

## 2025년 1차 경찰채용 형사법 정답과 해설

### - 월비스 경찰학원 형사법 임종희 제공 -

#### 1. 죄형법정주의에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대법원 양형위원회가 설정한 '양형기준'이 발효하기 전에 공소가 제기된 범죄에 대하여 위 '양형기준'을 참고하여 형을 양정하더라도 피고인에게 불리한 법률을 소급하여 적용한 것으로 볼 수는 없다.
- ② 형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하므로, 형벌법규의 해석에 있어서 가능한 문언의 의미 내에서 당해 규정의 입법 취지와 목적 등을 고려한 법률체계적 연관성에 따라 그 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적·논리적 해석방법은 유추해석에 해당하여 허용되지 않는다.
- ③ 소추조건에 관한 규정을 유추적용하여 행위자의 가벌성의 범위가 확대되었다고 하더라도, 이는 범죄의 성립요건에 관한 내용이 아니므로 유추해석금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.
- ④ 죄가 되지 않던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우, 신설된 포괄일죄에 해당하는 행위가 그 법의 시행 이전과 이후에 걸쳐서 이루어졌다면 시행 이전의 행위에 대하여도 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 있다.

→ 정답 ① (○) [1] 법원조직법 제81조의2이하의 규정에 의하여 마련된 대법원 양형위원회의 양형기준은 법원이 합리적인 양형을 정하는 데 참고할 수 있는 구체적이고 객관적인 기준으로 마련된 것이다. 위 양형기준은 법적 구속력을 가지지 아니하고, 단지 위와 같은 취지로 마련되어 그 내용의 타당성에 의하여 일반적인 설득력을 가지는 것으로 예정되어 있으므로 법원의 양형에 있어서 그 준중이 요구되는 것일 뿐이다.

[2] 대법원 양형위원회가 설정한 '양형기준'이 발효하기 전에 공소가 제기된 범죄에 대하여 위 '양형기준'을 참고하여 형을 양정하더라도, 피고인에게 불리한 법률을 소급하여 적용한 위법이 있다고 할 수 없다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도11448 판결).

② (X) [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 (X) [1] 형벌법규의 해석에 있어서 법규정 문언의 가능한 의미를 벗어나는 경우에는 유추해석으로서 죄형법정주의에 위반하게 된다.

[2] 그리고 유추해석금지의 원칙은 모든 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용되는데, 위법성 및 책임의 조각사유나 소추조건, 또는 처벌조각사유인 형면제 사유에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용하게 되면 행위자의 가벌성의 범위는 확대되어 행위자에게 불리하게 되는데, 이는 가능한 문언의 의미를 넘어 범죄구성요건을 유추적용하는 것과 같은 결과가 초래되므로 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반하여 허용될 수 없다(대법원 1997. 3. 20. 선고 96도1167 전원합의체 판결).

④ (X) [1] 2021. 4. 20. 법률 제18083호로 제정된 스토킹처벌법은 '스토킹행위'를 정의한 후(제2조

제1호) ‘스토킹범죄’를 ‘지속적 또는 반복적으로 스톱킹행위를 하는 것’으로 정의하고 있고(동조 제2호), 스톱킹범죄를 처벌하는 규정을 신설하였으며(제18조 제1항), 그 부칙에서 공포 후 6개월이 경과한 날(2021. 10. 21.)부터 시행한다고 정하였다.

[2] 동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위를 단일하고 계속된 범의로 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 한다.

[3] 포괄일죄에 관한 기존 처벌법규에 대하여 그 표현이나 형량과 관련한 개정을 하는 경우가 아니라 애초에 죄가 되지 않던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우에는 신설된 포괄일죄의 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여는 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 없다.

[4] 피고인은 과거 피해자의 형부로부터 폭행당한 사실에 대한 항의를 표시하기 위하여 2018. 12.경부터 2021. 10. 30.경까지 일주일에 1회 가량 피해자 운영 미용실에 찾아가 내부를 관찰하거나 사진을 찍는 등의 방법으로 지속적 또는 반복적으로 스톱킹행위를 하였다는 범죄사실로 스톱킹범죄의 처벌 등에 관한 법률 위반죄로 기소된 사안이다.

[5] 이 부분 공소사실은 2018. 12.경부터 2021. 10. 30.경까지 단일하고 계속된 범의 아래 일주일에 1회 가량 지속적 또는 반복적으로 피해자 운영 미용실에 찾아가는 등의 스톱킹행위를 하였다는 것이어서 포괄일죄에 해당하나, 그 중 스톱킹처벌법 시행 전인 2018. 12.경부터 2021. 10. 20.까지의 행위는 신설된 법규인 스톱킹처벌법 위반죄로 처벌할 수 없다.

[6] 그렇다면 2021. 10. 21.부터 같은 달 30일경까지 사이에 일주일에 1회 가량 있었던 스톱킹행위만이 스톱킹처벌법의 처벌 대상이 될 수 있을 뿐이므로, 원심으로서도 과연 그와 같은 행위를 특정할 수 있는지, 특정이 가능한 경우 그 행위가 ‘지속적 또는 반복적으로 스톱킹행위를 하는’ 스톱킹범죄에 해당한다고 볼 수 있는지 여부를 심리하여 피고인의 죄책을 정하였어야 한다

[7] 따라서 스톱킹범죄의 처벌 등에 관한 법률 시행 후인 2021. 10. 21.부터 같은 달 30일경까지 사이에 일주일에 1회 가량 있었던 스톱킹행위만이 스톱킹범죄의 처벌 등에 관한 법률의 처벌 대상이 될 수 있는데, 스톱킹범죄의 처벌 등에 관한 법률 시행 전의 행위를 포함하고 있는 공소사실에 대하여 스톱킹범죄의 처벌 등에 관한 법률을 적용하여 유죄로 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다(대법원 2023. 5. 18. 선고 2023도3549 판결).

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

① 범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 않게 된 경우, 입법자가 법률의 변경 이후에도 종전 법률 위반행위에 대한 형사처벌을 유지한다는 내용의 경과규정을 따로 두더라도 「형법」 제1조 제2항이 적용된다.

② 우리나라 사람이 외국에서 도박을 한 경우, 「형법」 제3조는 형법의 적용 범위에 관한 속인주의를 규정하고 있으므로 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로 그 위법성이 조각된다고 할 수 없다.

③ 「형법」 제7조의 ‘외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람’에는 ‘외국 법원의 유죄판결에 의하여 벌금형의 전부 또는 일부가 실제로 집행된 사람’이 포함된다.

④ 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경되어 「형법」 제1조 제2항의 적용여부가 문제된 경우, 해당 형벌법규에 따른 범죄 성립의 요건과 구조, 형벌법규와 변경된 법령과의 관계, 법령 변경의 내용·경위·보호목적·입법 취지 등을 종합적으로 고려하여, 법령의 변경이 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련된 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 한다고 해석할 수 있을 때 「형법」 제1조 제2항을 적용할 수 있다.

→ 정답 ① (X) [1] 입법자가 법령의 변경 이후에도 종전 법령 위반행위에 대한 형사처벌을 유지한다

는 내용의 경과규정을 따로 두지 않는 한 그대로 형법 제1조 제2항이 적용되어야 한다(대법원 2022. 12. 22. 선고 2020도16420 전원합의체판결). 결국, 입법자가 종전 법령 위반행위에 대하여 신법에 구법을 그대로 적용한다는 경과규정을 따로 두고 있다면 형법 제1조 제2항(신법)이 적용되는 것이 아니라 제1조 제1항(구법)이 그대로 적용된다.

[2] 형법 제1조 제2항 및 제8조에 의하면 범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다고 규정하고 있으나 신법에 경과규정을 두어 이러한 신법의 적용을 배제하는 것도 허용되는 것으로서, 형을 종전보다 가볍게 형벌법규를 개정하면서 그 부칙으로 개정된 법의 시행 전의 범죄에 대하여 종전의 형벌법규를 적용하도록 규정(경과규정)한다 하여 헌법상의 형벌불소급의 원칙이나 신법우선주의에 반한다고 할 수 없다.

② (○) [1] 형법 제3조는 “본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.”라고 하여 형법의 적용 범위에 관한 속인주의를 규정하고 있고, 또한 국가 정책적 견지에서 도박죄의 보호법익보다 좀 더 높은 국가이익을 위하여 예외적으로 내국인의 출입을 허용하는 폐광지역 개발 지원에 관한 특별법 등에 따라 카지노에 출입하는 것은 법령에 의한 행위로 위법성이 조각된다고 할 것이나, 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로 그 위법성이 조각된다고 할 수 없다.

[2] 피고인이 상습으로 2015. 1. 24.경 필리핀 마닐라에 있는 ○○○호텔 내 갑과 을이 운영하는 점 캐방(카지노 불법 도박장)에서, 폐소화 단위로 통용되는 카지노 칩을 그 표시액 상당의 홍콩달러로 계산하는 일명 ‘홍콩달러게임’ 방식으로 상호 대금을 정산기로 합의하고, 그들로부터 제공받은 3,000만 홍콩달러 상당의 카지노 칩(한화 약 45억 원, 카지노 칩 표시는 3,000만 폐소)을 이용하여 바카라 도박을 하였다면, 상습도박죄가 성립한다(대법원 2017. 4. 13. 선고 2017도953 판결).

[3] 형법 제3조는 ‘본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.’고 하여 형법의 적용 범위에 관한 속인주의를 규정하고 있는바, 필리핀국에서 카지노의 외국인 출입이 허용되어 있다 하여도, 형법 제3조에 따라, 필리핀국에서 도박을 한 피고인에게 우리 나라 형법이 당연히 적용된다 (대판2001.9.25. 99도3337).

③ (○) 형법 제7조는 “죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람에 대해서는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람’이란 문언과 취지에 비추어 ‘외국 법원의 유죄판결에 의하여 자유형이나 벌금형 등 형의 전부 또는 일부가 실제로 집행된 사람’을 말한다(대법원2017. 8. 24. 선고2017도5977 전원합의체 판결).

④ (○) 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우 형법 제1조 제2항을 적용하려면, 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련된 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에 해당하는 경우에는 형법 제1조 제2항이 적용된다(대법원 2022. 12. 22. 선고 2020도16420 전원합의체판결).

### 3. 범인의 범죄능력과 양벌규정에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 「형법」 제8조 본문은 “본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다”고 규정하고 있으므로, 「형법」에 범인에 대한 별도의 처벌규정이 없는 한, 개별 법령의 양벌규정을 근거로 범인을 처벌할 수는 없다.

② 지방자치단체 소속 공무원이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하던 중 범죄를 저지르고 해당 범죄에 대하여 그 행위자를 벌하는 외에 범인을 처벌하는 양벌규정이 있는 경우, 지방자치단체는 양벌규정의 적용대상이 되는 범인에 해당한다.

③ 회사합병이 있는 경우 피합병회사의 권리·의무는 사법상의 관계나 공법상의 관계를 불문하고 모두 합병으로 인하여 존속하는 회사에 승계되는 것이 원칙이므로, 합병으로 인하여 소멸한 법인이 그 종업원 등의 위법행위에 대해 양벌규정에 따라 부담하던 형사책임은 합병

으로 인하여 존속하는 법인에 승계된다.

④ 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리할 의무의 주체가 법인이 되는 경우, 법인은 배임죄의 주체가 될 수 있다.

→ 정답 ② (○) [1] 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 그 사무를 처리하게 하는 기관위임사무의 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있는 것이다(양벌규정에 따른 처벌대상이 아니다).

[2] 그러나 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인이므로, 지방자치단체 소속 공무원(청소차량 운전사)이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하던 중(압축차량 청소차를 운전하여 고속도로를 운행하던 중) 도로법 제81조 내지 제85조의 규정에 의한 위반행위를 한 경우(과적 운행한 경우)에는 해당 지방자치단체는 도로법 제86조의 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당한다(대판2005.11.10. 2004도2657).

① (X) [1] 형법 제8조(총칙의 적용)에서는 「형법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다(형법 총칙 규정의 적용이 배제된다).」고 규정하고 있다.

[2] 각종 행정형법이나 경제형법에는 직접 위반행위를 한 자연인(행위자) 이외에 그 행위자를 선임하거나 고용한 법인도 처벌하는 양벌규정을 두고 있다(건축법, 도로법, 도로교통법, 청소년보호법, 관세법, 조세범처벌법, 약사법, 대외무역법, 마약류 관리에 관한 법률(마약법) 등).

[3] 기본범죄 유형을 규정하고 있는 형법전에는 양벌규정을 별도로 두고 있지 아니하므로, 양벌규정은 형법 제8조가 규정하고 있는 특별규정의 대표적인 예에 해당한다.

[4] 따라서 양벌규정은 형법총칙의 특별규정으로서 형법총칙규정의 적용이 배제되므로, 「형법」에 법인에 대한 별도의 처벌규정이 없어도, 개별 법령(각종 행정형법)의 양벌규정을 근거로 법인을 처벌할 수는 있다.

③ (X) 합병으로 인하여 소멸한 법인이 그 종업원 등의 위법행위에 대해 양벌규정에 따라 부담하던 형사책임은 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것으로서 합병으로 인하여 존속하는 법인에 승계되지 않는다(대법원2007. 8. 23. 선고2005도4471판결).

④ (X) [1] 형법 제355조 제2항의 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리할 의무의 주체가 법인이 되는 경우라도 법인은 다만 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없는 것이다.

[2] 따라서 그 타인의 사무는 법인을 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수 밖에 없어 그 대표기관은 마땅히 법인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무내용 대로 사무를 처리할 임무가 있다 할 것이므로 법인이 처리할 의무를 지는 타인의 사무에 관하여는 법인인 배임죄의 주체가 될 수 없고, 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 바로 타인의 사무를 처리하는 자 즉 배임죄의 주체가 된다(대법원 1984. 10. 10. 선고 82도2595 전원합의체 판결).

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

① 甲이 친구 A를 친구 B로 착각하고 B에 대한 살해의 고의로 A를 칼로 찔러 살해한 경우, 甲의 행위는 A에 대한 살인죄를 구성한다.

② 甲이 친구 A를 살해할 의사로 A의 음료에 독을 투입해 놓아 두었는데 이를 모르는 A의 딸 B가 이를 마시게 되어 사망한 경우, 甲의 행위는 B에 대한 살인죄를 구성한다.

③ 甲이 친구 A를 살해하려고 하였으나 자신의 아버지 B를 A로 착각하여 살해한 경우, 甲의 행위는 존속살해죄를 구성한다.

④ 甲은 친구 A를 살해할 의도로 A의 머리를 쇠파이프로 가격하여 정신을 잃게 하였는데, A가 죽은 것으로 오인한 甲이 증거를 인멸할 목적으로 A를 바다로 던졌고 이로 인해 A가

익사한 경우, 甲의 일련의 행위는 A에 대한 살인죄를 구성한다.

→ 정답 ③ (X) [1] 형법 제15조 제1항 「특별히 무거운 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위(아버지인 줄 인식하지 못한 행위)는/ 무거운 죄(존속살해죄)로 별하지 아니한다.」는 규정에 따라 갑은 B에 대한 존속살해죄가 아닌 보통살인죄가 성립한다.

[2] 대법원판결에 따르면 갑은 자신과의 사이가 나쁜 동네 사람 A를 살해할 의사로 캄캄한 밤에 흉기로 찔렀으나 실은 자신의 장모 B를 A로 오인하여 살해한 경우, 갑에 대하여 장모 B를 직계존속임을 인식하지 못하고 살해한 경우에 해당하므로, 형법 제15조 제1항에 의하여 보통살인죄가 성립한다고 보았다(대법원1960.10.31.선고 4290형상494).

① (○) 선지의 경우는 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오에 해당하고, 구체적 부합설·법정적 부합설(통설과 판례의 견해)·추상적 부합설 어느 학설이든 결론이 동일하며, 발생사실에 대한 고의기수를 인정한다. 즉, 甲의 행위는 A에 대한 살인죄를 구성한다.

② (○) [1] 피고인 甲이 친구 A를 살해할 의사로 농약 1포를 탄 승냥그릇을 식당에 두었는데 이를 모르는 A의 장녀인 B가 이를 마시게 되어 사망한 경우, 甲의 행위는 B에 대한 살인죄를 구성한다.

[2] 피고인 갑이 A의 장녀인 B를 살해할 의사는 없었다 하더라도 피고인은 사람을 살해할 의사로 행위를 하였고 그 행위에 의하여 살해라는 결과가 발생한 이상, 피고인의 행위와 살해라는 결과와의 사이에는 인과관계가 있다 할 것이므로, 甲의 행위는 B에 대한 살인죄가 성립한다(대판 1968.8.23. 68도884).

④ (○) [1] 피해자가 피고인의 살해의 의도로 행한 구타행위에 의하여 직접 사망한 것이 아니라 죄적을 인멸할 목적으로 행한 매장행위에 의하여 사망하게 되었다 하더라도 전 과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국 실현된 것으로서 피고인은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다(대판1988.6.28. 88도650). 결국, 판례에 의하면 甲의 행위는 A에 대한 살인죄를 구성한다.

[2] 그러나 선지와 관련하여 학설은 대립하고 있다. ㉠ 개괄적 고의설, 인과관계착오설(특수한 경우), 객관적 귀속설의 경우에는 살인죄의 기수가 성립한다. ㉡ 그리고 미수와 과실의 경합범설(미수범설)에 따를 때는 제1행위시와 제2행위시는 고의를 달리하는 별개 행위로서 각자 독자적으로 판단해야 하므로, 제1행위시에 대해서는 살인미수를 인정하고, 제2행위시에는 고의가 없으므로 과실치사의 실제적 경합을 인정한다. ㉢ 이외에도 계획실현설 등 학설도 있다.

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

㉠ 甲이 A의 얼굴을 주먹으로 수회 때리는 등 무차별적으로 폭행하여 상해를 가하자 A가 甲의 계속된 폭행을 피하려고 도로를 건너 도주하다가 차량에 치여 사망한 경우, 甲의 위 상해행위와 A의 사망 사이에는 상당인과관계가 인정되지 않는다.

㉡ 수련병원의 전문의 甲과 전공의 乙이 수직적 분업관계에 있는 경우, 乙에게 전적으로 위임된 것이 아닌 이상 甲은 자신이 주로 담당하는 환자에 대하여 乙이 하는 의료행위의 내용이 적절한 것인지 여부를 확인하고 감독하여야 할 업무상 주의의무가 있고, 만약 이와 같은 업무상 주의의무를 소홀히하여 환자에게 위해가 발생하였다면 甲은 그에 대한 과실책임을 면할 수 없다.

㉢ 의사 甲이 할로테인을 사용한 전신마취에 의하여 난소종양절제수술을 함에 앞서 혈청의 생화학적 반응에 의한 간기능검사로 환자의 간 상태를 정확히 파악하지 아니한 채 개복수술을 시행하여 환자 A가 급성전격성간염으로 인하여 사망한 경우, 혈청에 의한 간기능검사를 시행하지 않은 甲의 과실과 A의 사망 간에 인과관계가 있다고 하려면 甲이 수술 전에 A에 대한 간기능검사를 하였더라면 A가 사망하지 않았을 것이임이 입증되

어야 한다.

㉔ 골프경기의 경기보조원은 그 업무의 내용상 골프채의 운반·이동·취급 및 경기에 관한 조언 등으로 골프경기참가자를 돕는 역할을 수행하는 데 그치는 것이지, 경기 진행도중 경기참가자의 행동으로 다른 사람에게 상해의 결과가 발생할 위험성을 고려하여 사고의 위험을 미연에 방지해야할 업무상 주의의무까지 부담하는 것은 아니다.

① ㉑㉒

② ㉑㉔

③ ㉒㉔

④ ㉒㉔

→ 정답 ③ ㉒㉔(2개)은 옳은 지문이나, ㉑㉔(2개)은 틀린 지문이다.

㉑ (X) 상해행위를 피하려고 하다가 차량에 치어 사망한 경우 상해행위와 피해자의 사망 사이에 상당인과관계가 있다(대법원 1996. 5. 10. 선고 96도529 판결). 결국, 피고인에게 상해치사죄가 인정된다.

㉒ (O) [1] 가. 의료사고가 발생한 경우에 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과 발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 예견하지 못하였고, 그 결과 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 한다.

나. 의사의 이와 같은 주의의무의 내용과 정도 및 과실의 유무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되 그 의료수준은 같은 업무와 직무에 종사하는 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 의학의 수준, 진료환경과 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다.

[2] 어떠한 의료행위가 의사들 사이의 분업적인 진료행위를 통하여 이루어지는 경우에도 그 의료행위 관련 임상의학 분야의 현실과 수준을 포함하여 구체적인 진료환경 및 조건, 해당 의료행위의 특수성 등을 고려한 규범적인 기준에 따라 해당 의료행위에 필요한 주의의무의 준수 내지 위반이 있었는지 여부가 판단되어야 함은 마찬가지이다. 따라서 의사가 환자에 대하여 주된 의사의 지위에서 진료하는 경우라도, 자신은 환자의 수술이나 시술에 전념하고 마취과 의사로 하여금 마취와 환자 감시 등을 담당토록 하거나, 특정 의료영역에 관한 진료 도중 환자에게 나타난 문제점이 자신이 맡은 의료영역 내지 전공과목에 관한 것이 아니라 그에 선행하거나 병행하여 이루어진 다른 의사의 의료영역 내지 전공과목에 속하는 등의 사유로 다른 의사에게 그 관련된 협의진료를 의뢰한 경우처럼 서로 대등한 지위에서 각자의 의료영역을 나누어 환자 진료의 일부를 분담하였다면, 진료를 분담받은 다른 의사의 전적인 과실로 환자에게 발생한 결과에 대하여는 주된 의사에게 과실책임을 인정할 수 없다.

[3] 수련병원의 전문의와 전공의 등의 관계처럼 의료기관 내의 직책상 주된 의사의 지위에서 지휘·감독 관계에 있는 다른 의사에게 특정 의료행위를 위임하는 수직적 분업의 경우에는, 그 다른 의사에게 전적으로 위임된 것이 아닌 이상 주된 의사(전문의)는 자신이 주로 담당하는 환자에 대하여 다른 의사(전공의)가 하는 의료행위의 내용이 적절한 것인지 여부를 확인하고 감독하여야 할 업무상 주의의무가 있고, 만약 의사가 이와 같은 업무상 주의의무를 소홀히 하여 환자에게 위해가 발생하였다면 주된 의사는 그에 대한 과실 책임을 면할 수 없다.

[4] 갑은 강남 세브란스병원 소화기내과 위장관 파트의 임상조교수로서, 소속 전공의 乙을 지휘·감독하는 의사이고, 을은 위 병원 내과 2년차 전공의로서 소화기내과 위장관 파트에서 근무하면서 갑의 지휘·감독하에 환자를 진료하던 의사이다. 이 사건 장정결제(콜프랩) 투여 과정에서 을은 “검사 전날 저녁 콜프랩 1ℓ, 검사 당일 아침 콜프랩 1ℓ를 각 투여하도록 총 2ℓ를 처방하였어야 하나 착오로 총 4ℓ 투여 처방이 내려졌다(과다처방).”하여 환자를 콜프랩 투여로 인한 부작용인 장천공 등에 따른 다발성 장기 부전으로 사망에 이르게한 경우, 갑이 乙을 지휘·감독하는 지위에 있다는 사정만으로 직접 수행하지 않은 장정결제 처방과 장정결로 발생할 수 있는 위험성에 관한 설명에 대하여 책임이 있다고 단정할 수 없다(대법원2022. 12. 1. 선고2022도1499판결). 결국, 서로 대등한 지위에서 각자의 의료행위를 분담한 경우, 진료를 분담받은 다른 의사의 전적인 과실로 환자에게 발생한 결과에 대하여는 주된 의사에게 과실책임을 인정할 수 없다. 따라서 실회의 원칙에 따라 주된 의사의 업무상과실이 없다.

㉔ (O) [1] 수술주관 의사 또는 마취담당 의사가 할로테인을 사용한 전신마취에 의하여 난소종양절제 수술을 함에 앞서 혈청의 생화학적 반응에 의한 간기능검사로 환자의 간 상태를 정확히 파악하지 아

니한 채 개복수술을 시행하여 환자가 급성전격성간염으로 인하여 사망한 경우, 위 의사들에게 업무상 과실이 있다 할 것이다.

[2] 그러나 위 [1]의 경우에는 혈청에 의한 간기능검사를 시행하지 않거나 이를 확인하지 않은 피고인들의 과실과 피해자의 사망 간에 인과관계가 있다고 하려면 피고인들이 수술 전에 피해자에 대한 간기능검사를 하였더라면 피해자가 사망하지 않았을 것임이 입증되어야 할 것이다(수술 전에 피해자에 대하여 혈청에 의한 간기능검사를 하였더라면 피해자의 간기능에 이상이 있었다는 검사결과가 나왔으리라는 점이 증명되어야 할 것이다).

[3] 결국, 원심이 거시한 증거들만으로는 피해자가 수술당시에 이미 간손상이 있었다는 사실을 인정할 수 없고 그밖에 기록에 의하여도 위와 같은 사실을 인정할 아무런 자료를 발견할 수 없으므로, 원심이 그 판시 증거만으로 피고인들에 대한 업무상 과실치사죄에 해당한다고 판단한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하고 나아가 인과관계에 관한 법리를 오해한 잘못을 저지른 것이라 할 것이다(할로테인 마취제사건은 무죄이다)(대법원 1990. 12. 11. 선고 90도694 판결).

㉞ (X) [1] 골프와 같은 개인 운동경기에서, 경기에 참가하는 자는 자신의 행동으로 인해 다른 사람이 다칠 수도 있으므로 경기규칙을 준수하고 주위를 살펴 상해의 결과가 발생하는 것을 미연에 방지해야 할 주의의무가 있다.

[2] 골프경기의 경기보조원은 그 업무의 내용상 기본적으로는 골프채의 운반·이동·취급 및 경기에 관한 조언 등으로 골프경기 참가자를 돕는 역할을 수행하면서 아울러 경기 진행 도중 위와 같이 경기 참가자의 행동으로 다른 사람에게 상해의 결과가 발생할 위험성을 고려해 예상할 수 있는 사고의 위험을 미연에 방지하기 위한 조치를 취함으로써 경기 참가자들의 안전을 배려하고 그 생명·신체의 위험을 방지할 업무상 주의의무를 부담한다.

[3] 경기보조원(캐디)인 피고인 갑으로서는 골프경기 중 공에 맞는 사고가 발생할 위험이 높으므로 타구 진행방향에 다른 사람이 있는지 확인하고 그 사람으로 하여금 안전한 위치로 이동하도록 요구하는 등의 조치를 취하여야 하고, 더욱이 을의 전방에 피해자 병이 위치한다는 사실을 갑 스스로 잘 알고 있는 상황에서 병으로 하여금 을의 타구 진행방향에서 벗어나 안전한 곳에 있도록 하거나 을에게는 피해자가 안전한 위치로 갈 때까지 두 번째 샷을 하지 말도록 주의를 줄 의무가 있었다.

[4] 그럼에도 갑은 위와 같이 전기가동차에 태운 병을 을의 앞쪽에서 하차하도록 정차시켰을 뿐만 아니라, 을의 공을 찾아준 후에는 병이나 을에게 예상할 수 있는 사고의 위험성에 관한 주의를 촉구하는 등 안전한 경기운영을 위한 아무런 조치도 취하지 않은 것이므로, 갑은 경기보조원으로서의 주의의무를 다하지 않은 업무상과실을 인정할 수 있다(대법원2022. 12. 1. 선고2022도11950판결). 결국, 을이 그 자리에서 공을 쳐 전방에 있던 피해자 병이 그 공에 맞아 상해를 입었는바, 갑에게 업무상 과실이 있으므로 업무상과실치상죄가 성립한다.

## 6. 부작위범에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부작위에 의한 방조는 있을 수 있지만, 부작위범 사이의 공동정범은 있을 수 없다.
- ② 부진정 부작위범의 경우 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로부터 도출되며, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리로부터 작위의무가 도출될 수는 없다.
- ③ 타인과의 신뢰관계에서 일정한 임무에 따라 사무를 처리할 법적 의무가 있는 자가 그 상황에서 당연히 할 것이 법적으로 요구되는 행위를 하지 않은 경우, 업무상배임의 실행의 착수를 인정하기 위해서는 그러한 부작위 자체가 존재하는 것으로 족하고 구성요건적 결과발생의 위험이 구체화한 상황에서의 부작위가 있을 것까지는 요하지 않는다.
- ④ 형법이 금지하고 있는 법익침해의 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 않은 경우, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작

위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다.

→ 정답 ④ (○) 형법이 금지하고 있는 법익침해의 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 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있는 것이다(대법원1997. 3. 14. 선고96도1639판결).

① (X) [1] 가. 형법상 방조행위는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 작위에 의한 경우뿐만 아니라 부작위에 의하여도 성립되는 것이다(대법원1997. 3. 14. 선고96도1639판결),

나. 부작위에 의한 방조는 반드시 보증인적 의무 있는 자만(판례에 따를 때, 은행지점장이 부하직원들의 불량대출을 알면서도 방치한 경우에 부작위에 의한 업무상 배임죄의 방조가 성립하고, 백화점 매장담당직원이 특정 매장에서 위조된 상표가 부착된 물건들이 판매된다는 점을 알면서도 방치한 경우에 부작위에 의한 부정경쟁방지법과 상표법 위반죄의 방조가 성립하는 등)이 성립한다.

[2] 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공동으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도89 판결). 결국, 부작위범 사이의 공동정범도 성립할 수 있다.

② (X) [1] 이른바 부진정 부작위범의 경우에는 보호법익의 주체가 법익에 대한 침해위험에 대처할 보호능력이 없고, 부작위 행위자에게 침해위험으로부터 법익을 보호해 주어야 할 법적 작위의무가 있을 뿐 아니라, 부작위 행위자가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 지배하고 있어 작위의무의 이행으로 결과발생을 쉽게 방지할 수 있어야 부작위로 인한 법익침해가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것으로서 범죄의 실행행위로 평가될 수 있다.

[2] 다만 여기서의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다(대판2015.11.12. 2015도6809 전원합의체 판결).

③ (X) [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 발생의 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).

