

' 12 경찰 2차 형법 정답 · 해설

이론정복의 길은 하나!! 울산한국경찰학원 (052) 268-9112

형법 정답 및 해설 (' 12 경찰 2차)

문1. 【정답】 ㉔

【해설】

㉔ 2개. 적절하지 않은 것(틀린 것)은 ㉓, ㉔ 2개이다.

㉓ 틀리다. <판례의 입장>

【판시사항】

예비군 훈련 소집 통지서를 수령할 의무가 있는 자가 그 수령을 거부한 때 처벌하도록 규정하면서 수령의무자의 범위에 관하여 아무런 정의를 하지 아니하고 있는 향토예비군설치법 제15조 제9항 후문이 죄형법정주의상 요구되는 명확성의 원칙에 위배되어 위헌인지 여부(소극)

【결정요지】

향토예비군설치법에 규정되어 있는 예비군훈련에 관한 제반 내용을 종합해 볼 때, 향토예비군설치법 제15조 제9항 후문에서 규정한 '소집통지서를 수령할 의무가 있는 자'란 향토예비군설치법에 따른 향토예비군 대원으로서 국방부장관의 예비군훈련의 소집대상이 된 자임을 용이하게 파악할 수 있다고 할 것이고 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 향토예비군설치법 소정의 훈련소집대상 예비군대원이 위 통지서의 수령의무자가 된다는 점을 충분히 알 수 있다고 할 것이므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에서 요구하는 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다.

☞ <심판대상조문> 향토예비군설치법 제15조(벌칙)

㉑ 제6조의2 제3항의 규정에 의하여 소집통지서를 전달할 의무가 있는 자가 정당한 이유없이 이를 전달하지 아니하거나 지연 또는 파훼한 때에는 6월이하의 징역 또는 100만원이하의 벌금에 처한다.

소집통지서를 수령할 의무있는 자가 그 수령을 거부한 때에도 또한 같다.

(헌재 2003.03.27, 2002헌바35)

<비교판례> 향토예비군설치법 제3조 제1항 제1호, 제2호, 제6조, 제6조의2 제1항의 규정 등을 종합하면, 같은 법 소정의 훈련소집 대상 예비군대원 본인이 소집통지서의 수령의무자가 된다는 점은 일반인의 이해와 판단으로서도 충분히 알 수 있다고 할 것이나, 이 '소집통지서를 수령할 의무가 있는 자'의 의미나 범위에 관하여 향토예비군 대원 본인 외에 '그와 동일 세대 내의 세대주나 가족 중 성년자 또는 그의 고용주'도 포함된다고 하기 위하여는 같은 법 제6조의2 제3항의 소집통지서 전달의무가 수령의무를 전제로 하는 것이고, 같은 조 제2항이 본인이 부재중인 때에는 '그와 동일 세대 내의 세대주나 가족 중 성년자 또는 그의 고용주'에게 소집통지서를 전달하도록 규정함으로써

전달의무자에게 수령의무를 부과한 것으로 확장 내지 유추해석할 수밖에 없지만, 이러한 해석방법은 같은 법 제15조 제9항, 제6조의2 제2항, 제3항의 법률문언이 갖는 통상적인 의미를 벗어난 것이거나 형벌법규 명확성의 원칙에 위배되는 것이라고 아니할 수 없으므로, 같은 법 제6조의2 제2항에 규정된 '그와 동일 세대 내의 세대주나 가족 중 성년자 또는 그의 고용주'는 같은 법 제15조 제9항 후문의 '소집통지서를 수령할 의무 있는 자'에 포함되지 아니한다.

(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도7977 판결)

㉔ 틀리다. <판례의 입장>

【판시사항】

총포·도검·화약류 등 단속법 시행령 제23조 제2항에서 정한 '쏘아 올리는 꽃불류의 사용'에 '설치행위'도 포함되는지 여부(적극)

【판결요지】

총포·도검·화약류 등 단속법 제72조 제6호, 제18조 제4항 및 같은 법 시행령 제23조의 입법목적이 꽃불류의 설치 및 사용과정에서의 안전관리상의 주의의무 위반으로 인한 위험과 재해를 방지하고자 하는 것으로, 다른 꽃불류에 비하여 위험성의 정도가 높은 쏘아 올리는 꽃불류의 경우에는 같은 법 시행령 제23조 제1항 각 호에서 정한 기준을 준수하는 것만으로는 위와 같은 입법목적을 달성하기 어렵다고 보아 제2항에서 그 사용을 화약류관리보안책임자의 책임하에 하여야 한다고 별도로 규정하고 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어, 위 법 시행령 제23조 제2항에서의 '사용'에는 쏘아 올리는 꽃불류의 '설치행위'도 포함되는 것으로 해석되고, 이러한 해석이 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이거나 죄형법정주의에 의하여 금지되는 확장해석이나 유추해석에 해당하는 것으로 볼 수는 없다.

(대법원 2010.5.13. 선고 2009도13332 판결)

㉕ 옳다. <판례의 입장>

【판시사항】

[1] 여객자동차운송사업면허를 받거나 등록을 하지 아니한 채 화물자동차를 사용하여 유상으로 여객을 운송하는 행위가 여객자동차운수사업법 제81조 제1호 위반죄에 해당하는지 여부(소극)

[2] 화물자동차로 형식승인을 받고 등록된 벤형 자동차가 구 자동차관리법시행규칙에서 정한 승용 또는 승합자동차에 해당하는지 여부(소극)

【판결요지】

[1] 여객자동차운수사업법 제81조 제1호에서 면허를 받지 아니하거나 등록을 하지 아니하고 경영하였을 때 처벌하는 '여객자동차운송사업'이라 함은 자동차관리법 제3조의 규정에 의한 승용자동차 및 승합자동차를 사용하여 유상

으로 여객을 운송하는 사업을 말하고, 여객자동차에 해당하지 않는 자동차인 **화물자동차**, 특수자동차 또는 이륜자동차 등을 사용하여 유상으로 여객을 운송하는 행위는 위 여객자동차운수사업법 관련 규정의 해석상 여객자동차운송사업에 포함되지 않는다.

[2] 자동차관리법 제3조의 위임을 받아 자동차의 종류의 구분기준을 정한 구 자동차관리법시행규칙 제2조 제1항 제3호의 화물자동차의 기준에 부합한다고 판단되어 관련 법령에 의하여 화물자동차로 형식승인을 받아 화물자동차로 등록되고, 또 그 자동차를 이용한 화물자동차운송사업 등록까지 되는 등 화물자동차로 취급을 받는 자동차이면 서도 벤형 자동차처럼 승객을 운송하기에 적합한 자동차의 경우에는 위 시행규칙 제2조 제1항 제1호, 제2호 소정의 승용 또는 승합자동차로 볼 수 있다고 해석할 여지가 있어 보이는 하나, 어떤 자동차가 화물자동차이면서 동시에 승용 또는 승합자동차일 수 있다고 하는 해석은 자동차의 종류를 구분하여 따로 취급하고자 하는 자동차관리법의 입법 취지에 어긋날 뿐만 아니라 관련 법령들 간의 유기적이고 통일적인 해석을 그르치는 것이고, 또 그와 같은 해석은 그 자동차에 대하여 화물자동차로 형식승인을 받아 화물자동차로 등록하거나 경우에 따라서는 화물자동차운송사업의 등록이나 허가까지 받은 자의 예상을 뛰어 넘는 것으로서 법적 안정성을 해치는 것이 되며, 형벌법규의 명확성이나 그 엄격해석을 요구하는 죄형법정주의의 원칙에도 반하는 것이어서 허용될 수 없다.

☞ 피고인은 카니발 6밴(속칭 콜밴) 화물차의 운전업무에 종사하는 자로서, 당국으로부터 여객자동차운수사업 면허를 받지 아니하고, 2003. 3. 4. 15:30경 원주시 단구동 성일아파트 704동 앞에서 공소의 조천기 등을 위 차에 태워 원주시 학성동 소재 원주역까지 운송하여 주고 요금 4,000원을 받고, 같은 달 31일 07:35경 원주시 무실동 소재 중앙슈퍼마켓 앞에서 공소의 이은희 등을 태우고 같은 동 소재 삼육고등학교 앞까지 운송하여 주고 요금 2,000원을 받아 여객자동차운송사업을 경영하였다
(대법원 2004. 11. 18. 선고 2004도1228 전원합의체 판결)

㉠ 옳다. <판례의 입장>

형사소송법 제307조, 제308조가 명확성의 원칙에 위배되어 위헌인지 여부(소극)

☞ 『 (1) 형사소송법 제307조 (증거재판주의) : 사실의 인정은 증거에 의하여야 한다.

(2) 형사소송법 제308조 (자유심증주의) : 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다. 』

이 사건 법률조항들에 규정된 ‘증거’ 또는 ‘자유심증’이라는 용어의 경우 해당 법률의 입법목적과 타 규범과의 연관성 등을 고려하여 합리적인 해석이 가능하기 때문에 이를 명확성의 원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

(대법원 2006.5.26. 자 2006초기92 결정)

문2. 【정답】 ③

【해설】

③ 옳다. <법조문> 형법 제1조(범죄의 성립과 처벌)

제2항 : 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다.

<판례의 입장> 구 형법의 같은 조항의 법정형이 "5년 이하의 징역"이었던 것이 "5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금"이 되어 벌금형이 추가됨으로써 원심판결 후에 형이 가볍게 변경되었음이 분명하다.

(대법원 1996. 7. 26. 선고 96도1158 판결)

<검토> 지문에서 강간죄를 범한 후 강간죄에 관해서 징역형 자체는 변경되지 않고 벌금형이 선택형으로 추가되었다고 하므로 범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때이므로 신법이 적용된다.

