

제1편

형법총론

제1장 형법서론

제1절 형법의 기본개념

002번

- ① 사후입법에 의한 법률의 소급효금지원칙은 각칙상의 구성요건을 신설 또는 개정하는 경우를 의미하며, 총칙규정을 개정하여 처벌범위를 확장하는 경우는 포함하지 않는다.
- ③ 「형법」 제62조의2 제1항에 의하여 형의 집행을 유예하면서 부과하는 보호관찰은 형벌이 아니라 보안처분의 성격을 갖고 있으므로 소급효금지원칙이 적용되지 않는다.

- ① (X) 소급효금지의 원칙은 각칙상의 구성요건을 신설·개정하는 경우뿐만 아니라, 총칙규정을 개정하여 처벌의 범위를 확장하는 경우에도 적용된다.
- ③ (O) (대판 1997.6.13. 97도703).

006번

- ① 형벌법규에 대한 체계적·논리적 해석방법은 그 규정의 본질적 내용에 가장 접근한 해석을 위한 것으로서 죄형법정주의의 원칙에 부합한다.
- ③ 범죄 후 재판확정 전 법률의 변경에 의하여 형이 구벌보다 경하게 된 경우 그 법률 변경의 동기가 구벌에서 정한 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라 이루어졌다면 형법 제1조 제2항이 적용된다.

- ① (O) 대판 2007.6.14. 2007도2162.
- ③ (O) 판례는 동기설에 따라 법률변경의 동기가 구벌에서 정한 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라 이루어졌다면 형법 제1조 제2항이 적용된다.

008번

- 가. 구 국가공무원복무규정 제27조 제2항 제4호(명목 여하를 불문하고 금전 또는 물질로 특정 정당 또는 정치 단체를 지지 또는 반대하는 것)는 명확성의 원칙에 위배되었거나 모법인 국가공무원법 제65조 제4항의 위임범위를 벗어났다고 할 수 없다.
- 나. 강간상해죄를 1회 범한 것 외에 과거에 성폭력범죄로 소년보호처분을 받은 사실이 있는 경우는 특정범죄자에 대한 위치추적장치 등에 관한 법률 제5조 제1항 제3호에서 정한 성폭력범죄를 2회 이상 범한 경우에 해당한다.
- 라. 공개명령 제도가 시행되기 전에 범한 범죄에도 공개명령 제도를 적용하도록 아동·청소년의 성보호에 관한 법률이 개정되었다면, 이는 소급입법금지의 원칙에 반한다.

- 가. (O) (대판 2014.06.26. 2013도16368).
- 나. (X) '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(대판 2012.3.22. 2011도15057, 2011전도249 전합).
- 라. (X) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 정한 공개명령 제도는, 아동·청소년 대상 성범죄를 효과적으로 예방하고 성범죄로부터 아동·청소년을 보호함을 목적으로 하는 일종의 보안처분이다. 이러한 공개명령 제도는 형법에 관한 소급입법금지의 원칙이 그대로 적용되지 않는다(대판 2011.3.24. 2010도14393, 2010전도120).

010번

- ② 소년법에 대해서는 상대적 부정기형을 인정하더라도 죄형법정주의에 반하지 않는다.
- ③ 자신의 인터넷사이트에 음란사이트로 접속할 수 있도록 링크해 놓은 것이 음란정보의 전시에 해당한다고 해석하는 것은 죄형법정주의에 위배된다.

- ② (O) 상대적 부정기형은 형기를 수형자의 개선의 진도에 따르게 함으로써 교정교육의 효과를 기대하는 것으로 허용된다. 소년법에서는 소년법에 대하여 상대적 부정기형을 선고하도록 규정하고 있다(동법 제60조).
- ③ (X) 이미 음란한 부호 등이 불특정다수인에 의하여 인식될 수 있는 상태에 놓여 있는 다른 웹사이트를 링크의 수법으로 사실상 지배·이용함으로써 그 실질에 있어서 음란한 부호 등을 직접 전시하는 것과 다를 바 없다고 평가되고, 이에 따라 불특정다수인이 이러한 링크를 이용하여 별다른 제한 없이 음란한 부호 등에 바로 접할 수 있는 상태가 실제로 조성되었다면, 그러한 행위는 전제로 보아 음란한 부호 등을 공연히 전시한다는 구성요건을 충족한다고 봄이 상당하다(대판 2003.7.8. 2001도1335). <주> 죄형법정주의에 위반되지 않는다.

013번

- ㉔ 형벌법규의 해석에 있어서 법규정 문언의 가능한 의미를 벗어나는 경우에는 유추해석으로서 죄형법정주의에 위반되며, 유추해석금지의 원칙은 모든 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용된다.

- ㉔ (O) 대판 1997.03.20.96도1167 전합.

015번

[문제] 유추해석(적용)금지원칙에 위반되는 경우만을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 구 음반비디오물 및 게임물에 관한 법률 이 금지하는 ‘문화관광부장관이 정하여 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하는 행위’에 게임제공업자가 제공된 경품을 재매입하는 행위가 해당한다고 보는 경우
- ㄴ. 국가보안법 제7조 제1항, 제5항의 ‘소지’에 ‘블로그’ 등의 이름으로 개설된 사적 인터넷 게시공간의 운영자가 사적 인터넷 게시공간에 게시된 타인의 글을 삭제하지 아니하고 그대로 둔 행위를 ‘소지’에 해당한다고 보는 경우
- ㄷ. 구 형법 제347조의2의 컴퓨터등사용사기죄의 ‘부정한 명령을 입력하는 행위’에 타인의 인적 사항을 도용하여 타인 명의로 발급받은 신용카드의 번호와 그 비밀번호를 인터넷사이트에 입력함으로써 재산상 이익을 취득한 행위가 해당한다고 보는 경우

- ㄱ. 위반 ○ : 형벌법규를 지나치게 유추 또는 확장해석하여 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용될 수 없다(大判 2007.06.28. 2007도873).
- ㄴ. 위반 ○ : ‘블로그’, ‘미니 홈페이지’, ‘카페’ 등의 이름으로 개설된 사적(사적) 인터넷 게시공간의 운영자가 사적 인터넷 게시공간에 게시된 타인의 글을 삭제할 권한이 있는데도 이를 삭제하지 아니하고 그대로 두었다는 사정만으로 사적 인터넷 게시공간의 운영자가 타인의 글을 국가보안법 제7조 제5항에서 규정하는 바와 같이 ‘소지’하였다고 볼 수는 없다(大判 2012.1.27. 2010도8336). 따라서 소지에 해당한다고 보는 것은 유추해석금지원칙에 위반된다.
- ㄷ. 위반 X : 大判 2003.1.10. 2002도2363.

016번

- ① 유해화학물질관리법 제35조 제1항에서 금지하는 환각물질을 구체적으로 명확하게 규정하지 아니하고, 다만 그 성질에 관하여 ‘홍분, 환각 또는 마취의 작용을 일으키는 유해화학물질로서 대통령령이 정하는 물질’로 그 한계를 설정하여 놓고, 같은 법시행령 제22조에서 이를 구체적으로 규정하게 한 것은 죄형법정주의에 반하지 않는다.
- ② 구식품위생법상의 ‘일반인들의 전래적인 식생활이나 통념상 식용으로 하지 아니하는 것’이라는 표현은 명확성의 원칙에 반하지 않는다.
- ④ 채무자가 채권자에게 채무담보로 제공한 물건을 채권자가 제3자에게 보관시킨 경우 채무자가 제3자를 ‘기망’하여 물건을 교부받아 간 경우를 형법 제323조 소정의 권리행사방해죄의 ‘취거’로 보는 것은 죄형법정주의에 위배되지 않는다.

- ① (O) 大判 2000.10.27. 2000도4187.
- ② (O) 大判 2000.10.27. 2000도1007.
- ④ (X) 형법 제323조 소정의 권리행사방해죄에 있어서의 취거라 함은 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건을 그 점유자의 의사에 반하여 그 점유자의 점유로부터 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말하므로 점유자의 의사나 그의 하자있는 의사에 기하여 점유가 이전된 경우에는 여기에서 말하는 취거로 볼 수는 없다(大判 1988.2.23. 87도1952).

018번

- ① 식품위생법 제11조 제2항이 과대광고 등의 범위 및 기타 필요한 사항을 보건복지부령에 위임하고 있는 것은, 과대광고 등으로 인한 형사처벌에 관한 내용을 법률이 아닌 시행령에 규정하고 있다고 판단되므로 위임입법의 한계를 벗어난 것으로 죄형법정주의에 반한다.

- ㉠ 형벌규정요건의 명확성 정도는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다.
- ㉡ 공공기관의 운영에 관한 법률 제53조가 공기업의 임직원으로서 공무원이 아닌 사람은 형법 제129조의 적용에서는 이를 공무원으로 본다고 규정하고 있을 뿐 구체적인 공기업의 지정에 관하여는 하위규범인 기획재정부 장관의 고시에 의하도록 규정한 것은 위임입법의 한계를 일탈한 것으로서 죄형법정주의에 반한다.

- ㉠ (X) 식품위생법 제11조 및 같은법 시행규칙 제6조 제1항의 규정이 위임입법의 한계나 죄형법정주의에 위반된 것이라고 볼 수는 없다(大判 2002.11.26. 2002도2998)
- ㉡ (O) 大判 2008.05.29. 2008도1857
- ㉢ (X) 죄형법정주의에 위배되거나 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 볼 수 없다(大判 2013.06.13. 2013도1685).

019번

- ② 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 수권법률(위임법률)이 구성요건의 점에서는 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 전제로 위임입법이 허용된다.
- ③ 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법 개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령이 된다.

- ② (O) 大判 2002.11.26. 2002도2998
- ③ (O) 大判 1995.6.30. 93추83.

020번

- ㉠ 노동조합 관련 법률이 “단체협약에 위반한 자는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다”라는 규정을 두었다면, 이는 범죄구성요건의 실질적 내용을 단체협약에 포괄적으로 위임한 것이어서 법률주의의 원칙에 반한다.

- ㉡ (O) (헌재 1998. 3. 26. 96헌가20).

021번

- ㄷ. 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제3호에서 규정하는 ‘불안감’이란 구성요건요소는 명확성의 원칙에 반한다.

- ㄷ. (X) “불안감”이란 개념이 사전적으로 “마음이 편하지 아니하고 조마조마한 느낌”이라고 풀이되고 있어 이를 불명확하다고 볼 수는 없으므로, 위 규정 자체가 죄형법정주의 및 여기에서 파생된 명확성의 원칙에 반한다고 볼 수 없다(大判 2008.12.24. 2008도9581).

022번

- ㉠ 「형법」 (1953.9.18. 법률 제293호로 제정된 것) 제125조(폭행, 가혹행위) 중 ‘경찰에 관

한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행을 가한 때'와 관련된 부분은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반된다.

- ㉔ '아동의 덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서, 간행물, 광고물, 기타의 내용물의 제작 등의 행위'를 금지하고 이를 위반하는 자를 처벌하는 구 「아동복지법」 제18조 제11호, 제34조 제4호는 명확성의 원칙에 반한다.

- ㉔ (X) 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다(헌재 2015. 3. 26. 2013헌바140).
- ㉔ (O) 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배된다(헌재 2002. 2. 28. 99헌가8).

023번

- ㉔ 형의 장·단기가 전혀 정해지지 않은 절대적 부정기형은 명확성의 원칙에 반하여 허용되지 않지만, 장·단기 또는 장기가 규정되는 상대적 부정기형은 현행 법률에서 허용되고 있다.

- ㉔ (O) 부정기형에는 형의 장기와 단기가 전혀 정해지지 않은 절대적 부정기형과 형의 장기와 단기 또는 장기만 정해진 상대적 부정기형이 있다. 그러나 절대적 부정기형은 법적 안정성을 해하고 인권보장을 위태롭게 하므로 법정형이든 선고형이든 허용되지 않지만, 상대적 부정기형은 수형자의 개선의 정도에 다르게 함으로써 교정교육의 효과를 기대할 수 있으므로 허용이 된다. 현행 법률에서는 소년법에서 상대적 부정기형을 허용하고 있다.

024번

- ㉔ 청소년의 성보호에 관한 법률 제16조에 규정된 반의사불벌죄에서 피해자인 청소년에게 의 사능력이 있음에도 그 처벌을 회망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌회망 의사표시의 철회에 명문의 근거 없이 법정대리인의 동의가 필요하다고 보는 것은 죄형법정주의 내지 유추해석금지의 원칙에 위배된다.
- ㉔ 국내에서 출생한 소가 출생지 외의 지역에서 사육되다가 도축된 경우 해당 소가 어느 정도의 기간 동안 사육되면 비로소 사육지 등을 원산지표시할 수 있는지에 관하여 관계 법령에 아무런 규정이 없다면 특정 지역에서 일정 기간 사육된 소의 경우 쇠고기에 해당 시·도명이나 시·군·구명을 원산지표시하여 판매하였다고 하더라도 원산지 표시 규정 위반행위에 해당하지 않는다.

- ㉔ (O) (大判 2009.11.19. 2009도6058 전합).
- ㉔ (O) (大判 2012.10.25. 2012도3575).

024-1번

- ㉔ 형벌법규를 해석함에 있어서 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석도 허용된다.
- ㉔ 대한주택공사와 철거업체들 간의 도급계약이 처벌규정 신설 전에 체결되었다 하더라도, 그에 따른 건설폐기물의 처리행위가 처벌규정의 신설 후에도 종료되지 않고 계속적으로 이루어진 이상, 처벌규정 신설 후에 이루어진 무허가 처리업체에 의한 건설폐기물의 위탁처

리행위를 처벌하는 것은 형벌법규의 소급효금지원칙에 위배되지 않는다.

- ㉔ 소급효 금지의 원칙은 행위자를 위한 보호규범이다.
- ㉔ 도시 및 주거환경정비법 제84조가 주택재건축조합의 임원을 뇌물죄의 적용에 있어서 공무원으로 의제한 것은 과잉금지의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

- ㉔ (O) 大判 2003. 1. 10. 2002도2363.
- ㉔ (O) 즉시법이 아니고 그 도급계약에 따른 건설폐기물의 처리행위를 계속함으로써 위법상태가 지속되는 동안 범죄행위도 종료되지 않고 계속되는 계속범의 성격을 갖는 것이므로, 대한주택공사와 철거업체들 간의 도급계약이 처벌규정인 위 법률 조항이 신설되기 전에 체결되었다고 하더라도, 그에 따른 건설폐기물의 처리행위가 처벌규정의 신설 후에도 종료되지 않고 계속적으로 이루어진 이상, 처벌규정 신설 후에 이루어진 무허가 처리업체에 의한 건설폐기물의 위탁처리에 대하여 위 법률 조항이 적용된다고 판단하였다(大判 2009.01.30. 2008도8607)
- ㉔ (O) 소급효금지의 원칙은 행위자에게 불리한 사후법의 소급을 금지하는 것이므로, 행위자에게 유리한 행위자를 위한 보호규범이다.
- ㉔ (O) 大判 2007.4.27. 2007도694.

제2절 형법의 적용범위

029번

[문제] 다음 중 법적견해 변경으로 인한 법률변경으로 볼 수 없는 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 나. 협회등록법인이 아닌 단순한 등록법인의 미공개 정보를 이용한 내부자거래행위를 처벌대상에서 제외한 경우
- 다. 부동산중개업자가 둘 수 있는 중개보조원의 인원수 제한규정을 폐지한 경우
- 라. 숙박업소 종사자의 청소년 숙박업소 출입허용행위를 처벌대상에서 제외한 경우

- 나. (O) 종전의 조치가 부당하다는 데에서 나온 반성적 조치라고 보아야 할 것이므로 이는 범죄 후의 법령 개폐로 형이 폐지되었을 때에 해당한다(大判 1999.6.11. 98도3097).
- 다. (X) 중개보조원 고용인원수제한 규정이 폐지되었다고 하더라도 그 이전에 이미 범하여진 위반행위에 대한 가벌성이 소멸되는 것은 아니다(大判 2000.8.18. 2000도2943).
- 라. (O) 전의 조치가 부당하다는 데서 나온 반성적 조치라고 보아야 할 것이므로 이는 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니한 경우에 해당한다(大判 2000.12.8. 2000도2626).

033번

- ㉔ 소급효 금지의 원칙은 행위자를 위한 보호규범이다.

- ㉔ (O) 소급효금지의 원칙은 행위자에게 불리한 사후법의 소급을 금지하는 것이므로, 행위자에게 유리한 행위자를 위한 보호규범이다.

034번

- ㉔ '추행 목적의 유인죄'를 가중처벌 하였던 특정범죄 가중처벌등에 관한 법률 제5조의2 제4항을 삭제한 것은 종전의 조치가 과중하다는 데서 나온 반성적 조치이므로 형법 제1조 제2항의 '법률의 변경'에 해당한다.

- ㉠ 속지주의를 규정한 형법 제 2조에서 '죄를 범한'이란 범죄의 행위 또는 결과 어느 것이 라도 대한민국 영역 내에서 발생한 것을 의미하며, 기국주의를 규정한 형법 제4조 또한 이러한 속지주의의 확장으로 이해될 수 있다.
- ㉡ 특정 행위가 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법의 개정에 따라 '특정강력범죄'에 해당 하지 아니하게 된 경우도 형법 제1조 제2항의 범죄 후 법률의 변경에 해당한다.
- ㉢ 외국인이 외국에서 형법상 약취·유인죄나 인신매매죄 또는 그 미수범을 범한 경우에는 우리 나라 형법이 적용되지만, 단순히 같은 죄의 예비·음모를 한 데 불과한 경우에는 우리나라 형법이 적용되지 않는다.
- ㉣ 비상계엄이 해제되었다 하더라도 계엄실시 중의 계엄포고령 위반행위에 대한 형이 범죄 후 법령의 개폐로 폐지된 것에 해당한다고 볼 수 없으므로 계엄법위반죄로 처벌된다.

㉠ (O) 大判 2013.07.11. 2013도4862.

㉡ (O) 형법 4조는 "본법은 대한민국 영역 외에 있는 대한민국의 선박 또는 항공기 내에서 죄를 범한 외국인에게 적용한다."고 하여 속지주의의 확장인 기국주의를 규정하고 있다.

㉢ (O) 피고인이 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법상 '특정강력범죄'인 강도상해죄로 징역형을 선고받 아 그 형의 집행을 마친 때로부터 10년이 경과되기 전에 흥기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대함이 없이 단독으로 강간상해죄를 저질러 기소된 사안에서, 위 강간상해죄는 2010.3.31.자 개정 전의 위 특례법을 적용할 경우 '특정강력범죄'에 해당한다고 볼 수 있지만, 위 개정 후의 같은 법을 적용하면 '특정강력범죄'에 해당하지 아니하여 같은 법 제5조에 따라 집행유예 결정자라고 볼 수 없게 되므로, 피고인에게 유리한 위 개정 후의 같은 법에 따라 집행유예 결정자에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다(大判 20 10.10.28. 2010도7997).

㉣ (O) 제287조 부터 제292조까지 및 제294(미수범)조는 대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 외국인에게도 적용한다(형법 296조의2). 약취유인에 관한 예비·음모를 처벌하는 제296조에 대해 적용하지 않기에 단 순히 같은 죄의 예비·음모를 한 데 불과한 경우에는 우리나라 형법이 적용되지 않는다.

㉠ (O) 大判 1982.10.26. 82도1861.

035번

- ㄱ. 속지주의 원칙에서 범죄지의 결정기준은 범죄 결과 발생지뿐만 아니라 구성요건적 실행행 위가 이루어진 곳도 포함된다.
- ㄴ. 외국인이 독일에서 북한의 지령을 받아 베를린 주재 북한이식대표부를 방문하여 북한공작 원을 만나 반국가단체를 이롭게 한 행위에 대하여 우리나라 형법이 적용된다.
- ㄷ. 대한민국 영역 외에서 형법 제289조 제1항의 구성요건인 사람을 매대한 행위를 한 외국인 에 대해서는 우리나라 형법이 적용된다.

ㄱ. (O) 제2조 속지주의에서 '죄를 범한'이란 행위와 결과의 어느 것이라도 대한민국의 영역 내에서 발생하 면 족하다.

ㄴ. (X) 대한민국 국적을 상실하기 전의 방문행위는 국가보안법 제6조 제2항의 탈출에 해당하지만 대한민 국 국적을 상실한 후의 방문행위는 국가보안법 제6조 제2항의 탈출 개념에 해당하지 않는다(大判 200 8.4.17. 2004도4899 전합).

ㄷ. (O) 제287조 부터 제292조까지 및 제294조는 대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 외국인에게도 적용한다 (형법 296조의 2. 세계주의). 개정으로 세계주의 조항이 신설되어 위 경우 우리나라 형법이 적용된다.

036번

[문제] 다음 중 외국인이 대한민국 영역 외에서 범한 경우 우리 형법을 적용할 수 없는 범죄는?

- ㉠ 외교상기밀누설죄
- ㉡ 전시군수계약불이행죄
- ㉢ 국기비방죄
- ㉣ 소인말소죄

* 외국인의 국외범을 묻는 문제로 형법 5조의 적용이 가능한지 여부를 묻는 문제이다.

㉠ (X) 113조 외교상기밀누설죄의 경우 국교에 관한 죄에 규정되어 있다. 국교에 관한 죄의 경우 5조가 적용되지 않는다. 따라서 이 경우 외국인의 대한민국 영역 외에서 범한 죄에 대해 우리 형법을 적용할 수 없다.

㉡ (O) 형법103조에 규정되어 있는 전시군수계약불이행죄는 '외환의 죄'에 규정되어 있어 5조 2호가 적용 된다.

㉢ (O) 106조 국기비방죄의 경우 '국기에 관한 죄'에 규정되어 있어 형법 5조 3호의 적용을 받는다.

㉣ (O) 221조 소인말소죄의 경우 형법 5조 6호에 해당된다.

038번

- ㉠ 중국인이 일본 국적의 원양어선에서 한국인 선원을 살해한 경우 우리 「형법」이 적용된 다.
- ㉡ 영국인이 뉴욕항에 정박 중인 대한민국 국적의 화물선에서 미국인을 살해한 경우 우리 「형법」이 적용되지 않는다.
- ㉢ 독일인이 프랑스에서 대한민국 국민의 주민등록증을 위조한 경우 우리 「형법」이 적용되 지 않는다.
- ㉣ 한국인과 중국인이 미국인을 살해하기로 국내에서 공모하고 미국에서 실행행위를 한 경우 우리 「형법」이 적용되지 않는다.

㉠ (O) 한국인 선원을 살해한 행위는 대한민국 영역 외에서 외국인이 죄를 범한 경우로서 피해자가 대한 민국 국민이므로 제6조의 보호주의에 의하여 우리 형법이 적용된다.

㉡ (X) 본법은 대한민국 영역외에 있는 대한민국의 선박 또는 항공기내에서 죄를 범한 외국인에게 적용한 다(형법 4조). 기국주의에 의해 우리 형법이 적용된다.

㉢ (X) 형법 5조가 적용되어 우리 형법이 적용된다. 5조에 의해 국외에서 외국인에 의한 공문서위조죄의 경우 우리 형법이 적용된다.

㉣ (X) 형법 제2조를 적용함에 있어서 공모공동정범의 경우 공모지도 범죄지도 보아야 한다(大判 1998.1 1.27. 98도2734). 따라서 국내에서 공모를 한 경우 우리 형법이 적용된다.

039번

- ㉠ 한국 내의 공항에 기착한 외국항공기 내에서 외국인 승객이 다른 외국인 승객을 폭행한 경 우에 우리 형법이 적용되는 것은 속지주의에 기한 것이다.
- ㉡ 한국 영해 밖을 향해 중인 한국선박 내에서 외국인이 한국인 선원을 살해한 경우에 우리 형법이 적용되는 것은 보호주의에 기한다.
- ㉢ 외국에서 한국인이 강도를 행한 경우 우리 형법이 적용되는 것은 속인주의에 기한 것이다.
- ㉣ 외국에서 외국인이 한국의 공문서를 위조한 경우 우리 형법이 적용되는 것은 보호주의에 기한 것이다.

- ㉠ (O) 본법은 대한민국영역내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다(형법 2조). 외국항공기이지만 대한민국영역 내이므로 외국인에 대해서도 속지주의에 의해 우리 형법이 적용된다.
- ㉡ (X) 본법은 대한민국영역외에 있는 대한민국의 선박 또는 항공기내에서 죄를 범한 외국인에게 적용한다(형법 4조). 기국주의에 의해 우리 형법이 적용된다.
- ㉢ (O) 본법은 대한민국영역외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다(형법 3조). 속인주의에 의해 우리 형법이 적용된다.
- ㉣ (O) 본법은 대한민국영역외에서 다음에 기재한 죄(6호-공문서위조)를 범한 외국인에게 적용한다(형법 5조 6호). 6조 보호주의에 의해 우리 형법이 적용된다.

제2장 구성요건

제1절 구성요건의 일반이론

041번

[문제] 고소가 없어도甲이 처벌될 수 있는 경우로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 동생 甲이 누나 乙의 책상에서 연애편지를 발견하고는 이를 훔쳐보려고 봉투를 뜯었으나 마침 누나가 들어오는 바람에 그 내용을 읽지 못한 경우
- ② 이웃에 사는 형의 집에 놀러갔던 친동생 甲이 형과 다툰 후 화끈에 형이 아끼는 도자기를 바닥에 내리쳐 깨뜨린 경우
- ③ 평소 乙에게 원한을 가지고 있던 甲이, 乙의 사망한 부친이 일제강점기에 친일행위에 앞장섰다는 허위사실을 불특정 다수인에게 말한 경우
- ④ 甲이 이웃 사람들이 있는 자리에서 피해자가 듣는 가운데 구청직원에게 피해자를 가리키면서 “저 망할 년 저기 오네”라고 경멸하는 욕설 섞인 표현을 한 경우

- ① (X), ③ (X), ④ (X) 사자 명예훼손죄, 비밀침해죄, 모욕죄는 친고죄이다. 고소가 있어야 공소제기 할 수 있다.
- ② (O) 강도죄, 손괴죄, 강제집행면탈죄, 점유강취죄에는 친족상도례 준용규정이 없다.

042번

[문제] 다음 중 목적범이 아닌 것은 모두 몇 개인가?

- 가. 통화위조죄 나. 선거방해죄
다. 국가·국장모독죄 라. 명예훼손죄
마. 통화유사물 제조죄
바. 위조통화취득후지정행사죄

- ※ 통화위조죄(행사할 목적), 국가·국장모독죄(대한민국을 모욕할 목적), 통화유사물제조죄(판매할 목적)는 일정한 행위의 목적을 필요로 하는 목적범에 해당한다.
- ※ 선거방해죄(128조), 명예훼손죄(307조), 위조통화취득후지정행사죄(210조)는 목적범이 아니다. 따라서 목적범이 아닌 것은 모두 3개이다.

044번

[문제] 다음 중 목적범에 해당하는 것은 모두 몇 개인가?

- ㉠ 모해위증죄(형법 제152조 제2항)
㉡ 무고죄(형법 제156조)
㉢ 공정증서원본불실기재죄(형법 제228조 제1항)
㉣ 사문서부정행사죄(형법 제236조)
㉤ 허위진단서 등의 작성죄(형법 제233조)
㉥ 사전자기복위작·변작죄(형법 제232조의2)
① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

*목적범에 해당하는 것은 ㉠㉢㉤ 3개이다.

- ※ ㉠ 모해할 목적, ㉡ 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적, ㉤ 사무처리를 그리치게 할 목적
- ※ 문서에 관한 죄에서 각종 (부정)행사죄(㉢)와 공정증서원본불실기재죄(㉣), 허위진단서작성죄 등은 목적범이 아니다.

048번

[문제] 위험범에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 구체적 위험범에서의 위험은 구성요건표지이며 객관적 구성요건은 그 위험이 발생하였을 때 비로소 충족된다.
- ㄴ. 구체적 위험범에서의 위험은 고의의 인식대상이다.
- ㄷ. 중상해죄, 중유기죄, 중손괴죄, 중감금죄는 구성요건의 충족을 위해 구체적 위험의 발생을 요구하는 범죄이다.
- ㄹ. 형법상 구체적 위험범은 고의범뿐만 아니라 과실범의 형태로도 존재한다.

- ㄱ. (O) 구체적 위험범은 ‘위험의 발생’이 구성요건요소이며, 법익침해의 현실적 위험이 야기된 경우에 구성요건이 충족되는 범위를 말한다.
- ㄴ. (O) 고의의 인식대상은 객관적 구성요건요소이다. 구체적 위험범의 경우 위험은 구성요건요소이며 따라서 고의의 인식대상이 된다.
- ㄷ. (X) 중체포·감금죄는 구체적 위험의 발생을 요구하는 범죄가 아니다. 사람을 체포 또는 감금한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다(형법 277조).
- ㄹ. (O) 자기소유일반건조물실화죄(형법 제170조 제2항), 일반물건실화죄(형법 170조 2항), 과실일반건조물일수죄(형법 181조)는 형법상 구체적 위험범에 해당한다. 따라서 고의범뿐만 아니라 과실범의 형태로도 존재한다.

049번

- ③ 직무유기죄는 직무수행의 의무가 있음에도 불구하고 직무를 버린다는 인식 하에 그 의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 진정부작위범이다.

- ③ (X) 직무유기죄는 이른바 부정정부작위범으로서 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는

데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것이다(大判 1983.3.22. 82도3065).

058번

가. 회사 대표자의 위반행위에 대하여 징역형의 형량을 작량감경하고 병과하는 벌금형에 대하여 선고유예를 한 이상 양벌규정에 따라 그 회사를 처단함에 있어서도 같은 조치를 취하여야 한다.

가. (X) 회사 대표자의 위반행위에 대하여 징역형의 형량을 작량감경하고 병과하는 벌금형에 대하여 선고유예를 한 이상 양벌규정에 따라 그 회사를 처단함에 있어서도 같은 조치를 취하여야 한다는 논지는 독자적인 견해에 지나지 아니하여 받아들일 수 없다(大判 1995.12.12. 95도1893). <주> 작량감경에 대해서는 종업원과 고용주 간에 불가분의 원칙이 적용되지 않는다는 의미이다.

059번

[문제] S회사의 대표이사인 甲은 전임 대표이사가 A와 B에게 회사소유의 상가를 분양하여 대금전액을 완납 받았음을 알면서도 乙과 공모하여 이중분양하기로 하고 乙에게 위 상가의 소유권이전등기를 해주었다. 甲과 乙의 죄책에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 형법은 배임죄에 관하여 양벌규정을 두고 있으므로 대표이사 甲 이외에 S회사에 대해서도 벌금형을 부과할 수 있다.
- ④ 乙이 상가가 A와 B에 매도된 사실을 알고 있으면서 甲과 공모하여 자기명의로 소유권이전등기를 경료함으로써 甲의 배임행위에 적극 가담한 경우 乙은 배임죄의 공동정범으로 처벌될 수 있다.

- ③ (X) 법인은 기관인 자연인을 통하여 행위를 하게 되는 것이기 때문에, 자연인이 법인의 기관으로서 범죄행위를 한 경우에도 행위자인 자연인이 범죄행위에 대한 형사책임을 지는 것이고, 다만 법률이 목적을 달성하기 위하여 특별히 규정하고 있는 경우에만 행위자를 벌하는 외에 법률효과가 귀속되는 법인에 대하여도 벌금형을 과할 수 있을 뿐이다(大判 1994.2.8. 93도1483).
- ④ (O) 업무상배임죄의 실행으로 인하여 이익을 얻게 되는 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자를 배임의 실행행위자와 공동정범으로 인정하기 위하여는 실행행위자의 행위가 피해자 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 것을 알면서도 소극적으로 그 배임행위에 편승하여 이익을 취득한 것만으로는 부족하고, 실행행위자의 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담할 것을 필요로 한다(大判 2003.10.30. 2003도4382).

060번

- ① 법인격 없는 사단과 같은 단체는 법률에 명문의 규정이 없는 한 그 범죄능력은 없고 그 단체의 업무는 단체를 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없다.
- ④ 양벌규정에 '사업주인 법인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구벌보다 경한 경우에 해당하지 않으므로 개정된 양벌규정이 적용될 수 없다.

① (O) 大判 1997.01.24. 96도524.

④ (X) 사업주인 법인이 직원의 업무에 관한 관리감독의무를 게을리하지 아니한 경우에는 양벌규정에 의하여 처벌하지 않는다는 내용의 단서 규정이 추가된 경우, 이는 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구벌보다 경한 경우에 해당한다고 할 것이어서 형법 제1조 제2항에 따라 피고인 회사에는 위와 같이 개정된 양벌규정을 적용하여야 할 것이다(大判 2011.3.10. 2009도13080; 大判 2011.3.24. 2009도7230).

060-1번

- ① 법인의제설이 지배적인 입장인 영미법계의 영국과 미국에서는 법인의 범죄능력을 부정하여 법인에게 형벌을 부과하지 않는다.
- ② 별척조항이 신분자만을 처벌하고 있다면, 양벌규정에 근거하여 비신분자를 처벌할 수는 없다.
- ③ 법인은 업무방해죄의 가해자와 피해자가 될 수 있다.
- ④ 법인격 없는 사단과 같은 단체는 법률에 명문의 규정이 없는 한 그 범죄능력은 없고 그 단체의 업무는 단체를 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없다.

- ① (X) 실용주의적 형법관에 기초한 영미법계에서는 법인단속의 사회적 필요성을 중시하여 법인의 범죄능력을 긍정한다. 이렇듯 법인의 범죄능력의 문제는 법인의 본질에 관한 사법상의 이론과는 논리필연적인 관계에 있는 것이 아니다.
- ② (X) 위 양벌규정에 의하여 처벌할 수 있도록 한 행위자의 처벌규정임과 동시에 그 위반행위의 이익귀속 주체인 업무주에 대한 처벌규정이라고 할 것이다(大判 1999.07.15. 95도2870 전합).
- ③ (X) 大判 1984.10.10. 82도2595 전합. <주> 법인은 민법상 거래의 주체로 인정되어 권리능력이 인정되지만, 형법상 범죄능력은 부정된다는 의미이다. 그러므로 법인은 피해자는 될 수 있지만 가해자는 될 수 없다.
- ④ (O) (大判 1997.01.24. 96도524).

제2절 부작위범

063번

- ④ 자기의 아들이 물에 빠져 허우적거리고 있음을 알고도 망나니 같은 아들에 대해서는 구조의무가 없다고 생각하고 구조하지 않은 경우를 환각범이라 한다.

④ (X) 보증인지위와 작위의무의 체계적 지위에 관한 이분설(통설)에 의하면 보증인지위에 대한 착오는 구성요건적 착오(사실의 착오)에 해당하고, 작위의무에 대한 착오는 금지착오(법률의 착오, 위법성의 착오)에 해당한다. 사안의 경우 물에 빠져 허우적거리고 있는 사람이 자기의 아들이라는 사실은 인식하였으나 작위의무가 없다고 착오한 것이므로 금지착오에 해당한다. <주> 환각범은 반전된 금지착오로서, 예컨대 동성애가 처벌된다고 오인한 경우를 말한다.

064번

- ① 임대인이 임대차계약을 체결하면서 임차인에게 임대목적물이 경매진행 중인 사실을 알리지 아니한 경우, 임차인이 등기부를 확인 또는 열람하는 것이 가능하더라도 사기죄가 성립한다.

- ① (O) 임대인이 임대차계약을 체결하면서 임차인에게 임대목적물이 경매진행중인 사실을 알리지 아니한 경우, 임차인이 등기부를 확인 또는 열람하는 것이 가능하더라도 사기죄가 성립한다(大判 1998.12.8. 98도3263).

065번

- ③ 부진정부작위범은 부진정신분범에 해당한다.

- ③ (X) 부진정 부작위범은 보증인지위가 있어야만 성립하는 진정신분범이다.

066번

- ② 부작위에 의한 현주건조물방화치사상죄가 성립하기 위하여는 피고인에게 법률상의 소화의 무가 인정되는 외에 소화의 가능성 및 용이성이 있었음에도 그 소화의무에 위배하여 이미 발생한 화력을 방지함으로써 소화의 결과를 발생시켜야 한다.

- ② (O) 大判 2010.1.14. 2009도12109,2009감도38.

067번

- ③ 신고의무 위반으로 인한 공중위생관리법 위반죄는 구성요건이 부작위에 의하여서만 실현될 수 있는 진정부작위범에 해당한다.

- ③ (O) 大判 2008.03.27. 2008도89.

069번

- ① 甲은 자신의 처가 자살을 하기 위해 독약을 먹고 신음하고 있는 것을 발견하였지만, 구조의무가 없다고 생각하여 구조하지 않아 사망하였다면 법률의 착오에 해당하나 정당한 이유가 없어 자살방조죄가 성립한다.

- ① (O) 보증인의무는 부진정부작위범의 위법성요소라는 이분설(통설)에 의하면 보증인의무의 착오는 위법성의 착오에 해당하고, 이 경우 착오에 정당한 이유가 없어 부작위에 의한 자살방조죄가 성립한다.

070번

- ④ 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다.

- ④ (O) 大判 1997.3.14. 96도1639.

072번

- ㉞ 상표법이나 구 부정경쟁방지법을 위반하여 가짜상표를 판매하는 백화점의 매장을 단속할

업무를 하는 백화점직원이 이를 알고도 적절한 조치를 취하지 않고 방치한 경우에는 부작위에 의한 상표법위반이나 구 부정경쟁방지법위반죄의 공동정범이 성립한다.

- ㉞ (X) 백화점 직원인 피고인은 부작위에 의하여 공동피고인인 점주의 상표법위반 및 부정경쟁방지법위반 행위를 방조하였다고 인정할 수 있다(大判 1997.3.14. 96도1639).

074번

- ㉞ 형법상 방조행위는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 적극적인 행위를 가리키는 것으로서 성질상 부작위에 의하여서는 성립되지 않는다.

- ㉞ (X) 형법상 방조행위는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 적극적인 행위를 가리키며 성질상 부작위에 의하여도 성립된다. 다만 부작위에 의한 방조범이 성립하려면 보증인의무가 필요하다.

075번

- 다. 부진정부작위범은 일정한 부작위가 형법각칙상 범죄구성요건의 내용으로 규정되어 있는 경우를 말한다.
라. 공중위생업을 하는 甲이 공중위생법 제3조 제1항 소정의 신고를 하지 아니한 상태에서 乙 등을 실장으로 임명하여 공중위생영업을 한 경우, 甲과 乙 등에게는 신고의무 위반으로 공중위생관리법위반죄의 공동정범이 성립한다.

- 다. (X) 진정부작위범은 법에 작위의무를 규정하여 이를 위반하는 부작위가 범죄가 되도록 규정되어 있다. 예컨대 형법 제319조 제2항은 주거자의 퇴거명령에 응하지 아니하는 경우 범죄가 되도록 규정되어 있다.
라. (X) 공중위생관리법 그 규정 형식 및 취지에 비추어 신고의무 위반으로 인한 공중위생관리법 위반죄는 구성요건이 부작위에 의하여서만 실현될 수 있는 진정부작위범에 해당한다. 공중위생영업의 신고의무는 '공중위생영업을 하고자 하는 자'에게 부여되어 있고, 여기서 '영업을 하는 자'란 영업으로 인한 권리의무의 귀속주체가 되는 자를 의미하므로, 영업자의 직원이나 보조자의 경우에는 영업을 하는 자에 포함되지 않는다(大判 2008.03.27. 2008도89).

076번

- ② 물품의 국내 독점판매계약을 체결하면서 그 물건이 이미 다른 사람에 의하여 판매되고 있음을 고지하지 않은 경우 사기죄를 구성한다.
③ 생존가능성이 있는 환자를 보호자의 요구로 치료중단하고 퇴원을 지시하여 사망하게 한 의사 경우에는 행위 전체를 규범적으로 평가할 때 치료중단이라는 행위수행에 비난의 중점이 있기 때문에 부작위범으로 평가된다.

- ② (O) (大判 1996.7.30. 96도1081).

- ③ (X) 담당 전문의와 주치의에게 환자의 사망이라는 결과 발생에 대한 정범의 고의는 인정되나 환자의 사망이라는 결과나 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 저지·촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어려워 공동정범의 객관적 요건인 이른바 기능적 행위지배가 흠결되어 있으므로 작위에 의한 살인방조죄만 성립한다(大判 2004.6.24. 2002도995).

제3절 인과관계와 객관적 귀속

082번

- ㄹ. 피고인의 자살행위가 사망의 유일한 원인이거나 직접적 원인은 아니지만 이로부터 발생한 다른 간접적 원인이 결합되어 사망결과가 발생한 경우 피고인의 행위와 피해자의 사망 사이에
- ㄲ. 피고인이 야간에 오토바이를 운전하다가 도로를 무단횡단하는 피해자를 충격하여 도로상에 전도케 하고, 그로부터 약 40 ~ 60초 후에 다른 사람이 운전하던 트럭이 도로 위에 전도되어 있던 피해자를 역과하여 사망케 한 경우 피고인의 과실과 피해자의 사망 사이

ㄹ. (O) 大判 1982.12.28. 82도2525.

ㄲ. (O) 양자간에는 상당인과관계가 있다(大判 1990.5.22. 90도580).

083번

- ① 임산부를 강타한 것이 그 이후 낙태로 이어지고, 그에 따른 심근경색으로 임산부가 사망한 경우 피고인의 구타행위와 피해자의 사망 사이에는 인과관계가 인정된다.
- ④ 피해자가 다른 병원으로 전원할 당시 이미 후복막에 농양이 광범위하게 형성되어 있었고 췌장이나 십이지장과 같은 후복막 내 장기 등 조직의 괴사가 진행되어 이미 회복하기 어려운 상태에 빠져 있었다면, 피해자가 다른 병원으로 전원하여 진료를 받던 중 사망하였다는 사실 때문에 피고인의 진료상의 과실과 피해자의 사망과의 사이의 인과관계가 단절된다고 볼 수는 없다.

① (O) 피고인의 구타행위와 피해자의 사망간에는 인과관계가 있다(大判 1972.3.28. 72도296).

④ (O) 大判 1996. 9. 24. 95도245.

085번

- ③ 피해자의 머리를 한번 받고 경찰봉으로 구타하자 피해자는 출항시부터 머리가 아프다고 배에 누워있다 입향할 즈음 외상성 뇌경막하 출혈로 사망하였다는 것이니, 범행시간과 피해자의 사망시간간에 20여시간 경과하였다 하더라도 그 사이에 사망의 중간원인을 발견할 자료가 없는 이상 위 시간적 간격이 있었던 사실만으로 피고인의 구타와 피해자의 사망 사이에 인과관계가 없다고 할 수 없다
- ④ 피고인은 시내버스를 운전하여 비탈길을 내려가던 중에 브레이크 풋핀이 빠져 페달브레이크가 작동하지 않자 당황하여 사이드 브레이크를 조작한다는 생각을 미처 하지 못하고 횡단보도에서 사고가 발생하였다면 피고인은 무죄이다.

③ (O) 大判 1984.12.11. 84도2347.

④ (O) 大判 1977.3.8. 76도4174.

086번

- ① 甲은 A의 뺨을 1회 때리고 오른손으로 목을 쳐 A로 하여금 뒤로 넘어지면서 머리를 아스팔트 바닥에 부딪히게 하여 두개골 골절, 외상성 지주막하 출혈 등의 상해를 가하였지만,

A가 병원에서 입원치료를 받다가 합병증인 폐렴으로 인한 패혈증 등으로 사망한 경우 甲의 상해행위와 A의 사망 사이에는 인과관계가 인정된다.

㉔ 피해자가 평소 병약한 상태에 있었고 피고인의 폭행으로 그가 사망함에 있어서 지병이 또한 사망 결과에 영향을 주었다면 폭행과 사망 간에 인과관계가 있다고 할 수 없다.

㉔ (O) (大判 2012.3.15. 2011도17648).

㉔ (X) 피해자가 평소 병약한 상태에 있었고 피고인의 폭행으로 그가 사망함에 있어서 지병이 또한 사망 결과에 영향을 주었다고 하여 폭행과 사망 간에 인과관계가 없다고 할 수 없다(大判 1979.10.10. 79도2040).

087번

- ③ 야간에 2차선의 굽은 도로 상에 미등과 차폭등을 켜지 않은 채 화물차를 주차시켜 놓음으로써 오토바이가 추돌하여 오토바이운전자가 사망하게 된 경우, 화물차 운전자의 주차행위와 피해자의 사망 사이에는 상당인과관계가 있다.
- ④ 甲이 열차건널목 앞에서 일단멈춤의무를 위반하여 차를 몰아건너다 열차 좌측 모서리를 들이받고 20미터쯤 열차에 끌려 튕겨나가자, 자동차 왼쪽에서 열차가 지나가기를 기다리던 乙이 이 광경을 보고 놀라 넘어지면서 상해를 입은 경우, 甲의 위반행위와 乙의 상해 사이에는 인과관계가 인정된다.

③ (O) (大判 1996.12.20. 96도2030).

④ (O) (大判 1989.9.12. 89도866).

089번

- ① 甲이 속셈학원의 강사로 A를 채용하고 학습교재를 설명하겠다는 구실로 유인하여 호텔 객실에 감금한 후 강간하려 하자 A가 완강히 반항하던 중 甲이 전화하는 사이에 객실 창문을 통해탈출하려다가 추락하여 사망한 경우, 甲의 강간미수행위와 A의 사망 사이에는 인과관계가 있다.
- ② 甲에 의해 아파트 안방에 감금된 A가 가혹행위를 피하려고 창문을 통하여 아파트 아래 잔디밭에 뛰어 내리다가 사망한 경우, 甲의 중감금행위와 A의 사망 사이에는 인과관계가 있다.

① (O) 大判 1995.5.12. 95도425.

② (O) (大判 1991.10.25. 91도2085).

제4절 고의범

095번

- ③ 슈퍼마켓의 주인이 두부를 납품받은 후 빈 상자를 회수해 가도록 밖에 내놓아두는데, 고물행상인이 그 두부상자를 버린 것으로 알고 가져간 경우 절취의 고의가 인정되지 않는다.

③ (O) 大判 1989.1.17. 88도971.

098번

④ 9세의 여자 어린이에 불과하여 항거를 쉽게 제압할 수 있는 피해자의 목을 감아서 졸라 살
신시킨 후 그곳을 떠난 경우 (살인죄)

④ (O) 大判 1994.12.22. 94도2511.

099번

① 유흥업소 업주가 고용대상자가 성인이라는 말만 믿고, 타인의 건강진단결과서만 확인한 채
청소년을 청소년유해업소에 고용한 경우 청소년 고용에 관한 미필적 고의가 있다.

① (O) (大判 2002.6.28. 2002도2425).

100번

가. 범죄의 고의는 확정적 고의뿐만 아니라 결과 발생에 대한 인식이 있고 그를 용인하는 의
사인 이른바 미필적 고의도 포함하므로 형법 제307조 제2항의 허위사실 적시에 의한 명예
훼손죄 역시 미필적 고의에 의하여도 성립하고, 위와 같은 법리는 형법 제308조의 사자
명예훼손죄의 판단에서도 마찬가지로 적용된다.

라. 성을 사는 행위를 업으로 하는 자가 성매매알선을 위한 종업원을 고용하면서 고용대상자
에 대하여 아동·청소년의 보호를 위한 연령확인义务的 이행을 다하지 아니한 채 아동·
청소년을 고용하였다고 해도 아동·청소년의 성을 사는 행위의 알선에 관한 미필적 고의
가 인정되는 것은 아니다.

가. (O) 大判 2014.03.13. 2013도12430.

라. (X) 성을 사는 행위를 알선하는 행위를 업으로 하는 자가 성매매알선을 위한 종업원을 고용하면서 고용
대상자에 대하여 아동·청소년의 보호를 위한 위와 같은 연령확인义务的 이행을 다하지 아니한 채 아동·
청소년을 고용하였다면 특별한 사정이 없는 한 적어도 아동·청소년의 성을 사는 행위의 알선에 관한 미
필적 고의는 인정된다고 봄이 타당하다(大判 2014.07.10. 2014도5173).

101번

① 자신이 경영하던 기업이 과도한 금융채무부담, 덤핑판매로 인한 재무구조악화 등으로 특별
한 금융혜택을 받지 않는 한 도산이 불가피한 상황에 이르자 특별한 금융혜택을 받을 수
없음에도 위 상황을 숨기고 생산자재용 물품을 납품받았다면 편취의 미필적 고의가 인정
된다.

㉔ 피고인이 고의를 부인하는 경우에는 그 내심과 상당한 관련이 있는 간접사실을 증명하는
방법에 의하여 이를 입증할 수 있다.

㉕ 피고인이 어음이 지급기일에 결제되지 않으리라는 점을 예견하였거나 지급기일에 지급될
수 있다는 확신이 없으면서도 그러한 내용을 수취인에게 고지하지 아니하고 할인을 받았
다면 사기죄의 고의가 인정된다.

㉕ (O) (大判 1983.5.10. 83도340 전합).

㉔ (O) 大判 2007.8.23. 2005도4471.

㉕ (O) (大判 1997.12.26. 97도2609).

102번

① 고의범에서 고의는 미필적 인식으로 족하나, 목적범에서 목적은 확정적 인식을 요한다.
② 공직선거법상 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이
루는 것이기 때문에, 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요
하나 어떠한 소문을 듣고 그 진실성에 강한 의문을 품고서도 공표한 경우에는 적어도 미
필적 고의가 인정될 수 있다.

① (X) 공직선거법 제90조 제1항, 제93조 제1항, 제103조 제3항에서 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라
는 전제 아래 그에 정한 행위를 제한하고 있는 것은 고의 이외에 초과주관적 요소로서 '선거에 영향을
미치게 할 목적'을 범죄성립요건으로 규정한 것이므로, 비록 그 목적에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인
식을 요하지 아니하고 미필적 인식으로 충분하다(大判 2011.06.24. 2011도3447).

② (O) 大判 2011.12.22. 2008도11847

제5절 구성요건적 착오

107번

ㄱ. 甲이 살해의 고의로 A를 향해 총을 쏘았으나 알고 보니 B가 맞아 죽은 경우, 구체적부합
설에 따르면 A에 대한 살인미수와 B에 대한 과실치사의 상상적 경합이다.
ㄴ. 甲이 상해의 고의로 A를 향해 돌을 던졌으나 빗나가서 옆에 있던 A의 자동차 유리창을 깨
뜨린 경우, 구체적부합설에 따르면 A에 대한 상해미수죄가 성립한다.
ㄷ. 甲이 살해의 고의로 乙 A를 향해 총을 쏘았으나 알고 보니 아버지 B가 맞아 죽은 경우,
A에 대한 보통살인미수와 B에 대한 과실치사죄가 성립한다.
ㄹ. 甲이 상해의 고의로 A를 향해 돌을 던졌으나 빗나가서 옆에 있던 B가 맞은 경우, 법정적
부합설에 따르면 B에 대한 상해기수죄가 성립한다.

ㄱ. (X) 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오로 구체적 부합설에 의할 경우 발생사실에 대한 고의기수를 인
정한다. 따라서 사안의 경우 B에 대한 살인기수죄가 성립한다.

ㄴ. (O) 추상적 사실의 착오 중 방법의 착오로 구체적 부합설에 의할 경우 인식사실의 미수와 발생사실의
과실의 상상적 경합이 된다. 따라서 사안의 경우 A에 대한 상해미수와 자동차에 대한 과실손괴죄의 상
상적 경합이 되나 과실손괴죄는 처벌규정이 없으므로 A에 대한 상해미수죄만 성립한다.

ㄷ. (X) 경한 사실을 인식하고 중한 사실을 실현한 경우로 15조 1항이 적용되어 경한 보통살인죄가 성립한
다.

ㄹ. (O) 구체적 사실의 착오 중 방법의 착오로 법정적 부합설에 의할 경우 발생사실에 대한 고의기수를 인
정한다. 따라서 B에 대한 상해기수죄가 성립한다.