7. 위법성 조각사유에 관한 설명으로 옳고 그름의 표시(O, X)가 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>㉠ 어떠한 행위가 「형법」 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’인지를 평가함에 있어 ‘목적의 정당성’과 ‘수단의 상당성’ 요건은 행위의 측면에서 사회상규의 판단 기준이 되고 보호이익과 침해이익 사이의 법익균형은 결과의 측면에서 이를 판단하기 위한 기준이 되지만, 행위의 긴급성과 보충성은 수단의 상당성을 판단할 때 고려요소의 하나가 될 뿐 그 자체로서 독립적인 요건이 되는 것은 아니다.</p> <p>㉡ 甲은 자신의 토지에 인접하여 있는 A 소유의 상가건물에 「건축법」상 위법요소가 존재함에도 A가 그와 같은 위법요소를 방치 내지 조장하고 있을 뿐만 아니라 해당 건물의</p> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|



건축허가에 관한 관할관청의 행정행위에 하자가 존재한다는 이유로, 상가의 통행로로 이용되고 있는 자신의 토지에 철주와 철망을 설치하고 포장된 아스팔트를 걷어냄으로써 통행로로 이용하지 못하게 하였는데, 이는 자신의 소유권을 방해하는 사람들에 대한 방해배제의 청구권을 보전하기 위한 자구행위로 볼 수 있다.

㉮ A가 뒤에서 甲을 칼로 찌르려고 하던 찰나에 그 사실을 모르던 甲이 계속 따라오는 A에게 짜증이 나 상해의 고의로 A를 주먹으로 가격하여 상해를 가한 경우, 위법성 조각 사유를 인정함에 있어 주관적 정당화요소가 필요하다는 견해에 따르면 甲에게는 방위위사가 없어 결과불법은 인정되지만 행위불법이 결여되어 상해죄의 불능미수가 된다고 본다.

㉯ 침해행위가 일단 기수에 이른 때에는 자기 또는 타인의 법익에 대한 침해상황이 아직 종료되지 않았다고 하더라도 정당방위에서의 ‘침해의 현재성’을 인정할 수 없다.

① ㉮(O) ㉯(O) ㉮(X) ㉯(X)

② ㉮(O) ㉯(X) ㉮(O) ㉯(X)

③ ㉮(O) ㉯(X) ㉮(X) ㉯(X)

④ ㉮(X) ㉯(O) ㉮(O) ㉯(O)

→ 정답 ③ ㉮(1개)은 옳은 지문이나, ㉯㉮㉯(3개)은 틀린 지문이다.

㉮ (O) [1] 형법 제20조는 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’를 정당행위로서 위법성이 조각되는 사유로 규정하고 있다. 위 규정에 따라 사회상규에 의한 정당행위를 인정하려면, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째로 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 하는데(정·상·규·긴·보의 5개 요건), 위 ‘목적·동기’, ‘수단’, ‘법익균형’, ‘긴급성’, ‘보충성’은 불가분적으로 연관되어 하나의 행위를 이루는 요소들로 종합적으로 평가되어야 한다.

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

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

[4] 피고인들이 분쟁의 중심에 있는 공소외인을 직접 찾아가 면담하는 이외에는 다른 방도가 없다는 판단 아래 공소외인과 면담을 추진하는 과정에서 피고인들을 막아서는 사람들과 길지 않은 시간 동안 실랑이를 벌인 것은 동기와 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성이 인정되고, 피고인들의 학습권이 헌법에 의하여 보장되는 권리라는 측면에 비추어 법익균형성도 충분히 인정된다. 나아가 학습권 침해가 예정된 이상 긴급성이 인정되고, 피고인들이 선택할 수 있는 법률적 수단이 더 이상 존재하지 않는다거나 다른 구제절차를 모두 취해본 후에야 면담 추진 등이 가능하다고 할 것은 아니므로 보충성도 인정된다. 그렇지 않고 긴급성·보충성을 별도로 갖추지 않았다는 이유로 정당행위 성립을 부정한다면 일반적·보충적 위법성조각사유로서의 정당행위를 규정한 입법 취지 및 사회상규의 의미에

배치될 수 있다. 그렇다면 피고인들의 행위가 정당행위로 인정될 수 있다(대법원2023. 5. 18.선고 2017도2760판결). 결국, 위력에 의한 업무방해죄가 성립하지 않는다.

㉔ (X) [1] 형법상 자구행위라 함은 법률에서 정한 절차에 따라서는 청구권을 보전(保全)할 수 없는 경우에 그 청구권의 실행이 불가능해지거나 현저히 곤란해지는 상황을 피하기 위하여 한 행위로서, 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다(제23조 제1항).

[2] 형법 제185조의 일반교통방해죄는 일반 공중의 교통의 안전을 그 보호법익으로 하는 범죄로서 육로 등을 손괴 또는 불통케 하거나 기타의 방법으로 교통을 방해하여 통행을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 일체의 행위를 처벌하는 것을 그 목적으로 하고 있으며, 여기서 ‘육로’라 함은 사실상 일반 공중의 왕래에 공용되는 육상의 통로를 널리 일컫는 것으로서 그 부지의 소유관계나 통행권리관계 또는 통행인의 많고 적음 등을 가리지 않는다.

[3] 인근 상가의 통행로로 이용되고 있는 토지의 사실상 지배권자가 위 토지에 철주와 철망을 설치하고 포장된 아스팔트를 건어냄으로써 통행로로 이용하지 못하게 한 경우, 이는 일반교통방해죄를 구성하고 자구행위에 해당하지 않는다(대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도7717 판결).

㉕ (X) [1] 선지는 객관적 정당화상황(사정)은 존재하지만 주관적 정당화요소를 결한 경우인 우연방위의 문제로서 그 법효과에 대하여 위법성조각사유설(무죄설), 기수법설, 불능미수법설 등의 견해가 대립되고 있다.

[2] 선지는 불능미수법설의 설명이다. 즉, 행위불법(행위반가치)과 결과불법(결과반가치)이 모두 상쇄되어야 위법성이 조각된다는 입장(이원적 인적불법론: 불능미수법설)은 객관적 정당화 상황은 존재(A가 뒤에서 무릎 깔로 찌르려고 함)하므로 결과반가치(결과불법)는 탈락하나(없지만), 주관적 정당화요소가 결여(같은 A가 뒤에서 자신을 칼로 찌르려고 한 사실을 인식하지 못함)된 경우에 행위반가치(행위불법)는 여전히 존재하므로(있으므로), 그 구조가 불능미수와 유사하여 불능미수의 규정을 유추적용하자는 견해이다(다수설). 결국, 반대로 설명이 되어있어 틀린 지문이다.

㉖ (X) [1] 가. 형법 제21조 제1항은 “현재의 부당한 침해로부터 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위하여 한 행위는 상당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다.”라고 규정하여 정당방위를 위법성조각사유로 인정하고 있다.

나. 이때 ‘침해의 현재성’이란 침해행위가 형식적으로 기수에 이르렀는지에 따라 결정되는 것이 아니라 자기 또는 타인의 법익에 대한 침해상황이 종료되기 전까지를 의미하는 것이므로, 일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우에는 그중 일부 행위가 범죄의 기수에 이르렀더라도 전체적으로 침해상황이 종료되지 않은 것으로 볼 수 있다.

다. 따라서 일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우에는 침해의 현재성이 인정된다고 할 것이다.

[2] 정당방위의 성립 요건으로서의 방어행위에는 순수한 수비적 방어뿐 아니라 적극적 반격을 포함하는 반격방어의 형태도 포함된다. 다만 정당방위로 인정되기 위해서는 자기 또는 타인의 법익침해를 방어하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있어야 한다.

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

8. 착오와 기대가능성에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형법」 제16조의 ‘정당한 이유’가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 하고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도를 행위자 개인의 인식능력이나 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가하여서는 안 된다.
- ② 자신의 강도상해 범행을 일관되게 부인하였으나 유죄판결이 확정된 피고인이 별건으로 기소된 공범의 형사사건에서 유죄가 확정된 자신의 범행사실을 부인하는 증언을 한 경우, 피고인에게 사실대로 진술할 기대가능성이 없으므로 위증죄는 성립하지 않는다.
- ③ 법률 위반행위 중간에 일시적으로 판례에 따라 그 행위가 처벌대상이 되지 않는 것으로 해석된 적이 있었다면, 자신의 행위가 처벌되지 않는 것으로 믿은 데에 정당한 이유가 있다고 할 수 있다.
- ④ 甲이 경찰관 A의 직무집행에 저항하기 위하여 A를 폭행한다는 사실 자체는 인식하였지만 법적 평가를 잘못하여 A의 적법한 직무집행이 위법하다고 오인한 경우, 甲에게 위법성 조각사유의 전제사실에 대한 착오가 있었다고 볼 수는 없다.

→ 정답 ④ (○) [1] (공소사실의 요지) 피고인은 A 파출소 앞 도로에서, ‘손님이 마음대로 타서 안 내린다.’라는 취지의 방문신고를 받고 현장에 나온 경찰관으로부터 ‘승차거부와 관련하여서는 120번으로 민원을 접수하면 된다.’라는 설명을 듣고도 사건을 접수해 달라고 항하고, 갑자기 “아이 씨 좀 다르잖아.”라고 크게 소리치며 순경 甲(여성경찰관)에게 몸을 들이밀어 경위 乙로부터 이를 제지받자 화가 나, “왜 미는데 씹할.”이라고 욕설하면서 손으로 경위 을의 몸을 4회 밀쳤다. 이로써 피고인은 경찰공무원의 신고사건 처리에 관한 정당한 직무집행을 방해하였다.

[2] (원심(2심)의 판단) 乙의 행위는 피고인이 甲에게 유형력을 행사할 수 있었다고 판단하여 이를 제지한 것이므로 위법하다고 할 수 없으나, 피고인은 경찰관들에게 고성으로 항의만 하였을 뿐 유형력을 행사할 의도가 없었는데도 을이 자신의 몸을 밀치자 이를 위법하다고 오인하여 저항한 것이므로, 위법성 조각사유의 전제사실에 대한 착오에 해당하고 그 오인에 정당한 사유가 있다는 이유로, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였다.

[3] (대법원의 판단) ㉠ 가) 형법 제16조(법률의 착오)에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있으므로, 공무집행방해죄에서 공무집행의 적법성에 관한 피고인의 잘못된 법적 평가로 인하여 자신의 행위가 금지되지 않는다고 오인한 경우에는 그 오인에 정당한 이유가 있는지를 살펴보아야 한다.

나) 이때 피고인의 오인에 정당한 이유가 있는지는 구체적인 행위 정황, 오인에 이르게 된 계기나 원인, 행위자 개인의 인식 능력, 행위자가 속한 사회집단에서 일반적으로 기대되는 오인 회피 노력의 정도와 회피 가능성 등을 고려할 때 피고인이 이러한 오인을 회피할 가능성이 있는지에 따라 판단하여야 한다.

㉡ 경찰관들이 위 사건을 경찰 소관이 아니라 지방자치단체 소관이라고 판단하여 승차거부로 접수하지 않은 것은 합리적인 재량 판단에 따른 직무집행으로 볼 수 있다.

㉢ 갑은 차량이 통행 중인 도로를 등지고 있었고, 남성인 피고인은 갑보다 더 큰 체격을 가지고 있었으며, 극도로 흥분한 피고인이 갑을 실제로 도로 방향으로 미는 등 유형력을 행사할 경우 갑이 크게 다칠 위험이 있었다. 이러한 상황에서 을이 피고인을 급하게 밀쳐내는 방법으로 피고인과 갑을 분리한 조치는 경찰관 직무집행법 제6조에서 정하는 ‘범죄의 예방과 제지’에 관한 적법한 공무에 해당한다.

㉣ 원심(2심)은, 피고인이 자신의 몸을 밀어낸 을의 행위를 위법하다고 오인하여 乙을 밀친 것이므로

이는 위법성 조각사유의 전제사실에 대한 착오라고 판단하였다. 그러나 이 사건에서 위와 같은 행위로 나아가게 된 전제사실 자체에 관하여는 피고인의 인식에 어떠한 착오도 존재하지 않고, 다만 경찰관인 을의 직무집행의 적법성에 대한 피고인의 주관적인 법적 평가가 잘못되었을 여지가 있을 뿐이다. 그러므로 피고인에게 위법성 조각사유의 전제사실에 대한 착오가 있었다고 보기 어렵다.

㉔ 앞서 살펴본 것처럼 공무집행이 적법한데도 위법하다고 오인한 경우에는 형법 제16조(법률의 착오)가 적용되므로 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다. 그런데 피고인의 행위는 당시 피고인이 술에 취하였던 점이나 그 상태에서 근거 없는 항의를 계속하면서 스스로 흥분하게 된 점과도 무관하지 않아 보인다. 이처럼 피고인이 스스로 오인의 계기를 제공하지 않았거나 이러한 상황에서 일반적으로 기대되는 정도의 오인 회피 노력을 기울였다면 이 사건에 이르지 않았을 것으로 보인다. 그런데도 원심(2심)은 달리 피고인의 오인에 정당한 이유가 있다고 할 만한 사정이 무엇인지 구체적으로 밝히지 않은 채 정당한 이유가 있다는 결론에 이르렀다.

㉕ 설령 원심의 판단처럼 피고인에게 자신을 제지한 을의 행위가 위법하다고 오인할 만한 정당한 이유가 있더라도, 이는 을을 밀친 피고인의 최초 행위를 정당화할 근거가 될 수 있을지는 몰라도 그 이후 을이 피고인에게 선제적으로 유형력을 행사하지 않았는데도 여러 차례에 걸쳐 먼저 을을 밀치며 유형력을 계속 행사한 피고인의 행위까지 정당화하는 근거가 될 수는 없다.

㉖ 그런데도 원심은 피고인의 오인에 정당한 이유가 있는지를 구체적으로 판단하지 않은 채, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단에는 위법성 조각사유의 전제사실에 대한 착오, 형법 제16조의 '정당한 이유'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

㉗ 결국, 대법원은 피고인의 경우에 위법성 조각사유의 전제사실에 대한 착오가 아니라, 형법 제16조(법률의 착오)에 해당하지만 그 오인에 정당한 이유가 없다고 보았다(피고인은 공무집행방해죄가 성립한다)(대법원 2024. 7. 25. 선고 2023도16951 판결).

① (X) [1] 형법 제16조는 '법률의 착오'라는 제목으로 자기가 한 행위가 법령에 따라 죄가 되지 않는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 않는다고 정하고 있다. 이는 일반적으로 범죄가 성립하지만 자신의 특수한 사정에 비추어 법령에 따라 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하고 그러한 인식에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 않는다는 것이다.

[2] 이때 정당한 이유는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단해야 한다.

[3] 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(구+인+사)(대법원2021. 11. 25. 선고 2021도10903판결).

② (X) 자신의 강도상해 범행을 일관되게 부인하였으나 유죄판결이 확정된 피고인이 별건으로 기소된 공범의 형사사건에서 자신의 범행사실을 부인하는 증언을 한 사안에서, 피고인에게 사실대로 진술할 것이라는 기대가능성이 있으므로 위증죄가 성립한다(대판2008.10.23. 2005도10101).

③ (X) 법률 위반 행위 중간에 일시적으로 판례에 따라 그 행위가 처벌대상이 되지 않는 것으로 해석되었던 적이 있었다고 하더라도 그것만으로 자신의 행위가 처벌되지 않는 것으로 믿은 데에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다(대법원2021. 11. 25. 선고2021도10903판결).

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

① 준강간의 고의로 실행에 착수하였는데 피해자가 실제 항거불능상태에 있지 않아 구성요건적 결과 발생이 처음부터 불가능하였으나, 그러한 결과 발생의 위험성이 인정되는 경우, 이러한 행위는 준강간죄의 불능미수에 해당한다.

② 甲이 A에게 위조한 예금통장 사본 등을 보여주면서 외국회사에서 투자금을 받았다고 거짓말하며 자금 대여를 요청하였으나, A와 함께 그 입금 여부를 확인하기 위해 은행에 가던

중 범행이 발각될 것이 두려워 은행 입구에서 차용을 포기하고 돌아간 경우, 이를 자의에 의한 사기죄의 중지미수로 볼 수는 없다.

③ 불능범과 구별되는 불능미수의 성립요건인 ‘위험성’은 행위자가 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다.

④ 「형법」 제27조에서 규정하고 있는 불능미수는 실행의 수단이나 대상의 착오로 처음부터 구성요건이 충족될 가능성이 없는 경우이므로, 실행의 착수로 볼 수 있는 행위가 있어야 하는 것은 아니다.

→ 정답 ④ (X) [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. 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.

[2] 따라서 불능미수도 장애미수·중지미수와 마찬가지로 미수의 일종이므로, 반드시 미수의 공통적 요건인 실행의 착수가 있어야 한다.

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

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

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

② (○) [1] 범죄의 실행행위에 착수하고 그 범죄가 완수되기 전에 자기의 자유로운 의사에 따라 범죄의 실행행위를 중지한 경우에 그 중지가 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 의한 것이 아니라면 이를 중지미수에 해당한다.

[2] 피고인이 A에게 위조한 주식인수계약서와 통장사본을 보여주면서 50억 원의 투자를 받았다고 말하며 자금의 대여를 요청하였고, 이에 A와 함께 50억 원의 입금 여부를 확인하기 위해 은행에 가던 중 은행 입구에서 차용을 포기하고 돌아간 것이라면, 이는 피고인이 범행이 발각될 것이 두려워 범행을 중지한 것으로서, 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 이를 자의에 의한 중지미수라고는 볼 수 없다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도10539 판결).

10. 공동정범에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는경우 판례에 의함)

- ① 「형법」 제30조에서 정한 ‘2인 이상이 공동하여 죄를 범한때’에는 고의범만 포함되고, 과실범은 포함되지 않는다.
- ② 자기 자신을 무고하기로 제3자와 공모하고 이에 따라 무고행위에 가담한 경우, 자기 자신에게는 무고죄의 구성요건에 해당하지않아 범죄가 성립할 수 없는 행위를 실현한 것일지라도 무고죄의 공동정범이 성립한다.
- ③ 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족한다면 공모공동정범으로서의 죄책을 지므로, 배임증제의 공모공동정범이 다른 공모공동정범에 의하여 수재자에게 재물 또는 재산상 이익이 제공되는 방법을 구체적으로 몰랐다고 하더라도 공모관계를 부정할 수 없다.
- ④ 업무상 배임죄의 실행으로 인하여 이익을 얻게 되는 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자를 배임의 실행행위자에 대한 공동정범으로 인정하기 위하여는, 실행행위자의 행위가 피해자 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 점을 인식하는 것으로 족하고, 실행행위자의 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담할 것을 필요로 하지 않는다.

→ 정답 ③ (○) [1] 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위 지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하므로, 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 위 요건을 충족하면 공모공동정범으로서의 죄책을 진다.

[2] 따라서 배임증제의 공모공동정범(甲)이/ 다른 공모공동정범(乙)에 의하여 수재자에게 재물 또는 재산상 이익이 제공되는 방법을 구체적으로 몰랐다고 하더라도 공모관계를 부정할 수 없다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3080 판결).

① (X) [1] 형법 제30조(공동정범)에 「공동하여 죄를 범한 때」의 「죄」는 고의범이고 과실범이고를 불문한다고 해석하여야 할 것이다. 따라서 공동정범의 주관적 요건인 공동의 의사도 고의를 공동으로 가질 의사임을 필요로 하지 않고 고의 행위이고 과실 행위이고 간에 그 행위를 공동으로 할 의사이면 족하다고 해석하여야 할 것이므로, 2인 이상이 어떠한 과실 행위를 서로의 의사연락 아래 하여 범죄되는 결과를 발생케 한 것이라면 여기에 과실범의 공동정범이 성립되는 것이다(대판1962.3.29. 4294형상598). 결국, 판례는 행위공동설을 취하므로 과실범의 공동정범이 성립을 인정하고 있다.

[2] 가. 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.

나. 피고인 갑(甲) 등은 클로로메틸이소티아졸리논(CMIT; 가습기살균제)과 메틸이소티아졸리논(MIT; 가습기살균제)의 혼합물인 CMIT/MIT를 주원료로 하는 A, B 가습기살균제의 제조·판매에, 피고인 을(乙) 등은 그 중 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 갑 등이 피고인 을 등과 상호 공모하거나 그에 더하여 관련사건 피고인들과 공모하여 B 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 을 등이 피고인 갑 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, ① 피고인들과 관련사건 피고인들은 서로 간의 협

력이나 의견교환 없이 각자가 소속된 회사 등에서 맡은 지위, 역할에 따라 그 회사 등의 가습기살균제 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 가습기살균제의 개발·출시를 인식하였거나 그에 관하여 서로 의사를 연락하였음을 인정할 만한 사정을 발견할 수 없는 점, ② 관련사건 피고인들이 제조·판매에 관여하였던 가습기살균제와 피고인들이 제조·판매에 관여하였던 가습기살균제는 그 용도나 용법이 동일할 뿐 주원료 등 주요 요소가 전혀 다르고, 어느 하나가 다른 하나를 개량한 제품이라고 볼 수 없으며, 관련사건 피고인들이나 피고인들이 각 가습기살균제에 모두 결합 내지 하자가 존재한다는 사정이나 그러한 결합 내지 하자가 누적·결합되어 복합사용 피해자들에게 사망 또는 상해의 결과를 발생시킬 수 있다는 사정을 공동으로 인식할 수 있었다거나 그에 관한 독시적 의사연락을 하였다고 볼 수 없는 점, ③ 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).

② (X) [1] 형법 제156조에서 정한 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 허위의 사실을 신고하는 것을 구성요건으로 하는 범죄이다. 자기 자신으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 허위의 사실을 신고하는 행위, 즉 자기 자신을 무고하는 행위는 무고죄의 구성요건에 해당하지 않아 무고죄가 성립하지 않는다.

[2] 따라서 자기 자신을 무고하기로 제3자와 공모하고 이에 따라 무고행위에 가담하였더라도 이는 자기 자신에게는 무고죄의 구성요건에 해당하지 않아 범죄가 성립할 수 없는 행위를 실현하고자 한 것에 지나지 않아 무고죄의 공동정범으로 처벌할 수 없다(대법원 2017. 4. 26. 선고 2013도12592 판결).

④ (X) 업무상배임죄의 실행으로 인하여 이익을 얻게 되는 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자를 배임의 실행행위자와 공동정범으로 인정하기 위해서는 실행행위자의 행위가 피해자인 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 것을 알면서도 소극적으로 그 배임행위에 편승하여 이익을 취득한 것만으로는 부족하고, 실행행위자의 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담할 것을 필요로 한다(대법원 1999. 7. 23. 선고 99도1911 판결)

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

- ① 공범독립성설에 따르면 교사행위에 대하여 피교사자가 범죄의 실행을 승낙하였지만 실행행위에 나아가지 아니한 경우, 교사자의 미수범 성립을 부정한다.
- ② 정범의 실행행위가 구성요건에 해당하고 위법·유책한 경우에 공범이 성립될 수 있다고 보는 극단적 종속형식에 따르면 책임무능력자의 위법행위를 교사·방조한 경우에는 교사범이나 방조범이 성립될 수 없다.
- ③ 교사행위에 의하여 피교사자가 범죄 실행을 결의하게된 이상 피교사자에게 다른 원인이 있어 범죄를 실행한 경우에도 교사범의 성립에는 영향이 없다.
- ④ 방조범은 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만아니라, 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 그 정범이 실행행위로 나아간 경우에도 성립할 수 있다.

→ 정답 ① (X) [1] 공범독립성설은 정범의 성립과 전혀 상관없이 공범만 성립할 수 있다는 견해로서, 교사행위만 있으면 교사범이 성립한다. 정범의 성립을 전제로 하지 않고, 정범이 실행에 착수할 필요도 없다.

[2] 따라서 공범독립성설에 의하면 교사자의 교사행위가 있으면 곧 교사자는 실행의 착수에 해당하므로, 정범이 실행행위에 나아가지 않았더라도 교사자의 교사행위가 있는 이상 교사자는 미수범이 성립한다.

② (○) [1] 공범종속성설 중 극단적 종속형식에 의하면 정범의 행위가 '구성요건에 해당하고 위법, 유책'해야 공범(교사범, 중범)이 성립한다는 종속 형식이다.

[2] 이 견해에 따르면 책임무능력자의 위법행위를 교사·방조한 경우에는 공범(교사범, 중범)이 성립될 수 없고, 간접정범이 성립할 뿐이다.

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

[2] 교사범이 성립하기 위해 교사범의 교사가 정범의 범행에 대한 유일한 조건일 필요는 없으므로, 교사행위에 의하여 피교사자가 범죄 실행을 결의하게 된 이상 피교사자에게 다른 원인이 있어 범죄를 실행한 경우에도 교사범의 성립에는 영향이 없다(대판2012.11.15. 2012도7407).

④ (○) 중범은 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론이고 실행의 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 정범이 그 실행행위에 나아갔다면 성립한다(대판1997.4.17. 96도3377 전원합의체판결).

## 12. 죄수론에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 된 경우, 그 폭행행위는 불가벌적 수반행위에 해당하므로 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다.

② 사기범행에 이용되리라는 사정을 알고서도 자신 명의계좌의 접근매체를 양도함으로써 사기범행을 방조한 중범이 사기이용계좌로 송금된 피해자의 돈을 임의로 인출한 경우, 사기방조죄와 별도로 횡령죄에 해당한다.

③ 부동산 관리를 하는 업무자가 건물주로부터 월세임대차계약 체결업무를 위임받고도 임차인들을 속여 전세임대차계약을 체결하고 그 보증금을 편취한 경우, 사기죄와 별도로 업무상배임죄에 해당한다.

④ 절도범인으로부터 그 정을 알면서 자기앞수표를 교부받아 이를 음식대금으로 지급하고 거스름 돈을 환불받은 경우, 새로운 범익침해가 발생하였기에 장물취득죄와 별도로 사기죄에 해당한다.

→ 정답 ③ (○) [1] 건물관리인이 건물주로부터 월세임대차계약 체결업무를 위임받고도 임차인들을 속여 전세임대차계약을 체결하고 그 보증금을 편취한 경우, 사기죄와 별도로 업무상배임죄가 성립하고 두 죄가 실체적 경합범의 관계에 있다.

[2] 피고인이 이 사건 각 건물에 관하여 전세임대차계약을 체결할 권한이 없음에도 임차인들을 속이고 전세임대차계약을 체결하여 그 임차인들로부터 전세보증금 명목으로 돈을 교부받은 행위는 건물주가 민사적으로 임차인들에게 전세보증금반환채무를 부담하는지 여부와 관계없이 사기죄에 해당하고, 이 사건 각 건물에 관하여 전세임대차계약이 아닌 월세임대차계약을 체결하여야 할 업무상 임무를 위반하여 전세임대차계약을 체결하여 그 건물주인 피해자로 하여금 전세보증금반환채무를 부담하게 한 행위는 위 사기죄와 별도로 업무상배임죄에 해당한다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10690 판결). 결국, 임차인에게는 사기죄가, 건물주에게는 업무상배임죄가 성립한다.



① (X) [1] 업무방해죄와 폭행죄는 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 설령 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다고 하더라도 그러한 폭행행위가 이른바 ‘불가법적 수반 행위’에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다. 피고인들이 공동폭행의 방법으로 피해자들의 택시 운행업무를 방해한 행위는 피고인들의 공동폭행이라는 1개의 행위가 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동폭행)죄와 업무방해죄의 구성요건을 충족하는 경우에 해당한다 할 것이어서 양죄는 상상적 경합(실체적 경합 X, 흡수관계 X)의 관계에 있다(대판 2012.10.11. 2012도1895)

② (X) [1] 전기통신금융사기(이른바 보이스피싱 범죄)의 범인이 피해자를 기망하여 피해자의 자금을 사기이용계좌로 송금·이체받으면 사기죄는 기수에 이르고, 범인이 피해자의 자금을 점유하고 있다고 하여 피해자와의 어떠한 위탁관계나 신임관계가 존재한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 그 후 범인이 사기이용계좌에서 현금을 인출하였더라도 이는 이미 성립한 사기범행이 예정하고 있던 행위에 지나지 아니하여 새로운 법익을 침해한다고 보기도 어려우므로, 위와 같은 인출행위는 사기의 피해자에 대하여 별도의 횡령죄를 구성하지 아니한다.

[2] 이러한 법리는 사기범행에 이용되리라는 사정을 알고서 자신 명의 계좌의 접근매체를 양도함으로써 사기범행을 방조한 중범이 사기이용계좌로 송금된 피해자의 자금을 임의로 인출한 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판2017.5.31. 2017도3894). 결국, 사기범행에 이용되리라는 사정을 알고서도 자신 명의 계좌의 접근매체를 양도함으로써 사기범행을 방조한 중범이 사기이용계좌로 송금된 피해자의 돈을 임의로 인출한 경우, 사기방조죄만 성립하고, 별도로 횡령죄에는 해당하지 않는다.

④ (X) [1] 가. 금융기관 발행의 자기앞수표는 그 액면금을 즉시 지급받을 수 있는 점에서 현금에 대신하는 기능을 가지고 있어서 장물인 자기앞수표를 취득한 후 이를 현금 대신 교부한 행위는 장물취득에 대한 가법적 평가에 당연히 포함되는 불가법적 사후행위로서 별도의 범죄(사기죄)를 구성하지 아니한다. 나. 따라서 절도범으로부터 그 정을 알면서 자기앞수표를 교부(장물취득)받아 이를 음식대금으로 지급하고 거스름돈을 환불받은 피고인의 행위는 사기죄가 되지 아니한다(대법원 1993. 11. 23. 선고 93도 213 판결). 결국, 장물취득죄만 성립할 뿐이고, 사기죄는 성립하지 않는다.

[2] 절취한 자기앞수표를 현금 대신으로 교부한 행위는 절도행위에 대한 가법적 평가에 당연히 포함되는 것으로 봄이 상당하다 할 것이므로, 절취한 자기앞수표를 음식대금으로 교부하고 거스름돈을 환불받은 행위는 절도의 불가법적 사후행위로서 사기죄가 되지 아니한다(대판1987.1.20. 86도1728). 결국, 절도죄만 성립할 뿐이고, 사기죄는 성립하지 않는다.

### 13. 물수와 추징에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 휴대전화의 동영상 촬영기능을 이용하여 피해자를 촬영한 행위 자체가 범죄에 해당하는 경우, 휴대전화는 ‘범죄행위에 제공된 물건’이지만, 촬영되어 저장된 동영상은 휴대전화에 저장된 전자기록으로서 ‘범죄행위로 인하여 생긴 물건’이 아니므로 법원이 휴대전화를 몰수하지 않고 동영상만을 몰수할 수는 없다.

② 도박공간을 개설한 자가 도박에 직접 참가하여 얻은 수익을 도박공간개설로 얻은 범죄수익으로 몰수하거나 추징할 수는 없다.

③ 정보통신망을 통하여 음란한 화상 또는 영상을 배포하고 도박사이트를 홍보한 경우, 그 범죄행위에 이용된 웹사이트를 매각하여 취득한 대가는 「형법」 제48조 제1항 제2호, 제2항이 규정한 추징의 대상에 해당한다.

