

' 16년 제1차 형법 해설

김 형 진

문1. [정답] ③

[해설]

③ 옳은 것은 ㉠, ㉡, ㉢ 3개이다.

㉠ 옳다. <판례의 입장> [1] 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 정한 보호처분 중의 하나인 사회봉사명령은 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 목적으로 하는 것으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이 사실이다. 그러나 한편으로 이는 가정폭력범죄행위에 대하여 형사처벌 대신 부과되는 것으로서, 가정폭력범죄를 범한 자에게 의무적 노동을 부과하고 여가시간을 박탈하여 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되므로, 이에 대하여는 원칙적으로 형벌 불소급의 원칙에 따라 행위시벌을 적용함이 상당하다.

[2] 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 사회봉사명령을 부과하면서, 행위시벌상 사회봉사명령 부과시간의 상한인 100시간을 초과하여 상한을 200시간으로 올린 신법을 적용한 것은 위법하다

(대판 2008.7.24. 2008어4)

<검토> '가폭법 사회봉사명령 사건'이다.

원래 소급효금지의 원칙은 형벌에 대해 적용되는 것이지만 보안처분에 대해 적용되는 것은 아니나, 보안처분인 사회봉사명령은 일정한 시간 동안 원하지 않는 장소에 강제적으로 출두해야 하는 점에서 형벌과 비교했을 때 그 신체의 자유를 제한하는 정도가 형벌과 유사하다고 판단하여 소급효금지의 원칙을 보안처분에 적용한 예외적 판례라고 이해하면 된다.

참고로 '보호관찰 사건', '전자발찌 사건', '공개명령 사건' 등에서 보안처분이라는 이유로 소급효금지의 원칙 적용을 부정한 판례도 있음을 유념하자.

㉡ 옳다. <판례의 입장> 군사기밀 보호법 제11조가 군사기밀 탐지·수집행위의 법정형을 10년 이하의 징역으로 규정하고 있는 것과 달리 국가보안법 제4조 제1항 제2호(나)목의 법정형이 사형·무기 또는 7년 이상의 징역으로 규정되어 있다는 등의 사정만으로 위 조항이 지나치게 무거운 형벌을 규정하여 책임주의 원칙에 반한다거나 법정형이 형벌체계상 균형을 상실하여 평등원칙에 위배되는 조항이라고 할 수 없으며, 법관의 양형 판단 및 결정권을 중대하게 침해하는 것이라고 볼 수도 없다.

(대법원 2013.07.26. 선고 2013도2511 판결)

<검토> 『법의 취지를 고려하여 처벌(법을 합헌으로 해석해야 위반한 자들을 처벌할 수 있다.), 불처벌(법을 위헌으로 해석해야 위반한 자들을 불처벌할 수 있다.)로 암기한다.』 는 죄형법정주의 판례 두 번째 원칙을 적용하면 되는

판례이다.

군사기밀(⇒ hard)을 누설한 놈들은 북의 핵위협이 계속되는 중에 국가안보를 더 위태롭게 하였으므로 처벌해야 한다고 생각하면서 동법은 합헌(책임주의 원칙, 평등원칙 등에 반하지 않는다.) 이라고 암기하면 된다.

㉢ 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 아니므로 소급효금지의 원칙이 적용되지 않아, 양형기준이 발효되기 전의 행위에 대하여 얼마든지 적용할 수 있는 것이다.

㉣ 틀리다. <판례의 입장> 유추해석금지의 원칙은 모든 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용되는데, 위법성 및 책임의 조각사유나 소추조건, 또는 처벌조각사유인 형면제 사유에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용하게 되면 행위자의 가벌성의 범위는 확대되어 행위자에게 불리하게 되는바, 이는 가능한 문언의 의미를 넘어 범죄구성요건을 유추적용하는 것과 같은 결과가 초래되므로 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반하여 허용될 수 없다. 공직선거법 제262조의 "자수"를 '범행발각 전에 자수한 경우'로 한정하는 풀이는 ~죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반된다.

(대판 1997.3.20., 96도1167)

<검토> '범행발각 전 자수 사건'에서 나온 판례의 멘트이다. 아래와 같은 논리의 순서를 따르면 쉽게 이해할 수 있다.

『위법성 및 책임의 조각사유나 소추조건, 또는 처벌조각사유인 형면제 사유 ⇒ 피고인에게 유리한 사유 ⇒ 제한적(좁게) 해석 ⇒ 피고인에게 불리 ⇒ 가벌성 확대(축소 아님)』

문2. [정답] ②

[해설]

② 틀리다. <판례의 입장> 매수인이 매도인에게 매매잔금을 지급함에 있어 착오에 빠져 지급해야 할 금액을 초과하는 돈을 교부하는 경우, 매도인이 사실대로 고지하였다

면 매수인이 그와 같이 초과하여 교부하지 아니하였을 것
 임은 경험칙상 명백하므로, 매도인이 매매잔금을 교부받기
전 또는 교부받던 **중**에 그 사실을 알게 되었을 경우에는
 특별한 사정이 없는 한 매도인으로서 매수인에게 사실
 대로 고지하여 매수인의 그 착오를 제거하여야 할 신의칙
 상 의무를 지므로 그 의무를 이행하지 아니하고 매수인이
 건네주는 돈을 그대로 수령한 경우에는 **사기죄**에 해당될
 것이지만, 그 사실을 미리 알지 못하고 매매잔금을 건네주
 고 받는 행위를 끝마친 **후**에야 비로소 알게 되었을 경우
 에는 주고 받는 행위는 이미 종료되어 버린 후이므로 매
 수인의 착오 상태를 제거하기 위하여 그 사실을 고지하여
 야 할 법률상 의무의 불이행은 더 이상 그 초과된 금액
 편취의 수단으로서의 의미는 없으므로, 교부하는 돈을 그
 대로 받은 그 행위는 **점유이탈물횡령죄**가 될 수 있음은
 별론으로 하고 사기죄를 구성할 수는 없다.

(대법원 2004.05.27. 선고 2003도4531 판결)

<검토> ‘거스름돈(잔금) 사기 사건’이다. 이 사건의 키
 워드는 ‘**전** 또는 **중**’과 ‘**후**’이다. 즉, 이 사건은 아래
 와 같이 2가지로 구분하여 암기하면 된다.

- I. 잔금 지급 **‘전’** 또는 **‘중’** ⇒ 부작위에 의한 사기죄
- II. 잔금 지급 **‘후’** ⇒ 점유이탈물횡령죄

① 옳다. **<판례의 입장>** 피고인이 이 사건 토지에 대하
 여 여객정류장시설 또는 유통업무설비시설을 설치하는 도
 시계획이 입안되어 있어 장차 위 토지가 정주시에 의하여
협의매수되거나 수용될 것이라는 점을 알고 있었으므로,
 이러한 사정을 모르고 위 토지를 매수하려는 피해자 B에
 게 위와 같은 사정을 고지할 신의칙상 의무가 있다고 판
 단하고, 이러한 사정을 고지하지 아니한 피고인의 행위는
부작위에 의한 사기죄를 구성한다

(대법원 1993.07.13. 선고 93도14 판결)

<검토> ‘수용 중 사건’이다.

어떤 물건을 매매할 때 매도인은 원칙적으로 자기가 매도
 할 물건의 상태를 매수인에게 고지할 의무가 있는데, 이러
 한 의무를 이행하지 않고 불고지했을 때, 상대방 매수인이
 불고지한 내용을 알았더라면 매수하지 않았을 관계가 인
 정되면 매수인에게 피해가 발생하였다고 볼 수 있어 부작
 위에 의한 사기죄가 성립하는 것이다.

매수인이 매수할 토지가 수용된다는 것을 알았더라면 당
 연히 매수하지 않았을 것이므로 매도인에게 부작위에 의
 한 사기죄가 성립한다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 사기죄는 타인을 기망하여 착
 오를 일으키게 하고 그로 인한 처분행위를 유발하여 재
 물·재산상의 이득을 얻음으로써 성립하고, 여기서 처분행
 위라 함은 재산적 처분행위로서 피해자가 자유의사로 직
 접 재산상 손해를 초래하는 작위에 나아가거나 또는 부작
 위에 이른 것을 말하므로, 피해자가 착오에 빠진 결과 채
 권의 존재를 알지 못하여 채권을 행사하지 아니하였다면

그와 같은 부작위도 재산의 처분행위에 해당한다.

[2] 출판사 경영자가 출고현황표를 조작하는 방법으로 실
 제출판부수를 속여 작가에게 인세의 일부만을 지급한 사
 안에서, 작가가 나머지 인세에 대한 청구권의 존재 자체를
 알지 못하는 착오에 빠져 이를 행사하지 아니한 것은 사
 기죄에 있어 부작위에 의한 처분행위에 해당한다.

(대법원 2007.07.12. 선고 2005도9221 판결)

<검토> ‘인세 사건’이다.

사실 이 판례는 사기죄의 세 번째 성립요건인 ‘처분행
 위’도 피기망자의 ‘작위’뿐만 아니라 ‘부작위’로 가능
 하다는 쟁점의 판례인데, 수험생 입장에서는 『‘조작’,
 ‘속여’⇒ hard ⇒ 처벌 ⇒ 사기죄 성립』으로 기억하면
 되는 판례이다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 형법이 금지하고 있는 법익침해
 의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가
 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었
 음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한
 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위
 에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서
 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한
 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있고, 여기
 서 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는
 물론, 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작
 위의무가 기대되는 경우에도 인정된다.

(대법원 2006.4.28. 선고 2003도4128 판결)

<검토> 부진정부작위범 판례에 자주 등장하는 전형적인
 문구이다. 『부진정부작위범은 ‘법적인 작위의무’(=보증
 인의무)가 있음에도 이행하지 아니한 때 작위범과 ‘동등
 한 형법적 가치’(=작위범과 동일한 불법 정도)를 가져 부
 작위범으로 처벌한다』고 이해하면서 눈으로 익혀두면 되
 는 문구이다.

문3. 【정답】 ④

【해설】

④ 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 주거침입죄는 사실상의 주
 거의 평온을 보호법익으로 하는 것이므로, 반드시 행위자
 의 신체의 전부가 범행의 목적인 타인의 주거 안으로 들
 어가야만 성립하는 것이 아니라 신체의 일부만 타인의 주
 거 안으로 들어갔다고 하더라도 거주자가 누리는 사실상
 의 주거의 평온을 해할 수 있는 정도에 이르렀다면 범죄
 구성요건을 충족하는 것이라고 보아야 하고, 따라서 주거
 침입죄의 범의는 반드시 신체의 전부가 타인의 주거 안으
 로 들어간다는 인식이 있어야만 하는 것이 아니라 신체의
 일부라도 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있으면
 족하다.

[2] [1]항의 범의로써 예컨대 주거로 들어가는 문의 시정장
 치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를
 시작하였다면 주거침입죄의 실행의 착수는 있었다고 보아

야 하고, 신체의 극히 일부분이 주거 안으로 들어갔지만 사실상 주거의 평운을 해하는 정도에 이르지 아니하였다면 주거침입죄의 미수에 그친다.

[3] 야간에 타인의 집의 창문을 열고 집 안으로 얼굴을 들이미는 등의 행위를 하였다면 피고인이 자신의 신체의 일부가 집 안으로 들어간다는 인식하에 하였더라도 주거침입죄의 범의는 인정되고, 또한 비록 신체의 일부만이 집 안으로 들어갔다고 하더라도 사실상 주거의 평운을 해하였다면 주거침입죄는 기수에 이르렀다.