① 틀리다. <판례의 입장> 판례 a : 범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다(형법 제1조 제1항)고 할 때의 "행위시"라 함은 범죄행위의 종료시를 의미한다.

(대법원 1994.5.10. 선고 94도563 판결)

판례 b : 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 할 것이다.

(대법원 1994.10.28. 선고 93도1166 판결)

<검토> 감금죄와 같은 계속범, 포괄일죄의 경우는 범죄가 종료되기 까지 전체가 1개의 행위로 평가되므로, 이들 범죄의 경우 최종의 실행행위가 종료될 시점에서 유효한 법이 바로 행위시법(신법)이 된다. 따라서 구법과 신법의 형의 경중을 비교할 필요도 없이 행위시법이 형법 제1조 제1항에 의거 적용되는 것이다.

지문에서 사람을 불법하게 감금하고 있는 중에 즉, 실행행위 종료 전에 감금죄의 법정형을 무겁게 하는 법개정이 되었다고 하였으므로 무겁게 개정된 신법이 감금죄 실행행위 당시의 행위시법이므로 구법과 신법의 형의 경중을 비교할 필요도 없이 당연히 신법이 적용된다.

② 틀리다. <판례의 입장> 행위시와 재판시 사이에 수차법령의 변경이 있는 경우에는 이 점에 관한 당사자의 주장이 없더라도 본조 제2항에 의하여 직권으로 행위시법과 제1, 2 심판시법의 세가지 규정에 의한 형의 경중을 비교하여 그 중 가장 형이 경한 법규정을 적용하여 심판하여야 한다.

(대법원 1968.12.17. 선고 68도1324 판결)

<검토> 지문의 경우 ① 행위시 강도죄의 법정형, ② 이보다 가볍게 변경된 첫 번째 개정된 법정형, ③ 첫 번째 개정된 법정형보다 무겁지만 행위시 법정형보다 가볍게 변경된 두 번째 개정된 법정형을 비교해야 한다.

판례에 의할 때 세 법정형 중 가장 형이 경한 법정형을 규정한 첫 번째 개정된 법이 적용된다.

④ 틀리다. <판례의 입장> 범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다(형법 제1조 제1항)고 할 때의 "행위시"라 함은 범죄행위의 종료시를 의미한다 할 것이므로, 비록 논지와 같이 1993.3.10.의 변호사법 개정으로 비로소 일반의 법률사건에 관한 화해관여행위가 처벌대상이 되었고, 피고인의 원심판시와 같은 사건수임계약 체결과 화해관여행위가 위 변호사법의 개정 이전에 착수된 것이라 하더라도 원심의 인정과 같이 그와 같은 관여행위가 법률개정 이후에 종료된 것이라면 피고인을 변호사법위반으로 의율한 원심의 조치가 잘못이라고 할 수 없을 것이다.

(대법원 1994.5.10. 선고 94도563 판결)

<검토> 지문에서 甲과 乙이 사취할 것을 공모하였다고 하므로 甲과 乙은 역할을 분담하여 사기죄라는 1개의 범죄를 공동으로 한 것이다.

甲이 A를 기망(실행의 착수)한 때에 1개 사기죄가 종료된 것이 아니라, 乙이 甲의 기망행위에 의해 착오에 빠진 A로부터 금원을 교부받은 때 비로소 1개 사기죄가 종료된 것이다.

즉, 사기죄가 성립(기수 = 종료)되기 위해서는 ① 기망 → ② 착오 → ③ 처분행위 → ④ 재물 교부, 재산상 이익 취득이라는 일련의 과정을 거쳐야 하는데 甲(① 기망)과 乙(④ 재물 교부 받음)이 공모 후 역할 분담하여 사기죄의 실행행위를 나누어 하였을 뿐이므로 甲의 기망 후 乙이 금원을 교부받은 때까지 사기죄의 실행행위는 계속되고 있는 것이다.

그러므로 甲과 乙 모두에게 사기죄 행위시법인 신법이 적용된다.

문3. 【정답】 ①

【해설】

① 옳다. <검토> 보증인 지위의 발생근거에 관한 ① 형식설은 보증인지위를 실질적 내용보다 형식적인 발생근거를 중심으로 법령·계약·선행행위·조리 등의 형식에 따라 확정하려는 견해이고, ② 실질설은 보증인 지위를 작위의무의 기능이라는 실질적 관점에 따라 법익보호를 위한 보호의무와 위험원 감시·감독을 위한 안전의무로 나누어 확정하려는 견해이다.

실질설에 따르면 피해자의 법익에 대한 보호의무를 자발적으로 인수한 경우에도 보증인 지위가 인정될 수 있다.

이 때 계약에 의해 자발적으로 보호의무를 인수한 경우, 실질설에 따르면 형식적인 계약의 존부는 중요시하지 않으므로 그 계약의 법률적 근거의 유무, 계약의 유효 여부, 계약기간의 종료 여부와 관계없이 사실상 보호기능을 맡고 있는가가 보증인 지위 판단기준이 된다. 즉, 계약이 무효 또는 취소되거나 계약기간이 종료된 후에도 사실상 보호기능을 맡고 있으면 보증인적 지위는 계속되는 것이다.

지문에서 甲은 자발적으로 유아 A에 대한 보호의무를 인수하여 사실상의 보호를 개시한 이상, 그 인수의 근거인 계약이 애초부터 무효이거나 사후적으로 취소되어 소급적으로 무효가 되더라도 사실상 보호기능을 맡고 있으면 보증인 지위 및 보증인 의무 즉, A의 생명, 신체를 보호할 의무가 발생할 수 있다.

② 틀리다. <판례의 입장> [1] 보호자가 의학적 권고에도 불구하고 치료를 요하는 환자의 퇴원을 간청하여 담당 전문의와 주치의가 치료중단 및 퇴원을 허용하는 조치를 취함으로써 환자를 사망에 이르게 한 행위에 대하여 보호자, 담당 전문의 및 주치의가 부작위에 의한 살인죄의 공동정범으로 기소된 사안에서, 담당 전문의와 주치의에게 환자의 사망이라는 결과 발생에 대한 정범의 고의는 인정되나 환자의 사망이라는 결과나 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 저지·촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어려워 공동정범의 객관적 요건인 이른바 기능적 행위지배가 흠결되어 있다는 이유로 작위에 의한 살인방조죄만 성립한다고 한 사례.

[2] 어떠한 범죄가 적극적 작위에 의하여 이루어질 수 있음은 물론 결과의 발생을 방지하지 아니하는 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에, 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에 이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이고, 작위에 의하여 악화된 법익 상황을 다시 되돌아키지 아니한 점에 주목하여 이를 부작위범으로 볼 것은 아니며, 나아가 악화되기 이전의 법익 상황이, 그 행위자가 과거에 행한 또 다른 작위의 결과에 의하여 유지되고 있었다 하여 이와 달리 볼 이유가 없다.

☞ 보라매병원 사건.

(대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결)

<검토> 판례에 의할 때 지문의 당해 의사의 행위는 치료행위의 중단이라는 부작위가 아니라, 인공호흡장치를 제거한 작위로 평가함이 옳다.

③ 틀리다. <검토> 부진정부작위범에 대해 독일형법은 임의적 감경을 규정하고 있지만 우리 형법은 작위범과 동일한 법정형으로 처벌한다. 입법론적으로 부진정부작위범에 대해 임의적 감경을 규정하는 것이 바람직하다는 견해는 있다.

④ 틀리다. <판례의 입장> 형법상 방조는 작위에 의하여 정범의 실행행위를 용이하게 하는 경우는 물론, 직무상의 의무가 있는 자가 정범의 범죄행위를 인식하면서도 그것을 방제하여야 할 제반조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 정범의 실행행위를 용이하게 하는 경우에도 성립된다 할 것이므로 은행지점장이 정범인 부하직원들의 범행을 인식하면서도 그들의 은행에 대한 배임행위를 방치

하였다면 배임죄(업무상배임죄)의 방조범이 된다.
(대판 1984.11.27, 84도1906)

문4. 【정답】 ④

【해설】

④ 옳다. <판례의 입장> [1] 횡령죄에서 '횡령행위'의 의미 및 횡령 이후에 다시 그 재물을 처분하는 것이 불가별적 사후행위에 해당하는지 여부(적극)

[2] 공동상속인 중 1인이 상속재산인 임야를 보관 중 다른 상속인들로부터 매도 후 분배 또는 소유권이전등기를 요구받고도 그 반환을 거부한 경우 이때 이미 횡령죄가 성립하고, 그 후 그 임야에 관하여 다시 제3자 앞으로 근저당권설정등기를 경료해 준 행위는 불가별적 사후행위로서 별도의 횡령죄를 구성하지 않는다

(대법원 2010.2.25. 선고 2010도93 판결)

<검토> 횡령죄는 소유권을 보호법익으로 하는 범죄인데 타인의 재물을 반환 거부하여 이미 횡령죄가 성립하면 소유권이 완전히 침해되기 때문에, 그 후의 처분은 더 이상 침해할 소유권이 없어 별도의 횡령죄가 성립하지 않는다.

① 틀리다. <판례의 입장> 사람을 살해한 다음 그 범죄의 흔적을 은폐하기 위하여 그 시체를 다른 장소로 옮겨 유기하였을 때에는 살인죄와 사체유기죄의 경합범이 성립하고 사체유기를 불가별적 사후행위라 할 수 없다.