④ 수뢰자가 뇌물을 그대로 보관하다가 증뢰자에게 반환한 때에는 몰수나 추징의 상대방은 증뢰자가 되고, 몰수할 수 없는 때에 추징하여야 할 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 몰수의 선고를 받았더라면 잃었을 이득상당액을 의미한다고 보아야 하므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 가액산정은 반환 시의 가격을 기준으로 하여야 한다.

→ 정답 ② (○) [1] 형법 제49조 단서는 ‘행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니할 때에도 몰수의 요

건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다.’고 규정하고 있으므로, 몰수는 물론 이에 갈음하는 추징도 위 규정에 근거하여 선고할 수 있다.

[2] 그러나 우리 법제상 공소제기 없이 별도로 몰수·추징만을 선고할 수 있는 제도가 마련되어 있지 아니하므로, 위 규정에 근거하여 몰수·추징을 선고하려면 몰수·추징의 요건이 공소가 제기된 공소사실과 관련되어 있어야 한다.

[3] 따라서 공소가 제기되지 아니한 별개의 범죄사실을 법원이 인정하여 그에 관하여 몰수·추징을 선고하는 것은 불고불리의 원칙에 위배되어 허용되지 않는다. 이러한 법리는 형법 제48조의 몰수·추징 규정에 대한 특별규정인 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제8조 내지 제10조의 규정에 따른 몰수·추징의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

[4] ‘도박죄’와 ‘도박공간개설죄’는 독립된 별개 범죄이므로, ‘도박공간개설죄’로만 기소된 피고인이 직접 도박에 참가하여 얻은 수익은 도박공간개설로 얻은 범죄수익에 해당하지 아니하므로, 이 부분을 제외한 나머지 금액에 대해서만 추징을 명해야 한다(대법원2022. 12. 29. 선고 2022도8592판결). 결국, 기소된 ‘도박공간개설죄’로 얻은 범죄수익만 몰수 또는 추징할 수 있고, 도박에 참가하여 얻은 수익은 도박죄가 기소되지 않았으므로 몰수 또는 추징할 수 없다.

① (X) [1] 구 형법 제48조 제1항 제1호의 ‘범죄행위에 제공한 물건’은 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건만 의미하는 것이 아니라 실행행위 착수 전 또는 실행행위 종료 후 행위에 사용한 물건 중 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 물건까지도 포함한다.

[2] 한편 형법 제48조 제1항에 따른 몰수는 임의적인 것이어서 그 요건에 해당되더라도 실제로 이를 몰수할 것인지 여부는 법원의 재량에 맡겨져 있지만 형벌 일반에 적용되는 비례의 원칙에 따른 제한을 받는데, 몰수가 비례의 원칙에 위반되는 여부를 판단하기 위해서는, 몰수 대상 물건이 범죄 실행에 사용된 정도와 범위 및 범행에서의 중요성, 물건의 소유자가 범죄 실행에서 차지하는 역할과 책임의 정도, 범죄 실행으로 인한 법익 침해의 정도, 범죄 실행의 동기, 범죄로 얻은 수익, 물건 중 범죄 실행과 관련된 부분의 별도 분리 가능성, 물건의 실질적 가치와 범죄와의 상관성 및 균형성, 물건이 행위자에게 필요불가결한 것인지 여부, 몰수되지 아니할 경우 행위자가 그 물건을 이용하여 다시 동종 범죄를 실행할 위험성 유무 및 그 정도 등 제반 사정이 고려되어야 한다.

[3] 또한, 전자기록은 일정한 저장매체에 전자방식이나 자기방식에 의하여 저장된 기록으로서 저장매체를 매개로 존재하는 물건이므로 위 조항에 정한 사유가 있는 때에는 이를 몰수할 수 있다.

[4] 가령 휴대전화의 동영상 촬영기능을 이용하여 피해자를 촬영한 행위 자체가 범죄에 해당하는 경우, 휴대전화는 ‘범죄행위에 제공된 물건’, 촬영되어 저장된 동영상은 휴대전화에 저장된 전자기록으로서 ‘범죄행위로 인하여 생긴 물건’에 각각 해당하고 이러한 경우 법원이 휴대전화를 몰수하지 않고 동영상만을 몰수하는 것도 가능하다(대법원2024. 1. 4. 선고2021도5723판결). 결국, 법원은 형법 제48조 제1항(임의적 몰수)에 의하여 휴대전화를 몰수하지 않고, 휴대전화로 불법촬영하여 저장된 동영상만을 몰수할 수 있다.

③ (X) [1] 피고인은 2018. 3.경부터 2019. 2.경 사이에 이 사건 웹사이트를 순차로 개설한 후 2019. 2.경부터 이 사건 웹사이트에 음란 사이트 링크배너와 도박 사이트 홍보배너를 게시하는 등의 방식으로 이를 운영하다가 2020. 3. 초순경 성명불상자에게 이 사건 웹사이트를 50,000,000원에 매각하고 현금으로 위 돈을 지급받은 사실이 인정된다.

[2] 피고인이 갑, 을과 공모하여 정보통신망을 통하여 음란한 화상 또는 영상을 배포하고, 도박 사이트를 홍보하였다는 공소사실로 기소된 경우, 이 사건 웹사이트는 이 사건 각 범죄행위에 제공된 무형의 재산에 해당할 뿐 형법 제48조 제1항 제2호에서 정한 ‘범죄행위로 인하여 생(生)하였거나 이로 인하여 취득한 물건’에 해당하지 않는다. 따라서 피고인이 이 사건 웹사이트 매각을 통해 취득한 대가는 형법 제48조 제1항 제2호, 제2항이 규정한 추징의 대상에 해당하지 않는다(대법원 2021. 10. 14. 선고 2021도7168 판결).

④ (X) [1] 몰수·추징은 수뢰자가 뇌물을 그대로 보관하다가 증뢰자에게 반환한 때에는 증뢰자로부터 할 것이지 수뢰자로부터 할 것은 아니다.

[2] 한편 몰수는 범죄에 의한 이득을 박탈하는 데 그 취지가 있고, 추징도 이러한 몰수의 취지를 관철

하기 위한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 물수할 수 없는 때에 추정하여야 할 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 물수의 선고를 받았더라면 잃었을 이득상당액을 의미한다고 보아야 하므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 가액산정은 재판선고시 (반환시 X)의 가격을 기준으로 하여야 한다(대법원 2020. 6. 11. 선고 2020도2883 판결).

#### 14. 협박에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 X주식회사가 특정 신문들에 광고를 편중했다는 이유로 기자회견을 열어 X회사에 대하여 불매운동을 하겠다고 하면서 특정 신문들에 대한 광고를 중단할 것과 다른 신문들에 대해서도 특정 신문들과 동등하게 광고를 집행할 것을 요구하여 이에 겁을 먹은 X회사의 의사결정권자에게 자사 인터넷 홈페이지에 ‘X회사는 앞으로 특정 언론사에 편중하지 않고 동등한 광고 집행을 하겠다’는 내용의 팝업창을 띄우게 한 경우, 甲의 행위는 강요죄나 공갈죄의 수단으로서의 협박에 해당한다.
- ② 채권추심회사의 지사장 甲이 자신의 횡령행위에 대한 민·형사상 책임을 모면하기 위하여 회사 본사에 ‘회사의 내부비리 등을 관계기관에 고발하겠다’는 취지의 서면을 보내는 한편, 위 회사의 임원에게 전화를 걸어 위 서면의 내용과 같은 취지로 발언한 경우, 甲의 행위는 협박죄를 구성한다.
- ③ 甲은 혼자 술을 마시던 중 X정당이 국회에서 예산안을 강행처리하였다는 것에 화가 나서 공중전화를 이용하여 경찰서에 여러 차례 전화를 걸어 전화를 받은 각 경찰관에게 경찰서 관할구역 내에 있는 X정당의 당사를 폭파하겠다고 말을 한 경우, 甲의 행위는 협박죄를 구성한다.
- ④ 甲은 A의 장모가 있는 자리에서 서류를 보이면서 “자신의 요구를 들어주지 않으면 서류를 세무서로 보내 세무조사를 받게 하여 A를 망하게 하겠다”라고 말하여 A의 장모로 하여금 A에게 위와 같은 사실을 전하게 하고, 그 다음날 A의 처에게 전화를 하여 “며칠 있으면 국세청에서 조사가 나올 것이니 그렇게 아시오”라고 말한 경우, 甲의 행위는 협박죄를 구성한다.

→ 정답 ③ (X) 피고인은 갑 정당에 관한 해약을 고지한 것이므로 각 경찰관 개인에 관한 해약을 고지하였다고 할 수 없고, 다른 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 갑 정당에 대한 해약의 고지가 각 경찰관 개인에게 공포심을 일으킬 만큼 서로 밀접한 관계에 있다고 보기 어렵다. 따라서 피고인의 행위가 각 경찰관에 대한 협박죄를 구성한다고 볼 수 없다(대판2012.8.17. 2011도10451).

① (○) 피고인이(언론소비자주권캠페인 대표), 갑 주식회사가 특정 신문들에 광고를 편중했다는 이유로 기자회견을 열어 갑 회사에 대하여 불매운동을 하겠다고 하면서 특정 신문들에 대한 광고를 중단할 것과 다른 신문들에 대해서도 특정 신문들과 동등하게 광고를 집행할 것을 요구하고 갑 회사 인터넷 홈페이지에 ‘갑 회사는 앞으로 특정 언론사에 편중하지 않고 동등한 광고 집행을 하겠다’는 내용의 팝업창을 띄우게 한 사안에서, 불매운동의 목적, 그 조직과정 및 규모, 대상 기업으로 갑 회사 하나만을 선정한 경위, 기자회견을 통해 공표한 불매운동의 방법 및 대상 제품, 갑 회사 직원에게 고지한 요구사항의 구체적인 내용, 위 공표나 고지행위 당시의 상황, 그에 대한 갑 회사 경영진의 반응, 위 요구사항에 응하지 않을 경우 갑 회사에 예상되는 피해의 심각성 등 제반 사정을 고려할 때, 피고인의 행위는 갑 회사의 의사결정권자로 하여금 그 요구를 수용하지 아니할 경우 불매운동이 지속되어 영업에 타격을 입게 될 것이라는 겁을 먹게 하여 의사결정 및 의사실행의 자유를 침해한 것으로 강요죄나 공갈죄의 수단으로서의 협박에 해당한다(대법원2013. 4. 11. 선고2010도13774판결).

② (○) [1] 협박죄에서 협박이란 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 정도의 해약을 고지하는 것을 의미하며, 그 고지되는 해약의 내용, 즉 침해하겠다는 범의의 종류나 범의의 향유 주체

등에는 아무런 제한이 없다. 따라서 피해자 본인이나 그 친족뿐만 아니라 그 밖의 '제3자'에 대한 법의 침해를 내용으로 하는 해약을 고지하는 것이라고 하더라도 피해자 본인과 제3자가 밀접한 관계에 있어 그 해약의 내용이 피해자 본인에게 공포심을 일으킬 만한 정도의 것이라면 협박죄가 성립할 수 있다. 이 때 '제3자'에는 자연인뿐만 아니라 법인도 포함된다.

[2] 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 범죄로서 형법규정의 체계상 개인적 법익, 특히 사람의 자유에 대한 죄 중 하나로 구성되어 있는바, 협박죄는 자연인만을 그 대상으로 예정하고 있을 뿐 법인은 협박죄의 객체가 될 수 없다.

[3] 채권추심 회사의 지사장이 회사로부터 자신의 횡령행위에 대한 민·형사상 책임을 추궁당할 지경에 이르자 이를 모면하기 위하여 회사 본사에 '회사의 내부비리 등을 금융감독원 등 관계 기관에 고발하겠다'는 취지의 서면을 보내는 한편, 위 회사 경영지원본부장이자 상무이사에게 전화를 걸어 자신의 횡령행위를 문제삼지 말라고 요구하면서 위 서면의 내용과 같은 취지로 발언한 경우, 위 상무이사에 대한 협박죄가 성립한다(대판2010.7.15. 2010도1017).

④ (○) [1] 협박죄에 있어서의 협박이라 함은 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해약을 고지하는 것을 의미하고, 행위자가 직접 해약을 가하겠다고 고지하는 것은 물론 제3자로 하여금 해약을 가하도록 하겠다는 방식으로든 해약의 고지는 가능한바, 고지자가 제3자의 행위를 사실상 지배하거나 제3자에게 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 것으로 믿게 하는 명시적·묵시적 언동을 하였거나 제3자의 행위가 고지자의 의사에 의하여 좌우될 수 있는 것으로 상대방이 인식한 경우에는 고지자가 직접 해약을 가하겠다고 고지한 것과 마찬가지로의 행위로 평가할 수 있다(대법원 2007. 6. 1. 선고 2006도1125 판결)

[2] 피고인이 피해자의 장모가 있는 자리에서 서류를 보이면서 “피고인의 요구를 들어주지 않으면 서류를 세무서로 보내 세무조사를 받게 하여 피해자를 망하게 하겠다”라고 말하여 피해자의 장모로 하여금 피해자에게 위와 같은 사실을 전하게 하고, 그 다음날 피해자의 처에게 전화를 하여 “머칠 있으면 국세청에서 조사가 나올 것이니 그렇게 아시오”라고 말한 경우, 위 각 행위는 협박죄에 있어서 해약의 고지에 해당한다(대법원 2007. 6. 1. 선고 2006도1125 판결).

## 15. 명예에 관한 죄에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲이 A의 집 뒷길에서 甲의 남편 B 및 A의 친척 C가 듣는 가운데 마을 사람들이 들을 수 있을 정도의 큰 소리로 A에게 “저것이 징역 살다온 전과자다”라고 말한 경우, 공연성이 인정된다.

② 성명불상자가 인터넷 ○○일보 자유게시판에 “오늘 A 이틀 연속.. 어찌구한 △△일보 기자 면상”이라는 제목으로 A가 작성한 기사들의 제목과 A의 사진, 이름이 나온 기사 정보란을 캡처한 게시물을 작성·게시하자 甲이 그 게시물에 “꼰대로 돌아가자면 어린놈의 색이가”라는 댓글을 작성한 경우, 甲에게는 모욕죄가 성립하지 않는다.

③ 재단법인 이사장 A가 전임 이사장 B에 대하여 재임 기간 중 재단법인의 재산을 횡령하였다고 고소하였다가 무고죄로 유죄판결을 받자, 甲이 A의 퇴진을 요구하는 시위를 하면서 A가 유죄판결을 받은 사실 등을 적시한 경우, 甲의 행위가 자신이 속한 집단을 위한 목적이나 동기가 다소 내포되어 있다 할지라도 객관적으로 공공의 이익을 위한 것임이 인정된다면 위법성이 조각되어 甲에게는 명예훼손죄가 성립하지 않는다.

④ 甲은 대학교 동창인 A가 SNS에서 자신의 팔로우를 해제한 것에 불만을 가지고 있던 중 A가 친구들과 촬영한 사진이 포함된 글을 작성·게시한 것을 보고 거기에 “와 인성 저런데 친구는 있으시네요, 잘 봤습니다, 안녕히 계세요”라는 내용의 댓글을 게시하였다가 곧 삭제하였으나 A가 SNS의 댓글 미리 알림 기능을 통해 이를 알게 된 경우, 甲에게는 모욕죄가

성립한다.

→ 정답 ④ (X) [1] 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] 피고인은 대학교 동창인 피해자가 인스타그램에서 피고인의 팔로우를 해제한 것에 불만을 가지고 있던 중 피해자가 친구들과 촬영한 사진이 포함된 글을 작성·게시한 것을 보고 거기에 “와 인성 저런데 친구는 있으시네요, 잘 봤습니다, 안녕히 계세요.”라는 내용의 댓글을 게시하였다가 곧 삭제하였는데 피해자가 인스타그램의 댓글 미리알림 기능을 통해 이를 알게 된 사실을 알 수 있다.

[3] 이 사건 댓글이 피해자의 인성에 대한 부정적 의견이나 감정을 나타내는 것으로서 피해자를 불쾌하게 할 수 있는 무례한 표현이기는 하지만 객관적으로 피해자의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 연사에 해당한다고 보기는 어렵다(대법원 2024. 5. 9. 선고 2024도2879 판결). 결국, 이 사건 댓글이 형법 제311조의 모욕에 해당하지 않는다.

① (○) [1] [다수의견] 대법원 판례는 명예훼손죄의 구성요건으로서 공연성에 관하여 ‘불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태’를 의미한다고 밝혀 왔고, 이는 학계의 일반적인 견해이기도 하다. 대법원은 명예훼손죄의 공연성에 관하여 개별적으로 소수의 사람에게 사실을 적시하였더라도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 적시된 사실을 전파할 가능성이 있는 때에는 공연성이 인정된다고 일관되게 판시하여, 이른바 전파가능성 이론은 공연성에 관한 확립된 법리로 정착되었다. 이러한 법리는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라 한다)상 정보통신망을 이용한 명예훼손이나 공직선거법상 후보자비방죄 등의 공연성 판단에도 동일하게 적용되어, 적시한 사실이 허위인지 여부나 특별법상 명예훼손 행위인지 여부에 관계없이 명예훼손 범죄의 공연성에 관한 대법원 판례의 기본적 법리로 적용되어 왔다.

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

(나) 발언 이후 실제 전파되었는지 여부는 전파가능성 유무를 판단하는 고려요소가 될 수 있으나, 발언 후 실제 전파 여부라는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 한다. 따라서 전파가능성 법리에 따르더라도 위와 같은 객관적 기준에 따라 전파가능성을 판단할 수 있고, 행위자도 발언 당시 공연성 여부를 충분히 예견할 수 있으며, 상대방의 전파의사만으로 전파가능성을 판단하거나 실제 전파되었다는 결과를 가지고 책임을 묻는 것이 아니다.

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

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

[2] [다수의견] 피고인이 갑의 집 뒷길에서 피고인의 남편 을 및 갑의 친척인 병이 듣는 가운데 갑에게 ‘저것이 정역 살다운 전과자다’ 등으로 큰 소리로 말함으로써 공연히 사실을 적시하여 갑의 명예를

훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인과 갑은 이웃 주민으로 여러 가지 문제로 갈등관계에 있었고, 당일에도 피고인은 갑과 말다툼을 하는 과정에서 위와 같은 발언을 하게 된 점, 을과 갑의 처인 정은 피고인과 갑이 큰 소리로 다투는 소리를 듣고 각자의 집에서 나오게 되었는데, 갑과 정은 ‘피고인이 전과자라고 크게 소리쳤고, 이를 병 외에도 마을 사람들이 들었다’는 취지로 일관되게 진술한 점, 피고인은 신고를 받고 출동한 경찰관 앞에서도 ‘갑은 아주 질이 나쁜 전과자’라고 큰 소리로 수회 소리치기도 한 점, 갑이 사는 곳은 갑, 병과 같은 성씨를 가진 집성촌으로 갑에게 전과가 있음에도 병은 ‘피고인으로부터 갑이 전과자라는 사실을 처음 들었다’고 진술하여 갑과 가까운 사이가 아니었던 것으로 보이는 점을 종합하면, 갑과 병의 친분 정도나 적시된 사실이 갑의 공개하기 꺼려지는 개인사에 관한 것으로 주변에 회자될 가능성이 큰 내용이라는 점을 고려할 때 병이 갑과 친척관계에 있다는 이유만으로 전과가능성이 부정된다고 볼 수 없고(갑과 병 사이의 촌수나 구체적 친밀관계가 밝혀진 바도 없다), 오히려 피고인은 갑과의 싸움 과정에서 단지 갑을 모욕 내지 비방하기 위하여 공개된 장소에서 큰 소리로 말하여 다른 마을 사람들이 들을 수 있을 정도였던 것으로 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태였다고 봄이 타당하므로 피고인의 위 발언은 공연성이 인정된다(대법원2020. 11. 19. 선고2020도5813 전원합의체 판결). 결국, 피고인에게는 제307조 제1항 명예훼손죄가 성립한다.

② (○) [1] 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] 성명불상자(닉네임 ‘생략’)가 인터넷 ○○일보 자유게시판에 「오늘 A 이틀연속.. 어찌구한 △△일보 기자 면상」이라는 제목으로 피해자 A가 작성한 기사들의 제목과 A의 사진, 이름이 나온 기사 정보란을 캡처한 게시물을 작성·게시한 사실, 피고인 갑이 2020. 11. 10. 12:44 무렵 위 게시물에 “폰대로 돌아가자면 어린놈의 색이가”라는 댓글(이하 ‘이 사건 댓글’이라 한다)을 작성한 사실을 알 수 있다.

[3] 이 사건 댓글은 피해자에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정을 나타내는 것으로서 피해자를 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 저속한 표현이기는 하지만, 객관적으로 피해자의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 언사에 해당한다고 보기는 어렵다(대법원 2024. 9. 27. 선고 2023도17996 판결). 결국, 이 사건 댓글이 형법 제311조의 모욕에 해당하지 않는다.

③ (○) [1] 재단법인 이사장 갑이 전임 이사장 을에 대하여 재임 기간 중 재단법인의 재산을 횡령하였다고 고소하였다가 무고죄로 유죄판결을 받자, 피고인들이 갑의 퇴진을 요구하는 시위를 하면서 갑이 유죄판결을 받은 사실 등을 적시하여 명예훼손으로 기소된 사안에서, 피고인들이 갑의 범행전력을 적시함으로써 사회적 평가를 저하시키는 행위를 하였지만, 적시된 주된 사실이 진실에 부합하고 오히려 공공의 이익에 관한 것으로 위법성이 조각된다고 볼 여지가 충분하다.

[2] 개인의 사적인 신상은 그 사회적 활동의 성질이나 사회에 미치는 영향력의 정도 등에 따라 사회적 활동에 대한 비판과 평가의 한 자료가 될 수 있다. 피해자는 재단법인 ○○○○○ 향교재단(이하 ‘○○향교재단’이라고만 한다)의 이사장 직무를 수행하는 동안 전임 이사장이 재임기간 중 재단법인의 재산을 횡령하였다고 고소하였다가 무고죄로 유죄판결을 받았으므로, 이는 ○○향교재단 이사장으로서의 활동에 대한 비판과 평가의 자료가 된다.

[3] ○○향교재단의 대표자가 직무 수행에 적합한지 여부는 재단법인의 운영에 관여하는 사람들은 물론이고 이에 관여하지 않는 사람들을 포함한 공동체 전체의 관심과 이익에 관한 사항에 해당한다고 볼 수 있다.

[4] 이 사건에서 피고인들이 피해자의 범행전력을 적시함으로써 그 사회적 평가를 저하시키는 행위를 하였다고 보기는 하지만, 적시한 주된 사실은 피해자가 대법원에서 무고죄로 유죄판결을 받았다는 취지로서 진실에 부합한다. 따라서 피고인들이 피해자의 범행전력을 적시한 것이 객관적으로 보아 공공의 이익에 관한 것이임이 인정된다면, 거기에 피고인들이 속한 집단이나 피고인들 자신들을 위한 것이라는 목적이나 동기가 다소 내포되어 있다고 하더라도 전체적으로는 그 목적이 공공의 이익에 있다

고 보아야 한다.

[5] 피고인들이 피해자에 대하여 사실을 적시한 행위는 오로지 공공의 이익에 관한 것이어서 위법성이 조각된다고 볼 여지가 충분하다(대법원 2017. 6. 15. 선고 2016도8557 판결). 결국, 甲의 행위는 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 것이어서 명예훼손죄가 성립하지 않는다.

16. 성폭력범죄에 관한 설명으로 옳은 것만을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 甲은 유부녀 A의 옛 애인인 B 행세를 하여 A와 1회 성관계를 가진 후 A에게 전화하여 'B와의 성관계 사실을 폭로하겠다, 제3자가 성관계 당시 모텔 사진을 가지고 있다, 사진을 찍은 자가 성관계를 원하고, 그에게는 수명의 부하들이 있다'라는 등 A의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도로 협박하여 A를 간음하였으나 간음 당시에는 일체의 폭행이나 협박이 없었던 경우, 甲의 행위는 강간죄를 구성하지 않는다.
- ㉡ 미용업체인 X회사를 운영하는 甲은 그 회사의 가맹점에서 근무하는 A(여, 27세)를 비롯한 직원들과 노래방에서 회식을하던 중 A를 자신의 옆자리에 앉힌 후 갑자기 A의 볼에 입을 맞추고, 이에 A가 '하지 마세요'라고 하였음에도 계속하여 오른손으로 A의 오른쪽 허벅지를 쓰다듬은 경우, 피해자가 즉시 항의하거나 반발하는 등의 거부행위를 밝히는 대신 그 자리에 가만히 있었을지라도 甲의 행위는 강제추행죄를 구성한다.
- ㉢ 甲은 사람 및 차량의 왕래가 빈번한 도로에서 A(여, 48세)에게 성적인 성질을 가지지 아니한 욕설을 하면서 어떠한 신체의 접촉도 없이 단지 자신의 바지를 벗어 성기를 보여준 경우, 甲의 행위는 강제추행죄를 구성한다.
- ㉣ 甲은 자신의 주거지 방 안에서 4촌 관계인 A(여, 15세)의 학교과제를 도와주던 중 A의 왼손을 잡아 자신의 성기쪽으로 끌어당겼고 이를 거부하고 자리를 이탈하려는 A의 의사에 반하여 A를 양팔로 끌어안은 다음 침대에 쓰러뜨린 후 A의 가슴을 만진 경우, 甲의 행위는 성폭력범죄의 처벌등에관한특례법 위반(친족관계에의한강제추행)죄를 구성한다.

① ㉠㉡

② ㉠㉢

③ ㉡㉢

④ ㉡㉣

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

㉠ (X) [1] 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

[2] 가해자가 폭행을 수반함이 없이 오직 협박만을 수단으로 피해자를 간음한 경우에도 그 협박의 정도가 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것(강간죄)이면 강간죄가 성립하고, 협박과 간음 또는 추행 사이에 시간적 간격이 있더라도 협박에 의하여 간음이 이루어진 것으로 인정될 수 있다면 달리 볼 것은 아니다.

[3] 피고인의 협박 내용이 혼인 외 성관계 사실을 폭로하겠다는 취지의 것 이외에도 마치 '사진 찍은 자'가 수명의 부하를 거느리고 있다거나 그 성질을 건드리지 마라는 등 여러 내용을 포함하고 있는 점, 피고인은 실제로 피해자의 가족이 출근이나 등교한 직후 아침시간대에 피해자와 3살짜리 아들만 있는 피해자의 집까지 찾아가 수회에 걸쳐 피해자를 간음하였으며 때로는 피해자의 아들에게 피해자 남편의 휴대전화번호를 물어보거나 새벽에 피해자의 집에 전화하기까지 한 점, 피고인은 수회에 걸쳐 피해자와 통화하거나 피해자를 간음하는 과정에서 피고인의 1인 2역 행동에 쉽게 속아 넘어가 심한 압박감에 시달리고 있는 피해자의 심리상태를 교묘하게 간파하여, 상황과 필요에 따라 "때로는 '사진

찍은 자'로, 때로는 옛 애인으로" 행세하면서, 피해자가 성관계에 불응할 경우 성관계 사실을 폭로하거나 '사진 찍은 자'가 마치 자신의 폭력조직 부하들을 동원하여 피해자의 신체 등에 위해를 가할 수도 있다는 것을 암시하는 등의 방법으로 피해자를 협박하고 '사진 찍은 자'로 행세하면서 수회에 걸쳐 피해자를 간음하기에 이른 점, 한편 피해자로서는, 자신을 협박하고 있는 '사진 찍은 자'가 폭력조직을 거느리고 있는 것으로 오인하고 있는 데다가 그 정확한 신원을 전혀 모르고 있는 관계에 있어 '사진 찍은 자'는 성관계를 폭로하더라도 아무런 피해를 입지 않은 채 피해자만이 심각한 불이익을 당하게 될 상황에 처해 있고, 따라서 '사진 찍은 자'의 계속되는 협박에 피해자가 불응할 경우 언제든지 협박의 내용과 같은 성관계 폭로가 현실화될 수 있을 것이라는 위협을 더욱 크게 느꼈을 것으로 예상되는 점 등 기록에 나타난 모든 사정을 종합하여 볼 때, 피고인의 위와 같은 협박은 피해자를 단순히 외포시킨 정도를 넘어 적어도 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었다고 보기에 충분하다고 할 것이므로, 강간죄가 성립된다고 봄이 상당하다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도5979 판결). 결국, 甲의 행위는 강간죄를 구성한다.

㉠ (○) [1] 강제추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행 행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 이른바 기습추행의 경우도 포함된다. 특히 기습추행의 경우 추행행위와 동시에 저질러지는 폭행행위는 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있거나 그 힘의 대소 강약을 불문한다는 것이 일관된 판례의 입장이다.

[2] 이에 따라 대법원은, 피해자의 옷 위로 엉덩이나 가슴을 쓰다듬는 행위, 피해자의 의사에 반하여 그 어깨를 주무르는 행위, 교사가 여중생의 얼굴에 자신의 얼굴을 들이밀면서 비비는 행위나 여중생의 귀를 쓸어 만지는 행위 등에 대하여 피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사가 이루어져 기습추행에 해당한다고 판단한 바 있다.

[3] 미용업체인 갑 주식회사를 운영하는 피고인이 갑 회사의 가맹점에서 근무하는 乙(여, 27세)을 비롯한 직원들과 노래방에서 회식을 하던 중 乙을 자신의 옆자리에 앉힌 후 컷속말로 '일하는 것 어렵지 않냐. 힘든 것 있으면 말하라'고 하면서 갑자기 을의 볼에 입을 맞추고, 이에 을이 '하지 마세요'라고 하였음에도 계속하여 '괜찮다. 힘든 것 있으면 말해라. 무슨 일이든 해결해 줄 수 있다'고 하면서 오른손으로 을의 오른쪽 허벅지를 쓰다듬어 강제로 추행하였다는 내용으로 기소되었는데, 여성인 을이 성적 수치심이나 혐오감을 느낄 수 있는 부위인 허벅지를 쓰다듬은 행위는 을의 의사에 반하여 이루어진 것인 한 을의 성적 자유를 침해하는 유형력의 행사에 해당할 뿐 아니라 일반인에게도 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 추행행위라고 보아야 하는 점 등을 종합할 때 기습추행으로 인한 강제추행죄의 성립을 부정적으로 볼 수 없을 뿐 아니라, 피고인이 저지른 행위가 자신의 의사에 반하였다는 을 진술의 신빙성에 대하여 합리적인 의심을 가질 만한 사정도 없다(대법원2020. 3. 26. 선고 2019도15994판결). 결국, 피고인에게서 강제추행죄가 성립한다.

