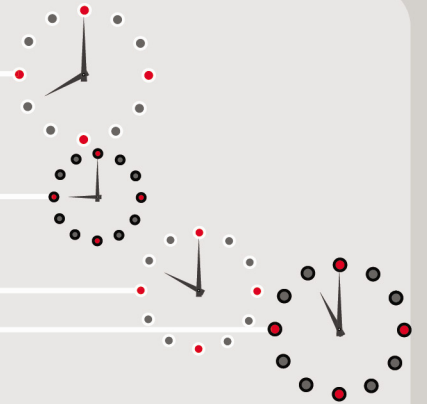
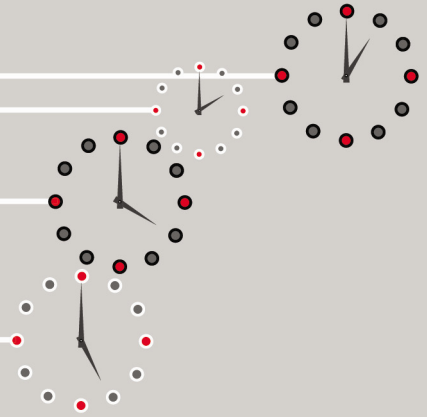


# 제1편 서론





### 1. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 검찰징수사무규칙(재산형등에관한검찰집행사무규칙)은 벌금형 등에 관한 사항을 정한 것으로서 그 근거나 입법형식 및 내용에 비추어 대외적으로 구속력을 갖는 법규명령이라고 볼 수 없고 검찰청 내부의 사무처리에 불과하기에 형사소송법의 법원성을 인정하기 어렵다.
- ② 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 법원판결은 헌법소원의 대상이 되며 그러한 재판은 취소되어야 한다.
- ③ 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 ‘대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정’에서 말하는 ‘통상적으로 대한민국에 거주하는 자’에 해당하므로, 피고인에게는 위 협정에서 정한 미합중국 군대의 군속에 관한 형사재판권 관련 조항이 적용될 수 있다.
- ④ 한반도의 평시상태에서 미합중국 군대의 군속이 대한민국 영역 안에서 범죄를 저지른 경우 우리 법원이 형사재판권을 바로 행사할 수 없다.

#### 해설

한반도의 평시상태에서 미합중국 군 당국은 미합중국 군대의 군속에 대하여 형사재판권을 가지지 않으므로 미합중국 군대의 군속이 범한 범죄에 대하여 대한민국의 형사재판권과 미합중국 군 당국의 형사재판권이 경합하는 문제는 발생할 여지가 없고, 대한민국은 협정 제22조 제1항(나)에 따라 미합중국 군대의 군속이 대한민국 영역 안에서 저지른 범죄로서 대한민국 법령에 의하여 처벌할 수 있는 범죄에 대한 형사재판권을 바로 행사할 수 있는 것이다. (대법원 2006.5.11. 선고 2005도798 판결)

### 2. 국회의원 甲이 보도자료를 작성하여 국회 법제사법위원회 개의 당일 국회의원회관에서 기자들에게 배포한 행위와 관련하여 잘못된 것은?

- ① 헌법 제45조는 “국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다”고 규정하여 국회의원의 면책특권을 인정하고 있다.
- ② 면책특권의 대상이 되는 행위는 국회의 직무수행에 필수적인 국회의원의 국회 내에서의 직무상 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에만 국한되지 아니하고 이에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함하며, 그와 같은 부수행위인지 여부는 구체적인 행위의 목적·장소·태양 등을 종합하여 개별적으로 판단하여야 한다.
- ③ 떡값 명목의 금품을 수수하였다는 내용이 게재된 보도자료를 작성하여 국회 법제사법위원회 개의 당일 국회 의원회관에서 기자들에게 배포한 사안에서, 피고인이 국회 법제사법위원회에서 발언할 내용이 담긴 위 보도자료를 사전에 배포한 행위는 국회의원 면책특권의 대상이 되는 직무부수행위에 해당한다.
- ④ 국회의원 면책특권의 대상이 되는 직무부수행위에 해당하므로, 피고인에 대한 허위사실적시 명예훼손 및 통신비밀보호법 위반의 점에 대하여 결정으로 공소를 기각하여야 한다.

### 3. 다음 중 판례의 입장이 잘못된 것은?

- ㉠ 내국인이 아닌 피고인이 중국 북경시에 소재한 대한민국 영사관 내에서 여권발급신청서 1장을 위조하였다는 취지의 공소사실에 대하여 우리 법원에 재판권이 인정된다.
- ㉡ 대한민국 내에 있는 미국문화원은 치외법권 지역으로서 미국문화원 내에서 죄를 범한 대한민국 국민에 대하여 우리 법원의 재판권이 인정되지 않는다.
- ㉢ 소말리아 해적이 몰타선적의 삼호주얼리호를 강취한 뒤 한국인과 외국인 선원에 대한 해상강도살인미수 등의 죄를 범한 경우 대한민국 국민에 대한 외국인의 범죄이므로 형법 제 6조에 의하여 우리 형법이 적용된다.
- ㉣ 캐나다 시민권자인 피고인이 캐나다에서 위조사문서를 행사한 경우 우리나라에 재판권이 있다.
- ㉤ 국회의원의 발언 내용이 허위라는 점을 인식하지 못하였다면 비록 발언 내용에 다소 근거가 부족하거나 진위 여부를 확인하기 위한 조사를 제대로 하지 않았다고 하더라도, 그것이 직무 수행의 일환으로 이루어진 것인 이상 이는 면책특권의 대상이 된다고 할 것이다.

① 1개

② 2개

③ 3개

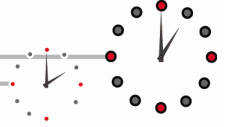
④ 4개

#### 해설

㉠ 형법의 적용에 관하여 같은 법 제2조는 대한민국 영역 내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다고 규정하고 있으며, 같은 법 제6조 본문은 대한민국 영역 외에서 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 같은 법 제5조에 기재한 이외의 죄를 범한 외국인에게 적용한다고 규정하고 있는바, 중국 북경시에 소재한 대한민국 영사관 내부는 여전히 중국의 영토에 속할 뿐 이를 대한민국의 영토로서 그 영역에 해당한다고 볼 수 없을 뿐 아니라, 사문서위조죄가 형법 제6조의 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 범한 죄에 해당하지 아니함은 명백하다. 따라서 원심이 내국인이 아닌 피고인이 위 영사관 내에서 공소외인 명의의 여권발급신청서 1장을 위조하였다는 취지의 공소사실에 대하여 외국인의 국외범에 해당한다는 이유로 피고인에 대한 재판권이 없다고 판단한 것은 옳다(대법원 2006.9.22. 2006도5010).

