

' 15년 제3차 형법 해설

김 형 진

문1. 【정답】 ④

【해설】

④ 옳은 것은 ㉠, ㉡, ㉢, ㉣ 4개 모두이다.

㉠ 옳다. <판례의 입장> 죄형법정주의로부터 파생된 유추 해석금지 원칙과 국가보안법 제1조 제2항, 제7조 제1항, 제5항에 비추어 볼 때, ‘블로그’, ‘미니 홈페이지’, ‘카페’ 등의 이름으로 개설된 사적(사적) 인터넷 게시공간의 운영자가 사적 인터넷 게시공간에 게시된 타인의 글을 삭제할 권한이 있는데도 이를 **삭제하지 아니하고 그대로 두었다**는 사정만으로 사적 인터넷 게시공간의 운영자가 타인의 글을 국가보안법 제7조 제5항에서 규정하는 바와 같이 ‘**소지**’하였다고 볼 수는 없다.

(대법원 2012.1.27. 선고 2010도8336)

<검토> 『법의 문구(소지: 양)와 행위자의 행위(삭제하지 아니하고 그대로 두었다: 염소)가 다르면 법을 적용할 수 없다』는 죄형법정주의 첫 번째 원칙을 적용하면 되는 판례이다.

죄형법정주의를 엄격히 적용하여 사적 인터넷 게시공간에 게시된 타인의 글을 삭제할 권한이 있는데도 이를 **삭제하지 아니하고 그대로 둔** 행위는 **소지하는** 것을 객관적 구성요건요소로 하는 국가보안법상 이적표현물소지죄에 해당되지 않으므로 무죄를 인정한 판례이다.

이런 판례는 구성요건에 규정된 문구(⇒ **소지**)와 실제 피고인의 행위에 해당하는 문구(⇒ **삭제하지 아니하고 그대로 두었다**)의 차이에 포인트를 두어 암기하는 것이 요령이다.

㉡ 옳다. <판례의 입장> 홍삼절편과 같은 농산물 가공품의 경우 특별한 사정이 없는 한 제조·가공한 지역의 명칭을 제품명에 사용하는 것도 법령상 허용되고 있다. 여기에다 인삼류는 농산물 품질관리법에서 명성·품질 등이 본질적으로 국내 특정 지역의 지리적 특성에 기인하는 농산물로는 취급되지 않고 있다는 점과 형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니 된다는 점까지 더하여 보면, 피고인들이 이 사건 제품의 주원료인 홍삼의 원산지를 ‘**국산**’이라고 적법하게 표시한 이상, **국내** 특정 지역의 수삼과 다른 지역의 수삼으로 만든 **홍삼**을 주원료로 하여 **특정 지역**에서 제조한 홍삼절편의 제품명이나 제조·판매자명에 **특정 지역**의 명칭을 사용하였다고 하더라도 이를 곧바로 ‘**원산지를 혼동하게 할 우려가 있는** 표시를 하는 행위’라고 보기는 어렵다.

(대법원 2015.04.09. 선고 2014도14191 판결)

<검토> 『법의 취지를 고려하여 **처벌**(피고인의 행위를 법

문구에 **해당된다고** 해석해야 처벌할 수 있다.), **불처벌**(피고인의 행위를 법문구에 **해당되지 않는다고** 해석해야 처벌할 수 있다.)로 암기한다.』는 죄형법정주의 판례 두 번째 원칙을 적용하면 되는 판례이다.

홍삼은 ‘맛있다, 몸에 좋다’ ⇒ 불처벌(피고인의 행위는 처벌하는 법문구에 **해당되지 않는다**)고 생각하면서 불처벌 쪽으로 해석하는 판례의 위와 같은 해석은 옳다고 암기한다.

㉢ 옳다. <판례의 입장> 도로교통법 제43조는 무면허운전 등을 금지하면서 “누구든지 제80조의 규정에 의하여 지방경찰청장으로부터 운전면허를 받지 아니하거나 운전면허의 효력이 정지된 경우에는 자동차 등을 운전하여서는 아니된다”고 정하여, 운전자의 금지사항으로 운전면허를 받지 아니한 경우와 운전면허의 효력이 정지된 경우를 구별하여 대등하게 나열하고 있다. 그렇다면 ‘**운전면허를 받지 아니하고**’라는 법률문언의 통상적인 의미에 ‘**운전면허를 받았으나 그 후 운전면허의 효력이 정지된 경우**’가 당연히 포함된다고는 해석할 수 없다.

☞ 피고인이 ‘원동기장치자전거면허의 효력이 정지된 상태에서’ 원동기장치자전거를 운전하였다고 하며 도로교통법 위반(무면허운전)으로 기소된 사안에서, 위 행위가 도로교통법 제154조 제2호, 제43조 위반죄에 **해당하지 않는다고** 본 원심판단을 수긍한 사례

(대법원 2011.8.25. 선고 2011도7725 판결)

<검토> 『법의 문구(운전면허를 받지 아니하고: 양)와 행위자의 행위(운전면허를 받았으나 그 후 운전면허의 효력이 정지된 경우: 염소)가 다르면 법을 적용할 수 없다』는 죄형법정주의 첫 번째 원칙을 적용하면 되는 판례이다.

죄형법정주의를 엄격히 적용하여 ‘**운전면허를 받았으나 그 후 운전면허의 효력이 정지된 경우**’는 ‘**운전면허를 받지 아니하는**’ 것을 객관적 구성요건요소로 하는 도로교통법 무면허운전죄에 해당되지 않으므로 무죄를 인정한 판례이다.

이런 판례는 구성요건에 규정된 문구(⇒ **운전면허를 받았으나 그 후 운전면허의 효력이 정지된 경우**)와 실제 피고인의 행위에 해당하는 문구(⇒ **운전면허를 받았으나 그 후 운전면허의 효력이 정지된 경우**)의 차이에 포인트를 두어 암기하는 것이 요령이다.

㉣ 옳다. <판례의 입장> 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 **타인의 정보**를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설하는 행위를 금지·처벌하는 규정인 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제49조 및 제62조 제6호의 ‘**타인**’에는 **생존하는** 개인뿐만 아니라 이미 **사망한 자도 포함된다**.

(대법원 2007.06.14. 선고 2007도2162 판결)

<검토> 『법의 취지를 고려하여 **처벌**(피고인의 행위를 법문구에 **해당된다고** 해석해야 처벌할 수 있다.), **불처벌**(피

고인의 행위를 범문구에 해당되지 않는다고 해석해야 불 처벌할 수 있다.)로 암기한다.』는 죄형법정주의 판례 두 번째 원칙을 적용하면 되는 판례이다.

개인 정보나 비밀의 중요성이 강조되고 있는 현 시대에 여러분의 돌아가신 친족의 정보나 비밀을 훼손하는 행위 등을 한 놈들을 강력히 처벌해야 한다(피고인의 행위는 범 문구에 해당된다.)고 생각하면서, 처벌 쪽으로 해석(‘타인’ 에는 생존하는 개인뿐만 아니라 이미 사망한 자도 포함된 다.)하는 판례의 위와 같은 입장은 옳다고 암기한다.

문2. 【정답】 ②

【해설】

② 틀리다. <판례의 입장> 피교사자가 범죄의 실행에 착 수한 경우 그 범행결의가 교사자의 교사행위에 의하여 생 긴 것인지는 교사자와 피교사자의 관계, 교사행위의 내용 및 정도, 피교사자가 범행에 이르게 된 과정, 교사자의 교 사행위가 없더라도 피교사자가 범행을 저지를 다른 원인 의 존부 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사건의 전 체적 경과를 객관적으로 판단하는 방법에 의하여야 하고, 이러한 판단 방법에 의할 때 피교사자가 교사자의 교사행 위 당시에는 일용 범행을 승낙하지 아니한 것으로 보여진 다 하더라도 이후 그 교사행위에 의하여 범행을 결의한 것으로 인정되는 이상 교사범의 성립에는 영향이 없다.

피고인이 결혼을 전제로 교제하던 여성 갑의 임신 사실을 알고 수회에 걸쳐 낙태를 권유하였다가 거부당하자, 갑에 게 출산 여부는 알아서 하되 더 이상 결혼을 진행하지 않 겠다고 통보하고, 이후에도 아이에 대한 친권을 행사할 의 사가 없다고 하면서 낙태할 병원을 물색해 주기도 하였는 데, 그 후 갑이 피고인에게 알리지 아니한 채 자신이 알아 본 병원에서 낙태시술을 받은 사안에서, 피고인은 갑에게 직접 낙태를 권유할 당시뿐만 아니라 출산 여부는 알아서 하라고 통보한 이후에도 계속 낙태를 교사하였고, 갑은 이 로 인하여 낙태를 결의·실행하게 되었다고 보는 것이 타당 하며, 갑이 당초 아이를 낳을 것처럼 말한 사실이 있다는 사정만으로 피고인의 낙태교사행위와 갑의 낙태결의 사이 에 인과관계가 단절되는 것은 아니라는 이유로, 피고인에 게 낙태교사죄를 인정한 원심판단을 정당하다고 한 사례.

(대법원 2013.09.12. 선고 2012도2744 판결)

<검토> ‘낙태교사 사건’이다. ‘형법의 표준시는 행위시이다’라는 원칙에 대한 예외가 되는 판례로, 낙태의 개념이 범죄 결의 없는 자에게 범죄 결의하게 하는 것이므로 사 안의 경우 낙태교사 행위시에는 범죄 결의가 없었으나 그 이후라도 그 교사가 원인이 되어 낙태범죄를 결의한 경우 라면 인과관계가 인정되어 낙태교사죄가 성립한다는 취지 의 판례이다.

① 옳다. <판례의 입장> 피해자가 위와 같이 계속되는 피 고인의 폭행을 피하려고 다시 도로를 건너 도주하다가 차 량에 치여 사망한 사실을 인정한 다음, 위와 같은 사정에

비추어 보면 피고인의 위 상해행위와 피해자의 사망 사이 에 상당인과관계가 있다

(대법원 1996.05.10. 선고 96도529 판결)

<검토> 원칙적으로 피고인의 원인된 행위를 피해자가 (피 하)려고 와 유사한 회피성 문구가 있으면 특별한 사정이 없는 한 인과관계가 인정됨을 유념한다.

③ 옳다. <판례의 입장> 승용차로 피해자를 가로막아 승 차하게 한 후 피해자의 하차 요구를 무시한 채 당초 목적 지가 아닌 다른 장소를 향하여 시속 약 60km내지70km의 속도로 진행하여 피해자를 차량에서 내리지 못하게 한 행 위는 감금죄에 해당하고, 피해자가 그와 같은 감금상태를 벗어날 목적으로 차량을 빠져 나오려다가 길바닥에 떨어 져 상해를 입고 그 결과 사망에 이르렀다면 감금행위와 피해자의 사망 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것이 므로 감금치사죄에 해당한다.

(대법원 2000.02.11. 선고 99도5286 판결)

<검토> 『60km내지70km의 속도 ⇒ hard ⇒ 처벌(인과관 계 인정)』로 암기하거나 『‘벗어날 목적으로’, ‘빠져 나오 려다가’ ⇒ 회피성 문구 ⇒ 처벌(인과관계 인정)』로 암기 하면 된다.

