태에 있는 때에는 법원은 검사와 변호인의 의견을 들어서 결정으로 그 상태가 계속되는 기간 **공판절차를 정지하여야 한다**(§306-①).

피고인이 질병으로 인하여 출정할 수 없는 때에도 법원은 검사와 변호인의 의견을 들어서 결정으로 출정할 수 있을 때까지 **공판절차를 정지하여야 한다**(§306-②).

③ 공소장의 변경 : 법원은 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경이 피고인의 불이익을 증가할 염려가 있다고 인정한 때에는 직권 또는 피고인이나 변호인의 청구에 의하여 피고인으로 하여금 필요한 방어의 준비를 하도록 하기 위하여 결정으로 필요한 기간 **공판절차를 정지할 수 있다**(§298-④).

④ 공판절차의 정지는 법원의 결정으로 한다.

9. 간이공판절차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 피고인이 공판정에서 공소사실에 대하여 자백한 때에는 법원은 그 공소사실에 한하여 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정할 수 있다.
- ② 간이공판절차에서는 증거능력의 제한이 완화되고, 증거조사방식이 간이화된다.
- ③ 간이공판절차의 결정이 취소된 때에는 원칙적으로 공판절차를 갱신해야 한다.
- ④ 간이공판절차의 개시결정에 대해서는 항고할 수 있다.

<정답> ④

<해설>

① 제286조의2 【간이공판절차의 결정】 피고인이 공판정에서 공소사실에 대하여 자백한 때에는 법원은 그 공소사실에 한하여 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정할 수 있다.

(맥 이승준 형사소송법 p497)

②형사소송법의 간이공판절차는 피고인이 자백한 사건에 대하여 증거능력의 제한을 완화하고 증거조사를 간이화하는 데 그 특색이 있다. (맥 이승준 형사소송법 p497)

③간이공판절차의 취소 : 간이공판절차의 결정이 취소된 때에는 공판절차를 갱신하여야 한다.

(맥 이승준 형사소송법 p503)

④간이공판절차의 개시결정은 판결전 소송절차에 대한 결정이므로 항고할 수 없다(§403-①).

(맥 이승준 형사소송법 p499)

10. 증인 및 증인신문에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 주신문은 원칙적으로 유도신문을 할 수 없지만, 반대신문에 있어서 필요할 때에는 유도신문이 가능하다.
- ② 피해자를 증인으로 신문하는 경우 피해자, 법정대리인 또는 검사의 신청이 있으면 비공개심리가 가능하다.
- ③ 증인에 대한 강제처분으로서 소환, 동행명령, 과태료부과, 구인 등이 가능하지만 소송비용 부담 및 구금은 불가능하다.
- ④ 16세 미만의 자는 선서무능력자로서 선서시키지 않고 증언하게 해야 한다.

<정답> ③

<해설>

①유도신문의 금지 : 주신문에서는 원칙적으로 유도신문이 금지된다.

반대신문과 유도신문 : 반대신문에 있어서는 원칙적으로 유도신문이 허용된다(규칙 §76-②).

(맥 이승준 형사소송법 p486)

②법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 당해 피해자·법정대리인 또는 검사의 신청에 따라 피해자의 사생활의 비밀이나 신변보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 결정으로 심리를 공개하지 아니할 수 있다(§294의3-①). (맥 이승준 형사소송법 p496)

③법원은 소환장을 송달받은 증인이 정당한 사유없이 출석하지 아니한 때에는 결정으로 당해 불출석으로 인한 소송비용을 증인이 부담하도록 명하고, 500만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다(§151-①). (맥 이승준 형사소송법 p481)

④선서무능력자 : 선서무능력자에게는 선서의 의무가 없다. 즉 16세 미만의 자와 선서의 취지를 이해하지 못하는 자에 대하여는 선서를 하게 하지 아니하고 신문하여야 한다(§159).

