

2025년 2차 경찰채용 형사법 정답과 해설

- 월비스 경찰학원 형사법 임종희 제공 -

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

- ① 헌법재판소의 위헌법률심판에 따라 위헌으로 결정된 법률조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실하는 것이 원칙이므로 형벌에 관한 법률조항의 위헌결정은 예외적으로도 소급효가 인정되지 않는다.
- ② 형법법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리하게 확장해석하거나 유추해석할 수 없으나, 문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법 취지와 목적, 입법의 연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다.
- ③ 법규범이 명확하지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범을 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미 내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부에 따라 판단할 수 있다.
- ④ 법률의 시행령이 형사처벌에 관한 사항을 규정하면서 법률의 명시적인 위임 범위를 벗어나 처벌의 대상을 확장하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나므로, 그러한 시행령은 위임 입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효하다.

→ 정답 ① (X) [1] 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.

[2] 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 조항을 적용하여 공소가 제기된 피고사건은 범죄로 되지 아니한 때에 해당한다고 할 것이어서 법원은 그 피고사건에 대하여 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄(면소 X)를 선고하여야 한다(대판 2011.9.29. 2009도12515).

② (O) [1] 형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안 된다.

[2] 그러나 형벌법규를 해석할 때에도 가능한 문언의 의미 내에서 해당 규정의 입법 취지와 목적 등을 고려한 법률체계적 연관성에 따라 그 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적·논리적 해석 방법은 그 규정의 본질적 내용에 가장 접근한 해석을 하기 위한 것으로 죄형법정주의의 원칙에 부합한다(대법원 2017. 12. 7. 선고 2017도10122 판결).

[3] 형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니되지만, 형벌법규의 해석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 2006. 5. 12. 선고 2005도6525 판결).

③ (O) [1] 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것을 의미하나, 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술적 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니다. 다소 광범위하여 법관의 보충

적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 건전한 상식과 법감정을 가진 사람이면 통상의 해석방법에 의하여 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 처벌법규의 명확성에 배치되지 않는다.

[2] 그리고 어떠한 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관으로 하여금 자의적인 해석이나 집행을 하지 못하게 하는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있다. 나아가 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법 목적이나 입법 취지, 입법 연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다고 할 것이다.

[3] 2016. 12. 2. 법률 제14291호로 개정된 원산지표시법은 위 제14조를 제14조 제1항으로 개정하고 제14조 제2항을 신설하여 ‘제1항의 죄(원산지 거짓 표시 등의 금지 위반의 죄)로 형을 선고받고 그 형이 확정된 후 5년 이내에 다시 제6조 제1항 또는 제2항을 위반한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 1억 5천만 원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.’고 정하여 원산지를 거짓으로 표시하는 자에 대한 벌칙을 강화하였다(이는 일정기간 내에 동종 범행을 반복한 행위자를 가중처벌하기 위한 것이다). 이와 같이 원산지표시법 제14조 제2항에서 정한 ‘제1항의 죄로 형을 선고받고 그 형이 확정된 후’란, 원산지표시법 제6조 제1항 또는 제2항을 위반하여 7년 이하의 징역형, 1억 원 이하의 벌금형, 징역형에 벌금형이 병과되어 그 형이 확정된 경우를 의미하고, 확정된 벌금형에는 공판절차에서 형을 선고받아 확정된 경우뿐만 아니라 약식절차에서 벌금형의 약식명령을 고지받아 확정된 경우까지 포함된다고 보아야 한다(대법원2023. 5. 18. 선고2022도10961 판결).

④ (○) 법률의 시행령은 모법인 법률의 위임 없이 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에서 규정하지 아니한 새로운 내용을 규정할 수 없고, 특히 법률의 시행령이 형사처벌에 관한 사항을 규정하면서 법률의 명시적인 위임 범위를 벗어나 처벌의 대상을 확장하는 것은 죄형법정주의의 원칙에도 어긋나는 것이므로, 그러한 시행령은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효이다(대법원2017. 2. 16. 선고2015도16014 전원합의체 판결).

2. 범죄의 종류에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 다수설에 의함)

- ① 신분범 중 진정신분범이란 신분자만 범죄 주체가 될 수 있는 범죄를 말하며, 횡령죄, 유기죄, 수뢰죄, 존속살해죄 등이 있다.
- ② 경향범이란 범죄성립에 고의 이외에 행위자의 일정한 내심의 경향이 필요한 범죄를 말하며, 경향범인 강제추행죄의 성립을 위해서는 고의 이외에 성욕을 자극, 흥분, 만족시키려는 주관적 동기나 목적이 필요하다.
- ③ 결과범과 거동범은 범죄성립에 있어서 구성요건적 결과발생 여부를 기준으로 구분되므로 결과범은 행위와 결과 사이에 인과관계가 요구되나 거동범은 범죄행위 외에 결과발생을 요하지 않으므로 인과관계는 문제되지 않는다.
- ④ 구체적 위험범은 법익침해의 위험이 일반적으로 존재함으로써 범죄의 성립을 인정하는 경우이고, 추상적 위험범은 법익침해의 현실적 위험이 발생할 것을 요건으로 하여 범죄의 성립을 인정하는 경우이다.

→ 정답 ③ (○) [1] 범죄는 구성요건상 결과발생(인과관계)을 요건으로 하는가에 따라 결과범과 거동범으로 구별된다.

구분	결과범(실질범)	거동범(형식범)
개념	구성요건이 행위 이외에 일정한 결과발생을 요건으로 하고 있는 범죄	일정한 행위만으로 범죄가 성립하고 결과의 발생을 필요로 하지 않는 범죄
해당 범죄	① 살인죄·절도죄 등 대부분의 범죄 ② 과실범 및 결과적 가중범 ③ 부진정 부작용범	① 무고죄 ② 명예훼손죄 ③ 아편소지죄 ④ 위증죄 ⑤ 모욕죄 ⑥ 공연음란죄 ⑦ 업무방해죄 ⑧ 주거침입죄
구별 실의	① 미수의 성립: 결과범은 결과발생이 있으면 기수가 되고 결과발생이 없거나 인과관계가 없으면 미수되나, 거동범은 일정한 행위를 함으로써 기수가 되므로 이론상 미수가 성립할 여지가 없다 (그러나 퇴거불응죄는 거동범이나 형법상 미수범 처벌규정이 있다(제322조)). ② 인과관계 및 객관적 귀속: 결과범은 인과관계 및 객관적 귀속이 객관적 구성요건요소이나, 거동범은 일정한 행위를 함으로써 기수가 되므로 인과관계 및 객관적 귀속을 논할 필요가 없다.	

[2] 따라서 **결과범은** 행위와 결과 사이에 **인과관계가 요구되나, 거동범은** 범죄행위 외에 결과발생을 요하지 않으므로 **인과관계는 문제되지 않는다.**

[3] **과실범은 결과범이므로** 결과가 발생하지 않은 미수란 있을 수 없다. 그러나 **주의의무위반과 결과발생 간에 인과관계는 반드시 필요하다.**

[4] **결과범은 반드시 인과관계를 필요로 하는 범죄이므로,** 실행행위와 결과발생 간에 **인과관계가 없는 경우에는** 행위자를 **기수범으로 처벌할 수 없다.**

[5] **거동범에 해당하는 진정부작용범과는 달리 부진정부작용범은 결과범에 해당하므로,** 사회적으로 기대되는 작위의무를 다하였으면 결과가 발생하지 않았을 것이라는 관계가 인정될 때 그 부작용과 결과 사이에 **인과관계가 인정된다.**

① (X) [1] **신분범**에는 **진정신분범과 부진정신분범**이 있는데, 그 구별은 다음과 같다.

구분	진정 신분범	부진정 신분범
개념	일정한 신분이 있는 자만이 정범이 될 수 있는 범죄(구성적 신분 이라 부름)	신분 없는 자에 의하여도 범죄가 성립하나 행위자의 신분이 형의 가중 또는 감경사유로 되는 범죄(가감적 신분 이라 부름)
해당 범죄	① 업무상비밀누설죄 ② 업무상과실장물죄 ③ 유기죄, 횡령죄, 배임죄 ④ 수뢰죄, 위증죄 ⑤ 허위진단서작성죄 ⑥ 직무유기죄, 도주죄	① 존속 살해죄· 존속 상해죄 등 (앞에 “ 존속 ” 자(字)가 들어가는 범죄는 모두 부진정 신분범이다). ② 업무상과실치사상죄 · 업무상횡령죄 · 업무상배임죄 등 ④ 상습 도박죄, 상습 절도죄 등 ⑤ 모해위증죄 (“ 모해할 목적 ” 도 형법 제33조 단서 의 신분(가감적 신분) 에 해당한다 (93도1002판결).)

[2]※ 신분범 관련하여 다음은 **주의**하여야 한다.

㉠ “**업무상**” 이란 말이 있으면 **일반적으로 부진정** 신분범이나, 업무상**비밀누설죄**·**업무상과실장물죄**는(2개는) “**업무상**” 이란 말이 들어가도 **진정** 신분범이다.

㉡ 강도살인(다수설), 공무집행방해죄, 도박죄(**상습**도박죄는 **부진정** 신분범), 명예훼손죄, 비밀침해죄 등은 **신분범이 아니다.**

[3] 앞에 “**존속**” 자(字)가 들어가는 범죄는 모두 **부진정** 신분범이다.

② (X) [1] 범죄의 종류 중 목적범·**경향범**·표현범이 있다.

구분	경향범	표현범
개념	범죄성립에 고의 이외에 범인의 일정한 주관적 경향의 발현으로서 행해진 범죄	행위자의 내심적 상태가 표현되어야 하는 범죄(허위표현이 범죄가 됨)
해당범죄	① 학대죄의 학대행위 ② 공연음란죄의 음란행위 ③ 준강간죄나 준사기죄의 이용행위	① 위증죄 ② 무고죄 ③ 허위감정·통역죄

[2] 가. '추행'이란 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이고, 이에 해당하는지는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다.

나. 그리고 강제추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건으로 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 하는 것은 아니다.

다. 피고인이, 알고 지내던 여성인 피해자 갑이 자신의 머리채를 잡아 폭행을 가하자 보복의 의미에서 갑의 입술, 귀, 유두, 가슴 등을 입으로 깨무는 등의 행위를 한 경우, 객관적으로 여성인 피해자의 입술, 귀, 유두, 가슴을 입으로 깨무는 행위는 일반적이고 평균적인 사람으로 하여금 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서, 갑의 성적 자유를 침해하였다고 보는 것이 타당하므로, 피고인의 행위가 강제추행죄의 '추행'에 해당한다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5856 판결). 결국, 강제추행죄는 경향범이 아니므로, 행위자에게 주관적 구성요건요소로 고의만으로 충분하고 그 외에 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 하는 것은 아니다.

[3] 가. 형법 제305조의 미성년자의제강제추행죄는 '13세 미만의 아동이 외부로부터의 부적절한 성적 자극이나 물리력의 행사가 없는 상태에서 심리적 장애 없이 성적 정체성 및 가치관을 형성할 권익'을 보호법익으로 하는 것으로서, 그 성립에 필요한 주관적 구성요건요소는 고의만으로 충분하고, 그 외에 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적까지 있어야 하는 것은 아니다.

나. 초등학교 4학년 담임교사(남자)가 교실에서 자신이 담당하는 반의 남학생의 성기를 만진 행위는 미성년자의제강제추행죄에서 말하는 '추행'에 해당한다(대법원 2006. 1. 13. 선고 2005도6791 판결).

④ (X) [1] 가. 구체적 위험범은 법익침해의 현실적(구체적) 위협의 발생을 요건으로 하는 범죄로서, 여기에는 자기소유일반건조물등의방화죄, 일반물건(자기+타인)방화죄 등이 해당한다.

나. 구체적 위험범은 범조문에 “~의 위협을 발생하게 한 자” 또는 “~에 대한 위협을 발생하게 한 자는” 이라는 문구가 꼭 나온다(~의 위협을 발생이 나오면 구체적 위험범이다).

[2] 추상적 위험범은 특징은 다음과 같다.

가. 추상적 위험범은 법익침해의 현실적인 위험성을 야기할 필요는 없고 일반적인 위험성만 있으면 가벌성이 인정되는 범죄이다. 여기에는 현주건조물방화죄, 공용건조물방화죄, 타인소유일반건조물방화죄 등 구체적 위험범을 제외한 위험범으로 많은 범죄에 이에 해당한다.

나. 추상적 위험범에서의 위험발생은 구성요건요소가 아니므로, 추상적 위험범에서는 위험에 대한 인식은 필요가 없다(위험의 인식이 고의의 내용이 아니다).

다. 당해 행위가 경험법칙상 법익침해의 일반적 위험성만 있으면 성립하고 구체적 사건에서 위험의 발생을 입증할 필요도 없다.

라. 따라서 가벌성(처벌)의 영역이 확대될 수 있으므로, 형벌상의 책임원칙에 반한다는 비판을 받고 있다(추상적 위험범의 비판).

마. 그러나 추상적 위험범은 법익침해의 전단계에서 처벌가능성이 있으므로, 범죄예방의 효율적 수단으로 작용할 수 있다(장점).

[3] 선지는 서로 반대로 설명하고 있으므로, 틀린 지문이다.

3. 부작위범에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 선행행위로 인한 부진정부작위범의 작위의무와 관련하여 객관적으로 의무에 위반한 위법한 선행행위만이 부진정부작위범의 작위의무의 근거가 된다.
- ② 「형법」이 금지하고 있는 범의침해의 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.
- ③ 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공동된 의무가 부여되어 있고, 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다.
- ④ 부진정부작위범에 있어서 부작위를 실행의 착수로 볼 수 있기 위해서는 구성요건적 결과발생의 위험이 구체화한 상황에서 부작위가 이루어져야 한다.

→ 정답 ① (X) [1] 작위의무는 법적인 의무이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 작위의무가 법적인 의무인 한 성문범이건 불문범이건 상관없고 또 공범이건 사범이건 불문하므로, 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다(대판1996.9.6. 95도2551).

[2] 도로교통법 제50조 제1항, 제2항이 규정한 교통사고발생시의 구호조치의무 및 신고의무는 차의 교통으로 인하여 사람을 사상하거나 물건을 손괴한 때에 운전자 등으로 하여금 교통사고로 인한 사상자를 구호하는 등 필요한 조치를 신속히 취하게 하고, 또 속히 경찰관에게 교통사고의 발생을 알려서 피해자의 구호, 교통질서의 회복 등에 관하여 적절한 조치를 취하게 하기 위한 방법으로 부과된 것이므로 교통사고의 결과가 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황인 이상 그 의무는 교통사고를 발생시킨 당해 차량의 운전자에게 그 사고발생에 있어서 고의·과실 혹은 유책·위법의 유무에 관계없이 부과된 의무라고 해석함이 상당할 것이므로, 당해 사고에 있어 귀책사유가 없는 경우에도 위 의무가 없다 할 수 없고, 또 위 의무는 신고의무에만 한정되는 것이 아니므로 타인에게 신고를 부탁하고 현장을 이탈하였다고 하여 위 의무를 다한 것이라고 말할 수는 없다(대법원2002. 5. 24. 선고2000도1731판결).(대법원 2002. 5. 24. 선고 2000도1731 판결).

[3] 따라서 선행행위로 교통사고를 일으킨 운전자는 설령 신뢰의 원칙에 의하여 업무상과실치사상죄(과실범)가 성립하지 않는다고 하더라도(위범이 없다 하더라도; 고의, 과실의 귀책사유가 없다 하더라도) 피해자의 구호조치를 하여야 할 작위의무가 있다. 구호조치안하고 현장을 떠나 피해자가 사망하였다면 부작위에 의한 유기치사죄가 성립한다.

② (○) 형법이 금지하고 있는 범의침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 범의침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있는 것이다(대법원1997. 3. 14. 선고96도1639판결).

③ (○) [1] 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도89 판결).

[2] 진정부작위범의 공동정범은 그 의무가 수인에게 공통으로 부여되어 있고, 수인이 공모하여 전원이 그 의무를 이행하지 않았을 때 성립할 수 있다(대법원2022. 1. 13. 선고2021도11110판결).

④ (○) [1] 업무상배임죄는 타인과의 신뢰관계에서 일정한 임무에 따라 사무를 처리할 법적 의무가 있는 자가 그 상황에서 당연히 할 것이 법적으로 요구되는 행위를 하지 않는 부작위에 의해서도 성립할 수 있다.

[2] 그러한 부작위를 실행의 착수로 볼 수 있기 위해서는 작위의무가 이행되지 않으면 사무처리의 임무를 부여한 사람이 재산권을 행사할 수 없으리라고 객관적으로 예견되는 등으로 구성요건적 결과 발

생의 위험이 구체화한 상황에서 부작위가 이루어져야 한다.

[3] 그리고 행위자는 부작위 당시 자신에게 주어진 임무를 위반한다는 점과 그 부작위로 인해 손해가 발생할 위험이 있다는 점을 인식하였어야 한다(대법원2021. 5. 27. 선고2020도15529판결).

4. 인과관계에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲이 乙을 2회에 걸쳐 두 손으로 힘껏 밀어 땅바닥에 넘어뜨리는 폭행을 가함으로써 그 충격으로 인한 쇼크성 심장마비로 사망케 하였다면 비록 乙에게 그 당시 심관성동맥경화 및 심근섬유화 증세 등의 심장질환의 지병이 있었고 음주로 만취된 상태였으며 그것이 乙의 사망에 영향을 주었다고 해서 甲의 폭행과 乙의 사망 간에 상당인과관계가 없다고 할 수 없다.

② 피고인의 행위가 결과발생에 유력한 원인이라 할지라도 결과 발생에 시간적으로 근접한 제3자에 또 다른 공동 원인행위가 있었다면 피고인의 행위와 결과 사이의 인과관계는 부정된다.

③ 의사가 설명의무를 위반한 채 의료행위를 하였다가 환자에게 상해 또는 사망의 결과가 발생한 경우 의사에게 업무상 과실로 인한 형사책임을 지우기 위해서는 의사의 설명의무 위반과 환자의 상해 또는 사망 사이에 상당인과관계가 존재하여야 한다.

④ 甲은 자신이 경영하는 속셈학원의 강사로 乙을 채용하고 학습 교재를 설명하겠다는 구실로 유인하여 호텔 객실에 감금한 후 강간하려 하자, 乙이 완강히 반항하던 중 甲이 대실시간 연장을 위해 전화하는 사이에 객실 창문을 통해 탈출하려다가 지상에 추락하여 사망한 경우, 甲의 강간미수행위와 乙의 사망 사이에 상당인과관계가 있다.

→ 정답 ② (X) 피고인이 주먹으로 피해자의 복부를 1회 강타하여 장파열로 인한 복막염으로 사망케 하였다면, 비록 의사의 수술지연 등 과실이 피해자의 사망의 공동원인이 되었다 하더라도 **피고인의 행위가 사망의 결과에 대한 유력한 원인이 된 이상 그 폭력행위와 치사의 결과간에는 인과관계가 있다** 할 것이어서 피고인은 피해자의 사망의 결과에 대해 **폭행치사의 죄책을 면할 수 없다**(대법원1984. 6. 26. 선고84도831,84감도129판결).

① (○) **피해자를 2회에 걸쳐 두 손으로 힘껏 밀어 땅바닥에 넘어뜨리는 폭행을 가함으로써 그 충격으로 인한 쇼크성 심장마비로 사망케 하였다면** 비록 위 피해자에게 그 당시 심관성동맥경화 및 심근섬유화 증세등의 **심장질환의 지병이 있었고** 음주로 만취된 상태였으며 **그것이 피해자가 사망함에 있어 영향을 주었다고 해서** 피고인의 폭행과 피해자의 사망간에 **상당인과 관계가 없다고 할 수 없다**(대법원 1986. 9. 9. 선고 85도2433 판결).

③ (○) [1] **의사가 설명의무를 위반한채 의료행위를 하여 피해자에게 상해가 발생하였다고 하더라도, 업무상 과실로 인한 형사책임을 지기 위해서는 피해자의 상해와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득 과정의 잘못 사이에 상당인과관계가 존재하여야** 하고, 이는 한의사의 경우에도 마찬가지이다(대법원 2011. 4. 14. 선고2010도10104판결).

[2] **한의사인 피고인이 피해자에게 문진하여 과거 봉침(봉침)을 맞고도 별다른 이상반응이 없었다는 답변을 듣고** 알레르기 반응검사를 생략한 채 환부에 봉침시술을 하였는데, 피해자가 위 시술 직후 쇼크반응을 나타내는 등 상해를 입은 사안에서, 피고인이 **알레르기 반응검사를 하지 않은 과실과 피해자의 상해 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵다**(대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도10104 판결).

④ (○) [1] **폭행이나 협박을 가하여 간음을 하려는 행위와 이에 극도의 흥분을 느끼고 공포심에 사로잡혀 이를 피하려다 사상에 이르게 된 사실과는 이른바 상당인과관계가 있어 강간치사상죄로 다스릴 수 있다.**

[2] **피고인**이 자신이 경영하는 속셈학원의 강사로 피해자를 채용하고 학습교재를 설명하겠다는 구실로 유인하여 호텔 객실에 감금한 후 **강간하려 하자, 피해자가** 완강히 반항하던 중 피고인이 대실시간 연장을 위해 전화하는 사이에 객실 창문을 통해 **탈출하려다가 지상에 추락하여 사망한** 경우, 피고인의 강간 미수행위와 피해자의 사망과의 사이에 **상당인과관계가 있으므로**, 피고인을 **강간치사죄로 처단**할 수 있다 (대법원 1995. 5. 12. 선고 95도425 판결).

5. 결과적 가중범에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- | |
|---|
| <p>㉠ 결과적 가중범은 기본범죄에 내재된 전형적 위험성이 발현되었다는 점에서 가중처벌의 근거를 찾을 수 있으므로 기본범죄의 실행에 착수한 사람이 실행행위를 완료하지 않았더라도 이로 인하여 형이 무거워지는 요인이 되는 결과가 생겼다면 기본범죄에 내재된 위험이 현실화되었다는 점에서 이를 결과적 가중범의 기수범으로 처벌하는 것은 당연하다.</p> <p>㉡ 특수공무집행방해치상죄는 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하고 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행·협박을 하여 공무원을 사상에 이르게 한 경우에 성립하는 결과적 가중범으로서 행위자가 그 결과를 의도할 필요는 없고 그 결과의 발생을 예견할 수 있으면 족하다.</p> <p>㉢ 甲이 乙을 폭행하여 재물을 강취하려하자 극도의 흥분과 공포심을 느낀 乙이 이를 피하려다 상해를 입은 경우, 甲이 상해의 결과를 예견할 수 있었다라도 甲의 폭행과 乙의 상해 사이에는 상당인과관계가 없으므로 甲을 강도치상죄로 처벌할 수 없다.</p> <p>㉣ 강제추행치상죄에서 상해의 결과는 강제추행의 수단으로 사용한 폭행이나 추행행위 그 자체 또는 강제추행에 수반하는 행위로부터 발생한 것이어야 하므로 상해를 가한 부분은 고의범인 상해죄로 처벌하면서 이를 다시 결과적 가중범인 강제추행치상죄의 상해로 인정하여 처벌할 수 없다.</p> |
|---|

- ① ㉠ ② ㉠㉡ ③ ㉠㉡㉢ ④ ㉠㉡㉣

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

㉠ (○) [1] 결과적 가중범은 기본 범죄에 내재된 전형적 위험성이 발현되었다는 점에서 가중처벌의 근거를 찾을 수 있다. **기본 범죄의 실행에 착수한 사람이 실행행위를 완료하지 않았더라도**, 이로 인하여 형이 무거워지는 요인이 되는 **결과가 생겼다면 기본 범죄에 내재된 위험이 현실화되었다는 점**에서 이를 **결과적 가중범의 기수범(미수범 X)으로 처벌하는 것이 책임원칙에 부합하는 당연한 결론**이다.

[2] **대법원은 2008. 4. 24. 선고한 2007도10058 판결에서** 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라 한다)이 제정되기 이전 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제9조에 규정된 특수강간치상죄에 대하여 **특수강간이 미수에 그쳤다고** 하더라도 **그로 인하여 피해자가 상해를 입었으면 특수강간치상죄가 성립한다고** 판시하였고, **대법원 2013. 8. 22. 선고 2013도7138 판결에서** 현행 성폭력처벌법과 조문 형식 및 내용이 동일한 구 성폭력처벌법(2012. 12. 18. 법률 제 11556호로 전부 개정되기 전의 것)의 **특수강간치상죄에** 대하여도 **같은 태도를 취하였다**.

[3] **이러한 판례의 법리**(이하 '현재 법리'라 한다)에 **따르면**, 성폭력처벌법 제4조 제1항에서 정한 **특수강간의 죄를 범한 경우뿐만 아니라/ 특수강간의 실행에 착수하였으나 미수에 그친 경우**라고 하더라도, 이로 인하여 **피해자가 상해를 입었으면 특수강간치상죄가 성립한다**. 즉, **특수강간치상죄의 기수범의 성립할 뿐**, 성폭력처벌법 제15조(미수범)가 다시 적용되어 **특수강간치상죄의 미수범이 성립하는 것은 아니다**.

[4] **성폭력처벌법 제15조에서** 정한 제8조 제1항에 대한 **미수범 처벌규정**은 제8조 제1항에 특수강

간치상죄와 함께 규정된 특수강간상해죄의 미수범, 즉 특수강간의 죄를 범하거나 미수에 그친 사람이 상해의 고의를 가지고 피해자에게 상해를 가하려다가 미수에 그친 경우에 적용될 뿐, 제8조 제1항에서 정한 특수강간치상죄에는 적용된다고 볼 수 없기 때문이다.

[5] 피고인 甲과 乙은 피해자 등과 술을 마시던 중 동석한 A가 먼저 귀가하자 피해자 丙을 강간하기로 공모하고, 합동하여 인근 편의점에서 구입한 숙취해소 음료에 미리 소지하고 있던 향정신성의약품인 졸피뎀 불상량을 넣은 다음 피해자 丙에게 이를 마시게 한 뒤 항거불능의 상태가 된 병을 강간하려 하였으나, 피해자의 남편 B와 A가 丙에게 계속하여 휴대전화로 통화를 시도하고, A가 乙에게 계속하여 휴대전화로 피해자의 상태를 확인하는 바람에 그 뜻을 이루지 못하고 미수에 그치고, 병으로 하여금 졸피뎀으로 인하여 일시적인 수면 또는 의식불명의 상태에 이르게 하는 등의 상해를 입게 하였다면, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다) 제8조 제1항, 구 성폭력처벌법(2020. 3. 24. 법률 제17086호로 개정되기 전의 것) 제15조, 제4조 제1항, 형법 제297조에 정한 특수강간치상죄(이하 ‘특수강간치상죄’라 한다)가 성립한다(대법원 2025. 3. 20. 선고 2023도10405 전원합의체 판결). 결국, 성폭력처벌법 제4조 제1항에서 정한 특수강간의 미수에 그친 경우라고 하더라도, 이로 인하여 피해자가 상해를 입었으면 특수강간치상죄의 미수범(미수범(X))이 성립할 뿐이다. 그러나 특수강간의 죄를 범하거나 미수에 그친 사람이 상해의 고의를 가지고 피해자에게 상해를 가하려다가 미수에 그친 경우에는 성폭력처벌법 제15조의 특수강간상해죄의 미수범이 성립한다(대법원 2025. 3. 20. 선고 2023도10405 전원합의체 판결).

㉠ (○) 특수공무집행방해치상죄는 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하고 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행·협박을 하여 공무원을 사상에 이르게 한 경우에 성립하는 결과적가중범으로서 행위자가 그 결과를 의도할 필요는 없고 그 결과의 발생을 예견할 수 있으면 족하다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도11381 판결).

