

한비자 법과정치

[함]정을 [비]켜가기 위한 법과정치 심화 [자]습서

by 지눌스님

전형적인 함정부터 치명적인 함정까지

심화 학습이 필요한 개념과 흔들리기 쉬운 개념 정리

2018학년도 연계교재의 모든 활자를 검토하여 지엽적인 부분까지 완벽 대비

법정, 한방에 끝내버리는 자료

목차

CTRL + F 후 '단원 숫자 + >'로 검색하면 필요한 단원으로 빠르게 이동할 수 있습니다.
소단원 제목 뒤에는 검색에 용이하도록 '>'를 붙여뒀습니다.

예) 3단원으로 가고싶다면 CTRL + F 후 검색어에 '3>'

기타 키워드> (뒤에 >를 붙여서 검색, 괄호가 있다면 괄호 앞까지만 입력한 뒤 >를 붙이세요)
아테네, 변천, 시민혁명, 기본권, 이원정부제, 정부형태, 비례대표제, 시민단체, 국회, 대통령,
법원, 헌법재판소, 긴급명령, 예산안, 특수(불법행위), 나이, 간편한(민사분쟁), 법률구조기관,
이혼, 법률혼, 양자, 친권, 상속, 유언, 소년법, 보석, 형사사건, 소년사건, 국민참여재판, 구속
적부, 부당해고, 근로시간, 청약철회, 소비자, 국제사회, 국제기구, 현실주의, UN총회, 조약

- 1 정치의 의미와 민주 정치의 발전
- 2 법치주의와 우리나라의 민주 정치
- 3 정부 형태
- 4 선거와 민주 정치
- 5 정당과 정치 참여
- 6 헌법의 의의와 기본 원리
- 7 기본권의 보장과 제한
- 8 국가 기관의 구성과 기능
- 9 민법의 기초
- 10 불법 행위와 권리 구제
- 11 생활 속의 법
- 12 형법 및 범죄와 형벌
- 13 형사 절차와 인권 보장
- 14 사회법
- 15 국제 사회와 국제 사회 행위 주체
- 16 국제법과 국제 분쟁

추천 활용법

수능 전날까지 이 자료의 내용이 추가되고 지워지고 추가되고 지워져서 시험장에 최종적으로 정리된 이 자료만 들고갈 수 있을 만큼 압축되는 것이 베스트입니다.

+ 말줄임

언출집결 : 언론 출판 집회 결사의 자유

재과 : 재적 과반수 or 재적 과반수 출석

출과 : 출석 과반수

예)

-국회의 법률 의결 정족수는 재과-출과 이다.

-헌법 개정안의 발의는 국회 재과 또는 대통령의 제안으로 이루어진다.

잡설

-웬만한 낚시 혹은 함정 포인트에 대한 정보는 다 있습니다!

-연계교재에서 문제를 풀고 대충 답만 맞추며 속속 지나갔다면 보지 못했을 중요한 선지들을 추려서 OX퀴즈에 넣었습니다.

-절대 컴팩트한 자료가 아닙니다. 철저하게 출제범위 밖의 내용을 배제한 자료도 아닙니다. 하지만 연계교재와 EBS 강의, EBS QNA들을 종합하여 만든 자료이기 때문에 97%는 범위 안일 거라고 장담합니다. 나머지 3%는 다른 개념의 이해를 돕기 위한 참고자료 정도입니다.

-제가 공부하는(무식한..) 방식 그대로 만들었습니다.

나올 만한 구석이 조금이라도 있는 분야에 대한 정보는 싸그리 긁어모은 다음 한곳에 몰아넣고 반복 반복합니다. 그렇게 해서 어떤 내용이 출제되어도 맞춰버리자는 생각으로 끝까지 공부해 버리는 방식입니다.

이렇게 공부하면 공부할때는 고통스럽지만 문제를 풀때는 웬만큼 더러운 자료, 보기, 선지가 나와도 당황하지 않고 무표정으로 속삭이고 풀어버릴 수 있게 됩니다.

-문과는 한문제 틀리면 대학을 못가니까 다풀었다고 옹드려 자거나 대충 시간을 흘려보내면 안됩니다.

첫번째 답개수법칙 체크하고(사탐에도 답개수법칙 분명히 이용할 수 있습니다), 두 번째 별표쳤던 것 위주로 검토하고, 세 번째 모든 문제 옳은 것 고르시오 틀린 것 고르시오 제대로 했는지 확인하고, 네 번째 모든 선지 하나하나 다시 검토하고..

이 방법은 시간이 얼마 남지 않았을 때 검토의 우선순위에 따라 단계별로 하나씩 해나가는 방식입니다.

시간이 많이 남았다면(15분 이상) 첫페이지 첫선지부터 시작해서 모든 선지를 검토하는 방법도 좋습니다.

- 실수도 검토하는 연습으로 커버할 수 있습니다.

검토도 여러번 해볼수록 빠르고 효율적으로 하게 되기 때문에 마킹시간 2분을 제외한 28분으로 전체 시간을 잡아두고 검토하는 연습도 여러번 해보는게 좋습니다.

1. 1> 정치의 의미와 민주 정치의 발전

	홉스	로크	루소 (프)
정치형태	절대군주제	대의제, 제한(입헌)군주제	직접 민주제, 공화제, 민주공화정
자연상태	투쟁, 갈등	-이성으로 평화 유지 but 이성을 따르지 않는 자로 인해 다소 불안 -법 x, 합의된 권력 x -한명한명이 입법권자, 집행자. -평화로우나 권리 보장이 불확실	초기 : 순수하고 선한 본성. 자유롭고 평등 나중 : 사적 소유(사유재산제, 신분제)로 인한 불평등 아무튼 일단은 평화로운 상태
국가상태	질서유지	사법 -> 공권력 입법-집행+사법 의 분리(2권분립)	일반의지 실현 공공선 - 자유, 평등
주권	군주 주권	국민 주권	인민주권론 = 국민 주권 의사는 대표될 수 X -> 대표 자체를 인정 X
저항권 여부	X	(신탁에 기초한) 저항권 O	X
민주정치 여부	x	O	O
개별 특징	-성악설 -전부양도설	- 백지설 -사유재산의 절대권 주장 -군주 : 집행권, 사법권 -의회 : 입법권	-성선설 -주권 양도나 분할 불가능 -정치 참여 강조 -직접 민주제이기 때문에 법도 직접 만들어 씀.
공통점	<p>-국가는 자유와 권리를 보전하기 위한 수단적 존재. 인위적 결합체. -국가는 인위적 질서. (자연적 질서 X) -계약할 때 개인은 자유롭고 평등하다. 근대 민법의 기본원리에서 재산권, 계약자유, 과실책임 원칙이 적용되고있는 개인이라고 생각하면 편함. -사회계약의 목적은 천부적인 권리를 보장받으려는 것 -인간의 권리는 천부적인 것임 -정치권력의 정당성은 인민의 동의에 있음 <<함정 조심!>> 계약은 개인단위(O) 집단단위(X) <- 루소 뿐만 아니라 홉스, 로크도 계약은 개인단위로 맺는다!</p>		
지문, 선지	<p>-늑대로 우글거리는... 군주 = 사자</p> <p>-사회 계약의 목적은 자기 보존과 질서 유지이다. 자기보존과 질서유지를 강조한 것은 홉스라고 생각하면 됨</p>	<p>-..하지만 소유권 행사에 따른 불편이 생기면서..계약에 의해 국가를 형성하였다... 국민은 계약을 철회할 수 있다. -자기 보존을 위해 국가 권력은 분립되어야 한다 (O) -자연 상태는 잠재적 투쟁 상태이다. <<함정주의!>> 홉스 선지로 혼동하면 안됩니다 절대절대! 홉스는 자연 상태를 잠재적 투쟁이 아니라 만인에 대한 만인의 투쟁 상태라고 봄!</p>	<p>-자유와 평등을 보다 확실하고 제도적으로 보장받기 위해 자발적으로 계약을 맺어 국가를 건설했다.. 국가의 목적은 당연히 국민의 자연권 보장이다. 자연권을 보장하는 국가에 복종한다는 것은 자신의 의지에 부합하는것이므로... -루소가 본 영국의 모습 선거날에만 왕이 되고 다음날부터 노예로 되돌아간다..</p>

시대별 민주정치

고대 아테네> 민주정	근대 시민 사회	현대
-민회 입법, 주요 정책 심의, 공직 담당자 선출 , 도편 추방제. 모든 시민 이 민회에 참여 (O) <<함정 주의>> 노예, 외국인 뿐만 아니라 여성도 시민 자격이 없다! -평의회 민회를 주관하여 운영함. 일상적 행정 업무 처리. 구성원은 민회에서 추천과 운번제로 선출. -재판소 각 부족에서 선출된 재판관들이 재판 담당	/시민혁명 이후로 근대 시민 사회 -신분 차별은 철폐. -재산에 따른 차별	/보통선거의 실시 이후로 현대
-제한적 민주주의 -성차별		
-보통 민주주의, 대중 민주주의 -신분에 따른 차별	-대의제(간접 민주주의)	
-국민 자치 원리의 실현을 목적으로 한다.		

