

Free Public Edition

제7판

법학 입문

Introduction to Criminal Law, Book 1

Basic Criminal Law

형사법 1

형사법 기초

김해마루 지음

율현출판사

Introduction to Criminal Law, Basic Criminal Law

Book 1

형사법 1

형사법 기초

형법에는 총칙과 각칙이 있다. 무엇을 하면 어떤 죄가 된다는 규정은 각칙인데, 대체로 총칙 원리를 알면 독학할 수 있다. 이에 비교해 일반 원리를 다룬 총칙은 좋은 길잡이가 절실하다.

형법총칙 내용을 살펴보면 다음 명제를 이해하는 것이 이 책의 목표다.

범죄란,

1. **구성요건**에 해당하고,
2. **위법**하고,
3. **책임** 있는 행위다.

그 이해를 위해, 우선 형사절차 진행 모습을 살펴며 형사법 공부의 첫 단추를 끼우자. 하나의 형사사건에서,

1. **경찰**,
2. **검사**,
3. **법원**이,

시간적, 절차적으로 어떤 위치에서 무슨 역할을 하는지 본다.

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

제1강

형사구조론

Criminal Procedure Outline

수사와 형사소송의 기본 구조에 관하여

형법, 형사소송법을 합쳐서 형사법이라 한다. 형사구조론은, **형사법을 적용하고 실현하는 절차**에 관한 이론이다. 구체적으로, 다음 절차가 어떤 순서와 법적 효력을 가지고 진행되는지 알아본다.

- 경찰 단계 **수사**
- 검사 단계 **검토**
- 법원 단계 **공판**

이 기본 구조를 모르면, 범죄와 형벌을 아무리 공부하더라도 뜬구름을 잡는 격이 되기에 십상이다. 기본 개념을 숙지하여 첫 단추를 잘 끼우는 것이 중요하다.

Pierre-Paul Prud'hon
La Justice et la Vengeance divine poursuivant le Crime
(Justice and Divine Vengeance Pursuing Crime)
1808, oil on canvas, 244 × 294 cm, Musée du Louvre, Paris



민사사건과 형사사건 구별	2	압수와 수색	116
수사와 공판	6	수사 종결	155
공소제기	17	공판기일	182
수사 개시	24	증거법	231
경찰과 검사	30	판결선고	244
임의수사	45	판결 불복	299
강제수사	67	결정, 명령, 처분 불복	347
체포와 구속	81	사건번호	360

제2강

구성요건론

Theory of Offense Components

전형적인 범죄행위란 무엇인가에 관하여

세상에는 온갖 나쁜 짓들이 있다. 그러나 그중에서도 처벌까지 되는 행위를 범죄라 한다. 형법은 다음을 정한다.

- 1. 무엇이 범죄인가?
- 2. 그것을 저지르면 어떤 형벌에 처하는가?

이렇게 법전에 나와 있는 범죄의 전형적인 모습을 “구성요건”이라 부른다. 이번 강의에서는, 어떤 행위가 다음 중 어디에 해당하는지 판단하는 법을 배운다.

- 1. 구성요건에 해당해, 범죄로 될 수 있는 경우
- 2. 구성요건에 해당하지 않아, 범죄로 될 여지가 없는 경우

Tintoretto
Caino e Abele (Cain and Abel)
1551–1552, oil on canvas, 149 × 196 cm, Gallerie dell'Accademia, Venice



범죄와 처벌법규	368	인과관계	450
구성요건	377	부작위범	465
고의	399	사실 착오	483
과실	415	결과적 가중범	490
범행 단계	424		

제3강

위법성론

Theory of Unlawfulness

범죄처럼 보이지만 실제로는 적법한 행위에 관하여

법전에 범죄로 규정된 행위를 하더라도, 드물긴 하지만 예외적으로 **불법이 아닌 경우**가 있다. 예를 들어,

- 1. 사람을 때리면 폭행죄의 구성요건에 해당한다.
- 2. 그러나 강도에 대해 어쩔 수 없이 때렸다면, **예외적**으로 정당방위가 되어 무죄다. 이 폭행은 불법이 아니기 때문이다. 이런 경우를 **위법성이 없는 행위**라고 한다.

오늘은 현행법상 위법성을 깨는 **사유**로 무엇이 있는지를 살펴본다. 구체적으로,

- 1. 위법성에 관한 형법 조문이 어떤 방식으로 규정되었는지?
- 2. 그 의미는 무엇인지?

이를 통해, 구성요건에 해당하는 어떤 행위가 다음 중 어디에 해당하는지 판단하는 법을 배운다.

- 1. 위법성(불법성)이 있어, 범죄로 **될 수** 있는 경우
- 2. 위법성(불법성)이 깨져, 범죄로 **될 여지가 없는** 경우

Théodore Géricault
Le Radeau de la Méduse (The Raft of the Medusa)
1818–1819, oil on canvas, 491 × 716 cm, Musée du Louvre, Paris



위법성 개념	508
위법성 추정	514
형법총칙상 위법성 조각 사유 개관	525
형법총칙상 위법성 조각 사유 요건	531
위법성 조각 사유 적용 예외	539
피해자 동의 효과	542
주관적 정당화 요소	552

제4강

책임론

Theory of Criminal Responsibility

범죄처럼 보이지만 비난할 수 없는 행위에 관하여

지금까지 구성요건, 위법성을 보았다. 그런데 범죄가 성립하려면, 위법성까지 만으로도 충분하지 않다. 즉, 구성요건에 해당하고 위법성 있는 행위를 하더라도, 예외적으로 그 사람을 법적으로 **비난할 수 없는** 경우가 있다. 예를 들어,

- 1. 사람을 때렸고, 위법성을 깨는 사유도 없다면, 불법한 폭행을 한 것이다.
- 2. 그러나 7세가 때린 것이었다면, **예외적으로** 미성년자로 무죄다. 이 아이를 법적으로 비난할 수 없기 때문이다. 이런 경우를 **책임이 없는 행위**라고 한다.

오늘은 책임의 **본질**과 현행법상 책임을 **깨는** 사유를 살펴본다. 구체적으로,

- 1. 형법에서 말하는 “비난할 수 있는 행위”란 과연 무엇인지?
- 2. 책임에 관한 형법 조문이 어떤 방식으로 규정되었는지?
- 3. 그 의미는 무엇인지?

이를 통해, 구성요건에 해당하고 위법한 어떤 행위(불법한 어떤 행위)가 다음 중 어디에 해당하는지 판단하는 법을 배운다.

- 1. 비난가능성이 있어, 범죄로 **되는** 경우
- 2. 비난가능성이 깨져, 범죄로 **되지 않는** 경우

Francisco Goya
Saturno devorando a su hijo (Saturn Devouring His Son)
1819–1823, mixed method on mural transferred to canvas, 146 × 83 cm
Museo Nacional del Prado, Madrid



책임 개념	560
책임의 3요소 개관	572
책임능력	576
위법성 인식	584
기대 가능성	601
원인에서 자유로운 행위	617

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(ㄷ, ㄹ), 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 제1권 “형사법 기초” 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.

제1강

형사구조론

Criminal Procedure Outline



Pierre-Paul Prud'hon

La Justice et la Vengeance divine poursuivant le Crime (Justice and Divine Vengeance Pursuing Crime)
1808, oil on canvas, 244 × 294 cm, Musée du Louvre, Paris

수사와 형사소송의 기본 구조에 관하여

- 형법, 형사소송법을 합쳐서 형사법이라 한다. 형사구조론은, **형사법을 적용하고 실현하는 절차**에 관한 이론이다. 구체적으로, 다음 절차가 어떤 순서와 법적 효력을 가지고 진행되는지 알아본다.
 1. 경찰 단계 수사
 2. 검사 단계 검토
 3. 법원 단계 공판
- 이 기본 구조를 모르면, 범죄와 형벌을 아무리 공부하더라도 뜬구름을 잡는 격이 되기에 십상이다. 기본 개념을 숙지하여 첫 단추를 잘 끼우는 것이 중요하다.

민사사건과 형사사건 구별

Difference between Civil Case and Criminal Case

형사는 가슴이 답답하고, 민사는 머리가 아프다. - 손호영 판사, “손호영의 로하우”

민사사건

개념

개인과 개인 사이에 권리나 법률관계를 다투는 것. 예를 들어,

- 1. “계약한 대로 돈을 얼마 달라.”
- 2. “등기를 이전해 달라.”
- 3. “내 땅 위의 건물을 철거하라.”
- 4. “치료비, 위자료를 달라.”

관계자

기본적으로 원고(plaintiff) 대 피고(defendant) 구조다.



2014다34041: 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 [것이] 민사소송법상의 기본원칙이다[다.]

각 당사자(원고, 피고)는 보조자로 소송대리인(litigation representative)을 쓸 수 있다.



소송대리인을 쓸 것인지 선택은 자유다. 다만, 쓴다면, 원칙적으로 변호사 (attorney-at-law)만 소송대리인이 될 수 있다.

2010다15363: 변호사강제주의를 택하지 않고 있는 [것이] 우리나라 법제[다.]
민사소송법 제87조(소송대리인의 자격) ... 변호사가 아니면 소송대리인이 될 수 없다.

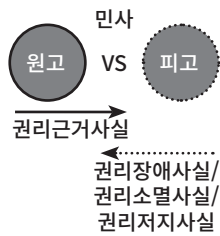
증명책임

- 1. 원고는 자신(원고)이 주장하는 권리근거사실(예: 계약을 체결했음)을 증명할 책임이 있다. 판사가 보기에 잘 모르겠으면, 그 사실은 없는 것으로 처리한다.

98다36351: 민사소송에서의 [증명]책임의 분배에 관한 일반 원칙에 따르면 권리를 주장하는 자[→ 원고]가 권리발생의 요건사실을 주장, [증명]하여야 하는 것이다[다.]

- 2. 피고는 자신(피고)이 주장하는 권리장애사실(예: 계약이 무효임), 권리소멸사실(예: 이미 변제했음), 권리저지사실(예: 이행기한을 연장받았음)을 증명할 책임이 있다. 판사가 보기에 잘 모르겠으면, 그 사실은 없는 것으로 처리한다.

2014헌바202: 권리의 존재를 다투는 당사자[→ 피고]는 권리장애사실, 권리소멸사실 또는 권리저지사실에 대하여 [증명]책임을 진[다].



형사사건

개념

쉽게 말해, 범죄자를 처벌하는 것. 예를 들어,

- 1. “사기죄를 지었으니 징역형에 처한다.”
- 2. “도박죄를 지었으니 벌금형에 처한다.”
- 3. “살인죄의 증거가 부족해서 처벌할 수 없다.”
- 4. “폭행을 했지만 상호 원만히 합의해서 처벌할 수 없다.”
- 5. “음주운전은 처벌받는다.”

관계자

기본적으로 검사(prosecutor) 대 피고인(the accused; defendant) 구조다.



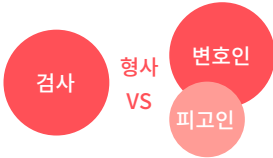
2009도7436전합: 우리나라 형사소송법[은] 당사자주의와 공판중심주의 원칙... 등을 채택하고 있[다].

2013도6828: 피고인과 대등한 당사자의 지위에 있는 검사...

주의: 피해자 대 가해자 구조가 아니다. 피해자는 검사, 경찰 등에 처벌을 요청할 뿐이다. 즉, 피해자는 형사소송의 당사자가 아니다.

2009도6058전합: 형사소송법상 ... 피해자 등 제3자가 소송행위를 하는 경우...

피고인은 보조자로 변호인(defense counsel)을 쓸 수 있다.



- 1. 변호인을 쓸 것인지 선택은 자유다. 다만, 쓴다면, 원칙적으로 변호사 (attorney-at-law)만 변호인이 될 수 있다.

형사소송법 제31조(변호인의 자격과 특별변호인) 변호인은 변호사 중에서 선임하여야 한다. ...

- 2. 그러나 어떤 사건에서는 반드시 변호인이 있어야만 한다.

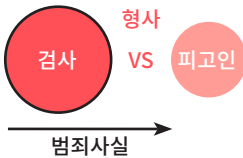
형사소송법 제282조(필요적 변호) 제33조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 사건 및 같은 조 제2항, 제3항의 규정에 따라 변호인이 선정된 사건에 관하여는 변호인 없이 개정하지 못한다. ...

어떤 경우가 필수적 변호사건인지는 차차 배우자.

증명책임

- 1. 검사는 피고인의 범죄사실(예: 사람을 살해함)을 증명할 책임이 있다.
- 2. 그러나 피고인은 스스로 자신(피고인)의 무죄 사실(예: 사람을 살해하지 않았 음)을 증명할 책임이 없다.
- 3. 판사가 보기에 잘 모르겠으면, 범죄사실은 없는 것으로 처리한다. 즉 무죄다.

84도796: 형사소송에[서]는 [증명]책임의 분배를 엄격하게 따질 수는 없[다.]
[다만,] ... 당사자주의를 그 소송구조로 [하는] 현행형사소송법 체계에서는 공소범죄사 실...이 증거가 없거나 불충분한 경우에 불이익을 받을 당사자는 바로 검사[다. 그리]므 로 공소범죄사실에 대한 [증명]책임은 검사에게 있고 증거가 없거나 불충분하여 의심스 러운 경우에는 피고인의 이익으로 판단하여야 한다.



열 명의 범인을 놓치더라도 한 명의 무고(無辜, innocent)한 사람을 벌하여서 는 안 된다(It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer).

의심스러운 경우에는 언제나 더 너그러운 판단을 우선해야 한다(*Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*; In doubtful cases, the more lenient course should always be preferred).

혼재와 구별

배경

하나의 사실관계에서 민사와 형사가 모두 문제 될 수 있다. 예를 들어, 누군가 사람을 때려 상해를 입혔다고 하자.

민사 문제

민사적으로는, 피해자가 가해자를 상대로 “치료비와 위자료를 지급하라.”라고 청구할 수 있다.

1. 피해자가 원고(plaintiff)가 되어,
2. 가해자를 피고(defendant)로 삼아,
3. 법원 앞 소장(written complaint) 제출을 통해,
4. 소제기

형사 문제

형사적으로는, 검사가 “가해자를 폭행죄 또는 상해죄로 처벌해 달라.”라고 소추할 수 있다.

1. 국가기관인 검사(public prosecutor)가,
2. 가해자를 피고인(defendant)으로 삼아,
3. 법원 앞 공소장(written prosecution) 제출을 통해,
4. 공소제기

수사와 공판

Investigation and Trial

검찰과 경찰은 한 팀이다. 수비수인 경찰이 수사 잘해서 공격수인 검찰에 공을 패스하고
검찰은 골을 넣으면 된다. 서로 골 넣겠다고 패스를 안 하면 이길 수 없다.
- Danny K. Chun

수사

수사(investigation) 개념

- 1. 범죄가 발생한 경우,
- 2. 법원에 처벌을 요구할 것인지, 또는 그렇게 하지 않을지 판단하기 위해,
- 3. 범죄사실 유무를 명백히 하고자,
- 4. 권한 있는 수사기관이,
- 5. 범인을 찾아 가두거나, 증거를 수집하는 절차(과정).

98도3329: 수사[란] 범죄혐의의 [여부]를 명백히 하여 공소를 제기, 유지할 것인가의 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견[→ 수색], 확보[→ 체포, 구속]하고 증거를 수집, 보존[→ 피의자신문, 참고인조사, 압수, 수색]하는 수사기관[→ 경찰관]의 활동[이다.]

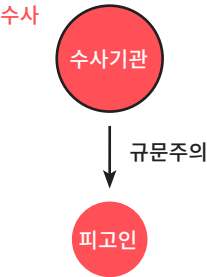
2007다2145: 수사기관[→ 경찰관]...은 피의자...의 진술을 비롯한 제반 증거를 종합적으로 판단하여 기소[→ 법원에 처벌을 요구] 여부...[를] 결정[한다.]

수사절차의 밀행성

2014도11441: 수사기관[→ 경찰관]이 특정 사건에 대하여 ... 수사를 진행하[는] 상태에서 수사[서류]의 내용이 외부에 알려질 경우 ... 피의자 등이 증거자료를 인멸하거나 수사기관에서 파악[하는] 내용에 맞추어 증거를 준비하는 등 수사기관의 증거 수집 등 범죄수사 기능에 장애가 생길 위험이 있다. 또한 수사[서류]의 내용이 누설된 경로에 따라서는 사건관계인과의 유착 의혹 등으로 수사의 공정성과 신뢰성이 훼손됨으로써 수사의 궁극적인 목적인 적정한 형벌권 실현에 지장이 생길 우려도 있다.

규문주의 구조

수사기관이 피의자를 추궁하는 규문주의(inquisitorial system) 구조다.



2007다2145: 수사기관에 소환되어 **범죄혐의를 추궁당**하며 조사를 받는 피의자...

수사기관

수사기관(investigative authority) = 경찰

- 1. 예전: 검사가 수사 책임자였다. 검사가 경찰 수사를 지휘(direction)했다.
- 2. 현재: 경찰이 수사 책임자다. 검사는 수사에 협력(cooperation)한다.

형사소송법 제195조(검사와 사법경찰관의 관계 등) ① 검사와 사법경찰관은 수사...에 관하여 **서로 협력**하여야 한다. 이 경우 ... 사법경찰관은 **수사를 책임**진다.

수사의 본질

수사기관 + 밀행성 + 규문주의

공판

공판(trial) 개념

- 1. 검사가 법원에 처벌을 요구한 경우,
- 2. 유죄판결을 내릴지, 또는 그렇게 하지 않을지 판단하기 위해,
- 3. 검사의 공격과 피고인 측의 방어에 따라,
- 4. 처벌을 요구받은 법원이,
- 5. 진실을 확인하는 절차(과정).

대한민국헌법 제12조 ① ... 누구든지 ... 법률과 적법한 절차에 [따르]지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

대한민국헌법 제27조 ① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 **법관[으로부터]** 법률에 [따르] **재판**을 받을 권리를 가진다.

2025도18361: [헌법] 제12조 제1항, 제27조[로] 보장된 적법절차의 원칙에 따른 공정한 재판을 받을 권리를 구현하기 위하여 형사소송법은 **공판중심주의**와 구[술]변론주의 및 **직접심리주의**를 기본원칙으로 하고 있다.]

우리 형사소송법이 채택하고 있는 공판중심주의는 형사사건의 실체에 대한 **심증 형성**은 **공판정에서** 이루어진 심리에 [따라]야 한다는 원칙이다.

이는 **법관의 면전에서 직접 조사한 증거만**을 재판의 기초로 삼을 수 있...다는 실질적 직접심리주의를 주요 원리로 삼고 있다.] 이러한 실질적 직접심리주의를 채택한 것은, 법관이 공판정에서 직접 원본 증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고 피고인에게 원본 증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실제적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있기 때문이다.]

모든 사람에게는 변론의 기회가 주어져야 한다(*Cuique defensio tribuenda est*; Everyone must be afforded a defense).

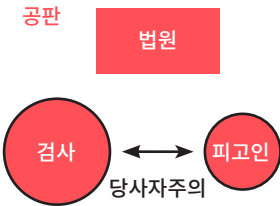
공판절차의 공개성

대한민국헌법 제109조 재판의 심리와 판결은 공개한다. ...
2015도11696: 공판중심주의를 실현하고 이를 통하여 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하기 위하여 형사소송법은, 판결은 법률에 다른 규정이 없으면 구[술]변론[으로 해 야] 하고(제37조 제1항), 공판정에서의 변론은 구[술]로 하여야 하[는](제275조의3) ... 등의 규정을 두고 있[다].

폐쇄된 벽 안과 지붕 밑에서는 아무도 판결을 내리면 안 된다(*Binnen geschlossenen Wänden und unter Dach soll niemand Urteil finden; No one should make a judgment inside closed walls and under a roof*).

당사자주의 구조(기본)

마치 민사소송에서 원고와 피고가 서로 다투듯, 형사소송도 기본적으로는 검사와 피고인이 양 당사자로 대립하는 구조다. 즉, 기본적으로 당사자주의 (adversary system) 구조다.



96헌바28: 우리나라 형사소송의 구조는 원칙적으로 당사자주의 구조이다.
2009도7436전합: 우리나라 형사소송법은 피고사건에 대한 실체심리[를] 공개된 법정 에서 검사와 피고인 양 당사자의 공격, 방어활동에 [따라] 행[하라고] 요구하는 당사자 주의...[를] 채택하고 있[다].

한쪽 말뿐만 아니라 다른 쪽 말도 들어야 한다(*Man muß den einen hören und auch den anderen; One must hear both sides*).

직권주의 구조(보충)

그러나 형사소송은 민사소송과 완전히 같지는 않다.

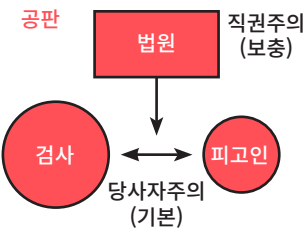
- 1. 민사소송: 당사자가 구하는 범위에서 진실을 찾아가는 과정. 실제로는 매매 한 사실이 있더라도, 원고와 피고가 모두 매매한 사실이 없다고 진술하면? 법 원은 진술한 그대로 사실인정을 해야만 한다. 당사자에게 주도권이 있다.

82다카1258: [민사소송법은] 변론주의, 당사자주의 또는 처분권주의를 채용하고 있 [다. 따라서] 주요사실의 존부는 당사자의 주장이 없는 한 이를 판결의 기초로 삼을 수 없[다. 그리]고 변론에서 당사자 사이에 다툼이 없는 사실에 대하여는 [법원이] 이와 배 치되는 사실을 인정할 수 없는 기속을 받는다.]

2. 형사소송: 사실관계에 관한 당사자 주장에 구애받지 않고, 진실을 규명하는 과정. 실제로는 살인을 안 했는데, 검사와 피고인 모두 살인했다고 진술하면? 그렇다고 해서 법원이 유죄를 선고할 수는 없다. 법원에 주도권이 있다.

2005도9729전합: **실체적 진실발견**을 통하여 형벌권을 행사한다는 [것이] 형사소송의 이념[이다.]

이처럼, 형사소송의 당사자주의는 민사소송의 당사자주의보다는 완화되어 있다. 즉, 형사소송의 당사자주의는 직권주의로 보충을 받는다.



2015다200111전합: 우리나라의 형사소송절차는 ... 공판절차에서 직권증거조사 등 직권주의적 요소가 적지 않다.]

2011헌바253: [형사소송법 제295조 및 제296조 제2항]은 소송당사자의 증거신청에 대하여 법원이 증거결정을 할 수 있는 근거 규정인면서 동시에 소송당사자의 증거신청이 없는 경우라도 법원이 직권으로 증거조사를 할 수 있는 직권증거조사에 관한 규정[이다. 이것은] 당사자주의와 직권주의를 조화한 것이다.

공판의 본질

법원 + 공개성 + 당사자주의(+ 직권주의)

경찰

수사자

경찰(police)은 수사한다.

형사소송법 제197조(사법경찰관리) ① 경위 계급 이상의 경찰공무원은 사법경찰관으로서 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다.

경찰은 수사 개시권이 있다.

수사 종결자

경찰이 수사 결과, 혐의 있다고 판단하면? 처벌하기 위해,

1. 송치(transfer): 사건(case)을 검사에게 보낸다. “송치서”를 보낸다.
2. 송부(sending): 수사서류(documents)와 증거물(evidential material)도 함께 보낸다.

형사소송법 제245조의5(사법경찰관의 사건송치 등) ① 사법경찰관은 ... 범죄를 수사한 때에는 다음 각호의 구분에 따른다.

1. 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다.

경찰이 수사 결과, 혐의 있다고 판단하지 않으면? 처벌 안 하기 위해,

1. 불송치(non-transfer): 경찰 선에서 수사를 끝낸다. 송치하지 않는 이유를 써서 검사에게 보낸다. 즉 “불송치 결정서(이유서)”를 보낸다.

2. 송부: 수사서류와 증거물도 함께 보낸다.

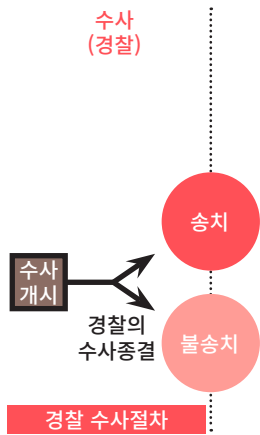
형사소송법 제245조의5(사법경찰관의 사건송치 등) ① 사법경찰관은 ... 범죄를 수사한 때에는 다음 각호의 구분에 따른다.

2. 그 밖의 경우[→ 혐의 없는 경우 등]에는 그 이유를 명시한 서면[→ 불송치 결정서]과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다. ...

경찰은 수사 종결권이 있다.

소결

경찰은 수사(investigative) 기관이다.



검사

검토자

검사(prosecutor)는 수사를 검토한다.

형사소송법 제197조(사법경찰관리) ② 검사는 국민의 인권을 옹호하기 위하여 사법경찰관의 수사에 관한 영장의 청구, 보완수사요구, 재수사요구 등 이 법률에서 정하는 직무를 수행한다.

- ③ 사법경찰관은 수사와 관련하여 검사에게 **법률적 판단**이나 증거수집의 적절성 등에 관하여 **의견**을 요청할 수 있다. 이 경우 검사는 특별한 사정이 없는 한 이에 응하여야 한다.

검사는 수사 개시권이 없다. 즉, 경찰이 송치해야 검토를 할 수 있다.

검토 종결자

검사가 수사 결과를 보고, 혐의 있다고 판단하면? 처벌하기 위해,

1. 기소(공소제기; prosecution): 사건(case)을 법원에 보낸다. “공소장”을 보낸다.

형사소송법 제246조(국가소추주의) 공소는 검사가 제기하여 수행한다.

형사소송법 제254조(공소제기의 방식과 공소장) ① 공소를 제기[할 때]는 공소장을 관할법원에 제출하여야 한다.

공소제기 = 기소

2. 송부?: 수사서류와 증거물은 일단 보내지 않는다. 송부하지 않는 이유는 이따 설명하겠다.

검사가 수사 결과를 보고, 혐의 있다고 판단하지 않으면? 처벌 안 하기 위해,

1. 불기소(non-prosecution): 기소하지 않는 이유를 쓴다. 즉 “불기소 이유서”를 쓴다. 기소유예, 혐의없음, 죄가안됨, 공소권없음, 각하가 무엇인지는 차차 배우자.

검찰사건사무규칙 제115조(불기소결정) ③ 불기소결정의 주문은 다음과 같이 한다.

1. 기소유예: ...
2. 혐의없음
 - 가. 혐의없음(범죄인정안됨): ...
 - 나. 혐의없음(증거불충분): ...
3. 죄가안됨: ...
4. 공소권없음: ...
5. 각하: ...

-
2. 송부?: 수사서류와 증거물은 보내지 않는다. 보낼 곳도, 보낼 이유도 없다.

검사는 수사 검토 종결권이 있다.

수사 통제자

검사는 수사를 통제한다. 검사는,

1. 경찰에 재수사(reinvestigation)를 요구할 수 있다.

형사소송법 제245조의8(재수사요구) ① 검사는 ... 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 ... 사법경찰관에게 **재수사를 요구**할 수 있다. ...

- ③ 제1항에 따른 검사의 재수사요구는 ... 관계 서류와 증거물을 송부받은 날부터 3개월 이내에 하여야 한다. ...
- ④ 사법경찰관은 제1항의 요구를 받은 날부터 **3개월 이내에 재수사를 마쳐야** 한다. ...
- ⑤ 사법경찰관은 제4항에 따른 재수사 결과를 검사에게 통보하여야 한다. 이 경우 범죄 혐의가 있다고 인정되는 때에는 검사에게 사건을 송치하여야 한다.
- ⑥ 제4항에 따른 재수사에도 불구하고 사법경찰관이 사건을 계속 송치하지 아니하기로 검사에게 통보하는 경우에는 제1항 후단에 따라 반환받은 관계 서류 및 증거물과 재수사에 따른 관계 서류 및 증거물을 모두 검사에게 송부하여야 한다.

2. 경찰에 보완수사(supplementary investigation)를 요구할 수 있다.

- 형사소송법 제197조의2(보완수사요구)** ① 검사는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 사법경찰관에게 **보완수사를 요구**할 수 있다.
- 1. 송치사건...의 공소제기[= **기소**] **여부 결정...에 관하여 필요한** 경우
 - ④ 사법경찰관은 제1항의 보완수사요구를 받은 날부터 **1개월 이내에** 그 요구에 따른 **보완수사**를 충실히 이행하고, 그 결과를 검사에게 **통보하여야** 한다. ...

3. 경찰에 시정조치(corrective action)를 요구할 수 있다.

- 형사소송법 제197조의3(시정조치요구 등)** ① 검사는 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 사법경찰관에게 사건기록 등본[≒ 복사본]의 송부를 요구할 수 있다.
- ② 제1항의 송부 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건기록 등본을 송부하여야 한다.
 - ③ 제2항의 송부를 받은 검사는 필요하다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 **시정조치를 요구**할 수 있다. ...
 - ④ **사법경찰관**은 제3항의 시정조치 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없는 한 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 **통보하여야** 한다.

경찰과의 관계

- 1. 수사(investigation): 경찰이 책임자 + 검사는 협력
- 2. 기소(prosecution): 검사가 책임자 + 경찰은 협력

형사소송법 제195조(검사와 사법경찰관의 관계 등) ① 검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다. 이 경우 **검사는 공소제기** 및 공소유지를 책임지고, **사법경찰관은 수사**를 책임진다.

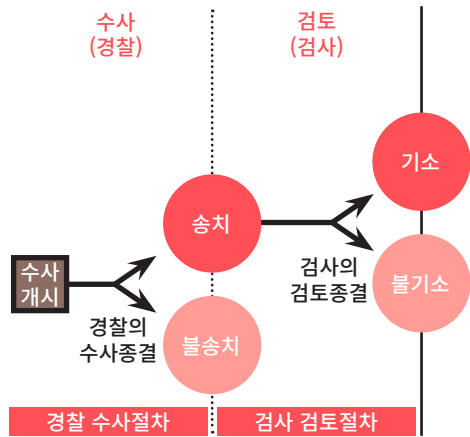
2022도10256: 사법경찰관이 ... **수사**를 담당하고 **검사가 보완수사요구**(형사소송법 제197조의2), 시정조치요구(형사소송법 제197조의3) 등을 [한다. 이]로써 사법경찰관과 검사의 **상호협력, 상호견제** 구조에서 수사의 효율이 높아지고 국민의 안전과 인권이 보호될 수 있[다.]

검사가 수사를 개시하여 1차적 수사를 직접 담당하면 사법경찰관과 상호협력, 상호견제가 불가능하여 수사권의 효율적이고 민주적인 행사가 보장되지 않을 우려가 있다.]

소결

검사는,

- 1. 수사 검토(review) 기관이다.
- 2. 기소(prosecutorial) 기관이다.
- 3. 수사 통제(supervisory) 기관이다.



법원

공판자

법원(court)은 검사가 기소한 사건을 심리한다.

2008도7917: 형사소송절차를 주재하는 법원으로서의 형사소송절차의 진행과 심리 과정에서 법정을 중심으로 ... 실질적 직접심리주의의 정신이 충분하고도 완벽하게 구현될 수 있도록 하여야 한다.

법원은 공판 개시권이 없다. 즉, 검사가 기소해야 심리를 할 수 있다.

공판 종결자

법원이 심리 결과,

- 1. 유죄판결(judgment of guilt): 범죄(범인)라는 확신이 서서 처벌하는 판결

형사소송법 제323조(유죄판결에 명시될 이유) ① 형의 선고를 하는 때에는 판결 이유에 범죄[가] 될 사실, 증거의 요지와 법령의 적용을 명시하여야 한다.

- 2. 무죄판결(judgment of not guilty): 범죄(범인)라는 확신이 서지 않아 처벌하지 못하는 판결

형사소송법 제325조(무죄의 판결) 피고사건이 범죄로 되지 아니하거나 범죄사실의 증명에 부족한 때에는 판결로써 무죄를 선고하여야 한다.

3. 면소판결(judgment of prosecution exemption): 공소시효 도과 등 이유로 처벌할 수 없다는 판결

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

3. 공소의 시효가 완성되었을 때

시효(prescription)란, 쉽게 말해 시간(period)의 효과다. 시효 중에서도 공소시효(prescription of public prosecution)란, 더는 공소제기(= 기소)를 못하게 만드는 시간의 효과다. 즉, 일정 기간 공소제기(= 기소)가 없으면, 기소할 수 없다. 만약 공소시효 완성 후 기소했다면? 법원은 면소판결을 선고한다.

2013헌바176: 공소시효는 범죄행위가 종료된 후 일정한 기간이 경과함에 따라 공소권이 소멸하는 제도이다.

이러한 공소시효 제도는 시간의 경과로 ... 범죄의 사회적 관심이 미약해져 가벌성이 감소하고 범인이 장기간 도피생활을 하면서 정신적 고통을 받은 점과 증거가 산일[→ 흘러져 잃어버림] 되어 공정한 재판을 하기 어렵다는 점 등을 근거로 [한다. 그리]하여 범인이 범죄 후 일정한 기간 기소되지 아니함으로써 형성된 사실상의 상태를 존중하여 법적 안정을 도모하고 형벌권의 적정을 기하려는 데 그 존재 이유가 있[다.] 대다수 국가에서 형사시효의 하나로 이 제도를 채택하고 있다.

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

3. 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 10년
4. 장기 10년 미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 7년
5. 장기 5년 미만의 징역 또는 금고... 또는 벌금에 해당하는 범죄에는 5년

4. 공소기각판결(judgment dismissing the prosecution): 기소 권한(공소권) 남용 등 이유로 기소를 배척하는 판결

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

2. 중대한 위법수사에 기[초]하여 공소가 제기되었을 때
3. 소추재량권을 현저히 일탈하여 공소가 제기되었을 때
8. 그 밖에 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효일 때

수사/기소 통제자

1. 경찰의 위법 수사를 통제

2005도1247: 본래 [고]의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계락을 써서 [고]의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 **위법[하다.] 이러한 함정수사**에 기[초]한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정[을] 위반하여 무효인 때에 해당한다. ... [그러므로] **공소기각** 판결을 선고[한 것은 정당하다.]

2021도2485: 이 사건 모니터 화면 사진은 이 사건 압수수색영장에 기재된 ‘압수할 물건’에 포함되지 아니하고 ‘압수수색의 방법 제한’을 위반하여 수집된 증거로서 위법수집증거에 해당하므로 증거능력이 없[다.] 나아가 위법수집증거인 이 사건 모니터 화면 사진을 기초로 수집된 2차적 증거들 역시 그 증거능력을 인정할 수 없[다. 그러므로] ... 범죄의 증명이 없다고 보아 무죄를 선고한 [판결은 정당하다.]

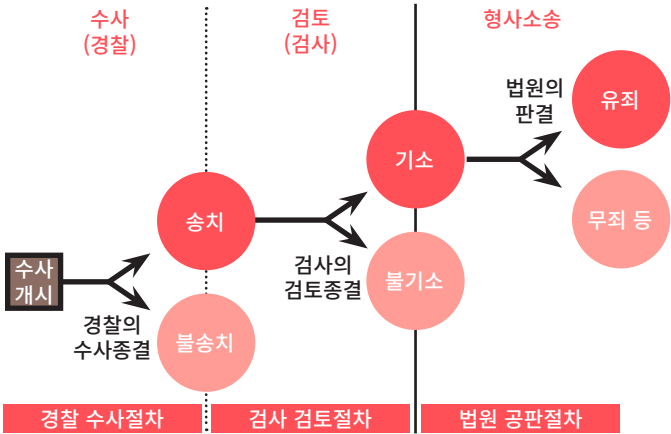
2. 검사의 위법 기소를 통제

2016도14772: 검사는 종전에 기소유예 처분을 하였다가 4년여가 지난 시점에 다시 기소하였[다. 그리고] 종전 피의사실과 공소사실 사이에 이를 반복할 만한 사정변경이 없[다. 이런] 점 등 여러 사정을 종합하면, 위 공소제기는 검사가 **공소권을 자의적으로 행사**한 것으로서 소추재량권을 현저히 일탈하였[다. 그러므로] **공소를 기각**한 ...판결이 정당하[다.]

소결

법원은,

- 1. 공판(trial) 기관이다.
- 2. 판결(judgment) 기관이다.
- 3. 수사/기소 통제(judicial control) 기관이다.



권한과 역할

경찰(수사자)

- 1. 수사 개시권○
- 2. 수사 종결권○ → 검사 송치 또는 불송치로 마무리한다.

검사(검토자)

1. 수사 개시권×(∵ 경찰이 송치한 사건을 처리)
2. 검토 종결권○ → 법원 기소 또는 불기소로 마무리한다.

법원

1. 공판 개시권×(∵ 검사가 기소한 사건을 처리)
2. 공판 종결권○ → 유죄 판결 또는 무죄 판결 등으로 마무리한다.

사건 진행의 목적

수사/검토기관

송치 또는 기소할지를 판단하려고 수사/검토를 진행한다.

1. 경찰이 피의자를 추궁하고,
2. 경찰이 증거를 확보하여, 이를 종합해,
3. 경찰/검사가 각각 처분을 내리며,
4. 각각 수사/검토를 종결한다.

법원

유죄일지를 판단하려고 공판을 진행한다.

1. 쌍방(검사, 피고인 측) 주장을 듣고,
2. 제출된 증거를 종합해,
3. 다음 판결을 선고하며,
4. 공판을 종결한다.

공소제기

Institution of Public Prosecution

인간은 외부의 감각자료를 공간과 시간이라는 틀을 통하여 인식한다. - Immanuel Kant

개념

공소제기

공소제기(prosecution): 법원에 공소장을 제출해 범인의 처벌을 구하는 것.

공소제기 권한

원칙적으로, 공소제기 권한은 오직 검사(public prosecutor)에게만 있다.

형사소송법 제246조(국가소추주의) 공소는 검사가 제기하여 수행한다.
2015도3682전합: 공소제기는 검사가 법원에 대하여 특정한 형사사건의 심판을 구하는 소송행위[다.]

검사와 법원의 역할

- 1. 검사(public prosecutor): 어떤 범죄사실에 대해 법원보고 “심판을 해 달라.”라고 할 뿐이다. 즉, 검사가 직접 형을 선고하는 것이 아니다.
- 2. 법원(court): 검사의 공소제기가 없는 이상, 범인을 처벌할 수가 없다. 즉, 법원 혼자서는 형을 선고할 수 없다.

소추 없이 판결 없다(Nemo iudex sine actore; Wo niemand klagt, darf niemand richten; No judge without an actor; 不告不理).

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

국가소추주의

누가 공소제기를 하는가?

- 1. 검사, 즉 국가(state)기관이 한다.
- 2. 시민들, 즉 사인(private person)이 하지 않는다.

2018헌바113: 형사소추의 형태는 공소제기의 주체를 누구로 할 것인가에 따라 국가소추주의와 사인소추주의로 분류된다. 우리 형사소송법 제246조는 ... 국가소추주의를 채택하고 있다. 이러한 국가소추주의는, 공소제기의 적정과 균형을 기할 수 있다는 점에서 합리성을 찾을 수 있다.

공소제기 방법

공소장 제출

- 1. 민사사건에서 원고가 소제기(institution of lawsuit) 하는 것처럼,

2. 형사사건에서 검사가 공소제기(institution of public prosecution) 한다.
구체적으로,
- 1. 민사 소제기 = 원고가 법원에 소장(written complaint)을 제출
 - 2. 형사 공소제기 = 검사가 법원에 공소장(written prosecution)을 제출

형사소송법 제254조(공소제기의 방식과 공소장) ① 공소를 제기함에는 공소장을 관할 법원에 제출하여야 한다.

2015도3682전합: 형사소송법이 공소제기에 관하여 서면주의와 엄격한 요식행위를 채용[하고 있다].

[이것은] 앞으로 진행될 심판의 대상을 서면에 명확하게 기재하여 됨으로써 [i] 법원의 심판 대상을 명백하게 하고 [ii] 피고인의 방어권을 충분히 보장하기 위한 것이다. 그러므로, 서면인 공소장의 제출은 공소제기라는 소송행위가 성립하기 위한 본질적 요소라고 보아야 한다.

서면인 공소장의 제출 없이 공소를 제기한 경우에는 ... 소송행위로서의 공소제기가 성립되었다고 볼 수 없다.

공소제기 검사는 현재 검찰청(예: 서울남부지방검찰청) 소속인데, 앞으로 공소청(예: 서울남부지방공소청) 소속으로 바뀔 예정이다. 그러나 아직 개정 서식이 마련되지 않아 관련 서식은 일단 현행대로 표시한다. 이하 같다.

검찰청법(2026. 3. 24. 법률 제21490호로 개정되어 2026. 10. 2. 시행) 검찰청법은 폐지한다.

공소청법(2026. 10. 2. 시행 예정) 제3조(공소청의 설치와 관할구역) ① ... 지방공소청은 지방법원...에 대응하여 각각 설치한다.

서울남부지방검찰청

2026. 7. 5.

사건번호

2026년 형제12345호

수신자

서울남부지방법원

제목

공소장

검사 조도춘은 아래와 같이 공소를 제기합니다.

I. 피고인 관련 사항

피고인

김가해(800123-1234567), 46세

직업 회사원, 02-909-9090, 010-1234-5678

주거 서울특별시 관악구 남부순환로199길 123

등록기준지 서울특별시 노원구 중계동 149

죄 명 상해
적용법조 형법 제257조 제1항
구속여부 2026. 6. 21. 구속 (2026. 6. 20. 체포)
변 호 인 변호사 국선양

II. 공소사실

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.

III. 첨부서류

- | | |
|-------------------|----|
| 1. 현행범인 체포서 | 1통 |
| 2. 구속영장(체포된 피의자용) | 1통 |
| 3. 국선변호인 선정 결정 | 1통 |
| 4. 피의자 수용 증명 | 1통 |

검 사 조 도 춘 전자서명 완료

공소장 기재 내용

- 1. 피고인 관련 사항: 인적사항, 죄명, 적용법조 등
- 2. 공소사실(facts charged): 육하원칙에 따라, “피고인은 언제 어디서 어떻게 하여 무엇을 절취했다.”라는 식으로만 간략히 적는다.

형사소송법 제254조(공소제기의 방식과 공소장) ③ 공소장에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

- 1. 피고인의 성명 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항
- 2. 죄명
- 3. 공소사실
- 4. 적용법조

공소사실

검사는 공소장에 공소사실(범죄사실)을 기재한다. 범죄 시간, 장소와 방법을 명시하고, 사실을 특정해 기재해야 한다.

- 1. 법원에 대하여는, 심판 대상을 한정시키는 의미가 있다.
- 2. 피고인에 대하여는, 방어 범위를 특정할 수 있도록 만들어 주기 위해서다.

형사소송법 제254조(공소제기의 방식과 공소장) ④ 공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다.

2020도14662: [이처럼] 공소사실의 특정을 요구하는 법의 취지는 [i] 심판의 대상을 한정함으로써 심판의 능률과 신속을 꾀함과 동시에 [ii] 방어의 범위를 특정하여 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 데에 있다.

2019도10086: [“주식회사인 피고인들의 종업원인 성명불상의 직원들이 컴퓨터 프로그램을 무단 복제하여 취득한 후 이를 업무에 사용함으로써 피고인들의 업무에 관하여 프로그램 저작권자들의 저작권을 침해하였다.”]는 공소사실로 기소[한] 사안[을 보자.]

위 공소사실 자체에 종업원들이 컴퓨터프로그램을 ‘무단 복제하여 취득한 것’으로만 기재되어 있다. 그래서] ‘침해행위[로] 만들어진 프로그램의 복제물’을 취득한 것인지, 그 복제물이 무엇인지가 분명하지 않다. 그리고 그 취득 방법 또한 명확하지 않다. 그 결과] 피고인들의 방어권 행사에 지장을 초래하고 있다.]

행위자인 종업원들이 성명불상자로만 기재되어 있고 누구인지 전혀 특정되어 있지 아니 하[다]. 그리하여 피고인들로서는 그 종업원이 해당 컴퓨터프로그램을 컴퓨터 하드디스크 등에 직접 복제한 사람인지, ‘침해행위[로] 만들어진 프로그램의 복제물’이라는 사실을 인식하고 이를 취득하였는지 등에 관하여 전혀 방어권을 행사할 수 없다.

따라서 피고인들에 대한 [위] 공소사실은 ... 구체적으로 특정되었다고 할 수 없다.

공소장의 첨부서류

1. 민사소송 소장에는 첨부서류로 증거(evidence)를 낸다.
 2. 이와 비교하면, 형사소송 공소장에는 첨부서류로 증거는 낼 수 없다.
 3. 따라서 만약 형사 공소장에 첨부서류가 있더라도, 그것은 증거가 아니다.
-

형사소송규칙 제118조(공소장의 첨부서류) ① 공소장에는, 공소제기 전에 변호인이 선임[된] ... 경우 그 변호인선임서...를, ... 공소제기 당시 피고인이 구속되어 있거나, 체포 또는 구속된 후 석방된 경우 체포영장, 긴급체포서, 구속영장 기타 구속에 관한 서류를 [각각] 첨부하여야 한다.

공소장일본주의

이처럼, 증거는 공소제기 때 내는 것이 아니라, 나중에 공판절차에서 낸다. 이것을 공소장일본주의(principle of written prosecution only)라 한다.

형사소송규칙 제118조(공소장의 첨부서류) ② 공소장에는 제1항에 규정한 서류 외에 사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 아니 된다.

2012도2957: 공소장일본주의는 검사가 공소를 제기할 때에는 원칙적으로 공소장 하 나만을 제출하여야 하고 그 밖에 사건에 관하여 법원에 예단을 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 아니 된다는 원칙이다.]

공소장에[는] 법령이 요구하는 사항 외의 사실로서 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 사유를 나열하는 것이 허용되지 않는[다. 이러한] 것도 이른바 “기타 사실의 기재 금지”로서 공소장일본주의의 내용에 포함된다.

공소장일본주의를 둔 이유는?

1. 예단배제(free from prejudice): 법원이 처음부터 공소장을 보고 편견을 갖지 않게 하기 위해서다.
2. 공판중심(trial-focused): 수사가 아니라 공판이 법원 판단의 중심이 되도록 하기 위해서다.

대한민국헌법 제27조 ④ 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.

2025도10184: 헌법 제27조 제4항의 규정상 형사피고인에 대하여 법관이나 배심원이 가질 수 있는 유죄의 예단을 차단할 필요가 있다. 이를 효과적으로 실현하기 위하여, ... 형사소송규칙 제118조 제2항...[을 두었다.]

공소장일본주의 위반 판단 기준은?

1. 예단을 생기게 하는가?
2. 실체파악에 장애가 되는가?

2012도2957: 공소장일본주의의 위배 여부는 [어떻게 판단해야 하는가?] 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 [본다. 그릴] 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 **예단**을 생기게 [하는가? 그렇게] 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 **실체를 파악하는 데 장애**가 될 수 있는[가? 그] 여부를 기준으로 [해당] 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다.

공소장일본주의를 위반해 공소제기 하면?

1. 공소제기 절차가 위법해,
2. 공소제기 절차는 무효다.

2009도7436전합: [만약] 공소장일본주의에 위배된 공소제기라고 인정되는 때에는 그 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효[일] 때에 해당[한다. 따라서 유죄판결도 무죄판결도 아닌] 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙이다.

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

8. 그 밖에 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효일 때
-

공소제기 효과

머리에

검사가 공소제기 하면 어떤 법적 효과가 생기는가?

법원의 심판대상을 특정

법원은 검사가 공소제기 한 범죄에 대해서 심판을 한다. 예를 들어,

1. 甲이 2026. 3. 3.에 살인죄를 저지르고, 2026. 4. 3.에 절도죄를 저질렀다.
2. 그런데 검사가 甲을 2026. 4. 3. 자 절도죄에 대해서만 공소장을 작성해 기소했다.
3. 그렇다면, 실제로 판사가 甲의 살인 사실을 알고 있더라도, 오직 절도죄 여부만 판단해야 한다.

2022도6758: 법원은 검사가 공소제기 한 사건에 대하여 심판한다. 검사가 어떠한 행위를 기소한 것인지는 기본적으로 공소장 기재 자체를 기준으로 하되, 심리의 경과 및 검사의 주장내용 등도 고려하여 판단하여야 한다.]

범인 지위

공소제기로, 피의자는 피고인으로 된다.

1. 범죄혐의가 있는 자를 수사단계에서는 피의자(suspect)라 하고,
2. 공판단계에서는 피고인(accused; defendant)이라 한다.

목격자, 피해자 지위

공소제기로, 참고인은 증인 지위에 놓인다. 즉, 목격자나 피해자는,

1. 수사단계에서 수사기관에 참고인(person for reference)으로 소환된다.
2. 공판단계에서 법원에 증인(witness)으로 소환된다.

절차 주재자

공소제기로, 법원이 절차 주재자로 된다.

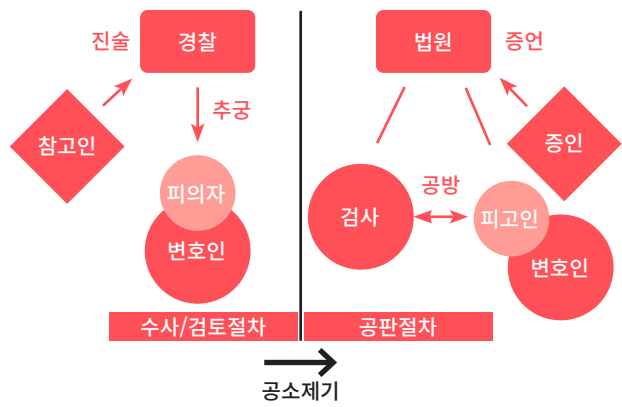
1. 검사는 수사 검토자.
2. 법원은 공판 주재자.

관계와 구조 변화

공소제기로, 절차 구조에 중요한 변화가 생긴다.

1. 규문주의 구조: 수사기관(조사자), 피의자(조사를 받는 자)의 2면 관계였다.
2. 당사자주의 구조: 법원(판단자), 검사(공격자), 피고인(방어자)의 3면 관계다.

2013도6825: 공소가 제기된 후에는 그 사건에 관한 형사절차의 모든 권한이 사건을 주재하는 수소법원에 속하게 된다. 그리고] 수사의 대상이던 피의자는 검사와 대등한 당사자인 피고인의 지위에서 방어권을 행사하게 된다.



범죄사실

범죄사실(facts constituting a crime)을,

- 1. 수사단계에서는 피의사실(facts suspected)이라 부르고,
- 2. 공판단계에서는 공소사실(facts charged)이라 부른다.

예를 들어,

- 1. 수사단계에서는 “피의자, 피의사실을 인정하나요?”라 묻는다.
- 2. 공판단계에서는 “피고인, 공소사실을 인정하나요?”라 물을 수 있다.

수사 개시

Commencement of Investigation

왜 그를 범인으로 생각하냐고 112 근무자가 물었다. 나는 대답했다.
“그자의 차를 조사해보시오. 거기서 피를 봤으니까.” - 김영하, “살인자의 기억법”

입건

개념

입건(book)이란?

1. 범죄혐의에 관한 사건이,
2. 경찰서 담당 부서에 접수되어,
3. 정식으로,
4. 수사를 개시하는 것

경찰수사규칙 제19조(입건 전 조사) ② ...

1. 입건: 범죄의 혐의가 있어 수사를 개시하는 경우
-

피의자

“입건됐다”란? 피의자(suspect)로 수사(investigation)받게 되었다는 뜻이다.

입건 전 조사

개념

입건 전 조사(internal investigation)란?

1. 범죄에 관해 소문, 진정, 첩보 등이 있을 때,
2. 입건을 하기 전에,
3. 먼저 확인을 위해 조사하는 것

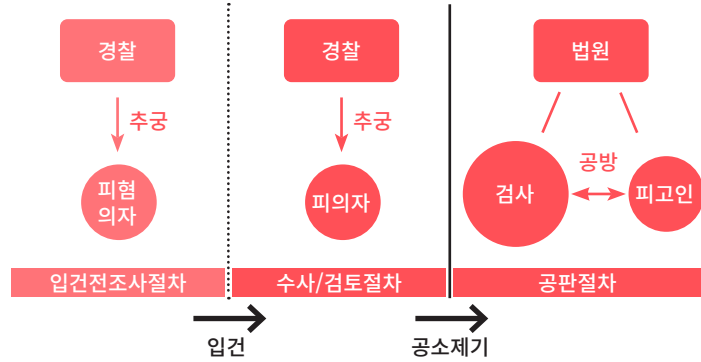
내사라고도 부른다.

수사준칙 제16조(수사의 개시) ③ ... 사법경찰관은 입건 전에 범죄를 의심할 만한 정황이 있어 수사 개시 여부를 결정하기 위한 사실관계의 확인 등 필요한 조사를 할 때에는 적법절차를 준수하고 사건관계인의 인권을 존중하며, 조사가 부당하게 장기화되지 않도록 신속하게 진행해야 한다.

피혐의자

입건 전 조사는 아직 수사 이전 단계다. 따라서 조사 대상을,

1. 피의자라 부르지 않고,
2. 피혐의자(피내사자; suspect of internal investigation)라 한다.



수사 단서(입건 원인)

개념
수사가 개시되는 원인, 즉 입건 원인을 수사 단서(lead)라 한다.

사례
고소, 고발, 자수, 범죄인지 등이 수사 단서다. 즉, 이런 것들로 수사가 개시된다.
1. 범죄인지(recognition): 수사기관이, 주관적으로, 범죄 “혐의가 있다.”라고 판단하는 것

형사소송법 제197조(사법경찰관리) ① 경위 계급 이상의 경찰공무원은 사법경찰관으로서 **범죄의 혐의가 있다고** 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다.
2008도12127: 사법경찰관이 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지보고서를 작성하는 절차를 거치[게] 되어 있[다. 그러]므로 특별한 사정이 없는 한 수사기관이 그와 같은 절차를 거친 때에 범죄 인지가 된 것으로 볼 수 있[다.]

2. 고소(complaint), 고발(accusation), 자수(self-denunciation): 수사기관 등에 “범인을 처벌해 달라.”라고 요구하는 것

형사소송법 제237조(고소, 고발의 방식) ① 고소 또는 고발은 서면 또는 구술로써 사법경찰관에게 하여야 한다.

형사소송법 제240조(자수와 준용규정) 제237조는 자수에 대하여 준용한다.
범죄수사규칙 제53조(고소, 고발사건 수사 시 주의사항) ① 경찰관은 **고소, 고발**을 수리하였을 때에는 즉시 수사에 착수하여야 한다.

범죄수사규칙 제51조(자수사건의 수사) 경찰관은 **자수사건**을 수사할 때에는 자수인이 해당 범죄사실의 범인으로서 이미 발각되어 있었던 것인지 여부와 진범인이나 자기의 다른 범죄를 숨기기 위해서 해당 사건만을 자수하는 것인지 여부를 주의하여야 한다.

고소, 고발, 자수 자체로 법원이 심판하는 것이 아니다. 고소, 고발, 자수에 따른 경찰 수사 후 검사가 공소제기를 해야 법원이 심판한다.

2013도7987: 법원은 검사가 공소를 제기한 범죄사실을 심판하는 것이지 고소권자가 고소한 내용을 심판하는 것이 아니[다.]

고소, 고발, 자수의 차이점

1. 고소: 피해자가 “범인(가해자)을 처벌해 달라.”라고 경찰 등에 요구하는 것

형사소송법 제223조(고소권자) 범죄로 인한 **피해자**는 고소할 수 있다.

2. 고발: 제3자가 “범인을 처벌해 달라.”라고 경찰 등에 요구하는 것

형사소송법 제234조(고발) ① **누구든지** 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발할 수 있다.
② 공무원은 그 직무를 행[할 때] 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발하여야 한다.

3. 자수: 범인이 “범인(자신)을 처벌해 달라.”라고 경찰 등에 요구하는 것

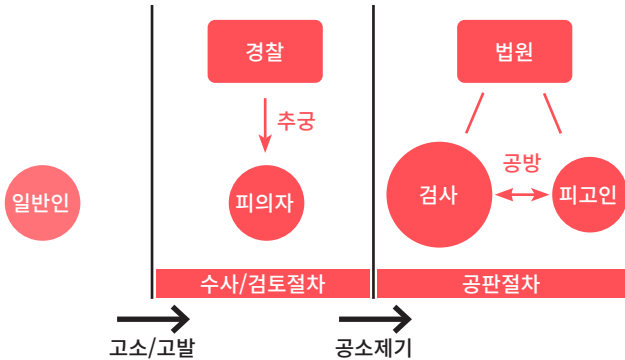
형법 제52조(자수...) ① **죄를 지은 후** 수사기관에 자수한 경우에는 형을 감경하거나 면제할 수 있다.

비교: 신고는? 경찰 등에 “사건이 발생했다.”라고 알릴 뿐이다. 고소, 고발, 자수와 다르다. 즉, 112로 전화 거는 것은 고소, 고발, 자수가 아니라, 단순한 신고다.

