

## 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
④	②	②	③	③	②	④	③	③	①	②	②	④	①	③	②	②	③	①	④
21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40
④	①	④	④	④	④	②	③	③	②	②	③	③	②	③	④	③	③	③	②

### 1. 정답 ④

해설 ④ 대판 2009도3505

- ① ‘피고인의 법정 진술과 적법하게 채택되어 조사된 증거들’ 로만 기재된 제1심판결의 증거의 요지를 그대로 인용한 항소심판결은 증거 없이 그 범죄사실을 인정하였거나 형사소송법 제323조 제1항을 위반한 위법을 저지른 것이라고 아니할 수 없다(대판 99도 5312).
- ② 유죄판결 이유에서 그에 대한 판단을 명시하여야 할 ‘형의 가중, 감면의 이유되는 사실’ 이란 형의 필요적 가중, 감면의 이유되는 사실을 말하고 형의 감면이 법원의 재량에 맡겨진 경우, 즉 임의적 감면사유는 이에 해당하지 않는다(대판 2017도14769).
- ③ 공증증서원본불실기재죄 및 그 행사죄로 공소가 제기된 경우 피고인이 당해 등기가 실체적 권리관계에 부합하는 유효한 등기라고 주장하는 것은 공소사실에 대한 적극부인에 해당할 뿐, 범죄의 성립을 조각하는 사유에 관한 주장이 아니므로 판결이유에 명시하여야만 하는 것은 아니다(대판 97도1180).

### 2. 정답 ②

해설 옳은 것은 ㉠㉡이다.

- ㉠(○) 대판 2020도4833
- ㉡(×) 원심이 자수감경을 하지 아니하였다거나 자수감경 주장에 대하여 판단을 하지 아니하였다 하여 위법하다고 할 수 없다(대판 2004도2018).
- ㉢(○) 대판 82도1798
- ㉣(×) 원심판결이 피고인의 소위를 공동정범으로 단정하고 있으면서도 형법 제30조의 적용에 관한 적시를 명시하지 아니한 잘못이 있더라도 실제로 이를 적용한 이상 위법하다고 할 수 없다(대판 83도1942).

### 3. 정답 ②

해설 옳은 것은 ㉢㉣이다.

- ㉠(×) 무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다(제331조).
- ㉡(×) 포괄일죄의 관계에 있는 공소사실에 대하여는 그 일부가 무죄로 판단되는 경우에도 이를 판결 주문에 따로 표시할 필요가 없으나 이를 판결 주문에 표시하였다 하더라도 판결에 영향을 미친 위법사유가 되는 것은 아니다(대판 95도1512).
- ㉢(○) 형사보상법 제8조
- ㉣(○) 대판 91도2825
- ㉤(×) 재심이 개시된 사건에서 형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 폐지가 당초부터 헌법에 위반되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 형사소송법 제325조 전단이 규정하는 ‘범죄로 되지 아니한 때’의 무죄사유에 해당하는 것이지, 면소사유에 해당한다고 할 수 없다(대판 2011도14044).

### 4. 정답 ③

해설 공소기각판결 사유에 해당하는 것은 ㉠㉡㉢㉣㉤이다.

- ㉠ 친고죄에서 공범 중 일부에 대하여만 처벌을 구하고 나머지에 대하여는 처벌불원의 의사를 표시한 고소는 처음부터 공범 중

일부만의 처벌을 원하는 것이므로 **부적법한 것으로서 무효이거나**, 위 처벌불원 의사에 표시를 통하여 **고소를 취소한 것으로 볼 수 있다**(대판 2008도7462). 따라서 공소기각판결을 선고하여야 한다.

- ㉠ 가정폭력처벌법에 따른 보호처분의 결정이 확정된 경우에는 원칙적으로 가정폭력행위자에 대하여 같은 범죄사실로 다시 공소를 제기할 수 없으나(가정폭력처벌법 제16조), **보호처분은 확정판결이 아니고 따라서 기판력도 없으므로, 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소제기가 되었다면** 이에 대해서는 면소판결을 할 것이 아니라 **공소제기의 절차가 법률의 규정에 위배하여 무효인 때에 해당한 경우이므로** 형사소송법 제327조 제2호의 규정에 의하여 **공소기각의 판결을 하여야 한다**(대판 2016도5423).
- ㉡ 부정수표단속법 제2조 제4항에서 부정수표가 회수된 경우 공소를 제기할 수 없도록 하는 취지는 반의사불벌죄로 규정한 취지로서 **부도수표 회수나 수표소지인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사에 표시가 제1심판결 선고 이전까지 이루어지는 경우에는 공소기각의 판결을 선고하여야 할 것이며, 이는 부정수표가 공범에 의하여 회수된 경우에도 마찬가지이다**(대판 2005도4435). 따라서 공소기각판결을 선고하여야 한다.
- ㉢ **피모용자가 약식명령을 송달받고 이에 대하여 정식재판의 청구를 하여 심리를 하는 과정에서 성명모용 사실이 발각되고** 검사가 공소장을 정정하는 등 외관상 피고인의 지위를 갖게 된 경우에는 법원으로서 **피모용자에게 공소기각의 판결을 함으로써 피모용자의 불안정한 지위를 명확히 해소해 주어야 한다**(대판 97도2215). 따라서 공소기각판결을 선고하여야 한다.
- ㉣ 형사소송법 제232조 제3항, 제1항의 규정에 의하면, 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에서 **처벌을 희망하는 의사표시의 철회 또는 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시는 제1심판결 선고시까지 할 수 있는 것이고, 그 후의 의사표시는 효력이 없다**(대판 2000도2953). 따라서 공소기각판결을 할 수 없다.
- ㉤ **간통 사건의 상소심에서 법률 위반을 이유로 제1심 공소기각판결을 파기하고 사건을 제1심법원에 환송하였는데 환송 후의 제1심판결 선고 전 간통죄의 고소가 취소된 경우** 형사소송법 제327조 제5호에 의하여 판결로써 공소를 기각하여야 한다(대판 2009도9112).