④ 옳다. <판례의 입장> 피고인이 고속도로 2차로를 따라 자동차를 운전하다가 1차로를 진행하던 갑의 차량 앞에 급하게 끼어든 후 곧바로 정차하여, 갑의 차량 및 이를 뒤 따르던 차량 두 대는 연이어 급제동하여 정차하였으나, 그 뒤를 따라오던 을의 차량이 앞의 차량들을 연쇄적으로 추 돌게 하여 을을 사망에 이르게 하고 나머지 차량 운전자 등 피해자들에게 상해를 입힌 사안에서, 편도 2차로의 고 속도로 1차로 한가운데에 정차한 피고인은 현장의 교통상 황이나 일반인의 운전 습관·행태 등에 비추어 고속도로를 주행하는 다른 차량 운전자들이 제한속도 준수나 안전거 리 확보 등의 주의의무를 완전하게 다하지 않을 수도 있 다는 점을 알았거나 충분히 알 수 있었으므로, 피고인의 정차 행위와 사상의 결과 발생 사이에 상당인과관계가 있 고, 사상의 결과 발생에 대한 예견가능성도 인정된다는 이 유로, 피고인에게 일반교통방해치사상죄를 인정한 원심판 단이 정당하다고 한 사례.

(대법원 2014.07.24. 선고 2014도6206 판결)

<검토> 『‘급하게 끼어든’ ⇒ hard ⇒ 처벌(인과관계 인 정)』로 암기하면 된다.

문3. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. <판례의 입장> 형법 제10조 제3항은 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에 는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다.”고 규정하고 있는 바, 이 규정은 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행 위만이 아니라 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행

위까지도 포함하는 것으로서 위험의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용대상이 된다고 할 것이어서, 피고인이 **음주운전**을 할 의사를 가지고 음주 만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면 피고인은 음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 위 법조항에 의하여 **심신장애로 인한 감경** 등을 할 수 없다.

(대법원 1992.07.28. 선고 92도999 판결)

<검토> 『음주운전 중 교통사고 ⇒ 업무상·과실·치사상죄 등으로 무조건 처벌 ⇒ 과실범의 경우도 원자행위규정 적용(처벌) ⇒ **과실**에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함』으로 암기하면 된다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 건설회사가 건설공사 중 타워크레인의 설치작업을 전문업자에게 **도급**주어 타워크레인 설치작업을 하던 중 발생한 사고에 대하여 건설회사의 현장 대리인에게 업무상과실치사상의 죄책을 물을 수 없다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례.

(대법원 2005.09.09. 선고 2005도3108 판결)

<참고판례> 공사도급계약의 경우 원칙적으로 **도급인**에게는 수급인의 업무와 관련하여 사고방지에 필요한 안전조치를 취할 주의의무가 없으나, 법령에 의하여 도급인에게 수급인의 업무에 관하여 **구체적인 관리·감독의무** 등이 부여되어 있거나 도급인이 공사의 시공이나 개별 작업에 관하여 **구체적으로 지시·감독**하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 도급인에게도 수급인의 업무와 관련하여 사고방지에 필요한 안전조치를 취할 주의의무가 있다고 할 것이다

(대법원 2010.12.23. 선고 2010도1448 판결)

<검토> ‘도급 사건’이다. 도급인은 비전문가이고 수급인은 전문가이므로, 돈을 지급하고 수급인에게 전문적인 일의 완성을 완전히 떠 맡기는 것이 도급이다.

따라서 수급인의 잘못에 대해서 원칙적으로 **도급인**은 책임을 지지 않는다. 다만 참고판례에서 알 수 있듯이 예외적으로 도급인에게 **법령**으로 수급인을 관리감독할 의무가 부여된 경우나 도급인이 수급인을 **구체적으로 지시감독**한 경우는 책임을 진다.

② 옳다. **<판례의 입장>** 의료사고에 있어 의료인의 과실을 인정하기 위해서는 결과발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었음에도 불구하고 이를 하지 못하였음이 인정되어야 하고, 그러한 과실의 유무를 판단함에 있어서는 **같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인**의 주의 정도를 표준으로 하여야 하되, 사고당시의 일반적인 의학 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다

(대법원 2010.03.25. 선고 2008도590 판결)

<검토> ‘일반적 보통인’, ‘평균인’, ‘일반인’ 등은 과실인정

여부에 대한 판례의 판단기준임은 다 아는 사실이다. 다만, 의료사고에 있어서는 ‘같은 업무와 직무에 종사하는’이란 수식어구가 있다는 점을 유의해야 한다. 즉, 의료사고에 있어서는 의료과실인정여부를 판단할 때는 ‘**평균적 일반인**’이 아니라 ‘**평균적 의사**’를 기준으로 한다는 것이다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 행정상의 단속을 주안으로 하는 법규라 하더라도 ‘**명문규정이 있거나 해석상 과실범도 별할 뜻이 명확한 경우**’를 제외하고는 **형법의 원칙**에 따라 ‘**고의**’가 있어야 별할 수 있다.

(대법원 2010.02.11. 선고 2009도9807 판결)

<법조문> **형법 제13조(범의)** : 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 단, 법률에 **특별한 규정**이 있는 경우에는 예외로 한다.

형법 제14조(과실) : 정상의 주의를 대만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 **특별한 규정**이 있는 경우에 한하여 처벌한다.

<검토> 과실범은 범죄사실을 인식·인용하여 구성요건을 실현한 고의범과 달리 부주의에 의해 구성요건을 실현한 경우이므로 고의범에 비해 불법 및 책임의 정도가 가벼워, 형법은 **과실범**을 법률에 특별한 규정이 있을 때에 한해 예외적으로 처벌하고, 그 법정형도 고의범에 비해 낮게 규정하고 있다. 이는 행정상의 법규라도 **범죄와 형벌**을 규정한 것이면 실질적 형법에 속하고 형법총칙의 규정이 적용되므로 마찬가지일 것이다.

문4. 【정답】 ②

【해설】

② 틀리다. **<판례의 입장>** 정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정 실시 여부는 경영주체의 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없어, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진된다는 등의 특별한 사정이 없음에도 노동조합이 실질적으로 그 실시 자체를 반대하기 위하여 쟁의행위로 나아간다면, 비록 그러한 구조조정의 실시가 근로자들의 지위나 근로조건의 변경을 필연적으로 수반한다 하더라도, 그 쟁의행위는 **목적의 정당성**을 인정할 수 없다. 아울러 쟁의행위가 추구하는 목적이 여러 가지로서 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 **주된 목적 내지 진정한 목적**을 기준으로 쟁의행위 목적의 정당성 여부를 판단하여야 하는데, 만일 **부당한 요구사항을 뺀다**라면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정될 때에는 그 쟁의행위 전체가 **정당성**을 갖지 못한다고 보아야 한다

(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도11030 판결)

<검토> 판례는 보통 유·무죄를 판단할 때 단편적보다는 ‘**종합적으로**’, 부수적인 것보다는 ‘**주된 것**’을 기준으로 삼는 경향이 있다.

지문 중 ‘**부당한 요구사항을 뺀다**라면 쟁의행위를 하지 않

있을 것’라는 표현은 결국 쟁의행위의 주된 목적이 부당하다는 의미이므로 ‘쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다’. 따라서 지문의 ‘쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 볼 수는 없다’는 표현은 틀렸다.

① 옳다. <판례의 입장> 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는 **첫째** 그 **주체**가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, **둘째** 그 **목적**이 근로조건향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, **셋째** 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 **절차**를 거쳐야 하고, **넷째** 그 **수단**과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 하는바, 특히 그 절차에 관하여 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 노동조합및노동관계조정법 제41조 제1항의 규정은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합원의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로 위의 절차를 위반한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실된다. 이와 달리 쟁의행위의 개시에 앞서 노동조합및노동관계조정법 제41조 제1항에 의한 투표절차를 거치지 아니한 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 때에는 단지 노동조합 내부의 의사형성 과정에 결함이 있는 정도에 불과하다고 하여 쟁의행위의 정당성이 상실되지 않는 것으로 해석한다면 위임에 의한 대리투표, 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성간주 등의 방법이 용인되는 결과, 그와 같은 견해는 위의 관계 규정과 대법원의 판례취지에 반하는 것이 된다. 따라서 견해를 달리하여 노동조합및노동관계조정법 제41조 제1항을 위반하여 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 과반수의 찬성결정을 거치지 아니하고 쟁의행위에 나아간 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 위와 같은 투표절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 쟁의행위가 정당성을 상실한다고 볼 수 없다는 취지의 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도4836 판결은 이와 어긋나는 부분에 한하여 **변경**하기로 한다.

(대법원 2001.10.25. 선고 99도4837 전원합의체 판결)

<검토> 아는 바와 같이 大과업일 경우 업무방해죄의 구성요건해당성이 있다 하더라도, 『I. 주(체), II. 목(적), III. 절(차), IV. 수(단)』라는 쟁의행위의 정당행위 요건을 충족하면 위법성이 조각된다.

하지만 사안의 경우는 『‘찬반투표를 실시하지는 않았지만’ ⇒ III. 절차 위반 ⇒ 정당행위 부정 ⇒ 위법성 인정 ⇒ 처

별』인 케이스이다.

③ 옳다. <판례의 입장> [1] 농어촌구조개선 특별회계기금을 재원으로 하여 임업후계자육성을 위해 이루어지는 정책자금대출로서 그 대출의 조건 및 용도가 임야매수자금으로 한정되어 있는 정책자금을 대출받음에 있어 임야매수자금을 실제보다 부풀린 허위의 계약서를 제출함으로써 대출취급기관을 기망하였다면, 피고인에게 대출받을 자금을 상환할 의사와 능력이 있었는지 여부를 불문하고 편취의 고의가 인정된다.

[2] 임야매수자금으로 대출받은 돈을 임야매수를 위해 사용하지는 않더라도 임업경영의 목적으로 사용하는 한 산림조합이나 정부가 이를 용인하여 왔다거나, 정책자금을 대출받은 사람들이 대출의 조건 및 용도에 위반하여 자금을 사용하는 관행이 있다고는 인정할 수 없을 뿐만 아니라, 설령 그러한 관행이 존재한다고 하더라도 이는 법에 어긋나는 것이므로 그러한 관행을 이유로 대출 조건과 용도가 임야매수자금으로 한정된 정책자금을 실제보다 부풀려 대출받아 편취한 행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당한 행위라거나 비난가능성이 없다고 할 수는 없다.

(대법원 2007.04.27. 선고 2006도7634 판결)

<검토> ‘~자금, ~기금’ 등과 유사한 표현이 등장한다면 보통 ‘용도사기 사건’ 또는 ‘용도횡령 사건’임을 간파하고 처벌 쪽으로 암기하면 된다.

『‘실제보다 부풀려’ ⇒ hard ⇒ 처벌 ⇒ 정당행위 부정』으로 암기해도 된다.

④ 옳다. <판례의 입장> 피해자의 침해행위에 대하여 자기의 권리를 방위하기 위한 부득이한 행위가 아니고, 그 침해행위에서 벗어난 후 분을 풀려는 목적에서 나온 공격행위는 정당방위에 해당한다고 할 수 없다.

☞ 피고인은 집주인인 공소외인로부터 계약기간이 지났으니 방을 비워 달라는 요구를 수회 받고서도 그때마다 행패를 부려 위 공소외인이 무서워서 다른 집에 가서 잠을 자기도 하였는데 본건 범행 당일에도 위 공소외인이 방세를 돌려 줄테니 방을 비워달라고 요구하자 방안에서 나오지도 아니하고 금 20,000,000원을 주어야 방을 비워준다고 억지를 쓰며 폭언을 하므로 위 공소외인의 머느리가 화가나 피고인 방의 창문을 쇠스랑으로 부수자, 이에 격분하여 배척(속칭 **빠루**)을 들고 나와 마당에서 이 장면을 구경하다 미처 피고인을 피하여 도망가지 못한 마을주민인 피해자 1, 2를 배척(속칭 빠루)으로 때려 각 상해를 가한 것이므로 피고인에게는 현재의 부당한 침해는 없었음이 명백하다는 이유로 정당방위에 관한 피고인의 주장을 배척하였는바, 앞서 본 법리에 비추어 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.