(대법원 1995.09.15. 선고 94도2561 판결)

<검토> ‘얼굴만 들이민 사건’이다.

간단히 『야간에 들이민 타인(강간범) 얼굴 ⇒ hard ⇒ 처벌 ⇒ 고의 인정』으로 암기하면 된다.

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 약한 의사를 뜻하는 ‘용인’임을 잊지 말자

② 옳다. <판례의 입장> 강도가 베개로 피해자의 머리부분을 약 3분간 누르던 중 피해자가 저항을 멈추고 사지가 늘어졌음에도 계속하여 누른 행위는 살해의 고의가 있었다.

(대법원 2002.02.08. 선고 2001도6425 판결)

<검토> 베개로 엉덩이(⇒ soft)를 눌렀다면 비치명적 공격으로 살인고의가 부정되겠지만, 베개로 머리(⇒ hard)를 누른 경우라면 치명적 공격으로 살인고의가 인정되는 것이다. 동 판례는 결국 강도살인죄가 인정된다는 취지이다.

③ 옳다. <판례의 입장> 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 세부적인 내용에서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있는 정도에 불과하다면 이를 허위라고 볼 수 없으나, 중요한 부분이 객관적 사실과 합치하지 않는다면 이를 허위라고 보아야 한다. 나아가 행위자가 그 사항이 허위라는 것을 인식하였는지 여부는 성질상 외부에서 이를 알거나 증명하기 어려우므로, 공표된 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 예상되는 파급효과 등의 여러 객관적 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없으며, 범죄의 고의는 확정적 고의뿐만 아니라 결과 발생에 대한 인식이 있고 그를 용인하는 의사인 이른바 미필적 고의도 포함하므로 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄 역시 미필적 고의에 의하여도 성립하고, 위와 같은

법리는 형법 제308조의 사자명예훼손죄의 판단에서도 마찬가지로 적용된다.

(대법원 2014.03.13. 선고 2013도12430 판결)

<검토> 상기 판례는 특별히 새로운 내용을 실시한 것이 아니라 『고의범의 고의에는 확정적 고의뿐만 아니라, 미필적 고의도 포함되는데 이는 어떤 특정한 고의범죄에 국한되는 내용이 아니라, 모든 고의범죄에 통용된다.』라는 지극히 당연한 내용을 실시한 것이다.

문4. 【정답】 ②

【해설】

② 옳다. <판례의 입장> 현행범인으로서의 요건을 갖추고 있었다고 인정되지 않는 상황에서 경찰관들이 동행을 거부하는 자를 체포하거나 강제로 연행하려고 하였다면, 이는 적법한 공무집행이라고 볼 수 없고, 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다.

(대법원 2002.05.10. 선고 2001도300 판결)

<검토> 『현행범인으로서의 요건을 갖추고 있었다고 인정되지 않는 상황 ⇒ 체포되는 자 입장에서 현재의 부당한 침해 인정(정당방위의 객관적 요건) ⇒ 정당방위 인정』으로 이해하면 된다.

① 틀리다. <판례의 입장> 이혼소송중인 남편이 찾아와 가위로 폭행하고 변태적 성행위를 강요하는 데에 격분하여 처가 칼로 남편의 복부를 찔러 사망에 이르게 한 경우, 그 행위는 방위행위로서의 한도를 넘어선 것으로 사회통념상 용인될 수 없다는 이유로 정당방위나 과잉방위에 해당하지 않는다고 본 사례

(대법원 2001.05.15. 선고 2001도1089 판결)

<검토> ‘변태남편 사건’이다. 익히 알고 있겠지만 상황을 보면 분명 정당방위 적어도 과잉방위를 인정해야 함에도 정당방위나 과잉방위를 부정하여 엄청난 비판을 받고 있는 판례이다. 이런 판례는 판사들의 비현실적 감각을 비판하면서 암기하면 된다.

③ 틀리다. <법조문> 제24조(피해자의 승낙) : 처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 범의를 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.

<검토> 전형적인 법조문 지문이다.

‘법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 벌하지 아니한다’가 아니라 ‘법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.’이다.

이런 법조문 지문은 ‘원칙과 예외 규칙’을 생각하며 대처한다. 즉, 피해자 승낙은 위법성조각사유이므로 피해자 승낙이 있으면 『원칙 불처벌, 예외 처벌』로 알아 두면 된다.

지문의 '법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 별하지 아니한다.'는 표현은 『원칙 처벌, 예외 불처벌』 문구이므로 틀렸다고 체크한다.

④ 틀리다. <판례의 입장> 검문 중이던 경찰관들이, 자전거를 이용한 날치기 사건 범인과 흡사한 인상착의의 피고인이 자전거를 타고 다가오는 것을 발견하고 정지를 요구하였으나 멈추지 않아, 앞을 가로막고 소속과 성명을 고지한 후 검문에 협조해 달라는 취지로 말하였음에도 불응하고 그대로 전진하자, 따라가서 재차 앞을 막고 검문에 응하라고 요구하였는데, 이에 피고인이 경찰관들의 목살을 잡아 밀치거나 욕설을 하는 등 항의하여 공무집행방해 등으로 기소된 사안에서, 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 경찰관들은 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법을 통하여 경찰관직무집행법 제3조 제1항에 규정된 자에 대해 의심되는 사항을 질문하기 위하여 정지시킨 것으로 보아야 하는데도, 이와 달리 경찰관들의 불심검문이 위법하다고 보아 피고인에게 무죄를 선고한 원심판결에 불심검문의 내용과 한계에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

(대법원 2012.09.13. 선고 2010도6203 판결)

<검토> '소속과 성명을 고지한 후'라는 문구로 『직무집행이 적법 ⇒ 현재의 부당한 침해 부정 ⇒ 정당방위 부정』 됨을 간파한다.

문5. [정답] ①

【해설】

① 옳은 것은 ㉠, ㉡ 2개이다.

㉠ 옳다. <판례의 입장> 피고인에게 적법행위를 기대할 가능성이 있는지 여부를 판단하기 위하여는 행위 당시의 구체적인 상황하에 행위자 대신에 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 그 기대가능성 유무를 판단하여야 한다. 또한, 자기에겐 형사상 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리가 결코 적극적으로 허위의 진술을 할 권리를 보장하는 취지는 아니며, 이미 유죄의 확정판결을 받은 경우에는 일사부재리의 원칙에 의해 다시 처벌되지 아니하므로 증언을 거부할 수 없는바, 이는 사실대로의 진술 즉 자신의 범행을 시인하는 진술을 기대할 수 있기 때문이다. 이러한 점 등에 비추어 보면, 이미 유죄의 확정판결을 받은 피고인은 공범의 형사사건에서 그 범행에 대한 증언을 거부할 수 없을 뿐만 아니라 나아가 사실대로 증언하여야 하고, 설사 피고인이 자신의 형사사건에서 시종일관 그 범행을 부인하였다 하더라도 이러한 사정은 위증죄에 관한 양형참작사유로 볼 수 있음은 별론으로 하고 이를 이유로 피고인에게 사실대로 진술할 것을 기대할 가능성이 없다고 볼 수는 없다.

(대법원 2008.10.23. 선고 2005도10101 판결)

<검토> 『유죄판결이 확정』 ⇒ 유죄가 진실, 무죄는

허위 ⇒ 자신의 범행사실을 부인하는 증언 ⇒ 거짓말 ⇒ 위증죄 처벌 ⇒ 기대가능성 인정』으로 정리하면 된다.

㉡ 옳다. <판례의 입장> 형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병, 정신박약 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 판별 능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물판별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없음은 물론이나, 정신적 장애가 정신분열증과 같은 고정적 정신질환의 경우에는 범행의 충동을 느끼고 범행에 이르게 된 과정에 있어서의 범인의 의식상태가 정상인과 같아 보이는 경우에도 범행의 충동을 억제하지 못한 것이 흔히 정신질환과 연관이 있을 수 있고, 이러한 경우에는 정신질환으로 말미암아 행위통제능력이 저하된 것이어서 심신미약이라고 볼 여지가 있다.

(대법원 1992.08.18. 선고 92도1425 판결)

<유사판례> 피고인이 평소 간질병 증세가 있었다더라도 범행 당시에는 간질병이 발작하지 아니하였다면 이는 책임감면사유인 심신장애 내지는 심신미약의 경우에 해당하지 아니한다.

(대법원 1983.10.11. 선고 83도1897 판결)

<검토> 『형법의 표준시는 행위시(행위와 책임의 동시존재 원칙)』 입을 상기하면 된다.

즉, 『행위시 = 책임능력 유 ⇒ 처벌, 행위시 = 책임능력 무 ⇒ 불처벌』이다.

㉢ 틀리다. <법조문> 형법 제10조(심신장애자) 제2항 : 심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다.

<검토> '할 수 있다.'가 아니라 '한다.'이다. 심신미약자는 '필요적 감경'단순암기하고 있어야 한다.

㉣ 틀리다. <판례의 입장> 일본 영주권을 가진 재일교포가 영리를 목적으로 관세물품을 구입한 것이 아니라거나 국내 입국시 관세신고를 하지 않아도 되는 것으로 착오하였다는 등의 사정만으로는 형법 제16조의 법률의 착오에 해당하지 않는다고 한 사례.

(대법원 2007.05.11. 선고 2006도1993 판결)

<검토> '관세'가 키워드이다. 판례는 상기 사건을 법률의 착오가 아니라 법률의 부지로 보아 처벌 쪽으로 결론을 내렸는데, 우리나라의 재정 확보를 위해 관세포탈하는 놈들은 처벌해야 한다고 생각하면서 『관세(포탈) ⇒ hard ⇒ 무조건 처벌』로 기억한다.

㉤ 틀리다. <판례의 입장> 형법 제10조 제3항은 "위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다."고 규정하고 있는

바, 이 규정은 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위만이 아니라 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함하는 것으로서 위험의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용대상이 된다고 할 것이어서, 피고인이 음주운전을 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) ⇒ 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함』으로 정리한다.

문6. 【정답】 ④

【해설】

④ 옳은 것은 ㉠, ㉡, ㉢, ㉣ 4개 모두이다.

㉠ 옳다. **<판례의 입장>** 준강도의 주체는 절도 즉 절도범인므로, 절도의 실행에 착수한 이상 미수이거나 기수이거나 불문하고, 야간에 타인의 재물을 절취할 목적으로 사람의 주거에 침입한 경우에는 주거에 침입한 단계에서 이미 형법 제330조에서 규정한 야간주거침입절도죄라는 범죄행위의 실행에 착수한 것이라고 보아야 하며, 주거침입죄의 경우 주거침입의 범의로써 예컨대, 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작하였다면 주거침입죄의 실행의 착수는 있었다고 보아야 한다.

(대법원 2003.10.24. 선고 2003도4417 판결)

<검토> 상기 판례는 크게 두 가지 쟁점이 있음을 유념하고 이해해두면 된다. 두 가지 쟁점은 아래와 같다.

I. 준강도죄의 주체는 '절도'라고 명시되어 있어 절도죄의 실행착수가 인정되면 미수, 기수 불문하고 준강도죄의 주체가 인정된다.

II. 야간주거침입절도죄의 경우 '절도단계' 전에 '주거침입단계'가 있어 야간에 주거침입실행착수시가 곧 야간주거침입절도죄 실행착수시로 인정되는데, 주거침입죄 실행착수시는 신체의 일부가 들어가는 때가 아니라, 주거에 침입하기 위한 구체적 행위를 하는 때이다.

