

# 2022년 경찰대 편입 형사법 정답과 해설

- 월비스 경찰학원 형사법 임종희 제공 -

1. 「형법」상 적정성의 원칙에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고르면? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉠ 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제10조 제4항이 위계 또는 위력을 사용하여 여자 청소년을 간음한 자에 대한 법정형을 여자 청소년을 강간한 자에 대한 법정형과 동일하게 정하였다면 이는 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 입법이다.
- ㉡ 음주운전 금지규정을 2회 이상 위반한 사람을 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만원 이상 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 한 구 「도로교통법」 제148조의2 제1항은 음주운전 금지규정을 반복하여 위반하는 사람에 대한 처벌을 강화하기 위한 규정인데, 가중요건이 되는 과거 위반행위와 처벌대상이 되는 재범 음주운전행위 사이에 아무런 시간적 제한을 두지 않아 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다.
- ㉢ 상관살해죄에 대하여 법정형으로 사형만을 규정하고 있는 「군형법」(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정된 것) 제53조 제1항은 범죄의 중대성 정도에 비하여 심각하게 불균형적인 과중한 형벌을 규정함으로써 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 형벌체계상 정당성을 상실한 것이다.
- ㉣ 「형법」(1995. 12. 19. 법률 제5057호로 개정된 것) 제332조중 절도죄(제329조)에 관한 부분은 상습절도의 형을 기본범죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다고 정하고 있는바, 이는 법정형과 선고형 모두 가중하는 것으로 형벌에 관한 입법재량이나 형성의 자유를 현저히 일탈하여 책임과 형벌의 비례원칙에 위반된다.
- ㉤ 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」 제5조 제2항이 특수강도죄를 범한 자가 강간죄를 범한 경우와 강제추행죄를 범한 경우를 구별하지 않고 법정형을 동일하게 규정한 것은 특수강도죄를 범하고 강간죄를 범한 자와 강제추행죄를 범한 자를 합리적 이유 없이 차별한 것으로 형벌과 책임간의 비례성의 원칙, 형벌의 체계 정당성, 평등의 원칙 등에 어긋나 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.

- ① ㉠㉡㉢      ② ㉠㉢㉣      ③ ㉢㉣㉤      ④ ㉠㉢㉤      ⑤ ㉠㉣㉤

→ 정답 ④ ㉠㉢(2개)은 옳은 지문이나, ㉠㉤(3개)은 틀린 지문이다.

㉠ (X) [1] 실무상 여자 청소년에 대한 간음죄의 구체적인 사안에 있어서 그 간음의 수단이 형법상의 강간죄가 요구하는 정도의 폭행·협박인지, 위계 또는 위력에 불과한지를 구분하기가 쉽지 아니하므로, 위계 또는 위력을 사용하여 여자 청소년을 간음한 자를 여자 청소년을 강간한 자와 동일하게 처벌하여야 할 형사정책적인 필요성이 있는 점, 위계 또는 위력을 사용하여 여자 청소년을 간음한 자에 대한 비난가능성의 정도가 여자 청소년을 강간한 자에 비하여 반드시 가볍다고 단정할 수 없으므로, 청소년의 성보호에 관한 법률 제10조 제4항이 위계 또는 위력을 사용하여 여자 청소년을 간음한 자에 대한 법정형을 여자 청소년을 강간한 자에 대한 법정형과 동일하게 정하였다고 하여 이를 두고 형벌 체계상의 균형을 잃은 자의적인 입법이라고 할 수는 없다.

[2] 청소년의 성보호에 관한 법률 위반(청소년 강간 등)죄에 있어서의 '위력'이란 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력을 말하고 유형적이든 무형적이든 묻지 않으므로, 폭행·협박뿐 아니라 행위자의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하며, '위력'으로써 간음하였는지 여부

는 행사한 유형력의 내용과 정도 내지 이용한 행위자의 지위나 권세의 종류, 피해자의 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적인 행위 태양, 범행 당시의 정황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원2007. 8. 23. 선고2007도4818판결).

㉠ (○) 음주운전 금지규정을 2회 이상 위반한 사람을 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 구 도로교통법 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 범죄 전력이 있음에도 다시 범행한 경우 가중된 행위책임을 인정할 수 있다고 하더라도, 전범을 이유로 아무런 시간적 제한 없이 무제한 후범을 가중처벌하는 예는 찾기 어렵고, 공소시효나 형의 실효를 인정하는 취지에도 부합하지 않는다. 또한 심판대상조항은 과거 위반 전력, 혈중알코올농도 수준 등에 비추어, 보호법익에 미치는 위험 정도가 비교적 낮은 유형의 재범 음주운전행위도 일률적으로 그 법정형의 하한인 2년 이상의 징역 또는 1천만 원 이상의 벌금을 기준으로 처벌하도록 하고 있어 책임과 형벌 사이의 비례성을 인정하기 어려우므로 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다(헌재 2021. 11. 25. 2019헌바446 등). 결국, 2회 이상 음주운전 시 가중처벌 사건에서 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’에 관한 가중처벌부분은 비례원칙에는 위반된다.

㉡ (○) [1] 상관을 살해한 경우 사형만을 유일한 법정형으로 규정하고 있는 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정된 것) 제53조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 형벌과 책임 간의 비례원칙에 위배된다.

[2] 법정형의 종류와 범위를 정하는 것이 기본적으로 입법자의 권한에 속하는 것이라고 하더라도, 형벌은 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성이 지켜져야 하는바, 군대 내 명령체계유지 및 국가방위라는 이유만으로 가해자와 상관 사이에 명령복종관계가 있는지 여부를 불문하고 전시와 평시를 구분하지 아니한 채 다양한 동기와 행위태양의 범죄를 동일하게 평가하여 사형만을 유일한 법정형으로 규정하고 있는 이 사건 법률조항은, 범죄의 중대성 정도에 비하여 심각하게 불균형적인 과중한 형벌을 규정함으로써 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 법치국가의 이념에 어긋나고, 형벌체계상 정당성을 상실한 것이 다(헌재 2007. 11. 29. 2006헌가13).

㉢ (X) [1] 상습으로 절도죄를 범한 자를 가중처벌하는 형법(1995.12.29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제332조중 제329조에 관한 부분은 책임과 형벌의 비례원칙에 위배되지 않는다.

[2] 상습범은 범행의 반복을 통해 높은 사회불안을 야기하고, 이를 방지할 경우 범행의 수법이 발전하고 대담해져 더 큰 강력범죄로 발전할 위험성이 있어 비난가능성이 크므로 일반범죄에 비해가중처벌 할 필요가 있다. 심판대상조항은 상습절도의 형을 기본범죄에 정한 형의 2분의1까지 가중한다고 정하고 있으나 이는 법정형의 범위를 넓히는 것일 뿐 선고형을 2분의1 가중하는 것이 아니고, 법원은 구체적 사실관계를 기초로 행위에 상응하는 책임을 물을 수 있으며, 절도죄의 법정형은 하한이 정해져 있지 아니하여 사안에 따라 집행유예의 선고도 할 수 있다. 따라서 심판대상조항이 형벌에 관한 입법재량이나 형성의 자유를 현저히 일탈하여 책임과 형벌의 비례원칙에 위배된다고 할 수 없다(헌재 2016. 10. 27. 2016헌바31).

㉣ (X) [1] 특수강도강제추행죄의 법정형을 특수강도강간죄의 그것과 동일하게 규정한 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’(1997. 8. 22. 법률 제5343호로 개정되고, 2010. 4. 15. 법률 제10258호로 개정되기 전의 것) 제5조 제2항중 “형법 제334조(특수강도)의 죄를 범한 자가 동법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.”는 부분(이하, 이 사건 조항이라 한다)이 책임과 형벌 간의 비례원칙을 위반하지 않는다.

[2] 헌법재판소가 2009. 6. 25. 2007헌바25결정에서 판시한 바와 같이, 이 사건 조항은 입법자가 피해자의 재산과 성적자기결정권의 침해를 넘어서 가정파괴의 결과에 이르는 성범죄를 예방하고 척결하기 위하여 특별법으로 특수강도강제추행죄의 구성요건을 신설한 것인바, 보호법익의 중요성, 범죄의 죄질, 행위자책임의 정도 및 일반예방적 목적을 달성하기 위한 형사정책적 측면 등을 고려하여 비교적 중한 법정형을 정한 것으로 합리적 이유가 있으므로 그자체로 범죄의 죄질 및 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹하다고 할 수 없다.

[3] 입법자는 특수강도의 기회에 피해자를 강제추행한자에 대하여 특단의 사정이 없는 한 집행유예를 선고하지 못하도록 입법적 결단을 내린 것인데 위 결단이 자의적이라 보기 어렵고, 법률상 감경사유가 경합되거나 법률상 감경사유와 작량감경사유가 경합되는 경우 집행유예가 가능하므로 이 사건 조항이 법관의 양형결정권을 침해한다고 할 수 없다.

[4] 강제추행이 경우에 따라서 강간의 경우보다 죄질이 나쁘고 피해가 중대한 경우가 있을 수 있으며, 또한, 통상적인 추행행위라고 하더라도 범행의 동기, 범행 당시의 정황 및 보호법익에 대한 침해의 정도 등을 고려할 때 강간보다 무겁게 처벌하거나 적어도 동일하게 처벌할 필요가 있는 경우도 있으므로 특수강도를 저지른 자가 피해자를 강제추행한 경우에 대한 비난가능성의 정도가 피해자를 강간한 경우에 비하여 반드시 가볍다고 단정할 수 없다. 따라서 이 사건 조항이 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 입법이라고 할 수 없으므로 평등원칙에 위반되지 않는다(헌재 2010. 7. 29. 2009헌바350).

## 2. 계속범과 상태범에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 구성요건적 행위가 시간적 계속을 요하는가에 따라 계속범과 상태범이 구별된다.
- ② 상태범의 경우 행위의 계속과 위법상태의 계속은 일치하지 않고, 계속범의 경우 행위의 계속과 위법상태의 계속은 일치한다.
- ③ 정당방위도 위법한 침해행위가 종료하기까지 가능하므로 계속범에 대하여는 범죄의 기수 이후 종료 시까지 정당방위를 할 수 있다.
- ④ 상태범은 기수와 범죄행위의 종료 시점이 일치하므로 기수이후에는 공범이 성립할 수 없지만, 계속범은 범죄가 기수로된 이후에도 행위가 계속되는 동안 공범이 성립할 수 있다.
- ⑤ 공소시효는 범죄가 종료된 때부터 진행되므로 계속범에 있어서는 구성요건적 결과의 발생 시가 시효의 기산점이 되며, 상태범에 있어서는 위법상태가 종료된 때가 시효의 기산점이 된다.

→ 정답 ⑤ (X) 상태범의 공소시효의 기산점은 구성요건적 결과의 발생시(기수시)이나, 계속범의 공소시효의 기산점은 종료시이다(형소법 제252조 제1항). 선지는 설명이 반대로 되어있다.

- ① (○) 구성요건적 행위가 시간적 계속을 요하는가에 따라 범죄는 계속범과 상태범이 구별된다.
- ② (○) [1] 상태범은 행위의 결과가 발생하면 기수와 동시에 범죄도 완성되므로 기수시기와 종료시기가 일치한다(절도죄, 횡령죄 등 주로 재산범죄). 그러나 기수 이후에도 위법상태는 계속되는데 이를 불가벌적 사후행위라고 부른다. 따라서 상태범은 행위의 계속과 위법상태의 계속은 일치하지 않는다.  
[2] 계속범은 기수시기와 종료시기가 일치하지 않는다(주거침입죄, 체포·감금죄 등). 그러나 범죄가 기수로 된 이후에도 범죄행위도 종료되지 않고 위법상태도 계속되므로 행위의 계속과 위법상태의 계속은 일치한다.
- ③ (○) 상태범은 정당방위와 긴급피난이 기수시까지만 가능하나, 계속범은 기수이후에도 종료시까지 가능하다.
- ④ (○) 상태범은 기수시까지만 공범의 성립이 가능하므로 기수이후에는 공범이 성립할 수 없으나, 계속범은 기수이후에도 종료시까지 가능하다.

## 3. 법인의 형사책임에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 양벌규정에 의하여 처벌되는 개인정보처리자로 구「개인정보보호법」(2022. 4. 20. 법률 제185085호로 개정되기전의것) 제74조 제2항에서 ‘법인 또는 개인’을 규정하고 있어 죄형

법정주의의 원칙상 ‘법인격 없는 공공기관’을 위 양벌규정에 의하여 처벌할 수 있고, 행위자 역시 마찬가지다.

② 법인격 없는 사단에 고용된 사람이 위반행위를 하였더라도 법인격 없는 사단의 구성원 개개인을 구 「건축법」(2020. 2.4. 법률 제16930호로 개정되기 전의 것) 제112조 제4항 양벌규정의 ‘개인’의 지위에 있다고 보아 그를 처벌할 수 없다.

③ 법인격 없는 사단과 같은 단체는 법인과 마찬가지로 사법상의 권리의무의 주체가 될 수 있음은 별론으로 하더라도 법률에 명문의 규정이 없는 한 그 범죄능력은 없다.

④ 합병으로 인하여 소멸한 법인이 그 종업원 등의 위법행위에 대해 양벌규정에 따라 부담 하던 형사책임은 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것으로서 합병으로 인하여 존속하는 법인에 승계되지 않는다.

⑤ 양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반 행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌된다.

→ 정답 ① (X) [1] 구 개인정보 보호법 제71조 제2호는 이용 범위를 초과하여 개인정보를 이용한 개인정보처리자를 처벌하도록 규정하고 있고, 같은 법 제74조 제2항에서는 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 같은 법 제71조에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과하도록 하는 양벌규정을 두고 있다. 같은 법에서 벌칙규정의 적용대상자를 개인정보처리자로 한정하고 있기는 하나, 위 양벌규정은 적용대상자를 해당 업무를 실제로 처리하는 행위자까지 확장하여 그 행위자나 개인정보처리자인 법인 또는 개인을 모두 처벌하려는 데 그 취지가 있으므로, 위 양벌규정에 의하여 개인정보처리자 아닌 행위자도 위 벌칙규정의 적용대상이 된다.

[2] 그러나 구 개인정보 보호법은 공공기관 중 법인격이 없는 ‘중앙행정기관 및 그 소속 기관’ 등을 개인정보처리자 중 하나로 규정하고 있으면서도, 양벌규정에 의하여 처벌되는 개인정보처리자로는 같은 법 제74조 제2항에서 ‘법인 또는 개인’만을 규정하고 있을 뿐이고, 법인격 없는 공공기관에 대하여도 위 양벌규정을 적용할 것인지 여부에 대하여는 명문의 규정을 두고 있지 않으므로, 죄형법정주의의 원칙상 ‘법인격 없는 공공기관(경찰청)’을 위 양벌규정에 의하여 처벌할 수 없고, 그 경우 행위자 역시 위 양벌규정으로 처벌할 수 없다고 봄이 타당하다.

[3] 경찰공무원 갑은 자신의 채무자 을이 차용금을 변제하지 않자 경찰서 형사와 사무실에서 자신의 컴퓨터를 이용하여 형사사법정보시스템(KICS) 온라인망에 접속해 을과 을 배우자 병의 주소지 등을 확인한 사건에서 갑이 소속된 위 공공기관(경찰청)은 양벌규정에 의하여 처벌되는 개인정보처리자에 포함된다고 볼 수 없고, 따라서 갑 역시 위 양벌규정에 의하여 처벌할 수 있는 행위자에 해당하지 않는다(대법원2021. 10. 28.선고2020도1942판결). 결국, 행위자인 갑과 갑이 이용한 개인정보의 개인정보처리자인 경찰청에 대한 「개인정보 보호법」 위반 부분은 처벌할 수 없다.

② (○) [1] 구 건축법(2015. 7. 24. 법률 제13433호로 개정되기 전의 것) 제108조 제1항은 같은 법 제11조 제1항에 의한 허가를 받지 아니하고 건축물을 건축한 건축주를 처벌한다고 규정하고, 같은 법 제112조 제4항은 양벌규정으로서 “개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 개인의 업무에 관하여 제107조부터 제111조까지의 규정에 따른 위반행위를 하면 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다.”라고 규정하고 있다. 그러나 법인격 없는 사단에 고용된 사람이 위반행위를 하였더라도 법인격 없는 사단의 구성원 개개인이 위 법 제112조에서 정한 ‘개인’의 지위에 있다 하여 그를 처벌할 수는 없다.

[2] 甲 교회의 총회 건설부장인 피고인이 관할시청의 허가 없이 건물 옥상층에 창고시설을 건축하는 방법으로 건물을 불법 증축하여 건축법 위반으로 기소된 사안에서, 甲 교회는 乙을 대표자로 한 법인격 없는 사단이고, 피고인은 甲 교회에 고용된 사람이므로, 乙을 구 건축법 제112조 제4항 양벌규정의 ‘개인’의 지위에 있다고 보아 피고인을 같은 조항에 의하여 처벌할 수는 없는데도, 이와 달리 피고

인은 무허가 증축행위를 실제로 행한 사람으로서 구 건축법 제112조 제4항에서 정한 ‘같은 법 제108조 제1항에 따른 위반행위자’에 해당한다고 보아 유죄를 인정한 원심판단에 구 건축법 제112조의 양벌규정에 관한 법리오해의 위법이 있다(대법원 2017. 12. 28., 선고, 2017도13982, 판결). 결국, 법인격 없는 사단에 고용된 사람이 위반행위를 하였더라도 법인격 없는 사단의 구성원 개개인이 위 법 제112조 소정의 “개인”의 지위에 있다 하여 그를 처벌할 수는 없다.

③ (○) 법인격 없는 사단과 같은 단체는 법인과 마찬가지로 사법상의 권리의무의 주체가 될 수 있음은 별론으로 하더라도 법률에 명문의 규정이 없는 한 그 범죄능력은 없고 그 단체의 업무는 단체를 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없는데, 구 건축법 제26조 제1항의 규정에 의하여 건축물의 유지·관리의무를 지는 '소유자 또는 관리자'가 법인격 없는 사단인 경우에는 자연인인 대표기관이 그 업무를 수행하는 것이므로, 같은 법 제79조 제4호에서 같은 법 제26조 제1항의 규정에 위반한 자라 함은 법인격 없는 사단의 대표기관인 자연인을 의미한다(대법원 1997. 1. 24. 선고 96도524판결).

④ (○) 합병으로 인하여 소멸한 법인이 그 종업원 등의 위법행위에 대해 양벌규정에 따라 부담하던 형사책임은 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것으로서 합병으로 인하여 존속하는 법인에 승계되지 않는다(대법원 2007. 8. 23. 선고 2005도4471판결).

⑤ (○) 양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 될 필요는 없다(대법원 2006. 2. 24., 선고, 2005도7673, 판결)

#### 4. 인과관계에 관한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉠ 피고인이 고속도로 2차로를 따라 자동차를 운전하다가 1차로를 진행하던 甲의 차량 앞에 급하게 끼어든 후 곧바로 정차하여, 甲의 차량 및 이를 뒤따르던 차량 두 대는 연이어 급제동하여 정차하였으나, 그 뒤를 따라오던 乙의 차량이 앞의 차량들을 연쇄적으로 추돌케 하여 乙을 사망에 이르게 하고 나머지 차량 운전자 등 피해자들에게 상해를 입힌 경우 피고인의 정차 행위와 사상의 결과 발생사이에 상당인과관계가 있고, 사상의 결과 발생에 대한 예견가능성도 인정된다.
- ㉡ 승용차로 피해자를 가로막아 승차하게 한 후 피해자의 하차 요구를 무시한 채 당초 목적지가 아닌 다른 장소를 향하여 시속 약 60km 내지 70km의 속도로 진행하여 피해자를 차량에서 내리지 못하게 한 행위는 감금죄에 해당하고, 피해자가 그와 같은 감금상태를 벗어날 목적으로 차량을 빠져 나오려다가 길바닥에 떨어져 상해를 입고 그결과 사망에 이르렀다면 감금행위와 피해자의 사망 사이에는 상당인과관계가 있다.
- ㉢ 술을 마시고 찜질방에 들어온 甲이 찜질방 직원 몰래 후문으로 나가 술을 더 마신 다음 후문으로 다시 들어와 발한실에서 잠을 자다가 사망한 경우, 찜질방 직원 및 영업주는 후문으로 출입하는 모든 자를 통제·관리하여야 할 업무상 주의의무가 있으므로, 그 의무 위반과 甲의 사망사이에 인과관계가 인정된다.
- ㉣ 피고인의 수술 후 복막염에 대한 진단과 처치 지연등의 과실로 피해자가 제때 필요한 조치를 받지 못하였다면 피해자의 사망과 피고인의 과실 사이에는 인과관계가 인정되며, 피해자가 피고인의 지시를 일부 따르지 않거나 퇴원한 적이 있더라도, 그러한 사정만으로는 피고인의 과실과 피해자의 사망 사이에 인과관계가 단절된다고 볼 수 없다.

- ① 0개                      ② 1개                      ③ 2개                      ④ 3개                      ⑤ 4개

→ 정답 ④ ㉠㉡㉢(3개)은 옳은 지문이나, ㉣(1개)은 틀린 지문이다.

㉠ (○) 피고인이 고속도로 2차로를 따라 자동차를 운전하다가 1차로를 진행하던 갑의 차량 앞에 급하게 끼어든 후 곧바로 정차하여, 갑의 차량 및 이를 뒤따르던 차량 두 대는 연이어 급제동하여 정차하였으나, 그 뒤를 따라오던 을의 차량이 앞의 차량들을 연쇄적으로 추돌케 하여 을을 사망에 이르게 하고 나머지 차량 운전자 등 피해자들에게 상해를 입힌 사안에서, 편도 2차로의 고속도로 1차로 한가운데에 정차한 피고인은 현장의 교통상황이나 일반인의 운전 습관·행태 등에 비추어 고속도로를 주행하는 다른 차량 운전자들이 제한속도 준수나 안전거리 확보 등의 주의의무를 완전하게 다하지 않을 수도 있다는 점을 알았거나 충분히 알 수 있었으므로, 피고인의 정차 행위와 사상의 결과 발생 사이에 상당인과관계가 있고, 사상의 결과 발생에 대한 예견가능성도 인정된다(대판2014.7.24. 2014도6206). 결국, 피고인에게 일반교통방해치사상죄를 인정하였다.

㉡ (○) 승용차로 피해자를 가로막아 승차하게 한 후 피해자의 하차 요구를 무시한 채 당초 목적지가 아닌 다른 장소를 향하여 시속 약 60km 내지 70km의 속도로 진행하여 피해자를 차량에서 내리지 못하게 한 행위는 감금죄에 해당하고, 피해자가 그와 같은 감금상태를 벗어날 목적으로 차량을 빠져 나오려다가 길바닥에 떨어져 상해를 입고 그 결과 사망에 이르렀다면 감금행위와 피해자의 사망 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것이므로 감금치사죄에 해당한다(대판2000.2.11. 99도5286).

㉢ (X) [1] 술을 마시고 찜질방에 들어온 甲이 찜질방 직원 몰래 후문으로 나가 술을 더 마신 다음 후문으로 다시 들어와 발한실(發汗室)에서 잠을 자다가 사망한 사안에서, 甲이 처음 찜질방에 들어갈 당시 술에 만취하여 목욕장의 정상적 이용이 곤란한 상태였다고 단정하기 어렵고, 찜질방 직원 및 영업주에게 손님이 몰래 후문으로 나가 술을 더 마시고 들어올 경우까지 예상하여 직원을 추가로 배치하거나 후문으로 출입하는 모든 자를 통제·관리하여야 할 업무상 주의의무가 있다고 보기 어렵다는 이유로, 위 찜질방 직원 및 영업주가 공중위생영업자로서의 업무상 주의의무를 위반하였다고 본 원심판단에 법리오해 및 심리미진의 위법이 있다.

[2] 행정상의 단속을 주안으로 하는 법규라 하더라도 ‘명문규정이 있거나 해석상 과실범도 별할 뜻이 명확한 경우’를 제외하고는 형법의 원칙에 따라 ‘고의’가 있어야 별할 수 있다(대법원 2010. 2. 11., 선고, 2009도9807, 판결).

㉣ (○) 피고인의 수술 후 복막염에 대한 진단과 처치 지연 등의 과실로 피해자가 제때 필요한 조치를 받지 못하였다면 피해자의 사망과 피고인의 과실 사이에는 인과관계가 인정된다. 비록 피해자가 피고인의 지시를 일부 따르지 않거나 퇴원한 적이 있더라도, 그러한 사정만으로는 피고인의 과실과 피해자의 사망 사이에 인과관계가 단절된다고 볼 수 없다(대법원2018. 5. 11. 선고2018도2844판결).

##### 5. 노동쟁의행위에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

① 노사협상에서 유리한 위치를 차지할 생각으로 특정인을 비방하는 집회를 개최하여 비방하는 내용의 연설을 하고 유인물을 배포한 행위는 근로자들의 단체행동으로서 동기나 목적에 정당성이 없고, 그 수단과 방법에 상당성도 없으므로 정당행위에 해당하지 않는다.

② 집회나 시위는 합리적인 범위에서는 확성기 등 소리를 증폭하는 장치를 사용할 수 있고 확성기 등을 사용한 행위 자체를 위법하다고 할 수는 없으나, 집회나 시위의 목적 달성의 범위를 넘어 사회통념상 용인될 수 없는 정도로 타인에게 심각한 피해를 주는 소음을 발생시킨 경우에는 위법한 위력의 행사로서 정당행위라고는 할 수 없다.

③ 노동조합이 주도한 쟁의행위 자체의 정당성과 이를 구성하거나 여기에 부수되는 개개 행위의 정당성은 그 목적이 같으므로 일부 소수의 근로자가 폭력행위 등의 위법행위를 하였다면 전체로서의 쟁의행위마저 당연히 위법하다.

④ 직장 또는 사업장시설의 점거는 적극적인 쟁의행위의 한 형태로서 그 점거의 범위가 직장 또는 사업장시설을 전면적·배타적으로 점거하여 조합원 이외의 자의 출입을 저지하거나

사용자측의 관리지배를 배제하여 업무의 중단 또는 혼란을 야기케 하는 것은 이미 정당성의 한계를 벗어난 것이다.

⑤ 노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마치지거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기간이 끝나면 노동조합은 쟁의행위를 할 수 있는 것으로 노동위원회가 반드시 조정결정을 한 뒤에 쟁의행위를 하여야지 그 절차가 정당한 것은 아니다.

→ 정답 ③ (X) [1] 노동조합이 주도한 쟁의행위자체의 정당성과 이를 구성하거나 여기에 부수되는 개개 행위의 정당성은 구별하여야 하므로, 일부 소수의 근로자가 폭력행위 등의 위법행위를 하였다고 하더라도, 전체로서의 쟁의행위마저 당연히 위법하게 되는 것은 아니다.

[2] A회사 지회가 주도한 쟁의행위는 그 목적·절차·방법이 적법하고 회의방해나 기물파손 등 일부 위법적인 행위가 적법하게 개시된 전체로서의 쟁의행위를 위법하게 변질시킨다고 보기는 어려우므로, 2007. 7. 20.부터 개시된 A회사 지회의 쟁의행위 기간과 2007. 9. 21.부터 개시된 A회사의 적법한 직장폐쇄 기간은 연차휴가일수 산정을 위한 연간 소정근로일수에서 제외되어야 한다고 판단하여, 피고인이 2007년 연간 소정근로일수의 90% 이상을 출근한 조합원들에게 단체협약을 위반하여 연차유급휴가를 부여하지 않은 노동조합법 위반의 공소사실 및 2008년 연차유급휴가 사용을 결근으로 처리하여 해당 임금을 지급하지 않은 근로기준법 위반의 공소사실은 모두 유죄가 인정된다(대법원2017. 7. 11. 선고2013도7896판결).

① (○) [1] 근로자의 단체행동이 형법상 정당행위가 되기 위하여는, 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 필요한 절차를 거쳐야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 하며 폭력의 행사나 제3자의 권익을 침해하는 것이 아니어야 한다.

[2] 공소의 주식회사의 노동조합이 사용자와의 단체협상이 원만히 진행되지 아니하자 그 교섭권한을 민주노총 금속산업연맹 광주전남지역본부에 위임하였고, 공소의 주식회사 노동조합의 조합장 또는 금속산업연맹 광주전남지역본부의 간부들인 피고인들은 국회의원으로서는 공소의 주식회사의 대주주이지만 경영에는 직접 관여하지 아니하고 있는 피해자를 비방하는 집회를 개최하면 노사협상에서 유리한 위치를 차지할 수 있을 것으로 생각하고, 피해자가 속한 정당의 중앙당사 앞 등지에서 공소의 주식회사 부당노동행위 규탄대회 등을 개최하여 피해자가 노동조합을 탄압하고 국회의원임을 이용하여 법도 지키지 아니한다는 등의 연설을 하고 그러한 내용이 기재된 유인물을 시민들에게 나누어주는 등 피해자를 모욕하거나 그의 명예를 훼손하였다고 인정한 다음, 피고인들의 이와 같은 행위의 동기나 목적에 정당성이 없고 또한 그 수단과 방법에 상당성도 없으므로 피고인들의 행위가 근로자들의 단체행동으로서 정당행위에 해당하지 아니한다(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001도1012 판결).

② (○) [1] 집회나 시위는 다수인이 공동목적으로 회합하고 공공장소를 행진하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위로서 그 회합에 참가한 다수인이 나 참가하지 아니한 불특정 다수인에게 의견을 전달하기 위하여 어느 정도의 소음이 발생할 수밖에 없는 것은 부득이한 것이므로 집회나 시위에 참가하지 아니한 일반 국민도 이를 수인할 의무가 있다고 할 수 있으며, 합리적인 범위에서는 확성기 등 소리를 증폭하는 장치를 사용할 수 있고 확성기 등을 사용한 행위 자체를 위법하다고 할 수는 없으나, 그 집회나 시위의 장소, 태양, 내용과 소음 발생의 수단, 방법 및 그 결과 등에 비추어, 집회나 시위의 목적 달성의 범위를 넘어 사회통념상 용인될 수 없는 정도로 타인에게 심각한 피해를 주는 소음을 발생시킨 경우에는 위법한 위력의 행사로서 정당행위라고는 할 수 없다.

[2] 신고한 옥외집회에서 고성능 확성기 등을 사용하여 발생된 소음이 82.9dB 내지 100.1dB에 이르고, 사무실 내에서의 전화통화, 대화 등이 어려웠으며, 밖에서는 부근을 통행하기조차 곤란하였고, 인근 상인들도 소음으로 인한 고통을 호소하는 정도에 이르렀다면 이는 위력으로 인근 상인 및 사무실

종사자들의 업무를 방해한 업무방해죄를 구성한다(2004. 10. 15. 선고 2004도4467 판결).

④ (○) [1] 직장 또는 사업장시설의 점거는 적극적인 쟁의행위의 한 형태로서 그 점거의 범위가 직장 또는 사업장시설의 일부분이고 사용자측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않는 병존적인 점거에 지나지 않을 때에는 정당한 쟁의행위로 볼 수 있으나, 이와 달리 직장 또는 사업장시설을 전면적, 배타적으로 점거하여 조합원 이외의 자의 출입을 저지하거나 사용자측의 관리지배를 배제하여 업무의 중단 또는 혼란을 야기케 하는 것과 같은 행위는 이미 정당성의 한계를 벗어난 것이라고 볼 수밖에 없다.

[2] 노동조합의 조합원들이 쟁의행위로 사용자인 서울특별시 건축사 회의사무실 일부를 점거한 사안에서, 점거한 곳의 범위와 평소의 사용형태, 사용자측에서 이를 사용하지 못하게 됨으로써 입은 피해의 내용과 정도 등에 비추어 이는 폭력의 행사에 해당하지 않는 사업장시설의 부분적·병존적인 점거로서 사용자의 재산권과 조화를 이루고 있고, 사용자의 업무가 실제로 방해되었거나 업무방해의 결과를 초래할 위험성이 발생하였다고 보기 어려우므로, 위 점거행위는 노동관계 법령에 따른 정당한 행위로서 위법성이 조각되어 업무방해죄의 책임을 물을 수 없다.

[3] 노동조합 및 노동관계조정법 시행령 제17조에서 규정하고 있는 쟁의행위의 일시·장소·참가인원 및 그 방법에 관한 서면신고의무는 쟁의행위를 함에 있어 그 세부적·형식적 절차를 규정한 것으로서 쟁의행위에 적법성을 부여하기 위하여 필요한 본질적인 요소는 아니므로, 신고절차의 미준수만을 이유로 쟁의행위의 정당성을 부정할 수는 없다.