(맥 이승준 형사소송법 p482)

11. 검사 또는 사법경찰관이 적법한 절차와 방식에 따라 작성한 조서에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 검사가 작성한 피의자신문조서는 피고인의 형식적 진정성립으로 증거능력이 인정된다.
- ② 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 피고인의 실질적 진정성립으로 증거능력이 인정된다.
- ③ 검사가 작성한 피의자신문조서에 대해 피고인이 진정성립을 부인하는 경우에는 바로 증거능력이 부인된다.
- ④ 사법경찰관이 작성한 검증조서는 작성자의 진술에 따라 성립의 진정이 증명된 경우에 증거능력이 인정된다.

<정답> ④

<해설>

①조서의 진정성립 여부

(구)형사소송법 제312조 제1항의 규정상 검사가 작성한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정되어야만 증거로 할 수 있는 것이고, 여기에 성립의 진정이라 함은 간인·서명·날인 등 조서의 **형식적인 진정성립뿐만 아니라 그 조서가 진술자의 진술내용대로 기재된 것**이라는 **실질적인 진정성립까지 포함하는 뜻이다**(大判 1998.6.9, 98도980 외 다수).

(맥 이승준 형사소송법 p574)

②제312조 【검사 또는 사법경찰관의 조서 등】 ③ 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 **내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.** (맥 이승준 형사소송법 p571)

③제312조 【검사 또는 사법경찰관의 조서 등】 ② 제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다. (맥 이승준 형사소송법 p571)

④제312조 【검사 또는 사법경찰관의 조서 등】 ⑥ 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에서의 **작성자의 진술에 따라 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.**

(맥 이승준 형사소송법 p585)

12. 형사소송법 제310조에 규정된 자백보강법칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법관이 허위의 자백을 신뢰함으로써 발생할 수 있는 오판의 위험을 방지하고, 자백의 진실성을 담보하여 인권침해를 예방함에 그 목적이 있다.
- ② 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.
- ③ 자백보강법칙은 법관의 심증형성이 자백에 편중되는 것을 방지하기 위해 자유심증주의에 대한 예외를 인정한 것이다.
- ④ 자백보강법칙은 일반형사사건은 물론이고 간이공판절차와 약식명령절차 및 즉결심판사건에도 적용된다.

<정답> ④

<해설>

①보강법칙의 근거는 **자백의 진실성을 담보하여 오판의 위험성을 배제하고 자백편중으로 인한 인권침해를 방지하려는 데 있다.** (맥 이승준 형사소송법 p635)

②우리 대법원은 일관하여 “**공동피고인의 진술은 서로 피고인의 자백에 대한 보강증거로 될 수 있다** (大判 1984.2.28, 83도3343).”거나 “**공범인 피고인들의 각 자백은 상호보강증거가 되므로 그들의 자백만으로 범죄사실을 인정하였다 하여 보강증거없이 자백만으로 범죄사실을 인정한 위법이 있다 할 수 없다**(大判 1983.6.25, 83도1111).”고 하여, 공범자의 자백이나 공범자인 공동피고인의 자백은 보강증거가 될 수 있다는 긍정설의 입장을 취하고 있다(大判 1990.10.30, 90도1939). (맥 이승준 형사소송법 p640)

③형사소송법 제310조(자백보강법칙)는 “피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.”고 하여 자백에 대한 보강증거가 없을 때에는 자백에 의하여 유죄의 심증을 얻는 경우에도 유죄를 선고할 수 없다는 점에서 **자유심증주의의 예외가 된다고 할 수 있다.**

(맥 이승준 형사소송법 p632)

④ **즉결심판과 소년법의 적용을 받는 소년보호사건에는 자백의 보강법칙이 적용되지 않으므로, 자백만으로 사실을 인정하여도 위법이 아니다.** 그러나 형사사건인 이상, 간이공판절차에 있어서는 물론 약식명령절차에 있어서는 **자백의 보강법칙이 적용된다.** (맥 이승준 형사소송법 p636)

13. 위법수집증거배제법칙의 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 증거를 수집하는 과정에서 경미한 절차규정의 위반이 있더라도 증거로서 배제된다는 것을 의미한다.
- ② 영장주의에 위반하여 수집된 증거는 증거능력이 부정된다.
- ③ 위법수집증거는 탄핵증거로도 사용할 수 없다.
- ④ 위법수집증거배제법칙은 수사기관의 위법수사에 대한 사전억제장치로 볼 수 있다.