## 5. 정답 ③

**해설** ③ 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 다른 종류의 죄의 확정판결의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 그 죄는 2죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위시에 완성되는 것이다(대판 2002도5341).

- ① 대판 2012도6612
- ② 대판 93도836
- ④ 대판 2010도2182

## 6. 정답 ②

**해설** 옳은 것은 ㉠㉡이다.

- ㉠(×) 경찰서장이 범칙행위에 대하여 통고처분을 한 이상, 범칙자의 위와 같은 절차적 지위를 보장하기 위하여 **통고처분에서 정한 범칙금 납부기간까지는 원칙적으로 경찰서장은 즉결심판을 청구할 수 없고, 검사도 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기할 수 없다**(대판 2020도15194).
- ㉡(○) 대판 2009도13463
- ㉢(○) 대판 2009도14263
- ㉣(×) **상습범으로 유죄의 확정판결**(이하 앞서 저질러 재심의 대상이 된 범죄를 ‘선행범죄’라 한다)을 받은 사람이 그 후 동일한 습벽에 의해 범행을 저질렀는데(이하 뒤에 저지른 범죄를 ‘후행범죄’라 한다) **유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 동일한 습벽에 의한 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 저질러진 범죄라 하더라도 재심판결의 기판력이 후행 범죄에 미치지 않는다**(대판(전) 2018도20698).

## 7. 정답 ④

**해설** ④ 제346조 제1항

- ① 상고를 포기한 후 그 포기가 무효라고 주장하는 경우 상고제기 기간이 경과하기 전에는 상고포기의 효력을 다투면서 상고를 제기하여 그 상고의 적법 여부에 대한 판단을 받으면 되고, 별도로 상소권회복청구를 할 여지는 없다(대결 99도40).
- ② 피고인이 소송이 계속 중인 사실을 알면서도 법원에 거주지 변경 신고를 하지 않았다 하더라도, 잘못된 공시송달에 터 잡아

피고인의 진술 없이 공판이 진행되고 피고인이 출석하지 않은 기일에 판결이 선고된 이상, 피고인은 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 상소제기기간 내에 상소를 하지 못한 것으로 봄이 상당하다(대결 2014모1557).

- ③ 제1심판결에 대하여 피고인 또는 검사가 항소하여 항소법원이 판결을 선고한 후에는 상고법원으로부터 사건이 환송 또는 이송되는 경우 등을 제외하고는 항소법원이 다시 항소심 소송절차를 진행하여 판결을 선고할 수 없다. 따라서 항소심판결이 선고되면 제1심판결에 대한 항소권이 소멸되어 제1심판결에 대한 항소권 회복청구와 항소는 적법하다고 볼 수 없다. 이는 제1심 재판 또는 항소심 재판이 소송촉진 등에 관한 특례법이나 형사소송법 등에 따라 피고인이 출석하지 않은 가운데 불출석 재판으로 진행된 경우에도 마찬가지이다. 따라서 제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후 피고인이 동일한 제1심판결에 대하여 항소권 회복청구를 하는 경우 이는 적법하다고 볼 수 없어 형사소송법 제347조 제1항에 따라 결정으로 이를 기각하여야 한다(대결 2016모2874).

## 8. 정답 ③

해설 옳지 않은 것은 ㉠㉡㉢이다.

- ㉠(×) 상소취하권자는 상소포기권자는 동일하지 않다. 상소대리권자는 동의를 얻어 취하는 할 수 있으나 상소의 포기는 할 수 없다.
- ㉡(○) 제347조 제1항, 제2항
- ㉢(×) 면소판결에 대하여 무죄판결인 실체판결이 선고되어야 한다고 주장하면서 상고할 수 없는 것이 원칙이지만, 위와 같은 경우(형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 소급하여 그 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우)에는 이와 달리 면소를 할 수 없고 피고인에게 무죄의 선고를 하여야 하므로 면소를 선고한 판결에 대하여 상고가 가능하다(대판(전) 2010도5986).
- ㉣(×) 변호인은 피고인의 동의를 얻어 상소를 취하할 수 있으므로, 변호인의 상소취하에 피고인의 동의가 없다면 상소취하의 효력은 발생하지 아니한다. 한편 변호인이 상소취하를 할 때 원칙적으로 피고인은 이에 동의하는 취지의 서면을 제출하여야 하나, 피고인은 공판정에서 구술로써 상소취하를 할 수 있으므로, 변호인의 상소취하에 대한 피고인의 동의도 공판정에서 구술로써 할 수 있다. 다만 상소를 취하하거나 상소의 취하에 동의한 자는 다시 상소를 하지 못하는 제한을 받게 되므로, 상소취하에 대한 피고인의 구술 동의는 명시적으로 이루어져야만 한다(대판 2015도7821).

## 9. 정답 ③

해설 ③ 형법 제37조 전단 경합범 관계에 있는 공소사실 중 일부에 대하여 유죄, 나머지 부분에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결에 대하여 검사만이 항소하면서 무죄 부분에 관하여는 항소이유를 기재하고 유죄 부분에 관하여는 이를 기재하지 않았으나 항소 범위는 '전부'로 표시하였다면, 이러한 경우 제1심판결 전부가 이심되어 원심의 심판대상이 되므로, 원심이 제1심판결 무죄 부분을 유죄로 인정하는 때에는 제1심판결 전부를 파기하고 경합범 관계에 있는 공소사실 전부에 대하여 하나의 형을 선고하여야 한다(대판 2014도342).