(대법원 1996. 4. 9. 선고 96도241 판결)

<검토> ‘빠루’ ⇒ hard ⇒ 처벌 ⇒ 정당방위 부정으로 암기하면 된다.

문5. 【정답】 ③

【해설】

③ 법률의 착오에 정당한 이유가 없어 처벌되는 것은 ㉠, ㉡, ㉢ 3개이다.

㉠ 정당한 이유 부정. <판례의 입장> 부동산중개업자가 아파트 분양권의 매매를 중개하면서 중개수수료 산정에 관한 지방자치단체의 조례를 잘못 해석하여 법에서 허용하는 금액을 초과한 중개수수료를 수수한 경우가 법률의 착오에 해당하지 않는다고 한 사례.

(대법원 2005.05.27. 선고 2004도62 판결)

『‘부동산’ ⇒ 우리나라는 땅이 좁아 부동산관련법 위반은 원칙적으로 처벌 ⇒ 정당한 이유 부정』

또는 『‘조례를 잘못 해석’ ⇒ 법규범을 잘못 해석했다는 것은 변명에 불과하므로 원칙적으로 처벌 ⇒ 정당한 이유 부정』으로 암기하면 된다.

㉡ 정당한 이유 부정. <판례의 입장> 유선비디오 방송업자들의 질의에 대하여 체신부장관이 유선비디오 방송은 자가통신설비로 볼 수 없어 같은 법 제15조 제1항 소정의 허가대상이 되지 않는다는 견해를 밝힌 바 있다 하더라도 그 견해가 법령의 해석에 관한 법원의 판단을 기속하는 것은 아니므로 그것만으로 피고인에게 범의가 없었다고 할 수 없다.

(대법원 1989.02.14. 선고 87도1860 판결)

<검토> ‘체신부장관’ ⇒ 체(체)신머리 없는 사람의 말은 믿으면 안된다. ⇒ 처벌 ⇒ 정당한 이유 부정.

㉢ 정당한 이유 인정. <판례의 입장> 비디오물감상실업자가 자신의 비디오물감상실에 18세 이상 19세 미만의 청소년을 출입시킨 행위가 관련 법률에 의하여 허용된다고 믿었고, 그렇게 믿었던 것에 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다

☞ 개정된 법이 시행된 후에도 이 사건 비디오물감상실의 관할부서(대구 중구청 문화관광과)는 업주들을 상대로 실시한 교육과정을 통하여 종전과 마찬가지로 음반등법 및 그 시행령에서 규정한 ‘만 18세 미만의 연소자’ 출입금지 표시를 업소출입구에 부착하라고 행정지도를 하였을 뿐 법에서 금지하고 있는 ‘만 18세 이상 19세 미만’의 청소년 출입문제에 관하여는 특별한 언급을 하지 않았고, 이로 인하여 피고인을 비롯한 비디오물감상실 업주들은 여전히 출입금지대상이 음반등법 및 그 시행령에서 규정하고 있는 ‘18세 미만의 연소자’에 한정되는 것으로 인식하였던 것으로 보여지는 바, 사정이 위와 같다면, 피고인이 자신의 비디오물감상실에 18세 이상 19세 미만의 청소년을 출입시킨 행위가 관련 법률에 의하여 허용된다고 믿었고, 그렇게 믿었던 것에 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다

(대법원 2002. 5. 17. 선고 2001도4077 판결)

<비교판례> 유흥접객업소(천지창조나이트클럽)의 업주가 경찰당국의 단속대상에서 제외되어 있는 만 18세 이상의 고등학생이 아닌 미성년자는 출입이 허용되는 것으로 알고 있었더라도 이는 미성년자보호법 규정을 알지 못한 단순한 법률의 부지에 해당하고 특히 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 적극적으로 그릇 인정한 경우는 아니므로 비록 경찰당국이 단속대상에서 제외하였다 하여 이를 법률의 착오에 기인한 행위라고 할 수는 없다.

(대법원 1985.04.09. 선고 85도25 판결)

<검토> 법률의 부지로 보아 업주를 처벌하였던 ‘천지창조 나이트클럽 사건’과 구별해야 하는 판례로서, 법률의 착오로 보아 정당한 이유를 인정하여 업주를 처벌하지 않았던 ‘비디오방 사건’이다.

천지창조나이트클럽 ⇒ 어감상 hard ⇒ 처벌.(법률의 부지라는 점도 기억해야 한다.)

비디오방 ⇒ 어감상 soft ⇒ 불처벌 ⇒ 정당한 이유 인정.

㉣ 정당한 이유 부정. <판례의 입장> 중국 국적 선박을 구입한 피고인이 매도인인 중국 해운회사에 선박을 임대하여 받기로 한 용선료를 재정경제부장관에게 미리 신고 하지 아니하고 선박 매매대금과 상계한 사안에서, 위 행위가 구 외국환거래법 위반죄에 해당한다고 본 원심판단을 수긍한 사례

(대법원 2011.07.14. 선고 2011도2136 판결)

<검토> ‘신고하지 아니하고,’‘외국환’ ⇒ IMF사태를 생각하면서 ⇒ 처벌 ⇒ 정당한 이유 부정.

문6. 【정답】 ②

【해설】

② 미수범 처벌규정이 있는 범죄는 ㉡ 감금죄, ㉢ 퇴거불응죄, ㉣ 공무상보관물무효죄 3개이다.

① 강제집행면탈죄 <검토> 미수규정이 없다. ⇒ 재산죄 중 부당이득죄, 점유이탈물횡령, 장물, 경계침범, 권리행사 방해, 강제집행면탈죄 를 제외한 나머지 죄는 미수규정이 있다.

㉠ 장물취득죄 <검토> 미수규정이 없다. ⇒ 재산죄 중 부당이득죄, 점유이탈물횡령, 장물, 경계침범, 권리행사방해, 강제집행면탈죄 를 제외한 나머지 죄는 미수규정이 있다.

㉡ 직무유기죄 <검토> 미수규정이 없다. 국가적 법익에 대한 죄 중 제7장 공무원의 직무에 관한 죄(직무유기, 뇌물, 직권남용죄 등)는 미수규정이 없다.

㉢ 감금죄 <검토> 미수규정이 있다. 개인적 법익 제2장 자유에 관한 죄(협박, 강요, 체포감금, 약취유인, 강간죄)는 미수규정이 있다.

㉣ 퇴거불응죄 <검토> 미수규정이 있다. 진정부작위범은 거동범이므로 원칙적으로 미수 불가. 단, 퇴거불응죄와 집합명령위반죄는 미수규정이 있다.

㉤ 공무상보관물무효죄 <검토> 미수규정이 있다. 제2절 공무방해에 관한 죄의 경우 공무집행방해죄 등은 미수규

정이 없다. 단, 손괴죄 류(공무상비밀표시무효죄, 공용서류 무효죄, 공용물파괴죄, 공무상보관물무효죄 등)은 미수구정이 있다.

문7. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. <판례의 입장> 공동정범은 행위자 상호간에 범죄행위를 공동으로 한다는 공동가공의 의사를 가지고 범죄를 공동실행하는 경우에 성립하는 것으로서, 여기에서의 공동가공의 의사는 공동행위자 상호간에 있어야 하며 행위자 일방의 가공의사만으로는 공동정범관계가 성립할 수 없다.

(대법원 1985.05.14. 선고 84도2118 판결)

<검토> 일방의 가공의사만 있는 경우를 편면적 공동정범이라고 하는데, 공동정범의 ‘공동’이란 말과 ‘일방’이란 말은 상호 모순되므로 편면적 공동정범은 공동정범이라고 할 수 없다.

① 옳다. <판례의 입장> [1] 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다.

[2] 공중위생영업의 신고의무는 ‘공중위생영업을 하고자 하는 자’에게 부여되어 있고, 여기서 ‘영업을 하는 자’란 영업으로 인한 권리의무의 귀속주체가 되는 자를 의미하므로, 영업자의 직원이나 보조자의 경우에는 영업을 하는 자에 포함되지 않는다.

(대법원 2008.3.27. 선고 2008도89 판결)

<검토> 공모를 한 비정한 부와 비정한 모가 물에 빠진 아들을 구하지 아니하는 경우를 생각하면서 『부작위범 공동정범 = 공통의무 + 의무공통』이라고 수학공식처럼 암기하면 된다.

② 옳다. <판례의 입장> [1] 형법 제357조 제1항의 배임수채죄와 같은 조 제2항의 배임증채죄는 통상 필요적 공범의 관계에 있기는 하나 이것은 반드시 수채자와 증채자가 같이 처벌받아야 하는 것을 의미하는 것은 아니고 증채자에게는 정당한 업무에 속하는 청탁이라도 수채자에게는 부정한 청탁이 될 수도 있는 것이다.

[2] 배임수채죄의 수채자에 대한 부정한 청탁이라 함은 업무상배임에 이르는 정도는 아니나 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁을 의미하므로 방송국에서 프로그램의 제작연출 등의 사무를 처리하는 프로듀서가 특정 가수의 노래만을 편파적으로 선곡하여 계속 방송하여서는 아니되고 청취자들의 인기도, 호응도 등을 고려하여 여러 가수들의 노래를 공정성실하게 방송하여야 할 임무가 있음에도 담당 방송프로그램에 특정 가수의 노래만을 자주 방송하여 달라는 청탁은 사회상규나 신의성실의 원칙에 반하는 부정한 청탁이라 할 것이다.

(대법원 1991.01.15. 선고 90도2257 판결)

<검토> ‘PD 사건’을 생각한다. 필요적 공범관계라고 하더라도 공범자 모두 처벌받아야 하는 것은 아니다.

돈 받은 PD ⇒ 방송사 배신 ⇒ 처벌 ⇒ 부정한다.

돈 준 매니저 ⇒ 투자금 손해 면하기 위한 불가피한 영업전략 ⇒ 불처벌 ⇒ 정당한다.

④ 옳다. <판례의 입장> 뇌물공여죄와 뇌물수수죄는 필요적 공범관계에 있다고 할 것이나, 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 있을을 필요로 하는 것은 아니므로, 오로지 공무원을 함정에 빠뜨릴 의사로 직무와 관련되었다는 형식을 빌려 그 공무원에게 금품을 공여한 경우에도 공무원이 그 금품을 직무와 관련하여 수수한다는 의사를 가지고 받아들이면 뇌물수수죄가 성립한다.

(대법원 2008.03.13. 선고 2007도10804 판결)

<검토> ‘함정 사건’이다.

‘함정에 빠뜨릴 의사’ ⇒ 증뢰자에게 증뢰고의 부정 ⇒ 증뢰자 불처벌.

‘직무와 관련하여 수수한다는 의사’ ⇒ 수뢰자에게 수뢰고의 인정 ⇒ 수뢰자 처벌.

문8. 【정답】 ②

【해설】

② 불가벌적 사후행위에 해당하는 것은 ㉠, ㉡ 2개이다.

㉠ 불가벌적 사후행위 인정. <판례의 입장> 갑 주식회사 대표이사인 피고인이 자신의 채권자 을에게 차용금에 대한 담보로 갑 회사 명의 정기예금에 질권을 설정하여 주었는데, 그 후 을이 차용금과 정기예금의 변제기가 모두 도래한 이후 피고인의 동의하에 정기예금 계좌에 입금되어 있던 갑 회사 자금을 전액 인출하였다고 하여 구 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반으로 기소된 사안에서, 민법 제353조에 의하면 질권자는 질권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있으므로, 피고인의 예금인출동의행위는 이미 배임행위로써 이루어진 질권설정행위의 사후조처에 불과하여 새로운 법익의 침해를 수반하지 않는 이른바 불가벌적 사후행위에 해당하고, 별도의 횡령죄를 구성하지 않는 데도, 이와 달리 피고인에 대하여 질권설정으로 인한 배임죄와 별도로 예금인출로 인한 횡령죄까지 성립한다고 본 원심판결에 불가벌적 사후행위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

(대법원 2012.11.29. 선고 2012도10980 판결)

<검토> ‘질권 사건’이다. 형법 수험생이 질권에 관한 어려운 민법내용을 자세히 공부할 필요는 없다.