	행위자	범인에 대한 처벌의사
신고	누구든지	×
고소	피해자	○
고발	제3자(누구든지)	○
자수	범인(자신)	○

입건 전 조사와 수사의 관계

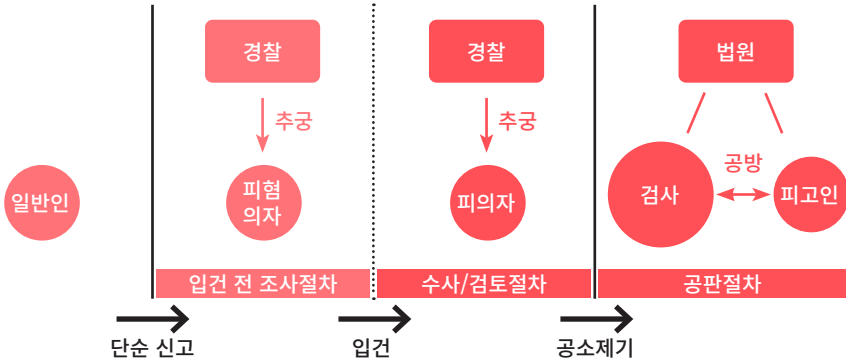
고소, 고발 사건 경우



- 1. 입건 전 조사 단계를 거치지 않고,
- 2. 곧바로 입건되어,
- 3. 수사단계로 진행한다.

범죄수사규칙 제53조(고소, 고발사건 수사 시 주의사항) ① 경찰관은 고소, 고발을 수리하였을 때에는 즉시 수사에 착수하여야 한다.

그 밖의 사건(단순 신고 사건 등) 경우



- 1. 입건 전 조사 단계를 거쳐,
- 2. 범죤인지가 되면 입건절차를 밟아,
- 3. 수사단계로 진행한다.

입건전조사처리규칙 제8조(수사절차로의 전환) 경찰관은 조사 과정에서 범죤혐의가 있다고 판단될 때에는 지체 없이 범죤인지서를 작성하여 소속 수사부서장의 지휘를 받아 수사를 개시하여야 한다.

문제점

- 1. 수사절차에는 형사소송법을 적용한다. 그 결과, 수사를 받는 피의자는 여러 절차적 권리를 법률로 보장받는다.

형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사) ① 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

형사소송법 제244조의3(진술거부권 등의 고지) ① 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 다음 각호의 사항을 알려주어야 한다.

- 1. 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 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. 만약 수사기관이 실질적으로 수사하면서, 형식적으로 입건절차(범죄인지보고서 작성 등)를 안 거쳤다면 “이것은 수사가 아니고, 너는 피의자가 아니다.”라 해도 되는가? 즉, 형사소송법상 권리를 보장해 주지 않아도 되는가?
 3. 수사와 입건 전 조사 구별이 애매한 경우가 많다 보니, 조사받는 사람 입장에서 억울할 수 있다.

수사와 입건 전 조사의 구별 기준

그래서 수사와 입건 전 조사는 형식이 아니라 실질(substantial)로 구별한다.

1. 형식적으로 입건절차를 안 거쳤더라도,
2. 실질적으로 범죄혐의가 있다고 보아 조사한 이상,
3. 형사소송법상 “수사”로 본다. 즉, 조사받는 사람에게 피의자 지위를 인정해, 보호한다.

2008도12127: 사법경찰관이 [범죄인지서 작성] 절차를 거치기 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사에 착수하는 행위를 [했을] 때에는 이[때] 범죄를 인지한 것으로 보아야 [한다.] 그 뒤 범죄인지보고서를 작성한 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것은 아니다.

2014도5939: 수사기관[으로부터] 진술거부권 고지의 대상이 되는 피의자의 지위는 [언제부터 인정되는가?] 수사기관이 범죄인지서를 작성하는 등의 형식적인 사건수리 절차를 거치기 전이라도 조사대상자에 대하여 범죄의 혐의가 있다고 보아 실질적으로 수사를 개시하는 행위를 [했을] 때에 인정된다.

범인의 지위 변화

입건 전 조사를 거치는 사건

일반인 → 피혐의자 → 피의자 → 피고인 → 죄인(수형인)

1. 입건 전 조사 개시: 일반인 → 피혐의자
2. 수사 개시: 피혐의자 → 피의자

2008도12127: ‘피의자’라고 하기 위해서는 수사기관[의] 범죄 [인]지 등으로 수사가 개시되어 있을 것을 필요로 [한다.] 그 이전의 단계에서는 장차 형사입건될 가능성이 크다고 하더라도 그러한 사정만으로 ‘피의자’에 해당한다고 볼 수는 없다.

“피혐”이 “피”로 된다.

3. 공소제기: 피의자 → 피고인

2002헌바104: 피의자[는] ... 검사의 기소[로] 그 신분이 피고인으로 변경...

“의자”가 “고인”으로 된다.

4. 유죄확정: 피고인 → 죄인(수형인)

2016도21231: 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다(헌법 제 27조 제4항, 형사소송법 제275조의2). 무죄추정의 원칙은 수사를 하는 단계뿐만 아니라 판결이 확정될 때까지 형사절차와 형사재판 전반을 이끄는 대원칙[이다.] ‘의심스러우면 피고인의 이익으로’라는 오래된 법언에 내포된 이러한 원칙은 우리 형사법의 기초를 이루고 있다.

형실효법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “수형인”이란 「형법」 제41조에 규정된 형을 받은 자를 말한다.
-

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
-

고소, 고발 사건

일반인 → 피의자 → 피고인 → 죄인(수형인)

1. 고소, 고발: 일반인 → 피의자
2. 공소제기: 피의자 → 피고인
3. 유죄확정: 피고인 → 죄인(수형인)

경찰과 검사

The Police and The Prosecutor

검사는 팔 없는 머리와도 같다. - Claus Roxin

경찰

조직과 사명

경찰(police officer)은 행정부(행정안전부) 소속 공무원이다. 경찰청 산하 시도 경찰청, 경찰서 등에서 근무한다.

경찰법 제12조(경찰의 조직) ① 치안에 관한 사무를 관장하게 하기 위하여 **행정안전부** 장관 소속으로 경찰청을 둔다.

경찰법 제3조(경찰의 임무) 경찰의 임무는 다음 각호와 같다.

- 2. **범죄의 예방**, 진압 및 **수사**
- 6. 교통의 단속과 위해의 방지
- 8. 그 밖에 공공의 안녕과 질서유지

사법경찰 개념

경찰을 행정경찰과 사법경찰(수사경찰)로 나눌 수 있다.

- 1. 행정경찰(administrative police): 범죄 발생 전, 치안, 정보, 보안, 작전, 교통 등을 맡아 질서유지를 담당하는 경찰. 범죄 예방은 행정경찰 영역이다.
- 2. 사법경찰(judicial police; 수사경찰; investigative police): 범죄 발생 후, 검사와 협력하여 체포, 구속 집행, 피의자신문, 참고인조사를 하는 경찰. 범죄 수사는 사법경찰 영역이다.

경찰조직(경찰청)이 두 가지로 나뉘어 있지는 않다. 어떤 경찰이 경찰서 내에서 맡은 담당 직무가 수사인지 수사 외인지에 따라 위와 같이 나뉘 뿐이다. 형사소송법이 규정한 경찰은 사법경찰이다. 이 책에서 그냥 “경찰”이라고만 하면 “사법경찰”을 뜻한다. 제2권 “응용과 적용” 편에서도 마찬가지다.

사법경찰 직급

사법경찰은 다시 사법경찰관(judicial police officer)과 사법경찰리(judicial police assistant)로 나눌 수 있다.

사법경찰“관” + 사법경찰“리” = 사법경찰“관리”

- 1. 사법경찰관(경위 이상): 수사기관. 즉, 수사권이 있다.

형사소송법 제197조(사법경찰관리) ① **경위** 계급 **이상**의 경찰공무원은 사법경찰관으로서 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다.

- 2. 사법경찰리(경사 이하): 수사의 보조기관. 즉, 수사권이 없다. 사법경찰관의 지휘를 받는다.

형사소송법 제197조(사법경찰관리) ② 경사, 경장, 순경은 사법경찰관으로서 수사의 보조를 하여야 한다.

사법경찰의 형사절차상 역할

1. 수사(사법경찰관) 또는 그 보조(사법경찰리)를 하고,
2. 이를 바탕으로, 사법경찰관이 송치(transfer) 여부를 결정한다.

형사소송법 제245조의5(사법경찰관의 사건송치 등) ① 사법경찰관은 ... 범죄를 수사한 때에는 다음 각호의 구분에 따른다.

1. 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치...하여야 한다.
 2. 그 밖의 경우[→ 혐의 없는 경우 등]에는 그 이유를 명시한 서면[→ 불송치 결정서]...[를] 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다. ...
-

수사 권한

경찰관은,

1. 피의자를 조사해야 한다.

형사소송법 제242조(피의자신문사항) 사법경찰관은 피의자에 대하여 범죄사실과 정상에 관한 필요사항을 신문하여야 하며 그 이익되는 사실을 진술할 기회를 주어야 한다.

2. 참고인도 조사할 수 있다.

형사소송법 제221조(제3자의 출석요구 등) ① 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. ...

이런 조사는 수사(ㄷ 증거 수집)에 해당○. 예를 들어,

1. 경찰 작성 피의자 신문조서 → 일정 요건 아래 법정에서 증거로 쓸 수 ○.
2. 경찰 작성 참고인 진술조서 → 일정 요건 아래 법정에서 증거로 쓸 수 ○.

형사소송법 제312조(사법경찰관의 조서 등) ③ 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 ... 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

- ④ 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 ... 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, ... 때에 한한다.
-

검사

조직과 사명

검사(prosecutor)는 행정부(법무부) 소속 공무원이다. 법무부 산하 공소청 등에서 근무한다.

법무부와 그 소속기관 직제 제3조(직무) 법무부는 검사, 보호처분 및 보안관찰처분의 관리와 집행 [등] ... 사무를 관장한다.

- 공소청법 제4조(검사의 직무) 검사는 공익의 대표자로서 다음 각호의 직무를 수행하며, 그에 따른 권한이 있다.
- 1. 공소 제기 여부 결정 및 그 유지에 필요한 사항
 - 2. 영장 청구에 관하여 필요한 사항
 - 5. 재판 집행 지휘, 감독
 - 8. 그 밖에 법률에 따라 그 권한에 속하는 사항

사법부 아니다.

단독관청으로서의 검사

검사는 단독관청이다.

- 1. 검사 1인 자체가 1개의 국가기관(administrative agency)이다. 즉, 검사 1인이 영장청구 기관이자 공소제기 기관이다.
- 2. 공소제기를 ○○지방공소청 또는 ○○지방공소청장 명의로 하는 것이 아니라, 검사 홍길동 명의로 한다.

검사 직급

- 공소청법 제6조(공소청의 장 등) ① 공소청의 장은 검찰총장으로 한다.
- ② 검사의 직급은 검찰총장과 검사로 구분한다.

- 1. 검찰총장(the Prosecutor General)

- 공소청법 제11조(공소청의 장) ① 공소청에 검찰총장을 둔다.
- ② 검찰총장은 공소청의 사무를 맡아 처리하고 검사사무를 총괄하며 공소청, 각급 공소청...의 공무원을 지휘, 감독한다.

- 2. 검사(prosecutor) ⊃ (지방공소청장 > 차장검사 > 부장검사 > 평검사)

- 공소청법 제22조(지방공소청장) ① 지방공소청에 지방공소청장을 둔다.
- 공소청법 제24조(지방공소청...의 차장검사) ① 지방공소청...에 차장검사를 둔다.
- ② 지방공소청 차장검사...는 소속 지방공소청장...을 보좌하며, ...
- 공소청법 제25조(지방공소청...의 부장검사 등) ② 지방공소청...의 부에 부장검사를 둔다.
- ③ 부장검사는 그 부의 사무를 처리한다.
- 공소청법 제26조(지방공소청...의 검사) 지방공소청...에 각각 검사를 둔다.

검사의 형사절차상 역할

- 형사소송법 제195조(검사와 사법경찰관의 관계 등) ① 검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다. 이 경우 검사는 공소제기 및 공소유지를 책임지고, 사법경찰관은 수사를 책임진다.

② 검사는 국민의 인권을 옹호하기 위하여 사법경찰관의 수사에 관한 영장의 청구, 보완수사요구, 재수사요구 등 이 법률에서 정하는 직무를 수행한다.

1. 사법경찰의 수사 결과를 검토하고, 필요시 영장 청구도 하고,

형사소송법 제245조의8(재수사요구) ① 검사는 ... 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 ... **사법경찰관에게 재수사를 요구할 수 있다.** ...

형사소송법 제197조의2(보완수사요구) ① 검사는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 **사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다.**

1. 송치사건...의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우
2. 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우

형사소송법 제197조의3(시정조치요구 등) ① 검사는 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 사법경찰관에게 사건기록 등본의 송부를 요구할 수 있다.

③ ... 송부를 받은 검사는 필요하다고 인정되는 경우에는 **사법경찰관에게 시정조치를 요구할 수 있다.** ...

대한민국헌법 제12조 ③ 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 **검사의 신청**으로 법관이 발부한 **영장**을 제시하여야 한다. ...

2022다236781: 검사는 ... 죄를 범하였다고 의심할 만한 [타]당한 이유가 있는 피의자에게 증거 인멸 및 도주의 염려 등이 있을 때에는 법관으로부터 영장을 발부받아 피의자를 **구속**할 수 있다.]

2. 이를 바탕으로, 공소제기(institution of prosecution) 여부를 결정한다.

형사소송법 제246조(국가소추주의) 공소는 검사가 제기하여 수행한다.

형사소송법 제247조(기소편의주의) 검사는 「형법」 제51조의 사항[정상참작사유]을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.

2022다236781: 검사는 ... 수집, 조사된 증거를 종합하여 객관적으로 볼 때 피의자가 유죄판결을 받을 가능성이 있는 정도의 혐의를 가[진] 데에 합리적인 이유가 있다고 판단될 때에는 피의자에 대하여 **공소를 제기**할 수 있다.

3. 공소유지(sustainment of prosecution)를 담당한다.

형사소송법 제275조(공판정의 심리) ② 공판정은 판사와 **검사**, 법원사무관등이 **출석**하여 개정한다.

형사소송법 제298조(공소장의 변경) ① 검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경을 할 수 있다. ...

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

형사소송법 제302조(증거조사 후의 검사의 의견진술) 피고인신문과 증거조사가 종료한 때에는 검사는 사실과 법률적용에 관하여 의견을 진술하여야 한다. ...

사실관계 확인 권한

검사는,

- 1. 피의자 의견을 청취할 수 있다.
- 2. 참고인 의견도 청취할 수 있다.

형사소송법 제245조의13(검사의 사실관계 확인 등) ① 검사는 공소제기 여부의 결정, 재수사요구 여부의 결정 및 공소유지에 필요한 때에는 **피의자, 사건관계인**, 전문가 또는 사법경찰관으로부터 의견을 청취하거나 의견서 등 관련 자료를 제출받는 방법으로 사실관계를 확인(이하 “사실관계 확인”이라 한다)할 수 있다.

② 고소인등은 검사에게 면담을 신청하여 의견진술을 할 수 있다. 이 경우 검사는 사실관계 확인의 필요성을 검토하여 해당 신청의 수리 여부를 결정할 수 있다.

그러나 이런 확인은 수사(ㄷ 증거 수집)에 해당×. 예를 들어,

- 1. 검사가 취득한 피의자 진술 → 증거로 쓸 수 ×.
- 2. 검사가 취득한 참고인 진술 → 증거로 쓸 수 ×.

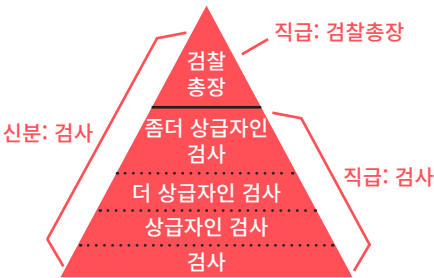
형사소송법 제245조의13(검사의 사실관계 확인 등) ③ 검사는 사실관계 확인 및 제2항에 따른 고소인등의 면담을 통하여 취득한 진술, 자료를 **재판에서 증거로 사용할 수 없다.**

객관의무

형사소송법 제246조의2(검사의 객관의무) 검사는 공소의 제기 및 유지를 하는 과정에서 객관성 및 중립성을 지켜야 하며, 피의자 또는 피고인의 정당한 이익을 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.

지휘, 감독

모든 검사는 검찰총장을 정점으로 하는 피라미드형 조직체의 일원이다. 하나의 통일적 검사사무를 담당하는 관계에 있다. 따라서,



- 1. 검사는 검사조직 내에서 지휘(direction), 감독(supervision)을 받는다.

공소청법 제7조(검사사무에 관한 지휘, 감독) 검사는 검사사무에 관하여 법률에 따라 지휘, 감독을 받는다.

공소청법 제11조(공소청의 장) ② 검찰총장은 ... 공소청, 각급 공소청...의 공무원을 지휘, 감독한다.

공소청법 제22조(지방공소청장) ② 지방공소청장은 ... 소속 공무원을 지휘, 감독한다.

2. 그러나 검사는 단독관청이므로, 직무에 관한 의사결정 권한(authority)과 책임(responsibility)은 어디까지나 사건을 처리하는 개개 검사에게 있다.

공소청법 제8조(검사의 이의제기권) ① 검사는 구체적 사건과 관련된 제7조의 지휘, 감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있는 경우에는 이의를 제기할 수 있다.

소속 상급자의 지휘, 감독권 근거와 한계는?

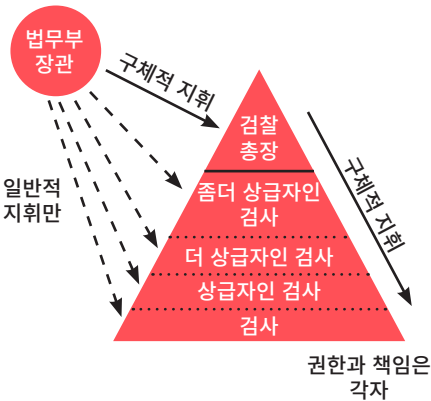
- 1. 전국 각지의 어느 지방공소청 또는 어느 검사가 담당하든, 영장 청구나 공소 제기가 동일한 기준으로 이루어지도록 하려는 취지다. 즉, 검사 권한 행사의 통일과 균형을 잡자는 뜻이 있다.
- 2. 그러나 각종 정치사건에서 검사 고위층이 담당 검사에게 부당한 압력을 가할 수 있는 근거로 악용될 우려도 있다.

법무부장관의 검사에 대한 지휘, 감독 범위

검사 조직은 법무부 산하에 있다. 즉, 법무부장관이 검사사무의 최고 감독자다. 그렇다면, 법무부장관이 검사를 지휘, 감독해도 되는가?

- 1. 법무부장관 → 검찰총장: 일반적으로 지휘, 감독해도 된다. 구체적 사건에 관해 지휘, 감독해도 된다.
- 2. 법무부장관 → 검찰총장 아닌 검사: 일반적으로 지휘, 감독해도 된다. 그러나 구체적 사건에 관해 지휘, 감독할 수는 없다.

공소청법 제9조(법무부장관의 지휘, 감독) 법무부장관은 검사사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘, 감독하고, 구체적 사건에 대해서는 검찰총장만을 지휘, 감독한다.



여기서 “일반적으로 지휘, 감독한다”란?

- 1. 법무부장관이 검사사무 처리의 일반 기준에 관해 방침을 세우거나, 법령해석을 제시한다는 뜻이다.

예를 들어, 법무부장관이 **형사사건의 공보에 관한 규정(법무부훈령)**을 발령하는 경우다. 규정을 무작위로 몇 개 보자.

형사사건의 공보에 관한 규정 제1조(목적) 이 훈령은 형사사건에 대한 공보와 관련하여 피의자, 참고인 등 사건관계인...의 인권을 보호하고 무죄추정의 원칙이 훼손되지 않도록 함과 동시에 국민의 알권리와 조화를 이루도록 하기 위하여, 형사사건의 공개 기준과 범위, 사건관계인의 초상권 보호 등에 관하여 검사를 비롯한 검찰공무원 및 법무부 소속 공무원이 준수해야 할 사항을 규정함을 목적으로 한다.

형사사건의 공보에 관한 규정 제4조(형사사건 공개금지 원칙) 형사사건에 관하여는 법령 또는 이 규정에 따라 공개가 허용되는 경우를 제외하고는 그 내용을 공개해서는 안 된다.

형사사건의 공보에 관한 규정 제11조(공소제기 후 공개 범위) ① 공소제기 후의 형사사건의 경우에는 피고인, 죄명, 공소사실 요지, 공소제기 일시, 공소제기 방식(구속기소, 불구속기소, 약식명령 청구), 수사경위, 수사상황, 범행경과 및 수사의 의의 등을 공개할 수 있다.

- 2. 만약 법무부장관이 거기서 더 나아가 개별 검사가 취급하는 특정 형사사건에 개입하면? 위법하다.

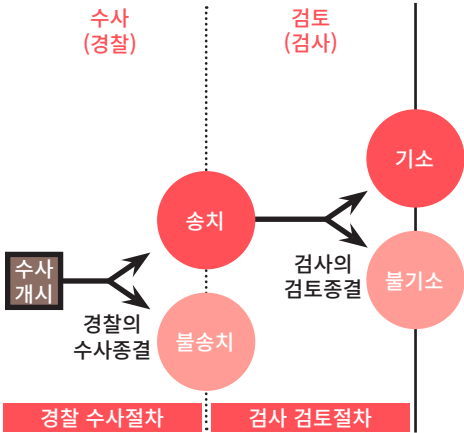
서울행법2020아13354: 검사는 법무부에 소속된 행정기관의 하나이므로 행정조직원리상 최고감독자인 법무부장관의 지휘, 감독에 복종함이 당연하[다. 그러나 검사] 형사사법기[능] 일부를 담당하는 기관이므로 **독립성과 정치적 중립성**이 [필요하]다. 따라서 입법자는 법무부장관이 검사에 대하여 갖는 지휘, 감독권은 일반적인 행정기관에 대한 지휘, 감독권과 다르게 일정한 제한을 두[었다. 즉, 검사]사무에 대하여는 일반적으로 모든 검사들을 지휘, 감독할 수 있지만, **구체적 사건**에 대하여는 **오직 검찰총장만을 지휘, 감독**할 수 있도록 하였다.

그런데 검찰총장이 법무부장관의 지휘, 감독권에 맹종할 경우 검사들의 독립성과 정치적 중립성은 유지될 수 없다. 검찰총장은 검사들의 최고상급자로서 모든 검사들을 지휘, 감독할 수 있으므로 결과적으로 법무부장관은 검찰총장을 통하여 모든 검사들을 지휘, 감독할 수 있기 때문이다. 그래서 입법자는 검찰총장으로 하여금 부당한 정치권력에 휘둘리지 않도록 임명 전에 국회의 인사청문회를 통하여 철저히 검증하고, 일단 임명되고 나면 소신껏 일할 수 있도록 임기를 보장하였다.

사건 송치, 불송치

복습: 수사/검토 종결권

- 1. 경찰의 수사 종결권: 송치 or 불송치
- 2. 검사의 검토 종결권: 기소 or 불기소



경찰의 송치

1. 경찰은 송치(transfer) 결정을 할 수도 있다.



대한민국 경찰
KOREAN NATIONAL POLICE

서울 양천 경찰서

2026. 6. 28.

사건번호 2026-001493호

제 목 송치 결정서

아래와 같이 송치 결정합니다.

I. 피의자 인적사항

성명: 김가해(金加害)	직업: 회사원
주민등록번호: 800123-1234567	
주거: 서울특별시 관악구 남부순환로199길 123	
등록기준지: 서울특별시 노원구 중계동 149	
전화번호: 02-909-9090, 010-1234-5678	

II. 범죄경력자료 및 수사경력자료

2014. 8. 13. 명예훼손	서울중앙지방법원	벌금 500만 원
2016. 5. 30. 도로교통법위반(음주운전)	서울남부지방법원	벌금 300만 원
2018. 8. 31. 교통사고처리특례법위반	서울남부지방법원	공소권없음

III. 범죄사실

피의자는 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.

IV. 적용법조

형법 제257조 제1항

V. 증거관계

☐ 피의자신문조서

☐ 피해자 정피해에 대한 진술조서

☐ 목격자 한목격에 대한 진술조서

☐ 목격자 최실종의 진술서

☐ 현장 사진

VI. 송치 결정 이유

피의자는 피해자 정피해가 허위 진술을 한다면 혐의를 부인한다. 그러나 피해자 정피해와 참고인 한목격, 최실종의 각 진술, 현장 사진 등으로 보아 피의사실 인정된다.

사법경찰관 경위 박두임 (인)

2. 경찰은 사건 기록(수사서류)과 증거물을 검사로 송부(sending)한다.

이 기록의 표지를 사건송치서라 부른다.

서울양천경찰서

제 2026-002472 호2026. 6. 28.

수 신 : 서울남부지방검찰청 검사장

제 목 : 사건송치서

다음 사건을 송치합니다.

피의자	지문원지 작성번호	구속영장 청구번호	피의자 원표번호	통신사실 청구번호
김 가 해 (金 加 害)	2026-008765	2026-0777	2026-0777	
구속				

죄 명	상해
수사단서	인지
사건번호	2026-001493
체포구속	2026. 6. 20. (헌행범인체포)
석 방	
결 정 일	2026. 6. 28.
결정근거	형사소송법 제245조의5(사법경찰관의 사건송치 등) 제1호
증 거 품	없음
비 고	
서울양천경찰서장 (인)	

형사소송법 제245조의5(사법경찰관의 사건송치 등) ① 사법경찰관은 ... 범죄를 수사한 때에는 다음 각호의 구분에 따른다.

- 1. 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다.

경찰의 불송치

- 1. 경찰은 불송치(non-transfer) 결정을 할 수도 있다.



대한민국 경찰
KOREAN NATIONAL POLICE

서울 양 천 경 찰 서

2026. 6. 28.

사건번호 2026-001493호

제 목 불송치 결정서

아래와 같이 불송치 결정합니다.

I. 피의자 인적사항

김가해

II. 죄명

상해

III. 주문

피의자는 증거불충분 하여 혐의 없다.

IV. 피의사실과 불송치 이유

2026. 6. 20. 피해자 정피해를 때려 상해

○ 피의자가 오른쪽 주먹으로 피해자의 허리를 2회 때린 사실은 인정된다.

○ 피의자는 피해자가 태권도 유단자로 방어능력이 있는 데다가 맨주먹으로 가볍게 맞았기 때문에 피해자의 상해는 자신과 무관하다고 주장한다.

○ 피해자가 가볍게 스치듯 맞았을 뿐이고 쓰러지지도 않았다는 한목적, 최실종의 각 진술 등에 비추어 피해자는 별개의 사유로 상해를 입은 것으로 보이고, 달리 피의자의 행위와의 인과관계를 인정할 증거가 없다.

○ 증거 불충분하여 혐의 없다.

사법경찰관 경위 박주인 (인)

2. 불송치 경우도, 경찰은 사건 기록(수사서류)과 증거물을 검사로 송부 (sending)한다.

이 기록의 표지를 불송치 사건기록 송부서라 부른다.

서울양천경찰서

2026. 6. 28.

수 신 : 서울남부지방검찰청 검사장

제 목 : 불송치 사건기록 송부서

다음 불송치 사건기록을 송부합니다.

사 건 번 호	2026-001493 (2026. 6. 20.)	결 정 일	2026. 6. 28.
---------	----------------------------	-------	--------------

피 의 자		죄 명	주 문
김 가 해		상 해	혐의없음(증거불충분)
송 부 내 역	서 류	별지 기록 목록 기재와 같음	
	증 거 품	없음	
공 소 시 효	장 기	2033. 7. 6.	
	단 기		
반 환 기 한		2026. 9. 26.	
참 고 사 항			
○ 수사경력자료 보존기간: 5년			
서울양천경찰서장 (인)			

형사소송법 제245조의5(사법경찰관의 사건송치 등) ① 사법경찰관은 ... 범죄를 수사한 때에는 다음 각호의 구분에 따른다.

2. 그 밖의 경우[→ 혐의 없는 경우 등]에는 그 이유를 명시한 서면[→ 불송치 결정서]과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다. ...

	경찰이 혐의 있다고 판단할 경우	그렇지 않을 경우
검사로 사건 송치	○	×
검사로 서류 송부	○	○

여러 수사기관

머리에

- 1. 사실 경찰에는 다시 일반경찰과 특별경찰이 있다.
- 2. 사실 수사기관에는 제3의 수사기관도 있다.

일반경찰

특별경찰

제3의 수사기관

특별경찰

형사소송법 제245조의10(특별사법경찰관리) ① 삼림, 해사, 전매, 세무, 군수사기관 기타 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 특별사법경찰관리와 그 직무의 범위는 법률로 정한다.

③ 특별사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시, 진행하여야 한다. ...

- 예를 들어,
- 1. 순회점검공무원: 7급 교위 이상(경찰관) + 8급 교사 이하(경찰리)
 - 2. 출입국관리공무원: 7급 주사보 이상(경찰관) + 8급 서기 이하(경찰리)
 - 3. 근로감독공무원: 근로감독관(경찰관) + 검사장 지명 8급 서기 이하(경찰리)
 - 4. 소방공무원: 검사장 지명 3급 소방준감 이하 6급(을) 소방위 이상(경찰관) + 검사장 지명 7급 소방장 이하(경찰리)

이런 것들을 외울 필요는 없다. 이런 것들이 존재한다고 기억해도 충분하다.

중수청

중대범죄(serious crime) 등은 중대범죄수사청(중수청; Serious Crimes Investigation Agency; SCIA)에서 수사한다.

중수청법 제3조(중대범죄수사청 등의 설치) ① 제4조에 따른 직무를 수행하기 위하여 행정안전부장관 소속으로 중대범죄수사청을 둔다.

② 중대범죄수사청의 사무를 지역적으로 분담하기 위하여 중대범죄수사청장 소속으로 특별시, 통합특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도에 지방중대범죄수사청...을 둘 수 있다.

중수청법 제4조(직무) 중대범죄수사청은 다음 각호의 직무를 수행한다.

- 1. 중대범죄등에 대한 수사

중수청법 제7조(중대범죄수사청장) ① 중대범죄수사청에 중대범죄수사청장을 둔다.

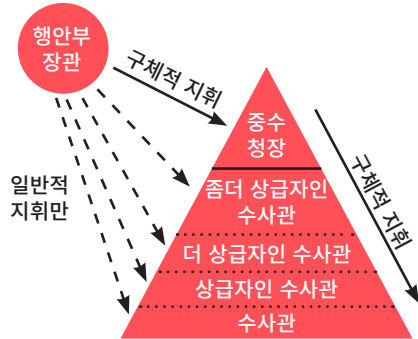
- 1. 중수청 수사관

중수청법 제12조(중대범죄수사청수사관) 중대범죄수사청에 제4조에 따른 직무를 수행하기 위하여 중대범죄수사청수사관...을 두며, 수사관은 특정직공무원으로 한다.

중수청법 제41조(직무수행 및 이의제기) ① 수사관...은 상관의 지휘, 감독을 받아 직무를 수행한다.

- 2. 중수청 직원

중수청법 제14조(그 밖의 직원) 중대범죄수사청 직원으로 수사관 외에 일반직공무원을 둔다.



공수처

고위공직자범죄(corruption of a high-ranking official) 등은 고위공직자범죄수사처(공수처; Corruption Investigation Office for High-ranking Officials; CIO)에서 수사한다.

공수처법 제3조(고위공직자범죄수사처의 설치와 독립성) ① 고위공직자범죄등에 관하여 다음 각호에 필요한 직무를 수행하기 위하여 고위공직자범죄수사처(이하 “수사처”라 한다)를 둔다.

- 1. 고위공직자범죄등에 관한 수사
- ② 수사처는 그 권한에 속하는 직무를 독립하여 수행한다.

공수처법 제4조(처장, 차장 등) ② 수사처에 수사처검사와 수사처수사관 및 그 밖에 필요한 직원을 둔다.

1. 수사처 검사

공수처법 제20조(수사처검사의 직무와 권한) ① 수사처검사는 제3조 제1항 각호에 따른 수사...에 필요한 행위를 한다.

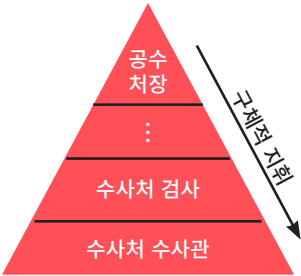
- ② 수사처검사는 처장의 지휘, 감독에 따르며, 수사처수사관을 지휘, 감독한다.

공수처법 제23조(수사처검사의 수사) 수사처검사는 고위공직자범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.

2. 수사처 수사관

공수처법 제21조(수사처수사관의 직무) ① 수사처수사관은 수사처검사의 지휘, 감독을 받아 직무를 수행한다.

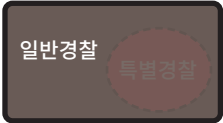
- ② 수사처수사관은 고위공직자범죄등에 대한 수사에 관하여 ... 사법경찰관의 직무를 수행한다.



소결

이해를 쉽게 하기 위해, 앞으로,

- 1. 경찰(사법경찰) 중 특별경찰(특별사법경찰)은 논외로 한다.
- 2. 제3의 수사기관도 논외로 한다.



따라서 이 책에서 “수사기관”이라는 용어를 보면, 일반경찰(일반사법경찰)만 생각해도 좋다. 제2권 “응용과 적용” 편에서도 마찬가지다.

왜? 특별경찰(특별사법경찰)과 제3의 수사기관은 어디까지나 예외적 수사기관이기 때문이다. 먼저 원칙적 모습을 이해하고 그다음에 예외를 보자.

임의수사

Non-compulsory Investigation

자백은 증거의 여왕이다. - 라틴 법언

임의수사 개념

수사방법의 재량성

수사를 하는 수단, 방법에는 원칙적으로 특별한 제한이 없다. 수사기관의 재량에 맡겨져 있다.

형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사) ① 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다....

강제수사와 임의수사

수사(investigation)는 다음 2가지로 나뉜다.

1. 강제수사(compulsory investigation): 체포, 구속, 압수, 수색처분, 강제처분(compulsory measures)에 따른 수사
2. 임의수사(non-compulsory investigation): 강제수사를 제외한 수사
임의수사가 원칙이다. 강제수사(구속, 압수 등)는 예외다.

대한민국헌법 제12조 ① ... 누구든지 법률에 [따르]지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문을 받지 아니하며 ...

형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사) ① ... 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

2005도6810: 형사소송법 제199조 제1항[은] 임의수사의 원칙을 명시하고 있다.]

2020모3326: 형사소송법 제199조 제1항 단서는 ... 강제처분 법정주의를 취하고 있다. 그러므로 형사소송법에 근거하지 아니한 수사기관의 강제처분은 허용될 수 없다.

임의수사 사례

임의수사 방법 중 대표적 3가지를 살펴보자.

1. 피의자신문: 피의자로부터 진술을 듣는 것

2013모160: 형사소송법[은] 수사의 목적을 달성하기 위하여 임의수사의 한 방법으로 피의자신문을 할 수 있음을 규정하고 있다.

2. 참고인조사: 참고인(피해자 또는 목격자 등)으로부터 진술을 듣는 것

범죄수사규칙 제63조(임의성의 확보) ① 경찰관은 조사를 할 때에는 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 그 밖에 진술의 임의성에 관하여 의심받을 만한 방법을 취하여서는 아니 된다.

3. 임의동행: 피의자 동의를 받아 수사기관의 조사실로 함께 이동하는 것

2020도398: 임의동행은 ... 행정경찰 목적의 경찰활동으로 행하여지는 것 외에도 형사소송법 제199조 제1항에 따라 범죄 수사를 위하여 ... 오로지 피의자의 자발적인 의사에 [따라] 이루어진 경우에도 가능하다.

피의자신문

개념

피의자신문(interrogation of suspect)이란?

- 1. 경찰이,
- 2. 진실을 알기 위해,
- 3. 경찰서에 출석한,
- 4. 피의자로부터,
- 5. 진술을 듣는 것.

형사소송법 제200조(피의자의 출석요구) 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.

영화에서 경찰이 피의자를 앞에 앉혀 두고 이름, 주민등록번호, 학력, 직업 등을 물으면서 추궁하는 장면을 종종 볼 수 있다. 피의자신문을 묘사한 것이다.

의의

피의자신문 왜 하나? 피의자가 사건의 경위를 누구보다도 잘 알고 있기 때문에,

- 1. 그 진술을 통해 진실을 발견하고,
- 2. 피의자에게도 변명할 기회를 주기 위해 한다.

형사소송법 제242조(피의자신문사항) 사법경찰관은 피의자에 대하여 범죄사실과 정
상에 관한 필요사항을 신문하여야 하며 그 이익되는 사실을 진술할 기회를 주어야 한다.

출석하게 하는 방법

경찰은 피의자를 데려와야 피의자신문을 할 수 있다. 어떻게 데려오나?

- 1. 체포, 구속된 피의자는 신문할 조사실로 강제로 데려오면 된다.

2016모160: 구속영장 발부[로] 적법하게 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석 요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에서의 출석을 거부[하고 있다. 그렇]다면 수사기관은 그 구속영장의 효력에 [따라] 피의자를 조사실로 구인할 수 있다.

다만 이러한 경우에도 그 피의자신문 절차는 어디까지나 법 제199조 제1항 본문, 제 200조의 규정에 따른 임의수사의 한 방법으로 진행되어야 [한다.]

피의자신문을 위해 강제로 데려오는 것은 임의수사가 아니라 강제수사다. 그러나 그 경우에도 체포, 구속이 강제수사이지, 피의자신문이 강제수사는 아니다. 현행법상 누구의 진술도, 어떤 이유에서든, 강제할 수 없다.

대한민국헌법 제12조 ② 모든 국민은 ... 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.

말을 물가로 데려갈 수는 있어도 물을 억지로 먹일 수는 없다(You can lead a horse to water but you can't make him drink).

2. 체포, 구속 안 된 피의자는 제 발로 찾아오거나, 출석요구서를 보내 부른다.

출 석 요 구 서

제 2026-03541 호

김가혜 귀하에 대한 상해 사건(접수번호: 2026-02138)에 관하여 문의할 사항이 있으니 2026. 6. 20. 17:30에 형사와 형사5팀으로 출석하여 주시기 바랍니다.

< 사건의 요지 >

2026. 6. 20. 14:00경 서울 양천구 목동남로 123에 있는 맛나식당에서 발생한 상해 사건

< 구비서류 등 >

1. 주민등록증 또는 운전면허증

2. 혐의사실 관련 제출할 증거 또는 자료

출석하실 때에는 이 출석요구서와 위 구비서류, 기타 귀하가 필요하다고 생각하는 자료를 가지고 나오시기 바라며, 이 사건과 관련하여 귀하가 전에 충분히 진술하지 못하였거나 새롭게 주장하고 싶은 사항, 조사가 필요하다고 생각하는 사항이 있으면 이러한 내용을 정리한 진술서를 제출하여 주시기 바랍니다.

지정된 일시에 출석할 수 없는 부득이한 사정이 있거나 이 출석요구서와 관련하여 궁금한 점이 있으면, 형사5팀(☎02-700-1234, 사건 담당자 경사 김수로)에 연락하여 출석일시를 조정하시거나 궁금한 사항을 문의하시기 바랍니다.

정당한 이유 없이 출석요구에 응하지 않으면 「형사소송법」 제200조의2에 따라 체포될 수 있습니다.

2026. 6. 20.

서울양천경찰서

사법경찰관 경위 박주임 (인)

사법경찰리 경사 김수로 (인)

피의자신문조서

경찰이 신문내용을 기재한 서류를 피의자신문조서(protocol containing interrogation of a suspect; protocol of investigative suspect interrogation)라 한다. 피의자신문을 했으면, 반드시 피의자신문조서를 작성해야 한다. 의무다.

형사소송법 제244조(피의자신문조서의 작성) ① 피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다.

형사소송법 제244조의4(수사과정의 기록) ① 사법경찰관은 피의자가 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 피의자신문조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다.

피의자신문조서는 왜 작성하나?

- 1. 수사단계에서 자백했던 피의자가, 나중에 공판정에서 진술을 번복하며 부인하는 경우가 종종 있다.
- 2. 또는, 부인하지 않더라도, 시간이 흐르면서 피의자나 수사기관이 정확한 사실관계를 망각할 우려가 있다.
- 3. 이때 준비했던 피의자신문조서를 법원에 증거로 제출하기 위해 한다.

형사소송법 제312조(... 사법경찰관의 조서 등) ③ 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 ... [일정한 요건을 충족한] 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

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.

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 확인하다.

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 고지받았는가요

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.

문: 전과관계를 진술하십시오.

답: 2014. 8. 13. 명예훼손으로 서울중앙지방법원에서 벌금 500만 원, 2016. 5. 30. 도로교통법위반(음주운전)으로 서울남부지방법원에서 벌금 300만 원을 받았습니다.

문: 현재 거주지 및 가족관계를 진술하십시오.

답: 부모님은 약 2년 전에 이혼하시고, 여동생은 결혼하여 부산에서 생활하고 있고, 저는 아버지와 서울 관악구 남부순환로 199길 123에서 둘이 살고 있습니다.

문: 최종학력을 진술하십시오.

답: 낙성대학교 화학생물공학부 졸업했습니다.

문: 병역관계를 진술하십시오.

답: 현역병으로 입대해 2004. 11. 5. 육군 병장으로 만기 제대했습니다.

문: 경력은 어떤가요?

답: 대학 졸업 후 가설물산에 취업해서 현재까지 다니고 있습니다.

문: 피의자는 현재 무슨 이유로 현행범체포 되어 조사를 받는지 알고 있나요?

답: (묵묵부답하다.)

문: 피의자는 정피해를 아나요?

답: 학창시절부터 친하게 지낸 친구라 잘 알고 있습니다.

문: 피의자는 정피해와 다툰 일이 있나요?

답: 낫술을 하다가 다툰 일이 있습니다.

문: 언제, 어디서 다투었나요?

답: 2026. 6. 20. 오후 2시경 서울 양천구 목동남로 123에 있는 맛나식당 안입니다.

문: 어떻게 하여 다투게 되었나요?

답: 근무하는 회사가 창립기념일로 쉬는 날이어서, 자영업을 하는 친구들인 정피해, 한목격, 최실종과 오랜만에 모여 낚시를 하게 되었습니다. 싸움 실력에 관해 이야기하다 서로 언성이 높아졌고, 마침 제가 정피해에게 “너는 한주먹 감이지.”라고 하자, 정피해가 갑자기 흥분해서 소주병을 깨고 깨진 소주병을 제게 휘두르며 저를 죽인다고 하였습니다. 그래서 저는 깜짝 놀라 도망가다가 어쩔 수 없이 오른쪽 주먹으로 정피해의 허리를 2회 때렸습니다.

문: 술은 얼마나 마셨나요?

답: 4명이 합쳐서 소주 5병 정도 마셨습니다.

문: 평소 주량은 어떤가요?

답: 저는 소주 반병 정도이고, 정피해는 소주 1병 정도인 것 같습니다.

문: 피의자가 정피해를 혼내 주기 위해서 때린 것 아닌가요?

답: 혼내려고 때린 것이 아니라, 벽 때문에 제가 더는 도망갈 공간이 없었고, 어쩔 수 없이 방어하고자 때린 것입니다.

문: 정피해의 진술에 따르면 피의자가 처음부터 도망가지 않고 자신을 때리러 다가왔다고 하는데 어떤가요?

답: 아닙니다. 정피해의 말은 거짓말입니다.

문: 한목격, 최실종 외에 다른 목격자가 있나요?

답: 당시 맛나식당 주인이 잠시 장을 보러 간 때 발생한 일이어서, 같이 술을 마신 위 4명 외에는 이 다툼을 본 사람이 없습니다.

문: 이날 정피해가 얼마나 다쳤나요?

답: 저는 맨주먹으로 2회 때렸을 뿐인데, 정피해는 나뭇 태권도 유단자라 별로 다치지도 않았습니다.

문: 정피해는 허리에 출혈이 있는 등 크게 다쳤다며, 상처 사진도 출력해 왔는데 어떤가요?

이때 사법경찰관은 정피해가 제공한 정피해의 왼쪽 허리 사진을 제시하다.

답: 이것은 아마도 저와 다투기 전이나 그 후에 다른 이유로 다친 것이 아닐까
합니다. 제가 때릴 때 한목격은 눈을 가려 못 봤지만 최실종은 정확히
보았습니다. 확인해 보십시오.

문: 피해자와 합의하였거나 합의할 생각이 있나요?

답: 합의를 하지 않았고, 지금으로서는 합의 생각이 없습니다.

문: 더 할 말이 있나요?

답: 오히려 제가 피해자인데 왜 제가 이렇게 조사를 받는지 모르겠습니다.

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 오거나 증감, 변경할 것이
없다고 말하므로 간인한 후 서명, 무인하게 하다.

진 술 자 김 가 해 (인)

2026. 6. 20.

사법경찰관 경위 박 주 인 (인)

사법경찰리 경사 김 수 로 (인)

경찰서에 왔는데, 학력, 경력, 가족관계, 병역사항을 물어본다면? 지금 피의자신
문을 받는 것일 가능성이 매우 높다.

한계

피의자가 자백하면, 보통 수사는 쉽게 진행된다.

자백은 증거의 여왕이다(*Confessio est regina probationum*; Confession is the queen of evidence).

1. 그러나 체포, 구속하지 않는 이상 피의자의 출석을 강제할 수도 없다.

대한민국헌법 제12조 ① ... 누구든지 법률에 [따르]지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문을 받지 아니하며, ...

③ 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청[으로] 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. ...

2. 또한, 체포, 구속하더라도, 피의자는 진술거부권이 보장된다.

대한민국헌법 제12조 ② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.

누구도 스스로 비난하게 할 수 없다(*Nemo tenetur seipsum accusare*; No man is bound to accuse himself).

결국 피의자신문만으로는 수사가 불충분하다.

참고인조사

개념

참고인조사(investigation of person for reference): 경찰이 피의자 아닌 자(제3자)의 출석을 요구해서 진술을 듣는 것. 누구를 조사하나?

1. 목격자를 참고인으로 조사할 수 있다.
2. 피해자도 참고인으로 조사할 수 있다.
3. 그 밖에 제3자도 필요하다면 참고인으로 조사할 수 있다.

피해자도 참고인이다. 어차피 피해자는 형사절차(수사, 형사소송)의 당사자가 아니다. 목격자든 피해자든 그 밖의 제3자든, 모두 “제3자”다.

형사소송법 제221조(제3자의 출석요구 등) ① 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. ...

형사소송법 제245조(참고인과의 대질) 사법경찰관이 사실을 발견함에 필요한 때에는 피의자[→ 김가해]와 다른 피의자 또는 피의자 아닌 자[→ 정피해, 한목격, 최실종]와 대질하게 할 수 있다.

출석하게 하는 방법

수사기관은 참고인을 데려와야 참고인조사를 할 수 있다. 어떻게 데려오나?

1. 참고인을 체포, 구속할 수는 없다. 즉, 참고인을 강제로 데려올 수는 없다.

청주지법2009노132: 피의자[→ 김가해]의 경우에는 수사단계에서 체포, 구속과 같이 신체의 자유를 현실적으로 제한하는 강제수사가 형사소송법에 [따라] 일부 가능[다]. 그렇[지만], **참고인**[→ 정피해, 한목격, 최실종]의 경우에는 **수사기관이** 수사단계에서 그 신병을 강제로 확보할 수 있는 **강제구인과 같은 수단이 형사소송법에 존재하지 않는다**.

참고인은 물가로 끌고 갈 수조차 없다.

2. 참고인은 제 발로 찾아오거나, 출석요구서를 보내 부른다.

출 석 요 구 서

제 2026-03812 호

김가해에 대한 사건명 피의사건(접수번호:2026-02138)의 참고인으로 문의할 사항이 있으니 2026. 6. 26. 10:30에 형사와 형사5팀으로 출석하여 주시기 바랍니다.

< 사건의 요지 >

2026. 6. 20. 14:00경 서울 양천구 목동남로 123에 있는 맛나식당에서 발생한 상해 사건

< 구비서류 등 >

1. 주민등록증 또는 운전면허증

2. 도장

3. 기타 귀하가 필요하다고 생각하는 자료

출석할 수 없는 부득이한 사정이 있거나 사건내용에 관하여 문의할 사항이 있으면 형사5팀(☎02-700-1234, 사건 담당자 경사 김수로)로 연락하여 출석일시를 협의하거나 사건내용을 문의하시기 바랍니다.

※ 질병 등으로 경찰관서 직접 출석이 곤란한 경우에는 우편, 팩스, 전자우편 등 편리한 매체를 이용한 조사를 받을 수 있으며, 출장조사도 요청하실 수 있습니다.

지정된 일시에 출석할 수 없는 부득이한 사정이 있거나 이 출석요구서와 관련하여 궁금한 점이 있으면, 형사5팀(☎02-700-1234, 사건 담당자 경사 김수로)에 연락하여 출석일시를 조정하시거나 궁금한 사항을 문의하시기 바랍니다.

2026. 6. 21.

서울양천경찰서

사법경찰관 경위 박주임 (인)

사법경찰리 경사 김수로 (인)

의의

피의자는 범행을 부인하는 경향이 있다. 따라서 참고인조사는 매우 절실한 수사 방법이다.

참고인진술조서

참고인의 진술을 기재한 서류를 참고인진술조서(protocol of reference person’s statement; protocol of investigative witness interview)라 한다. 참고인조사를 했으면, 반드시 참고인진술조서를 작성해야 한다. 의무다.

형사소송법 제312조(... 사법경찰관의 조서 등) ④ 사법경찰관이 피고인이 아닌 자[(= 참고인)]의 진술을 기재한 조서는 [일정한 요건을 충족한] 때에는 증거로 할 수 있다.
...

2012도5041: 형사소송법은 ... 제312조 제4항에서 ... 사법경찰관이 참고인의 진술을 기재한 조서가 작성됨을 전제로 하여 ...

참고인진술조서는 왜 작성하나?

- 1. 준비했던 참고인진술조서를 법원에 증거로 제출하기 위해 한다.
- 2. 이렇게 증거로 쓸 수 있다면, 참고인을 공판단계에서 증인으로 다시 부르지 않아도 된다. 검사도 좋고, 참고인도 좋다.

진 술 조 서

성명: 정피해(鄭被害)

주민등록번호: 800304-1231231

직업: 자영업

주거: 서울특별시 강서구 양천로 909

등록기준지: 전라북도 김제시 요촌북로 81

직장주소: 서울특별시 강서구 양천로 994

연락처: 자택전화 02-2656-1234 휴대전화 010-3137-9876

직장전화 02-2656-9876 전자우편 victimjeong_0304@gmail.com

위의 사람은 피의자 김가해에 대한 상해 피의사건에 관하여 2026. 6. 26. 서울양천경찰서 형사과 형사5팀 사무실에 임의로 출석하여 다음과 같이 진술하다.

1. 피의자와의 관계

저는 피의자 김가해와 학창시절부터 친구인 관계에 있습니다.

1. 피의사실과의 관계

저는 피의사실과 관련하여 피해자 자격으로서 출석하였습니다.

이때 진술의 취지를 더욱 명백히 하기 위하여 다음과 같이 임의로 문답하다.

문: 진술인은 김가해로부터 폭행을 당했다고 신고한 사실이 있나요?

답: 예, 그러한 사실이 있습니다.

문: 이것이 진술인이 작성한 신고서인가요?

이때 사법경찰관은 2026. 6. 20.자로 당서에 접수된 2026-02138 진술인 명의의 신고서를 제시하다.

답: 예, 제가 작성한 신고서가 틀림없습니다.

문: 이 건 이외에 다른 기관에 같은 내용으로 신고한 사실이 있나요?

답: 아니요, 없습니다.

문: 신고내용을 자세히 진술하십시오.

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 오기나 증감, 변경할 것이 없다고 말하므로 간인한 후 서명, 무인하게 하다.

진 술 자 정 피 해 (인)

2026. 6. 26.

사법경찰관 경위 박주임 (인)

한계

참고인이 임의로 출석해 수사에 협조하면 수사기관은 편하다.

1. 그러나 참고인은 체포, 구속할 수 없어, 출석을 강제할 방법이 없다.

청주지법2009노132: 참고인... 강제구인과 같은 수단이 형사소송법에 존재하지 않는다.
형사소송법의 취지에서 본다면, 수사의 협조자에 불과한 참고인에 대한 수사에서는 범
죄혐의가 있는 피의자의 경우보다 임의성 내지 당사자의 자발성 요건[을] 더욱 엄격히
요구[해야 한다.]

2. 참고인이 출석하더라도, 당연히 진술거부권을 보장받는다.

대한민국헌법 제12조 ② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한
진술을 강요당하지 아니한다.

변호인 참여

기초 개념: 변호인 조력권

변호인 조력권(right to counsel)이란, 방해 없이 변호인으로부터 조력을 받거
나 변호인으로서 조력할 권리다. 헌법상 기본권(fundamental right)이다.

대한민국헌법 제12조 ④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력
을 받을 권리를 가진다. ...

⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지
아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. ...

형사소송법 제34조(피고인, 피의자와의 접견, 교통, 진료) 변호인이나 변호인이 되려는
자는 신체가 구속된 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류나 물건을 수수(授受)할 수
있으며 의사로 하여금 피고인이나 피의자를 진료하게 할 수 있다.

형사소송법 제35조(서류, 증거물의 열람, 복사) ① 피고인과 변호인은 소송계속 중의 관
계 서류 또는 증거물을 열람하거나 복사할 수 있다.

형사소송법 제36조(변호인의 독립소송행위권) 변호인은 독립하여 소송행위를 할 수 있
다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

형사소송법 제243조의2(변호인의 참여 등) ① 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호
인...의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의
자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.

2024모730: 헌법 제12조 제4항 및 제12조 제5항 제1문은 형사절차에서 체포, 구속된 사람이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 명시하고 있다.[...] 변호인의 조력을 받을 권리의 보장은 피의자, 피고인과 국가권력 사이의 실질적 대등을 이루고 이로써 공정한 형사절차를 실현하기 위한 헌법적 요청이다.[...]

1. 구속, 불구속 불문: 헌법 조문에는 구속 경우만 있지만, 해석상 불구속 경우도 당연히 인정된다.

대한민국헌법 제12조 ④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. ...

2000헌마138: 불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 우리 헌법에 나타난 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용이다.[...] 헌법 제12조 제4항도 이를 전제로 특히 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조하기 위하여 별도로 명시하고 있다.

2. 피의자, 피고인 불문

대한민국헌법 제12조 ④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. ...

2007헌마1126: 일반적으로 형사사건에[서] 변호인의 조력을 받을 권리는 피의자나 피고인을 불문하고 보장[된다].

단, 피의자(기소 전)인지 피고인(기소 후)인지에 따라 구체적 범위가 다를 수 있다. 일반적으로, 피고인(기소 후)에 인정되는 권리가 더 넓다.

형사소송법 제266조의3(공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람, 등사) ① 피고인 또는 변호인은 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건(이하 “서류 등”이라 한다)의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 다음 서류 등의 열람, 등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있다. 다만, 피고인에게 변호인이 있는 경우에는 피고인은 열람만을 신청할 수 있다.

1. **검사가 증거로 신청할 서류등**

1. 검사가 증인으로 신청할 사람의 성명, 사건과의 관계 등을 기재한 서면 또는 그 사람이 공판기일 전에 행한 진술을 기재한 서류등
2. 제1호 또는 제2호의 서면 또는 서류등의 증명력과 관련된 서류등
3. 피고인 또는 변호인이 행한 법률상, 사실상 주장과 관련된 서류등(관련 형사재판 확정기록, 불기소처분기록 등을 포함한다)

수사준칙 제69조(수사서류 등의 열람, 복사) ① 피의자, 사건관계인 또는 그 변호인은 ... 사법경찰관이 수사 중인 사건에 관한 본인의 진술이 기재된 부분 및 본인이 제출한 서류의 전부 또는 일부에 대해 열람, 복사를 신청할 수 있다.

3. 피의자/피고인의 권리이자, 변호인의 권리

2016헌마503: 피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리는 그들과 변호인 사이의 상호관계에서 구체적으로 실현될 수 있다.

피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리는 그들을 조력할 변호인의 권리가 보장됨으로써 공고해질 수 있으며, 반면에 변호인의 권리가 보장되지 않으면 유명무실하게 될 수 있다. 피의자 및 피고인을 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 그들이 변호인의 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분은 [어떤가?] 헌법상 기본권인 피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리와 표리의 관계에 있다.]

따라서 **피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을** 권리가 실질적으로 확보되기 위해서는, 피의자 및 피고인에 대한 **변호인의 조력할** 권리의 핵심적인 부분...은 헌법상 **기본권**으로서 보호되어야 한다.]

나아가 변호인이 “되려는” 자도 일정 범위에서 변호인 조력권이 있다.