㉡ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것이므로, 반드시 행위자의 신체의 전부가 범행의 목적인 타인의 주거 안으로 들어야만 성립하는 것이 아니라 신체의 일부만 타인의 주거 안으로 들어갔다고 하더라도 거주자가 누리는 사실상의 주거의 평온을 해할 수 있는 정도에 이르렀다면 범죄구성요건을 충족하는 것이라고 보아야 하고, 따라서 주거침입죄의 범의는 반드시 신체의 전부가 타인의 주거 안으로

들어간다는 인식이 있어야만 하는 것이 아니라 신체의 일부라도 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있으면 족하다.

[2] [1]항의 범의로써 예컨대 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작하였다면 주거침입죄의 실행의 착수는 있었다고 보아야 하고, 신체의 극히 일부분이 주거 안으로 들어갔지만 사실상 주거의 평온을 해하는 정도에 이르지 아니하였다면 주거침입죄의 미수에 그친다.

[3] 야간에 타인의 집의 창문을 열고 집 안으로 얼굴을 들이미는 등의 행위를 하였다면 피고인이 자신의 신체의 일부가 집 안으로 들어간다는 인식하에 하였더라도 주거침입죄의 범의는 인정되고, 또한 비록 신체의 일부만이 집 안으로 들어갔다고 하더라도 사실상 주거의 평온을 해하였다면 주거침입죄는 기수에 이르렀다.

(대법원 1995.09.15. 선고 94도2561 판결)

<검토> 『I. 주거침입죄 실행착수시점은 신체의 일부가 들어가는 때가 아니라, 주거에 들어가기 위한 구체적 행위 (action)를 하는 때이고,

II. 주거침입죄 기수시점은 신체의 전부가 들어가는 때가 아니라, 사실상 주거의 평온을 해하는 때』임을 비교해서 알고 있으면 된다.

㉢ 옳다. **<판례의 입장>** 주거침입죄의 실행의 착수는 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위, 즉 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하다고 할 것이나

(대법원 2008.04.10. 선고 2008도1464 판결)

<검토> 『주거침입죄의 실행의 착수는 구성요건의 일부(신체가 들어가는 것 등)를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고 보호법익인 '사실상의 주거의 평온'에 대한 '현실적 위험성'이 있는 행위(출입문을 당겨보는 행위 등)를 개시하는 것으로 족하다』는 취지의 판례인데 위의 ㉠판례와 같은 취지의 판례이다.

㉣ 옳다. **<판례의 입장>** 야간에 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 의도하에 아파트의 베란다 철제난간까지 올라가 유리창문을 열려고 시도하였다면 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다

(대법원 2003.10.24. 선고 2003도4417 판결)

<검토> 상기 ㉠번 판례의 구체적 사안이다.

『유리창문을 열려고 시도』 ⇒ 침입을 위한 구체적 행위(action)를 시작 ⇒ 야간주거침입절도죄 실행착수 인정』으로 정리하면 된다.

문7. 【정답】 ①

【해설】

① 틀린 것은 0개이다.(모두 옳다.)

㉠ 옳다. <판례의 입장> 공동정범이 성립하기 위하여는 반드시 공범자간에 사전에 모의가 있어야 하는 것은 아니며, 우연히 만난 자리에서 서로 협력하여 공동의 범의를 실현하려는 의사가 암묵적으로 상통하여 범행에 공동가공하더라도 공동정범은 성립된다.

(대법원 1984.12.26. 선고 82도1373 판결)

<검토> 공모가 실행행위 이전에 미리 성립한 것이 아니라 실행행위시 우연히 성립한 경우를 우연적 공동정범이라고 하는데, 『형법의 표준시는 행위시이다.』라는 원칙만 기억한다면 행위시에 공모가 존재하는 우연적 공동정범도 공동정범이 성립함을 쉽게 알 수 있다.

㉡ 옳다. <판례의 입장> 결과적 가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해 행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없으며, 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 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.

㉢ 옳다. <법조문> **형법 제31조(교사범)** : ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

<검토> 형법은 공범인 교사자를 정범인 피교사자와 동일한 법정형으로 처벌하고 있다. 이는 교사자가 피교사자에게 범죄 결의를 일으키게 한 범죄의 결정적 추진력을 제공하였기 때문이다.

㉣ 옳다. <법조문> **형법 제31조(교사범)** : ② 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.

<검토> 교사자(공범)가 교사를 했는데, 피교사자(정범)가 승낙만 하고 실행의 착수에 이르지 않은 경우를 효과 없는 교사라고 한다. 공범의 종속성 원칙상 정범이 실행의 착수에 이르지 않으면 공범도 처벌할 수 없으나, 형법은 이런 경우 교사자체에 불법성, 불법한 교사에 대한 승낙자체에 대한 불법성을 인정하여 형사정책적으로 교사자, 피교사자 양자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌하고 있다. 공범 독립성설을 가미한 조문이다.

문8. 【정답】 ④

【해설】

④ 옳다. <판례의 입장> 상습범이란 어느 기본적인 구성요건에 해당하는 행위를 한 자가 범죄행위를 반복하여 저지르는 습벽, 즉 상습성이라는 행위자적 속성을 갖추었다고 인정되는 경우에 이를 가중처벌 사유로 삼고 있는 범죄유형을 가리키므로, 상습성이 있는 자가 같은 종류의 죄를 반복하여 저질렀다 하더라도 상습범을 별도의 범죄유형으로 처벌하는 규정이 없는 한 각 죄는 원칙적으로 별개의 범죄로서 경합범으로 처단할 것이다. 저작권법은 제140조 본문에서 저작재산권 침해로 인한 제136조 제1항의 죄를 친고죄로 규정하면서, 제140조 단서 제1호에서 영리를 위하여 상습적으로 위와 같은 범행을 한 경우에는 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있으나, 상습적으로 제136조 제1항의 죄를 저지른 경우를 가중처벌한다는 규정은 따로 두고 있지 않다. 따라서 수회에 걸쳐 저작권법 제136조 제1항의 죄를 범한 것이 상습성의 발현에 따른 것이라고 하더라도, 이는 원칙적으로 경합범으로 보아야 하는 것이지 하나의 죄로 처단되는 상습범으로 볼 것은 아니다. 그것이 법규정의 표현에 부합하고, 상습범을 포괄일죄로 처단하는 것은 그것을 가중처벌하는 규정이 있기 때문이라는 법리적 구조에도 맞다.

(대법원 2012.05.10. 선고 2011도12131 판결)

<검토> 상습범 등 포괄일죄는 원래 실체적 경합범인데 일정한 포괄일죄 요건을 충족하면 일죄 취급하는 것이므로 『포괄일죄 요건(상습범의 경우 상습성+상습범규정)을 충족하면 일죄, 포괄일죄 요건을 충족하지 못하면 실체적 경합』이라는 사실을 떠올리면 쉽게 이해할 수 있는 판례이다.

① 틀리다. <판례의 입장> [1] 기본범죄를 통하여 고의로 중한 결과를 발생하게 한 경우에 가중 처벌하는 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.

[2] 직무를 집행하는 공무원에 대하여 위험한 물건을 휴대하여 고의로 상해를 가한 경우에는 특수공무집행방해치상죄만 성립할 뿐, 이와는 별도로 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흉기 등 상해)죄를 구성하지 않는다.

(대법원 2008.11.27. 선고 2008도7311 판결)

<참고판례 I > 피고인들이 피해자들의 재물을 강취한 후 그들을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에

이르게 한 경우, 피고인들의 행위는 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄에 모두 해당하고 그 두 죄는 상상적 경합 별관계에 있다.

(대법원 1998.12.08. 선고 98도3416 판결)

<참고판례II> 형법 제164조 후단이 규정하는 현주건조물방화치사사죄는 그 전단이 규정하는 죄에 대한 일종의 가중처벌 규정으로서 과실이 있는 경우뿐만 아니라, 고의가 있는 경우에도 포함된다고 볼 것이므로 사람을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우에는 현주건조물방화치사죄로 의율하여야 하고 이와 더불어 살인죄와의 상상적경합범으로 의율할 것은 아니며, 다만 존속살인죄와 현주건조물방화치사죄는 상상적경합범 관계에 있으므로, 법정형이 중한 존속살인죄로 의율함이 타당하다.

(대법원 1996.04.26. 선고 96도485 판결)

<검토> ‘현주건조물방화치사죄와 흉기상해죄가 만났을 때 사건’이다. 부진정결과적가중범의 죄수에 관한 판례의 논리에 따르면

I. 중한 결과에 대한 고의범의 법정형이 부진정결과적가중범의 법정형보다 중하면 고의범과 부진정결과적가중범은 상상적 경합관계가 된다.

예 1. 강도살인죄의 법정형(사형, 무기, 7년 이상 징역)이 현주건조물방화치사죄의 법정형(사형, 무기, 7년 이상 징역)보다 중하므로 현주건조물방화치사죄와 강도살인죄의 상상적 경합이 된다.

2. 존속살해죄의 법정형(사형, 무기, 7년 이상 징역, 10년 이하 자격정지병과)이 현주건조물방화치사죄의 법정형(사형, 무기, 7년 이상 징역)보다 중하므로 현주건조물방화치사죄와 존속살해죄의 상상적 경합이 된다.

II. 중한 결과에 대한 고의범의 법정형이 부진정결과적가중범의 법정형보다 경하거나 동일하면 부진정결과적가중범만 성립한다.

예 1. 살인죄의 법정형(사형, 무기, 5년 이상 징역)이 현주건조물방화치사죄의 법정형(사형, 무기, 7년 이상 징역)보다 경하므로 살인죄는 현주건조물방화치사죄에 흡수되어 현주건조물방화치사죄만 성립한다.

2. 사안의 경우로 지금은 위헌결정으로 삭제되었지만 행위시 폭처법상 흉기상해죄의 법정형(3년 이상 징역)이 특수공무집행방해치상죄의 법정형(3년 이상 징역)과 동일하므로 폭처법상 흉기상해죄는 특수공무집행방해치상죄에 흡수되어 특수공무집행방해치상죄만 성립한다.

② 틀리다. **<판례의 입장>** 무면허운전으로 인한 도로교통법위반죄에 있어서는 어느 날에 운전을 시작하여 다음날까지 동일한 기회에 일련의 과정에서 계속 운전을 한 경우 등 특별한 경우를 제외하고는 사회통념상 운전한 날을 기준으로 운전한 날마다 1개의 운전행위가 있다고 보는 것이 상당하므로 운전한 날마다 무면허운전으로 인한 도

로교통법위반의 1죄가 성립한다고 보아야 할 것이고, 비록 계속적으로 무면허운전을 할 의사를 가지고 여러 날에 걸쳐 무면허운전행위를 반복하였다 하더라도 이를 포괄하여 일죄로 볼 수는 없다.

(대법원 2002.07.23. 선고 2001도6281 판결)

<검토> ‘날마다 사건’이다. 무면허자가 날마다 운전한 경우 날마다 사람의 생명을 빼앗을 수 있는 행위를 한 경우이므로 엄벌에 처해야 하므로 포괄일죄가 아니라 실체적 경합으로 강력히 처단해야 한다고 생각하면 쉽게 이해할 수 있는 판례이다.

③ 틀리다. **<판례의 입장>** 부정한 이익을 얻을 목적으로 타인의 영업비밀이 담긴 CD를 절취하여 그 영업비밀을 부정사용한 사안에서, 절도죄와 별도로 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상 영업비밀부정사용죄가 성립한다고 한 사례.