- ① 대판(전) 2008도5596  
② 대판 90도2820  
④ 대판 2015도17051

## 10. 정답 ①

해설 옳은 것은 ㉢이다.

- ㉠(×) 제1심법원이 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 보다 가벼운 범죄사실을 유죄로 인정하면서 법정형이 보다 가벼운 다른 법조를 적용하여 피고인을 처벌하고, 유죄로 인정된 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여는 범죄의 증거가 없다는 이유로 판결 이유에서 무죄로 판단한 경우, 그에 대하여 피고인만이 유죄 부분에 대하여 항소하고 검사는 무죄로 판단된 부분에 대하여 항소하지 아니하였다면, 비록 그 죄 전부가 피고인의 항소와 상소불가분의 원칙으로 인하여 항소심에 이심되었다고 하더라도 무죄부분은 심판대상이 되지 않는다(대판 2008도4740).
- ㉡(×) 피해자 학부모들 및 대한민국에 대한 사기로 기소된 피고인에 대하여 제1심법원이 피해자 대한민국에 대한 사기 부분에 대하여 무죄를 선고하고 피해자 학부모들에 대한 사기 부분에 대하여 공소를 기각하자 검사가 제1심판결 전부에 대하여 항소를 제기한 사안에서, 제1심은 경합범 관계에 있는 공소사실 중 피해자 대한민국에 대한 사기 부분을 주문 무죄로, 피해자

학부모들에 대한 사기 부분을 주문 공소기각으로 각 판단하였으므로, 검사가 제1심판결 전부에 대하여 항소하였더라도 그 판결 전체가 불가분의 관계에 있다고 볼 수 없고, 원심으로서 각 부분에 관한 항소이유를 개별적으로 판단했어야 함에도, 공소 사실 전체가 경합범 관계에 있어 불가분의 관계에 있다는 이유로 제1심판결 중 공소기각 부분을 파기하는 이상 제1심판결 중 무죄 부분도 함께 파기하여야 한다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다(대판 2021도13108).

㉠(○) 대판 2014도1547

㉡(×) 동일한 사실관계에 대하여 서로 양립할 수 없는 적용법조의 적용을 주위적·예비적으로 구하는 경우에는 예비적 공소 사실만 유죄로 인정되고 그 부분에 대하여 피고인만 상소하였다고 하더라도 주위적 공소사실까지 함께 상소심의 심판대상에 포함 된다(대판 2006도1146).

## 11. 정답 ②

해설 ② 등록대상자의 신상정보 제출의무는 등록대상 성범죄로 유죄판결이 확정되면 성폭력처벌법의 규정에 따라 당연히 발생하는 것이므로, 법원이 유죄판결을 선고하면서 고지를 누락한 잘못이 있더라도 그 법원은 적법한 내용으로 다시 신상정보 제출의무를 고지할 수 있고, 상급심 법원도 그 사유로 판결을 파기할 필요 없이 적법한 내용의 신상정보 제출의무 등을 새로 고지함으로써 잘못을 바로잡을 수 있으며, 나아가 상급심 법원에서 이와 같이 신상정보 제출의무 등을 새로 고지하더라도 형을 피고인에게 불리하게 변경하는 경우에 해당되지 아니한다(대판 2014도13529).

① 대판(전) 84도2972

③ 대판 99도3776

④ 대판 2013도9666

## 12. 정답 ②

해설 옳은 것은 ㉡이다.

㉠(○) 대판 2010도9013

㉢(○) 대판 2010도16939

㉤(×) 피고인의 상고에 의하여 상고심에서 원심판결을 파기하고 사건을 항소심에 환송한 경우에 그 항소심에서는 환송 전 원심판결과의 관계에서도 불이익변경금지의 원칙이 적용되어 그 파기된 항소심판결보다 중한 형을 선고할 수 없다. 그리고 이러한 법리는 환송 후의 원심에서 적법한 공소장변경이 있어 이에 따라 그 항소심이 새로운 범죄사실을 유죄로 인정하는 경우에도 마찬가지로이다(대판 2014도6472).

㉥(×) 항소심에서의 미결구금일수가 전혀 없음에도 불구하고 착오로 본형에 잘못 산입한 오류를 판결서의 경정을 통하여 시정함에 있어 불이익변경금지원칙이 적용될 여지가 없다(대판 2007도3448).

## 13. 정답 ④

해설 ④ 대판(전) 2020도4140 부정기형을 파기하고 정기형을 선고함에 있어 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준은 부정기형의 장기와 단기의 중간형이다. 지문의 경우 기준은 11년이다. ((15년+7년)/2=11)

① 피고인만이 항소한 사건에서 항소심이 피고인에 대하여 제1심이 인정한 범죄사실의 일부를 무죄로 인정하면서도 제1심과 동일한 형을 선고하였다 하여 그것이 형사소송법 제368조 소정의 불이익변경금지 원칙에 위배된다고 볼 수 없다(대판 2002도5679).

② 원판결이 선고한 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간이 지난 후에 새로운 형을 정한 재심판결(상해죄 벌금형)이 선고되는 경우에도, 그 유예기간 경과로 인하여 원판결의 형선고 효력이 상실되는 것은 원판결이 선고한 집행유예 자체의 법률적 효과로서 재심판결이 확정되면 당연히 실효될 원판결 본래의 효력일 뿐이므로, 이를 형의 집행과 같이 볼 수는 없고, 재심판결의 확정에 따라 원판결이 효력을 잃게 되는 결과 그 집행유예의 법률적 효과까지 없어진다 하더라도 재심판결의 형이 원판결의 형보다 중하지 않다면 불이익변경금지의 원칙이나 이익재심의 원칙에 반한다고 볼 수 없다(대판 2015도15782).