[4] 사용자의 직장폐쇄는 노사간의 교섭태도, 경과, 근로자측 쟁의행위의 태양, 그로 인하여 사용자측이 받는 타격의 정도 등에 관한 구체적 사정에 비추어 형평상 근로자측의 쟁의행위에 대한 대항·방위 수단으로서 상당성이 인정되는 경우에 한하여 정당한 쟁의행위로 평가받을 수 있는 것이고, 사용자의 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 인정되지 아니하는 때에는 적법한 쟁의행위로서 사업장을 점거 중인 근로자들이 직장폐쇄를 단행한 사용자로부터 퇴거 요구를 받고 이에 불응한 채 직장점거를 계속하더라도 퇴거불응죄가 성립하지 아니한다.

[5] 사용자측의 노사간 교섭에 소극적인 태도, 노동조합의 파업이 노사간 교섭력의 균형과 사용자측 업무수행에 미치는 영향 등에 비추어 노동조합이 파업을 시작한 지 불과 4시간 만에 사용자가 바로 직장폐쇄 조치를 취한 것은 정당한 쟁의행위로 인정되지 아니하므로, 사용자측 시설을 정당하게 점거한 조합원들이 사용자로부터 퇴거요구를 받고 이에 불응하였더라도 퇴거불응죄가 성립하지 아니한다 (대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도5204 판결).

⑤ (○) 노동쟁의는 특별한 사정이 없는 한 그 절차에 있어 조정절차를 거쳐야 하는 것이지만, 이는 반드시 노동위원회가 조정결정을 한 뒤에 쟁의행위를 하여야만 그 절차가 정당한 것은 아니라고 할 것이고, 노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마치지거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기간이 끝나면 조정절차를 거친 것으로서 쟁의행위를 할 수 있다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2001도1863 판결).

## 6. 책임의 본질에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?

① 심리적 책임론은 책임을 행위 당시 행위자가 지니고 있었던 고의 또는 과실이라는 심리 상태라고 하며, 책임을 행위자의 내심상태에 대한 사실판단으로 파악하는 것이다.

② 규범적 책임론은 책임의 본질을 심리적 사실관계에 두는 것이 아니라 그러한 사실관계에 대한 규범적 평가로서의 비난가능성에 두고 있다.

③ 예방적 책임론은 책임의 내용은 형벌의 목적, 특히 일반예방의 목적에 의하여 결정되어야 한다는 견해로 책임은 형벌목적과 관련하여 기능적으로 이해할 때에만 형법상의 의의를 가질 수 있다.

④ 심리적 책임론은 고의는 있으나 책임조각사유에 의해서 책임이 부정되는 경우를 설명할 수 없으며, 결과에 대한 심리적 관계가 없는 ‘인식 없는 과실’의 책임도 인정할 수 없다.



⑤ 규범적 책임론은 형법과 형사정책의 관계를 혼동함으로써 일반예방에 대한 관계에서 책임주의가 가지고 있는 제한적 기능을 무의미하게 만들 위험성이 있다.

→ 정답 ⑤ (X) 선지는 규범적 책임론에 관한 설명이 아니라 예방적 책임론(기능적 책임론)에 대한 설명이다. 예방적 책임론(기능적 책임론)은 형법(책임주의)과 형사정책(범죄예방)의 관계를 혼동함으로써 책임주의를 무의미하게 만든다는 비판을 받고 있다. 즉, 책임을 예방으로 대체함으로써 일반예방에 대한 관계에서 책임주의가 가지고 있는 제한적 기능을 무력화(약화)시킬 수 있다는 비판을 받고 있다. 예컨대, 치료가 불가능한 정신질환자에게 범죄예방을 위해 책임을 인정하고, 법을 지키는 것이 곤란한 누범에게는 일반예방이라는 관점에서 중한 책임을 인정하게 되므로 공정하다고 할 수 없다.

① (○) 심리적 책임론은 책임의 실체를 결과에 대한 행위자의 심리적 관계로 이해하여, 심리적 사실인 고의·과실만 있으면 책임이 있고 그 어느 것도 없으면 책임도 없다는 견해이다.

② (○) 규범적 책임론(통설)은 책임의 본질을 심리적 사실관계에 두는 것이 아니라 그러한 사실관계를 토대로 한 규범적 평가로서의 비난가능성으로 이해하는 이론이다.

③ (○) 예방적 책임론(기능적 책임론)은 책임의 내용은 형벌의 목적, 특히 일반예방의 목적에 의하여 결정되어야 한다고 주장하는 책임이론이다. 이 견해는 책임은 형벌목적과 관련하여 기능적으로 이해할 때에만 형법상의 의의를 가질 수 있다고 주장한다.

④ (○) 심리적 책임론은 고의가 있으면 책임이 있어야 하는데, 형사미성년자가 추리소설을 읽고 살해한 행위나 강요된 행위에서 피강요자의 절도 행위가 고의는 있으나 책임조각사유에 의해서 책임이 부정되는 이유를 설명할 수 없다는 문제가 있다. 또한 심리적 책임론은 ‘인식 없는 과실’의 경우에는 발생한 결과에 대한 행위자의 심리적 관계가 있을 수 없기 때문에 책임을 인정할 수 없게 된다는 비판을 받고 있다.

7. 실행의 착수에 관한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- |   |
|---|
| ㉠ 형식적 객관설은 구성요건의 보호법익을 기준으로 하여 법익에 대한 직접적 위험을 발생시킨 객관적 행위시점에서 실행의 착수가 있다는 견해이다.<br>㉡ 실질적 객관설은 행위자가 엄격한 의미에서의 구성요건에 해당하는 행위 또는 적어도 이론적으로 구성요건에 해당한다고 볼 수 있는 행위의 일부분을 행하여야 실행의 착수가 있다는 견해이다.<br>㉢ 주관설은 행위자의 전체적 범행계획에 비추어 범죄의사가 보호법익을 직접 위태롭게 할 만한 행위 속에 명백하게 나타난 때 실행의 착수가 있다는 견해이다.<br>㉣ 주관적(개별적) 객관설은 범죄란 범죄적 의사의 표현이므로 범죄의사를 명백하게 인정할 수 있는 외부적 행위가 있을 때 또는 범의의 비약적 표동이 있을 때 실행의 착수가 있다는 견해이다. |
|---|

- ① 0개                      ② 1개                      ③ 2개                      ④ 3개                      ⑤ 4개

→ 정답 ① ㉠㉡㉢(4개)은 모두 틀린 지문이다.

※ 실행의 착수시기에 관한 학설을 빠른 순서대로 나열하면 주관설(건물안으로 들어간 때) → 절충설(금고있는 방에 들어간 때) → 실질적 객관설(금고문을 연 때) → 형식적 객관설(현금에 손댔 때)이다.

㉠ (X) 선지는 실질적 객관설에 대한 설명이므로 틀린 지문이다. 형식적 객관설은 행위자가 구성요건에 해당하는 정형적 행위를 개시하거나 정형적 행위의 일부를 시작한 때에 실행의 착수가 인정된다는 견해이다. 이 견해는 실행의 착수시기를 인정하는 시점이 가장 늦어 미수의 범위가 좁아진다는 비판이 있다. 예컨대, 금고 안에 현금을 절취하기 위하여 현금에 손댔 때이다.

㉠ (X) 선지는 형식적 객관설에 대한 설명이므로 틀린 지문이다. 실질적 객관설(밀접행위설)은 보호법익에 대하여 직접적인 위험을 야기 시킨 때 또는 법익침해에 대한 밀접한 행위를 한 때에 실행의 착수가 인정된다는 견해이다. 이 견해는 법익침해의 ‘직접적 위험’이라는 기준이 모호하다는 비판이 있다. 예컨대, 금고 안에 있는 현금을 절취하기 위하여 금고문을 열려고 한 때, 라디오를 절취하려고 그 선을 걷은 때(대판66도383), 자동차 안의 물건을 훔치기 위해 자동차문의 손잡이를 잡아당긴 때(대판86도2256)이다.

㉡ (X) 선지는 절충설에 대한 설명이므로 틀린 지문이다. 주관설은 범죄의사(범의)의 비약적 표동이 있을 때 또는 범죄의사를 명백하게 인정할 수 있는 외부적 행위가 있을 때에 실행의 착수가 인정된다는 견해이다. 이 견해는 가벌적 미수의 범위가 지나치게 확대될 수 있다. 예컨대, 금고 안에 현금을 절취하기 위하여 건물 안으로 들어간 때, 간첩의 목적으로 기밀탐지가 가능한 국내에 입국·상륙·잠입한 때(대판1981.9. 11. 84도1381)이다.

㉢ (X) 선지는 주관설에 대한 설명이므로 틀린 지문이다. 절충설(개별적 객관설·주관적 객관설(통설))은 행위자의 주관적 범죄 계획(주관적 기준)에 비추어 구성요건 실현에 대한 직접적 위험을 발생시켰을 때(객관적 기준)이다. 이 견해는 실행의 착수에 관한 객관설과 주관설의 단점을 제거하고 양설을 타협하기 위해 제시된 절충적인 견해이다. 예컨대, 금고 안에 현금을 절취하기 위하여 그 금고가 있는 건물에 들어가 금고 있는 방에 들어간 때, 살인의 의사로 총을 겨누는 때이다.

## 8. 공범에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고르면?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉠ 「형법」 제30조는 “공동정범은 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다”라고 규정하고 있어 甲과 乙이 절도를 공모하고 乙이 절도를 한 후 단독으로 강간한 경우에도 甲과 乙의 법정형은 같다.
- ㉡ 「형법」 제31조는 “타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다”라고 규정하고 있어 甲이 乙에게 절도를 교사했는데 乙이 강도를 한 경우 甲과 乙은 강도 기수죄가 성립한다.
- ㉢ 「형법」 제34조는 “어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다”라고 규정하고 있어 甲이 정신병자 乙에게 A의 살해를 사주하였으나 乙이 B를 A로 오인하고 살해한 경우 법정적 부합설에 의하면 甲은 B에 대한 살인죄의 간접정범이 성립한다.
- ㉣ 「형법」 제32조는 “타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌하고, 종범의 형은 정범의 형보다 감경한다”라고 규정하고 있어 甲이 乙의 절도를 방조하였는데 乙이 살인을 한 경우 甲은 절도죄의 방조범, 乙은 살인죄가 성립한다.

- ① ㉠                      ② ㉠㉡                      ③ ㉡㉢                      ④ ㉠㉡㉢                      ⑤ ㉡㉢㉣

→ 정답 ④ ㉠㉡㉢(3개)은 틀린 지문이나, ㉢(1개)은 옳은 지문이다.

㉠ (X) 乙의 경우는 절도를 한 후 단독으로 강간한 경우이므로, 강간죄도 성립하므로 갑과 법정형이 다르다.

㉡ (X) 甲이 乙에게 절도를 교사했는데 乙이 강도를 한 경우, 양적 초과의 문제로서 교사자는 교사한 범죄의 교사범으로 처벌한다. 따라서 같은 절도죄의 교사범이 성립하고 같은 강도기수죄가 성립한다.

㉢ (○) 간접정범의 착오의 문제로서 원칙적으로 구성요건적 착오의 일반이론에 의하여 해결한다. 법정적 부합설에 의할 때 객체의 착오이든 방법의 착오이든 발생사실에 대한 고의기수범이 성립한다.

따라서 같은 B에 대한 살인죄의 간접정범이 성립한다.

㉣ (X) [1] 선지의 경우는 종범의 착오 중 질적 초과 실행의 경우로서, 정범이 전혀 엉뚱한 범죄를

실행한 경우이다. 즉, 피방조자(정범)가 방조한 범죄와 다른 범죄를 실행한 경우로서, 방조자는 정범이 실행한 범죄(살인죄)는 물론이고 방조의 고의 대상인 범죄(절도죄)에 대해서조차도 방조범이 성립하지 않는다.

[2] 방조자의 인식(절도)과 정범의 실행(살인) 간에 착오가 있고 양자의 구성요건을 달리한 경우에는 원칙적으로 방조자의 고의는 조각되는 것(절도죄의 중범이 성립하지 않음)이나 그 구성요건이 중첩되는 부분이 있는 경우에는 그 중복되는 한도 내에서는 방조자의 죄책을 인정하여야 할 것이다(대판 1985.2.26. 84도2987). 결국, 갑은 甲은 절도죄의 방조범이 성립하지 않고 무죄이다.

## 9. 과실범에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 「형법」 제14조는 과실의 요건으로 정상적으로 기울여야 할 주의(객관적 주의의무)를 규정하고 있는데, 객관적 주의의무는 결과발생의 가능성을 예견하고 그 예견한 결과발생을 회피하기 위한 필요한 조치를 취할 의무이다.
- ② 대법원은 과실범의 객관적 주의의무의 판단기준을 행위자 개인의 주의능력이 아니라 “같은 업무 또는 분야에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 한다”고 판시하여 객관설의 입장을 따르고 있다.
- ③ 과실범에서 결과는 주의의무위반으로 인하여 발생한 때에만 행위자에게 객관적으로 귀속될 수 있어 행위자가 주의의무에 위반하여 구성요건적 결과가 발생한 경우, 주의의무를 이행한 때에도 같은 결과가 발생했을 것이라고 인정되는 경우라면 객관적 귀속이 인정된다.
- ④ 과실범은 결과범이기 때문에 결과발생이 없으면 과실범의 결과불법이 부정되고, 결과발생이 있어도 객관적 주의의무위반이 없으면 행위불법이 부정되어 과실범은 성립하지 않는다.
- ⑤ 과실범의 경우 “행위 당시의 외부적 사정에 비추어 보아 행위자에게 주의의무를 준수할 것을 기대할 수 있을 때”에 행위자에 대하여 과실책임을 물을 수 있고, 그 같은 기대를 할 수 “없을 때”에는 과실책임이 조각된다.

→ 정답 ③ (X) 행위자가 금지된 행위를 함으로써 구성요건적 결과를 야기하였으나, 합법적 행위를 하였더라도 역시 동일한 결과가 발생하였을 개연성이 있는 경우에 객관적 귀속이 인정될 것인지가 문제된다. 이를 합법적 대체행위라고 한다. 이 경우에 주의의무를 이행한 때에도(합법적 행위를 하였더라도) 같은 결과가 발생했을 것이라고 인정되는 경우라면 객관적 귀속이 부정된다. 결국, 미수범이 성립하나, 과실범의 경우에는 미수범 처벌규정이 없으므로 무죄이다. 판례에서는 이 경우에 객관적 귀속이 부정되는 것이 아니라 업무상 과실과 사상의 결과 사이에 상당인과관계가 부정된다.

- ① (○) 객관적 주의의무위반은 과실범의 구성요건요소이자 과실의 본질적 요소이다. 객관적 주의의무는 결과발생의예견의무와 결과발생회피의무를 말하는데, 이 의무 중 어느 하나라도 이행하지 아니하는 경우에는 주의의무위반(과실)이 인정된다. 즉, 객관적 주의의무는 결과발생의 가능성을 예견하고 그 예견한 결과발생을 회피하기 위한 필요한 조치를 취할 의무이다.
- ② (○) 의료과오사건에 있어서 의사의 과실을 인정하려면 결과 발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었음에도 이를 하지 못한 점을 인정할 수 있어야 하고, 위 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이때 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다(대법원2006. 10. 26. 선고 2004도486판결). 대법원은 과실범의 객관적 주의의무의 판단기준을 행위자 개인의 주관적 주의능력을 표준으로 주의의무위반의 유무를 판단하자는 주관설(행위자 표준설)이 아니라 일반인의 주의능력을 표준으로 주의의무위반의 유무를 판단하자는 객관설(평균인 표준설)의 입장을 따르고 있다.
- ④ (○) 과실범은 결과범이기 때문에 결과발생이 없는 과실범의 미수란 있을 수 없으며, 형법상 과실

범의 미수처벌규정은 1 개도 없다. 또한 객관적 주의의무위반은 과실범의 행위불법(행위반가치)을 구성하는 불법요소(구성요건요소)이므로, 결과발생이 있어도 객관적 주의의무위반이 없으면 행위불법이 부정되어 과실범은 성립하지 않는다.

⑤ (○) 과실범도 고의범과 마찬가지로 책임요소로서 주의의무를 준수할 기대가능성이 있어야 과실책임을 물을 수 있고, 기대가능성이 없는 때에는 과실책임이 조각된다. 따라서 과실범의 경우에도 “행위 당시의 외부적 사정에 비추어 보아 행위자에게 주의의무를 준수할 것을 기대할 수 있을 때”에 행위자에 대하여 과실책임을 물을 수 있고, 그 같은 기대를 할 수 “없을 때”에는 과실책임이 조각된다.

## 10. 죄수결정의 기준에 관한 설명 중 학설과 판례가 옳게 연결된 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 구성요건표준설 - 무면허운전으로 인한 「도로교통법」 위반죄에 있어서는 어느 날에 운전을 시작하여 다음 날까지 동일한 기회에 일련의 과정에서 계속 운전을 한 경우 등 특별한 경우를 제외하고는 사회통념상 운전한 날을 기준으로 운전한 날마다 1개의 운전행위가 있다고 보는 것이 상당하므로 운전한 날마다 무면허운전으로 인한 「도로교통법」 위반의 1죄가 성립한다.
- ② 법익표준설 - 수인의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄일죄로 파악할 수 없고 피해자별로 독립한 사기죄가 성립된다.
- ③ 행위표준설 - 강도가 시간적으로 접촉된 상황에서 가족을 이루는 수인에게 폭행·협박을 가하여 집안에 있는 재물을 탈취한 경우 그 재물은 가족의 공동점유 아래 있는 것으로서, 이를 탈취하는 행위는 그 소유자가 누구인지에 불구하고 단일한 강도죄의 죄책을 진다.
- ④ 행위표준설 - 뇌물을 여러 차례에 걸쳐 수수함으로써 그 행위가 여러 개이더라도 그것이 단일하고 계속적 범의에 의하여 이루어지고 동일법익을 침해한 때에는 포괄일죄로 처벌함이 상당하다.
- ⑤ 의사표준설 - 예금통장과 인장을 절취한 행위와 예금환급금수령증을 위조한 행위는 각각 별개의 범죄구성요건을 충족하는 각 독립된 행위라 할 것이므로 이를 경합범으로 인정 처단한 것은 정당하다.

→ 정답 ② (○) (법익표준설에 입각한 판례) [1] 수인의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄 1죄로 파악할 수 없고 피해자별로 독립한 사기죄가 성립된다(대법원1993. 6. 22. 선고93도743판결). 이 판례는 법익표준설에 입각한 판례이다. 즉, 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 각 피해자별로 실제적 경합관계에 있으며, 아파트 분양사기(호수 별로 실경), 상가 분양사기(호수 별로 실경), 백화점 농수산물 채포장(매수인 별로 실경), 백화점 치킨 채포장(매수인 별로 실경) 등이 여기에 해당한다.

[2] 법익표준설은 침해된 보호법익 또는 결과의 수에 따라 판단하는 견해이다. 즉, 침해된 법익의 수가 1개이면 범죄도 1개이고, 침해된 법익의 수가 수개이면 범죄도 수개가 된다. 이 견해는 전속적 법익(생명, 신체, 자유, 명예, 정조 등)은 피해 주체마다 1개의 죄가 성립하고, 비전속적 법익(재산)은 재산관리의 수만큼 범죄가 성립한다.

① (X) (행위표준설에 입각한 판례) 무면허운전으로 인한 도로교통법 위반죄에 관해서는 어느 날에 운전을 시작하여 다음 날까지 동일한 기회에 일련의 과정에서 계속 운전을 한 경우 등 특별한 경우를 제외하고는 사회통념상 운전한 날을 기준으로 운전한 날마다 1개의 운전행위가 있다고 보는 것이 상당하므로 운전한 날마다 무면허운전으로 인한 도로교통법 위반의 1죄가 성립한다고 보아야 한다(대법원2022. 10. 27. 선고 2022도8806 판결). 이 판례는 행위표준설에 입각한 판례이다. 행위표준설은

행위의 수에 따라 판단하는 견해이다. 즉, 행위가 1개이면 범죄도 1개이고, 행위가 수개이면 범죄도 수개가 된다.

③ (X) (법익표준설에 입각한 판례) 강도가 시간적으로 접촉된 상황에서 가족을 이루는 수인에게 폭행·협박을 가하여 집안에 있는 재물을 탈취한 경우 그 재물은 가족의 공동점유 아래 있는 것으로서, 이를 탈취하는 행위는 그 소유자가 누구인지에 불구하고 단일한 강도죄의 죄책을 지는 것으로 봄이 상당하다(대법원1996. 7. 30. 선고96도1285판결). 이 판례는 강도죄는 보호법익이 재산권 1개가 침해된 것이므로, 법익표준설에 입각한 판례이다.

④ (X) (의사표준설에 입각한 판례) [1] 뇌물을 여러 차례에 걸쳐 수수함으로써 그 행위가 여러 개이더라도 그것이 단일하고 계속적 범의에 의하여 이루어지고 동일법익을 침해한 때에는 포괄일죄로 처벌함이 상당하다.

[2] 피고인은 장차 ○○대학교 △△대학 구강악안면외과 학교실 교수로 채용되기를 희망하여 1995. 3.경 ○○대학교 대학원의 해당 학과 박사과정에 입학한 갑으로부터 박사학위 취득 및 앞으로 있게 될 교수채용과 관련하여 선처하여 달라는 취지로 제공하는 뇌물을 1995. 가을부터 1997. 12. 24.경까지 사이에 6차례에 걸쳐 합계 금 2,100만 원을 수령한 사실을 인정할 수 있는바, 이와 같이 피고인이 증뢰자 갑으로부터 같은 이유 등으로 합계 금 2,100만 원을 뇌물로 받은 것은 단일하고 계속된 범의에 의하여 이루어진 것으로 보아야 하므로 이를 포괄일죄로 보아야 할 것이다(대법원1999. 1. 29. 선고98도3584판결). 이 판례는 연속범으로 단일한 범의(범죄의사가 1개)의 계속하에 동종행위를 반복함으로써 포괄일죄를 구성하므로, 의사표준설에 입각한 판례이다.

[3] 의사표준설은 범죄의사의 수를 기준으로 판단하는 견해이다. 범죄의사가 1개이면 범죄도 1개이고, 범죄의사가 수개이면 범죄도 수개가 된다.

⑤ (X) (구성요건표준설에 입각한 판례) [1] 예금통장과 인장을 절취한 행위와 예금환급금수령증을 위조한 행위는 각각 별개의 범죄구성요건을 충족하는 각 독립된 행위라 할 것이므로 이를 경합범으로 인정 차단한 것은 정당하다(대법원1968. 12. 24. 선고68도1501판결). 이 판례는 각각 별개의 구성요건을 충족하므로(절도죄와 사문서위조죄의 경합범), 구성요건표준설에 입각한 판례이다.

[2] 구성요건에 해당하는 회수를 기준으로 판단하는 견해이다. 즉, 구성요건에 해당하는 것이 1개이면 범죄도 1개이고, 구성요건에 해당하는 것이 수개이면 범죄도 수개가 된다. 구성요건표준설은 절속범이나 연속범처럼 행위가 여러 차례 반복되어 동일한 구성요건에 해당하는 경우, 일죄인가 수죄인가를 밝히거나 판단하기 어렵다는 비판을 받고 있다.

## 11. 포괄일죄에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

① 음주운전으로 인한 「도로교통법」 위반죄의 보호법익과 처벌방법을 고려할 때, 피고인이 혈중알콜농도 0.05% 이상의 음주 상태로 동일한 차량을 일정기간 계속하여 운전하다가 1회음주측정을 받았다면 이러한 음주운전행위는 동일 죄명에 해당하는 연속된 행위로서 단일하고 계속된 범의하에 일정기간계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우이므로 포괄일죄에 해당한다.

② 석유를 수입하는 것처럼 가장하여 신용장 개설 은행들로 하여금 신용장을 개설하게 하고 신용장 대금 상당액의 지급을 보증하게 함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득한 행위와 분식회계에 의한 재무제표 및 감사보고서 등으로 은행으로 하여금 신용장을 개설하게 하여 신용장 대금 상당액의 지급을 보증하게 함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득한 행위는 범행방법이 동일하여 포괄일죄가 성립한다.

③ 직권남용권리행사방해죄는 국가기능의 공정한 행사라는 국가적 법익을 보호하는 데 주된 목적이 있으므로, 공무원이 동일한 사안에 관한 일련의 직무집행 과정에서 단일하고 계속된 범의로 일정 기간 계속하여 저지른 직권남용행위에 대하여는 설령 그 상대방이 여러 명이더라도 포괄일죄가 성립할 수 있다.

④ 게임장에서 사행성 간주 게임물인 게임기에 경품으로 문화상품권을 넣은 후 점수에 따라 손님들에게 제공함으로써 문화관광부장관이 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하였다는 공소사실로 두 차례 기소된 경우, 각 공소사실은 모두 단일하고 계속된 범의하에 동일 죄명의 범행을 일정기간 반복하여 행한 것으로서 그 피해 법익도 동일한 것이므로 포괄일죄에 해당한다.

⑤ 피고인들이, 자신들이 개설한 인터넷 사이트를 통해 회원들로 하여금 음란한 동영상을 게시하도록 하고, 다른 회원들로 하여금 이를 다운받을 수 있도록 하는 방법으로 정보통신망을 통한 음란한 영상의 배포, 전시를 방조한 행위가 단일하고 계속된 범의 아래 일정기간 계속하여 이루어졌고 피해법익도 동일한 경우, 포괄일죄의 관계에 있다.

→ 정답 ② (X) 석유를 수입하는 것처럼 가장하여 신용장 개설은행들로 하여금 신용장을 개설하게 하고 신용장 대금 상당액의 지급을 보증하게 함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득한 행위는 피해자들인 신용장 개설 은행별로 각각 포괄하여 1죄가 성립하고, 분식회계에 의한 재무제표 및 감사보고서 등으로 은행으로 하여금 신용장을 개설하게 하여 신용장 대금 상당액의 지급을 보증하게 함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득한 행위도 포괄하여 1죄가 성립한다고 할 것이나, 위와 같이 ‘가장거래에 의한 사기죄’와 ‘분식회계에 의한 사기죄’는 범행 방법이 동일하지 않아 그 피해자가 동일하더라도 포괄일죄가 성립한다고 할 수 없다(대법원2010. 5. 27. 선고2007도10056판결). 결국, ‘수출입거래를 가장한 신용장개설 방법에 의한 사기죄’와 ‘분식회계에 의한 재무제표 등을 이용한 신용장개설 방법에 의한 사기죄’의 죄수 관계는 경합범관계에 있다.

① (○) [1] 음주운전으로 인한 도로교통법 위반죄의 보호법익과 처벌방법을 고려할 때, 혈중알콜농도 0.05% 이상의 음주상태로 동일한 차량을 일정기간 계속하여 운전하다가 1회 음주측정을 받았다면 이러한 음주운전행위는 동일 죄명에 해당하는 연속된 행위로서 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우이므로 포괄일죄에 해당한다.

[2] 음주상태로 자동차를 운전하다가 제1차 사고를 내고 그대로 진행하여 제2차 사고를 낸 후 음주측정을 받아 도로교통법 위반(음주운전)죄로 약식명령을 받아 확정되었는데, 그 후 제1차사고 당시의 음주운전으로 기소된 사안에서 위 공소사실이 약식명령이 확정된 도로교통법 위반(음주운전)죄와 포괄일죄 관계에 있다(대법원2007. 7. 26. 선고2007도4404판결).

③ (○) [1] 직권남용권리행사방해죄는 국가기능의 공정한 행사라는 국가적 법익을 보호하는 데 주된 목적이 있으므로, 공무원이 동일한 사안에 관한 일련의 직무집행 과정에서 단일하고 계속된 범의로 일정기간 계속하여 저지른 직권남용행위에 대하여는 설령 그 상대방이 여러 명이더라도 포괄일죄가 성립할 수 있다.

[2] (가) 피고인 등 국군기무사령부 지휘부는 ‘대통령의 국정 운영 지원’ 또는 ‘보수 정권 재창출’이라는 공통된 목적으로 국군기무사령부 내의 유기적 지휘체계에 따라 대북첩보계원들 및 예하 기무부대 사이버 전담관들에게 정치관여 글 게시 등 온라인 여론조작 관련 부분 공소사실 기재와 같은 트위터 활동(이하 ‘이 사건 트위터 활동’이라 한다)을 지시하였다. (나) 위와 같은 지시에 따라 대북첩보계원들 및 예하 기무부대 사이버 전담관들은 상당기간에 걸쳐 지속적으로 이 사건 트위터 활동을 수행하였고, 그기간에 활동의 구체적인 방식이 크게 달라진 바 없었다. 이 사건 트위터 활동을 지시받은 대북첩보계원들 및 예하 기무부대 사이버 전담관들은 제주 해군기지 건설 문제, 천안함 사건, 야권 정치인에 대한 비판 등 여러 주제를 다루기는 하였으나, 정부 정책을 옹호하는 트위터 글의 게시 등 그 활동의 전체적인 방향은 일관되게 유지되었고, 각각의 업무 수행자들별로 업무처리의 내용이 특별히 구분되지도 않았다. (다) 정치관여 글 게시 등 온라인 여론조작 관련 부분 공소사실 범행에서 피고인과 그 공범들이 대북첩보계원들 및 예하 기무부대 사이버 전담관들에 대하여 이 사건 트위터 활동을 지시한 행위는 동일한 사안에 관하여 일련의 직무집행 과정에서 단일하고 계속된 범의로 일정기간 계속하여 행해진 것이므로, 위 행위에 대하여 포괄하여 하나의 직권남용권리행사방해죄가 성립한다고

봄이 타당하다(대법원2021. 9. 9.선고2021도2030판결).

④ (○) [1] 게임장에서 사행성 간주 게임물인 게임기에 경품으로 문화상품권을 넣은 후 점수에 따라 손님들에게 제공함으로써 문화관광부장관이 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하였다는 공소사실로 두 차례 기소된 경우, 각 공소사실은 모두 단일하고 계속된 범의하에 동일 죄명의 범행을 일정기간 반복하여 행한 것으로서 그 피해 범의도 동일한 것이므로 포괄일죄에 해당한다.

[2] 피고인은 서울 주상복합상가에 스크린 경마 게임기 42대를 설치하고 ‘(상호생략) 게임랜드’라는 상호로 일반게임장을 운영하면서, 사행성간주게임물의 경우 경품을 제공할 수 없음에도, 2005. 6. 16. 경부터 같은 해 9. 4.경까지 사이에 위 게임장에서, 사행성간주게임물인 게임기에 경품으로 해피머니 문화상품권을 넣은 후 점수에 따라 손님들에게 제공함으로써 문화관광부장관이 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하였다는 공소사실로 기소된 후(이하 이를 ‘제1 사건’이라 한다), 위 게임장에서 2006. 3. 23. 20:30경 게임을 한 손님들에게 점수에 따라 해피머니 문화상품권을 제공함으로써 문화관광부장관이 정하여 고시하는 종류 외의 경품을 제공하는 행위를 하였다는 공소사실로 다시 기소되었음(이하 이를 ‘제2 사건’이라 한다)을 알 수 있다. 따라서 제1 사건과 제2 사건의 각 공소사실은 모두 단일하고 계속된 범의하에 동일 죄명의 범행을 일정기간 반복하여 행한 것으로서 그 피해 범의도 동일한 경우이므로, 포괄일죄에 해당한다(대법원2007. 3. 29.선고2007도595판결). 결국, 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해범의도 동일한 경우는 포괄일죄에 해당하므로, 피고인의 경우는 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 위반죄의 포괄일죄에 해당한다.

⑤ (○) [1] 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 아래 일정기간 계속하여 행하고 그 피해범의도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이고, 이는 방조범의 경우에도 마찬가지이다.

[2] 이 사건 각 공소사실과 피고인들에 대하여 확정된 2008. 7. 29.자 약식명령의 범죄사실은 모두 피고인들이 개설한 위디스크(사이트 이름) 사이트 회원들이 음란한 동영상 위 사이트에 업로드하여 게시하도록 하고, 다른 회원들로 하여금 위 동영상을 다운받을 수 있도록 하는 방법으로 정보통신망을 통하여 음란한 영상을 배포, 전시하는 것을 용이하게 하여 이를 방조하였다는 것으로서 단일하고 계속된 범의 아래 일정기간 계속하여 행하고 그 피해범의도 동일한 경우에 해당하므로 포괄일죄의 관계에 있다고 보아 위 확정된 약식명령의 발령 전에 이루어진 피고인들의 이 사건 범죄사실에 각 면소를 선고하였다(대법원2010. 11. 25.선고2010도1588판결).

