

Free Public Edition

제7판

법학 입문

Introduction to Criminal Law, Book 2
Application

형사법 2

응용과 적용

김해마루 지음

울현출판사

Introduction to Criminal Law,
Application

Book 2

형사법 2

응용과 적용

그동안 배운 내용을 토대로 응용해 보자. 법원이 실제로 **형량**을 어떻게 정하는가?

이것을 이해하려면 먼저 죄의 개수에 관한 이론, 즉 죄수론을 알아야 한다.

- 1. 지금까지 1명(단독범)이 저지른 1개 죄(일죄)를 배웠다면,
- 2. 이제 여러 명(**공범**)이 저지른 경우 또는 여러 죄(**수죄**)를 볼 차례다.

증거 없는 유죄판결을 내릴 수 없으므로, **증거법**도 알아야 한다.

- 1. 형사 증거법 중 **전문법칙**이 가장 중요하고 특히 어렵다.
- 2. “형사법의 꽃”인 전문법칙을 이해하려면, 수사, 공판절차의 진행과 구조를 정확히 알아야 한다. 필연적으로, 형사구조론을 다시 한번 정리하는 시간이 될 것이다.

형사법 1 – 형사법 기초 | Basic Criminal Law

- 제1강 형사구조론 | Criminal Procedure Outline
- 제2강 구성요건론 | Theory of Offense Components
- 제3강 위법성론 | Theory of Unlawfulness
- 제4강 책임론 | Theory of Criminal Responsibility

형사법 2 – 응용과 적용 | Application

- 제5강 죄수론 | Theory for Determining the Number of Crime
- 제6강 형벌론 | Theory of Criminal Punishment
- 제7강 공범론 | Theory of Complicity
- 제8강 증거법 | Evidence Rule
- 제9강 전문법칙의 예외 | Hearsay Exceptions

제5강

죄수론

Theory for Determining the Number of Crimes

죄의 개수를 판별하고 이를 처리하는 방법에 관하여

죄수론에서는 다음을 공부한다.

- 1. 죄의 개수가 몇 개인지?
- 2. 여러 죄들 사이의 관계는 어떠한지?
- 3. 그에 따라 처벌하는 방법은 어떻게 달라지는지?

예를 들어, 다음 사이에 어떤 차이가 있는지 본다.

- 1. 한 번에 여러 명을 죽이는 것
- 2. 여러 번에 걸쳐 한 명씩 죽이는 것

Theodor Hildebrandt
Die Ermordung der Söhne Eduards IV. (The Murder of the Sons of Edward IV)
1835, oil on canvas, 150 × 175 cm, Museum Kunstpalast, Düsseldorf



들어가며	2	실체적 경합	43
죄수 개관	6	상상적 경합	66
법조경합	11	공소사실 동일성	86
포괄일죄	28	종합문제	121

제6강

형벌론

Theory of Criminal Punishment

법원이 형량을 결정하는 과정에 관하여

사형, 징역, 벌금형, 몰수, 추징 등 우리나라의 **형벌**과 그 **체계**, **형량**은 어떻게 책정되는지를 살펴본다.

- 1. 사실 형벌 자체를 공부하는 것은 어렵지 않다.
- 2. 그러나 여러 죄가 **경합**할 때 법적으로 형량 범위가 어떻게 되는지를 결정하는 것이 다소 까다롭다. 우리나라는 미국식 단순합산 방식을 택하지 않았기 때문이다.

그 결과 죄수론과 형벌론 모두 상당히 어렵다. 그러나 수험생은 두 가지 중 어느 것 하나라도 피할 수 없고, 반드시 이해해 정복해야 한다. 그래야 비로소 여러 범죄가 있을 때 몇 년 이상 몇 년 이하의 징역이 가능한지 알 수 있다.

Paul Delaroche
The Execution of Lady Jane Grey
1833, oil on canvas, 246 × 297 cm, The National Gallery, London



형 개념	136	가중, 감경 순서	208
형 결정 순서	142	특별법상 가중	219
형 종류	145	동시적 경합범 처분	228
사형	155	죄수/형벌론과 상소	240
징역, 금고, 구류형	158	누범	252
자격상실형, 자격정지형	165	특별법과 누범	258
벌금형, 과료형	167	양형	267
몰수형, 추징, 폐기	171	보안처분	271
형 가중	183	집행유예	281
형 감경	193	선고유예	297
형 선택	204	가석방	305

제7강

공범론

Theory of Complicity

여러 사람이 함께 죄를 범할 때의 처리에 관하여

공범론이란, 다음에 관한 논의다.

- 1. 여러 사람이 범죄에 가담했을 때 각자가 서로 어떤 관계에 있는지?
- 2. 그에 따라 처벌하는 방법이 어떻게 달라지는지?

형법학에서 가장 견해대립이 치열한 부분이다. 크게 두 줄기의 해석론이 있는데, 그 분기점은 **공범의 종속성**에 관한 시각차다.

이번 강의의 목표는 다음과 같다.

- 1. 공범의 종속성이 무엇인지 이해하기
- 2. 그에 따라, **공동정범**, **교사범**, **종범**, **간접정범**의 관계를 어떻게 보아야 하는지 검토하기

Peter Paul Rubens with Jan Wildens
Raub der Töchter des Leukippos (The Rape of the Daughters of Leucippus)
c. 1618, oil on canvas, 224 × 211 cm, Alte Pinakothek, Munich



일반적 공범과 필수적 공범	312	공동정범	354
정범과 공범	314	교사범	373
필수적 공범	317	방조범	383
형법총칙상 공범 규정의 적용	323	공범과 신분	395
공범의 종속성 이론	335	간접정범	418
범죄 종속 방식 채택설	341	특수교사, 방조	437
위법 종속 방식 채택설	347	공범과 공소시효	441

제8강

증거법

Evidence Rule

재판에서 증거가 어떻게 쓰이고 어떤 증거가 허용되는지에 관하여

민사소송법과 형사소송법 모두 증거법 체계를 갖고 있다. 그렇지만, 형사 증거법이 더 중요하다. 민사사건과 달리 형사사건은 **공판 이전에 수사**라는 단계가 존재하기 때문에, 인권침해 위험이 더 크기 때문이다. 즉, 형사 증거법은,

- 1. **진실발견**에 그치지 않고,
- 2. 피고인의 **인권보장**이라는 과제까지 추구해야 한다.

따라서 형사소송법은,

- 1. 일정한 증거는 법관이 사용하지 못하게 하고,
- 2. 또 일정한 증거는 법관이 믿지 못하게 했다.

이처럼 형사 증거의 사용에는 많은 제한이 따르고 특히 신중한 판단이 필요하다. 그 기준은 진실발견과 인권보장의 **조화**다. 쉬운 문제가 아니기 때문에, 형사 증거법은 규정과 해석론 모두 복잡하다. 이론적으로든 실무적으로든 수험적으로든, 매우 중요한 부분이기도 하다.

Jakub Schikaneder
Vražda v domě (Murder in the House)
1890, oil on canvas, 203 × 321 cm, Národní galerie Praha, Prague



증거법 기초 개념	452	위법수집증거배제법칙	488
증거 종류	460	자백배제법칙	505
심증 형성	469	전문법칙	507
증거법의 체계	478	자백보강법칙	513

제9강

전문법칙의 예외

Hearsay Exceptions

전달된 진술을 증거로 쓰기 위한 요건에 관하여

목격자가 직접 법원에 진술하지 않고, 다른 사람이나 서류를 통해 그 진술이 법원에 전달되는 경우가 있다. 이렇게 전달된 증거를 **전문증거**라 부른다.

- 1. 물론, 전달된 증거도 증거로 사용할 필요는 있다.
 - 2. 그럼에도, 여러 문제가 있기 때문에 원칙적으로 유죄 증거로 사용하지 못하게 했다.
- 이 법칙을 **전문법칙**이라 한다.

다만, **예외적**으로 전문증거라도 유죄 증거로 사용할 수 있는 경우가 있다. 그 요건을 알기 위해서는, 단순히 해당 조문만 확인하는 것으로 부족하다. 수사, 공판절차 구조를 이해해야 비로소 위 예외 요건을 정확히 이해할 수 있다. 결국,

- 1. 전문법칙은 형사 증거법의 꽃이고,
- 2. 전문법칙의 이해는 **형사절차의 이해** 그 자체다.

Honoré Daumier
Crispin et Scapin (Crispin and Scapin)
c. 1864, oil on canvas, 61 × 83 cm, Musée d'Orsay, Paris



기초 개념	526	수사기관의 검증조서	603
전문증거의 체계	532	사인의 전문서류	614
전문법칙의 예외	547	전문진술	644
증거동의	551	원진술자의 진술 불가능	650
법원의 조서	566	당연 증거능력 서류	659
수사기관의 피의자신문조서	577	공범과 공동피고인 진술	663
수사기관의 참고인진술조서	587	정리	685

일러두기

1. 문법상 작은따옴표가 맞아도, 시각적 효과를 위해 큰따옴표를 사용했다.
2. 법령 이름은 법제처 산하 법률 제명 약칭 위원회의 “법률 제명 약칭 기준”에 따른 약칭이 있을 경우 그 약칭으로 표기했다. 인용한 법령은 2026. 8. 시행 중인 것을 기준으로 하되, 형사소송법, 공소청법, 중수청법은 2026. 10., 법원조직법은 2028. 3. 시행 예정인 것을 기준으로 한다.
3. 판례번호는 “대법원 2026. 7. 16. 선고 2026도1894 판결”을 “2026도 1894”로 기재하는 식으로 사건번호만 표기하면서, 단기(檀紀) 연도는 서기 두 자리 연도로 같음했다. 단, 하급심 재판은 법원명을 “○○고법”, “○○행법”, “○○지법”, “○○지원”처럼 약칭해 함께 표기했다. 한편, 대법원 전원합의체 판결은 “전합”이라고 부기했지만, 헌법재판소 전원재판부 결정은 별도로 “전원재판부”라고 표시하지 않았고, 어느 경우든 법정 의견만 인용했다.
4. 기출문제가 곳곳에 있다. 공부 방향 설정에 참고하라고 넣은 것이다. 정답과 풀이는 제공하지 않는다.
5. 법령, 판례, 기출문제는 원문 그대로 인용하되, 비문 교정 또는 간결한 표현 등을 위해 수정한 부분은 “[]”로 표시했다. 단, 띄어쓰기는 별도의 수정 표시 없이 맞춤법에 맞게 교정했고, 가운데띄점(·), 아래아(ㄱ, ㄴ), 불릿(·) 등은 모두 쉼표(,) 또는 마침표(.)로 바꿨다.
6. 영문 병기는 한국법제연구원 “대한민국영문법령”과 대법원 “각급 기관 및 직위의 영문표기에 관한 내규”를 기본으로 하되, 뜻을 보다 명확히 전달하기 위해 의역한 용어도 있다. 영문 병기를 한 이유는 “외국인에게 일상적 용어로 우리 법률개념을 표현할 수 없다면 그 제도를 이해하지 못한 것”이라는 지은이의 신념을 담은 것이다.
7. 삽입한 법률서류는 실제 사건 양식을 참고하되, 인적사항과 구체적 내용은 가공했다.
8. 이 책 내용이 소속 기관의 견해와 반드시 일치하는 것은 아니다. 단, 기본 법리는 오로지 통설과 대법원 판례에 따라 설명했다. 쟁점에 관한 개인적 주장 또는 견해는 철저히 배제했다.

제7판 머리말

이 책은 수험용 형사법(형법, 형사소송법) 입문서다.

즉, 민사법(5권), 형사법(2권), 공법(1권)으로 구성된 8권짜리 “법학 입문” 시리즈의 일부로, 그중 형사법 제2권 “응용과 적용” 편에 해당한다. 이 시리즈는 제4판(2017)까지 “누워서 읽는 법학”이라는 이름으로 출간했고, 제5판(2019)부터는 “법학 입문”으로 이름을 바꿨다.

이번 제7판(2026)에서는 제6판(2023) 이후의 법령 개정과 새로 나온 판례를 반영했다.

배움은 단계를 뛰어넘어선 안 되고(學不可躐等), 조급하고 경솔하게 해서도 안 되니(不可草率), 그렇게 하면 헛되이 마음과 힘만 낭비할 뿐이다(徒費心力). 반드시 차례와 순서에 따라(須依次序), 올바른 방법으로 이해해야 한다(如法理會). 그렇게 하여 경전 하나를 충분히 익히면(一經通熟), 다른 책들도 쉽게 읽을 수 있게 된다(他書亦易看).
— “주자어류(朱子語類)” 제11권 ‘독서법 하(讀書法下)’ 중에서

이 책은 법학을 이해하기 위한 최소한의 이론, 즉 다음 단계로 나아가기 위해 반드시 알아야만 하는 것부터 하나씩 쌓아가는 방식으로 서술했다. 이 시리즈의 공법, 형사법, 민사법 과목 사이에는 별도의 선후관계가 없으나, 같은 과목 안에서는 제1권(제1강 → 제2강 → 제3강 → 제4강), 제2권(제5강 → 제6강...), 제3권... 식의 순서를 따른다. 예를 들어, 형벌론에서 가장 먼저 이해해야 할 부분은 제2권 제6강 “형벌론”이 아니라 제1권 제1강 “형사구조론”에 있다. 제6강 내용은 제1강부터 제5강까지를 이해한 이후에야 비로소 파악할 수 있는 나머지 형벌론이다. 만약 제1강도 모른 채 제6강 하나만을 먼저 본다면, 형벌론을 이해하는 데에도 제1강부터 제6강까지 여섯을 순서대로 다 읽은 사람보다 오히려 더 오래 걸릴 것이다. 같은 강 안에서의 서술도 마찬가지다. 부디 순서대로 읽기를 바란다.

이번 제7판 역시 많은 분들의 도움으로 완성할 수 있었다.

아낌없는 조언을 해주신 강동호 님(아주대학교 법학전문대학원), 강현 변호사 님(한신대학교 겸임교수), 견대영 님, 김기만 님(국방부), 김별다비 경정님(경찰청, 변호사), 김승환 님(University of Cambridge, MPhil Classics), 김윤정 경정님(충청남도경찰청), 김현경 서기관님(외교부), 노진탁 님(전남대학교 법학전문대학원), 박수정 변호사님(법무법인 빗), 오현수 변호사님(법무법인(유한) 태평양), 전성환 님(연세대학교 신촌캠퍼스), 정수연 변호사님(법무법인 해운), 조다솔 변호사님, 조민지 서기관님(통일부), 최가희 변호사님(청주지방법원 전임회생위원), 하민희 님, 한종현 변호사님께 감사드립니다.

특히 오현수 변호사님은 시리즈 초기부터 변함없이 큰 힘이 되어 주셨다. 하민희 님과 한종현 변호사님 부부, 김현경 서기관님, 정수연 변호사님은 법률 용어의 영문표기 오류와 부적절한 표현까지 바로잡아 주셨고, 김승환 님은 라틴어 법언도 꼼꼼히 교정해 주셨다.

어떤 일이 있더라도, 또 어느 누가 뭐라 하더라도, 이 책을 읽는 모든 분이 항상 다음 네 가지를 중심에 두기를 당부한다.

조문, 판례, 기출문제, 강약조절.

이것이 수험 법학의 전부이며, 합격의 유일한 방법이다.

제5강

죄수론

Theory for Determining the Number of Crimes



Theodor Hildebrandt, *Die Ermordung der Söhne Eduards IV. (The Murder of the Sons of Edward IV)*
1835, oil on canvas, 150 × 175 cm, Museum Kunstpalast, Düsseldorf

죄의 개수를 판별하고 이를 처리하는 방법에 관하여

- 죄수론에서는 다음을 공부한다.
 - 1. 죄의 개수가 몇 개인지?
 - 2. 여러 죄들 사이의 관계는 어떠한지?
 - 3. 그에 따라 처벌하는 방법은 어떻게 달라지는지?
- 예를 들어, 다음 사이에 어떤 차이가 있는지 본다.
 - 1. 한 번에 여러 명을 죽이는 것
 - 2. 여러 번에 걸쳐 한 명씩 죽이는 것

들어가며
Introduction

적이 강할수록 차지한 승리도 크다. - William Shakespeare

죄수론이 다루는 문제

개념

죄수론에서 “죄수”란? 죄의 개수(number of crimes)를 말한다.

감옥에 있는 죄수(prisoner)가 아니다.

사례

1. 사람을 죽이면 살인죄다.

형법 제250조(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

2. 물건을 부수면 재물손괴죄다.

형법 제366조(재물손괴등) 타인의 재물...을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 기 효용을 해한 자는 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

그런데, 2명이 타고 있는 자동차에 폭탄을 설치하고 점화했다면?



즉,

1. 사람 2명을 죽이고,
2. 자동차를 폭파하고,
3. 죽은 사람이 입고 있던 옷을 타 버리게 만들고,
4. 근처에 있던 행인 1명도 다치게 했다.

문제점

이 경우 다음 문제가 생긴다.

1. 죄가 몇 개인가(number)?
2. 그 죄들 간에 어떤 관계가 있는가(relationship)?

죄수론은 이런 문제를 다룬다.

죄수론 의의

형벌론과의 연결고리

죄수론은 어떤 형벌(punishment)을 가할 수 있느냐, 가해야 하느냐 문제와도 연결된다.

사례 제시

1. 교통사고로 사람을 죽게 하면 교통사고처리법위반(치사)죄다.

교통사고처리법 제3조(처벌의 특례) ① 차의 운전자가 교통사고로 ... 「형법」 제268조의 죄를 범한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.
형법 제268조(업무상과실, 중과실 치사상) 업무상과실 또는 중대한 과실로 사람을 사망이나 상해에 이르게 한 자는 5년 이하의 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

법정형: 금5↓ or 벌2,000↓

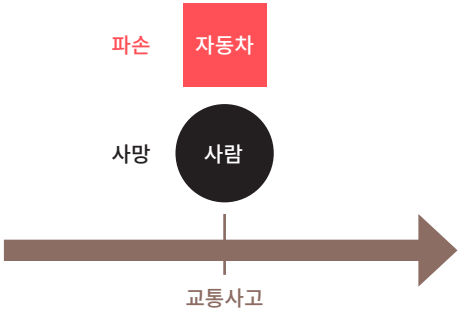
2. 교통사고로 다른 사람의 자동차를 파손하면 도로교통법위반죄다.

도로교통법 제151조(벌칙) 차...의 운전자가 업무상 필요한 주의를 게을리하거나 중대한 과실로 다른 사람의 ... 재물을 손괴한 경우에는 2년 이하의 금고나 500만 원 이하의 벌금에 처한다.
--

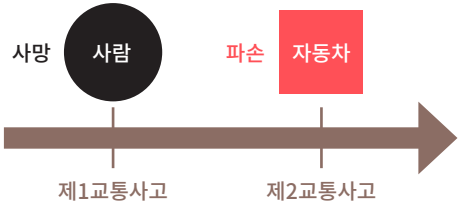
법정형: 금2↓ or 벌500↓

그런데, 죄들 관계가 다를 수 있다.

1. 한 번의 교통사고로 1명을 죽게 하고 동시에 1개의 자동차를 파손한 경우가 있다.



2. 첫 교통사고로 1명을 죽게 한 뒤, 얼마 뒤에 또 다른 교통사고를 내서 1개의 자동차를 파손한 경우가 있다.



사례의 처리

- 1. 두 경우를 똑같이 처벌하지는 않는다. 두 경우 모두 각각 교통사고처리법위반(치사)죄와 도로교통법위반죄라는 2개의 범죄를 저지른 것이긴 하다. 그러나 그 두 개의 죄가 서로 다른 관계(relationship)에 있기 때문이다.
 - 2. 즉, 죄와 죄 사이 관계에도 어떤 종류(variety)가 있다.
- 벌금형을 논외로 하고, 금고형(imprisonment)만 비교하면,
- 1. 한 번의 교통사고로 1명을 죽게 하고 동시에 1개의 자동차를 파손한 경우 → 5년 이하 금고

형법 제40조(상상적 경합) 한 개의 행위[→ 1번의 교통사고]가 여러 개의 죄[→ 교통사고처리법위반(치사)죄, 도로교통법위반죄]에 해당하는 경우에는 가장 무거운 죄[→ 교통사고처리법위반(치사)죄]에 대하여 정한 형[→ 5년 이하 금고]으로 처벌한다.

- 2. 첫 교통사고로 1명을 죽게 한 뒤, 얼마 뒤에 또 다른 교통사고를 내서 1개의 자동차를 파손한 경우 → 7년 이하 금고

형법 제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

- 2. 각 죄에 대하여 정한 형이 ... 같은 종류의 형[→ 금고형]인 경우에는 가장 무거운 죄[→ 교통사고처리법위반(치사)죄]에 대하여 정한 형의 장기[→ 5년]...에 그 2분의 1까지 가중[→ 7년 6개월(= 5년 × 1.5)]하되 각 죄에 대하여 정한 형의 장기...[를] 합산한 형기[→ 7년(= 5년 + 2년)]...를 초과할 수 없다. ...

이처럼 형량이 달라지기 때문에, 죄수론은 매우 중요하다.

형법규정

체계

- 1. 형법은 제1편 총칙 제2장 죄 제5절 경합범 제37조부터 제40조까지 “경합범” 및 “상상적 경합”에 관한 규정을 두고 있다.
- 2. 이것이 죄수론에 관한 형법규정이다.

형법
제1편 총칙
제2장 죄
제5절 경합범[제37조~제40조]

난이도

죄수를 직접 규정한 조항은 위와 같이 비록 4개뿐이지만, 내용이 어렵다.

죄수론과 형벌론은 기술적이고 실무적 부분이 많다.

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정 전에 범한 죄를 경합범으로 한다.

형법 제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형이 사형, 무기징역, 무기금고인 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형으로 처벌한다.
2. 각 죄에 대하여 정한 형이 사형, 무기징역, 무기금고 외의 같은 종류의 형인 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형의 장기 또는 다액(多額)에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 대하여 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 다만, 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과(併科)할 수 있다.
3. 각 죄에 대하여 정한 형이 무기징역, 무기금고 외의 다른 종류의 형인 경우에는 병과한다.

② 제1항 각호의 경우에 징역과 금고는 같은 종류의 형으로 보아 징역형으로 처벌한다.

형법 제39조(판결을 받지 아니한 경합범, [여러] 개의 판결과 경합범, 형의 집행과 경합범) ① 경합범중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

③ 경합범에 [따른] 판결의 선고를 받은 자가 경합범 중의 어떤 죄에 대하여 사면 또는 형의 집행이 면제된 때에는 다른 죄에 대하여 다시 형을 정한다.

④ 전 3항의 형의 집행[에서는] 이미 집행한 형기를 통산한다.

형법 제40조(상상적 경합) 한 개의 행위가 여러 개의 죄에 해당하는 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형으로 처벌한다.

결론

강의목표

죄수론 강의의 목표는 이 4개 조항을 설명하는 것이다.

전제사항

이 강의에서는 편의상 위법성조각사유나 책임조각사유가 없는 것을 전제한다.

죄수 개관

Overview of the Number of Crimes

만물의 근원은 수다. - Pythagoras

일죄와 수죄

복습: 죄수 유형

일죄(singular crime): 죄의 수가 1개

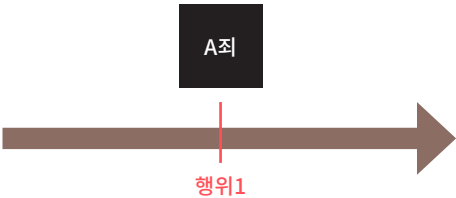
수죄(plural crime): 죄의 수가 2개 이상

상식적으로 생각하면 된다.

복습: 일죄

어떤 행위(action)로 1개의 구성요건(offense components)을 실현하는 경우. 일죄는 다시 다음과 같이 나뉜다.

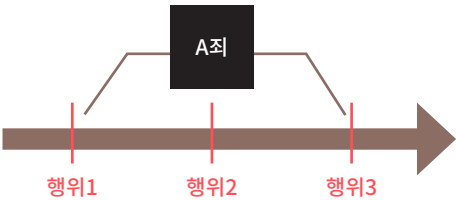
- 1. 단순일죄(simple-singular crime): 1개의 행위로 1개의 구성요건을 실현하는 경우.



예: 1개의 폭탄을 터뜨려 1명을 죽이면 → 살인죄의 단순일죄

형법 제250조(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

- 2. 포괄일죄(inclusive crime): 2개 이상의 행위로 1개의 구성요건을 실현하는 경우.



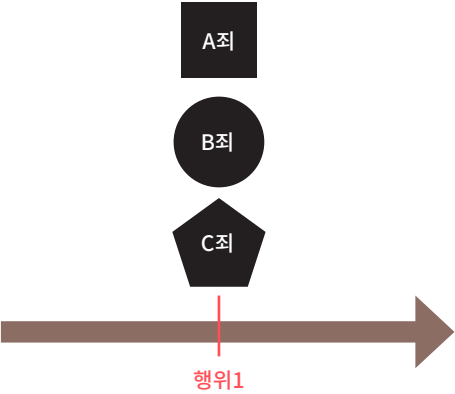
예: 3차례에 걸쳐 폭탄을 터뜨려 끝내 1명을 죽이면 → 살인죄의 포괄일죄

65도695: 살해할 목적으로 1964. 8. 29. 및 같은 [해] 9. 30. 두 차례에 걸쳐 그 예비 행위를 하고 드디어 같은 해 10. 2. [같은 사람]을 살해했다. 그동안에 고[의]의 갱신이 있었다고는 할 수 없으므로 피고인[을] ... 1개의 살인기수죄로서 처단하여야 한다.]

복습: 수죄

어떤 행위로 2개 이상의 구성요건을 실현하는 경우, 수죄는 다시 다음과 같이 나뉜다.

- 1. 상상적 경합(ideal concurrence of crimes): 1개의 행위로 2개 이상의 구성요건을 실현하는 경우.

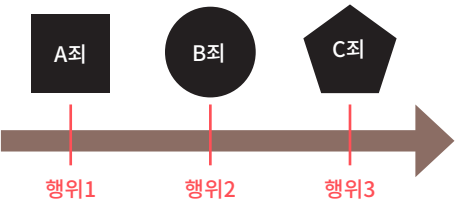


예: 1개의 폭탄을 터뜨려 동시에 3명을 죽이면 → 3개 살인죄의 상상적 경합

형법 제40조(상상적 경합) 한 개의 행위가 여러 개의 죄에 해당하는 경우...

광주고법72노19: 피고인은 수치심과 그 처지를 비관하여 출산한 여아 2명을 살해할 것을 결심하고 이불로 덮어씌워 둥으로써 질식 사망케 [했다.] ... 피고인의 [위 행위]는 형법 제250조 제1항[→ 살인죄]에 각[각] 해당[한다.] ... 이는 일개의 행위가 [여러] 개의 죄명에 해당하는 상상적 경합법 관계에 있[다.]

- 2. 실체적 경합(real concurrence of crimes): 2개 이상의 행위로 2개 이상의 구성요건을 실현하는 경우(각 행위마다 구성요건 실현).



예: 폭탄을 3번 터뜨려 한 번에 한 명씩 죽이면 → 3개 살인죄의 실체적 경합

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄 [등을] ... 경합범으로 한다.

91도1637: 휴대하고 있던 권총에 실탄 6발을 장전하여 처와 자식들의 머리에 각기 1발씩 순차로 발사하여 살해하였다면, 피해자들의 수에 따라 [여러] 개의 살인죄를 구성한다.

실체적 경합(범)을 짧게 경합(범)(concurrency of crimes)이라 줄여 부른다.

일죄와 수죄의 구별

문제점

일죄인지 수죄인지 어떻게 구별하나?

구성요건적 평가

어떤 구성요건(offense components)을 침해하는지를 검토한다.

2000도4880: 원래 조세포탈법의 죄수는 위반사실의 <u>구성요건 충족 [횟]수를 기준</u> 으로 1죄가 성립하는 것이 <u>원칙</u> 이다.]
2024도3061: 강제추행죄는 특별한 사정이 없는 한 <u>행위마다</u> 1개의 범죄가 성립[한다.]
87도564: 문서에 2인 이상의 작성명의인이 있을 때에는 각 명의자마다 1개의 문서가 성립[한다. 그러]므로 2인 이상의 연명으로 된 문서를 위조한 때에는 <u>작성명의인의 수대로</u> 수개의 문서위조죄가 성립[한다.]

보호법익의 측면

같은 구성요건의 범죄가 여러 차례 이루어지고 있다면, 침해하는 보호법익이 몇 개인지를 고려해야 한다.

보호법익(legal good; protected legal interest)이란? 형법이 보호할 가치가 있는 이익을 말한다. 살인죄의 보호법익은 사람의 생명, 절도죄의 보호법익은 소유권이다.

1. 피해자별로 보호법익이 다르기 때문에, 수죄로 인정한 사례

2001도6130: 수인의 피해자에 대하여 각[각] 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우[는? 고]의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 <u>피해자의 피해법익은 독립</u> [적이 다. 그러]므로 이를 포괄일죄로 파악할 수 없고 <u>피해자별로 독립한 사기죄</u> 가 성립된다.
--

2. 보호법익이 공중의 신뢰이므로, 수차례의 행위를 일죄로 인정한 사례

96도1181: 신용카드의 각 부정 사용의 <u>피해법익도 모두</u> 위 신용카드를 사용한 <u>거래의 안전</u> 및 이에 대한 공중의 신뢰인 것으로 동일하[다. 그러]므로, 피고인이 동일한 신용카드를 위와 같이 부정 사용한 행위는 <u>포괄하여 일죄</u> 에 해당[한다.]
--

판단의 어려움

여러 실제 사안에서, 일죄와 수죄를 구별하는 것은 어렵다.

1. 일죄로 본 사례

형법 제123조(직권남용) 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 <u>의무없는 일을 하</u> 게 하거나 사람의 <u>권리행사를 방해</u> 한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.
2008도7312: 상급 경찰관이 직권을 남용하여 부하 경찰관들의 수사를 중단시키거나 사건을 다른 경찰관서로 이첩하게 [했다.]

[이] 경우, 일단 ‘부하 경찰관들의 수사권 행사를 방해한 것’에 해당함과 아울러 ‘부하 경찰관들로 하여금 수사를 중단하거나 사건을 다른 경찰관으로 이첩할 의무가 없[는데도] 수사를 중단하게 하거나 사건을 이첩하게 한 것’에도 해당된다고 볼 여지가 있다. 그러나 이는 어디까지나 하나의 사실을 각기 다른 측면에서 해석한 것에 불과[하다. 즉,] ‘권리행사를 방해함으로 인한 직권남용권리행사방해죄’와 ‘의무 없는 일을 하게 함으로 인한 직권남용권리행사방해죄’가 별개로 성립하는 것이라고 할 수는 없다.

따라서 위 두 가지 행위 [모습]에 모두 해당하는 것으로 기소된 경우, ‘**권리행사를 방해함으로 인한 직권남용권리행사방해죄**’만 성립하고 ‘**의무 없는 일을 하게 함으로 인한 직권남용권리행사방해죄**’는 따로 성립하지 [않는다.]

2. 수죄로 본 사례

형법 제124조(불법체포...) ① 재판, 검[사], 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직권을 남용하여 사람을 체포...한 때에는 7년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.

형법 제123조(직권남용) 공무원이 직권을 남용하여 ... 사람의 **권리행사를 방해**한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2013도16162: 피고인이 인신구속에 관한 직무를 집행하는 사법경찰관으로서 체포 당시 상황을 고려하여 경험칙에 비추어 현저하게 합리성을 잃지 않은 채 판단하면 체포 요건이 충족되지 아니함을 충분히 알 수 있었[다. 그런]데도, 자신의 재량 범위를 벗어난다는 사실을 인식하고 그와 같은 결과를 용인한 채 사람을 체포하여 권리행사를 방해하였[다.]

[그렇다]면, **직권남용체포죄와 직권남용권리행사방해죄가 성립한다.**

연습문제

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 13.] 직권남용권리행사방해죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 인신구속에 관한 직무를 집행하는 사법경찰관이 체포 당시 상황을 고려하여 경험칙에 비추어 현저하게 합리성을 잃지 않은 채 판단하면 체포 요건이 충족되지 아니함을 충분히 알 수 있었는데도, 자신의 재량 범위를 벗어난다는 사실을 인식하고 그 결과를 용인한 채 사람을 체포하여 권리행사를 방해하였다면, 직권남용체포죄와 직권남용권리행사방해죄가 성립한다.
- ㄴ. 상급 경찰관이 직권을 남용하여 부하 경찰관의 수사를 중단시키거나 사건을 다른 경찰관으로 이첩하게 한 경우, 부하 경찰관의 수사권 행사를 방해한 것에 해당함과 아울러 부하 경찰관으로 하여금 수사를 중단하거나 사건을 이첩할 의무가 없[는데도] 이를 하게 한 것에도 해당하므로, ‘권리행사를 방해함으로 인한 직권남용권리행사방해죄’와 ‘의무 없는 일을 하게 함으로 인한 직권남용권리행사방해죄’가 별개로 성립한다.

결론

기호

- 1. A, B의 상상적 경합 $\rightarrow A\otimes B$
- 2. A, B의 실체적 경합 $\rightarrow A\oplus B$
- 3. A의 포괄일죄 $\rightarrow (((A)))$

위 기호들은 아직 학계에서 통용되는 것이 아니다. 이 점 유의하라.

정리

	1개의 구성요건	여러 개의 구성요건
1개의 행위	단순일죄 A	상상적 경합 $A\otimes B$
여러 개의 행위	포괄일죄 $(((A)))$	실체적 경합 $A\oplus B$
죄수	일죄	수죄

법조경합

Concurrence of Provisions

가장 중요한 것들이 가장 사소한 것들로 좌우돼서는 안 된다.
- Johann Wolfgang von Goethe

의의

개념

법조경합(concurrence of provisions)이란, 어떤 행위,

- 1. 겉보기에 여러 개의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이지만,
 - 2. 실제로는 1개의 구성요건만 적용해 1죄로 되는 경우를 말한다.
- 어떤 행위를 두고 법조항들끼리 다투서 하나를 적용하기에, 법조경합이라 한다.

사례

사람을 칼로 찔러 죽였다.

- 1. 살인죄가 문제 되는 것은 당연하다.

형법 제210조(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

- 2. 피해자 옷이 칼에 찢기고 피범벅이 되었을 것이므로, 재물손괴죄도 해당할 것 같다.

형법 제366조(재물손괴등) 타인의 재물...을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 기 효용을 해한 자는 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

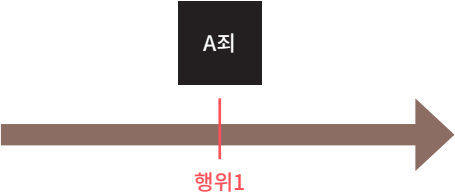
- 3. 피해자가 심장이 멎기 전까지는 살아 있었으므로, 상해죄도 해당할 것 같다.

형법 제257조(상해, 존속상해) ① 사람의 신체를 상해한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

하지만 실제로는,

- 1. 살인죄만 성립하고,
- 2. 원칙적으로 나머지 범죄들은 성립하지 않는다.

A죄? vs B죄? vs C죄?



살인죄, 재물손괴죄, 상해죄에 해당하는 법조항들이 경합을 해 결국 살인죄만 적용한다. “살인죄, 재물손괴죄, 상해죄가 법조경합 관계에 있다.”라고 한다.

효과

법조경합이 있는 행위는 단순일죄가 된다. 위 사례에서 살인죄의 단순일죄가 성립한다.

종류

법조경합은 다음 3가지 유형으로 분류할 수 있다.

1. 특별관계: 특별법(the special) > 일반법(the general)

특별법은 일반법을 폐지한다(*Lex specialis derogat legi generali*; A specific law repeals a general law).

2. 보충관계: 기본법(the primary) > 보충법(the subordinate)

기본법은 보충법을 폐지한다(*Lex primaria derogat legi subsidiariae*; Primary law repeals subordinate law).

3. 흡수관계: 전부법(the complete) > 부분법(the incomplete)

전부법은 부분법을 폐지한다(*Lex consumens derogat legi consumptae*; Complete law repeals incomplete law).

기호

1. A, B의 법조경합 결과 A만 적용 $\rightarrow A \ominus B$

2. A, B의 법조경합 결과 B만 적용 $\rightarrow B \ominus A$

위 기호도 학계에서 통용되는 것이 아니라, 이해의 편의를 위해 임의로 붙인 것이다. 이 점 유의하라.

법조경합과 다른 죄수관계의 비교

법조경합과 포괄일죄

1죄라는 점에서 서로 같다. 그러나

1. 포괄일죄: 여러 개의 행위
2. 법조경합: 1개의 행위

법조경합과 실체적 경합

1. 실체적 경합: 여러 개의 행위에 수죄
2. 법조경합: 1개의 행위에 1죄

법조경합과 상상적 경합

1개의 행위가 있는 점에서 서로 같다. 그러나

- 1. 상상적 경합: 수죄
- 2. 법조경합: 1죄

2012도1895: 상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 [여러] 개의 구성요건을 충족하는 경우를 말[한다.]

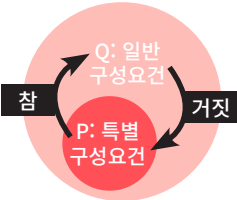
2024도16239: 법조경합은 1개의 행위가 외관상 [여러] 개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이거나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말[한다.]

실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한[다.]

특별관계

개념

- 특별관계란? 어느 구성요건이,
- 1. 다른 구성요건의 요소를 포함하면서,
 - 2. 나아가 특별한 요소까지 구비해야 하는 경우.



2024도16239: 법조경합의 한 형태인 특별관계란 어느 구성요건[(P)]이 다른 구성요건[(Q)]의 모든 요소를 포함하는 외에 다른 요소를 구비하여야 성립하는 경우[다.]

특별관계[에서는] 특별법의 구성요건을 충족[(P)]하는 행위는 일반법의 구성요건을 충족[(Q)]한다. 하지만 반대로 일반법의 구성요건을 충족[(Q)]하는 행위는 특별법의 구성요건을 충족[(P)]하지 못한다.

사례

- 존속살해죄는,
- 1. 살인죄의 구성요건요소를 모두 지닌 채,
 - 2. 나아가 피해자가 직계존속일 것까지 요구하고 있다.



형법 제250조(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

존속을 살해한 것(P)은 사람을 살해한 것(Q)이다. 그러나 사람을 살해한 것(Q)은 존속을 살해한 것(P)이 아니다.

효과

- 1. 특별규정(the special): 적용○
- 2. 일반규정(the general): 적용×

취지

입법자(국회)가 존속살해죄를 만들 때 굳이 “존속살해죄가 성립할 때는 따로 살인죄 규정으로 처벌하지 않는다.”라는 문구를 넣지 않는다. 그렇다면 누구나 그렇게 이해하는 것이 상식(common sense)에 맞다. 그래서 문구를 생략했을 뿐이다. 특별법 우선 원칙이다.

특별관계 사례: 기본적 구성요건과 가중, 감경적 구성요건 관계

- 1. 기본적 구성요건: 살인죄

형법 제250조(살인...) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

- 2. 가중적 구성요건: 존속살해죄 → 살인죄는 별도로 성립하지 않는다.

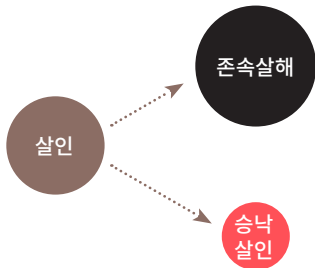
형법 제250조(...존속살해) ② 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

존속살해죄⊖살인죄

- 3. 감경적 구성요건: 승낙살인죄 → 살인죄는 별도로 성립하지 않는다.

형법 제252조(... 승낙에 [따른] 살인 등) ① 사람의 ... 승낙을 받아 그를 살해한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

승낙살인죄⊖살인죄



또,

1. 기본적 구성요건: 폭행죄

형법 제260조(폭행...) ① 사람의 신체에 대하여 폭행을 가한 자는 2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

2. 가중적 구성요건: 특수폭행죄 → 폭행죄는 별도로 성립하지 않는다.

형법 제261조(특수폭행) ... 위험한 물건을 휴대하여 제260조 제1항...의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2024도12341: 위험한 물건을 휴대하여 협박을 하면 가중처벌을 하는 이유는[?] 그 범행방법의 위험성 [때문에] 고지된 해악의 구체성과 실현가능성 등이 증가함으로써 사람에게 공포심을 일으켜 의사결정의 자유를 침해하는 정도가 커지기 때문이다.

휴대(carrying)에 해당하는지 판단은 쉽지 않다.

2023도18812: 여기서 위험한 물건을 ‘휴대하여’는 범행 현장에서 사용하려는 **의도 아래** 위험한 물건을 **소지**하거나 몸에 지니는 경우를 의미한다. ... 피고인이 범행 현장에서 범행에 사용하려는 의도 아래 위험한 물건을 소지하거나 몸에 지닌 이상 피고인이 이를 실제로 범행에 사용하였을 것까지 요구되지는 않는다. 또한 위험한 물건을 휴대하였다고 하기 위하여는, 피고인이 범행 현장에 있는 위험한 물건을 사실상 지배하면서 언제든지 그 물건을 곧바로 범행에 사용할 수 있는 상태에 두면 충분하다. 즉, 피고인이 그 물건을 현실적으로 손에 쥐고 있는 등 피고인과 그 물건이 반드시 물리적으로 부착되어 있어야 하는 것은 아니다.

2010도10256: 피고인이 **자동차를 이용**하여 甲에게 상해를 가하고, 甲의 자동차를 손괴했다. 이는 ... ‘위험한 물건’을 **휴대하여** 이루어진 범죄다.]

2024도12341: 피고인이 피해자에 대해 앙심을 품고 피해자의 아파트 주거지 현관문 앞에 **과도와 라이터를 놓아두고 갔다**는 이유로 특수협박 등으로 기소[되었다.] ... 피고인이 위험한 물건인 과도와 라이터를 피해자의 주거지 현관문 앞에 놓아둔 다음 건물 밖으로 빠져나왔고 피해자가 이를 발견한 때에는 피고인은 이미 범행 현장을 이탈한 상태였다. 그러므로] 피고인이 위험한 물건인 과도와 라이터를 협박 범행에 이용하였더라도 위 물건들을 소지하거나 사실상 지배하여 고지한 해악의 실현가능성을 높였다고 볼 수 없다. 그런] 이상, 위험한 물건을 ‘휴대하여’ **피해자를 협박하였다고 볼 수 없다.**]

특별관계 사례: 기본범죄와 결과적 가중범 관계

1. 기본범죄: 상해죄

형법 제257조(상해...) ① 사람의 신체를 **상해**한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 결과적 가중범(aggravated crime): 상해치사죄 → 상해죄는 별도로 성립하지 않는다.

형법 제259조(상해치사) ① 사람의 신체를 **상해하여 사망에 이르게** 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

상해치사죄⊖상해죄



특별관계 사례: 기본범죄와 결합범 관계

- 1. 기본범죄: 강도죄, 강간죄

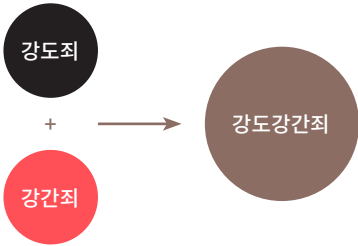
형법 제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취...한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

- 2. 결합범(combination crime): 강도강간죄 → 강도죄, 강간죄는 별도로 성립하지 않는다.

형법 제339조(강도강간) 강도가 사람을 강간한 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

강도강간죄⊖강도죄, 강간죄



특별관계 사례: 일반형법상 범죄와 특별형법상 범죄 관계

- 1. 일반형법상 범죄: 주거침입죄

형법 제319조(주거침입...) ① 사람의 주거... 또는 점유하는 방실에 침입한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 2. 특별형법상 범죄: 폭력행위처벌법위반(공동주거침입)죄 → 주거침입죄는 별도로 성립하지 않는다.

폭력행위처벌법 제2조(폭행 등) ② 2명 이상이 공동하여 다음 각호의 죄를 범한 사람은 「형법」 각 해당 조항에서 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

- 1. 형법 ...제319조(주거침입...)...의 죄

폭력행위처벌법위반(공동주거침입)죄⊖주거침입죄



특별관계 사례: 여러 법령상 범죄 사이 관계

1. 일반규정: 관세법위반죄

관세법 제269조(밀수출입죄) ① 제234조 각호의 물품을 수출하거나 수입한 자는 7년 이하의 징역 또는 7천만 원 이하의 벌금에 처한다.

관세법 제234조(수출입의 금지) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 물품은 수출하거나 수입할 수 없다. ...

2. 특별규정: 특정범죄가중법위반(관세)죄 → 관세법위반죄는 별도로 성립하지 않는다.

특정범죄가중법 제6조(「관세법」 위반행위의 가중처벌) ① 「관세법」 제269조 제1항에 규정된 죄를 범한 사람은 다음 각호의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 수출 또는 수입한 물품의 가액(이하 이 조에서 “물품가액”이라 한다)이 1억 원 이상인 경우에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다. ...

2005도6484: 관세법[의] 가중처벌 규정인 특정범죄가중법[위반(관세)죄]...

특정범죄가중법위반(관세)죄⊖관세법위반죄

일반-특별 관계는 상대적이다.

1. 일반규정: 관세법위반죄 및 특정범죄가중법위반(관세)죄

2. 특별규정: 외국환거래법위반죄 → 관세법위반죄 및 특정범죄가중법위반(관세)죄는 별도로 성립하지 않는다.

외국환거래법 제29조(벌칙) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다. ...

4. 제17조에 따른 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고를 하고 지급수단 또는 증권을 수출하거나 수입한 자...

외국환거래법 제17조(지급수단 등의 수출입 신고) 기획재정부장관은 ... 지급수단 또는 증권을 수출 또는 수입하려는 거주자나 비거주자로 하여금 그 지급수단 또는 증권을 수출 또는 수입할 때 ... 신고하게 할 수 있다.

2005도6484: 관세법상의 무신고 수출입죄와 외국환거래법상의 무허가, 신고 수출입죄의 입법 목적, 그 대상 물품과 구성요건, 그 수출입 및 통관 절차에 관한 규정 등을 비교, 종합해 보[자. 그러면] 귀금속 등의 수출입 및 통관에 관한 한 외국환거래법은 관세법의 특별법으로 보아야 [한다. 그러]므로, 통관에 필요한 절차를 거치지 않고 귀금속 등을 수출입한 행위에 대해서는 외국환거래법상 무허가, 신고 수출입죄[로] 처벌할 수 있을 뿐[이다.]

[이 경우] 관세법이나 그 가중처벌 규정인 특정범죄가중법[위반(관세)죄]을 적용하여 처벌할 수는 없다.

외국환거래법위반죄⊖특정범죄가중법위반(관세)죄, 관세법위반죄



연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 7.] 상해죄와 폭행죄에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

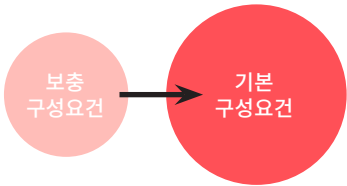
④ 특수폭행죄의 ‘위험한 물건의 휴대’에 해당하기 위하여는, 행위자가 범행 현장에 있는 위험한 물건을 사실상 지배하면서 그 물건을 범행에 사용할 수 있는 상태에 두는 것만으로는 부족하고 그 물건을 현실적으로 손에 쥐고 있는 등 행위자와 그 물건이 물리적으로 부착되어 있어야 한다.

보충관계

개념

보충관계란?

- 1. 다른 형벌법규와 관계상,
- 2. 어떤 형벌법규가 단지 보충적으로만 적용되는 경우가 있다.
- 3. 특별관계 경우와 비슷한 취지에서, 법조경합 관계를 인정한다.



효과

- 1. 기본규정(the primary): 적용○
- 2. 보충규정(the subordinate): 적용×

보충관계 사례: 예비, 미수, 기수 관계

1. 예비(preparation crime): 범죄 실현을 목적으로 준비행위를 했지만, 실행 착수에 이르지 못한 경우

원칙: 무죄 / 예외: 처벌(예비 처벌규정 있을 경우)

형법 제28조(음모, 예비) 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.

2. 미수(attempted crime): 실행 착수를 했지만, 결과가 발생하지 않은 경우

형법 제25조(미수범) ① 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다.

② 미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다.

형법 제29조(미수범의 처벌) 미수범을 처벌할 죄는 각칙의 해당 죄에서 정한다.

원칙: 무죄 / 예외: 처벌(미수 처벌규정 있을 경우)

3. 기수(consummated crime): 결과가 발생한 경우



예비를 거쳐 미수가 되고, 미수를 거쳐 기수가 된다. 기수에 이르면, 예비죄도 성립하고, 미수죄도 성립하고, 기수죄도 성립하는가? 아니다. 최후 하나만 성립한다. 그것이 법을 만든 사람의 생각이다. 예를 들어, 사람을 칼로 찔러 죽였다면?

1. (더) 보충규정: 살인예비죄

형법 제255조(예비, 음모) 제250조...의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

형법 제250조(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

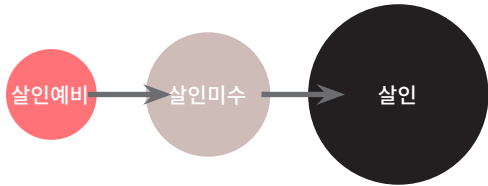
2. 보충규정: 살인미수죄

형법 제254조(미수범) 제250조...의 미수범은 처벌한다.

형법 제250조(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

3. 기본규정: 살인기수죄 → 살인예비죄, 살인미수죄는 별도로 성립하지 않는다.

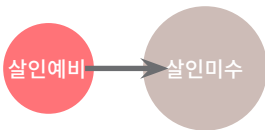
살인죄⊖살인예비죄, 살인미수죄



보충-기본 관계도 상대적이다. 만약 사람을 칼로 찔렀는데, 못 죽었다면?

- 1. 보충규정: 살인예비죄
- 2. 기본규정: 살인미수죄 → 살인예비죄는 별도로 성립하지 않는다.

살인미수죄⊖살인예비죄



보충관계 사례: 종범, 교사범, 정범 관계

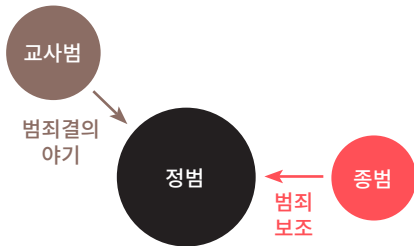
- 1. 종범(aid and abetment): 타인의 범죄를 도와준 경우

형법 제32조(종범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.
② 종범의 형은 정범의 형보다 감경한다.

- 2. 교사범(instigation): 타인이 범죄를 저지르도록 결심하게 만든 경우

형법 제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

- 3. 정범(principal): 자기가 주도적으로 범행을 한 경우



정범이나 교사범도 어떤 의미에서는 범죄를 도운 셈이다. 그렇다고 해서 종범, 교사범, 정범 모두 성립하는가? 그렇지 않다. 예를 들어, 乙이 살해행위를 하도록 甲이 꼬드기고, 도와주고, 주도까지 했다면?

- 1. (더) 보충규정: 살인방조죄(종범)

- 2. 보충규정: 살인교사죄(교사범)
- 3. 기본규정: 살인죄의 공동정범(정범) → 살인방조죄, 살인교사죄는 별도로 성립하지 않는다.

형법 제30조(공동정범) 2인 이상[甲, 乙]이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자[甲, 乙]를 그 죄의 **정범**으로 처벌한다.

살인죄 공동정범⊖살인방조죄, 살인교사죄

보충-기본 관계도 상대적이다. 만약 乙이 살해행위를 하도록 甲이 꼬드기고, 도와줬다면? 甲은 주도하지는 않아 정범이 아니라 하자.

- 1. 보충규정: 살인방조죄(종범)
- 2. 기본규정: 살인교사죄(교사범) → 살인방조죄는 별도로 성립하지 않는다.

살인교사죄⊖살인방조죄

보충관계 사례(?): 부작위범과 작위범 관계

- 1. 보충규정: 부작위범

형법 제18조(부작위범) 위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위 [때문에] 위험 발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 [따라] 처벌한다.

- 2. 기본규정: 작위범

2005도3909전합: 경찰관이 압수물을 범죄 혐의의 [증명]에 사용하도록 하는 등의 적절한 조치를 취하지 아니하고 피압수자에게 돌려주어 증거인멸죄를 범한 경우[는 어떠한가?] ... 직무위배의 위법상태가 증거인멸행위 속에 포함[된] 것으로 보아야 [한다. 그러]므로, 이 [같은] 경우에는 **작위범인 증거인멸죄만이 성립**[한다. 즉,] **부작위범인 직무유기(거부)죄는 따로 성립하지 아니한**[다.]

작위범⊖부작위범

흡수관계

개념

흡수관계란?

- 1. 특별관계나 보충관계에 해당하지는 않지만,
- 2. 어떤 범죄(전부범 또는 흡수범)가 성립하면서,
- 3. 다른 범죄(부분범 또는 피흡수범)를 흡수하는 경우



효과

1. 전부규정(the complete): 적용○
2. 부분규정(the incomplete): 적용×

흡수관계 사례: 불가벌적 수반행위

어떤 범죄를 하면, 전형적으로 가벼운 범죄가 따라온다고 하자. 그 가벼운 범죄는 따로 성립하지 않을 수도 있다.

2012도1895: 이른바 ‘불가벌적 수반행위’란 법조경합의 한 형태인 흡수관계에 속하는 것[이다. 즉,] 행위자가 특정한 죄를 범하면 비록 논리 필연적인 것은 아니지만 **일반적, 전형적으로 다른 구성요건을 충족**하고 이때 그 구성요건의 불법이나 책임 내용이 주된 범죄에 비[교]하여 **경미**한 경우다. 그렇기 때문에 처벌이 별도로 고려되지 않는[다.]

예를 들어, 문서를 위조하면서 남의 도장을 위조해 찍었다면?

1. 부분규정: 사인위조죄

형법 제239조(사인등의 위조, 부정사용) ① 행사할 목적으로 타인의 **인장**, 서명, 기명 또는 기호를 **위조** 또는 부정사용한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.

2. 전부규정: 사문서위조죄 → 사인위조죄는 별도로 성립하지 않는다.

형법 제231조(사문서등의 위조, 변조) 행사할 목적으로 권리, 의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 위조 또는 변조한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

78도1787: 행사의 목적으로 타인의 인장을 위조하고 그 위조한 인장을 사용하여 ... 타인의 사문서를 위조한 경우에는[?] **인장위조죄는 사문서위조죄에 흡수**[된다. 즉,] 따로 인장위조죄가 성립하는 것은 아니[다.]

사문서위조죄○사인위조죄

예를 들어, 도난당한 신용카드를 사용하면서 매출전표에 서명했다면?

1. 부분규정: 사문서위조죄

형법 제231조(사문서등의 위조, 변조) 행사할 목적으로 권리, 의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 위조 또는 변조한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 전부규정: 여신전문금융업법위반죄 → 사문서위조죄는 별도로 성립하지 않는다.

여신전문금융업법 제70조(벌칙) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 분실하거나 도난당한 신용카드나 직불카드를 판매하거나 사용한 자
-

92도77: 신용카드업법 제25조 제1항[(→ 현행 여신전문금융업법 제70조 제1항)]...의 구성요건적 행위인 신용카드의 사용이[란 무엇인가?] 신용카드의 소지인이 신용카드의 본래 용도인 대금결제를 위하여 가맹점에 신용카드를 제시하고 매출표에 서명하여 이를 교부하는 일련의 행위를 가리[킨다. 즉,] 단순히 신용카드를 제시하는 행위만을 가리키는 것은 아니[다.]

[그러]므로, 위 매출표의 서명 및 교부가 별도로 사문서위조 및 동행사의 죄의 구성요건을 충족한다고 하여도 이 사문서위조 및 동행사의 죄는 위 신용카드부정사용죄에 흡수되어 신용카드부정사용죄의 1죄만이 성립[한다. 그리]고 별도로 사문서위조 및 동행사의 죄는 성립하지 않는다.

여신전문금융업법위반죄⊖사문서위조죄

또 예를 들어, 사기도박을 위해 얼마간 정상적 도박을 했다면?

1. 부분규정: 도박죄

형법 제246조(도박...) ① 도박을 한 사람은 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. ...

2. 전부규정: 사기죄 → 도박죄는 별도로 성립하지 않는다.

형법 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 20년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2010도9330: 도박이란 2인 이상의 자가 상호 간에 재물을 도(賭)하여 우연한 승패에 따라 그 재물의 득실을 결정하는 것이[다. 그러므로] 이른바 사기도박과 같이 도박당사자의 일방이 사기의 수단으로써 승패의 수를 지배하는 경우에는 도박에서의 우연성이 결여되어 사기죄만 성립하고 도박죄는 성립하지 아니한다.

피고인 등이 사기도박에 필요한 준비를 갖추고 그러한 의도로 피해자들에게 도박에 참가하도록 권유한 때 또는 늦어도 그 정을 알지 못하는 피해자들이 도박에 참가한 때에는 이미 사기죄의 실행에 착수하였[다. 그러므로] 피고인 등이 그 후에 사기도박을 숨기기 위하여 얼마간 정상적인 도박을 하였더라도 이는 사기죄의 실행행위에 포함되는 것이어서 피고인에 대하여는 피해자들에 대한 사기죄만이 성립하고 도박죄는 따로 성립하지 아니[한다.]

사기죄⊖도박죄

흡수관계 사례: 불가벌적 사후행위

범죄로 획득한 이익을 사용, 처분하는 행위가 별개의 가벼운 범죄의 구성요건에는 해당하는 경우가 있다. 만약 이미 그 불법이 주된 범죄에 따라 완전히 평가됐다면, 별도로 그 가벼운 범죄는 성립하지 않는다. 예를 들어, 자기앞수표를 훔쳐서 사용했다면?

1. 전부규정: 절도죄 → 횡령죄는 별도로 성립하지 않는다.

형법 제329조(절도) 타인의 재물을 절취한 자는 6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 부분규정: 횡령죄

형법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

86도1728: 금융기관발행의 자기앞수표는 그 액면금을 즉시 지급받을 수 있어 현금에 대신하는 기능을 하고 있[다. 그러]므로 절취한 자기앞수표를 현금 대신으로 교부한 행위는 **절도행위에 대한 가벌적 평가에 당연히 포함**되는 것으로 [보아야 한다. 그러]므로 절취한 자기앞수표를 음식대금으로 교부하고 거스름돈을 환불받은 행위는 절도의 불가벌적 사후처분행위로서 사기죄가 되지 아니한다.

절도죄○횡령죄

흡수관계× 사례: 불가벌적 수반행위 아님

1. 위력으로 사람의 업무를 방해했다. → 일단 업무방해죄 성립.
2. 폭행은 그 수단이었다. → 추가로 폭행죄가 별도로 성립○(불가벌적 수반행위×).

형법 제314조(업무방해) ① ... 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제260조(폭행...) ① 사람의 신체에 대하여 폭행을 가한 자는 2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

2012도1895: 업무방해죄와 폭행죄는 구성요건과 보호법익을 달리[한다. 그리고] 업무방해죄의 성립에 일반적, 전형적으로 사람에 대한 폭행행위를 수반하는 것은 아니[다.] 폭행행위가 업무방해죄에 비하여 **별도로 고려되지 않을 만큼 경미한 것이라고 할 수도 없다.**

[그러므로 다음과 같다.] 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다고 하[자. 그렇]더라도 그러한 폭행행위가 이른바 ‘불가벌적 수반행위’에 해당하여 업무방해죄에 대하여 **흡수관계에 있다고 볼 수는 없다.**

업무방해죄와 폭행죄는 수죄 관계다.

또 예를 들어, 공갈을 위해 그 수단으로 도박을 했다면?

1. 사람을 공갈해 재물을 취득했다. → 일단 공갈죄 성립.
2. 도박은 그 수단이었다. → 추가로 도박죄가 별도로 성립○(불가벌적 수반행위×).

형법 제350조(공갈) ① 사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제246조(도박...) ① 도박을 한 사람은 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. ...

2014도212: 공갈죄와 도박죄는 그 구성요건과 보호법익을 달리[한다. 그리고] 공갈죄의 성립에 일반적, 전형적으로 도박행위를 수반하는 것은 아니[다. 나아가] 도박행위가 공갈죄에 비하여 **별도로 고려되지 않을 만큼 경미한 것이라고 할 수도 없다.**

[그러므로] 도박행위가 공갈죄의 수단이 되었다 하여 그 도박행위가 공갈죄에 **흡수되어 별도의 범죄를 구성하지 않는다고 할 수 없다.**

공갈죄와 도박죄는 수죄 관계다.

흡수관계× 사례: 불가벌적 사후행위 아님

남의 부동산을 보관하다가,

1. 허락 없이 개인 채무 담보로 근저당권을 설정했다. → 일단 횡령죄 성립.
2. 그 후, 허락 없이 개인 채무 담보로 추가로 근저당권을 설정했다. → 추가로 횡령죄가 별도로 성립○(불가벌적 사후행위×).

형법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2010도10500전합: 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 근저당권설정등기를 [마침]으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀[다.]

[그렇다] 하더라도 그 후 **같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하여 새로운 법익침해의 위험을 추가함**으로써 법익침해의 위험을 증가시[켰다. 또는,] 해당 부동산을 매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 법익침해의 결과를 발생시켰[다.]

[그렇다]면, 이는 당초의 근저당권 실행을 위한 임의경매에 [따른] 매각 등 그 근저당권으로 인해 당연히 예상될 수 있는 범위를 넘어 새로운 법익침해의 위험을 추가시키거나 법익침해의 결과를 발생시킨 것이다. 그러므로 특별한 사정이 없는 한 불가벌적 사후행위로 볼 수 없[다. 즉,] **별도로 횡령죄를 구성한다.**

선행 횡령죄와 후행 횡령죄는 수죄 관계다.

비슷하게,

1. 사기를 쳐서 대가를 지급하고 재물을 취득했다. → 일단 사기죄 성립.
2. 사기를 쳐서 위 대가를 다시 취득했다. 또는, 위 대가를 받아서 보관 중 횡령했다. → 추가로 사기죄나 횡령죄가 별도로 성립○(불가벌적 사후행위×).

형법 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 20년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2009도7052: 사기죄에서 피해자에게 그 대가가 지급[됐다. 그리고] 피해자를 기망하여 그가 보유하고 있는 그 대가를 다시 편취하거나 피해자로부터 그 대가를 위탁받아 보관 중 횡령하였[다. 그렇다면]면, 이는 **새로운 법익의 침해가 발생**한 경우[다. 그러므로] 기존에 성립한 사기죄와는 **별도의 새로운 사기죄나 횡령죄가 성립한다.**

선행 사기죄와 후행 사기/횡령죄는 수죄 관계다.

연습문제1

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 2.] 죄수관계에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄴ. 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 근저당권설정 등기를 [마친] 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정한 행위는 특별한 사정이 없는 한 횡령죄의 불가벌적 사후행위에 해당한다.
 - ㄹ. 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 된 경우 그러한 폭행행위는 불가벌적 수반행위에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 7.] 사기죄에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄱ. 사기죄에서 피해자에게 대가가 지급된 경우, 피해자를 기망하여 그가 보유하고 있는 그 대가를 다시 편취하거나 피해자로부터 그 대가를 위탁받아 보관 중 횡령하였다면, 이는 새로운 법익의 침해가 발생한 경우이므로, 기존에 성립한 사기죄와는 별도의 새로운 사기죄나 횡령죄가 성립한다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 36.] 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- (가) 甲과 乙은 사기도박을 공모하고, 甲은 2024. 1. 1.경 모텔방에서 서로 안면이 없던 A, B, C를 유인하여 함께 속칭 ‘셋다’ 도박을 하였는데, 甲은 사기도박을 숨기기 위해 얼마간 정상적인 도박을 하다가 乙이 가져온 형광물질로 특수표시를 한 화투로 바꾼 다음 乙이 모니터 화면을 보고 알려주는 A, B, C의 화투패를 듣고 도박을 하여 그들로부터 총 500만 원의 도금을 교부받았다.
 - (나) 丙은 2024. 1. 2.경 모텔방에서 A, B, C와 함께 속칭 ‘셋다’ 도박을 하다가 “돈을 주지 않으면 도박죄로 신고하고 끝까지 처벌받게 하겠다.”라며 도박을 수단으로 A, B, C를 협박하여 그들로부터 500만 원을 송금받았다.
 - ㄱ. (가)에서 사기도박을 숨기기 위해 얼마간 정상적인 도박을 한 부분도 사기죄의 실행행위에 포함된다.
 - ㄴ. (나)에서 丙은 공갈죄만 성립한다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 15.] 매도인 甲과 매수인 乙 명의로 “甲이 乙에게 서울 △△구 ○○동 소재 주택을 5억 원에 매도한다.”라는 내용의 2025. 5. 1. 자 부동산 매매계약서가 공인중개사 丙의 사무실에서 작성되었다. 이 사례에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 乙이 행사할 목적으로 甲의 허락 없이 위 계약서를 작성하면서 임의로 甲의 인장을 만들어 찍었다면, 사인위조죄 및 사문서위조죄가 성립하고, 그 두 죄는 실제적 경합범 관계에 있다.

연습문제5

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 16.] 업무방해죄에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 A를 폭행하여 A의 업무를 방해한 경우, 그 폭행행위가 이른바 ‘불가벌적 수반 행위’에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다.

연습문제6

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 38.] 甲은 중증으로부터 적법하게 명의신탁을 받은 ㉠ 시가 10억 원 상당(시가 변동은 없음)의 임야에 乙로부터 돈을 차용하기 위해 2020. 4. 10. 채권최고액 3억 원의 근저당권을 설정하였다. ㉡ 甲은 2020. 10. 10. 다시 乙에게 2순위 근저당권을 설정해줄기로 약정하고 5억 원을 차용하였으나 다음 날 ○○은행에 채권최고액 6억 원으로 2순위 근저당권을 설정해 주었다. 甲은 이후 ㉢ 2021. 12. 18. 丙에게 위 임야를 2억 원에 매도하였다. (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ ㉢행위는 ㉠행위로 성립한 죄책의 불가벌적 사후행위가 인정되어 별도의 횡령죄가 성립하지 않는다.

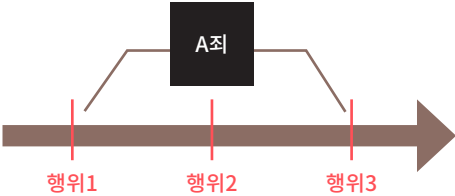
포괄일죄
Inclusive Crime

피해자를 1회 간음하고 200m쯤 오다가 다시 1회 간음한 경우 두 번째의 간음행위는
처음 한 행위의 계속으로 볼 수 있다. - 대법원 1970. 9. 29. 선고 70도1516 판결

의의

개념

여러 개의 행위가 포괄적(inclusive)으로 1개의 구성요건에 해당해 1죄를 구성하는 경우.



성립요건

- 1. 행위의 일체성 = 고의의 단일성 + 시간적, 장소적 연관성 + 방법의 동일성

2005도1952: [여러] 개의 범죄행위를 포괄하여 하나의 죄로 인정하기 위하여는 [고]의
의 단일성 외에도 각 범죄행위 사이에 시간적, 장소적 연관성이 있고 범행의 방법 간에
도 동일성이 인정되는 등 **[여러] 개의 범죄행위를 하나의 범죄로 평가**할 수 있는 경우에
해당하여야 한다.

- 2. 구성요건 동일성

87도58: 포괄[일]죄[란] 각기 따로 존재하는 **[여러] 개의 행위가 한 개의 구성요건을 한
번 충족**하는 경우를 말하므로 구성요건을 달리하[는] 횡령, 배임 등의 행위와 사기의 행
위는 포괄[일]죄를 구성할 수 없다.

효과

행위 모두를 포괄해 1죄(singular)로 인정하게 된다.

포괄일죄와 다른 죄수관계의 비교

포괄일죄와 법조경합

1죄라는 점에서 같다. 그러나

- 1. 법조경합: 1개의 행위
- 2. 포괄일죄: 여러 개의 행위

포괄일죄와 실체적 경합

여러 개의 행위가 있는 점에서 같다. 그러나

- 1. 실체적 경합: 수죄
- 2. 포괄일죄: 1죄

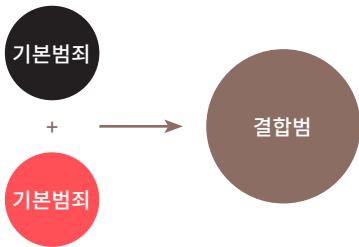
포괄일죄와 상상적 경합

- 1. 상상적 경합: 1개의 행위에 수죄
- 2. 포괄일죄: 여러 개의 행위에 1죄

결합범

개념

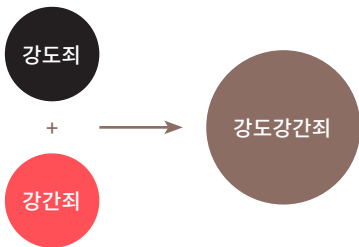
결합범(combination crime)이란? 말 그대로 두 개 이상이 결합한 범죄다.



사례

- 1. 강도가 강도의 기회에 강간까지 하면? 포괄하여 강도강간죄 1죄가 성립한다.

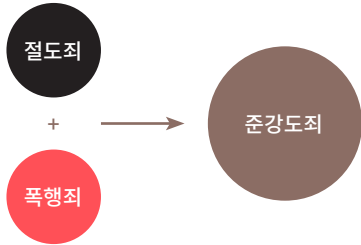
강도죄 + 강간죄 = (((강도강간죄)))



형법 제339조(강도강간) 강도가 사람을 강간한 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

- 2. 절도가 절도의 기회에 체포되지 않으려 폭행까지 하면? 포괄하여 준강도죄 1죄가 성립한다.

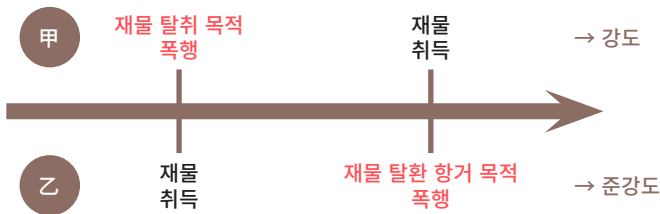
절도죄 + 폭행죄 = (((준강도죄)))



형법 제335조(준강도) 절도가 재물의 탈환에 항거하거나 체포를 면탈하거나 범죄의 흔적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박한 때에는 제333조...의 예에 따른다.

형법 제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

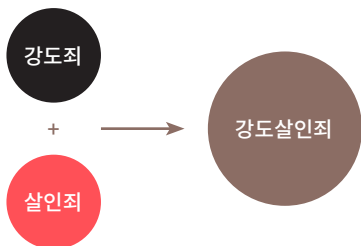
폭행하고 취득한 놈(강도) = 취득하고 폭행한 놈(준강도)



73도1553전합: [형법 제335조는 어떤 취지인가?] 절도범인이 ... [해당] 목적으로서 폭행 또는 협박을 하는 행위[는] 그 [모양상] 재물탈취의 수단으로서 폭행, 협박을 가하는 강도죄와 같이 보[일] 수 있는 실질적 위법성을 지니게 [된다. 이]에 비추어 이를 엄벌하기 위한 취지[다.]

3. 강도가 강도의 기회에 살인까지 하면? 포괄하여 강도살인죄 1죄가 성립한다.

강도죄 + 살인죄 = (((강도살인죄)))



형법 제338조(강도살인...) 강도가 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다. ...

강도살인죄에서 말하는 “강도”에는 준강도도 포함한다.

87도1592 : 강도살인죄(형법 제338조)의 주체인 강도는 준강도죄(형법 제335조)의 강도범인을 포함한[다. 그러]므로 절도가 체포를 면탈할 목적으로 사람을 살해한 때에는 강도살인죄가 성립한다.

결합범 요건인 기회

1. 강도의 “기회”에 강간을 해야만 결합범(강도강간)으로 인정된다.

2010도3594: 강도강간죄는 강도라는 신분을 가진 범인이 강간죄를 범하였을 때 성립하는 범죄[다.]

[그러므로] 강간범이 강간행위 후에 강도의 범의를 일으켜 그 부녀의 재물을 강취하는 경우에는 강도강간죄가 아니라 강도죄와 강간죄의 결합범이 성립될 수 있을 뿐이[다.]

[그러나] 강간범이 강간행위 종료 전, 즉 그 실행행위의 계속 중에 강도의 행위를 할 경우에는 이때에 바로 강도의 신분을 취득[한다. 그러]므로 이후에 그 자리에서 강간행위를 계속하는 때에는 강도가 부녀를 강간한 때에 해당하여 ... 강도강간죄를 구성한[다.]

2. 절도의 “기회”에 폭행을 해야만 결합범(준강도)으로 인정된다.

2001도4142: 여기서 절도의 기회라고 함은 절도범인과 피해자 측이 절도의 **현장**에 있는 경우와 절도에 **잇달아** 또는 절도의 시간, 장소에 **접착**하여 피해자 측이 범인을 체포할 수 있는 상황, 범인이 죄적인멸에 나올 가능성이 높은 상황에 있는 경우를 말[한다.]

그러한 의미에서 피해자 측이 추적태세에 있는 경우나 범인이 일단 체포되어 아직 신병확보가 확실하다고 할 수 없는 경우에는 절도의 기회에 해당한다.

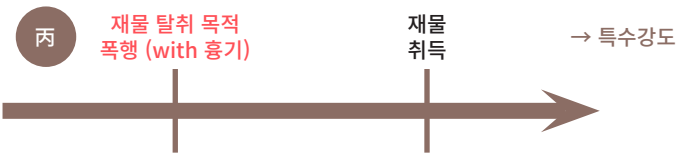
3. 강도의 “기회”에 살인을 해야만 결합범(강도살인)으로 인정된다.

주의

- 1. 강도죄 및 강간죄는 강도강간죄와 특별관계(법조경합)다.
- 2. 절도죄 및 폭행죄는 준강도죄와 특별관계(법조경합)다.
- 3. 강도죄 및 살인죄는 강도살인죄와 특별관계(법조경합)다.
- 4. 그러나 결합범 자체는 포괄일죄다.

준특수강도

1. 강도에서, 흥기를 휴대하면 특수강도로 가중 처벌한다.

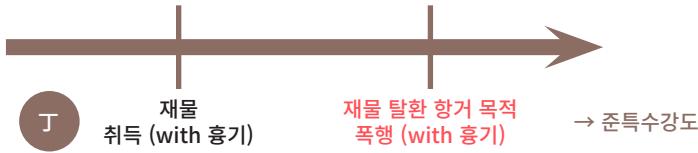


형법 제334조(특수강도) ② 흥기를 휴대...하여 [제333조(강도)]의 죄를 범한 자[는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.]

형법 제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

73도1553전합: 강도죄에[서] 재물탈취의 수단인 폭행 또는 협박의 유형을 흉기를 휴대하고 하는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누[고 있다. 즉,] 흉기를 휴대하고 하는 경우를 특수강도로 하고, 그렇지 않은 경우를 단순강도로 하여 처벌을 달리하고 있[다.]

2. 준강도에서, 흉기를 휴대하면 준특수강도로 가중 처벌한다.

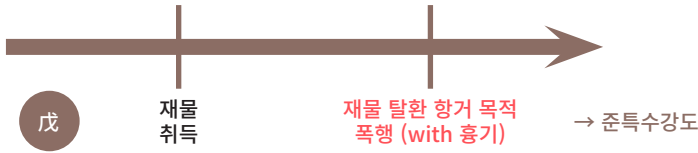


형법 제335조(준강도) 절도가 재물의 탈환에 항거하거나 체포를 면탈하거나 범죄의 흔적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박한 때에는 제333조[(강도)] 및 제334조[(특수강도)]의 예에 따른다.

형법 제334조(특수강도) ② 흉기를 휴대...하여 [제333조(강도)]의 죄를 범한 자[는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.]

형법 제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

절도 시에 흉기를 휴대하지 **않**다가 폭행 시에 비로소 휴대했다면? 그래도 준특수강도로 가중 처벌한다.



73도1553전합: 절도범인이 처음에는 흉기를 휴대하지 [않았다. 그러나] 체포를 면탈할 목적으로 폭행 또는 협박을 가할 때에 비로소 흉기를 휴대 사용하게 되었다. 이 경우에는 형법 제334조의 예에 [따른] 준강도[**(준특수강도)**]가 된다.

연습문제1

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 35.] 甲은 백화점에서 A의 지갑을 절취하기 위해 A와 부딪치며 양복 상의 주머니에 손을 넣는 순간 발각되어 도주하다가 곧바로 뒤쫓아 온 보안요원 X에게 붙잡혔다. 甲은 X로부터 그 경위를 확인받던 중 체포된 상태를 벗어나기 위해 X의 얼굴을 주먹으로 수차례 때려 전치 4주의 상해를 입히고 도주하였다. ... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 일단 X에게 체포되었으나 아직 신병 확보가 확실하지 않은 단계에서 체포 상태를 면하기 위해 X의 얼굴을 주먹으로 수차례 때려 상해를 가한 것이므로, 甲은 강도상해죄의 죄책을 진다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 6.] 준강도죄에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 절도범인이 처음에는 흥기를 휴대하지 않았으나, 체포를 면탈할 목적으로 폭행 또는 협박을 가할 때에 비로소 흥기를 휴대 사용하게 된 경우, 특수강도의 준강도가 성립하지 않는다.
- ③ 준강도죄에서 절도의 기회란 절도에 잇달아 또는 절도의 시간, 장소에 접촉하여 피해자 측이 범인을 체포할 수 있는 상황 등을 말하고, 범인이 일단 체포되었으나 아직 신병확보가 확실하지 않은 단계도 이에 포함된다.
- ⑤ 절도가 재물의 탈환에 항거할 목적으로 사람을 살해한 경우, 준강도죄와 살인죄는 실체적 경합범 관계에 있다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 9.] 강간과 추행의 죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄹ. 강간범이 강간행위 종료 전에 강도행위를 하고, 그 자리에서 강간행위를 계속하는 때에는 강도강간죄를 구성한다.

계속범

개념

계속범(continuing crime)이란?

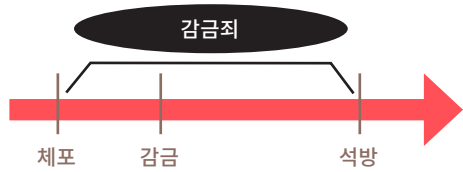
- 1. 범죄가 일단 성립한 이후에도 종료되지 않고 계속되는 범죄다.
- 2. 위법상태를 야기한 행위와 이를 유지하는 행위가 포괄해 1죄가 된다.



사례

- 1. 감금죄 → 체포죄는 별도로 성립하지 않는다. 매일 매일 감금죄가 성립하는 것도 아니다.

체포죄 + 감금죄 = (((감금죄)))



형법 제276조(체포, 감금...) ① 사람을 체포 또는 감금한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 직무유기죄 → 매일 매일 직무유기죄가 성립하는 것도 아니다.

직무유기 + 직무유기 + 직무유기 = (((직무유기죄)))



97도675: **직무유기죄**는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있[다.] 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위상태가 계속되는 한 가벌적 위법상태는 계속 존재하고 있[다.] 형법 제122조 후단은 이를 **전체적으로 보아 1죄로 처벌하는 취지**로 해석[된다. 그러]므로 이를 즉시범이라고 할 수 없다. [즉, 직무유기죄는 계속범이다.]

접속범과 연속범

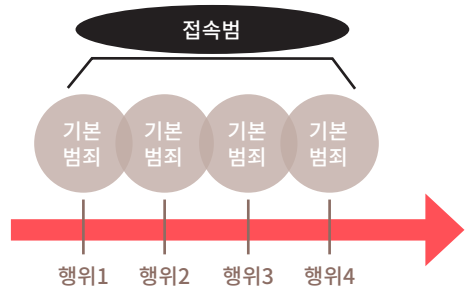
개념

- 1. 앞서 본 결합범, 계속범은 원래 죄의 성질상 포괄일죄로 묶일 수밖에 없다.
- 2. 그런데, 일반 범죄인데도 포괄일죄로 인정하는 경우가 있다. 바로 접속범과 연속범이다.

접속범

접속범(closely connected acts treated as one crime)은?

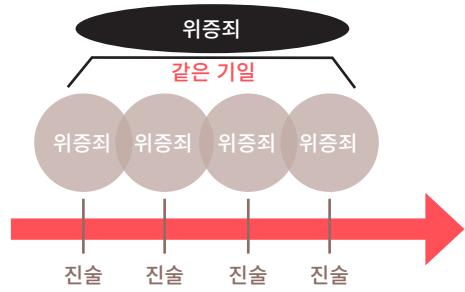
- 1. 단독으로도 범죄가 될 수 있는 여러 개의 행위가,
- 2. 동일한 기회에,
- 3. 동일한 법익에 대하여,
- 4. 시간, 장소로 극히 근접한 상황에서 이루어질 때, 포괄해 1죄가 된다.



예를 들어, 같은 기일의 증인신문 절차에서 여러 거짓 진술을 했다면?

- 1. 포괄해
- 2. 1개의 위증죄만 성립한다.

$\text{위증} + \text{위증} + \text{위증} = (((\text{위증죄})))$



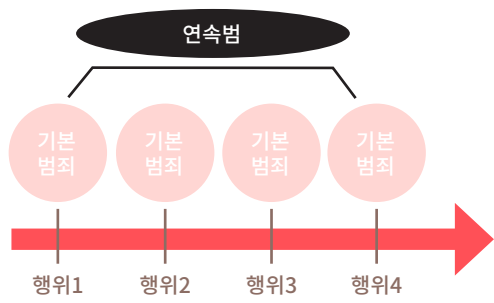
형법 제152조(위증...) ① 법률에 [따라] 선서한 증인이 허위의 진술을 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

97도3340: 하나의 사건에 관하여 한 번 선서한 증인이 같은 [변론기일 또는 공판]기일에 여러 가지 사실에 관하여 기억에 반하는 허위의 진술을 한 경우 이는 ... 포괄하여 1개의 위증죄를 구성[한다.] 각 진술마다 수 개의 위증죄를 구성하는 것이 아니[다.]

연속범

연속범(successive acts treated as one crime)은?

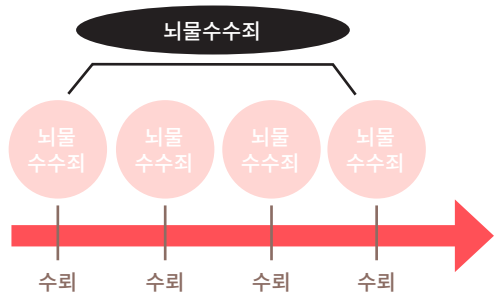
- 1. 엄격한 시간적, 장소적 접속을 요건으로 하지는 않는다. 그래도,
- 2. 동일한 방법으로,
- 3. 동일한 법익을,
- 4. 계속적으로 침해할 경우, 포괄해 1죄가 성립하기도 한다.



예를 들어, 같은 직무에 관해 같은 명목으로 며칠 사이에 뇌물을 받았다면?

- 1. 포괄해
- 2. 1개의 뇌물수수죄만 성립하기도 한다.

뇌물수수 + 뇌물수수 + 뇌물수수 = (((뇌물수수죄)))



2020도3626: 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 [한다.]

95도2376: 동일한 직무에 관하여 동일한 명목으로 불과 며칠 사이에 행해진 [금품]수수는 **포괄하여 뇌물수수죄의 일죄**를 구성한다고 한 사례.

소결

- 1. 접속범과 연속범은 정도 차이가 있을 뿐, 본질적 차이를 인정하기 어렵다.
- 2. 사실관계에 따라 포괄일죄를 인정할 수도 있고, 아닐 수도 있다.

집합범

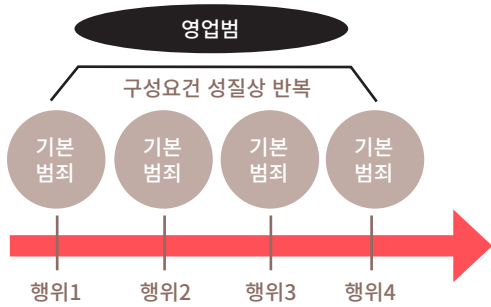
개념

집합범은, 죄의 성질상 포괄일죄로 묶는 것이 예정된(intended) 범죄다.

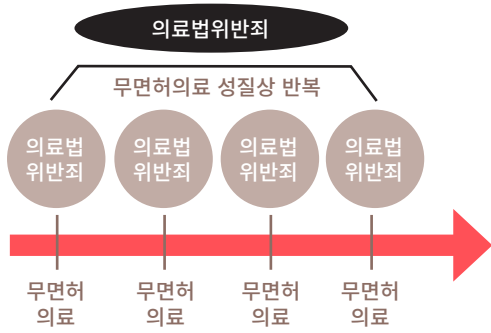
영업범

영업범(business crime)은?

- 1. 구성요건의 성질상
 - 2. 당연히 범행의 반복이 예상되는 범죄다.
- 따라서 영업범인지 여부는 구성요건 자체로 판단한다.



- 예를 들어,
- 1. 무면허 의료행위는 영업범이다. 포괄해 1개의 의료법위반죄가 성립한다.
- 의료법위반 + 의료법위반 + 의료법위반 = (((의료법위반죄)))



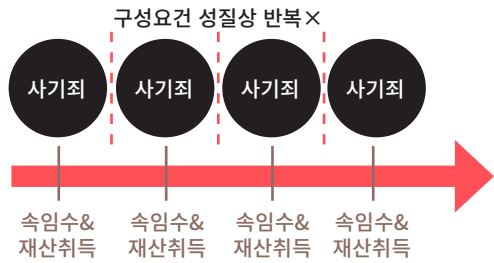
의료법 제87조의2(벌칙) ② 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역
이나 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. ... 제27조 제1항...을 위반한 자. ...

의료법 제27조(무면허 의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할
수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다. ...

83도3313: 무면허 의료행위는 그 범죄의 구성요건의 성질상 동 범행의 반복이 예상되
는 것이다. 그러므로 반복된 [여러] 개의 행위는 포괄적으로 한 개의 범죄로 처단되는
것이다. 그러므로 공소사실도 포괄적으로 기재하는 것으로 족하다.

2. 그러나 사기죄는 영업범이 아니다. 여러 개의 사기죄가 성립한다.



형법 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 20년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2004도2390: 사기 범행이 비록 동종의 행위를 반복한 것으로 되어 있더라도 [사기죄] 구성요건의 성질상 동종행위가 반복될 것이 예상되는 범죄라고 볼 수는 없[다. 따라서 사기죄를] 영업범이라고 할 수는 없[다.]

영업범이 될 수 없어도, 상습범(상습사기)은 될 수 있다.

형법 제351조(상습범) 상습으로 제347조...의 죄를 범한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

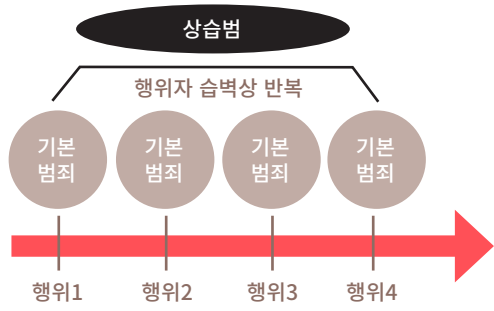
상습범

상습범(habitual crime)은?

- 1. 상습성이란, 범행을 반복하는 습벽이다. 행위자의 속성이다.

2018도20698전합: 범죄의 기본적인 구성요건에 해당하는 행위를 한 자가 그 범죄행위를 반복하여 저지르는 습벽[을] 상습성이라 [한다. 그가 이런] 행위자적 속성을 갖추었다고 인정되는 경우에 이를 가중처벌의 사유로 삼고 있는 범죄유형[이 상습범이다.]

- 2. 상습성이 발현된 이상, 장기간에 걸친 여러 회의 행위를 모두 상습범 1죄로 처벌한다. 1죄로 하는 대신, 그만큼 상습범 법정형 자제가 높다.

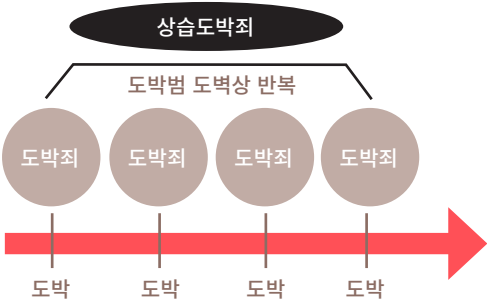


2018도20698전합: 상습성을 갖춘 자가 여러 개의 죄를 반복하여 저지른 경우에는 [어떻게 처리하나?] 각 죄를 별죄로 보아 경합범으로 처단할 것이 아니다. 그 모두를 포괄하여 상습범이라고 하는 하나의 죄로 처단해야 한다. 이]것이 상습범의 본질 또는 상습범 가중처벌규정의 입법 취지에 부합한다.