우리나라의 직접 민주주의 요소

	적용 여부	내용
국민투표	O	-대표적으로 헌법 개정 절차에 국민 투표가 있다.
국민발안	X	-우리나라는 도입 X -국민이 직접 의회에 법률안을 제출해서 의회에서 의결될 수 있도록 하는 것.
입법청원	O	-국민 발안과 입법 청원은 명백히 다르다! -국회에게 어떤 법률을 만들어 달라고 요구하는 것인데, 국회가 그 청원에 따라 법률안을 반드시 의회 안건으로 제출해야 되는 것은 아니다. -국민 발안은 법률의 의결까지 가능하지만, 입법청원은 말그대로 '청원'할 뿐임.
국민소환	X	[참고 : 2017년 6월 2일 국회의원 박주민이 국민소환제를 도입해야 한다고 주장했다. 이 국민소환제의 골자는 지역구 국회의원에 대해....] 참고사항을 통해 말하고 싶은 것은 -아직 우리나라에 국민 소환제는 도입되지 않았다는 것! 끝.
주민소환	O	-대상 : 지자체 장, 지역구 지방 의원 [참고 : 무상급식 이슈로 홍준표 경남 도지사에 대한 주민소환이 진행되었다가 무산된 적이 있음.] <<함정 주의!>> 지방의회 의원 중 비례대표 의원은 소환 대상에서 제외됨

시민혁명>

국가	영국	미국	프랑스
결과	<<함정 조심>> - <u>신분제는 남아있었다.</u> 철폐된 것 아님!	-민주공화정	-프랑스 인권 선언문 저항권 사상이 담겨있다 -인권 보장이 <u>명문화</u> 되었다. 국민주권주의와 저항권을 주장한 문서가 등장하였다. -신분제가 타파되었다

가. 프랑스 인권 선언문의 일부 - 수완 9쪽

제 1조 인간은 권리에 있어서 자유롭고 평등하게 태어나 생존한다.

제 2조 모든 정치적 결사의 목적은 인간의 자연적이고 소멸될 수 없는 권리를 보전함에 있다. 그 권리란 자유, 재산, 안전 그리고 압제에의 저항 등이다. <---- 저항권 명문화

제3조 모든 주권의 원리는 본질적으로 국민에게 있다. <---- 국민 주권주의 명문화

...

제 16조 권리의 보장이 확보되어 있지 않고, 권력 분립이 확정되어 있지 않은 사회는 헌법을 가지고 있다고 할 수 없다. <---- 권력 분립, 입헌주의 명문화

나. 정치의 기능

- 1) 사회 질서 유지 : 통제 / 이해갈등 조정
- 2) 사회 발전 도모 : 사회적 조건 개선 / 공동체 장기 목표

다. 대의제의 장점 : 효율성, 전문성

직접민주정치의 장점 : 의사의 왜곡 가능성이 줄어들

라. O.X 퀴즈

- 1) 고대 아테네 민주정은 국민 주권론에 바탕을 둔 정치 체제였다. (O/X)
고대 아테네 민주정은 천부 인권에 바탕을 둔 정치 체제였다 (O/X)
- 2) 근대 시민사회에서는 직접 민주제보다 대의 민주제가 민주주의 원리에 부합한다고 보았기 때문에 대의 민주제를 채택하였다 (O/X)
- 3) 시민혁명 이후 프랑스에서는 입헌 군주제가 확립되었다 (O/X)
- 4) 고대 아테네 민주정은 입헌주의 원리를 추구하였다. (O/X)
- 5) 명예 혁명으로 인해 신분제가 타파되었다 (O/X)

마. O.X퀴즈 정답, 해설, 출처

- 1) (X), (X)
국민 주권론과 천부 인권론은 근대 이후에 만들어진 사상이다. (수특 15쪽 5번-ㄷ, ㄹ)
- 2) (X) 민주주의 원리에 더 부합하느냐의 여부가 아니라, 영토와 인구 때문에 대의민주제를 선택하였다. (수특 15쪽 6번-ㄷ)
- 3) (X) 시민혁명 이후 입헌군주제가 확립된 것은 영국이다. (수특 15쪽 6번 ㄴ) 참고 : 프랑스는 시민혁명 이후 공화정이 설립되었다.
- 4) (X) 입헌주의 원리는 근대 이후에 만들어진 사상이다. (수특 17쪽 4번-ㄱ)
- 5) (X) 신분제의 타파는 명예혁명이 아니라 프랑스 시민 혁명의 성과였다. 그리고 입헌군주제의 구성요소에는 왕이 포함된다. (수완 6쪽 4번)
- 6)

2. 7> 기본권의 보장과 제한

기본권> - 포괄적 권리 국가 존재 이전에 존재하는 권리, 천부인권사상, 본질적 권리		
인간의 존엄과 가치 및 행복추구권	자유권	평등권
-외국인도 해당 -모든 기본권에 공통으로 적용됨 -기본권 보장의 궁극적인 목적 -모든 개별적인 기본권을 담은 포괄적 권리	-포괄적 권리 =헌법에 열거되지 않음	-본질적 기본권 -포괄적 기본권 -다른 기본권 보장의 전제조건 -형식적 평등 : 평균적 정의 -실질적 정의 : 배분적 정의
-기본권 보장의 궁극적인 목적	-국가 '로 부터' 의 자유	-다른 기본권 보장의 전제조건

기본권 - 열거적 권리 국가 존재를 전제로 존재하는 권리, 실정법 사상		
청구권	사회권	참정권
-수단적, 절차적 권리 -적극적 권리 -90일 이내에 처리결과를 청원인에게 통지해야 함	-열거적 권리 -적극적 권리 -가장 최근에 등장함 -근로의 권리 - 교육을 받을 권리	-능동적 권리
-재판청구권 -범죄피해자구조청구권 -형사보상청구권 -국가배상청구권 -다른 기본권 보장을 위한 수단적 성격 -기본권 보장을 위한 기본권	-근로의 권리 근대 초기 : 천부적 권리로서 소극적인 자유권 -근로의 권리 19세기 후반 : 생존권과 관련한 적극적 의미를 가진 것 - 구체적인 실현은 법률의 제정으로 행해진다. (열거적 권리) -국가 '에 의한' 자유 -사회권을 근거로 국가에 일정한 급부 를 요구할 수 있다. (평등권, 참정권을 근거로는 국가에 급부를 요구할 수 없다.)	국가 '에의' 자유 ->정치적 차원에서 의 자유라는 의미. 자유의 실질적 보장과 관련됨

가. 표에 있지만 강조를 위해 다시 모아 보았다. 이것들은 반드시 알아둬야 한다! 설명을 보자마자 어떤 기본권에 해당하는지 바로 착착 떠오르게 될 정도로 머릿속에 새겨두자.

- 1) 국가'로 부터'의 자유는 '자유권'
- 2) 국가'에 의한' 자유는 '사회권'
- 3) 국가'에의' 자유는 '참정권'
- 4) 기본권 보장의 궁극적인 목적은 '행복추구권'
- 5) 다른 기본권 보장의 전제조건은 '평등권'
- 6) 다른 기본권 보장을 위한 수단적 성격은 '청구권'

7) 기본권 보장을 위한 기본권은 '청구권'

나. 양심의 자유

- 1) 윤리적 신념의 자유보다는 사상의 자유로 보는 것이 통설이다.

