

2021년도 2.27 출제 법원사무직 형법 강평 및 해설 1번 책형

[강 평]

올해의 형법 문제는 여러 영역에서 골고루 출제되었습니다. 주된 출제 영역을 살펴보면, 강요죄와 협박죄의 복합문제, 직권남용죄(이 문제는 최근 사태와 관련해 출제를 예상하여 강의 시간에 여러 번 강조함), 절도죄, 사기죄, 예비·음모죄, 교사범, 횡령죄, 공갈죄, 업무방해죄, 약취유인죄, 전자기록위작죄와 공문서부정행사죄의 복합문제, 범죄단체조직죄와 소요죄, 다중불해산죄의 복합문제, 포괄일죄, 장물죄, 무고죄, 가중감경의 순서, 친족상도례, 배임죄, 몰수와 경합범의 복합문제, 성적 자유에 대한 범죄, 위법성조각사유, 재물손괴죄, 명예훼손죄, 방조범, 책임능력에 관한 문제입니다. 대체로 우리 모의고사의 범위를 벗어나지 않았고 모두 내 마무리 자료와 설날판례특강에 모두 기재되어 있는 내용들입니다. 다만, 1책형 9번의 업무방해죄에 관한 판례는 어느 기본서에도 어느 마무리교재에도 없는 판례여서, 이 문제만큼은 형법의 변별력을 위하여 출제하였다고 생각합니다. 그 문제를 제외하고는 이번 시험 역시 나의 강의는 적중하였다고 감히 자부합니다. 수업시간에 강조한 판례들이 특히 많이 나왔습니다. 그중 총론에 속하는 문제가 8문제, 그리고 각론에 속하는 문제가 17문제라 할 수 있습니다. 난이도를 살펴보면, 아무래도 복합문제가 네 문제 정도 출제되어 수험생들이 풀기에 쉽지는 않았으리라 생각합니다. 시험을 마치고 나오는 수험생들이 무난하다고 평가해서 잠시 그리 생각했으나 실제 문제를 풀면서 해설을 달아보니 이견 작년도 시험에 비해 난도가 두세 문제 이상 높아졌다는 생각을 금할 수 없습니다. 특히 지문의 길이가 매우 긴 문제들이 너댓 문제 있어서 수험생들의 체감난도는 더욱 높았으리라 생각합니다. 따라서 이번 시험은 전반적으로 볼 때에 작년도에 비해 상당히 어려운 출제였다고 생각합니다. 다만, 업무방해죄를 제외하고는 나의 마무리 자료와 설날판례특강 등에 모두 있는 내용이라서 착실하게 공부한 우리 수험생들은 그리 걱정하지 않아도 되리라 생각합니다.

[정답 및 해설]

1번 정답 ④

대법원 2012. 8. 17. 2011도10451

피고인이 혼자 술을 마시던 중 甲 정당이 국회에서 예산안을 강행처리하였다는 것에 화가 나서 공중전화를 이용하여 경찰서에 여러 차례 전화를 걸어 전화를 받은 각 경찰관에게 경찰서관할구역 내에 있는 甲 정당의 당사를 폭파하겠다는 말을 한 사안에서, 피고인은 甲 정당에 관한 해약을 고지한 것이므로 각 경찰관 개인에 관한 해약을 고지하였다고 할 수 없고, 다른 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 甲 정당에 대한 해약의 고지가 각 경찰관 개인에게 공포심을 일으킬 만큼 서로 밀접한 관계에 있다고 보기 어렵는데도, 이와 달리 피고인의 행위가 각 경찰관에 대한 협박죄를 구성한다고 본 원심판결에 협박죄에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. ⇨ **1단계 자료 296쪽**

2번 정답 ③

직권남용 행위의 상대방이 일반 사인인 경우 특별한 사정이 없는 한 직권에 대응하여 따라야 할 의무가 없으므로 그에게 어떠한 행위를 하게 하였다면 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당할 수 있다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도5186 판결). ⇨ **최신판례특강자료 119쪽 및 설날판례특강자료 149번의 2번 지문**

