

'22년 제1차 경찰공무원(순경) 채용시험 형사법

1. 죄형법정주의에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ㉠ 법규범의 문언은 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없는 것이기 때문에 기본적으로 최소한이 아닌 최대한의 명확성을 요구한다.
- ㉡ 유추해석금지의 원칙은 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용되므로 형벌법규의 적용대상이 행정법규가 규정한 사항을 내용으로 하고 있는 경우에 그 행정법규의 규정을 해석하는 데에도 마찬가지로 적용된다.
- ㉢ 대법원 양형위원회가 설정한 '양형기준'이 발효하기 전에 공소가 제기된 범죄에 대하여 위 '양형기준'을 참고하여 형을 양정한 경우, 소급효금지의 원칙에 위반된다.
- ㉣ 알 수 없는 경위로 가상자산을 이체받은 자가 가상자산을 사용·처분한 경우 이를 형사처벌하는 명문의 규정이 없다고 하더라도 착오송금 시 횡령죄 성립을 긍정한 판례를 유추하여 신의칙을 근거로 배임죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반하지 않는다.
- ㉤ 「형법」 제258조의2 특수상해죄의 신설로 형법 제262조, 제261조의 특수폭행치상죄에 대하여 그 문언상 특수상해죄의 예에 의하여 처벌하는 것이 가능하게 되었다는 이유만으로 「형법」 제258조의2 제1항의 예에 따라 처벌할 수 있다고 하는 것은 죄형법정주의에 반한다.

- ① ㉠㉡㉢ ② ㉠㉢㉣ ③ ㉠㉡㉤ ④ ㉡㉣㉤

해설

- ㉠ X : 명확성의 원칙이란 구성요건과 그에 대한 형사제재, 즉 범죄와 형벌을 가능한 한(↔ 최대한 x, 최소한 o) 명확하게 규정해야 한다는 원칙이다.
 법규범의 문언은 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없는 것이기 때문에 명확성의 원칙이란 기본적으로 **최대한이 아닌 최소한의 명확성**을 요구하는 것으로서, 그 문언이 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인할 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다(대결 2008.10.23, 2008초기264). **기출문제집 형법총론 기본문제 01 ㉡**
- ㉡ O : 대판 2011.7.14, 2009도7777 **기출문제집 형법총론 기본문제 17 ㉡**
- ㉢ X : 대법원 양형위원회가 설정한 '양형기준'이 발효하기 전에 공소가 제기된 범죄에 대하여 위 '양형기준'을 참고하여 형을 양정한 경우, 피고인에게 불리한 법률을 소급하여 적용한 위법이 있다고 할 수 없다(대판 2009.12.10, 2009도11448). **기출문제집 형법총론 기본문제 07 ㉡**
- ㉣ X : <피고인이 알 수 없는 경위로 피해자의 비트코인을 자신의 계정으로 이체 받은 후 자신의 다른 계정으로 이체한 사건> 원인불명으로 재산상 이익인 가상자산을 이체 받은 자가 가상자산을 사용·처분한 경우 이를 형사처벌하는 명문의 규정이 없는 현재의 상황에서 착오송금 시 횡령죄 성립을 긍정한 판례(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도891 판결 등 참조)를 유추하여 신의칙을 근거로 피고인을 배임죄로 처벌하는 것은 **죄형법정주의에 반한다**. 이 사건 비트코인이 법률상 원인관계 없이 피해자로부터 피고인 명의의 전자지갑으로 이체되었더라도 피고인이 신임관계에 기초하여 피해자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없는 이상, 피고인을 피해자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없다(대판 2021.12.16, 2020도9789). **최신판례집1 119. 120.**
- ㉤ O : 대판 2018.7.24, 2018도3443 **기출문제집 형법총론 기본문제 37 ㉣**

정답 ▶ ㉡

2. 「형법」의 시간적 적용범위에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰1차

- ① 구법에 규정된 형이 ‘3년 이하의 징역’ 이고 신법에 규정된 형이 ‘5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금’ 이라면 벌금형이 병과되었다는 점에서 형이 경하게 변경된 것이므로 「형법」 제1조 제2항에 따라 신법을 적용하여야 한다.
- ② 법률이념의 변경에 의한 것이 아니라 다른 사정의 변천에 따라 그때 그때의 특수한 필요에 대처하기 위하여 법령이 개폐된 경우라 하더라도 「형법」 제1조 제2항이 적용된다.
- ③ 법원이 인정하는 범죄사실이 공소사실과 차이가 없이 동일한 경우에는 비록 검사가 재판시법인 신법의 적용을 구하였더라도 그 범행에 대한 형의 경중의 차이가 없으면 공소장변경절차를 거치지 않아도 구법을 적용할 수 있다.
- ④ 포괄일죄에 관한 기존 처벌법규에 대하여 그 표현이나 형량과 관련한 개정을 하는 경우가 아니라 애초에 죄가 되지 아니하던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우에는 신설된 포괄일죄 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여도 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 있다.

해설

- ① X : 행위시법인 구 변호사법(1982.12.31 개정전의 법률) 제54조에 규정된 형은 징역 3년이고 재판시법인 현행 변호사법 제78조에 규정된 형은 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금으로서 신법에서는 벌금형의 선택이 가능하다 하더라도 법정형의 경중은 병과형 또는 선택형 중 가장 중한 형을 기준으로 하여 다른 형과 경중을 정하는 것이므로 행위시법인 구법의 형이 더 경하다(대판 1983.11.8, 83도2499). **이론·학설문제 3. ② 해설 [동지판례]; 동형모의고사 제4회 2. ① 관련 정리 ★**
- ② X : 제1조 제2항의 규정은 형벌법령 제정의 이유가 된 법률이념의 변천에 따라 과거에 범죄로 보던 행위에 대하여 그 평가가 달라져 이를 범죄로 인정하고 처벌한 그 자체가 부당하였다거나 또는 과형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 개폐하였을 경우에 적용하여야 할 것이고, 이와 같은 법률이념의 변경에 의한 것이 아닌 다른 사정의 변천에 따라 그때 그때의 특수한 필요에 대처하기 위하여 법령을 개폐하는 경우에는 이미 그 전에 성립한 위법행위를 현재에 관찰하여도 행위 당시의 행위로서는 가벌성이 있는 것이어서 그 법령이 개폐되었다 하더라도 그에 대한 형이 폐지된 것이라고는 할 수 없다(대판 2003.10.10, 2003도2770). **기출문제집 형법총론 기본문제 34 ① ; 이론·학설문제 3. 테마정리 동기설**
- ③ O : 법원이 인정하는 범죄사실이 공소사실과 차이가 없이 동일한 경우에는 비록 검사가 재판시법인 개정 후 신법의 적용을 구하였더라도 그 범행에 대한 형의 경중의 차이가 없으면 피고인의 방어권 행사에 실질적으로 불이익을 초래할 우려도 없어 공소장 변경절차를 거치지 않고도 정당하게 적용되어야 할 행위시법인 구법을 적용할 수 있다(대판 1992.6.23, 92도954 ; 대판 2002.4.12, 2000도3350). **★**
- ④ X : 포괄일죄에 관한 기존 처벌법규에 대하여 그 표현이나 형량과 관련한 개정을 하는 경우가 아니라 애초에 죄가 되지 아니하던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우에는 신설된 포괄일죄 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여는 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 없다(대판 2016.1.28, 2015도15669). **기출문제집 형법총론 보충문제&심화문제 16 ④**

정답 ▶ ③

3. (가)와 (나)에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰1차

(가) 일정한 기간 내에 잘못된 상태를 바로 잡으라는 행정청의 지시를 이행하지 않았다는 것을 구성요건으로 하는 범죄
 (나) 「형법」 제250조 제1항의 살인죄와 같이 그 규정 형식으로 보아 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 범죄

- ① (가)와 (나)의 구별에 있어 형식설에 의할 경우, 「형법」 제103조 제1항의 전시군수계약불이행죄와 「형법」 제116조의 다중불해산죄는 (가)의 경우에 해당한다.
- ② 유기죄에서의 보호의무를 법률상 계약상 보호의무로 국한하는 입장에 따르면 (나)에서의 보호의무는 유기죄의 보호의무보다 넓게 된다.
- ③ (나)는 고의에 의해서는 물론 과실범 처벌규정이 있는 한 과실에 의해서도 성립가능하다.
- ④ (나)의 요건으로 행위정형의 동가치성을 요구하는 것은 형사 처벌을 확장하는 기능을 한다.

해설

- ※ (가)는 진정부작위범에 대한 설명이고, (나)는 부진정부작위범에 대한 설명이다.
- ① O : 전시군수계약불이행죄와 다중불해산죄는 구성요건 자체가 부작위로 되어 있고, 이를 부작위에 의하여 실행하는 범죄이므로 형식설에 의하면 진정부작위범이다. **기출문제집 형법총론 기본문제 67 ㉔ ; 테마노트 15p.**
- ② O : 유기죄의 보호의무 “법계” < 부진정부작위범의 작위의무 “법계선조” **기출문제집 형법각론 기본문제 23 ㉓ 해설 ; 기본이론서 형법총론 95p. ★**
- ③ O : 과실에 의한 부작위범도 성립 가능하다. 이를 망각범이라 한다. **테마노트 15p. ★**
- ④ X : 행위태양의 동가치성이 인정되지 않으면 부진정부작위범의 성립요건을 충족하지 못하게 되므로 부진정부작위범의 요건으로 행위태양의 동가치성을 요구하는 것은 부진정부작위범의 형사처벌을 확장하는 기능이 아니라 형사처벌을 제한하는 기능을 한다. **기출문제집 보충문제&심화문제 37 ㉞ ; 기본이론서 형법총론 98p.**

정답 ▶ ④

4. 고의에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰1차

㉠ 행정상의 단속을 주안으로 하는 법규라 하더라도 명문규정이 있거나 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우를 제외하고는 형법의 원칙에 따라 고의가 있어야 벌할 수 있다.
 ㉡ 「형법」 제167조 제1항의 일반물건방화죄에서 ‘공공의 위험 발생’은 고의의 인식 대상이 아니다.
 ㉢ 「형법」 제136조 제1항의 공무집행방해죄에 있어서의 범의는 상대방이 직무를 집행하는 공무원이라는 사실과 이에 대하여 폭행 또는 협박을 한다는 인식, 그리고 그 직무 집행을 방해할 의사를 내용으로 한다.
 ㉣ 방조범은 2종의 고의를 필요로 하므로 정범이 정하는 범죄의 일시, 장소, 객체 등을 구체적으로 인식하여야 하며, 나아가 정범이 누구인지 확정적으로 인식해야 한다.
 ㉤ 친족상도례가 적용되기 위하여는 친족관계가 객관적으로 존재하여야 하나, 행위자가 이를 인식할 필요는 없다.

- ① ㉠㉡㉣
- ② ㉠㉢㉤
- ③ ㉡㉣㉤
- ④ ㉢㉣㉤

해설

- ㉠ O : 대판 2010.2.11, 2009도9807 **기출문제집 형법총론 기본문제 64 ①**
- ㉡ X : 일반물건방화죄는 자기소유타인소유를 불문하고 공공의 위험을 발생하게 할 것을 요하므로, 행위자는 이를 인식하여야 한다(제167조 제1항 참조). **기출문제집 형법총론 보충문제&심화문제 48 ㉢**
- ㉢ X : 공무집행방해죄에 있어서의 범의는 상대방이 직무를 집행하는 공무원이라는 사실, 그리고 이에 대하여 폭행 또는 협박을 한다는 사실을 인식하는 것을 그 내용으로 하고, 그 인식은 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의가 있다고 보아야 하며, 그 직무집행을 방해할 의사를 필요로 하지 아니한다(대판 1995.1.24, 94도1949). **기출문제집 형법총론 보충문제 50 ②**
- ㉣ X : 정범이 범행을 한다는 점을 알면서 그 실행행위를 용이하게 한 이상 그 행위가 간접적이거나 직접적이거나 가리지 않으며 이 경우 정범이 누구에 의하여 실행되어지는가를 확인할 필요는 없다(대판 1977.9.28, 76도4133). **기출문제집 형법총론 기본문제 306 ① ; 기출문제집 형법총론 보충문제&심화문제 166 ④**
- ㉤ O : 친족상도례는 인적 처벌조각사유이므로 친족관계가 객관적으로 존재하면 족하고 행위자가 그 존재를 인식할 필요는 없다. **기출문제집 형법총론 보충문제&심화문제 48 ㉢**

정답 ▶ ③

5. 甲은 乙에게 A를 살해하라고 교사하였다. 甲의 청부를 받아 들인 乙은 A라고 생각되는 사람이 골목길에 들어서는 것을 보고 그가 집에 들어가려는 순간을 기다려 총을 쏘았다. 사망을 확인하기 위하여 다가가서 보니 죽은 사람은 A가 아니라 A와 꼭 닮은 동생 B였다. 이 사례에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ① 乙의 착오를 객체의 착오로 보고 구체적 부합설을 따르는 견해에 의하면 乙에게는 살인미수죄와 과실치사죄의 상상적 경합이 인정된다.
- ② 만일 乙이 A가 오는 것을 보고 총을 쏘았으나 빗나가서 그 옆에 있던 C 소유의 자전거에 맞고 자전거의 일부가 손괴된 경우, 乙의 행위는 발생사실인 과실재물손괴죄로 처벌된다.
- ③ 乙의 착오를 객체의 착오로 보고 이에 기반을 둔 甲의 착오도 객체의 착오로 보는 경우, 구체적 부합설을 따르는 견해에 의하면 甲에게는 살인미수죄와 과실치사죄의 상상적 경합이 인정된다.
- ④ 乙의 착오를 객체의 착오로 보고 이에 기반을 둔 甲의 착오를 방법의 착오로 보는 경우, 법정적 부합설을 따르는 견해에 의하면 甲은 살인죄의 교사범으로 처벌된다.