㉡ (X) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하려는 행위와 이에 극도의 흥분을 느끼고 공포심에 사로잡혀 이를 피하려다 상해에 이르게 된 사실과는 상당인과관계가 있다 할 것이고 이 경우 강취 행위자가 상해의 결과의 발생을 예견할 수 있었다면 이를 강도치상죄로 다스릴 수 있다(대법원1996. 7. 12. 선고96도1142판결).

㉢ (○) [1] 강제추행치상죄에서 상해의 결과는 강제추행의 수단으로 사용한 폭행이나 추행행위 그 자체 또는 강제추행에 수반하는 행위로부터 발생한 것이어야 한다.

[2] 따라서 상해를 가한 부분을 고의범인 상해죄로 처벌하면서 이를 다시 결과적 가중범인 강제추행치상죄의 상해로 인정하여 이중으로 처벌할 수는 없다.

[3] 피고인이 피해자를 폭행하여 비골 골절 등의 상해를 가한 다음 강제추행한 경우, 피고인의 위 폭행을 강제추행의 수단으로서의 폭행으로 볼 수 없어 위 상해와 강제추행 사이에 인과관계가 없으므로, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반죄로 처벌한 상해를 다시 결과적 가중범인 강제추행치상죄의 상해로 인정하여 처벌할 수 없다.

[4] 강제추행 과정에서 입힌 가슴부 찰과상 등이 별도의 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없고 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유되었다면 강제추행치상죄의 상해에 해당하지 않을 여지가 있다(대법원2009. 7. 23. 선고2009도1934판결). 결국, 강제추행치상죄의 상해에 해당하지 아니하므로 피고인에게는 상해죄와 강제추행죄가 성립한다.

6. 다음 사례에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

乙은 자신을 공격해오는 甲을 피하기 위해 인근 주택의 대문을 부수고 안으로 들어갔다. 이때 집주인 丙은 乙을 강도로 오인하고 다시 집 밖으로 밀쳐내어 乙에게 상해를 입혔다. 이때 근처를 지나가던 丁은 평소 자신과 사이가 좋지 않은 甲을 보자 ‘이 기회에 손을 좀 봐줘야겠다’는 생각으로 甲에게 달려가 주먹을 날려 상해를 입혔다. 이에 겁에 질린 甲은 乙에 대한 공격을 포기하고 달아났다.

① 乙이 대문을 손괴한 행위는 甲의 부당한 공격을 방위하기 위한 행위로서 「형법」 제21조

정당방위에 해당한다.

② 위법성인식을 고의와 독립된 책임요소로 보는 견해에 의하면, 丙의 요인에 정당한 이유가 있다면 丙이 乙에게 상해를 입힌 행위는 상해의 고의가 인정되나 책임이 조각된다.

③ 丙의 착오를 구성요건적 착오와 유사하게 보는 견해에 의하면, 구성요건적 착오 규정을 적용하여 책임고의가 탈락하며, 丙의 요인에 정당한 이유가 없는 경우 과실치상의 죄책을 진다.

④ 丁이 甲에게 상해를 입힌 행위는 결과적으로 乙을 보호한 행위로서 결과불법이 탈락되어 위법성이 조각된다.

→ 정답 ② (○) [1] 사례에서 집주인 丙이 乙을 강도로 오인하고 다시 집 밖으로 밀쳐내어 乙에게 상해를 입힌 경우는 오상방위에 해당하여 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 문제이다.

[2] 엄격책임설은 목적적 행위론자에 의하여 주장되며, 위법성인식을 독립된 책임요소로 파악하고, 위 사례를 금지적 착오로 보아 원칙적으로는 고의는 인정되지만(고의를 조각하지 않고), 다만 오인함에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 책임이 조각될 뿐이다.

① (X) [1] 사례에서 乙이 대문을 손괴한 행위는 제21조 제1항의 정당방위에는 해당하지 않고, 제22조 제1항인 긴급피난에 해당한다.

[2] 긴급피난이란 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니하는 행위(위법성조각사유)를 말한다(제22조 제2항).

③ (X) [1] 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오(오상방위)의 경우에 유추적용 제한적 책임설은 행위자에게는 구성요건적 불법을 실현하려는 의사가 결여되어 행위반가치가 부정되기 때문에 구성요건적 착오에 관한 규정을 유추적용하여 애초부터 구성요건적 고의(책임고의 X)가 조각된다는 견해이다.

[2] 이 견해에 따를 때 丙은 상해의 고의는 조각되지만, 丙이 오인(착오)하는데 정당한 이유가 없는 경우(과실이 있는 때 = 회피 가능한 때)라면 과실치상죄가 성립한다.

④ (X) [1] 사례에서 丁이 甲에게 상해를 입힌 행위는 객관적 정당화상황은 존재하지만 주관적 정당화요소가 결여된 우연방위에 해당한다.

[2] 정당행위가 성립하기 위하여는 건전한 사회통념에 비추어 그 행위의 동기나 목적이 정당하여야 하고, 정당방위·과잉방위나 긴급피난·과잉피난이 성립하기 위하여는 방위의사 또는 피난의사가 있어야 한다고 할 것이다(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결). 판례는 정당방위가 성립하려면 방위의사(주관적 정당화요소)가 필요하고, 긴급피난이 성립하려면 피난의사(주관적 정당화요소)가 필요하다는 견해(주관적 정당화요소필요설)를 취하고 있다.

[3] 따라서 사례의 경우, 판례에 의하면 객관적 정당화상황은 존재하므로 결과불법(결과반가치)는 탈락하지만 주관적 정당화요소가 결여되어 행위불법(행위반가치)은 인정되므로 위법성이 조각되지 않는다(상해죄가 인정된다).

7. 정당행위에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 「형법」 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’는 구성요건에 해당하는 행위가 형식적으로 위법하더라도 사회가 내리는 긍정적 평가에 의하여 용인될 수 있다면 그 행위를 실질적으로 위법한 것으로는 평가할 수 없다는 일반적 위법성조각사유이다.

② 정당행위의 요건인 긴급성과 보충성은 수단의 상당성을 판단할 때 고려해야 될 하나의 요소로 참작할 뿐 이를 넘어 독립적인 요건으로 요구할 것은 아니며, 그 내용 역시 ‘일체의 법률적인 적법한 수단이 존재하지 않을 것’을 의미한다.

③ 어떠한 행위가 범죄구성요건에 해당하지만 정당행위라는 이유로 위법성이 조각된다는 것은 그 행위가 적극적으로 용인, 권장되는 의미가 아니라 단지 특정한 상황하에서 그 행위가

범죄행위로서 처벌대상이 될 정도의 위법성을 갖추지 못하였다는 것을 의미한다.

④ 어떠한 행위가 정당행위에 해당하는지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하며, ‘목적의 정당성’과 ‘수단의 상당성’ 요건은 행위의 측면에서 사회상규에 위배되는지의 판단 기준이 된다.

→ 정답 ② (X) 형법 제20조의 정당행위에서 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(대법원2023. 5. 18. 선고2017도2760판결).

① (○) [1] 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’는 우리 형법의 독특한 규정으로, 구성요건에 해당하는 행위가 형식적으로 위법하다라도 사회가 내리는 공적 평가에 의하여 용인될 수 있다면 그 행위를 실질적으로 위법한 것으로는 평가할 수 없다는 취지에서 도입된 일반적 위법성조각사유이다.

[2] 이른바 ‘동물권’을 주장해 온 피고인들이 동물권보호단체 회원들과 공모하여, 갑 주식회사의 공장 정문 앞 도로에서 갑 회사가 농장으로부터 생닭을 공급받아 도계하는 영업을 계속한다는 이유로 피고인들은 자신들의 손을 콘크리트가 들어있는 가방으로 결박한 채 드러누워 몸으로 생닭을 실은 트럭들을 가로막는 등 차량 진행을 방해하고, 위 단체 회원들은 ‘닭을 죽이면 안 된다.’는 플래카드를 걸고 같은 내용의 구호를 외치며 노래를 부르는 등 위력으로써 갑 회사의 생닭 운송 및 도계 업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인들의 행위는 업무방해죄의 구성요건에 해당하고, 나아가 동물의 생명과 안전을 보호하고, 기업형(공장식) 축산 시스템에 반대하는 의사를 표명한다는 취지에서 이루어져 그 동기나 목적의 정당성이 인정될 여지가 있지만, 기업형(공장식) 축산 시스템에 따른 영업 형태가 우리나라 현행법하에서 위법하다거나 반사회성을 띠는 것으로서 형법상 보호가치가 없다고 볼 수 없는 점, 피고인들은 단순히 갑 회사의 영업장 인근에서 구호를 외치는 등의 의사 표현만을 한 것이 아니라, 피고인들을 포함한 4명이 함께 약 4시간 이상 지속하여 갑 회사 출입구를 몸으로 막음으로써 생닭을 수송하는 트럭 5대가 회사로 들어가지 못하도록 하여 갑 회사의 생닭 운송 및 도계 업무 집행 자체를 방해한 점, 갑 회사의 영업 형태가 피고인들의 신념에 반한다는 것만으로 갑 회사가 이러한 정도의 업무방해 피해를 그대로 수인하여야 한다고 보기 어려운 점에서 수단과 방법의 상당성, 법익 균형성 등이 인정되지 아니하여 정당행위에 해당하지 않는다(대법원 2024. 8. 1. 선고 2021도 2084 판결). 결국, 피고인들의 행위는 업무방해죄의 구성요건에 해당하고 그 동기나 목적의 정당성이 인정될 여지가 있지만, 수단과 방법의 상당성, 법익 균형성 등이 인정되지 아니하여 정당행위에 해당하지 아니하므로, 피고인들은 위력으로써 피해 회사의 생닭 운송 업무 및 도계(닭을 도살하는 것) 업무를 방해하였다(위력에 의한 업무방해죄가 성립한다).

③ (○) [1] 피고인(갑·을·병)들은 주식회사 GM차(이하 ‘A회사’라고 한다) 회사원으로, 갑은 전국급속노조 A회사 지회 노동조합(이하 ‘노조’라고 한다) 지회장, 을은 노조 조직부장, 병은 노조 후생부장이 다. 피고인들의 공소사실의 요지는 다음과 같다.

(가) 2015. 11. 12. 군산시에 있는 A회사 공장에서 대표이사인 피해자 B가 사업장 내 시설물 보안 및 화재 감시 목적으로 공장 외곽 울타리와 출입문, 출고장 등 주요시설물에 설치한 CCTV(이하 ‘이 사건 CCTV’라고 한다) 카메라 51대에 검정색 비닐봉지를 씌워 5일 동안 촬영하지 못하도록 하고,

(나) 2015. 12. 18.경 같은 장소에서 위 CCTV 카메라 51대에 검정색 비닐봉지를 씌워 5일 동안 촬영하지 못하도록 하고,

(다) 2015. 12. 28.경 같은 장소에서 위 CCTV 카메라 중 12대에 검정색 비닐봉지를 씌워 9일 동안 촬영하지 못하도록 하고,

(라) 2016. 1. 4.경 같은 장소에서 위 CCTV 카메라 중 14대에 검정색 비닐봉지를 씌워 22일 동안 촬영하지 못하도록 함으로써 위력으로 B의 회사 운영과 관련된 시설물 관리 업무를 방해하였다.

[2] A회사는 시설물 보안 및 화재 감시라는 정당한 이익을 위하여 이 사건 CCTV를 설치한 것으로

볼 수 있으므로, 비록 그 설치 과정에서 근로자들의 동의 절차나 노사협의회의 협의를 거치지 아니하였다 하더라도 그 업무는 법률상 보호할 가치가 있으므로, 이 사건 CCTV의 설치 및 운영을 통한 시설물 관리 업무는 업무방해죄의 보호대상에 해당한다.

[3] 피고인들의 공소사실 기재 각 행위는 이 사건 CCTV 카메라의 촬영을 불가능하게 하는 물적 상태를 만든 것으로 위력에 해당하고 시설물 관리 업무를 방해할 위험성도 인정되므로, 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건해당성은 인정된다.

[4] 가. 형법 제20조가 정한 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말한다.

나. 정당행위를 인정하려면, 첫째 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다.

다. 이때 어떠한 행위가 위 요건들을 충족하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 구체적인 사안에서 정당행위로 인정되기 위한 긴급성이나 보충성의 정도는 개별 사안에 따라 다를 수 있다.

라. 한편 어떠한 행위가 범죄구성요건에 해당하지만 정당행위라는 이유로 위법성이 조각된다는 것은 그 행위가 적극적으로 용인, 권장된다는 의미가 아니라 단지 특정한 상황하에서 그 행위가 범죄행위로서 처벌대상이 될 정도의 위법성을 갖추지 못하였다는 것을 의미한다.

[5] 피고인들의 공소사실 (가) 및 (나)의 각 행위의 경우, A회사가 CCTV를 작동시키지 않았거나 시험가동만 한 상태였으므로 근로자들의 권리가 실질적으로 침해되고 있었다고 단정하기 어려운 점, 피고인들이 공장부지의 외곽 울타리를 따라 설치되어 실질적으로 근로자를 감시하는 효과를 가진다고 보기 어려운 32대의 카메라를 포함하여 전체 CCTV의 설치 및 운영을 중단하라는 무리한 요구를 하고, 위 32대의 카메라에까지 검정색 비닐봉지를 씌웠던 점 등에 비추어 볼 때, 위 각 행위가 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 않는다.

[6] 가. 이 사건 CCTV 카메라 중 공장부지 내부를 촬영하는 19대의 설치(공장부지 내 주요 시설물에 설치된 16대와 출입구에 설치된 3대)는 CCTV 설치공사를 시작할 당시 근로자들의 동의가 없었으므로 '개인정보 보호법' 위반에 해당한다. 나아가 근로자참여법 제20조 제1항 제14호는 노사협의회가 협의하여야 할 사항으로 '사업장 내 근로자 감시 설비의 설치'를 규정하는데, 여기서 말하는 '근로자 감시 설비'라 함은 사업장 내에 설치되어 실질적으로 근로자를 감시하는 효과를 갖는 설비를 의미하고, 설치의 주된 목적이 근로자를 감시하기 위한 것이 아니더라도 여기에 해당할 수 있으므로 위 CCTV를 설치하는 것은 근로자참여법이 정한 노사협의회의 협의를 거쳐야 하는 것으로 볼 수 있다. 결국, CCTV 카메라 중 공장부지 내부를 촬영하는 19대의 설치는 개인정보보호법과 근로자참여법 위반에 해당한다.

나. 다음과 같은 이유로 (다) 및 (라)의 각 행위는 목적의 정당성, 수단과 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등과 같은 정당행위의 요건을 모두 충족한다.

㉠ 피고인들의 각 행위는 위와 같이 위법한 CCTV 설치에 따른 기본권 침해를 방어하기 위한 목적에서 이루어진 것일 뿐, 피해자의 시설물 보호를 방해하는 것을 주된 목적으로 하였다고 보기 어려우므로 목적의 정당성을 인정할 수 있다.

㉡ 피고인들은 이 사건 CCTV 카메라 자체를 떼어내거나 훼손하지 않고, 검정색 비닐봉지를 씌워 임시적으로 촬영을 방해한 것에 불과하고, 이런 임시조치를 통하여 부당한 침해에 대응하는 한편, 회사와 협의를 계속하려고 하였던 것으로 보이므로, 수단과 방법의 상당성도 인정할 수 있다.

㉢ 피고인들은 A회사가 이 사건 CCTV의 정식 가동을 시작한 이후 51대의 카메라 중 근로자들의 작업 모습이 찍히는 카메라 12대를 골라 검정색 비닐봉지를 씌웠다. 이후 피고인들은 이 사건 회사에 작업 현장을 찍는 16대는 야간에만 작동시키는 방안을 제시하였으나, 이 사건 회사는 합리적인 근거를 제시하지 않은 채 그 제안을 거부하였고, 피고인들은 14대의 카메라에만 다시 검정색 비닐봉지를 씌웠다. 이러한 피고인들의 행위는 보호이익과 침해이익 사이의 법익균형성도 갖추었다고 볼 수 있다.

㉣ 이 사건 회사가 근로자 대부분의 반대에도 불구하고 CCTV의 정식 가동을 강행함으로써 피고인들의 의사에 반하여 근로 행위나 출퇴근 장면 등 개인정보가 위법하게 수집되는 상황이 현실화되고 있었

던 점, 개인정보자기결정권은 일반적 인격권 및 사생활의 비밀과 자유에서 도출된 헌법상 기본권으로 일단 그에 대한 침해가 발생하면 사후적으로 이를 전보하거나 원상회복을 하는 것이 쉽지 않은 점 등을 고려하면, 피고인들이 다른 구체수단을 강구하기 전에 임시조치로서 검정색 비닐봉지를 씌워 촬영을 막은 것은 행위의 동기나 목적, 수단이나 방법 및 법익의 균형성 등에 비추어 그 긴급성과 보충성의 요건도 갖추었다고 볼 여지가 있다(대법원2023. 6. 29.선고2018도1917판결).

④ (○) [1] ‘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.

[2] 또한 보호이익과 침해이익 사이의 법익균형은 결과의 측면에서 사회상규에 위배되는지를 판단하기 위한 기준이다.

8. 책임의 근거와 본질에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 다수설에 의함)

① 도의적 책임론에 의하면 자유의사가 없는 자는 책임무능력자로서 형벌을 부과할 수 없으며, 자유의사를 가진 책임능력자에게 과해지는 형벌과 자유의사가 없는 책임무능력자에게 과해지는 보안처분은 질적으로 구별된다.

② 사회적 책임론에 의하면 책임은 환경과 소질에 의해 결정되는 ‘행위자의 반사회적 성격’에 있는 것으로 책임능력은 형벌능력을 의미하고, 형벌과 보안처분은 사회방위의 수단인 점에서 동일하지만 양적 차이가 있을 뿐이다.

③ 인격적 책임론에 의하면 책임을 평가적 가치관계로 이해하여 구체적 사정 아래에서 행위자가 적법행위를 할 수 있었음에도 불구하고 그렇게 하지 않았을 때 비로소 책임비난이 가능하므로 적법행위의 기대가능성이 책임의 중심적 요소이며 비난가능성이 책임의 본질이 된다.

④ 예방적 책임론에 의하면 행위자에 대한 비난가능성만으로 책임을 결정하는 것이 아니라 일반예방이나 특별예방이라는 형벌의 목적도 함께 고려하여 책임을 결정해야 하므로 책임비난이 가능한 경우에도 예방의 필요성이 없으면 책임을 부정할 수 있다.

→ 정답 ③ (X) [1] 책임의 근거(인간에게 책임을 과하는 근거가 무엇인가)에 관한 학설에는 도의적 책임론 · 사회적 책임론 · 인격적 책임론이 대립하고 있다.

[2] 인격적 책임론은 책임의 근거에 대하여 도의적 책임론(행위책임론)과 사회적 책임론(성격책임론)의 양자를 종합하는 견해이다. 이 이론은 소질과 환경의 영향을 받으면서도 어느 정도의 상대적 의사를 가진 인간상을 전제로 하여, 행위를 행위자의 인격이 현실화된 것으로 보고 행위자의 인격형성(범죄적 인격)에 책임의 근거가 있다는 견해이다.

[3] 선지의 경우는 규범적 책임론에 대한 설명으로 틀린 지문이다. 책임의 본질에 관한 학설에는 심리적 책임론 · 규범적 책임론 · 예방적 책임론(기능적 책임론)이 대립하고 있다.

[4] 규범적 책임론(통설)은 책임의 본질을 심리적 사실관계에 두는 것이 아니라 그러한 사실관계를 토대로 한 규범적 평가로서의 비난가능성으로 이해하는 이론이다. 따라서 기대가능성은 비난가능성의 본질적 요소가 되며, 규범적 책임론의 중심적 요소가 된다.

① (○) [1] 도의적 책임론은 인간에게 자유의사가 있다는 것을 전제로 하여(비결정론), 책임의 근거를 자유의사에 두는 견해로서, 자유의사를 가진 자가 스스로의 의사로서 적법행위를 할 수 있음에도 불구하고 불법행위로 나아갔으므로 행위자에게 도의적 비난을 가하는 것이 책임이라고 한다.

[2] 자유의사를 가진 자만이 죄를 범할 수 있고, 책임무능력자와 같이 자유의사가 없는 자의 행위는 범죄가 될 수 없다. 따라서 책임무능력자의 행위에 대해서는 형벌을 과할 수 없고, 보안처분만을 부과할 수 있다. 결국, 도의적 책임론은 책임능력을 범죄능력으로 보고 있다.

[3] 자유의사를 가진 일반인에게 과하는 형벌과 자유의사가 없는 책임무능력자에 대한 보안처분은 그 본질과 기능에서 다르므로, 형벌과 보안처분은 엄격히 구별된다(이원론적 입장).

[4] 도의적 책임론은 자유의사를 전제로 하는 전통적인 고전학파(구파)의 책임이론이고, 행위자보다 행위에 중점을 두는 객관주의 책임이다.

② (○) [1] 사회적 책임론은 인간의 자유의사를 부정하고(결정론), 책임의 근거를 소질과 환경에 의하여 결정된 행위자의 반사회적 성격(사회적 위험성)에 두는 견해로서, 반사회적 성격을 가진 자가 사회 방위 수단으로서의 형벌을 받을 법률적 지위, 즉 사회적 비난가능성이 책임이라고 한다.

[2] 사회적 책임론에 의하면 사회적 위험성이 있어서 사회방위처분을 받아야 한다는 본질적 측면에서는 책임능력자이건 책임무능력자이건 동일하다. 그러나 책임능력자에게는 형벌이 합목적적인데 비하여 책임무능력자에게는 보안처분이 보다 더 합목적이다. 따라서 형벌과 보안처분의 차이는 합목적성이라는 양적 차이에 불과할 뿐이고, 양자 사이의 대체도 허용된다(일원론적 입장). 또한, 사회적 책임론은 책임능력을 형벌능력으로 보고 있다.

[3] 사회적 책임론은 근대학파(신파)의 형법이론에 기초가 되어 있는 책임론이며, 범죄론에 있어서 주관주의와 형벌론에 있어서 목적형주의와 결합된 책임이론이다.

④ (○) [1] 예방적 책임론(기능적 책임론)은 책임의 본질을 형벌의 목적(일반예방 내지 특별예방) 내지 처벌의 필요성이라는 형사정책적 관점에서 파악하려는 견해로서, 특히 일반예방의 목적에 의하여 결정되어야 한다고 주장하는 책임이론이다.

[2] 이 견해는 책임을 형벌목적을 달성하기 위한 수단으로서, 책임을 형벌목적과 관련하여 기능적으로 이해할 때에만 형법상의 의의를 가질 수 있다고 주장한다.

[2] 예방적 책임론(기능적 책임론)은 형법(책임주의)과 형사정책(범죄예방)의 관계를 혼동함으로써 책임주의를 무의미하게 만든다는 비판을 받고 있다. 즉, 책임을 예방으로 대체함으로써 일반예방에 대한 관계에서 책임주의가 가지고 있는 제한적 기능을 무력화(약화)시킬 수 있다는 비판을 받고 있다. 예컨대, 치료가 불가능한 정신질환자에게 범죄예방을 위해 책임을 인정하고, 법을 지키는 것이 곤란한 누범에게는 일반예방이라는 관점에서 중한 책임을 인정하게 되므로 공정하다고 할 수 없다.

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

① 불능미수는 행위자에게 범죄의사가 있고 실행의 착수라고 볼 수 있는 행위가 있지만 실행의 수단이나 대상의 착오로 처음부터 구성요건이 충족될 가능성이 없는 경우이다. 다만 결과적으로 구성요건의 충족은 불가능하지만, 그 행위의 위험성이 있으면 불능미수로 처벌한다.

② 소매치기가 피해자의 주머니에 손을 넣어 금품을 절취하려 한 경우 비록 그 주머니 속에 금품이 들어있지 않았다고 하더라도 절도라는 결과 발생의 위험성을 충분히 내포하고 있으므로 이는 절도미수에 해당한다.

③ 공동정범자 중 1인이 자의로 자기가 다른 공범의 범행을 중지하게 하지 아니한 채 자기의 범의를 철회·포기한 경우 중지미수에 해당하지 않는다.

④ 소송비용 명목의 돈을 편취하기 위해 소송비용의 지급을 구하는 손해배상금 청구의 소를 제기하였다가 담당 판사로부터 소송비용의 확정은 소송비용액 확정절차를 통하여야 한다는 권유를 받고 위 소를 취하한 경우, 사기죄와 관련하여 결과 발생의 가능성은 부정되나 소의 제기를 통한 실행의 착수와 결과 발생의 위험성이 인정되므로 사기죄의 불능미수에 해당한다.

→ 정답 ④ (X) [1] 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기한 경우, 사기죄의 불능범에 해당한다.

[2] 민사소송법상 소송비용의 청구는 소송비용액 확정절차에 의하도록 규정하고 있으므로, 위 절차에 의하지 아니하고 손해배상금 청구의 소 등으로 소송비용의 지급을 구하는 것은 소의 이익이 없는 부적법한 소로서 허용될 수 없다고 할 것이다. 따라서 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기하였다고 하더라도 이는 객관적으로 소송비용의 청구방법에 관한 법률적 지식을 가진 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 없어 위험성이 인정되지 않는다.

[3] 피고인이 A로부터 소송비용 명목으로 B를 통하여 100만 원을 이미 송금받았음에도 불구하고 A를 피고로 하여 종전에 피고인이 A를 상대로 제기하였던 여러 소와 관련한 소송비용 상당액의 지급을 구하는 손해배상금 청구의 소를 제기하였다가 담당 판사로부터 소송비용의 확정은 소송비용액 확정절차를 통하여 하라는 권유를 받고 위 소를 취하한 사실을 인정한 다음, 피고인이 제기한 이 사건 손해배상금 청구의 소는 소의 이익이 흠결된 부적법한 소로서 각하를 면할 수 없어 피고인이 승소할 수 없다는 것이고, 그렇다면 피고인의 이 부분 소송사기 범행은 실행 수단의 착오로 인하여 결과 발생이 불가능할 뿐만 아니라 위험성도 없다 할 것이어서 소송사기죄의 불능미수에 해당한다고 볼 수 없으므로 결국 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다(무죄). (대법원2005. 12. 8. 선고2005도8105판결).

① (○) [1] 형법 제27조(불능범)는 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

[2] 불능미수란 행위자에게 범죄의사가 있고 실행의 착수라고 볼 수 있는 행위가 있더라도 실행의 수단이나 대상의 착오로 처음부터 결과발생 또는 범의침해의 가능성이 없지만 다만 그 행위의 위험성 때문에 미수범으로 처벌하는 경우를 말한다. 여기에서 ‘결과의 발생이 불가능’하다는 것은 범죄행위의 성질상 어떠한 경우에도 구성요건의 실현이 불가능하다는 것을 의미한다(대법원2019. 5. 16. 선고2019도97판결).

② (○) [1] 소매치기가 피해자의 주머니에 손을 넣어 금품을 절취하려 한 경우 비록 그 주머니속에 금품이 들어있지 않았었다 하더라도 위 소위는 절도라는 결과 발생의 위험성을 충분히 내포하고 있으므로 이는 절도미수에 해당한다.

[2] 피해자의 잠바 왼쪽주머니에는 금품이 들어있지 않았었다 하더라도 피고인은 절도라는 결과발생의 위험성을 충분히 내포하고 있으므로 이를 절도미수에 해당한다(대법원 1986. 11. 25. 선고 86도2090, 86감도231 판결).

③ (○) [1] 다른 공범의 범행을 중지하게 하지 아니한 이상 자기만의 범의를 철회, 포기하여도 중지미수로는 인정될 수 없는 것이다.