『질권 ⇒ 大침해, 인출동의 ⇒ 小침해』라는 점과 『大는 小를 포함한다』라는 상식만 알고 있으면 충분하다.

㉡ 불가벌적 사후행위 부정. <판례의 입장> [1] [다수의

전] (가) 횡령죄는 다른 사람의 재물에 관한 소유권 등 본권을 보호법적으로 하고 법익침해의 위험이 있으면 침해의 결과가 발생되지 아니하더라도 성립하는 위험범이다. 그리고 일단 특정한 처분행위(이를 '선행 처분행위'라 한다)로 인하여 법익침해의 위험이 발생함으로써 횡령죄가 기수에 이른 후 중국적인 법익침해의 결과가 발생하기 전에 새로운 처분행위(이를 '후행 처분행위'라 한다)가 이루어졌을 때, 후행 처분행위가 선행 처분행위에 의하여 발생한 위험을 현실적인 법익침해로 완성하는 수단에 불과하거나 그 과정에서 당연히 예상될 수 있는 것으로서 새로운 위험을 추가하는 것이 아니라면 후행 처분행위에 의해 발생한 위험은 선행 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험에 포함되는 것이므로 후행 처분행위는 이른바 불가벌적 사후행위에 해당한다.

그러나 후행 처분행위가 이를 넘어서서, 선행 처분행위로 예상할 수 없는 새로운 위험을 추가함으로써 법익침해에 대한 위험을 증가시키거나 선행 처분행위와는 무관한 방법으로 법익침해의 결과를 발생시키는 경우라면, 이는 선행 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험의 범위를 벗어나는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 별도로 횡령죄를 구성한다고 보아야 한다.

(나) 따라서 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 근저당권 설정등기를 경료함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다 하더라도 그 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하여 새로운 법익침해의 위험을 추가함으로써 법익침해의 위험을 증가시키거나 해당 부동산을 매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 법익침해의 결과를 발생시켰다면, 이는 당초의 근저당권 실행을 위한 임의경매에 의한 매각 등 그 근저당권으로 인해 당연히 예상될 수 있는 범위를 넘어 새로운 법익침해의 위험을 증가시키거나 법익침해의 결과를 발생시킨 것이므로 특별한 사정이 없는 한 불가벌적 사후행위로 볼 수 없고, 별도로 횡령죄를 구성한다.

[2] 피해자 갑 종종으로부터 종종 소유의 토지를 명의신탁받아 보관 중이던 피고인 을이 자신의 개인 채무 변제에 사용할 돈을 차용하기 위해 위 토지에 근저당권을 설정하였는데, 그 후 피고인 을, 병이 공모하여 위 토지를 정에게 매도한 사안에서, 피고인들이 토지를 매도한 행위는 선행 근저당권설정행위 이후에 이루어진 것이어서 불가벌적 사후행위에 해당한다는 취지의 피고인들 주장을 배척하고 위 토지 매도행위가 별도의 횡령죄를 구성한다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

(대법원 2013.2.21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결)

<검토> 『근·저당권』 ⇒ 小침해(소유권 100%침해 아님), 매도 ⇒ 大침해(소유권 100%침해 임)』를 이해한다면 小침해 후 大침해는 별도의 피해가 있는 경우이므로, 별도의 죄(실체적 경합)가 성립함을 쉽게 알 수 있을 것이다.

㉔ 불가벌적 사후행위 인정. **<판례의 입장>** 피고인이 당

초부터 피해자를 기망하여 약속어음을 교부받은 경우에는 그 교부받은 즉시 사기죄가 성립하고 그 후 이를 피해자에 대한 피고인의 채권의 변제에 충당하였다 하더라도 불가벌적 사후행위가 됨에 그칠 뿐, 별도로 횡령죄를 구성하지 않는다.

(대법원 1983.04.26. 선고 82도3079 판결)

<검토> ‘당초부터,’ ‘기망’ ⇒ 사기범죄인 ⇒ (사기)범죄인과 (사기)피해자간에는 위탁관계가 없다. ⇒ 횡령죄 불성립.

㉕ 불가벌적 사후행위 부정. **<판례의 입장>** 부정한 이익을 얻은 목적으로 타인의 영업비밀이 담긴 CD를 절취하여 그 영업비밀을 부정사용한 사안에서, 절도죄와 별도로 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상 영업비밀부정사용죄가 성립한다고 한 사례.

㉖ 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적으로 그 기업에 유용한 영업비밀이 담겨 있는 타인의 재물을 절취한 후 그 영업비밀을 사용하는 경우, 영업비밀의 부정사용행위는 새로운 법익의 침해로 보아야 하므로 위와 같은 부정사용행위가 절도범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것은 아니다.

(대법원 2008.09.11. 선고 2008도5364 판결)

<검토> 『CD를 절취하여 ⇒ 완료형 ⇒ 절도죄 기수. 영업비밀을 부정사용한 ⇒ 완료형 ⇒ 영업비밀부정사용죄 기수.』라는 점과 객체가 다른 점에 착안하면 불가벌적 사후행위가 부정됨(실체적 경합)을 알 수 있다.

문9. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. **<판례의 입장>** 히로뽕을 수수하여 그 중 일부를 직접 투약한 경우에는 수수한 히로뽕의 가액만을 추정할 수 있고 직접 투약한 부분에 대한 가액을 별도로 추정할 수 없다고 한 사례

(대법원 2000.09.08. 선고 2000도546 판결)

<검토> 『‘수수한 히로뽕’ ⇒ 大, ‘직접 투약한 부분’ ⇒ 小』임을 이해한다면 大를 추정한 후, 별도로 小를 추정할 수 없음은 쉽게 알 수 있다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 형법 제49조 단서는 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다고 규정하고 있으므로 몰수뿐만 아니라 몰수에 갈음하는 추징도 위 규정에 근거하여 선고할 수 있다고 할 것이나 우리 법제상 공소의 제기 없이 별도로 몰수나 추징만을 선고할 수 있는 제도가 마련되어 있지 아니하므로 위 규정에 근거하여 몰수나 추징을 선고하기 위하여서는 몰수나 추징의 요건이 공소가 제기된 공소사실과 관련되어 있어야 하고, 공소사실이 인정되지 않는 경우에 이와 별개의 공소가 제기되지 아니한 범죄사실을 법원이 인정하여 그에 관하여 몰수나 추징을

선고하는 것은 불고불리의 원칙에 위반되어 불가능하며, 몰수나 추징이 공소사실과 관련이 있다 하더라도 그 공소사실에 관하여 이미 **공소시효가 완성**되어 **유죄의 선고**를 할 수 없는 경우에는 몰수나 추징도 할 수 없다.

(대법원 1992.07.28. 선고 92도700 판결)

<법조문> 형법 제48조(몰수의 대상과 추징)

□ 범인이외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인이외의 자가 정을 알면서 취득한 다음 기재의 물건은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.

1. **범죄행위**에 제공하였거나 제공하려고 한 물건.
2. **범죄행위**로 인하여 생하였거나 이로 인하여 취득한 물건.
3. 전 2호의 대가로 취득한 물건.

□ 전항에 기재한 물건을 몰수하기 불능한 때에는 그 가액을 추징한다.

<검토> 형법 제48조 규정 상 몰수나 추징을 하기 위해서는 판사에 의해 **범죄행위**가 인정되는 것이 전제조건인데, 공소시효가 완성된 경우는 공소제기가 불가능하여 **범죄행위**가 인정될 수 없어 몰수나 추징을 할 수 없는 것이다.

② 옳다. **<판례의 입장>** 몰수는 **범죄에 의한 이득**을 박탈하는 데 그 취지가 있고, 추징도 이러한 몰수의 취지를 관철하기 위한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 몰수할 수 없는 때에 추징하여야 할 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 몰수의 선고를 받았더라면 잃었을 이득상당액을 의미하므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 가액산정은 **재판선고시**의 가격을 기준으로 하여야 한다.

(대법원 2008.10.09. 선고 2008도6944 판결)

<검토> ‘형법의 표준시는 행위시이다’라는 원칙에 대한 예외가 되는 판례로 범죄에 의한 모든 이득을 박탈하는 것이 몰수·추징의 취지에 부합하므로 **행위시**의 이득이 **재판선고시** 증가된 상태로 있다면 증가된 이득을 몰수·추징하는 것이 타당하다.

④ 옳다. **<법조문> 형법 제357조(배임수증재)** : □ 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

□ 제1항의 재물 또는 이익을 공여한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

□ 범인이 **취득한** 제1항의 **재물**은 **몰수한다**. 그 재물을 몰수하기 불능하거나 재산상의 이익을 취득한 때에는 그 가액을 **추징한다**.

<검토> 형법상 임의적 몰수가 원칙이지만, 예외적으로 I. 뇌물, II. 아편 등, III. 배임수증죄로 취득한 재물은 필요적 몰수대상이다. 참고로 배임증재죄의 경우는 필요적 몰수가 아니다.

문10. 【정답】 ④

【해설】

④ 틀리다. **<법조문> 형법 제295조의2(형의 감경)** : 제287조(**미성년자의 약취**, 유인)부터 제290조까지, 제292조와 제294조의 죄를 범한 사람이 약취, 유인, 매매 또는 이송된 사람을 **안전한 장소로 풀어준 때에는 그 형을 감경**할 수 있다.

<검토> 인질범죄들(약취유인의 죄, 인질강요죄, 인질상해치상죄의 경우)은 원칙적으로 해방감경규정이 있으나, 예외적으로 체포감금죄, 인질강도죄, 인질살해치상죄의 경우는 해방감경규정이 없다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 미성년자를 **유인한** 자가 계속하여 미성년자를 불법하게 **감금**하였을 때에는 **미성년자유인죄** 이외에 **감금죄**가 별도로 성립한다.

(대법원 1998.05.26. 선고 98도1036 판결)

☞ 유혹하는 수단으로 미성년자를 이끌어서 이를 자기의 **실력지배** 안에 옮긴 때에는 **미성년자유인죄**의 기수가 있다고 해석할 것이며 불법 **감금죄**의 성립에는 **자유의 속박**이 다소 시간이 계속함을 필요로 할 것이므로 양자는 그 범죄의 구성요건을 **달리한다** 할 것이고 따라서 미성년자를 유인한자가 계속하여 이를 불법하게 감금하였을 때에는 **미성년자유인죄** 이외에 감금죄가 구성한다

(대법원 1998.05.26. 선고 98도1036 판결)

<검토> ‘~유인한’ ⇒ 완료형 ⇒ 유인죄 기수 ⇒ 그 후의 감금행위는 별개의 감금죄.

② 옳다. **<판례의 입장>** 형법 제288조에 규정된 약취행위는 피해자를 그 의사에 반하여 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 범인이나 제3자의 **사실상 지배하**에 옮기는 행위를 말하는 것으로서, 폭행 또는 협박을 수단으로 사용하는 경우에 그 폭행 또는 협박의 정도는 상대방을 **실력적 지배하**에 둘 수 있을 정도이면 족하고 반드시 상대방의 반항을 **억압할 정도**의 것임을 **요하지는 아니한다**.