(대법원 1984.11.27. 선고 84도2263 판결)

② 틀리다. <판례의 입장> 피고인이 예금통장을 강취하고 예금자 명의의 예금청구서를 위조한 다음 이를 은행원에 제출행사하여 예금인출금 명목의 금원을 교부받았다면 강도, 사문서위조, 동행사, 사기의 각 범죄가 성립하고 이들은 실체적 경합관계에 있다

(대판 1991.9.10. 91도1722)

③ 틀리다. <판례의 입장>

【판시사항】

[1] 채무의 담보로 근저당권설정등기 의무를 지고 있는 자가 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마친 경우, 배임죄가 성립하는지 여부(적극)

[2] 피해자에게 근저당권을 설정해 주겠다고 기망하여 금원을 편취한 다음 목적 부동산에 대하여 제3자에게 근저당권을 설정하여 준 배임행위가 사기죄의 불가별적 사후행위인지 여부(소극)

【판결요지】

[1] 채무의 담보로 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않고 임의로 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마치는 행위는 배임죄를 구성한다.

[2] 부동산에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없음에도 피해자를 속이고 근저당권설정을 약정하여 금원을 편취한 경우라 할지라도, 이러한 약정은 사기 등을

이유로 취소되지 않는 한 여전히 유효하여 피해자 명의의 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 발생하는 것이고, 그럼에도 불구하고 임무에 위배하여 그 부동산에 관하여 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마친 경우, 이러한 배임행위는 금원을 편취한 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 사기 범행의 불가별적 사후행위가 되는 것이 아니라 별죄를 구성한다.

(대법원 2008.3.27. 선고 2007도9328 판결)

<검토> 부동산이중매매와 같은 구조라고 생각하면 된다. (단 금전을 차용하는 상황이므로 중도금이나 계약금은 존재하지 않는다.)

제1근저당권자에게 근저당권 설정 약정한 후, 제2근저당권자에게 근저당권을 설정해 준 경우 배임죄가 된다.

이 때 제1근저당권자에게 애초에 설정해줄 의사가 없이 금원을 편취하여, 그 점 사기죄가 성립한다 하여도 취소되지 않는 한 여전히 그 약정은 유효하여 제1근저당권자에 대한 근저당권 설정 임무는 있는 것이어서 배임죄가 별도로 성립하는 것이다.

문5. 【정답】 ④

【해설】

④ 없다. 지문 중 적절하지 않은 것(틀린 것)은 없다.

① 옳다. <판례의 입장> 공동피고인이 위조된 부동산임대차계약서를 담보로 제공하고 피해자로부터 돈을 빌려 편취할 것을 계획하면서 피해자가 계약서상의 임대인에게 전화를 하여 확인할 것에 대비하여 피고인에게 미리 전화를 하여 임대인 행세를 하여달라고 부탁하였고, 피고인은 위와 같은 사정을 잘 알면서도 이를 승낙하여 실제로 피해자의 남편으로부터 전화를 받아 자신이 실제의 임대인 것처럼 행세하여 전세금액 등을 확인함으로써 위조사문서의 행사에 관하여 역할분담을 한 사안에서, 피고인의 행위는 위조사문서행사에 있어서 기능적 행위지배의 공동정범 요건을 갖추었다

(대법원 2010.1.28. 선고 2009도10139 판결)

② 옳다. <판례의 입장> [1] 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하므로, 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 위 요건의 충족 여부에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있다. 한편 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 공모자가 공모공동정범으로 인정되기 위하여는 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위·역할이나 범죄경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합하여 그가 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되어야 한다.

[2] 건설 관련 회사의 유일한 지배자가 회사 대표의 지위에서 장기간에 걸쳐 건설공사 현장소장들의 뇌물공여행위를 보고받고 이를 확인·결재하는 등의 방법으로 위 행위에

관여한 사안에서, 비록 사전에 구체적인 대상 및 액수를 정하여 뇌물공여를 지시하지 아니하였다고 하더라도 그 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 기능적 행위지배를 하였다고 보아 공모공동정범의 죄책을 인정하여야 한다.

(대법원 2010.7.15. 선고 2010도3544 판결)

㉔ 옳다. <판례의 입장> 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공동된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공동으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다.

(대법원 2008.3.27. 선고 2008도89 판결)

㉕ 옳다. <판례의 입장> 공동정범이 성립하기 위한 주관적 요건으로서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다.

(대법원 1999. 9. 17. 선고 99도2889 판결)

문6. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. <판례의 입장> 사기죄에서 수인의 피해자에 대하여 각 피해자별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에 그 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다고 하더라도 포괄일죄가 성립하는 것이 아니라 피해자별로 1개씩의 죄가 성립하는 것으로 보아야 한다. 다만 피해자들이 하나의 동업체를 구성하는 등으로 피해 범의이 동일하다고 볼 수 있는 사정이 있는 경우에는 피해자가 복수이더라도 이들에 대한 사기죄를 포괄하여 일죄로 볼 수도 있다.

(대법원 2011.4.14. 선고 2011도769 판결)

① 옳다. <판례의 입장> 상습성을 갖춘 자가 여러 개의 죄를 반복하여 저지른 경우에는 각 죄를 별죄로 보아 경합범으로 처단할 것이 아니라 그 모두를 포괄하여 상습범이라고 하는 하나의 죄로 처단하는 것이 상습범의 본질 또는 상습범 가중처벌규정의 입법취지에 부합한다.

(대법원 2004. 9. 16. 선고 2001도3206 전원합의체 판결)

② 옳다. <판례의 입장> 상습범이란 어느 기본적 구성요건에 해당하는 행위를 한 자가 범죄행위를 반복하여 저지르는 습벽, 즉 상습성이라는 행위자적 속성을 갖추었다고 인정되는 경우에 이를 가중처벌 사유로 삼고 있는 범죄유형을 가리키므로, 상습성이 있는 자가 같은 종류의 죄를 반복하여 저질렀다 하더라도 상습범을 별도의 범죄유형으로 처벌하는 규정이 없는 한 각 죄는 원칙적으로 별개의 범죄로서 경합범으로 처단할 것이다. 저작권법은 제140조 본문에서 저작재산권 침해로 인한 제136조 제1항의 죄를

친고죄로 규정하면서, 제140조 단서 제1호에서 영리를 위하여 상습적으로 위와 같은 범행을 한 경우에는 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있으나, 상습으로 제136조 제1항의 죄를 저지른 경우를 가중처벌한다는 규정은 따로 두고 있지 않다. 따라서 수회에 걸쳐 저작권법 제136조 제1항의 죄를 범한 것이 상습성의 발현에 따른 것이라고 하더라도, 이는 원칙적으로 경합범으로 보아야 하는 것이지 하나의 죄로 처단되는 상습범으로 볼 것은 아니다.

(대법원 2012.5.10. 선고 2011도12131 판결)

④ 옳다. <판례의 입장> 상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 수개의 구성요건을 충족하는 경우를 말하고 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다

(대법원 2010.12.9. 선고 2010도10451 판결)

문7. 【정답】 ②

【해설】

② 2개. ㉔, ㉕ 2개가 옳다.

㉔ 옳다. <판례의 입장> 물수의 취지가 범죄에 의한 이득의 박탈을 그 목적으로 하는 것이고 추정도 이러한 물수의 취지를 관철하기 위한 것이라는 점을 고려하면 물수하기 불능한 때에 추정하여야 할 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 물수의 선고를 받았더라면 잃었을 이득 상당액을 의미한다고 보아야 할 것이므로 그 가액산정은 재판선고시의 가격을 기준으로 하여야 할 것이다.

(대법원 1991.5.28. 선고 91도352 판결)

㉕ 옳다. <판례의 입장> 밀항단속법 제4조 제3항의 취지와 위 법의 입법 목적에 비추어 보면, 밀항단속법상의 물수와 추정은 일반 형사법과 달리 범죄사실에 대한 징벌적 제재의 성격을 띠고 있으므로, 여러 사람이 공모하여 죄를 범하고도 물수대상인 수수 또는 약속한 보수를 물수할 수 없을 때에는 공범자 전원에 대하여 그 보수액 전부의 추징을 명하여야 한다.

(대법원 2008.10.9. 선고 2008도7034 판결)

㉖ 틀리다. <판례의 입장> [1] 형법 제48조 제1항 제1호는 물수할 수 있는 물건으로서 '범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건'을 규정하고 있는데, 여기서 범죄행위에 제공하려고 한 물건이란 범죄행위에 사용하려고 준비하였으나 실제 사용하지 못한 물건을 의미하는바, 형법상의 물수가 공소사실에 대하여 형사재판을 받는 피고인에 대한 유죄판결에서 다른 형에 부가하여 선고되는 형인 점에 비추어, 어떠한 물건을 '범죄행위에 제공하려고 한 물건'으로

서 몰수하기 위하여는 그 물건이 유죄로 인정되는 당해 범죄행위에 제공하려고 한 물건임이 인정되어야 한다.

[2] 체포될 당시에 미처 송금하지 못하고 소지하고 있던 자기앞수표나 현금 등 장치는 장차 실행하려고 한 외국환거래법 위반의 범행에 제공하려는 물건일 뿐, 그 이전에 범해진 외국환거래법 위반의 '범죄행위에 제공하려고 한 물건'으로 볼 수 없으므로 몰수할 수 없다

(대법원 2008.2.14. 선고 2007도10034 판결)

㉔ 틀리다. <판례의 입장> 변호사법 제94조의 규정에 의한 필요적 몰수 또는 추징은 같은 법 제27조의 규정에 위반하거나 같은 법 제90조 제1호, 제2호 또는 제92조의 죄를 범한 자 또는 그 정을 아는 제3자가 받은 금품 기타 이익을 그들로부터 박탈하여 그들로 하여금 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있는 것이므로, 수인이 공동하여 같은 법 제90조 제2호에 규정한 죄를 범하고 교부받은 금품을 분배하는 경우에는 각자가 실제로 분배 받은 금품만을 개별적으로 몰수하거나 그 가액을 추징하여야 할 것이다.