[2] 甲은 乙과 합동하여 피해자를 텐트 안으로 끌고 간 후 乙, 甲의 순으로 성관계를 하기로 하고 갑은 위 텐트 밖으로 나와 주변에서 망을 보고 乙은 피해자의 옷을 모두 벗기고 피해자의 반항을 억압한 후 피해자를 1회 간음하여 강간하고, 이어 갑이 위 텐트 안으로 들어가 피해자를 강간하려 하였으나 피해자가 반항을 하며 강간을 하지 말아 달라고 사정을 하여 강간을 하지 않았다는 것이므로, 위 甲이 乙의 공모하에 강간행위에 나아간 이상 비록 甲이 강간행위에 나아가지 않았다 하더라도 중지미수에 해당하지는 않는다고 할 것이다(대법원2005. 2. 25. 선고2004도8259판결). 결국, 성폭력범죄의 처벌및피해자보호등에관한법률 제6조 제1항의 특수강간죄의 기수로 인정된다.

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

① 「형법」 제30조에서 정한 ‘2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때’의 ‘죄’에는 고의범뿐만 아니라 과실범도 포함되는 것이므로 과실범의 경우에도 공동정범이 성립할 수 있으나, 의사의 연락이나 주의의무 위반에 대한 공동의 인식이 없었다면 ‘공동하여’ 죄를 범하였다고 볼 수 없으므로, 과실범의 공동정범이 성립한다고 볼 수 없다.

② 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고, 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립한다.

③ 공모공동정범에 있어서 그 공모자 중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관한 공동정범으로서의 책임은 지지 않지만, 이때 그 이탈의 표시는 반드시 명시적이어야 한다.

④ 甲이 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부를 실행한 후 공범관계에서 이탈하였으나 다른 공범자에 의하여 나머지 범행이 이루어진 경우, 甲은 다른 공범들의 범죄실행을 저지하지 않은 이상 관여하지 않은 부분에 대하여도 죄책을 부담한다.

→ 정답 ③ (X) 공모공동정범에 있어서 그 공모자 중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다고 할 것이고, 그 이탈의 표시는 반드시 명시적임을 요하지 않는다(대판1986.1.21. 85도2371, 85감도347).

① (O) [1] 가. 형법 제30조에서 정한 ‘2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때’의 ‘죄’에는 고의범뿐만 아니라 과실범도 포함되는 것이므로 과실범의 경우에도 공동정범이 성립할 수 있다.

나. 그러나 의사의 연락이나 주의의무 위반에 대한 공동의 인식이 없었다면 ‘공동하여’ 죄를 범하였다고 볼 수 없으므로, 과실범의 공동정범이 성립한다고 볼 수 없다.

[2] ㉠ 피고인 甲 등은 CMIT/MIT를 주원료로 하는 A, B 가슴기살균제의 제조·판매에, ㉡ 피고인 乙 등은 그중 B 살균제의 제조·판매에 관여하면서 주원료에 관한 안전성 검사를 실시하지 아니하였고, 한편 ㉢ 관련사건 피고인들은 PHMG 등을 주원료로 하는 C 살균제 등의 제조·판매에 관여하면서 주원료에 관한 안전성 검사 등 미실시로 업무상과실치사상죄 등의 유죄판결이 확정되었는데, 피고인 甲 등이 피고인 乙 등과 상호 공모하거나 그에 더하여 관련사건 피고인들과 공모하여 A 살균제만을 사용한 피해자들 4명 및 A, B 살균제와 C 살균제 등을 함께 사용한 피해자들(이하 ‘복합사용 피해자들’이라고 한다) 94명 합계 98명의 피해자들을 사망 또는 상해에 이르게 하고, 피고인 乙 등이 피고인 甲 등 및 관련사건 피고인들과 공모하여 복합사용 피해자들 중 B 살균제를 사용한 22명의 피해자들을 사망 또는 상해에 이르게 하였다는 업무상과실치사상의 공소사실로 기소되어 복합사용 피해자들에 관한 공동정범 성립 여부가 문제 된 사안에서, 피고인들과 관련사건 피고인들은 서로 간의 협력이나 의견교환 없이 각자가 소속된 회사 등에서 맡은 지위, 역할에 따라 그 회사 등의 가슴기살균제 개발·출시 또는 제조·판매에 관여하였을 뿐이고, 주원료인 PHMG 등과 CMIT/MIT는 그 성분, 체내분해성, 대사물질 등이 전혀 다르며, 어느 하나가 다른 하나를 활용하거나 응용하여 개발·출시되었다고 보기 어렵고, 관련사건 피고인들과 피고인들이 서로 상대방 가슴기살균제의 개발·출시를 인식하였다거나 그에 관하여 서로 의사를 연락하였음을 인정할 만한 사정을 발견할 수 없는 점, 관련사건 피고인들이 제조·판매에 관여하였던 가슴기살균제와 피고인들이 제조·판매에 관여하였던 가슴기살균제는 그 용도나 용법이 동일할 뿐 주원료 등 주요 요소가 전혀 다르고, 어느 하나가 다른 하나를 개량한 제품이라고 볼 수 없으며, 관련사건 피고인들이나 피고인들이 각 가슴기살균제에 모두 결함 내지 하자가 존재한다는 사정이나 그러한 결함 내지 하자가 누적·결합되어 복합사용 피해자들에게 사망 또는 상해의 결과를 발생시킬 수 있다는 사정을 공동으로 인식할 수 있었다거나 그에 관한 묵시적 의사연락을 하였다고 볼 수 없는 점, 과실범의 공동정범을 인정하는 형사정책적 목적이나 취지, 소비자들이 주원료의 차이를 알고 구매하는 것이 어려웠다는 사정 등은 관련사건 피고인들 및 피고인들의 인식 내지 의사와 아무런 관련이 없어 그들 사이에 공동의 인식 내지 의사의 연락이 있었음을 뒷받침할 수 없고, 그러한 사정들만으로 과실범의 공동정범 성립을 인정한다면 대량생산과 대량소비를 특징으로 할 뿐만 아니라 인터넷망 등을 통해서 국경을 초월한 상품의 구매·소비가 용이하게 이루어지는 현대사회에서 상품 제조·판매자들 등에 대한 과실범의 공동정범 성립범위가 무한정 확장될 수밖에 없는 점 등에 비추어 보면, 피고인들과 관련사건 피고인들 사이에 공동정범 성립을 인정하기 어렵다(대법원 2024. 12. 26. 선고 2024도1856 판결). 결국, 피고인들과 관련사건 피고인들은 과실범의 공동정범의 관계에 있다고 볼 수 없다.

㉡ (O) [1] 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공

하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체적인 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서 형사적 책임을 진다.

[2] 국회의원 후보자와 그 유세위원장 등이 상대후보를 국회의원에 당선되지 못하게 할 목적으로 허위사실을 공표할 것을 공모한 후 실행에 나아감으로써 허위사실공표죄의 공모공동정범이 성립된다(대법원2002. 4. 10.자2001모193결정).

④ (○) [1] 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부를 실행한 후 공범관계에서 이탈하였으나 다른 공범자에 의하여 나머지 범행이 이루어진 경우, 피고인이 관여하지 않은 부분에 대하여도 죄책을 부담한다.

[2] 피고인이 다른 공범들과 특정 회사 주식의 시세조종 주문을 내기로 공모한 다음 시세조종 행위의 일부를 실행한 후 공범관계로부터 이탈하였고, 다른 공범들이 그 이후의 나머지 시세조종행위를 계속한 사안에서, 피고인이 다른 공범들의 범죄실행을 저지하지 않은 이상 그 이후 나머지 공범들이 행한 시세조종행위(증권거래법 위반)에 대하여도 공동정범으로서의 죄책을 부담한다(대법원2011. 1. 13.선고2010도9927판결).

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

① 강제추행죄는 정범 자신이 직접 범죄를 실행하여야 하는 자수범이라고 볼 수 없으므로 간접정범의 형태로도 범할 수 있다.

② 공무원 아닌 자가 관공서에 허위 내용의 증명원을 제출하여 그 내용이 허위인 정을 모르는 담당공무원으로부터 그 증명원 내용과 같은 증명서를 발급받은 경우, 공문서위조죄의 간접정범이 성립한다.

③ 인신구속에 관한 직무를 행하는 자가 피해자를 구속하기 위하여 진술조서 등을 허위로 작성한 후 이를 기록에 첨부하여 구속영장을 신청하고, 진술조서 등이 허위로 작성된 정을 모르는 검사와 영장전담판사를 기망하여 구속영장을 발부받은 후 그 영장에 의하여 피해자를 구금하였다면 「형법」 제124조 제1항의 직권남용감금죄가 성립한다.

④ 자기에게 유리한 판결을 얻기 위하여 소송상의 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백하거나 증거가 조작되어 있다는 점을 인식하지 못하는 제3자를 이용하여 그로 하여금 소송의 당사자가 되게 하고 법원을 기망하여 소송 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하였다면 간접정범의 형태에 의한 소송사기죄가 성립한다.

→ 정답 ② (X) 어느 문서의 작성권한을 갖는 공무원이 그 문서의 기재 사항을 인식하고 그 문서를 작성할 의사로써 이에 서명날인하였다면, 설령 그 서명날인이 타인의 기망으로 착오에 빠진 결과 그 문서의 기재사항이 진실에 반함을 알지 못한 데 기인한다고 하여도, 그 문서의 성립은 진정하며 여기에 하등 작성명의를 모용한 사실이 있다고 할 수는 없으므로, 공무원 아닌 자가 관공서에 허위 내용의 증명원을 제출하여 그 내용이 허위인 정을 모르는 담당공무원으로부터 그 증명원 내용과 같은 증명서를 발급받은 경우 공문서위조죄의 간접정범으로 의율할 수는 없다(대법원2001. 3. 9.선고2000도938판결).

① (○) [1] 강제추행죄에서 추행은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것을 의미한다. 여기에 해당하는지 여부는 피해자의 의사, 성별, 나이, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다.

[2] 강제추행죄는 사람의 성적 자유 내지 성적 자기결정의 자유를 보호하기 위한 죄로서 정범 자신이

직접 범죄를 실행하여야 성립하는 자수범이라고 볼 수 없으므로, 강제추행죄는 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로도 범할 수 있다(대판2018.2.8. 2016도17733).

③ (○) [1] 감금죄는 간접정범의 형태로도 행하여질 수 있는 것이다.

[2] 인신구속에 관한 직무를 행하는자 또는 이를 보조하는자가 피해자를 구속하기 위하여 진술조서 등을 허위로 작성한 후 이를 기록에 첨부하여 구속영장을 신청하고, 진술조서 등이 허위로 작성된 정을 모르는 검사와 영장전담판사를 기망하여 구속영장을 발부받은 후 그 영장에 의하여 피해자를 구금하였다면 형법 제124조 제1항의 직권남용감금죄가 성립한다(대법원2006. 5. 25.선고2003도3945판결).

④ (○) [1] 소송사기는 법원을 속여 자기에 유리한 판결을 얻음으로써 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하는 범죄로서, 단순히 사실을 잘못 인식하였다거나 법률적 평가를 잘못하여 존재하지 않는 권리를 존재한다고 믿고 제소한 행위는 사기죄를 구성하지 아니하며, 소송상 주장이 다소 사실과 다르더라도 존재한다고 믿는 권리를 이유 있게 하기 위한 과장표현에 지나지 아니하는 경우 사기의 범의가 있다고 볼 수 없고, 또한 소송사기에서 말하는 증거의 조작이란 처분문서 등을 거짓으로 만들어 내거나 증인의 허위 증언을 유도하는 등으로 객관적·제3자적 증거를 조작하는 행위를 말한다.

[2] 자기에 유리한 판결을 얻기 위하여 소송상의 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백하거나 증거가 조작되어 있다는 점을 인식하지 못하는 제3자를 이용하여 그로 하여금 소송의 당사자가 되게 하고 법원을 기망하여 소송 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하려 하였다면 간접정범의 형태에 의한 소송사기죄가 성립하게 된다.

[3] 갑이 을 명의 차용증을 가지고 있기는 하나 그 채권의 존재에 관하여 을과 다름이 있는 상황에서 당초에 없던 월 2편의 약정이자에 관한 내용 등을 부가한 을 명의 차용증을 새로 위조하여, 이를 바탕으로 자신의 처에 대한 채권자인 병에게 차용원금 및 위조된 차용증에 기한 약정이자 2,500만 원을 양도하고, 이러한 사정을 모르는 병으로 하여금 을을 상대로 양수금 청구소송을 제기하도록 한 사안에서, 적어도 위 약정이자 2,500만 원 중 법정지연손해금 상당의 돈을 제외한 나머지 돈에 관한 갑의 행위는 병을 도구로 이용한 간접정범 형태의 소송사기죄를 구성한다(대법원2007. 9. 6.선고2006도3591판결).

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

① 단일하고도 계속된 범의 아래 일정 기간 반복하여 뇌물수수행위와 부정한 행위가 행하여졌고 그 뇌물수수 행위와 부정한 행위 사이에 인과관계가 인정되며 피해법익도 동일하다면, 최후의 부정한 행위 이후에 제공된 뇌물수수 행위도 최초의 부정한 행위 이전의 뇌물수수 행위 및 부정한 행위와 함께 수뢰후부정처사의 포괄일죄가 성립한다.

② 甲이 乙에게 접근하거나 전화를 건 행위가 스토킹범죄를 구성하는 스토킹행위에 해당하고, 구 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률(2023. 7. 11. 법률 제19518호로 개정되기 전의 것)」 제9조 제1항 제2호, 제3호의 잠정조치를 위반한 행위에도 해당하는 경우, 甲의 행위는 사회관념상 1개의 행위로 성립하는 수 개의 죄에 해당하므로 상상적 경합관계에 있다.

③ 수 개의 등록상표에 대하여 상표권 침해행위가 계속하여 이루어진 경우에는 등록상표마다 포괄하여 1개의 범죄가 성립하지만 하나의 유사상품 사용행위로 수 개의 등록상표를 동시에 침해하였다면 각각의 상표법 위반죄는 상상적 경합의 관계에 있다.

④ ‘수출입거래를 가장한 신용장 개설 방법에 의한 사기죄’와 ‘분식회계에 의한 재무제표 및 감사보고서 등을 이용한 사기죄’는 범행 방법이 동일하지 않더라도 그 피해자가 동일하므로 포괄일죄가 성립한다.

→ 정답 ④ (X) 석유를 수입하는 것처럼 가장하여 신용장 개설은행들로 하여금 신용장을 개설하게 하

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

① (○) [1] **수뢰후부정처사죄를 정한 형법 제131조 제1항**은 공무원 또는 중재인이 형법 제129조(수뢰, 사전수뢰) 및 제130조(제3자뇌물제공)의 죄를 범하여 부정한 행위를 하는 것을 구성요건으로 하고 있다. 여기에서 ‘**형법 제129조 및 제130조의 죄를 범하여**’란 **반드시 뇌물수수 등의 행위가 완료된 이후에 부정한 행위가 이루어져야 함을 의미하는 것은 아니고, 결합범 또는 결과적 가중범 등에서의 기본행위와 마찬가지로 뇌물수수 등의 행위를 하는 중에 부정한 행위를 한 경우도 포함하는 것으로 보아야 한다.** 따라서 단일하고도 계속된 범의 아래 일정 기간 반복하여 일련의 뇌물수수 행위와 부정한 행위가 행하여졌고 그 뇌물수수 행위와 부정한 행위 사이에 인과관계가 인정되며 피해법익도 동일하다면, **최후의 부정한 행위 이후에 저질러진 뇌물수수 행위도 최후의 부정한 행위 이전의 뇌물수수 행위 및 부정한 행위와 함께 수뢰후부정처사죄의 포괄일죄로 처벌함이 타당하다.**

[2] **피고인은 2016. 5.경부터 2018. 8.경까지 환경부 기술서기관으로 재직하면서** 환경부 ‘가습기살균제 대응 TF’ 피해구제 대책반원을 겸직하였고, 2018. 8.경부터 2019. 2.경까지 (보직명 1 생략), 2019. 2.경부터 2019. 5.경까지 (보직명 2 생략), 2019. 5.경부터 현재까지 (보직명 3 생략)으로 재직 중이다. 피고인은 환경부 ‘가습기살균제 대응 TF’ 피해구제 대책반 등 가습기살균제 사건 대응 관련 부서에서 근무하면서 **가습기살균제 피해 특별구제제정의 분담금 산정 협의 과정에서 가습기살균제 제조·판매업체인 A 회사의 담당자인 갑을 알게 되자** 그로부터 **선물이나 향응을 제공받은 대가로** 가습기살균제 사건 관련 환경부 조치 동향, 내부 논의 상황 및 논의 내용, 향후 일정 등 **환경부에서 진행하였거나 계획하고 있는 사항이 포함된 정보를 제공할 것을 마음먹었다. 피고인은 갑으로부터** 위와 같은 직무상 편의를 제공하여 달라는 취지의 청탁을 받으면서 원심 판시 별지 범죄일람표 (1) 순번 1 내지 17번 기재와 같이 **2017. 4. 18.부터 2019. 1. 31.까지 17회에 걸쳐 갑으로부터 저녁식사 등을 제공받은 후** 원심 판시 별지 범죄일람표 (2) 기재와 같이 **환경부 내부정보 등을 제공함으로써 뇌물을 수수한 후 부정한 행위를 하였다(수뢰후부정처사죄).**

[3] 원심이 피고인에 대하여 유죄로 인정한 원심 판시 범죄일람표 (1) 기재 각 뇌물수수 행위는 그 순번 1 내지 15번의 행위뿐만 아니라 나머지 순번 16, 17번의 행위까지도 단일하고도 계속적인 범의 하에 반복적으로 저질러진 것으로서 동일 범의를 침해하였다고 볼 수 있으므로 포괄일죄의 관계에 있을 뿐 아니라, 원심 판시 범죄일람표 (2) 기재 각 부정한 행위 역시 이와 마찬가지로 할 것이며, 나아가 이들 각 뇌물수수 행위와 각 부정한 행위 사이에는 전체적으로 보았을 때 서로 인과관계가 존재한다고 볼 수 있다. 따라서 **원심 판시 범죄일람표 (1) 기재 순번 16, 17번의 각 뇌물수수 행위는 원심이 유죄로 인정한 이 부분 나머지 범죄사실과 함께 수뢰후부정처사죄의 포괄일죄를 구성한다고** 볼 여지가 많다.

[4] **그런데도 원심은** 수뢰후부정처사죄가 포괄일죄로서 성립하는 경우라 할지라도 **뇌물수수 등의 행위가 부정한 행위보다 개별적으로도 반드시 선행하여야 한다는 잘못된 전제하에** 원심 판시 범죄일람표 (1) 기재 순번 16, 17번의 각 뇌물수수 행위가 원심 판시 범죄일람표 (2)에 기재된 **마지막 부정한 행위보다 시간적으로 나중에 저질러졌다는 이유만으로** 이를 수뢰후부정처사의 포괄일죄와 분리하여 **각 뇌물수수죄로 인정하고 이유에서 일부 무죄로 판단하고 말았다. 원심의 이러한 판단에는** 수뢰후부정처사죄의 구성요건 및 포괄일죄 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 **잘못이 있다**(대법원2021. 2. 4. 선고2020도12103판결).

② (○) [1] **피고인이 피해자에게 전화를 걸면 ‘피고인이 피해자와 전화통화를 원한다.’**는 내용이 담긴 정보의 전파가 송신되어 기지국, 교환기 등을 거쳐 **피해자의 휴대전화에 수신되고, 이때 피해자가 전**

화통화에 응하지 아니하면 피고인이 송신하였던 위와 같은 내용의 정보가 피해자의 휴대전화에 부재중 전화 문구, 수신차단기호 등으로 변형되어 표시될 수 있다. 이러한 부재중 전화 문구, 수신차단기호 등을 ‘피고인의 송신행위 없이 피해자에게 도달된 것’ 내지 ‘피해자 휴대전화의 자체적인 기능에 의하여 생성된 것’이라고 평가할 수는 없다. 피고인이 전화통화를 시도함으로써 이를 송신하였다고 보는 것이 타당하다.

[2] 따라서 피고인이 전화를 걸어 피해자 휴대전화에 부재중 전화 문구, 수신차단기호 등이 표시되도록 하였다면 실제 전화통화가 이루어졌는지와 상관없이 ‘피해자의 휴대전화로 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 부호·문언을 송신하지 말 것’을 명하는 잠정조치를 위반하였다고 보아야 한다.

[3] 법원으로부터 스토킹범죄에 대한 잠정조치결정을 받은 피고인이 피해자에게 접근하거나 전화를 건 행위가 스토킹범죄를 구성하는 스토킹행위에 해당하고 구 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률 제9조 제1항 제2호, 제3호의 잠정조치를 위반한 행위에도 해당하는 경우, ‘스토킹범죄로 인한 구 스토킹 처벌법 위반죄’와 ‘잠정조치 불이행으로 인한 구 스토킹처벌법 위반죄’는 사회관념상 1개의 행위로 성립하는 수 개의 죄에 해당하므로 형법 제40조의 상상적 경합관계(실체적 경합관계 X)에 있다(대법원 2024. 9. 27. 선고 2024도7832 판결).

③ (○) [1] 수 개의 등록상표에 대하여 상표법 제230조의 상표권 침해행위가 계속하여 이루어진 경우에는 등록상표마다 포괄하여 1개의 범죄가 성립한다. 그러나 하나의 유사상표 사용행위로 수 개의 등록상표를 동시에 침해하였다면 각각의 상표법 위반죄는 상상적 경합의 관계에 있다.

[2] 피고인 갑 주식회사의 대표이사인 피고인 을이 병 주식회사의 등록상표 ‘**코크린**’, ‘**Coclean** **코크린**’(이하 차례로 ‘제1, 2 등록상표’라 한다)과 유사한 상표인 ‘**코코크린**’, ‘**kokoCLEAN**’을 그 지정상품과 동일한 상품에 부착하여 인터넷 쇼핑몰 등에서 판매함으로써 병 회사의 상표권을 침해하였다는 공소사실이 원심에서 유죄로 인정된 사안에서, 공소사실 중 제1 등록상표의 침해로 인한 상표법 위반죄와 제2 등록상표의 침해로 인한 상표법 위반죄는 각각 포괄일죄의 관계에 있고, 피고인 을은 하나의 유사상표 사용행위로 제1 등록상표와 제2 등록상표를 동시에 침해하였으므로 이들 포괄일죄 상호 간에는 상상적 경합범 관계가 성립한다(대법원2020. 11. 12. 선고2019도11688판결).

13. 선고유예·집행유예·가석방에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?

- ① 가석방된 자는 가석방기간 중 보호관찰을 받지만 가석방을 허가한 행정관청이 필요 없다고 인정한 때에는 그러하지 아니하다.
- ② 가석방 기간 중 고의로 지은 죄로 자격정지 이상의 형을 선고받아 그 판결이 확정된 경우에 가석방 처분은 효력을 잃는다.
- ③ 형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 벌금 이상의 형에 처한 판결이 확정되거나 자격정지 이상의 형에 처한 전과가 발견된 때에는 유예한 형을 선고한다.
- ④ 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 자격정지 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다.

→ 정답 ① (○) [1] 가석방의 기간은 무기형에 있어서는 10년으로 하고, 유기형에 있어서는 남은 형기로 하되, 그 기간은 10년을 초과할 수 없다(제73조의2 제1항).

[2] 가석방된 자는 가석방기간 중 보호관찰을 받는다. 다만, 가석방을 허가한 행정관청이 필요가 없다고 인정한 때에는 그러하지 아니하다(동조 제2항).

② (X) 가석방 기간 중 고의로 지은 죄로 금고 이상의 형을 선고받아 그 판결이 확정된 경우에 가석방 처분은 효력을 잃는다(가석방의 실효, 제74조).

③ (X) 형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 자격정지 이상의 형에 처한 판결이 확정되거나 자격정지 이상의 형에 처한 전과가 발견된 때에는 유예한 형을 선고한다(선고유예의 실효, 제61조 제1항).

④ (X) 집행유예 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 급고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다(형법 제63조).

14. 상해와 폭행의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲이 동일한 일시, 장소에서 동일한 목적을 가지고 이발용 면도칼을 휘둘러 乙과 丙에게 상해를 입힌 경우, 甲의 행위는 피해자별로 각각 별개의 상해죄가 성립하는 것이 아니라, 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우라고 보아야 한다.

② 폭행죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 반의사불벌죄로서 처벌불원의 의사표시는 의사능력이 있는 피해자가 단독으로 할 수 있는 것이고, 피해자가 사망한 후 그 상속인이 피해자를 대신하여 처벌불원의 의사표시를 할 수는 없다고 보아야 한다.

③ 상해죄 및 폭행죄의 상습범에 관한 「형법」 제264조에서 말하는 ‘상습’이란 동 규정에 열거된 상해 내지 폭행행위의 습벽을 말하는 것이므로, 동 규정에 열거되지 아니한 다른 유형의 범죄까지 고려하여 상습성의 유무를 결정하여서는 아니 된다.

④ 甲이 乙에게 중상을 교사하였는데 乙이 이를 넘어서 살인을 실행한 경우, 일반적으로 甲은 중상해죄의 죄책을 지게 되는 것이지만, 이 경우에 甲에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 죄책을 지을 수 있다.

→ 정답 ① (X) [1] 상해를 입힌 행위가 동일한 일시, 장소에서 동일한 목적으로 저질러진 것이라 하더라도 피해자를 달리하고 있으면 피해자별로 각각 별개의 상해죄를 구성한다고 보아야 할 것이고 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우라고 볼 수 없다.

[2] 피고인 갑은 절도를 한 후에 체포를 면하게 하기위해 그를 검거하려고 쫓아 오는 피해자 A의 얼굴을 수도파이프로 때리고 이발용 면도칼을 휘둘러 상해를 입힌 행위와 피해자 B의 등을 이발용 면도칼로 그어 상해를 입힌 행위는 비록 같은 일시, 장소에서 같은 목적으로 저지른 소행이라 하더라도 피해자를 달리하고 있어 피해자별로 각각 별개의 죄(폭력행위등처벌에 관한 법률위반)를 구성한다고 보아야 할 것이고, 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우라고는 볼 수 없으므로 수개의 죄에 해당하므로 경합범가중을 하여 처단하여야 한다(대법원1983. 4. 26. 선고83도524판결). 결국, 상상적 경합관계가 아니라 수죄 사이에는 실체적 경합관계에 있으므로 경합범 가중을 하여야 한다.

② (○) [1] 폭행죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다(제260조 제3항).

[2] 반의사불벌죄에서 처벌불원의 의사표시는 의사능력이 있는 피해자가 단독으로 할 수 있는 것이고, 피해자가 사망한 후 그 상속인이 피해자를 대신하여 처벌불원의 의사표시를 할 수는 없다(생일뺑 사건)(대판2010.5.27. 2010도2680).

③ (○) [1] 상해죄 및 폭행죄의 상습범에 관한 형법 제264조는 “상습으로 제257조(상해·존속상해), 제258조(중상해·존속중상해), 제258조의2(특수상해), 제260조(폭행, 존속폭행) 또는 제261조(특수폭행)의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.”라고 규정하고 있다.

[2] 형법 제264조에서 말하는 ‘상습’이란 위 규정에 열거된 상해 내지 폭행행위의 습벽을 말하는 것이므로, 위 규정에 열거되지 아니한 다른 유형의 범죄까지 고려하여 상습성의 유무를 결정하여서는 아니 된다(대판2018.4.24. 2017도21663). 결국, 상습폭행죄의 상습성을 판단함에 있어 위 규정에 열거되지 아니한 피고인의 재물손괴나 주거침입 전과까지 종합하여 판단하는 것은 위법이 있다.

