

' 16년 제2차 형법 해설

김 형 진

문1. 【정답】 ②

【해설】

② 옳은 것은 ㉠, ㉡ 2개이다.

㉠ 틀리다. <판례의 입장> 의사가 환자와 대면하지 아니하고 전화나 화상 등을 이용하여 환자의 용태를 스스로 듣고 판단하여 처방전 등을 발급한 행위는 구 의료법 제18조 제1항에서 정한 '자신이 진찰한 의사' 또는 2007. 4. 11. 개정된 구 의료법 제17조 제1항에서 정한 '직접 진찰한 의사'가 아닌 자가 처방전 등을 발급한 경우에 해당하지 않는다.

(대법원 2013.04.11. 선고 2010도1388 판결)

㉡ 구 의료법 제18조 제1항은 '의료업에 종사하고 자신이 진찰한 의사'가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전을 작성하여 환자에게 교부하지 못한다고 규정하고, 구 의료법 제17조 제1항은 '의료업에 종사하고 직접 진찰한 의사'가 아니면 처방전 등을 작성하여 환자에게 교부하지 못한다고 규정하고 있다. 개정 전후의 위 조항은 어느 것이나 스스로 진찰을 하지 않고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 규정일 뿐 대면진찰을 하지 않았거나 충분한 진찰을 하지 않은 상태에서 처방전을 발급하는 행위 일반을 금지하는 조항이 아니다. 따라서 죄형법정주의 원칙, 특히 유추해석금지의 원칙상 전화 진찰을 하였다는 사정만으로 '자신이 진찰'하거나 '직접 진찰'을 한 것이 아니라고 볼 수는 없다.

(대법원 2013.04.11. 선고 2010도1388 판결)

<비교판례> 의사인 피고인이 전화를 이용하여 진찰한 것임에도 내원 진찰인 것처럼 가장하여 국민건강보험관리공단에 요양급여비용을 청구한 경우, 사기죄가 인정된다.

(대법원 2013.4.26. 선고 2011도10797 판결)

<검토> 『법의 문구와 행위자의 행위가 다르면 법을 적용할 수 없다』는 죄형법정주의 수험용 첫 번째 원칙이 있는데 사안의 경우 행위자인 의사가 환자를 '직접 진찰'하였다면 대면한 경우이든 전화나 화상 등을 이용한 경우이든 '직접 진찰'한 경우에 해당한다.(여기서 직접은 '중간에 다른 사람을 매개하지 않고'라는 뜻으로 쓰임)

따라서 『법의 문구(직접 진찰한 의사가 아닌 자)와 행위자의 행위(대면하지 아니하고 전화나 화상 등을 이용하여 직접 진찰한 의사인 자)가 다르면 법을 적용할 수 없다』는 죄형법정주의 수험용 첫 번째 원칙을 적용하면 되는 판례이다. 비교판례도 출제될 가능성이 있으므로 연계하여 알아 두면 도움이 될 것이다.

㉠ 옳다. <판례의 입장> [1] [다수의견] (가) 죄형법정주의 원칙상 형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야

하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안 되는 것이 원칙이고, 이는 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착명령의 요건을 해석할 때에도 마찬가지이다.

(나) '특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률'(이하 '전자장치부착법'이라 한다) 제5조 제1항 제3호는 검사가 전자장치 부착명령을 법원에 청구할 수 있는 경우 중의 하나로 '성폭력범죄를 2회 이상 범하여(유죄의 확정판결을 받은 경우를 포함한다) 그 습벽이 인정된 때'라고 규정하고 있는데, 이 규정 전단은 문언상 '유죄의 확정판결을 받은 전과사실을 포함하여 성폭력범죄를 2회 이상 범한 경우'를 의미한다고 해석된다. 따라서 피부착명령청구자가 소년법에 의한 보호처분(이하 '소년보호처분'이라고 한다)을 받은 전력이 있다고 하더라도, 이는 유죄의 확정판결을 받은 경우에 해당하지 아니함이 명백하므로, 피부착명령청구자가 2회 이상 성폭력범죄를 범하였는지를 판단할 때 소년보호처분을 받은 전력을 고려할 것이 아니다.

[2] 피고인이 성폭력범죄로 소년법에 의한 보호처분을 받은 전력이 있는데 다시 강간상해죄를 범하여 '특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률' 제5조 제1항 제3호에 근거하여 부착명령이 청구된 사안에서, 피부착명령청구자가 피고사건 범죄사실인 강간상해죄를 1회 범한 것 외에 과거에 성폭력범죄로 소년보호처분을 받은 사실이 있다는 사유만으로는 위 규정에서 정한 '성폭력범죄를 2회 이상 범한 경우'에 해당하지 않는다.

(대법원 2012.3.22. 선고 2011도15057, 2011전도249 전원합의체 판결)

<검토> 『법의 문구(성폭력범죄를 2회 이상 범하여(유죄의 확정판결을 받은 경우))와 행위자의 행위(소년보호처분)가 다르면 법을 적용할 수 없다』는 죄형법정주의 수험용 첫 번째 원칙을 적용하면 되는 판례이다.

㉡ 틀리다. <판례의 입장> 형법 제125조(폭행·가혹행위죄)의 구성요건 중 '경찰에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자'에 형사소송법상의 사법경찰관과 사법경찰관이 포함되고, '폭행'은 사람의 신체에 대한 물리적 유형력의 행사를 뜻하는 것으로 명확하게 해석된다. 또한 '형사피의자'는 형사소송법상의 피의자를 뜻하는 것이임이 분명하고, 형법 제125조의 입법목적과 내용 등을 종합하면, '기타 사람'도 형사피의자를 제외한 피고인과 참고인, 증인 등과 같이 수사 또는 재판에서 심문이나 조사의 대상이 되는 모든 사람을 뜻한다고 충분히 이해된다. 이 사건 법률조항의 입법목적과 보호법의 그리고 법문의 전체 내용 등을 종합적으로 볼 때 '그 직무를 행함에 당하여'라 함은 '경찰 등이 그 직무를 행하는 기회'라는 뜻으로 해석되는바, 이런 해석이 다소 포괄적이라도 경찰 등의 직무와 폭행 사이에 객관적 관련성을 요구하는 것으로 해석되므로 그 내용이 불명확하여 처벌범위를 자의적으로 확장시

킨다고 볼 수도 없다. 경찰관직무집행법 및 관련 법령에 따른 정당한 유형력 행사는 정당행위가 되어 처벌받지 아니하고, 판례도 축적되어 있어 이 사건 법률조항에 따라 처벌되는 행위와 정당한 유형력행사의 구별이 가능하다. 따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다.

(헌법재판소 2015.3.26. 선고 2013헌바140 판결)

<검토> 장황한 근거로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다고 판단한 **형법** 제125조(**폭행·가혹행위죄**)에 대한 헌법재판소 판례이다.

수험생들 입장에서는 장황한 근거를 이해하거나 암기할 필요가 없고 우리가 배우는 형법의 규정들은 대부분 헌법에 위반되지 않아 배우는 것이므로 형법 수업 중에 형법에 규정되어 있는 폭행·가혹행위죄를 배웠음을 떠올리면서 **합헌**으로 결론을 내리면 충분하다.

㉔ 옳다. <판례의 입장> [1] 미성년자보호법 조항의 불량만화에 대한 정의 중 전단 부분의 “음란성 또는 잔인성을 조장할 **우려**”라는 표현을 보면, ~ 어느 경우가 그에 해당하는지 명확하게 알 수 없다. 다음으로 불량만화에 대한 정의 중 후단 부분의 “범죄의 충동을 일으킬 수 있게”라는 표현은 그것이 과연 확정적이든 미필적이든 고의를 품도록 하는 것에만 한정되는 것인지, 인식의 유무를 가리지 않고 실제로 구성요건에 해당하는 행위로 나아가게 하는 일체의 것을 의미하는지, 더 나아가 단순히 그 행위에 착수하는 단계만으로도 충분한 것인지, 결과까지 의욕하거나 실현하도록 하여야만 하는 것인지를 전혀 알 수 없어 그 규범내용이 확정될 수 없는 것이다. 그러므로, 이 사건 미성년자보호법 조항은 법관의 보충적인 해석을 통하여도 그 규범내용이 확정될 수 없는 모호하고 막연한 개념을 사용함으로써 그 적용범위를 법집행기관의 자의적인 판단에 맡기고 있으므로, 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배된다.

[2] 아동복지법 조항의 “어질고 너그러운 품성”을 뜻하는 ‘덕성’이라는 개념은 도덕이나 윤리가 품성으로 인격화된 것을 의미한다 할 것인바, 도덕이나 윤리는 국민 개개인마다 역사인식이나 종교관, 가치규범에 따라 자율적인 구속력을 지닌 내면적인 당위(當爲)로서 일의적으로 확정된 의미를 가진다고 보기 어려우므로 그 적용범위의 한계가 명확하다고 할 수 없고, 이에 덧붙인 “심히 해할 **우려**”라는 요소까지 고려하면 ~ 이 사건 아동복지법 조항 역시 법관의 보충적인 해석을 통하여도 그 규범내용이 확정될 수 없는 모호하고 막연한 개념을 사용함으로써 그 적용범위를 법집행기관의 자의적인 판단에 맡기고 있으므로, 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배된다.

(헌법재판소 2002.2.28. 선고 99헌가8 판결)

<검토> 위 판례의 수많은 단어 중 여러분들이 체크해야 할 단어는 **우려**뿐이다. 죄형법정주의 판례와 관련하여 법규정에 ‘우려’라는 문구가 있으면 명확성 원칙에 위반된다

고 결정한 판례가 다수임을 상기하면 충분하다.

문2. 【정답】 ②

【해설】

② 틀리다. <판례의 입장> 회사 **대표자**의 위반행위에 대하여 징역형의 형량을 작량감경하고 병과하는 벌금형에 대하여 선고유예를 하였다 하여 양벌규정에 따라 그 **회사**를 처단함에 있어서도 같은 조치를 취할 필요는 없다.

(대법원 1995.12.12. 선고 95도1893 판결)

<검토> **작량감경**은 범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때 하는 것이고 **선고유예**는 개전의 정상이 현저한 때 하는 것인데 이는 각 피고인마다 다를 수 있어 **개별적**으로 판단한다. 따라서 서로 다른 피고인이라 할 수 있는 **대표자**와 **회사**에 대해 작량감경과 선고유예 판단을 동일하게 할 필요가 없다.

① 옳다. <판례의 입장> 합병으로 인하여 소멸한 법인이 그 종업원 등의 위법행위에 대해 양벌규정에 따라 부담하던 **형사책임**은 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것으로서 합병으로 인하여 존속하는 법인에 승계되지 않는다.

(대법원 2007.08.23. 선고 2005도4471 판결)

<검토> 형법상의 책임은 불법행위를 한 행위자에 대한 비난가능성이므로 **자기책임의 원칙**이 적용된다. 따라서 형사책임은 타인에게 이전되거나 승계되지 않는 것이다.