③ 피고인만이 항소한 경우, 제1심에서 피고인에게 금고 5월의 실형을 선고한 것을 항소심에서 징역 5월에 집행유예 2년을 선고한 것은 불이익변경금지의 원칙에 위반되지 아니한다(대판 2013도6608).

## 14. 정답 ①

**해설** ① 항소심이 항소이유에 포함되지 아니한 사유를 직권으로 심리하여 제1심판결을 파기하고 재판할 때에는 피고사건의 유죄 여부에 관한 사실인정 및 법률적용에 관하여 사실심으로서 심리·판단하게 되므로 항소인이 주장하는 항소이유의 당부도 위와 같은 피고사건의 심리·판단 과정에서 판단된 것으로 볼 것이고, 별도로 그 항소이유의 당부에 대한 판단을 명시하지 아니하였다고 하여 판단누락이라고 볼 것이 아니다(대판 2010도11338).

- ② 제361조의3 제1항
- ③ 대판 2000도123
- ④ 대판 2015도11696

## 15. 정답 ③

**해설** ③ 대판 2008도11718

- ① 항소법원은 항소이유에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 한다. 다만, 항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다(제364조 제1항·제2항).
- ② 항소인이나 변호인이 항소이유서에 항소이유를 특정하여 구체적으로 명시하지 아니하였다고 하더라도 항소이유서가 법정 기간 내에 적법하게 제출된 경우에는 이를 항소이유서가 법정 기간 내에 제출되지 아니한 것과 같이 보아 형사소송법 제361조의4 제1항에 의하여 결정으로 항소를 기각할 수는 없다(대결 2005모564).
- ④ 피고인에게 소송기록접수통지를 한 다음에 변호인이 선임된 경우에는 변호인에게 다시 같은 통지를 할 필요가 없다. 이는 필요적 변호사건에서 항소법원이 국선변호인을 선정하고 피고인과 그 변호인에게 소송기록접수통지를 한 다음 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 항소법원이 국선변호인의 선정을 취소한 경우에도 마찬가지이다(대결(전) 2015도10651).

## 16. 정답 ②

**해설** ② 대결(전) 2009모1044

- ① 항소법원의 재판서에는 항소이유에 대한 판단을 기재하여야 하며 원심판결에 기재한 사실과 증거를 인용할 수 있다(제369조). 따라서 법령의 적용은 인용할 수 없다.
- ③ 항소심에 이르러 범행을 부인하였다고 하더라도 제1심법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서도 증거로 할 수 있는 것이므로 제1심법원에서 이미 증거능력이 있었던 증거는 항소심에서도 증거능력이 그대로 유지되어 심판의 기초가 될 수 있고 다시 증거조사를 할 필요가 없다(대판 97도3421).
- ④ 제1심이 실체적 경합범 관계에 있는 공소사실 중 일부에 대하여 재판을 누락한 경우, 항소심에서는 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 제1심의 누락부분을 파기하고 그 부분에 대하여 재판하여야 한다. 다만, 피고인만이 항소한 경우라면 불이익변경금지의 원칙에 따라 제1심의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(대판 2008도7848).

## 17. 정답 ②

**해설** 옳은 것은 ㉠㉡이다.

- ㉠(○) 제416조 제2항
- ㉡(×) 재정신청 기각결정에 대하여는 제415조(재항고)에 따른 즉시항고를 할 수 있다(제262조 제4항).
- ㉢(×) 상소기각결정에 대해서는 즉시항고할 수 있다(제360조, 제361조의4, 제362조, 제376조, 제407조). 그러나 구속집행정지 결정에 대해서는 즉시항고 할 수 없다(헌재 2011헌가36).
- ㉣(×) 항소의 제기가 법률상의 방식에 위반하거나 항소권소멸 후인 것이 명백한 때에는 원심법원은 결정으로 항소를 기각하여야 한다(제360조 제1항).
- ㉤(○) 수사기관의 변호인과의 접견교통권의 침해와 구금장소의 임의적 변경에 대해서는 준항고를 할 수 있다(대결 2003모402). 법원의 구금에 대한 결정이기 때문이다.

## 18. 정답 ③

해설 ③ 대결 64모14

- ① 검사가 압수·수색영장의 청구 등 강제처분을 위한 조치를 취하지 아니한 것 그 자체를 형사소송법 제417조 소정의 ‘압수에 관한 처분’으로 보아 이에 대해 **준항고로써 불복할 수는 없다**(대결 2007모82).
- ② **준항고 결정에 대하여** 재판에 영향을 미친 법령 등의 위반이 있는 경우 **대법원에 재항고를 할 수 있다**(제419, 제415조).
- ④ 형사소송법 제417조의 규정은 검사 또는 사법경찰관이 **수사단계에서** 압수물의 환부에 관하여 처분을 할 권한을 가지고 있을 경우에 그 처분에 불복이 있으면 준항고를 허용하는 취지라고 보는 것이 상당하므로 형사소송법 제332조의 규정에 의하여 **압수가 해제된 것으로 되었음에도 불구하고 검사가 그 해제된 압수물의 인도를 거부하는 조치에 대해서는** 형사소송법 제417조가 규정하는 **준항고로 불복할 대상이 될 수 없다**(대결 84모3).

