

2010년 4월 10일 시행 국가직 형소법 기출 문제 및 해설

지난 1년 동안 참으로 고생이 많으셨습니다. 한순간도 방심하지 않고 휴일도 없이 우리는 지난 1년을 달려왔습니다. 이제 합격여부는 우리의 손을 떠났습니다. 겸손한 자세로 기도하는 마음으로 좋은 결과가 있기를 기다린다면 여러분들에게 반드시 합격의 영광이 함께 하시리라 확신합니다.

이번 2010년 검찰, 교정, 보호관찰, 철도공안 등 국가직 형사소송법 시험은 예년에 비해 아주 쉬웠던 시험으로 평가됩니다. 특히 작년에 비해서는 3~4개 이상은 족히 난이도가 떨어지는 것으로 평가됩니다. 좀 혹평을 하자면 열심히 공부한 수험생과 공부를 많이 하지 않은 수험생을 구별해내기 어려울 정도로 변별력을 잃은 시험이라는 생각이 들 정도입니다. 기본이론과 마무리 강의만 잘 들었어도 누구나 만점을 획득할 수 있었던 시험이었습니다.

이번 시험에서는 중요한 2007년 개정법의 내용을 묻는 문제는 거의 출제가 되지 않았으며, 최신판례의 문제 및 그 동안 국가직에서 중시해 왔던 공소제기파트에서는 단 한문제도 출제되지 않았습니다. 한편 옳은 것 고르라는 문제가 4문제, 단순 박스형의 문제가 1문제, 전통적인 판례문제가 12문제 출제되었습니다.

아래에 이번 2010년 국가직 형사소송법 문제와 상세한 해설을 게시합니다. 참조하시기 바랍니다.

2010년 4월 11일

이준현 드림

1. 탄핵주의에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (2010년 9급 검찰)

- 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 : ④ 탄핵주의라 함은 재판기관과 소추기관을 분리하여 소추기관의 소추에 의하여 법원이 절차를 개시하는 주의를 말하며, 우리 형사소송법도 이러한 탄핵주의 소송구조를 채택하고 있다(제246조). 이러한 탄핵주의는 다시 소송의 주도적 지위를 소송의 주체 중에서 누구에게 인정할 것인지에 따라 직권주의와 당사자주의로 나누어진다. 따라서 탄핵주의가 직권주의 소송구조와 대립되는 개념이 아니다. 탄핵주의와 대립되는 개념은 규문주의이다.

2. 변호인에 대한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2010년 9급 검찰)

- ① 원심의 변호인선임은 상소심의 파기환송이 있는 후에도 그 효력이 유지된다.
- ② 피고인을 위한 국선변호인이 선정된 사건에서는 변호인 없이는 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, 정식재판청구기간 경과 후에 비로소 변호인선임신고서를 제출한 경우 정식재판청구는 효력이 없다.

정답 ②

해설 : ② 제33조에 따라 국선변호인이 선정된 사건에 관하여는 변호인 없이는 개정하지 못하며, 다만 판결만을 선고하는 경우에는 예외로 한다(제282조).

① 규칙 제158조, ③ 제266조의3, 제35조, 제94조, ④ 대법원 1969.10.4. 69모68

3. 소송행위의 추완에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2010년 9급 검찰)

- 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 변호인선임계가 제출된 경우 보정적 추완이 인정된다.
- ④ 세무공무원의 고발없이 조세범칙사건의 공소가 제기된 후에 세무공무원이 고발한 경우에는 그 공소절차의 무효가 치유된다.

정답 ①

해설 : ① 대판 1982.9.14. 82도1504 등

- ② 상소기간 만료 후에 하는 상소권회복(제345조), 약식명령에 대한 정식재판청구권의 회복(제458조) 등은 단순추완의 경우에 속한다.
- ③ 상소이유서 제출기간 후에 변호인선임계가 제출된 때에는 그 기간 전에 상소이유서를 제출하였다고 하더라도 변호인의 상소이유서로서의 효력이 없다(대법원 1969.10.4. 69모68).
- ④ 세무공무원의 고발없이 조세범칙사건의 공소가 제기된 후에 세무공무원이 그 고발을 하였다 하여도 그 공소절차의 무효가 치유된다고는 볼 수 없다(대판 1970.7.28. 70도942).

