'14년 제2차 형법 해설

김 형 진

문1. 【정답】 ④

【해설】

④ 틀리다. **<판례의 입장>** 농업협동조합법 등 관련 법령의 내용을 종합해 볼 때, 농업협동조합중앙회는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제4조 제1항 제2호에서 정한 '정부관리기업체'에 해당한다고 보기에 충분하므로, 위 법률 제4조 제1항의 위임을 받은 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 시행령 제2조 제48호가 농업협동조합중앙회를 정부관리기업체의 하나로 규정한 것이 위임입법의 한계를 벗어난 것으로 위헌·위법이라고 할 수 없다.

(대법원 2008.04.11. 선고 2007도8373 판결)

<검토> 원칙적으로 국회가 나름대로 애써서 제정한 법률은 가급적 위헌이 아니라 합헌 쪽으로 해석한다는 점과 최근 농협이나 공기업의 방만한 경영 내지 비리 등이 문제되어 국민의 혈세가 낭비되고 있으므로 이를 방지하기 위해서는 정부의 관리가 필요하다는 점을 상기하면서 판례의 결론을 암기한다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 헌법 제12조 제1항이 규정하고 있는 죄형법정주의 원칙은, 범죄와 형벌을 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로 규정하는 것을 그 핵심적 내용으로 하고, 나아가 형식적 의미의 법률로 규정하더라도 그 법률조항이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하므로, 처벌법규의 입법목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴보아 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서 그의 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있어야 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하지 않는다.

(대법원 2003.11.14. 선고 2003도3600 판결)

<검토> 죄형법정주의 파생원칙 중 성문법률주의가 있는데 여기서 법률이란 관습법·명령·규칙·판례·조리 등이 아니라 국회가 제정한 형식적 의미의 법률을 말한다.

② 옳다. **<판례의 입장>** 사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 수권법률(위임법률)이 구성요건의 점에서는 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 전제로 위임입법이 허용되며, 이러한 위임입법은 죄형법정주의에 반하지 않는다.

(대법원 2002.11.26. 선고 2002도2998 판결)

<검토> 성문법률주의의 한계를 극복하기 위한 위임입법의 요건을 ⅰ) 위입입법의 필요성 요건, ⅱ) 구성요건상 요건, ⅲ 형벌상 요건으로 구분하여 키워드로 눈에 익혀 두면 된다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그 때부터는 유효한 법규명령이 되나, 반대로 구법의 위임에 의한 유효한 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그 때부터 무효인 법규명령이 되므로, 어떤 법령의 위임 근거 유무에 따른 유효 여부를 심사하려면 법개정의 전·후에 걸쳐 모두 심사하여야만 그 법규명령의 시기에 따른 유효·무효를 판단할 수 있다.

(대법원 1995.06.30. 선고 93추83 판결)

<검토> 형식적 의미의 법률이 아닌 법규명령은 수권법률(위임법률)의 근거가 있어야 효력이 있는데, 처음에 수권법률(위임법률)의 근거가 없었다면 당연히 무효이지만, 나중에 수권법률(위임법률)의 근거가 마련되면 그 때부터는 당연히 유효하다는 판례이다. 한마디로 수권법률(위임법률)이 있어야 위임입법이 가능하다는 당연한 법리를 설시한 것이다.

문2. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. **<판례의 입장>** 범죄 후 법률의 개정에 의하여 법정형이 가벼워진 경우에는 형법 제1조 제2항에 의하여 당해 범죄사실에 적용될 가벼운 법정형(신법의 법정형)이 공소시효기간의 기준이 된다.

(대법원 2008.12.11. 선고 2008도4376 판결)

<검토> 공소시효의 취지에 비추어 공소시효기간은 실제로 적용되는 법의 법정형을 기준으로 한다고 이해한다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다

(대법원 2009.04.09. 선고 2009도321 판결)

<검토> '걸쳐서 사건'이다. 포괄일죄는 1죄로 범죄실행종료시까지 1개의 범죄가 계속되고 있는 것이다. 따라서 범죄실행종료전의 법들은 아무 의미가 없고, 범죄실행종료시의 법이 곧 행위시법으로서 적용되는 것이다. 상기 판례의 '신법'이라 함은 범죄실행종료전의 법 이후의 법이라는 의

미이다.
행위시법 이후 개정된 재판시법이 있을 때 행위시법을 '구법', 재판시법을 '신법'이라고 칭하는 것과 혼동해선 안된다.

② 옳다. **<판례의 입장>** 형법 제1조 제2항 및 제8조에 의하면 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 경우 신법에 의한다고 규정하고 있으나 신법에 경과규정을 두어 이러한 재판시법주의의 적용을 배제하는 것도 허용된다.
(대법원 1992.02.28. 선고 91도2935 판결)
<검토> '경과규정(부칙) 사건'이다. 경한 신법을 적용하라는 형법 제1조 제2항도 입법부가 만든 것이고, 중한 구법을 그대로 적용하라는 '경과규정(부칙)'도 입법부가 만든 것이다. 이렇게 모순되는 법규정이 있을 때는 입법자의 새로운 의지를 우선하여 나중에 규정한 '경과규정(부칙)'이 적용된다. 따라서 경과규정으로 형법 제1조 제2항을 배제하는 것이 허용된다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 법원조직법 제81조의2 이하의 규정에 의하여 마련된 대법원 양형위원회의 양형기준은 법관이 합리적인 양형을 정하는 데 참고할 수 있는 구체적이고 객관적인 기준으로 마련된 것이다. 위 양형기준은 법적 구속력을 가지지 아니하고, 단지 위와 같은 취지로 마련되어 그 내용의 타당성에 의하여 일반적인 설득력을 가지는 것으로 예정되어 있으므로 법관의 양형에 있어서 그 존중이 요구되는 것일 뿐이다.
[2] 대법원 양형위원회가 설정한 '양형기준'이 발효하기 전에 공소가 제기된 범죄에 대하여 위 '양형기준'을 참고하여 형을 양정한 사안에서, 피고인에게 불리한 법률을 소급하여 적용한 위법이 있다고 할 수 없다
(대법원 2009.12.10. 선고 2009도11448 판결)
<검토> '양형기준 사건'이다. 양형기준은 법률이 아니어서 소급효금지의 원칙이 적용되지 않으므로, 양형기준이 발효되기 전의 행위에 대하여 얼마든지 적용할 수 있는 것이다.

문3. 【정답】 ①
【해설】
① 옳다. **<검토>** 진정부작위범과 부진정부작위범의 구별기준에 관하여 실질설과 형식설이 대립한다. **실질설**은 구성요건이 단순한 부작위라는 거동만으로 충족되는 경우를 진정부작위범이라 하고, 부작위 이외에 구성요건적 결과의 발생을 요구하는 경우를 부진정부작위범이라 한다. 이에 의하면 진정부작위범은 작위범 중 거동범에, 부진정부작위범은 작위범 중 결과범에 대응한다. 따라서 **실질설**은 거동범에 대하여는 부진정부작위범이 성립할 여지가 없다고 본다.
형식설은 구성요건 자체가 부작위의 형식으로 규정되어 있어서 구성요건이 부작위에 의해서만 실현될 수 있는 범죄를 진정부작위범이라 하고, 작위범의 구성요건을 부작위에 의하여 실현하는 경우를 부진정부작위범이라 한다. 따라서 **형식설**은 결과범은 물론 거동범에 대하여도 부진정부작위범이 성립할 수 있다고 본다.

요약하면 부작위범을 구별할 때 **실질설**은 거동범=진정부작위범, 결과범=부진정부작위범 으로 보는데, **형식설**은 거동범인지 결과범인지 관계없이 법조문 형식이 '~아니한'이라고 되어 있는 범죄를 부작위로 범하면 진정부작위범, 법조문 형식이 '~한'이라고 되어 있는 범죄를 부작위로 범하면 결과범인지 거동범인지 관계없이 부진정부작위범으로 본다.
현재 **형식설**이 통설이다.

② 틀리다. **<판례의 입장> 판례Ⅰ:** 현행 형법은 유기죄에 있어서 구법과는 달리 보호법익의 범위를 넓힌 반면에 보호책임 없는 자의 유기죄는 없애고 법률상 또는 계약상의 의무있는 자만을 유기죄의 주체로 규정하고 있어 명문상 사회상규 상의 보호책임을 관념할 수 없다고 하겠으니 유기죄의 죄책을 인정하려면 보호책임이 있게 된 경위 사정관계 등을 설시하여 구성요건이 요구하는 법률상 또는 계약상 보호의무를 밝혀야 하고 설혹 동행자가 구조를 요하게 되었다 하여도 일정거리를 동행한 사실만으로서는 피고인에게 법률상 계약상의 보호의무가 있다고 할 수 없으니 유기죄의 주체가 될 수 없다.
(대판 1977.1.11. 76도3419)
판례Ⅱ: 형법상 부작위범이 인정되기 위해서는 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과 발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과 발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있고, 여기서 작위의무는 법적인 의무이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 작위의무가 법적인 의무인 한 성문법이건 불문법이건 상관이 없고 또 공법이건 사법이건 불문하므로, 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다.
(대판 1996. 9. 6. 95도2551)
<법조문> 형법 제271조 제1항 : 노유, 질병 기타 사정으로 인하여 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상 의무있는 자가 유기한 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
<검토> 부진정부작위범(부작위에 의한 사기죄)의 작위의무의 발생근거는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는

물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무도 인정되는 반면, 유기죄에서 보호의무의 발생근거는 법률상 또는 계약상 의무에 한정되므로 전자가 후자보다 그 범위가 넓다.

③ 틀리다. **<판례의 입장>** 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 되돌이키지 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.
(대판 2004.6.24, 2002도995)
<검토> '보라매 병원 사건'에서 판례가 설시한 내용이다.
판례는 이 사건에서 1. 법률상 보호의무자인 처가 더 이상 치료를 해 주지 않은 부작위로 남편을 사망케 한 행위에 대해서는 부작위에 의한 살인죄에 해당한다고 하였으나, 2. 의사의 호흡보조장치의 제거행위(치료를 해 주지 않은 부작위로도 볼 수 있음)에 대해서는 '행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에 이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙'이라는 논거와, 공동정범의 요건인 기능적 행위지배가 흠결된 것을 고려하여 작위에 의한 살인방조죄에 해당한다고 하였다.

④ 틀리다. **<판례의 입장>** 도로교통법 제50조 제1항(현행 제54조), 제2항이 규정한 교통사고발생시의 구호조치의무 및 신고의무는 차의 교통으로 인하여 사람을 사상하거나 물건을 손괴한 때에 운전자 등으로 하여금 교통사고로 인한 사상자를 구호하는 등 필요한 조치를 신속히 취하게 하고, 또 속히 경찰관에게 교통사고의 발생을 알려서 피해자의 구호, 교통질서의 회복 등에 관하여 적절한 조치를 취하게 하기 위한 방법으로 부과된 것이므로 교통사고의 결과가 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황인 이상 그 의무는 교통사고를 발생시킨 당해 차량의 운전자에게 그 사고발생에 있어서 고의·과실 혹은 유책·위법의 유무에 관계없이 부과된 의무라고 해석함이 상당할 것이므로, 당해 사고에 있어 귀책사유가 없는 경우에도 위 의무가 없다 할 수 없고, 또 위 의무는 신고의무에만 한정되는 것이 아니므로 타인에게 신고를 부탁하고 현장을 이탈하였다고 하여 위 의무를 다한 것이라고 말할 수는 없다.
(대판 2002. 5. 24. 2000도1731)
<검토> 도로교통법상 사상자구호조치의무는 운전자 본인에게 과실이 있든 없든 불문하고 일단 사고를 당한 '사람부터 구하라'라는 인간생명존중의 취지로 부과된 것이라고 이해하면 된다.