## 19. 정답 ①

해설 ① 대결 2010모363

- ② **유죄판결 확정 후에 형선고의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있었다고 하더라도** 형선고의 법률적 효과만 장래를 향하여 소멸될 뿐이고 확정된 유죄판결에서 이루어진 사실인정과 그에 따른 유죄 판단까지 없어지는 것은 아니므로 **유죄판결은 형선고의 효력만 상실된 채로 여전히 존재하는 것으로 보아야 하고, 따라서 특별사면으로 형선고의 효력이 상실된 유죄의 확정판결도 형사소송법 제420조의 ‘유죄의 확정판결’에 해당하여 재심청구의 대상이 될 수 있다**(대판(전) 2011도1932).
- ③ 원판결의 증거된 증언을 한 자가 그 재판 과정에서 자신의 증언과 반대되는 취지의 증언을 한 다른 증인을 위증죄로 고소하였다가 그 고소가 허위임이 밝혀져 **무고죄로 유죄의 확정판결을 받은 경우는 위 재심사유에 포함되지 아니한다**(대결 2003도1080).
- ④ 형사소송법 제420조 제7호의 재심사유 해당 여부를 판단함에 있어 사법경찰관 등이 범한 직무에 관한 죄가 사건의 실체관계에 관계된 것인지 여부나 당해 사법경찰관이 직접 피의자에 대한 조사를 담당하였는지 여부는 고려할 사정이 아니다(대결 2004모16).

## 20. 정답 ④

해설 옳지 않은 것은 ㉠㉡㉢㉣이다.

㉠(○) 대결 2015모3243

- ㉠(×) **약식명령에 대하여 정식재판 청구가 이루어지고 그 후 진행된 정식재판 절차에서 유죄판결이 선고되어 확정된 경우, 재심사유가 존재한다고 주장하는 피고인 등은 효력을 잃은 약식명령이 아니라 유죄의 확정판결을 대상으로 재심을 청구하여야 한다**(대판 2011도10626).
- ㉡(×) **형사소송법이나 형사소송규칙에는 재심청구인이 재심의 청구를 한 후 그 청구에 대한 결정이 확정되기 전에 사망한 경우에 재심청구인의 배우자나 친족 등에 의한 재심청구인 지위의 승계를 인정하거나 형사소송법 제438조와 같이 재심청구인이 사망한 경우에도 절차를 속행할 수 있는 규정이 없으므로 재심청구절차는 재심청구인의 사망으로 당연히 종료하게 된다**(대결 2014모739).
- ㉢(×) **소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 따라 진행된 제1심의 불출석 재판에 대하여 검사만 항소하고 항소심도 불출석 재판으로 진행된 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).
- ㉣(×) **위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항이 같은 조 제3항 단서에 의하여 종전의 합헌결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실하는 경우 그 합헌결정이 있는 날의 다음 날 이후에 유죄 판결이 선고되어 확정되었다면, 비록 범죄행위가 그 이전에 행하여졌다 하더라도 그 판결은 위헌결정으로 인하여 소급하여 효력을 상실한 법률 또는 법률의 조항을 적용한 것으로서 ‘위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결’에 해당하므로 이에 대하여 재심을 청구할 수 있다고 보아야 한다**(대결 2015모1475).

## 21. 정답 ④

해설 ④ 제457조의2

- ① 변호인이 정식재판청구서를 제출할 것으로 믿고 피고인이 스스로 적법한 정식재판의 청구기간 내에 정식재판청구서를 제출하지 못하였더라도 그것이 피고인 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 정식재판의 청구기간 내에 정식재판을 청구하지 못한 때에 해당하지 않는다(대결 2017도1557).
- ② 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차에서 2회 불출정하여 법원이 피고인의 출정 없이 증거조사를 하는 경우에 위 법 제318조 제2항에 따른 피고인의 증거동의가 간주된다(대판 2007도5776).
- ③ 약식명령의 고지는 검사와 피고인에 대한 재판서의 송달에 의하여 한다(제452조). 약식명령의 고지를 다른 적당한 방법으로 할 수는 없다.

## 22. 정답 ①

해설 옳은 것은 ㉠이다.

- ㉠(×) 약식명령의 청구가 있는 경우에 그 사건이 약식명령으로 할 수 없거나 약식명령으로 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정한 때에는 **공판절차에 의하여 심판하여야 한다**(제450조).
- ㉡(×) 형사소송법 제452조에서 **약식명령의 고지는 검사와 피고인에 대한 재판서의 송달에 의하도록 규정**하고 있으므로 약식명령은 그 재판서를 피고인에게 송달함으로써 효력이 발생하고, 변호인이 있는 경우라도 반드시 변호인에게 약식명령 등본을 송달해야 하는 것은 아니다(대결 2017도1557).
- ㉢(×) 검사가 사기죄에 대하여 약식명령의 청구를 한 다음, 피고인이 약식명령의 고지를 받고 정식재판의 청구를 하여 그 사건이 제1심법원에 계속 중일 때, 사기죄의 수단의 일부로 범한 사문서위조 및 동행사죄에 대하여 추가로 공소를 제기하였더라도, 일사부재리의 원칙에 위반되거나, 공소권을 남용한 것으로서 **공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 볼 수 없다**(대판 89도2102).
- ㉣(×) 약식절차에서는 공판이 없으므로 **전문법칙**에 관한 규정은 적용되지 않으나, **자백배제법칙** 등의 증거법칙은 그대로 적용된다.
- ㉤(○) 대결 2004도351

## 23. 정답 ④

해설 ④ 즉결심판절차에 의한 심리와 재판의 선고는 공개된 법정에서 행하되, **그 법정은 경찰관서(해양경찰관서 포함)외의 장소에 설치되어야 한다**(즉심법 제7조 제1항).