## 12. 몰수와 추징에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

① 피고인이 음란물유포 인터넷사이트를 운영하면서 「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 위반(음란물유포)죄와 「형법」 상 도박개장방조죄에 의하여 비트코인(Bitcoin)을 취득한 행위는 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」에 정한 중대범죄에 해당하며, 비트코인은 재산적 가치가 있는 무형의 재산이라고 보아야 하고, 몰수의 대상인 비트코인이 특정되어 있으므로 피고인이 취득한 비트코인을 몰수할 수 있다.

② 몰수의 취지가 범죄에 의한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이고 추징도 이러한 몰수의 취지를 관철하기 위한 것이라는 점을 고려하면 몰수하기 불능한 때에 추징하여야 할 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 몰수의 선고를 받았더라면 잃게 될 이득상당액을 의미하므로, 추징하여야 할 가액이 몰수의 선고를 받았더라면 잃게 될 이득상당액을 초과하여서는 아니 된다.

③ 몰수와 추징은 부가형이므로 주형 등에 부가하여 한 번에 선고되고 이와 일체를 이루어 동시에 확정되어야 하고 본안에 관한 주형 등과 분리되어 이심되어서는 안된다.

④ 피고인이 甲, 乙과 공모하여 정보통신망을 통하여 음란한 화상 또는 영상을 배포하고, 도박 사이트 홍보에 이용한 웹사이트는 범죄행위에 제공된 무형의 재산에 해당할 뿐 「형

법」 제48조 제1항 제2호에서 정한 ‘범죄행위로 인하여 생하였거나 이로 인하여 취득한 물건’에 해당하지 않으므로, 피고인이 위 웹사이트 매각을 통해 취득한 대가는 「형법」 제48조 제1항 제2호, 제2항이 규정한 추정의 대상에 해당하지 않는다.

⑤ 범인이 알선 대가로 수수한 금품에 관하여 소득신고를 하고 이에 관하여 법인세 등 세금을 납부하였다면 이는 범인이 자신의 알선수재행위를 정당화시키기 위한 것으로 이를 추정에서 제외하여야 한다.

→ 정답 ⑤ (X) [1] 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특가법’이라고만 한다) 제13조의 규정에 의한 필요적 몰수 또는 추징은, 금품 기타 이익을 범인으로부터 박탈하여 그로 하여금 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있는 것인데, 범인이 알선 대가로 수수한 금품에 관하여 소득신고를 하고 이에 관하여 법인세등 세금을 납부하였다고 하더라도 이는 범인이 자신의 알선수재행위를 정당화시키기 위한 것이거나, 범인 자신의 독자적인 판단에 따라 소비하는 방법의 하나에 지나지 아니하므로 이를 추정에서 제외할 것은 아니다.

[2] 피고인이 취득한 이 사건 알선수재금 중 A주식회사의 법인세 및 주민세로 납부한 1억 2,100만 원에 관하여, 이는 피고인이 자신의 행위를 정당화하기 위한 방법에 지나지 않거나 범죄로 취득한 재물을 독자적인 판단에 따라 소비한 것에 불과하므로 이를 추징액에서 공제할 것은 아니다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2009도11660 판결).

① (○) 피고인이 음란물유포 인터넷사이트를 운영하면서 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라 한다) 위반(음란물유포)죄와 도박개장방조죄에 의하여 비트코인(Bitcoin)을 취득한 사안에서, 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 ‘범죄수익은닉규제법’이라 한다) [별표] 제1호 (사)목에서는 형법 제247조의 죄를, [별표] 제24호에서는 정보통신망법 제74조 제1항 제2호의 죄를 중대범죄로 규정하고 있어 피고인의 정보통신망법 위반(음란물유포)죄와 도박개장방조죄는 범죄수익은닉규제법에 정한 중대범죄에 해당하며, 비트코인은 경제적인 가치를 디지털로 표상하여 전자적으로 이전, 저장 및 거래가 가능하도록 한, 이른바 ‘가상화폐’의 일종인 점, 피고인은 위 음란사이트를 운영하면서 사진과 영상을 이용하는 이용자 및 음란사이트에 광고를 원하는 광고주들로부터 비트코인을 대가로 지급받아 재산적 가치가 있는 것으로 취급한 점에 비추어 비트코인은 재산적 가치가 있는 무형의 재산이라고 보아야 하고, 몰수의 대상인 비트코인이 특정되어 있으므로, 피고인이 취득한 비트코인을 몰수할 수 있다(대판 2018.5.30. 2018도3619).

② (○) [1] 관세법 제282조 제3항은 같은 조 제1항 및 제2항에 따라 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할수 없는 때에는 그 몰수할수 없는 물품의 범칙 당시의 ‘국내도매가격’에 상당한 금액을 범인으로 부터 추징한다고 규정하고 있다. 여기서 ‘국내도매가격’은 도매업자가 수입물품을 무역업자로부터 매수하여 국내도매시장에서 공정한 거래방법에 의하여 공개적으로 판매하는 가격으로서(관세법 시행령 제266조), 물품의 도착원가에 관세 등의 제세금과 통관절차비용, 기업의 적정이익까지 포함한 국내도매물가시세인 가격을 뜻한다.

[2] 그리고 몰수의 취지가 범죄에 의한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이고 추징도 이러한 몰수의 취지를 관철하기 위한 것이라는 점을 고려하면 몰수하기 불능한 때에 추징하여야 할 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 몰수의 선고를 받았더라면 잃게 될 이득상당액을 의미하므로, 추징하여야 할 가액이 몰수의 선고를 받았더라면 잃게 될 이득상당액을 초과하여서는 아니 된다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도8611 판결).

③ (○) [1] 형사소송법 제342조는 제1항에서 일부 상소를 원칙적으로 허용하면서, 제2항에서 이른바 상소불가분의 원칙을 선언하고 있다. 따라서 불가분의 관계에 있는 재판의 일부만을 불복대상으로 삼은 경우 그 상소의 효력은 상소불가분의 원칙상 피고사건 전부에 미쳐 그 전부가 상소심에 이심되고, 이러한 경우로는 일부 상소가 피고사건의 주위적 주문과 불가분적 관계에 있는 주문에 대한 것, 일죄의 일부에 대한 것, 경합범에 대하여 1개의 형이 선고된 경우 경합범의 일부 죄에 대한 것 등에 해당하는 경우를 들 수 있다.



[2] 마약류관리에 관한 법률 제67조는 이른바 필수적 몰수 또는 추징 조항으로서 그 요건에 해당하는 한 법원은 반드시 몰수를 선고하거나 추징을 명하여야 한다. 위와 같은 몰수 또는 추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이 아니라 징벌적인 성질을 가지는 처분으로 부가형으로서의 성격을 띠고 있다. 이는 피고사건 본안에 관한 판단에 따른 주형동에 부가하여 한 번에 선고되고 이와 일체를 이루어 동시에 확정되어야 하고 본안에 관한 주형동과 분리되어 이심되어서는 아니 되는 것이 원칙이므로, 피고사건의 주위적 주문과 몰수 또는 추징에 관한 주문은 상호 불가분적 관계에 있어 상소불가분의 원칙이 적용되는 경우에 해당한다. 따라서 피고사건의 재판 가운데 몰수 또는 추징에 관한 부분만을 불복대상으로 삼아 상소가 제기되었다 하더라도, 상소심으로서 이를 적법한 상소 제기로 다루어야 하고, 그 부분에 대한 상소의 효력은 그 부분과 불가분의 관계에 있는 본안에 관한 판단 부분까지 미쳐 그 전부가 상소심으로 이심된다(대법원2008. 11. 20. 선고2008도5596 전원합의체 판결).

④ (○) 피고인이 갑, 을과 공모하여 정보통신망을 통하여 음란한 화상 또는 영상을 배포하고, 도박 사이트를 홍보하였다는 공소사실로 기소되었는데, 원심이 공소사실을 유죄로 인정하면서 피고인이 범죄행위에 이용한 웹사이트 매각을 통해 취득한 대가를 형법 제48조에 따라 추징한 사안에서, 위 웹사이트는 범죄행위에 제공된 무형의 재산에 해당할 뿐 형법 제48조 제1항 제2호에서 정한 ‘범죄행위로 인하여 생하였거나 이로 인하여 취득한 물건’에 해당하지 않으므로, 피고인이 위 웹사이트 매각을 통해 취득한 대가는 형법 제48조 제1항 제2호, 제2항이 규정한 추징의 대상에 해당하지 않는다(대법원 2021.10.14. 선고 2021도7168 판결). 결국, 형법 제48조는 몰수의 대상을 ‘물건’으로 한정하고 있고, 그 물건을 몰수할 수 없을 때에는 그 가액(價額)을 추징한다고 규정하고 있으며, 위 웹사이트는 물건이 아니므로, 이 사건 웹사이트 매각대금 50,000,000원은 추징할 수도 없다.

### 13. 상해죄와 폭행죄에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 甲이 길이 140cm, 지름 4cm의 대나무로 乙의 머리를 여러차례 때려 그 대나무가 부러지고, 乙의 두피에 표재성 손상을 입혀 사건 당일 병원에서 봉합술을 받은 경우, 甲이 사용한 대나무는 특수상해죄에서의 ‘위험한 물건’에 해당한다.
- ② 「형법」 제260조에 규정된 폭행죄는 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 가리키며, 그 유형력의 행사는 신체적 고통을 주는 물리력의 작용을 의미하므로 신체의 청각기관을 직접적으로 자극하는 음향도 경우에 따라서는 유형력에 포함될 수 있다.
- ③ 상해에 관한 동시범 규정은 가해행위를 한 것 자체가 분명하지 않은 사람에게도 적용되며, 이때 상해에 대한 인과관계를 개별적으로 판단할 필요는 없다.
- ④ 폭행죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 반의사불벌죄로서 처벌불원의 의사표시는 의사능력이 있는 피해자가 단독으로 할 수 있는 것이고, 피해자가 사망한 후 그 상속인이 피해자를 대신하여 처벌불원의 의사표시를 할 수는 없다.
- ⑤ 상해를 입힌 행위가 동일한 일시, 장소에서 동일한 목적으로 저질러진 것이라고 하더라도 피해자를 달리하는 경우 상해죄는 각각 피해자별로 성립한다고 보아야 한다.

→ 정답 ③ (X) 상해죄에 있어서의 동시범은 두사람 이상이 가해행위를 하여 상해의 결과를 가져올 경우에 그 상해가 어느 사람의 가해행위로 인한 것인지가 분명치 않다면 가해자 모두를 공동정범으로 본다는 것이므로 가해행위를 한 것 자체가 분명치 않은 사람에 대하여는 동시범으로 다스릴 수 없다 (대법원1984. 5. 15. 선고84도488판결).

① (○) 피고인이 길이140cm, 지름4cm인 대나무를 휴대하여 피해자 갑, 을에게 상해를 입혔다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인이 위 대나무로 갑의 머리를 여러 차례 때려 대나무가 부러졌고, 갑은 두피에 표재성 손상을 입어 사건 당일 병원에서 봉합술을 받은 점 등에 비추어 피고인이 사용한 위

대나무가 '위험한 물건'에 해당한다(대법원2017. 12. 28. 선고2015도5854판결).

② (○) [1] 형법 제260조에 규정된 폭행죄는 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 가리키며, 그 유형력의 행사는 신체적 고통을 주는 물리력의 작용을 의미하므로 신체의 청각기관을 직접적으로 자극하는 음향도 경우에 따라서는 유형력에 포함될 수 있다.

[2] 피해자의 신체에 공간적으로 근접하여 고성으로 폭언이나 욕설을 하거나 동시에 손발이나 물건을 휘두르거나 던지는 행위는 직접 피해자의 신체에 접촉하지 아니하였다 하더라도 피해자에 대한 불법한 유형력의 행사로서 폭행에 해당될 수 있는 것이지만, 거리상 멀리 떨어져 있는 사람에게 전화기를 이용하여 전화하면서 고성을 내거나 그 전화 대화를 녹음 후 듣게 하는 경우에는 특수한 방법으로 수화자의 청각기관을 자극하여 그 수화자로 하여금 고통스럽게 느끼게 할 정도의 음향을 이용하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 신체에 대한 유형력의 행사를 한 것으로 보기 어렵다(대법원2003. 1. 10. 선고2000도5716판결).

④ (○) 폭행죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 반의사불벌죄로서 처벌불원의 의사표시는 의사능력이 있는 피해자가 단독으로 할 수 있는 것이고, 피해자가 사망한 후 그 상속인이 피해자를 대신하여 처벌불원의 의사표시를 할 수는 없다고 보아야 한다(대법원2010. 5. 27. 선고2010도2680판결).

⑤ (○) 상해를 입힌 행위가 동일한 일시, 장소에서 동일한 목적으로 저질러진 것이라 하더라도 피해자를 달리하고 있으면 피해자별로 각각 별개의 상해죄를 구성한다고 보아야 할 것이고 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우라고 볼 수 없다(대법원1983. 4. 26. 선고83도524판결). 결국, 상상적 경합관계가 아니라 수죄 사이에는 실제적 경합관계에 있으므로 경합범 가중을 하여야 한다.

#### 14. 명예에 관한 죄에 대한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

① 인터넷 신문사 소속 기자 A가 인터넷 포털 사이트의 '핫이슈' 난에 제품의 안정성에 관한 논란이 되고 있는 제품을 옹호하는 기사를 게재하자, 그 기사를 읽은 상당수의 독자들이 '네티즌 댓글' 난에 A를 비판하는 댓글을 달고 있는 상황에서 甲이 "이런걸 기레기라고 하죠?" 라는 댓글을 게시한 경우, 이는 모욕적 표현에 해당하나 사회상규에 위배되지 않는행위로서 「형법」 제20조에 의하여 위법성이 조각된다.

② 학교폭력 피해학생의 모(母)가 자신의 카카오톡 계정 프로필 상태메시지에 '학교폭력범은 접촉금지' 라는 글과 주먹모양의 그림말 세 개를 게시한 것이, 피해자의 사회적 가치나 평가를 저하시키기에 충분한 구체적 사실을 드러냈다고 볼 수 없다.

③ 甲이 집 뒷길에서 자신의 남편과 A의 친척이 듣는 가운데 다른 사람들이 들을 수 있을 정도의 큰 소리로 A에게 "저것이 징역 살다운 전과자다" 고 말한 경우, 자신의 남편과 A의 친척에게 말한 것이라 할지라도 명예훼손죄의 구성요건요소인 '공연성'이 인정된다.

④ 이혼소송 계속중인 처가 남편의 친구에게 서신을 보내면서 남편의 명예를 훼손하는 문구가 기재된 서신을 동봉한 경우, 공연성이 결여되었다.

⑤ 평균적인 독자의 관점에서 문제 된 부분이 실제로는 비평자의 주관적 의견에 해당하고, 다만 비평자가 자신의 의견을 강조하기 위한 수단으로 겉으로 보기에 증거에 의해 입증 가능한 구체적인 사실관계를 서술하는 형태의 표현을 사용한 것이라고 한다면 명예훼손죄에서 말하는 사실의 적시에 해당한다고 볼 수 있다.

→ 정답 ⑤ (X) [1] 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 사실의 적시가 있어야 하고, 적시된 사실은 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도로 구체성을 띠어야 한다. 이때 사실의 적시란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으

로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하며, 그 표현내용이 증거에 의한 입증이 가능한 것을 말하고, 판단할 진술이 사실인가 또는 의견인가를 구별할 때에는 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다.

[2] 다른 사람의 말이나 글을 비평하면서 사용한 표현이 겉으로 보기에 증거에 의해 입증 가능한 구체적인 사실관계를 서술하는 형태를 취하고 있더라도, 글의 집필의도, 논리적 흐름, 서술체계 및 전개 방식, 해당 글과 비평의 대상이된말 또는 글의 전체적인 내용 등을 종합하여 볼 때, 평균적인 독자의 관점에서 문제된 부분이 실제로는 비평자의 주관적 의견에 해당하고, 다만 비평자가 자신의 의견을 강조하기 위한 수단으로 그와 같은 표현을 사용한 것이라고 이해된다면 명예훼손죄(형법 제309조 제2항의 출판물에 의한 명예훼손죄)에서 말하는 사실의 적시에 해당한다고 볼 수 없다. 그리고 이러한 법리는 어떠한 의견을 주장하기 위해 다른 사람의 견해나 그 근거를 비판하면서 사용한 표현의 경우에도 다를 바 없다.

[3] 민사재판에서 법원은 당사자 사이에 다툼이 있는 사실관계에 대하여 처분권주의와 변론주의, 그리고 자유심증주의의 원칙에 따라 신빙성이 있다고 보이는 당사자의 주장과 증거를 받아들여 사실을 인정하는 것이어서, 민사판결의 사실인정이 항상 진실한 사실에 해당한다고 단정할 수는 없다. 따라서 다른 특별한 사정이 없는 한, 그 진실이 무엇인지 확인할 수 없는 과거의 역사적 사실관계 등에 대하여 민사판결을 통하여 어떠한 사실인정이 있었다는 이유만으로, 이후 그와 반대되는 사실의 주장이나 견해의 개진 등을 형법상 명예훼손죄 등에 있어서 ‘허위의 사실 적시’라는 구성요건에 해당한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다. 판결에 대한 자유로운 견해 개진과 비판, 토론 등 헌법이 보장한 표현의 자유를 침해하는 위헌적인 법률해석이 되어 허용될 수 없기 때문이다. 결국, 민사판결이 인정한 사실과 다른 사실을 주장하는 것이 허위 사실 적시에 해당하지 아니한다(헌법상 표현의 자유와 관련한 합헌적 해석)

[4] 피해자 중증이 모시는 선조 A가 B, C 중 누구의 아들인지에 관하여 논란이 있던 상황에서 관련 민사판결에 의하여 B의 아들인 것으로 어느 정도 정리가 되었음에도 피고인이 이와 다른 내용을 기재한 책을 출간하여 관련 중증 임원 등에게 배포함으로써 허위사실 적시로 인한 출판물에 의한 명예훼손으로 기소된 사안에서, 피고인이 위 책에서 사용한 표현은 결국 A가 B의 아들이 될 수 없다는 견해를 주장하면서 반대 주장의 근거가 빈약하다고 지적하는 평가 내지 이를 감정적·과장적으로 표현한 것에 불과하여 형법상 명예훼손죄에서의 ‘사실의 적시’라 보기 어렵고, 나아가 민사판결의 사실인정은 상대적이어서 이와 다른 내용을 기재하였다고 하여 바로 명예훼손죄에서의 ‘허위사실 적시’에 해당한다고 쉽게 단정하는 것은 헌법이 정한 표현의 자유를 침해하는 위헌적 해석이 되기 쉽다는 이유 등을 들어 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단을 파기환송 한 사례(대판2017.12.5. 2017도15628). 결국, 이 사건 책자에서 문제된 표현은 피고인의 주관적 의견이나 견해 또는 주장에 해당하고, 원심이 든 이유나 검사가 제출한 증거들만으로는 문제된 표현이 형법 제309조 제2항의 출판물에 의한 명예훼손죄에서 말하는 사실의 적시에 해당한다고 보기 어렵다(피고인은 출판물에 의한 명예훼손죄가 성립하지 아니한다).

① (○) [1] 모욕죄에서 말하는 모욕이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 의미한다. 다만 어떤 글이 모욕적 표현을 담고 있는 경우에도 자신의 판단과 의견이 타당함을 강조하는 과정에서 부분적으로 모욕적인 표현이 사용된 것에 불과하다면 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있다. 그리고 특정 사안에 대한 의견을 공유하는 인터넷 게시판 등의 공간에서 작성된 단문의 글에 모욕적 표현이 포함되어 있더라도, 자신의 의견을 강조하거나 압축하여 표현한 것이라고 평가할 수 있고, 그 표현도 주로 피해자의 행위에 대한 것으로서 지나치게 악의적이지 않다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 글을 작성한 행위는 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각된다고 보아야 한다.

[2] 자동차 정보 관련 인터넷 신문사 소속 기자 갑이 작성한 기사가 인터넷 포털 사이트의 자동차 뉴스 ‘핫이슈’ 난에 게재되자, 피고인이 “이런걸 기레기라고 하죠?”라는 댓글을 게시함으로써 공연히 갑을

모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, ‘기레기’는 기자인 갑의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현한, 모욕적 표현에 해당하나, 피고인은 기사를 본 독자들이 자신의 의견을 자유롭게 펼칠 수 있도록 마련된 ‘네티즌 댓글’ 난에 위 댓글을 게시한 점, 위 기사는 특정 제조사 자동차 부품의 안전성에 대한 논란이 많은 가운데 이를 옹호하는 제목으로 게시되었는데, 위 기사가 게재되기 직전 다른 언론사에서 이와 관련한 부정적인 내용을 방송하였고, 위 기사를 읽은 상당수의 독자들은 위와 같은 방송 내용 등을 근거로 위 기사의 제목과 내용, 이를 작성한 갑의 행위나 태도를 비판하는 의견이 담긴 댓글을 게시하였으므로 이러한 의견은 어느 정도 객관적으로 타당성 있는 사정에 기초한 것으로 볼 수 있는 점, 위 댓글의 내용, 작성 시기와 위치, 위 댓글 전후로 게시된 다른 댓글의 내용과 흐름 등에 비추어 볼 때, 위 댓글은 그 전후에 게시된 다른 댓글들과 같은 견지에서 방송 내용 등을 근거로 위 기사의 제목과 내용, 이를 작성한 갑의 행위나 태도를 비판하는 의견을 강조하거나 압축하여 표현한 것이라고 평가할 수 있고, ‘기레기’는 기사 및 기자의 행태를 비판하는 글에서 비교적 폭넓게 사용되는 단어이며, 위 기사에 대한 다른 댓글들의 논조 및 내용과 비교할 때 댓글의 표현이 지나치게 악의적이라고 하기도 어려운 점을 종합하면, 위 댓글을 작성한 행위는 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각된다(대법원2021. 3. 25. 선고 2017도17643판결).

② (○) 피고인이 초등학교생인 딸 갑에 대한 학교폭력을 신고하여 교장이 가해학생인 을에 대하여 학교폭력대책자치위원회의 의결에 따라 ‘피해학생에 대한 접촉, 보복행위의 금지’ 등의 조치를 하였는데, 그 후 피고인이 자신의 카카오톡 계정 프로필 상태메시지에 “학교폭력범은접촉금지!!!”라는 글과 주먹 모양의 그림말 세 개를 게시함으로써 을의 명예를 훼손하였다고 하여 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)으로 기소된 사안에서, 위 상태메시지에는 그 표현의 기초가 되는 사실관계가 드러나 있지 않고, ‘학교폭력범’이라는 단어는 ‘학교폭력을 저지른 사람’을 통칭하는 표현인데, 피고인은 ‘학교폭력범’ 자체를 표현의 대상으로 삼았을 뿐 특정인을 ‘학교폭력범’으로 지칭하지 않았으며, 학교폭력이 심각한 문제로 대두되고 있는 우리 사회의 현실, 초등학교 자녀를 둔 피고인의 지위 등을 고려하면, 피고인이 ‘학교폭력범’이라는 단어를 사용하였다고 하여 실제 일어난 학교폭력 사건에 관해 언급한 것이라고 단정할 수 없고, ‘접촉금지’라는 어휘는 통상적으로 ‘접촉하지 말 것’이라는 의미로 이해되며, 위 의결 등을 통해 을에게 위 조치가 내려졌다는 사실이 을과 같은 반 학생들이나 그 부모들에게 알려졌음을 인정할 증거도 없으므로, 피고인이 상태메시지를 통해 을의 학교폭력 사건이나 그 사건으로 을이 받은 조치에 대해 기재함으로써 을의 사회적 가치나 평가를 저하시키기에 충분한 구체적인 사실을 드러냈다고 볼 수 없다(대법원2020. 5. 28. 선고2019도12750판결). 결국, 카카오톡 계정 프로필 상태메시지에 “학교폭력범은접촉금지!!!”라는 글과 주먹 모양의 그림말 세 개를 게시한 경우, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)에 해당하지 않는다.

③ (○) [1] [다수의견] 명예훼손죄의 관련 규정들은 명예에 대한 침해가 ‘공연히’ 또는 ‘공공연하게’ 이루어질 것을 요구하는데, ‘공연히’ 또는 ‘공공연하게’는 사전적으로 ‘세상에서 다 알 만큼 뻔뻔하게’, ‘숨김이나 거리낌이 없이 그대로 드러나게’라는 뜻이다. 공연성을 행위 태양으로 요구하는 것은 사회에 유포되어 사회적으로 유해한 명예훼손 행위만을 처벌함으로써 개인의 표현의 자유가 지나치게 제한되지 않도록 하기 위함이다. 대법원 판례는 명예훼손죄의 구성요건으로서 공연성에 관하여 ‘불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태’를 의미한다고 밝혀 왔고, 이는 학계의 일반적인 견해이기도 하다. 대법원은 명예훼손죄의 공연성에 관하여 개별적으로 소수의 사람에게 사실을 적시하였더라도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 적시된 사실을 전파할 가능성이 있는 때에는 공연성이 인정된다고 일관되게 판시하여, 이른바 전파가능성 이론은 공연성에 관한 확립된 법리로 정착되었다. 이러한 법리는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라 한다)상 정보통신망을 이용한 명예훼손이나 공직선거법상 후보자비방죄 등의 공연성 판단에도 동일하게 적용되어, 적시한 사실이 허위인지 여부나 특별법상 명예훼손 행위인지 여부에 관계없이 명예훼손 범죄의 공연성에 관한 대법원 판례의 기본적 법리로 적용되어 왔다. 공연성에 관한 전파가능성 법리는 대법원이 오랜 시간에 걸쳐 발전시켜 온 것으로서 현재에도 여전히 법리적으로나 현실적인 측면에 비추어 타당하므로 유지되어야 한다. 대법원 판례와 재판 실무는 전파가능성 법리를 제한 없이 적용할 경우 공연성 요건

이 무의미하게 되고 처벌이 확대되게 되어 표현의 자유가 위축될 우려가 있다는 점을 고려하여, 전파가능성의 구체적·객관적인 적용 기준을 세우고, 피고인의 범의를 엄격히 보거나 적시의 상대방과 피고인 또는 피해자의 관계에 따라 전파가능성을 부정하는 등 판단 기준을 사례별로 유형화하면서 전파가능성에 대한 인식이 필요함을 전제로 전파가능성 법리를 적용함으로써 공연성을 엄격하게 인정하여 왔다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(가) 공연성은 명예훼손죄의 구성요건으로서, 특정 소수에 대한 사실적시의 경우 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 전파될 가능성에 관하여는 검사의 엄격한 증명이 필요하다. 나아가 대법원은 ‘특정의 개인이나 소수인에게 개인적 또는 사적으로 정보를 전달하는 것과 같은 행위는 공연하다고 할 수 없고, 다만 특정의 개인 또는 소수인이라고 하더라도 불특정 또는 다수인에게 전파 또는 유포될 개연성이 있는 경우라면 공연하다고 할 수 있다’고 판시하여 전파될 가능성에 대한 증명의 정도로 단순히 ‘가능성’이 아닌 ‘개연성’을 요구하였다.

(나) 공연성의 존부는 발언자와 상대방 또는 피해자 사이의 관계나 지위, 대화를 하게 된 경위와 상황, 사실적시의 내용, 적시의 방법과 장소 등 행위 당시의 객관적 제반 사정에 관하여 심리한 다음, 그로부터 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 여부를 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다. 발언 이후 실제 전파되었는지 여부는 전파가능성 유무를 판단하는 고려요소가 될 수 있으나, 발언 후 실제 전파 여부라는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 한다. 따라서 전파가능성 법리에 따르더라도 위와 같은 객관적 기준에 따라 전파가능성을 판단할 수 있고, 행위자도 발언 당시 공연성 여부를 충분히 예견할 수 있으며, 상대방의 전파의사만으로 전파가능성을 판단하거나 실제 전파되었다는 결과를 가지고 책임을 묻는 것이 아니다.

(다) 추상적 위험범으로서 명예훼손죄는 개인의 명예에 대한 사회적 평가를 진위에 관계없이 보호함을 목적으로 하고, 적시된 사실이 특정인의 사회적 평가를 침해할 가능성이 있을 정도로 구체성을 띠어야 하나, 위와 같이 침해할 위험이 발생한 것으로 족하고 침해의 결과를 요구하지 않으므로, 다수의 사람에게 사실을 적시한 경우뿐만 아니라 소수의 사람에게 발언하였다고 하더라도 그로 인해 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 초래한 경우에도 공연히 발언한 것으로 해석할 수 있다.

(라) 전파가능성 법리는 정보통신망 등 다양한 유형의 명예훼손 처벌규정에서의 공연성 개념에 부합한다고 볼 수 있다. 이러한 공연성의 의미는 형법과 정보통신망법 등의 특별법에서 동일하게 적용되어야 한다.

(마) 독일 형법 제193조와 같은 입법례나 유엔인권위원회의 권고 및 표현의 자유와의 조화를 고려하면, 진실한 사실의 적시의 경우에는 형법 제310조의 ‘공공의 이익’도 보다 더 넓게 인정되어야 한다. 특히 공공의 이익관련성 개념이 시대에 따라 변화하고 공공의 관심사 역시 상황에 따라 설 새 없이 바뀌고 있다는 점을 고려하면, 공적인 인물, 제도 및 정책 등에 관한 것만을 공공의 이익관련성으로 한정할 것은 아니다. 따라서 사실적시의 내용이 사회 일반의 일부 이익에만 관련된 사항이라도 다른 일반인과의 공동생활에 관계된 사항이라면 공공성을 지닌다고 할 것이고, 이에 나아가 개인에 관한 사항이더라도 그것이 공공의 이익과 관련되어 있고 사회적인 관심을 획득한 경우라면 직접적으로 국가·사회 일반의 이익이나 특정한 사회집단에 관한 것이 아니라는 이유만으로 형법 제310조의 적용을 배제할 것은 아니다. 사인이라도 그가 관계하는 사회적 활동의 성질과 사회에 미칠 영향을 헤아려 공공의 이익에 관련되는지 판단하여야 한다.

[2] [다수의견] 피고인이 갑의 집 뒷길에서 피고인의 남편 을 및 갑의 친척인 병이 듣는 가운데 갑에게 ‘저것이 징역 살다운 전과자다’ 등으로 큰 소리로 말함으로써 공연히 사실을 적시하여 갑의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인과 갑은 이웃 주민으로 여러 가지 문제로 갈등관계에 있었고, 당일에도 피고인은 갑과 말다툼을 하는 과정에서 위와 같은 발언을 하게 된 점, 을과 갑의 처인 정은 피고인과 갑이 큰 소리로 다투는 소리를 듣고 각자의 집에서 나오게 되었는데, 갑과 정은 ‘피고인이 전과자라고 크게 소리쳤고, 이를 병 외에도 마을 사람들이 들었다’는 취지로 일관되게 진술한 점, 피고인은 신고를 받고 출동한 경찰관 앞에서 ‘갑은 아주 질이 나쁜 전과자’라고 큰 소리로 수회 소리치기도 한 점, 갑이 사는 곳은 갑, 병과 같은 성씨를 가진 집성촌으로 갑에게 전과가 있음에도 병은 ‘피고인으로부터 갑이 전과자라는 사실을 처음 들었다’고 진술하여 갑과 가까운 사이가 아니었던

것으로 보이는 점을 종합하면, 갑과 병의 친분 정도나 적시된 사실이 갑의 공개하기 꺼려지는 개인사에 관한 것으로 주변에 회자될 가능성이 큰 내용이라는 점을 고려할 때 병이 갑과 친척관계에 있다는 이유만으로 전파가능성이 부정된다고 볼 수 없고(갑과 병 사이의 촌수나 구체적 친밀관계가 밝혀진 바도 없다), 오히려 피고인은 갑과의 싸움 과정에서 단지 갑을 모욕 내지 비방하기 위하여 공개된 장소에서 큰 소리로 말하여 다른 마을 사람들이 들을 수 있을 정도였던 것으로 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태였다고 봄이 타당하므로 피고인의 위 발언은 공연성이 인정된다(대법원2020. 11. 19. 선고2020도5813 전원합의체 판결). 결국, 피고인에게 제307조 제1항 명예훼손죄가 성립한다.