(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도4374 판결)

<검토> 수인이 공동하여 어떤 범죄를 범하여 몰수·추징하는 경우 원칙적으로 각자가 실제로 분배받은 금품만 몰수·추징하고, 예외적으로 마약관련범죄(구 향정신성의약품관리법, 마약류 관리에 관한 법률 위반)나 외국과 관련된 범죄(외국환관리법, 관세법, 특정법상 재산국외도피죄, 밀항단속법 위반)의 경우는 공범자 전원에 대하여 그 액수 전부를 몰수·추징한다고 암기하는 것이 요령이다.

문8. 【정답】 ②

【해설】

② 살인죄와 사체유기죄의 경합범. <판례의 입장> 판례 a : [1] 선장을 비롯한 일부 선원들을 살해하는 등의 방법으로 선박의 지배권을 장악하여 목적지까지 항해한 후 선박을 매도하거나 침몰시키려고 한 경우에 선박에 대한 불법영득의 의사가 있다고 보아 해상강도살인죄로 인정한 사례(폐스카마 15호 선상 살인사건).

[2] 사람을 살해한 자가 그 사체를 다른 장소로 옮겨 유기하였을 때에는 별도로 사체유기죄가 성립하고, 이와 같은 사체유기를 불가벌적 사후행위로 볼 수는 없다.

(대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1142 판결)

판례 b : 사람을 살해한 다음 그 범죄의 흔적을 은폐하기 위하여 그 시체를 다른 장소로 옮겨 유기하였을 때에는 살인죄와 사체유기죄의 경합범이 성립하고 사체유기를 불가벌적 사후행위라 할 수 없다.

(대법원 1984.11.27. 선고 84도2263 판결)

<법조문> 형법 제155조(증거인멸등과 친족간의 특례)

❶ 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에

처한다.

<검토> 설문의 경우 상기 판례의 입장에 의할 때 甲이 乙을 살해하고 바다에 시체를 버린 행위에 대하여는 살인죄와 사체유기죄의 경합범이 성립하지만, 살인에 사용한 칼을 바다에 던져 버린 행위에 대하여는 그 칼이 타인이 아닌 자기의 형사사건에 관한 증거이므로 증거인멸죄의 구성요건해당성이 없어 증거인멸죄는 성립하지 않는다.

문9. 【정답】 ④

【해설】

④ 틀리다. <판례의 입장> 명예훼손사실을 발설한 것이 사실이나 질문에 대답하는 과정에서 타인의 명예를 훼손하는 사실을 발설하게 된 것이라면, 그 발설내용과 동기에 비추어 명예훼손의 범의를 인정할 수 없고, 질문에 대한 단순한 확인대답이 명예훼손에서 말하는 사실적시라고도 할 수 없다

(대법원 2008.10.23. 선고 2008도6515 판결)

① 옳다. <판례의 입장> 방송국 프로듀서 등 피고인들이 특정 프로그램 방송보도를 통하여 이른바 '한미 쇠고기 수입 협상'의 협상단 대표와 주무부처 장관이 협상을 졸속으로 체결하였다는 취지로 표현하는 등 자질 및 공직수행 자세를 비하하여 이들의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 보도내용 중 일부가 허위사실 적시에 해당한다고 하면서도 피고인들에게 명예훼손의 고의를 인정하기 어렵다

(대법원 2011.9.2. 선고 2010도17237 판결)

② 옳다. <판례의 입장> 명예훼손에 의한 불법행위가 성립하려면 피해자가 특정되어 있어야 하지만, 그 특정을 할 때 반드시 사람의 성명이나 단체의 명칭을 명시해야만 하는 것은 아니고, 사람의 성명을 명시하지 않거나 두문자나 이니셜만 사용한 경우라도 그 표현의 내용을 주위 사정과 종합하여 볼 때 그 표시가 피해자를 지목하는 것을 알아차릴 수 있을 정도이면 피해자가 특정되었다고 할 것이다.

(대법원 2009.2.26. 선고 2008다27769 판결)

<검토> 본 지문의 근거가 된 판례는 명예훼손으로 인한 민법 제750조 불법행위 손해배상책임 성립여부와 관련된 민법 판례이다.

수험생 입장을 고려할 때, 형법상 명예훼손죄와 관련된 피해자 특정을 쟁점으로 하는 형법 판례가 얼마든지 있음에 불구하고, 형법 문제에서 민법 판례가 출제되는 것이 과연 바람직한 것인가 의문이다.

③ 옳다. <판례의 입장> 【판시사항】

영화 내용에 관하여 명예훼손이 성립하지 않는 경우에도, 그 광고·홍보 자체만을 들어 별도로 명예훼손책임을 물을 수 있는지 여부(원칙적 소극)

【판결요지】

실제 인물이나 역사적 사건을 모델로 한 영화라 하더라도 상업영화의 경우에는 대중적 관심을 이끌어 내고 이를 확산하기 위하여 통상적으로 광고·홍보행위가 수반되는바, 영화가 허위의 사실을 표현하여 개인의 명예를 훼손한 경우에도 행위자가 그것을 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있어 그 행위자에게 명예훼손으로 인한 불법행위책임을 물을 수 없다면 그 광고·홍보의 내용이 영화에서 묘사된 허위의 사실을 넘어서는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 광고·홍보행위가 별도로 명예훼손의 불법행위를 구성한다고 볼 수 없다.

(대법원 2010.7.15. 선고 2007다3483 판결)

<검토> 본 지문의 근거가 된 판례 역시 명예훼손으로 인한 민법 제750조 불법행위 손해배상책임 성립여부와 관련된 민법 판례이다.

고의인지 과실인지 모르겠으나, 수험생 입장을 고려할 때 형법 문제에서 민법 판례가 출제되는 것이 과연 바람직한 것인가 의문이다.

문10. 【정답】 ①

【해설】

① 틀리다. **<판례의 입장>** 주거침입죄에 있어서 주거란 단순히 가옥 자체만을 말하는 것이 아니라 그 정원 등 위요지를 포함한다. 따라서 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택 안에서 공용으로 사용하는 엘리베이터, 계단과 복도는 주거로 사용하는 각 가구 또는 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로서 그 거주자들에 의하여 일상생활에서 감시·관리가 예정되어 있고 사실상의 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분이므로, 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택의 내부에 있는 엘리베이터, 공용 계단과 복도는 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체인 ‘사람의 주거’에 해당하고, 위 장소에 거주자의 명시적, 묵시적 의사에 반하여 침입하는 행위는 주거침입죄를 구성한다.

(대법원 2009.9.10. 선고 2009도4335 판결)

② 옳다. **<판례의 입장>** 형법은 제329조에서 절도죄를 규정하고 곧바로 제330조에서 야간주거침입절도죄를 규정하고 있을 뿐, 야간절도죄에 관하여는 처벌규정을 별도로 두고 있지 아니하다. 이러한 형법 제330조의 규정형식과 그 구성요건의 문언에 비추어 보면, 형법은 야간에 이루어지는 주거침입행위의 위험성에 주목하여 그러한 행위를 수반한 절도를 야간주거침입절도죄로 중하게 처벌하고 있는 것으로 보아야 하고, 따라서 주거침입이 주간에 이루어진 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다.

(대법원 2011.4.14. 선고 2011도300,2011감도5 판결)

③ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 주거침입죄에서 침입행위의

객체인 ‘건조물’은 주거침입죄가 사실상 주거의 평온을 보호법칙으로 하는 점에 비추어 엄격한 의미에서의 건조물 그 자체뿐만이 아니라 그에 부속하는 위요지를 포함한다고 할 것이나, 여기서 위요지라고 함은 건조물에 인접한 그 주변의 토지로서 외부와의 경계에 담 등이 설치되어 그 토지가 건조물의 이용에 제공되고 또 외부인이 함부로 출입할 수 없다는 점이 객관적으로 명확하게 드러나야 한다. 따라서 건조물의 이용에 기여하는 인접의 부속 토지라고 하더라도 인적 또는 물적 설비 등에 의한 구획 내지 통제가 없어 통상의 보행으로 그 경계를 쉽사리 넘을 수 있는 정도라고 한다면 일반적으로 외부인의 출입이 제한된다는 사정이 객관적으로 명확하게 드러났다고 보기 어려우므로, 이는 다른 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체에 속하지 아니한다고 봄이 상당하다.

[2] 차량 통행이 빈번한 도로에 바로 접하여 있고, 도로에서 주거용 건물, 축사 4동 및 비닐하우스 2동으로 이루어진 시설로 들어가는 입구 등에 그 출입을 통제하는 문이나 담 기타 인적·물적 설비가 전혀 없고 노폭 5m 정도의 통로를 통하여 누구나 축사 앞 공터에 이르기까지 자유롭게 드나들 수 있는 사실 등을 이유로, 차를 몰고 위 통로로 진입하여 축사 앞 공터까지 들어간 행위가 주거침입에 해당한다고 본 원심판단에 법리오해 등의 위법이 있다

(대법원 2010.4.29. 선고 2009도14643 판결)

④ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 야간에 타인의 재물을 절취할 목적으로 사람의 주거에 침입한 경우에는 주거에 침입한 단계에서 이미 형법 제330조에서 규정한 야간주거침입절도죄라는 범죄행위의 실행에 착수한 것이라고 보아야 한다.