<정답> ①

<해설>

① 위법수집증거배제법칙이라 하여 어떤 절차의 위법이라도 있으면 증거로서 배제된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 따라서 위법수집증거배제법칙이 적용되는 범위는 침해된 이익과 위법의 정도를 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다. 일반적으로는 단순한 훈시규정의 위반만으로는 족하지 않고 본질적 증거절차규정을 위반한 때, 즉 중대한 위법이 있는 때에 한하여 증거능력이 배제된다고 본다. (맥 이승준 형사소송법 p548)

② 영장주의에 위반하여 압수한 증거물의 증거능력에 관하여 증거능력을 부정하는 것이 원칙이다. (맥 이승준 형사소송법 p546)

③ 증거능력이 부정되는 위법수집증거를 증거의 증명력을 다투기 위한 탄핵증거로 사용할 수 있는가가 문제되는 바, 원래 증거능력없는 증거라도 탄핵증거로는 사용할 수 있으나, 임의성없는 자백의 경우와 마찬가지로 위법수집증거의 경우에도 이를 허용하게 되면, 결국 증거능력을 절대적으로 제한하는 취지가 무의미해질 수 있으므로, 증거능력없는 위법수집증거를 탄핵증거로 사용하는 것은 허용되지 않는다고 본다. (맥 이승준 형사소송법 p551)

④ 위법수사를 행한 자에 대한 형사상의 제재나 민사책임이 위법수사를 억제하기 위한 충분한 수단이 될 수 없는 이상, 위법수집증거의 배제는 위법수사를 방지·억제하기 위한 가장 유효한 방법이라는 점에 그 정책적 근거가 있다. (맥 이승준 형사소송법 p545)

14. 일사부재리의 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 범칙금납부에도 일사부재리의 효력이 인정된다.
- ② 소년이 소년법상 보호처분결정을 받은 사건과 동일사건에 대하여 공소가 제기된 경우 일사부재리의 효력이 인정되기 때문에 면소판결을 하여야 한다.
- ③ 면소판결이 확정된 경우에는 일사부재리의 효력이 인정된다.
- ④ 경범죄처벌법 위반에 대한 즉결심판이 확정된 경우에는 일사부재리의 효력이 인정된다.

<정답> ②

<해설>

①②③④(맥 이승준 형사소송법 p709)

일사부재리의 효력이 인정되는 재판

인정되는 재판	• 유·무죄의 확정판결 • 확정된 약식명령·즉결심판 • 면소판결 • 당연무효의 판결(반대설 있음.) • 관세법상 통고처분 • 소년의 보호처분결정(소년법 §32 ; 판례는 이중처벌은 안되지만 기판력은 없다고 봄.) 대법원은 소년에 대한 보호처분이 있는 경우 확정판결에 포함되나, 대법원은 공소기각판결을 해야 한다고 판시하고 있다(大判 1964.5.5, 64도130). • 범칙금납부
인정되지 않는 재판	• 관할위반판결 • 공소기각재판 「98 경위승진, 99 7급검찰·법원승진, 01. 9급검찰, 02. 경찰」 • 행정법상 징계처분 「03. 경찰」 • 과태료부과처분 「07. 경찰」

15. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 검사가 약식명령의 청구와 동시에 증거서류 및 증거물을 법원에 제출하였다면 공소장일 본주의의 위반이라고 할 수 없다.
- ② 검사가 일죄의 일부만을 공소제기하고 법원이 일죄의 일부에 대해서만 유죄판결을 하였다면 그 판결의 기판력은 일죄의 일부에만 미친다.
- ③ 면소의 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다.
- ④ 체포구속적부심사의 청구에 대한 법원의 석방결정은 피의자에 대한 공소제기가 있는 경우에도 그 효력이 유지된다.