④ (○) [1] 명예훼손죄에 있어서 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하므로 비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하더라도 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족한다 할 것이지만, 이와 달리 전파될 가능성이 없다면 특정한 한 사람에 대한 사실의 유포는 공연성을 결한다 할 것이다.

[2] 이혼소송 계속중인 처가 남편의 친구에게 서신을 보내면서 남편의 명예를 훼손하는 문구가 기재된 서신을 동봉한 경우, 공연성이 결여되었다(대법원2000. 2. 11. 선고99도4579 판결).

## 15. 업무방해죄에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

① 초등학교 학생들이 학교에 등교하여 교실에서 수업을 듣는 것은 「헌법」 제31조가 정하고 있는 무상으로 초등교육을 받을 권리 및 「초·중등교육법」 제12, 13조가 정하고 있는 국가의 의무교육 실시의무와 부모들의 취학의무 등에 기하여 학생들 본인의 권리를 행사하는 것이거나 국가 내지 부모들의 의무를 이행한 것에 불과한 것으로써, 그것이 직업 기타 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업에 해당한다고 볼 수 없다.

② 컴퓨터 등 장애 업무방해죄가 성립하기 위해서는 컴퓨터의 정보처리에 장애를 초래하는 가해수단으로 컴퓨터의 작동에 직접·간접으로 영향을 미치는 일체의 행위가 있어야 하며, 그 행위의 결과로써 정보처리장치의 사용목적에 부합하는 기능을 하지 못하면 족하고, 사용목적과 다른 기능을 하는 등 정보처리장치에 장애가 현실적으로 발생할 필요는 없다.

③ 다른 사람이 작성한 논문을 피고인 단독 혹은 공동으로 작성한 논문인 것처럼 학술지에 제출하여 발표한 논문연구실적을 부교수 승진심사 서류에 포함하여 제출한 경우, 비록 당해 논문을 제외한 다른 논문만으로도 부교수 승진 요건을 월등히 충족하고 있었다고 하더라도 위계에 의한 업무방해죄가 성립한다.

④ 주한외국영사관에 비자발급을 신청함에 있어 신청인이 제출한 허위의 자료 등에 대하여 업무담당자가 충분히 심사하였으나 신청사유 및 소명자료가 허위임을 발견하지 못하여 그 신청을 수리하게 된 경우에는 위계에 의한 업무방해죄가 성립한다.

⑤ 대학교의 성적평가업무, 성적평가 후에 이루어지는 성적의 취합과 통보 및 그에 관한 자료의 보전 등의 업무는 대학교 담당교수의 업무이므로 담당교수가 성적표에 학생의 시험답안지의 점수와 다른 점수를 기재하였다 하더라도 업무방해죄가 성립하지 않는다.

→ 정답 ② (X) [1] 형법 제314조 제2항(컴퓨터등장애업무방해죄)은 ‘컴퓨터 등 정보처리장치 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 자’를 처벌하도록 정하고 있다. 여기에서 ‘허위의 정보 또는 부정한 명령의 입력’이란 객관적으로 진실에 반하는 내용의 정보를 입력하거나 정보처리장치를 운영하는 본래의 목적과 상이한 명령을 입력하는 것이고, ‘기타 방법’이란 컴퓨터의 정보처리에 장애를 초래하는 가해수단으로 컴퓨터의 작동에 직접·간접으로 영향을 미치는 일체의 행위를 말한다. 한편 위 죄가 성립하기 위해서는 위와 같은 가해행위 결과 정보처리장치가 그 사용목적에 부합하는 기능을 하지 못하거나 사용목적과 다른 기능을 하는 등 정보처리에 장애가 현실

적으로 발생하여야 한다.

[2] 피고인들은 피해자 주식회사 야놀자의 ‘바로예약 애플리케이션’(이하 ‘이 사건 앱’이라고 한다)과 통신하는 API(Application Programming Interface) 서버의 URL과 API 서버로 정보를 호출하는 명령구문들을 알아내어, 자체 개발한 ‘야놀자 크롤링 프로그램’을 사용하여 API 서버에 명령구문을 입력하는 방식으로 야놀자 회사의 숙박업소 정보를 수집한 경우, 위 API 서버의 URL이나 명령구문은 피해자 회사가 적극적으로 공개하지는 않았지만 누구라도 간단한 기술조작이나 통상 사용되는 소위 ‘패킷캡처 프로그램’ 등을 통해 쉽게 알아낼 수 있는 정보이다. 일반 이용자들은 이 사건 앱을 통해 API 서버에 회원 가입 후 또는 회원 가입 없이 자유롭게 접근할 수 있었고, 이 사건 앱이나 API 서버로의 접근을 막는 별도의 보호조치는 없었으므로 컴퓨터등장애업무방해죄가 성립하지 않는다(대법원2022. 5. 12. 선고2021도1533판결). 결국, 자체 개발한 ‘야놀자 크롤링 프로그램’을 사용하여 API 서버에 명령구문을 입력하는 방식으로 야놀자 회사의 숙박업소 정보를 수집한 경우, 정보처리장치에 부정한 명령을 입력하여 장애가 발생하게 하였다고 보기 어렵다는 이유로 컴퓨터등장애업무방해죄가 성립하지 않는다(무죄)고 하였다.

① (○) 피고인이 모초등학교 1학년 1반 교실 및 1학년 2반 교실 안에서 교사인 갑, 을에게 욕설을 하거나 피해자인 학생들에게 욕설을 하여 수업을 할 수 없게 한 사실은 인정되나, 학생들이 학교에 등교하여 교실에서 수업을 듣는 것이 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’에 해당하지 아니하므로, 학생들의 업무를 방해하였다고 볼 수는 없다(대판2013.6.14. 2013도3829).

③ (○) 다른 사람이 작성한 논문을 피고인 단독 혹은 공동으로 작성한 논문인 것처럼 학술지에 제출하여 발표한 논문연구실적을 부교수 승진심사 서류에 포함하여 제출한 사안에서, 당해 논문을 제외한 다른 논문만으로도 부교수 승진 요건을 월등히 충족하고 있었다는 등의 사정만으로는 승진심사 업무의 적정성이나 공정성을 해할 위험성이 없었다고 단정할 수 없으므로, 위계에 의한 업무방해죄를 구성한다(대법원2009. 9. 10. 선고2009도4772판결).

④ (○) [1] 업무방해죄의 성립에 있어서 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하는 것은 아니고 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생하면 족하다.

[2] 주한외국영사관의 비자발급업무와 같이 상대방으로부터 신청을 받아 일정한 자격요건 등을 갖춘 경우에 한하여 그에 대한 수용 여부를 결정하는 업무에 있어서는 신청서에 기재된 사유가 사실과 부합하지 않을 수 있음을 전제로 하여 그 자격요건 등을 심사·판단하는 것이므로, 그 업무담당자가 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 신청인이 제출한 허위의신청사유나 허위의 소명자료를 가법계 믿고 이를 수용하였다면 이는 업무담당자의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 신청인의 위계가 업무방해의 위험성을 발생시켰다고 할 수 없어 위계에 의한 업무방해죄를 구성하지 않는다고 할 것이지만, 신청인이 업무담당자에게 허위의 주장을 하면서 이에 부합하는 허위의 소명자료를 첨부하여 제출한 경우 그 수리 여부를 결정하는 업무담당자가 관계 규정이 정한 바에 따라 그 요건의 존부에 관하여 나름대로 충분히 심사를 하였으나 신청사유 및 소명자료가 허위임을 발견하지 못하여 그 신청을 수리하게 될 정도에 이르렀다면 이는 업무담당자의 불충분한 심사가 아니라 신청인의 위계행위에 의하여 업무방해의 위험성이 발생된 것이어서 이에 대하여 위계에 의한 업무방해죄가 성립된다(대법원2004. 3. 26. 선고2003도7927판결).

⑤ (○) [1] 업무방해죄에 있어서의 행위의 객체는 타인의 업무이고, 여기서 타인이라 함은 범인 이외의 자연인과 법인 및 법인격 없는 단체를 가리키므로, 법적 성질이 영조물에 불과한 대학교 자체는 업무방해죄에 있어서의 업무의 주체가 될 수 없다.

[2] 대학 편입학업무의 주체는 대학교가 아닌 총장이고, 성적평가업무의 주체는 대학교가 아닌 담당 교수이다.

[3] 피고인의 행위는 일단 갑의 시험답안지에 대한 채점을 완료하여 놓고도 그 후 교무처에 송부하는 성적단표에는 실제 시험답안지상의 점수와 다르게 기재하여 갑으로 하여금 과락을 면하거나 보다 좋은 성적을 얻게 하고, 또 乙의 시험답안지에 관한 부분은 단지 백지 시험답안지에 그의 학번과 이름을 기재하여 시험답안지철에 끼워 놓기만 한 것임을 알 수 있으나, 이러한 피고인의 행위는 그 성격상 개별 과목에 대한 성적 평가 후에 이루어지는 성적의 취합과 통보 및 그에 관한 자료의 보전 등

과 같은 피고인 자신의 성적의 관리업무와 관련된 행위일 뿐만 아니라, ○○대학교의 학칙 제35조 내지 제44조의2, 학칙 시행규칙 제16조는 각 교과목의 성적은 담당교수가 학생의 정기시험성적과 평소 학습태도, 과제 및 보고서, 각종 부정기시험으로 종합평가하도록 규정하고 있음을 알아 볼 수 있으므로, ○○대학교에 있어 성적평가업무는 대학 자체가 아니라 담당교수의 업무에 속한다. 따라서 담당교수가 성적표에 학생의 시험답안지의 점수와 다른 점수를 기재하였다 하더라도 업무방해죄가 성립하지 않는다.

[4] 형법 제357조 제1항 소정의 배임수증죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 얻는 경우에 성립하는 범죄로서 원칙적으로 타인의 사무를 처리하는 자라야 그 범죄의 주체가 될 수 있고, 그러한 신분을 가지지 아니한 자는 신분 있는 자의 범행에 가공한 경우에 한하여 그 주체가 될 수 있다.

[5] 대학 편입학업무를 담당하지 아니한 피고인 갑이 피고인 을로부터 편입학과 관련한 부정한 청탁을 받고 금품을 수수하였다 하더라도 편입학업무를 담당한 교무처장 등이 피고인 갑이 부정한 청탁을 받았음을 알았거나 스스로 부정한 청탁을 받았다고 볼 자료가 없는 경우, 피고인 갑을 배임수증죄로, 피고인 을을 배임증재로 처벌할 수 없다(대법원1999. 1. 15. 선고98도663판결).

## 16. 강간과 추행의 죄에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 위계에 의한 간음죄에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 구체적인 범행 상황에 놓인 피해자의 입장과 관점이 충분히 고려되어야 하고, 일반적·평균적 판단능력을 갖춘 성인 또는 충분한 보호와 교육을 받은 또래의 시각에서 인과관계를 쉽사리 부정하여서는 안 된다.
- ② 강제추행죄는 자수범이라고 볼 수 없으므로 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로도 범할 수 있고, 여기서 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에는 피해자도 포함된다.
- ③ 구 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(2020. 5. 19. 법률 제172645호로 개정되기 전의 것) 제11조의 ‘공중밀집장소에서의 추행’이 기수에 이르기 위하여는 행위자의 행위로 인하여 대상자가 성적 수치심이나 혐오감을 반드시 실제로 느껴야 하는 것은 아니고, 객관적으로 일반인에게 성적수치심이나 혐오감을 일으키게 할 만한 행위로서 선량한 성적 도덕 관념에 반하는 행위를 실행하는 것으로 충분하다.
- ④ 사람 및 차량의 왕래가 빈번한 도로에서 甲이 자신의 말을 무시한 피해자에게 성적인 욕설을 하지 않고 단순히 바지를 내리고 자신의 성기를 피해자에게 보여준 경우 강제추행죄가 성립한다.
- ⑤ 피해자가 깊은 잠에 빠져 있거나 술·약물 등에 의해 일시적으로 의식을 잃은 상태 또는 완전히 의식을 잃지는 않았더라도 그와 같은 사유로 정상적인 판단능력과 대응·조절능력을 행사할 수 없는 상태에 있었다면 이는 준강간죄 또는 준강제추행죄에서의 심신상실 또는 항거불능 상태에 해당한다.

→ 정답 없음 : 본 시험시행시에는 정답이 ④이었으나(피고인이 피해자 갑(여, 48세)에게 욕설을 하면서 자신의 바지를 벗어 성기를 보여준 경우에는 강제추행죄가 성립하지 않는다고 하였다), 그러나 최근 대법원 전원합의체판결(대법원 2023. 9. 21. 선고 2018도13877전원합의체 판결)로 이 ④판례가 변경되어 이제는 ④도 강제추행죄가 성립한다.

① (○) [1] 성적 자기결정권은 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관념을 확립하고 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기 책임하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리로 이해된다. 여기에는 자신이 하고자 하는 성행위를



결정할 권리라는 적극적 측면과 함께 원치 않는 성행위를 거부할 권리라는 소극적 측면이 함께 존재하는데, 위계에 의한 간음죄를 비롯한 강간과 추행의 죄는 소극적 성적 자기결정권을 침해하는 것을 내용으로 한다.

[2] 위계에 의한 간음죄에서 ‘위계’란 행위자의 행위 목적을 달성하기 위하여 피해자에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말한다. 행위자가 간음의 목적으로 피해자에게 오인, 착각, 부지를 일으키고 피해자의 그러한 심적 상태를 이용하여 간음의 목적을 달성하였다면 위계와 간음행위 사이의 인과관계를 인정할 수 있고, 따라서 위계에 의한 간음죄가 성립한다. 피해자가 오인, 착각, 부지에 빠지게 되는 대상은 ㉠ 간음행위 자체일 수도 있고, ㉡ 간음행위에 이르게 된 동기이거나 ㉢ 간음행위와 결부된 금전적·비금전적 대가와 같은 요소일 수도 있다. 다만 행위자의 위계적 언동이 존재하였다는 사정만으로 위계에 의한 간음죄가 성립하는 것은 아니므로 위계적 언동의 내용 중에 피해자가 성행위를 결심하게 된 중요한 동기를 이를 만한 사정이 포함되어 있어 피해자의 자발적인 성적 자기결정권의 행사가 없었다고 평가할 수 있어야 한다.

[3] 한편 위계에 의한 간음죄가 보호대상으로 삼는 아동·청소년, 미성년자, 심신미약자, 피보호자·피감독자, 장애인 등의 성적 자기결정 능력은 그 나이, 성장과정, 환경, 지능 내지 정신기능 장애의 정도 등에 따라 개인별로 차이가 있으므로 간음행위와 인과관계가 있는 위계에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 구체적인 범행 상황에 놓인 피해자의 입장과 관점이 충분히 고려되어야 하고, 일반적·평균적 판단능력을 갖춘 성인 또는 충분한 보호와 교육을 받은 또래의 시각에서 인과관계를 쉽사리 부정하여서는 안 된다.

[4] 피고인이 스마트폰 채팅 애플리케이션을 통하여 알게 된 14세의 피해자에게 자신을 ‘고등학교 2학년인 갑’이라고 거짓으로 소개하고 채팅을 통해 교제하던 중 자신을 스토킹하는 여성 때문에 힘들다며 그 여성을 떼어내려면 자신의 선배와 성관계를 하여야 한다는 취지로 피해자에게 이야기하고, 피고인과 헤어지는 것이 두려워 피고인의 제안을 승낙한 피해자를 마치 자신이 갑의 선배인 것처럼 행세하여 간음한 사안에서, 14세에 불과한 아동·청소년인 피해자는 36세 피고인에게 속아 자신이 갑의 선배와 성관계를 하는 것만이 갑을 스토킹하는 여성을 떼어내고 갑과 연인관계를 지속할 수 있는 방법이라고 오인하여 갑의 선배로 가장한 피고인과 성관계를 하였고, 피해자가 위와 같은 오인에 빠지지 않았다면 피고인과의 성행위에 응하지 않았을 것인데, 피해자가 오인한 상황은 피해자가 피고인과의 성행위를 결심하게 된 중요한 동기가 된 것으로 보이고, 이를 자발적이고 진지한 성적 자기결정권의 행사에 따른 것이라고 보기 어렵다는 이유로, 피고인은 간음의 목적으로 피해자에게 오인, 착각, 부지를 일으키고 피해자의 그러한 심적 상태를 이용하여 피해자를 간음한 것이므로 이러한 피고인의 간음행위는 위계에 의한 것이라고 평가할 수 있다(대법원2020. 8. 27. 선고2015도9436 전원합의체 판결).

② (○) [1] 강제추행죄는 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로도 범할 수 있다. 여기서 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에는 피해자도 포함될 수 있으므로, 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우에도 강제추행죄의 간접정범에 해당할 수 있다.

[2] 갑은 스마트폰 채팅 애플리케이션을 통하여 알게 된 피해자들로부터 은밀한 신체 부위가 드러난 사진을 전송받은 사실이 있고, 피해자들의 개인정보나 피해자들의 지인에 대한 인적사항을 알게 된 것을 기화로 피해자들에게 시키는 대로 하지 않으면 기존에 전송받았던 신체 사진과 개인정보 등을 유폐하겠다고 하는 방법으로 피해자들을 협박하여 겁을 먹은 피해자들로 하여금 어쩔 수 없이 나체나 속옷만 입은 상태가 되게 하여 스스로를 촬영하게 하거나, 성기에 이물질을 삽입하거나 자위를 하는 등의 행위를 하게 하였다면, 이러한 행위는 피해자들을 도구로 삼아 피해자들의 신체를 이용하여 그 성적 자유를 침해한 행위로서, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반(강제추행죄)의 간접정범에 해당한다(대판2018.2.8. 2016도17733).

③ (○) [1] 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(공중밀집장소에서의추행)에서 ‘추행’이란 일반인을 기준으로 객관적으로 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 것을 말한다. 이에 해당하는지는 피해자의 성별,

연령, 행위자와 피해자의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위 양태, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정해야 한다.

[2] 피고인이 지하철 내에서 갑(여)의 등 뒤에 밀착하여 무릎을 굽힌 후 성기를 갑의 엉덩이 부분에 붙이고 앞으로 내미는 등 갑을 추행하였다고 하여 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(공중밀집장소에서의추행)의 공소사실로 기소된 사안에서, 위 죄가 기수에 이르기 위해서는 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 할 만한 행위로서 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위를 행위자가 대상자를 상대로 실행하는 것으로 충분하고, 행위자의 행위로 말미암아 대상자가 성적 수치심이나 혐오감을 반드시 실제로 느껴야 하는 것은 아니다(대법원2020. 6. 25. 선고2015도7102판결). 피고인이 공중밀집장소인 지하철 전동차 안에서 피해자를 추행한 경우, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(공중밀집장소에서의추행)에 해당한다.

④ (○) [1] 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’은 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도로 강력할 것이 요구되지 아니하고, 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)하는 것이라고 보아야 한다.

[2] 어떠한 행위가 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’에 해당하는지 여부는 행위의 목적과 의도, 구체적인 행위태양과 내용, 행위의 경위와 행위 당시의 정황, 행위자와 상대방과의 관계, 그 행위가 상대방에게 주는 고통의 유무와 정도 등을 종합하여 판단하여야 한다.

[3] 이와 달리 강제추행죄의 폭행 또는 협박이 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도일 것을 요한다고 본 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도8805 판결을 비롯하여 같은 취지의 종전 대법원판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다. ⇨ 종전 대법원은 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’의 의미에 관하여 이를 두 가지 유형으로 나누어, 폭행행위 자체가 곧바로 추행에 해당하는 경우(이른바 기습추행형)에는 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다고 판시하는 한편, 폭행 또는 협박이 추행보다 시간적으로 앞서 그 수단으로 행해진 경우(이른바 폭행·협박 선행형)에는 상대방의 항거를 곤란하게 하는 정도의 폭행 또는 협박이 요구된다고 판시하여 왔음(대법원 2011도8805 판결 등, 이하 폭행·협박 선행형 관련 판례 법리를 ‘중재의 판례 법리’)

[4] 결론 : 대법원은 본 전합 판결(2018도13877전원합의체 판결)에서 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’의 의미를 다시 정의하였다. 즉, 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’은 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도로 강력할 것이 요구되지 아니하고, 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)하는 것이라고 다시 정의하였다(대법원 2023. 9. 21. 선고 2018도13877전원합의체 판결).

⑤ (○) [1] 갑(28세)은 이전에 만난 적이 없이 술에 취하여 화장실을 찾는 을(여, 18세)을 새벽에 모텔객실로 데려가 술에 취하여 심신상실 상태에 있는 을을 침대에 눕힌 후, 을의 상의와 브래지어, 팬티를 벗기고 을에게 키스하고 손으로 피해자의 가슴을 만져 피해자의 심신상실의 상태를 이용하여 추행을 하였다하여 준강제추행죄로 기소된 사안이다.

[2] 준강간죄에서 ‘심신상실’이란 정신기능의 장애로 인하여 성적 행위에 대한 정상적인 판단능력이 없는 상태를 의미하고, ‘항거불능’의 상태란 심신상실 이외의 원인으로 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다. 이는 준강제추행죄의 경우에도 마찬가지이다. 피해자가 깊은 잠에 빠져 있거나 술·약물 등에 의해 일시적으로 의식을 잃은 상태 또는 완전히 의식을 잃지는 않았더라도 그와 같은 사유로 정상적인 판단능력과 대응·조절능력을 행사할 수 없는 상태에 있었다면 준강간죄 또는 준강제추행죄에서의 심신상실 또는 항거불능 상태에 해당한다.

[3] 음주 후 준강간 또는 준강제추행을 당하였음을 호소한 을의 경우, 범행 당시 알코올이 위의 기억형성의 실패만을 야기한 알코올 블랙아웃 상태였다면 을은 기억장애 외에 인지기능이나 의식 상태의 장애에 이르렀다고 인정하기 어렵지만, 이에 비하여 을이 술에 취해 수면상태에 빠지는 등 의식을 상실한 패싱아웃 상태였다면 심신상실의 상태에 있었음을 인정할 수 있다. 또한 ‘준강간죄 또는 준강제추행죄에서의 심신상실·항거불능’의 개념에 비추어, 을이 의식상실 상태에 빠져 있지는 않지만 알코올의 영향으로 의사를 형성할 능력이나 성적 자기결정권 침해행위에 맞서려는 저항력이 현저하게 저하

된 상태였다면 ‘항거불능’에 해당하여, 이러한 피해자에 대한 성적 행위 역시 준강간죄 또는 준강제추행죄를 구성할 수 있다.

[4] 을은 이 사건 당시 짧은 시간 동안 다량의 술을 마셔 구토를 할 정도로 취했다. 자신의 일행이나 소지품을 찾을 방법을 알지 못하고, 사건 당일 처음 만난 갑과 함께 모텔에 가서 무방비 상태로 잠이 들었다. 을은 인터폰으로 자신의 이름을 말해준 이후에도 상황 파악을 하지 못한 채로 다시 잠이 들어버렸을 뿐만 아니라, 경찰이 모텔 객실로 들어오는 상황이었음에도 옷을 벗은 상태로 누워 있을 정도로 판단능력 및 신체적 대응능력에 심각한 문제가 발생한 상태였다. 이와 같은 사정에 비추어 보면 을은 갑이 추행을 할 당시 술에 만취하여 잠이 드는 등 심신상실 상태에 있었다고 볼 여지가 충분하다(대법원2021. 2. 4.선고2018도9781판결). 결국, 준강제추행죄가 인정된다.

### 17. 재산범죄에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 비트코인(Bitcoin)은 경제적인 가치를 디지털로 표상하여 전자적으로 이전, 저장과 거래가 가능하도록 한 가상자산의 일종으로 사기죄의 객체인 재산상 이익에 해당한다.
- ② 甲이 권한 없이 인터넷뱅킹으로 타인의 예금계좌에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체한 후 그 중 일부를 인출하여 그 정을 아는 乙에게 교부한 경우, 乙에게는 장물취득죄가 성립하지 않는다.
- ③ 甲이 사무실에서 회사 명의의 통장을 몰래 가지고 나와 예금 1,000만 원을 인출한 후 다시 그 통장을 제자리에 가져다 놓은 경우, 통장 자체가 가지는 경제적 가치가 그 인출된 예금액만큼 소모되었다고 볼 수 없고, 그 즉시 통장을 반환한 이상 甲에게 불법영득의사가 없었으므로 절도죄가 성립하지 않는다.
- ④ 甲이 A의 재물을 강취하고 A가 운전하는 자동차에 함께 타고 도주하다가 단속 경찰관이 뒤따라오자 A를 칼로 찔러 상해를 가한 경우 강도상해죄가 성립한다.
- ⑤ 甲이 A의 돈을 절취한 다음 다른 금전과 섞거나 교환하지 않고 쇼핑백에 넣어 자신의 집에 숨겨두었는데 乙이 A의 지시를 받아 甲에게 집을 주어 쇼핑백에 들어 있던 절취된 돈을 교부받았다고 하더라도 乙에게 공갈죄가 성립하지 않는다.

→ 정답 ③ (X) [1] 예금통장을 사용하여 예금을 인출하게 되면 그 인출된 예금액에 대하여는 예금통장 자체의 예금액 증명기능이 상실되고 이에 따라 그 상실된 기능에 상응한 경제적 가치도 소모된다. 그렇다면 타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 바로 예금통장을 반환하였다 하더라도 그 사용으로 인한 위와 같은 경제적 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미한 경우가 아닌 이상, 예금통장 자체가 가지는 예금액 증명기능의 경제적 가치에 대한 불법영득의 의사를 인정할 수 있으므로 절도죄가 성립한다

[2] 피고인이 피해자인 A 주식회사의 사무실에서 피해자 명의의 농협 통장을 몰래 가지고 나와 예금 1,000만 원을 인출한 후 다시 이 사건 통장을 제자리에 갖다 놓는 경우, 이 사건 통장 자체가 가지는 예금액 증명기능의 경제적 가치는 피고인이 이 사건 통장을 무단사용하여 예금 1,000만 원을 인출함으로써 상당한 정도로 소모되었다고 할 수 있으므로, 피고인이 그 사용 후 바로 이 사건 통장을 제자리에 갖다 놓았다 하더라도 그 소모된 가치에 대한 불법영득의 의사가 인정된다(대판 2010.5.27. 2009도9008).

- ① (○) [1] 가상화폐의 일종인 ‘비트코인’은 경제적인 가치를 디지털로 표상하여 전자적으로 이전, 저장과 거래가 가능하도록 한 가상자산의 일종으로 사기죄의 객체인 재산상 이익에 해당한다.
- [2] 갑은 을과 병을 기망하여 A회사로부터 6,000BTC(비트코인)을 이체받아 약 197억 7,383만 원 상당을 편취하였다’는 것이다. 즉, 갑이 ○○○○ 이벤트에 참가한 직후 즉시 6,000BTC을 갑, 을, 병 명의의 이 사건 3인 계좌로 돌려줄 것처럼 을과 병을 기망하였고, 그로 인하여 을과 병이 갑을 믿고 6,000BTC을 갑의 단독명의계좌에 이체하였으며, 갑의 편취 범의와 불법영득의 의사도 인정된다고 보

아 갑에게 사기죄가 성립한다(대법원2021. 11. 11. 선고2021도9855판결).

② (○) [1] 형법 제41장의 장물에 관한 죄에 있어서의 '장물'이라 함은 재산범죄로 인하여 취득한 물건 그 자체를 말하므로, 재산범죄를 저지른 이후에 별도의 재산범죄의 구성요건에 해당하는 사후행위가 있었다면 비록 그 행위가 불가벌적 사후행위로서 처벌의 대상이 되지 않는다 할지라도 그 사후행위로 인하여 취득한 물건은 재산범죄로 인하여 취득한 물건으로서 장물이 될 수 있다.

[2] 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우, 현금카드 사용권한 있는 자의 정당한 사용에 의한 것으로서 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하거나 기망행위 및 그에 따른 처분행위도 없었으므로, 별도로 절도죄나 사기죄의 구성요건에 해당하지 않는다 할 것이고, 그 결과 그 인출된 현금은 재산범죄에 의하여 취득한 재물이 아니므로 장물이 될 수 없다.

[3] 장물인 현금 또는 수표를 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 동일한 액수의 현금 또는 수표를 인출한 경우에 예금계약의 성질상 그 인출된 현금 또는 수표는 당초의 현금 또는 수표와 물리적인 동일성은 상실되었지만 액수에 의하여 표시되는 금전적 가치에는 아무런 변동이 없으므로, 장물로서의 성질은 그대로 유지된다.

[4] 갑이 권한 없이 인터넷뱅킹으로 타인의 예금계좌에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체한 후 그 중 일부를 인출하여 그 정을 아는 을에게 교부한 경우, 갑이 컴퓨터등사용사기죄에 의하여 취득한 예금채권은 재물이 아니라 재산상 이익이므로, 그가 자신의 예금계좌에서 돈을 인출하였다더라도 장물을 금융기관에 예치하였다가 인출한 것으로 볼 수 없으므로, 을은 장물취득죄가 성립하지 않는다(대법원 2004. 4. 16. 선고2004도353판결).

④ (○) 피고인이 피해자로부터 재물을 강취하고 피해자가 운전하는 자동차에 함께 타고 도주하다가 단속 경찰관이 뒤따라오자 피해자를 칼로 찔러 상해를 가하였다면 강도상해죄를 구성한다 할 것이고 강취와 상해 사이에 1시간 20분이라는 시간적 간격이 있었다는 것만으로는 그 범죄의 성립에 영향이 없다(대법원1992. 1. 21. 선고91도2727판결). 결국, 피해자가 운전하는 자동차에 함께 타고 도주하던 강도가 강취 후 1시간 20분이 지나 피해자에게 상해를 가한 경우 강도상해죄를 구성한다.

⑤ (○) [1] 공갈죄의 대상이 되는 재물은 타인의 재물을 의미하므로, 사람을 공갈하여 자기의 재물을 교부받는 경우에는 공갈죄가 성립하지 아니한다. 그리고 타인의 재물인지는 민법, 상법, 기타의 실체법에 의하여 결정되는데, 금전을 도난당한 경우 절도범이 절취한 금전만 소지하고 있는 때 등과 같이 구체적으로 절취된 금전을 특정할 수 있어 객관적으로 다른금전 등과 구분됨이 명백한 예외적인 경우에는 절도 피해자에 대한 관계에서 그 금전이 절도범인 타인의 재물이라고 할 수 없다.

[2] 갑이 을의 돈을 절취한 다음 다른 금전과 섞거나 교환하지않고 쇼퍼백 등에 넣어 자신의 집에 숨겨두었는데, 피고인이 을의 지시로 폭력조직원 병과 함께 갑에게 집을 주어 쇼퍼백 등에 들어 있던 절취된 돈을 교부받아 갈취하였다고 하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동공갈)으로 기소된 사안에서, 피고인 등이 갑에게서 되찾은 돈은 절취 대상인 당해 금전이라고 구체적으로 특정할 수 있어 객관적으로 갑의 다른 재산과 구분됨이 명백하므로 이를 타인인 갑의 재물이라고 볼 수 없고, 따라서 비록 피고인 등이 갑을 공갈하여 돈을 교부받았더라도 타인의 재물을 갈취한 행위로서 공갈죄가 성립된다고 볼 수 없다(대법원2012. 8. 30. 선고2012도6157판결). 결국, 사람을 공갈하여 자기의 재물을 교부받는 경우에는 공갈죄가 성립하지 아니한다.

## 18. 절도죄에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

① 甲이 자신의 명의로 등록된 자동차를 乙에게 증여하여 乙만이 이를 운행·관리하여 오다가 乙이 소유하기로 당사자 사이에 약정한 경우, 甲이 불법영득의사를 가지고 그 자동차를 임의로 운전해 갔다면 자동차 등록명의와 관계없이 절도죄가 성립한다.

② 甲이 컴퓨터에 저장된 정보를 출력하여 생성한 문서는 피해회사의 업무를 위하여 생성되어 보관하고 있는 피해회사 소유의 문서로서, 甲이 이를 가지고 간 행위는 회사소유의 문서를 절취한 것으로 절도죄가 성립한다.