해설

- ※ 사실의 착오문제에 교사의 착오를 결합한 사례이다. 이 경우에도 사실의 착오이론에 따라 풀면 된다. **테마 노트 20p. 사실의 착오 59p. 교사의 착오**
- ① X : 피교사자 乙의 경우 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오이므로 어느 학설에 따르든 B에 대한 살인기수가 성립한다.
- ② X : 피교사자 乙의 추상적 사실의 착오 중 방법의 착오이다. 판례에 의하면 살인미수죄와 과실재물손괴죄의 상상적 경합으로 처리해야 하나, 과실재물손괴죄는 처벌규정이 없으므로 살인미수죄만 성립한다. **기출문제집 형법총론 기본문제 113 ①**
- ③ X : 교사자 甲의 경우에도 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오라고 보는 경우 어느 학설에 따르든 B에 대한 살인기수가 성립한다. ★

- ④ O : 피고사자의 객체의 착오는 교사자에게 방법의 착오가 된다는 견해가 방법의 착오에 관한 구체적 부합설을 취하면, 甲이 乙에게 A를 살해할 것을 교사하였으나 乙이 B를 A로 오인하여 B를 살해한 경우 피고사자의 객체의 착오는 교사자에게는 방법의 착오에 해당하므로 A에 대한 살인미수교사죄와 B에 대한 과실치사죄의 상상적 경합범으로서의 책임을 진다. 기출문제집 형법총론 기본문제 389 ③

정답 ▶ ④

6. 甲은 층간소음문제로 평소 다툼이 있던 아파트 위층에 양갈음을 할 마음으로 돌을 던져 유리창을 깨트렸다. 그런데 위층에 살던 A는 빛 독촉에 시달리다 자살하기로 마음먹고 창문을 닫은 채 연탄불을 피운 결과, 연탄가스에 중독되어 쓰러져 있던 상태였다. 유리창을 깨트린 甲의 행위로 인하여 A는 구조되었다. 이 사례에서 甲이 무죄라는 견해에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? 22.경찰1차

- ① 범죄성립에 있어서 결과반가치만을 고려하는 입장에서 주장될 수 있다.
- ② 객관적으로 존재하는 정당화요건은 기수범 처벌에 대한 감경 가능성으로만 고려될 수 있다.
- ③ 객관적 정당화사정의 존재가 행위자에게 유리하게 작용하는 경우이다.
- ④ 주관적 정당화사정이 있는 경우와 없는 경우를 동일하게 취급한다는 비판이 가능하다.

해설

- ※ 주관적 정당화요소를 결한 경우의 효과(우연방위, 우연피난)의 해결에 관한 무죄설을 묻는 문제이다. 기출문제집 형법총론 보충문제&심화문제 71 ; 테마노트 27p.
- ① O : 무죄설에 대한 적절한 설명이다. 기출문제집 형법총론 기본문제 148 ③ 149 ①
 - ② X : 객관적으로 존재하는 정당화요건은 기수범 처벌에 대한 감경 가능성으로만 고려하는 입장은 불능미수범설이다. ★
 - ③ O : 무죄설에 대한 적절한 설명이다. 이론·학설문제 22. ② ★
 - ④ O : 무죄설에 대한 적절한 설명이다. ★

정답 ▶ ②

7. 다음은 위법성조각사유에 관한 어떤 규정을 설명한 것이다. 이 규정을 적용할 때 甲을 벌하지 아니하는 경우에 해당하는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

이 규정은 사회상규라는 초법규적 위법성조각사유를 일반적 포괄적 위법성조각사유로 명문화해 놓은 것으로서, 다른 위법성 조각사유에 대한 일반적 보충적 성격을 지니고 있는 것으로 볼 수 있다.

- ① A가 칼을 들고 찌르자 甲이 그 칼을 뺏어 반격을 가한 결과 A에게 상해를 입힌 경우
- ② 甲이 자신의 차를 가로막고 서서 통행을 방해하는 A를 향해 차를 조금씩 전진시키고 A가 뒤로 물러나면 다시 차를 전진시키는 방식의 운행을 반복한 경우
- ③ 甲과 A가 공모하여 교통사고를 가장해 보험금을 편취할 목적으로 A에게 상해를 입힌 경우
- ④ 甲이 방송국 시사프로그램을 시청한 후 방송국 홈페이지의 시청자 의견란에 “그렇게 소중한 자식을 범법행위의 변명의 방패로 쓰시다니 정말 대단하십니다.” 는 등의 표현이 담긴 글을 게시한 경우

해설

※ 정당행위(제20조) 규정에 대한 설명이다. **기출문제집 형법총론 기본문제 175** ㉞ **보충문제&심화문제 94**

④

- ① X : 피해자가 칼을 들고 피고인을 찌르자 그 칼을 뺏어 그 칼로 반격을 가한 결과 피해자에게 상해를 입게 하였다 하더라도 그와 같은 사실만으로는 피고인에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 할 수 없다(대판 1984.1.24, 83도1873). ★
- ② X : 운전자가 자신의 차를 가로막고 서서 통행을 방해하는 피해자를 향해 차를 조금씩 전진시키고 피해자가 뒤로 물러나면 다시 차를 전진시키는 방식의 운행을 반복한 경우, **정당방위에** 해당하지 않는다(대판 2016.10.27, 2016도9302).
- ③ X : 피고인이 피해자와 공모하여 교통사고를 가장하여 보험금을 편취할 목적으로 피해자에게 상해를 가하였다면 피해자의 승낙이 있었다고 하더라도 이는 **위법한 목적**에 이용하기 위한 것이므로 피고인의 행위가 **피해자의 승낙**에 의하여 위법성이 조각된다고 할 수 없다(대판 2008.12.11, 2008도9606). **기출문제집 형법총론 기본문제 161** ③
- ④ O : 피고인이 방송국 홈페이지의 시청자 의견란에 작성 게시한 글 중 일부의 표현이 모욕적 언사에 해당될지라도 게시판에 올린 글을 전체적인 맥락에서 파악했을 때, 이로써 곧 사회 통념상 피해자의 사회적 평가를 저하시키는 내용의 경멸적 판단을 표시한 것으로 인정하기 어렵다면 형법 **제20조**의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로 봄이 상당하다(대판 2003.11.28, 2003도3972). **기출문제집 형법각론 기본문제 78** ㉞ ; **이론·학설문제 65**. ㉞

정답 ▶ ④

8. 범죄의 성립에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ① 성장교육과정을 통하여 형성된 내재적인 관념 내지 확신으로 인하여 행위자 스스로의 의사결정이 사실상 강제된 상태에서 행한 행위도 「형법」 제12조에 정한 강요된 행위에 해당한다.
- ② 자신의 행위가 위법함을 인식하지 못한 이유가 단순한 법률의 부지로 인한 경우라 하더라도 그 오인에 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 책임이 조각된다.
- ③ 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으킨 경우는 음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당한다.
- ④ 법률의 착오와 관련하여 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 행위자 개인의 인식능력이 기준이 되는 것이므로, 행위자가 어떤 사회집단에 소속되어 있는가는 고려할 필요가 없다.

해설

- ① X : **[KAL기 폭파사건]** 제12조에서 말하는 강요된 행위는 저항할 수 없는 폭력이나 생명, 신체에 위해를 가하겠다는 협박 등 다른 사람의 강요행위에 의하여 이루어진 행위를 의미하는 것이지 어떤 사람의 성장교육과정을 통하여 형성된 내재적인 관념 내지 확신으로 인하여 행위자 스스로의 의사결정이 사실상 강제되는 결과를 낳게 하는 경우까지 의미한다고 볼 수 없다(대판 1990.3.27, 89도1670). **기출문제집 형법총론 보충문제&심화문제 112** ③
- ② X : 허가를 얻어 벌채하고 남아 있던 잔존목을 벌채하는 것이 위법인 줄 몰랐다는 사정은 **단순한 법률의 부지**에 불과하며 형법 제16조에 해당하는 법률의 착오라 볼 수 없다(대판 1986.6.24, 86도810). **기출문제집**

형법총론 기본문제 211 ③

- ③ O : 대판 1992.7.28, 92도999 **기출문제집 형법총론 기본문제 193 ④ ; 보충문제&심화문제 96 ③**
- ④ X : 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력, 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대판 2017.3.15, 2014도12773). **기출문제집 형법총론 기본문제 204 ④ ; 보충문제&심화문제 96 ④**

정답 ▶ ③

9. 예비와 미수에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰1차

- ㉠ 미수범이란 행위를 종료했더라도 결과가 발생하지 아니한 경우를 말하는 것이므로 결과가 발생한 경우에는 미수범이 성립할 여지가 없다.
- ㉡ 강도치상죄와는 달리 강도상해죄는 강도가 미수에 그쳤다면 상해가 발생하였어도 강도상해죄의 미수에 해당한다.
- ㉢ 대법원은 예비죄의 실행행위성을 긍정하는 입장에서 있으므로 예비죄의 공동정범뿐만 아니라 예비죄에 대한 종범의 성립도 긍정한다.
- ㉣ 저작권 침해 게시물을 인터넷 웹사이트 서버 등에 업로드 하여 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 이용에 제공하였더라도 공중에게 침해 게시물을 실제로 송신하지 않았다면 저작권법상 공중송신권 침해는 기수에 이르지 않는다.
- ㉤ 교사를 받은 자가 범죄의 실행 자체를 승낙하지 아니하거나 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 않은 경우, 교사자는 예비·음모에 준하여 처벌된다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설

- ※ 옳은 것은 ㉠ 1개이다.
- ㉠ X : 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다(형법 제25조). 따라서 원칙적으로 결과가 발생한 경우에는 미수범이 성립할 여지가 없으나, 예외적으로 결과가 발생한 경우에도 **인과관계나 객관적 귀속이 부정되는 경우에는** 미수범이 성립할 수 있다. ★★★
- ㉡ X : 강도미수에 그쳤다 할지라도 강도행위 과정에서 피해자에게 상해를 입힌 이상 강도상해죄가 성립한다(대판 1969.3.18, 69도154). **기본이론서 형법각론 222p. ★**
- ㉢ X : 형법 32조 1항 소정 타인의 범죄란 정범이 범죄의 실현에 착수한 경우를 말하는 것이므로 종범이 처벌되기 위하여는 정범의 실행의 착수가 있는 경우에만 가능하고 형법 전체의 정신에 비추어 정범이 실행의 착수에 이르지 아니한 예비의 단계에 그친 경우에는 이에 가공하는 행위가 예비의 공동정범이 되는 경우를 제외하고는 종범의 성립을 부정하고 있다고 보는 것이 타당하다(대판 1976.5.25, 75도1549). **기출문제집 형법총론 기본문제 256 ④**
- ㉣ X : <저작권재산권자의 이용허락 없이 전송되는 공중송신권 침해 게시물로 연결되는 링크를 이른바 '다시보기' 링크 사이트 등에서 공중의 구성원에게 제공하는 행위가 공중송신권 침해의 방조가 되는지 여부가 문제된 사건> 정범이 침해 게시물을 인터넷 웹사이트 서버 등에 업로드하여 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 이용에 제공하면, 공중에게 침해 게시물을 실제로 송신하지 않더라도 공중송신권 침해는 기수에 이른다. 그런데 정범이 침해 게시물을 서버에서 삭제하는 등

로 게시를 철회하지 않으면 이를 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 이용에 제공하는 가벌적인 위법행위가 계속 반복되고 있어 공중송신권 침해의 범죄행위가 종료되지 않았으므로, 그러한 정범의 범죄행위는 방조의 대상이 될 수 있다(대판 2021.9.9, 2017도19025 전원합의체).

최신판례집 1 44. 판결의 내용 ★

㉠ ○ : 형법 제31조 제2항제3항 ※ 기도된 교사 **기출문제집 형법총론 기본문제 300 ①, ③**

정답 ▶ ①

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

22.경찰1차

- ㉠ 시간적 차이가 있는 독립행위가 경합한 경우, 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에 형법 제263조가 적용되는 경우를 제외하고는 「형법」 제19조가 적용된다.
- ㉡ 독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 각 행위자를 미수범으로 처벌한다.
- ㉢ 「형법」 제263조의 동시범은 강간치상죄에는 적용할 수 없다.
- ㉣ A가 甲으로부터 폭행을 당하고 얼마 후 함께 A를 폭행하자는 甲의 연락을 받고 달려 온 乙로부터 다시 폭행을 당하고 사망하였으나 사망의 원인행위가 판명되지 않았다면, 「형법」 제263조가 적용되어 甲과 乙은 폭행치사죄의 공동정범의 예에 의하여 처벌된다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설

※ 옳은 것은 ㉠, ㉣ 2개이다.

- ㉠ ○ : 동시범에 있어 제263조는 특칙이므로 이외의 경우에는 제19조가 적용된다. **테마노트 57p. ★**
- ㉡ X : 독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 **공동정범의 예에 의한다(제263조)**. **기출문제집 형법각론 기본문제 13 ④**
- ㉢ ○ : 대판 1984.4.24, 84도372 **기출문제집 형법총론 기본문제 293 ④**
- ㉣ X : 甲과 乙간에는 서로 의사연락 즉 공모가 있었으므로 동시범 특례조항인 제263조는 적용되지 않는다. 공범관계에 있어 공동가공의 의사가 있었다면 이에는 도시 동시범(독립행위경합) 등의 문제는 제기될 여지가 없다(대판 1985.12.10, 85도1892; 대판 1997.11.28, 97도1740). **기출문제집 형법총론 보충문제&심화문제 150 ㉠**

정답 ▶ ②

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

22.경찰1차

- ① 공모공동정범에 있어서 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다.