문4. 【정답】 ③
【해설】
③ 틀리다. **<판례의 입장>** 甲이 乙 등 3명과 싸우다가 힘이 달리자 식칼을 가지고 이들 3명을 상대로 휘두르다가 이를 말리면서 식칼을 뺏으려던 피해자 丙에게 상해를 입혔다면 甲에게 상해의 범의가 인정되며 상해를 입은 사람이 목적한 사람이 아닌 다른 사람이라 하여 과실상해(치상)죄에 해당한다고 할 수 없다.
(대법원 1987.10.26. 선고 87도1745 판결)
<검토> 지문의 경우는 甲이 인식한 범죄사실(乙 등 3명을 상해)과 발생한 범죄사실(丙의 상해)이 구체적으로 일치하지는 않으나 인식한 범죄사실과 발생한 범죄사실이 모두 동일한 구성요건(상해죄)에 속하는 경우로 구체적 사실의 착오에 해당하고, 乙 등 3명을 상해할 고의로 식칼을 휘둘렀는데 행위의 방법이 잘못되어 丙을 찌른 경우이므로 방법의 착오(타격의 착오)에 해당하는 사례이다.
판례는 사실의 착오의 경우 법정적 부합설을 취한다. 법정적 부합설은 주관적으로 인식한 범죄사실의 구성요건(또는 죄질)과 객관적으로 발생한 범죄사실의 구성요건(또는 죄질)이 서로 일치하는 경우에 한하여 고의기수범의 성립을 인정한다.
즉, 법정적 부합설에 의하면 구체적 사실의 착오인 경우 그 착오는 중요하지 않아 발생한 범죄사실이 당초의 고의에 의한 것이라고 평가되어, 객체의 착오·방법의 착오를 불문하고 발생한 범죄사실에 대한 고의기수범의 성립을 인정한다.
지문의 경우 주관적으로 인식한 범죄사실(乙 등 3명을 상해)의 구성요건과 객관적으로 발생한 범죄사실(丙의 상해)의 구성요건이 일치(상해죄)하는 경우로 구체적 사실의 착오(중 방법의 착오)에 해당하므로 丙에 대한 고의 상해죄가 성립하는 것이다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 미필적 고의라 함은 결과의 발생이 불확실한 경우 즉 행위자에 있어서 그 결과발생에 대한 확실한 예견은 없으나 그 가능성은 인정하는 것으로, 이러한 미필적 고의가 있었다고 하려면 결과발생의 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 결과발생을 용인하는 내심의 의사가 있음을 요한다.
(대법원 2004.02.27. 선고 2003도7507 판결)
<검토> 미필적 고의의 키워드는 '용인'임을 잊지 말자.

② 옳다. **<판례의 입장>** 피고인이 피해자에게 ~ 상해를 가함으로써 피해자가 바닥에 쓰러진 채 정신을 잃고 빈사상태에 빠지자, 피해자가 사망한 것으로 오인하고, 피고인

의 행위를 은폐하고 피해자가 자살한 것처럼 가장하기 위하여 피해자를 베란다로 옮긴 후 베란다 밑 약 13m 아래의 바닥으로 떨어뜨려 피해자로 하여금 현장에서 ~ 사망에 이르게 하였다면, 피고인의 행위는 포괄하여 단일의 상해치사죄에 해당한다. (대판 1994.11.4, 94도2361)
<검토> '낙산비치호텔 사건'이다. 이 사건은 반드시 범죄명을 암기하고 있어야 하는 사건으로, '빈사상태'와 '베란다'라는 2개의 키워드로 낙산비치호텔 사건임을 간파하고 범죄명 '상해치사죄'를 떠올려야 한다.
이론적으로 '낙산비치호텔 사건'은 행위자가 예견한 인과관계의 진행과정과 실제로 진행된 인과과정이 다른 경우로 이를 인과과정의 착오 또는 인과관계의 착오라고 한다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 행정상의 단속을 주안으로 하는 법규라 하더라도 '명문규정이 있거나 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우'를 제외하고는 형법의 원칙에 따라 '고의'가 있어야 벌할 수 있다.
(대법원 2010.02.11. 선고 2009도9807 판결)
<검토> 과실범은 범죄사실을 인식·인용하여 구성요건을 실현한 고의범과 달리 부주의에 의해 구성요건을 실현한 경우이므로 고의범에 비해 불법 및 책임의 정도가 가벼워, 형법은 과실범을 법률에 특별한 규정이 있을 때에 한해 예외적으로 처벌하고, 그 법정형도 고의범에 비해 낮게 규정하고 있다. 이는 행정상의 법규라도 범죄와 형벌을 규정한 것이면 마찬가지일 것이다.

문5. 【정답】 ④
【해설】
④ 위법성이 조각되는 경우는 ㉢, ㉣이고, 위법성이 조각되지 않는 경우는 ㉠, ㉡이다.

㉠ 위법성이 조각되지 않음. **<판례의 입장>** 남편을 상대로 한 제소행위에 대하여 응소하는 행위가 처의 일상가사대리권에 속한다고 할 수 없음은 물론이고, 행방불명된 남편에 대하여 불리한 민사판결이 선고되었다 하더라도 그러한 사정만으로써는 적법한 다른 방법을 강구하지 아니하고 남편명의의항소장을 임의로 작성하여 법원에 제출한 행위가 사회통념상 용인되는 극히 정상적인 생활형태의 하나로서 위법성이 없다 할 수 없다
(대법원 1994.11.08. 선고 94도1657 판결)
<검토> 아무리 억울한 일을 당하였더라도 적법한 방법이 아니라 위법한 방법(사문서위조)을 사용하면 처벌된다는 취지이다.

㉡ 위법성이 조각되지 않음. **<판례의 입장>** 수급인이 권리행사에 빙자하여 도급인측에 대하여 비리를 관계기관에 고발하겠다는 내용의 협박 내지 사무실의 장시간 무단점거 및 직원들에 대한 폭행 등의 위법수단을 써서 기성고공사대금 명목으로 금 80,000,000원을 교부받은 소위는 사회통념상 허용되는 범위를 넘는 것으로서 이는 공갈죄에 해당한다.
(대법원 1991.12.13. 선고 91도2127 판결)
<검토> 권리자라 하여도 적법한 방법이 아니라 위법한 방법(공갈)을 사용하면 처벌된다는 취지인데, '빙자', '협박', '장시간 무단점거', '폭행' 이라는 하드한 표현의 키워드를 통해서 처벌 쪽으로 암기하면 되는 판례이다.

㉢ 위법성이 조각됨. **<판례의 입장>** 피고인이 그 소유건물에 인접한 대지 위에 건축허가조건에 위반되게 건물을 신축, 사용하는 소유자로부터 일조권 침해 등으로 인한 손해배상에 관한 합의금을 받은 것이 사회통념상 용인되는 범위를 넘지 않는 것이어서 공갈죄가 성립되지 않는다
(대법원 1990.08.14. 선고 90도114 판결)
<검토> '합의'금이라는 소프트한 표현의 키워드를 통해서 불처벌(위법성 조각) 쪽으로 암기하면 되는 판례이다.

㉣ 위법성이 조각됨. **<판례의 입장>** 피해자로부터 범인으로 오인되어 경찰에 끌려가 구타당하여 입원한 경우에 피해자에게 그 치료비를 요구하고 응하지 않으면 무고죄로 고소하겠다고 언명한 경우, 이것이 곧 범법행위가 된다고 볼 수 없다.
(대법원 1971.11.09. 선고 71도1629 판결)
<검토> 이 정도의 행위로는 사회상규에 반하지 않아 정당행위로서 위법성이 조각된다는 판례이다.
'범인'으로 '오인'되어 '구타'당하여 '입원'까지 한 사람 불쌍하다고 생각하면서 불처벌(위법성 조각) 쪽으로 암기하면 되면 판례이다.

문6. 【정답】 ④
【해설】
④ ㉠, ㉡, ㉢, ㉣, ㉤ 5개 모두 옳지 않다.
㉠ 틀리다. **<검토>** 도의적 책임론은 책임의 근거를 자유의사에 두고, 책임은 자유의사를 가진 자가 자유로운 의사에 의하여 적법행위를 할 수 있었음에도 불구하고 위법한 행위를 하였기 때문에 행위자에게 가해지는 도의적·윤리적 비난이라는 견해이다. 따라서 자유의사가 없으면 책임도 없고 책임이 없는 자는 범죄를 범할 수도 없으므로 책임능력은 범죄능력으로 이해된다.
반면 사회적 책임론은 책임의 근거는 소질과 환경에 의해 결정된 반사회적 '성격'·사회적 위험성에 두고, 책임은 반사회적인 위험한 성격을 가진 행위자가 사회방위처분(형벌)을 받아야 할 지위를 의미한다는 견해이다. 따라서 사회적으로 위험한 성격을 가진 책임무능력자에 대해서도 사회방위처분인 보안처분이 필요하므로, 책임능력은 형벌능력으로 이해된다.

㉡ 틀리다. **<법조문>** 형법 제10조(심신장애자) 제1항 : 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결

정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다.
<검토> 법조문상 사물을 변별할 능력이 없으며 동시에 의사를 결정할 능력이 없어야 심신상실로 인한 책임무능력자로 인정되는 것이 아니라,
사물을 변별할 능력과 의사를 결정할 능력 둘 중 어느 하나가 없으면 심신상실로 인한 심신상실로 인한 책임무능력자로 인정된다.

㉡ 틀리다. **<법조문>** 형법 제10조(심신장애자) 제2항 : 심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다.
<검토> 감면이 아니라 감'경'이다. 심신미약자는 필요적 감경 단순암기하고 있어야 한다.

㉢ 틀리다. **<판례의 입장>** 형법 제10조 제1항, 제2항에 규정된 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신분열증의 종류와 정도, 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 반성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다.
(대법원 1999.01.26. 선고 98도3812 판결)
<검토> 심신장애 여부는 의학적 판단이 아니라 법률적 판단이므로 궁극적으로 법원이 독자적으로 판단할 수 있는 것이다.

㉣ 틀리다. **<법조문>** 형법 제10조(심신장애자) 제3항 : 위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다.
<검토> 행위 시 책임능력이 없는 자의 행위라도 원래 책임능력이 있는 자가 자의로 자기를 책임능력이 없는 상태로 빠뜨린 원인에 있어서의 자유로운 행위라면 예외적으로 형벌을 부과할 수 있다.