3번 정답 ①

대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도14139 판결

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. ⇨ **마무리 1단계 자료 367-8쪽**

4번 정답 ④

대법원 2019. 5. 30. 선고 2019도1839

... **의료인으로서 자격과 면허를 보유한 사람이** 의료법에 따라 의료기관을 개설하여 건강보험의 가입자 또는 피부양자에게 국민건강보험법에서 정한 요양급여를 실시하고 국민건강보험공단으로부터 요양급여비용을 지급받았다면, **설령 그 의료기관이 다른 의료인의 명의로 개설·운영되어 의료법 제4조 제2항을 위반하였다**도 그 자체만으로는 국민건강보험법상 요양급여비용을 청구할 수 있는 요양기관에서 제외되지 아니하므로, 달리 요양급여비용을 적법하게 지급받을 수 있는 자격 내지 요건이 흠결되지 않는 한 국민건강보험공단을 피해자로 하는 사기죄를 구성한다고 할 수 없다. ⇨ **마무리 1단계 자료 395쪽**

5번 정답 ④

대판 2013.11.14, 2013도7494

타인의 사망을 보험사고로 하는 생명보험계약을 체결함에 있어 제3자가 피보험자인 것처럼 가장하여 체결하는 등으로 그 유효요건이 갖추어지지 못한 경우에도, **보험계약 체결 당시에 이미 보험사고가 발생하였음에도 이를 숨겼다거나 보험사고의 구체적 발생 가능성을 예견할 만한 사정을 인식하고 있었던 경우 또는 고의로 보험사고를 일으키려는 의도를 가지고 보험계약을 체결한 경우와 같이 보험사고의 우연성과 같은 보험의 본질을 해칠 정도라고 볼 수 있는 특별한 사정이 없는 한, 그와 같이 하자 있는 보험계약을 체결한 행위만으로는 미필적으로라도 보험금을 편취하려는 의사에 의한 기망행위의 실행에 착수한 것으로 볼 것은 아니다.** 그러므로 그와 같이 기망행위의 실행의 착수로 인정할 수 없는 경우에 피보험자 본인임을 가장하는 등으로 보험계약을 체결한 행위는 단지 장차의 보험금 편취를 위한 **예비행위**에 지나지 않는다. ⇨ **마무리 1단계 자료 419쪽**

6번 정답 ①

①(O) 대법원 2012도2744 교사범이란 정범인 피교사자로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립하므로, 교사자의 교사행위에도 불구하고 피교사자가 범행을 승낙하지 아니하거나 피교사자의 범행결의가 교사자의 교사행위에 의하여 생긴 것으로 보기 어려운 경우에는 이른바 실패한 교사로서 형법 제31조 제3항에 의하여 교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌할 수 있을 뿐이다. ⇨ **1단계 마무리 198쪽**

②(X) 교사자는 피교사자에게 피해자를 “정신을 차릴 정도로 때려주라”고 지시했고, 이에 피교사자는 피해자를 폭행하다가 살해 하였다면, ‘정신을 차릴 정도로 때려주라’고 말한 것은 **상해의 교사**에 해당한다. 그러나 그렇게 말한 것만으로는 교사자가 그 결과로 인하여 피해자가 죽을 수도 있다는 것을 예견하였다고 볼 수 없으므로, **상해치사죄의 교사범**으로는

처벌할 수 없고 상해죄에 대한 교사로 봄이 상당하다.(대판 1997.6.24. 97도1075) ⇨ **마무리 1단계 196쪽**

③(X) 대법원 91도542 막연히 “범죄를 하라”거나 “절도를 하라”고 하는 등의 행위만으로는 교사행위가 되기에 부족하다 하겠으나, 타인으로 하여금 일정한 범죄를 실행할 결의를 생기게 하는 행위를 하면 되는 것으로서 교사의 수단방법에 제한이 없다 할 것이므로, 교사범이 성립하기 위하여는 범행의 일시, 장소, 방법 등의 세부적인 사항까지를 특정하여 교사할 필요는 없는 것이고, 정범으로 하여금 일정한 범죄의 실행을 결의할 정도에 이르게 하면 교사범이 성립된다. ⇨ **기본서 형법총론 421쪽. 마무리 1단계 197쪽**