형사소송법 제34조(피고인, 피의자와의 접견, 교통, 진료) 변호인이나 **변호인이 되려는** 자는 신체가 구속된 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류나 물건을 수수(授受)할 수 있으며 의사로 하여금 피고인이나 피의자를 진료하게 할 수 있다.

2013도16162: 변호인이 되려는 의사를 표시한 자가 객관적으로 변호인이 될 가능성이 있다고 인정[된다고 하자. 그런데도] 형사소송법 제34조에서 정한 ‘변호인 또는 변호인이 되려는 자’가 아니라고 보아 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하지 못하도록 제한하여서는 아니 된다.

4. 비밀 보장 필요

2024모730: 변호인의 조력을 받을 권리를 충분히 행사하려면 피의자, 피고인과 변호인(변호인이 되려는 사람을 포함한다. 이하 같다) 사이의 접견 등을 통한 조언과 상담이 보장될 **뿐만 아니라 그 내용에 대하여도** 비밀이 완전히 보장되어야 한다.

[왜?] 피의자, 피고인이 변호인의 조언과 상담을 구할 수 없거나 그 내용에 대하여 비밀이 보장되지 아니하면, 변호인의 조력을 받을 권리의 행사는 불가능하거나 간과될 수 있[기 때문이다.] 나아가 [그 권리가] 잘못 행사되어 결과적으로 변호인의 조력을 받을 권리 자체의 존재 의의를 훼손할 수 있기 때문이다.]

법률자문 서류 압수는 원칙적으로 금지한다.

2024모730: 이러한 법리는 피의자, 피고인과 변호인 사이에 의사교환 등을 하는 과정에서 생성된 형사사건에 관한 법률자문 또는 법률상담 등이 기재된 서류나 자료 또는 물건 등(이하 ‘법률자문 서류 등’이라 한다)에 대한 압수에서도 마찬가지로 적용된다. 즉, 법률자문 서류 등에 대한 압수가 제한 없이 허용된다면 피의자, 피고인의 비밀이 완전히 보장된다고 보기 어렵다.

[이런 점 등에] 비추어 보면, 피의자, 피고인과 변호인 사이에 생성된 형사사건에 관한 **법률자문 서류 등에 대한 압수**는 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리 등을 침해할 소지가 있다. 그러므로 **원칙적으로 허용되어서는 아니 된다.**

변호인 참여권 개념

변호인 참여권(participation right)이란, 변호인 조력권 중에서 수사기관의 조사 시 변호인이 참여할 권리다.

피의자신문 시 변호인 참여

경찰관은 피의자신문 시 변호인의 참여권을 보장해야 한다.

형사소송법 제243조의2(변호인의 참여 등) ① 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인...의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.

③ 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다.

2019다235450: 피의자신문의 과정과 결과는 수사의 방향 및 피의자의 기소 여부를 결정하고, 유죄 [증명]에 중요한 증거자료로 사용될 수 있[다. 그러므로 이는] 형사절차에서 중요한 의미를 가진다.

[만약] 변호인이 피의자신문에 자유롭게 참여할 수 없다면, [어떻게 될까?] 변호인은 피의자가 조언과 상담을 요청할 때 이를 시의적절하게 제공할 수 없[다.] 나아가 피의자는 스스로의 판단에 따라 의견을 진술할 수 밖에 없으며 수사기관의 부당한 신문방법 등에 대하여 이의를 제기할 수 없게 된다. 그 결과 피의자는 형사절차에서 매우 중요한 의미를 가지는 피의자신문의 시기에 변호인으로부터 충분한 조력을 받을 수 없게 되어 변호인의 조력을 받을 피의자의 권리가 침해된다.

검사도 피의자 의견 청취 시 변호인의 참여권을 보장해야 한다.

형사소송법 제245조의13(검사의 사실관계 확인 등) ① 검사는 공소제기 여부의 결정, 재수사요구 여부의 결정 및 공소유지에 필요한 때에는 피의자, 사건관계인, 전문가 또는 사법경찰관으로부터 의견을 청취하거나 의견서 등 관련 자료를 제출받는 방법으로 사실관계를 확인...할 수 있다.

⑤ 검사는 제1항에 따라 피의자의 의견을 청취할 때에는 변호인을 참여하게 하는 등 변호인의 조력을 받을 수 있도록 하여야 한다.

1. 근거: 헌법상 기본권인 변호인 조력권

2019다235450: 변호인이 피의자신문에 자유롭게 참여할 수 있는 권리는 피의자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 실현하는 수단이라고 할 수 있[다. 그러므로 [이러한 참여권은] 헌법상 기본권인 변호인의 변호권으로서 보호의 대상도 된[다.]

2. 내용: 입회 + 조언 + 의견 진술 + 이의 제기

2016헌마503: 피의자신문절차에서 변호인의 역할은 단순히 피의자신문에 입회하는 것에 그치지 [않는다. 즉,] 피의자가 조언과 상담을 요청할 경우 이를 제공하[고,] 피의자가 요청하지 않더라도 스스로의 판단에 따라 신문 후 의견을 진술하고, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기하거나 [수사기관]의 승인을 얻어 의견을 진술하는 것이 된[다.]

변호인을 피의자 후방에 앉으라고 요구하면 위법하다.

2016헌마503: 청구인[= 변호인 甲]은 2016. 4. 21. 16:30경 피청구인[→ 당시 수사기관]으로부터 구속된 피의자가 변호인 참여 없이 조사를 받지 않겠다고 하니 즉시 와달라는 연락을 받[았다. 그리고] 17:15경 ... 수사과 2호실에 도착하여 피의자 옆에 앉으려고 [했다. 그러자] 피청구인은 피의자 후방에 앉으라고 요구[했다](이하 ‘이 사건 후방착석요구행위’라 한다).[.]

이 사건 후방착석요구행위는 변호인인 청구인의 자유로운 피의자신문참여를 제한함으로써 헌법상 기본권인 변호인의 변호권을 침해[한다.]

참고인조사 시 변호인 참여

법률에 명시 근거 규정은 없지만, 실무상 허용한다.

연습문제1

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 25.] 변호인에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 변호인 선임에 관한 서면을 제출하지 않았지만 변호인이 되려는 의사를 표시하고 객관적으로 변호인이 될 가능성이 있는 경우에 이와 같이 변호인이 되려는 자에게도 피의자를 접견할 권한이 있기 때문에 수사기관이 정당한 이유 없이 접견을 거부해서는 안 된다.
- ④ 피의자 또는 그 변호인은 검사 또는 사법경찰관이 수사 중인 사건에 관한 본인의 진술이 기재된 부분 및 본인이 제출한 서류의 전부 또는 일부에 대한 열람, 복사를 신청할 수 있다.

연습문제2

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)

- ㄱ. 신체구속을 당하지 아니한 피의자의 변호인도 체포, 구속된 피의자의 변호인과 마찬가지로 피의자신문 참여를 신청할 수 있다.
- ㄴ. 피의자신문에 참여한 변호인은 신문 중에 신문방법의 위법함을 이유로 이의제기를 할 수 있지만 부당함을 이유로는 이의제기를 할 수 없다.
- ㄷ. 변호인뿐만 아니라 변호인이 되려는 의사를 표시한 자가 객관적으로 변호인이 될 가능성이 있다고 인정된다면 신체구속을 당한 피의자와 접견하지 못하도록 제한하여서는 아니 된다.

임의동행

개념

임의동행(voluntary accompaniment)이란?

1. 수사기관이 피의자를 찾아가,
2. 피의자 동의를 얻어,
3. 피의자와 함께 조사할 곳으로 동행하는 것.

역시 영화에서 종종 볼 수 있다.

법적 의미

1. 행정경찰(범죄 예방) 활동일 수도 있다.

경찰관 직무집행법 제2조(직무의 범위) 경찰관은 다음 각호의 직무를 수행한다.

2. 범죄의 예방...

경찰관 직무집행법 제3조(불심검문) ② 경찰관은 ... 사람을 정지시킨 장소에서 질문을 하는 것이 그 사람에게 불리하거나 교통에 방해가 된다고 인정될 때에는 질문을 하기 위하여 가까운 경찰서, 지구대, 파출소 또는 출장소...로 동행할 것을 요구할 수 있다.

...

2. 사법경찰(범죄 수사) 활동일 수도 있다.

경찰관 직무집행법 제2조(직무의 범위) 경찰관은 다음 각호의 직무를 수행한다.

2. 범죄의 ... 수사

형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사) ① 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. ...

구별은 어렵다. 섞여 있는 측면도 있다.

2020도398: 임의동행은 [i] 경찰관 직무집행법 제3조 제2항에 따른 행정경찰 목적의 경찰활동으로 행하여지는 [경우 가능하다. 그] 외에도 [ii] 형사소송법 제199조 제1항에 따라 범죄 수사를 위하여 ... 오로지 피의자의 자발적인 의사[로] 이루어진 경우에도 가능하다.

이 사건 임의동행은 마약류 투약 혐의에 대한 수사를 위한 것이어서 형사소송법 제199조 제1항에 따른 임의동행에 해당한다. 그런데도 원심이 이 사건 임의동행을 경찰관 직무집행법 제3조 제2항에 따른 것으로 속단하여 판단한 데에는 임의동행에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

문제상황

1. 원래 피의자신문을 하려면 피의자에게 출석요구서를 보내 알아서 오게 한다.

형사소송법 제200조(피의자의 출석요구) 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.

2. 임의동행은 그렇게 하지 않고, 수사기관이 피의자를 데려온다.
3. 형사소송법에는 그렇게 할 수 있다는 규정도 없고 할 수 없다는 규정도 없다.

따라서 다음 문제가 생긴다.

1. 임의수사인가 강제수사인가?
2. 적법한지 위법한지?

위 두 가지는 결국 같은 문제다. 허용하는 명시규정 없이 강제수사를 하면 그 자체로 위법하기 때문이다.

형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사) ① 수사에 관하여는 ... **강제**처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며 ...

허용요건

다음 요건 아래 임의수사로 적법하다.

1. 객관적으로,
2. 명백히,
3. 오로지,

피의자의 자발적 의사로 동행이 이루어질 것

2005도6810: 수사관이 수사과정에서 당사자의 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하는 것은 [적법한가?] ... 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소로부터 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 따라 수사관서 등[으로] 동행이 이루어졌음이 **객관적**인 사정[으로] **명백**하게 [증명]된 경우에 **한하여**, 그 적법성이 인정[된다].

형사소송법 제200조 제1항에 [따라] ... [수사기관]이 피의자에 대하여 임의적 출석을 요구할 수는 있다. 그러나 그 경우에도 수사관이 단순히 출석을 요구함에 그치지 않고 일정 장소로의 동행을 요구하여 실행한다면 위에서 본 법리가 적용[된다].

배경

위와 같이 엄격한 요건을 요구하는 이유는?

1. 그만큼 남용하기 쉬운 수사방법이기 때문이다. 수사관이 찾아왔을 때, 심리적 압박 때문에 실제로 동행을 거부하기란 쉽지 않다.

2025도19737: 경찰관들이 마약류관리법위반이 의심되는 **피고인 및 A에게 호텔 객실로 이동할 것을 요청하여 이동**했다. 그 뒤 A의 가방에서 필로폰으로 추정되는 백색결정체, 주사기 등을 확인하여 A를 현행범인으로 체포하였다. 이후 호텔 객실 내에 남아 있던 피고인의 양팔을 붙잡거나 양손에 수갑을 채워 피고인의 주머니 등을 수색하였으나 마약류 등이 발견되지 아니하였다. 소변검사 등을 요구하였으나 피고인이 계속 이를 거부하였다. 이후 경찰관들은 피고인을 마약류관리법위반 방조 혐의(제3자의 필로폰 투약 방조 등)에 관하여 긴급체포하였다.

피고인이 경찰관들의 동행 요구에 응하여 호텔 객실로 이동하였[다. 그렇다]고 하더라도, 이후 경찰관들이 상당시간에 걸쳐 호텔 객실 내에서 피고인의 양손에 수갑을 채워 신체를 수색하고, 거부하는 피고인에게 지속적으로 소변검사를 요구한 행위는 사실상 강제수사로써 위법한 체포와 수색에 해당한다고 볼 여지가 크[다.] 그에 뒤따른 긴급체포도 위법하다고 볼 여지가 충분하[다.]

2. 자칫하면 형사소송법이 출석요구서에 따른 출석요구 절차를 둔 취지를 무의미하게 만들 수도 있다.

형사소송법 제200조(피의자의 출석요구) 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.

3. 경찰관 직무집행법은 불심검문 후 경찰관서까지 동행하기 위한 사유를 몇 가지로 한정하고 있다. 만약 제한 없이 임의동행을 인정하면, 이렇게 사유를 엄격히 한정한 규정도 무의미해질 염려가 있다.

경찰관 직무집행법 제3조(불심검문) ① 경찰관은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사람을 정지시켜 질문할 수 있다.

- 1. 수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 [타]당한 이유가 있는 사람
- 2. 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람

② 경찰관은 제1항에 따라 같은 항 각호의 사람을 정지시킨 장소에서 질문을 하는 것이 그 사람에게 불리하거나 교통에 방해가 된다고 인정될 때에는 질문을 하기 위하여 가까운 경찰서, 지구대, 파출소 또는 출장소...로 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 동행을 요구받은 사람은 그 요구를 거절할 수 있다.

연습문제

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 35.] ... 사건이 발생한 지 1시간이 지난 후 X의 신고를 받고 출동한 사법경찰관 P가 인근 버스 정류장에 서있던 甲에게 임의동행을 요청하자, 甲은 영장의 제시를 요구하면서 동행을 거부하였다. 그럼에도 P가 甲을 순찰차에 강제로 태워 파출소로 연행하려 하자 甲은 이를 벗어날 목적으로 P의 복부를 발로 차 전치 2주의 상해를 입혔다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

③ P의 甲에 대한 체포는 적법한 현행범인의 체포라고 볼 수 없다.

기타 임의수사

통상적 방법을 통한 위법행위 확인

2019도7891: 수사기관이 범죄를 수사하면서 불특정, 다수[가] 출입[할 수 있는] 장소에 통상적인 방법으로 출입하여 아무런 물리력이나 강제력을 행사하지 않고 통상적인 방법으로 위법행위를 확인하는 것은 [어떨까?] 특별한 사정이 없는 한 임의수사의 한 방법으로서 허용[된다. 그러]므로 영장 없이 이루어졌다고 하여 위법하다고 할 수 없다.

1. 음주 질문: 식당에서 음주운전 여부를 확인한 뒤 음주측정 했다는 이유로는 위법 수사×

2025도6752: 충주경찰서 □□지구대 소속 경찰관들은 2024. 1. 28. 03:24경 ‘만취한 사람이 이 사건 차량을 주차하고 이 사건 식당으로 들어갔다’는 112 신고를 받고 이 사건 식당으로 출동하였다.

경찰관들은 이 사건 식당 정문으로 들어간 후 테이블에 앉아있는 피고인을 향해 곧바로 가 이 사건 차량을 음주운전해 왔는지 물었다.

이 사건 식당은 24시간 운영되는 식당으로 불특정, 다수의 출입이 가능하[다.] 경찰관들이 이 사건 식당에 출입하여 피고인을 찾을 당시 물리력이나 강제력을 행사한 사실이 없다. 또한 당시 이 사건 식당의 종업원이 경찰관들의 출입을 제지하거나 명시적으로 퇴거를 요구한 사실도 없다.

경찰관들이 불특정, 다수의 출입이 가능한 장소인 이 사건 식당에 통상적인 방법으로 출입하여 아무런 물리력이나 강제력을 행사하지 않고 통상적인 방법으로 피고인을 찾는 것은 임의수사로서 허용[된다.] 이어서 이루어진 경찰관의 음주측정 역시 적법하다.

2. 현장 녹음: 성매매 업소에 들어가 상대방과의 대화를 녹음했다는 이유로는 위법 수사×

2021도10763: 경찰관 5명은 2018. 5. 17. 제보에 따라 피고인이 운영하는 이 사건 성매매업소를 단속하였[다.]

우선 남성인 사법경찰관 [B]가 영업시간인 19:42경 손님으로 가장하여 성매매가 가능한지 여부를 문의하였고, 여종업원인 [A] 및 피고인과 나눈 대화를 녹음...하였다. 한편 위 업소는 영업시간 중 누구나 제한 없이 출입할 수 있었다. ... [당시 B]는 피고인의 안내에 따라 내실로 들어갔다.] 이후 [A]가 위 내실에 들어와 [B]가 입고 있던 바지를 벗기고 침대 위로 올라오려고 하자 단속 사실을 밝히고 외부에 대기하던 나머지 경찰관들을 호출하였[다.]

수사기관이 적법한 절차와 방법에 따라 범죄를 수사하면서 현재 그 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후[다.] 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있[다.] 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 범행현장에서 현행범인 등 관련자들과 수사기관의 대화를 녹음[했다.] 그런 경우라면] 위 녹음이 비록 대화상대방인 피고인 및 [A]가 인식하지 못한 사이에 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 할 수 없다.

3. 현장 촬영: 식당에서 음식점 내부를 촬영했다는 이유로는 위법 수사×

2020도9370: 수사기관이 범죄를 수사하면서 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후[다.] 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있[다.] 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 촬영[했다.] 그러면] 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 할 수 없[다.]

이 사건 특별사법경찰관은 범죄혐의가 포착된 상태에서 이 사건 공소사실 범행에 관한 증거를 보전하기 위한 필요[로], 공개된 장소인 이 사건 음식점에 통상적인 방법으로 출입[했다.] 그리고] 이 사건 음식점 내에 있는 사람이라면 누구나 볼 수 있었던 손님들의 춤추는 모습을 촬영[했다.] 따라서 이 사건 특별사법경찰관이 영장 없이 범행현장을 촬영하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없[다.]

연습문제1

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 22.] 수사의 적법, 위법성 판단에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 수사기관이 범죄를 수사하면서 불특정 다수의 출입이 가능한 장소에 통상적인 방법으로 출입하여 아무런 물리력이나 강제력을 행사하지 않고 통상적인 방법으로 위법 행위를 확인하는 것은 특별한 사정이 없는 한 임의수사의 한 방법으로서 허용된다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 28.] 사법경찰관 P는 제보에 따라 甲이 운영하는 성매매업소를 단속하였는데, 영업시간에 손님으로 가장하여 성매매가 가능한지 여부를 문의하였고, 그 과정에서 甲과 나눈 대화를 녹음하였다. P는 甲의 안내에 따라 내실로 들어갔고, 여종업원이 위 내실에 들어와 P의 바지를 벗기고 침대 위로 올라오려고 하자 단속 사실을 밝히고 자신에 대한 성매매알선을 피의사실로 하여 甲을 현행범인으로 체포하였다. ... 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 불특정 다수가 출입할 수 있는 위 업소에 영업시간 중 손님처럼 가장하여 들어간 경우에도 P는 처음부터 범죄수사를 목적으로 위 업소에 들어간 것이므로, 증거보전을 위한 경우라도 사전에 영장을 발부받아 녹음 또는 압수, 수색절차를 진행하였거나 사후에 이에 대한 영장을 발부받았어야 한다.

강제수사

Compulsory Investigation

판단은 판사가 하고, 변명은 변호사가 하고,
용서는 목사가 하고, 형사는 무조건 잡는 거야!
- “인정사정 볼 것 없다” 중

개념

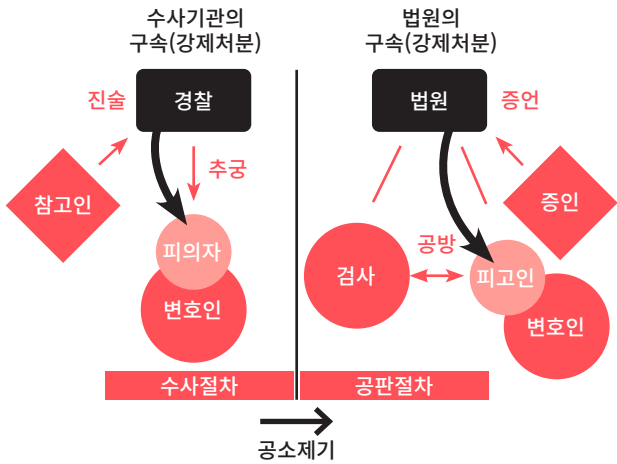
강제처분

강제처분(compulsory measures): 형사절차에서 강제력을 사용하는 것. 예를 들어,

- 1. 체포(arrest)
- 2. 구속(custody)
- 3. 압수(seizure)
- 4. 수색(search)

이러한 강제처분은 수사기관도 할 수 있고, 법원도 할 수 있다. 예를 들어, 범인이 도주할 위험은 수사단계, 공판단계 모두 존재한다. 따라서 구속 역시 형사절차 단계에 따라,

- 1. 수사기관(investigative institution)이 주도할 수도 있고,
- 2. 법원(court)이 주도할 수도 있다.



강제수사

강제수사(compulsory investigation): 강제처분 중에서도 “수사기관”이 주도하는 것. 즉, 강제처분에 따른 수사.

수사기관이 개인(사인, private person)을 이용해 강제처분을 했다면? 역시 수사기관이 주도한 것, 즉 강제수사로 본다.

2022도2071: 수사기관의 지시, 요청에 따라 사인(私人)이 자기 외의 제3자가 지배, 관리하는 물건을 취거하여 수사기관에 전달하는 등으로 수사기관이 직접 하였다면 강제처분인 압수, 수색에 해당하는 행위를 [했다면?] 이러한 사인의 행위가 오로지 자기의 이익이나 목적 추구를 위해 이루어진 것이라거나 수사기관이 해당 물건의 실제 점유자가 제3자임을 미처 인식, 예견하지 못하였다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, **수사기관이 사인을 이용하여 강제처분을** 하였다고 [본다.]

- 1. 강제수사는 피의자의 인권침해 소지가 매우 크다.
- 2. 따라서 임의수사와 달리 법률상 특별한 규정이 있어야 가능하다.

형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사) ① 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, **강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만** 하여야 한다.

강제처분은 어디까지나 수사나 공판을 위한 것일 뿐, 형벌(punishment)이 아니다. 즉, 구속은 징역형이 아니고, 압수는 몰수형이 아니다. 형벌은 유죄 확정판결이 선고되어야 가능하다(무죄추정 원칙).

영장주의

개념

영장주의(doctrine of warrants)란?

- 1. 원칙적으로,
- 2. 강제수사를 하려면,
- 3. 판사가 발부한 사전 영장(warrant)이 필요하고,
- 4. 그 영장을 사전에 제시(show) 또는 사본 교부(delivery)를 해야 하며, **헌법상으로는 제시만 요구한다. 그러나 형사소송법상 사본 교부까지 요구한다.**
- 5. 그것을 위반하면 위법수사가 된다는 원칙.

대한민국헌법 제12조 ③ 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청[으로] **법관이 발부한 영장을 제시**하여야 한다. ...

대한민국헌법 제16조 ... 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청[으로] **법관이 발부한 영장을 제시**하여야 한다.

형사소송법 제200조의6(준용규정) ... 제85조 제1항...[은] 사법경찰관이 피의자를 체포하는 경우에 이를 준용한다. 이 경우 “구속”은 “체포”로, “구속영장”은 “체포영장”으로 본다.

형사소송법 제209조(준용규정) ... 제85조...는 사법경찰관의 피의자 구속에 관하여 준용한다.

형사소송법 제85조(구속영장집행의 절차) ① 구속영장을 집행함에는 피고인에게 반드시 이를 **제시**하고 그 사본을 **교부**하여야 ... 한다.

형사소송법 제219조(준용규정) ... 제118조...는 사법경찰관의 본장의 규정에 [따른] 압수, 수색 또는 검증에 준용한다. ...

형사소송법 제118조(영장의 제시와 사본교부) 압수, 수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 **제시**하여야 하고, 처분을 받는 자가 피고인인 경우에는 그 사본을 **교부**하여야 한다. ...

2023도8752: 수사기관이 압수 또는 수색을 할 때에는 처분을 받는 사람에게 반드시 적절한 절차에 따라 법관이 발부한 영장을 사전에 제시하여야 [한다. 그리고] 처분을 받는 자가 피의자인 경우에는 영장 사본을 교부하여야 [한다.]

영삼: “영”장주의는 헌법 제12조 제“3”항에 있다.

의의

1. 규문주의적 수사구조에서는, 수사기관 스스로 중립을 지키기 어렵다.
 2. 그래서 중립적 판사의 개입을 통해 강제처분 남용을 막게 했다.
 3. 이를 통해, 피의자의 인권을 보장할 수 있다.
-

96헌바28: 형사절차에[서]의 영장주의란 체포, 구속, 압수 등의 강제처분을 [할 때]는 사법권 독립[으로] 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 [따르지] 않으면 아니 된다는 원칙이[다.]

따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 [할 때]는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장[으로 해]야만 한다는 데에 있다.

적용 범위

1. 수사(investigation)에 필요한,
 2. 강제처분(compulsory disposition).
-

2016헌마483: 이 사건 사실조회 행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당 [한다. 그러므로] 이에 응하여 이루어진 이 사건 정보제공행위에도 영장주의가 적용되지 않는다.

2005헌마277: 소변을 받아 제출하도록 한 것은 교도소의 안전과 질서유지를 위한 것으로 수사에 필요한 처분이 아[니]다. 그[뿐만 아니라] 검사대상자들의 협력이 필수적이어서 강제처분이라고 할 수도 없[다. 그래서] 영장주의의 원칙이 적용되지 않는다.

2012헌바302: 법무부장관의 출국금지결정은 형사재판에 계속 중인 국민의 출국의 자유를 제한하는 행정처분일 뿐이[다. 즉,] 영장주의가 적용되는 신체에 대하여 직접적으로 물리적 강제력을 수반하는 강제처분이라고 할 수는 없다. 따라서 [형사재판에 계속 중인 사람에 대하여 출국을 금지할 수 있다고 규정한 출입국관리법] 조항이 헌법 제12조 제3항의 영장주의에 위배된다고 볼 수 없다.

연습문제1

2020년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 2.] 영장주의에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ② 형사재판에 계속 중인 사람[에게] 법무부장관이 6개월 이내의 기간을 정하여 출국을 금지할 수 있다고 규정한 「출입국관리법」 조항은 영장주의에 위반되지 아니한다.
 - ④ 수사기관이 공사단체 등에 범죄수사에 관련된 사실을 조회하는 행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하므로, 이에 응하여 이루어진 국민건강보험공단의 개인정보제공행위에는 영장주의가 적용되지 않는다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 7.] 영장주의에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄷ. 형사재판이 계속 중인 국민의 출국을 금지하는 법무부장관의 출국금지결정은 영장주의가 적용되는 신체에 대하여 직접적으로 물리적 강제력을 수반하는 강제처분에 해당한다.
 - ㄹ. 교도소장이 마약류사범인 수형자에게 마약류반응검사를 위하여 소변을 받아 제출하게 한 행위는 신체에 대한 강제처분에 해당하므로 영장주의에 위배된다.

수사단계에서 영장

머리에

수사단계에서는,

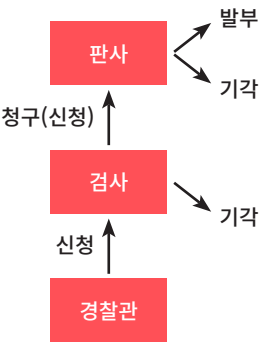
- 1. 구속(강제처분)은 수사기관 권한이다. 수사자는 수사기관이기 때문이다.
- 2. 그러나 법관의 허가(영장)를 받아야 한다. 영장주의 때문이다.

수사단계 영장 절차

영장 발부는?

- 1. 경찰관 → 검사: 영장청구를 신청. 즉, 공소청에 영장신청서를 낸다.
- 2. 검사 → 판사: 영장을 청구. 즉, 법원에 영장청구서를 낸다.
- 3. 판사: 영장을 발부한다.

형사소송법 제201조(구속) ① ... [일정한] 사유가 있을 때에는 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.



영장 집행은?

- 1. 검사가 지휘하여,
- 2. 경찰이나 교도관이 영장을 집행한다.

형사소송법 제209조(준용규정) ... 제81조 제1항 본문...[은] 사법경찰관의 피의자 구속
에 관하여 준용한다.

형사소송법 제81조(구속영장의 집행) ① 구속영장은 검사의 지휘에 [따라] 사법경찰관
리 또는 교도관이 집행한다. ...

수사단계 영장발부에 관한 권한

- 1. 판사: 영장의 발부(issuance) 권한을 갖는다.
- 2. 검사: 영장의 청구(request) 권한을 갖는다.
- 3. 경찰: 영장발부권은 물론, 영장청구권도 없다. “영장청구를 해 달라.”라고 경
찰이 검사에게 신청(application)할 뿐이다.

이것을 바꾸려면, 헌법을 개정해야 한다.

대한민국헌법 제12조 ③ 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라
검사의 신청[으로] 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. ...

96헌바28: 헌법 제12조 제3항이 영장의 발부에 관하여 “검사의 신청”에 [따를] 것을
규정한 취지는 ... 수사단계에서 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정[한 취
지다. 이로써 [경찰]의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다.]

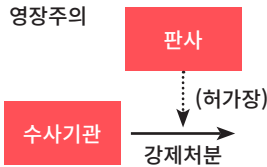
경찰 판단이 검사나 판사를 구속하지 않는다. 검사 판단이 판사를 구속하지도
않는다.

2020다290569: 체포영장 또는 구속영장은 검사의 청구[로] 관할 지방법원 판사가 체
포, 구속의 사유와 필요성 등을 엄밀하게 심사하거나 심리하여 그 발부 여부를 결정
하는 것이다. 그러므로] 검사에게 영장의 청구를 신청할 수 있을 뿐인 사법경찰관의 수사
활동이나 판단, 처분 등이 곧바로 판사의 영장의 발부 여부에 관한 결정을 기속하거나
좌우하는 것은 아니다.

수사단계 영장 의미

수사단계에서는,

- 1. 수사기관의 강제처분에는
- 2. 법관의 허가(permission)가 필요하다.
- 3. 그것이 영장주의(헌법 제12조 제3항)가 말하는 영장이다.



대한민국헌법 제12조 ① ... 누구든지 법률에 [따르]지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문을 받지 아니...한다.

③ 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청[으로] 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. ...

96헌바28: 수사기관[이 하는] 강제처분의 경우에는 범인을 색출하고 증거를 확보한다는 수사의 목적상 적나라하게 공권력이 행사됨으로써 국민의 기본권을 침해할 가능성이 [크다. 그만큼] 수사기관의 인권침해에 대한 법관의 사전적, 사법적 억제통제 통하여 수사기관의 강제처분 남용을 방지하고 인권보장을 도모한다는 면에서 영장주의의 의미가 크다.

영장주의는 헌법 제12조 제1항 및 제3항의 규정으로부터 도출[된다]. 그중 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 검사]의 청구[로] 발부하는 구속영장의 법적 성격은 ... 허가장으로서의 성질을 갖는 것으로 이해되고 있다.

2020도5336: 형사소송법 제215조에 [따른] 압수, 수색영장은 수사기관의 압수, 수색에 대한 허가장[이다].]

“신체를 제시해야 한다(habeas corpus; that you have the body).”

비교: 공판단계에서 영장

머리에

검사가 피의자를 기소하면, 피의자는 피고인이 된다. 기소 후 공판단계에서는,

- 1. 구속(강제처분)은 법원 권한이다. 공판 주재자는 법원이기 때문이다.
- 2. 법관이 허가하는 것이 아니라, 법원이 직접 처분하는 구조다. 즉, 영장주의와는 관계없다.

공판단계 영장 절차

영장 발부는?

- 1. 법원이 바로 영장을 발부한다.

형사소송법 제70조(구속의 사유) ① 법원은 피고인이 죄를 범하였다고 의심할 만한 [타]당한 이유가 있고 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우에는 피고인을 구속할 수 있다. ...

형사소송법 제73조(영장의 발부) 피고인을 소환함에는 소환장을, 구인 또는 구금함에는 구속영장을 발부하여야 한다.



영장 집행은?

- 1. 검사가 지휘하여,
- 2. 경찰이나 교도관이 영장을 집행한다.

형사소송법 제81조(구속영장의 집행) ① 구속영장은 검사의 지휘[로] 사법경찰관리 또는 교도관이 집행한다. ...

③ 교도소 또는 구치소에 있는 피고인에 대하여 발부된 구속영장은 검사의 지휘[로] 교도관이 집행한다.

공판단계 영장발부에 관한 권한

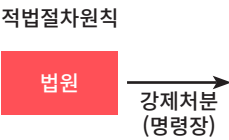
- 1. 법원: 영장의 발부(issuance) 권한을 갖는다.
- 2. 검사, 경찰: 영장발부권은 물론, 영장청구권도 없다.

96헌마256: 법원에 공소가 제기된 이후에 ... 형사소송법상 피고인의 구속에 관한 권한은 오직 법관에게 있을 뿐[이다. 공소제기 후에는] 검사에게는 피의자를 구속하기 위한 검사의 구속영장청구권과 유사한 권한마저 없[다.]

공판단계 영장 의미

공판단계에서는,

- 1. 법원의 강제처분은,
- 2. 다른 기관 허가 없이 그냥 법원이 할 수 있다. 법원이 명령(order)한다.
- 3. 영장주의(헌법 제12조 제3항)와는 관계없다. 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: 헌법 제12조 제3항이 영장의 발부에 관하여 “검사의 신청”에 [따를] 것을 규정한 취지는 모든 영장의 발부에 검사의 신청이 필요하다는 데에 있는 것이 아니[다]. **수사단계에서** 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정[한 취지다(→ 수사단계가 아닌 공판단계라면 다르다).]

공판단계에서의 영장발부에 관한 헌법적 근거는 헌법 [제12조 제3항이 아니라] **제12조 제1항**이다. 그렇지 아니하고 헌법 제12조 제3항의 규정 취지를 공판단계에서의 영장발부에도 검사의 신청이 필요한 것으로 해석하는 것은 [문제가 있다. 그렇게 해석하면] 신체의 자유를 보장하기 위한 사법적 억제 대상인 수사기관[→ 수사기관 등]이 사법적 억제의 주체인 법관을 통제하는 결과를 낳아 오히려 영장주의의 본질에 반한[다].

[따라서] 법원이 직권으로 발부하는 영장과 [검사]의 청구[로] 발부하는 구속영장의 법적 성격은 [같]지 않다. 즉, 전자는 **명령장**으로서의 성질을 갖[는다].

연습문제

2024년도 변호사시험 공법 선택형

[문 7.] 영장주의에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 법원이 직권으로 발부하는 영장은 허가장으로서의 성질을 갖지만, [검사]의 청구[로] 발부하는 구속영장은 명령장으로서의 성질을 갖는다.

영장주의의 예외

문제점

그러나 사전영장을 너무 엄격하게 요구하면,

1. 수사 실무에 맞지도 않고,
2. 실체 진실 발견에 장애가 되는 문제가 있다.

예외의 허용

1. 영장 발부 × 사례: 수사단계에서 일정 요건 아래 “긴급체포”, “긴급압수”처럼 영장 없는 체포나 영장 없는 압수를 인정하기도 한다.

대한민국헌법 제12조 ③ 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청[으로] 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. **다만,** 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거 인멸의 염려가 있을 **때**에는 **사후에 영장을 청구할 수 있다.**

대한민국헌법 제16조 ... 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청[으로] 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

2015헌바370: 헌법 제12조 제3항과는 달리 헌법 제16조 후문은 ... 영장주의에 대한 예외를 명문화하고 있지 않다. 그럼에도, 다음과 같이 보는 것이 타당하다.] ... ① 그 장소에 범죄혐의 등을 [증명]할 자료나 피의자가 존재할 개연성이 있고, ② 사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에는 제한적으로 영장주의의 예외를 허용할 수 있다.]

어떤 요건 아래에서 긴급체포나 긴급압수를 할 수 있는가? 곧 배운다.

2. 영장 발부 ○ but 제시 교부 × 사례: 수사단계에서 일정 요건 아래 영장 제시 또는 사본 교부를 사후에 할 수도 있다.

형사소송법 제200조의6(준용규정) ... 제85조 ... 제3항 및 제4항...[는] 사법경찰관이 피의자를 체포하는 경우에 이를 준용한다. 이 경우 “구속”은 “체포”로, “구속영장”은 “체포영장”으로 본다.

형사소송법 제209조(준용규정) ... 제85조...는 사법경찰관의 피의자 구속에 관하여 준용한다.

형사소송법 제85조(구속영장집행의 절차) ③ 구속영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피고인에 대하여 공소사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고하고 집행할 수 있다.

④ 전항의 집행을 완료한 후에는 신속히 구속영장을 제시하고 그 사본을 교부하여야 한다.

형사소송법 제219조(준용규정) ... 제118조...는 사법경찰관의 본장의 규정에 [따른] 압수, 수색 또는 검증에 준용한다. ...

형사소송법 제118조(영장의 제시와 사본교부) 압수, 수색영장은 ... 다만, 처분을 받는 자가 현장에 없는 등 영장의 제시나 그 사본의 교부가 현실적으로 불가능한 경우 또는 처분을 받는 자가 영장의 제시나 사본의 교부를 거부한 때에는 예외로 한다.

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 40.] ... 이 사건을 수사하게 된 사법경찰관 P는 2025. 10. 20. 甲이 주거지에서 소유, 소지하는 노트북, 휴대전화 등을 압수, 수색하기 위해 압수, 수색영장을 신청하였고, 유효기간이 2025. 10. 27.까지로 된 영장이 발부되었다. P는 ㉠ 2025. 10. 22. 甲의 주거지에서 위 압수, 수색영장을 제시하고 압수, 수색을 실시하여 甲의 노트북을 압수하였으나, 휴대전화는 발견하지 못하여 압수하지 못하였다. ... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 만약 ㉠ 당시 甲이 현장에 없어 영장제시가 현실적으로 불가능한 경우였다고 하더라도 P가 甲에게 영장을 제시하지 아니한 채 압수, 수색을 하면 위법하다.

임의수사와의 구별

문제 상황

경찰이 통신 관련 수사를 한다.

- 1. if 임의수사 → 근거 규정 필요× / 영장(판사 허가서) 필요× / 필요하면 할 수 있다.

형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사) ① 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 **필요한 조사**를 할 수 있다. ...

- 2. if 강제수사 → 근거 규정 필요○ / 영장(판사 허가서) 필요○ / 최소한도에서만 해야 한다.

형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사) ① 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 **최소한도의 범위** 안에서만 하여야 한다.

대한민국헌법 제12조 ③ 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청[으로] **법관이 발부한 영장**을 제시하여야 한다. ...

통신제한 조치(감청)

통신제한(communication-restricting; communications interception) 조치는?

- 1. 실시간(real-time) 통신 내용(content) 확인에 해당한다.

“010-1234-5678로 지금 무슨 내용의 통화를 하는지?”

- 2. 강제수사

- 3. by 통신제한조치 허가서(= 감청 영장)

통신비밀보호법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- 3. “전기통신”이란 전화, 전자우편, ... 등과 같이 유선, 무선, 광선 및 기타의 전자적 방식[으로] 모든 종류의 음성, 문언, 부호 또는 영상을 송신~~하거나~~ 수신~~하는~~ 것을 말한다.
- 7. “감청”이란 전기통신에 대하여 당사자의 동의없이 전자장치, 기계장치등을 사용하여 통신의 음성, 문언, 부호, 영상을 청취, 공독하여 그 **내용**을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 [송수]신을 방해하는 것을 말한다.

통신비밀보호법 제3조(통신 및 대화비밀의 보호) ② ... 전기통신의 **감청(이하 “통신제한조치”라 한다)**은 ...

통신비밀보호법 제5조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가요건) ① 통신제한조치는 다음 각호의 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있[는] ... 경우에 한하여 허가할 수 있다.

2012도4644: [통신비밀보호법 제2조 제3호, 제7호]의 문언이 송신하거나 수신하는 전기통신 행위를 감청의 대상으로 규정하고 있을 뿐 [송수]신이 완료되어 보관 중인 전기통신 내용은 대상으로 규정하지 않[았다.] 일반적으로 감청은 다른 사람의 대화나 통신 내용을 몰래 엿듣는 행위를 의미[한다. 이런] 점 등을 고려하여 보면, 통신비밀보호법상 ‘감청’이란 대상이 되는 전기통신의 [송수]신과 **동시에 이루어지는 경우만을 의미**하고, 이미 수신이 완료된 전기통신의 내용을 지득하는 등의 행위는 포함되지 않는다.

강제수사라서 근거 규정과 영장(판사 허가서)가 필요하다.

99도2317: 통신제한조치에 대한 기간연장결정은 원 허가의 내용에 대하여 단지 기간을 연장하는 것일 뿐 원 허가의 대상과 범위를 초과할 수 없[다. 그러므]로 통신제한조치허가서[로] 허가된 통신제한조치가 ‘전기통신 감청 및 우편물 검열’뿐인 경우 ... 이는 대화녹음의 적법한 근거가 되지 못한다. ... [이는] 연장결정서에 당초 허가 내용에 없던 ‘대화녹음’이 기재되어 있다 하더라도 [마찬가지다.]

통신내용 확인(압수수색)

통신내용 확인(search of stored communications) 조치는?

- 1. 지난간(stored) 통신 내용(content) 확인에 해당한다.

“010-1234-5678로 예전에 무슨 내용의 통화를 했는지?”

- 2. 강제수사

- 3. by 압수수색 영장

형사소송법 제215조(압수, 수색...) ② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 사항이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 [따라] 압수, 수색...을 할 수 있다.

통신사실 확인자료 제공 요청(기지국 수사)

통신사실 확인자료(communication-confirming data; communications metadata) 제공 요청은?

- 1. 통신 사실(metadata) 확인에 해당한다.

“010-1234-5678로 언제 누구와 통화했는지?”, “어느 기지국에 접속했는지?”, “어느 IP에서 접속했는지?”

- 2. 강제수사

- 3. by 통신사실 확인자료 제공 요청 허가서(= 기지국 수사 영장)

통신비밀보호법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- 11. “통신사실확인자료”[란] 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 전기통신사실에 관한 자료를 말한다.
 - 가. 가입자의 전기통신일시
 - 나. 전기통신개시, 종료시간
 - 다. 발, 착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호
 - 라. 사용도수
 - 마. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료

바. 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료

사. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료

통신비밀보호법 제13조(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차) ① ... 사법경찰관은 수사...[를] 위하여 필요한 경우 ...전기통신사업자...에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출(이하 “통신사실 확인자료제공”이라 한다)을 요청할 수 있다.

2012헌마538: 기지국 수사를 허용하는 통신사실 확인자료 제공요청은 법원의 허가를 받으면, 해당 가입자의 동의나 승낙을 얻지 아니하고도 제3자인 전기통신사업자에게 해당 가입자에 관한 통신사실 확인자료의 제공을 요청할 수 있도록 하는 수사방법[이다.] 통신비밀보호법이 규정하는 강제처분에 해당[한다.]

강제수사라서 최소한도에서 허용한다.

통신비밀보호법 제13조의5(비밀준수의무 및 자료의 사용 제한) ... 제12조의 규정은 ... 통신사실확인자료의 사용제한에 관하여 이를 각각 준용한다.

통신비밀보호법 제12조(통신제한조치로 취득한 자료의 사용제한) ... 통신제한조치의 집행으로 ... 취득된 ... 전기통신의 내용은 다음 각호의 경우 외에는 사용할 수 없다.

1. 통신제한조치의 목적이 된 ... 범죄나 이와 관련되는 범죄를 수사, 소추하거나 그 범죄를 예방하기 위하여 사용하는 경우

2016도13489: 통신사실확인자료 제공요청[으로] 취득한 통화내역 등 통신사실확인자료를 범죄의 수사, 소추를 위하여 사용하는 경우 대상 범죄는 통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄 및 이와 관련된 범죄에 한정되어야 한다.

그 관련성은 통신사실 확인자료제공요청 허가서에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상 및 수사 경위 등을 종합하여 구체적, 개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정[된다. 즉,] 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있는 것은 아니다.

통신이용자정보 제공 요청(가입자 확인)

통신이용자정보(communication user information; subscriber information) 제공 요청은?

1. 가입 사실(information) 확인에 해당한다.

“010-1234-5678 명의자가 누구인지?”

2. 임의수사
3. 영장 불필요

전기통신사업법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

9. “이용자”란 전기통신역무를 제공받기 위하여 전기통신사업자[→ SKT/KT/LGU+ 등]와 전기통신역무의 이용에 관한 계약을 체결한 자를 말한다.
-

전기통신사업법 제83조(통신비밀의 보호) ③ 전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관의 장...이 재판, 수사...를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 다음 각호의 자료(이하 “통신이용자정보”라 한다)의 열람 또는 제출(이하 “통신이용자정보 제공”이라 한다)을 요청하면 그 요청에 따를 수 있다.

- 1. 이용자의 성명
- 2. 이용자의 주민등록번호
- 3. 이용자의 주소
- 4. 이용자의 전화번호
- 5. 이용자의 아이디...
- 6. 이용자의 가입일 또는 해지일

2016헌마388: 이 사건 법률조항은 수사기관 등이 전기통신사업자에 대하여 통신자료의 제공을 요청할 수 있는 권한을 부여하면서 전기통신사업자는 ‘그 요청에 따를 수 있다’고 규정하고 있을 뿐[이다. 즉,] 전기통신사업자에게 수사기관 등의 통신자료[→ 통신이용자정보] 제공요청에 응하거나 협조하여야 할 의무를 부과하지 않[는다. 또,] 달리 전기통신사업자의 통신자료[→ 통신이용자정보] 제공을 강제할 수 있는 수단을 마련하고 있지 아니하다. 따라서 이 사건 법률조항에 따른 통신자료[→ 통신이용자정보] 제공요청은 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당[한다.]

소결

	통신제한 조치	통신내용 확인	통신사실 확인 자료 제공 요청	통신이용자정보 제공 요청
확인 대상	실시간 내용	지나간 내용	통신 사실	가입 사실
실무 표현	감청	압수수색	기지국 수사	가입자 확인
강제수사	○	○	○	×
필요 영장 (판사 허가서)	통신제한조치 허가서	압수수색 영장	통신사실 확인 자료 제공 요청 허가서	필요 없음

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 29.] 전기통신 관련 수사처분에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「통신비밀보호법」상의 전기통신의 ‘감청’에는 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남아 있는 기록이나 내용을 열어보는 등의 행위는 포함되지 않으므로, 수신이 완료된 전기통신의 내용을 지독하려면 「형사소송법」상의 압수, 수색, 검증의 방법으로 해야 한다.
- ㄴ. 통신제한조치허가서[로] 허가된 통신제한조치는 ‘전기통신 감청 및 우편물 검열’이었으나, 그 후 기간연장결정서에는 ‘대화녹음’이 추가로 기재되어 있다면 대화를 녹음하더라도 위법하다고 볼 수 없다.

-
- ㄹ. 수사기관이 전기통신사업자에게 전기통신가입자의 성명, 주민등록번호, 전화번호, 아이디, 가입일 등과 같은 통신이용자정보(통신자료)의 제공을 요청하는 것은 통신 제한조치와 마찬가지로 강제처분으로서 영장주의가 적용된다.
-
- ㄱ. 통신사실확인자료를 범죄의 수사를 위하여 사용하는 경우 대상 범죄는 통신사실확인자료 제공 요청의 목적이 된 범죄 및 이와 관련된 범죄에 한정되어야 하고, 혐의사실과의 객관적 관련성은 「통신비밀보호법」의 입법 취지에 비추어 통신사실확인자료제공요청 허가서에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상 및 수사 경위 등을 종합하여 구체적, 개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다.
-

체포와 구속

Arrest and Custody

어느 나라의 문명 수준은 그 나라 형사법의 적용을 보면 대략 측정할 수 있다.
- Walter V. Schaefer

기초 개념

인신구속의 이원화

사람을 잡아 두는 것, 즉 인신구속에는 체포와 구속이 있다.

- 1. 체포(arrest): 범인이 수사기관에 출석을 안 하면, 피의자신문도 할 수 없다. 수사 초기에 일단 단기간(예: 48시간 내) 피의자를 잡아 둘 필요가 있다.

형사소송법 제200조의2(영장에 따른 체포) ① 피의자가 ... 정당한 이유 없이 ... 출석 요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원 판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. ...

- 2. 구속(custody): 범인이 도망가거나 증거를 인멸하면, 형사절차 진행이 곤란하다. 장기간(예: 10일 내, 또는 2달 내) 피의자를 잡아 둘 필요가 있다.

형사소송법 제201조(구속) ① 피의자가 ... 제70조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있을 때에는 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. ...

형사소송법 제70조(구속의 사유) ① 법원은 ... 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우에는 피고인을 구속할 수 있다.

- 1. 피고인이 일정한 주거가 없는 때
- 2. 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때
- 3. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때

체포와 구속 관계

- 1. 체포 후 구속되는 경우도 있다.
- 2. 체포 없이 바로 구속되는 경우도 있다.
- 3. 체포 후 석방된 채 진행되는 경우도 있다.

구속 유형

구속(custody)에는 구인과 구금이 있다.

- 1. 구인(compulsory appearance): 강제로 데려오기
- 2. 구금(detention): 강제로 가두기

형사소송법 제69조(구속의 정의) 본법에서 구속이[란] 구인과 구금을 포함한다.

구인만 필요할 때는 “구인용 구속영장”을 쓰면 된다. 한편, 구인 없이 구금할 수는 없으므로, 구금이 필요할 때는 “구인 구금 포함 구속영장”을 쓴다.

불구속 수사 원칙

불구속 수사가 원칙이다. 편의상 “불구속”이라고 하지만, 이 말은 “불체포”를 포함한 개념이다. 즉, 원칙적으로,

- 1. 체포 없이 수사해야 하고,
- 2. 구속 없이 수사해야 한다.

형사소송법 제198조(준수사형) ① 피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다.

체포구속의 시점

머리에

체포와 구속은,

- 1. 외관상 유사하다.
- 2. 그러나 하는 목적이 다르다.

체포의 시점

체포는 수사단계에서만 가능하다. 즉, 체포는,

- 1. 기소 전 체포(= 피의자에 대한 체포) 제도만 있다.

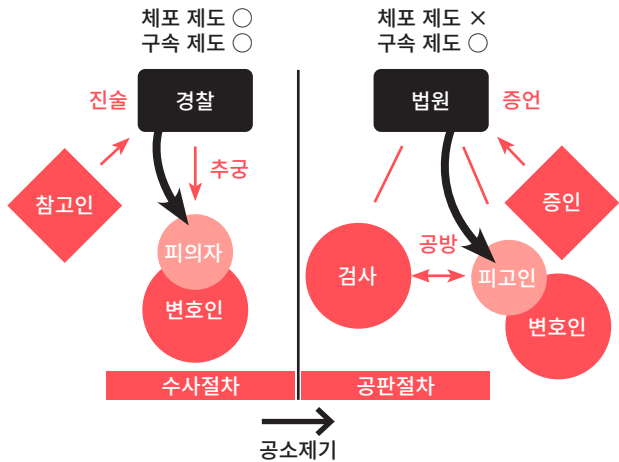
“법원의 체포”란 존재하지 않는다.

구속의 시점

구속은 수사단계에서도 공판단계에서도 모두 가능하다. 즉, 구속은,

- 1. 기소 전 구속(= 피의자에 대한 구속) 제도도 있고,
- 2. 기소 후 구속(= 피고인에 대한 구속) 제도도 있다.

“법원의 구속”은 존재한다.



체포와 구속의 주된 목적

체포, 구속을 왜 하는가? 실질적 이유는 다음과 같다.

- 1. 체포(= 피의자 체포): 피의자가 수사기관의 출석요구에 불응하면 체포될 수 있다. 그런데 원래 출석요구를 하는 이유가 피의자신문(조사)을 하기 위해서다. 체포도 같은 맥락이다.

피의자 체포: for 피의자신문

형사소송법 제200조(피의자의 출석요구) 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.

형사소송법 제200조의2(영장에 [따른] 체포) ① 피의자가 ... 정당한 이유 없이 ... 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 사법경찰관은 ... 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다.] ...

- 2. 기소 전 구속(= 피의자 구속): 지금 피의자신문(조사)을 하려는 목적도 당연히 있다. 더불어, 장차 기소 이후 절차까지 내다보고, 수사단계에서 미리 가둬 두는 의미도 있다.

피의자 구속: for 장차 형사절차 진행 확보 + 피의자신문

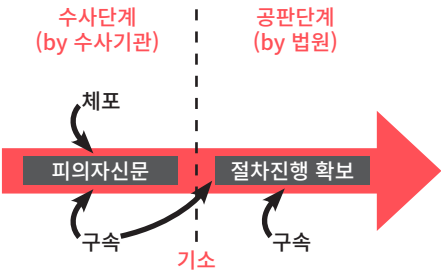
2013보160: 수사기관이 관할 지방법원 판사가 발부한 구속영장[으로] 피의자를 구속하는 경우, 그 구속영장은 기본적으로 **장차 공판정예의 출석이나 형의 집행**을 담보하기 위한 것이다.]

이와 **함께** ... 구속기간의 범위[에]서 수사기관이 ... **피의자신문**의 방식으로 구속된 피의자를 조사하는 등 적절한 방법으로 범죄를 수사하는 것도 예정하고 있다.]

- 3. 기소 후 구속(= 피고인 구속): 피고인이 출석해야 공판을 진행할 수 있고, 피고인을 잡아 뒤야 형벌에도 처할 수 있다. 그래서 형사소송 진행 중 도망 못 가게 가둬 두는 것이다.

피고인 구속: for 형사절차 진행 확보

2009도579: 원래 구속제도가 **형사소송의 진행과 형벌의 집행**을 확보하기 위하여 법[에서] 정한 조건과 절차 아래 피고인의 신병을 확보하는 제도[이다.]



아래에서는 수사단계 체포구속을 본다.

체포구속과 영장주의

체포와 영장주의

- 1. 원칙: 영장체포(arrest under a warrant)

대한민국헌법 제12조 ③ 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청[으로] **법관이 발부한 영장**을 제시하여야 한다. ...

- 2. 예외: 영장 없이 하는 체포(warrantless arrest)

대한민국헌법 제12조 ③ ... 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거 인멸의 염려가 있을 **때에는 사후에 영장**을 청구할 수 있다.

구속과 영장주의

- 1. 영장구속(custody under a warrant)만 가능하다.
- 2. 영장 없이 하는 구속(warrantless custody)은? 현행법상 존재하지 않는다.

영장체포

영장체포 사유

- 1. 피의자에게 타당한 범죄 혐의가 있고,
- 2. 수사기관의 출석요구에 대해 불응 또는 불응 우려가 있다면,
- 3. 영장 받아 체포.

형사소송법 제200조의2(영장에 [따른] 체포) ① 피의자가 죄를 범하였다고 **의심할 만**한 [타]당한 이유가 있고, 정당한 이유 없이 ... **출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려**가 있는 때에는 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원 판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다.] ...

2022도2402: 체포 영장에 [따른] 체포의 사유 중 ‘수사기관의 출석요구에 불응할 우려가 있는 경우’란[?] 피의자가 이미 도망하였거나 도망할 염려가 있는 경우 또는 지명수배 중에 있는 경우와 같이 수사기관의 출석요구 자체가 무의미한 상황을 의미하는 것이 일반적이다. 그렇지만 이에 국한되는 것이 아니라, ... 피의자가 출석요구를 받게 되면 장기적 또는 단기적으로 피신하는 등 출석요구에 응하지 아니함으로써 수사진행에 장애를 줄 우려까지도 포함한다.

체포 필요성(= 도망 또는 증거인멸 염려) 요건은? **명백히 있어야 체포할 수 있는 적극적 요건이 아니라, 명백히 없어야 체포할 수 없는 소극적 요건이다.**

형사소송법 제200조의2(영장에 [따른] 체포) ② 제1항의 청구를 받은 지방법원판사는 [타]당하다고 인정할 때에는 체포영장을 발부한다. 다만, **명백히** 체포의 필요가 인정되지 **아니하는** 경우에는 그러하지 아니하다.

형사소송규칙 제96조의2(체포의 필요) 체포영장의 청구를 받은 판사는 체포의 사유가 있다고 인정 되는 경우에도 ... 피의자가 **도망할 염려가 없고 증거를 인멸할 염려가 없는 등 명백히 체포의 필요가 없다고 인정**되는 때에는 체포영장의 청구를 기각하여야 한다.

경미사건에서는 추가 요건까지 있다.

형사소송법 제200조의2(영장에 [따른] 체포) ① ... 다만, 다액 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유 없이 ... 출석요구에 응하지 아니한 경우에 **한한다**.

영장체포 절차

- 1. 경찰: 체포영장 청구 신청 to 검사
- 2. 검사: 체포영장 청구 to 판사
- 3. 판사: 체포영장 발부
- 4. 경찰: 체포영장 집행

체포영장 청구 신청

경찰은, 검사에게 체포영장 청구를 신청할 수 있다.

형사소송법 제200조의2(영장에 [따른] 체포) ① ... 사법경찰관은 **검사에게 신청**하여 검사의 청구로 관할 ... 판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있[다.] ...

서울양천경찰서

제 2026-00778 호2026. 6. 21.