(대법원 2009.07.09. 선고 2009도3816 판결)

<검토> ‘실력적 지배하’는 약취·유인죄 기수기준이며, 억압할 정도의 폭행·협박은 강도죄의 폭행·협박임을 유의하면 쉽게 풀 수 있는 지문이다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** [1] **미성년자를 보호감독하는 자**라 하더라도 다른 보호감독자의 감호권을 침해하거나 자신의 감호권을 **남용**하여 미성년자 본인의 이익을 침해하는 경우에는 **미성년자 약취·유인죄**의 주체가 될 수 있다.

[2] **외조부**가 말아서 양육해 오던 미성년인 자를 자의 의사에 반하여 사실상 자신의 지배하에 옮긴 **친권자**에 대하여 **미성년자 약취·유인죄**를 인정한 사례.

(대법원 2008.01.31. 선고 2007도8011 판결)

<검토> 교통사고 배상금 목적으로 외조부가 양육하던 아들을 비정한 아버지가 데리고 간 사안이다.

『배상금 목적 아버지 ⇒ BAD ⇒ 처벌 ⇒ 미성년자 약

취·유인죄 주체 인정』으로 기억하면 되는 판례이다.

문11. 【정답】 ①

【해설】

① 틀리다. <판례의 입장> 피고인이 자신의 아들 등에게 폭행을 당하여 입원한 피해자의 병실로 찾아가 그의 모 갑과 대화하던 중 갑의 이웃 을 및 피고인의 일행 병 등이 있는 자리에서 “학교에 알아보니 피해자에게 원래 정신병이 있었다고 하더라.”라고 허위사실을 말하여 피해자의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인이 병과 함께 피해자의 병문안을 가서 피고인·갑·을·병 4명이 있는 자리에서 피해자에 대한 폭행사건에 관하여 대화를 나누던 중 위 발언을 한 것이라면 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태라고 할 수 없고, 또 그 자리에 있던 사람들의 관계 등 여러 사정에 비추어 피고인의 발언이 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다고 보기도 어려워 공연성이 없다는 이유로, 이와 달리 보아 피고인에게 유죄를 인정한 원심판단에 법리오해 및 심리미진의 위법이 있다고 한 사례.

(대법원 2011.9.8. 선고 2010도7497)

<검토> ‘친 사건류(공연성 부정)’이다. 명예훼손죄의 피해자와 명예훼손 피고지자인 피해자의 모, 모의 (친한)이웃은 친관계이므로 공연성 부정.

명예훼손죄의 가해자(고지자)와 피고인의 일행 병 역시 친관계이므로 공연성 부정.

② 옳다. <판례의 입장> 모욕죄는 특정한 사람 또는 인격을 보유하는 단체에 대하여 사회적 평가를 저하시킬 만한 경멸적 감정을 표현함으로써 성립하므로 그 피해자는 특정되어야 한다.

그리고 이른바 집단표시에 의한 모욕은, 모욕의 내용이 집단에 속한 특정인에 대한 것이라고는 해석되기 힘들고, 집단표시에 의한 비난이 개별구성원에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어 구성원 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 아니한 경우에는 구성원 개개인에 대한 모욕이 성립되지 않는다고 봄이 원칙이고, 비난의 정도가 희석되지 않아 구성원 개개인의 사회적 평가를 저하시킬 만한 것으로 평가될 경우에는 예외적으로 구성원 개개인에 대한 모욕이 성립할 수 있다. 한편 구성원 개개인에 대한 것으로 여겨질 정도로 구성원 수가 적거나 당시의 주위 정황 등으로 보아 집단 내 개별구성원을 지칭하는 것으로 여겨질 수 있는 때에는 집단 내 개별구성원이 피해자로서 특정된다고 보아야 할 것인데, 구체적인 기준으로는 집단의 크기, 집단의 성격과 집단 내에서의 피해자의 지위 등을 들 수 있다.

(대법원 2014.03.27. 선고 2011도15631 판결)

<검토> 집단표시(집합명칭)에 의한 모욕죄·명예훼손죄 성립의 판단기준은 소규모이다.

즉 『집단(집합) ⇒ 대규모 ⇒ 피해자 불특정 ⇒ 불처벌 ⇒

아나운서 사건(모욕), 노노데모 사건(모욕)』 과

『집단(집합) ⇒ 소규모 ⇒ 피해자 특정 ⇒ 처벌 ⇒ 3.19동지회 사건(명예훼손)』을 비교하여 알아 두면 된다.

③ 옳다. <판례의 입장> 골프클럽 경기보조원들의 구직편의를 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.

④ 옳다. <판례의 입장> 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 끝 자리를 생략한 허위 발신번호를 기재한 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> ‘특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해’란 명예훼손의 뜻풀이 문구이다. 이런 표현은 복사 붙여넣기 식으로 나오므로 눈으로 가볍게 익혀 두면 충분하다.

문12. 【정답】 ①

【해설】

① 옳은 것은 ㉡ 1개이다.

㉠ 틀리다. <판례의 입장> [1] 형법 제331조 제2항의 특수 절도에 있어서 주거침입은 그 구성요건이 아니므로, 절도범인이 그 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 그 주거침입행위는 절도죄에 흡수되지 아니하고 별개로 주거침입죄를 구성하여 절도죄와는 실체적 경합의 관계에 있게 되고, 2인 이상이 합동하여 야간이 아닌 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였다 하여도 아직 절취할 물건의 물색행위를 시작하기 전이라면 특수절도죄의 실행에는 착수한 것으로 볼 수 없는 것이어서 그 미수죄가 성립하지 않는다.

[2] '주간에' 아파트 출입문 시정장치를 손괴하다가 발각되어 도주한 피고인들이 특수절도미수죄로 기소된 사안에서, '실행의 착수'가 없었다는 이유로 형법 제331조 제2항의 특수절도죄의 점에 대해 무죄를 선고한 원심 판단을 수긍한 사례.

(대법원 2009.12.24. 선고 2009도9667 판결)

<검토> 만약 아파트 출입문 시정장치를 손괴하는 행위가 '야간에' 행해졌다면 형법 제331조 제1항의 특수절도죄(야간 손괴 후 주거침입 절도 : 야손침절)가 적용되는 경우로서 손괴시에 실행의 착수를 인정할 수 있을 것이나, 사안은 '주간에' 손괴가 이루어져 형법 제331조 제2항의 특수절도죄(2인이상합동절도)가 적용되는 경우이므로 물색행위시에 실행착수가 인정되는데, 물색행위가 없어 특수절도의 미수에 해당하지 않는다.

㉡ 틀리다. <판례의 입장> 상사와의 의견 충돌 끝에 항의의 표시로 사표를 제출한 다음 평소 피고인이 전적으로 보관, 관리해 오던 이른바 비자금 관계 서류 및 금품이 든 가방을 들고 나온 경우, 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그 서류 및 금품이 타인의 점유하에 있던 물건이라고도 볼 수 없다고 한 사례.

(대법원 1995.09.05. 선고 94도3033 판결)

<검토> '항의의 표시,' '피고인이 전적으로 보관, 관리,' ⇒ 불법영득의사 부정, 타인 점유 부정 ⇒ 절도죄 불처벌

㉢ 틀리다. <판례의 입장> 친족상도례에 관한 규정은 범인과 피해물건의 소유자 및 점유자 모두 사이에 친족관계가 있는 경우에만 적용되는 것이고 절도범인이 피해물건의 소유자나 점유자의 어느 일방과 사이에서만 친족관계가 있는 경우에는 그 적용이 없다.

(대법원 1980.11.11. 선고 80도131 판결)

<검토> 절도죄는 타인소유 타인점유인 재물을 절취함으로써 성립하는 것이므로, 절도죄가 보호하는 것은 소유권 및 점유권 모두이다. 따라서 범인과 피해물건의 소유자 및 점유자 쌍방 간에 같은 조문 소정의 친족관계가 있는 경우에만 적용된다.

(대법원 1980.11.11. 선고 80도131 판결)

㉣ 옳다. <판례의 입장> 절취한 타인의 신용카드를 이용

하여 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 신용카드를 이용한 것이어서 이러한 현금인출이 현금지급기 관리자의 의사에 반한다고 볼 수 없어 절취행위에 해당하지 않으므로 절도죄를 구성하지 않는다.

(대법원 2008.06.12. 선고 2008도2440 판결)

<검토> 『'이체' ⇒ 컴사죄 ⇒ 절도죄 부정』 과 『'자신의' ⇒ 예금주의 인출 ⇒ 은행은 일단 예금주의 인출에 응해야 하므로 점유자인 은행의 의사에 반하지 않음 ⇒ 절취 부정 ⇒ 절도죄 부정』 으로 이해하면 된다.

문13. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. <판례의 입장> 강제집행절차를 통한 소송사기는 집행절차의 개시신청을 한 때 또는 진행 중인 집행절차에 배당신청을 한 때에 실행에 착수하였다고 볼 것이다. 민사집행법 제244조에서 규정하는 부동산에 관한 권리의 전청구권에 대한 강제집행은 그 자체를 처분하여 대금으로 채권에 만족을 기하는 것이 아니고, 부동산에 관한 권리의 전청구권을 압류하여 청구권의 내용을 실현시키고 부동산을 채무자의 책임재산으로 귀속시킨 다음 다시 부동산에 대한 경매를 실시하여 매각대금으로 채권에 만족을 기하는 것이다. 이러한 경우 소유권이전등기청구권에 대한 압류는 당해 부동산에 대한 경매의 실시를 위한 사전 단계로서의 의미를 가지나, 전체로서의 강제집행절차를 위한 일련의 시작행위라고 할 수 있으므로, 허위 채권에 기한 공정증서를 집행권원으로 하여 채무자의 소유권이전등기청구권에 대하여 압류신청을 한 시점에 소송사기의 실행에 착수하였다고 볼 것이다.

(대법원 2015.02.12. 선고 2014도10086 판결)

<검토> 소송사기의 경우는 원칙적으로 법원에게 무언가를 허위로 신청할 때 피기망자인 법원을 기망하는 시점이므로 신청시 소송사기의 실행의 착수가 인정된다. 다만 허위 신청을 한 경우라도 채물·재산상 이익을 취할 위험성이 없어 실행의 착수가 부정되는 예외적인 판례가 있는데 이런 것들은 키워드로 단순 암기해 두면 된다.

① 옳다. <판례의 입장> 부동산가압류결정을 받아 부동산에 관한 가압류집행까지 마친 자가 그 가압류를 해제하면 소유자는 가압류의 부담이 없는 부동산을 소유하는 이익을 얻게 되므로, 가압류를 해제하는 것 역시 사기죄에서 말하는 재산적 처분행위에 해당하고, 그 이후 가압류의 피보전채권이 존재하지 않는 것으로 밝혀졌다고 하더라도 가압류의 해제로 인한 재산상의 이익이 없었다고 할 수 없다.

(대법원 2007.09.20. 선고 2007도5507 판결)

<검토> ‘가압류해제 사건’이다. 형법 수험생 입장에서 가압류 해제의 의미를 민사법적으로 자세히 이해할 필요는 없고, 『가압류해제 ⇒ 재산상 이익 ⇒ (사기죄)처벌 ⇒ 처분행위 인정』으로 간단히 이해하면 충분하다.

② 옳다. <판례의 입장> 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리고 그로 인한 처분행위로 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 때에 성립하는 것이므로, 피고인이 피해자에게 부동산매도용 인감증명서 및 등기의무자본인 확인서면의 진실한 용도를 속이고 그 서류들을 교부받아 피고인 등 명의로 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료하였다 하여도 피해자의 위 부동산에 관한 처분행위가 있었다고 할 수 없을 것이고 따라서 사기죄를 구성하지 않는다.

(대법원 2001.07.13. 선고 2001도1289 판결)

<비교판례> 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.