다. 근로의 의무

- 1) 법적의무설
- 2) 윤리적 의무설 ← 법적 의무설보다 윤리적 의무설로 보는 시각이 더 일반적

라. 기본권 제한

- 1) 과잉금지원칙 요건 4가지
 - > 연습문제를 풀 때 정당성, 적절성, 최소성, 균형성에 관한 부분을 딱딱 찾아서 표시하는 습관을 들이면 정확하게 풀 수 있다.
 - 가) 목적의 정당성
 - 나) 방법의 적절성
 - 다) 피해의 최소성
 - 라) 법익의 균형성

마. **기본권이란 평등권, 자유권, 참정권, 청구권, 행복 추구권과 같이 굵직굵직한 것들만 해당하는 것이 아니다.
청구권에 속하는 형사 보상 청구권, 국가 배상 청구권
참정권에 속하는 공무담임권 등
굵직한 기본권들 각각에 속하는 기본권들도 다 엄연한 하나의 기본권이다.

바. O.X 퀴즈

- 1) 헌법 제11조 중 '모든 국민은 법 앞에 평등하다'에서의 평등은 절대적 평등을 말한다. (O/X)
- 2) 사회권은 바이마르 헌법에 의해 근대 초기부터 보장되기 시작하였다. (O/X)
- 3) 사회권은 수단적, 절차적 권리이다. (O/X)
- 4) 모든 국민은 납세의 권리와 의무를 진다 (O/X)
- 5) 근로의 의무는 근대 입헌주의 국가 성립 이전부터 의무로 부과되어 왔다 (O/X)
- 6) 근로의 의무, 납세의 의무, 국방의 의무 중 도덕적 성격이 강한 헌법상 의무는 근로의 의무이다. (O/X)
- 7) 기본권의 본질적 내용은 어떠한 경우에도 제한될 수 없다 (O/X)
- 8) 범죄피해자구조청구권의 경우 중장해를 당한 경우에만 청구할 수 있다. (O/X)
- 9) A는 철도 공사 소음으로 인해 심각한 소음 피해에 시달리게 되었다. A가 침해받은 기본권은? (환경권 / 자유권 / 행복추구권) <-복수정답 가능
- 10) 능동적 권리는 참정권, 적극적 권리는 청구권과 사회권이다 (O/X)
- 11) 청구권을 근거로 국가에 대해 일정한 급부를 요구할 수 있다 (O/X)
- 12) 연소자 근로가 특별한 보호를 받는 것은 연소자에 대한 적극적 우대 조치로서 역차별에 해당한다 (O/X)
- 13) 헌법상 국민의 의무를 규정한 것은 기본권 보장의 한계를 명시한 것이다. (O/X)
- 14) 구속 수사를 받던 피의자가 기소유예를 받은 경우 형사보상 청구권을 청구할 수 있다 (O/X)
- 15) 구속되었던 A가 불기소처분으로 풀려나게 되었다. A는 형사보상 청구권을 청구할 수 있는가? (있다 / 없다 / 알 수 없다)
- 16) 불구속 수사를 받던 B가 무죄 취지의 불기소처분을 받았다. B는 형사보상 청구권을 청구할 수 있는가? (O/X)
- 17) 무죄판결을 확정받았다면 형사보상 청구는 무죄판결을 한 법원에 해야 한다.
- 18) 형사 피의자의 형사보상 청구는 무죄취지의 불기소처분을 한 검사에게 보상을 청구하여야 한다.(O/X)
- 19) 미결 구금되었던 피고인이 1심 재판에서 무죄 판결을 받은 뒤 바로 형사 보상을 청구할 수 있다. (O/X)
- 20) 형사 보상 제도는 정신적 피해에 대해서도 청구할 수 있다. (O/X)

사. O.X 정답, 해설, 출처

1) (X)

합정을 파기엔 너무 졸렬한 부분이라고 생각하지만 작성하고 낸다면 틀리기 딱 좋은 주제이다. 수능특강 심화 탐구에 당당히 한자리를 차지하고 있는 내용이며, 여기서 '...절대적 평등을 의미하는 것이 아니라' 라며 둘을 명확히 구분해 두었기에 정리해 보았다. 외울 것은 없고 그냥 한두번 읽어서 이해해 두면 충분하다.

2) (X) 1919년 독일의 바이마르 헌법은 헌법에 사회적 기본권을 처음으로 '규정'했을 뿐이며 이내 히틀러의 수권법 등에 의해 사실상 폐지되었다. 사회권은 현대 사회에 접어들면서 보장되기 시작하였다. (수특 79쪽 6번 선지2)

3) (X) 수단적, 절차적 권리는 청구권이다. (수특 79쪽 6번 선지3)

4) (X) 납세의 권리는 없다. 납세의 의무만 존재한다. 상식적으로 당연하잖아? 라고 생각할 수 있지만 혹시 몰라서 넣어줬습니다 (수특 79쪽 7번 선지2)

5) (X) 과거부터 현재까지 '일'은 계속 존재해 왔으니까 당연히 (O)겠지 하고 생각하면 당연히 틀리는 선지. 근대 입헌주의 국가 성립 이전부터 의무로 부과되어 온 것은 납세의 의무와 국방의 의무다. 근로의 의무는 현대 복지 국가에서 새로이 등장한 의무이다.(수특 79쪽 7번 선지1)

6) (O) 의무를 다하지 않으면 도덕적 비난을 받을 뿐인 근로의 의무와는 달리 납세, 국방은 의무를 다하지 않으면 국제청과 헌병이 찾아온다.. (수특 79쪽 7번 선지 5)

7) (X) 헌법 제 37조 2항에서 '기본권을 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다'고 명시하고 있기에 법률으로 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없다 - 따라서 기본권의 본질적 내용은 어떠한 경우에도 제한될 수 없다 - 그러므로 (X)! 이렇게 생각할 수 있는데,

아니다. 기본권의 본질적 내용마저도 제한될 수 있다. 단, 엄격한 조건하에서.

우리나라는 사형제도를 인정하고 있으므로 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권이 불가침의 권리라고 규정하고 있는 헌법 제 10조의 내용이 절대적으로 보장되지 않는다. 즉, 모순되는 것이다.

사형제도나 정당방위 상황에서의 살인 등을 고려하면 기본권의 본질적 내용도 경우에 따라서는 제한될 수 있다는 것을 알 수 있다. 정리하자면,

"기본권의 제한이 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하지 않도록 제한의 한계가 필요하다. 하지만 기본권의 본질적 내용이 어떠한 경우에도 제한되지 않는 것은 아니다."

만약 이와같은 내용이 혹시나 선지로 나오게 된다면

'기본권은 법률로서 제한할 수 있지만 기본권의 본질적 내용은 침해할 수 없다.' (O)

'기본권의 본질적 내용은 어떠한 경우에도 제한될 수 없다 (X)'

일반적으로 기본권의 본질적 내용은 침해할 수 없다는 선지는 다 맞다고 보면 되고

'어떠한 경우에도'와 같은 특수한 조건이 붙었을 때에만 조심하면 되겠다.

8) (O) 일반적으로 경상만으로는 범죄피해자구조청구권을 청구할 수 없다.

9) (환경권) 환경권, 행복추구권 : 문제에서 특별한 전제가 없다면 환경권은 사회권의 내용으로 이해하면 된다. 행복추구권의 내용으로 볼 여지는 있으나 고등학교 과정에서 환경권에 대한 내용이 나온다면 고민하지 말고 사회권 쪽이라고 생각하면 됩니다. (cf : 행복추구권은 직접 적용할 기본권 조항이 없는 경우에 보충적으로 적용한다는 입장이 통설이다.)

자유권 : 이 경우 위 문장만으로는 자유권 침해를 주장하기 어렵다. 소음과 같은 환경권 침해로 주거의 자유와 같은 자유권이 직접적으로 침해된 경우가 아니기 때문이다.

즉 환경권에 대한 제시문이 주어질 경우 사회권에 관한 내용으로 보면 되며, 자유권이 침해되었다는 구체적 진술이 있다면 자유권과도 관련이 있다고 생각하자.

(수특 82쪽 5번 보기 (가), EBS QNA로 보충)

10) (O) 청구권과 사회권도 능동적으로 행동해야 보장받을 수 있으니까 능동적 권리도 되고, 참정권도 적극적으로 참여해야 하니까 적극적 권리 아냐? 라고 생각할 수 있지만, 딱 잘라 말하자면 불필요한 생각이다.

첫째 애초에 논란의 여지가 있도록 애매하게 출제되지도 않을 것이며

둘째 우리가 배우는 기본권의 특징과 성격에 대한 평가는 헌법학자들이 정리한 것을 기준으로 하고 있다.