☞ 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적으로 그 기업에 유용한 영업비밀이 담겨 있는 타인의 재물을 절취한 후 그 영업비밀을 사용하는 경우, 영업비밀의 부정사용행위는 새로운 범익의 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. **<검토>** 지문은 甲이 인식한 범죄사실(丙을 살해)과 발생한 범죄사실(乙의 사망)이 구체적으로 일치하지는 않으나 인식한 범죄사실과 발생한 범죄사실이 모두 동일한 구성요건(살인죄)에 속하는 경우로 구체적 사실의 착오에 해당하고, 丙을 살해하려고 총을 쏘았으나 행위의 방법이 잘못되어 빛나가서 乙이 맞아 사망한 경우이므로 방법의 착오에 해당하는 사례이다.

구체적 사실의 착오 중 방법의 착오인 경우에는 구체적 부합설에 의하면 丙에 대한 살인미수죄와 乙에 대한 과실치사죄의 상상적 경합이 성립하지만, 법정적 부합설·추상적 부합설에 의하면 乙에 대한 살인기수죄가 성립하므로 ‘어떤 학설에 의할 때도 乙에 대한 살인죄가 성립한다’는 지문은 틀렸다.

① 옳다. **<검토>** 지문은 甲이 인식한 범죄사실(乙을 살해)과 발생한 범죄사실(丙의 사망)이 구체적으로 일치하지는 않으나 인식한 범죄사실과 발생한 범죄사실이 모두 동일한 구성요건(살인죄)에 속하는 경우로 구체적 사실의 착오에 해당하고, 乙을 살해하려고 총을 쏘았으나 행위의 방법

이 잘못되어 벗어나서 丙이 맞아 사망한 경우이므로 방법의 착오에 해당하는 사례이다.

I. 구체적 부합설은 행위자가 인식한 범죄사실과 현실적으로 발생한 범죄사실이 구체적으로 일치하는 경우(구체적 사실의 착오 중 객체의 착오 경우)에만 발생사실에 대한 고의의 성립을 인정하고, 구체적으로 일치하지 않는 경우에는 발생한 범죄사실에 대한 고의가 조각된다고 하는 견해이므로 상기 사례에서 인식한 범죄사실과 발생한 범죄사실이 구체적으로 일치하지 않으므로 인식한 범죄사실의 미수(乙에 대한 살인죄 미수)와 발생한 범죄사실의 과실(丙에 대한 과실치사죄) 상상적 경합이 성립한다.

II. 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 인정하는 견해이므로 상기 사례에서 丙에 대한 고의살인죄기수가 성립한다.

따라서 구체적 부합설과 법정적 부합설의 결론은 다르다.

② 옳다. <검토> 甲이 인식한 범죄사실(乙을 살해하겠다는 인식)과 발생한 범죄사실(丙의 사망)이 구체적으로 일치하지는 않으나 인식한 범죄사실과 발생한 범죄사실이 모두 동일한 구성요건(살인죄)에 속하는 경우로 구체적 사실의 착오에 해당하고, 乙인줄 알고 칼로 찔렀는데 사실은 丙이었던 경우이므로 객체를 잘못 인식한 객체의 착오에 해당하는 사례이다.

구체적 사실의 착오 중 객체의 착오인 경우만이 구체적 부합설, 법정적 부합설, 추상적 부합설의 어느 견해에 의하더라도 같은 결론에 도달한다. 즉, 지문의 경우 위 세 학설 중 어느 학설에 의하더라도 丙에 대한 고의살인죄기수의 죄책을 진다.

④ 옳다. <판례의 입장> 피고인이 피해자에게 ~ 상해를 가함으로써 피해자가 바닥에 쓰러진 채 정신을 잃고 빈사 상태에 빠지자, 피해자가 사망한 것으로 오인하고, 피고인의 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 경

우로 이를 인과과정의 착오 또는 인과관계의 착오라고 한다.

문10. [정답] ③

[해설]

③ 틀리다. <판례의 입장> [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 범익을 침해하는 것을 가리키는데, 그 해악이 반드시 피해자 본인이 아니라 그 친족 그 밖의 제3자의 범익을 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.

① 옳다. <판례의 입장> [1] 공갈죄의 수단으로써의 협박은 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말하고, 그 해악에는 인위적인 것뿐만 아니라 천재지변 또는 신력이나 길흉화복에 관한 것도 포함될 수 있으나, 다만 천재지변 또는 신력이나 길흉화복을 해악으로 고지하는 경우에는 상대방으로 하여금 행위자 자신이 그 천재지변 또는 신력이나 길흉화복을 사실상 지배하거나 그에 영향을 미칠 수 있는 것으로 믿게 하는 명시적 또는 묵시적 행위가 있어야 공갈죄가 성립한다.

[2] 조상천도제를 지내지 아니하면 좋지 않은 일이 생긴다는 취지의 해악의 고지는 길흉화복이나 천재지변의 예고로서 행위자에 의하여 직접, 간접적으로 좌우될 수 없는 것이고 가해자가 현실적으로 특정되어 있지도 않으며 해악의 발생가능성이 합리적으로 예견될 수 있는 것이 아니므로 협박으로 평가될 수 없다

(대판 2002. 2. 8. 2000도3245)

<검토> ‘조상천도제 사건’이다. 일반적으로 길흉화복이나 천재지변은 고지자가 마음대로 지배할 수 있는 것이 아니므로, 이를 고지한다고 하더라도 고지의 상대방이 공포심을 느낄 수 없어 협박이 될 수 없고 따라서 공갈죄가 성립하지 않는다는 판례이다.

② 옳다. <법조문> 제260조(폭행, 존속폭행) : ① 사람의 신체에 대하여 폭행을 가한 자는 2년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

제283조(협박, 존속협박) : ① 사람을 협박한 자는 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

제286조(미수범) : 전3조의 미수범은 처벌한다

<검토> 폭행죄는 행위만 있으면 기수가 되는 거동범이므로 미수범 처벌규정이 없다고 생각하면 되고, 협박죄는 협박죄미수·기수 쟁점이 있는 ‘정보과경찰관 사건’을 떠올리면서 미수범 처벌규정이 있다고 기억하면 된다.

④ 옳다. <판례의 입장> [1] 협박죄에 있어서 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로, 그러한 해악의 고지는 구체적이어서 해악의 발생이 일응 가능한 것으로 생각될 수 있을 정도일 것을 필요로 한다.

[2] “앞으로 수박이 없어지면 네 책임으로 한다”고 말하였다고 하더라도 그것만으로는 구체적으로 어떠한 법익에 어떠한 해악을 가하겠다는 것인지를 알 수 없어 이를 해악의 고지라고 보기 어렵고, 가사 위와 같이 말한 것이 다소간의 해악의 고지에 해당한다고 가정하더라도, 피고인이 전에도 여러 차례 수박을 절취당하여 그 범인을 붙잡기 위해 수박밭을 지키고 있던 중 마침 같은 마을에 거주하며 피고인과 먼 친척간이기도 한 피해자가 피고인의 수박밭에 들어와 두리번거리는 것을 발견하자 피해자가 수박을 훔치려던 것으로 믿은 나머지 피해자를 혼계하려고 위와 같이 말하였으며 그 과정에서 폭행을 가하거나 달리 유형력을 행사한 바는 없었다면, 가사 피고인이 위와 같이 말한 것으로 인하여 피해자가 어떤 공포심을 느꼈다고 하더라도 피고인이 위와 같은 말을 하게 된 경위, 피고인과 피해자의 나이 및 신분관계 등에 비추어 볼 때 이는 정당한 혼계의 범위를 벗어나는 것이 아니어서 사회상규에 위배되지 아니하므로 위법성이 없다고 봄이 상당하고, 그 후 피해자가 스스로 음독 자살하기에 이르렀다 하더라도 이는 피해자가 자신의 결백을 밝히려는 데 그 동기가 있었

던 것으로 보일 뿐 그것이 피고인의 협박으로 인한 결과라고 보기도 어려우므로 그와 같은 결과의 발생만을 들어 이를 달리 볼 것은 아니라고 한 사례.

(대법원 1995.09.29. 선고 94도2187 판결)

<검토> ‘수박 사건’이다. 피고인이 한 말 정도로는 구체적으로 어떠한 법익에 어떠한 해악을 가하겠다는 것인지를 알 수 없고, 또한 그 말 속에 공포심을 느낄만한 과격한 문언이 사용되지 않아 불처벌 쪽으로 결론을 내리면 된다.

간단히 『‘수박’⇒ 맛있다 ⇒ soft ⇒ 불처벌』로 기억하면 된다.

문11. 【정답】 ②

【해설】

② 틀리다. <판례의 입장> 감금행위가 단순히 강도상해 범행의 수단이 되는 데 그치지 아니하고 강도상해의 범행이 끝난 뒤에도 계속된 경우에는 1개의 행위가 감금죄와 강도상해죄에 해당하는 경우라고 볼 수 없고, 이 경우 감금죄와 강도상해죄는 형법 제37조의 경합범 관계에 있다.

☞ 피해자로부터 돈을 빼앗기로 공모하고 그를 승용차에 태우고 가던 중 강도상해의 범행을 저지른 뒤 계속하여 위 단란주점에서 약 15km 떨어진 서울 마포구 상암동 소재 월드컵주경기장 부근까지 운행(상당한 거리를 진행)하여 간 경우 감금죄와 강도상해죄는 경합범 관계에 있다.

(대법원 2003.01.10. 선고 2002도4380 판결)

<검토> ‘상암구장 사건’이다. 일반적으로 감금이 강도의 수단이 된 경우는 상상적 경합이라고 볼 수 있으나, 사안처럼 강도상해의 범행 종료 후 감금이 계속된 경우라면 별개의 행위로 평가하여 감금죄와 강도상해죄의 실체적 경합이 된다는 판례이다.

‘상암동 월드컵주경기장’, ‘15km’, ‘상당한 거리’를 키워드로 잡고 있으면 된다.

① 옳다. <판례의 입장> 감금죄는 사람의 행동의 자유를 그 보호법익으로 하여 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 또는 심히 곤란하게 하는 죄로서 이와 같이 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 심히 곤란하게 하는 그 장애는 물리적, 유형적 장애뿐만 아니라 심리적, 무형적 장애에 의하여서도 가능하고 또 감금의 본질은 사람의 행동의 자유를 구속하는 것으로 행동의 자유를 구속하는 그 수단과 방법에는 아무런 제한이 없으므로 그 수단과 방법에는 유형적인 것이거나 무형적인 것이거나를 가리지 아니하며 감금에 있어서의 사람의 행동의 자유의 박탈은 반드시 전면적이어서 할 필요가 없으므로 감금된 특정구역 내부에서 일정한 생활의 자유가 허용되어 있었다고 하더라도 감금죄의 성립에는 아무 소장이 없다.

(대법원 2000.03.24. 선고 2000도102 판결)

<검토> 감금의 수단·방법을 특별히 법률로 규정하고 있

지 않으므로 감금의 수단·방법에는 특별한 제한이 없다는 지극히 당연한 내용이다.

③ 옳다. <판례의 입장> 피해자가 만약 도피하는 경우에는 생명 신체에 심한 해를 당할지도 모른다는 공포감에서 도피하기를 단념하고 있는 상태 하에서 그를 호텔로 데리고 가서 함께 유숙한 후 그와 함께 항공기로 국외에 나간 행위는 감금죄를 구성한다.