수 신 : 서울남부지방검찰청 검사장

제 목 : 체포영장 신청서

다음 사람에 대한 상해 피의사건에 관하여, 같은 사람을 서울양천경찰서에 인치하고 같은 경찰서 유치장에 구금하려 하니 2026. 6. 28.까지 유효한 체포영장의 청구를 신청합니다.

피의자	성명	김가해(金加害)
	주민등록번호	800123-1234567
	직업	회사원
	주거	서울특별시 관악구 남부순환로199길 123
변호인		없음
범죄사실 및 체포를 필요로 하는 이유		별지와 같음
7일을 넘는 유효기간을 필요로 하는 취지와 사유		(해당 없음)
둘 이상의 영장을 신청하는 취지와 사유		(해당 없음)

재신청의 취지 및 이유	(해당 없음)
현재 수사 중인 다른 범죄사실에 관하여 발부된 유효한 체포영장 존재시 그 취지 및 범죄사실	(해당 없음)
비고	-

서울양천경찰서

사법경찰관 경위 박주임 (인)

체포영장 청구 여부 검토

검사는,

1. 판사에게 체포영장을 청구할 수 있다.

형사소송법 제200조의2(영장에 따른 체포) ① ... 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 ... 판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있[다.] ...

서울남부지방검찰청

(02-3219-1234)

제 2026-000503 호2026. 6. 21.

수 신 : 서울남부지방법원장발 신 : 서울남부지방검찰청

제 목 : 체포영장청구검 사 조 도 춘 (인)

피의자	성명	김 가 해 (金 加 害)
	주민등록번호	800123-1234567 (46세)
	직업	회사원
	주거	서울특별시 관악구 남부순환로199길 123
변 호 인	없음	
위의 피의자에 대한 상해 피의사건에 관하여 위 피의자를 서울양천경찰서에 인치하고 같은 경찰서 유치장에 구금하기 위하여 체포영장신청이 있는바, 그 사유가 상당하다고 인정되므로 영장의 발부를 청구합니다.		
범죄사실 및 체포가 필요한 이유	별지 체포영장신청서 기재내용과 같음	

7일을 넘는 유효기간이 필요한 경우	유효기간	(해당 없음)
	취지 및 사유	(해당 없음)
영장을 여러 통 청구하는 취지와 이유	(해당 없음)	
재청구의 취지 및 이유	(해당 없음)	
현재 수사 중인 다른 범죄사실에 관하여 발부된 유효한 체포영장 존재 시 그 취지 및 범죄사실	(해당 없음)	
발부하지 않는 취지 및 이유	판사 (인)	

2. 경찰의 신청을 기각할 수도 있다.

검찰사건사무규칙 제55조(체포영장의 청구) ③ 검사는 사법경찰관등이 신청한 체포영장을 검토하여 체포할 상당한 이유가 없다고 인정하는 경우에는 그 이유를 구체적으로 기재한 ... 체포영장신청 기각서로 기각한다. ...

서울남부지방검찰청

제 2026-00864 호2026. 6. 21.

수 신 : 서울양천경찰서장

제 목 : 체포영장신청 기각

다음 피의자에 대한 상해 피의사건에 관하여 체포영장신청이 있는바, 아래와 같은 사유로 체포영장신청을 기각합니다.

피의자	성명	김 가 해 (金 加 害)
	주민등록번호	800123-1234567 (43세)
	직업	회사원
	주거	서울특별시 관악구 남부순환로199길 123
변 호 인	없음	
범죄사실 및 체포를 필요로 하는 사유	별지 체포영장신청서 기재내용과 같음	

7 일 을 넘 는 유 효 기 간 을 필 요 로 하 는 취 지 및 사 유	(해당 없음)
영 장 을 여 러 통 청 구 하 는 취 지 와 사	(해당 없음)
재 신 청 의 취 지 및 이 유	(해당 없음)
현재 수사 중인 다른 범죄사실에 관하여 발부된 유효한 체포 영장 존재 시 그 취지 및 범죄 사실	(해당 없음)
기 각 하 는 취 지 및 이 유	신청기간: 피의자가 세 차례에 걸쳐 경찰서에 임의 출석하 여 조사받은 점에 비추어, 제출된 자료만으로는 피의자가 출석요구에 응하지 않을 우려가 있다고 인정하기 어려움.
서울남부지방검찰청	
검 사 조 도 춘 (인)	

체포영장 발부 여부 검토

판사는,

1. 체포영장을 발부할 수 있다.

형사소송법 제200조의2(영장에 [따른] 체포) ① ... 사법경찰관은 검사에게 신청하여
검사의 청구로 관할 ... 판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있[다.] ...

체 포 영 장					
【통상】 서울남부지방법원					
영 장 번 호	2026-511		죄 명	상해	
피 의 자	성 명	김 가 해	직 업	회사원	
	주민등록번호	800123-1234567			
	주 거	서울 관악구 남부순환로199길 123			
청 구 한 검 사	조도춘		청 구 일 자	2026. 6. 21.	
변 호 인	없음		유 효 기 간	2026. 6. 28. 까지	
범죄사실의 요지	별지 기재와 같다.		인치할 장소	서울양천경찰서 또는 체포 지에 가까운 경찰서	
구 금 할 장 소	서울양천경찰서 유치장				
수통 발부 여부	☒ 해당 없음 ☐ 수통 발부(OT통)의 O		수통 발부 사유	☐ 동시 집행 필요 ☐ ()	
☐ 피의자는 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하였다.			피의자가 별지 기재와 같은 죄를 범하였 다 고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 체포 의 사유 및 체포의 필요가 있으므로 피의 자를 체포한다.		

☒ 피의자는 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 아니할 우려가 있다. ☐ 피의자는 일정한 주거가 없다 (다액 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건).	유효기간이 경과하면 체포에 착수할 수 없고, 유효기간이 경과한 경우 또는 유효기간 내라도 체포의 필요가 없어진 경우에는 영장을 반환하여야 한다. 2026. 6. 21. 판사 <u>최 미 연</u> 전자서명 완료
주: 1. 사법전자서명을 한 경우 재판서에 서명날인, 서명, 날인한 것으로 보고, 전자문서로 된 영장을 출력한 서면은 전자문서와 동일한 효력을 가진다(형사사법절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률 제5조, 제8조). 2. 영장등을 전자문서로 작성하기 적당하지 아니한 경우에는 위 서식을 출력하여 서명날인한다.	

2. 검사의 청구를 기각할 수도 있다.

형사소송법 제200조의2(영장에 [따른] 체포) ③ 제1항의 청구[→ 체포영장 청구]를 받은 ...판사가 체포영장을 발부하지 아니할 때에는 청구서에 그 취지 및 이유를 기재하고 서명날인하여 청구한 검사에게 교부한다.

구속예규 제19조(체포영장을 기각할 경우의 처리) ① 체포영장의 청구를 기각하는 경우에는 체포의 요건 특히 **체포의 사유 및 필요가 인정되지 아니한다**는 점에 대한 판단을 명시하여야 한다.

② 체포영장의 청구를 기각하는 경우에는 청구서 하단의 해당란이나 또는 여백에 그 취지와 이유 및 연월일을 기재한 다음 서명날인하여 검사에게 교부한다. ...

<기재례>

1. 청구기각(청구서의 기재요건 흠결)
2. 청구기각(체포의 사유 없음 또는 체포의 사유에 대한 소명 부족)
3. 청구기각(증거인멸 및 도망염려 없으므로, 체포의 필요 없음)
4. 청구기각(동행이 위법한 체포에 해당함)

현재 수사 중인 다른 범죄사실에 관하여 발부된 유효한 체포영장 존재 시 그 취지 및 범죄사실	(해당 없음)
발 부 하 지 않 취 지 및 이 유	청구기각: 깨진 소주병 등 현재까지 수집된 증거자료만으로는 범죄 혐의가 충분히 소명되었다고 보기는 어려움. 2026. 6. 21. 판사 <u>최 미 연</u> 전자서명 완료

체포영장 집행

경찰은, 체포영장을 집행한다. 즉, 체포한다.

서울양천경찰서				
체포영장 집행 결과				
【통상】				
발 부 법 원	서울남부지방법원			
영 장 번 호	2026-511	죄 명	상해	
영장의 법원 발급 고유번호	2026-1234567890-12345-1/1			
피 의 자	성 명	김 가 해	직 업	회사원
	주민등록번호	800123-1234567	국 적	대한민국
	주 거	서울 관악구 남부순환로199길 123		
위 체포영장에 관한 집행 결과가 아래와 같음을 확인합니다.				
집 행 방 법	☐ 출력서면 집행 여부(출력일시:) *법원이 출력하여 교부한 영장은 기재 불요			
체 포 일 시	2026. 6. 21. 16:23	체 포 장 소	서울 양천구 목동서로 51-4	
인 치 일 시	2026. 6. 21. 16:56	인 치 장 소	서울양천경찰서	
구 금 일 시	2026. 6. 21. 20:44	구 금 장 소	서울양천경찰서 유치장	
집행불능사유	(해당 없음)			
처리자의 소속관서, 관직	서울양천경찰서 형사와 경장			
처리자 성명	지방이	처리자 전자서명 또는 서명날인	지 방 이 전자서명 완료	

주: 1. 집행기관명란에는 영장을 집행한 처리자가 속한 기관명을 기재하고, 본 서류가 검사를 경유하여 제출되더라도 기재사항의 원본성에 대한 전자적 검증이 가능하도록 경유 기관의 정보는 기재하지 아니 합니다.
2. 법원이 전자문서로 발부한 영장과 그 집행 결과가 전자적으로 연결될 수 있도록 법원 영장에 포함된 정보인 전자문서의 법원 발급 고유번호를 기재하여야 합니다.
3. 위 서식을 전자문서로 작성하지 아니하는 경우, 처리자는 전자서명 대신 서명날인하여야 합니다.

영장 없이 하는 체포

종류

1. 현행범체포(*in flagrante delicto*; arrest of a person caught in the act)
2. 긴급체포(emergency arrest)

현행범체포 사유

수사기관(경찰관)이 아니라도 누구든지 현행범체포 할 수 있다.

1. 현행범인이고,
2. 증거인멸 염려가 있거나 도망할 우려가 있으면,
3. 일단 영장 없이도 체포.

대한민국헌법 제12조 ③ ... 다만, 현행범인인 경우 ... 사후에 영장을 청구할 수 있다.

형사소송법 제212조(현행범인의 체포) **현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다.**

2016도19907: 현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성과 시간적 접촉성, 범인, 범죄의 명백성 이외에 **체포의 필요성, 즉 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 한다.**

조문에는 체포 필요성(= 도망 또는 증거인멸 염려) 요건이 없지만, 당연히 필요하다고 해석한다.

경미사건에서는 추가 요건까지 있다.

형사소송법 제214조(경미사건과 현행범인의 체포) 다액 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 **한하여** 제212조...의 규정을 적용한다.

긴급체포 사유

1. 피의자가 중대한 범죄를 저지르고,
2. 증거인멸 염려가 있거나 도망할 우려가 있는데,
3. 긴급하다면(사전영장을 받을 시간적 여유가 없다면),
4. 일단 영장 없이도 체포.

대한민국헌법 제12조 ③ ... 다만, ... 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거 인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

형사소송법 제200조의3(긴급체포) ① 사법경찰관은 피의자가 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 **의심할 만한 [타]당한 이유**가 있고, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에 **긴급[한 경우여서]** ...판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장 없이 피의자를 체포할 수 있다. 이 경우 긴급[한 경우라] 함은 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 **체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때**를 말한다.

- 1. 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있는 때
- 2. 피의자가 도망하거나 도망할 우려가 있는 때

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 31.] 甲은 환각물질인 본드를 흡입할 목적으로 본드 2개를 호주머니에 소지한 채 길을 배회하며 적당한 장소를 찾다가 2025. 7. 24. 11:30 상업시설이 없는 다세대 주택의 5층 공용계단까지 들어가서 약 4시간 동안 본드를 흡입하거나 흡입한 상태로 있으면서 혼자서 욕설을 하거나 웃고 중얼거리는 소리를 냈다. 이를 발견한 거주자 A가 같은 날 15:30 도망가려고 하는 甲을 체포하여 16:00 인근 경찰서의 사법경찰관에게 지체 없이 인도하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉮. A가 甲을 현행범인으로 체포하기 위한 요건으로 체포의 필요성, 즉 도망 또는 증거 인멸의 염려가 있어야 하는 것은 아니다.

체포 후 조치

문제점

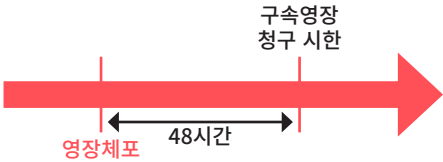
체포는 단기간 피의자 신병을 확보하는 제도다. 일단 체포했다면, 이제,

- 1. 구속 아니면,
- 2. 석방이다.

수사기관의 이러한 결정에는 시한이 있다.

만약 시한이 없다면, 수사기관이 사람을 무한정 가둬 둘 수 있게 되어 인권침해 문제가 생기기 때문이다.

영장체포 후 구속



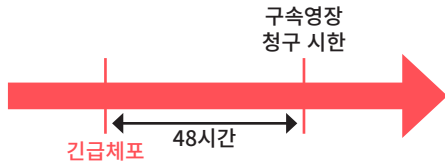
- 1. 체포 48시간 내
- 2. 구속영장을 청구

형사소송법 제200조의2(영장에 따른 체포) ⑤ [영장]체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 제201조[(구속)]의 규정에 따라 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간 내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.

검사가 위 시한에 구속영장을 “발부”받을 필요까진 없다. “청구”하면 된다.

2003모172: 형사소송법 제200조의2 제5항 등에서 규정하고 있는 ‘체포한 때부터 48시간’의 시한은 구속영장의 **발부시한이 아니라 청구시한**을 의미[한다. 甲]은 2002. 10. 18. 19:20경 체포되었고, 같은 달 20[일] 18:30경 구속영장청구서가 법원에 접수되었으므로 구속절차에 위 법조 위반의 위법이 있었다고 할 수 없[다.]

긴급체포 후 구속



- 1. 체포 48시간 내
- 2. 지체 없이
- 3. 구속영장을 청구

형사소송법 제200조의4(긴급체포와 영장청구기간) ① 사법경찰관이 제200조의3[(긴급체포)]에 따라 피의자를 체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 **지체 없이** 검사에게 신청하여 검사의 청구로 ...판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 이 경우 **구속영장**은 피의자를 **체포한 때부터 48시간 이내에 청구**하여야 ... 한다.
② 제1항의 규정에 [따라] 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.

“지체 없이 48시간 내”란 어떤 뜻인가? 비록 48시간 내라도, 지체했다면 위법하다. 또, 비록 지체하지 않았더라도, 48시간을 초과하면 위법하다.

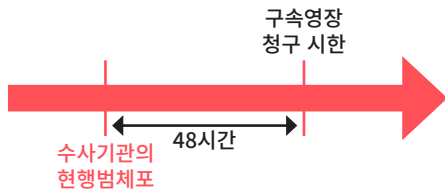
현행범체포 후 구속

- 1. 48시간 내
- 2. 구속영장을 청구

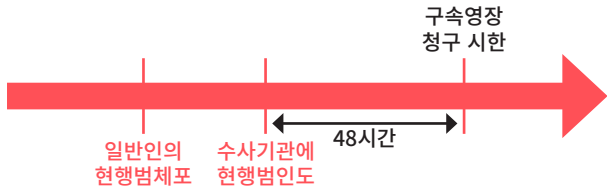
형사소송법 제213조의2(준용규정) ... 제200조의2[ㄱ **체포 시부터 48시간 내 구속영장 청구**]는 사법경찰관리가 현행범인을 [직접] 체포하거나 현행범인을 [제3자로부터] 인도받은 경우에 이를 준용한다.

위 48시간의 기산점(starting point)은?

- 1. 수사기관이 직접 현행범체포 했다면, 체포 시.



2. 제3자가 현행범체포 해서 수사기관에 인도한 경우, 인도 시.



형사소송법 제213조(체포된 현행범인의 인도) ① 사법경찰관리 아닌 자[(제3자)가 현행범인을 체포한 때에는 즉시 사법경찰관에게 인도하여야 한다.

2011도12927: 위와 같이 체포된 현행범인에 대하여 일정 시간 내에 구속영장 청구 여부를 결정하도록 하고 그 기간 내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 즉시 석방하도록 한 것은 [어떤 취지인가?] 영장에 [따르]지 아니한 체포 상태[를] 부당하게 장기화 [해]서는 안 된다는 인권보호의 요청과 함께 수사기관에서 구속영장 청구 여부를 결정하기 위한 합리적이고 충분한 시간을 보장해 주려는 데에도 그 입법 취지가 있다.]

따라서 [수사기관]이 아닌 이[(제3자)][로부터] 현행범인이 체포된 후 불필요한 지체 없이 [수사기관]에게 인도된 경우 위 48시간의 기산점은 체포 시가 아니라 [수사기관]이 현행범인을 인도받은 때[다.]

소결

- 1. 위 시간 내 구속영장을 받을 필요까지는 없다. 청구하기만 하면 된다.
- 2. 위 시간 내 구속영장을 청구하지 않으면? 즉시 석방해야 한다.
- 3. 구속영장을 청구했는데 판사가 기각하면? 역시 즉시 석방해야 한다.

이렇게 하지 않으면? 위법수사다.

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 31.] 甲은 ... 2025. 7. 24. 11:30 ... 약 4시간 동안 본드를 흡입하거나 흡입한 상태로 있으면서 혼자서 욕설을 하거나 웃고 중얼거리는 소리를 냈다. 이를 발견한 거주자 A가 같은 날 15:30 도망가려고 하는 甲을 체포하여 16:00 인근 경찰서의 사법경찰관에게 지체 없이 인도하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

리. 검사가 甲에 대하여 구속영장을 청구하고자 할 경우 2025. 7. 24. 15:30부터 48시간 내에 구속영장을 청구하여야 한다.

구속

시점

1. 수사단계(= 기소 전 = 피의자에 대하여): 검사 영장청구 + 판사 영장발부

형사소송법 제201조(구속) ① 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 [타]당한 이유가 있고 제70조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있을 때에는 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 ...판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. ...

(i) 영장체포 후 구속, (ii) 긴급체포 후 구속, (iii) 현행범체포 후 구속, (iv) 체포 없이 바로 구속 모두 가능하다.

2. 공판단계(= 기소 후 = 피고인에 대하여): 법원 영장발부

형사소송법 제73조(영장의 발부) 피고인을 소환함에는 소환장을, 구인 또는 구금함에는 구속영장을 발부하여야 한다.

형사소송법 제70조(구속의 사유) ① 법원은 피고인이 죄를 범하였다고 의심할 만한 [타]당한 이유가 있고 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우에는 피고인을 구속할 수 있다.

- 1. 피고인이 일정한 주거가 없는 때
- 2. 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때
- 3. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때

구속 사유

- 1. 피의자에게 타당한 범죄 혐의가 있을 것
 - 2. 증거인멸 염려가 있거나 도망할 우려가 있을 것
- 경미사건에서는 추가 요건까지 있다.

형사소송법 제201조(구속) ① ... 다만, 다액 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다.

		사유	본질	단계
체포	영장체포	출석불응 우려 + (도망, 증거인멸 우려)	신병확보를 통한 피의자신문	수사단계
	긴급체포	도망, 증거인멸 우려		
	현행범체포	현행범 발견 + 도망, 증거인멸 우려		
구속		도망, 증거인멸 우려	절차진행	수사/공판단계

구속 절차

- 1. 경찰: 구속영장 청구 신청 to 검사
- 2. 검사: 구속영장 청구 to 판사
- 3. 판사: 구속영장 발부
- 4. 경찰: 구속영장 집행

구속영장 청구 신청

경찰은, 검사에게 구속영장 청구를 신청할 수 있다.

형사소송법 제201조(구속) ① ... 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 ...판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. ...

서울양천경찰서		
제 2026-00810 호		2026. 6. 22.
수 신 : 서울남부지방검찰청 검사장		
제 목 : 구속영장 신청서(체포영장)		
다음 사람에 대한 상해 피의사건에 관하여 같은 사람을 아래와 같이 체포영장에 따라 체포하여 서울양천경찰서에 구속하러 하니 2026. 6. 28.까지 유효한 구속영장의 청구를 신청합니다.		
피의자	성 명	김가해(金加害)
	주민등록번호	800123-1234567
	직 업	회사원
	주 거	서울특별시 관악구 남부순환로199길 123
변 호 인	없음	
체포한 일시. 장소	2026. 6. 21. 16:23 서울특별시 양천구 목동서로 51-4	
인치한 일시. 장소	2026. 6. 21. 16:56 서울양천경찰서	
구금한 일시. 장소	2026. 6. 21. 20:44 서울양천경찰서 유치장	
범죄사실 및 구속을 필요로 하는 이유	별지와 같음	
필요적 고려사항	[] 범죄의 중대성 [√] 재범의 위험성 [√] 피해자.중요참고인 등에 대한 위해 우려 [] 기타 사유	
피의자의 지정에 따라 체포이유등이 통지된 자의 성명 및 연락처	송순이 (피의자의 어머니) 010-9977-4321	

재신청의 취지 및 이유	(해당 없음)
비 고	(해당 없음)
서울양천경찰서	
사법경찰관 경위 박 주 인 (인)	

구속영장 청구 여부 검토

검사는,

1. 판사에게 구속영장을 청구할 수 있다.

형사소송법 제201조(구속) ① ... 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 ...판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. ...

서울남부지방검찰청	
(02-3219-1234)	
제 2026-000522 호	2026. 6. 22.
수 신 : 서울남부지방법원장	발 신 : 서울남부지방검찰청
제 목 : 구속영장청구	검 사 조 도 춘 (인)
피 의 자	성명 김 가 해 (金 加 害)
	주민등록번호 800123-1234567 (46세)
	직업 회사원
	주거 서울특별시 관악구 남부순환로199길 123
변 호 인	없음
위의 피의자에 대한 상해 피의사건에 관하여 아래와 같이 체포영장에 의하여 체포하고 구속영장신청이 있는바, 그 사유가 상당하다고 인정되므로 위 피의자를 서울양천경찰서에 구속하기 위하여 구속영장의 발부를 청구합니다.	
체 포 한 일 시	2026. 6. 21. 16:23
체 포 한 장 소	서울특별시 양천구 목동서로 51-4
인치한 일시·장소	2026. 6. 21. 16:56 서울양천경찰서
구금한 일시·장소	2026. 6. 21. 20:44 서울양천경찰서 유치장
범죄사실 및 구속이필요한이유	별지 구속영장신청서 기재내용과 같음
필요적 고려사항	별지 구속영장신청서 기재내용과 같음

피의자의 지정에 따라 체포이유 등이 통지된 자의 성명 및 연락처	송순이 (피의자의 어머니), 010-9977-4321
재청구의 취지 및 이유	(해당 없음)
발부하지 취지 및 이유	판사 (인)

2. 경찰의 신청을 기각할 수도 있다.

검찰사건사무규칙 제78조(구속영장의 청구) ③ 검사는 사법경찰관등의 구속영장신청을 검토하여 구속할 만한 상당한 이유가 없다고 인정할 때에는 ... 서류에 그 이유를 구체적으로 기재하여 구속영장신청을 기각한다. ...

서울남부지방검찰청

제 2026-00933 호2026. 6. 22.

수 신 : 서울양천경찰서장

제 목 : 구속영장신청 기각

다음 피의자에 대한 상해 피의사건에 관하여 체포영장에 의하여 체포하고 구속영장신청이 있는바, 아래와 같은 사유로 구속영장신청을 기각합니다.

피의자	성명	김 가 해 (金 加 害)
	주민등록번호	800123-1234567 (46세)
	직업	회사원
	주거	서울특별시 관악구 남부순환로199길 123
변 호 인	없음	
체 포 한 일 시 · 장 소	2026. 6. 21. 16:23	
인 치 한 일 시 · 장 소	2026. 6. 21. 16:56 서울양천경찰서	
구 금 한 일 시 · 장 소	2026. 6. 21. 20:44 서울양천경찰서 유치장	
범 죄 사 실 및 구 속 이 필 요 한 사 유	별지 구속영장신청서 기재내용과 같음	
필 요 적 고 려 사 항	별지 구속영장신청서 기재내용과 같음	
피 의 자 의 지 정 에 따른 체포이유 등이 통지 된 자의 성명 및 연락처	송순이 (피의자의 어머니), 010-9977-4321	
재 신 청 의 취 지 및 이유	(해당 없음)	

1. 구속영장을 발부할 수 있다.

형사소송법 제201조(구속) ① ... 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 ...판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. ...

[illegible]

집행 일시	2026. 6. 23. 18:23	집행 장소	서울양천경찰서
구금 일시	2026. 6. 23. 18:42	구금 장소	서울양천경찰서 유치장
집행불능사유	(해당 없음)		
처리자의 소속관서, 판직	서울양천경찰서 형사와 경장		
처리자 성명	지방이	처리자 전자서명 또는 서명날인	지 방 이 전자서명 완료

주: 1. 집행기관명란에는 영장을 집행한 처리자가 속한 기관명을 기재하고, 본 서류가 검사를 경유하여 제출되더라도 기재사항의 원본성에 대한 전자적 검증이 가능하도록 경유 기관의 정보는 기재하지 아니 합니다.
2. 법원이 전자문서로 발부한 영장과 그 집행 결과가 전자적으로 연결될 수 있도록 법원 영장에 포함된 정보인 전자문서의 법원 발급 고유번호를 기재하여야 합니다.
3. 위 서식을 전자문서로 작성하지 아니하는 경우, 처리자는 전자서명 대신 서명날인하여야 합니다.

구속영장 실질심사 제도

개념

구속영장 실질심사(direct judgment of warrant) 제도란?

- 1. 수사단계에서,
- 2. 검사의 구속영장 청구에 대해,
- 3. 판사가,
- 4. 피의자를 대면 심문해 변명을 듣고,
- 5. 구속사유가 있는지 판단하는 절차.

정식명칭은 “구속 전 피의자 심문” 제도다. 궁금한 것을 물어보며 변명도 들어본다(hearing)는 뜻에서 “심문”이라 한다. 살필 심(審)이다.

의의

수사단계에서, 구속영장 실질심사 제도는 다음과 같이 중요한 의미가 있다.

- 1. 서류만 보고 피의자를 구속할 수는 없다. 실질심사라 부르는 이유다.
- 2. 모든 피의자 구속에서 필수적 절차다.

물론, 피의자 스스로 출석을 거부하면 어쩔 수 없이 피의자 출석 없이 심문을 진행할 수는 있다.

형사소송규칙 제96조의13(피의자의 심문절차) ① 판사는 피의자가 심문기일의 출석을 거부하거나 질병 그 밖의 사유로 출석이 현저하게 곤란하고, 피의자를 심문 법정에 인치할 수 없다고 인정되는 때에는 피의자의 출석 없이 심문절차를 진행할 수 있다.

3. 피의자까지도 국선변호인을 선정해 주는 의미가 있다.

형사소송법 제201조의2(구속영장 청구와 피의자 심문) ⑧ 심문할 피의자에게 변호인이 없는 때에는 ...판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 이 경우 변호인의 선정은 피의자에 대한 구속영장 청구가 기각되어 효력이 소멸한 경우를 제외하고는 제1심까지 효력이 있다.

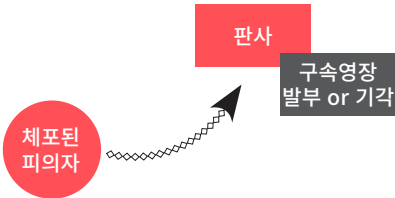
원래 헌법은 국선변호인을 피고인(accused)에 관해서만 정하고 있다. 법률인 형사소송법이 그 범위를 피의자(suspect)까지로 더 확대한 셈이다.

대한민국헌법 제12조 ④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률[에서] 정하는 바에 [따라] 국가가 변호인을 붙인다.

실질심사를 위한 구인

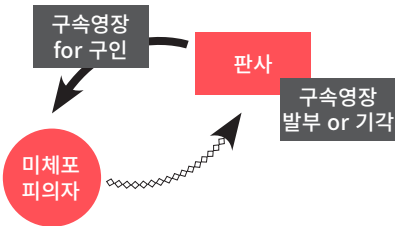
어떻게 판사 앞으로 데려올 것인가?

- 1. 이미 체포된 피의자 경우: 체포된 상태를 이용해, 그냥 판사 앞으로 강제로 데려올 수 있다.



형사소송법 제201조의2(구속영장 청구와 피의자 심문) ① 제200조의2, 제200조의3 또는 제212조에 따라 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다. ...

- 2. 아직 체포되지 않은 피의자 경우: 판사 앞으로 강제로 데려올 근거가 아직 없다. 그러므로, “판사 앞으로 데려오기 위한 구속영장”을 받아야 한다.



형사소송법 제201조의2(구속영장 청구와 피의자 심문) ② [체포되지 않은] 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문하여야 한다. ...

형사소송법 제69조(구속의 정의) 본법에서 구속이[란] 구인[→ 강제로 데려오기]과 구금[→ 강제로 가두기]을 포함한다.

구속(구금)해도 되는지 보려고 구속(구인)하는 셈이다.

연습문제

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 30.] 메트암페타민 투약 등 혐의가 있어서 체포영장이 발부된 甲에 대한 사법경찰관 A의 체포행위와 검사 B가 법원에 청구한 구속영장에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 구속 전 피의자 심문을 받을 甲에게 변호인이 없는 때에는 판사는 직권으로 변호인을 선정하여야 하고, 이 경우 甲에 대한 구속영장 청구가 기각되더라도 변호인의 선정은 제1심까지 효력이 있다.

구속기간 제한

수사단계 구속기간 제한

수사단계 구속(= 기소 전 구속 = 피의자에 대한 구속)의 기간 제한이다.



- 1. 경찰 단계: 10일

형사소송법 제202조(사법경찰관의 구속기간) 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 한다.

- 2. 검사 단계: 10일 (+10일) = 최장 20일

형사소송법 제203조(검사의 구속기간) 검사가 사법경찰관으로부터 피의자를 인치 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다.

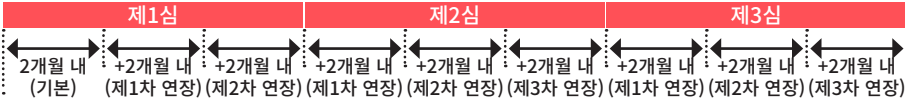
형사소송법 제205조(구속기간의 연장) ① ...판사는 공소제기 여부의 결정을 위하여 보완수사요구 등이 필요하다고 인정하는 경우 검사의 신청에 [따라] 10일을 초과하지 아니하는 범위에서 제203조의 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다.

다만, 체포 후 구속된 경우, 최초 체포 시점부터 센다. 체포한 기간이 길수록 구속기간은 촉박하다는 뜻이다.

형사소송법 제203조의2(구속기간에의 산입) 피의자가 제200조의2[영장체포], 제200조의3[긴급체포], 제201조의2 제2항[실질심사를 위한 구인] 또는 제212조[현행범체포]에 따라 체포 또는 구인된 경우에는 제202조 또는 제203조의 구속기간은 피의자를 체포 또는 구인한 날부터 기산한다.

공판단계 구속기간 제한

공판단계 구속(= 기소 후 구속 = 피고인에 대한 구속)의 기간 제한이다.



99헌가14: [형사소송법 제92조는] 법원의 피고인에 대한 구속기간(갱신기간포함) 및 심급별 갱신가능 횟수를 명백히 한정[한다. 그렇게 하여] 피고인에 대한 전체 구속기간은 물론, 심급별 구속기간도 엄격히 제한하고 있다.

국가형벌권의 구체적 실현이라는 형사소송의 원칙을 달성하기 위해서는 미결구금 등의 강제처분이 불가피하게 요청된다. 그러나 이러한 강제처분은 기본권에 대한 중대한 제한을 의미한다는 점에서 필요한 최소한도의 범위[에]서 행하여져야 한다. 이러한 필요 최소한도의 원리가 무죄추정의 법리와 함께 구속기간의 제한을 규정[하는] 이 사건 법률조항의 바탕이 되는 기본원리라고 할 수 있다.

1. 제1심 단계: 2개월 (+2개월+2개월) = 최장 6개월

형사소송법 제92조(구속기간과 갱신) ① 구속기간은 2개월로 한다.
② 제1항[이 있더라도] 특히 구속을 계속할 필요가 있는 경우에는 심급마다 2개월 단위로 2차에 한하여 결정으로 갱신할 수 있다. ...

99헌가14: 제1[심] 구속기간은 허용된 2차의 갱신을 모두 [하]는 경우 최장 6[개]월이다.]

2. 제2심 단계: (+2개월+2개월)(+2개월) = 최장 6개월

3. 제3심 단계: (+2개월+2개월)(+2개월) = 최장 6개월

형사소송법 제92조(구속기간과 갱신) ② 제1항[이 있더라도] 특히 구속을 계속할 필요가 있는 경우에는 심급마다 2개월 단위로 2차에 한하여 결정으로 갱신할 수 있다. 다만, 상소심은 피고인 또는 변호인이 신청한 증거의 조사, 상소이유를 보충하는 서면의 제출 등으로 추가 심리가 필요한 부득이한 경우에는 3차에 한하여 갱신할 수 있다.

99헌가14: 항소심 및 상고[심] 구속기간 역시 허용된 2차의 갱신을 모두 [하]는 경우 각 최장 4[개]월(직전심급 법원의 잔여 구속기간은 제외)이 [된다. 제3차 갱신시 각 최장 6개월이다.]

수사단계에서 인신구속이 있었다더라도, 법원의 구속 자체부터 센다. 구속수사 기간이 길더라도 공판구속 기간은 촉박하게 되지 않는다.

형사소송법 제92조(구속기간과 갱신) ③ ... 공소제기전[= 수사단계]의 체포, 구인, 구금 기간은 제1항 및 제2항의 기간에 산입하지 아니한다.

연습문제

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 30.] 메트암페타민 투약 등 혐의가 있어서 체포영장이 발부된 甲에 대한 사법경찰관 A의 체포행위와 검사 B가 법원에 청구한 구속영장에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ A는 체포영장[으로] 체포된 甲에게 구속의 필요성이 인정되어 체포된 다음 날 구속영장을 신청하였고, B의 구속영장 청구와 지방법원판사가 발부한 구속영장[으로] 甲이 구속된 경우, A는 구속영장[으로] 甲이 구속된 때로부터 10일 이내에 검사에게 甲을 인치하지 아니하면 석방하여야 한다.

체포, 구속 집행 시 절차

머리에

수사단계에서, 수사기관이 피의자 체포, 구속 집행을 할 때, 지킬 절차가 있다.

공통

집행기관은 사유와 필요성을 다시 확인해야 한다.

2022도2402: 체포영장의 청구에서부터 발부, 집행에 이르는 절차 전반에 걸쳐 형사소송법 제200조의2 제1항에서 정한 영장에 [따른] 체포의 사유와 그 필요성이 인정되어야 한다.

따라서 수사기관의 청구에 따라 체포영장이 적법하게 발부된 경우라 하더라도, 그 집행을 담당하는 검사, 사법경찰관리는 체포영장을 집행하는 당시의 상황을 기초로 영장에 [따른] 체포의 사유와 그 필요성이 충족되었는지 여부를 면밀히 살펴보아야 한다.

물론 체포영장의 집행을 담당하는 수사기관의 그에 관한 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다. 그렇지만, 체포영장의 집행 당시 상황으로 보아 영장에 [따른] 체포의 사유와 그 필요성이 충족되었는지 여부에 관한 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 재량의 한계를 넘는 위법한 체포에 해당한다.

피고인이 출석요구에 응하여 약 2주 만에 경찰에 자진출석 [했다. 그런] 이상, 그 시점에는 형사소송법 제200조의2 제1항 중 ‘수사기관의 출석요구에 응하지 아니할 우려’의 사유가 존재하지 않았다고 볼 여지가 있다. 체포영장의 집행 당시 피고인에 대하여 체포영장이 적법하게 발부되어 있었다는 점 이외에 체포의 사유와 그 필요성을 인정할 만한 정황을 발견하기 어렵다. 따라서 경찰의 피고인에 대한 체포영장의 집행에 따른 체포는 위법한 체포에 해당한다.]

체포 집행 시

- 1. 피의사실 고지 + 체포 이유 고지 + 변호인 선임권 고지 + 변명 기회 부여 + 진술거부권 고지

대한민국헌법 제12조 ⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. ...

형사소송법 제200조의5(체포와 피의사실 등의 고지) 사법경찰관은 **피의자를 체포**하는 경우에는 **피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음**을 말하고 **변명할 기회**를 주어야 한다.

수사준칙 제32조(체포, 구속영장 집행 시의 권리 고지) ① ... 사법경찰관은 피의자를 체포하거나 구속할 때에는 ... **진술거부권**을 알려주어야 한다.

2008도11226: 사법경찰관이 현행범인으로 체포하는 경우에는 반드시 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 [한다.] 이러한 법리는 비단 현행범인을 체포하는 경우뿐만 아니라 긴급체포의 경우에도 마찬가지로 적용[된다. 그리고] 이와 같은 고지는 체포를 위한 실행행사에 들어가기 전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이다[다.]

미국의 미란다 고지(Miranda warning)에 해당한다.

2. (영장체포 경우) 체포영장 원본 제시 + 사본 교부

형사소송법 제200조의6(준용규정) ... 제85조 제1항, 제3항, 제4항...[은] 사법경찰관이 피의자를 체포하는 경우에 이를 준용한다. 이 경우 “구속”은 “체포”로, “구속영장”은 “체포영장”으로 본다.

형사소송법 제85조(구속영장집행의 절차) ① 구속영장을 집행할 때는 피고인에게 반드시 이를 **제시**하고 그 **사본을 교부**하여야 하며 신속히 지정된 법원 기타 장소에 인치하여야 한다.

- ③ 구속영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피고인에 대하여 공소사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고하고 집행할 수 있다.
- ④ 전항의 집행을 완료한 후에는 신속히 구속영장을 제시하고 그 사본을 교부하여야 한다.

3. 변호인이나 가족에게 서면 통지

대한민국헌법 제12조 ⑤ ... 체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시, 장소가 지체 없이 통지되어야 한다.

형사소송법 제200조의6(준용규정) ... 제87조...는 사법경찰관이 피의자를 체포하는 경우에 이를 준용한다. 이 경우 “구속”은 “체포”로, “구속영장”은 “체포영장”으로 본다.

형사소송법 제87조(구속의 통지) ① 피고인을 구속한 때에는 변호인이 있는 경우에는 **변호인**에게, 변호인이 없는 경우에는 [피고인 또는 피의자의 법정대리인, **배우자, 직계친족**과 형제자매] 중 피고인이 지정한 자에게 피고사건명, 구속일시, 장소, 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있는 취지를 **알려야 한다**.

- ② 제1항의 통지는 **지체 없이 서면으로** 하여야 한다.

구속 집행 시

- 1. 피의사실 고지 + 체포 이유 고지 + 변호인 선임권 고지 + 변명 기회 부여 + 진술거부권 고지

대한민국헌법 제12조 ⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. ...

형사소송법 제209조(준용규정) ... 제200조의5는 사법경찰관의 **피의자 구속**에 관하여 준용한다.

형사소송법 제200조의5(체포와 피의사실 등의 고지) 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 **피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을** 말하고 **변명할 기회**를 주어야 한다.

수사준칙 제32조(체포, 구속영장 집행 시의 권리 고지) ① ... 사법경찰관은 피의자를 체포하거나 구속할 때에는 ... **진술거부권**을 알려주어야 한다.

2. 구속영장 원본 제시 + 사본 교부

형사소송법 제209조(준용규정) ...제85조...는 사법경찰관의 **피의자 구속**에 관하여 준용한다.

형사소송법 제85조(구속영장집행의 절차) ...

3. 변호인이나 가족에게 서면 통지

대한민국헌법 제12조 ⑤ ... 체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시, 장소가 지체 없이 통지되어야 한다.

형사소송법 제209조(준용규정) ...제87조...는 사법경찰관의 **피의자 구속**에 관하여 준용한다.

형사소송법 제87조(구속의 통지) ...

영장 유효기간

체포영장, 구속영장에는 유효기간이 있다.

형사소송법 제209조(준용규정) ... 제75조...는 사법경찰관의 피의자 구속에 관하여 준용한다.

형사소송법 제75조(구속영장의 방식) ① 구속영장에는 ... 그 유효기간과 **그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며** 영장을 반환하여야 할 취지를 기재...하여야 한다.

형사소송규칙 제178조(영장의 유효기간) 영장의 유효기간은 7일로 한다. 다만, ... 법원이 [타]당하다고 인정하는 때에는 7일을 넘는 기간을 정할 수 있다.

1. 그 기간에 집행에 착수해야 한다. 위반한 집행은 위법하다.

체포해 둘 수 있는 기간, 구속해 둘 수 있는 기간(구속기간)과는 무관하다.

형사소송법 제200조의2(영장에 [따른] 체포) ⑤ 체포한 피의자를 ... **체포한 때부터 48시간 이내에** ... 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.

형사소송법 제202조(사법경찰관의 구속기간) 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 **10일 이내에** 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 한다.

형사소송법 제203조(검사의 구속기간) 검사가 사법경찰관으로부터 피의자를 인치 받은 때에는 **10일 이내에** 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다.

2007도118: 구속영장에 기재되는 유효기간은 그 구속영장을 집행할 수 있는 기한을 의미하는 것이므로 그 기간을 경과하면 집행에 착수할 수 없다. 그렇지만 유효기간 내에 집행이 이루어지면 그 이후의 구속기간은 형사소송법 제202조, 제203조에 따라 사법경찰관 및 검사가 [각각] 10일간 구속을 할 수 있다.]

피고인에 대한 이 사건 구속영장은 그 유효기간 내인 2007. 7. 24. 적법하게 집행[→ 착수]되었다. 그러므로 이 사건 구속영장의 유효기간이 경과하였[는데도] 피고인을 계속 구금한 조치가 부당하다는 취지의 ... 주장은 받아들일 수 없다.

2. 반대로, 유효기간을 지켰다고 해서 반드시 집행이 적법한 건 아니다.

2020도16438: 법관이 검사의 청구[로] 체포된 피의자의 구금을 위한 구속영장을 발부 하면 검사와 사법경찰관리는 지체 없이 신속하게 구속영장을 집행하여야 한다. 피의자에 대한 구속영장의 제시와 집행이 그 발부 시로부터 정당한 사유 없이 시간이 지체되어 이루어졌다면, 구속영장이 그 유효기간 내에 집행되었다고 하더라도 위 기간 동안의 체포 내지 구금 상태는 위법하다.

피고인에 대한 구속영장이 2020. 2. 8. 발부되고 피고인에 대한 구속영장 청구 사건의 수사관계 서류와 증거물이 같은 날 17:00경 검찰청[→ 현 공소청]에 반환되어 그 무렵 검사의 집행지휘가 있었다. 그런[데도], 사법경찰관은 그로부터 만 3일 가까이 경과한 2020. 2. 11. 14:10경 구속영장을 집행하였[다. 그러]므로 사법경찰관의 피고인에 대한 구속영장 집행은 지체 없이 이루어졌다고 볼 수 없다[.] ... 지체된 기간 동안의 피고인에 대한 체포 내지 구금 상태는 위법하[다.]

3. 유효기간 내라도, 이미 집행에 착수한 적이 있다면, 그 영장으로는 다시 집행할 수 없다.

영장은 1회용이다. 영장은 재활용 할 수 없다.

연습문제

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 22.] 수사의 적법, 위법성 판단에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ 사법경찰관이 현행범인을 체포하는 경우에는 반드시 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 하며, 이와 같은 고지는 원칙적으로 체포를 위한 실력행사에 들어가기 전에 미리 하여야 하는데, 이는 긴급 체포의 경우에도 마찬가지이다.

수사단계 체포구속 영장 발부에 대한 구제

머리에

지금 단계에서는 이런 게 있다는 정도로만 가볍게, 빠르게 보자.

적부심 제도

다음 경우에, 판사의 체포구속 영장 발부를 다룰 수 있다. 이 불복 절차를 적부심(habeas corpus review; review of legality)이라 부른다.

- 1. 수사단계에서(공판단계는 해당 X) = 피의자에(피고인에는 해당 X)
- 2. 체포, 구속 영장이(압수, 수색 영장은 해당 X)
- 3. 발부된 경우(기각된 경우는 해당 X)

대한민국헌법 제12조 ⑥ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.

형사소송법 제214조의2(체포와 구속의 적부심사) ① 체포되거나 구속된 **피의자** 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주는 관할법원에 체포 또는 구속의 **적부심사**(適否審査)를 **청구**할 수 있다.

적부심이란, 적법하게 했는지 부적법하게 했는지 판단하는 심사라는 뜻이다.

필수적 변호

- 1. 이 절차에는 변호인이 필수적으로 붙어야 한다.
- 2. 없으면 국선변호인을 붙인다.

형사소송법 제214조의2(체포와 구속의 적부심사) ⑩ 체포되거나 구속된 피의자에게 **변호인이 없는 때에는** 제33조를 준용한다.

형사소송법 제33조(국선변호인) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 변호인이 없는 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다.

적부심 종류

- 1. 일반 석방(= 제4항 석방) ← 체포, 구속이 부적법할 경우

형사소송법 제214조의2(체포와 구속의 적부심사) ④ 제1항의 청구를 받은 법원은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포되거나 구속된 피의자를 심문하고 수사관계 서류와 증거물을 조사하여 그 청구가 이유 없다고 인정한 경우에는 결정으로 기각하고, 이유 있다고 인정한 경우에는 결정으로 **체포되거나 구속된 피의자의 석방을 명하여야** 한다. ...

97모21: [형사소송]법 제214조의2 [현행 제4항]의 석방[→ 일반 석방]결정은 체포 또는 구속이 불법이거나 이를 계속할 사유가 없는 등 **부적법한 경우에** 피의자의 **석방**을 명하는 것이다.]

- 2. 보증금(bail money) 석방(= 제5항 석방) ← 구속이 적법할 경우

형사소송법 제214조의2(체포와 구속의 적부심사) ⑤ 법원은 **구속된 피의자...에** 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 **보증금의 납입을 조건으로** 하여 결정으로 제4항의 **석방**을 명할 수 있다. ...

보증금 석방은 일반 석방보다는 오히려 이따가 볼 공판단계(기소 후) 보석과 비슷하다. 그래서 보증금 석방을 “기소 전 보석”이라고도 부른다.

97모21: [형사소송법 제214조의2 [현행 제5항]의 석방[→ 보증금 석방] 결정은 구속의 적법을 전제로 하면서 그 단서에서 정한 제한사유가 없는 경우에 한하여 출석을 담보할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 피의자의 석방을 명하는 것이다. 즉, 같은 조 현행 제4항]의 석방[→ 일반 석방] 결정과 [현행 제5항]의 석방[→ 보증금 석방] 결정은 원래 그 실질적인 취지와 내용을 달리한다.]

체포 경우? 보증금 석방 제도가 없다.

97모21: 형사소송법은 수사단계에서의 체포와 구속을 명백히 구별하고 있다. 이에 따라 체포와 구속의 적부심사를 규정한 같은 법 제214조의2에서 체포와 구속을 서로 구별되는 개념으로 사용하고 있다. 그런데도 같은 조 [현행 제5항]에 기소 전 보증금 납입을 조건으로 한 석방의 대상자가 ‘구속된 피의자’라고 명시되어 있다. 그러므로 현행법상 체포된 피의자에 대하여는 보증금 납입을 조건으로 한 석방이 허용되지 않는다.

재체포, 재구속의 제한

수사단계에서 수사기관이 체포나 구속을 했다가 석방한 경우, 수사기관이 같은 혐의로 다시 체포나 구속을 할 수 있나?

- 1. 체포 후 석방 → 원칙: 특별한 제한 없음
- 2. 긴급체포 후 석방 → 긴급체포 금지, 현행법체포 금지

형사소송법 제200조의4(긴급체포와 영장청구기간) ② 제1항의 규정에 [따라] 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 [따라] 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다.

영장체포나 구속은 가능하다.

2001도4291: 긴급체포 후 석방된 피의자...라도 법원으로부터 구속영장을 발부받아 구속할 수 있[다는 것]은 물론이다.]

- 3. 구속 후 석방 → 구속 금지(단, 중요 증거 발견 시 구속 가능)

형사소송법 제208조(재구속의 제한) ① 사법경찰관[으로부터] 구속되었다가 석방된 자는 다른 중요한 증거가 발견된 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속하지 못한다.

- 4. 체포, 구속 적부심에서 일반 석방 → 체포 금지, 구속 금지(단, 도망, 증거 인멸 시 체포, 구속 가능)

형사소송법 제214조의3(재체포 및 재구속의 제한) ① 제214조의2 제4항에 따른 체포 또는 구속 적부심사결정[으로] 석방된 피의자가 도망하거나 범죄의 증거를 인멸하는 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실로 재차 체포하거나 구속할 수 없다.

- 5. 구속 적부심에서 보증금 석방(기소 전 보석) → 체포 금지, 구속 금지(단, 도망, 증거 인멸 염려, 불출석, 조건 위반 시 체포, 구속 가능)

구속이 적법한데도 석방했다. 그래서 다시 체포나 구속할 수 있는 사유가 일반 석방보다 더 많다.

형사소송법 제214조의3(재체포 및 재구속의 제한) ⑤ 제214조의2 제5항에 따라 석방 [→ 보증금 석방]된 피의자에게 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실로 재차 체포하거나 구속할 수 없다.

1. 도망한 때
2. 도망하거나 범죄의 증거를 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때
3. 출석요구를 받고 정당한 이유없이 출석하지 아니한 때
4. 주거의 제한이나 그 밖에 법원이 정한 조건을 위반한 때

연습문제1

2020년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 31.] 다음 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은?

- ㄱ. 긴급체포되었다가 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못하여 석방된 자는 영장 없이는 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다.
- ㄴ. 체포, 구속적부심사결정[으로] 석방된 피의자가 도망하거나 죄증을 인멸하는 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 체포 또는 구속하지 못한다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 19.] 체포, 구속적부심사에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 긴급체포된 피의자에 대하여는 보증금 납입을 조건으로 한 석방이 허용되지 않는다.
- ② 체포, 구속적부심사[로] 석방된 피의자에 대해 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 체포 또는 구속하지 못한다.
- ④ 구속적부심사에서 피의자에게 변호인이 없는 때에는 법원은 직권으로 국선변호인을 선정해야 한다.
- ⑤ 공소제기 후의 피고인은 체포, 구속적부심사를 청구할 수 없다.

비교: 공판단계 구속 영장 발부에 대한 구제

머리에

지금 단계에서는 이런 게 있다는 정도로만 가볍게, 빠르게 보자.

구속 취소/보석 제도

다음 경우에, 법원의 구속 영장 발부에 구제 받을 수 있다. 바로 구속 취소(revocation of custody)와 보석(release on bail) 제도다.

1. 공판단계에서(수사단계는 해당 ×) = 피고인에(피의자에는 해당 ×)

2. 구속 영장이(체포, 압수, 수색 영장은 해당 ×)
3. 발부된 경우(기각된 경우는 해당 ×)

논의 편의상, 영장 발부에 **항고(claim)**로 불복하는 방법은 논외로 한다.

필수적 변호?

1. 이 절차에는 변호인이 필수적으로 붙을 필요는 없다.
2. 원래 공판절차에서는 원칙적으로 변호인이 없더라도 반드시 국선변호인을 붙이지는 않는다.

형사소송법 제33조(국선변호인) ③ 법원은 피고인의 나이, 지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리보호를 위하여 **필요하다고 인정하면** 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위에서 변호인을 선정하여야 한다.

종류

1. 구속 취소 ← 구속이 부적법할 경우

형사소송법 제93조(구속의 취소) **구속의 사유가 없거나 소멸된 때에는** 법원은 직권 또는 검사, 피고인, 변호인...의 청구에 [따라] 결정으로 구속을 취소하여야 한다.

2. 보석(bail) ← 구속이 적법할 경우

형사소송법 제94조(보석의 청구) 피고인, 피고인의 변호인...[은] 법원에 구속된 피고인의 **보석**을 청구할 수 있다.

형사소송법 제98조(보석의 조건) 법원은 보석을 허가하는 경우에는 필요하고 상당한 범위 안에서 다음 각호의 조건 중 하나 이상의 **조건을 정하여야** 한다.

8. 피고인이나 법원이 지정하는 자가 **보증금을 납입**하거나 담보를 제공할 것
9. **그 밖에** 피고인의 출석을 보증하기 위하여 법원이 정하는 적당한 조건[→ 예: 일정 기간 여행 갈 경우 미리 법원 허가를 받을 것]을 이행할 것

아까 보았듯 보석은 수사단계(기소 전) 적부심에서 보증금 석방과 비슷하다. 예를 들어, 두 결정 모두 구속에만 가능하고, 검사가 석방 결정에 항고로 불복할 수 있다.

형사소송법 제402조(항고할 수 있는 재판) 법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고를 할 수 있다. ...

97도26: 검사가 ... 보통항고의 방법으로 보석허가결정에 대하여 불복하는 것은 허용된다.

97도21: [형사소송법은 구속 적부심에서 보증금] 석방결정에 대하여 항고하지 못한다는 규정을 두고 있지 않다. ... 기소 후 보석결정에 대하여 항고가 인정되는 점에 비추어 그 **보석결정과 성질 및 내용이 유사한 기소 전 보증금 납입 조건부 석방결정**에 대하여도 항고할 수 있도록 하는 것이 균형에 맞는 측면도 있다.]

필요 절차

법원이 구속 취소 결정이나 보석 결정을 하려면?

1. 검사 의견 청취 절차를 거쳐야 한다.

형사소송법 제97조(보석, 구속의 취소와 검사의 의견) ① 재판장은 보석에 관한 결정을 하기 전에 검사의 의견을 물어야 한다.

② 구속의 취소에 관한 결정을 [할 때]도 검사의 청구에 의하거나 급속을 요하는 경우 외에는 제1항과 같다.

③ 검사는 제1항 및 제2항에 따른 의견요청에 대하여 지체 없이 의견을 표명하여야 한다.

2. 그러나 절차를 누락했다고 해서 반드시 결정을 취소해야 하는 건 아니다.

97모88: 검사의 의견청취의 절차는 보석에 관한 결정의 본질적 부분이 되는 것은 아니 [다. 그러므로] 설사 법원이 검사의 의견을 듣지 아니한 채 보석에 관한 결정을 하였다고 하더라도 그 결정이 적정한 이상, 절차상의 하자만을 들어 그 결정을 취소할 수는 없다.

보석 취소

1. 일정 사유가 있으면, 법원은 보석을 취소할 수 있다.

형사소송법 제102조(보석조건의 변경과 취소 등) ② 법원은 피고인이 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 직권 또는 검사의 청구에 따라 결정으로 보석...[을] 취소할 수 있다. ...

1. 도망한 때
 2. 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때
 3. 소환을 받고 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때
 4. 피해자, [해당] 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명, 신체, 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때
 5. 법원이 정한 조건을 위반한 때
-

2. 이때 보석 보증금을 몰취할 수 있다.

형사소송법 제103조(보증금 등의 몰취) ① 법원은 보석을 취소하는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 따라 결정으로 보증금 또는 담보의 전부 또는 일부를 몰취할 수 있다.

몰취는 보석 취소와 동시에 해도 되고 나중에 따로 해도 된다.

2000모22전합: 형사소송법 [현행 제103조 제1항]은 ... 보석취소사유가 있어 보석취소 결정을 할 경우에는 보석보증금의 전부 또는 일부를 몰수하는 것도 가능하다는 의미로 해석될 뿐[이다. 즉,] 문언상 보석보증금의 몰수는 반드시 보석취소와 동시에 결정하여야 한다는 취지라고 단정하기는 어렵다. 즉,] ... 보석보증금을 몰수하려면 반드시 보석 취소와 동시에 하여야만 가능한 것이 아니라 보석취소 후에 별도로 보증금 몰수 결정을 할 수도 있다.

보석조건 실효

보석조건은 다음 경우 실효된다.

형사소송법 제98조(보석의 조건) 법원은 보석을 허가하는 경우에는 필요하고 상당한 범위 안에서 다음 각호의 조건 중 하나 이상의 조건을 정하여야 한다.

9. 그 밖에 피고인의 출석을 보증하기 위하여 법원이 정하는 적당한 조건[→ 예: 일정 기간 여행 갈 경우 미리 법원 허가를 받을 것]을 이행할 것

1. by 구속영장 실효 ← ∴ 피고인이 더는 보석조건을 지킬 필요가 없으므로

형사소송법 제104조의2(보석조건외 효력상실 등) ① 구속영장의 효력이 소멸한 때에는 보석조건은 즉시 그 효력을 상실한다.

if 나중에 무/면/공/집유/벌 판결 선고 → 구속영장 실효 → 보석조건 실효

형사소송법 제331조(무죄등 선고와 구속영장의 효력) 무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고 유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다.