[2] 주거침입죄의 실행의 착수는 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위, 즉 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하므로, 출입문이 열려 있으면 안으로 들어가겠다는 의사 아래 출입문을 당겨보는 행위는 바로 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 있어 그것으로 주거침입의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다.

(대법원 2006.9.14. 선고 2006도2824 판결)

문11. 【정답】 ③

【해설】

③ 3개. 甲에게 절도죄 또는 특수절도죄가 인정되는 것은 ㉠, ㉡, ㉢ 3개이다.

㉠ 절도죄 인정. **<판례의 입장>** [1] 당사자 사이에 자동차의 소유권을 등록명의자 아닌 자가 보유하기로 약정한 경우, 약정 당사자 사이의 내부관계에서는 등록명의자 아닌 자가 소유권을 보유하게 된다고 하더라도 제3자에 대

한 관계에서는 어디까지나 등록명의자가 자동차의 소유자라고 할 것이다.

[2] 피고인이 자신의 모 A 명의로 구입·등록하여 A에게 명의신탁한 자동차를 B에게 담보로 제공한 후 B 몰래 가져가 절취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, B에 대한 관계에서 자동차의 소유자는 A이고 피고인은 소유자가 아니므로 B가 점유하고 있는 자동차를 임의로 가져간 이상 절도죄가 성립한다

(대법원 2012.4.26. 선고 2010도11771 판결)

<검토> 피고인 甲 입장에서 자동차는 타인소유(A소유), 타인점유(B점유)의 재물이므로 절도죄의 객체가 된다.

㉠ 절도죄 인정. <판례의 입장>

【판시사항】

점유개정 방법에 의한 양도담보부 금전소비대차계약의 채권자가 변제기일 후 채무자의 의사에 반하여 담보 목적물을 가져간 경우 절도죄의 성부(적극)

【판결요지】

형법상 절취란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말하는 것으로, 비록 약정에 기한 인도 등의 청구권이 인정된다고 하더라도, 취거 당시에 점유 이전에 관한 점유자의 명시적·묵시적인 동의가 있었던 것으로 인정되지 않는 한, 점유자의 의사에 반하여 점유를 배제하는 행위를 함으로써 절도죄는 성립하는 것이고, 그러한 경우에 특별한 사정이 없는 한 불법영득의 의사가 있다고 할 것이다(피해자와 사이에 피해자 소유인 쇠석장비들에 관하여 점유개정 방법에 의한 양도담보부 금전소비대차계약을 체결하였는데 피해자가 변제기일이 지나도 채무를 변제하지 아니하자 채권자 회사의 직원들인 피고인들이 합동하여 피해자의 의사에 반하여 쇠석장비들을 임의로 분해하여 가지고 간 행위에 대하여 절도죄를 인정한 사례).

(대법원 2005.6.24. 선고 2005도2861 판결)

<검토> 채권자 甲의 입장에서 쇠석장비들은 양도담보부금전소비대차계약을 체결하였으므로 채권자 甲과 채무자 乙 간에는 소유자가 여전히 채무자로 인정되어 타인소유, 점유개정 방법으로 체결하였으므로 여전히 채무자가 점유하여 타인점유의 재물이 되므로 절도죄의 객체가 된다.

㉡ 절도죄 인정. <판례의 입장> 예금통장은 예금채권을 표창하는 유가증권이 아니고 그 자체에 예금액 상당의 경제적 가치가 화체되어 있는 것도 아니지만, 이를 소지함으로써 예금채권의 행사자격을 증명할 수 있는 자격증권으로서 예금계약사실 뿐 아니라 예금액에 대한 증명기능이 있고 이러한 증명기능은 예금통장 자체가 가지는 경제적 가치라고 보아야 하므로, 예금통장을 사용하여 예금을 인출하게 되면 그 인출된 예금액에 대하여는 예금통장 자체의 예금액 증명기능이 상실되고 이에 따라 그 상실된 기능에 상응한 경제적 가치도 소모된다. 그렇다면 타인의 예

금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 바로 예금통장을 반환하였다 하더라도 그 사용으로 인한 위와 같은 경제적 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미한 경우가 아닌 이상, 예금통장 자체가 가지는 예금액 증명기능의 경제적 가치에 대한 불법영득의 의사를 인정할 수 있으므로 절도죄가 성립한다.

(대법원 2010.5.27. 선고 2009도9008 판결)

㉢ 절도죄 부정. <판례의 입장> 절취한 타인의 신용카드를 이용하여 현금지급기에서 계좌이체를 한 행위는 컴퓨터등사용사기죄에서 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 한 행위에 해당함은 별론으로 하고 이를 절취행위라고 볼 수는 없고, 한편 위 계좌이체 후 현금지급기에서 현금을 인출한 행위는 자신의 신용카드나 현금카드를 이용한 것이어서 이러한 현금인출이 현금지급기 관리자의 의사에 반한다고 볼 수 없어 절취행위에 해당하지 않으므로 절도죄를 구성하지 않는다.

(대법원 2008.6.12. 선고 2008도2440 판결)

문12. 【정답】 ②

【해설】

② 2개. 사기죄가 인정되는 것은 ㉠, ㉡ 2개이다.

㉠ 사기죄 인정. <판례의 입장> [1] 사기죄에서 '재산상의 이익'이란 채권을 취득하거나 담보를 제공받는 등의 적극적 이익뿐만 아니라 채무를 면제받는 등의 소극적 이익까지 포함하며, 채무자의 기망행위로 인하여 채권자가 채무를 확정적으로 소멸 내지 면제시키는 특약 등 처분행위를 한 경우에는 채무의 면제라고 하는 재산상 이익에 관한 사기죄가 성립하고, 후에 재산적 처분행위가 사기를 이유로 민법에 따라 취소될 수 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

[2] 피고인이 피해자들을 기망하여 부동산을 매도하면서 매매대금 중 일부를 피해자들의 피고인에 대한 기존 채권과 상계하는 방법으로 지급받아 채무 소멸의 재산상 이익을 취득하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인이 상계에 의하여 기존 채무가 소멸되는 재산상 이익을 취득하였다고 보아 사기죄를 인정한 원심판단을 정당하다고 한 사례.

(대법원 2012.4.13. 선고 2012도1101 판결)

㉡ 사기죄 부정 <판례의 입장> [1] 송금의뢰인이 수취인의 예금계좌에 계좌이체 등을 한 이후, 수취인이 은행에 대하여 예금반환을 청구함에 따라 은행이 수취인에게 그 예금을 지급하는 행위는 계좌이체금액 상당의 예금계약의 성립 및 그 예금채권 취득에 따른 것으로서 은행이 착오에 빠져 처분행위를 한 것이라고 볼 수 없으므로, 결국 이러한 행위는 은행을 피해자로 한 형법 제347조의 사기죄에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다.

[2] 예금주인 피고인이 제3자에게 편취당한 송금의뢰인으로

로부터 자신의 은행계좌에 계좌송금된 돈을 출금한 사안에서, 피고인은 예금주로서 은행에 대하여 예금반환을 청구할 수 있는 권한을 가진 자이므로, 위 은행을 피해자로 한 사기죄가 성립하지 않는다

(대법원 2010.5.27. 선고 2010도3498 판결)

㉔ 사기죄 인정. <판례의 입장> [1] 인감증명서는 인감과 함께 소지함으로써 인감 자체의 동일성을 증명함과 동시에 거래행위자의 동일성과 거래행위가 행위자의 의사에 의한 것임을 확인하는 자료로서 개인의 권리의무에 관계되는 일에 사용되는 등 일반인의 거래상 극히 중요한 기능을 가진다. 따라서 그 문서는 다른 특별한 사정이 없는 한 재산적 가치를 가지는 것이어서 형법상의 '재물'에 해당한다고 할 것이다. 이는 그 내용 중에 재물이나 재산상 이익의 처분에 관한 사항이 포함되어 있지 아니하다고 하여 달리 볼 것이 아니다. 따라서 위 용도로 발급되어 그 소지인에게 재산적 가치가 있는 것으로 인정되는 인감증명서를 그 소지인을 기망하여 편취하는 것은 그 소지인에 대한 관계에서 사기죄가 성립한다고 할 것이다.

[2] 피고인이 피해자에게서 매수한 재개발아파트 수분양권을 이미 매도하였는데도 마치 자신이 피해자의 입주권을 정당하게 보유하고 있는 것처럼 피해자의 딸과 사위에게 거짓말하여 피해자 명의의 인감증명서 3장을 교부받은 사안에서, 위 인감증명서는 피해자측이 발급받아 소지하게 된 피해자 명의의 것으로서 재물성이 인정된다 할 것인데, 피고인이 피해자측을 기망하여 이를 교부받은 이상 재물에 대한 편취행위가 성립한다고 보아야 하고, 피고인은 피해자의 재개발아파트 수분양권을 이중으로 매도할 목적으로 그에 중요한 의미를 가지는 피해자 명의의 인감증명서를 기망에 의하여 취득하였다는 것이므로 위 인감증명서에 대한 편취의 고의도 인정하기에 충분하므로, 위와 같은 피고인의 행위에 대하여는 재물의 편취에 의한 사기죄가 성립한다고 할 것인데도, 이와 달리 보아 무죄를 선고한 원심판결에는 사기죄의 객체가 되는 재물에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

(대법원 2011.11.10. 선고 2011도9919 판결)

㉕ 사기죄 부정. <판례의 입장> 예고등기로 인한 경매대상 부동산의 경매가격 하락 등을 목적으로 허위의 채권을 주장하며 채권자대위의 방식에 의한 원인무효로 인한 소유권보존등기 말소청구소송을 제기한 경우, 소송사기의 불법영득의사 및 실행의 착수가 인정되는지 여부(소극)

☞ 피고인 등이 허위의 주장을 하여 소유권보존등기말소청구 소송 등을 제기한 것은 그로 인하여 경매절차가 진행 중인 부동산에 예고등기가 경료되도록 함으로써 경매가격 하락 등을 의도한 것으로 보일 뿐이고, 위 말소청구소송을 통하여 승소판결을 받아 재산상의 이익을 취하려고 한 것으로 보기 어렵다. 피고인 등이 위와 같이 말소청구소송 등을 제기하고 법원의 촉탁으로 예고등기가 경료

된 이후에는 대부분 그 소를 취하하거나 변론기일에 출석하지 아니하여 소취하 간주되는 등으로 소송이 종결된 것도 그러한 의도가 없음을 뒷받침한다. 따라서 피고인에게 허위 주장에 기한 소송을 통하여 승소판결을 받아 재물 또는 재산상의 이익을 취득하려는 고의 내지 불법영득의 의사가 있었다고 볼 수 없다.