(대법원 1991.08.27. 선고 91도1604 판결)

<검토> 물리적, 유형적 장애뿐만 아니라 심리적, 무형적 장애에 의하여서도 감금이 가능하다는 판례인데, 간단히 『공포 ⇒ hard ⇒ 처벌』로 기억하면 된다.

④ 옳다. <판례의 입장> 감금행위가 강간죄나 강도죄의 수단이 된 경우에도 감금죄는 강간죄나 강도죄에 흡수되지 아니하고 별죄를 구성한다.

(대법원 1997.01.21. 선고 96도2715 판결)

<참고 판례> 강간죄의 성립에 언제나 직접적으로 또 필요한 수단으로서 감금행위를 수반하는 것은 아니므로 감금행위가 강간미수죄의 수단이 되었다 하여 감금행위는 강간미수죄에 흡수되어 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없는 것이고, 그때에는 감금죄와 강간미수죄는 일개의 행위에 의하여 실현된 경우로서 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다.

(대법원 1983.04.26. 선고 83도323 판결)

<검토> 범조문상 강간 또는 강도에 감금이 항상 수반된다고 볼 수 없어 대소관계라고 볼 수 없어 감금이 강간 또는 강도의 수단이 되었다고 흡수되는 것이 아니라 별도로 죄가 성립한다는 취지이다. 단, 별죄라는 표현은 감금이 강간 또는 강도에 흡수되지 않고 별도로 성립한다는 것이 반드시 실제적 경합을 뜻하는 것은 아니다.

감금이 강간미수의 수단이 된 경우 상상적 경합관계에 있다는 '조개트럭 사건'인 <참고 판례>가 있음을 유념한다.

문12. [정답] ①

[해설]

① 옳은 것은 ㉠ 1개이다.

㉠ 틀리다. <판례의 입장> 전국교직원노동조합 소속 교사가 작성·배포한 보도자료의 일부에 사실과 다른 기재가 있으나 전체적으로 그 기재 내용이 진실하고 공공의 이익을 위한 것이라고 보아 명예훼손죄의 위법성이 조각된다고 한 사례.

(대법원 2001.10.09. 선고 2001도3594 판결)

<검토> 우리 판례가 어떤 범죄 성립 여부를 판단할 때 항상 지엽적인 일부보다는 전체를 고려하는 경향이 있음을 안다면 쉽게 이해할 수 있는 판례이다.

㉡ 옳다. <판례의 입장> 객관적으로 피해자의 사회적 평

가를 저하시키는 사실에 관한 보도내용이 소문이나 제3자의 말, 보도를 인용하는 방법으로 단정적인 표현이 아닌 전문 또는 추측한 것을 기사화한 형태로 표현하였지만, 그 표현 전체의 취지로 보아 그 사실이 존재할 수 있다는 것을 암시하는 방식으로 이루어진 경우에는 사실을 적시한 것으로 보아야 한다.

(대법원 2008.11.27. 선고 2007도5312 판결)

<검토> 명예훼손죄의 사실을 적시하는 방법에는 제한이 없다는 취지의 판례이다. 즉, 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도의 표현이라면 명시든 암시든 상관없이 명예훼손죄의 사실 적시에 해당될 수 있다는 판례이다.

㉢ 틀리다. <판례의 입장> 통상 기자가 아닌 보통 사람에게 사실을 적시할 경우에는 그 자체로서 적시된 사실이 외부에 공표되는 것이므로 그 때부터 곧 전파가능성을 따져 공연성 여부를 판단하여야 할 것이지만, 그와는 달리 기사를 통해 사실을 적시하는 경우에는 기사화되어 보도 되어야만 적시된 사실이 외부에 공표된다고 보아야 할 것이므로 기자가 취재를 한 상태에서 아직 기사화하여 보도하지 아니한 경우에는 전파가능성이 없다고 할 것이어서 공연성이 없다고 봄이 상당하다.

(대법원 2000.05.16. 선고 99도5622 판결)

<검토> 출판물에 의한 명예훼손죄의 경우 미수처벌규정이 없어 객관적 구성요건요소인 공연성이 부정된다면 불가벌이다. 판례는 기자들을 너무 신뢰하는 경향이 있다. 기자에게 사실을 적시한 때에는 기사화에 의한 전파가능성뿐만 아니라 말에 의한 전파가능성도 있는데, 기자에게 사실을 적시한 경우와 보통 사람에게 사실을 적시한 경우를 구별하여 달리 취급할 이유가 있을까? 어쨌든 판례를 숭배해야 하는 수험생의 입장에서는 판례의 입장을 따를 수밖에 없다.

㉣ 틀리다. <판례의 입장> [1] 명예훼손죄가 성립하기 위하여는 사실의 적시가 있어야 하는데, 여기에서 적시의 대상이 되는 사실이란 현실적으로 발생하고 증명할 수 있는 과거 또는 현재의 사실을 말하며, 장래의 일을 적시하더라도 그것이 과거 또는 현재의 사실을 기초로 하거나 이에 대한 주장을 포함하는 경우에는 명예훼손죄가 성립한다고 할 것이고, 장래의 일을 적시하는 것이 과거 또는 현재의 사실을 기초로 하거나 이에 대한 주장을 포함하는지 여부는 그 적시된 표현 자체는 물론 전체적인 취지나 내용, 적시에 이르게 된 경위 및 전후 상황, 기타 제반 사정을 종합적으로 참작하여 판단하여야 한다.

[2] 피고인이 경찰관을 상대로 진정한 사건이 혐의 인정되지 않아 내사종결 처리되었음에도 불구하고 공연히 "사건을 조사한 경찰관이 내일부로 검찰청에서 구속영장이 떨어진다."고 말한 것은 현재의 사실을 기초로 하거나 이에 대한 주장을 포함하여 장래의 일을 적시한 것으로 볼 수

있어 명예훼손죄에 있어서의 사실의 적시에 해당한다고 한 사례.

(대법원 2003.05.13. 선고 2002도7420 판결)

<검토> ‘내일부로 사건’이다. 원칙적으로 장래의 일은 진실인지 허위인지 증명이 불가능하여 장래의 일을 적시한 경우는 명예훼손죄의 사실의 적시라고 볼 수 없으나, 예외적으로 ‘내일부로 사건’에서 "사건을 조사한 경찰관이 내일부로 검찰청에서 구속영장이 떨어진다."는 표현은 장래의 일을 적시한 것이나 “사건이 수사 중”이라거나 “검사가 구속영장을 청구하였다”는 현재의 사실을 기초로 하거나 이에 대한 주장을 포함하고 있다고 할 것이므로 명예훼손죄의 사실의 적시에 해당된다는 판례이다.

문13. 【정답】 ③

【해설】

③ 옳은 것은 ㉠, ㉡, ㉢ 3개이다.

① 옳다. <법조문> 형법 제328조(친족 간의 범행과 고소)

: ① 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 제323조의 죄는 그 형을 면제한다.

② 제1항 이외의 친족 간에 제323조의 죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

형법 제344조(친족간의 범행) : 제328조의 규정은 제329조 내지 제332조의 죄 또는 미수범[손괴죄류(경계침범죄 포함), 강도죄류(준)점유강취죄], 강제집행면탈죄를 제외에 준용한다.

<검토> 손괴죄는 재물이 소실되어 친족 간 화해의 가능성이 없어, 강도죄는 불법성의 정도가 심하여, 강제집행면탈죄는 국가가 관련되므로 친족간특례가 적용되지 않는다고 암기하면 된다.

㉡ 옳다. <판례의 입장> [1] 친족상도례가 적용되는 친족의 범위는 민법의 규정에 의하여야 하는데, 민법 제767조는 배우자, 혈족 및 인척을 친족으로 한다고 규정하고 있고, 민법 제769조는 혈족의 배우자, 배우자의 혈족, 배우자의 혈족의 배우자만을 인척으로 규정하고 있을 뿐, 구 민법 제769조에서 인척으로 규정하였던 ‘혈족의 배우자의 혈족’을 인척에 포함시키지 않고 있다. 따라서 사기죄의 피고인과 피해자가 사돈지간이라고 하더라도 이를 민법상 친족으로 볼 수 없다.

[2] 피고인이 백화점 내 점포에 입점시켜 주겠다고 속여 피해자로부터 입점비 명목으로 돈을 편취하였다며 사기로 기소된 사안에서, 피고인의 딸과 피해자의 아들이 혼인하여 피고인과 피해자가 사돈지간이라고 하더라도 민법상 친족으로 볼 수 없는데도, 2촌의 인척인 친족이라는 이유로 위 범죄를 친족상도례가 적용되는 친고죄라고 판단한 후 피해자의 고소가 고소기간을 경과하여 부적법하다고 보아 공소를 기각한 원심판결 및 제1심판결에 친족의 범위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 하여 모두 파기한 사례.

(대법원 2011.04.28. 선고 2011도2170 판결)

<검토> ‘사돈 사건’이다. 민법상 혈족(딸)의 배우자(사위)의 혈족(사돈)은 친족이 아니다. 따라서 친족상도례를 적용할 수 없다. 친족상도례와 관련 친인척을 뜻하는 용어 중 친족이 부정되는 경우는 ‘사돈’뿐이라고 기억하면 된다.

㉢ 틀리다. <판례의 입장> 횡령범인이 위탁자가 소유자를 위해 보관하고 있는 물건을 위탁자로부터 보관받아 이를 횡령한 경우에 형법 제361조에 의하여 준용되는 제328조 제2항의 친족간의 범행에 관한 조문은 범인과 피해물건의 소유자 및 위탁자 쌍방 사이에 같은 조문에 정한 친족관계가 있는 경우에만 적용되고, 단지 횡령범인과 피해물건의 소유자간에만 친족관계가 있거나 횡령범인과 피해물건의 위탁자간에만 친족관계가 있는 경우에는 적용되지 않는다.

(대법원 2008.07.24. 선고 2008도3438 판결)

<검토> 횡령죄가 보호하고자 하는 것은 소유권뿐만 아니라 신뢰관계(위탁관계)이기도 하므로, 횡령범인과 피해물건의 소유자 및 위탁자 모두와 친족관계가 있을 때 친족상도례규정을 적용하는 것이 친족상도례 취지에 부합하는 것이다.

㉣ 옳다. <법조문> 형법 제365조(친족간의 범행) : ①

전3조의 죄를 범한 자(장물범)와 피해자간에 제328조제1항, 제2항의 신분관계가 있는 때에는 동조의 규정을 준용한다.

② 전3조의 죄를 범한 자(장물범)와 본범간에 제328조제1항의 신분관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다. 단, 신분관계가 없는 공범에 대하여는 예외로 한다.

<검토> 장물범도 재산범죄이므로 친족상도례가 적용되어 장물범과 피해자간에 ①항 친족관계(직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간)가 있으면 동거여부를 불문하고 형을 면제한다.

문14. 【정답】 ②

【해설】

② 틀리다. <판례의 입장> [1] 입목을 절취하기 위하여 캐낸 때에 소유자의 입목에 대한 점유가 침해되어 범인의 사실적 지배하에 놓이게 되므로 범인이 그 점유를 취득하고 절도죄는 기수에 이른다. 이를 운반하거나 반출하는 등의 행위는 필요하지 않다.

[2] 절도범인이 혼자 입목을 땅에서 완전히 캐낸 후에 비로소 제3자가 가담하여 함께 입목을 운반한 사안에서, 특수절도죄의 성립을 부정한 사례.