- ① 즉심법 제7조 제3항
- ② 대판 2008도7375
- ③ 즉심법 제14조 제3항

## 24. 정답 ④

해설 ④ 즉심법 제9조 제2항, 제10조

- ① 즉결심판의 대상은 20만원 이하의 벌금, 구류, **과료**에 처할 범죄이다(즉심법 제2조).
- ② **검사가 정식재판을 청구한 즉결심판 사건에 대하여 법원에 사건기록과 증거물을 그대로 송부하지 아니하고** 즉결심판이 청구된 위반 내용과 동일성 있는 범죄사실에 대하여 **약식명령을 청구한 경우, 이 사건 공소제기 절차는 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하거나 공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때에 해당하므로 공소기각판결을 하여야 한다**(대판 2017도10368).
- ③ 즉결심판을 받은 피고인이 정식재판청구를 함으로써 공판절차가 개시된 경우에는 통상의 공판절차와 마찬가지로 국선변호인의 선정에 관한 형사소송법 제283조의 규정이 적용된다(대판 96도3059).

## 25. 정답 ④

해설 모두 옳지 않은 지문이다.

- ㉠(×) 즉결심판은 관할경찰서장 또는 **관할해양경찰서장**(이하 "경찰서장"이라 한다)이 관할법원에 이를 청구한다(즉심법 제3조

제1항).

- ㉠(×) 판사는 구류의 선고를 받은 피고인이 일정한 주소가 없거나 도망할 염려가 있을 때에는 5일을 초과하지 아니하는 기간 경찰서유치장에 유치할 것을 명령할 수 있다. 다만, **이 기간은 선고기간을 초과할 수 없다**(즉심법 제17조 제1항).
- ㉡(×) 즉결심판의 판결이 확정된 때에는 즉결심판서 및 관계서류와 증거는 **관할경찰서 또는 지방해양경찰관서가 이를 보존한다**(즉심법 제13조).
- ㉢(×) 피고인은 유죄의 즉결심판에 대하여, 경찰서장은 무죄·면소 또는 공소기각의 즉결심판에 대하여 정식재판을 청구할 수 있다(즉심법 제14조 제1항·제2항). **피고인은 정식재판의 청구를 포기할 수 있다**(즉심법 제12조 제2항).
- ㉣(×) 경찰서장은 관할지방검찰청 또는 지청의 **검사의 승인**을 얻어 정식재판청구서를 판사에게 제출하여야 한다(즉심법 제14조 제2항).

## 26. 정답 ④

해설 ④ 대판 2021도13768

- ① 소송촉진법 제26조 제7항에 따르면 **피해자는 피고사건의 범죄행위로 발생한 피해에 관하여 다른 절차에 따른 손해배상청구가 법원에 계속 중일 때에는 배상신청을 할 수 없다**. 여기에서 ‘다른 절차에 따른 손해배상청구’는 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 피해에 관하여 불법행위를 원인으로 손해배상청구를 하는 경우를 가리킨다. 피해자는 피고인 1에 대하여 약정금 청구를 하였을 뿐이므로 이 사건 범죄행위로 인해 발생한 피해에 관하여 민사소송절차에 따른 손해배상청구가 다른 법원에 계속 중에 있었다고 볼 수 없다. 따라서 피고인 1에 대하여 배상신청인에게 편취금 30,000,000원을 지급하라고 배상명령을 한 원심 판결에는 상고이유 주장과 같이 배상명령에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다(대판 2020도12279).
- ② 배상명령은 위의 범죄에 의하여 **유죄판결을 선고한 경우에 한하여** 할 수 있다. 따라서 유죄판결선고 이전에는 할 수 없다(소촉법 제31조 제1항).
- ③ 피해자는 제1심 또는 제2심 공판의 변론종결시까지 사건이 계속된 법원에 피해배상을 신청할 수 있으며, 이 경우 **인지의 첩부는 요하지 않는다**(소촉법 제26조 제1항).

## 27. 정답 ②

해설 옳은 것은 ㉢이다.

- ㉠(×) 죄를 범할 당시 **18세 미만인** 소년에 대하여 사형 또는 무기형(무기형)으로 처할 경우에는 15년의 유기징역으로 한다(소년법 제59조). 따라서 18세 소년은 사형이 허용된다.
- ㉡(×) 소년피고인에 대하여도 성년피고인과 마찬가지로 **집행유예선고가 허용된다**(소년법 제60조 제3항).
- ㉢(×) 소년에 대한 형사사건에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 없으면 **일반 형사사건의 예에 따른다**(소년법 제48조). 따라서 **소년 사건에 대하여도 공판절차 정지가 허용된다**.
- ㉣(×) 징역 또는 금고를 선고받은 소년에 대하여는 **무기형은 5년**, 15년의 유기형은 3년, 부정기형은 **단기의 3분의 1이 지나면 가석방을 허가할 수 있다**(소년법 제65조).
- ㉤(○) 소년법 제24조 제2항

## 28. 정답 ③

해설 옳지 않은 것은 ㉡㉢㉤이다.

- ㉠(○) 대판 2009도1446
- ㉡(×) 「벌금 미납자의 사회봉사 집행에 관한 특례법」은 벌금형이 확정된 벌금 미납자는 검사의 ‘납부명령일부터 30일 이내에’ 사회봉사를 신청할 수 있다고 규정하고 있는데, 그 신청은 벌금형이 확정된 때부터 가능하고 그 종기(終期)는 검사의 납부명령일이 아니라 **납부명령이 벌금 미납자에게 ‘고지된 날’로부터 30일이 되는 날**이라고 해석함이 상당하다(대결 2011보16).
- ㉢(×) 보상금 지급을 청구하려는 자는 **보상을 결정한 법원에 대응하는 검찰청에** 보상금 지급청구서를 제출하여야 한다(형사보상법 제21조 제1항).
- ㉤(×) 보상청구는 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 **5년** 이내에 하여야 한다(형사보상법 제8조).