- ③ 甲은 강제경매 절차에서 乙의 소유이던 토지 및 그 지상 건물을 매수한 후 법원으로부터 인도명령을 받아 인도집행을 하였는데, 乙이 인도집행 전에 건물 외벽에 설치된 전기코드에 선을 연결하여 乙이 점유하며 창고로 사용 중인 컨테이너로 전기를 공급받아 사용한 것은 타인이 점유·관리하던 전기를 사용한 것이라고 할 수 없어 절도의 범의를 인정할 수 없다.
- ④ 임차인이 임대계약 종료 후 식당건물에서 퇴거하면서 종전부터 사용하던 냉장고의 전원을 켜 둔 채 그대로 두었다가 약 1개월 후 철거해 가는 바람에 그 기간 동안 전기가 소비되었다고 하더라도, 이는 자기의 점유·관리 하에 있던 전기를 사용한 것으로써, 타인의 전기에 대한 절도죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 甲이 회사업무와 관련하여 회사 동료 乙이 작성한 회사의 문서를 복사기를 이용하여 복사를 한 후 원본을 제자리에 갖다놓고 그 사본만 가져간 경우, 그 회사 소유의 문서의 사본을 절취한 것이라 볼 수 없어 절도죄가 성립하지 않는다.

→ 정답 ② (X) [1] 절도죄의 객체는 관리가능한 동력을 포함한 '재물'에 한한다 할 것이고, 또 절도죄가 성립하기 위해서는 그 재물의 소유자 기타 점유자의 점유 내지 이용가능성을 배제하고 이를 자신의 점유하에 배타적으로 이전하는 행위가 있어야만 할 것인바, 컴퓨터에 저장되어 있는 '정보' 그 자체는 유체물이라고 볼 수도 없고, 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다 할 것이며, 또 이를 복사하거나 출력하였다 할지라도 그 정보 자체가 감소하거나 피해자의 점유 및 이용가능성을 감소시키는 것이 아니므로 그 복사나 출력 행위를 가지고 절도죄를 구성한다고 볼 수도 없다.

[2] 피고인이 컴퓨터에 저장된 정보를 출력하여 생성한 문서는 피해 회사의 업무를 위하여 생성되어 피해 회사에 의하여 보관되고 있던 문서가 아니라, 피고인이 가지고 갈 목적으로 피해 회사의 업무와 관계없이 새로이 생성시킨 문서라 할 것이므로, 이는 피해 회사 소유의 문서라고 볼 수는 없다 할 것 이어서, 이를 가지고 간 행위를 들어 피해 회사 소유의 문서를 절취한 것으로 볼 수는 없다(대법원 2002. 7. 12. 선고2002도745판결).

① (○) [1] 자동차에 대한 소유권의 득실변경은 등록을 함으로써 그 효력이 생기고 등록이 없는 한 대외적 관계에서는 물론 당사자의 대내적 관계에서도 소유권을 취득할 수 없는 것이 원칙이지만, 당사자 사이에 소유권을 등록명의자 아닌 자가 보유하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 그 내부관계에 있어서는 등록명의자 아닌 자가 소유권을 보유하게 된다고 할 것이다.

[2] 피고인이 자신의 명의로 등록된 자동차를 사실혼 관계에 있던 갑에게 증여하여 갑만이 이를 운행·관리하여 오다가 서로 별거하면서 재산분할 내지 위자료 명목으로 갑이 소유하기로 하였는데, 피고인이 이를 임의로 운전해 간 사안에서, 자동차 등록명의와 관계없이 피고인과 갑 사이에서는 갑을 소유자로 보아야 하므로 절도죄를 인정한다(대법원 2013. 2. 28. 선고2012도15303판결).

③ (○) 갑은 강제경매 절차에서 피고인 소유이던 토지 및 그 지상 건물을 매수한 후 법원으로부터 인도명령을 받아 인도집행을 하였는데, 피고인이 인도집행 전에 건물 외벽에 설치된 전기코드에 선을 연결하여 피고인이 점유하며 창고로 사용 중인 컨테이너로 전기를 공급받아 사용하였다고 하여 절도로 기소된 사안에서, 피고인은 인도명령의 집행이 이루어지기 전까지는 당초부터 피고인이 점유·관리 하던 전기를 사용한 것에 불과할 뿐 타인이 점유·관리하던 전기를 사용한 것이라고 할 수 없고, 피고인에게 절도의 범의도 인정할 수 없다(대법원 2016. 12. 15. 선고2016도15492판결).

④ (○) 임차인이 임대계약 종료 후 식당건물에서 퇴거하면서 종전부터 사용하던 냉장고의 전원을 켜 둔 채 그대로 두었다가 약 1개월 후 철거해 가는 바람에 그 기간 동안 전기가 소비된 사안에서, 임차인이 퇴거후에도 냉장고에 관한 점유·관리를 그대로 보유하고 있었다고 보아야 하므로, 냉장고를 통하여 전기를 계속 사용하였다고 하더라도 이는 당초부터 자기의 점유·관리하에 있던 전기를 사용한 것 일 뿐 타인의 점유·관리하에 있던 전기가 아니어서 절도죄가 성립하지 않는다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3252판결).

⑤ (○) [1] 회사 직원이 업무와 관련하여 다른 사람이 작성한 회사의 문서를 복사기를 이용하여 복

사를 한 후 원본은 제자리에 갖다 놓고 그 사본만 가져간 경우, 그 회사 소유의 문서의 사본을 절취한 것으로 볼 수는 없다.

[2] A 주식회사 전무인 을이 사망하여 그의 책상 서랍을 정리하던 중 메모 형식으로 작성된 회사 중 역들에 대한 특별상여금 지급내역서 1부 및 퇴직금 지급내역서 2부가 바닥에 떨어져 있어 위 회사의 전무인 병이 이를 책상 위에 올려 놓았는데, 마침 피고인이 이를 보고 위 서류들을 그 옆의 총무과 사무실에 가지고 가서 복사기를 사용하여 복사를 한 후 원본은 제자리에 갖다 놓고 그 사본만을 가지고 갔다는 것인바, 사실관계가 위와 같다면, 피고인이 위 회사 소유의 문서의 사본을 절취한 것으로 볼 수는 없다

[3] 그리고 검사의 이 사건 공소사실의 요지는 피고인이 위 서류들을 복사하여 그 사본을 가지고 가 이를 절취한 사실을 문제삼는 것이 명백하고 그 사본에 대한 복사용지 자체를 절취하였다고 기소한 것으로 볼 수는 없으므로, 원심이 피고인이 위 복사 과정에서 액수불상의 복사지를 절취하였는지 여부에 대한 판단을 하지 아니하였다고 하여 잘못이라고 할 수도 없다(대법원1996. 8. 23. 선고95도192 판결).

### 19. 사기죄에 관한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉠ 보험계약자가 보험계약 체결 시 보험금액이 목적물의 가액을 현저하게 초과하는 초과보험 상태를 의도적으로 유발한 후 보험사고가 발생하자 초과보험 사실을 알지 못하는 보험자에게 목적물의 가액을 목비한 채 보험금을 청구하여 보험금을 교부받은 경우, 보험자가 보험금액이 목적물의 가액을 현저하게 초과한다는 것을 알았다더라면 같은 조건으로 보험계약을 체결하지 않았을 뿐만 아니라 협정보험가액에 따른 보험금을 그대로 지급하지 아니하였을 관계가 인정된다면, 보험계약자가 보험금을 청구한 행위는 사기죄의 실행행위로서의 기망행위에 해당한다.
- ㉡ 비록 피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못하였더라도, 피기망자의 작위 또는 부작위가 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위로 평가되고, 이러한 작위 또는 부작위를 피기망자가 인식하고 한 것이라면 처분행위에 상응하는 처분의사는 인정된다.
- ㉢ 의료인으로서 자격과 면허를 보유한 사람이 「의료법」 제4 조 제2항을 위반하여 다른 의료인의 명의로 의료기관을 개설·운영함으로써 요양급여비용을 지급받은 경우, 「국민건강보험법」 상 요양급여비용을 적법하게 지급받을 수 있는 자격 내지 요건이 흠결되지 않는 한 국민건강보험공단을 피해자로 하는 사기죄는 성립하지 않는다.
- ㉣ 일반 국민이 담당 공무원을 기망하여 납부의무가 있는 농지보전부담금을 면제받아 재산상 이익을 취득하였다면, 부과권자의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 있어 사기죄가 성립한다.
- ㉤ 甲이 수 개의 선거비용 항목을 허위기재한 하나의 선거비용 보전청구서를 제출하여 정부로부터 선거비용을 과다 보전받아 이를 편취 하였다면 이는 일죄로 평가되어야 하고, 각 선거비용 항목에 따라 별개의 사기죄가 성립하는 것은 아니다.

- ① 0개                      ② 1개                      ③ 2개                      ④ 3개                      ⑤ 4개

→ 정답 ⑤ ㉠㉡㉢㉤(4개)은 옳은 지문이나, ㉣(1개)은 틀린 지문이다

㉠ (○) [1] 보험계약자가 보험계약 체결 시 보험금액이 목적물의 가액을 현저하게 초과하는 초과보험 상태를 의도적으로 유발한 후 보험사고가 발생하자 초과보험 사실을 알지 못하는 보험자(A보험회사)에게 목적물의 가액을 목비한 채보험금을 청구하여 보험금을 교부받은 경우, 보험자가 보험금액이

목적물의 가액을 현저하게 초과한다는 것을 알았더라면 같은 조건으로 보험계약을 체결하지 않았을 뿐만 아니라 협정보험가액에 따른 보험금을 그대로 지급하지 아니하였을 관계가 인정된다면, 보험계약자가 초과보험 사실을 알지 못하는 보험자에게 목적물의 가액을 목비한 채 보험금을 청구한 행위는 사기죄의 실행행위로서의 기망행위에 해당한다.

[2] 피고인은 이 사건 말(경주마)이 나머지 6필의 말에 비하여 체격이 작고 상태가 좋지 않았다는 사정을 알았으면서 A보험회사에 이 사건 말을 보험 목적물로 하는 가축재해보험계약을 청약하면서 이 사건 매매계약서에 기재된 매매대금을 근거로 이 사건 말에 관하여 보험금액을 4,000만 원으로 하는 이 사건 보험계약을 체결하였다. 피고인은 그 후 이 사건 말이 폐사하였음을 이유로 이 사건 보험계약에 따른 보험금을 청구하여 보험금을 교부받은 것은 A회사에 대한 기망행위에 의한 편취에 해당하여 사기죄를 구성한다고 볼 것이다(대법원2015. 7. 23. 선고2015도6905판결).

㉠ (○)[1] 처분행위라고 평가되는 어떤 행위를 피해자가 인식하고 한 것이라면 피해자의 처분의사가 있다고 할 수 있다. 결국 피해자가 처분행위로 인한 결과까지 인식할 필요가 있는 것은 아니다. 결론적으로 비록 피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못하였더라도, 피기망자의 작위 또는 부작위가 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위로 평가되고, 이러한 작위 또는 부작위를 피기망자가 인식하고 한 것이라면 처분행위에 상응하는 처분의사는 인정된다. 다시 말하면 피기망자가 자신의 작위 또는 부작위에 따른 결과까지 인식하여야 처분의사를 인정할 수 있는 것은 아니다. 따라서 이와 달리 사기죄에서 말하는 처분행위가 인정되려면 피기망자에게 처분결과에 대한 인식이 있어야 한다고 판시한 대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1042 판결, 대법원 1999. 7. 9. 선고 99도1326 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도769 판결 등은 이 판결과 배치되는 범위에서 이를 변경하기로 한다.

[2] 이른바 ‘서명사취’ 사기는 기망행위에 의해 유발된 착오로 인하여 피기망자가 내심의 의사와 다른 처분문서에 서명 또는 날인함으로써 재산상 손해를 초래한 경우이다. 여기서의 행위자의 기망행위 태양 자체가 피기망자가 자신의 처분행위의 의미나 내용을 제대로 인식할 수 없는 상황을 이용하거나 피기망자로 하여금 자신의 행위로 인한 결과를 인식하지 못하게 하는 것을 핵심적인 내용으로 하고, 이로 말미암아 피기망자는 착오에 빠져 처분문서에 대한 자신의 서명 또는 날인행위가 초래하는 결과를 인식하지 못하는 특수성이 있다. 피기망자의 하자 있는 처분행위를 이용하는 것이 사기죄의 본질인데, 서명사취 사안에서는 그 하자가 의사표시 자체의 성립과정에 존재한다. 이러한 서명사취 사안에서 피기망자가 처분문서의 내용을 제대로 인식하지 못하고 처분문서에 서명 또는 날인함으로써 내심의 의사와 처분문서를 통하여 객관적·외부적으로 인식되는 의사가 일치하지 않게 되었다라도, 피기망자의 행위에 의하여 행위자 등이 재물이나 재산상 이익을 취득하는 결과가 초래되었다고 할 수 있는 것은 그러한 재산의 이전을 내용으로 하는 처분문서가 피기망자에 의하여 작성되었다고 볼 수 있기 때문이다. 이처럼 피기망자가 행위자의 기망행위로 인하여 착오에 빠진 결과 내심의 의사와 다른 효과를 발생시키는 내용의 처분문서에 서명 또는 날인함으로써 처분문서의 내용에 따른 재산상 손해가 초래되었다면 그와 같은 처분문서에 서명 또는 날인을 한 피기망자의 행위는 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당한다. 아울러 비록 피기망자가 처분결과, 즉 문서의 구체적 내용과 법적 효과를 미처 인식하지 못하였더라도, 어떤 문서에 스스로 서명 또는 날인함으로써 처분문서에 서명 또는 날인하는 행위에 관한 인식이 있었던 이상 피기망자의 처분의사 역시 인정된다.

[3] 피고인 등이 토지의 소유자이자 매도인인 피해자 甲 등에게 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여 근저당권설정계약서 등에 서명·날인하게 하고 인감증명서를 교부받은 다음, 이를 이용하여 甲 등의 소유 토지에 피고인을 채무자로 한 근저당권을 乙 등에게 설정하여 주고 돈을 차용하는 방법으로 재산상 이익을 취득하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기) 및 사기로 기소된 사안에서, 甲 등은 피고인 등의 기망행위로 착오에 빠진 결과 토지거래허가 등에 필요한 서류로 잘못 알고 처분문서인 근저당권설정계약서 등에 서명 또는 날인함으로써 재산상 손해를 초래하는 행위를 하였으므로 甲 등의 행위는 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당하고, 甲 등이 비록 자신들이 서명 또는 날인하는 문서의 정확한 내용과 문서의 작성행위가 어떤 결과를 초래하는지를 미처 인식하지 못하였더라도 토지거래허가 등에 관한 서류로 알고 그와 다른 근저당권설정계약에 관한 내용이 기재

되어 있는 문서에 스스로 서명 또는 날인함으로써 그 문서에 서명 또는 날인하는 행위에 관한 인식이 있었던 이상 처분회사도 인정됨에도, 甲 등에게 그 소유 토지들에 근저당권 등을 설정하여 줄 의사가 없었다는 이유만으로 甲 등의 처분행위가 없다고 보아 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 사기죄의 처분행위에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례(대판2017.2.16. 2016도13362 전원합의체 판결).

㉔ (○) [1] 비록 의료법 제4조 제2항(「의료인은 다른 의료인 또는 의료법인 등의 명의로 의료기관을 개설하거나 운영할 수 없다.」)은 ‘의사, 치과 의사, 한의사 또는 조산사’(이하 ‘의료인’이라 한다)가 다른 의료인의 명의로 의료기관을 개설하거나 운영하는 행위를 제한하고 있으나, 이를 위반하여 개설·운영되는 의료기관도 의료기관 개설이 허용되는 의료인에 의하여 개설되었다는 점에서 제4조 제2항이 준수된 경우와 본질적 차이가 있다고 볼 수 없다. 또한 의료인이 다른 의료인의 명의로 의료기관을 개설·운영하면서 실시한 요양급여도 국민건강보험법에서 정한 요양급여의 기준에 부합하지 않는 등의 다른 사정이 없는 한 정상적인 의료기관이 실시한 요양급여와 본질적인 차이가 있다고 단정하기 어렵다. 의료법이 의료인의 자격이 없는 일반인이 제33조 제2항을 위반하여 의료기관을 개설한 경우와 달리, 제4조 제2항을 위반하여 의료기관을 개설·운영하는 의료인에게 고용되어 의료행위를 한 자에 대하여 별도의 처벌규정을 두지 아니한 것도 이를 고려한 것으로 보인다.

[2] 따라서 의료인으로서 자격과 면허를 보유한 사람이 의료법에 따라 의료기관을 개설하여 건강보험의 가입자 또는 피부양자에게 국민건강보험법에서 정한 요양급여를 실시하고 국민건강보험공단으로부터 요양급여비용을 지급받았다면, 설령 그 의료기관이 다른 의료인의 명의로 개설·운영되어 의료법 제4조 제2항을 위반하였더라도 그 자체만으로는 국민건강보험법상 요양급여비용을 청구할 수 있는 요양기관에서 제외되지 아니하므로, 달리 요양급여비용을 적법하게 지급받을 수 있는 자격 내지 요건이 흠결되지 않는 한 국민건강보험공단을 피해자로 하는 사기죄를 구성한다고 할 수 없다(대법원2019. 5. 30. 선고2019도1839판결). 결국, 의사가 다른 의사명의를 빌려 병원을 개설하여 의료행위를 하고 국민건강보험공단으로부터 요양급여비용을 지급받았어도 사기죄가 성립하지 않는다.

㉔ (X) [1] 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익을 침해하는 경우라도 그와 동시에 형법상 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 있는 때에는 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌규정을 별도로 두고 있지 않는 한 사기죄가 성립할 수 있다. 그런데 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 등 법률에 따라 금전적 부담의 부과권한을 부여받은 자(이하 ‘부과권자’라 한다)가 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 권력작용으로 부담금을 부과하는 것은 일반 국민의 재산권을 제한하는 침해행정에 속한다. 이러한 침해행정 영역에서 일반 국민이 담당 공무원을 기망하여 권력작용에 의한 재산권 제한을 면하는 경우에는 부과권자의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로, 행정법규에서 그러한 행위에 대한 처벌규정을 두어 처벌함은 별론으로 하고, 사기죄는 성립할 수 없다(조세에 관한 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결참조; 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법 제9조에서 이러한 행위를 처벌하는 규정을 별도로 두고 있을 뿐만 아니라, 조세를 강제적으로 징수하는 국가 또는 지방자치단체의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로 조세범처벌법 위반죄가 성립함은 별론으로 하고, 형법상 사기죄는 성립하지 않는다.).

[2] 피고인이 담당 공무원을 기망하여 납부의무가 있는 농지보전부담금을 면제받아 재산상 이익을 취득한 경우, 이 사건 공소사실에 대하여 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당한다(사기죄가 성립하지 않는다)(대법원2019. 12. 24. 선고2019도2003판결).

㉔ (○) [1] 지방교육자치에 관한 법률 제50조, 정치자금법 제49조 제1항의 회계보고 허위 기재로 인한 지방교육자치에 관한 법률 위반죄(교육감 선거)는 회계책임자가 정당한 사유 없이 선거비용(인쇄비용, 현수막대금, 선거물품대금 등)에 대하여 허위기재(금액을 부풀려 기재)함으로써 성립되는데, 하나의 회계보고서에 여러 가지 선거비용항목에 관하여 허위 사실을 기재하였더라도 선거비용의 항목에 따라 별개의 죄가 성립하는 것이 아니라 전체로서 하나의 지방교육자치에 관한 법률 위반죄가 성립한다.

[2] 피고인이 수개의 선거비용 항목을 허위기재한 하나의 선거비용보전청구서를 제출하여 대한민국으



로부터 선거비용을 과다 보전받아 이를 편취하였다면 이는 일죄로 평가되어야 하고, 각 선거비용 항목에 따라 별개의 사기죄가 성립하는 것은 아니다(대법원2017. 5. 30. 선고2016도21713판결). 결국, 포괄일죄이지 실체적 경합(경합범)이 아니므로, 경합범 가중을 해서는 안된다.

## 20. 횡령의 죄에 관한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉠ 甲이 범죄수익 등의 은닉을 위해 乙로부터 교부받은 무기명 양도성예금증서를 현금으로 교환하여 임의로 소비하였다면 횡령죄가 성립한다.
- ㉡ 회사의 대표이사가 자신이 당사자일 뿐만 아니라 자신의 경영권을 방어하기 위한 목적으로 신주를 발행하는 과정에서 저지른 배임행위에 대한 소송을 수행하면서 그 변호사비용을 회사의 자금으로 지급하여도 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ㉢ 조합 또는 내적 조합과 달리 익명조합의 경우에는 익명조합원이 영업을 위하여 출자한 금전 기타의 재산은 상대방인 영업자의 재산이 되므로 영업자는 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있지 않아 영업자가 영업이익금등을 임의로 소비하였다더라도 횡령죄가 성립하지 아니한다.
- ㉣ 횡령죄의 본질에 관한 학설 중 월권행위설은 횡령의 의미를 위탁된 보관물에 대한 신뢰관계의 배신과 그 보관물을 불법하게 영득하는 것이라고 한다.
- ㉤ 횡령죄에 있어서 재물의 보관이란 함은 재물에 대한 법률상의 지배력이 있는 상태를 의미하는 것으로서, 그 보관이 위탁관계에 기인하여야 할 것은 물론이고, 그것이 반드시 사용대차, 임대차, 위임 등의 계약에 의하여 설정되어야 한다.

- ① 1개                      ② 2개                      ③ 3개                      ④ 4개                      ⑤ 5개

→ 정답 ① ㉣(1개)은 옳은 지문이나, ㉠㉡㉢㉤(4개)은 틀린 지문이다

㉠ (X) 피고인이, 갑 등이 금융다단계 사기 범행을 통하여 취득한 범죄수익 등인 무기명 양도성예금증서 7장을 을로부터 건네받아 현금으로 교환한 후 임의로 소비하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)으로 기소된 사안에서, 피고인이 을로부터 범죄수익 등의 은닉을 위해 교부받은 무기명 양도성예금증서는 불법의 원인으로 급여한 물건에 해당하여 소유권이 피고인에게 귀속되므로, 피고인이 무기명 양도성예금증서를 교환한 현금을 임의로 소비하였다더라도 횡령죄가 성립하지 않는다(대판2017.10.26. 2017도9254).

㉡ (X) [1] 법인의 대표자 개인이 당사자가 된 민·형사사건의 변호사 비용은 법인의 비용으로 지출할 수 없는 것이 원칙이고, 예외적으로 분쟁에 대한 실질적인 이해관계는 법인에게 있으나 법적인 이유로 그 대표자의 지위에 있는 개인이 소송 기타 법적 절차의 당사자가 되었다거나 대표자로서 법인을 위해 적법하게 행한 직무행위 또는 대표자의 지위에 있음으로 말미암아 의무적으로 행한 행위 등과 관련하여 분쟁이 발생한 경우와 같이, 당해 법적 분쟁이 법인과 업무적인 관련이 깊고 당시의 제반 사정에 비추어 법인의 이익을 위하여 소송을 수행하거나 고소에 대응하여야 할 특별한 필요성이 있는 경우에 한하여 법인의 비용으로 변호사 선임료를 지출할 수 있으며, 반대로 법인 자체가 소송당사자가 된 경우에는 원칙적으로 그 소송의 수행이 법인의 업무수행이라고 볼 수 있으므로 그 변호사 선임료를 법인의 비용으로 지출할 수 있을 것이나, 그 소송에서 법인이 형식적으로 소송당사자가 되어 있을 뿐 실질적인 당사자가 따로 있고 법인으로서의 그 소송의 결과에 있어서 별다른 이해관계가 없다고 볼 특별한 사정이 있는 경우에는, 그 소송의 수행이 법인의 업무수행이라고 볼 수 없어 법인의 비용으로 이를 위한 변호사 선임료를 지출할 수 없다고 할 것이다.

[2] 주주들이 A회사 대표이사인 피고인 갑을 고소한 이 사건 상법위반 사건(대표이사 개인의 형사사건)에 대해 갑은 A회사 명의로 법무법인 ○○와 소송위임계약을 체결하고, A회사 자금으로 2,200만 원을 변호사 선임료로 지급한 사실 등을 인정한 다음, 위 상법위반 사건은 피고인 개인이 당사자일

뿐만 아니라 피고인 측의 경영권을 방어하기 위한 목적으로 신주를 발행하는 과정에서 저지른 배임행위에 대한 것이어서 위 변호사 선임료는 A회사의 업무상 필요에 의하여 지출된 것이라고 볼 수 없다(대법원2008. 6. 26. 선고2007도9679판결). 결국, 업무상횡령죄가 성립한다.

㉔ (○) 조합 또는 내적 조합과 달리 익명조합의 경우에는 익명조합원이 영업을 위하여 출자한 금전 기타의 재산은 상대방인 영업자의 재산이 되므로 영업자는 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있지 않고, 따라서 영업자가 영업이익금 등을 임의로 소비하였다라도 횡령죄가 성립할 수는 없다(대법원2011. 11. 24. 선고2010도5014판결). 결국, 익명조합원(숨어있는 동업자)이 출자한 금전은 영업자(실제 대외적으로 영업하는 자)에게 일단 귀속되므로 영업자의 소유이므로 그 금전을 임의소비하여도 영업자는 횡령죄가 성립하지 않는다.

㉔ (X) 횡령죄의 본질에 관한 학설 중 횡령의 의미에 대하여 두 개의 학설이 대립된다. 월권행위설은 횡령의 의미를 위탁된 보관물에 대한 신임관계의 위배(배신)라고 보는 견해이나, 영득행위설(통설·판례)은 횡령의 의미를 위탁된 보관물을 불법하게 영득하는 것이라고 한다.

★ 횡령죄의 본질에 관하여는 학설이 대립하고 있는데 이는 횡령행위의 의미를 어떻게 이해할 것인가 하는 문제와 직결되어 있다.

구분	월권행위설	영득행위설(통설·판례)
본질	위탁에 기초한 <u>신임관계의 위배(배신)</u>	위탁된 보관물을 <u>불법하게 영득</u>
불법영득의사	필요없음	필요함
일시적 무단사용, 손괴·은닉목적의 처분	횡령죄의 성립	횡령죄 불성립 ⇨ <u>불법영득의 의사가 없으므로</u> , 횡령죄는 성립하지 않으나, 손괴죄의 성립은 가능

㉔ (X) 횡령죄에 있어서의 재물의 보관이라 함은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하므로 그 보관이 위탁관계에 기인하여야 할 것임은 물론이나 그것이 반드시 사용대차, 임대차, 위임 등의 계약에 의하여 설정되는 것임을 요하지 아니하고 사무관리, 관습, 조리, 신의칙에 의해서도 성립된다(대법원1987. 10. 13. 선고87도1778판결).

## 21. 배임의 죄에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 약속어음을 발행하였는데 그 약속어음의 발행이 무효일 뿐만 아니라 유통되지도 않은 경우, 회사는 어음발행의 상대방에게 어음채무를 부담하지 않기 때문에 특별한 사정이 없는 한 배임죄의 기수범이 아니라 배임미수죄로 처벌하여야 한다.
- ② 부동산 매도인 A는 매수인 甲 등과 매매계약을 체결하고 甲등으로부터 계약금과 중도금을 지급받은 후 매매목적물인 부동산을 제3자 乙 등에게 이중으로 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 준 경우, 부동산 매도인인 A에게 배임죄가 성립한다.
- ③ 직무발명에 대한 권리를 사용자 등에게 승계한다는 취지를 정한 약정 또는 근무규정의 적용을 받는 종업원 등이 직무발명의 완성 사실을 사용자 등에게 통지하지 아니한 채 그에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 제3자에게 이중으로 양도하여 제3자가 특허권 등록까지 마치도록 하는 등으로 발명의 내용이 공개되도록 한 경우 배임죄가 성립한다.
- ④ 채무자가 채무담보를 위하여 채권자에게 부동산에 관하여 근저당권을 설정해 주기로 약정한 이후, 그 담보목적물을 임의로 처분한 경우 채무자에게 배임죄가 성립한다.
- ⑤ 채무자가 본인 소유의 동산을 채권자에게 「동산·채권등의담보에 관한 법률」에 따른 동산담보로 제공한 경우, 채무자가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실현에 위험을 초래하더라도 배임죄는 성립하지 않는다.

→ 정답 ④ (X) [1] 채무자가 금전채무를 담보하기 위한 저당권설정계약에 따라 채권자에게 그 소유의 부동산에 관하여 저당권을 설정할 의무를 부담하게 되었다고 하더라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서 이루어지는 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다.

[2] 채무자가 저당권설정계약에 따라 채권자에 대하여 부담하는 저당권을 설정할 의무는 계약에 따라 부담하게 된 채무자 자신의 의무이다. 채무자가 위와 같은 의무를 이행하는 것은 채무자 자신의 사무에 해당할 뿐이므로, 채무자를 채권자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 할 수 없다. 따라서 채무자가 제3자에게 먼저 담보물에 관한 저당권을 설정하거나 담보물을 양도하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 채권실현에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.

[3] 위와 같은 법리는, 채무자가 금전채무에 대한 담보로 부동산에 관하여 양도담보설정계약을 체결하고 이에 따라 채권자에게 소유권이전등기를 해 줄 의무가 있음에도 제3자에게 그 부동산을 처분한 경우에도 적용된다(배임죄가 성립한다고 할 수 없다.).

[4] 피고인이 갑으로부터 18억 원을 차용하면서 담보로 피고인 소유의 아파트에 갑 명의의 4순위권 저당권을 설정해 주기로 약정하였음에도 제3자에게 채권최고액을 12억 원으로 하는 4순위 근저당권을 설정하여 줌으로써 12억 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 갑에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)으로 기소된 사안에서, 피고인이 갑에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하지 않는다(대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도14340 전원합의체 판결). 결국, 부동산의 이중저당과 부동산의 양도담보사건의 경우는 배임죄가 성립하지 않는다.

① (○) [1] 갑 주식회사 대표이사인 피고인이, 자신이 별도로 대표이사를 맡고 있던 을 주식회사의 병 은행에 대한 대출금채무를 담보하기 위해 병 은행에 갑 회사 명의로 액면금 29억 9,000만 원의 약속어음을 발행하여 줌으로써 병 은행에 재산상 이익을 취득하게 하고 갑 회사에 손해를 가하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)으로 기소된 사안에서, 피고인이 대표권을 남용하여 약속어음을 발행하였고 당시 상대방인 병 은행이 그러한 사실을 알았거나 알 수 있었던 때에 해당하여 그 발행행위가 갑 회사에 대하여 효력이 없다면, 그로 인해 갑 회사가 실제로 약속어음금을 지급하였거나 민사상 손해배상책임 등을 부담하거나 약속어음이 실제로 제3자에게 유통되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 피고인의 약속어음 발행행위로 인해 갑 회사에 현실적인 손해나 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 없으므로 이 약속어음 발행행위가 배임죄의 기수에 이르렀다고 볼 수 없다.

[2] 주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 약속어음 발행을 한 행위가 배임죄에 해당하는지도 원칙적으로 위에서 살펴본 의무부담행위와 마찬가지로 보아야 한다. 다만 약속어음 발행의 경우 어음법상 발행인은 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못하므로(어음법 제17조, 제77조), ㉠ 어음발행이 무효라 하더라도 그 어음이 실제로 제3자에게 유통되었다면 회사로서는 어음채무를 부담할 위험이 구체적·현실적으로 발생하였다고 보아야 하고, 따라서 그 어음채무가 실제로 이행되기 전이라도 배임죄의 기수범이 된다. ㉡ 그러나 약속어음 발행이 무효일 뿐만 아니라 그 어음이 유통되지도 않았다면 회사는 어음발행의 상대방에게 어음채무를 부담하지 않기 때문에 특별한 사정이 없는 한 회사에 현실적으로 손해가 발생하였거나 실해 발생의 위험이 발생하였다고도 볼 수 없으므로, 이때에는 배임죄의 기수범이 아니라 배임미수죄로 처벌하여야 한다

[3] 따라서 피고인은 업무상배임죄의 미수가 성립할 뿐이고, 이와 달리 대표이사의 회사 명의 약속어음 발행행위가 무효인 경우에도 그 약속어음이 제3자에게 유통되지 아니한다는 특별한 사정이 없는 한 재산상 실해 발생의 위험이 초래된 것으로 보아야 한다는 취지의 대법원 2012. 12. 27. 선고 2012도10822 판결, 대법원 2013. 2. 14. 선고 2011도10302 판결 등은 배임죄의 기수 시점에 관하여 이 판결과 배치되는 부분이 있으므로 그 범위에서 이를 변경하기로 한다(대판 2017.7.20. 2014도 1104 전원합의체 판결).

② (○) 부동산 이중매매에서 매도인이 매수인으로부터 중도금 수령 후 제3자에게 이중으로 매도하고

소유권이전등기를 마친 경우에는 **배임죄가 성립한다**(대판2018.5.17. 2017도4027 전원합의체 판결).