- ② 피교사자가 교사자의 교사행위 당시에는 일응 범행을 승낙하지 아니한 것으로 보여진다 하더라도 이후 그 교사행위에 의하여 범행을 결의한 것으로 인정되는 이상 교사범의 성립에는 영향이 없다.
- ③ 甲이 책임무능력자를 이용하여 범행한 사례에 있어서 공범의 종속 정도와 관련하여 제한종속형식설을 취하는 경우, 공범의 우위성에 따라 甲에게는 교사범이 성립하므로 간접정범이 성립할 여지가 없다.
- ④ 어느 행위로 인하여 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.

해설

- ① O : [가출청소년성매매사건] 대판 2010.9.9, 2010도6924 **기출문제집 형법총론 기본문제 282 ④**
- ② O : [낙태교사사건] 대판 2013.9.12, 2012도2744 **기출문제집 형법총론 기본문제 312 ③**
- ③ X : 제한적 종속형식에 의하면 정범이 책임무능력자이더라도 간접정범 또는 공범(교사범)의 성립이 가능하다. 다만 정범개념의 우위성에 따라 의사지배가 있는 경우 간접정범, 의사지배가 없는 경우 교사범이 성립한다. **기출문제집 형법총론 보충문제&심화문제 141 ② ; 테마노트 55p. 간접정범의 성립범위: 피용자의 범위**
- ④ O : 형법 제34조 제1항 **기출문제집 형법총론 보충문제&심화문제 167 ⑤**

정답 ▶ ③

12. 공범에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ① 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에 신분이 있는 자가 신분이 없는 자를 교사하여 죄를 범하게 한 때에는 「형법」 제33조 (공범과 신분) 단서가 「형법」 제31조(교사범) 제1항에 우선하여 적용된다.
- ② 교사범이 성립하기 위해 교사범의 교사가 정범의 범행에 대한 유일한 조건일 필요는 없다.
- ③ 종범은 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론이고 실행의 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립할 수 있고, 이 경우 정범이 실행에 착수하지 않았다 하더라도 종범 성립에는 영향이 없다.
- ④ 형법상 방조행위는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 작위에 의한 경우뿐만 아니라 부작위에 의하여도 성립된다.

해설

- ① O : [제33조 단서와 제31조 제1항의 관계] [모해위증교사사건] 대판 1994.12.23, 93도1002 **기출문제집 형법총론 기본문제 319 ③**
- ② O : [불륜동영상 공갈교사사건] 대판 2012.11.15, 2012도7407 **기출문제집 형법총론 기본문제 297 ①**
- ③ X : 종범은 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(대판 1997.4.17, 96도3377 전원합의체). **기출문제집 형법총론 기본문제 307 ①**
- ④ O : 대판 2006.4.28, 2003도4128 **기출문제집 형법총론 기본문제 306 ③**

정답 ▶ ③

13. 죄수에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰1차

- ① 예금주인 현금카드 소유자를 협박하여 그 카드를 갈취한 다음 피해자의 승낙에 의하여 현금카드를 사용할 권한을 부여받아 이를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위는 공갈죄와는 별도로 절도죄를 구성한다.
- ② 음주로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전 치사상)죄는 중한 형태의 도로교통법 위반(음주운전)죄를 기본 범죄로 하는 결과적 가중범으로 그 행위유형과 보호법익을 이미 모두 포함하고 있으므로, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄가 성립하면 도로교통법 위반(음주운전) 죄는 이에 흡수되어 따로 성립하지 아니한다.
- ③ 공무원이 직무관련자에게 제3자와 계약을 체결하도록 요구하여 계약 체결을 하게 한 행위가 제3자뇌물수수죄의 구성요건과 직권남용권리행사방해죄의 구성요소에 모두 해당하는 경우에는 제3자뇌물수수죄와 직권남용권리행사방해죄가 각각 성립하고 두 죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ④ 업무방해죄와 폭행죄의 관계에 있어 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 된 경우, 그러한 폭행행위는 이른바 불가벌적 수반행위에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다.

해설

- ① X : 피고인이 예금주인 현금카드 소유자를 협박하여 그 카드를 갈취한 다음 피해자의 승낙에 의하여 현금카드를 사용할 권한을 부여받아 이를 이용하여 여러 차례 현금자동지급기에서 예금을 인출한 경우 **포괄하여 하나의 공갈죄**를 구성하고 현금지급기에서 피해자의 예금을 취득한 행위를 따로 절도죄로 처단할 수 없다(대판 1996.9.20, 95도1728). **기출문제집 형법각론 보충문제&심화문제 101 나.**
- ② X : 음주로 인한 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄와 도로교통법 위반(음주운전)죄는 입법 취지와 보호법익 및 적용영역을 달리하는 별개의 범죄이므로, 양 죄가 모두 성립하는 경우 두 죄는 **실체적 경합관계**에 있다(대판 2008.11.13, 2008도7143). **기출문제집 형법총론 기본문제 357 ④**
- ③ O : 대판 2017.3.15, 2016도19659 **기출문제집 형법총론 기본문제 346 ③**
- ④ X : **[택시기사폭행 업무방해사건]** 업무방해죄와 폭행죄는 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 업무방해죄의 성립에 일반적·전형적으로 사람에게 대한 폭행행위를 수반하는 것은 아니며, 폭행행위가 업무방해죄에 비하여 별도로 고려되지 않을 만큼 경미한 것이라고 할 수도 없으므로, 설령 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다고 하더라도 그러한 폭행행위가 이른바 ‘불가벌적 수반행위’에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다(대판 2012.10.11, 2012도1895). **기출문제집 형법총론 기본문제 348 ②**

정답 ▶ ③

14. 상해와 폭행의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ① 형법은 태아를 임산부 신체의 일부로 보거나, 낙태행위가 임산부의 태아양육, 출산 기능의 침해라는 측면에서 임산부에 대한 상해죄를 구성하는 것으로 보지는 않는다고 해석된다.
- ② 다방 종업원 숙소에 이르러 종업원들 중 1인이 자신을 만나주지 않는다는 이유로 시정된 탁구장문과 주방문을 부수고 주방으로 들어가 방문을 열어주지 않으면 모두 죽여버린다고 폭언하면서 시정된 방문을 단순히 수회 발로 찬 甲의 행위도 종업원들의 신체에 대한 유형력의 행사로 볼 수 있어 폭행죄에 해당한다.
- ③ 식당의 운영자의 甲이 식당 밖에서 당겨 열도록 표시되어 있는 출입문을 열고 음식 배달차 밖으로 나가던 중 이웃 가게 손님으로 마침 위 식당 출입문 앞쪽 길가에 서 있던 A의 오른발 뒤꿈치 부위를 위 출입문 모서리 부분으로 충격하여 상해를 입게 한 행위는 업무상과실치상죄의 성립을 인정할 수 있다.
- ④ 甲이 상습으로 A를 폭행하고, 어머니 B를 존속폭행하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 甲에게 폭행 범행을 반복하여 저지르는 습벽이 있고 이러한 습벽에 의하여 단순폭행, 존속폭행 범행을 저지른 사실이 인정된다면 단순폭행, 존속폭행의 각 죄별로 상습성을 판단할 것이 아니라 포괄하여 그 중 법정형이 가장 중한 상습존속폭행죄만 성립할 여지가 있다.

해설

- ① O : [제왕절개사건] 대판 2007.6.29, 2005도3832 기출문제집 형법각론 기본문제 12 ①
- ② X : 방문을 열어주지 않으면 모두 죽여버린다고 폭언하면서 시정된 방문을 수회 발로 찬 피고인의 행위는 피해자들의 신체에 대한 유형력의 행사로는 볼 수 없어 폭행죄에 해당한다 할 수 없다(대판 1984.2.14, 83도3186). 기출문제집 형법각론 기본문제 21 ④
- ③ O : 식당(분식점)의 운영자인 피고인이 식당 밖에서당겨 열도록 표시되어 있는 출입문을 열고 음식 배달차 밖으로 나가던 중 이웃 가게손님으로 마침 위 식당 출입문 앞쪽 길가에 서 있던 피해자의 오른발 뒤꿈치 부위를 위 출입문 모서리 부분으로 충격하여 상해를 입게 한 이 사건 공소사실 기재 행위는, 비록 위 식당의 운영과 관련한 업무상 행위로는 볼 수 있다 하더라도, 달리 위 사고가위 출입문 자체의 설치 혹은 관리상의 하자에 기인하거나 영업자로서 위 사고발생과 관련한 별도의 주의의무를 부과할 만한 사정이 존재하지 않는 이상, 피고인이 그 업무상 하여야 할 구체적이고도 직접적인 주의의무를 위반한 때에 해당한다고 보기 어렵고, 오히려 위와 같이 출입문을 여닫는 행위는 음식을 배달하기 위한 경우 이외에도 일상생활에서 얼마든지 자연적으로 행하여질 수 있는 일이라는 점에서 단순히 일상생활상의 주의의무를 위반한 경우에 불과하다 할 것이므로 업무상과실치상죄의 성립을 인정할 수 없다(대판 2009.10.29, 2009도5753). ※ 업무상 과실 X 단순과실 O 이라는 취지 ★
- ④ O : 대판 2018.4.24, 2017도10956 기출문제집 형법각론 기본문제 15 ③ ; 3개년 최신판례집 181.

정답 ▶ ②

15. 다음에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ① 甲은 A가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 A를 간음하였으나 A가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는 준강간죄의 장애미수가 성립한다.

- ② 성적자기결정권에는 자신이 하고자 하는 성행위를 결정할 권리라는 적극적 측면과 함께 원치 않는 성행위를 거부할 권리라는 소극적 측면이 함께 존재하는데, 위계에 의한 간음죄를 비롯한 강간과 추행의 죄는 소극적 성적자기결정권을 침해하는 것을 내용으로 한다.
- ③ 술에 취한 甲이 간음할 목적으로 초등학교 5학년 여학생인 A의 소매를 갑자기 잡아끌면서 “우리 집에 같이 자러 가자.” 고 한 행위는 간음목적 약취행위의 수단으로서 폭행에 해당한다.
- ④ 입찰방해죄는 위계 또는 위력 기타의 방법으로 입찰의 공정을 해하는 경우에 성립하는 위태범으로서 결과의 불공정이 현실적으로 나타나는 것을 필요로 하지 않는다.

해설

- ① X : <준강간죄의 불능미수사건> [만취했다고 오인한 사건] 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(대판 2019.3.28, 2018도16002 전원합의체). ※ 추상적 위험설 **기출문제집 형법각론 기본문제 50 ③**
- ② O : 대판 2019.6.13, 2019도3341 **기출문제집 형법각론 기본문제 52 ㉠**
- ③ O : 대판 2009.7.9, 2009도3816 **동형모의고사 제5회 17. ④**
- ④ O : 대판 1994.5.24, 94도600 **기출문제집 형법각론 기본문제 87 ③**

정답 ▶ ①

16. 강간과 추행의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ① 위계에 의한 간음죄에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 구체적인 범행 상황에 놓인 피해자의 입장과 관점이 충분히 고려되어야 하고, 일반적·평균적 판단능력을 갖춘 성인 또는 충분한 보호와 교육을 받은 또래의 시각에서 인과관계를 쉽사리 부정하여서는 안 된다.
- ② 강제추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되며, 이 경우의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것이어야 한다.
- ③ 강간죄에서의 폭행·협박과 간음 사이에는 인과관계가 있어야 하나, 폭행·협박이 반드시 간음행위보다 선행되어야 하는 것은 아니다.
- ④ 구 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제11조의 ‘공중밀집 장소에서의 추행’ 이 기수에 이르기 위하여는 행위자의 행위로 인하여 대상자가 성적 수치심이나 혐오감을 반드시 실제로 느껴야 하는 것은 아니고, 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 할 만한 행위로서 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위를 실행하는 것으로 충분하다.

해설

- ① O : <위계에 의한 간음죄에서 위계의 의미> 대판 2020.8.27, 2015도9436 전원합의체 **기출문제집 형법총론 기본문제 93** ㉔
- ② X : 「형법」상 강제추행죄에는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되며, 이 경우의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것일 필요가 없다(대판 2002.4.26, 2001도2417).
※ 강제추행죄의 폭행협박 = ① 힘의 대소강약불문(대판 2002.4.26, 2001도2417) ② 항거곤란정도(대판 2007.1.25, 2006도5979) **기출문제집 형법각론 기본문제 54** ①
- ③ O : **[기습강간사건]** 대판 2017.10.12, 2016도16948 **기출문제집 형법각론 기본문제 50** ④
- ④ O : <피고인이 공중밀집장소인 지하철 전동차 안에서 피해자를 추행한 사건> 대판 2020.6.25, 2015도7102 **최신판례집 2 63**.

정답 ▶ ㉔

17. 명예에 관한 죄에 대한 아래 ㉑부터 ㉔까지의 설명 중 옳고 그름의 표시(O,X)가 모두 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ㉑ 인터넷 댓글에 의하여 모욕을 당한 피해자의 인터넷 아이디(ID)만을 알 수 있을 뿐 그 밖의 주위사정을 종합해보더라도 그와 같은 인터넷 아이디를 가진 사람이 동 피해자임을 알아차릴수 없는 경우라면 명예훼손죄 또는 모욕죄가 성립하지 않는다.
- ㉒ 어떠한 표현이 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이 아니라면 설령 그 표현이 다소 무례한 방법으로 표시되었다 하더라도 이를 두고 모욕죄의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다.
- ㉓ 모욕죄는 피해자의 외부적 명예를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 공연히 표시함으로써 성립하는 것으로, 피해자의 외부적 명예가 현실적으로 침해되거나 적어도 구체적·현실적으로 침해될 위험이 발생하여야 한다.
- ㉔ 「형법」 제307조 명예훼손죄에 있어서의 사실의 적시는 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로서 시간적으로나 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고나 진술을 뜻한다.
- ㉕ 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에는 게재행위의 종료만 범죄행위가 종료하는 것은 아니고 원래 게시물이 삭제되어 정보의 송·수신이 불가능해지는 시점을 범죄의 종료시기로 보아야 한다.