예를 들어,

1. 상습으로 도박하면, 포괄해 1개의 상습도박죄가 성립한다.

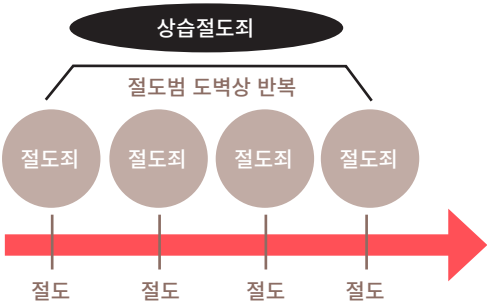
$\text{상습도박} + \text{상습도박} + \text{상습도박} = (((\text{상습도박죄})))$



형법 제246조(도박, 상습도박) ① 도박을 한 사람은 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 일시오락 정도에 불과한 경우에는 예외로 한다.
② 상습으로 제1항의 죄를 범한 사람은 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 상습으로 절도하면, 포괄해 1개의 상습절도죄가 성립한다.

$\text{상습절도} + \text{상습절도} + \text{상습절도} = (((\text{상습절도죄})))$

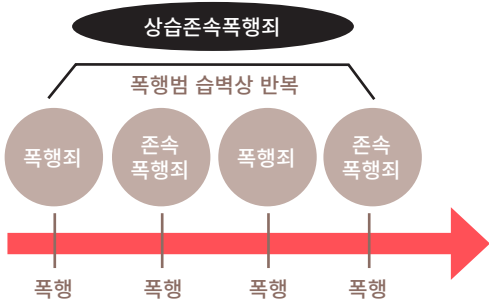


형법 제329조(절도) 타인의 재물을 절취한 자는 6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.
형법 제332조(상습범) 상습으로 제329조...의 죄를 범한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

상습범 중 상습절도는 특히 중요하다. 개념, 관련 조문을 정확하게 기억해 두자.

3. 상습으로 폭행도 하고 존속폭행도 하면, 포괄해 1개의 상습존속폭행죄가 성립한다.

상습폭행 + 상습존속폭행 + 상습폭행 = (((상습존속폭행죄)))



- 형법 제260조(폭행, 존속폭행)** ① 사람의 신체에 대하여 **폭행을 가한 자**는 2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.
- ② 자기 또는 배우자의 **직계존속에 대하여** 제1항의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제264조(상습범) **상습으로 ... 제260조...**의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

2017도10956: 폭행죄의 상습성은 폭행 범행을 반복하여 저지르는 습벽을 말[한다.] ... 단순폭행, 존속폭행의 범행이 동일한 폭행 습벽의 발현에 [따른] 것으로 인정되는 경우, 그중 법정형이 더 중한 **상습존속폭행죄에 나머지 행위를 포괄하여 하나의 죄만이 성립**한[다.]

피고인이 상습으로 甲을 폭행하고, 어머니 乙을 존속폭행하였다는 내용으로 기소된 사안[이다.] 피고인에게 폭행 범행을 반복하여 저지르는 습벽이 있고 이러한 습벽[으로] 단순폭행, 존속폭행 범행을 저지른 사실이 인정된다면[?] 단순폭행, 존속폭행의 각 죄별로 상습성을 판단할 것이 아니라 포괄하여 그중 법정형이 가장 중한 상습존속폭행죄만 성립할 여지가 [있다.]

주의사항

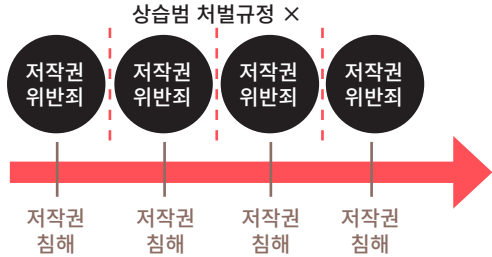
상습으로 범죄를 저질렀다고 해서, 무조건 포괄일죄가 되는 것은 아니다.

1. 상습범 처벌 규정이 있어야 포괄일죄가 된다. 즉, 그래야 1죄가 된다.

2011도1957: 상습범을 포괄일죄로 처단하는 것은 그것을 **가중처벌하는 규정이 있기 때문**이다[.]

2. 상습범 처벌 규정이 없다면, 포괄일죄가 되지 않는다. 수죄일 뿐이다.

예: 살인죄에는 상습범 처벌 규정이 없다. 즉, 형법에 “**상습살인죄**”라는 것은 존재하지 않는다. 상습적으로 살인을 저지르면, 일죄가 아니라 수죄일 뿐이다. 저작권위반죄도 마찬가지다.

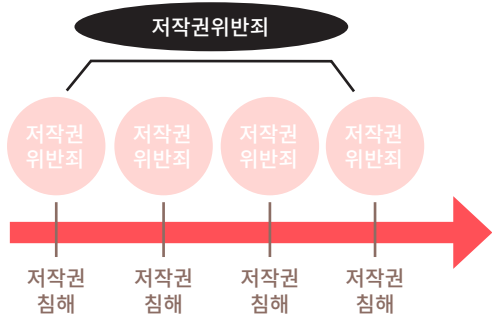


2011도1957: 구 저작권법[은] ... 상습으로 제136조 제1항의 죄를 저지른 경우 이를 가중처벌한다는 **규정은 따로 두고 있지 않다. 따라서** 수회에 걸쳐 구 저작권법 제136조 제1항의 죄를 범한 것이 상습성의 발현에 따른 것이라고 하더라도, 이는 **원칙적으로 경합범(→ 수죄)**으로 보아[야 한다. 즉,] 하나의 죄로 처단되는 상습범으로 볼 것은 아니다.

저작재산권 침해행위는 저작권자가 같더라도 저작물별로 침해되는 법익이 다르[다. 그러므로 각각의 저작물에 대한 침해행위는 원칙적으로 각 별개의 죄를 구성한[다.]

3. 다만, 상습범 처벌 규정이 없더라도, 사안에 따라서는 포괄일죄가 될 수도 있다. 상습범이 될 수는 없어도, 연속범일 수는 있기 때문이다.

저작권위반 + 저작권위반 + 저작권위반 = (((저작권위반죄)))



2011도1957: 다만 단일하고도 계속된 [고]의 아래 동일한 저작물에 대한 침해행위가 일정 기간 반복하여 행하여진 경우에는 포괄하여 하나의 범죄가 성립한[다.]

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 36.] ... ㅁ은 취업에 실패하자 세상에 불만이 커져 폭행 습벽이 생기게 되었고, 위 습벽이 발현되어 ㉠ 2024. 1. 9. 잔소리하는 모친 A를 폭행하고, ㉡ A의 비명소리에 놀라 찾아온 옆집 노인 B도 폭행하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄷ. ㅁ의 ㉠과 ㉡의 행위는 포괄하여 상습준속폭행죄에 해당한다.

포괄일죄의 분단

문제점

1. 포괄일죄에 해당하는 행위1, 행위2, 행위3, 행위4, ...를 저지르고 있다.
2. 어떤 형사판결을 받아, 행위2, 행위3 사이에 판결이 확정됐다.
3. 판결 전후로 죄가 분단되는가?

같은 종류 죄 확정판결

1. 같은 종류(동종) 죄 확정판결이었다면,
2. 분단○

2017도3373: 실체법상 포괄일죄의 관계에 있는 일련의 범행[→ 식품위생법위반 행위] 중간에 동종의 죄[→ 식품위생법위반]에 관한 확정판결이 있는 경우에는[?] 확정판결로 전후 범죄사실이 나뉘어져 원래 하나의 범죄로 포괄될 수 있었던 일련의 범행은 **확정판결의 전후로 분리된다**.

만약 분단되지 않는다면? 행위1, 행위2, 행위3, 행위4, ... 모두가 1죄라서, 확정판결의 기판력이 모두에 미친다. 따라서 앞으로 계속 범행을 저질러도 처벌할 수 없다는 결과가 되어 부당하다.

대한민국헌법 제13조 ① 모든 국민은 ... 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

형사소송법 제326조(면소의 판결) 다음 경우에는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다.

1. 확정판결이 있[었던] 때
-

다른 종류 죄 확정판결

1. 다른 종류(별종) 죄 확정판결이었다면,
2. 분단×

2001도3312: 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위[→ 약사법위반 행위]가 **다른 종류의 죄**[→ 도로교통법위반]의 확정판결의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는[?] 그 죄는 2죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 **최종의 범죄행위시에 완성**[된다.]

애당초 확정판결의 기판력이 행위1, 행위2, 행위3, 행위4, ...에 미치지 않는다. 따라서 앞서 본 문제가 없다.

실체적 경합
Real Concurrence of Crimes

1 더하기 1은 2가 아니다. - 차범근

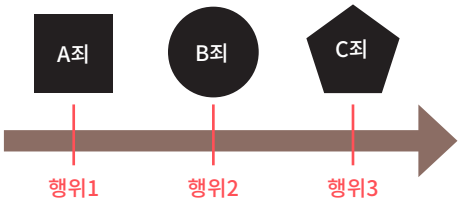
의의

개념

실체적 경합(real concurrence of crimes)이란?

- 1. 여러 개의 행위가
- 2. 여러 개의 형벌법규 또는 동일한 형벌법규를
- 3. 여러 차례 침해하는 경우.

실체적 경합범을 “경합범”과 같다 보아도 대체로 무방하다.



효과

- 1. 수죄다.
- 2. 경합범의 처벌례는 형법 제38조, 제39조가 규정한다.

형법 제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

- 1. 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형이 사형, 무기징역, 무기금고인 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형으로 처벌한다.
- 2. 각 죄에 대하여 정한 형이 사형, 무기징역, 무기금고 외의 같은 종류의 형인 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형의 장기 또는 다액(多額)에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 대하여 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 다만, 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과(併科)할 수 있다.
- 3. 각 죄에 대하여 정한 형이 무기징역, 무기금고 외의 다른 종류의 형인 경우에는 병과한다.

② 제1항 각호의 경우에 징역과 금고는 같은 종류의 형으로 보아 징역형으로 처벌한다.

형법 제39조(판결을 받지 아니한 경합범, [여러] 개의 판결과 경합범, 형의 집행과 경합범) ① 경합범중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

- ③ 경합범에 [따른] 판결의 선고를 받은 자가 경합범 중의 어떤 죄에 대하여 사면 또는 형의 집행이 면제된 때에는 다른 죄에 대하여 다시 형을 정한다.
- ④ 전 3항의 형의 집행[에서]는 이미 집행한 형기를 통산한다.

조항 내용이 복잡하다. 법정형이 “5년 이하의 징역”인 범죄와 “8년 이하의 징역”인 범죄가 경합할 때, 단순히 “13년 이하의 징역”으로 산정하지는 않는다. 자세히는 곧 배운다.

실체적 경합과 다른 죄수관계의 비교

실체적 경합과 법조경합

1. 실체적 경합: 여러 개의 행위에 수죄
2. 법조경합: 1개의 행위에 1죄

실체적 경합과 포괄일죄

여러 개의 행위가 있는 점에서 같다. 그러나

1. 실체적 경합: 수죄
2. 포괄일죄: 1죄

2020도1355: 동일 죄명에 해당하는 여러 개의 행위 혹은 연속된 행위를 단일하고 계속된 [고]의하에 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 [한다. 그러나 고]의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법 및 장소가 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다.

실체적 경합과 상상적 경합

수죄라는 점에서 같다. 그러나

1. 실체적 경합: 여러 개의 행위
2. 상상적 경합: 1개의 행위

사례

도로교통법위반(음주운전)죄와 도로교통법위반(음주측정거부)죄

음주운전을 했는데, 경찰이 단속하자 음주측정을 거부했다면?

1. 도로교통법위반(음주운전)죄

도로교통법 제148조의2(벌칙) ③ ... 술에 취한 상태에서 자동차...를 운전한 사람은 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

3. 혈중알코올농도가 0.03[%] 이상 0.08[%] 미만인 사람은 1년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금

2. 도로교통법위반(음주측정거부)죄

도로교통법 제148조의2(벌칙) ② 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 [타]당한 이유가 있는 사람으로서 ... 경찰공무원의 측정에 응하지 아니하는 사람(자동차...를 운전한 경우로 한정한다)은 1년 이상 5년 이하의 징역이나 500만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 양자 관계: 두 죄가 모두 성립한다. 실체적 경합 관계다.

2004도5257: 도로교통법 [현행 제148조의 제2항] 음주측정불응죄의 규정 취지 및 입법 연혁 등을 종합하여 보[아야 한다.]

주취운전은 이미 이루어진 도로교통안전침해를 문제 삼는 것[이지만], 음주측정거부는 기왕의 도로교통안전침해는 물론 향후의 도로교통안전 확보와 위험 예방을 함께 문제 삼는 것이[다.] 나아가 주취운전은 도로교통법시행령[에서] 정한 기준 이상으로 술에 ‘취한’ 자가 행위의 주체[이지만], 음주측정거부는 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 [타]당한 이유가 있는 자가 행위의 주체인 것이[다.]

결국 양자가 반드시 동일한 법익을 침해하는 것이라거나 주취운전의 불법과 책임내용이 일반적으로 음주측정거부의 그것에 포섭되는 것이라고는 단정할 수 없[다. 그러]므로, 결국 **주취운전과 음주측정거부의 각 도로교통법위반죄는 실체적 경합 관계**[다.]

도로교통법위반(음주운전)죄⊕도로교통법위반(음주측정거부)죄

강도죄, 사문서위조죄, 위조사문서행사죄, 사기죄

1. 강도죄

형법 제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

2. 사문서위조죄

형법 제231조(사문서등의 위조, 변조) 행사할 목적으로 권리, 의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 위조 또는 변조한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 위조사문서행사죄

형법 제234조(위조사문서등의 행사) 제231조[부터] 제233조[까지]의 죄[로] 만들어진 문서, 도화...[를] 행사한 자는 그 각 죄에 정한 형에 처한다.

4. 사기죄

형법 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 20년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

5. 4개 죄 관계: 4개 죄가 모두 성립한다. 실체적 경합 관계다.

91도1722: 피고인이 예금통장을 강취하고 예금자 명의의 예금청구서를 위조한 다음 이를 은행원에게 제출 행사하여 예금인 출금 명목의 [돈]을 교부받았다. 그렇다면 **강도, 사문서위조, 동행사, 사기의 각 범죄가 성립하고 이들은 실체적 경합 관계에** 있[다.]

강도죄⊕사문서위조죄⊕위조사문서행사죄⊕사기죄

횡령교사죄와 장물취득죄

다른 사람에게 횡령을 시키고, 그가 횡령한 물건을 취득했다면?

1. 횡령교사죄

형법 제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

형법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 장물취득죄

형법 제362조(장물의 취득...) ① 장물을 취득, 양도, 운반 또는 보관한 자는 7년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 양자 관계: 두 죄가 모두 성립한다. 실체적 경합 관계다.

69도692: 횡령 교사를 한 후 그 횡령한 물건을 취득한 때에는 횡령교사죄와 장물취득죄의 경합범이 성립된다.

횡령교사죄⊕장물취득죄

현금카드 강도죄와 절도죄

현금카드를 강취하고, 그 현금카드로 현금을 인출하면?

1. 강도죄

형법 제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취...한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

2. 절도죄

형법 제329조(절도) 타인의 재물을 절취한 자는 6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 양자 관계: 두 죄가 모두 성립한다. 실체적 경합 관계다.

2007도1375: 강도죄는 공갈죄와는 달리 피해자의 반항을 억압할 정도로 강력한 정도의 폭행, 협박을 수단으로 재물을 탈취하여야 성립[한다. 그러므로] 피해자로부터 현금카드를 강취하였다고 인정되는 경우에는 피해자로부터 현금카드의 사용에 관한 승낙의 의사표시가 있었다고 볼 여지가 없다. 따라서 강취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 행위는 피해자의 승낙에 기[초]한 것이라고 할 수 없[다].
[그러므로] 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되어서 강도죄와는 별도로 절도죄를 구성한다.

강도죄⊕절도죄

(비교) 현금카드를 갈취하고, 그 현금카드로 현금을 인출하면?

1. 공갈죄

형법 제350조(공갈) ① 사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 절도죄

형법 제329조(절도) 타인의 재물을 절취한 자는 6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 양자 관계: 공갈죄만 성립한다. 포괄일죄 관계다.

2007도1375: 예금주인 현금카드 소유자를 협박하여 그 카드를 갈취한 다음 피해자의 승낙[으로] 현금카드를 사용할 권한을 부여받아 이를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출[했다. 그러]한 행위는 모두 피해자의 예금을 갈취하고자 하는 피고인의 단일하고 계속된 범의 아래에서 이루어진 일련의 행위로서 포괄하여 하나의 공갈죄를 구성[한다. 그러므로] 현금자동지급기에서 피해자의 예금을 인출한 행위를 현금카드 갈취행위와 분리하여 따로 절도죄로 처단할 수는 없다.

[그 이유는 다음과 같다.] 위 예금 인출 행위는 하자 있는 의사표시이기기는 하지만 피해자의 승낙에 기[초]한 것이다. 따라서 피해자가 그 승낙의 의사표시를 취소하기까지는 현금카드를 적법, 유효하게 사용할 수 있[다. 그러므로] 은행으로서도 피해자의 지급정지 신청이 없는 한 그의 의사에 따라 그의 계산으로 적법하게 예금을 지급할 수밖에 없기 때문이다.

(((공갈죄)))

사기죄와 업무방해죄

임상시험을 제대로 하지 않으면서, 제약회사에 비용을 청구하면?

1. 사기죄

형법 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 20년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 업무방해죄

형법 제314조(업무방해) ① [허위의 사실을 유포하거나 기타 위계] 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 양자 관계: 두 죄가 모두 성립한다. 실체적 경합 관계다.

2024도1932: 이 사건과 같이 피해자를 기망하여 임상시험 대금 등을 교부받은 특정경 제범죄법 위반(사기)죄와 위계로써 피해자의 신약 개발업무를 방해한 업무방해죄는 [어떤가?] 보호법익, 구성요건적 행위의 양태, 범죄의 기수 시기 등이 서로 다를 뿐 아니라, 어느 한 죄의 불법과 책임의 내용이 다른 죄의 불법과 책임의 내용을 모두 포함하고 있지 않[다. 그러]므로 별개로 성립한다.

나아가 위 각 죄는 법률상 1개의 행위로 평가되는 경우에 해당한다고 보기 어렵[다.] 구성요건을 달리하는 별개의 범죄로서 보호법익을 달리하고 있[다. 그러]므로 상상적 경합관계가 아니라 실체적 경합관계로 [보는 것]이 타당하다.

사기죄⊕업무방해죄

연습문제1

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 26.] 甲은 2020. 5. 6. A를 폭행하여 A의 현금카드를 강취한 후 현금자동지급기에서 500만 원을 인출하였다. ... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 강취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 행위는 강도죄와는 별도로 절도죄를 구성한다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 34.] 甲은 A로부터 그 소유의 노트북컴퓨터를 위탁받아 보관하였고, B로부터 그 소유의 태블릿 PC를 위탁받아 보관하던 중 이러한 위탁 사실을 알고 있는 乙에게 일괄 매각하여 도박 자금을 마련하였다. ... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

② 만약 乙이 甲에게 위 매각행위를 교사하였다면, 乙에게는 횡령교사죄와 장물취득죄의 경합범이 성립한다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 1.] 죄수에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 타인의 물건을 보관하고 있는 자를 교사하여 자신에게 보관물을 팔아넘기도록 한 행위는 횡령교사죄와 장물취득죄의 상상적 경합범에 해당한다.

종류

개요

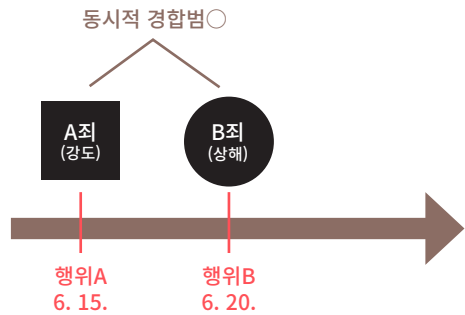
실체적 경합범은 다음 두 가지로 나뉜다.

- 1. 동시적(present) 경합범
- 2. 사후적(ex post) 경합범

동시적 경합범(전단 경합범)

판결이 확정되지 않은 여러 죄(A, B) 관계.

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 여러 개의 죄[A, B] 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정 전에 범한 죄를 **경합범**으로 한다.



- 1. 검사가 죄들(A, B) 모두를 기소해 법원이 한 사건에서 모두 심사하는 경우다.
- 2. 법원은 죄들(A, B)을 묶어 1개의 형을 선고한다.

72도597: 두 개의 공소사실들이 형법 제37조 **전단[에서 정한] 경합범** 관계에 있는 경우 [어떻게 처리하나?] ... 피고인을 **단일한 선고형으로 처단**하여야 한다.

- 3. 형법 제37조 앞부분 경합범이라서, A, B를 “전단 경합범”이라고도 부른다.

사			
건	2026고단7575	강도, 상해	
주			
문			
피고인을 징역 4년에 처한다.			
이			
유			
범 죄 사 실			
1. 강도			
피고인은 2026. 6. 15. 16:45경 서울 영등포구 대림로30길 4 앞길에서 그곳을 지나가던 피해자 송초등(어, 9세)에게 달려들어 주먹으로 피해자의 얼굴을 2회 때리고 "소리치면 죽인다. 가지고 있는 돈을 다 내놓아라."라고 말하면서 땅에 넘어뜨려 피해자가 반항하지 못하게 한 후 피해자로부터 현금 5,000원을 빼앗아 갔다.			
2. 상해			

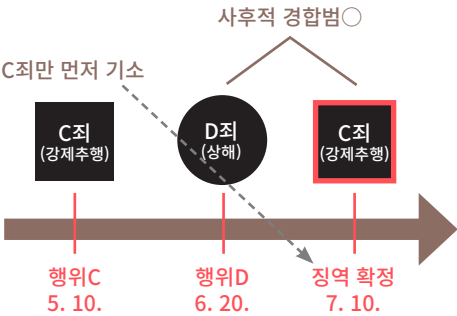
피고인은 2026. 6. 20. 14:00경 서울 양천구 목동남로 123에 있는 맛나식당에서 피해자 정피해(남, 46세)와 말다툼을 하다가 오른쪽 주먹으로 피해자의 허리를 2회 때려 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 허리 부위 타박상을 가했다.

사후적 경합범(후단 경합범)

금고 이상 판결이 확정된 죄(C)와 그 확정 전에 범한 죄(D) 관계.

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄 또는 **금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄[C]와 그 판결 확정 전에 범한 죄[D]**를 **경합범**으로 한다.

여기서 “**금고 이상의 형**”이 무엇인지는 제6강 형벌론에서 배운다. 일단은, 징역 형을 뜻한다 생각해도 좋다.



1. 검사가 확정판결 없는 죄(D)를 기소해 법원이 심사하는 경우다. 이미 판결이 확정된 죄(C)는 더는 기소할 수 없다.

대한민국헌법 제13조 ① 모든 국민은 ... 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

- 2. 법원은 확정판결 없는 죄(D)에 대해서만 1개의 형을 선고한다.
- 3. 형법 제37조 뒷부분 경합범이라서, C, D를 “후단 경합범”이라고도 부른다.

사	건	2026고단7575	상해
주 문			
피고인을 징역 4개월에 처한다.			

이 유

범 죄 사 실

[범죄전력]

피고인은 2026. 7. 2. 서울중앙지방법원에서 강제추행죄로 징역 1년을 선고받고 2026. 7. 10. 그 판결이 확정되었다.

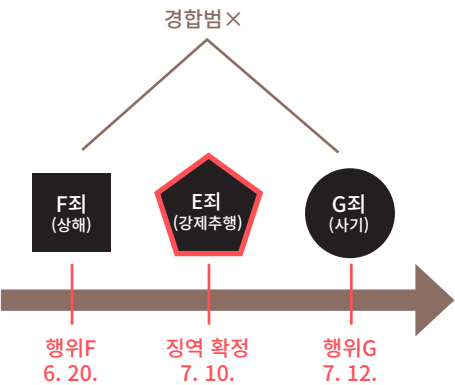
[범죄사실]

피고인은 2026. 6. 20. 14:00경 서울 양천구 목동남로 123에 있는 맛나식당에서 피해자 정피해(남, 46세)와 말다툼을 하다가 오른쪽 주먹으로 피해자의 허리를 2회 때려 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 허리 부위 타박상을 가했다.

주의: 경합범이 아닌 경우

금고 이상 판결이 확정된 죄(E)가 있는데, 그 확정 전에 범한 죄(F죄)와 그 확정 후에 범한 죄(G죄) 관계.

쉽게 말해, F, G 각 범행 사이에 법원에서 E 징역형이 확정된 경우다.



1. 검사가 죄들(F, G) 모두를 기소해 법원이 한 사건에서 모두 심사하게 될 수 있다.
2. 법원은 각 죄들(F, G)에 대해 각각 따로 형을 선고한다. 즉, 하나의 판결에서도 F죄에 대해 형을, G죄에 대해 형을 각각 선고한다.

F, G는 확정판결 때문에 분단(partition)된다. “주문이 2개인 경우”라 부른다.

3. F, G는 전단 경합범도 아니고, 후단 경합범도 아니다. 즉, 경합범이 아니다.
비록 F, G가 처음에는 실제적 경합 관계였더라도, E죄 판결 확정 결과 형법 제37조에 해당하지 않게 되는 것이다.

70도2271: 확정판결[(> 현행법상 금고 이상 형을 선고한 확정판결)] 전에 저지른 범죄 [F]와 그 판결 후에 저지른 범죄[G]는 서로 겹쳐 있으나 [형법 제37조]의 **경합범 관계에 있는 것은 아니다. 그러므로 두 개의 주문으로 각각 따로 처벌한** 조치는 정당하다.

사	건	2026고단7575 사기, 상해
주 문		
피고인을 판시 제1 죄에 대하여 징역 4개월, 판시 제2 죄에 대하여 징역 6개월에 각각 처한다.		
이 유		
범 죄 사 실		
[범죄전력]		
피고인은 2026. 7. 2. 서울중앙지방법원에서 강제추행죄로 징역 1년을 선고받고 2026. 7. 10. 그 판결이 확정되었다.		
[범죄사실]		
1. 상해		
피고인은 2026. 6. 20. 14:00경 서울 양천구 목동남로 123에 있는 맛나식당에서 피해자 정피해(남, 46세)와 말다툼을 하다가 오른쪽 주먹으로 피해자의 허리를 2회 때려 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 허리 부위 타박상을 가했다.		
2. 사기		
피고인은 2026. 7. 12. 11:00경 서울 금천구 시흥대로 225에 있는 피해자 표호구의 집에서 피해자에게 200만 원만 빌려주면 5일 안에 틀림없이 갚겠다는 취지로 거짓말을 하여, 이에 속은 피해자로부터 즉석에서 200만 원을 교부받았다.		

여기서 “판시”는 “범죄사실 기재”란 뜻이다. 즉, “판시 제1 죄”는 “범죄사실에 기재한 1. 상해죄”를, “판시 제2 죄”는 “범죄사실에 기재한 2. 사기죄”이다.

주의: 경합범인 경우

확정판결이 징역형이 아니라 벌금형(punishment of fine)이었다고 하자. 즉, 벌금 이하 판결이 확정된 죄(E')가 있는데, 그 확정 전에 범한 죄(F죄)와 그 확정 후에 범한 죄(G죄) 관계.

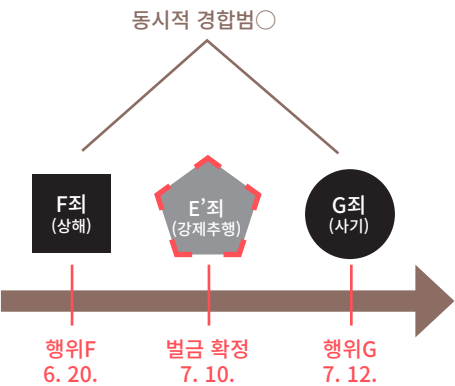
쉽게 말해, F, G 각 범행 사이에 법원에서 E' 벌금형이 확정된 경우다.

- 1. 검사가 죄들(F, G) 모두를 기소해 법원이 한 사건에서 모두 심사하게 될 수 있다.
- 2. 법원은 죄들(F, G)을 묶어 1개의 형을 선고한다.

F, G는 확정판결에도 분단되지 않는다. “주문이 1개인 경우”다.

- 3. F, G는 동시적 경합범, 즉 “전단 경합범”일 뿐이다.

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄[A4, B4]...를 경합범으로 한다.



사	건	2026고단7575 사기, 상해
주 문		
피고인을 징역 10개월에 처한다.		
이 유		
범 죄 사 실		

1. 상해
- 피고인은 2026. 6. 20. 14:00경 서울 양천구 목동남로 123에 있는 맛나식당에서 피해자 정피해(남, 46세)와 말다툼을 하다가 오른쪽 주먹으로 피해자의 허리를 2회 때려 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 허리 부위 타박상을 가했다.
2. 사기
- 피고인은 2026. 7. 12. 11:00경 서울 금천구 시흥대로 225에 있는 피해자 표호구의 집에서 피해자에게 200만 원만 빌려주면 5일 안에 틀림없이 갚겠다는 취지로 거짓말을 하여, 이에 속은 피해자로부터 즉석에서 200만 원을 교부받았다.

위 사건은 사후적 경합범 관계가 없다. 그래서 판결문 범죄사실 부분에 범죄전력을 기재할 필요가 없다.

소결

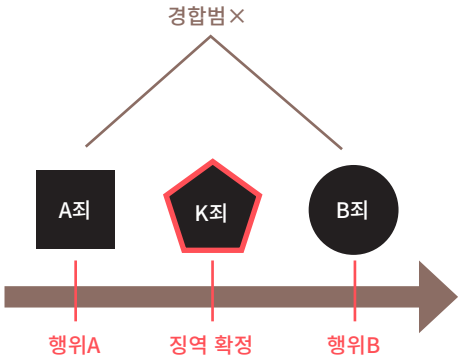
	동시적 경합범	사후적 경합범	분단된 범죄
최초 상태	모두 처음에는 실체적 경합 관계에 있었음		
분석	형법 제37조 경합범 해당		형법 제37조 경합범 아님
근거	형법 제37조 전단 내용	형법 제37조 후단 내용	해석론

동시적 경합범

구조

판결이 확정되지 않은 여러 개의 죄(A, B)는 동시적 경합범 관계다. 다만,

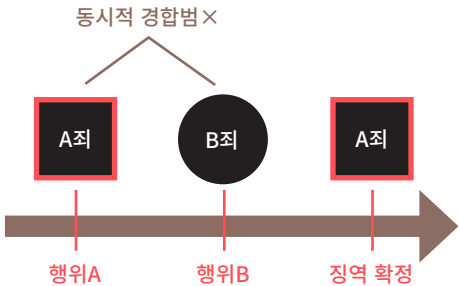
1. 만약 양 죄 사이에 다른 범죄(K죄)의 징역형 확정판결이 있다면? 양 죄(A죄, B죄)는 서로 분단되어 이제는 “경합범” 관계가 아니다.



70도2271: [금고 이상 형을 선고한 확정판결] 전에 저지른 범죄[A3]와 그 판결 후에 저지른 범죄[B3]는 ... [형법 제37조]의 경합범 관계에 있는 것은 아니다.]

2. 또한, 원래는 A죄, B죄가 동시적 경합범 관계에 있었다더라도, 만약 검사가 그 중 A죄만을 먼저 기소해서 금고 이상의 형이 확정되었다면? 이제는 A죄와 B죄는 동시적 경합범 관계가 아니다. 왜? A죄는 이제는 “판결이 확정되지 않은 죄”라 부를 수 없기 때문이다.

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정 전에 범한 죄를 경합범으로 한다.



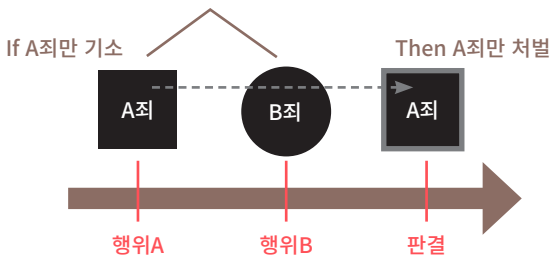
물론, 이렇게 되면 양 죄(A, B)가 사후적 경합범 관계로 될 수는 있다.

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄[A]와 그 판결 확정 전에 범한 죄[B]를 경합범으로 한다.

성립요건

1. 수죄 모두 판결이 확정되지 않아야 한다.
2. 하나의 재판에서 같이 판결될 가능성이 있어야 한다. 즉, 모두 기소되어 병합 심리되어야 한다.

예: A죄와 B죄가 실체적 경합 관계에 있더라도, 이 중 A죄만 기소했다면? 불고 불리 원칙상 법원이 경합범으로 처리할 수 없다.



형의 선고 형태

수사기관이 A죄, B죄를 모두 발견해서, 검사가 한꺼번에 기소했다고 하자. 법원이 A죄, B죄 모두를 인정하면? 두 죄에 관해 한꺼번에 하나의 형을 선고한다.

72도597: 두 개의 공소사실들이 형법 제37조 전단[에서 정한] 경합범 관계[인] 경우 [어떻게 처리하나?] 그 사실들에 대하여 병합심리를 하고 한 판결로[써] 처단하는 이상 형법 제38조 제1항[에서 정한] 예에 따라 ... 피고인을 단일한 선고형으로 처단하여야 한다.

판결 주문은?

1. “피고인을 (A죄, B죄에 관하여) 징역 4년에 처한다.” → ○
2. “피고인을 A죄에 관하여 징역 2년에, B죄에 관하여 징역 3년에 각각 처한다.” → ×

2003도7554: 형법 제37조는 경합범의 처벌에 관한 규정으로서 일반적으로는 두 개의 형을 선고하는 것[예: A에 관해 징역 2년, B에 관해 징역 3년]보다는 하나의 형을 선고하는 것[예: A, B에 관해 징역 4년]이 피고인에게 유리하다.]

2 + 3 > 4. 이 뜻은 곧 배운다.

처벌례

일정한 규칙에 따라 다음 3가지 방법을 적절히 이용한다.

1. 흡수주의: 각 죄의 법정형 중 1개만으로 처벌하는 방식.
2. 가중주의: 각 죄의 법정형 중 1개만을 택하되, 다만 그 택한 형을 가중하는 방식.
3. 병과주의: 각 죄의 법정형들을 모두 부과하는 방식.

제6강 형벌론에서 상세하게 배우자.

사후적 경합범

구조

사후적 경합범을 이루는 수죄란?

1. 판결이 확정된 죄(A)와
2. 그 판결 확정 전에 범한 죄(B)다.

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄[A]와 그 판결 확정 전에 범한 죄[B]를 경합범으로 한다.

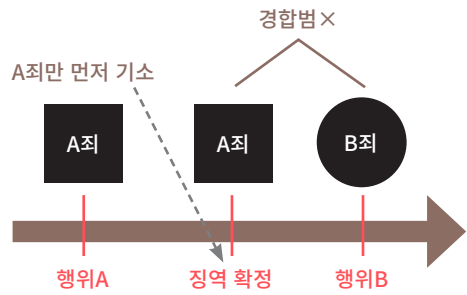
이 구조(structure)가 아니면, 경합범처럼 보어도 사후적 경합범이 아니다.

주의 사례(1)

A죄 판결이 확정된 후 B죄를 범했다면?

- 1. B죄는 A죄의 판결 확정 “전에” 범한 죄가 아니다.
- 2. 따라서 A와 B죄는 사후적 경합범 관계가 아니다.

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정 전에 범한 죄를 경합범으로 한다.



주의 사례(2)

- 1. A죄 징역형이 선고된 판결이 확정되기 전에는 B죄를 범했다.
- 2. A죄에 대한 판결이 확정된 후에는 C죄를 범했다.

A죄-B죄 관계는?

- 1. B죄는 A죄의 판결 확정 “전에” 범한 죄○ → ∴ A죄와 B죄는 사후적 경합범 관계○

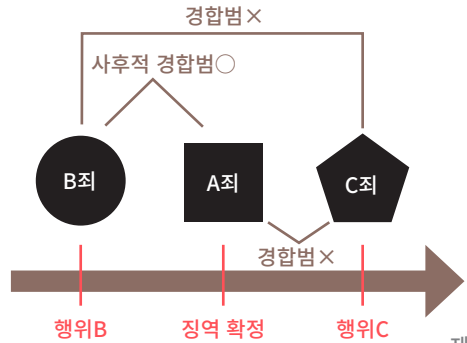
형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄[A]와 그 판결 확정 전에 범한 죄[B]를 경합범으로 한다.

- 2. A죄 판결이 확정된 이상 → ∴ A죄와 B죄는 동시적 경합범 관계×

A죄-C죄 관계는?

- 1. C죄는 A죄의 판결 확정 “전에” 범한 죄× → ∴ A죄와 C죄는 사후적 경합범 관계×
- 2. A죄 판결이 확정된 이상 → ∴ A죄와 C죄는 동시적 경합범 관계×

B죄와 C죄는 동시적 경합범도 아니고, 사후적 경합범도 아니다. 경합범 아니다.



2026도1926: 아직 판결을 받지 아니한 수 개의 죄[B, C]가 판결 확정을 전후하여 저질러진 경우[는 어떤가? 그렇다]고 하여 마치 확정된 판결이 존재하지 않는 것처럼 그 수 개의 죄[B, C] 사이에 형법 제37조 전단의 경합범 관계가 인정되어 형법 제38조[(경합범과 처벌례)]가 적용된다고 볼 수도 없[다.]

성립요건

확정된 판결은 금고 이상의 형에 처한 판결이어야 한다. 예를 들어,

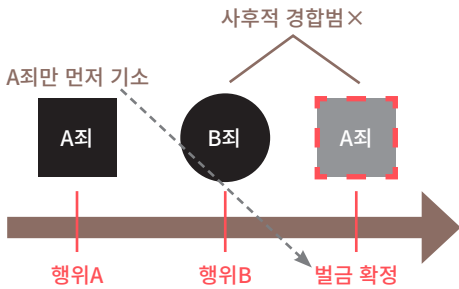
- 1. 징역형을 선고한 경우는 여기에 해당한다.

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄 또는 **금고 이상**의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정 전에 범한 죄를 경합범으로 한다.

징역형 집행유예에 판결은 **어떨까?** 징역형을 선고한 것이고, 다만 그 집행(교도소수감)만을 유예한 것이다. 즉, 여기에 해당한다.

형법 제62조(집행유예의 요건) ① 3년 이하의 **징역**이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금의 형을 **선고할 경우에** ... 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 ... **형의 집행을 유예**할 수 있다. ...

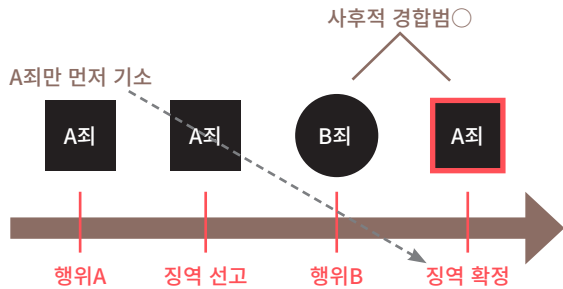
- 2. 벌금형을 선고한 경우는 여기에 해당하지 않는다.



“그 판결 확정 전에 범한 죄”에서 “판결 확정”이란? 판결 선고 후 상소기간이 도과해 더는 다룰 수 없게 상태를 뜻한다. 예를 들어,

- 1. A죄에 대해 징역형이 선고된 후 B죄를 범했더라도,
- 2. 판결 확정이 그 이후에 있었다면? “그 판결 확정 전에 범한 죄”라는 요건을 충족한다. 즉, 사후적 경합범에 해당한다.

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄[A]와 그 **판결 확정 전에 범한 죄[B]**를 경합범으로 한다.



형의 선고 형태

처음에 수사기관이 A죄만 발견했을 수도 있다. 아니면 A죄, B죄 모두 발견했는데 검사가 B죄는 기소를 안 할 수도 있다. 그 결과, A죄로만 기소한 사례다.

- 1. 이미 A죄에 대해서는 판결이 확정되었기 때문에 A죄를 다시 기소할 수 없다 (일사부재리).

대한민국헌법 제13조 ① 모든 국민은 ... 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

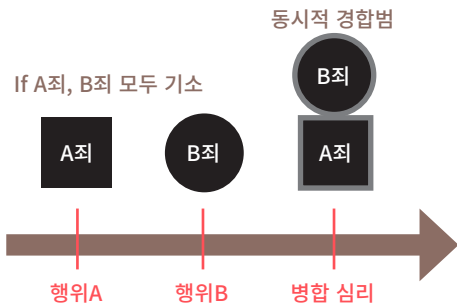
- 2. 그렇다고 A죄에 대한 재판을 취소할 수도 없다(법적 안정성).

따라서 검사가 B죄를 기소하면 법원은 B죄에 대해서만 형을 선고한다. 판결 주문은?

- 1. “피고인을 (B죄에 관하여) 징역 3년에 처한다.” → ○
- 2. “피고인을 A죄에 관하여 징역 2년, B죄에 관하여 징역 3년에 각각 처한다.” → ×
- 3. “피고인을 (A죄, B죄에 관하여) 징역 5년에 처한다.” → ×

처벌 기준

- 1. 원래 사후적 경합범 관계에 있는 죄들은 만약 수사 및 기소가 온전히 되어 모든 죄들이 법원에 알려졌다더라면, 마땅히 동시적 경합범으로 처벌받을 수도 있었던 죄들이다.

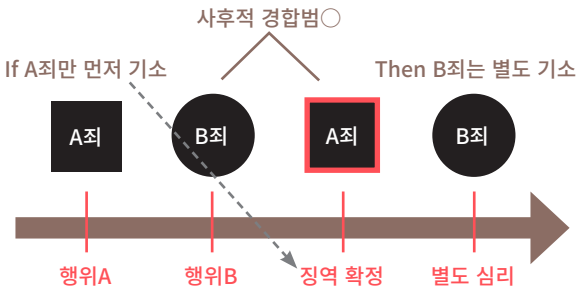


2017도14609전합: 후단 경합범의 문제는 [왜 생kina?] 그 죄와 판결이 확정된 죄에 대하여 전단 경합범으로 동시에 판결할 수 있었[다.]

따라서 애당초 동시에 판결할 수도 없었던 경우였다면, 비록 B죄가 A죄의 판결 확정 전에 범한 죄라 해도 사후적 경합범에 해당하지 않는다.

2014도469: 형법 제37조 후단 및 제39조 제1항의 문언, 입법 취지 등에 비추어 보면, 아직 판결을 받지 아니한 죄[B]가 이미 판결이 확정된 죄[A]와 동시에 판결할 수 없었던 경우에는 형법 제37조 후단의 경합범 관계가 성립할 수 없[다.]

2. 그런데 한 죄(A죄)의 확정판결 당시 다른 죄(B죄)는 기소되지 않았다. 수사기판이 수사, 기소를 온전히 안 해서, 그 다른 죄(B죄)는 따로 선고하게 되었다.



2017도14609전합: [그림]에도 그렇게 하지 못[했다. 그 때문에] 동시에 판결한 경우에 비[교]하여 피고인에게 불리할 수 있[다. 그래서 후단 경합범의 문제가] 생[긴다.]

3. 이렇게 된 것은 범인 입장에서는 우연한 사정일 뿐, 범인 스스로에게 책임이 없다. 동시에 판결을 받았을 때보다 유리하게도 불리하게도 취급되어서는 안 된다는 생각을 할 수 있다. 그것이 바로 형법 제39조 제1항이다.

형법 제39조(판결을 받지 아니한 경합범, [여러] 개의 판결과 경합범, 형의 집행과 경합범) ① 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

4. 다만, 어디까지나 동시적 경합범처럼 심리되었을 때와의 형평을 고려하라는 것일 뿐이다. 반드시 동시적 경합범의 처벌례 결과 그대로 따라야 하는 것은 아니다.

2006도837: 형법 제37조의 후단 경합범에 대하여 심판하는 법원은 판결이 확정된 죄와 후단 경합범의 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 후단 경합범의 처단형의 범[위]에서 후단 경합범의 선고형을 정할 수 있는 것이[다.]

[이때] 그 죄와 판결이 확정된 죄에 대한 선고형의 총합이 두 죄에 대하여 형법 제38조를 적용하여 산출한 처단형의 범[위]에] 속하도록 후단 경합범에 대한 형을 정하여야 하는 제한을 받는 것은 아니[다. 그리고] 후단 경합범에 대한 형을 감경 또는 면제할 것이지는 원칙적으로 그 죄에 대하여 심판하는 법원이 재[량]에 따라 판단할 수 있다.

국회는 이 방법이 가장 합리적이라 판단했다.

2017도14609전합: 후단 경합범을 어떻게 처리하여야 하는지는 기본적으로 **입법정책**에 달려있다. 형 선고 단계에서 이를 고려할 것인지 말 것인지, 형 집행 단계에서 이를 고려할 것인지 말 것인지, 형 선고 단계나 형 집행 단계에서 이를 고려할 때 어떠한 방식으로 이를 고려할 것인지 모두 입법자의 의사에 따라야 [한다.]

[만약] [i] 전제형을 정하거나 [ii] 처단형의 범위를 제한하게 되면, [다음과 같은 문제가 생긴다.]

[i] [만약 전제형을 다시 정하면] 이미 판결이 확정된 죄에 대하여 다시 심판하는 것이 되어 일사부재리 원칙에 반할 수 있다.]

[ii] [만약 처단형 범위를 제한하면] 먼저 판결을 받은 죄에 대한 형이 확정됨에 따라 뒤에 판결을 선고받는 후단 경합범에 대하여 선고할 수 있는 형의 범위가 지나치게 제한 [된다. 그래서] 책임에 상응하는 합리적이고 적절한 선고형의 결정이 불가능하거나 현저히 곤란하게 될 우려가 있다.]

[국회는 이]를 [고려]하여 법원으로 하여금 합리적이고 적절한 선고형을 결정할 수 있도록 하는 유연한 입법 형식을 취[했다.]

5. 당사자가 주장하지 않더라도, 법원은 사후적 경합범에 해당하는지 직권으로 조사해야 한다.

2026모510: 동일한 피고인에 대한 수 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 먼저 공소가 제기되고 나머지 범죄사실에 대하여 별도로 공소가 제기[되었다.] 이를 심리한 각 제1심법원이 공소제기된 사건별로 별개의 형을 선고하였[다. 그런데] 이 중 어느 한 사건이 항소심법원에 계속되는 동안에 ... 다른 사건의 판결이 별개의 절차에서 확정되었[다.]

[그렇다]면, 그 수 개의 범죄는 형법 제37조 **후단의 경합범 관계**에 있게 [된다. 그러]므로 항소심법원은 형법 제39조 제1항에 따라 이를 동시에 판결할 경우와의 형평을 고려하여 형을 선고[해야 한다.] 이 경우 형의 감경 또는 면제 여부까지 검토한 후에 형을 정하여야 [한다.] 이러한 조치를 취하지 아니한 해당 제1심판결에는 사후적으로 **직권조사 사유**가 발생하였다고 보아야 한다.

간과하기 쉽다.

형사소송법 제361조의4(항소기각의 결정) ① 항소인이나 변호인이 [항소이유서 제출 기간 내] 항소이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 항소를 기각하여야 한다. 단, 직권조사사유가 있거나 항소장에 항소이유의 기재가 있는 때에는 예외로 한다.

형사소송법 제364조(항소법원의 심판) ② 항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다.

2026모510: 여기서 직권조사사유[란] 법령적용이나 법령해석의 착오 여부 등 당사자가 주장하지 아니한 경우에도 법원이 직권으로 조사하여야 할 사유를 말한다.]

피고인이 적법한 기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았[다. 그렇다]고 하더라도 [항소심]은 형사소송법 제361조의4 제1항 단서, 제364조 제2항에 따라 제1심판결을 파기하고 피고인에게 형법 제37조 후단의 경합범에 관한 처벌례를 적용하여야 하였[다.]

연습문제

2022년도 변호사시험 형사법 선택형

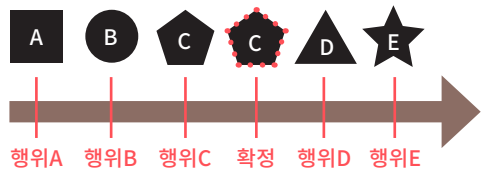
[문 2.] 「형법」 제37조 후단 경합범에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 후단 경합범이란 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄를 가리키는데, 여기서 말하는 판결에는 집행유예 판결도 포함된다.
- ④ 판결을 받지 아니한 수개의 죄가 판결확정을 전후하여 저질러진 경우 판결확정 전에 범한 죄를 이미 판결이 확정된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경우라면, 판결확정을 전후한 각각의 범죄는 「형법」 제37조 후단 경합범이 아니라 전단 경합범에 해당하여 하나의 형을 선고하여야 한다.

복합구조

문제상황

- 1. A죄, B죄, C죄를 범한 후,
- 2. C죄에 대한 확정판결이 있는 다음,
- 3. D죄, E죄를 범했다고 하자.



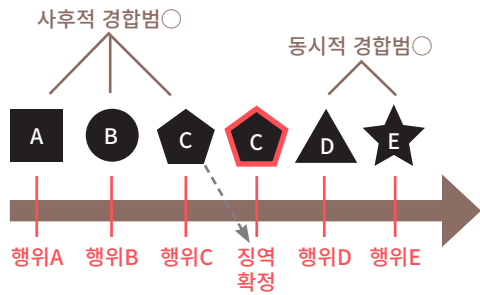
5개의 죄는 실제적 경합범이라 가정하자. 이 경우 A죄, B죄, D죄, E죄에 대해 한꺼번에 공소제기 되면 법원은 어떻게 처리해야 하나?

관련조항

- 형법 제37조(경합범)** 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정 전에 범한 죄를 경합범으로 한다.
- 형법 제38조(경합범과 처벌례)** ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다. ...
- 형법 제39조(판결을 받지 아니한 경합범, [여러] 개의 판결과 경합범, 형의 집행과 경합범)** ① 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

C죄에 대해 금고 이상의 형(징역형)을 선고한 경우
C죄 확정판결로, 죄가 다음 2목음으로 분단된다.

- 1. A죄, B죄, (C죄)
 - 2. D죄, E죄
- 위 1.과 2.는 경합범 관계가 아니다. 따라서,
- 1. 하나의 판결문이지만,
 - 2. 주문에 2개의 형(A, B죄의 형 & D, E죄의 형)을 따로 선고해야 한다.



2026도1926: 아직 판결을 받지 아니한 수 개의 죄[(A, B), (D, E)]가 판결 확정을 전후하여 저질러진 경우[는 어떤가?] ... 판결 확정을 전후한 각각의 범죄[(A, B)와 (D, E)]에 대하여 별도로 형을 정하여 선고할 수밖에 없다.]

A죄, B죄, (C죄)에 관한 형은?

- 1. 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄(C죄)와 그 판결 확정 전에 범한 죄(A죄, B죄)로서, 사후적 경합범이다.
- 형법 제37조(경합범)** 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄[C]와 그 **판결 확정 전에 범한 죄[A, B]**를 경합범으로 한다.
- 2. C죄에 대해서는 이미 판결이 선고되었다. 그러므로 A죄, B죄에 대해서만 판결을 선고한다. A죄, B죄에 대해서 흡수주의, 가중주의, 병과주의를 적절히 선택해 처벌한다.

형법 제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범[A, B]을 동시에 판결할 때에는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

- 1. 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형이 사형, 무기징역, 무기금고인 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형으로 처벌한다[→ **흡수주의**].
- 2. 각 죄에 대하여 정한 형이 사형, 무기징역, 무기금고 외의 같은 종류의 형인 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형의 장기 또는 다액(多額)에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 대하여 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다[→ **가중주의**]. ...
- 3. 각 죄에 대하여 정한 형이 무기징역, 무기금고 외의 다른 종류의 형인 경우에는 병과한다[→ **병과주의**].

- 3. 다만, 비록 A죄, B죄에 대해서만 형을 선고하더라도 3죄(A죄, B죄, C죄)를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려해야 한다.

형법 제39조(판결을 받지 아니한 경합범, [여러] 개의 판결과 경합범, 형의 집행과 경합범) ① 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄[A, B]가 있는 때에는 그 죄[A, B]와 판결이 확정된 죄[C]를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄[A, B]에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

D죄, E죄에 관한 형은?

- 1. 판결이 확정되지 아니한 수 개의 죄(D죄, E죄)로서, 동시적 경합범이다.

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄[D, E] 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정 전에 범한 죄를 경합범으로 한다.

- 2. 흡수주의, 가중주의, 병과주의를 적절히 선택해 처벌한다.

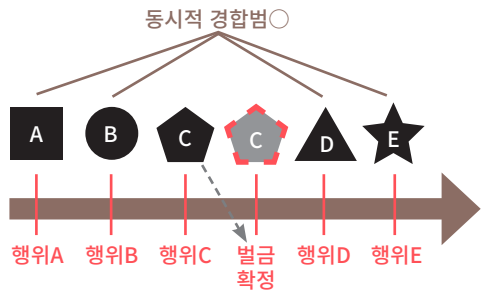
형법 제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범[D, E]을 동시에 판결할 때에는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

- 1. ...[→ **흡수주의**]. / 2. ...[→ **가중주의**]. ... / 3. ...[→ **병과주의**].

C죄에 대해 자격상실 이하의 형(벌금형)을 선고한 경우

C죄의 확정판결이 있지만, 전후로 죄가 분단되지 않는다. 따라서,

- 1. 하나의 판결문 주문에,
- 2. 일괄해 1개의 형(A, B, D, E죄의 형)을 선고해야 한다.



A죄, B죄, D죄, E죄에 관한 형은?

- 1. 판결이 확정되지 아니한 여러 개의 죄로 동시적 경합범이다.

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 [여러] 개의 죄[A, B, D, E] 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정 전에 범한 죄를 경합범으로 한다.

- 2. 흡수주의, 가중주의, 병과주의를 적절히 선택해 처벌한다.

형법 제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범[A, B, D, E]을 동시에 판결할 때에는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

- 1. ... [→ **흡수주의**]. / 2. ... [→ **가중주의**]. ... / 3. ... [→ **병과주의**].

연습문제

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 3.] 아래 <범죄경력> 중 1개가 있는 甲이 2023. 11. 10. 아래 <범죄사실> 중 어느 1개 또는 수개의 죄로 공소제기되어 그 <범죄사실>이 인정될 경우, 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<범죄경력>

㉠ 2023. 4. 10. 서울중앙지방법원에서 상습절도죄로 벌금 500만 원을 선고받아 2023. 4. 18. 그 판결이 확정되었다.

㉡ 2023. 5. 10. 서울중앙지방법원에서 절도죄로 징역 6[개]월을 선고받아 2023. 5. 18. 그 판결이 확정되었다.

<범죄사실>

ㄴ. 2023. 3. 8.경 Y 커피숍에서 피해자 N에게 “수일 내 유명 가상자산 거래소에 상장되는 가상자산이 있는데, 나에게 돈을 투자하면 수백 배 이상의 수익을 얻을 수 있다[.]”라고 거짓말하여 2023. 3. 10.경 1,000만 원을 피해자 N으로부터 교부받아 이를 편취하였다[사기].

ㄷ. 2023. 6. 10.경 Z 유흥주점에서 피해자 O의 뺨을 수회 때리고 발로 다리를 걷어차 피해자를 폭행하였다[폭행].

- ③ ㉠범죄경력이 있는 甲이 ㄴ죄로 기소된 경우, 판결이 확정된 ㉠죄와 사이에 「형법」 제37조 후단의 경합범 관계에 있다.
- ④ ㉡범죄경력이 있는 甲이 ㄴ, ㄷ죄로 기소된 경우, ㄴ죄는 판결이 확정된 ㉡죄와 사이에 「형법」 제37조 후단의 경합범 관계에 있으므로, 법원은 ㄴ, ㄷ죄에 대해 동시에 판결을 선고할 때 ㄴ죄에 관하여 1개, ㄷ죄에 관하여 1개의 형을 각각 선고하여야 한다.

상상적 경합

Ideal Concurrence of Crimes

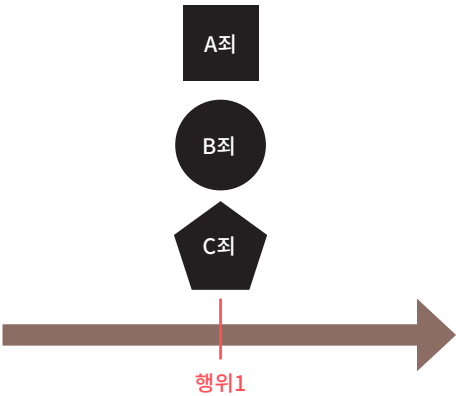
“화살 하나면 죽합니다.”라고 하면서 장손성은 말에 채찍질하여 앞으로 달려나가더니 한 대의 화살만을 쏘아 새 두 마리를 모두 땅에 떨어뜨렸다.
- 이연수, “복사, 장손성전”

의의

개념

상상적 경합(ideal concurrence of crimes)이란?

- 1. 1개의 행위가
- 2. 여러 개의 형벌법규 또는 동일한 형벌법규를
- 3. 여러 차례 침해하는 경우.



형법 제40조(상상적 경합) 한 개의 행위가 여러 개의 죄[A, B, C]에 해당하는 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형으로 처벌한다.

성립요건

- 1. 1개의 행위(single action): 행위의 단일성 문제다.

2023도12316: 여기에서 1개의 행위[란] 법적 평가를 떠나 사회관념상 행위가 사물자 연의 상태로서 1개로 평가되는 것을 의미한다[다.]

같은 수죄를 범하더라도 상상적 경합범인지 실체적 경합범인지에 따라 형이 달라진다. 일반적으로, 상상적 경합으로 인정받는 것이 피고인에게 유리하다. 그런데 양자는 행위가 1개인지 여러 개인지로 구별한다. 따라서 실제 사안에서, 행위의 단일성이 쟁점이 된다.

- 2. 여러 개의 죄(plural crime): 여러 개의 구성요건에 해당해야 한다. 또는, 같은 구성요건이라면 피해자가 여럿이어야 한다.

효과

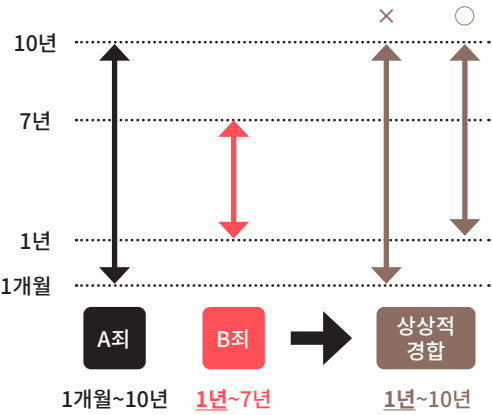
- 1. 과형상 1죄(one crime for sentencing purposes): 실체법상으로는 수죄다. 그런데 처벌은? 비록 수죄를 저질렀지만, 마치 가장 무거운 죄 1개만 저지른 경우처럼 처벌받는다. 여기서 가장 무거운 죄란, 대체로, 법정형(그중에서도 상한선)이 가장 높은 죄다.

형법 제40조(상상적 경합) 한 개의 행위가 여러 개의 죄에 해당하는 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형으로 처벌한다.

A1죄(10년 이하 징역) × B1죄(7년 이하 징역) = 10년 이하 징역(∵ 10 > 7)

- 2. 전체적 대조주의: 법정형이 무거운 죄(A죄)와 가벼운 죄(B죄)의 각 하한선을 비교해 봤다. 그랬더니, 오히려 가벼운 죄(B죄)가 하한선이 더 높다면? 하한선은 가벼운 죄(B죄)의 것을 적용한다. 이렇게 보지 않으면, B죄 하나만 저지른 경우보다 오히려 A죄, B죄를 저지른 사람을 더 경하게 처벌하게 되기 때문이다.

A죄(1개월 이상 10년 이하 징역) × B죄(1년 이상 7년 이하 징역) = 1개월 이상 10년 이하 징역(∵ 10 > 7) → 1년 이상 10년 이하 징역(∵ 1개월 < 1년)



83도3160: 형법 제40조가 규정...은 그 [여러] 개의 죄명중 가장 [무거운] 형을 규정한 법조에 [따라] 처단한다는 취지와 함께 다른 법조의 최하한의 형보다 가볍게 처단할 수는 없다는 취지 즉, 각 법조의 상한과 하한을 모두 [무거운] 형의 범위[에서] 처단한다는 것을 포함하는 것으로 새겨야 [한다.]

- 3. 소송법상 효과: 상상적 경합 관계에 있는 죄(A, B) 중 1개만 기소돼 이미 유죄판결을 받았다면? 나머지 죄를 따로 처벌할 수 없다. 일사부재리(non bis in idem; not deciding the same matter twice) 취지다.

대한민국헌법 제13조 ① 모든 국민은 ... 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

형사소송법 제326조(면소의 판결) 다음 경우에는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다.

1. 확정판결이 있[었던] 때

2005도10233: 형법 제40조[에서 정한] 상상적 경합 관계의 경우에는 그중 1죄에 대한 확정판결의 기판력은 다른 죄에 대하여도 미[친다.]

이 사건 확정판결의 범죄사실 중 업무방해죄와 이 사건 [명예훼손죄] 공소사실...[은] 모두 피고인이 같은 일시, 장소에서 피해자의 기념전시회에 참석한 손님들에게 피해자가 공사대금을 주지 않는다는 취지로 소리를 치며 소란을 피웠다는 1개의 행위[로] 실현된 경우로서 상상적 경합 관계에 있다.]

형법 제314조(업무방해) ① [허위의 사실을 유포하거나 기타 위계] 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제307조(명예훼손) ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

이 사건 [업무방해죄] 확정판결의 기판력이 이 사건 [명예훼손죄] 공소사실...에 대해서도 미친다.] 이 사건 [명예훼손죄] 공소사실에 대하여 이미 확정판결이 있다는 이유로 면소의 판결을 선고[해야 한다.]

결국, 상상적 경합은,

1. 실체법상 수죄지만,
2. 과형상 1죄고,
3. 소송법상 1죄다.

상상적 경합과 다른 죄수관계의 비교

상상적 경합과 법조경합

1개의 행위가 있는 점에서 같다. 그러나

1. 법조경합: 1죄
2. 상상적 경합: 수죄

상상적 경합과 포괄일죄

1. 포괄일죄: 여러 개의 행위에 1죄
2. 상상적 경합: 1개의 행위에 수죄

상상적 경합과 실체적 경합

수죄라는 점에서 같다. 그러나

1. 실체적 경합: 여러 개의 행위
2. 상상적 경합: 1개의 행위

상상적 경합 사례

감금죄와 강간미수죄

감금이 강간의 수단이 되었다면?

1. 감금죄가 성립한다.

형법 제276조(체포, 감금, 존속체포, 존속감금) ① 사람을 체포 또는 감금한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 강간미수죄도 성립한다.

형법 제300조(미수범) 제297조...의 미수범은 처벌한다.
형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

3. 두 죄는 상상적 경합 관계다.

83도323: 강간죄의 성립에 언제나 직접적으로 또 필요한 수단으로서 감금행위를 수반하는 것은 아니[다. 그러]므로 감금행위가 강간미수죄의 수단이 되었다 하여 감금행위는 강간미수죄에 흡수되어 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없[다. 즉, 포괄일죄가 아니라 수죄다.] 그때에는 감금죄와 강간미수죄는 [1개]의 행위[로] 실현된 경우로서 형법 제40조의 상상적 경합 관계에 있다.

감금죄⊗강간미수죄

여러 피해자들 상대로 사기

속임수로 피해자 A, B를 속여 재산상 이익을 취득했다면?

형법 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 20년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

한 번의 속임수로 그랬다면,

- 1. 피해자 A에 대한 사기죄가 성립한다.
- 2. 피해자 B에 대한 사기죄도 성립한다.
- 3. 두 죄는 상상적 경합 관계다.

2014도16980: 1개의 기망행위[로] 다수의 피해자[A, B]로부터 각각 재산상 이익을 편취한 경우[다. 피해자별로 수 개의 사기죄[A에 대한 사기죄, B에 대한 사기죄]가 성립[한다. 그리고] 그사이[는] 상상적 경합의 관계[다.]
2010도9330: 피해자들을 유인하여 사기도박으로 도금을 편취한 행위는 사회관념상 1개의 행위로 평가하는 것이 타당하[다. 그러므로] 피해자들에 대한 각 사기죄[A에 대한 사기죄, B에 대한 사기죄]는 상상적 경합의 관계에 있[다.]

A사기죄⊗B사기죄

(비교) 각각의 속임수로 그랬다면, 원칙적으로,

1. 피해자 A에 대한 사기죄가 성립한다.
2. 피해자 B에 대한 사기죄도 성립한다.
3. 두 죄는 실체적 경합 관계다.

2023도13514: 다수의 피해자[A, B]에 대하여 각각 기망행위를 하여 각 피해자[A, B]로부터 재물을 편취[했다. 이] 경우에는 범의[→ 고의]가 단일하고 범행방법이 동일하다라고 각 피해자[A, B]의 **피해법익은 독립한** 것이다. 그러므로 이를 포괄일죄로 파악할 수 없고 피해자[A, B]별로 독립한 사기죄가 성립된다.

A사기죄⊕B사기죄

(비교) 예외적으로,

1. 피해자 A에 대한 사기죄가 성립한다.
2. 피해자 B에 대한 사기죄도 성립한다.
3. 두 죄는 포괄일죄 관계다.

2023도13514: 다만 피해자들[A, B]의 **피해법익이 동일**하다고 볼 수 있는 사정이 있는 경우에는 이들에 대한 사기죄를 **포괄하여 일죄**로 볼 수 있다.

피고인이 부부인 피해자 [A와 B]에게 '토지를 매수하여 분필한 후 이를 분양해서 원금 및 수익금을 지급하겠다.'면서 기망[했다. 그] 후, [피해자들(A, B)이] 이에 속아 피고인에게 투자하기 위해 공동재산인 건물을 매도하여 돈을 마련[했다. 피고인은 피해자들(A, B)로부터] 피해자 [A] 명의 예금계좌에서 1억 원, 피해자 [B] 명의 예금계좌에서 4억 7,500만 원, 합계 5억 7,500만 원을 송금받아 이를 편취하였[다. 이상] 이유로 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)죄로 기소된 사안[이다.]

각 피해자[A, B] 명의의 예금계좌에 예치된 금전에 관한 권리는 ... 각 피해자[A, B]에게 별도로 귀속[된다. 그러]므로 민사상 권리 귀속관계의 면에서는 각 피해자[A, B]가 피고인의 기망행위로 별도의 재산상 법익을 침해당하였다고 볼 수도 있[다.]

[그러나] 포괄일죄를 판단하는 기준 중 하나인 피해법익의 동일성은 민사상 권리 귀속관계 외에 해당 사건에 나타난 다른 사정도 함께 고려하여 판단해야 [한다. 그런]데, 피고인의 피해자들[A, B]에 대한 기망행위의 공통성, 기망행위에 이르게 된 경위, 재산 교부에 관한 의사결정의 공통성, 재산의 형성, 유지 과정, 재산 교부의 목적 및 방법, 기망행위 이후의 정황 등 모든 사정을 고려하여 보[자. 그러]면, 피해자들[A, B]에 대한 사기죄의 피해법익이 동일하다고 평가될 수 있[다. 그래서] 이들에 대한 사기죄가 포괄일죄를 구성한[다.]

((A, B사기죄)))

여러 피해자들 상대로 횡령

한 번의 행위로 피해자 A, B의 각 재물을 횡령했다면?

형법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 피해자 A에 대한 횡령죄가 성립한다.
2. 피해자 B에 대한 횡령죄도 성립한다.
3. 두 죄는 상상적 경합 관계다.

2013도10020: 여러 개의 위탁관계[A, B][로] 보관하던 여러 개의 재물을 **1개의 행위** [로] 횡령[했다. 이] 경우 **위탁관계[A, B]별로 수개의 횡령죄**가 성립[한다. 그리고] 그 사이에는 **상상적 경합**의 관계가 있는 것으로 보아야 한다.

A횡령죄⊗B횡령죄

여러 공무원들 상대로 폭행

한 번의 기회에 직무를 집행 중인 공무원 A, B를 폭행했다면?

형법 제136조(공무집행방해) ① 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 공무원 A에 대한 공무집행방해죄가 성립한다.
2. 공무원 B에 대한 공무집행방해죄도 성립한다.
3. 두 죄는 상상적 경합 관계다.

2009도3505: 동일한 공무를 집행하는 여럿의 공무원[A, B]에 대하여 폭행, 협박 행위를 한 경우[를 보자.] 공무를 집행하는 **공무원의 수[2인]에 따라 여럿의 공무집행방해죄**[A에 대한 공무집행방해죄, B에 대한 공무집행방해죄]가 성립[한다. 그리고] 위와 같은 폭행, 협박 행위가 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 것으로서 사회관념상 **1개의 행위**로 평가되는 경우에는 여럿의 공무집행방해죄[2개]는 **상상적 경합**의 관계에 있다.

범죄 피해 신고를 받고 출동한 두 명의 경찰관[A, B]에게 욕설을 하면서 차례로 폭행을 하여 신고 처리 및 수사 업무에 관한 정당한 직무집행을 방해한 사안[이다.] 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 폭행 행위는 사회관념상 1개의 행위로 평가하는 것이 [타]당하[다. 따라서] 위 공무집행방해죄는 형법 제40조에 정한 상상적 경합의 관계에 있[다.]

A공무집행방해죄⊗B공무집행방해죄

여러 권리자들 상대로 권리행사방해

한 번의 취거(carry away)로 권리자 A, B의 권리행사를 방해했다면?

형법 제323조(권리행사방해) 타인의 ... 권리의 목적이 된 자기의 물건...을 취거...하여 타인의 권리행사를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 권리자 A에 대한 권리행사방해죄가 성립한다.
2. 권리자 B에 대한 권리행사방해죄가 성립한다.
3. 두 죄는 상상적 경합 관계다.

2021도16876: 여러 사람[A, B]의 권리의 목적이 된 자기의 물건을 취거...함으로써 여러 사람[A, B]의 권리행사를 방해하였다. 그렇다면 권리자별로 각각 권리행사방해죄[A에 대한 권리행사방해죄, B에 대한 권리행사방해죄]가 성립한다. 그리고 각 죄는 서로 상상적 경합범의 관계에 있다.

A권리행사방해죄⊗B권리행사방해죄

여러 명의인이 있는 문서를 위조

한 번의 작성으로 명의인 A, B가 있는 사문서를 위조했다면?

형법 제231조(사문서등의 위조, 변조) 행사할 목적으로 권리, 의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 위조 또는 변조한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 1. 명의인 A에 관한 사문서위조죄가 성립한다.
- 2. 명의인 B에 관한 사문서위조죄가 성립한다.
- 3. 두 죄는 상상적 경합 관계다.

87도564: 문서에 2인 이상의 작성명의인[A, B]이 있을 때에는 각 명의자마다 1개의 문서가 성립된다. 그러므로 2인 이상의 연명으로 된 문서를 위조한 때에는 작성명의인의 수대로 수 개의 문서위조죄가 성립한다. 그리고 ... 그 연명문서를 위조하는 행위는 자연적 관찰이나 사회통념상 하나의 행위다. 그래서 위 수 개의 문서위조죄는 형법 제40조가 규정하는 상상적 경합범에 해당한다.

A사문서위조죄⊗B사문서위조죄

연습문제1

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 17.] 죄수에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ.수인의 피해자에 대하여 1개의 기망행위를 통해 각각 재물을 편취한 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 피해자별로 독립한 사기죄가 성립하고 각 사기죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ㄴ.2인 이상의 작성명의인이 연명으로 서명, 날인한 문서를 하나의 행위로 위조한 때에는 작성명의인의 수에 해당하는 문서위조죄의 상상적 경합범에 해당한다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 2.] 죄수관계에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ.여러 사람의 권리의 목적이 된 자기의 물건을 취거, 은닉 또는 손괴함으로써 그 여러 사람의 권리행사를 방해하였다면 권리자별로 각각 권리행사방해죄가 성립하고, 각 죄는 실제적 경합의 관계에 있다.

ㄷ. 범죄 피해 신고를 받고 출동한 두 명의 경찰관에게 같은 장소에서 욕설을 하면서 한 명의 경찰관을 먼저 폭행하고 곧이어 이를 제지하는 다른 경찰관을 폭행하여 수사 업무에 관한 정당한 직무집행을 방해한 때에는 2개의 공무집행방해죄가 성립하고, 두 공무집행방해죄는 상상적 경합의 관계에 있다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 34.] 甲은 A로부터 그 소유의 노트북컴퓨터를 위탁받아 보관하였고, B로부터 그 소유의 태블릿 PC를 위탁받아 보관하던 중 이러한 위탁 사실을 알고 있는 乙에게 일괄 매각하여 도박 자금을 마련하였다. ... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲에게는 피해자 A, B에 대한 각 횡령죄가 성립하고, 두 개의 횡령죄는 상상적 경합의 관계에 있다.

연습문제4

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 36.] 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- (가) 甲과 乙은 사기도박을 공모하고, 甲은 2024. 1. 1.경 모텔방에서 서로 안면이 없던 A, B, C를 유인하여 함께 속칭 ‘씻다’ 도박을 하였는데, 甲은 사기도박을 숨기기 위해 얼마간 정상적인 도박을 하다가 乙이 가져온 형광물질로 특수표시를 한 화투로 바꾼 다음 乙이 모니터 화면을 보고 알려주는 A, B, C의 화투패를 들고 도박을 하여 그들로부터 총 500만 원의 도금을 교부받았다.
- ㄴ. (가)에서 1개의 기망행위가 있었으므로 포괄하여 A, B, C에 대한 하나의 사기죄가 성립한다.

연습문제5

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 1.] 죄수에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 여러 피해자들에게 단일한 범죄와 방법으로 기망행위를 하여 각 피해자로부터 재물을 편취한 경우, 피해자들의 피해법익이 동일하다고 볼 수 있는 때라면 이들에 대한 사기죄의 포괄일죄로 볼 수 있다.

연습문제6

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 15.] 매도인 甲과 매수인 乙 명의로 “甲이 乙에게 서울 △△구 ○○동 소재 주택을 5억 원에 매도한다.”라는 내용의 2025. 5. 1. 자 부동산 매매계약서가 공인중개사 丙의 사무실에서 작성되었다. 이 사례에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

⑤ 丙이 행사할 목적으로 甲, 乙의 허락 없이 위 계약서를 작성하였다면 甲, 乙에 대한 각 사문서위조죄가 성립하고, 위 각 죄는 상상적 경합범 관계에 있다.

상상적 경합과 실체적 경합의 복합 사례

상상적 경합 1

뇌물 받은 공무원이 뇌물 때문에 허위로 공문서를 작성했다면?

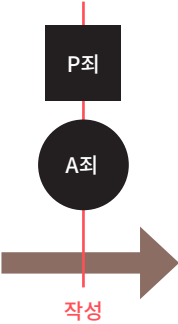
1. 수뢰후부정처사죄(P)가 성립한다.

형법 제131조(수뢰후부정처사, 사후수뢰) ① 공무원...이 [뇌물수수 등]의 죄를 범하여 부정한 행위를 한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

2. 허위공문서작성죄(A)도 성립한다.

형법 제227조(허위공문서작성등) 공무원이 행사할 목적으로 그 직무에 관하여 문서 [를] 허위로 작성...한 때에는 7년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 두 죄(P, A)는 상상적 경합 관계다.



83도1378: 공무원이 수뢰 후 [한] 부정행위가 허위공문서작성...죄[A]와 같이 보호법익 [이 다른] 별개 범죄의 구성요건을 충족하는 경우에는 [어떻게 되나?] 수뢰후부정처사 죄[P] 외에 별도로 허위공문서작성...죄[A]가 성립[한다. 그] 죄[A]와 수뢰후부정처사죄 [P]는 ... 상상적 경합 관계에 있[다.]

P⊗A

상상적 경합 2

뇌물 받은 공무원이 뇌물 때문에 그 공문서를 행사했다면?

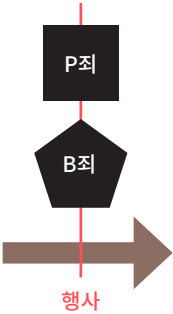
1. 수뢰후부정처사죄(P)가 성립한다.

형법 제131조(수뢰후부정처사, 사후수뢰) ① 공무원...이 [뇌물수수 등]의 죄를 범하여 부정한 행위를 한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

2. 허위작성공문서행사죄(B)도 성립한다.

형법 제229조(위조등 공문서의 행사) [허위공문서작성 등]의 죄[로] 만들어진 문서[를] 행사한 자는 그 각 죄에 정한 형에 처한다.

3. 두 죄(P, B)는 상상적 경합 관계다.



83도1378: 공무원이 수뢰 후 [한] 부정행위가 [허위작성공문서]행사죄[B]와 같이 보호 법익[이 다른] 별개 범죄의 구성요건을 충족하는 경우에는 [어떻게 되나?] 수뢰후부정 처사죄[P] 외에 별도로 [허위작성공문서]행사죄[B]가 성립[한다. 그] 죄[B]와 수뢰후부정 처사죄[P]는 ... 상상적 경합 관계에 있[다.]

P⊗B

실체적 경합

공무원이 허위로 공문서를 작성하고 그 공문서를 행사했다면?

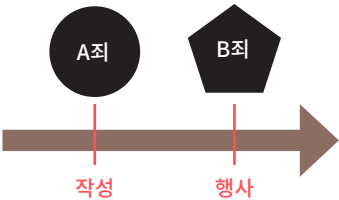
1. 허위공문서작성죄(A)가 성립한다.

형법 제227조(허위공문서작성등) 공무원이 행사할 목적으로 그 직무에 관하여 문서 [를] 허위로 작성...한 때에는 7년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 허위작성공문서행사죄(B)도 성립한다.

형법 제229조(위조등 공문서의 행사) [허위공문서작성 등]의 죄[로] 만들어진 문서[를] 행사한 자는 그 각 죄에 정한 형에 처한다.

3. 두 죄(A, B)는 실체적 경합 관계다.



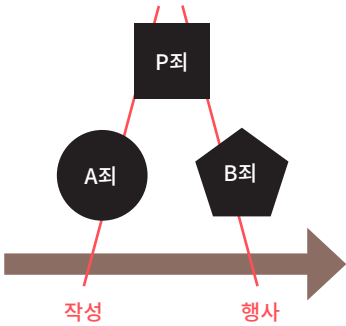
83도1378: 허위공문서작성죄와 동행사죄 상호 간은 실체적 경합범 관계에 있다.

A⊕B

소결

- 1. 뇌물 받은 공무원이,
- 2. 허위로 공문서를 작성하고
- 3. 그 공문서를 행사했다면?

수뢰후부정처사죄(P)는 “실체적 경합 관계인 허위공문서작성죄(A), 허위작성공문서행사죄(B)”와 각각 상상적 경합 관계다.



83도1378: 예비군 중대장이 그 소속예비군으로부터 [돈]을 교부받[았다. 그리]고 그 예비군이 예비군훈련에 불참하였음에[도] 참석한 것처럼 허위내용의 중대학급편성명부를 작성, 행사[하였다.]

[그] 경우라면 수뢰후부정처사죄[P] 외에 별도로 허위공문서작성[A] 및 동행사죄[B]가 성립[한다. 그리고] 이들 죄와 수뢰후부정처사죄[P]는 각각 상상적 경합 관계에 있[다.]

P⊗(A⊕B)

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 40.] ○○경찰서 청문감사관으로 재직 중인 甲은 乙의 부탁을 받고, 같은 경찰서 수사과 직원으로부터 乙이 사기 혐의로 고소당한 사건 기록을 건네받아 乙에 대한 구속 영장 신청 등 신병처리에 관한 내용이 없는 사실 등을 열람, 확인한 후 乙에게 전화하여 ‘사건 기록에 구속 이야기가 없다. 구속될 일 없으니 걱정하지 말라’고 말해 주었다. ... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

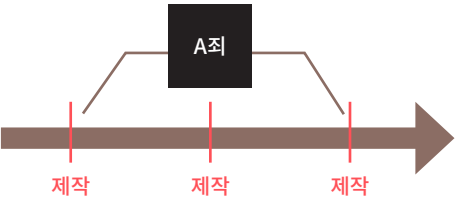
- ③ 만약 甲이 직무에 관하여 뇌물을 수수하고 공무상 비밀을 누설하였다면, 공무상비밀누설죄와 수뢰후부정처사죄의 상상적 경합이 된다.

상상적 경합과 포괄일죄의 복합 사례

포괄일죄 1

일정 기간 반복적으로, 같으면서 계속된 고의로, 같은 방법으로 제작하여, 피해자 a의 상표권을 여러 차례 침해했다면?

- 1. 피해자 a에 대한 상표법위반죄가 성립한다(A).
- 2. 각 행위는 포괄일죄로 된다.



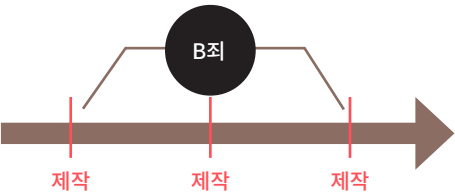
2019도11688: 등록상표에 대하여 상표법 제230조의 상표권 침해 행위가 계속하여 이루어진 경우에는 ... 포괄하여 1개의 범죄[(((A)))]가 성립한다.

(((A)))

포괄일죄 2

일정 기간 반복적으로, 같으면서 계속된 고의로, 같은 방법으로 제작하여, 피해자 b의 상표권을 여러 차례 침해했다면?

- 1. 피해자 b에 대한 상표법위반죄가 성립한다(B).
- 2. 각 행위는 포괄일죄로 된다((((B)))).



2019도11688: 등록상표에 대하여 상표법 제230조의 상표권 침해 행위가 계속하여 이루어진 경우에는 ... 포괄하여 1개의 범죄((((B))))가 성립한다.

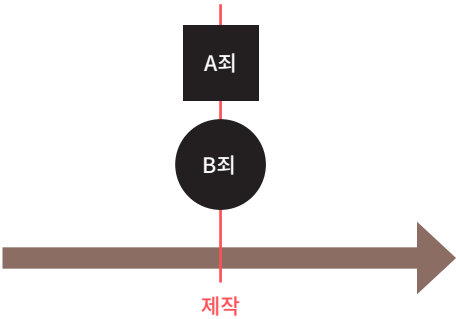
((((B))))

상상적 경합

한 번의 제작으로 피해자 a, b의 각 상표권을 동시에 침해했다면?

상표법 제230조(침해죄) 상표권...의 침해행위를 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다.

- 1. 피해자 a에 대한 상표법위반죄가 성립한다(A).
- 2. 피해자 b에 대한 상표법위반죄도 성립한다(B).
- 3. 두 죄는 상상적 경합 관계다.

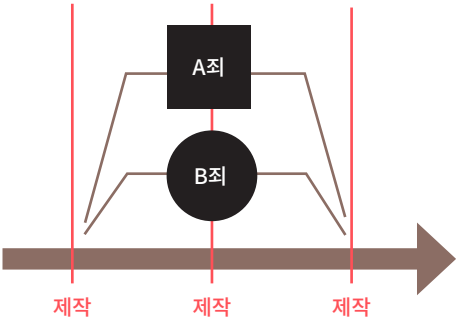


2014도16980: 하나의 ... 행위로 [여러] 개의 등록상표[a, b의 각 상표]를 동시에 침해하였다면 각각의 상표법 위반죄[A, B]는 상상적 경합의 관계에 있다.

A⊗B

소결

- 1. 한 번 제작할 때마다 피해자 a, b의 각 상표권을 동시에 침해하되,
 - 2. 일정 기간 반복적으로, 같으면서 계속된 고의로, 같은 방법으로 제작했다면?
- “피해자 a에 대한 상표법위반 포괄일죄(((A)))”는 “피해자 b에 대한 상표법위반 포괄일죄(((B)))”와 상상적 경합 관계다.



2019도11688: 이 사건 제1 등록상표[b상표]의 침해로 인한 상표법 위반죄[(((A)))]와 이 사건 제2 등록상표[a상표]의 침해로 인한 상표법 위반죄[(((B)))]는 각각 포괄일죄의 관계에 있다.]

피고인은 하나의 유사상표 사용행위로 이 사건 제1 등록상표[a상표]와 이 사건 제2 등록상표[b상표]를 동시에 침해하였다.]

이들 포괄일죄[(((A))), (((B)))] 상호 간에는 ... 상상적 경합범 관계에 있다.]

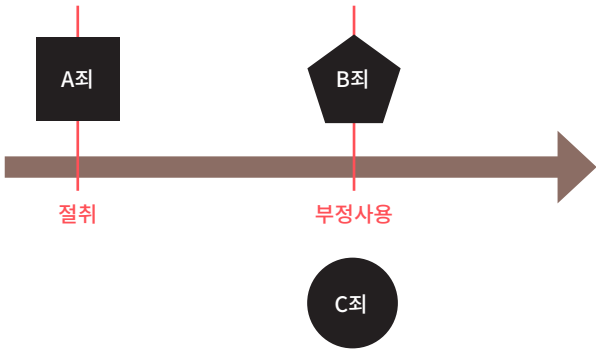
(((A)))⊗(((B)))

비교: 실체적 경합과 포괄일죄의 복합 사례

실체적 경합

신용카드를 훔쳐서 마치 자기 것처럼 사용하면?

- 1. 절도죄가 성립한다(A).
- 2. 사기죄도 성립한다(B).
- 3. 여신전문금융업법위반죄도 성립한다(C).



형법 제329조(절도) 타인의 재물을 절취한 자는 6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 20년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

여신전문금융업법 제70조(벌칙) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 3. 분실하거나 도난당한 신용카드...를 판매하거나 사용한 자
- 4. 강취(強取), 횡령하거나, 사람을 기망(欺罔)하거나 공갈(恐喝)하여 취득한 신용카드...를 판매하거나 사용한 자

96도1181: 신용카드를 절취한 후 이를 사용한 경우 신용카드의 부정사용행위는 새로운 법익의 침해로 보아야 [한다.] 그 법익침해가 절도범행보다 큰 것이 대부분이므로 위와 같은 부정사용행위가 절도범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것은 아니다.

A⊕B⊕C

실체적 경합

계속 사용하고 다니면? 즉, 계속 사기치고 다니면?

- 1. 사용할 때마다 각각 사기죄가 성립한다.
- 2. 각 사기죄는 실체적 경합 관계다.

96도1181: 신용카드를 부정사용한 결과가 사기죄의 구성요건에 해당하고 그 각 사기죄가 실체적 경합 관계에 해당한다고 하여도 ...

(B1⊕B2⊕B3)

포괄일죄

계속 사용하고 다니면? 즉, 계속 부정사용 하고 다니면?

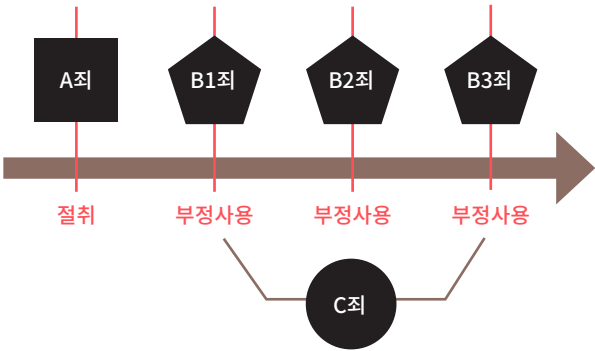
- 1. 여신전문금융업법위반죄가 성립한다(C).
- 2. 각 행위는 포괄일죄로 된다.

96도1181: 피고인이 동일한 신용카드를 위와 같이 부정 사용한 행위는 포괄하여 일죄에 해당[한다.]

((C))

소결

절도죄, 각 사기죄, 여신전문금융업법위반죄는 실체적 경합 관계다.



96도1181: 신용카드부정사용죄와 사기죄는 그 보호법익이나 행위의 태양이 전혀 달라 실체적 경합 관계에 있[다.]

A⊕(B1⊕B2⊕B3)⊕(((C)))

연습문제

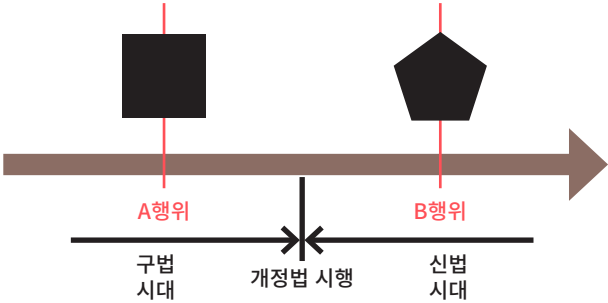
2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 40.] 다음 사안에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
ㅁ은 ... (ㄷ) 2022. 5. 10. C의 신용카드 1매를 절취하였다.