㉡ 캐나다 시민권자인 피고인이 캐나다에서 위조사문서를 행사하였다는 내용으로 기소된 사안에서, **형법 제234조**의 위조사문서행사죄는 **형법 제5조 제1호** 내지 **제7호**에 열거된 죄에 해당하지 않고, 위조사문서행사를 **형법 제6조**의 대한민국 또는 대한민국 국민의 법익을 직접적으로 침해하는 행위라고 볼 수도 없으므로 피고인의 행위에 대하여는 우리나라에 재판권이 없는데도, 위 행위가 외국인의 국외범으로서 우리나라에 재판권이 있다고 보아 유죄를 인정한 원심판결에 재판권 인정에 관한 법리오해의 위법이 있다.(대법원 2011.8.25. 선고 2011도6507 판결)

㉢ 면책특권의 목적 및 취지 등에 비추어 볼 때, 발언내용 자체에 의하더라도 직무와는 아무런 관련이 없음이 분명하거나, 명백히 허위임을 알면서도 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우 등까지 면책특권의 대상이 된다고 할 수는 없다 할 것이지만, 발언 내용이 허위라는 점을 인식하지 못하였다면 비록 발언 내용에 다소 근거가 부족하거나 진위 여부를 확인하기 위한 조사를 제대로 하지 않았다고 하더라도, 그것이 직무 수행의 일환으로 이루어진 것인 이상 이는 면책특권의 대상이 된다고 할 것이다. (대법원 2007.1.12. 선고 2005다57752 판결)



4. 형소소송의 목적과 이념에 관한 헌법재판소 또는 대법원 판례의 입장이 아닌 것은?(11승진)

- ① 경찰청장이 주민등록증발급신청서에 날인되어 있는 지문정보를 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 행위는 무죄추정원칙과 영장주의 내지 강제수사법정주의에 위배된다.
- ② 법원이 아닌 사회보호위원회가 치료감호의 종료여부를 결정하도록 한 구 사회보호법 규정은 재판청구권을 침해하거나 적법절차의 원칙에 위반되지 아니한다.
- ③ 금지처분을 받은 수형자에 대하여 금지기간 중 운동을 금지하는 행형법시행령 제145조 제2항 중 운동 부분은 수형자의 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유 등을 침해한다.
- ④ 검사가 법원의 증인으로 채택된 수감자를 그 증언에 이르기까지 거의 매일 검사실로 하루 종일 소환하여 피고인 측 변호인이 접근하는 것을 차단하고, 검찰에서의 진술을 반복하는 증언을 하지 않도록 회유·압박하고, 때로는 검사실에서 편의를 제공한 행위는 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.

**해설**

① 경찰청장은 개인정보화일의 보유를 허용하고 있는 공공기관의개인정보보호에관한법을 제5조에 의하여 자신이 업무수행상의 필요에 의하여 적법하게 보유하고 있는 지문정보를 전산화할 수 있고, 지문정보의 보관은 범죄수사 등의 경우에 신원확인을 위하여 이용하기 위한 것이므로, 경찰청장이 지문정보를 보관하는 행위의 법률적 근거로서 거론되는 법률조항들은 모두 경찰청장이 지문정보를 범죄수사목적에 이용하는 행위의 법률적 근거로서 원용될 수 있다. 지문날인제도로 인하여 정보주체가 현실적으로 입게 되는 불이익에 비하여 경찰청장이 보관·전산화하고 있는 지문정보를 범죄수사활동, 대형사건사고나 변사자가 발생한 경우의 신원확인, 타인의 인적사항 도용 방지 등 각종 신원확인의 목적을 위하여 이용함으로써 달성할 수 있게 되는 공익이 더 크다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 지문날인제도는 법익의 균형성의 원칙에 위배되지 아니한다(헌재 2005.05.26. 99헌마513).

④ 법원에 의하여 채택된 증인은 검사와 피고인 쌍방이 공평한 기회를 가지고 법관의 면전에서 조사·진술되어야 하는 중요한 증거자료의 하나로서 비록 검사의 신청에 의하여 채택된 증인이라 하더라도 그는 검사만을 위하여 증언하는 것이 아니며, 오로지 그가 경험한 사실대로 증언하여야 할 의무가 있는 것이고, 따라서 검사이든 피고인이든 공평하게 증언에 접근할 수 있도록 기회가 보장되지 않으면 안 되며, 검사와 피고인 쌍방 중 어느 한편이 증인과의 접촉을 독점하거나 상대방의 접근을 차단하도록 허용한다면 이는 상대방의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 되고, 구속된 증인에 대한 편의제공 역시 그것이 일방당사자인 검사에게만 허용된다면 그 증인과 검사의 부당한 인간관계의 형성이나 회유의 수단 등으로 오용될 우려가 있고, 또 거꾸로 그러한 편의의 박탈 가능성이 증인에게 심리적 압박수단으로 작용할 수도 있으므로 접근차단의 경우와 마찬가지로 공정한 재판을 해하는 역할을 할 수 있다.(대판 2002.10.8. 2001도3931)

5. 적정절차의 원칙과 관련된 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?

- ㉠ 수용자를 교정시설에 수용할 때마다 전자영상 검사기를 이용하여 수용자의 항문 부위에 대한 신체검사를 하는 것이 수용자의 인격권 내지 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.
- ㉡ 피청구인이 청구인들로 하여금 경찰관에게 등을 보인 채 상의를 속옷과 함께 거드랑이까지 올리고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내린 상태에서 3회에 걸쳐 앉았다 일어서게 하는 방법으로 실시한 정밀신체수색은 기본권이 침해되었다고 볼 수 있다.
- ㉢ 교도관이 마약류사범에게 외부와 차단된 검사실에서 같은 성별의 교도관 앞에 돌아서서 하의속옷을 내린 채 상체를 숙이고 양손으로 둔부를 벌려 항문을 보이는 방법으로 실시한 정밀신체검사는 과잉금지의 원칙에 위배되었다.
- ㉣ 증인신문사항의 서면제출을 명하고 이를 이행하지 않을 경우에 증거결정을 취소할 수 있는 권한의 근거가 되는 형사소송법 제279조(재판장의 소송지휘권) 및 제299조(불필요한 변론 등의 제한)는 헌법상 보장된 무죄추정의 원칙 내지 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다.
- ㉤ 특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률 제9조 제5항(부착명령의 선고는 특정범죄사건의 양형에 유리하게 참작되어서는 아니 된다)은 평등원칙, 일사부재리의 원칙 등에 위배된다고 볼 수는 없다.