## 29. 정답 ③

해설 헌법에 규정되어 있는 것은 ㉠㉡㉢㉣이다.

- ㉠ 형사소송법 제308조의2
- ㉡ 헌법 제27조 제5항
- ㉢ 헌법 제28조
- ㉣ 헌법 제12조 제3항
- ㉤ 헌법 제27조 제4항
- ㉥ 형사소송법 제310조의2
- ㉦ 형사소송법 제368조, 제396조 제2항 등
- ㉧ 형사소송법 제307조 제1항

## 30. 정답 ②

해설 ② 대판 2006도5010

- ① 미합중국 국적을 가진 미합중국 군대의 군속인 피고인이 범행 당시 10년 넘게 대한민국에 머물면서 한국인 아내와 결혼하여 가정을 마련하고 직장 생활을 하는 등 생활근거지를 대한민국에 두고 있었던 경우, 피고인은 ‘통상적으로 대한민국에 거주하는 자’에 해당하므로, 피고인에게 위 협정에서 정한 미합중국 군대의 군속에 관한 형사재판권 관련 조항이 적용될 수 없다(대판 2005도798).
- ③ 입법례 중 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 증거 조사절차 등을 위법하다고 보아 그 효력을 부정하고 다시 절차를 진행하는 것은 허용되지 아니한다(대판 2008도2826).
- ④ 일반 국민이 범한 수 개의 죄 가운데 특정 군사범죄와 그 밖의 일반 범죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 보아 하나의 사건으로 기소된 경우, 특정 군사범죄에 대하여는 군사법원이 전속적인 재판권을 가진다고 보아야 하므로 일반 법원은 이에 대하여 재판권을 행사할 수 없으며, 그 밖의 일반 범죄에 대하여 군사법원이 재판권을 행사하는 것도 허용될 수 없다(대판(전) 2016초기318).

## 31. 정답 ②

해설 옳은 것은 ㉠㉢이다.

- ㉠(○) 대판 90도672
- ㉡(×) 형사재심사건과 관련하여 형사소송법 제56조에 대한 위헌제청신청을 하였는데 법원이 5개월 가까이 되도록 그 가부에 대한 재판을 하지 않음으로써 청구인의 헌법상 기본권인 신속한 재판을 받을 권리 등이 침해되었다는 이유로 헌법소원을 제기하였으나, 곧 이어 법원이 그 위헌제청신청을 기각한 경우에 있어서 그와 같이 재판이 지연된 것이 재판부 구성원의 변경, 재판의 전제성과 관련한 본안심리의 필요성, 청구인에 대한 송달불능 등으로 인한 것이어서 법원이 재판을 특별히 지연시켰다고 볼 수 없다(헌재 92헌마169).
- ㉢(○) 형사소송법은 신속한 재판에 위반한 경우의 구제책에 대하여 직접적 규정을 두고 있지 않다.
- ㉣(×) 형사소송법에 공소장 제출기한에 관한 규정은 없다.
- ㉤(×) 판결선고 기간은 형사소송법이 아니라 소송촉진등에관한특례법 제21조에 규정되어 있다. 또한 항소 또는 상고가 제기된 날로부터가 아닌 기록을 송부받은 날부터이다.

## 32. 정답 ③

해설 옳지 않은 것은 ㉠㉡㉢이다.

- ㉠(○) 제8조 제2항
- ㉡(×) 법원은 공소사실의 일부 철회 또는 변경으로 인하여 대상사건에 해당하지 아니하게 된 경우에도 이 법에 따른 재판을 계속 진행한다(국참법 제6조).
- ㉢(×) 공모공동정범에 있어 공모지도 범죄지에 포함된다라는 것이 통설과 판례의 입장이다(대판 98도2734).
- ㉣(○) 대판 2006도8568

- ㉠(×) 관할의 지정은 검사가 관계있는 제1심법원에 공통되는 직근상급법원에 신청하여야 한다(제14조). 또한 검사는 관할이전의 사유가 있는 경우 직근 상급법원에 관할이전을 신청하여야 한다. 피고인도 이 신청을 할 수 있다(제15조).

### 33. 정답 ③

- 해설 ①(×) 법관이 수사단계에서 피고인에 대하여 구속영장을 발부한 경우는 형사소송법 제17조 제7호 소정의 “법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때”에 해당한다고 볼 수 없다(대판 89도612).
- ②(×) 법관에 대한 기피신청이 있는 경우 형사소송법 제22조에 따라 정지되는 소송진행에 판결의 선고는 포함되지 아니하므로, 피고인이 변론종결 뒤 재판부에 대한 기피신청을 하였지만, 원심이 소송진행을 정지하지 아니하고 판결을 선고한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 판결에 영향을 미친 절차위반 등의 위법이 없다(대판 2002도4893).
- ③(○) 변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 아니하는 때에 한하여 법관에 대한 기피를 신청할 수 있다(제18조 제2항).
- ④(×) 약식명령을 발부한 법관이 그 정식재판 절차의 항소심판결에 관여함은 제척, 기피의 원인이 되나, 약식명령을 발부한 법관이 그 정식재판 절차의 항소심 공판에 관여한 바 있어도 후에 경질되어 그 판결에는 관여하지 아니한 경우는 전심재판에 관여한 법관이 불복이 신청된 당해 사건의 재판에 관여하였다고 할 수 없다(대판 85도281).