셋째 연계교재 문제와 해설지 또한 여러 곳에서 '능동적은 참정권, 적극적은 청구권'이라고 명확하게 표기하고 있다. 고민하지 말고 능동적 권리=참정권, 적극적 권리=청구권, 사회권 이라고만 알아두자. (수특 80쪽 1번-선지1)

11) (X) 청구권도 국가에 대해 일정한 급부를 요구할 수 있는 권리인지에 대해 질의가 있었고 교육과정평가원에서 그렇지 않다고 명시한 적이 있었습니다. 따라서 국가에 대해 일정한 급부를 요구할 수 있는 권리는 사회권이라 이해하시면 됩니다.

그리고 실제 2016년 6월 평가원 모의고사 9번 문제에서 청구권에 대해 '국가에 대해 일정합 급부를 요구할 수 없다'라고 제시문에 표현하였기 때문에 청구권 자체는 국가에 대해 급부를 요구할 수 있는 권리가 아니라는 취지로 출제된 바 있습니다.

급부를 요구하는 권리라는 것은 간단하게 얘기하면 돈을 달라고 요구할 수 있는 권리라는 것입니다. (EBS QNA)

- 12) (X) 연소자 근로의 보호는 합리적 차별로서 불합리한 차별 대우인 역차별로 볼 수 없다. (수완 44쪽 7번)
- 13) (X) 헌법에 의무를 일일이 규정한 것은 국민의 부담이 되는 의무를 함부로 창출하지 못하게 하여 기본권 침해를 막자는 의도를 가진다. (수완 45쪽 9번)

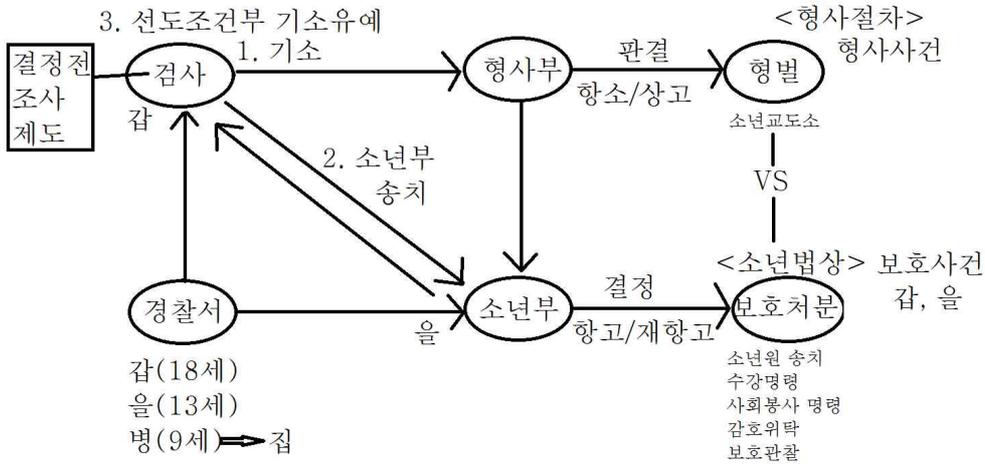
형사 보상 청구 OX의 모든 것

- 14) (X) 기소유에는 무죄라는 말이 아니다. 공소제기가 가능함에도 불구하고 소추의 필요성이 없기 때문에 '유예' 처분을 내린 것.
- 15) (알 수 없다) 위 문장만으로는 무죄 취지의 불기소처분인지, 기소유예 혹은 기소중지로 인한 불기소처분인지에 대해 판단할 수 없기 때문이다. 논란의 여지를 없애기 위해 당연히 수능에서는 어떤 종류의 불기소처분인지 구체적인 근거를 제시할 것이다.
다만 문제에서 **불기소처분이 등장했다면 함정**이 도사리고 있을 가능성이 크기 때문에 항상 어떤 종류의 불기소처분인지 눈에 불을 켜고 확인하는 습관을 들여야 합니다.
- 16) (X) 무죄 취지의 불기소 처분을 받았음에도 불구하고 B는 형사 보상 청구권을 청구할 수 없다. 형사 보상 청구권의 요건 중 하나는 형사피의자 또는 형사피고인으로서 '**구금되었던 자**'여야 하기 때문이다.
- 17) (O)
- 18) (X) 첫째로 형사 피'의자'임에 주목하여야 한다. 보기에서 청구권자가 형사 피'고인'이라면 기소 후 **법정까지 갔다는 사실을 전제**하기 때문에 형사보상의 **청구 대상**이 달라지게 된다.
둘째로 형사피의자의 형사보상 청구는 무죄취지의 불기소처분을 내린 검사가 아니고, 검사가 소속된 지방검찰청에게도 아니고, 검사가 소속된 지방검찰청의 피해자 보상 심의회에 보상을 청구해야 한다.
- 19) (X) 1심 재판이 끝난 뒤 아직 재판이 확정되지 않았다. 즉 1심 재판의 결과에 대하여 검사가 항소할 수 있는 여지가 남아있다는 것이다. 무죄 판결이 확정되어야 형사 보상 청구가 가능하다. (수특 154쪽을)
- 20) (O) (수완 81쪽)

3. 13> 형사 절차와 인권 보장

우리나라 법의분류>				
실정법				
국내법				국제법
공법		사법	사회법	
공법이면서 실체법		공법이면서 절차법	실체법	실체법
형법		소송법		
형식적 의미의 형법	실질적 의미의 형법	민사소송법	형사소송법	
	형식적 의미의 형법 + 행정형법 + 형사특별법(=특별형법)을 말한다. -특별형법에는 군형법, 국가보안법 등이 있다 -도로 교통법 -폭력 행위 등 처벌에 관한 법률			-민법 -상법 -노동법 -경제법 -사회보장법

형사 사건 vs 소년사건>	
형사 사건	소년 사건
-나이가 어리건 많건 형법에 어긋난 행동을 해서 범죄행위를 저질렀다면 일단 사건 자체는 다 형사사건임. -기소는 무조건 검사가 함.	-범죄소년이라도 검사의 재량에 따라 형사사건이 아니라 보호사건으로 처리할 수도 있다. -가정(지방)법원 소년부에서 소년 사건을 처리한다.
형사사건 빈출 주제 : 국민참여재판> -재판 절차 : 배심원 선정 -> 공판 -> 평의 및 평결 -> 판결 선고 -개최 : 지방 법원 본원 형사 합의부(1심) 관할 사건에서 피고인의 신청 으로 개최된다. <<함정 주의!>> 2심 이상 의 재판과 민사 재판 에서는 국민참여재판이 열리지 않는다. -지방 법원 지원 의 피고인이 국민참여재판을 희망하면 회부결정 후 지방법원 본원 합의부로 이송하여 진행한다.) -배심원 자격 : 20세 이상 대한민국 국민 중 결격사유와 제외사유에 해당하지 않는 사람. (일정 전과의 전과자, 변호사, 경찰관 등은 배심원에서 제외된다.) -평의 : 배심원들이 평의실에서 피고인의 유무죄에 대한 논의를 진행하는 절차. -배심원은 피고인의 유 무죄에 대한 평결을 내린다. -유죄의 경우 배심원들은 양형 의견을 개진할 수 있다. -배심원의 평결 결과와 다른 판결을 선고할 경우에는 판결서에 그 이유를 기재하여야만 한다.	나이는 모두 만 나이임 19세 미만을 소년법상으로 '소년'이라고 부름. 범죄를 저지른 시점에서 나이가 19세 미만 14세 이상 : 범죄소년 - 14세 미만 : 형사 미성년자 -주의! 만 14세 는 형사 미성년자가 아님 . -형사 미성년자는 형사상 책임 조각 14세 미만 ~ 10세 이상 : 촉법소년 10세 미만 : 보호처분을 내릴 수 없는 소년 (= 집으로!) - 경찰서장 은 형벌 법령에 저촉되는 행위를 한 10세 이상 14세 미만인 소년을 직접 관할 소년부 에 송치할 수 있다. - 경찰서장 은 형벌 법령에 저촉되는 행위를 할 우려 가 있는 10세 이상인 소년 등에 대해서 직접 관할 소년부 에 송치할 수 있다. 부산 중학생 폭행 사건이 일어나서 올해 출제될 가능성이 높다고 생각합니다. 이 부분은 특히 빠르게 해답시다!
국민 참여 재판에 대해서 <<함정 조심>> 평결 은 배심원이 내리지만 판결 은 판사가 내린다! <<함정 조심>> 양형 은 배심원이 아니라 판사 의 권한이다!	<<함정 조심!>> 각 구간의 경계 에 있는 19세, 14세 , 10세는 특히 주의하기



갑이 살인을 저질러서 **형사부**에서 형벌을 받게 되었을 때, 국민참여재판을 받을 수 있는가?
 국민참여재판 : 형사사건, 1심에서, 피고인의 신청으로, 합의부로 올만큼 중한 사건일 때 열림.