- ① ㉑(O) ㉒(X) ㉓(O) ㉔(X) ㉕(O)
- ② ㉑(O) ㉒(O) ㉓(X) ㉔(O) ㉕(X)
- ③ ㉑(X) ㉒(X) ㉓(O) ㉔(X) ㉕(X)
- ④ ㉑(O) ㉒(O) ㉓(X) ㉔(O) ㉕(O)

해설

- ㉑ O : 현재 2008. 6.26, 2007헌마461 **기본이론서 형법각론 137p. ★**
- ㉒ O : **[아이 씨발 사건]** 대판 2015.12.24, 2015도6622 **기출문제집 형법각론 보충문제&심화문제 40** ④
- ㉓ X : 모욕죄는 피해자의 외부적 명예를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 공연히 표시함으로써 성립하므로, 피해자의 외부적 명예가 현실적으로 침해되거나 구체적·현실적으로 침해될 위험이 발생하여야 하는 것도 아니다(대판 2016.10.13, 2016도9674 ; 대판 2017.4.13, 2016도15264). ※ 침해범 ×, 구체적 위험범 × **3개년 최신판례집 250**.
- ㉔ O : 대판 2017.12.5, 2017도15628 **기출문제집 형법각론 보충문제&심화문제 29** ㉔

- ㉔ X : 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에도 게재행위의 종료만으로 범죄행위가 종료하는 것이 아니고 원래 게시물이 삭제되어 정보의 송수신이 불가능해지는 시점을 범죄의 종료시기로 보아서 이 때부터 공소 시효를 기산하여야 한다는 검사의 주장을 배척하고, 이 경우도 게재행위 즉시 범죄가 성립하고 종료한다고 판단하였다. 살피건대, **서적·신문 등 기존의 매체에 명예훼손적 내용의 글을 게시하는 경우에 그 게시행위**로써 명예훼손의 범행은 종료하는 것이며 그 서적이나 신문을 회수하지 않는 동안 범행이 계속된다고 보지는 않는다는 점을 고려해 보면, 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에, 게시행위 후에도 독자의 접근가능성이 기존의 매체에 비하여 좀 더 높다고 볼 여지가 있다 하더라도 그러한 정도의 차이만으로 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에 범죄의 종료시기가 달라진다고 볼 수는 없다(대판 2007.10.25, 2006도346). ※ 즉시범 : 게재(게시)행위시 종료 ○, 게시물 삭제시(정보송수신이 불가능해지는 시점) 종료 ×
기출문제집 형법각론 보충문제&심화문제 34 ㉔ ; 37 ㉔

정답 ▶ ㉔

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

22.경찰1차

- ① 건조물의 이용에 기여하는 인접의 부속 토지라고 하더라도 인적 또는 물적 설비 등에 의한 구획 내지 통제가 없어 통상의 보행으로 그 경계를 쉽사리 넘을 수 있는 정도라고 한다면, 이는 다른 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체에 속하지 아니한다.
- ② 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 들어갔다면, 설령 그것이 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하는 것으로 추정되더라도 주거침입죄의 보호법익인 사실상 주거의 평온을 깨트렸다고 볼 수 없다.
- ③ 공동주거의 경우 여러 사람이 하나의 생활공간에서 거주하는 성질에 비추어 공동거주자 각자는 다른 거주자와의 관계로 인하여 주거에서 누리는 사실상 주거의 평온이라는 법익이 일정부분 제약될 수밖에 없고, 공동거주자는 공동주거관계를 형성하면서 이러한 사정을 서로 용인하였다고 보아야 한다.
- ④ 공동거주자 중 한 사람인 A가 정당한 이유 없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것을 금지한 경우, 다른 공동거주자인 甲이 이에 대항하여 공동생활의 장소에 들어갔더라도 주거침입죄는 성립하지 않고, 다만 甲이 그 장소에 출입하기 위하여 출입문의 잠금장치를 손괴하는 등 다소간의 물리력을 행사한 경우에는 주거침입죄가 성립할 수 있다.

해설

- ① O : [축사 앞 공터진입사건] 대판 2010.4.29, 2009도14643 **기출문제집 형법각론 기본문제 88 ㉔**
- ② O ③ O : <배우자 있는 사람과의 혼외 성관계 목적으로 다른 배우자가 부재중인 주거에 출입하여 주거침입죄로 기소된 사건> 대판 2021.9.9, 2020도12630 전원합의체 **최신판례집1 95.**
- ④ X : <가정불화로 처와 일시 별거 중인 남편이 그의 부모와 함께 주거지에 들어가려고 하는데 처로부터 집을 돌아보 달라는 부탁을 받은 처제가 출입을 못하게 하자, 출입문에 설치된 잠금장치를 손괴하고 주거지에 출입하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반(공동주거침입)죄 등으로 기소된 사안> 공동거주자 중 한 사람이 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것을 금지하였는데 다른 공동거주자가 이에 대항하여 공동생활의 장소에 들어간 경우, 주거침입죄가 성립하지 않는다. 또한 그 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하기 위하여 출입문의 잠금장치를 손괴하는 등 다소간의 물리력을 행사하여 그 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤더라도 마찬가지이다(대판 2021.9.9, 2020도6085 전원합의체). **최신판례집1 98.**

정답 ▶ ㉔

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

22.경찰1차

- ① 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.
- ② 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였다고 하여도 아직 절취할 물건의 물색 행위를 시작하기 전이라면 절도죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없는 것이어서 절도미수죄는 성립하지 않는다.
- ③ 입목을 절취하기 위하여 이를 캐낸 때에는 그 시점에서 아직 소유자의 입목에 대한 점유가 침해되어 범인의 사실적 지배하에 놓였다고는 볼 수 없고 이를 운반하거나 반출하는 등의 행위가 있어야 그 점유를 취득하게 되는 것이므로, 이 때 절도죄는 기수에 이르렀다고 할 것이다.
- ④ 상습절도 등의 범행을 한 자가 추가로 자동차등불법사용의 범행을 한 경우에 그것이 절도 습벽의 발현이라고 보이는 이상 자동차등 불법사용의 범행은 상습절도 등의 죄에 흡수되어 1죄만이 성립한다.

해설

- ① O : [리스차절도 반납사건] 대판 2014.2.21, 2013도14139 **기술문제집 형법각론 기본문제 128 ④**
- ② O : [특수절도와 주간주거침입사건] 대판 2009.12.24, 2009도9667 **기술문제집 형법각론 기본문제 112 ④**
- ③ X : [입목(영산홍)절도사건] 입목을 절취하기 위하여 이를 캐낸 때에는 그 시점에서 이미 소유자의 입목에 대한 점유가 침해되어 범인의 사실적 지배하에 놓이게 됨으로써 범인이 그 점유를 취득하게 되는 것이므로, 이때 절도죄는 기수에 이르렀다고 할 것이고, 이를 운반하거나 반출하는 등의 행위는 필요로 하지 않는다고 할 것이다(대판 2008.10.23, 2008도6080). [사실관계] 절도범인(아내)이 혼자 영산홍 1그루를 땅에서 완전히 캐낸 후 혼자 운반할 수 없어 비로소 제3자(남편)를 전화로 불러 함께 승용차까지 운반한 경우, 특수절도죄의 성립을 부정한 사례 ⇨ 제3자(남편)는 절도의 기수에 이른 후에 운반하였으므로 특수절도가 성립하지 않고, 장물운반죄는 성립 가능하다. **기술문제집 형법각론 기본문제 111 ②**
- ④ O : 대판 2002.4.26, 2002도429 **기술문제집 형법각론 보충문제&심화문제 74 ④**

정답 ▶ ③

20. 재산죄에 관한 설명으로 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰1차

- ㉠ 채무자가 채권자에 대하여 소비대차 등으로 인한 채무를 부담하고 이를 담보하기 위하여 장래에 부동산의 소유권을 이전하기로 하는 내용의 대물변제예약에서, 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 '타인의 사무'에 해당하는 것이 원칙이다.
- ㉡ 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 위탁신임관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정함이 타당하다.
- ㉢ 강제집행절차를 통한 소송사기는 집행절차의 개시신청을 한 때 또는 진행 중인 집행절차에 배당신청을 한 때에 실행에 착수하였다고 볼 것이다.

- ㉔ 횡령죄는 타인의 재물에 대한 재산범죄로서 재물의 소유권 등 본권을 보호법익으로 하는 범죄이다. 따라서 횡령죄의 객체가 타인의 재물에 속하는 이상 구체적으로 누구의 소유인지는 횡령죄의 성립 여부에 영향이 없다.
- ㉕ 침해행정 영역에서 일반 국민이 담당 공무원을 기망하여 권력작용에 의한 재산권 제한을 면하는 경우에는 부과권자의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일 하게 평가할 수 없는 것이므로 사기죄는 성립할 수 없다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설

※ 옳지 않은 것은 ㉔ 1개이다.

- ㉔ X : **[대물변제예약부동산처분사건]** 채무자가 채권자에 대하여 소비대차 등으로 인한 채무를 부담하고 이를 담보하기 위하여 장래에 부동산의 소유권을 이전하기로 하는 내용의 대물변제예약에서, 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 '자기의 사무'에 해당하는 것이 원칙이다. 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이어서 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 '타인의 사무'에 해당한다고 볼 수는 없다. 그러므로 채권 담보를 위한 대물변제예약 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다(대판 2014.8.21, 2014도3363 전원합의체). **기출문제집 형법각론 기본문제 174 ③**
- ㉕ O : **<부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 위반한 이른바 양자간 명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우 횡령죄가 성립하는지 여부가 문제된 사건>** 대판 2021.2.18, 2016도 18761 전원합의체 **동형모의고사 제5회 22. ①**
- ㉖ O : 대판 2015.2.12, 2014도10086 **기출문제집 형법총론 기본문제 242 ② ; 형법각론 보충문제&심화문제 제 266 ②**
- ㉗ O : 대판 2019.12.24, 2019도9773 **기출문제집 형법각론 보충문제&심화문제 105 ㉔**
- ㉘ O : **<피고인이 담당 공무원을 기망하여 납부의무가 있는 농지보전부담금을 면제받아 재산상 이익을 취득한 사건>** 대판 2019.12.24, 2019도2003 **동형모의고사 제4회 21. ②**

정답 ▶ ①

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

22.경찰1차

- ① 「형법」 제331조(특수절도) 제2항에서 규정한 흉기는 본래 살상용·파괴용으로 만들어진 것이거나 이에 준할 정도의 위험성을 가진 것으로 봄이 상당하다.
- ② 「형법」 제330조에 규정된 야간주거침입절도죄 및 「형법」 제331조 제1항에 규정된 특수절도(야간손괴침입절도)죄를 제외하고 일반적으로 주거침입은 절도죄의 구성요건이 아니므로 절도범인이 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 주거침입행위는 절도죄에 흡수되지 아니하고 별개로 주거침입죄를 구성하여 절도죄와는 상상적 경합의 관계에 있다.
- ③ 甲이 술집 운영자 A로부터 술값의 지급을 요구받자 A를 유인 폭행하고 도주함으로써 술값의 지급을 면하여 재산상 이익을 취득하였다면, 「형법」 제335조에서 규정하는 준강도죄에는 해당하지 않는다.
- ④ 횡령죄에서 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위한 것이 아니라 소유자의 이익을 위하여 이를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 불법영득의 의사를 인정할 수 없다.

해설

- ① O : [드라이버 택시창문파손절취사건] 대판 2012.6.14, 2012도4175 3개년 최신판례집 273.
- ② X : [상습절도와 주간주거침입] 형법 제330조에 규정된 야간주거침입절도죄 및 제331조 제1항에 규정된 특수절도(야간손괴침입절도)죄를 제외하고 일반적으로 주거침입은 절도죄의 구성요건이 아니므로 <절도범인이 범행수단으로 주거침입을 한 경우>에 주거침입행위는 절도죄에 흡수되지 아니하고 별개로 주거침입죄를 구성하여 절도죄와는 실체적 경합의 관계에 서는 것이 원칙이다. 그러므로 <제332조에 규정된 상습절도죄를 범한 범인이 범행의 수단으로 주간 주거침입을 한 경우> 주간 주거침입행위는 상습절도죄와 별개로 주거침입죄를 구성한다(대판 2015.10.15, 2015도8169). 기출문제집 형법각론 기본문제 200 ㉠
- ③ O : 대판 2014.5.16, 2014도2521 기출문제집 형법각론 기본문제 122 ㉠
- ④ O : 대판 2017.2.15, 2013도14777 3개년 최신판례집 319.

정답 ▶ ㉡

22. 재물과 재산상의 이익에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ① 비트코인은 경제적인 가치를 디지털로 표상하여 전자적으로 이전, 저장과 거래가 가능하도록 한 가상자산의 일종으로 사기죄의 객체인 재산상 이익에 해당한다.
- ② 甲이 乙의 돈을 절취한 다음 다른 금전과 섞거나 교환하지 않고 쇼핑백 등에 넣어 자신의 집에 숨겨두었는데, 丙이 乙의 지시로 甲에게 겁을 주어 쇼핑백 등에 들어 있던 절취된 돈을 교부받아 갈취하였다면, 위 돈은 타인인 甲의 재물이라고 볼 수 없다.
- ③ 「형법」 제333조(강도)에서의 ‘재산상 이익’은 반드시 사법상 유효한 재산상의 이득만을 의미하는 것은 아니나, 단지 외견상 재산상의 이득을 얻을 것이라고 인정할 수 있는 사실관계만으로는 재산상의 이익을 인정할 수 없다.
- ④ 배임죄에 있어서 재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다.