① 1개

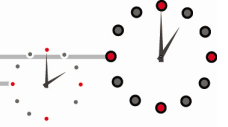
② 2개

③ 3개

④ 4개

**해설**

㉠ 형사소송법 제279조에 따라 재판장이 필요하다고 인정할 때에는 증인의 신문을 청구한자에 대하여 신문사항을 기재한 서면의 제출을 명할 수 있고, 법원은 위 명을 받은 자가 신속히 그 서면을 제출하지 아니한 경우에는 증거결정을 취소할 수 있는 소송지휘권은 소송절차에 질서를 부여하고 심리의 신속·원활을 도모함으로써 당사자의 소송활동을 합리화하는 목적을 가지고 있는바, 그 입법목적은 헌법 제27조 제3항에 비추어 정당하고 위와 같은 소송지휘권은 단순히 증인을 신청한 변호인 또는 피고인의 기본권만을 제한하는 효과를 갖는 것이 아니라, 다른 검사변호인 또는 피고인의 교호신문권을 보장함으로써 공정한 재판을 받을 권리를 구현하는 효과도 가지는 것이고, 비록 미리 제출되지 아니한 신문사항이라 할지라도 당사자가 증인의 답변을 반박하여 그 상호 모순성이나 불합리성을 지적하기 위한 새로운 사항을 신문할 수 있으므로, 위 소송지휘권 행사는 법익의 균형성 및 피해의 최소성을 갖춘 것으로 인정된다. 형사소송법 제279조 및 제299조가 공정한 공개재판을 받을 권리와 무죄추정을 받을 권리를 본질적으로 침해하거나 형해화하였다고 할 수 없다.(헌재 1998.12.24, 94헌바46)



6. 적정절차의 원칙과 관련하여 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 헌법 제12조 제1항 후문에 규정되어 있는 적법절차란 법률이 정한 절차 및 그 실제적 내용이 모두 적정하여야 함을 말하는 것이다.
- ② 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 그 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.
- ③ 형사소송법 제34조가 규정한 변호인의 접견교통권은 이를 제한하는 법령이 없다면 법원의 결정으로만 제한할 수 있고, 수사기관의 처분으로는 제한할 수 없다.
- ④ 경찰관이 간호사로부터 진료 목적으로 채혈된 음주운전피의자의 혈액 중 일부를 주취운전 여부에 대한 감정을 목적으로 임의로 제출받아 압수하였다면, 간호사에게 병원 등을 대리하여 혈액을 제출할 권한이 없었다는 특별한 사정이 없는 한 압수절차가 피의자 또는 피의자 가족의 동의 및 영장 없이 이루어졌다는 사실 때문에 적법절차에 위배된다고 볼 수는 없다.

**해설**

형사소송법 제34조는 변호인 또는 변호인이 되려는 자에게 구속을 당한 피고인 또는 피의자에 대하여까지 접견교통권을 보장하는 취지의 규정하므로 위 접견교통권을 위와 달리 해석할 법령상의 근거가 될 수 없다. 이와 같은 접견교통권은 피고인 또는 피의자나 피내사자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다고 할 것이다(대법원 1996. 6. 3. 96모18).

7. 형사소송법의 이념에 관한 내용으로서 옳은 것은?

- ① 신속한 재판을 받을 권리는 주로 피고인의 이익을 보호하기 위하여 인정된 기본권이지만 동시에 실제적 진실발견, 소송경제, 재판에 대한 국민의 신뢰와 형벌목적의 달성과 같은 공공의 이익에도 근거가 있기 때문에 어느 면에서는 이중적인 성격을 갖고 있다고 할 수 있다.
- ② 대법원 양형위원회가 설정한 ‘양형기준’이 발효하기 전에 공소가 제기된 범죄에 대하여 위 ‘양형기준’을 참고하여 형을 양정한 사안에서, 피고인에게 불리한 법률을 소급하여 적용한 위법이 있다고 할 수 있다.
- ③ 기피신청이 소송의 지연을 목적으로 함이 명백한 경우에 신청을 받은 법원 또는 법관이 이를 기각할 수 있도록 규정한 형사소송법 제20조 제1항은 헌법상 보장되는 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.
- ④ 보통군사법원군판사는 검찰관 또는 군사법경찰관의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 구속기간의 연장을 각각 1차에 한하여 허용하는 규정은 과잉금지의 원칙에 위반하여 신체의 자유 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

**해설**

형사소송 절차의 신속성이라는 공익적 법익은 기피신청을 기각당한 당사자가 입는 불이익보다 훨씬 크다고 할 것이어서 심판대상 조항은 법익의 균형성도 갖추고 있다고 할 것이므로, 위 법률조항은 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반된다고 할 수 없어 공정한 재판을 받을 권리를 침해하였다고 할 수 없다(헌재 2006.07.27, 2005헌바58).

8. 형사소송법의 이념에 관한 헌법재판소 결정 또는 대법원 판례의 입장이 아닌 것은? (10승진)

- ① 구속만기 25일을 앞두고 제1회 공판이 있었다 하여 신속한 재판을 받을 권리가 침해되었다고 볼 수 없다.
- ② 검사와 피고인 쌍방이 항소한 경우에 제1심 선고 형기 경과 후 제2심 공판이 개정되었다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다.
- ③ 형사소송법상의 구속기간 제한규정은 법원의 재판기간 내지 심리기간 자체를 제한하려는 규정이라 할 수 없다.
- ④ 위험제청신청을 하였는데도 불구하고 재판부 구성원의 변경, 재판의 전제성과 관련한 본안심리의 필요성, 청구인에 대한 송달불능 등을 이유로 법원이 재판을 하지 않다가 5개월이 지나서야 그 신청을 기각했다면 청구인은 신속한 재판을 받을 권리를 침해당한 것이다.

**해설**

형사재심사건과 관련하여 형사소송법 제56조에 대한 위험제청신청을 하였는데 법원이 5개월 가까이 되도록 그 가부에 대한 재판을 하지 않음으로써 청구인의 헌법상 기본권인 신속한 재판을 받을 권리등이 침해되었다는 이유로 헌법소원을 제기하였으나 곧 이어 법원이 그 위험제청신청을 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 없을 뿐만 아니라 청구인이 헌법소원을 통하여 구제받고자 하는 기본권침해는 피청구인이 위험제청신청을 기각하는 결정을 함으로써 소멸되어 권리보호의 목적이 이미 이루어졌고 달리 불분명한 헌법문제의 해명이나 침해반복의 위험을 이유로 한 심판의 이익이 있다 할 특별한 사정도 없다(헌재 1993.11.25, 92헌마169)

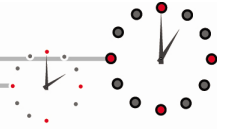
9. 형사소송법의 이념에 관한 헌법재판소 결정 또는 대법원 판례의 입장이 아닌 것은?