108번

① 甲은 A를 살해하려고 기다리다가 그와 닮은 B를 A로 오인하여 살해한 경우 구체적 부합설
에 따르면 B에 대한 살인죄가 성립한다.
② 甲은 乙 A를 살해하려고 기다리다가 아버지 B를 A로 오인하여 살해한 경우 법정적 부합설
에 따르면 보통살인죄의 미수와 존속살해죄의 상상적 경합이 된다.

- ③ 甲이 A를 살해하려고 총을 쏘았으나 빗나가 옆에 있던 B가 맞아 사망한 경우 구체적 부합설에 따르면 A에 대한 살인미수죄와 B에 대한 과실치사죄의 상상적 경합이 된다.
- ④ 甲이 A라고 생각하고 전화를 하여 협박하였는데 사실은 A가 아닌 B가 그 협박전화를 받은 경우 법정적 부합설에 따르면 B에 대한 협박죄가 성립한다.

- ① (O) 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오의 경우로 구체적 부합설에 의하면 사안의 경우 B에 대한 살인죄가 성립한다.
- ② (X) 특별히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못했기 때문에(형법 15조 1항), 존속살해죄는 성립하지 않고 보통살인죄만 성립한다.
- ③ (O) 구체적 사실의 착오 중 방법의 착오의 경우로, 구체적 부합설에 의하면 A에 대한 살인미수와 B에 대한 과실치사죄의 상상적 경합이 된다.
- ④ (O) 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오의 경우로, 법정적 부합설에 의하면 B에 대한 협박죄가 성립한다.

111번

[문제] 甲은 자기 부인을 희롱하는 乙을 살해의 고의로 돌로 내리쳤다. 乙이 뇌진탕 등으로 인하여 정신을 잃고 축 늘어지자 甲은 乙이 죽는 것으로 오인하고 증거를 인멸할 목적으로 乙을 개울가로 끌고 가 웅덩이를 파고 땅에 파묻었다. 그러나 부검 결과 乙의 사망은 질식에 의한 것임이 밝혀졌다. 사례의 해결에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 이른바 ‘개괄적 고의’의 개념을 이용하여 사례를 해결하려는 견해에 의하면, 제1행위와 제2행위를 개괄하는 단일한 고의가 인정되어 甲에게는 살인기수죄가 인정된다.
- ② 이 경우를 인과관계 착오의 한 형태로 보는 견해에 의하면, 인과과정의 차이가 본질적이지 않다고 인정되는 경우 甲에게는 살인기수죄가 인정된다.
- ③ 전 과정을 개괄적으로 보면 乙의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국 실현된 것으로서 甲은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다는 것이 판례의 입장이다.
- ④ 제1행위와 제2행위의 독립적 성격을 강조하는 견해에 의하면, 甲에게는 살인미수죄와 사체유기죄의 경합범이 인정된다.

- ① (O) 개괄적 고의설에 대한 설명으로서, 개괄적으로 미치는 단일사건이므로 하나의 고의기수범이 성립한다는 견해이다. 甲은 살인죄의 기수가 성립한다.
- ② (O) 개괄적 고의를 인과관계의 착오의 한 형태로 보는 인과관계착오설에 대한 설명이다. 이 학설에 따르면 인과과정의 상위는 비본질적이기 때문에 발생한 결과의 고의기수범이 성립한다. 따라서 甲의 경우에는 살인기수죄가 인정된다.
- ③ (O) 피해자가 피고인의 살해의 의도로 행한 구타행위에 의하여 직접 사망한 것이 아니라 죄책을 인멸할 목적으로 행한 매장행위에 의하여 사망하게 되었다 하더라도 전 과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국 실현된 것으로서 피고인은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다(대판 198 8.6.28. 88도650).
- ④ (X) 1행위와 2행위의 독립적 성격을 강조하는 견해에 의하면, 1행위에 대해서는 미수를 인정하고 2행위 시에는 고의가 없었으므로 경우에 따라서 2행위의 과실과의 실체적 경합을 인정한다.

제6절 과실범

114번

- ② 과실일수죄는 형법상 처벌규정이 있으나 과실교통방해죄는 형법상 처벌규정이 없다.
- ④ 고의가 인정되지 않을 경우에 과실범의 성립여부가 고려될 수 있다.

- ② (X) 형법 181조에 과실일수죄를 규정하고 있다. 189조1항에 과실교통방해죄 또한 규정되어 있다.
- ④ (O) 원칙적으로 형법에 규정된 범죄들은 고의, 착위, 기수, 단독범을 기준으로 한다. 따라서 고의, 착위, 기수, 단독범이 아닐 경우에 한하여 과실, 부작위, 미수, 공범의 성립여부를 고려하게 된다.

116번

- ㉠ 안내원이 없는 시내버스의 운전사가 버스정류장에서 일단의 승객을 하차시킨 후 통상적으로 버스를 출발시키던 중 뒤늦게 버스 뒷편 좌석에서 일어나 앞쪽으로 걸어 나오던 피해자가 균형을 잃고 넘어져 상해를 입은 경우 업무상과실치상죄가 성립한다.
- ㉡ 과실범의 공동정범을 부정하는 입장은 공동정범의 주관적 요건이 결여되어 있다는 점을 주된 근거로 한다.
- ㉢ 정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.

- ㉠ (X) 위 운전사로서는 승객이 하차한 후 다른 움직임이 없으면 차를 출발시키는 것이 통례이고 특별한 사정이 없는 한 착석한 승객 중 더 내릴 손님이 있는지, 출발 도중 넘어질 우려가 있는 승객이 있는지 등의 여부를 일일이 확인하여야 할 주의의무가 없다는 이유로 운전사의 과실을 인정되지 않는다(대판 1992.4.28. 92도56).
- ㉡ (O) 공동정범은 공모와 공동실행을 요건으로 하는데, 범죄공동설 등의 학설은 공모가 없다는 이유로 과실범의 공동정범을 부정한다.
- ㉢ (O) 정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다(형법 제 14조)

116번

[문제] 甲의 행위를 과실범으로 처벌할 수 있는 경우만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 산후조리원에 입소한 신생아가 계속하여 잦은 설사 등의 이상증세를 보임에도 불구하고, 산후조리원의 신생아 집단관리를 맡은 책임자인 甲이 의사 등의 진찰을 받도록 하지 않아 신생아가 사망한 경우
- ㄷ. 의사들의 주의의무 위반과 처방체계상의 문제점으로 인하여 수술 후 회복과정에 있는 환자에게 인공호흡 준비를 갖추지 않은 상태에서는 사용할 수 없는 약제가 잘못 처방되었음에도 불구하고, 종합병원의 간호사 甲이 환자에 대한 투약 과정 및 그 이후의 경과 관찰 등의 직무 수행을 위하여 처방 약제의 기본적인 약효나 부작용 및 주사 투약에 따르는 주의사항 등을 미리 확인·숙지하였다면 과실로 처방된 것임을 알 수 있었음에도 그대로 주사하여 환자가 의식불명 상태에 이르게 된 경우

- ㄴ. (O) (대판 2007.11.16. 2005도1796).
- ㄷ. (O) (대판 2009.12.24. 2005도8980).

117번

- ㉠ 정신과질환으로 입원한 환자의 주치의사가 환자의 전해질이상 유무를 확인하지 않고 포도

당액을 주사하여 환자가 이로 인한 쇼크로 사망하였다면, 그 치료과정에서 야간당직의사의 과실이 일부 개입했다라도 주치의사 및 환자와의 관계에 비추어볼 때 환자의 주치의사는 업무상과실치사죄의 책임을 면할 수 없다.

- ㉔ 약사가 의약품을 판매하거나 조제함에 있어서 그 의약품이 그 표시 포장상에 있어서 약사법 소정의 검인 합격품이고 또한 부패 변질 변색되지 아니하고 유효기간이 경과되지 아니함을 확인하고 조제 판매한 경우 약사의 과실이 인정된다.
- ㉕ 피해자를 감시하도록 업무를 인계받지 않은 간호사가 자기 환자의 회복처치에 전념하고 있었다면 회복실에 다른 간호사가 남아 있지 않은 경우에도 다른 환자의 이상증세가 인식될 수 있는 상황에서야 이에 대한 조치를 할 의무가 있다고 보일 뿐 회복실 내의 모든 환자에 대하여 적극적, 계속적으로 주시, 점검을 할 의무가 있다고 할 수 없다.

㉑ (O) 大判 1994.12.9. 93도2524.

㉒ (X) 약사는 의약품을 판매하거나 조제함에 있어서 그 의약품이 그 표시 포장상에 있어서 약사법 소정의 검인 합격품이고 또한 부패 변질 변색되지 아니하고 유효기간이 경과되지 아니함을 확인하고 조제판매한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 관능시험 및 기기시험까지 할 주의의무가 없으므로 그 약의 표시를 신뢰하고 이를 사용한 경우에는 과실이 있다고 볼 수 없다(大判 1976.2.10. 74도2046).

㉓ (O) 大判 1994.4.26. 92도3283.

118번

- 나. 담임교사가 학생들에게 교실청소를 시키면서 교실 안쪽의 유리창만 닦도록 지시하였는데 피해학생이 배란대로 넘어 갔다가 떨어져 사망한 경우 담임교사에게 업무상 과실이 부정된다.
- 다. 대학병원의 과장이라는 이유만으로 외래담당의사 및 담당수련의들의 처치와 치료결과를 주시하고 적절한 수술방법을 지시하거나 담당의사 대신 직접 수술을 하고 농배양을 지시·감독할 주의의무가 있다고 단정할 수 없다.
- 라. 정신병동에 입원중인 환자가 완전감금병동의 화장실 창문을 열고 탈출하려다가 떨어져 죽은 경우 위 병동의 당직간호사에게 업무상 과실이 인정되지 않는다.

나. (O) 大判 1989.3.28. 89도108.

다. (O) 大判 1996.11.08. 95도2710).

라. (O) (大判 1992.4.28. 91도1346).

119번

- ① 의사가 업무상 과실로 인한 형사책임을 지기 위해서는 피해자의 손해와 의사의 설명의무 사이에 상당인과관계가 존재하여야 한다.
- ② 의료사고에서 의사에게 과실이 있다고 하기 위해서는 결과발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었음에도 이를 예견하지 못하거나 회피하지 못하였음이 인정되어야 한다.

① (O) 大判 2011.4.14. 2010도10104.

② (O) 大判 1997.10.10. 97도1678.

120번

- ① 공사현장감독인이 공사의 발주자에 의하여 현장감독에 임명된 것이 아니고, 건설업법상 요구되는 현장건설기술자의 자격도 없다면 업무상 과실책임을 물을 수 없다.
- ② 의사某甲이 수술 전에 피해자에 대한 혈청에 의한 간기능검사를 하였더라면 피해자가 사망하지 않았을 것이 입증되지 않더라도 간기능검사를 시행하지 않은 甲의 과실과 피해자의 사망 사이에는 인과관계가 있다.

- ① (X) 피고인이 사업당시 공사현장감독인인 이상 그 공사의 원래의 발주자의 직원이 아니고 또 동 발주자에 의하여 현장감독에 임명된 것도 아니며, 건설업법상 요구되는 현장건설기술자의 자격도 없다는 등의 사유는 업무상과실책임을 물음에 아무런 영향도 미칠 수 없다(大判 1983.06.14. 82도2713).
- ② (X) 혈청에 의한 간기능검사를 시행하지 않거나 이를 확인하지 않은 피고인들의 과실과 피해자의 사망 간에 인과관계가 있다고 하려면 피고인들이 수술 전에 피해자에 대한 간기능검사를 하였더라면 피해자가 사망하지 않았을 것이 입증되어야 할 것인데도 원심은 피해자가 수술당시에 이미 간손상이 있었다는 사실을 증거 없이 인정함으로써 인과관계에 관한 법리오해의 위법이 있다(大判 1990.12.11. 90도694). [참고] 피고인들의 업무상과실은 인정되나, 사망의 결과와의 사이에 상당인과관계가 없기 때문에 과실의 미수로서 무죄가 된다는 의미이다.

121번

- ② 의사 甲이 간호사에게 환자에 대한 수혈을 맡겼는데, 간호사가 다른 환자에게 수혈할 혈액을 당해 환자에게 잘못 수혈하여 환자가 사망한 경우 甲의 행위를 과실범으로 처벌할 수 있다.

② (O) (大判 1998.2.27. 97도2812).

123번

- ① 고속도로에서 상대방차량이 중앙선을 침범하여 진입할 것까지 예견하고 감속 등의 조치를 취해야 할 주의의무는 없다.

① (O) 大判 1982.4.13. 81도2720.

124번

- ㉔ 중앙선이 표시되어 있지 아니한 비포장도로라고 하더라도 승용차가 서로 마주보고 진행할 수 있는 정도의 너비가 되는 도로라면 마주 오는 차가 도로의 중앙이나 좌측부분으로 진행하여 울 것까지 예상하여 특별한 조치를 강구하여야 할 업무상 주의의무는 없다.

㉕ (O) 大判 1992.7.28. 92도1137.

125번

- ① 앞차를 뒤따라 진행하는 차량의 운전사는 앞차에 의하여 전방의 시야가 가리는 관계상 앞차의 어떠한 돌발적인 운전 또는 사고에 의하여서라도 자기 차량에 연쇄적인 사고가 일어나지 않도록 앞차와의 충분한 안전거리를 유지하고 진로 전방 좌우를 잘 살펴 진로의 안전을 확인하면서 진행할 주의의무가 있다.

- ② 교차로에서 진행신호에 따라 진행하는 운전자는 맞은 편에서 다른 차량이 신호를 무시하고 자기 앞을 가로질러 좌회전할 경우를 예상하여 사고의 발생을 방지해야 할 주의의무가 없다.
- ③ 자동차전용도로를 운행 중인 자동차운전자에게는 진행차량 사이를 뚫고 횡단하는 보행자가 있을 것을 예상하여 전방주시를 할 의무가 있다.
- ④ 녹색등화에 따라 왕복 8차선의 간선도로를 직진하는 차량의 운전자는 특별한 사정이 없는 한 접속도로에서 진행하여 오던 차량이 아예 허용되지 아니하는 좌회전을 감행하여 직진하는 자기 차량의 앞을 가로질러 진행하여 올 경우까지 예상하여 그에 따른 사고를 미리 방지할 특별한 조치까지 강구할 주의의무가 없다.

- ① (O) 大判 2001.12.11. 2001도5005.
- ② (O) 大判 1993.1.15. 92도2579.
- ③ (X) 자동차전용도로를 운행중인 자동차운전자들에게 반대차선에서 진행차량 사이를 뚫고 횡단하는 보행자들이 있을 것까지 예상하여 전방주시를 할 의무가 있다고 보기는 어려운 것이므로, 피해자들이 반대차선을 횡단해온 거리가 14.9미터가 된다는 것만으로 피고인의 과실을 인정할 수는 없다(大判 1990.1.23. 89도1395).
- ④ (O) 大判 1998.9.22. 98도1854.

126번

- ② 호텔오락실의 경영자가 그 오락실 천정에 형광등을 설치하는 공사를 하면서 그 호텔의 전기보안담당자에게 아무런 통고를 하지 아니한 채 무자격 전기기술자로 하여금 전기공사를 하게 하여 부실공사로 인한 전선의 합선으로 화재가 발생하였다면, 오락실경영자에게 중대한 과실이 인정된다.
- ④ 승용차를 운전하는 피고인이 횡단보도에서 갑자기 무단횡단하던 오토바이 운전자를 치어 사망케 한 경우 업무상과실치사죄가 성립하지 않는다.

- ② (X) 위 오락실경영자에게 위와 같은 과실이 있었다라도 사회통념상 이를 화재발생에 관한 중대한 과실이라고 평가하기는 어렵다(大判 1989.10.13. 89도204).
- ④ (O) (大判 1994.4.26. 94도548).

127번

- ④ 행정상의 단속을 주 내용으로 하는 법규라 하더라도 명문규정이 있거나 해석상 과실범도 발할 뜻이 명확한 경우를 제외하고는 「형법」의 원칙에 따라 고의가 있어야 발할 수 있다.

- ④ (O) 大判 2010.2.11. 2009도9807.

127-1번

- ① 종전에 허가를 받거나 신고를 하여야만 할 수 있던 행위의 일부를 허가나 신고 없이 할 수 있도록 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법이 개정되었다 하더라도, 위의 개정된 법령이 시행되기 전에 이미 범한 무허가 비닐하우스 설치행위에 대한 가벌성이 소멸되지 않는다.

- ② 시계점을 경영하면서 중고시계의 매매도 하고 있는 갑은, 후에 장물로 판정된 시계를 매입함에 있어 매도인에게 그 시계의 구입장소, 구입시기, 매각이유 등을 묻고 비치된 장부에 매입가격 및 주민등록증에 의해 확인된 위 매도인의 인적사항 일체를 사실대로 기재하는 것 이외에도 위 매도인의 신분이나 시계 출처 및 소지 경위에 대한 매도인의 설명의 진부에 대하여서까지 확인하여야 할 주의의무가 있다.
- ③ 형법 제1조 제2항의 '범죄 후 법률의 변경'이라고 할 때의 '법률'은 국회에서 제정된 이른바 '형식적 의미의 법률'을 의미한다.
- ④ 고의범의 경우에는 인과관계가 인정되면 범죄기수가 되고 인정되지 않으면 불가벌로 된다.

- ① (O) (大判 2007.9.6. 2007도4197).
- ② (X) 시계점을 경영하면서 중고시계의 매매도 하고 있는 피고인이 장물로 판정된 시계를 매입함에 있어 매도인에게 그 시계의 구입장소, 구입시기, 구입가격, 매각이유 등을 묻고 비치된 장부에 매입가격 및 주민등록증에 의해 확인된 위 매도인의 인적사항 일체를 사실대로 기재하였다면, 그 이상 위 매도인의 신분이나 시계출처 및 소지 경위에 대한 위 매도인의 설명의 진부에 대하여서까지 확인하여야 할 주의의무가 있다고는 보기 어렵다(大判 1984.02.14. 83도2982).
- ③ (X) 법률의 변경은 형법에 영향을 미치는 총체적 법상태의 개정과 폐지를 의미한다. 따라서 여기서의 법률은 법률명령규칙을 불문하고, 반드시 형법일 것도 요하지 않는다.
- ④ (X) 고의범의 경우 인과관계가 인정되지 않으면 미수의 성립이 가능하다.

제7절 결과적 가중범

130번

- ① 결과적 가중범은 그 중한 결과가 고의적인 기본범죄에 전형적으로 내포된 잠재적인 위험의 실현이라는 점에서 일반 과실범의 결과야기에서보다 결과반가치가 크다.

- ① (X) 과실범에 비해서 결과적 가중범은 고의범을 기본범죄로 하기 때문에 결과적 가중범의 행위반가치가 더 크다. <주> 과실범이든 결과적 가중범이든 결과가 발생한 점은 동일하므로 결과반가치는 동일하다.

131번

- ① 동료 사이에 말다툼을 하던 중 피고인의 삿대질을 피하려고 뒷걸음치던 피해자가 장애물에 걸려 넘어져 두개골 골절로 사망한 경우 폭행치사죄가 성립한다.

- ① (X) 피고인이 삿대질하는 것을 피하고자 피해자 자신이 두어걸음 뒷걸음치다가 회전 중이던 십자형 수빙기계 철받침대에 걸려 넘어진 정도라면, 당시 바닥에 위와 같은 장애물이 있어서 뒷걸음치던 장애물에 걸려 넘어질 수 있다는 것까지는 예견할 수 있었다고 하더라도 그 정도로 넘어지면서 머리를 바닥에 부딪쳐 두개골절로 사망한다는 것은 이례적인 일이어서 통상적으로 일반인이 예견하기 어려운 결과라고 하지 않을 수 없으므로 피고인에게 폭행치사죄의 책임을 물을 수 없다(大判 1990.9.25. 90도1596). [참고] 피고인의 폭행과 사망의 결과 사이에 인과관계는 인정하였으나, 사망의 결과에 대한 예견가능성(과실)이 없다고 보았다.

132번

- ① 「형법」 제144조 제2항 특수공무집행방해치상죄는 그 결과에 대한 예견가능성이 있었음에도 불구하고 예견하지 못한 경우 뿐만 아니라 고의가 있는 경우까지도 포함하는 부진정결

과적 가중범이다.

- ④ 형법에는 결과적 가중범의 미수에 관한 규정이 없지만, 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률에는 결과적 가중범의 미수범 처벌규정이 있다.

- ① (O) 大判 1995. 1. 20 94도2842. <주> 특수공무집행방해치상죄에서 치상의 결과는 과실로 발생하는 경우뿐만 아니라 고의로 발생하는 경우도 가능하다. 이러한 부진정결과적 가중범으로는 특수공무집행 방해치사상죄, 현주건조물방화치사상죄, 중손괴죄, 중상해죄, 중권리행사방해죄, 중유기죄 등이 있다.
- ④ (X) 형법에도 일수치사상죄, 인질치사상죄, 해상강도치사상죄, 강도치사상죄등에 대한 미수처벌규정이 존재한다. (두문자 : 일 인 해상 강도) 참고로 성폭력특별법에는 특수강간치사상죄에 미수처벌규정이 존재한다.

133번

- ③ 甲은 친구 乙의 여동생을 강간한 丙을 혼내주자는 연락을 받고 乙과 함께 丙을 만나던 중 甲이 격분하여 乙이 붙잡고 있는 丙의 가슴을 상해의 고의로 칼로 찔렀는데 丙이 사망하였다면 甲과 乙은 상해치사죄의 공동정범의 책임을 진다.

- ③ (O) 大判 2000.5.12. 2000도745.

134번

- ① 중한 결과에 대한 과실은 기본범죄(기본적 구성요건)의 실행 시에 존재해야 하므로 강간 후에 살해의 고의가 생겨 피해자를 살해한 경우에는 강간치사죄가 될 수 없다.
- ④ 「형법」 제188조에 규정된 교통방해에 의한 치사상죄는 결과적가중범이므로, 위 죄가 성립하려면 교통방해 행위와 사상의 결과 사이에 상당인과관계가 있어야 하고 행위 시에 결과의 발생을 예견할 수 있어야 한다.

- ① (O) 강간 후에 살해의 고의가 생겼다면 강간치사죄가 아닌 강간죄와 살인죄가 성립한다.

- ④ (O) 大判 2014.07.24. 2014도6206.

135번

- ④ 피고인과 피해자가 여관에 투숙하여 별다른 저항이나 마찰 없이 성관계를 가진 후 피고인이 잠시 나간 사이에 피해자가 방문을 잠그고 구조요청을 한 후라면 피고인의 방문 흔드는 소리에 겁을 먹고 탈출하다가 상해를 입을 것이라고 예견할 수 없다.

- ④ (O) 피고인과 피해자가 여관에 투숙하여 별다른 저항이나 마찰없이 성행위를 한 후, 피고인이 잠시 밖으로 나간 사이에 피해자가 방문을 안에서 잠그고 구내전화를 통하여 여관종업원에게 구조요청까지 한 후라면, 일반경험칙상 이러한 상황아래에서 피해자가 피고인의 방문 흔드는 소리에 겁을 먹고 강간을 모면하기 위하여 3층에서 창문을 넘어 탈출하다가 상해를 입을 것이라고 예견할 수는 없다고 볼 것이므로 이를 강간치사죄로 처단할 수 없다(大判 1985.10.08. 85도1537).

136번

[문제] 다음 중 결과적 가중범이 성립되는 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

가. 남자가 술을 마시고 승합차를 타고 가던 중 남자가 여자를 추행하자 여자가 욕을 하면서 달리는 차에서 뛰어내려 사망한 경우

가. (X) 피고인이 장난삼아 피해자의 유방을 만지고 피해자가 이를 뿌리치자 발을 앞으로 뻗어 치마를 위로 걷어올리고 구두발로 그녀의 허벅지를 문지르는 등 그녀를 강제로 추행하자 그녀가 욕설을 하면서 갑자기 차의 문을 열고 뛰어 내림으로써 부상을 입고 사망한 경우 피고인이 그때 피해자가 피고인의 추행행위를 피하기 위하여 달리는 차에서 뛰어내려 사망에 이르게 될 것이라고 예견할 수 없다(大判 1988.4.12. 88도178).

137번

- ① 방화행위를 하던 집단 중 1인이 피해자에게 화염병을 던져 화상을 입힌 경우, 공모에 참여한 집단원 모두가 현존건조물방화치상의 죄책을 진다.
- ② 군대의 하급자인 A가 상급자인 B에게 무례한 행동을 하자 甲은 B가 A를 교육시킨다는 정도로 가볍게 생각하고 B에게 각목을 건네주었는데, B가 각목으로 A를 폭행하자 이를 제지하기 위해 애를 썼지만 A가 사망한 경우, 甲의 방조책임은 A의 사망에 미치지 않는다.
- ③ 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의10 제2항은 운전자에 대한 폭행·협박으로 인하여 교통사고의 발생 등과 같은 구체적 위험을 초래하는 중간 매개원인이 유발되고 그 결과로서 불특정 다중에게 상해나 사망의 결과를 발생시킨 경우에만 적용될 수 있을 뿐, 교통사고 등의 발생 없이 직접적으로 운전자에 대한 상해의 결과만을 발생시킨 경우에는 적용되지 아니한다.
- ④ 누군지 모르는 자의 폭행으로 부상을 입고 병원 의자에 누워있던 A를 甲이 밀어 땅바닥에 떨어지게 함으로써 A가 사망하는 결과가 발생하였다면 그 사망의 원인행위가 판명되지 않았더라도 甲을 폭행치사죄로 처벌할 수 있다

- ① (O) (大判 1996.04.12. 96도215).

- ② (O) (大判 1998.9.4. 98도2061).

- ③ (X) 특정범죄가중법 제5조의10의 죄는 제1항, 제2항 모두 운행 중인 자동차의 운전자를 대상으로 하는 범행이 교통질서와 시민의 안전 등 공공의 안전에 대한 위험을 초래할 수 있다고 보아 이를 가중처벌하는 이른바 추상적 위험범에 해당하고, 그중 제2항은 제1항의 죄를 범하여 사람을 상해나 사망이라는 중한 결과에 이르게 한 경우 제1항에 정한 형보다 중한 형으로 처벌하는 결과적 가중범 규정으로 해석할 수 있다. 따라서 운행 중인 자동차의 운전자를 폭행하거나 협박하여 운전자나 승객 또는 보행자 등을 상해나 사망에 이르게 하였다면 이로써 특정범죄가중법 제5조의10 제2항의 구성요건을 충족한다(大判 2015.3.26. 2014도13345).

- ④ (O) 大判 2000.7.28. 2000도2466.

제3장 위법성론

제1절 위법성의 일반이론

138번

[문제] 경찰관 甲은 순찰도중 잠깐 휴식을 취하기 위해 장전된 권총을 잠시 길 위에 놓아두었는데, 그 옆

을 지나가던 정신병자 乙이 갑자기 권총을 집어 들고 甲과 지나가는 사람을 겨냥하면서 “끔찍 마. 움직이면 쏜다!”라고 말하고 있다. 이에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 객관적 위법성론에 따르면 乙의 행위는 위법하므로 甲은 乙에 대하여 정당방위를 할 수 있다.
- ② 주관적 위법성론에 따르면 乙의 행위는 위법하지 않으므로 甲은 乙에 대하여 정당방위를 할 수 없다.
- ③ 사회윤리적 관점에서 정당방위를 제한하는 견해에 따르면 乙과 같은 책임무능력자의 침해에 대해서는 정당방위가 제한된다.
- ④ 乙의 행위는 의도적으로 도발된 침해에 해당하므로 정당방위가 허용되지 않는다.

- ① (O) 객관적 위법성론은 위법성이란 객관적인 평가규범에 대한 위반을 의미한다는 견해이다. 즉 이 견해에 의하면 모든 사람이 규범의 수명자가 되므로 행위능력·책임능력은 고려의 대상이 되지 않는다. 그러므로 책임무능력자에게도 정당방위를 할 수 있다.
- ② (O) 주관적 위법성론은 주관적인 의사결정규범에 대한 위반을 의미한다는 견해이다. 따라서 책임능력자의 행위만이 위법성판단의 대상이 될 수 있다. 책임무능력자에 대해서는 정당방위는 할 수 없고 긴급피난만 가능하다.
- ③ (O) 사회윤리적 관점에서 정당방위를 제한하는 견해에 따르면 책임 없는 자의 침해에 대해, 침해자에게 귀책가능한 법질서에 대한 공격이 아니므로 법질서수호의 이익이 현저히 약화된다. 따라서 회피가능성이 있는 경우에는 정당방위가 제한된다.
- ④ (X) 정당방위는 현재의 부당한 침해가 있으면 가능하다. 침해가 유책할 필요는 없으므로 책임무능력자에 대한 공격에 대해서도 정당방위는 가능하다.

139-1번

- ① 판례에 따르면 주관적 정당화요소는 객관적 정당화사정에 대한 인식과 인용을 그 내용으로 한다.
- ② 결과반가치일원론에서는 주관적 정당화요소가 결여된 우연방위를 정당방위로 다룬다.
- ③ 이른바 불능미수범설에 따르면 우연방위의 결과를 초래한 과실행위는 무죄이다.
- ④ 우연방위의 결과를 초래한 고의행위의 경우에는 그 형을 감경 또는 면제한다.

- ① (O) 大判 1980.5.20 80도306.
- ② (O) 결과반가치일원론에 의하면 주관적 정당화요소를 필요로 하지 않기에 객관적 정당화상황을 알지 못하고 행위한 우연방위의 경우 정당방위로 다룬다.
- ③ (O) 불능미수범설은 미수로 처벌하기 때문에 과실범에 대한 미수처벌규정이 없으므로 무죄가 된다.
- ④ (X) 다수설인 불능미수범설에 의하면 불능미수를 인정하고 형을 감경 또는 면제할 수 있다(형법 27조).

141번

- ① 위법성이 조각되면 행위의 가벌성이 탈락하므로 행위자는 형벌을 받지 않을 뿐만 아니라 보안처분의 대상도 되지 않는다.
- ② 과잉방위에서 형을 감면하는 근거에 관하여 책임이 감소, 소멸하다는 견해에 의하면 과잉방위에 대해서도 정당방위를 인정할 여지가 있다.
- ③ 위법성조각사유인 정당방위의 근거로는 자기보호원리, 법수호원리, 이익교량원칙이 있으며, 지방자치단체가 소유하는 건물에 대한 손괴에 대해서도 정당방위는 가능하다.

- ④ 판례는 피난의사가 없는 경우 긴급피난의 성립을 인정할 수 없다고 하여 위법성이 조각되기 위해 주관적 정당화요소가 필요하다는 입장을 취하였다.

- ① (O) 위법성이 조각되면 형벌과 보안처분을 부과할 수 없으며 공범도 성립할 수 없게 된다.
- ② (O) 과잉방위에서 형을 감면하는 근거에 관하여 책임이 감소, 소멸하다는 견해에 의하면, 과잉방위는 구성요건해당성과 위법성을 구비하였으나 책임만 감소, 소멸하게 되므로, 이러한 위법한 침해에 대해서는 정당방위를 인정할 여지가 있다. 정당방위는 위법한 침해에 대해서 인정되는 不正 대 正의 관계이기 때문이다.
- ③ (X) 정당방위의 근거로는 자기보호의 원리와 법질서수호의 원리가 있다. 자기보호의 원리로부터 정당방위는 개인적 법익을 보호하기 위하여 허용된 뿐, 국가적·사회적 법익을 보호하기 위한 정당방위는 원칙적으로 허용되지 않음을 도출할 수 있다. 이익교량원칙은 긴급피난의 위법성조각사유의 근거이다.
- ④ (O) 판례는 “10.26사태”에 대한 판례에서 ‘피난의사가 있었다고 인정할 수 없는 이상 긴급피난의 성립을 인정할 수 없다.’고 판시하여 필요설의 입장을 취하고 있다(大判 1980.5.20 80도306).

제2절 정당방위

142번

- ㉔ 甲은 자신의 처와 함께 귀가하는 도중 음경을 내놓고 소변을 보면서 키스를 하자고 달려드는 피해자를 타이르고, 뺨을 때리고 돌을 들어 달려드는 피해자를 피하였으나, 피해자가 자신의 처를 넘어뜨리고 돌로 때리려는 순간 피해자를 발로 차 피해자가 사망한 경우 甲의 행위는 정당방위에 해당한다.

- ㉔ (X) 피고인의 행위가 형법 제21조2항 소정의 과잉방위에 해당한다 할지라도 위 행위가 당시 야간에 술이 취한 피해자의 불의의 행태와 폭행으로 인한 불안스러운 상태에서의 공포, 경악, 흥분 또는 당황에 기인된 것이라면 형법 제21조 제3항이 적용되어 피고인은 무죄이다(大判 1974.2.26. 73도2380).

144번

- 가. 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방해행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 고려하여 그 방위행위가 사회윤리에 비추어 용인될 수 있어야 정당방위로 인정된다.

- 가. (O) 大判 2006.4.27. 2003도4735.

146번

- ① 실행에 착수하지 않은 행위의 경우에도 부당한 침해가 임박한 상태에 있으면 정당방위를 할 수 있다.

- ① (O) 부당한 침해가 임박한 경우에도 침해의 현재성을 인정할 수 있다.

147번

- ㄴ. 피해자 일행 중 1명의 뺨을 때려서 비롯된 가해자 등의 행위는 피해자 일행의 부당한 공격을 방위하기 위한 행위로 인정되므로 이와 같은 싸움의 경우 정당방위 또는 과잉정당방위가 인정된다.

ㄹ. 피해자의 침해행위에서 벗어난 후에 설분의 목적에서 나온 공격행위는 정당방위에 해당한다고 할 수 없다.

ㄴ. (X) 가해자의 행위가 피해자의 부당한 공격을 방위하기 위한 것이라기보다는 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대항하여 가해하게 된 것이라고 볼이 상당한 경우, 그 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 정당방위 또는 과잉방위행위라고 볼 수 없다(대판 2000.3.28. 2000도228).

ㄷ. (O) 대판 1996.4.9. 96도241.

148번

③ 甲이 乙 소유의 자동차를 절취하여 乙의 친구인 丙을 그 차에 감금시키자 丙이 그 차의 창문을 부수고 탈출한 경우 丙의 자동차창문 손괴행위는 정당방위에 해당한다.

③ (X) 정당방위는 침해자에 대해서만 할 수 있다. 따라서 침해와 무관한 제3자인 乙의 자동차창문을 손괴한 행위는 정당방위에는 해당하지 않고 긴급피난에 해당한다.

149번

④ 술에 취한 A가 무단으로 차를 세우고 승차하려고 하자 운전자 甲이 이를 제지하는 과정에서 약 3분간 A의 양 손목을 누른 경우, 甲의 행위는 정당방위에 해당한다.

④ (O) (대판 1999.6.11. 99도943).

제3절 긴급피난·의무의 충돌

152-1번

[문제] 긴급피난과 의무의 충돌을 비교한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 긴급피난은 강제되지 아니하지만, 의무의 충돌에서는 의무이행이 강제된다.
- ② 타인이 법익을 위한 긴급피난도 허용되지만, 충돌하는 의무는 자기의 의무이어야 한다.
- ③ 피난행위는 작위이지만, 의무의 이행행위는 작위이든 부작위이든 문제되지 않는다.
- ④ 긴급피난과는 달리 의무의 충돌에서는 수단의 적합성원칙이 적용되지 아니한다.

- ① (O) 긴급피난은 행위의 강제성이 없다. 손해를 감수하면 가능하기 때문이다. 그러나 의무의 충돌의 경우에는 의무이행이 강제된다.
- ② (O) 긴급피난은 자기의 법익 이외에 타인의 법익을 위해서도 가능하지만 의무의 충돌은 자기의 의무에 대해서만 가능하다.
- ③ (X) 긴급피난의 행위의 태양은 작위이다. 의무의 충돌에서는 의무이행의 강제되기 때문에 의무의 이행행위는 작위이어야 한다.
- ④ (O) 긴급피난의 경우 피난행위 자체가 사회윤리나 법정신에 비추어 적합한 수단이어야 한다. 의무의 충돌의 경우에는 두 개 이상의 법적 의무가 충돌하여야 하므로 적합성의 원칙은 적용되지 않는다.

제4절 자구행위

153번

- ㉠ 자구행위에 의하여 보호되는 청구권은 보전할 수 있는 권리임을 요하므로, 명예와 같은 원상회복이 불가능한 권리는 자구행위의 청구권에 포함되지 않는다.
- ㉡ 甲은 부도를 내고 도피한 피해자 상점의 물건들을 다른 채권자들이 취해갈 수 있다고 생각하고 자신의 청구권을 우선적으로 확보할 생각으로 무단 침입하여 피해자의 가구를 들고 나온 경우 정당한 자구행위로 볼 수 없다.
- ㉢ 과잉자구행위가 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황 등으로 인한 때에는 벌하지 아니한다.
- ㉣ 자구행위가 그 정도를 초과한 때에는 형의 임의적 감경사유가 된다.

- ㉠ (O) 자구행위는 보전이 가능한 청구권만을 대상으로 하므로 원상회복이 불가능한 청구권(예. 생명, 신체, 자유, 정조, 명예)은 포함되지 않는다.
- ㉡ (O) 피해자 소유의 가구점에 관리종업원이 있음에도 불구하고 위 가구점의 시정장치를 쇠톱으로 절단하고 들어가 가구들을 무단으로 취거한 행위가 피고인들의 피해자에 대한 청구권의 실행불능이나 현저한 실행곤란을 피하기 위한 상당한 이유가 있는 행위라고도 할 수 없다(대판 2006.3.24. 2005도8081).
- ㉢ (X) 과잉자구행위는 불가벌적 과잉방위(제21조 제3항)나 불가벌적 과잉피난(제22조 제3항)과 같은 규정은 존재하지 않는다.
- ㉣ (X) 과잉자구행위는 형의 임의적 "감면"사유이다.

154번

- ① 甲이 A에게 석고를 납품한 대금을 받지 못하고 있던 중 A가 화랑을 폐쇄하고 도주하자, 甲이 야간에 폐쇄된 화랑의 베니어판 문을 미리 준비한 드라이버로 뜯어내고 자신이 납품한 석고를 몰래 가지고 나온 경우 자구행위로 위법성이 조각되지 않는다.
- ② 토지에 대하여 사실상의 지배권을 가지고 소유자를 대신하여 실질적으로 관리하고 있던 자가 소유권에 대한 방해를 배제하기 위하여 토지에 철주를 세우고 철망을 설치하고 포장된 아스팔트를 걷어내는 등의 방법으로, 그 토지를 그에 인접한 상가건물의 통행로로 이용하지 못하게 한 행위는 자구행위에 해당한다.
- ③ 토지소유자가 타인이 운영하는 회사에 대하여 그 토지의 인도 등을 구할 권리가 있다는 이유로 위 회사로 들어가는 진입로를 폐쇄한 것은 정당행위 또는 자력구제에 해당하여 업무방해죄가 성립하지 않는다.
- ④ 채무자가 유일한 재산인 가옥을 매각하고 즉시 부산으로 떠나려 하자 가옥대금을 받는 현장에서 채권자가 채권을 추심한 경우 이는 자구행위로서 위법성이 없다.

- ① (O) (대판 1984.12.26. 84도2582,84감도397).
- ② (X) 인근 상가의 통행로로 이용되고 있는 토지의 사실상 지배권자가 위 토지에 철주와 철망을 설치하고 포장된 아스팔트를 걷어냄으로써 통행로로 이용하지 못하게 한 경우, 이는 일반교통방해죄를 구성하고 자구행위에 해당하지 않는다(대판 2007.12.28. 2007도7717).
- ③ (X) 사건에 있어서 피고인이 법정절차에 의하여 자신의 공소와 주식회사 및 피해자에 대한 토지인도 등 청구권을 보전하는 것이 불가능하였거나 현저하게 곤란하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 피고인의 행위가 그 청구권의 보전불능 등을 피하기 위한 상당한 행위라고 할 수도 없다(대판 2007.5.11. 2006도4328).
- ④ (X) 채무자가 자신의 유일한 재산인 가옥을 매각하고 즉시 부산으로 떠나려 하자 가옥대금을 받는 현장에서 피고인 자신의 채권을 추심한 경우, 이는 자구행위로서 인정될 수 없다(대판 1966.7.26. 66도469).

154-1번

- ① 길에서 우연히 만난 아내의 채무자를 붙잡아 집으로 데려온 행위는 자구행위에 해당한다.
- ② 가옥명도청구나 점유사용권을 회복하기 위한 자구행위는 허용되지 않는다.
- ③ 정당한 권리를 가지고 있는 경우에도 사회통념상 용인되기 어려운 협박을 수단으로 재물을 교부받았다면 자구행위가 성립하지 않고 공갈죄가 성립한다.
- ④ 청구권을 보존하는 범위를 벗어나 재산을 임의로 처분하거나 이행을 받는 것은 자구행위에 의하여 정당화 될 수 없다.

- ① (X) 자구행위가 성립되기 위해서는 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행공란이라는 사정이 있었어야 한다. 지문에서는 그러한 사정이 있다고 판단되지 않으므로 자구행위가 성립될 수 없다.
- ② (O) 자구행위는 시간장소관계로 공격 구제를 기다릴 여유가 없고, 후일 공격 수단에 의할지라도 그 실효를 거두지 못할 긴급한 사정이 있는 경우에 한하여 할 수 있다. 그러므로 가옥명도청구나 점유사용권을 회복하기 위한 자구행위는 허용되지 않는다.
- ③ (O) 자구행위는 사회윤리적 견지에서 용인될 수 있어야 하고, 권리남용에 해당하지 않아야 한다.
- ④ (O) 자구행위는 청구권의 이행을 직접 추구하는 충족수단이 아니라 채권자로서의 지위를 확보하는 청구권의 보존수단이다. 따라서 재산을 임의로 처분하거나 이행을 받는 등 청구권의 이행을 직접 추구하는 것은 자구행위에 의해 정당화 될 수 없다.

제5절 피해자의 승낙

156번

- ① 피구급자간음죄는 피해자의 승낙이 있더라도 성립하나, 공증인이 공정증서에 의한 유언장 작성시 지득한 유언자의 비밀을 그의 승낙을 받고 제3자에게 알린 경우에는 업무상비밀누설죄에 해당하지 아니한다.
- ② 피해자의 승낙은 법익침해 이전에 표시되어야 하며 승낙은 언제나 자유로이 철회할 수 있고 그 철회의 방법에 아무런 제한이 없다.
- ③ 피해자 乙이 살인을 승낙하지 않았음에도 불구하고 승낙이 있다고 오인하고 甲이 그를 살해한 경우 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오가 문제된다.
- ④ 작성권한 없는 甲이 乙의 명의를 모용하여 사문서를 작성·수정하였으나 행위 당시 이에 대한 명의자 乙의 명시적이거나 묵시적인 승낙이 있었다면 사문서의 위·변조가 성립하지 않는다.

- ① (O) [1] 피구급자간음죄에 있어서 피해자의 동의는 범죄성립에 영향이 없으므로, 피구급자의 동의를 얻어 간음한 경우에도 피구급자간음죄가 성립한다. [2] 반면에 비밀이 되기 위한 요건은 비공지성, 비밀유지의사이므로, 널리 공지된 사실은 비밀이 될 수 없고, 비밀의 당사자에게 비밀로 하겠다는 의사가 없는 경우에도 비밀이 될 수 없다. 따라서 당사자의 승낙을 받고 비밀을 알린 경우에는 업무상비밀누설죄에 해당하지 않는다.
- ② (O) 승낙은 행위 전이나 행위 초에 있을 것을 요하며, 사후승낙은 위법성을 조각할 수 없다. 또한 승낙은 원칙적으로 자유롭게 철회할 수 있으나 철회 전의 행위에 대해서는 영향이 없다.
- ③ (X) 감경적 구성요건요소에 대한 착오로 15조 1항이 적용되어 촉탁·승낙살인죄가 성립한다.
- ④ (O) (大判 1988.1.12. 87도2256).

157번

- ② 형법상 승낙은 명시적으로 외부에 표시될 것을 요하며 묵시적 승낙은 유효한 승낙이 될 수 없다.

- ② (X) 피고인이 계원들로 하여금 공소외 (甲)대신 피고인을 계주로 맡게 하여 계금을 지급하고 불입금을 지급받아 위계를 사용하여 공소외 (甲)의 계운영 업무를 방해하였다고 하여도 피고인에 대하여 다액의 채무를 부담하고 있던 공소외 (甲)으로서는 채권확보를 위한 피고인의 요구를 거절할 수 없었기 때문에 피고인이 계주의 업무를 대행하는데 대하여 이를 승인 내지 묵인한 사실이 인정된다면 피고인의 소위는 이른바 위 공소외 (甲)의 승낙이 있었던 것으로서 위법성이 조각되어 업무방해죄가 성립되지 않는다 (大判 1983.02.08. 82도2486). <주> 판례에서 볼 수 있듯이 묵시적 승낙도 유효한 승낙이 된다.

158번

- ① 무고죄는 부수적으로 부당하게 처벌 또는 징계받지 아니할 개인의 이익을 보호하는 죄임으로 피무고인이 무고사실에 대하여 승낙한 경우 무고인을 처벌할 수 없다.
- ③ 문서명의인이 이미 사망하였는데도 문서명의인이 생존하고 있다는 점이 문서의 중요한 내용을 이루거나 그 점을 전제로 문서가 작성되었다면 이미 그 문서에 관한 공공의 신용을 해할 위험이 발생하였다 할 것이므로, 그러한 내용의 문서에 관하여 사망한 명의자의 승낙이 추정된다는 이유로 사문서위조죄의 성립을 부정할 수는 없다.

- ① (X) 피무고자의 승낙을 받아 허위사실을 기재한 고소장을 제출하였다면 피무고자에 대한 형사처분이라는 결과발생을 의욕한 것은 아니라 하더라도 적어도 그러한 결과발생에 대한 미필적인 인식은 있었던 것으로 보아야 한다(大判 2005.9.30. 2005도2712). <주> 무고죄는 국가적 법익을 침해하는 범죄이므로, 개인의 승낙은 효력이 없다고 해석된다.
- ③ (O) (大判 2011.9.29. 2011도62223).

159번

- ① 피해자의 승낙에서 승낙능력은 민법상의 행위능력과 일치한다고 할 수 없으며, 승낙은 철회할 수 있으나 철회 전의 행위에 대해서는 영향을 미치지 못한다.
- ㉔ 형법 제24조는 '처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 벌하지 아니한다'라고 규정하고 있다.
- ㉔ 장난권투 중 긴장한 피고인이 하급자인 피해자를 1분 이상 가슴과 배를 때려 사망에 이르게 한 경우 폭행치사죄가 성립한다.
- ㉔ 사자 명의로 된 약속어음을 작성함에 있어 사망자의 치료부터 사망자의 인장을 교부받아 생존 당시 작성한 것처럼 약속어음의 발행일자를 그 명의자의 생존 중의 일자로 소급하여 작성한 때에는 발행명의인의 추정적 승낙이 있었다고 볼 수 없다.

- ㉔ (O) 승낙능력은 형법의 독자적인 기준에 의하여 구체적·개별적으로 결정되며, 민법상의 행위능력과 구별된다. 그리고 승낙은 원칙적으로 자유롭게 철회할 수 있으나, 철회 전의 행위에 대해서는 영향이 없다.
- ㉔ (X) 처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다(형법 24조).
- ㉔ (O) 상급자인 피고인이 하급자인 피해자로부터 아프게 반격을 받을 정도의 상황에서 신체가 보다 더 건강한 피고인이 피해자에게 약 1분 이상 가슴과 배를 때렸다면 사망의 결과에 대한 예견가능성을 부정할 수도 없을 것이며 위와 같은 상황에서 이루어진 폭행이 장난권투로서 피해자의 승낙에 의한 사회상

규에 어긋나지 않는 것이라고도 볼 수 없다(大判 1989.11.28. 89도201).

㉔ (O) 大判 2011.7.14. 2010도1025.

159-1번

[문제] 피해자의 승낙이나 추정적 승낙으로 인정되어 위법성이 조각될 수 있는 경우는? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 자신의 집에서 도박행위를 하도록 승낙하였다.
- ② 13세 미만의 부녀의 승낙을 받아 간음하였다.
- ③ 환자가 의사의 부정확한 진단에 의한 불충분한 설명을 근거로 수술을 승낙하였다.
- ④ 피해자의 승낙은 승낙의 의미와 내용을 이해할 수 있는 자의 자유로운 의사에 의한 진지한 것이어야 하며, 행위 전이나 행위시에 있어야 한다.

- ① (X) 피해자의 승낙에서 승낙으로 처분할 수 있는 법익은 개인적 법익에 한한다. 국가·사회적 법익은 개인이 처분할 수 없기 때문에 승낙대상이 아니다.
- ② (X) 13세 미만의 부녀의 승낙을 받아 간음을 하였더라도 미성년자의제강간죄가 성립한다. 즉 미성년자의제강간죄의 경우는 동의가 있어도 범죄성립에 영향이 없는 경우이다.
- ③ (X) 산부인과 전문의 수련과정 2년차인 의사가 자신의 시진, 촉진결과 등을 과신한 나머지 초음파검사 등 피해자의 병증이 자궁의 임신인지, 자궁근종인지를 판별하기 위한 정밀한 진단방법을 실시하지 아니한 채 피해자의 병명을 자궁근종으로 오진하고 이에 근거하여 의학에 대한 전문지식이 없는 피해자에게 자궁적출술의 불가피성만을 강조하였을 뿐 위와 같은 진단상의 과오가 없었으면 당연히 설명받았을 자궁의 임신에 관한 내용을 설명받지 못한 피해자로부터 수술승낙을 받았다면 위 승낙은 부정확 또는 불충분한 설명을 근거로 이루어진 것으로서 수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 볼 수 없다(大判 1993.07.27. 92도2345).
- ④ (O) 피해자의 승낙이 성립하기 위해서는 피해자에게 법익의 의미와 그 침해의 결과를 인식하고 이성적으로 판단할 수 있는 자연적 의사능력과 판단능력이 있어야 한다. 승낙은 행위 전이나 행위시에 있을 것을 요하며, 사후승낙은 위법성을 조각할 수 없다.

제6절 정당행위

162번

- ③ 시장변영회의 회장이 시장변영회에서 제정한 관리규정을 위반하여 칸막이를 천장에까지 설치한 일부 점포주들에 대하여 단전조치를 한 행위

- ③ (O) 제반사정에 비추어 보면 피고인의 행위는 법익균형성, 긴급성, 보충성을 갖춘 행위로서 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성이 있는 것이므로 피고인의 각 행위는 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당한다(大判 1994.4.15. 93도2899).

164번

- ㉔ 사용자가 적법한 직장폐쇄 기간 중 일방적으로 업무에 복귀하겠다고 하면서 자신의 퇴거요구에 불응한 채 계속하여 사업장 내로 진입을 시도하는 해고 근로자를 폭행·협박한 사용자의 행위는 사업장 내의 평온과 노동조합의 업무방해행위를 방지하기 위한 행위로서 정당행위에 해당한다.
- ㉔ 의사가 장기이식을 위해 뇌사자의 장기를 적출하는 행위는 종전에는 '사회상규에 위반되

지 아니하는 행위', '피해자의 승낙에 의한 행위' 등으로 해석되었으나, 현행법에서는 '법령에 의한 행위'로 위법성이 조각될 수 있다.

- ㉔ 한의사 자격이나 이에 관한 어떠한 면허도 없는某甲이 점질방에서 찾아오는 사람들을 대상으로 약간의 돈을 받고 아픈 부위의 혈을 주물러 근육을 풀어주고 그 부위에 부항을 뜬 후 그 곳을 부항침으로 찌르는 등, 단순히 수지침 정도의 수준에 그치지 아니하고 부항침과 부항을 이용하여 체내의 혈액을 밖으로 배출되도록 한 경우, 정당행위에 해당하지 아니한다

㉔ (O) (大判 2005.6.9. 2004도7218).