④ (○) 교사자가 피교사자에 대하여 상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우, 일반적으로 교사자는 상해죄에 대한 교사범이 되는 것이고, 다만 이 경우 교사자(피교사자(X))에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 지을 수 있다(대판1997.6.24. 97도1075).

이에 있는 0.4 센티미터 정도의 틈으로 연탄가스가 스며들어 중독 사망한 경우, 임차인의 사망에 대하여 임대인은 과실이 없으므로 업무상과실치사죄가 성립하지 않는다(대법원 1985. 3. 12. 선고 84도 2034 판결).

㉔ (X) [1] 업무상과실치상죄에 있어서의 ‘업무’란 사람의 사회생활면에서 하나의 지위로서 계속적으로 종사하는 사무를 말하고, 여기에는 수행하는 직무 자체가 위험성을 갖기 때문에 안전배려를 의무의 내용으로 하는 경우는 물론 사람의 생명·신체의 위험을 방지하는 것을 의무내용으로 하는 업무도 포함되는데, 안전배려 내지 안전관리 사무에 계속적으로 종사하여 위와 같은 지위로서의 계속성을 가지지 아니한 채 단지 건물의 소유자로서 건물을 비정기적으로 수리하거나 건물의 일부분을 임대하였다는 사정만으로는 업무상과실치상죄에 있어서의 ‘업무’로 보기 어렵다.

[2] 4층 건물의 2층 내부 벽면에 설치된 분전반을 통해 3층과 4층으로 가설된 전선이 합선으로 단락되어 화재가 나 손해가 발생한 경우, 4층 건물의 소유자로서 위 건물 2층을 임대하였다는 사정만으로 업무상과실치상죄에 있어서의 ‘업무’에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도 1040 판결). 결국, 임대인에게는 업무상과실치상죄가 성립하지 않는다.

㉕ (O) [1] 담당 의사가 췌장 종양 제거수술 직후의 환자에 대하여 1시간 간격으로 4회 활력징후를 측정하라고 지시를 하였는데, 일반병실에 근무하는 간호사 갑이 중환자실이 아닌 일반병실에서는 그러할 필요가 없다고 생각하여 2회만 측정한 채 3회차 이후 활력징후를 측정하지 않았고, 갑과 근무교대 대한 간호사 을 역시 자신의 근무시간 내 4회차 측정시각까지 활력징후를 측정하지 아니하였으며, 위 환자는 그 시각으로부터 약 10분 후 심폐정지상태에 빠졌다가 이후 약 3시간이 지나 과다출혈로 사망한 사안에서, 1시간 간격으로 활력징후를 측정하였더라면 출혈을 조기에 발견하여 수혈, 수술 등 치료를 받고 환자가 사망하지 않았을 가능성이 충분하다고 보일 뿐 아니라, 갑과 을은 의사의 위 지시를 수행할 의무가 있음에도 3회차 측정시각 이후 4회차 측정시각까지 활력징후를 측정하지 아니한 업무상과실이 있다고 보아야 한다

[2] 따라서 간호사 갑, 을이 수술 직후의 환자에 대한 진료를 보조하면서 1시간 간격으로 4회 활력징후를 측정하라는 담당의사의 지시에 따르지 아니하였고 그 후 위 환자가 과다출혈로 사망한 경우, 갑과 을에게 업무상과실이 있고, 위 활력징후 측정 미이행 행위와 환자의 사망 사이에 인과관계도 있으므로 피고인들은 업무상과실치사죄가 성립한다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2008도 8606 판결).

16. 협박과 강요의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 협박이라 함은, 상대방에게 공포심을 일으킬 목적으로 해악을 고지하는 일체의 행위를 의미하는 것으로서, 고지하는 해악의 내용이 경미하여 상대방이 전혀 개의치 않을 정도인 경우에는 협박에 해당하지 않는다.
- ② 강요죄는 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 하는 범죄이다. 여기에서 ‘폭행’은 간접적인 유형력의 행사도 포함하며, 사람에 대한 간접적인 유형력의 행사를 강요죄의 폭행으로 평가하기 위해서는 피고인이 유형력을 행사한 의도와 방법, 피고인의 행위와 피해자의 근접성, 유형력이 행사된 객체와 피해자의 관계 등을 종합적으로 고려해야 한다.
- ③ 협박죄에 있어서의 해악을 고지하는 방법으로는 통상 언어에 의하는 것이나 경우에 따라서는 한마디 말도 없이 거동에 의하더라도 고지할 수 있다.
- ④ 협박죄는 미수범을 처벌하는 규정을 두고 있지만 상대방이 현실적으로 공포심을 느꼈을 때 비로소 협박죄의 기수범을 인정하는 위험범으로 해석해야 한다.

→ 정답 ④ (X) [1] 협박죄가 성립하려면 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 하지만, 상대방이 그에 의하여 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아

니며, 그와 같은 정도의 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 그로써 구성요건은 충족되어 협박죄의 기수에 이르는 것으로 해석하여야 한다.

[2] 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 위험범이라 불이 상당하고, 협박죄의 미수범 처벌조항은 해악의 고지가 현실적으로 상대방에게 도달하지 아니한 경우나, 도달은 하였으나 상대방이 이를 지각하지 못하였거나 고지된 해악의 의미를 인식하지 못한 경우 등에 적용될 뿐이다.

[3] 정보보안과 소속 경찰관이 자신의 지위를 내세우면서 타인의 민사분쟁에 개입하여 빨리 채무를 변제하지 않으면 상부에 보고하여 문제를 삼겠다고 말한 경우, 객관적으로 상대방이 공포심을 일으키기에 충분한 정도의 해악의 고지에 해당하므로 현실적으로 피해자가 공포심을 일으키지 않았다 하더라도 협박죄의 기수에 이르렀다고 보아야 한다(대판2007.9.28. 2007도606 전원합의체판결).

① (○) 공무집행방해죄에서 협박이란 상대방에게 공포심을 일으킬 목적으로 해악을 고지하는 행위를 의미하는 것으로서 고지하는 해악의 내용이 그 경위, 행위 당시의 주위 상황, 행위자의 성향, 행위자와 상대방과의 친숙함의 정도, 지위 등의 상호관계 등 행위 당시의 여러 사정을 종합하여 객관적으로 상대방으로 하여금 공포심을 느끼게 하는 것이어야 하고, 그 협박이 경미하여 상대방이 전혀 개의치 않을 정도인 경우에는 협박에 해당하지 않는다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도15986 판결).

② (○) [1] 강요죄는 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 하는 범죄이다(형법 제324조 제1항).

[2] 여기에서 폭행은 사람에 대한 직접적인 유형력의 행사뿐만 아니라 간접적인 유형력의 행사도 포함하며, 반드시 사람의 신체에 대한 것에 한정되지 않는다. 사람에 대한 간접적인 유형력의 행사를 강요죄의 폭행으로 평가하기 위해서는 피고인이 유형력을 행사한 의도와 방법, 피고인의 행위와 피해자의 근접성, 유형력이 행사된 객체와 피해자의 관계 등을 종합적으로 고려해야 한다.

[3] 피고인이 갑과 공모하여 갑 소유의 차량을 을 소유 주택 대문 바로 앞부분에 주차하는 방법으로 을이 차량을 주택 내부의 주차장에 출입시키지 못하게 함으로써 을의 차량 운행에 관한 권리행사를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인은 을로 하여금 주차장을 이용하지 못하게 할 의도로 갑 차량을 을 주택 대문 앞에 주차하였으나, 주차 당시 피고인과 을 사이에 물리적 접촉이 있거나 피고인이 을에게 어떠한 유형력을 행사했다고 볼만한 사정이 없는 점, 피고인의 행위로 을에게 주택 외부에 있던 을 차량을 주택 내부의 주차장에 출입시키지 못하는 불편이 발생하였으나, 을은 차량을 용법에 따라 정상적으로 사용할 수 있었던 점을 종합하면, 피고인이 을을 폭행하여 차량 운행에 관한 권리행사를 방해하였다고 평가하기 어렵다(대법원2021. 11. 25. 선고2018도1346판결). 결국, 피고인이 피해자 주택 대문 바로 앞에 차량을 주차하여 피해자가 차량을 주차장에 출입할 수 없도록 한 것이 강요죄의 폭행에 해당하지 않는다.

③ (○) [1] 협박죄에 있어서의 해악을 가할 것을 고지하는 행위는 통상 언어에 의하는 것이나 경우에 따라서는 한마디 말도 없이 거동에 의하여서도 고지할 수도 있는 것이다.

[2] 가위로 목을 찌를 듯이 겨누었다면 신체에 대하여 위해를 가할 고지로 보아야 하므로, 협박죄가 성립한다(대법원 1975. 10. 7. 선고 74도2727 판결).

17. 유기와 학대의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 유기죄에 있어서는 행위자가 요부조자에 대한 보호책임의 발생원인이 된 사실이 존재한다는 것을 인식하고 이에 기한 부조의무를 해태한다는 의식이 있음을 요한다.

② 친권자인 甲이 아동 乙을 양육하면서 집안 내에 먹다 남은 음식을 쓰레기, 소주병, 담배꽂초가 방치된 비위생적인 환경에서 乙에게 제대로 세탁하지 않아 음식물이 묻어있는 옷을 입히고, 목욕을 주기적으로 시키지 않아 몸에서 악취를 풍기게 하는 등의 행위를 한 경우,

비록 甲이 乙의 생존에 필요한 최소한의 보호와 애정표현을 했다는 사정이 있더라도 방임에 해당한다.

③ 「형법」 제276조 제1항의 유기치사·치상죄는 결과적 가중범이므로, 위 죄가 성립하려면 유기행위와 사상의 결과 사이에 상당인과관계가 있어야 하며 행위 시에 결과의 발생을 예견할 수 있어야 한다. 다만 유기행위가 피해자의 사상의 결과를 발생하게 한 유일하거나 직접적인 원인이 된 경우뿐만 아니라, 그 행위와 결과 사이에 제3자의 행위가 일부 기여하였다 하더라도 유기행위로 초래된 위험이 그대로 드러나는 일부가 사상의 결과로 현실화된 경우라면 상당인과관계를 인정할 수 있다.

④ 「형법」 제273조 제1항에서 말하는 ‘학대’란 함은 육체적으로 고통을 주거나 정신적 차별대우를 포함하는 행위로서, 단순히 상대방의 의견에 대한 반인륜적 침해행위가 있으면 그 즉시 범죄가 완성되는 즉시범이다.

→ 정답 ④ (X) [1] 학대죄는 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위가 있음과 동시에 범죄가 완성되는 상태범 또는 즉시범이라 할 것이고 비록 수신회에 걸쳐서 계속되는 일련의 폭행행위가 있었다 하더라도 그중 친권자로서의 징계권의 범위에 속하여 위 위법성이 조각되는 부분이 있다면 그 부분을 따로 떼어 무죄의 판결을 할 수 있다(대법원1986. 7. 8.선고84도2922판결).

[2] 형법 제273조 제1항에서 말하는 ‘학대’라 함은 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위를 가리키고, 이러한 학대행위는 형법의 규정체제상 학대와 유기죄가 같은 장에 위치하고 있는 점 등에 비추어 단순히 상대방의 인격에 대한 반인륜적 침해만으로는 부족하고 적어도 유기에 준할 정도에 이르러야 한다(대법원2000. 4. 25.선고2000도223판결).

① (○) [1] 유기죄가 성립하기 위하여는 행위자가 형법 제271조 제1항이 정한 바에 따라 ‘노유, 질병 기타 사정으로 인하여 부조를 요하는 자를 보호할 만한 법률상 또는 계약상 의무 있는 자’에 해당하여야 할 뿐만 아니라, 요부조자에 대한 보호책임의 발생원인이 된 사실이 존재한다는 것을 인식하고, 이에 기한 부조의무를 해태한다는 의식이 있음을 요한다.

[2] 형법 제271조 제1항에서 말하는 법률상 보호의무 가운데는 민법 제826조 제1항에 근거한 부부간의 부양의무도 포함되며, 나아가 법률상 부부는 아니지만 사실혼 관계에 있는 경우에도 위 민법 규정의 취지 및 유기죄의 보호범위에 비추어 위와 같은 법률상 보호의무의 존재를 긍정하여야 하지만, 사실혼에 대하여 법률혼에 준하는 보호를 받기 위하여는 단순한 동거 또는 간헐적인 정교관계를 맺고 있다는 사정만으로는 부족하고, 그 당사자 사이에 주관적으로 혼인의 의사가 있고 객관적으로도 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 존재하여야 한다(대법원2008. 2. 14.선고2007도3952판결).

② (○) [1] 아동 갑(당시 1세)의 친아버지인 피고인이 갑을 양육하면서 집안 내부에 먹다 남은 음식물 쓰레기, 소주병, 담배꽂이가 방치된 상태로 청소를 하지 않아 악취가 나는 비위생적인 환경에서 갑에게 제대로 세탁하지 않아 음식물이 묻어있는 옷을 입히고, 목욕을 주기적으로 시키지 않아 몸에서 악취를 풍기게 하는 등으로 갑을 방임하였다고 하여 아동복지법위반으로 기소된 사안에서, 생존에 필요한 최소한의 보호를 하였다는 사정이나 갑이 피고인에게 애정을 표현했다는 사정만으로는 피고인이 갑의 친권자로서 갑의 건강과 안전, 행복을 위하여 필요한 책무를 다했다고 보기 어렵다는 이유로, 피고인이 비위생적인 환경에서 갑을 양육하였고 갑의 의복과 몸을 청결하게 유지해 주지 않았으며 갑을 집에 두고 외출하기도 하는 등 의식주를 포함한 기본적인 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임 행위를 하였다고 본 원심의 판단이 정당하다(대법원2020. 9. 3.선고2020도7625판결).

[2] 친아버지가 자신의 아들(만 1세)을 양육하면서 집안 내부에 먹다 남은 음식물 쓰레기, 소주병, 담배꽂이가 방치된 상태로 청소를 하지 않아 악취가 나는 비위생적인 환경에서 제대로 세탁하지 않아 음식물이 묻어있는 옷을 입히고, 목욕을 주기적으로 시키지 않아 몸에서 악취를 풍기게 하는 등의 행

위를 한 경우, 생존에 필요한 최소한의 보호를 하였거나 아들에게 애정을 표현했다는 사정이 있더라도 이는 아들에 대한 방임행위에 해당한다(대법원2020. 9. 3. 선고2020도7625판결).

③ (○) [1] 형법 제275조 제1항의 유기치사·치상죄는 결과적 가중범이므로, 위 죄가 성립하려면 유기행위와 사상의 결과 사이에 상당인과관계가 있어야 하며 행위 시에 결과의 발생을 예견할 수 있어야 한다. 다만 유기행위가 피해자의 사상이라는 결과를 발생하게 한 유일하거나 직접적인 원인이 된 경우뿐만 아니라, 그 행위와 결과 사이에 제3자의 행위가 일부 기여하였다고 할지라도 유기행위로 초래된 위험이 그대로 또는 그 일부가 사상이라는 결과로 현실화된 경우라면 상당인과관계를 인정할 수 있다.

[2] 따라서 세월호사건에서 사고지점의 수온과 조류의 세기, 구조세력의 대기 상태, 선내 이동의 용이성 등 제반 사정에 비추어 사망 피해자들이 적절하게 대피했다라면 모두 생존할 수 있었고, 생존 피해자들의 정신적·신체적 상해 역시 피고인들의 유기행위로 인해 피해자들이 스스로 탈출하는 과정에서 발생하였다고 판단되므로, 위 피고인들의 유기행위와 피해자 445명의 사망 또는 상해 결과 사이의 인과관계가 인정된다(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결). 결국 1등 항해사와 2등 항해사인 피고인들은 이준석 선장이 저지른 살인죄와 살인미수죄는 성립하지 않지만, 위 피고인들은 세월호의 승무원으로서 수난구호법 제18조 제1항 단서에 의한 승객 등에 대한 법률상 보호의무와 피고인들이 소속된 A 주식회사와 승객 사이에 체결된 여객운송계약의 의무이행자 또는 이행보조자로서 승객에 대한 계약상 보호의무가 있기 때문에, 구호조치의무를 이행하지 않아 승객이 사망하거나 상해의 결과가 나왔으므로 부작위에 의한 유기치사상죄가 성립한다.

18. 명예와 업무·경매의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 「형법」 제307조 제2항 허위사실 적시 명예훼손죄에 있어서의 범의는 그 구성요건사실 즉 적시한 사실이 허위인 점과 그 사실이 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이라는 점을 인식하는 것을 말하고 특히 비방의 목적이 있었음을 요하지 않는다.

② 「형법」 제311조 모욕죄는 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 ‘외부적 명예’를 보호법익으로 하는 범죄로서, 여기서 ‘모욕’이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 외부적 명예를 침해할 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 의미한다. 이에 어떤 표현이 상대방의 인격을 훼손하였다고 하더라도 쓰릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설이 아니라 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 예의에 벗어난 정도와 같은 경미한 수준의 추상적 표현이나 욕설이 사용된 경우 등이라면 특별한 사정이 없는 한 외부적 명예를 침해할 만한 표현으로 볼 수 없어 모욕죄가 성립하지 않는다.

③ 甲이 어떠한 방법으로 변조된 게임프로그램을 실행하여 게임서버에 접속하였는지에 관하여 전혀 특정하지 아니한 채 변조된 게임프로그램을 게시·유포하였다는 사실만으로는 위계로써 乙게임회사의 업무를 방해한 것으로 볼 수 없다.

④ 입찰참가자들 사이의 담합행위가 입찰방해죄로 되기 위하여는 입찰참가자들 일부가 아닌 전원 사이에 담합이 이루어져야 하는 것이고, 나아가 그것이 입찰의 공정을 해하는 것으로 평가되는 이상 입찰방해죄는 성립한다.

→ 정답 ④ (X) [1] 입찰방해죄는 위계 또는 위력 기타의 방법으로 입찰의 공정을 해하는 경우에 성립하는 위태범으로서 결과의 불공정이 현실적으로 나타나는 것을 필요로 하지 않는다. 여기서 ‘입찰의 공정을 해하는 행위’란 공정한 자유경쟁을 방해할 여려가 있는 상태를 발생시키는 것, 즉 공정한 자유경쟁을 통한 적절한 가격형성에 부당한 영향을 주는 상태를 발생시키는 것으로, 그 행위에는 가격결

정뿐 아니라 ‘적법하고 공정한 경쟁방법’을 해하는 행위도 포함된다.

[2] 입찰참가자들 사이의 담합행위가 입찰방해죄로 되기 위하여는 반드시 입찰참가자 전원 사이에 담합이 이루어져야 하는 것은 아니며, 입찰참가자들 중 일부 사이에만 담합이 이루어진 경우라고 하더라도 그것이 입찰의 공정을 해하는 것으로 평가되는 이상 입찰방해죄가 성립한다.

[3] 그리고 방해의 대상인 ‘입찰’은 공정한 자유경쟁을 통한 적정한 가격형성을 목적으로 하는 입찰절차를 말하고, 공적·사적 경제주체가 임의의 선택에 따라 진행되는 계약체결 과정은 이에 해당하지 않는다(대법원2023. 9. 21. 선고2022도8459판결).

① (○) 형법 제307조 제2항의 명예훼손죄에 있어서의 범의는 그 구성요건사실 즉 적시한 사실이 허위인 점과 그 사실이 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이라는 점을 인식하는 것을 말하고 특히 비방의 목적이 있음을 요하지 않는다(대법원 1991. 3. 27. 선고 91도156 판결).

② (○) [1] 형법 제311조 모욕죄는 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 ‘외부적 명예’를 보호법익으로 하는 범죄로서, 여기서 ‘모욕’이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 외부적 명예를 침해할 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 의미한다. 어떠한 표현이 개인의 인격권을 심각하게 침해할 우려가 있는 것이거나 상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설이 아니라 ㉠ 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 예의에 벗어난 정도이거나 ㉡ 상대방에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정을 나타내면서 경미한 수준의 추상적 표현이나 욕설이 사용된 경우 등이라면 특별한 사정이 없는 한 외부적 명예를 침해할 만한 표현으로 볼 수 없어 모욕죄의 구성요건에 해당된다고 볼 수 없다.

[2] 우체국 사업소 소장인 피고인이 직원들(3명)에게 갑이 관리하는 다른 사업소의 문체를 지적하는 내용의 카카오톡 문자메시지를 발송하면서 “갑은 정말 야비한 사람인 것 같습니다.”라고 표현하여 갑을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인과 갑의 관계, 문자메시지의 전체적 맥락 안에서 위 표현의 의미와 정도, 표현이 이루어진 공간 및 전후의 상황, 갑의 인격권으로서의 명예와 피고인의 표현의 자유의 조화로운 보호 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 위 표현은 피고인의 갑에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정이 담긴 경미한 수준의 추상적 표현에 불과할 뿐 갑의 외부적 명예를 침해할 만한 표현이라고 단정하기 어렵다(무죄)(대법원2022. 8. 31. 선고2019도7370판결). 결국, 피고인은 갑에 대한 모욕죄가 성립하지 않는다(구성요건해당성이 배제된다).

③ (○) [1] 형법 제314조 제1항에서 정하는 위계에 의한 업무방해죄에서 ‘위계’란 행위자가 행위의 목적을 달성하기 위하여 상대방에게 오인·착각 또는 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말한다.

[2] 게임이용자가 변조된 게임프로그램을 자신의 모바일 기기에 설치하고 이를 실행하여 게임서버에 접속하는 경우, 게임회사로서는 위와 같이 변조된 게임프로그램을 설치·실행하여 서버에 접속한 게임이용자와 정상적인 게임프로그램을 설치·실행하여 서버에 접속한 게임이용자를 구별할 수 없게 되므로, 게임이용자가 변조된 게임프로그램을 설치·실행하여 게임서버에 접속하여야 비로소 게임회사에 대한 위계에 의한 업무방해죄가 성립한다고 할 것이다.

[3] 그런데 이 사건 공소사실에 업무방해행위로서 기재된 피고인의 행위는 피고인이 위와 같이 변조된 게임프로그램을 자신이 개설한 모바일 어플리케이션 공유사이트 게시판에 게시하여, 그 게시판에 접속한 사람들이 이를 다운로드받아 이용할 수 있도록 하였다는 것일 뿐, 피고인이 변조된 게임프로그램을 실행하여 그 게임서버에 직접 접속하였다거나, 위 공유사이트 게시판에서 위와 같이 변조된 게임프로그램을 다운로드받은 게임이용자와 공모하여 그 게임이용자가 변조된 게임프로그램을 실행하여 그 게임서버에 직접 접속하였다는 것이 아니다.

[4] 따라서 피고인이 어떠한 방법으로 변조된 게임프로그램을 실행하여 그 게임서버에 접속하였는지에 관하여는 전혀 특정하지 아니한 채, 피고인이 변조된 게임프로그램을 이 사건 공소사실과 같은 방법으로 게시·유포하였다는 위 공소사실 기재 행위만으로는 그 게임프로그램을 제작한 게임회사들에 대하여 오인, 착각, 부지를 일으켜 업무를 방해하였다고 보기 어렵다(대법원 2017. 2. 21. 선고 2016도15144 판결). 결국, 피고인은 직접 접속한 것이 아니라 변조된 게임프로그램을 이 사건 공소사실과 같은 방법으로 게시·유포하였다는 사실만으로는 게임회사들에 대하여 위계에 의한 업무방해죄가 성립

하지 않는다.

19. 사생활의 평온에 관한 죄에 대한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 甲이 乙의 주택에 무단 침입한 범죄사실로 이미 유죄판결을 받은 후, 판결 확정 후에도 퇴거하지 않은 채 계속하여 乙의 주택에 거주한 경우, 판결확정 이후의 甲의 행위에 대해 별도의 주거침입죄가 성립한다.
- ㉡ 주거침입죄의 범의는 반드시 신체의 전부가 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있어야만 하는 것이 아니라 신체의 일부라도 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있으면 족하다.
- ㉢ 「형법」 제316조 제2항 소정의 전자기록등내용탐지죄는 봉합 기타 비밀장치한 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자를 처벌하는 규정이나, 봉합 기타 비밀장치가 되어 있지 아니한 전자기록 등 특수매체기록도 기술적 수단을 동원하여 그 내용을 알아낸 경우, 전자기록등내용탐지죄가 성립한다.
- ㉣ 업무시간 중 출입자격 등의 제한 없이 일반적으로 개방되어 있는 장소에 들어간 경우, 관리자의 명시적 출입금지 의사 및 조치가 없었던 이상 그 출입행위가 결과적으로 관리자의 추정적 의사에 반하였다는 사정만으로는 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 출입하였다고 평가할 수 없다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

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

㉠ (○) 다른 사람의 주택에 무단 침입한 범죄사실로 이미 유죄판결을 받은 사람이 그 판결이 확정된 후에도 퇴거하지 않은 채 계속하여 당해 주택에 거주한 경우, 위 판결 확정 이후의 행위는 별도의(또 다시) 주거침입죄를 구성한다(대판2008.5.8. 2007도11322).

㉡ (○) [1] 주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호범의으로 하는 것이므로, 반드시 행위자의 신체의 전부가 범행의 목적인 타인의 주거 안으로 들어가야만 성립하는 것이 아니라 신체의 일부만 타인의 주거 안으로 들어갔다고 하더라도 거주자가 누리는 사실상의 주거의 평온을 해할 수 있는 정도에 이르렀다면 범죄구성요건을 충족하는 것이라고 보아야 한다.

[2] 따라서 주거침입죄의 범의는 반드시 신체의 전부가 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있어야만 하는 것이 아니라 신체의 일부라도 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있으면 족하다.

[3] 주거침입의 범의로써 예컨대 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작하였다면 주거침입죄의 실행의 착수는 있었다고 보아야 하고, 신체의 극히 일부분이 주거 안으로 들어갔지만 사실상 주거의 평온을 해하는 정도에 이르지 아니하였다면 주거침입죄의 미수에 그친다.

[4] 야간에 타인의 집의 창문을 열고 집 안으로 얼굴을 들이미는 등의 행위를 하였다면 피고인이 자신의 신체의 일부가 집 안으로 들어간다는 인식하에 하였더라도 주거침입죄의 범의는 인정되고, 또한 비록 신체의 일부만이 집 안으로 들어갔다고 하더라도 사실상 주거의 평온을 해하였다면 주거침입죄는 기수에 이르렀다(대법원 1995. 9. 15. 선고 94도2561 판결).

㉢ (X) [1] 이처럼 개정 형법이 전자기록 등 특수매체기록을 위 각 범죄의 행위 객체로 신설·추가한 입법 취지, 전자기록등내용탐지죄의 보호범의과 그 침해행위의 태양 및 가벌성 등에 비추어 볼 때, 이 사건 아이디 등은 전자방식에 의하여 피해자의 노트북 컴퓨터에 저장된 기록으로서 형법 제316조 제2항의 ‘전자기록 등 특수매체기록’에 해당한다.

[2] 한편 형법 제316조 제2항 소정의 전자기록등내용탐지죄는 봉합 기타 비밀장치한 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자를 처벌하는 규정인바, 전자기록 등 특수매체기록에 해당하더라도 봉합 기타 비밀장치가 되어 있지 아니한 것은 이를 기술적 수단을 동원해서 알아냈더라도 전자기록등내용탐지죄가 성립하지 않는다.