㉡ (X) [1] 형법 제298조는 “폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자”를 강제추행죄로 벌할 것을 정한다. 그런데 강제추행죄는 개인의 성적 자유라는 개인적 법익을 침해하는 죄로서, 위 범규정에서의 '추행'이란 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키고 선량한 성적 도덕관념에 반하는행위인 것만으로는 부족하고 그행위의 상대방인 피해자의 성적 자기결정의 자유를 침해하는 것이어야 한다. 따라서 전전한 성풍속이라는 일반적인 사회적 법익을 보호하려는 목적을 가진 형법 제245조의공연음란죄에서 정하는 '음란한행위'(또는 이른바 과다노출에 관한 경범죄처벌법 제1조 제41호에서 정하는 행위)가 특정한 사람을 상대로 행하여졌다고 해서 반드시 그 사람에게 대하여 '추행'이 된다고 말할 수 없고, 무엇보다도 문제의 행위가 피해자의 성적 자유를 침해하는 것으로 평가될 수 있어야 한다.

[2] 피고인이 피해자 갑(여, 48세)에게 욕설을 하면서 자신의 바지를 벗어 성기를 보여주는 방법으로 강제추행하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 제반 사정을 고려할 때 단순히 피고인이 바지를 벗어 자신의 성기를 보여준 것만으로는 폭행 또는 협박으로 '추행'을 하였다고 볼 수 없다(대법원2012. 7. 26. 선고2011도8805판결). 결국, 폭행 또는 협박이 없으므로, 강제추행죄가 성립하지 않는다.

㉢ (○) [1] 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'은 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도로 강력한 것이 요구되지 아니하고, 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으



로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)하는 것이라고 보아야 한다.

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

[3] 이와 달리 강제추행죄의 폭행 또는 협박이 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도일 것을 요한다고 본 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도8805 판결을 비롯하여 같은 취지의 종전 대법원판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다.

[4] 피고인이 자신의 주거지 방안에서 4촌 친족관계인 피해자 갑(여, 15세)의 학교 과제를 도와주던 중 갑을 양팔로 끌어안은 다음 침대에 쓰러뜨린 후 갑의 가슴을 만지는 등 강제로 추행하였다는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(친족관계에의한강제추행)의 주위적 공소사실로 기소된 사안에서, 당시 피고인은 방안에서 갑의 숙제를 도와주던 중 갑의 왼손을 잡아 자신의 성기 쪽으로 끌어당겼고, 이를 거부하고 자리를 이탈하려는 갑의 의사에 반하여 갑을 끌어안은 다음 침대로 넘어져 갑의 위에 올라탄 후 갑의 가슴을 만졌으며, 방문을 나가려는 갑을 뒤따라가 끌어안았는바, 이러한 피고인의 행위는 갑의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사하여 갑을 강제추행한 것에 해당한다(대법원 2023. 9. 21. 선고2018도13877 전원합의체 판결).

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

① 업무방해죄의 위력이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하므로, 폭력·협박은 물론 사회적·경제적·정치적 지위와 권세에 의한 압박등도 이에 포함되고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것을 요하지는 않는다.

② 업무의 개시나 수행과정에 실체상 또는 절차상 하자가 있더라도 사회생활상 도저히 용인할 수 없는 정도로 반사회성을 띠는 데까지 이르거나 법적 보호라는 측면에서 그와 동등한 평가를 받을 수밖에 없는 경우에 이르지 아니한 이상 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무에 해당한다.

③ 업무방해죄의 성립에는 업무방해의 결과가 실제로 발생할 것을 요하지 않지만 업무방해의 결과를 초래할 위험은 발생하여야 한다.

④ 위력에 의한 행위의 결과 실질적으로 상대방의 업무에 지장이 초래되었다면 그것이 행위자가 가지는 정당한 권한을 행사한 것으로 볼 수 있는 경우라도 업무방해죄가 성립한다.

→ 정답 ④ (X) [1] 업무방해죄의 수단인 위력은 사람의 자유의사를 제압·혼란하게 할 만한 일체의 억압적 방법을 말하고, 이는 제3자를 통하여 간접적으로 행사하는 것도 포함될 수 있다. 그러나 어떤 행위의 결과 상대방의 업무에 지장이 초래되었다 하더라도 행위자가 가지는 정당한 권한을 행사한 것으로 볼 수 있는 경우에는, 행위의 내용이나 수단 등이 사회통념상 허용될 수 없는 등 특별한 사정이 없는 한 업무방해죄를 구성하는 위력을 행사한 것이라고 할 수 없다.

[2] 따라서 제3자로 하여금 상대방에게 어떤 조치를 취하게 하는 등으로 상대방의 업무에 곤란을 야기하거나 그러한 위험이 초래되게 하였다 하더라도, 행위자가 제3자의 의사결정에 관여할 수 있는 권한을 가지고 있거나 그에 대하여 업무상 지시를 할 수 있는 지위에 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 업무방해죄를 구성하지 아니한다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011도16718 판결).

① (○) [1] 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’란 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업으로서 타인의 위법한 행위에 의한 침해로부터 보호할 가치가 있으면 되고, 법률상 보호할 가치가 있는 업무인지 여부는 그 사무가 사실상 평온하게 이루어져 사회적 활동의 기반이 되고 있느냐에 따라 결정된다.

[2] 또한 업무방해죄의 ‘위력’이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력을 말하고, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하며, 폭행·협박은 물론 사회적, 경제적, 정치적 지위와 권세에 의한 압

박 등도 이에 포함되고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압되는 것을 필요로 하는 것은 아니다(대법원2020. 11. 12. 선고2016도8627판결).

② (○) [1] 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’란 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업으로서 타인의 위법한 행위에 의한 침해로부터 보호할 가치가 있으면 되고, 반드시 그 업무가 적법하거나 유효할 필요는 없으므로 법률상 보호할 가치가 있는 업무인지 여부는 그 사무가 사실상 평온하게 이루어져 사회적 활동의 기반이 되고 있는냐에 따라 결정된다.

[2] 그리고 그 업무의 개시나 수행과정에 실체상 또는 절차상의 하자가 있다 하더라도 그 정도가 사회생활상 도저히 용인할 수 없는 정도로 반사회성을 띠는 데까지 이르거나 법적 보호라는 측면에서 그와 동등한 평가를 받을 수밖에 없는 경우에 이르지 아니한 이상 업무방해죄의 보호대상이 된다(대법원 2015. 4. 23. 선고 2013도9828 판결).

③ (○) 업무방해죄의 성립에는 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하지 않고 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생하면 족하다(대법원2020. 11. 12. 선고2016도8627판결).

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

① 甲이 모텔에 투숙한 다음 날 객실에서 소란을 피우자 모텔주인 A가 112신고를 하고 12시가 퇴실시간임을 안내하였음에도, “여기는 범죄현장이다. 국과수를 불러달라. 내가 피해자인데 내가 왜 나가냐? 니들이 경찰이나?” 등 횡설수설하며 퇴거에 불응하면서 퇴실시간이 3시간 정도 지난 경우, 甲의 행위는 퇴거불응죄를 구성한다.

② 지방의회 본회의 방청 중 회의 진행을 방해하고 퇴거 요구에 불응한 사건과 회의장에서 인화물질로 몸에 불을 붙이려다 미수에 그친 사건으로 지방의회 출입제한 조치를 받은 甲이 며칠뒤 의회1층 출입구 앞에서 출입을 제지하는 방호요원들을 밀치면서 의회청사 로비로 들어간 경우, 甲의 행위는 건조물침입죄를 구성한다.

③ 甲이 ‘A에게 100m 이내로 접근하지 말 것’ 등을 명하는 법원의 접근금지가처분 결정이 있는 등 甲이 A를 방문하는 것을 A가 싫어하는 것을 알고 있음에도 임의로 A가 근무하는 사무실 안으로 들어간 경우, 甲의 행위는 건조물침입죄를 구성하지 않는다.

④ 甲은 아내인 A와의 불화로 인해 A와 공동생활을 영위하던 아파트에서 짐 일부를 챙겨 나왔는데, 그 후 자신의 부모인 乙, 丙과 함께 아파트에 찾아가 출입문을 열 것을 요구하였으나 A는 외출한 상태로 A의 동생인 B가 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 걸어 문을 열어 주지 않자 공동하여 걸쇠를 손괴한 후 아파트에 들어간 경우, 이는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반(공동주거침입)죄를 구성하지 않는다.

→ 정답 ③ (X) [1] 주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 이때 거주자의 의사도 고려되지만 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태 등 출입 당시 상황에 따라 그 정도는 달리 평가될 수 있다.

[2] 사생활 보호의 필요성이 큰 사적 주거, 외부인의 출입이 엄격히 통제되는 건조물에 거주자나 관리자의 승낙 없이 몰래 들어간 경우 또는 출입 당시 거주자나 관리자가 출입의 금지나 제한을 하였음에도 이를 무시하고 출입한 경우에는 사실상의 평온상태가 침해된 경우로서 침입행위가 될 수 있다.

[3] 피고인이 ‘甲에게 100m 이내로 접근하지 말 것’ 등을 명하는 법원의 접근금지가처분 결정이 있는 등 피고인이 甲을 방문하는 것을 甲이 싫어하는 것을 알고 있음에도 임의로 甲이 근무하는 사무실

안으로 들어감으로써 건조물에 침입하였다는 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인이 위 결정에 반하여 甲이 근무하는 사무실에 출입한 것은 甲의 명시적인 의사에 반하는 행위일 뿐만 아니라, 출입의 금지나 제한을 무시하고 출입한 경우로서 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 보더라도 사실상 평온상태가 침해된 것으로 볼 수 있으므로 건조물침입죄가 성립한다(대법원 2024. 2. 8. 선고 2023도16595 판결).

① (○) [1] 형법 제319조 제2항의 퇴거불응죄는 주거나 건조물·방실 등의 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것으로, 거주자나 관리자·점유자로부터 주거나 건조물·방실 등에서 퇴거요구를 받고도 응하지 아니하면 성립하는데, 이때 주거 등에 관하여 거주·관리·점유할 법률상 정당한 권한을 가지고 있어야만 거주자나 관리자·점유자가 될 수 있는 것은 아니다.

[2] 이는 숙박업자가 고객에게 객실을 제공하여 일시적으로 이를 사용할 수 있도록 하고 고객으로부터 사용에 따른 대가를 지급받는 숙박계약이 종료됨에 따라 고객이 숙박업소의 관리자 등으로부터 퇴거요구를 받은 경우에도 원칙적으로 같다.

[3] 다만 숙박계약에서 숙박업자는 통상적인 임대차계약과는 달리 다수의 고객에게 반복적으로 객실을 제공하여 영업을 영위하고, 객실이라는 공간 외에도 객실 안의 시설이나 서비스를 함께 제공하여 객실 제공 이후에도 필요한 경우 객실에 출입하기도 하며, 사전에 고객과 사이에 대실기간을 단기간으로 정하여 대실기간 경과 후에는 고객의 퇴실 및 새로운 고객을 위한 객실 정비를 예정한다.

[4] 이와 같은 숙박계약의 특수성을 고려하면, 고객이 개별 객실을 점유하고 있더라도 숙박업소 및 객실의 구조 및 성격, 고객이 개별 객실을 점유하게 된 경위 및 점유 기간, 퇴실시간의 경과 여부, 숙박업자의 관리 정도, 고객에 대한 퇴거요구의 사유 등에 비추어 오히려 고객의 개별 객실에 대한 점유가 숙박업자의 전체 숙박업소에 대한 사실상 주거의 평온을 침해하는 것으로 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 숙박업자가 고객에게 적법하게 퇴거요구를 하였음에도 고객이 응하지 않을 때 퇴거불응죄가 성립할 수 있다(대법원2023. 12. 14. 선고2023도9350판결).

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

나. 이때 거주자의 의사도 고려되지만 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태 등 출입 당시 상황에 따라 그 정도는 달리 평가될 수 있다.

다. 거주자 등의 명시적 또는 추정적 의사에 반하여 물리력을 행사하여 주거 등에 출입한 경우는 대체로 주거의 사실상 평온상태가 침해되었다고 볼 수 있는데, 출입문의 잠금장치를 손괴하거나 출입문이 아닌 곳을 통하여 통상적이지 않은 방법으로 주거 등에 들어간 경우와 일반적으로 개방되어 있는 장소이지만 관리자의 제지에도 불구하고 소란을 피우면서 출입하는 경우가 건조물 침입에 해당할 수 있다.

라. 한편 일반적으로 개방되어 있는 장소라 하더라도 관리자가 필요에 따라 그 출입을 제한할 수 있다.

[2] 가. 피고인은 2019. 11. 26. 안산시의회 본회의 당시 회의 진행을 방해하고 퇴거 요구에 정당한 이유 없이 불응하였다. 또한 피고인이 소속된 ‘(단체명 생략)’의 회원은 위 회의장에서 피고인이 퇴장한 이후 인화물질을 몸에 뒤집어쓰고 불을 붙이려다 미수에 그쳤다.

나. 안산시의회는 위 사건 이후인 2019. 11. 27.경부터 청사 출입통제를 실시하여 민원인들로 하여금 1층 정문 현관을 통하여 출입하도록 하였다.

다. 피고인은 2019. 12. 3. 안산시의회 1층 정문 현관 앞에서 안산시의회 의장으로부터 지시를 받은 방호요원들로부터 출입제지를 당하자 방호요원들을 밀치면서 안산시의회 청사 로비로 들어갔다.

[3] 따라서 위와 같은 사정을 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 안산시의회 의장의 지시를 받은 방호요원들의 출입제지에도 불구하고 방호요원들을 밀치며 안산시의회 청사에 들어간 것은 관리자의 명시적인 의사에 반하여 물리력을 행사하여 건조물에 출입한 경우로서 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 보더라도 사실상 평온상태가 침해되었다고 볼 수 있다(건조물침입죄가 성립한다)(대법원 2024. 3. 12. 선고 2023도9571 판결).

④ (○) [다수의견] [1] 공동거주자 중 한 사람이 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것을 금지한 경우, 다른 공동거주자가 이에 대하여 공동생활의 장소에 들어갔더라도 이는 사전 양해된 공동주거의 취지 및 특성에 맞추어 공동생활의 장소를 이용하기 위한 방편에 불과할 뿐, 그의 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 주거의 평온이라는 법익을 침해하는 행위라고는 볼 수 없으므로 주거침입죄는 성립하지 않는다. 설령 그 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하기 위하여 출입문의 잠금장치를 손괴하는 등 다소간의 물리력을 행사하여 그 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤더라도 그러한 행위 자체를 처벌하는 별도의 규정에 따라 처벌될 수 있음은 별론으로 하고, 주거침입죄가 성립하지 아니함은 마찬가지이다.

[2] 피고인 갑은 처 율과의 불화로 인해 율과 공동생활을 영위하던 아파트에서 짐 일부를 챙겨 나왔는데, 그 후 자신의 부모인 피고인 병, 정과 함께 아파트에 찾아가 출입문을 열 것을 요구하였으나 율은 외출한 상태로 율의 동생인 무가 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 걸어 “언니가 귀가하면 오라.”며 문을 열어 주지 않자 공동하여 걸쇠를 손괴한 후 아파트에 침입하였다고 하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동주거침입)으로 기소된 사안에서, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 갑이 아파트에서의 공동생활관계에서 이탈하였다거나 그에 대한 지배·관리를 상실하였다고 보기 어렵고, 공동거주자인 율이나 그로부터 출입관리를 위탁받은 무가 공동거주자인 피고인 갑의 출입을 금지할 법률적인 근거 기타 정당한 이유가 인정되지 않으므로, 아파트에 대한 공동거주자의 지위를 계속 유지하고 있던 피고인 갑이 아파트에 출입하는 과정에서 정당한 이유 없이 이를 금지하는 무의 조치에 대하여 걸쇠를 손괴하는 등 물리력을 행사하였다고 하여 주거침입죄가 성립한다고 볼 수 없고, 피고인 병, 정에 대하여도 같은 법 위반(공동주거침입)죄가 성립하지 않는다(대법원2021. 9. 9.선고2020도6085원원합의체 판결). 가정불화로 처와 일시 별거 중인 남편이 그의 부모와 함께 주거지에 들어가려고 하는데 처로부터 집을 돌보아 달라는 부탁을 받은 처제가 출입을 못하게 하자, 출입문에 설치된 잠금장치를 손괴하고 주거지에 출입하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반(공동주거침입)죄 등으로 기소된 사안에서, 주거침입죄가 성립하지 않는다고 하였다.

#### 19. 절도의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 단순히 타인의 점유만을 침해하였다고 하여 절도죄가 성립하는 것은 아니나, 재물의 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사가 있으면 되고 반드시 영구적으로 보유할 의사가 필요한 것은 아니며, 그것이 물건 그 자체를 영득할 의사인지 물건의 가치만을 영득할 의사인지를 불문한다.

② 甲이 내연관계에 있던 A와 아파트에서 동거하다가, A의 사망으로 A의 상속인인 B와 C 소유에 속하게 된 부동산 등기권리증 등 서류들이 들어 있는 가방을 위 아파트에서 가지고 나온 경우, B와 C가 위 아파트에서 전혀 거주한 사실이 없었고, A의 사망 후 甲이 가방을 위 아파트로부터 가지고 가기까지 B와 C가 甲에게 위 아파트 또는 위 가방의 인도 등을 요구한 일이 전혀 없었더라도 甲의 행위는 B와 C의 가방에 대한 점유를 침해하여 절도죄를 구성한다.

③ 야간에 불이 꺼져 있는 상점의 출입문을 손으로 열어보려고 하였으나 출입문의 하단에 부착되어 있던 잠금 고리가 잠겨져 있어 열리지 않았는데, 출입문을 발로 걷어차자 잠금 고리의 아래쪽 부착 부분이 출입문에서 떨어져 출입문과의 사이가 뜨게되면서 출입문이 열려 상점 안으로 침입하여 재물을 절취한 경우, 이는 「형법」 제331조 제1항에 정한 문이나 담 그 밖의 건조물의 일부를 손괴한 것에 해당하여 특수절도죄를 구성한다.

④ A가 운영하는 모텔 객실에 甲이 낮에 몰래 들어가 침입한 다음 머물러 있다가 그곳에 설치되어 있던 컴퓨터를 같은 날 야간에 절취한 경우, 甲의 행위는 「형법」 제330조의 야간 주거침입절도죄를 구성하지 않는다.

→ 정답 ② (X) [1] 종전 점유자의 점유가 그의 사망으로 인한 상속에 의하여 당연히 그 상속인에게 이전된다는 민법 제193조는 절도죄의 요건으로서의 '타인의 점유'와 관련하여서는 적용의 여지가 없고, 재물을 점유하는 소유자로부터 이를 상속받아 그 소유권을 취득하였다고 하더라도 상속인이 그 재물에 관하여 사실상의 지배를 가지게 되어야만 이를 점유하는 것으로서 그때부터 비로소 상속인에 대한 절도죄가 성립할 수 있다.

[2] 피고인이 내연관계에 있는 甲과 아파트에서 동거하다가, 甲의 사망으로 甲의 상속인인 乙 및 丙 소유에 속하게 된 부동산 등기권리증 등 서류들이 들어 있는 가방을 위 아파트에서 가지고 간 경우, 피고인이 갑의 사망 전부터 아파트에서 갑과 함께 거주하였고, 갑의 자식인 을 및 병은 위 아파트에서 전혀 거주한 일이 없이 다른 곳에서 거주·생활하다가 갑의 사망으로 아파트 등의 소유권을 상속하였으나, 을 및 병이 갑 사망 후 피고인이 가방을 가지고 가기까지 그들의 소유권 등에 기하여 아파트 또는 그곳에 있던 가방의 인도 등을 요구한 일이 전혀 없는 사정 등에 비추어, 피고인이 가방을 들고 나온 시점에 을 및 병이 아파트에 있던 가방을 사실상 지배하여 점유하고 있었다고 볼 수 없어 피고인의 행위가 을 등의 가방에 대한 점유를 침해하여 절도죄를 구성한다고 할 수 없다 (대판 2012.04.26. 2010도6334).

① (○) [1] 형법상 절취란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말한다. 그리고 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사란 타인의 물건을 그 권리자를 배제하고 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용·처분하고자 하는 의사를 말하는 것이다.

[2] 단순히 타인의 점유만을 침해하였다고 하여 그로써 곧 절도죄가 성립하는 것은 아니나, 재물의 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사가 있으면 되고 반드시 영구적으로 보유할 의사가 필요한 것은 아니며, 그것이 물건 자체를 영득할 의사인지 물건의 가치만을 영득할 의사인지를 불문한다.

[3] 따라서 어떠한 물건을 점유자의 의사에 반하여 취거하는 행위가 결과적으로 소유자의 이익으로 된다는 사정 또는 소유자의 추정적 승낙이 있다고 볼 만한 사정이 있다고 하더라도, 다른 특별한 사정이 없는 한 그러한 사유만으로 불법영득의 의사가 없다고 할 수는 없다(대법원2014. 2. 21. 선고 2013도14139판결).

③ (○) [1] (공소사실의 요지) "피고인은 2004. 1. 8. 22:50경 피해자 경영의 편의점 앞에 이르러 위 상점 출입문을 발로 걷어차 출입문의 시정장치를 손괴하고 그 안으로 침입한 다음, 상점 내에 진열되어 있던 피해자 소유의 담배를 봉투에 넣고, 카운터의 금고에서 피해자 소유의 현금을 꺼내어 피고인의 상의 주머니에 집어 넣어 이를 절취하였다."라는 것이다.

[2] 형법 제331조 제1항(특수절도죄)은 야간에 문호 또는 장벽 기타 건조물의 일부를 손괴하고 형법 제330조의 장소에 침입하여 타인의 재물을 절취한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다고 규정하고 있는바, 형법 제331조 제1항에 정한 '문호 또는 장벽 기타 건조물의 일부'라 함은 주거 등에 대한 침입을 방지하기 위하여 설치된 일체의 위장시설을 말하고, '손괴'라 함은 물리적으로 위와 같은 위장시설을 훼손하여 그 효용을 상실시키는 것을 말한다고 할 것이다.

[3] 이 사건 당시 피고인은 상점의 불이 꺼져 있어 사람이 없는 것으로 생각하고 상점의 출입문을 손으로 열어보려고 하였으나 출입문은 그 하단에 부착되어 있던 잠금 고리에 의하여 잠겨져 있어 열리지 않았는데, 피고인이 출입문을 발로 걷어차자 잠금 고리의 아래쪽 부착 부분이 출입문에서 떨어져 출입문과의 사이가 뜨게 되면서 출입문이 열리게 되었고, 이에 피고인이 상점 안으로 침입하여 판시와 같이 피해자의 재물을 절취하였음을 알 수 있는바, 이러한 피고인의 행위는 물리적으로 위장시설을 훼손하여 그 효용을 상실시키는 행위에 해당한다고 할 것이다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도4505 판결). 결국, 피고인의 행위가 형법 제331조 제1항에 정한 위장시설의 손괴에 해당하므로, 특수절도죄가 성립한다.

④ (○) [1] 형법은 제329조에서 절도죄를 규정하고 곧바로 제330조에서 야간주거침입절도죄를 규정

하고 있을 뿐, 야간절도죄에 관하여는 처벌규정을 별도로 두고 있지 아니하다. 형법은 야간에 이루어지는 주거침입행위의 위험성에 주목하여 그러한 행위를 수반한 절도를 야간주거침입절도죄로 중하게 처벌하고 있는 것으로 보아야 하고, 따라서 주거침입이 주간에 이루어진 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다.

[2] 주간(15:40경)에 모텔 객실에 들어간 다음, 같은날 야간(21:00경)에 LCD모니터 1대를 가지고 나온 경우에 야간방실침입절도죄는 성립하지 않는다(대판 2011.4.14·2011도300, 2011감도5). 결국, 방실침입죄와 절도죄가 성립한다.

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

- ① 전문건설업을 부정 등록한 무자격 건설업자 甲이 전문공사를 하도급받을 수 없었음에도 건설회사 담당자에게 이러한 사실을 숨기고 하도급 계약을 체결한 후 각 계약들에 따른 공사대금을 지급받은 경우, 해당 공사에 하자나 시공 상의 결함이 밝혀진 사실이 없고 도급받은 보수공사 또한 모두 정상적으로 준공된 것으로 보이는 사정 등이 있더라도, 甲의 행위는 사기죄에서의 기망행위로 인한 재물의 편취에 해당한다.
- ② 약사가 아닌 자가 약국을 개설하고 마치 「약사법」에 의하여 적법하게 개설된 요양기관인 것처럼 국민건강보험공단에 요양급여비용의 지급을 청구하여 국민건강보험공단으로부터 요양급여비용을 지급받은 경우, 사기죄를 구성한다.
- ③ 사기죄에 있어서 기망으로 인한 재물교부의 대가가 일부 지급된 경우, 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부이다.
- ④ 甲이 변호사를 선임한 적이 없음에도 소송비용액확정신청을 하면서 소송비용액계산서의 비용항목에 사실과 다르게 변호사비용을 기재하였으나 이와 관련하여 소명자료 등을 조작하거나 허위의 소명자료를 제출하지 않은 경우, 甲의 행위를 사기죄의 기망행위라고 단정할 수 없다.

→ 정답 ① (X) [1] 도급계약에서 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 계약 당시를 기준으로 피고인에게 일을 완성할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 일을 완성할 것처럼 거짓말을 하여 피해자로부터 일의 대가 등을 편취할 고의가 있었는지 여부에 의하여 판단하여야 한다. 이때 법원으로서서는 도급계약의 내용, 체결 경위 및 계약의 이행과정이나 결과 등을 종합하여 판단하여야 한다.

[2] 피고인이 설립한 갑 주식회사는 설립 자본금을 가장납입하고, 자격증 대여자를 보유 건설기술자로 등록하는 등 자본금 요건과 기술자 보유 요건을 가장하여 전문건설업을 부정 등록한 무자격 건설업자로 전문공사를 하도급받을 수 없었음에도, 이를 바탕으로 공사 발주기관을 기망하여 특허 사용협약을 체결하고, 해당 공사를 낙찰받은 건설회사 담당자를 기망하여 하도급 계약을 체결한 후, 각 계약들에 따른 공사대금을 지급받아 편취하였다는 이유로 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기) 및 사기죄로 기소된 사안에서, 갑 회사가 시공 또는 납품한 교량 가설공사는 모두 정상적으로 준공되었고, 갑 회사가 도급받은 보수공사 또한 모두 정상적으로 준공된 것으로 보이는 점, 피고인과 갑 회사가 전용설시권을 보유하고 있는 특허공법에 기술적 문제점이 있다거나, 이들이 특허권을 취득하는 과정에 문제가 있다는 점이 밝혀지지는 아니한 점에 비추어, 갑 회사의 설립 또는 사업분야 확장 과정에서 자본금 납입을 가장하였다거나, 국가기술자격증을 대여받아 전문건설업 등록을 하였다는 사실만으로는 피고인에게 각 공사를 완성할 의사나 능력이 없었다고 단정하기 어렵고, 교량 가설공사에 관하여 피고인이 발주기관의 주무 사무관으로부터 개략 건적가에 관한 정보를 전해 듣고 가격을 수정하였다는 사실만으로는 발주기관 계약 담당 공무원에 대하여 계약이행능력에 관한 기망행위를 하였다고 보기 어려워, 피고인이 발주기관 또는 건설회사들로부터 공사대금을 지급받은 행위가 사기죄에서의 기망행위로 인한 재물의 편취에 해당한다고 보기 어렵다(대법원2023. 1. 12.선고2017도14104판결). 결국, 피고인은 사기죄가 성립하지 않는다.

② (○) [1] 약사의 자격이 없는 일반인이 필요한 자금을 투자하여 시설을 갖추고 유자격 약사를 고용하여 그 명의로 약국 개설신고를 한 행위는 형식적으로만 적절한 약국의 개설로 가장한 것일 뿐 실질적으로는 약사 아닌 자가 약국을 개설한 경우에 해당하고, 개설신고가 약사 명의로 되었다거나 개설신고 명의인인 약사가 직접 의약품 제조·판매 등의 행위를 하였다 하여 달리 볼 수 없다(약사법 제20조 제1항 위반행위죄)

[2] 약사법이 제20조 제1항에서 약사 아닌 자의 약국 개설을 금지하고, 제93조 제1항 제2호에서 이를 위반하는 경우 처벌하는 규정을 둔 취지는 의약품 오남용 및 국민 건강상의 위험을 예방하는 한편 건전한 의약품 유통체계 및 판매질서를 확립하려는 것에 있다. 또한 국민건강보험법 제42조 제1항 제2호는 요양급여를 실시할 수 있는 요양기관 중의 하나인 약국을 약사법에 따라 개설등록된 약국으로 한정하고 있다. 따라서 약사법 제20조 제1항을 위반하여 적법하게 개설되지 아니한 약국에서 의약품을 조제하는 등의 요양급여를 실시하였다면 해당 약국은 국민건강보험법상 요양급여비용을 청구할 수 있는 요양기관에 해당되지 아니하므로 요양급여비용을 적법하게 지급받을 자격이 없다.

[3] 위와 같이 약사가 아닌 자가 개설한 약국이 마치 약사법에 의하여 적법하게 개설된 요양기관인 것처럼 국민건강보험공단에 요양급여비용의 지급을 청구하는 것은 국민건강보험공단으로 하여금 요양급여비용 지급에 관한 의사결정에 착오를 일으키게 하는 것으로서 사기죄의 기망행위에 해당하고, 이러한 기망행위에 의하여 국민건강보험공단으로부터 요양급여비용을 지급받을 경우에는 사기죄가 성립하며, 설령 그 약국의 개설 명의인인 약사가 직접 의약품을 조제·판매하고 환자들을 상대로 복약지도를 하였다 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원2022. 6. 30. 선고2022도4108판결). 결국, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기죄) 및 약사법위반에 해당한다.

③ (○) 재물편취를 내용으로 하는 사기죄에 있어서는 기망으로 인한 재물교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 이로써 곧 사기죄가 성립하는 것이고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없으므로 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부라 할 것이다(대법원2000. 7. 7. 선고2000도1899판결).

④ (○) [1] 소송비용부담의 재판은 소송비용상환의무의 존재를 확정하고 그 지급을 명하는 데 그치고, 구체적인 소송비용의 액수는 민사소송법 제110조 제1항에 의한 소송비용액확정결정을 통하여 확정되며, 소송비용의 상환을 구하는 자는 소송비용액확정결정에 집행문을 부여받아 그 확정된 소송비용액에 관하여 강제집행을 할 수 있는바, 허위 내용으로 법원을 기망하여 자기에 유리한 소송비용액확정결정을 받는 행위는 사기죄를 구성할 수 있다.