㉔ (O) 의사의 수술은 과거 업무로 인한 정당행위였다. 그러나 현재는 장기 등 이식에 관한 법률이 제정되었으므로 법령에 의한 정당행위로 평가된다.

㉔ (O) (大判 2004.10.28. 2004도3405).

167번

- ④ 남북정상회담의 개최과정에서 이루어진 대북송금 행위가 형법상 정당행위에 해당된다고 보기 어렵다.

④ (O) 大判 2004.3.26. 2003도7878.

168번

- ㉔ 의사某甲이 모발이식시술을 하면서 모발이식시술에 관하여 어느 정도 지식을 지닌 간호조무사로 하여금 모발이식용 기기로 모발을 삽입하는 행위를 하도록 한 채 별반 관여를 하지 않았다면,某甲의 행위는 정당행위에 해당한다.
- ㉔ 호텔 내 주점의 임대인이 임차인의 차임 연체를 이유로 약정 기간이 만료되지 않았고 임대차보증금도 상당한 액수가 남아있는 상태에서 계약해지의 의사표시와 경고만을 한 후 단전·단수조치를 한 경우는 정당행위에 해당한다.
- ㉔ 피해어민들이 피해보상 주장을 관철하기 위하여 선박의 입·출항 업무를 방해하며 이를 진압하는 경찰관들을 대나무 등으로 구타하여 상해를 입힌 경우 사회통념상 용인될 만한 상당성이 있는 정당행위라고는 할 수 없다.

㉔ (X) 의사가 모발이식시술을 하면서 이에 관하여 어느 정도 지식을 가지고 있는 간호조무사로 하여금 모발이식시술행위 중 일정 부분을 직접 하도록 맡겨둔 채 별반 관여하지 않은 것이 정당행위에 해당하지 않는다(大判 2007.6.28. 2005도8317).

㉔ (X) 호텔 내 주점의 임대인이 임차인의 차임 연체를 이유로 계약서상 규정에 따라 위 주점에 대하여 단전·단수조치를 취한 경우, 약정 기간이 만료되었고 임대차보증금도 차임연체 등으로 공제되어 이미 남아있지 않은 상태에서 미리 예고한 후 단전·단수조치를 하였다면 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 만, 약정 기간이 만료되지 않았고 임대차보증금도 상당한 액수가 남아있는 상태에서 계약해지의 의사표시와 경고만을 한 후 단전·단수조치를 하였다면 정당행위로 볼 수 없다(大判 2007.9.20. 2006도9157).

㉔ (O) 각 범행의 수단, 방법 및 그 결과 등에 비추어 위 각 범행이 사회통념상 용인될 만한 상당성이 있는 정당행위라고는 할 수 없다(大判 1991.5.10. 91도346).

169번

- ① 택시 운전사인 피고인이 고객인 가정주부들에게 입에 담지 못할 욕설을 퍼부은 데서 발단

이 되어 가정주부인 피해자 등으로부터 핸드백과 하이힐 등으로 얻어 맞게 되자 그 때문에 입은 상처를 고발하기 위해 파출소로 끌고 감을 빙자하여 피해자의 손목을 잡아 틀어 상해를 가했다면 피고인의 행위가 사회통념상 용인될 만한 상당성이 있는 정당행위라고 볼 수는 없다.

② 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 하나, 부당한 요구사항을 뺏더라면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우라고 하여 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 볼 수는 없다.

③ 대출의 조건 및 용도가 임야매수자금으로 한정되어 있는 정부정책자금을 대출받으면서 임야매수자금 외의 용도에 사용할 목적으로 임야매수자금을 실제보다 부풀린 허위계약서를 제출하여 대출받은 행위는, 정책자금을 대출받은 자가 대출의 조건 및 용도에 위반하여 자금을 사용하는 관행이 있더라도 사회상규에 위배되지 않는 정당한 행위라고 할 수 없다.

- ① (O) 피고인의 행위가 사회통념상 용인될 만한 상당성이 있는 정당행위라고 볼 수는 없다(大判 1991.12.27. 91도1169).
- ② (X) 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 할 것이고, 만일 부당한 요구사항을 뺏더라면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 보아야 한다(大判 2003.12.26. 2001도1863).
- ③ (O) 大判 2007.04.27. 2006도7634.

171번

[문제] 정당행위로서 위법성이 조각되는 경우로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 피고인이 피해자를 상대로 목재대금청구소송 계속중 피해자에게 피해자의 세금포탈을 관계기관에 진정하겠다고 말하여 겁을 먹은 피해자로부터 목재대금지급을 약속받았다면 사회상규에 어긋나지 않는다.
- ③ 쟁의행위에 대한 찬반투표 실시를 위하여 근무시간 중에 노동조합 임시총회를 개최하고 3시간에 걸친 투표 후 1시간의 여흥시간을 가진 경우

- ① (X) 피고인이 피해자를 상대로 목재대금청구소송 계속중 피해자에게 피해자의 양도소득세포탈사실을 관계기관에 진정하여 일을 벌리려 한다고 말하여 겁을 먹은 피해자로부터 목재대금을 지급하겠다는 약속을 받아낸 행위는 사회상규에 어긋나지 않는다고 할 수 없다(大判 1990.11.23. 90도1864).
- ③ (O) 大判 1994.2.22. 93도613.

172번

- ③ 임신의 지속이 모체의 건강을 해칠 우려가 현저할 뿐더러 기형아 내지 불구아를 출산할 가능성이 커지지 않다는 판단하에 부득이 취하게 된 산부인과 의사의 낙태수술행위는 정당행위 내지 긴급피난에 해당되어 위법성이 없는 경우에 해당한다.

- ③ (O) 大判 1976.7.13. 75도1205.

173번

- ① 피해자가 양손으로 피고인의 넥타이를 잡고 늘어져 후경부피하출혈상을 입을 정도로 목이 졸리게 된 피고인이 피해자를 떼어놓기 위하여 왼손으로 자신의 목 부근 넥타이를 잡은 상태에서 오른손으로 피해자의 손을 잡아 비틀면서 서로 밀고 당기고 하였다면, 피고인의 그와 같은 행위는 목이 졸린 상태에서 벗어나기 위한 소극적인 저항행위에 불과하여 정당행위에 해당하여 죄가 되지 아니한다.
- ② 남편을 상대로 한 제소행위에 대하여 응소하는 행위가 처의 일상가사대리권에 속한다고 할 수 있으므로, 행방불명된 남편에 대하여 불리한 민사판결이 선고되어 처가 남편명의의 항소장을 작성하여 법원에 제출한 행위는 사회통념상 용인되는 극히 정상적인 생활형태의 하나로서 위법성이 있다 할 수 없다.
- ③ 분쟁이 있던 옆집 사람이 야간에 술에 만취된 채 시비를 하며 거실로 들어오려 하므로 이를 제지하며 밀어내는 과정에서 2주 상해를 입힌 피고인의 행위는 정당행위로 무죄이다.
- ④ 회사측이 회사 운영을 부실하게 하여 소수주주들에게 손해를 입게 하였다고 하더라도 위와 같은 사정만으로 주주총회에 참석한 주주가 강제로 사무실을 뒤져 회계장부를 찾아내는 것이 사회통념상 용인되는 정당행위로 되는 것은 아니다.

- ① (O) (大判 1996.5.28. 96도979).
- ② (X) 남편을 상대로 한 제소행위에 대하여 응소하는 행위가 처의 일상가사대리권에 속한다고 할 수 없음은 물론이고, 행방불명된 남편에 대하여 불리한 민사판결이 선고되었다 하더라도 그러한 사정만으로써는 적법한 다른 방법을 강구하지 아니하고 남편 명의의 항소장을 임의로 작성하여 법원에 제출한 행위가 사회통념상 용인되는 극히 정상적인 생활형태의 하나로서 위법성이 없다 할 수 없다(大判 1994.11.8. 94도1657).
- ③ (O) 大判 1995.2.28. 94도2746.
- ④ (O) (大判 2001.9.7. 2001도2917).

174번

- ④ 집행관이 압류집행을 위하여 채무자의 주거에 들어가려고 하였으나 채무자의 아들이 이를 방해하는 등 저항하므로 주거에 들어가는 과정에서 몸싸움을 하던 도중 그에게 2주간의 상해를 가한 행위는 정당행위에 해당된다.

- ④ (O) 집달관이 압류집행을 위하여 채무자의 주거에 들어가는 과정에서 상해를 가한 것은 상당성이 있는 행위로서 위법성이 조각된다(大判 1993.10.12. 93도875). <주> 업무로 인한 정당행위이다.

175번

- ㉠ 전교조 소속 교사들이 학교운영의 공공성, 투명성의 보장을 요구하며 학교법인 이사장 및 교장의 거주지 앞에서 그들의 주소까지 명시하여 명예를 훼손한 경우
- ㉡ 사채업자인 피고인이 피해자에게 채무를 변제하지 않으면 피해자가 숨기고 싶어 하는 과거의 행적과 사채를 쓴 사실 등을 남편과 시댁에 알리겠다는 등의 문자메세지를 발송한 경우

- ㉠ (X) 피해자들의 거주지 앞에서 그들의 주소까지 명시하여 명예를 훼손하였다면 이는 공공의 이익을 위한 사실의 적시로 볼 수 없어 위법성이 조각되지 아니한다(大判 2008.3.14. 2006도6049).

- ㉔ (X) (1) 채권자가 채권추심을 위하여 독촉 등 권리행사에 필요한 행위를 할 수 있기는 하지만, 법률상 허용되는 정당한 절차에 의한 것이어야 하며, 또한 채무자의 자발적 이행을 촉구하기 위해 필요한 범위 안에서 상당한 방법으로 그 권리가 행사되어야 한다. (2) 사안의 경우, 피고인에게 협박죄가 성립한다(大判 2011.5.26. 2011도2412).

176번

[문제] 다음 중 위법성이 조각되는 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉑ 소유권의 귀속에 관한 분쟁이 있어 민사소송이 계속 중인 건조물에 관하여 현실적으로 관리인이 있음에도 그 건조물의 자물쇠를 쇠톱으로 절단하고 침입한 경우
 ㉒ 분쟁중인 부동산관계로 따지러 온 피해자가 피고인에게 달려들어 먹살을 잡고 발로 차는 등 폭행을 가하자 이를 뿌리치기 위하여 소극적인 저항방법으로 부득이 먹살을 잡고 있는 피해자의 손을 잡고 비틀어 떼어낸 행위
 ㉓ (X) 소유권의 귀속에 관한 분쟁이 있어 민사소송이 계속중인 건조물에 관하여 현실적으로 관리인이 있음에도 위 건조물의 자물쇠를 쇠톱으로 절단하고 침입한 소위는 법정절차에 의하여 그 권리를 보전하기가 곤란하고 그 권리의 실행불능이나 현저한 실행곤란을 피하기 위해 상당한 이유가 있는 행위라고 할 수 없다(大判 1985.07.09.85도707).
 ㉔ (O) 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당한다(大判 1990.1.23. 89도1328).

177번

- ① 모자보건법과 동법 시행령에 따른 인공임신중절수술의 경우 임신부의 행위는 형법상 낙태죄, 의사의 행위는 형법상 업무상 동의낙태죄의 구성요건에는 해당하지만 법령에 의한 행위로서 위법성을 조각할 수 있다.
 ② 여중의 체육교사가 욕하면서 싸우는 여학생들을 발견하고 스스로의 감정을 자제하지 못하여 많은 학생들 앞에서 슬리퍼로 그 여학생들의 양손을 때리고, 모욕감을 느낄 지나친 욕설을 한 경우 정당행위에 해당한다.
 ③ 종교신념에 반한다는 이유로 공공시설 내에 설치된 단군상을 철거한 경우 정당행위로 인정되지 않는다.
 ④ 술에 취해 행패를 부리는 자의 뺨을 가볍게 2회 때린 정도의 행위는 사회상규에 위반되지 않고 정당행위에 해당한다.

- ① (O) 大判 1985.6.11. 84도1958.
 ② (X) 특별한 사정이 없는 한 사회통념상 객관적 타당성을 갖추었다고 보기 어렵다(大判 2004.6.10. 2001도5380).
 ③ (O) 자신의 종교적 신념에 반한다는 이유로 공공시설 내에 설치된 단군상을 철거하는 행위는 정당행위로 인정되지 않는다(大判 2001.9.4. 2001도3167).
 ④ (O) 大判 1989.5.23. 88도1376.

제4장 책임론

제1절 책임능력

178번

- ㉔ 편집형 정신분열증환자로서 심신상실의 상태에 있었다는 감정인의 의견을 배척하고 법원이 스스로 심신미약으로 인정할 수는 없다.

- ㉔ (X) 형법 제10조 제1항 및 제2항 소정의 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신분열병의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무 및 수사 및 공판정에서의 방어 및 변호의 방법과 태도, 정신병 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다(大判 1994.05.13. 94도581).

179번

- ㉔ 행위시 책임능력이 없는 자의 행위는 어떠한 경우에도 형벌을 부과할 수 없다.

- ㉔ (X) 위협의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다(형법 10조 3항). 원인에 있어 자유로운 행위에 대한 처벌규정을 두어 행위시에 책임능력이 없는 자의 행위에 대해 처벌할 수 있는 규정을 두고 있다.

180번

- ① 심신상실자란 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 결여된 자를 말한다.
 ④ 농아자가 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 범한 경우 「형법」 제11조에 따른 형의 감경을 하지 않을 수 있다.

- ① (O) 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다(형법 10조 1항). 심신상실자에 대한 옳은 설명이다.
 ④ (O) 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 아동·청소년대상 성폭력범죄를 범한 때에는 「형법」 제10조제1항·제2항 및 제11조(농아자)를 적용하지 아니할 수 있다(아동·청소년의 성보호에 관한 법률 19조)

183번

- ① 소년법 제4조 제1항의 ‘죄를 범한 소년’(범죄소년)은 형사처벌은 불가능하지만 보호처분은 가능한 책임무능력자이다.
 ② “술에 취하여 칼을 던진 기억이 없다”는 피고인의 주장은 심신장애로 인한 형의 감면을 주장하는 취지가 아니라 단순히 범행을 부인하는 취지에 지나지 않는다.
 ③ 심한 만성형 정신분열증에 따른 망상의 지배로 말미암아 아무런 관계도 없는 행인들의 머리를 이유 없이 도끼로 내리쳐 상해를 입힌 경우 심신장애에 해당된다.

- ① (X) 형사책임능력이 없어 형사처벌은 불가능하고 보호처분만 가능한 것은 촉박소년에 대한 설명이다. 범죄소년은 죄를 범한 14세 이상 19세 미만의 소년으로 형사처벌이 가능하다.
 [참고] 촉박소년 : 형법법령에 저촉되는 행위를 한 10세 이상 14세 미만인 소년으로 형사책임능력이 없어 형사처벌은 불가능하고 보호처분만 가능하다.
 ② (O) (大判 1988.9.13. 88도1284).

- ③ (O) (大判 1991.5.28. 91도636).

185번

- ㉠ 피고인이 범행 당시 심신장애의 정도가 불분명한 경우에는 먼저 정신의로 하여금 감정을 하게 한 다음, 그 감정결과를 주요한 참고자료로 삼아 범행 당시의 심신상실 여부를 경험칙에 비추어 규범적으로 판단하여야 한다.
- ㉡ 소년법 적용 대상자에 대해서도 무기형을 부과할 수 없는 것은 아니다.
- ㉢ 대마초 흡연시 이미 범행을 예견하고도 자의로 심신장애를 야기한 경우에는 심신장애로 인한 감정을 할 수 없다.
- ㉣ 형사미성년자에 대해서도 형사적 제재가 가능하다.

- ㉠ (O) 大判 1998.4.10. 98도549.
- ㉡ (O) 죄를 범할 때에 18세 미만인 소년에 대하여는 사형 또는 무기형으로 처할 것인 때에는 15년의 유기징역으로 한다(소년법 제59조). 따라서 죄를 범할 때에 18세 이상인 소년에 대해서는 사형 또는 무기형을 부과할 수 있다.
- ㉢ (O) 大判 1996.6.11. 96도857.
- ㉣ (O) 형사미성년자에게는 형벌은 부과할 수 없지만 형벌법령에 저촉되는 행위를 한 10세 이상 14세 미만의 소년에 대해서는 소년법상의 보호처분을 과할 수 있다(동법 제4조 제1항 제2호). <주> 형사제재에는 형벌과 보안처분(또는 보호처분)이 있다. 형사미성년자에게 형벌은 부과할 수 없지만 보호처분을 부과할 수 있기 때문에 형사적 제재가 가능하다고 하는 것이다.

188번

- ㉡ 원인설정행위에서 책임의 근거를 찾는 견해에 대해 '행위-책임 동시존재의 원칙'에 대한 예외를 인정한다는 비판이 있다.

- ㉡ (X) 원인설정행위에서 책임의 근거를 찾는 견해는 행위-책임 동시존재의 원칙을 유지하고 있다.

190번

- ① 자의로 심신장애를 야기하였다면 언제나 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당한다.
- ② 원인행위를 실행의 착수로 인정할 경우 행위와 책임의 동시존재의 원칙이 유지된다.
- ③ 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 형법 제10조 제3항은 위험의 발생을 예견할 수 있는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에는 적용되지 않는다.
- ④ 원인에 있어서 자유로운 행위는 형법상 책임무능력자의 행위와 동일하게 취급된다.

- ① (X) 위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다(10조3항). 언제나 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하는 것이 아니고 위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기하여야 한다.
- ② (O) 실행의 착수시기와 관련하여 원인행위를 실행행위로 보는 견해(원인행위시설, 간접정범유사설)에 의하면 불법행위의 시점과 책임능력의 존재시점을 일치시킴으로써 행위와 책임의 동시존재의 원칙이 유지될 수 있다는 장점이 있다.
- ③ (X) 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 예

견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용 대상이 된다(大判 1995.6.13. 95도826 ; 大判 1992.7.28. 92도999).

- ④ (X) 위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다(10조3항). 따라서 실행행위가 심신상실상태에서 행해졌어도 면책되지 않고, 심신미약상태에서 행해졌을지라도 형이 감경되지 않는다.

191번

- ㉠ 원인에 있어서 자유로운 행위에 있어 원인설정행위에 실행의 착수가 있다고 하는 견해는 실행행위의 정형성을 무시했다는 비판을 받는다.
- ㉡ 우리 형법상 원인에 있어서 자유로운 행위에는 심신상실, 심신미약의 규정을 적용하지 아니하므로 책임조각 내지 책임감경이 되지 아니하고 책임능력자로 취급하여 처벌하고 있다.
- ㉢ 마은 술을 마시면 폭행하는 습성이 있다는 것을 알면서 회식 중 만취하여, 평소에 불만을 품었던 상사에게 상해를 가할 의도를 가지고 주먹으로 얼굴을 쳐 전치 2주의 상해를 입혔다면 원인에 있어서 자유로운 행위로서 상해죄가 성립한다.
- ㉣ 결과실현행위시설은 구성요건행위의 사회적 정형성을 무시한다.

- ㉠ (O) 원인설정행위에 실행의 착수가 있다고 하는 견해(원인행위시설, 간접정범유사설)는 책임주의에는 충실하지만 실행행위의 정형성을 무시한다는 비판을 받는다.
- ㉡ (O) 형법 제10조 제3항 참조.
- ㉢ (X) 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위로서 과실치상죄가 성립된다.
- ㉣ (X) 원인행위와 실행행위의 불가분적인 관련성에서 책임의 근거를 인정하는 견해(불가분적 관련성설, 실행행위시설)는 원인행위 당시에 책임능력이 있으나, 실행행위 당시에 실행착수가 있다. 따라서 행위와 책임의 동시존재원칙에는 반하나, 구성요건의 정형성원칙에는 부합한다.

192번

[문제] 마은 乙에게 丙을 살해하면 2억원을 주기로 약속하고, 그 후 乙은 살해할 것을 결의하고, 스스로 술을 마시고 만취하여 심신상실 상태에서 丁을 丙으로 오인하고 살해한 다음, 丁이 끼고 있던 반지를 빼가지고 현장을 떠났다. 마의 죄책으로 옳은 것은?(단, 법정적 부합설에 의함)

- ① 살인미수죄의 교사범
- ② 살인죄의 교사범과 점유이탈물횡령죄
- ③ 살인죄의 교사범
- ④ 살인미수죄의 교사범과 절도죄의 방조범

*乙의 죄책 - ① 乙이 丁을 丙으로 오인하고 살해한 부분은 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오에 해당한다. 따라서 법정적 부합설에 의하면 丁에 대한 살인의 고의가 인정되어 丁에 대한 살인죄가 성립한다. 乙이 丁을 살해한 행위는 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하므로 심신상실상태에서의 범행이지만 책임이 조각되지 않는다.

② 사망한 丁의 반지를 빼가지고 온 행위는 원인에 있어서 자유로운 행위가 아니다. 왜냐하면 원인설정행위에서 반지를 영득하겠다는 고의가 없었기 때문이다. 따라서 반지를 영득한 행위는 심신상실상태에서의 행위로서 형법 제 10조 제1항에 의하여 책임이 조각되어 불가벌이다.

*甲의 죄책 - ① 정범인 乙의 착오는 구체적 사실의 착오이므로 乙의 착오를 객체의 착오로 보든, 방법의 착오로 보든 법정적 부합설의 입장에서는 마에게도 丁에 대한 살인죄의 고의가 인정되므로 丁에 대한

살인죄의 교사범이 성립한다.

㉔ 乙이 丁의 반지를 빼가지고 온 행위가 범죄로 성립하든 성립하지 않든, 甲은 이를 교사한 적이 없으므로 책임지지 않는다. 따라서 甲에게는 살인죄의 교사범만 성립한다.

제2절 위법성의 인식과 금지착오

193번

㉓ 현행범을 체포한 대학생이 현행범은 24시간 이내에 경찰에 인도하면 적법하다고 생각하고 정당한 이유 없이 그를 자기집에 20시간 감금하고 경찰에 인도한 경우 대학생의 형사책임에 대하여 엄격책임설과 제한적 책임설은 결론을 달리한다.

㉓ (X) 위법성조각사유의 법적 한계를 오인한 경우로서 금지착오에 해당한다. 이 경우 책임설에 의하면 고의는 조각되지 않고, 그 착오에 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 책임이 조각된다. 엄격책임설과 제한적 책임설은 결론이 같다. 엄격책임설과 제한적 책임설이 결론을 달리 하는 것은 위법성전제사실에 착오에 한한다.

194번

㉓ ① 제한책임설에 따르면 오상방위는 금지착오의 유형에 해당하며, 그 착오에 정당한 이유가 없으면 고의기수범으로 처벌된다.
② 엄격책임설에 따르면 오상방위는 사실의 착오를 유추적용하여 고의가 조각된다.
③ 제한책임설 중 법효과제한책임설에 따르면 오상방위에 빠진 경우에는 구성요건적 고의의 조각이 인정된다.
④ 판례는 현재의 급박하고도 부당한 침해가 있는 것으로 오인하는데 대한 정당한 사유가 있는 경우임에도 불구하고 피고인의 정당방위의 주장을 배척하는 것은 오상방위의 범리를 오해한 위법이 있다는 입장이다.

㉓ ① (X) 지문은 엄격책임설에 대한 설명이다. 제한적 책임설은 오상방위(위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오)를 구성요건적 착오처럼 취급한다.
② (X) 지문은 제한적 책임설 중 구성요건적 착오 유추적용설에 대한 설명이다. 엄격책임설은 오상방위를 금지착오로 본다.
③ (X) 법효과제한적 책임설은 오상방위의 경우 구성요건적 고의는 조각되지 않으나, 책임고의가 조각(심정반가치의 부정)되어 고의범의 성립을 부정하고, 과실이 있으면 과실범 처벌규정이 있는 경우에 한하여 과실범으로 처벌한다는 견해이다.
④ (O) 大判 1968.5.7. 68도370.

194-1번

ㄱ. 아내에 대해서도 징계권이 있다고 생각하여 징계행위를 한 경우 - 금지착오
ㄴ. 쥐를 잡으려고 쥐약을 놓았으나 아이가 먹고 사망한 경우 - 구성요건적 객체착오
ㄷ. 14세의 여자와 합의해도 죄가 되는 줄 알고 성관계를 맺은 경우 - 반전된 금지착오
ㄹ. 14세가 자신을 13세로 알고 범죄행위를 자행한 경우 - 구성요건적 착오
ㅁ. 사람을 향해 발포하였지만 빗나간 총알이 가로수를 맞춘 경우 - 구성요건적 타격착오
ㅂ. 사람에 대한 상해의사로 던진 돌이 그 옆의 기물을 손괴한 경우 - 구성요건적 방법착오

ㄱ.(O) 위법성조각사유의 존재에 관한 착오로서 금지착오

ㄴ.(X) 과실범 성립여부만 문제될 뿐이다.

ㄷ.(O) 반전된 금지착오이다.

ㄹ.(X) 구성요건적 착오의 대상은 구성요건적 고의의 지적요소의 대상이 되는 모든 객관적 구성요건표지이다. 책임능력은 이에 해당 되지 않으므로 구성요건착오가 아니다.

ㅁ.(X) 발생한 사실이 구성요건적 사실이 아니므로 구성요건착오가 아니다.

ㅂ.(O) 추상적사실의 착오 중 방법의 착오이다.

195번

㉓ ② 행위자가 자기의 행위와 관련된 금지규범을 알지 못한 경우도 그 부지에 정당한 이유가 있는 경우에는 별하지 않는다.
③ 범죄의 성립에 있어서 위법성의 인식은 그 범죄사실이 사회정의와 조리에 어긋난다는 것을 인식하는 것으로 족하며, 구체적인 해당 법조문까지 인식할 필요는 없다.
④ 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자가 자기 행위의 위법성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있었는 데도 자신의 지적 능력을 다하여 진지한 노력을 다하지 못한 결과 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다.

㉓ ② (X) 법률의 부지에 대하여 다수설은 법률의 착오에 해당한다고 보고 있으나, 판례는 법률의 착오가 아니라고 본다. 따라서 판례에 따르면 법률의 부지에 대하여 제16조에 의하여 정당한 이유를 문제 삼지 않고 언제나 처벌하게 되는 결과가 된다.

③ (O) 大判 1987.3.24. 86도2673.

④ (O) 大判 2012.1.26. 2010도9717; 大判 2011.10.27. 2011도9243.

199번

㉓ ㉔ 사람이 죽으면 으레 당국에 신고한 연후에 그 사체를 매장하여야 함은 일반상식으로 되어 있으므로 그것을 몰랐다고 변소한다 하여 이를 위법행위를 합법행위로 오인하였음에 정당한 이유가 있는 때에 해당한다고 할 수 없다.

㉔ (O) 大判 1979.8.28. 79도1671.

201번

[문제] 다음 중 법률의 착오에 정당한 이유가 있는 경우는 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉓ ① 가져분결정으로 직무집행정지 중인 자가 변호사의 조언을 받아 종단의 보관금을 소송비용으로 지출품의서에 결재 후 지급한 경우
② 한국간행물윤리위원회나 정보통신윤리위원회가 만화에 대하여 심의하여 음란성 등을 이유로 청소년유해매체물로 판정하였을 뿐 더 나아가 시정요구를 하거나 관계기관에 형사처벌 또는 행정처분을 요청하지 않았기 때문에 피고인들의 행위가 죄가 되지 아니하는 것으로 생각한 경우

㉓ (X) 법률의 착오에 의한 것이라 할 수 없다(大判 1990.10.16. 90도1604). <주> (정당한 이유가 있어 무죄가 되는) 법률의 착오는 아니라는 취지이다.

- ㉠ (X) 제반 사정에 비추어 보면 피고인들의 행위가 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 데 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다(大判 2006.04.28. 2003도4128).

202번

- ㉠ 건물 임차인인 피고인이 건축법의 관계 규정을 알지 못하여 임차건물을 자동차정비공장으로 사용하는 것이 건축법상의 무단용도변경 행위에 해당한다는 것을 모르고 사용을 계속하였다고 하더라도, 이는 단순한 법률의 부지에 해당하므로 범죄의 성립에 아무런 지장이 없다.
- ㉡ 건축허가를 받아 병원을 신축하여 영업하는 자가 별도의 건축법상 허가가 필요한 줄 모르고 병원시설을 장례식장의 용도로 변경하여 사용하였다면 그러한 사정만으로 자신의 행위가 법령에 저촉되지 않는 것으로 오인함에 정당한 이유가 있는 경우에 해당하거나 법의 없었다고 볼 수는 없다.

- ㉢ (O) 大判 1995.8.25. 95도1351.
- ㉣ (O) (大判 2005.9.29. 2005도4592).

203번

- ㉡ 피고인이 과거 지방선거에서 이 사건 홍보물과 같은 내용의 선거홍보물을 사용하였지만 처벌되지 않아 이 사건 홍보물의 내용이 구 공직선거법에 위반됨을 알지 못한 경우 법률의 착오에 정당한 이유가 있다.

- ㉡ (X) 피고인의 행위에 범죄가 없다거나 형법 제16조 소정의 법률의 착오에 해당하는 '정당한 이유'가 있다고 볼 수 없다(大判 2006.3.10. 2005도6316).

204번

- ㉠ 부동산중개업자가 아파트 분양권의 매매를 중개하면서 중개수수료 산정에 관한 지방자치단체의 조례를 잘못 해석하여 법에서 허용하는 금액을 초과한 중개수수료를 수수한 것은 법률의 착오로서 정당한 이유가 인정된다.
- ㉡ 자격기본법에 의한 민간자격관리자로부터 대체의학자격증을 수여받은 자가 사업자등록을 한 후 침술원을 개설하여 침술행위를 하는 것은 무면허 의료행위에 해당되지 아니하여 죄가 되지 않는다고 믿은 데에 정당한 이유가 없다.
- ㉣ 수사처리의 관례상 일부 상치된 내용을 일치시키기 위하여 적법하게 작성된 참고인진술조서를 찢어버리고 진술인의 진술도 듣지 아니하고 그 내용을 일치시킨 새로운 진술조서를 작성한 경우 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다.

- ㉠ (X) 그러한 사정만으로는 자신의 행위가 법령에 저촉되지 않는 것으로 오인함에 정당한 사유가 있는 경우에 해당하거나 피고인에게 범죄가 없었다고 볼 수는 없다(大判 2005.5.27. 2004도62).
- ㉡ (O) (大判 2003.5.13. 2003도939).
- ㉣ (O) (大判 1978.06.27. 76도2196)

205번

[문제] 형법 제16조의 '그 오인에 정당한 이유'가 있다고 인정되는 경우는?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 지방자치단체장이 관행적으로 간담회를 열어 업무추진비 지출 형식으로 참석자들에게 음식물을 제공하는 것이 허용되는 행위라고 오인한 경우

- ① (X) 지방자치단체장이 관행적으로 간담회를 열어 업무추진비 지출 형식으로 참석자들에게 음식물을 제공해 오면서 법령에 의하여 허용되는 행위라고 오인하였다 하더라도, 그 오인에 정당한 이유가 없어 법률의 착오에 해당하지 않는다(大判 2007.11.16. 2007도7205).

205-1번

- ③ 운전교습용 비디오카메라 장치의 특허권자에게 대가를 지불하고 사용승낙을 받은 이상 불법운전교육을 해도 처벌받지 않는다고 생각한 경우, 이를 법률의 착오에 기인한 행위라고 할 수는 없다.

- ③ (O) (大判 2006.01.13. 2005도8873).

207번

[문제] 남편이 출장을 가고 혼자 잠을 자고 있던 주부 甲은 새벽녘 누군가 문을 열고 들어오는 소리를 듣고 이를 강도로 생각하여 폭행하였다. 그러나 불을 켜고 확인한 결과 그는 출장을 갔다가 일찍 돌아온 남편이었다. 甲이 남편을 강도로 오인한 점에 대하여 과실이 있었다. 甲의 행위에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 엄격책임설에 따르면 금지착오로 본다. 따라서 甲에게 오인에 정당한 이유가 있더라도 고의는 조각되지 않고 폭행죄로 처벌된다.
- ② 소극적 구성요건요소이론에 따르면 구성요건적 착오가 되어 고의가 조각된다. 따라서 甲은 과실폭행으로 처벌된다.
- ③ 제한적 책임설 중 구성요건적 착오의 규정을 유추적용하자는 견해에 따르면 甲에게 구성요건적 고의가 조각되어 고의범으로 처벌할 수 없으며, 과실폭행으로 처벌된다.
- ④ 법효과제한적 책임설은 고의의 이중적 기능을 인정하는 견해로 구성요건적 고의는 인정되지만 책임고의가 탈락된다. 따라서 甲은 무죄가 된다.

*위법성전제사실의 착오에 대한 문제이다.

- ① (X) 위법성전제사실의 착오에 있어 엄격책임설은 금지착오로 본다. 그러나 오인에 정당한 이유가 있는 경우 고의는 조각되지 않지만, 책임이 조각되어 무죄가 된다.
- ② (X) 소극적 구성요건표지이론에 의하면 구성요건적 착오가 되어 불법고의가 조각되어 과실범으로 처벌된다. 따라서 사안의 경우 과실폭행이 되지만 폭행죄의 경우 과실범처벌규정이 없으므로 불가벌이다.
- ③ (X) 유추적용설에 의하면 불법고의가 조각되고 과실폭행이 되지만 과실범 처벌규정이 없어 불가벌이 된다.
- ④ (O) 법효과제한적 책임설에 의하면 구성요건적 고의는 인정되지만 책임고의가 조각되어 과실범으로 처벌된다. 그러나 폭행죄의 경우 과실범처벌규정이 없으므로 불가벌 즉 무죄가 된다.

208번

[문제] '현재의 부당한 침해'라는 정당방위 상황이 객관적으로 존재하지 않음에도 불구하고 행위자는 존재하는 것으로 잘못 알고 방위행위를 한 경우, 이를 법률의 착오로 보고 '오인에 정당한 이유'가 있으면 책임이 조각된다는 견해는?

- ① 엄격책임설
- ② 제한적 책임설
- ③ 소극적 구성요건표지이론
- ④ 고의설

- * 오상방위에 관한 설명이다. 오상방위는 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오에 해당되는 문제이다. 결론적으로 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오에서 이를 법률의 착오로 보는 견해는 엄격책임설이다.
- ① (O) 엄격책임설에 의하면 행위의 위법성에 관한 모든 착오가 금지착오이므로 위법성조각사유에 관한 착오도 모두 금지착오에 해당하고, 따라서 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오도 금지착오가 된다. 따라서 엄격책임설에 의하면 오상방위의 경우 금지착오로 보고 오인에 정당한 이유가 있으면 책임이 조각된다.
 - ② (X) 제한적 책임설에 의하면 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오는 그 법적 효과에 있어서 구성요건적 착오와 동일하다.
 - ③ (X) 소극적 구성요건표지이론에 의하면 위법성조각사유의 전제사실의 착오의 경우에는 구성요건적 착오로서 불법고의가 조각되고 과실범 성립의 문제만 남는다는 견해이다.
 - ④ (X) 고의설은 고의를 책임요소로 이해하고, 고의의 내용으로 구성요건에 해당하는 객관적 사실에 대한 인식 이외에 다시 위법성의 인식이 필요하다는 견해이다. 이 견해에 의하면 위법성의 인식이 없는 경우에는 원칙적으로 책임요소인 고의가 조각된다.

211번

[문제] 법률의 착오에 관한 내용으로 옳지 않은 것만을 고르면?

- ㉠ 판례는 법률의 부지는 법률의 착오에 해당하지 않는다고 한다.
- ㉡ 우리 형법은 법률의 착오에 관하여 명문의 규정을 두고 있다.
- ㉢ 엄격고의설은 위법성의 현실적 인식이 고의의 요소라고 한다.
- ㉣ 소극적 구성요건요소이론에 의하면 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오는 법률의 착오가 된다.
- ㉤ 엄격책임설과 제한적 책임설은 위법성의 인식을 책임의 요소라고 하는 점에서는 같다.
- ㉥ 우리 형법은 정당한 이유 유무로 처벌 여부를 결정한다.
- ㉦ 제한적 고의설은 위법성의 불인식에 과실이 있으면 과실범으로 처벌할 수 있다고 한다.

- ㉠ (O) 법률의 부지에 대하여 다수설은 법률의 착오에 해당한다고 보고 있으나, 판례는 법률의 착오가 아니라고 본다. 따라서 판례에 따르면 법률의 부지에 대하여 제16조에 의하여 정당한 이유를 문제 삼지 않고 언제나 처벌하게 되는 결과가 된다.
- ㉡ (O) 제16조.
- ㉢ (O) 엄격고의설에 의하면 위법성의 현실적 인식이 있는 경우에만 고의가 인정되고, 위법성의 인식가능성만으로는 과실이 될 뿐이라고 한다.
- ㉣ (X) 소극적 구성요건요소이론에 의하면 구성요건적 착오가 된다. 따라서 고의가 조각되고 과실범으로 처벌된다.
- ㉤ (O) 엄격책임설과 제한적 책임설은 모두 책임설이므로 위법성인식이 (구성요건적) 고의와 분리된 독자

적 책임요소라고 본다. 양설은 위법성조각사유의 전제사실의 착오에서만 입장이 대립된다.

- ㉥ (O) 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다(형법 제16조).
- ㉦ (X) 엄격고의설과 달리, 제한적 고의설은 위법성의 현실적 인식이 있는 경우 뿐만 아니라, 위법성의 인식가능성(과실)만 있어도 고의범으로 처벌할 수 있다고 본다.

제3절 기대가능성

214번

- ③ 자신의 영업정지처분에 대한 집행정지 신청이 잠정적으로 받아들여졌다는 사정만으로는 피고인에게 적법행위의 기대가능성이 없다고 볼 수는 없다.
- ④ 적법행위의 기대가능성은 행위당시 구체적 상황 하에서 행위자 대신 사회적 평균인의 관점에서 판단하여야 하나, 위법성 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 등에 따라 달리 평가되어야 한다.

- ㉠ (O) (大判 2010.11.11. 2007도8645).
- ㉡ (O) 大判 2004.7.15. 2004도2965 전합.

215번

[문제] 다음 중 적법행위에 대한 기대가능성이 인정되지 않는 것만을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 가. 비서가 주종관계에 있는 상사의 지시에 따라 공무원에게 뇌물을 공여한 경우
- 나. 국가정보기관의 직원이 소속 상관의 중대하고 명백한 위법명령에 따라 범법행위를 한 경우
- 다. 사용자가 퇴직금 지급을 위하여 최선의 노력을 다하였으나 경영부진으로 인한 자금사정 등으로 도저히 지급기일 내에 퇴직금을 지급할 수 없었던 경우
- 라. 대학교 3학년생들 중 일부 학생들의 학생증만을 제시받아 성년임을 확인한 후 나이트클럽에 입장시켰으나 그들 중 1인이 미성년자인 경우

- 가. (O) (大判 1983.3.8. 82도2873).
- 나. (O) (大判 1988.2.23. 87도2358).
- 다. (X) 기업이 불황이라는 사유만으로 사용자가 근로자에 대한 임금 등을 체불하는 것은 허용되지 아니한다. 그러나 모든 성의와 노력을 다했어도 임금의 체불이나 미불을 방지할 수 없었다는 것이 사회통념상 긍정할 정도가 되어 사용자에게 더 이상의 적법행위를 기대할 수 없거나 불가피한 사정이었음이 인정되는 경우, 그러한 사유는 구 근로기준법 제36조 위반죄의 책임조각사유가 된다(大判 2008.10.9. 2008도5984; 大判 2015.02.12. 2014도12753).
- 라. (X) 피고인이 단체임장하는 위 학생들이 모두 성년자일 것으로 믿은 데에는 정당한 이유가 있었다고 할 것이고, 따라서 위와 같은 상황아래서 피고인에게 위 학생들 중에 미성년자가 섞여 있을지도 모른다는 것을 예상하여 그들의 증명서를 일일이 확인할 것을 요구하는 것은 사회통념상 기대가능성이 없다고 봄이 상당하므로 이를 벌할 수 없다(大判 1987.1.20. 86도874).

217번

- ② 甲은 乙로부터 신제품 도면을 훔쳐 오지 않으면 인질로 잡혀 있는 甲의 내연의 처를 죽이

겠다는 협박을 받고 회사의 디자인실에서 도면을 절취하였다면 제12조의 강요된 행위에 해당한다.

- ㉔ (O) 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 벌하지 아니한다(제12조). 여기서의 친족에는 내연의 처나 사생자도 포함된다(통설). 따라서 설문의 행위는 강요된 행위로 기대가능성이 없어 벌하지 아니한다.

218번

- ㉑ 사병이 포대장이나 인사계의 지시로 휘발유 등 군용물을 불법매각한 행위는 강요된 행위로서 책임이 조각된다.
- ㉒ 저항할 수 없는 폭력은 심리적 의미에 있어서 육체적으로 어떤 행위를 절대적으로 하지 아니할 수 없게 하는 경우와 윤리적 의미에 있어서 강압된 경우를 말한다.

- ㉓ (X) 휘발유 등 군용물의 불법매각이 상사인 포대장이나 인사계 상사의 지시에 의한 것이라 하여도 그 같은 지시가 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 상당한 것이라고 인정되지 않은 이상 강요된 행위로서 책임성이 조각된다고 할 수 없다(大判 1983.12.13. 83도2543).
- ㉔ (O) (大判 1983.12.13. 83도2276).

219번

- ㉑ 甲은 乙로부터 어린 딸의 생명에 대한 위해를 피할 수 없는 협박을 받아 회사의 기밀문서를 절취하였다면 초법규칙 책임조각사유로서 무죄이다.

- ㉒ (X) 초법규칙이 아니라, 강요된 행위(제12조)로서 법규정에 의해 책임이 조각되어 무죄이다.

219-1번

- ㉑ 디스코클럽 경영자가 도경찰국장으로부터 18세 미만자의 출입을 단속하라는 공문을 받고 미성년자에게 주류를 판매하여 미성년자보호법을 위반하였다면 이를 법률의 착오에 기인한 행위라고 할 수는 없다.
- ㉒ 버스노동조합 지부의 적법한 대표자를 배제하고 사용자에 대하여 아무런 통지를 하지 않은 채 일부 근로자들이 비상대책위원회를 구성하고 회사 대표자의 형사처벌 및 퇴진, 군내버스의 완전공영제를 요구하며 실시한 파업은 정당행위에 해당하지 않는다.
- ㉓ 통일원장관의 접촉 승인 없이 북한 주민과 접촉한 행위는 정당행위 혹은 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우에 해당하지 아니한다.
- ㉔ 甲은 경찰관 乙 등이 자신에게 미란다 원칙의 고지사항 중 일부만 고지하고 신원확인절차를 밟으려하자 유리조각을 쥐고 휘둘러서 경찰관 乙 등에게 상해를 입힌 경우, 정당한 직무집행을 방해한 것이므로 정당행위가 될 수 없다.

- ㉑ (O) 大判 1985.4.9. 85도25.
- ㉒ (O) 大判 2008.1.18 2007도1557.
- ㉓ (O) 大判 2003.12.26. 2001도6484.
- ㉔ (O) (大判 2007.11.29. 2007도7961).

제5장 미수론

제1절 예비·음모죄

220번

[문제] 다음 중 예비·음모 규정이 없는 범죄는 모두 몇 개인가?

- ㉑ 무고죄 ㉒ 기차교통방해죄
㉓ 위계에 의한 살인죄 ㉔ 특수도주죄
㉕ 외국에 대한 사전죄 ㉖ 간첩죄

※ 예비·음모 처벌규정이 없는 것은 ㉓㉕ 2개이다.

- ㉑ (O) 교통방해죄는 미수만 처벌하고 예비·음모 처벌규정이 없으나, 기차교통방해죄는 미수는 물론 예비·음모 처벌규정도 있다.
- ㉒ (O) 위계에 의한 살인죄는 예비·음모 처벌규정이 있다. <주> 위계살인, 존속살해, 살인죄는 예비·음모 규정이 있으나(두문자 : 계속살인 약취강도), 영아살해, 촉탁승낙살인, 자살관여죄는 예비·음모 규정이 없다.
- ㉓ (X) 도주죄, 특수도주죄는 예비·음모 처벌규정이 없다.
- ㉔ (O) 외국에 대한 사전죄(형법 111조 3항).

225번

- ㉑ 예비·음모에 대한 규정은 있으나, 동 예비·음모의 형에 관하여 아무런 규정이 없으면 이를 본범이나 미수범에 준하여 처벌하지 않더라도 죄형법정주의 위반은 아니다.

- ㉒ (O) 大判 1979.12.26. 78도957.

229번

- ㉑ 내란·음모죄에 해당하는 합의가 있다고 하기 위해서는 단순히 내란에 관한 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고 객관적으로 내란범죄의 실행을 위한 합의라는 것이 명백히 인정되고, 그러한 합의에 실질적인 위험성이 인정되어야 한다.
- ㉒ 甲은 A의 경매입찰 참여를 포기하게 할 목적으로 A의 외동딸인 대학생 B를 인질로 삼기 위해 B를 약취·유인하기로 乙과 모의하였으나, A가 스스로 입찰을 포기한 경우 甲과 乙에게는 인질강요죄의 예비·음모죄가 성립한다.

- ㉑ (O) 大判 2015.01.22. 2014도10978 전합.
- ㉒ (X) 인질강요죄는 예비·음모를 처벌하는 규정이 없다.

제2절 미수 일반론

231번

[문제] 다음 중 형법상 미수범 처벌규정이 없는 범죄는?

- ㉑ 불법채포죄 ㉒ 재물손괴죄

③ 상해죄	④ 폭행죄
-------	-------

*불법체포죄(124조 2항), 재물손괴죄(제371조), 상해죄(제 257조 3항)의 경우 미수범을 처벌하는 규정이 있다.

233번

[문제] 다음 중 형법상 미수범을 처벌하지 않는 것은 모두 몇 개인가?

㉠ 인신매매죄	㉡ 사인부정사용죄
㉢ 편의시설부정사용죄	㉣ 공문서부정행사죄
㉤ 공인위조죄	㉥ 사문서부정행사죄

※ 미수범을 처벌하지 않는 것은 ㉡ 1개이다.

㉠ 인신매매죄(형법 294조), ㉡ 사인부정사용죄(형법 240조), ㉢ 편의시설부정사용죄(형법 352조), ㉣ 공문서부정행사죄(형법 235조), ㉤ 공인위조죄(형법 240조),

234번

[문제] 다음 중 형법상 미수범 처벌규정이 있는 범죄는 모두 몇 개인가?

㉠ 점유이탈물횡령죄	㉡ 공무상비밀표시무효죄
㉢ 사인위조죄	㉣ 공무집행방해죄
㉤ 도주죄	㉥ 준강도죄

※ 미수범 처벌규정이 있는 것은 ㉡㉢㉣㉤ 4개이다.

㉠㉡ 재산죄는 원칙적으로 미수를 처벌한다. 다만 권리행사방해죄, 부당이득죄, 장물죄, 강제집행면탈죄, 경계침범죄, 점유이탈물횡령죄 등은 미수를 처벌하지 않는다.

㉢㉣ 각종 방해죄는 모두 미수를 처벌하지 않는다. 다만 교통방해죄, 기차교통방해죄 등은 미수를 처벌한다. 또한 공무방해에 관한 죄 중에서 공무상비밀표시무효죄, 공용서류무효죄, 공무상보관물무효죄 등은 미수를 처벌한다.

㉤ 사인위조죄(형법 240조), ㉥ 도주죄(형법 149조).

237번

① 형법에는 진정부작위범의 미수를 처벌하는 규정이 존재한다.
② 형법에는 과실범의 미수를 처벌하는 규정이 존재한다.
③ 미수범은 원칙적으로 처벌하지 않으나, 법률에 특별한 규정이 있다면 예외적으로 처벌할 수 있다.
④ 기수범에 비하여 장애미수는 형을 감경할 수 있고 중지미수는 형을 감경 또는 면제하며 불능미수는 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

① (O) 형법상 진정부작위범인 퇴거불응죄의 미수를 처벌하는 규정이 있다(제322조).

② (X) 형법상 과실범의 미수를 처벌하는 규정은 없다.

③ (O) 미수는 원칙적으로 처벌되지 않으나, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 처벌된다(형법 제29조).

④ (O) 형법 25조, 26조

238번

① 과실의 미수와 예비·음모죄의 경우 미수 처벌규정이 있다.
② 미수범은 주관적 요건으로서 미수의 고의가 필요하므로, 기수범의 주관적 요건상의 고의의 정도와는 차이가 존재한다.
③ 자의에 의한 중지중에서도 일반사회통념상 장애에 의한 미수라고 보여지는 경우를 제외한 것을 중지미수라고 본다.
④ 협박죄(형법 제283조 제1항), 특수도주죄(형법 제146조), 증거인멸죄(형법 제155조 제1항)는 미수범 처벌규정이 있다.

① (X) 과실의 미수는 처벌규정이 없다. 각종 예비·음모죄도 미수 처벌규정이 없다.

② (X) 미수범은 주관적 요건으로서 기수의 고의가 있어야 한다. 처음부터 미수에 그치겠다는 미수의 고의는 형법상 고의가 아니기 때문이다. 따라서 미수범의 주관적 구성요건은 기수범과 완전히 동일하다.

③ (O)(大判 1993.10.12. 93도1851).

④ (X) 증거인멸죄의 경우 미수범 처벌규정이 없다.

제3절 장애미수

241번

㉠ 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제18조 제2항에서 정하고 있는 영업비밀부정사용죄에 있어서는 행위자가 당해 영업비밀과 관계된 영업활동에 이용 혹은 활용할 의사 아래 그 영업활동에 근접한 시기에 영업비밀을 열람하는 행위를 한 경우 그 실행의 착수를 인정할 수 없다.
--

㉡ (X) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제18조 제2항에서 정하고 있는 영업비밀부정사용죄에 있어서는, 행위자가 당해 영업비밀과 관계된 영업활동에 이용 혹은 활용할 의사 아래 그 영업활동에 근접한 시기에 영업비밀을 열람하는 행위(영업비밀이 전자파일의 형태인 경우에는 저장의 단계를 넘어서 해당 전자파일을 실행하는 행위)를 하였다면 그 실행의 착수가 있다(大判 2009.10.15 2008도9433).

243번

[문제] 다음 행위 중 괄호 안 범죄의 실행의 착수가 있었다고 인정되지 않는 것만 모두 고른 것은? (판례에 의함)

㉠ 은행강도 범행으로 강취할 돈을 송금받을 계좌를 개설한 행위(범죄수익 등의 은닉에 관한 죄)
--

㉡ (X) 은행강도 범행으로 강취할 돈을 송금받을 계좌를 개설한 것만으로는 범죄수익 등의 은닉에 관한 죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없다(大判 2007.1.11. 2006도5288).

244번

㉠甲과乙이 공모하여A의 재물을 강취하기로 하고甲이 현장에서 망을 보고 있는 사이乙이
--

A를 폭행·협박하다가 경찰관에게 체포된 경우甲에게 특수강도죄의 실행의 착수가 인정된다.

- ㉔ 야간에 아파트 신축공사 현장 안에 있는 건축자재 등을 훔칠 생각으로 공범과 함께 위 공사현장 안으로 들어간 후 창문을 통하여 신축 중인 아파트의 지하실 안쪽을 살핀 행위는 특수절도죄의 실행착수에 해당하지 않는다.

- ㉔ (O) 강도를 공모하고 공모자 중 1인이 A를 폭행·협박했으므로 특수강도죄의 실행의 착수가 인정된다.
 ㉔ (O) (大判 2010.4.29. 2009도14554).

245번

[문제] 실행의 착수가 인정되는 경우로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉔ 평소 잘 아는 피해자에게 전화채권을 사주겠다고 하면서 골목길로 유인하여 돈을 절취하려고 기회를 엿본 경우

- ㉔ (X) 평소 잘 아는 피해자에게 전화채권을 사주겠다고 하면서 골목길로 유인하여 돈을 절취하려고 기회를 엿본 행위만으로는 절도의 예비행위는 필지언정 행위의 방법, 태양 및 주변상황 등에 비추어 볼 때 타인의 재물에 대한 사실상 지배를 침해하는데 밀접한 행위가 개시되었다고 단정할 수 없다(大判 1983. 3.8. 82도2944).