③ (○) **직무발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리 등을 사용자등에게 승계한다는 취지를 정한 약정 또는 근무규정의 적용을 받는 종업원 등은 사용자등이 이를 승계하지 아니하기로 확정되기 전까지는 임의로 위와 같은 승계약정 또는 근무규정의 구속에서 벗어날 수 없는 상태에 있는 것이어서, 종업원 등이 그 발명의 내용에 관한 비밀을 유지한 채 사용자등의 특허권 등 권리의 취득에 협력하여야 할 의무는 자기 사무의 처리라는 측면과 아울러 상대방의 재산보전에 협력하는 타인 사무의 처리라는 성격을 동시에 가지게 되므로, 이러한 경우 종업원 등은 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다고 할 것이다. 따라서 위와 같은 지위에 있는 종업원 등이 임무를 위반하여 직무발명을 완성하고도 그 사실을 사용자등에게 알리지 않은 채 그 발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 제3자에게 이중으로 양도하여 제3자가 특허권 등록까지 마치도록 하는 등으로 그 발명의 내용이 공개되도록 하였다면, 이는 사용자등에게 손해를 가하는 행위로서 배임죄를 구성한다**(대법원2012. 11. 15. 선고2012도6676판결). 결국, A회사 종업원인 갑이 발명에 관한 특허권을 사용자에게 승계한다고 하고서는 몰래 이중양도하였다면 사용자에게 배임죄를 구성한다.

⑤ (○) **채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도담보로 제공함으로써 채권자인 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 된 경우, 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 할 수 없다. 이때 채무자가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실행에 위협을 초래한 경우에도 배임죄가 성립하지 않는다(무죄)**(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결). 결국, **동산(골재분쇄기 크러셔)을 은행에서 대출받으면서 양도담보로 제공한 후 다시 제3자에게 그 동산을 처분한 경우, 배임죄가 성립하지 않는다.**

## 22. 권리행사를 방해하는 죄에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① **甲이 이른바 중간생략등기형 명의신탁 또는 계약명의신탁의 방식으로 자신의 처에게 등기명의를 신탁하여 놓은 점포에 자물쇠를 채워 점포의 임차인을 출입하지 못하게 한 경우, 그 점포가 권리행사방해죄의 객체인 자기물건에 해당하지 않아 권리행사방해죄가 성립하지 않는다.**
- ② **甲 종합건설회사가 유치권 행사를 위하여 점유하고 있던 주택에 피고인이 그 소유자인 처와 함께 출입문 용접을 해제하고 들어가 거주한 행위는, 유치권자인 甲 종합건설회사의 권리행사를 방해한 행위로서 권리행사방해죄가 성립한다.**
- ③ **甲이 지입제로 운행하던 택시를 지입회사의 요구로 회사 차고지에 입고하였다가 회사의 승낙을 받지 않고 가져간 경우 권리행사방해죄가 성립한다.**
- ④ **권리행사방해죄의 구성요건 중 타인의 ‘권리’란 반드시 제한물권을 의미하는 것이 아니라 물건에 대하여 점유를 수반하지 아니하는 채권도 이에 포함된다.**
- ⑤ **피고인이 차량을 구입하면서 피해자로부터 차량 매수대금을 차용하고 담보로 차량에 피해자 명의의 저당권을 설정해 주었고, 그 이후 대부업자로부터 피고인이 돈을 차용하면서 차량을 대부업자에게 담보로 제공하여 이른바 ‘대포차’로 유통되게 한 행위는, 피해자의 권리의 목적이 된 피고인의 물건을 은닉한 것으로서 권리행사방해죄가 성립한다.**

→ 정답 ③ (X) [1] 형법 제323조의 권리행사방해죄는 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건을 취거, 은닉 또는 손괴하여 타인의 권리행사를 방해함으로써 성립하는 것이므로 **그 취거, 은닉 또는 손괴한 물건이 자기의 물건이 아니라면 권리행사방해죄가 성립할 여지가 없다.**

[2] 피고인이 택시를 회사에 지입하여 운행하였다고 하더라도, 피고인이 회사와 사이에 위 택시의 소유권을 피고인이 보유하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위 택시는 그 등록명의자인 회사의 소유이고 피고인의 소유는 아니라고 할 것이므로 회사의 요구로 위 택시를 회사차고지에 입고 하였다가 회사의 승낙을 받지않고 이를 가져간 피고인의 행위는 권리행사방해죄에 해당하지 않는다(대법원2003. 5. 30.선고2000도5767판결). 결국, 피고인의 행위는 권리행사방해죄가 성립하는 것이 아니라 절도죄가 성립한다고 할 것이다.

① (○) [1] 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제8조는 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우에 조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니한 때에는 제4조 내지 제7조 및 제12조 제1항, 제2항의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있는바, 만일 명의신탁자가 그러한 목적으로 명의신탁을 함으로써 명의신탁이 무효로 되는 경우에는 말할 것도 없고, 그러한 목적이 없어서 유효한 명의신탁이 되는 경우에도 제3자인 부동산의 임차인에 대한 관계에서는 명의신탁자는 소유자가 될 수 없으므로, 어느 모로 보나 신탁한 부동산이 권리행사방해죄에서 말하는 '자기의 물건'이라 할 수 없다.

[2] 피고인이 이른바 중간생략등기형 명의신탁 또는 계약명의신탁의 방식으로 자신의 처에게 등기명의를 신탁하여 놓은 점포(빌딩)에 자물쇠를 채워 점포의 임차인을 출입하지 못하게 한 경우, 그 점포가 권리행사방해죄의 객체인 자기의 물건에 해당하지 않는다(대법원2005. 9. 9.선고2005도626판결). 결국, 이 점포는 소유권이 피고인의 처에게 있으므로, 피고인은 자기의 물건이 아니므로 권리행사방해죄가 성립하지 않는다.

② (○) [1] 형법 제323조의 권리행사방해죄에 있어서의 타인의 점유라 함은 권원으로 인한 점유, 즉 정당한 원인에 의하여 물건을 점유하는 것을 의미하지만, 반드시 본권에 기한 점유만을 말하는 것이 아니라 유치권등에 기한 점유도 여기에 해당한다.

[2] 갑 종합건설회사가 이 사건 주택의 유치권자로서 그 유치권 행사를 위하여 주택을 점유하고 있었다면, 피고인이 그 소유자인 처와 함께 유치권자의 권리행사를 방해한 것은 형법 제323조(권리행사방해죄)에 해당한다(대법원2011. 5. 13.선고2011도2368판결).

④ (○) [1] 피고인과 갑 간에 '갑이 임야의 입목을 벌채하는 등의 공사를 완료하면 피고인은 갑에게 그 벌채한 원목을 인도한다'는 계약이 성립되고 갑이 위 계약상 의무를 모두 이행하였더라도 그것만으로 위 원목의 소유권이 바로 갑에게 귀속되는 것이 아니라 별도로 그 소유자인 피고인이 갑에게 위 원목에 관한 소유권이전의 의사표시를 하고 이를 인도함으로써 비로소 그 소유권이전의 효력이 생기는 것이므로, 아직 피고인이 갑에게 위 원목에 관한 소유권이전의 의사표시를 하고 이를 인도하지 아니한 채 이를 타인에게 매도한 행위는 자기 소유 물건의 처분행위에 불과하여 절도죄를 구성하지 아니한다.

[2] 권리행사방해죄의 구성요건 중 타인의 '권리'란 반드시 제한물권만을 의미하는 것이 아니라 물건에 대하여 점유를 수반하지 아니하는 채권도 이에 포함된다

[3] 따라서 피해자가 이 사건 원목에 대한 인도청구권을 가지고 있었다면 이 사건 원목은 피해자의 권리의 목적이 된 물건이라고 볼 여지가 있으므로, 이 사건 원목이 권리행사방해죄의 객체에 해당하고 권리행사방해죄의 구성요건인 타인의 권리의 목적이 된 물건에 해당한다(대법원1991. 4. 26.선고90도1958판결). 결국, 이 사안의 경우에는 절도죄가 성립하는 것이 아니라 권리행사방해죄가 성립한다고 할 것이다.

⑤ (○) [1] 형법 제323조의 권리행사방해죄는 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건 또는 전자기록 등 특수매체기록을 취거, 은닉 또는 손괴하여 타인의 권리행사를 방해함으로써 성립한다. 여기서 '은닉'이란 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기 물건 등의 소재를 발견하기 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란한 상태에 두는 것을 말하고, 그로 인하여 권리행사가 방해될 우려가 있는 상태에 이르면 권리행사방해죄가 성립하고 현실로 권리행사가 방해되었을 것까지 필요로 하는 것은 아니다(대법원 1994. 9. 27. 선고 94도1439 판결참조).

[2] 피고인이 체어맨 승용차 1대를 구입하면서 피해자 갑으로부터 차량 매수대금 2,000만 원을 차용하고 그 담보로 위 차량에 피해자 명의의 저당권을 설정해 주었음에도, 대부업자 을로부터 400만 원

을 차용하면서 위 차량을 대부업자에게 담보로 제공하여 이른바 ‘대포차’로 유통되게 한 사실을 인정하고, 피고인이 피해자의 권리의 목적이 된 피고인의 물건을 은닉하여 권리행사를 방해하였다고 할 것이다(대법원2016. 11. 10. 선고2016도13734판결).

### 23. 다음 사례에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 甲이 보이스포싱 사기 범죄단체에 가입한 후 사기범죄의 피해자인 乙로부터 돈을 편취한 경우, 甲의 범죄단체 가입 후 구성원으로서 활동하는 행위와 乙에 대한 사기행위는 각각 별개의 범죄구성요건을 충족하는 독립된 행위이고 서로 보호법익도 달라 법조경합 관계로 목적된 범죄인 사기죄만 성립하는 것은 아니다.
- ② 甲이 공항 여객터미널 버스정류장 앞 도로 중 공항리무진 버스 외의 다른 차의 주차가 금지된 구역에서 자신의 차량을 40분간 불법주차하고 호객행위를 한 경우, 甲의 행위는 다른 차량들의 통행을 불가능하거나 현저히 곤란하게 한 것으로서 「형법」 제185조의 일반교통방해죄가 성립한다.
- ③ 甲이 한국은행이 발행한 일만원권 지폐의 앞·뒷면을 전자복사기로 복사하여 비슷한 크기로 자른 후, 그 위조통화를 乙의 택시 이용에 대한 요금지불 수단으로 사용하였으나, 乙은 甲이 지불한 위조통화를 진정한 통화로 오인하지 않은 경우, 甲의 행위는 통화위조죄 및 위조통화행사죄가 성립하지 않는다.
- ④ 甲이 대량의 「저작권법」 위반 형사고소 사건을 수입하여 피고소인 30명을 각각 형사고소하기 위하여 20건 또는 10건의 고소장을 개별적으로 수사관서에 제출하면서 하나의 고소위임장에만 소속 변호사회에서 발급받은 진정한 경유증표 원본을 첨부한 후 이를 일체로 하여 컬러복사기로 20장 또는 10장의 고소위임장을 각 복사한 다음 고소위임장과 일체로 복사한 경유증표를 고소장에 첨부하여 접수한 경우, 甲의 행위는 사문서위조 및 동행사죄가 성립한다.
- ⑤ 甲이 인터넷 고스톱게임 사이트를 유료화하는 과정에서 사이트를 홍보하기 위하여 고스톱대회를 개최하고, 그 참가자들로부터 참가비를 받고 입상자인 乙에게 상금을 지급한 경우, 甲의 행위는 도박개장죄가 성립한다.

→ 정답 ② (X) [1] 형법 제185조의 일반교통방해죄는 일반 공중의 교통안전을 그 보호법익으로 하는 범죄로서 육로 등을 손괴 또는 불통케 하거나 기타의 방법으로 교통을 방해하여 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 일체의 행위를 처벌하는 것을 그 목적으로 한다.

[2] 피고인이 인천국제공항 여객터미널 1층 5A번 버스정류장 앞 노상에서, 공항리무진 버스 외의 다른 차의 주차가 금지된 구역에 카니발 밴 차량을 40분 가량 세워두고 호객 영업을 하는 방법으로 그 곳을 통행하는 버스의 교통을 곤란하게 함으로써 육로의 교통을 방해하였다는 공소사실로 하여 형법 제185조의 일반교통방해죄로 제기되었다.

[3] 피고인이 카니발 밴 차량을 40분 가량 주차한 장소는 위 여객터미널 도로 중에서 공항리무진 버스들이 승객들을 승·하차시키는 장소로서 일반 차량들의 주차가 금지된 구역이기는 하지만 위와 같이 주차한 장소의 옆 차로를 통하여 다른 차량들이 충분히 통행할 수 있었을 것으로 보이고, 피고인의 위와 같은 주차행위로 인하여 공항리무진 버스가 출발할 때 후진을 하여 차로를 바꾸어 진출해야 하는 불편을 겪기는 하였지만 통행이 불가능하거나 현저하게 곤란하지는 않았던 것으로 보인다. 따라서 피고인의 불법주차행위가 육로의 교통을 방해하여 일반교통방해죄를 구성한다고 볼 수 없다(대법원 2009. 7. 9. 선고2009도4266판결).

① (○) [1] 피고인들이 불특정 다수의 피해자들에게 전화하여 금융기관 등을 사칭하면서 신용등급을 올려 낮은 이자로 대출을 해주겠다고 속여 신용관리비용 명목의 돈을 송금받아 편취할 목적으로 보이

스피싱 사기 조직을 구성하고 이에 가담하여 조직원으로 활동함으로써 범죄단체를 조직하거나 이에 가입·활동하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 보이스피싱 조직은 형법상의 범죄단체에 해당하고, 조직의 업무를 수행한 피고인들에게 범죄단체 가입 및 활동에 대한 고의가 인정되며, 피고인들의 사기범죄 행위가 범죄단체 활동에 해당한다.

[2] 피고인들이 보이스피싱 사기 범죄단체의 구성원으로 활동하면서 사기범죄의 피해자들로부터 취득한 범죄수익에 대하여 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률에 따라 추징이 선고된 사안에서, 위 범죄단체활동죄에 의한 범죄수익은 같은 법에 의하여 각 추징의 대상이 되고, 그 범죄수익이 사기죄의 피해자로부터 취득한 재산에 해당하여도 마찬가지이다.

[3] 피고인이 보이스피싱 사기 범죄단체에 가입한 후 사기범죄의 피해자들로부터 돈을 편취하는 등 그 구성원으로서 활동하였다는 내용의 공소사실이 유죄로 인정된 사안에서, 범죄단체 가입행위 또는 범죄단체 구성원으로서 활동하는 행위와 사기행위는 각각 별개의 범죄구성요건을 충족하는 독립된 행위이고 서로 보호법익도 달라 법조경합 관계로 목적된 범죄인 사기죄만 성립하는 것은 아니다(대법원 2017. 10. 26. 선고2017도8600판결). 결국, 범죄단체 활동죄와 사기죄는 법조경합(흡수관계)가 아니라 1개의 행위로 수개의 죄에 해당하는 상상적 경합에 해당한다고 할 것이다.

③ (○) [1] 통화위조죄와 위조통화행사죄의 객체인 위조통화는 그 통화과정에서 일반인이 진정한 통화로 오인할 정도의 외관을 갖추어야 할 것이므로, 한국은행발행 일만원권 지폐의 앞·뒷면을 전자복사기로 복사하여 비슷한 크기로 자른 정도의 것은 객관적으로 진정한 통화로 오인할 정도에 이르지 못하여 통화위조죄 및 위조통화행사죄의 객체가 될 수 없다.

[2] 피고인들이 한국은행발행 일만원권 지폐의 앞, 뒷면을 전자복사기로 복사하고 비슷한 크기로 잘라 진정한 지폐와 유사한 형태로 만들어낸 사실은 인정되나, 그 복사상태가 정밀하지 못하고 진정한 통화의 색채를 갖추지 못한 흑백으로만 되어 있어 이는 객관적으로 진정한 것으로 오인할 정도에 이르지 못한 것에 불과하며 실제로 행사의 상대방인 택시기사 같은 야간에 택시 안에서도 이를 진정한 것으로 오인한 바 없으니, 피고인들이 위조행사하였다는 위조통화는 통화위조죄와 그 행사죄의 객체가 될 수 없어 피고인들의 소위는 통화위조죄와 위조통화행사죄를 구성하지 않는다(대법원 1986. 3. 25. 선고86도255판결). 결국, 통화위조죄와 위조통화행사죄의 객체인 위조통화는 그 유통과정에서 일반인이 진정한 통화로 오인할 정도의 외관을 갖추어야 할 것이므로, 피고인들이 만들었다는 위조통화는 그와 같은 정도의 외관을 갖춘것이라고 볼 수 없다(대법원 1986. 3. 25. 선고86도255판결).

④ (○) [1] 문서위조 및 동행사죄의 보호법익은 문서에 대한 공공의 신용이므로 ‘문서가 원본인지 여부’가 중요한 거래에서 문서의 사본을 진정한 원본인 것처럼 행사할 목적으로 다른 조작을 가함이 없이 문서의 원본을 그대로 컬러복사기로 복사한 후 복사한 문서의 사본을 원본인 것처럼 행사한 행위는 사문서위조죄 및 동행사죄에 해당한다. 또한 사문서위조죄는 명의자가 진정으로 작성한 문서로 볼 수 있을 정도의 형식과 외관을 갖추어 일반인이 명의자의 진정한 사문서로 오신하기에 충분한 정도이면 성립한다.

[2] 변호사인 피고인이 대량의 저작권법 위반 형사고소 사건을 수입하여 피고소인 30명을 각 형사고소하기 위하여 20건 또는 10건의 고소장을 개별적으로 수사관서에 제출하면서 각 하나의 고소위임장에만 소속 변호사회에서 발급받은 진정한 경우증표 원본을 첨부한 후 이를 일체로 하여 컬러복사기로 20장 또는 10장의 고소위임장을 각 복사한 다음 고소위임장과 일체로 복사한 경우증표를 고소장에 첨부하여 접수한 사안에서, 변호사회가 발급한 경우증표는 증표가 첨부된 변호사선임서 등이 변호사회를 경유하였고 소정의 경유회비를 납부하였음을 확인하는 문서이므로 법원, 수사기관 또는 공공기관에 이를 제출할 때에는 원본을 제출하여야 하고 사본으로 원본에 갈음할 수 없으며, 각 고소위임장에 함께 복사되어 있는 변호사회 명의의 경우증표는 원본이 첨부된 고소위임장을 그대로 컬러 복사한 것으로서 일반적으로 문서가 갖추어야 할 형식을 모두 구비하고 있고, 이를 주의 깊게 관찰하지 아니하면 그것이 원본이 아닌 복사본임을 알아차리기 어려울 정도이므로 일반인이 명의자의 진정한 사문서로 오신하기에 충분한 정도의 형식과 외관을 갖추었다는 이유로, 피고인의 행위가 사문서위조죄 및 동행사죄에 해당한다고 한 사례(대판 2016.7.14. 2016도2081).

⑤ (○) [1] 형법 제247조의 도박개장죄(현, 도박장소 등 개설죄)는 영리의 목적으로 스스로 주재자가

되어 그 지배하에 도박장소를 개설함으로써 성립하는 것으로서 도박죄와는 별개의 독립된 범죄이고, '도박'이라 함은 참여한 당사자가 재물을 걸고 우연한 승부에 의하여 재물의 득실을 다투는 것을 의미하며, '영리의 목적'이란 도박개장의 대가로 불법한 재산상의 이익을 얻으려는 의사를 의미하는 것으로, 반드시 도박개장의 직접적 대가가 아니라 도박개장을 통하여 간접적으로 얻게 될 이익을 위한 경우에도 영리의 목적이 인정되고, 또한 현실적으로 그 이익을 얻었을 것을 요하지는 않는다.

[2] 인터넷 고스톱 게임사이트를 유료화하는 과정에서 사이트를 홍보하기 위하여 고스톱대회를 개최하면서 참가자들로부터 참가비를 받고 입상자들에게 상금을 지급한 행위에 대하여 도박개장죄를 인정한다(대법원2002. 4. 12. 선고2001도5802판결). 형법 제247조의 경우, 구법에서는 도박개장죄로 죄명을 사용하였으나, 2013.4.5. 개정 형법에서 부터는 도박장소개설죄 또는 도박공간개설죄(영리의 목적으로 도박을 하는 장소나 공간을 개설한 사람을 처벌하는 범죄)로 사용하게 되었다.

#### 24. 위증죄와 무고죄에 관한 설명 중 가장 적절 하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 민사소송절차에서 증인으로 출석한 피고인이 재판장으로부터 증언거부권을 고지받지 않은 상태에서 허위의 증언을 하더라도 위증죄가 성립한다.
- ② 유죄판결이 확정된 피고인이 별건으로 기소된 공범의 형사사건에서 자신의 범행사실을 부인하는 증언을 한 경우, 피고인에게 사실대로 진술할 것이라는 기대가능성이 없으므로 위증죄가 성립하지 않는다.
- ③ 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실이라는 점에 관하여는 적극적인 증거가 있어야 하며, 신고사실의 진실성을 인정할 수 없다는 점만으로 곧 그 신고사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실이라고 단정하여 무고죄의 성립을 인정할 수는 없다.
- ④ 甲이 변호사 A를 징계처분을 받게 할 목적으로 서울지방변호사회에 위 변호사회 회장을 수취인으로 하는 허위내용의 진정서를 제출한 경우, 무고죄가 성립한다.
- ⑤ 피고인이 사립대학교 교수인 피해자들로 하여금 징계처분을 받게 할 목적으로 범정부 국민포털인 국민신문고에 민원을 제기한 경우, 피해자들은 사립학교 교원이므로 피고인의 행위는 무고죄가 성립하지 않는다.

→ 정답 ② (X) [1] 이미 유죄의 확정판결을 받은 피고인은 공범의 형사사건에서 그 범행에 대한 증언을 거부할 수 없을 뿐만 아니라 나아가 사실대로 증언하여야 하고, 설사 피고인이 자신의 형사사건에서 시종일관 그 범행을 부인하였다 하더라도 이러한 사정은 위증죄에 관한 양형참작사유로 볼 수 있음은 별론으로 하고 이를 이유로 피고인에게 사실대로 진술할 것을 기대할 가능성이 없다고 볼 수는 없다.

[2] 자신의 강도상해 범행을 일관되게 부인하였으나 유죄판결이 확정된 피고인이 별건으로 기소된 공범의 형사사건에서 자신의 범행사실을 부인하는 증언을 한 사안에서, 피고인에게 사실대로 진술할 기대가능성이 있으므로 위증죄가 성립한다(대법원2008. 10. 23. 선고2005도10101판결).

① (○) 민사소송법은 증언거부권 제도를 두면서도(제314조 내지 제316조) 증언거부권 고지에 관한 규정을 따로 두고 있지 않다. 그렇다면 민사소송절차에서 재판장이 증인에게 증언거부권을 고지하지 아니하였다 하여 절차위반의 위법이 있다고 할 수 없고, 따라서 적법한 선서절차를 마쳤는데도 허위진술을 한 증인에 대해서는 달리 특별한 사정이 없는 한 위증죄가 성립한다(대판 2011.7.28. 2009도14928).

③ (○) 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분이나 징계처분을 받게 할 목적으로 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실인 경우에 성립하는 범죄이므로, 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실이라는 요건은 적극적 증거가 있어야 하고, 신고사실의 진실성을 인정할 수 없다는 소극적 증명만으로 곧 그 신고사실이 객관적 진실에 반하는 허위의 사실이라 단정하여 무고죄의 성립을 인정할 수는 없으며, 신고내용에 일부 객관적 진실에 반하는 내용이 포함되어 있더라도 그것이 범죄의 성부



에 영향을 미치는 중요한 부분이 아니고 단지 신고사실의 정황을 과장하는 데 불과하다면 무고죄는 성립하지 않는다(대법원2019. 7. 11. 선고2018도2614판결).

④ (○) 피고인이 변호사인 피해자로 하여금 징계처분을 받게 할 목적으로 서울지방법변호사회에 허위 내용의 진정서를 제출한 경우에 무고죄가 성립한다(대판2010.11.25. 2010도10202).

⑤ (○) [1] 형법 제156조(무고죄)는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자를 처벌하도록 정하고 있다. 여기서 '징계처분'이란 공법상의 감독관계에서 질서유지를 위하여 과하는 신분적 제재를 말한다.

[2] 사립학교 교원에 대한 학교법인 등의 징계처분은 형법 제156조의 '징계처분'에 포함되지 않는다고 해석함이 옳다. 따라서 피고인이 사립대학교 교수인 피해자들로 하여금 징계처분을 받게 할 목적으로 국민권익위원회에서 운영하는 범정부 국민포털인 국민신문고에 민원을 제기한 경우, 피해자들은 사립학교 교원 이므로 피고인의 행위가 무고죄에 해당하지 않는다(대판2014.7.24. 2014도6377).

## 25. 고소에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

① 친고죄에 대하여 고소할 자가 없는 경우에 이해관계인의 신청이 있으면 검사는 10일 이내에 고소할 수 있는 자를 지정하여야 한다.

② 항소심에서 공소장변경 또는 법원의 직권에 의해 비친고죄를 친고죄로 인정한 경우 항소심에서 고소인이 고소를 취소하였다면 이는 친고죄에 대한 고소취소로서의 효력이 없다.

③ 법인세는 사업연도를 과세기간으로 하는 것이므로 그 포탈범죄는 각 사업연도마다 1개의 범죄가 성립하고, 일죄의 관계에 있는 범죄사실의 일부에 대한 공소제기와 고발의 효력은 그 일죄의 전부에 대하여 미친다.

④ 정보통신망을 통한 명예훼손죄의 공범 중 1인에 대한 고소의 효력은 다른 공범에 대해서도 미친다.

⑤ 「조세범처벌법」에 의한 국세청장 등의 고발의 경우 '고소·고발 불가분원칙'이 적용되지 아니하므로, 고발의 구비여부는 양벌규정에 의해 처벌받는 자연인 행위자와 법인에 대하여 개별적으로 논하여야 한다.

→ 정답 ④ (X) 형사소송법이 고소와 고소취소에 관한 규정을 하면서 제232조 제1항, 제2항에서 고소취소의 시한과 재고소의 금지를 규정하고 제3항에서는 반의사불벌죄에 제1항, 제2항의 규정을 준용하는 규정을 두면서도, 제233조에서 고소와 고소취소의 불가분에 관한 규정을 함에 있어서는 반의사불벌죄에 이를 준용하는 규정을 두지 아니한 것은 처벌을 회망하지 아니하는 의사표시나 처벌을 회망하는 의사표시의 철회에 관하여 친고죄와는 달리 공범자간에 불가분의 원칙을 적용하지 아니하고자 함에 있다고 볼 것이지, 입법의 불비로 볼 것은 아니다(대법원1994. 4. 26. 선고93도1689판결). 고소불가분의 원칙은 친고죄의 고소에서만 적용되므로 반의사불벌죄에서는 준용규정이 없으므로 적용되지 않는다. 따라서 정보통신망법상 명예훼손죄는 반의사불벌죄(정보통신망법 제70조 제3항)이므로, 정보통신망을 통한 명예훼손죄의 공범 중 1인에 대한 고소취소의 효력(처벌회망하는 의사표시의 철회)은 다른 공범에 대해서는 효력이 미치지 않는다. 즉, 법원은 반의사불벌죄에서는 공범 중 고소취소한 공범자에게는 공소기각판결을 선고하여야 하나, 다른 공범자에게는 고소취소의 효력이 미치지 아니하므로 실제판결을 선고하여야 한다(정보통신망법상 명예훼손죄로 처벌된다).

① (○) 친고죄에 대하여 고소할 자가 없는 경우에 이해관계인의 신청이 있으면 검사는 10일 이내에 고소할 수 있는 자를 지정하여야 한다(형사소송법 제228조).

② (○) 항소심에서 공소장의 변경에 의하여 또는 공소장변경절차를 거치지 아니하고 법원 직권에 의하여 친고죄가 아닌 범죄를 친고죄로 인정하였다더라도 항소심을 제1심이라 할 수는 없는 것이므로, 항소심에 이르러 비로소 고소인이 고소를 취소하였다면 이는 친고죄에 대한 고소취소로서의 효력은 없다(대법원1999. 4. 15. 선고96도1922 전원합의체 판결).

③ (○) 법인세는 사업연도를 과세기간으로 하는 것이므로 그 포탈범죄는 각 사업연도마다 1개의 범죄가 성립하고, 일죄의 관계에 있는 범죄사실의 일부에 대한 공소제기 및 고발의 효력은 그 일죄의 전부에 대하여 미친다(대법원2005. 1. 14. 선고2002도5411판결).

⑤ (○) [1] 회사의 대표이사는 법인의 기관으로서 현실적으로 납세등의행위를 하는 자이고, 회사가 세금을 체납한 경우에는 법인의 대표자로서 현실적으로 체납행위를 한 자라 할 것이어서 조세범처벌법 제3조에 의하여 자연인인 그 대표자는 행위자로서의 같은 법 제10조의 책임을 면할 수 없다.

[2] 조세범처벌법 제6조는 조세에 관한 범칙행위에 대하여는 원칙적으로 국세청장등의 고발을 기다려 논하도록 규정하고 있는바, 같은 법에 의하여 하는 고발에 있어서는 이른바 고소·고발 불가분의 원칙이 적용되지 아니하므로, 고발의 구비 여부는 양벌규정에 의하여 처벌받는 자연인인 행위자와 법인에 대하여 개별적으로 논하여야 한다.

[3] 피고발인을 법인으로 명시한 다음, 이어서 법인의 등록번호와 대표자의 인적 사항을 기재한 고발장의 표시를 자연인인 개인까지를 피고발자로 표시한 것이라고 볼 수는 없다(대법원2004. 9. 24. 선고2004도4066판결).

## 26. 피의자신문에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

① 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다.

② 신문에 참여하고자 하는 변호인이 2인 이상인 때에는 피의자가 신문에 참여할 변호인 1인을 지정하지만, 지정이 없는 경우에는 검사 또는 사법경찰관이 이를 지정할 수 있다.

③ 구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에 출석을 거부한다면 수사기관은 별도의 체포영장을 발부받아 피의자를 조사실로 구인해야 한다.

④ 검사가 「국가보안법」 위반죄로 구속영장을 발부받아 피의자신문을 한 다음, 구속 기소한 후 다시 피의자를 소환하여 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관한 신문을 하면서 피의자신문조서가 아닌 일반적인 진술조서의 형식으로 조서를 작성한 사안에서, 진술조서의 내용이 피의자신문조서와 실질적으로 같고, 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 미리 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않았다면 이를 유죄인정의 증거로 사용할 수 없다.

⑤ 검사 또는 사법경찰관의 변호인의 피의자신문 참여에 관한 처분에 대하여 불복이 있으면 그 직무집행지의 관할법원 또는 검사의 소속검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있고, 이에 대한 결정에 불복이 있으면 대법원에 재항고할 수 있다.

→ 정답 ③ (X) [1] 수사기관이 관할 지방법원 판사가 발부한 구속영장에 의하여 피의자를 구속하는 경우, 그 구속영장은 기본적으로 장차 공판정예의 출석이나 형의 집행을 담보하기 위한 것이지만, 이와 함께 법 제202조, 제203조에서 정하는 구속기간의 범위 내에서 수사기관이 법 제200조, 제241조 내지 제244조의5에 규정된 피의자신문의 방식으로 구속된 피의자를 조사하는 등 적절한 방법으로 범죄를 수사하는 것도 예정하고 있다고 할 것이다. 따라서 구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에 출석을 거부한다면 수사기관은 그 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있다고 보아야 한다.

[2] 다만 이러한 경우에도 그 피의자신문 절차는 어디까지나 법 제199조 제1항 본문, 제200조의 규정에 따른 임의수사의 한 방법으로 진행되어야 하므로, 피의자는 헌법 제12조 제2항과 법 제244조의3에 따라 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있고, 수사기관은 피의자를 신문하기 전에 그와 같은 권리를 알려주어야 한다(대법원2013. 7. 1. 자2013모160결정). 수

사기관은 별도의 체포영장을 발부받아 피의자를 조사실로 구인하는 것이 아니라 이미 발부받은 그 구속영장의 효력을 이용하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있다.

① (○) 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다(제243조의2 제3항).

② (○) 신문에 참여하고자 하는 변호인이 2인 이상인 때에는 피의자가 신문에 참여할 변호인 1인을 지정한다. 지정이 없는 경우에는 검사 또는 사법경찰관이 이를 지정할 수 있다(제243조의2 제2항).

④ (○) [1] 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사 과정에서 작성된 것이라면, 그것이 '진술조서, 진술서, 자술서'라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없다. 형사소송법이 보장하는 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 더 잡은 것이므로, 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.