해설

- ① O : 대판 2021.11.11, 2021도9855 최신판례집1 105.
- ② O : [쇼핑백 협박사건] 대판 2012.8.30, 2012도6157 기출문제집 형법각론 기본문제 145 ㉢
- ③ X : 형법 제333조 후단의 강도죄, 이른바 강제이득죄의 요건인 재산상의 이익이란 재물 이외의 재산상의 이익을 말하는 것으로서 적극적 이익(적극적인 재산의 증가)이든 소극적 이익(소극적인 부채의 감소)이든 상관없는 것이고, / 강제이득죄는 권리의무관계가 외형상으로라도 불법적으로 변동되는 것을 막고자함에 있는 것으로서 항거불능이나 반항을 억압할 정도의 폭행 협박을 그 요건으로 하는 강도죄의 성질상 그 권리의무관계의 외형상 변동의 사법상 효력의 유무는 그 범죄의 성립에 영향이 없고, 법률상 정당하게 그 이행을 청구할 수 있는 것이 아니라도 강도죄에 있어서의 재산상의 이익에 해당하는 것이며, 따라서 이와 같은 재산상의 이익은 반드시 사법상 유효한 재산상의 이득만을 의미하는 것이 아니고 외견상 재산상의 이득을 얻을 것이라고 인정할 수 있는 사실관계만 있으면 된다(대판 1994.2.22, 93도428). 기출문제집 형법각론 기본문제 126 ㉣
- ④ O : 대판 2006.6.2, 2004도7112 ; 대판 2012.2.23, 2011도15857 기출문제집 형법각론 기본문제 172 ㉠

정답 ▶ ㉢

23. 공공의 신용에 대한 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ① 사용권한자와 용도가 특정되어 있는 공문서를 사용권한 없는 자가 사용한 경우 그 공문서 본래의 용도에 따른 사용이 아니라 하더라도 「형법」 제230조의 공문서부정행사죄가 성립된다.
- ② 문서가 위조된 것임을 이미 알고 있는 공범자 등에게 행사하는 경우에는 위조문서행사죄가 성립할 수 없으나, 간접정범을 통한 위조문서행사범행에 있어 도구로 이용된 자라고 하더라도 문서가 위조된 것임을 알지 못하는 자에게 행사한 경우에는 위조문서행사죄가 성립한다.
- ③ 인터넷을 통하여 열람 출력한 등기사항전부증명서 하단의 열람 일시 부분을 수정 테이프로 지우고 복사한 행위는 공문서 변조에 해당한다.
- ④ 위조된 외국의 화폐, 지폐 또는 은행권이 강제통용력을 가지지 않고, 그 화폐 등이 국내에서 사실상 거래 대가의 지급수단이 되고 있지 않는 경우에는 그 화폐 등을 행사하더라도 위조통화행사죄를 구성하지 않는다고 할 것이므로, 「형법」 제234조에서 정한 위조 사문서행사죄 또는 위조사도화행사죄로 의율할 수 있다.

해설

- ① X : **[이동전화가입신청사건]** [1] 사용권한자와 용도가 특정되어 있는 공문서를 사용권한 없는 자가 사용한 경우에도 그 공문서 본래의 용도에 따른 사용이 아닌 경우에는 제230조의 공문서부정행사죄가 성립되지 아니한다. [2] 피고인이 기왕에 습득한 타인의 주민등록증을 피고인 가족의 것이라고 제시하면서 그 주민등록증상의 명의 또는 가명으로 이동전화 가입신청을 한 경우, 타인의 주민등록증을 본래의 사용용도인 신분확인용으로 사용한 것이라고 볼 수 없어 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다고 한 사례(대판 2003.2.26, 2002도4935). **기출문제집 형법각론 기본문제 242 ㉠ ; 243 ㉡**
 - ② O : **[위조한 건설업등록증(공문서) 이메일송부 행사사건]** 대판 2012.2.23, 2011도14441 **기출문제집 형법각론 보충문제&심화문제 180 ㉡**
 - ③ O : **<피고인이 인터넷을 통하여 출력한 등기사항전부증명서 하단의 열람일시 부분을 수정 테이프로 지우고 복사한 행위가 공문서변조에 해당하는지 문제된 사건>** 대판 2021.2.25, 2018도19043 **동형모 의고사 제4회 25. ㉡ ; 최신판례집1 136.**
 - ④ O : **[10만파운드화사건]** 대판 2013.12.12, 2012도2249 **기출문제집 형법각론 보충문제&심화문제 197 ㉡**
- 정답 ▶ ㉠**

24. 문서에 관한 죄에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ① 형법은 사문서의 경우 무형위조만을 처벌하면서 예외적으로 유형위조를 처벌하는 태도를 취하고 있다.
- ② 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위의 진단서를 작성한 경우 허위공문서작성죄와 허위진단서작성죄가 성립하고 두 죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ③ 공문서와 달리 사문서에 있어서는 권한 있는 사람의 허위작성을 예외적으로만 처벌하는 형법의 태도를 고려할 때, 「형법」 제232조의2에서 정하는 사전자기록등위작죄에서의

‘위작’에 시스템의 설치·운영 주체로부터 각자의 직무 범위에서 개개의 단위정보의 입력 권한을 부여받은 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치 운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 경우는 포함되지 않는다고 보아야 한다.

- ④ A회사의 대표이사 甲이 B회사의 대표이사 乙로부터 포괄적 위임을 받아 두 회사의 대표이사 업무를 처리하면서 두 회사 명의로 허위 내용의 영수증과 세금계산서를 작성한 사안에서, B회사 명의 부분은 乙의 개별적 구체적 위임 또는 승낙 없는 행위로서 사문서위조 및 위조사문서행사죄가 성립하지만, A회사 명의 부분은 이미 퇴직한 종전의 대표이사를 승낙 없이 대표이사로 표시하였더라도 이에 해당하지 않는다.

해설

- ① X : 형법은 작성권한 있는 자가 허위의 사문서를 작성하거나 변경하는 사문서의 무형위조를 원칙적으로는 처벌하지 않으며, 예외적으로 진단서검안서 또는 생사에 관한 증명서의 무형위조만을 처벌하고 있을 뿐이다(제233조). ⇨ 형법은 사문서의 경우 유형위조를 처벌하면서 예외적으로 무형위조를 처벌하는 태도를 취하고 있다. ★
- ② X : 형법이 제225조 내지 제230조에서 공문서에 관한 범죄를 규정하고, 이어 제231조 내지 제236조에서 사문서에 관한 범죄를 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 형법 제233조 소정의 허위진단서작성죄의 대상은 공무원이 아닌 의사가 사문서로서 진단서를 작성한 경우에 한정되고, 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 **허위공문서작성죄만이 성립**하고 허위진단서작성죄는 별도로 성립하지 않는다(대판 2004.4.9, 2003도7762). **기출문제집 형법각론 기본문제 243 ①**
- ③ X : **<형법 제232조의2에서 정한 사전기록 ‘위작’의 의미>** 시스템의 설치운영 주체로부터 각자의 직무 범위에서 개개의 단위정보의 입력 권한을 부여받은 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 경우도 형법 제227조의2(공전자기록등위작죄)에서 말하는 전자기록의 ‘위작’에 포함된다. 위 법리는 **형법 제232조의2의 사전기록등위작죄에서 행위의 태양으로 규정한 ‘위작’에 대해서도 마찬가지로 적용된다**(대판 2020.8.27, 2019도11294 전원합의체). **기출문제집 형법각론 보충문제&심화문제 172 ②**
- ④ O : 대판 2008.11.27, 2006도2016 **기출문제집 형법각론 보충문제&심화문제 185 ⑤**

정답 ▶ ④

25. 사회적 법익에 대한 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ① 「민사조정법」상의 조정절차에서 작성되는 조정조서는 공정증서원본불실기재죄에서의 공정증서원본에 해당한다.
- ② 단순히 자신의 신용력을 증명하기 위하여 타인에게 보일 목적으로 통화를 위조한 경우에는 통화위조죄가 성립하지 않는다.
- ③ 공무원의 문서작성을 보조하는 직무에 종사하는 공무원이 허위 공문서를 기안하여 결재를 거치지 않고 임의로 작성권자의 직인 등을 부정 사용함으로써 공문서를 완성한 경우 공문서위조죄가 성립한다.
- ④ 불을 놓아 무주물을 불태워 공공의 위험을 발생하게 한 경우에는 「형법」 제167조 제2항의 자기소유일반물건방화죄가 성립한다.

해설

- ① X : 제228조 제1항이 규정하는 **공정증서원본**은 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서이어야 한다고 할 것인바, / 민사조정법상 조정신청에 의한 조정제도는 원칙적으로 조정신청인의 신청 취지에 구애됨이 없이 조정담당판사 등이 제반 사정을 고려하여 당사자들에게 상호 양보하여 합의 하도록 권유·주선함으로써 화해에 이르게 하는 제도인 점에 비추어, 그 조정절차에서 작성되는 **조정조서**는 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서로 볼 수 없어 공정증서원본에 해당 하는 것으로 볼 수 없다(대판 2010.6.10, 2010도3232). **기출문제집 형법각론 기본문제 239 ㉞**
- ② O : 대판 2012.3.29, 2011도7704 **기출문제집 형법각론 기본문제 241 ㉠**
- ③ O : **[작성권자 직인날인위조사건]** 대판 2017.5.17, 2016도13912 **기출문제집 형법각론 기본문제 233 ㉞**
- ④ O : **[재활용품방화사건]** 대판 2009.10.15, 2009도7421 **기출문제집 형법각론 기본문제 208 ㉠**

정답 ▶ ㉠

26. 무고죄에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22.경찰1차

- ㉠ 자기 자신을 무고하기로 제3자와 공모하고 이에 따라 무고행위에 가담한 경우 무고죄의 공동정범으로 처벌할 수 없다.
- ㉡ 신고사실의 일부에 허위의 사실이 포함되어 있다고 하더라도 그 허위부분이 범죄의 성부에 영향을 미치는 중요한 부분이 아니고 단지 신고한 사실을 과장한 것에 불과한 경우에는 무고죄에 해당하지 아니하지만, 그 일부 허위인 사실이 국가의 심판작용을 그르치거나 부당하게 처벌을 받지 아니할 개인의 법적 안정성을 침해할 우려가 있을 정도로 고소사실 전체의 성질을 변경시키는 때에는 무고죄가 성립될 수 있다.
- ㉢ 신고자가 진실이라고 확신하고 신고하였을 때에는 무고죄가 성립하지 않는다고 할 것이고, ‘진실이라고 확신한다’ 함에는 신고자가 알고 있는 객관적 사실관계에 의하여 신고사실이 허위라거나 허위일 가능성이 있다는 인식을 하면서도 이를 무시한 채 무조건 자신의 주장이 옳다고 생각하는 경우까지 포함되는 것은 아니다.
- ㉣ 무고죄에 있어서의 신고는 자발적인 것이어야 하고 수사기관 등의 추문에 대하여 허위의 진술을 하는 것은 무고죄를 구성하지 않는 것이므로, 당초 고소장에 기재하지 않은 사실을 수사기관에서 고소보충조서를 받을 때 자진하여 진술하였다 하더라도 이 진술 부분까지 신고한 것으로 볼 수는 없다.
- ㉤ 타인에게 형사처분을 받게 할 목적으로 ‘허위의 사실’을 신고한 행위가 무고죄를 구성하기 위해서는 신고된 사실 자체가 형사처분의 대상이 될 수 있어야 하므로, 허위로 신고한 사실이 신고당시에는 형사처분의 대상이 될 수 있었으나 이후 그러한 사실이 형사처분의 대상이 되지 않는 것으로 대법원 판례가 변경된 경우 무고죄는 성립하지 않는다.

- ① ㉠㉡
- ② ㉡㉢
- ③ ㉢㉣
- ④ ㉣㉤

해설

- ㉠ O : 대판 2017.4.26, 2013도12592 **기출문제집 형법각론 기본문제 326 ㉞**
- ㉡ O : 대판 2004.1.16, 2003도7178 **기출문제집 형법각론 기본문제 324 ㉠**

- ㉔ O : 대판 2008.5.29, 2006도6347 **기본이론서 형법각론 607p. ★**
- ㉕ X : 무고죄에 있어서의 신고는 자발적인 것이어야 하고 수사기관 등의 추문에 대하여 허위의 진술을 하는 것은 무고죄를 구성하지 않는 것이지만, 당초 고소장에 기재하지 않은 사실을 수사기관에서 **고소보충조서를 받을 때 자진하여 진술하였다면 이 진술 부분까지 신고한 것으로 보아야 한다**(대판 1996.2.9, 95도2652). **기본이론서 형법각론 606p. ★**
- ㉖ X : 허위로 신고한 사실이 무고행위 당시 형사처분의 대상이 될 수 있었던 경우에는 국가의 형사사법권의 적정한 행사를 그르치게 할 위험과 부당하게 처벌받지 않을 개인의 법적 안정성이 침해될 위험이 이미 발생하였으므로 무고죄는 기수에 이르고, 이후 그러한 사실이 형사범죄가 되지 않는 것으로 판례가 변경되었더라도 특별한 사정이 없는 한 이미 성립한 무고죄에는 영향을 미치지 않는다(대판 2017.5.30, 2015도15398). **기출문제집 형법각론 보충문제&심화문제 247 ㉔**

정답 ▶ ㉔

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

22.경찰1차

- ① 범인도피죄는 타인을 도피하게 하는 경우에 성립할 수 있고 여기에서 타인에는 공범도 포함되므로, 공범 중 1인이 그 범행에 관한 수사절차에서 참고인 또는 피의자로 조사받으면서 자기의 범행을 구성하는 사실관계에 관하여 허위로 진술하고 허위자료를 제출하는 행위가 다른 공범을 도피하게 하는 결과가 되는 경우 범인도피죄가 성립할 수 있다.
- ② 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.
- ③ 사실의 증명을 위해 작성된 문서가 그 사실에 관한 내용이나 작성명의 등에 아무런 허위가 없다면 증거위조죄에서의 ‘증거 위조’에 해당한다고 볼 수 없는 것이고, 설령 사실증명에 관한 문서가 형사사건 또는 징계사건에서 허위의 주장에 관한 증거로 제출되어 그 주장을 뒷받침하게 되더라도 마찬가지이다.
- ④ 경찰공무원이 지명수배 중인 범인을 발견하고도 직무상 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 아니하고 오히려 범인을 도피하게 하는 행위를 한 경우, 범인도피죄만이 성립하고 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다.