(대법원 2009.4.9. 선고 2009도128 판결)

문13. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. <판례의 입장> 동업자 사이에 손익분배 정산이 되지 아니하였다면 동업자 한 사람이 임의로 동업자들의 합유에 속하는 동업재산을 처분할 권한이 없는 것이므로, 동업자 한 사람이 동업재산을 보관 중 임의로 횡령하였다면 지분비율에 관계없이 횡령한 금액 전부에 대하여 횡령죄의 죄책을 부담한다.

(대법원 2011.6.10. 선고 2010도17684 판결)

① 옳다. <판례의 입장> 형법 제357조 제1항의 배임수재죄와 같은 조 제2항의 배임증재죄는 통상 필요적 공범의 관계에 있기는 하나, 이것은 반드시 수재자와 증재자가 같이 처벌받아야 하는 것을 의미하는 것은 아니고, 증재자에게는 정당한 업무에 속하는 청탁이라도 수재자에게는 부정한 청탁이 될 수도 있다.

(대법원 2011.10.27. 선고 2010도7624 판결)

② 옳다. <판례의 입장> 업무상횡령죄에서 '업무'는 법령, 계약에 의한 것뿐만 아니라 관례를 좇거나 사실상의 것이거나를 묻지 않고 같은 행위를 반복할 지위에 따른 사무를 가리키며, 횡령죄에서 재물 보관에 관한 위탁관계는 사실상의 관계에 있으면 충분하다.

(대법원 2011.10.13. 선고 2009도13751 판결)

④ 옳다. <판례의 입장> [1] 일정한 신임관계의 고의적 외면에 대한 형사적 징벌을 핵심으로 하는 배임의 관점에서 보면, 부동산매매에서 매수인이 대금을 지급하는 것에 대하여 매도인이 계약상 권리의 만족이라는 이익이 있다고 하여도 대금의 지급은 어디까지나 매수인의 법적 의무로서 행하여지는 것이고, 그 사무의 처리에 관하여 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘는 신임관계가 당사자 사이에 발생한다고 할 수 없다. 따라서 그 대금의 지급은 당사자 사이의 신임관계에 기하여 매수인에게 위탁된 매도인의 사무가 아니라 애초부터 매수인 자신의 사무라고 할 것이다. 또한 매도인이 대금을 모두 지급받지 못한 상태에서 매수인 앞으로 목적물에 관한 소유권이전등기를 경료하였다면, 이는 법이 동시이행의 항변권 등으로 마련한 대금 수령의 보장을 매도인이 자신의 의사에 기하여 포기한 것으로서, 다른 특별한 사정이 없는 한 대금을 받지 못하는 위험을 스스로 인수한 것으로 평가된다. 그리고 그와

같이 미리 부동산을 이전받은 매수인이 이를 담보로 제공하여 매매대금 지급을 위한 자금을 마련하고 이를 매도인에게 제공함으로써 잔금을 지급하기로 당사자 사이에 약정하였다고 하더라도, 이는 기본적으로 매수인이 매매대금의 재원을 마련하는 방편에 관한 것이고, 그 성실한 이행에 의하여 매도인이 대금을 모두 받게 되는 이익을 얻는다는 것만으로 매수인이 신임관계에 기하여 매도인의 사무를 처리하는 것이 된다고 할 수 없다.

[2] 피고인이 갑에게서 임야를 매수하면서, 계약금을 지급하는 즉시 피고인 앞으로 소유권을 이전받되 매매잔금은 갑의 책임 아래 형질변경과 건축허가를 받으면 일정기간 내에 위 임야를 담보로 대출을 받아 지급하고 건축허가나지 아니하면 계약을 해제하여 원상회복해 주기로 약정하였는데도, 위 임야에 관하여 소유권이전등기를 받은 당일 1건, 그 후 1건의 근저당권을 설정한 사안에서, 피고인이 소유권이전등기를 받은 당일 이를 담보로 제공하여 자금을 융통하였고 그 후에도 같은 일을 하였으며 융통한 자금을 갑에게 매매대금으로 지급하지 아니하였다고 하여도 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 한 것으로 볼 수 없고, 그러한 담보 제공 등의 행위가 피고인이 위 임야를 갑에게 반환할 의무를 현실적으로 부담하고 있지 아니한 상태에서 행하여진 이상 달라지지 아니한다는 이유로, 피고인에게 배임죄가 성립하지 않는다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

(대법원 2011.4.28. 선고 2011도3247 판결)

문14. 【정답】 ②

【해설】

② 틀리다. <판례의 입장> [1] 형법 제362조 제2항에 정한 장물알선죄에서 ‘알선’이란 장물을 취득·양도·운반·보관하려는 당사자 사이에 서서 이를 중개하거나 편의를 도모하는 것을 의미한다. 따라서 장물인 정을 알면서, 장물을 취득·양도·운반·보관하려는 당사자 사이에 서서 서로를 연결하여 장물의 취득·양도·운반·보관행위를 중개하거나 편의를 도모하였다면, 그 알선에 의하여 당사자 사이에 실제로 장물의 취득·양도·운반·보관에 관한 계약이 성립하지 아니하였거나 장물의 점유가 현실적으로 이전되지 아니한 경우라도 장물알선죄가 성립한다.

[2] 장물인 귀금속의 매도를 부탁받은 피고인이 그 귀금속이 장물임을 알면서도 매매를 중개하고 매수인에게 이를 전달하려다가 매수인을 만나기도 전에 체포되었다 하더라도, 위 귀금속의 매매를 중개함으로써 장물알선죄가 성립한다

(대법원 2009.4.23. 선고 2009도1203 판결)

① 옳다. <판례의 입장> 금융기관 발행의 자기앞수표는 그 액면금을 즉시 지급받을 수 있는 점에서 현금에 대신하는 기능을 가지고 있어서 장물인 자기앞수표를 취득한 후 이를 현금 대신 교부한 행위는 장물취득에 대한 가벌

적 평가에 당연히 포함되는 불가벌적 사후행위로서 별도의 범죄를 구성하지 아니한다.

(대법원 1993.11.23. 선고 93도213 판결)

③ 옳다. <판례의 입장>

【판시사항】

이중매도로 인한 배임범죄에 제공된 부동산을 취득한 경우에 장물취득죄의 성부

【판결요지】

형법상 장물죄의 객체인 장물이라 함은 재산권상의 침해를 가져 올 위법행위로 인하여 영득한 물건으로서 피해자가 반환청구권을 가지는 것을 말하고 본건 대지에 관하여 매수인 " 갑" 에게 소유권 이전등기를 하여 줄 임무가 있는 소유자가 그 임무에 위반하여 이를" 을" 에게 매도하고 소유권이전등기를 경유하여 준 경우에는 위 부동산소유자가 배임행위로 인하여 영득한 것은 재산상의 이익이고 위 배임범죄에 제공된 대지는 범죄로 인하여 영득한 것 자체는 아니므로 그 취득자 또는 전득자에게 대하여 배임죄의 가공여부를 논함은 별문제로 하고 장물취득죄로 처단할 수 없다

(대법원 1975.12.9. 선고 74도2804 판결)

④ 옳다. <판례의 입장> 참고판례 : 횡령 교사를 한 후 그 횡령한 물건을 취득한 때에는 횡령교사죄와 장물취득죄의 경합범이 성립된다.

(대법원 1969.6.24. 선고 69도692 판결)

<검토> 본범의 정범(합동범, 공동정범, 간접정범 포함)은 장물죄의 주체가 될 수 없으나, 본범의 재산범죄를 교사·방조한 자가 본범이 영득한 장물을 취득·양도·운반·보관·알선한 경우에는 본범의 공범(교사·방조)과 장물죄의 실제적 경합이 된다(통설).

따라서 지문에서 甲은 乙에게 절도를 교사한 후 장물인 시계를 매수하였으므로 절도교사죄와 장물취득죄의 경합범이 된다.

