

2024년 1차 경찰직 채용 시험 형사법 정답과 해설

- 월비스 경찰학원 형사법 임종희 제공 -

1. 죄형법정주의에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① ‘여러 사람의 눈에 띄는 곳에서 공공연하게 알몸을 지나치게 내놓거나 가려야 할 곳을 내놓아 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준 사람’을 처벌하는 구 「경범죄처벌법」 제3조 제1항 제33호는 죄형법정주의에 위배된다.
- ② 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」상 공개명령 제도에 대해서는 소급입법금지의 원칙이 적용되지 않는다.
- ③ 어린이집 대표자를 변경하였음에도 변경인가를 받지 않은 채 어린이집을 운영한 행위에 대해 설치인가를 받지 않고 사실상 어린이집의 형태로 운영하는 행위 등을 처벌하는 규정인 「영유아보육법」 제54조 제4항 제1호를 적용하는 것은 죄형법정주의에 위배된다.
- ④ 구 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제53조가 공기업의 임직원으로서 공무원이 아닌 사람을 「형법」 제129조의 적용에서는 공무원으로 본다고 규정하면서도, 구체적인 공기업 지정과 관련하여 하위규범인 기획재정부장관의 고시에 의하도록 규정한 것은 죄형법정주의에 위배된다.

→ 정답 ④ (X) [1] 사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간경과에 대한 적응능력의 한계로 인하여 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에, 입법자의 상세한 규율이 불가능하거나 상황의 변화에 탄력적으로 대응할 필요성이 강하게 요구되는 경우에는 위입법률이 구성요건의 점에서는 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 전제로 위입입법이 허용된다.

[2] 공공기관의 운영에 관한 법률 제53조의 취지와 내용에 더하여 법의 입법 목적과 경제상황이나 정책상 목적에 따라 공공기관의 사업 내용이나 범위 등이 계속적으로 변동할 수밖에 없는 현실, 국회가 공공기관의 재정상태와 직원 수의 변동, 수입액 등을 예측하기 어렵고 그러한 변화에 대응하여 그때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 아니한 점 등을 감안할 때 공무원 의제규정의 적용을 받는 공기업 등의 정의규정을 법률이 아닌 시행령이나 고시 등 그 하위규범에서 정하는 것에 부득이한 측면이 있다.

[3] 공공기관의 운영에 관한 법률 제53조가 공기업의 임직원으로서 공무원이 아닌 사람은 형법 제129조의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다고 규정하고 있을 뿐 구체적인 공기업의 지정에 관하여는 그 하위규범인 기획재정부장관의 고시에 의하도록 규정하였다 하더라도 죄형법정주의에 위배되거나 위입입법의 한계를 일탈한 것으로 볼 수 없다(대판 2013.6.13. 2013도1685).

① (○) [1] ‘여러 사람의 눈에 띄는 곳에서 공공연하게 알몸을 지나치게 내놓거나 가려야 할 곳을 내놓아 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준 사람’을 처벌하는 경범죄처벌법(과다노출죄, 2012. 3. 21. 법률 제11401호로 전부개정된 것) 제3조 제1항 제33호가 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다

[2] 심판대상조항은 알몸을 ‘지나치게 내놓는’ 것이 무엇인지 그 판단 기준을 제시하지 않아 무엇이 지나친 알몸 노출행위인지 판단하기 쉽지 않고, ‘가려야 할 곳’의 의미도 알기 어려우므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다(헌재 2016. 11. 24. 2016헌가3). ⇨ (개정된 내용) ‘과다노출’ 규정이 명확성 원칙에 위배된다는 헌법재판소의 위헌 결정(2016헌가3)에 따라, 이를 보다 구체적으로 규정함으로써 국민들의 예측 가능성을 높이고, 법률의 명확성을 확보하려는 것이다. 경범죄처벌법 제3조 제1항 33호가 「과다노출」 공개된 장소에서 공공연하게 성기·영덩이 등 신체의 주요한 부위를 노출하여 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준 사람」으로 2017. 10. 24. 개정·시행되고 있다.

② (○) [1] 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 정한 공개명령제도는, 아동·청소년 대상 성범죄자의 성명, 나이, 주소 및 실거주지(읍·면·동까지로 한다), 신체정보(키와 몸무게), 사진 및 아동·청소년 대상 성범죄 요지(이하 ‘공개정보’라 한다)를 일정기간 정보통신망을 이용하여 공개하도록 하는 조치를 취하여 성인인증 및 본인 확인을 거

친 사람은 누구든지 인터넷을 통해 공개명령대상자의 공개정보를 열람할 수 있도록 함으로써 **아동·청소년 대상 성범죄를 효과적으로 예방**하고 **성범죄로부터 아동·청소년을 보호**함을 목적으로 하는 일종의 **보안처분**이다. 이러한 공개명령제도의 목적과 성격, 그 운영에 관한 위 법률의 규정 내용 및 취지 등을 종합해 보면, **공개명령제도는 범죄행위를 한 자에 대한 응보 등을 목적으로 그 책임을 추궁하는 사후적 처분인 형벌과 구별되어 그 본질을 달리하는 것으로서 형벌에 관한 소급입법금지의 원칙이 그대로 적용되지 않는다.**

[2] **공개명령제도가 시행된 2010.1.1. 이전에 범한 범죄에도 공개명령제도를 적용하도록** 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률이 2010. 7. 23. 법률 제10391호로 **개정되었다고 하더라도 그것이 소급입법금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없다**(대법원2011. 3. 24. 선고2010도14393, 2010전도120판결). 결국, 2010. 7. 23. 법률 제10391호로 개정된 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률이 공개명령제도가 시행된 2010.1.1. 이전에 범한 범죄에 대하여도 공개명령제도를 적용하도록 한 것이, 소급입법금지 원칙에 반하지 않는다

③ (○) [1] **영유아보육법 제13조 제1항**은 “국공립어린이집외의 어린이집을 설치·운영하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장의 인가를 받아야 한다. 인가받은 사항 중 중요 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.”라고 규정하여 **설치인가를 받을 의무와 변경인가를 받을 의무를 각기 별도로 규정하여** 부과하고 있다. 그런데 **같은 법 제54조 제4항 제1호**는 “제13조 제1항에 따른 설치인가를 받지 아니하고 어린이집의 명칭을 사용하거나 사실상 어린이집의 형태로 운영한 자”를 처벌한다고 규정하여 **설치인가를 받지 않은 경우에 대해서만 명시적인 처벌 조항을 두고 있을 뿐, 변경인가를 받지 않은 경우에 대해서는 따로 처벌 조항을 두고 있지 않다.**

[2] 어린이집 대표자를 변경하고도 **변경인가를 받지 않은 채 어린이집을 운영한 행위**에 대하여 **설치인가를 받지 않고 사실상 어린이집의 형태로 운영한 행위 등을 처벌하는 규정인 영유아보육법 제54조 제4항 제1호를 적용**하거나 **유추 적용할 수는 없다**(대법원2022. 12. 1. 선고2021도6860판결). 결국, 영유아보육법령은 **설치인가(위반은 처벌규정 있음)와 변경인가(위반은 처벌규정 없음)를 명백히 구별하고 있으므로**, 어린이집 대표자를 변경하였음에도 **변경인가를 받지 않은 채 어린이집을 운영한 행위**에 대해 **설치인가를 받지 않고 사실상 어린이집의 형태로 운영하는 행위 등을 처벌하는 규정인 「영유아보육법」 제54조 제4항 제1호를 적용하는 것은** 죄형법정주의에서 파생된 **유추해석금지의 원칙에 위반된다.** 따라서 **변경을 설치에 포함시키면 안된다.**

2. 형법의 적용범위에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

② 법령 제정 당시부터 또는 폐지 이전에 스스로 유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여 효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 그 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우, 그 유효기간 경과 전에 행해진 법령 위반행위의 가벌성은 소멸하므로 더 이상 행위자를 처벌할 수 없게 된다.

③ 재판이 확정된 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구벌보다 가벼워진 경우, 형의 집행을 면제한다.

④ 캐나다 시민권자인 甲이 투자금을 교부받더라도 선물시장에 투자하여 운용할 의사나 능력이 없음에도 캐나다에서 그곳에 거주하는 대한민국 국민 A를 기망하여 직접 투자금을 수령한 경우, 甲의 행위가 캐나다 법률에 의해 범죄를 구성하고 그에 대한 소추나 형의 집행이 면제되지 않는 경우에만 우리 형법이 적용된다.

→ 정답 ④ (○) [1] 형법 제5조, 제6조의 각 규정에 의하면, 외국인이 외국에서 죄를 범한 경우에는 형법 제5조 제1호 내지 제7호에 열거된 죄를 범한 때와 형법 제5조 제1호 내지 제7호에 열거된 죄 이외에 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 죄를 범한 때에만 대한민국 형법이 적용되어 우리나라에 재판권이 있게 되고, 여기서 **‘대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 죄를 범한 때’란 대한민국 또는 대한민국 국민의 법익이 직접적으로 침해되는 결과를 야기하는 죄를 범한 경우를 의미한다.**

[2] 캐나다 시민권자인 피고인이 캐나다에서 위조사문서를 행사하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 형법 제234조의 위조사문서행사죄는 **형법 제5조 제1호 내지 제7호에 열거된 죄에 해당하지 않고**, 위조사문서행사를 형법 제6조의 대한민국 또는 대한민국 국민의 법익을 직접적으로 침해하는 행위라고 볼 수도 없으므로 피고인의 행위에 대하여는 **우리나라에 재판권이 없다.**

[3] 형법 제6조 본문에 의하여 외국인이 대한민국 영역 외에서 대한민국 국민에 대하여 범죄를 저지른 경우 우리 형법이 적용되지만, 같은 조 단서에 의하여 행위지 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집

행을 면제할 경우에는 우리 형법을 적용하여 처벌할 수 없고, 이 경우 행위지 법률에 의하여 범죄를 구성하는지는 엄격한 증명에 의하여 검사가 이를 증명하여야 한다.

[4] 캐나다 시민권자인 피고인이 투자금을 교부받더라도 선물시장에 투자하여 운용할 의사나 능력이 없음에도, 피해자들을 기망하여 투자금 명목의 돈을 편취하였다(사기죄)는 내용으로 기소된 사안에서, 공소사실 중 '피고인이 캐나다에 거주하는 대한민국 국민을 기망하여 캐나다에서 직접 또는 현지 은행계좌로 투자금을 수령한 부분'은 외국인이 대한민국 영역 외에서 대한민국 국민에 대하여 범죄를 저지른 경우에 해당하므로, 이 부분이 행위지인 캐나다 법률에 의하여 범죄를 구성하는지 및 소추 또는 형의 집행이 면제되는지를 심리하여 해당 부분이 행위지 법률에 의하여 범죄를 구성하고 그에 대한 소추나 형의 집행이 면제되지 않는 경우에 한하여 우리 형법을 적용하였어야 한다(대법원2011. 8. 25. 선고2011도6507판결).

① (X) 죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람에 대해서는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입한다(제7조).

② (X) [1] 법령 제정 당시부터 또는 폐지 이전에 스스로 유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여 효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 그 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우에도 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호의 적용 대상인 법령의 변경에 해당한다고 볼 수 없다.

[2] 이러한 법령 자체가 명시적으로 예정한 유효기간의 경과에 따른 효력 상실은 일반적인 법령의 개정이나 폐지 등과 같이 애초의 법령이 변경되었다고 보기 어렵고, 어떠한 형사법적 관점의 변화 내지 형사처벌에 관한 규범적 가치판단의 변경에 근거하였다고 볼 수도 없다. 유효기간을 명시한 입법자의 의사를 보더라도 유효기간 경과 후에 형사처벌 등의 제재가 유지되지 않는다면 유효기간 내에도 법령의 규범력과 실효성을 확보하기 어려울 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 유효기간 경과 전의 법령 위반행위는 유효기간 경과 후에도 그대로 처벌하려는 취지라고 보는 것이 합리적이다(대법원 2022. 12. 22. 선고 2020도16420 전원합의체판결). 결국, 유효기간이 정해져 있는 한시법의 경우, 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우라도 그 유효기간 경과 전에 행해진 법령 위반행위의 가벌성은 소멸하지 아니하므로 구법에 의하여 그대로 행위자를 처벌한다.

③ (X) [1] 재판이 확정된 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 된 경우에는 형의 집행을 면제한다(제1조 제3항).

[2] 재판이 확정된 후 법률이 변경되어 형이 구법(舊法)보다 가벼워진 경우에는 형법 제1조 제3항에 규정되어 있지 아니하므로, 구법이 그대로 적용된다(구법대로 그대로 형을 집행한다).

[3] 결국, 제1조 제2항 범죄 후에는 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법보다 가벼워진 경우까지 2개보다 규정되어 신법이 적용된다. 그러나 제1조 제2항과는 달리 제1조 제3항의 경우에는 범죄를 구성하지 아니한 경우 1개만 규정되어 이것만 신법이 적용되지만, 형이 구법보다 가벼워진 경우는 규정이 없으므로 원칙대로 제1조 제1항인 구법주의가 적용된다.

3. 고의에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 목적적 범죄체계론에 따르면 고의는 책임의 요소이다.

② 고의가 성립하기 위해서는 행위자가 모든 객관적 구성요건에 해당하는 사실을 인식해야 하기에 상습도박죄에 있어서 상습성은 고의의 인식 대상이다.

③ 고의의 본질에 관한 학설 중 행위자가 결과발생의 가능성을 인식하기만 하면 고의가 성립한다고 보는 견해에 따르면 인식 있는 과실도 고의로 인정될 수 있다.

④ 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하고, 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용까지 인식할 것을 요한다.

→ 정답 ③ (○) [1] 인식설은 행위자가 결과발생의 가능성을 인식하기만 하면 고의가 성립한다는 학설이다. 이 설은 결과발생에 대한 행위자의 지적 측면과 의지적 측면 중에서 고의의 본질은 지적 측면에 있다고 보고 의지적 측면은 불필요하다는 입장이다.

[2] 인식설에 의하면 미필적 고의뿐만 아니라 인식 있는 과실도 고의에 포함(고의로 인정)되어 고의의 범위가 부당하게 넓어진다(비판).

① (X) [1] 인과적 행위론(고전적 범죄체계론· 신고전적 범죄체계)은 고의를 책임요소로 보았다.

[2] 목적적 행위론(목적적 범죄체계론)은 책임에 있던 고의를 구성요건으로 끄집어와서 구성요건요소로 보았다(코페르니쿠스적 대발견이다).

[3] 사회적 책임론(합일대적 범죄체계 = 고전적 + 목적적 합쳐 놓은 것)은 고의를 구성요건요소(행위의 방향을

설정(결정)으로서의 고의)임과 동시에 **책임요소**(심정적 반가치로서의 고의)라는 **이중적 기능을 가지고 있다고** 보았다(고의의 이중적 지위설: 고의의 이중적 기능설 : 다수설). 즉, 구성요건요소로서의 고의는 행위반가치를 부담하고 책임요소로서의 고의는 심정적 반가치를 부담한다.

② (X) [1] 상습도박의 죄나 상습도박방조의 죄에 있어서의 **상습성**은 행위의 속성이 아니라 **행위자의 속성**으로서 **도박을 반복해서 거듭하는 습벽을 말하는 것인** 바, 도박의 습벽이 있는 자가 타인의 도박을 방조하면 상습도박방조의 죄에 해당하는 것이며, 도박의 습벽이 있는 자가 도박을 하고 또 도박방조를 하였을 경우 상습도박방조의 죄는 무거운상습도박의죄에 포괄시켜 1죄로서 처단하여야 한다(대법원1984. 4. 24.선고84도195판결).

[2] 습도박죄에 있어서 **상습성**은 **행위자와 관련한 책임요소**(행위자가 습벽만 있으면 상습범이 되는 것)이지, **행위와 관련한 객관적 구성요건요소가 아니므로** 고의의 인식 대상이 **아니다**.

| ★ 구성요건적 고의의 인식 대상 : 모든 객관적 구성요건요소이다. | |
|--------------------------------------|---|
| <고의의 인식대상인 사실과 인식대상이 아닌 사실> | |
| 구분 | 내용 |
| 고의의 인식대상 (○) | ① 행위주체(예 수뢰죄에서 공무원이라고 하는 신분) ② 행위의 객체(예 살인죄에 있어서의 '사람', 문서위조죄에 있어서의 '문서') ③ 행위의 태양(예 사기죄에 있어서 기망, 특수폭행죄에 있어서 흥기휴대) ④ 행위의 상황(예 진화방해죄에 있어서의 '화재발생이라는 상황') ⑤ 인과관계(구체적으로 인식할 수는 없는 것이므로 그 본질적인 점을 인식하면 족함) ⑥ 결과범에 있어서의 결과(예 살인죄에 있어서의 사람의 '사망') ⑦ 구체적 위험범에 있어 위험(예 자기소유물건방화죄에 있어서의 '공공의 위험발생') ⑧ 가중적 요소에 속하는 사실(예 존속살해죄에 있어서 '직계존속'이라는 사실) ⑨ 감경적 요소에 속하는 사실(예 승낙살인죄에 있어서 '상대방의 승낙이 있다는 사실') |
| 고의의 인식대상 (×) | ① 책임요건(예 만14세 이상의 책임능력자라는 사실) ⑤ 결과적 가중범에서의 중한 결과 ② 처벌조건(예 친족상도례에 있어서 친족관계) ⑥ 위법성인식 ③ 소추요건(예 친고죄에 있어서의 고소) ⑦ 상습도박죄의 상습성 ④ 주관적 요소(예 목적·불법영득의사) ⑧ 추상적 위험범에 있어서의 위험 |

④ (X) [1] 갑은 성명불상자인 을로부터 **불법 환전 업무를** 도와주면 대가를 지급하겠다는 제안을 받고 **갑 자신의 금융계좌번호를 알려주었는데**, 을이 전기통신금융사기(보이스피싱 사기) 편취금을 은닉하기 위하여 갑의 금융계좌로 편취금을 송금받은 경우, 갑이 성명불상자의 **탈법행위 목적(불법재산 은닉등)의 타인 실명 금융거래를 용이하게 하였다**하여 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(약칭 '금융실명법') 위반죄의 방조범이 성립한다.

[2] 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 점을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 행위를 말하므로, **방조범**은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 **방조의 고의**와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 **정범의 고의**가 있어야 하나, **방조범**에서 **정범의 고의**는 **정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고** 미필적 인식 또는 예견으로 족하다. **구금융실명법 제6조 제1항 위반죄**는 이른바 초과주관적 위법요소로서 '**탈법행위의 목적**'을 범죄성립요건으로 하는 목적범이므로, 방조범에게도 정범이 위와 같은 탈법행위를 목적으로 타인 실명 금융거래를 한다는 점에 관한 고의가 있어야 하나, **그 목적의 구체적인 내용까지 인식할 것을 요하는 것은 아니다**(대법원2022. 10. 27.선고2020도12563판결). 결국, 갑은 자신의 계좌가 보이스피싱 사기에 이용된다는 사실을 인식하지 못하였으나, **불법환전행위목적(탈법행위목적)으로 한 타인 실명 금융거래한다는 사실은 인식하고 있었으므로 금융실명법위반죄의 방조범이 성립한다**.

4. 위법성조각사유에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우, 그중 일부 행위가 범죄의 기수에 이르렀을지라도 정당방위의 요건 중 침해의 현재성이 인정된다.
- ② **甲이 A를 살해하기 위해 총을 쏘** A가 사망하였는데, 알고 보니 A도 **甲을 살해하기 위해 甲에게 총을 조준하고 있었던 경우**, 위법성이 조각되기 위해서는 주관적 정당화요소가 필요하다는 견해에 따르면 **甲의 행위는 위법성이 조각된다**.
- ③ 위난을 피하지 못할 책임 있는 자에게는 긴급피난이 허용되지 않기에 이들이 감수해야 할 범위를 넘는 위난에 처한 때에도 긴급피난은 허용되지 않는다.

④ 무고죄는 국가의 형사사법권의 적정한 행사뿐만 아니라 개인이 부당하게 처벌받지 아니할 이익을 부수적으로 보호하는 죄이기에, 피무고자의 승낙이 있는 경우에는 위법성이 조각된다.

→ 정답 ① (○) [1] 형법 제21조 제1항은 “현재의 부당한 침해로부터 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위하여 한 행위는 상당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다.”라고 규정하여 정당방위를 위법성조각사유로 인정하고 있다. 이때 ‘침해의 현재성’이란 침해행위가 형식적으로 기수에 이르렀는지에 따라 결정되는 것이 아니라 자기 또는 타인의 법익에 대한 침해상황이 종료되기 전까지를 의미하는 것이므로, 일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우에는 그 중 일부 행위가 범죄의 기수에 이르렀더라도 전체적으로 침해상황이 종료되지 않은 것으로 볼 수 있다

[2] 정당방위의 성립 요건으로서의 방어행위에는 순수한 수비적 방어뿐 아니라 적극적 반격을 포함하는 반격방어의 형태도 포함된다. 다만 정당방위로 인정되기 위해서는 자기 또는 타인의 법익침해를 방어하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있어야 한다. 방어행위가 상당한 것인지는 침해행위에 의해 침해되는 법익의 종류와 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급, 방어행위에 의해 침해될 법익의 종류와 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 판단하여야 한다

[3] 포장부에서 근속한 피고인을 비롯한 다수의 근로자들을 영업부로 전환배치하는 회사의 조치에 따라 노사갈등이 격화되어 있던 중 사용자가 사무실에 출근하여 항의하는 근로자 중 1명의 어깨를 손으로 미는 과정에서 뒤엎쳐 넘어져 근로자를 깔고 앉게 되었는데, 피고인이 근로자를 깔고 있는 사용자의 어깨 쪽 옷을 잡고 사용자가 일으켜 세워진 이후에도 그 옷을 잡고 흔들어 폭행으로 기소된 사안에서, 원심은 피고인이 어깨를 흔들 당시 사용자의 가해행위가 종료된 상태였고 피고인의 행위가 소극적인 저항행위를 넘어서는 적극적인 공격행위라는 이유로 유죄로 판단하였으나, 피고인의 행위가 정당방위에 해당하지 않는다고 본 원심의 판단에는 정당방위의 현재성, 상당성, 공격방위의 가능성 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다 (대법원2023. 4. 27. 선고 2020도6874 판결). 결국, 피고인에게 정당방위가 성립할 수 있다.

② (X) [1] 원수인 갑과 을은 서로 몰래 저격하려고 했는데(서로 몰래 조준하고 있는데), 갑과 을의 둘 중 먼저 갑이 을을 살해한 경우로서, 살해한 갑에게 객관적 상황은 존재하나 주관적 정당화요소가 흠결된 경우로 그 취급문제가 중요하다(우연방위의 문제).

[2] 해결이론

| |
|--|
| <p>① 주관적 정당화요소 <u>필요없다</u>는 견해(주관적 정당화요소 불요설 : 무죄설) <u>객관적 상황만 있으면</u> 정당방위로서 위법성조각사유에 해당되어 <u>위법성이 조각된다(무죄)</u>. 이 견해에 의하면 위 사례에서 갑은 위법성이 조각되므로, 무죄이다.</p> <p>② 순수한 결과반가치론(무죄설) 주관적 정당화요소의 필요성을 부인하고, <u>객관적 정당화 상황만 있으면</u> 결과반가치가 탈락하여 주관적 정당화요소가 결여된 경우에도 갑은 <u>위법성이 조각되므로, 무죄이다</u>.</p> <p>③ 주관적 정당화요소 <u>필요하다</u>는 견해(주관적 정당화요소 필요설 : 위법성이 조각되지 않는다는 견해) <u>위법성이 조각되지 아니하므로</u>, 이 경우에 행위자를 어떻게 취급할 것인가에 대해 <u>견해가 대립</u>한다.</p> <p>④ <u>기수범설(순수한 행위반가치론: 일원적 인적불법론)</u> 구성요건적 결과가 발생한 이상 결과반가치가 인정되고, 주관적정당화요소가 없는 때에는 고의에 의한 기수범이 된다는 견해이다. 이 견해에 의하면 위 사례에서 <u>갑에게는 살인죄의 기수를 인정</u>한다.</p> <p>⑤ <u>불능미수범설(이원적 인적 불법론)</u> 객관적 정당화 상황은 존재하므로 결과반가치는 배제되지만(없지만), 주관적 정당화요소가 결여된 경우에 행위반가치(고의)는 여전히 존재하므로(있으므로) 그 구조가 불능미수와 유사하여 불능미수의 규정을 유추적용하자는 견해이다(다수설). 위 사례에서 <u>갑에게 살인죄의 불능미수를 인정</u>한다.</p> |
|--|

③ (X) [1] 원칙 : 긴급피난의 배제(긴급피난이 허용되지 않는다.)

위난을 피하지 못할 책임이 있는 자에 대하여는 긴급피난이 허용되지 않는다(제22조 제2항). 여기서 위난을 피하지 못할 책임이 있는 자란 법령·계약·업무에 의해 직무상 마땅히 일정한 위험을 감수해야 할 의무가 있는 자로 군인, 경찰관, 소방관, 119구조대원, 의사, 선원 등이 이에 해당한다.

[2] 예외 : 긴급피난의 특칙(긴급피난이 허용된다.)

이 특칙은 특별한 의무로 인하여 일반인과 동일한 조건에서의 긴급피난을 금할 뿐이지 긴급피난을 절대적으로 금하는 것은 아니다. 즉 특별한무자에게는 위험의무가 있을 뿐이고 희생의무가 있는 것은 아니다. 따라서 감수범위가 넘는 자기의 위난에 대하여는 긴급피난이 가능하고, 타인을 위한 긴급피난도 가능하다. 예) 소방대원이 화재가 난 주택의 내부에 들어가 진화작업을 하던 중 심한 연기 때문에 질식될 위험에 빠지자 옆집 창문을 부수고 탈출한 경우, 긴급피난에

해당한다.

④ (X) [1] 무고죄는 국가의 형사사법권 또는 징계권의 적정한 행사를 주된 보호법익으로 하고 다만, 개인의 부당하게 처벌 또는 징계받지 아니할 이익을 부수적으로 보호하는 죄이므로, 실사 무고에 있어서 피무고자의 승낙이 있었다고 하더라도 무고죄의 성립에는 영향을 미치지 못한다 할 것이고, 무고죄에 있어서 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적은 허위신고를 함에 있어서 다른 사람이 그로 인하여 형사 또는 징계처분을 받게 될 것이라는 인식이 있으면 족한 것이고 그 결과발생을 회망하는 것까지를 요하는 것은 아니므로, 고소인이 고소장을 수사기관에 제출한 이상 그러한 인식은 있었다고 보아야 한다.

[2] 피무고자의 승낙을 받아 허위사실을 기재한 고소장을 제출하였다면 피무고자에 대한 형사처분이라는 결과발생을 의욕한 것은 아니라 하더라도 적어도 그러한 결과발생에 대한 미필적인 인식은 있었던 것으로 보아야 한다(대법원 2005. 9. 30. 선고 2005도 2712 판결). 결국, 승낙의 대상이 될 수 있는 법익은 처분권이 인정될 수 있는 범위내의 개인적 법익이어야 하므로, 국가적·사회적 법익에 대해서는 승낙에 의해 위법성이 조각되지 않는다.

5. 다음 중 甲에게 정당행위가 인정되는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사채업자 甲이 채권추심을 위하여 채무자 A에게 채무를 변제하지 않으면 A가 숨기고 싶어하는 과거 행적과 사채를 쓴 사실등을 남편과 시댁에 알리겠다는 문자메시지를 발송한 경우
- ② A주식회사로부터 공립유치원의 놀이시설 제작 및 설치공사를 하도급 받은 甲이 유치원 행정실장 등에게 공사대금의 직접 지급을 요구하였으나 거절당하자, 공사대금 지불청구권이 있는 놀이시설의 정당한 유권권자로서 공사대금 채권을 확보할 필요가 있어 놀이시설의 일부인 보호대를 칼로 뜯어내고 일부 놀이시설은 철거하는 방법으로 공무소에서 사용하는 물건을 손상한 경우
- ③ 甲이 자신의 가옥 앞 도로가 폐기물 운반 차량의 통행로로 이용되어 가옥 일부에 균열 등이 발생하자 위 도로에 트랙터를 세워두거나 철책 펜스를 설치함으로써 위 차량의 통행을 불가능하게한 경우
- ④ 학교법인의 전 이사장 A가 부정입학과 관련된 금품수수혐의로 구속되었다가 그 학교법인이 설립한 B대학교의 총장으로 선임됨에 따라 학내 갈등을 빚던 중 총학생회 간부 甲이 대학운영의 정상화를 위해 A와의 대화를 꾸준히 요구하였으나, 학교의 소극적인 태도로 인해 면담이 성사되지 않자 A를 직접 찾아가 면담하는 이외에는 다른 방도가 없다는 판단 아래 A와의 면담을 추진하는 과정에서 총장실 진입을 시도하거나, 교무위원회 회의실에 들어가 총장의 사퇴를 요구하면서 이를 막는 학교 교직원들과 길지 않은 시간 동안 실랑이를 벌인 경우

→ 정답 ④ (○) [1] 형법 제20조는 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’를 정당행위로서 위법성이 조각되는 사유로 규정하고 있다. 위 규정에 따라 사회상규에 의한 정당행위를 인정하려면, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째로 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 하는데, 위 ‘목적·동기’, ‘수단’, ‘법익균형’, ‘긴급성’, ‘보충성’은 불가분적으로 연관되어 하나의 행위를 이루는 요소들로 종합적으로 평가되어야 한다.