246번

- ㉔ 준강도의 주체는 절도 즉 절도범인으로, 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 한다.

- ㉔ (O) (大判 2003.10.24. 2003도4417).

249번

- ㉔ 장해보상지급청구권자에게 보상을 찾아주겠다고 거짓말을 하여 동인을 보상금 지급기관까지 유인한 것만으로는 사기죄에 있어서의 기망행위의 착수에 이르렀다고 보기 어렵다.
 ㉔ 야간에 불이 꺼져 있는 상점의 출입문을 발로 걷어차서 잠금 고리의 아래쪽 부착 부분이 출입문에서 떨어졌다면 특수절도의 실행착수가 인정된다.

- ㉔ (O) 大判 1980.05.13. 78도2259.
 ㉔ (O) 大判 2004.10.15. 2004도4505.

250번

- ㉔ 신용카드를 절취하여 대금을 결제하기 위하여 신용카드를 제시하고 카드회사의 승인을 받았지만 매출전표에 서명한 사실이 없고 도난카드임이 밝혀져 최종적으로 매출취소로 거래가 종결되었을지라도, 여신전문금융업법상 신용카드 부정사용의 기수가 된다.
 ㉔ 금융기관 직원이 전산단말기를 이용하여 다른 공범들이 지정한 특정계좌에 돈이 입금된 것

처럼 허위의 정보를 입력하는 방법으로 위 계좌로 입금되도록 하고, 이러한 입금절차를 완료하였지만 입금이 취소되어 현실적으로 인출되지 못하였다면 컴퓨터 등 사용사기죄의 미수범이다.

- ㉔ 입차토지에 동업계약에 기해 식재되어 있는 수목을 관리·보관하던 동업자 일방이 다른 동업자의 허락을 받지 않고 합부로 제3자에게 수목을 매도하기로 계약을 체결한 후 계약금을 수령·소비하였으나, 다른 동업자의 저지로 계약의 추가적인 이행이 진행되지 아니한 경우 횡령죄 미수가 성립한다.

- ㉔ (X) [1] 단순히 신용카드를 제시하는 행위만으로는 신용카드부정사용죄의 실행에 착수한 것이라고 할 수는 있을지언정 그 사용행위를 완성한 것으로 볼 수 없고, 신용카드를 제시한 거래에 대하여 카드회사의 승인을 받았다고 하더라도 마찬가지라 할 것이다. [2] 사안의 경우, 신용카드 부정사용의 미수행위에 불과하다(大判 2008.2.14. 2007도8767). <주> 사안의 경우 신용카드 부정사용죄는 미수처벌 규정이 없어서 불가별로 처리된다.

- ㉔ (X) 금융기관 직원이 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 사용사기죄는 기수에 이르렀고, 그 후 그러한 입금이 취소되어 현실적으로 인출되지 못하였다고 하더라도 이미 성립한 컴퓨터 등 사용사기죄에 어떤 영향이 있다고 할 수는 없다(大判 2006.9.14. 2006도4127).

- ㉔ (O) (大判 2012. 8. 17. 2011도9113).

251번

- ㉔ 식품제조회사를 상대로 지정한 예금계좌에 1억 원을 입금하지 않으면 식품에 독극물을 투입하겠다고 협박하여 그 예금계좌에 1억 원을 입금 받고 아직 인출하지 않은 경우 공갈죄의 미수가 된다.

- ㉔ 법률상의 정당한 경계를 침범하는 행위가 있는 때에는 그로 인하여 사실상의 경계에 대한 인식불능의 결과가 발생하지 않더라도 경계침범죄가 성립한다.

- ㉔ (X) 피고인이 피해자들을 공갈하여 피해자들로 하여금 피고인이 지정한 예금구좌에 돈을 입금케 한 이상 위 돈은 피고인이 자유로이 처분할 수 있는 상태에 놓인 것으로서 공갈죄는 이미 기수에 이르렀다 할 것이다(大判 1985.9.24. 85도1687).

- ㉔ (X) 형법 제370조의 경계침범죄는 토지의 경계에 관한 권리관계의 안정을 확보하여 사권을 보호하고 사회질서를 유지하려는 데 그 목적이 있는바, 여기에서 말하는 경계는 반드시 법률상의 정당한 경계를 가리키는 것은 아니고, 비록 법률상의 정당한 경계에 부합되지 않는 경계라 하더라도 종래부터 일반적으로 승인되어 왔거나 이해관계인들의 명시적 또는 묵시적 합의에 의하여 정해진 것으로서 객관적으로 경계로 통용되어 왔다면 이는 본조에서 말하는 경계라 할 것이다(大判 1992.12.8. 92도1682).

제4절 중지미수

252번

- ㉔ 중지미수의 법적 성격에 대한 책임감소·소멸설은 형의 면제효과를 설명하기 어렵다는 비판을 받는다.
 ㉔ 중지미수란 범죄의 실행에 착수한 자가 그 범죄가 기수에 이르기 전에 자의로 범행을 중지하거나 범행으로 인한 결과의 발생을 방지한 경우를 말한다.
 ㉔ 범행당일 미리 제보를 받은 세관직원들이 범행장소 주변에 잠복근무를 하고 있어 그들이

왔다 갔다하는 것을 본 피고인이 범행의 발각을 두려워한 나머지 자신이 분담하기로 한 실행행위에 이르지 못한 경우, 이는 피고인의 자의에 의한 범행의 중지가 아니어서 중지범에 해당한다고 볼 수 없다.

- ① (O) 책임소멸·감소설에 의하면 책임 소멸시에는 무죄판결을 해야 하는데, 이는 유죄판결의 일종인 형면제판결을 하는 현행 형법의 태도와 모순된다.
- ② (O) 제26조 참조.
- ④ (O) 大判 1986.1.21. 85도2339.

제5절 불능미수

258번

- ㉠ 불능범은 범죄행위의 성질상 결과발생 또는 범익침해의 가능성이 절대로 있을 수 없는 경우를 말한다.
- ㉡ 불능미수의 위험성 판단과 관련하여 행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식할 수 있었던 사정이 일치하지 않는 경우에 어느 사정을 기초로 판단할 것인가가 명확하지 않다는 비판을 받고 있는 견해에 의하면, 명백히 사정거리 밖에 있는 자에 대해 사정거리 안에 있는 것으로 오인하고 총격한 경우에 위험성이 부정된다.
- ㉢ 추상적위험설은 불능미수의 위험성 유무를 행위당시에 행위자가 인식한 사실과 일반인이 인식할 수 있는 사정을 기초로 일반적 경험칙에 따라 판단한다.
- ㉣ 임야를 편취하기 위하여 사망한 자를 상대로 소송을 제기한 경우에는 판결의 효력이 상속인에게 미치지 않지만, 그 위험성을 부정할 수 없으므로 사기죄의 불능미수에 해당한다.

- ㉠ (O) 大判 1985.3.26. 85도206.
- ㉡ (O) 위와 같은 비판을 받고 있는 견해는 구체적 위험설이다. 구체적 위험설은 행위당시에 행위자가 인식한 사정 및 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 하여 일반인이 일반적 경험법칙에 따라 위험성을 판단한다. 위와 같은 비판에 대해서 구체적 위험설은 행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식할 수 있었던 사정이 일치하지 않는 경우에는 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 판단한다고 재반박을 한다. 이에 의하면 명백히 사정거리 밖에 있는 자에 대해 사정거리 안에 있는 것으로 오인하고 총격한 경우, 일반인의 입장에서라면 피해자가 사정거리 밖에 있다는 것을 알 수 있었을 것이므로 위험성이 부정된다.
- ㉢ (X) 구체적 위험범에 관한 설명이다. 추상적 위험설의 경우 위험성판단의 기초는 행위 당시에 행위자가 인식하고 있었던 사정에 두고, 위험성판단의 기준은 일반인에 두고 있다.
- ㉣ (X) 피고인이 재소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 그 판결은 그 내용에 따라 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하므로 사기죄를 구성할 수 없다(大判 1997.7.8. 97도632). [참고] 판례에 의하면 사기죄의 불능미수가 아니라 무죄이다.

259번

- ㉡ 진정신분범에서 비신분자가 신분자라고 오인하는 주체의 착오로 인한 행위는 불능미수가 아니라는 것이 다수설이다.

- ㉡ (O) 진정신분범은 수뢰죄가 대표적인데, 예컨대 공무원만이 주체가 될 수 있는 수뢰죄에서 공무원 신분이 없는 자가 자신이 공무원인 줄 오인하고 수뢰죄를 범할 의사로 뇌물을 수수한 경우는 위험성 유무를 불문하고 언제나 무죄가 된다. 불능미수의 착오는 제27조에 의해서 수단과 대상의 착오에 한정되고, 주

체의 착오는 포함되지 않기 때문이다(다수설).

260번

[문제] 불능미수에 관한 다음 설명 중 가장 적절한 것은?

- ① 甲은 乙을 살해하려고 목을 힘껏 졸랐으나 乙은 이미 사망한 상태였고, 그 때 일반인들도 乙의 사망을 알 수 없었던 경우 주관설에 의하면 살인미수가 된다.
- ② 甲은 乙을 살해하기 위하여 발포한 바, 乙은 이미 수 분 전에 사망하였다. 절대적·상대적 불능설에 의하면 불능미수가 되고, 추상적 위험설에 의하면 살인죄의 불능범이 된다.
- ③ 甲은 당뇨병환자에게는 설탕이 치명적인 것으로 알고 당뇨병 환자인 乙에게 설탕을 먹였으나 乙이 별 이상 없이 생존한 경우 형법 제 27조에 따르면 甲은 무죄가 될 수밖에 없다.
- ④ 치사량에 해당한다고 생각하고 살해하려 하였으나 치사량 미달의 독약이었던 경우 구체적 위험설에 따르면 불능범이다.

- ① (O) 범죄실현의사를 표현하는 행위가 있으면 그것만으로 불능미수로 처벌하여야 한다는 주관설에 의하면 甲은 살인죄의 불능미수에 해당한다.
- ② (X) 절대적·상대적 불능설(구 객관설)에 의하면 乙은 이미 사망한 상태이므로 결과발생이 객관적으로 절대적 불능에 해당하여 불가벌적 불능범이 된다.
- ③ (X) 구 객관설, 구체적 위험설, 추상적 위험설에 의하면 위험성이 없어 불가벌적 불능범이 되지만, 주관설에 의하면 위험성이 인정되어 불능미수로 처벌된다.
- ④ (X) 구체적 위험설에 의하면 치사량 미달의 독약이더라도 행위당시 행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 놓고 일반인이 판단할 때 위험성이 인정되므로 불능미수가 된다.

262번

- ① 사람을 살해하기 위하여 치사량 미달의 독약을 복용케 한 후 고통을 호소하는 피해자를 보고 마음을 바꿔 병원 응급실로 데리고 가 치료를 받게 한 경우 학설은 일치하여 중지미수가 성립한다고 본다.
- ② 불능미수의 위험성판단에 관한 학설 중 객관설은 주관설보다 미수범 인정의 범위가 좁다.

- ① (X) 불능미수에 대한 중지미수를 인정할 것인가에 대해서는 견해가 대립되는데, 긍정설이 다수설이다. <주> 학설이 일치한다는 부분이 틀렸다.
- ② (O) 객관설은 객관적 확률로서 위험성을 판단하고, 주관설은 주관적인 범죄의사로서 위험성을 판단한다. 따라서 객관설은 위험성이 없다고 보는 경우가 많고, 주관설은 미신범을 제외한 모든 경우에 위험성이 있다고 본다. 결국 객관설이 주관설보다 불능미수범 인정범위가 더 좁다.

263번

- ② 임차인이 임차건물에 거주하기는 하였으나 그의 처만이 전입신고를 마친 후에 경매절차에서 배당을 받기 위하여 임대차계약서상의 임차인 명의를 처로 변경하여 경매법원에 배당요구를 한 경우, 임차인 명의를 처의 명의로 변경하지 아니하였다 하더라도 소액임대차보증금에 대한 우선변제권 행사로서 배당금을 수령할 권리가 있다 할 것이어서, 재물의 편취라는 결과의 발생은 불가능하다 할 것이고, 이러한 임차인의 행위를 객관적으로 결과발생의 가능성이 있는 행위라고 볼 수도 없다.

- ③ 형법 제27조의 규정에는 행위의 주체에 대한 착오로 결과발생이 불가능한 경우는 포함되어 있지 않다.

② (O) (大判 2002.2.8. 2001도6669).

③ (O) 형법 제27조는 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능한 경우만을 규정하고 있다.

제6장 공범론

제1절 공범의 일반이론

265번

[문제] 甲은 乙에게 A의 도자기를 강취해 올 것을 교사하였다. 乙은 이를 승낙하였으나 실행의 착수를 하지 않고 차일피일 미루고 있었다. 이에 甲은 A의 도자기를 관리·보관하고 있던 丙에게 사례금을 주면서 A의 도자기를 자신에게 넘기라고 교사하자, 이를 승낙한 丙은 A의 도자기를 甲에게 가져다 주었다. 이 사례에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 乙을 교사한 행위에 대하여 처벌하는 것은 공범종속성설의 논리적 결과이다.
 ② 공범독립성설에 의하면, 甲이 乙을 교사한 행위는 강도죄의 미수범으로 처벌된다.
 ③ 丙이 업무상 횡령죄로 처벌된다면, 甲도 업무상 횡령죄의 교사범으로 처벌된다.
 ④ 丙에게서 도자기를 넘겨받은 甲에게 장물취득죄는 성립하지 않는다.

- ① (X) 공범은 독립된 범죄이므로 교사방조행위가 있으면 정범의 실행행위가 없더라도 공범이 성립할 수 있다는 견해로서, 공범독립성설의 유력한 근거로 '기도된 교사'를 규정한 형법 제31조 2항과 3항을 든다.
 ② (O) 공범독립성설은 교사 또는 방조행위 자체가 이미 반사회성의 징표이므로 정범의 실행행위와 무관하게 공범이 성립한다고 본다.
 ③ (X) 은행원이 아닌 자가 은행원들과 공모하여 업무상 배임죄를 저질렀다 하여도, 이는 업무상 타인의 사무를 처리하는 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우이므로 그러한 신분관계가 없는 자에 대하여는 형법 제33조 단서에 의하여 형법 제355조 제2항에 따라 처단하여야 한다(大判 1999.4.27. 99도 883). * 甲은 신분이 없으므로 단서에 의해 단순횡령죄의 교사범으로 처벌된다.
 ④ (X) 1) 甲이 회사 자금으로 乙에게 주식매각 대금조로 금원을 지급한 경우, 그 금원은 단순히 횡령행위에 제공된 물건이 아니라 횡령행위에 의하여 영득된 장물에 해당한다고 할 것이고, 나아가 설명 甲이 乙에게 금원을 교부한 행위 자체가 횡령행위라고 하더라도 이러한 경우 甲의 업무상횡령죄가 기수에 달하는 것과 동시에 그 금원은 장물이 된다(大判 2004.12.9. 2004도5904). 2) 장물죄는 타인(본범)이 불법하게 영득한 재물의 처분에 관여하는 범죄이므로 자기의 범죄에 의하여 영득한 물건에 대하여는 성립하지 아니하고 이는 불가벌적 사후행위에 해당하나 여기에서 자기의 범죄라 함은 정범자(공동정범과 합동범을 포함한다)에 한정되는 것이므로 평소 본범과 공동하여 수차 상습으로 절도등 범행을 자행함으로써 실질적인 범죄집단을 이루고 있었다 하더라도, 당해 범죄행위의 정범자(공동정범이나 합동범)로 되지 아니한 이상 이를 자기의 범죄라고 할 수 없고 따라서 그 장물의 취득을 불가벌적 사후행위라고 할 수 없다(大判 1986.9.9. 86도1273). *따라서 횡령죄 교사범인 甲은 장물취득죄가 성립한다.

266번

[문제] 공범에 대한 설명 중 옳은 것(O)과 옳지 않은 것(X)을 순서대로 바르게 나열한 것은?

- ㄱ. 단일정범개념에 대해서는 가벌성의 확대를 초래한다는 비판이 있다.
 ㄴ. 제한적 정범개념에 의하면 공범규정은 형벌제한사유가 된다.
 ㄷ. 공범종속성설은 유력한 근거로 이른바 '기도된 교사'를 규정한 형법 제31조 2항과 3항을 든다.
 ㄹ. 책임가담설에 대해서는 책임의 연대성을 인정하므로 개인책임의 원칙에 반한다는 비판이 있다.
 ㅁ. 극단적 종속형식에 의하면, 공범의 성립을 위해서는 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하면 족하며 유책할 필요는 없다.

- ㄱ. (O) 단일정범개념은 구성요건실현에 기여한 자들은 모두 정범으로 간주하고, 양형의 단계에서 각자의 구체적인 범죄기여도에 따라 세분화하여 형량을 정하는 방법이다. 단일정범개념은 교사의 미수와 방조의 미수도 정범의 미수에 해당하게 되어 가벌성의 부당한 확대를 초래하고, 각 구성요건의 특유한 행위 반가치를 무시하게 되어 비신분자도 신분범의 정범이 될 수 있다는 부당한 결과를 가져온다는 비판을 받고 있다.
 ㄴ. (X) 제한적 정범개념에 의하면 공범규정은 형벌확장사유가 되고, 확장적 정범개념에 의하면 공범규정은 형벌축소사유가 된다.
 ㄷ. (X) 공범은 독립된 범죄이므로 교사방조행위가 있으면 정범의 실행행위가 없더라도 공범이 성립할 수 있다는 견해로서, 공범독립성설의 유력한 근거로 '기도된 교사'를 규정한 형법 제31조 2항과 3항을 든다.
 ㄹ. (O) 책임가담설은 책임의 연대성을 인정하여 개인책임의 원칙에 반하고, 제한적 종속형식에 의하면 책임 없는 정범에 대한 공범의 성립도 가능하다는 점에서 문제가 있다.
 ㅁ. (X) 극단적 종속형식이란 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법·유책할 경우에 공범이 성립한다는 종속형식이다. 지문은 제한적 종속형식에 대한 내용이다.

267번

- ④ 변호사 사무실 직원이 범원공무원에게 부탁하여 수사 중인 사건의 체포영장 발부자 53명의 명단을 누설받은 경우 변호사 사무실 직원의 행위는 공무원비밀누설교사죄에 해당하지 않는다.

④ (O) 大判 2011.4.28. 2009도3642.

268번

- ① 거래상대방의 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄에 있어서 거래상대방이 배임행위를 교사하거나 그 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담함으로써 그 실행행위자와의 계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 되는 경우라면 그 상대방은 배임죄의 교사범 또는 공동정범이 될 수 있다.
 ④ 금품 등을 공여한 자에게 따로 처벌규정이 없더라도 금품 등을 공여한 자의 행위에만 관여하여 그 공여행위를 교사하거나 방조한 행위는 금품을 수수한 상대방의 범행에 대해서는 공범관계가 성립한다.

① (O) 大判 2005.10.28. 2005도4915.

④ (X) 금품 등의 수수와 같이 2인 이상의 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없다. 따라서 금품 등을 공여한 자에게 따로 처벌

규정이 없는 이상, 그 공여행위는 그와 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 범행에 대하여 공범 관계가 성립되지 아니하고, 오로지 금품 등을 공여한 자의 행위에 대하여만 관여하여 그 공여행위를 교사하거나 방조한 행위도 상대방의 범행에 대하여 공범관계가 성립되지 아니한다(大判 2014.01.16. 2013도6969).

269번

- ② 중죄물전달죄는 중죄자나 수뢰자가 아닌 제3자가 중죄자로부터 수뢰할 사람에게 전달될 금품이라는 정을 알면서 그 금품을 받으면 성립하고, 그 금품을 그 후 전달하였는지의 여부는 중죄물전달죄의 성립에 영향이 없다.

② (O) 大判 1997.9.5. 97도1572.

272번

- ② 진정목적범에서 목적 있는 자가 목적 없는 자를 강요하여 자신의 도구나 손발과 같이 목적 없는 자로 하여금 범행을 실행하게 한 경우 목적 있는 자는 진정목적범의 간접정범이 된다.

② (O) 진정목적범이란 목적이 있는 경우에만 범죄가 성립하고 목적이 없는 경우에는 범죄가 성립하지 않는 경우를 말한다. 예컨대 행사의 목적이 있는 자가 행사의 목적이 없는 자를 이용하여 통화를 위조케 한 경우가 있다. 이때 행사의 목적이 없이 이용당한 자는 무죄가 되고 행사의 목적이 있었던 이용자는 통화위조죄의 간접정범이 성립하게 된다.

275번

- ㉔ 처벌되지 아니하는 타인의 행위를 적극적으로 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현하는 자는 형법 제34조 제1항이 정하는 간접정범의 죄책을 지게 되고, 그 과정에서 타인의 의사를 부당하게 억압하여야만 간접정범에 해당하는 것은 아니다.

㉔ (O) 大判 2008.9.11. 2007도7204.

276번

[문제] 다음 중 () 안의 범죄의 간접정범이 성립하지 않는 경우는?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 국헌문란의 목적을 가진 자가 이에 대한 고의는 있으나 목적 없는 대통령을 이용하여 비상계엄의 전국 확대를 의결·선포케 한 경우 (내란죄)
④ 축산업협동조합이 점유하고 있는 A소유의 창고 패널을 절취할 의사를 가진 자가 위 조합으로부터 허락을 받지 않은 채, 그 정을 모르는 A로 하여금 창고의 패널을 취거하여 영득한 경우 (절도죄)

② (O) 大判 1997.4.17. 96도3376 전합.

④ (O) 피고인이 축산업협동조합이 점유하는 타인 소유의 창고의 패널을 점유자인 그 조합으로부터 명시적인 허락을 받지 않은 채 소유자인 위 타인으로 하여금 취거하게 한 경우 소유자를 도구로 이용한 절도죄의 간접정범이 성립될 수 있다(大判 2006.9.28. 2006도2963).

제3절 공동정범

278번

- ③ 타인의 시세조종을 통한 주가조작 범행에 자기 명의의 증권계좌와 자금을 교부하였을 뿐만 아니라 적극적으로 투자자 등을 유치·관리하였다면 증권거래법 제188조의4 위반죄의 공모공동정범의 죄책을 인정할 수 있다.

③ (O) (大判 2009.2.12. 2008도6551).

279번

- ① 사기의 공모공동정범이 기망방법을 구체적으로 물랐던 경우에도 공모관계를 인정할 수 있다.

① (O) 大判 2013.08.23. 2013도5080.

280번

- ① 공동정범은 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.
④ 정범이 실행의 착수에 이르지 아니하고 예비단계에 그친 경우에는, 이에 가공한다 하더라도 예비의 공동정범이 되는 때를 제외하고는 종범으로 처벌할 수 없다.

① (O) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다(형법 30조).

④ (O) 정범이 실행의 착수에 이르지 아니하고 예비단계에 그친 경우에는, 이에 가공한다 하더라도 예비의 공동정범이 되는 때를 제외하고는 종범으로 처벌할 수 없다(大判 1979.5.22. 79도552).

282번

- ① 범행가담자간에 상명하복 관계가 있는 경우라도 범행에 공동가공한 이상 공동정범이 성립하는 데 아무런 지장이 없다.
③ 부하들이 흉기를 들고 싸움을 하고 있는 도중에 폭력단체의 두목급 수괴 甲이 사건 현장에서 “전부 죽이라”고 고함을 치자, 그 부하들이 피해자들을 난자하여 사망케 한 경우에 甲도 살인죄의 공동정범의 죄책을 진다.

① (O) (大判 1995.6.16. 94도1793).

③ (O) 大判 1987.10.13. 87도1240.

283번

- ① 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립한다.
③ 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부를 실행한 후 공범관계에서 이탈하였으나 다

른 공범자에 의하여 나머지 범행이 이루어진 경우, 피고인이 관여하지 않은 부분에 대하여도 죄책을 부담한다.

- ① (O) 大判 1992.11.27. 92도2226.
③ (O) 大判 2011.1.13. 2010도9927.

284번

- ② 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행저지를 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모자가 구속되었다는 사유만으로 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다.
④ 공모공동정범의 공모자 중 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다고 할 것이고 그 이탈의 표시는 명시적이어야 한다.

- ② (O) (大判 2010.9.9. 2010도6924).
④ (X) 공모공동정범에 있어서 그 공모자중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다고 할 것이고 그 이탈의 표시는 반드시 명시적임을 요하지 않는다(大判 1986.1.21. 85도2371, 85감도347).

288-1번

[문제] 형법 제263조 '상해죄의 동시범'에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 상해의 동시범으로 인정되는 자들은 모두 상해죄의 공동정범이다.
ㄴ. 공범관계에서 결과발생의 원인된 행위가 불명한 경우에는 제263조가 적용되지 않는다.

- ㄱ. (X) 2인 이상이 상호의사의 연락없이 동시에 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였을 때에는 원칙적으로 각인에 대하여 그 죄를 논하여야 하나 그 결과 발생의 원인이 된 행위가 분명하지 아니한 때에는 각 행위자를 미수범으로 처벌하고(독립행위의 경합), 이 독립행위가 경합하여 특히 상해의 결과를 발생하게 하고 그 결과발생의 원인이 된 행위가 밝혀지지 아니한 경우에는 공동정범의 예에 따라 처단(동시범)하는 것이므로 공범관계에 있어 공동가공의 의사가 있었다면 이에는 동시범등의 문제는 제기될 여지가 없다(大判 1985.12.10. 85도1892).
ㄴ. (O) 大判 1985.12.10.85도1892.

291번

- 가. 강간의 범행을 함께 공모한 자 중 다른 한 명이 피해자를 강간하는 동안 피해자가 반항하지 못하도록 피해자 입을 틀어막고 얼굴을 때린 자는, 강간 실행행위를 직접 하지 않았더라도 공동정범의 죄책을 질 수 있다.
나. 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라도 공동정범으로서의 죄책을 질 수 있기 위해서는 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 경우여야 한다.

다. 과실행위의 공동이란 존재할 수 없으므로, 고의의 기본범죄 이후 과실로 중한 결과가 발생하는 결과적 가중범에 대해서는 공동정범이 성립할 수 없다.

- 가. (O) (大判 1984.06.12. 84도780).
나. (O) 大判 1975.2.25. 74도2228.
다. (X) 결과적 가중범인 상해치사의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고, 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없다(大判 1993.08.24. 93도1674). 판례는 행위공동설의 입장에서 결과적 가중범의 공동정범은 행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립하고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없다고 한다.

293번

- ② 결과적 가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없으므로 패싸움 중 한 사람이 칼로 찔려 상대방을 죽게 한 경우에 다른 공범자가 그 결과에 대한 인식이 없었다고 하더라도 상해치사죄의 책임이 인정된다.
③ 합동하여 강도를 하던 여러 명 중 한 사람이 살인을 하였다면 그의 살해행위에 관하여 예견할 수 있었던 다른 가담자는 강도치사죄의 죄책을 진다.
④甲의 연속된 마약제조로 성립된 포괄일죄의 일부분에 乙이 甲의 중전의 범행사실을 알고 공동정범으로 가담했다면 乙에게는 그 가담 이전의 甲의 범죄 부분에 대해서도 공동정범의 책임이 인정된다.

- ② (O)(大判 1978.1.17. 77도2193).
③ (O)(大判 1991.11.12. 91도2156).
④ (X) 히로뽕의 연속된 제조행위 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 비록 그가 그 범행에 가담할 때 이미 이루어진 중전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 지는 것이라고 할 것이니, 비록 이 사건에서 공소외 1의 위 제조행위 전체가 포괄하여 하나의 죄가 된다 할지라도 피고인에게 그 가담 이전의 제조행위에 대하여까지 유죄를 인정할 수는 없다고 할 것이다(大判 1982.6.8. 82도884).

294번

- ㉠ 공모에 의한 범죄의 공동실행은 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실현하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실행행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하다.
㉡ 식품회사 대표이사 甲과 공장장 乙이 먼저 제조한 빵을 늦게 배식하여 수 명의 아동이 식중독에 걸려 사망하고 다른 수 명의 병원에 입원한 경우, 과실범의 공동정범이 성립한다.

- ㉠ (O) 大判 2006.12.22. 2006도1623.
㉡ (O) 2인이상이 서로의 의사연락 아래 범죄되는 결과를 발생케 한 경우에는 과실범의 공동정범이 성립한다(大判 1978.09.26. 78도2082).

295번

- ③ 법원의 입찰사건에 관한 제반 업무를 담당하는 공무원이 자신이 맡고 있는 입찰사건의 입찰보증금 사무원에 의해 계속적으로 횡령되고 있는 사실을 알고, 이를 제지하고 즉시

상관에게 보고하는 등 결과발생을 쉽게 방지할 수 있음에도 불구하고 그 횡령행위를 방지하지 않은 경우 업무상횡령죄의 공동정범이 성립한다.

- ㉓ (X) 법원의 입찰사건에 관한 제반 업무를 주된 업무로 하는 공무원이 자신이 맡고 있는 입찰사건의 입찰보증금이 계속적으로 횡령되고 있는 사실을 알았다면, 담당 공무원으로서는 이를 제지하고 즉시 상관에게 보고하는 등의 방법으로 그러한 사무원의 횡령행위를 방지해야 할 법적인 작위의무를 지는 것이 당연하고, 비록 그의 묵인 행위가 배당불능이라는 최악의 사태를 막기 위한 동기에서 비롯된 것이라고 하더라도 자신의 작위의무를 이행함으로써 결과 발생을 쉽게 방지할 수 있는 공무원이 그 사무원의 새로운 횡령법행을 방조 용인한 것을 작위에 의한 법익 침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이 아니라고 볼 수는 없다는 이유로, 그 담당 공무원을 업무상횡령의 중범으로 처벌한 사례(大判 1996.09.06. 95도2551).

295-1번

- ㉑ 형법 각칙상 예비죄 규정은 독립된 구성요건의 개념에 포함 시킬 수 있다.
 ㉒ 정범이 자의로 범행을 중지하면 중지미수의 효과는 자의로 중지한 정범에게만 미치며, 교사범은 불능미수가 된다.
 ㉓ 건설노동조합의 조합원들이 행한 건조물 침입, 업무방해, 손괴, 폭행, 상해 등 범죄행위에 대하여, 위 조합의 상급단체 간부들은 위 범죄를 구체적으로 모의하거나 이를 직접 분담하여 실행한 바가 없었다면, 위 각 범행에 대한 공모공동정범으로서의 죄책을 면한다.
 ㉔甲은 13세인 乙을 14세로 알고 절도를 교사했고, 乙은 이 교사내용을 실행하였다. 이 경우 극단종속성설에 따르면 甲은 절도죄의 간접정범이 된다.

- ㉑ (X) 범죄의 구성요건 개념상 예비죄의 실행행위는 무정형 무한정한 행위이고 중범의 행위도 무정형 무한정한 것이고 형법 제28조에 의하면 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다고 규정하여 예비죄의 처벌이 가져올 범죄의 구성요건을 부당하게 유추 내지 확장해석하는 것을 금지하고 있기 때문에 형법각칙의 예비죄를 처단하는 규정을 바로 독립된 구성요건 개념에 포함시킬 수는 없다고 하는 것이 죄형법정주의의 원칙에도 합당하는 해석이다(大判 1976.05.25. 75도1549).
 ㉒ (X) 위 경우 교사자는 장애미수가 된다.
 ㉓ (X) 건설노동조합의 조합원들이 행한 건조물 침입, 업무방해, 손괴, 폭행, 상해 등 범죄행위에 대하여, 위 조합의 상급단체 간부에게 공모공동정범의 죄책이 인정된다(大判 2007.4.26. 2007도428).
 ㉔ (X) 피이용자에 대한 의사지배의 고의가 없고 단지 교사방조의 고의로 행위한 것이므로 공범이 성립한다.

제4절 교사범

299번

- ㉒ 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.
 ㉔ 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하지 아니한 때에는 교사한 자는 교사한 범죄의 미수범으로 처벌한다.

- ㉒ (O) 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다(형법 31조 2항).

- ㉔ (X) 형법 31조3항에 의해 예비음모에 준하여 처벌하고 있다.

301번

- ㉑ 甲이 乙에게 범죄를 저지르도록 요청한다 함을 알면서 甲의 부탁을 받고 甲의 요청을 乙에게 전달하여 乙로 하여금 범의를 야기케 하는 것은 교사에 해당한다.

- ㉒ (O) 甲이 乙에게 범죄를 저지르도록 요청한다 함을 알면서 甲의 부탁을 받고 甲의 요청을 乙에게 전달하여 乙로 하여금 범의를 야기케 하는 것은 교사에 해당한다(大判 1974.1.29. 73도3104). [참고] 교사의 방법에는 제한이 없으므로 간접교사도 교사에 해당한다.

303번

- ㉑ 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.
 ㉒ 교사범이 공범관계로부터 이탈하기 위해서는 피교사자가 범죄의 실행행위에 나아가기 전에 교사범에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의를 해소하는 것이 필요하다.
 ㉓ 당초의 교사행위에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의가 더 이상 유지되지 않는 것으로 평가할 수 있다면, 설사 그 후 피교사자가 범죄를 저지르더라도 이는 당초의 교사행위에 의한 것이 아니라 새로운 범죄 실행의 결의에 따른 것이므로 교사자는 형법 제31조 제2항에 의한 죄책을 부담함은 별론으로 하고 형법 제31조 제1항의 교사범으로서의 죄책을 부담하지는 않는다.

- ㉑ (O) 大判 2013.09.12. 2012도2744.
 ㉒ (O) ㉓ (O) 大判 2012.11.15. 2012도7407.

305번

- ㉔ 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 방조하여 범죄의 결과를 발생하게 한 자는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중한 형으로 처벌한다.

- ㉔ (X) 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다(형법 34조 2항).

제5절 방조범

308번

- ㉑ 방조자의 인식과 정범의 실행간에 착오가 있는 경우에는 방조자의 죄책이 인정되지 아니한다.

- ㉒ (X) 방조자의 인식과 정범의 실행간에 착오가 있고 양자의 구성요건을 달리한 경우에는 원칙적으로 방조자의 고의는 조각되는 것이나 그 구성요건이 중첩되는 부분이 있는 경우에는 그 중복되는 한도 내에

서는 방조자의 죄책을 인정하여야 할 것이다(大判 1985.2.26. 84도2987).

311번

- ㉠ 방조범은 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만 아니라, 실행의 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 정범이 그 실행행위에 나아갔다면 성립한다.
- ㉡ 乙은 강도를 준비하고 있는 甲이 범행도구를 마련하는 것을 도와주었다. 그러나 甲이 실행의 착수 전에 마음을 바꾸어 범행을 포기하였다면 甲은 강도예비, 乙은 강도예비의 방조범으로 처벌된다.

㉠ (O) 大判 1996.9.6. 95도2551.

㉡ (X) 판례는 예비의 중지를 부정하여 예비죄로 처벌하고, 예비에 대한 방조를 부정하여 무죄로 본다. 기도된 방조는 형법상 규정이 없기 때문이다. 따라서 甲은 강도예비죄로 처벌되나, 乙은 무죄가 된다(大判 1979.5.22. 79도552).

제6절 공범과 신분

313번

- ④ 甲이 친구인 乙을 교사하여 乙자신의 아버지를 살해하게 한 경우 乙에게는 존속살인죄의 정범이 성립하고, 甲에게는 보통살인죄의 교사범이 성립한다.

④ (X) 부진정신분범에 가담한 비신분자 甲은 33조 본문에 따라 존속살해죄의 교사범이 성립하고, 33조 단서가 적용되어 보통살인죄의 교사범으로 처벌된다.

315번

- ③ 공무원이 아닌 자도 수뢰죄의 공동정범이 될 수 있다.

③ (O) 수뢰죄(진정신분범)에 가담한 비신분자에게도 33조 본문의 연대적 작용에 의하여 공동정범·교사범 중범이 적용된다.

316번

[문제] 乙에게 인정되는 범죄와 동일한 범죄의 공동정범, 교사범 또는 방조범의 성립을 甲에게도 인정할 수 있는 경우를 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 가. 부인 甲이 그의 아들 乙과 더불어 남편을 살해한 경우
- 나. A회사 경리과장 乙의 배임행위를 A회사 직원이 아닌 친구 甲이 함께한 경우
- 다. 甲이 乙을 사주하여 법정에서 위증하게 한 경우
- 라. 공무원이 아닌 甲이 공무원인 남편 乙과 함께 뇌물을 수수한 경우

가. (O) 실자와 더불어 남편을 살해한 처는 존속살해죄의 공동정범이다(大判 1961.8.2. 4294형상284). <주> 존속살해죄의 공동정범이라는 표현은 존속살해죄의 공동정범이 성립한다는 의미이다. 처는 존속살해죄에 대하여 비신분자이므로 보통살인죄의 죄책을 진다. 즉 보통살인죄로 처벌된다.

나. (O) 은행원이 아닌 자가 은행원들과 공모하여 업무상 배임죄를 저질렀다 하여도, 이는 업무상 타인의

사무를 처리하는 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우이므로, 그러한 신분관계가 없는 자에 대하여서는 형법 제33조 단서에 의하여 형법 제355조 제2항에 따라 처단하여야 한다(大判 1999.4.27. 99도883). 위 판례의 경우처럼 신분이 없는 자인 甲은 본문이 적용되어 업무상횡령죄가 성립되고, 처벌은 33조 단서가 적용되어 단순배임죄로 처벌이 된다.

다. (O), 라. (O) 비신분자가 진정신분범에 가담한 경우로서 33조 본문이 적용되어 정범과 동일한 범죄가 성립한다.

317번

- ③ 甲이 친구인 乙에게 乙의 아들인 丙(5세)을 유기하도록 교사하여 乙이 丙을 유기한 경우 甲은 유기죄의 교사범으로 처벌된다.

③ (O) 유기죄는 진정신분범으로 비신분자인 甲이 유기죄의 신분자인 乙을 교사한 경우 성립과 과정에 있어 형법 33조 본문이 적용되어 유기죄의 교사범이 성립되고 유기죄의 교사범으로 처벌된다.

제7장 죄수론

제1절 죄수 일반이론·일치

319번

- ③ 불가법적 수반행위란 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.

③ (O) 大判 2012.10.11. 2012도1895.

319-1번

[문제] 법조경합의 관계로 보기 어려운 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 자신의 아버지를 살해한 경우, 보통살인죄와 존속살해죄간의 관계
- ② 피해자의 손목시계를 훔친 후 그 시계가 마음에 들지 않아 망치로 부숴버린 경우, 절도죄와 손괴죄 간의 관계
- ③ 피해자를 칼로 찔러 살해하는 과정에서 피해자의 옷이 찢긴 경우, 손괴죄와 살인죄간의 관계
- ④ 사문서 위조 후 그 위조사문서를 행사한 경우, 사문서위조죄와 위조사문서행사죄간의 관계

① (O) 가중적 구성요건과 기본적 구성요건과의 관계로 법조경합 중 특별관계에 해당하여 존속살해죄만 성립한다.

② (O) 절도범이 도품을 손괴했을 경우 불법이 절도범죄에 의하여 완전히 평가되었기 때문에 손괴에 있어서는 범죄를 구성하지 않는다. 즉 불가법적 사후행위에 해당한다.

③ (O) 법조경합 중 흡수관계에 해당하며 불가법적 수반행위라고 한다.

④ (X) 주민등록법위반죄는 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 그 직접적 보호법익으로 하는 사문서위조죄

및 위조사문서행사죄와 그 보호법의 및 구성요건의 내용을 서로 달리하는 것이므로, 위 구 주민등록법 규정이 형법 제231조, 제234조의 규정에 흡수되는 관계라기보다는 각기 독립된 별개의 구성요건이라 할 것이다(大判 2008.23. 2007도2551).

321번

- ① 물품을 수입하는 무역업자가 그 물품을 같은 해에 3차례에 걸쳐 수입하면서 그때마다 과세 가격 또는 관세율을 허위로 신고하여 관세를 포탈하였다면 포괄하여 1개의 관세포탈죄를 구성한다.
- ② 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 다른 종류의 죄의 확정판결의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 그 죄는 2죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위시에 완성되는 것이다.

- ① (X) 관세는 신고납부방식의 조세로서 납부의무자가 수입물품의 수입신고를 할 때마다 1개의 납세의무가 확정된다 할 것인바, 같은 법 제180조 제1항 제1호 소정의 관세포탈죄는 수입물품에 대한 정당한 관세의 확보를 그 보호법익으로 하는 것이므로, 수입물품의 수입신고를 하면서 과세가격 또는 관세율 등을 허위로 신고하여 수입하는 경우에는 그 수입신고시마다 당해 수입물품에 대한 정당한 관세의 확보라는 법익이 침해되어 별도로 구성요건이 충족되는 것이므로 각각의 허위 수입신고시마다 1개의 죄가 성립한다(大判 2000.11.10. 99도782).
- ② (O) 大判 2003.8.22. 2002도5341.

322번

- ② 미성년자의제강간죄 또는 미성년자의제강제추행죄는 행위시마다 1개의 범죄가 성립한다.

- ② (O) 大判 1982.12.14. 82도2442.

326번

[문제] 다음 중 피고인甲의 후행행위가 불가벌적 사후행위에 해당하는 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉠ 피해자 乙종중으로부터 토지를 명의신탁 받아 보관 중이던 피고인 甲이 丙에 대한 개인채무 변제에 사용할 돈을 차용하기 위해 乙종중의 승낙없이 위 토지에 근저당권설정등기를 경료해 준 후 다시 乙종중의 승낙없이 丁에게 위 토지를 매도한 경우 (후행 매도행위의 횡령죄 성립 여부)
- ㉡ 피고인 甲이 당초부터 약속어음을 할인하여 줄 의사가 없으면서 있는 것처럼 피해자를 기망하여 약속어음을 교부받은 후 이를 피해자에 대한 채권의 변제에 충당한 경우 (후행 채권 변제 행위의 횡령죄 성립 여부)

- ㉠ (X) 특별한 사정이 없는 한 별도로 횡령죄를 구성한다고 보아야 한다(大判 2013.2.21. 2010도10500 전합).
- ㉡ (O) 피고인이 당초부터 피해자를 기망하여 약속어음을 교부받은 경우에는 그 교부받은 즉시 사기죄가 성립하고 그 후 이를 피해자에 대한 피고인의 채권의 변제에 충당하였다 하더라도 불가벌적 사후행위가 됨에 그칠 뿐, 별도로 횡령죄를 구성하지 않는다(大判 1983.4.26. 82도3079).

327번

[문제] 다음 설명 중 불가벌적 사후행위에 해당하는 경우는 모두 몇 개인가?(판례에 의함)

- ㉢ 상공회의소 회장이 경리부장에게 지시하여 약 70일 사이에 4회에 걸쳐 상공회의소의 공금을 개인용도로 유용한 후 다시 반환하는 행위를 반복한 경우

- ㉣ (X) 이 부분 공소사실에 대하여, 피고인이 용도가 제한되어 있는 (지역명 생략)상공회의소의 공금을 정상적인 절차를 거치지 아니한 채 인출하도록 지시한 후 임의 사용한 사실을 인정한 다음 피고인이 불법 영득의사로 공금을 유용하려는 단일하고도 계속된 범의하에 단기간 내에 반복적으로 동일한 범행방식으로 동일한 법익을 침해하였다고 판단하여 위 4회의 횡령행위를 통틀어 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)죄로 의율하여 처단한 것은 정당한 것으로 수급이 가고(피고인이 횡령한 금원을 반환한 후 다시 횡령하는 행위를 반복하였다고 하여 포괄일죄의 성립에 지장이 있거나, 피고인이 횡령행위로 취득한 재물의 가액이 줄어드는 것이라고는 볼 수 없다), 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 불법영득의 의사나 포괄일죄, 위 법률상의 이득액에 관한 범의오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다(大判 2006.06.02. 2005도3431).

328번

- 다. 강취한 현금카드를 이용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 경우에는 강도죄의 포괄일죄이다.
- 라. 단일하고 계속된 범의 아래 같은 장소에서 반복하여 여러 사람으로부터 계불입금을 편취한 경우, 피해자의 수에 관계없이 사기죄의 포괄일죄가 성립한다.

- 다. (X) 강도죄는 공갈죄와는 달리 피해자의 반항을 억압할 정도로 강력한 정도의 폭행협박을 수단으로 재물을 탈취하여야 성립하므로, 피해자로부터 현금카드를 강취하였다고 인정되는 경우에는 피해자로부터 현금카드의 사용에 관한 승낙의 의사표시가 있었다고 볼 여지가 없다. 따라서 강취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 행위는 피해자의 승낙에 기한 것이라고 할 수 없으므로, 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되어서 강도죄와는 별도로 절도죄를 구성한다(大判 2007.05.10. 2007도1375).

- 라. (X) 사기죄는 피해자의 수에 따라 죄수가 정해진다(大判 2010.4.29. 2010도2810).

330번

- ㉠ 영리를 목적으로 무면허 의료행위를 업으로 하는 자가 반복적으로 여러 개의 무면허 의료행위를 단일하고 계속된 범의 아래 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일하다면 이들 각 행위를 포괄일죄로 처단하여야 한다.
- ㉡ 음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차를 운전하여 사람을 상해에 이르게 함과 동시에 다른 사람의 재물을 손괴한 때에는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄 외에 업무상과실재물손괴로 인한 도로교통법 위반죄가 성립하고, 위 두 죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ㉢ 음주로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄가 성립하는 때에는 차의 운전자가 형법 제268조의 죄를 범한 것을 내용으로 하는 교통사고처리 특례법 위반죄는 상상적 경합의 관계에 있다.
- ㉣ 1인 회사의 주주 겸 대표이사가 회사의 상가분양 사업을 수행하면서 분양받은 자들을 기망하여 편취한 분양대금을 횡령하더라도 사기 범행이외에 별도의 횡령죄가 성립되지는 않

는다.

- ㉠ (O) 大判 2010.5.13. 2010도2468.
- ㉡ (O) (大判 2010.1.14. 2009도10845).
- ㉢ (X) 음주로 인한 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄는 주취상태의 자동차 운전으로 인한 교통사고가 빈발하고 그로 인한 피해자의 생명·신체에 대한 피해가 중대할 뿐만 아니라, 사고 발생 전 상태로 회복이 불가능하거나 쉽지 않은 점 등의 사정을 고려하여, 형법 제268조 업무상과실치사상죄의 특례를 규정하여 가중처벌함으로써 피해자의 생명·신체의 안전이라는 개인적 법익을 보호하기 위한 것이다. 따라서 그 죄가 성립하는 때에는 차의 운전자가 형법 제268조의 죄를 범한 것을 내용으로 하는 교통사고처리특례법 위반죄는 그 죄에 흡수되어 별죄를 구성하지 아니한다(大判 2008.12.11. 2008도9182).
- ㉣ (X) 대표이사가 회사의 상가분양 사업을 수행하면서 수분양자들을 기망하여 편취한 분양대금은 회사의 소유로 귀속되는 것이므로, 대표이사가 그 분양대금을 횡령하는 것은 사기 범행이 침해한 것과는 다른 법익을 침해하는 것이어서 회사를 피해자로 하는 별도의 횡령죄가 성립된다(大判 2005.4.29. 2005도741).

331번

- ㉠ 히로뽕 완제품을 제조할 때 함께 만든 액체 히로뽕 반제품을 땅에 묻어 두었다가 약 1년 9월 후에 앞서 제조시의 공범 아닌 자 등의 요구에 따라 그들과 함께 위 반제품으로 그 완제품을 제조한 경우 포괄일죄를 이룬다고 할 수 없다.

- ㉡ (O) 大判 1991.2.26. 90도2900.

333번

- ㉠ 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제2조 제1항에서 말하는 상습이란 같은 항 각 호에 열거된 각 범죄행위 상호 간의 상습성만을 의미하는 것이 아니라 같은 항 각 호에 열거된 모든 범죄행위를 포괄한 폭력행위의 습벽을 의미하는 것이다.
- ㉡ 상습성을 갖춘 자가 여러 개의 죄를 반복하여 저지른 경우에는 각 죄를 별죄로 보아 경합범으로 처단할 것이 아니라 그 모두를 포괄하여 상습범이라고 하는 하나의 죄로 처단하는 것이 상습범의 본질 또는 상습범 가중처벌규정의 입법취지에 부합한다.
- ㉢ 향정신성의약품관리법 제42조 제1항 제1호가 규정하는 향정신성의약품수수의 죄가 성립되는 경우에는 그 수수행위의 결과로서 그에 당연히 수반되는 향정신성의약품의 소지행위는 수수죄의 불가별적 수반행위이다.
- ㉣ 특수강도죄를 범한 자가 그 후에 강도상해죄를 범한 경우, 강도행위에 대한 상습성이 인정된다면 양 죄는 포괄일죄가 될 수 있다.

- ㉠ (O)(大判 2012.08.17. 2012도6815).
- ㉡ (O) 大判 2004.9.16. 2001도3206 전합.
- ㉢ (O) (大判 1990.1.25. 89도1211).
- ㉣ (X) 형법 제341조나 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률에서 강도, 특수강도, 약취강도, 해상강도의 각 죄에 관해서는 상습범가중처벌규정을 두고 있으나 강도상해, 강도강간 등 각 죄에 관해서는 상습범가중처벌규정을 두고 있지 아니하므로 특수강도죄와 그 후에 범한 강도강간 및 강도상해 등 죄는 포괄일죄의 관계에 있지 아니하다(大判 1992.4.14. 92도297).

제2절 수 죄

338번

- ㉠ 절도죄의 죄수는 원칙적으로 침해된 점유의 개수에 의하여 결정되므로, 동일인의 점유 또는 공동점유 아래 있는 재물을 절취한 경우 비록 그 소유자를 달리하더라도 일죄이다. 예컨대, ㉡ A의 방 안에서 A 소유의 오디오와 A가 B로부터 빌려 사용하고 있는 B 소유의 손목시계를 절취한 경우가 이에 해당한다. 한편 ㉢ 40여 일간에 걸쳐 피해자 C 소유 입야에서 고령토를 계속 절취하는 경우는 범의 단일성을 인정할 수 있으므로 일죄이지만, ㉣ 절도의 습벽이 있는 자가 그 습벽의 발로로 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였으나 절도에 이르지 못한 경우, 그 위법성은 상습절도의 구성요건적 평가에 포함되어 있다고 볼 수 없으므로, 주거침입죄가 성립한다.

*㉣번이 정답이었으나, 출제오류가 인정되어 모두 옳은 지문이 되었다.

- ㉡ (O) ㉢ (O) 단일범의로서 절취한 시간과 장소가 접촉되어 있고 같은 관리인의 관리하에 있는 방 안에서 소유자를 달리하는 두 사람의 물건을 절취한 경우에는 1개의 절도죄가 성립한다(大判 1970.07.21. 70도1133).
- ㉣ (O) 일정기간에 걸쳐 단일 및 계속적 의사로서 행하여진 고령토채취행위를 포괄일죄로 본 것은 정당하다(大判 1971.02.23. 70도2612).
- ㉤ (O) 大判 2015.10.15. 2015도8169.

339번

[문제] 다음 중 상상적 경합범관계에 있는 것은 모두 몇 개인가?

- ㉠ 금융회사 등의 임직원의 직무에 속하는 사항에 관하여 알선할 의사와 능력이 없음에도 알선을 한다고 기망하고 금품 등을 수수한 경우
- ㉡ 공무집행증인 공무원에게 공무집행을 방해하기 위하여 상해를 입힌 경우

- ㉢ (O) (大判 2012.6.28. 2012도3927).
- ㉣ (O) 공무집행방해죄와 살인죄·상해죄·강도죄 사이에는 상상적 경합이 성립한다(다수설).