☞ 甲이 영산홍을 땅에서 캐낸 그 시점에서 이미 피해자의 영산홍에 대한 점유가 침해되어 그 사실적 지배가 甲에게 이동되었다고 봄이 상당하므로, 그때 甲의 영산홍 절취행위는 기수에 이르렀다고 할 것이고, 이와 같이 보는 이상 그 이후에 乙이 영산홍을 甲과 함께 승용차까지 운반하였다고 하더라도 그러한 행위가 다른 죄에 해당하는

지의 여부는 별론으로 하고, 乙이 甲과 합동하여 영산홍 절취행위를 하였다고 볼 수는 없다.

(대판 2008.10.23. 2008도6080)

<검토> 후일 출제를 대비해서 판례를 좀 더 분석하면

I. 甲에게는 주간에 연구소라는 타인이 관리하는 건조물에 침입한 점에 대해 주거침입죄가 성립하고, 영산홍을 캐낸 점에 대해 절도죄가 성립한다. 양죄는 실체적 경합관계에 있다.

II. 乙에게는 주간에 '甲이 있는 장소로 와서'라는 표현이 있으므로 연구소라는 타인이 관리하는 건조물에 침입한 점이 인정되므로 역시 주거침입죄가 성립하고, 甲과 함께 영산홍을 운반한 점에 대해 甲의 절도 기수(종료) 이후 행위이므로 특수절도나 절도방조는 성립하지 않고, 영산홍은 절도라는 재산범죄로 영득한 재물이므로 이론상 장물 운반죄가 성립할 수 있다. 주거침입죄와 장물운반죄 양죄는 실체적 경합관계에 있다.

① 옳다. <판례의 입장> 피고인이 타인의 명의를 모용하여 신용카드를 발급받은 경우, 비록 카드회사가 피고인으로부터 기망을 당한 나머지 피고인에게 피모용자 명의로 발급된 신용카드를 교부하고, 사실상 피고인이 지정한 비밀번호를 입력하여 현금자동지급기에 의한 현금대출(현금서비스)을 받을 수 있도록 하였다 할지라도, 카드회사의 내심의 의사는 물론 표시된 의사도 어디까지나 카드명의인인 피모용자에게 이를 허용하는 데 있을 뿐 피고인에게 이를 허용한 것은 아니라는 점에서, 피고인이 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위는 카드회사에 의하여 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아니라, 현금자동지급기의 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제한 채 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 행위로서 절도죄에 해당한다.

(대법원 2006.07.27. 선고 2006도3126 판결)

<검토> 타인명의모용 신용카드는 절취 또는 강취한 타인의 신용카드와 동일하게 취급하면 된다.

③ 옳다. <판례의 입장> [1] 당사자 사이에 자동차의 소유권을 등록명의자 아닌 자가 보유하기로 약정한 경우, 약정 당사자 사이의 내부관계에서는 등록명의자 아닌 자가 소유권을 보유하게 된다고 하더라도 제3자에 대한 관계에서는 어디까지나 등록명의자가 자동차의 소유자라고 할 것이다.

[2] 피고인 甲이 자신의 모 乙 명의로 구입·등록하여 乙에게 명의신탁한 자동차를 丙에게 담보로 제공한 후 丙 몰래 가져가 절취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 丙에 대한 관계에서 자동차의 소유자는 乙이고 피고인 甲은 소유자가 아니므로 丙이 점유하고 있는 자동차를 임의로 가져간 이상 절도죄가 성립한다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

(대법원 2012.04.26. 선고 2010도11771 판결)

<비교판례> [1] 자동차나 중기(또는 건설기계)의 소유권의 득실변경은 등록을 함으로써 그 효력이 생기고 그와 같은 등록이 없는 한 대외적 관계에서는 물론 당사자의 대내적 관계에 있어서도 그 소유권을 취득할 수 없는 것이 원칙이지만, 당사자 사이에 그 소유권을 그 등록 명의자 아닌 자가 보유하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 그 내부관계에 있어서는 그 등록 명의자 아닌 자가 소유권을 보유하게 된다.

[2] 자동차 명의신탁관계에서 제3자가 명의수탁자로부터 승용차를 가져가 매도할 것을 허락받고 인감증명 등을 교부받아 위 승용차를 명의신탁자 몰래 가져간 경우, 위 제3자와 명의수탁자의 공모·가공에 의한 절도죄의 공모공동정범이 성립한다고 한 사례.

(대법원 2007.01.11. 선고 2006도4498 판결)

<검토> '자동차 명의신탁 사건'이다. 자동차 명의신탁 사건은 크게 아래와 같이 2가지로 구분하여 알아 두면 좀 수월할 것이다.

1. 명의신탁에 신탁자와 수탁자 아닌 제3자가 개입되지 않은 경우(비교판례 매그너스 사건) = 자동차는 신탁자 소유 = 피고인(수탁자)[사안의 제3자는 수탁자와 공모한 경우이므로 제3자가 아니라 수탁자 취급]가 신탁자 점유의 자동차를 가져가면 타인소유타인점유 재물이므로 절도죄(절도죄의 공모공동정범)

2. 명의신탁에 신탁자와 수탁자 아닌 제3자(丙)가 개입된 경우(출제판례) = 자동차는 수탁자 소유(자신의 모 乙) = 피고인(신탁자)이 제3자(丙) 점유의 자동차를 가져가면 타인소유타인점유 재물이므로 절도죄

2가지 모두 절도죄임도 요령껏 알아 두자.

④ 옳다. <판례의 입장> 예금통장은 예금채권을 표창하는 유가증권이 아니고 그 자체에 예금액 상당의 경제적 가치가 화체되어 있는 것도 아니지만, 이를 소지함으로써 예금채권의 행사자격을 증명할 수 있는 자격증권으로서 예금계약사실 뿐 아니라 예금액에 대한 증명기능이 있고 이러한 증명기능은 예금통장 자체가 가지는 경제적 가치라고 보아야 하므로, 예금통장을 사용하여 예금을 인출하게 되면 그 인출된 예금액에 대하여는 예금통장 자체의 예금액 증명기능이 상실되고 이에 따라 그 상실된 기능에 상응한 경제적 가치도 소모된다. 그렇다면 타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 바로 예금통장을 반환하였다 하더라도 그 사용으로 인한 위와 같은 경제적 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미한 경우가 아닌 이상, 예금통장 자체가 가지는 예금액 증명기능의 경제적 가치에 대한 불법영득의 의사를 인정할 수 있으므로 절도죄가 성립한다.

(대법원 2010.05.27. 선고 2009도9008 판결)

<검토> 수박을 함부로 가져가 알맹이(예금)만 굵어 먹고 껍데기(통장자체)만 반환한 경우와 마찬가지로 제대로 반환한 경우가 아니므로 예금통장에 대한 절도죄가 성립하

는 것이다.

문15. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. <판례의 입장> [1] 사기죄에 있어서 '재물의 교부'란 범인의 기망에 따라 피해자가 착오로 재물에 대한 사실상의 지배를 범인에게 이전하는 것을 의미하는데, 재물의 교부가 있었다고 하기 위하여 반드시 재물의 현실의 인도가 필요한 것은 아니고 재물이 범인의 사실상의 지배 아래에 들어가 그의 자유로운 처분이 가능한 상태에 놓인 경우에도 재물의 교부가 있었다고 보아야 한다.

[2] 피고인의 주문에 따라 제작된 도자기 중 실제로 배달된 것뿐만 아니라 피고인이 지정하는 장소로의 배달을 위하여 피해자가 보관중인 도자기도 피고인에게 모두 교부되었다고 판단하여 사기죄의 기수를 인정한 원심을 수긍한 사례.

(대법원 2003.05.16. 선고 2001도1825 판결)

<검토> '백두산 미륵불상 도자기 사건'이다.

사기죄 기수여부가 쟁점인 판례인데 원래 사기죄의 기수 시기는 재물 또는 재산상 이익 취득시인데 취득을 우리 판례는 상식적 의미인 '인도'받음보다는 넓게 '사실상의 지배', '자유로운 처분이 가능한 상태'로 이해하고 있음을 기억한다.

① 옳다. <판례의 입장> [1] 재산권에 관한 거래관계에 있어서 일방이 상대방에게 그 거래에 관련한 어떠한 사항에 대하여 고지하지 아니함으로써 장차 계약상의 목적물에 대한 권리를 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서도 이를 상대방에게 고지하지 아니하고 거래관계를 맺어 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 받고, 상대방은 그와 같은 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래관계를 맺지 아니하였을 것이면 경험칙상 명백한 경우에는 그 재물의 수취인은 신의성실의 원칙상 상대방에게 그와 같은 사정에 대한 고지의무가 있다 할 것이고, 재물의 수취인이 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.

[2] 중고자동차 매매에 있어서 매도인의 할부금융회사 또는 보증보험에 대한 할부금 채무가 매수인에게 당연히 승계되는 것이 아니라는 이유로 그 할부금 채무의 존재를 매수인에게 고지하지 아니한 것이 부작위에 의한 기망에 해당하지 아니한다고 본 원심판결을 수긍한 사례.

(대법원 1998.04.14. 선고 98도231 판결)

<검토> '중고자동차 할부금 사건'이다.

할부금 미납된 중고 자동차를 매도하였다 하더라도 매도인이 할부금만 꼬박꼬박 낸다면, 매수인에게 전혀 피해가 없어 사기죄가 불성립한다고 생각하면서 암기한다.

② 옳다. <판례의 입장> [1] 송금의뢰인이 수취인의 예금

계좌에 계좌이체 등을 한 이후, 수취인이 은행에 대하여 예금반환을 청구함에 따라 은행이 수취인에게 그 예금을 지급하는 행위는 계좌이체금액 상당의 예금계약의 성립 및 그 예금채권 취득에 따른 것으로서 은행이 착오에 빠져 처분행위를 한 것이라고 볼 수 없으므로, 결국 이러한 행위는 은행을 피해자로 한 형법 제347조의 사기죄에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다.

[2] 예금주인 피고인이 제3자에게 편취당한 송금의뢰인으로부터 자신의 은행계좌에 계좌송금된 돈을 출금한 사안에서, 피고인은 예금주로서 은행에 대하여 예금반환을 청구할 수 있는 권한을 가진 자이므로, 위 은행을 피해자로 한 사기죄가 성립하지 않는다는 원심의 판단을 정당하다고 한 사례.

(대법원 2010.05.27. 선고 2010도3498 판결)

<검토> 어떠한 원인으로 입금이 되었건 지급정지조치가 없는 한 원칙적으로 예금주는 은행에 대해 예금을 인출할 수 있는 권한이 있고, 은행은 인출에 응할 의무가 있으므로 기망, 착오가 있을 수 없어 예금주와 은행은 사기범죄인과 사기피해자의 관계가 될 수 없다.

④ 옳다. <판례의 입장> 금융기관직원이 전산단말기를 이용하여 다른 공범들이 지정한 특정계좌에 돈이 입금된 것처럼 허위의 정보를 입력하는 방법으로 위 계좌로 입금되도록 한 경우, 이러한 입금절차를 완료함으로써 장차 그 계좌에서 이를 인출하여 갈 수 있는 재산상 이익을 취득하였으므로 형법 제347조의2에서 정하는 컴퓨터 등 사용 사기죄는 기수에 이르렀고, 그 후 그러한 입금이 취소되어 현실적으로 인출되지 못하였다고 하더라도 이미 성립한 컴퓨터 등 사용사기죄에 어떤 영향이 있다고 할 수는 없다.

