

## 형사법

### 1. 정당행위, 위법성조각사유의 전제사실의 착오 등 통합형

상관의 명령에 절대복종하여야 한다는 것이 불문율인 치안본부 대공수사단 직원인 甲은 상관인 乙로부터 내란죄 및 내란목적살인죄의 혐의를 받고 있는 丙을 조사하여 어떠한 수단과 방법을 동원해서라도 그 배후를 밝혀내야 하며 필요하다면 고문을 해서라도 알아내라는 명령을 받고 丙을 고문하여 사망에 이르게 하였다. 丙의 사망에 충격을 받은 甲은 대공수사단을 빠져나와 도주생활을 시작하였다. 도주생활을 하던 중 甲은 생활고에 빠지게 되자 지하철 열차 안에서 소매치기를 하며 근근이 생활을 이어나가고 있었다. 甲이 그런 생활을 하던 어느 날 경찰관 A는 시청 지하철 열차 안에서 피해자 B가 ‘날치기다, 잡아라’ 며 외치는 소리를 듣고 주위를 둘러보니 甲이 황급히 지하철 밖으로 뛰쳐나가는 것을 볼 수 있었다. 이에 A는 甲을 쫓아 역 밖으로까지 쫓아갔으나 놓치고 말았다. 2시간이 경과한 후 A는 서울역 광장에서 甲과 맞닥뜨리게 되자 자신이 추적한 자와 인상착의가 유사하다고 판단하고 甲을 불심검문하였다. 그러나 甲은 ‘당신이 정말 경찰이나, 신분증을 보자’라고 대들면서 불심검문에 응하지 않았다. 이에 A는 ‘신분증은 무슨 신분증이냐, 건방진 놈 같으니, 네 가방 속에서 훔친 돈 다발 든 것 다 알고 있어’라고 말하며 甲이 들고 있던 가방을 빼앗아 강제로 열었다. 가방 안에서 소매치기용 칼을 발견한 A는 甲을 바로 체포한 후 甲을 인근의 경찰서로 연행하였다. 甲은 체포의 이유가 무엇이냐고 거칠게 항의하였으나 A는 ‘네 죄는 네가 잘 알고 있잖아’라고 답하는데 그쳤다. A는 소매치기 신고서류를 조사하여 B의 소재를 파악한 후 B에게 甲의 얼굴을 확인해달라고 요청하였고, B는 곧 경찰서로 와서 甲이 범인이 분명하다고 진술하였다. 이 후 A는 긴급체포서를 첨부하여 검사 C에게 구속영장청구를 신청하였다. 판사는 甲에 대한 구속영장청구를 검토하면서, 피의자 甲을 심문하지 않고 甲에 대한 체포에 위법이 있다고 인정하였으나 구속영장을 발부하였다.

- (1) 丙을 사망하게 한 행위와 관련하여 甲의 행위는 형법상 위법성이 조각될 수 있는가. (20점)
- (2) 丙을 사망하게 한 행위와 관련하여 甲의 행위는 형법상 책임이 조각될 수

있는가. (15점)

- (3) 丙을 사망하게 한 행위와 관련하여만일 甲이 乙의 명령이 적법한 것이라고 오인한 경우라면 어떠한가. (15점)
- (4) 甲에 대한 불심검문과 소지품검사는 적법한가? (20점)
- (5) 甲에 대한 체포는 적법한가? (15점)
- (6) 판사의 구속영장 발부는 정당한가? 만약 甲을 심문한 경우라면 구속영장 발부는 정당한가? (15점)

## I. 설문 (1)에 대하여

### 1. 문제의 소재

甲의 경우 상관의 위법명령을 수행한 결과 丙의 고문치사(특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제4조의2 제2항)라는 결과를 야기하였는데, 위법성과 관련하여 형법 제20조의 정당행위나 제22조의 긴급피난 또는 의무의 충돌에 해당하여 위법성이 조각되는지가 문제된다.

### 2. 형법 제20조의 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각될 수 있는지 여부

#### (1) 문제점

형법 제20조는 위법성조각사유에 관한 일반규정으로서 정당행위를 규정하면서 그 예로써 첫째, 법령에 의한 행위 둘째, 업무로 인한 행위를 명시하고 있다. 법령에 의한 행위라 함은 법령의 근거에 의하여 권리 또는 의무로서 행하여지는 행위로 공무원의 직무집행행위도 이에 속한다. 그리고 공무원의 직무집행 행위는 법령에 의한 직무집행행위와 상관의 명령에 의한 행위로 다시 나뉘어지는데 이때 상관의 명령에 '위법한 명령'도 포함되는가 하는 것이 문제이다.

#### (2) 학설

학설은 위법하지만 구속력 있는 명령에 대해서는 ① 위법하지만 구속력 있

는 명령에 복종한 행위도 경미한 위법에 해당할 경우에는 위법성이 조각될 수 있지만, 중대한 위법명령에 복종한 행위는 위법하지만 일정한 경우 책임이 조각될 수 있다는 견해, ② 위법명령에 따른 행위는 항상 위법하지만 일정한 요건 하에 책임이 조각될 수 있을 뿐이라고 보는 견해로 나뉜다. 한편 구속력조차 없는 위법명령에 복종한 때에는 위법성은 물론 책임도 조각되지 않는다는 것이 통설이다.

### (3) 판례의 태도

대법원은 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 상관은 하관에 대하여 범죄행위 등 위법한 행위를 하도록 명령할 직권이 없는 것이고, 하관은 소속상관의 적법한 명령에 복종할 의무는 있으나 그 명령이 참고인으로 소환된 사람에게 가혹행위를 가하라는 등과 같이 명백한 위법 내지 불법한 명령인 때에는 이는 벌써 직무상의 지시 명령이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 의무는 없다고 하였다(대판 1988.2.23. 87도2358).

### (4) 검토 및 사안의 경우

법질서가 어떠한 상관의 명령을 위법하다고 판단하면서 동시에 그 명령의 수행행위를 위법하지 않다고 허용하는 것은 이율배반이라고 하지 않을 수 없다. 또한 위법명령의 수행행위까지 정당행위의 일종으로 판단하여 적법하다고 취급하게 되면 이에 대한 정당방위가 불가능하고 결과적으로 국가안보를 불모로 하여 군대나 안기부 등의 조직을 무소불위의 범죄집단으로 만들 가능성도 있다. 따라서 위법성이 조각되지 않는다는 견해와 판례는 타당하다. 따라서 부정설에 의할 때 甲의 행위는 형법 제20조 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각될 수 없다.

## 2. 형법 제22조의 긴급피난으로 위법성이 조각될 수 있는지 여부

형법 제22조는 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난에 직면한 경우에 다른 정당한 법익을 희생시킴으로써 이 위난을 피하는 행위를 말하고, 피난행위가 상당한 이유가 있고 또 보다 낮은 법익을 희생시킨 때에는 위법성이 조각된다. 상관의 위법명령에 대한 복종행위에 대하여, 복종의무인 작위의무와 위법한 행위를 하지 말아야 하는 부작위의 의무의 충돌은 전형적인 긴급피난으로서 이익고량으로 해결하자는 견해가 있으나, 긴급피난은 피난행위에 의하여 보전되는 이익과 피난행위로 침해된 이익을 비교형량하여 우월한 이익

이 보전되는 경우에만 위법성이 조각될 수 있는 것이라는 점에서 볼 때 상관의 위법한 명령에 대한 복종의무가 사람의 생명보다 우월한 이익이라고 할 수 없으므로 사안에서, 갑의 행위는 긴급피난에 해당하지 않는다.