346번

- ㉠ 형법 제40조(상상적 경합)의 '가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다' 함은 각 법조의 상한과 하한을 모두 중한 형의 범위 내에서 처단한다는 것을 포함하는 것으로 새겨야 한다.
- ㉡ 비방할 목적으로 18회에 걸쳐서 출판물에 의하여 공연히 허위의 사실을 적시·유포함으로써 한국소비자보호원의 명예를 훼손하고 업무를 방해한 경우 출판물에 의한 명예훼손죄와 업무방해죄의 상상적 경합범이 성립한다.
- ㉢ 부녀를 강간치상한 후 1시간 지난 뒤 장소를 옮겨 자신의 집 작은 방으로 끌고 가 다시 1시간음한 경우 강간치상죄와 강간죄의 실체적 경합범이다.
- ㉣ 허위사실을 유포한 행위가 허위사실 유포에 의한 업무방해죄 뿐 아니라 허위사실적시에 의한 명예훼손죄에도 해당하는 경우 그 2개의 죄는 상상적 경합관계에 있다.

- ㉤ (O) 각 법조의 상한과 하한을 모두 중한 형의 범위 내에서 처단한다는 것을 포함하는 것으로 새겨야

한다(大判 2006.1.27. 2005도8704).

㉠ (O) (大判 1993.4.13. 92도3035).

㉡ (O) (大判 1987.5.12. 87도694).

㉢ (O) (大判 2007.11.15. 2007도7140).

348번

④ 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의4 제3항에 규정된 상습강도죄를 범한 범인이 그 범행 외에 강도상습성의 발현으로 강도예비행위를 한 경우 위 법조에 규정된 상습강도죄에 흡수되고 별개의 강도예비죄를 구성하지 않는다.

④ (O) 大判 2003. 3. 28. 2003도665.

349번

나. 공도화변조죄와 동행사죄가 수위후부정청사죄와 각각 상상적 경합범관계에 있을 때에는 공도화변조죄와 동행사죄 상호간은 실제적 경합범관계에 있다고 할지라도 상상적 경합범관계에 있는 수위후부정청사죄와 대비하여 가장 중한 죄에 정한 형으로 처단하면 족하다.

나. (O) 大判 2001.2.9. 2000도1216.

352번

② 금고 이상의 형에 처한 판결확정 전에 저질러진 것으로서 아직 판결을 받지 아니한 죄가 이미 판결이 확정된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경우, 형법 제39조 1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형을 선고하거나 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

③ 甲은 미성년자인 A를 약취한 후 강간을 목적으로 A에게 상해를 가하고 나아가 A에 대한 강간 및 살인미수를 범한 경우, 상해의 결과가 A에 대한 강간 및 살인미수행위 과정에서 발생한 것이라 하더라도 甲에게는 A에 대한 상해 등으로 인한 특정범죄가중처벌등에관한 법률위반죄 및 A에 대한 강간 및 살인미수행위로 인한 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반죄가 각 성립하고 두 죄는 실제적 경합 관계에 있다.

② (X) 형법 제37조 후단 및 제39조 제1항의 문언, 입법 취지 등에 비추어 보면, 아직 판결을 받지 아니한 죄가 이미 판결이 확정된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경우에는 형법 제37조 후단의 경합범 관계가 성립할 수 없고 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형을 선고하거나 그 형을 감경 또는 면제할 수도 없다고 해석함이 타당하다(大判 2014.03.27. 2014도469).

③ (O) 大判 2014.02.27. 2013도12301.

353번

① 금고 이상의 확정판결 전에 저지른 범죄와 그 확정판결 후에 저지른 범죄를 함께 재판할 경우 양죄는 형법 제37조의 경합범관계에 있는 것은 아니지만, 한 개의 주문으로 처벌하여야 한다.

① (X) (금고 이상의) 확정판결 전에 저지른 범죄와 그 판결 후에 저지른 범죄는 서로 겹쳐 있으나 본조의 경합범관계에 있는 것은 아니므로 두 개의 주문으로 각각 따로 처벌한 조치는 정당하다(大判 1970.12.2

2. 70도2271).

354번

① 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄 또는 벌금 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄를 경합범으로 한다.

② 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제한다.

③ 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우, 각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고 이외의 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하되, 각 죄에 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 단 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과할 수 있다.

④ 아직 판결을 받지 아니한 죄가 이미 판결이 확정된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경우에는 형법 제37조 후단의 경합범 관계가 성립할 수 없다.

① (X) 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄를 경합범으로 한다(형법 37조).

② (X) 경합범중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다(형법 39조 1항). 임의적 감면사유에 해당한다.

③ (X) 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다(형법 40조). 지문은 실제적 경합범의 처벌례에 해당한다.

④ (O) 형법 제37조 후단 및 제39조 제1항의 문언, 입법취지 등에 비추어 보면, 아직 판결을 받지 아니한 죄가 이미 판결이 확정된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경우에는 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형을 선고하거나 그 형을 감경 또는 면제할 수 없다고 해석함이 상당하다(大判 2012.9.27. 2012도9295).

355번

① 회사의 대표이사가 회사 자금을 횡령한 다음 그 중 일부를 타인에 대한 청탁과 함께 배임증제에 공여한 경우, 횡령의 범행과 배임증제의 범행은 서로 범의 및 행위의 태양과 보호법익을 달리하는 별개의 행위이다.

② 당죄수표를 조합 이사장 명의로 발행하여 지급기일에 지급되지 아니하게 한 사실로 인한 부정수표 단속법 위반죄와 동일한 수표를 발행하여 조합에 대하여 재산상 손해를 가한 사실로 인한 업무상 배임죄는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 상이하므로 실제적 경합관계에 있다.

③ 피고인이 별개의 사건에서 징역형의 집행유예 등을 선고받고 상고하였으나 대법원이 결정으로 상고를 기각하였는데, 그 결정일을 전후하여 피고인이 유사석유제품을 판매 및 보관하였다고 하여 구 석유 및 석유대체연료 사업법 위반으로 기소된 사안에서, 위 상고기각 결정이 피고인의 유사석유제품 판매 및 보관 행위 시 이후에 피고인에게 고지되어 그때 위 판결이 확정되었다면 피고인의 범죄는 판결이 확정된 위 죄와 형법 제37조 후단 경합범에 해당한다.

④ 개정법률에 의해 형법 제37조 후단의 "판결이 확정된 죄"가 "금고 이상의 형에 처한 판결

이 확정된 죄"로 개정되었는바, 위 개정법률을 적용하는 것이 피고인에게 유리하다면 형법 제1조 제2항을 유추적용하여 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건 중 위 개정 법률 전에 벌금형에 처한 판결이 확정된 경우에도 적용된다.

- ① (O) 大判 2010.5.13. 2009도13463. <주> 형령죄와 배임증재죄의 실제적 경합범이 된다.
 ② (X) 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하다고 할 것이어서 1개의 행위가 수 개의 죄에 해당하는 경우로서 형법 제40조에 정해진 상상적 경합관계에 있다(大判 2004.5.13. 2004도1299).
 ③ (O) 大判 2012.1.27. 2011도15914.
 ④ (O) 大判 2004.1.27. 2001도3178.

355-1번

- ㉠ 상상적 경합관계에 있는 수개의 죄 중 어느 일죄에 대하여 확정판결이 있더라도 나머지 죄에 대하여는 그 기판력이 미치지 않는다.
 ㉡ 수개의 부작위범 사이에도 상상적 경합이 가능하다.
 ㉢ 상상적 경합관계에 있는 수개의 죄 중 한 죄는 친고죄이고 다른 죄는 비친고죄인 경우 친고죄에 대한 고소가 취소되더라도 비친고죄의 처벌에 영향을 미치지 않는다.
 ㉣ 실제법상 상습사기의 일죄로 포괄될 수 있는 관계의 일련의 사기범행의 중간에 동종의 죄에 관한 확정판결이 있는 경우에는 그 확정판결에 의하여 원래 일죄로 포괄될 수 있었던 일련의 범행은 2죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위시에 완성된다.

- ㉠ (X) 공소사실 중 명예훼손죄가, 확정판결의 범죄사실 중 업무방해죄와 상상적 경합관계에 있다고 보아 이미 확정된 위 확정판결의 기판력이 위 공소사실 중 명예훼손죄에 대하여도 미친다는 이유로 면소판결을 한 원심판결을 정당하다고 본 사례(大判 2007.02.23. 2005도10233).
 ㉡ (O) 부작위의 동일성이 아니라 기대되는 행위의 동일성이 인정되면 상상적 경합이 가능하다.
 ㉢ (O) (大判 1983.04.26. 83도323).
 ㉣ (X) 상습범에 있어서 공소제기의 효력은 공소가 제기된 범죄사실과 동일성이 인정되는 범죄사실의 전체에 미치는 것이므로 상습범의 범죄사실에 대한 공판심리중에 그 범죄사실과 동일한 습벽의 발현에 의한 것으로 인정되는 범죄사실이 추가로 발견된 경우에는 검사는 공소장변경절차에 의하여 그 범죄사실을 공소사실로 추가할 수 있다고 할 것이나, 공소제기된 범죄사실과 추가로 발견된 범죄사실 사이에 그 것들과 동일한 습벽에 의하여 저질러진 또 다른 범죄사실에 대한 유죄의 확정판결이 있는 경우에는 전후 범죄사실의 일죄성은 그에 의하여 분단되어 공소제기된 범죄사실과 판결이 확정된 범죄사실만이 포괄하여 하나의 상습범을 구성하고, 추가로 발견된 확정판결 후의 범죄사실은 그것과 경합범 관계에 있는 별개의 상습범이 되므로, 검사는 공소장변경절차에 의하여 이를 공소사실로 추가할 수는 없고 어디까지나 별개의 독립된 범죄로 공소를 제기하여야 한다(大判 2000.3.10. 99도2744).

제8장 형벌론

제1절 형벌의 종류

356번

- ① 형벌론은 국가형벌권이 어떻게 정당화될 수 있으며 그 목적이 어디에 있는지를 찾는 이론이다.

- ② 장래의 범죄를 예방하는 데 형벌의 목적이 있다고 이해하는 일반예방주의는 심리강제설의 영향을 받고 있다.
 ③ 형벌은 과거의 범죄행위에 대한 책임의 상책으로 이해하는 응보형주의는 인간의 자기결정능력을 신뢰하는 자유주의 사상의 산물로서 국가형벌권 행사를 확대하는 데 기여하고 있다.
 ④ 선고유예제도, 집행유예제도, 가석방제도, 보호관찰제도 등은 특별예방주의의 산물로 볼 수 있다.

- ① (O) 형벌이란 국가가 범죄에 대한 법률상의 효과로서 범죄자에 대하여 과하는 법익의 박탈을 말하는 것이다. 형벌론은 이러한 국가형벌권의 정당성과 목적을 찾는 이론이다.
 ② (O) 형벌의 고통을 예고하는 방법을 통하여 일반인의 심리에 강제를 줌으로써 일반인의 범죄를 예방할 수 있다는 이론이 심리강제설이다. 일반예방주의란 범죄를 결심한 행위자가 그 행위로 인하여 받게 될 형벌을 생각하여 범죄를 단념하게 하는 효과를 말하는 것으로 심리적 강제설을 통하여 일반예방을 정립하였다.
 ③ (X) 응보란 균형 있는 형벌기준의 원칙으로서 이에 따라 형벌의 근거와 양이 결정되고, 행해진 불법과 책임은 균형을 이루어야 한다. 이와 같이 응보형주의는 형벌의 한계를 설정하고 형벌제한기능을 가지고 있다.
 ④ (O) 특별예방주의란 범죄예방의 대상을 범죄인 그 자체에 두고, 형벌은 범죄인이 다시 범죄를 범하지 않도록 예방함을 그 목적으로 한다는 사상을 말하는 것이다. 특별예방주의는 사회복귀적 형벌집행을 가능하게 한다는 장점을 가지고 있다. 선고유예제도, 집행유예제도, 가석방제도, 보호관찰제도 등은 특별예방주의의 산물로 볼 수 있다.

358번

- ㉠ 징역형과 벌금형 가운데에서 벌금형을 선택하여 선고하면서 그에 대한 노력장 유치기간을 환산한 결과 징역형의 장기보다 유치기간이 더 길게 되더라도 위법한 것은 아니다.
 ㉡ 수인이 함께 공동으로 식사 및 향응 등의 기부행위를 제공받은 경우 그 중 1인에 대한 범죄는 전체 인원이 함께 받은 이익액 전체가 아니라 그 1인이 취득한 이익액에 대해서만 공직선거 및 선거부정방지법 위반죄가 성립한다.
 ㉢ 수인이 공동하여 수수한 뇌물을 분배한 경우라고 하더라도 각자로부터 수인이 수수한 뇌물 가액 전부를 몰수 또는 추징하여야 한다.
 ㉣ “벌금을 감경할 때에는 그 다액의 2분의 1로 한다.”는 규정은 그 상한액만 2분의 1로 내려간다는 것이 아니라 하한까지도 함께 내려간다고 해석하여야 한다.

- ㉠ (O) 大判 2000.11.24. 2000도3945.
 ㉡ (X) 수인이 함께 공동으로 식사 및 향응 등의 기부행위를 제공받았다면 그 중 1인이라 하더라도 전체 인원이 함께 받은 이익액 전체에 대해 공직선거 및 선거부정방지법 위반죄가 성립한다(大判 2005.9.9. 2005도2014). <주> 전체 인원이 받은 이익액 전체에 대하여 범죄가 성립하고, 그에 대한 추징은 각자에게 제공된 이익액만큼만 추징한다. 즉 범죄성립의 기준과 추징의 기준은 별개이다.
 ㉢ (X) 수인이 공동하여 수수한 뇌물을 분배한 경우에는 각자로부터 실제로 분배받은 금품만을 개별적으로 몰수하거나 그 가액을 추징하여야 한다(大判 1993.10.12. 93도2056).
 ㉣ (O) (大判 1978.4.25. 78도246 전합).

360번

- ① 헌법재판소의 다수견해에 의하면 생명권 역시 대한민국헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이므로, 사형제도는 예외적인 경우에만 적용되는 한 기본권의 본질적 내

용집해금지를 규정한 대한민국헌법 제37조 제2항 단서에 위반되지 아니한다. ② 유기정역이나 유기금고를 선고하는 때에 판결선고 전의 구금일수가 있는 경우 그 전부를 형기에 산입하여야 한다. ③ 벌금을 선고할 때에는 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 하고, 동시에 그 금액을 완납할 때까지 노력장에 유치할 것을 명할 수도 있다. ④ 유기정역 또는 유기금고에 자격정지를 병과한 경우에는 형을 선고한 날로부터 그 정지기간을 기산한다.

- ① (O) 憲決 2010.2.25. 2008헌가23.
- ② (O) 형법 제57조 제1항은 “판결선고 전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기정역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다.”라고 규정하고 있는데, 헌법재판소가 ‘또는 일부’ 부분에 대하여 위헌결정(憲決 2009.6.25. 2007헌바25)을 하였다. 따라서 미결구금은 형기에 전부 산입되어야 한다.
- ③ (O) 제70조, 제69조 단서 참조.
- ④ (X) 징역 또는 금고의 집행을 종료하거나 면제된 날로부터 정지기간을 기산한다(제44조 제2항).

363번

④ 제3자 소유의 물건에 대한 물수판결은 제3자의 소유권에 영향을 미치지 아니한다.
--

- ④ (O) 大判 1999.5.11. 99다12161. <주> 피고인에게 물수를 선고하였으나 물수의 대상인 물건이 피고인 소유가 아닌 제3자 소유인 경우 제3자의 소유권을 변함없이 인정해 준다는 의미이다. 결국 당해 물건은 국고에 귀속되지 않고 제3자에게 교부하게 된다.

367번

② 우리 국민이 외국에서 범한 범죄로 인하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 경우에는 형을 감경 또는 면제할 수 있다. 그리고 외국판결에서 물수의 선고가 있고, 그 외국에서 대상 물건이 몰수된 때에는 그 가액을 추징할 수 없다.
--

- ② (O) 大判 1979.4.10. 78도831. <주> 외국에서 물수판결이 있었고 이에 따라 외국에서 물수가 집행된 때에는 한국법원이 추징을 할 수 없다. 그러나 외국에서 물수판결은 있었으나 이에 따라 외국에서 물수가 집행되지 않은 때에는 한국법원이 추징을 할 수 있다는 의미이다.

370번

① 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니할 때에도 몰수만을 선고할 수 있으므로 실체판단에 들어가 공소사실을 인정하는 경우가 아닌 면소의 경우에도 원칙적으로 몰수할 수 있다. ② 피해자로 하여금 사기도박에 참여하도록 유인하기 위하여 고액의 수표를 제시해 보인 경우, 위 수표가 직접적으로 도박자금으로 사용되지 아니하였다 할지라도 이를 몰수 할 수 있다. ③ 범죄행위로 인하여 주식을 취득하면서 그 대가를 지급하였더라도 그 주식 자체가 몰수되어야 하지만, 주식이 이미 처분되고 없어 그 가액상당을 추징할 때에도 대가로 지급한 금액을 뺀 나머지를 추징하여야 하는 것은 아니다.

- ① (X) [1] 우리 법제상 공소의 제기 없이 별도로 몰수나 추징만을 선고할 수 있는 제도가 마련되어 있지

아니하므로, 공소사실이 인정되지 않는 경우에 이와 별개의 공소가 제기되지 아니한 범죄사실을 법원이 인정하여 그에 관하여 몰수나 추징을 선고하는 것은 불고불리의 원칙에 위반되어 불가능하며, 몰수나 추징이 공소사실과 관련이 있다 하더라도 그 공소사실에 관하여 이미 공소시효가 완성되어 유죄의 선고를 할 수 없는 경우에는 몰수나 추징도 할 수 없다(大判 1992.7.28. 92도700). [2] 우리 법제상 공소의 제기 없이 별도로 몰수만을 선고할 수 있는 제도가 마련되어 있지 아니하므로 실체판단에 들어가 공소사실을 인정하는 경우가 아닌 면소의 경우에는 원칙적으로 몰수도 할 수 없다(大判 2007.7.26. 2007도4556).

- ② (O) 大判 2002.9.24. 2002도3589.
- ③ (O) (大判 2005.07.15. 2003도4293).

371번

① 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건이라 하더라도 적법한 절차에 의하여 압수되어 있지 아니한 물건은 몰수 할 수 없다. ② 대형할인매장에서 수회 상품을 절취하여 자신의 승용차에 싣고 간 경우, 그 절취한 물품의 부피가 상당한 크기의 것이어서 대중교통수단을 타고 운반하기로 곤란한 수준이었다면, 위 승용차를 범죄행위에 제공한 물건으로 보아 몰수할 수 있다. ③ 예금통장이 몰수된 경우에는 예금반환채권까지 몰수된 것으로는 볼 수 없다. ④ 행위자에게 유죄의 재판을 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다.
--

- ① (X) 범죄행위에 제공하려고 한 물건은 범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인 이외의 자가 정을 알면서 취득한 경우 이를 몰수할 수 있고, 한편 법원이나 수사기관은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있으나, 몰수는 반드시 압수되어 있는 물건에 대하여서만 하는 것이 아니므로, 몰수대상물건이 압수되어 있는가 하는 점 및 적법한 절차에 의하여 압수되었는가 하는 점은 몰수의 요건이 아니다(大判 2003.5.30. 2003도705).
- ② (O) 실행행위의 착수 전의 행위 또는 실행행위의 종료 후의 행위에 사용된 물건이더라도 그것이 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 한 위 법조 소정의 제공한 물건에 포함된다(大判 2006.9.14. 2006도4075).
- ③ (O) 大判 1997.11.14. 97다34235. <주> 예금통장을 위조하여 사문서위조죄로 유죄판결을 받고 범죄로부터 발생한 예금통장을 몰수하여 폐기하는 것은 좋지만, 그 통장에 들어 있는 예금까지 몰수할 수는 없다는 의미이다.
- ④ (O) (형법 제 49조).

372번

㉠ 마약류관리에 관한 법률 제67조에 의한 몰수나 추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이 아니라 징벌적 성질의 처분이므로, 그 범행으로 인하여 이득을 취득한 바 없다 하더라도 법원은 그 가액의 추징을 명하여야 한다. ㉡ 범죄행위로 인하여 물건을 취득하면서 그 대가를 지급하였다고 하더라도 범죄행위로 취득한 것은 물건 자체이고 이는 몰수되어야 할 것이나, 이미 처분되어 없다면 그 가액상당을 추징할 것이고, 그 가액에서 이를 취득하기 위한 대가로 지급한 금액을 뺀 나머지를 추징해야 하는 것은 아니다. ㉢ 형법 제134조는 뇌물에 공할 금품을 필요적으로 몰수하고 이를 몰수하기 불가능한 때에는 그 가액을 추징하도록 규정하고 있는 바, 몰수는 특정된 물건에 대한 것이고 추징은 본래 몰수할 수 있었음을 전제로 하는 것임에 비추어 뇌물에 공할 금품이 특정되지 않았던 것은 몰수할 수 없고 그 가액을 추징할 수도 없다.

㉔ 상상적 경합의 관계에 있는 사기죄와 변호사법위반죄에 대하여 형이 더 무거운 사기죄에 정한 형으로 처벌하기로 하면서도, 필요적 몰수·추징에 관한 변호사법의 규정을 적용하는 것은 위법하다.

㉑ (O) (大判 2010.8.26. 2010도7251).

㉒ (O) 大判 2008.10.09. 2008도6944.

㉓ (O) 大判 1996.5.8. 96도221.

㉔ (X) 상상적 경합의 관계에 있는 사기죄와 변호사법 위반죄에 대하여 형이 더 무거운 사기죄에 정한 형으로 처벌하기로 하면서도, 필요적 몰수추징에 관한 구 변호사법 제116조 제111조에 의하여 청탁 명목으로 받은 금품 상당액을 추징한 원심의 조치를 수긍한 사례(大判 2006.1.27. 2005도8704).

373번

- ㉑ 공무원이 자신의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 받을 때 타인의 동의 하에 그 타인 명의의 예금계좌로 입금받는 방식을 취한 경우에도 이는 범인이 받은 금품을 관리하는 방법의 하나에 지나지 않으므로 그 가액 역시 그 공무원으로부터 추정하여야 한다.
- ㉒ 몰수하여야 할 압수물이 멸실, 파손 또는 부패의 염려가 있거나 보관하기에 불편하여 형사소송법 제132조의 규정에 따라 매각하여 그 대가를 보관하는 경우에는 그 대가보관금을 몰수할 수 있다.
- ㉓ 오락실업자, 상품권업자 및 환전소 운영자가 공모하여 사행성 전자식 유키기구에서 경품으로 배출된 상품권을 현금으로 환전하면서 그 수수료를 일정한 비율로 나누어 가지는 방식으로 영업을 한 경우, 환전소 운영자가 환전소에 보관하던 현금 전부가 몰수의 대상이 된다.

㉑ (O) (大判 2006.10.27. 2006도4659).

㉒ (O) (大判 1996.11.12. 96도2477).

㉓ (O) (大判 2006.10.13. 2006도3302).

제2절 형의 양정

375번

[문제] 다음 중 형의 필요적 감면사유에 해당하는 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉑ 내란죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모하였다가 내란죄의 실행에 이르기 전에 자수한 경우

㉑ (O) 제87조 또는 제88조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 3년 이상의 유기징역이나 유기금고에 처한다. 단, 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다(형법 제90조 제1항).

382-1번

㉑ 경찰서 생활질서계에 근무하는 피고인 甲이 피고인 乙로부터 뇌물을 수수하면서, 피고인

乙의 자녀 명의 은행 계좌에 관한 현금카드를 받은 뒤 피고인 乙이 위 계좌에 돈을 입금하면 피고인 甲이 현금카드로 돈을 인출하는 방법으로 범죄수익의 취득에 관한 사실을 가장한 경우, '범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률'위반죄와 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률'위반(뇌물)죄가 성립하고 두 죄가 상상적 경합범 관계에 있다.

㉒ 사기죄에 있어서 수인의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에 그 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다고 하더라도 포괄1죄가 되는 것이 아니라 피해자별로 1개씩의 죄가 성립하는 것으로 보아야 할 것이다.

㉓ 법률상 감경사유가 있을 때에는 작량감경보다 우선하여 하여야 하고, 작량감경은 이와 같은 법률상 감경을 다하고도 그 처단형보다 낮은 형을 하고자 할 때에 하는 것이 옳다.

㉔ 형법 제38조 제1항 제3호(각 죄에 정한 형이 무기징역이나 무기금고 이외의 이종의 형인 때에는 병과한다)의 규정에 의하여 징역형과 벌금형을 병과하는 경우 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 아니한 것은 위법하다.

㉑ (X) 사안에서, 위 행위는 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익규제법'이라 한다) 제3조 제1항 제1호에서 정한 '범죄수익 등의 취득 또는 처분에 관한 사실을 가장하는 행위'에 해당하므로, 피고인 甲에게 범죄수익규제법 위반죄와 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)죄가 성립하고 두 죄가 실제적 경합범 관계에 있다(大判 2012.9.27. 2012도6079).

㉒ (O) 大判 1996.02.13. 95도2121.

㉓ (O) 大判 1994.3.8 93도3608.

㉔ (X) 형법 제38조 제1항 제3호에 의하여 징역형과 벌금형을 병과하는 경우에는 각 형에 대한 범죄의 정상에 차이가 있을 수 있으므로 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 아니하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다(大判 2006.03.23. 2006도1076).

383번

㉑ 경찰관에게 검거되기 전에 친지에게 전화로 자수의사를 전달하였더라도 그것만으로는 자수로 볼 수 없다.

㉑ (O) 경찰관에게 검거되기 전에 친지에게 전화로 자수의사를 전달하였더라도 그것만으로는 자수로 볼 수 없다(大判 1985.9.24. 85도1489).

384번

㉑ 자수라 함은 범인이 스스로 수사책임이 있는 관서에 자기의 범행을 고하고 그 처분을 구하는 의사표시를 하는 것을 말하므로, 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술한 경우는 자수로 평가할 수 있다.

㉒ 범인의 직원 또는 사용인이 위반행위를 하여 양벌규정에 의하여 범인이 처벌받는 경우, 범인에게 자수감경을 적용하기 위하여는 범인의 이사 기타 대표자가 수사책임이 있는 관서에 자수한 경우에 한하고, 그 위반행위를 한 직원 또는 사용인이 자수한 것만으로는 형을 감경할 수 없다.

㉓ 법률상 감경사유가 있을 때에는 작량감경보다 우선하여야 한다.

㉔ 자수서를 소지하고 수사기관에 자발적으로 출석하였으나 자수서를 제출하지 아니하고 범행사실도 부인하였다면 자수가 성립하지 아니하고, 그 이후 구속까지 된 상태에서 자수서를 제출하고 범행사실을 시인한 것을 자수에 해당한다고 인정할 수 없다.

- ① (X) 자수라 함은 범인이 스스로 수사책임이 있는 관서에 자기의 범행을 고하고 그 처분을 구하는 의사 표시를 하는 것을 말하고, 가령 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 않는다(大判 1982.9.28. 82도1965).
- ② (O) (大判 1995.7.25. 95도391).
- ③ (O) 형법 56조(가중감경의 순서)에 의하면 법률상 감경사유가 있는 경우 작량감경보다 우선한다.
- ④ (O) 大判 2004.10.14. 2003도3133.

385번

- ③ 「형법」 상 피해자의 의사에 반하여 처벌할 수 없는 죄에 있어서 피해자에게 자복한 경우에는 필요적 감면사유이다.
 - ④ 피고인이 수사기관에 자진 출석하여 처음 조사를 받으면서는 돈을 차용하였을 뿐이라며 범죄사실을 부인하다가 제2회 조사를 받으면서 비로소 업무와 관련하여 돈을 수수하였다고 자백한 행위를 자수라고 할 수 없다.
- ③ (X) 피해자의 의사에 반하여 처벌할 수 없는 죄에 있어서 피해자에게 자복한 때에도 전항(감경 또는 면제할 수 있다)과 같다(52조 2항). 임의적 감면사유이다.
 - ④ (O) 大判 2011.12.22. 2011도12041.

386번

- ① 검사에게 범죄사실에 관하여 자백함으로써 형법상 자수의 효력이 발생하였다 하더라도, 법정에서 범죄사실을 일부 부인 하였다면 자수의 효력은 소멸한다.
 - ② 신문지상에 혐의사실이 보도되기 시작한 후 담당 검사에게 전화를 걸어 조사를 받게 해달라고 요청한 다음 자진출석하여 혐의사실을 모두 인정하는 내용의 진술서를 작성하고 검찰 수사과정에서 혐의사실을 모두 자백한 경우 자수에 해당한다.
 - ③ 국립과학수사연구소의 유전자검색검정의뢰회보 등을 토대로 피고인의 여죄를 추궁한 끝에 피고인이 강도강간의 범죄사실과 특수강도의 범죄사실을 자백하였다면 이를 자수라고 할 수 없다.
 - ④ 형법 총칙상 자수에 대한 형의 감경 또는 면제는 법원의 자유재량에 따른다.
- ① (X) 피고인들이 검찰에 조사 일정을 문의한 다음 지정된 일시에 검찰에 출두하는 등의 방법으로 자진 출석하여 범행을 사실대로 진술하였다면 자수가 성립되었다고 할 것이고, 그 후 법정에서 범행 사실을 부인한다고 하여 뒤우침이 없는 자수라거나, 이미 발생한 자수의 효력이 없어진다고 볼 수 없다(大判 2005.04.29. 2002도7262).
 - ② (O) (大判 1994.9.9. 94도619).
 - ③ (O) (大判 2006.9.22. 2006도4883).
 - ④ (O) 형법 제52조 제1항 소정의 자수로 인한 형의 감면은 법원의 자유재량에 속하는 것으로서 임의적인 것이므로 피고인이 수사책임 있는 관서에 자수 하였다고 하여도 법원이 이를 위 법조에 의한 자수감경의 사유로 삼지 아니하고 다른 정상과 합쳐 정상참작의 사유로 삼아 형법 제53조에 의한 작량감경을 하더라도 위법하다고 볼 수 없다(大判 1984.11.13. 84도1897).

제3절 누범

389번

- ③ 복권이 있었다고 하더라도 그 전과사실은 누범가중사유에 해당한다.
- ③ (O) 복권은 사면의 경우와 같이 형의 연도의 효력을 상실시키는 것이 아니고, 다만 형의 연도의 효력으로 인하여 상실 또는 정지된 자격을 회복시킴에 지나지 아니하는 것이므로 복권이 있었다고 하더라도 그 전과사실은 누범가중사유에 해당한다(大判 1981.4.14. 81도543).

389번

- ① 누범이 성립하기 위해서는 누범에 해당하는 전과사실과 새로이 범한 범죄 사이에 일정한 상관관계가 있을 것이 요구된다.
 - ② 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.
 - ③ 전범의 집행유예 기간 중에 범한 재범에 대해서도 누범가중을 할 수 있다.
 - ④ 법정형에 유기징역형과 벌금형이 선택적으로 되어 있는 경우 벌금형을 선택하여도 누범가중을 할 수 있다.
- ① (X) 형법 제35조가 누범에 해당하는 전과사실과 새로이 범한 범죄 사이에 일정한 상관관계가 있다고 인정되는 경우에 한하여 적용되는 것으로 제한하여 해석하여야 할 아무런 이유나 근거가 없고, 위 규정 이 헌법상의 평등원칙 등에 위배되는 것도 아니다(大判 2008.12.24. 2006도1427).
 - ② (O) 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다(형법 제35조).
 - ③ (X) 금고이상의 형을 받고 그 형의 집행유예기간 중에 금고 이상에 해당하는 죄를 범하였다 하더라도 이는 누범가중의 요건을 충족시킨 것이라 할 수 없다(大判 1983.8.23. 83도1600).
 - ④ (X) 형법 제35조 제1항에 규정된 " 금고 이상에 해당하는 죄" 라 함은 유기징역형이나 유기징역형으로 처단할 경우에 해당하는 죄를 의미하는 것으로서 법정형 중 벌금형을 선택한 경우에는 누범가중을 할 수 없다(大判 1982.9.14. 82도1702). <주> 제35조의 금고형은 법정형이 아니라 선고형을 의미한다.

390번

- ㉔ 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제1항, 제3항 또는 제4항에 규정된 죄 또는 그 미수죄로 3회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 이를 범하여 누범으로 처벌할 경우에는 상습성이 인정되지 않는 경우에도 상습범에 관한 제1항 내지 제4항 소정의 법정형에 의하여 처벌하고 다시 누범가중한 형기범위 내에서 처단형을 정하는 것이 타당하다.

- ㉔ (O) (大判 1994.9.27. 94도1391).

391번

- ① 집행유예의 선고를 받은 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 경우 그 전과사실은 누범가중의 사유에 해당하지 않는다.
 - ② 누범으로 인하여 가중되는 형은 선고형을 의미하므로, 누범 가중을 하는 경우 그 죄의 법정형을 초과하여 선고하여야 한다.
 - ③ 누범이 성립하려면 '금고 이상의 형'을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 내에 '금고 이상에 해당하는 죄'를 범하여야 하는바, 여기서 전자의 '금고 이상의 형'

은 선고형을 의미하나, 후자의 ‘금고 이상에 해당하는 죄’에서 ‘금고’란 법정형을 의미한다.

- ④ 유기징역을 선고하면서 누범 가중을 하는 경우 장기의 2배까지 가중할 수 있으나, 유기징역형의 상한인 30년을 초과할 수 없다.

- ① (O) 집행유예의 판결을 받고 집행유예기간이 경과한 경우에는 형선고의 효력이 상실되어 누범전과가 될 수 없으므로, 집행유예된 범죄와의 사이에 누범관계가 성립하지 아니한다(大判 1970.9.22. 70도1627).
 ② (X) 단기부터 가중된 장기의 범위 내에서 결정하며 반드시 본래의 법정형을 초과할 것은 요하지 않는다.
 ③ (X) 전자 후자 모두 선고형을 의미한다(大判 1982.7.27 82도1018).
 ④ (X) 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 50년까지로 한다(형법 42조)

제4절 선고유예·집행유예·가석방

393번

- ① 피고인이 범죄사실을 자백하지 않고 부인한 경우 선고유예의 요건 중 ‘개전의 정상이 현저한 때’에 해당하지 않으므로 선고유예를 선고할 수 없다.
 ② 선고유예의 실효사인 ‘형의 선고유예를 받은 자가 자격정지 이상의 형에 처한 전과가 발견된 때’란 형의 선고유예의 판결이 확정된 후에 전과가 발견된 경우를 말한다.
 ③ 형의 선고를 유예하는 판결을 하는 경우에 그 판결이유에서 선고할 형의 종류와 양을 정할 필요는 없고, 선고유예가 실효되는 경우에 형의 종류와 양을 정하게 된다.
 ④ 형의 선고유예를 받은 날로부터 1년을 경과한 때에는 면소된 것으로 간주한다.

- ① (X) 선고유예의 요건 중 ‘개전의 정상이 현저한 때’라고 함은, 반성의 정도를 포함하여 널리 형법 제51조가 규정하는 양형의 조건을 종합적으로 참작하여 볼 때 형을 선고하지 않더라도 피고인이 다시 범행을 저지르지 않으리라는 사정이 현저하게 기대되는 경우를 가리킨다고 해석할 것이고, 이와 달리 여기서의 ‘개전의 정상이 현저한 때’가 반드시 피고인이 죄를 깊이 뉘우치는 경우만을 뜻하는 것으로 제한하여 해석하거나, 피고인이 범죄사실을 자백하지 않고 부인할 경우에는 언제나 선고유예를 할 수 없다고 해석할 것은 아니다(大判 2003.2.20. 2001도6138 전합).
 ② (O) 형법 제61조 제1항에서 말하는 ‘형의 선고유예를 받은 자가 자격정지 이상의 형에 처한 전과가 발견된 때’란 형의 선고유예의 판결이 확정된 후에 비로소 위와 같은 전과가 발견된 경우를 말하고 그 판결확정 전에 이러한 전과가 발견된 경우에는 이를 취소할 수 없으며, 이때 판결확정 전에 발견되었다고 함은 검사가 명확하게 그 결격사유를 안 경우만을 말하는 것이 아니라 당연히 그 결격사유를 알 수 있는 객관적 상황이 존재함에도 부주의로 알지 못한 경우도 포함한다(大決 2008.2.14. 2007도845).
 ③ (X) 형법 제59조에 의하여 형의 선고를 유예하는 판결을 할 경우에도 선고가 유예된 형에 대한 판단을 하여야 하는 것이므로 선고유예 판결에서도 그 판결이유에서는 선고할 형의 종류와 양 즉 선고형을 정해 놓아야 하고 그 선고를 유예하는 형이 벌금형일 경우에는 그 벌금액 뿐만 아니라 환형유치처분까지 해 두어야 한다(大判 1988.1.19. 86도2654).
 ④ (X) 형의 선고유예를 받은 날로부터 2년을 경과한 때에는 면소된 것으로 간주한다(형법 60조).

394번

- ① 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 선고를 유예할 수 없고, 형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 자격정지 이상의 형에 처한 전과가 발견된 때에는 유예한 형을 선고한다.
 ② 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지

의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 형의 집행을 유예할 수 없다.

- ③ 벌금형에 대한 선고유예는 인정되지만, 벌금형에 대한 집행유예는 인정되지 않는다.
 ④ 하나의 판결로 두 개의 징역형을 선고하는 경우, 그 중 하나의 징역형에 대하여 실형을 선고하면서 다른 징역형에 대하여 집행유예를 선고하는 것은 허용되지 않는다.

- ① (O) 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대해서는 선고유예를 할 수 없고(형법 59조 1항), 형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 자격정지 이상의 형에 처한 판결이 확정되거나 자격정지 이상의 형에 처한 전과가 발견된 때에는 유예한 형을 선고한다(형법 61조 1항).
 ② (O) 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 다만, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다(형법 62조 1항).
 ③ (O) 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금형을 선고할 경우에 선고유예를 할 수 있으므로(형법 제59조 제1항) 벌금형에 대한 선고유예는 인정된다. 벌금형에 대한 집행유예도 가능하도록 형법개정이 있었으나 시행일이 18년 1월이므로 그 전까지는 벌금형에 대해 집행유예를 할 수 없다.
 ④ (X) 형법 제37조 후단의 결합범 관계에 있는 죄에 대하여 형법 제39조 제1항에 의하여 따로 형을 선고하여야 하기 때문에 하나의 판결로 두 개의 자유형을 선고하는 경우 그 두 개의 자유형은 각각 별개의 형이므로 형법 제62조 제1항에 정한 집행유예의 요건에 해당하면 그 각 자유형에 대하여 각각 집행유예를 선고할 수 있는 것이고, 또 그 두 개의 자유형 중 하나의 자유형에 대하여 실형을 선고하면서 다른 자유형에 대하여 집행유예를 선고하는 것도 우리 형법상 이러한 조치를 금하는 명문의 규정이 없는 이상 허용되는 것으로 보아야 한다(大判 2002.2.26. 2000도4637).

395번

- ㉞ 집행유예의 요건 중 ‘3년 이하의 징역 또는 금고의 형’이라 함은 법정형이 아닌 선고형을 의미한다.

- ㉞ (O) 大判 1989.11.28. 89도780.

396번

- ③ 집행유예 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고를 취소할 수 있다.

- ③ (X) 집행유예 선고를 받은 자가 “유예기간 중” “고의로” 범한 죄로 금고 이상의 “실형”을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다(형법 제63조).

397번

- 가. 집행유예의 선고를 받은 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간이 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 잃는다.
 나. 집행유예의 취소는 필요한 경우도 있고 임의적인 경우도 있다.
 다. 사기죄로 징역 2년에 집행유예 3년의 형을 선고 받은 피고인이 그 집행유예기간 중 과실치사죄로 금고 1년의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 경우 그 집행유예의 선고는 효력을 잃는다.
 라. 형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나 사회봉사 또는 수감을 명

할 수 있으나, 보호관찰과 사회봉사명령 또는 수강명령을 동시에 부과할 수는 없다.
 마. 집행유예기간 중에 범한 범죄라 할지라도 집행유예가 실효 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고가 가능하다.

- 가. (O) 집행유예의 선고를 받은 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 잃는다(형법 제65조).
 나. (O) 형법 64조 1항에 의한 취소는 필요적인 반면 64조 2항에 의한 취소의 경우는 임의적이다.
 다. (X) 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다(형법 63조). 고의로 인한 범죄의 경우에만 선고의 효력을 잃는다. 위 지문의 경우 집행유예기간 중 과실범으로 금고의 실형을 선고 받은 경우 63조가 적용되지 않는다.
 라. (X) 일반 형법에 의하여 보호관찰과 사회봉사를 명하는 경우와 비교하여 특별히 달리 취급할 만한 이유가 없으며, 제도의 취지에 비추어 보더라도, 범죄자에 대한 사회복귀를 촉진하고 효율적인 범죄예방을 위하여 양자를 병과할 필요성이 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 형법 제62조에 의하여 집행유예를 선고할 경우에는 같은 법 제62조의2 제1항에 규정된 보호관찰과 사회봉사 또는 수강을 동시에 명할 수 있다고 해석함이 상당하다(대판 1998.04.24. 98도98)
 마. (O) 대판 2007.7.27. 2007도768 ; 대판 2007.2.8. 2006도6196.

397-1번

[문제] ㅁ은 2006년 8월 1일 A죄를 범하여 같은 해 10월 1일 제1심 법원에서 징역1년에 집행유예 2년을 선고받고 항소기간의 도과로 판결이 확정되었다. 그 후 ㅁ이 범한 B죄(단순 절도죄)에 대해 재판하게 된 법원의 판결에 대한 설명으로 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① B죄를 2006년 2월 1일 범한 경우, B죄에 대해 징역 6월에 선고유예 1년을 선고할 수 있다.
 ② B죄를 2006년 9월 20일 범한 경우, B죄에 대해 징역 6월에 집행유예 2년을 선고할 수 있다.
 ③ B죄를 2006년 11월 20일 범한 경우, B죄에 대해 징역 1년에 집행유예 2년을 선고할 수 있다.
 ④ B죄를 2006년 11월 1일 범한 경우, B죄에 대해 벌금 500만원에 선고유예 1년을 선고할 수 있다.

- ① (X) ④ (X) 선고유예 결정 사유가 있으므로 즉, 자격정지 이상의 전과가 있는 자이므로, B죄에 대해 선고유예 할 수 없다(형법 제 59조 1항).
 ② (O) B죄는 판결이 확정 전인 9월에 범죄를 범한 것이므로 집행유예 결정 사유인 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 해당하지 않으므로 집행유예를 선고할 수 있다.
 ③ (X) 집행유예 결정 사유가 있으므로 집행유예 할 수 없다(제62조1항). 즉 B죄는 판결이 확정된 후인 2006년 11월에 범죄를 범했으므로 집행유예를 선고할 수 없다.

398번

- ㉠ 가석방은 법원에 의하여 확정된 형기를 소멸시키는 것이 아니라 형의 집행을 포기하는 행정처분이다.
 ㉡ 가석방의 기간은 무기형에 있어서는 10년으로 하고, 유기형에 있어서는 남은 형기로 하되 그 기간은 10년을 초과할 수 없다.

- ㉢ 가석방의 처분을 받은 후 그 처분이 실효 또는 취소되지 아니하고 가석방기간을 경과한 때에는 형의 집행을 종료한 것으로 본다.
 ㉣ 가석방 중 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정된 때에는 가석방처분은 효력을 잃지만, 과실범으로 형의 선고를 받은 경우에는 그러하지 아니한다.
 ㉤ 사형이 무기형으로 특별감형된 경우, 처음부터 무기징역을 받은 경우와 동일하게 사형집행 대기기간을 가석방요건 중의 하나인 형의 집행기간에 산입 할 수 있다.

- ㉠ (O) 가석방은 법무부장관의 행정처분에 의하여 시행되므로 형집행작용으로서의 성질을 가지고 있다.
 ㉡ (O) 가석방의 기간은 무기형에 있어서는 10년으로 하고, 유기형에 있어서는 남은 형기로 하되, 그 기간은 10년을 초과할 수 없다(73조의2).
 ㉢ (O) 가석방의 처분을 받은 후 그 처분이 실효 또는 취소되지 아니하고 가석방기간을 경과한 때에는 형의 집행을 종료한 것으로 본다(형법 제76조 1항).
 ㉣ (O) 가석방중 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정된 때에는 가석방처분은 효력을 잃는다. 단 과실로 인한 죄로 형의 선고를 받았을 때에는 예외로 한다(형법 74조).
 ㉤ (X) 사형집행을 위한 구금은 미결구금도 아니고 형의 집행기간도 아니며 특별감형은 형을 변경하는 효과만 있을 뿐이고 이로 인하여 형의 선고에 의한 기성의 효과는 변경되지 아니하므로 사형이 무기징역으로 특별감형된 경우 사형의 판결확정일에 소급하여 무기징역형이 확정된 것으로 보아 무기징역형의 형기 기산일을 사형의 판결 확정일로 인정할 수도 없고 사형집행대기 기간이 미결구금이나 형의 집행기간으로 변경된다고 볼 여지도 없으며, 또한 특별감형은 수형 중의 행장의 하나인 사형집행대기기간까지를 참작하여 되었다고 볼 것이므로 사형집행대기기간을 처음부터 무기징역을 받은 경우와 동일하게 가석방요건 중의 하나인 형의 집행기간에 다시 산입할 수는 없다(대판 1991.03.04. 90도59).

제5절 형의 시효·소멸·기간

399번

- ㉠ 형기는 판결이 확정된 날로부터 기산한다.
 ㉡ 형의 면제는 유죄판결의 일종으로 확정전 사유로 인하여 형이 면제된다는 점에서 재판 확정 후 사유로 인하여 형의 집행이 면제되는 형집행의 면제와 구별된다.
 ㉢ 형의 집행과 시효기간의 초일은 산입하지 아니한다.
 ㉣ 형의 시효가 완성되면 형의 선고는 효력을 잃는다.
 ㉤ 석방은 형기종료일에 하여야 한다.

- ㉠ (O) 형법 제84조 제1항.
 ㉡ (O) 형의 면제는 유죄판결의 일종으로 확정전 사유로 인하여 형이 면제된다는 점에서 재판 확정 후 사유로 인하여 형의 집행이 면제되는 형집행의 면제와 구별된다.
 ㉢ (X) 형의 집행과 시효기간의 초일은 시간을 계산함이 없이 1일로 산정한다(형법 제85조).
 ㉣ (X) 형법 제77조- 형의 선고를 받은 자는 시효의 완성으로 인하여 그 집행이 면제된다. <주> 형의 선고가 효력을 잃고 법적 전과가 말소되는 경우로는 집행유예기간의 경과, 일반사면의 예가 있다.
 ㉤ (O) 형법 제86조.

제2편

형법각론

제1장 개인적 법익 - 비재산죄

제1절 살인죄

006번

- ① 강도의 공범자 중 1인이 강도의 기회에 피해자에게 폭행 또는 상해를 가하여 살해한 경우에 다른 공범자는 강도의 수단으로 폭행 또는 상해가 가해지리라는 점에 대하여 상호 인식이 있었으므로 살해에 대하여 공모한 바가 없다고 하여도 강도살인죄의 죄책을 면할 수 없다.

- ① (X) 강도의 공범자 중 1인의 강도의 기회에 피해자에게 폭행 또는 상해를 가하여 살해한 경우에 다른 공범자는 강도의 수단으로 폭행 또는 상해가 가해지리라는 점에 대하여 상호 인식이 있었으므로 살해에 대하여 공모한 바가 없다고 하여도 강도치사죄의 죄책을 면할 수 없다(大判 1988.9.13. 88도1046).

009번

- ② 선박침몰 등과 같은 급박한 상황이 발생한 경우에 선박의 운항을 지배하고 있는 선장甲이 자신에게 요구되는 개별적·구체적인 구호의무를 이행함으로써 사망의 결과를 쉽게 방지할 수 있음에도 이를 방관하여 승객의 사망을 초래한 경우, 甲은 부작위에 의한 살인죄가 성립한다.

- ② (O) (大判 2015.11.12. 2015도6809 전합).

010번

- 가. 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단이 허용될 수 있다.
- 나. 타인의 양자로 입양된 자가 실부모를 살해한 경우에 존속살해죄가 성립한다.
- 다. 판례에 의하면 사실상 직계존속도 영아살해죄의 주체가 된다.

- 라. 사실상 동거관계에 있는 남녀사이에 분만된 영아를 그 남자가 치욕을 은폐하기 위하여 살해한 경우에는 영아살해죄가 성립한다.

- 가. (O) 大判 2009.5.21. 2009다17417 전합

- 나. (O) 피고인이나 피해자가 타가의 양자로 입양된 사실이 있다할지라도 생가를 중심으로 사는 종전의 친족관계는 소멸되는 것이 아니다(大判 1967.1.31. 66도1483). <주> 양자가 실부모를 살해한 양부모를 살해한 모두 존속살해죄가 성립한다.

- 다. (X) 남녀가 사실상 동거관계에 있고 그 사이에 영아가 분만되었다 하더라도 그 남자와 영아와의 사이에 법률상 직계존비속관계에 있다 할 수 없으므로, 그 남자가 영아를 살해한 경우 보통살인죄가 성립한다(大判 1970.3.10. 69도2285). <주> 법률상 직계존속만 영아살해죄의 주체가 될 수 있고, 사실상 직계존속은 영아살해죄의 주체가 될 수 없다.

- 라. (X) 남녀가 사실상 동거관계에 있고 그 사이에 영아가 분만되었다 하더라도 그 남자와 영아와의 사이에 법률상 직계존비속관계에 있다 할 수 없으므로, 그 남자가 영아를 살해한 경우 보통살인죄가 성립한다(大判 1970.3.10. 69도2285). <주> 법률상 직계존속만 영아살해죄의 주체가 될 수 있고, 사실상 직계존속은 영아살해죄의 주체가 될 수 없다.

011번

- ① 자살도중인 자를 살해한 경우에는 자살방조죄가 아니라 살인죄가 성립한다.
- ② 피고인이 과도를 소지하고 범행현장에 가게 된 동기가 살상하기 위한 계획적인 의도가 없었다 하더라도 범행현장에서 피해자로부터 폭행을 당하자 소지하고 간 길이 30센티미터의 과도로 피해자를 힘껏 찔러 사망케 한 경우라면 피고인의 범의가 순간적 발생이라 할지라도 살해의 결과가 발생하리라는 인식이 있었다고 봄이 상당하다.
- ③ 甲이 乙을 살해하기 위하여 丙, 丁을 고용하면서 이전에 丙, 丁이 대가 지급을 약속한 후 실행에 착수하기 이전에 丙, 丁이 체포된 경우 甲은 살인 미수죄가 성립한다.
- ④ 양친자관계를 창설하려는 명백한 의사가 있고 기타 입양의 실질적 요건이 구비되었음에도 입양신고를 하지 아니한 채 친생자 출생신고를 한 이후 계속하여 자신을 양육하여 온 사람을 살해한 경우 존속살해죄가 성립한다.

- ① (O) 피해자가 자살도중이라도 이에 가공하여 살해의 목적을 달한 경우에는 살인죄가 된다(大判 1948.5.14. 4281형상38).

- ② (O) 大判 1987.12.08. 87도2195.

- ③ (X) 형법 제255조, 제250조의 살인에비죄가 성립하기 위하여는 형법 제255조에서 명문으로 요구하는 살인죄를 범할 목적 외에도 살인의 준비에 관한 고의가 있어야 하며, 나아가 실행의 착수까지에는 이르지 아니하는 살인죄의 실현을 위한 준비행위가 있어야 한다. 여기서의 준비행위는 물적인 것에 한정되지 아니하며 특별한 정형이 있는 것도 아니지만, 단순한 범행의 의사 또는 계획만으로는 그것이 있다고 할 수 없고 객관적으로 보아서 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적 행위를 필요로 한다(大判 2009.10.29. 2009도7150). 따라서 살인행위에 대한 실행의 착수가 없었으므로 살인미수죄가 성립하지 않는다.

- ④ (O) (大判 2007.11.29. 2007도8333).