해설

- ① X : **[콜라텍 허위양도사건]** 공범 중 1인이 그 범행에 관한 수사절차에서 참고인 또는 피의자로 조사받으면서 자기의 범행을 구성하는 사실관계에 관하여 허위로 진술하고 허위 자료를 제출하는 것은 자신의 범행에 대한 방어권 행사의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다. 이러한 행위가 다른 공범을 도피하게 한 결과가 된다고 하더라도 범인도피죄로 처벌할 수 없다. 이때 공범이 이러한 행위를 교사하였더라도 범죄가 될 수 없는 행위를 교사한 것에 불과하여 범인도피교사죄도 성립하지 않는다(대판 2018.8.1, 2015도20396). **기출문제집 형법총론 보충문제&심화문제 149 ㉔ ; 기출문제집 형법각론 보충문제&심화문제 257 ㉔**
- ② O : 대판 2003.7.25, 2003도1609 **기출문제집 형법각론 기본문제 297 ㉔**
- ③ O : **[증거위조 등 사건]** 대판 2021.1.28, 2020도2642 **최신판례집1 151.**
- ④ O : 대판 2017.3.15, 2015도1456 **기출문제집 형법각론 기본문제 331 ㉔**

정답 ▶ ㉔

28. 수사기관의 강제처분에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ① 「통신비밀보호법」에 규정된 통신제한조치상의 ‘전기통신의 감청’은 ‘감청’의 개념 규정에 비추어 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남아 있는 기록이나 내용을 열어 보는 등의 행위는 포함하지 않는다.
- ② 공무원에게 금품을 제공한 혐의로 발부된 통신사실 확인자료제공 요청 허가서에 대상자로 기재되어 있는 피고인 甲이 피고인 乙의 뇌물수수 범행의 증뢰자라면, 위 허가서에 의하여 제공받은 甲과 乙의 통화내역을 乙의 수뢰사실의 증명을 위한 증거로 사용할 수 있다.
- ③ 임의제출물의 압수는 압수물에 대한 수사기관의 점유취득이 제출자의 의사에 따라 이루어지므로, 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 초과하여 수사기관이 임의로 전자정보를 탐색 복제 출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수 수색에 해당한다고 할 수 없다.
- ④ 수사기관이 범죄증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 소변을 채취하기 위해서는 법원으로부터 감정허가장을 받아 「형사소송법」 제221조의4 제1항, 제173조 제1항에서 정한 ‘감정에 필요한 처분’으로 할 수 있지만, 「형사소송법」 제219조, 제106조 제1항, 제109조에 따른 압수·수색의 방법으로도 할 수 있다.

해설

- ① O : 대판 2016.10.13, 2016도8137 **기출문제집 수사증거 기본문제 197 ④ ; 보충문제&심화문제 105 ㉔**
 - ② O : 통신비밀보호법은 통신제한조치의 집행으로 인하여 취득된 전기통신의 내용은 통신제한조치의 목적이 된 범죄나 이와 관련되는 범죄를 수사소추하거나 그 범죄를 예방하기 위한 경우 등에 한정하여 사용할 수 있도록 규정하고(제12조 제1호), **통신사실확인자료의 사용제한**에 관하여 이 규정을 준용하도록 하고 있다(제13조의5). 따라서 통신사실확인자료 제공요청에 의하여 취득한 통화내역 등 통신사실확인자료를 범죄의 수사소추를 위하여 사용하는 경우 대상 범죄는 **통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄 및 이와 관련된 범죄**에 한정되어야 한다. 여기서 통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄와 관련된 범죄란 통신사실 확인자료제공요청 허가서에 기재한 혐의사실과 **객관적 관련성**이 있고 자료제공 요청대상자와 피의자 사이에 **인적 관련성**이 있는 범죄를 의미한다. 그리고 피의자와 사이의 인적 관련성은 통신사실 확인자료제공요청 허가서에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 **필요적 공범** 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다(대판 2017.1.25, 2016도1348) * **압수·수색영장에서의 관련성과 동일한 법리 ★★★**
 - ③ X : <경찰이 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(카메라등이용촬영)죄의 피해자가 임의제출한 피고인 소유·관리의 휴대전화 2대의 전자정보를 탐색하다가 피해자를 촬영한 휴대전화가 아닌 다른 휴대전화에서 다른 피해자 2명에 대한 동종 범행 등에 관한 1년 전 사진·동영상을 발견하고 영장 없이 이를 복제한 CD를 증거로 제출한 사안> [4] ① 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 초과하여 수사기관 임의로 전자정보를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다. ② 따라서 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유되는 것도 아니다(대판 2021.11.18, 2016도348 전원합의체). **최신판례집1 181.**
 - ④ O : 대법원 2018.7.12, 2018도6219 **기출문제집 수사증거 기본문제 188 ④ ; 보충문제&심화문제 105 ㉔**
- 정답 ▶ ③**

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

22.경찰1차

- ① 수사기관이 압수 수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다.
- ② 체포된 피의자에 대한 수사기관의 구속영장의 제시와 집행이 그 발부 시로부터 정당한 사유 없이 시간이 지체되어 이루어졌다 하더라도, 구속영장이 그 유효기간 내에 집행되었다면 위 기간 동안의 체포 내지 구금 상태를 위법하다고 할 수 없다.
- ③ 압수·수색영장을 집행함에 있어 ‘급속을 요하는 때’에는 집행의 일시와 장소를 피의자 등에게 통지하지 않아도 되는데, 여기서 ‘급속을 요하는 때’라고 함은 압수 수색영장 집행 사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수 수색의 실효를 거두기 어려운 경우를 의미한다.
- ④ 구속영장을 집행함에 있어 사법경찰관이 구속영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피고인에 대하여 공소사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고하고 집행할 수 있다.

해설

- ① O : <제주지사실압수수색사건2> 대판 2009.3.12, 2008도763 **기출문제집 수사증거 기본문제 145 ②**
- ② X : [사법경찰리가 현행범인 체포된 피의자에 대하여 구속영장 발부일로부터 만 3일이 경과하여 구속영장 원본 제시에 의한 구속영장을 집행한 사건] 헌법이 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. 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(대판 2021.4.29, 2020도16438). **최신판례집1 165.**
- ③ O : 대판 2012.10.11, 2012도7455 **기출문제집 수사증거 보충문제&심화문제 88 ①**
- ④ O : 형사소송법 제85조 제3항 **기출문제집 수사증거 보충문제&심화문제 62 ③**

정답 ▶ ②

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

22.경찰1차

- ① 사법경찰관은 사건을 수사한 경우에는 혐의없음, 죄가안됨, 공소권없음, 각하와 같은 불송치 결정을 할 수 있지만 기소유예는 할 수 없다.
- ② 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」 제53조 및 제54조에 의하면 사법경찰관은 수사종결 후 그 내용을 고소인등과 피의자에게 통지해야 하는데, 특히 수사증거 결정 통지를 받은 사람은 해당 사법경찰관이 소속된 경찰관서의 장에게 이의를 제기할 수 있다.
- ③ 검사가 수사를 종결하고 공소제기한 이후 「형사소송법」 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수 수색을 하였다면 이는 위법한 압수·수색에 해당한다.

- ④ 검사의 무혐의 불기소처분에 대해 재정신청을 받은 법원은 당해 불기소처분이 위법하다 하더라도 기록에 나타난 제반 사정을 고려하여 기소유예의 불기소처분을 할 만한 사건이라고 인정되는 경우에는 재정신청을 기각할 수 있다.

해설

- ① O : 수사준칙 제51조 제1항 제3호 **테마노트 35p. 사법경찰관의 수사의 종결**
- ② X : 검사 또는 사법경찰관은 **제51조 또는 제52조에 따른 결정을 한 경우에는 그 내용을 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다. 이하 “고소인등”이라 한다)과 피의자에게 통지해야 한다(수사준칙 제53조 제1항).** / 제53조에 따라 사법경찰관으로부터 제51조 제1항 제4호에 따른 수사중지 결정의 통지를 받은 사람은 해당 사법경찰관이 소속된 **바로 위 상급경찰관서의 장에게** 이의를 제기할 수 있다(수사준칙 제54조 제1항). ↔ 해당 사법경찰관이 소속된 경찰관서의 장에게: X **테마노트 수사준칙 73p. 밑줄**
- ③ O : 대판 2011.4.28, 2009도10412 ※ 공소제기후의 강제수사 **기출문제집 수사증거 기본문제 153 ①**
- ④ O : 대판 1997.4.22, 97모30 ※ 재정신청 **기출문제집 수사증거 보충문제&심화문제 111 ①**

정답 ▶ ②

31. 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」 상 사법경찰관의 사건 송치에 관한 설명으로 가장 적절 하지 않은 것은? 22.경찰1차

- ① 사법경찰관이 사건을 수사한 결과, 불송치 결정 중 죄가안됨에 해당하여 「형법」 제10조 제1항에 따라 피의자를 별할 수 없는 경우에는 해당 사건을 검사에게 이송한다.
- ② 검사는 사법경찰관의 불송치 결정이 위법 또는 부당한 경우에는 관계 서류와 증거물을 송부받은 날로부터 90일 이내에 재수사를 요청할 수 있는데, 만약 불송치 결정에 영향을 줄 수 있는 명백히 새로운 증거 또는 사실이 발견된 경우에는 90일이 지난 후에도 재수사를 요청할 수 있다.
- ③ 사법경찰관은 수사결과에 따라 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 하는데, 이 때 보완수사가 필요하다고 인정되는 경우에도 검사는 직접 보완수사할 수 없으며 사법경찰관에 대한 보완수사요구만 가능하다.
- ④ 사법경찰관이 재수사 중인 사건에 대해 「형사소송법」 제245조의7 제1항에 따른 고소인 등의 이의신청이 있는 경우에는 사법경찰관은 재수사를 중단해야 하며, 같은 조 제2항에 따라 해당사건을 지체없이 검사에게 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부해야 한다.

해설

- ① O : 수사준칙 제51조 제3항 ∴ 심신상실여부(책임능력)의 판단이므로 **테마노트 수사준칙 72p. 밑줄**
- ② O : 수사준칙 제63조 제1항 **테마노트 수사준칙 75p. 밑줄&★**
- ③ X : 검사는 법 제245조의5제1호에 따라 사법경찰관으로부터 송치받은 사건에 대해 보완수사가 필요하다고 인정하는 경우에는 특별히 직접 보완수사를 할 필요가 있다고 인정되는 경우를 제외하고는 사법경찰관에게 보완수사를 요구하는 것을 원칙으로 한다(수사준칙 제59조 제1항). ⇨ 예외적 직접수사 가능 **기출문제집 수사증거 기본문제 206 ② ; 테마노트 수사준칙 74p. 밑줄**
- ④ O : 수사준칙 제65조 **테마노트 수사준칙 76p. 밑줄**

정답 ▶ ③

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

22.경찰1차

- ① 수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용될 금전까지 제공하는 등으로 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은, 위법한 함정 수사에 해당하여 허용되지 않는다.
- ② 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정 수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소 제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다.
- ③ 범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법도 경우에 따라 허용될 수 있다.
- ④ 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」에 의하면 사법경찰관리는 아동·청소년을 대상으로 하는 디지털 성범죄에 대해 신분비공개수사는 가능하지만, 신분위장수사는 위법한 함정수사로서 허용되지 않는다.