소년부에서는 **국민참여재판**이 열리지 **않는다**. 국민참여재판은 형사재판에서 열리는 것이기 때문.

다만 국민참여재판을 통해 **형사부**에서 **소년부**로 **송치**되는 경우는 있다.

보호처분 심화 - 범죄소년의 경우

-<형사절차>에서도 형벌을 부과하면서 수감명령, 사회봉사명령을 내릴 수 있다. 하지만 형벌과 <소년법상 보호처분>은 동시에 내려지지 않는다. 어째서 그럴까?
결정을 내리는 주체가 다르기 때문이다.

이미 검사로부터 형사부 또는 소년부로 갈래가 나뉘었으며, 형벌은 <형사부>에서만 내릴 수 있고, 소년법상 보호처분은 <소년부>에서만 내릴 수 있기 때문이다.

-검사는 을에게 선도조건부 기소유예를 내릴 수 있다 (X)
 -> 을은 형사미성년자이기 때문에 **애초에 검사에게 가지 않는다**.

(위의 그림 완전히 이해하기)	보호처분을 받을 가능성	형벌을 받을 가능성
범죄소년 (만19세 미만 14세 이상)	O	O
촉법소년 (만14세 미만 10세 이상)	O	X
보호처분을 내릴수 없는 형사미성년자(10세 미만)	X	X

형사 보상 제도 VS 배상 명령 제도 VS 강제 집행 제도 vs 범죄 피해자 구조 제도	
형사 보상 제도 (범죄 피해자 구조 제도와 혼동하지 않도록 주의하기!)	배상 명령 제도 (강제집행 제도와 혼동하지 않도록 주의하기!)
형사 사건	형사 사건
<p>-판결이 확정되어 형의 집행을 받거나 받았던 사람이 재심을 통해 무죄 판결이 확정된 경우에도 사용 가능.</p> <p>-<<합정 주의>> 무죄 판결이 '확정'된 경우에 사용할 수 있다!</p> <p>-물질적 보상 뿐만 아니라 정신적 피해도 보상받을 수 있다.</p>	<p>-상해죄 등 일정한 사건의 형사 재판 과정에서 피해자나 상속인의 간단한 신청 절차만으로 가능.</p> <p>(상해, 폭행, 과실치상, 강간, 추행, 사기, 공갈, 횡령, 배임, 손괴 등 배상 명령을 신청할 수 있는 범죄가 법으로 규정되어 있다. 그리고 이런 구체적인 범죄들은 당연히 암기할 필요 없다. 궁금할까봐 적어뒀어요)</p> <p>-법원의 직권으로도 가능하다.</p> <p>-배상 명령이 기재된 유죄 판결문은 민사 판결문과 동일한 효력이 있으므로 강제 집행을 할 수 있다.</p>
강제 집행 제도	범죄 피해자 구조 제도
민사 사건	형사 사건
<p>-민사 소송 이후 채무자가 판결을 이행하지 않을 시 채권자가 강제집행을 신청</p> <p>-집행력 있는 유효한 공정 증서가 있다면 이에 의거하여 재판 없이도 채권자가 강제집행을 신청할 수 있다.</p> <p>(사실 그냥 공증이 아니다. 문제를 풀다 보면 그냥 공증이 있고, 집행력 있는 공증이 따로 있다. 그런데 몰라도 문제를 풀 때 지장은 없다. 알게된 김에 머리 한쪽 구석에 대충 알아두자(?))</p>	<p>-국가가 피해자 또는 유족에게 일정한 한도의 구조금을 지급해 줌.</p> <p>-가해자를 찾지 못했을때나, 가해자가 손해를 배상할 능력이 없어서 피해자가 실질적인 배상을 받지 못할 때 사용할 수 있음.</p> <p>-범죄 행위로 인해 생명 또는 신체에 피해를 당했어야만 함 <<합정 주의!!>></p> <p>-모든 형사 사건 피해자가 신청할 수 있는게 아님!</p>

구속 전 피의자 심문 제도 VS 구속적부> 심사 제도	
구속 전 피의자 심문 제도 (= 영장 실질 심사 제도)	구속 적부 심사 제도
피의자가 기소되기 전에 , 법관이 직접 피의자를 심문한다.	
<p>-구속 영장 발부가 청구된 상태.</p> <p>-하지만 청구되었을 뿐 구속 영장이 아직 발부된 것은 아니다!</p> <p>-즉 구속 영장의 발부 여부에 대한 제도임.</p> <p>-피의자는 구속되기 전이다.</p> <p>-<<합정 조심!>></p> <p>구속 적부심과 달리 피의자가 청구하지 않아도 검사가 영장을 청구하였을 경우에 이루어진다.</p>	<p>-구속 영장 발부가 청구되었고 발부도 된 상태.</p> <p>-피의자는 이미 구속된 상태.</p> <p>-아직 기소되지 않은 상태!</p> <p>-피의자가 법원에게 청구하여야 한다.</p> <p>-구속 적부심이 인용되면 석방 -> 석방되었다고 무죄가 아니다! -> 불구속 수사</p> <p>-기각되면 피의자는 계속 구속된 채로 수사받는거임.</p> <p><<합정 주의>> 검사의 기소 이후로는 구속 적부 심사 제도가 아니라 보석을 청구해야 한다!</p>

구속 적부심 VS 보석> VS 가석방

	구속 적부심	보석	가석방
시점	기소 전	기소 후	유죄판결 후
기존 상태	구속된 상태	구속된 상태	교도소 안에 있음 인생 망함..
청구 주체의 지위	피의자	피고인	수형자 (가석방의 경우 청구 주체라기보다는 가석방 심사의 대상임)
결과	인용 : 석방 and 불구속수사 기각 : 계속 구속수사	인용 : 석방 and 불구속 재판 기각 : 계속 구속재판	무작정 가석방 되는 것이 아니라, 일정한 조건을 갖춰야 가능함. 아무튼 석방됨

가. <<주의!!>>

선고유예 기간동안 암전히 잘 지내서 기간이 끝나면 형의 선고의 효력이 상실되는 것이 아니라 '**면소**'된다.
형의 선고의 효력이 상실되는 것은 선고유예가 아니라 집행유예의 경우이다.

나. 구속 적부 심사 제도 (≠ 구속 전 피의자 심문 제도) - 심화

- 1) **법관이 직접** 피의자를 심문한다.
- 2) 구속된 피의자와 그 변호인, 법정 대리인, 배우자, 고용인 등이 구속 적부 심사 제도를 청구할 수 있다.
- 3) 법관은 필요한 경우 **피해자나 고소인 등 제3자**를 심문하거나 의견을 들을 수 있다.
- 4) 체포 영장에 의하여 체포, 현행범으로 체포, 긴급 체포된 피의자에 대하여 구속 영장을 청구받은 판사는 **지체 없이** 심문을 하여야 하며, 특별한 사정이 없는 한 **구속 영장이 청구된 날의 다음 날까지 심문**하여야 한다.

5) <<참고 : 체포 영장과 구속 영장은 별개이다. 명확히 다른 개념이기 때문에 둘을 절대 혼동하지 말자.>>

가) 체포영장 : 검사가 판사에게 청구, 판사가 발부. <-- 이건 구속영장, 체포영장의 공통점

(1) 도주나 증거인멸의 우려가 있을 경우 등 **사안이 급박할 때에는 판사의 발부 이전에 그 사유를 알리고** 영장 없이 피의자를 체포할 수 있다.

(2) <<함정 조심!!>> 체포영장

경찰이 청구하고 **검사가** 발부? (X)

경찰이 청구하고 **판사가** 발부? (X)

나) 구속영장 : 검사가 판사에게 청구, 판사가 발부.

6) 피의자가 **도망**하는 등의 사유로 심문할 수 없다면 **심문 없이 영장 발부 여부를 결정**할 수 있다.

7) 판사는 심문할 피의자에게 변호인이 없을 때에는 **법관 직권으로 국선 변호인을 선정**할 수 있다.

(꼭사리로 반드시 알아두기! **국선** 변호인 제도는 **형사 재판에서만** 유효하다. 민사 재판에서는 인정되지 않는다.)