[2] ‘목적의 정당성’과 ‘수단의 상당성’ 요건은 행위의 측면에서 사회상규의 판단 기준이 된다. 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로 평가되려면 행위의 동기와 목적을 고려하여 그것이 법질서의 정신이나 사회윤리에 비추어 용인될 수 있어야 한다. 수단의 상당성·적합성도 고려되어야 한다. 또한 보호이익과 침해이익 사이의 법익균형은 결과의 측면에서 사회상규에 위배되는지를 판단하기 위한 기준이다. 이에 비하여 행위의 긴급성과 보충성은 수단의 상당성을 판단할 때 고려요소의 하나로 참작하여야 하고 이를 넘어 독립적인 요건으로 요구할 것은 아니다. 또한 그 내용 역시 다른 실효성 있는 적법한 수단이 없는 경우를 의미하고 ‘일체의 법률적인 적법한 수단이 존재하지 않을 것’을 의미하는 것은 아니라고 보아야 한다.

[3] 갑 대학교는 학교법인의 전 이사장 을이 부정입학과 관련된 금품수수 등의 혐의로 구속되었다가 갑 대학교 총장으로 선임됨에 따라 학내 갈등을 빚던 중, 총학생회 간부인 피고인들이 총장 을과의 면담을 요구하면서 총장실 입구에서 진입을 시도하거나, 교무위원회 회의실에 들어가 총장의 사퇴를 요구하면서 이를 막는 학교 교직원들과 실랑이를 벌임으로써 위력으로 업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사건에서, 행위의 목적 및 경위 등에 비추어 보면, 피고인들이 분쟁의 중심에 있는 을을 직접 찾아가 면담하는 이외에는 다른 방도가 없다는 판단 아래 을과 면담을 추진하는 과정에서 피고인들을 막아서는 사람들과 길지 않은 시간 동안 실랑이를 벌인 것은 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위에 해당한다.

[4] 피고인들이 분쟁의 중심에 있는 공소외인을 직접 찾아가 면담하는 이외에는 다른 방도가 없다는 판단 아래 공소외인과 면담을 추진하는 과정에서 피고인들을 막아서는 사람들과 길지 않은 시간 동안 실랑이를 벌인 것은 동기

와 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성이 인정되고, 피고인들의 학습권이 헌법에 의하여 보장되는 권리라는 측면에 비추어 법익균형성도 충분히 인정된다. 나아가 학습권 침해가 예정된 이상 긴급성이 인정되고, 피고인들이 선택할 수 있는 법률적 수단이 더 이상 존재하지 않는대거나 다른 구제절차를 모두 취해본 후에야 면담 추진 등이 가능하다고 할 것은 아니므로 보충성도 인정된다. 그렇지 않고 긴급성·보충성을 별도로 갖추지 않았다는 이유로 정당행위 성립을 부정한다면 일반적·보충적 위법성조각사유로서의 정당행위를 규정한 입법 취지 및 사회상규의 의미에 배치될 수 있다. 그렇다면 피고인들의 행위가 정당행위로 인정될 수 있다(대법원2023. 5. 18. 선고2017도2760판결). 결국, 위력에 의한 업무방해죄가 성립하지 않는다.

① (X) [1] 협박죄에 있어서의 협박이라 함은 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해악을 고지하는 것을 말하고 협박죄가 성립하기 위하여는 적어도 발생 가능한 것으로 생각될 수 있을 정도의 구체적인 해악의 고지가 있어야 하며, 해악의 고지가 있다 하더라도 그것이 사회의 관습이나 윤리관념 등에 비추어 사회통념상 용인될 정도의 것이라면 협박죄는 성립하지 않는다. 이러한 의미의 협박행위 내지 협박의 고의가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 전후 상황을 종합하여 판단해야 할 것이다. [2] 그리고 채권자가 채권추심을 위하여 독촉 등 권리행사에 필요한 행위를 할 수 있기는 하지만, 법률상 허용되는 정당한 절차에 의한 것이어야 하며, 또한 채무자의 자발적 이행을 촉구하기 위해 필요한 범위 안에서 상당한 방법으로 그 권리가 행사되어야 한다.

[3] 사채업자인 피고인은 피해자에게, 채무를 변제하지 않으면 피해자가 숨기고 싶어하는 과거의 행적과 사채를 쓴 사실 등을 남편과 시댁에 알리겠다는 등의 문자메시지를 발송하였다는 것인바, 이는 피해자에게 공포심을 일으키기에 충분하다고 보아야 할 것이고, 그 밖에 피고인이 고지한 해악의 구체적인 내용과 표현방법, 피고인이 피해자에게 위와 같은 해악을 고지하게 된 경위와 동기 등 제반 사정 등을 종합하면, 피고인에게 협박의 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있으며, 피고인이 정당한 절차와 방법을 통해 그 권리를 행사하지 아니하고 피해자에게 위와 같이 해악을 고지한 것이 사회의 관습이나 윤리관념 등 사회통념에 비추어 용인할 수 있는 정도의 것이라고 볼 수는 없다.

[4] 따라서 사채업자인 피고인이 채무자 갑에게, 채무를 변제하지 않으면 갑이 숨기고 싶어하는 과거 행적과 사채를 쓴 사실 등을 남편과 시댁에 알리겠다는 등의 문자메시지를 발송한 경우, 피고인에게 협박죄를 인정하는 한편 위와 같은 행위가 정당행위에 해당하지 아니한다(대법원2011. 5. 26. 선고2011도2412판결).

② (X) 갑 주식회사가 피고인에게 공립유치원(공무소)의 놀이시설 제작 및 설치공사를 하도급주었는데, 피고인이 유치원 행정실장 등에게 공사대금의 직접 지급을 요구하였으나 거절당하자 놀이시설의 일부인 보호대를 칼로 뜯어내고 일부 놀이시설은 철거하는 방법으로 공무소에서 사용하는 물건을 손상하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인에게 공사대금 직불청구권이 있고 놀이시설의 정당한 유치권자로서 공사대금 채권을 확보할 필요가 있었다고 하더라도, 위와 같은 피고인의 행위가 수단과 방법의 상당성이 인정된다거나 공사대금 확보를 위한 유치권을 행사하는 데에 긴급하고 불가피한 수단이었다고 볼 수 없다(대판2017.5.30. 2017도2758). 결국, 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 아니하고, 형법 제141조 제1항의 공용물건손상죄가 성립한다.

③ (X) [1] 피고인의 가옥 앞 도로가 폐기물 운반 차량의 통행로로 이용되어 가옥 일부에 균열 등이 발생하자 피고인이 위 도로에 트랙터를 세워두거나 철책 펜스를 설치함으로써 위 차량의 통행을 불가능하게 하거나 위 차량들의 앞을 가로막고 앉아서 통행을 일시적으로 방해한 경우, 전자의 경우에만 일반교통방해죄를 구성한다.

[2] 피고인이 이 사건 도로에 트랙터를 세워두거나 철책 펜스를 설치하여 노폭을 현저하게 제한함으로써 종전에는 통행이 가능하던 차량의 통행을 불가능하게 한 행위는 일반교통방해죄를 구성한다고 봄이 상당하고, 나아가 피고인이 이 사건 도로를 가로막고 앉아서 위 차량의 통행을 일시적으로 방해한 행위가 교통을 방해하여 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 행위라고 보기는 어려우므로, 피고인의 이러한 행위까지 일반교통방해죄에 해당한다고 볼 수 없다.

[3] 위 차량들의 통행으로 인하여 피고인의 가옥에 균열이 발생한 사정 등이 있다고 하더라도, 피고인이 위 차량들의 통행을 금지하는 가처분 등의 방법을 이용하지 아니한 채 이 사건 통행 방해 행위에 이른 점에 비추어 그 행위의 수단이나 방법에 상당성이 있다고 보기 어렵고, 긴급성이나 보충성의 요건을 갖추었다고 보기도 어렵다 할 것이므로, 피고인의 이 사건 통행 방해 행위를 정당행위로 볼 수 없다(대판2009.1.30. 2008도10560).

6. 다음 사례에 대하여 위법성 인식의 체계적 지위에 관한 학설의 설명으로 가장 적절한 것은?

| |
|--|
| A는 관장 B가 운영하는 복싱클럽에 회원등록을 한 후 등록을 취소하는 문제로 B로부터 질책을 들은 다음 약 1시간이 지나 다시 복싱클럽을 찾아와 B에게 항의를 하였다. 그 과정에서 A와 B가 |
|--|

서로 떡살을 잡아당기거나 뒤엉켜 몸싸움을 벌였다. 이를 지켜보던 코치 甲은 A가 왼손을 주머니에 넣어 특정한 물건을 꺼내 움켜쥐자, 조금만 주의를 기울였으면 흥기가 아니라는 것을 알 수 있었음에도 불구하고 B를 찌르기 위해 흥기를 꺼낸다고 오인하여 A를 다치게 해서라도 이를 막고자 A의 왼손을 때려 손가락 골절상을 입혔다. 그러나 A가 움켜쥔 물건은 휴대용 녹음기로 밝혀졌다.

- ① 엄격고의설에 따르면 甲에게는 A에 대한 상해죄의 고의가 인정된다.
- ② 제한고의설에 따르면 甲이 현실적으로 자신의 행위가 위법하다고 인식하지 못했지만 위법성을 인식할 가능성이 있었기에 甲에게는 A에 대한 과실치상죄가 성립한다.
- ③ 엄격책임설에 따르면 甲에게는 A에 대한 상해죄의 고의가 조각된다.
- ④ 법효과 제한책임설에 따르면 甲에게는 A에 대한 과실치상죄가 성립한다.

→ 정답 ④ (○)사례의 경우는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오(줄여서 위전착 : 오상방위)의 문제이다. 법효과 제한적 책임설은 구성요건적 고의(불법고의)는 조각되지 아니하나, 착오로 인하여 행위자의 심정반가치를 인정할 수 없으므로 책임고의가 조각되어 그 법적 효과에 있어서만 구성요건적 고의가 조각된 것처럼 과실범의 문제로 취급하자는 견해이다. 이 견해에 따를 때 같은 상해의 책임고의가 조각되므로 상해죄가 성립하지 않고, 과실치상죄가 성립할 뿐이다.

① (X) 엄격고의설에 의하면 위법성 인식은 책임고의의 내용이므로 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오가 있으면 위법성의 인식이 없으므로 같은 상해의 책임고의가 조각되므로 상해죄가 성립하지 않고, 과실치상죄가 성립할 뿐이다.

② (X) [1] 제한적 고의설은 위법성 인식의 '가능성'만 있으면(과실로 인해 위법성을 인식을 못한 경우 또는 위법성을 인식하지 못하는데에 과실이 있으면) 고의가 인정되고, 위법성인식의 가능성조차도 없는 경우에만 고의가 조각된다고 보는 견해이다. 따라서 같은 위법성을 인식할 가능성은 있었으므로, 고의가 인정되어 상해죄가 성립한다.
[2] 이 견해는 과실로 위법성을 인식하지 못한 경우에는 고의책임을 인정하므로 과실을 고의로 보아 논리일관성이 없다는 비판이 제기된다.

③ (X) [1] 엄격책임설은 위전착을 금지의 착오로 보아 일단 상해의 고의가 인정되고, 정당한 이유가 있는 때에는 책임이 조각될 뿐이다(위전착에 관한 학설 중 가장 불리한 학설이다)

[2] 갑에게 정당한 이유가 있었다면 상해죄는 성립하지 않는다. 그러나 위 사례에서는 정당한 이유가 없으므로(회피할 가능성이 있었다 : 조금만 주의를 기울였으면 흥기가 아니라는 것을 알 수 있었음), 같은 상해의 고의가 인정되어 상해죄가 성립한다.

7. 결과적 가중범과 과실범에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉠ 「형법」 제188조의 교통방해치사상죄가 성립하려면 교통방해행위와 사상의 결과 사이에 상당인과관계가 있어야 하고 행위시에 결과의 발생을 예견할 수 있어야 한다. 그 행위와 결과 사이에 피해자나 제3자의 과실 등 다른 사실이 개입되었을지라도 그와 같은 사실이 통상 예견될 수 있는 것이라면 상당인과관계가 인정된다.

㉡ 「형법」상 결과적 가중범이 성립하기 위해서는 고의나 과실에 의한 기본범죄가 있어야 하고, 이로 인해 중한 결과가 발생하여야 한다.

㉢ 결과적 가중범의 공동정범이 성립하기 위해서는 기본행위를 공동으로 할 의사뿐만 아니라 결과를 공동으로 할 의사도 필요하다.

㉣ 실화죄에 있어서 공동의 과실이 경합되어 화재가 발생한 경우, 적어도 각 과실이 화재의 발생에 대하여 하나의 조건이 되었다면 그 공동적 원인을 제공한 사람들은 각자 실화죄의 책임을 진다.

- ① ㉠㉡
- ② ㉢㉣
- ③ ㉠㉣
- ④ ㉠㉢

→ 정답 ② ㉢㉣(2개)은 옳은 지문이나, ㉢㉣(2개)은 틀린 지문이다.

㉠ (○) [1] 형법 제188조에 규정된 교통방해에 의한 치사상죄는 결과적 가중범이므로, 위 죄가 성립하려면 교통방해 행위와 사상의 결과 사이에 상당인과관계가 있어야 하고 행위 시에 결과의 발생을 예견할 수 있어야 한다. 그리고 교통방해 행위가 피해자의 사상이라는 결과를 발생하게 한 유일하거나 직접적인 원인이 된 경우만이 아니

라, 그 행위와 결과 사이에 피해자나 제3자의 과실 등 다른 사실이 개재된 때에도 그와 같은 사실이 통상 예견될 수 있는 것이라면 상당인과관계를 인정할 수 있다.

[2] 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(대법원2014. 7. 24. 선고2014도6206판결). 결국, 피고인에게 일반교통방해치사상죄를 인정한다.

㉔ (X) 현행 형법전은 결과적 가중범이 성립하기 위해서 기본범죄는 반드시 고의범이어야 한다(기본범죄는 고의범으로 한정하고 있다). 따라서 기본범죄가 과실로 행하는 과실에 의한 결과적 가중범은 인정되지 않는다.

㉕ (X) [1] 결과적 가중범의 공동정범은 기본행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립하고 결과를 공동으로 할 의사까지는 요하지 않는다(대법원2008. 6. 26. 선고2007도6188판결).

[2] 결과적가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요없다 할 것이므로 패싸움중 한사람이 칼로 찔러 상대방을 죽게한 경우에 다른 공범자가 그 결과 인식이 없다 하여 상해치사죄의 책임이 없다고 할 수 없다(대법원1978. 1. 17. 선고77도2193판결).

㉖ (○) [1] 형법이 금지하고 있는 범의치사의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있는데도 결과발생을 용인하고 방관한 채 의무를 이행하지 아니한 것이 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면 부작위범으로 처벌할 수 있다. 실화죄에 있어서 공동의 과실이 경합되어 화제가 발생한 경우 적어도 각 과실이 화제의 발생에 대하여 하나의 조건이 된 이상은 그 공동적 원인을 제공한 사람들은 각자 실화죄의 책임을 면할 수 없다(대법원2023. 3. 9. 선고2022도16120판결).

[2] 갑과 을(피고인들)이 분리수거장 방향으로 담배꽂초를 던져 버리는 한편, 피고인들 각자 본인 및 상대방이 버린 담배꽂초 불씨가 살아 있는지를 확인하고 이를 완전히 제거하는 등 화제를 미리 방지할 주의의무가 있음에도 이를 게을리 한 채 만연히 현장을 떠난 과실이 인정되고 이러한 피고인들 각자의 과실이 경합하여 이 사건 화제를 일으켰다고 보아야 하므로, 피고인들 각자의 실화죄 책임을 인정하여야 한다(대법원2023. 3. 9. 선고2022도16120판결).

8. 미수에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이있는 경우 판례에 의함)

① 甲은 A가 술에 만취하여 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 A를 간음하였으나, 실제로는 A가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않았던 경우, 甲에게는 준강간죄의 불능미수가 성립한다.

② 甲은 A가 운영하는 주점에서 양주를 절취할 목적으로 야간에 그 주점의 잠금장치를 뜯고 침입하여 주점 내 진열장에 있던 양주를 미리 준비한 바구니에 담던 중, A가 주점으로 돌아오는 소리가 들려 양주를 주점에 그대로 둔 채 도망가다가 A에게 붙잡히자 체포를 면탈하기 위해 A를 폭행한 경우, 甲에게는 준강도죄의 미수범이 성립한다.

③ 甲이 금품을 훔칠 목적으로 A의 집에 담을 넘어 침입한 후 부엌에서 금품을 물색하던 중 발각되어 도주한 경우, 甲에게는 절도죄의 실행의 착수가 인정되지 않는다.

④ 甲이 A를 강간하려고 속옷을 강제로 벗기고 음부를 만지던 중 A가 수술한 지 얼마 되지 않아 배가 아프다면서 애원하는 바람에 간음행위를 중단한 경우, 甲에게는 중지미수의 성립요건인 ‘자의성’이 인정되지 않는다.

→ 정답 ③ (X) [1] 금품을 훔칠 목적으로 피해자의 집에 담을 넘어 침입하여 그 집 부엌에서 금품을 물색하던 중에 발각되어 도주한 것이라면 이는 절취행위에 착수한 것이라고 보아야 한다.

[2] 피고인을 절도미수죄로 의율한 조처는 정당하다(대법원1987. 1. 20. 선고86도2199,86감도245판결).

① (○) [1] 형법 제27조는 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라고 규정하여 불능미수범을 처벌하고 있다. 한편 불능범과 구별되는 불능미수의 성립요건인 ‘위험성’은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다(대법원은 위험성의 판단기준에 관하여 추상적 위험설을 취

한다).

[2] 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간죄에서 규정하고 있는 구성요건적 결과의 발생이 처음부터 불가능하였고 실제로 그러한 결과가 발생하였다고 할 수 없다. 피고인이 준강간의 실행에 착수하였으나 범죄가 기수에 이르지 못하였으므로 준강간죄의 미수범이 성립한다. 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었으므로 준강간죄의 불능미수가 성립한다.

[3] 피고인은 2017. 4. 17. 22:30경 자신의 집에서 피고인의 처, 피해자와 함께 술을 마시다가 다음 날 01:00경 피고인의 처가 먼저 잠이 들고 02:00경 피해자도 안방으로 들어가자 피해자를 따라 들어간 뒤, 누워 있는 피해자의 옆에서 피해자의 가슴을 만지고 팬티 속으로 손을 넣어 음부를 만지다가 바지와 팬티를 벗긴 후 1회 간음하여 강간하였다. 피해자가 실제로는 반항이 불가능할 정도로 술에 취하지 아니하여 항거불능의 상태에 있는 피해자를 강간할 수 없음에도 불구하고, 피해자가 술에 만취하여 항거불능의 상태에 있다고 오인하여 누워 있는 피해자를 위와 같은 방법으로 1회 간음하였다. 이로써 피고인은 피해자의 항거불능 상태를 이용하여 피해자를 강간하려 하다가 미수에 그쳤다하여 준강간죄의 불능미수를 인정하였다(대법원2019. 3. 28. 선고2018도16002 전원합의체 판결).

② (○) [1] [다수의견] 형법 제335조에서 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 준강도로서 강도죄의 예에 따라 처벌하는 취지는, 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재물탈취와 폭행·협박 사이에 시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐 실질적으로 위법성이 같다고 보기 때 문인바, 이와 같은 준강도죄의 입법 취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다.

[2] 절도미수범이 체포를 면탈할 목적으로 폭행한 행위에 대하여 준강도미수죄로 의율한다.

[3] 甲과 乙이 합동하여 양주를 절취할 목적으로 장소를 물색하던 중, 06:30경 5층 건물 중 2층 피해자 A가 운영 하는 주점에 이르러, 을은 1층과 2층 계단 사이에서 갑과 무전기로 연락을 취하면서 망을 보고, 갑은 위 주점의 잠금장치를 뜯고 침입하여 위 주점 내 진열장에 있던 양주 45병 시가 1,622,000원 상당을 미리 준비한 바구니 3 개에 담고 있던 중, 계단에서 서성거리고 있던 乙을 수상히 여기고 위 주점 종업원 B, C가 주점으로 돌아오려는 소리를 듣고서 양주를 그대로 둔 채 출입문을 열고 나오다가 B가 갑을 붙잡자, 체포를 면탈할 목적으로 갑의 목을 잡고 있던 B의 오른손을 깨무는 등 폭행한 사실을 인정한 다음, 갑을 준강도미수죄로 의율·처단하였다(대법원 2004. 11. 18. 선고2004도5074 전원합의체 판결).

④ (○) 피고인 갑, 을, 병이 강도행위를 하던 중 피고인 갑, 을은 피해자를 강간하려고 작은 방으로 끌고가 팬티를 강제로 벗기고 음부를 만지던 중 피해자가 수술한 지 얼마 안되어 배가 아프다면서 애원하는 바람에 그 뜻을 이루지 못하였다면, 강도행위의 계속 중 이미 공포상태에 빠진 피해자를 강간하려고 한 이상 강간의 실행에 착수한 것이고, 피고인들이 간음행위를 중단한 것은 피해자를 불쌍히 여겨서가 아니라 피해자의 신체조건상 강간을 하기에 지장이 있다고 본 데에 기인한 것이므로, 이는 일반의 경험상 강간행위를 수행함에 장애가 되는 외부적 사정에 의하여 범행을 중지한 것에 지나지 않는 것으로서 중지범의 요건인 자의성을 결여한 것이라 보아야 할 것이다(대법원 1992. 7. 28. 선고92도917 판결). 결국, 강도강간미수가 중지범의 요건인 자의성을 결여하였다.

9. 공동정범과 간접정범에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 포괄일죄의 범행 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 그 가담 이후의 범행에 대해서만 공동정범으로 책임을 지고, 그 가담 이전에 이미 이루어진 종전의 범행을 인식하고 범행에 가담한 경우라도 그 가담 이전의 범행에 대해서는 공동정범으로 책임을 지지 않는다.

② 수표금액의 지급 또는 거래지치처분을 면탈 목적으로 금융기관에 허위신고한 자를 처벌하는 구 「부정수표 단속법」 제4조의 허위신고죄와 관련하여, 발행인이 아닌 자는 허위신고의 고의가 없는 발행인을 이용하여 간접정범의 형태로 구 「부정수표 단속법」 제4조의 허위신고죄를 범할 수 없다.

③ 비공무원 甲이 소속 예비군동대 방위병 乙에게 ‘자신이 예비군 훈련에 불참했으나 예비군훈련 참가 확인서를 발급해 달라’는 취지의 부탁을 하자, 확인서 작성권자인 동대장 A의 직무를 보좌하는 乙은 이를 A에게 보고하여 甲의 불참 사실을 모르는 A로부터 甲의 예비군훈련 참가 여부를 확인하여 확인서를 발급하도록 지시받았으나 미리 A의 직인을 찍어 보관하고 있던 용지를 이용하여 확인서를 발급해 준 경우, 甲에게는 허위공문서작성죄의 간접정범의 공범이 성립하지 않는다.

④ 공동정범의 본질에 관한 범죄공동설에 따르면, 고의범과 과실범 상호간에는 공동정범이 인정되지

않는다.

→ 정답 ③ (X) [1] 공문서의 작성권한이 있는 공무원의 직무를 보좌하는 자가 그 직위를 이용하여 행사할 목적으로 허위의 내용이 기재된 문서 초안을 그 정을 모르는 상사에게 제출하여 결재하도록 하는 등의 방법으로 작성권한이 있는 공무원으로 하여금 허위의 공문서를 작성하게 한 경우에는 간접정범이 성립되고 이와 공모한 자 역시 그 간접정범의 공범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이고, 여기서 말하는 공범은 반드시 공무원의 신분인 자로 한정되는 것은 아니라고 할 것이다.

[2] 비공무원 甲은 예비군훈련을 받은 사실이 없음에도 불구하고 소속 예비군동대 방위병 乙에게 ‘자신이 예비군 훈련에 불참했으나 예비군훈련 참가 확인서를 발급해 달라’는 취지의 부탁을 하자, 확인서 작성권자인 동대장 A의 직무를 보좌하는 乙은 이를 A에게 보고하여 甲의 불참 사실을 모르는 A로부터 甲의 예비군훈련 참가 여부를 확인하여 확인서를 발급하도록 지시받았으나 미리 A의 직인을 찍어 보관하고 있던 용지를 이용하여 확인서를 발급해 준 경우, 방위병인 乙은 공문서작성권한이 있는 A를 보좌하는 자신의 직위를 이용하여 정을 모르는 그 작성권자인 A로 하여금 허위의 공문서를 작성하게 함으로써 허위공문서작성죄의 간접정범인 죄책을 지게 되었다 할 것이니 그와 공모한 갑도 신분이 공무원인지 여부에 관계없이 그 공범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다(대법원1992. 1. 17. 선고91도2837판결).

① (○) 포괄일죄의 범행 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 비록 그가 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 진다(대법원1997. 6. 27. 선고97도163판결).

② (○) 부정수표단속법 제4조가 ‘수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목적’을 요건으로 하고, 수표금액의 지급책임을 부담하는 자 또는 거래정지처분을 당하는 자는 발행인에 국한되는 점에 비추어 볼 때 그와 같은 발행인이 아닌 자는 부정수표단속법 제4조가 정한 허위신고죄의 주체가 될 수 없고, 발행인이 아닌 자는 허위신고의 고의 없는 발행인을 이용하여 간접정범의 형태로 허위신고죄를 범할 수도 없다(대법원 2007.03.15. 선고 2006도7318 판결).

④ (○) 공동정범의 본질론은 공동정범에 있어서 “2인 이상이 공동하여”라고 할 경우에 이 공동이 ‘무엇’을 공동으로 한다는 의미인가에 대한 논의이다. 이에 대해 범죄공동설과 행위공동설의 견해가 대립하고 있다. 범죄공동설은 2인 이상의 자가 모두 고의범일 때만(고의범과 고의범 상호간에만) 공동정범이 성립하므로, 고의범과 과실범 상호간에는 공동정범이 인정되지 않는다.

| ★ 공동정범의 본질(범죄공동설과 행위공동설) | | |
|--------------------------|---------------------------------------|---|
| 구분 | 범죄공동설(다수설) | 행위공동설 |
| 이론적 배경 | 객관주의 범죄론 | 주관주의 범죄론 |
| 공동정범의 개념 | 수인이 ‘1개의 범죄’를 공동으로 실행하는 것 | 수인이 각자 자기의 ‘행위’를 실행하는 것 |
| 공동의 의미 | 수인 사이에 특정한 범죄를 공동으로 한다는 ‘고의’의 공동성을 요함 | 수인 사이에 사실상의 행위를 공동으로 한다는 인식(고의)이 있으면 성립 |
| 과실범의 공동정범 | 부정(고의의 공동성이 없으므로) | 인정(행위의 공동성이 있으므로) |
| 고의·과실범의 공동정범 | 부정(고의의 공동성이 없으므로) | 인정(행위의 공동성이 있으므로) |
| 편면적 공동정범 | 부정 | 인정 |
| 승계적 공동정범 | 부정(중범성립) | 인정 |
| 공모공동정범 | 부정 | 부정(행위의 공동성이 없으므로) |

10. 교사범과 방조범에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 교사자의 교사행위에 의해 정범이 범죄의 실행을 결의하게 되었다면, 비록 정범에게 범죄의 습벽이 있어 그 습벽과 함께 교사행위가 원인이 되어 정범이 범죄를 실행하게 되었다고 하더라도 교사범이 성립한다.

② 甲이 乙에게 A의 주거에 침입할 것을 교사하였으나 乙은 A의 승낙을 얻어 정당하게 A의 주거에 들어간 경우, 공범중속성설 중 제한중속형식에 의하면 甲에게는 주거침입죄의 교사범이 성립하지 않

는다.

③ 도박의 습벽이 있는 甲이 도박의 습벽이 없는 乙의 도박을 방조한 경우, 甲에게는 상습도박죄의 방조범이 성립한다.