③ 옳다. <판례의 입장> 형벌의 **자기책임원칙**에 비추어 보면 위반행위가 발생한 그 업무와 관련하여 법인이 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리한 때에 한하여 위 양벌조항이 적용된다

(대법원 2010.02.25. 선고 2009도5824 판결)

<검토> 양벌규정에 의한 법인을 처벌하는 근거와 관련하여 **과실책임설**을 취한 대법원의 입장이다. 형법상의 책임은 불법행위를 한 행위자에 대한 비난가능성이므로 **자기책임의 원칙**이 적용되므로 양벌규정으로 법인을 처벌하는 근거는 행위자인 종업원의 과실이 아니라 **법인 자신의 과실**이라는 점을 분명히 한 판례이다.

④ 옳다. <판례의 입장> 법인의 직원 또는 사용인이 위반행위를 하여 양벌규정에 의하여 법인이 처벌받는 경우, **법인**에게 자수감경에 관한 형법 제52조 제1항의 규정을 적용하기 위하여는 법인의 이사 기타 대표자가 수사책임이 있는 관서에 자수한 경우에 한하고, 그 위반행위를 한 **직원 또는 사용인**이 자수한 것만으로는 위 규정에 의하여 형을 감경할 수 없다.

(대법원 1995.07.25. 선고 95도391 판결)

<검토> 자수를 한 자에 대하여 임의적 감면의 혜택을 주는 취지는 잘못을 뉘우치게 하고 범죄수사를 용이하게 하기 위함이므로 자수의 해당여부는 각 피고인마다 **개별적**으로 판단한다. 따라서 다른 피고인인 직원 또는 사용인이

자수하였다고 범인에게 자수의 혜택을 주어야 하는 것은 아니다.

문3. 【정답】 ④

【해설】

④ 틀리다. <법조문> **형법 제15조(사실의 착오) 제2항** : 결과로 인하여 형이 중할 죄에 있어서 그 결과의 발생을 예견할 수 없었을 때에는 중한 죄로 별하지 아니한다.

<판례의 입장> I. 폭행치사죄는 결과적 가중범으로서 폭행과 사망의 결과 사이에 인과관계가 있는 외에 사망의 결과에 대한 **예견가능성** 즉 **과실**이 있어야 한다.

(대법원 1990.09.25. 선고 90도1596 판결)

II. 결과적 가중범은 행위자가 행위시에 그 결과의 발생을 **예견할 수 없을 때에는** 비록 그 행위와 결과 사이에 인과관계가 있다 하더라도 **중한 죄로 별할 수 없다**.

(대법원 1988.04.12. 선고 88도178 판결)

<검토> 형법 제15조 제2항에 대해서는 **책임주의**와의 조화를 위해 결과적 가중범의 기본범죄와 중한 결과에 대하여 인과관계뿐만 아니라 중한 결과에 대한 **예견가능성**, 즉 과실을 명시적으로 요구하고 있다고 평가된다.

① 옳다. <판례의 입장> 특수공무집행방해치상죄는 원래 결과적가중범이기는 하지만, 이는 중한 결과에 대하여 예견가능성이 있었음에 불구하고 예견하지 못한 경우에 별하는 진정결과적가중범이 아니라 그 결과에 대한 **예견가능성**이 있었음에도 불구하고 예견하지 못한 경우뿐만 아니라 **고의**가 있는 경우까지도 포함하는 **부진정결과적가중범**이다.

(대법원 1995.01.20. 선고 94도2842 판결)

<검토> 만약 특수공무집행방해치상죄가 진정결과적 가중범이라면 위험한 물건을 휴대하여 공무집행방해하면서 상해의 결과를 야기시켰는데 **상해에 대한 고의**가 있는 경우라면 특수공무집행방해죄(5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 대한 2분의 1 가중된 형벌)와 특수상해죄(1년 이상 10년 이하의 징역 형벌)의 상상적 경합이 되어 형이 중한 특수상해죄(**1년 이상 10년 이하의 징역 형벌**)의 형으로 처벌됨에 반하여 **상해에 대한 과실**이 있는 경우 특수공무집행방해치상죄(**3년 이상의 유기징역 형벌**)의 형으로 처벌되어 **형의 불균형 현상**이 발생하므로 이를 시정하기 위해 판례는 특수공무집행방해치상죄를 중한 결과인 상해에 대한 **과실**뿐만 아니라 **고의**가 있는 경우까지 성립하는 **부진정결과적 가중범**으로 인정한 것이다.

② 옳다. <판례의 입장> 결과적 가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해 행위를 **공동으로 할 의사**가 있으면 성립되고 **결과를 공동으로 할 의사**는 필요 없으며, 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 나머지 사람들은 사망의 결과를 **예견**할 수 없는 때가 아닌 한

상해치사의 죄책을 면할 수 없다.

(대법원 2000.05.12. 선고 2000도745 판결)

<검토> 상기 판례는 결과적 가중범의 공식을 다시 한번 확인한 것이다. 즉, 결과적 가중범(상해치사죄의 공동정범)이 성립하기 위해서는 **기본범죄**(상해= ‘폭행 기타의 신체침해 행위’)에 대한 **고의**(수인의 고의= ‘공동으로 할 의사’)가 있으면 되고, **중한 결과**(사망)에 대한 **고의**(수인의 고의= ‘공동으로 할 의사’)는 필요 없고, **과실**(=예견가능성)만 있으면 충분하다는 판례이다.

③ 옳다. <법조문> **형법 제168조(연소) 제1항** : 제166조제2항 또는 전조 제2항의 죄를 범하여 제164조, 제165조 또는 제166조제1항에 기재한 물건에 연소한 때에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

제2항 : 전조 제2항의 죄를 범하여 전조 제1항에 기재한 물건에 연소한 때에는 5년 이하의 징역에 처한다.

<검토> 연소죄는 고의에 의한 기본범죄(자기소유일반건조물 등 방화죄 또는 자기소유일반물건방화죄)를 범하여 과실로 중한 결과(타인소유일반건조물방화, 타인소유일반물건방화, 현주건조물방화 또는 공용건조물방화 등)를 발생시킨 경우 성립하는 범죄이므로 진정결과적 가중범이다. 형법상 결과적 가중범은 원칙적으로 ‘치’자 불지만 예외적으로 **중**자가 붙은 범죄(중체포·감금죄는 예외)와 **연소**죄는 ‘치’자가 붙지 않은 결과적 가중범으로 알아 두면 된다.

문4. 【정답】 ③

【해설】

③ **엄격책임설**에 의할 때 甲의 죄책이 가장 무겁게 된다.

<검토> 설문은 정당방위상황(정당방위의 객관적 요건), 즉 현재의 부당한 침해가 존재하지 않음에도 불구하고 그것인 존재하는 것으로 오인하여 방위행위로 나아간 경우인데 이를 **위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오** 또는 **오상방위**라고 한다.

이런 케이스를 해결하는 중요학설이 5개 있는데, 이를 참고용으로 이론적으로 설명한 후 수험생 입장에서 정리하는 요령을 알리고자 한다. I. **엄격고의설**에 의하면 위법성의 인식을 고의의 내용으로 이해하여 위법성의 현실적 인식이 없는 경우 고의범의 책임을 지지 않고 과실이 있으면 과실범의 책임을 진다. 따라서 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 경우도 위법성의 현실적 인식이 없는 경우이므로 고의가 조각되고 과실범의 처벌만 문제된다. 설문의 경우 **과실치상죄**가 성립한다. II. **소극적 구성요건표지이론**에 의하면 행위자는 객관적 구성요건 요소 이외에 위법성조각사유의 부존재도 인식해야 고의가 성립하는데, 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 경우에는 위법성조각사유의 부존재에 대한 인식이 없기 때문에 구성요건 착오로서 불법고의가 조각되고 과실범의 처벌만이 문제된다. 설문의 경우 **과실치상죄**가 성립한다. III. **법효과제한적 책임설**에 의하면 행위자에게 안중에 둔 객체를 침해한다는 사실에 대

한 인식·인용은 있으므로 구성요건적 고의는 조각되지 아니하나, 착오로 인하여 행위자의 심정반가치를 인정할 수 없으므로 책임고의가 조각되어 그 법적 효과만 구성요건적 고의가 조각된 것처럼 과실범의 문제가 된다. 설문의 경우 과실치상죄가 성립한다. IV. 유추적용 제한책임설에 의하면 위법성 조각사유의 객관적 전제사실은 구성요건 객관적 요소와 유사성이 있으며, 행위자에게는 구성요건적 불법을 실현하려는 의사가 결여되어 행위반가치가 부정되기 때문에 구성요건적 착오에 관한 규정을 유추적용하여 불법고의가 조각되어 과실범의 처벌만이 문제된다. 설문의 경우 과실치상죄가 성립한다. V. 엄격책임설에 의하면 행위자가 구성요건적 사실 그 자체는 인식했으므로 구성요건적 고의는 조각될 수 없고, 다만 착오로 인하여 위법성을 인식하지 못한 것이므로 금지착오의 문제로 보아 오인함에 정당한 이유가 있는 때에 책임이 조각된다. 설문의 경우 오인함에 과실이 있는 경우 즉, 정당한 이유가 없는 경우이므로 고의에 의한 상해죄가 성립한다.

위에서 5개 학설의 내용을 살펴보았는데 수험생의 입장에서 모든 내용을 이해하고 암기할 필요는 없고 **위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오** 또는 **오상방위문제**에서 설문의 경우처럼 오인에 정당한 이유가 없는 경우라면 **엄격책임설**만 결론이 다르고 나머지 4개 학설의 결론은 동일하다는 정도로 정리해 두면 대부분의 **위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오** 또는 **오상방위문제**는 해결될 것이다.

문5. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. <판례의 입장> 정당 당직자인 피고인들이 국회 회의장 앞 복도에서 출입이 봉쇄된 회의장 출입구를 뚫을 목적으로 집기를 손상하거나, 국회 심의를 방해할 목적으로 회의장 내에 물을 분사한 경우, 피고인들의 **공용물건손상** 및 **국회회의장소동** 행위는 정당행위나 긴급피난이 부정된다.

『출입을 막고 있던 국회 경위들을 밀어내기 위해 국회 경위들의 옷을 잡아당기거나 밀친 경우 경위들의 행위가 위법한 직무집행이므로 공무집행방해죄는 성립하지 않는다.

(대법원 2013.06.13. 선고 2010도13609 판결)

<검토> ‘국회 날치기 통과 사건’이다. 생소한 국회의회의장소동죄가 성립한 거의 유일한 역사적인 판례인데, I. **국회의회의장소동죄 성립** II. **공용물건손상죄 성립** III. **공무집행방해죄 불성립**으로 기억해 두어야 한다.