⑤ 甲이 (ㄷ) 범행으로 절취한 신용카드로 백화점에서 노트북컴퓨터 1대를 구입한 경우, 사기죄와 신용카드부정사용죄가 성립하고 두 죄는 상상적 경합의 관계에 있다.

포괄일죄와 법률 개정

문제점



- 1. A행위는 개정법 시행 전에 했다.
 - 2. B행위는 개정법 시행 후에 했다.
- 그러면, 구법을 적용하나 신법을 적용하나?

비교: 실체적 경합 관계 경우
A죄에는?

- 1. A 죄 행위 시(엄밀하게는, 행위 종료 시) = A 시점
- 2. 구법 또는 신법을 적용한다.

형법 제1조(범죄의 성립과 처벌) ① 범죄의 성립과 처벌은 행위 시[A]의 법률[구법]에 따른다.
② 범죄[A] 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법(舊法)보다 가벼워진 경우에는 신법(新法)에 따른다.

B죄에는?

- 1. B 죄 행위 시(엄밀하게는, 행위 종료 시) = B 시점
- 2. 신법을 적용한다.

형법 제1조(범죄의 성립과 처벌) ① 범죄의 성립과 처벌은 행위 시[B]의 법률[신법]에 따른다.

포괄일죄 경우

A, B행위에 따른 1죄에는?

- 1. 1죄 행위 시(엄밀하게는, 행위 종료 시) = B시점
- 2. 신법을 적용한다.

형법 제1조(범죄의 성립과 처벌) ① 범죄의 성립과 처벌은 행위 시[B]의 법률[신법]에 따른다.

2019도19067: 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위[A, B]가 법 개정의 전후에 걸쳐서 [있었다. 이] 경우 신, 구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없[다. 즉, 이때는] 범죄실행[A, B] 종료 시[B]의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다.

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 1.] 죄수에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정 전후에 걸쳐서 행하여진 경우, 신, 구법의 법정형에 대한 경중을 비교한 후 더 경한 법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다.

부진정 결과적 가중범과 상상적 경합

논의 전제

- 1. 부진정 결과적 가중범(A치B)에서,
- 2. 무거운 결과(B)에 관한 고의범(예: 살인죄) 처벌 규정이 있다고 하자.

2008도7311: 기본범죄[A]를 통하여 고의로 중한 결과[B]를 발생하게 한 경우에 가중 처벌[A치B]하는 부진정 결과적가중범[을 보자.]

복습: 부진정 결과적 가중범 개념

결과적 가중범(aggravated crime)이란,

- 1. 고의에 따른 기본범죄 A로,
- 2. 무거운 결과인 B가 발생한 경우,
- 3. 그 형이 가중되는 범죄(A치B)

부진정(impure) 결과적 가중범이란, 결과적 가중범 중,

- 1. 고의에 따른 기본범죄 A로,
- 2. 고의에 따른 무거운 결과인 B가 발생한 경우까지,
- 3. 그 형이 가중되는(결과적 가중범을 적용하는) 범죄(A치B)

복습: 부진정 결과적 가중범 사례

(복습) 현주건조물방화치사죄는 부진정 결과적 가중범이다. 왜?

1. 고의 기본범죄(A: 현주건조물방화)

형법 제164조(현주건조물등에의 방화) ① 불을 놓아 사람이 주거로 사용...하는 건조물...을 **불태운[A]** 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.

2. 고의 무거운 결과(B: 사망)

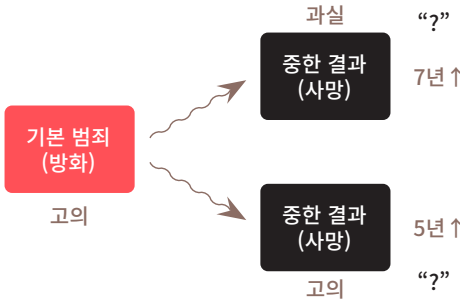
형법 제250조(살인...) ① 사람을 **살해[B]한** 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

이 경우, 결과적 가중범(A치B: 현주건조물방화치사)이 성립○

형법 제164조(현주건조물등에의 방화) ② 제1항의[A] **죄를 지어 사람을 ... 사망에 이르게[B]** 한 경우에는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

96도485: 현주건조물방화치사상죄[A치B]는 그 전단이 규정하는 죄[현주건조물방화죄(A)]에 대한 일종의 가중처벌 규정이다. 따라서 사망(B)에 과실이 있는 경우뿐만 아니라, 고의가 있는 경우에도 포함된다.]

만약 결과적 가중범이 성립하지 않는다고 가정하면, 형량은 다음과 같다. 과실로 죽인 사람보다 고의로 죽인 사람이 더 약하게 처벌된다. 모순이다.



1. “고의 현주건조물방화(A) + 과실 사망(B)” 형량: 징역 7년↑

2. “고의 현주건조물방화(A) + 고의 사망(B)” 형량: 징역 5년↑

범인 생각: “앗! 내 과실로 사람이 죽을 것 같네? 그럼 내가 고의로 죽여야겠다!”

문제점

다음 두 죄 사이의 관계는?

1. 부진정 결과적 가중범(A치B)

2. 무거운 결과인 고의범(B)

판단 기준

1. if A치B죄 법정형 < B죄 법정형 → A치B죄 ⊗ B죄 (상상적 경합)

2008도7311: 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위[B]가 별도의 구성요건에 해당[한다고 하자. 그리]고 그 고의범[B]에 ... 결과적가중범[A치B]에 정한 형보다 더 무겁게 처벌하는 규정이 있[다고 하자. 이런] 경우에는 그 고의범[B]과 결과적가중범[A치B]이 상상적 경합관계에 있[다].

2. if A치B죄 법정형 ≥ B죄 법정형 → A치B죄 ⊖ B죄 (법조경합: 특별관계)

2008도7311: [그렇지]만, 위와 같이 고의범[B]에 ... 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는[?] 결과적가중범[A치B]이 고의범[B]에 ... 특별관계에 있[다. 그리]므로 결과적가중범[A치B]만 성립[한다. 즉,] 이와 법조경합의 관계에 있는 고의범[B]에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다.

현주건조물방화치사죄 ≥ 살인죄 → 법조경합

고의 현주건조물방화(A) + 고의 살인(B) 경우,

1. 결과적 가중범(A치B: 현주건조물방화치사죄) → 징역 7년↑

형법 제164조(현주건조물등에의 방화) ② 제1항의[A] 죄를 지어 사람을 ... 사망에 이르게[B] 한 경우에는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

2. 무거운 결과인 고의범(B: 살인죄) → 징역 5년↑

형법 제250조(살인...) ① 사람을 살해[B]한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

이 경우, 징역 7년↑ ≥ 징역 5년↑이므로,

1. 결과적 가중범(A치B: 현주건조물방화치사)만 성립○
2. 무거운 결과인 고의범(B: 살인죄)은 별도 성립×

96도485: 사람을 살해[B]할 목적으로 현주건조물에 방화[A]하여 사망에 이르게[B] 한 [사안이다. 이] 경우에는 현주건조물방화치사죄[A치B]로 의율하여야 [한다. 즉,] 이와 더불어 살인죄[B]와의 상상적 경합범으로 의율할 것은 아니[다(A치B ⊖ B).]

그러므로 현주건조물방화치사죄(A치B) ⊖ 살인죄(B) (법조경합: 특별관계)

현주건조물방화치사죄 < 강도살인죄 → 상상적 경합

고의 현주건조물방화(A) + 고의 강도살인(B) 경우,

1. 결과적 가중범(A치B: 현주건조물방화치사죄) → 징역 7년↑

형법 제164조(현주건조물등에의 방화) ② 제1항의[A] 죄를 지어 사람을 ... 사망에 이르게[B] 한 경우에는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

2. 무거운 결과인 고의범(B: 강도살인죄) → 무기징역

형법 제338조(강도살인...) 강도가 사람을 살해[B]한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다. ...

이 경우, 징역 7년↑ < 무기징역이므로,

- 1. 결과적 가중범(A치B: 현주건조물방화치사)도 성립○
- 2. 무거운 결과인 고의범(B: 강도살인죄)도 별도 성립○

98도3416: [甲]이 피해자들의 재물을 강취한 후 그들을 살해[B]할 목적으로 현주건조물에 방화[A]하여 사망에 이르게[B] 한 [사안이다. 이 경우 甲]의 행위는 강도살인죄[B]와 현주건조물방화치사죄[A치B]에 모두 해당[한다. 그리]고 그 두 죄[A치B ⊗ B]는 상상적 경합범 관계에 있다.

그러므로 현주건조물방화치사죄(A치B) ⊗ 강도살인죄(B) (상상적 경합)

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 5.] 결과적 가중범에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 A의 재물을 강취한 후 A를 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 A를 사망에 이르게 한 경우, 甲의 행위는 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄에 모두 해당하고 그 두 죄는 실제적 경합범 관계에 있다.

공소사실 동일성
Identity of the Facts Charged

‘바다의 빙산’ 또는 ‘(강릉)경포호수의 새바위’에 비유할 만하다.
그 ‘가시(可視) 부분’은 공소장에 기재된 공소사실(현실적 심판 대상)이고,
‘잠긴 부분’은 그와 단일성, 동일성이 인정되는 사실(잠재적 심판 대상)인 셈이다.
수면의 변동(바닷물의 유입 등)에 [따라] ‘가시 부분’이 변동되듯이,
검사의 공소장변경에 따라 ‘현실적’ 심판 대상은 축소 또는 확대된다.
- 이주원

복습

문제상황: 甲의 T행위

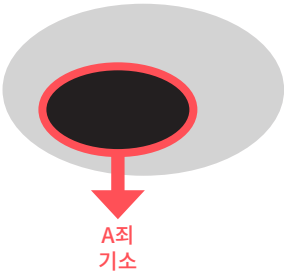
“甲은 2021. 3. 3. 14:00 서울 서초구 가상로 23 거리에서 회칼(날 길이 20cm, 전체 길이 30cm) 1개로 피해자 V의 오른쪽 어깨 부분을 힘껏 찔러 길이 10cm, 깊이 3cm 자상을 가했다.”



수사기관의 수사

- 1. 수사기관이 T행위를 A죄 혐의사실로 인지하여 수사 후,
- 2. 검사는 T행위를 A죄 공소사실로 기소 처분할지 결정한다.

예: 검사는 甲의 T행위를 특수상해(A)죄로 인정해 기소.

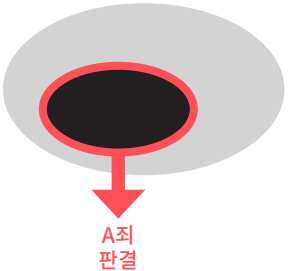


형법 제258조의2(특수상해) ① 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 제257조 제1항...의 죄를 범한 때에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.
형법 제257조(상해...) ① 사람의 신체를 상해한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

법원의 판결

- 1. 검사가 T행위를 A죄 공소사실로 기소하면,
- 2. 법원은 T행위를 A죄 범죄사실로 유죄 판결할지 심판한다.

예: 법원은 甲의 T행위를 특수상해(A)죄로 인정해 유죄 판결.

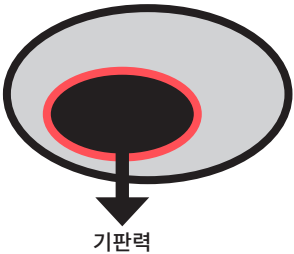


2001도5304: 불고불리의 원칙상 검사의 공소제기가 없으면 법원이 심판할 수 없다. 그리고 법원은 검사가 공소제기 한 사건에 한하여 심판을 하여야 한다.

기판력

- 1. 법원이 T행위에 관해 죄가 되는지 판결해 확정되면,
- 2. 甲은 이제는 T행위로 심판받지 않는다.

예: 甲이 T행위로 특수상해(A)죄 유죄 확정판결을 받았든 무죄 확정판결을 받았든, 이제는 T행위로 처벌받지 않는다.



대한민국헌법 제13조 ① 모든 국민은 ... 동일한 범죄[로] 거듭 처벌받지 아니한다.
형사소송법 제326조(면소의 판결) 다음 경우에는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다.
1. 확정판결이 있[었던] 때

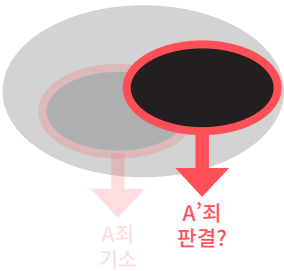
문제점

판결 가능한 범위?

- 1. 검사가 A죄 공소사실로 기소하면,

2. 법원은 A'죄로 유죄 판결할 수 있는가?

예: 검사가 특수상해(A)죄로 기소했다. 법원은 살인미수(A')죄 인정 가능한가?



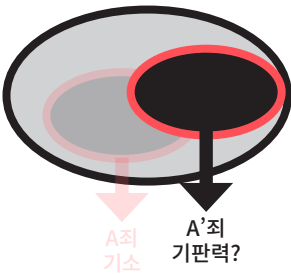
형법 제254조(미수범) 제250조...의 미수범은 처벌한다.

형법 제250조(살인...) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

기판력 범위?

- 1. 법원이 A죄 범죄사실로 판결해 확정되면,
- 2. 甲은 이제는 A'죄가 되는지도 심판받지 않는가?

예: 특수상해(A)죄 여부 판결이 확정됐다. 甲은 이제는 살인미수(A')죄로도 심판받지 않는가?



법원의 심판 대상

개념

법원의 심판 대상에는 2종류가 있다.

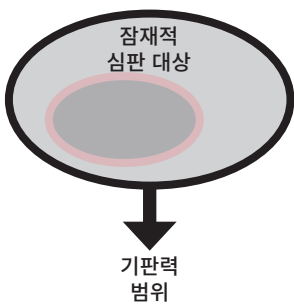
- 1. 현실적(realistic) 심판 대상(= 판결 가능한 범위)
- 2. 잠재적(potential) 심판 대상(= 기판력 범위)

검사가 기소하면,

- 1. 법원은 현실적 심판 대상만 심판한다.



- 2. 그러나 기소 효력은 잠재적 심판 대상 전부에 미친다.



현실적 심판 대상

- 1. 현실적 심판 대상이란, “공소장에 쓰여 있는” 공소사실을 뜻한다.
- 2. 법원은 현실적 심판 대상만 판단할 수 있다. 법원이 이를 벗어나 판단하면 위법하다(불고불리).

예: 검사가 특수상해(A)죄로 기소했다. 만약 법원이 살인미수(A')죄를 인정하면 위법하다.

90도2977: 형사재판[에서] <u>법원의 심판대상</u> 이 되는 것은 <u>공소장에 기재된</u> 공소사실 [A]...에 한[한다].
2001도5304: 공소가 제기되지 않은 특수절도의 범죄사실[A']을 공소제기 된 것으로 보아 이[에 판결을] 선고한 ... 조치는 <u>불고불리</u> 의 원칙에 위배된[다.]

잠재적 심판 대상

- 1. 잠재적 심판 대상이란, 기소 “효력이 미치는” 공소사실을 뜻한다. 효력이 미치는 범위 안이라면, “공소사실 동일성이 있다.”라고 표현한다.
- 2. 기판력은 잠재적 심판 대상 전부에 미친다. 법원이 현실적으로 판단하지 않았더라도 기판력이 미친다(일사부재리).

예: 특수상해(A)죄 여부 판결이 확정됐다. 甲은 이제는 살인미수(A')죄로도 심판 받지 않는다.

형사소송법 제248조(공소의 효력 범위) ② 범죄사[실] 일부[A]에 대한 공소의 효력은 범죄사실 전부[A, A', A'', A''', ...]에 미친다.

2010헌바128: 공소제기의 효력과 판결의 기판력은 공소장에 기재된 공소사실[A]은 물론 그 공소사실과 동일성이 인정되는 사[건] 전부[A, A', A'', A''', ...]에 미친다.

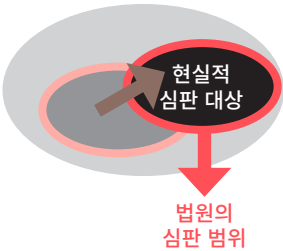
공소장변경

검사는 공판 계속 중 공소장변경을 할 수 있다.

형사소송법 제298조(공소장의 변경) ① 검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실[특수상해(A)] 또는 적용법조[형법 제258조의2 제1항, 제257조 제1항]의 추가, 철회 또는 변경[살인미수(A')], 형법 제254조, 제250조 제1항]을 할 수 있다. ...

- 1. 공소장변경을 통하여, 잠재적 심판 대상이던 것이 현실적 심판 대상으로 전환된다.

예: 검사가 특수상해(A)죄로 기소했다. 공판 계속 중 법정에서 “당시 살인 고의도 있었다.”라는 진술이 나왔다. 그래서 살인미수(A')죄로 공소장변경이 이루어졌다. 그러면 법원은 살인미수(A')죄 인정 가능하다.



85도1435: 소송의 진행을 거쳐 사실심리의 가능성 있는 최종 시점인 판결선고 시를 기준으로 하여 이때 특정된 공소사실[살인미수(A')]과 적용법조[형법 제254조, 제250조 제1항]가 현실적인 심판의 대상이 된다.

2010헌바128: 동적(動的), 발전적인 소송절차의 성격상 심리가 진행됨에 따라 공소제기 당시 공소장에 기재된 사실관계와 소송과정에서 드러나는 사실관계에 차이가 발생할 수 있다. ... 공소장변경 제도는 ... 공소장에 기재된 공소사실[A]과 동일성이 인정되는 사실[A']도 법원의 심[판] 대상이 될 수 있는 길을 열어 [준다. 이]로써 형벌권의 적정한 실현과 소송경제를 도모[한다.]

- 2. 공소장변경이 없다면, 잠재적 심판 대상은 현실적 심판 대상으로 전환되지 않는다.

예: 검사가 특수상해(A)죄로 기소했다. 공판 계속 중 법정에서 “당시 살인 고의도 있었다.”라는 진술이 나왔다. 그러나 살인미수(A')죄로 공소장변경이 이루어지지 않았다. 만약 법원이 살인미수(A')죄를 인정하면 위법하다.



90도2977: 공소사실[A]과 동일성이 인정되는 사실[A']이라 할지라도 위와 같은 공소장이나 공소장변경신청서에 공소사실로 기재되어 현실로 심판의 대상이 되지 아니한 사실은 ... [원칙적으로] 법원이 임의로 공소사실과 다르게 인정할 수 없다.] 이와 같은 사실을 인정하려면 공소장변경이 필요하다.]

2020도11949: 공소장변경제도는 당사자주의적 견지에서 ... 피고인이 예상하지 아니한 처벌을 받는 불이익을 방지하려는 것이다. 즉, 형벌권의 적정한 실현과 소송경제를 도모하는 한편 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하는 데에 그 제도적 가치가 있다.]

공소장변경 절차

1. 방법: 서면(written) 원칙, 구술(oral) 예외.

형사소송규칙 제142조(공소장의 변경) ① 검사가 ... 공소장의 변경...을 하고자 하는 때에는 그 취지를 기재한 공소장변경허가신청서를 법원에 제출하여야 한다.

⑤ 법원은 제1항의 규정[이 있더라도] 피고인이 재정하는 공판정에서는 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 경우 구술에 [따른] 공소장변경을 허가할 수 있다.

2019도7217: 검사가 공소장변경신청을 하고자 할 때에는 서면으로 하는 것이 원칙이다.] 예외적으로 피고인이 재정하는 공판정에서 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 경우에는 구술에 [따른] 공소장변경신청을 할 수 있다.]

2. 절차 보장: 고지, 송달 등.

형사소송법 제298조(공소장의 변경) ③ 법원은 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경이 있을 때에는 그 사유를 신속히 피고인 또는 변호인에게 고지하여야 한다.

형사소송규칙 제142조(공소장의 변경) ② 제1항의 공소장변경허가신청서에는 피고인의 수에 상응한 부분을 첨부하여야 한다.

③ 법원은 제2항의 부분을 피고인 또는 변호인에게 즉시 송달하여야 한다.

④ 공소장의 변경이 허가된 때에는 검사는 공판기일에 제1항의 공소장변경허가신청서에 [따라] 변경된 공소사실, 죄명 및 적용법조를 낭독하여야 한다. 다만, 재판장은 필요하다고 인정하는 때에는 공소장변경의 요지를 진술하게 할 수 있다.

3. 취지: 법원의 심판 대상 명확 + 피고인의 방어권 보장.

2019도7217: [위와 같은 절차]는 심판의 대상을 명확히 한정하고 절차를 분명히 하여 피고인의 방어권 행사를 가능하게 하기 위한 것이다.

검사의 서면에 [따른] 공소장변경허가신청이 있는데도 법원이 피고인 또는 변호인에게 공소장변경허가신청서 부분을 송달, 교부하지 않은 채 공소장변경을 허가하고 공소장 변경허가신청서에 기재된 공소사실에 관하여 유죄판결을 하였다면[?] 공소장변경허가 신청서 부분을 송달, 교부하지 않은 법원의 잘못은 [원칙적으로] 판결에 영향을 미친 법령 위반에 해당한다.

공소장변경 효과

현실적 심판 대상 변경. 이에 따라,

1. 죄명과 적용법조 변경
2. 소송조건(소추조건) 변경

(존속)폭행죄(= 반의사불벌죄) → 상습(존속)폭행죄(= 일반 범죄)

형법 제260조(폭행, 존속폭행) ① 사람의 신체에 대하여 폭행을 가한 자는 2년 이하의 징역, 500 만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

형법 제264조(상습범) 상습으로 ... 제260조...의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

2017도10956: 피고인이 상습으로 甲을 폭행하고, 어머니 乙을 존속폭행하였다는 내용으로 기소된 사안[이다. 사안에서,] 피고인에게 폭행 범행을 반복하여 저지르는 습벽이 있고 이러한 습벽[으로] 단순폭행, 존속폭행 범행을 저지른 사실이 인정된[다. 그러]면 단순폭행, 존속폭행의 각 죄별로 상습성을 판단할 것이 아니[다.] 포괄하여 그중 법정형이 가장 중한 상습존속폭행죄만 성립할 여지가 있[다.]

[이렇게] 상습존속폭행죄로 처벌되는 경우에는 형법 제260조 제3항이 적용되지 않는다. 그러므로] 피해자의 명시한 의사에 반하여도 공소를 제기할 수 있다. ... [결국,] 존속폭행 부분에 대하여 주문에서 공소기각을 선고한 원심판결에 ... 형법 제264조, 폭행죄의 상습성, 죄수 등에 관한 법리오해의 잘못이 있[다.]

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 36.] ... 甲은 취업에 실패하자 세상에 불만이 커져 폭행 습벽이 생기게 되었고, 위 습벽이 발현되어 ㉠ 2024. 1. 9. 잔소리하는 모친 A를 폭행하고, ... 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 만약 甲이 ㉠행위에 대하여 존속폭행죄로 기소되었고 제1심에서 상습존속폭행죄로 공소장변경이 되었다면, 공소장변경 이후 제1심판결 선고 전에 A가 법원에 처벌불원 의사를 밝혔더라도 법원은 이를 이유로 공소기각판결을 선고할 수 없다.

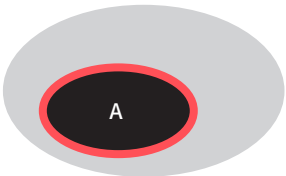
공소사실 동일성

개념

“기소 효력이 미치는 공소사실 범위 안에 있다”는 성질.

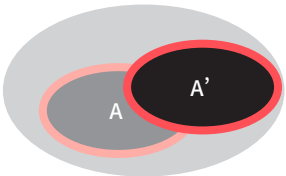
기소 내용(A)

검사가 甲을 특수상해(A)죄로 기소했다.



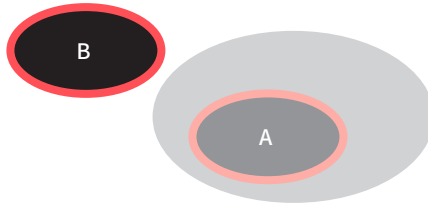
- 1. 피고인: 甲은
- 2. 일시: 2021. 3. 3. 14:00
- 3. 장소: 서울 서초구 가상로 23 거리에서
- 4. 방법: 회칼(날 길이 20cm, 전체 길이 30cm) 1개로 피해자 V의 오른쪽 어깨 부분을 힘껏 찔러
- 5. 피해: 길이 10cm, 깊이 3cm 자상을 가했다.
- 6. 결과: 이로써 甲은 위험한 물건을 휴대하여 사람의 신체를 상해했다.

동일성 있는 사례(A')



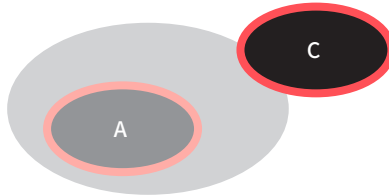
- 1. 피고인: 甲은
- 2. 일시: 2021. 3. 3. 14:00
- 3. 장소: 서울 서초구 가상로 23 거리에서
- 4. 고의: 피해자 V를 살해하기로 마음먹고
- 5. 방법: 회칼(날 길이 20cm, 전체 길이 30cm) 1개로 피해자 V의 오른쪽 어깨 부분을 힘껏 찔렀으나, 피해자 V가 저항하면서 위 회칼을 빼앗는 바람에
- 6. 피해: 길이 10cm, 깊이 3cm 자상을 가하는 데 그쳤다.
- 7. 결과: 이로써 甲은 사람을 살해하려고 했으나 미수에 그쳤다.

동일성이 없는 사례(B): 일시, 장소가 전혀 다른 경우



1. 피고인: 甲은
2. 일시: 2015. 7. 21. 19:30
3. 장소: 부산 사하구 다동로 17 거리에서
4. 방법: 회칼(날 길이 20cm, 전체 길이 30cm) 1개로 피해자 V의 오른쪽 어깨 부분을 힘껏 찔러
5. 피해: 길이 10cm, 깊이 3cm 자상을 가했다.
6. 결구: 이로써 甲은 위험한 물건을 휴대하여 사람의 신체를 상해했다.

동일성이 없는 사례(C): 행위가 전혀 다른 경우



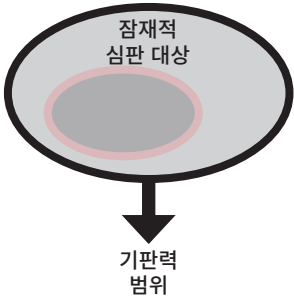
1. 피고인: 甲은
2. 일시: 2021. 3. 3. 14:00
3. 장소: 서울 서초구 가상로 23 거리에서
4. 방법 및 피해: 피해자 V가 한눈을 판 사이에 손목에 차고 있던 금색 롤렉스 시계 1대를 몰래 풀어 가져갔다.
5. 결구: 이로써 甲은 타인의 재물을 절취했다.

의의

동일성이 있어야(= 잠재적 심판 대상에 포함되어야),

1. 확정판결 기판력이 미친다. 즉, 동일성은 기판력 범위가 된다.

예: 특수상해(A)죄 여부 판결이 확정됐다. 甲은 더는 동일성 있는 살인미수(A')죄로도 심판받지 않는다. 그러나 그 후로도 동일성 없는 2015. 7. 21. 특수상해(B)죄, 절도(C)죄로 심판받을 수는 있다.



형사소송법 제248조(공소의 효력 범위) ② 범죄사[실] 일부에 대한 공소의 효력은 범죄 사실 전부에 미친다.

2010헌바128: 공소제기의 효력과 판결의 기판력은 공소장에 기재된 공소사실은 물론 그 공소사실과 동일성이 인정되는 사[건] 전부에 미친다.

2. 공소장변경을 할 수 있다. 즉, 동일성은 공소장변경의 한계가 된다.

예: 검사가 특수상해(A)죄로 기소했다. 공판 계속 중 동일성 있는 살인미수(A')죄로 공소장변경이 이루어질 수 있다. 그러나 동일성 없는 2015. 7. 21. 특수상해(B)죄, 절도(C)죄로 공소장변경이 이루어질 수는 없다.



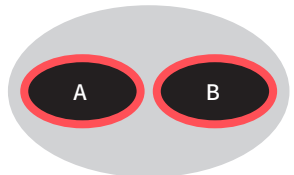
형사소송법 제298조(공소장의 변경) ① ... 이 경우에 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다.

85도1435: 검사는 법원의 허가를 얻어 공소사실 또는 적용법조를 변경할 수 있고 법원은 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하[게] 되어 있[다.] 검사의 공소장변경은 동일성의 범위[에]서 법원의 허가를 받으면 족하[다.]

공소사실 일부 철회

A 공소사실, B 공소사실로 기소한 상태에서, 검사가 B 부분을 철회하려 한다.

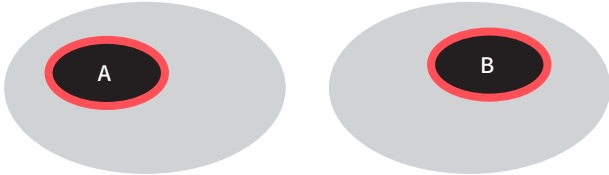
1. if A, B 사이에 동일성이 있다면: 공소장변경(A&B → A)



형사소송법 제298조(공소장의 변경) ① 검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경을 할 수 있다. 이 경우에 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다.

91도1438: 공소장변경의 방식에 [다른] 공소사실의 철회는 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내의 일부 공소사실에 한하여 가능[하다.]

2. if A, B 사이에 동일성이 없다면: 일부 공소 취소(A+B - B)



형사소송법 제255조(공소의 취소) ① 공소는 제1심판결의 선고 전까지 취소할 수 있다.

91도1438: 공소장에 기재된 수 개의 공소사실[A, B]이 서로 동일성이 없고 실제적 경합관계에 있는 경우에 그 일부[B]를 소추대상에서 철회하려면[?] 공소장변경의 방식에 [따를] 것이 아니라 공소의 일부취소절차에 [따라]야 한다.

만약 검사가 공소 취소 취지가 담긴 공소장변경 신청을 하면? 법원은 공소 취소로 처리한다.

형사소송법 제328조(공소기각의 결정) ① 다음 경우에는 결정으로 공소를 기각하여야 한다.

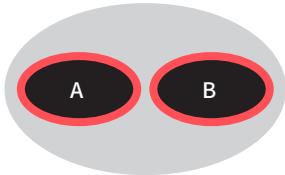
1. 공소가 취소 되었을 때

91도1438: 실제적 경합관계에 있는 수 개의 공소사실[A, B] 중 어느 한 공소사실[B]을 전부 철회하는 ... 공소장변경신청이 있[다.] 이것이 그 부분[B]의 공소를 취소하는 취지가 명백하다면[?] 비록 공소취소 신청이라는 형식을 갖추지 아니하였더라도 이를 공소 취소로 보아 공소기각 결정을 하여야 한다.

공소사실 일부 추가

A 공소사실로 기소한 상태에서, 검사가 B 부분을 추가하려 한다.

1. if A, B 사이에 동일성이 있다면: 공소장변경(A → A&B)



형사소송법 제298조(공소장의 변경) ① 검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경을 할 수 있다. 이 경우에 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다.

2025도903: 제1 공소사실[A]과 추가 공소사실[B]은 피고인이 동일한 피해자를 상대로 인접한 일시에 유사한 기망행위로 금원을 편취한 것이다. 그래서] 단일하고 계속된 범의의 발현으로 볼 수 있고 피해법익도 동일하며 범행 방법의 동일성이 인정되는 등 포괄하여 1죄에 해당한다고 보기에 충분하다. ... 그[런데도] 원심이 검사의 공소장변경허가신청을 허가하지 않은 데에는 포괄일죄 및 공소장변경에 관한 법리를 오해한 위법이 있다(→ 공소장 변경 대상이다.)]

만약 잘못해서 공소장변경 신청을 하지 않고 추가 기소를 하면? 이론상으로는 추가 기소는 공소기각 판결 대상이다.

형사소송법 제248조(공소의 효력 범위) ② 범죄사실의 일부[A 또는 B]에 대한 공소의 효력은 범죄사실 전부[A&B]에 미친다.

형사소송법 제327조(공소기각의 판결) 다음 각호의 경우에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.

4. 공소가 제기된 사건[A&B]에 대하여 다시 공소[(A&B)]가 제기되었을 때

형사소송법 제255조(공소의 취소) ① 공소는 제1심판결의 선고 전까지 취소할 수 있다.

99도3929: 검사가 단순일죄라고 하여 사기[A] 범행을 먼저 기소하고 포괄일죄인 상습 사기[B] 범행을 추가로 기소하였다. 그러나] 그 심리과정에서 전후에 기소된 범죄사실이 모두 포괄하여 상습사기의 일죄[A&B]를 구성하는 것으로 밝혀졌다.]

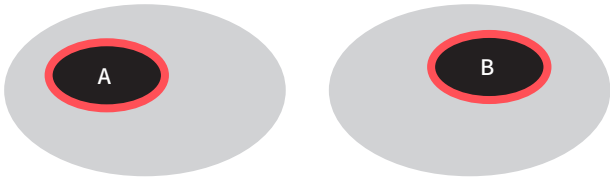
[그] 경우에는, 검사로서는 원칙적으로 먼저 기소한 사건[A]의 범죄사실에 추가기소의 공소장에 기재한 범죄사실[B]을 추가하여 전체를 상습범행[A&B]으로 변경하고 그 죄명과 적용법조도 이에 맞추어 변경하는 공소장변경[A → A&B] 신청을 [해야 한다. 그리고] 추가기소한 사건[B]에 대하여는 공소취소를 [해야 한다. 이]것이 형사소송법의 규정에 충실한 온당한 처리다.]

그러나 실제로는 웬만해서는 공소장변경 신청을 한 걸로 처리해서, 공소기각 판결까지는 안 한다.

99도3929: [그러나] 이와 같은 처리에 [따르]지 않더라도 검사의 추가기소[B]에는 전후에 기소된 각 범죄사실 전부[A&B]를 포괄일죄로 처벌할 것을 신청하는 취지가 포함되었다고 볼 수 있다. 그래서] 공소사실[B]을 추가하는 등의 공소장변경[A → A&B]과는 절차상 차이가 있을 뿐 그 실질에[서] 별 차이가 없다.]

[그러므로 다음과 같다.] 석명에 [따라] 추가기소의 공소장[B]의 제출은 포괄일죄를 구성하는 행위로서 먼저 기소된 공소장[A]에 누락된 것[B]을 추가 보충하고 죄명과 적용법조를 포괄일죄의 죄명과 적용법조로 변경하는 취지의 것[이라면? 그래서] 1개의 죄[A&B]에 대하여 중복하여 공소를 제기한 것이 아님이 분명[해 졌다면? 이] 경우에는 위의 추가기소[B]에 [따라] 공소장변경[A → A&B]이 이루어진 것으로 본다. 그래서] 전후에 기소된 범죄사실 전부[A&B]에 대하여 실체판단을 하여야 [한다. 즉,] 추가기소[B]에 대하여 공소기각판결을 할 필요는 없다.

2. if A, B 사이에 동일성이 없다면: 일부 추가 기소(A + B)



만약 잘못해서 추가 기소하지 않고 공소장변경 신청을 하면? 공소장변경 신청을
기각해야 한다.

2025도1302: 공소장변경은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서만 허용[된다.]
공소사실의 동일성이 인정되지 않는 범죄사실을 공소사실로 추가하는 취지의 공소장변
경신청이 있는 경우 법원은 그 변경신청을 기각하여야 한다.]

동일성 판단 기준

기본적 사실관계(basic facts)가 동일한지가 기준이다.

93도2080전합: [A]죄와 [X]죄가 동일한 범죄 또는 동일한 사건인지, [A]죄의 확정판
[결] 기판력이 [X]죄에 미치는 것인지 여부는 [어떻게 판단하나?] 그 기본적 사실관계가
동일한 것인가의 여부에 따라 판단하여야 한다.]

2020도3273: 공소사실의 동일성은 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적
인 점에서 동일하면 그대로 유지[된다.]

예: 검사가 특수상해(A)죄로 기소했다. 살인미수(A')죄는 기본적 사실관계가 같
다. 그러나 2015. 7. 21. 특수상해(B)죄, 절도(C)죄는 기본적 사실관계가 다르다.

법원의 허가 의무

형사소송법 제298조(공소장의 변경) ① 검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한
공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경을 할 수 있다. 이 경우에 법원은 공
소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다.

2020도13812: 형사소송법 제298조 제1항... 취지는 검사의 공소장변경허가신청이 공
소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한 법원은 이를 허가하여야 한다는 뜻[이다.]

주의점

1. 동일성을 너무 엄격하게 보면 → 일사부재리가 무의미해질 수가 있다. 즉, 피
고인의 기본권을 침해한다.

이미 처벌받았는데 또 처벌받는 셈이다. 아래 사안은 어떻게 처리해야 할까?

2009도9189: 피고인[에게] 유죄판결이 확정된 바 있는 ... 범죄사실은 [다음과 같다.] ‘피고인이 2007. 6. 10. 08:20경 경북 [예천군] 예천읍 백전리 135 소재 일미식당에서 공소외 1과 함께 술을 마시다가 사소한 이유로 시비가 되어 몸싸움을 하던 중 공소외 1로부터 폭행을 당하자 화가 나 공소외 1을 위협하기 위하여 위 식당 앞에 세워져 있던 피고인 승용차 트렁크에서 폭력행위에 공용될 우려가 있는 흉기인 회칼을 들고 와 정당한 이유 없이 휴대하였다.’ ...

한편 이 사건 공소사실은 [다음과 같다.] ‘피고인이 2007. 6. 10. 08:20경 경북 [예천군] 예천읍 백전리 135 소재 일미식당 앞 노상에서 위 식당에서 같이 술을 마시던 공소외 1과 시비 되어 공소외 1로부터 폭행을 당하자 화가 나 위협한 물건인 회칼을 피고인 소유의 차량에서 꺼내어 들고 공소외 1과 시비하려고 하였고, 이를 본 피해자 공소외 2가 위 식당 안으로 들어가는 피고인을 가로막으면서 제지하자, 피해자와 시비를 벌이다가 위 회칼로 피해자의 왼쪽 종아리 부위를 1회 찔러 약 7주간의 치료[가 필요한] 좌측 하퇴부 좌상 및 심부 열상 등을 가하였다.’

2. 동일성을 너무 느슨하게 보면 → 적절한 형벌권 실현이 어려워질 수 있다. 즉, 형벌권의 적정한 실현(사회정의 구현)이 어려워진다.

아직 처벌 안 했는데 처벌 못 하는 셈이다. 아래 사안은 어떻게 처리해야 할까?

2016도15526: 선행사건에서 ‘1997. 2. 초순부터 1997. 4. 3. 22:00경까지 정당한 이유 없이 범죄에 공용될 우려가 있는 위험한 물건인 휴대용 칼을 소지하였고, 1997. 4. 3. 23:00경 乙이 범행 후 햄버거 가게 화장실에 버린 칼을 집어 들고[서] 나와 용산 미8군 영 내 하수구에 버려 타인의 형사사건에 관한 증거를 인멸하였다’는 내용의 범죄사실로 유죄판결을 받아 확정되었다.]

[그 후] 피고인이 ‘1997. 4. 3. 21:50경 서울 용산구 이태원동에 있는 햄버거 가게 화장실에서 피해자 甲을 칼로 찔러 乙과 공모하여 甲을 살해하였다’는 내용으로 기소되었[다.]

쉽지 않다. 동일성이 있는지 일률적으로 판단할 수는 없다.

93도2080전합: 공소사실이나 범죄사실의 동일성은 형사소송법상의 개념이다. 그러므로 이것이 형사소송절차에서 가지는 의의[나] 소송법적 기능을 고려[하여야 한다.] 따라서 두 죄[A, X]의 기본적 사실관계가 동일한가의 여부는 그 규범적 요소를 전적으로 배제한 채 순수하게 사회적, 전법률적(前法律的)인 관점에서만 파악할 수는 없다.]

[즉,] 사실의 동일성이 갖는 **법률적 기능**을 염두[에] 두[어야 한다.] 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 그 **규범적 요소도 고려**[하여] 판단하여야 [한다. 그리고] 피고인에 대한 법적 안정성의 보호와 국가의 적정[한] 형벌권 행사가 조화가 이루어질 수 있도록 하여야 [한다.]

양립가능성과 동일성

82도2156: 최초의 공소사실[A]과 변경된 공소사실[B] 간에 그 일시만을 달리하는 경우[를 보자.] 사안의 성질상 2개의 공소사실[A, B]이 **양립할 수 있다**고 볼 사정이 있는 경우에는 그 기본인 사회적 사실을 달리할 위험이 있다 할 것이므로 그 기본적 사실은 **동일하다고 볼 수 없다**. 반대로, **일방의 범죄[A]가 성립되는 때에는 타방의 범죄[B]의 성립은 인정할 수 없다**고 볼 정도로 양자가 밀접한 관계가 있는 경우에는 그간의 시간적 간격이 긴 경우라도 양자[A, B]의 **기본적 사실관계는 동일하다**.]

1. A사실과 B사실이 서로 양립할 수 없다면 → 동일성○

82도2156: 최초의 공소사실이 피고인은 1981. 1. 14. 19:00경 [甲]의 집에서 피해자 [乙]의 얼굴을 1회 때려 폭행했다[A]는 것인데 그 일시만을 “1979. 12. 중순경”[B]으로 변경[한 경우다.] 피고인 및 피해자[乙]의 진술과 증언[으로] 공소사실과 같은 시비나 폭행을 1981. 1. 중순경이 아니고 1979. 12. 중순경에 있었던 일을 경찰에서 잘못 진술했다는 취지로 인정[된다. 그리고] 양 공소사실[A, B]의 내용에 [따르]더라도 그 폭행한 장소, 수단, 방법, 부위, [횟]수나 피해자가 같아서 양 사실[A, B]을 별개의 다른 사실이 아니고 1개의 동일한 사실이라고 보지 않을 수 없다. 그렇다면 양 공소사실[A, B]은 동일성의 범위 안에 있다.]

같은 시간 동시에 슈퍼맨(A)과 클라크(B)가 활동할 수는 없다. 슈퍼맨(A)과 클라크(B)는 서로 양립할 수 없기에, 동일한 사람(A=B. 본인)이다.

2. A사실과 B사실이 서로 양립할 수 있다면 → 동일성×

2009도13463: 회사의 대표이사가 업무상 보관하던 회사 자금을 빼돌려 횡령[A]했다. 그다음 그중 일부를 더 많은 장비 납품 등의 계약을 체결할 수 있도록 해달라는 취지의 묵시적 청탁과 함께 배임증재[B]에 공여[했다. 이] 사안에서, 위 횡령[A]의 범행과 배임증재[B]의 범행은 서로 [고]의 및 행위의 [모습]과 보호법익을 달리하는 별개의 행위[다. 따라서] 위 횡령[A]의 점에 대하여 약식명령이 확정되었다고 하더라도 그 기판력이 배임증재[B]의 점에는 미치지 아니한다.]

같은 시간 동시에 슈퍼맨(A)과 로이스 레인(B)이 활동할 수 있다. 슈퍼맨(A)과 로이스 레인(B)은 서로 양립할 수 있기에, 다른 사람(A≠B. 연인)이다.

연습문제1

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 25.] 공소취소에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 실제적 경합관계에 있는 수개의 공소사실 중 일부 공소사실을 철회한다는 검사의 공소장변경 허가신청을 법원이 허가한 경우, 그 취지가 일부의 공소를 취소한다는 것이 명백하면 법원은 결정으로 그 부분 공소를 기각하여야 한다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 30.] 사기의 습벽이 있는 무은 A에게 돈을 빌리더라도 변제할 의사나 능력이 없었고, 이를 사업자금이 아닌 불법도박 등 다른 용도로 사용할 생각이었[는데도], 2021년 8월부터 2022년 1월까지 10회에 걸쳐 ‘사업자금으로 돈이 필요한데, 돈을 빌려주면 이자를 은행이자보다 많이 지급하고 6개월 뒤에 반드시 변제하겠[다]고 A를 기망하여 A로부터 함께 3억 원을 편취하였다는 상습사기의 공소사실로 기소되었다(㉠범죄사실). 또 한 무은 기소된 위 공소사실과 동일한 방법으로 2022년 2월부터 2022년 4월까지 3회에 걸쳐 B를 기망하여 B로부터 함께 2,000만 원을 편취하였다(㉡범죄사실). 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄷ. 甲의 ㉠범죄사실에 대한 사건을 심리하던 재판부에 뒤에 추가기소된 ㉡범죄사실에 대한 사건이 병합된 경우라면, ㉠범죄사실에 대한 공소제기의 효력이 ㉡범죄사실에 도 미치므로, 재판부는 이중기소를 이유로 하여 ㉡범죄사실에 대한 기소에 대하여 판결로써 공소를 기각하여야 한다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 33.] X회사의 대표이사 甲은 급전이 필요하여 乙로부터 2,000만 원을 차용하였고 (㉠사실), 이후 변제일에 회사 자금 3,000만 원을 임의로 인출하여 그중 2,000만 원을 乙에 대한 자신의 채무변제에 사용하였다(㉡사실). 甲은 이 사실을 알게 된 경리직원 丙에게 비밀 유지를 부탁하면서 그 대가로 위 3,000만 원 중 나머지 1,000만 원을 교부 하였다(㉢사실). 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

② 만약 甲이 ㉠사실로 인해 약식명령으로 벌금형을 고지받아 확정되었으나, 이후 법원 이 ㉢사실을 근거로 하여 甲에게 배임증재죄의 성립을 인정한다면 일사부재리 원칙 에 위반된다.

죄수 관계와 동일성

문제점

甲이 저지른 A죄와 X죄 사이에 공소사실 동일성이 있는가? 즉,

1. 법원이 A죄로 판결해 확정되면, 甲은 이제는 X죄가 되는지도 심판받지 않는가?

대한민국헌법 제13조 ① 모든 국민은 ... **동일한 범죄**[로] 거듭 처벌받지 아니한다.

2. 공판 계속 중 현실적 심판 대상을 A죄 공소사실에서 X죄 공소사실로 바꾸는 공소장변경을 할 수 있는가?

형사소송법 제298조(공소장의 변경) ① ... 이 경우에 법원은 공소사실의 **동일성**을 해하 지 **아니하는 한도**에서 허가하여야 한다.

복습: 표준시

형사소송에서는, 사실관계 기준시(표준시)는 판결선고 시다. 즉, 판결은 판결선고 시까지 있었던 사실관계에 효력이 미친다.



84도1129: 유죄의 확정판결의 기판력의 시적 범위 즉 어느 때까지의 범죄사실에 관하여 기판력이 미치느냐의 기준시점은 [어떨까?] 사실심리의 가능성이 있는 최후의 시점인 판결선고 시를 기준으로 하여 가리게 [된다.]

판결선고 절차가 없는 약식명령 경우, 사실관계 기준시(표준시)는 약식명령 발령 시다. 즉, 약식명령은 약식명령 발령 시까지 있었던 사실관계에 효력이 미친다.

84도1129: 판결절차 아닌 약식명령은 그 고지를 검사와 피고인에 대한 재판서 송달로써 하고 따로 선고하지 않[는다.] 약식명령에 관하여는 ... 그 기판력의 시적 범위를 판결절차와 달리 하여야 할 이유가 없으므로 그 발령 시를 기준으로 하여야 한다.

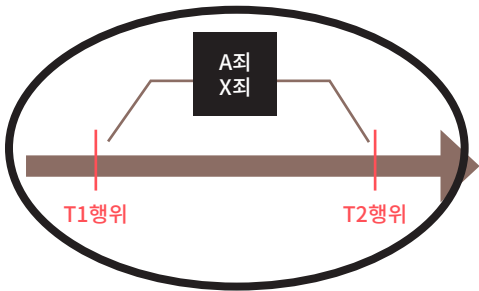
복습: 실체법상 죄수

- 1. 단순일죄(ㄷ 일죄)
- 2. 포괄일죄(ㄷ 법조경합 ㄷ 일죄)
- 3. 실체적 경합(ㄷ 수죄)
- 4. 상상적 경합(ㄷ 수죄)

	1개의 구성요건	여러 개의 구성요건
1개의 행위	단순일죄	상상적 경합
여러 개의 행위	포괄일죄	실체적 경합
실체법상 죄수	일죄	수죄

포괄일죄 관계일 경우: 동일성 ○

포괄일죄는 1죄다. 1죄로 두 번 처벌하면 일사부재리에 반한다.



- 1. A죄 확정판결이 있으면, X죄로 기소해 심판할 수 없다.

2020도3705: 포괄일죄 관계[A, X]인 범행의 일부[A]에 대하여 [판결이나 약식명령]이 확정된 경우에는 [어떻게 처리하나?] [i] [판결이 확정된 경우에는] 사실심 판결선고 시를 기준으로, [ii] 약식명령이 확정된 경우에는 약식명령 발령 시를 기준으로, 그 이전에 이루어진 범행에 대하여는 확정판결의 기판력이 미친다.

다만, 어디까지나 사실관계 기준시(표준시) 이전 범한 부분에 기판력이 미친다.
즉, 그 이후 범한 부분에는 기판력이 미치지 않는다.

2017도3373: 사실심판결 선고 시[→ 약식명령 경우는 발령 시] 이후[에 범한] 범죄는 확정판결의 기판력이 미치지 않[는다. 그러]므로 설령 ... 포괄일죄의 관계에 있다고 하더라도 별개의 독립적인 범죄가 된[다.]

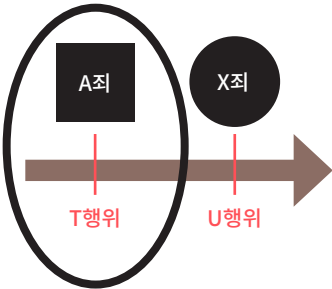
2. A죄 공소사실 → X죄 공소사실로 공소장변경 가능하다.

2006도514: 포괄일죄[A, X]에[서]는 **공소장변경**을 통한 종전 공소사실[A]의 철회 및 새로운 공소사실[X]의 추가가 **가능**[하다.]

[이]에 비추어 그 공소장변경허가 여부를 결정[할 때]는 ... 변경된 공소사실이 전체적으로 포괄일죄의 범주 내에 있는지 여부[에 초점을 맞추어야 한다.] 즉 단일하고 계속된 [고]의하에 동종의 범행을 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에 해당한다고 볼 수 있는지 여부에 초점을 맞추어야 한다.

실체적 경합 관계일 경우: 동일성 ×

실체적 경합은 여러 개의 행위로 수죄가 성립하는 경우다. 어떤 행위로 이미 처벌받았더라도, 그와 다른 행위를 이유로는 얼마든지 처벌할 수 있다. 일사부재리 위반이 아니다.



1. A죄 확정판결이 있더라도, X죄로 기소해 심판할 수 있다.

2005도4051: 이 부분 공소사실[X]은 확정된 위 약식명령의 범죄사실[A]과 실체적 경합 관계에 있[다. 그러므로] 그 약식명령의 효력[A]은 이 사건 정보통신망보호법을 위반 [X]의 점[에는] **미치지 [않는다.]**

2. A죄 공소사실 → X죄 공소사실로 공소장변경 불가능하다.

2009도12214: 일반교통방해[A] 부분과 집시법위반[B] 부분은 구성요건, 보호법익, 행위태양을 달리해 실체적 경합 관계에 있다. ... 검사가 집시법위반[B] 부분을 추가한 것은 **공소장변경으로 허용되는 범위를 초과**해 공소사실의 동일성을 해[한다.]

포괄일죄 관계인데도 실체적 경합 관계로 확정된 경우

- 1. T행위(A죄), U행위(X죄)가 포괄일죄인 상습범 관계인데,
- 2. T행위로 단순일죄인 기본 범죄 확정판결을 받았다.

이 경우,

- 1. A죄 확정판결이 있더라도, X죄로 기소해 심판할 수 있다.

2001도3206전합: 상습범으로서 포괄적 일죄의 관계에 있는 여러 개의 범죄사실[A, X] 중 일부[A]에 대하여 유죄판결이 확정된 경우[를 보자]

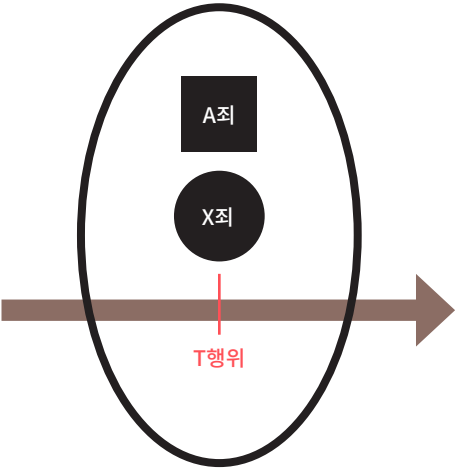
그 확정판결의 사실심판결 선고 전에 저질러진 나머지 범죄[X]에 대하여 새로이 공소가 제기되었다면 그 새로운 공소는 확정판결이 있었던 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 제기된 데 해당[한다. 그러]므로 이에 대하여는 판결로써 면소의 선고를 하여야 [한다.] 다만 이러한 법리가 적용되기 위해서는 전의 확정판결에서 [해당] 피고인이 상습범으로 기소되어 차단되었을 것을 필요로 [한다.]

상습범 아닌 기본 구성요건의 범죄로 차단되는 데 그친 경우에[는 다음과 같다.] 가사 ... 그 모두[A, X]가 상습범으로서의 포괄적 일죄에 해당하는 것으로 판단된다 하더라도 뒤늦게 앞서의 확정판결[A]을 상습범의 일부에 대한 확정판결이라고 보아 그[A] 기판력의 그 사실심판결 선고 전의 나머지 범죄[X]에 미친다고 보아서는 아니 된다.

- 2. A죄 → X죄 공소사실로 공소장변경 문제는 없다. A죄 소송은 이미 확정판결로 끝났기 때문이다.

상상적 경합 관계일 경우: 동일성 ○

상상적 경합은 1개의 행위로 수죄가 성립하는 경우다. 이미 처벌받았는데, 똑같은 행위를 이유로 다른 죄 명목으로 또 처벌하면 일사부재리에 반한다.



1. A죄 확정판결이 있으면, X죄로 기소해 심판할 수 없다.

2010도13801: 동일인 대출한도 초과대출 행위 [때문에] 상호저축은행에 손해를 가함으로써 상호저축은행법 위반[A]죄와 업무상배임[X]죄가 모두 성립한 경우[다.] 그 두 죄[A, X]는 형법 제40조[에서 정한] 상상적 경합 관계에 있[다.] ... 그중 1죄[A]에 대한 확정판결의 **기판력**은 다른 죄[X][에]도 **미친다**.

1개 행위로 두 죄(A, X)를 저질렀고, 그중 하나(A)로 처벌을 다 받았다. 그런데 만약 “법적”으로는 2개라며 나머지(X)로 기소해서 또 처벌할 수 있다면? 일반인 입장에서는 1번 잘못으로 또 처벌받는 셈이라 너무 불안하다. 그래서 동일성 여부는 법적 평가가 아니라 사회 관념상 1개 행위인지를 기준으로 하는 것이다.

2023도12316: 여기에서 1개의 행위[란] **법적 평가를 떠나 사회관념상 행위가 사물자연의 상태에서 1개로 평가되는 것을 의미**한[다.]

2. A죄 공소사실 → X죄 공소사실로 공소장변경 가능하다.

89도1317: 검사가 ... 상상적 경합의 관계에 있는 수죄[A, X] 가운데 당초 공소를 제기하지 아니한 공소사실[X]을 추가하는 내용의 공소장변경신청을 하는 경우 [어떻게 처리하나?] ... 공소사실의 동일성을 해하지 아니함이 명백하[다. 그러]므로 [법원은] 그 공소장변경을 허가하여 추가된 공소사실[X][을] 심리 판단하여야 한다.]

소송법상 죄수

- 1. 단순일죄, 포괄일죄, 상상적 경합 관계: 동일성 ○ → 모두 소송법상 1죄.
- 2. 실체적 경합 관계: 동일성 × → 소송법상 수죄.

	실체법상 죄수	소송법상 죄수
단순일죄	일죄	일죄
포괄일죄	일죄	일죄
상상적 경합	수죄	일죄
실체적 경합	수죄	수죄

주의: 아무 말 없이 “죄수”라 하면, 실체법상 죄수를 뜻한다.

죄수 판단의 중요성

예를 들어, 2억 원을 횡령하고 또 3억 원을 횡령했다고 하자.

편의상 징역형 기준으로 본다.

- 1. 실체적 경합: 횡령죄 ⊕ 횡령죄

형법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때...

형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄...를 경합범으로 한다.

2007도8645: 동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위를 ... 일정기간 계속하여 행[했다. 그 경우에도] ... [고]의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실제적 경합범에 해당한다.

2. 포괄일죄: (((특정경제범죄법위반(횡령)죄)))

특정경제범죄법 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 「형법」 ... 제355조(횡령...)...의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 ... 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물...의 가액...이 5억 원 이상일 때...

2024도11353: 횡령죄 등 재산범죄에서 동일한 피해자에 대하여 단일하고 계속된 범의하에 동종의 범행을 일정기간 반복하여 행한 경우에는 그 각 범행은 통틀어 포괄일죄가 될 수 있다.

죄수에 따라,

1. 처단형이 다르다.
2. 공소시효 기간이 다르다.
3. 기판력 범위 및 공소장변경 한계가 다르다.

처단형

1. 실제적 경합: 횡령죄 ⊕ 횡령죄 = 징역 1개월~7년 6개월
2. 포괄일죄: (((특정경제범죄법위반(횡령)죄))) = 징역 3년~30년

형법 제42조(징역...의 기간) 징역 ... 유기는 1개월 이상 30년 이하로 한다. ...

형법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하[→ 1개월~5년]의 징역...에 처한다.

형법 제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

2. 각 죄에 대하여 정한 형이 ... 같은 종류의 형인 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형의 장기...에 그 2분의 1까지 가중[→ 1개월~7년 6개월]...
-

특정경제범죄법 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 「형법」 ... 제355조(횡령...)...의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 ... 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물...의 가액...이 5억 원 이상일 때에는 다음 각호의 구분에 따라 가중처벌한다.

2. 이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만일 때: 3년 이상[→ 3년~30년]의 유기징역
-

재산범죄와 뇌물범죄에서 포괄일죄는 무섭다!

특정경제범죄법 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 「형법」 제347조(사기), 제347조의2(컴퓨터등 사용사기), 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), ... 제355조(횡령, 배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 ... 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액...이 5억 원 이상일 때에는 다음 각호의 구분에 따라 가중처벌한다.

- 1. 이득액이 50억 원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역
- 2. 이득액이 5억 원 이상 50억원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역
- ② 제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과(併科)할 수 있다.

특정범죄가중법 제2조(뇌물죄의 가중처벌) ① 「형법」 제129조, 제130조 또는 제132조에 규정된 죄를 범한 사람은 그 수수(收受), 요구 또는 약속한 뇌물의 가액(價額)...에 따라 다음 각호와 같이 가중처벌한다.

- 1. 수뢰액이 1억 원 이상인 경우에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
- 2. 수뢰액이 5천만 원 이상 1억 원 미만인 경우에는 7년 이상의 유기징역에 처한다.
- 3. 수뢰액이 3천만 원 이상 5천만 원 미만인 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

공소시효 기간

- 1. 실체적 경합: 횡령죄 ⊕ 횡령죄 = 각 행위 종료일부터 7년씩
- 2. 포괄일죄: (((특정경제범죄법위반(횡령)죄))) = 최종 행위 종료일부터 10년

형사소송법 제249조(공소시효의 기간) ① 공소시효는 다음 기간의 경과로 완성한다.

- 3. 장기 10년 이상[← 장기 30년]의 징역...에 해당하는 범죄에는 10년
- 4. 장기 10년 미만[← 장기 5년]의 징역...에 해당하는 범죄에는 7년

형사소송법 제252조(시효의 기산점) ① 시효는 범죄행위의 종료한 때로부터 진행한다.

2002도2939: 포괄일죄의 공소시효는 최종의 범죄행위가 종료한 때로부터 진행한다.

기판력 범위와 공소장변경 한계

- 1. 실체적 경합: 횡령죄 ⊕ 횡령죄 = 기판력 안 미침 → 공소장변경×

2005도4051: 이 부분 공소사실[3억 원 횡령]은 확정된 ... 범죄사실[2억 원 횡령]과 실체적 경합 관계에 있다. 그러므로 그 ... 효력[2억 원 횡령]은 이 사건 ... 위반[3억 원 횡령]의 점[에는] 미치지 [않는다].

- 2. 포괄일죄: (((특정경제범죄법위반(횡령)죄))) = 기판력 미침 → 공소장변경○

2020도3705: 포괄일죄 관계[2억 원 횡령, 3억 원 횡령]인 범행의 일부[2억 원 횡령]에 대하여 판결이 확정된 경우에는 [어떻게 처리하나? 2억 원 횡령 기소 사건] 사실심 판결 선고 ... 이전에 이루어진 범행[3억 원 횡령]에 대하여는 확정판결의 기판력이 미친다.]

이처럼 죄수 판단은 중요하다. 따라서 신중하게 판단해야 한다.

2024도11353: 각 범행이 포괄일죄가 되느냐 경합범이 되느냐는 그에 따라 피해액을 기준으로 가중처벌을 하도록 하는 특별법이 적용되는지 여부 등이 달라[진다. 그뿐만] 아니라 양형 판단 및 공소시효와 기판력에 이르기까지 피고인에게 중대한 영향을 미치게 [된다. 그러]므로 매우 신중하게 판단하여야 한다.

특히 [고]의의 단일성과 계속성은 개별 범행의 방법과 양태, 범행의 동기, 각 범행 사이의 시간적 간격, 그리고 동일한 기회 또는 관계를 이용하는 상황이 지속되는 가운데 후속 범행이 있었는지 여부, 즉 [고]의의 단절이나 갱신이 있었다고 볼 만한 사정이 있는지 여부 등을 세밀하게 살펴 논리와 경험칙에 근거하여 합리적으로 판단하여야 한다.]

형법과 형사소송법의 관계는 칼날과 칼자루의 관계와 같다.

연습문제1

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 23.] 기관력 등에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 상습범으로서 포괄일죄의 관계에 있는 여러 개의 범죄사실 중 일부[에] 유죄판결이 확정된 경우에 그 확정판결의 사실심판결 선고 전에 저질러진 나머지 범죄[로] 새로 공소가 제기되었다면 이[에] 법원은 면소판결을 선고하여야 하는바, 다만 이러한 법리가 적용되기 위해서는 전의 확정판결에서 피고인이 상습범으로 기소되어 처단되었을 것을 필요로 한다.
- ㄹ. 한 개의 행위가 여러 개의 죄에 해당하는 「형법」 제40조의 상상적 경합 관계에 있는 경우에는 그중 일죄에 대한 확정판결의 기관력은 다른 죄에 미치지 않는다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 3.] 아래 <범죄경력> 중 1개가 있는 甲이 2023. 11. 10. 아래 <범죄사실> 중 어느 1개 또는 수개의 죄로 공소제기되어 그 <범죄사실>이 인정될 경우, 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<범죄경력>

㉠ 2023. 4. 10. 서울중앙지방법원에서 상습절도죄로 벌금 500만 원을 선고받아 2023. 4. 18. 그 판결이 확정되었다.

㉡ 2023. 5. 10. 서울중앙지방법원에서 절도죄로 징역 6[개]월을 선고받아 2023. 5. 18. 그 판결이 확정되었다.

<범죄사실>

ㄱ. 상습으로 2023. 2. 10.경 X 편의점에서 피해자 M 소유의 휴대전화 1대를 가지고 가 이를 절취하였다[상습절도].

- ① ㉠범죄경력이 있는 甲이 ㄱ죄로 기소된 경우, ㄱ범죄사실과 ㉠범죄사실과의 사이에 동일한 습벽[으로] 범행을 저질렀다는 점이 인정된다면, 「형사소송법」 제326조 제1호의 면소판결이 선고되어야 한다.
- ② ㉡범죄경력이 있는 甲이 ㄱ죄로 기소된 경우, ㄱ범죄사실과 ㉡범죄사실과의 사이에 동일한 습벽[으로] 범행을 저질렀다는 점이 인정되더라도, 「형사소송법」 제326조 제1호의 면소판결을 선고할 수 없다.

연습문제3

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 28.] 특별형사절차에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 동일 죄명에 해당하는 여러 개의 행위를 단일하고 계속된 범의 아래 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일하여 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부에 관하여 약식명령이 확정된 경우, 그 약식명령의 발령 시를 기준으로 하여 그 전의 포괄일죄의 일부에 해당하는 범행뿐만 아니라 그와 상상적 경합관계에 있는 다른 죄에도 약식명령의 기판력이 미친다.

연습문제4

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 32.] 공소제기 및 공소장변경에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

③ 포괄일죄의 경우에 그 공소장변경허가 여부를 결정[할 때]는 포괄일죄를 구성하는 개개 공소사실별로 종전 것과의 동일성 여부를 따지기보다는 변경된 공소사실이 전체적으로 포괄일죄의 범주 내에 있는지 여부, 즉 단일하고 계속된 [고]의하에 동종의 범행을 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에 해당한다고 볼 수 있는지 여부에 초점을 맞추어야 한다.

연습문제5

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 34.] 甲은 A로부터 그 소유의 노트북컴퓨터를 위탁받아 보관하였고, B로부터 그 소유의 태블릿 PC를 위탁받아 보관하던 중 이러한 위탁 사실을 알고 있는 乙에게 일괄 매각하여 도박 자금을 마련하였다. ... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

③ 만약 甲이 위 매각행위로 횡령한 물건에 피해자 C로부터 위탁받아 보관 중이던 태블릿 PC도 포함된 사실이 추가로 드러나자 검사가 이를 공소사실에 추가하는 공소장 변경신청을 한 경우, 특별한 사정이 없는 한 법원은 이를 허가하여야 한다.

연습문제6

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 36.] 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(나) 丙은 2024. 1. 2.경 모텔방에서 A, B, C와 함께 속칭 ‘섯다’ 도박을 하다가 “돈을 주지 않으면 도박죄로 신고하고 끝까지 처벌받게 하겠다.”라며 도박을 수단으로 A, B, C를 협박하여 그들로부터 500만 원을 송금받았다.

르. (나)의 丙이 동일 습벽에 [따른] 상습도박죄로 2023. 12. 29. 벌금 500만 원의 약식 명령을 발령받아 丙에게 2024. 1. 15. 위 약식명령이 송달되고 2024. 1. 23. 확정된 경우, 위 확정된 약식명령의 기판력이 (나)의 도박 범행에 미친다.

연습문제7

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 40.] 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

甲은 2018. 8. 6. 상해죄로 징역 9월을 선고받아 2019. 1. 10. 그 형의 집행을 종료하였다(㉠ 전과). 또한 甲은 2022. 4. 4. 절도죄로 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받아 2022. 4. 12. 위 판결이 확정되었다(㉡ 전과).

甲은 (ㄱ) 2021. 12. 1. A의 휴대전화 1대를 절취하였고, (ㄴ) 2022. 4. 18. B의 지갑 1개를 절취하였고, (ㄷ) 2022. 5. 10. C의 신용카드 1매를 절취하였다.

(ㄱ), (ㄴ), (ㄷ) 범행에 관하여 검사는 2024. 1. 5. 甲을 「형법」 제332조, 제329조에 [따라] 상습절도죄로 기소하였다.

② ㉡ 전과로 확정판결을 받은 범행과 (ㄱ) 범행이 모두 甲의 습벽에서 이루어졌음이 인정되는 경우, 양자는 상습절도죄의 포괄일죄의 관계에 있으므로 (ㄱ) 부분에 대하여 기판력 저축을 이유로 면소판결이 선고되어야 한다.

연습문제8

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 1.] 죄수에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 상상적 경합은 1개의 행위가 여러 개의 죄에 해당하는 경우인데, 여기서 1개의 행위는 법적 평가를 기초로 하여 사회 관념상 행위가 사물자연의 상태로서 1개로 평가되는 것을 뜻한다.

ㄷ. 포괄일죄 관계인 범행의 일부에 대하여 확정판결이 있은 후, 그 사실심 판결선고 이전에 이루어진 범행이 포괄일죄의 일부에 해당하고 그와 상상적 경합관계에 있는 다른 죄에도 해당하는 경우, 확정판결의 기판력은 위와 같이 상상적 경합관계에 있는 다른 죄에 대하여도 미친다.

연습문제9

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 30.] 사기의 습벽이 있는 甲은 A에게 돈을 빌리더라도 변제할 의사나 능력이 없었고, 이를 사업자금인 아닌 불법도박 등 다른 용도로 사용할 생각이었[는데도], 2021년 8월부터 2022년 1월까지 10회에 걸쳐 ‘사업자금으로 돈이 필요한데, 돈을 빌려주면 이자를 은행이자보다 많이 지급하고 6개월 뒤에 반드시 변제하겠다’고 A를 기망하여 A로부터 함께 3억 원을 편취하였다는 상습사기의 공소사실로 기소되었다(㉠범죄사실). 또한 甲은 기소된 위 공소사실과 동일한 방법으로 2022년 2월부터 2022년 4월까지 3회에 걸쳐 B를 기망하여 B로부터 함께 2,000만 원을 편취하였다(㉡범죄사실). 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 검사가 甲의 ㉠범죄사실에 대한 사건의 공판계속 중에 ㉡범죄사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 한 경우, 당초 기소된 공소사실과 ㉡범죄사실이 포괄일죄에 해당하므로 법원은 공소장변경을 허가하여야 한다.

ㄴ. 甲의 ㉡범죄사실 전부에 대하여 2024. 3. 14. 유죄판결이 선고되어 2024. 3. 22. 그 판결이 확정되었고, 그 이후에 ㉡범죄사실이 기소되었다면, 법원으로는 ㉡범죄사실에 대하여 면소판결을 선고하여야 한다.

공소장변경 필요성

문제점

법원이 공소장에 기재한 공소사실과 다른 사실을 인정하려면, 공소장변경 절차가 필요한가?

전제사항: 공소사실 동일성은 있다고 하자.

기준

- 1. 원칙: 필요하다. 공소장변경 절차도 없이 다른 사실을 인정해 버리면, 피고인 으로서는 뜻밖의 타격이 될 수 있기 때문이다. 즉, 피고인의 방어권을 침해 한다.
- 2. 예외: 필요 없다. 굳이 공소장변경 절차를 거칠 필요가 없는 경우가 있다. 피 고인의 방어권을 침해하지 않기 때문이다.

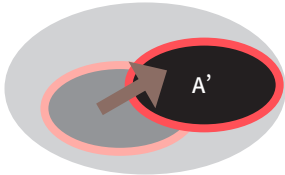
기소 내용(A)

검사가 甲을 특수상해(A)죄로 기소했다.

- 1. 피고인: 甲은
- 2. 일시: 2021. 3. 3. 14:00
- 3. 장소: 서울 서초구 가사로 23 거리에서

- 4. 방법: 회칼(날 길이 20cm, 전체 길이 30cm) 1개로 피해자 V의 오른쪽 어깨 부분을 힘껏 찔러
- 5. 피해: 길이 10cm, 깊이 3cm 자상을 가했다.
- 6. 결구: 이로써 甲은 위험한 물건을 휴대하여 사람의 신체를 상해했다.

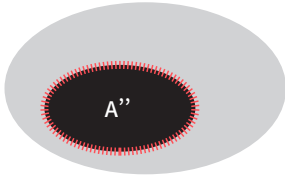
변경 절차 필요한 사례(A'): 구성요건이 변동



- 1. 피고인: 甲은
- 2. 일시: 2021. 3. 3. 14:00
- 3. 장소: 서울 서초구 가상로 23 거리에서
- 4. 고의: 피해자 V를 살해하기로 마음먹고
- 5. 방법: 회칼(날 길이 20cm, 전체 길이 30cm) 1개로 피해자 V의 오른쪽 어깨 부분을 힘껏 찔렀으나, 피해자 V가 저항하면서 위 회칼을 빼앗는 바람에
- 6. 피해: 길이 10cm, 깊이 3cm 자상을 가하는 데 그쳤다.
- 7. 결구: 이로써 甲은 사람을 살해하려고 했으나 미수에 그쳤다.

특수상해(A) → 살인미수(A')

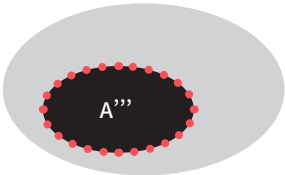
변경 절차 필요 없는 사례(A''): 일시, 장소의 중대하지 않은 차이



- 1. 피고인: 甲은
- 2. 일시: 2021. 3. 3. 14:05
- 3. 장소: 서울 서초구 가상로 23, 24에 걸친 거리에서
- 4. 방법: 회칼(날 길이 20cm, 전체 길이 30cm) 1개로 피해자 V의 오른쪽 어깨 부분을 힘껏 찔러
- 5. 피해: 길이 10cm, 깊이 3cm 자상을 가했다.
- 6. 결구: 이로써 甲은 위험한 물건을 휴대하여 사람의 신체를 상해했다.

2021. 3. 3. 14:00 서울 서초구 가상로 23 거리에서 → 2021. 3. 3. 14:05 서울 서초구 가상로 23, 24에 걸친 거리에서

변경 절차 필요 없는 사례(A''): 행위의 중대하지 않은 차이



- 1. 피고인: 甲은
- 2. 일시: 2021. 3. 3. 14:00
- 3. 장소: 서울 서초구 가상로 23 거리에서
- 4. 방법: 회칼(날 길이 19cm, 전체 길이 29cm) 1개로 피해자 V의 오른쪽 어깨 부분을 찌르려고 휘둘렀으나 오른팔 윗부분을 찔러
- 5. 피해: 오른팔 윗부분에 길이 10cm, 깊이 3cm 자상을 가했다.
- 6. 결과: 이로써 甲은 위험한 물건을 휴대하여 사람의 신체를 상해했다.

회칼(날 길이 20cm, 전체 길이 30cm)로 오른쪽 어깨 부분을 힘껏 찔러 오른쪽 어깨 부분에 자상 → 회칼(날 길이 19cm, 전체 길이 29cm)로 오른쪽 어깨 부분을 찌르려고 휘둘렀으나 오른팔 윗부분을 찔러 자상

변경 절차가 필요 없는 유형

- 1. 공소장의 명백한 오기 정정

87도546: 제1심은, 피고인에 대한 부정수표단속법위반 범죄에[서 다음과 같이 오기를 정정하였다. 즉], 별지목록 4의 4항 기재 수표의 발행일자가 1984. 7. 24.로 공소장에 기재된 것은 같은 해 8. 9.의 오기이고, 같은 목록 8항 기재 수표의 액면금액이 5,521,377원으로 공소장에 기재된 것은 5,582,377원의 오기...라고 실시하면서 그 판시와 같은 정확한 일자, 금액으로 바로잡아 범죄사실을 인정[하였다.]

[이는] 피고인의 방어에 실질적으로 불이익을 주는 것도 아니[다. 그러]므로 위 조치를 불고불리의 원칙에 반하는 위법한 것이라고 할 수는 없다.

- 2. 범행 일시, 장소의 중대하지 않은 변경

94도998: 공소사실과 법원이 유죄로 인정한 사실 사이에 범행일시와 방법 등에 다소 차이가 있기는 하[다. 그렇]지만 ... 공소사실이나 법원이 인정한 사실이 그 전체범행의 시기와 종기 및 피해자가 동일하[다. 그리고] 법원이 인정한 피해액수 또한 공소사실의 범위를 넘어선 것은 아니[다.] 더구나 피고인은 피해액수에 해당하는 [돈]에 관하여 불법영득의 의사가 없었다는 취지로 주장하면서 그 주장을 뒷받침할 만한 충분한 자료도 제출하고 있[다.]

[그렇다]면, 법원이 공소장변경절차 없이 일부 공소사실과 달리 인정하였다 하여 불고불리의 원칙에 위배된 것이라 할 수 없다.

3. 경위나 행위 모습의 중대하지 않은 변경

89도1694: 공소사실과 제1심판결이 인정한 범죄사실과는 사고의 일시, 장소, 사고 당시의 상황, 결과, 적용법조는 물론 피고인의 운전자로서의 업무상 **주의의무의 내용[도] 동일**하[다.] **단** 서로 나란히 근접하여 운행하게 된 **경위[만 다소 다르다]**. 즉, 공소사실은 피고인이 피해자가 운전하는 오토바이를 추월하려고 추월방법을 위반하여 피해자 오토바이의 우측으로 근접하여 운행하다가 서로 충돌하여 이 사건 교통사고가 일어났다는 것이다. 그리고 제1심[법원이] 인정[한] 범죄사실은 피해자가 피고인이 운전하는 오토바이를 추월하기 위하여 피고인 오토바이의 좌측으로 근접운행 하다가 서로 충돌하여 이 사건 사고가 일어났다고 인정한 차이가 있을 뿐이[다.]

[그렇다]면 ... 제1심판결 판시와 같이 범죄사실을 인정하였다고 해서 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 있...지 않[다. 그러]므로 원심은 제1심이 인정한 범죄사실[도] 심리 판단하여 보아야 [한다.]

4. 구성요건이 변동되지만 축소사실 인정

84도34: 상습으로 이 [사]건 절도범행을 저지른 것이라 하여 **[상습절도]**로 공소를 제기 [하였다. 그] 공소사실 중에는 ... **절도죄의 공소사실도 포함**되[었다.] 이 경우 법원은 공소장변경의 절차 없이도 절도죄의 공소사실에 관하여 심리 판단할 수 있다.]

[그러]므로 ... 공소장변경의 절차 없이 절도죄로 심리 판단한 조치에 위법이 ... 없다.

판단 기준

피고인의 방어권을 침해하는지가 관건이다. 범행 일시, 장소, 경위나 행위 모습이 변경되는 경우든 축소사실 인정이든 간에, 피고인의 방어권을 침해하지 않아야만, 변경 절차를 생략할 수 있다.

2006도1667: 피고인의 **방어권 행사에 실질적인 불이익**을 초래할 염려가 없는 경우[라 하자. 이 경우는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위[에]서 법원이 공소장변경절차를 거치지 아니하고 다르게 사실을 인정하였다고 할지라도 불고불리의 원칙에 위배되지 아니한다.

1. 변경 절차가 필요하다고 본 사례

2017도4578: 권리행사방해죄와 배임죄는 구성요건과 보호법익이 [다르다. 그래서] 법원이 공소장 변경 없이 배임죄를 유죄로 인정하는 것은 피고인의 **방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 있[다.]** ... 원심이 공소 제기된 권리행사방해죄에 대해서만 심리, 판단하여 무죄를 선고한 것은 정당하[다.]

2. 변경 절차가 필요 없다고 본 사례

84도312: 변제할 의사와 능력 없이 피해자로부터 [돈]을 편취하였다고 기소된 사실을 공소장변경 절차 없이 피해자에게 제3자를 소개케 하여 [같은 금액]의 [돈]을 차용하고 피해자에게 그에 대한 보증채무를 부담케 하여 재산상의 이익을 취득하였다고 인정하였[다. 그렇]다 할지라도 ... 피고인이 스스로 이를 시인하고 있는 이상 피고인의 방어에 [어떠한] 불이익을 주었다고 볼 수도 없다. 그러므로 거기에 위법이 ... 없다.

다음을 주의하라.

1. 변경 절차가 필요 없는 유형 같더라도, 실질적으로 방어권을 침해한다면? 변경 절차가 필요하다.

2001도1091: 원심은, ... 살인죄로 기소된 피고인을 ... 직권으로 검사의 공소장변경절차 없이 ... 폭행치사죄를 유죄로 처단하였다.

그러나 이 사건 공소사실은 살인죄에 관한 것으로 폭행치사죄에[서의] 공소사실과 같이 피고인에게 그 행위로 인한 사망이라는 결과의 예견가능성이 있었다는 요건에 관한 기재도 없다. 그래서] 원심이 인정한 사실에 기[초]한 폭행치사죄와 이 사건 공소사실에 기[초]한 살인죄와의 사이에 공소사실의 동일성 또는 흡수성이 인정되지 [않는다.]

더구나 ... 피고인은 일관하여 “피해자와 함께 술을 마시다가 서로 주먹다짐을 한 적은 있으나 위와 같이 술에 취해 잠시 기억을 상실하였다가 약간 정신을 차려 주위를 살펴보니 피해자의 상태가 예사롭지 아니하여 경찰에 신고하였더니 피해자가 질식사한 것으로 밝혀졌을 뿐이다.”라고 진술하면서 공소사실을 극구 부인하고 있다. 따라서] 피고인이 폭행치사죄, 특히 피해자의 사망이라는 결과의 예견가능성까지 스스로 자인하[는] 것으로는 볼 수 없다.]

[그러므로] 검사의 공소장변경절차 없이 폭행치사죄를 인정한다고 하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라고 판단할 수도 없다. 결국 ... 원심의 위와 같은 조치에는 ... 위법이 있다.

2. 변경 절차가 필요해 보이더라도, 실질적으로 방어권을 침해하지 않는다면? 변경 절차를 거치지 않을 수도 있다.

84도1803: 공소장에 약 4개월간의 치유를 요하는 상해라고 적시된 것을 법원이 공소장변경절차 없이 약 8개월간의 치료[가 필요한] 것으로 인정하였[다.]

[그렇다고] 하여도 [그것만으로]는 불고불리의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

결국, 변경 절차가 필요하다 또는 필요 없다고 본 유형들은 “사례”에 불과하다.

절차 방식

1. 검사의 허가 신청

형사소송규칙 제142조(공소장의 변경) ① 검사가 법 제298조 제1항에 따라 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경...을 하고자 하는 때에는 그 취지를 기재한 공소장변경허가신청서를 법원에 제출하여야 한다.

- ③ 법원은 ... 부분을 피고인 또는 변호인에게 즉시 송달하여야 한다.
- ⑤ 법원은 제1항의 규정에도 불구하고 피고인이 재정하는 공판정에서는 피고인에게 이익이 되거나 **피고인이 동의하는 경우 구술에 [따른] 공소장변경**을 허가할 수 있다.

2. 법원의 허가 여부 결정

형사소송법 제51조(공판조서의 기재요건) ② 공판조서에는 다음 사항 기타 모든 소송 절차를 기재하여야 한다.

14. 판결 기타의 재판을 선고 또는 고지한 사실

2023도3038: 법원은 검사의 공소장변경허가신청에 대해 결정의 형식으로 이를 허가 또는 불허가 [한다. 그러한] 법원의 허가 여부 결정은 [i] 공판정 외에서 별도의 결정서를 작성하여 고지하거나 [ii] 공판정에서 구술로 하고 공판조서에 기재할 수도 있다. 만일 공소장변경허가 여부 결정을 [ii] 공판정에서 고지하였다면 그 사실은 공판조서의 필 [수]적 기재사항이다.]

공소장변경허가신청이 있[는데]도 공소장변경허가 여부 결정을 명시적으로 하지 않은 채 공판절차를 진행하면 [어떨까?] 현실적 심판대상이 된 공소사실이 무엇인지 불명확하여 피고인의 방어권 행사에 영향을 줄 수 있[다. 그러]므로 **공소장변경허가 여부 결정**은 위와 같은 형식으로 **명시적인 결정**을 하는 것이 바람직하다.

연습문제1

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 28.] 甲은 사실혼 관계에 있는 乙의 허락을 받아 乙명의로 승용차를 구입한 후 乙명의로 자동차 등록을 마치면서, 乙명의로 A캐피탈로부터 3,000만 원을 대출받고, A캐피탈 앞으로 위 승용차에 관하여 저당권을 설정하여 주었다. 그 후 甲은 A캐피탈의 동의 없이 사채업자 B에게 1,000만 원을 빌리면서 담보로 위 승용차를 인도하여 주었다. 현재 위 승용차는 소재불명 상태이다.

... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 甲은 A캐피탈[에] 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있으므로, 법원은 공소장 변경 없이 甲에 대한 배임죄를 인정할 수 있다.

연습문제2

2022년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 29.] 甲은 2021. 1. 20.부터 영업허가를 받지 아니하고 음식점 영업행위를 하였다. 이에 ㉠ 검사는 2021. 6. 21. 甲에 대해 ‘2021. 1. 20.부터 2021. 5. 31.까지’의 식품위생법위반죄로 공소제기하였다. 그럼에도 甲은 계속해서 무허가 영업을 하였고, 이로 인해 이웃 乙과 다툼이 잦았다. ... 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① ㉠의 기소로 제1심 공판절차 진행 중 甲이 2021. 3. 20.부터 2021. 5. 20.까지의 동안 식품위생법위반죄로 2021. 6. 3. 벌금 100만 원의 약식명령을 발령받아 그 무렵 확정되었음이 밝혀졌다면, 법원은 甲에게 공소기각의 판결을 선고해야 한다.

- ② ①의 약식명령이 확정되었음이 밝혀지자 검사는 범행일자를 ‘2021. 6. 4.부터 2021. 10. 20.까지’로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였다면, 법원은 이를 허가하여야 한다.

연습문제3

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 32.] 공소제기 및 공소장변경에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 변제할 의사와 능력 없이 피해자로부터 금원을 편취하였다고 기소된 사실을 공소장 변경 절차 없이 피해자에게 제3자를 소개케 하여 동액의 금원을 차용하고 피해자에게 그에 대한 보증채무를 부담케 하여 재산상의 이익을 취득하였다는 사실로 인정하였다 할지라도 거기에 어떠한 위법이 있다 할 수 없다.

공소장변경 요구 의무

문제점

1. 법원은 검사에게 공소장변경 절차를 거치라고 요구할 수 있다.

형사소송법 제298조(공소장의 변경) ② 법원은 심리의 경과에 비추어 [타]당하다고 인정할 때에는 공소사실 또는 적용법조의 추가 또는 **변경을 요구**하여야 한다.

2. 법원이 검사에게 공소장변경 절차를 거치라고 요구할 의무가 있는가?

전제사항: 공소사실 동일성도 있고, 공소장변경 절차가 필요한 사안이라 하자.

원칙: 법원의 재량

원칙적으로, 법원의 공소장변경 요구는 재량이다.

99도3003: 법원이 검사에게 공소장의 변경을 요구할 것인지의 여부는 **법원의 재량**에 속[한다. 그러]므로 법원이 검사에게 공소장의 변경을 요구하지 아니하였다고 하여 위법하다고 볼 수 없다.

조문에 “요구하여야 한다.”라고 되어 는 있지만, “상당(→ 타당)하다고 인정할 때”라는 전제가 붙어 있기 때문이다.

즉, 기존 공소사실 증명이 없고 검사가 공소장변경도 하지 않으면, 법원은,

1. 공소장대로 기존 공소사실로 무죄를 선고하면 된다.
2. 직권으로 다른 공소사실로 유죄를 선고할 필요가 없다.

2007도616: 피고인이 이 사건 살인의 범행을 하였다고 단정하기에는 ... 여러 합리적인 의문점을 배제하기가 어렵다. 원심이 그와 같은 취지에서 이 사건 공소사실[→ 살인]에 대한 증명이 없거나 부족하다고 판단한 것은 이를 수긍할 수가 있다.]

원심이 이 사건 살인죄의 공소사실을 **상해치사 또는 감금치사죄로 공소장 변경을 요구하지 아니한 것이 위법하다고 볼 수 없다.**

예외: 법원의 심판 의무

예외적으로, 다음 요건을 모두 갖추면, 재량이 아니다.

1. 공소사실 동일성 ○ (← 공소장변경 한계 문제)
2. 직권 인정 가능 ○ (← 공소장변경 필요성 문제)
3. 다른 공소사실로라도 처벌해야 정의로움 ○ (← 공소장변경 요구 의무 문제).

2021도9043: 법원은 공소사실의 **동일성이 인정되는 범위 내에서** 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 **실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다**고 인정되는 때에는, 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있다.]

이와 같은 경우 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 가법지 아니하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 [따른] 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 **정의와 형평**에 반하는 것으로 인정되는 경우[가 있다. 이때]라면 법원으로서는 직권으로 그 범죄사실을 인정**하여야** 한다.

즉, 기존 공소사실 증명이 없고 검사가 공소장변경도 하지 않았더라도, 법원은,

1. 공소장대로 기존 공소사실(예: 준강간 장애미수) 무죄를 선고하면 안 된다.
2. 직권으로 다른 공소사실(예: 준강간 불능미수)로 유죄를 선고해야만 한다.

2021도9043: 이 사건 공소사실(→ 준강간죄 장애미수)과 준강간죄 불능미수의 범죄사실은 **기본적 사실관계가 동일**하다.]