<정답> ②

<해설>

①검사는 약식명령의 청구와 동시에 약식명령을 하는데 필요한 증거서류 및 증거물을 법원에 제출하여야 한다(규칙 §170). 즉 약식절차에 있어서는 공소장일본주의의 예외가 인정된다.

(맥 이승준 형사소송법 p854)

②대법원은 일관하여 포괄일죄와 과형상의 일죄의 일부분에 대한 기판력은 현실적 심판의 대상으로 되지 아니한 부분에까지 미친다.(大判 1990.5.22, 89도1984외 다수)

(맥 이승준 형사소송법 p710)

③무죄판결 등의 선고 : 무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다(§331).

(맥 이승준 형사소송법 p289)

④법원이 적부심사의 청구를 이유있다고 인정한 때에는 결정으로 체포 또는 구속된 피의자의 석방을 명하여야 한다. 또한 심사청구 후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 같다(§214의2-④).

(맥 이승준 형사소송법 p277)

16. 불이익변경금지원칙에 관한 판례의 입장과 일치하지 않는 것은?

- ① 피고인만이 상소한 사건에 있어서 형이 같은 이상 원심이 인정한 죄보다 중한 죄를 인정할 수 있다.

- ② 파기환송 또는 파기이송 후의 환송 혹은 이송받은 법원은 다시 계속 심리하는 것이어서 상소심이라고 할 수 없으므로 불이익변경금지원칙이 적용되지 않는다.
- ③ 피고인만이 항소한 사건에서 징역형에 집행유예를 붙이면서 징역형의 형기를 늘리면 불이익변경금지원칙에 위반된다.
- ④ 별개의 사건으로 따로 두 개의 형을 선고받고 항소한 피고인에 대하여 병합심리 후 경합범으로 처단하면서 제1심의 각 형량보다 중한 형을 선고한 것은 불이익변경금지의 원칙에 위반되지 않는다.

<정답> ②

<해설>

①④ 불이익변경이 금지되는 것은 형의 선고에 한한다. 선고한 형이 중하게 변경되지 않는 한, 원심이 인정한 죄보다 중한 죄를 인정하거나(大判 1981.12.8, 81도2779), 원심에서 일죄로 인정한 것을 경합범으로 변경하는 등(大判 1984.4.24, 83도3211) 법령적용을 불이익하게 변경하는 것은 이 원칙에 반하지 않는다. (맥 이승준 형사소송법 p750)

② 파기환송 또는 파기이송사건 : 불이익변경금지의 원칙은 상소심이 재판하는 경우뿐만 아니라 환송 또는 이송하는 경우에도 적용되어야 하며, 대법원도 같은 취지로 판시하고 있다(大判 1992. 12.8, 92도2020). (맥 이승준 형사소송법 p750)

③ 징역형을 늘리면서 집행유예를 붙인 경우 → 형의 경중을 판단함에 있어서는 집행유예가 실효되거나 취소되는 경우도 고려해야 하므로 불이익변경이다(大判 1966.12.8, 66도1319).

(맥 이승준 형사소송법 p754)

17. 상소에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인의 법정대리인과 변호인은 피고인의 이익을 위하여 그의 명시한 의사에 반하여서도 상소를 제기할 수 있다.
- ② 피고인은 면소판결에 대하여 상소를 제기할 수 없지만, 공소기각판결에 대해서는 무죄를 주장하며 상소를 제기할 수 있다.
- ③ 상소의 포기과 취하는 상소법원에 하는 것이 원칙이다.
- ④ 항소를 포기 또는 취한 피고인은 항소심의 판결에 대하여 상고할 수 없다.

<정답> ④

<해설>

① 피고인의 법정대리인 : 피고인의 법정대리인은 피고인을 위하여 상소할 수 있다(§340 ; 명시한 의사에 반할 수 있는 독립대리권).