문7. 【정답】 ③
【해설】
③ 틀리다. **<판례의 입장>** 야간 당직 근무중인 청원경찰이 불법주차 단속요구에 응하여 현장을 확인만 하고 주간 근무자에게 전달하여 단속하겠다고 했다는 이유로 민원인이 청원경찰을 폭행한 사안에서, 야간 당직 근무자는 불법주차 단속권한은 없지만 민원 접수를 받아 다음날 관련 부서에 전달하여 처리하고 있으므로 불법주차 단속업무는 야간 당직 근무자들의 민원업무이자 경비업무로서 공무집행방해죄의 '직무집행'에 해당하여 공무집행방해죄가 성립한다
(대법원 2009.01.15. 선고 2008도9919 판결)
<검토> 판례의 근거를 암기하기 보다는 물리력을 전혀 행사하지 않은 젠틀한 청원'경찰'을 폭행한 나쁜 놈이라고 생각하고 처벌 쪽으로 암기하면 되는 판례이다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 한미FTA 비준동의안에 대한 국회외교통상상임위원회(이하 '외통위'라 한다)의 처리 과정에서, 갑 정당 당직자인 피고인들이 갑 정당 소속 외통위 위원 등과 함께 외통위 회의장 출입문 앞에 배치되어 출입을 막고 있던 국회 경위들을 밀어내기 위해 국회 경위들의 옷을 잡아당기거나 밀치는 등의 행위를 한 사안에서, 제반 사정에 비추어 외통위 위원장이 을 정당 소속 외통위 위원들이 위원장실에 이미 입실한 상태에서 회의장 출입구를 폐쇄하고 출입을 봉쇄하여 다른 정당 소속 외통위 위원들의 회의장 출입을 막은 행위는 상임위원회 위원장의 질서유지권 행사의 한계를 벗어난 위법한 조치이고, 회의장 근처에 배치된 국회 경위들이 갑 정당 소속 외통위 위원들의 회의장 출입을 막은 행위는 외통위 위원장의 위법한 조치를 보조한 행위에 지나지 아니하여 역시 위법한 직무집행이며, 피고인들이 갑 정당 소속 외통위 위원들을 회의장으로 들여보내기 위하여 그들과 함께 국회 경위들을 밀어내는 과정에서 경위들의 옷을 잡아당기는 등의 행위를 하였더라도, 이러한 행위는 적법성이 결여된 직무행위를 하는 공무원에게 대항하여 한 것에 지나지 아니하여 공무집행이 적법함을 전제로 하는 공무집행방해죄는 성립하지 않는데도, 이와 달리 보아 피고인들에게 유죄를 인정한 원심판결에 공무집행방해죄에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.
(대법원 2013.06.13. 선고 2010도13609 판결)
<검토> '국회 날치기 사건'이다. 국회에서는 원칙적으로 여야 합의 하에 모든 입법행위를 해야 함에도, 야당의원을 배제한 날치기 시도는 위법한 것이고, 이를 보조하는 국회 경위들의 행위 역시 위법한 것이므로 국회 경위들의 직무가 적법하지 않아 국회 경위들에 대한 폭행·협박행위는 공무집행방해죄가 성립하지 않는다는 취지이다.
참고로 이 사건에서 피고인들 등이 국회외교통상상임위원회 회의장 앞 복도에서 출입이 봉쇄된 회의장 출입구를 뚫을 목적으로 회의장 출입문 및 그 안쪽에 쌓여있던 책상, 탁자 등 집기를 손상한 행위에 대해서는 공용물건손상죄, 국회의 심의를 방해할 목적으로 소방호스를 이용하여 회의장 내에 물을 분사한 행위에 대해서는 국회회의장소동죄가 성립하였음도 기억해 둔다.

② 옳다. **<판례의 입장>** 피고인이 甲 시청 옆 일반국도인 도로의 보도에서 철야농성을 위해 천막을 설치하던 중 이를 제지하는 甲 시청 소속 공무원들에게 폭행을 가한 사안에서, 정당한 사유 없이 보도에 천막을 설치하여 교통에 지장을 끼치는 등 도로법 제45조에 규정된 금지행위를 하는 데 대하여 도로 관리청 소속 공무원이 도로 관리의 목적으로 이를 제지하고 시설물의 설치를 완성하지 못하도록 막는 등의 행위는 도로의 본래 목적을 달성하도록 하기 위한 합리적 상당성이 있는 조치로서 포괄적인 도로관리권의 행사 범주에 속하므로, 도로관리권에 근거한 공무집행을 하는 공무원에 대하여 폭행 등을 가한 피고인의

행위는 공무집행방해죄를 구성한다
(대법원 2014.02.13. 선고 2011도10625 판결)
<검토> '농성천막 사건'이다. 철야농성을 위해 천막을 설치하는 것은 위법한 행위이고 이를 공무원들이 제지하는 것은 적법한 행위이므로 적법한 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행을 한 경우이므로 공무집행방해죄가 성립한다는 취지이다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 자가용차를 운전하다가 교통사고를 낸 사람이 경찰관서에 신고함에 있어 가해차량이 자가용일 경우 피해자와 합의하는데 불리하다고 생각하여 영업용택시를 운전하다가 사고를 내었다고 허위신고를 하였다 하더라도 이 사실만으로 공무원의 직무집행을 방해할 의사가 있었다고 단정하기 어려우므로 위계로 인한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다.
(대법원 1974.12.10. 선고 74도2841 판결)
<검토> 원칙적으로 공무소에 허위신고한 경우 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다. 예외적으로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하는 경우를 키워드로 암기해 두어야 한다.

문8. 【정답】 ②
【해설】
② 옳지 않은 것은 ㉠, ㉢, ㉤ 이다.
㉠ 틀리다. **<판례의 입장>** 다른 공범의 범행을 중지하게 하지 아니한 이상 자기만의 범의를 철회, 포기하여도 중지미수로는 인정될 수 없는 것인바, 기록에 의하면, 피고인은 원심 공동피고인과 합동하여 피해자를 텐트 안으로 끌고 간 후 원심 공동피고인, 피고인의 순으로 성관계를 하기로 하고 피고인은 위 텐트 밖으로 나와 주변에서 망을 보고 원심 공동피고인은 피해자의 옷을 모두 벗기고 피해자의 반항을 억압한 후 피해자를 1회 간음하여 강간하고, 이어 피고인이 위 텐트 안으로 들어가 피해자를 강간하려 하였으나 피해자가 반항을 하며 강간을 하지 말아 달라고 사정을 하여 강간을 하지 않았다는 것이므로, 앞서 본 법리에 비추어 보면 위 원심 공동피고인이 피고인과의 공모하에 강간행위에 나아간 이상 비록 피고인이 강간행위에 나아가지 않았다 하더라도 중지미수에 해당하지는 않는다고 할 것이다.
같은 취지에서, 원심이, 피고인에 대한 판시 행위를 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제6조 제1항, 형법 제297조의 기수로 인정하여 처벌한 제1심의 조치를 유지한 것은 정당하다.
(대법원 2005.02.25. 선고 2004도8259 판결)
<검토> 공동정범의 경우 공동의사 범위 내에서 공동실행으로 인하여 발생한 전체결과에 대해 책임을 진다(일부실행·전부책임의 원칙). 사안은 이미 다른 공범자에 의해 결과가 발생하여 기수가 된 경우이므로 중지미수가 성립할 여지가 없는 것이다.

㉡ 옳다. **<판례의 입장>** 피고인이 장롱 안에 있는 옷가지에 불을 놓아 건물을 소훼하려 하였으나 불길이 치솟는 것을 보고 겁이 나서 물을 부어 불을 끈 것이라면, 위와 같은 경우 치솟는 불길에 놀라거나 자신의 신체안전에 대한 위해 또는 범행 발각시의 처벌 등에 두려움을 느끼는 것은 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 이를 자의에 의한 중지미수라고는 볼 수 없다.
(대법원 1997.06.13. 선고 97도957 판결)
<검토> 중지미수 관련 판례는 한방에 해결된다. 중지미수가 인정된 판례 '친해지면 사건', '공범자 배신 사건' 2개 확실히 암기하고 여유가 있으면 지방법원 판례인 '청산가리 사건'을 보너스로 알아두면 충분하다. 그 이외는 중지미수가 부정된다고 보면 된다.

㉣ 옳다. **<판례의 입장>** 피고인이 갑에게 위조한 예금통장사본 등을 보여주면서 외국회사에서 투자금을 받았다고 거짓말하며 자금 대여를 요청하였으나, 갑과 함께 그 입금 여부를 확인하기 위해 은행에 가던 중 은행 입구에서 차용을 포기하고 돌아가 사기미수로 기소된 사안에서, 피고인이 범행이 발각될 것이 두려워 범행을 중지한 것으로서 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당하여 자의에 의한 중지미수로 볼 수 없다
(대법원 2011.11.10. 선고 2011도10539 판결)
<검토> 위에서 언급했듯이 '친해지면 사건', '공범자 배신 사건', '청산가리 사건'이 아니므로 중지미수가 부정된다.

㉢ 틀리다. **<판례의 입장>** 강도가 강간하려고 하였으나 잠자던 피해자의 어린 딸이 잠에서 깨어 우는 바람에 도주하였고, 또 피해자가 시장에 간 남편이 곧 돌아온다고 하면서 임신 중이라고 말하자 도주한 경우에는 자의로 강간행위를 중지하였다고 볼 수 없다.
(대법원 1993.04.13. 선고 93도347 판결)
<검토> 위에서 언급했듯이 '친해지면 사건', '공범자 배신 사건', '청산가리 사건'이 아니므로 중지미수가 부정된다.

㉤ 틀리다. **<판례의 입장>** 범죄의 실행행위에 착수하고 그 범죄가 완수되기 전에 자기의 자유로운 의사에 따라 범죄의 실행행위를 중지한 경우에 그 중지가 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 의한 것이 아니라면 이는 중지미수에 해당한다고 할 것이지만, 피고인이 피해자를 살해하려고 그의 목 부위와 왼쪽 가슴 부위를 칼로 수 회 찔렀으나 피해자의 가슴 부위에서 많은 피가 흘러나오는 것을 발견하고 겁을 먹고 그만 두는 바람에 미수에 그친 것이라면, 위와 같은 경우 많은 피가 흘러나오는 것에 놀라거나 두려움을 느끼는 것은 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 이를 자의에 의한 중지미수라고 볼 수

없다.
(대법원 1999.04.13. 선고 99도640 판결)
<검토> 위에서 언급했듯이 '친해지면 사건', '공범자 배신 사건', '청산가리 사건'이 아니므로 중지미수가 부정된다.

문9. 【정답】 ②
【해설】
② 옳지 않은 것은 ㉣ 1개이다.
㉠ 옳다. **<판례의 입장> 판례Ⅰ(진정신분범)** : 공무원이 아닌 자는 형법 제228조의 경우를 제외하고는 허위공문서 작성죄의 간접정범으로 처벌할 수 없으나 , 공무원이 아닌 자가 공무원과 공동하여 허위공문서작성죄를 범한 때에는 공무원이 아닌 자도 형법 제33조, 제30조에 의하여 허위공문서작성죄의 공동정범이 된다(성립=처벌).
(대판 2006.5.11. 2006도1663)
판례Ⅱ(부진정신분범) : 비점유자가 업무상점유자와 공모하여 횡령한 경우에 비점유자도 형법 제33조 본문에 의하여 공범관계가 **성립**되며 다만 그 **처단**에 있어서는 동조단서의 적용을 받는다
(대판 1965.8.24. 65도493)
<검토> 판례Ⅰ에서 판례는 형법 제33조 본문을 진정신분범의 성립과 과형에 관한 규정으로,
판례Ⅱ에서 판례는 형법 제33조 본문을 부진정신분범의 성립에 관한 규정으로,
판례Ⅱ에서 판례는 형법 제33조 단서를 부진정신분범의 과형에 관한 규정으로 보고 있음을 알 수 있다.