2. by 보석 취소 ← ∴ 보석조건은 보석에 딸린 것이므로

형사소송법 제104조의2(보석조건외 효력상실 등) ② 보석이 취소된 경우에도 제1항과 같다. ...

재구속의 제한?

공판단계에서 법원이 구속을 했다가 석방한 경우, 법원이 같은 혐의로 다시 구속을 할 수 있나? 할 수 있다. 왜?

- 1. 수사기관의 수사단계 재구속에는 제한 규정이 있지만,
- 2. 법원의 공판단계 재구속에는 제한 규정이 없기 때문이다.

85도12: 수소법원의 구속에 관하여는 [수사기관]이 피의자를 구속함을 규율하는 형사소송법 제208조[재구속의 제한]의 규정은 적용되지 아니한다. 그러므로 구속기간의 만료로 피고인에 대한 구속의 효력이 상실된 후 ... 피고인에 대한 판결을 선고하면서 피고인을 구속하였다 하여 위 법조에 위배되는 재구속 또는 이중구속이라 할 수는 없다.

공판단계에서 체포 제도는 없어서, 재체포의 제한 문제는 없다.

소결

	기소 전(수사단계) (수사기관의 체포, 구속)	기소 후(공판단계) (법원의 구속)
체포, 구속 부적법 시	적부심: 일반 석방	구속 취소
구속 적법 시	적부심: 보증금 석방 ("기소 전 보석")	(기소 후) 보석
재체포, 재구속?	일정한 경우 재체포, 재구속 제한 ○	재구속 제한 ×

연습문제1

2020년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 31.] 다음 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은?
ㄴ. 구속되었다가 석방된 자는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속하지 못한다.
법무부(법조인력과) 변호사시험 공지사항(2020. 2. 7.): 2020년도 변호사시험 선택형 확정 정답을 공개합니다. ... 형사법 선택형 1책형 31번 ... 정답 가안 1번[ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(○), ...] → 정답 없음(사유: ㄴ.은 재구속 제한의 주체를 수사기관으로 제한하지 않은 지문이어서 법원의 예외가 인정되므로 정답 없음에 해당함)

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 19.] 체포, 구속적부심사에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
③ 구속된 뒤 구속적부심사에서 보증금 납입 조건부로 석방된 경우 그 취소의 실익이 있는 한 검사는 보증금 납입 조건부 석방결정을 취소해달라는 취지의 항고를 제기할 수 있다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 19.] 甲은 X회사의 이사로 근무 중에 회사자금 5억 원 상당을 횡령하였다는 혐의로 구속기소 되었다. 그 직후에 甲은 X회사에 피해금액을 모두 변제하여 X회사와 원만히 합의하였다. 그런데 선고일을 며칠 앞두고 甲의 아버지가 갑자기 교통사고로 사망하였다. 위와 같은 상황에서 구속된 甲을 석방하는 제도에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
① 甲의 보석에 관한 허가 결정을 하기 전에 재판장은 검사의 의견을 물어야 하지만, 검사의 의견을 듣지 않았다 하여 보석허가결정이 취소되어야 하는 것은 아니다.
② 법원이 甲에게 보석을 허가하였다가 이후에 보석보증금을 물취하려면 반드시 보석취소와 동시에 하여야 하므로 보석취소 후에 별도로 보증금 물취결정을 할 수는 없다.
③ 법원이 甲에게 보석을 허가하였다가 집행유예를 선고한 경우에 구속영장의 효력이 소멸하여 보석조건은 즉시 그 효력을 상실한다.
④ 법원은 甲에게 보석을 허가할 경우에 보증금 납입을 조건으로 하지 않을 수도 있다.
⑤ 법원은 직권으로 甲에 대해 구속집행정지 결정을 할 수 있으며, 결정 전에 원칙적으로 검사의 의견을 물어야 한다.

제2강

구성요건론

Theory of Offense Components



Tintoretto, *Caino e Abele (Cain and Abel)*

1551–1552, oil on canvas, 149 × 196 cm, Gallerie dell'Accademia, Venice

전형적 범죄행위란 무엇인가에 관하여

— 세상에는 온갖 나쁜 짓들이 있다. 그러나 그중에서도 처벌까지 되는 행위를 범죄라 한다. 형법은 다음을 정한다.

1. 무엇이 **범죄**인가?
2. 그것을 저지르면 어떤 **형벌**에 처하는가?

— 이렇게 법전에 나와 있는 범죄의 전형적인 모습을 “구성요건”이라 부른다. 이 번 강의에서는, 어떤 행위가 다음 중 어디에 해당하는지 판단하는 법을 배운다.

1. 구성요건에 해당해, 범죄로 **될 수** 있는 경우
2. 구성요건에 해당하지 않아, 범죄로 **될 여지가 없는** 경우

범죄와 처벌법규

Crimes and Penal Provisions

법률이 없으면 범죄도 형벌도 없다. - 라틴 법언

범죄와 형벌

범죄

범죄(crime)란, 예를 들어 살인죄, 절도죄 같은 것이다.



- 1. 범죄란, 법률이 “범죄”로 규정한 행위다.
- 2. 법률이 “범죄”로 규정한 행위는, 범죄가 된다.

순환논법 같지만, 이것이 가장 정확하다.

형벌

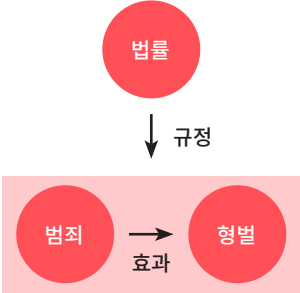
형벌(punishment)이란, 쉽게 말해 사형, 징역, 벌금 같은 것이다.



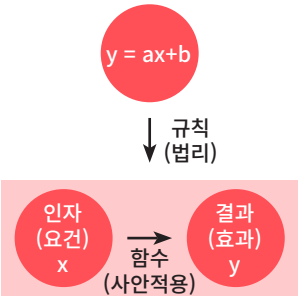
- 1. 범죄를 저지르면, 형벌을 받는다. 형벌 없는 범죄 없다.
- 2. 형벌을 받으려면, 범죄를 저질러야 한다. 범죄 없는 형벌 없다.

범죄와 형벌은 동전의 양면 관계다.

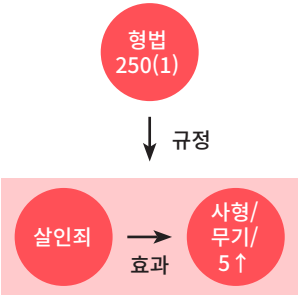
법률, 범죄, 형벌



- 1. 범죄와 형벌이란, 법률이 “범죄와 형벌”로 규정한 것이다.
 - 2. 법률이 “범죄와 형벌”로 규정한 것은, 범죄와 형벌이 된다.
- 3단논법 함수 관계다. 민사든 형사든 세상은 법률요건과 법률효과로 구성된다.



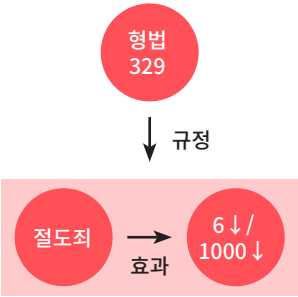
살인 사례



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

- 1. 법률: 형법 제250조 제1항에 근거해,
- 2. 범죄: 사람을 살해한 자는,
- 3. 형벌: 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

절도 사례



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

1. 법률: 형법 제329조에 근거해,
2. 범죄: 타인의 재물을 절취한 자는,
3. 형벌: 6년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다.

범죄 개념

이처럼, 범죄 또는 죄(crime)란,

1. 법률(statute)이
2. 형벌(punishment)이라는 수단을 통해
3. 금지하는 것

범죄는 제2강 구성요건론, 제3강 위법성론, 제4강 책임론을 통해 배운다. 형벌은 제6강 형벌론에서 배운다.

범죄와 형벌을 규정하기 위한 법률

문제점

과연 어떤 법률이 범죄를 정하는가? 일단 방금 본 것처럼 형법(Criminal Act)이 있다. 그러나 그 밖에도 수도 없이 많다.

사례

1. 폭력행위처벌법

폭력행위처벌법 제4조(단체 등의 구성·활동) ① 이 법에[서] 규정[한] 범죄를 목적으로 하는 단체 또는 집단을 구성하거나 그러한 단체 또는 집단에 가입하거나 그 구성원으로 활동한 사람은 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 수괴(首魁): 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역
 2. 간부: 무기 또는 7년 이상의 징역
 3. 수괴, 간부 외의 사람: 2년 이상의 유기징역
-

2. 특정범죄가중법

특정범죄가중법 제5조의3(도주차량 운전자의 가중처벌) ① 「도로교통법」 제2조의 자동차...의 교통으로 ... 「형법」 제268조[(업무상과실, 중과실 치사상)]의 죄를 범한 해당 자동차등의 운전자...가 ... 도주한 경우에는 다음 각호의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 피해자를 사망에 이르게 하고 도주하거나, 도주 후에 피해자가 사망한 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

2. 피해자를 상해에 이르게 한 경우에는 1년 이상의 유기징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 성폭력처벌법

성폭력처벌법 제4조(특수강간 등) ① **흉기**나 그 밖의 위험한 물건을 지닌 채 또는 **2명 이상**이 합동하여 「형법」 제297조(**강간**)의 죄를 범한 사람은 무기징역 또는 7년 이상의 징역에 **처한다**.

제정 목적

이들은 약간씩 차이는 있겠지만, 무엇이 범죄인지를 정하고 범죄자를 처벌하기 위해 만든 법이다.

특별법의 제정 목적(purpose)은 그 법률 제1조에 나와 있다. 대체로, 제1조 표제가 “목적”인 법은 특별법이라 생각해도 좋다. 이른바 “기본 6법”의 제1조를 확인해 보라. 그리고 다른 아무 법률의 제1조도 확인해 보라.

1. 폭력행위처벌법

폭력행위처벌법 제1조(목적) 이 법은 **집단적 또는 상습적으로 폭력행위** 등을 범하거나 흉기 또는 그 밖의 **위험한 물건을 휴대하여 폭력행위** 등을 범한 사람 등을 **처벌**함을 목적으로 한다.

2. 특정범죄가중법

특정범죄가중법 제1조(목적) 이 법은 「형법」, 「관세법」, 「조세법 처벌법」, 「지방세기본법」, 「산림자원법」 및 「마약류관리법」에 규정된 **특정범죄에 대한 가중처벌** 등을 규정함으로써 건전한 사회질서의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

3. 성폭력처벌법

성폭력처벌법 제1조(목적) 이 법은 **성폭력범죄의 처벌** 및 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 성폭력범죄 피해자의 생명과 신체의 안전을 보장하고 건강한 사회질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한다.

범죄와 형벌이 규정된 법률

문제점

그런데 꼭 범죄를 정할 목적으로 만든 법률은 아니지만, 그러한 법률에 범죄 및 형벌을 규정하는 조항이 들어 있기도 하다.

사례

1. 도로교통법: 우리가 흔히 알고 있는 음주운전죄도 범죄다. 이 죄는 형법에서 규정한 것이 아니다. 흥미롭게도 도로교통법에서 규정하고 있다.

도로교통법 제44조(술에 취한 상태에서의 운전금지) ① 누구든지 술에 취한 상태에서 자동차...를 운전하여서는 아니 된다.

도로교통법 제148조의2(벌칙) ③ 제44조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차...를 운전한 사람은 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 혈중알코올농도가 0.2[%] 이상인 사람은 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금
 2. 혈중알코올농도가 0.08[%] 이상 0.2[%] 미만인 사람은 1년 이상 2년 이하의 징역이나 500만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금
 3. 혈중알코올농도가 0.03[%] 이상 0.08[%] 미만인 사람은 1년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금
-

2. 정보통신망법: 휴대전화기 문자메시지로 반복해 불안감을 유발하면? 위 법률 위반죄가 성립한다.

정보통신망법 제44조의7(불법정보의 유통금지 등) ① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

3. 공포심이나 불안감을 유발하는 부호, 문언, 음향, 화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보
-

정보통신망법 제74조(벌칙) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 제44조의7 제1항 제3호를 위반하여 공포심이나 불안감을 유발하는 부호, 문언, 음향, 화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 한 자
-

제정 목적

1. 원래 도로교통법은 보행자, 자동차의 통행방법도 정하고, 신호등이나 표지판을 규정하는 등 원활한 교통을 확보하기 위한 법률이다. 넓게 보면, 행정법(administrative law)에 해당한다. 그런데도 범죄 성립과 형벌에 관한 조항을 두고 있다.

도로교통법 제1조(목적) 이 법은 도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지하고 제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보함을 목적으로 한다.

2. 정보통신망법도 마찬가지다. 역시 제정목적이 본래 형사처벌이 아니다. 그런데도, 범죄 성립과 형벌에 관한 조항을 두고 있다.

정보통신망법 제1조(목적) 이 법은 정보통신망의 이용을 촉진하고 정보통신서비스를 이용하는 자를 보호함과 아울러 정보통신망을 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하여 국민 생활의 향상과 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 한다.

중간결론

법률 제정 목적

1. 처벌을 위해 만든 법률도 있고,
2. 그런 목적으로 만든 것이 아닌 법률도 있다.

처벌조항

어떤 경우든, 법률은 처벌조항을 둘 수 있다. 그렇게 두는 경우가 아주 많다.

죄명

개념

죄명(name of crime)이란? 죄의 이름이다. 예를 들어,

1. 형법 제250조 제1항 위반 시, 죄명은 살인죄(murder)다.

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

2. 형법 제329조 위반 시, 죄명은 절도죄(larceny)다.

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

실무에서는 대검찰청이 예규로 정한 죄명에 따른다. 쉽게 말해, 죄명표가 있다.

공소장 및 불기소장에 기재할 죄명에 관한 예규 1. 형법 죄명표시

가. 각칙 관련 죄명표시

형법죄명표(별표 1)에 [따른]다.

나. 총칙 관련 죄명표시

(1) 미수, 예비, 음모의 경우에는 위 형법죄명표에 [따른]다.

(2) 공동정범, 간접정범의 경우에는 정범의 죄명과 동일한 형법각칙 표시 각 본조 해당죄명으로 한다.

(3) 공범(교사 또는 방조)의 경우에는 형법각칙 표시 각 본조 해당죄명 다음에 교사 또는 방조를 추가하여 표시한다.

공소장 및 불기소장에 기재할 죄명에 관한 예규 6. 기타 특별법위반사건 죄명표시

가. 원칙

「...법위반」으로 표시한다.

나. 공범, 미수

(1) 공범에 관한 특별규정이 있을 경우에는 「...법위반」으로 표시하고, 특별규정이 없을 경우에는 「...법위반 교사 또는 ...법위반 방조」로 표시한다.

(2) 미수에 관하여는 「...법위반」으로 표시한다.

지금 단계에서 위 예규에 있는 설명을 100% 이해할 필요는 없다.

형법상 범죄

1. 형법(Criminal Act)이 규정한 범죄들은, 대체로는 각 조항의 표제와 같다. 예를 들어, 형법 제297조 위반 시, 죄명은 표제대로 강간죄(rape)다.

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

2. 그러나 언제나 표제와 같지는 않다. 예를 들어, 형법 제330조의 표제는 “야간주거침입절도”다. 하지만 어디에 침입했냐에 따라 야간주거침입절도죄, 야간저택침입절도죄, 야간건조물침입절도죄, 야간선박침입절도죄, 야간방실침입절도죄 식으로 다르게 부른다.

형법 제330조(야간주거침입절도) 야간에 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실(房室)에 침입하여 타인의 재물을 절취(竊取)한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

야간주거침입절도죄는 불편하다. “야간주거침입절도죄”라고 야간주거침입절도죄의 죄명을 그대로 쓰면, 야간주거침입절도죄가 9음절로 구성된 관계로 너무 길어 쓰는 데 시간이 오래 걸린다. 물론 말할 때는 편의상 야간주거침입절도죄를 “야주절”이라 부르기도 한다. 그러나 시험 답안지에는 야간주거침입절도죄는 “야간주거침입절도죄”라 써야 한다. 수험생은 힘이 든다. 야간주거침입절도죄는 이름이 너무 긴 것 같다. 야간주거침입절도죄 문제를 낼 때는 약칭 표기를 허용해 달라. 전국의 교수들이여, 약칭하라!

특별법상 범죄

1. 특별법 위반 경우에는 보통 그 법률명을 띄어쓰기 없이 기재하고 끝에 “위반죄”라 덧붙인다. 예를 들어, 청소년성보호법 제42조에서 정한 비밀준수의무를 위반할 경우, 그 죄명은 “청소년성보호법위반죄”가 된다.

청소년성보호법 제65조(벌칙) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제54조를 위반하여 직무상 알게 된 등록정보를 누설한 자

청소년성보호법 제54조(비밀준수) 등록대상 성범죄[자] 신상정보의 공개 및 고지 업무에 종사하거나 종사하였던 자는 직무상 알게 된 등록정보를 누설하여서는 아니 된다.

청소년성보호법의 정식 명칭(full name)은 “아동·청소년의 성보호에 관한 법률”이다. 따라서 청소년성보호법위반죄의 정식 명칭(full name)도 “아동·청소년의 성보호에 관한 법률위반죄”다.

2. 그런데 특별법 위반 중에서도, 추가로 “위반”과 “죄” 사이에 특정 문구를 기재하는 경우가 있다. 예를 들어, 청소년성보호법 제11조 제1항 위반 경우 죄명은 “청소년성보호법위반(음란물제작·배포등)죄”다.

청소년성보호법 제11조(아동·청소년이용음란물의 제작, 배포 등) ① 아동·청소년이용음란물을 제작, 수입 또는 수출한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

“,” “등”과 같은 문구도 엄연히 죄명을 구성한다.

사례

1. 사기죄: 형법 제347조 제1항 위반행위의 죄명

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

2. 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)죄: 폭력행위처벌법 제4조 제1항 제1호 위반행위의 죄명

폭력행위처벌법 제4조(단체등의 구성·활동) ① 이 법에[서] 규정[한] 범죄를 목적으로 하는 단체 또는 집단을 구성하거나 그러한 단체 또는 집단에 가입하거나 그 구성원으로 활동한 사람은 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 수괴(首魁): 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역

3. 폭력행위처벌법위반(공동재물손괴등)죄: 폭력행위처벌법 제2조 제2항 제1호, 형법 제366조 위반행위의 죄명

처벌의 직접 근거 규정이 폭력행위처벌법 제2조 제2항 제1호이다. 따라서 위반행위에 적용할 규정을 나열할 때 형법 제366조보다 폭력행위처벌법 제2조 제2항 제1호를 먼저 쓴다.

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

1. 「형법」 제260조 제1항(폭행), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거침입, 퇴거불응) 또는 제366조(재물손괴 등)의 죄

4. 특정범죄가중법위반(도주치상)죄: 특정범죄가중법 제5조의3 제1항 제2호, 형법 제268조 위반행위의 죄명

특정범죄가중법 제5조의3(도주차량 운전자의 가중처벌) ① 「도로교통법」 제2조의 자동차...의 교통으로 ... 「형법」 제268조의 죄[업무상과실치사상]를 범한 해당 자동차 등의 운전자...가 ... 도주한 경우에는 다음 각호의 구분에 따라 가중처벌한다.

2. 피해자를 상해에 이르게 한 경우에는 1년 이상의 유기징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

교통사고 뺑소니로 사람이 다친 경우다. 뺑소니죄(hit-and-run)란 죄명은 없다. “특정범죄가중법위반(도주치상)죄”로 불러야 한다.

5. 도로교통법위반(음주운전)죄: 도로교통법 제148조의2 제3항 제1호, 제44조 제1항 위반행위의 죄명

도로교통법 제148조의2(벌칙) ③ 제44조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차...를 운전한 사람은 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 혈중알코올농도가 0.2[%] 이상인 사람은 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금
 2. 혈중알코올농도가 0.08[%] 이상 0.2[%] 미만인 사람은 1년 이상 2년 이하의 징역이나 500만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금
 3. 혈중알코올농도가 0.03[%] 이상 0.08[%] 미만인 사람은 1년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금
-

구성요건
Offense Components

사람을 죽이는 것과 파리를 죽이는 것은 같지 않다. - Hans Welzel

구성요건 개념

정의

구성요건(*corpus delicti*; offense components)이란?

- 1. 범죄행위의 전형(typicality)이다.
- 2. 형벌을 과하기 위한 전제요건(premise requisite)이다.
- 3. 형법이 금지 또는 요구하는 행위가 무엇인가를 추상적(abstract), 일반적(general)으로 기술해 놓은 것이다.

두루뭉술해서 딱 다가오지는 않는다. 사례로 이해하자.

사례

- 1. 살인(murder)죄의 구성요건: “사람을 살해하는 것”

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

- 2. 절도(larceny)죄의 구성요건: “타인의 재물을 절취하는 것”

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

- 3. 배임(breach of trust)죄의 구성요건: “타인의 사무를 처리하는 자가 임무를 위배하여 재산상 이익을 취득하고 피해자에게 재산상 손해를 가하는 것”

형법 제355조(횡령, 배임) ② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무[를] 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득...하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형[5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금]과 같다.

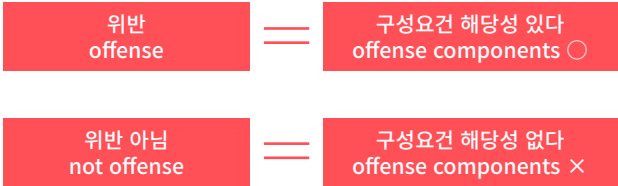
- 4. 사기(fraud)죄의 구성요건: “사람을 기망하여 이에 속은 피해자로부터 재물 또는 재산상 이익을 취득하는 것”

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

구성요건 해당성

- 1. 어떤 행위가 모든 구성요건 요소(offense components)를 만족하면 “구성요건 해당성이 있다.”라고 한다. 쉽게 말해, 형법 규정을 위반하면 구성요건 해당성이 있다.

2. 어느 구성요건 요소라도 만족하지 못한다면, “구성요건 해당성이 없다.”라고 한다. 어느 하나라도 없다면, 형법 규정 위반이 아니고, 구성요건 해당성이 없다.



예를 들어, 내 사무실에 있고 내 소유인 물건을 부장님 몰래 가져갔다면, 절도죄인가?

- 1. 절도죄의 구성요건 요소 중 “재물성”은 갖추었다.
- 2. 절도죄의 구성요건 요소 중 “취거(가져가는 것)”는 갖추었다.
- 3. 절도죄의 구성요건 요소 중 “재물의 타인성”을 갖추지 못했다.

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

그렇다면 애당초 절도행위라는 위반(offense) 자체가 없다. 이럴 때, “위 행위는 절도죄의 구성요건 해당성이 없다.”라고 말한다. 예를 들어,

- 1. 물건을 가져간 사실이 없으면, 절도죄의 구성요건 해당성이 없다.
나는 하지 않았다(*Non feci*; I did not).
- 2. 물건을 가져갔지만 내 물건이었다면, 역시 절도죄의 구성요건 해당성이 없다.
나는 했지만, 이걸 하진 않았다(*Feci, sed non hoc*; I have done it, but did not do this).

구성요건과 범죄와의 관계

구성요건 해당성 없으면 범죄 불성립

- 1. 어떤 범죄의 구성요건 요소 중 일부라도 갖추지 못하면, 즉, 구성요건 해당성이 없으면(no offense),
- 2. 그 범죄는 절대로 성립하지 않는다(no crime). 즉, 그 죄로는 절대로 처벌할 수 없다(no penalty).

예를 들어,

- 1. 누군가 파리를 죽이면, “사람을 살해하는 것”에 해당하지 않는다. 살인죄의 구성요건 해당성이 없다.

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

2. 따라서 살인죄가 불성립한다. 살인죄로는 절대로 처벌할 수 없다.

구성요건과 범죄 개념 차이

그렇다면,

- 1. 어떤 범죄의 구성요건 요소를 모두 갖추면, 즉, 구성요건 해당성이 있으면 (offense),
- 2. 그 범죄는 무조건 성립하는가(crime)? 즉, 그 죄로는 무조건 처벌할 수 있는가(penalty)? 아니다.

즉, 구성요건 해당성 여부와 범죄성립 여부는 반드시 일치하는 것은 아니다. 예를 들어, 사람을 죽인 행위가 자신을 해치려는 무장 테러범에 대항한 어쩔 수 없는 행위였다고 하자.

- 1. “사람을 살해하는 것(offense)”에는 해당한다. 분명히 살인죄의 구성요건 해당성은 있다.

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

- 2. 그러나 정당방위라는 특별한 사정이 있다면 아무도 “살인죄”, 즉 범죄를 저질렀다고 하지는 않는다. 실제로 살인죄는 불성립한다(no crime). 살인죄로 처벌하지도 않는다(no penalty).

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.

나는 했지만, 합법이다(*Feci, sed iure; I have done it, but it was lawful.*).

소결

- 1. 어떤 행위가 구성요건에 해당한다고 해서, 그 범죄가 성립한다고 단정할 수는 없다.
- 2. 그러나 구성요건에 해당하는 것은 그 범죄 성립의 전제(prerequisite)다. 따라서 구성요건을 검토하는 것은 이론적으로든 실무적으로든 큰 의미가 있다.

구성요건 해당성은 있지만 범죄가 아닌 경우는 다양하다. 제3강 위법성론, 제4강 책임론에서 배우자.



- 범죄이다 → 구성요건을 충족한다 (T)
- 구성요건을 충족한다 → 범죄이다 (F)
- 범죄 아니다 → 구성요건을 불충족한다 (F)
- 구성요건을 불충족한다 → 범죄 아니다 (T)

구성요건 의의

구성요건 요소 개념

A죄의 구성요건 요소(offense components)란, A죄의 구성요건을 이루는 개별 요소. 예를 들어, 절도죄의 구성요건 “요소”는,

- 1. 객관적 구성요건 요소: 재물성, 취거(가져가는 것), 타인성 등
- 2. 주관적 구성요건 요소: 고의, 과실 등

(복습) 구성요건 해당성 개념

A죄의 구성요건 해당성(conformity to offense components)이란, 어떤 행위가 A죄의 모든 구성요건 요소를 만족한다는 성질. 예를 들어, 다음을 모두 만족하면, 절도죄의 구성요건 “해당성”이 있다고 말한다.

- 1. 재물성
- 2. 취거(가져가는 것)
- 3. 타인성
- 4. 고의 또는 과실
- 5. 기타 구성요건 요소

구성요건 “요소” 의의

- 1. 만약 P요소가 A범죄의 구성요건 요소라면? → P요소를 갖추지 못한 행위를 A범죄로 처벌할 여지가 없다.
- 2. 만약 Q요소가 A범죄의 구성요건 요소가 아니라면? → Q요소를 갖추지 못한 행위라도 A범죄로 처벌할 가능성이 있다.

예를 들어, 업무방해죄를 보자.

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

2004도8701: 업무방해죄에...서의 업무란 직업 또는 사회생활상의 지위에 기[초]하여 계속적으로 종사하는 사무나 사업의 일체를 의미[한다.] ... 업무방해는 널리 그 경영을 저해하는 경우에도 성립[한다.] 업무로서 행해져 온 회사의 경영행위에는 그 목적 사업의 직접적인 수행뿐만 아니라 그 확장, 축소, 전환, 폐지 등의 행위도 정당한 경영권 행사의 일환으로서 이에 포함된다.

1. P요소: “업무의 적법성(legality)”은 업무방해죄(A)의 구성요건 요소○ ∴ 불법 업무를 방해하면 업무방해죄(A)×

2011도7081: 폭력조직 간부인 피고인이 조직원들과 공모하여 甲이 운영하는 성매매업소 앞에 속칭 ‘병풍’을 치거나 차량을 주차해 놓는 등 위력으로써 업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안[이다.]

형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’란 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업으로서 타인의 위법한 침해로부터 형법상 보호할 가치가 있는 것이어야 [한다. 그러므로] 어떤 사무나 활동 자체가 위법의 정도가 중하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠는 경우에는 업무방해죄 보호대상이 되는 ‘업무’에 해당한다고 볼 수 없다.

성매매업소 운영업자가 업무방해죄의 보호대상인 업무라고 볼 수 없다.] ... 피고인에게 유죄를 인정한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다(→ 업무방해 무죄).]

2. Q요소: “업무의 준수성(compliance)”은 업무방해죄(A)의 구성요건 요소
 $\times \therefore$ 흠 있는 업무를 방해해도 업무방해죄(A)○

2021도16482: 의료인인 甲의 명의로 의료인이 아닌 乙이 개설하여 운영하는 丙 병원
 에서, 피고인이 11회에 걸쳐 큰 소리를 지르거나 환자 진료 예약이 있는 甲을 붙잡고 있
 는 등의 방법으로 위력으로써 甲의 진료 업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안
 [이다.]

형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’...의 기초가 된 계약 또는 행정행위 등이
 반드시 적법하여야 하는 것은 아니[다. 그러므로] 법률상 보호할 가치가 있는 업무인
 지...는 그 사무가 사실상 평온하게 이루어져 사회적 활동의 기반이 되고 있느냐에 따라
 결정[된다. 즉.] 그 업무의 개시나 수행과정에 실체상 또는 절차상의 하자가 있다고 하더
 라도 그 정도가 반사회성을 띠는 데까지 이르지 아니한 이상 업무방해죄의 보호대상이
 된[다.]

[물론] 의료인이나 의료법인이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 행위는 업무방
 해죄의 보호대상이 되는 업무에 해당하지 않는다. 그러나 무자격자[가] 개설[한] 의료기
 관에 고용된 의료인이 환자를 진료한다고 하여 그 진료행위 또한 당연히 반사회성을 띠
 는 행위라고 볼 수는 없다. ... 甲의 진료행위도 ... 보호가치 있는 업무로 볼 수 없다고
 단정한 것에 법리오해의 잘못이 있다(→ 업무방해 유죄 가능성).]

구성요건 “해당성” 의의

1. A범죄의 구성요건 해당성이 없으면? → (아무리 나쁜 놈이라도) A범죄로 처
 벌할 여지가 없다.
2. A범죄의 구성요건 해당성이 있으면? → A범죄로 처벌할 가능성이 있다.

사례1

허위공문서작성죄(preparation of false public document)의 구성요건: “공
 무원이 공문서에 허위 사실(false fact)을 기재하는 것”

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

2000도1858: 허위공문서작성죄란 공문서에 진실에 반하는 기재를 하는 때에 성립하
 는 범죄[다.]

- 1. 아무리 공무원이 뇌물 받고 고의로 법령을 잘못 적용해 공문서를 작성해도,
- 2. 허위 사실(false fact)을 기재하지 않으면,
- 3. 허위공문서작성죄로는 처벌할 수 없다.

2000도1858: 고의로 법령을 잘못 적용하여 공문서를 작성하였[다. 그렇다]고 하더라도 그 법령적용의 전제가 된 **사실관계에 대한 내용에 거짓이 없다면**[?] 허위공문서작성죄가 성립될 수 없[다.]

당사자로부터 뇌물을 받고 고의로 적용하여서는 안 될 조항을 적용하여 과세표준을 결정하고 그 과세표준에 기[초]하여 세액을 산출하였다고 하[자. 그렇]더라도, 그 세액계산서에 허위내용의 기재가 없다면 허위공문서작성죄에는 해당하지 않는다.

물론, 과연 허위 사실을 기재했다고 볼 것인지 아닌지 판단은 쉽지 않다.

2023도3451: 피고인은 B경찰서 소속 사법경찰관으로서 베트남 국적 피의자 C의 특수상해 사건 주임수사관[이다.] ... F이 [2020. 7. 6.] 피고인에게 전화를 하여 C의 출석의사를 밝혔[는데]도 피고인은 외근 중이라는 이유로 이를 보류시켰[고] 피고인이 [2020. 7. 7.] 수사보고서에 위와 같은 내용을 기재하지 않은 점은 인정된다. ... [그러나] F이 C의 출석을 보장할 만한 지위에 있지도 아니하고, C은 불법체류자로서 언제든지 F과의 연락을 단절할 수도 있으며, 실제로 F은 2020. 7. 6. 출석이 보류된 이후로 2020. 7. 10.까지는 C과 연락을 하지도 아니하였[다. 그러므로] 이 사건 수사보고서가 작성된 2020. 7. 7. 당시 C이 소재 불명 상태가 아니었다고 보기 어렵다. 따라서 피고인이 이 사건 수사보고서에 C의 자진 출석 의사 표명 및 출석 보류 경위에 관한 내용을 기재하지 않았다고 하더라도, 그러한 사정만으로 이 사건 수사보고서의 내용이 허위라고 단정하기는 어렵다[→ 허위공문서작성 공소사실 무죄].

2022도6886: 사법경찰관인 피고인이 검사로부터 ‘교통사고 피해자들로부터 사고 경위에 대해 구체적인 진술을 청취하여 운전자 甲의 도주 여부에 대해 재수사할 것’을 요청받[았다. 그리고] 재수사 결과서의 ‘재수사 결과’란에 피해자들로부터 진술을 청취하지 않았[는데]도 진술을 듣고 그 진술내용을 적은 것처럼 기재[했다. 그렇다면], 피해자들 진술로 기재된 내용 중 일부가 결과적으로 사실과 부합하는지, 재수사 요청을 받은 사법경찰관이 검사[로부터] 지목된 참고인이나 피의자 등에 대한 재조사 여부와 재조사 방식 등에 대해 재량을 가지는지 등과 무관하게 피고인의 행위는 허위공문서작성죄를 구성[한다(→ 허위공문서작성 공소사실 유죄 가능성)].

사례2

절도죄(larceny)의 구성요건: “타인의 재물을 절취하는 것”

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

- 1. 아무리 몰래 뭘 가져가더라도,
- 2. 받은 것이 재물(property)이 아니면,
- 3. 절도죄로는 처벌할 수 없다.

93도428: [형법조항에서] **재산상의 이익이란 재물 이외의** 재산상의 이익을 말[한다.]

73도1080: 절도죄의 객체는 ... ‘**재물**’에 한한[다.] ... 컴퓨터에 저장되어 있는 ‘정보’ 그 자체는 유체물이라고 볼 수도 없[다. ... 그러]므로 재물이 될 수 없[다.] ... 그 복사나 출력 행위를 가지고 절도죄를 구성한다고 볼 수도 없다.

물론, 과연 재물인지 아닌지 판단은 쉽지 않다.

2021도9855: **비트코인**은 경제적인 가치를 디지털로 표상하여 전자적으로 이전, 저장과 거래가 가능하도록 한 가상자산의 일종[이다. 따라서] 사기죄의 객체인 **재산상 이익**에 해당한다[→ 절도죄 무죄].

2010도6256: 피해자가 본범의 기망행위에 속아 현금을 피고인 명의의 은행 **예금계좌로 송금**하였다[다. 그렇다면, 이는 **재물**에 해당하는 현금을 교부하는 방법이 예금계좌로 송금하는 형식으로 이루어진 것에 불과하[다(→ 절도죄 **유죄** 가능성).]

사례3

위계에 따른(through fraudulent means) 업무방해죄(interference with business)의 구성요건: “상대방에 착각을 일으키고 이를 이용해 사람의 업무를 방해하는 것”

형법 제314조(업무방해) ① [허위사실 유포, **위계**] 또는 **위력으로써 사람의 업무를 방해**한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2013도5117: 위계에 [따른] 업무방해죄에서 ‘위계’란 행위자가 행위목적 달성을 위하여 **상대방에게 오인, 착각 또는 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것**을 말[한다.]

1. 아무리 컴퓨터에 혼선을 줄 정보를 입력해도,
2. 착각을 일으킨 상대방이 없다면,
3. 위계에 따른 업무방해죄로는 처벌할 수 없다.

2000도1858: 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보를 입력하는 등의 ... 행위로 말미암아 업무와 관련하여 **오인, 착각 또는 부지를 일으킨 상대방이 없었던 경우**에는[?] 위계가 있었다고 볼 수 없[다.]

물론, 과연 착각을 일으킨 상대방이 있는지 없는지 판단은 쉽지 않다.

2000도1858: 피고인이 전화금융사기 편취금을 혼자 한꺼번에 자동화기기를 통해 무매채 입금하는 것[이었다. 그런데]도 마치 여러 명이 각각 피해자 은행들의 ‘1인 1일 100만 원’ 한도를 준수하면서 입금하는 것처럼 가장하[였다. 즉,] 전화금융사기 조직원으로 부터 제공받은 제3자의 이름과 주민등록번호를 자동화기기에 입력한 후 100만 원 이하의 금액으로 나누어 불상의 계좌로 무매채 입금[하였다.] ... 피고인이 자동화기기에 제3자의 이름, 주민등록번호와 수령계좌를 입력한 후 현금을 투입하고 피고인이 입력한 정보에 따라 수령계좌로 그 돈이 입금됨으로써 무매채 입금거래가 완결되는 과정에서 **은행 직원 등 다른 사람의 업무가 관여되었다고 볼 만한 사정이 없[다. 그러므로]** 피고인이 무매채 입금거래 한도 제한을 피하기 위하여 제3자의 이름과 주민등록번호를 이용하여 1회 100만 원 이하의 무매채 입금거래를 하였더라도 업무방해죄의 ‘위계’에 해당하지 않는[다(→ 위계에 따른 업무방해 무죄)].

2013도5117: 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보를 입력하는 등의 행위가 그 입력된 정보 등을 바탕으로 업무를 담당하는 사람의 오인, 착각 또는 부지를 일으킬 목적으로 행해진 경우[다. 이때]에는 그 행위가 업무를 담당하는 사람을 직접적인 대상으로 이루어진 것이 아니라고 하여 위계가 아니라고 할 수는 없다. ... 이 사건 당내 경선과정에서 피고 인들이 선거권자들로부터 인증번호만을 전달받은 뒤 그들 명의로 자신들이 지지하는 후보자인 [甲]에게 전자투표를 [했다. 이] 행위는 ... **당 관계자들로 하여금** ... 후보자의 지지율 등에 관한 사실관계를 **오인, 착각하도록 하여** 경선업무...[를] 방해한 경우에 해당[한다.] 위와 같은 범행에 컴퓨터를 이용한 것은 단지 그 범행 수단에 불과하[다(→ 위계에 따른 업무방해 **유죄** 가능성.)]

사례4

폭행죄(assault)의 구성요건: “사람 신체에 유형력을 행사하는 것”

2023도5440: 폭행죄에서 말하는 폭행이란 사람의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사함을 뜻[한다.] 반드시 피해자의 신체에 접촉함[이 필요한] 것은 아니다. 다만 형법상 폭행죄는 사람의 신체에 대한 완전성을 보호하기 위한 것이지 사람의 심리적 불안감까지 보호하기 위한 것은 아니[다.]

[그러므로] 피해자의 신체에 접촉하지 않은 사안에서 사람에 대한 유형력의 행사가 폭행에 해당하는지를 판단할 때에는 [다음과 같다.] 폭행죄의 보호법익이 ‘신체’의 완전성이라는 점을 충분히 고려[해야 한다. 그리]면서, 해당 행위의 신체지향성 유무와 정도, 그로 인한 피해자의 신체에 대한 위법성의 정도 및 직접성, 행위자와 피해자의 공간적 근접성, 행위의 직접적인 목적과 의도, 행위의 태양과 종류, 수단과 방법, 행위 당시의 정황, 피해자의 신체에 가하는 고통의 유무와 정도 등을 아울러 참작하여 신중하게 판단하여야 한[다.]

1. 아무리 공격적 행동을 했어도,
2. 사람 신체에 유형력을 행사하지 않으면,
3. 폭행죄로는 처벌할 수 없다.

2000도5716: [그렇지만] 거리상 멀리 떨어져 있는 사람에게 전화기를 이용하여 전화하면서 고성을 내거나 그 전화 대화를 녹음 후 듣게 하는 경우에는[?] 특수한 방법으로 수화자의 청각기관을 자극하여 그 수화자로 하여금 고통스럽게 느끼게 할 정도의 음향을 이용하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 신체에 대한 유형력의 행사를 한 것으로 보기 어렵[다.]

물론, 사람 신체에 유형력을 행사했는지 아닌지 판단은 쉽지 않다.

2000도5716: 피해자의 신체에 공간적으로 근접하여 고성으로 폭언이나 욕설을 하거나 동시에 손발이나 물건을 휘두르거나 던지는 행위는 [어떤가?] 직접 피해자의 신체에 접촉하지 아니하였다 하더라도 피해자에 대한 불법한 유형력의 행사로서 **폭행에 해당**될 수 있[다.]

2016도9302: 반드시 피해자의 신체에 접촉함[이 필요한] 것은 아니[다.] ... [사안에서,] 자신의 차를 가로막는 피해자를 부딪친 것은 아니[다. 그렇다]고 하더라도, 피해자를 부딪칠 듯이 차를 조금씩 전진시키는 것을 반복하는 행위 역시 피해자에 대해 위법한 **유형력을 행사한 것**이라고 보아야 한다.

83도3186: 방문을 발로 몇 번 찼다고 하여 그것이 피해자들의 신체에 대한 유형력의 행사로는 볼 수 없어 **폭행죄에 해당한다 할 수 없다**.

2023도5440: 피고인은 피해자와 시비하던 중 화가 나서 양손으로 앞에 놓인 책상을 피해자가 서 있던 방향으로 뒤집어엎어 피해자를 폭행하였다는 공소사실로 기소[되었]다. 그러나] 피고인이 책상을 뒤집어엎은 방향은 다른 책상으로 막혀 있었[다.] 피해자의 위치와 피고인이 책상을 뒤집어엎은 방향을 고려하였을 때, 피해자의 신체에 대한 위법성이 있었다고 볼 수 없다.] 피해자를 놀라게 하거나 겁을 주었다는 것만으로 ‘폭행’으로 볼 수 없다. 이런] 점 등을 종합하면, 피고인의 행위를 피해자의 신체에 대한 불법한 **유형력의 행사로 보기 어렵다.**]

연습문제1

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 3.] 고의와 과실에 대한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 고의로 법령을 잘못 적용하여 공문서를 작성하였다고 하더라도 그 법령적용의 전제가 된 사실관계에 대한 내용에 거짓이 없다면 허위공문서작성죄가 성립될 수 없다.

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)

- ㄴ. 사법경찰관인 마이 검사로부터 ‘교통사고 피해자들로부터 사고 경위에 대해 구체적 인 진술을 청취하여 운전자 A의 도주 여부에 대해 재수사할 것’을 요청받고, 재수사 결과서의 ‘재수사 결과’란에 피해자들로부터 진술을 청취하지 않았[는데도] 진술을 듣고 그 진술내용을 적은 것처럼 기재한 경우, 피해자들 진술로 기재된 내용 중 일부가 결과적으로 사실과 부합하고 재수사 요청을 받은 사법경찰관이 검사[로부터] 지목된 참고인이나 피의자 등에 대한 재조사 여부와 재조사 방식 등에 대해 재량을 가지고 있다면 마이에게 허위공문서작성죄가 성립하지 않는다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 31.] 마은 A의 비트코인을 법률상 원인 없이 자신의 계좌로 이체받은 후 이를 자신의 다른 계좌로 이체하여 소비하였다. ... 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 비트코인은 블록체인 등 암호화된 분산원장[으로] 부여된 경제적인 가치가 디지털로 표상된 정보로서 재산상 이익에 해당한다.

연습문제4

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. 의료인이 아니거나 의료법인이 아닌 자가 의료기관을 운영하는 행위는 업무방해죄의 보호대상이 되지 않지만, 무자격자가 개설한 의료기관에 고용된 의료인이 환자를 진료하는 행위는 업무방해죄의 보호대상이 될 수 있다.
- ㄴ. 업무방해죄의 업무방해는 널리 그 경영을 저해하는 경우에도 성립하는데, 업무로서 행해져 온 회사의 경영행위에는 그 목적 사업의 직접적인 수행뿐만 아니라 그 확장, 축소, 전환, 폐지 등의 행위도 정당한 경영권 행사의 일환으로서 이에 포함된다.
- ㄷ. 컴퓨터에 정보를 입력하는 행위가 그 정보를 바탕으로 업무를 담당하는 甲의 오인, 착각 또는 부지를 일으킬 목적으로 행해진 경우라도, 그 행위가 甲을 직접적인 대상으로 한 것이 아니라면 위계에 [따른] 업무방해죄가 성립하지 않는다.

구성요건을 찾는 방법

법전의 중요성

범죄의 구성요건은 교과서에 있는 것이 아니라 법전(code)에 있다.

이건 매우 중요한 이야기다. 언제나 법률가는 법전을 보는 습관을 들여야 한다.

검색 방법

1. 시험용 법전
2. 스마트폰: 국가법령정보(law.go.kr), 로앤비(lawnb) 앱 등. 판례, 법령 모두 검색 가능하다.

사례: 배임죄와 사기죄

문제점

금전관계에서 다른 사람을 속이거나 배신했다. 그런데 피해자에게는 재산상 손해(loss in property)도 없고 손해발생 위험조차 없다고 하자. 이때도 배임죄나 사기죄가 성립하나?

결론

1. 배임죄의 구성요건 해당성이 없다. 배임죄는 성립할 수 없다.

2011도15857: 손해 발생의 위험이 초래되지 아니한 경우에는 배임죄가 성립하지 않는다.

2. 사기죄의 구성요건 해당성이 인정될 수 있다. 사기죄는 성립할 수 있다.

2003도7828: 사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기[초]하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립되는 범죄[다.] 그 본질은 기망행위에 [따른] 재산이나 재산상 이익의 취득에 있[다. 즉,] 상대방에게 현실적으로 **재산상 손해가 발생함을 요건으로 하지 아니한다.**

2002도7262: 분식회계에 [따른] 재무제표 등으로 금융기관을 기망하여 대출을 받았다면 사기죄는 성립[한다.] 변제위사와 변제능력의 유무 그리고 충분한 담보가 제공되었다거나 피해자의 전체 **재산상에 손해가 없고**, 사후에 대출금이 상환되었다고 하더라도 사기죄의 성립에는 영향이 없다.

이유

배임죄와 사기죄의 구성요건 차이 때문이다.

1. 배임죄는 피해자에게 재산상 손해(loss in property)를 가하는 것이 구성요건 요소다.
2. 반면, 사기죄는 피해자의 재산상 손해가 구성요건 요소가 아니다.

근본적으로, 이렇게 구성요건에 서로 차이가 나는 이유는?

머리에서 찾지 말고, 꼭 법전에서 찾아라!

1. 배임죄 경우: “조문상” 재산상 손해가 구성요건 요소다.

형법 제355조(... 배임) ② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무[를] 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득...하여 **본인에게 손해**를 가한 때에도 전항의 형[5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금]과 같다.

2. 사기죄 경우: “조문상” 재산상 손해가 구성요건 요소가 아니다.

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

견해대립 가능성

1. 재산상 손해(damage) 없으면? 배임죄가 성립할 수 없다. 견해대립이 있을 수 없다. “재산상 손해”가 구성요건 요소로 조문에 명시되어 있기 때문이다.

이런 것부터 틀리면, 정말 답이 없다.

형법 제355조(... 배임) ② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무[를] 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득...하여 **본인에게 손해**를 가한 때에도 전항의 형[5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금]과 같다.

2. 재산상 실해는 없고 재산상 실해 발생 위험만 초래한 경우는? 배임죄가 성립할 수 있다는 견해도 없다는 견해도 모두 가능하다. “재산상 손해”가 실해(actual damage)만을 뜻하는지 실해 발생 위험(risk)까지 포함하는지는 조문상 불분명하기 때문이다. 해석(interpretation)은 여기서 나온다.

이런 것은, 판례를 반복해 공부하면 해결할 수 있는 문제다.

2014도1104전합: 배임죄에서 ‘본인에게 손해를 가한 때’[란] 재산적 가치의 감소를 뜻하는 것으로서 이는 재산적 실해를 가한 경우뿐만 아니라 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함[한다.]

언제 실해 발생 위험이 인정되고, 언제 실해 발생 위험이 불인정되는가?

1. 위험 불인정 사례

2004도771: 대표이사가 개인의 차용금 채무에 관하여 개인 명의로 작성하여 교부한 차용증에 추가로 회사의 법인 인감을 날인하였[다.]

[그랬다고 하]더라도 대표이사로서 행한 적법한 대표행위라고 할 수 없[다. 그러]므로 회사가 위 차용증에 기[초]한 차용금 채무를 부담하게 되는 것이 아님은 물론이[다.] ... 나아가 ... 대여자는 위와 같은 행위가 적법한 대표행위가 아님을 알았거나 알 수 있었[다. 그래]서 회사가 대여자에 대하여 사용자책임이나 법인의 불법행위 등에 따른 손해 배상의무도 부담할 여지가 없[다.]

결국 회사에 재산상 손해가 발생하였거나 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 없[다.] ... 대표이사의 ...배임 부분에 대하여 무죄...

2. 위험 인정 사례

2014도1104전합: 주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무[를] 위배하여 약속어음 발행을 한 행위가 배임죄에 해당하는[지 보자.]

어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 대하여는 약속어음의 성질에 상반되지 아니하는 한도에서 다음 각호의 사항에 관한 환어음에 대한 규정을 준용한다.

1. 배서(제11조부터 제20조까지)

어음법 제17조(인적 항변의 절단) 환어음[으로] 청구를 받은 자는 발행인 또는 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변(抗辯)으로써 소지인에게 대항하지 못한다. ...

2014도1104전합: 약속어음 발행의 경우 어음법상 발행인은 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못[한다](어음법 제17조, 제77조)[. 그러므로] 어음발행이 무효라 하더라도 그 어음이 실제로 제3자에게 유통되었다면 회사로서는 어음채무를 부담할 위험이 구체적, 현실적으로 발생하였다고 보아야 [한다.] 따라서 그 어음채무가 실제로 이행되기 전이라도[→ 실해가 발생하지 않았더라도] 배임죄의 기수범이 된다.

지금 단계에서는 가볍게 이해해도 좋다. 앞으로 민사법 공부를 열심히 하자.

연습문제1

2020년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 12.] 사기죄에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. [돈] 편취를 내용으로 하는 사기죄에서는 기망으로 인한 [돈] 교부가 있으면 그 자체로 피해자의 재산침해가 되어 바로 사기죄가 성립하고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상의 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없다.
- ㄴ. 피해자를 속여 재물을 교부받으면서 일부 대가를 지급한 경우, 편취액은 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부이다.

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)

- ㄷ. 분식회계에 [따른] 재무제표 등으로 금융기관을 기망하여 대출을 받았다면 사기죄는 성립하고, 변제외사와 변제능력의 유무 그리고 충분한 담보가 제공되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없고 사후에 대출금이 상환되었다고 하더라도 사기죄의 성립에는 영향이 없다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 9.] 횡령과 배임의 죄에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무[를] 위배하여 약속어음을 발행한 경우, 어음발행이 무효라 하더라도 그 어음이 실제로 제3자에게 유통되었다면 회사로서는 어음채무를 부담할 위험이 구체적·현실적으로 발생하였다고 보아야 하므로 그 어음채무가 실제로 이행되기 전이라도 배임죄의 기수범이 된다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 33.] X회사의 대표이사 甲은 급전이 필요하여 乙로부터 2,000만 원을 차용하였고 (㉠사실), ... 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ 만약 甲이 ㉠사실에서 자신의 명의로 작성한 차용증에 추가로 X회사 법인인감을 함께 날인하여 그 정을 알고 있는 乙에게 교부하였다면, 甲에게 업무상배임죄가 성립하지 않는다.

사례: 공무집행방해와 업무방해

문제점

폭행이나 협박에 이르지 않는 위력으로 공무집행을 방해했다. 그러면 공무집행 방해죄나 업무방해로 처벌할 수 있는가?

결론

- 1. 공무집행방해죄의 구성요건 해당성이 없다. 즉, 공무집행을 방해했더라도, 공무집행방해죄로 처벌받지 않는다. ← ∴ 폭행, 협박 ×

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

2006도4449: 공무집행방해죄에...서의 폭행, 협박은 성질상 공무원의 직무집행을 방해할 만한 정도의 것이어야 [한다.]

[甲이] 위 오락실 밖에서 기관이 든 박스를 옮기고 있던 의경 [A를] 뒤쫓아 가 ‘이 박스는 압수된 것이 아니다.[.]’라고 말하며 [A]의 손에 있던 박스를 들고 [갔다. 이]것은 당시 [A가] 즉각적으로 대응하거나 저항하지 아니한 점에 비추어 [A]의 공무집행을 방해할 만한 폭행 또는 협박에 해당하지 아니한[다.]

- 2. 업무방해죄의 구성요건 해당성도 없다. 즉, 공무집행을 방해했더라도, 업무방해죄로 처벌받지 않는다. ← ∴ 사적 업무 ×

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

2009도4166전합: 형법이 업무방해죄와는 별도로 공무집행방해죄를 규정하고 있[다. 이]것은 사적 업무와 공무를 구별하여 공무에 관해서는 공무원에 대한 폭행, 협박 또는 위계의 방법으로 그 집행을 방해하는 경우에 한하여 처벌하겠다는 취지[다.] 따라서 ... 업무방해죄로 의율할 수는 없[다.]

지방경찰청[→ 현행 시도경찰청] 민원실에서 민원인들이 진정사건의 처리와 관련하여 지방경찰청장[→ 현행 시도경찰청장]과의 면담 등을 요구하면서 이를 제지하는 경찰관들에게 큰소리로 욕설을 하고 행패를 부[렸다. 이] 행위에 대하여, 경찰관들의 수사 관련 업무를 방해한 것이라는 이유로 업무방해죄의 성립을 인정한 원심판결에, 업무방해죄의 성립범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있[다.]

연습문제

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)

- ㄴ. 공무의 성질상 그 집행을 방해하는 자를 배제할 수 있는 강제력을 가지지 않은 공무원에 대하여 폭행, 협박에 이르지 않는 위력으로써 공무방해를 한 경우, 일반 개인에 대한 업무방해행위와 차이가 없으므로 업무방해죄가 성립한다.

사례: 무면허운전과 음주운전

문제점

운전면허도 없는데, 술까지 마신 상태에서 자동차를 운전했다. 그런데 자동차를 타고 이동한 곳이 도로(road)가 아니었다. 그러면 무면허운전이나 음주운전으로 처벌할 수 있는가?

결론

1. 도로교통법위반(무면허운전)죄의 구성요건 해당성이 없다. 즉, 면허가 없었더라도, 무면허운전으로 처벌받지 않는다.

2017도17762: 도로가 아닌 곳에서 운전면허 없이 운전한 경우에는 무면허운전에 해당하지 않는다. 도로에서 운전하지 않았는데도 무면허운전으로 처벌하는 것은 유추해석이나 확장해석에 해당하여 죄형법정주의에 비추어 허용되지 않는다.

따라서 운전면허 없이 자동차등을 운전한 곳이 ... 일반교통경찰권이 미치는 공공성이 있는 장소가 아니라 특정인이나 그와 관련된 용건이 있는 사람만 사용할 수 있고 자체적으로 관리되는 곳이라 하자. 그렇다면 도로교통법에서 정한 ‘도로에서 운전’한 것이 아니다. 그러므로 무면허운전으로 처벌할 수 없다.

2. 반면, 도로교통법위반(음주운전)죄의 구성요건 해당성은 인정될 수 있다. 즉, 술 먹고 운전한 이상 음주운전으로 처벌된다.

2015헌가11: 음주운전은 사고의 위험성이 높고 그로 인한 피해도 심각하며 반복의 위험성도 높다. 그러한 점에서 음주운전으로 인한 교통사고의 위험을 방지할 필요성은 절실하다. **음주운전의 경우 운전의 개념에 ‘도로 외의 곳’을 포함하[고 있다.]**

이유

도로교통법위반(무면허운전)죄와 도로교통법위반(음주운전)죄의 구성요건 차이 때문이다.

1. 도로교통법위반(무면허운전)죄는 “도로 운전”이 구성요건 요소다.
2. 도로교통법위반(음주운전)죄는 “도로 운전”이 구성요건 요소가 아니다.

근본적으로, 이렇게 구성요건에 서로 차이가 나는 이유는?

반복: 머리에서 찾지 말고, 꼭 법전에서 찾아라!

1. 도로교통법위반(무면허운전)죄 경우: “조문상” 도로 운전이 구성요건 요소다. 조문상, 도로 아닌 곳에서는 이 죄가 성립할 수 없다.

도로교통법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

26. **“운전”이란 도로...에서** 차마...를 그 본래의 사용방법에 따라 사용하는 것(조종 또는 자율주행시스템을 사용하는 것을 포함한다)을 말한다.
-

도로교통법 제43조(무면허운전 등의 금지) 누구든지 ... 시, 도경찰청장으로부터 운전면허를 받지 아니하거나 운전면허의 효력이 정지된 경우에는 자동차등을 **운전**하여서는 아니 된다.

도로교통법 제152조(벌칙) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사람은 1년 이하의 징역이나 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제43조를 위반하여 ... 운전면허...를 ... 받지 아니하고(운전이 금지된 경우와 유효기간이 지난 경우를 포함한다) 자동차를 **운전**한 사람
-

2017도17762: 따라서 도로교통법 제152조, 제43조를 위반한 무면허운전이 성립하기 위해서는 운전면허를 받지 않고 자동차등을 운전한 곳이 도로교통법 제2조 제1호에서 정한 도로...에 해당해야 한다.