[2] 한편 소송비용액확정결정을 신청할 때에는 비용계산서, 그 등본과 비용액을 소명하는 데 필요한 서면을 제출하여야 하므로(민사소송법 제110조 제2항), 당사자가 단순히 실제 사실과 다른 비용액에 관한 주장만 한 경우를 사기죄로 인정하는 것에는 신중하여야 한다.

[3] 소송비용 중 당사자 등이 소송 기타 절차를 수행하기 위하여 법원에 납부하는 인지액 및 민사에 납금 등 이른바 ‘재판비용’은 관할법원이 스스로 보존하고 있는 재판서 및 소송기록 등에 의하여 계산할 것이 예정되어 있고, 당사자가 소송 등 수행을 위하여 제3자에게 직접 지출하는 이른바 ‘당사자비용’은 신청인이 반드시 소명하여야 하므로, 소명자료 등을 조작하거나 허위의 소명자료 등을 제출함이 없이 단지 실제 사실과 다른 비용액에 관한 주장만 하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 법원을 기망하였다고 단정하기 어렵기 때문이다.

[4] 피고인은 이 사건 각 소송비용액확정신청서에 첨부한 소송비용액계산서에 ‘변호사비: 5,000,000원’이라고 기재하였으나 이 사건 각 가처분사건에서 변호사를 선임한 적이 없었던 사실, 피고인은 이 사건 각 소송비용액확정신청서를 제출하면서 기왕에 납부한 인지대, 송달료에 관한 영수증은 소명자료로 제출하였으나, 변호사비용에 관하여는 아무런 소명자료를 제출하지 않은 사실을 알 수 있다.

[5] 따라서 피고인이 이 사건 각 가처분사건에서 변호사를 선임한 적이 없음에도 이 사건 각 소송비용액확정신청을 하면서 소송비용액계산서의 비용항목에 사실과 다르게 변호사비용을 기재하기는 하였으나, 이와 관련하여 소명자료 등을 조작하거나 허위의 소명자료를 제출하지는 않았는 바(단지 주장만 한 경우), 피고인의 이 사건 각 소송비용액확정신청이 객관적으로 법원을 기망하기에 충분하다고 보기

는 어려우므로, 이를 사기죄의 기망행위라고 단정할 수 없다(사기죄가 성립할 수 없다)(대법원 2024. 6. 27. 선고 2021도2340 판결). 결국, 각 가처분사건에서 변호사를 선임한 적이 없음에도 각 소송비용액확정신청을 하면서 소송비용액계산서의 비용항목에 사실과 다르게 변호사비용을 기재하여 주장만 한 경우(소명자료 등을 조작하거나 허위의 소명자료를 제출하지는 않은 경우), 소송사기죄가 성립하지 않는다.

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

- ① 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 위탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정된다.
- ② 업무상배임죄에 있어서 ‘재산상 이익 취득’과 ‘재산상 손해 발생’은 대등한 범죄성립요건이므로, 임무위배행위로 인하여 여러 재산상 이익과 손해가 발생하였다면 재산상 이익과 손해 사이에 서로 대응하는 관계에 있는 등 일정한 관련성이 없더라도 업무상배임죄가 성립한다.
- ③ 수분양권 매도인이 수분양권 매매계약에 따라 매수인에게 수분양권을 이전할 의무는 특별한 사정이 없는 한 자신의 사무에 해당할 뿐이므로, 매수인에 대한 관계에서 배임죄의 ‘타인의 사무를 처리하는 자’라고 할 수 없다.
- ④ 주권이 발행되지 않은 상태에서 주권불소지 제도, 일괄예탁 제도 등에 근거하여 예탁결제원에 예탁된 것으로 취급되어 계좌 간 대체기재의 방식에 의하여 양도되는 주식은 횡령죄의 객체가 될 수 없다.

→ 정답 ② (X) [1] 업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하는 행위를 하고 그러한 임무위배행위로 인하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때 성립한다. 여기서 ‘재산상 이익 취득’과 ‘재산상 손해 발생’은 대등한 범죄성립요건이고, 이는 서로 대응하여 병렬적으로 규정되어 있다(형법 제356조, 제355조 제2항). 따라서 임무위배행위로 인하여 여러 재산상 이익과 손해가 발생하더라도 재산상 이익과 손해 사이에 서로 대응하는 관계에 있는 등 일정한 관련성이 인정되어야 업무상배임죄가 성립한다.

[2] 이 사건 공소사실의 취지는, 피고인은 ○○군수이자 사단법인 ○○군교육발전위원회(이하 ‘이 사건 위원회’라 한다)의 이사장으로서 이 사건 위원회 재산을 유지 및 보존, 관리하여야 할 업무상 임무가 있는 사람인데, 피고인이 정당한 이유 없이 ○○축협에 예치된 정기예금을 중도해지한 임무위배행위로 인하여 이 사건 위원회에 만기 이자 중 지급받지 못하게 된 금액 상당의 재산상 손해가 발생하였고, ○○농협이 재예치받은 예금을 운용할 수 있는 재산상 이익을 취득하였다는 것이다.

[3] 대법원은 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하기 위해서는 피고인의 임무위배행위로 인한 재산상 손해와 이익 사이에 대응관계가 있는 등 관련성이 인정되어야 한다. 그러나 이 사건 공소사실에 기재한 이 사건 위원회의 재산상 손해와 ○○농협의 재산상 이익 사이에는 위와 같은 관련성이 있다고 볼 수 없다.

[4] ○○농협이 20억 원의 운용기회를 취득한 것은 이 사건 위원회와 정기예금계약을 체결하였기 때문인데, ○○농협은 정기예금계약에 따라 이 사건 위원회에 이에 따른 이자를 지급하게 된다. 그러나 중도해지한 예금의 재예치 여부는 피고인의 선택에 따른 것이고 반드시 정기예금 중도해지에 수반된 것이라고 볼 수 없으므로, ○○농협이 이 사건 위원회에 통상적인 이율보다 지나치게 낮은 정기예금 이자를 지급하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, ○○농협이 취득한 자금운용의 기회가 곧바로 피고인의 임무위배행위로 인하여 취득한 재산상 이익에 해당한다고 단정하기 어렵다. 또한 ○○농협이 이 사건 위원회에 통상적인 이율보다 지나치게 낮은 이자를 지급하여 재산상 이익을 취득하였다는 등의 특별한 사정에 관한 증명책임은 검사에게 있으나, 기록상 이를 인정할 증거를 찾을 수 없다(대법원 2022. 8. 25. 선고 2022도3717 판결). 결국, 피고인에게는 업무상배임죄가 인정되지 않는다.



① (○) [1] 형법 제355조 제1항의 횡령죄가 성립하려면 재물의 보관자와 재물의 소유자(또는 그 밖의 본권자) 사이에 위탁관계가 존재해야 한다. 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 위탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정함이 타당하다.

[2] 위탁관계가 있는 지는 재물의 보관자와 소유자 사이의 관계, 재물을 보관하게 된 경위 등에 비추어 볼 때 보관자에게 재물의 보관 상태를 그대로 유지해야 할 의무를 부과하여 그 보관 상태를 형사법적으로 보호할 필요가 있는지 등을 고려하여 규범적으로 판단해야 한다(대법원2022. 6. 30. 선고 2017도21286판결).

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

[2] 따라서 특별한 사정이 없는 한 수분양권 매도인이 수분양권 매매계약에 따라 매수인에게 수분양권을 이전할 의무는 자신의 사무에 해당할 뿐이므로, 매수인에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’라고 할 수 없다. 그러므로 수분양권 매도인이 위와 같은 의무를 이행하지 아니하고 수분양권 또는 이에 근거하여 향후 소유권을 취득하게 될 목적물을 미리 제3자에게 처분하였더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다(대법원2021. 7. 8. 선고2014도12104판결). 결국, 수분양권 이중양도의 경우에도 배임죄가 성립하지 않는다(무죄이다).

④ (○) [1] 상법상 주식은 자본구성의 단위 또는 주주의 지위(주주권)를 의미하고, 주주권을 포창하는 유가증권인 주권과는 구분된다. 주권은 유가증권으로서 재물에 해당되므로 횡령죄의 객체가 될 수 있으나, 자본의 구성단위 또는 주주권을 의미하는 주식은 재물이 아니므로 횡령죄의 객체가 될 수 없다.

[2] 예탁결제원에 예탁되어 계좌 간 대체 기재의 방식에 의하여 양도되는 주권은 유가증권으로서 재물에 해당되므로 횡령죄의 객체가 될 수 있으나, 주권이 발행되지 않은 상태에서 주권불소지 제도, 일괄예탁 제도 등에 근거하여 예탁결제원에 예탁된 것으로 취급되어 계좌 간 대체 기재의 방식에 의하여 양도되는 주식은 재물이 아니므로 횡령죄의 객체가 될 수 없다.

[3] 주권이 발행되지 않은 주식에 대해 명의신탁약정을 체결하여 주주명부에 등재된 이후, 주식발행회사가 상장되면서 주식이 예탁결제원에 예탁되어 계좌 간 대체 기재 방식으로 양도가능하게 되었다라도 주권이 발행되지 않았다면 횡령죄의 대상인 재물에 해당한다고 보기 어렵다(대법원2023. 6. 1. 선고2020도2884판결). 결국, 피고인은 타인의 재물을 보관하는 자에 해당하지 아니하므로 횡령죄가 성립하지 아니한다.

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

- ㉠ 법인의 대표기관이 아닌 대리인이나 지배인이 대표기관과 공모없이 한 행위라도 그 직무권한 범위 내에서 직무에 관하여 타인이 점유하는 법인의 물건을 취거한 경우, 이는 권리행사방해죄가 규정하는 ‘자기의 물건을 취거한 경우’에 해당한다.
- ㉡ 타인의 사무를 처리하는 자가 여러 사람으로부터 각각 부정한 청탁을 받고 그들로부터 각각 금품을 수수한 경우, 만약 그 청탁이 동종의 것이라고 한다면 단일하고 계속된 범의아래 이루어진 범행으로 볼 수 있어 그 전체를 배임수재죄의 포괄일죄로 볼 수 있다.
- ㉢ 지입차주가 지입회사로부터 할부로 지입회사 소유의 자동차를 매수하면서 해당 자동차에 관하여 지입계약을 체결한 경우, 할부대금을 완납하기 전까지는 지입차량을 지입차주의 실질적 재산이라고 보기 어려우므로, 지입계약이 체결되었다는 사실만으로 곧바로 지입회사 운영자가 지입차주와의 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있는 것은 아니다.

- ㉔ 여론 형성에 상당한 영향을 미치는 언론사 논설주간인 甲이 개인적 친분관계나 거래 관계가 없던 X회사의 대표이사 乙로부터 X회사 및 乙에 대한 우호적인 여론 형성에 도움을 달라는 취지로 수천만 원 상당의 유럽 여행 비용을 제공받은 경우, 이는 배임수재죄에서 말하는 ‘부정한 청탁’에 해당한다.
- ㉕ 건물의 임차인인 甲이 임대인 A에 대한 임대차보증금 반환채권을 B에게 양도하였는데도 A에게 채권양도 통지를 하지않고 A로부터 임대차보증금을 수령한 후 개인적인 용도로 처분한 경우, 특별한 사정이 없는 한 B에 대한 횡령죄는 성립하지 않는다.

① 1개                      ② 2개                      ③ 3개                      ④ 4개

→ 정답 ④ ㉔㉕㉖㉗(4개)은 옳은 지문이나, ㉘(1개)은 틀린 지문이다.

㉘ (○) [1] 법인의 대표기관이 아닌 대리인이나 지배인이 대표기관과 공모 없이 한 행위라도 그 직무권한 범위 내에서 직무에 관하여 타인이 점유하는 법인의 물건을 취거한 경우에는 대표기관이 한 행위와 법률적·사실적 효력이 동일하고, 법인의 물건을 법인의 이익을 위해 취거하여 불법영득의사가 없는 점과 범의 내용 등에 관해서 실질적인 차이가 없으므로 권리행사방해죄가 규정하는 ‘자기의 물건을 취거한 경우’에 해당한다.

[2] (사건의 개요) 피고인은 A회사의 관리부장으로 회사 업무를 총괄하면서 부동산 임대 및 주유소 영업 관리 업무를 담당하고 있는 자이고, 갑은 피고인의 동생으로서 A회사의 대표이사이다. A회사의 관리부장인 피고인은 2018. 10. 22. 피해 회사인 B회사가 공사대금 채권에 기하여 2015. 1. 13.경부터 유치권을 행사하고 있는 상가 ○호실을 A회사 명의로 경락받아 2018. 10. 31. 공매를 원인으로 한 A회사 명의의 소유권이전등기를 마쳤다. 이후 피고인은 2018. 11. 2. 11:00경 이 사건 호실 출입문 앞에 이르러 출입문에 게시되어 있는 B회사 소유의 ‘유치권 행사 공고문’ 1부를 손으로 떼어내고, 드릴을 사용하여 B회사가 설치해 놓은 전자열쇠를 부수고 안으로 들어간 후, 새로운 전자열쇠를 설치함으로써 B회사의 이 사건 호실에 대한 유치권 행사를 방해하였다.

[3] 피고인이 A회사의 대표기관이 아니기는 하나, 피고인의 행위는 A회사로부터 위임받은 직무권한 범위 내에서 직무에 관하여 한 행위로, A회사의 대표기관이 한 행위와 다름없으므로 권리행사방해죄의 ‘자기 물건’을 취거한 행위에 해당하므로, 권리행사방해죄가 성립한다(대법원 2020. 9. 24. 선고 2020도9801 판결).

㉘ (X) [1] 가. 형법 제357조 제1항이 규정하는 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상 이익을 취득하는 경우에 성립하는 범죄로서, 재물 또는 이익을 공여하는 사람과 취득하는 사람 사이에 부정한 청탁이 개재되지 않는 한 성립하지 않는다. 나. 여기서 ‘부정한 청탁’이라 함은 반드시 업무상 배임의 내용이 되는 정도에 이를 것을 요하지 않고, 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 것이면 족하다.

다. 부정한 청탁을 판단함에 있어서는 청탁의 내용 및 이에 관련한 대가의 액수, 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며, 그 청탁이 반드시 명시적임을 요하지 않는다.

[2] 회원제 골프장의 예약업무 담당자가 부킹대행업자의 청탁에 따라 회원에게 제공해야 하는 주말부킹권을 부킹대행업자에게 판매하고 그 대금 명목의 금품을 받은 것이 배임수재죄에 해당한다.

[3] 타인의 사무를 처리하는 자가 동일인으로부터 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 여러 차례에 걸쳐 금품을 수수한 경우, 그것이 단일하고도 계속된 범의 아래 일정기간 반복하여 이루어진 것이고 그 피해법익도 동일한 때에는 이를 포괄일죄로 보아야 한다. 다만, 여러 사람으로부터 각각 부정한 청탁을 받고 그들로부터 각각 금품을 수수한 경우에는 비록 그 청탁이 동종의 것이라고 하더라도 단일하고 계속된 범의 아래 이루어진 범행으로 보기 어려워 그 전체를 포괄일죄로 볼 수 없다(실체적 경합관계에 있다).

[4] 따라서 피고인 갑에 대한 이 부분 공소사실 즉, 피고인 갑이 피고인 A, 피고인 B로부터 주말부킹권을 제공해 달라는 부정한 청탁을 받고 피고인 A로부터 2005. 11. 11.경부터 2007. 10. 15.경까지

110회에 걸쳐 합계 5억 29,710,000원, 피고인 B로부터 2006. 10. 16.경부터 2007. 10. 15.경까지 46회에 걸쳐 합계 2억 89,025,000원의 각 금품을 수수한 행위를 배임증재자별로 각 포괄일죄로 본 다음 양 죄를 실체적 경합범으로 처벌하여야 한다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도6987 판결). 결국, 같은 A에 대한 배임증재죄와 B에 대한 배임증재죄의 실체적 경합관계가 성립한다.

㉔ (○) [1] 지입차주가 지입회사로부터 할부로 지입회사 소유의 자동차를 매수하면서 해당 자동차에 관하여 지입계약을 체결한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 지입차주가 그 할부대금을 완납하기 전까지는 지입차량을 지입차주의 실질적 재산이라고 보기 어려우므로, 지입계약이 체결되었다는 사실만으로 곧바로 지입회사 운영자가 지입차주와의 관계에서 지입차량에 관한 재산상 사무를 맡아 처리하는 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 보기 어렵다.

[2] 여객자동차 운송사업 등을 목적으로 하는 회사의 대표이사인 피고인이, 지입차주인 피해자들로부터 할부대금을 완납하기 전에 지입받은 버스들을 피해자들의 동의 없이 근저당권을 설정하였다는 업무상배임으로 기소된 사안에서, 피해자들은 이 사건 회사와 사이에 이 사건 각 버스에 관하여 매매계약 및 지입계약을 체결한 이후 이 사건 회사에 매매계약에 따른 매매대금을 모두 지급하지 않았고, 달리 피해자들이 매매대금을 전부 지급하기 전에 이 사건 각 버스에 관한 실질적 소유권 또는 처분권한을 이전받기로 약정하였음을 인정할 수 있는 자료도 없으므로, 피해자들이 이 사건 각 버스에 대하여 실질적 소유권 또는 처분권한을 가진다고 보기 어렵고, 나아가 피해자들과 이 사건 회사 사이에 지입계약서가 작성되지 않은 이 사건에서, 이 사건 회사가 피해자들과 사이에 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 이 사건 각 버스를 피해자의 재산으로 보호 또는 관리하기로 하였다고 볼 만한 사정도 찾아볼 수 없으므로, 지입회사 운영자인 피고인이 지입차주인 피해자들과의 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 보기 어렵다(대법원 2024. 11. 14. 선고2024도13000판결).

㉕ (○) [1] (공소사실의 요지) 가. 피고인은 1978년경 주식회사 ○○○사(이하 '○○○사'라 한다)에 기자로 입사한 후 2010. 3.경부터 2013. 12.경까지 논설위원실 논설주간으로 재직하면서, ○○○에 '피고인 갑 칼럼'을 게재하고, ○○○ 사설을 담당하는 사무를 처리하였으므로, 특정인 또는 특정 기업의 요청을 받고 이들에게 유리한 방향으로 평설 등을 하여서는 아니 될 임무가 있었다.

나. 피고인은 甲 주식회사의 대표이사인 乙이 2010. 10. 1. 자 '칼럼 제목 생략'이라는 제하의 ○○○ '피고인 칼럼' 등 5차례에 걸친 갑 및 을에 우호적인 내용의 칼럼, 사설에 대한 사례와 앞으로도 계속 같은 방법으로 갑 및 을에 대한 우호적인 여론 형성에 도움을 달라는 취지의 부정한 청탁의 대가로 제공하는 것임을 알면서도, 2011. 9. 1.부터 2011. 9. 9.까지 8박 9일 동안 유럽을 여행하면서 乙로부터 항공권, 숙박비, 식비, 전세기, 호화 요트 등을 제공받아 총 3,973만 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

[2] 언론사 논설주간인 피고인이 갑 주식회사의 대표이사 을로부터 갑 회사 및 을에 대한 우호적인 여론 형성에 도움을 달라는 취지의 부정한 청탁을 받고 8박 9일 동안의 유럽여행 비용을 제공받았다는 배임수재의 공소사실로 기소된 사안에서, ① 피고인은 논설주간 및 경제 분야 칼럼니스트로서 갑 회사 등 기업체에 대한 여론 형성에 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있었던 점, ② 을이 피고인에게 일방적으로 거액의 재산상 이익을 공여할 정도의 개인적 친분관계나 거래관계가 없었음에도, 피고인이 을로부터 취득한 재산상 이익인 유럽여행 비용(약 3,973만 원)은 지나치게 이례적인 거액인 점, ③ 갑 회사는 당시 업계에서 상당한 비중을 차지하던 거대 기업으로 언제든지 언론 보도, 평론 등의 대상이 될 수 있는 상황이었고, 실제로 그 무렵 갑 회사와 관련한 칼럼, 사설 등이 적지 않게 게재되고 있었던 사정 등에 비추어, 을은 물론 피고인도 논설주간 사무를 이용한 우호적 여론 형성에 관한 청탁의 대가라는 점에 대한 인식과 양해하에 사교적 의례 범위를 크게 벗어나는 여행 비용을 주고받았다고 보아야 하므로, 청탁의 내용이 명시되지 않았더라도 묵시적 의사표시에 의한 청탁이 있었다고 평가되어야 하는 점, ④ 언론인이 평론의 대상이 되는 특정인이나 특정 기업으로부터 경제적 이익을 제공받으면서 우호적 여론 형성 등에 관한 청탁을 받는 것은 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 배임수재죄의 부정한 청탁에 해당하는 점 등을 종합하면, 피고인이 을로부터 거액의 경제적 이익을 제공받으면서 갑 회사에 대한 우호적 여론 형성에 관한 청탁을 받은 것은 '부정한 청탁'에 해당한다

다(대법원 2024. 3. 12. 선고 2020도1263 판결). 결국, 피고인은 배임수재죄에 해당한다.

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

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

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

① 「형법」 제233조의 허위진단서작성죄가 성립하기 위하여서는 진단서의 내용이 객관적으로 진실에 반할 뿐 아니라 작성자가 진단서 작성 당시 그 내용이 허위라는 점을 인식하고 있어야 하고, 주관적으로 진찰을 소홀히 한다든가 착오를 일으켜 오진한 결과로 진실에 반한 진단서를 작성하였다면 허위진단서 작성에 대한 인식이 있다고 할 수 없으므로 허위진단서작성죄가 성립하지 않는다.

② 사문서위조 및 동행사죄의 객체인 ‘사실증명에 관한 타인의 문서’는 권리·의무에 관한 문서 이외의 문서로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서를 의미하고, 여기에는 법률관계에 간접적으로만 연관된 의사표시 또는 권리·의무의 변동에 사실상으로만 영향을 줄 수 있는 의사표시를 내용으로 하는 문서는 포함되지 않는다.

③ 甲은 특정 후보자에 대한 지지선언 형식의 기자회견을 위하여 서명부 양식을 작성하여 최소 목표치인 1만 명으로부터 서명을 받기 위해 노력했으나 별다른 성과가 없자 315명의 허무인 명의로 서명부 21장을 임의로 작성한 경우, 이 서명부는 사문서위조의 객체가 되는 ‘문서’에 해당한다.

④ 공무원이 공문서를 작성하는 과정에서 법령 등을 잘못 적용하거나 적용하여야 할 법령 등을 적용하지 아니한 잘못이 있다면 그 적용의 전제가 된 사실관계에 관하여 거짓된 기재가 없더라도 허위공문서작성죄가 성립한다.

→ 정답 ㉠ (○) [1] 형법 제233조의 허위진단서작성죄가 성립하기 위하여서는 진단서의 내용이 객관적으로 진실에 반할 뿐 아니라 작성자가 진단서 작성 당시 그 내용이 허위라는 점을 인식하고 있어야 하고, 주관적으로 진찰을 소홀히 한다든가 착오를 일으켜 오진한 결과로 진실에 반한 진단서를 작성하였다면 허위진단서 작성에 대한 인식이 있다고 할 수 없으므로 허위진단서작성죄가 성립하지 않는다.

[2] 의사 등이 사망진단서를 작성할 당시 기재한 사망 원인이나 사망의 종류가 허위인지 여부 또는 의사 등이 그러한 점을 인식하고 있었는지 여부는 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료 수준 및 사망진단서 작성현황에 비추어 사망진단서 작성 당시까지 작성자가 진찰한 환자의 구체적인 증상 및 상태 변화, 시술, 수술 등 진료 경과 등을 종합하여 판단하여야 한다.

[3] 특히 부검을 통하지 않고 사망의 의학적 원인을 정확하게 파악하는 데에는 한계가 있으므로, 부검 결과로써 확인된 최종적 사인이 이보다 앞선 시점에 작성된 사망진단서에 기재된 사망 원인과 일치하지 않는다는 사정만으로 사망진단서의 기재가 객관적으로 진실에 반한다거나, 작성자가 그러한 사정을 인식하고 있었다고 함부로 단정하여서는 안 된다.

[4] 만 6개월의 영아(이하 ‘망아’)가 골수검사 시행 중 상태가 급격히 악화되어 사망에 이르게 되자,

망아의 주치의인 소아청소년과 교수 피고인 A와 망아의 담당사인 소아청소년과 전공의인 피고인 B는 망아의 사망진단서상 사인을 무엇으로 기재할지 상의한 후, 피고인 B는 사망의 종류 ‘병사’, 직접사인 ‘호흡정지’, 중간선행사인 ‘범혈구감소증(골수검사확인예정)’으로 기재한 사망진단서를 작성하였는데, 망아의 사망 이후 골수검사 결과는 급성 골수구성 백혈병으로 확인되었고, 망아의 사망 약 1개월 뒤 작성된 망아에 대한 부검감정서는 망아의 사인을 골수채취 바늘이 총장골동맥을 파열하여 발생한 의인성 손상으로 인한 혈복강으로 판정하여, 피고인들이 공모하여 사망진단서를 허위로 작성하였다고 기소된 사안에서, 의사는 사망진단서 작성 당시까지 드러난 환자의 임상 경과를 고려하여 가장 부합하는 사망 원인과 사망의 종류를 자신의 의학적인 판단에 따라 사망진단서에 기재할 수 있으므로, 부검 이전에 작성된 사망진단서에 기재된 사망 원인이 부검으로 밝혀진 사망 원인과 다르다고 하여 피고인들에게 허위진단서 작성의 고의가 있다고 곧바로 추단할 수는 없다(대법원 2024. 4. 4. 선고 2021도15080 판결). 결국, 피고인에게는 허위진단서작성죄가 성립하지 않는다.

②③ (X) [1] 사문서위조 및 동행사죄의 객체인 사문서는 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 가리키고, ‘권리·의무에 관한 문서’는 권리 또는 의무의 발생·변경·소멸에 관한 사항이 기재된 것을 말하며, ‘사실증명에 관한 문서’는 권리·의무에 관한 문서 이외의 문서로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서를 의미한다.

[2] ‘거래상 중요한 사실을 증명하는 문서’는 법률관계의 발생·존속·변경·소멸의 전후 과정을 증명하는 것이 주된 취지인 문서뿐만 아니라 법률관계에 간접적으로만 연관된 의사표시 또는 권리·의무의 변동에 사실상으로만 영향을 줄 수 있는 의사표시를 내용으로 하는 문서도 포함될 수 있지만, 문서의 주된 취지가 단순히 개인적·집단적 의견의 표현에 불과한 것이어서는 아니 되고, 적어도 실체법 또는 절차법에서 정한 구체적인 권리·의무와의 관련성이 인정되는 경우이어야 한다.

[3] ‘거래상 중요한 사실을 증명하는 문서’에 해당하는지 여부는 문서 제목만을 고려할 것이 아니라 문서 내용과 더불어 문서 작성자의 의도, 문서가 작성된 객관적인 상황, 문서에 적시된 사항과 그 행사가 예정된 상대방과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

[4] 피고인이 허무인 명의로 작성한 이 사건 서명부 21장은 주된 취지가 특정한 대통령후보자에 대한 정치적인 지지 의사를 집단적 형태로 표현하고자 한 것일 뿐, 실체법 또는 절차법에서 정한 구체적인 권리·의무에 관한 문서 내지 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서에 해당한다고 보기 어렵다(대법원 2024. 1. 4. 선고 2023도1178판결). 결국, 피고인은 사문서위조·위조사문서행사에 해당하지 않는다.

④ (X) [1] 허위공문서작성죄는 공문서에 진실에 반하는 기재를 하는 때에 성립하는 범죄이므로, 공문서를 작성하는 과정에서 법령등을 잘못 적용하거나 적용하여야 할 법령 등을 적용하지 아니한 잘못이 있더라도 그 적용의 전제가 된 사실관계에 관하여 거짓된 기재가 없다면 허위공문서작성죄가 성립할 수 없고, 이는 그와 같은 잘못이 공무원의 고의에 기한 것이라도 달리 볼 수 없다.

[2] 공문서 작성과정에서 법령등을 잘못 적용하였다고 하여 반드시 진실에 반하는 기재를 하여 공문서를 작성하게 되는 것은 아니므로, 공문서 작성과정에서 법령 등의 적용에 잘못이 있다는 것과 기재된 공문서 내용이 허위인지 여부는 구별되어야 한다(대법원 2021. 9. 16. 선고 2019도18394판결).

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

① 甲이 방화의 의사로 뿌린 휘발유가 인화성이 강한 상태로 사람이 현존하는 주택 주변과 A의 몸에 적지 않게 살포되어 있는 사정을 알면서도 라이터를 켜 불꽃을 일으킴으로써 A의 몸에 불이 붙은 경우, 외부적 사정에 의하여 불이 방화목적물인 주택 자체에 옮겨 붙지는 아니하였다면 현존건조물방화죄의 실행의 착수를 인정할 수 없다.

② 교통방해를 유발한 집회에 참가한 경우 참가 당시 이미 다른 참가자들에 의해 교통의 흐름이 차단된 상태였다면, 비록 교통방해를 유발한 다른 참가자들과 암묵적·순차적으로 공모하여 교통방해의 위법상태를 지속시켰다고 평가할 수 있더라도 일반교통방해죄가 성립하지

않는다.

③ 「형법」 제188조에 규정된 교통방해에 의한 치사상죄는 결과적 가중범이므로, 교통방해 행위가 피해자의 사상이라는 결과를 발생하게 한 유일하거나 직접적인 원인이 된 경우에만 상당인과관계를 인정할 수 있다.

④ 甲이 피해자들을 기망하여 중고차량을 불법으로 판매해 금원을 편취할 목적으로 무등록 중고차 매매상사를 조직·운영하고, 乙, 丙, 丁 등과 사기범행을 수행한다는 공동목적 아래 정해진 역할분담에 따라 행동하는 등 사기범행을 반복적으로 실행하는 체계를 갖춘 결합체를 이루었다면, 그 결합체는 「형법」 제114조의 ‘범죄를 목적으로 하는 집단’에 해당한다.

→ 정답 ④ (○) [1] 형법 제114조에서 정한 ‘범죄를 목적으로 하는 집단’이란 특정 다수인이 사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 범죄를 수행한다는 공동목적 아래 구성원들이 정해진 역할분담에 따라 행동함으로써 범죄를 반복적으로 실행할 수 있는 조직체계를 갖춘 계속적인 결합체를 의미한다. ‘범죄단체’에서 요구되는 ‘최소한의 통솔체계’를 갖추는 필요는 없지만, 범죄의 계획과 실행을 용이하게 할 정도의 조직적 구조를 갖추어야 한다.