4. 수사에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (2010년 9급 검찰)

- ① 위법한 함정수사에 대하여 판례는 피고사자에게 무죄판결을 선고해야 한다고 한다.

② 변사자의 검시는 수사가 아닌 수사의 단서에 불과하다.

③ 소지품검사는 불심검문에 수반하는 부수적 처분으로 범죄수사와 구별되는 수사의 단서이다.

④ 자동차검문 중 경계검문은 불특정한 일반범죄의 예방과 검거를 목적으로 한 검문이다.

정답 ①

해설 : ① 위법한 함정수사에 이은 공소제기에 대하여 무죄설, 면소판결설, 유죄판결설, 공소기각판결설 등의 견해대립이 있으나, 판례는 공소제기절차가 무효이므로 제327조 제2호에 따른 공소기각판결을 선고하여야 한다고 한다(대판 2005.10.28, 2005도1247).

② 변사자검시라 함은 범죄로 인한 사망의 의심이 있는 사체인 변사자에 대하여 그 상황을 조사하는 것을 말한다(제222조). 이러한 변사자검시는 수사의 개시 내지 단서로서 수사 이전의 처분에 불과하므로, 수사상의 처분인 검증(檢證)과는 구별된다.

③ 소지품검사라 함은 불심검문을 하는 과정에서 흥기 기타 물건의 소지 여부를 밝히기 위하여 거동불심자의 착의 또는 휴대품을 조사하는 것을 말한다. 이러한 소지품검사의 허용여부에 대하여, 법적 근거가 없기 때문에 허용되지 않는다는 부정설도 있으나 불심검문자의 안전과 질문의 실효성을 유지하기 위한 불심검문에 수반되는 부수적 처분으로서 허용된다고 보는 것이 다수설의 입장이다. 한편 불심검문은 경찰관이 거동이 수상한 자, 즉 거동불심자에 대하여 이를 정지시켜 질문조사하는 것을 말하는 것으로서(경찰관직무집행법 제3조), 범죄혐의가 특정되기 전에 하는 수사의 개시 내지 단서에 불과하다.

④ 자동차검문 중 경계검문은 이른바 보안경찰작용으로서 범죄의 예방과 검거를 목적으로 한 검문이다.

5. 고소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2010년 9급 검찰)

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 : ④ 친고죄에 있어서의 피해자의 고소권은 공법상의 권리라고 할 것이므로 법이 특히 명문으로 인정하는 경우를 제외하고는 자유처분을 할 수 없고 따라서 일단 한 고소는 취소할 수 있으나 고소 전에 고소권을 포기할 수 없다고 함이 상당할 것이다(대판 1967.5.23, 67도471).

① 대판 1985.3.12. 85도190, ② 대판 1981.10.13. 81도1975, ③ 제233조

6. 긴급체포에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2010년 9급 검찰)

- 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 : ② 제208조 소정의 ‘구속되었다가 석방된 자’라 함은 구속영장에 의하여 구속되었다가 석방된 경우를 말하는 것이지, 긴급체포나 현행범으로 체포되었다가 사후 영장발부 전에 석방된 경우는 포함되지 않는다 할 것이므로, 피고인이 수사당시 긴급체포되었다가 수사기관의 조치로 석방된 후 법원이 발부한 구속영장에 의하여 구속이 이루어진 경우 앞서 본 법조에 위배되는 위법한 구속이라고 볼 수 없다(대판 2001.9.28, 2001도4291).