그 이외의 자 : 피고인의 배우자·직계친족·형제자매 또는 원심의 대리인이나 변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 않는 한 피고인을 위하여 상소할 수 있다(§341 ; 명시한 의사에는 반할 수 없지만, 묵시한 의사에 반할 수 있는 독립대리권). 따라서 피고인의 상소권이 소멸한 후에는 변호인은 상소를 제기할 수 없다(大判 1998.3.27, 98도253외 다수).

(맥 이승준 형사소송법 p735)

② 공소기각의 판결 : 공소기각의 판결에 대하여 상소의 이익이 없다는 이유로 피고인이 무죄를 주장하여 상소할 수 없다(大判 1997.8.22, 97도1211외 다수).

면소판결 : 면소판결에 대하여는 피고인에게 무죄판결청구권이 없다는 이유로 상소가 허용되지 않는다(大判 1984.11.27, 84도2106). 그러나 면소판결 자체에 위법이 있는 경우에는 상소를 할 수 있다(大判 2004.9.24, 2004도3532). (맥 이승준 형사소송법 p739)

③ 상소의 포기는 원심법원에, 상소의 취하는 상소법원에 하여야 한다. 단, 소송기록이 상소법

원에 송부되지 아니한 때에는 상소의 취하도 원심법원에 할 수 있다(§353).

(맥 이승준 형사소송법 p 742)

④ 제1심의 유죄판결에 대하여 피고인은 항소를 포기하고 검사만 중형이 부당하게 가볍다는 이유로 항소하였다가 이유없다고 기각된 항소심판결은 피고인에게 불이익한 판결이라고 할 수 없으므로, 항소기각판결에 대하여 피고인은 상고의 이익이 없다고 한다(大判 1991.12.24, 91도1796외 다수). (맥 이승준 형사소송법 p740)

18. 고소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 수사기관이 고소권자를 참고인으로 신문한 경우에 그 진술에 범인의 처벌을 요구하는 의사표시가 포함되어 있고 그 의사표시가 조서에 기재되었을 때에는 고소는 적법하게 이루어진 것이다.
- ② 간통죄에 대한 제1심판결 선고 후 고소인이 이혼심판청구를 취하하였다면 간통죄의 공소 또한 소추조건을 결하게 되어 공소제기절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다.
- ③ 친고죄의 공범 중 그 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에 대하여도 효력이 있다.
- ④ 고소권자의 의사를 존중하는 취지에서 고소권이 인정되므로 고소권자는 고소 전에 고소권을 포기할 수도 있다.

<정답> ④

<해설>

② 제1심판결선고 후의 이혼소송의 취하 : 이혼소송을 취하하거나 취하간주된 것이 간통사건에 대한 제1심판결선고 후라 할지라도, 이로 인하여 고소는 소급하여 효력을 잃게 된다(大判 1975.6.24, 75도1449 전원합의체)고소 후 이혼소송을 취하하거나 그 소송이 각하된 때에는 고소가 없음에도 불구하고 공소가 제기된 것이므로, 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하여 공소기각의 판결을 하게 된다(§327-2호)

(맥 이승준 형사소송법 p187~188)

③ 친고죄의 공범 중 1인 또는 수인에 대한 고소와 그 취소(大判 1976.4.27, 76도578)는 다른 공범자에 대하여도 효력이 있다(§233). 이를 고소의 주관적 불가분의 원칙이라 한다.

(맥 이승준 형사소송법 p190)

④ 고소권은 공법상의 권리이므로 법적 처분을 허용할 수 없다는 소극설로서 판례의 입장이다(大判 1967.5.23, 67도471). (맥 이승준 형사소송법 p194)

19. 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 증인불출석에 대한 제재인 과태료 부과와 감치처분에 대한 즉시항고는 집행정지의 효력이 인정되지 않는다.
- ② 피고인인 범인이 존속하지 아니하게 되었을 때에 법원은 결정으로 공소를 기각하여야 한다.
- ③ 벌금, 구류, 과료 또는 몰수에 처할 수 있는 사건에 대하여 검사는 공소의 제기와 동시에 서면으로 약식명령을 청구할 수 있다.
- ④ 피고인이 제1심의 소송계속 중 공판정에서 살인죄의 공소사실에 대하여 자백한 때에는 법원은 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정할 수 있다.