2. 도로교통법위반(음주운전)죄 경우: “조문상” 도로 운전이 구성요건 요소가 아니다. 조문상, 도로 아닌 곳에서도 이 죄가 성립할 수 있다.

도로교통법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
26. “운전”이란 도로(... 제148조의2...의 경우에는 도로 외의 곳을 포함한다)에서 차...를 그 본래의 사용방법에 따라 사용하는 것(조종 또는 자율주행시스템을 사용하는 것을 포함한다)을 말한다.

도로교통법 제44조(술에 취한 상태에서의 운전 금지) ① 누구든지 술에 취한 상태에서 자동차...를 운전하여서는 아니 된다.

도로교통법 제148조의2(벌칙) ③ 제44조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차...를 운전한 사람은 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다. ...

결국 조문 차이다.

2017도17762: 도로교통법 제2조 제26호가 ‘술[에] 취한 상태에서의 운전’ 등 일정한 경우에 한하여 예외적으로 도로 외의 곳에서 운전한 경우를 운전에 포함한다고 명시하고 있[다]. 반면, [같은 호는] 무면허운전에 관해서는 이러한 예외를 정하고 있지 않다.

연습문제

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 4.] 甲은 2023. 1.경 도로에서 운전면허를 받지 아니하고 혈중알코올농도 0.15%의 술에 취한 상태에서 자동차를 운전하였다. 검사는 甲에 대하여 무면허운전의 점에 관하여만 도로교통법위반(무면허운전)죄로 공소를 제기하였는데, 제1심 제1회 공판기일에 이르러 음주운전의 점에 관한 도로교통법위반(음주운전)죄를 추가하는 취지의 공소장변경허가신청서를 제출하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄴ. 만약 甲이 운전한 장소가 「도로교통법」상 도로가 아니라면, 도로교통법위반(무면허운전)죄는 성립할 수 있지만 도로교통법위반(음주운전)죄는 성립할 수 없다.

사례: 뺑소니의 경우

문제점

자전거나 오토바이로 사람을 치고 도망가 사람이 다쳤다. 이 경우 특정범죄가중법위반(도주치상)죄가 성립하나?

도로교통법상 차 개념

1. 차(vehicle): 자동차(motor vehicles), 자전거(bicycles), 원동기장치자전거(motor bicycles) 등

도로교통법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

17. “차마”란 다음 각 목의 차와 우마를 말한다.
- 가. “차”란 다음의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.
- 1) 자동차
 - 2) 건설기계
 - 3) 원동기장치자전거
 - 4) 자전거
 - 5) 사람 또는 가축의 힘이나 그 밖의 동력(動力)으로 도로에서 운전되는 것.
다만, 철길이나 가설(架設)된 선을 이용하여 운전되는 것, 유모차, 보행보조용 의자차, 노약자용 보행기, ... 실외이동로봇 등 행정안전부령으로 정하는 기구, 장치는 제외한다.
- 나. “우마”란 교통이나 운수(運輸)에 사용되는 가축을 말한다.

2. 원동기장치자전거(motor bicycles): 택트, 모페드 등. 쉽게 말해, 자동차 아닌 오토바이이다.



도로교통법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

19. “원동기장치자전거”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 차를 말한다.
- 가. 「자동차관리법」 제3조에 따른 이륜자동차 가운데 배기량 125[cc] 이하의 이륜자동차[→ 택트(왼쪽 사진)]
- 나. 배기량 50[cc] 미만...의 원동기를 단 차[→ 모페드(오른쪽 사진)](...전기자전거 및 ... 실외이동로봇은 제외한다)

2006도4582: ‘모페드(moped)형’이[란] 원래 ‘모터와 페달을 갖춘 자전거의 일종으로서 오토바이처럼 달리다가 페달을 밟아 달릴 수도 있는 것’을 의미[한다.]

다만, 전기자전거는 원동기장치자전거에서 제외되어 있다.

3. 이륜자동차(two-wheeled motor vehicle): 할리 데이비슨 같은 것. 쉽게 말해, 자동차인 오토바이이다.



자동차관리법 제3조(자동차의 종류) ① 자동차는 다음 각호와 같이 구분한다.

5. 이륜자동차: 총배기량 또는 정격출력의 크기와 관계없이 1인 또는 2인의 사람을 운송하기에 적합하게 제작된 이륜의 자동차 ...

도로교통법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

18. “자동차”란 철길이나 가설된 선을 이용하지 아니하고 원동기를 사용하여 운전되는 차...로서 다음 각 목의 차를 말한다.

가. 「자동차관리법」 제3조에 따른 다음의 자동차. 다만, 원동기장치자전거는 제외한다.

- 1) 승용자동차
- 2) 승합자동차
- 3) 화물자동차
- 4) 특수자동차

- 5) 이륜자동차[→ 할리 데이비슨(사진)]

도로교통법상, 오토바이 배기량이 125cc를 넘으면 자동차(이륜자동차), 넘지 않으면 원동기장치자전거다.

구성요건 차이

1. 특정범죄가중범위반(도주치상)죄는 자동차(motor vehicle) 또는 원동기장치자전거(motor bicycles)가 구성요건 요소다.
2. 반면, 교통사고처리범위반(치상)죄는 차(vehicle)가 구성요건 요소다.

오토바이로 친 경우

1. 특정범죄가중범위반(도주치상)죄의 구성요건 해당성이 있다. 즉, 이 죄로 처벌할 수 있다.
2. 왜냐하면, 특정범죄가중범 조문상 “도로교통법상 자동차 또는 원동기장치자전거”가 구성요건 요소기 때문이다.

특정범죄가중법 제5조의3(도주차량 운전자의 가중처벌) ① 「도로교통법」 제2조의 자동차, 원동기장치자전거 ...의 교통으로 ... 「형법」 제268조의 죄를 범한 해당 자동차 등의 운전자...가 피해자를 구호(救護)하는 등 ... 조치를 하지 아니하고 도주한 경우에는 다음 각호의 구분에 따라 가중처벌한다.

2. 피해자를 상해에 이르게 한 경우에는 1년 이상의 유기징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

또 반복: 머리에서 찾지 말고, 꼭 법전에서 찾아라!

자전거로 친 경우

1. 특정범죄가중법위반(도주차상)죄의 구성요건 해당성이 없다. 즉, 절대로 이 죄로는 처벌할 수 없다.
2. 왜냐하면, 특정범죄가중법 조문상 “도로교통법상 자동차 또는 원동기장치자전거”가 구성요건 요소인데, 자전거(bicycles)는 여기에 해당하지 않기 때문이다.
3. 그러나 그렇다고 해서 항상 무죄인 것은 아니다. 다른 죄로 처벌할 수는 있기 때문이다. 자전거도 차(vehicle)에는 해당하므로, 교통사고처리법위반(치상)죄로는 처벌할 수 있다.

교통사고처리법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “차”란 「도로교통법」 제2조 제17호 가목에 따른 차(車)...를 말한다.
2. “교통사고”란 차의 교통으로 ... 사람을 사상(死傷)하거나 물건을 손괴(損壞)하는 것을 말한다.

교통사고처리법 제3조(처벌의 특례) ① 차의 운전자가 교통사고로 ... 「형법」 제268조 [업무상과실치사상]의 죄를 범한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

법령의 개정과 구성요건

문제점

법령은 계속 개정된다. 구성요건 역시 계속 바뀔 수 있다.

음주운전 사례

1. 예전에는 도로가 아닌 곳에서는, 술 마시고 운전하더라도 도로교통법위반(음주운전)죄는 성립하지 않았다.

구 도로교통법(2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

24. “운전”이[란] 도로에서 차마를 그 본래의 사용방법에 따라 사용하는 것(조종을 포함한다)을 말한다.
-

99도2127: 운전자가 자동차 등을 주취상태로 운전하였다 하더라도 그 운전한 장소가 [구 도로교통법] 제2조 제1호[에서 정한] 도로가 아닌 때에는 ... 주취운전금지 규정을 위반하였다고 볼 여지가 없다.]

2. 그러나 지금은, 음주운전에 관해서는 도로인지 여부가 상관없다.

도로교통법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

26. “**운전**”이란 도로(... **제148조의2[음주운전 처벌 규정]...의 경우에는 도로 외의 곳을 포함**한다)에서 차마를 그 본래의 사용방법에 따라 사용하는 것(조종 또는 자율주행시스템을 사용하는 것을 포함한다)을 말한다.

강간 사례

1. 예전에는 강간죄의 객체(피해자)는 부녀, 즉 여성이었다. 그래서 어떤 남자를 협박해서 강제로 그와 성교하더라도, 적어도 강간죄로는 처벌할 수 없었다.

구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 **부녀**를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

96도791: [구] 형법 제297조는 ‘폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자’라고 하여 객체를 부녀에 한정하고 있다. 위 규정에서 부녀[란] 성년이든 미성년이든, 기혼이든 미혼이든 불문하며 곧 여자를 가리키는 것이다. ... 위 피해자 길○필은 [구] 형법 제297조의 객체가 되는 부녀라고 할 수 없다. 따라서] 무죄라... 판단한 결론은 정당[하다.]

2. 그러나 지금은, 남자를 협박해 강제 성교한 여성도 강간죄로 처벌할 수 있다.

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

미성년자의제강간 사안

일정 나이 미만 사람과는 합의 아래 성교해도 강간으로 의제(간주)해 처벌한다. 미성년자의제강간죄라 한다.

1. 예전에는 미성년자의제강간죄의 객체(피해자)는 13세 미만의 사람뿐이었다. 그래서 15세 사람과 성교하더라도, 적어도 미성년자의제강간죄로는 처벌할 수 없었다.

형법 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행) ① 13세 미만의 사람에 대하여 간음...을 한 자는 제297조...의 예에 [따른다].

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

2. 그러나 지금은, 15세 사람과 성교한 사람도, 미성년자의제강간죄로 처벌할 수 있다(형법 제305조 제2항 신설).

형법 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행) ② 13세 이상 16세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 19세 이상의 자는 제297조...의 예에 [따른다].

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

소결

- 1. 이처럼 처벌법규는 수시로 개정될 수 있다.
 - 2. 수험생, 실무가, 법학자 모두 법령이 개정되었는지를 항상 확인해야 한다.
- 점점 법령 변화 속도도 빨라지고 있다. 종이로 된 법전을 찾는 것도 물론 좋다. 그러나 그것보다는 인터넷 법령검색을 통해 최신 법령을 항상 확인하라.

연습문제1

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 5.] [성폭력처벌법] 제14조(카메라 등을 이용한 촬영)에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (제시된 법령을 참고하고 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[구 성폭력처벌법][법률 제11556호, 2012. 12. 18. 전부개정](이하 ‘구 성폭법’이라 함)	[현행 성폭력처벌법][법률 제17264호, 2020. 5. 19. 일부개정](이하 ‘현행 성폭법’이라 함)
제14조(카메라 등을 이용한 촬영) ① 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포, 판매, 임대, 제공 또는 공공연하게 전시, 상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. ② 제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포, 판매, 임대, 제공 또는 공공연하게 전시, 상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.	제14조(카메라 등을 이용한 촬영) ① 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다. ② 제1항에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 반포, 판매, 임대, 제공 또는 공공연하게 전시, 상영(이하 “반포등”이라 한다)한 자 또는 제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니한 경우(자신의 신체를 직접 촬영한 경우를 포함한다)에도 사후에 그 촬영물 또는 복제물을 촬영대상자의 의사에 반하여 반포등을 한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

- ①某甲이 A와 화상채팅 중 A가 스스로 촬영하여 전송한 A의 나체 사진을 저장한 경우,某甲의 행위가 A의 의사에 반하더라도 구 성폭법 제14조 제1항으로 처벌할 수 없다.
- ②某甲이 A의 동의를 얻어 A의 나체를 촬영한 후 그 영상물을 A의 의사에 반하여 반포한 행위는 구 성폭법뿐만 아니라 현행 성폭법하에서도 제14조 제2항의 처벌대상이 된다.

-
- ③ 甲이 A의 동의를 얻어 A의 나체를 촬영한 영상을 컴퓨터로 재생하면서 재생 중인 화면을 휴대전화로 다시 촬영한 다음 이를 A의 의사에 반하여 반포한 행위는 구 성폭법 제14조 제2항으로 처벌할 수 없다.
-
- ④ 甲이 A의 동의를 얻어 A의 나체를 촬영한 후 A가 다른 남성 B와 사귀자 헤어지게 할 목적으로 A에게 위 나체 영상을 전송한 경우 구 성폭법 제14조 제2항의 '제공'으로 처벌할 수 있다.
-
- ⑤ 甲이 A의 의사에 반하여 A의 나체를 촬영한 영상을 乙이 A의 의사에 반하여 반포한 경우 甲은 현행 성폭법 제14조 제1항으로, 乙은 동조 제2항으로 처벌할 수 있다.
-

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 32.] 성인 남성 甲은 여성 A(2009. 1. 1.생)와 교제를 하던 중 2024. 6. 6.경 합의하에 성관계를 하고 A의 동의를 받아 휴대전화 카메라로 A의 나체를 촬영하였다. 당일 A는 甲과 헤어지면서 나체 사진을 모두 삭제하라고 말했으나 甲은 삭제하지 아니한 채 2024. 7. 7.경 자신의 SNS 공개 계정에 위 나체 사진을 게시하였다. ... 이 사례에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

-
- ① 甲이 A를 간음한 행위는 「형법」 제305조의 미성년자의제강간죄[로] 처벌하기 어렵다.
-
- ② 甲이 SNS 공개 계정에 A의 나체 사진을 게시한 행위는 [청소년성보호법] 제11조 제3항(성착취물 배포)의 죄가 성립하나, 만약 A가 1999. 1. 1.생이었다면 A가 나체 촬영에 동의하였으므로 [성폭력처벌법] 제14조 제2항(카메라등이용촬영물 반포)의 죄는 성립될 수 없다.
-

고의

Mens rea

법은 마음을 중요하게 생각합니다. 마음에 따라 죄명이 바뀝니다.
- “이상한 변호사 우영우”에서

개념

사례

사람을 죽이더라도,

1. 일부러 죽이는 경우가 있다. 살인의 고의가 있다.
2. 실수로 죽이는 경우가 있다. 살인의 고의가 없다.

그 둘은 엄연히 다르다.

고의 개념

이처럼 고의(*mens rea*; *dolus*; criminal intent)란,

1. 자기의 행위가
2. 구성요건을 실현한다는 것을
3. 인식하고
4. 용인하는
5. 행위자의
6. 심적 태도(mind)를 말한다.

형법 제13조(고의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다

예전에는 “범의(犯意)”라 했다.

고의범 개념

고의범이란, 고의로 저지른 범죄다.

고의를 이루는 요소

두 요소

1. 구성요건 요소에 해당하는 사실을 인식(cognizance)하고,
2. 구성요건 실현을 목표로 하는 의사(volition)가 있어야 한다.

형법 제133조(뇌물공여등) ① 제129조...에 기재한 뇌물을 ... 공여...한 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제129조(수뢰...) ① 공무원...이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수...

2018도2738전합: 형법 제133조 제1항, 제129조 제1항에서 정한 뇌물공여죄의 고의는 ‘공무원에게 그 직무에 관하여 뇌물을 공여한다’는 **사실에 대한 인식과 의사**를 말[한다].

제1 요소: 결과발생 인식

아는지 모르는지 차원이므로, 지적(intellectual) 요소다.

예: “내가 사람을 죽이고 있다”는 것을 아는 것

제2 요소: 결과발생 의사

1. 하고자 하는지 아닌지 차원이므로, 의지적(willing) 요소다.

예: “사람을 죽여야겠다”는 생각으로 하는 것



소결

- 1. 인식과 의사가 모두 있어야, 살인의 고의가 있다.
- 2. 둘 중 어느 하나라도 없다면, 살인의 고의가 없다.

고의가 없을 때 효과

고의 없으면 무죄

고의 없는 행위는 처벌하지 않는다. 이것이 원칙이다.

형법 제13조(고의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 **벌하지 아니한다.** ...

- 1. 모르고 사람을 죽였다면 살인죄가 성립하지 않는다.
- 2. 길을 걷다가 실수로 넘어지는 바람에 신체접촉을 하게 되더라도, 폭행죄가 성립하지 않는다.

고의가 아니라 뜻밖의 사고로 발생한 일은 대체로 운명을 탓할 뿐 책임을 지우지 않는다(*Ceterum ea, quae ex improviso casu potius quam fraude accidunt, fato plerumque, non noxae imputantur*; Events that occur through unforeseen accident rather than deliberate wrongdoing are generally attributed to chance, not to criminal liability).

과실범으로 처벌, 또는 다른 범죄로 처벌

다만, 어떤 결과에 고의가 없다고 해서 언제나 무조건 무죄라는 것은 아니다.

1. 그 결과에 “과실”이 있을 경우: “과실범”으로 처벌할 수도 있다. 다만, 그러한 과실범을 처벌한다는 규정이 있어야만 처벌할 수 있다.

형법 제13조(고의) ... 벌하지 아니한다. 다만, **법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.**

형법 제14조(과실) 정상적으로 기울여야 할 주의(注意)를 게을리하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 **법률에 특별한 규정이 있는 경우에만** 처벌한다.

2. “다른 결과”에 고의가 있을 경우: 당연히 그 다른 죄로 처벌할 수도 있다. 즉, “다른 범죄의 고의범”으로 처벌할 수도 있다.

피해자의 장애를 인식하지 못하고 강간했다면, **성폭력처벌법위반(장애인강간)죄는 성립하지 않는다. 그러나 형법상 강간죄는 성립할 수도 있다.**

성폭력처벌법 제6조(장애인에 대한 강간...) ① 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 사람은 무기징역 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

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

2016도4404: 성폭력처벌법 제6조에서 규정하는 ‘신체적인 장애가 있는 사람’이란 ‘신체적 기능이나 구조 등의 문제로 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 사람’을 의미한다[다. ... 본 죄가 성립하려면 **행위자도** 범행 당시 피해자에게 이러한 신체적인 장애가 있음을 인식하여야 한다.

모르고 사람을 죽인 사례

살인의 고의가 없다면, 일단 살인죄는 성립하지 않는다. 그렇지만,

1. 만약 사망이라는 결과에 과실이 있다면, 처벌한다. 과실범 처벌 규정이 있기 때문이다.

형법 제267조(과실치사) 과실 [때문에] 사람을 사망에 이르게 한 자는 2년 이하의 금고 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

이 경우에도 “살인죄”로 처벌하는 것이 아니다. 과실범인 “과실치사죄”로 처벌하는 것이다. 죄명과 형량이 다르다.

2. 살인 고의는 없었더라도, 폭행에 대한 고의는 있었다면, 처벌할 수 있다. 폭행죄 처벌 규정이 있기 때문이다.

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

이 경우에도 “살인죄”로 처벌하는 것이 아니다. 별개의 고의범인 “폭행죄”로 처벌하는 것이다. 죄명과 형량이 다르다.

길을 건다 모르고 사람을 친 사례

폭행의 고의가 없다면, 일단 폭행죄는 성립하지 않는다.

- 1. 아무리 신체접촉을 한 데에 과실이 있더라도, 처벌할 수 없다. 과실범 처벌 규정이 없기 때문이다. “과실폭행죄”라는 것은 없다.

살인은 과실범 처벌규정이 있다. 반면, 폭행은 과실범 처벌규정이 없다.

- 2. 그러나 예를 들어 불안감조성 자체에 관한 고의는 있었다면, 처벌할 수도 있다. 불안감조성에 대한 처벌 규정이 있기 때문이다.

경범죄 처벌법 제3조(경범죄의 종류) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사람은 10 만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료(科料)의 형으로 처벌한다. 19.(불안감조성) 정당한 이유 없이 길을 막거나 시비를 걸거나 주위에 모여들거나 뒤 따르거나 몹시 거칠게 겁을 주는 말이나 행동으로 다른 사람을 불안하게 하거나 귀찮고 불쾌하게 한 사람 또는 여러 사람이 이용하거나 다니는 도로, 공원 등 공공장소에서 고의로 험악한 문신(文身)을 드러내어 다른 사람에게 혐오감을 준 사람

이 경우에도 “폭행죄”로 처벌하는 것이 아니다. 별개의 고의범인 “경범죄처벌법 위반죄”로 처벌하는 것이다. 죄명과 형량이 다르다.

연습문제

2024년도 변호사시험 형사법 선택형
[문 11.] 주관적 범죄성립요건에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
④ 증인이 착오에 빠져 자신의 기억에 반한다는 인식 없이 객관적 사실에 반하는 내용의 증언을 한 경우에 위증의 범의를 인정할 수 있다.

고의의 체계적 지위

구성요건 요소로서의 고의

고의가 없으면, 해당 범죄가 성립할 수 없다. 고의도 구성요건 요소이기 때문이다. 즉, 고의는 그 범죄 성립의 전제(prerequisite)다.

구성요건은, 형벌을 과하기 위한 전제조건이다.

구성요건 요소 종류

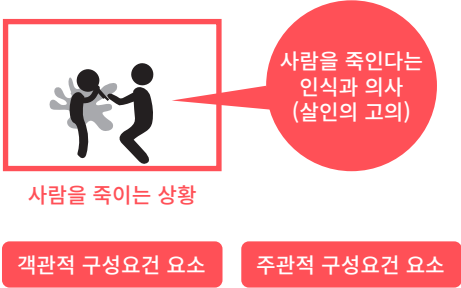
그런데 원래 구성요건 요소에는 2가지가 있다. 이 2가지를 모두 갖춰야만 “구성요건 해당성이 있다.”라고 말할 수 있다.

- 1. 객관적(objective) 구성요건 요소: 객관적으로 범죄를 저지르는 상황 (situation) 자체.

예: 살인죄의 객관적 구성요건 요소 = 사람을 죽이는 상황 자체.

2. 주관적(subjective) 구성요건 요소: 주관적으로 범죄에 관한 마음상태 (mind). 즉, 범죄를 저지른다는 것을 인식(cognizance)하고 범죄를 저지르려는 의사(volition).

예: 살인죄의 주관적 구성요건 요소 = 사람을 죽인다는 것을 인식 + 사람을 죽이려는 의사



소결

고의(= 인식 + 의사)는 주관적(subjective) 구성요건 요소다.

범죄는 고의가 있어야 성립한다(*Crimen contrahitur, si et voluntas nocendi intercedat*; A crime is incurred only if there is also an intention to do harm).

인식의 대상

의의

인식(cognizance)은 주관적 구성요건 요소 중에서도 지적(intellectual) 요소다. 여기서 인식이란,

- 1. “무언가를 하고 있다”는 인식이 아니다.
- 2. “그 구성요건에 해당하는 행위를 하고 있다”는 인식을 말한다.

즉, 죄의 성립요소인 사실(구성요건 요소) 인식이 있느냐 없느냐가 관건이다. 구성요건 요소 인식이 없으면, 고의가 없다.

형법 제13조(고의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 별하지 아니한다. ...

2016도13362전합: 사기죄에서 행위자의 [고]의가 인정되기 위해서는 ... 사기죄의 성립 요소 전부에 대한 인식을 필요로 한다. 결국 행위자의 [고]의는 행위의 결과에 대한 인식...이라는 요소에 대한 인식까지 있어야 비로소 인정될 수 있다.

사례

비슷하게 생긴 남의 고양이를 자기 고양이인 줄로 착각하고 가져갔다.

1. 분명히 “물건을 가져간다(= 무언가를 하고 있다)”는 점은 인식했다.
 2. 그러나 “남의 물건을 가져간다(= 절도죄의 구성요건 요소)”는 점을 인식하지 못했다.
- 이 경우 절도의 고의가 있는가? 없다. 그래서 절도죄로 처벌할 수 없다.

83도1762: 절도죄에[서] 재물의 타인성을 오신하여 그 재물이 자기에게 취득(빌린 것) 할 것이 허용된 동일한 물건으로 오인하고 가져온 경우에는 **범죄사실에 대한 인식이 있다고 할 수 없으므로 [고]의가** 조각되어[→ **없어**] 절도죄가 성립하지 아니한다.

[사건 관계자들의] 어느 진술에 [따르]더라도 피고인은 이견 고양이를 몰래 가지고 도망하여 행방을 감춘 것은 아니고 다른 사람이 보는 데서 공공연히 가지고 가다가 주인이 나타나서 자기 [것]이라고 하자 그대로 돌려준 사실을 알 수 있다.]

피고인이 이견 고양이를 가져간 것은 위 김○순의 고양이인 줄 알고 절취한 것이라기보다는 피고인이 잃어버린 고양이를 잘못 알고 가져간 것이라는 피고인의 진술(두 고양이는 외형상 유사하다[면...]에 수궁이 [간다.]

분명히 “물건을 가져간다(= 무언가를 하고 있다)”는 인식은 있다. 그러나 절도죄 고의가 없어 무죄다.

2023헌마79: [甲]은 2022. 8. 9. 12:11경 일행 2명과 함께 이 사건 식당에 방문하였고, 우산꽃이에 자신이 쓰고 온 검정색 장우산을 꽂아두었다. 피해자는 12:44경 식당에 들어와 우산꽃이에 자신의 검정색 장우산을 꽂아두었다. [甲] 일행은 13:01경 식사를 마쳤고, [甲] 일행 중 1명이 신용카드로 식사대금을 결제하였다. [甲]은 자신의 우산을 우산꽃이에서 꺼내들어 잠시 살펴보았다가 다시 꽂아두고, 다른 우산꽃이에서 피해자의 우산을 꺼내들어 마찬가지로 잠시 살펴본 뒤 이를 가지고 나갔다. ... [甲]은 이 사건 당시 62세였으며, 이 사건으로부터 약 3년 7개월 전 기억력 저하를 호소하며 대학병원 신경과에 내원하여 검사를 받은 적이 있다.

[甲]과 피해자의 우산은 모두 검정색 장우산으로 그 색상과 크기 등 외관이 유사하다. 또한 [甲]의 연령 및 건강상태를 고려하면, 우산을 착각하였다는 [甲]의 주장이 그 자체로 비합리적이지는 않다. ... 사건 당시 [甲]은 일행 2명과 함께 자신의 주거지 바로 앞에 있는 식당에 방문한 것이었고, [甲]이 우산을 찾을 때에는 이미 [甲]의 일행이 신용카드를 결제한 상황이었다.] 이러한 상황에서 [甲]이 우산을 절취하였다고 보기에는 선뜻 납득하기 어려운 점이 있다.

앞서 살펴본 사정들을 종합하면, [甲]이 피해자의 우산을 **자신의 우산이라고 생각하고 가지고 갔을 가능성이** 있다.] 수사기록만으로는 [甲]에게 **절도의 고의가 인정된다고 단정하기 어렵다.**

분석

재물의 타인성은 절도죄의 구성요건 요소다.

1. “재물의 타인성을 인식하지 못했다”는 말은,
2. “절도죄의 구성요건 요소를 인식하지 못했다”는 말이다.

그래서 절도죄의 고의가 없다.

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

고의 없이 절도죄를 범할 수 없다(*Quia furtum sine affectu furandi non committitur*; Theft is not committed without the intention to steal).

1. “재물의 타인성”: 절도죄의 객관적 구성요건 요소
2. “재물의 타인성 인식”: 절도죄의 주관적 구성요건 요소(고의)

주의사항

“구성요건 요소 인식”과 “죄(범죄) 인식”은 다르다.

1. 구성요건 요소 인식: 사실(fact)에 대한 인식이다. “내가 무엇을 하는가?”를 아는지 문제다. 이에 관한 착각을 사실 착오(mistake of fact)라 한다. 사실 착오는 고의를 깬다.

절도 사례에서, “남의 물건인지 내 물건인지” 구별하는 것은 사실 인식 문제다. 즉, 사실 착오다.

2. 죄 인식: 법률(law)에 대한 인식이다. 즉, “내가 하는 일이 금지되었는가?”를 아는지 문제다. 곧, 행위의 평가 문제다. 이에 관한 착각을 법률 착오(mistake of law)라 한다. 법률 착오는 고의를 깨지 못한다.

절도 사례에서, “남의 물건을 가져가면 안 된다”는 것을 알고 있는지는 법률 인식 문제다. 즉, 법률 착오다.

미필적 고의

사례

그런데 가끔 보면

1. 계획적으로 어떤 사람을 죽이려고 해서 죽인 것은 아니지만,
2. 사람이 죽을 수도 있겠다 생각하면서 멈추지 않고 무모한 행동을 한 결과 사람이 죽는 경우도 있다.

82도2024: 피해자를 아파트에 유인하여 양 손목과 발목을 노끈으로 묶고 입에 반창고를 두 겹으로 붙인 다음 양 손목을 묶은 노끈은 창틀에 박힌 시멘트 못에, 양 발목을 묶은 노끈은 방문손잡이에 각각 잡아매고 얼굴에 모포를 씌워 감금한 후 수차 아파트를 출입했다. 그러다가 마지막 들어갔을 때 피해자가 이미 탈진 상태에 이르러 박카스를 마시지 못하고 그냥 흘려버릴 정도였[다. 그리]고 피고인이 피해자의 얼굴에 모포를 덮어씌워 놓고 그냥 나오면서 피해자를 그대로 [두]면 죽을 것 같다는 생각이 들었[다.]

문제점

이런 경우에도 계획적으로 사람을 죽인 것이 아니라는 이유로 고의를 부정해야 하는가?

고의의 인정

아니다. 이런 경우에도 고의를 인정해야 한다. 고의 중에서도 특히 이런 고의를 미필적 고의(*dolus eventualis*; willful negligence)라고 한다.

미필적 고의를 이루는 두 요소

고의를 이루는 요소가 인식과 의사라 했다. 미필적 고의도 고의이므로,

- 1. 구성요건 요소에 대한 인식(cognizance)이 있어야 한다. 즉, 결과발생의 가능성을 인식해야 한다.
- 2. 그것이 실현될 위험을 용인하는 의사(volition)가 있어야 한다. 여기서 용인(allowing)이란 결과발생을 기꺼이 받아들이는 태도, 또는 결과를 목표로 의욕한 것은 아니지만 행위의 부수결과로 동의하는 것을 말한다.

82도2024: 피고인이 위와 같은 결과발생의 가능성을 인정하고 있으면서도 피해자를 병원에 옮기지 않고 사경에 이른 피해자를 그대로 방치한 소위는 피해자가 사망하는 결과에 이르더라도 용인할 수밖에 없다는 내심의 의사 즉 살인의 미필적 고의가 있다.]

무고죄 사례

형법 제156조(무고) 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 1. 내가 고소하는 내용이 허위 사실이라는 확신으로 고소하면? → 당연히 무고죄 고의○(= 확정적 고의)
- 2. 내가 고소하는 내용이 허위 사실일 가능성이 있음을 인식했고, 허위 사실이더라도 괜찮다는 의사였다면? → 역시 무고죄 고의○(= 미필적 고의)

2022도3413: 무고죄의 [고]의는 반드시 확정적 고의일 필요가 없고 미필적 고의로도 충분하다.] 신고자가 허위라고 확신한 사실을 신고한 경우뿐만 아니라 진실하다는 확신 없는 사실을 신고하는 경우에도 그 [고]의를 인정할 수 있다.

[물론] 신고자가 알고 있는 객관적인 사실관계에 [따르]더라도 신고사실이 허위라거나 또는 허위일 가능성이 있다는 인식을 하지 못하였다면 무고의 고의를 부정할 수 있다. 그러나 이는 알고 있는 객관적 사실관계[로] 신고사실이 허위라거나 허위일 가능성이 있다는 인식을 하면서도 그 인식을 무시한 채 무조건 자신의 주장이 옳다고 생각하는 경우까지 포함하는 것은 아니다.

허위사실 적시 명예훼손 사례

내가 명예훼손을 한다고 하자.

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

② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제308조(사자의 명예훼손) 공언히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 내가 발언하는 내용이 허위 사실이라는 확신으로 발언하면? → 당연히 허위 사실 적시 명예훼손죄 고의○(= 확정적 고의)
2. 내가 발언하는 내용이 허위 사실일 가능성이 있음을 인식했고, 허위 사실이더라도 괜찮다는 의사였다면? → 역시 허위사실 적시 명예훼손죄 고의○(= 미필적 고의)

2013도12430: 범죄의 고의는 확정적 고의뿐만 아니라 결과 발생에 대한 인식이 있고 그를 용인하는 의사인 이른바 미필적 고의도 포함[한다. 그러]므로 허위사실 적시에 [따른] 명예훼손죄 역시 미필적 고의[로]도 성립하[한다.]

위와 같은 법리는 형법 제308조의 사자명예훼손죄의 판단에서도 마찬가지로 적용된다.

연습문제1

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 16.] 고의에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 절도죄에서] 재물의 타인성은 고의의 인식대상이다.
- ② 무고죄의 고의는 신고자가 허위라고 확신한 사실을 신고한 경우뿐만 아니라 진실하다는 확신 없는 사실을 신고하는 경우에도 인정할 수 있다.
- ⑤ 준강간죄에서 준강간의 고의는 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다는 것 and 그러한 상태를 이용하여 간음한다는 구성요건적 결과 발생의 가능성을 인식하고 그러한 위험을 용인하는 내심의 의사가 있으면 인정될 수 있다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 5.] 국가의 사법기능을 보호하기 위한 범죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 신고자가 허위라고 확신한 사실을 신고한 경우뿐만 아니라 진실하다는 확신 없는 사실을 신고하는 경우에도 무고죄의 범의를 인정할 수 있다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 3.] 고의와 과실에 대한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄹ. 무고죄의 범의는 신고자가 허위라고 확신한 사실을 신고한 경우에만 인정되고, 진실하다는 확신 없는 사실을 신고하는 경우에는 인정되지 않는다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 14.] 명예에 관한 죄에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 허위사실 적시에 [따른] 명예훼손죄는 미필적 고의[로도] 성립하고, 이와 같은 법리는 사자명예훼손죄의 허위성 인식에 관한 판단에도 마찬가지로 적용된다.

고의 추단

문제점

고의가 없다면 그 범죄로 처벌할 수 없다. 만약 범인이 범죄를 저지르고 난 다음에, “난 몰랐다.”라고 발뺌한다면? 고의가 없다고 보아 처벌하지 못하나?

1. 사람의 내심(mind)도 증명할 수 있는지,
2. 된다면 어떻게 증명해야 하는지 문제다.

해결

1. 고의 같은 주관적, 내심적 요소라도, 증명 대상이 된다.
2. 다만, 직접적 방법으로는 증명할 수 없다. 그래서 객관적 간접사실(circumstantial fact)을 바탕으로 내심의 고의를 추단할 수 있다.

2004도7027: 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 [고]의를 부인하[는] 경우에 배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의, 동기 등의 내심적 사실)은 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법[으로 증명]할 수밖에 없다. 그리고 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력[으로] 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 [따라]야 한다.

개괄적 고의

사례

1. 제1 행위(살인 고의로 구타)로 사망 결과가 발생했다고 믿었는데,
2. 실제로는 연속한 제2 행위(사망으로 알고 처리)로 사망 결과가 발생한 경우가 있다.

문제점

이런 경우에도 사망 결과가 발생한 제2 행위 시점에 살인 고의가 없었다는 이유로 살인죄를 부정해야 하는가?

해결

전체 과정을 개괄적으로 보면,

1. 살인 고의로
2. 사망 결과가 발생했다.

그래서 살인죄로 처벌할 수 있다. 이런 경우를 개괄적 고의(*dolus generalis*; general intent) 사례라 부른다.

88도650: 살해할 의사로 돌멩이로 피해자의 머리를 내리친 후 복부를 때려 피해자가 뒤로 넘어져 뇌진탕 등으로 ... 축 늘어[졌다(제1 행위). 그러]자 그가 죽은 것으로 오인하고 증거를 인멸할 목적으로 그 피해자를 매장하였는데 피해자는 실제로 매장[(제2 행위)으로] 질식 사망한 사안[이다.]

피해자가 피고인의 구타행위[로] 직접 사망한 것이 아니라 죄적[→ 죄의 흔적]을 인멸할 목적으로 행한 매장행위[로] 사망하게 되었다. 그렇다면[도] 전 과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국은 실현된 것[이다. 따라서] 살인죄가 성립[한다.]

중간 결론

고의

1. 고의는 주관적(subjective) 구성요건 요소(offense components)다.
2. 고의가 없으면 원칙적으로 처벌할 수 없다.

대책과 한계

미필적 고의, 고의 추단, 개괄적 고의는,

1. 범인이 법망을 빠져나가는 폐단을 막을 수 있는 법리다. 범인 처벌을 위해 필요하다.
2. 반면, 남용 시 무고한 자들까지 벌하는 위험이 생긴다. 즉, 자칫 결과책임주의로 변질할 수 있다.

초과 주관적 구성요건 요소

주관적 구성요건 요소 개념

구성요건 요소 중에서, 내심적인 것을 주관적 구성요건 요소라 한다.

1. 고의(*mens rea*; *dolus*; criminal intent)나 과실(*culpa*; criminal negligence)이 대표적이다.
2. 그 외에도 몇 가지가 더 있다. 고의나 과실을 넘는 요소라 해서, 초과 주관적 구성요건 요소라고도 부른다.

초과 주관적 구성요건 요소 사례

1. (재산법에서) 불법 영득 의사(intention to have unlawful acquisition)

형법 제329조(절도) 타인의 재물을 절취한 자는 6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.
91도3149: 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사[란] 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용, 처분할 의사를 말[한다.]
형법 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 20년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.
79도2734: 사기죄에[서] 불법영득의 의사는 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사[다.]
형법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.
2018헌바443: 횡령죄에[서] 불법영득의 의사는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 취지에 반하여 상당한 권원 없이 스스로 소유권자와 같이 이를 처분하는 의사를 말[한다.]
형법 제355조(...배임) ② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무[를] 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항[→ 횡령죄]의 형과 같다.
2024도11353: 업무상배임죄에[서] 불법이득의 의사[란] 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상 임무에 위배된 행위를 하는 의사를 의미한다.

영득(領得; acquisition; taking of possession)이란, 자기 것으로 만들려 취득한다는 뜻이다. 즉, 불법 영득 의사란, 불법으로 자기 것으로 만들려 취득하려는 의사다. 조문에는 이 불법 영득 의사가 필요하다는 내용이 없다. 그러나 만약 이 요건을 두지 않는다면, 재산 피해만 생겼다 하면 다 처벌할 우려가 있다. 즉, 재산법 성립 범위를 제한하기 위해 재산법에 필요하다고 해석한다.

2. (목적법에서) 목적(purpose)

형법 제343조(예비, 음모) 강도할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.
2004도6432: 강도예비, 음모죄가 성립하기 위해서는 예비, 음모 행위자에게 ... ‘강도를 할 목적이 있음이 인정되어야 한다.’
형법 제87조(내란) 대한민국 영토의 전부 또는 일부에서 국가권력을 배제하거나 국헌을 문란하게 할 목적으로 폭동을 일으킨 자는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.
형법 제91조(국헌문란의 정의) 본장에서 국헌을 문란할 목적이[란] 다음 각호의 1에 해당함을 말한다. 1. 헌법 또는 법률에 정한 절차에 [따르]지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것 2. 헌법에 [따라] 설치된 국가기관을 강압[으로] 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것

2014도10978전합: 국헌문란의 목적은 범죄 성립을 위하여 고의 외에 요구되는 초과 주관적 위법요소로서 엄격한 증명사항에 속[한다.]

조문에 일정한 목적이 필요하다는 내용이 있다. 이런 범죄를 목적범이라 부른다.

의의

해당 초과 주관적 구성요건 요소가 필요한 범죄에서, 그 요소가 인정되지 않는다면? 그 범죄로는 무죄다.

1. (재산범에서) 불법 영득 의사가 인정되지 않을 경우

2015도19591: 횡령죄에서 ... 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위한 것이 아니라 그 소유자의 이익을 위하여 이를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 불법 영득의 의사를 인정할 수 없[다.] ... [그런데도] 원심은 ... 유죄로 인정된다고 판단하였 다. ... 피고인에게 불법영득의 의사가 있다고 인정한 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

2024도11353: 업무상배임죄에[서] ... 불법이득의사가 있었다는 점은 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄 격한 증거에 [따라] 증명하여야 [한다. 그러므로] 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인 에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없[다.]

불법영득의사가 없는 이상 정도는 성립하지 않는다(*Furtum enim sine affectu furandi non committitur*; For theft is not committed without the intent to unlawfully appropriate).

2. (목적범에서) 목적이 인정되지 않을 경우

형법 제343조(예비, 음모) 강도할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

형법 제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이 익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 ...

형법 제335조(준강도) 절도가 재물의 탈환에 항거하거나 체포를 면탈하거나 범죄의 혼 적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박한 때에는 ...

2004도6432: '강도'를 할 목적...에 이르지 않고 단순히 '준강도'할 목적이 있음에 그치 는 경우에는 강도예비, 음모죄로 처벌할 수 없다.

문제점

고의 인정에서와 같은 문제가 있다. 즉,

1. 계획적이 아니었다는 이유로 불법 영득 의사나 목적을 부정해야 하는가?
2. “난 그럴 의사나 목적이 없었다.”라고 발뺌한다면 불법 영득 의사나 목적이 없다고 보아 처벌하지 못하나?

목적 경우?

1. 미필적 목적? → ○

2014도10978전합: 국헌문란의 목적은 ... 확정적 인식[일 필요가 없으며, 다만 미필적 인식이 있으면 족하다].

2004도6432: 강도예비, 음모죄가 성립하기 위해서는 예비, 음모 행위자에게 미필적으로라도 ‘강도’를 할 목적이 있음이 인정되어야 [한다.]

2. 객관적 간접사실을 바탕으로 내심의 목적을 추단? → ○

2014도10978전합: 국헌문란의 목적이 있었는지 여부는 피고인들이 이를 자백하지 않는 이상 외부적으로 드러난 피고인들의 행위와 그 행위에 이르게 된 경위 등 사물의 성질상 그와 관련성 있는 간접사실 또는 정황사실을 종합하여 판단하면 [된다.]

불법 영득 의사 경우?

1. 미필적 불법 영득 의사? → ×

2004도3026: 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사...는 고의와는 구분되는 초과 주관적 구성요건요소[다.] 미필적인 것으로도 족한 고의와는 달리 확정적임을 요한다.[다.]

조문에도 없는 불법 영득 의사를 요구하는 이유가 재산범 성립 범위를 제한하는 취지임을 기억하자. 그래서 확정적이어야만 불법 영득 의사로 인정한다.

2. 객관적 간접사실을 바탕으로 내심의 불법 영득 의사를 추단? → ○

2020도4539: 불법이득 의사는 마음속에 있는 의사[다. 그러므로] 피고인과 피해자의 관계, 채무의 종류와 액수, 폭행에 이[른] 경위, 폭행의 정도와 방법, 폭행 이후의 정황 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 불법이득 의사가 있었는지를 판단할 수밖에 없다.

비교: 일반 범죄 경우

만약 초과 주관적 구성요건 요소(예: 목적, 동기)가 필요하지 않은 범죄라면? 즉, 일반 범죄라면?

1. 해당 요소가 인정되지 않더라도

2. 범죄는 그대로 성립한다.

2022도9676: 추행이란 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것을 의미한다. 강제추행죄 성립에 필요한 주관적 구성요건요소는 고의만으로 충분하다.[다.] 그 외에 성욕을 자극, 흥분, 만족시키려는 동기나 목적까지 있어야 하는 것은 아니다.

한의원사인 피고인이 진료를 하는 과정에서 甲의 가슴과 음부를 손가락으로 눌러 강제로 추행하였다는 내용으로 기소된 사안[이다.] 공소사실을 유죄로 인정[했다.]

연습문제1

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 9.] 횡령과 배임의 죄에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ② 횡령죄에서 불법영득의사는 타인의 재물을 보관하는 자가 위탁의 취지에 반하여 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것처럼 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하므로, 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위한 것이 아니라 그 소유자의 이익을 위하여 이를 처분한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 불법영득의사를 인정할 수 있다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 12.] 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (주거침입의 점은 논외로 하고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- (나) ... 2024. 5. 오전 11시경 甲은 편의점 물건을 훔치기로 마음먹고 범행이 발각될 경우를 대비하여 등산용 칼을 옷 속에 숨긴 채 Y 편의점으로 들어가자마자 편의점 안에 경찰관이 있는 것을 보고 그대로 돌아 나왔다.
- ㄷ. (나)에서 甲은 강도예비, 음모죄로 처벌된다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 9.] 강간과 추행의 죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄴ. 강제추행죄는 경향범이므로 강제추행죄가 성립하기 위해서는 주관적 구성요건으로 성욕을 자극, 흥분, 만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 한다.

방화

머리에

방화죄는 고의범이다.

방화죄 객체

1. 현주 건물(present living building)/공용 건물(public building)
2. 일반 건물(ordinary building)
3. (건물 아닌) 물건(non-building property)

편의상 (건물 아닌) 물건을 그냥 “물건”이라고만 하자.

현주 건물/공용 건물 방화

위험 발생 안 해도 처벌한다. 즉,

1. if 타인 소유 건물 → 처벌 = 무기 or 3↑
2. if 자기 소유 건물 → 처벌 = 무기 or 3↑

형법 제164조(현주건조물 등 방화) ① 불을 놓아 사람이 주거로 사용하거나 사람의 현존하는 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 지하채굴시설을 불태운 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.

형법 제165조(공용건조물 등 방화) 불을 놓아 공용(公用)으로 사용하거나 공익을 위해 사용하는 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 지하채굴시설을 불태운 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.

일반 건물 방화

자기 소유일 때는, 위험 발생해야 처벌한다. 즉,

1. if 타인 소유 건물 → 처벌 = 2↑

형법 제166조(일반건조물 등 방화) ① 불을 놓아 제164조와 제165조에 기재한 외의 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 지하채굴시설을 불태운 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

2. if 자기 소유 건물 → 위험 발생해야 처벌 = 7↓ or 1,000만↓

형법 제166조(일반건조물 등 방화) ② 자기 소유인 제1항[일반건조물 등]의 물건을 불태워 공공의 위험을 발생하게 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

물건 방화

위험 발생해야 처벌한다. 즉,

1. if 타인 소유 물건 → 위험 발생해야 처벌 = 1~10

형법 제167조(일반물건 방화) ① 불을 놓아 제164조부터 제166조까지에 기재한 외의 물건을 불태워 공공의 위험을 발생하게 한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

2. if 자기 소유 물건 → 위험 발생해야 처벌 = 3↓ or 700만↓

형법 제167조(일반물건 방화) ② 제1항의 물건[→ 공공 위험 발생을 전제]이 자기 소유인 경우에는 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

과실

Culpa

당위는 능력을 함축한다. - Immanuel Kant

머리에

위치파악

- 1. 구성요건을 공부하고 있다.
- 2. 그중에서도 주관적 구성요건을 공부하고 있다.

공부한 것

앞서 고의를 봤다.

공부할 것

이제는 과실을 보자.

과실범에 대한 처벌

과실범 처벌규정이 있는 경우

사람을 죽인다는 인식 또는 의사가 없으면,

- 1. 살인죄가 될 수 없다. 살인죄의 주관적 구성요건 요소가 없으므로, 살인죄가 성립할 수 없다.
- 2. 하지만 과실치사죄가 성립할 수는 있다.

형법 제267조(과실치사) 과실 [때문에] 사람을 사망에 이르게 한 자는 2년 이하의 금고 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

과실범 처벌규정이 없는 경우

이처럼 고의가 없는 사람을 과실범으로 처벌하기 위해서는, 과실범 처벌 규정이 있어야 한다. 아무리 못된 짓을 저질렀다고 하더라도, 과실범 처벌 규정이 없다면 무죄(not guilty)다.

형법 제14조(과실) 정상적으로 기울여야 할 주의(注意)를 게을리하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 처벌한다.

예를 들어,

- 1. 남의 물건을 부수면 원래 재물손괴죄에 해당한다.

형법 제366조(재물손괴등) 타인의 재물, 문서 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 [그] 효용을 해한 자는 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 그런데 실수로 부순 것이었다면, 무죄다. 형법에 재물손괴죄에 관해 과실범 처벌규정이 없기 때문이다. “과실재물손괴죄”라는 죄는 없다.

특별법상 과실범 처벌규정

형법상 죄가 안 되는 경우라도, 각종 특별법에는 과실범 처벌규정이 존재할 수도 있다.

1. 방금 본 것처럼, 원래 실수로 남의 물건을 부수더라도 무죄다.
2. 그러나 남의 물건을 부순 원인이 교통사고였다면? 이때는 범죄가 된다. 재물손괴죄는 교통사고에 따른 과실범 처벌규정이 있다.

도로교통법 제151조(벌칙) 차...의 운전자가 업무상 필요한 주의를 게을리하거나 중대한 과실로 다른 사람의 건조물이나 [그 밖]의 재물을 손괴한 때에는 2년 이하의 금고나 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

법률가가 되기 위해서는 무엇보다 법률규정에 관심을 가져야 한다. 변호사가 도로교통법 제151조를 몰라 엉뚱한 조언을 하는 것은 불법행위가 될 수도 있다.

민사사건과 비교

문제점

가해자의 행위로 피해자가 손해를 입었다면,

1. 민사적으로는, 가해자는 피해자에게 손해배상을 할 의무가 있다.
2. 형사적으로는, 가해자가 처벌될 수 있다.

그런데 가해자가 고의인지 과실인지가 상관있는가? 즉, 구별실익이 있는가?

형사 경우

고의와 과실의 구별실익이 크다. 왜? 과실이라면, 원칙적으로 처벌할 수 없기 때문이다.

형법 제13조(고의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. ...

민사 경우

고의와 과실의 구별실익이 크지 않다. 왜? 고의든 과실이든, 원칙적으로 배상여부와 배상범위가 동일하기 때문이다.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

민법 제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없[는] 때에는 그러하지 아니하다.

분석

1. 형법상 구성요건은 가해자(offender)를 처벌(punish)하는 문제다. 당연히, 가해자가 고의로 했는지가 관건이다.
2. 민법상 손해배상은, 피해자(victim)의 손실을 전보(compensation)하는 문제다. 그 결과, 피해자의 손해가 얼마큼인지가 중요하지, 가해자가 고의였는지는 관건이 아니다. 가해자가 고의 없었다고 피해자 손해가 없나? 피해자 손해가 100이면, 가해자가 고의였든 과실이었던 간에 100을 배상해 줘야 한다.

과실의 정의

과실 개념

형사상 과실(*culpa*; criminal negligence)이란, “주의의무(duty of care) 위반”이다. 즉, 부주의.

형법 제14조(과실) 정상적으로 기울여야 할 주의(注意)를 게을리하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 처벌한다.

과실범 개념

과실범이란, 주의의무 위반으로,

1. 인식(cognizance) 없이,
2. 또는 의사(volition) 없이,

구성요건을 실현(결과 발생)한 범죄다.

과실을 이루는 요소

개요

과실범을 왜 처벌하나?

1. 구성요건적 결과발생을 예견할 수 있었는데도,
2. 또한 그에 따라 결과발생을 회피할 수 있었는데도,

그렇게 하지 않았으니 처벌하겠다는 것이다.

그러나 가장 주의 깊은 사람이라면 누구나 지켰을 모든 주의사항을 다하였다면 과실은 없다(*Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset*; There is no fault, however, if everything has been done which the most diligent person would have observed).

두 요소

따라서 과실을 이루는 요소는 다음 2가지가 된다.

- 1. 예견가능성: 구성요건 요소에 해당하는 사실을 예견(prediction)할 의무
- 2. 회피가능성: 구성요건 실현 방지(avoidance)를 목표로 조치할 의무

제1 요소: 결과발생 예견가능성

예견했는지 또는 예견할 수 있었는지 차원이므로, 지적(intellectual) 요소다.

예: “사람이 죽을 수도 있다”는 것을 예견하는 것

제2 요소: 결과발생 회피가능성

방지를 목표로 적절한 조치를 취했는지 차원이므로, 의지적(willing) 요소다.

예: “사람이 죽으면 안 된다”는 생각으로 안전 장치를 마련해 두는 것



인식과 과실

- 1. 결과발생 가능성을 인식(cognizance)한 경우는, 당연히 예견가능성을 인정할 수 있다.
- 2. 결과발생 가능성을 인식하지 못했어도, 경우에 따라 예견(prediction) 했어야 하는 경우가 있다. 즉, 예견가능성을 인정할 수도 있다.

83도3007: 과실범에[서의] ... 지적 요소란 결과발생의 가능성에 대한 인식[이다.] 인식 있는 과실에는 이와 같은 인식이 있고, 인식 없는 과실에는 이에 대한 인식 자체도 없는 경우[다. 그러나] 전자에[서] 책임이 발생함은 물론, 후자에[서도] 그 결과발생을 인식하지 못하였다는 데에 대한 부주의 즉 규범적 실재로서의 과실책임이 있[다.]

소결

- 1. 예견가능성과 회피가능성이 모두 있어야, 사망에 과실이 있다.
- 2. 둘 중 어느 하나라도 없다면, 사망에 과실이 없다.

	지적 요소	의지적 요소
고의	인식	의사
과실	예견가능성	회피가능성

알고 있었더라도 막을 수 없었던 사람에게는 과실이 없다(*Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest*; A person who knows but cannot prevent it is free from fault).

연습문제

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 4.] 과실범과 결과적 가중범에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 과실범에[서의] 인식 없는 과실은 결과 발생의 가능성에 대한 인식 자체도 없는 경우로 그 결과 발생을 인식하지 못하였다는 데에 대한 부주의, 즉 규범적 실재로서의 과실 책임이 있다.]

과실이 없을 때 효과

무죄

과실이 없는 경우 무죄다. 그렇지 않으면 결과책임을 인정하는 셈이 되기 때문이다. 원래 형사에서는 결과책임을 허용하지 않는다.

사례

2006도294: 야간 당직간호사가 담당 환자의 심근경색 증상을 당직의사에게 제대로 보고하지 않음으로써 당직의사가 필요한 조치를 취하지 못한 채 환자가 사망한 [사건이다.]

1. 당직간호사: 예견가능성, 회피가능성이 있다. 그러므로 업무상과실을 인정

2. 당직의사: 예견가능성, 회피가능성이 없다. 그러므로, 업무상과실을 부정

2006도294: [이 사건] 병원의 야간당직 운영체계상 당직간호사에게 환자의 사망을 예견하거나 회피하지 못한 업무상 과실이 있다. 그리고 당직의사에게는 업무상 과실을 인정하기 어렵다고 한 사례.

의사에게 사망이라는 결과 자체만으로 책임을 묻어서는 안 되듯, 미숙으로 저지른 잘못에 대해서는 책임을 물어야 한다(*Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet*; Just as a physician should not be held responsible for the mere fact of a patient's death, so he should be held responsible for what he has done through lack of skill).

주의점

“~한 사례가 있다”와 “~이다”는 다르다. 원래 법원은 (공)소제기된 구체적 사건의 결론과 그 이유에 관해서만 판단할 뿐이다. 판례를 공부할 때 이 점을 절대 잊지 말자. 뉴스에 나오는 판결을 볼 때도 마찬가지다.

1. 위 판례에서 야간 당직 중 환자가 죽었다고 해서 언제나 당직간호사는 과실이 있고 당직의사는 과실이 없다는 것은 아니다.
2. 법원이 구체적 사안을 세밀하게 검토해 본 결과, “그 사례에서” 당직간호사에 게 과실이 있고 당직의사에게 과실을 인정하지 않았다고 본 것이다.

2006도294: [이 사건] 병원의 야간당직 **운영체계상** ... [라]고 한 **사례**.

과실의 체계적 지위

구성요건 요소로서의 과실

과실이 없으면, 해당 과실범이 성립할 수 없다. 즉, 과실은 그 범죄 성립의 전제(prerequisite)다. 곧, 과실 역시 구성요건 요소다.

구성요건 요소 종류(복합)

1. 객관적(objective) 구성요건 요소: 상황(situation)
2. 주관적(subjective) 구성요건 요소: 마음상태(mind)

소결

과실(= 예견가능성 + 회피가능성)은 주관적(subjective) 구성요건 요소(offense components)다.

업무상과실과 중과실

업무상 과실

1. 일정한 업무에 종사하는 자가 업무수행상 필요한 주의의무를 위반한 경우가 있다. 차량운전, 의료 등 업무상 행위에는 위험성이 더 크기 때문에, 특별히 취급한다.
2. 이를 업무상 과실(occupational negligence)이라 한다.

무능은 과실로 간주된다(*Imperitia culpaē adnumeratur*; Incompetence is counted as a fault).

중과실

1. 주의의무를 심하게 게을리한 경우가 있다. 극히 조금만 주의를 기울였다면 결과발생을 방지할 수 있었는데도, 부주의로 그렇게 하지 못한 경우다.
2. 이를 중과실(gross negligence)이라 한다.

중과실이란 지나친 부주의, 즉 모든 사람이 이해하는 것을 이해하지 못하는 것이다(*Lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*; Gross negligence is excessive negligence, that is, not understanding what everyone understands).

처리

1. 형법은 일반 과실이 있는 때보다, 업무상 과실이나 중과실이 있다면 더욱 중하게 처벌(aggravated punishment)하고 있다.