8) **피의자**는 판사의 심문 도중에도 변호인의 조력을 구할 수 있다.

다. 소년 사건 <<주의!!>>

1) 14세 이상~19세 미만인 소년이 저지른 범죄에 대해서 죄가 중하다고 판단한 검사가 소년부가 아닌 형사부로 송치했다고 하자.

이렇게 **형사부로 간 경우에서도** 처벌보다는 '보호 목적'이다. 미성년자에 대해서 형사 처분에 대한 특별 조치를 적용하거나 하기 때문..

라. 공판

1) 절차

인정 신문 -> 검사의 모두 진술 -> 피고인의 모두 진술 -> 증거 조사 -> 피고인 신문 -> 검사의 의견 진술 -> 피

고인의 최후 진술과 변호인의 최후 변론 -> 판결

2) 공개주의를 원칙으로 한다.

3) 법원의 결정으로 심리를 공개하지 않을 수도 있다. 그러나 판결은 반드시 공개되어야 한다.

4) 심리를 공개하는 경우에도 방청인 수를 제한하거나 법정 질서를 해하는 자에게 퇴정 명령을 내릴 수 있다.

5) 법정에서의 녹화 촬영 중계 방송은 재판장의 허가를 받아야 한다.

마. 수사

1) 체포, 구속하지 않고 수사하는 것이 원칙.

2) 수사를 주재하는 것은 검사이다.

바. 명예 회복 제도

1) 무죄 판결 등이 법원에서 확정된 경우 무죄 재판 사건 등에 대한 재판서를 법무부 홈페이지에 기재해 줄 것을 무죄 재판 사건의 피고인이 검찰에 청구할 수 있는 제도.

사. [책임 마스터!]

형사 미성년자의 책임 조각? 미취학 아동의 책임 조각? 가만, 형사 미성년자는 14세 미만인데 이 자료 앞에서는 일반적으로 책임능력은 명확한 기준이 없어서 그때그때 판단한다며! 그런데 14세 미만이라는 명확한 기준이 있네? 하..

하고 화내실 수 있기 때문에, 해결 방법을 제시해 드리도록 하겠다.

1) 먼저 '민사상 책임'과 '형사상 책임'에 대한 차이를 알아두자.

책임능력이란, 불법행위를 지각할 수 있는 정신능력을 갖추었는지의 여부를 말한다.

그러나 이 '책임'이 적용되는 영역에 따라 그 성질이 조금씩 달라진다.

'민사상 책임'이란 개인간의 관계에서 발생한 손해에 대한 배상 책임을 말하고

'형사상 책임'이란 국가와 범법자 간의 관계에서 범법자가 형사상 제재를 받을 책임을 의미한다.

예를들어 위의 '형사 미성년자의 책임 조각'의 책임은 '형사상 책임'에 해당하기 때문에 풀어서 말하면 '14세 미만의 소년은 형사상 제재를 받을 만한 형사상의 책임이 없다고 본다'가 된다.

2) -아니 작성자님! 그렇다면 촉법소년의 경우 형사적 책임이 조각되어도 민사적 책임은 아직 남아있을 수 있다는 말 이죠?

그렇다. 아주 자명타.

-아하 그렇다면 촉법소년이 소년원에 가는 등 보호처분을 받는 것은 형사적 책임 때문이 아니니까, 민사적 책임이 남아있어서 그런거죠?

아니, 뭐, 뭐라고? ㅋㅋ

보호처분이란 범죄성 개선을 위해 내려지는 '보안처분'의 한 형태이다.

아래 보안처분에 대한 두산백과의 설명을 보자.

'총래의 도의적 책임론에 따르면 책임무능력자에게 모두 형벌을 과할 수 없다. 그러나 범죄성 정신장애자와 같이 반사회성 행위를 할 위험성이 상존하는 경우 그에 대해 아무 조치도 없다면 중대한 사회통제의 결여가 된다...(중략).. 따라서 사회를 보호하면서 범인을 개선 교화할 제도적 장치가 필요하게 되어 보안처분제도가 생겼다.'

즉 보안처분은 민, 형사상 책임 여부를 떠나서, 실정형벌제도의 단점을 보완하는 역할을 하는 것이다.

3) 민사상 책임과 형사상 책임에 대한 차이를 명확히 이해했다면 이제 각 책임이 적용되는 상황을 볼 차례다.

그러기 위해서는 '범죄의 구성요건'과 '불법행위의 성립요건'의 차이를 알아야 한다.

범죄의 구성요건에는 3가지가 있다. 구성 요건 해당성, 위법성, **책임**. 이렇게 3가지이다.

불법행위의 성립요건에는 6가지가 있다. 가해행위, 위법성, 고의 또는 과실, 손해 발생, 인과관계, **책임능력** 이렇게 6가지이다.

앞에서 형사상 책임과 민사상 책임을 확실히 나누어 뒀으니 이미 감이 잡혔을 것이다.

범죄의 구성요건 중에서 **책임**이란 '형사상 책임'을 의미하며, 이는 형사적 제재를 받을 책임을 말한다.

불법행위의 성립요건 중에서 **책임능력**이란 '민사상 책임'을 의미하며, 이는 사적인 관계에서 손해배상을 할 책임을 말한다.

자! 이제 분류가 모호했던 두 개념을 정리했으므로, 구체적인 상황에 적용해 보자.

4) [문제상황 : 중학교에 다니는 만 13세 전교1등인 촉법소년 갑이 중한 범죄를 저질러서 잡혀부렸다. 경찰청장은 직접 갑을 가정법원 소년부에 송치했으며 가정법원 소년부는 갑에게 보호처분을 내렸다.]
 중학교에 다니고 전교1등이라면 불법행위를 지각할 수 있는 정신능력을 갖추었다고 할 수 있을까? 당연히 그렇다고 할 수 있다. 전교1등은 아무나 하나! 즉, 갑은 민사상 책임도, 형사상 책임도 모두 질 수 있다. 그러나!
 갑은 만 13세 촉법소년에 해당하기 때문에 형사상 책임이 조각된다.
책임능력이 있어도, 형법에서는 '14세 미만의 소년'의 경우 형사상 책임을 지기에는 너무 나이가 어리다고 봐서 '형사상 책임'은 조각해 주는 것이다. 결과적으로 촉법소년 '갑'에게는 범죄에 대한 형사상 책임이 사라졌다.
 여기서 포인트는 '조각'이라는 단어이다. 형사상 책임이 애초에 없던 것이 아니라, 있던 것을 조각해 준 것이다. 형사 책임이 조각되어 형사적 제재는 받지 않아도 민사적 책임은 여전히 남아있다.
 '갑은 촉법소년이므로 책임이 조각되기 때문에 손해배상의 책임 또한 없다'는 선지가 나오면 바로 '출제자님. 낚시라고 알아요? 이런 낚시를 뺀한 함정이라그래요 함정. 어이가 없네..' 하고 스샤삭 말도안되는 선지라고 판단해버리면 되겠다.
 촉법소년의 책임 조각은 '형사적' 책임만을 조각해 주기 때문이다. 교도소는 안 갈 뿐이지 피해자에게 손해배상을 할 책임마저 없어진 것이 아니다.

5) [문제상황 2 : 10세 미만의 소년 김악당이 범죄 행위를 저질렀다면?]
 일반적으로 10세 미만에게는 책임능력이 없다고 본다. 풀어서 말하면 불법행위를 지각할 수 있는 정신능력이 없다고 보는 것이다.
 그러므로 당연히 형사상 책임과 민사상 책임 또한 모두 없는 것이다.
 여기서 촉법소년의 범위를 만 10세 이상 만 14에 이상의 형사미성년자로 한정된 것을 생각해 보면 도움이 된다. 촉법소년의 경우 형사상 책임을 조각해 주는데, 애초에 조각할 책임 자체가 없다면? 10세 미만은 책임능력 자체가 없는데 형사상 책임을 '조각'한다면 말이 이상해진다.
 아무튼, 결국 범죄를 저질렀음에도 불구하고 소년 김악당에게는 민, 형사상으로 아무런 책임이 없다.
 그렇다면 범죄 행위를 저지른 이 10세 미만 소년은 아무런 법적 규제도 받지 않고 끝인가? 그렇다. 소년에게는 끝이다
 하지만 주변사람까지는 아니다. 법정대리인이 그 책임을 넘겨받게 된다. 이렇게 특수불법행위의 개념으로 넘어가면 책임능력이 없어서 생기는 문제를 부분적으로나마 해결할 수 있다.