④ 甲으로부터 A의 불륜관계를 이용해 A를 공갈할 것을 교사받은 乙은 A의 불륜 현장을 촬영한 후 그 사실을 甲에게 알렸으나, 甲이 乙에게 수고비를 줄테니 촬영물을 넘기고 공갈을 단념하라고 만류 하였음에도, 乙이 甲의 제안을 명시적으로 거절하고 돈을 주지 않으면 촬영물을 유폐하겠다고 A에게 겁을 주어 돈을 받아낸 경우, 甲은 공갈죄의 공범관계에서 이탈한 것으로 볼 수 있다.

→ 정답 ④ (X) [1] 교사범이란 정범인 피교사자로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립하는 것이고, 교사범을 처벌하는 이유는 이와 같이 교사범이 피교사자로 하여금 범죄 실행을 결의하게 하였다는 데에 있다. 따라서 교사범이 그 공범관계로부터 이탈하기 위해서는 피교사자가 범죄의 실행행위에 나아가기 전에 교사범에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의를 해소하는 것이 필요하고, 이때 교사범이 피교사자에게 교사행위를 철회한다는 의사를 표시하고 이에 피교사자도 그 의사에 따르기로 하거나 또는 교사범이 명시적으로 교사행위를 철회함과 아울러 피교사자의 범죄 실행을 방지하기 위한 진지한 노력을 다하여 당초 피교사자가 범죄를 결의하게 된 사정을 제거하는 등 제반 사정에 비추어 객관적·실질적으로 보아 교사범에게 교사의 고의가 계속 존재한다고 보기 어렵고 당초의 교사행위에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의가 더 이상 유지되지 않는 것으로 평가할 수 있다면, 설사 그 후 피교사자가 범죄를 저지르더라도 이는 당초의 교사행위에 의한 것이 아니라 새로운 범죄 실행의 결의에 따른 것이므로 교사자는 형법 제31조 제2항에 의한 죄책을 부담함은 별론으로 하고 형법 제31조 제1항에 의한 교사범으로서의 죄책을 부담하지는 않는다고 할 수 있다.

[2] 갑은 을에게 전화하여 ○○은행 노조위원장인 피해자 A의 불륜관계를 이용하여 공갈할 것을 교사한 사실, 이에 을은 A를 미행하여 A가 B녀와 함께 호텔에 들어가는 현장을 카메라로 촬영한 후 갑에게 이를 알린 사실, 그러나 갑은 을에게 여러 차례 전화하여 그 동안의 수고비로 500만 원 내지 1,000만 원을 줄 테니 촬영한 동영상상을 넘기고 A를 공갈하는 것을 단념하라고 하여 범행에 나아가는 것을 만류한 사실, 그럼에도 을은 갑의 제안을 거절하고 그동안 촬영한 동영상상을 A의 핸드폰에 전송하고 전화나 문자메시지 등으로 1억 원을 주지 않으면 B녀와 호텔에 들어간 동영상상을 가족과 회사에 유폐하겠다고 A에게 겁을 주어 A로부터 현금 500만 원을 교부받은 사실을 인정하였다.

[3] 갑은 을로 하여금 이 사건 공갈 범죄의 실행을 결의하게 하였고, 갑의 교사에 의하여 범죄 실행을 결의하게 된 을이 그 실행행위에 나아가기 전에 A로부터 범행을 만류하는 전화를 받기는 하였으나 이를 명시적으로 거절함으로써 여전히 갑의 교사 내용과 같은 범죄 실행의 결의를 그대로 유지하였으며, 그 결의에 따라 실제로 피해자를 공갈하였음을 알 수 있다. 따라서 갑의 교사행위와 을의 공갈행위 사이에는 상당인과관계가 인정된다 할 것이고, 갑의 만류행위가 있었지만 을이 이를 명시적으로 거절하고 당초와 같은 범죄 실행의 결의를 그대로 유지한 것으로 보이는 이상, 갑이 공범관계에서 이탈한 것으로 볼 수도 없다(대법원2012. 11. 15.선고2012도7407판결). 결국, 교사자 갑이 전화로 범행을 만류하는 취지의 말을 한 것만으로는 갑의 교사행위와 을의 실행행위 사이에 인과관계가 단절되었다거나 갑이 공범관계에서 이탈한 것으로 볼 수 없다.

① (○) [1] 교사범이란 타인(정범)으로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립하는 것이고 피교사자는 교사범의 교사에 의하여 범죄실행을 결의하여야 하는 것이므로, 피교사자가 이미 범죄의 결의를 가지고 있을 때에는 교사범이 성립할 여지가 없다.

[2] 막연히 “범죄를 하라”거나 “절도를 하라”고 하는 등의 행위만으로는 교사행위가 되기에 부족하다 하겠으나, 타인으로 하여금 일정한 범죄를 실행할 결의를 생기게 하는 행위를 하면 되는 것으로서 교사의 수단방법에 제한이 없다 할 것이므로, 교사범이 성립하기 위하여는 범행의 일시, 장소, 방법 등의 세부적인 사항까지를 특정하여 교사할 필요는 없는 것이고, 정범으로 하여금 일정한 범죄의 실행을 결의할 정도에 이르게 하면 교사범이 성립된다.

[3] 피고인이 갑, 을, 병이 절취하여 온 장물을 상습으로 19회에 걸쳐 시가의 3분의1 내지 4분의 1의 가격으로 매수하여 취득하여 오다가, 갑, 을에게 일제 도라야바 1개를 사주면서 “병이 구속되어 도망다니려면 돈도 필요할 텐데 열심히 일을 하라(도둑질을 하라)”고 말하였다면, 그 취지는 종전에 병과 같이 하던 범위의 절도를 다시 계속 하면 그 장물은 매수하여 주겠다는 것으로서 절도의 교사가 있었다고 보아야 한다.

[4] 교사범의 교사가 정범이 죄를 범한 유일한 조건일 필요는 없으므로, 교사행위에 의하여 정범이 실행을 결의하게 된 이상 비록 정범에게 범죄의 습벽이 있어 그 습벽과 함께 교사행위가 원인이 되어 정범이 범죄를 실행한 경우에도 교사범의 성립에 영향이 없다(대법원1991. 5. 14.선고91도542판결).

② (○) [1] 乙은 A의 승낙을 얻어 정당하게 A의 주거에 들어간 경우, 주거침입죄는 허락을 받고 들어갔다면 승낙(제24조의 위법성 조각사유)이 아닌 양해로서 애초부터 구성요건해당성이 배제된다.

[2] 공범중속성설의 공범 중속성 정도에 관한 제한중속형식(통설·판례)은 교사범(갑)이 성립하려면 정범(을)의 행위가 구성요건에 해당하고 위법성까지 있어야 하는데, 을의 행위가 애초부터 구성요건해당성자체도 없으므로, 제한중속형식에 의하면 甲에게는 주거침입죄의 교사범이 절대로 성립할 수 없다.

③ (○) 상습도박의 죄나 상습도박방조의 죄에 있어서의 상습성은 행위의 속성이 아니라 행위자의 속성으로서 도박을 반복해서 거듭하는 습벽을 말하는 것인 바, 도박의 습벽이 있는 자가 타인의 도박을 방조하면 상습도박방조의 죄에 해당하는 것이며, 도박의 습벽이 있는 자가 도박을 하고 또 도박방조를 하였을 경우 상습도박방조의 죄는 무거운 상습도박의 죄에 포괄시켜 1죄로서 처단하여야 한다(대법원1984. 4. 24. 선고84도195판결). 결국, 선지의 경우에는 제33조 단서가 적용되어 신분 때문에 형의 경중이 달라지는 경우에 신분이 없는 乙은 무거운 형으로 벌하지 아니하므로 단순도박죄만 성립하나, 도박의 습벽이 있는 갑(상습범도 신분자임)은 상습도박방조죄로 처벌한다.

11. 죄수에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 하나의 사건에 관하여 한 번 선서한 증인이 같은 기일에 여러 가지 사실에 관하여 기억에 반하는 허위의 진술을 한 경우, 1개의 위증죄만이 성립한다.

② 한 개의 행위가 서로 다른 둘 이상의 구성요건을 실현하는 경우에는 상상적 경합이 성립하나, 한 개의 행위가 동일한 구성요건을 2회 이상 실현하는 경우에는 상상적 경합이 성립하지 않는다.

③ 주식회사의 대표이사가 타인을 기망하여 그 회사가 발행하는 신주를 인수하게 한 후 그로부터 납입받은 신주인수대금을 보관하던 중 횡령한 경우, 신주인수대금을 횡령한 행위는 사기죄의 불가벌적 사후행위에 해당하지 않는다.

④ 같은 날 무면허운전 행위를 여러 차례 반복한 경우, 그 범의의 단일성 내지 계속성이 인정되지 않거나 범행 방법 등이 동일하지 않다면 각 무면허운전 범행은 실체적 경합 관계에 있다.

→ 정답 ② (X) 상상적 경합이란 한 개의 행위가 여러 개의 죄에 해당하는 경우를 말한다. 이러한 상상적 경합에는 1개의 행위로 수개의 동일구성요건을 실현하는 동종(같은 종류)의 상상적 경합(예. 1개의 폭탄 투척행위로 2인을 살해(살인죄와 살인죄)한 경우)과 1개의 행위로 수개의 다른 구성요건을 실현하는 이종의 상상적 경합(예. 1개의 폭탄 투척으로 1인을 살해(살인죄)하고 국가 건물을 파괴(공용물 파괴죄)한 경우)이 있다. 따라서 상상적 경합에는 동종의 상상적 경합과 이종의 상상적 경합이 있다(2개가 있다).

① (○) [1] 하나의 사건에 관하여 한 번 선서한 증인이 같은 기일에 여러 가지 사실에 관하여 기억에 반하는 허위의 진술을 한 경우 이는 하나의 범죄의사에 의하여 계속하여 허위의 진술을 한 것으로서 포괄하여 1개의 위증죄를 구성하는 것이고, 각 진술마다 수 개의 위증죄를 구성하는 것이 아니다(대법원1998. 4. 14. 선고97도3340판결).

[2] 행정소송사건의 같은 심급에서 변론기일을 달리하여 수차 증인으로 나가 수 개의 허위진술을 하더라도 최초 한 선서의 효력을 유지시킨 후 증언한 이상 1개의 위증죄를 구성함에 그친다. 따라서 원심이 이 사건 제3차 변론기일에서의 증언이 무죄로 확정되었다는 이유로 이 사건 제1차 변론기일 및 제3차 변론기일에서의 증언을 허위진술이라는 이 사건 공소사실에 대하여 면소의 판결을 선고한 것은 정당하다(대법원2007. 3. 15. 선고2006도9463판결). 결국, 같은 심급에서 변론기일을 달리하여 수차에 걸쳐 허위진술을 하는 경우에도 위증죄의 포괄일죄에 해당한다.

③ (○) [1] 주식회사의 주주 겸 대표이사가 장차 신주발행절차에서 자신이 취득하게 될 주식을 타인에게 매도하고자 하면서 다만 양도소득세 등의 부담을 피하기 위해 주식매수인이 회사에 대해 직접 신주를 인수하는 절차를 취한 경우, 회사에 대한 관계에서 신주인수인은 대표이사가 아니라 주식매수인이므로 대표이사가 주식매수인으로 부터 받은 주식매매대금은 신주인수대금으로서 이를 보관 중 개인적인 용도로 사용하였다면 횡령죄를 구성한다.

[2] 주식회사의 대표이사가 타인을 기망하여 회사가 발행하는 신주를 인수하게 한(사기죄) 다음 그로부터 납입받은 신주인수대금을 보관하던 중 횡령한 행위(횡령죄)는 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 별죄를 구성한다(불가벌적 사후행위가 아니다).

[3] 주식매도인이 주식매수인에게 주식거래의 목적이 증자 전의 주식이 아니라 증자 후의 주식이라는 점을 제대로 알리지 않은 것이 사기죄의 기망행위에 해당한다(대법원2006. 10. 27. 선고2004도6503판결).

④ (○) [1] 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.

[2] 한편 같은 날 무면허운전 행위를 여러 차례 반복한 경우라도 그 범의의 단일성 내지 계속성이 인정되지 않거

나 범행 방법 등이 동일하지 않은 경우 각 무면허운전 범행은 실체적 경합 관계에 있다고 볼 수 있으나(예. 텍스턴과 아반테), 그와 같은 특별한 사정이 없다면 각 무면허운전 행위는 동일 죄명에 해당하는 수 개의 동종 행위가 동일한 의사에 의하여 반복되거나 접속·연속하여 행하여진 것으로 봄이 상당하고 그로 인한 피해법익도 동일한 이상, 각 무면허운전 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 한다(예. 아반테와 아반테, 텍스턴과 텍스턴).

[3] 피고인이 같은 날 자동차운전면허 없이 20:00경 춘천시 인근 도로에서 텍스턴 승용차를 운전하였다는 것과 23:20경 인근 도로에서 동일한 차량을 운전하였다는 것으로, 각 운전 시간 내지 장소에 일부 차이가 있을 뿐 피고인이 같은 날 동일한 차량을 무면허로 운전하려는 단일하고 계속된 범의 아래 동종의 범행을 같은 방법으로 반복한 것으로 보이고, 달리 그 범의가 갱신되었다거나 범행 방법 등에 차이가 존재한다고 보기 어렵다. 따라서 사회통념상 하나의 도로교통법 위반(무면허운전) 행위로 평가할 수 있으므로 포괄하여 일죄에 해당한다(대법원2022. 10. 27. 선고 2022도8806 판결).

12. 형벌에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는경우 판례에 의함)

- ① 「형법」 제48조 제1항의 ‘범인’에는 공범자도 포함되므로 피고인의 소유물은 물론 공범자의 소유물도 그 공범자의 소주여부를 불문하고 몰수할 수 있고, 여기에서의 공범자에는 공동정범, 교사범, 방조범에 해당하는 자는 포함되나 필요적 공범관계에 있는 자는 포함되지 않는다.
- ② 「형법」 제48조 제1항 제1호의 ‘범죄행위에 제공하려고 한 물건’은 범죄행위에 사용하려고 준비하였으나 실제 사용하지 못한 물건을 의미하며, 어떠한 물건을 ‘범죄행위에 제공하려고 한 물건’으로서 몰수하기 위해서는 그 물건이 유죄로 인정되는 당해 범죄행위에 제공하려고 한 물건임이 인정되어야 한다.
- ③ 「형법」은 벌금형의 집행유예는 인정하나, 벌금형의 선고유예는 인정하지 않는다.
- ④ 수뢰자가 뇌물로 받은 수표를 은행에 예금한 후 그 수표금액에 상당하는 금전을 찾아 증뢰자에게 반환한 경우, 증뢰자로부터 그 가액을 추징하여야 한다.

→ 정답 ② (○) [1] 형법 제48조 제1항의 ‘범인’에는 공범자도 포함되므로 피고인의 소유물은 물론 공범자의 소유물도 그 공범자의 소주 여부를 불문하고 몰수할 수 있고, 여기에서의 공범자에는 공동정범, 교사범, 방조범에 해당하는 자는 물론 필요적 공범관계에 있는 자도 포함된다.

[2] 형법 제48조 제1항의 ‘범인’에 해당하는 공범자는 반드시 유죄의 죄책을 지는 자에 국한된다고 볼 수 없고 공범에 해당하는 행위를 한 자이면 족하므로 이러한 자의 소유물도 형법 제48조 제1항의 ‘범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하는 물건’으로서 이를 피고인으로부터 몰수할 수 있다(대법원2006. 11. 23. 선고2006도5586판결).

① (X) [1] 형법 제48조 제1항 제1호는 몰수할 수 있는 물건으로서 ‘범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건’을 규정하고 있는데, 여기서 범죄행위에 제공하려고 한 물건이란 범죄행위에 사용하려고 준비하였으나 실제 사용하지 못한 물건을 의미하는바, 형법상의 몰수가 공소사실에 대하여 형사재판을 받는 피고인에 대한 유죄판결에서 다른 형에 부가하여 선고되는 형인 점에 비추어, 어떠한 물건을 ‘범죄행위에 제공하려고 한 물건’으로서 몰수하기 위하여는 그 물건이 유죄로 인정되는 당해 범죄행위에 제공하려고 한 물건임이 인정되어야 한다.

[2] 체포될 당시에 미처 송금하지 못하고 소지하고 있던 자기앞수표나 현금은 장차 실행하려고 한 외국환거래법 위반의 범행에 제공하려는 물건일 뿐, 그 이전에 범해진 외국환거래법 위반의 ‘범죄행위에 제공하려고 한 물건’으로는 볼 수 없으므로 몰수할 수 없다(대법원2008. 2. 14. 선고2007도10034판결)

③ (X) [1] 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 다만, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다.(제62조 제1항).

[2] 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 고려하여 누우치는 정상이 뚜렷할 때에는 그 형의 선고를 유예할 수 있다. 다만, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 사람에 대해서는 예외로 한다(제59조 제1항).

④ (X) 뇌물로 받은 수표를 은행에 예금한 경우 그 예금행위는 뇌물의 처분행위에 해당하여 그 후 수뢰자가 그 액면에 상당하는 금전을 찾아서 증뢰자에게 반환하였다 하더라도 이를 뇌물 그 자체의 반환으로 볼 수 없으므로 이러한 경우에는 수뢰자(증뢰자 X)로부터 그 가액을 추징하여야 한다(대법원1970. 4. 14. 선고69도2461판결).

13. 폭행의 죄에 있어서 ‘위험한 물건’에 해당하는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국회의원이 한미 자유무역협정 비준동의안의 국회본회의 심리를 막기 위하여 의장석 앞 발언대 뒤에서 CS최루분말 비산형 최루탄 1개를 터뜨리고 최루탄 몸체에 남아있는 최루분말을 국회부의장에게 뿌린 경우, 그 최루탄과 최루분말
- ② 당구장에서 피해자가 시끄럽게 떠든다는 이유로, 주먹으로 피해자의 얼굴 부위를 1회 때리고 당구대 위에 놓여있던 당구공으로 피해자의 머리 부위를 툭툭 건드린 경우, 그 당구공
- ③ 경륜장 사무실에서 술에 취해 소란을 피우면서 소화기를 집어던졌지만, 특정인을 겨냥하여 던진 것이 아니어서 피해자들이 상해를 입지 않은 경우, 그 소화기
- ④ 이혼 분쟁 과정에서 자신의 아들을 승낙 없이 중형자동차에 태우고 떠나려고 하는 피해자들 일행을 상대로 급하게 추격 또는 제지하는 과정에서 소형자동차로 중형자동차를 충격하였으나, 차량 속도가 빠르지 않았으며 상대방 차량의 손괴정도나 피해자들이 입은 상해의 정도가 경미한 경우, 그 소형자동차

→ 정답 ① (위험한 물건 ○) 국회의원인 피고인이 한미 자유무역협정 비준동의안의 국회 본회의 심리를 막기 위하여 의장석 앞 발언대 뒤에서 CS최루분말 비산형 최루탄(제조모델 SY-44) 1개를 터뜨리고 최루탄 몸체에 남아있는 최루분말을 국회부의장 甲에게 뿌려 甲과 국회의원 등을 폭행하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 최루탄과 최루분말은 사회통념에 비추어 상대방이나 제3자로 하여금 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있도록 하기에 충분한 물건으로서 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항의 ‘위험한 물건’에 해당한다(대판2014.6.12. 2014도1894). 결국, 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기등폭행)이 된다.

② (위험한 물건 X) 당구장에서 피해자가 시끄럽게 떠든다는 이유로, 주먹으로 피해자의 얼굴 부위를 1회 때리고 그곳 당구대 위에 놓여 있던 당구공으로 피해자의 머리 부위를 수회 때려 피해자에게치료일수 불상의 입술 부위가 터지고 머리 부위가 부어오르는 상해를 가한 경우, 주먹으로 가격하여 생긴 상처가 주된 상처로 보이고 당구공으로는 피해자의 머리를 툭툭 건드린 정도에 불과하다면 위 당구공은 ‘위험한 물건’에 해당하지 않는다(대판 2008.1.17. 2007도9624).

③ (위험한 물건 X) 경륜장 사무실에서 술에 취해 소란을 피우면서 ‘소화기’를 집어던졌지만 특정인을 겨냥하여 던진 것이 아닌 점(사무실 벽에다 던짐) 등을 종합하여, 위 ‘소화기’는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항의 ‘위험한 물건’에 해당하지 않는다(대판2010.4.29. 2010도930).

④ (위험한 물건 X) [1] 어떤 물건이 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에 정한 ‘위험한 물건’에 해당하는지 여부는 구체적인 사안에서 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 이러한 판단 기준은 자동차를 사용하여 사람의 생명 또는 신체에 위험을 가하거나 다른 사람의 재물을 손괴한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

[2] 자동차를 이용하여 다른 자동차를 충격한 경우에 충격 당시 차량의 크기, 속도, 손괴 정도 등 제반 사정에 비추어 위 자동차(라노스 승용차)가 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에 정한 ‘위험한 물건’에 해당하지 않는다.

[3] 피고인(납편)이 이혼 분쟁 과정에서 유치원으로 찾아와 자신의 아들을 승낙 없이 자동차에 태우고 떠나려고 하는 피해자들 일행(장인, 장모, 처남 등 7명)을 상대로 급하게 추격 또는 제지하는 과정에서 이 사건 자동차를 사용하게 된 점, 이 사건 범행은 소형승용차(라노스)로 중형승용차(쏘나타)를 충격한 것이고, 충격할 당시 두 차량 모두 정차하여 있다가 막 출발하는 상태로서 차량 속도가 빠르지 않았으며 상대방 차량의 손괴 정도가 그다지 심하지 아니한 점, 이 사건 자동차의 충격으로 피해자들이 입은 상해의 정도가 비교적 경미한 점 등의 여러 사정을 종합하면, 피고인의 이 사건 자동차 운행으로 인하여 사회통념상 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느꼈다고 보기 어렵다고 판단하여 피고인에 대한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항 위반죄가 성립하지 아니한다(대판2009.3.26. 2007도3520).

14. 성폭력범죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 자신의 웹사이트에 아동·청소년성착취물이 저장된 다른 웹사이트로 연결되는 링크를 게시하여 불특정 또는 다수인이 링크를 이용하여 별다른 제한 없이 아동·청소년 성착취물에 바로 접할 수 있는 상태를 실제로 조성한 경우, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제11조 제3항에서 정한 아동·청소년 성착취물을 배포하거나 공연히 전시한 것으로 평가할 수 있다.
- ② 지하철 환승에스컬레이터 내에서 카메라폰으로 일정한 시간동안 피해자의 치마 속 신체 부위를 동

영상 촬영하였으나, 경찰관에게 발각되어 저장버튼을 누르지 않고 촬영을 종료한 경우, 구 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」상 카메라등 이용 촬영죄의 미수범이 성립한다.

③ 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’의 의미에 있어서 폭행행위 자체가 곧바로 추행에 해당하는 경우에는 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 아니하나, 폭행 또는 협박이 추행보다 시간적으로 앞서 그 수단으로 행해진 경우에는 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도에 이르러야 한다.

④ 피해자가 술·약물 등에 의해 완전히 의식을 잃지 않았다면 그와 같은 사유로 정상적인 판단능력과 대응·조절능력을 행사할 수 없는 상태에 있었다라도 준강제추행죄에서의 심신상실 또는 항거불능 상태에 해당한다고 볼 수 없다.

→ 정답 ① (○) [1] 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제11조 제3항은 “아동·청소년 성착취물을 배포·제공하거나 이를 목적으로 광고·소개하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 3년 이상의 징역에 처한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 아동·청소년 성착취물의 ‘배포’란 아동·청소년 성착취물을 불특정 또는 다수인에게 교부하는 것을 의미하고, ‘공연히 전시’는 행위란 불특정 또는 다수인이 실제로 아동·청소년 성착취물을 인식할 수 있는 상태에 두는 것을 의미한다. 자신의 웹사이트에 아동·청소년성착취물이 저장된 다른 웹사이트로 연결되는 링크를 게시하여 불특정 또는 다수인이 링크를 이용하여 별다른 제한 없이 아동·청소년 성착취물에 바로 접할 수 있는 상태를 실제로 조성한다면(실제로 조성되었는지 여부를 불문하고(X)), 이는 아동·청소년 성착취물을 직접 ‘배포’하거나 ‘공연히 전시’한 것과 실질적으로 다를 바 없다고 평가할 수 있으므로, 위와 같은 행위는 전체적으로 보아 아동·청소년 성착취물을 배포하거나 공연히 전시한다는 구성요건을 충족한다.

[2] 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제11조 제5항은 “아동·청소년 성착취물을 구입하거나 아동·청소년성착취물임을 알면서 이를 소지·시청한 자는 1년 이상의 징역에 처한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘소지’란 아동·청소년 성착취물을 자기가 지배할 수 있는 상태에 두고 지배관계를 지속시키는 행위를 말한다. 아동·청소년 성착취물 파일을 구입하여 시청할 수 있는 상태 또는 접근할 수 있는 상태만으로 곧바로 이를 소지로 보는 것은 소지에 대한 문언 해석의 한계를 넘어서는 것이어서 허용될 수 없으므로, 피고인이 자신이 지배하지 않는 서버 등에 저장된 아동·청소년 성착취물에 접근하였지만 위 성착취물을 다운로드하는 등 실제로 지배할 수 있는 상태로 나아가지는 않았다면 특별한 사정이 없는 한 아동·청소년 성착취물을 ‘소지’한 것으로 평가하기는 어렵다(대법원2023. 10. 12. 선고 2023도5757판결).

② (X) 피고인이 지하철 환승에스컬레이터 내에서 짧은 치마를 입고 있는 피해자의 뒤에 서서 카메라폰으로 성적 수치심을 느낄 수 있는 치마 속 신체 부위를 피해자 의사에 반하여 동영상 촬영하였다고 하여 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10258호 성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률로 개정되기 전의 것) 위반으로 기소된 사안에서, 피고인이 휴대폰을 이용하여 동영상촬영을 시작하여 일정한 시간이 경과하였다면 설령 촬영중 경찰관에게 발각되어 저장버튼을 누르지 않고 촬영을 종료하였더라도 카메라 등 이용촬영 범행은 이미 ‘기수’에 이르렀다(대법원2011. 6. 9. 선고2010도10677판결). 결국, 촬영이 시작되었다면 저장하지 않았다 하여도 카메라등이용촬영죄의 미수범이 성립하는 것이 아니라 이미 기수에 해당한다.

③ (X) [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 왔다(대법원 2011도8805 판결 등, 이하 폭행·협박 선행형 관련 판례 법리를 ‘종래의 판례 법리’).

[4] 피고인이 자신의 주거지 방안에서 4촌 친족관계인 피해자 갑(여, 15세)의 학교 과제를 도와주던 중 갑을 양팔로 끌어안은 다음 침대에 쓰러뜨린 후 갑의 가슴을 만지는 등 강제로 추행하였다는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(친족관계에의한강제추행)의 주위적 공소사실로 기소된 사안에서, 당시 피고인은 방안에서 갑의 숙제를

[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 대응능력이 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.**

음주 및 음주운전 사실이 있었음을 계기로 음주운전 및 이를 묵인하는 관행을 공론화하여 ‘총학생회장으로서 음주운전을 끝까지 막지 못하여 사과드립니다.’라는 제목의 글을 써 페이스북 등에 게시함으로써 음주운전자로 특정된 을의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 게시글의 전체적인 취지·내용에 비추어 중요한 부분은 ‘을이 술을 마신 상태에서 음주운전을 하였고 피고인도 이를 끝까지 제지하지 않았으며, 피고인 역시 음주운전 차량에 동승하였다.’는 점으로서 객관적 사실과 합치되므로, 비록 을이 마신 술의 종류·양과 같은 세부적 부분이 객관적 사실과 정확히 일치하지 않더라도 게시글의 중요한 부분은 ‘진실한 사실’에 해당하는 점, 피고인은 사회적으로 음주운전에 엄격해진 분위기와 달리 농활 과정의 관성적인 음주운전 문화가 해당 개인은 물론 농활에 참여한 학내 구성원 등의 안전을 위협하고 이로 인해 총학생회의 자치활동에마저 부정적인 사회적 인식을 초래할 수 있다는 문제의식 아래 게시글을 올린 것으로 보이므로, 게시글은 주된 의도·목적의 측면에서 공익성이 충분히 인정되는 점, 게시글을 올린 시점이 을의 음주운전 행위일로부터 약 4개월이 경과되었고, 을의 갑 대학교 단과대학 학생회장 출마 시점으로부터 약 2주일 전이라는 점에서 그 의도·목적상 을의 출마와 관련성이 있다고 볼 여지도 있으나, 게시글의 중요 부분은 객관적인 사실로서 을의 준법의식·도덕성·윤리성과 직결되는 부분이어서 단과대학 학생회장으로서의 적격 여부와 상당한 관련성이 있을 뿐만 아니라 단과대학 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 사항에 해당하는 점 등을 종합하면, 피고인의 행위는 형법 제310조에 따라 위법성이 조각된다고 봄이 타당하다(대법원 2023. 2. 23. 2022도13425 판결). 결국, 피고인은 명예훼손죄가 성립하지 않는다.