[3] 피고인이 사무실에서 직장 동료인 피해자의 노트북 컴퓨터에 ‘spyector’라는 프로그램을 몰래 설치한 사실, 위 프로그램은 그것이 설치된 컴퓨터의 사용자가 키보드로 입력하는 내용이나 방문한 웹사이트 등을 탐지해 이를 텍스트 파일 형식으로 저장한 후 이메일 등의 방법으로 프로그램 설치자에게 전송해 주는 속칭 ‘키로그’ 프로그램인 사실, 피고인은 위 프로그램을 사용함으로써 피해자가 네이트온, 카카오톡, 구글 계정에 접속하는 과정에서 컴퓨터 키보드에 입력한 이 사건 아이디 등을 알아낸 사실을 알 수 있는바, 위 사실만으로는 이 사건 아이디 등 혹은 그 내용이 기록된 텍스트 파일에 봉합 기타 비밀장치가 되어 있는 것으로 볼 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 피해자의 노트북 컴퓨터 그 자체에는 비밀번호나 화면보호기 등 별도의 보안장치가 설정되어 있지 않았던 것으로 보일 뿐이다. 결국 이 사건 아이디 등이 형법 제316조 제2항에 규정된 전자기록 등 특수매체기록에는 해당하더라도 이에 대하여 별도의 보안장치가 설정되어 있지 않은 등 비밀장치가 된 것으로 볼 수 없는 이상, 이 사건 아이디 등을 위 프로그램을 이용하여 알아냈더라도 전자기록등내용탐지죄가 성립하지 않는다(대법원2022. 3. 31. 선고2021도8900판결).

㉔ (○) [1] 주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단함이 원칙이다.

[2] 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 주관적 사정만으로는 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다.

[3] 따라서 침입행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양인지에 따라 판단되어야 한다.

[4] 한편 업무시간 중 출입자격 등의 제한 없이 일반적으로 개방되어 있는 장소(A 저축은행과 B건설회사)에 들어간 경우, 관리자의 명시적 출입금지 의사 및 조치가 없었던 이상 그 출입행위가 결과적으로 관리자의 추정적 의사에 반하였다는 사정만으로는 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 출입하였다고 평가할 수 없다(대법원 2024. 1. 4. 선고 2022도15955 판결). 결국, 피고인들에게는 폭력행위처벌법 위반(공동주거침입)죄가 성립하지 않는다.

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

① 상품의 선전, 광고의 경우라도 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 거래상의 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 사기죄의 기망행위에 해당한다.

② 소비대차 거래에서 대주가 차주의 신용 상태를 인식하고 있어 장래의 변제 지체 또는 변제불능에 대한 위험을 예상하고 있었거나 충분히 예상할 수 있는 경우, 차주가 차용 당시 구체적인 변제 의사, 변제능력, 차용 조건 등과 관련하여 소비대차 여부를 결정지을 수 있는 중요한 사항에 관해 허위 사실을 말했다는 등의 다른 사정이 없었다면, 차주가 그 후 제대로 변제하지 못했다는 사실만을 가지고 변제능력에 관한 대주를 기망했다고 보거나 차주에게 편취의 범의가 있었다고 단정할 수 없다.

③ 피기망자와 재산상의 피해자가 같은 사람이 아닌 경우에는 피기망자가 피해자를 위하여 그 재산을 처분할 권능을 갖거나 그 지위에 있어야 하지만, 이는 반드시 사법상의 위임이나

대리권의 범위와 일치해야 하는 것은 아니고, 피해자의 의사에 따라 재산을 처분할 수 있는 서류 등이 교부된 경우에는 피기망자 처분행위가 설사 피해자의 진정한 의도와 다소간은 경우라도 이와 같은 권능을 갖거나 그 지위에 있는 것으로 보아야 한다.

④ 甲이 특정 권원에 기하여 민사소송을 진행하던 중 법원에 조작된 증거를 제출하면서 종전에 주장하던 특정 권원과 별개의 허위의 권원을 추가로 주장한 경우 법원이 조작된 특정 권원을 인정하여 甲에게 승소판결을 선고하였다면 甲의 이러한 행위는 특별한 사정이 없는 한 소송사기의 실행의 착수에 해당하지 않는다.

→ 정답 ④ (X) [1] 소송사기에서 말하는 증거의 조작이란 처분문서 등을 거짓으로 만들어내거나 증인의 허위 증언을 유도하는 등으로 객관적·제3자적 증거를 조작하는 행위를 말한다.

[2] 피고인이 특정 권원에 기하여 민사소송을 진행하던 중 법원에 조작된 증거를 제출하면서 종전에 주장하던 특정 권원과 별개의 허위의 권원을 추가로 주장하는 경우에 그 당시로서는 종전의 특정권원의 인정 여부가 확정되지 아니하였고, 만약 종전의 특정 권원이 배척될 때에는 조작된 증거에 의하여 법원을 기망하여 추가된 허위의 권원을 인정받아 승소판결을 받을 가능성이 있으므로, 가사 나중에 법원이 종전의 특정 권원을 인정하여 피고인에게 승소판결을 선고하였다고 하더라도, 피고인의 이러한 행위는 특별한 사정이 없는 한 소송사기의 실행의 착수에 해당된다.

[3] 피고인이 값에 대하여 보관금 지급약정에 따른 2,000만 원의 지급을 구하는 민사소송을 진행하던 중 2001. 3. 13. 乙의 피고인에 대한 2,000만 원의 지급 채무에 대한 연대보증 책임을 주장하면서 이를 입증하기 위하여 '입회인 갑' 앞에 '연대보증'이라는 문구를 임의로 기재한 지불각서를 법원에 제출한 것은 법원을 기망하여 재산상 이익을 얻으려는 소송사기의 실행에 착수한 행위로 볼 것이다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2003도7124 판결).

① (O) [1] 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래행위에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 및 소극적 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말한다.

[2] 사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 아니한다.

[3] 일반적으로 상품의 선전, 광고에 있어 다소의 과장, 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다 할 것이나, 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 거래상의 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 과장, 허위광고의 한계를 넘어 사기죄의 기망행위에 해당한다.

[4] 피고인이 TV홈쇼핑 광고방송에 출연하여 인공적으로 재배한 삼을 자연산삼의 종자를 심산유곡에 심고 자연방임 상태에서 성장시킨 산양산삼이라고 허위 내용의 광고를 한 것은 구매의 결정에 있어 가장 중요한 요소로서 구체적 사실인 판매물품의 품질에 관하여 기망한 것으로서 그 사술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘은 것이어서 사기죄의 기망행위를 구성한다(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001도5789).

② (O) [1] 사기죄가 성립하는지는 행위 당시를 기준으로 판단하여야 하므로, 소비대차 거래에서 차주가 돈을 빌릴 당시에는 변제할 의사와 능력을 가지고 있었다면 비록 그 후에 변제하지 않고 있더라도 이는 민사상 채무불이행에 불과하며 형사상 사기죄가 성립하지는 아니한다.

[2] 따라서 소비대차 거래에서, 대주와 차주 사이의 친척·친지와 같은 인적 관계 및 계속적인 거래 관계 등에 의하여 대주가 차주의 신용 상태를 인식하고 있어 장래의 변제 지체 또는 변제불능에 대한 위험을 예상하고 있었거나 충분히 예상할 수 있는 경우에는, 차주가 차용 당시 구체적인 변제의사, 변제능력, 차용 조건 등과 관련하여 소비대차 여부를 결정지을 수 있는 중요한 사항에 관하여 허위 사실을 말하였다는 등의 다른 사정이 없다면, 차주가 그 후 제대로 변제하지 못하였다는 사실만을 가지고 변제능력에 관하여 대주를 기망하였거나 차주에게 편취의 범의가 있었다고 단정할 수 없다(대법원 2016. 4. 28. 선고 2012도14516 판결).

③ (○) [1] 가. 사기죄에서 처분행위는 행위자의 기망행위에 의한 피기망자의 착오와 행위자 등의 재물 또는 재산상 이익의 취득이라는 최종적 결과를 중간에서 매개·연결하는 한편, 착오에 빠진 피해자의 행위를 이용하여 재산을 취득하는 것을 본질적 특성으로 하는 사기죄와 피해자의 행위에 의하지 아니하고 행위자가 탈취의 방법으로 재물을 취득하는 절도죄를 구분하는 역할을 한다.

나. 처분행위가 갖는 이러한 역할과 기능을 고려하면 피기망자의 의사에 기초한 어떤 행위를 통해 행위자 등이 재물 또는 재산상의 이익을 취득하였다고 평가할 수 있는 경우라면, 사기죄에서 말하는 처분행위가 인정된다.

다. 한편 사기죄가 성립하려면 피기망자가 착오에 빠져 어떠한 재산상의 처분행위를 하도록 유발하여 재산적 이득을 얻을 것을 요하고, 피기망자와 재산상의 피해자가 같은 사람이 아닌 경우에는 피기망자가 피해자를 위하여 그 재산을 처분할 수 있는 권능을 갖거나 그 지위에 있어야 한다.

라. 매장 주인 甲이 매장에 유실된 손님(피해자) 乙의 반지갑을 습득한 후 또 다른 손님인 丙에게 “이 지갑이 선생님 지갑이 맞느냐?”라고 묻자, 丙은 “내 것이 맞다”라고 대답한 후 이를 교부받아 가져간 경우, 甲이 반지갑을 습득하여 이를 피해자 乙을 위해 처분할 수 있는 권능 내지 지위를 취득하였고, 이러한 권능 내지 지위에 기초하여 반지갑의 소유자라고 주장하는 병에게 반지갑을 교부한 것은 사기죄에서의 처분행위에 해당한다(대법원 2022. 12. 29. 선고 2022도12494판결). 결국, 병은 절도죄가 아닌 사기죄가 성립한다.

[2] 사기죄가 성립하려면 피기망자가 착오에 빠져 어떠한 재산상의 처분행위를 하도록 유발하여 재산적 이득을 얻을 것을 요하고, 피기망자와 재산상의 피해자가 같은 사람이 아닌 경우에는 피기망자가 피해자를 위하여 그 재산을 처분할 수 있는 권능을 갖거나 그 지위에 있어야 하지만, 여기에서 피해자를 위하여 재산을 처분할 수 있는 권능이나 지위라 함은 반드시 사법상의 위임이나 대리권의 범위와 일치하여야 하는 것은 아니고 피해자의 의사에 기하여 재산을 처분할 수 있는 서류 등이 교부된 경우에는 피기망자의 처분행위가 설사 피해자의 진정한 의도와 어긋나는 경우라고 할지라도 위와 같은 권능을 갖거나 그 지위에 있는 것으로 보아야 한다(대법원 1994. 10. 11. 선고 94도1575 판결).

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

① 횡령죄에서 재물의 보관은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력을 있는 상태를 의미하므로, 소유권의 취득에 등록이 필요한 타인 소유의 차량을 인도받아 보관하고 있는 사람이 이를 사실상 처분하면 횡령죄가 성립하며, 보관 위임자나 보관자가 차량의 등록명의자일 필요는 없다.

② 甲이 A로부터 A 소유의 차량을 인도받아 사용하고 있는 경우, 당사자 사이에서 소유권을 등록명의자가 아닌 甲이 보유하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 그 내부관계에서 甲이 소유권을 보유하게 되나, 이때에도 대외적 관계에서는 여전히 A가 소유권을 보유하고 있으므로 A가 甲에게 해당 차량의 반환을 요구하였음에도 甲이 이를 거부하였다면 횡령죄가 성립한다.

③ 甲이 A로부터 액면금 10억 원의 수표 1매를 현금으로 교환해 주면 1천만 원의 대가를 주겠다는 제안을 받고, 위 수표가 B 등으로 사기범행을 통해 취득한 범죄수익이라는 사실을 알면서도 교부받아 그 일부를 현금으로 교환한 후, 아직 교환되지 못한 수표 및 교환된 현금을 임의로 사용한 경우 甲에게는 횡령죄가 성립하지 않는다.

④ 병원에서 의약품 선정·구매 업무를 담당하는 약국장이 병원을 대신하여 제약회사로부터 의약품 제공의 대가로 1부금 금품의 돈을 받아 보관하던 중 임의소비한 경우, 업무상 횡령죄가 성립한다.

→ 정답 ② (X) [1] 자동차에 대한 소유권의 득실변경은 등록을 함으로써 그 효력이 생기고 등록이

없는 한 대외적 관계에서는 물론 당사자의 대내적 관계에서도 소유권을 취득할 수 없는 것이 원칙이지만, 당사자 사이에 소유권을 등록명의자 아닌 자가 보유하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 그 내부관계에 있어서는 등록명의자 아닌 자(이 사안에서 갑)가 소유권을 보유하게 된다.

[2] 피고인(갑)이 이 사건 차량에 관한 매매약정에 따라 정당한 법률상 지위·권리를 보유한 채 이를 사용한 것일 뿐 피해자와의 위탁관계를 전제로 이 사건 차량을 보관하고 있었다고 보기 어렵고, 피해자 측이 피고인에게 이 사건 차량의 등록명의 이전과 무관하게 사용을 승낙한 것으로 볼 여지가 있어 판시 횡령의 점을 선불리 유죄로 단정할 수도 없으며, 적어도 피고인·피해자 측 사이의 대내적 관계에서는 이 사건 차량의 등록명의에 관계없이 이 사건 차량에 관한 소유권을 매수인 측인 피고인이나 이 사건 회사가 보유하기로 정한 것이라고 볼 여지가 크므로 횡령죄가 성립하지 않는다(대법원 2023.6.1.선고 2023도1096판결). 결국, 이 사안에서 A가 甲에게 해당 차량의 반환을 요구하였음에도, 甲이 이를 거부하였다 하더라도 갑은 횡령죄가 성립하지 않는다.

① (○) [1] 횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 사람이 재물을 횡령하거나 반환을 거부한 때에 성립한다. 횡령죄에서 재물의 보관은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하며, 횡령행위는 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말한다.

[2] 따라서 소유권의 취득에 등록이 필요한 타인 소유의 차량을 인도받아 보관하고 있는 사람이 이를 사실상 처분하면 횡령죄가 성립하며, 보관 위임자나 보관자가 차량의 등록명의자일 필요는 없다.

[3] 그리고 이와 같은 법리는 지입회사에 소유권이 있는 차량에 대하여 지입회사에서 운행관리권을 위임받은 지입차주가 지입회사의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분하거나 지입차주에게서 차량 보관을 위임받은 사람이 지입차주의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분한 경우에도 마찬가지로 적용된다(횡령죄가 성립한다)(대법원 2015. 6. 25. 선고 2015도1944 전원합의체 판결).

③ (○) [1] 가. 민법 제746조가 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다고 규정한 뜻은, 그러한 급여를 한 사람은 원인행위가 법률상 무효임을 내세워 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없음은 물론 급여한 물건의 소유권이 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없다는 데 있으므로, 결국 그 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다.

나. 피고인이 갑으로부터 수표를 현금으로 교환해 주면 대가를 주겠다는 제안을 받고 위 수표가 을 등이 사기범행을 통해 취득한 범죄수익 등이라는 사실을 잘 알면서도 교부받아 그 일부를 현금으로 교환한 후 병, 정과 공모하여 아직 교환되지 못한 수표 및 교환된 현금을 임의로 사용한 경우, 피고인이 갑으로부터 범죄수익 등의 은닉범행 등을 위해 교부받은 수표는 불법의 원인으로 급여한 물건에 해당하여 소유권이 피고인에게 귀속되므로 횡령죄가 성립하지 않는다(대법원 2017. 4. 26. 선고 2016도18035 판결).

[2] 피고인이, 갑 등이 금융다단계 사기 범행을 통하여 취득한 범죄수익 등인 무기명양도성예금증서 7장을 을로부터 건네받아 현금으로 교환한 후 임의로 소비하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)으로 기소된 사안에서, 피고인이 을로부터 범죄수익 등의 은닉을 위해 교부받은 무기명양도성예금증서는 불법의 원인으로 급여한 물건에 해당하여 소유권이 피고인에게 귀속되므로, 피고인이 무기명양도성예금증서를 교환한 현금을 임의로 소비하였더라도 횡령죄가 성립하지 않는다(대법원2017. 10. 26.선고2017도9254판결).

④ (○) [1] 병원에서 의약품 선정·구매 업무를 담당하는 약국장이 병원을 대신하여 제약회사로부터 의약품 제공의 대가로 기부금 명목의 돈을 받아 보관중 임의소비한 경우, 위 돈은 병원이 약국장에게 불법위원급여를 한 것에 해당하지 않아 여전히 반환청구권을 가지므로, 업무상 횡령죄가 성립한다.

[2] 피고인이 병원을 대신하여 제약회사들로부터 의약품을 공급받는 대가로 그 의약품 매출액에 비례하여 기부금 명목의 금원을 제공받은 다음 병원을 위하여 보관하여 왔던 것뿐이라면, 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 두고 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위로서 불법위원급여에 해당한다고 보기는 어려우므로, 위 병원이 병원을 대신하여 위 제약회사들로부터 위와 같은 금원을 제공받아 보관하고 있던 피고인에 대해 그 반환을 구하지 못한다고 할 수는 없다(대법원 2008. 10. 9. 선고

2007도2511 판결). 결국, A재단법인 ○○병원에서 사용되는 의약품의 선정, 구매 및 관리를 담당하는 약국장 및 약제부장으로 근무하는 피고인에게는 업무상 횡령죄가 성립한다.

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

- ① 재물손괴죄는 다른 사람의 재물을 손괴 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 경우에 성립하는 범죄로, 행위자에게 불법영득의사가 있어야 한다.
- ② 어느 문서에 대한 종래의 사용상태가 문서 소유자의 의사에 반하여 또는 문서 소유자의 의사와 무관하게 이루어진 경우에 단순히 종래의 사용상태를 제거하거나 변경시키는 것에 불과하고, 손괴, 은닉하는 등으로 새로이 문서 소유자의 문서 사용에 지장을 초래하지 않은 경우에는 문서손괴죄가 성립하지 않는다.
- ③ A가 홍보를 위해 광고판(배너와 거치대)을 1층 로비에 설치해 두었는데, 甲이 乙에게 지시하여 乙이 A의 광고판을 그 장소에서 제거하여 컨테이너로 된 창고로 옮겨 놓아 A가 사용할 수 없도록 한 경우, 해당 광고판을 물질적인 형태의 변경이나 멸실, 감소를 초래하지 않은 채 그대로 옮겼다면 광고판의 효용 자체를 해한 것은 아니어서 재물손괴죄가 성립하지 않는다.
- ④ 甲이 A가 B로부터 매수한 토지의 경계 부분에 매수 전 자신이 식재하였던 수목 5그루를 전기톱을 이용하여 절단한 경우, 수목을 식재할 당시 토지 소유권자 B로부터 그에 관한 명시적 또는 묵시적 승낙·동의·허락 등을 받았다 하더라도 수목의 소유권은 A에게 귀속되므로 특수재물손괴죄가 성립한다.

→ 정답 ② (○) [1] 문서손괴죄는 타인 소유의 문서를 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해함으로써 성립하고, 문서의 효용을 해한다고 함은 그 문서를 본래의 사용목적에 제공할 수 없게 하는 상태로 만드는 것은 물론 일시적으로 그것을 이용할 수 없는 상태로 만드는 것도 포함한다.

[2] 따라서 소유자의 의사에 따라 어느 장소에 게시중인 문서를 소유자의 의사에 반하여 떼어내는 것과 같이 소유자의 의사에 따라 형성된 종래의 이용상태를 변경시켜 종래의 상태에 따른 이용을 일시적으로 불가능하게 하는 경우에도 문서손괴죄가 성립할 수 있다.

[3] 그러나 문서손괴죄는 문서의 소유자가 그 문서를 소유하면서 사용하는 것을 보호하려는 것이므로, 어느 문서에 대한 종래의 사용상태가 문서소유자의 의사에 반하여 또는 문서소유자의 의사와 무관하게 이루어진 것일 경우에 단순히 그 종래의 사용상태를 제거하거나 변경시키는 것에 불과하고 이를 손괴, 은닉하는 등으로 새로이 문서소유자의 그 문서사용에 지장을 초래하지 않는 경우에는 문서의 효용, 즉 문서소유자의 문서에 대한 사용가치를 일시적으로도 해하였다고 할 수 없어서 문서손괴죄가 성립하지 아니한다(대법원2015. 11. 27. 선고2014도13083판결).

① (X) [1] 재물손괴죄(형법 제366조)는 다른 사람의 재물을 손괴 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 경우에 성립하는 범죄로, 행위자에게 다른 사람의 재물을 자기 소유물처럼 그 경제적 용법에 따라 이용·처분할 의사(불법영득의사)가 없다는 점에서 절도, 강도, 사기, 공갈, 횡령 등 영득죄와 구별된다.

[2] 다른 사람의 소유물을 본래의 용법에 따라 무단으로 사용·수익하는 행위는 소유자를 배제한 재물건의 이용가치를 영득하는 것이고, 그 때문에 소유자가 물건의 효용을 누리지 못하게 되었다라고 효용 자체가 침해된 것이 아니므로 재물손괴죄에 해당하지 않는다.

[3] 피고인이 타인 소유 토지에 권원 없이 건물을 신축한 경우, 피고인의 행위는 이미 대지화된 토지에 건물을 새로 지어 부지로서 사용·수익함으로써 그 소유자로 하여금 효용을 누리지 못하게 한 것일 뿐 토지의 효용을 해하지 않았으므로, 재물손괴죄가 성립하지 않는다(대법원2022. 11. 30. 선고2022도

㉠ (○) [1] 형법 제164조 전단의 현주건조물에의 방화죄는 공중의 생명, 신체, 재산 등에 대한 위험을 예방하기 위하여 공공의 안전을 그 제1차적인 보호법익으로 하고 제2차적으로는 개인의 재산권을 보호하는 것이라고 할 것이나, 여기서 공공에 대한 위험은 구체적으로 그 결과가 발생됨을 요하지 아니하는 것이고 이미 현주건조물에의 점화가 독립연소의 정도에 이르면 동 죄는 기수에 이르러 완료되는 것이다.

[2] 한편, 살인죄는 일신전속적인 개인적 법익을 보호하는 범죄이므로, 이 사건에서와 같이 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 법익을 해하는 별개의 행위라고 할 것이나, 현주건조물방화죄와 살인죄는 실제적 경합관계에 있다(대법원1983. 1. 18. 선고82도2341판결).

㉡ (X) [1] 현주건조물 등 방화죄(제164조 제2항)와 공용건조물 등 방화죄(제165조)는 형법에 미수범의 처벌규정을 두고 있다(제174조).

[2] 그러나 현주건조물 등 방화치사상죄(제164조 제2항)는 결과적 가중범으로 형법에 미수규정을 두고 있지 않다. 결과적 가중범의 경우, 미수범 처벌규정을 두고 있는 범죄는 다음과 같다.

(참고) 결과적 가중범의 미수를 처벌하는 규정	
형법상 처벌규정 ○	성폭력처벌법상 처벌규정(제8조제9조) ○
① 강도치사상죄(제342조)	① 특수강도강간치사상죄의 미수
② 인질치사상죄(제324조의5)	② 특수강간치사상죄의 미수
③ 해상강도치사상죄(제342조)	③ 친족강간치사상죄의 미수
④ 현주건조물일수치사상죄(제182조)	④ 13세 미만의 미성년자강간치사상죄의 미수
	⑤ 장애인에 대한 간음치사상죄의 미수

㉢ (X) [1] 공용건조물 등 방화죄(제165조)는 불을 놓아 공용(公用)으로 사용하거나 공익을 위해 사용하는 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 지하채굴시설을 불태운 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.

[2] 공용건조물 등 방화죄(제165조)는 추상적 위험범으로서 불태움으로써 범죄가 성립하고, 범조문에 “공공의 위험을 발생하게 한 자는”이라는 문구가 나오지 아니하므로 “공공의 위험 발생”이 요건이 아니다.

㉣ (○) [1] 자기의 소유에 속하는 물건이라도 압류 기타 강제처분을 받거나/ 타인의 권리/ 또는 보험의 목적물이 된 때에는 본장(방화와 실화의 죄)의 규정의 적용에 있어서 타인의 물건으로 간주한다(제176조).

[2] 따라서 방화의 죄에서는 자기의 소유 물건이라도 그것이 압류되거나 보험의 목적물이 된 때에는 타인의 물건으로 간주한다. 즉, 자기소유라 하더라도 타인의 권리대상이 되어 있으므로 그것에 방화하면 타인소유로 구성요건의 변화를 가져오게 되고 형이 훨씬 무거워진다. 예컨대, 보험회사에서 보험금 타려고 자기 것 불태웠어도 타인 것 불태운 것으로 간주되어 형이 무거워진다.

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

① 「형법」 제233조 소정의 허위진단서작성죄의 대상은 공무원이 아닌 의사가 사문서로서 진단서를 작성한 경우에 한정되고, 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 허위공문서작성죄만 성립하고, 허위진단서작성죄는 별도로 성립하지 않는다.

② 교통사고 가해자가 사고발생 후 즉시 피해자 구호조치를 하지 않고, 사고현장으로부터 약 600미터 정도 도주한 후 다시 사고현장으로 돌아와 경찰관에게 자신이 사고야기자임을 밝힌바, 이를 들은 경찰관이 교통사고 후의 행동이 기재된 가해자 및 피해자의 관련자 진술서만을 첨부하고 교통사고 상황조사서의 사고원인기재란 중 사고도주 표시란에는 아무런 표시를 하지 않은 경우에는 허위공문서작성에 해당한다.

③ 경찰관이 피의자 4명을 현행범으로 체포하면서 체포사유 등을 고지하지 않았음에도, 동 내용을 고지 후 체포했다는 내용의 허위의 현행범인체포서 4장과 체포사유 등을 고지하였다는 내용의 허위의 확인서 4장을 각 작성한 경우에 직무유기죄가 성립하는 이상, 별도로 허위공문서작성죄는 성립하지 않는다.

④ 「형법」은 공문서의 경우 유형위조만을 처벌하면서 예외적으로 무형위조를 처벌하고 있는 반면, 사문서의 경우에는 유형위조뿐만 아니라 별도의 처벌규정을 두어 무형위조를 함께 처벌하고 있다.

→ 정답 ① (○) 형법이 제225조 내지 제230조에서 공문서에 관한 범죄를 규정하고, 이어 제231조 내지 제236조에서 사문서에 관한 범죄를 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 형법 제233조 소정의 허위진단서작성죄의 대상은 공무원이 아닌 의사가 사문서로서 진단서를 작성한 경우에 한정되고, 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 허위공문서작성죄만이 성립하고 허위진단서작성죄는 별도로 성립하지 않는다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7762 판결).

② (X) [1] 교통사고 가해자의 사고 후의 행동이 기재된 가해자 및 피해자의 관련자 진술서만 첨부하고 교통사고 실황조사서의 사고원인지재란 중 사고도주 표시란에는 아무런 표시를 하지 않은 것은 허위공문서작성에 해당하지 않는다.

[2] 교통사고 가해자가 사고발생 후 즉시 피해자를 구호조치하지 않고 사고현장으로부터 약 600m 정도 도주한 후 다시 사고현장으로 되돌아 와 경찰관에게 자신이 사고야기자라고 말한 사안에서, 교통사고 가해자의 사고 후의 행동이 기재된 가해자 및 피해자의 관련자 진술서만 첨부하고 교통사고 실황조사서의 사고원인지재란 중 사고도주 표시란에는 아무런 표시를 하지 않은 것이 허위공문서작성에 해당하지 않는다.

[3] 따라서 위 실황조사서의 위와 같은 기재누락으로 인해 위 문서가 바로 허위내용이 되었다고 보기 도 힘들 뿐더러, 피고인이 이 사건 실황조사서의 기재 내용을 허위기재한다는 범의가 있었다고 볼 수 없다(대법원 1997. 3. 11. 선고 96도2329 판결). 결국, 아무런 표시를 하지 않은 것은 사고도주여부가 확실하지 않았기 때문이므로, 허위공문서작성죄가 성립하지 않는다.