① 대판 2002.6.11. 200도5701, ③ 제200조의4 제6항, ④ 제200조의4 제5항

7. 구속기간에 관한 설명으로 옳은 것은? (2010년 9급 검찰)

- 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 : ④ 제172조 제8항, 제172조의2

- ① 구속기간은 피의자가 실제로 신체구속을 당한 때로부터 기산하며, 따라서 현행범 체포에 의해 구속으로 연결된 경우에는 체포당한 날부터 기산한다(제203조의2).
- ② 구속기간의 연장기간은 법정구속기간 만료 다음날로부터 기산한다(규칙 제98조).
- ③ 피고인의 구속기간은 원칙적으로 2개월이며(제92조 제1항), 만일 공소제기 전부터 구속되어 있는 경우라면 수사절차에서의 체포·구인·구금기간을 제1심법원에 의한 구속기간에 산입하지 않음으로써 제1심법원에 의한 구속기간을 그 만큼 실질적으로 연장하도록 하고 있으므로(제92조 제3항), 이 경우 법원의 구속기간은 공소제기된 날로부터 기산되는 것으로 봄이 타당

하다.

8. 보석에 대한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2010년 9급 검찰)

- ㄱ. 법원의 보석허가결정에 대하여 검사는 즉시항고를 할 수 없다.
- ㄴ. 형사소송법은 필요적 보석을 원칙으로 하고 있으며, 필요적 보석은 청구보석과 직권보석 모두 인정된다.
- ㄷ. 법원의 보석기각결정에 대하여 피고인은 보통항고를 할 수 있다.
- ㄹ. 보석은 무죄나 면소의 재판이 확정된 때에는 효력을 상실하지만 자유형이 확정된 경우에는 효력이 상실되지 않는다.

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄴ, ㄷ
- ④ ㄴ, ㄹ

정답 ②

해설 : ㄱ. 예전의 형사소송법에서는 보석허가결정에 대하여 검사가 즉시항고를 할 수 있도록 하고 있었으나, 헌법재판소는 이에 대하여 영장주의나 적법절차의 원칙 및 과잉금지의 원칙에 반한다는 이유로 위헌결정을 내린 바 있으며(헌재결 1993.12.23, 93헌가2), 이에 따라 현재는 검사가 보석허가결정에 대하여 즉시항고를 할 수는 없다.

ㄷ. 제403조 제2항

ㄴ. 필요적 보석은 청구보석에 대하여만 인정되는 것이며(제95조), 임의적 보석은 청구보석·직권보석에 모두 인정된다(제96조).

ㄹ. 구속영장의 효력이 소멸한 경우에는 피고인으로서 더 이상 보석조건을 준수할 필요성이 없어 졌으므로 별도의 결정없이 당연히 보석조건의 효력이 상실된다(제104조의2 제1항). 따라서 무죄나 면소의 재판이 확정된 경우뿐만 아니라 자유형이 확정된 경우에도 구속영장의 효력은 소멸하므로, 보석은 그 효력이 상실된다.

9. 증인 및 증인신문에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (2010년 9급 검찰)

- ① 주신문은 원칙적으로 유도신문을 할 수 없지만, 반대신문에 있어서 필요할 때에는 유도신문이 가능하다.
- ② 피해자를 증인으로 신문하는 경우 피해자, 법정대리인 또는 검사의 신청이 있으면 비공개 심리가 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 : ③ 증인에 대한 강제처분으로서 소환, 동행명령, 과태료부과, 구인 외에 소송비용의 부담 및 감지도 가능하다(제151조 제1항 및 제2항).

① 규칙 제75조 제2항, 규칙 제76조 제2항, ② 제294조의3, ④ 제159조

10. 간이공판절차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (2010년 9급 검찰)

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 : ④ 간이공판절차의 개시결정은 이른바 판결 전의 소송절차에 관한 결정이므로 항고할 수 없다(제403조 제1항).

① 제286조의2, ② 제318조의3, 제297조의2, ③ 제301조의2

11. 공판절차의 정지에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (2010년 9급 검찰)

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 : ③ 공소장변경이 있는 경우에 피고인의 불이익을 증가할 염려가 있다고 인정한 때에는 법원은 직권 또는 청구에 의하여 공판절차를 정지할 수 있다(제298조 제4항). 이는 공판절차의 임의적 정지라는 점에 유의하여야 한다.