(대법원 2011.11.10. 선고 2011도9919 판결)

<검토> ‘인감증명서 사건’이다. 인감증명서 사건은 『부동산에 대한 사기죄는 부정(편취한 인감증명서로 경료한 등기는 원인무효이므로 피해자의 처분행위가 부정되어 부동산이라는 재물취득이 없는 경우임), 인감증명서 자체에 대한 사기죄는 인정』으로 비교하여 암기해 둔다.

④ 옳다. <판례의 입장> 유치권에 의한 경매를 신청한 유치권자는 일반채권자와 마찬가지로 피담보채권액에 기초하여 배당을 받게 되는 결과 피담보채권인 공사대금 채권을 실제와 달리 허위로 크게 부풀려 유치권에 의한 경매를 신청할 경우 정당한 채권액에 의하여 경매를 신청한 경우보다 더 많은 배당금을 받을 수도 있으므로, 이는 법원을 기망하여 배당이라는 법원의 처분행위에 의하여 재산상 이익을 취득하려는 행위로서, 불능범에 해당한다고 볼 수 없고, 소송사기죄의 실행의 착수에 해당한다.

(대법원 2012.11.15. 선고 2012도9603 판결)

<비교판례> 부동산 경매절차에서 피고인들이 허위의 공사대금채권을 근거로 유치권 신고를 한 경우, 소송사기의 실행의 착수가 있다고 볼 수 없다고 한 사례

(대법원 2009.9.24. 선고 2009도5900 판결)

<검토> ‘유치권 사건’이다. 유치권 사건은 『신고 ⇒ 어감상 soft ⇒ 불처벌 ⇒ 사기죄 실행착수 부정』과 『경매 신청 ⇒ 어감상 hard ⇒ 처벌 ⇒ 사기죄 실행착수 인정』으로 비교하여 알아 두면 충분하다.

문14. 【정답】 ④

【해설】

④ 틀리다. <판례의 입장> 상법상 주식은 자본구성의 단위 또는 주주의 지위(주주권)를 의미하고, 주주권을 표창하는 유가증권인 주권(株券)과는 구분이 되는데, 주권(株券)은 유가증권으로서 재물에 해당되므로 횡령죄의 객체가 될 수 있으나, 자본의 구성단위 또는 주주권을 의미하는 주식은 재물이 아니므로 횡령죄의 객체가 될 수 없다.

(대법원 2005.02.18. 선고 2002도2822 판결)

<검토> I. 주권 ⇒ 종이 개념 ⇒ 재물 인정 ⇒ 횡령죄 객체 인정.

II. 주식 ⇒ 권리 개념 ⇒ 재물 부정 ⇒ 횡령죄 객체 부정.

① 옳다. <판례의 입장> 수의계약을 체결하는 공무원이 해당 공사업자와 적정한 금액 이상으로 계약금액을 부풀려서 계약하고 부풀린 금액을 자신이 되돌려 받기로 사전에 약정한 다음 그에 따라 수수한 돈은 성격상 뇌물이 아니고 횡령금에 해당한다고 한 사례.

(대법원 2007.10.12. 선고 2005도7112 판결)

<검토> ‘부풀린 금액 사건’이다.

부풀린 돈은 공사업자의 지갑에서 나온 것이 아니라 처음부터 공무원이 점유(자기점유)하는 국가 소유(타인소유)의 돈이었으므로 수뢰죄가 아니라 횡령죄가 성립한다.

② 옳다. <판례의 입장> 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 그러한 명의신탁약정이 있다는 사실을 알고 있는 소유자로부터 부동산을 매수하는 계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 명의수탁자 앞으로 당해 부동산의 소유권이전등기가 행하여졌다면 ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’ 제4조 제2항 본문에 의하여 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고 당해 부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 된다. 나아가 그 경우 명의신탁자는 부동산매매계약의 당사자가 되지 아니하고 또 명의신탁약정은 위 법률 제4조 제1항에 의하여 무효이므로, 그는 다른 특별한 사정이 없는 한 부동산 자체를 매도인으로부터 이전받아 취득할 수 있는 권리 기타 법적 가능성을 가지지 못한다. 따라서 이때 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄에서의 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수 없다.

(대법원 2012.12.13. 선고 2010도10515 판결)

<검토> 『2자간·3자간 명의신탁 ⇒ 수탁자 횡령죄 처벌 ⇒ 타인의 재물을 보관하는 자 인정』과 『계약명의신탁

⇒ 수탁자 횡령죄 불처벌(배임죄도 불처벌) ⇒ 타인의 재물을 보관하는 자 부정』으로 단순 암기하면 된다.

③ 옳다. <판례의 입장> 부동산에 관한 횡령죄에 있어서 타인의 재물을 보관하는 자의 지위는 동산의 경우와는 달리 부동산에 대한 점유의 여부가 아니라 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능의 유무에 따라 결정하여야 하므로, 부동산을 공동으로 상속한 자들 중 1인이 부동산을 **혼자 점유**하던 중 다른 공동상속인의 상속지분을 임의로 처분하여도 그에게는 그 처분권능이 없어 횡령죄가 성립하지 아니한다.

(대법원 2000.04.11. 선고 2000도565 판결)

<검토> ‘소유자무관 사건’ 중의 하나이다. 판례는 복잡하게 서술하고 있으나, 『‘혼자 점유’ ⇒ 다른 공동상속인의 승낙 없이(소유자무관하게) 경료한 원인무효 등기 ⇒ 자기 점유 부정 ⇒ 횡령죄 부정』으로 간단히 이해하면 된다.

문15. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. <판례의 입장> [1] 채권 담보 목적으로 부동산에 관한 대물변제예약을 체결한 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분한 경우, 배임죄가 성립하는지 여부(소극)

[2] 채무자인 피고인이 채권자 갑에게 차용금을 변제하지 못할 경우 자신의 어머니 소유 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정한 후 유증을 원인으로 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 제3자에게 매도함으로써 갑에게 손해를 입혔다고 하여 배임으로 기소된 사안에서, 피고인이 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다고 볼 수 없는데도, 이와 다른 전제에서 유죄를 인정한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

(대법원 2014.08.21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결)

<검토> 형법 수험생 입장에서 대물변제예약이 무엇인지 민법적으로 연구할 필요는 없다.

『‘예약’ ⇒ soft ⇒ 불처벌』로 단순 암기하면 되는 판례이다.

① 옳다. <판례의 입장> [1] 매매와 같이 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약의 경우(민법 제563조), 쌍방이 그 계약의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 ‘자기의 사무’에 해당하는 것이 원칙이다.

[2] 매매의 목적물이 동산일 경우, 매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다.

동산매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다.

(대법원 2011.01.20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결)

<검토> ‘부동산 이중매매 사건’에서 제1 중도금(배임죄 주체), 제2 중도금(배임죄 실행착수)요건 하에 배임죄 성부를 논하는 것이지 ‘동산 이중매매 사건’은 중도금 논할 필요 없다. 무조건 배임죄 불처벌이다.

② 옳다. <판례의 입장> [1] 배임죄의 주체로서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’란 타인과의 대내관계에서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 의미하고, 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 그 사무에 관한 대리권이 존재할 것을 요하지 않으며, 나아가 업무상 배임죄에서 업무의 근거는 법령, 계약, 관습의 어느 것에 의하건 묻지 않고, 사실상의 것도 포함한다.

[2] 미성년자와 친생자관계가 없으나 호적상 친모로 등재되어 있는 자가 미성년자의 상속재산 처분에 관여한 경우, 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 한 사례.

(대법원 2002.06.14. 선고 2001도3534 판결)

<검토> ‘호적상 친모 사건’이다. 법률상이 아니라 사실상 타인사무처리자도 배임죄 주체가 된다는 판례이다.

『친생자 아닌 미성년자 재산 처분에 관여 ⇒ BAD ⇒ 처벌 ⇒ 타인의 사무를 처리하는 자 인정』으로 기억하면 된다.

④ 옳다. <판례의 입장> 새마을금고의 동일인대출한도 제한규정은 새마을금고 자체의 적정한 운영을 위하여 마련된 것이지 대출채무자의 신용도를 평가해서 대출채권의 회수가능성을 직접적으로 고려하여 만들어진 것은 아니므로 동일인대출한도를 초과하였다는 사실만으로 곧바로 대출채권을 회수하지 못하게 될 위험이 생겼다고 볼 수 없고, 구 새마을금고법 제26조의2, 제27조에 비추어 보면 동일인대출한도를 초과하였다는 사정만으로는 다른 회원들에 대한 대출을 곤란하게 하여 새마을금고의 적정한 자산 운용에 장애를 초래한다는 등 어떠한 위험이 발생하였다고 단정할 수도 없다. 따라서 동일인대출한도를 초과하여 대출함으로써 구 새마을금고법을 위반하였다고 하더라도, 대출한도 제한규정 위반으로 처벌함은 별론으로 하고, 그 사실만으로 특별한 사정이 없는 한 업무상배임죄가 성립한다고 할 수 없고, 일반적으로 이러한 동일인대출한도 초과대출이라는 임무위배의 점에 더하여 대출 당시의 대출채무자의 채무상태, 다른 금융기관으로부터의 차입금, 기타 채무를 포함한 전반적인 금융거래상황, 사업현황 및 전망과 대출금의 용도, 소요기간 등에 비추어 볼 때 채무상환능력이 부족하거나 제공된 담보의 경제적 가치가 부실

해서 대출채권의 회수에 문제가 있는 것으로 판단되는 경우에 재산상 손해가 발생하였다고 보아 업무상배임죄가 성립한다고 해야 한다.

(대법원 2008.06.19. 선고 2006도4876 전원합의체 판결)

<검토> 동일인이 신용불량자가 아니라 신용초우량자일 때 오히려 초과 대출해 주고 이자를 많이 받아 새마을 금고 입장에서 손해가 아니라, 이익이 발생하는 경우도 있을 수 있으므로 판례의 태도는 타당하다.

문16. 【정답】 ①

【해설】

① 틀리다. <판례의 입장> 갑이 회사 자금으로 을에게 주식매각 대금조로 금원을 지급한 경우, 그 금원은 단순히 횡령행위에 제공된 물건이 아니라 **횡령행위에 의하여 열**득된 **장물**에 해당한다고 할 것이고, 나아가 설령 갑이 을에게 금원을 교부한 행위 자체가 횡령행위라고 하더라도 이러한 경우 갑의 업무상횡령죄가 기수에 달하는 것과 동시에 그 금원은 장물이 된다고 한 사례.

(대법원 2004.12.09. 선고 2004도5904 판결)

<비교판례> 신탁행위에 있어서는 수탁자가 외부관계에 대하여 소유자로 간주되므로 이를 취득한 제3자는 수탁자가 신탁자의 승낙없이 매각하는 정을 알고 있는 여부에 불구하고 **장물취득죄가 성립하지 아니한다.**

(대법원 1979.11.27. 선고 79도2410 판결)

<검토> 횡령죄의 객체는 재물이므로 원칙적으로 장물이 될 수 있다.

단, 신탁관계에서 수탁자가 횡령죄를 범하는 경우, 민법의 법리상 횡령죄의 상대방(수탁자의 상대방)이 횡령죄의 객체인 재물에 대해서 소유권을 취득하고, 피해자가 소유권을 상실하게 되어 그 재물은 장물이 될 수 없다.

② 옳다. <판례의 입장> 장물이라 함은 재산범죄로 인하여 취득한 물건 그 자체를 말하고, 그 장물의 처분 대가는 장물성을 상실하는 것이지만, 금전은 고도의 대체성을 가지고 있어 다른 종류의 통화와 쉽게 교환할 수 있고, 그 금전 자체는 별다른 의미가 없고 금액에 의하여 표시되는 금전적 가치가 거래상 의미를 가지고 유통되고 있는 점에 비추어 볼 때, **장물인 현금**을 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 **동일한 액수의 현금**을 인출한 경우에 예금계약의 성질상 인출된 현금은 당초의 현금과 물리적인 동일성은 상실되었지만 액수에 의하여 표시되는 금전적 **가치**에는 아무런 변동이 없으므로 **장물로서의 성질은 그대로 유지된다고 봄이 상당하고**, 자기앞수표도 그 액면금을 즉시 지급받을 수 있는 등 현금에 대신하는 기능을 가지고 거래상 현금과 동일하게 취급되고 있는 점에서 금전의 경우와 동일하게 보아야 한다.