④(X) 대리응시자들의 시험장의 입장은 시험관리자의 승낙 또는 그 추정적 의사에 반한 불법침입이라 아니할 수 없고 따라서 피고인이 대리응시자에게 시험장 입장을 교사한 이상 주거침입교사죄가 성립한다고 아니할 수 없다.(대판 1967.12.19. 67도1281 - 묵시적 교사행위 인정) ⇨ **마무리 1단계 196쪽**

7번 정답 ①

가.(0) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2019도11766 판결

횡령 범행으로 취득한 돈을 공범자끼리 수수한 행위가 공동정범들 사이의 범행에 의하여 취득한 돈을 공모에 따라 내부적으로 분배한 것에 지나지 않는 경우, 별도로 그 돈의 수수행위에 관하여 뇌물죄가 성립하는지 여부(소극) 및 그와 같이 수수한 돈의 성격을 뇌물로 볼 것인지 횡령금의 분배로 볼 것인지 판단하는 기준

횡령 범행으로 취득한 돈을 공범자끼리 수수한 행위가 공동정범들 사이의 범행에 의하여 취득한 돈을 공모에 따라 내부적으로 분배한 것에 지나지 않는다면 별도로 그 돈의 수수행위에 관하여 뇌물죄가 성립하는 것은 아니다.

⇨ **마무리 1단계 568쪽**

나.(0) 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019도9773 판결

[1] 횡령죄의 객체인 타인의 재물이 누구의 소유인지가 횡령죄의 성립에 영향을 미치는지 여부(소극) / 주식회사의 주주나 대표이사 또는 그에 준하여 회사 자금의 보관이나 운용에 관한 사실상의 사무를 처리하는 자가 회사 소유의 재산을 사적인 용도로 함부로 처분한 경우, 횡령죄가 성립하는지 여부(적극)

[2] 피고인들이 공모하여 甲 주식회사 등 피해 회사가 납품하는 물품을 마치 피해 회사의 자회사로서 서류상으로만 존재하는 乙 주식회사 등이 납품하는 것처럼 서류를 꾸며 피해 회사가 지급받아야 할 납품대금을 자회사 명의의 계좌로 지급받아 급여 등의 명목으로 임의로 사용하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)으로 기소된 사안에서, 피고인들이 피해 회사의 자회사 계좌를 이용하여 피해 회사의 납품대금을 횡령한 사건에서 법인격 부인 여부에 따라 횡령죄의 성립이 좌우되는 것은 아니라고 한 사례 ⇨ **마무리 1단계 441쪽**

다.(0) 대판 2010도17684

피고인과 갑 회사가 동업약정을 맺고 사업을 진행하다가 을 회사에 사업권을 양도하는 양도양수계약을 체결한 다음 이익금을 같은 비율로 분배하기로 약정하였는데도, 피고인이 을 회사에게서 송부받은 일부 계약금을 보관 중 갑 회사 대표이사의 승낙 없이 그 대부분을 임의로 소비한 경우, 피고인은 지분비율에 관계없이 임의로 소비한 금액 전부에 대하여 횡령죄의 죄책을 부담한다. ⇨ **마무리 1단계 442쪽**

라.(0) 대판 1996.1.23, 85도784

횡령죄에 있어 부동산에 대한 보관자의 지위는 그 부동산에 대한 점유를 기준으로 할 것이 아니라 그 부동산을 유효하게 처분할 수 있는 권능이 있는지의 여부를 기준으로 하여 결정하여야 할 것이고,... ⇨ **마무리 1단계 433-434쪽**