㉠ (X) 지역버스노동조합 조합원인 피고인이 자신의 페이스북에 집회 일정을 알리면서 노동조합 집행부인 피해자 甲과 乙을 지칭하며 “버스노조 악의 축, 甲과 乙 구속수사하라!!”라는 표현을 적시하여 피해자들을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 표현이 피해자들의 사회적 평가를 저하시킬 만한 경멸적인 표현에 해당하는 것으로 보이지만, 피고인 등은 노동조합의 운영에 문제를 제기하면서 노동조합 재산의 투명한 운영, 위원장 직선제 등을 요구하고 있었고, 피고인은 그 주장을 하기 위한 집회 참여를 독려하면서 위 표현을 사용한 것으로, 노동조합의 운영 등에 대한 비판적인 의견을 표현하는 과정에서 자신의 입장과 의견을 강조하기 위한 의도로 위 표현을 사용한 것으로 보이는 점, ‘악의 축’이라는 용어는 자신과 의견이 다른 상대방 측의 핵심 일원이라는 취지로 비유적으로도 사용되고 있어 피해자들의 의혹과 관련된 위 표현이 지나치게 모욕적이거나 악의적이라 보기 어려운 점 등 제반 사정을 종합할 때, 피고인이 노동조합 집행부의 공적 활동과 관련한 자신의 의견을 담은 게시글을 작성하면서 그러한 표현을 한 것은 사회상규에 위배되지 않는 정당행위로서 형법 제20조에 따라 위법성이 조각된다(2022. 10. 27. 선고 2019도14421 판결). 결국, 피고인은 모욕죄가 성립하지 않는다.

㉡ (X) 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 “학교폭력범은 접촉금지!!!”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, 피고인은 ‘학교폭력범’ 자체를 표현의 대상으로 삼았을 뿐 특정인을 ‘학교폭력범’으로 지칭하지 않았으며, 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, 피고인이 카카오톡 계정 프로필 상태메시지에 “학교폭력범은 접촉금지!!!”라는 글과 주먹 모양의 그림말 세 개를 게시한 경우, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)에 해당하지 않는다.

㉢ (X) [1] 모욕죄에서 말하는 모욕이란, 사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것으로, 어떤 글이 특히 모욕적인 표현을 포함하는 판단 또는 의견의 표현을 담고 있는 경우에도 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그 표현이 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있는 때에는 형법 제20조에 의하여 예외적으로 위법성이 조각된다.

[2] 골프클럽 경기보조원들의 구직편의를 위해 제작된 인터넷 사이트 내 회원 게시판에 특정 골프클럽의 운영상 불합리성을 비난하는 글을 게시하면서 위 클럽담당자(골프클럽 조장)에 대하여 한심하고 불쌍한 인간이라는 등 경멸적 표현을 한 사안에서, 게시의 동기와 경위, 모욕적 표현의 정도와 비중 등에 비추어 사회상규에 위배되지 아니하므로 모욕죄의 성립을 부정한다.

[3] 이 사건 피고인의 표현은 골프클럽 경기보조원인 회원들 사이의 각 골프클럽에 대한 평가 내지 의견교환의 장소에서, 피고인이 개인적으로 실제 경험하였던 특정 골프클럽 제도운영의 불합리성을 비난하고 이를 강조하는 과정에서 그 비난의 대상인 제도의 담당자인 피해자에 대하여도 같은 맥락에서 일부 부적절한 표현을 사용하게 된 것으로, 이러한 행위는 사회상규에 위배되지 않는다고 봄이 상당하다(대법원2008. 7. 10. 선고2008도1433판결). 결국, 피고인은 모욕죄가 성립하지 않는다.

16. 스토킹범죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 빌라 아래층에 살던 사람이 주변의 생활소음에 대한 불만으로 이웃을 괴롭히기 위해 불상의 도구로 수개월에 걸쳐 늦은 밤부터 새벽 사이에 반복하여 벽 또는 천장을 두드려 ‘쿵쿵’ 소리를 내어 이를 위층에 살던 피해자의 의사에 반하여 피해자에게 도달하게 한 경우, 이는 객관적·일반적으로 상대방에게 불안감 내지 공포심을 일으키기에 충분한 행위라 볼 수 없어 스토킹범죄를 구성하지 않는다.
- ② 전화를 걸어 상대방의 휴대전화에 벨소리가 울리게 하거나 부재중 전화 문구 등이 표시되도록 하여 상대방에게 불안감이나 공포심을 일으키는 행위는 실제 전화통화가 이루어졌는지와 상관없이 구 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」 제2조 제1호 (다)목에서 정한 스토킹행위에 해당한다.
- ③ 피해자와의 전화통화 당시 아무런 말을 하지 않은 경우, 이는 피해자가 전화를 수신하기 전에 전화 벨소리를 울리게 하거나 발신자 전화번호를 표시되도록 한 것까지 포함하여 피해자에게 불안감이나 공포심을 일으킨 것으로 평가되더라도 ‘음향, 글 등을 도달하게 하는 행위’로 볼 수 없어 스토킹행위에 해당하지 않는다.
- ④ 구 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」 제2조 제1호 각 목의 행위가 객관적·일반적으로 볼 때 이를 인식한 상대방으로 하여금 불안감 또는 공포심을 일으키기에 충분한 정도라고 평가되는 경우라도 상대방이 현실적으로 불안감 내지 공포심을 갖게 되어야 스토킹행위에 해당한다.

→ 정답 ② (○) [1] 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률(이하 ‘스토킹처벌법’이라 한다)의 문언, 입법 목적 등을 종합하면, 피고인이 전화를 걸어 피해자의 휴대전화에 벨소리가 울리게 하거나 부재중 전화 문구 등이 표시되도록 하여 상대방에게 불안감이나 공포심을 일으키는 행위는 실제 전화통화가 이루어졌는지와 상관없이 스토킹처벌법 제2조 제1호 (다)목에서 정한 스토킹행위에 해당한다

[2] 피고인이 2021. 10. 29.부터 2021. 11. 26.까지 총 29회에 걸쳐 피해자의 휴대전화로 반복하여 전화를 걸었고, 피해자가 2021. 10. 29. 피고인의 전화를 수신하여 피고인과 약 7초간 전화통화를 하였으며, 피해자가 2021. 11. 2. 및 2021. 11. 26. 피고인의 전화를 수신하지 않음에 따라 피해자의 휴대전화에 발신자 정보 없음 표시나 부재중 전화 표시가 남겨진 사실이 인정된다. 이러한 사실을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 피해자에게 전화를 걸어 피해자와 전화통화를 하거나 피해자의 휴대전화에 발신자 정보 없음 표시 또는 부재중 전화 표시가 남겨지도록 한 행위는 쟁점 조항 스토킹행위에 해당한다(대법원2023. 5. 18.선고2022도12037판결).

① (X) [1] 빌라 아래층에 살던 피고인이 불상의 도구로 여러 차례 벽 또는 천장을 두드려 ‘쿵쿵’ 소리를 내어 이를 위층에 살던 피해자의 의사에 반하여 피해자에게 도달하게 하였다는 공소사실로 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률 위반죄로 기소된 사안에서, 이웃 간 소음 등으로 인한 분쟁과정에서 위와 같은 행위가 발생하였다고 하여 곧바로 정당한 이유 없이 객관적·일반적으로 불안감 또는 공포심을 일으키는 ‘스토킹행위’에 해당한다고 단정할 수는 없다.

[2] 그러나 피고인이 층간소음 기타 주변의 생활소음에 불만을 표시하며 수개월에 걸쳐 이웃들이 잠드는 시간인 늦은 밤부터 새벽 사이에 반복하여 도구로 벽을 치거나 음향기기를 트는 등으로 피해자를 비롯한 주변 이웃들에게 큰 소리가 전달되게 하였고, 피고인의 반복되는 행위로 다수의 이웃들은 수개월 내에 이사를 갈 수밖에 없었으며, 피고인은 이웃의 112 신고에 의하여 출동한 경찰관으로부터 주거지 문을 열어 줄 것을 요청받고도 대화 및 출입을 거부하였을 뿐만 아니라 주변 이웃들의 대화 시도를 거부하고 오히려 대화를 시도한 이웃을 스토킹혐의로 고소하는 등 이웃 간의 분쟁을 합리적으로 해결하려 하기보다 이웃을 괴롭힐 의도로 위 행위를 한 것으로 보이는 점 등 피고인과 피해자의 관계, 구체적 행위 태양 및 경위, 피고인의 언동, 행위 전후의 여러 사정들에 비추어 보면, 피고인의 위 행위는 층간소음의 원인 확인이나 해결방안 모색 등을 위한 사회통념상 합리적 범위 내의 정당한 이유 있는 행위라고 볼 수 없고, 객관적·일반적으로 상대방에게 불안감 내지 공포심을 일으키기에 충분하며, 나아가 위와 같은 일련의 행위가 지속되거나 반복되었으므로 ‘스토킹범죄’를 구성한다(대법원2023. 12. 14.선고2023도10313판결). 결국, 불상의 도구로 여러 차례 벽 또는 천장을 두드려 ‘쿵쿵’ 소리를 내어 이를 위층에 살던 피해자의 의사에 반하여 피해자에게 도달하게 하였다하여 곧바로 스토킹행위에 해당한다고 단정할 수는 없으나, 수개월 간 반복하여 고의로 소음을 발생시킨 행위는 스토킹범죄에 해당한다.

③ (X) [1] 피고인이 피해자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 전화를 걸어 피해자와 전화통화를 하여 말을 도달하게 한 행위는, 전화통화 내용이 불안감 또는 공포심을 일으키는 것이었음이 밝혀지지 않더라도, 피고인과 피해자의 관계, 지위, 성향, 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 전화통화 행위가 피해자의 불안감 또는 공포심을 일으키는 것으로 평가되면, 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률 제2조 제1호 (다)목 스토킹행위에 해당하게 된다.

[2] 설령 피고인이 피해자와의 전화통화 당시 아무런 말을 하지 않아 ‘말을 도달하게 하는 행위’에 해당하지 않더라도

라도 피해자의 수신 전 전화 벨소리가 울리게 하거나 발신자 전화번호가 표시되도록 한 것까지 포함하여 피해자에게 불안감이나 공포심을 일으킨 것으로 평가된다면 '음향, 글 등을 도달하게 하는 행위'에 해당하므로 마찬가지로 스토킹처벌법 제2조 제1호 (다)목에서 정한 스토킹행위에 해당한다(대법원2023. 5. 18. 선고2022도12037판결).

④ (X) [1] 스토킹행위를 전제로 하는 스토킹범죄는 행위자의 어떠한 행위를 매개로 이를 인식한 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으킴으로써 그의 자유로운 의사결정의 자유 및 생활형성의 자유와 평온이 침해되는 것을 막고 이를 보호법익으로 하는 위험범이라고 볼 수 있으므로, 구 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률 제2조 제1호 각목의 행위가 객관적·일반적으로 볼 때 이를 인식한 상대방으로 하여금 불안감 또는 공포심을 일으키기에 충분한 정도라고 평가될 수 있다면 현실적으로 상대방이 불안감 내지 공포심을 갖게 되었는지 여부와 관계없이 '스토킹행위'에 해당하고, 나아가 그와 같은 일련의 스토킹행위가 지속되거나 반복되면 '스토킹범죄'가 성립한다.

[2] 이때 구 스토킹처벌법 제2조 제1호 각목의 행위가 객관적·일반적으로 볼 때 상대방으로 하여금 불안감 또는 공포심을 일으키기에 충분한 정도인지는 행위자와 상대방의 관계·지위·성향, 행위에 이르게 된 경위, 행위 태양, 행위자와 상대방의 언동, 주변의 상황 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 2023. 9. 27. 선고2023도6411판결). 결국, 스토킹범죄는 위험범이므로, 스토킹범죄 성립을 위해서 피해자의 현실적인 불안감 내지 공포심은 필요없다.

17. 재산죄 기초이론에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사기죄 및 컴퓨터 등 사용사기죄는 재물뿐만 아니라 재산상의 이익도 객체로 하는 재물죄 겸 이득죄이다.
- ② 절도죄는 재물만을 객체로 하는 재물죄인 반면, 강도죄는 재물뿐만 아니라 재산상의 이익도 객체로 하는 재물죄 겸 이득죄이다.
- ③ 「형법」상 친족상도례 규정은 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조 제1항에 의하여 가중 처벌되는 사기죄에도 적용된다.
- ④ 부(父)가 혼인 외의 출생자를 인지하는 경우 「민법」상 인지의 소급효는 친족상도례에 관한 규정의 적용에도 미친다고 보아야 할 것이므로, 인지가 범행 후에 이루어졌다 하더라도 그 소급효에 따라 형성되는 친족관계를 기초로 하여 「형법」상 친족상도례 규정이 적용된다.

→ 정답 ① (X) 사기죄는 재물죄인 동시에 이득죄이다. 그러나 컴퓨터 등 사용사기죄는 재산상 이익만을 객체로 하는 순수한 이득죄이다. ★ 참고로 재물죄 겸 이득죄는 강(강도죄)·사(사기죄)·공(공갈죄)이고, 이득죄는 배(배임죄)·권(컴퓨터 등 사용사기죄)이다.

② (○) 절도죄는 재물만을 객체로 하는 재물죄인 반면, 강도죄는 재물뿐만 아니라 재산상의 이익도 객체로 하는 재물죄 겸 이득죄이다.

③ (○) 형법상 횡령죄의 성질은 '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률'(이하 '특경법')이라고 한다) 제3조 제1항에 의해 가중 처벌되는 경우에도 그대로 유지되고, 특경법에 친족상도례에 관한 형법 제361조, 제328조의 적용을 배제한다는 명시적인 규정이 없으므로, 형법 제361조(친족상도례 규정)는 특경법 제3조 제1항 위반죄에도 그대로 적용된다(대판2013.9.13. 2013도7754).

④ (○) 형법 제344조, 제328조 제1항소정의 친족간의 범행에 관한 규정이 적용되기 위한 친족관계는 원칙적으로 범행 당시에 존재하여야 하는 것이지만, 부가 혼인 외의 출생자를 인지하는 경우에 있어서는 민법 제860조에 의하여 그 자의 출생시에 소급하여 인지의 효력이 생기는 것이며, 이와 같은 인지의 소급효는 친족상도례에 관한 규정의 적용에도 미친다고 보아야 할 것이므로, 인지가 범행 후에 이루어진 경우라고 하더라도 그 소급효에 따라 형성되는 친족관계를 기초로 하여 친족상도례의 규정이 적용된다(대법원1997. 1. 24. 선고96도1731판결).

18. 절도와 강도의 죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 바로 통장을 반환한 경우, 그 사용으로 인한 경제적 가치의 소모 정도를 불문하고 예금통장에 대한 절도죄는 성립하지 않는다.
- ② 강간범이 강간행위의 계속 중에 강도행위를 한 경우, 이후에 그 자리에서 강간행위를 계속한다 하더라도 「형법」상 강도강간죄가 성립하지 않는다.
- ③ 「형법」상 권리자의 동의없이 타인의 자동차를 일시 사용한 자는 처벌되는 데 반해, 권리자의 동의없이 타인의 원동기장치자전거를 일시 사용한 자는 처벌되지 않는다.

④ 甲이 2024. 1. 1. 15:40경 문이 열려 있는 A의 주거에 침입하여 머물러 있다가, 같은 날 21:00경 그곳에 있던 A 소유의 시가 100만 원 상당 노트북 1대를 가지고 나와 절취한 경우, 甲에게는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다.

→ 정답 ④ (○) [1] 형법은 제329조에서 절도죄를 규정하고 곧바로 제330조에서 야간주거침입절도죄를 규정하고 있을 뿐, 야간절도죄에 관하여는 처벌규정을 별도로 두고 있지 아니하다. 이러한 형법 제330조의 규정형식과 그 구성요건의 문언에 비추어 보면, 형법은 야간에 이루어지는 주거침입행위의 위험성에 주목하여 그러한 행위를 수반한 절도를 야간주거침입절도죄로 중하게 처벌하고 있는 것으로 보아야 하고, 따라서 주거침입이 주간에 이루어진 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다. 즉, 주간에 사람의 주거 등에 침입하여 야간에 타인의 재물을 절취한 행위는 형법 제330조의 야간주거침입절도죄를 구성하지 않는 것으로 봄이 상당하다.

[2] 주간(15:40경)에 모텔 객실에 들어간 다음, 같은 날 야간(21:00경)에 LCD모니터 1대를 가지고 나온 경우에 야간방실침입절도죄는 성립하지 않는다. 야간주거침입절도죄가 성립하려면 주거침입과 절도가 둘다 모두 야간에 해야 한다(대법원2011. 4. 14. 선고2011도300, 2011감도5판결).

① (X) [1] 예금통장은 예금채권을 표창하는 유가증권이 아니고 그 자체에 예금액 상당의 경제적 가치가 화체되어 있는 것도 아니지만, 이를 소지함으로써 예금채권의 행사자격을 증명할 수 있는 자격증권으로서 예금계약사실 뿐 아니라 예금액에 대한 증명기능이 있고 이러한 증명기능은 예금통장 자체가 가지는 경제적 가치라고 보아야 하므로, 예금통장을 사용하여 예금을 인출하게 되면 그 인출된 예금액에 대하여는 예금통장 자체의 예금액 증명기능이 상실되고 이에 따라 그 상실된 기능에 상응한 경제적 가치도 소모된다.

[2] 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(대법원2010. 5. 27. 선고2009도9008판결). 결국, 타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 바로 예금통장을 반환한 경우, 예금통장에 대한 절도죄가 성립한다.

② (X) [1] 강간범이 강간행위 후에 강도의 범의를 일으켜 그 부녀의 재물을 강취하는 경우에는 강도강간죄가 아니라 강간죄와 강도죄의 경합범이 성립될 수 있을 뿐이지만, 강간행위의 종료 전 즉, 그 실행행위의 계속 중에 강도의 행위를 할 경우에는 이때에 바로 강도의 신분을 취득하는 것이므로 이후에 그 자리에서 강간행위를 계속하는 때에는 강도가 부녀를 강간한 때에 해당하여 형법 제339조에 정한 강도강간죄를 구성한다.

[2] 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제2항은 형법 제334조(특수강도) 등의 죄를 범한 자가 형법 제297조(강간) 등의 죄를 범한 경우에 이를 특수강도강간 등의 죄로 가중하여 처벌하는 것이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 특수강간범이 강간행위 종료 전에 특수강도의 행위를 한 이후에 그 자리에서 강간행위를 계속하는 때에도 특수강도가 부녀를 강간한 때에 해당하여 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제2항에 정한 특수강도강간죄로 의율할 수 있다.

[3] 야간에 갑의 주거에 침입하여 드라이버를 들이대며 협박하여 갑의 반항을 억압한 상태에서 강간행위의 실행 도중 범행현장에 있던 을 소유의 핸드백을 가져간 피고인의 행위는 포괄하여 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 위반(특수강도강간등)죄에 해당한다(대법원2010. 12. 9. 선고2010도9630판결).

③ (X) 권리자의 동의없이 타인의 자동차, 선박, 항공기 또는 원동기장치자전거를 일시 사용한 자는 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다(제331조의2). 결국, 자동차등 불법사용죄에는 원동기장치자전거도 포함되므로 타인의 원동기장치자전거를 동의없이 일시 사용한 자도 처벌된다. ★ 참고로 기차는 포함되지 않는다.

19. 배임의 죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 채무자 甲이 자신의 금전채무를 담보하기 위하여 채권자A와 자신 소유의 자동차에 관한 양도담보 설정계약을 체결한 후, A에게 양도담보설정계약에 따른 의무를 다하지 않고 이를 B에게 처분한 경우, 甲에게는 배임죄의 기수범이 성립한다.

② 수분양권 매도인 甲이 수분양권 매매계약에 따라 매수인A에게 수분양권을 이전할 의무를 이행하지 않고, 수분양권 또는 이에 근거하여 향후 소유권을 취득하게 될 목적물을 미리 B에게 처분한 경우, 특별한 사정이 없는 한 甲에게는 배임죄의 기수범이 성립한다.

③ A주식회사의 대표이사인 甲이 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 A주식회사 명의의 약속

어음을 발행하고 그 사정을 모르는 B에게 이를 교부하였으나 아직 어음채무가 실제로 이행되기 전인 경우, 甲에게는 배임죄의 기수범이 성립한다.

④ 甲이 A로부터 18억 원을 차용하면서 담보로 甲 소유의 아파트에 A 명의의 4순위 근저당권을 설정해 주기로 약정하였음에도 B에게 채권최고액을 12억 원으로 하는 4순위 근저당권을 설정해 준 경우, 甲에게는 배임죄의 기수범이 성립한다.

→ 정답 ③ (○) [1] 주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 회사 명의로 의무를 부담하는 행위를 하더라도 일단 회사의 행위로서 유효하고, 다만 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다. 따라서 상대방이 대표권남용 사실을 알았거나 알 수 있었던 경우 그 의무부담행위는 원칙적으로 회사에 대하여 효력이 없고, 경제적 관점에서 보아도 이러한 사실만으로는 회사에 현실적인 손해가 발생하였다거나 실해 발생의 위험이 초래되었다고 평가하기 어려우므로, 달리 그 의무부담행위로 인하여 실제로 채무의 이행이 이루어졌다거나 회사가 민법상 불법행위책임을 부담하게 되었다는 등의 사정이 없는 이상 배임죄의 기수에 이른 것은 아니다. 그러나 이 경우에도 대표이사로서는 배임의 범의로 임무위배행위를 함으로써 실행에 착수한 것이므로 배임죄의 미수범이 된다.

[2] 그리고 상대방이 대표권남용 사실을 알지 못하였다는 등의 사정이 있어 그 의무부담행위가 회사에 대하여 유효한 경우에는 회사의 채무가 발생하고 회사는 그 채무를 이행할 의무를 부담하므로, 이러한 채무의 발생은 그 자체로 현실적인 손해 또는 재산상 실해 발생의 위험이라고 할 것이어서 그 채무가 현실적으로 이행되기 전이라도 배임죄의 기수에 이르렀다고 보아야 한다(대법원2017. 7. 20. 선고2014도1104 전원합의체 판결). 결국, 상대방이 알았다면 무효이므로 그 대표이사는 배임죄의 미수범이 성립하고, 상대방이 그 사정을 몰랐다면 유효이므로 아직 어음채무가 이행 전이어도 배임죄의 기수가 성립한다.

① (X) [1] 피고인이 피해자 회사에게 이 사건 자동차를 양도담보로 제공하기로 약정하여 이에 관하여 등록명의를 이전해 주어야 할 의무를 부담함에도 제3자에게 임의로 매도한 행위에 대하여 배임죄로 기소된 사안에서, 자동차 등에 관하여 양도담보설정계약을 체결한 채무자는 채권자에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 채무자가 채권자에게 양도담보설정계약에 따른 의무를 다하지 아니하고 이를 타에 처분하였다고 하더라도 배임죄가 성립하지 아니한다(대법원2022. 12. 22. 선고 2020도8682 전원합의체 판결). 결국, 자동차 양도담보설정계약을 체결한 채무자가 채권자에게 소유권이전등기의무를 이행하지 않은 채 제3자에게 담보목적 자동차를 처분한 행위는 배임죄가 성립하지 않는다(무죄이다).

② (X) [1] 매매와 같이 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약의 경우(민법 제563조), 쌍방이 그 계약의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 ‘자기의 사무’에 해당하는 것이 원칙이다.

[2] 따라서 특별한 사정이 없는 한 수분양권 매도인이 수분양권 매매계약에 따라 매수인에게 수분양권을 이전할 의무는 자신의 사무에 해당할 뿐이므로, 매수인에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’라고 할 수 없다. 그러므로 수분양권 매도인이 위와 같은 의무를 이행하지 아니하고 수분양권 또는 이에 근거하여 향후 소유권을 취득하게 될 목적물을 미리 제3자에게 처분하였더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다(대법원2021. 7. 8. 선고 2014도12104 판결). 결국, 수분양권 이중양도의 경우에도 배임죄가 성립하지 않는다(무죄이다).

④ (X) [1] [다수의견] 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. 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 초래하였다고 배임죄가 성립한다고 할 수 없다. 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).

[2] 피고인이 갑으로부터 18억 원을 차용하면서 담보로 피고인 소유의 아파트에 갑 명의의 4순위 근저당권을 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, 위 근저당권설정계약에서 피고인과 갑 사이 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 채무의 변제와 이를 위한 담보에 있고, 피고인을 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 갑과의 신

임관계에 기초하여 갑의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없는 이상 갑에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도14340 전원합의체 판결). ⇨ 결국, 부동산의 이중저당과 부동산의 양도담보사건도 배임죄가 성립하지 않는다(무죄이다).

20. 횡령의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 횡령죄의 본질에 관한 영득행위설에 따르면, 보관하는 재물을 위탁의 취지에 반하여 일시사용·손괴·은닉의 목적으로 처분하는 등 불법영득의 의사가 없는 경우, 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ② 보관자도 업무자도 아닌 甲이 위탁받은 재물의 보관자인 동시에 업무자인 乙의 업무상횡령죄를 방조한 경우, 甲에게는 업무상횡령죄의 방조범이 성립한다.
- ③ 주주나 대표이사 또는 그에 준하여 회사 자금의 보관이나 운용에 관한 사실상의 사무를 처리하는 자가 회사 소유 재산을 제3자의 자금 조달을 위하여 담보로 제공하는 등 사적인 용도로 임의처분한 경우 횡령죄가 성립하지만, 그 처분에 관하여 주주총회나 이사회 결의가 있었다면 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ④ 건물의 임차인 甲이 임대인 A에 대한 임대차보증금반환채권을 B에게 양도하였는데도 A에게 채권 양도 통지를 하지 않고 A로부터 남아 있던 임대차보증금을 반환받아 보관하던 중 개인적인 용도로 사용한 경우, 별도의 약정이나 그 밖의 특별한 사정이 인정되지 않는 한 甲에게는 횡령죄가 성립하지 않는다.

→ 정답 ③ (X) 주식회사는 주주와 독립된 별개의 권리주체로서 그 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로, 회사 소유 재산을 주주나 대표이사가 제3자의 자금 조달을 위하여 담보로 제공하는 등 사적인 용도로 임의 처분하였다면 그 처분에 관하여 주주총회나 이사회 결의가 있었는지 여부와는 관계없이 횡령죄의 죄책을 면할 수는 없다(대법원2012. 6. 28. 선고2012도2628판결).

- ① (○) 횡령죄의 본질에 관한 학설 중 영득행위설(통설·판례)에 따르면 본죄가 성립하기 위해서는 반드시 불법영득의사가 있어야 한다. 따라서 영득행위설에 따르면 보관하는 재물을 위탁의 취지에 반하여 일시사용·손괴·은닉의 목적으로 처분하는 등 불법영득의 의사가 없는 경우, 횡령죄가 성립하지 않는다.

| ★ 횡령죄의 본질에 관하여는 학설이 대립하고 있는데 이는 횡령행위의 의미를 어떻게 이해할 것인가 하는 문제와 직결되어 있다. | | |
|---|-------------------------|---|
| 구분 | 일권행위설 | 영득행위설(통설·판례) |
| 본질 | 위탁에 기초한 신임관계의 위배 | 위탁된 보관물을 불법하게 영득 |
| 불법영득의사 | 필요없음 | 반드시 필요함 |
| 일시적 무단사용, 손괴·은닉목적의 처분 | 횡령죄의 성립 | 횡령죄 불성립 ⇨ 불법영득의 의사가 없으므로 , 횡령죄는 성립하지 않으나, 손괴죄의 성립은 가능 |

- ② (○) [1] 면의 예산과는 별도로 면장이 면민들로부터 모금하여 그 개인명으로 예금하여 보관하고 있던 체육대회성금의 업무상 점유보관자는 면장(보관자, 신분자)뿐이므로 면의 총무계장(보관자 X, 신분자 X)이 면장과 공모하여 업무상횡령죄(제356조)를 저질렀다 하여도 업무상 보관책임있는 신분관계가 없는 총무계장에 대하여는 형법 제33조 단서에 의하여 형법 제355조 제1항(단순 횡령죄)에 따라 처단하여야 한다(대법원1989. 10. 10. 선고87도1901판결). 결국, 판례는 보관자도 업무자도 아닌 자는 성립(제356조; 제33조 본문이 적용됨)과 처벌(= 처단 = 과형, 제355조 제1항; 제33조 단서가 적용됨)이 전혀 다르다.

[2] 보관자도 업무자도 아닌 甲이 위탁받은 재물의 보관자인 동시에 업무자인 乙의 업무상 횡령죄를 방조한 경우, 甲에게는 업무상횡령죄(제356조)의 방조범이 성립하지만, 처벌은 단순 횡령죄(제355조 제1항)의 방조범으로 처벌될 뿐이다.