③ (X) 피고인들을 비롯한 경찰관들이 피의자 4명을 현행범으로 체포하거나 현행범인체포서를 작성할 때 체포사유 및 변호인선임권을 고지하지 아니하였음에도 불구하고, ‘체포의 사유 및 변호인 선임권 등을 고지 후 현행범인 체포한 것임’이라는 내용의 허위의 현행범인체포서 4장과 ‘현행범인으로 체포하면서 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 고지하고 변명의 기회를 주었다’는 내용의 허위의 확인서 4장을 각 작성한 사안에서, 당시 피고인들에게 허위공문서작성에 대한 범의도 있었다고 보아야 한다(대법원2010. 6. 24. 선고2008도11226판결).

④ (X) [1] 공문서의 경우에는 유형위조(공문서위조죄)뿐만 아니라 무형위조(허위공문서작성죄)도 함께 처벌하고 있다.

[2] 그러나 사문서의 경우에는 원칙적으로 유형위조(공문서위조죄)만 처벌하고, 무형위조는 예외적으로 허위진단서만 처벌규정이 있을 뿐이다.

[3] 유형위조와 무형위조

무엇을 위조의 대상으로 삼을 것인가에 대하여 유형위조와 무형위조가 대립하고 있다. 유형위조란 문서를 작성할 권한이 없는 타인의 명의를 사칭하여 타인명의로 문서를 작성하는 것을 말하고, 무형위조란 문서를 작성할 권한이 있는 자가 진실에 반하는 내용(허위의 내용)의 문서를 작성하는 것을 말한다. 구체적 내용은 다음과 같다.

및 증뢰와 관련된 경제적 예상이익 규모, 담보제공 여부, 변제기 및 이자 약정 여부, 수뢰자의 원리금 변제 여부, 채무불이행 시 증뢰자의 독촉 및 강제집행 가능성 등 증거에 의하여 나타나는 **객관적인 사정을 모두 종합하여 판단하여야** 한다.

[2] **피고인 갑이 골프장 신축사업을 추진**하면서 **군의회 의장인 피고인 을에게** 향후 예정된 골프장 건설에 관한 군의회의 의견청취 절차가 신속히 처리되고 골프장 사업에 우호적인 의견이 채택될 수 있도록 도와줄 것과 향후에도 인허가 절차가 차질 없이 진행되도록 영향력을 행사하여 달라는 명목으로 **돈을 송금하고, 피고인 을이 이를 송금받아 직무와 관련하여 뇌물을 수수하였다**는 내용으로 **기소된 사안에서, 제반 사정을 종합할 때 위 돈을 뇌물이라고 인정할 만한 근거가 되지 못하거나 위 돈이 뇌물일 가능성이 있다는 의심의 정도를 넘어 합리적인 의심을 배제할 정도로 진실하다는 확신을 가지게 할 정도가 되지 못하는 것들에 불과하므로** 피고인들에 대한 공소사실은 **범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다**(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도7261 판결). 결국, 위 돈이 차용금일 뿐이라는 피고인들 주장을 배척하고 **뇌물로 보아 유죄를 인정한 원심판결에는 형사소송에서 요구되는 증명의 정도에** 관한 법리오해 또는 논리와 경험칙을 위반하여 사실을 인정한 **위법이 있다(파기환송하였다)**.

㉔ (X) [1] 뇌물죄에서 ‘직무’란 공무원이 법령상 관장하는 직무 그 자체뿐만 아니라 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 소관하는 직무행위 및 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함한다.

[2] **공무원이 얻는 어떤 이익이 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익**으로서 ‘**뇌물**’에 해당하는지 여부는 당해 공무원의 직무 내용, 직무와 이익제공자의 관계, 쌍방 간에 특수한 사적인 친분관계가 존재하는지 여부, 이익의 다과, 이익을 수수한 경위와 시기 등의 **제반 사정을 참작하여 결정하여야** 하고, 뇌물죄가 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 보호법익으로 하고 있는 점에 비추어 볼 때, **공무원이 이익을 수수하는 것으로 인하여 사회일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 여부도 뇌물죄의 성립 여부를 판단할 때에 기준이 된다**.

[3] 수원시 국장인 피고인 갑이, 시에서 병 주식회사를 시공사로 하여 진행하던 구청 신축공사 및 그에 인접하여 정 주식회사가 병 회사를 시공사로 하여 진행하던 건물 증축공사에 대한 관리·감독 업무를 수행하면서, **무 회사를 운영하는 피고인 을의 부탁을 받고 병 회사에 부탁하여 위 증축공사 중 건축공사 부분을 무 회사에 하도급받도록 해 준 다음 그 대가로 돈을 받은 경우, 갑의 위와 같은 행위는 직무와 밀접한 관계가 있는 행위에 관하여 금품을 수수한 것으로서 뇌물수수죄에 해당한다**(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도17797 판결).

㉕ (X) [1] **뇌물죄는** 공여자의 출현에 의한 수뢰자의 영득의사의 실현으로서, 공여자의 특징은 직무행위와 관련이 있는 이익의 부담 주체라는 관점에서 파악하여야 할 것이므로, **금품이나 재산상 이익 등이 반드시 공여자와 수뢰자 사이에 직접 수수될 필요는 없다**.

[2] 공무원인 피고인 갑은 피고인 을로부터 “선물을 할 사람이 있으면 새우젓을 보내 주겠다.”라는 말을 듣고 이를 승낙한 뒤 새우젓을 보내고자 하는 329명의 명단을 피고인 을에게 보내 주고 피고인 을로 하여금 위 사람들에게 피고인 갑의 이름을 적어 마치 피고인 갑이 선물을 하는 것처럼 총 11,186,000원 상당의 새우젓을 택배로 발송하게 하고 그 대금을 지급하지 않는 방법으로 직무에 관하여 뇌물을 교부받고, 피고인 을은 피고인 갑에게 뇌물을 공여하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인 을은 도내 어촌계장이고, 피고인 갑은 도청 공무원으로 재직하면서 어민들의 어업지도, 보조금 관련 사업과 어로행위 관련 단속 업무 등을 총괄하고 있던 점, 피고인 을은 이전에도 같은 방식으로 피고인 갑이 재직 중이던 도청 담당과에 새우젓을 보낼 사람들의 명단을 요청하여 직원으로부터 명단을 받아 피고인 갑의 이름으로 새우젓을 발송한 점 등 여러 사정을 종합하면, 피고인 을은 피고인 갑이 지정한 사람들에게 피고인 갑의 이름을 발송인으로 기재하여 배송업체를 통하여 배송업무를 대신하여 주었은 뿐이고, 새우젓을 받은 사람들은 새우젓을 보낸 사람을 피고인 을이 아닌 피고인 갑으로 인식하였으며, 한편 피고인 을과 피고인 갑 사이에 새우젓 제공에 관한 의사의 합치가 존재하고 위와 같은 제공방법에 관하여 피고인 갑이 양해하였다고 보이므로, **피고인 을의 새우젓 출현에 의한 피고인 갑의 영득의사가 실현되어 형법 제129조 제1항의 뇌물공여죄 및 뇌물수수죄가 성립하고, 공여자와**

수뢰자 사이에 직접 금품이 수수되지 않았다는 사정만으로 이와 달리 볼 수 없다(대법원2020. 9. 24. 선고2017도12389판결). 결국, 사회통념상 위 329명이 새우젓을 받은 것은 피고인 갑이 직접 받은 것과 같이 평가할 수 있으므로, 甲에게는 제3자뇌물제공죄가 성립하는 것이 아니라 뇌물수수죄가 성립한다.

26. 공무방해의 죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 민사소송을 제기함에 있어 피고 乙의 주소를 허위로 기재하여 법원공무원으로 하여금 변론기일소환장 등을 허위주소로 송달케 한 경우, 甲의 행위는 법원공무원의 구체적이고 현실적인 직무집행을 방해한 것으로 볼 수 있으므로 위계에 의한 공무집행방해죄가 인정된다.
- ② 공무집행방해죄에서 '직무를 집행하는'이란 공무원이 직무수행에 직접 필요한 행위를 현실적으로 행하고 있는 때만을 가리키는 것으로서, 불법주차차량에 불법주차스티커를 붙였다가 이를 다시 떼어낸 직후에 있는 주차단속공무원을 폭행한 경우, 공무집행방해죄가 인정되지 않는다.
- ③ 甲이 '국민기초생활 보장법'상 '자활근로자'로 선정되어 주민자치센터 사회복지담당 공무원의 복지도우미로 근무하던 乙을 협박하여 그 직무집행을 방해한 경우, 甲에게 공무집행방해죄가 인정된다.
- ④ 변호사 甲이 접견을 핑계로 수용자 乙을 위하여 휴대전화와 증권거래용 단말기를 구치소 내로 몰래 반입하고, 수용자 乙에게 이를 이용하게 한 경우, 변호사 甲에게 위계에 의한 공무집행방해죄가 인정된다.

→ 정답 ④ (○) [1] 수용자가 교도관의 감시·단속을 피하여 규율위반행위를 하는 것만으로는 단순히 금지규정에 위반되는 행위를 한 것에 지나지 아니할 뿐 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 수 없고, 또 수용자가 아닌 자가 교도관의 감시 또는 감시를 피하여 금지물품을 반입하거나 허가 없이 전화 등의 방법으로 다른 사람과 연락하도록 하였더라도 교도관에게 교도소 등의 출입자와 반출·입 물품을 단속·검사할 권한과 의무가 있는 이상, 수용자 아닌 자의 그러한 행위는 특별한 사정이 없는 한 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당하는 것으로는 볼 수 없다 할 것이다.

[2] 그러나 구체적이고 현실적으로 감시·단속업무를 수행하는 교도관에 대하여 그가 충실히 직무를 수행한다고 하더라도 통상적인 업무처리과정하에서는 사실상 적발이 어려운 위계를 적극적으로 사용하여 그 업무집행을 하지 못하게 하였다면 이에 대하여 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다.

[3] 변호사가 접견을 핑계로 수용자를 위하여 휴대전화와 증권거래용 단말기를 구치소 내로 몰래 반입하여 이용하게 한 행위가 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당한다(대법원 2005. 8. 25. 선고 2005도1731 판결).

① (X) 민사소송을 제기함에 있어 피고의 주소를 허위로 기재하여 법원공무원으로 하여금 변론기일소환장 등을 허위주소로 송달케 하였다는 사실만으로는 이로 인하여 법원공무원의 구체적이고 현실적인 어떤 직무집행이 방해되었다고 할 수는 없으므로, 이로써 바로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 볼 수는 없다(대판1996.10.11. 96도312).

② (X) [1] 형법 제136조 제1항 소정의 공무집행방해죄에 있어서 '직무를 집행하는'이라 함은 공무원이 직무수행에 직접 필요한 행위를 현실적으로 행하고 있는 때만을 가리키는 것이 아니라 공무원이 직무수행을 위하여 근무중인 상태에 있는 때를 포괄한다 할 것이고, 직무의 성질에 따라서는 그 직무수행의 과정을 개별적으로 분리하여 부분적으로 각각의 개시와 종료를 논하는 것이 부적절하고 여러 종류의 행위를 포괄하여 일련의 직무수행으로 파악함이 상당한 경우가 있다.

[2] 불법주차 차량에 불법주차 스티커를 붙였다가 이를 다시 떼어 낸 직후에 있는 주차단속 공무원을

폭행한 경우, 폭행 당시 주차단속 공무원은 일련의 직무수행을 위하여 근무중인 상태에 있었다고 보아야 하므로 공무집행방해죄가 성립한다(대법원 1999. 9. 21. 선고 99도383 판결).

③ (X) [1] 형법상 공무원이라 함은 국가 또는 지방자치단체 및 이에 준하는 공법인의 사무에 종사하는 자로서 그 노무의 내용이 단순한 기계적 육체적인 것에 한정되어 있지 않은 자를 말한다.

[2] 국민기초생활 보장법 제15조 제1항 제4호, 같은 법 시행령 제20조, 같은 법 시행규칙 제25조에 따라 자활근로자로 선정되어 사회복지담당 공무원의 복지도우미로 근무하던 乙이 공무원으로서 공무를 담당하고 있었다고 볼 수 없다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도14484 판결). 결국, 민원인 甲이 주민자치센터 사회복지담당 공무원의 복지도우미로 근무하던 乙을 협박하여 그 직무집행을 방해한 경우, 乙은 형법상 공무원이 아니므로 甲은 공무집행방해죄가 인정되지 않는다.

27. 무고죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 객관적으로 고소사실에 대한 공소시효가 완성되었다 하더라도 고소를 제기하면서 마치 공소시효가 완성되지 아니한 것처럼 고소한 경우에는 국가기관의 직무를 그르칠 염려가 있으므로 무고죄를 구성한다.

② 허위로 신고한 사실이 무고행위 당시 형사처분의 대상이 될 수 있었던 경우에는 무고죄가 기수에 이르고, 이후 그러한 사실이 형사범죄가 되지 않는 것으로 판례가 변경되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이미 성립한 무고죄에는 영향을 미치지 않는다.

③ 무고죄에 있어서 허위사실의 신고라 함은 신고사실이 객관적 사실에 반한다는 것을 확정적이나 미필적으로 인식하고 신고하는 것을 말하는 것으로서, 설령 고소사실이 객관적 사실에 반하는 허위의 것이라 할지라도 그 허위성에 대한 인식이 없을 때에는 무고에 대한 고의가 없다.

④ 「형법」 제157조, 제153조는 무고죄를 범한 자가 그 신고한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제하도록 정하고 있는바, 「형법」 제153조에서 정한 ‘재판이 확정되기 전’이라 함은 피고소인에 대한 공소 제기 또는 재판절차가 개시되는 것을 전제로 하며, 피고소인에 대하여 불기소결정이 내려진 경우는 포함되지 않는다.

→ 정답 ④ (X) [1] 형법 제157조, 제153조는 무고죄를 범한 자가 그 신고한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다고 하여 이러한 재판 확정 전의 자백을 필요적 감경 또는 면제사유로 정하고 있다. 위와 같은 자백의 절차에 관해서는 아무런 법령상의 제한이 없으므로 그가 신고한 사건을 다루는 기관에 대한 고백이나 그 사건을 다루는 재판부에 증인으로 다시 출석하여 전에 그가 한 신고가 허위의 사실이었음을 고백하는 것은 물론 무고사건의 피고인 또는 피의자로서 법원이나 수사기관에서의 신문에 의한 고백 또한 자백의 개념에 포함된다.

[2] 형법 제153조에서 정한 ‘재판이 확정되기 전’에는 피고인의 고소사건 수사 결과 피고인의 무고 혐의가 밝혀져 피고인에 대한 공소가 제기되고 피고소인에 대해서는 불기소결정이 내려져 재판절차가 개시되지 않은 경우도 포함된다(대법원 2018. 8. 1. 선고 2018도7293 판결).

① (○) 객관적으로 고소사실에 대한 공소시효가 완성되었더라도 고소를 제기하면서 마치 공소시효가 완성되지 아니한 것처럼 고소한 경우에는 국가기관의 직무를 그르칠 염려가 있으므로 무고죄를 구성한다(대법원 1995. 12. 5. 선고 95도1908 판결).

② (○) [1] 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고하는 때에 무고죄가 성립한다(형법 제156조). 무고죄는 부수적으로 개인이

부당하게 처벌받거나 징계를 받지 않을 이익도 보호하나, 국가의 형사사법권 또는 징계권의 적정한 행사를 주된 보호법익으로 한다. 타인에게 형사처분을 받게 할 목적으로 ‘허위의 사실’을 신고한 행위가 무고죄를 구성하기 위해서는 신고된 사실 자체가 형사처분의 대상이 될 수 있어야 하므로, 가령 허위의 사실을 신고하였다더라도 신고 당시 그 사실 자체가 형사범죄를 구성하지 않으면 무고죄는 성립하지 않는다. 그러나 허위로 신고한 사실이 무고행위 당시 형사처분의 대상이 될 수 있었던 경우에는 국가의 형사사법권의 적정한 행사를 그르치게 할 위험과 부당하게 처벌받지 않을 개인의 법적 안정성이 침해될 위험이 이미 발생하였으므로 무고죄는 기수에 이르고, 이후 그러한 사실이 형사범죄가 되지 않는 것으로 판례가 변경되었다라도 특별한 사정이 없는 한 이미 성립한 무고죄에는 영향을 미치지 않는다.

[2] 甲은 ‘채권담보를 위해 채무자인 A와 A 소유 부동산에 대해 대물변제예약을 체결하였는데 A가 이를 다른 사람에게 매도하였다’는 내용으로 허위 고소하였다. 甲의 고소 이후 대법원이 위와 같은 경우 배임죄가 성립하지 않는다고 판례를 변경하였어도, 甲의 행위는 무고죄의 기수에 해당한다(대법원 2017. 5. 30. 선고2015도15398판결). 즉, 이 사건 고소와 조사 당시의 대법원 판례가 ‘채권담보로 부동산에 관한 대물변제예약을 체결한 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 처분한 경우 배임죄가 성립한다’고 보았으나(대법원 2000. 12. 8. 선고 2000도4293 판결), 재판 도중에 대법원은 2014. 8. 21. 선고한 전원합의체 판결로 판례를 변경하여 위와 같은 경우에 배임죄가 성립하지 않는다고 변경하였다(대법원 2014도3363 전원합의체 판결).

③ (○) [1] 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고하는 때에 성립하는 것이다.

[2] 여기에서 허위사실의 신고라 함은 신고사실이 객관적 사실에 반한다는 것을 확정적이거나 미필적으로 인식하고 신고하는 것을 말하는 것으로서, 설령 고소사실이 객관적 사실에 반하는 허위의 것이라 할지라도 그 허위성에 대한 인식이 없을 때에는 무고에 대한 고의가 없다 할 것이고, 고소내용이 터무니없는 허위사실이 아니고 사실에 기초하여 그 정황을 다소 과장한 데 지나지 아니한 경우에는 무고죄가 성립하지 아니한다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2002도5939 판결).

28. 수사의 단서 및 조건에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲이 자전거도로에서 자전거를 운행하던 중 전방주시의무를 게을리하여 보험자인 피해자 A를 들이받아 중상해를 입게 하였다는 교통사고처리 특례법 위반(치상)의 공소사실로 기소되었고, 위 사고로 의식불명이 된 A에 대하여 성년후견이 개시되어 성년후견인으로 A의 법률상 배우자 B가 선임되었다면 A의 성년후견인 B가 A를 대신하여 처벌불원의사를 형성하거나 결정할 수 있다.

② 피해자가 경찰청 인터넷 홈페이지에 ‘피고인을 철저히 조사해 달라’는 취지의 민원을 접수하는 형태로 피고인에 대한 조사를 촉구하는 의사표시를 한 것은 「형사소송법」에 따른 적법한 고소로 보기 어렵다.

③ 경찰관은 불심검문 대상자에게 질문을 하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 대상자를 정지시킬 수 있고 질문에 수반하여 흉기의 소지 여부도 조사할 수 있다.

④ 친고죄나 세무공무원 등의 고발이 있어야 논할 수 있는 죄에 있어서 고소 또는 고발은 이를 소추조건에 불과하고 당해 범죄의 성립요건이나 수사의 조건은 아니므로, 위와 같은 범죄에 관하여 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다 하더라도, 그 수사가 고소나 고발이

있을 가능성이 없는 상태에서 행해졌다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 볼 수는 없다.

→ 정답 ① (X) [1] [다수의견] 반의사불벌죄에서 성년후견인은 명문의 규정이 없는 한 의사무능력자인 피해자를 대리하여 피고인 또는 피의자에 대하여 처벌을 회망하지 않는다는 의사를 결정하거나 처벌을 회망하는 의사표시를 철회하는 행위를 할 수 없다. 이는 성년후견인의 법정대리권 범위에 통상적인 소송행위가 포함되어 있거나 성년후견개시심판에서 정하는 바에 따라 성년후견인이 소송행위를 할 때 가정법원의 허가를 얻었더라도 마찬가지이다.

[2] 제3자가 피해자를 대신하여 처벌불원 의사를 형성하거나 결정할 수 있다고 해석하는 것은 법의 문언에 반한다. 교통사고처리 특례법은 물론 형법·형사소송법에도 반의사불벌죄에서 피해자의 처벌불원 의사에 관하여 대리가 가능하다거나 법정대리인의 대리권에 피해자의 처벌불원 의사표시가 포함된다든 규정을 두고 있지 않다. 따라서 반의사불벌죄의 처벌불원 의사는 원칙적으로 대리가 허용되지 않는다고 보아야 한다.

[3] 민법상 성년후견인이 형사소송절차에서 반의사불벌죄의 처벌불원 의사표시를 대리할 수 있다고 보는 것은 피해자 본인을 위한 후견적 역할에 부합한다고 볼 수도 없다. 피해자 본인의 의사가 무엇보다 중요한 형사소송절차에서 반의사불벌죄에 대한 처벌불원 의사에까지 성년후견인에게 대리권을 허용하는 것은 피해자 보호를 비롯한 형사사법이 추구하는 보호적 기능의 구현과 무관할 뿐만 아니라 오히려 이에 역행한다고 볼 여지도 있다.

[4] 피고인이 자전거도로에서 자전거를 운행하던 중 전방주시의무를 게을리하여 보행자인 피해자 갑을 들이받아 중상해를 입게 하였다는 교통사고처리 특례법 위반(치상)의 공소사실로 기소되었고, 위 사고로 의식불명이 된 갑에 대하여 성년후견이 개시되어 성년후견인으로 갑의 법률상 배우자 을이 선임되었는데, 을이 피고인 측으로부터 합의금을 수령한 후 제1심 판결선고 전에 갑을 대리하여 처벌불원 의사를 표시한 사안에서, 위 특례법 제3조 제2항에서 차의 운전자가 교통사고로 인하여 범한 업무상과실치상죄는 ‘피해자의 명시적인 의사’에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 규정하여 문언상 그 처벌 여부가 ‘피해자’의 ‘명시적’인 의사에 달려 있음이 명백하므로, 갑의 성년후견인인 을이 갑을 대신하여 처벌불원 의사를 형성하거나 결정할 수 있다고 해석하는 것은 법의 문언에 반한다(대법원2023. 7. 17. 선고2021도11126 전원합의체 판결). 결국, 을의 갑을 대신한 처벌불원 의사표시는 효력이 없으므로, 피고인에게 유죄를 인정하여야 한다.

② (○) 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 적법한 고소로 보기 어렵다는 이유로 공소를 기각한 원심판단을 정당하다(대판2012.2.23. 2010도9524). 결국, 피해자가 경찰청 인터넷 홈페이지를 통해 이 사건 신고민원을 접수한 것은 형사소송법에 따른 적법한 고소가 아니다.

③ (○) [1] 경찰관이 경찰관직무집행법 제3조 제1항에 규정된 대상자(이하 ‘불심검문 대상자’라 한다) 해당 여부를 판단할 때에는 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 불심검문 대상자인지를 객관적·합리적인 기준에 따라 판단하여야 하나, 반드시 불심검문 대상자에게 형사소송법상 체포나 구속을 이룰 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없다.

[2] 그리고 경찰관은 불심검문 대상자에게 질문을 하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 대상자를 정지시킬 수 있고 질문에 수반하여 혐의의 소지 여부도 조사할 수 있다(대법원2014. 2. 27. 선고2011도13999 판결).

④ (○) 법률에 의하여 고소나 고발이 있어야 논할 수 있는 죄에 있어서 고소 또는 고발은 이른바 소추조건에 불과하고 당해 범죄의 성립요건이나 수사의 조건은 아니므로, 위와 같은 범죄에 관하여 고

소나 고발이 있기 전에 수사를 하였더라도, 그 수사가 장차 고소나 고발의 가능성이 없는 상태하에서 행해졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하게 되는 것은 아니다. 그렇다면 일반사법경찰관리가 출입국사범에 대한 출입국관리사무소장 등의 고발이 있기 전에 수사를 하였더라도, 달리 위에서 본 특단의 사정이 없는 한 그 사유만으로 수사가 소급하여 위법하게 되는 것은 아니다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2008도7724 판결).

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

- ① 사법경찰관 P가 만취 상태로 시동이 걸린 차량 운전석에 앉아 있는 甲을 발견하여 음주 측정을 위해 하차를 요구하였고, 甲이 차량을 운전하지 않았다고 다투자 P가 지구대로 가서 차량 블랙박스를 확인하자며 음주운전 여부 확인을 위한 임의동행을 요구하였으나, 甲이 차량에서 내리자마자 도주하여 이에 P가 甲을 추격하여 도주를 제지한 것은 「도로교통법」 상의 정당한 직무집행에 해당한다.
- ② 사법경찰관 P는 甲의 마약류 투약 혐의가 상당하다고 판단하여 甲에게 경찰서로 임의동행을 요구하였고, 동행장소인 경찰서에서 甲에게 마약류 투약 혐의를 밝힐 수 있는 소변과 모발의 임의제출을 요구한 경우, 甲에 대한 임의동행은 「형사소송법」 제199조 제1항에 따른 임의동행에 해당하지 아니한다.
- ③ 수사관이 피의자에 대한 임의동행은 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려주었거나 동행하는 경우에도 언제든지 자유롭게 동행 과정에서 이탈 또는 동행 장소에서 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하며, 그 적법성이 인정된다.
- ④ 「경찰관직무집행법」 제3조 제2항에 따라 임의동행한 경우 같은 조 제6항에 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에서 머물게 할 수 없다고 규정하고 있다고 하여 그 규정이 임의동행한 자를 6시간 동안 경찰관서에 구금하는 것을 허용하는 것은 아니다.

→ 정답 ② (X) [1] 피고인이 메트암페타민(일명 필로폰) 투약 혐의로 임의동행 형식으로 경찰서에서 간 후 자신의 소변과 모발을 경찰관에게 제출하여 마약류 관리에 관한 법률 위반(향정)으로 기소된 사안에서, 경찰관은 당시 피고인의 정신 상태, 신체에 있는 주사바늘 자국, 알콜숨 휴대, 전과 등을 근거로 피고인의 마약류 투약 혐의가 상당하다고 판단하여 경찰서로 임의동행을 요구하였고, 동행장소인 경찰서에서 피고인에게 마약류 투약 혐의를 밝힐 수 있는 소변과 모발의 임의제출을 요구하였음을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 임의동행은 마약류 투약 혐의에 대한 수사를 위한 것이어서 형사소송법 제199조 제1항에 따른 임의동행에 해당한다.

[2] 이 사건 임의동행은 경찰관 직무집행법 제3조 제2항에 따른 것으로 보아서는 안되고, 소변과 모발의 임의제출을 요구하였으므로 피고인에 대한 임의동행은 마약류 투약 혐의에 대한 수사를 위한 것이어서 형사소송법 제199조 제1항에 따른 임의동행에 해당한다. 따라서 소변과 모발은 위법수집증거에 해당하지 아니한다(대법원2020. 5. 14.선고2020도398판결).

① (O) [1] 음주운전 신고를 받고 출동한 경찰관이 만취한 상태로 시동이 걸린 차량 운전석에 앉아 있는 피고인을 발견하고 음주측정을 위해 하차를 요구함으로써 도로교통법 제44조 제2항이 정한 음주측정에 관한 직무에 착수하였다고 할 것이고, 피고인이 차량을 운전하지 않았다고 다투자 경찰관이 지구대로 가서 차량블랙박스를 확인하자고 한 것은 음주측정에 관한 직무 중 ‘운전’ 여부확인위한 임의동행 요구에 해당하고, 피고인이 차량에서 내리자마자 도주한 것을 임의동행 요구에 대한 거부로 보더라도, 경찰관이 음주측정에 관한 직무를 계속하기 위하여 피고인을 추격하여 도주를 제지한 것은 도로교통법상 음주측정에 관한 일련의 직무집행 과정에서 이루어진 행위로써 정당한 직무집행에 해당

한다.