피고인은 이 사건 공판 과정에서 '준강간의 고의가 없었고, 피해자가 항거불능 상태에 있지도 않았다.'는 취지로 다투었[다. 그리고] 이에 따라 피고인이 준강간의 고의로 실행에 착수하였는지 여부, 피해자가 당시 실제 항거불능 상태에 있었는지 여부에 관해서 충분한 심리가 이루어졌다. ... 검사와 피고인 사이에서 피고인의 행위가 준강간죄의 불능미수로서 유죄로 인정될 수 있는지에 관한 언급 및 공방이 있었[다. 따라서] 직권으로 준강간죄의 불능미수 범죄사실을 인정하는 것이 피고인의 **방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래한다고 보기 어렵다.**

준강간죄의 불능미수는 중대한 범죄이다. 준강간죄의 법정형은 징역 3년 이상의 유기징역이고, 준강간죄의 불능미수범에 대하여는 그 형을 임의적으로 감경 또는 면제할 수 있을 뿐이다. 준강간죄의 불능미수 범행과 이 사건 공소사실인 준강간죄의 장애미수 범행 사이에 범죄의 중대성, 죄질, 처벌가치 등 측면에서 별다른 차이가 있다고 보기도 어렵다. ... 이와 같은 상황에서 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 **처벌하지 않는다면** 적정절차에 [따른] 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 **정의와 형평에 반한다.**

연습문제

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 27.] 공소장변경에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ③ 법원이 검사에게 공소장변경을 요구할 것인지 여부는 재량에 속하는 것이므로, 법원이 검사에게 공소장의 변경을 요구하지 아니하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다.
 - ⑤ 피고인은 준강간죄의 장애미수로 기소되었으나 공판과정에서 ‘준강간의 고의가 없었고, 피해자가 항거불능 상태에 있지도 않았다’는 취지로 다투었고, 이에 따라 피고인이 준강간의 고의로 실행에 착수하였는지 여부, 피해자가 당시 실제 항거불능 상태에 있었는지 여부에 관하여 충분한 심리가 이루어졌더라도 준강간죄의 불능미수로 공소장이 변경되지 않았다면, 법원은 준강간죄의 불능미수 범죄사실을 직권으로 인정할 수 없다.

정리

심판 대상

- 1. 현실적 심판 대상(= 공소장 기재 공소사실): 법원의 심판 범위
- 2. 잠재적 심판 대상(= 동일성 있는 공소사실): 공소장변경 및 기판력 범위

죄수와 동일성

- 1. 소송법상 일죄(단순일죄, 포괄일죄, 상상적 경합): 동일성 ○
- 2. 소송법상 수죄(실체적 경합): 동일성 ×

	1개의 구성요건	여러 개의 구성요건
1개의 행위	단순일죄 - 실체법상: 일죄 - 소송법상: 일죄	상상적 경합 - 실체법상: 수죄 - 소송법상: 일죄
여러 개의 행위	포괄일죄 - 실체법상: 일죄 - 소송법상: 일죄	실체적 경합 - 실체법상: 수죄 - 소송법상: 수죄

공소장변경 한계

공소사실 동일성이 있는가?

- 1. if 동일성 ○ → then 변경 가능
- 2. if 동일성 × → then 변경 불가능

공소장변경 필요성

공소사실 동일성이 있는 것을 전제로, 방어권을 침해하는가?

1. if 방어권 침해 $\times \rightarrow$ then 변경 불필요 (= 직권 인정 가능)
2. if 방어권 침해 $\bigcirc \rightarrow$ then 변경 필요 (= 직권 인정 불가능)

2021도3791: 법원이 공소장의 변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정하기 위해서는 [어때야 하는가?] [i] 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내이어야 할뿐더러 [ii] 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없어야 한[다.]

2018헌마998: 공소장 변경 제도는 형벌권의 적절한 실현과 소송경제 도모라는 가치가 피고인의 방어권이 보장된 상태에서 이루어져야 한다는 취지에서 마련된 제도[다.]

공소장변경 요구 의무

공소사실 동일성이 있고, 직권 인정 가능한 것을 전제로, 처벌해야 정의로운가?

1. 원칙 $\rightarrow$ 변경 요구 재량 $\bigcirc$ (= 직권 인정 의무 $\times$)
2. 예외 $\rightarrow$ 변경 요구 재량 $\times$ (= 직권 인정 의무 $\bigcirc$)

제6강

형벌론

Theory of Criminal Punishment



Paul Delaroche, *The Execution of Lady Jane Grey*
1833, oil on canvas, 246 × 297 cm, The National Gallery, London

법원이 형량을 결정하는 과정에 관하여

- 사형, 징역, 벌금형, 몰수, 추징 등 우리나라의 **형벌**과 그 **체계**, **형량**은 어떻게 책정되는지를 살펴본다.
 1. 사실 형벌 자체를 공부하는 것은 어렵지 않다.
 2. 그러나 여러 죄가 **경합**할 때 법적으로 형량 범위가 어떻게 되는지를 결정하는 것이 다소 까다롭다. 우리나라는 미국식 단순합산 방식을 택하지 않았기 때문이다.
- 그 결과 죄수론과 형벌론 모두 상당히 어렵다. 그러나 수험생은 두 가지 중 어느 것 하나라도 피할 수 없고, 반드시 이해해 정복해야 한다. 그래야 비로소 여러 범 죄가 있을 때 몇 년 이상 몇 년 이하의 징역이 가능한지 알 수 있다.

형 개념

Concept of Criminal Punishment

눈에는 눈, 이에는 이 - “함무라비 법전”

형 개념

개념

형(criminal punishment): 쉽게 말해, 죄값을 치르는 것. 형사처벌 또는 형벌이라고도 한다. 정확히는,

- 1. 검사의 기소 결과,
- 2. 피고인이,
- 3. 형사법원으로부터,
- 4. 유죄의 확정판결을 받은 경우에 부과되는,
- 5. 법익(legal interest)의 박탈.

사례

사형, 징역형, 벌금형

형법 제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다.	
1. 사형	
2. 징역	
3. 금고	
4. 자격상실	
5. 자격정지	
6. 벌금	
7. 구류	
8. 과료	
9. 몰수	

형과 구별할 개념

개요

다음은,

- 1. 외견상 형벌처럼 보일 수도 있지만,
- 2. 법적으로는 형벌이 아니다.

보안처분

보안처분(security measures; alternative measures)이란?

- 1. 범죄자의 재범을 막기 위해 형벌 대신 교육, 보호, 치료를 하는 형사처분.
- 2. 예를 들어, 성범죄자에 대한 성충동 약물치료나 신상정보공개는 보안처분이 다. 법적으로는 형벌이 아니다.

88초60: 일반적으로 **보안처분**은 ... **형벌과 구별**되어 그 본질[이 다르다.] 형벌에 관한 죄형법정주의나 일사부재리 또는 법률불소급의 원칙은 보안처분에 그대로 적용되지 않는다.

보안처분은 형벌은 아니다. 그렇더라도, 반드시 법률에 근거를 두고, 적법절차를 지켜야 한다.

대한민국헌법 제12조 ① ... 누구든지 ... 법률과 적법한 절차에 [따르]지 아니하고는 처벌, **보안처분** 또는 강제노역을 받지 아니한다.

수사상 강제처분

수사상 강제처분(compulsory measures)이란?

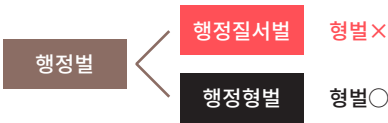
- 1. 수사에 필요하기 때문에 강제력을 이용하는 것.
- 2. 예를 들어, 압수, 수색, 검중, 체포, 구속이다. 법적으로는 형벌이 아니다.

수사상 강제처분은 형벌은 아니다. 그렇더라도, 반드시 법률에 근거를 두고, 영장주의를 지켜야 한다.

대한민국헌법 제12조 ① ... 누구든지 법률에 [따르]지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색...을 받지 ... 아니한다.
③ 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청[으로] 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. ...

행정질서벌

행정법규 위반에 대해, 행정벌(administrative punishment)을 내린다. 행정벌은 크게 다음과 같이 나뉜다.



2016헌바408: 행정법규 위반행위를 단지 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있음에 불과한 경우로 보아 행정질서벌인 과태료를 과할 것인가[?] 아니면 직접적으로 행정목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인가[? 이것은] 기본적으로 입법자가 제반 사정을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제이다.

- 1. 행정형벌(administrative criminal punishment): 행정법규 위반을 구성요건으로 정한 형벌조항에 따라, 형사절차를 거쳐 부과하는 형벌.

고래상어는 상어다. African American은 기본적으로 미국인이다. 사후심적 속심은 기본적으로 속심이다. 행정형벌은 형벌이다.

외국환거래법 제29조(벌칙) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다. ...

4. 제17조에 따른 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고를 하고 지급수단 또는 증권을 수출하거나 수입한 자(제17조에 따른 신고의무를 위반한 금액이 ... [미화 3만 달러]을 초과하는 경우로 한정한다)[→ 위반금액 미화 3만 달러 초과시, 형벌]

외국환거래법 제17조(지급수단 등의 수출입 신고) ...

2. 행정질서벌이란: 행정벌 중 형벌이 아닌 행정처분(administrative disposition). 과태료, 과징금 등.

행정질서벌은 질서벌이다. 즉, 형벌이 아니라, 질서위반행위에 대한 규제다.

외국환거래법 제32조(과태료) ② 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 5천만 원 이하의 과태료를 부과한다. 다만, 제29조에 해당하는 경우[→ 미화 3만 달러 초과 경우]는 제외한다[→ 위반금액 미화 3만 달러 이하 시, 형벌이 아니라 과태료].

3. 제17조에 따른 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고를 하고 지급수단 또는 증권을 수출입하거나 수출입 하려 한 자

외국환거래법 제17조(지급수단 등의 수출입 신고) ...

질서위반행위규제법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “질서위반행위”란 법률...상의 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위를 말한다. ...

즉, 행정질서벌은,

1. 행정법규 위반에 대한 제재 또는 위법한 경제적 이익 환수 차원에서 부과하는 행정처분.
2. 예를 들어, 쓰레기 무단투기로 구청에서 나오는 과태료, 공정거래위원회의 과징금은 행정질서벌이다. 법적으로는 형벌(벌금)이 아니다.

행정질서벌은 형벌은 아니다. 그렇더라도, 반드시 법률에 근거를 두고, 적법절차를 지켜야 한다.

대한민국헌법 제37조 ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

2016헌바453: 적법절차의 원칙(due process of law)은 공권력[으로부터의] 국민의 생명, 자유, 재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거해서 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원리[다.] 그 의미는 [다음과 같이 이해할 수 있다. (i)] 누구든지 합리적이고 정당한 법률의 근거가 있고 적법한 절차에 [따르]지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색을 당하지 아니[한다. (ii)] 형사처벌 및 행정벌과 보안처분, 강제노역 등을 받지 아니한[다.]

[적법절차의 원칙은] 형사절차상의 제한된 범위[에]서만 적용되는 것이 아니[다.] 국가작용으로서 기본권 제한과 관련되든 아니든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용[된다.]

복습: 범칙금

벌칙금(penalty payment)이란? 범죄가 성립하면 원래는 형벌을 부과해야 한다. 그러나 형벌 대신, 기한 내에 벌칙금을 납부하면 불문에 부치는 제도가 있다. 바로 벌칙금 제도다.

1. 도로교통법상 속도위반도 원래 형벌에 처하는 범죄(crime)다.

도로교통법 제156조(벌칙) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사람은 20만 원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료(科料)에 처한다.

1. 제5조, ... 제17조 제3항...을 위반한 차마...의 운전자

도로교통법 제5조(신호 또는 지시에 따를 의무) ① 도로를 통행하는 보행자와 차
마...의 운전자는 교통안전시설이 표시하는 신호 또는 지시와 다음 각호의 어느 하나
에 해당하는 사람이 하는 신호 또는 지시를 따라야 한다. ...

도로교통법 제17조(자동차등의 속도) ③ 자동차등...의 운전자는 제1항과 제2항에 따른
최고속도보다 빠르게 운전하거나 최저속도보다 느리게 운전하여서는 아니 된다. ...

2. 그러나 이런 것으로 무조건 전과를 만드는 것은 부적절하다. 그래서 벌금 대신 범칙금을 납부하게 한다. 범칙금을 내면 범죄행위를 불문에 부친다.

범칙금 영수증서(운전자) Traffic Citation Fine Receipt(Vehicle Operator)			
			(운전자용)
통고서번호 Report Number	회계	경찰청 소관 (제주특별자치도 소관)	세밀징수관서 (제주특별자치도)
납부고지일 Payment Notification Date	년(Y) 월(M) 일(D)	계좌번호	
납부기한(1차) Payment Notification Date(1st)	년(Y) 월(M) 일(D)	금 액 Amount	원(W)
납부기한(2차) Payment Notification Date(2nd)	년(Y) 월(M) 일(D)	가산금액 Additional Amount	원(W)
성 명 Name		생년월일 Date of Birth	

※ 1차 납부기한 다음 날부터 2차 납부기한(20일) 이내에는 20/100 가산금액을 납부하셔야 합니다.

위 금액을 정히 영수함.
Receipt of payment acknowledged

년(Y) 월(M) 일(D)

은행 본 · 지점(국고대리점 및 국고 수납대리점), 우체국 또는 한국은행 본 · 지점
[제주특별자치도지사 지정하는 금융기관이나 그 지점]

은행 지점

수납인자 취급점영수인

(백 색)

※ 인터넷 납부는 고지일로부터 3일 경과 후 납부 가능(<http://www.giro.or.kr>)

범 칙 자 Offender	성 명 Name	생년월일 Date of Birth			
	면허번호 Drivers License No.			전화 Telephone No.	
	주 소 Address				
범칙행위 Details of Violation	일 시 Date of Violation	년(Y) 월(M) 일(D)			
	장 소 Place of Violation				
차량번호 Number of Vehicle		차종 Model of Vehicle	승용, 승합, 화물, 특수, 건설기계, 이륜, 노면전차	용도 Use	사업용, 비사업용
위 사실이 틀림없음을 확인하고 서명함 I affirm and sign to the facts as stated above.					
		(범칙자): Offender		(서명 또는 지장) Signature	
「도로교통법」 제163조에 따라 위와 같이 범칙금의 납부를 통고하오니 기한 내에 납부하시기 바랍니다. Payment of penalty fined(levied in accordance with article 163 of Road Traffic Act), as cited in this traffic ticket until the set deadline date.					
년(Y) 월(M) 일(D)					
경 찰 서 장(제주특별자치도지사)					
Chief of a Police Station(Governor of Jeju Special Self-Governing Province)					

도로교통법 제163조(통고처분) ① 경찰서장...[은] 범칙자로 인정하는 사람에 대하여는 이유를 분명하게 밝힌 범칙금 납부통고서로 범칙금을 낼 것을 통고할 수 있다. ...

도로교통법 제164조(범칙금의 납부) ① 제163조에 따라 범칙금 납부통고서를 받은 사람은 10일 이내에 경찰청장이 지정하는 국고은행...에 범칙금을 내야 한다. ...

③ 제1항...에 따라 범칙금을 낸 사람은 범칙행위에 대하여 다시 벌 받지 아니한다.

벌금은 형벌이다. 그러나 범칙금은 형벌이 아니다. 그저 범칙금이다.

소결

	형벌	보안처분	수사상 강제처분	행정질서벌	범칙금
분야	형사	형사	형사	행정	형사(경미)
취지	징값	재범 방지	형사질차진행	질서위반규제	형벌대체
사례	징역, 벌금, 몰수, 과료	치료감호, 보호관찰, 신상정보공개	구속, 압수	과태료, 과징금	경범죄, 속도위반

과료, 과태료, 과징금은 모두 다른 개념이다.

범죄와 형벌의 관계

형벌: 범죄의 본질

형벌 부과는 범죄의 본질이다. 범죄(crime)를 저지르면, 일정 절차를 거쳐 형벌을 부과한다.

- 1. 범죄란 “국회가 범죄로 정한 것”이다.
- 2. 곧, 범죄란 “어떤 일을 하면 형벌을 부과하기로 국회가 정한 것”이다.

범죄: 형벌의 전제

범죄는 형벌의 전제다. 형벌(punishment)을 부과하기 위해서는, 반드시 범죄를 저질렀어야 한다.

1. 범죄를 저지르지도 않았다면,
2. 절대로 형벌을 부과할 수 없다.

범죄 ≠ 형벌

그런데 범죄를 저지른 경우에도, 어떤 경우는 형벌을 부과하지 않기도 한다. 예를 들어,

1. 검사의 재량으로 기소유예 처분을 받을 수도 있다.

검찰사건사무규칙 제115조(불기소결정) ③ 불기소결정의 주문은 다음과 같이 한다.

1. 기소유예: 피의사실이 인정되나 「형법」 제51조 각호의 사항을 참작하여 소추할 필요가 없는 경우

형법 제51조(양형의 조건) 형을 정[할 때는] 다음 사항을 참작하여야 한다.

1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경
2. 피해자에 대한 관계
3. 범행의 동기, 수단과 결과
4. 범행 후의 정황

-
2. 어떤 경우는 유죄판결을 받지만 형을 면제받을 수도 있다.

형법 제21조(정당방위) ② 방위행위가 그 정도를 초과한 경우에는 정황(情狀)에 따라 그 형을 감경하거나 면제할 수 있다.

형법 제52조(자수, 자복) ① 죄를 지은 후 수사기관에 자수한 경우에는 형을 감경하거나 면제할 수 있다.

-
3. 범칙금으로 대체될 수도 있다.

도로교통법 제164조(범칙금의 납부) ③ ... 범칙금을 낸 사람은 범칙행위에 대하여 다시 벌 받지 아니한다.

즉, 형벌 부과가 범죄의 필수 결과는 아니다. 범죄가 곧 형벌은 아니다.

소결

1. 형벌은 범죄의 본질(essence)이다.
2. 범죄는 형벌의 전제(premise)다.

형 결정 순서

Sentencing Process

해답은 없다. 앞으로도 해답이 없을 것이고, 지금까지도 해답은 없었다.
이것이 인생의 유일한 해답이다. - Gertrude Stein

머리에

문제점

범죄를 저질렀으면, 어떤 형벌을 받는가? 형량은 어떻게 결정하나?

사례

정신질환으로 심신미약이 있는 사람이 절도를 한 경우를 생각해 보자.

법정형

개념

법정형(statutory penalty)이란?

1. 쉽게 말해, 법에서 정한 형이다.
2. 정확히는, 해당 구성요건조항이 규정한 형이다.

사례

절도죄의 법정형은 “6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금”이다.

형법 제329조(절도) 타인의 재물을 절취한 자는 6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

처단형

개념

처단형(applicable penalty range)이란?

1. 법정형에서 형 종류를 선택(choice)한 뒤,
2. 법률이 규정한 대로 가중(increase), 감경(mitigation) 과정을 거친 형이다.

사례

1. 절도죄 법정형인 징역형과 벌금형 중 징역형을 선택한다.

형법 제54조(선택형...) 한 개의 죄에 정한 형이 여러 종류인 때에는 먼저 적용할 형을 정하고 그 형을 감경한다.

2. 그다음, 형법 제10조 제2항의 감경사유를 적용한다.

형법 제10조(심신장애인) ② 심신장애로 ... [사물변별능력 또는 의사결정능력]이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다.

형법 제55조(법률상의 감경) ① 법률상의 감경은 다음과 같다.
3. 유기징역 또는 유기금고를 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 한다.

감경이 필수는 아니다. 그러나 법원이 감경하는 경우를 보는 것이다.

3. 그러면 “3년 이하의 징역”이 된다. 이것이 바로 처단형이다.

선고형

개념

선고형(sentence imposed)이란?

- 1. 처단형 범위에서,
- 2. 법원이 최종적으로 선고하는 형이다.

즉, 실제 선고하는 형이다. 처단형으로부터 선고형을 도출하는 과정을 “좁은 의미의 양형”이라 부른다.

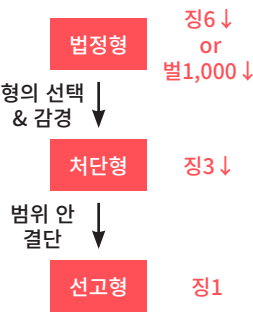
사례

위 과정을 거쳐 법원이 “징역 1년”을 선고했다고 하자. 이것이 바로 선고형이다.

순서와 양형

순서

- 1. 법정형: 구성요건 조항 확인
- 2. 처단형: 형의 선택, 가중, 감경
- 3. 선고형: 재량(discretion)



양형

양형(determination of punishment)이란? 형을 결정하는 것.

2017도14609전합: 형의 양정은 법정형 확인, 처단형 확정, 선고형 결정 등 단계로 구분된다. 법원은 형의 양정을 할 때 법정형에서 형의 가중, 감경 등을 거쳐 형성된 처단형의 범위[에서]만 양형의 조건을 참작하여 선고형을 결정하여야 [한다.]

- 1. 넓은 의미의 양형: 법정형, 처단형, 선고형 순서의 3단계 전체 과정
- 2. 좁은 의미의 양형: 처단형을 전제로 선고형을 결정하는 단계

잘못된 형 결정

처단형 범위를 벗어날 경우: 위법

- 1. 처단형 범위를 벗어난 판결은 그 자체로 위법한(illegal) 판결이다.
- 2. “넓은 의미의 양형”이 잘못된 것이다.

2017도14609전합: 처단형은 선고형의 최종적인 기준이 [된다.]

- 3. 위 사례에서 만약 징역 4년을 선고하면? 그 자체로 위법하다.

형사재판실무 시험에서, 처단형 범위를 벗어나면 큰 감점을 받는다. 답이 없다.

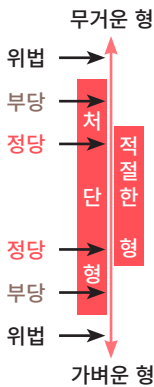
적절한 형 범위를 벗어날 경우: 부당

- 1. 처단형 범위 안에는 있지만, 선고형이 부당(unfair)한 경우도 있다.
- 2. “좁은 의미의 양형”이 부당한 것이다. 이를 “양형부당”이라 한다.

2015도3260전합: 양형부당은 원심판결의 선고형이 구체적인 사안의 내용에 비추어 너무 무겁거나 너무 가벼운 경우를 말한다. 양형은 법정형을 기초로 하여 형법 제51조에서 정한 양형의 조건이 되는 사항을 두루 참작하여 합리적이고 적절한 범위[에]서 이루어지는 재량 판단[이다.]

- 3. 위 사례에서 징역 1년이 적당하다고 가정할 때, 징역 1개월을 선고해 버리면? 이것은 양형부당이다.

형사재판실무 시험에서, 적절한 형 범위를 벗어나면 작은 감점을 받는다.



물론 “과연 어느 정도까지가 적절한 형인가?”는 쉬운 문제가 아니다.

형 종류

Classification of Punishment

단지 살펴보기만 해도 많은 것을 관찰할 수 있다. - Yogi Berra

형벌

입법정책 문제

국가마다, 시대마다 형벌 종류는 다양하다.

현행법

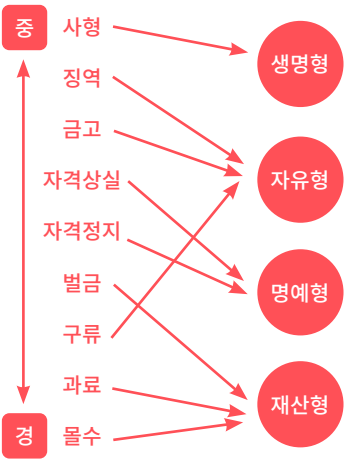
현재 우리나라 형벌 종류는 9가지다.

형법 제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다.

- 1. 사형
- 2. 징역
- 3. 금고
- 4. 자격상실
- 5. 자격정지
- 6. 벌금
- 7. 구류
- 8. 과료
- 9. 몰수

형벌 분류

성질에 따라 다음 4가지로 분류한다.



1. 생명형: 사형(death penalty)
2. 자유형: 징역(imprisonment with labor), 금고(imprisonment without labor), 구류(short-term imprisonment)
3. 명예형: 자격상실(deprivation of qualification), 자격정지(suspension of qualification)
4. 재산형: 벌금(fine), 과료(petty fine), 몰수(confiscation)

생명형: 사형

개념

사형(death penalty)이란? 생명을 박탈하는 형벌(생명형). 쉽게 말해, 죽이는 형벌.

형법 제93조(여적) 적국과 합세하여 대한민국에 항적한 자는 **사형**에 처한다.

사형은 **현행 형법상 가장 무거운 형벌이다. 극형(capital punishment)이다.**

2008헌가23: 사형은 일반국민에 대한 심리적 위하를 통하여 범죄의 발생을 예방하며 극악한 범죄에 대한 정당한 응보를 통하여 정의를 실현[한다. 그리고] [해당] 범죄인의 재범 가능성을 영구히 차단함으로써 사회를 방어하려는 것이다.]

자유형: 징역, 금고, 구류형

개념

자유형(신체형)이란? 신체의 자유를 박탈하는 형벌. 쉽게 말해, 가두어 두는 형벌. 즉, 교도소(형무소)에 구치하는 형벌 유형이다.

징역형(imprisonment with labor)

1. 교도소에 가두어 강제로 교도작업(prison labor)을 시키는 형벌.

징역형은 **자유형 중 가장 무거운 형벌이다.**

형법 제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 3년 이상의 유기**징역**에 처한다.

2. 기간은 무조건 1개월 이상이다.

형법 제42조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 **1개월 이상** 30년 이하로 한다. ...

징역형을 선고했는데 1개월 미만이라면? 뭔가 잘못된 것이다.

금고형(imprisonment without labor)

1. 교도소에 가두되, 강제로 교도작업을 시키지는 않는 형벌.

교통사고처리법 제3조(처벌의 특례) ① 차의 운전자가 **교통사고**로 ... 「형법」 제268조의 죄[→ 업무상과실치사상]를 범한 때에는 5년 이하의 **금고** 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 기간은 무조건 1개월 이상이다.

형법 제42조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 **1개월 이상** 30년 이하로 한다. ...

금고형을 선고했는데 1개월 미만이라면? 뭔가 잘못된 것이다.

구류형(short-term imprisonment)

1. 금고형과 유사하되, 짧게 가두는 것이다.

경범죄 처벌법 제3조(경범죄의 종류) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사람은 10만 원 이하의 벌금, **구류** 또는 과료(料料)의 형으로 처벌한다.

41. (지속적 괴롭힘) 상대방의 명시적 의사에 반하여 지속적으로 접근을 시도하여 면회 또는 교제를 요구하거나 지켜보기, 따라다니기, 잠복하여 기다리기 등의 행위를 반복하여[서] 하는 사람

2. 기간은 무조건 1일 이상 30일 미만이다.

형법 제46조(구류) 구류는 **1일 이상 30일 미만**으로 한다.

반복: 구류도 형벌이다. 경범죄라도 벌금, 구류, 과료의 형으로 처벌받는 이상 엄연한 범죄(crime)다. 다만, 범칙금 통고처분을 받아 범칙금을 납부하면, 범죄행위를 불문에 부칠 뿐이다.

경범죄 처벌법 제7조(통고처분) ① 경찰서장...은 범칙자로 인정되는 사람에 대하여 그 이유를 명백히 나타낸 서면으로 범칙금을 부과하고 이를 납부할 것을 통고할 수 있다. ...

경범죄 처벌법 제8조(범칙금의 납부) ③ ... 범칙금을 납부한 사람은 그 범칙행위에 대하여 다시 처벌받지 아니한다.

연습문제

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 28.] 특별형사절차에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 경찰서장이 범칙행위에 대하여 통고처분을 한 이상, 통고처분에 따라 범칙금을 납부한 범칙자에 대하여는 형사소추와 형사처벌을 면제받을 기회가 부여되므로 통고처분에서 정한 범칙금 납부기간까지는 원칙적으로 경찰서장은 즉결심판을 청구할 수 없고, 검사도 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기할 수 없다.

자유형 구별 취지

- 1. 강도범 같은 파렴치범 경우 강제로 일 시키는 게 맞겠다.
 - 2. 교통사고사범 같은 과실범에게 강제로 일 시키는 것은 부적절한 면이 있다.
- 그래서 애당초 구별해서 법정형을 정해 뒀다.

	1개월 이상	30일 미만
교도작업 의무 ○	징역형	(없음)
교도작업 의무 ×	금고형	구류형

금고형, 구류형을 받는 사람이 간혀서 하염없이 지내는 것보다 차라리 일이라도 해서 돈이라도 벌고 싶을 수 있다. 집행 중 신청을 해 작업할 수도 있다.

형집행법 제67조(신청에 따른 작업) [교도]소장은 금고형 또는 구류형의 집행 중[인] 사람에게 대하여는 신청에 따라 작업을 부과할 수 있다.

명예형: 자격상실형, 자격정지형

개념

명예형이란? 자격을 박탈하는 형벌.

- 1. 즉, 자격상실형, 자격정지형이다.
- 2. 여기서 자격이란, 공무원이 되는 자격, 선거권, 피선거권 등이다.

자격상실(deprivation of qualification)

어떤 자격을 영원히 박탈하는 형벌.

그러나 실제로 **현행법상 자격상실을 독자적 형벌로 규정한 경우가 없다.**

자격정지(suspension of qualification)

어떤 자격을 일정 기간 박탈하는 형벌.

형법 제307조(명예훼손) ② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 **자격정지** 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

재산형: 벌금형, 과료형

개념

벌금형, 과료형은?

- 1. 재산형 중에서,
 - 2. 국가에 돈을 내게 하는 형벌.
- 피해자에게 배상하는 것이 아니라, 국가(대한민국)에 돈을 낸다.

벌금형(fine)

1. 벌금형이란? 범인에게 돈 낼 의무를 부과하는 형벌.

형법 제246조(도박, 상습도박) ① 도박을 한 사람은 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. ...

2. 벌금은 원칙적으로 5만 원 이상이다.

형법 제45조(벌금) 벌금은 5만 원 이상으로 한다. 다만, 감경하는 경우에는 5만 원 미만으로 할 수 있다.

과료형(petty fine)

1. 벌금과 유사하되, 경미한 범죄에 부과한다.

현행법상 형벌로 과료를 둘 경우, 벌금, 구류형과 선택적으로 규정되어 있다.

도로교통법 제156조(벌칙) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사람은 20만 원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료(科料)에 처한다.

1. 제5조[신호 등]...[를] 위반한 차마...의 운전자

2. 액수는 무조건 2,000원 이상 5만 원 미만이다.

형법 제47조(과료) 과료는 2천 원 이상 5만 원 미만으로 한다.

특징

- 1. 벌금형, 과료형 선고와 동시에 자동으로 돈이 이전하는 것은 아니다.
- 2. 대한민국과 피고인 사이에 채권채무관계(monetary obligation)가 생길 뿐이다.
- 3. 즉, 집행(execution) 문제가 남는다.

재산형: 몰수형, 추징, 폐기

개념

몰수, 추징, 폐기는?

- 1. 재산형 중에서,
 - 2. 직접 물건을 빼앗거나 폐기 조치하는 형벌.
- 본질은 범죄에 따른 이득의 박탈이다(이익박탈형).

몰수형(confiscation)

물건 소유권을 국가가 가져가는 형벌.



형법 제134조(몰수, 추정) 범인 또는 사정을 아는 제3자가 받은 뇌물 또는 뇌물로 제공하려고 한 금품은 **몰수**한다. ...

취지는?

- 1. 다시 범죄에 이용하지 못하도록 물건을 빼앗아 범죄를 예방한다.
- 2. 범죄로 취득한 부당이득을 갖지 못하게 한다.

뇌물로 받은 금전을 그대로 보관하다 반환하면, 증뢰자 상대로 몰수한다.

2020도2883: 수뢰자가 뇌물을 그대로 보관하다가 증뢰자에게 반환한 때에는 [몰수
는] 증뢰자로부터 할 것이지 수뢰자로부터 할 것은 아니[다.]

추정(substitute confiscation)

물건 대신 돈을 가져가는 형벌.



형법 제134조(몰수, 추정) ... 이를 몰수할 수 없을 경우에는 그 가액을 추정한다.

취지는?

- 1. 본래 어떤 물건이 몰수대상이었을 것을 전제한다.
- 2. 그 물건이 소비, 처분(disposition), 분실, 훼손 등으로 몰수를 할 수 없게 되면, 물건 대신 그 가액을 대신 내게 한다.

뇌물로 받은 금전을 은행에 예금하는 것도 여기서 말하는 “처분”에 해당한다.

96도2022: 뇌물로 받은 돈을 은행에 예금한 경우 그 **예금행위는 뇌물의 처분행위**에 해당[한다. 그러]므로 그 후 수뢰자가 같은 액수의 돈을 증뢰자에게 반환하였다 하더라도 이를 뇌물 그 자체의 반환으로 볼 수 없[다.] 이러한 경우에는 수뢰자로부터 그 가액을 추정하여야 한다.

- 3. 그래서 현행법상 몰수와 추정은 보통 함께 규정되어 있다.

폐기(destruction)

몰수 대상이 문서일 경우, 몰수를 대체하는 방법.



형법 제48조(몰수의 대상과 추정) ③ 문서, 도화(圖畵), 전자기록(電磁記錄) 등 특수매체기록 또는 유가증권[권] 일부가 몰수의 대상이 된 경우에는 그 부분을 **폐기**한다.

1. 몰수할 대상이 문서 일부라 하자.
2. 이런 경우 문서 자체를 몰수하는 것은 부적절하다. 문서 일부를 떼어내 몰수하는 것도 무의미하다.
3. 결국, 문제 부분을 삭제(deletion)하는 방식으로 몰수한다. 폐기라 한다.

대구고법84노1020: [주문] ... 압수된 목도장 1개(증 제12호)를 몰수하고, [압수된] 가계수표 5매(증 제1, 3, 9, 10, 11호) 중 위조된 부분은 이를 폐기한다. ...

특징

1. 벌금, 과료와 달리, 몰수판결이 확정되면 그대로 국가에 소유권이 이전한다.
2. 물건관계(property relationship)가 그대로 변동한다.
3. 즉, 몰수형은 집행문제를 남기지 않는다.

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 33.] X회사의 대표이사 甲은 급전이 필요하여 乙로부터 2,000만 원을 차용하였고 (㉠사실), 이후 변제일에 회사 자금 3,000만 원을 임의로 인출하여 그중 2,000만 원을 乙에 대한 자신의 채무변제에 사용하였다(㉡사실). 甲은 이 사실을 알게 된 경리직원 丙에게 비밀 유지를 부탁하면서 그 대가로 위 3,000만 원 중 나머지 1,000만 원을 교부하였다(㉢사실). 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 만약 ㉢사실이 발각되자 丙이 甲으로부터 받았던 1,000만 원을 甲에게 그대로 돌려 주었다면, 丙으로부터 1,000만 원을 몰수 또는 추징할 수는 없다.

형의 경중

의의

형의 경중을 왜 따지나?

1. 죄수론을 실제로 적용하기 위해서는 어느 형이 중한지 알아야 한다.

형법 제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

2. 각 죄에 대하여 정한 형이 사형, 무기징역, 무기금고 외의 같은 종류의 형인 경우에는 **가장 무거운 죄**에 대하여 정한 형의 장기 또는 다액(多額)에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 대하여 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. ...

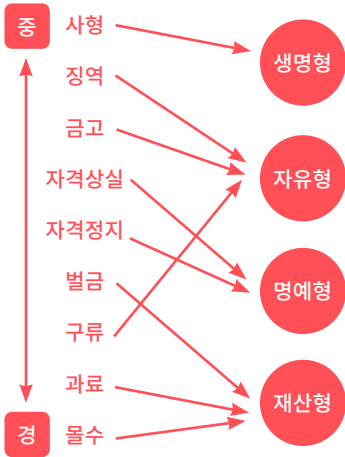
형법 제40조(상상적 경합) 한 개의 행위가 여러 개의 죄에 해당하는 경우에는 **가장 무거운 죄**에 대하여 정한 형으로 처벌한다.

2. 불이익변경금지 위반인지 판단을 위해서도 어느 형이 중한지 알아야 한다.

형사소송법 제368조(불이익변경의 금지) 피고인이 항소한 사건과 피고인을 위하여 항소한 사건에 대해서는 원심판결의 형보다 무거운 형을 선고할 수 없다.

다른 종류의 형 경중 판단

사형 > 징역 > 금고 > 자격상실 > 자격정지 > 벌금 > 구류 > 과료 > 몰수



형법 제50조(형의 경중) ① 형의 경중은 제41조 각호의 순서에 따른다. ...
형법 제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다. ...

예를 들어,

- 1. “4년 이하의 징역 > 4년 이하의 금고”
- 2. “2개월 이하의 징역 > 100억 원 이하의 벌금”

예외: “4년 이하 징역 < 무기금고”, “3년 이하의 징역 < 4년 이하의 금고”

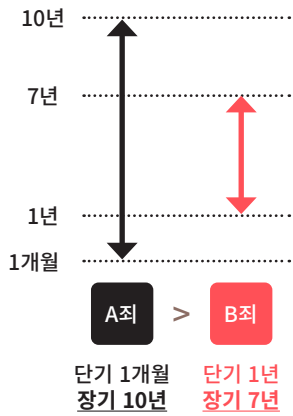
형법 제50조(형의 경중) ① ... 다만, 무기금고와 유기징역은 무기금고를 무거운 것으로 하고 유기금고의 장기가 유기징역의 장기를 초과하는 때에는 유기금고를 무거운 것으로 한다.

같은 종류의 형 경중 판단

같은 종류의 형끼리는 장기 또는 다액을 비교한다.

형법 제50조(형의 경중) ② 같은 종류의 형은 장기가 긴 것과 다액이 많은 것을 무거운 것으로 [한다.] ...

1. “10년 이하의 징역(장기 10년) > 1년 이상 7년 이하의 징역(장기 7년)”

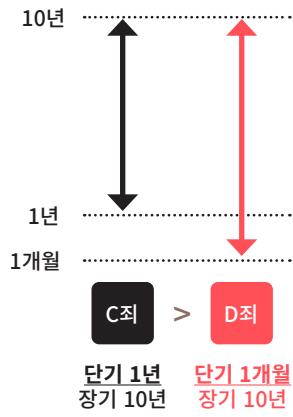


2. “700만 원 이하의 벌금(다액 700만 원) > 300만 원 이상 500만 원 이하의 벌금(다액 500만 원)”

그런데 장기 또는 다액이 같은 경우가 있다. 이때는 단기 또는 소액을 비교한다.

형법 제50조(형의 경중) ② 같은 종류의 형은 ... 장기 또는 다액이 같은 경우에는 단기가 긴 것과 소액이 많은 것을 무거운 것으로 한다.

1. “1년 이상 10년 이하의 징역(단기 1년) > 10년 이하의 징역(단기 1개월)”



2. “100만 원 이상 700만 원 이하의 벌금(소액 100만 원) > 700만 원 이하의 벌금(소액 5만 원)”

기타 경우 형의 경중 판단

형 종류도 같고, 기간, 액수도 모두 같은 경우라면? 다음과 같이 처리한다.

형법 제50조(형의 경중) ③ 제1항 및 제2항을 제외하고는 죄질과 범정(犯情)을 고려하여 경중을 정한다.

1. 죄질(nature of the crime)을 기준으로 한다. 예를 들어, 유가증권위조죄와 위조유가증권행사죄는 법정형이 같다. 그러나 위조보다 행사가 죄질이 더 나쁘다. 따라서 “위조유가증권행사죄의 형 > 유가증권위조죄의 형”이다.

형법 제214조(유가증권의 위조 등) ① 행사할 목적으로 대한민국 또는 외국의 공채증서 기타 유가증권을 위조 또는 변조한 자는 **10년 이하의 징역**에 처한다.

형법 제217조(위조유가증권 등의 행사 등) 위조, 변조, 작성 또는 허위 기재 한 전 3조 기재의 유가증권을 행사하거나 행사할 목적으로 수입 또는 수출한 자는 **10년 이하의 징역**에 처한다.

“죄질”은 오직 구성요건 자체만 가지고 판단한다. 위조액수가 크냐 작냐는 상관 없다. “유가증권위조죄”냐 아니면 “위조유가증권행사죄”냐가 문제일 뿐이다.

2. 죄질까지도 모두 같다면? 마지막으로 범정(circumstances of crime)을 기준으로 한다. 예를 들어, 같은 유가증권위조죄라도 1억 원 위조와 100만 원 위조는 범정이 다르다. “1억 원 위조에 따른 유가증권위조죄의 형 > 100만 원 위조에 따른 유가증권위조죄의 형”이다.

“범정”은 실제 구체적 행위, 상황을 두고 판단한다. 같은 구성요건끼리 비교하기 때문이다. “위조액수가 크냐” 아니면 “위조액수가 작냐”가 문제일 뿐이다.

죄의 경중의 판단

지금까지 “형(punishment)의 경중”을 봤다. 그러나 어느 죄가 더 중한가 하는 “죄(crime)의 경중” 판단도 마찬가지로. 예를 들어, A죄와 B죄를 비교해 보자.

1. A죄가 법정형이 더 중하다면 → “형이 더 중하므로 A죄가 더 무겁다.”
2. 법정형은 동일한데 A죄는 위조유가증권행사죄고 B죄는 유가증권위조죄라면 → “죄질이 더 중하므로 A죄가 더 무겁다.”
3. 법정형과 죄질이 동일한데, A죄의 처단형이 B죄의 처단형보다 중하다면 → “범정이 더 중하므로 A죄가 더 무겁다.”

처단형과 법정형은 구별해야 한다. “법정형”이 중하면 형이 중하다. “처단형”이 중하면 범정이 중하다.

사형

Death Penalty

모든 사람은 상처만 주다가 중국에는 죽는다.
- 프랑스 바스피레네 지방 Urrugne 교회의 해시게

집행

원칙: 교수형

- 1. 교수, 총살, 전기살, 가스살, 주사살 같은 방법을 사용하는 나라도 있다.
- 2. 그러나 우리나라는 사형은 교수형(hanging)으로만 집행한다.

형법 제66조(사형) 사형은 교정시설 안에서 교수(絞首)하여 집행한다.

예외: 군형법상 총살형

수형자가 군인으로 군형법상 범죄를 저지른 경우, 총살형으로 사형을 집행한다.

군형법 제1조(적용대상자) ① 이 법은 이 법에[서] 규정[한] 죄를 범한 대한민국 군인에게 적용한다.

군형법 제3조(사형 집행) 사형은 소속 군 참모총장이 지정한 장소에서 총살로써 집행한다.

실제 집행 여부

우리나라는 1997. 12. 30. 사형 집행을 마지막으로, 현재 사형확정자에 대해 실제 사형 집행을 하지 않고 있다.

특징

합헌성 문제

2008헌가23: 사형은 일반국민에 대한 심리적 위하를 통하여 범죄의 발생을 예방하며 극악한 범죄에 대한 정당한 응보를 통하여 정의를 실현[한다. 그리고] [해당] 범죄인의 재범 가능성을 영구히 차단함으로써 사회를 방어하려는 것[이다. 그 입법 목적은 정당하[다. 또한,] 가장 무거운 형벌인 사형은 입법 목적의 달성을 위한 적합한 수단이다.

사형은 무기징역형이나 가석방[할 수 없는] 종신형보다도 범죄자에 대한 법익침해의 정도가 큰 형벌[이다.] 인간의 생존본능과 죽음에 대한 근원적인 공포까지 고려하면, 무기징역형 등 자유형보다 더 큰 위하력을 발휘함으로써 가장 강력한 범죄억지력을 가지고 있[다.] 극악한 범죄의 경우에는 무기징역형 등 자유형의 선고만으로는 범죄자의 책임에 미치지 못하게 될 뿐만 아니라 피해자들의 가족 및 일반국민의 정의관념에도 부합하지 못[한다. 또한,] 입법 목적의 달성[에] 사형과 동일한 효과를 나타내면서도 사형보다 범죄자에 대한 법익침해 정도가 작은 다른 형벌이 명백히 존재한다고 보기 어렵다. 그러므로 사형제도가 침해최소성원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

한편, 오판가능성은 사법제도의 숙명적 한계이지 사형이라는 형벌제도 자체의 문제로 볼 수 없다. 오판가능성은] 심급제도, 재심제도 등의 제도적 장치 및 그에 대한 개선을 통하여 해결할 문제이다. 즉,] 오판가능성을 이유로 **사형이라는 형벌의 부과 자체가 위헌이라고 할 수는 없다.**

사형제도[로] 달성되는 범죄예방을 통한 무고한 일반국민의 생명 보호 등 중대한 공익의 보호와 정의의 실현 및 사회방위라는 공익은 사형제도로 발생하는 극악한 범죄를 저지른 자의 생명권이라는 사익보다 결코 작다고 볼 수 없다. 그]뿐만 아니라, 다수의 인명을 잔혹하게 살해하는 등의 극악한 범죄에 대하여 한정적으로 부과되는 사형이 그 범죄의 잔혹함에 비[교]하여 과도한 형벌이라고 볼 수 없다. 그러므로] 사형제도는 **법익균형성원칙에 위배되지 아니한다.**

사형 선고의 조건

형법 제51조(양형의 조건) 형을 정[할 때에는] 다음 사항을 참작하여야 한다.

- 1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경
- 2. 피해자에 대한 관계
- 3. 범행의 동기, 수단과 결과
- 4. 범행 후의 정황

2023도2043: 사형은 인간의 생명을 박탈하는 냉엄한 궁극의 형벌로서 사법제도가 상정할 수 있는 **극히 예외적인 형벌**이다. 이] 점을 [고려]할 때, 사형의 선고는 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 누구라도 그것이 정당하다고 인정할 수 있는 **특별한 사정이 있는 경우에만 허용**된다.

따라서 사형을 선고할 것인지 결정하려면 형법 제51조가 규정한 사항을 중심으로 [양형의 조건이 되는 모든 사항을 철저히 심리하여야 한다. 그 사항이란,] 범인의 나이, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육정도, 성장과정, 가족관계, 전과의 유무, 피해자와의 관계, 범행의 동기, 사전계획의 유무, 준비의 정도, 수단과 방법, 잔인하고 포악한 정도, 결과의 중대성, 피해자의 수와 피해감정, 범행 후의 심정과 태도, 반성과 가책의 유무, 피해회복의 정도, 재범의 우려 등[을 말한다.] 그러한 심리를 거쳐 사형의 선고가 정당화될 수 있는 사정이 밝혀진 경우에 한하여 비로소 사형을 선고할 수 있[다.]

소년법상 특칙

형사 책임능력

형사 미성년자 기준 연령은 14세다.

형법 제9조(형사미성년자) 14세 되지 아니한 자의 행위는 벌하지 아니한다.

14세 이상이라면,

- 1. 책임능력이 있다. 즉, 충분히 범죄를 저지를 수 있다.
- 2. 형벌도 받을 수 있다.

사형 선고의 제한

그런데 범죄 당시 18세 미만이었다면 사형 선고는 할 수 없다.

소년법 제59조(사형 및 무기형의 완화) 죄를 범할 당시 18세 미만인 소년에 대하여 사형 또는 무기형(無期刑)으로 처할 경우에는 15년의 유기징역으로 한다.

1. 원래 14세 미만이면 범죄를 저지를 수가 없다. 소년법과 무관하게, 원래 아무런 형벌도 받을 수 없다.
2. 따라서, 소년법 제59조는 범행 당시 14세 이상 18세 미만 경우에만 적용한다. 이 경우도 구성요건 해당성, 위법성, 책임이 모두 인정된다. 즉, 여전히 범죄다. 사형을 면할 뿐이지, 징역형 등으로 처벌받을 수는 있다.

징역, 금고, 구류형
Imprisonment

감옥에 있음으로써 비로소 자유의 가치를 안다. - Heinrich Heine

무기형과 유기형

무기형

무기형이란? 생명이 다할 때까지 가두는 경우. 종신형이라고도 한다.

- 1. 징역형의 무기형: 무기징역(life imprisonment with labor)
- 2. 금고형의 무기형: 무기금고(life imprisonment without labor)

유기형

유기형이란? 형기를 마치는 기간이 정해져 있는 경우.

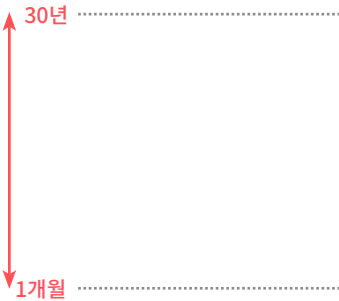
- 1. 징역형의 유기형: 유기징역(term imprisonment with labor)
- 2. 금고형의 유기형: 유기금고(term imprisonment without labor)
- 3. 구류형(short-term imprisonment): 30일 미만이므로, 유기형이다.

유기형의 기간(기본)

유기징역, 유기금고

원칙: 1개월 이상 30년 이하

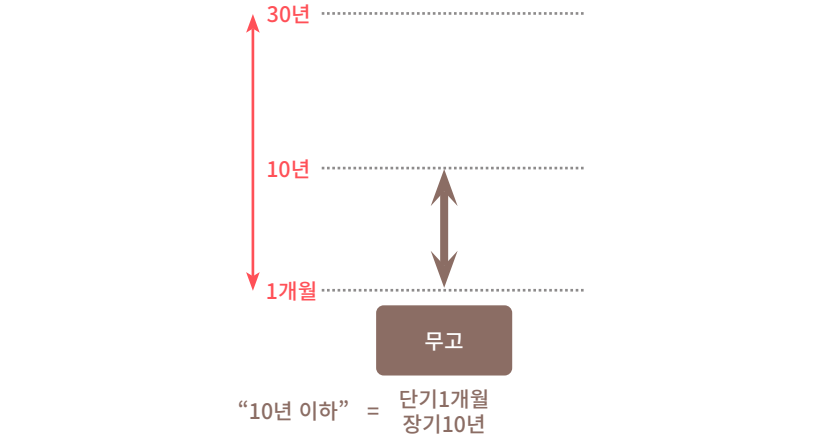
형법 제42조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1개월 이상 30년 이하로 한다....



예를 들어,

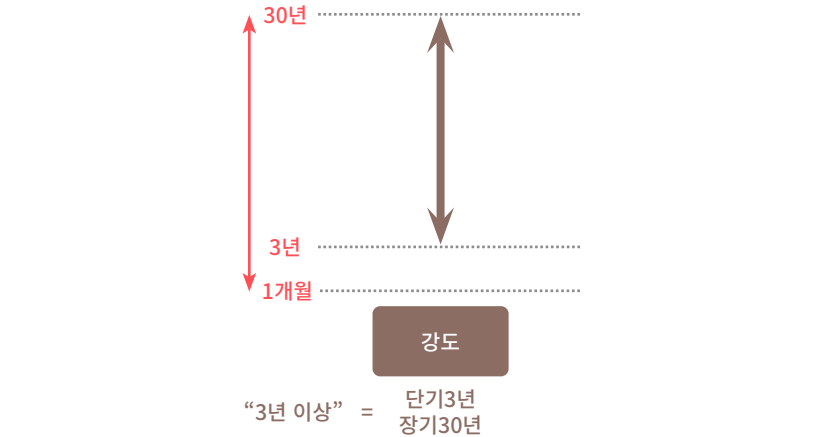
- 1. 조문에 “10년 이하의 징역”이라고만 쓰여 있더라도, “1개월 이상 10년 이하의 징역”으로 읽어야 한다.

형법 제156조(무고) 타인으로 하여금 형사처분...을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.



2. “3년 이상의 유기징역”이라고만 쓰여 있더라도, “3년 이상 30년 이하의 징역”으로 읽어야 한다.

형법 제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.



구류
1일 이상 30일 미만

형법 제46조(구류) 구류는 1일 이상 30일 미만으로 한다.

유기형의 기간(형을 가중하는 경우)

문제상황

유기형을 가중해야 하는 경우가 있다. 즉,

- 1. 법정형을 가중해서,
- 2. 처단형을 찾는 것이다.

구류보다는 주로 징역, 금고에서 볼 수 있다. 예를 들어, 누범 사례를 보자.

형법 제35조(누범) ② 누범의 형은 그 죄에 대하여 정한 형의 장기(長期)의 2배까지 가중한다.

누범(repeated crime)이란, 쉽게 말해 출소한 지 얼마 안 된 사람이 다시 범죄를 저지른 경우다.

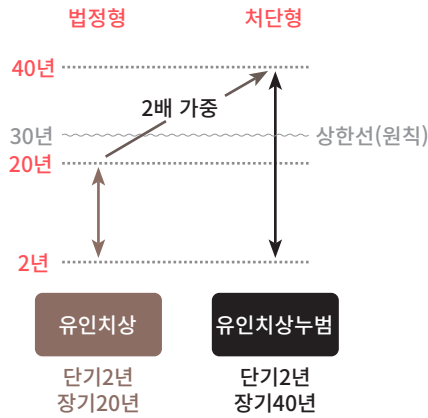
장기 30년 초과 가능

이렇게 형을 가중할 때에는, 장기가 30년을 넘을 수도 있다. 예를 들어,

- 1. 미성년자를 유인해서 미성년자를 다치게 했다고 하자. 원래 법정형은 징역 2년 이상 20년 이하다.

형법 제290조(약취, 유인, 매매, 이송 등 상해, 치상) ② 제287조[미성년자의 약취, 유인]...의 죄를 범하여 약취, 유인, 매매 또는 이송된 사람을 상해에 이르게 한 때에는 2년 이상 20년 이하의 징역에 처한다.

- 2. 그런데 만약 누범이라면, 형을 가중해야 한다. 단기는 그대로 두고, 장기를 2배로 한다. 따라서 처단형은 징역 2년 이상 40년 이하다.



장기 50년 초과 불가

다만, 이렇게 가중하는 경우에도 50년은 넘을 수는 없다. 예를 들어,

1. 살인죄를 저지른 경우 법정형은 징역 5년 이상 30년 이하이다.

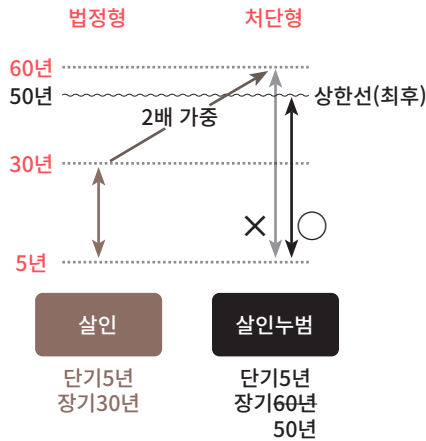
형법 제250조(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

형법 제42조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1개월 이상 30년 이하로 한다....

편의상, 사형과 무기형은 논외로 한다.

2. 그런데 만약 누범이라면, 형을 가중해야 한다. 단기는 그대로 두고, 장기를 2배로 한다. 따라서 처단형이 일단 징역 5년 이상 60년 이하일 것만 같다.
3. 그러나 가중한 때에도 50년을 초과할 수는 없다. 결국, 처단형은 징역 5년 이상 50년 이하가 된다.

형법 제42조(징역 또는 금고의 기간) ... 단, 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 50년까지로 한다.



구별개념

차이의 존재

징역, 금고, 구류는,

1. 체포, 구속과도 다르다.
2. 노역장 유치와도 다르다.

체포, 구속

1. 체포, 구속은 형벌이 아니라 강제처분이다.
2. 체포, 구속된 자는 미결수용자(unconvicted inmates)다. 구치소(house of detention) 안에 있다.

구치소는 겉보기에는 교도소와 비슷하긴 하다. 이와 비교하면, 체포된 자를 구치소로 보내기 전에 임시로 두는 곳을 유치장이라 한다. 유치장은 겉보기에도 교도소와 매우 다르다. 유치장은 보통 경찰서 내부에 있다.

노역장 유치

- 1. 노역장 유치란? 벌금형, 과료형을 선고받은 자가 벌금, 과료를 납입하지 않을 때, 돈 내는 대신 강제노역을 시키는 것.

형법 제69조(벌금과 과료) ② 벌금을 납입하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하, 과료를 납입하지 아니한 자는 1일 이상 30일 미만의 기간 **노역장에 유치하여 작업에 복무하게 한다.**

- 2. 유죄의 형 집행을 받는다는 점에서는 징역, 금고, 구류와 같다. 즉, 신체형 경우와 마찬가지로 수형자(convicted inmates)다. 교도소(prison) 안에 있다.

소결

- 1. 미결수용자, 수형자 등을 통칭해 수용자(inmates)라고 한다.
- 2. 구치소, 교도소 등을 통칭해 교정시설(correctional institution)이라 한다.

	체포, 구속	징역, 금고, 구류	노역장 유치
본질	강제처분	형벌 (신체형)	형벌 (재산형의 대체)
의미	잡아두는 것	가두는 것	돈 대신 몸으로
신분	미결수용자	수형자	수형자
장소	유치장, 구치소	교도소	교도소

집행

장소

형법 제67조(징역) 징역은 교정시설에 수용하여 집행하며, 정해진 노역(勞役)에 복무하게 한다.

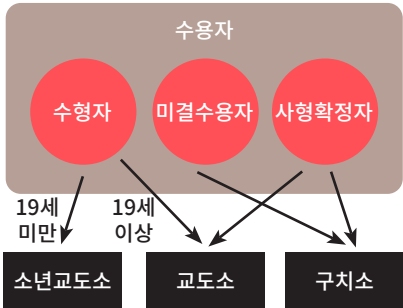
형법 제68조(금고와 구류) 금고와 구류는 교정시설에 수용하여 집행한다.

구분수용

수용자는 다음과 같이 구분해 수용한다.

형집행법 제11조(구분수용) ① 수용자는 다음 각호에 따라 구분하여 수용한다.

- 1. 19세 이상 수형자: 교도소
- 2. 19세 미만 수형자: 소년교도소
- 3. 미결수용자: 구치소
- 4. 사형확정자: 교도소 또는 구치소 ...



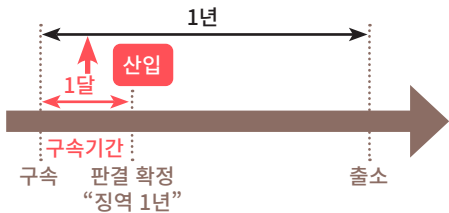
판결 확정 전 구금일수의 통산

개념

판결 확정 전 구금일수란? 쉽게 말해, 체포일수 또는 구속일수다.

- 1. 징역 1년을 선고받아 확정된 사람이, 수사 또는 공판절차에서 총 1달 동안 구속되어 구치소에 있었다고 하자.
- 2. 그러면 1년에서 그 1달을 제외한 나머지, 즉 11개월만 징역 살게 하는 것이 합당하다. 왜? 피고인 입장에서는 구치소에 있던 교도소에 있던 사실상 기본권을 제한받는 건 마찬가지이기 때문이다.

이렇게 징역 1년 중 1달을 공제해 11개월만 징역 살게 하는 것을, “구금일수를 형에 산입(inclusion)한다.”라고 말한다.



반드시 산입해야 하는지?

- 1. 판결선고 전 구금일수: 전부 산입해야 한다.

형법 제57조(판결선고 전 구금일수의 통산) ① 판결선고 전의 구금일수는 그 전부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다.

- 2. 판결선고 후 판결 확정 전 구금일수: 역시 전부 산입해야 한다.

형사소송법 제482조(판결 확정 전 구금일수 등의 산입) ① 판결선고 후 판결 확정 전 구금일수(판결선고 당일의 구금일수를 포함한다)는 전부를 본형에 산입한다.

구속 피고인 입장에서는, 공판절차가 길어지더라도,

1. 그만큼 그대로 형에 산입된다.
2. 따라서 불리할 것이 없다.

구금일수 산입 제도가 불이익변경의 금지 제도와 결합해, 구속 피고인들이 “**밀
저야 본전**” 식으로 상소권을 남용하는 폐단도 있다.

**형사소송법 제368조(불이익변경의 금지) 피고인의 항소한 사건과 피고인을 위하여 항
소한 사건에 대해서는 원심판결의 형보다 무거운 형을 선고할 수 없다.**

형사소송법 제396조(파기자판) ① 상고법원은 원심판결을 파기한 경우에 ... 피고사건
에 대하여 직접판결을 할 수 있다.

- ② 제368조의 규정은 전항의 판결[→ 파기자판]에 준용한다.
-

자격상실형, 자격정지형

Deprivation and Suspension of Qualification

나의 명예는 나의 생명이다. 이 두 가지는 함께 자라고 있다. - William Shakespeare

자격상실

당연상실

사형, 무기형을 받으면, 자격이 자동으로 상실된다. 당연상실(consequential deprivation)이다.

형법 제43조(형의 선고와 자격상실, 자격정지) ① 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다.

1. 공무원이 되는 자격

2. 공법상의 선거권과 피선거권

3. 법률로 요건을 정한 공법상의 업무에 관한 자격

4. 법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 검사역이나 재산관리인이 되는 자격

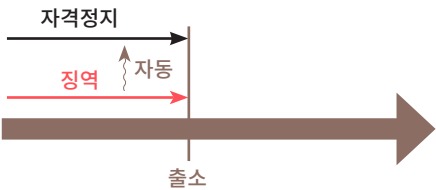
선고상실?

자격상실형만을 따로 선고하는 것은 없다. 즉, 선고상실(sentential deprivation) 제도는 없다.

자격정지

당연정지

유기형을 받으면, 그것이 끝날 때까지 자격이 자동으로 정지된다. 당연정지(consequential suspension)다.



형법 제43조(형의 선고와 자격상실, 자격정지) ② 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 전항 제1호[부터] 제3호[까지]에 기재된 자격이 정지된다. ...

선고정지

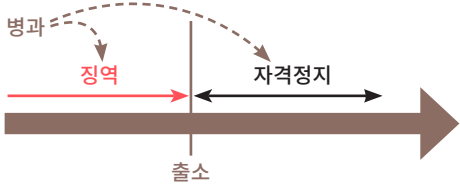
자격정지형을 따로 선고하는 것은 있다. 선고정지(sentential suspension)다.

형법 제122조(직무유기) 공무원이 정당한 이유 없이 그 직무수행을 거부하거나 그 직무를 유기한 때에는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자격정지에 처한다.

1. 기간은 단기 1년, 장기 15년이다.

형법 제44조(자격정지) ① 전조에 기재한 자[격] 전부 또는 일부에 대한 정지는 1년 이상 15년 이하로 한다.

2. 징역형과 자격정지형을 병과할 경우, 자격정지 기산점은 출소시다.



형법 제44조(자격정지) ② 유기징역 또는 유기금고에 자격정지를 병과한 때에는 징역 또는 금고의 집행을 종료하거나 면제된 날로부터 정지기간을 기산한다.

결론

	자격상실	자격정지
당연	당연상실 (사형, 무기형 받으면)	당연정지 (유기형 기간)
선고	(없음)	선고정지 (유기형 끝난 후에)

참고: 선거권의 자격상실, 자격정지

집행유예 기간 중

집행유예 기간에는 선거권이 있다.

징역 1년 미만 실행 기간 중

수형자라도, 징역 1년 미만의 형을 선고받은 자라면 선거권이 있다.

공직선거법 제18조(선거권이 없는 자) ① 선거일 현재 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거권이 없다.

- 2. 1년 이상의 징역 또는 금고의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 사람. **다만, 그 형의 집행유예를 선고받고 유예기간 중[인] 사람은 제외**한다.

벌금형, 과료형

Fine and Petty Fine

돈의 가치를 알아보고 싶거든, 나가서 남의 돈을 꾸어 보라. - Benjamin Franklin

총액벌금 방식의 채택

제도 종류

1. 총액벌금 방식(total-amounts-fine system): 같은 죄에 대해서는 같은 금액 벌금을 부과
2. 일수벌금 방식(day-fine system): 소득, 재산에 따라 차이를 뒀 벌금을 부과

일수벌금 방식

일수벌금 방식은,

1. 범죄자가 저지른 불법의 정도에 맞게 일수(day)를 산정한다.
2. 여기에 “범죄자의 경제적 상황”에 따라 1일당 벌금액(day-fine)을 곱한다. 이렇게 납부할 벌금을 정한다.
3. 누진적 벌금(progressive fine)이라고도 부른다.

같은 10만 원이라도 거지와 갑부에게 의미가 다르다. 일수벌금 방식을 택해야 범죄 억제도 제대로 할 수 있다는 주장이 있다. 실제로, 핀란드 등 북유럽에서는 교통사범, 경제사범 등에 일수벌금 방식을 채택하는 경우가 있다.

총액벌금 방식의 채택

우리나라는 벌금형의 법정형을 각각의 구성요건이 직접 정하고 있다. 즉, 총액벌금 방식만 채택하고 있다.

금액

벌금

1. 원칙적으로 5만 원 이상. 예를 들어, “1,000만 원 이하의 벌금”은 “5만 원 이상 1,000만 원 이하의 벌금”으로 읽어야 한다.

형법 제45조(벌금) 벌금은 5만 원 이상으로 한다. 다만, 감경하는 경우에는 5만 원 미만으로 할 수 있다.

2. 상한?: 벌금은 상한을 얼마 이하로 정해야 한다는 제한이 없다. 징역과 다르다. 따라서 법에서 정하기 나름이다. 이론상으로는, “1,000조 원 이하의 벌금”이라 규정해도 된다.

하한만 있고 상한이 없는 결과, 개별 조항에서 “~원 이상의 벌금” 식으로 규정할 수 없다. 반드시 “~원 이하의 벌금” 식으로 규정해야 한다.

과료

2,000원 이상 5만 원 미만.

형법 제47조(과료) 과료는 2천 원 이상 5만 원 미만으로 한다.

원칙적으로, 5만 원 이상부터는 벌금으로 처벌하면 되기 때문이다.

집행

문제점

- 1. 벌금형, 과료형이 확정되도, 그 자체는 채권적(receivable) 효과밖에 없다.
- 2. 확정 후에도 실제 집행(execution)을 해야 하는 문제가 남는다.

납입기간

확정일부터 30일 내에 납입을 해야 한다.

형법 제69조(벌금과 과료) ① 벌금과 과료는 판결 확정일로부터 30일 내에 납입하여야 한다. ...

노역장 유치

기간 내에 벌금, 과료를 납입하지 않으면, “돈 대신 몸으로 때우는” 식의 강제노역을 당하게 된다. 노역장 유치(custody in a workhouse)라 한다.

형법 제69조(벌금과 과료) ② 벌금을 납입하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하, 과료를 납입하지 아니한 자는 1일 이상 30일 미만의 기간 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 한다.

돈 없는 자는 몸으로 치려야 한다(Qui non habet in aere, luat in corpore; He who has no money shall pay in body).

- 1. 그 결과 수형자 신분이 된다.
- 2. 범인이 벌금, 과료를 미납할 위험은 항상 있다. 법원은 벌금형, 과료형을 선고할 때부터 동시에 노역장 유치를 대비해 유치기간까지 정해 준다.

형법 제70조(노역장 유치) ① 벌금이나 과료를 선고할 때에는 이를 납입하지 아니하는 경우의 노역장 유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 한다.

주 문	
피고인을 벌금 2,000,000원에 처한다.	
피고인이 위 벌금을 납입하지 않는 경우 100,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.	

이유
법령 적용
1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택 형법 제257조 제1항(벌금형 선택)
2. 노역장 유치 형법 제70조 제1항, 제69조 제2항(1일 10만 원)

노역장 유치 시 수형자 신분으로 교도소에서 일을 한다. 그러나 징역형은 아니다. 노역장 유치는 어디까지나 재산형(pecuniary punishment) 집행수단이라는 점을 잊지 말라.

3. 일부납입 시, 그만큼 노역장 유치 일수를 빼준다.

형법 제71조(유치일수의 공제) 벌금이나 과료의 선고를 받은 사람이 그 금[액] 일부를 납입한 경우에는 벌금 또는 과료액과 노역장 유치기간의 일수(日數)에 비례하여 납입금액에 해당하는 일수를 뺀다.

4. 다만, 고액 벌금형 경우, 그렇게 빼주는 것도 한계가 있다. 즉, 벌금 액수에 따른 노역장 유치의 최소 기간을 직접 법률에 못박았다.

형법 제70조(노역장 유치) ② 선고하는 벌금이 1억 원 이상 5억 원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억 원 이상인 경우에는 1천일 이상의 노역장 유치기간을 정하여야 한다.

가납명령

벌금 상당액을 미리 납부하도록 명할 수 있다. 가납명령(provisional payment order)이라 한다.

형사소송법 제334조(재산형의 가납판결) ① 법원은 벌금, 과료 또는 추징의 선고를 하는 경우에 **판결의 확정** 후에는 집행할 수 없거나 **집행하기 곤란할 염려**가 있다고 인정할 때에는 직권 또는 검사의 청구[로] 피고인에게 벌금, 과료 또는 추징에 상당한 금액의 **가납을 명할 수 있다**.

② 전항의 재판은 형의 선고와 동시에 판결로써 선고하여야 한다.

③ 전항의 판결은 즉시로 집행할 수 있다.

2013도15456: 가납판결...이 확정된 때에는 가납한 금액의 한도에서 형의 집행을 된 것으로 간주[된다.] 가납판결은 벌금, 과료 또는 추징 그 자체의 확정 전의 집행을 명하는 것이 아니고 벌금, 과료 또는 추징에 상당한 금액의 납부를 명하는 것이다.]

조문상 가납명령을 할지 말지는 재량이다. 그러나 실무에서는 벌금형에 거의 예외 없이 가납명령을 붙인다.

주 문	
피고인을 벌금 2,000,000원에 처한다.	
피고인이 위 벌금을 납입하지 않는 경우 100,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.	
위 벌금 상당액의 가납을 명한다.	
이 유	
법령 적용	
1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택	
형법 제257조 제1항(벌금형 선택)	
2. 노역장 유치	
형법 제70조 제1항, 제69조 제2항(1일 10만 원)	
3. 가납명령	
형사소송법 제334조 제1항	

사회봉사 대체 특례

벌금납부 대신 봉사활동을 하는 특례도 있다.

벌금미납자법 제1조(목적) 이 법은 형법 제69조 제2항의 벌금 미납자에 대한 노역장 유치를 사회봉사로 대신하여 집행할 수 있는 특례와 절차를 규정함으로써 경제적인 이유로 벌금을 낼 수 없는 사람의 노역장 유치로 인한 구금을 최소화하여 그 편익을 도모함을 목적으로 한다.
벌금미납자법 제4조(사회봉사의 신청) ① 대통령령으로 정한 금액[→ 300만 원] 범위 [의] 벌금형이 확정된 벌금 미납자는 검사의 납부명령일부터 30일 이내에 ... 검사에게 사회봉사를 신청할 수 있다. ...

몰수형, 추징, 폐기

Confiscation, Substitute Confiscation, and Destruction

누군가의 권리는 그것이 어떤 권리든 간에 다른 사람의 마땅한 권리를 위한 것이라면, 국가가 침해할 수 있다. - Mark Da Vee

머리에

몰수

몰수는 형벌(criminal punishment)이다.



압수

압수는 형벌이 아니라 강제처분(compulsory disposition)이다.

	압수	몰수, 추징
본질	강제처분	형벌 (재산형)
의미	“일단 가져가는 것”	“아예 빼앗는 것”

몰수/압수 대상

복습: 압수 대상 = 증거물 or 몰수물

- 1. 유체물(corporeal): 당연히 ○
- 2. 전자정보(electronic data): 취지상 ○

2025모45: 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건인 압수 대상에는 유체물과 전자 정보가 모두 포함[된다.]

비트코인도 전자정보에 해당하므로 몰수/압수할 수 있다.

2025모45: 비트코인도 법원 또는 수사기관의 압수 대상에 포함된다. 또한 법정 요건을 충족하는 경우 비트코인은 몰수 대상이 될 수 있[다.]

몰수, 추징 종류

필수적 몰수, 추징

필수적(mandatory) 몰수, 추징: 몰수, 추징 여부가 재량이 아닌 경우. 즉, 요건을 갖춘 이상 반드시 몰수, 추징해야 한다.

- 1. 개별 구성요건에서 “~한다.”라고 규정한 경우다.

2. 예를 들어, 뇌물수수죄, 배임수재죄가 있다. 뇌물수수죄에서 뇌물, 배임수재죄에서 재물은 필수적 물수, 추정 대상이다.

형법 제134조(물수, 추정) 범인 또는 사정을 아는 제3자가 받은 뇌물 또는 뇌물로 제공하려고 한 금품은 **물수한다**. 이를 물수할 수 없을 경우에는 그 가액을 **추정한다**.

형법 제357조(배임수증재) ① 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득...한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

- ③ 범인 또는 그 사정을 아는 제3자가 취득한 제1항의 재물은 **물수한다**. 그 재물을 물수하기 불가능하거나 재산상의 이익을 취득한 때에는 그 가액을 **추정한다**.
-

3. 각칙상 물수, 추정이라고도 한다. 각칙상 물수, 추정의 대상 또는 요건은 개별적으로 그 각칙 조항을 살펴보면 된다.

형법 제2편 각칙 제40장 횡령과 배임의 죄[제351조~제361조]

임의적 물수, 추정

임의적(discretionary) 물수, 추정: 물수, 추정 여부가 법원의 재량인 경우.

1. “~할 수 있다.”라고 규정한 경우다.
 2. 물수, 추정에 관한 형법 제48조 제1항을 말한다.
-

형법 제48조(물수의 대상과 추정) ① 범인 외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인 외의 자가 사정을 알면서 취득한 다음 각호의 물건은 전부 또는 일부를 **물수할 수 있다**. ...

2021도5723: 위 조항에 따른 물수는 임의적인 것이어서 그 요건에 해당되더라도 실제로 이를 물수할 것인지 여부는 법원의 재량에 맡겨져 있다. 그렇지만 형벌 일반에 적용되는 비례의 원칙에 따른 제한을 받는다.]

참고: 필수적 물수 사유가 없더라도, 임의적 물수 요건을 충족한 이상 실무상 물수형을 선고하는 경우가 많다.

3. 총칙상 물수, 추정이라고도 한다. 총칙상 물수, 추정의 대상 또는 요건은 형법 제48조를 살피면 된다.
-

제1편 총칙 제3장 형 제1절 형의 종류와 경중[제41조~제50조]

임의적 물수의 대상

범죄행위에 제공했거나 제공하려고 한 물건

절도범행을 위해 사용한 맥가이버칼 같은 것. 임의적 물수 대상이다.

형법 제48조(물수의 대상과 추정) ① 범인 외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인 외의 자가 사정을 알면서 취득한 다음 각호의 물건은 전부 또는 일부를 물수할 수 있다.

1. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건

1. 범죄행위에 제공한 물건

2006도4075: 형법 제48조 제1항 **제1호**의 “범죄행위에 **제공한 물건**”은, 가령 살인행위에 사용한 칼 등 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건에만 한정되는 것이 아니[다.] 실행행위의 착수 전의 행위 또는 실행행위의 종료 후의 행위에 사용한 물건이더라도 그것이 **범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 한** 위 법조[에서 정한] 제공한 물건에 포함된다.

대형할인매장에서 수회 상품을 절취하여 자신의 승용차에 싣고 간 경우, 위 승용차는 형법 제48조 제1항 제1호에 정한 범죄행위에 제공한 물건으로 보아 몰수할 수 있다.]

2. 범죄행위에 제공하려고 한 물건

2006도3302: 오락실업자, 상품권업자 및 환전소 운영자가 공모하여 사행성 전자식 유키기구에서 경품으로 배출된 상품권을 현금으로 환전하면서 그 수수료를 일정한 비율로 나누어 가지는 방식으로 영업을 한 [사안이다.]

[이 경우] 환전소 운영자가 **환전소에 보관하던 현금 전부가** 위와 같은 상품권의 환전을 통한 범죄행위에 **제공하려 [한]... 물건** [등]에 해당하여 형법 제48조 제1항 **제1호** [등]의 규정에 [따라] 몰수의 대상이 [된다.] 환전소 운영자가 위 환전소 내에 보관하고 있던 현금 중 일부를 생활비 등의 용도로 소비하였다고 하여 달리 볼 것이 아니[다.]

범죄행위 때문에 발생했거나 이 때문에 취득한 물건

형법 제48조(몰수의 대상과 추정) ① 범인 외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인 외의 자가 사정을 알면서 취득한 다음 각호의 물건은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.

2. 범죄행위 [때문에] ... 생겼거나 취득한 물건

2020도10970: 형법 제48조가 규정하는 몰수, 추정의 대상은 범인이 범죄행위 [때문에] 취득한 물건을 뜻[한다.] 여기서 ‘취득’이란 **해당 범죄행위 [때문에] 결과적으로 이를 취득한 때를** 말한다고 제한적으로 해석[해야 한다.]

피고인들의 범죄행위는 피고인들이 사업장폐기물배출업체로부터 인수[한] 폐기물을 폐기물관리법에 따라 허가 또는 승인을 받거나 신고한 폐기물처리시설이 아닌 곳에 매립하였다는 점이다. 피고인들이 사업장폐기물배출업체로부터 받은 돈을 형법 제48조[에서 정한] 몰수, 추정의 대상으로 보기 위해서는 피고인들의 위와 같은 범죄행위 [때문에] 취득하였다는 점이 인정되어야만 한다. 즉, 피고인들이 폐기물을 불법적으로 매립할 목적으로 사업장폐기물배출업체로부터 돈을 지급받고 폐기물을 인수하였다는 정도를 넘어 **위 돈이 피고인들과 사업장폐기물배출업체 사이에 피고인들의 범죄행위를 전제로 수수되었다는 점이 인정되어야** 한[다.]

대가로 취득한 물건

위 두 경우의 대가로 취득한 물건(converted)도 임의적 몰수 대상이다. 즉,

1. “범죄행위에 제공했거나 제공하려고 한 물건”의 대가
2. “범죄행위 때문에 발생했거나 이 때문에 취득한 물건”의 대가

형법 제48조(몰수의 대상과 추정) ① 범인 외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인 외의 자가 사정을 알면서 취득한 다음 각호의 물건은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.

3. 제1호 또는 제2호의 대가로 취득한 물건

예를 들어, 인신매매 대금도 총칙상 임의적 몰수 대상이다.

뇌물로 돈을 빌려준 경우?

공무원에게 뇌물로 무이자로 100만 원을 “빌려준” 경우를 본다.

1. 이자(가령 5만 원)만큼의 이익: “뇌물”이다. 각칙상 필수적 몰수 대상이다.

형법 제134조(몰수, 추정) 범인 또는 사정을 아는 제3자가 받은 뇌물 또는 뇌물로 제공하려고 한 금품은 **몰수한다.** ...

형사소송법 제252조(시효의 기산점) ① [공소]시효는 범죄행위의 종료한 때로부터 진행한다.

2011도7282: 공무원이 그 직무에 관하여 금전을 무이자로 차용한 경우에는 그 차용당시에 금융이익 상당의 뇌물을 수수한 것으로 보아야 [한다. 그러므로] 그 공소시효는 금전을 무이자로 차용한 때로부터 기산한다.

2. 100만 원 자체: “뇌물”이 아니다. 그러므로 각칙상 필수적 몰수 대상이 아니다. 그러나 “범죄행위 때문에 취득한 물건”에는 해당한다. 그래서 총칙상 임의적 몰수 대상에는 해당한다.

75도3607: 수뢰의 목적이 금전소비대차계약에 [따른] 금융이익이어서 그 금융이익이 뇌물[인 사안이다.]

소비대차의 목적인 [돈] 자체는 뇌물이 아니[다. 그렇지만] 이는 **범죄행위 [때문에] 취득한 물건**[에는 해당한다.] ... 형법 제48조의 제1항 **제2호**의 몰수요건을 충족하므로 이에 근거하여 몰수할 것이다.

“빌려준” 경우와 “준” 경우를 잘 구별해야 한다.

연습문제1

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 31.] X 건설회사의 공동대표인 甲과 乙은 공무원 A에게 뇌물을 제공하여 관급공사를 수주하기로 공모한 다음 A에게 시가 2,000만 원 상당의 자동차와 현금 2,000만 원을 공여...하였다. ...

이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉔. 만약 A가 현금 2,000만 원 자체를 뇌물로 받은 것이 아니라 그 직무에 관하여 2,000만 원을 무이자로 차용한 것으로 밝혀진 경우에는 그 차용 당시에 금융이익 상당의 뇌물을 수수한 것으로 보아야 하므로, 그 공소시효는 금전을 무이자로 차용한 때로부터 기산한다.

연습문제2

2022년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 4.] 형벌에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄹ. 사기도박에 참여하도록 유인하기 위하여 고액의 수표를 제시해 보인 경우라도 그 수표가 직접적으로 도박자금으로 사용되지 않았다면 몰수할 수 없다.

연습문제3

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 19.] 몰수와 추징에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여한 것으로 인정된다고 하더라도, 실행행위의 착수 전 또는 실행행위 종료 후의 행위에 사용되었을 뿐 범죄의 실행행위 자체에 사용되지 않은 물건은 몰수, 추징의 대상인 ‘범죄행위에 제공한 물건’에 포함될 수 없다.

임의적 몰수의 요건

법인 물건이거나 주인 없는 물건일 것

제3자(법인 이외의 자)의 소유가 아니어야 몰수할 수 있다. 왜?

1. 사건과 아무 관련 없는 사람 물건을 몰수하는 건 부당하기 때문이다.
2. 그래서 몰수하기 위해서는 반드시 물건 소유권이 누구에게 있는지를 확인해야 한다.

형법 제48조(몰수의 대상과 추징) ① **법인 외의 자의 소유에 속하지 아니[한]** ... 다음 각호의 물건은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다. ...

위 문구를 풀어 말하면?

1. 주인 없는 물건(ownerless things)일 것

만약 절도 사건에서 절취품을 압수했다면? 피해자 소유라서, 몰수할 수 없다. 법원은 판결할 때 피해자에 환부하는 선고를 한다.

형사소송법 제333조(압수장물의 환부) ① 압수한 장물로서 피해자에게 환부할 이유가 명백한 것은 판결로써 피해자에게 환부하는 선고를 하여야 한다.

2. 또는, 범인 물건(offender owned things)일 것: 여기서 “범인”이란, 넓은 의미의 공범(complicity in a broad sense)을 포함한다. 즉, A의 형사사건에서, 증거물로 공범인 B 소유 물건을 압수했다고 하자. A만 기소해 유죄판결을 내릴 때, 그 물건을 몰수할 수 있다.

2006도5586: 형법 제48조 제1항의 ‘범인’에는 공범자도 포함[된다. 그러]므로 피고인 [A]의 소유물은 물론 **공범자[B]의 소유물도** 그 공범자[B]의 [기소] 여부를 불문하고 **몰수할 수 있다.**

여기에서의 공범자에는 공동정범, 교사범, 방조범에 해당하는 자는 물론 필[수]적 공범 관계에 있는 자도 포함된다.

주의: 위 사례에서 B소유 물건을 B로부터 몰수하는 것이 아니다. B소유 물건을 “A로부터” 몰수하는 것이다. 그 물건은 어디까지나 A에 대한 수사, 공판절차에서 압수된 것이기 때문이다.

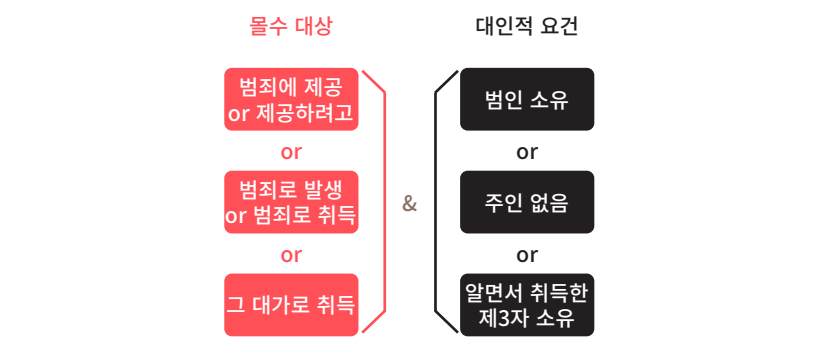
2006도5586: 형법 제48조 제1항의 ‘범인’에 해당하는 공범자[B]는 반드시 유죄의 죄책을 지는 자에 국한된다고 볼 수 없고 공범에 해당하는 행위를 한 자[B]이면 족하다. 그러]므로 이러한 자[B]의 소유물도 형법 제48조 제1항의 ‘범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하는 물건’이다. 따라서] 이를 **피고인[A]으로부터** 몰수할 수 있다.

알면서 취득한 물건일 것

비록 현재 제3자(범인 이외의 자)가 소유한 물건이라도, 그 제3자가 사정을 알고 취득한 물건이라면 물론 몰수 가능하다. 그것이 정의에 맞다.

형법 제48조(몰수의 대상과 추정) ① 범인 외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 **범인 외의 자가 사정을 알면서 취득한** 다음 각호의 물건은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다. ...

2017모236: 피고인 이외의 제3[자] 소유에 속하는 물건의 경우, 몰수를 선고한 판결의 효력은 [어떤가?] 원칙적으로 몰수의 원인이 된 사실에 관하여 유죄의 판결을 받은 피고인에 대한 관계에서 그 물건을 소지하지 못하게 하는 데 그[친다. 즉,] 그 사건에서 재판을 받지 아니한 **제3자의 소유권에 어떤 영향을 미치는 것은 아니다.**



연습문제1

2022년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 4.] 형벌에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄷ. 몰수에 관한 「형법」 제48조 제1항의 ‘범인’에는 공범자도 포함되므로 피고인의 소유 물은 물론 공범자의 소유물도 그 공범자의 소추 여부를 불문하고 몰수할 수 있다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 35.] 甲은 2025. 3. 3. 아래와 같이 업무방해죄 및 야간건조물침입절도죄로 기소되었다. 제1심법원은 심리 결과 범죄사실을 모두 인정하여 2025. 7. 1. 판결을 선고하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<범죄사실> ...

2. 피고인은 2024. 12. 16. 23:47경 서울 서초구(이하 생략)에 있는 B 운영의 △△카페 앞에 도착해 비상출입문을 통해 카페 내부로 침입한 다음, 매장 안쪽의 금고를 보고 그 것을 열어 그 안에 들어 있던 B 소유의 현금 190만 원을 몰래 가져가 절취하였다.

ㄴ. 수사기관이 위 현금 190만 원을 압수하였고, 이 현금이 그대로 제1심법원에 증거로 제출되었다면, 제1심법원은 현금 190만 원을 몰수할 수 없고, 피해자 B에게 환부 선고를 하여야 한다.

추징의 성질

추징 개념

추징은, 몰수 취지를 관철하기 위한 제도다.

- 1. 몰수가 형벌이므로,
- 2. 추징 역시 형벌이다.

형법 제48조(몰수의 대상과 추징) ② [몰수할] 물건을 몰수할 수 없을 때에는 그 가액(價額)을 추징한다.

추징할 수 있는 경우

몰수해야 하는데 몰수할 것이 없으면(vanishment), 추징을 한다. 즉,

- 1. 몰수의 요건을 갖췄지만,
- 2. 몰수할 물건을 소비하는 등 처분을 해서 몰수할 수 없는 경우에 추징한다.



추정할 수 없는 경우

물수가 불허되면(disapproval), 추정도 못 한다. 즉,

- 1. 물수의 요건을 갖추지 못하여,
- 2. 애당초 물수할 수 없는 경우라면? 추정할 수도 없다.



96도221: 물수는 특정된 물건에 대한 것이고 추정은 본래 물수할 수 있었음을 전제로 하는 것이다. 이에] 비추어 뇌물에 공할 금품이 특정되지 않았던 것은 물수할 수 없고 그 가액을 추정할 수도 없다.

“물건”인지에 따라 물수 허용 여부가 달라져 추정 대상인지도 달라질 수 있다.

2005도3255: 피고인이 범죄행위에 이용한 웹사이트는 형법 제48조 제1항 제2호에서 물수의 대상으로 정한 ‘... 물건’에 해당하지 않[는다. 그러므로] 그 웹사이트 매각을 통해 취득한 대가는 형법 제48조 제1항 제2호, 제2항이 규정한 추정의 대상에 해당하지 않는다[다.]

2021도5723: 휴대전화의 동영상 촬영기능을 이용하여 피해자를 촬영한 행위 자체가 범죄에 해당하는 경우[를 보자.] ... 촬영되어 저장된 동영상은 휴대전화에 저장된 전자 기록으로서 ‘범죄행위 [때문에] 생긴 물건’에 ... 해당[한다.] 이러한 경우 법원이 ... 동영상만을 물수하는 것도 가능하다.

연습문제1

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 8.] 형법에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉔. 범죄행위에 이용한 웹사이트 매각을 통해 피고인이 취득한 대가는 「형법」 제48조 제2항의 추정 대상이 된다.
- ㉕. 휴대전화로 촬영한 동영상은 일정한 저장매체에 전자방식이나 자기방식[으로] 저장된 기록으로서 저장매체를 매개로 존재하는 물건이므로 물수의 사유가 있는 때에는 그 전자기록을 물수할 수 있다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 10.] 뇌물죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

르. 뇌물에 공할 금품에 대한 몰수는 특정된 물건에 대한 것이고 「형법」 제134조 단서는 이를 몰수할 수 없을 경우에는 그 가액을 추징하도록 규정하고 있는바, 뇌물에 공할 금품이 특정되지 않은 경우에는 그 가액을 추징하여야 한다.

추징액 산정

개별추징 원칙(이익박탈적 몰수, 추징)

몰수가 이익박탈형이라는 점 및 위와 같은 추징의 성질로부터 다음과 같은 추징액 산정방법이 도출된다.