### 3. 의무의 충돌로 위법성이 조각될 수 있는지 여부

의무의 충돌이란 둘 이상의 법적의무를 동시에 이행할 수 없는 긴급상태에서 그 중 하나의 의무를 이행하기 위하여 다른 의무의 이행을 방치한 결과 그 부작위가 구성요건에 해당하는 경우로서, 상위 또는 동등한 가치의 의무를 이행한 때에는 그 부작위는 위법성이 조각된다. 상관의 위법한 명령에 대한 복종행위에 대하여, 상관의 명령에 구속력이 있는 경우 명령 자체가 위법한 때에도 상관의 명령에 대한 복종의무가 법질서에 대한 복종의무보다 중한 때에는 의무의 충돌에 의하여 하관의 행위는 위법성이 조각된다는 견해가 있으나, 상관의 명령에 대한 복종의무가 고문치사 등의 위법행위를 하지 말아야 하는 법질서에 대한 복종의무보다 결코 중하거나 동등하다고 할 수 없으므로, 사안의 경우 갑의 행위는 의무의 충돌로 위법성이 조각될 수 없다.

### 4. 소 결

甲의 고문치사(특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제4조의2 제2항) 행위는 위법성이 조각되지 않는다.

## II. 설문 (2)에 대하여

### 1. 문제의 소재

구속력 있는 위법한 명령에 의한 행위에 대하여 책임이 조각될 수 있다는 견해가 있는바 이에 대해 검토한 후, 사안의 甲의 경우도 책임이 조각될 수 있는지 살펴본다.

### 2. 책임조각을 인정하는 학설

#### (1) 강요된 행위에 해당한다는 견해

형법 제12조는 '저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에

대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 벌하지 아니한다.’고 규정하고 있다. 강요된 행위는 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 전형적인 경우로 책임이 조각된다. 초법규적 책임조각사유로서 ‘기대불가능성’을 인정하지 않으면서 제12조의 강요된 행위를 넓게 인정하는 견해에서 위법명령의 수행행위는 강요된 행위로서 책임이 조각된다고 주장된다. 즉, 제12조의 폭력은 물리적인 것(유형력)에 한정할 것이 아니라 정신적·심리적 폭력까지 포함하여야 하며 위법한 명령은 ‘의사폭력’으로서 이에 해당한다는 것이다. 또한 저항할 수 없다는 의미도 물리적으로 대항할 수 없는 경우뿐만 아니라 거부할 수 없는 경우도 포함되므로 위법한 명령의 수행행위는 ‘저항할 수 없는 폭력’에 의하여 강요된 행위라는 견해이다.

### (2) 면책적 긴급피난에 해당한다는 견해

우리 형법 제22조 제1항의 긴급피난에 정당화 긴급피난과 면책적 긴급피난의 양자가 함께 규정되어 있다는 이분론에 근거한 주장이다. 면책적 긴급피난은 보호법익의 본질적 우월성을 전제로 한 정당화적 긴급피난과는 달리 동가치법익 사이에서 행하여진 긴급피난을 의미한다고 하며 이 견해에 따르면 제12조의 강요된 행위는 면책적 긴급피난의 한 형태 내지 그 특수한 경우에 불과하다. 따라서 위법 명령에 의한 행위는 면책적 긴급피난에 해당하여 책임이 조각된다.

### (3) 초법규적 책임조각사유에 해당한 경우라는 견해

위법명령의 수행행위는 기대가능성이 없어 책임이 조각된다는 견해이다. 위법명령이 엄밀한 의미에서 법적 구속력은 없더라도(예컨대 군형법 제44조는 상관의 ‘정당한 명령’에 복종하지 않았을 때 항명죄가 된다고 규정하고 있다) 거역할 수 없는 사실상의 구속력이 있을 때, 부하는 명령의 집행도구에 지나지 않고 그 명령에 거역할 것을 기대하기가 불가능하므로 이를 처벌할 수 없다는 것이다. 위법명령의 수행행위가 실정법상의 책임조각사유인 ‘강요된 행위’의 요건을 충족시키지는 못하고, 제22조의 긴급피난에 면책적 긴급피난을 포함시키는 것은 우리 형법의 태도와 일치하지 않는다는 전제에서 비록 실정법에 규정되어 있지는 않지만 행위시의 구체적 사정으로 보아 ‘행위자에게 적법행위를 기대할 수 없을 때’에는 그 행위를 ‘비난할 수 없다’는 규범적 책임론의 결론으로서 이를 인정하는 것이다.

### 3. 판 례

대법원은 소위 박종철씨 고문치사사건(대판 1988.2.23. 87도2358)에서 설령 치안본부 대공수사단 직원은 상관의 명령에 절대복종하여야 한다는 것이 불문율로 되어있다 하더라도 '위법한 명령이 피고인들이 저항할 수 없는 폭력이나 방어할 방법이 없는 협박에 상당한 것이라고 인정되지 않아 강요된 행위라고 볼 수 없을 뿐 아니라' 그 당시 그와 같은 위법한 명령을 거부할 수 없는 특별한 상황에 있었기 때문에 적법행위를 기대할 수 없었다고 불만한 아무런 자료도 찾아 볼 수 없으므로 책임이 조각되지 않는다고 판시하고 있다. 고문과 같은 중대한 위법행위에 대해 명령복종의무를 적법행위의 기대불가능사유로 볼 수 없다고 못 박고 있는 것이다. 위의 내용을 살펴보면 판례는 기대불가능성이라는 초법규적 책임조각사유는 인정하면서도 사실판단에 있어서는 매우 엄격한 태도를 견지하고 있음을 알 수 있다.

### 4. 검토 및 사안의 경우(소결)

초법규적 책임조각사유를 인정하는 것은 형법의 기능과 법적용의 평등을 약화시키며 책임주의를 침해하게 된다는 이유로 반대하는 견해가 있으나 실정법에 기대불가능한 사유를 모두 규정할 수 없을 뿐 아니라 초법규적 책임조각 사유를 인정한다고 하여 책임조각사유 범위를 무제한하게 확대한다고 볼 수는 없다는 이유로 긍정하는 견해가 통설이다. 이 견해에 의할 때 적법행위의 기대가능성이 없는 경우로 인정되어야 할 것인 바 기대가능성의 판단기준으로는 행위자표준설, 평균인표준설, 국가표준설 등이 있으나 초법규적 책임조각사유 범위를 명확히 하고 이를 제한한다는 의미에서 평균인 표준설이 타당하며, 사안의 甲의 경우 평균인의 입장에서 위법한 명령에 복종하지 않을 수 없는 즉, 적법행위를 기대할 수 없는 상황이 존재한다고 보기 어려우므로 이로써 책임을 조각시킬 수도 없다고 본다.