[2] 따라서 경찰관이 피고인을 10m 정도 추격하여 피고인의 앞을 가로막는 방법으로 제지한 뒤 ‘그냥 가면 어떻게 하느냐’는 취지로 말하자 피고인이 위 경찰관의 뺨을 때렸고, 계속하여 도주하고 폭행하려고 하자 경찰관이 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포한 행위는 정당한 직무집행이므로, 피고인은 공무집행방해죄가 성립한다(대판2020.8.20. 2020도7193).

③ (○) [1] 형사소송법 제199조 제1항은 임의수사 원칙을 명시하고 있는데, 수사관이 수사과정에서 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하는 것은, 피의자의 신체의 자유가 제한되어 실질적으로 체포와 유사한데도 이를 억제할 방법이 없어서 이를 통해서는 제도적으로는 물론 현실적으로도 임의성을 보장할 수 없을 뿐만 아니라, 아직 정식 체포·구속단계 이전이라는 이유로 헌법 및 형사소송법이 체포·구속된 피의자에게 부여하는 각종 권리보장 장치가 제공되지 않는 등 형사소송법의 원리에 반하는 결과를 초래할 가능성이 크다.

[2] 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소에서 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에 동행이 이루어졌다는 것이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 동행의 적법성이 인정된다고 보는 것이 타당하다(대법원2011. 6. 30.선고2009도6717판결).

④ (○) [1] 임의동행은 상대방의 동의 또는 승낙을 그 요건으로 하는 것이므로 경찰관으로부터 임의동행 요구를 받은 경우 상대방은 이를 거절할 수 있을 뿐만 아니라 임의동행 후 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유가 있다 할 것이다.

[2] 경찰관직무집행법 제3조 제6항이 임의동행한 경우 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다고 규정하고 있다고 하여 그 규정이 임의동행한 자를 6시간 동안 경찰관서에 구금하는 것을 허용하는 것은 아니다(대법원1997. 8. 22.선고97도1240판결).

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

① 조사대상자의 진술 내용이 단순히 제3자의 범죄에 관한 경우가 아니라 자신과 제3자에게 공동으로 관련된 범죄에 관한 것이거나 제3자의 피의사실뿐만 아니라 자신의 피의사실에 관한 것이기도 하여 실질이 피의자신문조서의 성격을 가지는 경우에 수사기관은 진술을 듣기 전에 미리 진술거부권을 고지하여야 한다.

② 수사기관에 의한 진술거부권 고지의 대상이 되는 피의자의 지위는 수사기관이 조사대상자에 대하여 범죄의 혐의가 있다고 보아 실질적으로 수사를 개시하는 행위를 한 때에 인정되는 것으로 봄이 타당하며, 따라서 이러한 피의자의 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였다고 하더라도 그 진술의 증거능력은 인정된다.

③ 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」 제13조 제1항에 의하면 검사 또는 사법경찰관은 피의자신문에 참여한 변호인이 피의자의 옆자리 등 실질적인 조력을 할 수 있는 위치에 앉도록 해야 하고, 정당한 사유가 없으면 피의자에 대한 법적 조언·상담을 보장해야 하나 이 때 변호인의 메모는 허용되지 아니한다.

④ 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하는 경우 피의자가 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정·전달할 능력이 미약할 때에는 피의자·법정대리인의 신청이 없는 경우에도 직권으로 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.

→ 정답 ③ (X) 검사 또는 사법경찰관은 피의자신문에 참여한 변호인이 피의자의 옆자리 등 실질적인

조력을 할 수 있는 위치에 앉도록 해야 하고, 정당한 사유가 없으면 피의자에 대한 법적인 조언·상담을 보장해야 하며, 법적인 조언·상담을 위한 변호인의 메로를 허용해야 한다(검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제13조 제1항).

① (○) [1] 피의자의 진술을 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사 과정에서 작성된 것이라면, 그것이 '진술조서, 진술서, 자술서'라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고, 수사기관에 의한 진술거부권 고지의 대상이 되는 피의자의 지위는 수사기관이 범죄인지서를 작성하는 등의 형식적인 사건수리 절차를 거치기 전이라도 조사대상자에 대하여 범죄의 혐의가 있다고 보아 실질적으로 수사를 개시하는 행위를 한 때에 인정된다.

[2] 특히 조사대상자의 진술 내용이 단순히 제3자의 범죄에 관한 경우가 아니라 자신과 제3자에게 공동으로 관련된 범죄에 관한 것이거나 제3자의 피의사실뿐만 아니라 자신의 피의사실에 관한 것이기도 하여 실질이 피의자신문조서의 성격을 가지는 경우에 수사기관은 진술을 듣기 전에 미리 진술거부권을 고지하여야 한다(대판2015.10.29. 2014도5939).

② (○) [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 자(참고인)에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였다라도 진술의 증거능력을 부정할 것은 아니다.

[2] 피고인들이 중국에 있는 갑과 공모한 후 중국에서 입국하는 을을 통하여 필로폰이 들어 있는 곡물포대를 배달받는 방법으로 필로폰을 수입하였다고 하여 주위적으로 기소되었는데, 검사가 을에게서 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 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 수 없다.

[3] 피고인들이 중국에 있는 갑과 공모한 후 중국에서 입국하는 을을 통하여 인천 국제여객터미널에서 필로폰이 들어 있는 곡물포대를 배달받는 방법으로 필로폰을 수입하였다고 하여 주위적으로 기소된 사안에서, 피고인들이 필로폰이 중국에서 국내로 반입된 것이라는 점에 대하여 인식하였거나 적어도 미필적으로 인식하고 있었다고 인정할 수 있다(대법원2011. 11. 10. 선고2011도8125판결). 결국, 피고인들에게 필로폰 수입에 관한 범의가 있었다고 할 것이다.

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).

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. 피의자가 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정·전달할 능력이 미약한 때 2. 피의자의 연령·성별·국적 등의 사정을 고려하여 <u>그 심리적 안정의 도모와 원활한 의사소통을 위하여</u> 필요한 경우 (신·정·미와 연·성·국이 결혼했다) |
|--|

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

- ① 현행범인 체포의 요건을 갖추었는지는 체포 이후 범인으로 인정되었는지 여부로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 재량의 여지가 없다.
- ② 누구든지 현행범인 체포를 위해 필요한 때에는 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자수색을 할 수 있지만 긴급한 사정이 있는 때에 한정한다.
- ③ 검사 또는 사법경찰관리 아닌 자가 현행범인을 체포한 때에는 즉시 검사 또는 사법경찰관리에게 인도하여야 하며, 여기서 ‘즉시’라고 함은 반드시 체포시점과 시간적으로 밀착된 시점이어야 하는 것을 의미한다.
- ④ 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관은 피의자 등이 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있으므로, 현행범 체포현장에서도 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 「형사소송법」 제 218조에 따라 영장 없이 압수하는 것이 허용되고, 이 경우 검사나 사법경찰관은 별도로 사후에 영장을 받을 필요가 없다.

→ 정답 ④ (○) 검사 또는 사법경찰관은 피의자 등이 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건은 영장 없이 압수할 수 있으므로(제218조), 현행범 체포현장이나 범죄 현장에서도 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 형사소송법 제218조에 의하여 영장 없이 압수하는 것이 허용되고, 이 경우 검사나 사법경찰관은 별도로 사후에 영장을 받을 필요가 없다(대법원2019. 11. 14. 선고2019도13290판결).

- ① (X) [1] 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다(형사소송법 제212조).
- [2] 현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성과 시간적 접촉성, 범인·범죄의 명백성 이외에 체포의 필요성, 즉 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 한다.
- [3] 이러한 요건을 갖추지 못한 현행범인 체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당한다.
- [4] 여기서 현행범인 체포의 요건을 갖추었는지 여부는 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있지만, 체포 당시의 상황으로 볼 때 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관 등의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법하다고 보아야 한다(대법원2017. 4. 7. 선고2016도19907판결).
- ② (X) [1] 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자를 수색할 수 있다(체포·구속을 위한 목적으로 피의자 수색).
- [2] 다만, 제200조의2(체포영장) 또는 제201조(구속영장)에 따라 피의자를 체포 또는 구속하는 경우의 피의자 수색은 미리 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 때에 한정한다(제216조 제1항 제1호 단서).
- [3] 그러나 검사 또는 사법경찰관이 긴급체포나 현행범인 체포하는 경우에는 영장없이 피의자를 체포를 위해 타인의 주거등을 수색할 수 있고, 이 경우에는 미리 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정을 필요로 하지 않는다.
- ③ (X) 검사 또는 사법경찰관리 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(대법원2011. 12. 22. 선고2011도12927판결).

32. 구속 전 피의자신문제도에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우

판례에 의함)

- ① 「형사소송법」 제200조의2(영장에 의한 체포), 제200조의3(긴급체포) 또는 제212조(현행범인의 체포)에 따라 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 때로부터 48시간 이내에 피의자를 심문하여야 한다.
- ② 체포된 피의자에 대한 구속 전 피의자심문절차에서 별다른 사유 없이 심문절차가 지연됨으로써 구속영장이 발부되지 않은 상태로 피의자의 신체의 자유가 장기간 제한되어 실질적으로 불법구금에 해당한다고 볼 정도에 이를 것이 아닌 경우, 단지 심문기일을 속행하였다는 사정만으로 구속영장의 적법성과 효력에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없다.
- ③ 판사는 피의자가 심문기일예외의 출석을 거부하거나 질병 그 밖의 사유로 출석이 현저하게 곤란하고, 피의자를 심문 법정에서 인치할 수 없다고 인정되는 때에는 가능한 한 빠른 일시로 심문기일을 변경하여야 한다.
- ④ 검사는 증거인멸 또는 피의자나 공범관계에 있는 자가 도망할 염려가 있는 때에는 지방법원 판사에게 제출된 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소·고발장, 피의자의 진술을 기재한 서류와 피의자가 제출한 서류의 열람 제한에 관한 의견을 제출할 수 있고, 지방법원 판사는 검사의 의견이 상당하다고 인정하는 때에는 그 전부 또는 일부의 열람을 제한할 수 있다.

→ 정답 ② (○) [1] 헌법이 정한 적법절차와 영장주의 원칙, 형사소송법령이 정한 피의자에 대한 구속영장의 청구 및 발부절차에 관한 규정을 종합하면, 구속영장이 청구되는 경우 구속영장 발부 여부의 결정은 최대한 신속하게 이루어져야 하고, 구속영장 발부 여부를 결정하기 위한 피의자심문절차는 구속 여부를 판단하는 데 필요한 사항에 한하여 신속하고 간결하게 이루어져야 한다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 구속 전 피의자심문절차에서 심문기일을 속행하는 것은 바람직하지 않다. 구속영장을 청구받은 판사가 피의자심문을 진행하면서 심문기일을 자유롭게 속행한다면 신속히 구속영장의 발부 여부를 결정하도록 정하고 있는 형사소송법령의 규정과 취지에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 피의자의 구속 여부가 장기간 유동적인 상태에 놓여 헌법과 형사소송법령이 적법절차 및 영장주의의 원칙을 통하여 보호하고자 하는 신체의 자유에 관한 기본권이 부당하게 제한될 우려가 있기 때문이다.

[2] 그런데 구속 전 피의자심문을 요체로 하는 구속영장실질심사제도는 검사로부터 구속영장을 청구 받은 판사가 구속 여부를 결정하기 전에 피의자를 대면하여 직접 심문함으로써 구속 사유를 더욱 신중히 판단하기 위하여 마련된 제도이다. 판사가 피의자를 심문하는 과정에서 심문기일을 속행하는 것은 그와 같은 직접 심문을 더욱 충실히 하기 위한 소송지휘권의 일환일 수 있고 그 과정에서 피의자에게 의견진술의 기회를 추가적으로 보장하는 의미도 있음을 부정할 수 없다.

[3] 따라서 별다른 사유 없이 심문절차가 지연됨으로써 구속영장이 발부되지 않은 상태로 피의자의 신체의 자유가 장기간 제한되어 실질적으로 불법구금에 해당한다고 볼 정도에 이른 것이 아니라면, 단지 심문기일을 속행하였다는 사정만으로는 구속영장의 적법성과 효력에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없다.

[4] 따라서 판사가 체포된 피고인에 대한 심문을 2021. 12. 24. 진행하였음에도/ 당일 심문을 종결하지 않고/ 다음 기일을 지정하여 속행한 조치(다른 날자인 2021. 12. 29.에 다시 심문 날짜를 잡음)는 특별한 사정이 없는 한 바람직하다고 할 수는 없지만, 그다음 날인 2021. 12. 25. 심문이 종결되어 같은 날 구속영장이 발부되었고 그 구속영장의 집행으로 피고인이 구속되었다면 이를 적법절차에 반하는 위법한 구금이라고 볼 수는 없다(대법원 2025. 3. 13. 선고 2022도9819 판결). 왜냐하면 판사가 피의자를 심문하는 과정에서 심문기일을 속행하는 것은 그와 같은 직접 심문을 더욱 충실히 하기 위한 소송지휘권의 일환일 수 있고, 그 과정에서 피의자에게 의견진술의 기회를 추가적으로 보장하는 의미도 있기 때문이다.

① (X) 제200조의2(영장에 의한 체포)·제200조의3(긴급체포) 또는 제212조(현행범인의 체포)에 따라

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). 체포된 피의자에 대하여 심문시한은 48시간 이내가 아니라 지체없이 심문해야 하고, 특별한 사정이 없는 한 다음날까지 심문하여야 한다.

③ (X) 판사는 피의자가 심문기일에의 출석을 거부하거나 질병 그 밖의 사유로 출석이 현저하게 곤란하고, 피의자를 심문 범정에 인치할 수 없다고 인정되는 때에는 피의자의 출석 없이 심문절차를 진행할 수 있다(형사소송규칙 제96조의13 제1항). 결국, 심문기일을 변경할 것이 아니라 피의자의 출석없이 심문절차를 진행할 수 있다.

④ (X) [1] 피의자 심문에 참여할 변호인은 지방법원 판사에게 제출된 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소·고발장, 피의자의 진술을 기재한 서류와 피의자가 제출한 서류를 열람할 수 있다(형사소송규칙 제96조의21 제1항).

[2] 검사는 증거인멸 또는 피의자나 공범 관계에 있는 자가 도망할 염려가 있는 등 수사에 방해가 될 염려가 있는 때에는 지방법원 판사에게 제1항에 규정된 서류(구속영장청구서는 제외한다)의 열람 제한에 관한 의견을 제출할 수 있고, 지방법원 판사는 검사의 의견이 상당하다고 인정하는 때에는 그 전부 또는 일부의 열람을 제한할 수 있다(형사소송규칙 제96조의21 제2항). 결국, 여기서 구속영장청구서 (***)만큼은 검사가 열람제한의 의견을 제출할 수도 없고, 열람 제한의 대상이 될 수 없으므로, 판사도 열람을 제한할 수도 없다.

33. 접견교통권에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 변호인과의 접견교통권은 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분으로는 제한할 수 없고 법원의 결정으로만 이를 제한할 수 있다.
- ② 수사기관이 甲을 구속영장에 구금할 수 있는 장소로 기재되어 있는 장소가 아닌 다른 장소에 계속해서 구금하고 있었다면, 甲에 대한 이러한 사실상의 구금장소의 임의적 변경은 접견교통권의 행사에 중대한 장애를 초래하는 것은 아니므로 위법하다고 할 수는 없다.
- ③ 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여는 변호인과의 접견교통권의 인정이 당연한 전제가 되므로, 임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게는 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정되지만, 임의동행의 형식으로 연행된 피내사자의 경우에는 인정되지 아니한다.
- ④ 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견교통권은 신체구속제도 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하는 것이 원칙이다.

→ 정답 ④ (○) [1] 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견교통권은 신체구속제도 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하므로, 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 구체적인 시간적·장소적 상황에 비추어 현실적으로 보장할 수 있는 한계를 벗어나 피고인 또는 피의자를 접견하려고 하는 것은 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니하여 허용될 수 없다. 다만 접견교통권이 그와 같은 한계를 일탈한 것이어서 허용될 수 없다고 판단할 때에는 신체구속을 당한 사람의 헌법상 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되는 일이 없도록 신중을 기하여야 한다.

[2] 한편 피고인의 변호인 접견교통권 행사가 한계를 일탈한 규율위반행위에 해당하더라도 그 행위가 위계공무집행방해죄의 '위계'에 해당하려면 행위자가 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 그 오인, 착각, 부지를 이용함으로써 상대방이 이에 따라 그릇된 행위나 처분을 하여야만 한다. 만약 그러한 행위가 구체적인 직무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지는 이르지 않은 경우에는 위계에 의한 공무집행방해죄로 처벌할 수 없다.

[3] 미결수용자의 변호인이 교도관에게 변호인 접견을 신청하는 경우 미결수용자의 형사사건에 관하여 변호인이 구체적으로 어떠한 변호 활동을 하는지, 실제 변호를 할 의사가 있는지 여부 등은 교도관의 심사대상이 되지 않는다.

[4] 이 사건 접견변호사들이 미결수용자의 개인적인 업무나 심부름을 위해 접견신청행위를 하였다는 이유만으로 교도관들에 대한 위계에 해당한다거나 그로 인해 교도관의 직무집행이 구체적이고 현실적으로 방해되었다고 볼 수 없다.

[5] 피고인이 모두 6명의 집사변호사를 고용하여 총51회에 걸쳐 변호인접견을 가장하여 개인적인 업무와 심부름을 하게 하고 소송서류 외의 문서를 수수함으로써, 위계로써 서울구치소의 변호인 접견업무 담당 교도관의 변호인 접견관리 등에 관한 정당한 직무집행을 방해하였다하여 위계에 의한 공무집행방해죄로 기소된 사안에서, 피고인이 이 사건 접견변호사들에게 지시한 접견이 변호인에 의한 변호 활동이라는 외관만을 갖추었을 뿐 실질적으로는 형사사건의 방어권 행사가 아닌 다른 주된 목적이나 의도를 위한 행위로서 접견교통권 행사의 한계를 일탈한 경우에 해당할 수는 있겠지만, 그 행위가 '위계'에 해당한다거나 그로 인해 교도관의 구체적이고 현실적인 직무집행이 방해되었다고 보기 어렵다 (대법원2022. 6. 30. 선고2021도244판결). 결국, 피고인은 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다.

① (X) 형사소송법 제34조는 변호인 또는 변호인이 되려는 자에게 구속을 당한 피고인 또는 피의자에 대하여까지 접견교통권을 보장하는 취지의 규정으므로 위 접견교통권을 위와 달리 해석할 법령상의 근거가 될 수 없다. 이와 같은 접견교통권(변호인의 접견교통권)은 피고인 또는 피의자나 피내사자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다(대법원1996. 6. 3.자96모18결정).

② (X) 구속영장에는 청구인을 구금할 수 있는 장소로 특정 경찰서 유치장으로 기재되어 있었는데, 청구인에 대하여 위 구속영장에 의하여 1995. 11. 30. 07:50경 위 경찰서 유치장에 구속이 집행되었다가 같은 날 08:00에 그 신병이 조사차 국가안전기획부 직원에게 인도된 후 위 경찰서 유치장에 인도된 바 없이 계속하여 국가안전기획부 청사에 사실상 구금되어 있다면, 청구인에 대한 이러한 사실상의 구금장소의 임의적 변경은 청구인의 방어권이나 접견교통권의 행사에 중대한 장애를 초래하는 것이므로 위법하다(대법원 1996. 5. 15.자 95모94 결정).

③ (X) 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여는 변호인과의 접견교통권의 인정이 당연한 전제가 되므로, 임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정된다고 보아야 하고, 임의동행의 형식으로 연행된 피내사자(피협의자)의 경우에도 이는 마찬가지이다(대법원1996. 6. 3.자96모18결정).

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

사법경찰관 P는 마약을 판매한 혐의로 甲을 긴급체포한 후, 甲의 휴대전화를 체포현장에서 외부로 반출하는 방식으로 압수·수색하였다. 긴급체포 이후 甲에 대한 피의자신문을 할 때 진술거부권을 고지하지 않았으나, 甲이 자발적으로 범행의 전모를 자백하는 내용의 진술을 하자 그 내용으로 피의자신문조서를 작성한 후 이를 토대로 압수·수색영장을 발부 받아 마약을 압수하였다. P는 반출한 甲의 휴대전화를 탐색하는 과정에서 성범죄 동영상을 발견하고, 마약을 광고한 SNS 메시지와 함께 압수하였다. 이후 甲은 마약류관리법 위반죄와 성폭력처벌법 위반죄로 기소되었고, SNS 메시지와 성범죄 동영상이 증거로 제출되었다.

① P는 甲을 긴급체포한 때로부터 48시간 이내에 휴대전화에 대하여 압수·수색 영장을 청구하여야 하며, 압수·수색영장을 발부받지 못하였다면 SNS 메시지는 증거능력이 인정될 수 없다.

② 甲에 대한 피의자신문조서는 甲의 진술에 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 인정되지 않는다.

③ P가 甲으로부터 압수한 후 법원에 증거로 제출된 마약은 특별한 사정이 없는 한 위법수집증거에 해당한다.

④ 甲의 마약류관리법 위반 사건과 성범죄 동영상이 구체적·개별적 연관 관계가 없다 하더라도 휴대전화에서 신속히 압수·수색하여 촬영물의 유통가능성을 적시에 차단해 피해자를 보호할 필요성이 크다는 점에서는 해당 동영상은 위법수집증거에 해당하지 않는다.

→ 정답 ④ (X) [1] 가. 헌법 제12조의 영장주의와 형사소송법 제199조 제1항 단서의 강제처분 법정주의는 수사기관의 증거수집뿐만 아니라 강제처분을 통하여 획득한 증거의 사용까지 아우르는 형사절차의 기본원칙이다.

나. 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] 가. 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.

나. 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.

다. 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·수색영장에 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.

라. 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(대법원 2023. 6. 1. 선고 2018도18866 판결).

① (○) [1] 검사 또는 사법경찰관은 제216조 제1항 제2호(체포현장에서 영장없이 압수한 경우)에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다(제217조 제2항). 검사 또는 사법경찰관은 제2항에 따라 청구한 압수수색영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건을 즉시 반환하여야 한다(동조 제3항).

[2] 가. 사법경찰관은 형사소송법 제200조의3(긴급체포)의 규정에 의하여 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수·수색을 할 수 있고, 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 하며, 청구한 압수수색영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건을 즉시 반환하여야 한다고 규정하고 있는바, 형사소송법 제217조 제2항, 제3항에 위반하여 압수수색영장을 청구하여 이를 발부받지 아니하고도 즉시 반환하지 아니한 압수물은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결). 결국, P가 반출한 甲의 휴대전화를 탐색하는 과정에서 마약을 광고한 SNS 메시지와 압수한 경우, 사후에 압수·수색영장을 발부받지 못하였다면 SNS 메시지는 증거능력이 인정될 수 없다.

② (○) [1] 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사 과정에서 작

성된 것이라면, 그것이 '진술조서, 진술서, 자술서'라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없다. 형사소송법이 보장하는 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터 잡은 것이므로, 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.

[2] 검사가 국가보안법 위반죄로 구속영장을 발부받아 피의자신문을 한 다음, 구속 기소한 후 다시 피의자를 소환하여 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관한 신문을 하면서 피의자신문조서가 아닌 일반적인 진술조서의 형식으로 조서를 작성한 사안에서, 진술조서의 내용이 피의자신문조서와 실질적으로 같고, 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 미리 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않았다면 위법수집 증거에 해당하므로, 유죄인정의 증거로 사용할 수 없다.(대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213판결)

③ (○) 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. 수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거(1차 증거)는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결). 결국, P가 甲에 대한 피의자신문을 할 때 진술거부권을 고지하지 않고 얻은 자백(1차 증거)은 위법수집증거로서 증거능력이 인정되지 아니함은 물론이고 그 자백을 기초로 압수한 마약(2차 증거)도 위법수집증거에 해당하므로 유죄인정의 증거로 삼을 수 없다.

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

① 개별적으로 소수의 사람에게 모욕적인 발언을 하였더라도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 해당 내용을 전파할 가능성이 객관적으로 인정되는 경우에는 공연성을 인정할 수 있지만, 특정한 소수에게만 발언하였다는 점은 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 그와 같은 사정에서의 전파가능성에 관해서는 검사의 엄격한 증명이 필요적이다.

② 목적과 용도를 정하여 위탁한 금전은 정해진 목적, 용도에 사용할 때까지는 이에 대한 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것으로서 수탁자가 임의로 소비하면 횡령죄를 구성할 수 있으나, 피해자가 목적과 용도를 정하여 금전을 위탁한 사실 및 그 목적과 용도가 무엇인지는 엄격한 증명의 대상이 된다.

③ 「물가안정에 관한 법률」 제7조는 “사업자로 하여금 ‘폭리를 목적’으로 물품을 매점하거나 판매를 기피하는 행위로서 기획재정부장관이 물가의 안정을 해칠 우려가 있다고 인정하여 매점매석행위로 지정한 행위를 하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있고, 여기에서 말하는 ‘폭리의 목적’은 고의와는 별도로 요구되는 초과주관적 위법요소로서 엄격한 증명의 대상이 아니다.

④ 반의사불벌죄에서 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌 희망 의사표시 철회의 유무나 그 효력 여부에 관한 사실은 엄격한 증명의 대상이 아니라 증거능력이 없는 증거나 법률이 규정한 증거조사방법을 거치지 아니한 증거에 의한 증명, 이른바 자유로운 증명의 대상이다.

→ 정답 ③ (X) [1] 물가안정에 관한 법률(이하 ‘물가안정법’이라 한다) 제7조는 사업자로 하여금 폭리를 목적으로 물품을 매점하거나 판매를 기피하는 행위로서 기획재정부장관이 물가의 안정을 해칠 우려가 있다고 인정하여 매점매석행위로 지정한 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하면서 이를 위법한 행위에 대해 물가안정법 제26조에 따라 처벌한다.

[2] 검사 또는 사법경찰관은 위 제2항에 따라 피의자에게 영장을 제시하거나 영장의 사본을 교부할 때에는 사건관계인의 개인정보가 피의자의 방어권 보장을 위해 필요한 정도를 넘어 불필요하게 노출되지 않도록 유의해야 한다(수사준칙 제38조 제3항). 결국, P는 압수·수색영장 사본을 A에게 교부해야 할 것이 아니라 피의자인 甲에게 압수·수색영장 사본을 교부해야 한다.

[3] 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 하고, 처분을 받는 자가 피고인(피의자)인 경우에는 그 사본을 교부하여야 한다. 다만, 처분을 받는 자가 현장에 없는 등 영장의 제시나 그 사본의 교부가 현실적으로 불가능한 경우 또는 처분을 받는 자가 영장의 제시나 사본의 교부를 거부한 때에는 예외로 한다(제118조). 제118조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 압수, 수색 또는 검증에 준용한다(제219조).