① 옳다. <판례의 입장> 형법상 절취란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말한다. 그리고 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사란 타인의 물건을 그 권리자를 배제하고 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용·처분하고자 하는 의사를

말하는 것으로서, 단순히 타인의 점유만을 침해하였다고 하여 그로써 곧 절도죄가 성립하는 것은 아니나, 재물의 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사가 있으면 되고 반드시 영구적으로 보유할 의사가 필요한 것은 아니며, 그것이 물건 자체를 영득할 의사인지 물건의 가치만을 영득할 의사인지를 불문한다. 따라서 어떠한 물건을 점유자의 의사에 반하여 취거하는 행위가 결과적으로 소유자의 이익으로 된다는 사정 또는 소유자의 추정적 승낙이 있다고 볼 만한 사정이 있다고 하더라도, 다른 특별한 사정이 없는 한 그러한 사유만으로 불법영득의 의사가 없다고 할 수는 없다.

(대법원 2014.02.21. 선고 2013도14139 판결)

<검토> 절도죄의 보호법익으로 소유권뿐만 아니라 점유권도 인정하는 것이 판례의 입장이므로 소유권자의 의사에 부합하여도 점유자의 의사에 반하여 재물을 가져가는 경우 절도죄가 성립하는 것이다. 간단히 『의사에 반하여 ⇒ hard ⇒ 처벌 ⇒ 절도죄 성립 ⇒ 불법영득의사 인정』으로 기억하면 된다.

② 옳다. <판례의 입장> 피고인이 경찰관의 불심검문을 받아 운전면허증을 교부한 후 경찰관에게 큰 소리로 욕설을 하였는데, 경찰관이 모욕죄의 현행범으로 체포하겠다고 고지한 후 피고인의 오른쪽 어깨를 붙잡자 반항하면서 경찰관에게 상해를 가한 경우, 피고인은 경찰관의 불심검문에 응하여 이미 운전면허증을 교부한 상태이고, 경찰관뿐 아니라 인근 주민도 욕설을 직접 들었으므로, 피고인이 도망하거나 증거를 인멸할 염려가 있다고 보기는 어렵고, 피고인의 모욕 범행은 불심검문에 항의하는 과정에서 저지른 일시적, 우발적인 행위로서 사안 자체가 경미할 뿐 아니라, 피해자인 경찰관이 범행현장에서 즉시 범인을 체포할 급박한 사정이 있다고 보기도 어려우므로, 경찰관이 피고인을 체포한 행위는 적법한 공무집행이라고 볼 수 없고, 피고인이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하므로 상해 및 공무집행방해의 공소사실은 무죄가 된다.

(대법원 2011.05.26. 선고 2011도3682 판결)

<검토> 운전면허증을 교부한 후가 포인트이다. 『운전면허증을 교부한 후 ⇒ 도망 또는 증거인멸 염려 없음 ⇒ 현행범체포요건 결여 ⇒ 현행범체포는 **부적법** 직무 ⇒ 불처벌 ⇒ 정당방위 인정』으로 기억하면 된다.

④ 옳다. <판례의 입장> 쟁의행위에 대한 찬반투표 실시를 위하여 전체 조합원이 참석할 수 있도록 근무시간 중에 노동조합 임시총회를 개최하고 3시간에 걸친 투표 후 1시간의 여휴시간을 가졌더라도 그 임시총회 개최행위가 전체적으로 노동조합의 정당한 행위에 해당한다.

(대법원 1994.02.22. 선고 93도613 판결)

<검토> 『여휴 ⇒ soft ⇒ 불처벌 ⇒ 정당행위 인정』으

로 기억하면 되는 아주 간단한 판례이다.

문6. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. <판례의 입장> 피해자 일행을 한 사람씩 나누어 강간하자는 피고인 일행의 제의에 아무런 대답도 하지 않고 따라 다니다가 자신의 강간 상대방으로 남겨진 피해자에게 “우리 그대로 가만히 앉아 있자”고 하면서 일체의 신체적 접촉도 시도하지 않은 채 다른 일행이 인근 숲 속에서 강간을 마칠 때까지 피해자와 함께 이야기만 나눈 경우, 피고인에게 다른 일행의 강간 범행에 공동으로 가공할 의사가 부정된다.

(대법원 2003.03.28. 선고 2002도7477 판결)

<검토> ‘가만히 앉아 있자 사건’이다. 『대답도 하지 않고’, ‘신체적 접촉도 시도하지 않은 채’, ‘이야기만’ ⇒ soft ⇒ 불처벌 ⇒ 공동정범 불성립』으로 기억하면 되는 판례이다.

① 옳다. <판례의 입장> 포괄일죄의 범행 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 비록 그가 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 진다.

(대법원 1997.06.27. 선고 97도163 판결)

<검토> 1인의 범행 도중에 공동정범으로 가담한 자를 승계적 공동정범이라고 하는데 범행 도중이라고 하더라도 종료전이라면 주관적 요건인 공모 및 객관적 요건인 역할분담(기능적 행위지배)이 가능하므로 공동정범이 성립한다. 단, 가담 이전의 범행에 대해서는 주관적 요건인 공모 및 객관적 요건인 역할분담(기능적 행위지배)이 없어 책임이 없고 공모 및 역할분담이 있는 가담 이후의 범행에 대해서만 책임을 지는 것이다.

② 옳다. <판례의 입장> 공모에 의한 범죄의 공동실행은 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실현하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하다.

(대법원 2006.12.22. 선고 2006도1623 판결)

<검토> 공동정범의 객관적 요건인 역할분담의 방법에 관한 판례로 공모를 하고 전체범행의 성립에 필요한 역할분담을 한 이상 구성요건적 행위 이외의 행위도 가능하고 신체적 역할분담뿐만 아니라 정신적 역할분담도 가능하다는 취지이다.

④ 옳다. <판례의 입장> 공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여는 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다 할 것이나, 공모관계에서의 이탈은 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모

자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다.

[3] 다른 3명의 공모자들과 강도 모의를 하면서 삼을 들고 사람을 때리는 시늉을 하는 등 그 모의를 주도한 피고인이 함께 범행 대상을 물색하다가 다른 공모자들이 강도의 대상을 지목하고 뒤쫓아 가자 단지 “어?”라고만 하고 비대한 체격 때문에 뒤따라가지 못한 채 범행현장에서 200m 정도 떨어진 곳에 앉아 있었으나 위 공모자들이 피해자를 쫓아가 강도상해의 범행을 한 경우, 피고인에게 공동가공의 의사와 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 인정되므로 강도상해죄의 공모관계에 있고, 다른 공모자가 강도상해죄의 실행에 착수하기까지 범행을 만류하는 등으로 그 공모관계에서 이탈하였다고 볼 수 없으므로 강도상해죄의 공동정범으로서의 죄책을 진다.

(대법원 2008.4.10. 선고 2008도1274 판결)

<검토> ‘실행착수 전 이탈 사건’의 예외사건인 “어?”사건에서 판시한 내용이다. 원칙적으로 공모를 하였다고 하더라도 실행착수 전에 이탈한 경우라면 실행의 착수시(행위시)에 공모가 없어 공동정범의 책임을 지지 않는 것이나 예외적으로 그 범행을 주도한 자는 그 범행에 대한 영향력을 고려할 때 자신이 실행착수 전에 이탈한 경우라도 그 범행을 중지시키지 않는 한 공동정범의 책임을 진다는 취지이다.

간단히 『주도 ⇒ hard ⇒ 처벌 ⇒ 공동정범 성립』으로 기억하면 된다.

문7. 【정답】 ②

【해설】

② 옳지 않은 것은 ㉠, ㉡ 2개이다.

① 옳다. <판례의 입장> 정범이 실행의 착수에 이르지 아니하고 예비단계에 그친 경우에는, 이에 가공한다 하더라도 예비의 공동정범이 되는 때를 제외하고는 종범으로 처벌할 수 없다.

(대법원 1979.5.22. 선고 79도552 판결)

<검토> 정범이 실행착수에 이르기 전 단계인 예비에 그쳤다면 예비죄 처벌규정이 있는 한 별할 수 있듯이 공동정범도 그 실질이 정범이므로 공범의 종속성 원칙의 적용을 받지 않으므로 공모자들 모두가 예비에 그쳤다면 예비죄 처벌규정이 있는 한 예비죄의 공동정범으로 별할 수 있다. 그러나 종범은 협의의 공범으로 공범의 종속성 원칙의 적용을 받아 종범이 방조하였으나 정범이 예비에 그친 예비의 종범은 정범의 실행착수가 없어 공범의 종속성 원칙상 별할 수 없다.

㉠ 틀리다. <판례의 입장> 중지범은 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것이고 실행의 착수가 있기 전인 예비음모의 행위를 처벌하는 경우에

있어서 중지범의 개념은 이를 인정할 수 없다.

(대법원 1999.04.09. 선고 99도424 판결)

<검토> 예비·음모는 **실행착수 전** 개념이고, 중지범(중지미수)는 **실행착수 후** 개념이므로 예비·음모의 중지범(중지미수)라는 것은 불가능하다.

㉔ 옳다. <판례의 입장> 강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 행위자에게 미필적으로라도 ‘강도’를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 그에 이르지 않고 단순히 ‘준강도’할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다.

☞ 강도예비·음모죄에 관한 형법 제343조는 “강도할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.”고 규정하고 있는바, ~ 만약 준강도를 할 목적을 가진 경우까지 강도예비로 처벌할 수 있다고 본다면 흥기를 휴대한 특수절도를 준비하는 행위는 거의 모두가 강도예비로 처벌받을 수밖에 없게 되어 형법이 흥기를 휴대한 특수절도의 예비행위에 대한 처벌조항을 두지 않은 것과 배치되는 결과를 초래하게 된다는 점 및 정당한 이유 없이 흥기 기타 위험한 물건을 휴대하는 행위 자체를 처벌하는 조항을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조에 따로 마련하고 있다는 점 등을 고려하면, 강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 행위자에게 미필적으로라도 ‘강도’를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 그에 이르지 않고 단순히 ‘준강도’할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다고 봄이 상당하다.

(대법원 2006.09.14. 선고 2004도6432 판결)

<검토> 판례는 장황한 근거를 나열하고 있으나, 『법의 문구(강도)와 행위자의 행위(준강도)가 다르면 법을 적용할 수 없다』는 죄형법정주의 수험용 첫 번째 원칙을 적용하면 되는 판례이다.

㉕ 틀리다. <법조문> **형법 제147조(도주원조)** : 법률에 의하여 구금된 자를 탈취하거나 도주하게 한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

형법 제150조(예비, 음모) : 제147조와 제148조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.

형법 제185조(일반교통방해) : 육로, 수로 또는 교량을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제191조(예비, 음모) : 제186조(기차, 선박 등의 교통방해) 또는 제187조(기차 등의 전복 등)의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.

<검토> 형법상 ‘원조’자가 붙어 있는 2개의 범죄(도주원조죄, 간수자도주원조죄)에는 예비·음모 처벌규정이 있다.

형법상 일반교통방해죄에는 예비·음모 처벌규정이 없으나 특수(기차·선박)교통방해죄에는 예비·음모 처벌규정이 있

다.