8번 정답 ④

공무원이 직무집행의 의사 없이 또는 직무처리와 대가적 관계없이 타인을 공갈하여 재물을 교부하게 한 경우에는 공갈죄만이 성립하고, 이러한 경우 재물의 교부자가 공무원의 해약의 고지로 인하여 외포의 결과 금품을 제공한 것이 라면 그는 공갈죄의 피해자가 될 것이고 뇌물공여죄는 성립될 수 없다(대판 1994.12.33, 94도2528). ⇨ **마무리 1단계 573쪽**

9번 정답 ①

- ① (O)대법원 2012도12377 해외건설협회로부터 해외 건설공사기성실적증명서를 허위로 발급받아 이를 대한건설협회에 제출하여 국가종합전자조달 시스템에 입력되게 함으로써 거액의 관급공사의 낙찰자격을 획득한 후 실제로 여러 관급공사를 낙찰 받거나 위 김01 등에게 낙찰 받게 함으로써 위계로써 한 국농어촌공사 충남지역본부 부여지사의 계약담당 직원과 대전광역시 하천관리사업소 등 계약공무원의 공사계약입찰 및 계약체결에 관한 정당한 직무집행을 방해한 사실을 인정할 수 있다는 이유로, 피고인들에 대한 이 부분 업무방해 및 위계공무집행방해의 공소사실을 모두 유죄로 인정한 것은 정당하다.
- ②(X)대법원 2007도5095 피고인들이 노래방 업주인 D로 하여금 행정처분을 받게 할 목적으로 D 운영의 노래방에서 주류제공 및 접대부 알선을 요구한 후 경찰에 신고하였다고 하더라도, D이 이 사건 이전에도 자신의 노래방에서 주류 판매, 접대부 알선의 행위로 형사처벌받은 전력이 있는 점 등 기록에 나타난 사정에 비추어 보면, 이 사건 당시 피고인들이 행위로 인하여 D이 오인, 착각을 일으켜 종전에 하지 않던 주류제공 및 접대부 알선을 비로소 하게 된 것으로는 볼 수 없다.
- ③ (X)대법원 2008도9947 피고인이 단순히 조합사무장에게 조합에 제출된 서면결의서의 접수를 거부하도록 지시하여 그 접수가 이루어지지 않도록 하였다는 것만으로 그 명의자인 조합원들에게 어떠한 오인·착각 또는 부지를 일으키게 하였다는 것인지 이해하기 어렵다. 나아가 그러한 접수거부의 지시 후 피고인이 그 서면결의서에 의한 결의권 행사를 총회결의에 반영하지 않는 행위에 해당 조합원들의 무슨 오인·착각 또는 부지를 이용하는 부분이 있었다고 할 수 없다. 그 밖에 피고인이 당시 조합장으로서 조합에 제출된 서면결의서가 조합정관이 정한 방식에 적합하지 않다고 판단하여 총회결의에서 이를 배제하면서도 사전에 그 명의자인 조합원들에게 알리지 아니하여 결과적으로 총회간건 통과 여부에 관한 그들의 기대나 예상에 어긋나는 결과를 발생시켰다고 하더라도, 그러한 업무수행의 적정성은 별론으로 하고, 서면결의서의 명의자인 조합원들을 상대로 피고인이 어떠한 위계를 쓴 것으로는 평가할 수 없다.
- ④ (X)대법원 2006도9028 이 사건 도로부분은 조경포지농장을 운영하는 피해자가 위 농장 출입을 위하여 사용해 온 현황도로의 일부인데, 피고인이 위와 같이 이 사건 도로부분의 통행을 막기 오래 전부터, 위 현황도로 중 이 사건 도로부분의 북쪽 바로 위 지점에서 (중략) 연결하는 비포장도로가 이 사건 도로부분의 대체도로로 개설되어 있었고, 위 대체도로로도 조경수 운반차량 등의 통행이 가능하였다. 피고인이 피해자가 조경수 운반을 위하여 사용하던 피고인 소유 토지 위의 현황도로에 축대를 쌓아 그 통행을 막은 사안에서, 그 도로폐쇄에도 불구하고 대체도로를 이용하여 종전과 같이 조경수 운반차량 등을 운행할 수 있어 피해자의 조경수 운반업무가 방해되는 결과발생의 염려가 없었다.