제2절 상해죄

014번

- ㉔ 위험한 물건인 소주병으로 피해자의 머리를 1회 쳐서 상해를 가하고, 또 흉기인 가위로서 동 피해자를 찔러 죽인다고 협박을 한 경우에는 상해죄와 협박죄의 상상적 경합범이 성립

한다.

- ㉔ 피고인 甲이 피해자 乙을 폭행하여 비골 골절 등의 상해를 가한 다음 강제추행한 사안에서, 폭력행위등처벌에관한법률위반죄로 처벌한 상해를 다시 결과적 가중범인 강제추행치상죄의 상해로 인정할 수 있다.

- ㉕ (X) 피고인의 협박사실행위가 피고인에게 인정된 상해사실과 같은 시간 같은 장소에서 동일한 피해자에게 가해진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 상해의 단일범의 하에서 이루어진 하나의 폭언에 불과하여 위 상해죄에 포함되는 행위라고 봄이 상당하다(大判 1976.12.14. 76도3375).
- ㉖ (X) 사안의 경우, 피고인의 위 폭행을 강제추행의 수단으로서의 폭행으로 볼 수 없어 위 상해와 강제추행 사이에 인과관계가 있다고 할 수 없다(大判 2009.7.23. 2009도1934).

020번

- ④ 강간 중에 주먹으로 얼굴과 머리를 때려 코피를 흘리고 콧등이 부은 경우 강간치상죄의 상해에 해당한다.

- ④ (O) 비록 병원에서 치료를 받지 않더라도 일상생활에 지장이 없고 또 자연적으로 치료될 수 있는 것이라 하더라도 강간치상죄에 있어서의 상해에 해당한다(大判 1991.10.22. 91도1832).

제3절 폭행죄

025번

- ㉑ 위험한 물건을 '휴대하여'라는 말은 소지뿐만 아니라 널리 이용한다는 뜻도 포함한다.
- ㉒ 고속도로에서 승용차로 피해자의 승용차 뒤를 바짝 따라붙어 운전을 방해하고, 피해자의 차량 앞에서 급제동을 하여 피해자로 하여금 급차로 변경을 하게 하고, 중앙분리대와 충돌할 위험에 처하게 하였다면 특수폭행죄에 해당한다.
- ㉓ 피고인이 청산염 2그램을 협박편지에 동봉 우송하여 피해자에게 도달케 하였다는 것만으로는 위험한 물건의 휴대라고 할 수 없다.
- ㉔ 범행 현장에서 범행에 사용하려는 의도로 흉기 등 위험한 물건을 소지하거나 몸에 지닌 경우, 피해자가 이를 인식하지 못하였거나 실제 범행에 사용하지 아니하였다면 위험한 물건의 휴대에 해당하지 않는다.
- ㉕ 피고인이 피해자에게 돈을 빌려 줄 것을 요청하였다가 피해자가 거짓말을 하면서 이를 거부하자 피해자와 피해자의 친구와 함께 피고인의 자취방으로 가서 피해자가 거짓말을 하였다는 이유로 당구큐대로 피해자의 머리 부위를 3~4회 가볍게 툭툭 때리고 배 부위를 1회 밀어 폭행한 경우, 위 당구큐대는 위험한 물건에 해당한다.

- ㉑ (O) 大判 1997.5.30. 97도597.

- ㉒ (O) 위의 경우 위험한 물건인 자동차를 이용하여 피해자를 폭행한 것이라고 하지 않을 수 없다(大判 2001.2.23. 2001도271).

- ㉓ (O) 폭력행위등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항 소정의 위험한 물건의 "휴대"라 함은 범행현장에서 범행에 사용될 의도 아래 위험한 물건을 몸 또는 몸 가까이 소지하는 것을 말하므로 청산염 2그램 정도를 협박편지에 동봉 우송하여 피해자에게 도달케 하였다는 것만으로는 위 법조에서 말하는 위험한 물건의 휴대라고 할 수 없다(大判 1985.10.8. 85도1851).

- ㉔ (X) 범행 현장에서 범행에 사용하려는 의도 아래 흉기 등 위험한 물건을 소지하거나 몸에 지닌 이상 그 사실을 피해자가 인식하거나 실제로 범행에 사용하였을 것까지 요구되는 것은 아니라 할 것이다(大判 2007.3.30. 2007도914).
- ㉕ (X) 피고인의 위와 같은 폭행으로 인하여 사회통념상 피해자나 제3자가 생명 또는 신체에 위험성을 느꼈으리라고 보여지지는 아니하므로, 같은 취지에서 위 당구큐대는 위 법률 제3조 제1항 소정의 위험한 물건에 해당하지 않는다(大判 2004.5.14. 2004도176).

제4절 과실치사상죄

028번

[문제] 다음 중 甲에게 업무상 과실치상죄가 성립하는 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 마. 완구상 점원 甲이 완구배달을 하기 위하여 자전거를 타고 가던 중 행인을 치어 부상케 한 경우

- 마. (O) 大判 1972.5.9 72도701.

029번

- 나. 야간 당직간호사가 담당환자의 심근경색증상을 당직의사에게 제대로 보고하지 않아 당직 의사가 필요한 조치를 취하지 못한 채 환자가 사망한 경우 당직간호사에게 업무상 과실을 인정할 수 없다.
- 다. 내과 의사가 신경과 전문의에 대한 협의진료 결과와 환자에 대한 진료경과 등을 신뢰하여 뇌혈관계통 질환의 가능성을 염두에 두지 않고 내과 영역의 진료행위를 계속하다가 환자의 뇌지주막하출혈을 발견하지 못하여 식물인간 상태에 이르게 한 경우 내과 의사의 업무상 과실이 인정된다.
- 라. 교사가 징계목적으로 학생들의 손바닥을 때리기 위해 회초리를 들어 올리는 순간 이를 구경하기 위해 옆으로 고개를 돌려 일어나는 다른 학생의 눈을 찔러 그로 하여금 우안 실명의 상해를 입게 한 경우 업무상 과실치상죄에 해당한다.

- 나. (X) 야간 당직간호사가 담당 환자의 심근경색 증상을 당직의사에게 제대로 보고하지 않았으므로 당직 의사가 필요한 조치를 취하지 못한 채 환자가 사망한 경우, 병원의 야간당직 운영체계상 당직간호사에게 환자의 사망을 예견하거나 회피하지 못한 업무상 과실이 있고, 당직의사에게는 업무상 과실을 인정하기 어렵다(大判 2007.9.20. 2006도294).

- 다. (X) 내과 의사가 신경과 전문의에 대한 협의진료 결과 피해자의 증세와 관련하여 신경과 영역에서 이상이 없다는 회신을 받았고, 그 회신 전후의 진료 경과에 비추어 그 회신 내용이 의문을 품을 만한 사정이 있다고 보이지 않자 그 회신을 신뢰하여 뇌혈관계통 질환의 가능성을 염두에 두지 않고 내과 영역의 진료 행위를 계속하다가 피해자의 증세가 호전되기에 이르자 퇴원하도록 조치한 경우, 피해자의 지주막하출혈을 발견하지 못한 데 대하여 내과 의사의 업무상과실을 부정할 사례(大判 2003.1.10. 2001도3292).

- 라. (X) 직접 징계당하는 학생의 옆에 있는 다른 학생이 징계 당하는 것을 구경하기 위하여 고개를 돌려 뒤에서 다가 선다던가 옆자리에서 일어나는 것까지 예견할 수는 없다고 할 것이고 교사가 교육의 목적으로 학생을 징계하기 위하여 매질하는 경우에 반드시 한 사람씩 불러내어서 해야 할 주의의무가 있다고 할 수 없어 위 교사의 행위를 업무상 과실치상죄에 문이할 수는 없다(大判 1985.7.9. 84도822).

제5절 낙태·유기·학대죄

030번

- ㄱ. 낙태죄는 태아를 자궁분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하고, 배출 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없다.
- ㄴ. 낙태시술을 하였으나 살아서 출생한 미숙아가 정상적으로 생존할 확률이 적은 경우, 그 미숙아에게 염화칼륨을 주입하여 사망에 이르게 하였다면 이는 낙태행위의 완성일 뿐 별개의 살인행위를 구성하지 않는다.
- ㄷ. 태아를 사망에 이르게 하는 행위는 태아의 사망으로 인하여 그 태아를 양육, 출산하는 임산부의 생리적 기능이 침해되어 임신부에 대한 손해가 된다.
- ㄹ. 산부인과 의사가 임신의 지속이 모체의 건강을 해칠 우려가 있고 기형아를 출산할 가능성도 있다고 판단하여 임부의 승낙을 받아 부득이 낙태수술을 하였으나, 수술 후 임부가 사망한 경우 산부인과 의사의 낙태 수술행위는 긴급피난에 해당한다.

- ㄱ. (O) 大判 2005.4.15. 2003도2780.
- ㄴ. (X) 산부인과 의사인 피고인이 약물에 의한 유도분만의 방법으로 낙태시술을 하였으나 태아가 살아서 미숙아 상태로 출생하자 그 미숙아에게 염화칼륨을 주입하여 사망하게 한 사안에서, 염화칼륨 주입행위를 낙태를 완성하기 위한 행위에 불과한 것으로 볼 수 없고, 살아서 출생한 미숙아가 정상적으로 생존할 확률이 적다고 하더라도 그 상태에 대한 확인이나 최소한의 의료행위도 없이 적극적으로 염화칼륨을 주입하여 미숙아를 사망에 이르게 하였다면 피고인에게는 미숙아를 살해하려는 범의가 인정된다(大判 2005.04.15. 2003도2780).
- ㄷ. (X) 태아를 사망에 이르게 하는 행위가 임산부 신체의 일부를 훼손하는 것이라거나 태아의 사망으로 인하여 그 태아를 양육, 출산하는 임산부의 생리적 기능이 침해되어 임신부에 대한 손해가 된다고 볼 수는 없다(大判 2007.6.29. 2005도3832).
- ㄹ. (O) 임신의 지속이 모체의 건강을 해칠 우려가 현저할 뿐더러 기형아 내지 불구아를 출산할 가능성마저도 없지 않다는 판단하에 부득이 취하게된 산부인과 의사의 낙태 수술행위는 정당행위 내지 긴급피난에 해당되어 위법성이 없는 경우에 해당된다(大判 1976.7.13. 75도1205).

032번

- 가. 불구의 노모(老母)를 살해할 목적으로 깊은 산속에 유기하였으나 며칠 후 지나가는 행인에 의하여 구조된 경우에 유기죄의 기수에 해당한다.

- 가. (X) 유기죄는 살인죄·상해죄에 대하여 보충관계에 있으므로 살인·상해의 고의로 유기하면 살인죄·상해죄만 성립한다. 따라서 지문의 경우 존속을 살해할 목적으로 유기했으므로 존속살해죄의 미수가 성립할 수 있지만 유기죄는 성립하지 않는다.

제6절 협박·체포·감금죄

042번

- ㉠ 피해자의 처와 통화하기 위하여 야간에 피해자의 집에 여러 차례 전화를 하여 피해자가 전화를 받으면 20분 내지 30분 동안 아무 말도 하지 않고 있다가 전화를 끊어버리거나 어떤 때에는 “한번 만나자, 나한테 자신 있나” 라고 말을 한 경우 협박죄가 성립한다.
- ㉡ 공무집행방해죄에 있어서 협박이라 함은 상대방에게 공포심을 일으킬 목적으로 해악을 고

지하는 행위를 의미하는 것으로서 고지하는 해악의 내용이 그 경위, 행위 당시의 주위상황, 행위자의 성향, 행위자와 상대방과의 친숙함의 정도, 지위 등의 상호관계 등 행위당시의 여러 사정을 종합하여 객관적으로 상대방으로 하여금 공포심을 느끼게 하는 것이어야 하고, 그 협박이 경미하여 상대방이 전혀 개의치 않을 정도인 경우에는 협박에 해당하지 않는다.

- ㉢ 협박죄에 있어서의 해악을 가할 것을 고지하는 행위는 통상 언어에 의하는 것이므로, 사소한 문제로 시비하다가 소지 중이던 가위를 목에 겨누면서 찌를 것처럼 한 행위는 협박에 해당하지 아니한다.

- ㉠ (X) 사안의 경우, 피해자로 하여금 의구심을 가지게 하여 심적인 고통을 가하거나 분노를 일으키는 등 감정을 자극하는 폭언을 한 정도에 그칠 뿐 피해자의 생명이나 신체 등에 대하여 일정한 해악을 고지한 협박에 이른다고 볼 수 없다(大判 1985.7.5. 85도638).
- ㉡ (O) 大判 2011.02.10. 2010도15986.
- ㉢ (X) 협박죄에 있어서의 해악을 가할 것을 고지하는 행위는 통상 언어에 의하는 것이나 경우에 따라서는 한마디 말도 없이 거동에 의하여서도 고지할 수 있는 것이다(大判 1975.10.7. 74도2727).

043번

- ㉠ 계약금과 잔금을 지불하였는데 여관을 명도받지 못하자 “여관을 명도해 주든가 명도소송비용을 내놓지 않으면 구속시키겠다”고 말한 경우 협박죄가 성립한다.

- ㉡ (X) 피고인이 매도인의 대리인인 위 피해자에게 위 여관의 명도 또는 명도소송비용을 요구한 것은 매수인으로서 정당한 권리행사라 할 것이며 위와 같이 다소 위협적인 말을 하였다고 하여도 이는 사회통념상 용인될 정도의 것으로서 협박으로 볼 수 없다(大判 1984.6.26. 84도648).

044번

- ㉠ 피고인이 아파트 안방에서 안방문에 못질을 하여 동거하던 피해자가 술집에 나갈 수 없게 감금하고, 피해자를 때리고 옷을 벗기는 등 가혹한 행위를 하여 피해자가 이를 피하기 위하여 창문을 통해 알몸으로 아파트 아래 잔디밭에 뛰어 내리다가 사망한 경우 중감금치사죄가 성립한다.

- ㉡ (O) 사안의 경우, 피고인의 중감금행위와 피해자의 사망 사이에는 인과관계가 있어 피고인은 중감금치사죄의 죄책을 진다(大判 1991.10.25. 91도2085).

047번

- ㉠ 피해자를 강제로 승용차에 태우고 가면서 피해자의 금품을 강취하기 위해 상해를 가한 후 금품을 강취한 다음 피해자를 태운 채 계속하여 상당한 거리를 운전하여 간 경우 강도상해죄와 감금죄의 상상적 경합이 된다.
- ㉡ 감금의 본질은 사람의 행동의 자유를 구속하는 것으로 행동의 자유를 구속하는 그 수단과 방법에는 아무런 제한이 없다.

- ㉠ (X) 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(실체적 경합) 관계에 있다(大判 2003.1.10. 2002도4380).

② (O) (大判 1984.5.15. 84도655).

제7절 약취·유인·강요죄

050번

③ 15세의 소녀를 현혹하여 자신의 지배에 두고 “주의 일”(겉판이)을 시킨 경우 미성년자유인 죄가 성립한다.

③ (O) (大判 1982.4.27. 82도186).

053번

다. 인신매매죄는 죄의 성질상 매매계약 후 대금을 지급받아야 기수가 된다.
라. 여고생이 가출하여 잡지사 기획실장이었던 피고인의 귀가 권유도 듣지 않고 영화배우가 되도록 도와달라며 함께 어울려 지낸 경우 미성년자약취유인죄는 성립하지 않는다.

다. (X) 인신매매죄는 사람의 신체에 대한 실력적 지배의 “이전”이 있는 때 기수가 된다. 실력적 지배의 시간적 계속은 불필요하며, 목적의 달성 여부 및 대금의 지급여부도 불문한다.
라. (O) 미성년자를 가출하도록 유인하여 사실적 지배하에 둔 것으로 보기 어렵다(大判 1998.5.15. 98도690).

054번

① 국외이송 목적 약취·유인죄의 경우 예비·음모를 처벌한다.

① (O) 형법296조.

055번

나. 약취와 유인의 죄의 장의 각 죄들은 친고죄이며, 대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 외국인에게도 적용되도록 세계주의 규정을 두고 있다.
라. 미성년자약취·유인죄의 입법취지는 심신의 발육이 불충분하고 지력과 경험이 풍부하지 못한 미성년자의 자유를 특별히 보호하자는 것이며, 부차적으로 보호자의 감독권도 보호하게 된다.

나. (X) 형법개정으로 친고죄 규정은 폐지가 되었고, 세계주의를 도입하였다(296조의2).
라. (O) 미성년자의 자유 이외에 보호자의 감독권도 부차적인 보호법익이 된다(大判 2003.2.11. 2002도7115).

057번

④ 환경단체 소속 회원들이 축산 농가들의 폐수 배출 단속활동을 벌이면서 폐수 배출현장을 사진촬영하거나 지적하는 한편 폐수 배출사실을 확인하는 내용의 사실확인서를 청구하는 과정에서 서명하지 아니할 경우 법에 저촉된다고 겁을 준 행위는 강요죄에 해당한다.

④ (O) 大判 2010.4.29. 2007도7064.

058번

① 골프시설의 운영자가 골프회원에게 불리하게 변경된 내용의 회칙에 대하여 동의한다는 내용의 등록신청서를 제출하지 아니하면 회원으로 대우하지 아니하겠다고 통지한 것은 협박죄에 해당한다.
④ 폭력조직 전력이 있는 피고인이 특정 연예인에게 팬미팅 공연을 의무가 있는 줄 알고 이를 이행하도록 협박한 경우 강요죄는 성립하지 않는다.

① (X) 골프시설의 운영자가 골프회원에게 불리하게 변경된 내용의 회칙에 대하여 동의한다는 내용의 등록신청서를 제출하지 아니하면 회원으로 대우하지 아니하겠다고 통지한 것이 강요죄에 해당한다(大判 2003.9.26. 2003도763).
④ (O) (大判 2008.5.15. 2008도1097).

제8절 강간·강제추행죄

063번

③ 강간의 목적으로 여자 혼자 있는 방문을 두드리고 여자가 위험을 느끼고 가까이 오면 창문으로 뛰어내리겠다고 하는데도 방문으로 침입하려 한 때, 또는 강간의 목적으로 피해자의 안방에 들어가 누워 자고 있는 여자의 가슴과 엉덩이를 만진 경우에는 강간죄의 실행착수가 인정된다.

③ (X) [1] 강간의 목적으로 여자 혼자 있는 방문을 두드리고 여자가 위험을 느끼고 가까이 오면 창문으로 뛰어내리겠다고 하는데도 방문으로 침입하려 한 때, 강간의 수단으로서의 폭행에 착수하였다고 할 수 있으므로 강간의 착수가 있었다고 할 것이다(大判 1991.4.9. 91도288). [2] 강간죄의 실행의 착수가 있었다고 하려면 강간의 수단으로서 폭행이나 협박을 한 사실이 있어야 할 터인데 피고인이 강간할 목적으로 피해자의 집에 침입하였다 하더라도 안방에 들어가 누워 자고 있는 피해자의 가슴과 엉덩이를 만지면서 간음을 기도하였다는 사실만으로는 강간의 수단으로 피해자에게 폭행이나 협박을 개시하였다고 하기는 어렵다(大判 1990.5.25. 90도607). 전단은 맞는 문장이나 후단이 틀렸다. 후단의 경우 강간죄의 실행의 착수를 인정하지 않았다.

064번

㉔ 강간범이 강간행위의 종료 전에 강도의 행위를 할 경우에는 형법 제339조의 강도강간죄가 아니라 강간죄와 강도죄의 경합범이 성립된다.

㉔ (X) 강도강간죄는 강도라는 신분을 가진 범인이 강간죄를 범하였을 때 성립하는 범죄이고 따라서 강간범이 강간행위 후에 강도의 범의를 일으켜 그 부녀의 재물을 강취하는 경우에는 강도강간죄가 아니라 강도죄와 강간죄의 경합범이 성립될 수 있을 뿐이나, 강간범이 강간행위 종료전 즉 그 실행행위의 계속 중에 강도의 행위를 할 경우에는 이때에 바로 강도의 신분을 취득하는 것이므로 이후에 그 자리에서 강간행위를 계속하는 때에는 강도가 부녀를 강간한 때에 해당하여 형법 제339조 소정의 강도강간죄를 구성한다(大判 1988.09.09. 88도1240).

065번

① 甲, 乙, 丙, 丁은 여고생인 A, B, C를 만나 놀다가 트럭으로 저수지에 데리고 가서 甲은

A를 강간하여 상처를 입히고, 乙은 B를 강간하고, 丙은 C를 강간하려고 하였으나 실패하였고, 丁은 주변에서 망을 보았다. 이 때 甲은 각 A에 대한 특수강간치상죄, B에 대한 특수강간죄, C에 대한 특수강간미수죄의 죄책을 진다.

④ 안방에서 잠을 자던 피해자를 보고 욕정을 느꼈는데 피해자가 피고인을 자신의 애인으로 잘못 알고 불을 끄라고 말하였고 피고인의 여관으로 가자는 제의에 그냥 빨리 하라고 말한 경우, 이로 인해 피해자가 간음으로 상처를 입었다면 강간치상죄가 성립한다.

- ① (O) 피고인 등이 비록 특정한 1명씩의 피해자만 강간하거나 강간하려고 하였다 하더라도, 사전의 모의에 따라 강간할 목적으로 심야에 인가에서 멀리 떨어져 있어 쉽게 도망할 수 없는 야산으로 피해자들을 유인한 다음 곧바로 암묵적인 합의에 따라 각자 마음에 드는 피해자들을 데리고 불과 100m 이내의 거리에 있는 곳으로 끌어들여 동시 또는 순차적으로 피해자들을 각각 강간하였다면, 그 각 강간의 실행행위도 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있었다고 보아야 할 것이므로, 피해자 3명 모두에 대한 특수강간죄 등이 성립된다(大判 2004. 8.20. 2004도2870).
- ④ (X) 피해자가 잠결에 피고인을 자신의 애인으로 잘못 알았다고 하더라도 피해자의 위와 같은 의식상태를 심신상실의 상태에 이르렀다고 보기 어렵고 달리 피해자가 심신상실의 상태에 이르렀다고 인정할 증거가 없으므로 피고인에 대하여 무죄를 선고해야 한다(大判 2000.2.25. 98도4355).

069번

- ③ 육군 중대장이 소속 중대원들의 젖꼭지 등 특정 신체부위를 비틀거나 때린 경우 군형법 제92조의 추행죄에 해당하지 않는다.
- ④ 피고인이 심신미약인 여자를 여관으로 유인하기 위하여 남자를 소개시켜 주겠다고 거짓말을 하고 피해자가 이에 속아 여관으로 오게 되어 성관계를 하였더라도 위계에 의한 심신미약자간음죄에 있어서 위계에 해당하지 아니한다.

- ③ (O) 사안의 경우, 장소의 공개성, 범행시각, 피해자들이 불특정 다수인 점 등에 비추어 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 비정상적인 성적 만족 행위라고 보기 어려우므로, 군형법 제92조의 추행죄에 해당하지 않는다(大判 2008.5.29. 2008도2222).
- ④ (O) 大判 2002.7.12. 2002도2029.

070번

가. 2012.12.18 형법개정으로 강간죄, 강제추행죄, 준강간죄, 준강제추행죄의 친고죄 규정 및 혼인빙자간음죄가 폐지되었다.

나. 2012.12.18 형법개정으로 강간죄와 강제추행죄의 객체가 부녀에서 사람으로 바뀌었다.

다. 형법은 일정한 성범죄에 대하여 공소시효를 배제하는 규정을 두고 있다.

라. 강간에 수반하는 행위에서 상해의 결과가 발생한 경우에도 강간치상죄가 성립하나, 강간치상죄가 미수범 처벌규정을 두고 있지 않으므로 강간이 미수에 그쳤다면 강간치상죄로 처벌할 수 없다.

마. 준강간, 준강제추행에서의 항거불능 상태라 함은 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다.

가. (O) 제296조(고소) 제288조제1항, 제292조제1항 또는 제293조제2항의 각 죄 중 추행 또는 간음의 목적으로 약취, 유인, 수수 또는 은닉한 죄, 제291조의 죄와 그 미수범은 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다(개정전 296조).=> 2012.12.18 형법개정으로 삭제가 되었다. 또한 304조 혼인빙자 등에 의한 간음

- 죄 역시 삭제되었다.
- 나. (X) 2012.12.18 형법개정에 의해 강간죄의 경우 다음과 같이 변경되었다. “제297조(강간) ----- 사람을 -----”. 그러나 강제추행죄의 경우 개정 전에도 객체는 “사람”이고 2012.12.18개정으로 변경된 것은 없다.
- 다. (X) 형법에는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 21조와 같은 일정한 성범죄에 대한 공소시효를 배제하는 규정을 두고 있지 않다.
- 라. (X) 강간이 미수에 그치거나 간음의 결과 사정을 하지 않은 경우라도 그로 인하여 피해자가 상해를 입었으면 강간치상죄가 성립하는 것이고, 강간치상죄에 있어 상해의 결과는 강간의 수단으로 사용한 폭행으로부터 발생한 경우뿐 아니라 간음행위 그 자체로부터 발생한 경우나 강간에 수반하는 행위에서 발생한 경우도 포함하는 것이다(大判 1999.4.9. 99도519). 강간죄의 경우 기수미수를 불문하고 강간에 수반하는 행위에서 상해의 결과가 발생하면 강간치상죄가 성립한다.
- 마. (O) 형법 제299조(준강간·준강제추행죄)에서의 항거불능의 상태라 함은 같은 법 제297조(강간죄), 제298조(강제추행죄)와의 균형상 심신상실 이외의 원인때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다(大判 2000.5.26. 98도3257).

071번

- ㉔ 피고인이 화장실에서 재래식 변기를 이용하는 여성의 모습을 촬영하였는데, 피해자들의 용변 보는 모습이 촬영되지는 않았으나 용변을 보기 직전이나 용변을 본 직후의 무릎 아래 맨 다리 부분만을 촬영하였다면 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 촬영한 것에 해당하지 않는다.

- ㉔ (X) 종합적으로 고려하면, 피고인이 촬영한 피해자들의 다리 부분은 ‘수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체’에 해당한다고 봄이 타당하다(大判 2014.07.24. 2014도6309).

제9절 명예·신용훼손, 업무·경매·입찰방해죄

073번

- ④ “아무것도 아닌 똥꼬다리 같은 놈이 들어와서 잘 운영되어 가는 어촌계를 파괴하려는데 주민들은 이에 동조 현혹되지 말라”고 말한 것은 명예훼손에 해당한다.

- ④ (X) 사안의 경우, 위 발언내용은 그 자체가 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 만한 구체적 사실이라기 보다는 피해자의 도덕성에 관하여 가지고 있는 추상적 판단이나 경멸적인 감정표현을 과장되게 강조한 욕설에 지나지 아니하여 형법 제311조의 모욕에는 해당할지언정, 형법 제307조 제1항의 명예훼손에 해당한다고 보기 어렵다(大判 1985.10.22. 85도1629).

074번

- ④ 누구든지 범죄가 있다고 생각하는 때에는 고발할 수 있는 것이므로 어떤 사람이 범죄를 고발하였다는 사실이 주위에 알려졌다고 하여 그 고발사실 자체만으로 고발인의 사회적 가치나 평가가 침해될 가능성이 있다고 볼 수는 없다. 다만, 그 고발의 동기나 경위가 불순하다거나 온당하지 못하다는 등의 사정이 함께 알려진 경우에는 고발인의 명예가 침해될 가능성이 있다.

- ④ (O) 大判 2009.9.24. 2009도6687.

075번

- ① 개인의 사적인 신상에 관하여 적시된 사실도 그 적시의 주요한 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 위와 같은 의미에서 형법 제310조 소정의 공공의 이익에 관한 것으로 볼 수 있는 경우가 있다.
- ② 형법 제 310조의 규정은 인격권과 표현의 자유라는 상충되는 두 법익의 조화를 꾀한 것으로서, 두 법익간의 조화와 균형을 고려한다면 적시된 사실이 진실한 것이라는 증명이 없더라도 행위자가 이를 진실한 것으로 믿었다면 위법성이 없다.
- ④ 사람을 비방할 목적으로 출판물에 의하여 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 경우에는 형법 제310조는 적용될 여지가 없다.

- ① (O) 개인의 사적인 신상에 관한 사실이라고 하더라도 그가 관계하는 사회적 활동의 성질이나 이를 통하여 사회에 미치는 영향력의 정도 등의 여하에 따라서는 그 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있는 것이므로 개인의 사적인 신상에 관하여 적시된 사실도 그 적시의 주요한 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 위와 같은 의미에서 형법 제310조 소정의 공공의 이익에 관한 것으로 볼 수 있는 경우가 있다(大判 1996.04.12. 94도3309).
- ② (X) 형법 제310조의 규정은 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 헌법 제21조에 의한 정당한 표현의 자유의 보장이라는 상충되는 두 법익의 조화를 꾀한 것이라고 보아야 할 것이므로, 두 법익간의 조화와 균형을 고려한다면 적시된 사실이 진실한 것이라는 증명이 없더라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다(大判 1993.06.22. 92도3160). <추> 진실한 것으로 믿었고 또(+) 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있어야 위법성이 없는 것이다.
- ④ (O) 형법 제309조 제1항 소정의 '사람을 비방할 목적'이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 형법 제310조의 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다는 규정은 사람을 비방할 목적이 있어야 하는 형법 제309조 제1항 소정의 행위에 대하여는 적용되지 아니하고 그 목적을 필요로 하지 않는 형법 제307조 제1항의 행위에 한하여 적용되는 것이고, 반면에 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방 목적은 부인된다고 봄이 상당하므로 이와 같은 경우에는 형법 제307조 제1항 소정의 명예훼손죄의 성립 여부가 문제될 수 있고 이에 대하여는 다시 형법 제310조에 의한 위법성 조각 여부가 문제로 될 수 있다(大判 2003.12.26. 2003도6036). 그러나 309조 2항의 허위사실적시에 의한 출판물명예훼손죄의 경우 310조가 적용될 여지가 없다.

077번

[문제] 다음 중 피고인의 행위에 대해서 명예훼손죄의 구성요건인 “공연성”이 인정되는 경우는 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 다. 피고인이 상가 관리단의 임시총회에서 피해자가 새로운 관리인으로 선출되자, 피해자가 뇌물공여죄, 횡령죄 등 전과 13범으로 관리규약에 의하여 선량한 관리인으로서의 자격이 없다는 내용을 담은 서면을 관리단 감사에게 팩스로 전송한 경우

다. (O) 大判 2008.10.23. 2008도6515.

078번

- ① 甲이 식당 내의 방안에서 乙에게 丙과 丁女가 불륜관계에 있다는 내용의 말을 하였는데, 乙은 甲과 단둘이 식당 방에 앉은 자리에서 위와 같은 말을 듣고, 丙과는 친척 간이라서 창피하여 아무 말 못하고 헤어진 후, 즉시 丙을 찾아가 힐책한 경우 명예훼손죄의 공연성

- 이 부정된다.
- ② 교사인 피고인이 다른 교사의 이름을 도용하여 같은 학교 교장의 비리를 폭로하는 내용의 문건을 작성하여 교사들에게 우편으로 송달한 경우, 명예훼손죄가 성립한다.
- ③ 동네사람 4명과 구청직원 2명 등이 있는 자리에서 피해자가 듣는 가운데 구청직원에게 피해자를 가리키면서 “저 망할년 저기 오네”라고 피해자를 경멸하는 욕설 섞인 표현을 하였다면 피해자를 모욕하였다고 볼 수 없다.
- ④ “애꾸눈, 병신”이라는 발언 내용은 피고인이 피해자를 모욕하기 위하여 경멸적인 언사를 사용하면서 욕설을 한 것에 지나지 아니하고, 피해자의 사회적 가치나 평가를 저하시키기에 충분한 구체적 사실을 적시한 것이라고 보기는 어렵다.

- ① (O) 大判 1981.10.27. 81도1023.
- ② (O) ○○작가협회 회원이 타인의 명의를 도용하여 협회 교육원장을 비방하는 내용의 호소문을 작성한 후 이를 협회 회원들에게 우편으로 송달한 경우, 사문서위조죄와 명예훼손죄가 각 성립하고, 이는 실제적 경합관계라고 한 사례(大判 2009.04.23. 2008도8527).
- ③ (X) 동네사람 4명과 구청직원 2명 등이 있는 자리에서 피해자가 듣는 가운데 구청직원에게 피해자를 가리키면서 “저 망할년 저기 오네”라고 피해자를 경멸하는 욕설 섞인 표현을 하였다면 피해자를 모욕하였다고 볼 수 있다(大判 1990.9.25. 90도873).
- ④ (O) (大判 1994.10.25. 94도1770).

080번

- ① 인터넷 포털사이트의 기사란에 마치 특정 여자 연예인이 재벌의 아이를 낳았거나 그 대가를 받은 것처럼 댓글이 달린 상황에서 “지고지순의 뜻이 뭔지나 아나? 모 재벌님하교의 관계는 끝났나?”라는 추가 댓글을 게시한 경우, 허위사실의 적시에 해당하여 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상의 명예훼손죄가 성립한다.
- ④ 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 사실의 적시가 있어야 하고 적시된 사실은 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도로 구체성을 띠어야 한다.

- ① (O) 大判 2008.07.10. 2008도2422.
- ④ (O) 大判 1991.5.14. 91도420.

082번

- ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌 대상이 되지 않기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 한다.
- ② 적시된 사실이 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있는 경우도 형법 제307조 제2항 소정의 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄에서의 ‘허위의 사실’에 해당한다.

- ① (O) 大判 1996.10.25. 95도1473.
- ② (X) 형법 제307조 제2항을 적용하기 위하여 적시된 사실이 허위의 사실인지 여부를 판단함에 있어서는 적시된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없다(大判 2000.2.25. 99도4757).

083번

㉠ 모욕죄는 생존자, 사자 모두에게 성립한다.

㉡ (X) 사자는 모욕죄의 객체가 아니다.

086번

① 서적신문 등 기존의 매체에 명예훼손적 내용의 글을 게시하는 경우에 그 게시행위가 있다고 해서 명예훼손의 범행이 종료하는 것이 아니고, 그 서적이나 신문을 회수하지 않는 동안 범행이 계속 된다.

③ 자연인 뿐만 아니라 법인격 있는 단체도 명예훼손죄의 대상이 될 수 있다.

- ① (X) 서적·신문 등 기존의 매체에 명예훼손적 내용의 글을 게시하는 경우에 그 게시행위로써 명예훼손의 범행은 종료하는 것이며 그 서적이나 신문을 회수하지 않는 동안 범행이 계속된다고 보지는 않는다는 점을 고려해 보면, 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에, 게시행위 후에도 독자의 접근가능성이 기존의 매체에 비하여 좀 더 높다고 볼 여지가 있다 하더라도 그러한 정도의 차이만으로 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에 범죄의 종료시기가 달라진다고 볼 수는 없다(大判 2007.10.25. 2006도346).
- ③ (O) 명예훼손죄의 대상으로 모든 자연인이 해당하고 유아·정신병자·범죄자를 불문한다. 또한 법인도 설립 후 청산종료시까지 명예의 주체가 되며, 법인격 없는 단체도 법적으로 승인된 사회적 기능을 담당하고, 통일된 의사를 형성할 수 있는 한 명예훼손죄의 대상이 될 수 있다.

088번

- ① 진정서와 고소장을 특정 사람들에게 개별적으로 우송하여도 다수인(19명, 193명)에게 배포한 경우 공연성이 인정된다.
- ② 동네 골목에서 동네사람이 있는 자리에서 “며느리가 시커멓게 생긴 놈하고 여관에 가서 누워 자고 아침에 들어온다”고 말한 경우 명예훼손죄의 공연성이 인정된다.
- ③ 모욕죄에 대해서도 “행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”는 형법 제310조의 규정이 적용된다.
- ④ 집단표시에 의한 모욕은 개별 구성원에 이르러서도 그 비난의 정도가 희석되지 않아 구성된 개개인의 사회적 평가를 저하시킬 만한 것으로 평가될 경우 예외적으로 구성된 개개인에 대해 모욕이 성립할 수 있다.

① (O) (大判 1991.6.25. 91도347).

② (O) (大判 1983.10.11. 83도2222).

③ (X) 형법 제310조에 의하여 위법성이 조각되는 것은 그 법문이 명백히 규정하고 있는 바와 같이 명예훼손죄에 한하고, 모욕죄에 있어서는 사실이 진실이라 하더라도 위법성을 조각하지 아니한다고 해석하여야 함은 형법 제310조의 위치로 보아 명백한 것이다(大判 1959.12.23. 4291형상539).

④ (O) (大判 2013.1.10. 2012도13189).

090번

가. 명예훼손죄와 모욕죄의 보호법익은 다같이 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 이른바 외부적 명예인 점에서 차이가 없다.

나. 인터넷 아이디는 사이버 공간 밖에서 사용되는 명성과 마찬가지로 사이버 공간 안에서 그 아이디를 사용하는 사람을 특정지우는 기능을 하는 것이므로, 피해자가 인터넷 댓글에 의하여 모욕을 당한 경우 피해자의 인터넷 아이디만을 알 수 있을 뿐 그와 같은 아이디를 가진 사람이 누구인지 알아차릴 수 없더라도 모욕죄가 성립한다.

다. 균형법상 상관모욕죄의 ‘상관’에 대통령이 포함된다.

라. 피고인이 토론대회에 참여했던 학생들과 저녁회식을 하는 자리에서, 장래의 희망이 아니 운서라고 한 여학생에게 (아나운서가 되기 위하여) “다 줄 생각을 해야 하는데, 그래도 아나운서 할 수 있겠느냐. ○○여대 이상은 자존심 때문에 그렇게 못하더라”라는 등의 말을 한 경우 모욕죄가 성립한다.

가. (O) (大判 1987.5.12. 87도739).

나. (X) 인터넷 댓글에 의하여 모욕을 당한 피해자의 인터넷 아이디(ID)만을 알 수 있을 뿐 그 밖의 주위사정을 종합해보더라도 그와 같은 인터넷 아이디를 가진 사람이 청구인이라고 알아차릴 수 없는 경우에 있어서는 외부적 명예를 보호법익으로 하는 명예훼손죄 또는 모욕죄의 피해자가 청구인으로 특정된 경우로 볼 수 없으므로, 특정인인 청구인에 대한 명예훼손죄 또는 모욕죄가 성립하지 않는다(憲裁 2008. 6.26 2007헌마461).

다. (O) 상관모욕죄의 ‘상관’에 대통령이 포함된다고 보아야 한다(大判 2013. 12. 12. 2013도4555).

라. (X) 사안의 경우, 모욕죄가 성립되지 않는다(大判 2014.03.27. 2011도15631).

090-1번

- ① 살아 있는 사람을 사자(死者)로 오인하고 허위사실을 적시하여 명예를 훼손한 경우에는 형법 제308조의 사자명예훼손죄로 처벌된다.
- ② 컴퓨터 워드프로세서로 작성되어 프린트된 A4 용지 7쪽 분량의 인쇄물은 형법 제309조 제1항 소정의 ‘기타 출판물’에 해당한다.
- ③甲이 자기 처 乙 명의로 생명보험에 가입한 후 같이 승용차를 타고 가다가 운전실수로 저수지로 돌진하여 처를 빠져 죽게 한 경우 甲은 살인죄의 정범이 된다.

① (O) 형법 15조 1항이 적용되어 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 경우이므로 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄가 성립되지 않고 사자명예훼손죄가 성립한다.

② (X) 컴퓨터 워드프로세서로 작성되어 프린트된 A4 용지 7쪽 분량의 인쇄물은 형법 제309조 제1항 소정의 ‘기타 출판물’에 해당하지 않는다(大判 2000.2.11. 99도3048).

③ (X) 운전 실수로 저수지로 돌진하여 처를 빠져 죽게 한 경우 살인의 고의를 인정할 수 없다.

092번

㉠ 형법상 신용훼손죄는 허위사실의 유포 기타 위계로써 사람의 신용을 훼손함으로써 성립하는 범죄이다.

㉡ 채권자가 자신의 채무자인 피해자를 지칭하면서 계원들이 모인 자리에서 “피해자는 과부이며, 계주로서 계불입금을 모아서 도망가더라도 도와줄 사람 하나 없는 알몸이다”라고 말하였다면 허위사실 유포에 의한 신용훼손죄가 성립한다.

㉢ 형법상 신용훼손죄에서의 ‘신용’은 경제적 신용, 즉 사람의 지불능력 또는 지불의사에 대한 사회적 신뢰를 의미한다.

㉣ 쿼서비스 운영자인 피고인이 평소 경쟁관계에 있는 甲 운영의 쿼서비스 명의로 된 영수증

을 작성·교부함으로써 손님들로 하여금 불친절하고 배달을 지연시킨 사업체가 피해자 운 영의 퀵서비스인 것처럼 인식하게 한 행위는 형법상 신용훼손죄에 해당한다.

- ㉠ (O) 허위의 사실을 유포하거나 기타 위계로써 사람의 신용을 훼손한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다(형법 313조).
- ㉡ (X) 형법상 신용훼손죄는 허위사실의 유포 기타 위계로써 사람의 신용을 훼손할 것을 요하고, 여기서 허위사실의 유포라 함은 객관적으로 진실과 부합하지 않는 과거 또는 현재의 사실을 유포하는 것으로서 피고인의 단순한 의견이나 가치판단을 표시하는 것은 이에 해당하지 않는다고 할 것이므로, 위 사안에서의 피고인의 말은 피고인의 乙女에 대한 개인적 의견이나 평가를 진술한 것에 불과하여 허위사실의 유포라고 볼 수 없다(大判 1983.2.8. 82도2486).
- ㉢ (O) (大判 1969.1.21. 68도1660).
- ㉣ (X) 퀵서비스의 주된 계약내용이 신속하고 친절한 배달이라 하더라도, 그와 같은 사정만으로 위 행위가 피해자의 경제적 신용, 즉 지급능력이나 지급의사에 대한 사회적 신뢰를 저해하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다(大判 2011.5.13. 2009도5549).

093번

- ① 피해자가 피고인에게 피고인 명의의 전동지게차 사업을 정리하고 새로운 상호로 지게차 판매 등을 직영하겠다고 하자, 피고인이 위 사업장이 자신의 소유라고 주장하며 자물쇠의 비밀번호를 변경한 경우, 위계에 의한 업무방해죄가 성립한다.
- ④ 어느 사람의 점포의 물건 값이 유달리 비싸다고 말한 것은 그 사람의 지불의사에 대한 사회적 신뢰를 훼손하는 것이라고 볼 수 없다.

- ① (X) 피해자가 2006. 1.경부터 피고인에게 피고인 명의의 ○○전동지게차 사업을 정리하고 새로운 상호로 지게차 판매 등을 직영하겠다고 하자, 피고인은 위 사업장이 자신의 소유라고 주장하며 피해자에게 위와 같이 자물쇠의 비밀번호를 변경한 사실을 인정할 수 있다(大判 2009.4.23. 2007도9924). ▶ 원심은 위계에 의한 업무방해죄로 보았으나, 대법원은 위계에 의한 업무방해죄라고 판시하였다.
- ④ (O) (大判 1969.1.21. 68도1660).

096번

- ㉠ 업무방해죄의 성립에는 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하지 않고 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생하면 족하며, 업무수행 자체가 아니라 업무의 적정성 내지 공정성이 방해된 경우에도 업무방해죄가 성립한다.
- ㉡ 수산업협동조합의 신규직원 채용에 응시한 甲과 乙이 필기시험에서 합격선에 못 미치는 점수를 받게 되자, 채점업무 담당자들이 조합장인 피고인의 지시에 따라 필기시험에 합격시킴으로써 면접시험에 응시할 수 있도록 한 경우, 면접위원들의 업무를 위계로서 방해한 것이다.

- ㉢ (O) 大判 2010.3.25. 2009도8506.
- ㉣ (O) 사안의 경우, 위 점수조작행위에 공모 또는 양해하였다고 볼 수 없는 일부 면접위원들의 업무를 위계로서 방해한 것이다(大判 2010.3.25. 2009도8506).

097번

- ① 석사학위논문은 대작을 의뢰하여 논문을 작성토록 한 다음 그 논문을 자신이 직접 작성한

- 것처럼 교육대학원 교수에게 제출하였다면 업무방해죄가 성립하지 않는다.
- ② 피고인들이 불특정 다수의 인터넷 이용자들에게 배포한 ‘엠타크슬루션’이라는 프로그램이, 甲 회사의 네이버 포털사이트 서버가 이용자의 컴퓨터에 정보를 전송하는 때에는 아무런 영향을 주지 않는다면, 컴퓨터 등 장애 업무방해죄로 의율할 수 없다.
- ④ 인터넷 자유게시판 등에 실제의 객관적인 사실을 게시하더라도 그로 인하여 피해자의 업무가 방해된 경우에는, 형법 제314조 제1항 소정의 위계에 의한 업무방해죄에 있어서의 ‘위계’에 해당한다.

- ① (X) 단순히 통계처리와 분석, 또는 외국자료의 번역과 타자만을 타인에게 의뢰한 것이 아니라 전체 논문의 초안작성을 의뢰하고, 그에 따라 작성된 논문의 내용에 약간의 수정만을 가하여 제출하였음이 인정된다는 이유로 업무방해죄에 대하여 무죄를 선고한 원심판결을 파기한 사례(大判 1996.7.30. 94도2708).
- ② (O) 大判 2010.9.30. 2009도12238.
- ④ (X) 형법 제314조 제1항 소정의 위계에 의한 업무방해죄에 있어서의 ‘위계’라 함은 행위자의 행위목적 달성을 위하여 상대방에게 오안·착각 또는 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말하므로, 인터넷 자유게시판 등에 실제의 객관적인 사실을 게시하는 행위는, 설령 그로 인하여 피해자의 업무가 방해된다고 하더라도, 위 법조항 소정의 ‘위계’에 해당하지 않는다(大判 2007.6.29. 2006도3839).

099번

- ② 고등학교 수학교사가 자신과 동료 교사들이 출제할 것으로 예상되는 문제들을 정리하여 보습학원 원장에게 넘겨주어 학생들이 교습하게 된 경우, 업무방해죄가 성립하지 않는다.
- ② (O) 객관적으로 보아 당해 출제교사가 출제할 것이라고 예측되는 순수한 예상문제를 선정하여 수험생이나 그 교습자에게 주는 행위를 가지고 시험실시업무를 방해하는 행위라고 할 수는 없다(大判 1999.1.2.10. 99도3487).

102번

[문제] 다음 중 업무방해죄에서 보호되는 업무에 해당하는 것은 모두 몇 개인가?(판례에 의함)

- 가. 농지개혁법상 무효인 임대차계약에 의해 임차한 농지의 경작행위
- 마. 행정청의 허가없이 하는 목욕탕업

- 가. (O) 농지의 임대차는 농지개혁법상 무효라고 하더라도 그 임차한 농지의 경작행위를 방해하는 행위는 업무방해죄가 성립된다(大判 1980.11.25. 79도1956).
- 마. (O) [유사판례] 공유수면관리법 제4조에 의하면 공유수면을 점용하려는 자는 관리청으로부터 점용허가를 받도록 규정되어 있고, 이 사건에 있어서 위 회사는 관리청으로부터 위 선착장에 대한 공유수면점용허가를 받지 아니하기는 하였으나, 한편 위 법 제8조, 동 시행령 제5조에 의하면 위 점용허가를 받은 자는 관리청의 허가를 받아 허가받은 권리를 이전할 수 있도록 규정하고 있고, 기록에 의하면 위 회사는 관리청인 고흥군으로부터 따로 선착장에 대한 점용허가를 받음이 없이 고흥군의 지시에 따라 선착장점용허가권자인 마을주민 대표들과 임대차계약을 체결하고 위 선착장을 이용하여 왔던 사실을 알 수 있음에 비추어, 위 회사의 폐석운반 업무를 업무방해죄에 의하여 보호하여야 할 대상이 되지 못하는 업무라고 단정하기는 어렵다고 할 것이다(大判 1996.11.12. 96도2214).

103번

- ① 피고인은 인천시와의 전대금지 약정 때문에 피해자와 동업하는 것처럼 계약하여 미술학원을 임대해 주었는데, 그 후 피고인이 피해자의 미술학원에 대하여 임의로 폐원신고를 하여 피해자가 영업을 할 수 없게 하였다면 위계에 의한 업무방해죄가 성립한다.
- ② 甲 주식회사 임원인 피고인이 자동차 판매수수료율과 관련하여 대리점 사업자들과 甲 회사 사이에 의견대립이 고조되자, 대리점 사업자 乙이 일정액의 사용료를 지급하고 판매정보 교환 등에 이용해 오던 甲 회사의 내부전산망 전체 및 고객관리시스템 중 자유게시판에 대한 접속권한을 차단한 경우, 피고인이 위력으로 乙의 업무를 방해한 행위에 해당한다.
- ③ 임차인이 임대인의 승낙 없이 타인에게 지하실을 무단전대하여 음식점 영업을 한다는 사실을 알고 임대인이 지하실을 폐쇄하여 출입을 막아버린 경우 업무방해죄가 성립한다.
- ④ 주택재건축조합 조합장인 甲이 자신에 대한 감사활동을 방해하기 위하여 조합사무실에 있던 조합 직원의 컴퓨터에 비밀번호를 설정하고 하드디스크를 분리·보관한 경우 甲의 행위는 컴퓨터 등 장애 업무방해죄에 해당한다.

- ① (X) 피고인이 자신의 명의로 등록되어 있는 피해자 운영의 학원에 대하여 피해자의 승낙을 받지 아니하고 폐원신고를 하였다고 하더라도 피해자에게 사전에 통고를 한 뒤 폐원신고를 하였다면 피해자에게 오만·착각 또는 부지를 일으켜 이를 이용하여 피해자의 업무를 방해한 것으로 보기는 어렵고, 오히려 피해자가 운영하고 있는 학원이 자신의 명의로 등록되어 있는 지위를 이용하여 임의로 폐원신고를 함으로써 피해자의 업무를 위력으로써 방해한 것이다(大判 2005.3.25. 2003도5004).
- ② (O) 大判 2012.05.24. 2009도4141.
- ③ (O) 건물의 전차인이 임대인의 승낙없이 전차하였다고 하더라도 전차인이 불법침탈등의 방법에 의하여 위 건물의 점유를 개시한 것이 아니고 그동안 평온하게 음식점등 영업을 하면서 점유를 계속하여 온 이상 위 전차인의 업무를 업무방해죄에 의하여 보호받지 못하는 권리라고 단정할 수 없다(大判 1986.1.23. 86도1372).
- ④ (O) 大判 2012.5.24. 2011도7943.

106번

- ④ 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 '업무' 라 함은 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업을 말하는 것으로서 타인의 위법한 행위에 의한 침해로부터 보호할 가치가 있어야 하는 것이므로 그 업무의 기초가 된 계약 또는 행정행위는 적법하여야 한다.

- ④ (X) 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 '업무'라 함은 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업을 말하는 것으로서 타인의 위법한 행위에 의한 침해로부터 보호할 가치가 있는 것이면 되고, 그 업무의 기초가 된 계약 또는 행정행위 등이 반드시 적법하여야 하는 것은 아니며, 다만 어떤 사무나 활동 자체가 위법의 정도가 중하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠는 경우에는 업무방해죄의 보호대상이 되는 '업무'에 해당한다고 볼 수 없다(大判 2002.8.23. 2001도5592).