## Ⅲ. 설문 (3)에 대하여

### 1. 문제의 소개

상관의 명령이 적법한 경우 이는 형법 제20조의 위법성 조각사유에 해당한다고 할 것인바 위법한 명령을 적법한 것으로 오인했다면 이 착오는 위법성

조각사유의 객관적 전제사실에 관한 착오에 해당한다. 위법성 조각사유의 전제사실의 착오는 법규의 기술적 또는 규범적 요건에 대한 것이라는 점에서 사실의 착오와 구조를 같이 하고 허용한계에 관한 착오라는 점에서 법률의 착오에 접근한다. 위법성 조각사유의 전제사실의 착오의 이러한 특수한 성격 때문에 이를 사실의 착오로 처리할 것인가 또는 법률의 착오로 취급할 것인가에 대하여 견해가 대립하고 있는바 이를 검토한 후 사안의 경우 그 착오가 갖는 의미를 살펴본다.

## 2. 학 설

위법성조각사유의 전제사실의 착오와 관련하여 학설은 ① 고의의 성립에 현실적인 위법성의 인식이 있어야 하므로 행위의 위법성을 현실적으로 인식하지 못하는 경우에는 고의가 조각되고, 단지 과실범 성부만이 문제될 뿐이라는 엄격고의설, ② 고의의 성립에 위법성을 현실적으로 인식할 필요가 없고 위법성의 인식가능성, 즉 과실만 있으면 족하다는 견해로 착오에 과실이 있는 경우에는 고의가 성립하고, 착오에 과실이 없는 경우에는 고의는 물론 과실도 조각된다는 제한고의설, ③ 위법성조각사유를 총체적 불법구성요건의 소극적 구성요건요소로 보는 결과 행위자는 법적 구성요건의 객관적 요소뿐만 아니라 위법성조각사유의 부존재로 인식해야 고의범으로 처벌되므로 위법성조각사유의 부존재에 대한 인식이 없는 경우 과실범만 문제된다는 소극적 구성요건 표지 이론 ④ 이를 금지착오로 취급하여 형법 제16조를 적용해야 한다고 보는 엄격책임설, ⑤ 사실의 착오의 규정을 유추적용하여 불법고의를 배제시켜야 한다고 보는 구성요건착오 유추적용설, ⑥ 구성요건적 고의는 존재하나, 착오로 인하여 행위에 대한 비난가능성의 핵심인 심정반가치가 없어져서 책임고의가 조각된다고 보며, 전제사실에 관하여 회피가능한 착오를 일으킨 자는 법률효과에 있어서 과실범으로 처벌된다고 보는 법효과제한책임설이 있다.

## 3. 판 례

대법원은 전통적으로 위법성 인식이 고의의 성립요소가 된다는 고의설을 취하고 있다(대판 1974.11.12. 74도2676). 이렇게 되면 甲의 오인에 정당한 이유가 있으면 고의가 조각되어 처벌되지 않고 그러한 오인에 과실이 있을 경우에만 과실범으로 처벌된다. 다만 대법원은 소속 중대장의 당면병으로서 근

무시간중은 물론 근무시간 후에도 밤늦게까지 집안일을 돌보며 중대장 또는 그 처의 심부름을 해오던 피고인이 중대장의 처로부터 마중나오라는 연락을 받고 근무지를 이탈한 사건에서 “당번병으로서 그 임무범위 내에 속하는 것으로 오인한 행위로서 그 오인에 정당한 이유가 있어 ‘위법성이 없다’고 볼 것이다.”(대판 1986.10.28, 86도1406)라고 판시하고 있어 위법성을 조각하고 있는 것으로 보인다.

#### 4. 검토 및 사안의 경우(소결)

엄격고의설과 제한고의설은 모두 평가의 대상인 고의와 책임평가의 기능을 하는 위법성의 인식은 서로 다른 성질을 가짐에도 불구하고 양자의 성질을 동일한 것으로 파악하고 있다는 점에서 오류를 범하고 있으며 소극적 구성요건 표지이론은 위법성조각사유의 독자성을 무시하고 있다는 점에서 엄격책임설은 평가의 착오와 그 법이 규정하는 상황에 관한 착오의 차이를 간과하고 있고 구성요건착오 유추적용설은 위법성 조각사유 전제사실에 대한 착오 하에 행동하는 행위자라도 자신의 행위가 구성요건을 실현시킨다는 점은 인식하고 있으므로 여전히 고의는 존재한다고 보아야 하고, 구성요건적 고의가 조각된다고 할 때에는 이에 대한 공범의 성립도 불가능하다는 결함을 갖고 있기에 부당하다. 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오는 구성요건을 인식하였다는 점에서 고의가 조각되지는 않아도 고의범에 있어서 전형적인 범공동체의 가치관념에 대한 배반이 없고, 이 경우에 회피할 수 있는 착오에 대한 책임이 과실책임과 일치하므로 사실의 착오와 같이 취급하는 법효과제한적 책임설이 타당하다고 본다. 법효과제한책임설에 의할때, 만일 甲이 乙의 명령을 적법한 명령으로 오인하였다면 갑의 행위는 구성요건적 고의는 조각되지 않지만 책임고의를 조각하여 법효과에 있어서 구성요건적 착오와 같이 고의가 부정되고 ① 甲의 오인에 회피가능성이 있을 경우에는 과실범(형법 제268조의 업무상 과실치사죄)의 죄책을 지고, ② 그 오인에 회피가능성이 없을 경우에는 무죄가 된다.

### IV. 설문 (4)에 대하여

#### 1. 문제의 소재



불심검문과 관련해서 甲이 불심검문의 대상이 되는지 여부, 경찰관의 신분 고지의무위반 여부, 소지품검사의 가능성 및 한계가 문제된다.

## 2. 불심검문의 대상

### (1) 불심검문의 의의

불심검문이란 경찰관이 거동이 수상한 자나 범죄혐의자 또는 범죄사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 조사하는 것을 말한다. 다수설은 불심검문은 행정경찰작용 특히 보안경찰 분야에 속하는 것으로 범죄수사와는 엄격히 구별해야 하고, (보안관찰작용설) 불심검문에 의하여 범죄의 혐의가 인정되면 그때 비로소 수사가 개시된다고 한다. 그러나 경찰관직무집행법 제3조 제1항은 이미 범죄가 행하여졌음을 인정한 후에 행하는 불심검문도 규정하고 있으므로 이 경우에는 수사작용으로 파악하여야 한다는 견해가 있다(보안관찰·사범경찰 경유설).

### (2) 불심검문의 대상

경찰관직무집행법 제3조 제1항에 의하면 불심검문의 대상은 '수상한 거동이나 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떤 죄를 범하였거나 범하려고 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행해진 범죄나 행해지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자' 즉 거동 불심자를 말한다. '어떤 죄를 범하였거나 범하려고 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유'란 준현행범인 또는 긴급체포의 요건에 해당하지 않는 경우이거나 범죄가 특정되지 않은 경우를 말한다. 따라서 형사소송법상의 현행범체포나 긴급체포에 해당할 정도의 범죄혐의의 구체성을 요구하는 것은 아니다. 그리고 거동불심성의 판단은 이상한 거동의 존재외에도 경찰관이 가지고 있는 정보·지식 및 관찰의 결과도 고려하여 합리적으로 하여야 한다.

### (3) 사안의 경우

경찰관 A는 범죄발생현장에서 甲을 추적 중이었고, 甲의 인상착의가 추적했던 범인과 유사하며, 당해장소가 소매치기가 발생할 가능성이 높은 장소인 점 등을 고려할 때, 경찰관 A의 불심검문은 그 대상(또는 상당성)에 있어서 적법하다.