(대법원 2004.03.12. 선고 2004도134 판결)

<검토> 현금은 물리적 상태로 평가받는 것이 아니라 그 가치로 평가받는 재물이다. 따라서 『장물인 현금』 = ‘동

일한 액수의 현금’ = 동일한 가치를 가진 현금 = 피해자에게 반환해야 할 동일한 현금』이라고 볼 수 있으므로 인출된 현금은 장물이다.

③ 옳다. <판례의 입장> 장물인 정을 모르고 장물을 보관하였다가 그 후에 **장물인 정을 알게 된 경우 그 정을 알고**서도 이를 계속하여 **보관하는 행위는 장물죄를 구성하는 것이나 이 경우에도 점유할 권한이 있는 때에는** 이를 계속하여 보관하더라도 **장물보관죄가 성립하지 않는다.**

(대법원 1986.01.21. 선고 85도2472 판결)

<유사판례> 전당포영업자가 보석들을 전당잡으면서 인도받을 당시 장물인정을 몰랐다가 그 후 장물일지도 모른다고 의심하면서 소유권포기각서를 받은 행위는 장물취득죄에 해당하지 않고, 또한 전당포영업자가 대여금채권의 담보로 보석들을 전당잡은 경우에는 이를 **점유할 권한이 있는 때에** 해당하여 **장물보관죄 역시 성립하지 않는다**고 본 사례

(대법원 2006.10.13. 선고 2004도6084 판결)

<검토> 장물을 보관할 당시 장물임을 몰랐다가 그 후 장물임을 알게 된 후 **점유할 권한이 없음에도** 계속 보관하는 행위는 **피해자가 반환을 청구할 수 있어** 피해자의 소유권을 침해하여 장물보관죄가 성립한다고 할 수 있지만, 장물을 보관할 당시 장물임을 몰랐다가 그 후 장물임을 알게 된 후라도 **점유할 권한이 있는 경우라면 피해자가 보관자에게 반환을 청구할 수 없어** 피해자의 소유권을 침해한다고 할 수 없기 때문에 장물보관죄가 성립하지 않는다고 이해하면 된다.

④ 옳다. <판례의 입장> 장물죄에 있어서 장물의 인식은 **확정적 인식**임을 요하지 않으며 장물일지도 모른다는 의심을 가지는 정도의 **미필적 인식**으로서도 충분하다

(대법원 2011.05.13. 선고 2009도3552 판결)

<검토> 비단 장물죄뿐만 아니라 모든 고의범죄의 고의로 미필적 고의(인식)이면 충분하다.

문17. 【정답】 ②

【해설】

② 틀리다. <판례의 입장> [1] 형사소송법 제460조 제1항, 제473조에 의하면 재판의 집행은 검사가 지휘하고, 검사는 신체를 구금하는 자유형의 집행을 위하여 형집행장을 발부하여 수형자를 구인할 수 있으며, 같은 법 제475조, 제81조에 의하면 구속영장과 동일한 효력이 있는 형집행장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행하고, 이러한 형의 집행에 관한 규정은 같은 법 제492조에 의하여 벌금미납자에 대한 노역장유치의 집행에 준용되고 있다. 이러한 규정을 종합하면 사법경찰관리도 검사의 지휘를 받아 벌금미납자에 대한 노역장유치의 집행을 위하여 형집행장의 집행 등을 할 권한이 있으므로, 이 경우 벌금미납자에 대한 검거는 사법경찰관리의 직무범위에 속한다고

보아야 한다.

[2] 경찰관인 피고인이 벌금미납자로 지정수배되어 있던 갑을 세 차례에 걸쳐 만나고도 그를 검거하여 검찰청에 신병을 인계하는 등 필요한 조치를 취하지 않아 정당한 이유 없이 직무를 유기하였다는 내용으로 예비적으로 기소된 사안에서, 벌금미납자에 대한 노역장유치 집행을 위하여 검사의 지휘를 받아 형집행장을 집행하는 경우 벌금미납자 검거는 사법경찰관리의 직무범위에 속한다고 보아야 하는데도, 재판의 집행이 사법경찰관리의 직무범위에 속한다고 볼 법률적 근거가 없다는 이유로 갑에 대하여 실제 형집행장이 발부되어 있었는지 등에 대하여 나아가 심리하지 않은 채 공소사실을 무죄로 인정한 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

(대법원 2011.09.08. 선고 2009도13371 판결)

<검토> 『‘세 차례에 걸쳐 만나고도,’ ‘필요한 조치를 취하지 않아’ ⇒ BAD ⇒ 처벌 ⇒ 직무유기죄 성립』으로 기억하면 된다.

① 옳다. <판례의 입장> 경찰관이 방치된 오토바이가 있다는 신고를 받거나 순찰중 이를 발견하고 오토바이 상회 운영자에게 연락하여 오토바이를 수거해가도록 하고 그 대가를 받은 경우, 직무유기죄에 해당한다고 한 사례

(대법원 2002.05.17. 선고 2001도6170 판결)

<검토> 『‘대가’ ⇒ BAD ⇒ 직무유기죄 성립』으로 기억하면 된다.

③ 옳다. <판례의 입장> 형법 제122조에서 정하는 직무유기죄에서 ‘직무를 유기한 때’란 공무원이 법령, 내규 등에 의한 추상적 성실의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니라 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 가능성이 있는 경우를 가리킨다. 그리하여 일단 직무집행의 의사로 자신의 직무를 수행한 경우에는 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 것은 아니고, 공무원이 태만·분망 또는 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행한 탓으로 적절한 직무수행에 이르지 못한 것에 불과한 경우에도 직무유기죄는 성립하지 아니한다.

따라서 교육기관·교육행정기관·지방자치단체 또는 교육연구기관의 장이 징계의결을 집행하지 못할 법률상·사실상의 장애가 없는데도 징계의결서를 통보받은 날로부터 법정시한이 지나도록 집행을 유보하는 모든 경우에 직무유기죄가 성립하는 것은 아니고, 그러한 유보가 직무에 관한 의식적인 방임이나 포기에 해당한다고 볼 수 있는 경우에 한하여 직무유기죄가 성립한다고 보아야 한다.

(대법원 2014.04.10. 선고 2013도229 판결)

<검토> 『의식적인 직무의 방임이나 포기에 해당한다고 볼 수 ‘없는’ 경우 ⇒ 직무유기의 뜻풀이가 의식적인 직무의 방임이나 포

기인데 그것이 없는 경우이므로 직무유기죄 불성립』으로 기억하면 된다.

④ 옳다. <판례의 입장> 경찰관이 불법체류자의 신병을 출입국관리사무소에 인계하지 않고 혼방하면서 이들의 인적사항조차 기재해 두지 아니하였다면 직무유기죄가 성립한다

(대법원 2008.02.14. 선고 2005도4202 판결)

<검토> 『‘불법체류자,’ ‘인계하지 않고,’ ‘인적사항조차 기재해 두지 아니하였다’ ⇒ BAD ⇒ 처벌 ⇒ 직무유기죄 성립』으로 기억하면 된다.

문18. 【정답】 ②

【해설】

② 옳은 것은 ㉠, ㉡ 2개이다.

㉠ 옳다. <판례의 입장> [1] 형법 제228조는 공무원이 아닌 자가 그 정을 모르는 공무원을 이용하여 공문서에 허위의 사실을 기재하게 하는 이른바 간접적 무형위조를 처벌하면서 모든 공문서를 객체로 하지 않고 ‘공정증서원본 또는 이와 동일한 전자기록 등 특수매체기록’(제1항), ‘면허증, 허가증, 등록증 또는 여권’(제2항)으로 그 객체를 제한하고 있는바, 그 취지는 공문서 중 일반사회생활에 있어서 특별한 신빙성을 요하는 공문서에 대한 공공의 신용을 보장하고자 하는 것이므로 위 형법 제228조 제2항의 ‘등록증’은 공무원이 작성한 모든 등록증을 말하는 것이 아니라, 일정한 자격이나 요건을 갖춘 자에게 그 자격이나 요건에 상응한 활동을 할 수 있는 권능 등을 인정하기 위하여 공무원이 작성한 증서를 말한다.

[2] 사업자등록증은 단순한 사업사실의 등록을 증명하는 증서에 불과하고 그에 의하여 사업을 할 수 있는 자격이나 요건을 갖추었음을 인정하는 것은 아니라고 할 것이어서 형법 제228조 제1항(공정증서원본부실기재죄)에 정한 ‘등록증’에 해당하지 않는다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례.

(대법원 2005.07.15. 선고 2003도6934 판결)

<검토> 판례가 공정증서원본으로 인정한 경우는 판례가 특별히 공정증서원본이라고 표현한 것 이외에 ‘호적부,’ ‘~등기부’ 2개뿐이다.

‘사업자등록증’은 호적부나 등기부가 아니므로 공정증서원본이 아니다.

㉡ 틀리다. <판례의 입장> [1] 도로교통법 시행령 제94조와 같은 법 시행규칙 제38조, 제77조, 제78조, 제80조, 제98조 등의 규정 취지를 종합하여 보면, 자동차운전면허대상은 운전면허 행정사무집행의 편의를 위하여 범칙자, 교통사고유발자의 인적사항·면허번호 등을 기재하거나 운전면허증의 교부 및 재교부 등에 관한 사항을 기재하는 것에 불과하며, 그에 대한 기재를 통해 당해 운전면허 취득자에게 어떠한 권리의무를 부여하거나 변동 또는 상실시

키는 효력을 발생하게 하는 것으로 볼 수는 없고, 따라서 자동차운전면허**대장**은 사실증명에 관한 것에 불과하므로 형법 제228조 제1항에서 말하는 공정증서원본이라고 볼 수 없다.

[2] 자동차운전면허증 재교부신청서의 사진란에 본인의 사진이 아닌 다른 사람의 사진을 붙여 제출함으로써 담당공무원으로 하여금 자동차운전면허대장에 불실의 사실을 기재하여 이를 비치하게 하였다는 내용의 공소사실에 대하여, 자동차운전면허대장이 공정증서원본임을 전제로 이를 모두 유죄로 인정한 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

(대법원 2010.06.10. 선고 2010도1125 판결)

<검토> ‘자동차운전면허대장’은 **호적부나 등기부**가 아니므로 공정증서원본이 아니다.

㉔ 틀리다. <판례의 입장> [1] 형법 제228조 제1항이 규정하는 공정증서원본 불실기재죄는 공무원에 대하여 진실에 반하는 허위신고를 하여 공정증서원본에 그 증명하는 사항에 관하여 실체관계에 부합하지 아니하는 불실의 사실을 기재하게 함으로써 성립하는 범죄로서, 위 죄의 객체인 공정증서원본은 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서이어야 한다고 할 것인바, 민사조정법상 조정신청에 의한 조정제도는 원칙적으로 조정신청인의 신청 취지에 구애됨이 없이 조정담당판사 등이 제반 사정을 고려하여 당사자들에게 상호 양보하여 합의하도록 권유·주선함으로써 화해에 이르게 하는 제도인 점에 비추어, 그 조정절차에서 작성되는 **조정조서**는 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서로 볼 수 없어 공정증서원본에 해당하는 것으로 볼 수 없다.