106번

[문제] 다음 중 위계에 의한 업무방해를 인정한 경우만으로 짝지어 놓은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 나. 대학교 시간강사 임용과 관련하여 허위의 학력이 기재된 이력서만을 제출한 경우, 임용심사 업무 담당자가 불충분한 심사로 인하여 허위 학력이 기재된 이력서를 믿은 경우

- 라. 고속도로 통행요금징수 기계화시스템의 성능에 대한 한국도로공사의 현장평가시에 각종 소형화물차 16대의 타이어 공기압을 낮추어 접지면을 증가시킨 후 톨게이트를 통과시킨 행위

- 나. (X) 대학교 시간강사 임용과 관련하여 허위의 학력이 기재된 이력서만을 제출한 경우, 임용심사업무 담당자가 불충분한 심사로 인하여 허위 학력이 기재된 이력서를 믿은 것이므로 위계에 의한 업무방해죄를 구성하지 않는다(大判 2009.1.30. 2008도6950).
- 라. (O) 이와 같은 피고인들의 행위는 위계를 사용하여 한국도로공사의 현장시험업무에 지장을 줄 위험을 발생케 한 것으로서, 이에 의하여 실제로 업무방해의 결과가 발생하였는지 여부에 상관없이 업무방해죄를 구성함에 충분하므로, 피고인들의 행위가 업무방해죄에 해당한다(大判 1994.6.14. 93도288).

108번

- ③ 입찰장소의 주변을 에워싸고 사람들의 출입을 막는 등 위력을 사용하여 입찰에 참가하려는 사람을 참석하지 못하도록 한 경우 입찰방해죄가 성립한다.
- ④ 고속도로 휴게소 운영권 입찰에서 여러 회사가 각자 입찰에 참가하되 누구라도 낙찰될 경우 동업하여 새로운 회사를 설립하고 그 회사로 하여금 휴게소를 운영하기로 합의한 후 입찰에 참가한 경우 입찰방해죄가 성립한다.

- ③ (O) 입찰장소의 주변을 에워싸고 사람들의 출입을 막는 등 위력을 사용하여 입찰에 참가하려는 사람을 참석하지 못하도록 한 행위가 입찰방해죄를 구성한다(大判 1993.2.23. 92도3395).
- ④ (O) 고속도로 휴게소 운영권 입찰에서 여러 회사가 각자 입찰에 참가하되 누구라도 낙찰될 경우 동업하여 새로운 회사를 설립하고 그 회사로 하여금 휴게소를 운영하기로 합의한 후 입찰에 참가한 경우 입찰방해죄가 성립한다(大判 2006.12.22. 2004도2581).

제10절 비밀침해죄·주거침입죄

111번

- ② 소유권의 귀속에 관한 분쟁으로 민사소송 중인 건조물에 현실적으로 관리인이 있음에도 자물쇠를 쇄첩으로 절단하고 침입한 경우 주거침입죄가 성립한다.

- ② (O) 소유권의 귀속에 관한 분쟁이 있어 민사소송이 계속중인 건조물에 관하여 현실적으로 관리인이 있음에도 위 건조물의 자물쇠를 쇄첩으로 절단하고 침입한 소위는 법정절차에 의하여 그 권리를 보전하기가 곤란하고 그 권리의 실행불능이나 현저한 실행곤란을 피하기 위해 상당한 이유가 있는 행위라고 할 수 없다(大判 1985.7.9. 85도707).

112번

- ① 피고인이 피해자의 옛 애인 및 '사진 찍은 자'로 1인 2역을 수행하면서 그 정을 알지 못하는 피해자로부터 승낙을 얻고 피해자의 주거에 들어갔다고 하더라도, 그 승낙의 의사표시는 기망 및 협박에 의한 것으로서 무효이다.

- ① (O) 大判 2007.1.25. 2006도5979.

113번

㉔ 甲, 乙, 丙이 흉기를 휴대하여 타인의 건조물에 침입하기로 공모한 다음, 甲, 乙은 건물로부터 30 내지 50미터 떨어진 차량에서 흉기를 보관한 채 망을 보고, 丙은 흉기를 소지하지 아니하고 건조물에 침입한 경우 甲, 乙, 丙에 대하여 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 타인의 주거 등에 침입함으로써 성립하는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항 소정의 특수주거침입죄가 성립한다.

㉕ (X) 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제1항, 제2조 제1항, 형법 제319조 제1항 소정의 특수주거침입죄는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 타인의 주거나 건조물 등에 침입함으로써 성립하는 범죄이므로, 수인이 흉기를 휴대하여 타인의 건조물에 침입하기로 공모한 후 그중 일부는 밖에서 망을 보고 나머지 일부만이 건조물 안으로 들어갔을 경우에 있어서 특수주거침입죄의 구성요건이 충족되었다고 볼 수 있는지의 여부는 직접 건조물에 들어간 범인을 기준으로 하여 그 범인이 흉기를 휴대하였다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 결정되어야 한다(大判 1994.10.11. 94도1991).

117번

라. 피고인이 이웃에 있는 고종사촌의 집에 잠시 들어가 있는 동안에 고종사촌에게 돈을 갚기 위해 찾아온 타인의 돈을 절취한 경우, 주거침입죄 부정

라. (O) 大判 1984.2.14. 83도2897.

118번

① 주거침입의 범의를 가지고 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작하였다면 주거침입죄의 실행의 착수가 인정된다.
④ 피고인이 피해자가 사용 중인 공중화장실의 용변칸에 노크하여 남편으로 오인한 피해자가 용변칸 문을 열자 강간할 의도로 용변칸에 들어간 것이라면, 피해자가 명시적 또는 묵시적으로 이를 승낙하였다고 볼 수 없어 주거침입죄에 해당한다.

① (O) (大判 2003.10.24. 2003도4417).

④ (O) 피해자가 명시적 또는 묵시적으로 이를 승낙하였다고 볼 수 없어 주거침입죄에 해당한다(大判 2003.5.30. 2003도1256).

제2장 개인적 법익 - 재산죄

제1절 재산죄의 일반이론

121번

① 강간을 당한 피해자가 도피하면서 현장에 놓고 간 손가방은 피해자의 지배하에 있는 물건이 아니므로 강간범이 손가방 안에 들어있는 돈을 꺼낸 행위는 절도죄가 아니라 점유이탈물횡령죄가 된다.

① (X) 강간을 당한 피해자가 도피하면서 현장에 놓아두고 간 손가방은 점유이탈물이 아니라 사회통념상 피해자의 지배하에 있는 물건이라고 보아야 할 것이므로 피고인이 그 손가방안에 들어 있는 피해자 소

유의 돈을 꺼낸 소위는 절도죄에 해당한다(大判 1984.2.28. 84도38).

122번

④ 甲이 점유자와 소유자가 다른 승용차를 점유자의 의사에 반하여 자신의 점유로 옮긴 경우, 이러한 甲의 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.

④ (O) 大判 2014.2.21. 2013도14139.

124번

④ 피해자로부터 지갑을 잠시 건네받아 임의로 지갑에서 현금카드를 꺼내어 현금자동인출기에서 현금을 인출하고 곧바로 피해자에게 현금카드를 반환한 경우, 현금카드에 대한 불법영득의사가 없다.

④ (O) (大判 1998.11.10. 98도2642).

125번

③ 주범에게는 직계혈족, 친족 등의 신분관계가 있고, 방조범에게는 위와 같은 신분관계가 없는 경우에는 방조범만 처벌되는 경우가 있다.

③ (O) 전 2항(친족상도례)의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 전 이항을 적용하지 아니한다(형법 제328조 3항).

제2절 절도죄

139번

[문제] 다음 중 甲이 특수절도죄(2인 이상이 합동한 경우, 미수포함)로 처벌될 수 있는 경우를 모두 모아 놓은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

가. 甲이 乙과 절취범행을 모의하고 공범 乙이 피해자의 집에서 절취행위를 하는 동안 그 집안의 가까운 곳에서 대기하고 있다가 절취품을 가지고 같이 피해자의 집을 나온 경우
나. 甲과 乙·丙은 A로부터 강력한 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하기로 공모한 다음 甲은 A를 근처에 있는 자신의 사무실로 데리고 가서 감시하고 있고, 그 동안 乙·丙은 은행으로 가서 A의 신용카드로 현금자동지급기에서 500만원을 함께 인출한 경우
다. 甲이 그 소유의 차를 운전하여 乙·丙을 절도 현장 부근까지 태워주고 부근에 대기하고 있다가 乙·丙이 인근 주택에 들어가 훔쳐온 물건들을 다른 도시로 운반하여 매각하기로 乙·丙과 공모하고, 乙·丙의 절도 범행 현장부근에서 乙·丙의 절도범행을 지켜보면서 대기하고 있던 경우
라. 甲과 乙이 타인의 재물을 절취하기로 공모한 후 야간에 乙은 도구를 이용하여 출입문의

자물쇠를 떼어내고 甲은 그 부근에서 망을 본 경우

- 가. (O) 피고인이 피해자의 형과 범행을 모의하고 피해자의 형이 피해자의 집에서 절취행위를 하는 동안 피고인은 그 집 안의 가까운 곳에 대기하고 있다가 절취품을 가지고 같이 나온 경우 시간적, 장소적으로 협동관계가 있었다고 보아 특수절도죄가 성립한다(大判 1996.03.22. 96도313).
- 나. (O) 大判 1998.5.21. 98도321 전합.
- 다. (O) 大判 1988.9.13. 88도1197.
- 라. (O) 두 사람이 공모 합동하여 타인의 재물을 절취하려고 한 사람은 망을 보고 또 한 사람은 기구를 가지고 출입문의 자물쇠를 떼어내거나 출입문의 환기창문을 열었다면 특수절도죄의 실행에 착수한 것이다(大判 1986.7.8. 86도843).

141번

[문제] 절도죄에 관한 다음 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 피고인이 피해자와의 동업자금으로 구입하여 피해자가 관리하고 있던 물건을 피해자의 허락 없이 제3자로 하여금 운전하여 가게 하는 행위는 절도죄에 해당한다.
- ㉡ 금품을 절취하기 위하여 고속버스 선반 위에 놓여진 007가방의 한쪽 걸쇠만 열었다면 절도죄의 실행의 착수가 인정된다.
- ㉢ 외상매매계약을 해제한 후에 매도인이 매수인의 승낙을 받지 않고 매매물품을 가져간 경우는 그 매도인에게 반환청구권이 있더라도 절도행위에 해당된다.
- ㉣ 피고인이 피해자가 경영하는 평원닭집 평상에서 고양이 한 마리를 자신이 빌린 고양이인 줄 알고 가져가려다가 피해자에게 발견되어 이를 돌려준 경우 절취의 고의가 조각된다.

- ㉠ (O) (大判 1990.9.11. 90도1021).
- ㉡ (O) (大判 1983.10.25. 83도2432,83감도420).
- ㉢ (O) (大判 1973.2.28. 72도2538).
- ㉣ (O) (大判 1983.9.13. 83도1762,83감도315).

제3절 강도죄

142번

- ㉡ 절도의 범행현장에서부터 계속 추적중이다가 체포를 면탈하기 위하여 폭행이나 협박을 한 경우에는 장소적 근접성이 없더라도 준강도죄가 성립할 수 있다.

- ㉡ (O) 大判 1984.09.11. 84도1398.

143번

- ㉣ 절도행위 중 발각되자 폭행·협박으로 재물을 강취한 경우에는 준강도죄가 아니라 강도죄가 성립한다.

- ㉣ (O) 절도가 발각되자 체포면탈·죄적인멸의 목적으로 폭행·협박하였다면 준강도죄가 성립한다. 그러나 강취의 목적으로 폭행·협박을 한 경우에는 준강도죄가 아니라 강도죄가 성립한다.

144번

- ㉢ 甲은 건물 내 주점의 잠금장치를 뜯고 침입하여 진열장에 있던 양주를 마구니에 담고 있던 중, 주점 종업원 丙이 주점으로 돌아오는 소리를 듣고 甲이 양주를 그대로 둔 채 출입문을 열고 나오다가 丙에게 붙잡혀자 체포를 면탈할 목적으로 丙에게 폭행을 가한 경우 준강도죄의 미수가 성립한다.

- ㉢ (O) 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다(大判 2004.11.18. 2004도5074 전합).

147번

- ㉡ 합동하여 절도를 한 경우 범인 중 1인이 체포를 면탈할 목적으로 폭행을 하여 상해를 가한 때에는 나머지 범인이 이를 예기할 수 있었는가를 가리지 않고 그 나머지 범인 역시 준강도상해죄의 죄책을 면할 수 없다.
- ㉢ 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였다가 실행의 착수 이전에 발각되어 체포를 면탈하고자 폭행을 가한 경우에는 단순 주거침입죄와 폭행죄의 경합범만이 성립한다.
- ㉣ 甲과 乙, 丙이 타인의 재물을 절취하기로 공모한 다음 甲은 망을 보고 乙과 丙이 재물을 절취한 다음 달아나라다가 피해자에게 발각되자 체포를 면탈할 목적으로 피해자를 때려 상해를 입혔다면 甲도 이를 전혀 예견하지 못했다고 볼 수 없어 강도치상죄의 죄책을 면할 수 없다.

- ㉡ (X) 절도범행의 종료 후 얼마 되지 아니한 단계이고 안전지대로 이탈하지 못하고 피해자측에 의하여 체포될 가능성이 남아있는 단계에서 추적당하여 체포되려 하자 구타한 경우에는 절도행위와 그 체포를 면탈하기 위한 구타행위와의 사이에 시간상 및 거리상 극히 근접한 관계에 있다 할 것이므로, 준강도죄가 성립한다. 합동하여 절도를 한 경우 범인 중 1인이 체포를 면탈할 목적으로 폭행을 하여 상해를 가한 때에는 나머지 범인도 이를 예기하지 못한 것으로 볼 수 없으면 준강도상해죄의 죄책을 면할 수 없다(大判 1982.7.13. 82도1352).
- ㉢ (O) 야간이 아닌 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였다고 하여도 아직 절취할 물건의 물색 행위를 시작하기 전이라면 주거침입죄만 성립할뿐 절도죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없는 것이어서 절도미수죄는 성립하지 않는다(大判 1992.9.8. 92도1650).
- ㉣ (X) 피고인과 원심피고인들이 타인의 재물을 절취하기로 공모한 다음 피고인은 망을 보고 원심피고인들이 재물을 절취한 다음 달아나라다가 피해자에게 발각되자 체포를 면탈할 목적으로 피해자를 때려 상해를 입혔다면 피고인도 이를 전혀 예견하지 못했다고 볼 수 없어 강도상해죄의 죄책을 면할 수 없다(大判 1989.12.12. 89도1991).

148번

- ㉠ 강간범이 강간하는 과정에서 피해자들이 도망가지 못하게 하기 위해 손가방을 빼앗은 경우 강도강간죄에 해당한다.
- ㉡ 절도범인이 처음에는 흥기를 휴대하지 아니하였으나, 체포를 면탈할 목적으로 폭행 또는 협박을 가할 때에 비로소 흥기를 휴대 사용하게 된 경우에는 특수강도의 준강도가 된다.
- ㉣ 인질강도죄는 체포감금죄 또는 약취유인죄와 공갈죄의 결합범이다.

- ㉠ (X) 불법영득의 의사라 함은 권리자를 배제하여 타인의 물건을 자기의 물건과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용·처분하는 의사를 말하는 것이므로 강간하는 과정에서 피해자들이 도망가지 못하게 하기 위해

손가방을 빼앗은 것에 불과하다면 이에 불법영득의 의사가 있었다고 할 수 없다(大判 1985.8.13. 85도1170).

- ② (O) 大判 1973.11.13. 73도1553 전합. <주> 특수강도의 준강도와 단순강도의 준강도를 구별하는 기준시기는 절도시가 아니라 폭행 또는 협박시라는 의미이다.
- ④ (O) 형법 제336조 참조.

149번

- ㉔ 강도범행 이후에도 피해자를 계속 끌고 다니거나 차량에 태우고 함께 이동하는 등으로 강도범행으로 인한 피해자의 심리적 저항불능 상태가 해소되지 않은 상태에서 강도범인의 상해행위가 있었다면 강취행위와 상해행위 사이에 다소의 시간적·공간적 간격이 있었다는 것만으로는 강도상해죄의 성립에 영향이 없다.

㉔ (O) 大判 2014.09.26. 2014도9567.

150번

- ① 피고인들이 주점에서 피해자에게 가위로 귀를 자르겠다고 위협하여 매출전표에 서명하게 하였으나 이에 피해자는 허위로 서명하였고, 그 후 피고인들이 잠든 틈을 이용하여 그 매출전표를 몰래 가져 나왔다면 피고인들은 특수강도죄의 기수범이 된다.

- ① (O) 사안의 경우, 피해자가 각 매출전표에 허위 서명한 탓으로 피고인들이 신용카드회사들에게 각 매출전표를 제출하여도 신용카드회사들이 신용카드 가맹점 규약 또는 약관의 규정을 들어 그 금액의 지급을 거절할 가능성이 있다 하더라도, 그로 인하여 피고인들이 각 매출전표 상의 금액을 지급받을 가능성이 완전히 없어져 버린 것이 아니고 외견상 여전히 그 금액을 지급받을 가능성이 있는 상태이므로, 결국 피고인들이 '재산상 이익'을 취득하였다고 볼 수 있다(大判 1997.2.25. 96도3411).

151번

- ㉔ 강도의사로 피해자에게 과도를 들이대고 돈을 요구하였으나 돈이 없다고 하자 피해자를 풀어주고는 다시 돈을 요구하는 무선호출연락을 하자 피해자가 피고인의 행패가 두려워 다른 장소에서 피고인에게 금원을 교부하였다면 특수강도죄의 기수로 처벌할 수 없다.

- ㉔ (O) 이 사안에서, 위 금원교부는 위 피해자의 의사에 반하여 반항이 불가능한 상태에서 강취된 것이라기보다는 피해자의 하자 있는 의사에 의하여 교부된 즉 갈취당한 것으로 보인다. 따라서 특수강도죄의 미수로 처벌할 수는 있을지언정 이를 특수강도죄의 기수로 처벌할 수는 없다(大判 1995.3.28. 95도91).

제4절 사기죄

158번

- ① 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 것은 사기죄의 기망행위에 해당한다.
- ② 비의료인이 개설한 의료기관이 의료법에 의하여 적법하게 개설된 요양기관인 것처럼 국민건강보험공단에 요양급여비용의 지급을 청구하여 지급받은 것은 사기죄의 기망행위에 해당한다.

- ③ 보험계약자가 보험계약 체결 시 보험금액이 목적물의 가액을 현저하게 초과하는 초과보험 상태를 의도적으로 유발한 후 보험사고가 발생하자 초과보험 사실을 알지 못하는 보험자에게 목적물의 가액을 목비한 채 보험금을 청구하여 교부받은 것은 사기죄의 기망행위에 해당한다.

- ① (X) 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익을 침해한 경우라도 그와 동시에 형법상 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 있는 때에는 당해 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌규정을 별도로 두고 있지 않는 한 사기죄가 성립할 수 있다. 그런데 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법 제9조에서 이러한 행위를 처벌하는 규정을 별도로 두고 있을 뿐만 아니라, 조세를 강제적으로 징수하는 국가 또는 지방자치단체의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로 조세범처벌법 위반죄가 성립함은 별도로 하고, 형법상 사기죄는 성립하지 않는다(大判 2008.11.27. 2008도7303).
- ② (O) 大判 2015.7.9. 2014도11843.
- ③ (O) 大判 2015.07.23. 2015도6905.

160번

- ① 부동산을 매매함에 있어서 매매로 인한 법률관계에 아무런 영향도 미칠 수 없는 것이어서 매수인의 권리의 실현에 장애가 되지 아니하는 사유라도 매도인은 매수인에게 고지할 의무가 있다.
- ② 유동적 무효의 상태인 부동산 매매계약이라 하더라도 매수인이 제3자로부터 금전을 용자 받을 목적으로 매도인을 기망하여 매도인 소유의 부동산에 제3자 앞으로 근저당권을 설정하게 함으로써 재산상 이익을 취득하였다면 사기죄가 성립한다.
- ③ 이미 국가 명의로 소유권보존등기가 되어 있는 상태에서 소유권보존등기의 말소 청구를 하고 청구의 일부인용 판결에 준하는 화해권고결정이 확정된 경우, 청구인용 부분에 대하여는 사기죄가 성립하고, 화해권고결정에 의하여 등기말소청구를 포기한 부분에 대하여는 사기미수죄가 성립한다.
- ④ 토지의 공유자 겸 명의수탁자인 피고인이 나머지 공유자들로부터 그들 소유 지분에 관하여 매도가격 및 처분기한을 특정하여 처분권한을 위임받고 그 처분에 따른 양도소득세 등 일체의 경비를 피고인이 부담하기로 약정한 경우, 피고인이 위 매도위임가격보다 훨씬 고가로 매도하였다 하더라도 그와 같은 사실을 위임인에게 고지할 법률상 의무는 없다.

- ① (X) 매매로 인한 법률관계에 아무런 영향도 미칠 수 없는 것이어서 매수인의 권리의 실현에 장애가 되지 아니하는 사유까지 매도인이 매수인에게 고지할 의무가 있다고는 볼 수 없다(大判 2011.1.27. 2010도5124).
- ② (O) (大判 2008.2.14. 2007도10658).
- ③ (O) 大判 2011.12.13. 2011도8873.
- ④ (O) (大判 1999.5.25. 98도2792).

162번

- ② 보험금을 지급받을 수 있는 사유가 있다 하더라도 이를 기화로 실제 지급받을 수 있는 보험금보다 다액의 보험금을 편취할 의사로 장기간의 입원 등을 통하여 과다한 보험금을 지급받은 경우에는 지급받은 보험금 전체에 대하여 사기죄가 성립한다.
- ④ 甲이 乙에게 이중매도한 택지분양권을 순차 매수한 丙·丁에게 이중매도 사실을 숨긴 채 자

신의 명의로 형식적인 매매계약서를 작성해 준 경우 甲이 직접 매매대금을 수령하지 않았다면 丙丁에 대한 사기죄가 성립하지 않는다.

㉠ (O) 大判 2009.05.28. 2008도4665.

㉡ (X) [1] 법인이 기망행위에 의해 스스로 재물을 취득하지 않고 제3자로 하여금 재물의 교부를 받게 한 경우에 사기죄가 성립하려면, 그 제3자가 범인과 사이에 정을 모르는 도구 또는 범인의 이익을 위해 행동하는 대리인의 관계에 있거나, 그렇지 않다면 적어도 불법영득의사와의 관련상 범인에게 그 제3자로 하여금 재물을 취득하게 할 의사가 있어야 한다. [2] 甲이 乙에게 이중매도한 택지분양권을 순차 매수한 丙丁에게 이중매도 사실을 숨긴 채 자신의 명의로 형식적인 매매계약서를 작성해 준 경우, 甲이 직접 매매대금을 수령하지 않았더라도 丙丁에 대한 사기죄가 성립한다(大判 2009.1.30. 2008도9985).

167번

- ㉠ 윤락녀와 가격을 정하고 성교를 한 후에 절취한 타인의 신용카드를 매음료를 결제하였더라도 정조는 어떤 경우에도 재산권이 될 수 없을 뿐 아니라, 윤락행위는 선량한 풍속에 반하므로 이를 실행하고 요구하는 청구권은 무효에 해당하여 사기죄가 성립하지 아니한다.
- ㉡ 타인의 명의를 빌려 예금계좌를 개설한 후, 통장과 도장은 명의인에게 보관시키고 자신은 위 계좌의 현금인출카드를 소지하고 있는 상태에서, 명의인을 기망하여 위 예금계좌로 돈을 송금하게 한 경우, 그 후 명의인이 통장과 도장을 이용하여 그 돈을 인출하여 갔더라도 사기죄의 성립에 영향이 없다.

㉢ (X) 일반적으로 부녀와의 성행위 자체는 경제적으로 평가할 수 없고, 부녀가 상대방으로부터 금품이나 재산상 이익을 받을 것을 약속하고 성행위를 하는 약속 자체는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효이나, 사기죄의 객체가 되는 재산상의 이익이 반드시 사법상 보호되는 경제적 이익만을 의미하지 아니하고, 부녀가 금품 등을 받을 것을 전제로 성행위를 하는 경우 그 행위의 대가는 사기죄의 객체인 경제적 이익에 해당하므로, 부녀를 기망하여 성행위 대가의 지급을 면하는 경우 사기죄가 성립한다(大判 2001.10.23. 2001도2991).

㉣ (O) 大判 2003.7.25. 2003도2252.

169번

- ㉠ 부동산 소유권이전등기절차 이행을 구하는 소를 제기하여 승소확정판결을 받은 피고인이, 부동산 소유권을 이전받더라도 매매잔금을 공탁할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 매매잔금을 공탁해 줄 것처럼 거짓말을 하여 그에 따라 부동산 소유권을 임의로 이전받은 경우 사기죄가 성립한다.
- ㉡ 피고인이 타인명으로 제3자를 상대로 법원을 기망하여 지급명령과 가집행선고부 지급명령을 발부받고 이를 채무명으로 하여 채무자의 제3채무자에 대한 정기예금 원리금 채권에 대하여 채권압류 및 전부명령을 하게 하고 송달시켜 위 채권을 전부 받은 경우, 전부 받은 채권을 현실적으로 수령하지 않았더라도 사기죄는 기수에 이른 것이다.
- ㉢ 식육점과 그에 딸린 식당의 매매에 있어서 매도인의 식당영업무허가의 불고지가 기망행위에 해당한다고 볼 수 없다.

㉠ (O) 大判 2011.3.10. 2010도14856.

㉡ (O) (大判 1977.1.11. 76도3700).

㉢ (O) 大判 1983.06.14. 83도575.

170번

- ㉠ 지급명령신청에 대해 상대방이 이의신청을 하면 지급명령은 이의의 범위 안에서 그 효력을 잃게 되고 지급명령을 신청한 때에 소를 제기한 것으로 보게 되는 것이지만 이로써 이미 실행에 착수한 사기의 범행 자체가 없었던 것으로 되는 것은 아니다.

㉡ (O) 지급명령신청에 대해 상대방이 이의신청을 하면 지급명령은 이의의 범위 안에서 그 효력을 잃게 되고 지급명령을 신청한 때에 소를 제기한 것으로 보게 되는 것이지만 이로써 이미 실행에 착수한 사기의 범행 자체가 없었던 것으로 되는 것은 아니다. 허위의 내용으로 신청한 지급명령이 그대로 확정된 경우에는 소송사기의 방법으로 승소 판결을 받아 확정된 경우와 마찬가지로 사기죄는 이미 기수에 이르렀다고 볼 것이다(大判 2004.6.24. 2002도4151).

172번

- ㉠ 치료비채무의 이행을 모면하기 위하여 환자인 자신의 처와 영화 1편을 보고 오겠다고 병원 직원을 속여 병원을 빠져나와 도주한 경우 사기죄가 성립한다.
- ㉡ 임대차계약을 체결하고 보증금을 교부받을 시 그 부동산에 관하여 저당권이 설정되어 있다는 사실을 고지하지 않았다 하더라도 임대인이 계약당시 그 부동산이 경매되리라는 사정을 알지 못하였다면 불법영득의 의사로서 임차인을 기망하여 보증금을 편취하였다고 보기 어렵다.
- ㉢ 신용보증기금의 신용보증서 발급이 피고인의 기망행위에 의하여 이루어진 경우, 피고인은 재물의 편취에 의한 사기죄가 성립한다.
- ㉣ 특정 질병을 앓고 있는 사람이 보험회사가 정한 약관에 그 질병에 대한 고지의무를 규정하고 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니한 채 보험회사와 그 질병을 담보하는 보험계약을 체결한 다음 바로 그 질병의 발병을 사유로 하여 보험금을 청구한 경우 사기죄가 성립한다.

㉠ (X) 치료비채무의 이행을 모면하기 위하여 피고인이 거짓말을 하고 입원환자(처)와 함께 병원을 빠져나와 도주하였다 하여도 그것만으로는 피고인이 위 치료비의 지급채무를 면탈받은 것은 아니라 할 것이므로 사기죄가 될 수 없다(大判 1970.9.22. 70도1615).

㉡ (O) 大判 1985.09.10. 85도1306.

㉢ (X) 신용보증기금의 신용보증서 발급이 피고인의 기망행위에 의하여 이루어진 이상 그로써 곧 사기죄는 성립하는 것이고, 그로 인하여 피고인이 취득한 재산상 이익은 신용보증금액 상당액이라 할 것이다(大判 2007.4.26. 2007도1274).

㉣ (O) 특정 질병을 앓고 있는 사람이 보험회사가 정한 약관에 그 질병에 대한 고지의무를 규정하고 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니한 채 그 사실을 모르는 보험회사와 그 질병을 담보하는 보험계약을 체결한 다음 바로 그 질병의 발병을 사유로 하여 보험금을 청구한 경우 사기죄가 성립한다(大判 2007.4.12. 2007도967).

176번

- ㉠ '녹동달오리골드'(누에, 동충하초, 녹용 등을 혼합·제조)라는 제품이 성인병에 특효약이라고 허위광고하여 고가에 판매한 경우 사기죄가 인정된다.

㉡ (O) 사안의 경우, 그 사술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘은 것이어서 사기죄의

기망행위를 구성한다(大判 2004.1.15. 2001도1429).

177번

㉔ 타인의 휴대전화기를 무단으로 사용해서 통화요금 및 정보이용료를 발생시킨 경우는 통신 회사에 대한 기망행위에 해당하므로 사기죄가 성립한다.

㉔ (X) 타인의 일반전화를 무단으로 이용하여 전화통화를 하는 행위는 한국전기통신공사에 대한 기망행위에 해당한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 한국전기통신공사가 착오에 빠져 처분행위를 한 것이라고 볼 수 없으므로 결국 위와 같은 행위는 형법 제347조의 사기죄를 구성하지 아니한다 할 것이고, 이는 형법이 제348조의2(편의시설부정이용죄)를 신설하여 부정한 방법으로 대가를 지급하지 아니하고 공중전화를 이용하여 재산상 이익을 취득한 자를 처벌하는 규정을 별도로 둔 취지에 비추어 보아도 분명하다(大判 1999.6.25. 98도3891).

179번

㉔ 카드회원일 자금융색 등으로 채무를 일시적으로 이행하지 못하게 되는 상황에서 자기명의 신용카드를 사용하는 경우 사기죄에서의 기망행위 내지 권취의 범의를 인정하기 어렵다.

㉔ (O) 大判 2005.08.19. 2004도6859.

183번

㉔ 준사기죄의 미수범은 처벌된다.

㉔ (O) 제347조 내지 제348조의2, 제350조와 제351조의 미수범은 처벌한다(352조). 형법 352조에서 준사기죄의 미수범을 처벌하고 있다.

184번

- ① ‘정보처리’는 사기죄에서 피해자의 처분행위에 상응하므로 입력된 허위의 정보 등에 의하여 계산이나 데이터의 처리가 이루어짐으로써 직접적으로 재산처분의 결과가 초래되어야 한다.
- ② 피고인이 A회사에서 운영하는 전자복권구매시스템에서 일정한 조건하에 복권 구매명령을 입력하면 가상계좌로 복권 구매 요청금과 동일 액수의 가상현금이 입금되는 프로그램 오류를 이용하여 복권 구매명령 입력 행위를 반복함으로써 자신의 가상계좌로 구매요청금 상당의 금액이 입금되게 하였다면 ‘부정한 명령의 입력’에 해당한다.
- ③ 평상시 여·수신업무를 처리할 권한이 있는 금융기관직원이 범죄의 목적으로 전산단말기를 이용하여 다른 공범들이 지정한 특정계좌에 무자원 송금의 방식으로 거액을 입금한 것은 ‘권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 한 경우’에 해당하지 않는다.

① (O) 大判 2014.03.13. 2013도16099.

② (O) 사안에서, 피고인의 행위는 형법 제347조의2에서 정한 ‘허위의 정보 입력’에 해당하지는 않더라도, 프로그램 자체에서 발생하는 오류를 적극적으로 이용하여 사무처리의 목적에 비추어 정당하지 아니한 사무처리를 하게 한 행위로서 ‘부정한 명령의 입력’에 해당한다(大判 2013.11.14. 2011도4440).

③ (X) 금융기관 직원이 범죄의 목적으로 전산단말기를 이용하여 다른 공범들이 지정한 특정계좌에 무자원 송금의 방식으로 거액을 입금한 것은 형법 제347조의2에서 정하는 컴퓨터 등 사용자기죄에서의 ‘권

한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 한 경우’에 해당한다고 할 것이고, 이는 그 직원이 평상시 금융기관의 여·수신업무를 처리할 권한이 있었다고 하여도 마찬가지이다(大判 2006.1.26. 2005도8507).

187번

나. 甲이 금융기관에 피고인의 명의로 예금을 하면서 자신만이 인출할 수 있게 해달라고 요청하여 금융기관 직원이 예금관련 전산시스템에 ‘甲이 예금, 인출예정’이라고 입력하였고 피고인도 이의를 제기하지 않았는데, 그 후 피고인이 금융기관을 상대로 예금 지급을 구하는 소를 제기하였다가 금융기관의 변제공탁으로 패소한 경우 사기미수죄가 성립한다.

나. (X) [1] 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률에 따라 실명확인 절차를 거쳐 예금계약을 체결하고 실명확인 사실이 예금계약서 등에 명확히 기재되어 있는 경우에는, 일반적으로 예금계약서에 예금주로 기재된 예금명의자나 그를 대리한 행위자 및 금융기관의 의사는 예금명의자를 예금계약의 당사자로 보려는 것이라고 해석하는 것이 경험법칙에 합당하다. [2] 사안의 경우, 제반 사정에 비추어 금융기관과 甲 사이에 실명확인 절차를 거쳐 서면으로 이루어진 피고인 명의의 예금계약을 부정한 예금명의자인 피고인의 예금반환청구권을 배제하고, 甲에게 이를 귀속시키겠다는 명확한 의사의 합치가 있었다고 인정할 수 없어 예금주는 여전히 피고인이므로, 사기미수죄가 성립하지 않는다(大判 2011.5.13. 2009도5386). ▶ 금융기관 직원이 예금관련 전산시스템에 ‘甲이 예금, 인출 예정’이라고 입력하였더라도 피고인 명의로 예금한 이상 피고인이 예금계약의 당사자라고 본다는 취지이다. 따라서 예금주인 피고인이 자신의 예금을 지급받았을 한 것은 사기죄가 아니라는 판결이다.

189번

- ① 피고인이 대금지급의 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 백두산 미륵불상 건립을 홍보하는 도자기를 주문하여 도자기 5,000개를 제작케 하였는데, 피해자가 제작된 도자기 중 1,600개를 피고인이 지정한 사찰로 배달하고, 나머지 3,400개는 피고인이 지정한 사찰로 배달할 수 있는 상태로 보관하였다면, 피고인은 1,600개 도자기에 대해서만 사기죄의 죄책을 진다.
- ③ 소송사기가 성립하기 위해서는 원고가 제소할 당시에 그 주장의 채권이 존재하지 않음을 알고 있는 것으로 족하다.

- ① (X) 피고인의 주문에 따라 제작된 도자기 중 실제로 배달된 것뿐만 아니라 피고인이 지정하는 장소로의 배달을 위하여 피해자가 보관중인 도자기도 피고인에게 모두 교부되었다고 보아야 하므로 사기죄의 기수를 인정할 수 있다(大判 2003.5.16. 2001도1825).
- ③ (X) 원고측에 의한 소송사기가 성립하기 위하여는 제소 당시에 그 주장과 같은 채권이 존재하지 아니하다는 것만으로는 부족하고 그 주장의 채권이 존재하지 아니한 사실을 잘 알고 있으면서도 허위의 주장과 입증으로써 법원을 기망한다는 인식을 하고 있어야만 하는 것이고, 이와 마찬가지로, 피고측에 의한 소송사기가 성립하기 위하여는 원고 주장과 같은 채무가 존재한다는 것만으로는 부족하고 그 주장의 채무가 존재한다는 사실을 잘 알고 있으면서도 허위의 주장과 입증으로써 법원을 기망한다는 인식을 하고 있어야만 한다(大判 2004.3.12. 2003도333).

제5절 공갈죄

192번

- ③ 甲이 기자회견을 하면서 주점 객실에서 나체쇼를 한 주점 접대부 乙을 고발할 것처럼 테리고 나와 여관으로 유인한 다음 겁에 질려있는 乙의 상태를 이용하여 동침하면서 1회 성교

한 것은 매음대가의 지급을 면하였다고 볼 수 없어 공갈죄의 죄책을 지지 않는다.

- ③ (O) 大判 1983.2.8. 82도2714.

195번

- ㉠ 사회통념상 용인되기 어려운 정도를 넘는 협박을 수단으로 상대방을 의포케 하여 재물의 교부 또는 재산상의 이익을 받았다고 하더라도, 피고인이 피해자에 대하여 진정한 채권을 가지고 있다면 공갈죄는 성립하지 아니한다.
- ㉡ 공갈죄의 대상이 되는 재물은 타인의 재물을 의미하므로, 사람을 공갈하여 자기의 재물을 교부받은 경우에는 공갈죄가 성립하지 않는다.
- ㉢ (X) 피고인이 피해자와의 동거를 정산하는 과정에서 피해자에 대하여 금전채권이 있다고 하더라도, 그 권리행사를 방자하여 사회통념상 용인되기 어려운 정도를 넘는 협박을 수단으로 사용하였다면 공갈죄가 성립한다(大判 1996.9.24. 96도2151).
- ㉣ (O) 공갈죄의 객체는 사기죄와 동일하게 타인의 재물 또는 재산상의 이익이다. 그러므로 자기의 재물을 교부받은 경우에는 공갈죄가 성립할 수 없다.

제6절 횡령죄

197번

- ④ 피고인이甲과 특정 토지를 매수하여 전매한 후 전매이익금을 정산하기로 약정한 다음甲이 조달한 돈 등을 합하여 토지를 매수하고 소유권이전등기는 피고인 등의 명의로 마쳐 두었는데, 위 토지를 제3자에게 임의로 매도한 후甲에게 전매이익금 반환을 거부한 경우 피고인에게 횡령죄가 성립하지 않는다. (단,甲은 토지의 매수 및 전매를 피고인에게 전적으로 일임하고 그 과정에 전혀 관여하지 않았음.)
- ④ (O)甲이 토지의 전매자익을 얻음 목적으로 일정 금원을 출자하였다더라도 이후 업무감시권 등에 근거하여 업무집행에 관여한 적이 전혀 없을 뿐만 아니라 피고인이 아무런 제한 없이 재산을 처분할 수 있었음이 분명하므로 피고인과甲의 약정은 조합 또는 내적 조합에 해당하는 것이 아니라 '익명조합과 유사한 무명계약'에 해당한다고 보아야 하므로 피고인이 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있지 않다고 보아 횡령죄는 성립하지 않는다(大判 2011.11.24. 2010도5014).

201번

- ㉠ A주식회사의 대표이사과 실질적 운영자인甲이 공모하여, 자신들이 B에 대해 부담하는 개인채무 지급을 위하여 A회사로 하여금 위 채무에 대하여 연대보증하게 하여 배임죄가 성립한 후에 A회사를 위하여 보관 중인 돈을 임의로 인출하여 B에게 위 채무를 변제한 행위는 불법적 사후행위에 해당한다.
- ㉡ 동사무소의 사환이 동사무소 직원으로부터 시청금고에 입금하도록 교부 받은 현금과 예금에서 찾은 돈을 생활비에 소비한 경우 횡령죄가 성립한다.
- ㉢ (X) 배임죄와 횡령죄의 구성요건적 차이에 비추어 보면, 회사에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하여 회사로 하여금 자신의 채무에 관하여 연대보증채무를 부담하게 한 다음, 회사의 금전을 보관하는 자의 지위에서 회사의 이익이 아닌 자신의 채무를 변제하려는 의사로 회사의 자금을

자기의 소유인 경우와 같이 임의로 인출한 후 개인채무의 변제에 사용한 행위는, 연대보증채무 부담으로 인한 배임죄와 다른 새로운 보호법익을 침해하는 것으로서 배임 범행의 불법적 사후행위가 되는 것이 아니라 별죄인 횡령죄를 구성한다고 보아야 하며, 횡령행위로 인출한 자금이 선행 임무위배행위로 인하여 회사가 부담하게 된 연대보증채무의 변제에 사용되었다 하더라도 달리 볼 것은 아니다(大判 2011.4.14. 2011도277).

- ㉣ (O) 절도죄가 아니라 횡령죄가 성립된다(大判 1968.10.29. 68도1222). ▶ 비록 동회의 사환에 불과하다 하더라도 동 직원으로부터 교부 받은 현금과 예금에서 찾은 돈은 피고인의 사실상 지배하에 있었던 것으로서 피고인은 타인의 재물을 보관하는 자에 해당한다.

202번

- ㉠ 보석가게를 운영하는 자가 찾아온 손님이 급하게 다이아몬드를 찾자 다른 보석가게에서 다이아몬드 1개를 잠시 빌려갔으나 거래가 성사되지 못하여 보관하던 중, 다이아몬드를 돌려달라는 요청을 받고도 반환을 거부한 경우 횡령죄가 성립한다.

- ㉢ (O) 大判 2002.3.29. 2001도6550.

204번

- ④ 회사에서 지급된 노트에 개인적인 필요에 의하여 영업상의 주요사항을 기재하였는데, 퇴직시 그 노트를 회사에 반환하지 아니하고 가지고 나온 경우 횡령죄가 성립한다.

- ④ (X) 노트에 피고인이 근무하던 회사의 영업상의 주요사항이 기재되어 있고 그 업무내용과 관련성이 있기는 하였으나, 이는 직무수행상의 일환으로 작성된 것은 아니고 개인적인 필요에 의하여 작성된 것으로서 그 노트에 기재된 내용이 회사의 기밀사항이라 하여도 이 노트는 피고인의 소유에 속한다고 볼 것이어서 퇴직시에 이를 회사에 반환하지 아니하고 가지고 나온 행위가 횡령죄를 구성한다고 할 수 없다(大判 1994.5.24. 94도763).

205번

- ㉡ 공장을 인수하면서 타인 소유의 기계들도 함께 인도받아 보관하던 중 은행에 공장과 그 기계들을 담보로 제공하였다면 횡령죄가 성립한다.

- ㉢ (O) 횡령죄는 다른 사람의 재물에 관한 소유권 등 본권을 그 보호법익으로 하고 본권이 침해될 위험성이 있으면 그 침해의 결과가 발생되지 아니하더라도 성립하는 이른바 위태범이므로, 다른 사람의 재물을 보관하는 사람이 그 사람의 동의 없이 함부로 이를 담보로 제공하는 행위는 불법영득의 의사를 표현하는 횡령행위로서 사법상 그 담보제공행위가 무효이거나 그 재물에 대한 소유권이 침해되는 결과가 발생하지 여부에 관계없이 횡령죄를 구성한다(大判 2002.11.13. 2002도2219). ▶ 타인소유물에 대한 무권한자의 처분이라도 사법상 무효가 되더라도 이와 상관없이 횡령죄가 성립한다.

207번

- ㉠ 피고인이 피해자와 특정 토지를 공동으로 매수하여 공동으로 소유권이전등기를 마쳐진 후 그 업무를 피고인이 처리하기로 하는 공동매수약정을 맺었음에도 그에 반하여 피고인 단독 명의로 소유권이전등기를 마쳤다가, 이에 대해 항의하는 피해자에게 해당 지분에 관한 소유권확인증서를 작성·교부하였는데 그 후 해당 토지에 관해 수령한 도서개발사업보상금 중 피해자의 지분 부분에 대한 반환 요구를 거부한 경우, 위 소유권확인증서 작성으로 피고인과 피해자 사이에 '2자가 등기명의 신탁약정'이 성립하였으므로, 피고인에게 횡령

죄가 성립한다.

- ② 甲 주식회사의 대표이사과 실질적 운영자인 피고인들이 공모하여, 자신들이 乙에 대해 부담하는 개인채무 지급을 위하여 甲 회사로 하여금 약속어음을 공동발행하게 하고 위 채무에 대하여 연대보증하게 한 후에 甲 회사를 위하여 보관 중인 돈을 임의로 인출하여 乙에게 지급하여 위 채무를 변제한 경우, 피고인들에게 배임죄와 별도로 횡령죄를 구성한다.
- ③ 명의신탁받아 보관 중이던 토지를 임의로 매각하여 이를 횡령한 경우에 그 매각대금을 이용하여 다른 토지를 취득하였다가 이를 제3자에게 담보로 제공하였다고 하더라도 이는 별개의 횡령죄를 구성하지 않는다.
- ④ 주식회사의 대표이사가 회사의 금원을 인출하여 사용하였는데 그 사용처에 대한 증빙자료를 제시하지 못하고 있고 그 인출사유와 금원의 사용처에 대하여 납득할 만한 합리적인 설명을 하지 못하고 있다고 하더라도, 이러한 사정만으로는 위 금원을 그가 불법영득의 의사로 사용한 것으로 추단할 수 없다.

① (O) 大判 2009.11.26. 2009도5547.

② (O) 大判 1999.6.25. 99도1141.

③ (O) 피고인이 명의신탁받아 보관 중이던 토지를 임의로 매각하여 이를 횡령한 경우에 그 매각대금을 이용하여 다른 토지를 취득하였다가 이를 제3자에게 담보로 제공하였다고 하더라도 이는 횡령한 물건을 처분한 대가로 취득한 물건을 이용한 것에 불과할 뿐이어서 명의신탁 토지에 대한 횡령죄와 별개의 횡령죄를 구성하지 않는다(大判 2006. 10. 13. 2006도4034).

④ (X) 업무상횡령죄에 있어서 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같은 처분을 하는 의사를 말하고, 주식회사의 대표이사가 회사의 금원을 인출하여 사용하였는데 그 사용처에 관한 증빙자료를 제시하지 못하고 있고 그 인출사유와 금원의 사용처에 관하여 납득할 만한 합리적인 설명을 하지 못하고 있다면, 이러한 금원은 그가 불법영득의 의사로 회사의 금원을 인출하여 개인적 용도로 사용한 것으로 추단할 수 있다(大判 2008.3.27. 2007도9250).

210번

- ④ 관광지조성사업조합의 조합장인 피고인이 정관에서 정한 절차를 거치지 않고 조합 명의의 계좌에서 급여 명목의 보수를 수령하여 개인 채무변제 등에 사용한 경우 횡령죄가 성립한다.

④ (O) (大判 2013.08.30. 2013도2761).

211번

- ③ 업무상횡령죄에서 '업무'는 법령, 계약에 의한 것뿐만 아니라 관례를 좇거나 사실상의 것이거나를 묻지 않고 같은 행위를 반복할 지위에 따른 사무를 가리키며, 횡령죄에서 재물 보관에 관한 위탁관계는 사실상의 관계에 있으면 충분한다.
- ④ 금은방을 운영하는 피고인은 甲이 맡긴 금을 시세에 따라 사고 파는 방법으로 운용하여 매달 일정한 이익금을 지급하는 한편, 甲의 요청이 있으면 언제든지 보관 중인 금과 현금을 반환하기로 甲과 약정하였는데, 그 후 경제사정이 악화되자 이를 자신의 개인채무 변제 등에 사용한 경우 횡령죄가 인정된다.

③ (O) 大判 2011.10.13. 2009도13751.

④ (O) (大判 2013.03.28. 2012도16191).

212번

- ② 판공비에 대해 피고인이 그 행방이나 구체적인 사용처를 제대로 설명하지 못한다거나 사후적으로 그 사용에 관한 증빙자료를 제출하지 못하고 있는 경우 불법영득의 의사로 이를 횡령하였다고 추단하여서는 안 된다.
- ③ 근로자가 운송회사로부터 일정액의 급여를 받으면서 당일 운송수입금을 전부 운송회사에 납입하고 운송회사는 근로자가 납입한 운송수입금을 월 단위로 정산하기로 하는 약정이 체결되었는데 근로자가 운송수입금을 임의로 소비한 경우 횡령죄로 처벌할 수 없다.

② (O) (大判 2010.6.24. 2007도5899). ▶ "판공비"의 성격상 구체적인 사용처의 설명이나 사후 증빙자료 제출이 어렵다고 보았다.

③ (X) [1] 운송회사와 소속 근로자 사이에 근로자가 운송회사로부터 일정액의 급여를 받으면서 당일 운송수입금을 전부 운송회사에 납입하고, 운송회사는 근로자가 납입한 운송수입금을 월 단위로 정산하여 그 운송수입금이 월간 운송수입금 기준액인 사납금을 초과하는 경우에는 그 초과금액에 대하여 운송회사와 근로자에게 일정 비율로 배분하여 정산하고, 사납금에 미달되는 경우에는 그 부족금액에 대하여 근로자의 급여에서 공제하여 정산하기로 하는 약정이 체결되었다면, 근로자가 사납금 초과 수입금을 개인 자신에게 직접 귀속시키는 경우와는 달리, 근로자가 애초 거둔 운송수입금 전액은 운송회사의 관리와 지배 아래 있다고 봄이 상당하므로 근로자가 운송수입금을 임의로 소비하였다면 횡령죄를 구성한다. [2] 이는 근로자가 운송회사에 대하여 사납금을 초과하는 운송수입금의 일부를 배분받을 권리를 가지고 있다고 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 다를 바 없다고 할 것이다(大判 2014.04.30. 2013도8799).

213번

- ① 채무자 A는 채권자 B에게 채무총액에 대한 지불각서를 써주기로 하고 그 액면금을 확인하기 위해 B에게서 가계수표를 교부받았다. A는 수표를 건네받아 수표의 매수와 액면금액을 확인하던 중 수표총액이 액면금에 미치지 못하자 수표를 중 일부를 찢어버리고 나머지 수표들을 반환하지 아니한 경우 횡령죄가 성립한다.
- ③ 지입회사에 소유권이 있는 차량에 대하여 지입회사에서 운행관리권을 위임받은 지입차주 또는 지입차주에게서 차량 보관을 위임받은 사람이 지입회사 또는 지입차주의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분한 경우 횡령죄가 성립한다.

① (O) 채무자가 채무총액에 관한 지불각서를 써 줄 것으로 믿고, 채권자가 채무자에게 그 액면금 등을 확인할 수 있도록 가계수표를 교부하였다면, 횡령죄에 있어서 조리에 의한 위탁관계가 발생하였다(大判 1996.5.14. 96도410).

③ (O) 大判 2015.6.25. 2015도1944 전합.

214번

[문제] 甲에게 횡령죄 또는 업무상횡령죄가 성립하는 경우는? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 골프회원권 매매중개업체를 운영하는 甲이 매수의뢰와 함께 입금받아 다른 회사자금과 함께 보관하던 금원을 일시적으로 다른 회원권의 매입대금 등으로 임의로 소비한 경우
- ② 법인의 이사를 상대로 한 이사직무집행정지 가처분이 결정되자 법인의 대표자 甲이 위 가처분에 대항하여 항쟁할 필요가 있기 때문에 직무집행정지 가처분 결정을 받은 이사에게

그 사건에 관한 소송비용을 법인 경비로 지급한 경우

- ③ 채무자 甲이 채권자에게 동산을 양도담보로 제공하고 점유개정의 방법으로 점유하고 있는 상태에서 이것을 제3자에게 처분한 경우
- ④ 병원에서 의약품 선정·구매 업무를 담당하는 약국장 甲이 병원을 대신하여 제약회사로부터 의약품 제공의 대가로 기부금 명목의 돈을 받아 보관중 임의로 소비한 경우

- ① (X) 위 매입대금은 그 목적과 용도를 정하여 위탁된 금전으로서 골프회원권 매입시까지 그 소유권이 위탁자에게 유보되어 있으나, 다른 회사자금과 함께 보관된 이상 그 특정성을 인정하기 어렵고, 피고인의 불법영득의사를 추단할 수 없으므로 횡령죄를 구성하지 아니한다(大判 2008.3.13. 2007도7568).
- ② (X) 법인의 이사를 상대로 한 이사직무집행정지 가처분이 결정된 경우, 당해 법인의 업무를 수행하는 이사의 직무집행이 정지당함으로써 사실상 법인의 업무수행에 지장을 받게 될 것은 명백하므로, 법인으로서는 그 이사 자격의 부존재가 객관적으로 명백하여 항쟁의 여지가 없는 경우가 아닌 한, 위 가처분에 대하여 항쟁할 필요가 있다. 이와 같이 필요한 한도 내에서 법인의 대표자가 법인 경비에서 당해 가처분 사건의 피신청인인 이사에게 그 사건에 관한 소송비용을 지급하였다면, 이는 법인의 업무수행을 위하여 필요한 비용을 지급한 것에 해당하고, 법인의 경비를 횡령한 것이라고 볼 수는 없다(大判 2009.3.12. 2008도10826).
- ③ (X) 위 사안에서, 수입업자는 신의법칙상 양도담보권자인 개설은행이 담보의 목적을 달성할 수 있도록 개설은행에 대한 신용장대금 변제시까지 위 물품을 보관할 의무를 지게 되고, 이 의무는 개설은행에 대하여 타인의 사무에 해당한다고 할 것이므로 위 물품을 처분하는 등 부당하게 그 담보가치를 감소시키는 행위는 형법상 배임죄를 구성한다(大判 1989.7.25. 89도350; 大判 1998.11.10. 98도2526). ▶ 동산 양도 담보에서 채무자의 처분으로 배임죄가 성립한다.
- ④ (O) (大判 2008.10.9. 2007도2511). <주> 사안의 리베이트 대가금은 불법원인급여가 아니라고 보았기 때문에 병원의 소유를 인정하였고, 따라서 약국장은 타인 소유의 재물을 횡령한 것으로 평가된다.