㉡ 옳다. **<판례의 입장>** 치과의사가 환자의 대량유치를 위해 치과기공사들에게 내원환자들에게 진료행위를 하도록 지시하여 동인들이 각 단독으로 전항과 같은 진료행위를 하였다면 무면허의료행위의 교사범에 해당한다.
(대법원 1986.07.08. 선고 86도749 판결)
<검토> 이른바 소극적 신분에 관한 사례인데, 형법 제33조는 소극적 신분에 관하여 규정하고 있지 않아 형법 제33조로는 해결할 수 없다.
이론적으로는 비신분자(치과기공사)인 정범에게 범죄가 성립하므로 신분자(치과의사)에게도 불법효과가 연대적으로 미치므로 비신분자(치과기공사) 범죄(무면허의료행위죄)에 대해 공범의 성립이 가능하다고 설명된다.
이해용으로 제33조 본문의 취지를 고려하여 이해하는 방식도 있으나 이는 강의시간에 설명하도록 한다.

㉢ 옳다. **<판례의 입장>** 의료인일지라도 의료인 아닌 자의 의료행위에 공모하여 가공하면 의료법 제25조 제1항이 규정하는 무면허의료행위의 공동정범으로서의 책임을 진다.
(대판 1986.2.11, 85도448)
<검토> 역시 소극적 신분에 관한 사례인데, 형법 제33조는 소극적 신분에 관하여 규정하고 있지 않아 형법 제33조로는 해결할 수 없다.
이론적으로는 비신분자(의료인 아닌 자)인 정범에게 범죄가 성립하므로 신분자(의료인)에게도 불법효과가 연대적으로 미치므로 비신분자(의료인 아닌 자) 범죄(무면허의료행위죄)에 대해 공범의 성립이 가능하다고 설명된다.
이해용으로 제33조 본문의 취지를 고려하여 이해하는 방식도 있으나 이는 강의시간에 설명하도록 한다.

㉣ 틀리다. **<판례의 입장>** 공직선거법 제257조 제1항 제1호에서 규정하는 각 기부행위제한위반의 죄는 공직선거법 제113조(후보자 등의 기부행위 제한), 제114조(정당 및 후보자의 가족 등의 기부행위 제한), 제115조(제3자의 기부행위 제한)에 각기 한정적으로 열거되어 규정하고 있는 신분관계가 있어야만 성립하는 범죄이고, 죄형법정주의의 원칙상 유추해석은 할 수 없으므로, 위 각 해당 신분관계가 없는 자의 기부행위는 위 각 해당 법조항 위반의 범죄로는 되지 않는다. 또한, 각 법조항을 구분하여 기부행위의 주체 및 그 주체에 따라 기부행위제한의 요건을 각기 달리 규정한 취지는 각 기부행위의 주체자에 대하여 그 신분에 따라 각 해당법조로 처벌하려는 것이므로, 각 기부행위의 주체로 인정되지 아니하는 자가 기부행위의 주체자 등과 공모하여 기부행위를 하였다 하더라도 그 신분에 따라 각 해당법조로 처벌하여야지 기부행위 주체자에 해당하는 법조 위반의 공동정범으로 처벌할 수는 없다.
(대법원 2008.3.13. 선고 2007도9507 판결)
<검토> '기부행위 주체 사건'이다. 이 사건은 입법자가 주체별로 적용할 법규정을 특별히 따로 마련하였으므로 형법 제33조 규정을 적용하지 않겠다는 입법자의 의지가 있다고 이해하면 된다.

문10. 【정답】 ②
【해설】
② 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 협박죄가 성립하려면 고지된 해악의 내용이 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 친숙의 정도 및 지위 등의 상호관계, 제3자에 의한 해악을 고지한 경우에는 그에 포함되거나 암시된 제3자와 행위자 사이의 관계 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 볼 때에 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 하지만, 상대방이 그에 의하여 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아니며, 그와 같은 정도의 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 그로써 구성요건은 충족되어 협박죄의 기수에 이르는 것으로 해석하여야 한다.
[2] 결국, 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 위험범이라 봄이 상당하고, 협박죄의 미수범 처벌조항은 해악의 고지가 현실적으로 상대방에게 도달하지 아니한 경우나, 도달은 하였으나 상대방이 이를 지각하지

못하였거나 고지된 해악의 의미를 인식하지 못한 경우 등에 적용될 뿐이다.
(대법원 2007.09.28. 선고 2007도606 전원합의체 판결)
<검토> '정보과 경찰관 사건'이다. 협박죄의 기수 기준은 공포심이 아니라 의미 인식임을 잊지 말자.

① 옳다. **<판례의 입장>** 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 범죄로서 형법규정의 체계상 개인적 법익, 특히 사람의 자유에 대한 죄 중 하나로 구성되어 있는바, 위와 같은 협박죄의 보호법익, 형법규정상 체계, 협박의 행위 개념 등에 비추어 볼 때, 협박죄는 자연인만을 그 대상으로 예정하고 있을 뿐 법인은 협박죄의 객체가 될 수 없다.
(대법원 2010.07.15. 선고 2010도1017 판결)
<검토> 협박죄에서는 해악의 상대방과 고지의 상대방을 구별해야 한다. 법인은 해악의 상대방은 될 수 있지만 눈과 귀가 없어 고지의 상대방은 될 수 없다. 여기서 고지의 상대방이 바로 협박죄의 객체이다.

③ 옳다. [1] 형법 제283조에서 정하는 협박죄의 성립에 요구되는 '협박'이라고 함은 일반적으로 그 상대방이 된 사람으로 하여금 공포심을 일으키기에 충분한 정도의 해악을 고지하는 것으로서, 그러한 해악의 고지에 해당하는지 여부는 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 관계·지위, 그 친숙의 정도 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 판단되어야 한다. 한편 여기서의 '해악'이란 법익을 침해하는 것을 가리키는데, 그 해악이 반드시 피해자 본인이 아니라 그 친족 그 밖의 제3자의 법익을 침해하는 것을 내용으로 하더라도 피해자 본인과 제3자가 밀접한 관계에 있어서 그 해악의 내용이 피해자 본인에게 공포심을 일으킬 만한 것이라면 협박죄가 성립할 수 있다.
[2] 피고인이 혼자 술을 마시던 중 甲 정당이 국회에서 예산안을 강행처리하였다는 것에 화가 나서 공중전화를 이용하여 경찰서에 여러 차례 전화를 걸어 전화를 받은 각 경찰관에게 경찰서 관할구역 내에 있는 甲 정당의 당사를 폭파하겠다는 말을 한 사안에서, 피고인은 甲 정당에 관한 해악을 고지한 것이므로 각 경찰관 개인에 관한 해악을 고지하였다고 할 수 없고, 다른 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 갑 정당에 대한 해악의 고지가 각 경찰관 개인에게 공포심을 일으킬 만큼 서로 밀접한 관계에 있다고 보기 어려운데도, 이와 달리 피고인의 행위가 각 경찰관에 대한 협박죄를 구성한다고 본 원심판결에 협박죄에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.
(대법원 2012.08.17. 선고 2011도10451 판결)
<검토> 협박죄에서 해악의 상대방과 고지의 상대방은 다를 수 있는데, 이 때 협박죄가 성립하려면 고지의 상대방이 공포심을 느낄 수 있을 정도로 해악의 상대방과 고지의 상대방간에 서로 밀접한 관계가 있어야 한다.
그런데 사안에서는 해악의 상대방(甲 정당)과 고지의 상대방(각 경찰관들)간에 서로 밀접한 관계가 있다고 볼 수 없어 협박죄가 성립할 수 없는 것이다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 협박죄에서 협박이란 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하며, 그 고지되는 해악의 내용, 즉 침해하겠다는 법익의 종류나 법익의 향유 주체 등에는 아무런 제한이 없다. 따라서 피해자 본인이나 그 친족뿐만 아니라 그 밖의 '제3자'에 대한 법익 침해를 내용으로 하는 해악을 고지하는 것이라고 하더라도 피해자 본인과 제3자가 밀접한 관계에 있어 그 해악의 내용이 피해자 본인에게 공포심을 일으킬 만한 정도의 것이라면 협박죄가 성립할 수 있다. 이 때 '제3자'에는 자연인뿐만 아니라 법인도 포함된다 할 것인데, 피해자 본인에게 법인에 대한 법익을 침해하겠다는 내용의 해악을 고지한 것이 피해자 본인에 대하여 공포심을 일으킬 만한 정도가 되는지 여부는 고지된 해악의 구체적 내용 및 그 표현방법, 피해자와 법인의 관계, 법인 내에서의 피해자의 지위와 역할, 해악의 고지에 이르게 된 경위, 당시 법인의 활동 및 경제적 상황 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다.
(대법원 2010.07.15. 선고 2010도1017 판결)
<검토> 고지의 상대방이 공포심을 느낄 수 있을 정도로 해악의 상대방과 고지의 상대방간에 서로 밀접한 관계가 있으면 협박죄가 성립할 수 있는데 이 때 해악의 상대방에는 당연히 법인도 포함될 수 있다.

문11. 【정답】 ③
【해설】
③ 틀리다. **<판례의 입장>** 골프클럽 경기보조원들의 구직 편의를 위해 제작된 인터넷 사이트 내 회원 게시판에 특정 골프클럽의 운영상 불합리성을 비난하는 글을 게시하면서 위 클럽담당자에 대하여 한심하고 불쌍한 인간이라는 등 경멸적 표현을 한 사안에서, 게시의 동기와 경위, 모욕적 표현의 정도와 비중 등에 비추어 사회상규에 위배되지 않는다고 보아 모욕죄의 성립을 부정한 사례.
(대법원 2008.07.10. 선고 2008도1433 판결)
<검토> 두심도 아니고 '한심'이란 소프트한 표현을 통해서 불처벌 쪽으로 암기하면 되는 판례이다.

① 옳다. **<판례의 입장>** [1] 명예훼손죄가 성립하기 위하여는 사실의 적시가 있어야 하고, 적시된 사실은 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도로 구체성을 띠어야 한다. 그리고 특정인의 사회적 가치나 평가를 저하시키기에 충분한 구체적인 사실의 적시가 있다고 하기 위해서는, 반드시 그러한 구체적인 사실이 직접적으로 명시되어 있을 것을 요구하는 것은 아니지만, 적어도 적시된 내용 중의 특정 문구에 의하여 그러한 사실이 곧바로 유추될 수 있을 정도는 되어야 한다.