- ④ (○) [1] 채권양도인이 채무자에게 채권양도 통지를 하는 등으로 채권양도의 대항요건을 갖추어 주지 않은 채 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우, 특별한 사정이 없는 한 금전의 소유권은 채권양수인이 아니라 채권양도인에게 귀속하고 채권양도인이 채권양수인을 위하여 양도 채권의 보전에 관한 사무를 처리하는 신임관계가 존재한다고 볼 수 없다. 따라서 채권양도인이 위와 같이 양도한 채권을 추심하여 수령한 금전에 관하여 채권양수인을 위해 보관하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 채권양도인이 위 금전을 임의로 처분하더라도 횡령죄는 성립하지 않는다.

[2] 피고인이 피해자와 이 사건 임대차보증금반환채권에 관한 채권양도계약을 체결하고 임대인에게 채권양도 통지를 하기 전에 임대인으로부터 채권을 추심하여 남아 있던 임대차보증금을 수령하고 이를 임의로 사용한 경우, 형령죄의 구성요건으로서 재물의 타인성과 보관자 지위가 인정되지 않아 형령죄가 성립하지 아니한다(대법원 2022. 6. 23. 선고 2017도3829 전원합의체 판결).

21. 신용카드 관련 범죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정상적으로 발급받은 신용카드를 소지한 카드회원 甲이 일시적인 자금 궁색 등의 이유로 그 채무를 일시적으로 이행하지 못하게 되는 상황이 아니라 이미 과도한 부채의 누적 등으로 신용카드사용으로 인한 대출금 채무를 변제할 의사나 능력이 없는 상황에 처하였음에도 불구하고 신용카드를 사용한 경우, 甲에게는 사기죄가 성립한다.
- ② 甲이 현금카드 소유자 A로부터 강취한 현금카드로 현금자동지급기에서 예금을 인출한 경우, 이는 모두 A의 예금을 강취하고자 하는 甲의 단일하고 계속된 범의 아래에서 이루어진 일련의 행위로서 포괄하여 하나의 강도죄를 구성하므로, 현금인출행위를 현금카드 강취행위와 분리하여 따로 절도죄로 처벌할 수는 없다.
- ③ 甲이 현금카드 소유자 A로부터 편취한 현금카드로 현금자동지급기에서 예금을 인출한 경우, A가 예금인출을 승낙한 이상 甲의 현금 인출행위는 절도죄에 해당하지 않는다.
- ④ 「여신전문금융업법」상 신용카드 부정사용죄와 관련하여, 동법 제70조 제1항 제4호의 ‘기망하거나 공갈하여 취득한 신용카드나 직불카드’는 ‘신용카드나 직불카드의 소유자 또는 점유자를 기망하거나 공갈하여 그들의 자유로운 의사에 의하지 않고 점유가 배제되어 그들로부터 사실상 처분권을 취득한 신용카드나 직불카드’라고 해석되어야 한다.

→ 정답 ② (X) [1] 예금주인 현금카드 소유자를 협박하여 그 카드를 갈취한 다음 피해자의 승낙에 의하여 현금카드를 사용할 권한을 부여받아 이를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위는 모두 피해자의 예금을 갈취하고자 하는 피고인의 단일하고 계속된 범의 아래에서 이루어진 일련의 행위로서 포괄하여 하나의 공갈죄를 구성하므로, 현금자동지급기에서 피해자의 예금을 인출한 행위를 현금카드 갈취행위와 분리하여 따로 절도죄로 처벌할 수는 없다. 왜냐하면 위 예금 인출 행위는 하자 있는 의사표시이기는 하지만 피해자의 승낙에 기한 것이고, 피해자가 그 승낙의 의사표시를 취소하기까지는 현금카드를 적법, 유효하게 사용할 수 있으므로, 은행으로서도 피해자의 지급정지 신청이 없는 한 그의 의사에 따라 그의 계산으로 적법하게 예금을 지급할 수밖에 없기 때문이다.

[2] 강도죄는 공갈죄와는 달리 피해자의 반항을 억압할 정도로 강력한 정도의 폭행·협박을 수단으로 재물을 탈취하여야 성립하므로, 피해자로부터 현금카드를 강취하였다고 인정되는 경우에는 피해자로부터 현금카드의 사용에 관한 승낙의 의사표시가 있었다고 볼 여지가 없다. 따라서 강취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 행위는 피해자의 승낙에 기한 것이라고 할 수 없으므로, 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되어서 강도죄와는 별도로 절도죄를 구성한다(대법원 2007. 5. 10. 선고2007도1375판결). 결국, 현금인출행위의 경우에 공갈죄의 포괄일죄가 성립(‘현금카드를 빌려주지 않으면 부산에 있는 아는 강패를 동원하여 가루로 만들어 버리겠다.’고 한 사건)할 뿐이지만, 강도죄의 경우에는 강도죄와는 별개로 절도죄도 성립한다.

① (○) 신용카드사용으로 인한 신용카드업자의 금전채권을 발생케 하는 행위는 카드회원이 신용카드업자에 대하여 대금을 성실히 변제할 것을 전제로 하는 것이므로, 카드회원이 일시적인 자금궁색 등의 이유로 그 채무를 일시적으로 이행하지 못하게 되는 상황이 아니라 이미 과도한 부채의 누적등으로 신용카드사용으로 인한 대출금채무를 변제할 의사나 능력이 없는 상황에 처하였음에도 불구하고 신용카드를 사용하였다면 사기죄에 있어서 기망행위 내지 편취의 범의를 인정할 수 있다(대법원2005. 8. 19. 선고2004도6859판결). 결국, 甲에게는 사기죄가 성립한다.

③ (○) [1] 예금주인 현금카드 소유자로부터 그 카드를 편취하여, 비록 하자 있는 의사표시이기는 하지만 현금카드 소유자의 승낙에 의하여 사용권한을 부여받은 이상, 그 소유자가 승낙의 의사표시를 취소하기까지는 현금카드를 적법, 유효하게 사용할 수 있으며, 은행 등 금융기관은 현금카드 소유자의 지급정지 신청이 없는 한 카드 소유자의 의사에 따라 그의 계산으로 적법하게 예금을 지급할 수밖에 없는 것이므로, 피고인이 현금카드의 소유자로부터 현금카드를 사용한 예금인출의 승낙을 받고 현금카드를 교부받은 행위와 이를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 여러 번 인출한 행위들은 모두 현금카드 소유자의 예금을 편취하고자 하는 피고인의 단일하고 계속된 범의 아래에서 이루어진 일련의 행위로서 포괄하여 하나의 사기죄를 구성한다고 볼 것이지, 현금자동지급기에서 카드

소유자의 예금을 인출, 취득한 행위를 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하여 그가 점유하고 있는 현금을 절취한 것이라 하여 이를 현금카드 편취행위와 분리하여 따로 절도죄로 처단할 수는 없다.

[2] 피고인이 현금카드의 소유자로부터 현금카드를 편취하여 예금인출의 승낙을 받고 현금카드를 교부받아 이를 이용하여 현금을 인출한 사안에서, 피고인의 현금 인출행위가 현금지급기 관리자의 의사에 반하여 그가 점유하고 있는 현금을 절취한 것에 해당한다거나 피고인이 인출된 현금의 보관자의 지위에 있는 것이 아니므로 절취의 주위적 공소사실과 횡령의 예비적 공소사실 모두에 대하여 무죄를 선고하여야 한다(대법원2005. 9. 30. 선고2005도5869판결). 결국, 사기죄의 포괄일죄가 성립할 뿐이므로 사기죄와 별도로 절도죄나 횡령죄는 성립하지 않는다.

④ (○) [1] 법률을 해석할 때 입법취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석 방법을 사용할 수 있으나, 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 이러한 해석 방법은 활용할 필요가 없거나 제한되어야 한다.

[2] 여신전문금융업법 제70조 제1항 제4호에서는 ‘강취·횡령하거나, 사람을 기망하거나 공갈하여 취득한 신용카드나 직불카드를 판매하거나 사용한 자’를 처벌하도록 규정하고 있는데, 여기에서 ‘사용’은 강취·횡령, 기망 또는 공갈로 취득한 신용카드나 직불카드를 진정한 카드로서 본래의 용법에 따라 사용하는 경우를 말한다.

[2] 위의 ‘기망하거나 공갈하여 취득한 신용카드나 직불카드’는 문언상 ‘기망이나 공갈을 수단으로 하여 다른 사람으로부터 취득한 신용카드나 직불카드’라는 의미이므로, ‘신용카드나 직불카드의 소유자 또는 점유자를 기망하거나 공갈하여 그들의 자유로운 의사에 의하지 않고 점유가 배제되어 그들로부터 사실상 처분권을 취득한 신용카드나 직불카드’라고 해석되어야 한다.

[4] 갑은 교도소에 수용 중인 피해자 乙을 기망(‘피해자의 항소심 재판을 위해 변호인을 선임했는데 성공사례비를 먼저 주어야 한다. 며칠 뒤 큰돈이 나오니 영치된 피해자 명의의 신용카드로 성공사례비를 지불한 뒤 카드대금을 금방 갚겠다.’ 등)하여 을의 신용카드를 교부받은 뒤, 20여회에 걸쳐 갑의 의사에 따라 이 사건 신용카드를 사용하였으므로, 을은 갑으로부터 기망당함으로써 을의 자유로운 의사에 의하지 않고 이 사건 신용카드에 대한 점유를 상실하였고, 갑은 이 사건 신용카드에 대한 사실상 처분권을 취득하였다고 보아야 한다. 따라서 이 사건 신용카드는 갑이 소유자인 乙을 기망하여 취득한 신용카드에 해당하고, 이를 사용한 갑의 행위는 기망하여 취득한 신용카드 사용으로 인한 여신전문금융업법 위반죄에 해당한다(대법원2022. 12. 16. 선고2022도10629판결). 결국, 갑은 乙을 기망하여 취득한 신용카드로 총 23회에 걸쳐 함께 29,997,718원 상당을 결제하여 사용한 경우, 사기죄와 별도로 전문금융업법상 신용카드부정사용죄가 성립한다.

22. 사기의 죄에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- | |
|--|
| <p>㉠ 사기죄에서 피해자에게 대가가 지급된 후 피해자를 기망하여 그가 보유하고 있는 그 대가를 다시 편취한 경우, 이는 새로운 범익의 침해가 발생한 것으로서 기존에 성립한 사기죄와 별도의 새로운 사기죄가 성립한다.</p> <p>㉡ 적극적 소송당사자인 원고뿐만 아니라 방어적인 위치에 있는 피고라 하더라도 허위내용의 서류를 작성하여 이를 증거로 제출하거나 위증을 시키는 등의 적극적인 방법으로 법원을 기망하여 착오에 빠지게 한 결과 승소확정판결을 받음으로써 자기의 재산상의 의무이행을 면하게 된 경우, 그 재산가액상당에 대하여 사기죄가 성립한다.</p> <p>㉢ 甲은 A를 기망하여 A가 소유한 B부동산(아무런 부담이 없는 상태에서 시가 10억 원임)의 소유권을 이전받음으로써 B부동산을 편취하였는데 B부동산에는 근저당권설정등기가 경료되어 있었던 경우(근저당권의 채권최고액은 3억 원이고, 피담보채권액은 4억 원임), 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조의 적용을 전제로하여 그 부동산의 가액(이득액)을 산정하면 10억 원이 된다.</p> <p>㉣ 금방에서 마치 귀금속을 구입할 것처럼 가장하여 금방 주인으로부터 순금목걸이 등을 건네받은 다음 화장실에 갔다 오겠다는 핑계를 대고 도주한 경우, 사기죄가 성립한다.</p> <p>㉤ 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이면 경험칙상 명백한 경우, 그 거래로 인하여 재물을 수취하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다고 할 것이므로 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.</p> |
|--|

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

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

㉠ (○) [1] 사기죄에서 피해자에게 그 대가가 지급된 경우, 피해자를 기망하여 그가 보유하고 있는 그 대가를 다시 편취한 경우, 이는 새로운 법익의 침해가 발생한 경우이므로, 기존에 성립한 사기죄와는 별도의 새로운 사기죄가 성립한다(대법원2009. 10. 29. 선고2009도7052판결).

[2] 사기죄에서 피해자에게 그대가가 지급된 경우, 피해자로부터 그 대가를 위탁받아 보관 중 횡령하였다면, 이는 새로운 법익의 침해가 발생한 경우이므로, 기존에 성립한 사기죄와는 별도의 횡령죄가 성립한다(대법원2009. 10. 29. 선고2009도7052판결).

㉡ (○) [1] 적극적 소송당사자인 원고뿐만 아니라 방어적인 위치에 있는 피고라 하더라도 허위내용의 서류를 작성하여 이를 증거로 제출하거나 위증을 시키는 등의 적극적인 방법으로 법원을 기망하여 착오에 빠지게 한 결과 중소확정판결을 받음으로써 자기의 재산상의 의무이행을 면하게 된 경우에는 그 재산가액 상당에 대하여 사기죄가 성립한다.

[2] 소송사기는 법원을 기망하여 자기에 유리한 판결을 얻음으로써 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하는 것을 내용으로 하는 범죄로서, 원고측에 의한 소송사기가 성립하기 위하여는 제소 당시에 그 주장과 같은 채권이 존재하지 아니하다는 것만으로는 부족하고 그 주장의 채권이 존재하지 아니한 사실을 잘 알고 있으면서도 허위의 주장과 입증으로써 법원을 기망한다는 인식을 하고 있어야만 하는 것이고, 이와 마찬가지로, 피고측에 의한 소송사기가 성립하기 위하여는 원고 주장과 같은 채무가 존재한다는 것만으로는 부족하고 그 주장의 채무가 존재한다는 사실을 잘 알고 있으면서도 허위의 주장과 입증으로써 법원을 기망한다는 인식을 하고 있어야만 한다(대법원2004. 3. 12. 선고2003도333판결).

㉢ (X) [1] 형법 제347조의 사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 함으로써 성립하고, 그 교부받은 재물이나 재산상 이익의 가액이 얼마인지는 문제되지 아니하는 데 비하여, 사기로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반죄에 있어서는 편취한 재물이나 재산상 이익의 가액이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌도 가중되어 있으므로, 이를 적용함에 있어서는 편취한 재물이나 재산상 이익의 가액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써, 범죄와 형벌 사이에 적정한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다.

[2] 사람을 기망하여 부동산의 소유권을 이전받거나 제3자로 하여금 이전받게 함으로써 이를 편취한 경우에 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조의 적용을 전제로 하여 그 부동산의 가액을 산정함에 있어서는, 그 부동산에 아무런 부담이 없는 때에는 그 부동산의 시가 상당액이 곧 그 가액이라고 볼 것이지만, 그 부동산에 근저당권 설정등기가 경료되어 있거나 압류 또는 가압류 등이 이루어져 있는 때에는 특별한 사정이 없는 한 아무런 부담이 없는 상태에서의 그 부동산의 시가 상당액에서 근저당권의 채권최고액 범위 내에서의 피담보채권액, 압류에 걸린 집행채권액, 가압류에 걸린 청구금액 범위 내에서의 피보전채권액 등을 뺀 실제의 교환가치를 그 부동산의 가액으로 보아야 한다

[3] 이 사건 각 대지에 아무런 부담이 없는 상태에서의 시가는 16억 4,600만 원이고, 위 각 대지에 설정된 근저당권의 채권최고액은 10억 2,000만 원인데, 그 피담보채권액은 이를 초과하므로 원심이, 피고인이 편취한 이 사건 각 대지의 가액을 산정함에 있어 위 각 대지의 시가에서 위 근저당권의 피담보채권액이 아닌 채권최고액을 공제하여 나머지 6억 2,600만 원을 그 가액(16억 4,600만 원 - 10억 2,000만 원)이라고 보고 특정가법 제3조 제1항 제2호를 적용한 조치는 정당하다(대법원2007. 4. 19. 선고2005도7288 전원합의체 판결). 결국, 선지의 경우 甲은 A를 기망하여 A가 소유한 B부동산(아무런 부담이 없는 상태에서 시가 10억 원임)의 소유권을 이전받음으로써 B부동산을 편취하였는데 B부동산에는 근저당권 설정등기가 경료되어 있었던 경우(근저당권의 채권최고액은 3억 원이고, 피담보채권액은 4억 원임), 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조의 적용을 전제로 하여 그 부동산의 가액(이득액)을 산정하면 10억 원이 되는 것이 아니라 7억 원(시가 10억 원 - 근저당권의 채권최고액은 3억 원 = 7억 원)이 된다.

㉣ (X) 피고인이 피해자 경영의 금방에서 마치 귀금속을 구입할 것처럼 가장하여 피해자로부터 순금목걸이 등을 건네받은 다음 화장실에 갔다 오겠다는 핑계를 대고 도주한 것이라면, 위 순금목걸이 등은 도주하기 전까지는 아직 피해자의 점유하에 있었다고 할 것이므로 이를 절도죄로 의을 처단한 것은 정당하다(대법원1994. 8. 12. 선고94도1487판결).

㉤ (○) [1] 사기죄의 요건인 기망행위는 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적·소극적 행위를 말한다. 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시를 해야 하는 것은 아니고, 상대방을 착오에 빠뜨려 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하게 하는 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하다.

[2] 따라서 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 거래를 하지 않았을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는, 그 거래로 재물을 받는 자에게 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다. 그런데도 이를 고지하지 않은 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.

[3] 재물편취를 내용으로 하는 사기죄에서는 기망으로 인한 재물교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 이로써 곧 사기죄가 성립하고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없더라도 사기죄의 성립에는 영향이 없으므로, 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우에도 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부이다(대법원2022. 4. 14. 선고2022도768판결).

23. 방화죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 지붕과 문짝, 창문이 없고 담장과 일부 벽체가 붕괴된 철거 대상 건물로서 사실상 기거·취침에 사용할 수 없는 폐가의 내부와 외부에 쓰레기를 모아놓고 태워 그 불길의 폐가 주변 수목 4~5그루를 태우고 폐가의 벽을 일부 그을리게 한 경우, 甲은 일반물건방화죄의 미수범으로 처벌된다.
- ② 甲이 A의 집에 불을 놓은 후 불이 붙은 집에서 탈출하려는 A를 막아 탈출하지 못하게 함으로써 A가 결국 불에 타 사망한 경우, 甲에게는 현주건조물방화죄와 살인죄의 상상적 경합범이 성립한다.
- ③ 노상에서 전봇대 주변에 놓인 쓰레기에 불을 놓아 태움으로써 공공의 위험을 발생케 한 경우 자기소유 일반물건방화죄가 성립한다.
- ④ 「형법」 제167조의 일반물건방화죄는 「형법」 제166조의 일반건조물등방화죄에 대한 관계에서 법조경합 중 특별관계에 있으므로, 「형법」 제166조의 일반건조물등방화죄가 성립하는 경우에는 「형법」 제167조의 일반물건방화죄는 성립하지 않는다.

→ 정답 ③ (○) 노상에서 전봇대 주변에 놓인 재활용품과 쓰레기 등에 불을 놓아 소훼한 사안에서, 그 재활용품과 쓰레기 등은 '무주물'로서 형법 제167조 제2항에 정한 '자기 소유의 물건'에 준하는 것으로 보아야 하므로, 여기에 불을 붙인 후 불상의 가연물을 집어넣어 그 화염을 키움으로써 전선을 비롯한 주변의 가연물에 손상을 입히거나 바람에 의하여 다른 곳으로 불이 옮겨붙을 수 있는 공공의 위험을 발생하게 하였다면, 일반물건방화죄가 성립한다(대법원2009. 10. 15. 선고2009도7421판결). 결국, 자기소유 일반물건방화죄가 성립한다.

① (X) [1] 형법상 방화죄의 객체인 건조물은 토지에 정착되고 벽 또는 기둥과 지붕 또는 천장으로 구성되어 사람이 내부에 기거하거나 출입할 수 있는 공작물을 말하고, 반드시 사람의 주거용이어야 하는 것은 아니라도 사람이 사실상 기거·취침에 사용할 수 있는 정도는 되어야 한다.

[2] 이 사건 폐가는 지붕과 문짝, 창문이 없고 담장과 일부 벽체가 붕괴된 철거 대상 건물로서 사실상 기거·취침에 사용할 수 없는 상태의 것이므로 형법 제166조의 건조물이 아닌 형법 제167조의 물건에 해당하고, 피고인이 이 사건 폐가의 내부와 외부에 쓰레기를 모아놓고 태워 그 불길의 이 사건 폐가 주변수목 4~5그루를 태우고 폐가의 벽을 일부 그을리게 하는 정도만으로는 방화죄의 기수에 이르렀다고 보기 어려우며, 일반물건방화죄에 관하여는 미수범의 처벌 규정이 없으므로 일반물건방화죄도 성립하지 않는다(대법원2013. 12. 12. 선고2013도3950판결). 결국, 일반물건방화죄가 성립하지 아니하므로, 피고인은 무죄이다.

② (X) 불을 놓은 집에서 빠져 나오려는 피해자들을 막아 소사케 한 행위는 1개의 행위가 수개의 죄명에 해당하는 경우라고 볼 수 없고, 위 방화행위와 살인행위는 법률상 별개의 범의에 의하여 별개의 범익을 해하는 별개의 행위라고 할 것이니, 현주건조물방화죄와 살인죄는 실제적 경합관계에 있다(대법원 1983.1.18. 선고 82도2341 판결).

④ (X) 「형법」 제166조의 일반건조물등방화죄와 「형법」 제167조의 일반물건방화죄의 관계는 법조경합 중 특별관계가 아니라 상호간에는 보충관계에 있다. 즉, 일반건조물등방화죄(제166조)의 구성요건이 충족되지 않으면(성립하지 않으면), 일반물건방화죄(제167조)의 구성요건이 보충적으로 적용될 수 있다(성립할 수 있다).

24. 다음 중 甲에게 괄호 안의 범죄가 성립되지 않은 경우는 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉠ 甲이 인터넷을 통해 등기사항전부증명서를 열람·출력한후, 행사할 목적으로 그 증명서 하단의 열람 일시 부분을 수정테이프를 지우고 복사해 둔 경우 (공문서변조죄)

㉡ 甲과 乙은 乙이 甲으로부터 1,000만 원을 차용하는 것처럼 가장하여 乙의 연인 A로 하여금 이를 변제하도록 협박하기로 공모한 후, A를 보증인으로 하는 차용증을 작성하는 자리에서 甲이 위

조된 100만 원권 자기앞수표 10장이 들어 있는 봉투를 乙에게 교부하면서 그 자기앞수표 자체를 봉투에서 꺼내거나 그 자기앞수표의 위조 사실을 모르는 A에게 보여주지 않은 경우 (위조유가증권행사죄)

㉔ 甲이 1995년에 미국에서 진정하게 발행된 미화 1달러권 지폐와 2달러권 지폐를 화폐수집가들이 수집하는 희귀화폐인 것처럼 만들어 행사할 목적으로 발행연도 ‘1995’를 빨간색으로 ‘1928’로 고치고, 발행번호와 미국 재무부를 상징하는 문양 및 재무부장관의 사인 부분을 지운 후 빨간색으로 다시 가공한 경우 (외국통용외국통화변조죄)

㉕ 甲은 A종중의 적법한 대표자가 아님에도 A종중 소유의 토지가 소유권보존등기가 되어 있지 않은 점을 이용하여, 자신이 A종중의 대표자인 것처럼 중증규약과 회의록을 허위로 작성한 후 이를 근거로 그 토지에 대하여 A종중을 소유자로, 甲을 A종중의 대표자로 소유권보존등기를 경료하여, 부동산등기부상 자신을 A종중의 대표자로 등재되도록 한 경우(공정증서원본불실기재죄)

㉖ 사법경찰관 甲은 검사로부터 ‘교통사고 피해자들로부터 사고경위에 대해 구체적 진술을 청취하여 운전자의 도주여부에 대해 재수사할 것’을 요청받고는, 행사할 목적으로 재수사결과서를 작성하면서 피해자들로부터 실제 진술을 청취하지 않고도 그 재수사 결과서의 ‘재수사 결과’란에 자신의 독자적인 의견이나 추측에 불과한 것을 마치 피해자들로부터 직접 들은 진술인 것처럼 기재한 경우 (허위공문서작성죄)

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

→ 정답 ② ㉔㉕㉖(3개)은 팔호 안의 범죄가 성립하나, ㉔㉕(2개)은 팔호 안의 범죄가 성립하지 않는다.

㉔ (공문서변조죄 ○) [1] 공문서변조죄는 권한 없는 자가 공무소 또는 공무원이 이미 작성한 문서내용에 대하여 동일성을 해하지 않을 정도로 변경을 가하여 새로운 증명력을 작출케 함으로써 공공적 신용을 해할 위험성이 있을 때 성립한다. 이때 일반인으로 하여금 공무원 또는 공무소의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿을 수 있는 형식과 외관을 구비한 문서를 작성하면 공문서변조죄가 성립하는 것이다.

[2] 피고인이 인터넷을 통하여 열람·출력한 등기사항전부증명서 하단의 열람 일시 부분을 수정 테이프를 지우고 복사해 두었다가 이를 타인에게 교부하여 공문서변조 및 변조공문서행사로 기소된 사안에서, 등기사항전부증명서의 열람 일시는 등기부상 권리관계의 기준 일시를 나타내는 역할을 하는 것으로서 권리관계나 사실관계의 증명에서 중요한 부분에 해당하고, 열람 일시의 기재가 있어 그 일시를 기준으로 한 부동산의 권리관계를 증명하는 등기사항전부증명서와 열람 일시의 기재가 없어 부동산의 권리관계를 증명하는 기준 시점이 표시되지 않은 등기사항전부증명서 사이에는 증명하는 사실이나 증명력에 분명한 차이가 있는 점, 법률가나 관련 분야의 전문가가 아닌 평균인 수준의 사리분별력을 갖는 일반인의 관점에서 볼 때 그 등기사항 전부증명서가 조금만 주의를 기울여 살펴보면 해도 그 열람 일시가 삭제된 것임을 쉽게 알아볼 수 있을 정도로 공문서로서의 형식과 외관을 갖추지 못했다고 보기 어려운 점을 종합하면, 피고인이 등기사항전부증명서의 열람 일시를 삭제하여 복사한 행위는 등기사항전부증명서가 나타내는 권리·사실관계와 다른 새로운 증명력을 가진 문서를 만든 것에 해당하고 그로 인하여 공공적 신용을 해할 위험성도 발생하였다(대법원2021. 2. 25. 선고2018도19043판결). 결국, 피고인이 인터넷을 통하여 출력한 등기사항전부증명서 하단의 열람일시 부분을 수정 테이프를 지우고 복사하고 제시한 행위는 공문서변조 및 동행사죄에 해당한다.

㉕ (위조유가증권행사죄 X) [1] 위조유가증권행사죄는 교부자가 진정 또는 진실한 유가증권인 것처럼 위조유가증권을 행사하였을 때뿐만 아니라 위조유가증권임을 알고 있는 자에게 교부하였다라도 피교부자가 이를 유통시킬 것임을 인식하고 교부하였다면, 위조유가증권행사죄가 성립한다고 보아야 할 것이지만, 위조유가증권의 교부자와 피교부자가 서로 유가증권위조를 공모하였거나 위조유가증권을 타에 행사하여 그 이익을 나누어 가질 것을 공모한 공범의 관계에 있다면, 그들 사이의 위조유가증권 교부행위는 그들 이외의 자에게 행사함으로써 범죄를 실현하기 위한 전단계의 행위에 불과한 것으로서 위조유가증권은 아직 범인들의 수중에 있다고 볼 것이지 행사되었다고 볼 수는 없다.

[2] 피고인과 갑은 갑이 피고인으로부터 1,500만 원을 차용하는 것처럼 가장하기로 공모한 다음, 피고인이 위조된 100만 원권 자기앞수표 14장 외에 10만 원권 수표 10장(10만 원권은 진짜 수표)이 들어 있는 봉투를 을을 통해 공범 갑과 그 위조사실을 모르는 병이 함께 있는 자리에서 갑에게 교부하자, 갑은 그 자리에서 자신의 연인 병을 보증인으로 하는 차용증을 작성하여 을에게 주었는데, 이때 갑은 봉투에서 10만 원권 수표 10장을 꺼내어 병에게 보여 주었으나 위조된 100만 원권 자기앞수표는 봉투에서 꺼내거나 병에게 보여 주지도 않은 사안에서, 을이나 갑이 위조된 자기앞수표(100만 원권 자기앞수표)를 병에게 제시하는 등으로 이를 인식하게 하였다고 할 수 없어 이

들이 위 봉투를 병의 면전에서 주고받은 행위를 위조된 자기앞수표를 행사한 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 따라서 율이나 갑에게 위 수표를 교부한 것이 이를 행사한 경우에 해당한다고 볼 수도 없다(대법원2010. 12. 9. 선고 2010도12553판결).