문15. 【정답】 ④

【해설】

④ 틀리다. <판례의 입장> [1] 매개물을 통한 점화에 의하여 건조물을 소훼함을 내용으로 하는 형태의 방화죄의 경우에, 범인이 그 매개물에 불을 켜서 붙였거나 또는 범인의 행위로 인하여 매개물에 불이 붙게 됨으로써 연소작용이 계속될 수 있는 상태에 이르렀다면, 그것이 곧바로 진화되는 등의 사정으로 인하여 목적물인 건조물 자체에는 불이 옮겨 붙지 못하였다고 하더라도, 방화죄의 실행의 착수가 있었다고 보아야 할 것이고, 구체적인 사건에 있어서 이러한 실행의 착수가 있었는지여부는 범행 당시 피고인의 의사 내지 인식, 범행의 방법과 태양, 범행 현장 및 주변의 상황, 매개물의 종류와 성질 등의 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

[2] 피고인이 방화의 의사로 뿌린 휘발유가 인화성이 강한 상태로 주택주변과 피해자의 몸에 적지 않게 살포되어 있는 사정을 알면서도 라이터를 켜 불꽃을 일으킴으로써 피해자의 몸에 불이 붙은 경우, 비록 외부적 사정에 의하여 불이 방화 목적물인 주택 자체에 옮겨 붙지는 아니하였다 하더라도 현존건조물방화죄의 실행의 착수가 있었다 (대법원 2002. 3. 26. 선고 2001도6641 판결)

① 옳다. <판례의 입장> 피고인이 동거하던 공소외인과 가정불화가 악화되어 헤어지기로 작정하고 화炬에 죽은 동생의 유품으로 보관하던 서적 등을 뒷마당에 내어 놓고 불태워 버리려 했던 점이 인정될 뿐 피고인이 위 공소외인 소유의 가옥을 불태워 버리겠다고 결의하여 불을 놓았다고 볼 수 없다면 피고인의 위 소위를 가리켜 방화의 범의가 있었다고 할 수 없다. (대법원 1984.7.24. 선고 84도1245 판결)

② 옳다. <판례의 입장> [1] 형법 제167조 제2항은 방화의 객체인 물건이 자기의 소유에 속한 때에는 같은 조 제1항보다 감경하여 처벌하는 것으로 규정하고 있는바, 방화죄는 공공의 안전을 제1차적인 보호법익으로 하지만 제2차적으로는 개인의 재산권을 보호하는 것이라고 볼 수 있는 점, 현재 소유자가 없는 물건인 무주물에 방화하는 경우에 타인의 재산권을 침해하지 않는 점은 자기의 소유에 속한 물건을 방화하는 경우와 마찬가지로, 무주의 동산을 소유의 의사로 점유하는 경우에 소유권을 취득하는 것에 비추어(민법 제252조) 무주물에 방화하는 행위는 그 무주물을 소유의 의사로 점유하는 것이라고 볼 여지가 있는 점을 종합하여 보면, 불을 놓아 무주물을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 경우에는 ‘무주물’을 ‘자기 소유의 물건’에 준하는 것으로 보아 형법 제167조 제2항을 적용하여 처벌하여야 한다.

[2] 노상에서 전봇대 주변에 놓인 재활용품과 쓰레기 등에 불을 놓아 소훼한 사안에서, 그 재활용품과 쓰레기 등은 ‘무주물’로서 형법 제167조 제2항에 정한 ‘자기 소유의 물건’에 준하는 것으로 보아야 하므로, 여기에 불을 붙인 후 불상의 가연물을 집어넣어 그 화염을 키움으로써 전선을 비롯한 주변의 가연물에 손상을 입히거나 바람에 의하여 다른 곳으로 불이 옮겨붙을 수 있는 공공의 위험을 발생하게 하였다면, 일반물건방화죄가 성립한다 (대법원 2009.10.15. 선고 2009도7421 판결)

③ 옳다. <판례의 입장> 피고인들이 피해자들의 재물을 강취한 후 그들을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우, 피고인들의 행위는 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄에 모두 해당하고 그 두 죄는 상상적 경합범관계에 있다. (대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3416 판결)

문16. 【정답】 ③

【해설】

③ 4개. <검토>

- ㉠ 도주원조죄(형법 제147조, 제150조),
- ㉡ 현주건조물방화죄(형법 제164조, 제175조),
- ㉢ 유가증권위조죄(형법 제214조, 제224조),
- ㉣ 수도불통죄(형법 제195조, 제197조)

4개가 예비죄 처벌규정이 있다.

문17. 【정답】 ①

【해설】

① 틀리다. <판례의 입장> 갑 구청장이 을 구청장으로 전보된 후 갑 구청장의 권한에 속하는 건축허가에 관한 기안용지의 결재란에 서명을 한 것은 자격모용에 의한 공문서작성죄를 구성한다.

☞ 피고인이 1991.7.16. 17:00경 같은 날자로 부산직할시 제1구청장에서 제2구청장으로 전보되었다는 내용의 인사발령을 전화로 통보받았음을 알 수 있으므로 그로써 피고인에 대한 전보명령은 효력을 발생하여 그 이후에는 제2구청장으로서의 권한만 있을 뿐 제1구청장으로서의 권한은 없다.

(대법원 1993.4.27. 선고 92도2688 판결)

<검토> 작성권한 없는 자가 결재란에 자기의 서명을 한 경우로 자격모용에 의한 공문서작성죄가 성립한다.

② 옳다. <판례의 입장> 피고인들이 갑 등과 공모하여, 부동산등기법 제49조 제3항, 제2항에서 정한 확인서면의 등기의무자란에 등기의무자 을 대신 갑이 우무인을 날인하는 방법으로 사문서인 을 명의의 확인서면을 위조한 다음 법무사를 통해 이를 교부받았다고 기소된 사안에서, 위 확인서면은 법무사 명의의 문서이고, 작성명의인인 법무사가 피고인들 등에게 속아 등기의무자를 을로 하는 내용의 확인서면을 작성하였다고 하더라도 이를 피고인들 등이 위조하였다고는 볼 수 없다

☞ 확인서면은 부동산등기법 제49조 제3항, 제2항에 의해 법무사가 주민등록증 등에 의하여 등기의무자가 본인인지 여부를 확인하고 작성하는 서류이므로 이 사건 확인서면은 법무사 공소의 2 명의의 문서일 뿐이고, 확인서면 작성 과정에서 등기의무자가 본인 확인을 위해 필요한 우무인을 찍게 된다고 하더라도 그 등기의무자를 위 확인서면의 작성명의인으로 볼 수는 없으며, 법무사가 피고인들로부터 속아 등기의무자를 공소외 1로 하는 확인서면을 작성하였다고 하더라도 작성명의인이 문서를 작성한 이상 이를 피고인들이 위조한 것으로 볼 수도 없다 (대법원 2010.11.25. 선고 2010도11509 판결)

③ 옳다. <판례의 입장> 사문서위조나 공정증서원본불실 기재가 성립한 후, 사후에 피해자의 동의 또는 추인 등의 사정으로 문서에 기재된 대로 효과의 승인을 받거나 등기

가 실체적 권리관계에 부합하게 되었다 하더라도 이미 성립한 범죄에는 아무런 영향이 없다
(대법원 2007.6.28. 선고 2007도2714 판결)

④ 옳다. <판례의 입장> 종량제 쓰레기봉투에 인쇄할 시장 명의의 문안이 새겨진 필름을 제조하는 행위에 그친 경우에는 아직 위 시장 명의의 공문서인 종량제 쓰레기봉투를 위조하는 범행의 실행의 착수에 이르지 아니한 것으로서 그 준비단계에 불과한 것으로 보아 무죄를 선고한 원심판결을 수긍한 사례
(대법원 2007.2.23. 선고 2005도7430 판결)
<검토> 참고로 공문서위조죄의 경우 예비음모죄 처벌규정이 없다.

문18. 【정답】 ①

【해설】
① 옳다. <판례의 입장> 뇌물죄에 있어서 금품을 수수한 장소가 공개된 공사현장이었고 금품을 수수한 공무원이 이를 공사현장 인부들의 식대 또는 동 공사의 홍보비 등으로 소비하였을 뿐 자신의 사리를 취한바 없다 하더라도 그 뇌물성이 부인되지 않는다
(대법원 1985.5.14. 선고 83도2050 판결)

② 틀리다. <판례의 입장> [1] 필요적 공범이라는 것은 법률상 범죄의 실행이 다수인의 협력을 필요로 하는 것을 가리키는 것으로서 이러한 범죄의 성립에는 행위의 공동을 필요로 하는 것에 불과하고 반드시 협력자 전부가 책임이 있음을 필요로 하는 것은 아니다.
[2] 뇌물공여죄가 성립되기 위하여서는 뇌물을 공여하는 행위와 상대방측에서 금전적으로 가치가 있는 그 물품 등을 받아들이는 행위(부작위 포함)가 필요할 뿐이지 반드시 상대방측에서 뇌물수수죄가 성립되어야만 한다는 것을 뜻하는 것은 아니다.
(대법원 1987.12.22. 선고 87도1699 판결)

③ 틀리다. <판례의 입장> 뇌물죄는 직무집행의 공정과이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있고, 직무에 관한 청탁이나 부정한 행위를 필요로 하는 것은 아니기 때문에 수수된 금품의 뇌물성을 인정하는 데 특별한 청탁이 있어야만 하는 것은 아니고, 또한 금품이 직무에 관하여 수수된 것으로 족하고 개개의 직무행위와 대가적 관계에 있을 필요는 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다.
(대법원 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결)

④ 틀리다. <판례의 입장> 공무원이 그 직무의 대상이 되는 사람으로부터 금품 기타 이익을 받은 때에는 그것이 그 사람이 종전에 공무원으로부터 접대 또는 수수받은 것을 갚는 것으로서 사회상규에 비추어 볼 때에 의례상의

대가에 불과한 것이라고 여겨지거나, 개인적인 친분관계가 있어서 교분상의 필요에 의한 것이라고 명백하게 인정할 수 있는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 직무와의 관련성이 없는 것으로 볼 수 없고, 공무원의 직무와 관련하여 금품을 수수하였다면 비록 사교적 의례의 형식을 빌어 금품을 주고 받았다 하더라도 그 수수한 금품은 뇌물이 된다
(대법원 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결)