[2] 피고인이 제5회 전국동시지방선거에서 군수로 당선된 갑 후보의 운전기사 을이 공직선거법 위반으로 구속되었다는 소문을 듣고, 마치 관할 지방검찰청 지청에서 을에 대한 수사상황이나 피의사실을 공표하는 것처럼 갑을 비방하는 내용의 문자메시지를 기자들에게 발송하여 해당 지청장 또는 지청 구성원의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 공소사실 기재 문자메시지는 '관할 지청에서 을을 구속하고 갑 군수를 조사하고 있다'는 취지의 내용으로 보일 뿐이고, 피고인이 지청장실 전화번호 끝자리를 생략한 허위 발신번호를 게재한 사정까지 함께 고려하더라도 문자메시지 내용에서 '지청장 또는 지청 구성원이 그와 같은 내용을 알린다'는 사실이 곧바로 유추될 수 있다고 보이지 않으므로, 위 문자메시지에 의하여 지청장 또는 지청 구성원의 사회적 가치나 평가를 저하시키기에 충분한 구체적인 사실의 적시가 있다고 볼 수 없는데도, 이와 달리 본 원심판단에 명예훼손죄에서 사실의 적시에 관한 법리 등을 오해한 위법이 있다고 한 사례.
(대법원 2011.08.18. 선고 2011도6904 판결)
<검토> 사회적 가치나 평가를 저하시키기에 충분한 구체적인 사실의 적시가 있는지에 관한 일반적 기준을 제시한 것이다. 이런 표현은 복사 붙여놓기 식으로 나오므로 눈으로 가볍게 익혀 두면 충분하다.

② 옳다. **<판례의 입장>** [1] 명예훼손죄의 구성요건인 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하므로, 비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하였다 하더라도 그로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족한다.
[2] 개인 블로그의 비공개대화방에서 상대방으로부터 비밀을 지키겠다는 말을 듣고 일대일로 대화하였다고 하더라도, 그 사정만으로 대화 상대방이 대화내용을 불특정 또는 다수에게 전파할 가능성이 없다고 할 수 없으므로, 명예훼손죄의 요건인 공연성을 인정할 여지가 있다
(대법원 2008.02.14. 선고 2007도8155 판결)
<검토> 일단 인터넷 공간에서 1인에게 또는 게시판 등에 구체적 사실을 적시한 순간 그 공간이 공개이든 비공개이든 상관없이 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태에 있게 되므로 공연성은 인정된다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 인터넷 포털사이트의 지식검색 질문·답변 게시판에 성형시술 결과가 만족스럽지 못하다는 주관적인 평가를 주된 내용으로 하는 한 줄의 댓글을 게시한 사안에서, 그 표현물은 전체적으로 보아 성형시술을 받을 것을 고려하고 있는 다수의 인터넷 사용자들의 의사결정에 도움이 되는 정보 및 의견의 제공이라는 공공의 이익에 관한 것이어서 비방할 목적이 있었다고 보기 어렵다
(대법원 2009.05.28. 선고 2008도8812 판결)
<검토> 누구든지 성형시술의 피해자가 될 수 있으므로 이렇게 좋은 정보제공자는 처벌하면 안된다고 생각하면서 불처벌 쪽으로 암기하면 된다.

문12. 【정답】 ①
【해설】
① 옳다. **<판례의 입장>** 주식회사의 임원이 공적 업무수행을 위하여서만 사용이 가능한 법인카드를 개인 용도로 계속적, 반복적으로 사용한 경우 특별한 사정이 없는 한 임원에게는 임무위배의 인식과 그로 인하여 자신이 이익을 취득하고 주식회사에 손해를 가한다는 인식이 있었다고 볼 수 있으므로, 이러한 행위는 업무상배임죄를 구성한다. 위와 같은 법인카드 사용에 대하여 실질적 1인 주주의 양해를 얻었다거나 실질적 1인 주주가 향후 그 법인카드 대금을 변상, 보전해 줄 것이라고 일방적으로 기대하였다는 사정만으로는 업무상배임의 고의나 불법이득의 의사가 부정된다고 볼 수 없다.
(대법원 2014.02.21. 선고 2011도8870 판결)
<검토> '법인카드', '개인 용도'라는 키워드를 통해서 처벌 쪽으로 암기하면 된다.

② 틀리다. **<판례의 입장>** 형법상 방화죄의 객체인 건조물은 토지에 정착되고 벽 또는 기둥과 지붕 또는 천장으로 구성되어 사람이 내부에 기거하거나 출입할 수 있는 공작물을 말하고, 반드시 사람의 주거용이어야 하는 것은 아니라도 사람이 사실상 기거·취침에 사용할 수 있는 정도는 되어야 한다.
☞ 이 사건 폐가는 지붕과 문짝, 창문이 없고 담장과 일부 벽체가 붕괴된 철거 대상 건물로서 사실상 기거·취침에 사용할 수 없는 상태의 것이므로 형법 제166조의 건조물이 아닌 형법 제167조의 물건에 해당하고, 피고인이 이 사건 폐가의 내부와 외부에 쓰레기를 모아놓고 태워 그 불길이 이 사건 폐가 주변 수목 4~5그루를 태우고 폐가의 벽을 일부 그을리게 하는 정도만으로는 방화죄의 기수에 이르렀다고 보기 어려우며, 일반물건방화죄에 관하여는 미수범의 처벌 규정이 없다는 이유로 제1심의 유죄판결을 파기하고 피고인에게 무죄를 선고하였다.
(대법원 2013.12.12. 선고 2013도3950 판결)
<검토> '폐가 사건'이다. 사안의 폐가는 이미 건조물의 기능을 상실하여 건조물이 아니라 일반물건에 해당되며, 피고인의 방화행위만으로는 독립연소단계에 이르지 않아 기수가 아니라 미수에 그쳤지만 일반물건방화죄는 미수범 처벌규정이 없어 결국 무죄가 된다는 취지이다.

③ 틀리다. **<판례의 입장>** 【판시사항】
학생들이 학교에 등교하여 교실에서 수업을 듣는 것이 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 '업무'에 해당하는지 여부(소극)
【판결요지】
형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 '업무'라 함은 직업

기타 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업을 말하는 것인데, 초등학생들이 학교에 등교하여 교실에서 수업을 듣는 것은 헌법 제31조가 정하고 있는 무상으로 초등교육을 받을 권리 및 초·중등교육법 제12, 13조가 정하고 있는 국가의 의무교육 실시의무와 부모들의 취학의무 등에 기하여 학생들 본인의 권리를 행사하는 것이거나 국가 내지 부모들의 의무를 이행하는 것에 불과할 뿐 그것이 '직업 기타 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업'에 해당한다고 할 수 없다.
(대법원 2013.6.14. 선고 2013도3829 판결)
<검토> '수업 사건'이다. 수업을 듣는 초등학생들 아직 업무자가 되기에 너무 어리다고 생각하면서 암기하면 된다.

④ 틀리다. **<판례의 입장>** 신규직원채용권한을 가지고 있는 지방공사 사장이 시험업무 담당자들에게 지시하여 상호 공모 내지 양해 하에 시험성적조작 등의 부정한 행위를 한 경우, 법인인 공사에게 신규직원 채용업무와 관련하여 오인·착각 또는 부지를 일으키게 한 것이 아니므로, '위계'에 의한 업무방해죄에 해당하지 않는다
(대법원 2007.12.27. 선고 2005도6404 판결)
<검토> '업무자 한통속 사건'이다. 키워드는 '상호 공모 내지 양해'이다. 모든 업무자들이 '상호 공모 내지 양해' 하에 한통속이 되어 버렸기 때문에 도대체 위계가 있을 수 없는 것이다.

문13. 【정답】 ②
【해설】
② 옳지 않은 것은 ㉢, ㉣ 2개이다.
㉠ 옳다. **<판례의 입장>** 타인의 토지상에 권원 없이 식재한 수목의 소유권은 토지소유자에게 귀속하고 권원에 의하여 식재한 경우에는 그 소유권이 식재한 자에게 있으므로, 권원 없이 식재한 감나무에서 감을 수확한 것은 절도죄에 해당한다.
(대법원 1998.04.24. 선고 97도3425 판결)
<검토> '감 사건'이다. 나무는 경작물과 달리 타인의 토지상에 권원 없이 식재를 한 경우 토지소유자에게 소유권이 인정되므로 사안의 '감' 토지소유자 소유 및 토지소유자 점유로 인정되어 식재한 자 입장에서는 타인소유·타인점유의 재물이 되므로 이를 가져간 행위는 절도죄에 해당한다.

㉡ 옳다. **<판례의 입장>** 피해자가 결혼예식장에서 신부측 축의금 접수인인 것처럼 행세하는 피고인에게 축의금을 내어 놓자 이를 교부받아 가로챈 사안에서, 피해자의 교부행위의 취지는 신부측에 전달하는 것일 뿐 피고인에게 그 처분권을 주는 것이 아니므로, 이를 피고인에게 교부한 것이라고 볼 수 없고 단지 신부측 접수대에 교부하는 취지에 불과하므로 피고인이 그 돈을 가져간 것은 신부측 접수처의 점유를 침탈하여 범한 절취행위라고 보는 것이 정당하다.
(대판 1996. 10. 15. 96도2227,96감도94)
<검토> '축의금 사건'이다. 하객이 피고인에게 축의금을 줄 때 신부에게 소유 및 점유를 이전한다는 의사가 있다고 봄이 타당하므로 피고인의 입장에서 축의금은 타인소유·타인점유 재물이 되므로 이를 가져간 행위는 절도죄에 해당한다.

㉢ 틀리다. **<판례의 입장>** 타인의 전화기를 무단으로 사용하여 전화통화를 하는 행위는 전기통신사업자가 그가 갖추고 있는 통신선로, 전화교환기 등 전기통신설비를 이용하고 전기의 성질을 과학적으로 응용한 기술을 사용하여 전화가입자에게 음향의 송수신이 가능하도록 하여 줌으로써 상대방과의 통신을 매개하여 주는 역무, 즉 전기통신사업자에 의하여 가능하게 된 전화기의 음향송수신기능을 부당하게 이용하는 것으로, 이러한 내용의 역무는 무형적인 이익에 불과하고 물리적 관리의 대상이 될 수 없어 재물이 아니라고 할 것이므로 절도죄의 객체가 되지 아니한다.
(대판 1998. 6. 23. 98도700)
<검토> '무단 전화통화 사건'이다. 전화통화는 현재까지는 서비스이용으로 인식되어 재물로 인정되지 않고 있어 절도죄의 객체가 될 수 없다. 주거침입죄 외 이런 놈들 어떻게 처벌해야 할 지 연구가 필요할 것 같다.

㉣ 틀리다. **<판례의 입장>** 피해자가 그 소유의 오토바이를 타고 심부름을 다녀오라고 하여서 그 오토바이를 타고 가다가 마음이 변하여 이를 반환하지 아니한 채 그대로 타고 가버렸다면 횡령죄를 구성함은 별론으로 하고 적어도 절도죄를 구성하지는 아니한다.
(대법원 1986.08.19. 선고 86도1093 판결)
<검토> 키워드는 '심부름'이다. 신임관계를 뜻하는 심부름이란 키워드로 자기점유임을 간파하고, 오토바이는 타인소유·자기점유 재물이므로 이를 타고 가버린 행위는 절도죄가 아니라 횡령죄라고 이해한다.