## 2. 불심검문과 고지의무

불심검문을 하는 경찰관은 상대방에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하여야 한다(동법 제3조 제4항). 사안의 경우 A는 불심검문시에 자신의 신분과 소속, 성명을 밝히지 않았으며, 검문의 목적과 이유를 설명하지도 않았으므로 경찰관직무집행법상의 고지의무에 위반하였다.

## 3. 소지품검사의 적법성

### (1) 의 의

소지품검사는 거동불심자에 대해 직무질문을 하면서 흉기 기타 물건의 소지여부를 밝히기 위하여 그의 차의 또는 휴대품을 조사하는 것을 말한다. 경찰관직무집행법에 의하면 경찰관은 거동불심자에 대하여 질문을 할 때 흉기의 소지 여부를 조사할 수 있다(동법 제3조 제3항). 이는 직무를 집행하는 경찰관의 생명·신체의 안전을 보장하기 위한 규정이다.

### (2) 흉기의 소지품검사의 허부

경찰관직무집행법 제3조 제3항은 흉기소지의 조사에 관하여만 규정하고 있으므로 흉기 이외의 약물·장물 위조화폐 음란물 등의 소지품검사에 관해서는 법적 근거가 없다. 이들 소지품에 대한 외부관찰이나 소지품의 내용에 대한 질문 및 임의로 소지품을 제시할 것을 요구하는 행위 등은 법에 특별한 규정이 없더라도 성질상 직무질문에 수반하는 행위로서 허용되지만 외표검사 등의 소지품검사가 허용되는지 여부가 문제된다.

#### 1) 학 설

학설은 ① 소지품검사가 불심검문자의 안전을 확보하거나 질문의 실효성을 유지하기 위하여 불심검문에 수반된 행위이므로 경찰관직무집행법 제3조를 근거로 할 수 있으며, 또한 그 범위 안에서 허용될 수 있다고 하는 긍정설, ② 경찰관직무집행법 제3조 제3항은 흉기소지여부의 조사만 허용하고 있으므로 일반 소지품검사는 허용할 수 없다는 부정설이 있다.

#### 2) 검 토

긍정설은 경찰관직무집행법 제3조 3항에 반하고 소지품검사를 이유로 수사(수색)에서 요구되는 영장주의(제215조)의 준수가 탈법적으로 회피될 우려가 있으므로 불심검문시의 소지품검사는 흉기소지의 조사에만 국한되어야 한

다는 부정설이 타당하다. 따라서 경찰관이 범관의 영장없이 사실상의 수색을 행하는 것은 허용되지 않는다.

### (3) 사안의 경우

경찰관 A는 甲의 승낙 없이 가방을 열어 내용물을 확인하였고, 가방 안에서 소매치기용 칼이 발견되었으나 甲이 가방을 검색한 행위는 검문시의 안전 확보를 위한 것이 아니라 소매치기 행위에 대한 혐의여부를 확인하기 위한 일반 물건에 대한 검색을 위한 것이었으므로 불심검문의 한계를 일탈한 위법이 있다.

## 4. 소 결

경찰관 A의 불심검문과 소지품검사는 위법하다.

## V. 설문 (5)에 대하여

### 1. 문제의 소재

甲에 대한 체포가 현행범 또는 준현행범의 요건을 갖추었는지 여부, 긴급 체포에 있어서 혐의의 상당성 판단과정에서 위법하게 획득된 자료에 근거한 판단이 가능한가의 문제 및 체포과정에 따른 고지의무의 이행과 같은 절차준수여부가 문제된다.

### 2. 현행범체포 해당여부

현행범체포를 위해서는 피의자가 현행범인 또는 준현행범인에 해당하고 범 죄가 명백하여야 한다.

#### (1) 현행범인과 준현행범인

현행범인이란 범죄의 실행중이거나 실행의 직후인 자를 말한다(형사소송법 제211조 제1항). 범죄의 실행중이란 범죄의 실행에 착수하여 종료하지 못한 상태를 의미한다. '범죄의 실행직후'란 범죄행위를 실행하여 끝마친 순간 또는 이에 아주 접촉된 시간적 단계를 의미하고, '범죄의 실행직후인 자'라고 함은 범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 체포자의 입장에서 볼 때

명백한 경우를 말한다. 따라서 시간적으로나 장소적으로 보아 체포를 당하는 자에게 방금 범죄를 실행한 범인이라는 점에 관한 죄증이 명백히 존재하는 것으로 인정되는 경우에만 현행범인으로 볼 수 있다. 준현행범인이란 ① 범인으로 호칭되어 추적되고 있는 자, ② 장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 자, ③ 신체 또는 의복류에 현저한 증적이 있는 자, ④ 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 자로서 현행범인으로 간주한다(제211조 제2항).

## (2) 사안의 경우

사안에서 A는 범죄행위를 직접 목격한 것이 아니고 피해자 B의 고함을 듣고 추적한 점, 추적 중 2시간 정도의 시간적 간격이 있고, 범죄장소와 乙을 발견한 장소간에 상당한 차이가 있는 점 등에 비추어 현행범체포에는 해당하지 않는다. 그리고 범인으로 호칭·추적되었으나 추적이 중단되어 2시간 정도의 간격이 발생하였고 장소도 상당히 달라졌으며, 소매치기용 칼을 발견한 것이 불심검문시 소지품검사를 통해 발견한 것이라고 할 수 없으며 범죄현장과 시간적·장소적 접촉성을 인정할 수 없으므로 준현행범체포에도 해당하지 않는다.

## 2. 긴급체포 해당여부

### (1) 긴급체포의 요건

긴급체포란 중대한 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 수사기관이 법관의 영장없이 체포하는 것을 말한다. 긴급체포는 범행과 체포 사이의 시간적 접촉성을 요하지 않는 점에서 현행범체포와 구별된다. 형사소송법상 수사기관은 ① 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, ② 제70조 제1항 제2호 및 제3호에 해당하는 사유가 있는 경우에, ③ 긴급을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장없이 피의자를 체포할 수 있다(제200조의3 제1항). 절도죄의 법정형이 6년 이하의 징역이므로 범죄의 중대성은 인정되고, A가 甲을 추적하다 실패한 후 우연히 다시 발견하였으므로, 도망의 우려가 있고 체포영장에 의한 신병확보가 불가능하다고 할 수 있다.

### (2) 위법하게 수집된 증거에 의한 체포의 허부

위법하게 획득된 자료에 근거하여 체포·구속의 요건인 범죄혐의의 상당성을 인정할 수 있는지 여부가 문제된다.

#### 1) 학설

학설은 ① 체포·구속이유의 판단은 공판단계에 앞서는 것으로서 보다 신속한 판단이 필요하고, 범죄혐의의 상당성의 판단주체는 수사기관인데 위법수집증거배제법칙은 사실인정과 관련하여 법원 또는 법관이 판단하는 증거법칙에 불과하고 수사기관의 위법한 인신구속을 통제하기 위한 법칙은 아니므로 위법하게 획득한 자료에 근거하여 범죄혐의의 상당성을 인정할 수 있다는 긍정설, ② 체포·구속은 증거수집절차가 아니므로 위법수집증거배제법칙은 체포·구속의 적법성판단의 기준이 되지 않지만, 적정절차의 실현을 위해서는 후행절차가 선행절차를 이용하여 행하여진 때에는 선행절차의 위법이 중대하고 선행절차가 후행절차의 필수적인 전제가 되는 경우에 한해 선행절차의 위법성이 후행절차의 적법성판단에 영향을 미친다고 보는 부정설이 있다.