- ① 검찰측 증인으로 채택된 A를 145회에 걸쳐 소환한 것은 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것이다.
- ② 도로교통법상의 통고처분은 적법절차원칙이나 사법권을 법원에 둔 권력분립원칙에 위배된다거나, 재판청구권을 침해하는 것이라 할 수 없다.
- ③ 구속기간을 여러차례에 걸쳐 갱신하였다 하더라도 반드시 피고인의 신속한 재판을 받을 권리를 침해하였다고 할 수 없다.
- ④ 국가보안법 제7조(찬양·고무) 및 제10조(불고지)의 죄에 대하여 형사소송법상의 수사기관에 의한 피의자구속기간 30일보다 20일이나 많은 50일을 인정한 것은 피의자의 신체의 자유, 무죄추정의 원칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해한 것이라 할 수 없다.

**해설**

국가보안법 제7조(찬양·고무) 및 제10조(불고지)의 죄는 구성요건이 특별히 복잡한 것도 아니고 사건의 성질상 증거수집이 더욱 어려운 것도 아님에도 불구하고 국가보안법제19조가 제7조 및 제10조의 범죄에 대하여서까지 형사소송법상의 수사기관에 의한 피의자구속기간 30일보다 20일이나 많은 50일을 인정한 것은 국가형벌권과 국민의 기본권과의 상충관계형량을 잘못하여 불필요한 장기구속을 허용하는 것이어서 결국 헌법 제37조 제2항의 기본권제한입법의 원리인 과잉금지 원칙을 현저하게 위배하여 피의자의 신체의 자유, 무죄추정의 원칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해한 것이다.(헌재 1992.04.14, 90헌마82)





10. 다음 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(판례에 의함)

- ㉠ 징벌 중에서 가장 중한 징벌인 금치처분을 받은 수형자를 엄격한 격리에 의하여 외부와의 접촉을 금지시켜 수용 질서를 확립할 필요가 있으므로 금치 기간 동안 징벌실에 수용하는 것 이외에 일반 수형자에게 허용된 권리인 운동에 제한을 가하는 것은 위와 같은 목적을 달성하기 위하여 필요 적절한 수단이라 할 것이다.
- ㉡ 검사가 교도관으로부터 보관중이던 재소자의 비망록을 증거자료로 임의로 제출받아 이를 압수한 것은 적법절차에 위반된다.
- ㉢ 관세법에 대하여 통고처분만으로 벌금이 과해지고 납부하면 형이 확정되는 것으로 보는 것은 적법절차 원칙에 위반된다.
- ㉣ 교통사고를 일으킨 운전자에게 형사책임과 관련된 사항에 관하여 신고의무를 부담시키는 것은 진술거부권 보장의 원리에 어긋나지 않는다.
- ㉤ 경찰 공무원의 증인적격을 인정한다 하더라도 적법절차의 원칙에 반한다거나 그 근거조항인 형사소송법 제146조가 합리적이고 정당한 법률이 아니라고 말할 수는 없다.
- ㉥ 형사소송법은 당사자주의를 그 기본 골격으로 하면서 한편으로는 직권주의적 규정을 아울러 두고 있다.

① 1개

② 2개

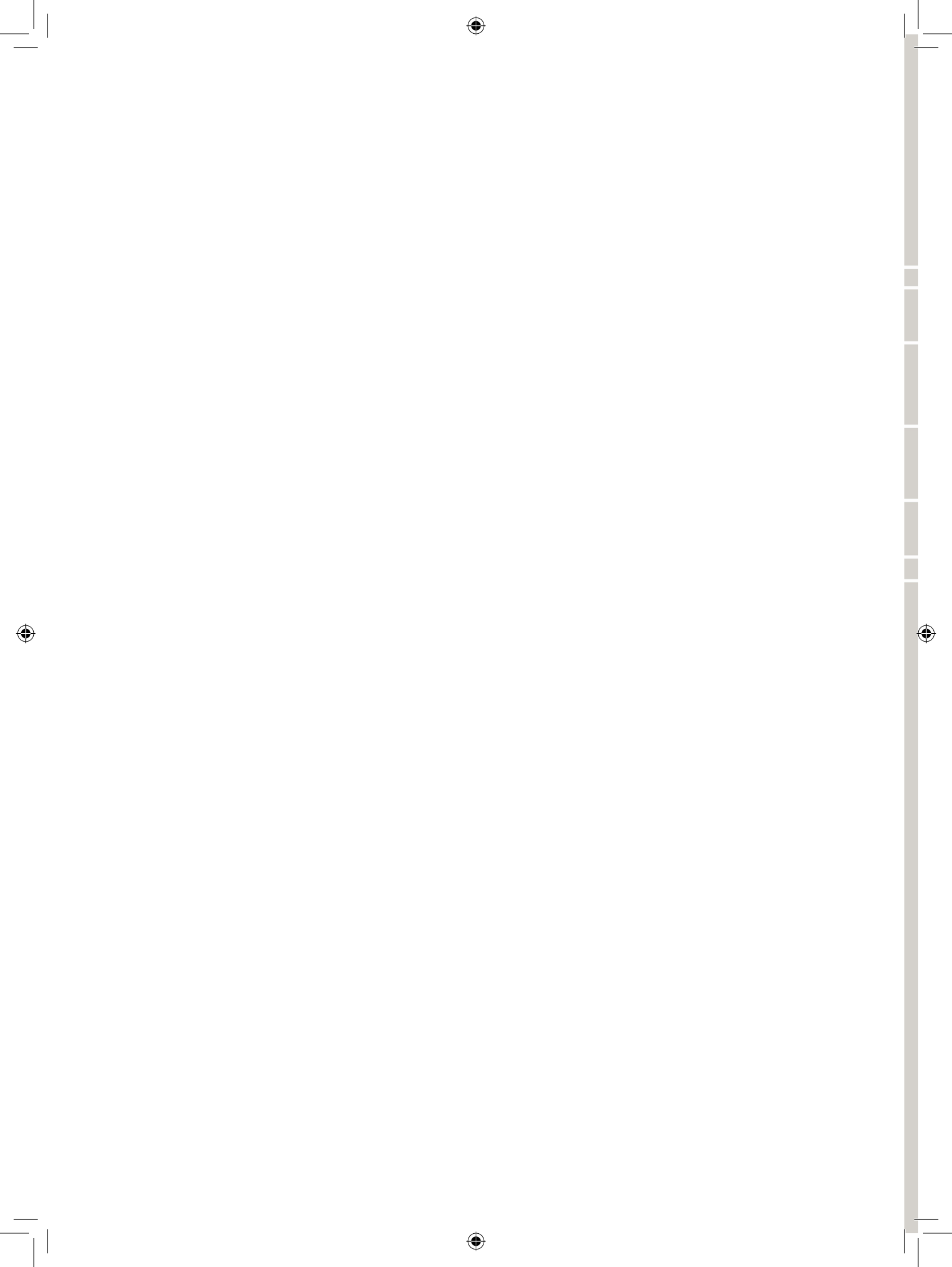
③ 3개


④ 4개

해설

옳지 않은 것은 ㉡㉢㉣㉤이다.