1. 추징 목적: 이익박탈(disgorgement)

91도352: 몰수의 취지가 범죄에 [따른] 이득의 박탈을 그 목적으로 하는 것이고 추징도 이러한 몰수의 취지를 관철하기 위한 것이다[다.]

2. 가액산정 기준시: 판결선고 시(법원의 판단 기준시점이 판결선고 시기 때문)

91도352: [몰수와 추징의 목적]을 고려하면 몰수하기 불능한 때에 추징하여야 할 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 몰수의 선고를 받았더라면 잃었을 이득상당액을 의미한다[다. 그러]므로 그 가액산정은 재판선고 시의 가격을 기준으로 하여야 [한다.]

다만, 산정기준 및 시기에 관해 다른 특별한 규정이 있다면 거기에 따른다.

3. 개별(separate) 추징 원칙: 이익박탈적 성격 때문이다.

73도1963: 수인이 공모하여 뇌물을 수수한 경우에 몰수 불능으로 그 가액을 추징하려면 개별적으로 추징하여야 [한다.]

4. 평등추징: 개별액수를 알면 거기에 따른다. 그러나 개별액수를 모르면 평등하게 추징한다. 개별추징 원칙에 근거한다.

73도1963: 수수금품을 개별적으로 알 수 없을 때에는 평등하게 추징하여야 한다.

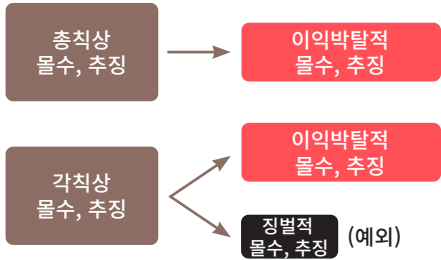
5. 실질귀속 원칙: 역시 개별추징 원칙에 근거한다.

2007도6019: 형법 제247조의 도박개장죄[로] 생긴 재산은 범죄수익은닉[규제법] 제2조 제1호 [별표] 제1호, 제8조 및 제10조에 [따라] 추징의 대상이 [된다.]

이는 부정한 이익을 박탈하여 이를 보유하지 못하게 하는 데 그 목적이 있다. 그러므로, 수인이 공모하여 도박개장을 하여 이익을 얻은 경우 실질적으로 귀속된 이익이 없는 피고인에 대하여는 추징을 할 수 없다.

연대추징의 예외(징벌적 몰수, 추징)

이익박탈적 몰수, 추징에 대한 예외가 있다.



1. 추징 목적: 몰수, 추징의 본질이 이익박탈이 아니라 징벌적(punitive) 성격을 갖는 경우가 있다. 예를 들어, 관세법상 몰수, 추징은 징벌적 몰수, 추징이다.

관세법 제269조(밀수출입죄) ② 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. ... 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자. ...

관세법 제282조(몰수, 추징) ② 제269조 제2항...의 경우에는 범인이 소유하거나 점유하는 그 물품을 몰수한다. ...

2007도8401: 관세법상 추징은 일반 형사법에서의 추징과는 달리 징벌적 성격을 띠고 있다.]

2. 연대(joint)추징: 징벌적 추징 경우, 연대추징을 할 수 있다.

2007도8401: [따라서] 여러 사람이 공모하여 관세를 포탈하거나 관세장물을 알선, 운반, 취득한 경우에는 범칙자의 1인이 그 물품을 소유하거나 점유하였다면 그 물품의 ... 가액 전액을 ... 범칙자 전원으로부터 [연대하여] 추징할 수 있다.]

3. 실질귀속 원칙 배제: 실질적으로 귀속된 이익이 없는 피고인에게까지 전액에 대해 추징을 할 수 있다.

2007도8401: 그 물품의 소유 또는 점유사실의 유무를 불문[한다.]

몰수, 추징의 부가성

기초 개념: 선고유예 제도

형법 제59조(선고유예의 요건) ① 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 고려하여 뇌우치는 정상이 뚜렷할 때에는 그 형의 선고를 유예할 수 있다. ...

형법 제51조(양형의 조건) 형을 정[할 때]는 다음 사항을 참작하여야 한다.

- 1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경
- 2. 피해자에 대한 관계
- 3. 범행의 동기, 수단과 결과
- 4. 범행 후의 정황

자세히는 곧 배운다.

개념

몰수, 추징은 징역형, 벌금형 등 다른 주된 형에 부가해 과한다.

- 1. 징역형, 벌금형 등을 주형(main punishment)이라 한다.
- 2. 몰수형, 추징형을 부가형(additional punishment)이라 한다.

원칙

주형을 선고해야만 부가형을 선고할 수 있다.

형법 제49조(몰수의 부가성) 몰수는 타형에 부가하여 과한다. ...

- 1. A죄로만 기소해서 징역형이나 벌금형을 선고할 때,
- 2. B죄에 관한 몰수나 추징을 할 수 없다.

2022도8592: 몰수, 추징을 선고하려면 몰수, 추징의 요건이 공소가 제기된 공소사실 [A]과 관련되어 있어야 [한다.] 공소가 제기되지 아니한 별개의 범죄사실[B]을 법원이 인정하여 그에 관하여 몰수, 추징을 선고하는 것은 불고불리의 원칙에 위배되어 허용되지 않는다.

92도700: 몰수나 추징이 공소사실[B]과 관련이 있다 하더라도 그 공소사실[B]에 관하여 이미 공소시효가 완성되어 유죄의 선고를 할 수 없는 경우에는 몰수나 추징도 할 수 없다. 만일 그와 같이 보지 않는다면 현행법상 형의 일종으로 규정되어 있는 몰수나 추징에 대하여만은 공소시효의 제도가 적용되지 않는다는 부당한 결과가 되기 때문이다.

형법 제246조(도박...) ① 도박을 한 사람은 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. ...

형법 제247조(도박장소 등 개설) 영리의 목적으로 도박을 하는 장소나 공간을 개설한 사람은 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2022도8592: ‘도박죄’[B]와 ‘도박공간개설죄’[A]는 독립된 별개 범죄이다. 그러므로 ‘도박공간개설죄’[A]로만 기소된 피고인이 직접 도박[B]에 참여하여 얻은 [이]익은 도박공간개설[A]로 얻은 범죄[이]익에 해당하지 않는다. 이 부분을 제외한 나머지 금액에 대해서만 추징을 명[해야] 맞다.]

주의: 형법상 몰수, 추징은 임의적이다. 따라서 부가형 선고 요건을 갖추더라도, 선고할 수도 안 할 수도 있다.

형법 제48조(몰수의 대상과 추징) ① .. 몰수할 수 있다.

2012도11586: 형법 제48조 제1항 제1호에 [따른] 몰수는 임의적인 것이[다. 그러]므로 그 몰수의 요건에 해당되는 물건이라도 이를 몰수할 것인지의 여부는 일[단] 법원의 재량에 맡겨져 있[다.]

예외

주형을 선고유예 하는 경우에는 부가형을 선고할 수 있다.

형법 제49조(몰수의 부가성) ... 단, 행위자에게 유죄의 재판을 아니 할 때에도 몰수의
요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다.

89도2291: 주형인 징역형의 선고를 유예할 경우에도 추징을 선고할 수 있다.

정리

1. A죄로 주형 선고 & B죄로 부가형 부과: × (∵ 몰수, 추징의 부가성)
2. A죄로 주형 선고 & A죄로 부가형 부과: ○
3. A죄로 주형 선고 & A죄로 부가형 미부과: ○ (∵ 몰수, 추징의 임의성)
4. A죄로 주형 선고유예 & A죄로 부가형 부과: ○ (∵ 형법 제49조 단서)
5. A죄로 주형 선고유예 & A죄로 부가형 미부과: ○

연습문제

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 19.] 몰수와 추징에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공소사실이 인정되지 않는 경우에 이와 관련되지 않은 범죄사실을 법원이 인정하여 몰수, 추징을 선고하는 것은 불고불리의 원칙에 위반된다.
 - ④ 몰수, 추징이 공소사실과 관련이 있다 하더라도 그 공소사실에 관하여 이미 공소시효가 완성된 경우에는 몰수, 추징을 할 수 없다.
-

형 가중

Aggravation of Punishment

19년 동안 잘 배워 왔겠지. 5년이면 끝날 일, 탈옥한 죄로 19년!
- Victor Hugo, "Les Misérables"

머리에

처단형 결정

만약 형 가중, 감경 사유가 있다면, 기본 법정형에서 그 사유를 고려해 처단형을 정한다.

법정형 → 처단형 단계의 과정

즉, 법정형(statutory penalty)에서 처단형(applicable penalty range)으로 가는 사이에, 다음 과정이 있다.

1. 형 가중
2. 형 감경
3. 경합범처리

공부할 것

먼저, 형 가중을 본다.

가중하는 정도

일반규정 없음

가중 시 어느 정도로 가중하게 되는가? 일반규정은 없다. 즉, 각각의 가중규정에서 개별적으로(in each provision) 정해 놓았다.

비교: 형 감경은 총칙에 감경방법 일반규정이 있다.

예를 들어, 형 가중은 개별규정에서 다음과 같이 각각 정하는 식이다.

1. 장기를 1/2까지 가중한다거나
2. 아니면 형 자체를 3년 이상으로 한다거나
3. 장기를 2배로 만든다거나

가중 시 장기 제한

다만, 형을 가중할 때 어떤 경우에도 장기(maximum) 50년을 넘을 수는 없다.

형법 제42조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1개월 이상 30년 이하로 한다. 단, 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 50년까지로 한다.

상습사기 사례

사기죄의 기본 법정형

1. 법정형은 20년 이하의 징역 또는 5,000만 원 이하의 벌금.

형법 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 20년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다

2. 징역형의 단기는 1개월, 벌금형의 소액은 5만 원이다. 따라서 “1개월 이상 20년 이하의 징역 또는 5만 원 이상 5,000만 원 이하의 벌금”으로 읽어야 한다.

형법 제42조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1개월 이상 30년 이하로 한다. ...

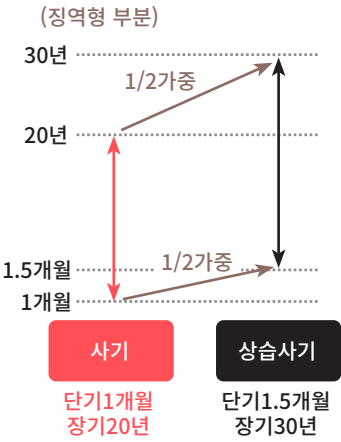
형법 제45조(벌금) 벌금은 5만 원 이상으로 한다. ...

상습사기죄 경우 가중

그런데 그것이 상습범이라면, 즉 상습사기라면, 형의 1/2까지 가중한다.

형법 제351조(상습범) 상습으로 제347조...의 죄를 범한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

1. “장기”를 가중하는 것이 아니라, “형”을 가중한다. 그래서 장기와 다액(상한) 뿐만 아니라, 단기와 소액(하한)도 같이 가중한다.



2. 결국 상습사기는 “1.5개월 이상 30년 이하의 징역 또는 7만 5,000원 이상 7,500만 원 이하의 벌금”으로 된다.

평가

- 1. 사기죄에 상습가중을 한 처단형이라 할 수도 있고,
- 2. 그저 이것이 바로 상습사기의 법정형이라 할 수도 있다.

정의하기 나름이다.

이득액 5억 원 이상 사기 사례

사기죄의 기본 법정형

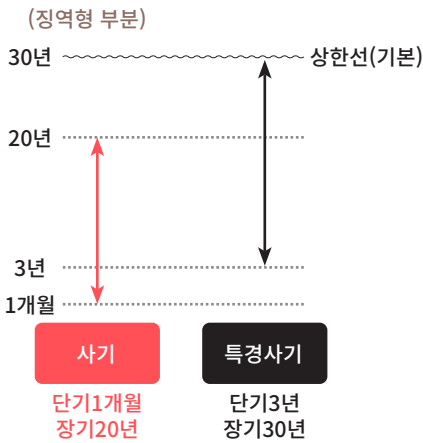
법정형은

- 1. 1개월 이상 20년 이하의 징역,
- 2. 또는 5만 원 이상 5,000만 원 이하의 벌금.

형법 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 20년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

특정경제범죄법위반(사기)죄 경우 가중

그런데 사기로 취득한 이득액이 10억 원이라면? 3년 이상 30년 이하의 징역으로 된다. 벌금형 선택을 할 수 없다. 엄히 처벌하는 취지다.



특정경제범죄법 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 형법 제347조(사기)...의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 ... 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액...이 5억 원 이상일 때에는 다음 각호의 구분에 따라 가중처벌한다.

2. 이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역

평가

- 1. 사기죄에 특정경제범죄법상 가중을 한 처단형이라 할 수도 있고,
- 2. 그저 이것이 특정경제범죄법위반(사기)죄의 법정형이라 할 수도 있다.

정의하기 나름이다.

특수교사 사례

사기교사죄의 형

편의상 벌금형은 논외로 하면,

1. 사기죄의 법정형은 1개월 이상 20년 이하의 징역.

형법 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 **20년 이하의 징역** 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 사기교사(instigation of fraud)죄의 법정형도 1개월 이상 20년 이하의 징역.

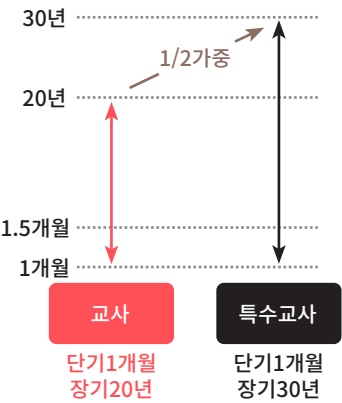
형법 제31조(교사법) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 **동일한 형**으로 처벌한다.

사기특수교사죄 경우 가중

그런데 만약 사기죄가 특수교사에 해당한다면, 장기의 1/2까지 가중한다.

형법 제34조(... 특수한 교사...에 대한 형의 가중) ② 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사...하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 **장기 또**는 **다액에 그 2분의 1까지 가중**...한다.

1. 이때는 “형”이 아니라 “장기”를 가중한다.



2. 그러면 1개월 이상 30년 이하의 징역이 된다.

특수방조 사례

사기방조죄의 형

편의상 벌금형은 논외로 하면,

1. 사기죄의 법정형은 1개월 이상 20년 이하의 징역.

형법 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 **20년 이하의 징역** 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 사기방조(aiding and abetting fraud)죄는 정범의 형보다 감경한다. 그래서 1개월 이상 10년 이하의 징역.

형법 제32조(종범) ② 종범[→ 방조범]의 형은 정범의 형보다 **감경**한다.

형법 제55조(법률상의 감경) ① 법률상의 감경은 다음과 같다.

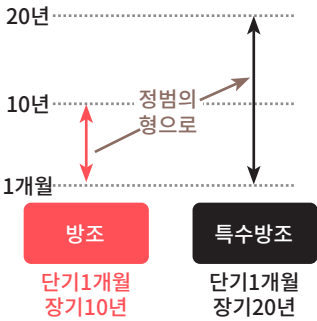
3. 유기징역 또는 유기금고를 감경할 때에는 그 **형기의 2분의 1로** 한다.

형법 제42조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 **1개월 이상 30년 이하로** 한다. ...

사기특수방조죄 경우 가중

만약 사기죄가 특수방조에 해당한다면? 다시 정범의 형 그대로 한다. 사기방조죄의 형을 가중하는 셈이다.

형법 제34조(... 특수한 ... 방조에 대한 형의 가중) ② 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 ... 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 ... 방조인 때에는 **정범의 형으로 처벌**한다.



교사범, 방조범, 특수교사범, 특수방조범이 무엇인가? 구체적 처단형은 어떠한가? 제7강 공범론에서 배운다.

누범 사례 1

병역법위반죄의 법정형

동원훈련 대리입영에 따른 병역법위반죄의 법정형은 1개월 이상 2년 이하의 징역.

병역법 제90조(병력동원훈련소집 등의 기피) ② 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사람은 **2년 이하의 징역**에 처한다.

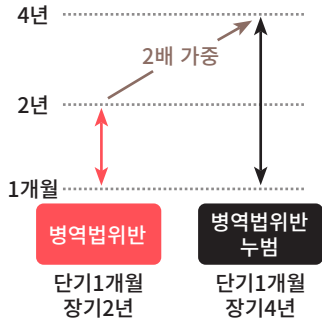
1. 병력동원훈련소집 통지서를 받고 ... 입영...할 사람을 대리하여 입영...[한] 사람

누범 가중

그런데 만약 병역법위반죄가 누범에 해당한다면? 장기를 2배로 가중한다.

형법 제35조(누범) ② 누범의 형은 그 죄에 대하여 정한 형의 장기(長期)의 2배까지 가중한다.

1. 이때는 “형”이 아니라 “장기”를 가중한다.



2. 그러면 1개월 이상 4년 이하의 징역으로 된다.

누범 사례 2

강도죄의 법정형

강도죄의 법정형은 3년 이상 30년 이하의 징역.

형법 제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

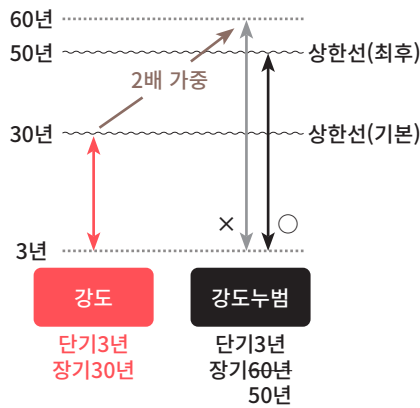
형법 제42조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1개월 이상 30년 이하로 한다. ...

누범 가중

그런데 만약 강도죄가 누범에 해당한다면?

1. “장기”를 2배로 가중한다.
2. 그러면 일단 3년 이상 60년 이하의 징역이 된다.
3. 그러나 형을 가중하는 경우에도 장기가 50년을 넘을 수는 없다. 결국 처단형은 3년 이상 50년 이하의 징역이 된다.

형법 제42조(징역 또는 금고의 기간) ... 단, 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 50년까지로 한다.



동시적 경합범 가중 사례 1

사안
A죄(4년 이하의 징역), B죄(10년 이하의 징역), C죄(7년 이하의 징역)가 동시적 경합 관계에 있다.

제1 단계: 가장 무거운 죄를 선택

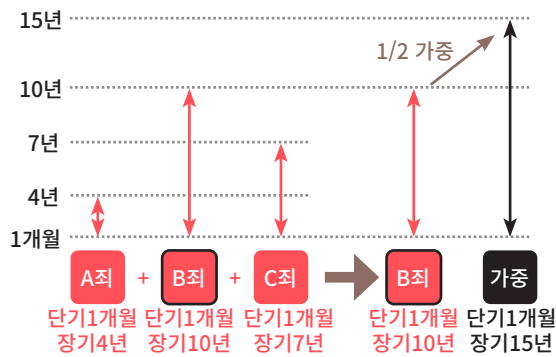
- 1. 가장 무거운 B죄를 선택한다.
- 2. 나머지 A죄, C죄는 버린다.

제2 단계: 가장 무거운 죄 장기를 가중

- 1. 가장 무거운 죄인 B죄의 장기의 1/2을 가중한다.
- 2. 그 결과 15년 이하의 징역으로 된다.

형법 제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

2. 각 죄에 대하여 정한 형이 ... 같은 종류의 형인 경우에는 가장 무거운 죄[→ B]에 대하여 정한 형의 장기[→ 10년]...에 그 2분의 1까지 가중[→ 15년(= 10년 × 1.5)] ...



소결

처단형은 (1개월 이상) 15년 이하의 징역.

동시적 경합범 가중 사례 2

사안

D죄(1년 이하의 징역), E죄(3년 이상 10년 이하의 징역), F죄(6개월 이상 3년 이하의 징역)가 동시적 경합 관계에 있다.

제1 단계: 가장 무거운 죄를 선택

- 1. 가장 무거운 E죄를 선택한다.
- 2. 나머지 D죄, F죄는 버린다.

제2-1 단계: 가장 무거운 죄 장기를 가중

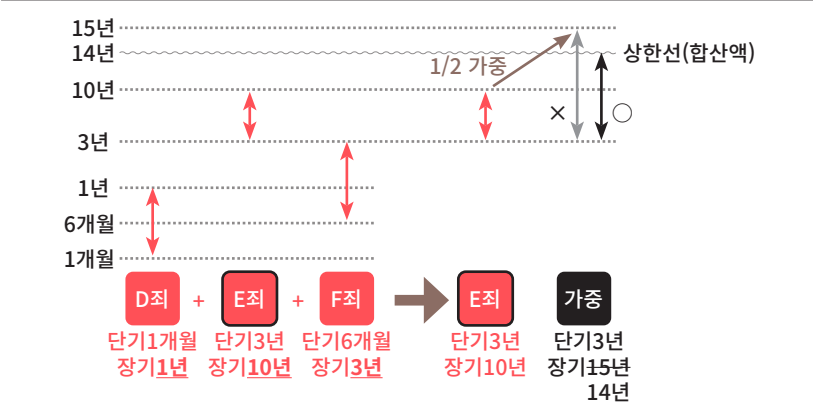
- 1. 가장 무거운 죄인 E죄의 장기의 1/2을 가중한다.
- 2. 그 결과 일단 3년 이상 15년 이하의 징역으로 된다.
- 3. 그러나 가중한 형의 장기는 각 죄의 장기를 합한 14년(= 1년 + 10년 + 3년)을 넘어서는 안 된다.

비유: 버렸던 D죄, F죄가 부활해 제 역할을 한다.

- 4. 그 결과 최종적으로는 3년 이상 14년 이하의 징역으로 된다.

형법 제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

2. 각 죄에 대하여 정한 형이 ... 같은 종류의 형인 경우에는 가장 무거운 죄[→ E]에 대하여 정한 형의 장기[→ 10년]...에 그 2분의 1까지 가중하되[→ 15년(= 10년 × 1.5)] 각 죄에 대하여 정한 형의 장기...[를] 합산[→ 14년(= 1년 + 10년 + 3년)]한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. ...



소결
처단형은 3년 이상 14년 이하의 징역.

동시적 경합범 가중 사례 3

사안
A죄(10년 이하의 징역), B죄(1년 이상 7년 이하의 징역)가 동시적 경합 관계에 있다.

- 제1 단계: 가장 무거운 죄를 선택
- 1. 가장 무거운 A죄를 선택한다.
 - 2. 나머지 B죄는 버린다.

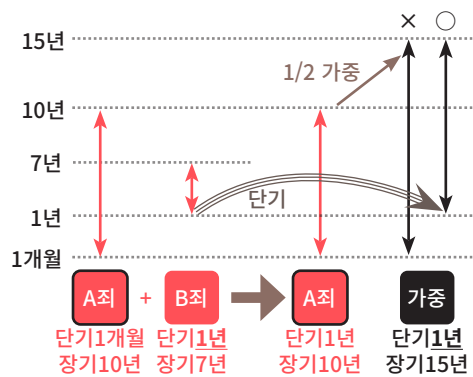
- 제2-2 단계: 가장 무거운 죄 장기를 가중
- 1. 가장 무거운 죄인 A죄의 장기의 1/2을 가중한다.
 - 2. 그 결과 15년 이하의 징역으로 된다.

형법 제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

2. 각 죄에 대하여 정한 형이 ... 같은 종류의 형인 경우에는 가장 무거운 죄[→ A]에 대하여 정한 형의 장기[→ 10년]...에 그 2분의 1까지 가중[→ 15년(= 10년 × 1.5)] ...

3. 전체적 대조주의: 법정형이 무거운 죄(A죄)와 가벼운 죄(B죄)의 각 하한선을 비교해 봤다. 그랬더니, 오히려 가벼운 죄(B죄)가 하한선이 더 높다면? 하한선은 가벼운 죄(B죄)의 것을 적용한다. 이렇게 보지 않으면, B죄 하나만 저지른 경우보다 오히려 A죄, B죄를 저지른 사람을 더 경하게 처벌할 수도 있기 때문이다.

A죄(1개월 이상 10년 이하 징역) + B죄(1년 이상 7년 이하 징역) = A죄 택해 가중 1개월 이상 15년 이하 징역(∵ 10 > 7) → 1년 이상 15년 이하 징역(∵ 1개월 < 1년)



84도2890: 경합범의 처벌례에 관한 형법 제38조 제1항 [제]2호 본문은 ... 그 단기에 대하여는 명문을 두지 아니하고 있[다. 그러]나 가장 [무거운] 죄 아닌 죄[→ B죄]에 정한 형의 단기[→ 1년]가 가장 [무거운] 죄[→ A죄]에 정한 형의 단기[→ 1개월]보다 [무거운] 때에는 위 본문의 규정 취지에 비추어 그 [무거운] 단기[→ 1년]를 하한으로 한다고 새겨야 [한다.]

여러 범죄가 경합하더라도 그중 어느 하나가 처벌되지 않는 결과를 가져와서는 안 된다. 하나의 범죄가 다른 범죄 때문에 그 형벌을 감경하는 것은 아니기 때문이다(*Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam*; Multiple concurrent offenses never result in any one of them going unpunished, for one offense does not diminish the penalty for another offense).

소결

처단형은 1년 이상 15년 이하의 징역.

제7강

공범론

Theory of Complicity



Peter Paul Rubens with Jan Wildens
Raub der Töchter des Leucippos (The Rape of the Daughters of Leucippus)
c. 1618, oil on canvas, 224 × 211 cm, Alte Pinakothek, Munich

여러 사람이 함께 죄를 범할 때의 처리에 관하여

- 공범론이란, 다음에 관한 논의다.
 1. 여러 사람이 범죄에 가담했을 때 각자가 서로 어떤 관계에 있는지?
 2. 그에 따라 처벌하는 방법이 어떻게 달라지는지?
- 형법학에서 가장 견해대립이 치열한 부분이다. 크게 두 줄기의 해석론이 있는데, 그 분기점은 **공범의 종속성**에 관한 시각차다.
- 이번 강의의 목표는 다음과 같다.
 1. 공범의 종속성이 무엇인지 이해하기
 2. 그에 따라, **공동정범, 교사범, 중범, 간접정범**의 관계를 어떻게 보아야 하는지 검토하기

일반적 공범과 필수적 공범

General Complicity and Natural Complicity

합한 두 사람은 흠어진 열 사람보다 강하다. - W. NL. 영안

일반적 공범

출발점: 1인의 범죄

원래 대부분 구성요건은 범인 한 사람이 실현할 것을 예상하고 규정했다.

- 1. 예를 들어, 살인죄의 범인은 1명이 되는 것이 기본이다.

형법 제250조(살인...) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

- 2. 예를 들어, 업무방해죄의 범인도 1명이 되는 것이 기본이다.

형법 제314조(업무방해) ① [허위의 사실을 유포하거나 기타 위계] 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

여럿의 가담

그런데 실제로는 그런 구성요건이라도 여럿이 함께 범죄를 저지르는 경우가 많다. 예를 들어,

- 1. 2명이 함께 살인을 저지르는 경우가 있다. 또는, 살인범이 있는데 누군가 그를 위해 살인 도구를 제공해 주는 경우도 있다.
- 2. 예를 들어, 2명이 함께 업무방해를 하는 경우가 있다. 또는, 업무방해를 할 마음이 없었던 사람을 꼬드겨 업무방해를 시키는 경우도 있다.

일반적 공범

이렇게 타인의 범죄에 가담할 경우, 넓게 보면 모두 “공범(complicity)”이다.

- 1. 형법은 “공범”이라는 표제하에 제30조부터 제34조까지 5개 조항을 뒀다.

형법 제1편 총칙 제2장 죄 제3절 공범[제30조~제34조]

- 2. 형법총칙상 공범 또는 일반적 공범(general complicity) 규정이라 한다.

“임의적(arbitrary) 공범”이라고도 한다.

필수적 공범

출발점: 여럿의 가담

구성요건 자체에서 이미 2인 이상의 참가를 예상하고 규정한 경우도 있다. 예를 들어,

1. 소요죄는 구성요건 자체에 “다중”이 들어 있다.

형법 제115조(소요) 다중이 집합하여 폭행, 협박 또는 손괴의 행위를 한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역이나 금고 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 도박죄는 구성요건 자체가 여럿이 함께 도박하는 것이다. 혼자서 도박을 할 수는 없기 때문이다.

형법 제246조(도박, 상습도박) ① 도박을 한 사람은 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. ...

3. 성매매처벌법위반죄의 구성요건은 성매매 행위다. 성을 파는 행위와 성을 사는 행위는 서로서로 상대방이 되는 것이다.

성매매처벌법 제21조(벌칙) ① 성매매를 한 사람은 1년 이하의 징역이나 300만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료(科料)에 처한다.

성매매처벌법 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “성매매”란 불특정인을 상대로 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수(收受)하거나 수수하기로 약속하고 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 상대방이 되는 것을 말한다.
 - 가. 성교행위
 - 나. 구강, 항문 등 신[체] 일부 또는 도구를 이용한 유사 성교행위

필수적 공범

이처럼 혼자서는 할 수 없고 당연히 여러 명이 해야 하는 범죄를 “필수적 공범(natural complicity)”이라고 한다.

“필수적(必須的) 공범”을 “필요적(必要的) 공범”이라고도 한다. 뉘앙스 차이는 있지만, 대체로 necessary에 해당한다. 기존 학계에서는 “필요적”이라는 용어를 많이 썼다. 그러나 최근 제정하는 법령에서는 “필수적”이라는 용어를 많이 쓴다. 법률용어를 더욱 쉽게 하려는 시도다.

정범과 공범
Principal and Complicity

사건의 진행과정을 장악한 자가 바로 정범이다. - Claus Roxin

용어의 정리

공범 분류

원래 넓은 의미의 공범(complicity)은 다음 두 가지로 나뉜다.

- 1. 정범인 공범(principal complicity)
- 2. 정범 아닌 공범(non-principal complicity): 이것만을 따로 “좁은 의미의 공범”이라고 부른다.

넓은 의미의 공범(complicity in a broad sense) - 정범인 공범 = 좁은 의미의 공범(complicity in a narrow sense)



조문상 명칭

조문상으로는 “공범”은 “넓은 의미의 공범”을 뜻한다. 공범에 관한 조문을 보자.

형법 제1편 총칙 제2장 죄 제3절 공범[제30조~제34조]
1. 정범인 공범도 있다. 예를 들어, 공동정범.
형법 제30조(공동정범) ...
2. 정범 아닌 공범도 있다. 자세한 내용은 곧 배운다.
형법 제31조(교사범) ...
형법 제32조(종범) ...

강학상 명칭

그러나 학계에서는 단지 “공범”이라 하면, 오히려 “좁은 의미의 공범”을 일컫는 경우가 더 많다.

정범

정범 개념

정범(principal)이란? 자기의 범죄를 스스로 하는 자. 일단, 두 가지 방식을 생각할 수 있다.

단독 방식인 정범

- 1. 단독으로 범죄를 저지르는 경우, 그 1명이 정범이다.
- 2. 단독범(sole principal) 또는 단독정범이라 한다.

공동 방식인 정범

- 1. 여럿이 함께 모두 정범이 되기도 한다. 예를 들어, 여럿이서 함께 사문서를 위조했다면 모두 정범이다.
- 2. 이를 공동정범(co-principals)이라 한다.

형법 제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

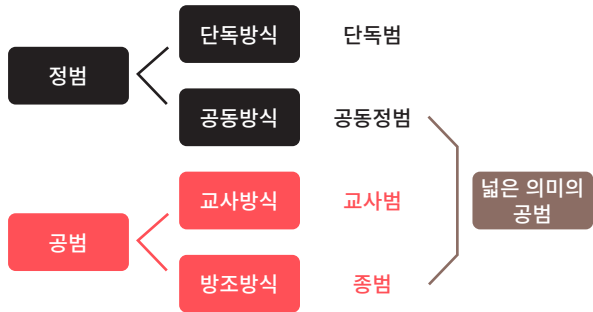
공범

공범 개념

공범(complicity)이란? 타인의 범죄에 가담한 자 중에서, 정범 아닌 자. 즉,

- 1. 정범: 바로 그 “타인(P)”
- 2. 공범: 그렇게 정범에 “가담한 자(P, A)” 중에서, 정범이 아닌 자(A)

공범이 정범에 가담하는 방법에는 다음 2가지 방식이 있다.



교사 방식인 공범

- 1. 교사(instigation)란, 원래 범죄를 하려는 의사가 없었던 타인(정범)을 부추겨서 범죄를 하게 만드는 것이다.
- 2. 교사 방식인 공범으로는, 대표적으로 교사범(instigator)이 있다.

형법 제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

방조 방식인 공범

- 1. 방조(aid and abetment)란, 타인(정범)의 범죄행위를 도와준다거나 강화하는 것이다.

2. 방조 방식인 공범으로는, 대표적으로 종범(accessory)이 있다.

- 형법 제32조(종범)** ① 타인의 범죄를 **방조**한 자는 종범으로 처벌한다.
- ② 종범의 형은 정범의 형보다 감경한다.

정범과 공범의 구별기준

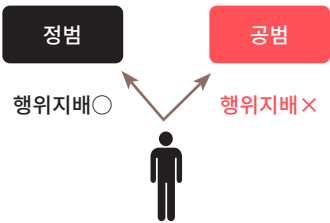
판단 기준

- 1. 행위지배(dominance)가 있는지를 기준으로 한다.
- 2. 행위지배란? 해당 사건의 진행을 장악하는 것을 말한다.

88도1247: 공동정범의 본질은 분업적 역할분담에 [따른] **기능적 행위지배**에 있[다. 그 러]므로 공동정범은 공동의사에 [따른] 기능적 행위지배가 있음에 반하여 종범은 그 행 위지배가 없는 점에서 양자가 구별된다.

적용

- 1. 행위지배가 있는 자 → 사건의 중심인물 → 정범(principal)
- 2. 행위지배가 없는 자 → 사건의 주변인물 → 공범(complicity)



그러나 행위지배란 사실 모호한 개념이다. 실제 사건에서, 행위지배가 있었냐 없었냐를 칼로 무 베듯 딱 잘라 말하긴 어렵다.

사례

2002도995: 보호자가 의학적 권고[가 있었는데도] 치료[가 필요한] 환자의 퇴원을 간청하여 담당 전문의와 주치의가 치료중단 및 퇴원을 허용하는 조치를 취함으로써 환자를 사망에 이르게 [하였다. 이] 행위에 대하여 보호자, 담당 전문의 및 주치의가 부작위에 [따른] 살인죄의 공동정범으로 기소된 사안이다.]

담당 전문의와 주치의에게 환자의 사망이라는 결과 발생에 대한 정범의 고의는 인정된다. 그러나 환자의 사망이라는 결과나 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 저지, 촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어렵다. 따라서 담당 전문의와 주치의에게는] 공동정범의 객관적 요건인 이른바 기능적 행위지배가 흠결되어 있[다. 결국 담당 전문의와 주치의에] 작위에 [따른] 살인방조죄만 성립한다고 한 사례.

[살인죄에 관해, 보호자가 정범이다. 담당 전문의와 주치의는 **정범이 아니라 공범**이다.]

필수적 공범
Natural Complicity

한 손으로만 손뼉을 치면 비록 빠르게 칠지라도 소리가 나지 않는다. - 한비, “한비자”

합동범

개념

합동범(crime requiring on-site cooperation)이란? 구성요건 자체에 2인 이상이 범행현장에서 시간, 장소로 협동하는 것이 필요한 범죄



사례

- 1. 한 명은 망을 보고,
- 2. 다른 한 명은 물건을 훔치면?

모두에게 특수절도죄가 성립한다. 일반 절도죄보다 형량이 높다.

형법 제331조(특수절도) ② 흉기를 휴대하거나 **2명 이상이 합동하여 타인의 재물을 절취한 자도** 제1항의 형[→ 1년 이상 10년 이하의 징역]에 처한다.

취지

- 1. 일반 범죄보다 불법성이 더 높기 때문에,
- 2. 형을 더 높인 취지다.

대향범

개념

- 1. 판매자와 구매자,
- 2. 성매매 남성과 여성,
- 3. 비밀누설자와 비밀취득자처럼,

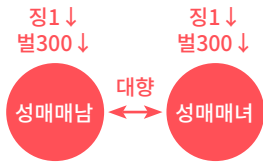
개념 자체에서 서로 마주 보는 방향으로 2인이 함께 행위를 하게 되는 범죄를 대향범(crime requiring opposing parties)이라 한다.



2009도3642: 2인 이상 서로 대향된 행위의 존재[가 필요한] 대향범 ...

대항범 모두를 똑같이 처벌하는 경우

성매매처벌법위반(성매매)죄를 보자. 남녀 모두 똑같이 처벌한다.



- 1. 성매매 남성도 1년 이하 징역 또는 300만 원 이하 벌금 등에 처한다.
- 2. 성매매 여성도 1년 이하 징역 또는 300만 원 이하 벌금 등에 처한다.

성매매처벌법 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 1. “성매매”란 불특정인을 상대로 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수(收受)하거나 수수하기로 약속하고 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 상대방이 되는 것을 말한다.

가. 성교행위

나. 구강, 항문 등 신[체] 일부 또는 도구를 이용한 유사 성교행위

성매매처벌법 제21조(벌칙) ① 성매매를 한 사람은 1년 이하의 징역이나 300만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료(科料)에 처한다.

이처럼 양쪽 모두를 처벌하는 것을 쌍벌주의라 한다.

대항범 모두를 처벌하되, 법정형이 다른 경우

뇌물이 오간 경우를 보자. 준 사람보다 받은 사람을 더 세게 처벌한다.



- 1. 뇌물수수죄는 법정형이 “5년 이하 징역 또는 10년 이하 자격정지” 및 “수뢰액의 2배 이상 5배 이하 벌금” 병과다.

형법 제129조(수뢰, 사전수뢰) ① 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

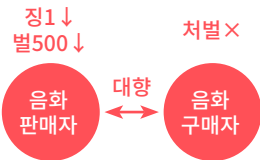
특정범죄가중법 제2조(뇌물죄의 가중처벌) ② 「형법」 제129조...에 규정된 죄를 범한 사람[공무원 또는 중재인]은 그 죄에 대하여 정한 형...에 수뢰액의 2배 이상 5배 이하의 벌금을 병과(併科)한다.

- 2. 뇌물공여죄는 법정형이 5년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금이다.

형법 제133조(뇌물공여등) ① 제129조...에 기재한 뇌물을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시한 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

대항범 중 일방만을 처벌하는 경우

음화판매 경우, 파는 사람과 사는 사람이 있다. 그러나 판매자만을 처벌한다.



1. 판매자에 대한 처벌규정은 있다.

형법 제243조(음화반포등) 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 **반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영**한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 그러나 구매자에 대한 처벌규정은 없다.

대항범 중 일방만 처벌하는 경우를 **일벌주의**라 한다.

주의: 부진정 대항범

1. 진정(pure) 대항범: 조문상 구성요건을 실행하려면 반드시 대항범 형태여야 하는 경우. 즉, 진정 대항범은 필수적 공범이다.

2020도7866: [대항범] 법리는 해당 처벌규정의 **구성요건 자체에서 2인 이상의 서로 대향적 행위의 존재가 필요한 필[수]적 공범인** 대항범을 전제로 한다.

예: 앞서 든 대항범 사례들 모두 진정 대항범이다.

2. 부진정(impure) 대항범: 조문상 단독범 형태로도 구성요건을 실행할 수 있지만, 해당 사건에서 대항범 형태로 실행한 경우. 즉, 부진정 대항범은 필수적 공범이 아니다. 일반적 공범이다.

2020도7866: **구성요건상으로는 단독으로 실행할 수 있는 형식**으로 되어 있[다. 그런] 데 단지 구성요건이 대항범의 형태로 실행되는 경우[가 있다. 이런 경우]에도 대항범에 관한 법리가 적용된다고 볼 수는 없다.

예: 마약류 판매대금 수익을 은닉하는 행위는 판매상 혼자서도 할 수 있다. 그러므로 해당 범죄는 원래 단독범이다. 그런데 만약 판매상이 구매자의 도움을 받아 은닉했다면? 대향적 행위지만, 필수적 공범은 아니다. 부진정 대항범이다.

마약거래방지법 제7조(불법수익등의 은닉 및 가장) ① 마약류범죄의 발견 또는 불법수익등의 출처에 관한 수사를 방해하거나 불법수익등의 몰수를 회피할 목적으로 **불법수익등의 성질, 소재(所在), 출처** 또는 귀속(歸屬) 관계를 **숨기거나 가장(假裝)**한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

2020도7866: 대마를 매수하면서 매매대금을 대포통장에 입금[한 사안이다.] ... 마약거래방지법 제7조 제1항에서 정한 ‘불법수익 등의 출처 또는 귀속관계를 숨기거나 가장하는 행위’는 **처벌규정의 구성요건 자체에서** 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하지 않[는다.]

처벌과의 관계

개념

필수적 공범이란, 범죄가 성립하려면 서로서로 필요한 관계다. 즉,

1. 관계(relation) 문제일 뿐,
2. 처벌(punishment) 문제가 아니다.

예를 들어,

1. 필수적 공범이라도, 구성요건상 일방만 처벌하는 경우가 있다(일벌주의).
2. 쌍벌주의 경우라도, 일방만 처벌하는 경우가 있다. 사실관계상 일방만 범죄가 성립하는 경우다. 즉, 다른 일방에게 구성요건 해당성이 없거나, 위법성, 책임이 깨지는 경우다.
3. 더 나아가 쌍벌주의로 쌍방 모두 범죄가 성립하는 경우라도, 일방만 처벌하는 경우가 있다. 검사가 일방만 기소할 수도 있기 때문이다.

구성요건 자체가 일방만 처벌하는 사례(일벌주의)

범인을 은닉하는 경우, 은닉 받은 사람(범인)과 은닉해 주는 사람 모두 필요하다.

1. 그런데 은닉해 주는 사람은 범인은닉죄로 처벌하지만,

형법 제151조(범인은닉과 친족간의 특례) ① 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉...한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 은닉 받은 사람(범인)은 처벌 규정이 없다.

은닉 결과(result) 측면만 보면, 은닉해 주는 사람보다 은닉 받은 범인을 더 봐 줄 이유가 없다. 그러나 은닉 행위(conduct) 측면을 고려해, 범인을 은닉으로는 처벌하지 않는다.

사실관계상 일방에게만 범죄가 성립하는 사례

배임수재죄는 “부정한 청탁을 받을 것”을, 배임증재죄는 “부정한 청탁을 할 것”을 각각 구성요건요소로 한다.

형법 제357조(배임수증재) ① 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다[→ 배임수재죄].

② **제1항**의 재물 또는 재산상 이익을 공여한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다[→ 배임증재죄].

1. 수재자는 부정한 청탁을 받았지만,
2. 증재자는 부정한 청탁을 하지 않았다면?

그러면 수재자만 배임수재죄로 처벌한다.

90도2257: 형법 제357조 제1항의 배임수재죄와 같은 조 제2항의 배임증재죄는 통상 필[수]적 공범의 관계에 있다. 그렇[기]는 하나 이것은 반드시 수재자와 증재자가 같이 처벌받아야 하는 것을 의미하는 것은 아니[다]. 즉, 증재자에게는 정당한 업무에 속하는 청탁이라도 수재자에게는 부정한 청탁이 될 수도 있는 것이다.

일방만 기소하는 사례

검사는 공소제기 여부에 재량권을 가진다.

2010도9349: 검사에게는 범죄의 구성요건에 해당하는 경우에 피의자의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등의 사함을 참작하여 공소를 제기할 것인지의 여부를 결정할 수 있는 재량권이 부여되어 있다. 위와 같은 재량권의 행사에 따른 공소의 제기는 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 인정되지 않는 이상 공소권을 남용한 경우에 해당한다고 할 수 없다.

따라서 사정을 고려해, 필수적 공범 중

1. 일방만 기소하고,
2. 다른 일방은 불기소(기소유예)할 수도 있다.

2010도9349: 어떤 사람에 대하여 공소가 제기된 경우 그 공소가 제기된 사람과 동일하거나 다소 [무거운] 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였[는데도] 불기소된 사람이 있다[고 하자. 그러한] 사유만으로는 그 공소의 제기가 평등권 내지 조리에 반하는 것으로서 공소권 남용에 해당한다고 할 수 없[다.]

경우에 따라, 일방만 기소하는 것이 공소권 남용으로서 위법할 수도 있다.

99도577: 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보[이]는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있다. 그런데 여기서 자의적인 공소권의 행사[란] 단순히 직무상의 과실에 [따른] 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다.]

연습문제1

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 31.] X 건설회사의 공동대표인 甲과 乙은 공무원 A에게 뇌물을 제공하여 관공사를 수주하기로 공모한 다음 A에게 시가 2,000만 원 상당의 자동차와 현금 2,000만 원을 공여하였는데, 다만 자동차에 대한 등록명의로는 X 건설회사 앞으로 하였다. ...

이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 뇌물공여죄와 뇌물수수죄는 필[수]적 공범의 관계에 있고, 뇌물공여죄가 성립하기 위하여는 뇌물을 공여하는 행위와 상대방 측에서 금전적으로 가치가 있는 그 물품 등을 받아들이는 행위가 필요하므로, A의 뇌물수수죄가 성립되지 않는다면 甲과 乙의 뇌물공여죄도 성립하지 않는다.
-

연습문제2

2022년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 37.] 필[수]적 공범에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 필[수]적 공범이라는 것은 법률상 범죄의 실행이 다수인의 협력[이 필요한] 것을 가리키는 것으로서 이러한 범죄의 성립에는 행위의 공동[이 필요한] 것에 불과하고 반드시 협력자 전부가 책임이 있음[이 필요한] 것은 아니다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 11.] 행위불법과 결과불법에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ③ 「형법」에서 범인을 숨겨 주는 행위를 처벌하는 것과 달리 범인 자신이 스스로 숨는 행위를 처벌하지 않도록 한 것은 행위불법 측면보다 결과불법 측면을 중시한 것이다.

형법총칙상 공범 규정의 적용

Application of General Provisions on Complicity

실제로는 아무도 양자물리학에서 고전물리학을 유도하지 않는다.
상황에 따라 둘 중 한 가지만 사용할 뿐이다. - Roger Penrose

형법총칙상 공범 규정

규정 취지

- 1. 단독범으로 행할 범죄를
- 2. 여럿이 할 경우를 해결하기 위해,
- 3. 형법총칙에
- 4. 공범의 처리 규정을 두었다.

형법 제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

형법 제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

- ② 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.
- ③ 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하지 아니한 때에도 교사자에 대하여는 전항과 같다.

형법 제32조(중범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 중범으로 처벌한다.

- ② 중범의 형은 정범의 형보다 감경한다.

형법 제33조(공범과 신분) 신분이 있어야 성립되는 범죄에 신분 없는 사람이 가담한 경우에는 그 신분 없는 사람에게는 제30조부터 제32조까지의 규정을 적용한다. 다만, 신분 때문에 형의 경중이 달라지는 경우에 신분이 없는 사람은 무거운 형으로 벌하지 아니한다.

형법 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 ... 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 [따라] 처벌한다.

- ② 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.

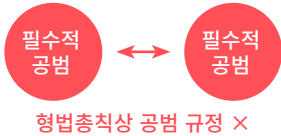
일반적 공범 사이

일반적 공범 사이에는 형법총칙 공범규정을 그대로 적용하면 된다.



필수적 공범 사이

필수적 공범은 구성요건 자체에서 원래 여러 명이 범죄를 행한다. 따라서 필수적 공범 사이(the internal)에는 일반적 공범 규정을 그대로 적용할 수가 없다.



필수적 공범 사이

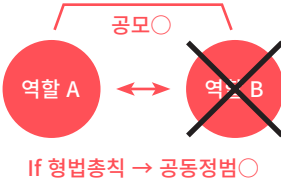
합동범 사이

합동범(crime requiring on-site cooperation) 사이에는 위 규정을 그대로 적용할 수 없다. 예를 들어, A, B 2명이 절도를 공모하고 준비했는데, 현장에는 A 1명만 나가 절도를 했다고 하자.

- 1. 원래 2인이 합동해 절도하면 합동범으로서 공범이다. 합동이란, “현장에서” 분업해 범행하는 걸 말한다.

형법 제331조(특수절도) ② 흉기를 휴대하거나 2명 이상이 합동하여 타인의 재물을 절취한 자도 제1항의 형에 처한다.

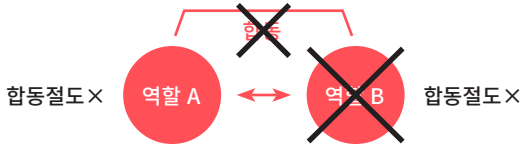
- 2. 원래 형법총칙상 공동정범 규정인 형법 제30조에 따르면, 2인 이상이 공동해 범죄를 저지르면 공동정범으로서 공범이 된다. “공모(conspiracy)만 해도” 공동(co)으로 본다. 그렇다면, A, B 2명 모두 반드시 현장에 있을 필요는 없을 것만 같다.



형법 제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

83도3120: 공동정범의 경우에 ... 공모한 후 공범자 중의 1인이 설사 범죄실행에 직접 가담하지 아니하였다 하더라도 다른 공모자가 분담 실행한 공모자가 실행한 행위에 대하여 공동정범의 책임이 있다.]

- 3. 그럼에도, 실제로는 사례에서 A, B에게 합동범이 성립하지 않는다. 즉, 공모만 했을 뿐, 만약 현장에서 분업을 하지 않았다면, 합동범(특수절도)이 될 수 없다. 공모와 합동(on-site joint commission)은 다르기 때문이다.



98도321전합: 2인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 1인의 범인만이 단독으로 절도의 실행행위를 한 경우에는 합동절도의 객관적 요건을 갖추지 못[했다.] 합동절도가 성립할 여지가 없다.]

단순 절도죄는 성립한다. A, B 2명이 단순 절도죄로는 공동정범이 될 수 있다. 이따가 “공동정범” 부분에서 자세히 보자.

대항범 사이

대항범(crime requiring opposing parties) 사이에도 마찬가지로 형법총칙상 공범 규정을 적용할 수 없다. 예를 들어, 비밀누설을 하면 처벌하는 세무사법조항을 보자.

- 1. 비밀을 누설한 사람과 누설받은 사람은 대항범으로서 공범이다.

형법 제127조(공무상 비밀의 누설) 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 [따른] 직무상 비밀을 누설한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.

2009도3642: 변호사 사무실 직원인 피고인 甲이 법원공무원인 피고인 乙에게 부탁하여, 수사 중인 사건의 체포영장 발부자 53명의 명단을 누설받[았다.] 피고인 乙이 직무상 비밀을 누설한 행위와 피고인 甲이 이를 누설받은 행위는 대항범 관계에 있[다.]

수사지휘서 내용을 알려주는 것도 공무상비밀누설죄가 될 수 있다.

2024도8067: 경찰관인 피고인이 경찰서 청문감사관으로 재직 중 해당 경찰서 수사과 직원으로부터 피고인의 아들 甲이 고소당한 사건 기록을 건네받[았다.] 그리고 검사의 수사지휘서 등을 열람, 확인한 후 甲에게 전화하여 ‘수사지휘서에 구속 이야기가 없다. 구속될 일 없으니 걱정하지 마라.’고 말해 주어 공무상 비밀을 누설하였다는 내용으로 기소된 사안[이다.]

수사지휘서의 내용이 외부에 알려질 경우 甲 등은 수사기관에서 현재 범죄사실을 어느 정도 파악하고 있는지, 해당 사안을 얼마나 무겁게 여기고 있는지 추측하고 그에 맞추어 수사에 대응하는 등의 방법으로 수사기관의 범죄수사 기능에 장애를 초래할 위험이 있[다.] 또한 피고인이 소속 경찰서에서 자신의 아들에 대한 수사를 진행 중인 상황에서 해당 사건 기록을 건네받아 수사지휘서의 내용을 확인한 다음 그 내용을 아들에게 알려준 것은 그 자체로 수사의 공정성과 신뢰성을 훼손함으로써 적정한 형벌권 실현에 지장이 생길 우려도 있[다](→ 공무상비밀누설죄○).]

2. 원래 형법총칙상 공동정범 규정인 형법 제30조에 따르면, 모두 같은 형으로 처벌한다. 그러면, 둘 다 같은 형으로 처벌하는가?



형법 제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

3. 그럼에도, 실제로는 모두 같은 형으로 처벌하지 않는다. 즉, 비밀을 누설한 사람만 처벌할 뿐, 누설받은 사람은 처벌하지 않는다. 왜냐하면 두 사람 사이에는 형법 제30조 규정을 적용할 수 없기 때문이다.



2009도3642: [위 사안에서 甲, 乙은] 대항범 관계에 있으므로 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다. 그런데도] 피고인 甲의 행위가 공무상비밀누설교사죄에 해당한다고 본 원심판단에 법리오해의 위법이 있[다.]

주의: 부진정 대항범

방금 본 “대항범”은 진정 대항범, 즉 필수적 공범인 대항범을 뜻한다. 부진정 대항범은 필수적 공범이 아니라서, 다르게 봐야 한다. 그 결과,

- 1. 진정 대항범(= 필수적 공범) 사이: 형법총칙상 공범 규정 적용 ×
- 2. 부진정 대항범(= 일반적 공범) 사이: 형법총칙상 공범 규정 적용 ○

2020도7866: [대항범] 법리는 해당 처벌규정의 구성요건 자체에서 2인 이상의 서로 대항적 행위의 존재[가 필요한] 필[수]적 공범인 대항범[→ 진정 대항범]을 전제로 한다. 구성요건상으로는 단독으로 실행할 수 있는 형식으로 되[었]는데 단지 구성요건이 대항범의 형태로 실행되는 경우[→ 부진정 대항범]에도 대항범에 관한 법리가 적용된다고 볼 수는 없다.

예: 마약류 판매대금 수익을 은닉하는 범죄는 부진정 대항범이다. 즉, 필수적 공범이 아니다. 따라서 형법총칙상 공범 규정을 적용한다.

마약거래방지법 제7조(불법수익등의 은닉 및 가장) ① 마약류범죄의 발견 또는 불법수익등의 출처에 관한 수사를 방해하거나 불법수익등의 물수를 회피할 목적으로 불법수익등의 성질, 소재(所在), 출처 또는 귀속(歸屬) 관계를 숨기거나 가장(假裝)한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

2020도7866: 마약거래방지법 제7조 제1항에서 정한 ‘불법수익 등의 출처 또는 귀속관계를 숨기거나 가장하는 행위’는 처벌규정의 구성요건 자체에서 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하지 않[는다(→ 부진정 대항범이다). 그러]므로 정범의 이러한 행위에 가담하는 행위에는 **형법 총칙의 공범 규정이 적용된다**.

소결



연습문제1

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 17.] 공범에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ② 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 요구하는 관계인 금품 수수에서 금품 공여자에 대한 처벌규정이 없다면, 금품 공여자의 행위에만 관여하여 그 공여 행위를 교사, 방조한 자는 금품 수수자의 범행에 대하여 공범이 되지 않는다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 2.] 공범에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ② 대항범에 대하여 공범에 관한 형법 총칙 규정이 적용될 수 없다는 법리는 필[수]적 공범인 대항범뿐만 아니라 구성요건상으로는 단독으로 실행할 수 있는 형식으로 되어 있는데 단지 구성요건이 대항범의 형태로 실행되는 경우에도 적용된다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

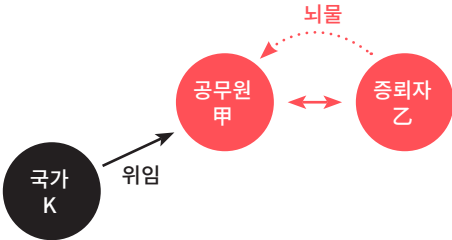
- [문 40.] ○○경찰서 청문감사관으로 재직 중인 甲은 乙의 부탁을 받고, 같은 경찰서 수사과 직원으로부터 乙이 사기 혐의로 고소당한 사건 기록을 건네받아 乙에 대한 구속 영장 신청 등 신병처리에 관한 내용이 없는 사실 등을 열람, 확인한 후 乙에게 전화하여 ‘사건 기록에 구속 이야기가 없다. 구속될 일 없으니 걱정하지 말라’고 말해 주었다. ... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 甲의 행위는 공무상비밀누설죄에 해당한다.
 - ② 乙의 행위는 공무상비밀누설교사죄에 해당하지 아니한다.

필수적 공범의 외부 가담자

기초 개념: 뇌물수수죄와 배임수재죄

공무원 甲이, 국가 K의 신임을 깨고, 乙로부터,

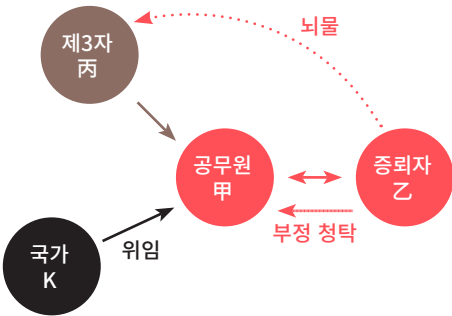
- 1. 자기 甲 앞으로 뇌물을 받으면 (기본) 뇌물수수죄 ← 부정 청탁 필요×



형법 제129조(수뢰...) ① 공무원[甲]...이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수...한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

형법 제133조(뇌물공여 등) ① 제129조부터 제132조까지[㉠ 제129조]에 기재한 뇌물을 ... 공여...한 자[乙]는 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

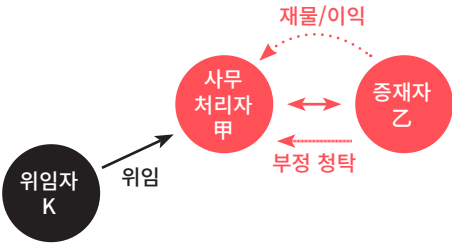
- 2. 제3자 丙 앞으로 뇌물을 지급하게 만들면 제3자뇌물수수죄 ← 부정 청탁 필요○



형법 제130조(제삼자뇌물제공) 공무원[甲]...이 그 직무에 관하여 **부정한 청탁**을 받고 제3자[丙]에게 뇌물을 공여하게 ...한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

형법 제133조(뇌물공여 등) ① 제129조부터 제132조까지[㉠ 제130조]에 기재한 뇌물을 ... 공여...한 자[乙]는 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

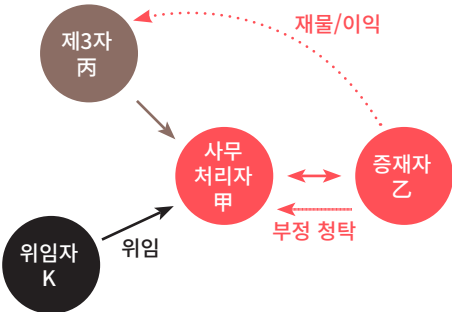
사무처리자(민간인) 甲이, 위임자 K의 신임을 깨고, 乙로부터,
1. 자기 甲 앞으로 재물/이익을 받으면 (기본) 배임수재죄 ← 부정 청탁 필요○



형법 제357조(배임수증재) ① 타인[K]의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득...한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.
② 제1항의 재물 또는 재산상 이익을 공여한 자[乙]는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

(기본) 배임수재죄/배임증재죄는 뇌물수수죄/뇌물공여죄의 민간 버전이라 생각하면 된다.

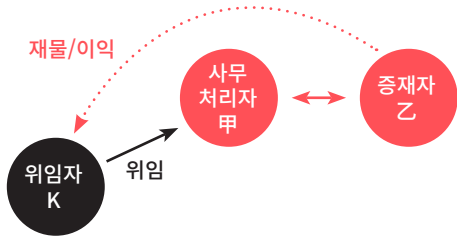
2. 제3자 丙 앞으로 재물/이익을 지급하게 만들면 (제3자 취득형) 배임수재죄 ← 부정 청탁 필요○



형법 제357조(배임수증재) ① 타인[K]의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 ... 제3자[丙]로 하여금 이를 취득하게 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.
② 제1항의 재물 또는 재산상 이익을 공여한 자[乙]는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

(제3자 취득형) 배임수재죄/배임증재죄는 제3자뇌물수수죄/뇌물공여죄의 민간 버전이라 생각해도 된다.

만약 재물/이익 받은 사람이 위임자 K라면?



2019도17102: 신문사[K] 기자인 피고인들[甲]이 [乙로부터] 홍보성 기사를 작성해 달라는 부정한 청탁을 받고 각 소속 신문사[K]로 하여금 [돈]을 취득하게 [한 사건이다.] 보도의 대상이 되는 자[乙]가 언론사[K] 소속 기자[甲]에게 소위 ‘유료 기사’ 게재를 청탁하는 행위는 사실상 ‘광고’를 ‘언론 보도’인 것처럼 가장하여 달라는 것이다. 이는 언론 보도의 공정성 및 객관성에 대한 공공의 신뢰를 저버리는 것이다. 그러므로 배임수재죄의 부정한 청탁에 해당 [하기는 한다.]

1. 사무처리자 甲이 돈 받은 건 아니므로 → (기본) 배임수재죄×

2019도17102: 배임수재죄의 행위주체[甲]가 재물 또는 재산상 이익을 취득하였는지는 증거[로] 인정된 사실에 대한 규범적 평가의 문제[다.] ... 부정한 청탁에 따른 재물이나 재산상 이익이 외형상 사무처리를 위임한 타인[K]에게 지급된 것으로 보[인다고 하자. 그렇]더라도 사회통념상 그 타인[K]이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 부정한 청탁을 받은 사람[甲]이 직접 받은 것과 동일하게 평가할 수 있는 경우에는 배임수재죄가 성립될 수 있다.

[사안에서,] 위 [돈]이 피고인들 본인[甲]...에게 사실상 귀속되었다고 평가할 만한 사정이 없[다.]

2. 위임자 K를 제3자라 할 수 없으므로 → 제3자 취득형 배임수재죄×

2019도17102: 피고인들[甲]이 속한 각 소속 언론사[K]는 사무처리를 위임한 자에 해당 [한다.] 제357조 제1항[에서 말하는] ... ‘제3자’에는 다른 특별한 사정이 없는 한 사무처리를 위임한 타인[K]은 포함되지 않는[다.]

[사안에서,] 위 [돈]이 ... 사무처리를 위임한 자[K]가 아닌 제3자에게 사실상 귀속되었다고 평가할 만한 사정[도] 없[다.]

총칙상 공범 규정 적용 가능

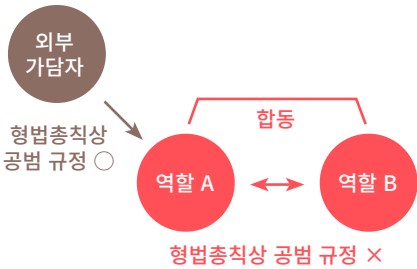
- 1. 제3자가 필수적 공범에 가담하는 경우, 그를 외부 가담자(the external)라 한다.
- 2. 외부 가담자에게는 총칙상 공범 규정을 적용한다.

합동범의 외부 가담자

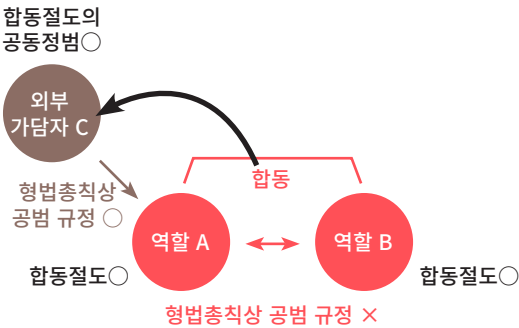
합동관계에 있지 않은 자가 합동관계에 있는 자들에 가담한 경우다. 그 외부 가담자는 총칙상 공범 규정의 적용을 받는다.

98도321전합: 3인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인이 범행 현장에서 시간[, 장소로] 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 [사안이다.]

1. 원래 합동범 구성요건 조항은 외부자의 관여까지 당연히 예정한 것은 아니다. 따라서 합동범 조항만으로는 처리할 수 없다. 외부자에게는 총칙상 공범 규정을 적용한다.



2. 따라서 합동관계에 있지 않은 사람이 합동범에 가담할 경우, 그 외부 가담자에게는 합동범이 성립할 수 있다.



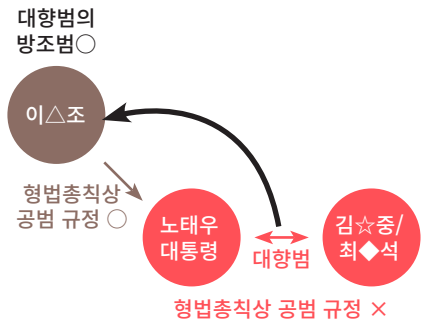
98도321전합: 공동정범의 일반 이론에 비추어 그 공모에는 참여하였으나 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인[C]에 대하여도 [다음과 같이 처리한다.] 그[C]가 현장에서 절도 범행을 실행한 위 2인 이[상] 범인[A, B]의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있다고 보[이]는 한 그 다른 범인[C]에 대하여 합동절도의 공동정범 성립을 부정할 이유가 없[다.]

대향범의 외부 가담자

대향관계에 있지 않은 자가 대향관계에 있는 자들에 가담한 경우다. 그 외부 가담자는 총칙상 공범 규정의 적용을 받는다.

1. 역시 이러한 가담을 대향범의 구성요건 조항 자체가 당연히 예정한 것은 아니다. 따라서 대향범 조항만으로는 처리할 수 없다. 외부자에게는 총칙상 공범규정을 적용한다.

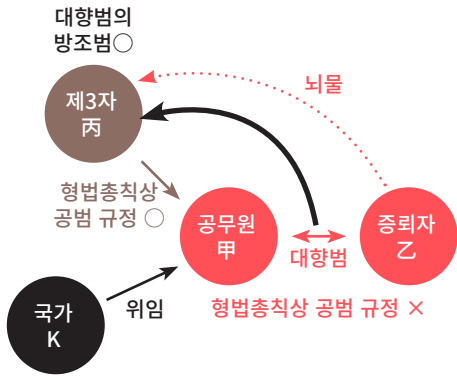
2. 대항관계에 있지 않은 사람이라도, 대항법에 가담하면 처벌받을 수 있다.



96도3377전합: 피고인 김☆중, 최◆석이 대통령직에 있던 공소의 노태우에게 뇌물을 공여하고, 피고인 이△조가 대통령직에 있던 ... 위 노태우의 각 뇌물수수를 방조하였다는 사실을 유죄로 인정[해야 한다.]

예를 들어,

1. 제3자뇌물수수죄에서 “제3자”는 외부 가담자에 해당한다. 따라서 “제3자”는 총칙상 공범 규정의 적용을 받는다.

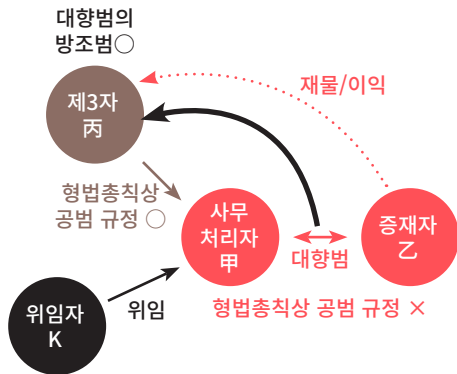


형법 제130조(제삼자뇌물제공) 공무원[甲]...이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자[丙]에게 뇌물을 공여하게 ...한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격 정지에 처한다.

형법 제133조(뇌물공여 등) ① 제129조부터 제132조까지에 기재한 뇌물을 ... 공여...한 자[乙]는 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2016도19659: 제3자뇌물수수죄에서 제3자란 행위자와 공동정범 이외의 사람을 말하고, 교사자나 방조자도 포함될 수 있다. 그러므로 [다음과 같다.] 공무원[甲]...이 부정한 청탁을 받고 제3자[丙]에게 뇌물을 제공하게 하고 제3자[丙]가 그러한 공무원[甲]...의 범죄행위를 알면서 방조[했다. 이] 경우에는 그에 대한 별도의 처벌규정이 없더라도 방조범에 관한 형법총칙의 규정이 적용되어 제3자뇌물수수방조죄가 인정될 수 있다.

2. 제3자 취득형 배임수재죄에서 “제3자”도 외부 가담자에 해당한다. 따라서 “제3자”도 총칙상 공범 규정의 적용을 받는다.

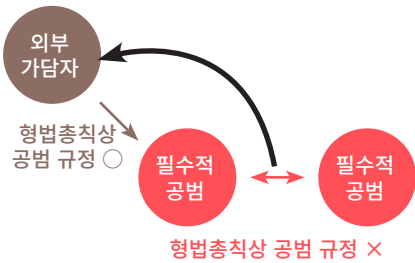


형법 제357조(배임수증재) ① 타인[K]의 사무를 처리하는 자[甲]가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자[丙]로 하여금 이를 취득하게 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.
② 제1항의 재물 또는 재산상 이익을 공여한 자[乙]는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 물론, 처벌받지 않는 대항범에 가담하면, 처벌받지 않는다. 범죄가 아닌 것을 도와준 셈이기 때문이다.

예: 음화를 매수했다고 처벌받는 건 아니다. 따라서 음화를 매수하라고 시키거나 도와준 사람도 처벌받지 않는다.

소결



연습문제1

2022년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 37.] 필[수]적 공범에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 금품 등의 수수와 같이 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재[가 필요한] 관계[에서]는 금품 등을 공여한 자에게 따로 처벌규정이 없는 이상, 금품을 공여한 자의 행위에 대하여만 관여하여 그 공여행위를 교사하거나 방조한 행위는 상대방의 범행에 대하여 공범관계가 성립되지 아니한다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 8.] 다음 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 공무원 또는 중재인이 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 제공하게 하고 제3자가 그러한 공무원 또는 중재인의 범죄행위를 알면서 방조한 경우에는 그에 대한 별도의 처벌규정이 없더라도 방조범에 관한 형법총칙의 규정이 적용되어 제3자뇌물수수방조죄가 인정될 수 있다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 34.] ... 사법경찰관 P는 ‘압수할 물건’에 “정보처리장치(컴퓨터, 노트북, 태블릿 등) 및 정보저장매체(USB, 외장하드 등)에 저장되어 있는 전자정보”로 기재된 압수, 수색 영장으로 甲의 휴대전화와 원격지 서버에 저장된 이메일을 압수하였다. 이 사례에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 乙에게 사실상 광고를 언론보도인 것처럼 기사 게재를 청탁하였더라도 그 내용이 객관적 사실과 부합하면, 이러한 청탁은 배임수재죄의 ‘부정한 청탁’에 해당하지 않는다.
- ㄴ. B신문사는 乙과의 관계에서 사무처리를 위임한 자에 해당할 뿐 배임수재죄의 ‘제3자’에 해당한다고 볼 수 없다.

공범의 종속성 이론
Theory of the Dependence

입술이 없으면 이가 시리다. - “춘추좌씨전”

종속성

개념

공범 성립은 정범 성립에 종속한다. 공범은 정범에 가담하는 것에 불과하다. 따라서,



- 1. 만약 정범이 구성요건에 해당하는 실행행위로 나가지도 않았다면
- 2. 공범도 성립할 수가 없다.

사례

18세의 남녀가 합의하고 성관계하는 것은 범죄가 아니다. 그러므로 18세의 남녀 간 성관계를 교사하거나 방조한 사람 역시 처벌받지 않는다.

소결

- 1. 정범 성립을 먼저 검토하고,
- 2. 그다음에 공범 성립을 검토해야 한다.

서술형 답안에서, 특별한 사유 없이 위 순서를 지키지 않는다면? 공범론의 기본 체계를 모르는 것으로 간주될 수 있다. 즉, 대폭 감점을 받을 수 있다.

범죄론

복습: 범죄 개념

- 1. 구성요건에 해당하는 행위로서,
- 2. 위법성이 깨지지 않고,
- 3. 책임이 깨지지 않는 것

복습: 구성요건 해당성

구성요건 해당성이 인정되면 → 위반행위(offense)

- 1. 미혼 성인남녀가 합의하고 성관계를 갖는 것은,
- 2. 위반행위가 아니다.
- 3. 구성요건 해당성이 없다(not offense).

복습: 위법성

위법성이 깨지지 않으면 → 나쁜 짓(wrong), 즉 불법

1. 정당방위라면,
2. 나쁜 짓이 아니다.
3. 위법성이 없다(not wrong).

복습: 책임

책임이 깨지지 않으면 → 못된 짓(blaming), 즉 범죄

1. 강요된 행위였다면,
2. 못된 놈이 아니다.
3. 책임이 없다(not blaming).

종속성의 정도

머리에

공범이 정범에 종속하는 정도는 나라와 시대마다 다르게 봤다. 법에서 정하기 나름이다. 어떤 방식이 있을까? 다음 3가지 방식을 생각해 볼 수 있다.

구성요건 종속 방식

“정범이 구성요건에 해당하기만 하면, 공범이 성립할 수 있다.”

구성요건

공범

1. 구성요건 해당성이 없는 경우 → 공범 성립 불가능
2. 구성요건 해당성은 있지만, 위법성이 없는 경우 → 공범 성립 가능
3. 구성요건 해당성, 위법성은 있지만, 책임이 없는 경우 → 공범 성립 가능

위법 종속 방식

“정범이 위법성까지 인정되어야, 공범이 성립할 수 있다.” 이에 따르면, 정범 행위가 불법이어야 공범이 성립할 수 있다.

“제한 종속 형식”이라고도 부른다.

구성요건 + 위법성

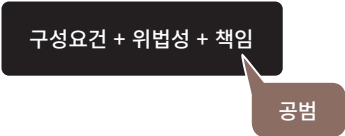
공범

- 1. 구성요건 해당성이 없는 경우 → 공범 성립 불가능
- 2. 구성요건 해당성은 있지만, 위법성이 없는 경우 → 공범 성립 불가능
- 3. 구성요건 해당성, 위법성은 있고, 책임만 없는 경우 → 공범 성립 가능

범죄 종속 방식

“정범이 위법성은 물론 책임까지 인정되어야, 비로소 공범이 성립할 수 있다.” 이에 따르면, 정범의 행위가 범죄여야 공범이 성립할 수 있다.

“극단 종속 형식”이라고도 부른다.



- 1. 구성요건 해당성이 없는 경우 → 공범 성립 불가능
- 2. 구성요건 해당성은 있지만, 위법성이 없는 경우 → 공범 성립 불가능
- 3. 구성요건 해당성, 위법성은 있지만, 책임이 없는 경우 → 공범 성립 불가능

소결

- 1. 구성요건 종속 방식에 따를 때 공범 성립 범위가 가장 넓다.
- 2. 위법 종속 방식에 따를 때 공범 성립 범위가 적당하다.
- 3. 범죄 종속 방식에 따를 때 공범 성립 범위가 가장 좁다.

	구성요건 종속 방식	위법 종속 방식	범죄 종속 방식
성관계를 방조	방조범 ×	방조범 ×	방조범 ×
정당방위를 방조	방조범 ○	방조범 ×	방조범 ×
강요된 행위를 방조	방조범 ○	방조범 ○	방조범 ×
범죄행위를 방조	방조범 ○	방조범 ○	방조범 ○
공범 성립 범위	가장 넓음	절충	가장 좁음

구성요건 종속 방식의 한계

사례 제시

강도에 대항하여 부득이 강도를 폭행한 A가 있다. 그때 B가 A의 폭행을 도와줬다. B를 처벌해야 하는가?

구성요건 종속 방식의 결론

구성요건 종속 방식에 따르면,

- 1. 정범 A에게 폭행죄의 구성요건 해당성이 인정되는 이상,
- 2. 공범 B는 처벌받는다.

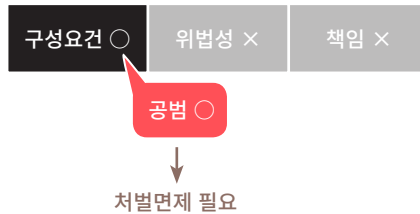
구성요건 종속 방식의 문제점

1. 그러나 상식적으로 강도 잡은 시민을 도와준 사람을 칭찬하면 칭찬했지, 이를 처벌하는 것은 부당하다.
2. B는 사회 전체적으로 불법(unlawfulness)을 감소시켰기 때문이다.
3. 따라서 구성요건 종속 방식에는 모순이 있다.

특칙의 필요성

따라서 구성요건 종속 방식을 채택한다면, 다음 특칙을 마련해야 정당하다.

1. 정범의 위법성이 조각될 경우에는,
2. 그에 가담한 공범의 처벌을 면제할 것.



범죄 종속 방식의 한계

사례 제시

책임능력이 없을 정도로 증세가 심한 정신병자 A의 살인행위를 B가 도와줬다고 하자. 이때 B를 처벌해야 하는가?

범죄 종속 방식의 결론

다른 종속 방식들에 따르면 이런 사례에서 모두 공범 성립을 인정한다. 그러나 범죄 종속 방식에 따르면 그렇지 않다. 즉,

1. 정범 A에게 범죄가 성립하지 않는 이상,
2. 공범 B는 처벌받지 않는다.

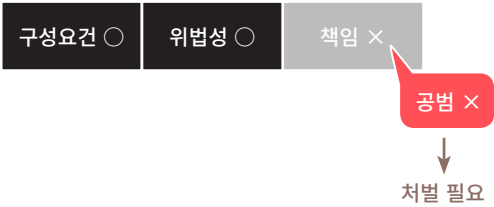
범죄 종속 방식의 문제점

1. 그러나 이러한 결과는 부당하다. A의 책임능력이 없어 A를 비난할 수는 없더라도, B는 비난받아 마땅하기 때문이다. 어떻게 보면 B는 정상인의 살인을 도와준 것보다 더 못된 짓을 저지른 셈이다.
2. 사회 전체적으로 불법(unlawfulness)이 증가했다. B 자신에게는 책임이 면제될 사유도 없다. 따라서 공범 B를 처벌하지 않는 것은 부당하다.
3. 따라서 범죄 종속 방식에는 이러한 모순이 있다.

특칙의 필요성

따라서 범죄 종속 방식을 채택한다면, 다음 특칙을 마련해야 정당하다.

- 1. 정범의 범죄가 성립하지 않을 경우에는,
- 2. 그에 가담한 공범을 처벌할 것.



위법 종속 방식의 우월성

머리에

앞서 본 2가지 사례가 위법 종속 방식에서는 어떻게 처리되는지 보자.

강도에 대항하는 것을 도와준 사례

강도에 대항해 폭행한 A를 도와준 B는 처벌받지 않는다.

- 1. 정범의 행위에 위법성이 없으므로,
- 2. 공범이 성립할 수 없기 때문이다.

심한 정신병자의 살인을 도와준 사례

심한 정신병자 A의 살인을 도와준 B는 처벌을 받는다.

- 1. 정범의 행위에 위법성이 있으므로,
- 2. 공범이 성립할 수 있기 때문이다.

특칙의 필요성

- 1. 2가지 경우 모두, 위와 같은 결론은 상식적으로 정당하다.
- 2. 따라서 위법 종속 방식에서는, 굳이 구성요건 종속 방식이나 범죄 종속 방식에서와 같은 특칙들을 따로 둘 필요가 없다.

결론

이상적 목표

공범론은 다음 결과를 추구한다.

- 1. 불법은 연대(solidarity)
- 2. 책임은 개별(individual)

각 방식 입장

어떤 방식을 택하든, 위 이상을 실현할 수는 있다.

- 1. 구성요건 종속 방식을 택할 경우 → 위법성이 조각되는 행위에 가담한 공범의 처벌을 면제하는 특칙(exceptional provision)이 필요하다.
- 2. 위법 종속 방식을 택할 경우 → 특칙이 없더라도, 위 이상을 실현할 수 있다.
- 3. 범죄 종속 방식을 택할 경우 → 처벌되지 않는 행위에 가담한 공범을 처벌하는 특칙이 필요하다.

	정당한 결론	구성요건 종속 방식	위법 종속 방식	범죄 종속 방식
성관계를 방조	×	×	×	×
정당방위를 방조	×	○ (이론상) × (by 특칙)	×	×
강요된 행위를 방조	○	○	○	× (이론상) ○ (by 특칙)
범죄행위를 방조	○	○	○	○
평가		특칙 필요	일관성 있음	특칙 필요

외국 경우(독일, 일본 형법)

- 1. 1930, 40년대에는 범죄 종속 방식을 채택했다.
- 2. 그러다 각각 개정을 통해 1950년대 이후부터는 위법 종속 방식을 채택했다.

우리 경우(우리 형법)

우리 형법은 어떤 방식을 택했는가? 다음 두 해석론이 대립한다.

- 1. 법 만드는 사람들이 범죄 종속 방식에 따라 우리 형법을 만들었다는 견해
- 2. 법 만드는 사람들이 위법 종속 방식에 따라 우리 형법을 만들었다는 견해

주의사항

다음 두 가지는 구별해야 한다.

- 1. “범죄 종속 방식과 위법 종속 방식 중 어느 것이 우월한가?”
- 2. “우리 형법이 범죄 종속 방식을 택했는가 위법 종속 방식을 택했는가?”

“~이어야 한다(should be)”와 “~이다(be)”는 구별해야 한다.

범죄 종속 방식 채택설

View 1: Dependence on the Crime

우리 형법전에는 제34조 제1항이 있기 때문에
M. E. 마이어가 주장하는 도구이론 같은 것도
불필요하게 된 것이다. - 엄상섭

개요

범죄 종속 방식 채택설 내용

범죄 종속 방식 채택설은, 우리 형법이 제3 방식인 범죄 종속 방식을 택했다고 보는 견해다.

범죄 종속 방식 채택설에 따른 결과

- 1. 정범에게 범죄(crime)가 성립해야, 비로소 교사범이든 종범이든 공범 성립도 가능하다.
- 2. 다만, 정범이 책임조각으로 무죄일 때 이에 가담한 교사, 방조자를 처벌할 필요가 있다. 그래서 따로 그러한 특칙을 두게 된다.

이 장에서는, 범죄 종속 방식 채택설 입장에서 서술한다.

형법상 용어

“범죄”와 “행위”

범죄성립의 3요소인 구성요건, 위법성, 책임 중 어느 하나라도 탈락한 행위는 범죄가 아니다. 따라서 그 경우,

- 1. 형법은 “범죄”나 “죄(crime)”라는 표현을 쓰지 않는다.
- 2. 대신, 단순히 “행위(action)”라고 표현한다.

법전을 보면,

- 1. 어떤 곳은 “범죄(죄)”라고 쓰여 있고,
- 2. 어떤 곳은 “행위”라고 쓰여 있다.

형법 제1조(범죄의 성립과 처벌) ① 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 따른다.
형법 제9조(형사미성년자) 14세 되지 아니한 자의 행위는 벌하지 아니한다.
형법 제13조(고의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. ...
형법 제20조(정당행위) 법령에 [따른] 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.
형법 제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.
형법 제53조(정상참작감경) 범죄의 정상(情狀)에 참작할 만한 사유가 있는 경우에는 그 형을 감경할 수 있다.

“처벌하지 아니한다”

어떤 이유로든 범죄가 성립하지 않을 때, “(처)벌하지 아니한다.”라는 표현이 등장한다.

1. 구성요건 해당성이 없어서 범죄가 성립하지 않는다면, “(처)벌하지 아니한다.”라고 표현한다.

형법 제13조(고의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 **벌하지 아니한다.** ...

형법 제17조(인과관계) 어떤 행위라도 죄의 요소 되는 위험발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 ... **벌하지 아니한다.**

2. 위법성이 없어서 범죄가 성립하지 않더라도, 역시 “(처)벌하지 아니한다.”라고 표현한다.

형법 제21조(정당방위) ① 현재의 부당한 침해로부터 자기 또는 타인의 법익(法益)을 방위하기 위하여 한 행위는 [타]당한 이유가 있는 경우에는 **벌하지 아니한다.**

형법 제310조(위법성의 조각) 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 **처벌하지 아니한다.**

3. 책임이 없어서 범죄가 성립하지 않더라도, 역시 “(처)벌하지 아니한다.”라고 표현한다.

형법 제12조(강요된 행위) 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박[으로] 강요된 행위는 **벌하지 아니한다.**

형법 제151조(범인은닉과 친족간의 특례) ② 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 전항의 죄[→ 범인은닉 등]를 범한 때에는 **처벌하지 아니한다.**

교사범과 중범

교사범

형법은 교사범이 성립하려면 정범이 “죄(crime)를 범할 것”을 요구한다.

형법 제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

99도1252: 교사범이 성립하기 위해서는 교사자의 교사행위와 정범의 실행행위가 있어 [야 한다. 그러]므로, 정범의 성립은 교사범의 구성요[건] 일부를 형성[한다. 그러]고 **교사범이 성립함에는 정범의 범죄행위가 인정되는 것이 그 전제요건**이 된다.

주의: 위 판례가 범죄 종속 방식에 입각한 것이라고 단정할 수는 없다.

중범

형법은 중범이 성립하려면 정범이 “범죄(crime)”를 저지를 것을 요구한다.

형법 제32조(중범) ① 타인의 **범죄**를 방조한 자는 중범으로 처벌한다.

분석

공범은 정범의 “범죄(죄)”에 종속한다. 즉, 형법은 범죄 종속 방식을 택했다. 형법 명문 규정을 보면 그렇다.

1. 그렇게 규정한 것이 과연 바람직했는지는 의문이다.
2. 그러나 어쨌든 입법자의 결단이 그렇다는 것이다.

간접정범 등

문제점

1. 범죄 종속 형식에서는 정범이 “무죄”가 되면, 공범이 성립할 수 없게 된다. 그 처벌의 공백을 메우기 위해 따로 가담자를 처벌하는 조항을 뒤야 한다.
2. 정범의 고의가 조각되는 경우에도 공범이 성립할 수 없는 문제가 생긴다. 그러므로 마찬가지로 이유로 처벌조항을 뒤야 한다.

정범이 무죄인 상황이라도, 전체적으로 보아 결과적으로 범죄가 이루어졌다면, 어쨌거나 처벌을 해야 한다.

간접정범

그래서 특칙을 두어 처벌하기로 했다. 이때 처벌받는 관여자의 명칭을 “간접정범”으로 정했다.

형법 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 ... 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 [따라] 처벌한다.

간접정범 성립 요건은? 다음 2가지다.

1. 정범의 불처벌: 정범이 “처벌되지 않아야” 한다. 구성요건, 위법성, 책임 중 무엇 때문인지는 상관없다. 어쨌든 정범에게 범죄(crime)가 불성립하는 상황이면 된다.

83도515전합: 형법 제34조 제1항[에서] 정하는 소위 간접정범[에서] ... 이 어느 행위로 ... 처벌되지 아니하는 자[란?] ... [iii] 시비를 판별할 능력이 없거나[→ 책임조각 경우] ... [i] 구성요건적 [고]의가 없는 자[→ 구성요건 해당성 없는 경우],..., [또는] [ii] 형법상 정당방위, 정당행위, 긴급피난 또는 자구행위로 인정되어 위법성이 없는 자[→ 위법성조각 경우] 등을 말하는 것[이다.]

2. 범죄행위의 결과: 이런 상황에서, 공범의 관여가 결과적으로 범죄가 된다면, 그 공범을 처벌하겠다는 취지다.

특수교사, 방조

특수교사, 방조 성립 요건은? 위 2가지에다가, 추가로 지휘, 감독 관계가 필요하다. 즉, 다음 3가지다.

- 1. 정범의 불처벌: 어떤 이유로든 정범이 무죄
- 2. 범죄행위의 결과: 결과적으로는 범죄행위가 발생
- 3. 지휘, 감독 관계

형법 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ② 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 **전항의 결과**를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.

분석

- 1. 정범이 처벌되지 않는데도, 이에 관여한 자를 처벌한다.
- 2. 이렇게 정범을 보충한다는 의미에서 관여자를 “간접정범”이라 부른다.
만약 정범과 관여한 자 사이에 지휘, 감독관계가 있다면? 관여자를 “특수교사범”, “특수방조범”이라 부르면서, 더 세게 처벌한다.
- 3. 명칭에 불구, 간접정범 본질(nature)은 관여자, 즉 “공범(complicity)”이다.
특수교사범, 특수방조범도 본질은 관여자, 즉 공범이다.

형법상 정범과 공범 분류

정범

- 1. 단독정범: 실행지배에 따른 행위지배
- 2. 공동정범: 기능적 행위지배에 따른 행위지배

공범

- 1. 교사방식: (i) 교사범, (ii) 교사에 따른 간접정범, (iii) 특수교사범
- 2. 방조방식: (i) 종범, (ii) 방조에 따른 간접정범, (iii) 특수방조범



형법 조항에 문제가 있는가?

간접정범 조항의 “교사 또는 방조” 문구

간접정범 조항에는 가담자의 행위가 “교사 또는 방조”라고 되어 있다. 이는 공범이라는 본질상 당연하다. 문제가 없다.

형법 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 ... 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 **교사 또는 방조하여** 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 [따라] 처벌한다.

83도515전합: 형법 제34조 제1항의 간접정범의 행위는 교사 또는 방조임이 그 규정의 명문상 분명하다.]