㉔ 옳다. <판례의 입장> 내란음모죄에 해당하는 합의가 있다고 하기 위해서는 내란에 관한 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고 객관적으로 내란범죄의 실행을 위한 합의라는 것이 명백히 인정되고, 그러한 합의에 실질적인 위협성이 인정되어야 한다.

☞ 내란의 실행행위로 나아가겠다는 확정적인 의사의 합치에 이르렀다고 보기 어려워 형법상 내란음모죄 성립에 필요한 ‘내란범죄 실행의 합의’를 하였다고 할 수 없다는 이유로, 피고인들에게 무죄가 선고되었다.

(대법원 2015.01.22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결)

<유사판례> 음모란 2인 이상의 자 사이에 성립한 범죄 실행의 합의를 말하는 것으로, 범죄 실행의 합의가 있다고 하기 위하여는 단순히 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고, 객관적으로 보아 특정한 범죄의 실행을 위한 준비행위라는 것이 명백히 인식되고, 그 합의에 실질적인 위협성이 인정될 때에 비로소 음모죄가 성립한다.

☞ ‘총을 훔쳐 전역 후 은행이나 현금수송차량을 털어 한탕 하자’는 말을 나눈 정도만으로는 강도음모를 인정하기에 부족하다.

(대법원 1999.11.12. 선고 99도3801 판결)

<검토> ‘전통진당국회의원 ○△▽ 사건’이다. 음모죄는 실행착수 전의 행위를 예외적으로 처벌하는 경우이므로 그 성립을 보다 엄격하게 하기 위해 특별한 요건인 **실질적 위협성**을 추가하였다고 이해하면 된다. 그리고 이 사건에서 **내란음모죄**는 무죄였지만 **내란선동죄**는 유죄였음을 기억할 필요가 있다.

문8. 【정답】 ①

【해설】

① 틀리다. <판례의 입장> 형법은 야간에 이루어지는 주거침입행위의 위협성에 주목하여 그러한 행위를 수반한 절도를 야간주거침입절도죄로 중하게 처벌하고 있는 것으로 보아야 하고, 따라서 주거침입이 주간에 이루어진 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다.

☞ 피고인이 2010. 6. 16. 15:40경 피해자가 운영하는 모텔에 이르러, 202호 안까지 들어가 침입한 다음, 같은 날 21:00경 그곳에 설치되어 있던 피해자 소유의 LCD모니터 1대 시가 3만 원 상당을 가지고 나와 절취한 경우, 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다.

(대법원 2011.04.14. 선고 2011도300 판결)

<검토> ‘모텔 절도 사건’이다. 야간주거침입절도죄는 그 문언이 ‘야간에 ~ 침입하여’라고 되어 있으므로 죄형법정주의 원칙상 판례의 태도는 당연하다고 생각하면 된다.

② 옳다. <판례의 입장> 공전자기록등불실기재죄에 있어서의 실행의 착수 시기는 공무원에 대하여 허위의 신고를

하는 때라고 보아야 할 것인바, 허위로 결혼사진을 찍고, 혼인신고에 필요한 서류를 준비하여 위장결혼의 당사자에게 건네준 것은 공전자기록등불실기재죄의 실행착수가 부정된다.

(대법원 2009.09.24. 선고 2009도4998 판결)

<검토> 공정증서원본부실기재죄는 **공무원에 대하여** 공무원에 대하여 허위신고를 하여 공정증서원본 또는 이와 동일한 전자기록등 특수매체기록에 부실의 사실을 기재 또는 기록하게 한 자를 처벌하는 범죄이므로 법 문언상 **공무원에 대하여** 허위신고하는 행위가 범죄실행의 개시 즉, 실행착수라고 볼 수 있다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** 가압류는 강제집행의 보전방법에 불과하고 그 기초가 되는 허위의 채권에 의하여 실제로 청구의 의사표시를 한 것이라고 할 수 없으므로 소의 제기 없이 가압류신청을 한 것만으로는 사기죄의 실행에 착수한 것이라고 할 수 없다.

(대법원 1982.10.26. 선고 82도1529 판결)

<검토> ‘가압류 사건’이다. 사기죄가 성립하기 위해서는 『I. 기망 ⇒ II. 착오 ⇒ III. 처분행위 ⇒ IV. 재물 또는 재산상 이익 취득』이 있어야 하는데, 가압류는 상대방의 재산을 묶어 두어 현상유지시키는 효력만 있을 뿐 청구의 효력이 없어 허위의 가압류 신청만으로는 처분행위에 따른 재물 또는 재산상 이익을 취득할 가능성이 없어 사기죄의 실행착수가 부정된다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 피고인이 갑에게 위조한 예금통장 사본 등을 보여주면서 외국회사에서 투자금을 받았다고 거짓말하며 자금 대여를 요청하였으나, 갑과 함께 그 입금 여부를 확인하기 위해 은행에 가던 중 은행 입구에서 차용을 포기하고 돌아간 경우, 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> 우리가 알고 있는 중지미수를 인정한 3개의 사건 즉, ‘천해지면 사건’, ‘공범자 배신 사건(천광상회 사건)’, ‘청산가리 사건’이 아니므로 옳은 지문으로 신속히 결론을 내려야 한다. 이런 판례 지문에 3초 이상의 시간을 투자하면 낭비가 된다.

문9. 【정답】 ②

【해설】

② 틀리다. **<판례의 입장>** 업무방해죄와 폭행죄는 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 업무방해죄의 성립에 일반적·전형적으로 사람에게 대한 폭행행위를 수반하는 것은 아니며, 폭행행위가 업무방해죄에 비하여 별도로 고려되지 않을 만큼 경미한 것이라고 할 수도 없으므로, 설령 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄

의 수단이 되었다고 하더라도 그러한 폭행행위가 이른바 ‘불가벌적 수반행위’에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다.

(대법원 2012.10.11. 선고 2012도1895 판결)

<검토> 업무방해죄의 3가지 행위방법 중 폭행과 유사한 위력은 폭행보다 약한 개념이므로 폭행을 수단으로 업무방해죄를 범하였다면 폭행죄와 업무방해죄가 별도로 성립한다.

① 옳다. **<판례의 입장>** ‘불가벌적 수반행위’란 법조경합의 한 형태인 흡수관계에 속하는 것으로서, 행위자가 특정한 죄를 범하면 비록 논리 필연적인 것은 아니지만 일반적·전형적으로 다른 구성요건을 충족하고 이때 그 구성요건의 불법이나 책임 내용이 주된 범죄에 비하여 경미하기 때문에 처벌이 별도로 고려되지 않는 경우를 말한다.

(대법원 2012.10.11. 선고 2012도1895 판결)

<참고판례> 감금을 하기 위한 수단으로서 행사된 단순한 협박행위는 감금죄에 흡수되어 따로 협박죄를 구성하지 아니한다.

(대법원 1982.06.22. 선고 82도705 판결)

<검토> 추상적인 지문의 판례는 구체적이 참고판례를 대입시켜 이해하면 된다. 『불가벌적 수반행위』란 법조경합의 한 형태인 흡수관계에 속하는 것으로서, 행위자가 특정한 죄(**감금죄**)를 범하면 비록 논리 필연적인 것은 아니지만 일반적·전형적으로 다른 구성요건(**협박죄**)을 충족하고 이때 그 구성요건의 불법이나 책임 내용이 주된 범죄(**감금죄**)에 비하여 경미(**협박죄**)하기 때문에 처벌이 별도로 고려되지 않는 경우를 말한다.』

③ 옳다. **<판례의 입장>** 수수한 메스암페타민을 장소를 이동하여 투약하고서 잔량을 은닉하는 방법으로 소지한 경우, 향정신성의약품수수죄와 별도로 그 소지죄가 성립한다.

(대법원 1999.08.20. 선고 99도1744 판결)

<검토> 투약과 소지는 다른 행위이고 마약사범은 가급적 강력히 처벌해야 하므로 **실체적 경합**으로 정리하면 되는 판례이다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 국회의원 선거에서 정당의 공천을 받게 하여 줄 의사나 능력이 없음에도 이를 해 줄 수 있는 것처럼 기망하여 공천과 관련하여 금품을 받은 경우 공천관련금품수수죄와 사기죄는 **상상적 경합관계**에 있다.

(대법원 2009.04.23. 선고 2009도834 판결)

<검토> 금품을 받은 행위가 하나이므로 상상적 경합으로 정리하면 되는 판례이다.

문10. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. **<법조문>** 형법 제52조(자수, 자복) 제1항 : 죄

를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 **자수**한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

제2항 : 피해자의 의사에 반하여 처벌할 수 없는 죄에 있어서 피해자에게 **자복**한 때에도 **전항과 같다**.

<검토> 필요적 감면사유가 아니라 **임의적** 감면사유이다. 형법은 범인의 개전의 정을 장려하고 범죄수사를 용이하게 하기 위해 자수·자복을 모두 임의적 감면사유로 규정하고 있다.

① 옳다. <판례의 입장> 수사기관에 뇌물수수의 범죄사실을 자발적으로 신고하였으나 그 수뢰액을 실제보다 적게 신고함으로써 **적용법조와 법정형이 달라지게** 된 경우, **자수가 부정된다**.

(대법원 2004.06.24. 선고 2004도2003 판결)

<검토> ‘꿈수 자수 사건’이다. 키워드는 **적용법조와 법정형**이다. 원칙적으로 수개의 범죄사실 중 일부에 관하여만 자수한 경우라도 자수한 부분에 대하여는 자수의 효력이 발생하나, 가중처벌 되는 법의 적용을 면탈할 목적으로 꿈수로 수뢰액을 적게 신고한 경우는 자수의 혜택을 줄 필요가 없다.

② 옳다. <판례의 입장> 공직선거법 제262조의 “자수”를 ‘**범행발각 전에 자수**한 경우’로 한정하는 풀이는 “자수”라는 단어가 통상 관용적으로 사용되는 용례에서 갖는 개념 외에 ‘범행발각 전’이라는 또다른 개념을 추가하는 것으로서 결국은 ‘언어의 가능한 의미’를 넘어 공직선거법 제262조의 “자수”의 범위를 그 문언보다 제한함으로써 공직선거법 제230조 제1항 등의 처벌범위를 실정법 이상으로 확대한 것이 되고, 따라서 이는 단순한 목적론적 축소해석에 그치는 것이 아니라, **형면제 사유에 대한 제한적 유추를 통하여 처벌범위를 실정법 이상으로 확대한 것으로서 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반된다**.

(대법원 1997.03.20. 선고 96도1167 전원합의체 판결)

<검토> ‘범행발각 전 자수 사건’이다.

자수는 피고인에게 유리한 사유인데 이를 **범행발각 전 자수**로 제한적으로(좁게) 해석하게 되면 피고인에게 불리하게 가벌성이 확대되므로 이러한 해석은 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반하여 허용될 수 없다. 따라서 **범행발각 후**라도 자발적으로 자기의 범죄사실을 수사기관에 신고한 경우에는 이를 자수로 보아야 한다.