[2] 피고인 갑은 무등록 중고차 매매상사(외부사무실)를 운영하면서 피해자들을 기망하여 중고차량을 불법으로 판매해 금원을 편취할 목적으로 외부사무실 등에서 범죄집단을 조직·활동하고, 피고인 갑, 을을 제외한 나머지 피고인들은 범죄집단에 가입·활동하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 외부사무실은 특정 다수인이 사기범행을 수행한다는 공동목적 아래 구성원들이 대표, 팀장, 출동조, 전화상담원 등 정해진 역할분담에 따라 행동함으로써 사기범행을 반복적으로 실행하는 체계를 갖춘 결합체, 즉 형법 제114조의 ‘범죄를 목적으로 하는 집단’에 해당한다(대법원2020. 8. 20. 선고2019도16263판결). 결국, 단체(보이스피싱 조직)는 최소한의 통솔체계를 갖춘 것을 의미하나, 집단(무등록 중고차 매매상사 운영)은 ‘최소한의 통솔체계’를 갖추는 필요는 없는 것으로서 단체와 집단의 개념을 반드시 구별하여야 한다.(체·통·조·지·기·세·요).

① (X) 피고인이 방화의 의사로 뿌린 휘발유(매개물)가 인화성이 강한 상태로 주택주변과 피해자의 몸에 적지 않게 살포되어 있는 사정을 알면서도 라이터를 켜 불꽃을 일으킴으로써 피해자의 몸에 불이 붙은 경우, 비록 외부적 사정에 의하여 불이 방화목적물인 주택 자체에 옮겨 붙지는 아니하였다 하더라도 현존건조물방화죄의 실행의 착수가 있었다고 봄이 상당하다(대법원2002. 3. 26. 선고2001도6641판결).

② (X) [1] 집회와 시위의 자유는 헌법상 보장된 국민의 기본권이므로 형법상의 일반교통방해죄를 집회와 시위의 참석자에게 적용할 경우에는 집회와 시위의 자유를 부당하게 제한하는 결과가 발생할 우려가 있다. 그러나 일반교통방해죄에서 교통을 방해하는 방법을 위와 같이 포괄적으로 정하고 있는 데다가 도로에서 집회와 시위를 하는 경우 일반 공중의 교통안전을 직접적으로 침해할 위험이 있는 점을 고려하면, 집회나 시위로 교통방해 행위를 수반할 경우에 특별한 사정이 없는 한 일반교통방해죄가 성립할 수 있다.

[2] 집회 및 시위에 관한 법률(이하 ‘집시법’이라 한다)에 따라 적법한 신고를 마친 집회 또는 시위라고 하더라도 당초에 신고한 범위를 현저히 벗어나거나 집시법 제12조에 따른 조건을 중대하게 위반하여 도로 교통을 방해함으로써 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 경우에는 형법 제185조의 일반교통방해죄가 성립한다. 그러나 이때에도 참가자 모두에게 당연히 일반교통방해죄가 성립하는 것은 아니고, 실제로 참가자가 위와 같이 신고 범위를 현저하게 벗어나거나 조건을 중대하게 위반하는 데 가담하여 교통방해를 유발하는 직접적인 행위를 하였거나, 참가자의 참가 경위나 관여 정도 등에 비추어 그 참가자에게 공도공동정범의 죄책을 물을 수 있는 경우라야 일반교통방해죄가 성립한다.

[3] 집회 및 시위에 관한 법률(이하 ‘집시법’이라 한다)에 따라 신고 범위를 현저히 벗어나거나 조건을 중대하게 위반함으로써 교통방해를 유발한 집회에 실제 참가한 갑이 당시 이미 다른 참가자들에 의해 교통의 흐름이 차단된 상태였더라도 교통방해를 유발한 다른 참가자들과 암묵적·순차적으로 공

모하여 교통방해의 위법상태를 지속시켰다고 평가할 수 있다면 일반교통방해죄가 성립한다(대법원 2018. 1. 24. 선고2017도11408판결).

③ (X) [1] 형법 제188조에 규정된 교통방해에 의한 치사상죄는 결과적 가중범이므로, 위 죄가 성립하려면 교통방해 행위와 사상의 결과 사이에 상당인과관계가 있어야 하고 행위 시에 결과의 발생을 예견할 수 있어야 한다. 그리고 교통방해 행위가 피해자의 사상이라는 결과를 발생하게 한 유일하거나 직접적인 원인이 된 경우만이 아니라, 그 행위와 결과 사이에 피해자나 제3자의 과실 등 다른 사실이 개재된 때에도 그와 같은 사실이 통상 예견될 수 있는 것이라면 상당인과관계를 인정할 수 있다.

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

[3] 결과적 가중범에서의 그와 같은 예견가능성은 일반인(행위자 X)을 기준으로 객관적으로 판단되어야 하는 것인데, 피고인이 한 것과 같은 행위로 뒤따르는 차량들에 의하여 추돌 등의 사고가 야기되어 사상자가 발생할 수 있을 것이라는 점은 누구나 쉽게 예상할 수 있다고 할 것이다. 설령 피고인이 정차 당시 사상의 결과 발생을 구체적으로 예견하지는 못하였다고 하더라도, 그와 같은 교통방해 행위로 인하여 실제 그 결과가 발생한 이상 교통방해치사상죄의 성립에는 아무런 지장이 없다(대법원 2014. 7. 24. 선고2014도6206판결).

25. 공무원의 직무에 관한 죄에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 공무원이 아닌 사람과 공무원이 공모하여 금품을 수수한 경우, 각 수수자가 수수한 금품별로 직무 관련성 유무를 달리 볼 수 있다면, 각 금품마다 직무와의 관련성을 따져 뇌물성 여부를 인정하여야 한다.

② 공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 한 경우, 원칙적으로 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’에 해당한다.

③ 「형법」 제122조의 직무유기죄에서 ‘직무를 유기한다는 것’은 공무원이 법령, 내규 등에 따른 추상적 성실의무를 게을리하는 일체의 경우를 말하는 것이 아니라 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기할 구체적인 가능성이 있는 경우만을 가리킨다.

④ 부하직원으로부터 오락실을 단속하여 증거물로 오락기의 변조기판을 압수하여 사무실에 보관 증임을 보고받아 알고 있는 경찰서 과장 甲이 그 직무상의 의무에 따라 위 압수물을 인계하여 범죄 혐의의 입증에 사용하도록 하는 등의 적절한 조치를 취하지 않고, 오히려 부하직원에게 압수물을 돌려주라고 지시하여 오락실 업주에게 이를 돌려준 경우, 작위범인 증거인멸죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 않는다.

→ 정답 ② (X) [1] 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 ‘사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 때’란 공무원이 직권을 남용하여 다른 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때를 의미한다.

[2] 따라서 공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 할 수 없다(직권남용권리행사방해죄가 성립하지 않는다).

[3] 그러나 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다(직권남용권리행사방해죄가 성립한다).

[4] 공무원의 직무집행을 보조하는 실무 담당자에게 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있는지 여부 및 공무원의 직권남용행위로 인하여 실무 담당자가 한 일이 그러한 기준이나 절차를 위반하여 한 것으로서 법령상 의무 없는 일인지 여부는 관련 법령 등의 내용에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.

[5] 법무부 검찰국장인 피고인이, 검찰국이 마련하는 인사안 결정과 관련한 업무권한을 남용하여 검사인사담당 검사 갑으로 하여금 2015년 하반기 검사인사에서 부치지청에 근무하고 있던 경력검사를 을을 다른 부치지청으로 다시 전보시키는 내용의 인사안을 작성하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다고 하여 직권남용권리행사방해로 기소된 사안에서, 검사에 대한 전보인사는 검찰청법 등 관련 법령에 근거한 것으로서 법령에서 정한 원칙과 기준에 따라야 하나, 한편 전보인사는 인사권자의 권한에 속하고, 검사는 고도의 전문지식과 직무능력, 인격을 갖추어야 요구되므로 인사권자는 법령의 제한을 벗어나지 않는 한 여러 사정을 참작하여 전보인사의 내용을 결정할 필요가 있고 이를 결정함에 있어 상당한 재량을 가지므로, 피고인이 갑으로 하여금 위 인사안을 작성하게 한 것을 두고 피고인의 직무집행을 보조하는 갑으로 하여금 그가 지켜야 할 직무집행의 기준과 절차를 위반하여 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 보기 어렵다(대법원2020. 1. 9. 선고2019도11698판결). 결국, 피고인은 직권남용권리행사방해죄가 성립하지 않는다.

① (○) [1] 뇌물죄에서의 수뢰액은 그 많고 적음에 따라 범죄구성요건이 되므로 엄격한 증명의 대상이 된다.

[2] 이때 공무원이 수수한 금품에 직무행위에 대한 대가로서의 성질과 직무 외의 행위에 대한 대가로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우에는 그 수수한 금품 전부가 불가분적으로 직무행위에 대한 대가로서의 성질을 가진다.

[3] 다만, 그 금품의 수수가 수회에 걸쳐 이루어졌고 각 수수 행위별로 직무 관련성 유무를 달리 볼 여지가 있는 경우에는 그 행위마다 직무와의 관련성 여부를 가릴 필요가 있다.

[4] 그리고 공무원이 아닌 사람과 공무원이 공모하여 금품을 수수한 경우에도 각 수수자가 수수한 금품별로 직무 관련성 유무를 달리 볼 수 있다면, 각 금품마다 직무와의 관련성을 따져 뇌물성을 인정하는 것이 책임주의 원칙에 부합한다.

[5] A 회사의 대표이사 정이 B 지구조합의 체비지를 수의계약으로 매수하는 대가로 알선업자인 공인중개사 피고인 병에게 3억 원을 지급되었는데, B 조합의 조합장인 피고인 갑이 5,500만 원을(갑의 아들에게 전달되었음), 위 조합의 감사인 공소의 을이 4,500만 원을, 피고인 병이 나머지 2억 원을 가져간 경우, 갑·을·병의 각 수수금액별로 그 명목을 따져 보면, 3억 원 중 일부는 병이 중개업자로서 행한 중개행위에 대한 대가로 볼 여지가 있고 이 부분은 조합장인 갑의 직무와 직접 관련이 없음에도 갑·을·병이 수령한 3억 원 전부가 조합장 갑의 직무행위에 대한 대가라고 보기는 어렵다. 따라서 갑(공무원으로 의제되는 자, 신분자)이 병(신분없는 자)과 공모하여 직무행위에 대한 대가로 3억 원을 수령하였다고 본 원심판단에는 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 뇌물 가액의 산정에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(대법원2024. 3. 12. 선고2023도17394판결).

③ (○) [1] 형법 제122조는 직무유기죄의 직무를 유기한다는 것은 공무원이 법령, 내규 등에 따른 추상적 성실의무를 게을리하는 일체의 경우를 말하는 것이 아니라 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기할 구체적인 가능성이 있는 경우만을 가리킨다.



[2] 따라서 공무원이 태만이나 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 않은 경우 또는 직무를 소홀하게 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 데 지나지 않는 경우에는 직무유기죄가 성립하지 않는다.

[3] 무단이탈로 인한 직무유기죄 성립 여부는 결근 사유와 기간, 담당하는 직무의 내용과 적시 수행 필요성, 결근으로 직무수행이 불가능한지, 결근 기간에 국가기능의 저해에 대한 구체적인 위험이 발생하였는지 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단해야 한다. 특히 근무기간을 정하여 임용된 공무원의 경우에는 근무기간 안에 특정 직무를 마쳐야 하는 특별한 사정이 있는지 등을 고려할 필요가 있다 (대법원2022. 6. 30. 선고2021도8361판결).

④ (○) 경찰서 ○○과장이 부하직원으로부터 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 위반 혐의로 오락실을 단속하여 증거물로 오락기의 변조 기판을 압수하여 사무실에 보관중임을 보고받아 알고 있었음에도 그 직무상의 의무에 따라 위 압수물을 수사계에 인계하고 검찰에 송치하여 범죄 혐의의 입증에 사용하도록 하는 등의 적절한 조치를 취하지 않고, 오히려 부하직원에게 위와 같이 압수한 변조 기판을 돌려주라고 지시하여 오락실 업주에게 이를 돌려준 경우, 작위범인 증거인멸죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기(거부)죄는 따로 성립하지 아니한다(대판2006.10.19. 2005도3909 전원합의체판결).

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

① 피의자 등이 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하거나 피의사실 인정에 필요한 증거를 감추고 허위의 증거를 제출한 경우, 수사기관이 충분한 수사를 하지 아니한 채 이와 같은 허위의 진술과 증거만으로 증거의 수집·조사를 마쳤다면 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다.

② X정당 국회의원 보좌관인 甲과 乙이 소관 업무 회의를 위해 회의장에 출석하는 소속 위원들을 들여보내기 위하여 출입문을 위법하게 막고 있는 국회 경위들을 밀어내는 과정에서 옷을 잡아당기거나 밀치는 등의 행위를 한 경우, 甲과 乙의 행위는 공무집행방해죄에 해당하지 않는다.

③ 위계에 의한 공무집행방해죄에서 ‘공무원의 직무집행’이란 법령의 위임에 따른 공무원의 적법한 직무집행인 이상 공권력의 행사를 내용으로 하는 권력적 작용으로, 사경제주체로서의 활동을 비롯한 비권력적 작용은 포함되지 않는다.

④ 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 않지만, 접견변호사들이 미결수용자의 개인적인 업무나 심부름을 위해 접견신청행위를 한 이상, 이는 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당한다.

→ 정답 ② (○) [1] 국회 상임위원회의 의사·의결정족수를 규정한 국회법 제54조의 규정 또한 실질적으로 모든 위원회의 구성원에게 출석의 기회가 보장된 상태에서 자유로운 토론의 기회가 부여되는 것을 전제조건으로 하고 있는 점 등에 비추어 보면 누구든지 국회의원이 본회의 또는 위원회에 출석하기 위하여 본회의장 또는 위원회 회의장에 출입하는 것을 방해하여서는 아니 되며, 특히 국회의 경호 업무 등을 담당하는 국회 경위가 상임위원회 위원의 회의장 출입을 막는 것은 이를 정당화할 만한 특별한 사정이 없는 한 위법하다.

[2] 한미FTA 비준동의안에 대한 국회 외교통상 상임위원회(이하 ‘외통위’라 한다)의 처리 과정에서, 갑 정당 당직자인 피고인들이 갑 정당 소속 외통위 위원 등과 함께 외통위 회의장 출입문 앞에 배치되어 출입을 막고 있던 국회 경위들을 밀어내기 위해 국회 경위들의 옷을 잡아당기거나 밀치는 등의 행위를 한 사안에서, 제반 사정에 비추어 외통위 위원장이 을 정당 소속 외통위 위원들이 위원장실에 이미 입실한 상태에서 회의장 출입구를 폐쇄하고 출입을 봉쇄하여 다른 정당 소속 외통위 위원들의

회의장 출입을 막은 행위는 상임위원회 위원장의 질서유지권 행사의 한계를 벗어난 위법한 조치이고, 회의장 근처에 배치된 국회 경위들이 갑 정당 소속 외통위 위원들의 회의장 출입을 막은 행위는 외통위 위원장의 위법한 조치를 보조한 행위에 지나지 아니하여 역시 위법한 직무집행이며, 피고인들이 갑 정당 소속 외통위 위원들을 회의장으로 들여보내기 위하여 그들과 함께 국회 경위들을 밀어내는 과정에서 경위들의 옷을 잡아당기는 등의 행위를 하였더라도, 이러한 행위는 적법성이 결여된 직무행위를 하는 공무원에게 대항하여 한 것에 지나지 아니하여 공무집행이 적법함을 전제로 하는 공무집행 방해죄는 성립하지 않는다(2013.6.13. 선고 2010도13609). 결국, 피고인들(야당국회의원)은 공무집행 방해죄는 성립하지 않는다.

① (X) [1] 수사기관이 범죄사건을 수사함에 있어서는 피의자 등의 진술 여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 모든 증거를 수집·조사할 권한과 의무가 있다. 한편 피의자는 진술거부권 및 자기에게 유리한 진술을 할 권리와 유리한 증거를 제출할 권리를 가질 뿐이고, 수사기관에 대하여 진실만을 진술하여야 할 의무가 있는 것은 아니다. 따라서 피의자 등이 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하거나 피의사실 인정에 필요한 증거를 감추고 허위의 증거를 제출하였더라도, 수사기관이 충분한 수사를 하지 않은 채 이와 같은 허위의 진술과 증거만으로 증거의 수집·조사를 마쳤다면, 이는 수사기관의 불충분한 수사에 의한 것으로서 피의자 등의 위계에 의하여 수사가 방해되었다고 볼 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다.

[2] 그러나 피의자 등이 적극적으로 허위의 증거를 조작하여 제출하고 그 증거 조작의 결과 수사기관이 그 진위에 관하여 나름대로 충실한 수사를 하더라도 제출된 증거가 허위임을 발견하지 못할 정도에 이르렀다면, 이는 위계에 의하여 수사기관의 수사행위를 적극적으로 방해한 것으로서 위계공무집행방해죄가 성립된다(대법원2019. 3. 14. 선고2018도18646판결).

③ (X) [1] 위계에 의한 공무집행방해죄는 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 이를 이용함으로써 법령에 의하여 위임된 공무원의 적법한 직무에 관하여 그릇된 행위나 처분을 하게 하는 경우에 성립하고, 여기에서 공무원의 직무집행이란 법령의 위임에 따른 공무원의 적법한 직무집행인 이상 공권력의 행사를 내용으로 하는 권력적 작용뿐만 아니라 사경제주체로서의 활동을 비롯한 비권력적 작용도 포함되는 것으로 봄이 상당하다.

[2] 감척어선 입찰자격이 없는 자가 제3자와 공모하여 제3자의 대리인 자격으로 제3자 명의로 입찰에 참가하고, 낙찰받은 후 자신의 자금으로 낙찰대금을 지급하여 감척어선에 대한 실질적 소유권을 취득한 경우, 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다(대법원2003. 12. 26. 선고2001도6349판결).

④ (X) [1] 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견교통권은 신체구속제도 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하므로, 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 구체적인 시간·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 그런 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 업

무와 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 변호활동이라는 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.

## 27. 위증과 증거인멸의 죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형법」 제155조 제1항의 증거위조죄에서 '타인의 형사사건'이란 증거위조 행위 시에 아직 수사절차가 개시되기 전이라도 장차 형사사건이 될 수 있는 것까지 포함하고, 그 형사사건이 기소되지 않거나 무죄가 선고되더라도 증거위조죄의 성립에 영향이 없다.
- ② 소송절차가 분리된 공범인 공동피고인이 증언거부권을 고지받았음에도 자기의 범죄사실에 대하여 증언거부권을 행사하지 않고 허위로 진술한 경우, 위증죄가 성립하지 않는다.
- ③ 「형법」 제155조 제1항의 증거위조죄에서 '증거'란 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관하여 수사기관이나 법원 또는 징계기관이 국가의 형벌권 또는 징계권의 유무를 확인하는 데 관계있다고 인정되는 자료로, 범죄 또는 징계사유의 성립 여부에 관한 것이 아닌 형 또는 징계의 경중에 관계있는 정상을 인정하는 데 도움이 될 자료는 여기에 포함되지 않는다.
- ④ 법률에 의하여 선서한 증인이 타인의 형사사건에 관하여 위증을 하면 「형법」 제152조 제1항의 위증죄가 성립되나, 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증죄를 범하게 하는 것은 방어권을 인정하는 취지에서 증거인멸교사죄가 성립되지 않는다.

→ 정답 ① (○) [1] 형법 제155조 제1항의 증거위조죄에서 타인의 형사사건이란 증거위조 행위시에 아직 수사절차가 개시되기 전이라도 장차 형사사건이 될 수 있는 것까지 포함하고, 그 형사사건이 기소되지 아니하거나 무죄가 선고되더라도 증거위조죄의 성립에 영향이 없다.

[2] 여기에서의 '위조'란 문서에 관한 죄에 있어서의 위조 개념과는 달리 새로운 증거의 창조를 의미하는 것이므로 존재하지 아니한 증거를 이전부터 존재하고 있는 것처럼 작출하는 행위도 증거위조에 해당하며, 증거가 문서의 형식을 갖는 경우 증거위조죄에 있어서의 증거에 해당하는지 여부가 그 작성권한의 유무나 내용의 진실성에 좌우되는 것은 아니다.

[3] 또한 자기의 형사사건에 관한 증거를 위조하기 위하여 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자에 대하여는 증거위조교사죄가 성립한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도15986 판결).

② (X) [1] 가. 형사소송법 제148조는 피고인의 자기부죄거부특권을 보장하기 위하여 자기가 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려 있는 증언을 거부할 수 있는 권리를 인정하고 있고, 그와 같은 증언거부권 보장을 위하여 형사소송법 제160조는 재판장이 신문 전에 증언거부권을 고지하여야 한다고 규정하고 있으므로, 소송절차가 분리된 공범인 공동피고인에 대하여 증인적격을 인정하고 그 자신의 범죄사실에 대하여 신문한다 하더라도 피고인으로서의 진술거부권 내지 자기부죄거부특권을 침해한다고 할 수 없다.

나. 따라서 증인신문절차에서 형사소송법 제160조에 정해진 증언거부권이 고지되었음에도 불구하고 위 피고인이 자기의 범죄사실에 대하여 증언거부권을 행사하지 아니한 채 허위로 진술하였다면 위증죄가 성립된다고 할 것이다(대법원2012. 10. 11. 선고2012도6848판결). 결국, 소송절차가 분리된 이상 피고인은 증인적격이 있으므로, 허위진술하였다면 위증죄가 성립한다.

[2] 가. 공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있으므로 다른 공동피고인에 대

한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다.

나. 게임장의 종업원이 그 운영자와 함께 게임산업진흥에 관한 법률 위반죄의 공범으로 기소되어 공동피고인으로 재판을 받던 중, 운영자에 대한 공소사실에 관한 증인으로 증언한 내용과 관련하여 위 중죄로 기소된 사안에서, 소송절차가 분리되지 않은 이상 위 종업원은 증인적격이 없어 위중죄가 성립하지 않는다(대법원2008. 6. 26. 선고2008도3300판결). 결국, 설문에 공동으로 기소되어 심리가 진행되었다는 문맥에 따라 소송절차가 분리되지 않은 이상 병은 증인적격이 없어 위중죄가 성립하지 않는다.

③ (X) [1] 형법 제155조 제1항의 증거위조죄에서 말하는 ‘증거’란 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관하여 수사기관이나 법원 또는 징계기관이 국가의 형벌권 또는 징계권의 유무를 확인하는데 관계있다고 인정되는 일체의 자료를 뜻한다. 따라서 범죄 또는 징계사유의 성립 여부에 관한 것뿐만 아니라 형 또는 징계의 정중에 관계있는 정상을 인정하는데 도움이 될 자료까지도 본조가 규정한 증거에 포함된다. [2] 형법 제155조 제1항은 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자를 처벌하고 있고, 여기서의 ‘위조’란 문서에 관한 죄의 위조 개념과는 달리 새로운 증거의 창조를 의미한다. 그러나 사실의 증명을 위해 작성된 문서가 그 사실에 관한 내용이나 작성명의 등에 아무런 허위가 없다면 ‘증거위조’에 해당한다고 볼 수 없다. 설령 사실증명에 관한 문서가 형사사건 또는 징계사건에서 허위의 주장에 관한 증거로 제출되어 그 주장을 뒷받침하게 되더라도 마찬가지이다.

[3] 피고인이 재판부에 수수한 알선 대가를 전액 반환하였으니 감형해달라고 제출한 입금확인증 등은 금융기관이 금융거래에 관한 사실을 증명하기 위해 작성한 문서로서 그 내용이나 작성명의 등에 아무런 허위가 없는 이상 이를 증거의 ‘위조’에 해당한다고 볼 수 없고, 나아가 ‘위조한 증거를 사용’한 행위에 해당한다고 볼 수도 없다(대법원2021. 1. 28. 선고2020도2642판결).

④ (X) [1] 피고인이 자기의 형사사건에 관하여 허위의 진술을 하는 행위는 피고인의 형사소송에 있어서의 방어권을 인정하는 취지에서 처벌의 대상이 되지 않는다(위중죄가 성립하지 않는다).

[2] 그러나 법률에 의하여 선서한 증인이 타인의 형사사건에 관하여 위증을 하면 형법 제152조 제1항의 위증죄가 성립되므로 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증죄를 범하게 하는 것은 이러한 방어권을 남용하는 것이라고 할 것이어서 교사범의 죄책을 부담케 함이 상당하다(위증교사죄가 성립한다)(대법원2004. 1. 27. 선고2003도5114판결).

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

① 「형사소송법」 및 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」에 의하면 검사가 변사자를 검시한 경우에는 검시조서를 작성하여 사법경찰관에게 송부해야 하고, 사법경찰관이 검사의 명에 따라 변사자를 검증한 경우에는 검증조서를 작성하여 검사에게 송부해야 한다.

② 법원이 선임한 부재자 재산관리인은 법률에 따라 선임된 부재자의 법정대리인이므로 관리대상 재산에 관한 범죄행위에 대하여 독립하여 고소권을 가지고 법정대리인의 고소권은 「형사소송법」상 당연히 인정되는 것이므로, 고소권의 행사에 있어 법원의 허가는 요하지 않는다.

③ 반의사불벌죄의 피해자는 피의자에게 자신을 대리하여 수사기관에 자신의 처벌불원의사를 표시할 수 있는 권한을 수여할 수 있으므로, 피해자가 피의자에게 처벌불원 취지의 합의서를 작성해주어 피의자가 그 합의서를 수사기관에 제출하였다면 피해자가 수사기관에 처벌불원의사를 표시하지 않았다고 단정할 수 없다.

④ 법인에 대한 양벌규정이 있는 필요적 고발(즉시고발)사건의 고발장에 피고발인을 A 주식

회사라고 명시한 다음, 이어서 위 A 주식회사의 등록번호와 대표자인 B의 성명·주민등록번호·주소를 기재하고 있을 뿐이라면, 이와 같은 고발장의 표시가 B를 피고발자로 표시한 것이라고 볼 수는 없다.

→ 정답 ② (X) [1] 법원이 선임한 부재자 재산관리인이 그 관리대상인 부재자의 재산에 대한 범죄행위에 관하여 법원으로부터 고소권 행사에 관한 허가를 얻은 경우 부재자 재산관리인은 형사소송법 제225조 제1항에서 정한 법정대리인으로서 적법한 고소권자에 해당한다고 보아야 한다.

[2] 따라서 법원이 선임한 피해자의 부재자 재산관리인인 갑이 법원으로부터 고소권 행사에 관한 허가를 받아 피고인을 고소한 이상 그 고소는 적법하다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2021도2488 판결).

① (O) [1] 사법경찰관은 변사자 또는 변사한 것으로 의심되는 사체가 있으면 변사사건 발생사실을 검사에게 통보해야 한다(수사준칙 제17조 제1항).

[2] 검사는 형사소송법 제222조 제1항에 따라 검시를 했을 경우에는 검시조서를, 검증영장이나 같은 조 제2항에 따라 검증을 했을 경우에는 검증조서를 각각 작성하여 사법경찰관에게 송부해야 한다(수사준칙 동조 제2항).

[3] 사법경찰관은 법 제222조 제1항 및 제3항에 따라 검시를 했을 경우에는 검시조서를, 검증영장이나 같은 조 제2항 및 제3항에 따라 검증을 했을 경우에는 검증조서를 각각 작성하여 검사에게 송부해야 한다(수사준칙 동조 제3항).

[4] 검사와 사법경찰관은 법 제222조에 따라 변사자의 검시를 한 사건에 대해 사건 종결 전에 수사할 사항 등에 관하여 상호 의견을 제시·교환해야 한다(수사준칙 동조 제4항).

③ (O) [1] 반의사불벌죄에서 피해자가 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 하였다거나 처벌을 희망하는 의사표시의 철회를 하였다고 인정하기 위해서는 피해자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 한다.

[2] 반의사불벌죄의 피해자는 피의자나 피고인 및 그들의 변호인에게 자신을 대리하여 수사기관이나 법원에 자신의 처벌불원 의사를 표시할 수 있는 권한을 수여할 수 있다.

[3] 기록에 의하면, 피고인의 변호인이 위 각 합의서를 2016. 5. 19. 검찰에, 2016. 9. 12. 제1심법원에 각각 제출한 사실을 알 수 있다. 앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 피해자들이 피고인에게 위 각 합의서를 작성하여 줌으로써 피고인이나 그 변호인에게 자신들을 대리하여 처벌불원 의사를 수사기관이나 제1심법원에 표시할 수 있는 권한을 수여하였다고 볼 여지가 있다. 따라서 원심으로서 위 권한 수여 여부에 관하여 추가로 심리한 후 위 피해자들의 처벌불원 의사표시 유무를 판단하였어야 한다(대법원 2017. 9. 7. 선고 2017도8989 판결).

④ (O) [1] 회사의 대표이사는 법인의 기관으로서 현실적으로 납세 등의 행위를 하는 자이고, 회사가 세금을 체납한 경우에는 법인의 대표자로서 현실적으로 체납행위를 한 자라 할 것이어서 조세범처벌법 제3조에 의하여 자연인인 그 대표자는 행위자로서의 같은 법 제10조의 책임을 면할 수 없다.

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

[3] 피고발인을 법인으로 명시한 다음, 이어서 법인의 등록번호와 대표자의 인적 사항을 기재한 고발장의 표시를 자연인인 개인까지를 피고발자로 표시한 것이라고 볼 수는 없다(대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도4066 판결). 결국, 고발은 불가분의 원칙이 적용되지 아니하므로, 그 법인만 고발되었다면, 피고발인은 법인만 한정될 뿐이고, 대표자에게는 고발의 효력이 미치지 않는다.

29. 체포와 구속의 절차에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 경찰관이 성폭력범죄로 체포영장이 발부된 피의자에 대해 체포절차에 착수하였으나 피의자가 저항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가하였고, 이에 대해 경찰관이 별도 범죄인 특수

공무집행방해치상의 현행범으로 피의자를 체포한 경우라도 집행 완료에 이르지 못한 성폭력 범죄의 체포영장은 사후에 그 피의자에게 제시하여야 한다.

② 수사기관이 외국인을 체포하거나 구속하면서 지체없이 영사통보권 등이 있음을 고지하지 않았다면 체포나 구속절차는 국내법과 같은 효력을 가지는 「영사관계에 관한 비엔나협약」을 위반한 것으로 위법하다.

③ 현행범으로 체포된 피의자에 대한 구속영장의 제시와 집행이 비록 그 발부 시로부터 정당한 사유 없이 시간이 지체되어 이루어졌다고 하더라도 구속영장에 명시된 유효기간 내에 집행되었다면 지체된 기간 동안의 체포 내지 구금상태를 위법하다고 할 수는 없다.