주의: 위 판례가 간접정범을 공범으로 해석했다고 단정할 수는 없다.

1. 교사자는 교사의 예에 따라 처벌한다.

형법 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 ... 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 **교사 또는 방조하여** 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 **교사 또는 방조의 예에 [따라]** 처벌한다.

형법 제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 **동일한 형으로 처벌한다.**

2. 방조자는 방조의 예에 따라 처벌한다.

형법 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 ... 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 **방조하여** 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 **방조의 예에 [따라]** 처벌한다.

형법 제32조(종범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.

② 종범의 형은 정범의 형보다 **감경한다.**

형법 제34조 제1항이 잘못된 조항인가?

간접정범 조항에는 “범죄행위의 결과를 발생하게” 해야 간접정범이 성립한다고 되어 있다. 이것은 어떤가?

형법 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 ... 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 **범죄행위의 결과를 발생**하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 [따라] 처벌한다.

1. 정범에게 범죄가 성립하지도 않고,
2. 범죄행위의 결과(effect)도 발생하지 않았다면,
3. 굳이 공범을 처벌할 필요도 없다.

따라서 문제가 없다. 잘못된 조항이 아니다.

형법 제31조, 제32조가 잘못된 조항인가?

형법 제31조 제1항의 교사범, 제32조 제1항의 종범 조항은, 공범은 정범의 “(범) 죄”에 종속한다는 취지로 되어 있다.

형법 제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

형법 제32조(종범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.

이것도 범죄 종속 방식에 따를 때, 문제가 없다. 이 역시 잘못된 조항이 아니다.

형법 제31조부터 제34조까지 순서가 잘못되었는가?

1. 형법 제30조 공동정범은 정범
2. 형법 제31조 제1항 교사범, 제32조 제1항 종범은 모두 공범
3. 형법 제34조 제1항 간접정범은 본질이 공범
4. 형법 제34조 제2항 특수교사범, 특수방조범은 모두 공범

[정범←] 형법 제30조(공동정범) ...

[공범←] 형법 제31조(교사범) ...

[공범←] 형법 제32조(종범) ...

[공범←] 형법 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ...

순서상 아무런 문제가 없다. 정범을 규정한 다음, 공범을 규정했을 뿐이다. 즉,

1. 공동정범(형법 제30조)
2. 정범 범죄가 성립할 때의 교사(형법 제31조 제1항), 방조(형법 제32조 제1항)
3. 정범 범죄가 성립하지 않을 때의 교사, 방조(형법 제34조 제1항)
4. 위 3.에서 추가로 지휘, 감독관계 있을 때의 교사, 방조(형법 제34조 제2항)

형법 제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

형법 제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

형법 제32조(종범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.

형법 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 ... 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 [따라] 처벌한다.

- ② 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.
-

위법 종속 방식 채택설

View 2: Dependence on Unlawfulness

우리는 보는 것을 그리는 데서 아는 것을 그리는 것으로 발전한다.
- Nicholas G. Carr

개요

위법 종속 방식 채택설 내용

위법 종속 방식 채택설은, 우리 형법이 제2 방식인 위법 종속 방식을 택했다고 보는 견해다.

위법 종속 방식 채택설에 따른 결과

- 1. 정범에게 반드시 범죄가 성립하지 않아도 된다. 정범에 위법성까지 인정되는 이상, 거기에 가담해 공범이 성립할 수 있다.
- 2. 정범이 책임조각으로 무죄일 때 이에 가담한 교사, 방조자를 처벌할 필요가 있다. 별도의 규정(특칙) 없이도, 당연히 처벌 가능하다.

98도4621: 공범의 1인으로 기소된 자가 [있다. 그가] 구성요건에 해당하는 **위법행위를 공동으로 하였**[다. 그러]나 책임조각을 이유로 무죄로 되[었다. 이] 경우[에는 그를 **공범이라고 할 수 있다**.]

이 장에서는, 위법 종속 방식 채택설 입장에서 서술한다.

기초 개념: 범인도피죄

- 1. 범인도피죄: A가 범인 B에 대한 수사를 방해하면? → A는 범인도피죄 가능.

형법 제151조(범인은닉...) ① 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자[B]를 은닉 또는 도피하게 한 자[A]는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2002도5374: 형법 제151조가 정한 범인도피죄의 ‘도피하게 하는 행위’는 ... 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 **곤란 또는 불가능하게** 하는 일체의 행위를 말[한다.]

비교: 범인 B가 B(자기)에 대한 수사를 방해(“자기도피”)하면? → B는 범인도피죄 불가(‘∴ 조문상 남을 도피하게 한 걸 처벌하는 조항이라, 구성요건 해당성×).

2025도11170전합: 범인[B] 스스로 도피하는 행위는 형법 제151조 제1항의 범인도피죄로 처벌되지 않는다.

대법원은 범인[B] 스스로 도피하는 행위를 방어권 범위 내의 것으로 보아 범인도피죄로 처벌하지 않[는다.]

- 2. 친족간 특례: A, B가 친족 관계라면? → A는 책임조각으로 무죄.

형법 제151조(범인은닉과 친족간의 특례) ② 친족...[A]이 본인[B]을 위하여 전항의 죄를 범한 때에는 **처벌하지 아니한다**.

A가 수사기관에서 거짓 진술한 경우?

1. 단순 거짓 진술 → 무죄.

2002도5374: 원래 수사기관은 범죄사건을 수사[할 때] 피의자나 참고인의 진술 여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반 증거를 수집, 조사하여야 할 권리와 의무가 있다.]

[그러므로 다음과 같다.] 참고인[A]이 수사기관에서 범인[B]에 관하여 조사를 받으면서 그[A]가 알고 있는 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하[자. 그렇]더라도, ... **[원칙적으로] 범인도피죄를 구성하지 않는다.** ... 참고인[A]이 수사기관에서 허위 진술을 하였다고 하여 그 자체를 처벌하거나 이를 수사 방해 행위로 처벌하는 규정이 없는 이상 범인도피죄의 인정 범위를 함부로 확장해서는 안 [되]기 때문이다.

2. 적극적 속임수 진술 + 범인 체포 곤란 → 범인도피죄 가능.

2012도13999: 그것이 **적극적으로 수사기관을 기만**하여 착오에 빠지게 함으로써 **범인의 발견 또는 체포를 곤란** 내지 불가능하게 할 정도의 것이 아니라면 범인도피죄를 구성하지 않는다.]

이러한 법리는 게임장 등의 실제 업주가 아니라 종업원[인테도] 자신이 실제 업주라고 허위로 진술하는 경우에도 마찬가지다.] 단순히 실제 업주라고 허위로 진술하는 것만으로는 [A 행위를 범인도피죄로 보기에] 부족하다. 즉, A가] 게임장 등의 운영 경위, 자금 출처, 게임기 등의 구입 경위, 점포의 임대차계약 체결 경위 등에 관해서까지 **적극적으로 허위로 진술하거나 허위 자료를 제시**[해야 한다. 그] 결과 수사기관이 **실제 업주[B]를 발견 또는 체포하는 것이 곤란** 내지 불가능하게 될 정도에까지 이른 것으로 평가될 수 있어야 [한다. 그래야 A 행위가] 범인도피죄를 구성한다.]

교사범과 중범

위법 종속 방식 채택설 입장

1. 우리 형법이 교사범과 중범이 정범의 “범죄(crime)”에 종속하는 것처럼 규정하는 것은 사실이다.
2. 그럼에도 실제로는 공범은 정범의 “위법(unlawfulness)”에 종속하는 것으로 해석(interpretation)해야 한다.
3. 즉, 위 조항들은 입법실수다.

교사범

1. 형법 규정에 불구, 교사범이 성립하기 위해 정범이 위법하면 충분하다.
2. 즉, 정범이 책임조각으로 무죄라도, 형법 제31조 제1항의 교사범이 성립할 수 있다. 형법 제31조 제1항의 “죄를 범하게”는 “위법을 하게”라는 뜻이다.

형법 제31조(교사범) ① 타인[A(정범)]을 교사하여 **죄[→ 위법한 행위]**를 범하게 한 자[B(교사범)]는 죄를 실행한 자[A(정범)]와 동일한 형으로 처벌한다.

예를 들어, A가 범인도피(범인 B에 대한 수사를 방해)를 했다. 그런데 만약 A, B가 친족관계라면?

범인도피 정범A
구성요건 + 위법성

범인도피
교사범B

1. A는 책임조각으로 무죄지만, A의 행위는 위법하다.
2. 따라서 여기에 가담한 범인 B는 교사범이 될 수 있다.

즉,

1. 범인도피 정범(A)이 책임조각으로 무죄라도,
2. 범인도피 교사범(B)이 성립할 수 있다.

형법 제31조(교사범) ① 타인[A(정범)]을 교사하여 죄[→ **위법한** 범인도피 **행위**]를 범한 자[B(교사범)]는 죄[→ 위법한 범인도피 행위를 실행한 자[A(정범)]와 동일한 형으로 처벌한다.

2025도11170전합: 범인[B(교사범)]이 자신[B]을 위하여 타인[A(정범)]으로 하여금 허위 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하도록 하는 행위는 방어권 남용으로 범인도피교사죄에 해당한다.]

2005도3707: 이 경우 그 타인[A]이 형법 제151조 제2항에 [따라] 처벌을 받지 아니하는 친족...에 해당한다 하여 달리 볼 것은 아니다.

범인 B가 “A를 시켜서” B에 대한 수사를 방해하면? → B는 범인도피교사죄 가능. 이걸 편의상 “자기도피” 교사라 부르기도 하지만, 엄밀히는 정범 A의 “타인도피”(정범 A 입장) 행위를 B가 교사”했을 뿐이다.

중범

1. 형법 규정에도 불구하고, 중범이 성립하기 위해서는 정범이 위법하면 충분하다.
2. 즉, 정범이 책임조각으로 무죄라도, 형법 제32조 제1항의 중범이 성립할 수 있다. 형법 제32조 제1항의 “범죄를”은 “위법 행위를”이라는 뜻이다.

형법 제32조(중범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 중범으로 처벌한다.

용어에 관하여

형법에 “(범)죄”라는 표현도 있고, “행위”라는 표현도 있다.

1. 그러나 형법을 만든 사람들이 크게 신경 쓰지 않고 기재한 결과다. 우연히 표현이 다르게 되었을 뿐이다.
2. 즉, 구별할 필요가 없다.

연습문제1

2020년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 35.] 상습도박자인 甲은 도박의 습벽 없는 乙을 도박에 가담하도록 교사하였고, 이를 승낙한 乙은 丙을 포함한 4명이 참여하[는] 도박에 가담하였다. ...
... 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 중 옳지 않은 것은? (특별법 위반의 점은 논외로 하고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
㉔. 만약 P2로부터 출석요구를 받은 乙이 사촌 동생 丁을 시켜 乙이 아닌 丁이 도박을 한 것처럼 거짓으로 자수하도록 하였다면 乙에게는 범인도피교사죄가 성립한다.

연습문제2

2022년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 34.] 술에 만취해 운전을 하던 甲은 교통사고를 낸 후 조수석에 타고 있던 친동생 乙에게 乙 자신이 운전하였다고 경찰에 말해 달라 부탁하였고, 乙은 甲의 부탁대로 자신이 운전하다 사고를 냈다고 진술하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
㉔. 乙은 범인도피죄를 범하였으나 범인의 친족이어서 처벌되지 않는다.
㉕. 乙을 시켜 경찰에 허위진술을 하도록 한 甲의 행위는 타인의 행위를 이용하여 자신의 범죄를 실현하고, 새로운 범인을 창출하였다는 교사범의 전형적인 불법이 실현되었다고 볼 수 없으므로 범인도피교사죄가 성립하지 않는다.

연습문제3

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 6.] 공범에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
㉕. 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 甲이 자신의 동거가족 乙에게 자신을 도피시켜 달라고 교사한 경우, 乙이 甲과의 신분관계로 인해 범인도피죄로 처벌될 수 없다 하더라도 甲에게는 범인도피죄의 교사범이 성립한다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 18.] 甲은 불법게임을 운영하던 중 경찰관 乙에게 단속되었는데, 그 자리에서 자신은 종업원에 불과하고 실제 업주는 친형 丙이라고 주장하였다. 이후 불법게임장 운영과 무관한 丙은 甲의 부탁에 따라 경찰서에 출석하여 자신이 실제 업주이고 甲은 종업원이라고 진술하였다. 한편, ㉑ 甲은 乙에게 위 사건을 무마하여 달라고 부탁하면서 乙에게 현금 300만 원을 건네주었다. 이사례에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
㉔. 丙이 실제 업주라고 허위진술하는 과정에서 게임장 등의 운영 경위, 자금 출처, 게임기 등의 구입 경위 등을 적극적으로 허위로 진술하거나 허위 자료를 제시하였다면, 丙의 행위는 범인도피죄의 ‘도피하게 하는 행위’에 해당한다.

ㄴ. 甲이 丙으로 하여금 허위진술 등을 하게 한 것을 甲의 방어권 남용으로 볼 수 있더라도, 丙이 친족간의 특례에 [따라] 처벌되지 않아 교사범의 전형적인 불법이 실현되었다고는 볼 수 없으므로 甲에게 범인도피교사죄가 성립하지 않는다.

간접정범

위법 종속 방식 채택설 입장

간접정범이란, 다른 사람을 도구처럼 이용해 간접적으로 범죄를 실행하는 형태를 말한다.

83도515전합: 형법 제34조 제1항[에서] 정하는 소위 간접정범은 [어떤 내용인가?] ... [iii] 책임무능력자[→ 책임조각 경우], [i] 범죄사실의 인식이 없는 자[→ 구성요건 해당성 없는 경우], ... [또는] [ii] 위법성이 조각되는 자 등을 **마치 도구나 손발과 같이 이용하여 간접으로 죄의 구성요소를 실행**한 자를 간접정범으로 처벌하는 것이[다.]

사례

허가를 받아야 하는데도 무허가로 식품을 생산하려는 A가 있다. 그런데 A는 직접 생산하지 않고, 아무것도 모르는 다른 사람 K에게 의뢰해서 제조하게 했다.

1. A는 이용자이며, 간접정범으로 처벌한다.
2. K는 피이용자다. 이용자 A의 지배와 조종의 결과다.

형법 제34조(간접정범, ...) ① 어느 행위로 ... 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 [따라] 처벌한다.

본질

1. 그렇다면 행위지배(dominance)가 이용자 A에게 있다. A는 정범이다.
2. 즉, 간접정범의 본질은 정범이다. 그래서 명칭(name)에 “정범”을 넣었다.
3. 간접정범에서의 행위지배를 특히 의사지배라고 부른다.

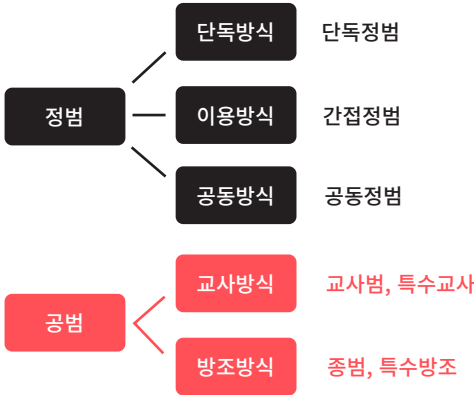
형법상 정범과 공범 분류

정범

1. 단독정범: 실행지배(action dominance)에 따른 행위지배
2. 간접정범: 의사지배(intent dominance)에 따른 행위지배
3. 공동정범: 기능적 행위지배(functional dominance)에 따른 행위지배

공범

1. 교사방식: (i) 교사범, (ii) 특수교사범
2. 방조방식: (i) 종범, (ii) 특수방조범



형법 조항에 문제가 있는가?

간접정범 조항의 “교사 또는 방조” 문구

간접정범 조항에는,

- 1. 이용자의 행위가 “교사 또는 방조하여”라고 되어 있고,
- 2. 처벌도 “교사 또는 방조”의 예에 따라 하게 되어 있다.

형법 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 ... 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 따라 처벌한다.

그러나

- 1. 간접정범은 정범이다. “교사 또는 방조하여”는 공범의 행위 방식이므로, 간접정범의 행위 방식이나 간접정범의 처벌례로 정한 것은 잘못된 것이다.
- 2. 그러므로 형법 조항에는 문제가 있다. “교사 또는 방조하여”를 “이용하여”로 고쳐야 한다. “교사 또는 방조의 예에 따라 처벌한다”를 “정범으로 처벌한다”로 고쳐야 한다.

형법 제34조 제1항이 잘못된 조항인가?

간접정범 조항상, 범죄행위의 결과가 발생하지 않으면, 간접정범을 처벌하지 않게 되어 있다.

형법 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 ... 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 따라 처벌한다.

그러나

1. 간접정범은 정범이다. 그러므로 비록 범죄행위의 결과가 발생하지 않았더라도, 미수에 해당한다면 당연히 미수범으로 처벌할 수 있어야 한다.

형법 제25조(미수범) ① 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다.

2. 그러므로 형법 조항에는 문제가 있다.

3. 간접정범 조항에 있는 “범죄행위의 결과를 발생하게 한”이라는 문구를 “범죄를 실행한”으로 고쳐야 한다. 그렇게 해 처벌하도록 만들어야 한다.

형법 제31조, 제32조가 잘못된 조항인가?

형법 제31조의 교사범, 제32조의 종범 조항에는, 공범은 정범의 “(범)죄”에 종속한다는 취지로 되어 있다.

형법 제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

형법 제32조(종범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.

그러나

1. 공범은 정범의 “위법”에 종속해야 한다.
2. 그러므로 형법 조항에는 문제가 있다. 위법 종속 방식에 부합하도록, “위법”에 종속한다는 취지로 고쳐야 한다.

형법 제31조부터 제34조까지 순서가 잘못되었는가?

[정범←] **형법 제30조(공동정범)** ...

[공범←] **형법 제31조(교사범)** ...

[공범←] **형법 제32조(종범)** ...

[간접정범은 정범, 특수교사범, 특수방조범은 공범←] **형법 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중)** ...

1. 형법 제34조에 있는 간접정범은 본질이 정범이다.
2. 그러므로 정범인 간접정범은 공범에 관한 형법 제31조보다 앞에 위치해야 한다. 형법 체계에 문제가 있다. 다음과 같은 순서로 바뀌어야 한다.

[정범] **제30조(공동정범)** ...

[정범] **간접정범 조항**

[공범] **제31조(교사범)** ...

[공범] **제32조(종범)** ...

[공범] **특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중 조항**

공동정범
Co-Principals

이익으로 분열되고 범죄로 뭉쳐진다. - Voltaire

의의

개념

공동정범이란? 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것.

형법 제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

취지

공동으로 범행을 계획하고 분업하여 실행을 했다.

- 1. 모두가 전체 범행을 지배한다.
- 2. 그래서 모두가 정범이다.

2013도12592: 형법 제30조에서 정한 공동정범은 공동으로 범죄를 저지르려는 의사에 따라 공범자들이 협력하여 범행을 분담함으로써 범죄의 구성요건을 실현한 경우에 각자가 범죄 전체에 대하여 정범으로서의 책임을 지는 것이다.

정범

- 1. 행위지배(dominance)가 있으므로 정범이다.
- 2. 그중에서도 공동정범은 기능적 행위지배(functional dominance)가 있다.

성립요건

주관적 요건

공동실행 의사가 있어야 한다.

- 1. 공동자 사이에 함께 어떤 행위를 실행한다는 주관적 의사를 말한다.
- 2. 흔히 공모(conspiracy)라고 한다.

2013도12592: 공동정범이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사 [가] 필요하[다].

2018도2738전합: 공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 한다.

미필적 인식(dolus eventualis; willful negligence)으로 충분하다.

2024도10141: [보이스피싱]에서 현금수거책의 공모사실이나 범의는 다른 공범과 순차적으로 또는 암묵적으로 상통함으로써 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사가 결합되어 피해자의 현금을 수거한다는 사실을 인식하는 것으로 족하다.

이러한 인식은 미필적인 것으로도 충분하고 전체 보이스피싱 범행방법이나 내용까지 구체적으로 인식[필요가 없다].

객관적 요건

공동 실행행위(practice)가 있어야 한다.

- 1. 분업적으로 각자 역할을 분담해 수행하는 객관적 행위를 말한다.
- 2. 물론, 범죄를 실행해야 한다.

2013도12592: 공동정범이 성립하기 위해서는 ... 객관적 요건으로서 공동의사에 [따른] 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하[다].

따라서 자신에게 “범죄”가 아닌 행위를 같이 하면, 공동정범이 성립하지 않는다.



2013도12592: 범죄의 실행에 가담한 사람[이 있다. 그렇다]고 할지라도 그가 공동의 의사에 따라 다른 공범자를 이용하여 실현하려는 행위가 자신에게는 범죄를 구성하지 않는다[고 하자. 그렇다]면, 특별한 사정이 없는 한 [그는] 공동정범의 죄책을 진다고 할 수 없다.

- 1. 자기무고의 공동정범? → 공동정범×

형법 제156조(무고) 타인으로 하여금 형사처분...을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2013도12592: 자기 자신으로 하여금 형사처분...을 받게 할 목적으로 허위의 사실을 신고하는 행위, 즉 자기 자신을 무고하는 행위는 무고죄의 구성요건에 해당하지 않아 무고죄가 성립하지 않는다[다.] ... 따라서 자기 자신을 무고하기로 제3자와 공모하고 이에 따라 무고행위에 가담하였다고 하더라도 이는 자기 자신에게는 무고죄의 구성요건에 해당하지 않아 범죄가 성립할 수 없는 행위를 실현하고자 한 것에 지나지 않아 무고죄의 공동정범으로 처벌할 수 없다.

- 2. 자기증거은닉(자기증거인멸)의 공동정범? → 공동정범×

형법 제155조(증거인멸 등과 친족간의 특례) ① 타인의 형사사건...에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조...한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

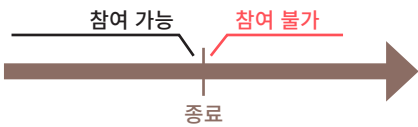
2024도15728: 증거인멸죄는 타인의 형사사건...에 관한 증거를 인멸하는 경우에 성립[한다.] 피고인 자신이 직접 형사처분...을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 그 증거가 될 자료를 인멸하였다면[?] 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건... 증거를 인멸한 결과가 된다고 하더라도 이를 증거인멸죄로 다스릴 수 없[다.]

2015도1000: 범인 자신이 한 증거은닉 행위는 형사소송에...서 피고인의 방어권을 인정하는 취지와 상충하여 처벌의 대상이 되지 아니[하다.] ... 따라서 피고인 자신이 직접 형사처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 그 증거가 될 자료를 은닉하였다면 **증거은닉죄에 해당하지 않[는다.] 제3자와 공동하여 그러한 행위를 하였다고 하더라도 마찬가지다.**

시간적 요건

甲이 범죄행위를 하는 도중에 乙이 참여했다고 하자. 甲과 乙이 공동정범으로 묶일 수 있는가? 이때는 선행 범죄가 종료(termination)되었는지 여부로 판단한다.

- 1. 종료 이전에는 얼마든지 공동정범으로 참여할 수 있지만,
- 2. 종료 이후에는 공동정범으로 참여할 수가 없다.



따라서,

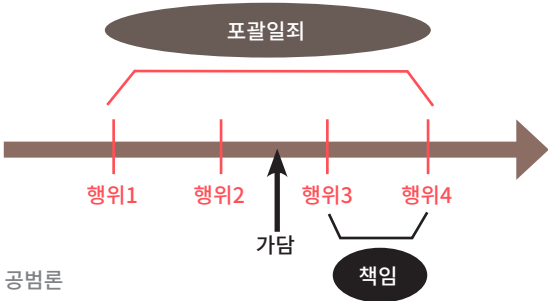
- 1. 기수(consummation)로 바로 종료하는 범죄(절도죄, 배임죄, 도주죄 등) 경우: 기수 이후에 참여한 자는 공동정범이 될 수 없다.

53형상20: 공동정범관계는 범죄가 기수[로] 되기 전에 성립되는 것이다. 그러므로 횡령죄가 기수가 된 후에 그 내용을 지득하고 그 이익을 공동취득할 것을 승낙한 사실이 있더라도 횡령죄의 공동정범관계는 성립될 수 없다.

- 2. 기수로 바로 종료하지 않는 범죄(감금죄, 범인도피죄 등) 경우: 기수 이후라도 일단 종료(termination)되기 전에 참여한 이상 공동정범이 될 수 있다.

95도577: 범인도피죄는 범인을 도피하게 함으로써 기수에 이[르]나. 그렇[지만] **범인도피행위가 계속되는 동안에는 범죄행위도 계속되고 행위가 끝날 때 비로소 범죄행위가 종료[된다.]** 공범자의 범인도피행위의 도중에 그 범행을 인식하면서 그와 공동의 [고]의를 가지고 기왕의 범인도피상태를 이용하여 스스로 범인도피행위를 계속한 자에 대하여는 범인도피죄의 공동정범이 성립한다.

포괄일죄 일부에 공동정범으로 가담한 자는? 일단 공동정범으로는 되나, 그 가담 이후의 범행에 대해서만 책임을 진다.



82도884: 연속된 제조행위 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 비록 그가 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 [진다.] 비록 이 사건에서 위 ○○○의 위 제조행위 전체가 포괄하여 하나의 죄가 된다 할지라도 피고인에게 그 가담 이전의 제조행위에 대하여까지 유죄를 인정할 수는 없[다.]

연습문제1

2020년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 16.] 무고죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 甲이 자기 자신을 무고하기로 乙과 공모하고 이에 따라 무고행위에 가담한 경우, 甲과 乙은 무고죄의 공동정범으로 처벌된다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 2.] 공범에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

④ 공동정범의 성립을 위한 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위해 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 37.] 사법경찰관 P는 甲을 형령 혐의(A사건)로 수사...하였다. ...

甲은 乙의 휴대전화에 A사건에 관한 대화 녹음 파일이 저장되어 있다는 것을 알게 되어 乙의 내연녀인 丙에게 연락하여 ‘乙의 휴대전화에 저장된 나와 乙의 대화 녹음 파일을 당장 삭제하라’고 지시하였고 丙이 그 파일을 삭제하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 만약 丙이 대화 녹음 파일을 삭제하지 않아 甲이 乙에게 지시하여 乙이 대화 녹음 파일을 삭제하였다면 乙에게는 증거인멸죄가 성립하지 않으므로, 甲에게도 증거인멸죄의 교사범은 물론 공동정범도 성립하지 않는다.

처벌

공동정범이 아닌 경우

자기가 한 그 부분만 책임을 지는 게 맞다.

일부실행 일부책임

85도1892: 2인 이상이 상호의사의 **연락 없이** 동시에 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였을 때에는 원칙적으로 **각인에 대하여 [따로따로] 그 죄를 논하여야** 한다.]

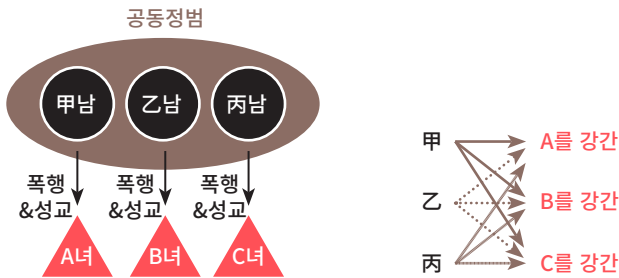
공동정범인 경우

공동정범이면, 전체가 한 부분 모두에 책임을 진다.

일부실행 전부책임

형법 제30조(공동정범) 2인 이상이 **공동하여** 죄를 범한 때에는 **각자를 그 죄의 정범**으로 처벌한다.

- 1. 피해자를 甲이 3대, 乙이 7대 함께 때리면? 甲과 乙 모두 10대를 때린 것으로 본다.
- 2. 3명이 합동하여 각자 1명씩 강간했다면? 가해자 3명 모두 피해자 3명 모두에 대한 특수강간죄를 범한 것으로 본다. 가해자 1명당 3개의 특수강간죄가 실제 경합 관계에 있으므로, 가해자 3명 전체로 보면 9개 범죄가 발생했다.



2004도2870: 피고인 등이 비록 특정한 1명씩의 피해자만 강간하거나 강간하려고 하였다 하[자. 그렇]더라도, **사전의 모의에 따라** 강간할 목적으로 심야에 인가에서 멀리 떨어져 있어 쉽게 도망할 수 없는 야산으로 피해자들을 유인[했다. 그] 다음 곧바로 암묵적인 합의에 따라 **각자 마음에 드는 피해자들을 데리고** 불과 100m 이내의 거리에 있는 곳으로 흩어져 동시 또는 순차적으로 피해자들을 각각 강간[하였다.]

[그렇다면] 그 각 강간의 실행행위도 시간[으로나] 장소[로나] 협동관계에 있었다고 보아야 [한다. 그러]므로, **피해자 3명 모두에 대한 특수강간죄 등이 성립**[한다.]

- 3. 모두 정범의 범정형으로 처벌한다. 실제 선고형(sentence imposed)은 각자 다를 수도 있다.

인과관계

사례 제시

甲이 A를 강간한 뒤 乙도 A를 강간했다. 피해자 A가 상처를 입었다.

공동정범이 아닌 경우(독립행위)

甲, 乙이 공동정범이 아니라면, 다음과 같다.

- 1. 만약 그 상처가 甲만의 행위에 따른 것이었다면? 甲이 강간치상죄인 것은 당연하다. 이와 비교하면, 乙은 강간죄로만 처벌한다(형법 제17조).

형법 제17조(인과관계) 어떤 행위라도 죄의 요소 되는 위험발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 ... 벌하지 아니한다.

2. 만약 甲, 乙 중 누구의 행위에 따른 상처인지 밝혀지지 않았다면? 누구라도 강간치상죄로는 처벌할 수는 없다(형법 제19조). 따라서 甲, 乙 모두를 단순 강간죄로만 처벌한다.

형법 제19조(독립행위의 경합) 동시 또는 이시의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인[이 된] 행위가 판명되지 아니한 때에는 각 행위를 미수범으로 처벌한다.

원래 강간치상은 상해 “결과”가 발생한 경우를 전제한다. 따라서 상해 부분이 미수일 수 없다. 즉, 강간치상미수죄라는 것은 없다. 그래서 단순 강간죄가 된다.

공동정범인 경우(공동행위)

그러나 甲과 乙이 공동정범이라면, 이야기가 달라진다. 甲, 乙 중 누구의 성교로 A가 상처를 입었는지는 중요하지 않다. 각자 전부에 대한 책임을 져야 한다. 상해의 결과에 대해서도 모두가 책임이 있다(형법 제30조). 즉, 모두에게 A에 대한 강간치상죄가 성립한다. 구체적으로, 다음과 같다.

1. 만약 그 상처가 甲만의 행위에 따른 것이었다면? 그렇다면, 甲, 乙 모두에게 강간치상죄가 성립한다.

2004도126: 공모가 이루어진 이상 실행행위에 **직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서 형사적 책임**을 진다.]

위 공소외인과 암묵적으로 상통하여 피해자를 살해하기로 공모하였다고 인정[된다.] 피고인들이 직접 삽으로 피해자를 내[려]쳐 살해하지 아니하였다는 것만으로는 위 공소외인의 행위에 대하여 공동정범으로서의 책임을 면하지 못한[다.]

2. 만약 甲, 乙 중 누구의 행위에 따른 상처인지 밝혀지지 않았다면? 그렇다면, 甲, 乙 모두에게 강간치상죄가 성립한다.

85도1892: 공범관계[에서] 공동가공의 의사가 있었다면 [공동정범이 된다.] 이에는 [도무지] 동시범등의 문제는 제기될 여지가 없다.

중간 결론

	IF 공동정범 × (독립행위)	IF 공동정범 ○ (공동행위)
甲 때문에 상해	甲: 강간치상 乙: 강간	甲: 강간치상 乙: 강간치상
乙 때문에 상해	甲: 강간 乙: 강간치상	甲: 강간치상 乙: 강간치상
판명되지 않음	甲: 강간 乙: 강간	甲: 강간치상 乙: 강간치상
본질	일부실행 일부책임	일부실행 전부책임

주의: 공동정범이 아닌 경우(독립행위) 중 폭행/상해 특례

甲, 乙이 X범죄 행위를 했다. 甲, 乙이 공동정범이 아니고, 만약 甲, 乙 중 누구의 행위에 따른 상처인지 밝혀지지 않았다면?

1. 원칙: 앞서 보았듯, 甲, 乙 모두 상해 결과로는 처벌할 수 없다.

형법 제19조(독립행위의 경합) 동시 또는 이시의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인[이 된] 행위가 판명되지 아니한 때에는 각 행위를 **미수범으로** 처벌한다.

2. 예외: 만약 X범죄가 폭행죄/상해죄라면, 甲, 乙 모두 상해 결과로 처벌한다.

형법 제263조(동시범) 독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우[에] 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 **공동정범의 예**에 [따른]다.

2006초기96: 형법 제263조는 상해죄와 폭행죄에 관한 특별규정[이다].

2017헌가10: 신체에 대한 가해행위는 그 자체로 상해의 결과를 발생시킬 위험을 내포하고 있[다. 그러므로] 독립한 가해행위가 경합하여 상해가 발생한 경우 상해의 발생 또는 악화에 전혀 기여하지 않은 가해행위의 존재라는 것은 상정하기 어렵[다. 그리고] 각 가해행위가 상해의 발생 또는 악화에 어느 정도 기여하였는지를 계량화 할 수 있는 것도 아니다. 이에 입법자는 피해자의 법익 보호와 일반예방적 효과를 높일 필요성을 고려하여 다른 독립행위가 경합하는 경우와 구분하여 [형법 제263조를] 마련한 것이다.

폭행/상해에 적용할 뿐, 다른 범행(강간, 사기 등)에는 적용하지 않는다.

84도372: 형법 제263조의 동시범은 ... 그 보호법익을 달리하는 **강간치상죄**에는 적용할 수 없다.

2006초기96: 형법 제263조는 ... 그 보호법익을 달리하는 **사기죄**에 적용되는 것이 아니[다.]

단, 폭행/상해에 해당하는 이상, 그 결과가 상해든 사망이든 적용한다.

2000도2466: 시간적 차이가 있는 독립된 상해행위나 폭행행위가 경합하여 사망의 결과가 일어[났다. 그리고] 그 사망의 원인된 행위가 판명되지 않[았다. 이] 경우에는 공동정범의 예에 [따라] 처벌[한다.]

연습문제1

2020년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 6.] 동시범의 특례(「형법」 제263조)에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. A가 甲으로부터 폭행을 당하고 얼마 후 함께 A를 폭행하자는 甲의 연락을 받고 달려온 乙로부터 다시 폭행을 당하고 사망하였으나 사망의 원인행위가 판명되지 않았다면, 「형법」 제263조가 적용되어 甲과 乙은 폭행치상죄의 공동정범[법] 예에 [따라] 처벌된다.

ㄴ. A가 행인 甲으로부터 상해를 입은 후 얼마 지나지 않아 다시 다른 행인 乙로부터 상해를 입고 사망하였으나 사망의 원인행위가 판명되지 않았다면, 「형법」 제263조가 적용되어 甲과 乙은 상해치상죄의 공동정범[법] 예에 [따라] 처벌된다.

㉔. A가 甲으로부터 폭행을 당하고 얼마 후 乙이 甲과 의사연락 없이 A를 폭행하자 A가 乙의 계속되는 폭행을 피하여 도로를 무단횡단하다 지나가던 차량에 치[여] 사망하였다면, 「형법」 제263조가 적용되어 甲과 乙은 폭행치사죄의 공동정범[범] 예에 [따라] 처벌된다.

㉕. A가 甲이 운전하는 차량[으로] 교통사고를 당한 후 얼마 지나지 않아 다시 乙이 운전하는 차량[으로] 교통사고를 당하고 사망하였으나 사망의 원인행위가 판명되지 않았다면, 「형법」 제263조가 적용되어 甲과 乙은 교통사고처리특별법위반(치사)죄의 공동정범[범] 예에 [따라] 처벌된다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 39.] 甲과 乙은 서로 공모하지 않은 채 甲이 먼저 상해의 고의로 A의 머리를 수회 때렸고, 이로부터 약 1시간 후 乙은 쓰러져 있는 A에게 다가가 상해의 고의로 A의 머리를 수회 때렸다. A는 위 폭행으로 머리에 전치 4주의 상해를 입었으나, 그 상해가 甲과 乙 중 누구의 폭행 [때문에] 발생한 것인지 판명되지 않았다(㉔범죄사실). ... 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉔. ㉔범죄사실과 관련하여 甲과 乙에게는 「형법」 제263조의 동시범 특례가 적용되어 각 상해미수죄의 공동정범의 예에 [따라] 처벌된다.

㉕. ㉔범죄사실과 관련하여 甲과 乙에게는 「형법」 제263조의 동시범 특례가 적용되므로, 만일 甲의 A에 대한 상해 사실이 증명되지 않더라도 乙의 A에 대한 상해 사실이 증명되는 한 甲은 상해죄의 죄책을 면할 수 없다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 7.] 상해죄와 폭행죄에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉔ ③ 시간적 차이가 있는 독립된 폭행행위가 경합하여 사망의 결과가 일어나고 그 사망의 원인이 된 행위가 판명되지 않는 경우, 공동정범의 예에 [따라] 처벌할 수 없다.

공모공동정범

사례 제시

1. 甲과 乙이 공모해서 살인을 하려고 했는데,
2. 그중 甲만이 살인행위에 나아갔다.

甲과 乙 모두를 살인죄의 공동정범으로 처벌할 수 있는가?

쟁점

공동정범 성립요건 중,

1. 주관적 요건, 즉 공동실행 의사는 인정된다. 문제가 없다.
2. 그러나 객관적 요건, 즉 공동 실행행위가 없는 것 아닌가? 이것이 문제다.

필요성

1. 집단적, 조직적, 지능적 범죄의 배후조종자인 거물(boss)은 좀처럼 직접 실행행위에 나아가지 않는다. 이를 처벌할 필요는 있다.
2. 그래서 실행행위를 직접 하지는 않은 공모자까지 공동정범으로 묶어 처벌하고 싶다. 이러한 해석(interpretation)도 가능한가?

82도3248: 공모공동정범은 공동범행의 인식으로 범죄를 실행하는 것으로 공동의사주체로서의 집단 전체의 하나의 범죄행위의 실행이 있음으로써 성립[한다.] 공모자 모두가 그 실행행위를 분담하여 이를 실행할 필요가 없다.

인정 여부

가능하다. 공모공동정범(co-principals by conspiracy)도 인정한다. 즉,

1. 공동정범으로서, 일부실행 전부책임 원칙을 적용한다. 근거는? 공모다.

82도3248: 실행행위를 분담하지 않아도 공모[로] 수인 간에 공동의사주체가 형성되어 범죄의 실행행위가 있으면 실행행위를 분담하지 않았다고 하더라도 공동의사주체로서 정범의 죄책을 면할 수 없다.

2. 공모공동정범도 공동정범의 주관적, 객관적 요건을 모두 갖춘 것으로 본다.

2009도2994: 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기[초]한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적, 객관적 요건을 충족함으로써 성립[한다.]

공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것이[다.]

요건

1. 정범성의 표지는 행위지배(dominance)다.
2. 구체적으로, 공동정범 경우 기능적 행위지배(functional dominance)다.
3. 따라서 공모자가 공모공동정범이 되려면, 기능적 행위지배가 필요하다.

2009도2994: 전국노점상총연합회가 주관한 도로행진시위에 참가한 피고인이 다른 시위 참가자들과 함께 경찰관 등에 대한 특수공무집행방해 행위를 하던 중 체포[됐다.]

[공모공동정범이 성립하기] 위해서는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 경우여야 한다.

단순 가담자인 피고인에게 체포된 이후에 이루어진 다른 시위참가자들의 범행에 대하여는 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재한다고 보기 어렵다. 체포 후 다른 시위참가자들의 범행에 대해서까지 공모공동정범의 죄책을 인정할 수 없[다.]

공모관계 이탈 경우

1. 실행 착수 전 이탈

85도2371: 피고인은 살해모의에는 가담하였으나 다른 공모자들이 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈[한 사안이다.]

공모공동정범[에서] 그 공모자 중의 1인이 다른 공모자가 **실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈**한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 **공동정범으로서의 책임은 지지 않는[다.]** 그 이탈의 표시는 반드시 명시적[일 필요가 없다.]

구체적인 살해방법이 확정되어 피고인을 제외한 나머지 공범들이 피해자의 팔, 다리를 묶어 저수지 안으로 던지는 순간에 피해자에 대한 살인행위의 실행[행] 착수가 있다.[따라서 [그 전에 이탈한 피고인으로서] 위 공모관계에서 이탈한 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여는 공동정범으로서의 책임을 지지 않는[다.]

2. 실행 착수 후 이탈

83도2941: 피고인 등이 금품을 강취할 것을 공모하고 피고인은 집 밖에서 망을 보기로 하였[다. 그러나 피고인은] 다른 공모자들이 피해자의 집에 침입한 후 담배를 사기 위해서 망을 보지 않[았다.]

행위자 상호 간에 범죄의 실행을 공모하였다면 다른 공모자가 **이미 실행에 착수한 이후에는 그 공모관계에서 이탈하였다고 하더라도 공동정범**의 책임을 면할 수 없[다.] ... 피고인은 판시 강도상해죄의 공동정범[범] 죄책을 진다.]

3. 이탈이 있었다고 하기 위한 정도

2008도1274: [피고인은] 다른 3명의 공모자들과 강도 모의를 하면서 삽을 들고 사람을 때리는 시늉을 하는 등 그 모의를 주도[했다.] 피고인이 [공모자들과] 함께 범행 대상을 물색하다가 다른 공모자들이 강도의 대상을 지목하고 뒤쫓아[갔다. 그러자 피고인은] 단지 “어?”라고만 하고 비대한 체격 때문에 뒤따라가지 못한 채 범행현장에서 200m 정도 떨어진 곳에 앉아 있었[다.] 위 공모자들이 피해자를 쫓아가 강도상해의 범행을 [했다.]

공모관계에서의 **이탈**은 공모자가 공모[로] **담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요**하다.[공모자가 **공모에 주도적**으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 **영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다.**

[사안의 경우] 피고인에게 공동가공의 의사와 공동의사에 기[초]한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 인정[된다.] 강도상해죄의 공모관계에 있고, 다른 공모자가 강도상해죄의 실행에 착수하기까지 범행을 만류하는 등으로 그 공모관계에서 이탈하였다고 볼 수 없[다. 그러]므로 강도상해죄의 공동정범으로서의 죄책을 진[다.]

연습문제1

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 7.] 공동정범에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 공모자에게 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 인정된다면 공모공동정범으로서의 죄책을 물을 수 있다.

연습문제2

2022년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 11.] 정범과 공범에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 않은 공모자가 공모공동정범으로 인정되기 위해서는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할, 범죄 경과에 대한 지배나 장악력 등을 종합하여 그가 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라, 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재한다고 인정되어야 한다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 38.] 甲은 친구 乙과 丙에게 연락해 “은행에서 돈을 출금해 나오는 사람의 가방을 날치기 하자.”[라]고 제안했다. 이에 乙과 丙은 은행 문밖에서 범행대상을 물색하고, 甲은 날치기를 끝낸 乙과 丙을 태우고 도망치기 위해 은행 앞 차도에 승용차를 세워 두고 대기하기로 했다. 며칠 후 A가 은행에서 현금 1천만 원을 출금하여 가방에 담아 나오는 것을 본 乙과 丙은 A의 뒤를 따라가기 시작했다. 甲은 차를 몰고 그 뒤를 따라가던 중 갑자기 처벌이 두려워져 핸들을 꺾어 혼자 말없이 도주해 버렸다. A가 좁은 골목길로 들어서자 乙은 입구에서 망을 보았고, 丙은 A가 손에 든 가방을 그대로 낚아채어 달아났다. ... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲은 혼자 도주하였을 뿐 乙과 丙에게 이탈의 의사표시를 한 바 없고, 乙과 丙은 그대로 범죄행위로 나아갔으므로, 甲이 공모관계에서 이탈하였다고 보기 어렵다.
- ② 만약 乙이 실행행위 전에 甲과 丙에게 이탈의 의사표시를 명확히 밝히고 혼자 도주하였다면, 그 이후 벌어진 날치기에 관하여 공동정범으로서 죄책을 지지 않는다.

과실범의 공동정범

사례 제시

- 1. 甲과 乙이 함께 목재를 운반하다가
- 2. 실수로 떨어뜨려 A에게 상해를 입혔다.

甲과 乙 모두를 과실치상죄의 공동정범으로 처벌할 수 있는가?

쟁점

공동정범 성립요건 중,

- 1. 객관적 요건, 즉 공동 실행행위는 인정된다. 문제가 없다.
- 2. 그러나 주관적 요건, 즉 공동실행 의사가 없는 것 아닌가? 이것이 문제다.

필요성

- 1. 가해자 중 정확히 누구의 행위 때문에 결과가 발생했는지 불명확하다면, 모두 미수로 처리한다(형법 제19조). 그런데 과실범의 미수는 현행법상 처벌규정이 없다. 결국 사고가 발생했는데도, 가해자 중 아무도 처벌하지 못한다.

형법 제19조(독립행위의 경합) 동시 또는 이시의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인[이 된] 행위가 판명되지 아니한 때에는 각 행위를 미수범으로 처벌한다.

97도1740: 2인 이상이 상호의사의 연락이 없이 동시에 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였을 때에는 원칙적으로 각인에 대하여 그 죄를 논하여야 하[고], 그 결과발생의 원인이 된 행위가 분명하지 아니한 때에는 각 행위자를 미수범으로 처벌[한다](독립행위의 경합).

사람이 죽거나 다쳤는데 아무도 처벌받지 않는 상황이다.

2. 그러나 만약 가해자들을 공동정범으로 묶고 싶다. 묶을 수 있다면, 일부실행 전부책임의 법리상 모두 기수로 처리할 수 있다. 즉, 가해자 모두를 처벌할 수 있게 된다. 이러한 해석(interpretation)도 가능한가?

형법 제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

97도1740: 상호의사의 연락이 있어 공동정범이 성립한다면, 독립행위경합 등의 문제는 아예 제기될 여지가 없다.

인정 여부

가능하다. 과실범의 공동정범(co-principals by negligence)도 인정한다. 즉,

1. 공동정범으로서, 일부실행 전부책임 원칙을 적용한다. 근거는? 상호의사연락 및 공동실행이다.

2024도1856: 형법 제30조[에서 정한] ‘2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때’의 ‘죄’에는 고의범뿐만 아니라 과실범도 포함[된다. 그러]므로 과실범의 경우에도 공동정범이 성립할 수 있다.

97도1740: 성수대교 붕괴사고 [사안이다.] ... 피고인들 사이에는 이 사건 업무상과실치사상등죄에 대하여 형법 제30조[에서 정한] 공동정범 관계가 성립된[다.] ... 교량 건설 회사의 트러스 제작 책임자, 교량공사 현장감독, 발주 관청의 공사감독 공무원 등에게 업무상과실치사상, 업무상과실일반교통방해, 업무상과실자동차추락죄 등의 유죄를 인정한 사례.

2. 과실범의 공동정범도 공동정범의 주관적, 객관적 요건을 모두 갖춘 것으로 본다.

사람이 죽거나 다쳤는데 아무도 처벌받지 않는 상황을 방지하기 위한 해석이다.

요건

1. 일단 각자에게 과실이 있어야 한다.

97도1740: [성수대교 붕괴사고] 사건의 경우, 피고인들에게는 트러스 제작상, 시공 및 감독의 과실이 인정[된다.]

2. 객관적으로, 과실이 합쳐져 사고가 발생한 것으로 평가할 수 있어야 한다(공동실행).

97도1740: [성수대교 붕괴사고 사건의 경우,] 감독공무원들의 감독상의 과실이 합쳐져서 이 사건 사고의 한 원인이 되었다.

3. 주관적으로, 공동의 목표와 의사연락이 있어야 한다(상호의사연락).

2024도1856: 의사의 연락이나 주의의무위반에 대한 공동의 인식이 없었다면 ‘공동하여’ 죄를 범하였다고 볼 수 없다. 그러므로 그 경우] 과실범의 공동정범이 성립한다고 볼 수 없다.

97도1740: [성수대교 붕괴사고 사건의 경우,] 피고인들은 이 사건 성수대교를 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다.

	공모공동정범	과실범의 공동정범
주관적 요건(공동실행 의사)	당연히 인정	해석상 인정
객관적 요건(공동 실행행위)	해석상 인정	당연히 인정
의의	배후까지 처벌	처벌 공백을 방지

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 8.] 甲과 乙은 자신들이 근무하는 A회사 공장 외벽에 설치된 분리수거장 앞에서 담배를 피우다가 아무 생각 없이 각자 담배꽂초를 분리수거장 쪽에 던지고 자리를 떠났다. 그 이후 분리수거장에 있던 종이박스 등에 불씨가 옮겨붙어 화재가 발생하였고 그로 인해 A회사 소유의 비료 포대가 전소되었다. 이 사례에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉔. 甲과 乙이 각자 담배를 피우고 담배꽂초를 버리는 과정에서 서로 어떠한 공동인식이나 의사연락이 없었다면, 甲과 乙에게 과실범의 공동정범은 성립하지 않는다.

결과적 가중범의 공동정범

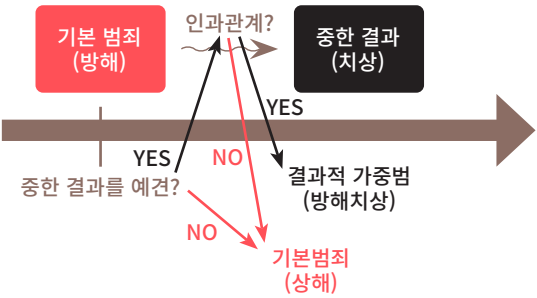
복습: 결과적 가중범 성립요건

결국 결과적 가중범이 성립하려면, 다음 요건이 모두 충족돼야 한다.

- 1. 고의의 기본범죄
- 2. 무거운 결과발생
- 3. 예견가능성: 기본범죄의 행위 시점에, 행위자가 무거운 결과의 발생을, 예견(prediction)할 수 있었어야 한다.

형법 제15조(사실의 착오) ② 결과 때문에 형이 무거워지는 죄의 경우에 그 결과의 발생을 예견할 수 없었을 때에는 무거운 죄로 벌하지 아니한다.

88도178: 형법 제15조 제2항이 규정하[는] 이른바 결과적 가중범은 [다음과 같이 해석해야 한다.] 행위자가 행위 시에 그 결과의 발생을 **예견할 수 없을 때에는** 비록 그 행위와 결과 사이에 **인과관계가 있다 하더라도 [무거운] 죄로 벌할 수 없다.**



4. 인과관계

복습: 부진정 결과적 가중범

- 1. 고의에 따른 기본범죄 A로, 고의에 따른 무거운 결과인 B가 발생한 경우까지, 그 형이 가중되는(결과적 가중범을 적용하는) 범죄(A치B)
- 2. 방해치상죄는 부진정 결과적 가중범이다(방해 고의+상해 고의도 적용).

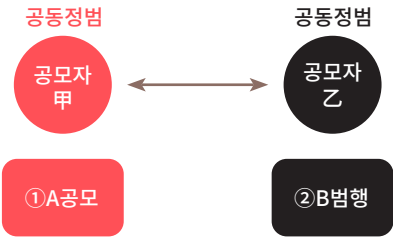
형법 제144조(특수공무방해) ③ [방해(A)]죄를 범하여 공무원을 상해에 이르게(B) 한 때에는 **3년 이상의 유기징역**에 처한다.

문제점

공모 착오(conspiracy error)란? 다음이 서로 다른 경우를 말한다.

“공모 착오”는 편의상 붙인 용어다.

- 1. 공동정범이 공모한 범죄(A)
- 2. 다른 공동정범이 실행한 범죄(B)



사례

- 1. 공모자 甲, 乙은 방해(A)를 공모했는데,
- 2. 공모자 乙이 살인(B)을 저질렀다.

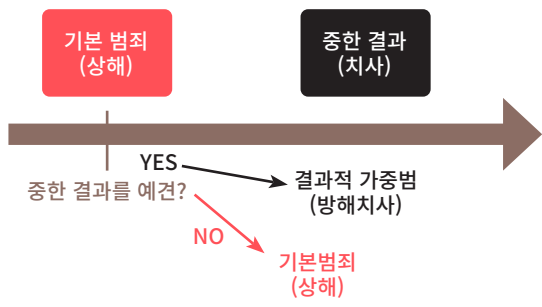
90도765: 공무집행을 방해[A]하는 집단행위의 과정에서 일부 집단원[乙]이 고의로 ... 사상[B]의 결과를 초래[했다.]

공모자 甲의 처벌

- 1. 일단 일치하는 범위에서 공동정범이 성립한다. 즉, 기본적으로 방해죄(A)의 공동정범이 성립한다.

형법 제144조(특수공무방해) ① 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 ... 제136조[공무 집행방해(= 직무를 집행하는 공무원 폭행 or 협박)]의 죄를 범한 때에는 [징역 1개월 15일~7년 6개월 or 벌금 7만 5,000원~1,500만 원에 처한다.]

- 2. 결과적 가중범이 성립할 수도 있다. 즉, 일정 요건 아래 방해치사(A치B)의 공동정범이 성립한다.



형법 제15조(사실의 착오) ② 결과 때문에 형이 무거워지는 죄[→ 결과적 가중범(방해 치사)]의 경우에 그 결과[→ 사망(B)]의 발생을 예견할 수 없었을 때에는 무거운 죄 [→ 상해치사]로 벌하지 아니한다.

90도765: 부진정결과적가중범인 특수공무방해치사상죄에[서] ... [위] 경우에 다른 집단원[甲]이 그 방화행위[에 따른] 사상의 결과를 예견할 수 있는 상황이었다면? 甲은] 특수공무방해치사상의 죄책을 면할 수 없[다.]

연습문제1

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 1.] 결과적 가중범에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 사람이 현존하는 건조물을 방화하는 집단행위의 과정에서 일부 집단원이 고의행위로 상해를 가한 경우에도 다른 집단원에게 그 상해의 결과가 예견 가능한 것이었다면, 다른 집단원도 그 결과에 대하여 현존건조물방화치상죄의 책임을 진다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 5.] 결과적 가중범에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄴ. 결과적 가중범의 공동정범은 기본행위를 공동으로 할 의사와 결과를 공동으로 할 의사가 있어야 성립한다.
 - ㄹ. 공무집행을 방해하는 집단행위의 과정에서 일부 집단원이 경찰관이 현존하는 건물에 방화를 하여 상해의 결과를 초래한 경우에 방화에 공모한 바 없는 다른 집단원 甲이 그 방화로 인한 상해의 결과를 예견할 수 있는 상황이었다면, 甲은 현존건조물 방화치상의 죄책을 진다.

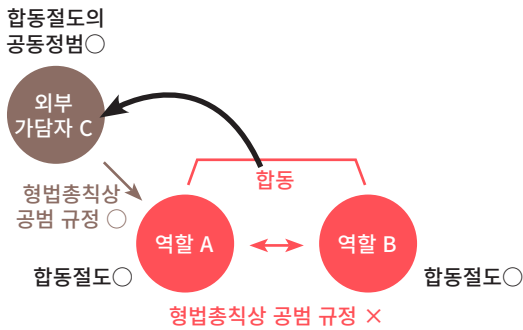
합동범의 공동정범

사안

98도321전합: 3인 이상의 범인[A, B, C]이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인[A, B]이 범행 현장에서 시간[, 장소로] 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 [사안이다.]

복습: 합동범의 공동정범 인정

현장에 있지 않은 범인도 합동범의 공동정범이 될 수 있다.



98도321전합: 그 다른 범인[C]에 대하여 합동절도의 공동정범 성립을 부정할 이유가 없다.]

[왜냐하면] 형법 제331조 제2항 후단의 규정이 위와 같이 3인 이상이 공모하고 적어도 2인 이상이 합동절도의 범행을 실행한 경우에 대하여 공동정범의 성립을 부정하는 취지라고 해석할 이유가 없[기 때문이다. 그]뿐만 아니라, 만일 공동정범의 성립가능성을 제한한다면 직접 실행행위에 참여하지 아니하면서 배후에서 합동절도의 범행을 조종하는 수괴는 그 행위의 기여도가 강력함에[도] 공동정범으로 처벌받지 아니하는 불합리한 현상이 나타날 수 있[기 때문이다.]

복습: 전제조건

현장에는 적어도 2인 이상이 있어야 한다. 즉, 적어도 2인 이상 시간적, 장소적 협동을 해야 한다. 그래야 “합동하여”라는 평가를 할 수 있기 때문이다.

98도321전합: 적어도 2인 이상의 범인[A, B]이 범행 현장에서 시간, 장소로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 [사안이다.]

합동범은 필수적 공범이다.

이론적 근거

공모공동정범을 인정하기 때문에 가능하다.

98도321전합: [C]가 현장에서 절도 범행을 실행한 위 2인 이[상] 범인[A, B]의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추[었다.]

공동정범, 교사범, 종범의 구별기준

98도321전합: 그러므로 합동절도에서도 공동정범과 교사범, 종범의 구별기준은 일반 원칙에 따른다. 그 결과 범행현장에 존재하지 아니한 범인도 공동정범이 될 수 있[다.] 반대로 상황에 따라서는 장소[로] 협동한 범인도 방조만 한 경우에는 종범으로 처벌될 수도 있다.

주의: 합동범 내부에 총칙 공범규정을 그대로 적용한다는 뜻은 아니다.

연습문제1

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 26.] 유흥주점의 지배인 甲은 피해자 A로부터 신용카드를 강취하고 신용카드 비밀번호를 알아냈다. 甲은 위 주점 직원 乙, 丙과 모의하면서, 자신은 주점에서 A를 붙잡아 두면서 감시하고, 乙과 丙은 위 신용카드를 이용하여 인근 편의점에 있는 현금자동지급기에서 300만 원의 예금을 인출하기로 하였다. 그에 따라 甲이 A를 감시하는 동안 乙과 丙은 위 편의점에 있는 현금자동지급기에 신용카드를 넣고 비밀번호를 입력하여 300만 원의 예금을 인출하였고, 이를 甲, 乙, 丙 각자 100만 원씩 분배하였다. 결국 甲, 乙, 丙은 특수(합동)절도죄로 공소제기되었는데, ... 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 합동절도의 범행 공모에는 참여하였으나 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 않았더라도, 그가 현장에서 절도 범행을 실행한 乙과 丙의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있다면, 甲에 대하여도 합동절도의 공동정범이 성립될 수 있다.
- ㄴ. 만약 위 주점 지배인 甲이 종업원 乙, 丙과 함께 단골손님 A로부터 신용카드를 갈취해 현금을 인출하기로 모의하였고, 甲의 지시를 받은 乙과 丙은 늦은 저녁 한적한 골목길에서 A로부터 신용카드를 갈취하고 비밀번호를 알아내 甲이 일러준 편의점 현금자동지급기에서 300만 원의 예금을 인출하였으며, 이를 甲, 乙, 丙 각자 100만 원씩 분배하였다면, 범죄 장소에 가지 않은 甲에게 폭력행위등처벌등에관한법률위반(공동공갈)의 공동정범은 인정될 여지가 없다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 38.] 甲은 친구 乙과 丙에게 연락해 “은행에서 돈을 출금해 나오는 사람의 가방을 날치기 하자.”[라]고 제안했다. 이에 乙과 丙은 은행 문밖에서 범행대상을 물색하고, 甲은 날치기를 끝낸 乙과 丙을 태우고 도망치기 위해 은행 앞 차도에 승용차를 세워 두고 대기하기로 했다. 며칠 후 甲은 은행에서 현금 1천만 원을 출금하여 가방에 담아 나오는 것을 본 乙과 丙은 甲의 뒤를 따라가기 시작했다. 甲은 차를 몰고 그 뒤를 따라가던 중 갑자기 처벌이 두려워져 핸들을 꺾어 혼자 말없이 도주해 버렸다. 甲가 좁은 골목길로 들어서자 乙은 입구에서 망을 보았고, 丙은 甲가 손에 든 가방을 그대로 낚아채어 달아났다. ... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

③ 甲은 현장에서 날치기 실행행위를 직접 분담하지 않았지만, 乙과 丙의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 범행을 하였다고 평가할 수 있으므로, 특수절도죄의 공동정범에 해당한다.

부작위에 따른 공동정범

사안

2008도89: [피고인 1은 (상호 생략)업체 압구정점 실장이다. 피고인 1은 (상호 생략)업체 한국지사장과 공동하여, 관할관청에 신고[하]지 아니하고, 2003. 10.경부터 2006. 4. 11.경까지 서울 강남구에 있는 (상호 생략)업체 압구정점에서, 마사지실 등을 설치하고, 그곳에 온 손님에게 전신 오일을 바르는 등 피부관리를 하여 주고, 그 대가로 1회 당 10만 원 상당의 금품을 교부받아 왔다.]

부작위범의 공동정범 인정

부작위범도 공동정범이 될 수 있다.

전제조건

- 1. 공통의 의무 부여
- 2. 공통의 이행 가능

2008도89: 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 **공통된 의무가 부여**되어 있고 그 **의무를 공통으로 이행할 수 있을 때**에만 성립한다.

이 사건 [회사] 각 지점의 실장직에 있었던 피고인들은 위 회사의 근로소득자에 불과하고 영업상의 권리의무의 귀속주체가 아니다. 그러므로 피고인들은 위 규정에 [따른] 신고의무를 부담하는 자에 해당하지 않는다. 나아가 피고인들에게 공통된 신고의무가 부여되어 있지 않다. 따라서 피고인들에게 부작위범인 신고의무 위반으로 인한 중위생관리법 위반죄의 공동정범도 성립할 수 없다.]

연습문제1

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 8.] 부작위범에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉔. 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 4.] 부작위범에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있다면, 그 의무를 공통으로 이행할 수 없을 때에도 부작위범 사이에 공동정범이 성립할 수 있다.
-

제8강

증거법

Evidence Rule



Jakub Schikaneder, *Vražda v domě (Murder in the House)*
1890, oil on canvas, 203 × 321 cm, Národní galerie Praha, Prague

재판에서 증거가 어떻게 쓰이고 어떤 증거가 허용되는지에 관하여

- 민사소송법과 형사소송법 모두 증거법 체계를 갖고 있다. 그렇지만, 형사 증거법이 더 중요하다. 민사사건과 달리 형사사건은 **공판 이전에 수사**라는 단계가 존재하기 때문에, 인권침해 위험이 더 크기 때문이다. 즉, 형사 증거법은,
 1. **진실발견**에 그치지 않고,
 2. 피고인의 **인권보장**이라는 과제까지 추구해야 한다.
- 따라서 형사소송법은,
 1. 일정한 증거는 법관이 사용하지 못하게 하고,
 2. 또 일정한 증거는 법관이 믿지 못하게 했다.
- 이처럼 형사 증거의 사용에는 많은 제한이 따르고 특히 신중한 판단이 필요하다. 그 기준은 진실발견과 인권보장의 **조화**다. 쉬운 문제가 아니기 때문에, 형사 증거법은 규정과 해석론 모두 복잡하다. 이론적으로든 실무적으로든 수험적으로든, 매우 중요한 부분이기도 하다.

증거법 기초 개념

Basic Concepts of Evidence Rule

첫 단추를 잘못 끼우면 마지막 단추는 끼울 구멍이 없어진다.
- Johann Wolfgang von Goethe

증거

증거와 증명

1. 증거(evidence): 사실관계의 확인자료
2. 증명(proof): 증거에 따라 사실관계가 확인되는 과정
3. 요증사실(facts required to be proved): 증명의 대상이 되는 사실
4. 증명취지(purpose of proof): 증거와 요증사실과 관계

증거의 2가지 의미

“증거(evidence)”라는 말에는 다음 두 의미가 모두 있다.

1. 증거방법(method of evidence)으로서의 증거: 증거조사의 대상
2. 증거자료(evidential data)로서의 증거: 증거방법을 조사하여 얻은 자료

증거란 증명하는 데 사용할 수 있는 모든 것을 말한다(*Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest; By the term “instruments” are understood all things by which a case can be proved*).

증거방법

1. 증인(witness)
2. 감정인(appraiser)
3. 증거물(evidential material)
4. 증거서류(evidentiary document)

피고인(accused)은 당사자(party)기도 하지만, 증거방법이기도 하다.

형사소송법 제296조의2(피고인신문) ① 검사 또는 변호인은 증거조사 종료 후에 순차로 피고인에게 공소사실 및 정상에 관하여 필요한 사항을 신문할 수 있다. ...

증거자료

1. 증인의 증언(testification of witness)
2. 감정인의 감정의견(opinion of appraiser)
3. 증거물의 성질과 상태(shape & condition of evidential material)
4. 증거서류의 의미내용(contents of evidentiary document)

피고인의 진술(statement of defendant)은 증거자료가 될 수 있다.

증거조사

증거조사란, 증거방법으로부터 증거자료를 얻는 절차다.

증인과 감정인

증인(witness)

- 1. 피해자, 목격자 등 체험자(경험자; person with firsthand knowledge)다.
- 2. 그 증인만 진술할 수 있는 체험(경험) 사실을 보고한다.

증인은 판단하는 자가 아니다(*Testis non est iudicare*; A witness is not to judge).

- 3. 불출석 시: 과태료○(∵ 절차가 지연되므로), 구인○(∵ 대체 불가능한 사람 이므로)

형사소송법 제146조(증인의자격) 법원은 법률에 다른 규정이 없으면 누구든지 증인으로 신문할 수 있다.
형사소송법 제157조(선서의 방식) ① 선서는 선서서(宣誓書)에 따라 하여야 한다. ② 선서서에는 “양심에 따라 숨김과 보탬이 없이 사실 그대로 말하고 만일 거짓말이 있으면 위증의 벌을 받기로 맹세합니다.”라고 기재하여야 한다.
형사소송법 제151조(증인이 출석하지 아니한 경우의 과태료 등) ① 법원은 소환장을 송달받은 증인이 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때에는 결정으로 ... 500만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다. ...
형사소송법 제152조(소환불응과 구인) 정당한 사유 없이 소환에 응하지 아니하는 증인은 구인할 수 있다.
2023모358: 증인은 법정에서 출석하여 선서하고 자신이 경험한 사실을 진술하여야 하는 의무를 부담한다.

- 4. 법정에서 선서하고 증인신문 절차로 진행한다. 신청인(예: 검사) 측에서 주신문 하고, 상대방(예: 피고인) 측에서 반대신문 한다(오래 걸림).

형사소송법 제161조의2(증인신문의 방식) ① 증인은 신청한 [측]이 먼저 이를 신문하고 다음에 다른 [측]이 신문한다.

감정인(appraiser)

- 1. 의사나 필적감정인 등 전문가(expert)다.
- 2. 다른 감정인도 진술할 수 있는 평가 의견을 제시한다.
- 3. 불출석 시: 과태료○(∵ 절차가 지연되므로) but 구인×(∵ 대체 가능한 사람 이므로)

형사소송법 제169조(감정) 법원은 학식 경험있는 자에게 감정을 명할 수 있다.
--

형사소송법 제170조(선서) ① 감정인에게는 감정 전에 선서하게 하여야 한다.

② 선서는 선서서에 [따라]야 한다.

③ 선서서에는 「양심에 따라 성실히 감정하고 만일 거짓이 있으면 허위감정의 벌을 받기로 맹서합니다」라고 기재하여야 한다.

형사소송법 제177조(준용규정) 감정에 관하여는 제12장[= 증인신문 ㄴ 제151조](구인에 관한 규정은 제외한다)을 준용한다.

2023모358: 감정인은 특정한 분야에 특별한 학식과 경험을 가진 사람[이다. 즉,] 그 학식과 경험[으로] 알고 있거나 그 전문적 학식과 경험[으로] 얻은 일정한 원리 또는 판단을 법원에 진술, 보고한다.

4. 법정에서 선서하고 감정인신문 절차로 진행한다. 재판장이 감정사항을 알려주면서 감정을 명한다(급방 끝남). 감정인은 돌아가서 나중에 감정서를 작성해 제출한다.
-

형사소송법 제171조(감정보고) ① 감정의 경과와 결과는 감정인으로 하여금 서면[→ 감정서]으로 제출하게 하여야 한다.

경우에 따라, 감정서 제출 후 감정서 내용 설명을 듣기 위해 다시 법정에서 감정인신문 절차를 진행하기도 한다(오래 걸림).

형사소송법 제171조(감정보고) ④ 필요한 때에는 감정인에게 설명하게 할 수 있다.

2023모358: 감정인이 감정을 하여 감정서(형사소송법 제171조 제1항)를 제출한 경우에 그 기재된 의견에 관한 설명을 추가로 듣는 절차(형사소송법 제171조 제4항) 등[을 할 수도 있다. 이는] 감정인이 과거의 사실을 진술하는 지위에 있지 않은 이상 증인신문이 아니라 형사소송법 제1편 제13장의 감정에 관한 규정에 따라 소환하여 진행하는 감정인신문으로 하여야 한다.

감정증인(expert witness)

1. 전문가인데 체험자다.
 2. 그 전문가만 진술할 수 있는 체험 사실을 보고한다.
 3. 불출석 시, 과태료○(∴ 절차가 지연되므로), 구인○(∴ 대체 불가능한 사람 이므로)
 4. 법정에서 선서하고 증인신문 절차로 진행한다. 신청인(예: 검사) 측에서 주신문 하고, 상대방(예: 피고인) 측에서 반대신문 한다(오래 걸림).
-

형사소송법 제179조(감정증인) 특별한 지식[으로] 알게 된 과거의 사실을 신문하는 경우에는 본장[= 감정]의 규정에 [따르]지 아니하고 전장[= 증인신문 ㄴ 제151조]의 규정에 [따른다].

2023모358: 감정인이라 하더라도 특별한 지식[으로] 알게 된 과거의 사실에 관하여 진술하여야 하는 경우에는 증인의 지위에 해당하는 감정증인으로서 증인신문절차에 따라 신문하여야 [한다.]

감정증인은 감정인이 아니라 증인에 해당한다. “감정인의 탈을 쓴 증인”

감정인을 증인으로 소환

만약 감정인으로 소환할 사람을 증인(감정증인) 형식으로 소환하면?

- 1. 잘못된 소환이다.
- 2. 따라서 불출석 시, 과태료×, 구인×

2023보358: 경험한 과거의 사실을 진술할 지위에 있지 않음이 명백한 **감정인을** 법원이 **증인 또는 감정증인으로 소환[했다]**. 이] 경우, 감정인이 소환장을 송달받고 출석하지 않았더라도 그 불출석에 대한 제재로서 형사소송법 제151조 제1항에 따른 **과태료를 부과할 수는 없다**.

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 27.] 증거조사 및 증인신문에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

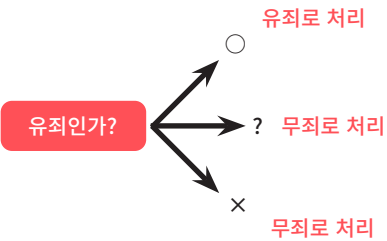
- ② 법원이 감정서에 기재된 의견에 관한 설명을 추가로 듣기 위하여 감정인을 증인으로 채택하여 소환하였는데 감정인이 소환장을 송달받고도 출석하지 않았다면 그 불출석에 대한 제재로서 증인의 불출석에 대하여 과태료를 부과할 수 있도록 한 「형사소송법」 제151조 제1항에 따른 과태료를 부과할 수 있다.

복습: 증명책임

무죄추정원칙

무죄추정원칙(presumption of innocence)이란? 다음 증거법칙이다.

- 1. 피고인이 유죄로 확정될 때까지는 무죄로 추정한다는 원칙이다.
- 2. 변론 종결 하고 판결선고 하려는데, 판사가 유죄인지 무죄인지 확신이 안 선다면? 무죄다.



의심스러우면 피고인의 이익으로(*In dubio pro reo*; When in doubt, for the defendant).

대한민국헌법 제27조 ④ 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.
형사소송법 제275조의2(피고인의 무죄추정) 피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.

문제상황

법원이 어떤 사실에 관해 확실한 심증을 형성하지 못했다면? 그렇다고 마냥 판결 선고를 거부할 수는 없다. 법원은 A인지, 아니면 A가 아닌지 대답을 해야 한다.

개념

증명책임(burden of proof)이란?

1. 증거가 필요한 사실에 관해
2. 증거가 불충분한 경우
3. 그에 따라 불이익을 받게 되는 지위.

대원칙

증명책임은 검사에게 있다.

2009도12132: 형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실은 그것이 주관적 요건이든 객관적 요건이든 그 **증명책임이 검사에게 있다.**

구 정보통신망[법]... 제70조 제2항의 허위사실 적시 정보통신망을 통한 명예훼손죄로 기소된 사건[이다. 여기서] [i] 사람의 사회적 평가를 떨어뜨리는 사실이 적시되었다는 점, [ii] 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 결정할 때에[는 어떠한가?] [i] 어느 사실이 **적극적으로 존재한다는 것의 증명도 검사가** 해야 한다. 그러한 점[은 물론[이고,] [ii] 그 사실의 **부존[재] 증명이라도** 특정 기간과 특정 장소에서의 특정행위의 부존재에 관한 것이라면 적극적 당사자인 **검사가** 이를 합리적 의심의 여지가 없이 증명하여야 한다.]

검사는 유죄를 받기 위해, 법관에게,

1. “피고인이 유죄다”라는 확신을 주어야만 한다. 즉, 의심 여지를 없애야 한다.

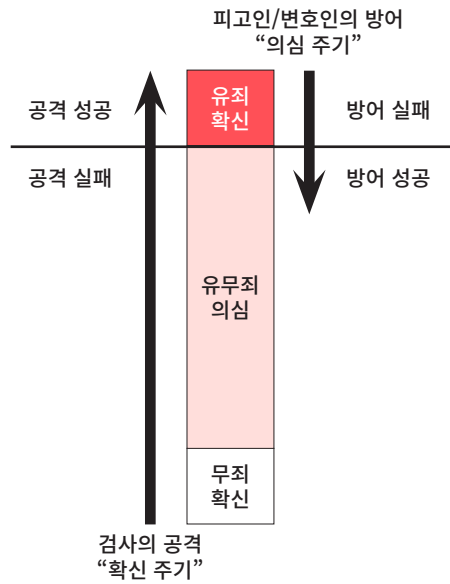
여기서 말하는 “의심”이란, 합리적 의심(reasonable doubt)이다.

2013도11650전합: 다만 유죄의 인정을 위한 심증형성이 상정할 수 있는 모든 의심을 일일이 배제할 정도까지 되어야 하는 것은 아니[다. 그러]므로, 여기에서 말하는 ‘합리적인 의심’은 막연한 의문, 불신이나 단지 관념적인 가능성만으로 품게 되는 의심이 아니[다. 즉,] 논리와 경험의 법칙에 기초하여 볼 때 증명 대상이 되는 사실과 양립할 수 없는 사실이 존재할 개연성이 있다고 할 정도로 객관성과 합리성을 지닌 의심[이어야 한다.]

2. “피고인이 무죄일 수도 있다”는 의심만 주면, 공격 실패다. 무죄다.

피고인은 무죄를 받기 위해, 법관에게,

1. “자신이 무죄다”라는 확신을 줄 필요까지는 없다. 즉, 의심 여지를 없앨 필요까지는 없다.
2. “자신이 무죄일 수도 있다”는 의심만 주어도, 방어 성공이다. 무죄다.



그러나 처음부터 검사는 유죄가 확실하다고 판단한 사건을 기소하기 때문에, 실제로는 무죄율이 매우 낮다.

민사사건과의 차이

- 1. 민사사건(civil case): (i) 기본적으로는 원고에게 증명책임이 있지만, (ii) 피고의 항변사실에 관해서는 피고가 증명책임을 진다. 만약 피고가 증명책임을 지는 사항에 관해, 법관이 확신을 갖지 못하면? 피고에게 불리하게 판단한다.
- 2. 형사사건(criminal case): 모두 검사에게 증명책임이 있다. 만약 법관이 확신을 갖지 못하면? 검사에게 불리하게(피고인에게 유리하게) 판단한다.

2025다211430: 민사책임과 형사책임은 그 지도이념과 증명책임, 증명의 정도 등에서 서로 다른 원리가 적용[된다].

95도3081: 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없으며, 민사재판이었더라면 [증명]책임을 지게 되었을 피고인이 그 쟁점이 된 사항에 대하여 자신에게 유리한 [증명]을 하지 못하고 있다 하여 위와 같은 원칙이 달리 적용되는 것은 아니다.

피고인이 [돈]을 횡령하였다는 사실은 어디까지나 검사가 이를 [증명]하여야 [한다.] 원심이 민사재판[에서의 증명]책임분배의 원칙을 유죄 인정의 근거의 하나로 내세워 피고인이 그가 보관하던 대여금 총액 중에서 피해자를 위하여 사용하였거나 피해자에게 반환하였음을 [증명]하지 못한 차액 상당의 [돈]을 횡령한 것[으로] 판단한 것은, 형사재판[에서의] 거증책임의 원칙과 증명력에 관한 법리를 오해한 위법을 저지른 것이다.]

증거능력과 증명력

증거능력

증거능력(admissibility of evidence)이란,

- 1. 증거로 사용할 수 있는 법률상 자격(qualification)이다.
- 2. 증거의 형식적(formal) 허용성 문제다.
- 3. 증거재판주의에서 말하는 “증거”란, 증거능력 있는 증거를 말한다.

형사소송법 제307조(증거재판주의) ① 사실의 인정은 증거에 [따라]야 한다.

증명력

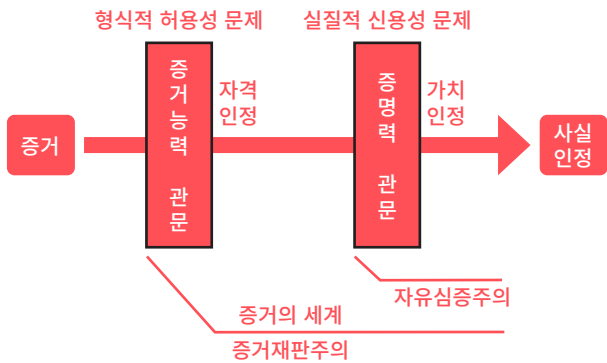
증명력(probative value)이란,

- 1. 요증사실을 증명할 수 있는 가치(value)다. 증거가치라고도 한다.
- 2. 증거의 실질적(substantive) 신용성 문제다.
- 3. 자유심증주의에서 말하는 “증명력”이다.

형사소송법 제308조(자유심증주의) 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 [따른다].

소결

- 1. 증거능력 관문을 통과한 증거에 대해서만,
- 2. 증명력을 논할 수 있다.



2017도17628: 자백의 증거능력이 있는 경우 [그다음은 무엇을 어떻게 판단해야 하는가] [i] 자백의 내용 자체가 객관적으로 합리성을 띠고 있는지, [ii] 자백의 동기나 이유가 무엇이며 자백에 이르게 된 경위는 어떠한지, 그리고 [iii] 자백 이외의 정황증거 중 자백과 저촉되거나 모순되는 것이 있는지를 고려하여 자백의 신빙성을 판단하여야 한다.

사례

문제사안

A가 칼로 B를 살해한 사건이 발생했다.

1. 경찰이 A를 잡은 다음 A의 소지품을 수색했지만, 옷 안 연필 말고는 나온 것이 없다.
2. 그래서 경찰이 A를 고문하여 A가 사용한 칼을 찾아냈다.
3. 목격자로는 K 씨가 있다. K가 증인으로 법정에서 진술을 했다.

증거 개념

1. 요증사실: A가 B를 살해한 사실
2. 증명취지: 연필, 칼의 존재, 증인 K의 진술을 통해 A가 B를 살해한 사실을 증명하고자 함
3. 증거방법: 연필, 칼, 증인 K
4. 증거자료: 연필, 칼의 존재와 상태, K의 증언
5. 증거조사: 연필, 칼에 대한 검증, K에 대한 증인신문
6. 증명: 증거에 따라 A가 B를 살해한 사실을 확인하는 과정

증거능력과 증명력

1. 연필: 증거능력○, 증명력(×)

특별한 사정이 없는 한, 이 사건에서 연필은 증거가치가 없다.

2. 칼: 증거능력×

형법 제308조의2(위법수집증거의 배제) 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

3. 증언: 증거능력○, 증명력○

판결 결과

1. 판사가 증인 말이 사실이라는 확신을 가질 경우 → 유죄(guilty) 판결
2. 판사가 증인 말이 거짓이라는 확신을 가질 경우 → 무죄(not guilty) 판결
3. 판사가 증인 말이 사실인지 거짓인지 모를 경우 → 무죄(not guilty) 판결

증거 종류
Classification of Evidence

어떤 사물에 대한 인식이란 이미 우리가 받아들이는 전체적 사실의 질서, 계열, 계층에서 그 위치를 발견하는 것이다. - Karl Mannheim

직접증거와 간접증거

직접증거

직접증거(direct evidence): 요증사실을 직접 증명하는 증거. 그때의 사실을 직접사실이라 한다.

예: 범행 현장을 직접 목격한 증인 K가 “甲이 A를 찔러 죽이는 걸 보았다.”라고 증언했을 때, 그 증언.

간접증거

간접증거(indirect evidence): 요증사실을 추측하게 하는 증거. 정황증거(circumstantial evidence)라고도 한다. 그때의 사실을 간접사실(정황사실)이라 한다.

예: 범행 현장에 남아 있는 범인의 지문.

소결

직접증거와 간접증거 모두 증거가 된다.

2015도2229전합: 형사재판에서 심증형성은 반드시 직접증거로 해야만 하는 것은 아니고 간접증거로 할 수도 있[다.]
2011도1902: 살인죄 등과 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접증거 없이 간접 증거만으로 유죄를 인정할 수 있[다. 다만] 그러한 유죄 인정에는 공소사실에 대한 관련성이 깊은 간접증거들에 [따라] 신중한 판단이 요구[된다.]

실질증거와 보조증거

실질증거

실질증거(substantial evidence): 요증사실을 직접, 간접으로 증명하기 위해 사용하는 증거.

예: 위 증언과 범인의 지문 모두.

보조증거

보조증거(accessorial evidence): 실질증거의 신빙성에 관한 증거. 그때의 사실을 보조사실이라 한다.

- 1. 증강증거(strengthening evidence): 실질증거의 증명력을 강화하는 증거. 그때의 사실을 증강사실이라 한다.

예: 증인이 현장에서 50m 이상 떨어져 있었다고 할 때, 증인의 시각과 청력이 뛰어나다는 자료.

2. 탄핵증거(impeachment evidence): 실질증거의 증명력을 약화, 소멸시키는 증거. 증명력을 다투기 위한 증거라고도 한다. 그때의 사실을 탄핵사실이라 한다.

예: 증인이 평소에 거짓말을 많이 하는 자로 위증 전과도 수십 개 있다고 할 때, 증인의 위증 전과 자료.

인적 증거와 물적 증거

인적 증거

인적 증거(linguistic evidence): 증거방법의 언어적 의미 내용이 증거로 되는 경우.

예: 증인의 증언, 감정인의 진술, 피고인의 진술.

물적 증거

물적 증거(physical evidence): 증거방법의 존재와 상태가 증거로 되는 경우

예: 칼.

서증

서증: 서류로 된 증거.

예: 진술서, 진술조서, 전단지.

1. 서증은 인적 증거일 수도 있고,
2. 서증은 물적 증거일 수도 있다.

즉, 서증은 2종류가 있다.

1. 증거서류(evidentiary document): 서류의 언어적 의미 내용이 증거로 되는 경우. 즉, 인적 증거인 서증.

예: 진술서, 신문조서.

형사소송법 제292조(증거서류에 대한 조사방식) ① 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 따라 증거서류를 조사하는 때에는 신청인이 이를 **낭독**하여야 한다.

② 법원이 직권으로 증거서류를 조사하는 때에는 소지인 또는 재판장이 이를 낭독하여야 한다.

2. 증거물인 서면(document as evidential material): 서류의 존재와 상태가 증거로 되는 경우. 즉, 물적 증거인 서증.

예: 사문서위조 사건에서, 위조 사실을 증명하기 위해 제출한 위조계약서.

형사소송법 제292조의2(증거물에 대한 조사방식) ① 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 따라 증거물을 조사하는 때에는 신청인이 이를 제시하여야 한다.

② 법원이 직권으로 증거물을 조사하는 때에는 소지인 또는 재판장이 이를 제시하여야 한다.

구별의 상대성

증거서류와 증거물인 서면 구별은 상대적이다. 즉, 서증과 요증사실 사이 관계에 따라 달라진다. 예를 들어,

- 1. 계약서라도, 어떤 사건에서는 증거서류가 된다. 계약서에 쓰여 있는 언어적 내용(진술)이 증거로 될 수 있다.
- 2. 피의자신문조서라도, 어떤 사건에서는 증거물인 서면이 된다. 피의자신문조서의 존재와 상태가 증거로 될 수 있다. 피의자신문조서를 위조했다는 혐의로 기소된 사람에 대한 형사절차를 생각해 보라.

주의사항

인증과 인적 증거는 서로 다르다. 물증과 물적 증거도 서로 다르다.

- 1. 인증: 사람이 증거방법인 경우.

예: 증인, 감정인의 진술.

- 2. 물증: 사람 아닌 것이 증거방법인 경우.

예: 칼, 진술서, 신문조서, 계약서.

개념상,

- 1. 서증은 분명 물증이다.
- 2. 그러나 서증이 반드시 물적 증거인 것은 아니다.

소결

	인적 증거	물적 증거
인증	증인, 감정인, 피고인의 진술	신체의 검증, 감정
서증인 물증	각종 조서 [증거서류]	위조계약서 [증거물인 서면]
서증 아닌 물증	(해당 없음)	칼
본질	언어적 의미 내용	존재와 상태

연습문제

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 21.] 증거에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. ‘증거물인 서면’을 조사하기 위해서는 증거서류의 조사방식인 낭독, 내용고지 또는 열람의 절차와 증거물의 조사방식인 제시의 절차가 함께 이루어져야 한다.

본래증거와 전문증거

머리에

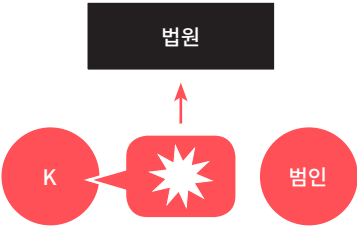
인적 증거(정확히는 진술증거)는 본래증거와 전문증거로 나뉜다. 예를 들어, 살인 현장을 K가 목격했다고 하자.



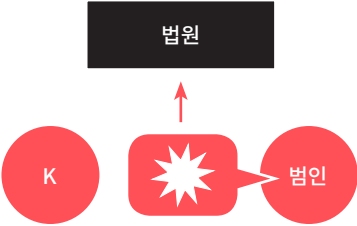
본래증거

본래증거(original evidence): 범죄현장을 체험한 사람이 직접 법원에 진술하는 것. 대표적으로, 목격자나 범인의 진술.

- 1. 살인 현장을 목격한 K의 법정 증언 → 본래증거.



- 2. 피고인신문에서 범인(피고인)의 법정 진술 → 본래증거.

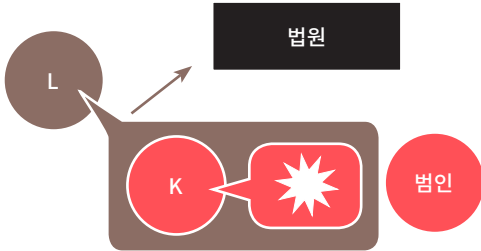


전문증거

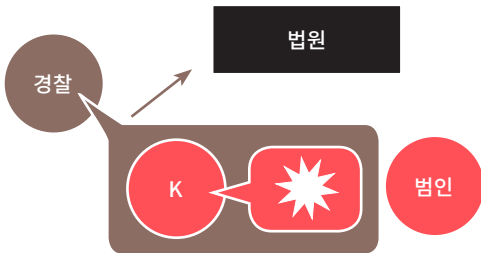
전문증거(hearsay evidence): 직접 법원에 진술하는 것이 아니라, 다른 사람을 통한다거나 서류를 통해 법원에 전달되는 것.

쉽게 말해, 전달된 증거다.

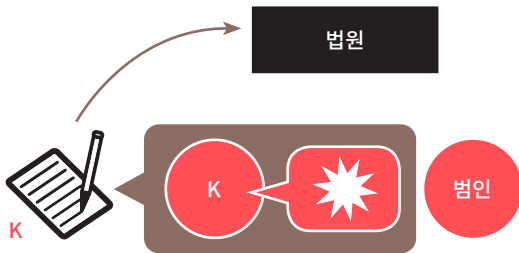
1. K의 위 목격담을 전해 들은 친구 L의 법정 증언 → 전문증거.