#### 2) 검토

실체진실의 발견은 적정절차에서 신속하게 이루어져야 하는 제약을 받으므로 위법하게 획득된 자료에 근거하여 체포·구속의 요건인 범죄혐의의 상당성을 인정할 수는 없다고 해야 할 것이다. 따라서 선행하는 소지품검사 등이 위법한 경우에는 이에 기하여 행한 체포·구속도 위법하다.

### 3. 긴급체포시의 절차준수여부

A의 甲에 대한 체포가 긴급체포에 해당한다고 할지라도, 甲은 긴급체포시에 범죄사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 하고,(제72조, 제200조의5) 체포한 후에는 즉시 피의사실의 요지와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 한다(제88조, 제200조의5). 그런데 사안에서는 이를 준수한 사정이 보이지 않으므로 위법하다.

### 4. 소결

甲에 대한 체포는 위법하다.

## VI. 설문 (6)에 대하여

### 1. 문제의 소재

영장실질심사를 거치지 않고 발부한 영장의 적법성과 영장실질심사를 거친 경우라면 甲에 대한 체포가 위법한 경우 이것이 구속영장의 발부와 관련하여 어떠한 영향을 줄 수 있는지가 문제된다.

### 2. 영장실질심사의 법적 성질

영장실질심사제도란 판사가 피의자를 직접 심문하여 영장발부 여부를 결정하는 제도로써 검사가 송부한 서류나 자료만을 가지고 구속여부를 결정하는 영장형식심사에 대립하는 제도이다. 영장실질심사제도는 피의자에게 법관대면권을 보장하고 영장주의의 구속억제 기능을 활성화하기 위하여 1995년 개정시에 도입되었다. 영장체포, 긴급체포 또는 현행범으로 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다(제201조의2 제1항). 개정 전의 형사소송법 제201조의2 제1항은 영장을 발부함에 있어 피의자를 심문할 것인지 여부를 판사의 재량사항으로 정하고 있으므로, 피의자를 심문할 필요가 없다고 판단한 영장담당판사가 피의자를 심문함이 없이 영장을 발부하였다 하여, 영장발부에 관한 형사소송법의 규정을 위반한 위법이 있다고 할 수 없다는 것이 판례였으나 최근에는 당연히 영장실질심사를 하여야 하는 것으로 되었다. 따라서 지방법원판사가 甲에 대해 영장실질심사를 하지 않은 것은 위법이 있다.

### 3. 불심검문 및 긴급체포의 위법성과 구속영장발부

긴급체포 등에 있어서 요건을 갖추지 않은 경우에 신청된 구속영장을 법관은 그 선행하는 긴급체포의 요건불비를 고려하여 구속영장을 기각할 수 있는가에 대하여 견해의 대립이 있다.

#### (1) 학설

학설은 ① 긴급체포가 적법하지 않으면 수사절차의 적법절차의 보장 및 피의자의 인권보장을 위하여 구속영장을 기각해야 한다는 고려결과 ② 체포와 구속의 이원화라는 현행 입법구조상 긴급체포를 구속과는 별개의 인신구속제도로 보아 적법성심사가 허용되지 않는다고 해석하여 구속사유가 있으면 영장

을 발부해야 한다는 불고려설의 대립이 있다.

### (2) 대법원 송무예규

대법원 송무예규 제501호는 현행범인 체포나 긴급체포에 있어서 그 체포가 위법한 경우를 구속영장청구기각 사유로 명시하고 있다.

### (3) 검토 및 사안의 경우

생각건대, 피의자에 대한 체포와 구속은 하나의 연속적이고 일체적인 피의자의 신병보전방안으로서 기간의 장단의 차이가 있을 뿐이므로 체포의 위법은 구속의 위법으로 승계되는 것으로 보아 구속영장 발부시에 긴급체포의 적법성에 대한 판단도 가능하다고 본다. 다만, 절차상의 사소한 흠은 구속의 위법으로 당연히 승계되지는 않는다고 보아야 할 것으로 판단된다. 따라서 비록 영장실질심사를 거친 경우라고 하더라도 선행하는 긴급체포가 위법한 경우이므로 지방법원판사는 이 경우 구속영장청구를 기각해야 할 것인데 발부하였으므로 그 발부는 위법하다.

## 4. 소 결

피의자 甲에 대해 영장실질심사없이 영장을 발부한 것은 위법하며, 긴급체포의 위법은 구속의 위법에도 승계되는 것으로 보아야 할 것이므로 구속영장 발부시에 긴급체포가 위법한 경우에 구속영장청구를 기각하지 않고 발부한 것은 위법하다고 볼 수 있다.

## 2. 손괴죄, 준강도죄 등 통합형

미래보험회사에 다니고 있는 보험회사 과장 甲은 최근 경제가 어려워지자 투자한 주식의 실패로 빚더미에 앉게 되어 고민하던 중 평소 사이가 좋지 않던 연로한 아버지 A와 잦은 다툼을 하고 자신의 회사에 A의 생명보험을 가입한 후 밤에 아버지 A와 아들 C가 잠을 자고 있는 윗층에 불을 질렀다(아들 C가 윗층에 있는 것은 알지 못함). A는 연기에 질식사하여 사망하였고, C는 소란스러운 소리에 깨어나 불붙은 집에서 탈출하려 하였다. 甲은 C임을 뒤늦게 알았으나 어쩔 수 없다고 생각하며 문을 막고 있어서 화상을 입고 사망하였다. 한편 乙은 평소 甲이 투자를 많이 한다는 말을 들어 재물을 절취하려고 밤에 담을 넘어 들어가 유리창을 돌로 깨고 열었는데, 집에서 이상한 냄새와 소리가

나서 깜짝 놀라 달아나던 중 이웃집에 사는 D가 甲의 집에 연기가 나서 달려 오는 것을 주인으로 오해하고 D를 힘껏 밀치고 도망갔다. 마침 유리창이 깨져서 아래층에서 잠을 자는 아내 B가 질식사할 뻔 했는데 살아나게 되었다. 얼마 후 甲은 A의 사망으로 미래보험회사에서 보험금을 청구하여 지급받았다. 丙은 동창회에 참석해서 "동창생인 甲이 어제 자신의 집에 불을 지른 것을 보았다."라고 말하였다. 동창회에서 丙의 말을 들은 E가 F에게 이 사실을 말하였다. 이에 대하여 검사는 丙에 대하여는 명예훼손죄로 甲에 대해서는 사안에서 문제되는 죄책으로 기소하였다.

- (1) 甲의 A와 C와 보험회사에 대한 죄책은? (35점)
- (2) 乙의 죄책은? (20점)
- (3) 丙에 대한 공판절차에서 E가 "丙이 위와 같이 말하는 것을 들었다"고 증언한 경우 이 증언은 증거능력이 있는가? (15점)
- (4) 검사가 甲에 대한 공판절차에서 丙을 증인으로 신청하였으나, 丙이 공판정에 출석하여 증언을 거부하는 경우 丙에 대한 검사작성의 참고인진술조서는 증거능력이 있는가? (15점)
- (5) 甲에 대한 공판절차에서 E에 대한 검사 작성의 참고인조서가 제출된 경우 또는 F가 공판정에서 E로부터 들은 사실을 증언한 경우 각각 증거능력이 있는가? (15점)

## I. 설문 (1)에 대하여

### 1. 문제의 소재

甲의 죄책과 관련하여 A에 대한 현주건조물방화치사죄(형법 제164조 제2항) 성립여부와 B에 대하여 방화행위와 별도의 살인죄(제250조)의 성립여부가 문제되고, 보험회사에 대하여 업무상 배임죄(제356조)와, 보험 사기죄(제347조)의 성립여부가 문제된다.