### 34. 정답 ②

- 해설 ② 징계혐의 사실의 인정은 형사재판의 유죄확정 여부와는 무관한 것이므로 형사재판 절차에서 유죄의 확정판결을 받기 전이라도 징계혐의 사실은 인정될 수 있는 것이며, 그와 같은 징계혐의 사실인정은 무죄추정에 관한 헌법 제26조 제4항 또는 형사소송법 제275조의2 규정에 저촉된다고 볼 수 없다(대판 85누407). ※ 농지개량조합인사규정준칙의 징계처분 대상이 됨(조합장이 뇌물수수)
- ① 현재 2001도5225
- ③ 현재 2004헌바12
- ④ 현재 2003헌마31

### 35. 정답 ③

- 해설 옳지 않은 것은 ㉠㉡㉢이다.
- ㉠(○) 대결 2006모656
- ㉡(×) 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다(헌법 제12조 제2항). 헌법은 불리한 진술에 제한하고 있다. 그러나 형사소송법에서는 유리·불리를 불문하고 진술거부권이 보장된다.
- ㉢(×) 공판절차가 갱신된 경우에도 재판장은 피고인에게 진술거부권을 고지하여야 한다(규칙 제144조 제1항).
- ㉣(×) 강도 현행범으로 체포된 피고인에게 진술거부권을 고지하지 아니한 채 강도범행에 대한 자백을 받고, 이를 기초로 여죄에 대한 진술과 증거물을 확보한 후 진술거부권을 고지하여 피고인의 임의자백 및 피해자의 피해사실에 대한 진술을 수집한 사안에서, 제1심 법정에서의 피고인의 자백은 진술거부권을 고지 받지 않은 상태에서 이루어진 최초 자백 이후 40여 일이 지난 후에 변호인의 충분한 조력을 받으면서 공개된 법정에서 임의로 이루어진 것이고, 피해자의 진술은 법원의 적법한 소환에 따라 자발적으로 출석하여 위증의 벌을 경고받고 선서한 후 공개된 법정에서 임의로 이루어진 것이어서, 예외적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 2차적 증거에 해당한다(대판 2008도11437).

### 36. 정답 ④

- 해설 ④ 진술거부권은 현재 피의자나 피고인으로서 수사 또는 공판절차에 계속 중인 자 뿐만 아니라 장차 피의자나 피고인이 될 자에게도 보장되며, 형사절차뿐 아니라 행정절차나 국회에서의 조사절차 등에서도 보장된다(헌재 96헌가11).
- ① 대판 92도682
- ② 대판 2012도16001
- ③ 대판 2015도3136

### 37. 정답 ③

해설 옳지 않은 것은 ㉠㉡㉢이다.

㉠(×) 대표변호인은 3인을 초과할 수 없다(제32조의2 제3항).

㉡(×) 법원의 국선변호인 선정에 대한 결정은 판결 전 소송절차에 관한 결정이므로 이에 대하여는 항고할 수 없다(제403조 제1항).

㉢(○) 통설의 입장이다.

㉣(×) 법원은 피고인의 연령·지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위 안에서 변호인을 선정하여야 한다(제33조 제3항).

㉤(○) 대결 94모25

### 38. 정답 ③

해설 ③ 형사소송법 제33조 제1항 제1호의 ‘피고인이 구속된 때’ 라고 함은, 피고인이 당해 형사사건에서 구속되어 재판을 받고 있는 경우를 의미하고, 피고인이 별건으로 구속되어 있거나 다른 형사사건에서 유죄로 확정되어 수형중인 경우는 이에 해당하지 아니한다(대판 2009도579).

① 대판 2012도16334

② 대판 2011도2279

④ 대판 91도865

### 39. 정답 ④

해설 ④ 대판 2008도9812

① 필요적 변호사건에서 변호인 없이 개정하여 심리를 진행하고 판결한 것은 소송절차의 법령위반에 해당하지만 피고인의 이익을 위하여 만들어진 필요적 변호의 규정 때문에 피고인에게 불리한 결과를 가져오게 할 수는 없으므로 그와 같은 법령위반은 무죄 판결에 영향을 미친 것으로는 되지 아니한다(대판 2002도5748).

② 제1심에서 피고인의 청구 또는 직권으로 국선변호인이 선정되어 공판이 진행된 경우 항소법원은 특별한 사정변경이 없는 한 국선변호인을 선정하는 것이 바람직하다(대판 2019도8531). 항소법원이 특별한 사정변경 없이 국선변호인을 선정하지 않은 것은 바람직하지 않지만 위법하다고 할 수는 없다는 판례이다.

③ 피고인에게 소송기록접수통지를 한 다음에 변호인이 선임된 경우에는 변호인에게 다시 같은 통지를 할 필요가 없다. 이는 필요적 변호사건에서 항소법원이 국선변호인을 선정하고 피고인과 그 변호인에게 소송기록접수통지를 한 다음 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 항소법원이 국선변호인의 선정을 취소한 경우에도 마찬가지이다. 이러한 경우 항소이유서 제출기간은 국선변호인 또는 피고인이 소송기록접수통지를 받은 날부터 계산하여야 한다(대결(전) 2015도10651).

### 40. 정답 ②

해설 ② 형사재판확정기록이 아닌 불기소처분으로 종결된 기록에 관해서는 정보공개법에 따른 정보공개청구가 허용되고 그 거부나 제한 등에 대한 불복은 항고소송절차에 의한다(대결 2021모3175).

① 형사재판확정기록의 공개에 관하여는 정보공개법에 의한 공개청구가 허용되지 않는다. 따라서 형사재판확정기록에 관해서는 형사소송법 제59조의2에 따른 열람·등사신청이 허용되고 그 거부나 제한 등에 대한 불복은 준항고에 의한다(대결 2021모3175).

③ 피고인에게 변호인이 있는 경우에는 피고인은 열람만을 신청할 수 있다(제266조의3 제1항).

④ 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인은 판사의 허가를 얻어 전조의 처분에 관한 서류와 증거물을 열람 또는 등사할 수 있다(제185조).