④ 경찰관이 현행범인을 체포하는 경우 피의자에 대하여 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 하는데, 이와 같은 고지는 체포의 집행요건이므로 일반인이 이미 체포한 현행범인을 경찰관이 단지 인도받는 경우에는 필요하지 않다.

→ 정답 ② (○) [1] 수사기관이 외국인을 체포하거나 구속하면서 지체 없이 영사통보권 등이 있음을 고지하지 않았다면 체포나 구속 절차는 국내법과 같은 효력을 가지는 영사관계에 관한 비엔나협약 제 36조 제1항 (b)호를 위반한 것으로 위법하다.

[2] 사법경찰관이 인도네시아 국적의 외국인인 피고인을 출입국관리법 위반의 현행범인으로 체포하면서 소변과 모발을 임의제출 받아 압수하였고, 소변검사 결과에서 향정신성의약품인 MDMA(일명 엑스터시) 양성반응이 나오자 피고인은 출입국관리법 위반과 마약류 관리에 관한 법률 위반(향정) 범행을 모두 자백한 후 구속되었는데, 피고인이 검찰 수사 단계에서 자신의 구금 사실을 자국 영사관에 통보할 수 있음을 알게 되었음에도 수사기관에 영사기관 통보를 요구하지 않은 사안에서, 사법경찰관이 체포 당시 피고인에게 영사통보권등을 지체 없이 고지하지 않았으므로 체포나 구속 절차에 영사관계에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on Consular Relations, 1977. 4. 6. 대한민국에 대하여 발효된 조약 제594호) 제36조 제1항 (b)호를 위반한 위법이 있다.

[3] 그러나 피고인이 영사통보권등을 고지받았더라도 영사의 조력을 구하였으리라고 보기 어렵고, 수사기관이 피고인에게 영사통보권등을 고지하지 않았더라도 그로 인해 피고인에게 실질적인 불이익이 초래되었다고 볼 수 없어 피고인에게 영사통보권등을 고지하지 않은 사정이 수사기관의 증거 수집이나 이후 공판절차에 상당한 영향을 미쳤다고 보기 어려우므로, 절차 위반의 내용과 정도가 중대하거나 절차 조항이 보호하고자 하는 외국인 피고인의 권리나 법익을 본질적으로 침해하였다고 볼 수 없어 체포나 구속 이후 수집된 증거와 이에 기초한 증거들은 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원2022. 4. 28. 선고2021도17103판결).

① (X) [1] 검사 또는 사법경찰관이 체포영장을 집행할 때에는 피의자에게 반드시 체포영장을 제시하여야 한다. 다만 체포영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피의자에게 범죄사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고하고 체포영장을 집행할 수 있다. 이 경우 집행을 완료한 후에는 신속히 체포영장을 제시하여야 한다(형사소송법 제200조의6, 제85조 제1항, 제3항, 제4항).

[2] 긴급을 요하여 체포영장을 제시하지 않은 채 체포영장에 기한 체포 절차에 착수하였으나, 이에 피고인이 저항하면서 경찰관을 폭행하는 등 행위를 하여 특수공무집행방해의 현행범으로 체포한 후 체포영장을 별도로 제시하지 않은 것은 적법하다.

[3] ① 피고인에 대해 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘성폭력처벌법’이라고 한다) 위반(비밀준수등) 범행으로 체포영장이 발부되어 있었던 사실, ② ‘피고인의 차량이 30분 정도 따라온다’는 내용의 112신고를 받고 현장에 출동한 경찰관들이 승용차에 타고 있던 피고인의 주민등록번호를 조회하여 피고인에 대한 체포영장이 발부된 것을 확인한 사실, ③ 경찰관들이 피고인에게 ‘성폭력처벌법위반으로 수배가 되어 있는바, 변호인을 선임할 수 있고 묵비권을 행사할 수 있으며, 체포적부심을 청구할 수 있고 변명의 기회가 있다’고 고지하며 하차를 요구한 사실을 인정한 후, 이 사건 당시 경찰

관들이 체포영장을 소지할 여유 없이 우연히 그 상대방을 만난 경우로서 체포영장의 제시 없이 체포영장을 집행할 수 있는 ‘급속을 요하는 때’에 해당하므로, 경찰관들이 체포영장의 제시 없이 피고인을 체포하려고 시도한 행위는 적법한 공무집행이라고 판단하였다.

[4] 위와 같이 경찰관들이 체포영장을 근거로 체포절차에 착수하였으나 피고인이 흥분하며 타고 있던 승용차를 출발시켜 경찰관들에게 상해를 입히는 범죄를 추가로 저지르자, 경찰관들이 위 승용차를 멈춘 후 저항하는 피고인을 별도 범죄인 특수공무집행방해치상의 현행범으로 체포한 사실을 인정한 후, 이와 같이 경찰관이 체포영장에 기재된 범죄사실이 아닌 새로운 피의사실인 특수공무집행방해치상을 이유로 피고인을 현행범으로 체포하였고, 현행범 체포에 관한 제반 절차도 준수하였던 이상 피고인에 대한 체포 및 그 이후 절차에 위법이 없다.

[5] 위 사정들과 함께 이 사건 당시 체포영장에 의한 체포절차가 착수된 단계에 불과하였고, 피고인에 대한 체포가 체포영장과 관련 없는 새로운 피의사실인 특수공무집행방해치상을 이유로 별도의 현행범 체포 절차에 따라 진행된 이상, 집행 완료에 이르지 못한 체포영장을 사후에 피고인에게 제시할 필요는 없는 점까지 더하여 보면, 피고인에 대한 체포절차가 적법하다(대판2021.6.24. 2021도4648).

③ (X) [1] 현법이 정한 적법절차와 영장주의 원칙, 형사소송법이 정한 체포된 피의자의 구금을 위한 구속영장의 청구, 발부, 집행절차에 관한 규정을 종합하면, 법관이 검사의 청구에 의하여 체포된 피의자의 구금을 위한 구속영장을 발부하면 검사와 사법경찰관리는 지체 없이 신속하게 구속영장을 집행하여야 한다.

[2] 피의자에 대한 구속영장의 제시와 집행이 그 발부 시로부터 정당한 사유 없이 시간이 지체되어 이루어졌다면, 구속영장이 그 유효기간 내에 집행되었다고 하더라도 위 기간 동안의 체포 내지 구금 상태는 위법하다(대법원2021. 4. 29. 선고2020도16438판결). 그러나 수사기관의 구금 등의 처분이 위법하다는 것만으로 판결 결과에 영향이 있어 독립한 상고이유가 된다고 할 수는 없다.

④ (X) [1] 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다(제200조의5).

[2] 제87조, 제89조, 제90조, 제200조의2 제5항 및 제200조의5의 규정은 검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포하거나 현행범인을 인도받은 경우에 이를 준용한다(준용규정; 제213조의2).

[3] 검사 또는 사법경찰관리는 현행범인을 체포하거나 일반인이 체포한 현행범인을 인도받는 경우 형사소송법 제213조의2에 의하여 준용되는 제200조의5에 따라 피의자에 대하여 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 하고, 이와 같은 고지는 체포를 위한 실력행사에 들어가기 전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이지만, 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 하거나 그것이 여의치 않은 경우에는 일단 붙들거나 제압한 후에 지체 없이 하면 된다(대법원 2012. 2. 9. 선고 2011도7193 판결).

[4] 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하거나 구속할 때에는 법 제200조의5(법 제209조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따라 피의자에게 피의사실의 요지, 체포·구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고, 변명할 기회를 주어야 하며, 진술거부권을 알려주어야 한다(수사준칙 제32조 제1항).

30. 긴급체포 후 「형사소송법」 제217조 제1항에 따른 영장없는 압수·수색이 체포현장이 아닌 곳에서 야간에 이루어지는 경우에 관한 설명으로 옳고 그름의 표시(O, X)가 바르게 된 것은? (단, 긴급체포 및 영장 없는 압수·수색이 적법하기 위한 기타 요건은 충족된 것을 전제로 함)

- |                                                                                                                                                                    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>㉠ 「형사소송법」 제125조는 압수·수색영장에 야간집행을 할 수 있는 기재가 없으면 그 영장을 집행하기 위하여 일출 전, 일몰 후에는 타인의 주거에 들어가지 못한다고 규정한다.</p> <p>㉡ 판례는 피고인에 대한 긴급체포 사유, 압수·수색의 시각과 경위, 사후 영장의 발부 내</p> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

역 등에 비추어 보더라도 압수·수색영장의 야간집행을 제한하는 명문의 규정이 존재하는 이상 이러한 경우의 압수가 적법할 수는 없다는 입장이다.

㉠ 「형사소송법」은 제216조의 규정에 의해 영장 없이 압수·수색을 하는 경우에 급속을 요하는 때에는 압수·수색영장의 야간집행제한에 관한 규정이 적용되지 않는다는 특례규정을 두고 있다.

㉡ 「형사소송법」 제217조 제1항에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수·수색영장을 청구해야 하며, 그 영장의 청구는 압수한 때가 아닌 긴급체포한 때로부터 48시간 이내에 하여야 한다.

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

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

㉠ (O) [1] 일출 전, 일몰 후(야간)에는 압수·수색영장에 야간집행을 할 수 있는 기제가 없으면 그 영장을 집행하기 위하여 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선차 내에 들어가지 못한다(야간집행의 제한; 제125조).

[2] 다음 장소에서 압수·수색영장을 집행할 때는 야간집행의 제한을 받지 아니한다(야간집행제한의 예외; 제126조).

1. 도박 기타 풍속을 해하는 행위에 상용된다고 인정하는 장소

2. 여관, 음식점 기타 야간에 공중이 출입할 수 있는 장소. 단, 공개한 시간 내에 한한다.

㉠ (X) [1] 형사소송법 제217조 제1항은 수사기관이 피의자를 긴급체포한 상황에서 피의자가 체포되었다는 사실이 공범이나 관련자들에게 알려짐으로써 관련자들이 증거를 파괴하거나 은닉하는 것을 방지하고, 범죄사실과 관련된 증거물을 신속히 확보할 수 있도록 하기 위한 것이다. 이 규정에 따른 압수·수색 또는 검증은 체포현장에서의 압수·수색 또는 검증을 규정하고 있는 형사소송법 제216조 제1항 제2호(체포현장에서의 압수, 수색, 검증)와 달리, 체포현장이 아닌 장소에서도 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건을 대상으로 할 수 있다.

[2] 피고인에 대한 긴급체포 사유, 압수·수색의 시각과 경위, 사후 영장의 발부 내역 등에 비추어 보면, 수사기관이 피고인의 주거지에서 긴급 압수한 메트암페타민 4.82g은 긴급체포의 사유가 된 범죄 사실 수사에 필요한 범위 내의 것으로서 형사소송법 제217조에 따라 적법하게 압수되었다고 할 것이다(대법원 2017. 9. 12. 선고 2017도10309 판결). 결국, 판례는 피고인에 대한 긴급체포 사유, 압수·수색의 시각과 경위, 사후 영장의 발부 내역 등에 비추어 보더라도 압수·수색영장의 야간집행을 제한하는 명문의 규정이 존재하여도, 긴급체포현장이 아닌 장소에서도 야간에 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건을 압수하였다 하여도 적법하다.

[3] 형사소송법 조문상(제220조)으로는 요급처분에 관한 특례(특칙)이 제216조의 규정에 의한 처분을 하는 경우에만 적용되고, 제217조의 긴급체포 후에 영장없이 압수·수색·검증하는 경우에는 적용되지 아니하므로 수사기관은 야간집행의 제한을 받는다(일출 전, 일몰 후에는 압수·수색영장에 야간집행을 할 수 있는 기제가 없으면 그 영장을 집행하기 위하여 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선차 내에 들어가지 못한다).

[4] 따라서 법조문상으로는 야간집행이 제한되나, 판례의 경우에는 야간집행의 제한이 없어 야간에 긴급체포된 자의 소유·소지 또는 보관하는 물건을 압수하였다 하여도 적법하다.

㉠ (O) [1] 제216조의 규정에 의한 처분을 하는 경우에 급속을 요하는 때에는 제123조 제2항, 제125조의 규정에 의함을 요하지 아니한다(요급처분; 제220조).

[2] 따라서 ① 체포·구속을 위한 목적으로 피의자 수색(제216조 제1항), ② 체포현장에서의 압수·수색·검증(제216조 제1항 제2호), ③ 피고인에 대한 구속영장 집행현장에서의 압수·수색·검증(제216조 제2항), ④ 범죄중 또는 범행직후의 범죄장소(범행현장)에서의 압수·수색·검증(제216조 제3항)



의 경우, 영장없이 압수·수색·검증할 수 있는 위 4 가지(①②③④)는 요급처분이 인정된다. 즉, 영장없이 압수·수색·검증할 때 급속을 요하는 때에는 야간집행의 제한(제125조)을 받지 아니하고, 압수·수색·영장 집행시에 주거주나 간수자의 참여(제123조 제2항)없이도 압수·수색이 가능하다(제220조).

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

[2] 검사 또는 사법경찰관은 위 제1항에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수·수색·영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수·수색·영장의 청구는 체포한 때 (압수한 때(X))부터 48시간 이내에 하여야 한다(동조 제2항).

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

### 31. 정보저장매체의 압수·수색에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 수사기관은 특정 범죄혐의와 관련하여 정보저장매체에 저장된 전자정보를 압수하는 경우, 정보저장매체 자체를 임의제출받은 경우라면 영장에 의한 압수·수색의 경우와 다르게 임의제출의 효력에 의하여 정보저장매체 자체나 그 전체내용의 복제본을 수사기관에 반출하는 방식으로 압수·수색을 할 수 있음이 원칙이다.

② 수사기관이 전자정보를 담은 매체를 피의자로부터 임의제출받아 압수하면서 거기에 담긴 정보 중 무엇을 제출하는지 명확히 확인하지 않은 경우, 임의제출의 동기가 된 범죄혐의사실과 관련되고 이를 증명할 수 있는 분명한 가치가 있는 정보만으로 압수의 대상이 한정되므로, 범죄사실의 정황증거로 사용될 수 있는 정보는 그에 포함될 수 없다.

③ 피의자가 소유·관리하는 정보저장매체를 피해자가 임의제출하는 경우, 피해자가 범죄혐의사실과 연관관계가 인정되는 범위를 넘는 전자정보까지 일괄하여 임의제출한다는 의사를 밝혔더라도 특별한 사정이 없는 한, 그 임의제출을 통해 수사기관이 영장 없이 적법하게 압수할 수 있는 전자정보의 범위는 범죄혐의사실과 관련된 전자정보에 한정된다.

④ 증거은닉범이 본범으로부터 증거은닉을 교사받아 소지·보관하고 있던 본범 소유·관리의 정보저장매체를 피의자의 지위에서 수사기관에 임의제출하였고, 본범이 그 매체 내 전자정보의 탐색·복제·출력 시 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 않을 실질적인 이익을 갖는다고 평가될 수 있는 경우, 그러한 실질적 이익을 갖는 본범에게 참여권이 보장되어야 한다.

→ 정답 ③ (○) [1] 피의자가 소유·관리하는 정보저장매체를 피의자 아닌 피해자 등 제3자가 임의제출하는 경우에는, 그 임의제출 및 그에 따른 수사기관의 압수가 적법하더라도 임의제출의 동기가 된 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 되는 것으로 더욱 제한적으로 해석하여야 한다.

[2] 임의제출자인 제3자가 제출의 동기가 된 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계가 인정되는 범위를 넘는 전자정보까지 일괄하여 임의제출한다는 의사를 밝혔더라도, 그 정보저장매체 내 전자정보 전반에 관한 처분권이 그 제3자에게 있거나 그에 관한 피의자의 동의 의사를 추단할 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 임의제출을 통해 수사기관이 영장 없이 적법하게 압수할 수 있는 전자정보의 범위는 범죄혐의사실과 관련된 전자정보에 한정된다고 보아야 한다(대법원 2021. 11. 25. 선고 2019도7342 판결).

① (X) [1] 수사기관의 전자정보에 대한 압수·수색은 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 범죄혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 정보저장매체에 해당 파일을 복

제하는 방식으로 이루어져야 한다(원칙: 선별압수).

[2] 정보저장매체 자체를 직접 반출하거나 저장매체에 들어 있는 전자파일 전부를 하드카피나 이미지 등 형태(이하 ‘복제본’이라 한다)로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하는 방식으로 압수·수색하는 것은 현장의 사정이나 전자정보의 대량성으로 인하여 관련 정보 획득에 긴 시간이 소요되거나 전문 인력에 의한 기술적 조치가 필요한 경우 등 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에 한하여 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다(예외: 복제본 또는 원본자체 압수).

[3] 위와 같은 범리는 정보저장매체에 해당하는 임의제출물의 압수(형사소송법 제218조)에도 마찬가지로 적용된다. 임의제출물의 압수는 압수물에 대한 수사기관의 점유 취득이 제출자의 의사에 따라 이루어진다는 점에서 차이가 있을 뿐 범죄혐의를 전제로 한 수사 목적이나 압수의 효력은 영장에 의한 경우와 동일하기 때문이다.

[4] 따라서 수사기관은 특정 범죄혐의와 관련하여 전자정보가 수록된 정보저장매체를 임의제출받아 그 안에 저장된 전자정보를 압수하는 경우 그 동기가 된 범죄혐의사실과 관련된 전자정보의 출력물 등을 임의제출받아 압수하는 것이 원칙이다. 다만 현장의 사정이나 전자정보의 대량성과 탐색의 어려움 등의 이유로 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에 한하여 예외적으로 정보저장매체 자체나 복제본을 임의제출받아 압수할 수 있다.

[5] 수사기관이 제출자의 의사를 쉽게 확인할 수 있음에도 이를 확인하지 않은 채 특정 범죄혐의사실과 관련된 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체를 임의제출받은 경우, 그 정보저장매체에 저장된 전자정보 전부가 임의제출되어 압수된 것으로 취급할 수는 없다(대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 전원합의체 판결).

② (X) [1] 수사기관이 전자정보를 담은 매체를 피의자로부터 임의제출 받아 압수하면서 거기에 담긴 정보 중 무엇을 제출하는지 명확히 확인하지 않은 경우, 임의제출의 동기가 된 범죄혐의사실과 관련되고 이를 증명할 수 있는 최소한의 가치가 있는 정보여야 압수의 대상이 되는데, 범행 동기와 경위, 수단과 방법, 시간과 장소 등에 관한 간접증거나 정황증거로 사용될 수 있는 정보도 그에 포함될 수 있다.

[2] 수사기관이 피의자로부터 범죄혐의사실과 관련된 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 섞인 매체를 임의제출 받아 사무실 등지에서 정보를 탐색·복제·출력하는 경우 피의자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 압수된 전자정보가 특정된 목록을 교부해야 하나, 그러한 조치를 하지 않았더라도 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피의자의 절차상 권리가 실질적으로 침해되지 않았다면 압수·수색이 위법하다고 볼 것은 아니다(대법원2022. 2. 17. 선고2019도4938판결).

④ (X) [1] 피고인(최강욱 국회의원)이 허위의 인턴십 확인서를 작성한 후 갑(정경심)의 자녀 대학원 입시에 활용하도록 하는 방법으로 갑 등과 공모하여 대학원 입학담당자들의 입학사정업무를 방해하였다는 공소사실과 관련하여, 갑 등이 주거지에서 사용하던 컴퓨터 내 정보저장매체(이하 ‘하드디스크’라 한다)에 인턴십 확인서 등 증거들이 저장되어 있고, 갑은 자신 등의 혐의에 대한 수사가 본격화되자 乙(갑의 자산관리인)에게 지시하여 하드디스크를 은닉하였는데, 이후 수사기관이 乙을 증거은닉혐의 피의자로 입건하자 乙이 이를 임의제출하였고, 수사기관은 하드디스크 임의제출 및 그에 저장된 전자정보에 관한 탐색·복제·출력 과정에서 乙 측에 참여권을 보장한 반면 갑 등에게는 참여 기회를 부여하지 않아 그 증거능력이 문제 된 사안에서, 乙은 임의제출의 원인된 범죄혐의사실인 증거은닉범행의 피의자로서 자신에 대한 수사 과정에서 하드디스크를 임의제출하였는데, 하드디스크 및 그에 저장된 전자정보는 본범인 갑 등의 혐의사실에 관한 증거이기도 하지만 동시에 은닉행위의 직접적인 목적물에 해당하여 乙의 증거은닉 혐의사실에 관한 증거이기도 하므로, 을은 하드디스크와 그에 저장된 전자정보에 관하여 실질적 이해관계가 있는 자에 해당한다.

[2] 또한 하드디스크 자체의 임의제출을 비롯하여 증거은닉 혐의사실 관련 전자정보의 탐색·복제·출력 과정 전체에 걸쳐 을은 참여의 이익이 있는 점, 하드디스크의 은닉과 임의제출 경위, 그 과정에서 을과 갑 등의 개입 정도 등에 비추어 압수·수색 당시 또는 이에 근접한 시기에 하드디스크를 현실적으

로 점유한 사람은 乙이라고 할 것이며, 나아가 을이 그 무렵 위와 같은 경위로 하드디스크를 현실적으로 점유한 이상 다른 특별한 사정이 없는 한 저장된 전자정보에 관한 관리처분권을 사실상 보유·행사할 수 있는 지위에 있는 사람도 乙이라고 볼 수 있는 점, 갑은 임의제출의 원인된 범죄혐의사실인 증거은닉범행의 피의자가 아닐 뿐만 아니라 하드디스크의 존재 자체를 은폐할 목적으로 막연히 ‘자신에 대한 수사가 끝날 때까지’ 은닉할 것을 부탁하며 하드디스크를 을에게 교부하였는데, 이는 자신과 하드디스크 및 그에 저장된 전자정보 사이의 외형적 연관성을 은폐·단절하겠다는 목적하에 그 목적달성에 필요하다면 ‘수사 종료’라는 불확정 기한까지 하드디스크에 관한 전속적인 지배·관리권을 포기하거나 乙에게 전적으로 양도한다는 의사를 표명한 것으로 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 증거은닉범행의 피의자로서 하드디스크를 임의제출한 乙에 더하여 임의제출자가 아닌 갑 등에게도 참여권이 보장되어야 한다고 볼 수 없으므로, 하드디스크에 저장된 전자정보의 증거능력은 인정된다(대법원2023. 9. 18. 선고2022도7453 전원합의체 판결). 결국, 갑(본범)이 증거를 은닉하려고 을(증거은닉범)에게 하드디스크(정보저장매체)를 준 것은 을에게 사실상 처분권한까지 준 것이다. 따라서 임의제출자인 을(증거은닉범)에게만 참여권이 보장될 뿐이고, 갑(본범)에게는 참여권이 보장될 필요가 없어 그 하드디스크(저장매체)는 증거능력이 인정되므로 피고인(최강욱 국회의원)은 위계에 의한 업무방해죄가 성립한다.

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

- ① 「형사소송법」이 압수·수색영장을 집행하는 경우에 피압수자에게 반드시 압수·수색영장을 제시하도록 규정한 것은 영장주의 원칙을 절차적으로 보장하고, 개인의 사생활과 재산권의 침해를 최소화하는 한편, 준항고 등 피압수자의 불복신청의 기회를 실질적으로 보장하기 위한 것이다.
- ② 수사기관이 피의자의 휴대전화를 압수할 당시 피의자에게 영장을 제시하였고 피의자는 영장의 구체적인 확인을 요구하였지만 수사기관이 영장의 범죄사실 기재 부분을 보여주지 않은 경우, 이후 피의자의 변호인이 피의자에 대한 조사에 참여하면서 영장을 구체적으로 확인하였다면 영장의 제시는 적법하게 이루어졌다고 볼 수 있다.
- ③ 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 제4조에 따른 금융계좌추적용 압수·수색영장의 집행에 있어서 수사기관이 금융기관으로부터 금융거래자료를 수신하기에 앞서 금융기관에 영장 원본을 사전에 제시하지 않았다면 원칙적으로 적법한 집행 방법이라고 볼 수 없다.
- ④ 「형사소송법」 제122조 단서에서 ‘급속을 요하는 때’라고 함은 압수·수색영장 집행 사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수·수색의 실효를 거두기 어려울 경우라고 해석함이 옳다.

→ 정답 ② (X) [1] 수사기관이 재항고인의 휴대전화 등을 압수(이하 ‘압수처분’이라 한다)할 당시 재항고인에게 압수·수색영장을 제시하였는데 재항고인이 영장의 구체적인 확인을 요구하였으나 수사기관이 영장의 범죄사실 기재 부분을 보여주지 않았고, 그 후 재항고인의 변호인이 재항고인에 대한 조사에 참여하면서 영장을 확인한 사안에서, 수사기관이 압수처분 당시 재항고인으로부터 영장 내용의 구체적인 확인을 요구받았음에도 압수·수색영장의 내용을 보여주지 않았던 것으로 보이므로 형사소송법 제219조, 제118조에 따른 적법한 압수·수색영장의 제시라고 인정하기 어렵다.

[2] 따라서, 압수처분 당시 수사기관이 법령에서 정한 취지에 따라 재항고인에게 압수·수색영장을 제시하였는지 여부를 판단하지 아니한 채 변호인이 조사에 참여할 당시 영장을 확인하였다는 사정을 들어 압수처분이 위법하지 않다고 본 원심결정에 헌법과 형사소송법의 관련 규정을 위반한 잘못이 있다(대판2020.4.16. 2019도3526).

- ① (○) 형사소송법이 압수·수색영장을 집행하는 경우에 피압수자에게 반드시 압수·수색영장을 제시하

도록 규정한 것은 법원이 발부한 영장 없이 압수·수색을 하는 것을 방지하여 영장주의 원칙을 절차적으로 보장하고, 압수·수색영장에 기재된 물건, 장소, 신체에 대해서만 압수·수색을 하도록 하여 개인의 사생활과 재산권의 침해를 최소화하는 한편, 준항고 등 피압수자의 불복신청의 기회를 실질적으로 보장하기 위한 것이다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결).

③ (○) [1] 수사기관의 압수·수색은 법원이 발부한 압수·수색영장에 의하여야 하는 것이 원칙이고, 영장의 원본은 처분을 받는 자에게 반드시 제시되어야 하므로, 금융계좌추적용 압수·수색영장의 집행에 있어서도 수사기관이 금융기관으로부터 금융거래자료를 수신하기에 앞서 금융기관에 영장 원본을 사전에 제시하지 않았다면, 원칙적으로 적법한 집행 방법이라고 볼 수는 없다.

[2] 다만 수사기관이 금융기관에 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(이하 ‘금융실명법’이라 한다) 제4조 제2항에 따라서 금융거래정보에 대하여 영장 사본을 첨부하여 그 제공을 요구한 결과 금융기관으로부터 회신받은 금융거래자료가 해당 영장의 집행 대상과 범위에 포함되어 있고, 이러한 모사전송 내지 전자적 송수신 방식의 금융거래정보 제공요구 및 자료 회신의 전 과정이 해당 금융기관의 자발적 협조의사에 따른 것이며, 그 자료 중 범죄혐의사실과 관련된 금융거래를 선별하는 절차를 거친 후 최종적으로 영장 원본을 제시하고 위와 같이 선별된 금융거래자료에 대한 압수절차가 집행된 경우로서, 그 과정이 금융실명법에서 정한 방식에 따라 이루어지고 달리 적법절차와 영장주의 원칙을 잠탈하기 위한 의도에서 이루어진 것이라고 볼 만한 사정이 없어, 이러한 일련의 과정을 전체적으로 ‘하나의 영장에 기하여 적시에 원본을 제시하고 이를 토대로 압수·수색하는 것’으로 평가할 수 있는 경우에 한하여, 예외적으로 영장의 적법한 집행 방법에 해당한다고 볼 수 있다(대법원2022. 1. 27. 선고2021도11170판결). 결국, 처음에는 영장 사본을 첨부하여 금융거래자료를 요구하여 팩스로 받았으나, 혐의와 관련된 자료를 선별한 후 최종적으로 직접 찾아와 영장 원본을 제시후 선별된 금융거래자료를 압수집행했다면, 이 사건 각 금융계좌추적용 압수·수색영장의 집행 과정에서 확보된 금융거래자료의 증거능력이 인정된다.

④ (○) [1] 피의자 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있고(형사소송법 제219조, 제121조), 압수·수색영장을 집행함에는 원칙적으로 미리 집행의 일시와 장소를 피의자 등에게 통지하여야 하나(형사소송법 제122조 본문), ‘급속을 요하는 때’에는 위와 같은 통지를 생략할 수 있다(형사소송법 제122조 단서).

[2] 여기서 ‘급속을 요하는 때’라고 함은 압수·수색영장 집행 사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수·수색의 실효를 거두기 어려운 경우라고 해석함이 옳고, 그와 같이 합리적인 해석이 가능하므로 형사소송법 제122조 단서가 명확성의 원칙 등에 반하여 위헌이라고 볼 수 없다(대판2012.10.11. 2012도7455).

### 33. 「형사소송법」과 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」에 따른 수사의 종결에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?

① 사법경찰관(특별사법경찰관은 제외한다)이 고발사건을 수사하였으나 해당 사건의 공소시효가 완성되었다고 판단하여 불송치 결정을 하는 경우에는 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다.

② 사법경찰관이 고발사건에 대해 불송치 결정을 하는 경우, 사법경찰관은 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 서면으로 고발인에게 통지해야 하지만, 이러한 통지를 받은 고발인은 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청할 수 없다.

③ 검사가 송치받은 사건에 대해 보완수사가 필요하다고 인정하여 사법경찰관에게 보완수사를 요구하는 경우, 1인이 범한 수죄 중에서 수사기록에 명백히 현출되어 있지 않은 사건은 보완수사요구의 대상인 관련사건에 포함되지 않는다.

④ 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당하다는 이유로 검사가 사법경찰관에게 재수사를 요청하여 재수사 중인 사건에 대해 해당 사건의 고소인이 이의신청을 한

경우, 사법경찰관은 재수사의 계속 진행 여부를 결정할 수 있다.

→ 정답 ④ (X) 사법경찰관은 형사소송법 제245조의8 제2항에 따라 재수사 중인 사건에 대해 형사소송법 제245조의7 제1항에 따른 이의신청이 있는 경우에는 재수사를 중단해야 하며, 같은 조 제2항에 따라 해당 사건을 지체 없이 검사에게 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부해야 한다(수사준칙 제65조). 결국, 사법경찰관은 재수사의 계속 진행 여부를 결정할 것이 아니라 지체없이 검사에게 해당사건을 송치하여야 한다.

① (○) 사법경찰관은 형사소송법 제245조의5 제2호 및 수사준칙 제51조 제1항 제3호에 따라 불송치 결정을 하는 경우 불송치의 이유를 적은 불송치 결정서와 함께 압수물 총목록, 기록목록 등 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부해야 한다(수사준칙 제62조 제1항). 여기서 고발사건이 공소시효가 완성된 경우는 공소권없음 사유에 해당하므로, 사법경찰관은 불송치결정을 하여야 한다.