## 2. A에 대한 현주건조물방화치사죄성부 (형법 제164조 제2항)

### (1) 결과적가중범의 성립요건과 문제점

① 현주건조물에 ② 공공의 위험이 발생했고 ③ A가 사망하는 중한 결과가 발생하였고 ④ 방화행위와 사망사이에 인과관계와 객관적 귀속이 인정되고 ⑤ 중한결과에 대해 예견가능성이 문제되지 않는다. 다만 甲은 예견가능성을 넘어 살인에 대한 고의를 가지고 있었는데, 이른바 부진정 결과적 가중범의 인정문제와 존속살해죄의 죄수관계가 문제된다.

### (2) 부진정 결과적가중범 인정 여부

#### 1) 학설

학설은 ① 제1설로 결과적 가중범의 진정, 부진정의 구별은 필요 없다 하여 인정하지 않으려는 견해와 ② 제2설로 진정 결과적 가중범으로 해석하면 형의 불균형을 초래하므로 인정해야 한다는 견해가 있다.

#### 2) 판례

대법원은 현주건조물방화치사죄는 일종의 가중치벌규정으로 과실이 있는 경우뿐만 아니라 고의가 있는 경우도 포함하여 살해할 목적으로 방화하여 사망에 이르게 한 경우도 이에 해당한다고 보아 긍정설의 입장이다.

#### 3) 검토

생각건대 결과적 가중범을 인정하지 않으면 기본범죄와 결과의 상상적 경합이 되어 형량이 낮아지는 것을 방지하기 위해 긍정하는 것이 타당하다.

### (3) 존속살해죄와의 죄수관계 (제250조 제2항)

#### 1) 문제점

甲은 건물에 불을 지르는 행위를 하여 A를 사망시킨 바, 존속살해죄의 구성요건도 충족하였다. 이때, 현주건조물방화죄와 별도로 존속살해죄를 인정할지 문제된다.

#### 2) 학설·판례

학설은 ① 제1설은 별개의 고의범 성립을 부정하고 결과적가중범의 단순일죄로만 인정하는 견해와 ② 제2설은 중한결과가 고의에 의한 것인지 과실에 의한 것인지 구별이 불분명하여 상상적 경합으로 인정해야 한다는 견해가 있다. 대법원은 집에 불을 질러 동생과 아버지를 살해한 사안에서 동생에 대해서 현주건조물방화치사죄와 아버지에 대해서 존속살해죄와 현주건조물방화치사죄의 상상적 경합을 인정한 바 있다.

### 3) 검 토

생각건대 존속살해죄의 경우는 행위객체가 존속이라는 별개의 구성요건표지가 존재하므로 불법이 현주건조물방화치사죄에 포함되지 않으므로 상상적 경합을 긍정하는 것이 타당하다.

### 3. C에 대한 살인죄 성부 현주건조물방화치사에 관한 죄책

#### (1) 살인죄 성부 (형법 제250조)

방화 후 별개의 행위로 문을 막아 C의 탈출을 방해하였고, 살인의 고의를 가지고 있었으므로 형법 제250조 제1항에 의해서 살인죄가 성립한다.

#### (2) 현주건조물방화치사죄의 성부 (형법 제164조 제2항)

##### 1) 문제점

甲은 현주건조물방화죄가 형식적으로 기수에 이른 후에 비로서 C에 대한 살인의 고의를 일으켜 C를 살해하려고 하고 있는데, 이 경우에도 현주건조물방화치사죄가 성립할 수 있는가에 대해서는 견해가 대립한다.

##### 2) 학설·판례

학설은 이 경우 ① 독립연소에 의하여 방화죄가 기수에 이른 후에 비로서 살인의 고의를 일으킨 경우이므로 현주건조물방화죄와 살인죄의 경합범이 성립한다는 견해와 ② 이 경우에도 C의 사망은 방화의 기회에 발생한 것이라는 이유로 현주건조물방화치사죄가 성립한다는 견해가 있다. 판례는 사안과 같은 경우에는 현주건조물방화죄가 이미 기수에 이른 후에 비로서 이루어진 것이라는 이유로 피고인의 방화행위와 살인행위를 별개의 행위로 보고 현주건조물방화죄와 살인죄의 실체적 경합을 인정하고 있다(대판 1988.1.18, 82도 2341).

### 3) 검 토

생각건대, 이미 현주건조물방화죄(제164조 제1항)는 기수에 이른 이후이므로 그 이후에 고의가 생겨서 살해행위를 한 것은 별개의 행위로 보아야 할 것이다. 따라서 사안에서는 현주건조물방화죄만이 성립한다.

#### (3) 죄수관계

현주건조물방화죄가 이미 기수에 이른 후 이루어진 별개의 행위로 실체적 경합관계에 있다. 판례도 불을 놓은 집에서 빠져나오려는 피해자들을 막아 소사하게 한 행위는 방화행위와 살인행위는 법률상 별개의 행위라고 보았다.

#### 4. 보험회사에 대한 업무상 배임죄 및 사기죄 성부

##### (1) 업무상 배임죄 성부(제356조)

배임죄는 ① 타인의 사무를 처리하는 자가 ② 임무를 위배되는 행위를 하여 ③ 재산상 이득을 취득하여 손해를 입힌 경우 성립한다. 타인의 사무처리하는 것이 업무로 되어 있는 경우 업무상배임죄로 가중처벌 받는다. 사안의 경우 A는 보험회사 과장의 신분으로 사무 처리자의 지위를 인정할 수 있고, 보험사고를 유발하여 보험금을 청구하는 것이므로 임무를 위배된 행위를 하였고, 보험금을 취득하였으므로 업무상 배임죄에 해당한다.

##### (2) 사기죄의 성부(제347조 제1항)

사기죄는 ① 사람을 기망하여 ② 상대방이 착오에 빠져 ③ 상대방의 재물을 교부하거나 처분하게 하여 ④ 재산상 이득을 취득하여 손해를 발생시키는 것을 말한다. 기망행위는 보험회사에 보험금 지급을 청구하는 것이므로 방화사실을 숨기고 보험금을 청구하여 이를 받았으므로 사기죄가 성립한다.

##### (3) 업무상 배임죄와 사기죄의 관계

종래 판례는 사무를 처리하는 자가 본인을 기망하여 재물을 교부받은 경우 별로로 배임죄를 구성하는 것은 아니라고 보았으나, 전원합의체판결을 통해 대법원은 사기죄는 기망적 요소가 주된 요건이고, 배임죄는 임무위배가 주된 요건으로 양죄는 구성요건을 달리하는 별개의 범죄로 보았다(대판 2002.7.18, 2002도669 전원합의체).