① 공판절차의 정지라 함은 심리의 진행을 방해할 중대한 사유가 발생한 경우에 그 사유가 없어질 때까지 법원이 결정으로 공판심리를 진행하지 않는 것을 말하며, 이는 피고인의 방어권을 보호하기 위한 제도이다.

② 제306조 제1항 및 제2항

④ 공판절차의 정지는 직권에 의한 법원의 결정으로 하며, 다만 공소장변경의 경우만은 법원의 직권 또는 피고인·변호인의 청구에 의하여 할 수 있다(제298조 제4항).

12. 위법수집증거배제법칙의 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
(2010년 9급 검찰)

- 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 어떠한 사소한 위법이라도 있으면 언제나 증거능력을 부정하여야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 따라서 중대한 위법이 있는 때에 한하여 그 증거능력이 배제된다고 할 것이다. 여기서 중대한 위법이란 적정절차(due process)의 기본이념에 반하는 경우를 의미한다.

② 대판 2007.11.15. 2007도3061, ③ 탄핵증거는 전문증거를 전제로 하는 것이므로 위법수집 증거는 탄핵증거로 사용할 수 없는 것으로 해석하여야 한다. ④ 위법수집증거배제법칙은 증거수집과정에서의 적정절차보장과 위법수사억제라는 점에 그 근거를 두고 있다.

13. 검사 또는 사법경찰관이 적법한 절차와 방식에 따라 작성한 조서에 관한 설명으로 옳은 것은? (2010년 9급 검찰)

- 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 : ④ 제312조 제6항

① 검사가 작성한 피의자신문조서는 적어도 피고인의 진술에 의하여 실질적 진정성립이 인정되거나(제312조 제1항), 피고인이 실질적 진정성립을 부인하는 경우에는 영상녹화물 기타 객관적인 방법에 의하여 실질적 진정성립이 증명되어야만(제312조 제2항) 그 증거능력이 인정된다. 따라서 형식적 진정성립만으로는 증거능력이 인정되지 않는다.

② 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정하여야 증거능력이 인정된다(제312조 제3항). 따라서 실질적 진정성립만으로는 증거능력이 인정되지 않는다.

③ 검사가 작성한 피의자신문조서에 대해 피고인이 그 실질적 진정성립을 부인하는 경우에는

영상녹화물 기타 객관적인 방법에 의하여 실질적 진정성립을 증명할 수 있고, 이에 의하여 실질적 진정성립이 증명되면 증거능력이 인정된다(제312조 제2항).

14. 다음 중 판례의 입장과 일치하지 않는 것은? (2010년 9급 검찰)

- 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 : ② 성매매업소에 고용된 여성들이 성매매를 업으로 하면서 영업에 참고하기 위하여 성매매 상대방의 아이디와 전화번호 및 성매매방법 등을 메모지에 적어두었다가 직접 메모리카드에 입력하거나 업주가 고용한 다른 여직원이 그 내용을 입력한 사안에서, 위 메모리카드의 내용은 형사소송법 제315조 제2호의 ‘영업상 필요로 작성한 통상문서’로서 당연히 증거능력 있는 문서에 해당한다고 함이 상당하다(대판 2007.7.26. 2007도3219).

① 대판 1995.5.9. 95도696, ③ 대판 2001.8.24. 2001도2902, ④ 대법원 2006.12.18. 2006모646 등

15. 형사소송법 제310조에 규정된 자백보강법칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2010년 9급 검찰)

- 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 : ④ 자백의 보강법칙은 일반 형사소송절차뿐만 아니라 간이공판절차 및 약식명령절차에

서도 그 적용이 있다. 그러나 즉결심판에 관한 절차법상의 즉결심판 절차나 소년법상의 소년보호 사건에서는 그 적용이 없다(대판 1982.10.15, 82도36).

① 대판 1978.6.27. 78도743 등, ② 대판 1990.10.30. 90도1939, ③ 증거능력이 인정되는 자백에 의하여 유죄의 심증을 얻었다 하더라도 보강증거가 없는 한 이에 의하여 유죄의 판결을 할 수 없다는 점에서 자백의 보강법칙은 자유심증주의에 대한 예외가 된다.

16. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2010년 9급 검찰)

- ① 검사가 약식명령의 청구와 동시에 증거서류 및 증거물을 법원에 제출하였다면 공소장일본주의의 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 : ② 기판력 내지 일사부재리의 효력은 법원의 현실적 심판대상인 당해 공소사실은 물론 그 공소사실과 동일성이 인정되는 사실의 전부에 미친다. 즉 포괄일죄나 과형상 일죄의 일부분에 대한 기판력 내지 일사부재리의 효력은 그 현실적 심판대상으로 되지 아니한 부분까지 미친다(대판 1978.2.14, 77도3564). 따라서 검사가 일죄의 일부만을 공소제기하고 법원이 일죄의 일부에 대해서만 유죄판결을 하였다고 하더라도 그 판결의 기판력은 공소사실의 동일성이 인정되는 일죄의 전부에 미친다.

① 대판 2007.7.26. 2007도3906, ③ 제331조, ④ 현재결 2004.3.25. 2002헌마104, 제214조의2 제4항

17. 일사부재리의 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2010년 9급 검찰)

- 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 : ② 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(대판 1985.5.28, 85도21).

① 대판 1986.2.25. 85도2664, ③ 면소판결만은 형식재판이지만 기관력 내지 일사부재리의 효력이 발생한다. ④ 유·무죄의 실체재판뿐만 아니라 약식명령이나 즉결심판이 확정된 경우에도 기관력 내지 일사부재리의 효력이 발생한다.

18. 상소에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2010년 9급 검찰)

- 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 취하한 피고인은 항소심의 판결에 대하여 상고할 수 없다.

정답 ④

해설 : ④ 항소를 포기·취하하면 상소권이 소멸되므로 항소를 포기·취하한 자는 상고할 수 없다(대판 1981.8.25, 81도2110).

- ① 피고인의 법정대리인은 피고인을 위하여 상소할 수 있는데(제340조), 이러한 법정대리인의 상소권은 고유권이므로 피고인의 명시한 의사에 반해서도 상소할 수 있다. 그러나 피고인의 변호인이 피고인을 위하여 상소하는 경우 그의 상소권은 독립대리권이므로, 변호인의 상소는 피고인의 명시한 의사에 반하여 하지 못한다(제341조 제2항).
- ② 피고인은 면소판결에 대해서 상소를 제기할 수 없으며(대판 2004.9.24, 2004도3532), 공소기각판결에 대해서도 무죄를 주장하며 상소를 제기할 수 없다(대판 1983.12.13, 82도3076).
- ③ 상소의 포기는 원심법원에 하여야 하며, 상소의 취하는 상소법원에 하여야 한다(제353조 본문).

19. 불이익변경금지원칙에 관한 판례의 입장과 일치하지 않는 것은? (2010년 9급 검찰)

- 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 : ② 상고심이 원심판결을 파기환송한 경우에 항소심은 그 파기된 원판결과의 관계에 있어서 불이익변경금지원칙의 적용을 받는다(대판 1964.9.17, 64도298).

① 불이익변경금지는 피고인에 대한 형의 선고가 원심판결보다 중하게 변경되는 것만을 금지하는 것이다. 판결주문에 선고된 형이 중하게 변경되지 않는 한 사실인정이나 법령적용 또는 죄명선택 등이 중하게 변경되더라도 불이익변경금지의 원칙에 반하지 않는다. ③ 대판 1996.12.8. 66도1319, ④ 대판 2001.9.18. 2001도3448

20. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (2010년 9급 검찰)

① 증인불출석에 대한 제재인 과태료 부과와 감치처분에 대한 즉시항고는 집행정지의 효력이 인정되지 않는다.

② 피고인인 법인이 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 : ③ 약식명령은 지방법원의 관할에 속하는 사건으로서 벌금·과료 또는 몰수에 처할 수 있는 사건에 대하여 청구할 수 있다(제448조 제1항). 그러나 구류에 해당하는 사건에 대하여는 약식명령을 청구할 수 없다.

① 제151조 제8항, ② 제328조 제1항 제2호, ④ 제286조의2