해설

- ① O : 수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용될 금전까지 제공하는 등으로 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은, 위법한 함정수사에 해당하여 허용되지 않는다. / 그렇지만 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 않은 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐, 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우에는 설령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 않는다(대판 2007.7.12, 2006도2339 ; 대판 2013.3.28, 2013도1473 ; 대판 2020.7.9, 2020도483). **기출문제집 수사증거 기본문제 14 ③ ★**
- ② O : 대판 2008.10.23, 2008도7362 **기출문제집 수사증거 보충문제&심화문제 19 ①**
- ③ O : 대판 2008.10.23, 2008도7362 **기출문제집 수사증거 기본문제 09**
- ④ X : 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(약칭 청소년성보호법)에서 2021. 3. 23. **신분비공개수사와 신분위장수사**를 허용하는 규정을 신설하였다.
제25조의2(아동·청소년대상 디지털 성범죄의 수사 특례) ① 사법경찰관리는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 범죄(이하 “디지털 성범죄”라 한다)에 대하여 신분을 비공개하고 범죄현장(정보통신망을 포함한다) 또는 범인으로 추정되는 자들에게 접근하여 범죄행위의 증거 및 자료 등을 수집(이하 “신분비공개수사”라 한다)할 수 있다.
제25조의3(아동·청소년대상 디지털 성범죄 수사 특례의 절차) ① 사법경찰관리가 **신분비공개수사**를 진행하고자 할 때에는 사전에 상급 경찰관서 수사부서의 장의 승인을 받아야 한다. 이 경우 그 수사기간은 3개월을 초과할 수 없다.
 ③ 사법경찰관리는 **신분위장수사**를 하려는 경우에는 검사에게 신분위장수사에 대한 허가를 신청하고, 검사는 법원에 그 허가를 청구한다. **★★★**

정답 ▶ ④

33. 다음은 체포 구속에 관한 설명이다. ㉠부터 ㉥까지의 설명 중 옳고 그름의 표시(○, ×)가 모두 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ㉠ 검사는 긴급체포한 피의자를 구속영장 청구 없이 석방한 경우에는 석방한 날로부터 30일 이내에 긴급체포서 사본과 함께 법정기재사항이 기재된 서면으로 법원에 통지하여야 하고, 만약 사후에 석방통지가 법에 따라 이루어지지 않은 사정이 있다면 그와 같은 사정만으로도 긴급체포 중에 작성된 피의자신문조서의 증거능력은 소급하여 부정된다.
- ㉡ 구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자 신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에 출석을 거부한다면 수사기관은 그 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있는데, 이 경우 피의자신문 절차도 강제수사의 한 방법으로 진행되어야 하므로 수사기관은 피의자를 신문하기 전에 진술거부권이 있음을 고지하여야 한다.
- ㉢ 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면조사는 강제수사가 아니므로 피의자는 검사의 출석 요구에 응할 의무가 없다.
- ㉣ 영장실질심사는 필요적 변호사건이므로 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 지방법원판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 이 경우 변호인 선정의 효력은 구속영장 청구가 기각된 경우에도 제1심까지 효력이 있다.
- ㉤ 공동피의자의 순차적인 체포·구속적부심사청구가 수사방해를 목적으로 하고 있음이 명백한 때에는 법원은 피의자에 대한 심문없이 결정으로 청구를 기각할 수 있으며, 이와 같은 결정에 대해서는 피의자가 항고할 수 없다.

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

해설

- ㉠ X : 긴급체포되어 조사를 받고 구속영장이 청구되지 아니하여 석방되었음에도 검사가 그로부터 30일 이내에 석방통지를 법원에 하지 아니하였더라도 긴급체포 당시의 상황과 경위, 긴급체포 후 조사 과정 등에 특별한 위법이 있다고 볼 수 없는 이상 단지 사후에 석방통지가 법에 따라 이루어지지 않았다는 사정만으로 긴급체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서들의 작성이 소급하여 위법하게 된다고 볼 수는 없다(대판 2014.8.26, 2011도6035). **기출문제집 수사증거 기본문제 89 ④**
- ㉡ X : 구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에 출석을 거부한다면 수사기관은 그 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있다고 보아야 한다. / 다만 이러한 경우에도 그 피의자신문 절차는 어디까지나 「형사소송법」 제199조 제1항 본문, 제200조의 규정에 따른 임의수사의 한 방법으로 진행되어야 하므로, 피의자는 「헌법」 제12조 제2항과 「형사소송법」 제244조의3에 따라 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있고, 수사기관은 피의자를 신문하기 전에 그와 같은 권리를 알려주어야 한다(대결 2013.7.1, 2013모160). ↔ 강제수사 X **기출문제집 수사증거 기본문제 05 ④ ; 125 ③**
- ㉢ O : 대판 2010.10.28, 2008도11999 **기출문제집 수사증거 기본문제 105 ①**
- ㉤ X : 선정된 변호인은 피의자에 대한 구속영장 청구가 기각되어 효력이 소멸한 경우를 제외하고는 제1심까지 효력이 있다(제201조의2 제8항). ↔ 구속영장 청구가 기각된 경우에도: X ※ 구속전 피의자신문제도

(영장실질심사) 기출문제집 수사증거 기본문제 117 ㉠ ; 120 ㉡

- ㉠ O : 제214조의2 제3항 제2호 / 제3항과 제4항의 결정(체포구속적부심사의 간이기각결정, 기각결정과 석방결정)에 대하여는 항고하지 못한다(제214조의2 제8항). ※ 체포·구속적부심사제도 기출문제집 수사증거 기본문제 139 ㉣ / 141 ㉢

정답 ▶ ㉣

34. 증거에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ㉠ 간접증거만으로 유죄를 인정하는 경우에는 여러 간접사실로 보아 피고인이 범행한 것으로 보기에 충분할 만큼 압도적으로 우월한 증거가 있어야 한다.
- ㉡ 피고인이 수표를 발행하였으나 예금부족 또는 거래정지처분으로 지급되지 아니하게 하였다는 부정수표단속법위반의 공소사실을 증명하기 위하여 제출되는 수표는 증거물의 예에 의하여 증거능력을 판단하여야 한다.
- ㉢ 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정하여지는데, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거가 아니라 본래증거이다.
- ㉣ 「형사소송법」 제150조 증언거부사유의 소명, 제184조 제3항 증거보전청구사유의 소명, 제221조의2 제3항 증인신문청구 사유의 소명은 증명의 정도에 이르지 않더라도 입증에 허용된다.
- ㉤ 공판기일 외의 증인신문·검증에 대하여는 공판조서의 배타적 증명력이 인정되지 않는다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설

※ 옳은 것은 ㉠, ㉡, ㉢, ㉣ 4개이다.

- ㉠ O : 대판 2017.5.30, 2017도1549 기출문제집 수사증거 기본문제 215 ㉠ 해설
- ㉡ O : 대판 2015.4.23, 2015도2275 기출문제집 수사증거 보충문제&심화문제 135 ㉡
- ㉢ X : 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지는 요증사실과 관계에서 정하여지는데, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다(대판 2012.7.26, 2012도2937). 기출문제집 수사증거 기본문제 261 ㉢
- ㉣ O : 증명과 구별되는 개념으로 소명이 있다. 증명이란 사실의 존부에 대하여 법관으로 하여금 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 고도의 개연성, 즉 확신을 갖게 하는 것을 말하는데 비하여, 소명이란 확신까지 얻지 못하였지만 대강의 심증을 얻은 상태를 말한다. 따라서 소명의 경우 엄격한 형식이나 절차가 요구되지 않고, 증명의 정도에 이르지 않더라도 입증에 허용된다. 기피사유의 소명(제19조 제2항), 증언거부사유의 소명(제150조), 증거보전청구사유의 소명(제184조 제3항), 증인신문청구 사유의 소명(제221조의2 제3항), 상소권회복청구 원인사유의 소명(제346조 제2항) 등이 여기에 해당한다. ※ 증거재판주의 ★★★
- ㉤ O : 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 그 조서만으로써 증명한다(제56조). 따라서 공판조서의 배타적 증명력은 공판기일의 소송절차에 한하므로, / 공판기일 전의 증인신문청구, 증거보전절차, 공판준비기일의 증인신문이나 검증의 경우 배타적 증명력이 인정되지 않는다. 기본이론서 수사증거 308p. ★

정답 ▶ ㉣

35. 증명에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ① 증거능력이 없는 증거는 유죄의 직접적인 증거로 삼을 수 없으나, 구성요건 사실을 추인하게 하는 간접사실이나 구성요건 사실을 입증하는 직접증거의 증명력을 보강하는 보조사실의 인정자료로는 사용할 수 있다.
- ② 「형법」 제307조 제2항 허위사실 적시 명예훼손죄에서 허위사실의 인식과 달리 허위사실 자체는 엄격한 증명의 대상이 된다.
- ③ 「예비군법」 제15조 제9항 제1호에서 정한 정당한 사유가 없다는 사실은 범죄구성요건이므로 검사가 증명하여야 하지만, 양심적 예비군훈련거부를 주장하는 피고인은 자신의 예비군훈련 거부가 그에 따라 행동하지 않고서는 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 절박하고 구체적인 양심에 따른 것이며 그 양심이 깊고 확고하며 진실한 것이라는 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시하고, 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 진정한 양심의 부존재를 증명할 수 있다.
- ④ 합리적 의심이란 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심도 포함된다.

해설

- ① X : 구성요건에 해당하는 사실은 엄격한 증명에 의하여 이를 인정하여야 하고, 증거능력이 없는 증거는 구성요건 사실을 추인하게 하는 간접사실이나 구성요건 사실을 입증하는 직접증거의 증명력을 보강하는 보조사실의 인정자료로도 사용할 수 없으며, / 이러한 간접사실이나 보조사실도 범죄의 구성요건과 관련된 것인 이상 합리적인 의심의 여지가 없는 엄격한 증명을 요한다(대판 2005.1.22, 2014도10978). **기출문제집 수사증거 기본문제 309 ④**
- ② X : 형법 제307조 제2항의 '허위사실'의 표현은 증거에 의하여 허위성이 입증된 경우에만 처벌되는데, '적시된 사실이 객관적으로 허위'이고 피고인이 적시한 사실이 '허위임을 인식'하였는지에 대한 증명책임은 원칙적으로 검사에게 있다(대법원 1994. 10. 28. 선고 94도2186 판결; 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009도4949 판결 참조). 대법원 역시 "형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실은 그것이 주관적 요건이든 객관적 요건이든 그 증명책임이 검사에게 있으므로, 허위사실 적시 명예훼손죄로 기소된 사건에서 사람의 사회적 평가를 떨어뜨리는 사실이 적시되었다는 점, 그 적시된 사실이 객관적으로 진실에 부합하지 아니하여 허위일 뿐만 아니라 그 적시된 사실이 허위라는 것을 피고인이 인식하고서 이를 적시하였다는 점은 모두 검사가 증명하여야 한다."라고 판시하였다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2017도16939 판결 등 참조)(헌재결 2021.2.25, 2016헌바84).
형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실은 그것이 주관적 요건이든 객관적 요건이든 그 증명책임이 검사에게 있으므로, 허위사실 적시 명예훼손죄로 기소된 사건에서 사람의 사회적 평가를 떨어뜨리는 사실이 적시되었다는 점, 그 적시된 사실이 객관적으로 진실에 부합하지 아니하여 허위일 뿐만 아니라 그 적시된 사실이 허위라는 것을 피고인이 인식하고서 이를 적시하였다는 점은 모두 검사가 증명하여야 한다. 그런데 위 증명책임을 다하였는지 여부를 결정함에 있어서는, 어느 사실이 적극적으로 존재한다는 것의 증명은 물론, 그 사실의 부존재의 증명이라도 특정 기간과 특정 장소에서의 특정행위의 부존재에 관한 것이라면 적극적 당사자인 검사가 이를 합리적 의심의 여지가 없이 증명하여야 한다(대판 2010.11.25, 2009도12132).
⇒ 허위사실 자체는 객관적 구성요건요소이고, 허위사실의 인식은 주관적 구성요건요소인 고의에 해당하여 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실이므로 엄격한 증명의 대상이라는 취지 ★★★
- ③ O : [여호와와 증인 신도인 피고인이 '종교적 신념을 이유로 예비군훈련을 거부하였다는 이유로 예비군법위반죄로 기소된 사안] 대판 2021.1.28, 2018도4708 ; 대판 2021.2.4, 2020도3439 **최신판례집1 37. [참고판례]**

- ④ X : 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리적 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로, / 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다(대판 2004.6.25, 2004도2221 ; 대판 2013.6.27, 2013도4172). ★★★

정답 ▶ ③

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

22.경찰1차

- ① 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.
- ② 임의성이 인정되지 아니하여 증거능력이 없는 진술증거는 피고인이 증거로 함에 동의하더라도 증거로 삼을 수 없으나, 임의성이 의심되는 자백은 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로는 사용할 수 있다.
- ③ 피고인이 피의자신문조서에 기재된 피고인의 진술 및 공판기일에서의 피고인의 진술의 임의성을 다투면서 그것이 허위자백이라고 다투는 경우, 법원은 제반 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 임의성 여부를 판단하면 된다.
- ④ 피고인이나 그 변호인이 검사 작성의 당해 피고인에 대한 피의자 신문조서의 임의성을 인정하는 진술을 하였다가 이를 반복하는 경우에, 증거조사를 마친 조서의 임의성을 다투는 주장이 받아들여지게 되면, 그 조서는 증거배제결정을 통하여 유죄 인정의 자료에서 제외되어야 한다.