#### 5. 소 결

甲의 죄책과 관련하여 특별한 위법성조각사유 및 책임조각사유가 보이지 않으므로, A에 대해서는 현주건조물방화치사죄가 성립하고, C에 대한 살인죄는 A에 대한 현주건조물방화치사죄와 실제적 경합에 해당한다. 또한 보험회사에 대한 업무상 배임과 사기죄의 상상적 경합이 성립한다. A를 살해한 행위에 대하여 甲은 현주건조물방화치사죄와 존속살해죄의 죄책을 지며 이는 상상적 경합의 관계에 있다. C를 살해한 행위에 대하여는 현주건조물방화죄와 살인죄의 죄책을 지며 이는 실제적 경합의 관계에 있다. 甲은 하나의 방화행위로 A에 대해 현주건조물방화치사죄를 범하고 C에 대해 현주건조물방화죄를 범한 바 그 둘은 상상적 경합관계에 있고 존속살해죄 또한 상상적 경합관계에 있다. 이 모든 죄들은 C에 대한 살인죄와는 실제적 경합관계에 있다.

## II. 설문 (2)에 대하여

### 1. 문제의 소재

乙의 죄책과 관련하여 야간주거침입절도죄(제330조)의 성립여부와 손괴죄(제366조) 성립여부와 관련하여 위법성조각사유존재여부가 문제되고, 준강도죄(제335조) 성립여부 및 기수여부를 검토한다.

### 2. 야간주거침입절도죄 (형법 제330조 제1항)

乙은 야간에 담을 넘어 유리창을 깨고 침입하였는바 제331조 제1항의 야간손괴후주거침입절도죄가 문제될 수 있지만, 판례에 따르면 야간에 주거에 침입한 후 건조물의 일부인 방문 고리를 손괴하여 잡힌 경우 등은 야간주거침입절도죄와 손괴죄의 경합범이 된다고 본다. 담을 넘을 때 주거침입이 먼저 일어난 후 손괴행위가 있었으므로 야간주거침입절도죄만 해당하고 손괴죄는 별도로 성립한다.

### 2. 손괴죄 성부(제366조)

#### (1) 문제점

유리창을 깨서 손괴죄의 구성요건에 해당하였으나 결과적으로 B의 목숨을 구한 것이 되어 형법 제22조의 긴급피난에 해당하여 위법성조각사유 객관적 정당화 상황이 존재하지만, 주관적 정당화 요소가 결여된 상태이므로 이에 대한 형법적 평가가 문제된다.

#### (2) 학 설

① 기수범설에 의하면 위법성 조각은 객관적요소와 주관적요소 두 가지 모두 충족되어야 함으로 고의가 상쇄되지 않으면 불법이 그대로 남아 기수범이 된다고 본다. ② 불능미수범설은 주관적 정당화 요소가 존재하지 않아 행위반 가치가 존재하지만 객관적결과반가치는 탈락되어 미수범과 유사한 구조가 되므로 불능미수로 취급한다고 본다. ③ 위법성조각설은 위법성조각을 위해 주관적 정당화요소는 불필요하다고 보는 입장이다.

#### (3) 검 토

불능미수범설은 구성요건적 결과가 이미 발생하였음에도 미수에 불과하다

고 하는 것은 부당하고, 위법성조각설은 위법성을 조각하기 위해서 주관적, 객관적 정당화요소를 모두 구비해야하므로 부당하여 결국 乙은 기수범설에 의하여 손괴죄에 해당한다.

#### 4. 준강도죄성부 (형법 제335조)

##### (1) 구성요건해당성

준강도는 ① 절도가 ② 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 ③ 폭행 또는 협박할 때에 성립하는 범죄이다. 주체는 절도범으로 기수여부는 명문의 규정이 없으므로 기수와 미수를 불문한다. 준강도의 고의 인정여부와 관련하여 乙의 착오가 문제되는데 乙이 현실로 인식한 행위 객체와 결과를 발생한 객체가 준강도죄의 객체인 타인에 해당하기 때문에 구체적 착오중 객체의 착오에 해당한다. 따라서 이에 대한 구체적 부합설과 법정적 부합설, 추상적부합설 모두 발생사실에 대하여 고의를 인정한다. 따라서 乙은 준강도죄에 해당한다.

##### (2) 준강도죄의 기수여부

###### 1) 문제점

준강도죄는 구성요건이 절도와 폭행협박이라는 두 가지 태양이 요구되므로 절도가 미수에 그친 경우 어느 것을 기준으로 미수여부를 가려야 하는지 문제된다.

###### 2) 학설

① 절취행위설은 주된 보호법익은 재산죄이고, 강도미수죄와 균형상 절취행위를 기준으로 해야한다는 견해이고 ② 폭행협박시설은 강도죄의 경우 재물취득은 기수성립에 영향을 미치지 않으므로 사후강도죄인 준강도를 달리 볼 필요가 없다고 한다. ③ 종합설은 준강도죄의 구성요건이 재물취득과 폭행협박이 결합된 범죄이므로 두 가지 요소 중 한 가지가 결한 경우는 미수범으로 본다.

###### 3) 판례

종래 대법원은 폭행 협박시설에 따라 절도미수범이 체포면탈을 하기 위해 폭행을 가한 경우 기수범으로 보았으나 대법원은 전원합의체 판결을 통해 제 335조 취지상 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재물탈취와 폭행 협박사이에

시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐 실질적으로 위법성은 같다고 보므로 절취행위를 기준으로 판단하여 제1설과 같은 입장이다(대판 2004.11.18, 2004도5074 전원합의체).

#### 4) 검 토

준강도죄도 본질적으로 재산범죄라는 점과 강도미수죄와의 처벌의 불균형을 고려할 때 판례의 태도가 타당하여 이에 의하면 乙은 준강도죄 미수가 성립한다.

#### 5. 소 결

乙은 담을 넘으면서 주거침입기수에 이르러 야간주거침입절도미수죄에 해당하고, 손괴죄의 경우 주관적 정당화 요소가 흠결하여 위법성 조각 사유가 있다고 볼 수 없으므로 손괴죄 기수에 해당한다. 또한 객체의 착오가 고의에 영향을 주지 않으므로 준강도죄에 해당하고 절취행위기준설에 의하여 준강도의 미수에 해당한다. 하지만 야간주거침입절도미수죄는 절도로 준강도의 구성요건에 해당하는 바, 준강도외에 절도죄는 성립하지 않는다. 결국 乙은 준강도죄와 손괴죄의 실제적 경합범이다.

### III. 설문 (3)에 대하여

#### 1. 문제의 소재

사안에서 E는 피고인 丙의 진술을 내용으로 하는 증언을 하였다. 이러한 E의 증언이 전문증거에 해당하는지 의문이 있으며 전문 진술에 해당한다면 전문법칙의 예외에 해당하는 경우에 한하여 증거능력을 가지게 되므로 전문법칙의 요건에 대한 검토가 필요하다.

#### 2. 전문법칙의 의의

전문법칙이란 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 증거로 사용할 수 없다는 것을 말한다(형사소송법 제310조의2). 전문법칙의 예외에 속하지 않는 이상 전문증거는 증거능력이 인정되지 않는다.

### 3. 전문증거의 성립요소

#### (1) 진술증거일 것

전문증거는 요증사실을 직접 체험한 자의 진술을 내용으로 하는 증거이다. 따라서 진술증거만 전문증거가 될 수 있고, 비진술증거는 전문증거가 될 수 없다.

#### (2) 요증사실과 관련 될 것

전문증거는 원진술의 내용이 된 사실 자체의 존부가 요증사실을 이루고 있어야 한다.