<정답> ③

<해설>

①과태료와 감치결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있으나, 집행정지효력은 없다(§151-⑧)

(맥 이승준 형사소송법 p482)

②피고인이 사망하거나 피고인인 법인이 존속하지 아니하게 되었을 때에는 당사자능력도 소멸한다. 당사자능력은 피고인의 존재를 전제로 하기 때문이다. 이 경우 법원은 공소기각의 결정을 하여야 한다(§328-① 2호). (맥 이승준 형사소송법 p87)

③약식명령을 청구할 수 있는 사건은 지방법원의 관할에 속하는 사건으로서 벌금·과료 또는 몰수에 처할 수 있는 사건에 한한다(§448). 벌금·과료 또는 몰수의 형이 법정형에 선택적으로 규정되어 있으면 족하다. (맥 이승준 형사소송법 p854)

④제286조의2 【간이공판절차의 결정】 피고인이 공판정에서 공소사실에 대하여 자백한 때에는 법원은 그 공소사실에 한하여 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정할 수 있다.

(맥 이승준 형사소송법 p497)

20. 다음 중 판례의 입장과 일치하지 않는 것은?

① 범행당시 피해자에게 고소능력이 없었다가 그 후에 비로소 고소능력이 생겼다면 고소기간은 고소능력이 생긴 때로부터 기산하여야 한다.

② 성매매업소에 고용된 여성들이 영업에 참고하기 위하여 성매매 상대방에 관한 정보를 입력하여 작성한 메모리카드의 내용은 '영업상 필요로 작성한 통상문서'로 볼 수 없으므로 증거능력을 인정할 수 없다.

③ 공소제기 당시의 공소사실에 대한 법정형을 기준으로 하면 공소시효가 완성되지 않았으나 공소장변경으로 변경된 공소사실에 대한 법정형을 기준으로 하면 공소제기 당시 이미 공소시효가 완성된 경우에는 면소판결을 선고하여야 한다.

④ 체포·구속영장의 기각결정에 대해서는 항고 또는 준항고의 방법으로 불복할 수 없다.

<정답> ②

<해설>

①고소능력이 없다가 후에 비로소 그 능력이 생긴 경우의 고소기간은 그 능력이 생긴 때부터 기산된다(大判 1995.5.9, 95도696). (맥 이승준 형사소송법 p185)

②일상업무의 과정에서 작성되는 문서는 업무상의 신용 때문에 정확한 기재를 기대할 수 있고 기계적 기재로 인하여 허위기재의 우려가 없기 때문에 성매매업소에 고용된 여성들이 영업에 참고하기 위하여 성매매 상대방의 아이디와 전화번호를 기재한 메모리카드(大判 2007.7.26, 2007도3219)는 증거능력 인정 할 수 있다. (맥 이승준 형사소송법 p595)

③공소제기후에 공소장이 변경된 경우에 공소시효기준에 대해서는 공소제기의 효력은 공소장에 기재된 공소사실과 동일성이 인정되는 사실에 대하여도 미치므로, 공소제기시를 기준으로 판단해야 한다. 단, 공소장변경에 의해 법정형이 변경된 경우에는 변경된 법정형을 기준으로 공소시효를 기산한다(大判 1992.4.24, 91도3105외 다수). 그리하여 공소가 제기된 후에 공소시효가 완성된 것이 판명된 때에는 법원은 면소판결을 해야 한다(§326-3호).

(맥 이승준 형사소송법 p410)

④구속영장을 발부한 결정이나 영장의 발부를 기각한 결정에 대하여는 항고나 준항고가 허용되지 않는다(大判 1958.3.14, 4290형항9). (맥 이승준 형사소송법 p254)