[2] 검사가 국가보안법 위반죄로 구속영장을 발부받아 피의자신문을 한 다음, 구속 기소한 후 다시 피의자를 소환하여 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관한 신문을 하면서 피의자신문조서가 아닌 일반적인 진술조서의 형식으로 조서를 작성한 사안에서, 진술조서의 내용이 피의자신문조서와 실질적으로 같고, 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 미리 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않았다면 위법수집증거에 해당하므로, 유죄인정의 증거로 사용할 수 없다(대법원2009. 8. 20.선고2008도8213판결).

⑤ (○) 검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분에 대하여 불복이 있으면 그 직무집행지의 관할법원 또는 검사의 소속검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다(준항고, 제417조). 항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고(재항고)를 할 수 있다(제415조, 제419조). 결국, 수사기관의 변호인 참여 처분에 대하여 불복이 있을 때는 법원에 준항고할 수 있고, 법원의 준항고결정에 대하여 불복이 있을 때는 대법원에 재항고를 할 수 있다.

## 27. 체포에 관한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉠ 체포영장을 청구받은 지방법원판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 체포의 사유를 판단하기 위하여 피의자를 구인한 후 심문할 수 있다.
- ㉡ 경찰관들이 체포를 위한 실행행사에 나아가기 전에 체포영장을 제시하고 미란다원칙을 고지할 여유가 있었음에도 애초부터 미란다원칙을 체포 후에 고지할 생각으로 먼저 체포행위에 나서자 피고인이 이에 저항하다가 경찰관들에게 상해를 가했다면 이는 정당방위에 해당한다.
- ㉢ 사법경찰관이 피의자를 긴급체포 후 구속영장을 신청하지 않고 석방하는 경우 30일 이내에 검사에게 보고하여야 한다.
- ㉣ 사법경찰관이 피고인을 수사관서까지 임의동행한 것이 사실상 강제연행에 해당한다 하여도 피고인을 동행할 당시에 물리력을 행사한 바가 없고, 피고인이 명시적으로 거부 의사를 표명한 적이 없으며, 사법경찰관이 그로부터 6시간이 경과한 후 피고인에 대하여 긴급체포 절차를 밟았다면 그와 같은 긴급체포는 적법하다.
- ㉤ 현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성과 시간적 접촉성, 범인·범죄의 명백성이 있으면 족하고 그 외에 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 하는 것은 아니다.

- ① 0개                      ② 1개                      ③ 2개                      ④ 3개                      ⑤ 4개

→ 정답 ② ㉠(1개)은 옳은 지문이나, ㉡㉢㉣(4개)은 틀린 지문이다.

㉠ (X) 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 검사는 관할 지방법원판사에게 청구하여 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. 다만, 다액 50만원의 하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유없이 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니한 경우에 한한다(제200조의2 제1항). 결국, 구속영장을 청구받은 판사는 구속사유를 판단하기 위해 필요적 심문을 해야하나, 체포영장을 청구받은 지방법원판사는 체포사유를 판단하기 위한 필요적 심문제도가 없으므로 피의자를 구인한 후 심문할 수 없다(체포영장에는 영장실질심사제도가 없다).

㉡ (○) [1] 사법경찰관 등이 체포영장을 소지하고 피의자를 체포하기 위해서는 체포영장을 피의자에게 제시하고, 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다(형사소송법 제200조의5). 이와 같은 체포영장의 제시나 고지 등은 체포를 위한 실력행사에 들어가기 이전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이다. 그러나 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 하거나, 그것이 여의치 않은 경우에는 일단 붙들거나 제압한 후에 지체 없이 하여야 한다.

[2] 형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립한다. 이때 적법한 공무집행은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리킨다. 경찰관이 적법절차를 준수하지 않은 채 실력으로 피의자를 체포하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없다. 그리고 경찰관의 체포행위가 적법한 공무집행을 벗어나 불법하게 체포한 것으로 볼 수 밖에 없다면, 피의자가 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다.

[3] 경찰관들이 체포영장을 소지하고 메트암페타민(일명 필로폰) 투약 등 혐의로 피고인을 체포하려고 하자, 피고인이 이에 거세게 저항하는 과정에서 경찰관들에게 상해를 가하였다고 하여 공무집행방해 및 상해의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인이 경찰관들과 마주하자마자 도망가려는 태도를 보이거나 먼저 폭력을 행사하며 대항한 바 없는 등 경찰관들이 체포를 위한 실력행사에 나아가기 전에 체포영장을 제시하고 미란다 원칙을 고지할 여유가 있었음에도 애초부터 미란다원칙을 체포 후에 고지할 생각으로 먼저 체포행위에 나선 행위는 적법한 공무집행이라고 보기 어렵다(대법원2017. 9. 21. 선고2017도10866판결). 결국, 피고인은 공무집행방해죄가 성립하지 않는다.

㉢ (X) 사법경찰관은 긴급체포한 피의자에 대하여 구속영장을 신청하지 아니하고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다(제200조의4 제6항).

㉣ (X) 사법경찰관이 피고인을 수사관서까지 동행한 것이 사실상의 강제연행, 즉 불법 체포에 해당하고, 불법 체포로부터 6시간 상당이 경과한 후에 이루어진 긴급체포 또한 위법하므로 피고인이 불법체포된 자로서 형법 제145조 제1항에 정한 ‘법률에 의하여 체포 또는 구금된 자’가 아니어서 도주죄의 주체가 될 수 없다(대법원2006. 7. 6. 선고2005도6810판결).

㉤ (X) 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있는데(형사소송법 제212조), 현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접촉성, 범인·범죄의 명백성 이외에 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 하고, 이러한 요건을 갖추지 못한 현행범인 체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당한다(2011.5.26. 2011도3682).

## 28. 구속에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

① 구속기간이 만료될 무렵에 재판장이 종전 구속영장에 기재된 범죄사실과는 다른 범죄사실로 구속영장을 발부해 다시 구속하였다는 사정만으로는 구속이 위법하다고 단정할 수는 없다.

- ② 「형사소송법」 제88조는 “피고인을 구속한 때에는 즉시 공소사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 한다”고 규정하고 있는바, 이는 사후 청문절차에 관한 규정으로서 이를 위반하였다 하여 구속영장의 효력에 어떠한 영향을 미치는 것은 아니다.
- ③ 영장실질심사절차에서 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다.
- ④ 구속은 구금과 구인을 포함하며, 구인한 피고인을 법원에 인치한 경우에 구금할 필요가 없다고 인정한 때에는 그 인치한 때로부터 24시간 내에 석방하여야 한다.
- ⑤ 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면조사는 강제수사가 아니며 긴급체포의 적법성을 의심할 만한 사유가 기록 기타 객관적 자료에 나타나고 피의자의 대면조사를 통해 그 여부의 판단이 가능할 것으로 보이는 경우 및 긴급체포의 합당성이나 구속영장 청구에 필요한 사유를 보장하기 위한 목적으로만 실시되어야 한다.

→ 정답 ⑤ (X) [1] 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면 조사는 긴급체포의 적법성을 의심할 만한 사유가 기록 기타 객관적 자료에 나타나고 피의자의 대면 조사를 통해 그 여부의 판단이 가능할 것으로 보이는 예외적인 경우에 한하여 허용될 뿐, 긴급체포의 합당성이나 구속영장 청구에 필요한 사유를 보장하기 위한 목적으로 실시되어서는 아니 된다.

[2] 나아가 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면 조사는 강제수사가 아니므로 피의자는 검사의 출석 요구에 응할 의무가 없고, 피의자가 검사의 출석 요구에 동의한 때에 한하여 사법경찰관리는 피의자를 검찰청으로 호송하여야 한다(대법원 2010.10.28. 선고 2008도11999 판결).

① (○) 구속의 효력은 원칙적으로 위 방식에 따라 작성된 구속영장에 기재된 범죄사실에만 미치는 것이므로, 구속기간이 만료될 무렵에 종전 구속영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실로 피고인을 구속하였다는 사정만으로는 피고인에 대한 구속이 위법하다고 할 수 없다(대법원2000. 11. 10.자2000모134결정).

② (○) 형사소송법 제88조는 "피고인을 구속한 때에는 즉시 공소사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 한다."고 규정하고 있는바, 이는 사후청문절차에 관한 규정으로서 이를 위반하였다 하여 구속영장의 효력에 어떠한 영향을 미치는 것은 아니다(대법원2000. 11. 10.자2000모134결정).

③ (○) 영장실질심사절차에서 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 이 경우 변호인의 선정은 피의자에 대한 구속영장 청구가 기각되어 효력이 소멸한 경우를 제외하고는 제1심까지 효력이 있다(제201조의2 제8항).

④ (○) 구인한 피고인을 법원에 인치한 경우에 구금할 필요가 없다고 인정한 때에는 그 인치한 때로부터 24시간 내에 석방하여야 한다(제71조).

## 29. 압수·수색에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 경찰관이 전화사기죄 범행의 혐의자를 긴급체포하면서 그가 보관하고 있던 다른 사람의 주민등록증, 운전면허증 등을 압수한 사안에서, 이는 해당 범죄사실의 수사에 필요한 범위 내의 압수로서 적법하므로, 이를 위 혐의자의 점유이탈물횡령죄 범행에 대한 증거로 사용할 수 있다.
- ② 압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 객관적 관련성이 있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 포함되지만 단지 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거등으로 사용될 수 있는 경우는 인정되지 않는다.
- ③ 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로

영장을 제시하여야 한다.

④ 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견하면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보를 적법하게 압수·수색할 수 있다.

⑤ 수사기관이 압수·수색영장을 집행하면서 甲회사에 팩스로 영장 사본을 송신하기만 하고 영장 원본을 제시하거나 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 피압수·수색 당사자에게 교부하지도 않았다면 그 압수·수색은 위법하다.

→ 정답 ② (X) [1] 형사소송법 제215조 제1항은 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방 법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 정하고 있다. 따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

[2] 그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다. 압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다.

[3] 그 중 혐의사실과의 객관적 관련성은 ㉠ 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 ㉡ 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 ㉢ 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

[4] 그 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다. 그리고 피의자와 사이의 인적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다(대판2017.12.5. 2017도13458).

① (○) 경찰관이 이른바 전화사기죄 범행의 혐의자를 긴급체포하면서 그가 보관하고 있던 다른 사람의 주민등록증, 운전면허증 등을 압수한 사안에서, 이는 구 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 것) 제217조 제1항에서 규정한 해당 범죄사실의 수사에 필요한 범위 내의 압수로서 적법하므로, 이를 위 혐의자의 점유이탈물횡령죄 범행에 대한 증거로 인정한다(대판2008.7.10 2008도2245)

③ (○) 압수·수색영장을 집행하는 수사기관은 피압수자로 하여금 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색이라는 사실을 확인함과 동시에 형사소송법이 압수·수색영장에 필요적으로 기재하도록 정한 사항이나 그와 일체를 이루는 사항을 충분히 알 수 있도록 압수·수색영장을 제시하여야 한다. 나아가 압수·수색영장은 현장에서 피압수자가 여러 명일 경우에는 그들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이다. 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다(대판2017.9.21. 2015도12400).

④ (○) [1] 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 초과하여 수사기관이 임의로 전자정보를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다.

[2] 만약 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 범죄혐의 사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에

한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다.

[3] 따라서 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넓어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유되는 것도 아니다(대법원2021. 11. 18.선고2016도348전원합의체 판결).

⑤ (○) 수사기관이 2010. 1. 11. A주식회사에서 압수수색영장을 집행하여 피고인이 B에게 발송한 이메일을 압수한 후 이를 증거로 제출하였으나, 수사기관은 위 압수수색영장을 집행할 당시 A주식회사에 팩스로 영장 사본을 송신한 사실은 있으나 영장 원본을 제시하지 않았고 또한 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 이를 피압수·수색 당사자에게 교부하였다고 볼 수도 없다고 전제한 다음, 위와 같은 방법으로 압수된 위 각 이메일은 헌법과 형사소송법 제219조, 제118조, 제129조가 정한 절차를 위반하여 수집한 위법수집증거로 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없고, 이러한 절차 위반은 헌법과 형사소송법이 보장하는 적법절차 원칙의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하고 위법수집증거의 증거능력을 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수도 없어 증거능력이 없다(대법원2017. 9. 7.선고2015도10648판결). 결국, 수사기관이 갑 주식회사에서 압수수색영장을 집행하면서 갑 회사에 팩스로 영장 사본을 송신하기만 하고 영장 원본을 제시하거나 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 피압수·수색 당사자에게 교부하지도 않은 채 피고인의 이메일을 압수한 후 이를 증거로 제출한 사안에서, 위와 같은 방법으로 압수된 이메일은 위법수집증거로서 증거능력이 없다.

### 30. 공소제기 후의 수사에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 그 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 번복시키는 방식으로 작성한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의한다고 하더라도 그 증거능력이 없다.
- ② 검사작성의 피고인에 대한 진술조서가 공소제기 후에 작성된 것이라는 이유만으로는 곧 그 증거능력이 없다고 할 수 없다.
- ③ 검사가 공소제기 후 「형사소송법」 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 하였다면, 그와 같이 수집된 증거는 기본적인 인권보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다.
- ④ 검사 또는 사법경찰관이 피고인에 대한 구속영장을 집행하는 경우, 그 집행의 현장에서는 영장없이 압수·수색·검증을 할 수 있다.
- ⑤ 공소제기 후 피고인의 구속은 수소법원의 권한에 속하며 수사기관에 의한 피고인 구속은 허용되지 않는다.

→ 정답 ① (X) [1] 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 그 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 번복시키는 방식으로 작성한 진술조서를 유죄의 증거로 삼는 것은 당사자주의·공판중심주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 헌법 제27조가 보장하는 기본권, 즉 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 실질적으로 부여되는 재판받을 권리를 침해하는 것이므로, 이러한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하는 한 그 증거능력이 없다고 하여야 할 것이고, 그 후 원진술자인 종전 증인이 다시 법정에 출석하여 증언을 하면서 그 진술조서의 성립의 진정함을 인정하고 피고인측에 반대신문의 기회가 부여되었다고 하더라도 그 증언 자체를 유죄의 증거로 할 수 있음은 별론으로 하고 위와 같은 진술조서의 증거능력이 없다는 결론은 달리할 것이 아니다(대법원2000. 6. 15.선고99도1108전원합의체 판결). 결국, 피고인이

증거로 할 수 있음에 동의한다면 그 증거능력이 있다.

② (○) (○) 검사작성의 피고인에 대한 진술조서가 공소제기 후에 작성된 것이라는 이유만으로 곧 그 증거능력이 없다고 할 수는 없으므로 원심이 이를 증거로 채택하였다고 하여 공판중심주의 내지 재판 공개의 원칙에 위배된 것이라고도 할 수 없다(대법원1984. 9. 25. 선고84도1646판결).

③ (○) 헌법상 보장된 적법절차의 원칙과 재판받을 권리, 공판중심주의·당사자주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조, 관련 법규의 체계, 문언 형식, 내용 등을 종합하여 보면, 일단 공소가 제기된 후에는 피고사건에 관하여 검사로서는 형사소송법 제215조에 의하여 압수·수색을 할 수 없다고 보아야 하며, 그럼에도 검사가 공소제기 후 형사소송법 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 하였다면, 그와 같이 수집된 증거는 기본적인 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다(대법원2011. 4. 28. 선고2009도10412판결).

④ (○) 검사 또는 사법경찰관이 피고인에 대한 구속영장을 집행하는 경우, 그 집행현장에서는 영장없이 압수·수색·검증을 할 수 있다(제216조 제2항).

⑤ (○) 공소제기 후의 피고인 구속은 법원의 권한에 속하고, 공판절차에서의 피고인은 검사와 대등한 지위를 가지는 당사자이므로 반대당사자인 검사에게 피고인을 구속할 권한을 줄 수는 없다. 따라서 공소제기 후에 수사기관이 피고인을 구속할 수는 없다(통설).

### 31. 증거와 증명에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

① 살인죄와 같이 범정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접증거없이 간접증거만으로도 유죄를 인정할 수 있다.

② 증명력이란 요증사실을 증명하는 증거의 힘, 증거의 실질적 가치를 말하여 이는 법관의 자유심증에 의해 결정된다.

③ 형사재판에서 이와 관련된 다른 형사사건의 확정판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 되는 것이나, 당해 형사재판에서 제출된 다른 증거 내용에 비추어 관련 형사사건 확정판결의 사실판단을 그대로 채택하기 어렵다고 인정될 경우에는 이를 배척할 수 있다.

④ 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 「형법」 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 하는 것이나, 그 증명은 엄격한 증명을 요하는 것은 아니지만, 전문증거의 사용까지 허용되는 것은 아니다.

⑤ 법관의 자유심증에 요구되는 합리적 의심은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리적 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로, 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다.

→ 정답 ④ (X) 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자(검사X)가 증명하여야 하는 것이나, 그 증명은 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것은 아니므로, 이 때에는 전문증거에 대한 증거능력의 제한을 규정한 형사소송법 제310조의2는 적용될 여지가 없다(자유로운증명으로 족하므로 범죄사실을 증명하는 것이 아



니어서 증거능력이 없는 전문증거로도 증명이 허용된다)(대법원1996. 10. 25. 선고95도1473판결).

① (○) 살인죄 등과 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접증거 없이 간접증거만으로 유죄를 인정할 수 있으나, 그러한 유죄 인정에는 공소사실에 대한 관련성이 깊은 간접증거들에 의하여 신중한 판단이 요구되므로, 간접증거에 의하여 주요사실의 전제가 되는 간접사실을 인정할 때에는 증명이 합리적인 의심을 허용하지 않을 정도에 이르러야 하고, 하나하나의 간접사실 사이에 모순·저촉이 없어야 하는 것은 물론 간접사실이 논리와 경험칙·과학법칙에 의하여 뒷받침되어야 한다(대판2011.5.26. 2011도1902; 대판2017.5.30. 2017도1549 등).

② (○) 증명력은 증거의 실질적 가치를 말하여 법관의 자유판단(자유심증)에 의한다. 증명력은 증거능력을 전제로 하기 때문에 아무리 증거의 실질적 가치가 있는 증거라도 증거능력이 없는 증거(법률이 정한 일정한 요건을 갖추지 못한 증거)는 사실인정의 자료로 사용할 수 없다.

③ (○) [1] 형사재판(피고인의 위증죄 재판)에서 이와 관련된 다른 형사사건의 확정판결(피고인의 폭행치사죄의 확정판결)에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 되는 것이나, 당해 형사재판(피고인의 위증죄 재판)에서 제출된 다른 증거 내용에 비추어 관련 형사사건 확정판결(피고인의 폭행치사죄의 확정판결)의 사실판단을 그대로 채택하기 어렵다고 인정될 경우에는 이를 배척할 수 있다.

[2] 피고인이 ‘갑 등과 공동하여 을을 폭행하고, 피고인은 을을 마구 때려 사망에 이르게 하였다’는 내용의 유죄판결(폭행치사죄)이 확정된 후, 관련 형사사건(다른 공범자의 폭행치사죄의 재판)의 증인으로 출석하여 ‘을을 때린 사실이 없고, 피고인과 갑은 을의 사망과 관련이 없다’는 취지로 허위 진술을 하여 위증하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 유죄 확정판결(피고인의 폭행치사죄의 확정판결)이 내려지게 된 결정적 증거인 피고인과 갑의 수사기관 및 제1심 법정에서의 자백 진술과 갑의 항소심 증언은 범행에 이르게 된 동기, 범행 장소까지 가게 된 경위 내지 과정, 범행 장소에 도착한 이후부터 사건 현장에 이르기까지 이동 방식 및 경로, 폭행 당시 구체적인 행동 양태와 범행 이후의 제반 상황, 폭행 시각과 사망추정 시각의 불일치, 피고인과 갑이 자백을 반복하게 된 경위 등 여러 사정에 비추어 신빙성을 인정하기 어렵다(대법원2012. 6. 14. 선고2011도15653판결). 결국, 폭행치사죄의 확정판결을 받은 피고인이라 하더라도 그 확정판결의 결정적 증거들에 대한 신빙성을 인정하기 어려우므로 그 확정판결의 사실인정만으로 피고인이 다른 공범자의 재판에서의 증언이 허위라고 인정할 만한 증거가 없으므로 위증죄가 성립하지 않는다.

⑤ (○) [1] 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험칙에 합치하여야 하고, 형사재판에서 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다. 여기에서 말하는 합리적 의심이란 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다.

[2] 피고인이 휴대전화를 이용하여 인터넷 커뮤니티사이트에 ‘한국야동’이라는 제목의 글과 함께 불상의 남녀가 나체모습으로 침대에 앉아있는 모습을 촬영한 사진 파일 1개를 게시한 경우, 촬영대상자의 신원이 파악되지 않는 등 촬영대상자의 의사를 명확히 확인할 수 없는 경우에도 촬영대상자의 의사에 반하여 반포등을 하였다고 볼 수 있으므로, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조 제2항 위반죄(카메라등이용촬영·반포등 죄)가 성립한다.

[3] 이 사건 사진은 남녀의 성관계를 촬영한 원본동영상 중 일부를 캡처한 것인데 원본동영상은 남성이 여성의 동의 없이 몰래 촬영한 것으로 보이고 이 사건 사진에서도 촬영 각도, 남녀의 자세 및 시선 등을 통해 그러한 사정을 확인할 수 있는 점, 이 사건 사진의 내용은 나체의 남성과 짧은 치마를 입고 있는 여성이 침대 위에 나란히 앉아 있는 것으로 남성의 나신과 여성의 허벅지 부분이 적나라하게 드러나 있고 성관계 직전 또는 직후를 암시하는 모습을 담고 있어 상당한 성적 욕망 또는 수치심

을 유발하는 점, 이 사건 사진에 나타난 남녀의 얼굴이나 신체적 특징으로 촬영대상자들의 특징이 가  
능하므로 이 사건 사진이 이들의 의사에 반하여 반포될 경우 피해와 고통을 야기할 가능성이 상당한  
점, 피고인은 이 사건 사진에 등장하는 남녀를 전혀 알지 못하고 이들로부터 위 사진의 반포에 관하  
여 어떠한 동의나 양해를 받은 사실도 없이 인터넷 검색을 통해 위 사진을 취득한 다음 불특정다수인  
이 쉽게 접근할 수 있는 인터넷 사이트에 이를 게시하였던 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 사진의 촬  
영대상자들, 적어도 여성이 그 반포에 동의하리라고는 도저히 기대하기 어려우므로, 피고인의 이 사건  
사진 반포는 촬영대상자들의 의사에 반하여 이루어졌고 피고인도 그러한 사정을 인식하고 있었다고  
볼 여지가 충분하다(대법원2023.6.15.선고 2022도15414판결). 결국, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관  
한 특례법」 제14조 제2항 위반죄에서 촬영대상자의 신원이 파악되지 않는 등 촬영대상자의 의사를 명  
확히 확인할 수 없는 경우에도 촬영대상자의 의사에 반하여 반포등을 하였다고 볼 수 있으므로, 성폭  
력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영·반포등)가 성립한다.

### 32. 자백 및 자백배제법칙에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판 례에 의함)

- ① 수사기관에서 가혹행위 등으로 임의성 없는 자백을 하고, 그후 법정에서도 그러한 심리  
상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 하였다면 그러한 자백도 임의성 없는 자백에 해당한  
다.
- ② 피고인이 직접 고문당하지 않았더라도 가족이나 다른 피고인이 고문당하는 것을 보고 자  
백한 경우도 증거능력이 배제된다.
- ③ 자백의 임의성은 자유로운 증명으로 족하고, 검사에게 거증책임이 있다.
- ④ 임의성이 인정되지 아니하여 증거능력이 없는 진술증거는 피고인이 증거로 함에 동의하  
더라도 증거로 삼을 수 없다.
- ⑤ 일정한 증거가 발견되면 피의자가 자백하겠다고 한 약속이 검사의 강요나 위계에 의하여  
이루어졌다던가 또는 불기소나 경한 죄의 소추등 이익과 교환조건으로 된 것으로 인정되지  
않는다 하더라도 임의성 없는 자백이라고 보아야 한다.

→ 정답 ⑤ (X) 일정한 증거가 발견되면 피의자가 자백하겠다고 한 약속이 검사의 강요나 위계에 의  
하여 이루어졌다던가 또는 불기소나 경한 죄의 소추등 이익과 교환조건으로 된 것으로 인정되지 않는  
다면 위와 같은 자백의 약속하에 된 자백이라 하여 곧 임의성 없는 자백이라고 단정할 수는 없다(대  
판1983.9.13. 83도712).

- ① (○) 피고인이 수사기관에서 가혹행위 등으로 인하여 임의성 없는 자백을 하고 그 후 법정에서도  
임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 하였다면 그 법정에서의 자백도 임의성 없는  
자백이라고 보아야 한다(대법원2012. 11. 29.선고2010도3029판결).
- ② (○) 피고인이 직접 고문당하지 않았으나 다른 피고인이 고문당하는 것을 보고 한 자백도 역시 고  
문에 의한 자백에 해당한다(대판77도463). 결국, 그 자백은 증거능력이 부정된다.
- ③ (○) 피고인의 검찰 진술의 임의성의 유무가 다투어지는 경우에는 법원은 구체적인 사건에 따라 증  
거조사의 방법이나 증거능력의 제한을 받지 아니하고 제반 사정을 종합 참작하여 적당하다고 인정되  
는 방법에 의하여 자유로운 증명으로 그 임의성 유무를 판단하면 된다(대법원2001. 2. 9.선고2000도  
1216판결).
- ④ (○) 임의성의 의심이 있는 자백은 절대적으로 증거능력이 부정된다. 따라서 본증, 반증, 보강증거, 탄  
핵증거 등으로 사용할 수 없고, 또한 당사자가 증거로 함에 동의를 하여도 증거능력이 부정된다.

### 33. 위법수집증거배제법칙에 관한 설명 중 가장 적절한 것은?(다툼이 있으면 판례에 의

합)

- ① 수사기관이 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고 사후에도 지체 없이 영장을 발부받지 아니하였다면, 그 혈액 중 알코올농도에 대한 감정의뢰회보 등은 원칙적으로 유죄의 증거로 사용할 수 없으며, 이는 피고인이나 변호인의 동의가 있더라도 마찬가지이다.
- ② 진술증거와 달리 비진술증거인 압수물은 압수절차가 위법하다 하더라도 그 물건자체의 성질과 형태에 변경을 가져오는 것이 아니어서 그 형태 등에 대한 증거가치에는 변함이 없으므로 증거능력이 있다.
- ③ 「형사소송법」 제219조가 준용하는 같은 법 제118조는 “압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다”고 규정하고 있으므로 피처분자가 현장에 없거나 현장에서 그를 발견할 수 없는 경우 등 영장제시가 현실적으로 불가능한 경우라도 영장을 제시하지 아니한 채 압수·수색을 하면 위법하다.
- ④ 수사기관이 강도 현행범으로 체포된 피고인에게 진술거부권을 고지하지 아니한 채 자백을 받은 후, 몇 시간 뒤 바로 수사기관의 진술거부권 고지가 이루어졌고, 최초 자백 후 40여일이 지난 후에 피고인이 변호인의 충분한 조력을 받으면서 공개된 법정에서 임의로 자백을 하였다면 이는 유죄의 증거로 사용할 수 없다.
- ⑤ 소송사기의 피해자가 제3자로부터 대가를 지급하고 취득한 업무일지가 그것이 제3자에 의하여 절취된 것이고 그로 인해 피고인의 사생활의 영역을 침해하는 결과가 초래된다면 형사소추와 진실발견이라는 공익의 실현을 위한 것이라고 하여도 이 사건 업무일지를 범죄의 증거로 제출하는 것은 위법하며 허용되지 않는다.

→ 정답 ① (○) 수사기관이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고 사후에도 지체 없이 영장을 발부받지 아니한 채 혈액 중 알코올농도에 관한 감정을 의뢰하였다면, 이러한 과정을 거쳐 얻은 감정의뢰회보 등은 형사소송법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집하거나 그에 기초하여 획득한 증거로서, 원칙적으로 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여 피고인이나 변호인의 동의가 있더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다(대법원2012. 11. 15. 선고2011도15258판결).

② (X) 구 판례는 진술증거와 달리 비진술증거인 압수물은 압수절차가 위법하다 하더라도 물건자체의 성상에 변경이 없고 증거가치에도 변함이 없어 증거능력을 인정된다고 하였다(대판87도705;대판93도3318 등). 그러나 최근 판례(대판2007.11.15. 2007도3061 전원합의체판결)는 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거(위법수집증거)의 증거능력을 원칙적으로 부정하고, 예외적인 경우에만 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 판시하였다. 이제는 선지의 경우, 옛날 판례의 내용으로 폐기되었으므로 틀린 지문이다.

③ (X) 형사소송법 제219조가 준용하는 제118조는 “압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.”고 규정하고 있으나, 이는 영장제시가 현실적으로 가능한 상황을 전제로 한 규정으로 보아야 하고, 피처분자가 현장에 없거나 현장에서 그를 발견할 수 없는 경우 등 영장제시가 현실적으로 불가능한 경우에는 영장을 제시하지 아니한 채 압수·수색을 하더라도 위법하다고 볼 수 없다(대판2015.1.22. 2014도10978 전원합의체 판결).

④ (X) [1] 형사소송법 제308조의2는 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”고 규정하고 있는바, 수사기관이 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 물론, 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없는 것이 원칙이다. 다만, 수사기관의 절차 위반 행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항

을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

[2] 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 고지받지 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(대판2009.3.12. 2008도11437).

⑤ (X) 설령 그것이 제3자에 의하여 절취된 것으로서 위 소송사기 등의 피해자측이 이를 수사기관에 증거자료로 제출하기 위하여 대가를 지급하였다 하더라도, 공익의 실현을 위하여는 이 사건 업무일지를 범죄의 증거로 제출하는 것이 허용되어야 하고, 이로 말미암아 피고인의 사생활 영역을 침해하는 결과가 초래된다 하더라도 이는 피고인이 수인하여야 할 기본권의 제한에 해당된다(대법원2008. 6. 26. 선고2008도1584판결). 결국, 소송사기의 피해자가 제3자로부터 대가를 지급하고 취득한, 절취된 업무일지를 사기죄에 대한 증거로 사용할 수 있다.

#### 34. 전문증거 및 전문법칙에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우, 그 문자정보가 범행의 직접적인 수단이 될 뿐 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않으므로 전문법칙이 적용될 여지가 없다.
- ② 법정에 출석한 증인이 「형사소송법」 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 「형사소송법」 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다.
- ③ 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대한 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다.
- ④ 검찰주사 등이 검사의 지시에 따라 검사가 참석하지 않은 상태에서 피의자였던 피고인을 신문하여 작성하고 검사는 검찰주사 등의 조사 직후 피고인에게 개괄적으로 질문한 사실이 있을 뿐인데도 검사가 작성한 것으로 되어있는 피의자신문조서는 「형사소송법」 제312조 제1항 소정의 검사작성 피의자신문조서에 해당하지 않는다.
- ⑤ 재전문진술이나 전문진술을 기재한 조서에 대하여는 달리 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는데 동의하지 아니하는 한 이를 증거로 할 수 없다.

→ 정답 ⑤ (X) [1] 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 달리 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는데 동의하지 아니하는 한 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다(대판2000도159; 대판2003도171 등).(재·동이)

[2] 전문진술이 기재된 조서는 형사소송법 제312조 또는 제314조에 따라 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론 형사소송법 제316조 제2항에 따른 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능

력이 있다(대법원2017. 7. 18. 선고2015도12981, 2015전도218판결). 결국, 전문진술을 기재한 조서 = 제312조 또는 제314조 + 제316조

① (○) [1] 구 정보통신망법 제65조 제1항 제3호는 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 처벌하고 있다. 검사가 위 죄에 대한 유죄의 증거로 문자정보가 저장되어 있는 휴대전화를 법정에 제출하는 경우, 휴대전화기에 저장된 문자정보 그 자체가 범행의 직접적인 수단으로서 증거(직접증거, 본래증거)로 사용될 수 있다. 또한, 검사는 휴대전화기 이용자가 그 문자정보를 읽을 수 있도록 한 휴대전화기의 화면을 촬영한 사진을 증거로 제출할 수도 있는데, 이를 증거로 사용하려면 문자정보가 저장된 휴대전화를 법정에 제출할 수 없거나 그 제출이 곤란한 사정이 있고, 그 사진의 영상이 휴대전화기의 화면에 표시된 문자정보와 정확하게 같다는 사실이 증명되어야 한다.