④ 옳다. <판례의 입장> 피고인이 수사기관에 자진 출석하여 **처음** 조사를 받으면서는 돈을 차용하였을 뿐이라며 범죄사실을 **부인**하다가 제2회 **조사를 받으면서** 비로소 업무와 관련하여 돈을 수수하였다고 자백한 행위를 **자수**라고 할 수 없고, 설령 자수하였다고 하더라도 자수한 이에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것으로서 원심이 자수의 착오 주장에 대하여 판단하지 아

니하였다 하여 위법하다고 할 수 없다.

(대법원 2011.12.22. 선고 2011도12041 판결)

<검토> 자수란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 소추를 구하는 의사표시를 말하는데, 지문의 경우 **처음 ~ 부인 ~ 조사를 받으면서 ~자백**이라는 표현에서 자발성이 부정됨을 알 수 있다.

문11. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. <법조문> **형법 제288조(추행 등 목적 약취, 유인 등) 제1항** : 추행, 간음, 결혼 또는 영리의 목적으로 사람을 약취 또는 유인한 사람은 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

<검토> 영리목적 약취죄는 존속에 대한 범죄에 대하여 가중처벌 규정을 두고 있지 않다. 참고로 형법상 직계존속을 객체로 하였을 때 형이 가중되는 범죄는 존속**살해**죄, 존속**상해**죄류(중상해죄, 상해치사죄 포함), 존속**폭행**죄, 존속**유기**죄류(유기치사상죄 포함), 존속**학대**죄류(학대치사상죄 포함), 존속**체포·감금**죄류(중체포·감금죄, 체포·감금치사상죄 포함), 존속**협박**죄 등이 있다.

① 옳다. <판례의 입장> 형법 제287조에 규정된 미성년자 약취죄의 입법 취지는 심신의 발육이 불충분하고 지려와 경험이 풍부하지 못한 미성년자를 특별히 보호하기 위하여 그를 약취하는 행위를 처벌하려는 데 그 입법의 취지가 있으며, **미성년자의 자유** 외에 **보호감독자의 감호권**도 그 보호법익으로 하고 있다는 점을 고려하면, 피고인과 공범들이 미성년자를 보호·감독하고 있던 그 **아버지의 감호권**을 침해하여 그녀를 자신들의 사실상 지배하로 옮긴 이상 미성년자약취죄가 성립한다 할 것이고, 약취행위에 **미성년자의 동의**가 있었다 하더라도 **본죄의 성립**에는 변함이 없다.

(대법원 2003.02.11. 선고 2002도7115 판결)

<검토> 미성년자약취죄의 보호법익이 **미성년자의 자유권**과 **보호감독자의 감호권** 2개임을 알고 있다면 쉽게 풀 수 있는 지문이다.

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

(대법원 2009.07.09. 선고 2009도3816 판결)

<검토> **실력적 지배**하는 약취·유인죄 **기수**기준이며, **억압**할 정도의 폭행·협박은 **강도죄**의 폭행·협박임을 유의하면 쉽게 풀 수 있는 지문이다.

④ 옳다. <판례의 입장> [1] 미성년자가 혼자 머무는 주거에 침입하여 그를 감금한 뒤 폭행 또는 협박에 의하여 부모의 출입을 봉쇄하거나, 미성년자와 부모가 거주하는 주거에 침입하여 부모만을 강제로 퇴거시키고 독자적인 생활관계를 형성하기에 이르렀다면 비록 장소적 이전이 없었다 할지라도 형법 제287조의 미성년자약취죄에 해당한다.

[2] 미성년자 혼자 머무는 주거에 침입하여 강도 범행을 하는 과정에서 일시적으로 부모와의 보호관계가 사실상 침해·배제되었다거나, 미성년자가 기존의 생활관계로부터 완전히 이탈되었다거나 새로운 생활관계가 형성되었다고 볼 수 없고 범인의 의도도 위와 같은 생활관계의 이탈이 아니라 단지 금품 강취를 위한 반항 억압에 있었으므로, 형법 제287조의 미성년자약취죄가 성립하지 않는다

(대법원 2008.01.17. 선고 2007도8485 판결)

<검토> ‘비정한 모 사건’이다. [1]번 파트는 약취의 개념에 관한 추상적인 내용 부분이고, [2]번 파트는 구체적인 실제 사안의 결론 내용 부분이다. 이 사건에서 판례는 일단 미성년자의 장소적 이전 없이도 미성년자약취죄가 성립할 수 있으나, 구체적인 사안의 경우에는 피고인에게 **강도**의 고의만 있을 뿐 약취의 고의가 없다고 하여 미성년자약취죄는 성립하지 않는다고 하였다. [1]번 파트가 출제될 수 있고 [2]번 파트가 출제될 수 있으니 수험생들은 유의해야 한다. **강도, 일시적, 강취**라는 표현이 있으면 [2]번 파트를 묻는 것이고 이런 표현이 없으면 [1]번 파트를 묻는 것임을 요령껏 알아 두면 된다. 출제된 지문은 **강도, 일시적, 강취**라는 표현이 없으므로 약취의 개념에 관한 추상적인 서술인 [1]번 파트를 묻는 것이므로 옳은 지문이다.

문12. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. <법조문> **형법 제253조(위계 등에 의한 촉탁 살인 등)** : 전조의 경우에 위계 또는 위력으로써 촉탁 또는 승낙하게 하거나 자살을 결의하게 한 때에는 제250조(살인죄)의 예에 의한다.

<검토> 본죄는 외형적으로는 촉탁·승낙살인죄나 자살교사죄처럼 보이나 피해자의 진정한 의사에 반한다는 점에서 실질적으로는 살인죄와 유사하므로 **살인죄**와 동일하게 처벌한다.

① 옳다. <판례의 입장> 살인죄에 있어서의 범의는 반드시 살해의 목적이거나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의로 인정되는 것인바, 피고인이 범행 당시 살인의 범의는 없었고 단지 상해 또는 폭행의 범의만 있었을 뿐이라고 다투는 경우에 피고인에게 범행 당시 살인의 범의가 있었는지 여

부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생가능성 정도 등 범행 전후의 **객관적인 사정을 종합**하여 판단할 수밖에 없다.

(대법원 2001.03.09. 선고 2000도5590 판결)

<검토> 고의는 사람의 내면적 심리상태이므로 직접 관찰할 수 없는 것이므로 판례와 같이 판단할 수밖에 없을 것이다. 아시겠지만 **객관적, 종합**은 판사들이 즐겨 사용하는 단어들이다.

② 옳다. <법조문> **형법 제251조(영아살해)** : 직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 분만 중 또는 분만직후의 영아를 살해한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

<비교법조문> **형법 제272조(영아유기)** : 직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 영아를 유기한 때에는 2년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

<검토> 영아살해죄는 출산으로 인한 산모의 비정상적 심리 등을 포함한 행위상황 및 동기의 특수성으로 살인죄보다 가볍게 처벌하는 것이므로 **분만 중 또는 분만직후**라는 수식어를 규정하고 있는 것이다.

④ 옳다. <판례의 입장> 혼인 외의 출생자와 **생모**간에는 생모의 인지나 출생신고를 기다리지 않고 자의 출생으로 당연히 법률상의 친족관계가 생기는 것이다.

(대법원 1980.09.09. 선고 80도1731 판결)

<검토> ‘혼인 외의 자 사건’ 중 생모를 살해한 케이스이다. 생부는 혼인 외의 자가 친자인지 확인할 필요가 있으므로 혼인 외의 자가 친자임을 확인한 후 인지를 해야만 직계존속이 되지만, 생모는 자기의 뱃속에서 10개월 동안 자를 키우고 출산을 직접 목격하기 때문에 다른 확인절차 필요없이 바로 직계존속이 되는 것이다. 따라서 혼인 외의 자가 **인지하지 않은 생모**를 살해하면 **존속살해죄**가 성립하는 것이다.

문13. 【정답】 ②

【해설】

② 보호되는 업무에 해당하는 것은 ㉠, ㉡ 2개이다.

① 보호되는 업무에 불 해당. <판례의 입장> [1] 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’라고 함은 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업으로서 타인의 위법한 침해로부터 형법상 보호할 가치가 있는 것이어야 하므로 어떤 사무나 활동 자체가 위법의 정도가 중하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없는 정도로 **반사회성**을 띠는 경우에는 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’에 해당한다고 볼 수 없다.

[2] 의료인이나 의료법인이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 행위는 그 위법의 정도가 중하여 사회생활상

도저히 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠고 있으므로 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’에 해당하지 않는다. (대법원 2001.11.30. 선고 2001도2015 판결)

<검토> 판례는 업무가 기초가 된 계약 또는 행정행위 등이 반드시 적법하지 않아도 사실상 평온한 업무라면 보호할 가치 있는 업무로 인정하지만 무면허의료업 같이 **반사회성을** 가진 업무는 보호할 가치 있는 업무로 인정하지 않는다.

㉠ 보호되는 업무에 불해당. **<판례의 입장>** 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’라 함은 직업 기타 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업을 말하는 것인데, 초등학교생들이 학교에 등교하여 교실에서 **수업**을 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. 소정의 비용을 지급하면서 **수업을 듣는 것이** 아니라 소정의 비용을 수취하면서 **수업을 하는 것이** 업무가 될 것이다.

㉡ 보호되는 업무에 해당. **<판례의 입장>** 종중정기**총회**를 주재하는 종중 회장의 의사진행업무 자체는 1회성을 갖는 것이라고 하더라도 그것이 종중 회장으로서는 사회적인 지위에서 계속적으로 행하여 온 종중업무수행의 일환으로 행하여진 것이라면, 그와 같은 의사진행업무도 형법 제314조 소정의 업무방해죄에 의하여 **보호되는 업무에** 해당되고, 또 종중 회장의 위와 같은 업무는 종중원들에 대한 관계에서는 타인의 업무라고 한 사례. (대법원 1995.10.12. 선고 95도1589 판결)

<검토> 판례에서 문제되는 **회의(~총회, ~회)**들은 원칙적으로 평온하여 보호해야 할 대상이고, 이런 회의(~총회, ~회)들을 방해하는 자들은 처벌쪽으로 기억하면 된다.

㉢ 보호되는 업무에 해당. **<판례의 입장>** 대학원 **입학전형** 업무를 방해함에 있어서 피고인들이 공모하여 방조한 이상 대학원 입학전형 업무가 업무방해죄의 객체인 ‘**업무**’에 해당된다. (대법원 1995.12.05. 선고 94도1520 판결)

<검토> 학교, 회사 등에서 실시하는 입학, 시험, 채용관련 업무는 반사회성을 가진 업무가 아니므로 보호되는 업무에 해당한다. 우리가 잘 알고 있는 **کن닝 사건**류들이 바로 이러한 업무를 방해하여 위계에 의한 업무방해죄가 성립한 사건들이다.