형법 제170조(실화) ① 과실로 [사람이 사는 건물 등]을 불태운 자는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제171조(업무상실화, 중실화) **업무상과실 또는 중대한 과실** [때문에] 제170조의 죄를 범한 자는 3년 이하의 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

극심한 과실은 거의 고의에 가깝다(*dissoluta enim neglegentia prope dolum est*; Gross negligence is close to intent).

2. 물론 업무상 과실, 중과실 가중처벌을 따로 두지 않은 경우도 있다. 업무상 과실이나 중과실이 있을 때 무죄라는 건 아니다. 일반 과실 규정으로 처리하겠다는 것이다.

형법 제181조(과실일수) 과실 [때문에 물을 넘치게 하여] 제177조 또는 제178조에 기재한[→ 사람이 사는 건물 등] 물건을 침해한 자 ...는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

물과 불은 가려야 한다.

신뢰의 원칙

개념

1. 교통규칙을 자발적으로 준수하는 운전자는, 다른 사람도 교통규칙을 지킬 것이라고 신뢰하는 것으로 충분하다.
2. 운전할 때 다른 사람이 비이성적 행동을 하거나 규칙을 위반하여 행동하는 것까지 미리 예견하여 조치할 법적 의무를 지우기 어렵다.

이를 신뢰 원칙(principle of trust)이라 한다.

신뢰 원칙과 신뢰보호원칙(protection of trust)은 다른 개념이다. 신뢰보호원칙은 공법에서 논하는 개념이다.

사례

92도1137: 도로를 정상적으로 진행하[는] 자동차의 운전자로서는, 특별한 사정이 없는 한 마주 오는 차도 교통법규를 지켜 도로의 중앙으로부터 우측 부분을 통행할 것으로 신뢰하는 것이 보통이다. 그러므로, 마주 오는 차가 도로의 중앙이나 좌측 부분으로 진행하여 올 것까지 예상하여 특별한 조치를 강구[할] **업무상 주의의무는 없는 것**이 원칙이다.]

의의

1. 일정 범위에서 주의의무를 경감(mitigation)시키는 의미가 있다.
2. 따라서 일정 요건 아래 과실을 부정하는 의미가 있다.

이론적으로,

- 1. 사고 발생이라는 결과 자체보다는,
- 2. 필요한 주의의무를 지킨 행위였는지에 주목한다.

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 11.] 행위불법과 결과불법에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?
② 신뢰의 원칙에 따라 업무상과실범의 성립을 제한하려는 입장에서는 결과불법 측면보다 행위불법 측면이 중시된다.

실화

머리에

실화죄는 과실범이다.

실화죄 객체

- 1. 현주 건물(present living building)/공용 건물(public building)
- 2. 일반 건물(ordinary building)
- 3. 물건(non-building property)

현주 건물/공용 건물 실화

위험 발생 안 해도 처벌한다. 즉,

- 1. if 타인 소유 건물 → 처벌 = 1,500만↓
- 2. if 자기 소유 건물 → 처벌 = 1,500만↓

형법 제170조(실화) ① 과실로 제164조[현주건조물 등 방화] 또는 제165조[공용건조물 등 방화]에 기재한 물건...을 불태운 자는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

일반 건물 실화

자기 소유일 때는, 위험 발생해야 처벌한다. 즉,

- 1. if 타인 소유 건물 → 처벌 = 1,500만↓

형법 제170조(실화) ① 과실로 ... 타인 소유인 제166조[일반건조물 등 방화]에 기재한 물건을 불태운 자는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 2. if 자기 소유 건물 → 위험 발생해야 처벌 = 1,500만↓

형법 제170조(실화) ② 과실로 자기 소유인 제166조[일반건조물 등 방화]의 물건...을 불태워 공공의 위험을 발생하게 한 자도 제1항의 형[→ 1천500만 원 이하의 벌금]에 처한다.

물건 실화

위험 발생해야 처벌한다. 즉,

1. if 타인 소유 물건 → 위험 발생해야 처벌 = 1,500만↓
2. if 자기 소유 물건 → 위험 발생해야 처벌 = 1,500만↓

형법 제170조(실화) ② 과실로 ... 제167조에 기재한 물건[일반물건 방화]을 불태워 공공의 위험을 발생하게 한 자도 제1항의 형[→ 1천500만 원 이하의 벌금]에 처한다.

형법 제170조 제2항 해석

“자기 소유 일반 건물(A) or 물건(B)”?

형법 제170조(실화) ② 과실로 자기 소유인 제166조의 물건 또는 제167조에 기재한 물건을 불태워 공공의 위험을 발생하게 한 자도 제1항의 형에 처한다.

1. 제1설: (자기 소유) & (A or B) = (자기 소유 & A) or (자기 소유 & B)
2. 제2설: (자기 소유 & A) or (B) = (자기 소유 & A) or (소유 불문 B)

94모32전합: 형법 제170조 제2항에서 말하는 ‘자기의 소유에 속하는 제166조[A] 또는 제167조[B]에 기재한 물건’이[란?] ‘자기의 소유에 속하는 제166조[A]에 기재한 물건 또는 자기의 소유에 속하[든] 타인의 소유에 속하든 불문하고 제167조[B]에 기재한 물건’을 의미하는 것이라고 해석하여야 [한다.]

제170조 제1항과 제2항의 관계로 보아서도 [그렇다. 즉,] 제166조에 기재한 물건[→ 일반 건물(A)] 중 타인의 소유에 속하는 것에 관하여는 [제170조] 제1항에서 규정하고 있다. 그렇기 때문에 [제170조] 제2항에서는 [일반 건물(A)] 중 자기의 소유에 속하는 것에 관하여 규정하고, 제167조에 기재한 물건[→ 물건(B)]에 관하여는 소유의 귀속을 불문하고 그 대상으로 삼아 규정하고 있다. 이렇게 보는 것이 관련조문을 전체적, 종합적으로 해석하는 방법이다.]

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 8.] 甲과 乙은 자신들이 근무하는 A회사 공장 외벽에 설치된 분리수거장 옆에서 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)

- ㄱ. 전소된 A회사 소유의 비료 포대는 「형법」 제170조 제2항의 ‘과실로 자기 소유인 제166조(일반건조물 등 방화)의 물건 또는 제167조(일반물건 방화)에 기재한 물건’에 포함된다.
-

제3강

위법성론

Theory of Unlawfulness



Théodore Géricault, *Le Radeau de la Méduse* (The Raft of the Medusa)
1818–1819, oil on canvas, 491 × 716 cm, Musée du Louvre, Paris

범죄처럼 보이지만 실제로는 적법한 행위에 관하여

- 법전에 범죄로 규정된 행위를 하더라도, 드물긴 하지만 예외적으로 **불법이 아닌** 경우가 있다. 예를 들어,
 1. 사람을 때리면 폭행죄의 구성요건에 해당한다.
 2. 그러나 강도에 대항해 어쩔 수 없이 때렸다면, **예외적으로** 정당방위가 되어 무죄다. 이 폭행은 불법이 아니기 때문이다. 이런 경우를 **위법성이 없는 행위**라고 한다.
- 오늘은 현행법상 위법성을 깨는 **사유**로 무엇이 있는지를 살펴본다. 구체적으로,
 1. 위법성에 관한 형법 조문이 어떤 방식으로 규정되었는지?
 2. 그 의미는 무엇인지?
- 이를 통해, 구성요건에 해당하는 어떤 행위가 다음 중 어디에 해당하는지 판단하는 법을 배운다.
 1. 위법성(불법성)이 있어, 범죄로 **될 수** 있는 경우
 2. 위법성(불법성)이 깨져, 범죄로 **될 여지가 없는** 경우

위법성 개념

The Conception of Unlawfulness

국가사회에 미치는 손해보다 큰 이념적, 문화적 이익을 가져오는 행위는 적법하다.
- W. Sauer

카르네아데스의 널빤지

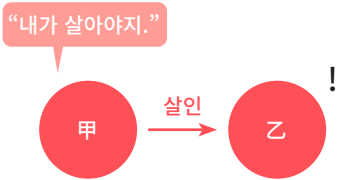
머리에

- 1. 지금까지 구성요건 개념을 봤다.
- 2. 이제부터 위법성(unlawfulness) 개념을 본다. 고대 그리스의 철학자 카르네아데스가 제시한 “카르네아데스의 널빤지(the plank of Carneades)” 문제 상황에서 시작하자.

사안

기원전 2세기 그리스에서 배가 난파되어 승무원 전원이 바다에 빠졌다. 甲은 혼자만이 매달릴 수 있는 널빤지 한 조각을 붙잡고 간신히 살아났다. 그런데 다른 승무원 乙이 그 판자에 매달리려 한다. 甲은,

- 1. 동시에 두 사람이 매달리면 널빤지가 가라앉아 둘 다 죽는다고 판단하고,
- 2. 乙을 밀어내 죽였다.



이후 甲은 구조되어 살인죄로 재판을 받게 되었다.

구성요건 해당성

- 1. 분명, 살인죄의 구성요건 해당성은 있다. 사람을 살해한 것(offense) 자체는 너무나 명백하다.

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

- 2. “이것이 살인(murder)인가”는 이유를 묻지 않는다.

甲 행위의 정당화

- 1. 하지만, 이러한 상황은 긴급피난(necessity)에 해당해 무죄다.
- 2. “이것이 살인죄(crime of murder)인가”는 이유를 묻는다.

형법 제22조(긴급피난) ① 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위는 [타]당한 이유가 있는 때에는 **벌하지 아니한다**.

질실한 상황은 법률을 모른다(*Necessitas non habet legem*; *Necessity has no laws*).

필요는 부득이한 행위를 정당화한다(*Necessitas quod cogit, defendit*; *Necessity justifies unavoidable acts*).

강도침입 사안

구성요건 해당성

- 1. 다른 사안을 생각해 보자. 甲이 乙에게 주먹을 휘둘렀다. 일단 甲의 폭행죄 구성요건 해당성은 있다.
- 2. “이것이 폭행(offense)인가”는 이유를 묻지 않는다.

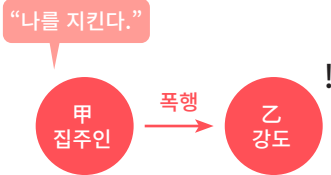
형법 제260조(폭행, 존속폭행) ① 사람의 신체에 대하여 **폭행을 가한 자**는 2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 **처한다**.

즉, 특별한 사정이 없는 한, 甲을 폭행죄로 처벌해야 한다.

특별한 사정

그렇다고 해서 무조건 甲이 “나쁜(wrong) 짓”을 한 것인가?

- 1. 웬만해선 甲이 “나쁜 짓”을 했다 볼 수 있다. 그러나 항상 그런 것은 아니다.
- 2. 甲이 집에 평화롭게 있던 어느 날, 乙이 식칼을 들고 甲의 집에 침입해 甲을 때리며 협박했다고 하자. 甲이 이에 대해 방어진 것이라면, 어느 누가 甲의 폭행을 보고 “나쁜 짓”이라 할 수 있는가?



甲 행위의 정당화

- 1. 甲의 乙에 대한 폭행(offense)은 정당방위(self-defense)로 무죄다.
- 2. “이것이 폭행죄(crime)인가”는 이유를 묻는다.

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**.

즉, 특별한 사정이 있으므로, 甲을 폭행죄로 처벌할 수 없다.

모든 여우는 제 가죽을 지킨다(*Jeder Fuchs verwehrt seinen Balg*; Every fox defends for his skin).

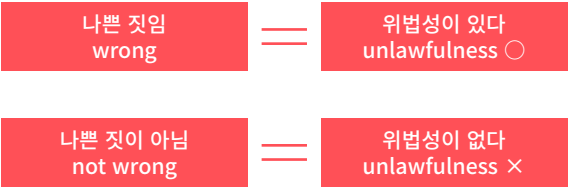
위험에 맞서 자신을 방어하는 것은 자연법이 허용한다(*Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*; Natural reason permits a person to defend oneself against danger).

위법한 행위 의미

위법성 있는 행위와 위법성 없는 행위

“나쁜(wrong) 짓”은 개념의 본질을 정확하게 표현한 용어다. 그러나 법학에서는 그 말보다는 “위법한 행위(unlawful conduct)”라는 말을 쓴다. 즉,

- 1. “나쁜 짓”으로 인정되면, “위법한 행위(unlawful conduct)”, “위법성이 있다”, “위법하다.”라고 표현한다.
- 2. “나쁜 짓”이 아니라면, “위법성이 없는 행위(lawful conduct)”, “위법성이 없다”, “위법하지 않다”, “적법한 행위”, “적법하다.”라고 표현한다.



위법성의 정의

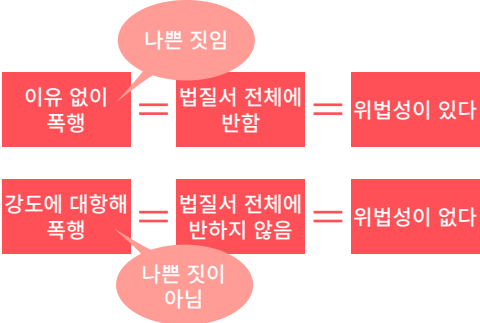
좀 더 정확히 말하면,

- 1. “어떤 행위가 위법하다.”라는 말은,
- 2. “어떤 행위가 법질서(legal order) 전체의 원리(principle)와 어긋난다.”라는 뜻이다.

사안 분석

사안

- 1. 아무 이유도 없이 사람을 때린다면? 그 폭행행위는 공동사회의 법질서를 침범하는 것이므로, 위법하다.
- 2. 한밤중에 자신을 위협하는 강도에 대항해 그 강도를 때린다면? 그 폭행행위는 공동사회의 법질서를 침범하는 것이 아니라서, 위법하지 않다.



아무 이유 없이 사람을 때린 경우

- 1. 폭행죄의 구성요건에 해당한다. 즉, 폭행이다.
- 2. 위법성까지 있는 행위에 해당한다. 즉, 폭행죄까지 될 수 있다.

강도에 대항해 강도를 때린 경우

- 1. 폭행죄의 구성요건에 해당한다. 즉, 폭행이다.
- 2. 예외적으로 위법성이 없는 행위에 해당한다. 즉, 폭행죄는 되지 않는다.

범죄체계상 지위

범죄성립의 3요건

그런데 어떤 행위가 범죄(죄)가 되려면,

- 1. 우선 법률에 규정된 구성요건(offense components)에 해당하고,
- 2. 위법하게 공동사회의 질서를 침범하여 위법성(unlawfulness)이 인정되며,
- 3. 그 행위자를 비난할 수 있을 정도로 그 행위자에게 책임(responsibility)이 있어야 한다.



곧 구성요건 해당성, 위법성, 책임이 범죄성립의 3요건이다. 위 3요건을 모두 충족한 행위를 비로소 범죄(crime)라고 부른다.

위반행위 개념

위반(offense) 행위란?

1. 구성요건 해당성 있는 행위.

위법행위 개념

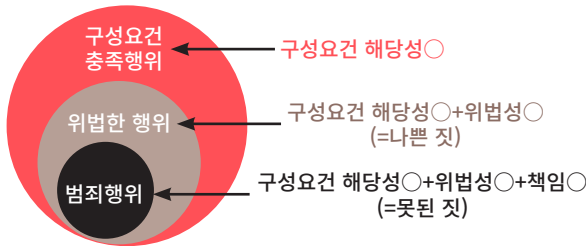
나쁜(wrong) 짓, 즉 위법행위(불법한 행위)란?

1. 구성요건 해당성 있고,
2. 위법성까지 인정되는 행위.

범죄 개념

못된(blaming) 짓, 즉 범죄(죄)란?

1. 구성요건 해당성 있고,
2. 위법성도 인정되며,
3. 책임까지 인정되는 행위.



3요건의 관계

1. “구성요건 해당성 있을 것”이 위법성 판단의 전제다.
2. “위법성까지 있을 것”이 책임 판단의 전제다.

판단순서

따라서 범죄(crime) 성립 여부는 다음 순서로 검토한다.

1. 위반(offense)이 있는가? 즉, 구성요건 해당성(conformity to offense components) 검토
2. 나쁜(wrong) 짓인가? 즉, 위법성(unlawfulness) 검토
3. 못된(blaming) 놈인가? 즉, 책임(responsibility) 검토



구성요건 검토와 위법성 검토 관계

1. 구성요건 검토는 위법성 검토에 영향을 준다. 구성요건 해당성조차 없는 행위에 대해 위법성 여부를 검토할 필요가 없기 때문이다.

甲이 乙을 폭행한 사실 자체가 없다면, 甲의 행위가 정당방위였는지를 판단할 필요가 없다.

2. 반대로, 위법성 검토는 구성요건 검토에 영향을 미치지 않는다. 위법성이 없다고 해서, 이미 검토한 구성요건까지 없어지는 건 아니기 때문이다.

甲이 乙을 폭행한 이상, 설령 그것이 위법하지 않다고 하더라도, 여전히 폭행죄의 구성요건에는 해당한다.

대고법87노787: 피고인이 피해자의 목을 잡아끌고 올라온 행위 그 자체는 피해자에 대한 폭행에 해당[한다.] 위 폭행이 피해자의 생명이라는 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위로서 긴급피난에 해당한다면 그 **위법성이 없게 되는 것에 불과한** 것이 [다. 그렇다고 해서] 그 행위가 **폭행이 되지 않거나 폭행의 고의가 없는 것은 아니다.**

마찬가지로, 甲이 동물을 잔인한 방법으로 죽인 이상, 설령 그것이 위법하지 않다고 하더라도, 여전히 동물보호법위반죄의 구성요건에는 해당한다.

2014도2477: [동물]을 ‘잔인한 방법으로 죽이는 행위’를 하는 것 자체로 [동물보호법 제8조 제1항 제1호의] 구성요건을 충족[한다.] 설령 행위를 정당화할 만한 사정 또는 행위자의 책임으로 돌릴 수 없는 사정이 있더라도, **위법성이나 책임이 조각될 수 있는지는 별론으로 하고 구성요건 해당성이 조각된다고 볼 수는 없다.**

위법성 추정

Presumption of Unlawfulness

연기라는 징표는 불을 인식하는 근거다.
그러나 연기가 있다고 항상 불이 난 것은 아니다. - M. E. Mayer

구성요건과 위법성의 관계

구성요건을 충족할 경우 위법성 추정

다시 구성요건과 위법성 관계를 보자.

- 1. 구성요건 해당성 있는 행위는, 특별한 사정(especial circumstances)이 없는 한, 나쁜 짓(위법행위)가 된다.
- 2. 구성요건 해당성이 충족되면, 위법성이 추정(presumption)된다.
- 3. 구성요건 해당성 있는 행위는, 위법행위(불법한 행위)로 추정한다.

추정 의의

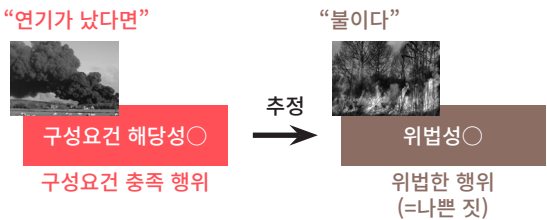
“추정한다(presume)”는 말은 2가지 중요한 의미가 있다.

- 1. 특별한 사정이 없는 한(without especial circumstances), 추정한 그대로 인정한다.
- 2. 특별한 사정이 있다면(with especial circumstances), 추정이 깨져 다르게 인정한다.

추정한 대로 인정

특별한 사정이 없는 한,

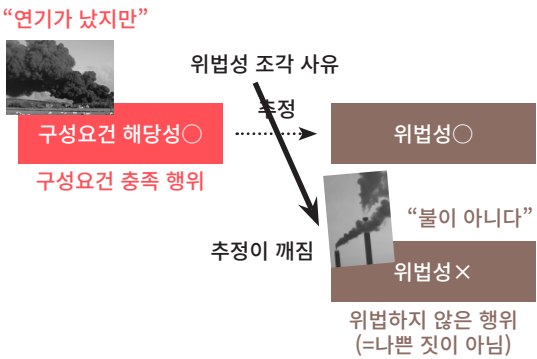
- 1. 어떤 행위가 폭행죄의 구성요건에 해당한다면,
- 2. 폭행죄의 불법(위법)이 인정된다. 즉, 법질서 전체에 반하는 행위다.



추정이 깨져서 다르게 인정

특별한 사정이 있다면,

- 1. 어떤 행위가 폭행죄의 구성요건에 해당하더라도,
- 2. 폭행죄의 불법(위법)이 인정되지 않을 수 있다. 즉, 법질서 전체에 반하는 행위가 아닐 수 있다.



- 위법성 추정이 깨져, 추정한 것과 다르게 인정한다. 이처럼,
1. 위법성 조각(negating unlawfulness): 위법성 추정이 깨지는 것. 예를 들어, 폭행을 했지만 그것이 정당방위라면, 위법성이 조각된다.
법학에서, 추정이 깨지는 것을 조각(阻却; negating)이라 한다. 조(阻)는 “막다”, 각(却)은 “물리치다”라는 말이다. 즉, 조각이란, 어떤 성질이 발생하지 못하도록 막는다는 뜻이다.
 2. 위법성 조각 사유(reason for negating unlawfulness): 위법성 추정을 깨는 사유. 예를 들어, 정당방위는 위법성 조각 사유다.
즉, 위법성 조각 사유가 있다면, 법질서 전체에 반하지 않는 행위로 본다. 그래서 위법성 조각 사유를 정당화사유(justification)라고도 부른다.
- 주의: 정당화(사유)라 해서, 적극적으로 “올바르고 도덕적이며 당위적이다”는 뜻은 아니다. 단지 소극적으로 “위법(불법)까지는 아니다”는 뜻에 불과하다.

2018도1917: 어떠한 행위가 범죄구성요건에 해당하지만 정당행위라는 이유로 위법성이 조각된다는 것은 [어떤 의미인가?] 그 행위가 적극적으로 용인, 권장된다는 의미가 아니[다]. 단지 특정한 상황[에]서 그 행위가 범죄행위로서 처벌대상이 될 정도의 위법성을 갖추지 못하였다는 것을 의미[한]다.

명예훼손 사례

머리에

1. 명예훼손은 처벌되는 행위다.
2. 그러나 특별한 경우 명예훼손이 “법질서 전체에 반하지 않을” 수도 있다.
3. 이 취지에서 일정한 요건을 갖춘 명예훼손을 처벌하지 않는 명시규정을 두고 있다. 결국, 일정한 요건을 갖춘 명예훼손은 허용한다.

위법성 추정

甲이 사람들 앞에서 “乙이 2026. 3. 20. ◇◇◇유흥업소에서 퇴폐적 행위를 했다.”라는 취지로 공개적으로 말했다. 그것이 설령 진실한 사실이라 하더라도, 일단 명예훼손죄에 해당한다. 즉,

- 1. 甲은 명예훼손죄의 구성요건에 해당하는 행위를 했다.

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

- 2. 위법성이 추정되므로, 원칙적으로 불법한 행위로 볼 수 있다.
- 3. 특별한 사정이 없다면, 범죄가 성립한다. 처벌할 수 있다.

위법성의 조각

그런데 만약 乙이 장관 후보자고, 청문회에서 甲이 후보자의 도덕성 검증을 위해 위 발언을 했다면? 그렇다면 위법성이 조각될 수 있다.

형법 제310조(위법성의 조각) 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 **처벌하지 아니한다.**

2013다34013: 어떤 표현이 타인의 명예를 훼손하더라도 그 표현이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이거나 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 [타]당한 이유가 있는 경우에는 **위법성이 없다.**

나는 했지만, 유익했다(*Feci, sed profui*; I have done it, but it was profitable).

- 1. 형법 제310조의 위법성 조각 사유가 있다면, 위법성 추정이 깨지기 때문이다. 결국 불법한 행위로 인정할 수 없다.
- 2. 형법 제310조를 왜 두었나? 공익을 위해 진실을 말하는 행위는 “법질서 전체에 반하지 않는다”는 것을 분명히 하는 취지에서 두었다.

연습문제

2024년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 18.] 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 「형법」 제310조에 따라 위법성이 조각되기 위해서는 적시된 사실이 진실한 것이라는 증거가 없더라도 행위자가 이를 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있어야 한다.

체포 사례

머리에

- 1. 체포는 처벌되는 행위다. 즉, 다른 사람을 잡아가면 안 된다.
- 2. 그러나 특별한 경우 체포가 “법질서 전체에 반하지 않을” 수도 있다.

- 3. 이 취지에서 일정한 요건을 갖춘 체포를 허용하는 명시규정을 두고 있다. 이렇게 법령으로 허용하는 행위는 처벌하지 않는다.

위법성 추정

甲이 A를 체포했다. 일단 체포죄에 해당한다.

- 1. 甲은 체포죄의 구성요건에 해당하는 행위를 했다.

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

- 2. 위법성이 추정되므로, 원칙적으로 불법한 행위로 볼 수 있다.
- 3. 특별한 사정이 없다면, 범죄가 성립한다. 처벌할 수 있다.

위법성의 조각

그러나 A가 도둑이고, 가게 주인 甲이 도난 현장에서 바로 A를 체포했다면? 그렇다면 위법성이 조각될 수 있다.

나는 했지만, 마땅했다(*Feci, sed meruit; I have done it, but he deserved.*)

- 1. 법령(statute)에 따른 행위는 정당행위(justificable act)에 해당한다. 정당행위는 위법성 조각 사유다. 즉, 위법성 추정이 깨진다. 결국 불법한 행위로 인정할 수 없다.

형법 제20조(정당행위) **법령에 [따른] 행위** 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 **벌하지 아니한다.**

형사소송법 제211조(현행범인과 준현행범인) ① 범죄[→ 절도]를 실행하고 있거나 실행하고 난 직후의 사람[→ A]을 현행범인이라 한다.

형사소송법 제212조(현행범인의 체포) 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다.

98도3029: 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있[다. 그러]므로 사인의 현행범인 체포는 법령에 [따른] 행위로서 **위법성이 조각된[다.]**

- 2. 법령에 따른 행위를 왜 위법성 조각 사유로 두었나? 법이 허용하면서 동시에 금지하는 것은 모순이기 때문이다.

법이 현행범을 체포할 수 있다면서, 현행범을 체포한 사람을 처벌하면 모순이다.

음란물유포 사례

머리에

- 1. 음란물유포는 처벌되는 행위다.
- 2. 그러나 특별한 경우 음란물유포가 “법질서 전체에 반하지 않을” 수도 있다.
- 3. “일정한 요건을 갖추면 음란물유포를 해도 된다”는 허용규정은 없다. 처벌하지 않는다는 명시규정도 없다. 그래도 해석상 법질서 전체에 반하지 않는다.

위법성 추정

甲이 자신의 인터넷 블로그에 남성의 발기된 성기 사진을 게시했다. 일단 정보통신망법 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호에 따라 정보통신망법위반(음란물유포)죄에 해당한다.

1. 甲은 정보통신망법위반(음란물유포)죄의 구성요건에 해당하는 행위를 했다.

정보통신망법 제74조(벌칙) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제44조의7 제1항 제1호를 위반하여 **음란한** 부호, 문언, 음향, **화상 또는 영상**을 배포, 판매, 임대하거나 **공공연하게 전시**한 자

정보통신망법 제44조의7(불법정보의 유통금지 등) ① 누구든지 **정보통신망을 통하여** 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

1. 음란한 부호, 문언, 음향, 화상 또는 영상을 배포, 판매, 임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보

설령 나쁜 목적이 아니었다고 하더라도, 음란물은 음란물이다.

2012도13352: [음란 표현물인지]를 판단할 때에는 표현물 제작자의 **주관적 의도가 아니라 사회 평균인의 입장에서 [판단]**해야 한다. 즉, 그 전체적인 내용을 관찰하여 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다.

이 사건 사진들은 오로지 남성의 발기된 성기와 음모만을 뚜렷하게 강조하여 여러 맥락 속에서 직접적으로 보여[주고 있다.] ... [이 사건 사진들은] ... 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 맞춰져 있[다. 그리고] 하등의 문학적, 예술적, 사상적, 과학적, 의학적, 교육적 가치를 지니지 [않는다.]

[그렇다면 이 사건 사진들은] 과도하고도 노골적인 방법[으로] 성적 부위를 적나라하게 표현함으로써 인간의 존엄과 가치를 왜곡하는 **음란물에 해당**한다.

2. 위법성이 추정되므로, 원칙적으로 불법한 행위로 볼 수 있다.

3. 특별한 사정이 없다면, 범죄가 성립한다. 처벌할 수 있다.

위법성의 조각

그러나 甲이 법학전문대학원 교수로서 “표현의 자유나 정보통신에 관한 심의규정에 비추어 해당 사진들을 음란물로 보는 것은 부당하다.”라는 견해를 피력하고자 사진을 게시한 것이었다면? 그렇다면 일정 요건 아래 위법성이 조각될 수 있다.

나는 했지만, 합법이다(*Feci, sed iure; I have done it, but it was lawful*).

1. 물론, 정보통신망법이나 그 밖의 개별 법률 어디에도 “甲처럼 하면 무죄.”라고 명시한 조항은 없다. 그렇더라도, 여러 사정을 고려했을 때 甲의 표현행위는 사회적으로 용인할 수 있는 행위일 수 있다.

2012도13352: 음란물[은] 그 자체로는 하등의 문학적, 예술적, 사상적, 과학적, 의학 적, 교육적 가치를 지니지 [않는다. 그렇]더라도, 앞서 본 음란성에 관한 논의의 특수한 성격 때문에, 그에 관한 논의의 형성, 발전을 위해 문학적, 예술적, 사상적, 과학적, 의학 적, 교육적 표현 등과 결합[하]는 경우가 있다. 이러한 경우 ... **특별한 사정이 있다면**, 이 러한 결합 표현물에 [다른] 표현행위는 공중도덕이나 사회윤리를 훼손하는 것이 아니 [다. 그것은] **법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비 추어 용인될 수 있는 행위**[다.]

이 사건 사진들의 게시는 목적의 정당성, 그 수단이나 방법의 [타]당성, 보호법익과 침해 법익 간의 법익균형성이 인정[된다. 그러]므로, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다.

- 2. 사회상규(social rules)에 위배되지 않는 행위는 정당행위(justifiable act)에 해당한다. 정당행위는 위법성 조각 사유다. 즉, 위법성 추정이 깨진다. 결국 불법한 행위로 인정할 수 없다.

형법 제20조(정당행위) 법령에 [다른] 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 **사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.**

2012도13352: 이 사건 게시물을 통한 이 사건 사진들의 게시가 위법하다고 볼 만한 증명이 충분히 이루어졌다고 할 수 없다. ... 이 사건 공소사실에 대하여 **무죄**로 판단한 것은 결론적으로 정당하[다.]

- 3. 사회상규에 위배되지 않는 행위를 왜 위법성 조각 사유로 두었나? 개별 법률이 법질서 전체 관점에서 실질적 위법성이 없는 행위들을 하나하나 완벽히 정해 명시해 두는 것은 기술적으로도 불가능하기 때문이다.

위법성 조각 사유가 있을 때 효과

범죄 불성립(무죄)

위법성이 조각되는 명예훼손, 체포, 음란물유포 행위를 보았다.

- 1. 형법 제310조, 제20조 조문을 보면 “(처)벌하지 아니한다.”라고 되어 있다.

형법 제310조(위법성의 조각) 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 **처벌하지 아니한다.**

형법 제20조(정당행위) 법령에 [다른] 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 **벌하지 아니한다.**

- 2. 형법조항에서 이러한 문구는 “범죄가 성립하지 않는다” 또는 “범죄가 아니다”를 뜻한다. 한 마디로, 무죄(not guilty)다.

구성요건에 해당하는 행위가 위법성 조각 사유로써 **정당화(justification)**된다.



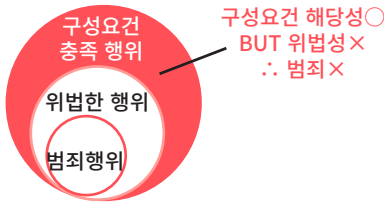
위법성 조각 사유와 무죄 관계

무죄(“처벌하지 아니한다”)가 곧 “위법성이 없다”는 말과 똑같지는 않다.



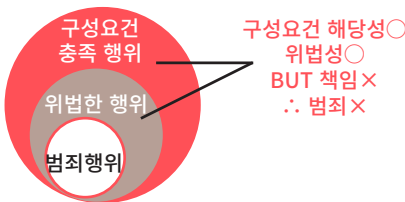
왜? “(처)벌하지 아니한다”란,

- 1. 위법성이 조각되어 무죄일 수도 있지만,



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**.

- 2. 위법성이 조각되지 않더라도, 책임이 조각되어 무죄일 수도 있기 때문이다.



형법 제10조(심신장애인) ① 심신장애로 ... 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 **벌하지 아니한다**.

책임 조각 사유는 형사법 제4장 책임론에서 본다.

소결

각종 조각 사유 관련 법조항을 볼 때,

- 1. 위법성 조각 사유인지 책임 조각 사유인지 잘 구별해야 한다.

위법성 조각 사유와 책임 조각 사유를 구별할 필요성(실익)은, 형사법 제7장 공범론에서 자연스럽게 알게 된다. 일단, 차근차근 순서에 맞게 배우자.

- 2. 어떻게 구별하나? 내용을 보고 해석(interpretation)해서 판단해야 한다.

위법성에 관한 소극적 규정

소극적 규정 의미

위법성은 범죄성립요건의 하나다. 그러므로 위법성이 없으면 범죄는 성립하지 않는다. 그런데, 형법 조항을 봐도,

- 1. 어떤 사유(illegalization)가 “있어야” 위법성이 “있다”는 식이 아니다.
- 2. 어떤 사유(justification)가 “있다면” 위법성이 “없다”는 식이다.

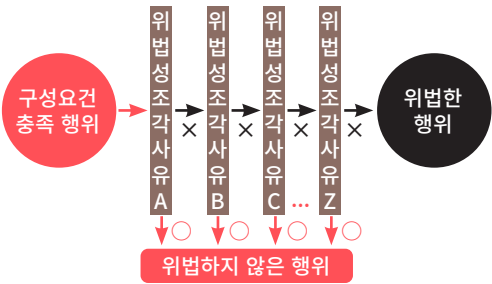
즉, 위법성 조각 사유에 관한 규정은,

- 1. “~이면 처벌한다” 식이 아니다.
- 2. “~이면 처벌하지 않는다” 식이다.

형법은,

- 1. 적극적으로 위법성을 규정하지 않는다.
- 2. 소극적으로 위법성이 조각되는 사유만을 규정하고 있다.

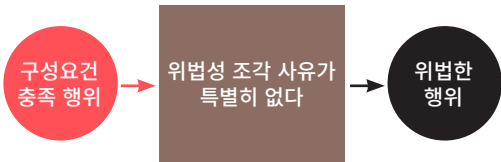
구성요건 해당성이 인정되는 순간, 기본값(default)은 “위법성 있음”이다.



위법성을 추정하는 법적 근거

앞서 구성요건의 충족으로 위법성이 추정(presumption)된다고 했다. 그렇게 추정되는 “이유”가 무엇인가?

- 1. 우리 형법이 그렇게 정했기 때문이다. 즉, 형법이 위법성에 관해 소극적으로 규정하는 방식(exclusion)을 택했기 때문이다.



- 2. 위법성을 소극적으로 규정하는 우리 법체계하에서는, 특별한 예외조항이 없다면 위법성이 추정되는 것으로 “해석해야” 한다.

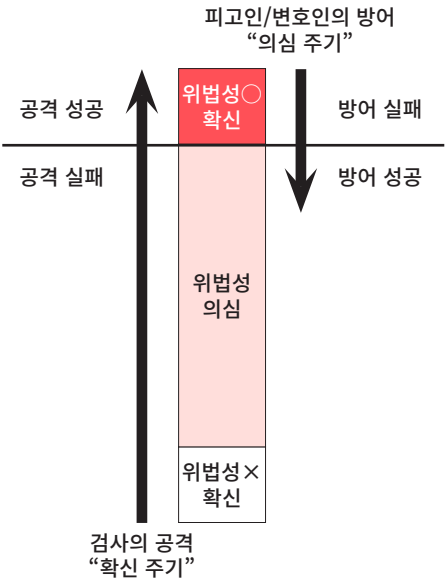
추정과 증명책임

검사의 증명책임

무죄추정 원칙에 따라, 형사소송에서는 증명책임(burden of proof)이 검사에게 있다. 비록 위법성이 추정된다고 하더라도, 위법성에 관한 증명책임은 여전히 검사가 진다.

민사소송은 다르다. 민사에서는, 법률상 추정이 있으면 증명책임이 원고로부터 피고에게 넘어가기도 한다.

- 1. 폭행죄의 구성요건 해당성이 인정되면, 위법한 행위로 추정한다. 그러나 정당방위인지 아닌지는 피고인이 아니라 어디까지나 검사가 증명해야 한다.
- 2. 피고인이 정당방위라고 항변하는 상황에서, 법원이 정당방위인지 검사, 피고인 어느 쪽 주장에도 확신이 없다면? 불이익이 검사에게 간다. 정당방위라는 위법성 조각 사유가 있는 것으로 보아야 한다. 즉, 무죄다.

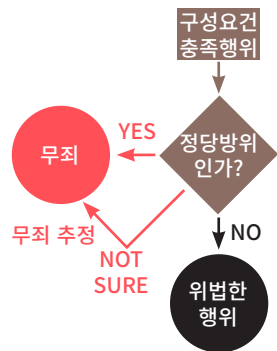


형사소송법 제275조의2(피고인의 무죄추정) 피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.

2012도13352: 이 사건 계시물을 통한 이 사건 사진들의 계시가 **위법하다고 볼 만한 증명이 충분히 이루어졌다고 할 수 없다**. ... 이 사건 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 것은 결론적으로 정당하[다.]

소송법적 측면

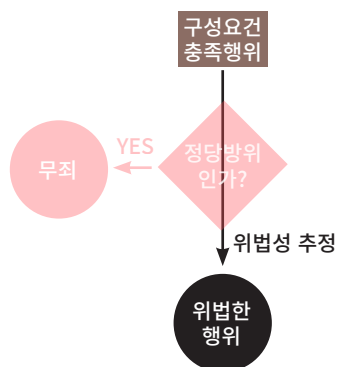
소송법적 측면(procedural): 무죄추정 원칙. 위법성 조각 사유 부존재(공소사실 유죄)에 관해 검사가 증명책임을 진다.



- 예를 들어, 정당방위가 문제 될 경우,
- 1. 피고인이 정당방위였음을 증명해야만 하는 것이 아니다.
 - 2. 검사가 정당방위 아니었음을 증명해야 한다.

실체법적 측면

실체법적 측면(substantive): 위법성 추정. 위법성 조각 사유가 없다면, 곧 위법한 행위로 본다.



- 예를 들어, 정당방위에 관하여,
- 1. 특별히 문제 될 것도 없고, 피고인이 정당방위 주장을 하지도 않는다면,
 - 2. 법원이 굳이 정당방위 여부를 판단하지 않는다.

소결

- 다음은 서로 다르다.
- 1. 무죄추정 원칙에서 말하는 “추정”
 - 2. 위법성 추정에서 말하는 “추정”

즉,

1. 무죄 추정: 그 증명책임을 검사에게 지우겠다는 뜻이다. 유죄, 무죄 여부를 검사가 증명해야 한다.
2. 위법성 추정: 그 증명책임을 피고인에게 지우겠다는 의미가 아니다. 위법, 적법 여부를 여전히 검사가 증명해야 한다.

예외: 형법 제310조로 명예훼손 위법성이 조각되려면, 일정한 사유는 검사가 아니라 피고인이 증명해야 한다.

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

형법 제310조(위법성의 조각) 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

95도1473: 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위[해서는 누가 무엇을 얼마나 증명해야 하나?] 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자[→ **피고인**]가 증명하여야 [한다. 그러나] 그 증명은 유죄의 인정에 [필요한] 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 [따라]야 하는 것은 아니[다.]

2004도1497: 법원이 적법하게 증거를 채택하여 조사한 다음 형법 제310조[에서 정한] 위법성 조각 사유의 요건이 [증명]되지 않는다면 그 **불이익은 피고인이 부담**[한다.]

소크라테스의 3개 체(triple filter test): 진실(truthfulness)하지 않거나, 선(goodness)하지 않거나, 유용(usefulness)하지 않다면, 말하지 말라!

연습문제

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 20.] 명예훼손죄에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「형법」 제310조 위법성 조각 사유의 충족 여부는 검사에게 거증책임이 있다.
 - ㄴ. 정보통신망을 이용하여 명예훼손성 글을 게재하는 경우에는 게재 글이 삭제되지 않는 이상 피해가 지속되므로 삭제 시가 범행종료 시이고 공소시효는 그때부터 기산된다.
 - ㄷ. 사실적시명예훼손죄(「형법」 제307조 제1항)의 '사실'은 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 '의견'에 대치되는 개념이 아니라 허위사실적시명예훼손죄(「형법」 제307조 제2항)의 '허위의 사실'과 반대되는 '진실한 사실'을 말하는 것이다.
 - ㄹ. 정보통신망을 통하여 타인의 명예를 훼손하는 글을 게시하였으나 적시된 사실이 진실이고 공공의 이익에 관한 것이어서 비방의 목적이 인정되지 않는 경우에는 「형법」 제310조가 적용된다.
-

형법총칙상 위법성 조각 사유 개관

Overview of General Justification

사람들은 대부분 이렇게 말할 것이다.
“둘러! 죄 없는 사람 하나가 죽겠지만, 다섯이 죽는 것보다는 낫잖아.”
한 사람을 희생해 다섯 목숨을 구하는 행위는 정당해 보인다.
- Michael J. Sandel, “정의란 무엇인가”

들어가며

개요

형법총칙상 위법성 조각 사유를 하나씩 본다.

형법총칙에 명시한 위법성 조각 사유

1. 정당행위(justifiable act)
2. 정당방위(self-defense)
3. 긴급피난(necessity)
4. 자구행위(self-help)
5. 피해자의 승낙(consent of victim)

학습계획

위 사유를 하나씩 본다. 다만,

1. 자구행위는 상대적으로 중요하지 않다. 따라서 다른 것 먼저 공부하고, 일단 그냥 넘어가자.
2. 추정적 승낙(presumptive consent of victim)은 명시규정에 없다. 그러나 이론상, 실무상 중요하게 인정하고 있다. 따라서 아래 설명에 추가했다.

정당행위

사례

사형집행수가 엄격한 절차에 따라 사형을 집행했다. 사형집행수를 살인죄로 처벌할 수 있는가?

1. 살인죄의 구성요건에는 해당하지만,
2. 정당행위(justifiable act)이므로, 위법성이 없다.
3. 따라서 살인죄가 성립하지 않는다. 무죄다.

개념과 취지

형법 제20조(정당행위) 법령에 [따른] 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.

2015도1927: 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당하는 경우에는 [어떻게 되는가?] 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로서 위법성이 조각된다.

국가적, 사회적으로 정당한 행위다. 따라서 국가가 벌하지 않는다.

정당행위로 위법성을 조각한 사례

관광진흥법 제28조(카지노사업자 등의 준수 사항) ① 카지노사업자...는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

4. 내국인...을 입장하게 하는 행위

폐광지역법 제11조(「관광진흥법」 적용의 특례) ① 문화체육관광부장관은 폐광지역 중 경제사정이 특히 열악한 ... 지역의 한 곳에만 「관광진흥법」...에 따른 카지노업의 허가를 할 수 있다. ...

③ 제1항에 따른 허가를 받은 카지노사업자[→ 강원랜드]에 대하여는 「관광진흥법」 제28조 제1항 제4호를 적용하지 아니한다[→ 내국인도 입장할 수 있다]. ...

2002도2518: 국가 정책적 견지에서 도박죄의 보호법익보다 [좀] 더 높은 국가이익을 위하여 예외적으로 내국인의 출입을 허용하는 폐광지역[법] 등에 따라 카지노[→ 강원랜드(정선 카지노)]에 출입하는 것은 법령에 [따른] 행위로 위법성이 조각된[다].

주의

정당행위로 위법성을 조각하는 경우란?

- 1. 그 행위를 권장한다. → ×
- 2. 그 행위를 범죄로 처벌할 정도가 아니다. → ○

2024도12616: 어떠한 행위가 범죄구성요건에 해당하지만 정당행위라는 이유로 위법성이 조각된다는 것은 [어떤 의미인가?] 그 행위가 적극적으로 용인, 권장된다는 의미가 아니[다]. 단지 특정한 상황에서 그 행위가 범죄행위로서 처벌대상이 될 정도의 위법성을 갖추지 못하였다는 것을 의미한[다].

피해자가 피고인에게 서랍을 던져 손가락에 상해를 입히고 주먹으로 피고인의 얼굴을 때린 후 가위를 들고 ‘죽여 버린다’고 위협[했다. 그러자] 피고인이 싱크대 위에 있던 부엌칼을 가져와 “변태 새끼야 죽고 싶으면 너나 죽어, 죽고 싶으면 와 봐라[.]”라고 말하여 특수협박죄로 기소된 사안[이다].

피고인의 행위는 예고 없이 집에 찾아와 폭력을 행사하고 가위를 들어 생명과 신체에 대한 위협을 가하겠다고 협박하는 피해자의 계속되는 부당한 공격에 맞서 수동적, 소극적 차원에서 행한 행위[다]. ... 정당행위의 요건을 갖추었다고 평가할 여지가 크[다].

정당방위

사례

부당한 공격을 받자 자신을 스스로 보호하기 위해 반격으로 때리는 것은,

1. 폭행죄의 구성요건에는 해당하지만,
2. 정당방위(self-defense)이므로, 위법성이 없다.
3. 따라서 폭행죄가 성립하지 않는다. 무죄다.

폭행에 대항한 폭행(vis contra vim; violence against violence).

개념과 취지

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.

2000헌마314: 쌍방 폭력범죄사건의 경우 어느 일방의 폭력행위가 상대방의 도발에 대항하거나 부당한 행위를 저지하기 위한 경우와 같이 범행동기와 경위 등에 현저히 참작할 만한 정상이 있을 때에는 [어떠한가?] 그러한 폭력행위를 ... 형법 제21조[에서 정한] ‘정당방위’에 해당된다고 판단하여 범죄행위로 인정하지 아니[해야 한다. 그렇게] 함으로써 법질서를 수호하고 건전한 사회 기풍을 진작하려는 시민의 용기를 법이 보호하여야 [한다.] 위법 부당한 폭력 앞에 이를 저지하는 시민의 용기와 의협심이 움크린 사회는 [더는] 건강한 사회를 기대할 수 없기 때문이다.

정당방위를 위법성 조각 사유로 둔 이유는 다음 2가지 때문이다.

1. 시민이 자신을 스스로 보호하는 측면
2. 법질서를 파괴하는 행위로부터 법질서를 수호하는 측면

부당한 침해에 대항해야 정당방위다. 즉, 정당한 침해에 대항하는 것은 적어도 정당방위는 아니다.

2021도4278: 위법하지 않은 정당한 침해에 대한 정당방위는 인정되지 않는다.

정당방위로 위법성을 조각한 사례

70도1473: 절도범으로 오인[당한] 자가 야간에 군중들로부터 무차별 구타를 당하자 이를 방위하기 위하여 소지하고 있던 손톱[깎이] 칼을 휘둘러 상해를 입힌 행위는 정당방위에 해당한다.

99도4341: 경찰관의 행위가 적법한 공무집행을 벗어나 불법하게 체포한 것으로 볼 수 밖에 없다[고 하자. 그렇다]면, 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법 체포[에 따른] 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된[다.]

연습문제

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 35.] ... 사건이 발생한 지 1시간이 지난 후 X의 신고를 받고 출동한 사법경찰관 P가 인근 버스 정류장에 서있던 甲에게 임의동행을 요청하자, 甲은 영장의 제시를 요구하면서 동행을 거부하였다. 그럼에도 P가 甲을 순찰차에 강제로 태워 파출소로 연행하려 하자 甲은 이를 벗어날 목적으로 P의 복부를 발로 차 전치 2주의 상해를 입혔다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

-
- ④ 甲이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 P에게 상해를 가한 것은 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다.
-

긴급피난

사례

카르네아데스의 널빤지 사건에서, 다른 사람을 물에 빠뜨리는 것은,

1. 살인죄의 구성요건에는 해당하지만,
2. 긴급피난(necessity)이므로, 위법성이 없다.
3. 따라서 살인죄가 성립하지 않는다. 무죄다.

개념과 취지

형법 제22조(긴급피난) ① 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위는 [타]당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다.

원래 범죄자를 처벌하는 이유는 어떠한 행위로 무엇인가 침해되는 것(예: 빠져 죽은 사람의 목숨)이 있기 때문이다. 그런데 긴급피난 경우,

1. 그 행위를 통해 침해되는 것도 있겠지만,
2. 대신 그 이상으로, 적어도 동등하게 보호받는 무엇인가(예: 살아남은 사람의 목숨)가 있다.

그래서 그 행위는 법질서에 반하지 않는다.

긴급피난으로 위법성을 조각한 사례

85도221: 피고인들이 태풍으로 인한 선박의 조난이나 전복을 피하기 위하여 선박의 양쪽에 두 개의 닻을 내리고, 한쪽의 닻줄의 길이를 175[m](7샤클)로 늘어 놓[았다.] ... [그렇게] 묘박하였다면 선박이 태풍에 밀려 피조개양식장을 침범하여 물적 손해를 입히리라는 것은 당연히 예상되는 것이[므로] ... 재물손괴의 점에 대한 미필적 고의를 인정할 수 있다. [따라서 재물손괴죄의 구성요건에는 해당한다.]

[그러나] 그와 같은 위급한 상황에서 선박과 선원들의 **안전**을 위하여 사회통념상 가장 적절하고 필요불가결하다고 인정되는 조치를 취하였다면 형법상 **긴급피난으로서 위법성이 없어서 범죄가 성립되지 아니한[다.]**

이론적 근거

1. 두 이익을 저울질(형량; 衡量; balancing)해서,
2. 보호받는 이익(선박과 선원들의 안전) > 침해받는 이익(피조개양식장 재산)
3. 그러면 위법하지 않다.

피해자의 승낙

사례

스킨헤드가 되고 싶다며 자신의 머리카락을 모두 뽑아달라고 부탁한 사람이 있다. 이 요청에 응해 머리카락을 모두 뽑아냈다.

- 1. 상해죄의 구성요건에는 해당하지만,
- 2. 피해자의 승낙(consent of victim)으로, 위법성이 없다.
- 3. 따라서 상해죄가 성립하지 않는다. 무죄다.

개념과 취지

형법 제24조(피해자의 승낙) 처분할 수 있는 자의 승낙에 [따라] 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.

피해자 개인의 자유를 존중해 주는 취지다.

피해자의 승낙으로 위법성을 조각한 사례

82도2486: 피고인이 계원들로 하여금 [조○순] 대신 피고인을 계주로 믿게 하여 계금을 지급하고 불입금을 지급받아 위계를 사용하여 [조○순]의 계 운영 업무를 방해하였다. 따라서 업무방해죄의 구성요건에는 해당한다.]

[그러나] 피고인에 대하여 다액의 채무를 부담하고 있던 [조○순]으로서는 채권확보를 위한 피고인의 요구를 거절할 수 없었다. 그래서 **피해자인 조○순은 피고인이 계주의 업무를 대행하는 데 대하여 이를 승인 내지 묵인한 사실이 있다.**

[그렇다]면 피고인의 [행위]는 이른바 [피해자 조○순]의 승[낙]이 있었던 것으로서 **위법성이 [조]각**되어 업무방해죄가 성립되지 않는다.

이론적 근거

- 1. 침해를 용인한 결과 보호할 이익이 없어서(흠결; 欠缺; absence),
- 2. 침해받는 이익(조○순의 계 운영 업무) = 없음
- 3. 그러면 위법하지 않다.

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 13.] 피해자의 승낙에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 위법성 조각 사유의 근거원리를 ‘이익형량’과 ‘이익흠결’로 나누는 견해에 따르면, 긴급피난은 이익형량에, 피해자의 승낙은 이익흠결에 근거한 것으로 볼 수 있다.

추정적 승낙

사례

길을 걷다가 빈집에 불이 난 것을 보고, 불을 끄러 들어갔다.

1. 주거침입죄의 구성요건에는 해당하지만,
2. 추정적 승낙(presumptive consent of victim)으로, 위법성이 없다.
3. 따라서 주거침입죄가 성립하지 않는다. 무죄다.

개념과 취지

실제 피해자의 승낙은 없었다. 그러나 모든 사정을 객관적으로 판단할 때 확실히 승낙을 기대할 수 있다. 이런 경우까지 처벌할 필요는 없다. 객관적 상황(situation)에 근거하는 것이므로,

1. 실제로 피해자의 승낙이 없었더라도 위법성이 조각될 수 있다.
2. 심지어, 피해자가 내심 반대했더라도 마찬가지다.

예: 나중에 알고 보니 피해자가 불 끄는 걸 원하지 않았다고 하자. 그렇다면, 불 끄러 간 사람에게 주거침입죄가 성립하지 않는다.

추정적 승낙으로 위법성을 조각한 사례

92도3101: [피고인 甲]은 미리 조각하여 소지하고 있던 ... [A, B, C, D, E, F]의 인장을 그 이름 옆에 임의로 [찍어] ... 사문서인 결의서 1매를 위조[하였다. 따라서 사문서위조죄의 구성요건에는 해당한다.]

위 명의인 중 [A, B, C]는 피고인[甲]의 아들이고, [D]는 [乙]의 아들이며, [E, F]는 丙의 아들이다. 그리고 甲, 乙, 丙은 형제관계다. ... [乙, 丙]은 위의 결의서 작성을 승낙하였[다. 그러나 A, B, C, D, E, F가] 사전에 피고인[甲]에게 직접 명시적 구체적으로 위의 결의서 작성을 위임하거나 승낙한 바 없다는 것은 사실이다.

[그런데] 피고인[甲]의 아들[A, B, C]이나 조카들[D, E, F]은 나이가 젊고 각자 먹고살기가 바빠서 중증일에 관심이 없었던 관계로 행정대서업을 하는 피고인[甲]이 사전에 그들의 개별적 승락을 받지 아니한 채 혼자서 위 서류를 작성하였다[고 한다. 그리하여] 겉날에 참석하지 않은 관계로 통상 종친회의 모든 의안을 위 3형제만의 의결로 집행하여 온 것으로 짐작[된다.]

[그렇다면,] 비록 사전에 [A, B, C, D, E, F]의 현실적인 승낙이 없었다고 하더라도 피고인[甲]은 이들[A, B, C, E, F]이 위와 같은 사정을 알았다면 당연히 승낙하였을 것이라고 믿고 한 행위일 수 있다. ... 이로 미루어 보면 추정적 승낙을 인정할 여지가 있다. [이렇게 보면, 사문서위조죄가 성립하지 않는다.]

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 13.] 피해자의 승낙에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사문서위조는 사회적 법익 침해행위이므로 피해자인 명의자의 묵시적, 추정적 승낙이 있더라도 사문서위조죄가 성립한다.

제4강

책임론

Theory of Criminal Responsibility



Francisco Goya, *Saturno devorando a su hijo* (Saturn Devouring His Son)
1819–1823, mixed method on mural transferred to canvas, 146 × 83 cm
Museo Nacional del Prado, Madrid

범죄처럼 보이지만 비난할 수 없는 행위에 관하여

- 지금까지 구성요건, 위법성을 보았다. 그런데 범죄가 성립하려면, 위법성까지 만으로도 충분하지 않다. 즉, 구성요건에 해당하고 위법성 있는 행위를 하더라도, 예외적으로 그 사람을 법적으로 **비난할 수 없는 경우**가 있다. 예를 들어,
 1. 사람을 때렸고, 위법성을 깨는 사유도 없다면, 불법한 폭행을 한 것이다.
 2. 그러나 7세가 때린 것이었다면, **예외적으로** 미성년자로 무죄다. 이 아이를 법적으로 비난할 수 없기 때문이다. 이런 경우를 **책임이 없는 행위**라고 한다.
- 오늘은 책임의 **본질**과 현행법상 책임을 **깨는** 사유를 살펴본다. 구체적으로,
 1. 형법에서 말하는 “비난할 수 있는 행위”란 과연 무엇인지?
 2. 책임에 관한 형법 조문이 어떤 방식으로 규정되었는지?
 3. 그 의미는 무엇인지?
- 이를 통해, 구성요건에 해당하고 위법한 어떤 행위(불법한 어떤 행위)가 다음 중 어디에 해당하는지 판단하는 법을 배운다.
 1. 비난가능성이 있어, 범죄로 **되는** 경우
 2. 비난가능성이 깨져, 범죄로 **되지 않는** 경우

책임 개념

The Conception of Criminal Responsibility

책임 없으면 형벌 없다. - 라틴 법언

테러리스트 사례

상황

테러리스트들이 요직에 있는 甲의 딸을 납치한다. 그리고 甲에게 협박전화를 건다. “24시간 내에 A건물을 폭파하라는 명령을 내려라. 그렇지 않으면 딸아이를 죽이겠다.” 甲은 고민에 빠진다.