10번 정답 ②

형법 제287조의 미성년자유인죄를 범한 사람이 유인된 사람을 안전한 장소로 풀어준 때에는 그 형을 감경할 수 있다(임의적 감경). ⇨ **마무리 1단계 302쪽, 306쪽**

11번 정답 ②

대법원 2020. 8. 27. 2019도11294

작성권한 있는 자가 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성한 행위가 형법 제232조의2에서 정한 사전자기기록의 '위작'에 해당하는지 여부(적극) ⇨ **마무리 1단계 527쪽**

12번 정답 ①

①(X) 대법원 2020. 8. 20. 2019도16263 범죄단체조직 등

형법 제114조에서 정한 '범죄를 목적으로 하는 집단'이란 특정 다수인이 사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 범죄를 수행한다는 공동목적 아래 구성원들이 정해진 역할분담에 따라 행동함으로써 범죄를 반복적으로 실행할 수 있는 조직체계를 갖춘 계속적인 결합체를 의미한다. '범죄단체'에서 요구되는 '최소한의 통솔체계'를 갖출 필요는 없지만, 범죄의 계획과 실행을 용이하게 할 정도의 조직적 구조를 갖추어야 한다. ⇨ **마무리 1단계 502쪽**

② 제115조(소요) 다중이 집합하여 폭행, 협박 또는 손괴의 행위를 한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역이나 금고 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다. ⇨ **마무리 1단계 503쪽**

③ 제116조(다중불해산) 폭행, 협박 또는 손괴의 행위를 할 목적으로 다중이 집합하여 그를 단속할 권한이 있는 공무원으로부터 3회 이상의 해산명령을 받고 해산하지 아니한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다. ⇨ **기본서 형법각론 425쪽**

④ 제118조(공무원자격의 사칭) 공무원의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사한 자는 3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다. 따로 미수범 처벌규정은 없다. ⇨ **마무리 1단계 503쪽**

13번 정답 ②

대법원 2003.8.22, 선고 2002도5341

포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 다른 종류의 죄의 확정판결의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 그 죄는 2죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위 시에 완성되는 것이다. ⇨ **마무리 1단계 218쪽**

14번 정답 ④

대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도1203

형법 제362조 제2항에 정한 장물알선죄에서 '알선'이란 장물을 취득·양도·운반·보관하려는 당사자 사이에 서서 이를 중개하거나 편의를 도모하는 것을 의미한다. ... 장물인 귀금속의 매도를 부탁받은 피고인이 그 귀금속이 장물임을 알면서도 매매를 중개하고 매수인에게 이를 전달하려다가 매수인을 만나기도 전에 체포되었다 하더라도, ... 그 알선에 의하여 장물에 관한 계약이 성립하지 아니하였거나 장물의 점유가 현실적으로 이전되지 아니한 경우라도 ... 위 귀금속의 매매를 중개함으로써 장물알선죄가 성립한다. ⇨ **마무리 1단계 489쪽**

15번 정답 ③

신고 사실이 친고죄로서 신고 내용 자체에 의하여 고소기간의 도과가 분명한 경우, 무고죄의 성부(대판 1998. 4. 14)

타인으로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 공무소에 대하여 허위의 사실을 신고하였다고 하더라도, 그 사실이 친고죄로서 그에 대한 고소기간이 경과하여 공소를 제기할 수 없음이 그 신고내용 자체에 의하여 분명한 때에는 당해 국가기관의 직무를 그르치게 할 위험이 없으므로 이러한 경우에는 무고죄는 성립하지 아니한다. ⇨ **마무리 1단계 617쪽**

16번 정답 ①

가중·감경의 순서 - "각. 특. 누. 범. 경. 작"