㉣ 보호되는 업무에 불해당. **<판례의 입장>** 주주로서 주주총회에서 **의결권** 등을 행사하는 것은 주식의 보유자로서 그 자격에서 권리를 행사하는 것에 불과할 뿐 그것이 ‘**직업 기타 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업**’에 **해당한다고 할 수 없다**.

☞ 대표이사인 피고인이 위 회사의 직원 130여 명과 공모하여 회사의 주주총회에서 위력으로 21명의 개인주주들이 **발언권과 의결권**을 행사하지 못하도록 방해한 경우, **업무방해죄가 부정된다**.

(대법원 2004.10.28. 선고 2004도1256 판결)

<검토> **의결권**은 일시적으로 행사하는 권리일 뿐 계속적인 업무라고 볼 수 없다.

문14. 【정답】 ③

【해설】

③ 옳지 않은 것은 ㉠, ㉡, ㉢ 3개이다.

㉠ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 형법 제334조 제1항 소정의 **야간주거침입강도죄**는 주거침입과 강도의 결합범으로서 시간적으로 주거침입행위가 선행되므로 주거침입을 한 때에 본죄의 실행에 착수한 것으로 볼 것인바, 같은 조 제2항 소정의 흉기휴대 합동강도죄에 있어서도 그 강도행위가 야간에 주거에 침입하여 이루어지는 경우에는 주거침입을 한 때에 실행에 착수한 것으로 보는 것이 타당하다. [2] **야간에** 피해자 집에 이르러 재물을 **강취**할 의도로 피고인 甲이 출입문 옆 창살을 통하여 **침입**하고 피고인 乙은 부엌방충망을 뜯고 들어 가다가 피해자 **시아버지의 헛기침**에 발각된 것으로 알고 도주한 경우, 특수강도죄의 **미수**가 인정된다.

(대법원 1992.07.28. 선고 92도917 판결)

<검토> ‘시아버지 헛기침 사건’이다. 특수강도죄의 유형 중 야간주거침입강도죄의 실행착수시기를 **주거침입**으로 본 지극히 정상적인 원칙적인 판례들 중의 하나이다.

㉡ 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 특수강도의 실행의 착수는 강도의 실행행위 즉 사람의 반항을 억압할 수 있는 정도의 **폭행 또는 협박에 나아갈 때에** 있다 할 것이다.

[2] 강도의 범의로 **야간에** 칼을 휴대한 채 타인의 주거에 침입하여 집안의 **동정을 살피다가** 피해자를 발견하고 **갑자기 욕정을 일으켜** 칼로 협박하여 강간한 경우, 특수강도의 실행에 착수한 것이라고 할 수 없어 특수강도강간죄가 성립하지 않는다.

(대법원 1991.11.22. 선고 91도2296 판결)

<검토> 그 유명한 ‘**갑자기 욕정을 일으켜** 사건’이다. 특수강도죄의 유형 중 야간주거침입강도죄의 실행착수시기를 **폭행 또는 협박**으로 본 지극히 비정상적이고 예외적인 유일한 판례이다. 사안에서 야간주거침입강도죄를 위한 폭행 또는 협박이 없어 실행착수를 부정하고 결국 특수강도강간죄가 성립하지 않는다고 결론을 내린데 대해 비난을 받고 있는 판례이다. 하지만 명시적으로 위 ㉠번 판례에 의

해 변경된 것은 아니므로 수험생 입장에서는 **갑자기 욕정을 일으켜**라는 키워드로 별도로 암기하고 있어야 하는 유효한 판례이다.

㉠ 틀리다. <법조문> **형법 제334조(특수강도) 제1항** : 야간에 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입하여 제333조의 죄를 범한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

<비교법조문 I> **형법 제330조(야간주거침입절도)** : 야간에 사람의 주거, 간수하는 저택, 건조물이나 선박 또는 점유하는 방실에 침입하여 타인의 재물을 절취한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. 항공기는 규정되어 있지 않다.

<비교법조문 II> **형법 제331조(야간손괴후주거침입절도) 제1항** : 야간에 문호 또는 장벽 기타 건조물의 일부를 손괴하고 전조의 장소에 침입하여 타인의 재물을 절취한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

<비교법조문 III> **형법 제319조(주거침입) 제1항** : 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

<검토> 야간주거침입강도죄든 야간주거침입절도죄든 자동차는 객체로 규정되어 있지 않다. 일반적으로 **자동차**는 주거침입죄의 객체가 되기에는 협소하다는 점을 생각하고, <용변칸 사건>에서 용변칸은 주거침입죄의 객체 중 맨 마지막에 규정되어 있는 **점유하는 방실**이었다는 점을 떠올리면 해결되는 지문이다.

㉡ 틀리다. <법조문> **형법 제336조(인질강도)** : 사람을 체포·감금·약취 또는 유인하여 이를 인질로 삼아 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

<검토> 인질범죄들(약취유인의 죄, 인질강요죄, 인질살해치상죄의 경우)은 원칙적으로 해방감경규정이 있으나, 예외적으로 **체포감금죄, 인질강도죄, 인질살해치상죄**의 경우는 해방감경규정이 없다. 인질살해치상죄의 경우는 당연히나 체포감금죄, 인질강도죄의 경우는 입비 미비라고 볼 수 있다.

문15. 【정답】 ①

【해설】

① 틀리다. <판례의 입장> 피고인 등이 피해자 갑 등에게 자동차를 매도하겠다고 거짓말하고 자동차를 양도하면서 매매대금을 편취한 다음, 자동차에 미리 부착해 놓은 **지피에스(GPS)**로 위치를 추적하여 자동차를 절취하였다고 하여 사기 및 **특수절도로** 기소된 사안에서, 피고인이 갑 등에게 **자동차를 인도하고 소유권이전등록에 필요한 일체의 서류를 교부함**으로써 갑 등이 언제든지 자동차의 소유권이전등록을 마칠 수 있게 된 이상, 피고인이 자동차를 양도한 후 다시 절취할 의사를 가지고 있었다더라도 자동차의

소유권을 이전하여 줄 의사가 없었다고 볼 수 없고, 피고인이 자동차를 **매도할 당시 곧바로 다시 절취할 의사**를 가지고 있으면서도 이를 **숨긴 것을 기망**이라고 할 수 없어, 결국 피고인이 자동차를 **매도할 당시 기망행위**가 없었으므로, 피고인에게 사기죄를 인정한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다.

(대법원 2016.03.24. 선고 2015도17452 판결)

<검토> '**지피에스(GPS) 사건**'이다. 출제가 유력했던 최신 판례이다. 일단 자동차를 **매도하고 매매대금을 취득할 당시(행위시)** 소유권이전등록에 필요한 서류를 교부하였으므로 자동차를 매도하면서 매매대금을 편취하였다고 볼 수 없다. 절취는 정상적인 거래 후의 별개의 행위이다.

② 옳다. <판례의 입장> 사기죄가 성립하는지는 **행위 당시**를 기준으로 판단하여야 하므로, 소비대차 거래에서 차주가 **돈을 빌릴 당시**에는 변제할 의사와 능력을 가지고 있었다면 비록 **그 후**에 변제하지 않고 있더라도 이는 민사상 채무불이행에 불과하며 형사상 **사기죄가 성립하지는 아니한다**.

따라서 소비대차 거래에서, 대주와 차주 사이의 친척·친지와 같은 인적 관계 및 계속적인 거래 관계 등에 의하여 대주가 차주의 신용 상태를 인식하고 있어 장래의 변제지체 또는 변제불능에 대한 위험을 예상하고 있었거나 충분히 예상할 수 있는 경우에는, 차주가 **차용 당시** 구체적인 변제의사, 변제능력, 차용 조건 등과 관련하여 소비대차 여부를 결정지을 수 있는 중요한 사항에 관하여 허위 사실을 말하였다는 등의 다른 사정이 없다면, 차주가 **그 후** 제대로 변제하지 못하였다는 사실만을 가지고 변제능력에 관하여 대주를 기망하였거나 차주에게 편취의 범의가 있었다고 단정할 수 없다.

(대법원 2016.04.02. 선고 2012도14516 판결)

<검토> 『형법의 표준시는 행위시』임을 안다면 쉽게 풀 수 있는 지문이다.

③ 옳다. <판례의 입장> 부동산등기부상 소유자로 **등기된 적이 있는 자**가 자신 이후에 소유권이전등기를 경료한 등기명의인들을 상대로 허위의 사실을 주장하면서 **소유권이전등기말소**청구소송을 제기한 경우, 사기의 **실행에 착수한 것으로 볼 수 있다**.

(대법원 2003.07.22. 선고 2003도1951 판결)

<비교판례 I> 피고인 명의로 이 건 임야를 매수한 일이 없음에도 매수한 것처럼 허위의 사실을 주장하여 위 임야에 대한 소유권이전등기를 거친 자들을 상대로 각 그 소유권이전등기말소를 구하는 소송을 제기한 경우, 사기의 **실행에 착수한 것이라고 할 수 없다**.

(대법원 1981.12.08. 선고 81도1451 판결)

<비교판례 II> 자신이 토지의 소유자라고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 **보존등기의 말소**를 구하는 소송을 제기한 경우, **실행의 착수가 인정되고**

기수시기는 판결이 확정 된 때이다.

(대법원 2006.04.07. 선고 2005도9858 전원합의체 판결)

<검토> ‘이전등기말소 사건’이다. ‘이전등기말소 사건’은

1. 출제지문 : **등기된 적이 있는 자**가 주체이면 재물 또는 재산상 이익을 취득할 가능성이 **있어** 사기죄의 실행착수 인정,

2. 비교판례 I : **등기된 적이 없는 자**(매수한 일이 없음)가 주체이면 재물 또는 재산상 이익을 취득할 가능성이 **없어** 사기죄의 실행착수 부정으로 정리해 두면 된다. 또한

3. 비교판례 II : 등기된 적이 **있는 자**, **없는 자** 불문하고 부동산등기법상 재물 또는 재산상 이익을 취득할 가능성이 **있어** 사기죄의 실행착수가 인정되는 ‘**보존등기말소 사건**’도 연계해서 알아 두도록 한다.

④ 옳다. <판례의 입장> 보험가입사실증명원은 교통사고를 일으킨 차가 교통사고처리특례법 제4조에서 정한 취지의 보험에 가입하였음을 보험회사가 증명하는 내용의 문서일 뿐이고 거기에 재물이나 재산상의 이익의 처분에 관한 사항을 포함하고 있는 것은 아니므로, 이러한 문서의 불법취득에 의해 침해된 또는 침해될 우려가 있는 법익은 보험가입사실증명원인 서면 그 자체가 아니고 그 문서가 교통사고처리특례법 제4조에 정한 보험에 가입한 사실의 진위에 관한 내용이라고 할 것이고, 따라서 이러한 증명에 의하여 사기죄에서 말하는 재물이나 재산상의 이익이 침해된 것으로 볼 것은 아니어서 **보험가입사실증명원**은 사기죄의 객체가 되지 아니한다.