아. 형법과 관습 형법 금지의 원칙 심화 - 부담없이 읽어보되 볼드체로된 부분은 알아두자.

1) 관습법이나 조리도 법원으로 하고 있는 민법과 달리 형법의 법원(法源)은 성문법에 근거해야 하며 판례법 또한 형법의 법원의 근거가 될 수 없다..

즉 형법의 법원(法源)은 오직 성문법 뿐이며 관습법, 판례, 조리와 같은 불문법은 형법의 법원이 될 수 없다.
 (참고 : 불문법이 형법의 법원이 될 수 없는 궁극적인 이유는 불문법들은 국회가 제정한 것이 아니기 때문이다)
 그러므로 아래와 같은 선지가 나온다면

- 형법의 해석에 있어서 관습법이나 조리의 영향을 받을 수 있다? (O/X)

답은

(O)다! 띠용? 아니 형법의 법원은 성문법만 인정한다면서요!

에헤이, 글자를 다시 잘 읽어보라. 형법의 법원이 아니라 형법의 해석을 물어보았다. 위 선지에 낚였다면 당신은.. 낚일수도 있지! 뭐 어때요,

형법의 해석에 대한 것은 법원(法源)에 대한 것과는 별개의 문제라고 본다.

이러한 모습은 수능완성 76쪽 03번 보기에서도 확인할 수 있다.

그러니까 보기에서 형법에 대한 이야기를 하는데 갑자기 관습법, 조리, 판례 등의 용어가 튀어나와도 당황할 필요가 없다.

2) +

관습법에 의한 형법의 해석에 따라 처벌을 줄여 줄 수는 있다.

하지만 처벌을 가중하게 되는 쪽으로는 해석할 수 없다.

수특 138쪽에 있는 내용이며 본 자료 앞에서도 OX퀴즈로 언급한 바 있다.

자. <<함정 절대 주의!!>>

항고, 상고 주체와 판결 결과 판단할때 조심!

형사재판의 1심 판결에 대해서 검사가 항소하였고,

그 재판의 2심 판결에 대해서도 검사가 항소하였다.

그렇다면 1심 재판과 2심 재판의 승소는 각각 누가 한 것일까?

알 수 없다!

1심 재판에서 피고인에게 내려진 형벌의 정도가 부족하다고 생각해서 검사는 비록 승소했음에도 불구하고 검사가 항소할 수도 있다. (구형의 주체는 검사이고, 양형의 주체는 법원이기 때문에 벌어질 수 있는 일이다.)

2심 재판에서 피고인에게 내려진 형벌의 정도가 부족하다고 생각해서 검사는 비록 승소했음에도 불구하고 또다시 상고할 수도 있다.

마찬가지로 피고인도 승소했다고 해도 자신에게 내려진 형이 과하다고 생각하면 항소, 상고를 할 수 있다.

즉 형사재판에서 **항소, 상고의 주체만 알아서는 어느 쪽이 원심에서 승소했는지의 여부를 확실하게 알 수 없다는** 것이다.

민사재판의 경우도 마찬가지다.

1심 판결 결과 원고가 승소했으며 그 결과 피고가 원고에게 배상해줘야 하는 손해배상액이 책정되었다.

하지만 이 금액이 원고가 애초에 청구했던 손해배상액에 비해 적다면 원고는 1심 재판에서 승소했음에도 불구하고 손해배상액의 부족을 이유로 항소할 수 있다. 2심도 마찬가지이다.

하지만 부당해고 절차에서 노동위원회의 구제 신청 결과나, 부당해고 절차중의 행정소송 그리고 선거재판 등 판결이 유 무효로, 즉 이분법적으로 결정되는 재판의 경우 **승리 혹은 승소한 측에서 재판(<-중앙노동위원회의 재심판정에 대해서) 혹은 재심을 청구할 수 없다. 애초에 청구할 필요가 없다. 재판을 더 해서 더 이상 얻을 게 없기 때문이다.** 따라서 이런 경우에는 **항소, 상고의 주체를 보고 원심의 승자와 패자를 확정할 수 있다.**

차. O.X 퀴즈

- 1) 피의자 수사 단계에서 변호인은 피의자 신문에 참여할 수 없다 (O/X)
- 2) 가정(지방)법원 소년부는 소년범이 형벌을 받아야 한다고 판단하면 일반 법원에 송치할 수 있다. (O/X)
- 3) 배상 명령에서 인정되지 못한 부분은 별도로 민사 소송을 제기할 수 있다. (O/X)
- 4) 배상 명령을 통해 위자료를 청구할 수 있다. (O/X)
- 5) 검사는 피고인 행위의 경중을 파악하여 양형을 구형할 수 있다. (O/X)
- 6) 형벌 법령을 어기지 않은 소년이라도 보호 처분을 받을 수 있다 (O/X)
- 7) 형사 재판에서 유죄 판결이 내려졌다면 검사는 더 이상 항소나 상고를 할 수 없다. (O/X)
- 8) 집행유예 기간동안 죄를 저지르지 않으면 면소된 것으로 간주한다. (O/X)
- 9) 형의 집행은 판사가 지휘한다. (O/X)
- 10) 구속적부심사는 구속된 피의자가 기소되기 전에 법관이 할수 있으며, 구속된 피고인에 대해서도 할수 있다. (O/X)
- 11) 가정법원 소년부는 범죄소년에게 과료 또는 벌금형을 내릴 수 있다. (O/X)
- 12) 죄형 법정주의 원칙에 따르면 어떤 행위를 범죄로 규정하는 법이 있어야만 그 행위를 처벌할 수 있다. 이때 이 '법'은 형식적 의미의 형법에 한정된다. (O/X)
- 13) 만취한 상태에서는 타인에게 상해를 가하더라도 책임이 조각된다. (O/X)
- 14) 대안적 제재수단인 보안 처분은 자유형과 달리 신체적 자유를 제한하지는 않는다. (O/X)

카. O.X퀴즈 정답과 출처

- 1) (X) 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장을 위해 수사 단계에서 변호인의 피의자 신문 참여법이 규정되어 있다. (수특 149)
- 2) (X) 가정(지방)법원 소년부는 소년범이 형벌을 받아야 한다고 판단하면 일반 **법원이 아니라** 관할 지방 법원에 대응하는 검찰청 **검사**에게 송치하여야 한다. (수특 150쪽 중단)

- 3) (O) (수특 151쪽 중단)
- 4) (O) (수특 151쪽 중단)
- 5) (X) 양형을 구형할 수 있는 것은 판사이다. 검사는 양형이 아니라 형량을 구형한다.
- 6) (O) 경찰서장은 앞으로 형벌 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 10세 이상의 소년을 직접 관할 소년부에 송치할 수 있다. (수특 153쪽 7번 병)
- 7) (X) 유죄 판결이 내려졌어도 양형이 부족하다고 생각하면 검사는 판결에 불복하고 양형부당을 이유로 항소나 상고할 수 있다. (수특 156쪽 ㄷ)
- 8) (X) 집행유예 기간동안 죄를 저지르지 않으면 형 선고의 효력이 상실된다. 면소로 간주하는 것은 선고유예의 경우이다. (수특 148쪽 상단)
- 9) (X) 형의 집행은 검사가 지휘한다. 참고로, 검사는 행정부 소속일까, 사법부 소속일까? 사법부 소속 같지만 아니다. 검사는 행정부 소속이다.
(드라마 '수상한 파트너'에서 주인공 지창욱이 모종의 사건 때문에 검사직을 어쩔수없이 내려놓고 변호사가 되는 장면이 나온다. 검사직이라는 공무원에서 변호사라는 자영업자가 된 셈이다. 이 드라마에서 악역이 연기를 참 잘했다. 그리고 이 악역은 남궁민 주연의 김과장이라는 드라마에서 귀여운 악동 역할로 나온다. 배우 '동하'인데 이미지가 너무 달라져서 처음엔 못알아봤다. 아무튼)
때문에 형의 집행은 행정부가 한다는 표현도 맞는 표현이 된다. (수특 157쪽 8번-3)
- 10) (X) 구속된 피의자가 기소된 후 피의자에서 피고인이 되었을 때에 피고인은 구속적부심사가 아니라 보석심사를 청구할 수 있다. (수특 153쪽 5번)
- 11) (X) 과료와 벌금 모두 형벌의 일종이다. 가정법원 소년부에서는 형벌을 내릴 수 없고 소년법상 보호처분만 가능하기 때문에 과료와 벌금 모두 X. (참고 : 과료와 달리 과태료는 형벌이 아니다. 행정법에 따른 벌이다)
- 12) (X) 범죄와 형벌을 규정하는 법률은 형식적 의미의 형법뿐만 아니라 도로교통법 등과 같은 실질적 의미의 형법도 포함된다. (수완 75쪽 2번)
- 13) (X) '술' 이야기가 나오면 주의해야 한다! 주의해야 할 이유는 두 가지가 있다.
첫 번째. 만취하여 심신 상실 상태라고 해도 행위 시의 상황에 따라 법관의 판단은 달라질 수 있다. 즉 심신 상실 상태라는 표현은 완벽한 면죄부가 될 수 없다. 심신 상실 상태라는 표현에 빨려들어가서는 안된다.
예를들어 고의로 만취상태가 된 뒤 심신 상실 상태에서 불법행위 혹은 범죄를 저질렀다면 책임은 조각되지 않는다.
두 번째. 단순히 '술에 취한 상태'라는 조건 만으로는 심신 상실의 상태라고 단정지을 수 없다. 적당히 알뜰하게 취했는지, 필름이 끊길 정도로 마셨는지는 상황마다 개별적으로 판단해야 한다. 더구나 고의로 마셨는지 혹은 심신 상실 상태가 될 것을 알면서도 마셨는지도 알 수가 없다.(이 경우 첫 번째 이유로 간다) 따라서 책임 조각의 여부가 확실하지 않다. (수완 77쪽 5번)
- 14) (X) 치료 감호는 적절한 치료를 위해 가해자의 신체적 자유를 제한하며, 보호 관찰, 사회 봉사 명령 등도 가해자의 신체적 자유를 제한하는 조치이다. (수완 79쪽 9번)