#### (3) 공판준비 또는 공판기일 외에서의 진술일 것

전문증거로 되기 위하여는 원진술이 공판준비 또는 공판기일에서 행해진 것이 아니어야 한다.

### 4. 사안의 해결

사안에서 피고인 丙이 “동창생인 甲이 어제 자신의 집에 불을 지른 것을 보았다”라고 말하는 것을 들었다는 E의 진술은 그 존재 자체가 명예훼손죄의 요증사실이 된다. 이는 요증사실의 일부를 이루는 진술이라는 점에서 전문증거가 아닌 원본증거에 해당하고 전문법칙이 적용되는 경우가 아니다. 따라서 A의 진술은 전문법칙이 적용되지 아니하므로 당연히 증거능력이 있다.

## IV. 설문 (4)에 대하여

### 1. 문제의 제기

甲이 공판정에는 출석을 하였으나 증언을 거부하고 있는 경우에도 형사소송법 제314조를 적용하여 참고인 진술조서의 증거능력을 인정할 수 있는지가 문제되는데, 우선 제314조의 요건을 검토해 보아야 한다.

### 2. 형사소송법 제314조의 적용 요건

#### (1) 필요성

공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 진술할 수 없는 상황에 있을

것이 요구되는데, 형사소송법은 ‘사망, 질병, 외국거주, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유’라고 규정하고 있다.

## (2) 특신 상태

그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다(대판 1999.11.26, 99도3786). 본조의 특신상태도 결국 법원이 구체적인 사건에 따라 당해 조서의 형식과 내용, 원진술자의 학력, 경력, 직업, 사회적 지위, 지능정도 등 제반사정을 참작하여 자유로운 심증으로 판단하게 될 것이다(95도484).

## 3. 증언거부가 제314조 요건을 충족하는지 여부

### (1) 학 설

학설은 ①현행법상 증인의 진술거부에 대해서는 별도로 제재규정이 마련되어 있고, 전문법칙의 예외규정은 가능한 한 제한적으로 해석하여야 하기 때문에 출석한 증인의 진술거부는 제314조의 사유에 해당하지 않는다고 보는 견해인 소극설과 ② 제314조는 그 취지가 서증의 증거능력을 지나치게 제한하여 사실인정의 자료로 사용하지 못하게 되어 확실한 범죄인을 처벌하지 못하는 우려가 있음을 고려한 규정이므로 증언거부는 제314조의 사유에 해당한다고 보아야 한다는 적극설이 있다.

### (2) 판 례

대법원은 “제314조에서 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 법정외 출석한증인이 증언거부권을 행사하여 증언을 거절한 경우도 포함된다”고 판시하여 적극설의 입장이다(대판 1992.8.14, 92도1211, 92도1244). 다만 대법원은 2004도3619사건의 경우 만 5세 무렵에 당한 성추행으로 인하여 외상 후 스트레스 증후군을 앓고 있다는 이유 등으로 공판정에 출석하지 아니한 약 10세 남짓의 성추행 피해자에 대한 진술조서의 경우에는 필요성과 신용성의 정황적 보장을 모두 갖추지 못하였다는 이유로 제314조의 적용을 부정한 사례가 있다.

### (3) 개정법의 태도 및 검토

개정법은 ‘기타사유로 인하여 진술할 수 없는 때’를 ‘소재불명 그 밖에 이에



준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'로 개정하였다. 이에 대해서 ① '그 밖에 이에 준하는 사유'가 추가된 점을 들어 증거능력에 대한 예외사유를 엄격히 한 것이라고 보는 견해와 ② '소재불명'이 열거되었다는 점을 들어 종래보다 증거능력 인정요건이 완화되었다고 보는 견해가 대립한다.

생각건대, 제161조의 과태료 부과규정은 행정적인 제재일 뿐 형사절차와는 직접관련이 없다는 점, 증거능력의 요건으로서는 필요성뿐만 아니라 특신상태가 아울러 요구되므로 그 범위가 무제한 확대되는 것을 제한할 수 있다는 점을 고려할 때 적극설과 판례의 태도가 타당하다고 볼 수 있다.

#### 4. 사안의 해결

사안에서 丙에 대한 검사 작성의 참고인 진술조서는 제314조의 필요성의 요건을 구비하였고 사안에서는 특신상태에 문제되는 상황이 보이지 않으므로 비록 丙이 증언을 거부하고 있다고 하더라도 검사 작성의 丙에 대한 참고인 진술조서는 제314조에 따라 증거능력을 가지게 된다고 볼 것이다.

### V. 설문 (5)에 대하여

#### 1. 문제의 제기

사안에서 E에 대한 검사 작성의 참고인진술조서는 피고인 甲의 방화범행을 목격한 丙의 진술을 전해들은 E의 진술을 기재한 조서이므로 전문진술을 기재한 조서이고 F의 공판정에서의 증언은 丙이 E에게, E가 F에게 말한 것을 F가 공판정에 진술한 것이므로 재전문 진술에 해당한다. 따라서 모두 재전문에 해당하는 바, 재전문의 증거능력을 인정할 수 있는지가 문제된다.

#### 2. 재전문의 의의

재전문증거란 전문법칙의 예외의 법리에 따라 증거능력을 인정받는 전문증거가 그 내용에 또 다시 전문증거를 포함하는 경우를 말한다.

#### 3. 재전문증거의 증거능력

##### (1) 학 설

학설은 ① 재전문은 이중의 예외이며 그 증거능력을 인정하는 명문의 규정  
이 없으므로 증거능력을 부정해야 한다는 부정설과 ② 법정 외의 진술 하나하  
나가 전문법칙의 예외의 요건을 충족하는 때에는 증거로 할 수 있다고 해석하  
는 긍정설, ③ 재전문증거는 재전문진술이나 재전문을 기재한 진술조서는 물  
론 전문을 기재한 진술조서의 경우에도 최초의 진술자인 피고인이나 증인이  
공판정에서 그러한 진술을 한 사실이 있음을 인정하지 않는 이상 증거로 할  
수 없다는 제한적 긍정설이 있다.

## (2) 판례

대법원은 “전문진술이 기재된 조서는 제312조 또는 제314조의 규정과 제  
316조 규정의 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 인정되지만, 재전문  
진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 달리 그 증거능력을 인정하  
는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는 데 동의하지  
아니하는 한 제310조의2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다.”(대판  
2000.3.10, 2000도159)라고 판시하여 긍정설의 입장과는 달리 제한적 입장에  
서서 재전문을 허용하는 태도를 취하고 있다.

## (3) 검토

생각건대, 1차 전문에 대하여 법이 증거능력을 인정한 이상, 요건을 충족  
한 재전문과 구별하여야만 하는 합리적 이유는 없어 보인다. 그러므로 재전문  
증거가 전문성이 부가되는 길목마다 전문법칙의 예외 조건이 누적적으로 구  
비되면 실체진실의 발견의 취지에서 증거로 인정함이 타당하다고 보여 진다.

## 4. 사안의 경우

E에 대한 검사 작성의 참고인진술조서의 증거능력과 관련해서는 참고인  
진술조서에 대하여는 형사소송법 제314조 제4항을 유추준용하여, A의 진술  
에 대하여는 제316조 제2항의 요건이 구비되어야 하고, F의 공판정에서의  
진술과 관련해서는 甲의 진술과 E의 진술 모두에 제316조 제2항의 요건이  
구비되어야 증거능력을 인정할 수 있다.