(대법원 1997.03.28. 선고 96도2625 판결)

<검토> ‘보험가입사실증명원 사건’이다. 이 사건에서 판례는 마치 보험가입사실증명원이 사기죄의 객체인 재물이 아닌 것처럼 판시하고 있으나, 피고인에게 **형사책임을 면할 목적만** 있었지 보험가입사실증명원이란 재물에 대한 **편취의 고의**가 없어 사기죄가 불성립한다고 이해하면 된다.

문16. 【정답】 ②

【해설】

② 틀리다. <판례의 입장> 동업자 사이에 손익분배의 정산이 되지 아니하였다면 동업자의 한 사람이 임의로 동업자들의 합유에 속하는 동업재산을 처분할 권한이 없는 것이므로, 동업자의 한 사람이 동업재산을 보관 중 임의로 횡령하였다면 지분비율에 관계없이 임의로 횡령한 금액 전부에 대하여 횡령죄의 죄책을 부담한다.

(대법원 2000.11.10. 선고 2000도3013 판결)

<검토> 민법상 공동소유(**공유, 합유, 총유**) 재산은 정산이 되기 전까지는 형법상 **전부** 타인소유 재산 취급함을 알고 있다면 쉽게 풀 수 있는 지문이다.

① 옳다. <판례의 입장> 광업권은 재물인 광물을 취득할 수 있는 권리에 불과하지 재물 그 자체는 아니므로 횡령

죄의 객체가 된다고 할 수 없다.

(대법원 1994.03.08. 선고 93도2272 판결)

<검토> 유가증권의 권과는 달리 광업권의 권은 **권리** 權이다. 타인소유의 재물을 객체로 하는 횡령죄의 객체가 될 수 없다.

③ 옳다. <판례의 입장> 형법 제355조 제1항이 정한 횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자라야 하고, 타인의 재물인지 아닌지는 민법, 상법, 기타의 실체법에 따라 결정하여야 한다. 횡령죄에서 보관이란 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 뜻하므로 횡령죄가 성립하기 위하여는 재물의 보관자와 재물의 소유자(또는 기타의 본권자) 사이에 **법률상 또는 사실상의 위탁신임관계**가 존재하여야 한다. 이러한 위탁신임관계는 사용대차·임대차·위임 등의 계약에 의하여서뿐만 아니라 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있으나, 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는데 있음에 비추어 볼 때 위탁신임관계는 **횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정**함이 타당하다.

그런데 부동산을 매수한 명의신탁자가 자신의 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자에게 **중간생략의 소유권이전등기**를 마친 경우, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 본문에 의하여 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고, 신탁부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 된다. 따라서 명의신탁자로서는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 가질 뿐 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의수탁자 역시 명의신탁자에 대하여 직접 신탁부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하지는 아니하므로, 신탁부동산의 소유자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 명의수탁자가 횡령죄에서 말하는 ‘**타인의 재물을 보관하는 자**’의 지위에 있다고 볼 수는 없다.

부동산실명법의 입법 취지와 아울러, 명의신탁약정에 따른 명의수탁자 명의의 등기를 금지하고 이를 위반한 명의신탁자와 명의수탁자 쌍방을 형사처벌까지 하고 있는 부동산실명법의 명의신탁관계에 대한 규율 내용 및 태도 등에 비추어 볼 때, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계를 근거 지우는 계약인 명의신탁약정 또는 이에 부수한 위임약정이 무효임에도 불구하고 횡령죄 성립을 위한 사무관리·관습·조리·신의칙에 기초한 위탁신임관계가 있다고 할 수는 없다. 또한 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것도 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 **보호할 만한 가치 있는 신임**에 의한 것이라고 할 수 없다.

그러므로 명의신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를

마친 이른바 **중간생략등기형 명의신탁**을 한 경우, 명의신탁자는 신탁부동산의 **소유권**을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 **위탁신탁관계를 인정할 수도 없다**. 따라서 명의수탁자가 **명의신탁자의 재물을 보관하는 자**라고 할 수 없으므로, 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 **횡령죄가 성립하지 아니한다**.

(대법원 2016.05.19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결)
<검토> 출제가 유효했던 최신 판례이다. **중간생략등기형 명의신탁**에서 “명의수탁자가 그 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하거나 반환을 거부하면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다”고 판시한 대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도3463 판결 등을 폐기하고 판례가 변경된 경우이다. 변경된 판례의 근거는 I. 보호할 위탁관계 부정, II. 신탁자의 소유 부정, III, 수탁자의 등기는 (원인)무효등기로 자기점유 부정으로 요약된다.

※ **주의** : 상기 판례의 근거로 2자간 명의신탁의 경우도 횡령죄가 성립하지 않는다고 결론을 내리면 안 된다. 2자간 명의신탁 판례는 명시적으로 판례가 변경된 경우도 아니고 2자간 명의신탁에서 횡령죄가 성립한 경우 중에는 부동산실권리자명의등기에관한법률에 따라 예외적으로 명의신탁이 유효인 경우도 있기 때문이다. 수험생의 입장에서는 『이제는 3종 명의신탁 중 횡령죄가 성립하는 경우는 2자간 명의신탁뿐이다』라고 정리하는 것이 안전하다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 양식어업면허권자가 그 어업면허권을 양도한 후 아직도 어업면허권이 자기 앞으로 되어 있음을 **탐타서** 어업권손실보상금을 수령하여 일부는 자기 이름으로 예금하고 일부는 생활비 등에 소비하였다면 이는 **횡령죄**를 구성한다.

(대법원 1993.08.24. 선고 93도1578 판결)
<검토> 『어업면허권 양도 ⇒ 어업권손실보상금(타인소유) ⇒ 수령(자기점유) ⇒ 횡령죄 성립』으로 정리하거나, 『탐타서 ⇒ hard ⇒ 처벌』로 정리하면 된다.

문17. 【정답】 ③

【해설】

③ 옳지 않은 것은 ㉠, ㉡, ㉢ 3개이다.

㉠ 틀리다. **<판례의 입장>** ‘재산상의 손해’는 현실적인 손해뿐만 아니라, 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, **법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하므로 법률적 판단으로 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점으로 재산상 손해를 인정할 수 있다**.

(대법원 2005.09.29. 선고 2003도4890 판결)
<검토> ‘법률적’이 아니라 ‘경제적’이어야 한다. 배임죄는 사실상의 신탁관계를 침해하는 행위를 처벌하는 범죄이므로 배임행위가 법률적으로 무효라고 하더라도 **경제적**(사실적)으로 손해의 위험이 발생한 경우라면 신탁관계를 침해한 경우이므로 처벌해야 할 것이다.

㉡ 틀리다. **<판례의 입장>** 피해자 회사의 사업부 영업팀장인 피고인이 체인점들에 대한 전매입고 금액을 삭제하여 **전산상** 회사의 체인점들에 대한 외상대금채권이 줄어든 것으로 처리하는 전산조작행위를 한 경우, **업무상배임죄가 부정된다**.

(대법원 2006.07.27. 선고 2006도3145 판결)
<검토> 전산상 조작해도 복구가능하므로 손해가 없어 업무상배임죄가 부정된다고 정리하면 된다. 서류상, 장부상, 전산상 이런 문구는 원칙적으로 불처벌 문구로 알아 두자.

㉢ 옳다. **<판례의 입장>** 회사의 대표이사가 대표권을 남용하여 회사 명의의 **약속어음을 발행**하였다면, 비록 상대방이 남용의 사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우라도 **업무상배임죄가 성립한다**.

(대법원 2013.2.14. 선고 2011도10302 판결)
<비교판례 I> 대표이사가 대표권을 남용하여 자신의 개인 채무에 대하여 회사 명의의 차용증을 작성하여 주었고, 상대방도 이와 같은 진의를 알았거나 알 수 있었던 경우, 회사에 재산상 손해나 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 없어 **업무상배임죄가 성립하지 않는다**.

(대법원 2010.05.27. 선고 2010도1490 판결)
<비교판례 II> 주식회사의 대표이사인 피고인이 회사에 대한 자신의 대여금 채권의 담보를 취득한다는 명목으로 대표권을 남용하여 수취인 즉, 상대방을 피고인 자신으로 하는 회사 명의의 약속어음을 발행한 경우, **업무상배임죄가 성립하지 않는다**.

(대법원 2012.2.9. 선고 2010도176 판결)
<검토> ‘대표이사 대표권 남용 사건’이다. 배임죄에 관한 상당히 어려운 판례인데 원칙과 예외로 정리해 둔다.

I. 원칙 : 배임행위(대표권 남용)의 상대방이 이를 **알았거나 알 수 있었다면** 그 배임행위는 민·상법상 원인무효(상대방 청구 불가능) ⇒ 손해 부정 ⇒ 배임죄 불성립

II. 예외 : 배임행위(대표권 남용)의 상대방이 이를 알았거나 알 수 있었다고 하더라도 그 배임행위가 **약속어음 발행**이라면 민·상법상 유효(약속어음 유통성으로 인해 선의의 약속어음 소지자 청구 가능) ⇒ 손해 인정 ⇒ 배임죄 성립. 단, 약속어음 발행의 **상대방이 피고인 자신인** 경우는 원인무효로 배임죄 불성립.

㉣ 틀리다. **<판례의 입장>** 피고인이 ‘**인쇄기**’를 갑에게 양도하기로 하고 계약금 및 중도금을 수령하였음에도 이를 자신의 채권자 을에게 기존 채무 변제에 갈음하여 양도한 경우, **배임죄가 부정된다**.

(대법원 2011.1.20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결)
<검토> ‘**동산** 이중매매 사건’이다. 부동산 이중매매의 경우는 중도금—중도금 요건 하에 배임죄가 성립 가능하지만, 동산 이중매매의 경우 제1매수인에 대한 단순 채무불이행으로 보므로 배임죄가 성립하지 않는다. 중도금이라는

단어의 함정에 빠지면 안 된다.

문18. 【정답】 ②

【해설】

② 옳지 않은 것은 ㉠, ㉡ 3개이다.

㉠ 옳다. <판례의 입장> 형법 제225조의 공문서변조나 위조죄의 객체인 공문서는 공무원 또는 공무소가 그 직무에 관하여 작성하는 문서이고, 그 행위주체가 공무원과 공무소가 아닌 경우에는 형법 또는 기타 특별법에 의하여 공무원 등으로 의제되는 경우를 제외하고는 **계약** 등에 의하여 공무와 관련되는 업무를 일부 **대행**하는 경우가 있다 하더라도 공무원 또는 공무소가 될 수는 없고, 특히 형법 법규의 구성요건을 법률의 규정도 없이 유추 확대해석하는 것은 죄형법정주의원칙에 반한다.

(대법원 1996.03.26. 선고 95도3073 판결)

<검토> 우리가 잘 알고 있는 ‘시중은행수납영수증 사건’에서 ‘**시중은행수납영수증**’은 공문서가 아니라 사문서로 본 판례의 근거인데 기억해 두어야 할 문구이다. 아울러 유사한 ‘**대폐차수리통보서 사건**’과 ‘**선박검사증서 사건**’ 등 최신 판례도 기억해 두자.