- ① 각칙 본조에 의한 가중 -- 상습범, 특수범죄
- ② 특수교사·특수방조 가중
- ③ 누범 가중
- ④ 법률상 감경
- ⑤ 경합범 가중
- ⑥ 작량감경 ⇨ **마무리 1단계 250쪽**

17번 정답 ④

대법원 2003.12.12, 선고 2003도4533 [증거인멸·범인도피]

사실혼관계에 있는 자가 형법 제151조 제2항 및 제155조 제4항 소정의 '친족'에 해당하는지 여부(소극)

형법 제151조 제2항 및 제155조 제4항은 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 범인도피죄, 증거인멸죄 등을 범한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하고 있는바, 사실혼관계에 있는 자는 민법 소정의 친족이라 할 수 없어 위 조항에서 말하는 친족에 해당하지 않는다. ⇨ **마무리 1단계 604쪽**

18번 정답 ②

대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결 [사기·배임]

[다수의견]

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가할 때 성립하는 것이므로 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 지위에 있어야 한다. 여기에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면, 타인의 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인을 위하여 대행하는 경우와 같이 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데에 있어야 한다. 이익대립관계에 있는 통상의 계약관계에서 채무자의 성실한 급부이행에 의해 상대방이 계약상 권리의 만족 내지 채권의 실현이라는 이익을 얻게 되는 관계에 있다거나, 계약을 이행함에 있어 상대방을 보호하거나 배려할 부수적인 의무가 있다는 것만으로는 채무자를 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 수 없고, 위임 등과 같이 계약의 전형적·본질적인 급부의 내용이 상대방의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 경우에 해당하여야 한다.

채무자가 급전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도담보로 제공함으로써 채권자인 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되었다더라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 채무자를 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없고, 그가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실행에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.

⇨ **마무리 1단계 459쪽 . “뿐만 아니라 타인 소유의 재물을 보관하는 자가 아니므로 횡령죄도 성립하지 않는다.”**

19번 정답 ①

물수와 소유권의 관계

형사법상 물수는 공소사실에 관하여 형사재판을 받는 피고인에 대한 유죄의 판결에서 다른 형에 부가하여 선고되는 형인 점에 비추어, 피고인 이외의 제3자의 소유에 속하는 물건에 대하여 물수를 선고한 판결의 효력은 원칙적으로 물수의 원인이 된 사실에 관하여 유죄의 판결을 받은 피고인에 대한 관계에서 그 물건을 소지하지 못하게 하는 데 그치고 그 사건에서 재판을 받지 아니한 제3자의 소유권에 어떤 영향을 미치는 것은 아니다(대판 1999.5.11, 99다12161). ⇨ **마무리 1단계 237쪽**

20번 정답 ②

대법원 2020. 8. 27. 선고 전원합의체 판결 2015도9436

아동·청소년의성보호에관한법률 위반(위계등간음)

[판시사항]

[위계에 의한 간음죄에서 위계의 의미]

위계에 의한 간음죄에서 행위자가 간음의 목적으로 상대방에게 일으킨 오인, 착각, 부지는 간음행위 자체에 대한 오인, 착각, 부지를 말하는 것이지 간음행위와 불가분적 관련성이 인정되지 않는 다른 조건에 관한 오인, 착각, 부지를 가리키는 것은 아니라고 보아야 하는지 여부(소극)

[판결요지]

1. 행위자가 간음의 목적으로 피해자에게 오인, 착각, 부지를 일으키고 피해자의 그러한 심적 상태를 이용하여 간음

의 목적을 달성하였다면 위계와 간음행위 사이의 인과관계를 인정할 수 있고, 따라서 위계에 의한 간음죄가 성립한다.