㉔ (외국통용외국통화변조죄 X) [1] 진정한 통화에 대한 가공행위로 인하여 기존 통화의 명목가치나 실질가치가 변경되었다거나 객관적으로 보아 일반인으로 하여금 기존 통화와 다른 진정한 화폐로 오신하게 할 정도의 새로운 물건을 만들어 낸 것으로 볼 수 없다면 통화가 변조되었다고 볼 수 없다.

[2] 갑은 2002. 7. 중순경 취득한 미화 1달러권 지폐 500매와 미화 2달러권 지폐 400매, 그리고 위 화폐 중 피갑, 을이 공모하여 2002. 8. 27. 행사한 미화 1달러권 지폐 400매와 미화 2달러권 지폐 400매는 모두 1995.에 미국에서 진정하게 발행된 통화인데, 성명불상자가 이것을 화폐수집가들이 골드라고 부르며 수집하는 희귀화폐인 것처럼 만들기 위하여 발행연도 1995.을 1928.으로 빨간색으로 고치고, 갑과 을이 발행번호와 미국재무부를 상징하는 문양 및 재무부장관의 사인 부분을 지운 후 빨간색으로 다시 가공한 사실을 알 수 있는바, 위와 같은 정도의 가공행위만으로는 기존 통화의 명목가치나 실질가치가 변경되었다거나 객관적으로 보아 일반인으로 하여금 기존 통화와 다른 진정한 화폐로 오신하게 할 정도의 새로운 물건을 만들어 낸 것으로 보기는 어렵다고 할 것이다. 갑에 대한 변조의국통화취득의 점과 갑, 을에 대한 변조의국통화행사의 점에 대하여 무죄를 선고하여야 한다.

[3] 진정한 통화인 미화 1달러 및 2달러 지폐의 발행연도, 발행번호, 미국재무부를 상징하는 문양, 재무부장관의 사인, 일부 색상을 고친 것만으로는 통화가 변조되었다고 볼 수 없다(대법원2004. 3. 26. 선고2003도5640판결).

㉕ (공정증서원본불실기재죄 ○) 비록 중중 소유의 부동산은 중중 총회의 결의를 얻어야 유효하게 처분할 수 있다 하더라도 거래 상대방으로서는 부동산등기부상에 표시된 중중 대표자를 신뢰하고 거래하는 것이 일반적이라는 점 등에 비추어 보면, 중중 대표자의 기재는 당해 부동산의 처분권한과 관련된 중요한 부분의 기재로서 이에 대한 공공의 신용을 보호할 필요가 있으므로 이를 허위로 등재한 경우에는 공정증서원본불실기재죄의 대상이 되는 불실의 기재에 해당한다(대판2006.1.13. 2005도4790). 결국, 부동산에 관한 중중 명의의 등기에 있어서 허위의 중중 대표자 기재는 공정증서원본불실기재죄의 대상이 되는 불실의 기재에 해당한다.

㉖ (허위공문서작성죄 ○) 사법경찰관인 피고인이 검사로부터 ‘교통사고 피해자들로부터 사고 경위에 대해 구체적인 진술을 청취하여 운전자 甲의 도주 여부에 대해 재수사할 것’을 요청받고, 재수사 결과서의 ‘재수사 결과’란에 피해자들로부터 진술을 청취하지 않았음에도 진술을 듣고 그 진술내용을 적은 것처럼 기재함으로써 허위공문서를 작성하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 재수사 결과서의 작성 경위나 구성형태에 비추어 재수사 결과란의 기재는 피고인이 재수사 요청 취지에 따라 피해자들로부터 구체적인 진술을 듣고 진술내용을 적었음을 의미하는데 피고인은 피해자들로부터 진술을 청취하지 않았고, 특히 피고인은 피해자들이 진술한 바 없는 내용으로 자신의 독자적인 의견이나 추측에 불과한 것을 마치 피해자들로부터 직접 들은 진술인 것처럼 기재하였으므로, 피해자들 진술로 기재된 내용 중 일부가 결과적으로 사실과 부합하는지, 재수사 요청을 받은 사법경찰관이 검사에 의하여 지목된 참고인이나 피의자 등에 대한 재조사 여부와 재조사 방식 등에 대해 재량을 가지는지 등과 무관하게 피고인의 행위는 허위공문서작성죄를 구성하며, 피고인이 피해자들의 진술에 신빙성이 부족하다는 이유에서 자신의 판단에 따라 기재하는 내용이 객관적인 사실에 부합할 것이라고 생각하였다 하여 범의를 부정할 수 없다(대법원 2023.3.30. 선고 2022도6886 판결). 결국, 피고인은 허위공문서작성죄가 성립한다.

25. 공무방해에 대한 죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 위계로써 구체적인 공무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지 이르지 아니하였다 하더라도 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다.
- ② 공무원 甲이 출원인이 어업허가를 받을 수 없는 자라는 사실을 알면서도 그 직무상의 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 않고 오히려 부하직원으로 하여금 어업허가 처리기안문을 작성하게 한 다음 甲 스스로 중간결재를 하는 등 위계로써 결재권자의 최종결재를 받은 경우, 甲에게는 작위범인 위계에 의한 공무집행방해죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다.
- ③ 甲과 A가 주자문제로 연쟁을 벌이던 중 112 신고를 받고 출동한 경찰관 P가 A를 때리려는 甲을 제지하자, 甲이 자신만 제지를 당한 데 화가 나서 손으로 P의 가슴을 밀치고 계속 욕설을 하면서 자신을 현행범으로 체포하며 순찰차 뒷자석에 태우려는 P의 정강이 부분을 수 차례 걷어차는 등 폭행한 경우, 이는 공무집행방해죄의 ‘폭행’에 해당하지 않는다.
- ④ 「형법」 제136조의 공무집행방해죄는 침해범으로서 현실적으로 직무집행이 방해되어야 기수에 이른다.

→ 정답 ② (○) 피고인이, 출원인이 어업허가를 받을 수 없는자라는 사실을 알면서도 그 직무상의 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 않고 오히려 부하직원으로 하여금 어업허가 처리기안문을 작성하게 한 다음 피고인 스스로 중간결재를 하는 등 위계로써 농수산국장의 최종결재를 받았다면, 직무위배의 위법상태가 위계에 의한 공무집행방해 행위 속에 포함되어 있는 것이라고 보아야 할 것이므로, 이와 같은 경우에는 작위범인 위계에 의한 공무집행방해죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다(대법원1997. 2. 28.선고96도2825판결).

① (X) [1] 판례는 위계에 의한 공무집행방해죄의 경우, “공무원의 구체적이고 현실적인 직무집행을 방해하는 경우에 성립한다”고 판시하고 있다. 즉, 「위계에 의한 공무집행방해죄는 상대방의 오인, 착각, 부지를 일으키고 이를 이용하는 위계에 의하여 상대방이 그릇된 행위나 처분을 하게 함으로써 공무원의 구체적이고 현실적인 직무집행을 방해하는 경우에 성립한다.」고 판시하고 있다(대법원2016. 1. 28.선고2015도17297판결 등 다수).

[2] 녹음·녹화 등을 할 수 있는 전자장비가 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 금지물품에 해당하여 반입을 금지할 필요가 있다면 교도관은 교정시설 등의 출입자와 반출·반입 물품을 검사·단속해야 할 일반적인 직무상 권한과 의무가 있다. 수용자가 아닌 사람이 위와 같은 금지물품을 교정시설 내로 반입하였다면 교도관의 검사·단속을 피하여 단순히 금지규정을 위반하는 행위를 한 것일 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 수는 없다.

[3] 甲 등 피고인들은 방송 제작 과정에서 보이스피싱 조직과 관련된 제보를 받고, 그 신빙성을 확인하기 위하여 수용자인 乙을 접근하면서 촬영 및 녹음을 하였는데, 당시 을은 촬영 및 녹음이 이루어지고 있다는 사실을 알지 못하였다. 갑 등은 乙의 얼굴이나 수감번호 등을 모자이크 처리하고 음성을 변조하여 식별할 수 없는 상태로 방송할 계획이었다. 갑 등의 행위는 乙에게 금지물품을 전달하거나 외부와의 통신을 매개하는 등 乙로 하여금 규율위반행위를 하게 하는 것도 아니었던 점을 고려하면 갑 등이 녹음·녹화 장비를 구치소에 반입하여 촬영 및 녹음을 한 행위는 단순히 금지규정을 위반하는 행위일 뿐이고 접견업무 담당 교도관의 구체적이고 현실적인 직무집행을 방해하였다고 볼 수 없으므로 위계에 의한 공무집행방해죄의 구성요건에 해당하지 아니한다.

[4] SBS의 시사프로그램 “그것이 알고싶다”의 PD 등이 신분을 가장하고 구치소에 들어가 수용자들을 몰래카메라로 취재 한 사안에서, 단순히 금지규정을 위반하는 행위를 한 것일 뿐 이로써 접견업무 담당 교도관의 구체적이고 현실적인 직무집행을 방해하였다고 볼 수 없으므로, 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 수는 없다 (대법원2022. 3. 31.선고2018도15213판결).

③ (X) [1] 형법 제136조에서 정한 공무집행방해죄는 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 경우에 성립하는 범죄로서 여기서의 폭행은 사람에 대한 유형력의 행사로 족하고 반드시 그 신체에 대한 것임을 요하지 아니하며, 또한 추상적위험범으로서 구체적으로 직무집행의 방해라는 결과발생을 요하지도 아니한다. 한편 공무집행방해죄에서 ‘직무를 집행하는’이란 공무원이 직무수행에 직접 필요한 행위를 현실적으로 행하고 있는 때만을 가리키는 것이 아니라 공무원이 직무수행을 위하여 근무 중인 상태에 있는 때를 포괄하고, 직무의 성질에 따라서는 직무수행의 과정을 개별적으로 분리하여 부분적으로 각각의 개시와 종료를 논하는 것이 부적절하고 여러 종류의 행위를 포괄하여 일련의 직무수행으로 파악함이 상당한 경우가 있다.

[2] 피고인이 갑과 주차문제로 언쟁을 벌이던 중, 112 신고를 받고 출동한 경찰관 을이 갑을 매리려는 피고인을 제지하자 자신만 제지를 당한 데 화가 나서 손으로 을의 가슴을 1회 밀치고, 계속하여 욕설을 하면서 피고인을 현행범으로 체포하며 순찰차 뒷좌석에 태우려고 하는 을의 정강이 부분을 양발로 2회 걷어차는 등 폭행함으로써 경찰관의 112 신고처리에 관한 직무집행을 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 따라서 피고인이 손으로 을의 가슴을 밀칠 당시 을은 112 신고처리에 관한 직무 내지 순찰근무를 수행하고 있었고, 이와 같이 공무를 집행하고 있는 을의 가슴을 밀치는 행위는 공무원에 대한 유형력의 행사로서 공무집행방해죄에서 정한 폭행에 해당한다고 볼 수 있다. 나아가 피고인이 체포될 당시 도망 또는 증거인멸의 염려가 없었다고 할 수도 없는 이상, 체포의 필요성 또한 인정된다(대법원2018. 3. 29.선고2017도21537판결). 결국, 피고인에게 공무집행방해죄가 성립한다.

④ (X) 형법 제136조에서 정한 공무집행방해죄는 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 경우에 성립하는 범죄로서 여기서의 폭행은 사람에 대한 유형력의 행사로 족하고 반드시 그 신체에 대한 것임을 요하지 아니하며, 또한 추상적 위험범(침해범 X)으로서 구체적으로 직무집행의 방해라는 결과발생을 요하지도 아니한다(대법원2018. 3. 29.선고2017도21537판결).

26. 공무원의 직무에 대한 죄에 관한 설명 중 옳고 그름의 표시(O, X)가 바르게 된 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉠ 지방자치단체의 교육기관의 장이 수사기관으로부터 징계사유를 통보받고도 징계요구를 하지 아니하여 주무부장관으로부터 징계요구를 하라는 직무이행명령을 받았다 하더라도 그에 대한 이의의 소를 제기한 경우, 수사기관으로부터 통보받은 자료 등으로 보아 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백한 경우 등 특별한 사정이 없는 한 징계사유를 통보받은 날로부터 1개월 내에 징계요구를 하지 않았다는 것만으로 곧바로 직무를 유기한 것에 해당하지 않는다.

㉡ 공무원이 수수·요구 또는 약속한 금품에 그 직무행위에 대한 대가로서의 성질과 직무 외의 행위에 대한 사례로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우, 그 수수·요구 또는 약속한 금품 전부가 불가분적으로 직무행위에 대한 대가로서의 성질을 가진다.

㉢ 법령에 기한 임명권자에 의하여 임용되어 공무에 종사하여 온 사람이 나중에 임용결격자임이 밝혀져 당초의 임용행위가 무효가 된 경우, 그가 임용행위라는 외관을 갖추어 실제로 공무를 수행하였다 하더라도 수뢰죄의 주체인 공무원이 될 수 없다.

㉣ 직무유기죄는 공무원이 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니므로, 어떠한 형태로든 직무집행의 의사로 자신의 직무를 수행한 경우, 그 직무집행의 내용이 위법하다고 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 수는 없다.

- ① ㉠(O) ㉡(O) ㉢(X) ㉣(O) ② ㉠(O) ㉡(X) ㉢(O) ㉣(X)
 ③ ㉠(X) ㉡(O) ㉢(X) ㉣(O) ④ ㉠(X) ㉡(X) ㉢(O) ㉣(O)

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

㉠ (O) 지방자치법은 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 따라 그 의무에 속하는 국가위임사무 등의 관리와 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되면 주무부장관이 그 직무의 이행을 명령할 수 있고, 지방자치단체의 장은 그 이행명령에 이의가 있으면 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있는데(제170조 제1항, 제3항), 이 규정은 ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제3조에 의하여 지방자치단체의 교육과 학예에 관한 사무에도 준용된다. 따라서 지방자치단체의 교육기관등의 장이 국가위임사무인 교육공무원에 대한 징계사무를 처리함에 있어 주무부장관의 직무이행명령을 받은 경우에도 이의가 있으면 대법원에 소를 제기할 수 있다 할 것이므로, 수사기관 등으로부터 징계사유를 통보받고도 징계요구를 하지 아니하여 주무부장관으로부터 징계요구를 하라는 직무이행명령을 받았다 하더라도 그에 대한 이의의 소를 제기한 경우에는, 수사기관 등으로부터 통보받은 자료 등으로 보아 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백한 경우 등 특별한 사정이 없는 한 징계사유를 통보받은 날로부터 1개월 내에 징계요구를 하지 않았다는 것만으로 곧바로 직무를 유기한 것에 해당한다고 볼 수는 없다(대법원2013. 6. 27.선고2011도797판결).

㉡ (O) [1] 공무원이 수수·요구 또는 약속한 금품에 그 직무행위에 대한 대가로서의 성질과 직무 외의 행위에 대한 사례로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우에는, 그 수수·요구 또는 약속한 금품 전부가 불가분적으로 직무행위에 대한 대가로서의 성질을 가진다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도3039 판결등 참조).

[2] 또한 정치자금·선거자금 등의 명목으로 이루어진 금품의 수수라 하더라도 그것이 정치인인 공무원의 직무행위에 대한 대가로서의 실체를 가지는 한 뇌물로서의 성격을 잃지 아니하고, 설령 수수된 금품중 순수한 정치자금의 성격이 일부 포함되어 있는 경우가 있다고 하더라도 이를 뇌물로 보는 데에는 지장이 없으며, 다만 그 금품의 수수가 수회에 걸쳐 이루어졌고 각 수수 행위별로 직무관련성 유무를 달리 볼 여지가 있는 경우에는 그 행위마다 직무와의 관련성 여부를 가릴 필요가 있을 뿐이다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2009도2453 판결참조).

[3] 이 사건 금품이 정치인인 피고인에 대한 선거자금으로서 수수된 것이기는 하나 또한 ○○시장으로서 공무원인 피고인의 관내 기업에 대한 인허가 등 직무행위에 대한 대가로서의 실체를 부인할 수 없어 직무행위에 대한 대가로서의 성질과 정치자금으로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있다고 인정하였는바, 그 수수한 금품이 직무행위의 대가로서의 성질을 가지는 이상, 거기에 정치자금으로서의 성질이 포함되어 있다고 하더라도 앞서 본 법리에 따라 그 수수된 금품 전부가 뇌물로서의 성격을 잃지 않는다고 보아야 할 것이다.

[4] 이 사건 수수 금품에 피고인의 직무행위와 대가관계에 있는 금원과 그렇지 않은 금원이 혼재되어 불가분적으로 결합되어 있다고 하면서도, 그 구분 내지 수뢰액수의 특성에 관한 증명이 부족하다는 이유로 뇌물 1억 원의 수수에 따른 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반의 공소사실에 대하여는 이유에서 무죄로 판단하고 형법 제129조 제1항에 의하여 뇌물액수 불상의 단순수뢰죄만을 유죄로 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 뇌물액수 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있다(대법원2012. 1. 12.선고2011도12642판결).

㉢ (X) [1] 형법이 뇌물죄에 관하여 규정하고 있는 것은 공무원의 직무집행의 공정과 그에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 보호하기 위한 것이다.

[2] 법령에 기한 임명권자에 의하여 임용되어 공무에 종사하여 온 사람이 나중에 그가 임용결격자이었음이 밝혀져 당초의 임용행위가 무효라고 하더라도, 그가 임용행위라는 외관을 갖추어 실제로 공무를 수행한 이상 공무 수행의 공정과 그에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성은 여전히 보호되어야 한다. 따라서 이러한 사람은 형법 제129조에서 규정한 공무원으로 봄이 타당하고, 그가 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 때에는 수뢰죄로 처벌할 수 있다(대법원2014. 3. 27. 선고2013도11357판결).

㉔ (○) [1] 직무유기죄는 공무원이 법령·내규 등에 의한 추상적 충근(충성스럽고 부지런히 일하다)의무를 대만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니라, 직장의 무단이탈이나 직무의 의식적인 포기 등과 같이 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 구체적 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립하므로, 어떠한 형태로든 직무집행의 의사로 자신의 직무를 수행한 경우에는 그 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 것은 아니다.

[2] 지방자치단체장(울산광역시 OO구청장)이 전국공무원노동조합이 주도한 파업에 참가한 소속 공무원들(205명)에 대하여 관할 인사위원회(울산광역시)에 징계의결요구를 하지 아니하고 가담 정도의 경중을 가려 자체 인사위원회에 징계의결요구를 하거나 훈계처분을 하도록 지시한 행위가 직무유기죄를 구성하지 않는다(대법원2007. 7. 12. 선고2006도1390판결). 결국, 피고인이 위 205명에 대하여 아무런 조치를 취하지 아니하였거나 그와 동일한 것으로 볼 수는 없다(직무유기죄가 성립하지 않는다).

27. 국가의 기능에 대한 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 범인 스스로 도피하는 행위는 처벌되지 않으므로, 범인이 도피를 위하여 타인에게 도움을 요청하는 행위 역시 도피행위의 범주에 속하는 한 처벌되지 않고, 범인이 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하는 등으로 범인도피죄를 범하게 하는 경우와 같이 그것이 방어권의 남용으로 볼 수 있을 때라 하더라도 범인도피교사죄로 처벌할 수 없다.

② 직권남용권리행사방해죄는 단순히 공무원이 직권을 남용하는 행위를 하였다는 것만으로 곧바로 성립하는 것이 아니라, 직권을 남용하여 현실적으로 다른 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사를 방해하는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과의 발생은 직권남용행위로 인한 것이어야 한다.

③ 「형법」 제151조 제1항의 범인도피죄에서 ‘죄를 범한 자’라 함은 범죄의 혐의를 받아 수사대상이 되어 있는 자를 포함하고, 나아가 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자라는 것을 인식하면서도 도피하게 한 경우에는 그 자가 당시에는 아직 수사대상이 되어 있지 않았다고 하더라도 범인도피죄가 성립한다.

④ 증인의 증언은 그 전부를 일체로 관찰·판단하는 것이므로 선서한 증인이 일단 기억에 반하는 허위의 진술을 하였더라도 그 신문이 끝나기 전에 그 진술을 철회·시정한 경우 위증이 되지 않는다.

→ 정답 ① (X) [1] 범인 스스로 도피하는 행위는 처벌되지 아니하므로, 범인이 도피를 위하여 타인에게 도움을 요청하는 행위 역시 도피행위의 범주에 속하는 한 처벌되지 아니하며, 범인의 요청에 응하여 범인을 도운 타인의 행위가 범인도피죄에 해당한다고 하더라도 마찬가지이다. 다만 범인이 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하는 등으로 범인도피죄를 범하게 하는 경우와 같이 그것이 방어권의 남용으로 볼 수 있을 때에는 범인도피교사죄에 해당할 수 있다.

[2] 을은 피고인 갑이 평소 가깝게 지내던 후배인 점, 갑은 자신의 휴대폰을 사용할 경우 소재가 드러날 것을 염려하여 을에게 요청하여 대포폰을 개설하여 받고, 을에게 전화를 걸어 자신이 있는 곳으로 오도록 한 다음 을이 운전하는 자동차를 타고 청주시 일대를 이동하여 다닌 것으로서, 갑의 이러한 행위는 형사사법에 중대한 장애를 초래한다고 보기 어려운 통상적 도피의 한 유형으로 볼 여지가 충분하다(대법원2014. 4. 10. 선고2013도12079판결). 결국, 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 중이던 피고인 갑이 을에게 자동차를 이용하여 원하는 목적지로 이동시켜 달라고 요구하거나 속칭 ‘대포폰’을 구해 달라고 부탁함으로써 을로 하여금 갑의 요청에 응하도록 한 경우, 갑은 통상적 도피의 한 유형이므로 을은 범인도피죄가 성립한다 하더라도 범인도피교사죄에 해당하지 않는다.

② (○) [1] 직권남용권리행사방해죄는 단순히 공무원이 직권을 남용하는 행위를 하였다는 것만으로 곧바로 성립하는 것이 아니라, 직권을 남용하여 현실적으로 다른 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사를 방해하는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과의 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야

한다.

[2] 여기서 권리행사를 방해한다 함은 법령상 행사할 수 있는 권리의 정당한 행사를 방해하는 것을 말하므로, 이에 해당하려면 구체화된 권리의 현실적인 행사가 방해된 경우라야 한다(대법원2022. 10. 27. 선고2020도15105판결).

③ (○) [1] 형법 제151조에서 규정하는 범인도피죄는 범인은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 행위를 말하는 것으로서 그 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또 위 죄는 위협범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하므로, 형법 제151조 제1항의 이른바, 죄를 범한 자라 함은 범죄의 혐의를 받아 수사대상이 되어있는 자를 포함하며, 나아가 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자라는 것을 인식하면서도 도피하게 한 경우에는 그 자가 당시에는 아직 수사대상이 되어있지 않았다고 하더라도 범인도피죄가 성립한다고 할 것이고, 한편, 증거인멸죄에 관한 형법 제155조 제1항의 이른바 타인의 형사사건이란 인멸행위시에 아직 수사절차가 개시되기 전이라도 장차 형사사건이 될 수 있는 것까지 포함한다.

[2] 형법 제151조 제2항 및 제155조 제4항은 친족, 호주 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 범인도피죄, 증거인멸죄 등을 범한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하고 있는바, 사실혼 관계에 있는 자는 민법 소정의 친족이라 할 수 없어 위 조항에서 말하는 친족에 해당하지 않는다(대법원2003. 12. 12. 선고2003도4533판결).

④ (○) [1] 증인의 증언은 그 전부를 일체로 관찰·판단하는 것이므로 선서한 증인이 일단 기억에 반하는 허위의 진술을 하였더라도 그 신문이 끝나기 전에 그 진술을 철회·시정된 경우 위증이 되지 아니한다고 할 것이다.

[2] 증인이 1회 또는 수회의 기일에 걸쳐 이루어진 1개의 증인신문절차에서 허위의 진술을 하고 그 진술이 철회·시정된 바 없이 그대로 증인신문절차가 종료된 경우 그로써 위증죄는 기수에 달하고, 그 후 별도의 증인 신청 및 채택 절차를 거쳐 그 증인이 다시 신문을 받는 과정에서 종전 신문절차에서의 진술을 철회·시정한다 하더라도 그러한 사정은 형법 제153조가 정한 형의 감면사유에 해당할 수 있을 뿐, 이미 종결된 종전 증인신문절차에서 행한 위증죄의 성립에 어떤 영향을 주는 것은 아니다. 위와 같은 법리는 증인이 별도의 증인신문절차에서 새로이 선서를 한 경우뿐만 아니라 종전 증인신문절차에서 한 선서의 효력이 유지됨을 고지 받고 진술한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

[3] 피고인으로부터 위증의 교사를 받은 갑이 관련사건의 제1심 제9회 공판기일에 증인으로 출석하여 한 허위 진술이 철회·시정된 바 없이 증인신문절차가 그대로 종료되었다가, 그 후 증인으로 다시 신청·채택된 갑이 위 관련사건의 제21회 공판기일에 다시 출석하여 종전 선서의 효력이 유지됨을 고지받고 증언하면서 종전 기일에 한 진술이 허위 진술임을 시인하고 이를 철회하는 취지의 진술을 한 사안에서, 갑의 위증죄는 이미 기수에 이른 것으로 보아야 하고, 그 후 다시 증인으로 신청·채택되어 종전 신문절차에서 한 허위 진술을 철회하였더라도 이미 성립한 위증죄에 영향을 미친다고 볼 수는 없다(대법원2010. 9. 30. 선고2010도7525판결).

28. 고소·고발에 관한 설명으로 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- | |
|---|
| <p>㉠ 친고죄의 공범 중 그 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에 대하여도 효력이 있고, 여기의 공범에는 「형법」 총칙상의 공범뿐만 아니라 필요적 공범도 포함된다.</p> <p>㉡ 「조세범 처벌절차법」에 따라 범칙사건에 대한 고발이 있는 경우 그 고발의 효력은 범칙사건에 관련된 범칙사실의 전부에 미치고 한 개의 범칙사실의 일부에 대한 고발은 그 전부에 대하여 효력이 생긴다.</p> <p>㉢ 친고죄에 있어서 고소불가분의 원칙을 규정한 「형사소송법」 제233조는 반의사불벌죄에 관하여도 적용된다.</p> <p>㉣ 고소인이 수사기관에서 조사를 받으면서 ‘법대로 처벌하되 관대한 처분을 바란다’는 취지로 한 진술은 고소의 취소라고 보기 어렵다.</p> <p>㉤ 고소는 서면 또는 구술로 검사 또는 사법경찰관에게 하면 충분하므로, 경찰청 홈페이지에 ‘甲을 철저히 조사해 달라’는 취지의 민원을 접수한 것만으로도 적법한 고소에 해당한다.</p> |
|---|

① 2개 ② 3개 ③ 4개 ④ 5개

→ 정답 ① ㉠㉡㉢(3개)은 옳은 지문이나, ㉣㉤(2개)은 틀린 지문이다.

㉠ (○) 친고죄의 공범 중 그 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에 대하여도 효력이 있다(제233조, 고소의 주관적 불가분의 원칙). 여기의 공범에는 형법총칙상의 공범(임의적 공범)뿐만 아니라 형법각칙상 공범(필요적 공범)도 모두 포함된다.

㉔ (○) [1] 고발은 범죄사실에 대한 소추를 요구하는 의사표시로서 그 효력은 고발장에 기재된 범죄사실과 동일성이 인정되는 사실 모두에 미치므로, 조세범 처벌절차법에 따라 범죄사건에 대한 고발이 있는 경우 고발의 효력은 범죄사건에 관련된 범죄사실의 전부에 미치고 한 개의 범죄사실의 일부에 대한 고발은 전부에 대하여 효력이 생긴다.

[2] 그러나 수 개의 범죄사실 중 일부만을 범죄사건으로 하는 고발이 있는 경우 고발장에 기재된 범죄사실과 동일성이 인정되지 않는 다른 범죄사실에 대해서까지 고발의 효력이 미칠 수는 없다(대법원2014. 10. 15. 선고2013도5650판결).

㉕ (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 회피하지 아니하는 의사표시나 처벌을 회피하는 의사표시의 철회에 관하여 친고죄와는 달리 공범자간에 불가분의 원칙을 적용하지 아니하고자 함에 있다고 볼 것이지, 입법의 불비로 볼 것은 아니다(대법원1994. 4. 26. 선고93도1689판결). 결국, 고소와 고소취소의 불가분의 원칙은 친고죄의 고소에서만 적용되므로, 반의사불벌죄와 즉시고발 사건에서는 적용되지 않는다.

㉖ (○) 검사가 작성한 피해자에 대한 진술조서 기재 중 '피의자들의 처벌을 원하는 가요?'라는 물음에 대하여 '법대로 처벌하여 주기 바랍니다'로 되어 있고 이어서 '더 할 말이 있는 가요?'라는 물음에 대하여 '젊은 사람들이니 한번 기회를 주시면 감사하겠습니다'로 기재되어 있다면 피해자의 진술취지는 법대로 처벌하되 관대한 처분을 바란다는 취지로 보아야 하고 처벌의사를 철회한 것으로 볼 것이 아니다(대법원1981. 1. 13. 선고80도2210판결). 결국, 친고죄에서 고소인이 수사기관에서 조사를 받으면서 '법대로 처벌하되 관대한 처분을 바란다'는 취지로 한 진술은 고소의 취소라고 볼 수 없다.