[2] 형사소송법 제310조의2는 사실을 직접 경험한 사람의 진술이 법정에 직접 제출되어야 하고 이에 갈음하는 대체물인 진술 또는 서류가 제출되어서는 안 된다는 이른바 전문법칙을 선언한 것이다. 그런데 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우, 그 문자정보는 범행의 직접적인 수단이고 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않으므로(전문증거가 아니므로), 형사소송법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용되지 않는다.

[3] 구 정보통신망법 제65조 제1항 제3호 위반죄와 관련하여 문자메시지로 전송된 문자정보를 휴대전화기 화면에 띄워 촬영한 사진에 대하여, 피고인이 성립 및 내용의 진정을 부인하여도 증거능력이 인정된다(대법원2008. 11. 13. 선고2006도2556판결).

② (○) 법정에 출석한 증인이 형사소송법 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다(대법원2012. 5. 17. 선고2009도6788 전원합의체 판결). 왜냐하면 현행 형사소송법(2007.6.1.개정)은 제314조의 예외사유 범위를 더욱 엄격하게 제한하고 있는데, 이는 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 취지가 반영된 것이다.

③ (○) 형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다. 따라서 당해 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는, 그 피의자의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되는 등 형사소송법 제312조 제4항의 요건을 갖춘 경우라고 하더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인한 이상 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다(대판2009.7.9, 2009도2865). 결국, 당해 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는, 그 피의자의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되는 등 형사소송법 제312조 제4항(참고인의 진술조서)의 요건을 갖춘 경우라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

④ (○) [1] 검찰주사등이 검사의 지시에 따라 검사가 참석하지 않은 상태에서 피의자였던 피고인을 신문하여 작성하고 검사는 검찰주사등의 조사 직후 피고인에게 개괄적으로 질문한 사실이 있을 뿐인데도 검사가 작성한 것으로 되어 있는 피의자신문조서는 형사소송법 제312조 제1항 소정의 ‘검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서’에 해당하지 않는다.

[2] 위 피의자신문조서를 형사소송법 제312조 제1항 소정의 ‘검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서’로 볼 수 없으므로 그 증거능력 유무는 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 마찬가지로 기준에 의하여 결정되어야 할 것이다(대법원2003. 10. 9. 선고2002도4372판결).

35. 자백보강법칙에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부는 아니더라도 중요부분을 인정할 수 있는 정도가 되고 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도가 되면 족한 것으로서 자백과 서로 어울려서 전체로서 범죄사실을 인정할 수 있으면 유죄의 증거로 충분하다.
- ② 피고인이 범행을 자인하는 것을 들었다는 피고인 아닌 자의 진술내용은 「형사소송법」 제310조의 피고인의 자백에는 포함되지 아니하나 이는 피고인의 자백의 보강증거로 될 수 없다.
- ③ 「형사소송법」 제310조의 피고인의 자백에는 공범인 공동피고인의 진술이 포함되지 아니하므로 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는데 있어서 증거로 쓸 수 있고 그에 대해서는 보강증거를 요하지 않는다.
- ④ 즉결심판이나 소년보호사건에 있어서는 자백보강법칙이 적용되지 않는다.
- ⑤ 피고인이 증거로 함에 동의한 압수조서의 ‘압수경위’란에 피고인의 범행사실을 직접 목격한 사람의 진술이 기재되어 있다면 이는 「형사소송법」 제312조 제5항에서 정한 ‘피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서’에 준하는 것으로 볼 수 있고, 범행사실에 대한 피고인의 자백을 보강하는 증거가 될 수 있다.

→ 정답 ① (X) 자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요부분을 인정할 수 있는 정도가 되지 아니하더라도 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 족할 뿐만 아니라 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있으며, 또한 자백과 보강증거가 서로 어울려서 전체로서 범죄사실을 인정할 수 있으면 유죄의 증거로 충분하다(대판2002.1.8. 2001도1897).

② (○) 피고인이 범행을 자인하는 것을 들었다는 피고인 아닌 자의 진술내용은 형사소송법 제310조의 피고인의 자백에는 포함되지 아니하나 이는 피고인의 자백의 보강증거로 될 수 없다(대법원1981. 7. 7. 선고81도1314판결). 결국, 피고인의 자백을 내용으로 하는 피고인 아닌 자의 진술은 피고인의 자백에 대한 보강증거가 될 수 없다.

③ (○) 형사소송법 제310조의 피고인의 자백에는 공범인 공동피고인의 진술이 포함되지 아니하므로 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는데 있어서 증거로 쓸 수 있고 그에 대한 보강증거의 여부는 법관의 자유심증에 맡긴다(대법원1985. 3. 9. 선고85도951판결).

④ (○) 자백의 보강법칙은 형사소송법상 제도이므로 형사소송법이 적용되는 절차에만 적용된다. 따라서 간이공판절차와 약식명령절차는 형사소송법 절차이기 때문에 이 원칙이 적용되나, 즉결심판에 관한 절차법이 적용되는 즉결심판절차와 소년법이 적용되는 소년보호사건에는 자백의 보강법칙이 적용되지 아니한다.

⑤ (○) [1] 피고인이 지하철역 에스컬레이터에서 휴대전화기의 카메라를 이용하여 성명불상 여성 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하다가 현행범으로 체포되어 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)으로 기소된 사안에서, 피고인은 공소사실에 대해 자백하고 검사가 제출한 모든 서류에 대하여 증거로 함에 동의하였는데, 그 서류들 중 체포 당시 임의제출 방식으로 압수된 피고인 소유 휴대전화기(이하 ‘휴대전화기’라고 한다)에 대한 압수조서의 ‘압수경위’란에 ‘지하철역 승강장 및 게이트 앞에서 경찰관이 지하철범죄 예방·검거를 위한 비도촬 잠복근무 중 검정 재킷, 검정 바지, 흰색 운동화를 착용한 20대가량 남성이 짧은 치마를 입고 에스컬레이터를 올라가는 여성을 쫓아가 뒤에 밀착하여 치마 속으로 휴대폰을 집어넣는 등 해당 여성의 신체를 몰래 촬영하는 행동을 하였다’는 내용이 포함되어 있고, 그 하단에 피고인의 범행을 직접 목격하면서 위 압수조서를 작성한 사법경찰관

및 사법경찰리의 각 기명날인이 들어가 있으므로, 위 압수조서 중 ‘압수경위’란에 기재된 내용은 피고인이 범행을 저지르는 현장을 직접 목격한 사람의 진술이 담긴 것으로서 형사소송법 제312조 제5항에서 정한 ‘피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서’에 준하는 것으로 볼 수 있고, 이에 따라 휴대전화기에 대한 임의제출절차가 적법하였는지에 영향을 받지 않는 별개의 독립적인 증거에 해당하여, 피고인이 증거로 함에 동의한 이상 유죄를 인정하기 위한 증거로 사용할 수 있을 뿐 아니라 피고인의 자백을 보장하는 증거가 된다.

[2] 범죄를 실행 중이거나 실행 직후의 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있고(형사소송법 제212조), 검사 또는 사법경찰관은 피의자 등이 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건은 영장 없이 압수할 수 있으므로(제218조), 현행범 체포현장이나 범죄 현장에서도 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 형사소송법 제218조에 의하여 영장 없이 압수하는 것이 허용되고, 이 경우 검사나 사법경찰관은 별도로 사후에 영장을 받을 필요가 없다(대법원2019. 11. 14.선고2019도13290판결).

### 36. 증거동의와 탄핵증거에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 피고인이 출석한 공판기일에서 증거로 함에 부동의한다는 의견이 진술된 경우에는 그 후 피고인이 출석하지 아니한 공판기일에 변호인만이 출석하여 종전 의견을 반복하여 증거로함에 동의하였다 하더라도 이는 특별한 사정이 없는 한 효력이 없다.
- ② 증거동의의 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니한다.
- ③ 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차에서 2회 불출정하여 법원이 피고인의 출정 없이 증거조사를 하는 경우에는 「형사소송법」 제318조 제2항에 따른 피고인의 증거동의를 간주되지 않는다.
- ④ 탄핵증거는 범죄사실을 인정하는 증거가 아니므로 엄격한 증거조사를 거쳐야 할 필요가 없음은 「형사소송법」 제318조의2의 규정에 따라 명백하나 법정에서 이에 대한 탄핵증거로서의 증거조사는 필요하다.
- ⑤ 검사가 유죄의 자료로 제출한 사법경찰리 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 부인하는이상 증거능력이 없으나, 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다.

→ 정답 ③ (X) [1] 피고인의 출정없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 동의를 있는 것으로 간주한다. 단, 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 예외로 한다(제318조 제2항).

[2] 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차의 제1심에서 2회 불출정하여 형사소송법 제318조 제2항에 따른 증거동의를 간주된 후 증거조사를 완료한 이상, 간주의 대상인 증거동의를 증거조사가 완료되기 전까지 철회 또는 취소할 수 있으나 일단 증거조사를 완료한 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하는 점, 증거동의 간주가 피고인의 진의와는 관계없이 이루어지는 점 등에 비추어, 비록 피고인이 항소심에 출석하여 공소사실을 부인하면서 간주된 증거동의를 철회 또는 취소한다는 의사표시를 하더라도 그로 인하여 적법하게 부여된 증거능력이 상실되는 것이 아니다(대법원2010. 7. 15.선고2007도5776판결). 결국, 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차에서 2회 불출정하여 법원이 피고인의 출정 없이 증거조사를 하는 경우에는 「형사소송법」 제318조 제2항에 따른 피고인의 증거동의를 간주된다.

- ① (○) 피고인이 출석한 공판기일에서 증거로 함에 부동의한다는 의견이 진술된 경우에는 그 후 피고인이 출석하지 아니한 공판기일에 변호인만이 출석하여 종전 의견을 번복하여 증거로 함에 동의하였다 하더라도 이는 특별한 사정이 없는 한 효력이 없다고 보아야 한다(대법원 2013.03.28. 선고 2013도3 판결).
- ② (○) 형사소송법 제318조에 규정된 증거동의의 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하므로 제1심에서 한 증거동의를 제2심에서 취소할 수 없고, 일단 증거조사가 종료된 후에 증거동의의 의사표시를 취소 또는 철회하더라도 취소 또는 철회 이전에 이미 취득한 증거능력이 상실되지 않는다(대법원2004. 10. 15. 선고2003도3472판결).
- ④ (○) 탄핵증거는 범죄사실을 인정하는 증거가 아니므로 엄격한 증거조사를 거쳐야 할 필요가 없음은 형사소송법 제318조의2의 규정에 따라 명백하나 법정에서 이에 대한 탄핵증거로서의 증거조사는 필요하다(대판2005.8.19. 2005도2617).
- ⑤ (○) 검사가 유죄의 자료로 제출한 사법경찰관 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나, 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다(대법원2005. 8. 19. 선고2005도2617판결).

### 37. 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」(이하 ‘폭처법’) 제2조 제2항에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 2명 이상이 공동하여 폭행, 협박, 상해, 체포·감금, 공갈, 강도의 죄 등을 범한 경우 「형법」 각 해당 조항에서 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.
- ② ‘2인 이상이 공동하여’라고 함은 그 수인 간에 소위 공범관계가 존재하는 것을 요건으로 하고, 또 수인이 동일 장소에서 동일 기회에 상호 다른 자의 범행을 인식하고 이를 이용하여 범행을 한 경우임을 요한다.
- ③ 여러 사람이 「폭처법」 제2조에 열거된 죄를 범하기로 공모한 다음 그 중 2인 이상이 범행장소에서 범행을 실행한 경우에는 범행장소에 가지 아니한 사람들도 같은 법 제2조 제2항에 규정된 죄의 공모공동정범으로 처벌할 수 있다.
- ④ 범행장소에 간 일은 있으나 범죄현장에서 타인의 폭력행위를 단지 ‘만류’한 경우에는 「폭처법」 제2조 제2항에서 말하는 타인과의 공동관계를 인정할 수 없다.
- ⑤ 신문사 사주인 甲이 건설업체 대표이사에게 자사 신문에 사과 광고를 신지 않으면 그 건설업체의 신용을 해치는 기사가 계속 게재될 것 같다고 외포하여 동인으로부터 사과광고 신청을 할 것을 승낙받은 후 광고국장인 乙과 암묵적인 의사연락이 이루어져 乙이 위 대표이사의 외포상태를 이용하는 한편 다시 동인에게 신문 기자들의 강경 분위기를 전달하여 동인을 외포시킴으로써 과다한 광고료를 받고 사과공고를 게재하도록 한 경우 甲과 乙은 공동공갈죄가 성립한다.

→ 정답 ① (X) 2명 이상이 공동하여 다음 각 호의 죄를 범한 사람은 「형법」 각 해당 조항에서 정한 형의 2분의 1까지 가중한다(폭력행위처벌법 제2조 제2항).

- |   |
|---|
| 1. 「형법」 제260조 제1항( <b>폭행</b> ), 제283조 제1항( <b>협박</b> ), 제319조(주거침입, 퇴거불응) 또는 제366조(채물손괴 등)의 죄<br>2. 「형법」 제260조 제2항(준속폭행), 제276조 제1항( <b>체포, 감금</b> ), 제283조 제2항(준속협박) 또는 제324조 제1항(강요)의 죄<br>3. 「형법」 제257조 제1항( <b>상해</b> )·제2항(준속상해), 제276조 제2항(준속체포, 준속감금) 또는 제 |
|---|



350조(공갈)의 죄

결국, 폭력행위등처벌법 제2조 제2항에서는 2명 이상이 공동하여 강도의 죄를 범한 사람을 2분의 1까지 가중한다는 규정이 없다(폭력행위등처벌법 제2조 제2항).

② (○) 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제2항의 '2인이상이 공동하여'라고 함은 그 수인 간에 소위 공범관계가 존재하는 것을 요건으로 하고, 또 수인이 동일 장소에서 동일 기회에 상호 다른 자의 범행을 인식하고 이를 이용하여 범행을 한 경우임을 요한다(대법원2000. 2. 25. 선고99도4305판결).

③ (○) 여러 사람이 구 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제1항에 열거된 죄를 범하기로 공모한 다음 그중 2인 이상이 범행장소에서 범행을 실행한 경우에는 범행장소에 가지 아니한 사람들도 같은 법 제2조 제2항에 규정된 죄의 공모공동정범으로 처벌할 수 있다(대법원1994. 4. 12. 선고94도128판결).

④ (○) 이 사건에 있어서와 같이 같은 을이 피해자와 상호 다투면서 폭행을 하는 것을 만류한 것이 아니라면, 같은 을과 공동하여 피해자를 폭행하였다고 할 수 없다 할 것이다(대법원1996. 2. 23. 선고95도1642판결).

⑤ (○) [1] 신문의 부실공사 관련 기사에 대한 해당 건설업체의 반박광고가 있었음에도 재차 부실공사 관련 기사가 나가는 등 그 신문사 기자들과 그 건설업체 대표이사의 감정이 악화되어 있는 상태에서, 그 신문사 사주 및 광고국장이 보도자제를 요청하는 그 건설업체 대표이사에게 자사신문에 사과광고를 실지 않으면 그 건설업체의 신용을 해치는 기사가 계속 게재될 것 같다는 기자들의 분위기를 전달하는 방식으로 사과광고를 게재토록 하면서 과도한 광고료를 받은 행위는 공갈죄의 구성요건에 해당한다.

[2] 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계에 있어서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족한 것으로 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 의사의 결합이 있으면 공동정범이 성립되는 것이므로, 공범자가 공갈행위의 실행에 착수한 후 그 범행을 인식하면서 그와 공동의 범의를 가지고 그 후의 공갈행위를 계속하여 재물의 교부나 재산상 이익의 취득에 이른 때에는 공갈죄의 공동정범이 성립한다.

[3] 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제2항의 "2인 이상이 공동하여 제1항에 열거된 죄를 범한 때"라고 함은 그 수인 사이에 공범관계가 존재하는 것을 요건으로 하고, 수인이 동일 장소에서 동일 기회에 상호 다른 자의 범행을 인식하고 이를 이용하여 범행을 한 경우임을 요한다.

[4] 신문사 사주 및 광고국장 사이에 광고료 갈취에 대한 사전모의는 없었으나 암묵적인 의사연락에 의한 공범관계가 존재하고, 동일 장소에서 동일 기회에 상호 다른 자의 범행을 인식하고 이를 이용한 경우에 해당한다고 보아, 신문사 사주 및 광고국장의 행위가 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제2항의 "2인 이상이 공동하여 공갈죄를 범한 때"에 해당한다(대법원1997. 2. 14. 선고96도1959판결).

38. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '성폭법')에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

① 타인의 주거에 침입하여 피해자를 강간한 경우 적용되는 「성폭법」 제3조 제1항에서 「형법」 제319조 제1항의 '주거침입죄'를 범한 자는 기수범만을 뜻하고 미수범은 포함되지 않는다.

② 甲, 乙, 丙이 공모하여 피해자 A, B, C를 야산으로 유인하여 암묵적인 합의에 따라 각자 마음에 드는 피해자들을 데리고 불과 100m 이내의 거리에 있는 트럭과 벤치로 흩어져 동시 또는 순차적으로 각자 선택한 피해자들을 강간하였다면 피해자 3명 모두에 대한 특수강간죄 등이 성립한다.

③ 「성폭법」 제11조에서 말하는 '공중이 밀집하는 장소'는 현실적으로 사람들이 뽁뽁이 들어서 있어 서로간의 신체적 접촉이 이루어지고 있는 곳만을 의미하는 것이 아니라 이 사건 찜질방 등과 같이 공중의 이용에 상시적으로 제공·개방된 상태에 놓여 있는 곳 일반을 의미

한다.

④ 「성폭법」 제12조는 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 화장실, 목욕장, 탈의실 등에 침입한 경우에 성립하는 범죄로서 친고죄이며, 미수범 처벌규정이 없다.

⑤ 「성폭법」 제13조(통신매체를 위한 음란행위)에서 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 상대방에게 ‘도달’하게 하는 행위에는 성적 수치심을 일으키는 그림 등이 담겨 있는 웹페이지에 대한 ‘인터넷 링크’를 상대방에게 보내는 행위도 포함된다.

→ 정답 ④ (X) [1] 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(성폭력처벌법) 제12조(성적 목적 다중이용장소 침입죄와 퇴거불응죄)는 「자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 화장실, 목욕장·목욕실 또는 발한실(發汗室), 모유수유시설, 탈의실 등 불특정 다수가 이용하는 다중이용장소에 침입하거나 같은 장소에서 퇴거의 요구를 받고 응하지 아니하는 사람은 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.」고 규정하고 있다.

[2] 성폭력처벌법에서는 종전에 친고죄가 있었으나, 현재는 친고죄가 1개도 없다. 따라서 제12조 범죄는 친고죄가 아니다.

[3] 성폭력처벌법 제15조에서는 「제3조부터 제9조까지, 제14조, 제14조의2 및 제14조의3의 미수범은 처벌한다.」고 규정하고 있다. 그러나 제12조 범죄는 미수범 처벌규정이 없다.

① (○) 주거침입강제추행죄 및 주거침입강간죄 등은 사람의 주거 등을 침입한 자가 피해자를 간음, 강제추행 등 성폭력을 행한 경우에 성립하는 것으로서, 주거침입죄를 범한 후에 사람을 강간하는 등의 행위를 하여야 하는 일종의 신분범(주거침입한 사람이라는 신분이 반드시 필요함)이고, 선후가 바뀌어 강간죄 등을 범한 자가 그 피해자의 주거에 침입한 경우에는 이에 해당하지 않고 강간죄 등과 주거침입죄 등의 실체적 경합범이 된다. 그 실행의 착수시기는 주거침입 행위 후 강간죄 등의 실행행위에 나아간 때이다(대법원2021. 8. 12. 선고2020도17796판결).

② (○) [1] 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(현, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(성폭력처벌법)) 제6조 제1항의 2인 이상이 합동하여 형법 제297조의 죄를 범함으로써 특수강간죄가 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서의 공모와 객관적 요건으로서의 실행행위의 분담이 있어야 하고, 그 실행행위는 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있다고 볼 정도에 이르면 된다.

[2] 피고인 등이 비록 특정한 1명씩의 피해자만 강간하거나 강간하려고 하였다 하더라도, 사전의 모의에 따라 강간할 목적으로 심야에 인가에서 멀리 떨어져 있어 쉽게 도망할 수 없는 야산으로 피해자들을 유인한 다음 곧바로 암묵적인 합의에 따라 각자 마음에 드는 피해자들을 데리고 불과 100m 이내의 거리에 있는 곳으로 흩어져 동시 또는 순차적으로 피해자들을 각각 강간하였다면, 그 각 강간의 실행행위도 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있었다고 보아야 할 것이므로, 3명 모두에 대한 특수강간죄 등이 성립된다(대법원2004. 8. 20. 선고2004도2870판결).

③ (○) [1] 공중밀집장소에서의 추행죄를 규정한 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제13조의 입법 취지, 위 법률 조항에서 그 범행장소를 공중이 ‘밀집한’ 장소로 한정하는 대신 공중이 ‘밀집하는’ 장소로 달리 규정하고 있는 문언의 내용, 그 규정상 예시적으로 열거한 대중교통수단, 공연·집회 장소 등의 가능한 다양한 형태 등에 비추어 보면, 여기서 말하는 ‘공중이 밀집하는 장소’에는 현실적으로 사람들이 뽁뽁이 들어서 있어 서로간의 신체적 접촉이 이루어지고 있는 곳만을 의미하는 것이 아니라 이 사건 찢질방 등과 같이 공중의 이용에 상시적으로 제공·개방된 상태에 놓여 있는 곳 일부를 의미한다.

[2] 찢질방 수면실에서 옆에 누워 있던 피해자의 가슴 등을 손으로 만진 행위가 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제13조에서 정한 공중밀집장소에서의 추행행위에 해당한다(대판 2009.10.29. 2009도5704).

⑤ (○) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조에서 정한 ‘통신매체이용음란죄’는 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건(이하 ‘성적 수치심을 일으키는 그림 등’)이

라 한다)을 상대방에게 도달하게 한다'는 것은 '상대방이 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 직접 접하는 경우뿐만 아니라 상대방이 실제로 이를 인식할 수 있는 상태에 두는 것'을 의미한다. 따라서 상대방에게 성적 수치심을 일으키는 그림 등이 담겨 있는 웹페이지 등에 대한 인터넷링크(internet link)를 보내는 행위를 통해 그와 같은 그림 등이 상대방에 의하여 인식될 수 있는 상태에 놓이고 실질에 있어서 이를 직접 전달하는 것과 다를 바 없다고 평가되고, 이에 따라 상대방이 이러한 링크를 이용하여 별다른 제한 없이 성적 수치심을 일으키는 그림 등에 바로 접할 수 있는 상태가 실제로 조성되었다면(실제로 조성되었는지 여부를 불문하고(X)), 그러한 행위는 전체로 보아 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 상대방에게 도달하게 한다는 구성요건을 충족한다(대법원2017. 6. 8. 선고2016도21389 판결). 결국, 상대방에게 '도달'하게 하는 행위에는 성적 수치심을 일으키는 그림 등이 담겨 있는 웹페이지에 대한 '인터넷 링크'를 상대방에게 보내는 행위도 포함된다.

39. 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 '특가법')에 관한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉠ 甲이 승용차로 운전을 하다가 업무상 과실로 乙에게 상해를 가하고 별다른 조치없이 도주한 경우에 甲에게는「교통사고처리 특례법」위반죄와 미조치죄(「도로교통법」 제54조 제1항), 그리고 「특가법」상 도주차량죄가 성립하고 각죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ㉡ 음주의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차를 운전하여 사람을 상해에 이르게 한 경우 「특가법」상 위험운전치사상죄(제5조의11)가 성립하며, 이때 「교통사고처리 특례법」 위반(업무상과실치상)죄는 위험운전치사상죄에 흡수되어 별죄를 구성하지 않지만, 「도로교통법」상 음주운전죄는 별도로 성립하며, 위험운전치사상죄와 음주운전죄는 하나의 행위로 인한 것이므로 상상적 경합관계에 있다.
- ㉢ 「특가법」 제5조의13(어린이보호구역에서 어린이치사상)은 「교통사고처리 특례법」 위반죄의 특별법에 해당하며 따라서 치상사고인 경우 반의사불벌의 특례가 적용된다.
- ㉣ 「특가법」상 알선수재죄(제3조)의 주체는 「형법」상 알선수뢰죄와는 달리 주체에 특별한 제한이 없다.
- ㉤ 3명 이상이 공동하여 상습적으로 절도의 죄를 범한 경우 2년이상 20년 이하의 징역에 처한다.

- ① 0개                      ② 1개                      ③ 2개                      ④ 3개                      ⑤ 4개

→ 정답 ② ㉡(1개)은 옳은 지문이나, ㉠㉢㉣㉤(4개)은 틀린 지문이다.

㉠ (X) 차의 운전자가 업무상 주의의무를 게을리하여 사람을 상해에 이르게 함과 아울러 물건을 손괴하고도 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항의 규정에 의한 조치를 취하지 아니한 채 도주한 때에는, 이 경우 특정범죄가중처벌등에관한법률위반죄(도주차량)와 물건손괴 후 필요한 조치를 취하지 아니함으로 인한 도로교통법 제54조 제1항(물건손괴의 교통사고 후 필요한 조치를 취하지 아니한 미조치죄)의 죄는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 상상적 경합범의 관계에 있다(대법원 1993. 5. 11. 선고93도49판결). 갑에게 특정범죄가중처벌등에관한법률위반죄(도주차량)가 성립하는 때에는 차의 운전자가 형법 제268조의 죄를 범한 것을 내용으로 하는 교통사고처리특례법 위반죄는 그 죄에 흡수되어 별죄를 구성하지 아니한다.

㉡ (X) 음주로 인한 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄가 성립하는 때에는 차의 운전자가 형법 제268조의 죄를 범한 것을 내용으로 하는 교통사고처리특례법 위반죄는 그 죄에 흡수되어 별죄를 구성하지 아니한다(대판2008.12.11. 2008도9182). 그러나 음주로 인한 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄와 도로교통법 위반(음주운전)죄는 입법 취지와 보호법익 및 적용영역을 달리하는 별개의 범죄이므로, 양 죄가 모두 성립하는 경우 두 죄는 실제적 경합관계에

있다(대판2008.11.13. 2008도7143).

㉔ (X) 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(약칭: 특정범죄가중법) 제5조의13(어린이 보호구역에서 어린이 치사상의 가중처벌)에서는 「자동차등의 운전자가 「도로교통법」 제12조 제3항에 따른 어린이 보호구역에서 같은 조 제1항에 따른 조치를 준수하고 어린이의 안전에 유의하면서 운전하여야 할 의무를 위반하여 어린이(13세 미만인 사람을 말한다. 이하 같다)에게 「교통사고처리 특례법」 제3조 제1항의 죄를 범한 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.<개정 2022. 12. 27.> 본죄는 반의사불벌의 특례가 적용가 적용되지 않는다.

1. 어린이를 사망에 이르게 한 경우에는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.
2. 어린이를 상해에 이르게 한 경우에는 1년 이상 15년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

㉕ (○) 특정범죄가중법 제3조(알선수재)에서는 「공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품이나 이익을 수수·요구 또는 약속한 사람은 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.」고 규정하고 있다. 형법 제132조(알선수뢰)에서는 「공무원이 그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다.」고 규정하고 있다. 따라서 특가법상 알선수재죄는 주체에 제한이 없으나, 형법상 알선수뢰죄는 공무원에 한한다.

㉖ (X) 특정범죄가중법 제5조의4(상습 강도·절도죄 등의 가중처벌) 제2항에서는 「5명 (3명 X) 이상이 공동하여 상습적으로 「형법」 제329조부터 제331조까지의 죄(절도죄, 야간주거침입절도죄, 절도죄) 또는 그 미수죄를 범한 사람은 2년 이상 20년 이하의 징역에 처한다.」고 규정하고 있다.

#### 40. 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하‘특경법’)에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 「특경법」 제3조의 특정재산범죄의 주체는 사기, 컴퓨터등사용사기, 공갈, 특수공갈 및 그 각각의 상습범, 횡령·배임, 업무상 횡령·배임죄의 죄를 범한 자이다.
- ② 「특경법」 제3조가 적용되려면 우선 「형법」상 특정 재산범죄의 기수범이 성립하여야 하며, 이득액이 적어도 5억원이상이 되어야 한다.
- ③ 「형법」상 친족특례규정은 「특경법」 제3조 위반죄에도 그대로 적용된다.
- ④ 이득액의 산정에서 포괄일죄는 그 액수를 합산할 수 없으나 경합범은 그 액수를 합산한다.
- ⑤ 「특경법」 제7조 위반(알선수재)죄의 주체에는 제한이 없으나, 알선의 대상은 ‘금융회사의 임직원의 직무에 속한 사항’이어야 한다.

→ 정답 ④ (X) [1] 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(이하 특경법이라고 한다) 제3조 제1항은 형법상의 사기, 공갈, 상습사기, 상습공갈, 횡령, 배임, 업무상횡령, 업무상배임의 각 죄를 범한 자를 그 범죄행위로 인하여 취득한 이득액이 1억원 이상(현재는 이득액이 5억원 이상)인 때 그 이득액에 따라 가중처벌하도록 규정하고 있는 바, 여기서 말하는 이득액은 ㉠ 단순1죄의 이득액이나 혹은 포괄1죄가 성립되는 경우의 이득액의 합산액을 의미하는 것이라 할 것이고, ㉡ 경합범으로 처벌될 수죄에 있어서 그 이득액을 합한 금액을 말한다고 볼 수는 없는 것이다(각 피해자별로 산정해야 한다).

[2] 한편 단일한 범의의 발동에 의하여 상대방을 기망하고 그 결과 착오에 빠져있는 동일인으로부터 어떤 기간동안 동일한 방법에 의하여 금원을 편취한 경우에 있어서는 이를 포괄적으로 관찰하여 1죄로 처단하는 것이 상당하다 할 것이나, 수인의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에는 비록 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다 하더라도 각 피해자의 피해범의는 독립한 것이므로 이를 포괄1죄로 파악할 수는 없고 피해자별로 독립한 수개의 사기죄가 성립된다고 보아야 할 것이다.

[3] 피고인의 위 사기죄 범죄사실은 각 피해자마다 1개의 사기죄가 성립된다(경합범)는 전제하에 피고인의 기망행위로 인한 이득액을 각 피해자별로 산정하여 그 금액이 1억원 이상 10억원 미만인 때에는 특정법 제3조 제1항 제3호를, 1억원 미만인 때에는 형법 제347조 제1항을 각 적용하여야 한다(대법원1989. 6. 13. 선고89도582판결).

① (○) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(약칭: 특정경제범죄법) 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) 제1항에서는 「「형법」 제347조(사기), 제347조의2(컴퓨터등 사용사기), 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제351조(제347조, 제347조의2, 제350조 및 제350조의2의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 “이득액”이라 한다)이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.”고 규정하고 있다.<개정 2016. 1. 6., 2017. 12. 19.>

- |   |
|---|
| 1. 이득액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역           |
| 2. <u>이득액이 5억원 이상</u> 50억원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역 |

② (○) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(약칭: 특정경제범죄법) 제3조 제1항

③ (○) 형법 제361조, 제328조의 규정(친족상도례)에 의하면, 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자 간의 횡령죄는 그 형을 면제하여야 하고 그 외의 친족 간에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는바, 형법상 횡령죄의 성질은 ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(이하 ‘특정법’이라 한다) 제3조 제1항에 의해 가중 처벌되는 경우에도 그대로 유지되고, 특정법에 친족상도례에 관한 형법 제361조, 제328조의 적용을 배제한다는 명시적인 규정이 없으므로, 형법 제361조는 특정법 제3조 제1항 위반죄에도 그대로 적용된다(대법원2013. 9. 13. 선고2013도7754판결).

⑤ (○) 특정법 제7조(알선수재의 죄)에서는 「금융회사등의 임직원의 직무에 속하는 사항의 알선에 관하여 금품이나 그 밖의 이익을 수수, 요구 또는 약속한 사람 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 요구 또는 약속한 사람은 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다. 결국, 「특정법」 제7조 위반(알선수재)죄의 주체에는 제한이 없으나, 알선의 대상은 ‘금융회사의 임직원의 직무에 속한 사항’이어야 한다.

<p>2024년 1차! 꼭 합격의 주인공이 되세요!!</p> <p>~ 가자! 중앙경찰학교로 ~ ♥ 수고하셨습니다 ♥</p>
--