문19. 【정답】 ①

【해설】
① 1개. 甲에게 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하는 것은 ㉠ 1개 이다.
㉠ 위계에 의한 공무집행방해죄 성립. <판례의 입장> 피고인이 마치 그의 형인양 시험감독자를 속이고 원동기장치 자전거운전면허시험에 대리로 응시하였다면 피고인의 소위는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다.
(대법원 1986.9.9. 선고 86도1245 판결)

㉡ 위계에 의한 공무집행방해죄 불성립. <판례의 입장> 판례 a : 수사기관에 대하여 피의자가 허위자백을 하거나 참고인이 허위의 진술을 한 것만으로는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다.
(대법원 1971.3.9. 선고 71도186 판결)
판례 b : 수사기관이 범죄사건을 수사함에 있어서는 피의자나 참고인의 진술 여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반 증거를 수집·조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이고, 한편, 피의자는 진술거부권과 자기에게 유리한 진술을 할 권리와 유리한 증거를 제출할 권리가 있지만 수사기관에 대하여 진실만을 진술하여야 할 의무가 있는 것은 아니며, 또한 수사기관에서의 참고인은 형사소송절차에서 선서를 한 증인이 허위로 공술을 한 경우에 위증죄가 성립하는 것과 달리 반드시 진실만을 말하도록 법률상의 의무가 부과되어 있는 것은 아니므로, 피의자나 참고인이 피의자의 무고함을 입증하는 등의 목적으로 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하거나 허위의 증거를 제출하였다 하더라도, 수사기관이 충분한 수사를 하지 아니한 채 이와 같은 허위의 진술과 증거만으로 잘못된 결론을 내렸다면, 이는 수사기관의 불충분한 수사에 의한 것으로서 피의자 등의 위계에 의하여 수사가 방해되었다고 볼 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없을 것이나, 피의자나 참고인이 피의자의 무고함을 입증하는 등의 목적으로 적극적으로 허위의 증거를 조작하여 제출하였고 그 증거 조작의 결과 수사기관이 그 진위에 관하여 나름대로 충실한 수사를 하더라도 제출된 증거가 허위임을 발견하지 못하여 잘못된 결론을 내리게 될 정도에 이르렀다면, 이는 위계에 의하여 수사기관의 수사행위를 적극적으로 방해한 것으로서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다.
(대법원 2003. 7. 25. 선고 2003도1609 판결)

㉔ 위계에 의한 공무집행방해죄 **불성립. <판례의 입장>**
민사소송을 제기함에 있어 피고의 주소를 허위로 기재하여 법원공무원으로 하여금 변론기일소환장 등을 허위주소로 송달케 하였다는 사실만으로는 이로 인하여 법원공무원의 구체적이고 현실적인 어떤 직무집행이 방해되었다고 할 수는 없으므로, 이로써 바로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 볼 수는 없다.

(대법원 1996. 10. 11. 선고 96도312 판결)

㉕ 위계에 의한 공무집행방해죄 **불성립. <판례의 입장>**
일반적으로 출원 등에 의한 행정관청의 인허가처분은 신청서 기재와 부속소명자료 등에 의하여 그 인허가요건을 심사 결정하는 것이며 이는 출원사유가 사실과 부합되지 아니하는 경우가 있음을 전제로 하는 것이므로 출원자가 그 출원사유에 허위의 사실을 기재하고 허위의 소명자료를 첨부하였음에도 불구하고 행정관청이 그 출원사유에 대하여 진실한 것으로 가볍게 믿은 나머지 인허가처분을 하였다면 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 것이라 할 것이고 출원자의 위계에 의한 것이라고 할 수 없다.

☞ 피고인이 제1심 공동피고인 등 3인과 공모하여 그들이 개인택시운송사업면허를 받는 데 필요한 운전경력증명서를 허위로 발급받게 해주고 이를 면허관청에 소명자료로 제출하게 하여 대전시장으로부터 개인택시운송사업면허를 받게 함.

(대법원 1988.5.10. 선고 87도2079 판결)

<비교판례> [1] 행정관청이 출원에 의한 인·허가처분에 함에 있어서는 그 출원사유가 사실과 부합하지 아니하는 경우가 있음을 전제로 하여 인·허가할 것인지의 여부를 심사, 결정하는 것이므로 행정관청이 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 출원자가 제출한 허위의 출원사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 인가 또는 허가를 하였다면 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 출원자의 위계가 결과 발생의 주된 원인이었다고 할 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않는다고 할 것이지만, 출원자가 행정관청에 허위의 출원사유를 주장하면서 이에 부합하는 허위의 소명자료를 첨부하여 제출한 경우 허가관청이 관계 법령이 정한 바에 따라 인·허가요건의 존부 여부에 관하여 나름대로 충분히 심사를 하였으나 출원사유 및 소명자료가 허위임을 발견하지 못하여 인·허가처분을 하게 되었다면 이는 허가관청의 불충분한 심사가 그의 원인이 된 것이 아니라 출원인의 위계행위가 원인이 된 것이어서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다.

[2] 피고인이 개인택시 운송사업면허를 받은 지 5년이 경과되지 아니하여 원칙적으로 개인택시 운송사업을 양도할 수 없는 사람 등과 사이에 마치 그들이 1년 이상의 치료를 요하는 질병으로 인하여 직접 운전할 수 없는 것처럼 가장하여 개인택시 운송사업의 양도·양수인가를 받기로 공모한 후, 질병이 있는 노숙자들로 하여금 그들이 개인택시

운송사업을 양도하려고 하는 사람인 것처럼 위장하여 의사진료를 받게 한 다음, 그 정을 모르는 의사로부터 환자가 개인택시 운송사업의 양도인으로 된 허위의 진단서를 발급받아 행정관청에 개인택시 운송사업의 양도·양수인가신청을 하면서 이를 소명자료로 제출하여 진단서의 기재 내용을 신뢰한 행정관청으로부터 인가처분을 받은 경우, 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다

(대법원 2002. 9. 4. 선고 2002도2064 판결)

문20. 【정답】 ④

【해설】

④ ㉔, ㉕. 적절하지 않은 것(틀린 것)은 ㉔, ㉕이다.

㉔ 틀리다. **<판례의 입장> 판례 a** : 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 등을 받게 할 목적으로 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실인 경우에 성립되는 범죄로서, 신고자가 그 신고내용을 허위라고 믿었다 하더라도 그것이 객관적으로 진실한 사실에 부합할 때에는 허위사실의 신고에 해당하지 않아 무고죄는 성립하지 않는 것이며, 한편 위 신고한 사실의 허위 여부는 그 범죄의 구성요건과 관련하여 신고사실의 핵심 또는 중요내용이 허위인가에 따라 판단하여 무고죄의 성립 여부를 가려야 한다.

(대법원 1991.10.11. 선고 91도1950 판결)

판례 b : 위증죄에 있어서의 허위의 공술이란 증인이 자기의 기억에 반하는 사실을 진술하는 것을 말하는 것으로서 그 내용이 객관적 사실과 부합한다고 하여도 위증죄의 성립에 장애가 되지 않는다

(대법원 1989.1.17. 선고 88도580 판결)

<검토> 판례는 무고죄의 “허위”는 객관적 진실에 반하는 사실, 위증죄의 “허위”는 주관적 기억에 반하는 사실로 보므로 판례에 의하면 양 개념은 동일하지 않다.

㉕ 틀리다. **<판례의 입장>** 형법 제155조 제1항에서 타인의 형사사건에 관하여 증거를 위조한다 함은 증거 자체를 위조함을 말하는 것으로서, 선서무능력자로서 범죄 현장을 목격하지도 못한 사람으로 하여금 형사법정에서 범죄 현장을 목격한 양 허위의 증언을 하도록 하는 것은 위 조항이 규정하는 증거위조죄를 구성하지 아니한다.

(대법원 1998. 2. 10. 선고 97도2961 판결)

㉖ 옳다. **<판례의 입장>** 형법 제33조 소정의 이른바 신분관계라 함은 남녀의 성별, 내 외국인인 구별, 친족관계, 공무원인 자격과 같은 관계뿐만 아니라 널리 일정한 범죄행위에 관련된 범인의 인적관계인 특수한 지위 또는 상태를 지칭하는 것인 바, 형법 제152조 제1항은 ‘법률에 의하여 선서한 증인이 허위의 공술을 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 2만 5천원 이하의 벌금에 처한다’고 규정하고, 같은 법조 제2항은 ‘형사사건 또는 징계사건에 관하여 피고인, 피의자 또는 징계혐의자를 모해할 목적으로 전항의 죄를 범한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다’고 규정함으로써

위증을 한 범인이 형사사건의 피고인 등을 '모해할 목적'을 가지고 있었는가 아니면 그러한 목적이 없었는가 하는 범인의 특수 한 상태의 차이에 따라 범인에게 과할 형의 경중을 구별하고 있으므로, 이는 바로 형법 제33조 단서 소정의 "신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우"에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 피고인이 위 이낙섭을 모해할 목적으로 공소외인에게 위증을 교사 한 이상, 가사 정범인 공소외인에게 모해의 목적이 없었다고 하더라도, 형법 제33조 단서의 규정에 의하여 피고인을 모해위증교사죄로 처단할 수 있다
(대법원 1994.12.23. 선고 93도1002 판결)

㉔ 옳다. <판례의 입장> 위증죄는 법률에 의하여 선서한 증인이 허위의 공술을 한 때에 성립하는 것으로서, 그 공술의 내용이 당해 사건의 요증사실에 관한 것인지의 여부나 판결에 영향을 미친 것인지의 여부는 위증죄의 성립과 아무런 관계가 없다.
(대법원 1990.2.23. 선고 89도1212 판결)