㉗ (X) 출판사 대표인 피고인이 도서의 저작권자인 피해자와 전자도서(e-book)에 대하여 별도의 출판계약 등을 체결하지 않고 전자도서를 제작하여 인터넷서점 등을 통해 판매하였다고 하여 구 저작권법 위반으로 기소된 사안에서, 피해자가 경찰청 인터넷 홈페이지에 '피고인을 철저히 조사해 달라'는 취지의 민원을 접수하는 형태로 피고인에 대한 조사를 촉구하는 의사표시를 한 것은 형사소송법에 따른 적절한 고소로 보기 어렵다(대판2012.2.23. 2010도9524). 결국, 피해자가 경찰청 인터넷 홈페이지를 통해 이 사건 신고민원을 접수한 것은 형사소송법에 따른 적절한 고소가 아니다.

29. 피의자신문에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에서의 출석을 거부하는 경우, 수사기관은 그 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있다.

② 피의자의 진술은 영상녹화할 수 있고, 이 경우 피의자에게 미리 영상녹화사실을 알려주고 동의를 받아야 한다.

③ 변호인이 검찰수사관으로부터 “구속된 피의자가 변호인 참여없이 조사를 받지 않겠다고 하니 즉시 와달라”는 연락을 받고 조사실에 도착하여 피의자 옆에 앉으려고 하자, 검찰수사관이 조사실의 장소적 제약 등과 같은 특별한 사정이 없음에도 변호인에게 피의자 후방에 앉으라고 요구한 행위는 변호인의 변호권을 침해한다.

④ 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하는 경우, 피의자의 연령·성별·국적 등의 사정을 고려하여 그 심리적 안정의 도모와 원활한 의사소통을 위하여 필요한 때에는 직권으로 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.

→ 정답 ② (X) [1] 피의자의 진술은 영상녹화할 수 있다. 이 경우 미리 영상녹화사실을 알려주어야 하며(사전고지로 족하다), 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다(제244조의2 제1항).

【비교】 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자(참고인)의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 이 경우 그의 동의를 받아 영상녹화할 수 있다(제221조 제1항).

[2] 위 영상녹화가 완료된 때에는 피의자 또는 변호인 앞에서 지체 없이 그 원본을 봉인하고 피의자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다(동조 제2항).

[3] 피의자 또는 변호인의 요구가 있는 때에는 영상녹화물을 재생하여 시청하게 하여야 한다. 이 경우 그 내용에 대하여 이의를 진술하는 때에는 그 취지를 기재한 서면을 첨부하여야 한다(동조 제3항). 따로 영상촬영해야 하는 것은 아니다.

① (○) [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 구속기관의 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 일의수사의 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.자2013도160결정).

③ (○) 변호인의 피의자신문 참여권을 규정한 형사소송법 제243조의2 제1항에서 ‘정당한 사유’란 변호인이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설할 염려가 있음이 객관적으로 명백한 경우 등을 말하는 것이므로, 수사기관이 피의자신문을 하면서 위와 같은 정당한 사유가 없는데도 변호인에 대하여 피의자로부터 떨어진 곳으로 옮겨 앉으라고 지시를 한 다음 이러한 지시에 따르지 않았음을 이유로 변호인의 피의자신문 참여권을 제한하는 것은 허용될 수 없다(대법원2008. 9. 12.자2008도793결정).

④ (○) 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 직권 또는 피의자·법정대리인의 신청에 따라 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다(제244조의5).

- | |
|--|
| 1. 피의자가 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정·진달할 능력이 미약한 때 2. 피의자의 연령·성별·국적 등의 사정을 고려하여 그 심리적 안정의 도모와 원활한 의사소통을 위하여 필요한 경우 |
|--|

30. 현행범인체포에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 범죄를 실행하고 있거나 실행하고 난 직후의 사람을 현행범인이라 한다.
- ② 甲이 X고등학교 앞길에서 피해자 A와 싸움을 하자, A의 친구B가 112 신고를 하고 甲이 도주하는지 여부를 계속 감시하고 있었다. 그 후 경찰이 위 범행현장에 인접한 위 학교 운동장에 출동하였고, B가 甲을 범인으로 지목하자 위 싸움이 있던 지 10분 정도 경과한 상황에서, 경찰이 곧바로 위 운동장에서 甲을 현행범인으로 체포한 경우 그 체포는 위법하다.
- ③ 음주운전 중 교통사고를 내고 의식불명 상태에 빠져 병원으로 후송된 운전자 甲의 신체 내지 의복류에 주취로 인한 냄새가 강하게 나는 경우, 甲은 「형사소송법」 제211조 제2항 제3호가 정하는 ‘신체나 의복류에 증거가 될 만한 뚜렷한 흔적이 있을 때’의 준현행범인에 해당한다.
- ④ 체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 구속영장을 청구해야 하는데, 검사 또는 사법경찰관이 아닌 자에 의하여 현행범인이 체포된 후 불필요한 지체 없이 검사 또는 사법경찰관에게 인도된 경우 위 48시간의 기산점은 체포시가 아니라 검사 또는 사법경찰관이 현행범인을 인도받은 때이다.

→ 정답 ② (X) [1] 형사소송법 제211조 제1항(현행범인)에 규정된 “범죄 실행의 즉후인자”란 체포하는 자가 볼 때 범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 명백한 경우를 일컫는 것으로서, 시간이나 장소로 보아 체포당하는 자를 방금 범죄를 실행한 범인이라고 볼 증거가 명백히 존재하는 것으로 인정된다면, 그를 현행범인으로 볼 수 있다.

[2] 경찰관이 112 신고를 받고 출동하여 피고인을 체포하려고 할 때는, 갑이 ○○여고 앞길에서 피해자의 자동차를 발로 걷어차고 그와 싸우는 범행을 한 지 겨우 10분 후에 지나지 않고, 그 장소도 범행 현장에 인접한 위 학교의 운동장이므로, 갑은 “범죄 실행의 즉후인자”로서 현행범인에 해당한다.

[3] 따라서 위 경찰관이 갑을 체포하려고 한 행위는 현행범의 체포행위로서 적법한 공무집행이므로, 갑이 위 경찰관을 쇠파이프로 때려 상해를 가한 경우에는 특수공무집행방해치상죄가 성립한다(대법원 1993.8.13. 선고 93도 926 판결).

① (○) 범죄를 실행하고 있거나 실행하고 난 직후의 사람을 현행범인이라 한다(제211조 제1항).

③ (○) [1] 수사기관이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의

자의 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.

[2] 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 혈액을 취득·보관하는 행위는 법원으로부터 감정처분허가장을 받아 형사소송법 제221조의4 제1항, 제173조 제1항에 의한 ‘감정에 필요한 처분’으로도 할 수 있지만, 형사소송법 제219조, 제106조 제1항에 정한 압수의 방법으로도 할 수 있고, 압수의 방법에 의하는 경우 혈액의 취득을 위하여 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하는 행위는 혈액의 압수를 위한 것으로서 형사소송법 제219조, 제120조 제1항에 정한 ‘압수영장의 집행에 있어 필요한 처분’에 해당한다.

[3] 음주운전 중 교통사고를 야기한 후 피의자가 의식불명 상태에 빠져 있는 등으로 도로교통법이 음주운전의 제1차적 수사방법으로 규정한 호흡조사에 의한 음주측정이 불가능하고 혈액 채취에 대한 동의를 받을 수도 없을 뿐만 아니라 법원으로부터 혈액 채취에 대한 감정처분허가장이나 사전 압수영장을 발부받을 시간적 여유도 없는 긴급한 상황이 생길 수 있다. 이러한 경우 피의자의 신체 내지 의복류에 주취로 인한 냄새가 강하게 나는 등 형사소송법 제211조 제2항 제3호가 정하는 범죄의 증거가 현저한 현행범인의 요건이 갖추어져 있고 교통사고 발생 시각으로부터 사회통념상 범행 직후라고 볼 수 있는 시간 내라면, 피의자의 생명·신체를 구조하기 위하여 사고현장으로부터 곧바로 후송된 병원 응급실 등의 장소는 형사소송법 제216조 제3항의 범죄 장소에 준한다 할 것이므로, 검사 또는 사법경찰관은 피의자의 혈중알코올농도 등 증거의 수집을 위하여 의료법상 의료인의 자격이 있는 자로 하여금 의료용 기구로 의학적인 방법에 따라 필요최소한의 한도 내에서 피의자의 혈액을 채취하게 한 후 그 혈액을 영장 없이 압수할 수 있다. 다만 이 경우에도 형사소송법 제216조 제3항단서, 형사소송규칙 제58조, 제107조 제1항 제3호에 따라 사후에 지체 없이 강제채혈에 의한 압수의 사유 등을 기재한 영장청구서에 의하여 법원으로부터 압수영장을 받아야 한다(대법원2012. 11. 15. 선고2011도15258판결).

④ (○) [1] 검사 또는 사법경찰관이 아닌 자가 현행범인을 체포한 때에는 즉시 검사 등에게 인도하여야 한다. 여기서 ‘즉시’라고 함은 반드시 체포시점과 시간적으로 밀착된 시점이어야 하는 것은 아니고, ‘정당한 이유 없이 인도를 지연하거나 체포를 계속하는 등으로 불필요한 지체를 함이 없이’라는 뜻으로 볼 것이다(대판2011.12.22. 2011도12927).

[2] 검사 등이 현행범인을 체포하거나 현행범인을 인도받은 후 현행범인을 구속하고자 하는 경우 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 하고 그 기간 내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 즉시 석방하여야 한다(형사소송법 제213조의2, 제200조의2 제5항).

[3] (○) 체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 구속영장을 청구해야 하는데, 검사 또는 사법경찰관리가 아닌 자에 의하여 현행범인이 체포된 후 불필요한 지체 없이 검사 또는 사법경찰관리에게 인도된 경우 위 48시간의 기산점은 체포시가 아니라 검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 인도받은 때라고 할 것이다(대판2011.12.22. 2011도12927).

31. 구속전피의자심문에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 구속전피의자심문조서는 「형사소송법」 제315조 제3호의 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’로서 증거능력이 인정된다.
- ② 체포되지 않은 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하여야 한다. 다만, 피의자가 도망하는 등의 사유로 심문할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 심문은 법원청사 내에서 하여야 하나, 피의자가 출석을 거부하거나 질병 기타 부득이한 사유로 법원에 출석할 수 없는 때에는 경찰서, 구치소 기타 적당한 장소에서 심문할 수 있다.
- ④ 심문할 피의자에게 변호인이 없어 지방법원판사가 직권으로 변호인을 선정한 경우, 그 선정은 피의자에 대한 구속영장 청구가 인용된 경우를 제외하고는 제1심까지 효력이 있다.

→ 정답 ④ (X) 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 이 경우 변호인의 선정은 피의자에 대한 구속영장 청구가 기각되어 효력이 소멸한 경우(인용된 경우 X)를 제외하고는 제1심까지 효력이 있다(제201조의2 제8항).

- ① (○) 구속적부심문조서는 형사소송법 제311조가 규정한 문서에는 해당하지 않는다 할 것이나, 특히 신용할 만

한 정황에 의하여 작성된 문서라고 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한, 피고인이 증거로 함에 부동의하더라도 형사소송법 제315조 제3호에 의하여 당연히 그 증거능력이 인정된다(대판2003도5693).

② (○) [1] 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다. 이 경우 특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날의 다음날까지 심문하여야 한다(제201조의2 제1항).

[2] 체포되지 않은 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하여야 한다. 다만, 피의자가 도망하는 등의 사유로 심문할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다(동조 제2항).

③ (○) 피의자의 심문은 법원청사내에서 하여야 한다. 다만, 피의자가 출석을 거부하거나 질병 기타 부득이한 사유로 법원에 출석할 수 없는 때에는 경찰서, 구치소 기타 적당한 장소에서 심문할 수 있다(형사소송규칙 제96조의15).

32. 압수·수색에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 수사기관이 압수·수색영장의 집행에 착수하여 압수·수색을 실시하고 그 집행을 종료하였다면, 동일한 장소 또는 목적물에 대하여 다시 압수·수색할 필요가 있고 그 영장의 유효기간이 남아있다고 하더라도 그 영장에 의하여 다시 압수·수색할 수는 없다.

② 피압수자가 수사기관에 압수·수색영장의 집행에 참여하지 않는다는 의사를 명시하였더라도, 특별한 사정이 없는 한 그 변호인에게는 미리 집행의 일시와 장소를 통지하는 등 압수·수색영장의 집행에 참여할 기회를 별도로 보장하여야 한다.

③ 수사기관이 압수·수색영장을 집행함에 있어 그 처분을 받는 자가 여러 명일 경우, 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다면, 그곳에서 물건을 소지하고 있는 다른 사람에게 따로 영장을 제시하지 않고 그 물건을 압수할 수 있다.

④ 甲이 사법경찰관에게 휴대전화를 임의제출하면서 클라우드 등 제3자가 관리하는 원격지에 저장되어 있는 전자정보를 제출한다는 의사로 사법경찰관에게 클라우드 등에 접속하기 위한 아이디와 비밀번호를 임의로 제공한 경우, 위 클라우드 등에 저장된 전자정보를 임의제출하는 것으로 볼 수 있다.

→ 정답 ③ (X) 압수·수색영장을 집행하는 수사기관은 피압수자로 하여금 법원이 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).

① (○) 형사소송법 제215조에 의한 압수·수색영장은 수사기관의 압수·수색에 대한 허가장으로서 거기에 기재되는 유효기간은 집행에 착수할 수 있는 종기를 의미하는 것일 뿐이므로, 수사기관이 압수·수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압수·수색을 실시하고 그 집행을 종료하였다면 이미 그 영장은 목적을 달성하여 효력이 상실되는 것이고, 동일한 장소 또는 목적물에 대하여 다시 압수·수색할 필요가 있는 경우라면 그 필요성을 소명하여 법원으로부터 새로운 압수·수색영장을 발부받아야 하는 것이지, 앞서 발부받은 압수·수색영장의 유효기간이 남아있다고 하여 이를 제시하고 다시 압수·수색을 할 수는 없다(대법원2023. 3. 16. 선고2020도5336판결).

② (○) 형사소송법 제219조, 제121조가 규정한 변호인의 참여권은 피압수자의 보호를 위하여 변호인에게 주어진 고유권이다. 따라서 설령 피압수자가 수사기관에 압수·수색영장의 집행에 참여하지 않는다는 의사를 명시하였다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그 변호인에게는 형사소송법 제219조, 제122조에 따라 미리 집행의 일시와 장소를 통지하는 등으로 압수·수색영장의 집행에 참여할 기회를 별도로 보장하여야 한다(대판2020.11.26. 2020도10729).

④ (○) 피의자가 휴대전화를 임의제출하면서 휴대전화에 저장된 전자정보가 아닌 클라우드 등 제3자가 관리하는 원격지에 저장되어 있는 전자정보를 수사기관에 제출한다는 의사로 수사기관에게 클라우드 등에 접속하기 위한 아이디와 비밀번호를 임의로 제공하였다면 위 클라우드 등에 저장된 전자정보를 임의제출하는 것으로 볼 수 있다(대법원2021. 7. 29. 선고2020도14654판결).

33. 정보저장매체의 압수·수색에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 수사기관의 전자정보에 대한 압수·수색은 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복제하는 방식으로 이루어져야 하고, 수사기관 사무실 등 외부로 저장매체 자체를 직접 반출하는 방식으로 압수·수색하는 것은 예외적으로만 허용된다.

② 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·탐색·출력하는 경우에도, 피압수·수색 당사자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하여야 한다.

③ 수사기관이 범죄 혐의사실과 관련 있는 전자정보를 선별 압수한 후 그와 관련이 없는 나머지 정보를 삭제·폐기·반환하지 아니한 채 보관하고 있더라도, 사후에 위 나머지 정보에 대하여 법원으로부터 압수·수색영장을 발부받거나 피고인 또는 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다면 증거로 사용할 수 있다.

④ 수사기관이 압수·수색영장에 적힌 ‘수색할 장소’에 있는 컴퓨터 등 정보처리장치에 저장된 전자정보 외에 원격지 서버에 저장된 전자정보를 압수·수색하기 위해서는 그 영장에 적힌 ‘압수할 물건’에 별도로 원격지 서버 저장 전자정보가 특정되어 있어야 하고, ‘압수할 물건’에 컴퓨터 등 정보처리장치 저장 전자정보만 기재되어 있다면 컴퓨터 등 정보처리장치를 이용하여 원격지 서버 저장전자정보를 압수할 수는 없다.

→ 정답 ③ (X) [1] 법원은 압수·수색영장의 집행에 관하여 범죄 혐의사실과 관련 있는 전자정보의 탐색·복제·출력이 완료된 때에는 지체 없이 영장 기재 범죄 혐의사실과 관련이 없는 나머지 전자정보에 대해 삭제·폐기 또는 피압수자 등에게 반환할 것을 정할 수 있다.

[2] 수사기관이 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별하여 압수한 후에도 그와 관련이 없는 나머지 정보를 삭제·폐기·반환하지 아니한 채 그대로 보관하고 있다면 범죄 혐의사실과 관련이 없는 부분에 대하여는 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보를 영장 없이 압수·수색하여 취득한 것이어서 위법하고, 사후에 법원으로부터 압수·수색영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다(대법원2022. 1. 14.자2021모1586결정).

① (○) 수사기관의 전자정보에 대한 압수·수색은 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복제하는 방식으로 이루어져야 하고, 저장매체 자체를 직접 반출하거나 저장매체에 들어 있는 전자파일 전부를 하드카피나 이미징 등 형태(이하 ‘복제본’이라 한다)로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하는 방식으로 압수·수색하는 것은 현장의 사정이나 전자정보의 대량성으로 관련 정보 획득에 긴 시간이 소요되거나 전문 인력에 의한 기술적 조치가 필요한 경우 등 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에 한하여 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다(대법원2015. 7. 16.자2011모1839전원합의체 결정).

② (○) [1] 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 피압수자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다(형사소송법 제219조, 제121조). 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력·복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체, 하드카피나 이미징(imaging) 등 형태(이하 ‘복제본’이라 한다)를 수사기관 사무실등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우에도, 피압수자나 변호인에게 참여 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다.

[2] 만일 그러한 조치를 취하지 않았다면 피압수자 측이 위와 같은 절차나 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자에게 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색이 적법하다고 할 수 없다. 이는 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력한 경우에도 마찬가지이다(대법원2020. 11. 26.선고2020도10729판결).

④ (○) [1] 원격지 서버에 저장되어 있는 전자정보와 컴퓨터 등 정보처리장치에 저장되어 있는 전자정보는 그 내용이나 질이 다르므로 압수·수색으로 얻을 수 있는 전자정보의 범위와 그로 인한 기본권 침해 정도도 다르다.

[2] 따라서 수사기관이 압수·수색영장에 적힌 ‘수색할 장소’에 있는 컴퓨터 등 정보처리장치에 저장된 전자정보 외에 원격지 서버에 저장된 전자정보를 압수·수색하기 위해서는 압수·수색영장에 적힌 ‘압수할 물건’에 별도로 원격지 서버 저장 전자정보가 특정되어 있어야 한다.

[3] 압수·수색영장에 적힌 ‘압수할 물건’에 컴퓨터 등 정보처리장치 저장 전자정보만 기재되어 있다면 컴퓨터 등

정보처리장치를 이용하여 원격지 서버 저장 전자정보를 압수할 수는 없다(대법원2022. 6. 30.선고2022도1452판결).

34. 증거에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형사소송법」이 수사기관에서 작성된 조서 등 서면증거에 대하여 일정한 요건을 충족하는 경우에 증거능력을 인정하는 것은 실체적 진실발견의 이념과 소송경제의 요청을 고려하여 예외적으로 허용하는 것일 뿐이므로 증거능력 인정 요건에 관한 규정은 엄격하게 해석·적용하여야 한다.
- ② 수사기관은 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관계가 없는 증거를 압수할 수 없고, 별도의 영장을 발부받지 아니하고서는 압수물 또는 압수한 정보를 그 압수의 근거가 된 압수·수색영장 혐의 사실과 관계가 없는 범죄의 유죄 증거로 사용할 수 없다.
- ③ 법원은 범죄의 구성요건이나 법률상 규정된 형의 가중·감면의 사유가 되는 경우를 제외하고는, 법률이 규정한 증거로서의 자격이나 증거조사방식에 구애됨이 없이 상당한 방법으로 조사하여 양형의 조건이 되는 사함을 인정할 수 있다. 다만, 당사자가 직접 수집하여 제출하기 곤란하다고 하여 직권으로 양형조건에 관한 「형법」 제51조의 사함을 수집·조사할 수 있는 것은 아니다.
- ④ 자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요 부분을 인정할 수 있는 정도가 되지 않더라도, 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 충분하다. 또한 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있고, 자백과 보강증거가 서로 어울려서 전체로서 범죄사실을 인정할 수 있으면 유죄의 증거로 충분하다.

→ 정답 ③ (X) [1] 양형의 조건에 관하여 규정한 형법 제51조의 사함은 널리 형의 양정에 관한 법원의 재량사함에 속한다고 해석되므로, 법원은 범죄의 구성요건이나 법률상 규정된 형의 가중·감면의 사유가 되는 경우를 제외하고는, 법률이 규정한 증거로서의 자격이나 증거조사방식에 구애됨이 없이 상당한 방법으로 조사하여 양형의 조건이 되는 사함을 인정할 수 있다.

[2] 나아가 형의 양정에 관한 절차는 범죄사실을 인정하는 단계와 달리 취급하여야 하므로, 당사자가 직접 수집하여 제출하기 곤란하거나 필요하다고 인정되는 경우 등에는 직권으로 양형조건에 관한 형법 제51조의 사함을 수집·조사할 수 있다.

[3] 제1심 법원이 법원조직법 제54조의3에 의하여 심판에 필요한 자료의 수집·조사 등의 업무를 담당하는 법원 소속 조사관에게 양형의 조건이 되는 사함을 수집·조사하여 제출하게 하고, 이를 피고인에 대한 정상 관계 사실과 함께 참작하여 피고인에게 유죄를 선고한 사안에서, 조사관에 의한 양형조사가 현행법상 위법이라거나 양형조사가 위법하게 행하였다고 볼 수 없다(대법원2010. 4. 29.선고2010도750판결).

① (○) [1] 형사소송법은 수사기관에서 작성된 조서 등 서면증거에 대하여 일정한 요건 아래 증거능력을 인정하는데, 이는 실체적 진실발견의 이념과 소송경제의 요청을 고려하여 예외적으로 허용하는 것이므로, 그 증거능력 인정 요건에 관한 규정은 엄격하게 해석·적용하여야 한다.

[2] 형사소송법 제312조, 제313조는 진술조서 등에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우에 한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 정하고 있는데, 형사소송법 제314조는 원진술자 또는 작성자가 사망·질병·외국거주·소재불명 등의 사유로 공판준비 또는 공판기일에 출석하여 진술할 수 없는 경우에 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하였다는 점이 증명되면 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차도 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 함으로써 보다 중대한 예외를 인정한 것이므로, 그 요건을 더욱 엄격하게 해석·적용하여야 한다(대법원2022. 3. 17.선고2016도17054판결).

② (○) [1] 헌법 제12조의 영장주의와 형사소송법 제199조 제1항 단서의 강제처분 법정주의는 수사기관의 증거수집뿐만 아니라 강제처분을 통하여 획득한 증거의 사용까지 아우르는 형사절차의 기본원칙이다. 따라서 수사기관은 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관계가 없는 증거를 압수할 수 없고, 별도의 영장을 발부받지 아니하고서는 압수물 또는 압수한 정보를 그 압수의 근거가 된 압수·수색영장 혐의사실과 관계가 없는 범죄의 유죄 증거로 사용할 수 없다.

[2] 형사소송법 제215조 제1항은 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 규정한다. 여기에서 ‘해당 사건과 관계가 있다’는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의사실과 관련되고 이를 증명할 수 있는 최소한의 가치가 있는 것으로서 압수·수색영장의 혐의사실과 사이에 객관적, 인적 관련성이 인정되는 것을 말한다.

[3] 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한

범행과 직접 관련되어 있는 경우를 의미하지만, 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정할 수 있다. 이때 객관적 관련성은 압수·수색 영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정할 수 있고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 객관적 관련성이 있다고 볼 수는 없다. [4] 그리고 피의자 또는 피고인과의 인적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 사건에 대해서도 인정할 수 있다(대법원2023. 6. 1. 선고2018도18866판결).

④ (○) 자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요 부분을 인정할 수 있는 정도가 되지 않더라도 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 충분하다. 또한 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있고, 자백과 보강증거가 서로 어울려서 전체로서 범죄사실을 인정할 수 있으면 유죄의 증거가 된다(대법원2017. 6. 8. 선고2017도4827판결).

35. 증명에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 증거위조죄의 적용대상인 ‘증거’에는 범죄의 성립에 관한 증거 외에 양형의 기초가 되는 정상관계 사실에 관한 증거도 포함된다. 그런데 양형의 기초가 되는 정상관계 사실은 매우 복잡하고 비유형적 일뿐만 아니라 「형사소송법」 제307조가 규정한 엄격한 증명의 대상에도 해당하지 않는다.
- ② 탄핵증거의 제출에 있어서도 상대방에게 이에 대한 공격방어의 수단을 강구할 기회를 사전에 부여하여야 한다는 점에서 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계 및 입증취지 등을 미리 구체적으로 명시하여야 할 것이나, 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 하는 것은 아니다.
- ③ 어떤 소송절차가 진행된 내용이 공판조서에 기재되지 않았다고 하여 당연히 그 소송절차가 당해 공판기일에 행하여지지 않은 것으로 추정되는 것은 아니고 공판조서에 기재되지 않은 소송절차의 존재가 공판조서에 기재된 다른 내용이나 공판조서 이외의 자료로 증명될 수 있고, 이는 소송법적 사실이므로 자유로운 증명의 대상이 된다.
- ④ 범행에 관한 간접증거만이 존재하고 더구나 그 간접증거의 증명력에 한계가 있는 경우, 범인으로 지목되고 있는 자에게 범행을 저지를 만한 동기가 발견되지 않는다면, 만연히 무엇인가 동기가 분명히 있는데도 이를 범인이 숨기고 있다고 단정할 것이 아니라 반대로 간접증거의 증명력이 그만큼 떨어진다고 평가하는 것이 형사증거법의 이념에 부합하는 것이다.

→ 정답 ② (X) 탄핵증거의 제출에 있어서도 상대방에게 이에 대한 공격방어의 수단을 강구할 기회를 사전에 부여하여야 한다는 점에서 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계 및 입증취지 등을 미리 구체적으로 명시하여야 할 것이므로, 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 한다(대법원2005. 8. 19. 선고2005도2617판결).

① (○) [1] 형법 제155조 제1항의 증거위조죄에서 말하는 ‘증거’란 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관하여 수사기관이나 법원 또는 징계기관이 국가의 형벌권 또는 징계권의 유무를 확인하는 데 관계있다고 인정되는 일체의 자료를 뜻한다. 따라서 범죄 또는 징계사유의 성립 여부에 관한 것뿐만 아니라 형 또는 징계의 경중에 관계있는 정상을 인정하는 데 도움이 될 자료까지도 본조가 규정한 증거에 포함된다.

[2] 증거위조죄의 적용대상인 ‘증거’에는 범죄의 성립에 관한 증거 외에 양형의 기초가 되는 정상관계사실에 관한 증거도 포함된다. 그런데 양형의 기초가 되는 정상관계사실은 매우 복잡하고 비유형적일 뿐만 아니라 형사소송법 제307조가 규정한 엄격한 증명의 대상에도 해당하지 않는다(대법원2021. 1. 28. 선고2020도2642판결).

③ (○) [1] 공판기일의 소송절차로서 판결 기타의 재판을 선고 또는 고지한 사실은 공판조서에 기재되어야 하는 데(형사소송법 제51조 제1항, 제2항 제14호), 공판조서의 기재가 명백한 오기인 경우를 제외하고는, 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 조서만으로써 증명하여야 하고 그 증명력은 공판조서 이외의 자료에 의한 반증이 허용되지 않는 절대적인 것이다.

[2] 반면에 어떤 소송절차가 진행된 내용이 공판조서에 기재되지 않았다고 하여 당연히 그 소송절차가 당해 공판기일에 행하여지지 않은 것으로 추정되는 것은 아니고 공판조서에 기재되지 않은 소송절차의 존재가 공판조서에 기재된 다른 내용이나 공판조서 이외의 자료로 증명될 수 있고, 이는 소송법적 사실이므로 자유로운 증명의 대상이 된다(대법원2023. 6. 15. 선고2023도3038판결).