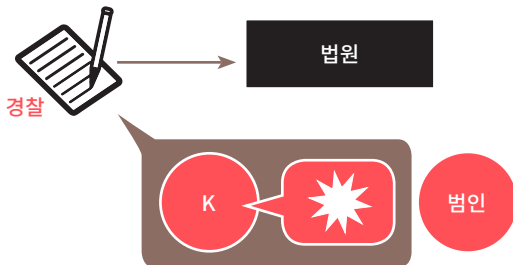
2. K를 불러서 목격담을 들은 경찰의 법정 증언 → 전문증거.



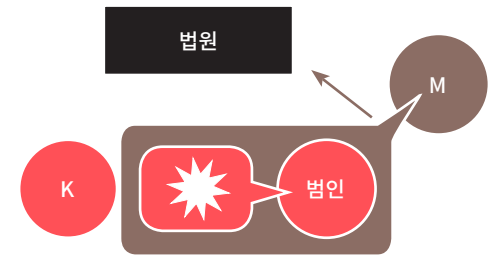
3. K가 스스로 목격한 내용을 적은 자필 진술서 → 전문증거.



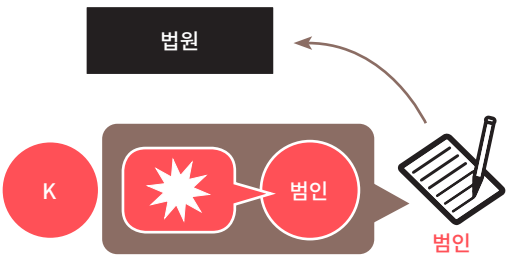
4. K를 불러 목격담을 들은 경찰이 내용을 적은 서류(참고인진술조서) → 전문 증거.



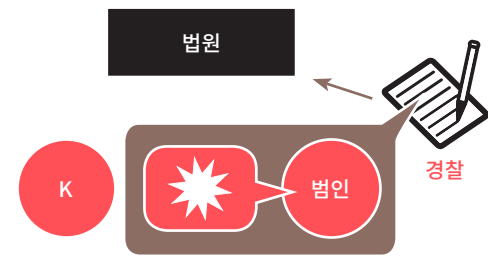
5. 범인으로부터 범행내용을 전해 들은 친구 M의 법정 증언 → 전문증거.



6. 범인이 범행내용을 스스로 적은 자필 진술서 → 전문증거.



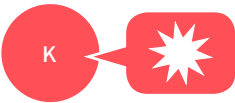
7. 범인(피의자)을 잡은 뒤 범행내용을 들은 경찰이 그 내용을 적은 서류(피의자신문조서) → 전문증거.



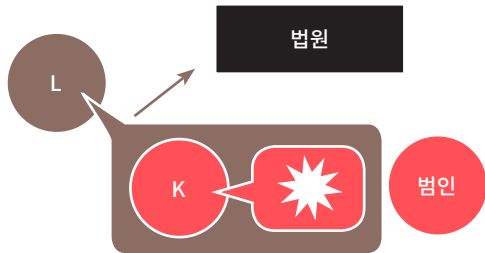
전문증거의 구조

요증사실이 “범인이 피해자를 살해했다.”라는 사실일 때,

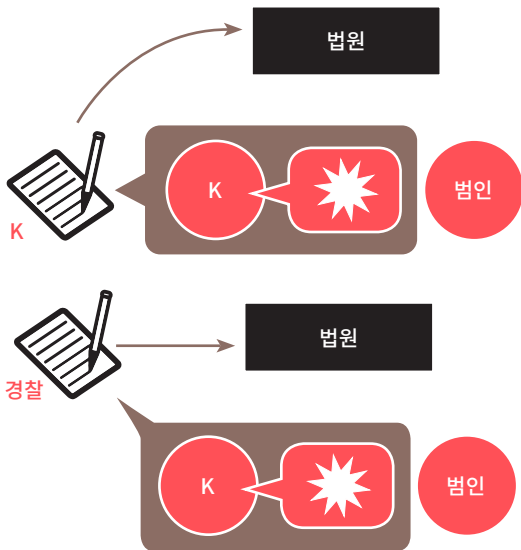
1. 원진술(K → L): 범인이 피해자를 살해하는 것을 내(K)가 보았다.



2. 전문진술(K → L → 법원): “범인이 피해자를 살해하는 것을 K가 보았다.”라고 K로부터 들었다.



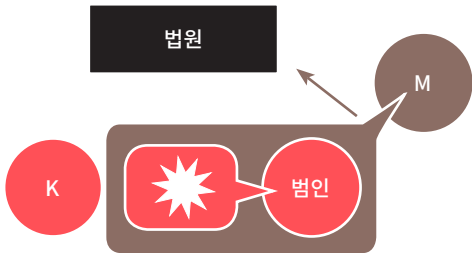
3. 전문서류(K → 서류 → 법원): “범인이 피해자를 살해하는 것을 K가 보았다.”라는 내용이 기재된 K의 자필 진술서, K에 대한 참고인진술조서



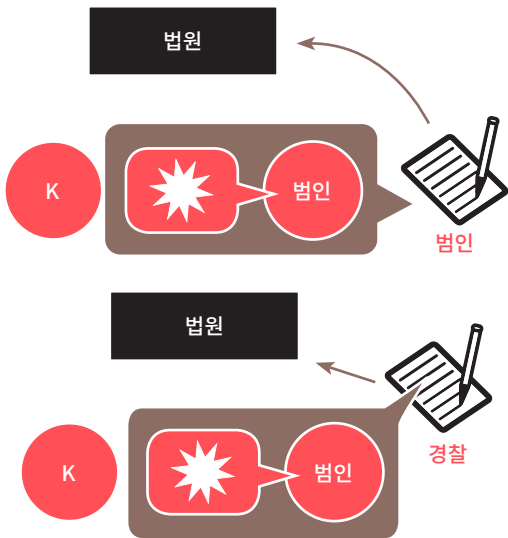
4. 원진술(범인 → M): 내(범인)가 피해자를 살해했다.



5. 전문진술(범인 → M → 법원): “범인이 피해자를 살해했다.”라고 범인에게서 들었다.



6. 전문서류(범인 → 서류 → 법원): “범인이 피해자를 살해했다”라는 내용이 기재된 범인의 자필 진술서, 또는 범인에 대한 피의자신문조서



전문진술(hearsay statement)과 전문서류(hearsay document)는 전문증거다. 증거서류(인적 증거인 서증)는 언제나 전문서류(전문증거)다.

구별의 상대성

2018도2739전합: 다른 사람의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지는 요증사실이 무엇인지에 따라 정해진다. 다른 사람의 진술, 즉 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이다. 그렇지만, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다.

2015도2275: 피고인이 수표를 발행하였으나 예금부족 또는 거래정지처분으로 지급되지 아니하게 하였다는 부정수표단속법위반의 공소사실[이 있다고 하자. 위 공소사실]을 증명하기 위하여 제출되는 수표는 그 서류의 존재 또는 상태 자체가 증거가 되는 것이어서 증거물인 서면에 해당[한다. 위 수표는] 어떠한 사실을 직접 경험한 사람의 진술[을] 갈음하는 대체물이 아니므로, 증거능력은 증거물의 예에 [따라] 판단하여야 [한다. 결국] 이에 대하여는 형사소송법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용될 여지가 없다.

심증 형성

Formation of Conviction

확신으로 시작하는 사람은 의심으로 끝내고,
의심으로 시작하는 사람은 확신으로 끝내리라.
- Francis Bacon

머리에

사실인정의 필요

기소가 되면, 법원은 공소사실에 관해 사실인정을 해야 한다.

심증의 필요

어떤 사실을 인정하려면, 그 사실에 관해 법관이 심증을 가져야 한다.

심증 인정 정도

문제점

어느 “정도(degree)”로 심증을 가져야 할까? 2가지로 나눌 수 있다.

1. 증명(certification)
2. 소명(*prima facie* showing)

증명

1. 증명(certification): 법관이 사실을 확신할 정도까지 필요한 경우.
2. 확신: 합리적 의심이 없는 상태(beyond a reasonable doubt).

여기서 증명은,

1. 법관이 확신을 얻은 상태를 뜻하기도 하고,
2. 법관에게 확신을 주기 위한 소송활동을 뜻하기도 한다.

소명

1. 소명(*prima facie* showing): 법관이 사실을 추측할 정도로도 충분한 경우.
2. 추측: 어느 정도의 개연성(probability)이 있다고 판단하는 상태.

여기서 소명은,

1. 법관이 추측을 얻은 상태를 뜻하기도 하고,
2. 법관에게 추측을 주기 위한 소송활동을 뜻하기도 한다.

적용

1. 원칙적으로, 증명 사항이다. 범죄사실 자체, 절차와 관련된 사실 모두 원칙적으로 증명 사항이다. 대부분 증명 사항이라 보면 된다.

형사소송법 제307조(증거재판주의) ② **범죄사실**의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 **증명**에 이르러야 한다.

2021도1833: 형사재판에서는 인과관계 증명[에] ‘합리적인 의심이 없을 정도’의 증명 [이 필요하다.]

2. 예외적으로, 법조문에 소명 사항이라 되어 있으면 소명 사항이다.

형사소송법 제150조(**증언거부사유**의 소명) 증언을 거부하는 자는 거부사유를 **소명**하여야 한다.

심증 형성 방법

문제점

어떤 “방법(means)”으로 심증을 가져야 하나? 3가지로 나눌 수 있다.

1. 엄격한 증명(strict proof)
2. 자유로운 증명(free proof)
3. 불필요한 증명(not required to be proved)

엄격한 증명

엄격한 증명(strict proof)이란? 다음 요건을 모두 충족해야 하는 증명.

1. 증거능력 있는 증거를 사용할 것.
2. “그리고” 법률에서 정한 증거조사 방식을 거칠 것.

주의: 직접증거, 간접증거(정황증거)와는 별개 문제다. 간접증거(정황증거)로 증명한 경우라도, 위 두 요건을 충족하는 이상 엄격한 증명에 해당한다.

자유로운 증명

자유로운 증명(free proof)이란? 엄격한 증명 이외의 증명. 즉,

1. 증거능력 없는 증거를 사용하는 경우.
2. “또는” 법률에서 정한 증거조사 방식을 거치지 않는 경우.

주의: 자유로운 증명이라 해서, 증거를 상대방에게 전혀 제시하지 않는다거나 증거 없이 재판해도 된다는 취지는 아니다.

불필요한 증명

불요증사실(facts not required to be proved)이란? 말 그대로, 증명이 필요 없는 사실. 엄격한 증명은 물론, 자유로운 증명조차 필요 없는 사실이다. 불요증사실을 인정할 때는 증명이 필요 없다. 즉,

1. 증거가 문제 되지 않는다.
2. 증거조사가 필요 없다.

	엄격한 증명	자유로운 증명	불필요한 증명
증거사용	증거능력 필요	증거능력 불필요	증거 불필요
증거조사	조사방식의 법정	조사방식의 자유	조사 불필요

엄격한 증명 대상

범죄사실

범죄사실(공소사실)은 엄격한 증명 대상이다.

- 1. 객관적 구성요건요소: 주체, 객체, 결과발생, 인과관계 등은 엄격한 증명 대상이다. 피해 또는 이득액이 구성요건요소인 경우도 마찬가지다.

2009도2453: 형법 제129조 제1항은 공무원이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처하도록 규정하고 있다. 그리고, 특정범죄[가중법] 제2조 제1항은 형법 제129조의 뇌물죄에 대하여 그 수뢰액에 따라 그 형을 가중하여 처벌하고 있다. 즉, 수뢰액이 3천만 원 이상 5천만 원 미만인 경우 5년 이상의 유기징역에 처하고(제3호), 5천만 원 이상 1억 원 미만인 경우 7년 이상의 유기징역에 처하고(제2호), 1억 원 이상인 경우 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록(제1호) 규정하고 있다. [이처럼] 뇌물죄에서의 수뢰액은 그 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로 엄격한 증명의 대상이 된다.]

2013도8121: 목적과 용도를 정하여 위탁한 금전을 수탁자가 임의로 소비하면 횡령죄를 구성할 수 있다. 이 경우 피해자 등이 목적과 용도를 정하여 금전을 위탁한 사실 및 그 목적과 용도가 무엇인지는 엄격한 증명의 대상이라고 보아야 한다.

- 2. 주관적 구성요건요소: 고의, 과실, 목적, 공모 등도 역시 엄격한 증명 대상이다. 이것도 범죄사실(공소사실)이기 때문이다.

2006도4659: 알선수재죄에서 ‘공무원의 직무에 속한 사항을 알선한다는 명목’으로 수수하였다는 [고]의는 범죄사실을 구성하는 것으로서 이를 인정하기 위해서는 엄격한 증명이 필요하다.]

[다만, 피고인이 ‘금품 등을 수수’한 사실을 인정하면서도 [고]의를 부인하는 경우에는, 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 [고]의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법[으로] 이를 [증명]할 수밖에 없다. 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력[으로] 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 따라야 한다.]

2023도2836: 물가안정법 ... 위반죄는 초과 주관적 위법요소인 ‘폭리 목적’을 범죄성립요건으로 하는 목적범이다. ‘폭리 목적’은 고의와 별도로 요구됨은 물론 엄격한 증명의 대상이 된다. ‘폭리 목적’에 대한 증명책임도 검사에게 있다. 그러므로 행위자가 ... 매점매석행위를 하였다는 사실만으로 폭리 목적을 추정할 수는 없다.

다만, 행위자에게 폭리 목적이 있음을 증명할 직접증거가 없는 경우에도 피고인이 해당 물품을 매입한 시점, 경위, 판매를 위한 노력의 정도, 판매에 이르지 못한 사정, 해당 물품의 시가 변동 및 시장 상황, 매입 및 판매 형태, 수량 등 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다.

법률상 가중, 감경 사유

법률상 가중, 감경 사유도 엄격한 증명 대상이다.

1. 법률상 가중, 감경 사유: 누범전과, 상습성, 위증 후 자백 등.

형법 제35조(누범) ① 금고(禁錮) 이상의 형을 선고받아 그 집행이 종료되거나 면제된 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 지은 사람은 누범(累犯)으로 처벌한다.

② 누범의 형은 그 죄에 대하여 정한 형의 장기(長期)의 2배까지 가중한다.

형법 제246조(도박, 상습도박) ① 도박을 한 사람은 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 일시오락 정도에 불과한 경우에는 예외로 한다.

② **상습으로** 제1항의 죄를 범한 사람은 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제153조(자백, 자수) [위증죄 등]을 범한 자가 그 공술한 사건의 재판...이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.

-
2. 왜 엄격한 증명 대상인가? 그 사실이 인정되면 법정형 또는 처단형이 달라지기 때문이다. 그래서 이것도 범죄사실에 준해 본다.

2010도750: 법원은 범죄의 구성요건이나 법률상 규정된 형의 가중, 감면의 사유가 되는 경우를 제외하고는, 법률이 규정한 증거로서의 자격이나 증거조사방식에 구애됨이 없이 [적절]한 방법으로 조사하여 양형의 조건이 되는 사항을 인정할 수 있다. [뒤집어 말하면, 구성요건이나 법률상 규정된 형의 가중, 감면의 사유가 되는 경우에는, 법률이 규정한 증거로서의 자격이나 증거조사방식에 구애되어야 한다.]

간접사실

간접사실도 엄격한 증명 대상이다.

1. 간접사실(indirect fact)이란? 요증사실을 추측하게 하는 사실이다. 정황사실(circumstantial fact)이라고도 한다.
2. 마찬가지로, 이것도 범죄사실에 준해 본다.

2008도5531: 범죄구성요건 사실의 존부를 알아내기 위해 과학공식 등의 경험칙을 이용하는 경우에 그 법칙 적용의 전제가 되는 개별적이고 구체적인 사실에 대하여는 엄격한 증명을 요[한다.]

위드마크 공식의 경우 그 적용을 위한 자료로 섭취한 알코올의 양, 음주 시각, 체중 등이 필요하므로 그런 **전제사실에 대한 엄격한 증명이 [필요]**하다.

[사안에서] 운전자에 대한 음주측정 시 구강 내 잔류 알코올 등으로 인한 과다측정을 방지하[는] 조치를 전혀 취하지 않았[다. 그리고] 위드마크(Widmark) 공식에 따라 혈중알코올농도를 산출하면서 적합하지 아니한 체중 관련 위드마크인수를 적용[했다.]

[그렇다면] 혈중알코올농도 측정치가 0.062%로 나왔다는 사실만으로는 운전자가 혈중알코올농도 0.05% 이상의 상태에서 자동차를 운전하였다고 단정할 수 없[다.]

운전이 금지되는 술에 취한 상태의 혈중알코올농도 기준은 0.03%다. 그러나 위판결 당시 그 기준은 0.05%였다.

보조사실 중 증강사실

증강사실도 엄격한 증명 대상이다.

1. 증거재판주의 취지를 관철하기 위해서다.
2. 예를 들어, 증거능력 없는 증거는 증강증거로 사용할 수 없다.

2006도6356: 구성요건에 해당하는 사실은 엄격한 증명에 [따라] 이를 인정하여야 [한다.] 증거능력이 없는 증거는 구성요건사실을 추인하게 하는 간접사실이나 구성요건 사실을 [증명]하는 직접증거의 증명력을 보강하는 보조사실의 인정자료로서도 허용되지 아니한다.

범죄사실 증명 근거인 과학적 연구결과

2009도2338: 범죄구성요건에 해당하는 사실을 증명하기 위한 근거가 되는 과학적인 연구 결과는 적법한 증거조사를 거친 증거능력 있는 증거에 [따라] 엄격한 증명으로 증명되어야 한다.

연습문제

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 34.] 증거능력과 증명에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ 목적과 용도를 정하여 위탁한 금전을 수탁자가 임의로 소비하면 횡령죄를 구성할 수 있으며 피해자 등이 목적과 용도를 정하여 금전을 위탁한 사실 및 그 목적과 용도가 무엇인지는 엄격한 증명의 대상이 된다.
-

자유로운 증명 대상

위법성조각사유

1. 범죄를 성립시키는 사실이 아니라, 거꾸로 불성립시키는 사실이다.

형법 제310조(위법성의 조각) 제307조[명예훼손] 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

2. 자유로운 증명 대상이다. 피고인에 유리한 사실이라는 점 등을 고려해서다.

95도1473: 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위[해서는] 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 [한다.]

[그러나 그 증명은 유죄의 인정[에서 필요한] 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 [따라]야 하는 것은 아니다.

양형사실

1. 양형의 조건은 형법 제51조에 있다. 정상참작사유, 정상관계사실이라 한다.

형법 제51조(양형의 조건) 형을 정[할 때는] 다음 사항을 참작하여야 한다.

1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경
2. 피해자에 대한 관계
3. 범행의 동기, 수단과 결과
4. 범행 후의 정황

-
2. 자유로운 증명 대상이다. 양형사실은 범죄사실 자체가 아니고, 양형은 법원 재량사항이기 때문이다.

2010도750: 양형의 조건에 관하여 규정한 형법 제51조의 사항은 널리 **형의 양정에 관한 법원의 재량사항**에 속한다고 해석되므로..., 법원은 ... **법률이 규정한 증거로서의 자격이나 증거조사방식에 구애됨이 없이 [적절]한 방법으로 조사**하여 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.

절차사실

1. 절차에 관한 사실을 소송법적 사실이라고도 부른다.

예: 공소제기가 적법한지, 고소가 있었는지, 절차 진행이 적법한지, 얼마큼 구속되어 있었는지, 증거 사용을 할 수 있는 경우에 해당하는지

형사소송법 제312조(... 사법경찰관의 조서 등) ④ 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 **적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음**이 원진술자의 ... 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법[으로] 증명되고, 피고인 또는 변호인이 ... 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 **원진술자를 신문할 수 있었던 때에는** 증거로 할 수 있다. 다만, **그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음**이 증명된 때에 한한다.

-
2. 자유로운 증명 대상이다. 절차사실은 범죄사실 자체가 아니고, 피고인의 보호와도 직접 관련이 없는 사항이기 때문이다.

2012도2937: 형사소송법 제312조 제4항에서 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’란 진술 내용이나 조서 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것을 말한다.

그리고 이러한 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’는 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장, 증명하여야 하지만, 이는 **소송상의 사실에 관한 것이므로 엄격한 증명[이 필요하]지 아니하고 자유로운 증명으로 족하다.**

2011도4451: 친고죄에서 적법한 고소가 있었는지는 자유로운 증명의 대상이다.]

보조사실 중 탄핵사실

- 1. 탄핵증거는 증명력을 다투기 위한 증거다.
- 2. 탄핵사실도 자유로운 증명 대상이다.

형사소송법 제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거) ① 제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술[→ **전문법칙의 예외 요건을 못 갖춘 증거**]이라든가 ... 공판기일에서의 ... 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거[→ **탄핵증거**]로 할 수 있다.

95도1333: 이른바 탄핵증거는 범죄사실을 인정하는 증거가 아니어서 **엄격한 증거능력** [이 필요하지 않은] 것이[다].

80도1547: 유죄의 자료가 되는 것으로 제출된 증거의 **반대증거 서류**[는?] 그것이 유죄 사실을 인정하는 증거가 되는 것이 아닌 이상 반드시 그 진정성립이 증명되지 아니하거나 이를 증거로 함[에] 상대방의 동의가 없다고 하더라도 증거판단의 자료로 **할 수 있다**.

97도1770: 사법경찰리 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서와 피고인이 작성한 자술서들은 모두 검사가 유죄의 자료로 제출한 증거들로서 피고인이 각[각] 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없다. 그러나 그러한 증거라 하더라도 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 **진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다**.

그렇더라도 형사소송 당사자들의 절차권은 보장해 주어야 한다.

2005도2617: 법정에서 ... 탄핵증거로서의 증거조사는 필요[하다.] 증거신청의 방식에 관하여 규정한 형사소송규칙 제132조 제1항의 취지에 비추어 보면 탄핵증거의 제출 [을 하는 경우]도 상대방에게 이에 대한 공격방어의 수단을 강구할 기회를 사전에 부여하여야 한다. 이] 점에서 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계 및 [증명]취지 등을 미리 구체적으로 명시하여야 [한다. 따라서] 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분 [으로] 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 한다.

물수요건 사실

81도3040: 물수 대상이 되는 여부는 범죄구성 사실에 관한 것이 아니므로 엄격한 증명 이 필요 없고, [일단] 인정될 수 있는 증거만 있으면 충분하다[→ **자유로운 증명** 대상].

연습문제1

2020년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 34.] 甲과 乙은 길거리에서 서로 몸싸움을 하였다. 출동한 경찰관 P가 甲과 乙을 현행범으로 체포하려고 하자 ㉠ 甲이 P의 얼굴을 주먹으로 쳐 P에게 2주간의 치료[가 필요함] 타박상을 가하였다. ... 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉢ 乙이 나중에 “甲이 경찰관의 얼굴을 때리는 것을 보았다.”라고 한 말을 친구 A가 보이스펜으로 녹음한 파일은 乙이 그 진정성립을 부인하더라도 ㉠행위의 목격사실을 부인하는 乙의 법정진술의 증명력을 다투기 위한 증거로 사용할 수 있다.

연습문제2

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 35.] 甲과 乙은 합동하여 평소 알고 지내던 A의 집에서 현금 1,000만 원을 절취하였다는 사실로 특수절도로 공소가 제기되어 함께 재판을 받고 있다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 검사가 유죄의 자료로 제출한 사법경찰관 작성의 甲에 대한 피의자신문조서는 甲이 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나, 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 甲의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다.

연습문제3

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 31.] 고소에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

⑤ 친고죄에서 적법한 고소가 있었는지는 엄격한 증명의 대상이 되고, 일죄의 관계에 있는 친고죄 범죄사실 일부에 대한 고소의 효력은 일죄 전부에 대하여 미친다.

연습문제4

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 37.] 건설업을 하는 甲은 시청 건설 담당 공무원인 乙에게 자신의 회사를 신청사 공사의 시공사로 선정해 줄 것을 부탁하면서 현금 1천만 원을 건네주었으나 다른 회사가 시공사로 선정되었다. ... 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

⑤ 만일 뇌물수수죄로 기소된 乙이 법정에서 뇌물수수의 사실을 부인하는 진술을 하는 경우, 검사가 유죄의 자료로 제출한 사법경찰관 작성의 乙에 대한 피의자신문조서는 乙이 그 내용을 부인하더라도 임의로 작성된 것으로 인정되는 한 乙의 법정진술의 증명력을 다투기 위한 탄핵증거로 사용할 수 있다.

연습문제5

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 30.] 甲은 평소 주벽과 의치증이 심한 남편 A와의 불화로 인해 이혼소송을 준비하던 중 A의 운전기사 乙에게 A를 살해하도록 부탁하였다. 乙은 甲의 부탁대로 술에 취하여 자고 있던 A의 목을 졸라 살해하였다. 검사는 乙을 살인죄로, 甲을 살인교사죄로 기소하였고 법원은 甲과 乙을 병합심리하고 있다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 甲이 사법경찰관의 피의자신문에서는 교사사실을 인정하였으나 법정에서는 이를 부인하는 경우, 甲이 내용을 부인한 甲에 대한 사법경찰관 작성 피의자신문조서는 임의성이 인정되는 한 甲의 법정 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용될 수 있다.

불요증사실

공지의 사실

공지의 사실(common knowledge)이란?

1. 보통의 지식이나 경험을 가진 사람이면 누구나 인정하는 사실이다.
2. 그래서 증명 자체가 필요 없다.
3. 예를 들어, 2018년 동계 올림픽이 대한민국 평창에서 개최되었다는 사실은 증명이 필요 없다.

법률상 추정

법률상 추정(presumption by law)이란?

1. X라는 사실이 인정되면,
2. 특별한 사정이 없는 한,
3. 법원이 Y라는 사실을 인정하도록,
4. 법적으로 강제하는 법기술.

형사법에서는 매우 예외적이다. 몇 가지가 있다.

1. 환경범죄단속법에서의 추정

환경범죄단속법 제11조(추정) 사람의 생명, 신체, 상수원 또는 자연생태계 등(이하 “생명, 신체등”이라 한다)에 위해...를 끼칠 정도로 오염물질을 불법배출한 사업자가 있는 경우 그 오염물질의 불법배출[로] 위해가 발생할 수 있는 지역에서 같은 종류의 오염물질 [때문에] 생명, 신체등에 위해가 발생하고 그 불법배출과 발생한 위해 사이에 상당한 개연성이 있는 때에는 그 위해는 그 사업자가 불법배출한 물질 [때문에] 발생한 것으로 추정한다.

2. 공무원범죄물수법에서의 추정

공무원범죄물수법 제7조(불법재산의 증명) 특정공무원범죄 후 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 취득 당[시] 범인의 재산 운용 상황 또는 법령에 따른 지급금의 수령 상황 등에 비추어 현저하게 고액(高額)이고, 그 취득한 재산이 불법수익 금액 및 재산 취득시기 등 모든 사정에 비추어 특정공무원범죄로 얻은 불법수익으로 형성되었다고 볼 만한 상당한 개연성이 있는 경우에는 특정공무원범죄로 얻은 불법수익이 그 재산의 취득에 사용된 것으로 인정할 수 있다.

3. 마약거래방지법에서의 추정

마약거래방지법 제17조(불법수익의 추정) 제6조[(업으로서 한 불법수입 등)]의 죄에 관계된 불법수익을 산정할 때에 같은 조에 따른 행위를 업으로 한 기간에 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 그 [기간] 범인의 재산 운용 상황 또는 법령에 따른 지급금의 수령상황 등에 비추어 현저하게 고액(高額)이라고 인정되고, 그 취득한 재산이 불법수익 금액 및 재산 취득 시기 등 모든 사정에 비추어 같은 조의 죄를 범하여 얻은 불법수익으로 형성되었다고 볼 만한 상당한 개연성이 있는 경우에는 그 죄에 관계된 불법수익등으로 추정한다.

증거법의 체계

System of Evidence Rule

다섯 판문을 지나며 여섯 장수를 베다. - 나관중, “삼국지연의”

증거법의 양대 원칙

개요

2022도13402: 형사소송법은 증거재판주의와 자유심증주의를 기본원칙으로 [한다.]

증거재판주의

형사소송법 제307조(증거재판주의) ① 사실의 인정은 증거에 [따라]야 한다.

- 1. 증거능력과 밀접한 관계가 있다.
- 2. 곧, 엄격한 증명(strict proof)의 법리를 정한 것이다.

자유심증주의

형사소송법 제308조(자유심증주의) 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 [따른]다.

- 1. 증명력과 밀접한 관계가 있다.
- 2. 실체진실(truth) 발견을 위한 것이다.

소결

2020도2433: 형사소송법 제307조 제1항, 제308조는 ... 법관이 **증거능력 있는 증거** 중 필요한 증거를 채택, 사용하고 증거의 실질적인 가치를 평가하여 사실을 인정하는 것은 법관의 **자유심증**에 속한다는 것을 의미한다.

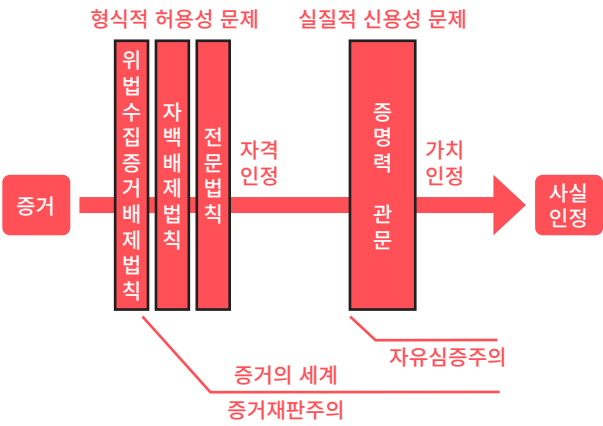
2022도13402: 형사소송법은 ... 범죄사실의 인정은 증거에 의하되 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의하도록 하고 있다. 그러나 이는 그것이 실체적 진실발견에 적합하기 때문이지 법관의 자의적인 판단을 인용한다는 것은 아니[다.]

증거능력의 제한

증거능력 제한 취지

원래는 모든 증거는 증거능력(admissibility)이 있다. 그러나 다음 목적 때문에 증거능력을 제한하는 경우가 있다.

- 1. 위법배제(exclusion of illegality): 수사과정에 위법을 막기 위해
- 2. 인권옹호(protection of human rights): 피고인의 인권을 보호하기 위해
- 3. 절차보장(guarantee a due process): 피고인의 형사절차 권리보장을 위해
- 4. 증명력(probative value) 문제: 증명력 없을 것으로 이미 예견되기 때문에



위법수집증거배제법칙(exclusionary rule)

1. 개념: 위법한 수사를 통해 수집한 증거는 증거능력이 없다.

형사소송법 제308조의2(위법수집증거의 배제) 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

2. 취지: 인권옹호, 위법수사 억제 등.

2007도3061: 기본적인 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 공간을 선언한 헌법[이 있다. 그리고] 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하[는] 형사소송법[이 있다. 이들]의 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 헌법과 형사소송법[에서] 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 **기본적 인권 보장을 위해** 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄인정의 증거로 삼을 수 없다.

자백배제법칙(confession exclusionary rule)

1. 개념: 고문 등에 따라 피고인 진술의 임의성이 의심될 경우에는, 그 진술의 증거능력이 없다. 꼭 임의성이 “없다”고 밝혀져야만 하는 건 아니다. 임의성에 “의심”이 갈 정도라면, 이 법칙을 적용할 수 있다.

대한민국헌법 제12조 ⑦ 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 [따라] 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때...에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.

형사소송법 제309조(강제등 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체 구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 **임의**로 진술한 것이 아니라고 **의심할 만한** 이유가 있는 때에는 이를 **유죄의 증거로 하지 못한다**.

2. 취지: 허위배제, 인권옹호, 위법수사(자백강요) 억제 등.

98도3584: [이 사건] 자백[은] 잠을 재우지 아니한 채 폭언과 강요, 회유한 끝에 받아낸 것[이다.] 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 [타]당한 이유가 있는 때에 해당한다면 형사소송법 제309조의 규정에 [따라] 그 피의자신문조서는 증거능력이 없다[.]

임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지[는?] 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태에서 [한] 자백은 그 자체가 실체적 진실에 부합하지 아니하여 재판의 소지가 있다. 그]뿐만 아니라 그 진[위]를 떠나서 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적인 권을 침해하는 위법부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이[다.]

전문법칙(hearsay rule)

- 1. 개념: 원칙적으로, 전문증거는 증거능력이 없다.

형사소송법 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) 제311조[부터] 제316조[까지]에 규정한 것 이외에는 [이] 공판...기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류[는 전문서류]나 공판...기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술[= 전문진술]은 이를 증거로 할 수 없다.

2018도2738전합: 형사소송법은 제310조의2에서 원칙적으로 전문증거의 증거능력을 인정하지 않[는다.] 제311조부터 제316조까지 정한 요건을 충족하는 경우에만 예외적으로 증거능력을 인정한다.

예외는 예외가 아닌 경우에 적용되는 원칙의 존재를 확인해 준다(*Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*; The exception confirms the rule in cases not excepted).

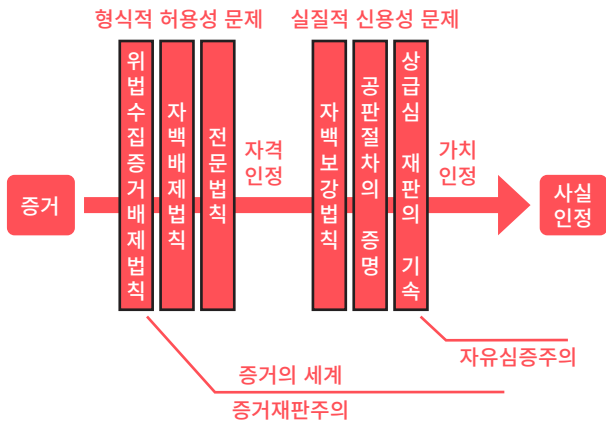
- 2. 취지: 직접심리주의, 반대신문권 보장 등.

증명력의 제한

증명력 제한 취지

증명력(probativ value)은 기본적으로 법관의 자유판단에 따른다(자유심증주의). 그러나 다음 목적 때문에 제한을 가하기도 한다.

- 1. 자의방지: 법관의 자의를 방지하기 위해
- 2. 허위배제: 사실관계가 허위로 인정되는 일을 막기 위해
- 3. 기타: 일정한 정책적 목적을 위해 등.



자백보강법칙(corroborating rule)

1. 개념: 오직 자백만으로는 증명력을 인정할 수 없다. 유죄를 인정하려면, 보강 증거(corroborating evidence)가 있어야만 한다.

대한민국헌법 제12조 ⑦ ...정식재판에[서] 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거 일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.

형사소송법 제310조(불이익한 자백의 증거능력) 피고인의 **자백**이 그 피고인에게 **불이익한 유일한 증거인 때에는** 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.

2. 취지: 허위배제, 위법수사(자백강요) 억제 등.

조문 표제에는 “증거능력”이라고 쓰여 있다. 그럼에도, “증명력”에 관한 조항으로 해석한다.

공판절차의 증명

공판조서에 “기재된” 소송절차상 사실(예: 피고인이 A라고 진술했다는 사실)은 공판조서만으로 증명한다. 즉, 공판조서에는 절대적 증명력(absolute proof)이 있다.

형사소송법 제51조(공판조서의 기재요건) ② 공판조서에는 다음 사항 기타 모든 소송 절차를 기재하여야 한다.

4. 피고인의 출석여부

8. 제48조 제2항에 기재한 사항[→ 피고인, ... 증인, 감정인, 통역인...의 진술 등]

11. 변론의 요지

형사소송법 제56조(공판조서의 증명력) 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 **기재된 것은** 그 조서만으로써 증명한다.

2003도3282: 공판조서의 기재가 명백한 오기인 경우를 제외하고는 공판기일의 소송 절차로서 공판조서에 기재된 것은 조서만으로써 증명하여야 [한다.] **그 증명력**은 공판 조서 이외의 자료에 [따른] 반증이 허용되지 않는 **절대적인** 것이다.

반면, 공판조서에 “기재되지 않은” 소송절차상 사실은 자유로운 증명 대상이다.

2023도3038: 반면에 어떤 소송절차가 진행된 내용이 공판조서에 **기재되지 않았다**고 하여 당연히 그 소송절차가 [해당] 공판기일에 행하여지지 않은 것으로 추정되는 것은 아니[다.] 공판조서에 기재되지 않은 소송절차의 존재가 공판조서에 기재된 다른 내용이나 공판조서 이외의 자료로 증명될 수 있[다.] 그리고 이는 **소송법적 사실이므로 자유로운 증명**의 대상이 된다.

연습문제

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 34.] ... 검사는甲을 횡령죄 및 도박죄로 기소하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

-
- ④ 법원이 공소장변경허가신청서 부분을甲에게 송달하였[는데도] 공판조서에 법원이 그 허가 여부를 결정한 절차가 기재되지 않은 경우, 공소장변경허가신청을 간과하여 그 허가 여부를 결정하지 않은 것으로 당연히 추정되는 것은 아니고 공판조서에 기재되지 않은 소송절차의 존재가 공판조서에 기재된 다른 내용이나 공판조서 이외의 자료로 증명될 수 있으나, 이는 엄격한 증명의 대상이 된다.
-

특별형사절차와 증거법

머리에

1. 지금까지 본 증거법칙은 일반공판절차(general trial procedures)를 전제한다.
2. 다른 절차에서는 일정한 증거법칙을 적용하지 않거나, 증거조사를 간이하게 할 수도 있다.

일반공판절차 증거조사

법정에서,

1. 증거서류: 재판장이 요지 고지 등

형사소송법 제292조(증거서류에 대한 조사방법) ③ 재판장은 ... 내용을 고지하는 방법으로 조사할 수 있다.

형사소송규칙 제134조의6(증거서류에 대한 조사방법) ① 법 제292조 제3항에 따른 증거서류 내용의 고지는 그 요지를 고지하는 방법으로 한다.

2. 증거물: 신청인이 제시

형사소송법 제292조의2(증거물에 대한 조사방법) ① 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 따라 증거물을 조사하는 때에는 신청인이 이를 제시하여야 한다.

3. 음성, 영상: 중요 부분 재생

형사소송규칙 제134조의8(음성, 영상자료 등에 대한 증거조사) ③ 녹음, 녹화매체 등에 대한 증거조사는 ...

- ④ 제3항의 경우 재판장은 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 녹음, 녹화매체 등의 중요 부분만을 재생하여 청취 또는 시청할 수 있다.
-

위반 시 증거사용이 제한될 수 있다.

2009도13846: 검사가 피고인들의 체포장면이 녹화된 동영상 CD를 별도의 증거로 제출하지 [않았다. 즉, 검사는] CD의 내용을 간략히 요약한 수사보고서에 CD를 첨부하여 수사보고서만을 서증으로 제출하였[다. 그런]데, ... 형사소송규칙 제134조의8은 녹음, 녹화매체 등에 대한 증거조사는 이를 재생하여 청취 또는 시청하는 방법으로 하도록 규정하고 있[다. 그러므로] 원심이 CD에 대하여 형사소송규칙에서 정한 증거조사절차를 거치지 아니한 채 유죄의 증거로 채택한 조치는 잘못이[다.]

특별형사절차 종류

1. 간이공판절차(summary trial procedures): “법정 자백 사건”

형사소송법 제286조의2(간이공판절차의 결정) 피고인이 **공판정에서** 공소사실에 대하여 **자백한 때**에는 법원은 그 공소사실에 한하여 간이공판절차에 [따라] 심판할 것을 결정할 수 있다.

형사소송법 제297조의2(간이공판절차에서의 증거조사) 제286조의2의 결정이 있는 사건에 대하여는 제161조의2[→ 증인신문의 방식], 제290조[부터] 제293조[까지], 제297조[→ 증거서류에 대한 조사방식 등]의 규정을 적용하지 아니하며 법원이 **[타]당하다고 인정하는 방법으로 증거조사**를 할 수 있다.

이 절차에서는 몇몇 증거법칙이 배제되어 피고인에게 불리할 수 있다. 따라서 법정 자백으로 인정하는 것에는 신중해야 한다.

95도1859: “건축자재를 가져갔느냐.”라]는 판사의 신문에 ... “알아서 하라고 해서 쓴 것이다.”라]고 진술하여, 결국 이 사건 절도의 공소사실을 부인하고 있음이 명백하다.] ... 그렇다면, ... 절도의 공소사실은 간이공판절차에 [따라] 심판할 대상이 아니[다.]

97도3421: 피고인이 공소사실에 대하여 검사가 신문을 할 때에는 공소사실을 모두 사실과 다름없다고 진술하였[다. 그리]나 변호인이 신문을 할 때에는 범의나 공소사실을 부인하였[다. 그렇다]면 그 공소사실은 간이공판절차에 [따라] 심판할 대상이 아니[다.]

2. 약식절차(summary procedures): “서류 재판”(벌금)

형사소송법 제448조(약식명령을 할 수 있는 사건) ① 지방법원은 그 관할에 속한 사건에 대하여 검사의 청구가 있는 때에는 **공판절차 없이** 약식명령으로 피고인을 **벌금**, 과료 또는 몰수에 처할 수 있다.

3. 즉결심판절차(summary judgment procedures): “경찰이 청구”(20만 원 이하 벌금)

즉결심판법 제1조(목적) 이 법은 범증이 명백하고 죄질이 **경미**한 범죄사건을 신속, 적정한 절차로 심판하기 위하여 즉결심판에 관한 절차를 정함을 목적으로 한다.

즉결심판법 제2조(즉결심판의 대상) 지방법원, 지원 또는 시, 군법원의 판사...는 즉결심판절차에 [따라] 피고인에게 **20만 원 이하의 벌금**, 구류 또는 과료에 처할 수 있다.

즉결심판법 제3조(즉결심판청구) ① 즉결심판은 관할**경찰서장**...이 관할법원에 이를 **청구**한다.

즉결심판법 제7조(개정) ① 즉결심판절차에 [따른] 심리와 재판의 선고는 공개된 **법정에서** 행하되, 그 법정은 경찰관서... 외의 장소에 설치되어야 한다.

③ 제1항...의 규정에 불구하고 판사는 상당한 이유가 있는 경우에는 개정 없이 피고인의 진술서와 제4조의 서류 또는 증거물에 [따라] 심판할 수 있다. ...

간이공판절차의 증거법 특례

1. 공소장일본주의?: 특례 없다. 일반공판절차와 마찬가지로. 이미 기소한 사건 중 공판정에서 자백하는 사건만 간이공판절차로 넘어올 수 있기 때문이다.

형사소송규칙 제118조(공소장의 첨부서류) ②공소장에는 제1항에 규정한 서류[→ 변 호인선임서 등] 외에 사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 아니 된다.

2. 정식 증거조사×(간이한 증거조사○): 피고인이 공소사실을 인정하므로.

형사소송법 제297조의2(간이공판절차에서의 증거조사) 제286조의2의 결정이 있는 사건에 대하여는 제161조의2[→ 증인신문의 방식], 제290조[부터] 제293조[까지], 제297조[→ 증거서류에 대한 조사방식 등]의 규정을 적용하지 아니하며 법원이 **[타]당하다고 인정하는 방법으로** 증거조사를 할 수 있다.

3. 전문법칙 적용×: 피고인이 어차피 증거동의 할 것이므로.

형사소송법 제318조의3(간이공판절차에서의 증거능력에 관한 특례) 제286조의2의 결정이 있는 사건의 증거에 관하여는 제310조의2, 제312조[부터] 제314조[까지] 및 제316조의 규정에 [따른] 증거[→ **전문증거**]에 대하여 제318조 제1항의 **동의를 있는 것으로 간주한다**. 단, 검사, 피고인 또는 변호인이 증거로 함에 이의가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

형사소송법 제318조(당사자의 동의와 증거능력) ① 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다.

약식절차의 증거법 특례

1. 공소장일본주의×: 서면 심리로 재판하므로.

형사소송규칙 제170조(서류 등의 제출) 검사는 약식명령의 청구와 동시에 약식명령을 하는데 필요한 증거서류 및 증거물을 법원에 제출하여야 한다.

2007도3906: 형사소송규칙 제170조...는 약식절차가 서면심리에 [따른] 재판이어서 공소장일본주의의 예외를 인정한 것이다. 그러므로 약식명령의 청구와 동시에 증거서류 및 증거물이 법원에 제출되었다 하여 공소장일본주의를 위반하였다 할 수 없다.]

정식재판을 하게 되면 법원은 증거를 반환해야 한다. 그러나 법원이 보관했다고 해서 기소가 위법한 건 아니다.

2007도3906: 그 후 약식명령에 대한 정식재판청구가 제기되었[는데]도 법원이 증거서류 및 증거물을 검사에게 반환하지 않고 보관하고 있다고 하자. 그렇다고 해서 그 이전에 이미 적법하게 제기된 공소제기의 절차가 위법하게 된다고 할 수도 없다.

2. 정식 증거조사×(간이한 증거조사○): 조문은 없지만, 서면 심리로 재판하므로. 법정에서 서류 요지 고지, 영상 재생 등을 할 수 없기 때문이다.
3. 전문법칙 적용×: 조문은 없지만, 서면 심리로 재판하므로. 역시 당연하다.

즉결심판절차의 증거법 특례

1. 공소장일본주의×: 경미 사건을 신속하게 재판하도록.

즉결심판법 제4조(서류, 증거물의 제출) 경찰서장은 즉결심판의 청구와 동시에 즉결심판을 함에 필요한 서류 또는 증거물을 판사에게 제출하여야 한다.

2008도7375: 즉결심판에 관한 절차법이 즉결심판의 청구와 동시에 판사에게 증거서류 및 증거물을 제출하도록 한 것은 [왜일까?] 즉결심판이 범증이 명백하고 죄질이 경미한 범죄사건을 신속, 적정하게 심판하기 위한 입법적 고려에서 공소장일본주의가 배제되도록 한 것이다.]

정식재판을 하게 되면 법원은 증거를 반환해야 한다. 그러나 법원이 보관했다고 해서 청구가 위법한 건 아니다.

2008도7375: 정식재판청구로 제1회 공판기일 전에 사건기록 및 증거물이 경찰서장, ... 지방검찰청[→ 현 지방공소청]...을 거쳐 관할 법원에 송부된다고 하여 그 이전에 이미 적법하게 제기된 경찰서장의 즉결심판청구의 절차가 위법하게 된다고 볼 수 없다.[...] 그 과정에서 정식재판이 청구된 이후에 작성된 피해자에 대한 진술조서 등이 사건기록에 편철되어 송부되었더라도 달리 볼 것은 아니다.]

2. 정식 증거조사×(간이한 증거조사○): 경미 사건을 신속하게 재판하도록.

즉결심판법 제9조(기일의 심리) ② 판사는 필요하다고 인정할 때에는 적당한 방법으로 재정하는 증거에 한하여 조사할 수 있다.

3. 전문법칙 적용×: 경미 사건을 신속하게 재판하도록.
4. 자백보강법칙 적용×: 경미 사건을 신속하게 재판하도록.

즉결심판법 제10조(증거능력) 즉결심판절차에[서는] 형사소송법 제310조, 제312조 제3항 및 제313조의 규정은 적용하지 아니한다.

형사소송법 제312조(... 사법경찰관의 조서 등) ③ 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 ...할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

형사소송법 제313조(진술서등) ① ... 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류...[는] ...된 때에는 증거로 할 수 있다. ...

형사소송법 제310조(불이익한 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.

소결

	일반공판절차	간이공판절차	약식절차	즉결심판절차
위법수집증거 배제법칙	○	○	○	○
자백 배제법칙	○	○	○	○
자백 보강법칙	○	○	○	×
공소장 일본주의	○	○	×	×
정식 증거조사	○	×	×	×
전문 법칙	○	×	×	×

연습문제1

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 28.] 특별형사절차에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 즉결심판절차에서는 사법경찰관이 적법한 절차와 방식에 따라 작성한 피의자신문조서는 그 피의자였던 피고인이 내용을 인정하지 않더라도 증거능력이 있고, 자백에 대한 보강증거는 요하지 않으나 자백배제법칙은 여전히 적용된다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 35.] ... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 甲이 제1회 공판기일에서 공소사실에 대하여 검사가 신문을 할 때 공소사실이 모두 사실과 다름없다고 진술한 경우, 이후 변호인이 신문을 할 때에는 범의나 공소사실을 부인하더라도 그 공소사실은 간이공판절차에 [따라] 심판할 수 있다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 27.] 증거조사 및 증인신문에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 녹음, 녹화매체 등에 대한 증거조사는 이를 재생하여 청취 또는 시청하는 방법으로 하여야 하므로, 검사가 피고인들의 체포장면이 녹화된 동영상 CD를 별도의 증거로 제출하지 아니하고 CD의 내용을 간략히 요약한 수사보고서에 CD를 첨부하여 수사보고서만을 서증으로 제출한 경우, CD에 대하여 위와 같은 증거조사절차를 거치지 아니한 채 유죄의 증거로 채택하여서는 아니 된다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 33.] X회사의 대표이사 甲은 급전이 필요하여 乙로부터 2,000만 원을 차용하였고 (㉠사실), 이후 변제일에 회사 자금 3,000만 원을 임의로 인출하여 그중 2,000만 원을 乙에 대한 자신의 채무변제에 사용하였다(㉡사실). ... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 만약 甲이 ㉡사실로 인해 약식명령으로 벌금형을 고지받았는데 이에 불복하여 정식 재판을 청구하였[는데도] 법원이 약식명령 청구 당시 검사가 제출한 증거서류와 증거물을 검사에게 반환하지 않고 그대로 보관하였다면, 그 이전에 이미 적법하게 제기된 공소제기의 절차가 위법하게 된다고 할 수 없다.

결론

주요 법칙 위반 효과

	위법수집증거 배제법칙	자백배제법칙	전문법칙	자백보강법칙
요건	중대한 위법	임의성 의심	전문증거	유일증거인 자백
취지	인권옹호, 위법억제	허위배제, 인권옹호, 위법억제	직접심리주의, 반대신문권보장	허위배제, 인권옹호, 위법억제
위반 효과	증거능력 부정			증명력 부정

증거재판주의 관련

- 1. 범죄사실(공소사실)의 인정은 엄격한 증명의 대상이다. 증거능력 있는 증거가 없다면, 결국 “증거가 없다”고 해야 한다.
- 2. 증거재판주의에 따라, 무죄로 본다. 설령 실제 범죄를 저질렀다고 하더라도, 증거가 없으면 무죄다.

자유심증주의 관련

- 1. 증거능력 있는 증거가 있다면, 증명력을 판단해야 한다.
- 2. 원칙적으로 자유심증주의에 따른다.
- 3. 그런데도 만약 증거로 자백밖에 없다면, 그 자백의 증명력이 없다고 본다. 설령 실제 범죄를 저질렀다고 하더라도, 제출된 증거에 증명력이 없다면 무죄다.

제9강

전문법칙의 예외

Hearsay Exceptions



Honoré Daumier, *Crispin et Scapin (Crispin and Scapin)*
c. 1864, oil on canvas, 61 × 83 cm, Musée d'Orsay, Paris

전달된 진술을 증거로 쓰기 위한 요건에 관하여

- 목격자가 직접 법원에 진술하지 않고, 다른 사람이나 서류를 통해 그 진술이 법원에 전달되는 경우가 있다. 이렇게 전달된 증거를 **전문증거**라 부른다.
 1. 물론, 전달된 증거도 증거로 사용할 필요는 있다.
 2. 그럼에도, 여러 문제가 있기 때문에 원칙적으로 유죄 증거로 사용하지 못하게 했다.
- 이 법칙을 **전문법칙**이라 한다.
- 다만, **예외적**으로 전문증거라도 유죄 증거로 사용할 수 있는 경우가 있다. 그 요건을 알기 위해서는, 단순히 해당 조문만 확인하는 것으로 부족하다. 수사, 공판 절차 구조를 이해해야 비로소 위 예외 요건을 정확히 이해할 수 있다. 결국,
 1. 전문법칙은 형사 증거법의 꽃이고,
 2. 전문법칙의 이해는 **형사절차의 이해** 그 자체다.

기초 개념
Basic Concepts

초보자는 자신이 무엇을 모르는지도 모른다. 초보자일 때는 몰랐지만, 내가 일을 하면서 배우게 된 것은 바로 무언가를 배우는 방법이었다.
- Barbara J. Daley

검증 개념

검증과 감정

- 1. 검증(inspection): 직접 물체(사람 포함)를 검사해서 성질, 상태를 파악하는 행위. 쉽게 말해, 보고, 만지고, 냄새를 맡아 보는 것. 즉, 사람, 장소, 물건의 성질, 형상을 오감(five senses)의 작용으로 인식하는 강제처분.
- 2. 감정(appraise): 의사나 필적감정인 등 전문가(expert)의 도움을 받는 것.

검증(강제처분) ≠ 감정(전문가 의뢰)

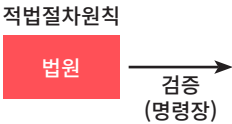
법원의 검증

수소법원의 검증: 증거조사(examine evidence) 의미가 있는 강제처분이다.

형사소송법 제139조(검증) 법원은 사실을 발견함에 필요한 때에는 검증을 할 수 있다.

- 1. 수사가 아니므로,
- 2. 영장주의(헌법 제12조 제3항) 적용 대상이 아니다.

공판단계에서는, 법원의 강제처분은 다른 기관 허가 없이 그냥 법원이 할 수 있다. 영장주의와는 관계없고, 적법절차원칙(같은 조 제1항)에 따를 뿐이다.



대한민국헌법 제12조 ① ... 누구든지 법률에 [따르]지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문을 받지 아니...한다.

96헌바28: 공판단계에서의 영장발부에 관한 헌법적 근거는 헌법 [제12조 제3항이 아니라] 제12조 제1항이다. 그렇지 아니하고 헌법 제12조 제3항의 규정 취지를 공판단계에서의 영장발부에도 검사의 신청이 필요한 것으로 해석하는 것은 [문제가 있다.]

법원이 직권으로 발부하는 영장과 수사기관의 청구[로] 발부하는 구속영장의 법적 성격은 [같]지 않다. 즉, 전자는 명령장으로서의 성질을 갖[는다.]

법관의 검증

수명법관, 수탁판사의 검증: 수소법원은 검증도 법관에게 맡길 수 있다. 그러면 법관(수명법관, 수탁판사)이 검증을 한다. 역시, 증거조사(examine evidence) 의미가 있는 강제처분이다.

형사소송법 제145조(준용규정) ... 제136조의 규정은 검증에 관하여 준용한다.

형사소송법 제136조(수명법관, 수탁판사) ① 법원은 압수 또는 수색을 합의부원[수명 법관]에게 명할 수 있고 그 목적물의 소재지를 관할하는 지방법원 판사[→ 수탁판사]에게 촉탁할 수 있다.

③ 수명법관, 수탁판사가 [하]는 압수 또는 수색에 관하여는 법원이 [하]는 압수 또는 수색에 관한 규정을 준용한다.

- 1. 수사가 아니므로,
- 2. 영장주의(헌법 제12조 제3항) 적용 대상이 아니다.

영장주의와는 관계없고, 적법절차원칙(같은 조 제1항)에 따를 뿐이다.

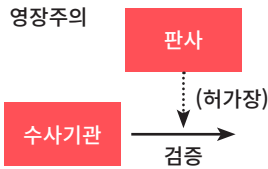
수사기관의 검증

경찰관의 검증: 증거수집(gather evidence) 의미가 있는 강제처분이다.

형사소송법 제215조(압수, 수색, 검증) ② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장[으로] 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

- 1. 수사, 즉 강제수사(compulsory investigation)이므로,
- 2. 영장주의(헌법 제12조 제3항) 적용 대상이다.

수사단계에서는, 수사기관의 강제처분에 법관의 허가(permit)가 필요하다. 바로 영장주의(헌법 제12조 제3항)가 말하는 영장이다.



대한민국헌법 제12조 ③ 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청[으로] 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. ...

96헌바28: 영장주의는 헌법 제12조 제1항 및 제3항의 규정으로부터 도출[된다.] 그 중 헌법 제12조 제3항이 “...구속...을 할 때에는... 검사의 신청[으로] 법관이 발부한 영장...”이라고 규정한 취지는 수사단계에서의 영장주의를 특히 강조함과 동시에 수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정한 데 있다.]

[그러므로] 수사기관의 청구[로] 발부하는 구속영장의 법적 성격은 ... 허가장으로서의 성질을 갖는 것으로 이해되고 있다.

기일 개념

공판기일

공판기일(trial date): 공판이 열리는 날.

공판준비기일

공판기일 전에 공판준비절차(preparatory proceedings prior to trial)를 거치는 경우가 있다.

형사소송법 제266조의5(공판준비절차) ① 재판장은 효율적이고 집중적인 심리를 위하여 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있다.

② 공판준비절차는 주장 및 [증명]계획 등을 서면으로 준비하게 하거나 공판준비기일을 열어 진행한다.

- 1. 공판준비절차엔 서면 준비 방식도 있다.
- 2. 공판준비절차엔 기일을 여는 방식도 있다. 바로 공판준비기일(preparatory hearing date)이다.

형사소송법 제266조의7(공판준비기일) ① 법원은 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 공판준비기일을 지정할 수 있다.

④ 공판준비기일은 공개한다. 다만, 공개하면 절차의 진행이 방해될 우려가 있는 때에는 공개하지 아니할 수 있다.

증거보전 개념

문제점

- 1. 원래는 공판기일에 증인신문 같은 증거조사를 한다.
- 2. 그런데 실제로는 정상적 증거조사가 있을 때까지 기다려서는, 증거방법의 사용이 불가능하게 되는 경우가 있다. 이때 미리 조치를 취할 필요가 있다.

(기소 전) 증거보전 청구(A)

- 1. 예를 들어, 증인이 곧 죽을 것 같다거나, 회유를 받을 염려가 커 부당하게 말을 바꿀 것 같을 때,
- 2. 미리 (“법원”이 아니라) “판사”(수임판사)에게 증거보전(evidence preservation)을 청구할 수 있다.
- 3. 검사, 피고인(피의자), 변호인 모두 청구권자다.

형사소송법 제184조(증거보전의 청구와 그 절차) ① 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인은 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일 전이라도 판사에게 압수, 수색, 검증, 증인신문 또는 감정을 청구할 수 있다.

- ② 전항의 청구를 받은 판사는 그 처분에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다.

2025도10184: 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다는 헌법 ... 규정상 형사피고인에 대하여 법관이나 배심원이 가질 수 있는 유죄의 예단을 차단할 필요가 있다. 이를 효과적으로 실현하기 위하여, ... 형사소송법 제184조...로써 제1회 공판기일 전 증거조사가 필요한 경우에는 수소법원의 예단을 차단하면서도 증거를 조사할 수 있는 증거보전절차를 마련하고 있다.

조문상 제1회 공판기일 전인 이상 기소 후에도 청구할 수 있게 되어 있지만, 실무상 이 제도를 기소 전 수사단계에서 활용한다. 그래서 “기소 전 증거보전 청구”라고도 부른다.

기소 전 증인신문 청구(B)

1. 예를 들어, 수사에 꼭 필요한 목격자가 경찰서에 나오지 않으려고 할 때,
2. 미리 (“법원”이 아니라) 판사(수임판사)에게 증인신문(examine witness)을 청구할 수 있다.
3. 오직 검사만이 청구권자다.

형사소송법 제221조의2(증인신문의 청구) ① 범죄의 수사에 없어서는 아니될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 제221조에 따른 **출석 또는 진술을 거부한 경우에는** 검사는 **제1회 공판기일 전에 한하여 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구**할 수 있다.

- ④ 제1항의 청구를 받은 판사는 증인신문에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다.

조문상 제1회 공판기일 전인 이상 기소 후에도 청구할 수 있게 되어 있지만, 실무상 이 제도를 주로 기소 전 수사단계에서 활용한다. 그래서 “기소 전 증인신문 청구”라 부른다.

비교: 기일 전 증거조사 신청(C)

기소 후에는 수소법원이 있다. 그래서 수소법원이 그냥 각 공판기일(제1회, 제2회, 제3회, ...)을 열어 증거조사를 하면 된다.

형사소송법 제290조(증거조사) 증거조사는 제287조[재판장의 쟁점정리 및 검사, 변호인의 증거관계 등에 대한 진술]에 따른 절차가 끝난 후에 실시한다.

1. 그러나 예를 들어, 각 공판기일까지 기다리는 것이 느리고 비효율적일 때,
2. 미리 “법원”(수소판사)에 각 공판기일(제1회, 제2회, 제3회, ...) 전에 증거조사(evidence investigation)를 하도록 신청할 수 있다.
3. 검사, 피고인, 변호인 모두 청구권자다.

형사소송법 제273조(공판기일 전의 증거조사) ① 법원은 검사, 피고인 또는 변호인의 신청[으로] 공판준비에 필요하다고 인정할 때에는 **공판기일 전에** 피고인 또는 증인을 신문할 수 있고 검증, 감정 또는 번역을 명할 수 있다.

조문상 제1회 공판기일 전에도 신청할 수 있게 되어 있지만, 제1회 공판기일 후에 활용한다. 예단배제(free from prejudice)를 위해서다.

형사소송규칙 제118조(공소장의 첨부서류) ② 공소장에는 제1항에 규정한 서류[변호 인선임서, 구속에 관한 서류 등] 외에 사건에 관하여 법원에 **예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 아니 된다.**

2025도10184: 형사소송법은 ... 특별히 [증인신문] 시기에 대한 제한은 두고 있지 않다. 그리고 형사소송법 제273조 제1항은 법원은 ... 공판기일 전에 피고인 또는 증인을 신문할 수 ... 있다고 규정하고 있기도 하다. **그러나** ... 제1회 공판기일 전 수소법원이 공판준비를 이유로 사건의 실제 심리를 위하여 증인신문을 포함한 증거조사를 행하는 것은 허용되지 않[는다.] 이러한 위법한 절차를 거친 증거는 그 증거조사에 관한 조서가 공판기일에 현출되더라도 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다.]

제도 취지

1. (A) 증거보전 청구: 일반적(general) 증거보전 by 쌍방.

94헌바1: 우리 법은 ... **증거의 보전을 위한 일반적 제도**를 따로 마련하여 놓고 있다.] 그것이 바로 법 제184조에서 규정한 증거보전절차이다.

증거보전절차는 위 증인신문절차와는 달리 **검사 외에 피고인, 피의자 또는 그 변호인...도** 청구할 수 있다.]

그 청구의 사유도 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정(불가 피성 및 긴급성)이 있는 경우로 폭넓게 규정하고 있다. 이때 증거를 사용하기 어려운 사정이 있다 함은 증인의 경우 사망, 장기여행 등으로 신문이 곤란한 경우를 의미한다.]

2. (B) 기소 전 증인신문 청구: 출석(진술) 거부(refuse to appear or make statements) 시 강제적 진술 확보 by 검사.

94헌바1: 현행 법은 수사의 방법을 원칙적으로 임의수사[로] 하도록 하면서 강제수사는 특별한 규정이 있을 경우에만 예외적으로 허용하고 있다. 범죄의 증명에 유력한 증거가 제3자의 진술에 의존하고 있을 경우에도 검사나 사법경찰관은 우선 그에 대하여 출석을 요구하고 그로부터 임의의 진술을 들을 수 있을 뿐이다.] 다만 제3자의 진술이 수사에 없어서는 아니[될 경우에는 일정한 요건 아래] ... 예외적으로 **강제적으로 제3자의 진술을 ... 확보**할 필요가 있다. ... [형사소송]법 제221조의2[에서 정한] 증인신문절차[는] 바로 위와 같은 필요에 부응하기 위하여 법이 마련하고 있는 제도이다.

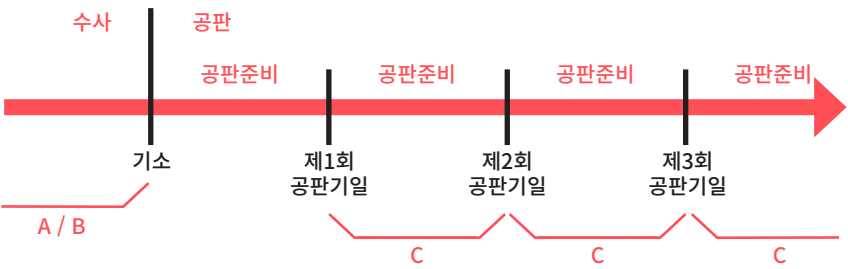
위 증인신문절차는 **검사만이** 제1회 공판기일 전에 청구할 수 있다.]

청구의 사유는 [법]죄의 수사에 없어서는 아니될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 [수사기관]의 **출석요구 또는 진술요구를 거부한 경우...로 한정**되어 있다. [이] 사유는 수사의 진전을 도모하기 위한 것이다.]

출석(진술) 거부가 요건이다. 따라서 출석(진술)을 한 이상 청구할 수 없다.

3. (C) 기일 전 증거조사 신청: 신속하고 효율적 심리(speedy and efficient trial) by 쌍방.

소결
증거조사를 위해 미리 조치를 취하는 것에 다음이 있다.



- 1. A: (기소 전) 증거보전 청구(형사소송법 제184조)
- 2. B: 기소 전 증인신문 청구(형사소송법 제221조의2)
- 3. C: 기일 전 증거조사 신청(형사소송법 제273조)

여기서,
1. A = 좁은 의미의 증거보전 청구
2. A + B = 넓은 의미의 증거보전 청구

연습문제

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 29.] 「형사소송법」 제184조에 [따른] 증거보전(A)과 제221조의2에 [따른] 증인신문의 청구(B)에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

④ 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 참고인이 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니 될 것으로 인정될 경우에도 검사는 제1회 공판기일 전에 한하여 B의 절차에 따라 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구할 수 있다.

전문증거의 체계
System of Hearsay Evidence

음식은 갈수록 줄고, 말은 갈수록 넘친다. - 홍만중, “순오지”

전문증거의 형태

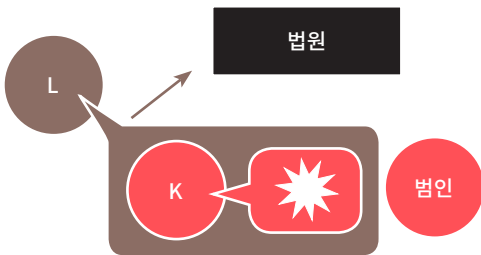
개요

전문증거(hearsay evidence)는 2종류다.

- 1. 전문진술(hearsay statement)
- 2. 전문서류(hearsay documents)

전문진술

체험자(K)로부터 체험내용을 들은 사람(L)이, 법원에 말로 보고하는 진술 형태.



형사소송법 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) ... [원칙적으로] ... 공판기일 외에서의 타인[K]의 진술을 내용으로 하는 [공판기일에서의 L의] 진술은 이를 증거로 할 수 없다.

전문서류

체험자(K)의 진술을 기재한 서류가 법원에 제출되는 형태.

형사소송법 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) ... [원칙적으로] ... 공판기일에 서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류...는 이를 증거로 할 수 없다.

전문서류 분류

개요

전문서류(hearsay documents)는 2종류다.

- 1. 진술서(written statement)
- 2. 진술녹취서(record of statement)

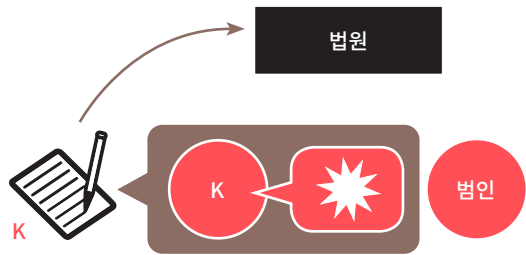
진술서

체험자(K) 자신이 체험사실을 스스로 서류에 기재한 것.

작성자 = 진술자

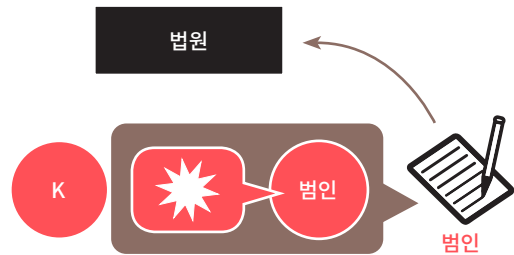
1. 목격자가 목격한 내용을 스스로 서류에 기재할 수도 있다.

예: 참고인의 자필 진술서



2. 범인이 범행 내용을 스스로 서류에 기재할 수도 있다.

예: 범인이 수사받기 전에 쓴 자백 내용 반성문



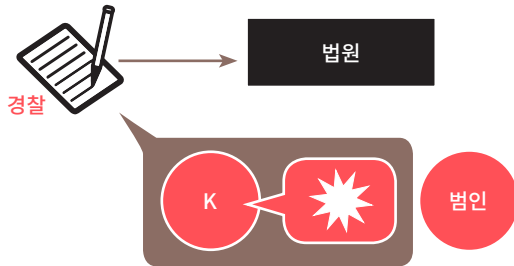
진술녹취서

체험자(K)의 체험사실 진술을 누군가(P) 녹취한 것.

작성자 ≠ 진술자

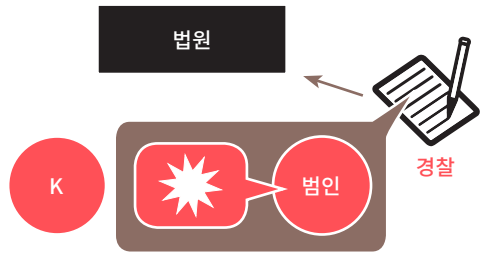
1. 목격자의 목격 내용 진술을 다른 사람이 녹취할 수도 있다.

예: 참고인진술조서



2. 범인의 범행 내용 진술을 다른 사람이 녹취할 수도 있다.

예: 피의자신문조서



진정성립

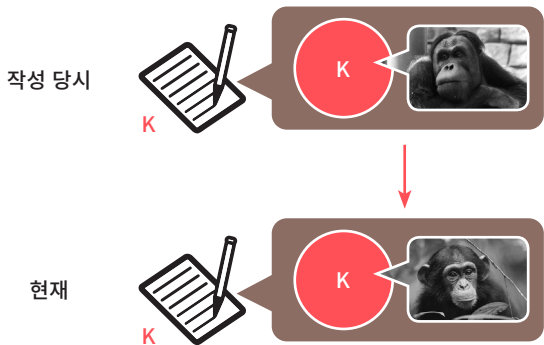
개념

진정성립(authenticity): 서류내용과 진술(statement)의 일치.

- 1. 진술서(written statement) 진정성립: 진술자(= 작성자)가 쓴 그대로 적혀 있다.
- 2. 진술녹취서(record of statement) 진정성립: 진술자(≠ 작성자)가 말한 그대로 적혀 있다.

진술서의 진정성립

- 1. K가 “오랑우탄을 보았다.”라고 진술서를 썼는데,
- 2. 나중에 보니 “침팬지를 보았다.”라고 쓰여 있다.

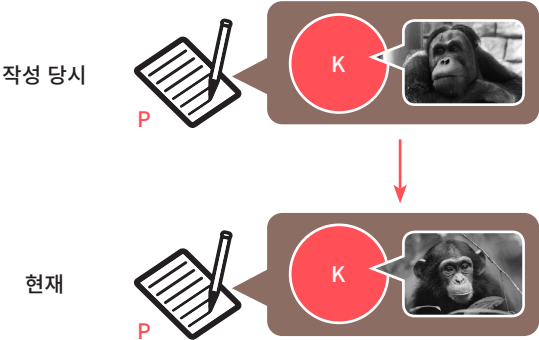


이렇게 위조(forgery)되었다면, 진정성립이 아니다.

2005도1849: 수사기관이 작성한 조서의 내용이 원진술자가 진술한 대로 기재된 것이 [란?] 조서 작성 당시 원진술자의 진술대로 기재되었는지의 여부만을 의미[한다.] 그와 같이 진술하게 된 연유나 그 진술의 신빙성 여부는 고려할 것이 아니[다.]

진술녹취서의 진정성립

- 1. P가 진술녹취서를 썼고 K가 “오랑우탄을 보았다.”라고 말했다는 내용인데,
- 2. 나중에 보니 K가 “침팬지를 보았다.”라고 말한 것으로 쓰여 있다.



P가 작성 당시 오기(error)를 했을 수도 있다. 사후 위조(forgery)가 되었을 수도 있다. 어떤 경우든, 진정성립이 아니다.

작성자보다는 “진술자”가 중요하다.

진정내용

개념

진정내용(truth of the contents): “서류내용과 사실(facts)의 일치”.

- 1. 진술서(written statement) 진정내용: 진술자(= 작성자)가 쓴 내용이 진실하다.
- 2. 진술녹취서(record of statement) 진정내용: 진술자(≠ 작성자)가 말한 것으로 적힌 내용이 진실하다.

진술서의 진정내용

- 1. K가 “오랑우탄을 보았다.”라고 진술서를 썼는데,
- 2. 그런데 실제로는 당시 K는 오랑우탄이 아니라 침팬지를 보았다.



이렇게 문서 내용이 허위(false)라면, 진정내용이 아니다.

진술녹취서의 진정내용

- 1. P가 진술녹취서를 썼고 K가 “오랑우탄을 보았다.”라고 말했다는 내용인데,
- 2. 그런데 실제로는 당시 K는 오랑우탄이 아니라 침팬지를 보았다.



이렇게 문서 내용이 허위(false)라면, 진정내용이 아니다.

	진정성립이 아닌 경우	진정내용이 아닌 경우
진술서 (ex. 참고인진술서, 반성문)	위조	허위
진술녹취서 (ex. 진술조서, 신문조서)	오기 or 위조	허위
본질	서류내용 ≠ 진술	서류내용 ≠ 사실

전문서류의 진정 인정

진정성립과 진정내용 관계

서로 별개다. 예를 들어, 진정성립 문서라도, 내용은 거짓일 수 있다.

성립인정

성립인정(acknowledgment of authenticity): “진정 성립 했다.”라고 인정하는 것.

- 1. 진술서 성립인정: 진술자(= 작성자)가 “내가 쓴 그대로다.”라고 인정.
- 2. 진술녹취서 성립인정: 진술자(≠ 작성자)가 “내가 말한 그대로 적혀 있다.”라고 인정.

내용인정

내용인정(admission of the truth of the contents): “진정 내용이다.”라고 인정하는 것.

- 1. 진술서 내용인정: 진술자(= 작성자)가 “내가 쓴 내용은 사실이다.”라고 인정.
- 2. 진술녹취서 내용인정: 진술자(≠ 작성자)가 “내가 말한 것으로 적힌 내용은 사실이다.”라고 인정.

성립인정은 안 하면서 내용인정 하는 경우는 거의 없다고 보아도 좋다. 그래서 먼저 진정성립 여부를 판단하고, 인정될 때 다음으로 진정내용 여부를 판단한다.

소결

	성립인정 ○	성립인정 ×
내용인정 ○	말한 대로 적혀 있고, 적힌 내용은 사실이다.	말한 대로 적혀 있지는 않지만, 적힌 내용은 사실이다.
내용인정 ×	말한 대로 적혀 있지만, 적힌 내용은 사실과 다르다.	말한 대로 적혀 있지도 않고, 적힌 내용은 사실과도 다르다.

전문증거 개념요소

개요

전문증거는 다음을 전제로 한다.

- 1. 진술증거일 것.
- 2. 요증사실과 관련될 것.

진술증거일 것

- 1. 전문증거는 원진술자(K)의 언어적(linguistic) 의미 내용이 핵심이다. 즉, 진술증거여야 한다.

형사소송법 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) ... [원칙적으로] ... 공판기일에 서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류[→ 전문서류]나 ... 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술[→ 전문진술]은 이를 증거로 할 수 없다.

2. 따라서 비진술증거는 전문증거가 될 수 없다. 전문법칙을 적용할 수도 없다.

2007도3906: ‘... 상해부위를 촬영한 사진’은 비진술증거로서 전문법칙이 적용되지 않는다.]

요증사실과 관련될 것

2020도17109: 다른 사람[K]의 진술을 내용으로 하는 진술[은 어떤 경우에 전문증거로 되나?] 다른 사람[K]의 진술, 즉 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거 이[다.]

연습문제

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

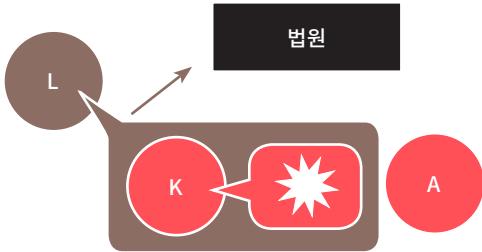
[문 21.] 증거에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 상해의 증거로 제시된 상해부위를 촬영한 사진은 비진술증거로서 전문법칙이 적용되지 않는다.

본래증거와 전문증거의 구별

문제점

L이 법정에서 [“A가 B를 살해하는 것을 K가 보았다.”라고 K로부터 들었다.]라고 증언한다. 이것은 전문증거인가?



개요

똑같은 증거라도, 요증사실이 무엇인지에 따라 전문증거일 수도 아닐 수도 있다.

2020도17109: 다른 사람[K]의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지는 요증사실이 무엇인지에 따라 정해진다. 다른 사람[K]의 진술, 즉 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이지만, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다.

전문증거로 되는 경우

예를 들어, A가 살인죄로 기소된 경우를 생각해 보라. 즉, 피고인은 A다.

- 1. 요증사실은 “A가 B를 살해했다.”이다.
- 2. L의 진술은 전문증거(전문진술)다.
- 3. 전문증거이므로, 전문법칙을 적용한다.

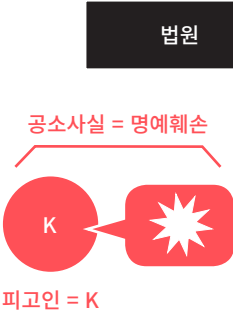


2018도2738전합: 원진술의 내용인 사실[→ A가 B를 살해하였다]이 요증사실인 경우에는 전문증거[다.]

본래증거로 되는 경우

예를 들어, K가 명예훼손죄로 기소된 경우를 생각해 보라. 즉, 피고인은 K다. K가 헛소문을 퍼트려 A의 명예를 훼손했다는 이유로 A가 K를 고소한 사건이다.

- 1. 요증사실은 “K가 A의 명예를 훼손했다.”이다.
- 2. L의 진술은 본래증거다.
- 3. 전문증거가 아니므로, 전문법칙을 적용하지 않는다.



2018도2738전합: 원진술의 존재 자체 [→ K가 A의 명예를 실추시키는 말을 했다는 사실]가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다.

서류 경우

방금 진술증거 사례를 보았지만, 서류증거도 마찬가지다. 예를 들어,

- 1. 전문증거(전문서류)

2018도2738전합: 어떤 진술[→ “A가 B를 살해하였다”]이 기재된 서류가 그 내용의 진실성이 범죄사실[→ 살인]에 대한 직접증거로 사용될 때는 전문증거가 된다.]

- 2. 본래증거

2018도2738전합: [그러나] 어떤 진술[→ “A가 B를 살해하였다”]이 기재된 서류가 ... 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 반드시 전문증거가 되는 것이 아니다. [즉, 본래증거다.]

2015도22275: 피고인이 수표를 발행하였으나 예금부족 또는 거래정지처분으로 지급되지 아니하게 하였다는 부정수표단속법위반의 공소사실[이 있다고 하자. 위 공소사실]을 증명하기 위하여 제출되는 수표는 그 서류의 존재 또는 상태 자체가 증거가 되는 것이어서 증거물인 서면에 해당[한다. 위 수표는] 어떠한 사실을 직접 경험한 사람의 진술 [을] 갈음하는 대체물이 아니므로, 증거능력은 증거물의 예에 [따라] 판단하여야 [한다. 결국] 이에 대하여는 형사소송법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용될 여지가 없다.

2006도2556: [정보통신망법] 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 처벌하고 있다. 검사가 위 죄에 대한 유죄의 증거로 문자정보가 저장되어 있는 휴대전화를 법정에 제출했다.] ... 그 문자정보는 범행의 직접적인 수단이고 경험자의 진술[을] 갈음하는 대체물에 해당하지 않는다. 그러므로 형사소송법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용되지 않는다.

휴대전화기 자체를 증거로 낼 수도 있고, 그 화면을 촬영한 사진을 증거로 낼 수도 있다. 다만, 휴대전화기 자체 대신 사진을 증거로 내려면 일정 요건을 충족해야 한다.

2006도2556: 검사는 휴대전화기 이용자가 그 문자정보를 읽을 수 있도록 한 휴대전화기의 화면을 촬영한 사진을 증거로 제출할 수도 있다.]

[그런데,] 이를 증거로 사용하려면 문자정보가 저장된 휴대전화를 법정에 제출할 수 없거나 그 제출이 곤란한 사정이 있[어야 한다. 나아가] 그 사진의 영상이 휴대전화기의 화면에 표시된 문자정보와 정확하게 같다는 사실이 증명되어야 한다.

진술 존재를 결국 진술 내용을 위해 사용할 경우

1. 진술 존재 자체가 요증사실이면, 본래증거다.
2. 진술 존재를 통해 결국 진술 내용이 요증사실이 되면, 전문증거다.

예를 들어,

1. K가 L에게 “A가 B를 살해했다.”라고 말한 경우, L의 증언은?

2018도2738전합: 어떠한 내용의 진술을 하였다는 사실 자체[→ K가 A의 명예를 실추시키는 말(“A가 B를 살해하였다”)을 했다는 사실]에 대한 정황증거로 사용될 것이라는 이유로 서류의 증거능력을 인정[했다고 하자. 이때는 본래증거가 된다.]

[그러나 그렇게 한 다음 그 사실을 다시 진술[→ “A가 B를 살해하였다”] 내용이나 그 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우[라면?] 그 서류는 전문증거에 해당한다. [왜?] 서류가 그곳에 기재된 원진술의 내용인 사실[→ 살인]을 증명하는 데 사용되어 원진술의 내용인 사실[→ 살인]이 요증사실이 되기 때문이다.

2. K가 L에게 “A가 나(K)를 추행했다.”라고 말한 경우, L의 증언은?

2020도17109: 증인 양○○[L]의 제1심 법정진술 중 “피해자[K]로부터 ‘피고인[A]이 추행했다’는 취지의 말을 들었다.”[라]는 부분[의 증거능력이 문제 되었다.]

양○○[L]의 위 진술이 피해자[K]의 진술에 부합한다고 보아 양○○[L]의 위 진술을 피해자[K]의 진술 내용의 진실성을 증명하는 간접사실로 사용[한다고 하자. 그 경우] 양○○[L]의 진술은 전문증거에 해당[한다.]

연습문제1

2020년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 36.] 전문증거의 증거능력에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실[에] 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우, 그 문자정보는 범행의 직접적인 수단이고 경합자의 진술[을] 갈음하는 대체물에 해당하지 않으므로 전문법칙이 적용되지 않는다.
- ③ A가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄로 기소된 피고인으로부터 건 축허가를 받으려면 담당공무원에게 사례비를 주어야 한다는 말을 들었다는 취지의 법정진술을 한 경우, 원진술의 존재 자체가 알선수재죄에서의 요증사실이므로 A의 진술은 전문증거가 아니라 본래증거에 해당한다.

연습문제2

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 38.] 전문법칙에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 다른 사람의 진술, 즉 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이지만, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다.
- ㄴ. 어떠한 내용의 진술을 하였다는 사실 자체에 대한 정황증거로 사용될 것이라는 이유로 서류의 증거능력을 인정한 다음 그 사실을 다시 진술 내용이나 그 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우에는 그 서류는 전문증거에 해당한다.
- ㄷ. 甲이 정보통신망을 통하여 “너를 죽이고 싶다.[.]”라는 문자메시지를 반복적으로 乙에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 위반의 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보(위 협박문자)가 그 증거가 되는 경우, 그 문자 정보는 피고인의 진술에 해당하므로 「형사소송법」 제313조 제1항의 요건이 충족되어야 증거능력이 인정된다.

연습문제3

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 12.] 다음 사실관계에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- (나) 이에 화가 난 甲은 乙에게 전화하여 “A가 입금한 1,000만 원을 돌려주지 않으면 죽여버린다.”라고 말하였는데, 乙은 甲의 이러한 협박 발언을 녹음한 후, 자신의 동생 丙에게 ‘내 계좌에 모르는 사람으로부터 1,000만 원이 입금되어 있기에 사용했는데, 이를 안 甲이 나에게 돌려주지 않으면 죽여버린다고 협박했다.’라는 내용의 문자메시지를 보냈다. 이후 A와 丙의 신고로 수사가 개시되어 甲이 기소되었고, 검사는 乙이 녹음한 녹음파일 중 甲의 협박 발언 부분 및 문자메시지를 촬영한 사진을 증거로 신청하였다.
- ㄷ. (나) 사실관계에서, 검사의 [증명]취지가 甲이 위와 같이 협박한 사실인 경우, 乙이 녹음한 녹음파일 중 甲의 협박 발언 부분은 전문증거이다.
- ㄹ. (나) 사실관계에서, 검사의 [증명]취지가 甲이 위와 같이 협박한 사실인 경우, 문자메시지를 촬영한 사진은 전문증거이다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

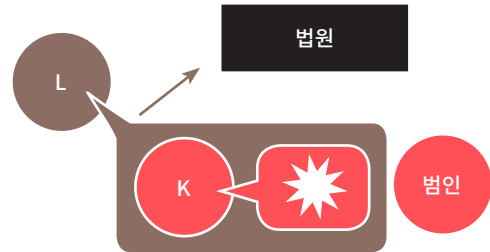
[문 26.] 전문증거에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 휴대전화를 통해 협박 문자를 송신하였다는 범죄사실과 관련하여 협박 문자가 현출된 휴대전화의 화면을 촬영한 사진에는 전문법칙이 적용되지 않고, 문자정보가 저장된 휴대전화를 법정에 제출할 수 없거나 그 제출이 곤란한 사정이 있고, 그 사진의 영상이 휴대전화의 화면에 표시된 문자정보와 정확하게 같다는 사실이 증명되어야 그 사진의 증거능력이 인정된다.

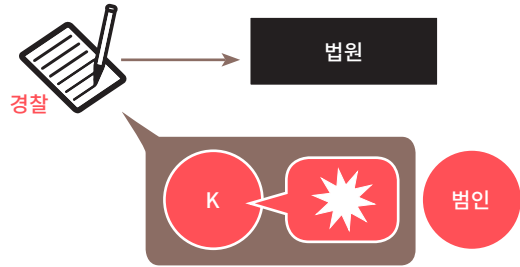
재전문증거

복습: 전문증거

- 1. 전문진술(hearsay statement): 체험자(K)로부터 체험내용을 들은 사람(L)이, 법원에 말로 보고하는 진술 형태.



- 2. 전문서류(hearsay documents): 체험자(K)의 진술을 기재한 서류가 법원에 제출되는 형태.



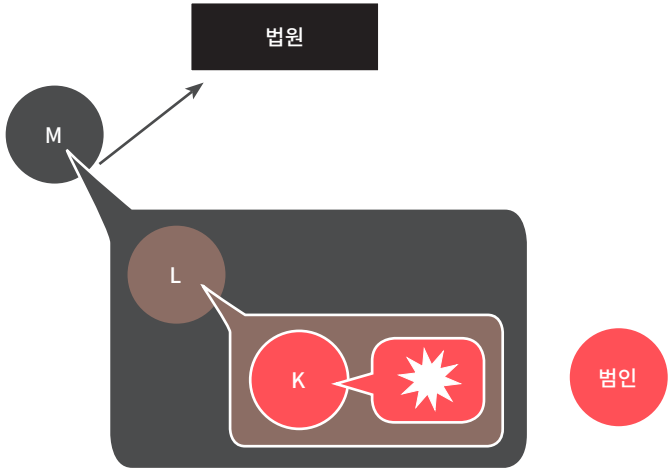
재전문증거 개념

재전문증거(double hearsay evidence)란, 전문증거를 다시 전문증거로 제출할 경우 그 증거를 말한다. 기본적으로 다음 2가지다.

- 1. 재전문진술(= 전문진술 + 전문진술)
- 2. 재전문서류(= 전문진술 + 전문서류)

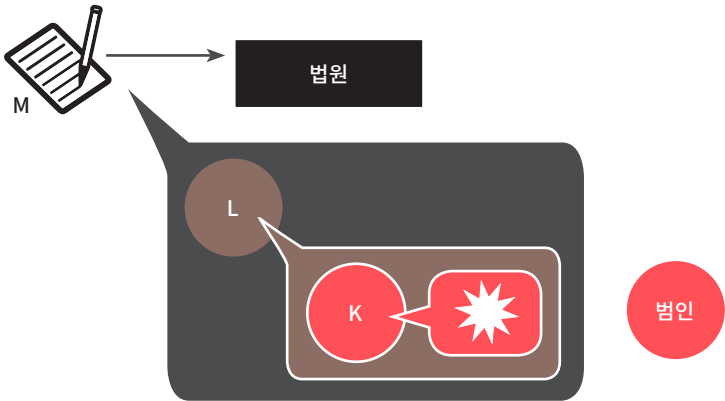
“전문서류 + 전문서류”는 불가능하다. 이게 가능하게 하면 노벨 법학상 받는다.