- ㉠ 형사소송법 및 기타 법령상 교도관이 그 직무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로서 재소자가 작성한 비망록을 수사기관이 수사 목적으로 압수하는 절차에 관하여 특별한 절차적 제한을 두고 있지 않으므로, 교도관이 재소자가 맡긴 비망록을 수사기관에 임의로 제출하였다면 그 비망록의 증거사용에 대하여도 재소자의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익이 침해되는 등의 특별한 사정이 없는 한 반드시 그 재소자의 동의를 받아야 하는 것은 아니다. 따라서 검사가 교도관으로부터 그가 보관하고 있던 피고인의 비망록을 뇌물수수 등의 증거자료로 임의로 제출받아 이를 압수한 경우, 그 압수절차가 피고인의 승낙 및 영장 없이 행하여졌다고 하더라도 이에 적법절차를 위반한 위법이 있다고 할 수 없다(대법원 2008.5.15. 2008도1097).
- ㉡ 통고처분은 상대방의 임의의 승복을 그 발효요건으로 하기 때문에 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리의무를 형성하지 않으므로 행정심판이나 행정소송의 대상으로서의 처분성을 부여할 수 없고, 통고처분에 대하여 이의가 있으면 통고내용을 이행하지 않음으로써 고발되어 형사재판절차에서 통고처분의 위법·부당함을 얼마든지 다툴 수 있기 때문에 관세법 제38조 제3항 제2호가 법관에 의한 재판받을 권리를 침해한다든가 적법절차의 원칙에 저촉된다고 볼 수 없다.(헌재 1998.05.28. 96헌바4)
- ㉢ 교통사고를 일으킨 운전자에게 신고의무를 부담시키고 있는 도로교통법 제50조 제2항, 제111조 제3호는 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 범위 내에서 교통사고의 객관적 내용만을 신고하도록 한 것으로 해석하고, 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다(헌재 1990.8.27. 89헌가118).





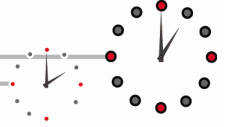
## 제2편 수사와 공소

I 수사

II 강제수사와 강제처분

III 수사의 종결과 공소제기





## I 수사

### 1. 다음 중 잘못된 것은?

- ① 사법경찰관사무취급이 작성한 피의자신문조서, 참고인진술조서, 압수조서는 권한 없는 자가 작성한 조서라고 할 수 없다.
- ② 긴급체포한 때로부터 약 3시간 후에 사법경찰리에 의하여 이루어진 압수·수색이 영장없이 이루어진 위법한 조치라고 할 수 없다.
- ③ 사법연수생인 검사 직무대리가 검찰총장으로부터 명 받은 범위 내에서 법원조직법에 의한 합의부의 심판사건에 해당하지 아니하는 사건에 관하여 검사의 직무를 대리하여 피고인에 대한 피의자신문조서를 작성할 경우, 그 피의자신문조서는 형사소송법 제312조 제1항의 요건을 갖추고 있는 한 당해 지방검찰청 또는 지청 검사가 작성한 피의자신문조서와 마찬가지로 그 증거능력이 인정된다.
- ④ 검사가 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치도록 되어 있어, 이러한 인지절차를 밟기 전에 수사를 한 경우 위법하다.

#### 해설

㉠ 사법경찰관사무취급이 작성한 피의자신문조서, 참고인진술조서, 압수조서는 형사소송법 제196조 제2항, 사법경찰관집무규칙 제2조에 의하여 사법경찰관이 검사 등의 지휘를 받고 수사사무를 보조하기 위하여 작성한 서류이므로 이를 권한 없는 자가 작성한 조서라고 할 수 없다.(대판 81도1357)

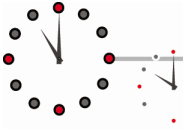
㉡ 검사가 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치도록 되어 있으나, 이러한 인지절차를 밟기 전에 수사를 하였다고 하더라도, 그 수사가 장차 인지의 가능성이 전혀 없는 상태에서 행해졌다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 인지절차가 이루어지기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 볼 수는 없고 따라서 그 수사과정에서 작성된 피의자신문조서나 진술조서 등의 증거능력도 이를 부인할 수 없다.(대판 2000도2968)

### 2. 수사에 대한 설명으로 틀린 것은?(판례에 의함)

- ① 수사란 범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소를 제기·유지할 것인가의 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동이다.
- ② 친고죄나 세무공무원 등의 고발이 있어야 논할 수 있는 죄에 있어서 고소 또는 고발은 소추조건에 불과하고 당해 범죄의 성립요건이나 수사의 조건은 아니다.
- ③ 위의 ②와 같은 범죄에 관하여 고소나 고발이 있기 전에 수사를 한 경우, 장차 고소나 고발이 있을 가능성이 없는 상태에서 수사가 행해졌더라도 위법하다고 볼 수는 없다.
- ④ 조세범처벌법 제6조의 세무종사 공무원의 고발에 앞서 수사를 하고 피고인에 대한 구속영장을 발부받은 후 검찰의 요청에 따라 세무서장이 공소제기 전에 고발을 하였다면 조세범처벌법 위반사건 피고인에 대한 공소제기의 절차가 무효라고 할 수는 없다.

#### 해설

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. 94도252).