㉤ 옳다. **<판례의 입장>** 명의대여 약정에 따른 신청에 의하여 발급된 영업허가증과 사업자등록증은 피해자가 인도받음으로써 피해자의 소유가 되었다고 할 것이므로, 이를 명의대여자가 가지고 간 행위가 절도죄에 해당한다
(대법원 2004.03.12. 선고 2002도5090 판결)
<검토> '영업허가증·사업자등록증 사건'이다. 등기·등록으로 소유권이 인정되는 부동산이나 자동차 등과는 달리, 영업허가증·사업자등록증은 일반적 동산과 마찬가지로 인도받음으로써 소유권이 인정된다. 따라서 명의대여자 입장에서는 타인소유·타인점유의 재물이 되므로 이를 가져간 행위는 절도죄에 해당한다.

문14. 【정답】 ①

【해설】

① 틀리다. **<법조문>** 형법 제168조(연소) 제1항 :
제166조제2항(**자기소유** 일반건조물 방화) 또는 전조 제2항(**자기소유** 일반물건 방화)의 죄를 범하여
제164조(**현주건조물**), 제165조(**공용건조물**) 또는 제166조제1항(**타인소유** 일반건조물)에 기재한 물건에 연소한 때에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

형법 제168조(연소) 제2항 :
전조 제2항(**자기소유** 일반물건 방화)의 죄를 범하여
전조제1항(**타인소유** 일반물건)에 기재한 물건에 연소한 때에는 5년 이하의 징역에 처한다.

<검토> 연소죄는 고의에 의한 기본범죄(**자기소유** 일반건조물 방화 또는 **자기소유** 일반물건 방화)를 범하여,
과실로 중한 결과(**현주건조물** 또는 **공용건조물** 또는 **타인소유** 일반건조물 또는 **타인소유** 일반물건 방화**)** 를 발생시킨 진정결과적가중범이다.

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 마찬가지인 점, 무주의 동산을 소유의 의사로 점유하는 경우에 소유권을 취득하는 것에 비추어(민법 제252조) 무주물에 방화하는 행위는 그 무주물을 소유의 의사로 점유하는 것이라고 볼 여지가 있는 점 등을 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 옮아붙을 수 있는 공공의 위험을 발생하게 하였다면, 일반물건방화죄가 성립한다고 한 사례.
(대법원 2009.10.15. 선고 2009도7421 판결)
<검토> '쓰레기 사건'이다. 쓰레기는 민법적으로 무주물인에 형법에 무주일반물건방화죄 규정이 없어 자기소유일반물건인지 타인소유일반물건인지 문제되었는데, 피고인에게 유리하게 자기소유일반물건으로 결론을 내렸다고 이해하면 되는 판례이다.

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 1998.12.08. 선고 98도3416 판결)
<검토> 현주건조물방화치사죄와 강도살인죄가 만났을 때이다. 부진정결과적가중범에서, 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위가 별도의 구성요건에 해당하고 그 고의범에 대하여 결과적가중범에 정한 형보다 더 무겁게 처벌하는 규정이 있는 경우에는 그 고의범과 결과적가중범이 상상적 경합관계에 있지만, 위와 같이 고의범에 대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는 결과적가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 결과적가중범만 성립하고 이와 법조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다.
강도살인죄의 법정형(사형, 무기)이 현주건조물방화치사죄의 법정형보다(사형, 무기, 7년 이상 징역) 중하므로 현주건조물방화치사죄와 강도살인죄의 상상적 경합이 된다.
강취한 후 라는 문구때문에 별개의 행위가 되어 강도와 현주건조물방화치사죄의 실체적 경합이 아닌 가 질문들을 많이 하는데, 피고인은 강도 따로 살인 따로 한 것이 아니라 강도살인이라는 단일한 행위를 하고 있고 강도살인 방법으로 방화를 택한 것이다.
즉, 현주건조물에 방화하는 행위(1개의 행위)가 현주건조물방화치사죄에도 해당되고, 이 행위가 곧 강도살인죄에도 해당되는 것이다.
좀 더 이론적으로 말하자면 상상적 경합은 양죄의 행위가 부분적으로 일치해도 인정되는데, 현주건조물방화치사죄의 사와 강도살인죄의 살을 비교하면 행위가 부분적으로 일치함을 알 수 있다. 따라서 양죄는 상상적 경합이 되는 것이다

④ 옳다. **<판례의 입장>** 피고인이 동거하던 공소외인과 가정불화가 악화되어 헤어지기로 작정하고 홧김에 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 1984.07.24. 선고 84도1245 판결)
<검토> 집안이 아니라 뒷마당에서 방화하려 했기 때문에 현주건조물에 대한 방화 고의가 부정된다고 이해하면 된다.

문15. 【정답】 ①

【해설】

① 옳지 않은 것은 ㉠ 1개이다.
㉠ 틀리다. **<판례의 입장>** 절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행 협박을 가한 때에는 준강도죄와

공무집행방해죄를 구성하고 양죄는 상상적 경합관계에 있으나, 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄는 실체적 경합관계에 있고 상상적 경합관계에 있는 것이 아니다.
(대법원 1992.07.28. 선고 92도917 판결)
<검토> 판례는 이 사건에서 특별한 근거를 언급하지 않고, [절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행 협박을 가한 때에는 준강도죄와 공무집행방해죄를 구성하고 양죄는 상상적 경합관계에 있으나,
강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄는 실체적 경합관계에 있고 상상적 경합관계에 있는 것이 아니다.]라고 판시하였다.]
수험생 입장에서는 이렇게 이해하고 숙지하면 된다.
즉, 전단부 케이스는 절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 가한 준강도죄를 성립시키는 폭행 협박과
직무를 집행하는 경찰관에게 가한 공무집행방해죄를 성립시키는 폭행 협박은 동일한 행위로 1개의 행위이므로 양죄는 상상적 경합관계에 있다고 이해하면 되고,
후단부 케이스는 주체가 이미 강도범인이므로 강도를 성립시키는 폭행은 경찰관이 아니라 이미 다른 피해자에게 가해진 경우이므로 강도죄를 성립시키는 폭행과, 직무를 집행하는 경찰관에게 가한 공무집행방해죄를 성립시키는 ' 폭행은 별개의 행위로 2개의 행위이므로 양죄는 실체적 경합관계에 있다고 이해하면 된다.

㉡ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 형법 제333조 후단의 강도죄(이른바 강제이득죄)의 요건이 되는 재산상의 이익이란 재물 이외의 재산상의 이익을 말하는 것으로서, 그 재산상의 이익은 반드시 사법상 유효한 재산상의 이득만을 의미하는 것이 아니고 외견상 재산상의 이득을 얻을 것이라고 인정할 수 있는 사실관계만 있으면 여기에 해당된다.
[2] 피고인들이 폭행·협박으로 피해자로 하여금 매출전표에 서명을 하게 한 다음 이를 교부받아 소지함으로써 이미 외관상 각 매출전표를 제출하여 신용카드회사들로부터 그 금액을 지급받을 수 있는 상태가 되었는바, 피해자가 각 매출전표에 허위 서명한 탓으로 피고인들이 신용카드회사들에게 각 매출전표를 제출하여도 신용카드회사들이 신용카드 가맹점 규약 또는 약관의 규정을 들어 그 금액의 지급을 거절할 가능성이 있다 하더라도, 그로 인하여 피고인들이 각 매출전표 상의 금액을 지급받을 가능성이 완전히 없어져 버린 것이 아니고 외견상 여전히 그 금액을 지급받을 가능성이 있는 상태이므로, 결국 피고인들이 '재산상 이익'을 취득하였다고 볼 수 있다.
(대법원 1997.02.25. 선고 96도3411 판결)
<검토> '매출전표 허위 서명 사건'이다.
판례는 '외견상', '사실관계' 참으로 애매한 표현을 사용하지만, 키워드로 기억할 필요가 있다.

㉢ 옳다. **<판례의 입장>** 강도죄에 있어서 폭행과 협박의 정도는 사회통념상 객관적으로 상대방의 반항을 억압하거나 항거불능케 할 정도의 것이라야 한다
(대법원 2004.10.28. 선고 2004도4437 판결)
<검토> 강도죄 폭행·협박을 특징 지우는 키워드는 억압이다. 기억하자.

㉣ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 소위 '날치기'와 같이 강제력을 사용하여 재물을 절취하는 행위가 때로는 피해자를 넘어뜨리거나 상해를 입게 하는 경우가 있고, 그러한 결과가 피해자의 반항 억압을 목적으로 함이 없이 점유탈취의 과정에서 우연히 가해진 경우라면 이는 강도가 아니라 절도에 불과하지만, 그 강제력의 행사가 사회통념상 객관적으로 상대방의 반항을 억압하거나 항거 불능케 할 정도의 것이라면 이는 강도죄의 폭행에 해당한다. 그러므로 날치기 수법의 점유탈취 과정에서 이를 알아채고 재물을 빼기지 않으려는 상대방의 반항에 부딪혔음에도 계속하여 피해자를 끌고 가면서 억지로 재물을 빼앗은 행위는 피해자의 반항을 억압한 후 재물을 강취한 것으로서 강도에 해당한다.
[2] 날치기 수법으로 피해자가 들고 있던 가방을 탈취하면서 가방을 놓지 않고 버티는 피해자를 5m 가량 끌고 감으로써 피해자의 무릎 등에 상해를 입힌 경우, 반항을 억압하기 위한 목적으로 가해진 강제력으로서 그 반항을 억압할 정도에 해당한다고 보아 강도치상죄의 성립을 인정한 사례.
(대법원 2007.12.13. 선고 2007도7601 판결)
<검토> '날치기 사건' 강도버전이다.
가방을 놓지 않으려고 버티는, 5m 가량 끌고 감 이 키워드이다.
재물을 빼기지 않으려는 상대방의 반항에 부딪혔음에도 계속하여 피해자를 끌고 가면서 억지로 재물을 빼앗은 행위는 폭행으로 강취한 것으로 평가되어 피고인(들)은 (특수)강도에 해당하고, 상해의 결과를 발생시켰으므로 강도치상죄가 성립한다.

㉤ 옳다. **<판례의 입장>** 강도죄는 재물탈취의 방법으로 폭행, 협박을 사용하는 행위를 처벌하는 것이므로 폭행, 협박으로 타인의 재물을 탈취한 이상 피해자가 우연히 재물탈취 사실을 알지 못하였다고 하더라도 강도죄는 성립하고, 폭행, 협박당한 자가 탈취당한 재물의 소유자 또는 점유자일 것을 요하지도 아니하며, 강간범인이 부녀를 강간할 목적으로 폭행, 협박에 의하여 반항을 억업한 후 반항억압 상태가 계속 중임을 이용하여 재물을 탈취하는 경우에는 재물탈취를 위한 새로운 폭행, 협박이 없더라도 강도죄가 성립한다.
(대법원 2010.12.09. 선고 2010도9630 판결)
<검토> 강간범인이 부녀를 강간할 목적으로 폭행, 협박하여 반항을 억압한 이상, 굳이 강도를 하기 위해 폭행, 협

박을 할 필요가 없는 것이다.
따라서 강간할 목적으로 폭행, 협박에 의하여 반항을 억압한 후 반항억압 상태가 계속 중임을 이용하여 재물을 탈취하는 경우에는 재물탈취를 위한 새로운 폭행, 협박이 없더라도 반항을 억압할 정도로 폭행, 협박한 후 강취한 것으로 평가되어 강도죄가 성립하는 것이다.