2. 다만 행위자의 위계적 언동이 존재하였다는 사정만으로 위계에 의한 간음죄가 성립하는 것은 아니므로 위계적 언동의 내용 중에 피해자가 성행위를 결심하게 된 중요한 동기를 이를 만한 사정이 포함되어 있어 피해자의 자발적인 성적 자기결정권의 행사가 없었다고 평가할 수 있어야 한다. 이와 같은 인과관계를 판단함에 있어서는 피해자의 연령 및 행위자와의 관계, 범행에 이르게 된 경위, 범행 당시와 전후의 상황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.
3. 한편 위계에 의한 간음죄가 보호대상으로 삼는 아동·청소년, 미성년자, 심신미약자, 피보호자·피감독자, 장애인 등의 성적 자기결정 능력은 그 나이, 성장과정, 환경, 지능 내지 정신기능 장애의 정도 등에 따라 개인별로 차이가 있으므로 간음행위와 인과관계가 있는 위계에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 구체적인 범행 상황에 놓인 피해자의 입장과 관점이 충분히 고려되어야 하고, 일반적·평균적 판단능력을 갖춘 성인 또는 충분한 보호와 교육을 받은 또래의 시각에서 인과관계를 쉽사리 부정하여서는 안 된다.
4. 이와 달리 위계에 의한 간음죄에서 행위자가 간음의 목적으로 상대방에게 일으킨 오인, 착각, 부지는 간음행위 자체에 대한 오인, 착각, 부지를 말하는 것이지 간음행위와 불가분적 관련성이 인정되지 않는 다른 조건에 관한 오인, 착각, 부지를 가리키는 것은 아니라는 취지의 종전 판례인 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001도5074 판결, 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도2029 판결, 대법원 2007. 9. 21. 선고 2007도6190 판결, 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도9119 판결, 대법원 2014. 9. 4. 선고 2014도8423, 2014전도151 판결 등은 이 판결과 배치되는 부분이 있으므로 그 범위에서 이를 변경하기로 한다. ⇨ **마무리 1단계 315쪽**

21번 정답 ③

대법원 2011. 9. 29. 선고 2011도6223

명의인이 문서의 작성일자 전에 이미 사망하였더라도 그러한 문서 역시 공공의 신용을 해할 위험성이 있으므로 사문서위조죄가 성립한다 ... 문서명의인이 이미 사망하였는데도 문서명의인이 생존하고 있다는 점이 문서의 중요한 내용을 이루거나 그 점을 전제로 문서가 작성되었다면 이미 문서에 관한 공공의 신용을 해할 위험이 발생하였다 할 것이므로, 그러한 내용의 문서에 관하여 사망한 명의자의 승낙이 추정된다는 이유로 사문서위조죄의 성립을 부정할 수는 없다. -- 사문서위조죄 및 동행사죄 성립 ⇨ **마무리 1단계 521쪽**

22번 정답 ④

가.(0) ⇨ **마무리 2단계 773번 ㉠ 지문**

나.(0) 대법원 2010.2.25 선고 2009도8473

재건축사업으로 철거가 예정되어 있었고 그 입주자들이 모두 이사하여 아무도 거주하지 않은 채 비어 있는 아파트 하더라도, 그 아파트 자체의 객관적 성상이 본래 사용목적인 주거용으로 사용될 수 없는 상태가 아니었고, 더욱이 그 소유자들이 재건축조합으로의 신탁등기 및 인도를 거부하는 방법으로 계속 그 소유권을 행사하고 있는 상황이었다면 위와 같은 사정만으로는 위 아파트가 재물로서의 이용가치나 효용이 없는 물건으로 되었다고 할 수 없으므로, 위 아파트는 재물손괴죄의 객체가 된다고 할 것이다. ⇨ **마무리 1단계 491쪽**

다.(0) 판결에 의해 명도받은 토지의 경계에 설치해 놓은 철조망과 경고판을 치워버림으로서 울타리로서의 역할을 해한 경우 재물손괴죄가 성립한다(대판 1982.7.13. 82도1057).