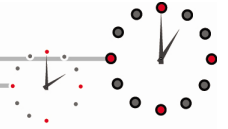


3. 함정수사에 관한 다음 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함) <11. 경찰채용>

- ① 범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있다. 그러나 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법하고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다.
- ② 경찰관이 손님을 가장하고 들어가 도우미를 불러줄 것을 요구하여 노래방 업주가 도우미를 불러낸 경우, 비록 도우미 알선 영업에 대한 제보나 첩보가 없고 경찰관이 단속실적을 올리기 위한 것이라 하더라도 노래방 업주가 도우미를 불러주었으므로 함정수사에 해당하지 아니한다.
- ③ 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 않은 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우는, 설령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 않는다.
- ④ A가 수사기관에 체포된 동거남의 석방을 위한 공적을 쌓기 위하여 B에게 필로폰 밀수입에 관한 정보제공을 부탁하면서 대가의 지급을 약속하고, B가 C에게, C는 D에게 순차 필로폰 밀수입을 권유하여, 이를 승낙하고 필로폰을 받으려 나온 D를 체포한 경우에는 B, C 등이 각자의 사적인 동기에 기하여 수사기관과 직접적인 관련 없이 독자적으로 D를 유인한 것으로서 위법한 함정수사에 해당하지 않는다.

해설

경찰관들이 단속 실적을 올리기 위하여 손님을 가장하고 들어가 도우미를 불러 줄 것을 요구하였던 점, 피고인측은 평소 자신들이 손님들에게 도우미를 불러 준 적도 없으며, 더군다나 이 사건 당일 도우미를 불러달라는 다른 손님들이 있었으나 응하지 않고 모두 돌려보낸 바 있다고 주장하는데, 위 노래방이 평소 손님들에게 도우미 알선 영업을 해 왔다는 아무런 자료도 없는 점, 위 경찰관들도 그와 같은 제보나 첩보를 가지고 이 사건 노래방에 대한 단속을 한 것이 아닌 점, 위 경찰관들이 피고인측으로부터 한 차례 거절당하였으면서도 다시 위 노래방에 찾아가 도우미를 불러 줄 것을 요구하여 도우미가 오게 된 점 등 여러 사정들을 종합해 보면, 이 사건 단속은 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 피고인의 범의를 유발케 한 것으로서 위법하고, 이러한 함정수사에 기한 이 사건 공소제기 또한 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다(대법원 2008.10.23. 2008도7362)



4. 함정수사에 대한 설명으로 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (09년 채용2차)

- ① 함정수사는 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 용이하게 하는 수사방법만을 의미한다.
- ② 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺거나 적극적인 사술이나 계락을 사용하지 않았다 하더라도 피유인자에게 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였다면 위법한 함정수사가 될 수 있다.
- ③ 위법한 함정수사는 공소기각 결정의 사유가 될 수 있다.
- ④ 위법한 함정수사에 의한 공소제기는 그 절차가 법률에 위반하여 무효인 때에 해당한다.

**해설**

④ 범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계락 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다(대법원 2005. 10. 28. 2005도1247).

① 함정수사는 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계락 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로, 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 함정수사라고 말할 수 없다(대법원 1992.10.27. 92도1377). 즉 판례는 범의유발형만을 함정수사로 보고있다.

② 수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용할 금전까지 제공하는 등으로 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은 위법한 함정수사에 해당하여 허용되지 아니하지만, 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 아니한 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐 수사기관이 사술이나 계락 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우는, 설령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 아니한다(대법원 2007.7.12. 2006도2339).

③ 위법한 함정수사에 의한 공소제기는 그 절차가 법률에 위반하여 무효인 때에 해당하므로 공소기각판결사유에 해당한다.

5. 함정수사에 관한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉠ 함정수사는 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로, 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 함정수사라고 말할 수 없다.
- ㉡ 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법하다 할 것인바, 구체적인 사건에 있어서 위법한 함정수사에 해당하는지 여부는 해당 범죄의 종류와 성질, 유인자의 지위와 역할, 유인의 경위와 방법, 유인에 따른 피유인자의 반응, 피유인자의 처벌 전력 및 유인행위 자체의 위법성 등을 종합하여 판단하여야 한다.
- ㉢ 피고인이 중국까지 가서 메스암페타민을 구매 올 생각이 없었는데 검찰 마약수사주사 공소외 갑(甲)과 제보자 공소외 을(乙)의 함정수사를 위한 이른바 '작업'에 의하여 비로소 이 사건 범행에 대한 범의를 일으켜 범죄를 행하도록 한 뒤 범행을 저지른 사람에 대하여 바로 그 범죄행위를 문제 삼아 공소를 제기하는 것으로서 적법한 소추권의 행사로 볼 수 없다.
- ㉣ 피고인의 뇌물수수가 공여자들의 함정교사에 의한 것이기는 하나, 뇌물공여자들에게 피고인을 함정에 빠뜨릴 의사만 있었고 뇌물공여의 의사가 전혀 없었다고 보기 어려울 뿐 아니라, 뇌물공여자들의 함정교사라는 사정은 피고인의 책임을 면하게 하는 사유가 될 수 없다.

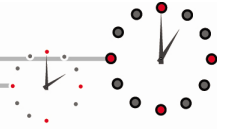
- ① 1개      ② 2개      ③ 3개      ④ 4개

**해설** 모두 옳은 지문이다.

- ㉠ 대법원 2004. 5. 14. 2004도1066
- ㉡ 대법원 2008.3.13. 2007도10804

㉢ 중국까지 가서 메스암페타민을 구매 올 생각이 없었는데 검찰 마약수사주사 공소외 1과 제보자 공소외 2의 함정수사를 위한 이른바 '작업'에 의하여 비로소 이 사건 범행에 대한 범의를 일으켰다고 하는 피고인들의 진술이 더 신빙성이 있을 뿐 아니라, 공소외 2의 유발행위 이전부터 피고인들에게 메스암페타민을 중국으로부터 수입하려는 구체적인 범의가 있었다거나 피고인 1이 예정했던 것보다 하루 일찍 인천공항을 통해 귀국한 것만으로 공소외 1, 공소외 2와 같이 계획했던 것과는 별개의 범의를 일으켜 메스암페타민 수입 범행을 감행하였다고 볼 수 없다고 판단하여, 결국 이 부분 공소는 범의를 가지지 아니한 사람에 대하여 수사기관이 범행을 적극 권유하여 범의를 유발케 하고 범죄를 행하도록 한 뒤 범행을 저지른 사람에 대하여 바로 그 범죄행위를 문제 삼아 공소를 제기하는 것으로서 적법한 소추권의 행사로 볼 수 없으므로, **형사소송법 제327조 제2호**에 규정된 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다는 이유로 공소가각 판결을 선고.