[2] 법원에 허위 내용의 조정신청서를 제출하여 판사로 하여금 조정조서에 불실의 사실을 기재하게 하였다는 취지의 공정증서원본 불실기재의 공소사실에 대하여, 위 조정조서가 공정증서원본에 해당한다고 판단하여 유죄로 인정한 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

(대법원 2010.06.10. 선고 2010도3232 판결)

<검토> ‘조정조서’는 **호적부나 등기부**가 아니므로 공정증서원본이 아니다.

㉕ 옳다. <판례의 입장> 형법 제228조에서 말하는 공정증서란 권리의무에 관한 공정증서만을 가리키는 것이고 사실증명에 관한 것은 이에 포함되지 아니하므로 권리의무에 변동을 주는 효력이 없는 **토지대장**은 위에서 말하는 공정증서에 해당하지 아니한다.

(대법원 1988.05.24. 선고 87도2696 판결)

<검토> ‘토지대장’은 **호적부나 등기부**가 아니므로 공정증서원본이 아니다.

㉖ 틀리다. <판례의 입장> 허위의 보증서를 발급받아 부

동산소유권이전등기부에 관한 특별조치법에 의거 소유권이 전등기를 거쳤더라도 그것이 권리의 실체관계에 부합하는 등기라면 공정증서에 부실의 사실을 기재하였다고는 할 수 없다

(대법원 1984.12.11. 선고 84도2285 판결)

<검토> 원래 자신소유 ⇒ 자기 명의 ⇒ 실체관계에 부합 ⇒ 실 ⇒ 공정증서원본부실기재죄 불성립.

㉗ 틀리다. <판례의 입장> 형법 제228조 제1항이 규정하는 공정증서원본불실기재죄는 특별한 신빙성이 인정되는 권리의무에 관한 공문서에 대한 공공의 신용을 보장함을 보호법익으로 하는 범죄로서 공무원에 대하여 진실에 반하는 허위신고를 하여 공정증서원본에 그 증명하는 사항에 관하여 실체관계에 부합하지 아니하는 불실의 사실을 기재하게 함으로써 성립하는 것인데, 부동산등기법이 1991. 12. 14. 법률 제4422호로 개정되면서 등기권리자가 법인 아닌 사단 또는 재단인 경우에는 그 대표자나 관리인의 성명과 주소를 첨가하도록 되었는바, 위와 같은 법의 개정취지는 법인의 경우에는 법인등기부가 있으므로 부동산등기부에 회사명칭만 기재하더라도 대표권자가 누구인지를 용이하게 파악할 수 있으나, 비법인사단·재단의 경우에는 그렇지 못하여 아무 권한 없는 자가 정관이나 사원총회 결의록 등을 위조하여 자신이 진정한 대표자인 것처럼 등기신청을 할 위험이 매우 크므로 이들 단체명의의 등기에는 대표자 등의 성명, 주소, 주민등록번호를 등기사항으로 정하여 그 단체에 속하는 부동산의 처분권한이 누구에게 있는지를 등기부를 통하여 쉽게 확인할 수 있도록 공시하기 위한 것으로 보이고, 비록 종종 소유의 부동산은 종종 총회의 결의를 얻어야 유효하게 처분할 수 있다 하더라도 거래 상대방으로서 부동산등기부상에 표시된 종종 대표자를 신뢰하고 거래하는 것이 일반적이라는 점 등에 비추어 보면, 종종 대표자의 기재는 당해 부동산의 처분권한과 관련된 중요한 부분의 기재로서 이에 대한 공공의 신용을 보호할 필요가 있으므로 이를 허위로 등재한 경우에는 공정증서원본불실기재죄의 대상이 되는 불실의 기재에 해당한다.

(대법원 2006.01.13. 선고 2005도4790 판결)

<검토> 『‘부동산등기부’ ⇒ 등기부 ⇒ 공정증서원본 인정』과 『‘권한이 없는 자,’ ‘자신이 대표자인 것처럼’ ⇒ 허위 ⇒ 부실 ⇒ 공정증서원본부실기재죄 성립』으로 정리하면 된다.

문19. [정답] ④

[해설]

④ 틀리다. <판례의 입장> 민사소송을 제기함에 있어 피고의 주소를 허위로 기재하여 법원공무원으로 하여금 변론기일 소환장 등을 허위주소로 송달케 하였다는 사실만으로는 이로 인하여 법원공무원의 구체적이고 현실적인 어떤 직무집행이 방해되었다고 할 수는 없으므로, 이로써 바깥에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 볼 수는 없다.

(대법원 1996.10.11. 선고 96도312 판결)

<검토> ‘허위 신고(신청, 진술) 사건’ 중의 하나로 기억하면 된다. 원칙적으로 사인이 공무소나 공무원에게 허위 신고(신청, 진술)를 하였더라도 심사하는 측인 공무소나 공무원에게 허위임을 밝힐 의무가 있으므로, 허위 신고(신청, 진술) 자체를 위계라고 볼 수 없어 위계에 의한 공무집행 방해죄가 성립하지 않는다.

다만 예외적으로 적극적인 위계 표현이 있어 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하는 경우가 있는데, 이런 경우만 그 키워드를 암기해 두면 된다.

① 옳다. <판례의 입장> 화물자동차 운송주선사업자인 피고인이 관할 행정청에 주기적으로 허가기준에 관한 사항을 신고하는 과정에서 허위 서류를 제출하는 부정한 방법으로 허가를 받아 위계로써 공무원의 직무집행을 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인에게 유죄를 인정한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

(대법원 2011.09.08. 선고 2010도7034 판결)

<검토> 원칙적인 ‘허위 신고(신청, 진술) 사건’으로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는 케이스이다.

② 옳다. <판례의 입장> [1] 행정관청이 출원에 의한 인·허가처분을 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 위계 행위가 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 의사의 진료를 받게 한 다음, 그 정을 모르는 의사로부터 환자가 개인택시 운송사업의 양도인으로 된 허위의 진단서를 발급받아 행정관청에 개인택시 운송사업의 양도·양수

인가신청을 하면서 이를 소명자료로 제출하여 진단서의 기재 내용을 신뢰한 행정관청으로부터 인가처분을 받은 경우, 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다

(대법원 2002. 9. 4. 선고 2002도2064 판결)

<비교판례> 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)

<검토> 지문의 판례가 예외적인 ‘허위 신고(신청, 진술) 사건’이고 <비교판례>가 원칙적인 ‘허위 신고(신청, 진술) 사건’이다. 지문은 ‘허위 진단서’가 적극적인 위계 표현으로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하는 케이스이다.

③ 옳다. <판례의 입장> 위계에 의한 공무집행방해죄는 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 이를 이용함으로써 법령에 의하여 위임된 공무원의 적법한 직무에 관하여 그릇된 행위나 처분을 하게 하는 경우에 성립하고, 여기에서 공무원의 직무집행이란 법령의 위임에 따른 공무원의 적법한 직무집행인 이상 공권력의 행사를 내용으로 하는 권력적 작용뿐만 아니라 사경제주체로서의 활동을 비롯한 비권력적 작용도 포함되는 것으로 봄이 상당하다.

(대법원 2003.12.26. 선고 2001도6349 판결)

<검토> 위계에 의한 공무집행방해죄(형법 제137조)가 『위계로써 공무원의 직무집행을 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.』라고 규정되어 있는데 규정상 공무원이라고만 표현되어 있으므로 권력적 공무원, 비권력적 공무원 다 포함하는 것이다.

문20. 【정답】 ④

【해설】

④ 틀리다. <판례의 입장> 사립학교 교원에 대한 학교법인 등의 징계처분이 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자를 처벌하도록 정한 형법 제156조의 ‘징계처분’에 해당하는지 여부(소극)

☞ 피고인이 사립대학 교수들인 피해자들로 하여금 징계

처분을 받게 할 목적으로 국민권익위원회에서 운영하는
범정부 국민포털인 국민신문고에 민원을 제기한 행위가
무고죄에 해당한다고 볼 수 없는데도, 이와 달리 판단한
원심을 파기한 사안

(대법원 2014.07.24. 선고 2014도6377 판결)

<검토> 무고죄는 국가적 법익을 보호하는 범죄이다. ‘사
립’과는 상관 없다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 위증죄는 법률에 의하여 선서한
증인이 허위의 공술을 한 때에 성립하는 것으로서, 그 공
술의 내용이 당해 사건의 요증사실에 관한 것인지의 여부
나 판결에 영향을 미친 것인지의 여부는 위증죄의 성립과
아무런 관계가 없다.

(대법원 1990.2.23. 선고 89도1212 판결)

<검토> 위증죄는 한마디로 『아무리 사소한 것이라고 하
더라도 판사 앞에서 거짓말을 하면 용서하지 않겠다』 라
는 취지를 가진 범죄이다.

② 옳다. **<판례의 입장>** 민사소송의 당사자는 증인능력이
없으므로 증인으로 선서하고 증언하였다고 하더라도 위증
죄의 주체가 될 수 없고, 이러한 법리는 민사소송에서의
당사자인 법인의 대표자의 경우에도 마찬가지로 적용된다

(대법원 2012.12.13. 선고 2010도14360 판결)

<검토> 위증죄의 주체는 증인이고, 증인은 소송의 당사자
아닌 제3자라야 하므로 소송의 당사자는 위증죄의 주체가
될 수 없다. 법인이 소송당사자인 경우 법정대리권이 있는
대표자가 당사자가 되어 소송을 수행하므로 법인의 대표
자는 위증죄의 주체가 될 수 없다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 미성년자의제강간·강제추행죄
를 규정한 형법 제305조가 “13세 미만의 부녀를 간음하거
나 13세 미만의 사람에게 추행을 한 자는 제297조, 제298
조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다”로 되어 있어
강간죄와 강제추행죄의 미수범의 처벌에 관한 형법 제300
조를 명시적으로 인용하고 있지 아니하나, 형법 제305조의
입법 취지는 성적으로 미성숙한 13세 미만의 미성년자를
특별히 보호하기 위한 것으로 보이는데 이러한 입법 취지
에 비추어 보면 동조에서 규정한 형법 제297조와 제298조
의 ‘예에 의한다’는 의미는 미성년자의제강간·강제추행죄
의 처벌에 있어 그 법정형뿐만 아니라 미수범에 관하여도
강간죄와 강제추행죄의 예에 따른다는 취지로 해석되고,
이러한 해석이 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이
거나 죄형법정주의에 의하여 금지되는 확장해석이나 유추
해석에 해당하는 것으로 볼 수 없다.

[2] 무고죄의 허위신고에 있어서 다른 사람이 그로 인하여
형사처분 또는 징계처분을 받게 될 것이라는 인식이 있으
면 족하므로, 고소당한 범죄가 유죄로 인정되는 경우에,
고소를 당한 사람이 고소인에 대하여 ‘고소당한 죄의 혐의
가 없는 것으로 인정된다면 고소인이 자신을 무고한 것에

해당하므로 고소인을 처벌해 달라’는 내용의 고소장을 제
출하였다면 설사 그것이 자신의 결백을 주장하기 위한 것
이라고 하더라도 방어권의 행사를 벗어난 것으로서 고소
인을 무고한다는 범의를 인정할 수 있다.

(대법원 2007.03.15. 선고 2006도9453 판결)

<검토> 학원 승합차 운전수가 11세 여아를 간음하려다가
미수에 그친 ‘강간학원차운전수 사건’이다. 지문 상 ‘고소
인’은 피해여아의 아버지인데, 미성년자의제강간미수죄를
범한 놈이 자기를 고소한 피해여아의 아버지를 역고소(무
고)한 나쁜 놈이다.

『강간학원차운전수 ⇒ BAD ⇒ I. 미성년자의제강간미수
죄 처벌, II. 무고죄 처벌』로 기억하면 되는 판례이다.