㉠ 틀리다. <판례의 입장> [1] 위조문서행사죄에 있어서 행사라 함은 위조된 문서를 진정한 문서인 것처럼 그 문서의 효용방법에 따라 이를 사용하는 것을 말하고, 위조된 문서를 제시 또는 교부하거나 비치하여 열람할 수 있게 두거나 우편물로 발송하여 도달하게 하는 등 위조된 문서를 진정한 문서인 것처럼 사용하는 한 그 행사의 방법에 제한이 없다. 또한, 위조된 문서 그 자체를 직접 상대방에게 제시하거나 이를 기계적인 방법으로 복사하여 그 복사본을 제시하는 경우는 물론, 이를 모사전송의 방법으로 제시하거나 컴퓨터에 연결된 스캐너(scanner)로 읽어 들여 이미지화한 다음 이를 전송하여 컴퓨터 화면상에서 보게 하는 경우도 행사에 해당하여 위조문서행사죄가 성립한다.

[2] 휴대전화 신규 가입신청서를 위조한 후 이를 스캔한 이미지 파일을 제3자에게 **이메일로 전송**한 사안에서, 이미지 파일 자체는 문서에 관한 죄의 ‘문서’에 해당하지 않으나, 이를 전송하여 컴퓨터 화면상으로 보게 한 행위는 이미 위조한 가입신청서를 행사한 것에 해당하므로 위조사문서행사죄가 성립한다.

(대법원 2008.10.23. 선고 2008도5200 판결)

<비교판례> 자신의 이름과 나이를 속이는 용도로 사용할 목적으로 주민등록증의 이름·주민등록번호란에 글자를 오려붙인 후 이를 컴퓨터 스캔 장치를 이용하여 이미지 파일로 만들어 컴퓨터 모니터로 출력하는 한편 타인에게 이메일로 전송한 사안에서, 컴퓨터 모니터 화면에 나타나는 이미지는 형법상 문서에 관한 죄의 문서에 해당하지 않으므로 공문서위조 및 위조공문서행사죄를 구성하지 않는다.

(대법원 2007.11.29. 선고 2007도7480 판결)

<검토> 위조문서행사죄의 행사란 위조문서를 진정한 문서

로 사용하는 것을 말하는데 그 행사방법은 제한이 없어 사안의 경우처럼 위조문서를 스캔한 후 파일로 만들어 이메일로 전송하여 보게 한 경우도 해당된다. 단, 유의할 것은 파일을 행사한 것이 아니라 위조문서를 행사한 것이라는 점이다. <비교판례>에서 알 수 있듯이 글자를 오려 붙여 위조에 이르지 못한 상태에서 스캔한 후 파일로 이메일로 전송하여 보게 한 경우는 위조문서 자체가 존재하지 않아 위조문서행사죄가 성립하지 않는다.

㉡ 옳다. <판례의 입장> 부동산등기부에 기재되는 거래가액은 권리의무관계에 중요한 의미를 갖는 사항에 해당한다고 볼 수 없어 사실과 다른 내용의 **거래가액**이 부동산등기부에 등재되도록 하였다면 형법상의 공전자기록등불실기재죄 및 불실기재공전자기록등행사죄가 성립하지는 아니한다.

(대법원 2013.1.24. 선고 2012도12363 판결)

<검토> ‘**거래가액 사건**’이다. 예전에 세금을 적게 낼 목적으로 거래가액을 허위로 신고하는 풍습(?)이 있어 이를 처벌하기에는 부담스러웠을 것이다. 『거래가액 ⇒ 불처벌』로 단순 암기하면 되는 판례이다.

㉢ 옳다. <판례의 입장> 권한 없는 자가 임의로 인감증명서의 사용용도란의 기재를 고쳐 썼다고 하더라도 공무원 또는 공무소의 문서 내용에 대하여 변경을 가하여 새로운 증명력을 작출한 경우라고 볼 수 없으므로 공문서변조·변조공문서행사죄가 성립되지는 않는다.

(대법원 2004.08.20. 선고 2004도2767 판결)

<검토> ‘인감증명서 **사용용도란** 사건’이다. 『용용 ⇒ soft ⇒ 불처벌』로 단순 암기하면 되는 판례이다.

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

(대법원 1993.04.27. 선고 92도2688 판결)

<검토> 우리가 잘 알고 있는 ‘구청장 전보 사건’이다. 자신의 서명을 한 경우인지 타인의 서명을 한 경우인지 판례 문구로는 불명확하여 평소 공부할 때 서명 앞에 **자신의**라고 진하게 표시를 해두고 『위조가 아니라 자격모용~작성이다』라고 공부해야 하는 판례이다.

문19. 【정답】 ①

【해설】

① 틀리다. <판례의 입장> 수의계약을 체결하는 공무원이 해당 공사업자와 적정한 금액 이상으로 계약금액을 부풀려서 계약하고 **부풀린 금액**을 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 **횡령죄**가 성립한다.

② 옳다. <판례의 입장> 뇌물죄에서 뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요·욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유형·무형의 이익을 포함하며, 제공된 것이 **성적 욕구**의 충족이라고 하여 달리 볼 것이 아니다.

☞ 유사성교행위 및 성교행위가 ‘뇌물’에 해당한다

(대법원 2014.01.29. 선고 2013도13937 판결)

<검토> 뇌물죄의 보호법익이 공무원의 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 고려할 때 직무관련해서 성접대를 받거나 제공하면 보호법익이 침해될 수 있으므로 판례의 태도는 타당하다.

③ 옳다. <판례의 입장> 도시 및 주거환경정비법상 정비사업조합의 임원이 조합 임원의 지위를 상실하거나 직무수행권을 상실한 후에도 조합 임원으로 등기되어 있는 상태에서 계속하여 **실질적**으로 조합 임원으로서 **직무를 수행**하여 온 경우, 직무수행의 공정과 그에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성은 여전히 보호되어야 한다. 따라서 그 조합 임원은 임원의 지위 상실이나 직무수행권의 상실에도 불구하고 도시정비법 제84조에 따라 형법 제129조 내지 제132조의 적용에서 **공무원으로 보아야 한다**.

(대법원 2016.01.14. 선고 2015도15798 판결)

<검토> 형식적인 지위는 상실하였으나 실질적으로 공무원취급하는 직무를 수행하던 중에 돈을 받았다면 뇌물죄의 보호법익이 공무원의 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성이 침해될 수 있으므로 판례의 태도는 타당하다고 생각하거나 환경관련 직무를 수행하던 자가 돈을 받았다면 환경보호차원에서 가급적 처벌 쪽으로 기억하면 되는 판례이다.

④ 옳다. <판례의 입장> 음주운전을 적발하여 단속에 관련된 제반 서류를 작성한 후 운전면허 취소업무를 담당하는 직원에게 이를 인계하는 업무를 담당하는 **경찰관**이 피단속자로부터 **운전면허가 취소되지 않도록** 하여 달라는 청탁을 받고 **금원**을 교부받은 경우, **뇌물수수죄**가 성립한다.

(대법원 1999.11.09. 선고 99도2530 판결)

<검토> 『경찰관 + 금원 ⇒ 원칙적 처벌』로 기억하면 되는 판례이다.

문20. 【정답】 ④

【해설】

④ 옳다. <판례의 입장> [1] 형법 제156조는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소

또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자를 처벌하도록 정하고 있다. 여기서 ‘징계처분’이란 공법상의 특별권력관계에 기인하여 질서유지를 위하여 과하여지는 제재를 의미하고, 또한 ‘공무소 또는 공무원’이란 징계처분에 있어서는 징계권자 또는 징계권의 발동을 촉구하는 직권을 가진 자와 그 감독기관 또는 그 소속 구성원을 말한다.

[2] 구 변호사법 제92조, 제95조, 제96조, 제100조 등 관련 규정에 의하면 ~ 위와 같은 절차를 마련한 것은 변호사의 **공익적 지위**에 기인하여 공법상의 특별권력관계에 준하여 징계에 관하여도 공법상의 통제를 하려는 의도로 보여지는 점 등을 고려하여 보면, 변호사에 대한 징계처분은 형법 제156조에서 정하는 ‘징계처분’에 포함된다고 봄이 상당하고, 구 변호사법 제97조의2 등 관련 규정에 의하여 그 징계 개시의 신청권이 있는 **지방법원**의 장은 형법 제156조에서 정한 ‘공무소 또는 공무원’에 포함된다.

[3] 피고인이 변호사인 피해자로 하여금 징계처분을 받게 할 목적으로 서울지방법원에 위 변호사회 회장을 수취인으로 하는 **허위 내용**의 진정서를 제출한 사안에서, **무고죄**를 인정한다.

(대판 2010.11.25. 2010도10202)

<검토> 변호사는 사인이지만 공무원 재판에서 필수불가결한 중요한 임무를 수행함을 고려한다면 이를 통제하는 변호사회를 공무소로 본 판례는 타당하다.

① 틀리다. <판례의 입장> 제3자가 **심문절차**로 진행되는 가처분 신청사건에서 증인으로 출석하여 선서를 하고 진술함에 있어서 허위의 공술을 하였다고 하더라도 그 **선서**는 법률상 근거가 없어 무효라고 할 것이므로 위증죄는 성립하지 않는다.

(대법원 2003.07.25. 선고 2003도180 판결)

<검토> ‘심문절차 사건’이다. 『**심** ⇒ 변론절차 **변**에 비해 soft ⇒ 불처벌』로 단순 암기하면 되는 판례이다.

② 틀리다. <판례의 입장> 자신의 강도상해 범행을 일관되게 부인하였으나 **유죄판결이 확정**된 피고인이 별건으로 기소된 공범의 형사사건에서 자신의 **범행사실을 부인**하는 증언을 한 경우, 피고인에게 사실대로 진술할 것이라는 기대가능성이 있으므로 위증죄가 성립한다.

(대법원 2008.10.23. 선고 2005도10101 판결)

<검토> 피고인이 자신의 범행을 일관되게 부인했다고 하여도 법원에서 **유죄판결이 확정**되었다면 자신의 범행이 있었음이 법적으로 진실이라는 것인데 **범행사실을 부인**하는 것은 허위의 증언 즉, 위증을 한 것이다.

③ 틀리다. <판례의 입장> 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분이나 징계처분을 받게 할 목적으로 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실인 경우에 성립되는 범죄이므로 신고한 사실이 **객관적 진실**에 반하는 **허위사실**이라는 요건은 **적극적 증명**이 있어야 하며 신고사실의 진실

성을 인정할 수 없다는 소극적 증명만으로 곧 그 신고사실이 객관적 진실에 반하는 허위의 사실이라 단정하여 무고죄의 성립을 인정할 수는 없다.

(대법원 1984.01.24. 선고 83도1401 판결)

<검토> 허위사실은 범죄를 구성하는 **객관적 구성요건요소**이므로 원칙적으로 **적극적인 증명**이 있어야 할 것이다.