⇨ **마무리 1단계 492쪽**

라.(0) 대법원 2016.11.25, 선고 2016도9219 판결

자동문을 자동으로 작동하지 않고 수동으로만 개폐가 가능하게 하여 자동잠금장치로서 역할을 할 수 없도록 한 경우, 재물손괴죄가 성립하는지 여부(적극)

재물손괴죄는 타인의 재물, 문서 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해한 경우에 성립한다. 여기에서 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해하는 경우에는 물질적인 파괴행위로 물건 등을 본래의 목적에 사용할 수 없는 상태로 만드는 경우뿐만 아니라 일시적으로 물건 등의 구체적 역할을 할 수 없는 상태로 만들어 효용을 떨어뜨리는 경우도 포함된다. 따라서 자동문을 자동으로 작동하지 않고 수동으로만 개폐가 가능하게 하여 자동잠금장치로서 역할을 할 수 없도록 한 경우에도 재물손괴죄가 성립한다. ⇨ **마무리 1단계 492쪽**

23번 정답 ③

제307조 제1항의 사실적시에 의한 명예훼손죄와 제307조 2항의 허위사실적시에 의한 명예훼손죄는 반의사불벌죄이고, 형법 제308조의 사자명예훼손죄, 형법 제311조의 모욕죄는 친고죄이다. ⇨ **마무리 1단계 43쪽, 326쪽, ⇨ 마무리 2단계 523번 ①번 지문**

24번 정답 ①

① (0) 매도, 매수와 같이 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없고, 따라서 매도인에게 따로 처벌규정이 없는 이상 매도인의 매도행위는 그와 대향적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 매수범행에 대하여 공범이나 방조범 관계가 성립되지 아니한다... 정범의 판매 목적의 의약품 취득범행과 대항범 관계에 있는 정범에 대한 의약품 판매행위에 대하여는 형법총칙상 공범이나 방조범 규정의 적용이 있을 수 없어 정범의 범행에 대한 방조범으로도 처벌할 수 없다(대판 2001.12.28, 2001도5158). ⇨ **마무리 1단계 175쪽**

② (X) 대법원 2013.11.14, 선고 2013도7494 판결 [사기]
정범의 실행의 착수 이전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하기 위하여 방조한 경우, 종범이 성립하는지 여부(한정 적극)
종범은 정범이 실행행위에 착수하여 범행을 하는 과정에서 이를 방조한 경우뿐 아니라, 정범의 실행의 착수 이전에 장래의 실행행위를 미필적으로나마 예상하고 이를 용이하게 하기 위하여 방조한 경우에도 그 후 정범이 실행행위에 나아갔다면 성립할 수 있다. ⇨ **마무리 1단계 203쪽**

③ (X) 대법원 2005.4.29, 선고 2003도605
... 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다. 대법원 2010도9500, 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 한다. ⇨ **마무리 1단계 204쪽**

④ (X) 제32조(종범) ②종범의 형은 정범의 형보다 감경한다(필요적 감경). ⇨ **마무리 1단계 204쪽**

25번 정답 ③

③ 대법원 2018.9.13, 선고 2018도7658
형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이거나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다. ⇨ **마무리 1단계 136쪽**

① (X) 14세 미만은 행위시를 기준으로 하므로, 범행 당시 11세이면 형사미성년자에 해당하여 처벌할 수 없다. ⇨ **마무리 1단계 135쪽**

② (X) 대판 2002.5.24, 2002도1541
... 원칙적으로 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하지만, 그 이상으로 사물을 변별할 수 있는 능력에 장애를 가져오는 원래의 의미의 정신병이 도벽의 원인이거나 혹은 도벽의 원인이 충동조절장애와 같은 성격적 결함이라 할지라도 그것이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 있는 경우에는 그로 인한 절도 범행은 심신장애로 인한 범행으로 보아야 한다. ⇨ **마무리 1단계 137쪽**

④ (X) 제12조의 저항할 수 없는 폭력은 심리적 의미에서 육체적으로 어떤 행위를 절대적으로 하도록 만드는 경우와 윤리적 의미에서 강압된 경우를 말한다. 협박은 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 달리 막을 방법이 없는 경우를 말한다. 강요는 피강요자의 자유로운 의사결정을 하지 못하게 하면서 특정행위를 하게 하는 것을 말한다(대판 1983.12.13, 83도 2276). ⇨ **마무리 1단계 154쪽**