(대법원 2006.09.14. 선고 2006도4127 판결)

<검토> 미수인지 기수인지 묻는 지문 중 행위를 종료하는 완료형 문구(‘~한’)뒤에 ‘~후’ 라는 문구가 등장하면 원칙적으로 기수라고 보면 된다.

문16. 【정답】 ①

【해설】

① 틀리다. <판례의 입장> 갑 주식회사 대표이사인 피고인 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 배임행위로서 이루어진 질권설정행위의 사후조처에 불과하여 새로운 법익의 침해를 수반하지 않는 이른바 불가별적 사후행위에 해당하고, 별도의 횡령죄를 구성하지 않는다

도, 이와 달리 피고인에 대하여 질권설정으로 인한 배임죄와 별도로 예금인출로 인한 횡령죄까지 성립한다고 본 원심판결에 불가별적 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.

② 옳다. <판례의 입장> 횡령죄에 있어서 보관이라 함은 재물이 사실상 지배하에 있는 경우뿐만 아니라 법률상의 지배·처분이 가능한 상태를 모두 가리키는 것으로 타인의 금전을 위탁받아 보관하는 자는 보관방법으로 이를 은행 등의 금융기관에 예치한 경우에도 보관자의 지위를 갖는 것이다.

(대법원 2008.12.11. 선고 2008도8279 판결)

<검토> 수탁자의 명의로 예치를 해 둔 경우 언제든지 인출할 수 있는 상태가 되므로 타인의 금전을 직접 소지하는 경우뿐만 아니라 예치한 경우에도 자기점유(보관)하고 있다고 평가할 수 있고, 이를 무단으로 사용하면 횡령죄가 성립한다.

③ 옳다. <판례의 입장> 명의수탁자가 신탁 받은 부동산의 일부에 대한 토지수용보상금 중 일부를 소비하고, 이어 수용되지 않은 나머지 부동산 전체에 대한 반환을 거부한 경우, 부동산의 일부에 관하여 수령한 수용보상금 중 일부를 소비하였다고 하여 객관적으로 부동산 전체에 대한 불법영득의 의사를 외부에 발현시키는 행위가 있었다고 볼 수는 없으므로, 그 금원 횡령죄가 성립된 이후에 수용되지 않은 나머지 부동산 전체에 대한 반환을 거부한 것은 새로운 법익의 침해가 있는 것으로서 별개의 횡령죄가 성립하는 것이지 불가별적 사후행위라 할 수 없다고 한 사례.

(대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도3463 판결)

<검토> 일부 소비한 것은 수용보상금이고, 반환 거부한 것은 나머지 부동산이므로 별개의 행위임을 쉽게 알 수 있다.

④ 옳다. <판례의 입장> 사립학교에 있어서 학교교육에 직접 필요한 시설, 설비를 위한 경비 등과 같이 원래 교비회계에 속하는 자금으로 지출할 수 있는 항목에 관한 차입금을 상환하기 위하여 교비회계 자금을 지출한 경우, 이러한 차입금 상환행위에 관하여 교비회계 자금을 임의로 횡령하고자 하는 불법영득의 의사가 있다고 보기는 어렵다.

(대법원 2006.04.28. 선고 2005도4085 판결)

<검토> 원래 교비회계 자금과 같이 용도가 엄격히 정해진 자금을 용도 외로 사용하면 횡령죄가 성립하는데, 상기 판례는 용도 내로 사용한 경우로 횡령죄가 성립하지 않는다.

즉, 『원래 교비회계에 속하는 자금으로 지출할 수 있는 ⇒ 용도 내 ⇒ soft ⇒ 불처벌』로 체크한다.

문17. 【정답】 ①

【해설】

① 옳다. <판례의 입장> [1] 원래 주식회사의 지배인은 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로, 지배인이 직접 주식회사 명의 문서를 작성하는 행위는 위조나 자격모용사문서작성에 해당하지 않는 것이 원칙이고, 이는 그 문서의 내용이 진실에 반하는 허위이거나 권한을 남용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 작성된 경우에도 마찬가지이다.

[2] 주식회사의 지배인이 자신을 그 회사의 대표이사로 표시하여 연대보증채무를 부담하는 취지의 회사 명의의 차용증을 작성·교부한 경우, 그 문서에 일부 허위 내용이 포함되거나 위 연대보증행위가 회사의 이익에 반하는 것이더라도 사문서위조 및 위조사문서행사에 해당하지 않는다

(대법원 2010.05.13. 선고 2010도1040 판결)

<검토> '지배인 사건'이다. 지배인에 관한 상법적 내용을 굳이 형법 수험생이 공부할 필요는 없다.

『지배인 또는 대표이사 ⇒ 원칙적 작성권한 있는 자(예외적 권한초과 시 작성권한 없는 자) ⇒ 위조 불성립』으로 알아 두면 충분하다.

② 틀리다. <판례의 입장> 공무원이 여러 차례의 출장복의 번거로움을 회피하고 민원사무를 신속히 처리한다는 방침에 따라 사전에 출장조사한 다음 출장조사내용이 변동없다는 확신하에 출장복명서를 작성하고 다만 그 출장일자를 작성일자로 기재한 것이라면 허위공문서작성의 범의가 있었다고 볼 수 없다.

(대법원 2001.01.05. 선고 99도4101 판결)

<검토> 간단히 『사전에 출장조사한 다음』⇒ 전체적으로 허위 아님 ⇒ 불처벌』로 기억하면 된다.

③ 틀리다. <판례의 입장> 공립학교교사가 작성하는 교원의 인적사항과 전출희망사항 등을 기재하는 부분과 학교장이 작성하는 학교장의견란 등으로 구성되어 있는 교원실태조사카드는 학교장의 작성명의 부분은 공문서라고 할 수 있으나, 작성자가 교사 명의로 된 부분은 개인적으로 전출을 희망하는 의사표시를 한 것에 지나지 아니하여 이것을 가리켜 공무원이 직무상 작성한 공문서라고 할 수는 없을 것이므로 위 카드의 교사 명의 부분을 명의자의 의사에 반하여 작성하였다고 하여도 공문서를 위조한 것이라고 할 수 없다.

(대법원 1991.09.24. 선고 91도1733 판결)

<검토> 하나의 문서가 공문서부분과 사문서부분으로 구성되어 있는 소위 복합문서에 관한 판례이다. 공립학교교사

가 작성하는 모든 문서가 공문서라고 할 수 없다. 공립학교교사라도 개인적으로 작성하는 문서는 당연히 사문서이다.

④ 틀리다. <판례의 입장> 인감증명법 제12조 제1항, 동법시행령 제13조 등 인감증명의 신청과 인감증명서의 발급에 관한 법령의 규정에 의하면, 인감의 증명을 신청함에 있어서 그 용도가 부동산매도용일 경우에는 부동산매수자란에 매수자의 성명(법인인 경우에는 법인명), 주소 및 주민등록번호를 기재하여 신청하여야 하지만 그 이외의 경우에는 신청 당시 사용용도란을 기재하여야 하는 것은 아니고, 필요한 경우에 신청인이 직접 기재하여 사용하도록 되어 있으며, 사용용도에 따른 인감증명서의 유효기간에 관한 종전의 규정도 삭제되어 유효기간의 차이도 없으므로 인감증명서의 사용용도란의 기재는 증명청인 동장이 작성한 증명문구에 의하여 증명되는 부분과는 아무런 관계가 없다고 할 것이므로, 권한 없는 자가 임의로 인감증명서의 사용용도란의 기재를 고쳐 썼다고 하더라도 공무원 또는 공무소의 문서 내용에 대하여 변경을 가하여 새로운 증명력을 창출한 경우라고 볼 수 없으므로 공문서변조죄나 이를 전제로 하는 변조공문서행사죄가 성립되지는 않는다.

(대법원 2004.08.20. 선고 2004도2767 판결)

<검토> ‘인감증명서 사용용도란 사건’이다. 인감증명서 사용용도란은 문서의 효력에 전혀 영향을 미치지 못하므로 임의로 변경하여도 변조가 될 수 없다는 취지의 판례이다. 이해가 잘 안되면 간단히 『‘~용용~’ ⇒ soft ⇒ 불처벌』로 암기해도 된다.

문18. [정답] ②

[해설]

② 옳은 것은 ㉠, ㉡ 2개이다.

㉠ 옳다. <판례의 입장> 위조통화임을 알고 있는 자에게 그 위조통화를 교부한 경우에 피교부자가 이를 유통시키리라는 것을 예상 내지 인식하면서 교부하였다면, 그 교부 행위 자체가 통화에 대한 공공의 신용 또는 거래의 안전을 해할 위험이 있으므로 위조통화행사죄가 성립한다.

(대법원 2003.01.10. 선고 2002도3340 판결)

<검토> 원칙적으로 피교부자가 위조임을 알고 있는 자라면 교부가 위조통화를 진실한 것처럼 사용한 것으로 볼 수 없어 위조통화행사죄가 성립할 수 없지만, 예외적으로 교부자가 피교부자에게 교부할 때 피교부자가 위조임을 모르는 자에게 유통시킬 것임을 인식하고 교부하였다면 교부하자마자 피교부자는 위조임을 모르는 자에게 유통할 것이므로, 위조임을 알고 있는 피교부자에게 교부한 것 자체가 곧 위조임을 모르는 자에게 교부한 것으로 평가할 수 있어 위조통화행사죄가 성립할 수 있다.

㉡ 틀리다. <법조문> 제5조(외국인의 국외범) : 본법은 대

한민국영역외에서 다음에 기재한 죄를 범한 외국인에게 적용한다.

1. 내란의 죄
2. 외환의 죄
3. 국기에 관한 죄
4. 통화에 관한 죄
5. 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄
6. 문서에 관한 죄중 제225조 내지 제230조
7. 인장에 관한 죄중 제238조

<검토> 내국통화든 외국통화든 누가 어디서 위조·변조했던 유통되면 대한민국의 경제질서가 위협에 빠지므로 외국인의 국외범도 국가보호주의 규정인 형법 제5조에 의거 한국형법을 적용하여 처벌하는 것이다.

㉡ 옳다. <판례의 입장> 형법 제207조 제3항은 "행사할 목적으로 외국에서 통용하는 외국의 화폐, 지폐 또는 은행권을 위조 또는 변조한 자는 10년 이하의 징역에 처한다."고 규정하고 있는바, 여기에서 외국에서 통용한다고 함은 그 외국에서 강제통용력을 가지는 것을 의미하는 것이므로 외국에서 통용하지 아니하는 즉, 강제통용력을 가지지 아니하는 지폐는 그것이 비록 일반인의 관점에서 통용할 것이라고 오인할 가능성이 있다고 하더라도 위 형법 제207조 제3항에서 정한 외국에서 통용하는 외국의 지폐에 해당한다고 할 수 없고, 만일 그와 달리 위 형법 제207조 제3항의 외국에서 통용하는 지폐에 일반인의 관점에서 통용할 것이라고 오인할 가능성이 있는 지폐까지 포함시키면 이는 위 처벌조항을 문언상의 가능한 의미의 범위를 넘어서까지 유추해석 내지 확장해석하여 적용하는 것이 되어 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로 허용되지 않는다.