6. 함정수사와 관련하여 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함) (11승진)

- ① 위법한 함정수사에 기하여 공소를 제기한 경우 그 수사에 기하여 수집한 증거는 증거능력이 없다고 보아야 하므로 법원은 무죄판결을 하여야 한다.
- ② 경찰관이 취객을 상대로 한 이른바 부촉빼기 절도범을 단속하기 위하여, 공원 인도에 쓰러져 있는 취객 근처에서 감시하고 있다가, 마침 피고인이 나타나 취객을 부촉하여 10m 정도를 끌고 가지갑을 뒤지자 현장에서 체포하였다면 이는 경찰관이 직분을 넘어서 국민의 생명과 신체에 대한 위험을 무릅쓴 것으로서 범죄수사의 한계를 넘어서는 것이므로 위법한 함정수사에 해당한다.
- ③ 수사기관의 정보원이 피고인에게 단순히 10여 차례에 걸쳐 “아는 여자가 필로폰을 구입하려고 하니 구해 달라”는 부탁을 하였을 뿐 그 과정에서 피고인과의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피고인의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 저절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용될 금전을 제공하는 방법을 사용한 것은 아니더라도, 이로 인하여 피고인의 범의가 유발되었을 가능성을 배제할 수 없다면 위법한 함정수사에 해당한다.
- ④ 수사기관이 피고인의 범죄사실을 인지하고도 바로 체포하지 않고 추가 범행을 지켜보고 있다가 범죄사실이 많이 늘어난 뒤에야 체포하였다는 사정만으로는 피고인에 대한 위법한 함정수사가 있었다고 보기 어렵다.

**해설**

④ 대법원 2007.6.29. 2007도3164

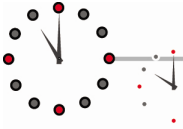
- ① 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다(대법원 2005. 10. 28. 2005도1247). 공소기각판결을 해야 한다.
- ② 경찰관이 취객을 상대로 한 이른바 부촉빼기 절도범을 단속하기 위하여, 공원 인도에 쓰러져 있는 취객 근처에서 감시하고 있다가, 마침 피고인이 나타나 취객을 부촉하여 10m 정도를 끌고 가지갑을 뒤지자 현장에서 체포하여 기소한 경우, 위법한 함정수사에 기한 공소제기가 아니다(대법원 2007.5.31. 2007도1903).
- ③ 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 아니한 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 교사하였을 뿐, 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우는, 실령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 아니한다(대법원 2008.3.13. 2007도10804).

7. 수사에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (10 국가직 9급)

- ① 위법한 함정수사에 대하여 판례는 피교사자에게 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.

**해설**

① 범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다(대법원 2005. 10. 28. 2005도1247). 즉 공소기각판결을 선고해야 한다.



8. 다음 중 옳은 설명은? (다툼이 있으면 판례에 의함) (10 채용2차)

- ① 변사자 또는 변사의 의심 있는 사체가 있는 경우, 변사자의 검시는 원칙적으로 경찰서장 또는 사법경찰관이 하여야 한다.
- ② 경찰관은 수상한 거동 기타 주위 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자에 대하여 질문을 할 때에 흥기의 소지여부를 조사할 수 없다.
- ③ 누구든지 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발할 수 있고, 공무원은 그 직무를 행함에 있어 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발하여야 한다.
- ④ 피고인이 검찰의 소환에 따라 자진 출석하여 검사에게 범죄사실에 관하여 자백함으로써 형법상 자수의 효력이 발생하였다고 하더라도, 그 후에 검찰이나 법정에서 범죄사실을 일부 부인하였다면 일단 발생한 자수의 효력은 소멸한다.

해설

③ 누구든지 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발할 수 있다.공무원은 그 직무를 행함에 있어 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발하여야 한다(제234조 제1, 2항).

① 변사자 또는 변사의 의심있는 사체가 있는 때에는 그 소재지를 관할하는 지방검찰청검사가 검시하여야 한다(제222조 제1항).

② 경찰관직무집행법은 경찰관은 거동불심자에 대하여 질문을 할 때에 흥기의 소지여부를 조사할 수 있다고 규정하고 있다(경찰관직무집행법 제3조 제3항).

④ 일단 자수가 성립한 이상 자수의 효력은 확정적으로 발생하고 그 후에 범인이 반복하여 수사기관이나 법정에서 범행을 부인한다고 하더라도 일단 발생한 자수의 효력이 소멸하는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 1999. 7. 9. 99도1695).

9. 수사와 관련하여 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함) (11승진)

- ① 고소는 고소인이 일정한 범죄사실을 수사기관에 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시이므로 그 고소한 범죄사실이 특정되어야 할 것이나 그 특정의 정도는 고소인의 의사가 구체적으로 어떤 범죄사실을 지정하여 처벌을 구하고 있는 것인가를 확정할 수만 있으면 되는 것이다.
- ② 고발은 범죄사실에 대한 소추를 요구하는 의사표시로서 그 효력은 고발장에 기재된 범죄사실과 동일성이 인정되는 사실 모두에 미치므로, 범칙사건에 대한 고발이 있는 경우 그 고발의 효과는 범칙사건에 관련된 범칙사실의 전부에 미치고 한 개의 범칙사실의 일부에 대한 고발은 그 전부에 대하여 효력이 생긴다.
- ③ 피고인이 자수하였다고 하더라도 자수한 자에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것으로서, 원심이 자수감경을 하지 아니하였다거나 자수감경 주장에 대하여 판단을 아니하였다 하여 위법하다고 할 수 없다.
- ④ 피의자의 승낙을 받아 유치하는 것은 임의수사로서 허용되나, 수사의 필요성과 상당성이라는 제한을 받는다.

해설

④ 학설은 상대방의 동의유무에 관계없이 보호실 유치가 강제수사에 해당하며 영장에 의하지 않는 한 위법하다는 점에 견해가 일치하고 있다. 판례도 구속영장없이 피의자를 보호실에 유치하는 것은 위법하다고 보고 있다.

10. 수사와 관련하여 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함) (11승진)

- ① 피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 하며, 사법경찰관리와 그 밖에 직무상 수사에 관계있는 자는 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사과정에서 취득한 비밀을 엄수하며 수사에 방해되는 일이 없도록 하여야 한다.
- ② 형사소송법 제236조의 대리인에 의한 고소의 경우, 대리권이 정당한 고소권자에 의하여 수여되었음이 실질적으로 증명되었더라도 고소를 할 때는 반드시 위임장을 제출하거나 '대리'라는 표시를 하여야 한다.
- ③ 대통령에게 제출한 청원서를 대통령비서실로부터 이관 받은 검사가 진정사건으로 내사한 후 내사종결처리 하였다면, 위 내사종결처리는 고소 또는 고발사건에 대한 불기소 처분이라고 볼 수 없어 재정신청의 대상이 되지 아니한다.
- ④ 경찰관으로부터 임의동행 요구를 받은 경우 상대방은 이를 거절할 수 있고, 임의동행 후라도 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유가 있다 할 것이다.