㉠ (X) 수사기관이 준항고인을 피의자로 하여 발부받은 압수·수색영장에 기하여 인터넷서비스업체인 갑(카카오) 주식회사를 상대로 갑 회사의 본사 서버에 저장되어 있는 준항고인(피의자)의 전자정보인 카카오톡 대화내용 등에 대하여 압수·수색을 실시하였는데, 준항고인은 수사기관이 압수·수색 과정에서 참여권을 보장하지 않는 등의 위법이 있다는 이유로 압수·수색의 취소를 청구한 사안에서, 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때 처분의 상대방인 갑 회사에 영장을 팩스로 송부하였을 뿐 영장 원본을 제시하지 않은 점, 갑 회사는 서버에서 일정 기간의 준항고인(피의자)의 카카오톡 대화내용을 모두 추출한 다음 그중에서 압수·수색영장의 범죄사실과 관련된 정보만을 분리하여 추출할 수 없어 그 기간의 모든 대화내용을 수사기관에 이메일로 전달하였는데, 여기에는 준항고인이 자신의 부모, 친구 등과 나눈 일상적 대화 등 혐의사실과 관련 없는 내용이 포함되어 있는 점, 수사기관은 압수·수색 과정에서 준항고인에게 미리 집행의 일시와 장소를 통지하지 않았고, 갑 회사로부터 준항고인의 카카오톡 대화내용을 취득한 뒤 전자정보를 탐색·출력하는 과정에서도 준항고인(피의자)에게 참여 기회를 부여하지 않았으며, 혐의사실과 관련된 부분을 선별하지 않고 그 일체를 출력하여 증거물로 압수하였고, 압수·수색영장 집행 이후 갑 회사와 준항고인에게 압수한 전자정보 목록을 교부하지 않은 점 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 원심이 갑 회사의 본사 서버에 보관된 준항고인의 카카오톡 대화내용에 대한 압수·수색영장의 집행에 의하여 전자정보를 취득하는 것이 참여권자에게 통지하지 않을 수 있는 형사소송법 제122조 단서의 ‘급속을 요하는 때’에 해당하지 않는다고 판단한 것은 잘못이나, 그 과정에서 압수·수색영장의 원본을 제시하지 않은 위법, 수사기관이 갑 회사로부터 압수한 전자정보에서 범죄 혐의사실과 관련된 부분의 선별 없이 그 일체를 출력하여 증거물로 압수한 위법, 그 과정에서 서비스이용자로서 실질적 피압수자이자 피의자인 준항고인(피의자)에게 참여권을 보장하지 않은 위법과 압수한 전자정보 목록을 교부하지 않은 위법을 종합하면, 압수·수색에서 나타난 위법이 압수·수색절차 전체를 위법하게 할 정도로 중대하므로 압수·수색은 취소되어야 한다(대법원 2022. 5. 31.자 2016모587 결정). 결국, P가 사기 관련 전자정보를 선별하는 과정에서 피의자인 甲에게 참여권을 보장하지 않았다면 그 압수는 위법하다.

㉡ (X) [1] 수사기관이 압수·수색영장에 기재된 범죄 혐의사실과의 관련성에 대한 구분 없이 임의로 전체의 전자정보를 복제·출력하여 이를 보관하여 두고, 그와 같이 선별되지 않은 전자정보에 대해 구체적인 개별 파일 명세를 특정하여 상세목록을 작성하지 않고 ‘...zip’과 같이 그 내용을 파악할 수 없도록 되어 있는 포괄적인 압축파일만을 기재한 후 이를 전자정보 상세목록이라고 하면서 피압수자 등에게 교부함으로써 범죄 혐의사실과 관련성 없는 정보에 대한 삭제·폐기·반환 등의 조치도 취하지 아니하였다면, 이는 결국 수사기관이 압수·수색영장에 기재된 범죄 혐의사실과 관련된 정보 외에 범죄 혐의사실과 관련이 없어 압수의 대상이 아닌 정보까지 영장 없이 취득하는 것일 뿐만 아니라, 범죄혐의와 관련 있는 압수 정보에 대한 상세목록 작성·교부의무와 범죄혐의와 관련 없는 정보에 대한 삭제·폐기·반환의무를 사실상 형해화하는 결과가 되는 것이어서 영장주의와 적법절차의 원칙을 중대하게 위반한 것으로 봄이 타당하다(만약 수사기관이 혐의사실과 관련 있는 정보만을 선별하였으나 기술적인 문제로 정보 전체를 1개의 파일 등으로 복제하여 저장할 수밖에 없다고 하더라도 적어도 압수목록이나 전자정보 상세목록에 압수의 대상이 되는 전자정보 부분을 구체적으로 특정하고, 위와 같이 파일 전체를 보관할 수밖에 없는 사정을 부기하는 등의 방법을 취할 수 있을 것으로 보인다).

[2] 따라서 이와 같은 경우에는 영장 기재 범죄 혐의사실과의 관련성 유무와 상관없이 수사기관이 임

의로 전자정보를 복제·출력하여 취득한 정보 전체에 대해 그 압수는 위법한 것으로 취소되어야 한다고 봄이 타당하고, 사후에 법원으로부터 그와 같이 수사기관이 취득하여 보관하고 있는 전자정보 자체에 대해 다시 압수·수색영장이 발부되었다고 하여 달리 볼 수 없다(대법원 2022. 1. 14.자 2021도 1586 결정). 결국, 수사기관은 피의자에게 압수처분에 대한 신속한 구제절차인 준항고로 다룰 수 있도록 구체적인 개별 파일 명세를 특정하여 상세목록을 작성·교부하여야 한다.

㉞ (○) 압수물인 컴퓨터용 디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 ‘정보저장매체’라고만 한다)에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물(이하 ‘출력 문건’이라 한다)을 증거로 사용하기 위해서는 정보저장매체 원본에 저장된 내용과 출력 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 정보저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 사정, 즉 무결성이 담보되어야 한다(대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결).

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

① 수사기관이 헌법과 「형사소송법」이 정한 절차에 따르지 아니한 1차적 증거 수집과 이를 기초로 한 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석이나 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 2차적 증거도 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

② 위법한 강제연행 상태에서 호흡측정의 방법에 의한 음주측정을 한 다음, 그 강제연행 상태에서부터 완전히 벗어났다고 볼 수 없는 상황에서 피의자가 호흡측정 결과에 대한 탄핵을 하기 위하여 스스로 혈액채취 방법에 의한 측정을 할 것을 요구하여 혈액 채취가 이루어진 경우, 그러한 혈액채취에 의한 측정 결과는 피의자에 대한 불법체포와 증거수집 사이의 인과관계가 단절된 것으로 보아 유죄의 인정증거로 사용할 수 있다.

③ 피고인이 자신의 휴대전화 카메라를 이용하여 총 9회에 걸쳐 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 4명의 신체를 그들의 의사에 반하여 촬영하여 수사기관에 현행범으로 체포되면서 체포 당시 임의제출 형식으로 휴대전화가 압수된 경우, 휴대전화 제출에 관해 검사가 임의성의 의문점을 없애는 증명을 다하지 못하면 휴대전화 및 그에 저장된 전자정보는 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

④ 검찰관이 피고인을 뇌물수수 혐의로 기소한 후, 형사사법공조 절차를 거치지 아니한 채 과테말라공화국에 현지출장하여 그곳 호텔에서 뇌물공여자를 상대로 참고인 진술조서를 작성한 경우, 검찰관의 뇌물공여자에 대한 참고인조사가 증거수집을 위한 수사행위에 해당하고 조사의 방식이나 절차에 강제력이나 위력은 물론 어떠한 비자발적 요소도 개입될 여지가 없었음이 기록상 분명한 이상 해당 참고인 진술조서는 위법수집증거에 해당하지 않는다.

→ 정답 ② (X) [1] 위법한 강제연행 상태에서 호흡측정 방법에 의한 음주측정을 한 다음 강제연행 상태에서부터 시간적·장소적으로 단절되었다고 볼 수도 없고 피의자의 심적 상태 또한 강제연행 상태에서부터 완전히 벗어났다고 볼 수 없는 상황에서 피의자가 호흡측정 결과에 대한 탄핵을 하기 위하여 스스로 혈액채취 방법에 의한 측정을 할 것을 요구하여 혈액채취가 이루어졌다고 하더라도 그 사이에 위법한 체포 상태에 의한 영향이 완전하게 배제되고 피의자의 의사결정의 자유가 확실하게 보장되었다고 볼 만한 다른 사정이 개입되지 않은 이상 불법체포와 증거수집 사이의 인과관계가 단절된 것으로 볼 수는 없다. 따라서 그러한 혈액채취에 의한 측정 결과 역시 유죄 인정의 증거로 쓸 수 없다고 보아야 한다.

[2] 이는 수사기관이 위법한 체포 상태를 이용하여 증거를 수집하는 등의 행위를 효과적으로 억제하

기 위한 것이므로, 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여도 달리 볼 것은 아니다 (대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도2094 판결).

① (○) 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지로여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원2007. 11. 15. 선고2007도3061전원합의체 판결).

③ (○) [1] 임의제출물을 압수한 경우 압수물이 형사소송법 제218조에 따라 실제로 임의제출된 것인지에 관하여 다툼이 있을 때에는 임의제출의 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 증명할 것이 아니라 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 해야 한다.

[2] 피고인이 자신의 휴대전화 카메라를 이용하여 총 9회에 걸쳐 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 4명의 신체를 그들의 의사에 반하여 촬영하였다는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)의 공소사실과 관련하여, 수사기관이 피고인을 현행범으로 체포할 당시 임의제출 형식으로 압수한 휴대전화의 증거능력이 문제 된 사안에서, 피고인은 현행범 체포 당시 목격자로 부터 휴대전화를 빼앗겨 위촉된 심리 상태였고, 목격자 및 경찰관으로부터 휴대전화를 되찾기 위해 달려들기도 하였으며, 경찰서로 연행되어 변호인의 조력을 받지 못한 상태에서 피의자로 조사받으면서 일부 범행에 대하여 부인하고 있던 상황이었으므로, 피고인이 자발적으로 휴대전화를 수사기관에 제출하였는지를 엄격히 심사해야 하는 점, 수사기관이 임의제출자인 피고인에게 임의제출의 의미, 절차와 임의제출할 경우 피압수물을 임의로 돌려받지는 못한다는 사정 등을 고지하였음을 인정할 자료가 없는 점, 피고인은 당시 “경찰관으로부터 ‘휴대전화를 반환할 수 있다.’는 말을 들었다.”라고 진술하는 등 휴대전화를 임의제출할 경우 나중에 번의하더라도 되돌려받지 못한다는 사정을 인식하고 있었다고 단정하기 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 휴대전화 제출에 관하여 검사가 임의성의 의문점을 없애는 증명을 다하지 못하였으므로 휴대전화 및 그에 저장된 전자정보는 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없으므로, 공소사실에 대하여 범죄의 증명이 없다고 보아 무죄를 선고한 원심의 결론이 옳다(2024. 3. 12. 선고 2020도9431 판결).

④ (○) [1] 검찰관이 피고인을 뇌물수수 혐의로 기소한 후, 형사사법공조절차를 거치지 아니한 채 과테말라공화국에 현지출장하여 그곳 호텔에서 뇌물공여자 갑을 상대로 참고인 진술조서를 작성한 경우, 검찰관의 갑에 대한 참고인조사가 증거수집을 위한 수사행위에 해당하고 그 조사 장소가 우리나라가 아닌 과테말라공화국의 영역에 속하기는 하나, 조사의 상대방이 우리나라 국민이고 그가 조사에 스스로 응함으로써 조사의 방식이나 절차에 강제력이나 위력은 물론 어떠한 비자발적 요소도 개입될 여지가 없었음이 기록상 분명한 이상, 이는 서로 상대방 국민의 여행과 거주를 허용하는 우호국 사이에서 당연히 용인되는 우호국 국가기관과 그 국민 사이의 자유로운 의사연락의 한 형태에 지나지 않으므로 어떠한 영토주권 침해의 문제가 생겨날 수 없고, 더욱이 이는 우리나라와 과테말라공화국 사이의 국제법적 문제로서 피고인은 그 일방인 과테말라공화국과 국제법상 관할의 원인이 될 만한 아무런 연관성도 갖지 아니하므로, 피고인에 대한 국내 형사소송절차에서 위와 같은 사유로 인하여 위법수집증거배제법칙이 적용된다고 볼 수 없다.

[2] 검찰관이 피고인을 뇌물수수 혐의로 기소한 후, 형사사법공조절차를 거치지 아니한 채 과테말라공화국에 현지출장하여 그곳 호텔에서 뇌물공여자 갑을 상대로 참고인 진술조서를 작성한 사안에서, 갑이 자유스러운 분위기에서 임의수사 형태로 조사에 응하였고 조서에 직접 서명·무인하였다는 사정만으로 특신상태를 인정하기에 부족할 뿐만 아니라, 검찰관이 군사법원의 증거조사절차 외에서, 그것도 형사사법공조절차나 과테말라공화국 주재 우리나라 영사를 통한 조사 등의 방법을 택하지 않고 직접 현지에서 가서 조사를 실시한 것은 수사의 정형적 형태를 벗어난 것이라고 볼 수 있는 점 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 진술이 특별히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어졌다는 점에 관한 증명이 있다고 보기 어려워 갑의 진술조서는 증거능력이 인정되지 아니하므로, 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다 (대판2011.7.14. 2011도3809). 결국, 군검찰관이 해병대 장교로서 군부대 시설공사를 담당하는 피고인이 직무와 관련하여 건설업자 갑에게서 뇌물을 수수하였다고 하여 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)으로 기소된 사안에서, 갑의 진술조서는 위법수집증거에는 해당하지 아니하나, 특신상태

의 증거가 없으므로 증거능력이 없다(무죄).

38. 전문법칙의 예외에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 살인사건 목격자 A에 대한 참고인 진술조서가 증거로 제출된 경우 증인으로 출석한 A가 진술조서에 대해 적법한 절차에 따라 작성된 사실을 인정하면서도 실질적 진정성립을 부인한다면 A에 대한 반대신문의 기회보장과 특신상태가 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

② 피고인 甲의 자백이 기재된 공판조서가 甲의 피고사건과는 별개인 乙의 피고사건에서 피고인 乙의 범행을 입증할 증거로 사용될 경우 전문증거라 하더라도 「형사소송법」 제315조 제3호에 정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’로서 당연히 증거능력이 인정된다.

③ 사법경찰관이 작성한 피고인 甲의 범행현장의 검증조서에 살인 범행에 부합하는 甲의 자백진술과 범행을 재연하는 사진이 첨부되어 있는 경우 甲이 공판정에서 검증조서에 기재된 자백과 범행을 재연하는 부분에 대하여 내용을 부인하는 경우에는 증거로 할 수 없다.

④ 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 범죄사실의 인정 여부와는 관계없이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서는 사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서로서 전문증거라 하더라도 당연히 증거능력이 인정된다.

→ 정답 ① (X) [1] 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서(참고인진술조서)는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서/ 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고(실질적 성립의 진정 증명), 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때(반대신문권 보장)에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명(특신상태 증명)된 때에 한한다(적+실+반+특(4가지 요건): 제312조 제4항).

[2] [1]에서 설명한 바와 같이 참고인진술조서는 4가지의 요건을 다 갖추어야 하므로, 살인사건 목격자 A에 대한 참고인 진술조서가 증거로 제출된 경우 증인으로 출석한 A가 진술조서에 대해 적법한 절차에 따라 작성된 사실을 인정하면서도 실질적 진정성립을 부인한다면(영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의해서라도 실질적 진정성립이 증명되어야 함) A에 대한 반대신문의 기회보장과 특신상태가 증명되어도 그 참고인진술조서는 증거로 할 수 없다.

② (○) 다른 피고인에 대한 형사사건의 공판조서는 형사소송법 제315조 제3호에 정한 서류로서 당연히 증거능력이 있는 바, 공판조서 중 일부인 증인신문조서 역시 형사소송법 제315조 제3호에 정한 서류로서 당연히 증거능력이 있다고 보아야 할 것이다(대판2005.4.28. 2004도4428).

③ (○) 사법경찰관이 작성한 검증조서에 피의자이던 피고인이 검사 이외의 수사기관 앞에서 자백한 범행내용을 현장에 따라 진술·재연한 내용이 기재되고 그 재연 과정을 촬영한 사진이 첨부되어 있다면, 그러한 기재나 사진은 피고인이 공판정에서 그 진술내용 및 범행재연의 상황을 모두 부인하는 이상 증거능력이 없다(대판2006.1.13. 2003도6548).

④ (○) 상업장부, 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 범죄사실의 인정 여부와 상관없이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서는 사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서로서 형사소송법 제315조 제2호에 따라 당연히 증거능

력이 인정된다. 이러한 문서는 업무의 기계적 반복성으로 말미암아 허위로 작성될 여지가 적고, 또 문서의 성질에 비추어 **고도의 신용성이 인정되어** 반대신문의 필요가 없거나 작성자를 소환해도 서면제출 이상의 의미가 없기 때문에 **당연히 증거능력을 인정한 것이다**(대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도14303 전원합의체 판결).

39. 다음 사례에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

甲은 강도를 계획하고, 친구 A에게 전화해 “사냥용 엽총을 빌려줄 수 있느냐”고 물어 보았다. A는 甲의 부탁을 거절하면서 甲 몰래 통화 내용을 녹음하였다. 이후 甲은 강도를 실행에 옮겼고 甲의 범행 장면은 은행에 적법하게 설치된 CCTV에 녹화되었다. 사법경찰관 P는 A의 통화 녹음 파일과 범행 장면이 녹화된 CCTV 영상 부분을 적법하게 압수하였고, 이후 해당 전자정보는 甲의 강도죄 재판에 증거로 제출되었다.

- ① A가 甲 몰래 녹음한 통화 녹음 파일은 甲의 동의 없이 녹음하였으므로 증거로 사용할 수 없다.
- ② 녹음 파일에 저장된 “사냥용 엽총을 빌려줄 수 있느냐”라는 甲의 진술은 강도죄 피고사건의 정황증거로서 그와 같은 진술이 존재하는 것 자체가 증명의 대상이 되는 경우에는 전문증거가 아니다.
- ③ 甲의 강도 범행 장면이 녹화된 CCTV 영상은 행동적 진술을 담고 있으므로 전문증거에 해당하나, 「형사소송법」 제315조에 의해 당연히 증거능력이 있는 서류에 해당하여 증거능력이 인정된다.
- ④ CCTV 영상에 대해 甲이 그 성립의 진정 및 내용을 부인하는 경우에는 CCTV 관리자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

→ 정답 ② (○) [1] 피고인 또는 피고인 아닌 사람의 진술을 녹음한 녹음파일은 실질에 있어서 피고인 또는 피고인 아닌 사람이 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없어 **그 녹음파일**에 담긴 **진술 내용의 진실성**이 증명의 대상이 되는 때에는 **전문법칙이 적용된다**고 할 것이다.

[2] 그러나, 녹음파일에 담긴 진술 내용의 진실성이 아닌 그와 같은 **진술이 존재하는 것 자체**가 증명의 대상이 되는 경우에는 **전문법칙이 적용되지 아니한다**(전문증거가 아니다).

[3] 나아가 어떤 진술을 범죄사실에 대한 직접증거로 사용할 때에는 그 진술이 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 **진술을 하였다**는 것 자체 또는 그 진술의 **진실성과 관계없는** 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 때에는 **반드시 전문증거가 되는 것은 아니다**(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결). 결국, **녹음 파일에 저장된** “사냥용 엽총을 빌려줄 수 있느냐”라는 **甲의 진술**은 강도죄 피고사건의 정황증거로서 **그와 같은 진술이 존재하는 것 자체**(그러한 진술이 있었다는 사실 그 자체)가 **증명의 대상이 되는 경우에는 전문증거가 아니다(전문법칙이 적용되지 아니한다)**.

① (X) [1] 전기통신에 해당하는 전화통화 **당사자의 일방이** 상대방 모르게 통화내용을 녹음하는 것은 여기의 **감청에 해당하지 아니한다**.

[2] 따라서 **전화통화 당사자의 일방이 상대방 몰래 통화내용을 녹음하더라도**, 대화 당사자 일방이 상대방 모르게 그 대화내용을 녹음한 경우와 마찬가지로 **동법 제3조 제1항 위반이 되지 아니한다**(대판 2002.10.8. 2002도123). 결국, **A가 甲 몰래 녹음한 통화 녹음 파일은 증거로 사용할 수 있다**.

③④ (X) 각 **캠코더, 카메라 등 촬영장비로 피고인의 범행상황 및 그 전후상황을 촬영한 동영상 캡처 사진 및 현장사진**은 그 진술 내지 음성이 부분이 녹화되지 않은 **비진술증거**로서 **전문법칙이 적용되지 않고**, 촬영대상의 상황과 피촬영자의 동태가 그대로 녹화된 것으로서 **테이프나 영상파일의 내용에 인위적인 조작이 가해지지 않은 것이 전제된다면** 다른 위법 사유가 없는 한 **그 증거능력은 인정된다**고

할 것이다(서울고등법원2013. 2. 8.선고2012노805판결). 결국, **甲의 강도 범행 장면이 녹화된 CCTV 영상은 비진술증거로서 전문증거에 해당하지 아니하므로**, 전문증거의 예외적 조항인 제315조(당연히 증거능력있는 서류)에도 **해당하지 아니**하고 甲이 그 성립의 진정 및 내용을 부인하는 경우와는 상관 없이 **CCTV 영상이 인위적인 조작없이 그대로 녹화되었음이 증명된다면 증거능력이 인정된다.**

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

甲은 S주식회사 전산실에 몰래 침입하여 컴퓨터 하드디스크에 저장된 신제품 설계도면을 자신의 USB에 몰래 복사해서 가지고 나왔다. 이후 甲은 신제품 설계도면을 乙에게 비트코인(Bitcoin)을 받고 팔았다. 며칠 후 甲은 친구 A를 만나 “내가 설계도면을 훔쳐 乙에게 팔아서 비트코인을 많이 보유하고 있다.”라고 말하였다. 사법경찰관 P는 위 사건을 수사하는 과정에서 甲의 휴대전화를 압수·수색하고, A를 참고인으로 조사하여 A가 甲으로부터 들은 위 진술 내용이 기재된 진술조서를 적법하게 작성하였다.

- ① 甲이 S주식회사에 침입하여 설계도면을 USB에 복사하여 가지고 나온 행위는 절도죄에 해당한다.
- ② 甲이 설계도면을 乙에게 팔아서 취득한 비트코인은 「형법」 제48조 제1항에서 정한 물수의 대상에 해당한다.
- ③ 압수·수색 영장의 압수할 물건에 정보처리장치 또는 정보저장매체에 저장되어 있는 전자정보만 기재되어 있는 경우에는 특별한 사정이 없으면 휴대전화에 저장된 전자정보는 압수할 수 없다.
- ④ 甲이 공판정에서 A에 대한 진술조서에 대해 부동의 하더라도 「형사소송법」 제312조 제6항의 규정에 따른 참고인 진술조서의 증거능력 요건을 갖춘 때에는 증거로 할 수 있다.

→ 정답 ③ (○) [1] 헌법과 형사소송법이 구현하고자 하는 적법절차와 영장주의의 정신에 비추어 볼 때, 법관이 압수·수색영장을 발부하면서 ‘압수할 물건’을 특정하기 위하여 기재한 문언은 엄격하게 해석해야 하고, 함부로 피압수자 등에게 불리한 내용으로 확장해석 또는 유추해석을 하는 것은 허용될 수 없다.

[2] **휴대전화**는 정보처리장치나 정보저장매체의 특성을 가지고 있기는 하나, **기본적으로 통신매체의 특성을 가지고 있어** 컴퓨터, 노트북 등 **정보처리장치나** USB, 외장하드 등 **정보저장매체와는 명확히 구별되는 특성을 가지고 있다.** 휴대전화, 특히 **스마트폰**에는 전화·문자메시지·SNS 등 통신, 개인 일정, 인터넷 검색기록, 전화번호, 위치정보 등 **통신의 비밀이나 사생활에 관한 방대하고 광범위한 정보가 집적되어 있다.** 이와 같이 **휴대전화에 저장된 전자정보는 컴퓨터나 USB 등에 저장된 전자정보와는 그 분량이나 내용, 성격 면에서 현저한 차이가 있으므로,** 휴대전화에 대한 압수·수색으로 얻을 수 있는 전자정보의 범위와 그로 인한 **기본권 침해의 정도도 크게 다르다.**

[3] 따라서 압수·수색영장에 기재된 ‘**압수할 물건**’에 **휴대전화에 저장된 전자정보가 포함되어 있지 않다면,** 특별한 사정이 없는 한 **그 영장으로 휴대전화에 저장된 전자정보를 압수할 수는 없다**(대법원 2024. 9. 25. 자 2024모2020 결정).

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

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

[3] 컴퓨터에 저장되어 있는 위 시스템을 종이에 출력하여 생성된 '설계도면'을 절취한 것으로 본다면, 이 사건 공소사실 자체에 의하더라도 피고인이 위 시스템의 설계도면을 빼내가기 위하여 위 컴퓨터에 내장되어 있던 위 설계도면을 A2용지에 2장을 출력하여 가지고 나왔다는 것이어서, 이와 같이 피고인에 의하여 출력된 위 설계도면은 피해 회사의 업무를 위하여 생성되어 피해 회사에 의하여 보관되고 있던 문서가 아니라, 피고인이 가지고 갈 목적으로 피해 회사의 업무와 관계없이 새로이 생성시킨 문서라 할 것이므로, 이는 피해 회사 소유의 문서라고 볼 수는 없다 할 것이어서, 이를 가지고 간 행위는 피해 회사 소유의 설계도면을 절취한 것으로 볼 수는 없다 할 것이다(검사의 이 사건 공소사실은 피고인이 위 설계도면을 가지고 가 이를 절취한 사실을 문제삼는 것이 명백하다 할 것이고, 위 설계도면을 생성시키는 데 사용된 용지 자체를 절취하였다고 기소한 것으로는 보이지 않는다)(대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도745판결). 결국, 갑은 절도죄가 성립하지 않는다.

② (X) [1] 피고인이 음란물유포 인터넷사이트를 운영하면서 '정보통신망법' 위반(음란물유포)죄와 '형법'상 도박개장방조죄에 의하여 비트코인(Bitcoin)을 취득한 경우, 피고인의 정보통신망법 위반(음란물유포)죄와 형법상 도박개장방조죄는 범죄수익은닉규제법에 정한 중대범죄에 해당한다.

[2] 비트코인은 경제적 가치를 디지털로 표상하여 전자적으로 이전, 저장 및 거래가 가능하도록 한, 이른바 '가상화폐'의 일종인 점, 피고인은 위 음란사이트를 운영하면서 사진과 영상을 이용하는 이용자 및 음란사이트에 광고를 원하는 광고주들로부터 비트코인을 대가로 지급받아 재산적 가치가 있는 것으로 취급한 점에 비추어 비트코인은 재산적 가치가 있는 무형의 재산이라고 보아야 하고, 물수의 대상인 비트코인이 특정되어 있으므로, 피고인이 취득한 비트코인을 몰수할 수 있다(대법원 2018. 5. 30. 선고 2018도3619 판결). 결국, 비트코인(무형의 재산)은 형법에 의하여 몰수할 수는 없으나, 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다)에 의하여 몰수할 수 있다.

④ (X) [1] 사례의 경우, P가 甲을 수사하는 과정에서 A를 참고인으로 조사하여 A가 甲으로부터 들은 위 진술 내용이 기재된 진술조서는 피고인(甲)의 진술을 내용으로 하는 전문진술을 기재한 조서에 해당한다.

[2] 전문진술(제316조 제1항)이 기재된 조서(제312조 또는 제314조)는 형사소송법 제312조 또는 제314조에 따라 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론 형사소송법 제316조 제1항에 따른 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다(대법원 2017. 7. 18. 선고 2015도12981, 2015전도 218판결). 결국, 이 사례의 경우 甲이 공판정에서 A에 대한 진술조서에 대해 부동의 하였다면, 피고인의 진술을 내용하는 전문진술(제316조 제1항)이 기재된 사법경찰관이 작성한 참고인진술조서(제312조 제4항)로서 형사소송법 제312조 제4항(적+실+반+특; A의 요건)의 요건과 제316조 제1항(특; 갑의 요건)의 두 요건을 모두 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있게 된다.