4. 16>국제법과 국제 분쟁

조약>VS국제 관습법 VS 법의 일반원칙

(기타 : 보조수단으로서 판례와 학설도 국제법을 구성할 수 있음)

조약 (성문)	국제 관습법 (불문)	법의 일반원칙(불문)
체결 절차 (O) 체결 당사국만 구속	국제관행 + 법적 확신	
	체결 절차 (X) 포괄적 구속력 (O) : 국제사회 모든 국가를 규율할 수 있음.	
-양자 조약 -다자 조약 아래 조약의 예시들 알아두기! <<주의!>> UN 헌장 도 조약의 하나임. 한비 상호 방위 조약 한중 어업 협정 교토의정서 생물 다양성에 관한 협약	-별도의 절차 없이 국내법으로 수용 즉 별도의 체결 공포 절차 없이도 국내법과 동일한 효력 을 지님. -국제관습법 중 조약으로서 명시적으로 국가 간에 합의하는 경우도 있음(안중요) -단순히 사실적인 관습적 행위가 아니고, 법에 준거하는 의무로서의 행위 라는 법적 확신 을 각 국가가 가져야 한다. -외교관의 면책특권 -내정불간섭의 원칙 -포로의 인도적 처우 -전쟁법의 일반원칙 <-- <<함정 주의!!>> 이름에 일반원칙이 들어가지만 일반원칙이 아니라 국제 관습법이다! -강제송환 금지원칙 (<-수완 100쪽 1번 보기에서 언급됨) 외내포전 (시험치기 직전에 이렇게 머릿글자만 따서 외워두면 문제풀 때 착착 떠올라서 빠르고 정확하게 풀어내기 편함)	3개만 알아두면 충분하다. -신의선실의 원칙 -손해배상 -권리남용금지 신손권으로 외우면 편함 (삼국지의 손권이 자기를 소개할 때 "신, 손권이라 하오!" 라고 하는 모습을 이용한 하이 켈리리 연상법... 흠흠..)

우리나라 헌법상 체결, 공포된 조약과 '일반적으로 승인된 국제법규'(관습법과 법의 일반 원칙을 말함)는 국내법과 동일한 효력이 생긴다.

우리나라 조약 체결 흐름 + 심화

1. 전권대사의 조약 체결(서명)으로 조약 내용 확정) ->
2. 국회의 비준 동의 ->
3. 대통령의 비준
4. 대통령의 **공포**로 조약이 국내법적 **효력**을 가지게 됨

-비준을 요하지 않는 조약은 **서명만으로 성립**함

-비준만으로 조약의 효력이 발생한다(X) 비준서의 교환, 기탁의 절차를 거쳐야 한다.

-상대국의 동의가 없는 한 수정 비준, 조건 비준은 불가. 내용 전부에 대한 가부를 결정해야 함.

-대통령이 체결해도 되지만 바빠서 보통 체결권자로 전권대사를 보내고, 최종 확인인 비준만 직접 함.

-동의를 사전적, 승인은 사후적이라는 점에 주목! 비준 '동의' **이후에** 비준이 이루어진다.

-모든 조약에 대해 국회 비준 동의가 필요한 것이 아니다. 일부 조약은 [1. 체결 ->(동의 생략)-> 2. 비준] 끝!

비준 동의를 받지 않은 조약의 국내법적 적용 여부는 고교수준에서 구체적으로 다루지 않기 때문에 여기까지 깊이 들어갈 필요는 없다. (출처 : EBS QNA)

가. 대안적 해결 방식

- 1) 국제 조정 : 분쟁 당사국의 **합의**에 의해 설치된 국제 조정 위원회가 해결안을 제시하는 것
- 2) 국제 중재
- 3) 의의 : 기존의 해결 방식에 비해 **신속한** 분쟁 해결 가능

나. 국제 조정 위원회

- 1) 상설적으로 또는 특별하게 설치된다.
- 2) 국제 심사 위원회의 구성으로 되어 분쟁 당사국의 국적 위원 각 1명을 포함한 5명 또는 3명의 위원에 의해 조직되는 경우가 많다.
- 3) 심리 절차는 대심의 방법에 의하는 것을 원칙으로 한다.
- 4) 조정 작업 결과로서 보고서(조서)에 제시된 **조정** 조건은 국제 재판의 판결과 달리 원칙적으로 **구속력을 갖지 않는다**.

다. 신사협정

<<함정 주의!!>>

신사협정은 아무것도 아니다. 국제법 자체가 아니다.

정말로 아무것도 아니다. 조약도, 국제 관습법도, 법의 일반원칙도 아니다. 그냥 **나명 나명**이다.

라. O.X퀴즈

- 1) 국회의 동의를 얻지 않은 조약은 국내에서 효력이 없다 (O/X)
- 2) 조약은 대법원의 위헌법률심판의 대상이다 (O/X)
- 3) 조약은 반드시 국회의 동의를 얻어야 효력을 갖는다 (O/X)
- 4) 우리나라의 경우 국제법은 정부에만 적용될 뿐 개인을 구속하지 않는다 (O/X)
- 5) 국제법을 통한 분쟁 해결에 있어 강제적으로 집행할 기구나 집행 수단이 없다 (O/X)

마. O.X퀴즈 정답, 해설, 출처

- 1) (X) 국회의 동의를 받지 않아도 되는 조약인 경우 국내에서 법적 효력이 인정된다 (수특 187쪽 1번 ㄱ)
- 2) (X) 대법원이 아니라 헌법재판소의 위헌법률심판 대상이다. 이론적으로 조약은 국내의 법률과 같은 효력을 갖기 때문에 조약이 재판의 전제가 된 경우 위헌법률심판의 대상이 될 수 있다. (수특 187쪽 4번-1, EBS QNA로 보충)
- 3) (X) 반드시 국회의 동의를 얻어야 효력을 갖는 것은 아니다. 다만 국회의 동의를 얻은 조약은 국내법 중 법률과 동등한 효력을 가질 뿐이다. (수특 187쪽 4번-2 국회의 동의를 조약의 효력을 강화시킨다는 측면으로 이해. EBS QNA 보충)
- 4) (X) 우리나라의 경우 국제법은 국내법과 같은 효력을 지니기 때문에 국제법도 국내법처럼 개인을 구속할 수 있다. (수특 188쪽 6번 보기)
- 5) (O) 국제 사법 재판소의 판결에 구속력이 있는 것은 맞다. 그리고 판결을 따르지 않을 시 안전 보장 이사회에서 경제적/군사적으로 적절한 조치를 취할 수도 있다. 그러나 이것들 역시 '강제적으로 집행할 기구나 집행 수단'이라고 할 수 없다. (수특 190쪽 4번-선지5)