해설

② 형사소송법 제236조의 대리인에 의한 고소의 경우, 대리권이 정당한 고소권자에 의하여 수여되었음이 실질적으로 증명되면 충분하고, 그 방식에 특별한 제한은 없으므로, 고소를 할 때 반드시 위임장을 제출한다거나 '대리'라는 표시를 하여야 하는 것은 아니고, 또 고소기간은 대리고소인이 아니라 정당한 고소권자를 기준으로 고소권자가 범인을 알게 된 날부터 기산한다(대법원 2001. 9. 4. 2001도3081).

11. 반의사불벌죄와 관련하여 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉠ 반의사불벌죄에 있어서 피해자가 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시나 처벌을 희망하는 의사표시의 철회를 하였다고 인정하기 위해서는 피해자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 한다.
- ㉡ 반의사불벌죄에 있어서 피해자의 피고인 또는 피의자에 대한 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌을 희망하는 의사표시의 철회는 의사능력이 있는 미성년자인 피해자가 단독으로 이를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 한다거나 법정대리인에 의해 대리되어야만 한다고 볼 것은 아니다.
- ㉢ 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시의 부존재는 소위 소극적 소송조건으로서 직권조사사항이라 할 것이므로 당사자가 항소이유로 주장하지 아니하였다고 하더라도 법원은 이를 직권으로 조사판단하여야 한다.
- ㉣ 반의사불벌죄에 있어서 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시나 처벌을 희망하는 의사표시의 철회에 관하여 형사소송법 제233조 소정의 고소불가분의 원칙이 준용된다.
- ㉤ 폭행죄 등 반의사불벌죄에서 처벌불원의 의사표시는 의사능력 있는 피해자가 단독으로 할 수 있고 피해자 사망 후 상속인이 그 의사표시를 대신할 수 있다.

- ① 1개      ② 2개      ③ 3개      ④ 4개

해설

옳은 것은 ㉠,㉡,㉣이다.

㉠ 청소년의 성보호에 관한 법률 제16조에 규정된 반의사불벌죄라고 하더라도, 피해자인 청소년에게 의사능력이 있는 이상, 단독으로 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 하는 것으로 볼 것은 아니다.  
 ㉡ 형사소송법이 고소와 고소취소에 관한 규정을 하면서 제232조 제1항, 제242항에서 고소취소의 시한과 재고소의 금지를 규정하고 제34항에서는 반의사불벌죄에 제1항, 제2항의 규정을 준용하는 규정을 두면서도, 제233조에서 고소와 고소취소의 불가분에 관한 규정을 함에 있어서는 반의사불벌죄에 이를 준용하는 규정을 두지 아니한 것은 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시나 처벌을 희망하는 의사표시의 철회에 관하여 친고죄와는 달리 공범자간에 불가분의 원칙을 적용하지 아니하고자 함에 있다고 볼 것이지, 임법의 불비로 볼 것은 아니다(대법원 1994.4.26. 93도1689). 반의사불벌죄에는 고소의 주관적 불가분의 원칙이 적용되지 않는다.

12. 고소권자에 관한 다음 설명 중 틀린 것은?(판례에 의함) (10승진)

- ① 범죄의 간접적 피해자는 고소권자가 될 수 없다.
- ② 공연음란행위를 한 자기의 직계존속을 고소할 수 있다.
- ③ 법정대리인은 피해자의 고소권 소멸여부에 관계없이, 그리고 피해자의 명시한 의사에 반하여도 고소할 수 있다.
- ④ 간통죄를 처벌하지 않는 국가 국적의 외국인은 부산에서의 배우자의 간통행위에 대해 고소권을 가지지 못한다.

**해설**

④ 형법 제2조는 형법의 적용범위에 관하여 속지주의 원칙을 채택하고 있는바, 대한민국 영역 내에서 배우자 있는 자가 간통한 이상, 그 간통죄를 범한 자의 배우자가 간통죄를 처벌하지 아니하는 국가의 국적을 가진 외국인이라 하더라도 간통행위자의 간통죄 성립에는 아무런 영향이 없고, 그 외국인 배우자는 형사소송법의 규정에 따른 고소권이 있다(대법원 2008.12.11. 2008도3656).

13. 다음 중 잘못된 것은?

- ① 형소법 제 224조 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소하지 못한다는 규정은 헌법 평등원칙에 위배되지 않는다.
- ② 간통피고인인 남편을 상대로 제기한 이혼소송에서 상간자의 출산사실과 임신기간 및 그 태아의 친부가 피고인이라는 사실을 알게 된 경우, 이 때 간통사실을 알았다고 본다.
- ③ 친고죄에 있어서 범인을 알게 된다 함은 범인이 누구인지 특정할 수 있을 정도로 알게 된다는 것을 의미하고, 범인의 동일성을 식별할 수 있을 정도로 인식함으로써 족하며, 범인의 성명, 주소, 연령 등까지 알 필요는 없다.
- ④ 간통 사건의 상소심에서 법률 위반을 이유로 제1심 공소기각판결을 파기하고 사건을 제1심법원에 환송하였는데 환송 후의 제1심판결 선고 전 간통죄의 고소가 취소된 경우 법원은 판결로서 공소를 기각해서는 안된다.

**해설**

③ 간통죄의 고소에 있어서 간통의 범죄사실이 특정되어야 할 것이지만, 그 특정의 정도는 고소인의 의사가 구체적으로 어떤 범죄사실을 지정하여 범인의 처벌을 구하고 있는지를 확정할 수만 있으면 되는 것이고, 고소인 자신이 직접 범행의 일시, 장소와 방법 등까지 구체적으로 상세히 지적하여 범죄사실을 특정할 필요까지는 없다.

④ 상소심에서 형사소송법 제366조 또는 제393조 등에 의하여 법률 위반을 이유로 제1심 공소기각판결을 파기하고 사건을 제1심법원에 환송함에 따라 다시 제1심 절차가 진행된 경우, 종전의 제1심판결은 이미 파기되어 효력을 상실하였으므로 환송 후의 제1심판결 선고 전에는 고소취소의 제한사유가 되는 제1심판결 선고가 없는 경우에 해당한다. 뿐만 아니라 특히 간통죄 고소는 제1심판결 선고 후 이혼소송이 취하된 경우 또는 피고인과 고소인이 다시 혼인한 경우에도 소급적으로 효력을 상실하게 되는 점까지 감안하면, 환송 후의 제1심판결 선고 전에 간통죄의 고소가 취소되면 형사소송법 제327조 제5호에 의하여 판결로써 공소를 기각하여야 한다.