해설

- ① O : 형사소송법 제309조 **기술문제집 수사증거 기본문제 238 ③**
- ② X : 기록상 진술증거의 임의성에 관하여 의심할 만한 사정이 나타나 있는 경우에는 법원은 직권으로 그 임의성 여부에 관하여 조사를 하여야 하고, **임의성이 인정되지 아니하여 증거능력이 없는 진술증거는 피고인이 증거로 함에 동의하더라도 증거로 삼을 수 없다**(대판 2013.7.11, 2011도14044). **기술문제집 수사 증거 보충문제&심화문제 146 ②**
 사법경찰리 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서와 피고인이 작성한 자술서들은 모두 검사가 유죄의 자료로 제출한 증거들로서 피고인이 각 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나 그러한 증거라 하더라도 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다(대판 1998.2.27, 97도1770). ⇨ 임의성이 의심되는 자백은 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로는 사용할 수 없다는 취지 **기술문제집 수사증거 기본문제 239 ②**
- ③ O : 대판 2012.11.29, 2010도3029 **기술문제집 수사증거 기본문제 64 ① ; 보충문제&심화문제 167 ①**
- ④ O : 검사 작성의 당해 피고인에 대한 피의자신문조서에 기재된 진술의 임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 증명할 것이 아니라 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하여야 하고, 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하지 못한 경우에는 그 조서는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는데, 이러한 법리는 피고인이나 그 변호인이 검사 작성의 당해 피고인에 대한 피의자신문조서의 임의성을 인정하는 진술을 하였다가 이를 반복하는 경우에도 마찬가지로 적용되어야 한다. 따라서 증거조사를 마친 조서의 임의성을 다투는 주장이 받아들여지게 되면, 그 조서는 구 형사소송규칙 제139조 제4항의 증거배제결정을 통하여 유죄 인정의 자료에서 제외하여야 한다(대판 2008.7.10, 2007도7760). ★

정답 ▶ ②

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

22.경찰1차

- ① 검사가 공소외 甲을 구속 기소한 후 다시 소환하여 피고인 등 공범과의 활동에 관한 신문을 하면서 피의자신문조서가 아닌 일반적인 진술조서의 형식으로 조서를 작성한 경우, 이 진술 조서의 내용이 피의자신문조서와 실질적으로 같고 진술의 임의성이 인정되는 경우라도, 甲에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 진술은 위법수집증거에 해당하므로 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.
- ② 법관의 서명날인란에 서명만 있고 날인이 없는 영장은 「형사소송법」이 정한 요건을 갖추지 못하여 적법하게 발부되었다고 볼 수 없으므로, 비록 판사의 의사에 기초하여 진정하게 영장이 발부되었다는 점이 외관상 분명하고 의도적으로 적법절차의 실질적인 내용을 침해한다거나 영장주의를 회피할 의도를 가지고 이 영장에 따른 압수·수색을 하였다고 보기 어렵다 하더라도, 이 영장에 따라 압수한 파일 출력물과 이에 기초하여 획득한 2차적 증거인 피의자신문조서도 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.
- ③ 유흥주점 업주인 피고인이 성매매업을 하면서 금품을 수수하였다고 하여 기소된 사안에서, 경찰이 피고인 아닌 甲, 乙을 사실상 강제연행하여 불법체포한 상태에서 받은 자술서 및 진술조서가 위법수사로 얻은 진술증거에 해당하더라도, 이를 피고인에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있다.
- ④ 피고인이 발송한 이메일에 대한 압수·수색영장을 집행하면서 수사기관이 甲 회사에 팩스로 영장 사본을 송신하였다면, 비록 영장 원본을 제시하거나 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 피압수·수색 당사자에게 교부하지 않았더라도, 이 같은 방법으로 압수된 피고인의 이메일은 위법수집증거의 증거능력을 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당하므로 증거능력이 부정되지 않는다.

해설

- ① O : 진술조서의 내용이 피의자신문조서와 실질적으로 같고, 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 미리 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않았다면 위법수집증거에 해당하므로, 유죄인정의 증거로 사용할 수 없다 (대판 2009.8.20, 2008도8213). **기출문제집 수사증거 기본문제 239 ③ ; 보충문제&심화문제 178 ③**
- ② X : 압수수색영장에 법관의 서명날인란에 서명만 있고 날인이 없는 것은, 「형사소송법」이 정한 요건을 갖추지 못하여 **적법하게 발부되었다고 볼 수 없다**. 원심이 이와 달리 이 사건 영장이 법관의 진정한 의사에 따라 발부되었다는 등의 이유만으로 이 사건 영장이 유효하다고 판단한 것은 잘못이다. 그러나 제반 사정을 전체적·종합적으로 고려하면, 이 사건 영장에 따라 압수한 이 사건 파일 출력물과 이에 기초하여 획득한 2차적 증거인 검사 작성의 피의자신문조서, 경찰 작성의 피의자신문조서 등은 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 경우에 해당한다(대판 2019.7.11, 2018도20504). → **독수독과이론의 예외에 해당하여 2차증거의 증거능력을 인정한다는 취지 기출문제집 수사증거 기본문제 153 ③ ★★**
- ③ X : 유흥주점 업주와 종업원인 피고인들이 이른바 ‘티켓영업’ 형태로 성매매를 하면서 금품을 수수하였다고 하여 구 식품위생법 위반으로 기소된 사안에서, 경찰이 피고인 아닌 甲, 乙을 사실상 강제연행한 상태에서 받은 각 자술서 및 이들에 대하여 작성한 각 진술조서는 위법수사로 얻은 진술증거에 해당하여 증거능력이 없다는 이유로, 이를 피고인들에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 한 사례(대판 2011.6.30, 2009도6717). **기출문제집 수사증거 보충문제&심화문제 166 나.**
- ④ X : 수사기관의 압수수색은 법관이 발부한 압수수색영장에 의하여야 하는 것이 원칙이고, 그 영장에는 피의자의 성명, 압수할 물건, 수색할 장소·신체·물건과 압수수색의 사유 등이 특정되어야 하며, 영장은 처분을 받은 자에게 반드시 제시되어야 하고, 압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(대판 2017.9.7, 2015도10648). **[사실관계]** 수사기관이 갑 주식회사에서 압수수색영장을

집행하면서 갑 회사에 팩스로 영장 사본을 송신하기만 하고 영장 원본을 제시하거나 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 피압수수색 당사자에게 교부하지도 않은 채 피고인의 이메일을 압수한 후 이를 증거로 제출한 사안에서, 위와 같은 방법으로 압수된 이메일은 증거능력이 없다. **기출문제집 수사증거 기본문제 169** ㉞

정답 ▶ ①

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

22.경찰1차

- ① 「형사소송법」은 헌법이 요구하는 적법절차를 구현하기 위하여 사건의 실체에 대한 심증형성은 법관의 면전에서 본래증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙을 채택하고 있다.
- ② 전문진술이 기재된 조서는 「형사소송법」 제312조 또는 제314조의 규정에 의하여 각 그 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론 「형사소송법」 제316조의 규정에 따른 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다.
- ③ 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다든 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우, 그 문자정보는 범행의 직접적인 수단이고 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하므로 「형사소송법」 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용된다.
- ④ 「형사소송법」은 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 한 「형사소송법」 제310조의2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다.

해설

- ① O : 대판 2014.8.26, 2011도6035 ★
- ② O : 대판 2017.7.18, 2015도12981 **기출문제집 수사증거 기본문제 258** ①
- ③ X : 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다든 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우, 그 문자정보는 범행의 직접적인 수단이고 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않으므로, 형사소송법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용되지 않는다(대판 2008.11.13, 2006도2556). **기출문제집 수사증거 기본문제 219** ② ; **252** ②
- ④ O : 대판 2000.3.10, 2000도159 **기출문제집 수사증거 기본문제 254** ㉞

정답 ▶ ③

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

22.경찰1차

- ① 피고인이 공소사실을 부인하고 있는 상황에서 검사가 신청한 증인의 법정진술이 전문증거로서 증거능력이 없는 경우, 피고인 또는 변호인에게 의견을 묻는 등의 적절한 방법으로 그러한 사정에 대하여 고지가 이루어지지 않은 채 증인신문이 진행되었다면, 피고인이 그 증거조사 결과에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였더라도 증인의 법정증언을 증거로 삼는 데에 동의한 것으로 볼 수 없다.
- ② 피고인이 출석한 공판기일에서 증거로 함에 부동의한다는 의견이 진술된 경우에는 그 후 피고인이 출석하지 아니한 공판기일에 변호인만이 출석하여 증거로 함에 동의하였다더라도 이는 특별한 사정이 없는 한 효력이 없다.
- ③ 증거동의를 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하므로 이를 취소 또는 철회하더라도 이미 취득한 증거능력은 상실되지 않는다.
- ④ 피고인의 변호인이 증거 부동의 의견을 밝힌 고발장을 첨부 문서로 포함하고 있는 검찰주사보 작성의 수사보고가 수사기관이 첨부한 자료를 통하여 얻은 인식·판단 추론이거나 자료의 단순한 요약에 불과하다더라도, 피고인이 증거에 동의하여 증거조사가 행하여졌다면 그 수사보고에 대한 증거동의를 효력은 첨부된 고발장에도 당연히 미친다고 볼 것이므로 이를 유죄의 증거로 삼을 수 있다.

해설

- ① O : 대판 2019.11.14, 2019도1155 ★★
- ② O : 대판 2013.3.28, 2013도3 **기출문제집 수사증거 보충문제&심화문제 149** ㉞
- ③ O : 대판 2015.8.27, 2015도3467 **기출문제집 수사증거 보충문제&심화문제 146** ④
- ④ X : 검찰관이 공판기일에 제출한 증거 중 뇌물공여자 갑이 작성한 고발장에 대하여 피고인의 변호인이 증거 부동의 의견을 밝히고, 같은 고발장을 첨부문서로 포함하고 있는 검찰주사보 작성의 수사보고에 대하여는 증거에 동의하여 증거조사가 행하여졌는데, 원심법원이 수사보고에 대한 증거동의를 효력이 첨부된 고발장에도 당연히 미친다고 보아 이를 유죄의 증거로 삼은 경우, **수사보고에 기재된 내용은 수사기관이 첨부한 자료를 통하여 얻은 인식·판단·추론이거나 자료의 단순한 요약에 불과하여 원 자료로부터 독립하여 공소사실에 대한 증명력을 가질 수 없고, 피고인이나 변호인도 수사보고의 증명력을 위와 같은 취지로 이해하여 공소사실을 부인하면서도 수사보고의 증거능력을 다투지 않은 것으로 보이는 등의 제반 사정에 비추어, 위 고발장은 군사법원법에 따른 적법한 증거신청·증거결정·증거조사 절차를 거쳤다고 볼 수 없거나 공소사실을 뒷받침하는 증명력을 가진 증거가 아니므로 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다**(대판 2011.7.14, 2011도3809). ⇨ 수사보고에 대한 증거동의를 효력이 첨부된 고발장에도 당연히 미친다고 볼 수 없으므로 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다는 취지 **기출문제집 수사증거 보충문제&심화문제 147** 라.

정답 ▶ ④

40. 성폭력범죄가 빈발하는 지역을 순찰하던 경찰관 P1과 P2는 심야에 주취자가 소란을 피우고 있다는 A의 신고를 받고 출동하여, 신고 지역 인근 A소유의 빌라 주차장에서 술에 취한 상태에서 큰소리로 전화를 걸고 있는 甲을 발견하고 불심검문을 실시하였다. 이에 甲은 P2에게 자신의 운전면허증을 교부하였고, P2가 甲의 신분조회를 위하여 순찰차로 걸어간 사이에 甲은 위 불심검문에 항의하면서 P1에게 욕설을 하였다. 이 욕설은 P1 이외에 인근 주민들도 들었을 정도로 큰소리였으므로 P1은 甲을 모욕죄의 현행범으로 체포하겠다고 고지한 후 甲의 어깨를 붙잡았고, P2는 허리를 붙잡으며 체포를 시도하였다. 그런데 甲은 이에 강하게 반항하면서 P1 및 P2를 순차로 폭행하였고 이 과정에서 P1에게 상해를 가하였다. 이에 관한 ㉠부터 ㉤까지의 설명 중 옳고 그름의 표시(○, ×)가 모두 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22.경찰1차

- ㉠ P1과 P2가 「형사소송법」 제200조의5 및 제213조의2에 따른 체포절차를 준수하였다 하더라도 위 현행범 체포는 위법하다고 할 수 있다.
- ㉡ 甲에 대한 「형법」 제136조 제1항 공무집행방해죄 및 제257조 제1항 상해죄는 정당방위로 위법성이 조각된다.
- ㉢ 만약 甲에게 공무집행방해죄가 인정된다면, 2개의 공무집행방해죄가 성립되며 각 공무집행방해죄의 관계는 상상적 경합관계이다.
- ㉣ 만약 P1과 P2가 甲에 대한 불심검문 과정에서 신분증을 제시하지 않았다면, 제반사정을 종합적으로 고려하여 甲이 P1과 P2가 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 충분히 알고 있었다고 보이는 경우라 하더라도 위법한 불심검문에 해당한다.

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

해설

- ㉠ ○ : 피고인이 도망하거나 증거를 인멸할 염려가 있다고 보기는 어렵고, 피고인의 모욕 범행은 불심검문에 항의하는 과정에서 저지른 일시적, 우발적인 행위로서 사안 자체가 경미할 뿐 아니라, 피해자인 경찰관이 범행현장에서 즉시 범인을 체포할 급박한 사정이 있다고 보기도 어려우므로, 경찰관이 피고인을 체포한 행위는 **적법한 공무집행이라고 볼 수 없고**, 피고인이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 상해를 가한 것은 불법 체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당한다(대판 2011.5.26, 2011도3682). **기출문제집 수사증거 기본문제 97 ㉠**
- ㉡ X : 공무집행방해죄는 공무원의 적법한 공무집행을 전제로 하므로 적법한 공무집행에 해당하지 않는 경우 공무원에 대한 폭행·협박행위는 구성요건해당성이 없어 공무집행방해죄가 성립하지 않는다. 이 경우 상해죄는 정당방위에 해당하므로 위법성이 조각된다(대판 2011.5.26, 2011도3682 참조). **기출문제집 형법총론 기본문제 178 ㉡**
- ㉢ ○ : 대판 2009.6.25, 2009도3505 **기출문제집 형법총론 기본문제 351 ㉡ ; 357 ㉢**
- ㉣ X : 불심검문을 하게 된 경위, 불심검문 당시의 현장상황과 검문을 하는 경찰관들의 복장, 피고인이 공무원 증 제시나 신분 확인을 요구하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여, 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 신분증을 제시하지 않았다고 하여 그 불심검문이 위법한 공무집행이라고 할 수 없다(대판 2014.12.11, 2014도7976). **기출문제집 수사증거 기본문제 22 ㉣ ; 24 ㉣**

정답 ▶ ㉢