- 1. 甲은 자기 딸을 살리기 위해 A건물을 폭파할 것을 명령했다.
- 2. 그래서 딸은 살리지만 수십, 수백 명의 사람들을 죽게 했다.

그렇다면, 甲은 테러리스트들과 함께 폭발물사용죄의 공범이 될 것인가? 甲에게 과연 유죄판결을 내릴 수 있는가?

당시 경찰 신고를 할 수 없었다고 가정하자.

구성요건 해당성

일단 폭발물사용죄의 구성요건 해당성(conformity to offense components)을 인정할 수 있다. 즉, 법 “위반(offense) 행위”다.

형법 제119조(폭발물 사용) ① 폭발물을 사용하여 사람의 생명, 신체 또는 재산을 해하거나 그 밖에 공공의 안전을 문란하게 한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

위법성

나아가 정당행위, 정당방위, 긴급피난, 피해자의 승낙 등 위법성 조각 사유(justification)도 특별히 발견할 수 없다.

- 1. 긴급피난이 되려면 피난행위로 보호되는 이익이 침해되는 이익보다 우월해야 한다. 예를 들어, 생명을 살리기 위해 부득이 재물을 손괴하는 것은 긴급피난이다. 2명을 보호하기 위해 부득이 1명을 다치게 하는 것 역시 긴급피난이다.

본래 위법성이 깨지는 이론적 근거가 국가사회에 미치는 손해(loss)보다 이익(profit)이 더 크기 때문이라는 점을 떠올려 보자.

- 2. 딸 1명의 생명을 지키기 위해 수백 명을 죽게 하는 것을 긴급피난으로 보기는 어렵다.

따라서 甲의 행위를 위법(unlawful)한 행위, 즉 “나쁜(wrong) 짓”으로 볼 수 있다.

처벌 여부

그렇다고 해서 甲을 처벌(punish)하는 것이 옳은가? 이 남자가 범죄(crime)를 저질렀다고 할 수 있는가?

1. 같은 상황이 실제로 닥친다면, 누구라도 딸을 그대로 죽게 내버려 두기 어려울 것이다. 즉, 적법행위를 하리라 기대할 수가 없다.
2. 그리고 이처럼 적법행위를 기대할 수는 없다면, 甲이 불법을 저질렀다는 이유로 비난(blaming)할 수도 없다.
3. 비록 “나쁜 짓”을 한 것은 사실이지만, 어쨌든 甲을 “못된 놈”이라고 책망할 수는 없다. 실제로 형법은 강요된 행위를 처벌하지 않는 조항을 두고 있다.

형법 제12조(강요된 행위) 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박[으로] 강요된 행위는 **벌하지 아니한다**.

사례

1. 반국가단체 무장공비에 협조하면, 국가보안법위반에 해당한다. 즉, 위법(unlawful) 행위인 것은 맞다.
2. 그러나 그것이 강요된 행위였다면, 처벌할 수 없다. 범죄가 아니다. 즉, 무죄(not guilty)다.

69도1976: 피고인들이 반국가단체인 노동당에 가입한 후 그들로부터 [돈]과 책자 등을 받았고, 그들에게 식사를 제공하고 지서의 위치 등을 알려주었다. 그렇다고 하더라도, 수류탄과 따발총으로 무장한 공비 9명이 말을 안 들으면 싹 밀어버린다 하고 산간독립가옥인 피고인의 집 한 방에다 피고인 등 가족들을 몰아넣고 위협을 하며 강요를 당했다.]

피고인의 공비에 대한 협조행위 등이 **강요된 행위**에 해당한다[다. 피고인들은 무죄다.]

나는 했지만, 강요당했다(*Feci, sed alter me impulit ut facerem*; I have done it, but the other man drove me to do it).

소결

1. 위법성까지 인정되는 “나쁜(wrong) 짓”인 것은 맞다.
2. 그러나 무엇인가 어떤 이유로 “못된(blaming) 짓”이라고까지는 말할 수 없는 경우가 존재한다.

책임 있는 행위 의미

책임 있는 행위와 책임 없는 행위

1. “나쁜 짓”을 위법한 행위(unlawful conduct)로 부른다는 건 이미 배웠다.
2. 더 나아가 “못된 놈(짓)”을 책임 있는(criminally responsible) 자(행위)라 부른다.



즉,

- 1. “못된 놈”은, 곧 “책임이 있다.”
- 2. “못된 놈”이 아니면, 곧 “책임이 없다.”

사례의 적용

위 테러리스트 사례에서, 甲은,

- 1. “위반행위(offense)”를 했다.
- 2. “나쁜(wrong) 짓”을 했다.
- 3. 그럼에도, “못된(blaming) 놈”은 아니다.

즉,

- 1. 甲의 행위는 구성요건(offense components)에 해당하고,
- 2. 甲의 행위는 위법(unlawful)하지만,
- 3. 그럼에도, 甲에게 책임은 없다(not responsible).

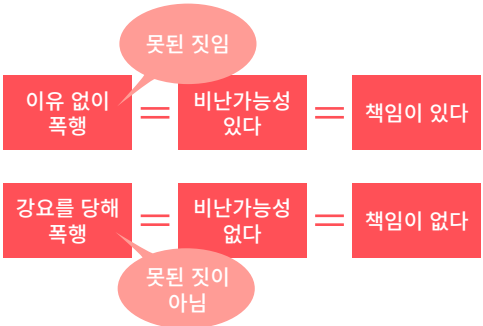
책임의 정의: 비난가능성

그렇다면 책임이란 과연 무엇인가? 책임(responsibility)이란,

- 1. 위법한 행위에 대하여,
- 2. 행위자를 개인적으로 비난할 수 있는 성질을 뜻한다.

한마디로, 행위자에 대한 비난가능성(blameworthiness)이다.

2008헌가16: 일반적으로 형사상 책임은 ‘행위자가 합법을 결의하고 행동할 수 있었음에[도] 불법을 결의하고 행동하였다고 하는 의사형성에 대한 윤리적 비난’을 의미[한다.]



책임주의

책임주의(doctrine of responsibility)는 2가지를 뜻한다.

2008헌가16: 형벌에 관한 형사법의 기본원리인 책임원칙은 두 가지 의미를 포함한다. [(i) 하나는 ‘책임 없는 형벌 없다’이다. 그리고 (ii)] 다른 하나는 책임의 정도를 초과하는 형벌을 과할 수 없다는 것이다.

1. 책임 없으면(비난가능성이 없으면) 범죄는 성립하지 않는다.

2008헌가16: 만약 법집서가 부정적으로 평가한 결과가 발생하였다고 하[자. 그렇]더라도 그러한 결과의 발생이 [누구의] 잘못에 [따른] 것도 아니라면, 부정적인 결과가 발생하였다는 이유만으로 누군가에게 형벌을 가할 수는 없다.

왜냐하면, **형벌의 본질은 비난가능성**인데, 비난받을 만한 행위를 하지 않은 자에 대한 비난이 정당화될 수 없[다는 것]은 자명한 이치이기 때문이다.

2. 형량도 책임의 대소로(비난가능성의 정도에 따라) 결정하여야 한다.

2011헌바2: 동일한 목적을 위하여 하나의 범죄행위에 대한 형을 거듭 가중함으로써 형벌체계상 **지나치게 가혹한 형**을 규정하[면 어떤가? 이는] 형벌의 기능과 목적을 달성하는 데 필요한 정도를 현저히 벗어나 너무 무거운 형벌을 부과[한 것으로] **책임원칙에 반한다.**

연습문제

2024년도 변호사시험 공법 선택형

[문 19.] 헌법상 책임주의원칙에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 선박소유자가 고용한 선장이 선박소유자의 업무에 관하여 범죄행위를 하면 그 선박소유자에게도 동일한 벌금형을 과하도록 규정하고 있는 구 「선박안전법」 조항은 선장이 저지른 행위의 결과에 대해 선박소유자의 독자적인 책임에 관하여 전혀 규정하지 않은 채, 단순히 선박소유자가 고용한 선장이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다는 이유만으로 선박소유자에 대하여 형사처벌을 과하고 있으므로 책임주의원칙에 위배된다.
- ② 건설업 등록을 하지 않은 건설공사 하수급인이 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우, 하수급인의 직상 수급인에 대하여 하수급인과 연대하여 임금을 지급할 의무를 부과하고 직상 수급인이 그 의무를 이행하지 않으면 처벌하도록 한 「근로기준법」 조항은 자기책임원칙에 위배된다고 볼 수 없다.
- ⑤ 법인이 고용한 종업원 등의 일정한 범죄행위에 대하여 곧바로 법인을 종업원 등과 같이 처벌하도록 하고 있는 「산지관리법」 조항은 법인 자신의 지휘, 감독의무를 다하지 못한 과실을 처벌하는 것이므로 책임주의원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

책임 조각 사유

책임 조각

책임 조각(negating responsibility): 책임 있다는 추정이 깨지는 것. 가령,

- 1. 폭발물 사용을 했지만,
- 2. 그것이 강요된 행위라면, 책임이 조각된다.

복습: 법학에서, 추정이 깨지는 것을 조각(阻却; negating)이라 한다.

책임 조각 사유

책임 조각 사유(reason for negating responsibility): 책임 추정을 깨는 사유. 예를 들어, 강요된 행위는 책임 조각 사유다.

소결

- 1. “책임 조각 사유가 있다” = “형법적 비난가능성이 없으므로 무죄”
- 2. “책임 조각 사유가 없다” = “형법적 비난가능성이 있으므로 유죄”

범죄체계상 지위

복습: 범죄 체계

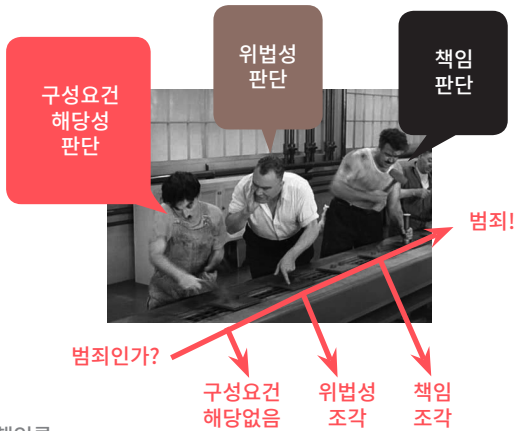
범죄체계를 떠올리자. 범죄성립의 3요소 중 어느 하나라도 없다면 무죄다.

- 1. 구성요건 해당성
- 2. 위법성
- 3. 책임

범죄란, 현행법이 형벌로 금지하는 인간의 고의나 과실 행위로서, 정당한 조각 사유가 없는 한 처벌하는 것을 말한다(*Delictum est factum hominis dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari protest*; Crime is an act of a person by malice or negligence, prohibited by the law in force under penalty, which no just cause can excuse).

복습: 범죄심사 순서

범죄 성립을 판단할 때, 다음과 같은 순서로 심사한다.



1. 구성요건(offense components) 심사: 구성요건에 해당하는가?
2. 위법성(unlawfulness) 심사: 구성요건 해당성은 있지만, 위법성이 조각되지는 않는가? 불법심사라고도 한다.
3. 책임(responsibility) 심사: 위법하지만, 책임이 조각되지는 않는가?

책임의 최후 심사

따라서 책임 심사는, 범죄성립에 관한 관념상 최후 심사다. 예를 들어, 갑이 을을 폭행했는데, 정당방위다. 이때 어떻게 심사하나?

1. 구성요건 심사: 폭행에 해당(offense)
2. 위법성 심사: 정당방위로서 위법성 조각(lawful). 따라서 무죄
3. 책임 심사(?): 그러면, 강요된 행위였는지를 판단할 필요가 없다. 판단해서도 안 된다. 여기서 책임을 심사하는 건, 범죄체계에 반한다.

범죄 분석에서 가능한 결론

법원이 폭행죄 성립 여부를 판단한다면, 결론은 반드시 다음 4종류 중 하나다.

1. 구성요건 해당성이 깨질 경우
2. 위법성이 깨질 경우
3. 책임이 깨질 경우
4. 깨질 것이 없는 경우(= 범죄가 성립하는 경우)

예를 들어, 구성요건 해당성이 깨지는 사례:

1. 구성요건 심사: 동물에게 주먹을 휘둘렀다(구성요건 해당성이 없다).

예를 들어, 위법성이 깨지는 사례:

1. 구성요건 심사: 사람에게 주먹을 휘둘렀지만(구성요건 해당성이 있지만),
2. 위법성 심사: 정당방위였다(위법성이 없다).

예를 들어, 책임이 깨지는 사례:

1. 구성요건 심사: 사람에게 주먹을 휘둘렀고(구성요건 해당성이 있고),
2. 위법성 심사: 위법성도 깨질 것이 없지만(위법성이 있지만),
3. 책임 심사: 강요된 행위였다(책임이 없다).

예를 들어, 깨질 것이 없어 범죄가 성립하는 사례:

1. 구성요건 심사: 사람에게 주먹을 휘둘렀고(구성요건 해당성이 있고),
2. 위법성 심사: 위법성도 깨질 것이 없고(위법성이 있고),
3. 책임 심사: 책임도 깨질 것이 없다(책임도 있다).

책임의 추정

책임은 범죄성립요건의 하나다. 그러므로 책임이 없으면 범죄는 성립하지 않는다. 그런데, 형법 조항을 봐도,

- 1. 어떤 사유가 “있어야” 책임이 “있다”는 식이 아니다.
- 2. 어떤 사유가 “있다면” 책임이 “없다”는 식이다.

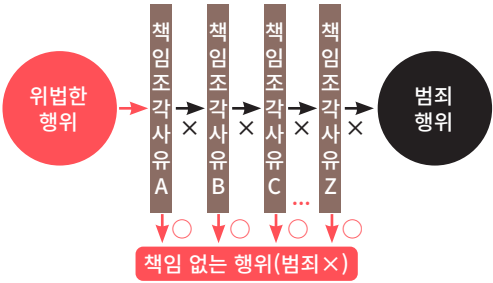
즉, 책임 조각 사유에 관한 규정은,

- 1. “~이면 처벌한다” 식이 아니다.
- 2. “~이면 처벌하지 않는다” 식이다.

형법은,

- 1. 적극적으로 책임을 규정하지 않는다.
- 2. 소극적으로 책임이 조각되는 사유만을 규정하고 있다.

구성요건 해당성, 위법성이 인정되는 순간, 기본값(default)은 “책임 있음”이다.



책임을 추정하는 법적 근거

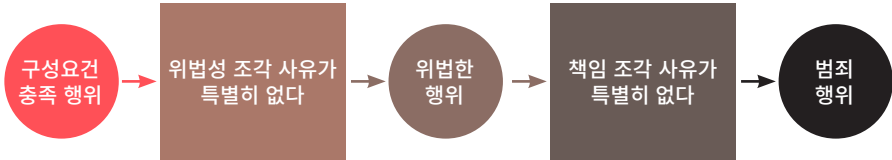
앞서 위법성의 충족으로 책임이 추정(presumption)된다고 했다. 그렇게 추정되는 “이유”가 무엇인가?

- 1. 우리 형법이 그렇게 정했기 때문이다. 즉, 형법이 책임에 관해 소극적으로 규정하는 방식(exclusion)을 택했기 때문이다.



2. 책임을 소극적으로 규정하는 우리 법체계하에서는, 특별한 예외조항이 없다면 책임이 추정되는 것으로 “해석해야” 한다.

결국, 2단의 추정(위법성 추정+책임 추정)이 이루어진다.



추정과 증명책임

검사의 증명책임

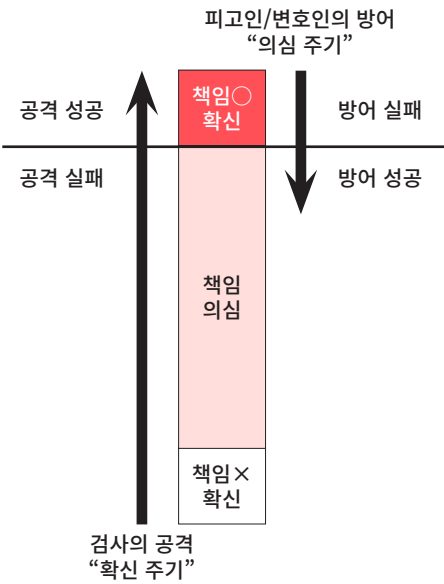
무죄추정 원칙에 따라, 형사소송에서는 증명책임(burden of proof)이 검사에게 있다. 비록 책임이 추정된다고 하더라도, 책임에 관한 증명책임은 여전히 검사가 진다.

민사소송은 다르다. 민사에서는, 법률상 추정이 있으면 증명책임이 원고로부터 피고에게 넘어가기도 한다.

- 1. 폭발물사용죄의 구성요건 해당성과 위법성이 인정되면, 책임 있는 행위로 추정한다. 그러나 강요된 행위인지 아닌지는 피고인이 아니라 어디까지나 검사가 증명해야 한다.
- 2. 피고인이 강요된 행위라고 항변하는 상황에서, 법원이 강요된 행위인지 검사, 피고인 어느 쪽 주장에도 확신이 없다면? 불이익이 검사에게 간다. 강요된 행위라는 책임 조각 사유가 있는 것으로 보아야 한다. 즉, 무죄다.

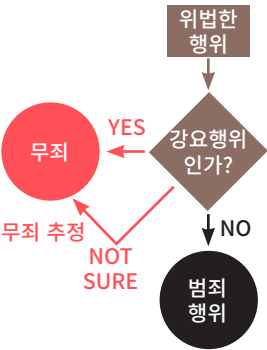
형사소송법 제275조의2(피고인의 무죄추정) 피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.

2012도8641: 형사소송에서는 **범죄사실이 있다는 증거는 검사가 제시하여야** [한다.] 피고인의 변소가 불합리하여 거짓말 같다고 하여도 그것 때문에 피고인을 불리하게 할 수 없[다.] **범죄사실의 증명은 법관으로 하여금 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 고도의 개연성을 인정할 수 있는 심증을 갖게 하여**[야 한다.] 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.



소송법적 측면

소송법적 측면(procedural): 무죄추정 원칙. 책임 조각 사유 부존재(공소사실 유죄)에 관해 검사가 증명책임을 진다.

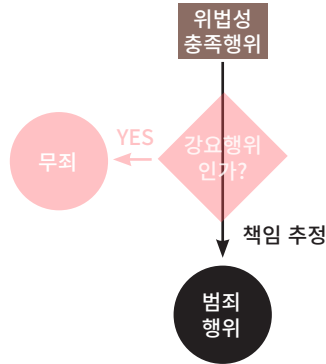


예를 들어, 강요된 행위가 문제 될 경우,

- 1. 피고인이 강요된 행위였음을 증명해야만 하는 것이 아니다.
- 2. 검사가 강요된 행위가 아니었음을 증명해야 한다.

실체법적 측면

실체법적 측면(substantive): 책임 추정. 책임 조각 사유가 없다면, 곧 범죄 행위로 본다.



예를 들어, 강요된 행위에 관하여,

1. 특별히 문제 될 것도 없고, 피고인이 강요된 행위 주장을 하지도 않는다면,
2. 법원이 굳이 강요된 행위 여부를 판단하지 않는다.

소결

다음은 서로 다르다.

1. 무죄추정 원칙에서 말하는 “추정”
2. 위법성 추정, 책임 추정에서 말하는 “추정”

즉,

1. 무죄 추정: 그 증명책임을 검사에게 지우겠다는 뜻이다. 유죄, 무죄 여부를 검사가 증명해야 한다.
2. 위법성 추정, 책임 추정: 그 증명책임을 피고인에게 지우겠다는 의미가 아니다. 위법, 적법, 유책, 무책 여부를 여전히 검사가 증명해야 한다.

책임(비난가능성)의 본질

문제점

책임을 비난가능성이라고 말은 했지만, 두루뭉술하다.

1. 과연 “무엇이 비난할 만한 행위고 무엇이 그렇지 않은 행위인가?”
2. 그리고 “책임, 즉 비난가능성의 본질이 무엇인가?”

책임(비난가능성)의 3요소

책임(responsibility)이란, 비난가능성(blameworthiness)이다. 이것은 다음 3요소를 내용으로 한다.



1. 책임능력(criminal competency)
2. 위법성 인식(consciousness of unlawfulness; awareness of unlawfulness)
3. 기대 가능성(expectability of lawful conduct)

삼척동자가 3원색 빨강, 노랑, 파랑을 알듯, 법학도는 책임 3요소 책임능력, 위법성 인식, 기대 가능성을 알아야 한다. 이 3가지는 자다가도 벌떡 깨서 읊을 수 있을 정도로 입에 붙게 외우자.

책임 이론

형법에서 책임이란? 그리고 왜 처벌하나? 두 가지 시각이 있다.

1. 규범적(normative) 책임론: “못된 놈을 처벌한다.” ← 비결정주의
2. 예방적(preventive) 책임론: “위험한 놈을 처벌한다.” ← 결정주의

규범적 책임론

비결정주의(indeterministic) 관점에서,

1. 사람은 자유롭고 이성적인 존재다.
2. 누구나 자유의지(free will)를 가지는데,
3. 적법하게 행위할 수 있었는데도, 위법한 행위를 했다(could have done otherwise).

형벌은,

1. 비난가능성(blameworthiness)에 대한
2. 응보(retribution)다.

참고: 고전학파(구파; classical school) 사상과 친하다. 고전학파 사상가로는 칸트(Immanuel Kant), 포이어바흐(Anselm von Feuerbach)가 있다.

예방적 책임론

결정주의(deterministic) 관점에서,

1. 사람은 소질과 환경에 구속되는 존재다.

2. 어떤 사람은 위험성(dangerousness)을 가지는데,

3. 가만히 두면, 위법한 행위를 하게 되어 있다(shall offend unless prevented).

형벌은,

1. 사회 안전(social defense)을 위한,

2. 예방 수단(preventive measure)이다.

참고: 근대학파(신파; positive school) 사상과 친하다. 근대학파 사상가로는 롬브로소(Cesare Lombroso), 페리(Enrico Ferri)가 있다.

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 3.] 책임에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

가. 규범적 책임론은 행위자유를 부정하는 결정주의, 예방적 책임론은 행위자유를 긍정하는 비결정주의에 근거를 두고 있다.

책임의 3요소 개관

Overview of the Three Elements of Criminal Responsibility

연소가 이루어지기 위해서는 가연물, 산소, 점화원의 3가지 요소가 필요한데 이 3가지 중 어느 하나라도 없으면 연소가 이루어질 수 없으므로 이들 3요소 중 하나 이상을 제거하는 것이 바로 소화의 원리이다. - 안전보건공단

책임능력

개념

책임능력(criminal competency)이란,

- 1. 행위자가 책임을 변식할 수 있는
- 2. 정신능력

사례

12세의 아동이 사람을 때려도 형법상 무죄다.

형법 제9조(형사미성년자) 14세 되지 아니한 자의 행위는 **벌하지 아니한다**.

- 1. 이것은 책임능력이 없기 때문이다.
- 2. 물론, 소년원(juvenile reformatory) 등에 갈 수는 있다. 하지만 그 경우도, 유죄도 아니고, 형벌을 받는 것도 아니다.

매우 심한 조현병 환자의 행위는 형법상 무죄일 수 있다.

형법 제10조(심신장애인) ① 심신장애로 ... 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 **벌하지 아니한다**.

- 1. 이것도 책임능력이 없기 때문이다.
- 2. 물론, 치료감호(medical treatment and custody)를 받을 수는 있다. 하지만 그 경우에도 유죄가 아니고, 형벌도 아니다.

책임능력을 이루는 요소

- 1. 통찰능력(discernment)
- 2. 조종능력(controllability)

통찰능력

행위자가 “법이 금지하는 것이 무엇인지” 인식할 수 있는 능력. 예를 들어,

- 1. 매우 심각한 정도의 조현병에 따른 망상 때문에 사람을 죽이면 안 된다는 것을 인식할 수 없다면,
- 2. 통찰능력이 없어 책임능력이 없다.

조종능력

그 통찰에 따라 “자신을 통제”할 수 있는 능력. 예를 들어,

1. 사람을 죽이면 안 된다고 인식하지만 도저히 스스로 통제할 수 없는 상태라면,
2. 조종능력이 없어 책임능력이 없다.

소결

1. 책임능력: 적법하게 행위할 수 있는 능력
2. 책임능력 없는 사람: 비난가능성 없음

즉, 책임능력 없으면 책임이 깨진다.

위법성 인식

개념

위법성 인식(consciousness of unlawfulness; awareness of unlawfulness)이란,

1. 자기 행위가 위법함을
2. 인식하는 것

사례

甲은 변호사에게 자기 사정을 정확하게 설명해 처벌되지 않는다는 확인까지 받았다. 甲은 변호사를 믿고 어떤 행위를 했다. 그런데 알고 보니 변호사가 착각했고, 甲은 위법한 행위를 저지른 것이었다. 이때 甲은 무죄로 될 수 있다.

1. 위법성을 인식하지 못했고,
2. 사유도 정당(reasonable)하기 때문이다.

형법 제16조(법률의 착오) 자기의 행위가 법령에 [따라] 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 **벌하지 아니한다**.

위법성 자체와 위법성 인식의 구별

1. “법질서 전체에 반하는 것인가”는 위법성 문제다.
2. “법질서 전체에 반한다는 것을 인식(consciousness)했는가”는 위법성 인식 문제다. 즉, 책임 문제다.

소결

1. 위법성 인식: 공동사회 질서에 반하고 법적으로 금지되어 있음을 인식
2. 위법성 인식이 없다면: 일정 요건 아래 비난가능성 없음

즉, 위법성 인식이 없으면 일정 요건 아래 책임이 깨진다.

기대 가능성

개념

기대 가능성(expectability of lawful conduct)이란,

- 1. 행위 시의 구체적 사정으로 보아,
- 2. 행위자가 범죄행위를 하지 않고 적법행위를 할 것을,
- 3. 기대할 가능성이다.

사례

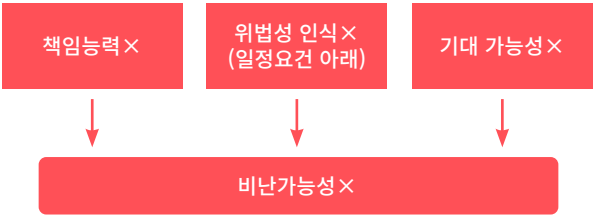
강요된 행위로 불법을 저지르더라도 형법상 무죄다. 그 이유는, 기대 가능성이 없어 비난할 수 없기 때문이다.

형법 제12조(강요된 행위) 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박[으로] 강요된 행위는 벌하지 아니한다.

소결

- 1. 기대 가능성: 적법행위를 기대할 가능성
- 2. 기대 가능성이 없는 행위: 비난가능성 없음

즉, 기대 가능성이 없으면 책임이 깨진다.



책임요소의 축

복습: 책임요소와 효과

- 1. 책임능력 없으면 책임이 깨진다.
- 2. 위법성 인식이 없으면 일정 요건 아래 책임이 깨진다.
- 3. 기대 가능성 없으면 책임이 깨진다.

개요

위 3가지의 책임 요소(비난가능성 요소)는 다음 2가지를 축으로 한다.

- 1. 위법성(unlawfulness)
- 2. 행위자(actor)

책임능력

- 1. 위법한 행위를 하지 않을,
- 2. 행위자의 능력

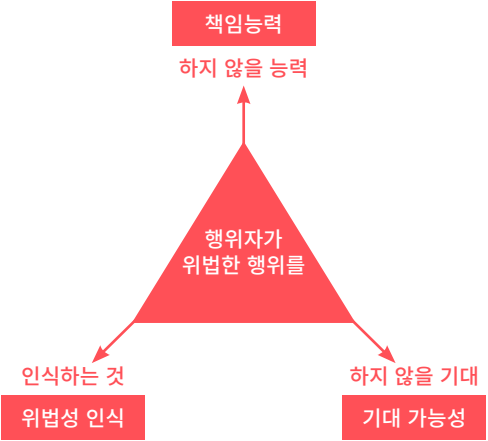
위법성 인식

- 1. 위법한 행위라는,
- 2. 행위자의 인식

기대 가능성

- 1. 위법한 행위를 하지 않을,
- 2. 행위자의 가능성

소결



책임능력
Criminal Competency

유아나 정신착란자가 사람을 살해한 경우 코르넬리우스 법에 따른 책임을 지지 않는다.
왜냐하면 전자는 의도의 순진함이 보호하고, 후자는 운명의 불행이 면책시키기 때문이다.
- D. 48.8.12

머리에

복습: 책임능력 개념

책임능력(criminal competency)이란, 책임을 변식할 수 있는 능력이다.

책임능력에 관한 형법의 규정 방식

- 1. 형법은 책임능력이 없거나 빈약한 사람에 관해 따로 정한다. 이들의 책임이 없다고 하거나 그 책임을 감경한다.
- 2. 그런 경우가 아니면, 사람은 기본적으로 책임능력이 있다. 형법 규정은 이 점을 전제한다.

형법에서 정한 책임능력 없거나 빈약한 경우

- 1. 형사미성년자(criminal minor)
- 2. 심신장애인(person with mental disorders)
- 3. 청각 및 언어 장애인(deaf-mute)

형사미성년자

개념

형사미성년자(criminal minor): 일정한 나이에 이르지 못한 소년(juvenile)이다. 민법상 미성년자는 19세가 기준이지만, 형사미성년자는 14세가 기준이다. 즉, 14세 미만자를 형사미성년자라 한다.

법에서 연령은 원칙적으로 만 나이를 기준으로 한다.

형사미성년자의 처벌

- 1. 형사미성년자는 위법행위를 해도, 책임능력이 없어 책임이 없다.
- 2. 그래서 처벌을 받지 않는다. 즉, 무죄다.

형법 제9조(형사미성년자) 14세 되지 아니한 자의 행위는 벌하지 아니한다.

예: 13세의 甲이 살인을 저지르더라도 범죄는 성립하지 않는다.

근거

물론, 甲이 조숙하여 실제로는 통찰능력과 조종능력을 모두 갖추었을 수도 있다. 나쁜 짓인 걸 다 알 수도 있다. 그럼에도, 사건마다 법원이 14세 미만자의 책임능력 여부를 판단해 누구는 유죄, 누구는 무죄라 하면, 문제가 있다.

1. 비효율적으로 법원의 심리 부담이 커져, 소송이 지연된다.
 2. 검사, 피고인 모두 책임능력에 관한 법원의 판단을 쉽게 승복하기 어렵다. 누구는 책임능력 있고, 누구는 책임능력 없다고 하면, 국민들도 그 기준 제시를 요구할 것이다.
 3. 자라나는 소년들에 전과가 생겨 삶에 악영향을 끼치는 경우가 생긴다.
- 그래서 형법은 14세 미만의 사람에 대해서는 무조건, 일률적으로 “책임능력(= 통찰능력 + 조종능력)이 없다.”라고 간주한다.

소년법상 보호처분

그렇다면, 14세 미만의 자가 살인, 폭행, 강간 등을 저지르는 것을 그대로 두어야 하는가? 법이 그렇게 허술하지는 않다.

1. 14세 미만이라도,
2. 10세 이상이면,
3. 위법행위를 저지를 경우 촉법소년(juvenile offender)이 된다.

촉법소년은 소년법상 보호처분(protective disposition)을 받을 수 있다. 즉, 비록 무죄라도, 소년원에는 갈 수 있다.

소년법 제4조(보호의 대상과 송치 및 통고) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 소년은 소년부의 보호사건으로 심리한다.

2. 형법 법령에 저촉되는 행위를 한 10세 이상 14세 미만인 소년

소년법 제32조(보호처분의 결정) ① 소년부 판사는 심리 결과 보호처분을 할 필요가 있다고 인정하면 결정으로써 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하여야 한다.

1. 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁
 6. 「아동복지법」에 따른 아동복지시설이나 그 밖의 소년보호시설에 감호 위탁
 9. 단기 소년원 송치
 10. 장기 소년원 송치
-

그러나 소년원에 보내는 것은, 유죄도 아니고, 형벌도 아니다.

의의

형사미성년자 제도는

1. 행위 당시의
2. 연령(age)이라는
3. 자연적(natural)이고
4. 획일적(uniformly)인 기준으로,
5. 행위자의 실제 책임능력 여부에 관계없이,
6. 책임능력이 없다고 간주(deem)하여,

7. 책임을 조각(negating responsibility)하는 것.

심신장애인

개념

정신질환 등으로 변별력과 의사능력이 없거나 미약한 상태를 심신장애(mental disorder)라고 한다. 심신장애 상태인 사람을 심신장애인이라 한다. 쉽게 말해, 미친 사람이다.

심신(心身)이 아니라 심신(心神)이다. 신체가 아니라 정신상태를 말한다. 예전에는 “자(者; 놈 자)”를 써 “심신장애자”라 했다. 그러다가 장애인에 대한 사회적 인식 개선을 위하여 2014년 형법 개정으로 “인(人; 사람 인)”을 써 “심신장애인”으로 순화했다. 법적으로 차이는 없다.

- 1. 변별력(cognitive capacity)이란 옳고 그름, 선과 악을 변별하는 능력을 말한다.
- 2. 의사능력(volitional capacity)이란 그렇게 변별한 바에 따라 행동할 능력을 말한다.

종류

심신장애인은 정도에 따라 심신상실자와 심신미약자로 나눌 수 있다.

- 1. 심신상실자(insanity): 변별력, 의사능력이 없는 정도에 이른 사람. 쉽게 말해, 완전히 미친 사람.
- 2. 심신미약자(feeble-mindedness): 변별력, 의사능력이 감퇴해 미약한 사람. 쉽게 말해, 조금 미친 사람.

83도3007: 형법 제10조의 심신장애로 ... [i] 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자 및 [ii] 이와 같은 능력이 미약한 자[란] 어느 것이나 심신장애의 상태에 있는 사람을 말[한다.] 이 양자는 단순히 그 장애정도의 강약의 차이가 있을 뿐[이다.] [i] 정신장애로 ... 사물의 시비 또는 선악을 변별할 능력이 없거나 그 변별한 바에 따라 행동할 능력이 없는 경우와, [ii] 정신장애가 위와 같은 능력을 결여하는 정도에는 이르지 않았으나 그 능력이 현저하게 감퇴[한] 상태를 말한다.

심신상실자의 처벌

- 1. 심신상실자는 책임능력이 없다.
- 2. 무죄다.

형법 제10조(심신장애인) ① 심신장애로 ... 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 **벌하지 아니한다.**

심신미약자의 처벌

- 1. 심신미약자는 책임능력이 있다. 보통 사람들보다 미약할 뿐이다.

2. 유죄다. 그렇지만, 형을 감경할 수 있다.

형법 제10조(심신장애인) ② 심신장애로 ... 전항의 능력이 **미약한** 자의 행위는 **형을 감경**할 수 있다.

사례

1. 심신상실자로 책임능력이 없으면, 법원이 무죄를 선고한다.

91도636: 피고인이 심한 만성형 [조현병]에 따른 망상의 지배로 말미암아 아무런 관계도 없는 생면부지의 행인들의 머리를 이유 없이 도끼로 내리쳐 상해를 가[했다.] 범행 당시 심신상실상태에 있었[다.]

2. 심신미약자로 책임능력이 감퇴하면, 유죄지만 법원이 형을 감경할 수 있다.

83도3007: 피고인의 정신상태가 [조현병] 증세와 방화에 대한 억제하기 어려운 충동으로 말미암아 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태[였다. 그러한 상태에서] 불과 6일간에 여덟 차례에 걸친 연속된 방화를 감행하였[다. 그렇다면] 피고인을 심신미약자로 인정하고 형법 제10조 제2항을 적용하여 처단한 조치는 정당하다.

무죄 또는 형 감경의 근거

심신장애로 인정되면 무죄가 된다거나 형을 감경받을 수 있게 되는 이유는?

형법 제10조(심신장애인) ① 심신장애로 ... 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 **벌하지 아니한다.**
② 심신장애로 ... 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 **형을 감경**할 수 있다.

그 사람에게 고의나 과실이 없어서인가? 아니다.

1. 옳고 그름, 선과 악을 변별하지 못하더라도, 자기가 사람을 죽이고 있다는 인식과 의사는 있다. 심신장애 상태에서 사람을 찔러 죽이는 그 순간에도, 살인의 고의(*mens rea*)는 분명 있다.

술 취한 사람도 “내가 사람을 죽이고 있다.”라고 인식하며, “내가 사람을 죽여야겠다.”라는 의사를 가진다. 단지, “사람을 죽여서는 안 된다.”라는 통제를 못 할 뿐이다.



2. 고의, 과실은 이미 구성요건(offense components) 단계에서 다 검토되어 있다. 지금은 위법성까지 거쳐 책임을 심사하고 있다.

책임 검토는 구성요건 검토에 영향을 미치지 않는다. 책임이 없다 해서, 이미 검토한 구성요건까지 없어지지 않는다. 범죄체계라는 컨베이어 벨트를 잊지 말자.

결국, 살인죄의 구성요건 해당성도 인정되고, 위법성 조각 사유도 없다. 살인 불법(offense)은 그대로 저지른 것이다. 그러면, 왜 무죄가 되거나 형을 감경받나?

1. 정신병자가 불법을 저질렀다면, 일반인이 불법을 저지른 경우와는 달리 비난 가능성이 없거나 더 낮다.
2. 바로 이 비난가능성, 즉 책임(responsibility)의 법리 때문에 무죄로 보거나 형을 감경한다.

치료감호법상 치료감호

심신장애인이 처벌을 안 받거나, 형을 감경받는다면, 그들이 살인, 폭행, 강간 등을 저지르는 것을 그대로 두어야 한다는 말인가? 아니다. 역시 법은 대책을 마련해 두었다. 예를 들어, 무죄라도 치료감호시설에는 갈 수 있다.

치료감호법 제2조(치료감호대상자) ① 이 법에서 “치료감호대상자”란 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자로서 치료감호시설에서 치료를 받을 필요가 있고 재범의 위험성이 있는 자를 말한다.

1. 「형법」 제10조 제1항에 따라 벌하지 아니하거나 같은 조 제2항에 따라 형을 감경할 수 있는 **심신장애인**으로서 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 자

치료감호법 제16조(치료감호의 내용) ① 치료감호를 선고받은 자(이하 “피치료감호자”라 한다)에 대하여는 **치료감호시설에 수용**하여 치료를 위한 조치를 한다.

치료감호법 제16조의2(치료감호시설) ① 제16조 제1항에서 “치료감호시설”이란 다음 각호의 시설을 말한다.

1. 국립법무병원
 2. 국가가 설립, 운영하는 국립정신의료기관 중 법무부장관이 지정하는 기관...
-

누군가 정신이상으로 부모를 살해한 경우에는 처벌하지 않는다. 정신이상 그 자체가 충분한 처벌이 되기 때문이다. 다만 그를 더욱 엄중히 감시해야 하고, 심지어 쇠사슬로 감호해야 한다(*Sane si per furorem aliquis parentem occiderit, impunitus erit, nam sufficere furore ipso eum puniri, diligentiusque custodiendum esse aut etiam vinculis coercendum*; If anyone kills a parent while insane, he shall go unpunished, for it is enough that he is punished by his very madness; nevertheless, he should be kept under closer supervision or even restrained in chains).

심신장애 판단 기준

- 1. 생물학적 요소(biological factor): 정신(psychiatric) 장애

2024도12209: 형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 [일단 필요하다.]

- 2. 심리학적 요소(psychological factor): 변별력(cognitive capacity)과 의사능력(volitional capacity) 장애

2024도12209: [그] 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음[이 필요하다.]

위 두 요소 “모두” 필요하다.

2024도12209: 정신적 장애가 있는 사람이라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다.

2012도12689: 무생물인 옷 등을 성적 각성과 희열의 자극제로 믿고 이를 성적 흥분을 고취[하]는 데 쓰는 성주물성애증이라는 **정신질환이 있다고 하[자. 그렇]더라도 그러한 사정만으로는** 절도 범행에 대한 형의 감면사유인 **심신장애에 해당한다고 볼 수 없[다.]** 다만 그 증상이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병이 있는 사람과 동등하다고 평가할 수 있거나, 다른 심신장애사유와 결합된 경우 등에는 심신장애를 인정할 여지가 있[다.]

결국 심신장애 판단은,

- 1. 의학 문제(medical question)가 아니다. → 전문감정인(의사) 판단은 참고자료일 뿐이다.
- 2. 법률 문제(legal question)다. → 법원(법관)이 판단한다.

94도3163: 형법 제10조[에서 정한] 심신장애의 유무는 법원이 형벌제도의 목적 등에 비추어 판단하여야 할 **법률문제**[다.]

그 판단[을 할 때] **전문감정인의 정신감정 결과**가 중요한 참고자료가 되기는 [한다. 그러나] 법원으로서서는 반드시 그 의견에 **기속을 받는 것은 아니[다.]** 그러한 감정 결과뿐만 아니라 범행의 경위, 수단, 범행 전[후] 피고인의 행동 등 기록에 나타난 제반 자료 등을 종합하여 단독적으로 심신장애의 유무를 판단하여야 한다.

의의

심신장애인 제도는,

- 1. 행위 당시의
- 2. 변별력과 의사능력이 있는지 여부라는
- 3. 법적(legal)이고
- 4. 개별적(individual)인 기준으로,
- 5. 행위자의 실제 책임능력 여부를,

6. 책임능력이 없거나 경미하다고 판단(judging)하여,
7. 책임을 조각(negating responsibility)하기도 하고 감경(reducing responsibility)하기도 하는 것.

연습문제1

2020년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 8.] 책임에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형법」 제10조에 규정된 심신장애는 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위 통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다.
- ② 심신장애의 유무는 사실문제로서 그 판단에 전문감정인의 정신감정 결과가 중요한 참고자료가 되기는 하나, 법원이 반드시 그 의견에 구속되는 것은 아니다.
- ③ 성주물성애증이 있다는 사정만으로는 심신장애에 해당한다고 볼 수 없으나, 그 증상이 매우 심각하여 원래 의미의 정신병이 있는 사람과 동등하다고 평가할 수 있거나 다른 심신장애사유와 결합된 경우 등에는 심신장애를 인정할 여지가 있다.

연습문제2

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 2.] 책임능력에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「형법」 제10조에 규정된 심신장애의 유무 및 정도에 관한 법원의 판단은 전문감정인의 의견에 기속된다.
- ㄴ. 사춘기 이전의 소아들을 상대로 한 성행위를 중심으로 성적 흥분을 강하게 일으키는 공상, 성적 충동, 성적 행동이 반복되어 나타나는 소아기호증과 같은 질환이 있다는 사정은 그 자체만으로 형의 감면사유인 심신장애에 해당한다.
- ㄷ. 반사회적 인격장애 혹은 기타 성격적 결함 [때문에] 자신의 충동을 억제하지 못하여 범죄를 저지르는 경우, 특별한 사정이 없는 한 이와 같은 자에 대해서는 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구할 수 없다.

연습문제3

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 18.] 책임에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고 할 수 없으므로, 특단의 사정이 없는 한 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 원칙적으로 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 않는다.

연습문제4

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 16.] 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ⑤ 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물관별능력이나 행위통제 능력이 있었다면 「형법」 제10조에 규정된 심신장애에 해당한다고 볼 수 없다.

연습문제5

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 3.] 책임에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄱ. 「형법」 제10조의 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애와 함께 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 필요로 한다.

청각 및 언어 장애인

개념

청각 및 언어 장애인(deaf-mute): 청각과 발음기능에 장애가 있는 자.

예전에는 “농아자(聾啞者)”라 했다.

청각 및 언어 장애인의 처벌

형법은 청각 및 언어 장애인의 행위를 비난가능성이 적다고 보아 형을 감경한다.

형법 제11조(청각 및 언어 장애인) 듣거나 말하는 데 모두 장애가 있는 사람의 행위에 대해서는 형을 감경한다.

정리

	형사미성년자	심신장애인	청각 및 언어 장애인
기준	연령에 좌우	규범적 판단 필요	신체적 상태에 좌우됨
확일성	확일적 기준	개별적 기준	확일적 기준
효과	책임 조각(필수)	책임 조각(필수) or 책임 감경(임의)	책임 감경(필수)

원인에서 자유로운 행위

Action Free in Its Cause

그때 술을 많이 마셨으며 그런 일을 한 기억이 없다. - 조두순

문제점

공부한 것

지금까지 책임 조각 또는 감경 사유로 심신장애를 공부했다.

의문점

그런데 잠깐, 뭔가 의문이 들 수 있다.

1. 사람을 죽이려고 일부러 술을 엄청나게 마시거나 마약을 복용했다.
2. 그래서 사람을 찔러 죽일 때 심신장애 상태에 있었다.
3. 그러면 무죄로 되거나 적어도 형을 감경받는가?

논의 주소

책임요소 중 책임능력, 그중에서도 심신장애인에 관한 것이다.

원인에서 자유로운 행위 의미

개념

1. 행위 당시 심신장애였던 것은 맞다.
2. 그러나 애당초 심신장애에 빠진 원인(음주 등)은 누구 강요도 아닌 자신의 자유 의지(free will)에 따른 것이다.

이처럼 위험발생을 예견하고 스스로 심신장애를 야기한 자의 행위를 “원인에서 자유로운 행위(*actio libera in causa*; action free in its cause)”라 한다.

많은 문헌에서 “원인에 있어서 자유로운 행위”라고 한다. 그런데 “~에 있어서”는 “~にあつて” 또는 “~に於て(~において)”를 우리말로 옮긴 일제강점기의 글버릇이 아직도 남아 있는 것으로, 비문이다. “원인이 자유로운 행위”, “원인에서 자유로운 행위” 정도로 쓰면 충분하다.

용어와 표현

“원인에서 자유로운 행위”라는 표현은 다음과 같은 뜻이다.

1. 원인행위(음주)는 자유롭지만,
2. 실행행위(살해)는 자유롭지 못하다.

즉,

1. 원인행위(음주)는 책임능력 있는 상태에서 이루어졌지만,
2. 실행행위(살해)는 책임능력 없는 상태에서 이루어졌다.

효과

원인에서 자유로운 행위라면?

1. 심신장애가 있어도 그에 따른 처벌면제나 감경을 할 수 없다.
2. 쉽게 말해, 그대로 유죄로 처벌한다.

형법 제10조(심신장애인) ① 심신장애로 ... 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다.

② 심신장애로 ... 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다.

③ 위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전 2항의 규정을 적용하지 아니한다.

사례

일부러 대마초를 피우고 살인했다면?

1. 심신장애에 따른 처벌면제나 감경을 할 수 없다.
2. 쉽게 말해, 그대로 살인죄로 처벌한다.

96도857: 피고인들은 상습적으로 대마초를 흡연하는 자들로서 이 사건 각 살인범행 당시에도 대마초를 흡연하여 그 [때문에] 심신이 다소 미약한 상태에 있었음은 인정[된다. 그러나, 이는 위 피고인들이 피해자들을 살해할 의사를 가지고 범행을 공모한 후에 대마초를 흡연하고, 위 각 범행에 이른 것[이다.]

[사안은] 대마초 흡연 시에 이미 범행을 예견하고도 자의로 위와 같은 심신장애를 야기한 경우에 해당[한다. 그러므로] 형법 제10조 제3항에 [따라] 심신장애로 ... 감경 등을 할 수 없[다.]

따라서 “우리나라 법은 술을 마셨다고 해서 무죄로 만들기 때문에 잘못됐다.”라고 하는 것은, 하나는 알고 둘은 모르는 셈이다.

연습문제

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 2.] 책임능력에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄹ. 대마초 흡연 시에 이미 범행을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 경우, 그 [때문에] 그 범행 시에 의사결정능력이 없거나 미약했다면 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 있다.
-

적용범위

개요

- 1. 고의범(예: 절도, 살인, 강간)이든,
 - 2. 과실범(예: 과실치상)이든,
- 모두 형법 제10조 제3항을 적용한다.

고의에 따른 원인에서 자유로운 행위

- 1. 술을 먹고 사람을 찔러 죽인 경우,
- 2. 고의범인 살인죄로 처벌한다.

과실에 따른 원인에서 자유로운 행위

- 1. 술을 먹고 길을 걷다 실수로 사람을 쳐서 피해자가 다쳤다면,
- 2. 과실범인 과실치상죄로 처벌한다.

소결

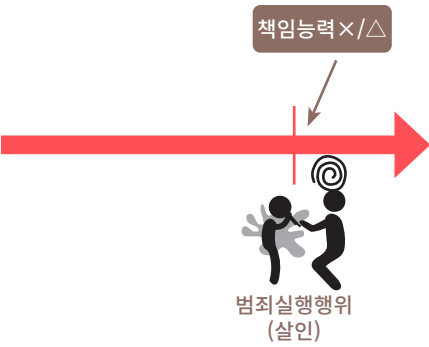
고의범인지 과실범인지는 상관없다.

92도999: 형법 제10조 제3항은 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전 2항의 규정을 적용하지 아니한다.”라고 규정하고 있[다.] 이 규정은 고의에 [따른] 원인에서 자유로운 행위만이 아니라 과실에 [따른] 원인에서 자유로운 행위까지도 포함하는 것[이다.]

처벌의 근거

분석

- 1. 행위 당시만 뜯어 보면, 심신장애로 인해서 책임이 없거나 적어도 책임이 감경되어 있다.



2. 그럼에도, 마치 책임능력이 그대로 있는 것처럼 본다. 감경 등 없이 그대로 처벌한다.



그 이유는 다음과 같다.

1. 원인설정(음주)과 실행행위(살인) 사이에는 불가분적 관련성(connection)이 있다.
2. 원인설정(음주)은 행위자의 자의로(of his own free will) 이루어졌다. 그러므로, 행위자를 비난할 수 있다.
3. 이런 경우를 처벌하지 않으면, 재범과 모방범죄의 출현을 막을 근거가 없다.

요건 판단 시점

고의나 과실이 있는지 여부: 실행행위 시 기준

행위자에게 실제 고의, 과실이 있었는지는, (범죄)행위 시를 기준으로 판단한다. 그런데 행위란 “구성요건 행위”를 실행할 때를 말한다. 그러므로, 행위 시는 다음과 같다.

1. 살인죄 경우: 사람을 찌른 때
2. 과실치상죄 경우: 사람을 친 때

예를 들어, 음주 뺑소니 사안에서, 음주 자체를 범죄행위라고 할 수는 없다. 사고 및 도주시가 행위 시다. 따라서 고의, 과실이 있는지도,

1. 음주 시가 아니라,
2. 사고를 내고 도주한 때를 기준으로 판단한다.

이렇게 보는 근본적 이유는? 고의, 과실은 구성요건 요소다. 고의, 과실의 판단도 구성요건적 행위 시(실행행위 시)를 기준으로 하기 때문이다.

위험발생을 예견했는지 여부: 원인행위 시 기준
위험발생의 예견이란, 무엇인가 위험이 발생할 수 있다는 심리적 인식 (psychological awareness)이다. 그 예견 시점은 “심신장애를 야기한 때”다. 주문상 명확하다.

형법 제10조(심신장애인) ③ 위험의 발생을 **예견하고 자의로 심신장애를 야기한** 자의 행위에는 전 2항의 규정을 적용하지 아니한다.

예를 들어, 음주 뺑소니 사안에서, 위험발생을 예견했는지는,
1. 사고를 내고 도주한 때가 아니라,
2. 술을 마신 때를 기준으로 판단한다.



음주 뺑소니 사례

문제상황
어떤 사람이 음주 만취한 후 운전을 해서 사람이 다치는 교통사고를 일으키고 도망갔다. 이른바 “음주 뺑소니” 사례다. 어떻게 처벌해야 하는가?

관련 구성요건
1. 일정량 이상 음주하고 운전대를 잡는 순간 도로교통법위반(음주운전)죄가 성립한다.

도로교통법 제148조의2(벌칙) ③ 제44조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차...를 운전한 사람은 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

- 도로교통법 제44조(술에 취한 상태에서의 운전 금지) ①** 누구든지 술에 취한 상태에서 자동차...를 운전하여서는 아니 된다.
- ④ 제1항에 따라 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준은 운전자의 혈중알코올농도가 0.03[%] 이상인 경우로 한다.

참고: 혈중알코올농도 0.03% 미만 상태에서 운전하는 것은 금지되지 않는다. 무죄다. 물론, 국회가 법을 개정해 그 기준을 낮출 수 있다. 그러나 기준이 아예 없을 수는 없다.

- 음주운전으로 정상적 운전이 곤란한 상태에서 사람까지 쳤다면? 특정범죄가중법위반(위험운전치상)죄까지 성립한다.

특정범죄가중법 제5조의11(위험운전 등 치사상) ① 음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 **상태에서 자동차...**[를] 운전하여 사람을 **상해**에 이르게 한 사람은 1년 이상 15년 이하의 징역 또는 1천만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처하고, **산** **망**에 이르게 한 사람은 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.

- 음주운전을 해서 사람을 치고 심지어 뺑소니까지 했다면, 특정범죄가중법위반(도주치상)죄가 성립한다. 그 구성요건은, 운전 과실(*culpa*; criminal negligence)로 사람을 다치게 한 뒤, 고의(*mens rea*; criminal intent)로 도주하는 것이다.

특정범죄가중법 제5조의3(도주차량 운전자의 가중처벌) ① 「도로교통법」 제2조의 자동차...의 교통으로 ... 「형법」 제268조의 죄를 범한 해당 자동차...의 운전자...가 피해자를 구호(救護) 하는 등 ... 조치를 하지 아니하고 도주한 경우에는 다음 각호의 구분에 따라 가중처벌한다.

- 피해자를 사망에 이르게 하고 도주하거나, 도주 후에 피해자가 사망한 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 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.

논의의 편의상, 도로교통법위반(음주운전)죄와 특정범죄가중법위반(위험운전치상)죄는 논외로 한다. 특정범죄가중법위반(도주치상)죄만 보자.

구성요건 심사: 고의, 과실?

고의, 과실 판단은 실행행위(교통사고와 도주)시가 기준이다.

- 객관적 구성요건 요소(구성요건적 상황): 당연히 인정된다.
- 주관적 구성요건 요소(고의, 과실): 운전하다 사람을 친 것은 과실이다. 그다음에 구조 없이 도망간 것은 고의다. 고의, 과실 모두 인정된다.

뺑소니 당시 이 사람은 심신장애 상태였다. 그렇더라도, 그것이 구성요건적 고의, 과실에는 영향을 주지 않는다. 살인을 한 정신병자가 책임이 조각되어 무죄라 하더라도, 살인의 고의는 충분히 존재하는 것과 마찬가지다. 술을 마셨다고 고의, 과실이 사라지는 것은 아니다.

- 구성요건 심사(offense components test) 결과, 구성요건 해당성(conformity to offense components)은 인정된다.

위법성 심사

위법성은 추정된다. 위법성 조각 사유가 딱히 없다.

책임 심사: 심신장애인?

책임을 심사할 차례다.

1. 원래대로라면, 행위(충격과 도주) 당시 심신장애 상태다. 그러면 무죄(심신상실 경우)라고 보거나, 적어도 형을 감경(심신미약 경우)할 수 있을 것 같다.

형법 제10조(심신장애인) ① 심신장애로 ... 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다.

② 심신장애로 ... 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다.

2. 그러나 실제로는, 이 사람은 스스로 술을 마셨으므로 다르게 보아야 한다. 음주운전을 하면 교통사고 위험성이 있다는 것은 누구나 예견할 수 있다. 위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기했으므로, 심신장애에 따른 처벌 면제 또는 감경을 할 수 없다.

형법 제10조(심신장애인) ③ 위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전 2항의 규정을 적용하지 아니한다.

반복: 위험발생의 예견은 원인설정(음주)시가 기준이다.

3. 따라서 결국 책임 심사(responsibility test) 결과 책임(responsibility)도 인정된다.

사안의 해결

교통사고 자체와 사고 후 도주 모두에 관해,

1. 고의, 과실이 인정되고,
2. 위법성이 깨지지 않고,
3. 책임이 깨지지 않는다.

따라서 특정범죄가중법위반(도주치상)죄가 그대로 성립한다. 형을 감경하지 않는다.

92도999: 형법 제10조 제3항은 ... 과실에 [따른] 원인[에서] 자유로운 행위까지도 포함[한다.] 위험의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용 대상이 된[다.]

피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 음주 만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰[다.] 피고인은 음주 시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당[한다. 그러]므로 위 법조항[형법 제10조 제3항]에 [따라] 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다.

연습문제1

2021년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 2.] 책임능력에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉔. 음주운전을 할 의사를 가지고 음주 만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면 음주 시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다.

연습문제2

2023년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 18.] 책임에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 자신의 차를 운전하여 술집에 가서 음주상태에서 교통사고를 일으킬 수 있다는 위험성을 예견하고도 술을 마신 후 심신미약 상태에서 운전을 하다가 교통사고를 일으킨 경우, 심신미약으로 인한 형의 감경을 할 수 없다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 16.] 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 술에 만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면 피고인은 음주 시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로, 「형법」 제10조 제3항에 [따라] 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 3.] 책임에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉔. 음주운전을 할 의사를 가지고 음주 만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면, 음주 시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다.