문16. 【정답】 ④

【해설】

④ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 형법 제347조의2는 컴퓨터 등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 권한 없이 정보를 입력·변경하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하는 행위를 처벌하고 있다. 여기서 '부정한 명령의 입력'은 당해 사무처리시스템에 예정되어 있는 사무처리의 목적에 비추어 지시해서는 안 될 명령을 입력하는 것을 의미한다. 따라서 설령 '허위의 정보'를 입력한 경우가 아니라고 하더라도, 당해 사무처리시스템의 프로그램을 구성하는 개개의 명령을 부정하게 변개·삭제하는 행위는 물론 프로그램 자체에서 발생하는 오류를 적극적으로 이용하여 그 사무처리의 목적에 비추어 정당하지 아니한 사무처리를 하게 하는 행위도 특별한 사정이 없는 한 위 '부정한 명령의 입력'에 해당한다고 보아야 한다.
[2] 피고인이 갑 주식회사에서 운영하는 전자복권구매시스템에서 은행환불명령을 입력하여 가상계좌 잔액이 1,000원 이하로 되었을 때 복권 구매명령을 입력하면 가상계좌로 복권 구매요청금과 동일한 액수의 가상현금이 입금되는 프로그램 오류를 이용하여 잔액을 1,000원 이하로 만들고 다시 복권 구매명령을 입력하는 행위를 반복함으로써 피고인의 가상계좌로 구매요청금 상당의 금액이 입금되게 한 사안에서, 피고인의 행위는 형법 제347조의2에서 정한 '허위의 정보 입력'에 해당하지는 않더라도, 프로그램 자체에서 발생하는 오류를 적극적으로 이용하여 사무처리의 목적에 비추어 정당하지 아니한 사무처리를 하게 한 행위로서 '부정한 명령의 입력'에 해당한다고 한 사례.
(대법원 2013.11.14. 선고 2011도4440 판결)
<검토> '프로그램 오류 사건'이다. 프로그램 오류라는 키워드 잡고 바로 컴퓨터등사용사기죄를 떠올리면 되는 판례이다.

① 틀리다. **<검토>** 사안의 경우는 사람을 기망한 경우가 아니므로 사기죄가 성립할 수 없다.

② 틀리다. **<검토>** 사안의 경우는 컴퓨터를 이용한 이체 방식으로 재산상 이익을 취득한 경우로 재물을 취득했다고 볼 수 없어 절도죄가 성립할 수 없다.

③ 틀리다. **<검토>** 사안의 경우는 신임관계가 있는지도 불분명할 뿐 아니라 컴퓨터를 이용한 이체 방식으로 재산상 이익을 취득한 경우로 재물을 취득했다고 볼 수 없어 횡령죄가 성립할 수 없다.

문17. 【정답】 ②

【해설】

② 횡령죄가 성립하지 않음. **<판례의 입장>** 피고인들이 보험을 유치하면서 보험회사로부터 지급받은 시책비 중 일부를 개인적인 용도로 사용한 행위가 횡령죄를 구성하지 않는다
☞ 보험을 유치하면서 특별이익 제공과는 무관한 통상적인 실적급여로서의 시책비를 지급받아 그 중 일부를 개인적인 용도로 사용한 점을 알 수 있다. 그렇다면 위 피고인들이 소비한 금전은 모두 통상적인 실적급여로서의 성격을 가진 시책비에 해당하여 그 목적이나 용도가 특정되어 위탁된 금전이라고 보기 어렵다고 할 것이다.
☞ 위 피고인들이 소비한 시책비에 대하여 여전히 공소외 1 주식회사가 소유권을 가지고 있다거나 어떠한 위탁관계가 있음을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 횡령죄를 구성하지 않는다
(대법원 2006.03.09. 선고 2003도6733 판결)
<검토> '시책비 사건'이다. 완전단순암기 판례이다. 사건의 시책비는 '실적급여'의 성격을 가지므로 실질적으로 피고인 자기소유이므로 횡령죄가 성립하지 않는다고 이해하면 된다.

① 횡령죄가 성립. **<판례의 입장>** 임차인이 이사하면서 그가 소유하거나 타인으로부터 위탁받아 보관중이던 물건들을 임대인의 방해로 옮기지 못하고 그 임차공장내에 그대로 두었다면 임대인은 사무관리 또는 조리상 당연히 임차인을 위하여 위 물건들을 보관하는 지위에 있다 할 것이므로 임대인이 그 후 이를 임의로 매각하거나 반환을 거부하였다면 횡령죄를 구성한다.
(대법원 1985.04.09. 선고 84도300 판결)
<검토> '임대인의 방해', '임의로'라는 키워드를 통해서 임대인 처벌 쪽으로 암기하면 되는 판례이다.

③ 횡령죄가 성립. **<판례의 입장>** 채권양도는 채권을 하나의 재화로 다루어 이를 처분하는 계약으로서, 채권 자체가 그 동일성을 잃지 아니한 채 양도인으로부터 양수인에게로 바로 이전하고, 이 경우 양수인으로서는 채권자의 지위를 확보하여 채무자로부터 유효하게 채권의 변제를 받는 것이 그 목적인바, 우리 민법은 채무자와 제3자에 대한 대항요건으로서 채무자에 대한 양도의 통지 또는 채무자의 양도에 대한 승낙을 요구하고, 채무자에 대한 통지의 권능을 양도인에게만 부여하고 있으므로, 양도인은 채무자에게 채권양도 통지를 하거나 채무자로부터 채권양도 승낙을 받음으로써 양수인으로 하여금 채무자에 대한 대항요건을 갖출 수 있도록 해 줄 의무를 부담하며, 양도인이 채권양도 통지를 하기 전에 타에 채권을 이중으로 양도하

여 채무자에게 그 양도통지를 하는 등 대항요건을 갖추어 줌으로써 양수인이 채무자에게 대항할 수 없게 되면 양수인은 그 목적을 달성할 수 없게 되므로, 양도인이 이와 같은 행위를 하지 않음으로써 양수인으로 하여금 원만하게 채권을 추심할 수 있도록 하여야 할 의무도 당연히 포함되고, 양도인의 이와 같은 적극적·소극적 의무는 이미 양수인에게 귀속된 채권을 보전하기 위한 것이고, 그 채권의 보전 여부는 오로지 양도인의 의사에 매여 있는 것이므로, 채권양도의 당사자 사이에서는 양도인은 양수인을 위하여 양수채권 보전에 관한 사무를 처리하는 자라고 할 수 있고, 따라서 채권양도의 당사자 사이에는 양도인의 사무처리를 통하여 양수인은 유효하게 채무자에게 채권을 추심할 수 있다는 신임관계가 전제되어 있다고 보아야 할 것이고, 나아가 양도인이 채권양도 통지를 하기 전에 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우, 아직 대항요건을 갖추지 아니한 이상 채무자가 양도인에 대하여 한 변제는 유효하고, 그 결과 양수인에게 귀속되었던 채권은 소멸하지만, 이는 이미 채권을 양도하여 그 채권에 관한 한 아무런 권한도 가지지 아니하는 양도인이 양수인에게 귀속된 채권에 대한 변제로서 수령한 것이므로, 채권양도의 당연한 귀결로서 그 금전을 자신에게 귀속시키기 위하여 수령할 수는 없는 것이고, 오로지 양수인에게 전달해 주기 위하여서만 수령할 수 있을 뿐이어서, 양도인이 수령한 금전은 양도인과 양수인 사이에서 양수인의 소유에 속하고, 여기에다가 위와 같이 양도인이 양수인을 위하여 채권보전에 관한 사무를 처리하는 지위에 있다는 것을 고려하면, 양도인은 이를 양수인을 위하여 보관하는 관계에 있다고 보아야 할 것이다.

(대법원 1999.04.15. 선고 97도666 전원합의체 판결)

<검토> '채권양도 통지 전 사건'이다.

생소한 어려운 용어가 등장하지만 우리가 민법의 법리를 연구할 필요는 없다.

간단히 이렇게 이해한다. 채권도 물건처럼 양도할 수 있는데, 채권을 양도하였다면 당연히 그 채권은 양수인의 소유가 된다.

따라서 그 채권을 추심한(변제받은) 금전은 당연히 채권양수인의 소유인데,

이를 채권양도인이 채권을 추심한(변제받은) 금전을 보관 중 영득하였다면, 타인소유 자기점유의 재물을 횡령한 것이 된다. (채권양도인과 채권양수인 간에는 거래당사자로서 신의칙상 위탁관계는 있다.)

④ 횡령죄가 성립한다. **<판례의 입장>** **【판시사항】**

[1] 주식회사의 지점이나 합명회사의 분사무소가 그 본점이나 주사무소의 회계와는 별도의 독립채산제 방식으로 운영되는 경우, 지점이나 분사무소가 보유한 재산이 지점이나 분사무소 구성원들 개인의 소유가 되는지 여부(소극)

[2] 감정평가법인 지사에서 근무하는 감정평가사들이 접대비 명목 등에 사용할 목적으로 감정평가법인을 위하여 보관 중이던 돈의 일부를 비자금으로 조성한 사안에서, 위 비자금 조성행위가 업무상횡령죄에 해당한다고 한 원심판단을 수긍한 사례

【판결요지】

[1] 횡령죄가 성립하기 위하여는 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있어야 하고, 타인의 재물인가의 여부는 민법, 상법, 기타의 실체법에 의하여 결정되어야 하는바, 상법에 의하면 주식회사의 지점이나 합명회사의 분사무소는 주식회사나 합명회사와 독립된 별개의 법인격이나 권리주체가 아니라 주식회사나 합명회사에 소속된 하부조직에 불과하므로, 주식회사의 지점이나 합명회사의 분사무소가 주식회사의 본점이나 합명회사의 주사무소의 회계와는 별도의 독립채산제 방식으로 운영되고 있다고 하더라도 주식회사의 지점이나 합명회사의 분사무소가 보유한 재산은 그 주식회사 또는 합명회사의 소유일 뿐 법인격도 없고 권리주체도 아닌 주식회사의 지점이나 합명회사의 분사무소 구성원들 개인의 소유가 되는 것은 아니다.

[2] 감정평가법인 지사에서 근무하는 감정평가사들이 접대비 명목 등으로 임의로 나누어 사용할 목적으로 감정평가법인을 위하여 보관 중이던 돈의 일부를 비자금으로 조성한 사안에서, 피고인들이 위 지사를 독립채산제로 운영하기로 했다고 하더라도 그것은 지사가 처리한 감정평가업무로 인한 경제적 이익의 분배에 관하여 그와 같이 약정을 한 것에 불과한 것이므로 피고인들이 사용한 지사의 자금이 법률상으로는 위 법인의 자금이 아니라고 할 수는 없고, 당초의 비자금 조성 목적 등에 비추어 비자금 조성 당시 피고인들의 불법영득의사가 객관적으로 표시되었다고 할 것인 점 등에 비추어, 위 비자금 조성행위가 업무상횡령죄에 해당한다

(대법원 2010.05.13. 선고 2009도1373 판결)

<검토> '지사 사건'이다. '지사', '접대비', 비자금' 등의 키워드를 통해서 처벌 쪽으로 암기하면 된다.