④ (○) [1] 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접증거 없이 간접증거만으로 유죄를 인정할 수 있으나, 간접증거에 의하여 주요사실의 전제가 되는 간접사실을 인정할 때에는 증거가 합리적인 의심을 허용하지 않을 정도에 이르러야 하고, 하나하나의 간접사실 사이에 모순, 저촉이 없어야 하는 것은 물론 간접사실이 논리와 경험칙, 과학법칙에 의하여 뒷받침되어야 한다.

[2] 그러므로 유죄의 인정은 범행 동기, 범행수단의 선택, 범행에 이르는 과정, 범행 전후 피고인의 태도 등 여러 간접사실로 보아 피고인이 범행한 것으로 보기에 충분할 만큼 압도적으로 우월한 증거가 있어야 한다.

[3] 그리고 범행에 관한 간접증거만이 존재하고 더구나 그 간접증거의 증명력에 한계가 있는 경우, 범인으로 지목되고 있는 자에게 범행을 저지를 만한 동기가 발견되지 않는다면, 반대로 간접증거의 증명력이 그만큼 떨어진다고 평가하는 것이 형사증거법의 이념에 부합하는 것이다.

[4] 유전자검사나 혈액형검사 등 과학적 증거방법은 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 증명되고 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 없거나 무시할 정도로 극소하다고 인정되는 경우에는 법원이 사실인정을 할 때 상당한 정도로 구속력을 가진다.

[5] 갑은 자신이 낳은 여아 A를 데리고 산부인과 의원으로 가서 신생아실에 있던 자신의 외손녀인 피해자 B의 자리에 A를 놓아두고, 그 자리에 있던 B를 몰래 데리고 가 미성년자 약취죄로 기소된 경우, 유죄 인정의 결정적 증거는 유전자 감정 결과일 뿐 목격자의 진술이나 CCTV 영상 등 직접적인 증거가 없고, 추가로 심리할 점들이 있는 이 사건에서, 유전자 감정 결과만으로 쟁점 공소사실이 증명되었다고 보기 어려워 추가 심리 없이 미성년자 약취죄 인정을 그대로 유지하기는 어렵다(대법원2022. 6. 16. 선고2022도2236판결).

36. 자백배제법칙과 증거능력에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 수사기관은 수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적으로 합리적인 근거 없이 별개의 사건을 부당하게 수사하여서는 아니되고, 다른 사건의 수사를 통하여 확보된 증거 또는 자료를 내세워 관련 없는 사건에 대한 자백이나 진술을 강요하여서도 아니된다.

② 피고인의 자백이 임의성이 없다고 의심할 만한 사유가 있는 때에 해당한다 할지라도 그 임의성이 없다고 의심하게 된 사유들과 피고인의 자백과의 사이에 인과관계가 존재하지 않은 것이 명백한 때에는 그 자백은 임의성이 있는 것으로 인정된다.

③ 피고인의 자백의 신빙성 유무를 판단할 때에는 그 자백에 「형사소송법」 제309조에 정한 사유 또는 자백의 동기나 과정에 합리적인 의심을 갖게 할 상황이 있었는지를 판단하여야 한다.

④ 증거조사를 마친 증거가 증거능력이 없음을 이유로 한 이의신청을 이유있다고 인정할 경우에 법원은 그 증거의 일부가 아니라 전부를 배제하는 결정을 하여야 한다.

→ 정답 ④ (X) [1] 시기에 늦은 이의신청, 소송지연만을 목적으로 하는 것임이 명백한 이의신청은 결정으로 이를 기각하여야 한다. 다만, 시기에 늦은 이의신청이 중요한 사항을 대상으로 하고 있는 경우에는 시기에 늦은 것만을 이유로 하여 기각하여서는 아니된다(형사소송규칙 제139조 제1항).

[2] 증거조사를 마친 증거가 증거능력이 없음을 이유로 한 이의신청을 이유있다고 인정할 경우에는 그 증거의 전부 또는 일부를 배제한다는 취지의 결정을 하여야 한다(동규칙 제139조 제4항). 결국, 당사자가 일부만을 증거능력이 없다고 이의신청한 경우에 법원은 그 이의신청이 이유있다고 인정할 때에 증거능력이 없는 일부만을 배제하는 결정을 하여야 한다.

① (○) 수사기관은 수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적으로 합리적인 근거 없이 별개의 사건을 부당하게 수사하여서는 아니 되고, 다른 사건의 수사를 통하여 확보된 증거 또는 자료를 내세워 관련 없는 사건에 대한 자백이나 진술을 강요하여서도 아니 된다(제198조 제4항).<신설 2022. 5. 9.>

② (○) 피고인의 자백이 임의성이 없다고 의심할 만한 사유가 있는 때에 해당한다 할지라도 그 임의성이 없다고 의심하게 된 사유들과 피고인의 자백과의 사이에 인과관계가 존재하지 않은 것이 명백한 때에는 그 자백은 임의성이 있는 것으로 인정된다(대법원1984. 11. 27. 선고84도2252판결).

③ (○) [1] 검찰에서의 피고인의 자백이 법정진술과 다르다거나 피고인에게 지나치게 불리한 내용이라는 사유만으로는 그 자백의 신빙성이 의심스럽다고 할 수는 없다.

[2] 자백의 신빙성 유무를 판단할 때에는 자백의 진술 내용 자체가 객관적으로 합리성을 띠고 있는지, 자백의 동기나 이유가 무엇이며, 자백에 이르게 된 경위는 어떠한지 그리고 자백 이외의 정황증거 중 자백과 저촉되거나 모순되는 것이 없는지 하는 점 등을 고려하여 피고인의 자백에 형사소송법 제309조에 정한 사유 또는 자백의

동기나 과정에 합리적인 의심을 갖게 할 상황이 있었는지를 판단하여야 한다(대법원2019. 10. 31. 선고2018도 2642판결).

37. 위법수집증거배제법칙에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피의자에 대한 진술거부권 고지는 피의자의 진술거부권을 실효적으로 보장하여 진술이 강요되는 것을 막기 위한 것인데, 이러한 진술거부권 고지에 관한 「형사소송법」 규정 내용 및 진술거부권 고지가 갖는 실질적인 의미를 고려하면, 수사기관이 수사를 개시하는 행위를 하기 전이어서 피의자 지위에 있지 아니한 자에 대하여 진술거부권이 고지되지 아니한 때에도 그 진술의 증거능력은 인정할 수 없다.
- ② 수사기관이 피압수자 측에 참여의 기회를 보장하거나 압수한 전자정보 목록을 교부하지 않는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하지 않은 위법한 압수·수색 과정을 통하여 취득한 증거는 위법수집 증거에 해당하고, 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고하여 위법성이 치유되는 것도 아니다.
- ③ 수사기관이 네트워크 카메라 등을 설치·이용하여 피고인의 행동과 피고인이 본 태블릿 개인용 컴퓨터 화면내용을 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하지 않고 영장 없이 촬영한 것은 수사의 비례성·상당성 원칙과 영장주의 등을 위반한 것이므로 그로 인해 취득한 영상물 등의 증거는 증거능력이 없다.
- ④ 수사기관의 절차 위반 행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 「형사소송법」이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고, 이를 통하여 형사 사법정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

→ 정답 ① (X) [1] 피의자에 대한 진술거부권 고지는 피의자의 진술거부권을 실효적으로 보장하여 진술이 강요되는 것을 막기 위해 인정되는 것인데, 이러한 진술거부권 고지에 관한 형사소송법 규정내용 및 진술거부권 고지가 갖는 실질적인 의미를 고려하면 수사기관에 의한 진술거부권 고지 대상이 되는 피의자 지위는 수사기관이 조사대상자에 대한 범죄혐의를 인정하여 수사를 개시하는 행위를 한 때 인정되는 것으로 보아야 한다. 따라서 이러한 피의자 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였더라도 진술의 증거능력을 부정할 것은 아니다.

[2] 피고인들이 중국에 있는 갑과 공모한 후 중국에서 입국하는乙을 통하여 필로폰이 들어 있는 곡물포대를 배달받는 방법으로 필로폰을 수입하였다고 하여 주위적으로 기소되었는데 검사가 올에게서 곡물포대를 건네받아 피고인들에게 전달하는 역할을 한 참고인 병에 대한 검사 작성 진술조서를 증거로 신청한 사안에서, 피고인들과 공범관계에 있을 가능성만으로 병이 참고인으로서 검찰 조사를 받을 당시 또는 그 후라도 검사가 병에 대한 범죄혐의를 인정하고 수사를 개시하여 피의자 지위에 있게 되었다고 단정할 수 없고, 검사가 병에 대한 수사를 개시할 수 있는 상태이었는데도 진술거부권 고지를 잠탈할 의도로 피의자 신문이 아닌 참고인 조사의 형식을 취한 것으로 볼 만한 사정도 기록상 찾을 수 없으며, 오히려 피고인들이 수사과정에서 필로폰이 중국으로부터 수입되는 것인지 몰랐다는 취지로 변소하였기 때문에 피고인들의 수입에 관한 범의를 명백하게 하기 위하여 병을 참고인으로 조사한 것이라면, 병은 수사기관에 의해 범죄혐의를 인정받아 수사가 개시된 피의자의 지위에 있었다고 할 수 없고 참고인으로서 조사를 받으면서 수사기관에게서 진술거부권을 고지받지 않았다는 이유만으로 그 진술조서가 위법수집 증거로서 증거능력이 없다고 할 수 없다(대법원2011. 11. 10. 선고2011도8125판결).

② (○) [1] 압수의 대상이 되는 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체나 그 복제본을 압수·수색한 수사기관이 정보저장매체 등을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 탐색·복제·출력하는 경우, 그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수·수색 당사자(이하 ‘피압수자’라 한다)나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 압수된 전자정보의 파일 명세가 특정된 압수목록을 작성·교부하여야 하며 범죄혐의 사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다.

[2] 만약 그러한 조치가 취해지지 않았다면 피압수자 측이 참여하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자 측에 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로

침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색이 적법하다고 평가할 수 없고, 비록 수사기관이 정보저장매체 또는 복제본에서 범죄혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

[3] 따라서 수사기관이 피압수자 측에 참여의 기회를 보장하거나 압수한 전자정보 목록을 교부하지 않는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하지 않은 위법한 압수·수색 과정을 통하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 위법성이 치유되는 것도 아니다(대법원2022. 7. 28. 선고2022도2960판결).

③ (○) [1] 누구든지 자기의 얼굴 기타 모습을 함부로 촬영당하지 않을 자유를 가지나 이러한 자유도 국가권력의 행사로부터 무제한으로 보호되는 것은 아니고 국가의 안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 상당한 제한이 따르는 것이고, 수사기관이 범죄를 수사함에 있어 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하여 촬영을 한 경우라면 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 단정할 수 없다. 이 사건 비디오 촬영은 피고인들에 대한 범죄의 혐의가 상당히 포착된 상태에서 그 회합의 증거를 보전하기 위한 필요에서 이루어진 것이고 공소의 갑의 주거지 외부에서 담장 밖 및 2층 계단을 통하여 갑의 집에 출입하는 피고인들의 모습을 촬영한 것으로 그 촬영방법 또한 반드시 상당성이 결여된 것이라고는 할 수 없다 할 것인바, 위와 같은 사정 아래서 이 사건 비디오 촬영행위가 위법하지 않고 그로 인하여 취득한 비디오테이프의 증거능력을 인정한 것은 정당하다(대법원1999. 9. 3. 선고99도2317판결). 결국, 현·필·긴·상의 요건을 갖추었다면 영장없이 촬영하였더라도 국가보안법위반(회합)에 있어서 비디오테이프의 증거능력이 인정된다. 다만, 위 비디오테이프 만으로 피고인들에 대한 공소사실을 유죄로 인정할 수 있는가(증명력이 있는가)는 별개의 문제이다.

[2] 수사기관이 2013. 11. 2. 네트워크 카메라등을 설치·이용하여 피고인의 행동과 피고인이 본 태블릿 개인용 컴퓨터(PC) 화면내용을 촬영한 것이 수사의 비례성·상당성 원칙과 영장주의등을 위반한 것이므로 그로 인해 취득한 영상물등의 증거는 증거능력이 없다. 그리고 위 촬영이 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의한 것이 아니므로 영장 없이 이루어져 위법하다(대법원2017. 11. 29. 선고2017도9747판결). 결국, 2013. 11. 2.의 이적표현물 소지에 관하여 영장주의에 위반하여 취득한 영상물 등의 증거는 증거능력이 없으므로, 무죄를 선고하였다.

④ (○) [1] 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

[2] 다만, 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞다고 볼 수 없다. 따라서 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의의 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다(대법원2007. 11. 15. 선고2007도3061 전원합의체 판결).

38. 전문증거에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 어떤 진술이 기재된 서류가 그 내용의 진실성이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용될 때는 전문증거가 되지만, 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 반드시 전문증거가 되는 것이 아니다.
- ㉡ 「형사소송법」 제312조 제1항은 검사가 작성한 피의자신문조서는 공판준비, 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한정하여 증거로 할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 ‘그 내용을 인정할 때’라 함은 피의자신문조서의 기재 내용이 진술 내용대로 기재되어 있다는 의미가 아니고 그와 같이 진술한 내용이 실제 사실과 부합한다는 것을 의미한다.
- ㉢ 피고인이 자신과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대하여 검사가 작성한 피의자 신문조서의 내용을 부인하는 경우에는 「형사소송법」 제312조 제1항이 적용되지 아니하므로 이를 유죄의 증거로 쓸 수 있다.

㉔ 재전문진술이 기재된 조서는 「형사소송법」 제312조 또는 제314조에 따라 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론 「형사소송법」 제316조 제2항에 따른 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다.

㉕ 「형사소송법」은 전문진술에 대하여 제316조에서 실질상 단순한 전문의 형태를 취하는 경우에 한하여 예외적으로 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있을 뿐, 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 달리 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하므로, 피고인이 증거로 하는 데 동의하더라도 「형사소송법」 제310조의2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다.

① 2개 ② 3개 ③ 4개 ④ 5개

→ 정답 ① ㉔(2개)은 옳은 지문이나, ㉕(3개)은 틀린 지문이다.

㉔ (○) [1] 다른 사람의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지는 요증사실이 무엇인지에 따라 정해진다. 다른 사람의 진술, 즉 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이지만, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다.

[2] 어떤 진술이 기재된 서류가 그 내용의 진실성이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용될 때는 전문증거가 되지만, 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 반드시 전문증거가 되는 것이 아니다.

[3] 그러나 어떠한 내용의 진술을 하였다는 사실 자체에 대한 정황증거로 사용될 것이라는 이유로 서류의 증거능력을 인정한 다음 그 사실을 다시 진술 내용이나 그 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우에 그 서류는 전문증거에 해당한다. 서류가 그곳에 기재된 원진술의 내용인 사실을 증명하는 데 사용되어 원진술의 내용인 사실이 요증사실이 되기 때문이다. 이러한 경우 형사소송법 제311조부터 제316조까지 정한 요건을 충족하지 못한다면 증거능력이 없다(대법원2019. 8. 29. 선고2018도14303 전원합의체 판결).

㉕ (○) 2020. 2. 4. 법률 제16924호로 개정되어 2022. 1. 1.부터 시행된 형사소송법 제312조 제1항은 검사가 작성한 피의자신문조서의 증거능력에 대하여 ‘적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비, 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한정하여 증거로 할 수 있다.’고 규정하였다. 여기서 ‘그 내용을 인정할 때’라 함은 피의자신문조서의 기재 내용이 진술 내용대로 기재되어 있다는 의미가 아니고 그와 같이 진술한 내용이 실제 사실과 부합한다는 것을 의미한다(대법원2023. 6. 1. 선고2023도3741 판결).

㉔ (X) [1] 형사소송법 제312조 제1항에서 정한 ‘검사가 작성한 피의자신문조서’란 당해 피고인에 대한 피의자신문조서만이 아니라 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대하여 검사가 작성한 피의자신문조서도 포함되고, 여기서 말하는 ‘공범’에는 형법 총칙의 공범 이외에도 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 할 뿐 각자의 구성요건을 실현하고 별도의 형벌 규정에 따라 처벌되는 강학상 필요적 공범 또는 대항범까지 포함한다. 따라서 피고인이 자신과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대하여 검사가 작성한 피의자신문조서의 내용을 부인하는 경우에는 형사소송법 제312조 제1항에 따라 유죄의 증거로 쓸 수 없다.

[2] 피고인과 변호인이 ‘공소의인에 대한 검찰 피의자신문조서 사본’에 관하여 내용 부인 취지에서 ‘증거로 사용함에 동의하지 않는다.’는 의견을 밝혔음에도 이를 유죄인정의 증거로 사용한 것은 형사소송법 제312조 제1항에 관한 법리를 오해한 것이다(대법원2023. 6. 1. 선고2023도3741 판결).

㉕ (X) [1] 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 달리 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 한 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다(대법원2000. 3. 10. 선고2000도159 판결; 대법원2004. 3. 11. 선고2003도171 판결 등). (재)동이 증거능력이 있다.

[2] 전문진술이 기재된 조서는 형사소송법 제312조 또는 제314조에 따라 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론 형사소송법 제316조 제2항에 따른 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다(대법원2017. 7. 18. 선고2015도12981, 2015전도218 판결). 결국, 전문진술을 기재한 조서 = 제312조 또는 제314조 + 제316조

㉔ (X) [1] 형사소송법은 전문진술에 대하여 제316조에서 실질상 단순한 전문의 형태를 취하는 경우에 한하여 예외적으로 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있을 뿐, 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 달리 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 한 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다.

[2] 재전문진술을 기재한 조서에 대하여 피고인이 이를 증거로 함에 동의하여 증거능력이 있다(대법원2004. 3. 11. 선고2003도171 판결). 결국, 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서는 피고인이 동의하면 증거능력이 있다.

39. 증거동의를 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형사소송법」 제318조에 규정된 증거동의를 소송 주체인 검사와 피고인이 하는 것이고, 피고인이 변호인과 함께 출석한 공판기일의 공판조서에 검사가 제출한 증거에 대하여 동의한다는 기재가 되어 있다면 이는 피고인이 증거동의를 한 것으로 보아야 하고, 그 기재는 절대적인 증명력을 가진다.
- ② 「형사소송법」 제318조에 규정된 증거동의를 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 증거동의를 의사표시를 취소 또는 철회하더라도 취소 또는 철회 이전에 이미 취득한 증거능력이 상실되지 않는다.
- ③ 피고인이나 변호인이 무죄에 관한 자료로 제출한 서증 가운데 도리어 유죄임을 뒷받침하는 내용이 있다고 하여도, 법원은 그 서류의 진정성립 여부 등을 조사하고 아울러 그 서류에 대한 피고인이나 변호인의 의견과 변명의 기회를 주지 않았다면 상대방의 원용(동의)이 있더라도 그 서증을 유죄인정의 증거로 쓸 수 없다.
- ④ 피고인의 출정없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 「형사소송법」 제318조 제1항에 의한 증거동의를 하는 것으로 간주한다. 다만, 피고인이 출정하지 아니하더라도 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 예외로 한다.

→ 정답 ③ (X) [1] 피고인이나 변호인이 무죄에 관한 자료로 제출한 서증 가운데 도리어 유죄임을 뒷받침하는 내용이 있다고 하여도, 법원은 상대방의 원용(동의)이 없는 한 그 서류의 진정성립 여부 등을 조사하고 아울러 그 서류에 대한 피고인이나 변호인의 의견과 변명의 기회를 주지 않았다면 그 서증을 유죄인정의 증거로 쓸 수 없다.

[2] 그러나 해당 서류를 제출한 당사자는 그것을 증거로 함에 동의하고 있음이 명백한 것이므로, 상대방인 검사의 원용이 있으면 그 서증을 유죄의 증거로 사용할 수 있다(대법원2017. 9. 21. 선고2015도12400판결). 결국, 상대방인 검사의 원용(동의)가 없다면 그 서증을 유죄인정의 증거로 사용할 수 없으나, 검사의 원용(동의)가 있으면 그 서증을 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다.

① (○) 형사소송법 제318조에 규정된 증거 동의를 소송 주체인 검사와 피고인이 하는 것이고, 변호인은 피고인을 대리하여 증거 동의에 관한 의견을 낼 수 있을 뿐이므로, 피고인이 변호인과 함께 출석한 공판기일의 공판조서에 검사가 제출한 증거에 대하여 동의한다는 기재가 되어 있다면 이는 피고인이 증거 동의를 한 것으로 보아야 하고, 그 기재는 절대적인 증명력을 가진다(대법원2016. 3. 10. 선고2015도19139판결).

② (○) 형사소송법 제318조에 규정된 증거동의를 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 증거동의를 의사표시를 취소 또는 철회하더라도 취소 또는 철회 이전에 이미 취득한 증거능력이 상실되지 않는다고 할 것이다(대법원2004. 10. 15. 선고2003도3472판결).

④ (○) [1] 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다(제318조 제1항).

[2] 피고인의 출정없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 전항의 동의가 있는 것으로 간주한다. 단, 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 예외로 한다(동조 제2항).

40. 다음 사례에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

甲은 2022. 1. 10.경 관할법원에 피해자 A를 상대로 허위의 지급명령을 신청하고 이에 속은 그 법원 판사로부터 위 신청서와 같은 취지의 지급명령을 송달받은 후 지급명령정본에 집행문을 부여 받아 A로부터 1,000만 원을 편취하였다. 신고를 받은 사법경찰관 P는 2023. 3. 10. 15:00경 甲이 운영하는 회사 사무실에서 甲을 사기죄로 적법하게 긴급체포하였고, ‘A와 주고받은 대화내용’이 기재된 수첩(증 제1호)을 발견하자 임의제출을 거부하는 甲으로부터 영장없이 이를 압수하였다. P는 체포 당일 경찰서에서 甲을 조사하였고, 甲은 “자신의 집에 A가 자신을 무고한 것임을 증명할 자료가 있다”라고 주장하며 범행을 부인하였다. P는 자료를 확보하기 위하여 2023. 3. 11. 16:00경 甲과 함께 甲의 집으로 갔으나 이를 발견하지 못하고 오히려 ‘甲이 A로부터 돈을 받은 내역’이 기재된 통장(증 제2호)을 발견하자 임의제출을 거부하는 甲으로부터 영장 없이 이를 압수하였다. 이후 P는 甲에 대하여 검사를 통해 적법하게 구속영장만을 청구하였으나, 지방법원 판사

는 2023. 3. 12. 17:00경 甲의 방어권 보장이 필요하다며 구속영장을 기각하였다. 이에 甲은 즉시 석방되었고, P는 위 통장(중 제2호)만을 환부하였다. 이후 甲은 위 사기죄로 불구속 기소되었다.

- ① 만약 위 사기 혐의가 인정되고 甲이 허위의 내용으로 신청한 지급명령이 그대로 확정되었다면, 소송사기의 방법으로 승소판결을 받아 확정된 경우와 마찬가지로 사기죄는 이미 기수에 이른 것이다.
- ② P가 통장(중 제2호)을 환부한 후에도 수첩(중 제1호)을 계속 보관하는 것은 「형사소송법」 제216조 제1항 제2호의 '체포현장에서의 압수'에 의한 것이므로 적법하다.
- ③ P가 통장(중 제2호)을 압수한 것은 「형사소송법」 제217조의 요건을 갖추지 못하여 위법하다.
- ④ 만약 검찰송치 전 P가 甲의 사기 혐의에 대한 결정적인 객관적 증거를 추가로 확보하였다면, 甲이 외국으로 출국하려 하는 등 긴급한 사정이 있더라도, P는 甲을 위 사기 혐의를 이유로 제차 긴급체포할 수 없다.

→ 정답 ② (X) [1] 형사소송법 제216조 제1항 제2호, 제217조 제2항, 제3항은 사법경찰관은 형사소송법 제200조의3(긴급체포)의 규정에 의하여 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수·수색을 할 수 있고(수첩; 중 제1호), 압수한 물건(수첩; 중 제1호)을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수·수색영장을 청구하여야 하며, 청구한 압수·수색영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건(수첩; 중 제1호)을 즉시 반환하여야 한다고 규정하고 있는바, 형사소송법 제217조 제2항, 제3항에 위반하여 압수수색영장을 청구하여 이를 발부받지 아니하고도 즉시 반환하지 아니한 압수물(수첩; 중 제1호)은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이다.

[2] 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다(대법원2009. 12. 24.선고2009도11401판결). 결국, 수첩(중 제1호)을 계속 보관하려면 사후에 압수·수색영장을 발부받아야 하는데, 사후 압수·수색영장을 발부받은 사실이 없으므로 위법하므로, 수첩(중 제1호)은 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

① (○) [1] 소송사기는 법원을 기망하여 제3자의 재물을 편취할 것을 기도하는 것을 내용으로 하는 것으로서, 사기죄로 인정하기 위하여는 제소 당시 그 주장과 같은 권리가 존재하지 않는다는 것만으로는 부족하고, 그 주장의 권리가 존재하지 않는 사실을 잘 알고 있으면서도 허위의 주장과 입증으로 법원을 기망한다는 인식을 요한다.

[2] 허위의 내용으로 지급명령을 신청하여 법원을 기망한다는 고의가 있는 경우에 법원을 기망하는 것은 반드시 허위의 증거를 이용하지 않더라도 당사자의 주장이 법원을 기만하기 충분한 것이라면 기망수단이 된다.

[3] 지급명령신청에 대해 상대방이 이의신청을 하면 지급명령은 이의의 범위 안에서 그 효력을 잃게 되고 지급명령을 신청한 때에 소를 제기한 것으로 보게 되는 것이지만 이로써 이미 실행에 착수한 사기의 범행 자체가 없었던 것으로 되는 것은 아니다.

[4] 지급명령을 송달받은 채무자가 2주일 이내에 이의신청을 하지 않는 경우에는 구 민사소송법 제445조에 따라 지급명령은 확정되고, 이와 같이 확정된 지급명령에 대해서는 항고를 제기하는 등 동일한 절차 내에서는 불복절차가 따로 없어서 이를 취소하기 위해서는 재심의 소를 제기하거나 위 법 제505조에 따라 청구이의의 소로써 강제집행의 불허를 소구할 길이 열려 있을 뿐인데, 이는 피해자가 별도의 소로써 피해구제를 받을 수 있는 것에 불과하므로 허위의 내용으로 신청한 지급명령이 그대로 확정된 경우에는 소송사기의 방법으로 승소 판결을 받아 확정된 경우와 마찬가지로 사기죄는 이미 기수에 이르렀다고 볼 것이다(대법원2004. 6. 24.선고2002도4151판결).

③ (○) [1] 검사 또는 사법경찰관은 제200조의3(긴급체포)에 따라 체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다(제217조 제1항).

[2] 검사 또는 사법경찰관은 제217조 제1항 또는 제216조 제1항 제2호(체포현장에서의 영장없이 압수, 수색, 검증한 경우)에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수·수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수·수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다(동조 제2항).

[3] 검사 또는 사법경찰관은 제217조 제2항에 따라 청구한 압수·수색영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건을 즉시 반환하여야 한다(동조 제3항).

[4] 이 사안에서 P는 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 체포한 때부터 24시간 이내에 한해서만 영장 없이 압수할 수 있다. 따라서 P는 2023. 3. 10. 15:00경 甲을 사기죄로 긴급체포하였고 3. 11. 15:00경 이내에 한하여 통장(중 제2호)을 영장없이 압수할 수 있을 뿐이다. 그런데, 24시간이 경과한 2023. 3. 11. 16:00경에 영장 없이 통장(중 제2호)를 압수하였으므로, P가 통장(중 제2호)을 압수한 것은 「형사소송법」 제

217조의 요건을 갖추지 못하여 **위법하다**.

④ (○) [1] 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 긴급체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 지체 없이 검사는 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 이 경우 구속영장은 피의자를 체포한 때부터 48시간 이내에 청구하여야 하며, 제200조의3 제3항에 따른 긴급체포서를 첨부하여야 한다(제200조의4 제1항).

[2] 긴급체포한 후 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다(동조 제2항).

[3] 긴급체포한 후 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못하여 즉시 석방된 자는 영장없이(★) 동일한 범죄사실에 관하여 다시 체포하지 못한다(동조 제3항).

[4] 긴급체포되어 석방된 자를 다시 체포하려면 반드시 판사가 발부한 체포영장이나 구속영장을 발부받아야 하므로, 이 사안에서 P는 甲의 사기 혐의에 대한 결정적인 객관적 증거를 추가로 확보하였거나 甲이 외국으로 출국하려 하는 등 긴급한 사정이 있더라도 긴급체포할 수는 없다(재 긴급체포의 제한; 긴급체포는 영장주의의 예외이므로 두 번 긴급체포할 수는 없다).

가자! 중앙경찰학교로!

2024년 경찰 2차 꼭 합격의 주인공이 되십시오!!

- 진심으로 응원하겠습니다. 임종희 드림-