재전문진술



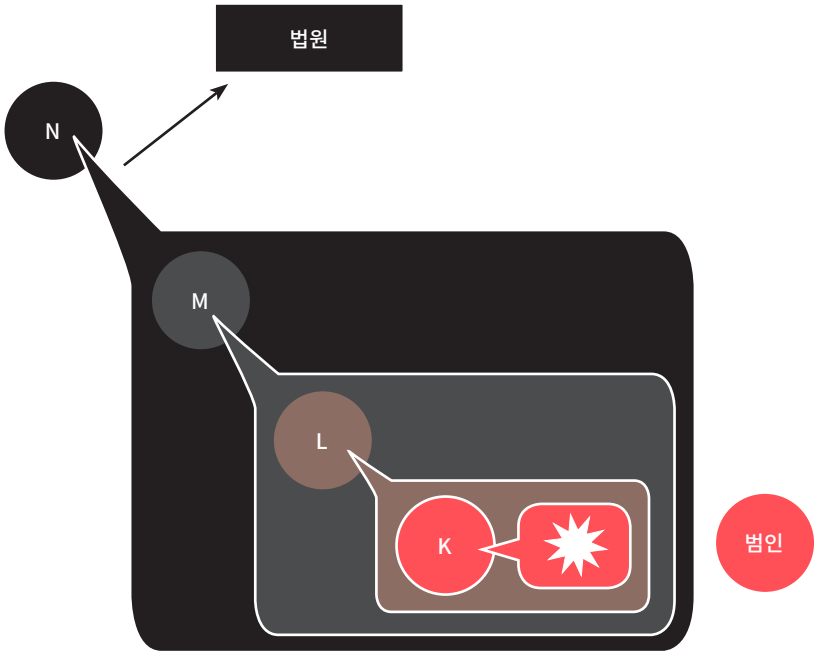
- 1. 전문진술 단계: 체험자(K)로부터 체험내용을 들은 L이, 또다른 M에게 말로 보고한다.
- 2. 전문진술 단계: L로부터 전달내용을 들은 M이, 법원에 말로 보고한다. → 재전문진술(double hearsay statement).

재전문서류



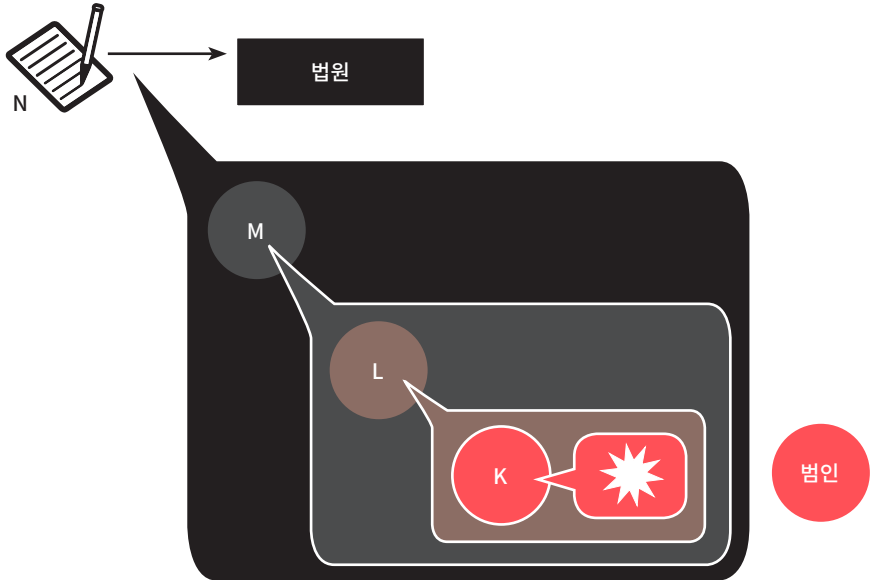
- 1. 전문진술 단계: 체험자(K)로부터 체험내용을 들은 L이, 또다른 M에게 말로 보고한다.
- 2. 전문서류 단계: L로부터 전달내용을 들은 M의 진술을 기재한 서류가 법원에 제출된다. → 재전문서류(double hearsay documents)

재재전문진술(= 재전문진술 + 전문진술 = 전문진술 + 전문진술 + 전문진술)



- 1. 전문진술 단계: 체험자(K)로부터 체험내용을 들은 L이, 또다른 M에게 말로 보고한다.
- 2. 전문진술 단계: L로부터 전달내용을 들은 M이, 다시 또다른 N에게 말로 보고한다.
- 3. 전문진술 단계: M으로부터 전달내용을 들은 N이, 법원에 말로 보고한다. → 재재전문진술(triple hearsay statement).

재재전문서류(= 재전문진술 + 전문서류 = 전문진술 + 전문진술 + 전문서류)



1. 전문진술 단계: 체험자(K)로부터 체험내용을 들은 L이, 또다른 M에게 말로 보고한다.
2. 전문진술 단계: L로부터 전달내용을 들은 M이, 다시 또다른 N에게 말로 보고한다.
3. 전문서류 단계: M으로부터 전달내용을 들은 N의 진술을 기재한 서류가 법원에 제출된다. → 재재전문서류(triple hearsay documents)

K → L → M → 조서 사례1: 재전문진술을 기재한 서류

K가 절도 목격자고, K의 진술을 “김도독의 절도죄” 증거로 사용한다.

1. K의 진술(“아. 나는 김도독이 훔치는 걸 봤어.”) → 직접증거
2. L의 진술(“나 K는 김도독이 훔치는 걸 봤다.”라고 K가 말했습니다.”) → 전문증거(전문진술)
3. M의 진술(“나 K는 김도독이 훔치는 걸 봤다.”라고 K가 말했습니다.”라고 L이 말했습니다.”) → 재전문증거(재전문진술)
4. 그 조서 → 재재전문증거(재재전문서류; triple hearsay)

재전문진술을 기재한 조서다.

K → L → M → 조서 사례2: 전문진술을 기재한 서류

이번에는 K가 절도교사범이고, K의 X진술을 K의 절도교사죄 증거로 사용한다.

- 1. K의 진술(“L아. 저 물건 비싸 보이는데 그냥 갈거야?”) → 정황증거(또는 진술했다는 자체의 증거)
- 2. L의 진술(“K가 저한테 훔치라고 했습니다.”) → 본래증거

99도1252: 어떤 진술[X]이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용함에[는] 전문증거가 된다고 하[자. 그렇]더라도 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용함에[는] 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다(→ 본래증거일 수 있다.)

- 3. M의 진술(““K가 나 L한테 훔치라고 했습니다.”라고 L이 말했습니다.”) → 전문증거(전문진술)
- 4. 그 조서 → 재전문증거(재전문서류; double hearsay)

전문진술을 기재한 조서다. 즉, 재전문진술을 기재한 조서가 아니다.

연습문제

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 20.] 乙은 甲에게 술을 훔쳐오라고 하였고, 이에 甲은 편의점에 들어가 양주 1병을 절취하였다. 며칠 뒤, 甲은 친구인 丙에게 乙이 교사하여 술을 훔친 것이라고 이야기하였다. 검사는 공동피고인으로서 甲을 절도죄로, 乙을 절도교사죄로 함께 기소하였다. 한편, 甲은 수사기관과 법정에서 乙이 교사하여 절도할 마음을 먹게 되었다고 진술하였고, 乙은 수사기관과 법정에서 교사사실을 부인하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄹ. 丙이 검찰에서 참고인으로 출석하여 “甲으로부터 乙이 절도를 시켰다는 이야기를 들었다.”라고 진술한 경우, 위 참고인진술조서는 재전문진술이 기재된 조서에 해당하므로 乙이 동의하지 않는 한 乙에 대하여 증거능력이 인정되지 않는다.

전문법칙의 예외

Hearsay Exceptions

나는 이번만큼은 “예외 없는 규칙은 없다.”라는 오래된 격언에 기대어 보기로 했다.
- Ludwig van Beethoven

문제점

머리에

- 1. 전문법칙(hearsay rule) 때문에, 전문증거의 증거능력은 없다.
- 2. 그런데 전문증거를 무조건 증거능력이 없다고 하는 것도 문제다. 왜?

실체진실 측면

- 필요한 자료를 지나치게 제한해서, 진실 발견에 장애가 생긴다. 예를 들어,
- 1. 경찰이 강간 피해자와 목격자를 조사해서 진술조서를 받아, 강간범이 피해자와 목격자를 죽였다.
 - 2. 무조건 진술조서의 증거능력이 없다면? 강간범을 처벌하지 못한다.
 - 3. 이건 부당하다.

절차 측면

- 필요 없는 증거조사까지 거치게 되어, 절차가 번거로워지고 지연된다. 예를 들어,
- 1. 경미한 절도 사건이 발생했는데, 경찰에서 피해자 진술조서, 피의자신문조서 모두 작성했다. 범인은 모두 자백하고, 위 조서들 내용도 모두 인정하며, 법적으로 아무런 다툼이 없다.
 - 2. 이 경우 무조건 피해자를 증인으로 법정에 소환한다거나, 피고인신문절차를 거치게 하는 건 무의미하다.
 - 3. 굳이 절차를 거치게 할 필요가 없다.

예외 인정

대책: 전문법칙의 예외

그래서 전문법칙은 많은 예외(hearsay exceptions)를 인정한다.

원래 전문법칙은 예외를 전제로 발달한 이론이다. 그래서 예외의 이론(theory of exceptions)이라고도 부른다.

관련 조항

형사소송법 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) 제311조[부터] 제316조[까지]에
규정한 것 이외에는 ... 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 ...
공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.

형사소송법 제311조(법원 또는 법관의 조서) ... 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검[증] 결과를 기재한 조서는 증거로 할 수 있다. ...

형사소송법 제312조(... 사법경찰관의 조서 등) ③ 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 ... 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

④ 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 ... 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법[으로] 증명되고, 피고인 또는 변호인이 ... 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

⑤ 제3항 및 제4항은 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 관하여 준용한다.

형사소송법 제313조(진술서등) ① 전 2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것...은 ... 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술[로] 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. ...

형사소송법 제314조(증거능력에 대한 예외) 제312조 또는 제313조의 경우에 ... 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유 [때문에] 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류...를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

형사소송법 제315조(당연히 증거능력이 있는 서류) 다음에 게기한 서류는 증거로 할 수 있다.

1. 가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서

형사소송법 제316조(전문의 진술) ① 피고인이 아닌 자...의 ... 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.

개요

2023도15133: 형사소송법은 제310조의2에서 원칙적으로 전문증거의 증거능력을 인정하지 않[는다. 그리고] **제311조부터 제316조까지 정한 요건을 충족하는 경우에만 예외적으로** 증거능력을 인정한다.]

형사소송법 제311조는 법원 또는 법관의 조서의 증거능력에 관하여 규정[한다.]

제312조 ... 제3항은 ... [사법경찰관]이 작성한 피의자신문조서의 증거능력에 관하여 규정한다.

형사소송법 제312조 제4항은 [수사기관]이 피고인이 아닌 자[→ 참고인]의 진술을 기재한 조서에 대하여 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 실질적 진정성립이 증명되고 반대신문이 보장되며 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거능력을 인정한다.

형사소송법 제312조 제5항은 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술서가 수사과정에서 작성된 경우 같은 조 ... 제4항을 준용한다.

형사소송법 제313조 제1항은 '전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류'로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것에 대하여 그 진정성립이 증명되면 증거능력을 인정한다. 수사과정에서 작성된 서류의 증거능력에 관하여 형사소송법 제313조 제1항보다 더욱 엄격한 요건을 규정한 형사소송법 제312조의 취지에 비추어 보면, 형사소송법 제313조 제1항이 규정하는 서류는 수사과정 외에서 작성된 서류를 의미한다.

예외의 근거

개요

위 예외사유들은, 다음 2가지 관점에 기초한다.

1. 진실성
2. 필요성

진실성

진실성(veracity): 정황상 진술이 진실하다고 보장할 수 있다는 것.

신용성의 정황적 보장(circumstantial guarantee of trustworthiness)이라고도 부른다.

형사소송법 제312조(... 사법경찰관의 조서 등) ④ 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 ... 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

필요성

필요성(necessity): 다른 증거를 얻는 것이 사실상 불가능하기 때문에, 전문증거라도 사용할 필요가 있는 것.

형사소송법 제314조(증거능력에 대한 예외) 제312조 또는 제313조의 경우에 ... 공판 기일에 진술을 요하는 자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유 [때문에] 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류...를 증거로 할 수 있다.

...

공판중심주의, 직접심리주의와의 관계

복습: 관련 규정

- 대한민국헌법 제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 [따르]지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 [따르]지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.
- 대한민국헌법 제27조 ① 모든 국민은 헌법과 법률[에서] 정한 법관[으로부터] 법률에 [따른] 재판을 받을 권리를 가진다.

③ ... 형사피고인은 [타]당한 이유가 없는 한 지체 없이 공개재판을 받을 권리를 가진다.

④ 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.
- 형사소송법 제275조(공판정의 심리) ① 공판기일에는 공판정에서 심리한다.
- 형사소송법 제275조의2(피고인의 무죄추정) 피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.
- 형사소송법 제275조의3(구[술]변론주의) 공판정에서의 변론은 구[술]로 하여야 한다.
- 형사소송법 제310조의2(전문 증거와 증거능력의 제한) 제311조[부터] 제316조[까지]에 규정한 것 이외에는 ... 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 ... 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.

해석상 주의점

- 2024도11314: 헌법 제12조 제1항이 규정한 적법절차의 원칙과 헌법 제27조에 [따라] 보장된 공정한 재판을 받을 권리를 구현하기 위하여 형사소송법은 공판중심주의와 구두변론주의 및 직접심리주의를 기본원칙으로 하고 있다.
- 따라서 형사소송법이 수사기관에서 작성된 조서 등 서면증거에 대하여 일정한 요건을 충족하는 경우에 증거능력을 인정하는 것은 실체적 진실발견의 이념과 소송경제의 요청을 고려하여 예외적으로 허용하는 것일 뿐이다. 그러므로 [그] 증거능력 인정 요건에 관한 규정은 엄격하게 해석, 적용하여야 한다.
- 2018도13945전합: [전문법칙의] 예외는 직접심리주의와 공판중심주의에 [따른] 공정한 공개재판을 받을 권리와 무죄추정을 받을 권리를 본질적으로 침해하거나 형해화하는 결과가 초래되지 않도록 형사소송법[에서] 정한 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

증거동의

Consent to Evidence

진실은 진실 자체가 아니라 진실을 추적하는 방법에 달려있다.
- Rian Johnson, “Knives Out”

증거동의와 전문법칙

증거동의의 개념

1. 비록 전문증거라도, 증거동의(consent to evidence)를 했다면 증거능력을 인정한다.

형사소송법 제318조(당사자의 동의와 증거능력) ① 검사와 피고인이 증거로 할 수 있을 을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다.

2. 원래 전문법칙의 이론적 근거 중 중요한 것이 반대신문권 보장이다. 그런데 증거동의를 하면, 피고인이 반대신문권(right of cross-examination)을 포기(relinquishment)한 셈이 된다. 그래서 이때에는 전문법칙을 관철할 필요가 없다.

82도2873: 형사소송법 제318조 제1항은 전문증거금지의 원칙에 대한 예외[다. 즉,] **반대신문권을 포기**하겠다는 피고인의 의사표시[로] 서류 또는 물건의 증거능력을 부여하려는 규정이[다.]

증거동의의 절차

1. 공소제기가 돼도, 원래 법원은 증거를 받아 보지 못한다.

형사소송규칙 제118조(공소장의 첨부서류) ① 공소장에는, ... 변호인선임서...를, ... 공소제기 당시 피고인이 구속되어 있거나, 체포 또는 구속된 후 석방된 경우 체포영장, 긴급체포서, 구속영장 기타 구속에 관한 서류를 [각각] 첨부하여야 한다.

② **공소장**에는 제1항에 규정한 서류 외에 사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 아니 된다.

2. 제1회 공판기일에, 공판검사는 법정에서 피의자신문조서, 참고인진술조서 등 각종 전문서류를 제출한다.
3. 이때 법원은 그 서류들을 증거로 써도 되는지에 관해 피고인 측에 의견을 묻는다.

형사소송규칙 제134조(증거결정의 절차) ② 법원은 서류 또는 물건이 증거로 제출된 경우 이에 관한 증거결정을 [할 때는] 제출한 자로 하여금 그 서류 또는 물건을 상대방에게 제시하게 하여 상대방으로 하여금 그 서류 또는 물건의 증거능력 유무에 관한 의견[→ 증거동의 여부 등]을 진술하게 하여야 한다. ...

증거의 분리 제출

동의를 증거들

- 1. 피고인 측이 동의(반대신문권 포기)한 증거들은, 증거능력이 인정된다.
- 2. 법원은 곧바로 증거결정(채택결정)을 해서 받아 볼 수 있다. 즉, 검사가 공판 정에서 제출해서, 법원이 바로 증거조사 할 수 있다.

증 거 목 록(증거서류 등)														
2026고단7575														
2026형 제12345호						신청인: 검 사								
순 번	증거방법					참조사항 등	신청 기일	증거의건		증거결정		증거 조사 기일	비고	
	작성	쪽수 (수)	쪽수 (증)	증거명칭				성명	기일	내용	기일			내용
1	사경	48	6	피의자신문조서		김가해	정당방위 주장	1	1	○	1	○	1	
2	"	59	11	진술조서		한목격		1	1	○	1	○	1	

물론, 법원은 일단 증거결정(채택결정)을 했더라도 증거조사는 이번 공판기일 후
에 할 수도 있다. 그 경우 증거결정(채택결정)은 하였으나 제출과 증거조사는 보
류한 상태로 된다.

순 번	증거방법				참조사항 등	신청 기일	증거의건		증거결정		증거 조사 기일	비고	
	작성	쪽수 (수)	쪽수 (증)	증거명칭			성명	기일	내용	기일			내용
1	사경	48	6	피의자신문조서	김가해	정당방위 주장	1	1	○	1	○		
2	“	59	11	진술조서	한목격		1	1	○	1	○		

부동의를 증거들 중 증거채택 여부 보류 상태

- 1. 피고인 측이 동의하지 않은 증거들은, 증거능력이 있는지 아직 모른다.
- 2. 법원은 증거능력 여부를 확인해야 한다. 제1회 공판기일에 곧바로 결정할 수
는 없다. 일단 그 증거들에 관해 증거결정을 보류한다. 이 증거들은 아직 법
원이 받아 봐서는 안 되고, 검사가 제출해서도 안 된다. 법원은 변론을 속행
(continuing)해서, 제2회 공판기일을 잡는다.

형사소송규칙 제134조(증거결정의 절차) ④ 법원은 증거신청을 기각, 각하하거나, 증거
신청에 대한 결정을 보류하는 경우, 증거신청인으로부터 [해당] 증거서류 또는 증거
물을 제출받아서는 아니 된다.

순 번	증거방법					참조사항 등	신청 기일	증거의견		증거결정		증거 조사 기일	비고
	작성	쪽수 (수)	쪽수 (중)	증거명칭	성명			기일	내용	기일	내용		
6	"	8	30	진술조서	정 피 해		1	1	×				

3. 이렇게 부동의한 증거가 있으면, 서류의 작성자나 원진술자 등이 법정에 나와서 증언을 한다. 법원은 제2회 공판기일에 증언을 듣고, 그 서류가 전문법칙의 예외에 해당하는지를 판단한다.
4. 그렇게 해서 증거능력이 있다고 판단을 하면, 그때 증거결정을 한다. 법원은 그제서야 그 서류들을 받아 볼 수 있다. 즉, 그제서야 검사가 공판정에서 제출해서, 법원이 증거조사 할 수 있다.

순 번	증거방법					참조사항 등	신청 기일	증거의견		증거결정		증거 조사 기일	비고
	작성	쪽수 (수)	쪽수 (중)	증거명칭	성명			기일	내용	기일	내용		
6	"	8	30	진술조서	정 피 해		1	1	×	2	0	2	

앞서와 마찬가지로, 법원은 일단 증거결정(채택결정)을 했더라도 증거조사는 이번 공판기일 후에 할 수도 있다.

순 번	증거방법					참조사항 등	신청 기일	증거의견		증거결정		증거 조사 기일	비고
	작성	쪽수 (수)	쪽수 (중)	증거명칭	성명			기일	내용	기일	내용		
6	"	8	30	진술조서	정 피 해		1	1	×	2	0		

부동의한 증거들 중 증거기각 상태

1. 다만, 어떤 전문서류는 피고인 측이 동의하지 않으면 더 따질 것 없이 증거능력이 없다.
2. 그런 경우 법원은 제1회 공판기일에 곧바로 증거결정(기각결정)을 한다.

증 거 목 록(증거서류 등)													
2026고단7575													
2026형 제12345호										신청인: 검 사			
순 번	증거방법					참조사항 등	신청 기일	증거의견		증거결정		증거 조사 기일	비고
	작성	쪽수 (수)	쪽수 (중)	증거명칭				기일	내용	기일	내용		
4	“	79	-	수사보고서		피해 회복 여부 확인	1	1	×	1	×		

중간 결론

증거동의의 한 전문증거

- 1. 피고인이 증거동의의 한 전문증거들은,
- 2. 전문법칙 예외 요건 검토를 할 필요가 없다.

증거부동의의 한 전문증거

- 1. 피고인이 증거동의의 하지 않은 전문증거들은,
- 2. 전문법칙 예외 요건 검토를 해야 한다.

증거동의의 절차

증거동의의 주체

소송당사자(검사, 피고인)가 증거동의의 할 수 있다.

형사소송법 제318조(당사자의 동의와 증거능력) ① **검사와 피고인**이 증거로 할 수 있을
을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다.

2013도3: 형사소송법 제318조에 규정된 증거동의의 주체는 소송 주체인 검사와 피고
인이다.]

- 1. 그 증거를 신청한 소송당사자(= 주로 검사) → 신청 자체로 이미 동의한 것이
라 따로 그(= 주로 검사)로부터 동의 여부를 확인하지 않는다.
- 2. 상대방 소송당사자(= 주로 피고인) → 그(= 주로 피고인)로부터 동의 여부를
확인한다.

87도966: 형사재판에[서는] 유죄의 자료로 쓸 수 있는 서류는 그 진정성립이 인정되거
나 피고인과 검사가 증거로 함에 동의해야만 하게 되어 있[다.] 이 동의는 법원이 직권으
로 증거조사를 할 때에는 양 당사자의 동의가 필요함은 물론이다. 그러나 [해당] 서류
를 제출한 당사자는 그것을 증거로 함에 동의하고 있[다는 것]은 명백한 것이므로 **상대
방의 동의만** 얻으면 충분하다.

증거동의 방식

1. 검사는 개별적으로 특정해 증거를 제출한다.
2. 그에 대응해 피고인 측도 동의할 증거를 특정해야 한다.

형사소송규칙 제132조의3(수사기록의 일부에 대한 증거신청방식) ① ... 증거로 할 수 있는 서류나 물건이 수사기록의 일부인 때에는 검사는 이를 특정하여 개별적으로 제출함으로써 그 조사를 신청하여야 한다. ...

피고인 측이 “A증거”를 동의했다고 해서, 언제나 A증거의 “첨부서류(A)”까지 모두 동의한 것으로 단정할 수는 없다.

2011도3809: 검찰관이 공판기일에 제출한 증거 중 뇌물공여자 甲이 작성한 고발장[A]에 대하여 피고인의 변호인이 증거 부동의 의견을 밝[혔다. 그리고] 같은 고발장[A]을 첨부문서로 포함하고 있는 ... 수사보고[A]에 대하여는 증거에 동의[했다. 그에 기초해] 증거조사[를 했다.]

[이] 수사보고[A]에 기재된 내용은 수사기관이 첨부한 자료를 통하여 얻은 인식, 판단, 추론이거나 자료의 단순한 요약에 불과하[다. 그래서] 원 자료[A]로부터 독립하여 공소사실에 대한 증명력을 가질 수 없[다.] 피고인이나 변호인도 수사보고[A]의 증명력을 위와 같은 취지로 이해하여 공소사실을 부인하면서도 수사보고[A]의 증거능력을 다투지 않[았다.]

[이런 점을 비롯해 모든] 사정에 비추어, 위 고발장[A]은 ... 적법한 증거신청, 증거결정, 증거조사 절차를 거쳤다고 볼 수 없거나 공소사실을 뒷받침하는 증명력을 가진 증거가 아니[다. 그러]므로 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없[다.]

다만,

1. 묵시적 동의도 인정한다.

72도922: 진술조서에 대하여 피고인이 이견이 없다고 진술하고 있[다.] 또 공판정에서 진술조서의 기재 내용과 부합되는 진술을 하였[다. 그렇다]면 위 증거를 증거로 채용하는데 동의한 것으로 볼 수 있다.

83도516: 피고인이 그 증언에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였[다. 그렇다]면 그 증언을 증거로 함에 동의한 것으로 볼 수 있[다.]

2. 포괄적 동의도 인정한다.

82도2873: 개개의 증거[에] 개별적인 증거조사방식을 거치지 아니하고 검사가 제시한 모든 증거[에] 피고인이 증거로 함에 동의한다는 방식으로 이루어[졌다. 그렇다] 하여도 증거동의로서의 효력을 부정할 이유가 되지 못한다.

변호인의 증거동의?

변호인은 조문상 증거동의의 주체가 아니다. 다만, 변호인은,

1. 피고인의 명시한 의사에 반하지 않을 것을 조건으로,
2. 피고인을 대리해,
3. 증거동의 할 수는 있다.

형사소송법 제36조(변호인의 독립소송행위권) 변호인은 독립하여 소송행위를 할 수 있다. 단, ...

2013도3: 변호인은 피고인을 **대리하여** 증거동의에 관한 의견을 낼 수 있을 뿐이다. 즉, 변호인이 **피고인의 명시한 의사에 반하여 증거로 함에 동의할 수는 없다.**

예를 들어,

1. 피고인과 변호인이 공판기일에 같이 출석한 경우: 변호인이 동의하고, 피고인이 가만히 있으면 → 증거동의로 인정 ○

2004도4428: 변호인의 동의에 대하여 피고인이 즉시 이의하지 아니하는 경우에는 변호인의 동의로 증거능력이 인정[된다.]

2. 피고인이 증거 부동의 한 후, 변호인만 공판기일에 출석한 경우: 변호인이 동의해도 → 증거동의로 인정 ×

2013도3: 피고인이 출석한 공판기일에서 증거로 함에 부동의한다는 의견이 진술된 경우에는 그 후 피고인이 출석하지 아니한 공판기일에 변호인만이 출석하여 종전 의견을 반복하여 증거로 함에 동의하였다 하더라도 이는 특별한 사정이 없는 한 효력이 없다.]

증거동의 철회(취소)

1. 증거조사 완료 전에는 증거동의 철회(취소)를 할 수 있다.

99도2029: 형사소송법 제318조에 규정된 증거동의의 의사표시는 **증거조사가 완료되기 전까지** 취소 또는 철회할 수 있다.]

2. 증거조사 완료 이후에는 증거동의 철회(취소)를 할 수 없다.

99도2029: 일단 **증거조사가 완료된 뒤에는** 취소 또는 철회가 인정되지 [않는다. 그러]므로 제1심에서 한 증거동의를 제2심에서 취소할 수 없다. 그리고] 일단 증거조사가 종료된 후에 증거동의의 의사표시를 취소 또는 철회하더라도 취소 또는 철회 이전에 이미 취득한 증거능력이 상실되지 않는다.

취소는 증거동의 당시 이미 흠(착오 등)이 있어서 물리려는 것이다. 철회는 증거동의 당시 흠은 없었지만 그 후에 마음이 바뀌어 물리려는 것이다. 어느 것이든 증거동의를 물리려는 것은 같고, 여기서는 특별히 그 둘을 구별하지 않는다.

연습문제1

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 28.] 증거동의에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

-
- ① 피고인이 출석한 공판기일에서 증거로 함에 부동의한 경우에는 그 후 피고인이 출석하지 아니한 공판기일에 변호인만 출석하여 종전 의견을 반복하여 증거로 함에 동의하였더라도 효력이 없다.
 - ② 개개의 증거에 대하여 개별적으로 증거동의를 받지 아니하고 검사가 제시한 모든 증거에 대하여 피고인이 증거로 함에 동의한다는 방식으로 증거동의를 이루어진 것일지라도 증거동의로서의 효력을 부정할 이유가 되지 못한다.
 - ③ 「형사소송법」 제184조에 [따른] 증거보전절차에서 증인신문을 하는 경우 피의자에게 증인신문에 참여할 수 있는 기회를 주지 아니하고 작성된 증인신문조서는 피의자였던 피고인이 법정에서 그 증인신문조서를 증거로 할 수 있음에 동의하여 별다른이의 없이 적법하게 증거조사를 거친 경우라 하더라도 증거능력이 부여되지 않는다.
 - ④ 증거동의를 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 철회할 수 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 철회가 인정되지 아니하므로 제1심에서 한 증거동의를 제2심에서 철회할 수 없다.
-

연습문제2

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 33.] ... 이에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

-
- ④ 乙이 도로교통법위반(음주운전)죄 및 교통사고처리특례법위반(치상)죄로 기소되었고, 제1회 공판기일에 乙 및 乙의 변호인은 혈액감정의뢰회보에 대하여 증거부동의를 하였는데, 제3회 공판기일에 乙이 출석하지 아니한 상태에서 乙의 변호인이 이를 증거로 하는 데 동의하였다면 위 증거동의를 효력이 있다.
-

연습문제3

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 29.] 증거동위에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

-
- ① 검사가 신청한 증거들에 관한 변호인의 증거동위에 대하여 피고인이 즉시 이의하지 아니하면 그 증거들의 증거능력이 인정되고, 그 이후 피고인이 증거조사 완료 전에 변호인의 위 동의를 취소하거나 철회한다고 하더라도 일단 부여된 증거능력은 그대로 유지된다.
 - ③ 검사가 제출한 증거 중 고발장에 대하여 피고인 및 변호인이 부동의 의견을 밝히고, 같은 고발장에 첨부된 검찰주사보 작성의 수사보고에 대하여는 증거동의를 하여 증거조사가 이루어진 경우, 수사보고에 대한 증거동위의 효력은 첨부된 고발장에도 당연히 미치므로 위 고발장을 유죄의 증거로 삼을 수 있다.
 - ④ 피고인이 출석한 공판기일에서 증거로 함에 부동의한다는 의견이 진술된 경우, 그 후 피고인이 출석하지 아니한 공판기일에 변호인만이 출석하여 종전 의견을 반복하여 증거로 함에 동의하였다 하더라도 변호인의 증거동위는 특별한 사정이 없는 한 효력이 없다.
-

증거동의 대상

복습: 증거 종류

	인적 증거	물적 증거
인증	증인, 감정인, 피고인의 진술	신체의 검증, 감정
서증인 물증	각종 조서 [증거서류]	위조계약서 [증거물인 서면]
서증 아닌 물증	(해당 없음)	칼
본질	언어적 의미 내용	존재와 상태

복습: 증거동의의 핵심

전문증거는,

- 1. 원래 증거능력이 없지만,
 - 2. 증거동의를 통해 반대신문권을 포기하면, 증거능력을 인정받는다.
- 증거동의의 핵심은 전문증거(hearsay evidence)에 관한 반대신문권 포기다.

증거 종류별 증거동의 대상 여부

증거동의는 기본적으로 전문증거에 관한 것이므로,

- 1. 증거서류(= 인적 증거인 서증 = 전문서류)(hearsay document) → 전문증거○ → ∴ 증거동의 대상○(형사소송법 제318조 제1항 중 “서류”)

전형적인 증거동의의 대상이다. 앞서 증거의 분리 제출에서 “증거목록(증거서류 등)”에 예시한 사례도 증거서류다.

형사소송법 제318조(당사자의 동의와 증거능력) ① 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다.

- 2. 전문진술(= 인적 증거인 인증)(hearsay statement) → 전문증거○ → ∴ 증거동의 대상○

형사소송법 제318조 제1항에 “진술”이 명시되어 있지는 않다. 그러나 전문진술이 전문증거인 이상, 이론상 증거동의의 대상이다.

83도516: [어떤] 증인의 증언이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 전문진술이라고 하[자. 그렇]더라도 피고인이 그 증언에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였다면 그 증언을 증거로 함에 동의한 것으로 볼 수 있[다. 그러]므로 이는 증거능력 있다.

- 3. 증거물인 서면(= 물적 증거인 서증)이나 그 밖의 물건(articles) → 전문증거 × → 그렇더라도, 증거동의의 대상○(형사소송법 제318조 제1항 중 “물건”)

형사소송법 제318조(당사자의 동의와 증거능력) ① 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다.

2007도3906: 피고인은 제1심 제1회 공판기일에 위 **사진을** 증거로 함에 **동의**하였[다.] 이에 따라 제1심법원이 위 사진에 대한 증거조사를 완료하였[다.] ... 원심이 ‘공소외인의 상해부위를 촬영한 사진’의 증거능력을 인정한 조치는 정당하[다.]

물건은 비진술증거라서 **전문증거가 아니다**. 그러나 **형사소송법 제318조 제1항**에 “**물건**”이 명시된 이상, **조문상 증거동의의 대상이다**.

소결

1. 증거서류 → 이론상으로도 조문상으로도 증거동의의 대상○
2. 전문진술 → 조문상 없지만, 이론상 증거동의의 대상○
3. 증거물인 서면, 그 밖의 물건 → 이론상 아니지만, 조문상 증거동의의 대상○

증거동의 의미(효과)

머리에

다음은 다른 문제다.

1. 어떤 증거가 증거동의의 대상인지?
2. 어떤 증거에 증거동의 했을 때 어떤 의미(효과)가 있는지?

증거서류(전문서류)나 전문진술에 증거동의 의미

1. 전문증거라서 원래 증거능력 없던 증거다.

형사소송법 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) 제311조[부터] 제316조[까지] 규정한 것 이외에는 ... 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 ... 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 **증거로 할 수 없다**.

2. 그러나 당사자의 증거동의를 통해 증거능력을 인정받는다.

형사소송법 제318조(당사자의 동의와 증거능력) ① 검사와 피고인이 **증거로 할 수 있을**을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 **증거로 할 수 있다**.

3. 증거능력이 있으므로, 법원은 증거조사를 하면 된다.

증거물인 서면이나 그 밖의 물건에 증거동의 의미

1. 증거능력 있는지 없는지와 별개로,
2. 적어도 당사자는 증거동의를 통해 증거능력을 문제 삼지 않겠다고 표시했다.
3. 딱히 증거능력을 의심할 만한 사정이 없다면, 법원은 증거조사를 하게 된다.

위법수집증거(강제자백 포함)에 증거동의 의미

1. 위법수집증거는 원래부터 증거능력이 없는 증거다.

형사소송법 제308조의2(위법수집증거의 배제) 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 **증거로 할 수 없다**.

형사소송법 제309조(강제등 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체 구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 **증거로 하지 못한다.**

2. 당사자는 증거동의를 통해 증거능력을 문제 삼지 않겠다고 표시했지만,
3. 위법수집증거임이 드러난 이상, 법원은 증거조사를 하면 안 된다.

2009도11401: 형사소송법 [압수수색 영장 조항에] 위반...한 압수물은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다. 그리고 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 **동의하였다고 하더라도** 달리 볼 것은 아니다.

82도2413: 피고인이 1981. 8. [4.]부터 ... 1981. 8. [17.]까지 불법적으로 신체구속이 장기화된 사실을 인정하기에 충분하다. 거기에 ... 수사경찰관[이] 피고인에 대한 고문이나 잠을 재우지 않는 등 경합된 진술의 자유를 침해하는 위법사유를 아울러 고려해 본다. 그렇다면 피고인의 ... 자백진술은 피고인 이 증거로 함에 **동의 유무를 불[문]하고** 유죄의 증거로 할 수 없다.]

2020도3050: 전자정보에 대한 압수, 수색에[서] ... 저장매체[제3 방법]나 복제본[제1 방법]에 대하여 압수, 수색[을 하는 경우를 보자.] ... 수사기관이 유관정보를 선별하여 압수한 후에도 무관정보를 삭제, 폐기, 반환하지 않은 채 그대로 보관하고 있다면[?] 무관정보 부분에 대하여는 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보를 영장 없이 압수, 수색하여 취득한 것이어서 위법하다.] 사후에 법원으로부터 압수, 수색영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 **동의하였다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다.**

다만, 다음은 예외다. 절차가 위법해 원래 증거능력이 없지만, 증거동의를 통해 증거능력을 인정받을 수 있다.

1. 수사기관의 증언 후 조사(증언 반복 조사)에 따른 진술조서

99도1108전합: 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 그 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 반복시키는 방식으로 작성한 진술조서[는 어떤가?] ... 이러한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 **동의하지 아니하는 한 증거능력이 없다.]**

2. 수사기관의 증언 전 조사(증인 예정자 조사)에 따른 진술조서

2013도6825: 제1심에서 피고인에 대하여 무죄판결이 선고되어 검사가 항소[했다. 그러자] 수사기관이 항소심 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 수 있는 사람을 특별한 사정 없이 미리 수사기관에 소환[했다.] ... [그렇게] 작성한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 **동의하지 않는 한 증거능력이 없다.**

3. 법원의 제1회 공판기일 전 증거조사에 따른 공판조서

2025도10184: 제1회 공판기일 전 수소법원이 공판준비를 이유로 사건의 실제 심리를 위하여 증인신문을 포함한 증거조사를 행하는 것은 허용되지 않[는다.] 이러한 위법한 절차를 거친 증거는 그 증거조사에 관한 조서가 공판기일에 현출되더라도 **원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다**고 보아야 한다.

그러나 피고인은 피고인 이외의 제3자 진술이 기재된 서류에 대하여 증거로 할 수 있음에 동의함으로써 스스로 원본 증거 대신 대체물을 증거조사의 대상으로 삼도록 할 수 있다는 점과 소송절차의 동적 안정성, 소송경제의 이념을 감안하여야 한다. 따라서 제1회 공판기일 전 증거조사절차를 진행하는 것과 이후 공판기일에서 그 증거조사 결과가 기재된 조서를 현출시켜 증거조사를 하는 것에 당사자들이 명시적으로 **동의**하여 증거조사가 이루어지고 증거조사 후에도 당사자들이 증거조사 결과에 **의의가 없다**는 의사를 명시하였다면[?] 제1회 공판기일 전 증거조사절차에서 사건의 실제 심리를 위한 핵심적인 증거조사가 이루어지는 등으로 실질적 직접심리주의와 공판중심주의에 [따른] 공정한 재판을 받을 권리와 무죄추정을 받을 권리를 본질적으로 침해하거나 형해화하여 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래하는 등의 사정이 없는 이상, 증거조사에 관한 **하자가 치유**되어 유죄의 증거로 삼을 수 있게 된다.

소결

1. 증거서류: 증거능력× → by 증거동의 → 증거능력○
2. 전문진술: 증거능력× → by 증거동의 → 증거능력○
3. 증거물인 서면, 그 밖의 물건: 증거능력(?) → by 증거동의 → 사실상 증거능력(○)

다만,

1. 위법수집증거일 경우: 증거능력× → by 증거동의 → 여전히 증거능력×
2. 수사기관의 증언 후 조사(증언 번복 조사) 또는 증언 전 조사(증언 예정자 조사) 진술조서일 경우: 증거능력× → by 증거동의 → 증거능력○

연습문제1

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 22.] 위법수집증거에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수, 수색하여 취득한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없고, 설령 사후에 압수, 수색영장이 발부되었거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였더라도 그 위법성이 치유되지 않는다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 29.] 증거동의에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 제1심에서 무죄판결이 선고되어 검사가 항소한 후, 수사기관이 항소심 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 수 있는 사람을 특별한 사정 없이 미리 수사기관에 소환하여 작성한 진술조서는 증거능력이 없고, 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의한 경우에도 마찬가지이다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 37.] 사법경찰관 P는 甲을 횡령 혐의(A사건)로 수사하면서 甲의 컴퓨터에 대한 압수, 수색영장(제1영장)을 발부받아 컴퓨터 하드디스크 전체를 이미징 형태로 복제하여 적법하게 압수하였다. P는 피의자의 참여권을 보장하고 제1영장 기재 혐의사실과 관련된 전자정보를 탐색하던 중 이와 전혀 관련이 없는 乙의 별개의 사기 혐의(B사건)에 관한 내용이 포함된 전자정보를 발견하였다. 사건을 송치받은 검사 S는 甲을 횡령죄로 기소한 후 위 복제본 중 A사건과 관련된 파일만을 증거로 제출하였다. 그러나 P는 A사건 복제본 원본을 폐기하거나 甲에게 반환하지 않고 경찰청 서버에 계속 보관하면서 이를 열람하여 乙이 A사건의 공범인 사실 및 乙의 B사건 혐의에 관한 증거를 확보하였다. 그 후 P는 경찰청 서버에 보관 중이던 복제본을 대상으로 B사건에 대한 압수, 수색영장(제2영장)을 새로 발부받았다. ... (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. P가 A사건과 무관한 정보를 삭제, 폐기, 반환하지 않은 채 그대로 보관하는 것은 영장주의 원칙에 위배되는 위법한 압수, 수색에 해당하나, P가 사후에 B사건에 대해 별도의 적법한 영장을 발부받았으므로 그 하자가 치유된다.

증거동의 간주

머리에

어떤 경우는, 피고인이 증거동의 했다고 간주한다.

(복습) 불출석 재판 사건

- 1. 원칙: 피고인이 불출석 하면 재판할 수 없다.
- 2. 예외: 특별한 경우는 피고인이 불출석 해도 진행할 수 있다. 그런 사건을 불출석 재판 사건이라 부른다.

형사소송법 제276조(피고인의 출석권) 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 특별한 규정이 없으면 개정하지 못한다. ...

예를 들어,

- 1. 경미사건
- 2. 공소기각, 면소 명백 사건
- 3. 출석 후 2회 불출석 사건
- 4. 항소 후 2회 연속 불출석 사건
- 5. 정식재판청구 후 2회 연속 불출석 사건
- 6. 구속 상태에서 출석 거부 및 인치 곤란 사건
- 7. 퇴정(retirement) 사건

형사소송법 제330조(피고인의 진술 없이 하는 판결) 피고인이 ... 재판장의 허가 없이 퇴정하거나 재판장의 질서유지를 위한 퇴정명령을 받은 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있다.

91도865: 필[수]적 변호사건이라 하여도 피고인이 재판거부의 의사를 표시하고 재판장의 허가 없이 퇴정하고 변호인마저 이에 동조하여 퇴정해 버렸다고 하자. 이는 모두 피고인 측의 방어권의 남용 내지 변호권의 포기로 볼 수밖에 없[다. 그러]므로 수소법원 으로서는 형사소송법 제330조에 [따라] 피고인이나 변호인의 재정 없이도 심리판결 할 수 있다.

기초 개념: 필수적 변호 사건

1. 원칙: 변호인이 불출석 해도 재판할 수 있다.
2. 예외: 특별한 경우는 변호인이 불출석 하면 재판할 수 없다. 그런 사건을 필수적 변호(required defense) 사건이라 부른다.

형사소송법 제282조(필[수]적 변호) 제33조[→ 국선변호인] 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 사건 및 같은 조 제2항, 제3항의 규정에 따라 변호인이 선정된 사건에 관하여는 변호인 없이 개정하지 못한다. ...

필수적 변호 사건인데도 변호인 없이 진행했다면? 소송행위는 무효다.

형사소송법 제364조(항소법원의 심판) ⑥ 항소이유가 있다고 인정한 때에는 원심판결을 파기하고 다시 판결을 하여야 한다.

94도2347: 이 사건은 형사소송법...에 규정된 필[수]적 변호 사건에 해당[한다.] 따라서 변호인 없이 개정하거나 심리하지 못한다[다.]

[만약] 제1심의 공판절차가 변호인 없이 이루어진 경우, 그와 같은 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위는 무효[다.]

[만약 제1심법원이 간과하고 판결을 선고했다면?] 항소심으로서의 변호인이 있는 상태에서 소송행위를 새로이 한 후 위법한 제1심판결을 파기하고, 항소심에서의 진술 및 증거조사 등 심리결과에 기[초]하여 다시 판결하여야 한다.

3. 예외의 예외: 필수적 변호 사건이라도, 판결 선고만 남았을 경우는 변호인이 불출석 해도 재판할 수 있다.

형사소송법 제282조(필[수]적 변호) ... 단, 판결만을 선고할 경우에는 예외로 한다.

변호인이 최후진술(closing arguments)만 남긴 상태에서 소송지연 목적으로 퇴정하면? 변호인 없이 재판할 수 있다.

형사소송법 제330조(피고인의 진술 없이 하는 판결) 피고인이 ... 재판장의 허가 없이 퇴정[한] ... 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있다.

90도672: 비록 필[수]적 변호 사건이라 하더라도 ... 피고인 및 변호인의 의견진술을 듣는 것 이외의 모든 절차가 종료된 상태[였다.] 피고인이 재판절차의 진행을 저해할 의도로 허가 없이 퇴정[했다. 그리고] 변호인들이 이에 동조하는 취지에서 재판장의 여러 차례에 걸친 의견진술 촉구[에] 의견을 진술하지 아니한 채 퇴정[했다.]

[그런] 경우에는 변호인이 그 소송절차상 갖고 있는 재정의 이익이 포기 또는 상실되었다고 볼 수밖에 없다. 따라서] 형사소송법 제330조의 규정에 [따라] 피고인의 진술 없이 판결할 수 있는 것과 마찬가지로[다. 즉,] 변호인의 진술 없이 소송절차를 진행하여 판결을 선고한 것이 위법하다 할 수 없다.

피고인 불출석에 따른 증거동의 여부

피고인이 공판기일에 불출석 했다면?

1. 원칙: 증거동의로 간주하지 않는다.
2. 예외: 불출석 재판 사건이라면, 증거동의로 간주한다. 소송지연을 막기 위해서다.

형사소송법 제318조(당사자의 동의와 증거능력) ② 피고인의 출정없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 전항의 동의[→ 증거동의]가 있는 것으로 간주한다. ...

2007도5776: [형사소송법] 제318조 제2항의 입법 취지가 [무엇인가?] 재판의 필요성 및 신속성 즉, 피고인의 불출석[에 따른] 소송행위의 지연 방지 내지 피고인 불출석의 경우 전문증거의 증거능력을 결정하지 못함에 따른 소송지연 방지에 있다.]

3. 예외의 예외: 불출석 재판 사건이라도, 변호인이 출석했다면, 증거동의로 간주하지 않는다. 변호인이 증거동의 여부를 밝히면 되기 때문이다.

형사소송법 제318조(당사자의 동의와 증거능력) ② ... 단, ... 변호인이 출정한 때에는 예외로 한다.

무단 퇴정 경우

1. 출석한 피고인이 무단 퇴정하면? 피고인이 불출석 해도 재판할 수 있는 사건(불출석 재판 사건)이다. 나아가 피고인 퇴정에 따라 피고인은 불출석 한 것으로 처리해, 증거동의를 간주한다.
2. 필수적 변호 사건인데, 출석한 변호인이 최후진술만 남긴 상태에서 소송지연 목적으로 무단 퇴정하면? 변호인이 불출석 해도 재판할 수 있는 사건이다.

결국, 피고인과 변호인이 불출석 해도 재판할 수 있고, 증거동의도 간주한다.

91도865: 필[수]적 변론사건이라 하여도 피고인...이 재판거부의 의사를 표시하고 재판장의 허가 없이 퇴정하고 변호인마저 이에 동조하여 퇴정[했다.] ... 수소법원으로서 형사소송법 제330조에 [따라] 피고인이나 변호인의 재정 없이도 심리판결 할 수 있다.]

또 공판심리는 사실심리와 증거조사[를] 행[하기] 마련[이다. 그런]데 이와 같이 피고인과 변호인들이 출석하지 않은 상태에서 증거조사를 할 수밖에 없는 경우에는 형사소송법 제318조 제2항의 규정상 피고인의 진의와는 관계없이 형사소송법 제318조 제1항의 동의가 있는 것으로 간주[한다.]

연습문제1

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 28.] 증거동의에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 피고인의 출정없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 「형사소송법」 제318조 제1항의 증거동의가 있는 것으로 간주되지만, 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 그러하지 아니하다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 29.] 증거동의에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차의 제1심에서 2회 연속 불출석하여 증거동의가 간주된 후 증거조사를 완료한 경우, 피고인이 항소심에 출석하여 공소사실을 부인하면서 간주된 증거동의를 철회 또는 취소한다는 의사표시를 하면 증거능력이 상실된다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 20.] 공판절차에서 피고인의 불출석에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ 피고인이 공판심리 중 재판거부 의사를 표시하면서 재판장 허가 없이 퇴庭하고 변호인도 이에 동조하여 퇴庭한 경우에는, 필[수]적 변호사건에 해당하는 때에도 피고인과 변호인의 불출석 상태에서 재판진행을 할 수 있다.
- ⑤ 위 ④의 상황에서 법원이 증거조사를 할 수밖에 없는 경우에는, 검사가 제출한 전문 증거에 대하여 피고인의 진의와는 관계없이 「형사소송법」 제318조 제1항의 동의가 있는 것으로 간주한다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 21.] 국선변호인과 필[수]적 변호사건에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 필[수]적 변호사건의 제1심공판절차에서 변호인 없이 증거조사, 피고인신문 등 심리가 이루어졌다면 그 공판절차에서 이루어진 소송행위는 모두 무효이므로, 항소심으로는 위법한 제1심판결을 파기하고 원심법원에 사건을 환송하여야 한다.

법원의 조서

Protocol of Trial

관계는 신뢰로부터 나온다. - 탁현민

머리에

원칙: 조서의 증거능력 없음

법정진술 내용은 공판조서에도 기재된다.

서울남부지방법원
공 판 조 서

제1회

사 건 2026고단7575 상해

판 사 명 판 석 기 일: 2026. 7. 19. 10:30

장 소: 514호 법정

공개 여부: 공 개

법 원 주 사 보 취 참 여 고 지 된

다 음 기 일: 2026. 8. 2. 15:00

피고인 김가해 출석

검 사 이공검 출석

변호인 변호사 국선양(국선) 출석

피 고 인

오른쪽 주먹으로 피해자의 허리를 2회 때린 사실은 있으나 정당방위이므로

1. 그러나 원래 법원은 법정(court)에서 직접 체험자의 진술을 듣고 그 “진술 자체”를 증거로 써야 한다.

- 어떠한 조서든, 원칙적으로, “조서 기재”를 가지고 피고인의 진술을 대체하는 것은 허용되지 않는다.

형사소송법 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) ... 공판기일에 의 진술에 대하여 진술을 기재한 서류...[는] 이를 증거로 할 수 없다.

공판조서의 진실성과 증거사용 필요성

- 그런데, 공판조서는 진실성(veracity)을 가진다. 왜? 누구보다도 법관이 직접 진술을 듣고 조서를 확인했기 때문이다.
- 원래 법원은 직접 들은 “진술” 자체를 증거로 쓰면 충분하고, 굳이 그 진술이 기재된 공판“조서”를 증거로 쓸 필요가 없다. 하지만 경우에 따라 “진술” 자체를 증거로 쓸 수 없는 상황이 생긴다. 즉, 공판조서 사용이 필요(necessity)한 때가 생긴다.

해결책

그래서 공판조서는 비록 전문증거라도 증거능력을 인정한다.

형사소송법 제311조(법원 또는 법관의 조서) ... 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검[증] 결과를 기재한 조서는 증거로 할 수 있다. 제184조[→ 증거보전 청구] 및 제221조의2[→ 기소 전 증인신문 청구]의 규정에 [따라] 작성한 조서도 또한 같다.

법원 조서의 유형

분류

- 공판준비절차 조서

형사소송법 제311조(법원 또는 법관의 조서) 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서...

- 공판조서

형사소송법 제311조(법원 또는 법관의 조서) ... 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서...

- 법원 검증조서

형사소송법 제311조(법원 또는 법관의 조서) ... 법원 또는 법관의 검[증] 결과를 기재한 조서...

- 증거보전절차(증거보전 + 기소 전 증인신문 청구) 조서

형사소송법 제311조(법원 또는 법관의 조서) ... 제184조[→ 증거보전 청구] 및 제221조의2[→ 기소 전 증인신문 청구]의 규정에 [따라] 작성한 조서도 또한 같다.

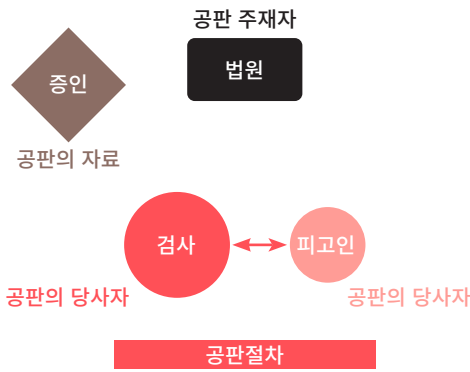
관련자

원진술자

- 1. 공판조서 또는 공판준비절차 조서: 진술(state)한 사람, 즉, 원진술자는 피고인일 수도 있고, 피고인이 아닐 수도 있다. 결국 “모든 사람”이다.

AUA^c=U

- 2. 검증조서: 검증조서는 구조적으로 진술녹취서가 아니라 진술서 형태다. 즉, 별도로 원진술자 개념이 없고, 작성자 개념만 있다.
- 3. 증거보전절차 조서: 증인신문을 했다면, 원진술자는 증인(참고인)이다.



작성자

작성(making)한 사람(작성자): 법원 또는 법관. 편의상 법원 또는 법관이 작성한다고 말하지만, 엄밀히는 법원사무관 등이 작성한다.

목수가 거북선을 만들어도, 이순신이 거북선을 만들었다고 할 수 있다.

-
- 형사소송법 제48조(조서의 작성 방법) ① 피고인, 피의자, 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인을 신문(訊問)하는 때에는 신문에 참여한 법원사무관등이 조서를 작성하여야 한다.
-
- 형사소송법 제51조(공판조서의 기재요건) ① 공판기일의 소송절차에 관하여는 참여한 법원사무관등이 공판조서를 작성하여야 한다.
-
- 형사소송법 제25조(법원사무관등에 대한 제척, 기피, 회피) ① ... 법원서기관, 법원사무관, 법원주사 또는 법원주사보(이하 “법원사무관등”이라 한다)...
-

소결

형사소송법 제311조(법원 또는 법관의 조서) 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검[증] 결과를 기재한 조서는 증거로 할 수 있다. 제184조[→ 증거보전 청구] 및 제221조의2[→ 기소 전 증인신문 청구]의 규정에 [따라] 작성한 조서도 또한 같다.

	원진술자	작성자
공판조서	모든 사람	법원사무관등
법원, 법관의 검증조서	(해당 없음)	법원사무관등
증거보전절차에서의 조서	피고인 아닌 자 (= 참고인 = 증인)	법원사무관등

공판조서

공판조서의 작성

1. 공판절차에 나온 진술은 공판조서(protocol of trial)에 기재한다.

형사소송법 제51조(공판조서의 기재요건) ① 공판기일의 소송절차에 관하여는 참여한 법원사무관등이 공판조서를 작성하여야 한다.

② 공판조서에는 다음 사항 기타 모든 소송절차를 기재하여야 한다.

8. 제48조 제2항에 기재한 사항

형사소송법 제48조(조서의 작성 방법) ② 조서에는 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다.

1. 피고인, 피의자, 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인의 진술

서울남부지방법원

공 판 조 서

제2회

관 사

형사소송법 제56조의2 제1항에 따라 증인 정피해에 대한 신문을 녹음할
것을 명하고 이를 소송관계인에게 고지

별지 조서와 같이 증인 정피해 신문

2. 공판기일에 증인신문, 피고인신문을 하면, 증인신문조서, 피고인신문조서를 작성한다. 이러한 조서도 공판조서(protocol of trial) 일부로 본다.

형사소송법 제48조(조서의 작성 방법) ① 피고인, 피의자, 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인을 신문(訊問)하는 때에는 신문에 참여한 법원사무관등이 조서를 작성하여야 한다.

② 조서에는 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다.

1. 피고인, 피의자, 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인의 진술

공판정에서의 속기, 녹음, 영상녹화에 관한 예규 제2조의2(녹음이 필요하다고 인정하는 경우) ① 공판절차 중 증인신문절차 또는 피고인신문절차는 ... 전부를 녹음한다.

...

형사소송규칙 제29조(조서에의 인용) ① 조서에는 서면, 사진, 속기록, 녹음물, 영상녹화물, 녹취서 등...을 인용하고 소송기록에 첨부하거나 전자적 형태로 보관하여 조[서] 일부로 할 수 있다.

서울남부지방법원
증 인 신 문 조 서 (제2회 공판조서 일부)

사 건 2026고단7575 상해
증 인 정피해
생 년 월 일 1980. 3. 4.
주 소 서울 강서구 양천로 909

판 사

증인에게 형사소송법 제148조 또는 제149조에 해당하는가의 여부를 물어 이에 해당하지 않음을 인정하고, 위증의 벌을 경고한 후 별지 선서서와 같이 선서를 하게 하였다.

증인에 대한 신문내용은 법정녹음시스템의 녹음파일(고유번호 000260-20260860000112-180226540733)과 같다.

2026. 8. 2.

법원주사보 최 참 여 (인)

판 사 명 판 석 (인)

공판정에서의 속기, 녹음, 영상녹화에 관한 예규 제4조의2(녹취서의 작성 등) ① 제2조의2 제1항 본문에 따라 녹음하는 경우 재판장은 피고인이 공소사실을 **부인하는 사건**...에 대하여는 속기사에게 **녹음물에 대한 녹취서**의 작성을 명하여야 한다. ...

형사소송규칙 제38조(녹취서의 작성등) ② 재판장은 법원사무관 등으로 하여금 [위와 같이] 작성된 녹취[서] 전부 또는 일부를 조서에 인용하고 소송기록에 첨부하여 조[서] 일부로 하게 할 수 있다.

확인인

녹 취 서 (요지)

사 건 번 호	2026고단7575
기 일	2026. 8. 2. 15:00
비 고	

형사소송규칙 제38조 제1항의 규정에 따라 작성한 녹취서를 붙임과 같이 제출합니다.

1. 붙임: 증인 정피해에 대한 증인신문 녹취서(총 면수: 2면) 1부

2026. 8. 5.

속기자 방 타 자 (인)

※ 이 녹취서는 진술의 주요한 부분만을 정리하여 기재하는 방식으로 작성되었습니다.
※ 당사자나 증인 등은 이 녹취서에 적힌 사항에 대해 이의를 제기할 수 있습니다. 이의가 제기되면 법원사무관등이 그 이의의 취지를 이 녹취서 또는 별도의 서면에 기재하거나 이 녹취서 중 해당 부분을 정정하여야 합니다.

검 사

증인에게

문 증인은 피고인을 상해 범행으로 신고한 사실이 있나요?

답 예, 있습니다.

공판조서의 증거능력

1. 공판조서는 증거능력이 있다.
2. 정확히는, 공판조서 중 사람의 진술 부분은 그 사건에서 증거능력이 있다.

형사소송법 제311조(법원 또는 법관의 조서) ... 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서...는 증거로 할 수 있다. ...

공판준비절차 조서

공판준비절차 조서의 작성

1. 공판준비절차(pretrial procedure)에서도 증인신문, 피고인신문을 할 수 있다. 신문을 하면, 증인신문조서, 피고인신문조서 등을 작성한다.

형사소송법 제273조(공판기일 전의 증거조사) ① 법원은 검사, 피고인 또는 변호인의 신청[으로] 공판준비에 필요하다고 인정할 때에는 공판기일 전에[→ 공판준비절차에서] 피고인 또는 증인을 신문할 수 있고 검증, 감정 또는 번역을 명할 수 있다.

형사소송법 제48조(조서의 작성 방법) ① 피고인, 피의자, 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인을 신문(訊問)하는 때에는 신문에 참여한 법원사무관등이 조서를 작성하여야 한다.

② 조서에는 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다.

1. 피고인, 피의자, 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인의 진술

-
2. “공판기일”에 하는 것이 아니므로, 이것들은 “공판조서”가 아니다.

공판준비절차 조서의 증거능력

1. 공판준비절차 조서는 증거능력이 있다.
2. 정확히는, 공판준비절차 조서 중 사람의 진술 부분은 그 사건에서 증거능력이 있다.

형사소송법 제311조(법원 또는 법관의 조서) 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서...는 증거로 할 수 있다. ...

법원 검증조서

법원 검증조서의 작성

법원, 법관이 검증을 하면 검증조서(protocol of inspection)를 작성한다.

형사소송법 제49조(검증 등의 조서) ① 검증, 압수 또는 수색에 관하여는 조서를 작성하여야 한다.

- ② 검증조서에는 검증목적물의 현상을 명확하게 하기 위하여 도화나 사진을 첨부할 수 있다.
-

복습: 검증(inspection)은 강제처분이다. 만약 수사단계에서 수사기관이 검증한다면, 강제수사다. 압수, 수색, 검증은 3형제다.

법원 검증조서의 증거능력

법원, 법관의 검증조서 역시 증거능력이 있다.

형사소송법 제311조(법원 또는 법관의 조서) ... 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검[증] 결과를 기재한 조서는 증거로 할 수 있다. ...

증거보전절차 조서

증거보전절차 조서의 작성

증거보전 청구와 기소 전 증인신문 청구 절차에서도 증인신문조서를 작성한다.

기소 전이라면, 절차 주재자는 수임판사(case-accepting judge)다. “법원(court)”이 아니다.

증거보전절차 조서의 증거능력

그러한 증거보전절차 조서도 증거능력이 있다.

형사소송법 제311조(법원 또는 법관의 조서) ... 제184조[→ 증거보전의 청구] 및 제221조의2[→ 기소 전 증인신문의 청구]의 규정에 [따라] 작성한 조서도 또한 같다[→ 증거로 할 수 있다].

공판조서도 아니고, 공판준비절차에서의 조서도 아니고, 검증조서도 아니다. 단지 형사소송법 제311조 제2문에 명시 규정을 두어 증거능력을 인정할 뿐이다.

연습문제

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

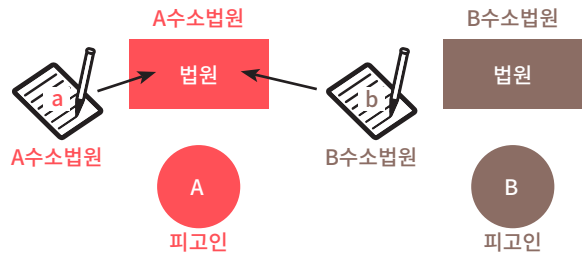
[문 29.] 「형사소송법」 제184조에 [따른] 증거보전(A)과 제221조의2에 [따른] 증인신문의 청구(B)에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ A와 B의 절차에 [따른] 증인신문조서는 「형사소송법」 제311조에 [따라] 증거능력이 인정된다.
-

적용 범위

해당 사건의 조서

법원 조서는 그 사건(해당 사건) 조서야 한다. A의 살인 사건의 공판조서가 a이고, B의 살인 사건의 공판조서가 b라 하자. 이때 “A사건에서” 유죄증거로 a, b가 있다면? 즉, “A수소법원이” 판결을 내리려 자료를 보니, 증거로 a, b가 있다.



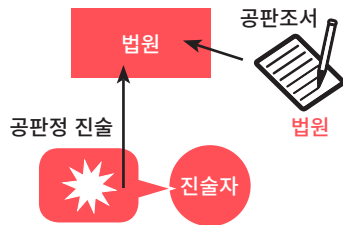
- 1. a는 해당 사건의 공판조서다. 형사소송법 제311조에 따라 증거능력이 있다.
- 2. b는 다른 사건의 공판조서다. 형사소송법 제311조를 적용할 수가 없다.

주의: 그렇더라도, 다른 이유로 증거능력을 인정받을 수는 있다. 그 “다른 이유”는 차차 배우자.

65도372: 다른 형사피고사건의 기록인 공판조서[b] 중 다른 피고인[B]의 공술기재는 [제311조가 아니라 제315조] 제3호의 규정에 [따라] 당연히 증거능력이 있는 서류이다.

적용국면

공판기일에 진술이 있다면, 그 “진술(statement)” 자체가 바로 증거가 된다. 그래서 원래는 굳이 조서(protocol)를 증거로 할 필요가 없다. 그러나 때로는 법관이 그 “진술”은 듣지 못한 채, 단지 “공판조서”만 보고 판결서를 작성해야 하는 경우가 생긴다. 예를 들어,



- 1. 공판절차 갱신(renewal)이 있는 경우: 갱신이란? 이미 진행된 공판절차를 일단 무시하고 다시 그 절차를 진행하는 것이다. 여러 이유가 있지만, 판사 경질(replacement)이 대표적이다.

형사소송법 제301조(공판절차의 갱신) 공판개정 후 판사의 경질이 있는 때에는 공판절차를 갱신하여야 한다. 단, 판결의 선고만을 하는 경우에는 예외로 한다.

경질은 어떤 경우인가? 판사가 “잘려서”가 아니라 주로 정기 인사이동 때문이다.

- 2. 파기환송(reversing and remand) 된 경우: H법원 판결이 S법원(상소심 법원)에서 파기되어, H법원(원심법원)이 환송을 받았다고 하다. 이처럼 환송 후 원심법원은, 원래 작성했던 공판조서를 보고 판결서를 쓰게 된다.

형사소송법 제397조(환송 또는 이송) [상고심법원이] ... 원심판결을 파기한 때에는 판결로써 사건을 원심법원에 환송하거나 그와 동등한 다른 법원에 이송하여야 한다.

형사재판실무 시험문제에서 판사 경질(인사이동)이 나오면, 이 점을 묻는 것이다.

연습문제

2020년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 38.] 甲과 乙은 공모하여 A의 자전거를 편취한 사기죄의 공범으로, 丙은 甲, 乙이 편취한 정을 알고도 위 자전거를 매수한 장물취득죄로 함께 기소된 공동피고인이다. 甲은 공소사실을 부인하[는] 반면, 乙과 丙은 공소사실을 자백하고 있다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 만약 乙만 사기죄로 먼저 공소제기 되어 재판을 받았고, 이후에 甲, 丙이 따로 공소제기 되었다면, 乙에 대한 피고사건에서 작성된 공판조서는 「형사소송법」 제311조(법원 또는 법관의 조서)에 해당하므로 甲에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

전제조건

복습: 피고인의 공판조서열람권

형사소송법 제55조(피고인의 공판조서열람권등) ① 피고인은 공판조서의 열람 또는 등사[복사]를 청구할 수 있다.

- ② 피고인이 공판조서를 읽지 못하는 때에는 공판조서의 낭독을 청구할 수 있다.

2003도3282: 형사소송법 제55조 제1항이 피고인에게 공판조서의 열람 또는 등사청구권을 부여한 이유는 [무엇인가?] 공판조서의 열람 또는 등사를 통하여 피고인으로 하여금 진술자의 진술내용과 그 기재된 조서의 기재 내용의 일치 여부를 확인할 수 있도록 기회를 [준다. 이]로써 그 조서의 정확성을 담보함과 아울러 피고인의 방어권을 충실히 보장하려는 데 있다.]

복습: 열람권 침해 효과

만약 피고인이 공판조서를 열람하지 못하도록 했다면?

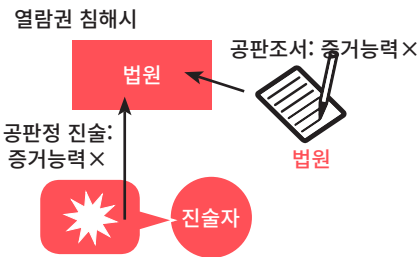
1. 공판조서는 증거능력이 없다. 주문상 명백하다.

형사소송법 제55조(피고인의 공판조서열람권등) ③ 전 2항의 청구[→ 공판조서열람, 복사, 낭독 청구]에 응하지 아니한 때에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없다.

2003도3282: 피고인의 공판조서에 대한 열람 또는 등사청구에 법원이 불응하여 피고인의 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없다.]

2. 나아가 진술 자체의 증거능력까지 없다. 주문에는 명시되어 있지 않다. 그러나 해석(interpretation)을 통해 이것까지 증거능력을 부정한다.

2003도3282: [그]뿐만 아니라, 공판조서에 기재된 [해당] 피고인이나 증인의 진술도 증거로 할 수 없다.



수사기관의 피의자신문조서

Protocol of Investigative Suspect Interrogation

그래, 내가 죽었다... 내가 다 죽었다... 이 말이 듣고 싶은 거지? 그치?
- 봉준호, “살인의 추억”

머리에

원칙: 조서의 증거능력 없음

- 1. 원래 법원은 법정(court)에서 직접 체험자의 진술을 듣고 그 진술 자체를 증거로 써야 한다.
- 2. 수사기관(경찰관)이 작성한 조서를 가지고 피고인의 진술을 대체하는 것은 허용되지 않는다.

형사소송법 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) ... 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류...[는] 이를 증거로 할 수 없다.

피 의 자 신 문 조 서

피 의 자 : 김 가 해

위의 사람에 대한 상해 피의사건에 관하여 2026. 6. 20. 서울양천경찰서 형사과 형사5팀 사무실에서 사법경찰관 경위 박주임은 사법경찰리 경사 김수로를 참여하게 하고, 아래와 같이 피의자임이 틀림없음을 확인하다.

문: 피의자의 성명, 주민등록번호, 직업, 주거, 등록기준지 등을 말하십시오.

답: 성명은 김가해(金加害)

주민등록번호는 800123-1234567

직업은 회사원

주거는 서울특별시 관악구 남부순환로199길 123

등록기준지는 서울특별시 노원구 중계동 149

직장주소는 서울특별시 영등포구 선유서로 202

연락처는 자택전화 02-123-4567 휴대전화 010-1234-5678

직장전화 02-909-9090 전자우편 offender_kim1980_fake@gmail.com

입니다.

문: 이상의 진술 내용에 대한 이의나 의견이 있나요?

답: 아니요 없습니다.

문: 조서에 진술한 대로 기재되지 아니하였거나 사실과 다른 부분이 있나요?

답: 아니요 없습니다.

위의 조서를 진술자에게 열람하게 하였던바 진술한 대로 옳거나 증감, 변경할 것이 없다고 말하므로 간인한 후 서명, 무인하게 하다.

진술자 김 가 해 (인)

2026. 6. 20.

사법경찰관 경위 박 주 인 (인)

사법경찰리 경사 김 수 로 (인)

피의자신문조서의 진실성과 증거사용 필요성

- 1. 만약 수사기관에서 자유롭게 진술한 것까지 전혀 증거로 사용할 수 없게 한다면? 진범을 무죄방면 하게 되는 문제가 생긴다. 즉, 증거사용 필요성 (necessity)이 있다.
- 2. 수사기관은 사건 발생 초기에 수사한다. 수사기관과 법원 중 사건에 시간으로 가장 가까운 존재는 수사기관이다. 특히, 시간이 지날수록, 범인의 기억은 희미해지고 범행한 적 없다고 거짓말하라는 피임에 오염될 수도 있다. 수사기관 조서에 문제가 있더라도, 최소한의 진실성(veracity)은 있다.

해결책

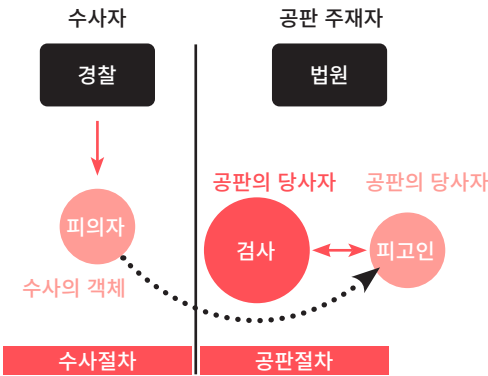
그래서 피의자신문조서는 비록 전문증거라도 일정 요건 아래 증거능력을 인정한다.

형사소송법 제312조(... 사법경찰관의 조서 등) ③ 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 ... 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

관련자

진술자

진술(state)한 사람, 즉 원진술자는 피고인(defendant)이다. 정확히는, 피고인이 된 피의자(the suspect who became the defendant)다.



- 1. 수사단계에서는 피의자(A)로서 경찰의 신문을 받고,
- 2. 그 후 공판단계에서는 피고인(A)으로서 검사의 대립당사자가 된다.

“피의자가 진술한 조서”를 “피고인이 진술한 조서”라 불러도 된다. 초등학교 때 쓴 글을 생각해 보라. “초등학생의 글”이지만, “당신의 글”이라 불러도 된다. 초등학생이 당신인 것처럼, 피의자가 피고인이다.

작성자

작성(making)한 사람, 즉 작성자는 경찰관이다.

- 1. 경찰관(경위 등)은 피의자신문을 할 때 경찰리(경사 등)의 도움을 받는다.
- 2. 그렇더라도, 경찰관(경위 등)이 신문하고 작성해야 한다.

형사소송법 제241조(피의자신문) 사법경찰관이 피의자를 신문함에는 먼저 그 성명, 연령, 등록기준지, 주거와 직업을 물어 피의자임[이] 틀림없음을 확인하여야 한다.

형사소송법 제197조(사법경찰관리) ① **경위** 계급 **이상**의 경찰공무원은 사법경찰관으로서 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 **수사한다**.

② **검사**, **경장**, **순경**은 사법경찰관으로서 수사의 **보조**를 하여야 한다.

소결

형사소송법 제312조(... 사법경찰관의 조서 등) ③ 사법경찰관이 작성한 **피의자신문조서**는 ...

	원진술자	작성자
공판조서	모든 사람	법원사무관등
법원, 법관의 검증조서	(해당 없음)	법원사무관등
증거보전절차에서의 조서	피고인 아닌 자 (= 참고인 = 증인)	법원사무관등
수사기관의 피의자신문조서	피고인이 된 피의자	경찰관

요건

개요

- 1. 적법한 절차방식(due process)에 따라 작성되었을 것
- 2. 진정성립(authenticity)이 인정될 것
- 3. 피고인이 내용인정(admission)을 할 것



적법한 절차방식

형사소송법 제312조(... 사법경찰관의 조서 등) ③ 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 **적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서** ... 한하여 증거로 할 수 있다.

수사기관이 피의자신문조서를 작성할 때, 반드시 지켜야 하는 것들이 있다. 지키지 않았다면? 적법한 절차방식 요건을 충족하지 못한 조서로, 증거능력이 없다. 몇 가지만 보자.

- 1. 진술기회 부여

형사소송법 제242조(피의자신문사항) 사법경찰관은 피의자에 대하여 범죄사실과 정상에 관한 필요사항을 신문하여야 하며 그 **이익되는 사실을 진술할 기회를 주어야** 한다.

- 2. 수사관 등/경사 등 참여

형사소송법 제243조(피의자신문과 참여자) 사법경찰관이 피의자를 신문할 때에는 사법경찰관리를 참여하게 하여야 한다.

3. (신청이 있을 경우) 변호인 참여

형사소송법 제243조의2(변호인의 참여 등) ① 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.

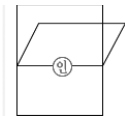
4. 피의자의 조서 확인

형사소송법 제244조(피의자신문조서의 작성) ① 피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다.

② 제1항의 조서는 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려주어야 하며, 진술한 대로 기재되지 아니하였거나 사실과 다른 부분의 유무를 물어 피의자가 증감 또는 변경의 청구 등 이의를 제기하거나 의견을 진술한 때에는 이를 조서에 추가로 기재하여야 한다. 이 경우 피의자가 이의를 제기하였던 부분은 읽을 수 있도록 남겨두어야 한다.

③ 피의자가 조서에 대하여 이의나 의견이 없음을 진술한 때에는 피의자로 하여금 그 취지를 자필로 기재하게 하고 조서에 간인한 후 기명날인 또는 서명하게 한다.

간인이란? 쪽과 쪽 사이에 찍는 도장(지장)이다. 앞쪽을 반 접은 채 바로 뒤쪽과 함께 찍는다. 중간에 서류가 들어가거나 빠지는 것을 막는 방법이다.



99도237: 조서 말미에 피고인의 서명만이 있고, 그 날인(무인 포함)이나 간인이 없는 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 증거능력이 없다. 그 날인이나 간인이 없는 것이 피고인이 그 날인이나 간인을 거부하였기 때문이어서 그러한 취지가 조서 말미에 기재되었다거나, 피고인이 법정에서 그 피의자신문조서의 임의성을 인정하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

5. 서명날인

2001도4091: 형사소송법 제57조 제1항은 공무원이 작성하는 서류에는 법률에 다른 규정이 없는 때에는 작성연월일과 소속공무소를 기재하고 서명날인하여야 한다고 규정하[는]바, 그 서명날인은 공무원이 작성하는 서류에 관하여 그 기재 내용의 정확성과 완전성을 담보하는 것이다.]

검사 작성의 피의자신문조서에 작성자인 검사의 서명날인이 되어 있지 아니한 경우 그 피의자신문조서는 공무원이 작성하는 서류로서의 요건을 갖추지 못한 것으로서 위 법규정에 위반되어 무효이고 따라서 이에 대하여 증거능력을 인정할 수 없다. 그 피의자신문조서에 진술자인 피고인의 서명날인이 되어 있거나, 피고인이 법정에서 그 피의자신문조서에 대하여 진정성립[→ 현행법상으로는 진정내용]과 임의성을 인정하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

6. 조사과정 기록

- 형사소송법 제244조의4(수사과정의 기록)** ① 사법경찰관은 피의자가 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 조사과정의 진행결과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 피의자신문조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다.
- 형사소송법 제312조(... 사법경찰관의 조서 등)** ④ 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서...
- ⑤ ... 제4항은 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 관하여 준용한다.

7. 영상녹화 또는 녹음 시 절차

- 형사소송법 제244조의2(피의자진술의 영상녹화)** ① 피의자의 진술은 영상녹화 할 수 있다. 이 경우 **미리 영상녹화사실을 알려주어야** 하며, 조사의 개시부터 종료까지의 **전 과정** 및 객관적 정황을 영상녹화 하여야 한다.
- ② 제1항에 따른 영상녹화가 완료된 때에는 피의자 또는 변호인 앞에서 지체 없이 그 원본을 **봉인**하고 피의자로 하여금 **기명날인** 또는 서명하게 하여야 한다.
- ③ 제2항의 경우에 피의자 또는 변호인의 **요구가 있는 때에는 영상녹화물을 재생하여 시청하게 하여야** 한다. 이 경우 그 내용에 대하여 이의를 진술하는 때에는 그 취지를 기재한 서면을 첨부하여야 한다.
- 형사소송법 제244조의6(피의자신문 등의 녹음)** ① 사법경찰관은 제244조의2에 따라 영상녹화를 하는 경우를 제외하고, 피의자신문의 **전 과정**을 녹음할 수 있다. 이 경우 **미리 녹음사실을 알려주어야** 한다.
- ② 사법경찰관이 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적으로 이루어지는 조사, 면담 등 명칭과 관계없이 피의자의 진술을 듣는 경우 피의자 또는 변호인의 요청이 있으면 피의자의 진술을 녹음하여야 한다.
- ③ 제244조의2제2항 및 제3항은 피의자신문 등의 녹음에 준용한다. 이 경우 “영상녹화”는 “녹음”으로, “영상녹화물”을 “녹음물”로, “시청”은 “청취”로 본다.

8. 진술거부권 등 고지

사법경찰관은 피의사건의 요지를 설명하고 사법경찰관의 신문에 「형사소송법」 제244조의3에 따라 진술을 거부할 수 있는 권리 및 변호인의 참여 등 조력을 받을 권리가 있음을 피의자에게 알려주고 이를 행사할 것인지 그 의사를 확인한다.

진술거부권 및 변호인 조력권 고지 등 확인

1. 귀하는 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 아니할 수 있습니다.
1. 귀하가 진술을 하지 아니하더라도 불이익을 받지 아니합니다.
1. 귀하가 진술을 거부할 권리를 포기하고 한 진술은 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있습니다.
1. 귀하가 신문을 받을 때에는 변호인을 참여하게 하는 등 변호인의 조력을 받을 수 있습니다.

문: 피의자는 위와 같은 권리들이 있음을 고지받았는데요

답: 예, 고지받았습니다.

문: 피의자는 진술거부권을 행사할 것인가요

답: 아니요, 진술하겠습니다.

문: 피의자는 변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 것인가요

답: 아니요, 혼자서 조사받겠습니다.

이에 사법경찰관은 피의사실에 관하여 다음과 같이 피의자를 신문하다.

형사소송법 제244조의3(진술거부권 등의 고지) ① 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 다음 각호의 사항을 알려주어야 한다.

1. 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문[에] 진술을 하지 아니할 수 있다는 것
2. 진술을 하지 아니하더라도 불이익을 받지 아니한다는 것
3. 진술을 거부할 권리를 포기하고 [한] 진술은 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있다는 것
4. 신문을 받을 때에는 변호인을 참여하게 하는 등 변호인의 조력을 받을 수 있다는 것

② 사법경찰관은 제1항에 따라 알려 준 때에는 피의자가 진술을 거부할 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 것인지의 여부를 질문하고, **이에 대한 피의자의 답변을 조서에 기재**하여야 한다. 이 경우 피의자의 답변은 피의자로 하여금 자필로 기재하게 하거나 사법경찰관이 피의자의 답변을 기재한 부분에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.

2012도725: 피의자에 대한 진술거부권의 고지는 피의자의 진술거부권을 실효적으로 보장하여 진술이 강요되는 것을 막기 위하여 인정되는 것[이다.]

내용인정

조서의 기재 내용이 객관적 진실과 일치해야 한다(기재 내용 = 진실).

피고인이 실제로는 “오랑우탄”을 보았는데, 신문조서에는 “침팬지”를 보았다고 적혀 있다면? 신문조서는 증거능력이 없다.



피의자신문조서를 진정내용(truth of the contents)으로 인정하는 방법은? 오직 1가지만 있다.

- 1. 피고인의 내용인정 진술(statement admitting the truth of the contents): 쉽게 말해, 원진술자(피고인) 스스로 내용인정을 하는 것.

말한 사람이 “적힌 것은 진실입니다.”라고 인정하는 것이 가장 확실하다.

형사소송법 제312조(... 사법경찰관의 조서 등) ③ 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 ... 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

2023도2102: 여기서 ‘그 내용을 인정할 때’[란] 피의자신문조서의 기재 내용이 진술 내용대로 기재되어 있다[→ 진정성립(성립인정)]는 의미가 아니[다.] 그와 같이 진술한 내용이 실제 사실과 부합한다[→ 진정내용(내용인정)]는 것을 의미한다.]

공소사실이 최초로 심리된 제1심 제4회 공판기일부터 피고인이 공소사실을 일관되게 부인하여 경찰 작성 피의자신문조서의 진술 내용을 인정하지 않는 [사안이다.] ... 그렇다면 위 ... 경찰 피의자신문조서는 증거능력이 없는 증거다.]

- 2. 객관적 방법을 통한 내용인정 금지: 피고인이 내용인정을 하지 않는 상황에서, 객관적 방법으로 진정내용을 인정해서는 안 된다. 만약 이렇게 보지 않으면, 강압수사, 자백강요 관행을 막을 수 없다. 그래서 오로지 피고인 스스로 법정에서 진술하는 내용인정만 유효하게 했다.

진정성립

명문 규정은 없지만, 진정성립도 당연히 필요하다.

일반적으로, 내용인정(“적힌 내용은 진실이다”)은 성립인정(“말한 대로 적혀 있다”)을 포함한다.

연습문제

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 25.] 변호인의 피의자 조력에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

르. 피의자가 변호인의 참여를 원한다는 의사를 명백하게 표시하였[는데도] 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서는 증거로 할 수 없다.

사례

전제

적법한 절차방식 요건은 특별한 문제없이 인정된다고 하자.

수사기관 자백, 법정 자백

피의자신문조서 내용도 자백이고, 피고인이 법정에서도 자백하는 사안을 보자.

- 1. 제1회 공판기일 법정에서, 피고인이 피의자신문조서의 내용 진정을 인정한다. 성립 진정이 아니라, 내용 진정이 중요하다.



실무상 “내용 인정”이라 한다.

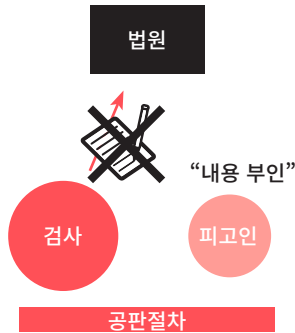
- 2. 그러면 법원은 피의자신문조서의 증거능력을 인정할 수 있다.
- 3. 물론 법원은 피고인 자백 자체를 들었기 때문에, 굳이 피의자신문조서가 아니라 피고인의 자백(진술) 자체를 증거로 사용해도 된다.

만약 똑같은 진술내용이라면, 유죄판결을 하는 법원은 조서가 아니라 법정 진술만을 증거로 기재한다.

수사기관 자백, 법정 부인

피의자신문조서 내용은 자백이나, 피고인이 법정에서는 범행을 부인하는 사안을 보자.

- 1. 제1회 공판기일 법정에서, 피고인이 피의자신문조서의 내용 진정을 부정한다. 즉, 피고인이 조서에 쓰여 있는 내용이 사실이 아니라고 한다.
- 2. 그러면 법원은 피의자신문조서의 증거능력을 절대로 인정할 수가 없다.



수사기관 부인, 법정 자백

피의자신문조서 내용은 범행 부인이나, 피고인이 법정에서는 자백하는 사안을 보자.

- 1. 피의자신문조서는 유죄 증거로 사용할 이유가 없다.
- 2. 피고인의 법정 자백(진술) 자체를 증거로 사용하면 충분하다.

수사기관 부인, 법정 부인

피의자신문조서 내용도 범행 부인이고, 피고인이 법정에서도 범행을 부인하는 사안을 보자.

- 1. 피의자신문조서는 유죄 증거로 사용할 이유가 없다. 내용을 부인하는 이상 사용할 수도 없다.
- 2. 피고인의 법정 자백(진술) 자체도 유죄 증거로 사용할 이유가 없다.
- 3. 유죄 판결이 나오려면 다른 증거가 있어야 한다.

정리

Summary

새로운 것을 만들기는 쉽다. 그러나 제대로 만드는 것은 어렵다. - Craig Federighi

전문증거의 증거능력

개요

- 1. 원칙: 증거능력 없음
- 2. 예외: 일정 요건 갖추면 증거능력 있음

정리표

기본

	원진 출자	작성자 등	증거능력?	조문	IF 진술불능
공판조서	누구 든지	법원 측	증거능력 ○	311 (1문전단)	해 당 없 음
법원 검증조서		법원 측	증거능력 ○	311 (1문후단)	
증거보전절차 조서	제3자	법원 측	증거능력 ○	311 (2문)	
피의자신문조서	피고인	경찰관	내용인정 (by 피고인)	312①/③	
참고인진술조서	제3자	경찰관	성립인정 (by 제3자/객관적방법)	312④	증거능력 ○
검증조서		경찰관	성립인정 (by 검/경)	312⑥	
피고인의 진술서		피고인	성립인정 (by 피고인/객관적방법)	313①본/ 313②본	해 당 없 음
피고인에 대한 진술녹취서	피고인	제3자	성립인정 (by 피고인/제3자)	313①본/ 단	
제3자의 진술서		제3자	성립인정 (by 제3자/객관적방법)	313①본/ 313②	증거능력 ○
제3자에 대한 진술녹취서	제3자S	제3자P	성립인정 (by 제3자S)	313①본	
피고인에 대한 전문진술	피고인	제3자	증거능력 ○	316①	해당 없음
제3자에 대한 전문진술	제3자K	제3자L	증거능력 ×	316②	증거능력 ○
IF 증거동의	증 거 능 력 ○				

단순화

	진술 from 피고인	진술 from 제3자
피신조서	피고인이 내용 인정(법정 진술) 등	제3자가 성립 인정(법정 증언) 등
진술서	피고인이 성립 인정(법정 진술) 등	제3자가 성립 인정(법정 증언) 등
진술녹취서	피고인이 성립 인정(법정 진술) or 작성자가 성립 인정(법정 증언)	제3자가 성립 인정(법정 증언)
IF 증거동의	증거능력 ○	

A 피고사건에 대하여, B 진술의 증거능력?

	공범인 공동피고인	공범인 별건피고인	공범 아닌 공동피고인	공범 아닌 별건피고인
법정 일반진술	○	-	×	-
법정 증인진술	○ (분리)	-	○ (분리)	-
일반 공판조서	○ (311)	○ (315iii)	×	×
증인신문 조서	○ (분리, 311)	○ (315iii)	○ (분리, 311)	○ (315iii)
피의자 신문 조서	A가 내용 부인하면 × (312①/③)	A가 내용 부인하면 × (312①/③)	B가 성립 인정하면 ○ (분리+B증인신문, 312④)	B가 성립 인정하면 ○ (B증인신문, 312④)