② (○) [1] 사법경찰관은 제245조의5 제2호의 경우(불송치한 경우)에는 그 송부한 날부터 7일 이내에 서면으로 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다)에게 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지하여야 한다(제245조의6).

[2] 위 사법경찰관의 불송치 통지를 받은 사람(고발인을 제외한다)은 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청할 수 있다(제245조의6). 따라서 사법경찰관의 불송치결정에 대하여 고소인등만 이의신청할 수 있고, 제3자인 고발인은 사법경찰관의 불송치결정에 대하여 이의신청할 수 없다.

③ (○) [1] 형사소송법상 관련사건은 다음과 같다(제11조).

제11조(관련사건의 정의) 관련사건은 다음과 같다.

1. 1인이 범한 수죄

2. 수인이 공동으로 범한 죄

3. 수인이 동시에 동일장소에서 범한 죄

4. 범인은닉죄, 증거인멸죄, 위증죄, 허위감정통역죄 또는 장물에 관한 죄와 그 본범의 죄

[2] 검사가 송치받은 사건에 대해 보완수사가 필요하다고 인정하여 사법경찰관에게 보완수사를 요구하는 경우, 1인이 범한 수죄 중에서 수사기록에 명백히 현출되어 있지 않은 사건은 보완수사요구의 대상인 관련사건에 포함되지 않는다. 따라서 수사기록에도 드러나지 않은 사건을 검사가 사법경찰관에게 보완수사요구를 할 수는 없다.

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

① 어떤 소송절차가 진행된 내용이 공판조서에 기재되지 않았다고 하여 당연히 그 소송절차가 당해 공판기일에 행하여지지 않은 것으로 추정되는 것은 아니고 공판조서에 기재되지 않은 소송절차의 존재가 공판조서에 기재된 다른 내용이나 공판조서 이외의 자료로 증명될 수 있고, 이는 엄격한 증명의 대상이 된다.

② 친고죄에서의 고소 유무에 대한 사실은 자유로운 증명의 대상이 된다.

③ 몰수·추징의 대상이 되는지 여부나 추징액의 인정은 범죄구성요건사실에 관한 것이 아니어서 엄격한 증명은 필요없지만 역시 증거에 의하여 인정되어야 한다.

④ 양형의 조건에 관하여 규정한 「형법」 제51조의 사항은 널리 형의 양정에 관한 법원의 재량사항에 속한다고 해석되므로, 법원은 범죄의 구성요건이나 법률상 규정된 형의 가중·감면의 사유가 되는 경우를 제외하고는, 법률이 규정한 증거로서의 자격이나 증거조사방식에 구애됨이 없이 상당한 방법으로 조사하여 양형의 조건이 되는 사항을 인정할 수 있다.

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

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

② (○) 친고죄에서 적법한 고소가 있었는지는 자유로운 증명의 대상이 된다(대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도4451, 2011전도76 판결).

③ (○) 몰수대상이 되는지 여부나 추정액의 인정 등 몰수·추정의 사유는 범죄구성요건 사실에 관한 것이 아니어서 엄격한 증명은 필요 없지만 역시 증거에 의하여 인정되어야 한다(대판2006.4.7. 2005도9858 전원합의체 판결).

④ (○) [1] 양형의 조건에 관하여 규정한 형법 제51조의 사항은 널리 형의 양정에 관한 법원의 재량 사항에 속한다고 해석되므로, 법원은 범죄의 구성요건이나 법률상 규정된 형의 가중·감면의 사유가 되는 경우를 제외하고는, 법률이 규정한 증거로서의 자격이나 증거조사방식에 구애됨이 없이 상당한 방법으로 조사하여 양형의 조건이 되는 사항을 인정할 수 있다. 나아가 형의 양정에 관한 절차는 범죄사실을 인정하는 단계와 달리 취급하여야 하므로, 당사자가 직접 수집하여 제출하기 곤란하거나 필요하다고 인정되는 경우 등에는 직권으로 양형조건에 관한 형법 제51조의 사항을 수집·조사할 수 있다.

[2] 이와 같은 취지에서, 제1심법원이 법원조직법 제54조의3에 의하여 심판에 필요한 자료의 수집·조사 등의 업무를 담당하는 법원 소속 조사관에게 양형의 조건이 되는 사항을 수집·조사하여 제출하게 하고, 이를 피고인에 대한 정상 관계 사실과 함께 참작하여 피고인에게 징역 3년 8월을 선고한 이 사건에 있어, 원심의 판단은 정당하다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2010도750 판결). 결국, 양형의 조건에 관하여 규정한 형법 제51조의 사항은 자유로운증명으로 족하다.

35. 증명책임과 증거의 증명력 등에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 형사재판에 있어서 이와 관련된 다른 형사사건의 확정판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 되는 것이나, 당해 형사재판에서 제출된 다른 증거 내용에 비추어 관련 형사사건의 확정판결에서의 사실판단을 그대로 채택하기 어렵다고 인정될 경우에는 이를 배척할 수 있다.

② 임의제출물을 압수한 경우 압수물이 「형사소송법」 제218조에 따라 실제로 임의제출된 것인지에 관하여 다툼이 있을 때에는 임의제출의 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실들을 피고인이 증명할 것이 아니라 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 해야 한다.

③ 검사가 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 사람을 특별한 사정 없이 미리 수사기관에 소환하여 면담하는 절차를 거친 후 증인이 법정에서 피고인에게 불리한 내용의 진술을 한 경우, 검사가 증인신문 전 면담 과정에서 증인에 대한 회유나 압박, 답변 유도나 암시 등으로 증인의 법정진술에 영향을 미치지 않았다는 점이 담보되어야 증인의 법정진술을 신빙할 수 있다.

④ 공언히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 「형법」 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의

이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 하는 것이고, 이 때에는 전문증거에 대한 증거능력의 제한을 규정한 「형사소송법」 제310조의2가 적용된다.

→ 정답 ④ (X) [1] 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 **형법 제310조의 규정**에 따라서 **위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위하여는** 그것이 **진실한 사실**로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 **행위자(검사X)가 증명하여야** 하는 것이다.

[2] **그 증명은 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이** 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 **엄격한 증거에 의하여야** 하는 것은 **아니므로**, 이 때에는 **전문증거에 대한 증거능력의 제한을 규정한 형사소송법 제310조의2는 적용될 여지가 없다**(대법원1996. 10. 25. 선고95도1473판결). 결국, 범죄사실을 증명하는 것이 아니어서 **자유로운증명으로 족하므로, 증거능력이 없는 전문증거로도 증명이 허용된다.**

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

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

② (○) **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**(대법원 2024. 3. 12. 선고 2020도9431 판결).

③ (○) [1] **검사가 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 사람을 특별한 사정 없이 미리 수사기관에 소환하여 면담하는 절차를 거친 후 증인이 법정에서 피고인에게 불리한 내용의 진술을 한 경우, 검사가 증인신문 전 면담 과정에서 증인에 대한 회유나 압박, 답변 유도나 암시 등으로 증인의 법정진술에 영향을 미치지 않았다는 점이 담보되어야 증인의 법정진술을 신빙할 수 있다고** 할 것이다.

[2] **검사가 증인신문 준비 등 필요에 따라 증인을 사전 면담할 수 있다고 하더라도 법원이나 피고인의 관여 없이 일방적으로 사전 면담하는 과정에서 증인이 훈련되거나 유도되어 법정에서 왜곡된 진술을 할 가능성도 배제할 수 없기 때문이다. 증인에 대한 회유나 압박 등이 없었다는 사정은 검사가 증인의 법정진술이나 면담 과정을 기록한 자료 등으로 사전면담 시점, 이유와 방법, 구체적 내용 등을 밝힘으로써 증명하여야** 한다(대법원 2021. 6. 10. 선고 2020도15891 판결).

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

① 「형사소송법」 제318조 제1항은 “검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다”고 규정하고 있을 뿐 진정한 것

으로 인정하는 방법을 제한하고 있지 아니하므로, 증거동의가 있는 서류 또는 물건은 법원이 제반 사정을 참작하여 진정한 것으로 인정하면 증거로 할 수 있다.

② 개개의 증거에 대하여 개별적인 증거조사방식을 거치지 아니하고 검사가 제시한 모든 증거에 대하여 피고인이 증거로 함에 동의한다는 방식으로 이루어진 것이라 하여도 증거동의로서의 효력을 부정할 이유가 되지 못한다.

③ 증거동의의 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하므로 제1심에서 한 증거동의를 제2심에서 취소할 수 없고, 일단 증거조사가 종료된 후에 증거동의의 의사표시를 취소 또는 철회하더라도 취소 또는 철회 이전에 이미 취득한 증거능력이 상실되지 않는다.

④ 변호인은 피고인을 대리하여 증거동의에 관한 의견을 낼 수 있을 뿐만 아니라 피고인의 명시한 의사에 반하여 증거로 함에 동의할 수 있다.

→ 정답 ④ (X) [1] 증거로 함에 대한 동의의 주체는 소송주체인 당사자라 할 것이지만, 변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 아니하는 한 피고인을 대리하여 동의할 수 있음은 물론이다.

[2] 그러므로 피고인이 증거로 함에 동의하지 아니한다고 명시적인 의사표시를 한 경우 이외에는 변호인은 서류나 물건에 대하여 증거로 함에 동의할 수 있고 이 경우 변호인의 동의에 대하여 피고인이 즉시 이의하지 아니하는 경우에는 변호인의 동의로 증거능력이 인정되고 증거조사 완료 전까지 앞서의 동의가 취소 또는 철회하지 아니한 이상 일단 부여된 증거능력은 그대로 존속한다(대판 1999.8.20. 99도2029). 결국, 변호인은 피고인의 명시한 의사에 반해서는 증거로 함에 동의할 수 없다.

① (○) 형사소송법 제318조 제1항은 “검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다.”고 규정하고 있을 뿐 진정한 것으로 인정하는 방법을 제한하고 있지 아니하므로, 증거동의가 있는 서류 또는 물건은 법원이 제반 사정을 참작하여 진정한 것으로 인정하면 증거로 할 수 있다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2015도3467 판결).

② (○) 개개의 증거에 대하여 개별적인 증거조사방식을 거치지 아니하고 검사가 제시한 모든 증거에 대하여 피고인이 증거로 함에 동의한다는 방식으로 이루어진 것이라 하여도 증거동의로서의 효력을 부정할 이유가 되지 못한다(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도2873 판결). 결국, 판례는 포괄적인 증거동의도 허용된다.

③ (○) [1] 증거동의의 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하므로 취소 또는 철회 전에 이미 취득한 증거능력은 상실되지 아니한다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2015도3467 판결).

[2] 형사소송법 제318조에 규정된 증거동의의 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하므로 제1심에서 한 증거동의를 제2심에서 취소할 수 없고, 일단 증거조사가 종료된 후에 증거동의의 의사표시를 취소 또는 철회하더라도 취소 또는 철회 이전에 이미 취득한 증거능력이 상실되지 않는다고 할 것이다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2003도3472판결).

37. 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙에 관한 설명으로 옳은 것만을 모두 고른 것은?  
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉠ 「형사소송법」 제216조 제3항에 따라 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 영장 없이 압수한 물건에 대하여 사후에 압수·수색영장을 청구하였다가 영장을 발부받지 못한 때에는 수사기관은 압수한 물건을 즉시 반환하여야 하고, 즉시 반환하지 아니한 압수물은 유죄의 증거로 사용할 수 없으며, 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.



- ㉠ 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.
- ㉡ 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이고, 그 체포에 의한 유치 중에 작성된 진술조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없다.
- ㉢ 피고인의 자백이 임의성이 없다고 의심할 만한 사유가 있는 때에 해당한다 할지라도 그 임의성이 없다고 의심하게 된 사유들과 피고인의 자백과의 사이에 인과관계가 존재하지 않은 것이 명백한 때에는 그 자백은 임의성이 있는 것으로 인정된다.
- ㉣ 「형사소송법」 제218조를 위반하여 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 임의로 제출받은 물건을 영장 없이 압수한 경우 그 ‘압수물’ 및 ‘압수물을 찍은 사진’은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

① ㉠, ㉡, ㉢

② ㉠, ㉢, ㉣

③ ㉡, ㉢, ㉣, ㉤

④ ㉠, ㉡, ㉢, ㉣, ㉤

→ 정답 ④ ㉠㉡㉢㉣㉤(5개)은 모두 옳은 지문이다.

㉠ (X) [1] 형사소송법 제216조 제3항은 “범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체 없이 영장을 받아야 한다.”라고 규정하고 있다.

[2] 이 규정에 따라 압수수색영장을 청구하였다가 영장을 발부받지 못한 때에는 수사기관은 압수한 물건을 즉시 반환하여야 하고, 즉시 반환하지 아니한 압수물은 유죄의 증거로 사용할 수 없으며, 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

[3] 여기서 압수한 물건을 즉시 반환한다는 것은 수사기관이 압수한 물건을 곧바로 반환하는 것이 현저히 곤란하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 영장을 청구하였다가 기각되는 바로 그때에 압수물을 돌려주기 위한 절차에 착수하여 그 절차를 지연하거나 불필요하게 수사기관의 점유를 계속하는 등으로 지체함이 없이 적극적으로 압수 이전의 상태로 회복시켜 주는 것을 의미한다(대법원 2024. 10. 8. 선고 2024도10062 판결).

㉡ (○) [1] 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사 과정에서 작성된 것이라면, 그것이 ‘진술조서, 진술서, 자술서’라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없다. 형사소송법이 보장하는 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 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 일반적 진술조서의 형식으로 조서를 작성한 사안에서, 진술조서의 내용이 피의자신문조서와 실질적으로 같고, 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 미리 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않았다면 위법수집증거에 해당하므로, 유죄인정의 증거로 사용할 수 없다(대법원2009. 8. 20. 선고2008도8213판결).

㉢ (○) [1] 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이다.

[2] 이러한 위법은 영장주의에 위배되는 중대한 것이니 그 철폐에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없다(대법원 2005. 11. 10. 선고2004도42판결).

㉔ (○) 피고인의 자백이 임의성이 없다고 의심할 만한 사유가 있는 때에 해당한다 할지라도 그 임의성이 없다고 의심하게 된 사유들과 피고인의 자백과의 사이에 인과관계가 존재하지 않은 것이 명백한 때에는 그 자백은 임의성이 있는 것으로 인정된다(대법원 1984. 11. 27. 선고 84도2252 판결).

㉕ (X) 형사소송법 제218조는 “사법경찰관은 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다”고 규정하고 있는바, 위 규정을 위반하여 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 제출받은 물건을 영장없이 압수한 경우 그 ‘압수물’ 및 ‘압수물을 찍은 사진’은 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(대판2010.1.28. 2009도10092).

38. 전문법칙과 그 예외 등에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉑ 「형사소송법」 제312조 제3항에서 ‘그 내용을 인정할 때’라 함은 피의자신문조서의 기재 내용이 진술 내용대로 기재되어 있다는 것을 의미한다.
- ㉒ 피의자의 진술을 기재한 서류 내지 문서가 수사기관의 수사과정에서 작성된 것이라면 그 서류나 문서의 형식과 관계없이 피의자신문조서와 달리 볼 이유가 없으므로, 수사기관이 작성한 압수조서에 기재된 피의자였던 피고인의 자백 진술 부분은 피고인 또는 변호인이 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없다.
- ㉓ 「형사소송법」 제312조 제5항의 적용대상인 ‘수사과정에서 작성한 진술서’란 수사가 시작된 이후에 수사기관의 관여아래 작성된 것이거나, 개시된 수사와 관련하여 수사과정에 제출할 목적으로 작성한 것으로, 작성 시기와 경위 등 여러 사정에 비추어 그 실질이 이에 해당하는 이상 명칭이나 작성된 장소 여부를 불문한다.
- ㉔ 「형사소송법」은 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 달리 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 한 「형사소송법」 제310조의2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다.
- ㉕ 피고인이 수표를 발행하였으나 예금부족 또는 거래정지처분으로 지급되지 아니하게 하였다는 부정수표단속법위반의 공소사실을 증명하기 위하여 제출되는 수표는 어떠한 사실을 직접 경험한 사람의 진술에 갈음하는 대체물이므로, 이에 대하여는 「형사소송법」 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용된다.

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

→ 정답 ③ ㉒㉓㉕(3개)은 옳은 지문이나, ㉑㉔(2개)은 틀린 지문이다.

㉑ (X) [1] 형사소송법 제312조 제1항은 검사가 작성한 피의자신문조서는 공판준비, 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한정하여 증거로 할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 ‘그 내용을 인정할 때’라 함은 피의자신문조서의 기재 내용이 진술내용대로(불러준대로; statement) 기재되어 있다는 의미가 아니고 그와 같이 진술한 내용이 실제 사실(진실; truth)과 부합한다는 것을 의미한다.

[2] 피고인이 공소사실을 부인하는 경우, 검사가 작성한 피의자신문조서 중 공소사실을 인정하는 취지의 진술 부분은 그 내용을 인정하지 않았다고 보아야 한다.

[3] 피고인은 제1심에서 공소사실의 일시에 메트암페타민을 투약한 사실이 없다고 공소사실을 부인하

였으므로 검찰 피의자신문조서 중 공소사실을 인정하는 취지의 진술 내용을 인정하지 않았다고 보아야 한다. 따라서 제1심 공판조서의 일부인 증거목록에 피고인이 제1심 제2회 공판기일에서 위 검찰 피의자신문조서에 동의한 것으로 기재되어 있는 것은 착오 기재이거나 피고인이 그 조서 내용과 같이 진술한 사실이 있었다는 것을 인정한다는 것을 ‘동의’로 조서를 잘못 정리한 것으로 이해될 뿐 이로써 위 검찰 피의자신문조서가 증거능력을 가지게 되는 것은 아니다(대법원2023.4.27.선고 2023도2102판결).

㉠ (○) [1] 가) 구 형사소송법(2020. 2. 4. 법률 제16924호로 개정되기 전의 것) 제312조 제3항에 의하면, 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

나) 피의자의 진술을 기재한 서류 내지 문서가 수사기관의 수사과정에서 작성된 것이라면 그 서류나 문서의 형식과 관계없이 피의자신문조서와 달리 볼 이유가 없으므로, 수사기관이 작성한 압수조서에 기재된 피의자였던 피고인의 자백 진술 부분은 피고인 또는 변호인이 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없다.

다) 이 사건 압수조서의 압수경위란에 ‘피고인이 2019. 7. 30. 21:30경 피해자의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 혐의를 인정한다.’는 취지로 기재되어 있는 사실, 피고인은 공판과정에서 일관되게 쟁점 공소사실을 부인하면서, 경찰에서 작성된 피의자신문조서의 내용을 부인한 사실을 알 수 있다.

라) 이러한 사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 압수조서는 수사기관이 수사과정에서 작성한 서류로서 거기에 기재된 피고인의 진술 부분은 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정하는 경우에 한하여 증거로 할 수 있다. 피고인은 이 사건 압수조서에 기재된 진술의 내용을 인정하지 않았다고 보아야 하고, 제1심 제1회 공판조서의 일부인 증거목록에 이 사건 압수조서에 대하여 동의한 것으로 기재되어 있다 하더라도 피고인의 진술 부분에 관해서는 착오 기재이거나 피고인이 그 조서 내용과 같이 진술한 사실이 있었음을 인정한다는 것을 ‘동의’로 조서를 잘못 정리한 것으로 이해될 뿐이므로, 이 사건 압수조서 중 피고인의 진술 부분은 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

[2] 따라서 피고인이 쟁점 공소사실을 일관되게 부인하면서 경찰에서 작성된 피의자신문조서의 내용을 부인하는 등 위 압수조서에 기재된 자백의 내용을 인정하지 않았다고 보아야 하므로 이를 유죄의 증거로 사용할 수 없다(대법원 2024. 5. 30. 선고 2020도16796).

㉡ (○) 형사소송법 제312조 제5항의 적용대상인 ‘수사과정에서 작성한 진술서’란 수사가 시작된 이후에 수사기관의 관여 아래 작성된 것이거나, 개시된 수사와 관련하여 수사과정에 제출할 목적으로 작성한 것으로, 작성 시기와 경위 등 여러 사정에 비추어 그 실질이 이에 해당하는 이상 명칭이나 작성된 장소 여부를 불문한다(대법원2022. 10. 27. 선고 2022도9510 판결). 따라서 경찰관이 입당원서 작성자의 주거지·근무지를 방문하여 입당원서 작성 경위 등을 질문한 후 진술서 작성을 요구하여 이를 제출받은 이상 형사소송법 제312조 제5항이 적용되어야 한다는 이유로 형사소송법 제244조의4(수사과정의 기록)에서 정한 절차를 준수하지 않은 위 각 증거의 증거능력이 인정되지 않는다.

㉢ (○) [1] 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 달리 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 한 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다(대법원2000. 3. 10. 선고2000도159판결; 대법원2004. 3. 11. 선고2003도171판결 등).(재·동이 증거능력이 있다.)

[2] 전문진술이 기재된 조서는 형사소송법 제312조 또는 제314조에 따라 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론 형사소송법 제316조 제2항에 따른 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다(대법원2017. 7. 18. 선고2015도12981, 2015전도218판결). 결국, 전문진술을 기재한 조서 = 제312조 또는 제314조 + 제316조

㉣ (X) [1] 피고인이 수표를 발행하였으나 예금부족 또는 거래정지처분으로 지급되지 아니하게 하였다는 부정수표단속법위반의 공소사실을 증명하기 위하여 제출되는 수표는 그 서류의 존재 또는 상태 자체가 증거가 되는 것이어서 증거물인 서면에 해당하고 어떠한 사실을 직접 경험한 사람의 진술에 갈음하는 대체물이 아니므로, 증거능력은 증거물의 예에 의하여 판단하여야 하고, 이에 대하여는 형사소송법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용될 여지가 없다.

[2] 이때 수표 원본이 아니라 전자복사기를 사용하여 복사한 사본이 증거로 제출되었고 피고인이 이를 증거로 하는 데 부동의한 경우 위 수표 사본을 증거로 사용하기 위해서는 수표 원본을 법정에 제출할 수 없거나 제출이 곤란한 사정이 있고 수표 원본이 존재하거나 존재하였으며 증거로 제출된 수표 사본이 이를 정확하게 전사한 것이라는 사실이 증명되어야 한다(대법원2015. 4. 23. 선고2015도2275판결). 결국, 수표는 비진술증거로서 존재 자체가 증거가 되는 본래증거이므로, 전문법칙이 적용되지 않는다.

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

- ① 즉결심판절차에 있어서는 「형사소송법」 제310조의 규정은 적용하지 아니한다.
- ② 피고인이 범행을 자인하는 것을 들었다는 피고인 아닌 자의 진술내용은 「형사소송법」 제310조의 피고인의 자백에는 포함되지 아니하므로 이는 피고인의 자백의 보강증거로 될 수 있다.
- ③ 「형사소송법」 제310조 소정의 ‘피고인의 자백’에 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 아니하므로 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있는 것일 뿐만 아니라 공범인 공동피고인들의 각 진술은 상호간에 서로 보강증거가 될 수 있다.
- ④ 자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요부분을 인정할 수 있는 정도가 되지 아니하더라도 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 족할 뿐만 아니라 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있으며, 또한 자백과 보강증거가 서로 어울려서 전체로서 범죄사실을 인정할 수 있으면 유죄의 증거로 충분하다.

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

① (○) [1] 자백의 보강법칙은 형사소송법상 제도이므로 형사소송법이 적용되는 절차에만 적용된다. [2] 따라서 간이공판절차와 약식명령절차는 형사소송법 절차이기 때문에 이 원칙이 적용되나, 즉결심판에 관한 절차법이 적용되는 즉결심판절차와 소년법이 적용되는 소년보호사건에는 자백의 보강법칙이 적용되지 아니한다.

③ (○) 「형사소송법」 제310조 소정의 “피고인의 자백”에 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 아니하므로, 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있는 것일 뿐만 아니라 공범인 공동피고인들의 각 진술은 상호간에 서로 보강증거가 될 수 있다(대판1990.10.30. 90도1939).

④ (○) [1] 자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요 부분을 인정할 수 있는 정도가 되지 않더라도 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 충분하다. [2] 또한 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있고, 자백과 보강증거가 서로 어울려서 전체로서 범죄사실을 인정할 수 있으면 유죄의 증거가 된다(대법원2017. 6. 8. 선고2017도4827판결).

40. 다음 사례에 관한 설명으로 옳지 않은 것만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

甲은 2024. 5. 1. A에게 甲의 소유인 X토지를 1억 원에 매도하고 같은 날 계약금 1천

만 원을, 2024. 5. 10. 중도금 3천만 원을 각각 A로부터 수령하였다. 그런데 甲의 친구인 乙은 丙이 X토지를 탐낸다는 것을 알고 2024. 5. 11. 甲을 부추겨 甲으로하여금 웃돈을 받고 X토지를 丙에게 팔 것을 마음먹게 하였다. 그에 따라 甲은 2024. 5. 12. 丙에게 X토지를 1억 5천만 원에 매도하고 같은 날 丙으로부터 대금 전액을 교부받고 나서 곧바로 丙 앞으로 그 소유권이전등기를 마쳐주었다. A는 잔금지급일인 2024. 5. 15. 甲이 X토지의 소유권을 丙에게 넘겨버린 사실을 명확하게 알게 되었는데, 특별한 사정이 없음에도 피해신고를 미루어오던 중 2024. 12. 1.에 이르러서야 경찰에 甲을 배임죄로 고소하였다.

- ㉠ 甲이 丙에게 X토지를 매도하고 그 소유권이전등기를 마쳐준 행위는 A와의 신임관계를 저버리는 것으로서 배임죄의 구성요건에 해당한다.
- ㉡ X토지는 甲이 배임행위로 인하여 영득한 것이므로 丙이 甲의 배임행위를 알면서도 그 소유권이전등기를 넘겨받은 경우라면, 丙에게 장물취득죄가 성립한다.
- ㉢ 甲과 乙이 각각 배임죄와 배임교사죄로 함께 기소되어 공범관계에 있는 공동피고인이 된 경우, 甲에 대하여 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 甲의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되는 등 「형사소송법」 제312조 제4항의 요건을 갖춘 경우라도 乙이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 이를 乙에 대한 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.
- ㉣ 만약 甲과 A가 2000년 이후로 따로 살고 있는 4촌형제 관계라면, 甲에 대한 A의 위 고소는 부적법하다.

① ㉠                      ② ㉠, ㉢                      ③ ㉡, ㉣                      ④ ㉢, ㉣

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

㉠ (○) [1] 부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있다. 그러나 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 없다. 따라서 이러한 단계에 이른 때에 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 된다. 그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 보아야 한다. 그러한 지위에 있는 매도인(甲)이 매수인(A)에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주기 전에 그 부동산을 제3자(丙)에게 처분하고 제3자(丙) 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 행위는 매수인의 부동산 취득 또는 보전에 지장을 초래하는 행위이다. 이는 매수인(A)과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다.

[2] 부동산 이중매매에서 매도인이 매수인으로부터 중도금 수령 후 제3자에게 이중으로 매도하고 소유권이전등기를 마친 경우에는 배임죄가 성립한다(대판2018.5.17. 2017도4027 전원합의체 판결).

㉡ (X) [1] 형법상 장물죄의 객체인 장물이라 함은 재산권상의 침해를 가져 올 위법행위로 인하여 영득한 물건으로서 피해자가 반환청구권을 가지는 것을 말한다.

[2] 본건 대지에 관하여 매수인 "A"에게 소유권 이전등기를 하여 줄 임무가 있는 소유자(甲)가 그 임무에 위반하여 이를 "丙"에게 매도하고 소유권이전등기를 경유하여 준 경우에는 위 부동산 소유자(甲)가 배임행위로 인하여 영득한 것은 재산상의 이익이고 위 배임범죄에 제공된 대지는 범죄로 인하여 영득한 것 자체는 아니므로, 그 취득자(丙) 또는 전득자에게 대하여 배임죄의 가공여부를 논함은 별문제로 하고 장물취득죄로 처단할 수 없다(대법원1975. 12. 9.선고74도2804판결). 결국, 병이 갑의 배임행위에 적극가담했다면 병은 갑과 배임죄의 공동정범은 될 수 있어도, 절대로 장물취득죄는 성립할 수 없다.

㉔ (○) [1] 형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자 신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범 관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다.

[2] 따라서 당해 피고인(乙)과 공범관계가 있는 다른 피의자(甲)에 대하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는, 그 다른 피의자(甲)의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되는 등 형사소송법 제312조 제4항의 요건을 갖춘 경우라고 하더라도 당해 피고인(乙)이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인한 이상 이를 乙에 대한 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다(대법원2009. 10. 15.선고2009도1889판결).

㉕ (○) [1] 친고죄에 대하여는 범인을 알게 된 날로부터 6월을 경과하면 고소하지 못한다. 단, 고소할 수 없는 불가항력의 사유가 있는 때에는 그 사유가 없어진 날로부터 기산한다(제230조 제1항).

[2] 「형사소송법」 제230조 제1항 본문은 “친고죄에 대하여는 범인을 알게 된 날로부터 6월을 경과하면 고소하지 못한다”고 규정하고 있는바, 여기서 범인을 알게 된다 함은 통상인의 입장에서 보아 고소권자가 고소를 할 수 있을 정도로 범죄사실과 범인을 아는 것을 의미하고, 범죄사실을 안다는 것은 고소권자가 친고죄에 해당하는 범죄의 피해가 있었다는 사실관계에 관하여 확정적인 인식이 있음을 말한다(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도4680 판결).

[3] 따라서 고소권자(피해자인 사촌동생) A는 잔금지급일인 2024. 5. 15.에 사촌형인 甲이 X토지의 소유권을 丙에게 넘겨버린 사실을 명확하게 알게 되었는데(2024. 5. 15. 사촌동생인 A는 사촌형인 갑으로부터 친고죄인 배임죄의 범죄사실에 대한 피해가 있었음을 확정적으로 인식하였으므로, 이때부터 고소기간(6개월)의 기산점이 된다), 특별한 사정이 없음에도 A는 차일피일 미루어오던 중 2024. 12. 1.에 이르러서야 경찰에 甲을 배임죄로 고소하였다면, 고소기간(6개월)을 훨씬 도과한 뒤에야 이 사건 고소가 이루어졌으므로 甲에 대한 A의 위 고소는 부적법하다. 결국, 고소를 접수한 사법경찰관은 이 부동산 이중매매의 배임죄 사건에 대하여 소송조건의 결여로 공소권없음 사유에 해당하므로, 불송치결정으로 사건을 종결하여야 한다.