[2] 미국에서 발행된 적이 없이 단지 여러 종류의 관광용 기념상품으로 제조, 판매되고 있는 미합중국 100만 달러 지폐와 과거에 발행되어 은행 사이에서 유통되다가 현재는 발행되지 않고 있으나 화폐수집가나 재벌들이 이를 보유하여 오고 있는 미합중국 10만 달러 지폐가 막연히 일반인의 관점에서 미합중국에서 강제통용력을 가졌다고 오인할 수 있다는 이유로 형법 제207조 제3항의 외국에서 통용하는 지폐에 포함된다고 판단한 원심판결을 파기한 사례.

(대법원 2004.05.14. 선고 2003도3487 판결)

<참고판례> 형법상 통화에 관한 죄는 문서에 관한 죄에 대하여 특별관계에 있으므로 통화에 관한 죄가 성립하는 때에는 문서에 관한 죄는 별도로 성립하지 않는다. 그러나 위조된 외국의 화폐, 지폐 또는 은행권이 강제통용력을 가지지 않는 경우에는 형법 제207조 제3항에서 정한 ‘외국에서 통용하는 외국의 화폐 등’에 해당하지 않고, 나아가 그 화폐 등이 국내에서 사실상 거래 대가의 지급수단이 되고 있지 않는 경우에는 형법 제207조 제2항에서 정한 ‘내국에서 유통하는 외국의 화폐 등’에도 해당하지 않

으므로, 그 화폐 등을 행사하더라도 형법 제207조 제4항에서 정한 위조통화행사죄를 구성하지 않는다고 할 것이고, 따라서 이러한 경우에는 형법 제234조에서 정한 위조사문서행사죄 또는 위조사도화행사죄로 의율할 수 있다고 보아야 한다.

(대법원 2013.12.12. 선고 2012도2249 판결)

<검토> ‘10만 달러, 100만 달러 사건’이다. 『일반인의 관점에서 통용할 것이라고 오인할 가능성이 있는 지폐 ⇒ 10만 달러, 100만 달러 사건 ⇒ 외국통화 아님 ⇒ 외국통화위조죄 불성립』으로 정리하면 충분하다.

참고로 ‘10만 파운드화 사건’에서는 10만 파운드화가 외국통화는 아니므로 이를 행사한 경우 위조통화행사죄는 성립할 수 없지만, 보충적으로 위조사문서행사죄 또는 위조사도화행사죄는 성립할 수 있다고 판시한 점도 알아 두도록 한다.

㉔ 틀리다. <판례의 입장> 피고인들이 한국은행발행 500원짜리 주화의 표면 일부를 깎아내어 손상을 가하였지만 그 크기와 모양 및 대부분의 문양이 그대로 남아 있어, 이로써 기존의 500원짜리 주화의 명목가치나 실질가치가 변경되었다거나, 객관적으로 보아 일반인으로 하여금 일본국의 500원짜리 주화로 오신케 할 정도의 새로운 화폐를 만들어 낸 것이라고 볼 수 없고, 일본국의 자동판매기 등이 위와 같이 가공된 주화를 일본국의 500원짜리 주화로 오인한다는 사정만을 들어 그 명목가치가 일본국의 500원으로 변경되었다거나 일반인으로 하여금 일본국의 500원짜리 주화로 오신케 할 정도에 이르렀다고 볼 수도 없다.

(대법원 2002.01.11. 선고 2000도3950 판결)

<검토> ‘500엔 사건’이다. 500엔으로 사용하기 위해 500원을 변경하였으나 조잡하여 일반인이 진짜 500엔으로 오인할 정도가 되지 못한다는 이유로 통화변조죄 성립을 부정한 판례이다.

위조·변조죄 성립의 판단기준이 ‘일반인 오신 정도’임을 잊지 말자.

문19. [정답] ④

[해설]

④ 틀리다. <판례의 입장> 공무집행방해죄에 있어서의 변의는 상대방이 직무를 집행하는 공무원이라는 사실, 그리고 이에 대하여 폭행 또는 협박을 한다는 사실을 인식하는 것을 그 내용으로 하고, 그 인식은 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의가 있다고 보아야 하며, 그 직무집행을 방해할 의사를 필요로 하지 아니하고 이와 같은 범의는 피고인이 이를 자백하고 있지 않고 있는 경우에는 그것을 입증함에 있어서는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의할 수밖에 없는 것이나, 그때에 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리

적으로 판단하는 것 외에 다른 방법은 없다.

(대법원 1995.01.24. 선고 94도1949 판결)

<법조문> **형법 제136조(공무집행방해)** : ① 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

<비교판례> 위계에 의한 공무집행방해의 죄가 성립하려면 자기의 위계행위로 인하여 공무집행을 방해하려는 의사가 있어야 한다.

(대법원 1970.01.27. 선고 69도2260 판결)

<비교법조문> **형법 제137조(위계에 의한 공무집행방해)** : 위계로써 공무원의 직무집행을 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

<검토> 어떤 범죄의 고의가 성립하기 위해서는 그 범죄의 객관적 구성요건요소에 대한 인식과 의사가 있어야 한다는 당연한 법리를 실시한 판례이다.

1. **공무집행방해죄**의 경우 고의가 성립하기 위해서 법조문에 규정되어 있는 ‘직무를 집행하는 공무원’, ‘폭행 또는 협박’은 객관적 구성요건요소이므로 당연히 인식할 필요가 있지만, 법조문에 규정되어 있지 않은 ‘직무집행을 방해’는 객관적 구성요건요소가 아니므로 인식을 할 필요가 없다는 취지이다.

2. **위계에 의한 공무집행방해죄**의 경우 고의가 성립하기 위해서 법조문에 규정되어 있는 ‘공무원의 직무집행을 방해’는 객관적 구성요건요소이므로 당연히 인식할 필요가 있다는 취지이다.

① 옳다. <판례의 입장> 구 집회 및 시위에 관한 법률에 의하여 금지되어 그 주최 또는 참가행위가 형사처벌의 대상이 되는 위법한 집회·시위가 장차 특정지역에서 개최될 것이 예상된다고 하더라도, 이와 시간적·장소적으로 근접하지 않은 다른 지역에서 그 집회·시위에 참가하기 위하여 출발 또는 이동하는 행위를 함부로 제지하는 것은 경찰관직무집행법 제6조 제1항의 행정상 즉시강제인 경찰관의 제지의 범위를 명백히 넘어 허용될 수 없다. 따라서 이러한 제지 행위는 공무집행방해죄의 보호대상이 되는 공무원의 적법한 직무집행이 아니다.

(대법원 2008.11.13. 선고 2007도9794 판결)

<검토> 『위법한 집회·시위와 근접하지 않은 지역에서 출발·이동 ⇒ 적법행위 ⇒ 함부로 제지 ⇒ 부적법 직무』로 정리하면 족하다.

② 옳다. <판례의 입장> 위계에 의한 공무집행방해죄에 있어서 위계라 함은 행위자의 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 그 오인, 착각, 부지를 이용하는 것을 말하는 것으로 상대방이 이에 따라 그릇된 행위나 처분을 하여야만 이 죄가 성립하는 것이고, 만약 범죄행위가 구체적인 공무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지는 이르지 아니하고 미수에 그친 경우에는 위계에 의한 공무집행방해죄로 처벌

할 수 없다.

(대법원 2003.02.11. 선고 2002도4293 판결)

<검토> 위계에 의한 공무집행방해죄는 미수를 처벌하는 규정이 없으므로 (그릇된 행위나 처분을 하는, 구체적인 공무집행을 저지하는, 현실적으로 곤란하게 하는) 결과가 발생한 기수의 경우에만 처벌한다는 지극히 당연한 문구 다라고 생각하면서 눈으로 익혀 두면 족하다.

㉓ 옳다. **<판례의 입장>** 경찰관직무집행법 제3조 제4항은 경찰관이 불심검문을 하고자 할 때에는 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 한다고 규정하고, 경찰관직무집행법 시행령 제5조는 위 법에서 규정한 신분을 표시하는 증표는 경찰관의 공무원증이라고 규정하고 있는데, 불심검문을 하게 된 경위, 불심검문 당시의 현장상황과 검문을 하는 경찰관들의 복장, 피고인이 공무원증 제시나 신분 확인을 요구하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여, 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 신분증을 제시하지 않았다고 하여 그 불심검문이 위법한 공무집행이라고 할 수 없다.

☞ 출동한 공소의 1, 2는 **경찰 정복차림**이었고, 피고인이 위 경찰관들에게 신분증 제시 등을 요구한 적도 없으며, 욕설을 하며 바깥으로 나가려고 하다가 제지하는 위 경찰관들을 폭행한 사실을 알 수 있는바, 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 당시 피고인은 위 공소의 1 등이 경찰관이고 검문하는 이유가 자신에 관한 범죄행위 때문임을 모두 알고 있었다고 보이므로, 이러한 상황에서 위 경찰관들이 피고인에게 신분증을 제시하거나 그 소속 등을 밝히지 않았다고 하여 그 불심검문이 위법한 공무집행이라고 볼 수 없다. - 공무집행방해죄 및 상해죄가 성립한다는 취지.

(대법원 2014.12.11. 선고 2014도7976 판결)

<검토> 『피고인이 충분히 알고 있었다 ⇒ 신분증 제시 불필요 ⇒ 신분증 제시 없는 불심검문 적법 ⇒ 공집방 성립』으로 정리하면 된다.

문20. 【정답】 ④

【해설】

③ 옳은 것은 ㉑, ㉒, ㉓ 3개 모두이다.

㉑ 옳다. **<법조문> 형법 제151조(범인은닉과 친족간의 특례)** : ① 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 전항의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.

<검토> 친족 등이 범인을 은닉 또는 도피시키는 행위는 친족 간의 정을 고려할 때 비난할 수 없어 책임이 조각되어 범죄가 성립하지 않는다는 취지의 조문이다.

㉒ 옳다. **<판례의 입장>** 범인도피죄는 범인을 도피하게 함으로써 기수에 이르지만 범인도피행위가 계속되는 동안에는 범죄행위도 계속되고 행위가 끝날 때 비로소 범죄행위가 종료되고, 공범자의 범인도피행위의 도중에 그 범행을 인식하면서 그와 공동의 범의를 가지고 기왕의 범인도피상태를 이용하여 스스로 범인도피행위를 계속한 자에 대하여는 범인도피죄의 공동정범이 성립한다.

(대법원 1995.09.05. 선고 95도577 판결)

<검토> 범인도피죄는 기수시와 종료시가 불일치하는 계속범인데, 기수시 이후 종료시 이전에 공동의 범의(공모)가 성립할 수 있다는 취지의 판례이다.

종료이전까지는 행위가 계속되고 있으므로 『형법의 표준시는 행위시이다.』라는 원칙에 따라 행위시에 공동의 범의(공모)가 존재하는 경우이므로 판례의 태도는 타당하다. 다만, 승계적 공동정범의 법리에 따라 가담 이후 부분에 대해서만 책임을 질 것이다.

㉓ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 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, 위협범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니한다.

[2] 범인이 기소중지자임을 알고도 범인의 부탁으로 다른 사람의 명의로 대신 임대차계약을 체결해 준 경우, 비록 임대차계약서가 공시되는 것은 아니라 하더라도 수사기관이 탐문수사나 신고를 받아 범인을 발견하고 체포하는 것을 곤란하게 하여 범인도피죄에 해당한다.

(대법원 2004.03.26. 선고 2003도8226 판결)

<검토> 간단히 『임대차계약 ⇒ 범인도피장소를 위한 부동산 임대차계약 ⇒ 범인도피죄 성립』으로 정리하면 된다.