문18. 【정답】 ①

【해설】

① 옳지 않은 것은 ㉠ 1개이다.

㉠ 틀리다. **<판례의 입장>** 문서위조죄는 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 그 보호법익으로 하는 것이므로 행사할 목적으로 작성된 문서가 일반인으로 하여금 당해 명의인의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿게 할 수 있는 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 문서위조죄가 성립하는 것이고, 위와 같은 요건을 구비한 이상 그 명의인이 실재하지 않는 허무인이거나 또는 문서의 작성일자 전에 이미 사망하였다고 하더라도 그러한 문서 역시 공공의 신용을 해할 위험성이 있으므로 공문서와 사문서를 가리지 아니하고 문서위조죄가 성립한다

(대법원 2005.03.25. 선고 2003도4943 판결)

<검토> 허무인, 사자명의의 문서라도 일반인에게 진정한 문서로 오신케 할 염려가 있으면 문서의 진정에 대한 공

공의 신용은 저해될 수 있으므로 공문서, 사문서를 불문하고 명의인이 실재해야 할 필요는 없다.
문서죄 성립의 기준은 명의인의 실재여부가 아니라, 일반인이라는 점을 상기하자.

㉡ 옳다. **<판례의 입장>** 사문서변조에 있어서 그 변조 당시 명의인의 명시적, 묵시적 승낙없이 한 것이면 변조된 문서가 명의인에게 유리하여 결과적으로 그 의사에 합치한다 하더라도 사문서변조죄의 구성요건을 충족한다.
(대법원 1985.01.22. 선고 84도2422 판결)
<검토> 형법의 표준시는 행위시이다. 행위시 즉, 변조 당시 명의인의 승낙이 없었다면 당연히 사문서변조죄가 성립하는 것이다.

㉢ 옳다. **<판례의 입장>** 명의인을 기망하여 문서를 작성케 하는 경우는 서명, 날인이 정당히 성립된 경우에도 기망자는 명의인을 이용하여 서명 날인자의 의사에 반하는 문서를 작성케 하는 것이므로 사문서위조죄가 성립한다.
(대법원 2000.06.13. 선고 2000도778 판결)
<검토> '사문서위조죄 간접정범 사건'이다. 명의인 기망이라는 키워드를 통해서 처벌되지 않는 명의인을 이용한 사문서위조죄 간접정범 사건임을 간파하고 처벌 쪽으로 암기하면 된다.

㉣ 옳다. **<판례의 입장>** 문서를 작성할 권한을 위임받지 아니한 문서기안자가 문서 작성권한을 가진 사람의 결재를 받은 바 없이 권한을 초과하여 문서를 작성하였다면 이는 사문서위조죄가 된다.
(대법원 1997.02.14. 선고 96도2234 판결)
<검토> 결재를 받은 바 없이, 권한을 초과 라는 키워드를 통해서 작성권한 없는 자가 위조한 것임을 알 수 있다.

㉤ 옳다. **<판례의 입장>** 매수인으로부터 매도인과의 토지매매계약체결에 관하여 포괄적 권한을 위임받은 자는 위임자 명의로 토지매매계약서를 작성할 적법한 권한이 있다 할 것이므로 매수인으로부터 그 권한을 위임받은 피고인이 실제 매수가격 보다 높은 가격을 매매대금으로 기재하여 매수인 명의의 매매계약서를 작성하였다 하여도 그것은 작성권한 있는 자가 허위내용의 문서를 작성한 것일 뿐 사문서위조죄가 성립될 수는 없다.
(대법원 1984.07.10. 선고 84도1146 판결)
<검토> 포괄적 권한을 위임받은 자 라는 키워드를 통해서 위조가 성립될 수 없음을 알 수 있다.

문19. 【정답】 ①
【해설】
① 틀리다. **<판례의 입장>** 경찰청 정보과 근무 경찰관의 직무와 중소기업(중소기업청 소관)협동조합중앙회장의 외국인산업연수생에 대한 국내 관리업체 선정업무는 직무관련성이 없다
(대법원 1999.06.11. 선고 99도275 판결)
<검토> 공무원이 돈 등을 받았는데 불처벌되는 경우는 아주 예외적인 케이스로 키워드를 암기하고 있어야 한다.
경찰청과 중소기업청은 완전 별개다라고 생각하면서 직무관련성이 없다라고 기억하면 된다.

② 옳다. **<판례의 입장>** 수뢰자가 자기앞수표를 뇌물로 받아 이를 소비한 후 자기앞수표 상당액을 증뢰자에게 반환하였다 하더라도 뇌물 그 자체를 반환한 것은 아니므로 이를 몰수할 수 없고 수뢰자로부터 그 가액을 추징하여야 할 것이다.
(대법원 1999.01.29. 선고 98도3584 판결)
<검토> '소비 후 반환 사건'이다. 뇌물로 받아 이를 소비한 후 반환하는 것은 받았던 뇌물 그 자체를 반환하지 않는 한 의미가 없다. 수뢰자가 뇌물로 인한 이익을 그대로 보유하고 있다고 보아 수뢰자로부터 추징한다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** 구 해양수산부 소속 공무원인 피고인이 갑 해운회사의 대표이사 등에게서 중국의 선박운항허가 담당부서가 관장하는 중국 국적선사의 선박에 대한 운항허가를 받을 수 있도록 노력해 달라는 부탁을 받고 돈을 받은 사안에서, 직무관련성이 없어 뇌물수수죄가 성립하지 않는다
(대법원 2011.05.26. 선고 2009도2453 판결)
<검토> 공무원이 돈 등을 받았는데 불처벌되는 경우는 아주 예외적인 케이스로 키워드를 암기하고 있어야 한다.
한국(의 해양수산부)과 중국은 완전 별개다라고 생각하면서 직무관련성이 없다라고 기억하면 된다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 형법이 뇌물죄에 관하여 규정하고 있는 것은 공무원의 직무집행의 공정과 그에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 보호하기 위한 것이다. 법령에 기한 임명권자에 의하여 임용되어 공무에 종사하여 온 사람이 나중에 그가 임용결격자이었음이 밝혀져 당초의 임용행위가 무효라고 하더라도, 그가 임용행위라는 외관을 갖추어 실제로 공무를 수행한 이상 공무 수행의 공정과 그에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성은 여전히 보호되어야 한다. 따라서 이러한 사람은 형법 제129조에서 규정한 공무원으로 봄이 타당하고, 그가 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 때에는 수뢰죄로 처벌할 수 있다.
(대법원 2014.03.27. 선고 2013도11357 판결)
<검토> '임용결격 공무원 사건'이다. 임용이 무효라고 하더라도 공무를 수행한 이상 수뢰죄의 취지를 고려하여 처벌 쪽으로 암기하면 된다.

문20. 【정답】 ②
【해설】

② 틀리다. **<판례의 입장>** 게임산업진흥에 관한 법률 위반, 도박개장 등의 혐의로 수사기관에서 조사받는 피의자가 사실은 게임장·오락실·피씨방 등의 실제 업주가 아니라 그 종업원임에도 불구하고 자신이 실제 업주라고 허위로 진술하였다고 하더라도, 그 자체만으로 범인도피죄를 구성하는 것은 아니다. 다만, 그 피의자가 실제 업주로부터 금전적 이익 등을 제공받기로 하고 단속이 되면 실제 업주를 숨기고 자신이 대신하여 처벌받기로 하는 역할(이른바 '바지사장')을 맡기로 하는 등 수사기관을 착오에 빠뜨리기로 하고, 단순히 실제 업주라고 진술하는 것에서 나아가 게임장 등의 운영 경위, 자금 출처, 게임기 등의 구입 경위, 점포의 임대차계약 체결 경위 등에 관해서까지 적극적으로 허위로 진술하거나 허위 자료를 제시하여 그 결과 수사기관이 실제 업주를 발견 또는 체포하는 것이 곤란 내지 불가능하게 될 정도에까지 이른 것으로 평가되는 경우 등에는 범인도피죄를 구성할 수 있다.
(대법원 2010.01.28. 선고 2009도10709 판결)
<검토> 인권보장을 위한 국가의 형벌권 제한 측면에서 원칙적으로 소극적 행위는 불처벌하고, 적극적 행위는 처벌한다라고 이해하면 된다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 형법 제151조에서 규정하는 범인도피죄는 범인은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 행위를 말하는 것으로서 그 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하므로, 형법 제151조 제1항의 이른바, 죄를 범한 자라 함은 범죄의 혐의를 받아 수사대상이 되어 있는 자를 포함하며, 나아가 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자라는 것을 인식하면서도 도피하게 한 경우에는 그 자가 당시에는 아직 수사대상이 되어 있지 않았다고 하더라도 범인도피죄가 성립한다고 할 것이고, 한편, 증거인멸죄에 관한 형법 제155조 제1항의 이른바 타인의 형사사건이란 인멸행위시에 아직 수사절차가 개시되기 전이라도 장차 형사사건이 될 수 있는 것까지 포함한다.
(대법원 2003.12.12. 선고 2003도4533 판결)
<검토> 수사대상이 되어 있지 않은 범인을 도피시키는 것도 형사사법의 작용을 방해할 위험이 있을 것이다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** 형법 제151조 제2항 및 제155조 제4항은 친족, 호주 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 범인도피죄, 증거인멸죄 등을 범한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하고 있는바, 사실혼관계에 있는 자는 민법 소정의 친족이라 할 수 없어 위 조항에서 말하는 친족에 해당하지 않는다.
(대법원 2003.12.12. 선고 2003도4533 판결)
<검토> 형법상의 친족은 원칙적으로 법률적으로 판단한다. 따라서 사안에서 사실혼관계에 있는 처가 범인인 남편을 위하여 범인은닉죄를 범한 경우, 친족간특례규정이 적용되지 않아 처벌된다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 참고인이 수사기관에서 범인에 관하여 조사를 받으면서 그가 알고 있는 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도 그것이 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도의 것이 아니라면 범인도피죄를 구성하지 아니한다. 그리고 참고인이 실제의 범인이 누군지도 정확하게 모르는 상태에서 수사기관에서 실제의 범인이 아닌 어떤 사람을 범인이 아닐지도 모른다고 생각하면서도 그를 범인이라고 지목하는 허위의 진술을 한 경우에는 참고인의 허위 진술에 의하여 범인으로 지목된 사람이 구속기소됨으로써 실제의 범인이 용이하게 도피하는 결과를 초래한다고 하더라도 그것만으로는 그 참고인에게 적극적으로 실제의 범인을 도피시켜 국가의 형사사법의 작용을 곤란하게 할 의사가 있었다고 볼 수 없어 그 참고인을 범인도피죄로 처벌할 수는 없다.
(대법원 1997.09.09. 선고 97도1596 판결)
<검토> 원칙적으로 수사기관에서의 허위진술은 소극적 행위에 해당되어 불처벌한다고 이해하면 된다. 적극적 행위에 해당되어 처벌되는 경우만을 중점적으로 키워드를 통해서 암기한다.