215번

- ㉠ 불법영득의 의사로써 업무상 보관중인 타인의 금전을 횡령하여 범죄가 성립하였다고 하더라도, 횡령의 범행을 한 자가 물건의 소유자에 대하여 별도의 금전채권을 가지고 있음을 주장하고 이를 자동채권으로 하여 그 대등액에서 횡령액에 관하여 상계의 의사표시를 하였다면, 업무상횡령죄가 성립하지 아니한다.
- ㉡ 공장저당권 설정자로부터 그의 금융기관에 대한 피담보채무를 이행인수하면서 공장저당법에 의해 공장저당권이 설정된 공장기계를 함께 양수한 자는 그 채무 변제시까지 목적물을 담보목적에 맞게 보관하여야 할 임무가 있으므로 그 임무에 위배하여 제3자에게 임의매도하였다면 공장저당권자에 대하여 횡령죄가 성립한다.

- ㉢ (X) 일단 불법영득의 의사로써 업무상 보관중인 타인의 금전을 횡령하여 범죄가 성립한 이상 횡령의 범행을 한 자가 물건의 소유자에 대하여 별도의 금전채권을 가지고 있음을 주장하고 이를 자동채권으로 하여 그 대등액에서 횡령액에 관하여 상계의 의사표시를 한다고 하더라도 이미 성립한 업무상횡령죄에 무슨 영향이 있는 것은 아니다(大判 1995.3.14. 95도59).
- ㉣ (X) 설정자로부터 그의 금융기관에 대한 피담보채무를 이행인수하면서 공장저당법에 의하여 공장저당권이 설정된 공장기계를 함께 양수한 자는 그 채무 변제시까지 목적물을 담보 목적에 맞게 보관하여야 할 임무가 있다고 할 것이므로 그 임무에 위배하여 제3자에게 임의 매도하였다면 공장저당권자에 대하여 배임죄가 성립한다(大判 2003.7.11. 2003도67).

제7절 배임죄

218번

- ㉡ 피고인이 사실상 자기 소유인 1인 주주 회사들 중의 한 개 회사 소유의 금원을 자기 소유의 다른 회사의 채무변제를 위하여 지출하거나 그 다른 회사의 어음결제대금으로 사용한 경우 횡령죄가 성립하지 않는다.

- ㉢ (X) 주식회사의 주식이 사실상 1인의 주주에 귀속하는 1인회사에 있어서는 행위의 주체와 그 본인 및 다른 회사와는 별개의 인격체이므로, 그 법인인 주식회사 소유의 금원은 임의로 소비하면 횡령죄가 성립되고 그 본인 및 주식회사에게 손해가 발생하였을 때에는 배임죄가 성립한다(大判 1996.8.23. 96도1525).

219번

- ㉡ 타인에 대하여 근저당권설정사무를 부담하는 자가 제3자에게 근저당권을 설정하여 주는 배임행위로 인하여 취득하는 재산상 이익 내지 그 타인의 손해는 그 타인에게 설정하여 주기로 한 근저당권의 담보가치 중 제3자와의 거래에 대한 담보로 이용함으로써 상실된 담보가치 상당으로서, 이를 산정하는 때에 제3자에 대한 근저당권 설정 이후에도 당해 부동산의 담보가치가 남아 있는 경우에는 그 부분을 재산상 이익 내지 손해에 포함시킬 수 없다.

- ㉢ (O) 大判 2009.9.24 2008도9213.

221번

- ㉢ A 주식회사를 인수하는 甲이 일단 금융기관으로부터 인수자금을 대출받아 회사를 인수한 다음, A 주식회사에 아무런 반대급부를 제공하지 않고 그 회사의 자산을 위 인수자금 대출금의 담보로 제공하도록 하였다면, 甲에게는 배임죄가 성립한다.

- ㉣ (O) 大判 2008.2.28. 2007도5987.

229번

- ㉢ 회사 직원이 무단으로 자료를 반출하는 행위를 업무상배임죄로 의율하기 위해서는 위 자료가 반드시 영업비밀에 해당할 필요까지는 없더라도 ‘영업상 주요한 자산’에 해당하여야 한다.

- ㉣ (O) 大判 2011.7.14. 2010도3043.

230번

- ㉡ 회사직원이 영업비밀을 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 무단으로 반출하였다면 그 반출시에 업무상배임죄의 기수가 되고, 영업비밀이 아니더라도 그 자료가 불특정 다수의 사람에게 공개되지 않았고 사용자가 상당한 시간, 노력 및 비용을 들여 제작한 영업상 주요한 자산인 경우에도 그 자료의 반출행위는 업무상배임죄를 구성한다.

- ② (O) (大判 2008.4.24. 2006도9089).

231번

[문제] 채권담보목적으로 부동산에 관한 대물변제약을 체결한 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분한 경우 대법원 다수 의견은 배임죄를 부정한다. 다음 중 다수의견을 지지하는 논거는 무엇인가?

- ① 채권자는 원래의 채권에 대한 담보를 취득하기 위하여 대물변제약을 체결한 것인데 그 담보물이 없어진 후에도 채무자의 일반재산으로부터 금전적 손해배상을 받기만 하면, 대물변제약의 목적이 달성된 것과 같다고 하는 것은 담보계약으로서의 대물변제약 자체를 무의미한 것으로 만드는 것이다.
- ② 채무자가 대물변제약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 그 예약 당시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 채무자가 차용금을 제때에 반환하지 못하여 채권자가 예약완결권을 행사한 후에야 비로소 문제가 되는 것이고, 채무자는 예약완결권행사 이후라도 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 그 의무에서 벗어날 수 있다.
- ③ 담보계약을 체결한 채권자와 채무자 사이에는 그 담보계약 자체로부터 피담보채권의 발생 원인이 된 법률관계와는 별도의 독자적인 신임관계가 발생한다.
- ④ 부동산을 채권담보 목적으로 제공한 자가 담보권자에 대한 동기협력의무를 이행하지 아니하는 경우, 행위의 불법성이나 비난가능성의 정도에 있어서는 부동산을 매도하기로 한 자가 매수인에 대한 동기협력의무를 이행하지 아니한 경우와 비교하여 아무런 질적 차이가 존재하지 않는다.

*다수의견은 ②번이고, 나머지는 반대이견이다.

* [1] 채무자가 채권자에 대하여 소비대차 등으로 인한 채무를 부담하고 이를 담보하기 위하여 장래에 부동산의 소유권을 이전하기로 하는 내용의 대물변제약에서, 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 '자기의 사무'에 해당하는 것이 원칙이다. [2] 채무자가 대물변제약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 예약 당시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 채무자가 차용금을 제때에 반환하지 못하여 채권자가 예약완결권을 행사한 후에야 비로소 문제가 되고, 채무자는 예약완결권 행사 이후라도 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 그 의무에서 벗어날 수 있다. 한편 채권자는 당해 부동산을 특정물 자체보다는 담보물로서 가치를 평가하고 이로써 기존의 금전채권을 변제받는 데 주된 관심이 있으므로, 채무자의 채무불이행으로 인하여 대물변제약에 따른 소유권등기를 이전받는 것이 불가능하게 되는 상황이 초래되어도 채권자는 채무자로부터 금전적 손해배상을 받음으로써 대물변제약을 통해 달성하고자 한 목적을 사실상 이룰 수 있다. 이러한 점에서 대물변제약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이라서 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 '타인의 사무'에 해당한다고 볼 수는 없다. [3] 그러므로 채권 담보를 위한 대물변제약 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다(大判 2014.08.21. 2014도3363 전합).

232번

[문제] 형법상 배임죄가 성립하지 않는 경우는? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④甲이 A에게 전세권설정계약을 맺고 전세금의 중도금을 지급받은 후 당해 부동산에 임의로 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 주어 담보능력상실의 위험이 발생한 경우

- ④ (O) 배임죄에 있어서 손해란 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상의 위험이 발생한 경우도 포함되므로 피해자와 주택에 대한 전세권설정계약을 맺고 전세금의 중도금까지 지급받고도 임의로 타에 근저당권설정등기를 경료해 줌으로써 전세금반환채무에 대한 담보능력 상실의 위험이 발생되었다고 보여진다면 위 등기 경료행위는 배임죄를 구성한다(大判 1993.9.28. 93도2206).

233번

- ② 은행지점장이 거래처의 기존대출금에 대한 연체이자에 충당하기 위하여 위 거래처가 신규대출을 받은 것처럼 서류상으로 정리한 경우 금융기관이 실제로 거래처에게 대출금을 새로 교부한 것이 아니라도 업무상배임죄는 성립한다.
- ③ 채무자가 채권의 양도담보로 제공하고 계속 보관 중인 동산을 변제기 전에 임의로 처분한 경우 배임죄가 성립한다.

- ② (X) 금융기관이 거래처의 기존 대출금에 대한 원리금 및 연체이자에 충당하기 위하여 위 거래처가 신규대출을 받은 것처럼 서류상 정리하였더라도 금융기관이 실제로 위 거래처에게 대출금을 새로 교부한 것이 아니라면 따로 업무상배임죄가 성립된다고 볼 수 없다(大判 2000.6.27. 2000도1155).
- ③ (O) 양도담보된 동산이 자동차인 경우 소유권의 득실변경은 등록을 하여야만 효력이 생기지만 그 사용방법에 따라 담보가치에 영향을 주므로 자동차를 양도담보로 설정하고서 점유하는 채무자가 이를 처분하는 등 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에도 역시 배임죄의 죄책을 면할 수 없다(大判 1989.07.25. 89도350).

234번

- ㉠ 행위자가 본인을 위한다는 의사로 행위하였더라도 그 목적이 사회상규에 위반되어 용인할 수 없는 경우라면 배임죄가 성립한다.
- ㉡ 금융기관이 실제로 거래처에 대출금을 새로 교부한 경우에는, 비록 새로운 대출금이 기존대출금의 원리금으로 상환되도록 약정되어 있다고 하더라도 그 대출과 동시에 이미 손해발생의 위험은 발생하였다고 보아야 할 것이므로 업무상배임죄가 성립한다.
- ㉢ 주식회사의 임원이 회사가 관리하는 주차장에 관하여 매월 얻는 총 수익보다 적은 임대료를 정하고 통상보다 장기인 임대기간을 정하여 임대차계약을 체결한 행위는 업무상배임죄에 해당한다.

- ㉠ (O) 大判 2002.7.22. 2002도1696.
- ㉡ (O) 大判 2010.1.28. 2009도10730.
- ㉢ (O) 大判 2014.2.21. 2011도8870.

235번

- ④ 배임죄에 있어서 '타인의 사무'에 동기협력의무와 같이 매매, 담보권설정 등 자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산 보전에 협력할 의무가 있는 경우는 포함되지 않는다.

- ④ (X) 동기협력의무와 같이 매매, 담보권설정등 자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대

방의 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우 배임죄의 타인 사무로 볼 수 있다(大判 1983.2.8, 81도3137).

237번

① 증여자와 수증자가 구두의 증여계약을 체결한 후 증여자가 그 목적물을 제3자에게 매도한 경우 배임죄가 성립한다.

① (X) 서면에 의하지 아니한 증여계약이 행하여진 경우 당사자는 그 증여가 이행되기 전까지는 언제든지 이를 해제할 수 있으므로 증여자가 구두의 증여계약에 따라 수증자에 대하여 증여 목적물의 소유권을 이전하여 줄 의무를 부담한다고 하더라도 그 증여자는 수증자의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 할 수 없다(大判 2005.12.9, 2005도5962).

238번

- ㉠ 입주자대표회의 회장이 지출결의서에 날인을 거부함으로써 아파트 입주자들에게 그 연체료를 부담시킨 경우 공급업체가 연체료 상당의 재산상 이익을 취득한 것이라고 단정할 수 없다.
- ㉡ 甲 조합의 대출업무 등 담당자인 피고인이 甲 조합에 처(妻)와 모친 소유의 토지를 담보로 제공하고 그들 명의로 대출을 받은 다음 위임장 등을 위조하여 담보로 제공된 위 토지에 설정된 근저당권설정등기를 말소한 경우 피해자 조합에는 손해가 발생하였다고 할 것이고, 피해자 조합이 위 말소한 근저당권설정등기의 회복등기를 구할 수 있다고 하더라도 마찬가지이다.
- ㉢ 회사의 승낙 없이 임의로 지정 할인율보다 더 높은 할인율을 적용하여 회사가 지정한 가격보다 낮은 가격으로 제품을 판매하는 이른바 '덤핑판매'에서, 제3자인 거래처에 시장 거래 가격에 따라 제품을 판매한 경우라도 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한 사실이 없다면 업무상배임죄가 성립하지 않는다.
- ㉣ 甲 주식회사의 실질적 경영자인 피고인이 자신의 개인채무를 담보하기 위하여 甲 회사 소유 부동산에 乙 앞으로 근저당권설정등기를 마친 경우, 乙이 피고인이 개인채무를 담보하기 위하여 근저당권을 설정한다는 사정을 알고 있었다면 甲 회사에 재산상 실해 발생의 위험이 초래된 것으로 볼 수 없으므로 업무상 배임죄가 성립하지 않는다.

- ㉠ (O) (大判 2009.6.25, 2008도3792).
- ㉡ (O) 사안의 경우, 등기 말소로 甲 조합에 손해가 발생하였다고 할 것임에도, 이와 달리 보아 무죄를 선고한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다(大判 2014.6.12, 2014도2578).
- ㉢ (O) 피고인이 피해 회사의 승낙 없이 임의로 지정 할인율보다 더 높은 할인율을 적용하여 회사가 지정한 가격보다 낮은 가격으로 제품을 판매하는 이른바 '덤핑판매'로 제3자인 거래처에 재산상의 이익이 발생하였는지 여부는 경제적 관점에서 실질적으로 판단하여야 할 것인바, 피고인이 피해 회사가 정한 할인율 제한을 위반하였다 하더라도 시장에서 거래되는 가격에 따라 제품을 판매하였다면 지정 할인율에 의한 제품가격과 실제 판매시 적용된 할인율에 의한 제품가격의 차액 상당을 거래처가 얻은 재산상의 이익이라고 볼 수는 없다(大判 2009.12.24, 2007도2484).
- ㉣ (O) 甲 주식회사의 실질적 경영자인 피고인이 자신의 개인채무를 담보하기 위하여 甲 회사 소유 부동산에 乙 앞으로 근저당권설정등기를 마친 경우, 乙은 피고인이 개인채무를 담보하기 위하여 근저당권을 설정한다는 사정을 잘 알고 있어서 근저당권 설정행위는 대표권 남용행위로서 무효이므로 甲 회사는 乙에 대하여 무효인 근저당권에 기한 채무는 물론 사용자책임이나 법인의 불법행위 등에 따른 손해배상의무도 부담할 여지가 없고, 근저당권이 그 후 해지를 원인으로 말소되어 피고인의 근저당권 설정행위로 말미암아 甲 회사에 재산상 손해가 발생하였거나 재산상 실해 발생의 위험이 초래된 것으로 볼

수 없으므로 업무상 배임죄가 성립하지 않는다(大判 2012.2.23, 2011도15857).

239번

- ① 채무자가 투자금반환채무의 변제를 위하여 담보로 제공한 입차권 등의 권리를 그대로 유지할 계약상 의무가 배임죄에서 말하는 '타인의 사무'에 해당한다고 할 수 없다.
- ② 회사의 대표이사가 제3자를 위하여 회사의 재산을 담보로 제공한 후 이미 설정한 담보물을 교체하는 경우에 기존 담보물의 가치보다 새로 제공하는 담보물의 가치가 더 크다면, 특별한 사정이 없는 한 회사에게 위와 같은 방법으로 증가된 담보가치 중에서 피담보채무액에 상당하는 액수만큼 재산상 손해가 발생하였다고 할 것이다.
- ③ 중소기업집진홍공단의 甲이 부직격업체 사장인 乙의 청탁을 받고 139억원이 부정대출되게 하고, 그 후 甲은 사직한 후에 乙로부터 위 행위의 대가로 금원을 교부받았다면 업무상배임죄와 함께 배임수재죄도 성립한다.
- ④ 채무자가 채권자에게 차용금 채무에 대한 담보로 채무자 소유의 골프장회원권을 제공한 후 이를 임의로 처분한 경우 채무자에게 배임죄가 성립하지 않는다.

- ① (O) 大判 2015.03.26, 2015도1301.
- ② (O) 大判 2006.11.9, 2004도7027.
- ③ (O) (大判 1997.10.24, 97도2042). <주> 업무상배임죄와 배임수재죄는 실체적 경합범의 관계이다.
- ④ (X) 회원 가입시에 일정 금액을 예탁하였다가 탈퇴 등의 경우에 그 예탁금을 반환받는 이른바 예탁금 회원제로 운영되는 골프장의 회원권을 다른 채무에 대한 담보 목적으로 양도한 경우에 회원권은 양도인과 양수인 사이에서는 그 동일성을 유지한 채 양도인으로부터 양수인에게 이전하고, 양도인은 양수인에게 귀속된 회원권을 보전하기 위하여 채무자인 골프장 운영 회사에 채권양도 통지를 하거나 채권양도 승낙(필요한 경우에는 명의개서까지)을 받음으로써 양수인으로 하여금 채무자에 대한 대항요건을 갖추 수 있도록 해 줄 의무를 부담하므로, 회원권 양도의 당사자 사이에서는 양도인은 양수인을 위하여 회원권 보전에 관한 사무를 처리하는 자라고 할 것이다. 피고인과 피해자 사이에 피고인 소유인 이 사건 골프회원에 관하여 유효하게 담보 계약이 체결되어 피고인이 담보물인 이 사건 골프회원을 담보 목적에 맞게 보관·관리할 의무를 부담함으로써 피해자의 사무를 처리하는 자의 지위에 있었으므로 이 사건 골프회원을 제3자에게 매도한 피고인에 대하여 배임죄가 성립한다(大判 2012.2.23, 2011도16385).

240번

- ① 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받은 이상 그 후 사직으로 인하여 그 직무를 담당하지 아니하게 된 상태에서 재물을 수수하게 되었다 하더라도, 그 재물 등의 수수가 부정한 청탁과 관련하여 이루어진 것이라면 배임수재죄가 성립한다.
- ② 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위가 있어야 하고 그 행위로써 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이나 부정한 청탁을 받거나 금품을 수수한 것을 그 요건으로 하지 않는다.
- ③ 부동산에 처분금지가처분결정을 받아 가처분집행까지 마친 경우 가처분권자로서 성실의 원칙상 구체적인 상황과 자신의 역할, 지위에서 당연히 하지 말아야 할 행위를 함으로써 재산상의 이득을 취하였다면 일응 가처분 유지로 인한 재산상 이익이 인정되지만, 그 후 가처분의 피보전채권이 존재하지 않는 것으로 밝혀졌다면 처음부터 가처분 유지로 인한 재산상 이익이 없었던 것으로 보아야 한다.
- ④ 배임수재죄와 배임죄는 일반법과 특별법관계가 아닌 별개의 독립된 범죄이다.

- ① (O) (大判 1997.10.24. 97도2042).
- ③ (X) 부동산에 처분금지가처분결정을 받아 가처분집행까지 마친 경우, 피보전채권의 실제 존재 여부를 불문하고 가처분이 되어 있는 부동산은 매매나 담보제공 등에 있어 그렇지 않은 부동산보다 불리할 수 밖에 없는 점, 가처분집행이 되어 있는 부동산의 가처분집행이 해제되면 가처분 부담이 없는 부동산을 소유하게 되는 이익을 얻게 되는 점 등을 고려하면 가처분권리자로서는 가처분 유지로 인한 재산상 이익이 인정되고, 그 후 가처분의 피보전채권이 존재하지 않는 것으로 밝혀졌더라도 가처분의 유지로 인한 재산상 이익이 있었던 것으로 보아야 한다(大判 2011.10.27. 2010도7624).
- ② (O) ④ (O) 형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 등을 취득함으로써 성립하는 것이고 어떠한 임무 위배행위나 본인에게 손해를 가한 것을 요건으로 하는 것이 아닌데 대하여 동법 제256조, 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위가 있어야 하고 그 행위로서 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이나 부정한 청탁을 받거나 금품을 수수한 것을 그 요건으로 하지 않고 있으므로 이들 양 죄는 행위의 태양을 전연 달리하고 있어 일반법과 특별법관계가 아닌 별개의 독립된 범죄라고 보아야 하고 또 업무상 배임죄의 법정형은 10년 이하의 징역(단순배임죄의 법정형도 5년 이하의 징역)인데 비하여 배임수재죄의 그것은 업무상 배임죄의 법정형 보다 경한 5년 이하의 징역이므로 업무상 배임죄가 배임수재죄에 흡수되는 관계에 있거나 결과적 가중범의 관계에 있다고는 할 수 없으므로 위 양죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 의율처단하였음은 정당하다(大判 1984.11.27. 84도1906).

243번

- ② 배임수재죄는 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상 이익을 취득하면 성립되고, 어떠한 임무위배행위를 하거나 본인에게 손해를 가하는 것을 요건으로 하지 아니한다.
- ③ 광고대행업무를 수행하는 주식회사의 대표이사에게, 방송사 관계자에게 사례비를 지급하더라도 특정학원 소속 강사만을 채용하고 특정회사에서 출판되는 교재를 채택하여 특정회사의 이익을 위해 수능과외방송을 하는 내용의 방송협약을 체결해 달라고 부탁하는 것은 부정한 청탁에 해당되지 않는다.
- ④ 학교법인의 이사장 또는 사립학교경영자가 학교법인 운영권을 양도하고 양수인으로부터 양수인측을 학교법인의 임원으로 선임해 주는 대가로 양도대금을 받기로 하는 내용의 청탁을 받았다 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그 청탁을 배임수재죄의 구성요건인 '부정한 청탁'에 해당한다고 할 수 없다.

- ② (O) 大判 1983.12.13. 82도735.
- ③ (X) 방송은 공적 책임을 수행하고 그 내용의 공정성과 공공성을 유지하여야 하는 것이므로, 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것으로서 부정한 청탁에 해당된다(大判 2002.4.9. 99도2165).
- ④ (O) 大判 2014.1.23. 2013도11735.

244번

- ① 사립대학교의 교수 甲이 乙로부터 사례비를 받고 편입학업무를 담당하고 있는 교무처장 丙에게 강력히 요구하여 요건을 갖추지 못한 乙을 합격자로 발표하게 한 경우 甲에게는 대학교에 대한 업무방해죄와 배임수재죄의 죄책을 지을 수 없다.
- ㉠ 부정한 청탁이 없으면 배임수재죄는 미수에 해당한다.
- ㉡ 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용 및 이에 관련한 대가의 액수, 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며, 그 청탁이 반드시 명시적임을 요하지 않는다

- 다.
- ㉢ 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에도 본죄가 성립하는 것으로 해석되고 있다.
- ㉣ 배임수재자가 배임증재자에게서 무상으로 빌려준 물건을 인도받아 사용하고 있던 중에 공무원이 되었는데, 배임증재자가 배임수재자에게 뇌물공여의 뜻을 밝히고 물건을 계속하여 배임수재자가 사용할 수 있는 상태로 두는 경우, 새로운 이익을 제공한 것으로 평가할 수 있어 뇌물공여죄가 성립한다.

- ㉠ (O) 대학 편입학업무를 담당하지 아니한 甲이 乙로부터 편입학과 관련한 부정한 청탁을 받고 금품을 수수하였다 하더라도 편입학업무를 담당한 丙이 甲이 부정한 청탁을 받았음을 알았거나 스스로 부정한 청탁을 받지 않은 경우, 피고인 甲을 배임수재로, 피고인 乙을 배임증재로 처벌할 수 없다(大判 1999.1.15. 98도663). ▶ 편입학의 업무자는 대학교가 아니라 총장이며 교무처장은 업무의 담당자이다. 따라서 대학교에 대한 업무방해죄는 성립하지 않지만, 대학총장에 대한 업무방해죄는 성립할 수 있다. 또한 대학교의 교수 역시 편입학의 업무자가 아니므로 부정한 청탁과 함께 재산을 취득하였더라도 배임수재죄는 성립하지 않는다.
- ㉡ (X) 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(형법 357조 1항). 부정한 청탁이 없는 경우에는 배임수재죄는 성립하지 않는다.
- ㉢ (O) 배임수증죄에 있어서 부정한 청탁이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고, 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이와 관련되어 교부받거나 공여한 재물의 액수, 형식, 보호법익인 사무처리자의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며 그 청탁이 반드시 명시적임을 요하는 것은 아니다(大判 2005.1.14. 2004도6646).
- ㉣ (O) 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(형법 357조 1항).
- ㉤ (X) 배임수재자가 배임증재자에게서 그가 무상으로 빌려준 물건을 인도받아 사용하고 있던 중에 공무원이 된 경우, 그 사실을 알게 된 배임증재자가 배임수재자에게 앞으로 물건은 공무원의 직무에 관하여 빌려주는 것이라고 하면서 뇌물공여의 뜻을 밝히고 물건을 계속하여 배임수재자가 사용할 수 있는 상태로 두더라도, 처음에 배임증재로 무상 대여할 당시에 정한 사용기간을 추가로 연장해 주는 등 새로운 이익을 제공한 것으로 평가할 만한 사정이 없다면, 이는 종전에 이미 제공한 이익을 나중에 와서 뇌물로 하겠다는 것에 불과할 뿐 새롭게 뇌물로 제공되는 이익이 없어 뇌물공여죄가 성립하지 않는다(大判 2015.10.15. 2015도6232).

제8절 장물죄

246번

[문제] 판례에 의할 때 다음 중 장물취득죄가 성립하는 경우는?

- ③ 매수인 甲에게 소유권이전등기를 하여 줄 의무가 있는 토지소유자가 그 임무에 위배하여 그 토지를 처분한다는 점을 알면서 乙이 그 토지를 매수하여 소유권이전등기를 마친 경우
- ④ 장물을 타에 매각하여 받은 돈임을 알면서 본범으로부터 그 돈을 교부받은 경우

- ③ (X) 형법상 장물죄의 객체인 장물이라 함은 재산권상의 침해를 가져 올 위법행위로 인하여 영득한 물건으로서 피해자가 반환청구권을 가지는 것을 말하고 본건 대지에 관하여 매수인에게 소유권 이전등기를 하여 줄 임무가 있는 소유자가 그 임무에 위반하여 이를 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 경유하여 준 경우에는 위 부동산소유자가 배임행위로 인하여 영득한 것은 재산상의 이익이고 위 배임범죄에

제공된 대지는 범죄로 인하여 영득한 것 자체는 아니므로 그 취득자 또는 전득자에게 대하여 배임죄의 가공여부를 논함은 별문제로 하고 장물취득죄로 처단할 수 없다(大判 1975.12.9. 74도2804). <주> 토지 소유자가 자기소유 재물을 처분하는 행위가 배임죄라는 것을 알고 가담했다라도 무죄이다. 다만 처음부터 적극가 담한 경우에 한해서 배임죄의 공범이 성립할 수 있다.

- ④ (X) 장물이란 재산죄로 인하여 얻어진 재물(관리할 수 있는 동력도 포함된다)을 말하는 것으로서 영득된 재물자체를 두고 말한다. 따라서 장물을 팔아서 얻은 돈에는 이미 장물성을 찾아 볼 수 없다 하겠다(大判 1972.06.13. 72도971). <주> 장물을 매각하고 받은 돈은 대체장물로서, 장물과 물질적 동일성이 없으므로 장물이라고 할 수 없다.

247번

- ② 甲은 乙 등과 특수강도의 범행을 공모한 후, 甲은 범행의 실행에 가담하지 아니하고 乙 등이 강취해온 장물의 처분을 알선만 한 경우, 甲에게는 특수강도의 중범과 장물알선죄의 경합범이 성립한다.

- ② (X) 특수강도의 범행을 모의한 이상 범행의 실행에 가담하지 아니하고, 공모자들이 강취해 온 장물의 처분을 알선만 하였다 하더라도, 특수강도의 공동정범이 된다 할 것이므로 장물알선죄로 의율할 것이 아니다(大判 1983.02.22. 82도3103).

250번

- ④ 甲은 A의 위임으로 부동산매매계약을 체결하고 받은 계약금 5억원을 자신의 통장에 보관하다가 A의 반환요구를 거절하였고, 乙은 이러한 정을 잘 알면서 甲으로부터 3억원을 교부받았다면 甲은 횡령죄, 乙은 장물취득죄가 성립한다.

- ④ (O) 장물인 현금을 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 동일한 액수의 현금을 인출한 경우에 예금계약의 성질상 인출된 현금은 당초의 현금과 물리적인 동일성은 상실되었지만 액수에 의하여 표시되는 금전적 가치에는 아무런 변동이 없으므로 장물로서의 성질은 그대로 유지된다 고 봄이 상당하고, 자기앞수표도 그 액면금을 즉시 지급받을 수 있는 등 현금에 대신하는 기능을 가지고 거래상 현금과 동일하게 취급되고 있는 점에서 금전의 경우와 동일하게 보아야 한다(大判 2004.3.12. 2004도134).

254번

- ① 피고인이 도난차량인 미등록 수입자동차를 취득하여 신규등록을 마친 후 위 자동차가 장물일지도 모른다고 생각하면서 이를 양도한 경우 장물양도죄가 성립한다.

- ① (O) [1] 구 자동차관리법 제6조가 “자동차 소유권의 득실변경은 등록을 하여야 그 효력이 생긴다.”고 규정하고 있기는 하나, 위 규정은 도로에서의 운행에 제공될 자동차의 소유권을 공증하고 안전성을 확보하고자 하는 데 그 취지가 있는 것이므로, 장물인 수입자동차를 신규등록하였다고 하여 그 최초 등록명의인이 해당 수입자동차를 원시취득하게 된다면 그 장물양도행위가 범죄가 되지 않는다고 볼 수는 없다. [2] 사안의 경우, 피고인에게 장물양도죄가 인정된다(大判 2011.5.13. 2009도3552).

256번

- ① 금은방을 운영하는 甲은 일주일 전에 乙(19세)로부터 14K 커플링반지를 매수하였는데, 乙이 다시 18K 큐빅반지 2개를 가져오자 주민등록증으로 신원을 확인한 후 장물임을 모르고 매수하였다면 업무상과실장물취득죄가 성립한다.

- ② 장물을 팔아서 얻은 돈인 줄을 피고인이 알고 취득하였더라도 장물취득죄가 성립하는 것은 아니다.
③ 명의신탁부동산의 신탁행위에 있어서는 수탁자가 외부관계에 대하여 소유자로 간주되므로 이를 취득한 제3자는 수탁자가 신탁자의 승낙 없이 매각하는 정을 알고 있는 여부에 불구 하고 장물취득죄가 성립하지 아니한다.

- ① (O) 大判 2003.4.25. 2003도348.
② (O) 장물이란 재산죄로 인하여 얻어진 재물(관리할 수 있는 동력도 포함)을 말하는 것으로서 영득된 재물자체를 두고 말한다. 따라서 장물을 팔아서 얻은 돈에는 이미 장물성을 찾아볼 수 없다(大判 1972.6.13. 72도971).
③ (O) (大判 1979.11.27. 79도2410).

제9절 손괴죄

262번

- ① 甲은 기존의 장부에 기재된 세입·세출명세를 새로운 장부로 이기하는 과정에서 경리직원 이 누계 등을 잘못 기재하자 잘못 기재된 부분을 찢어버린 후 계속하여 종전 장부의 기재내용을 모두 이기한 경우 손괴죄가 성립한다.
④ 본래의 용도에 사용할 수 없으나 다른 용도에 사용할 수 있다면 이는 재물손괴죄의 객체가 된다.

- ① (X) 손괴죄의 객체인 문서란 거기에 표시된 내용이 적어도 법률상 또는 사회생활상 중요한 사항에 관한 것이어야 하는 바, 이미 작성되어 있던 장부의 기재에 새로운 장부로 이기하는 과정에서 누계 등을 잘못 기재하다가 그 부분을 찢어버리고 계속하여 종전장부의 기재내용을 모두 이기하였다면 그 당시 새로운 경리장부는 아직 작성 중에 있어서 손괴죄의 객체가 되는 문서로서의 경리장부가 아니라 할 것이고, 또 그 찢어버린 부분이 진실된 증빙내용을 기재한 것이었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 이기과정에서 잘못 기재되어 찢어버린 부분 그 자체가 손괴죄의 객체가 되는 재산적 이용가치 내지 효용이 있는 재물이라고도 볼 수 없다(大判 1989.10.24. 88도1296).
④ (O) 포도주 원액이 부패하여 포도주 원료로서의 효용가치는 상실되었으나, 그 산도가 1.8도 내지 6.2도에 이르고 있어 식소의 제조등 다른 용도에 사용할 수 있는 경우에는 재물손괴죄의 객체가 될 수 있다(大判 1979.07.24. 78도2138).

263번

- ㉔ 경계표는 반드시 담장 등과 같이 인위적으로 설치된 구조물만을 의미하는 것으로 볼 것은 아니고, 수목이나 유수 등과 같이 종래부터 자연적으로 존재하던 것이라도 경계표지로 승인된 것이면 여기의 경계표에 해당한다고 할 것이다.
㉕ 甲은 그의 소유인 토지의 일부를 분할하여 乙에게 매도하면서 소나무를 심어 그 경계로 삼아왔는데, 그 후 乙의 아들인 丙이 진실한 권리상태와 맞지 않는다는 이유로 甲과 상의없이 일방적으로 경계측량을 하여 새로운 경계설정을 하여 말뚝을 세웠으나, 甲이 이에 승복하지 않고 말뚝을 뽑아버린 경우, 甲에게는 경계침범죄가 성립한다.

- ㉔ (O) 大判 2007.12.28. 2007도9181.
㉕ (X) 형법 제370조의 경계침범죄는 토지의 경계에 관한 권리관계의 안정을 확보하여 사권을 보호하고

사회질서를 유지하려는데 그 규정목적이 있으므로 비록 실체상의 경계선에 부합되지 않는 경계표라 할 지라도 그것이 종전부터 일반적으로 승인되어 왔다거나 이해관계인들의 명시적 또는 묵시적 합의에 의하여 정하여진 것이라면 그와 같은 경계표는 위 법조 소정의 계표에 해당된다 할 것이고 반대로 기존경계가 진실한 권리상태와 맞지 않는다는 이유로 당사자의 어느 한쪽이 기존경계를 무시하고 일방적으로 경계측량을 하여 이를 실제권리관계에 맞는 경계라고 주장하면서 그 위에 계표를 설치하더라도 이와 같은 경계표는 위 법조에서 말하는 계표에 해당되지 않는다(大判 1986.12.9. 86도1492).

제10절 권리행사방해죄

264번

- ㉔ 甲 종합건설회사가 유치권 행사를 위하여 점유하고 있던 주택에 피고인이 그 소유자인 처와 함께 출입문 용접을 해제하고 들어가 거주한 경우 권리행사방해죄가 성립하지 않는다.
- ㉕ 임대차계약이 만료된 이후에도 임차인이 퇴거하지 아니하고 건물에 거주하고 있자, 임대인이 임차인이 거주하고 있는 방의 천정 및 마루바닥판자 4매를 뜯어내었다면 권리행사방해죄가 성립한다.

- ㉔ (X) 사안에서, 유치권자인 甲 회사의 권리행사를 방해하였다고 보아 형법 제323조의 권리행사방해죄가 성립한다(大判 2011.5.13. 2011도2368).
- ㉕ (O) 大判 1977.9.13. 77도1672.

265번

- ㉓ 자기의 소유가 아닌 물건은 권리행사방해죄의 객체가 될 수 없다.
- ㉔ (O) 형법 제323조의 권리행사방해죄는 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건을 취거, 은닉 또는 손괴하여 타인의 권리행사를 방해함으로써 성립하는 것이므로 그 취거, 은닉 또는 손괴한 물건이 자기의 물건이 아니라면 권리행사방해죄가 성립할 여지가 없다(大判 2003.05.30. 2000도5767).

267번

- ㉔ 甲이 자신의 명의로 등록된 자동차를 사실혼 관계에 있는 A에게 증여하여 A만이 이를 운행·관리하여 오다가 서로 별거하면서 재산분할 내지 위자료 명목으로 A가 소유하기로 하였는데, 甲이 이를 임의로 운전해 가져갔다면 권리행사방해죄가 성립한다.
- ㉕ (X) 사안에서, 자동차 등록명의와 관계없이 피고인(甲과) A 사이에서는 A를 소유자로 보아야 한다는 이유로 절도죄를 인정한 원심판단을 정당하다(大判 2013.02.28. 2012도15303)

270번

- ㉔ 채무자가 채권자의 가압류집행을 면탈할 목적으로 제3채무자에 대한 채권을 타인에게 허위양도한 경우, 가압류결정 정본이 제3채무자에게 송달되기 전에 채권을 허위로 양도하였다면 강제집행면탈죄가 성립한다.
- ㉕ 채권자들에 의한 복수의 강제집행이 예상되는 경우 재산을 은닉 또는 허위양도함으로써 채권자들을 해하였다면 채권자별로 각각 강제집행면탈죄가 성립하고, 상상적 경합범의 관계에 있다.

- ㉔ (O) 大判 2012.6.28. 2012도3999.
- ㉕ (O) 大判 2011.12.8. 2010도4129.

274번

- ㉔ 강제집행면탈죄는 채권자의 권리보호를 주된 보호법익으로 하므로, 채권의 존재가 인정되지 않을 때에는 강제집행면탈죄는 성립하지 않는다.
- ㉕ 채무자가 제3자 명의로 되어 있던 사업자등록을 또 다른 제3자 명의로 변경하였다면 사업장 내 유체동산에 관한 소유관계를 종전보다 더 불명하게 하여 채권자에게 손해를 입게 할 위험성을 야기한 것이라 봄이 상당하다.

- ㉔ (O) 강제집행면탈죄는 채권자의 권리보호를 그 주된 보호법익으로 하고 있는 것이므로 강제집행의 기본이 되는 채권자의 권리, 즉 채권의 존재는 강제집행면탈죄의 성립요건이라 할 것이고, 따라서 그 채권의 존재가 인정되지 않을 때에는 강제집행면탈죄가 성립하지 아니한다(大判 2010.12.9. 2010도11015, 大判 1982.10.26. 82도2157).
- ㉕ (X) 형법 제327조에 규정된 강제집행면탈죄에서 재산의 '은닉'이란 강제집행을 실시하는 자에 대하여 재산의 발견을 불능 또는 곤란케 하는 것을 말하는 것으로서, 재산의 소재를 불명케 하는 경우는 물론 그 소유관계를 불명하게 하는 경우도 포함하나, 채무자가 제3자 명의로 되어 있던 사업자등록을 또 다른 제3자 명의로 변경하였다는 사정만으로는 그 변경이 채권자의 입장에서 볼 때 사업장 내 유체동산에 관한 소유관계를 종전보다 더 불명하게 하여 채권자에게 손해를 입게 할 위험성을 야기한다고 단정할 수 없다(大判 2014.6.12. 2012도2732).

276번

- ㉔ 강제집행면탈에 해당하는 행위가 있는 다음 상계의 의사표시가 이루어졌다면 그 상계의 효력이 강제집행면탈에 해당하는 행위 이전으로 소급한다고 하더라도 이미 성립한 강제집행면탈죄에 영향이 없다.
- ㉕ 甲 주식회사 대표이사 등인 피고인들이 공모하여 회사 채권자들의 강제집행을 면탈할 목적으로 甲 회사가 시공 중인 건물의 건축주 명의를 甲 회사에서 乙 주식회사로 변경한 경우, 피고인들이 건축주 명의를 변경한 당시에는 지상 8층까지 골조공사가 완료된 채 공사가 중단되었던 사정에 비추어 민사집행법상 강제집행이나 보전처분의 대상이 될 수 없더라도, 강제집행면탈죄가 성립한다.
- ㉕ 이혼을 요구하는 처로부터 재산분할청구권에 근거한 가압류 등 강제집행을 받을 우려가 있는 상태에서 남편이 이를 면탈할 목적으로 허위채무를 부담하고 소유권이전청구권보전가등기를 경료한 경우 강제집행면탈죄가 성립한다.

- ㉔ (X) 상계의 의사표시가 있는 경우에는 각 채무는 상계할 수 있는 때에 소급하여 대등액에 관하여 소멸한 것으로 보게 된다. 따라서 상계로 인하여 소멸한 것으로 보게 되는 채권에 관하여도 그 상계의 효력이 발생하는 시점 이후에는 채권의 존재가 인정되지 않으므로 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다(大判 2012.8.30. 2011도2252).
- ㉕ (X) 사안에서, 위 건물은 지하 4층, 지상 12층으로 건축허가를 받았으나 피고인들이 건축주 명의를 변경한 당시에는 지상 8층까지 골조공사가 완료된 채 공사가 중단되었던 사정에 비추어 민사집행법상 강제집행이나 보전처분의 대상이 될 수 있다고 단정하기 어려운데도, 이에 관하여 심리·판단하지 아니한 채 위 건물이 강제집행면탈죄의 객체가 될 수 있다고 본 원심판결에 강제집행면탈죄의 객체에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례(大判 2014.10.27. 2014도9442).

- ④ (O) 현실적으로 가압류 등 집행을 받을 우려가 있는 상태에서 강제집행을 면탈할 목적으로 허위의 채무를 부담하고 이 사건 각 가등기를 마쳤다고 할 것이므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 피고인의 위와 같은 행위는 강제집행면탈죄를 구성한다(大判 2008.6.26. 2008도3184).

277번

- ① 보조금의 교부결정취소에 따라 보조금 반환명령을 받게 되자 국세채납의 예에 따른 강제징수를 면탈할 목적으로 재산을 은닉하는 등의 행위를 하였다면 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다.
- ② 담보목적의 가등기권자가 다른 채권자들의 강제집행을 불가능하게 할 목적으로 채무자와 공모하여 정확한 청산절차도 거치지 않은 채 의제자백 판결을 통하여 본등기를 경료함과 동시에 가등기 이후에 경료된 가압류등기 등을 모두 직권말소하게 한 경우 강제집행면탈죄가 성립한다.
- ③ 허위채무 등을 공제한 후 채무자의 적극재산이 남는다고 예측되는 경우에는 그 허위채무 부담행위로 채권자를 해할 위험이 있더라도 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다.

- ① (O) 형법 제327조의 강제집행면탈죄가 적용되는 강제집행은 민사집행법의 적용대상인 강제집행 또는 가압류가처분 등의 집행을 가리키는 것이므로, 국세징수법에 의한 체납처분을 면탈할 목적으로 재산을 은닉하는 등의 행위는 위 죄의 규율대상에 포함되지 않는다(大判 2012.4.26. 2010도5693).
- ② (O) 강제집행면탈의 한 행위유형인 '재산의 은닉'이라 함은 재산의 소유관계를 불명하게 하는 행위를 포함하는 것으로서, 피고인이 자신의 채권담보의 목적으로 채무자 소유의 선박들에 관하여 가등기를 경료하여 두었다가 채무자와 공모하여 위 선박들을 가압류한 다른 채권자들의 강제집행을 불가능하게 할 목적으로 정확한 청산절차도 거치지 않은 채 의제자백판결을 통하여 선순위 가등기권자인 피고인 앞으로 본등기를 경료함과 동시에 가등기 이후에 경료된 가압류등기 등을 모두 직권말소하게 하였음은 소유관계를 불명하게 하는 방법에 의한 '재산의 은닉'에 해당한다(大判 2000.7.28. 98도4558).
- ③ (X) 현실적으로 강제집행을 받을 우려가 있는 상태에서 강제집행을 면탈할 목적으로 허위채무를 부담하는 등의 행위를 하는 경우에는 달리 특별한 사정이 없는 한 채권자를 해할 위험이 있다고 보아야 할 것이고, 채무자에게 약간의 다른 재산이 있다 하여 채권자를 해할 우려가 없다고 할 수 없으므로, 허위채무 등을 공제한 후 채무자의 적극재산이 남는다고 예측되더라도 위 허위채무 부담행위로 채권자를 해할 위험이 있으므로 강제집행면탈죄가 성립한다(大判 2008.4.24. 2007도4585).

277-1번

- ③ 허위의 채무를 부담하는 내용의 채무변제계약 공정증서를 작성한 후 이에 기하여 채권압류 및 추심명령을 받은 다음 3개월 후에 실제로 위 강제집행에 따른 추심금을 수령한 경우, 강제집행면탈죄는 위 추심금을 수령한 때에 범죄행위가 종료한다고 보아야 하고 그때부터 공소시효가 진행한다.

- ③ (X) [1] 형법 제327조의 강제집행면탈죄는 위태범으로서, 현실적으로 민사소송법에 의한 강제집행 또는 가압류가처분의 집행을 받을 우려가 있는 객관적인 상태에서, 즉 채권자가 본안 또는 보전소송을 제기하거나 제기할 태세를 보이고 있는 상태에서 주관적으로 강제집행을 면탈하려는 목적으로 재산을 은닉, 손괴, 허위양도하거나 허위의 채무를 부담하여 채권자를 해할 위험이 있으면 성립하는 것이고, 반드시 채권자를 해하는 결과가 야기되거나 행위자가 어떤 이득을 취하여야 범죄가 성립하는 것은 아니다. [2] 허위의 채무를 부담하는 내용의 채무변제계약 공정증서를 작성한 후 이에 기하여 채권압류 및 추심명령을 받은 때에, 강제집행면탈죄가 성립함과 동시에 그 범죄행위가 종료되어 공소시효가 진행된다(大判 2009.5.28. 2009도875).

제3장 사회적 법익

제1절 공안에 관한 죄

278번

- ㉔ 피고인이 유리꽃병 내부에 휴대용 부탄가스통을 넣고 그 사이에 화약을 채운 물건을 배낭에 담아 고속버스터미널 등의 물품보관함 안에 넣어 두고 폭발하게 하였다면 그 파괴력과 상관없이 폭발물사용죄에 해당한다.
- ㉔ 형법 제114조 제1항 소정의 '범죄를 목적으로 하는 단체'라 함은 특정다수인이 일정한 범죄를 수행한다는 공동목적 아래 이루어진 계속적인 결합체로서 단순한 다종의 집합과는 달라 단체를 주도하는 최소한의 통솔체제를 갖추고 있어야 함을 요한다.
- ㉔ 형법 제114조의 범죄단체조직죄에 있어서 단체나 조직이 목적으로 하는 범죄에는 아무런 제한이 없다.

- ㉔ (X) 사안에서, 피고인이 제작한 물건의 구조, 그것이 설치된 장소 및 폭발 당시의 상황 등에 비추어, 위 물건은 폭발작용 자체에 의하여 공공의 안전을 문란하게 하거나 사람의 생명, 신체 또는 재산을 해할 정도의 성능이 없거나, 사람의 신체 또는 재산을 경미하게 손상시킬 수 있는 정도에 그쳐 사회의 안전과 평온에 직접적이고 구체적인 위험을 초래하여 공공의 안전을 문란하게 하기에는 현저히 부족한 정도의 파괴력과 위험성만을 가진 물건이므로 형법 제172조 제1항에 규정된 '폭발성 있는 물건'에는 해당될 여지가 있으나 이를 형법 제119조 제1항에 규정된 '폭발물'에 해당한다고 볼 수는 없다(大判 2012.4.26. 2011도17254).
- ㉔ (O) 大判 1985.10.8. 85도1515.
- ㉔ (X) 사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 징역에 해당하는 범죄로 제한된다(형법 114조). 따라서 경범죄처벌법이 적용되는 경범죄는 제외된다.

280번

- ① 형법상 사람이 현존하지 않는 선박에 대하여 방화한 경우에는 처벌할 수 있는 조문이 없다.

- ① (X) 공공건조물방화죄(제165조), 일반건조물방화죄(제166조)의 객체로 선박이 규정되어 있다. 따라서 사람이 현존하지 않더라도 방화죄로 처벌될 수 있다.

281번

- 가.甲이 지붕과 문짝, 창문이 없고 담장과 일부 벽체가 붕괴된 철거 대상 건물이고 사실상 기거·취침에 사용할 수 없는 상태에 있는 폐가 내부와 외부에 쓰레기를 모아놓고 불을 놓은 경우 甲에게는 일반건조물등방화죄가 성립한다.
- 나. 부모에게 용돈을 요구하였다가 거절당하자 핏김에 자기 집 헛간 지붕에 불을 놓아, 헛간 지붕 60cm²와 본채 지붕 1m²를 태운 경우 현주건조물방화죄의 기수이다.

- 가. (X) [1] 형법상 방화죄의 객체인 건조물은 토지에 정착되고 벽 또는 기둥과 지붕 또는 천장으로 구성되어 사람이 내부에 기거하거나 출입할 수 있는 공작물을 말하고, 반드시 사람의 주거용이어야 하는 것은 아니라도 사람이 사실상 기거·취침에 사용할 수 있는 정도는 되어야 한다. [2] 이 사건 폐가는 형법 제166조의 건조물이 아닌 형법 제167조의 물건에 해당한다(大判 2013.12.12. 2013도3950).

나. (O) 大判 1970.3.24. 70도330.

285번

㉓ 현주건조물 등의 방화죄에 있어서 사람의 주거에 사용하거나 사람의 현존하는 건조물이란 행위당시 피고인 이외의 사람이 주거로 사용하거나 피고인 이외의 사람이 현재하는 건조물을 말한다.

㉓ (O) 大判 1948.3.19. 4281형상5.

287번

나. 피고인이 피해자의 사체 위에 옷가지 등을 올려놓고 불을 붙인 천 조각을 던져 그 불길이 방안을 태우면서 천정에까지 옮겨 붙었다면, 설령 그 불이 완전연소에 이르지 못하고 도중에 진화되었다고 하더라도, 일단 천정에 옮겨 붙은 이상 그 때에 이미 현주건조물방화죄는 기수에 해당한다.

라. 대법원은 형법 제170조 제2항에서 말하는 “자기 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건”이라함은 “자기 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 자기 소유에 속하든 타인 소유에 속하든 불문하고 제167조에 기재한 물건”을 의미 한다고 해석한다.

나. (O) 피해자의 사체 위에 옷가지 등을 올려놓고 불을 붙인 천조각을 던져서 그 불길이 방안을 태우면서 천정에까지 옮겨 붙었다면 도중에 진화되었다고 하더라도 일단 천정에 옮겨 붙은 때에 이미 현주건조물방화죄의 기수에 이른 것이다(大判 2007.3.16. 2006도9164).

라. (O) 大決 1994.12.20. 94모32 전합.

292번

㉒ 일반교통방해죄는 일반공중의 교통의 안전을 보호법익으로 하는 범죄로서 여기서의 ‘육로’라 함은 사실상 일반공중의 왕래에 공용되는 육상의 통로를 널리 일컫는 것으로서 그 부지의 소유관계나 통행권리관계 또는 통행인의 많고 적음 등을 가리지 않는다.

㉔ 피고인이 고속도로 2차로를 따라 자동차를 운전하다가 1차로를 진행하던 甲의 차량 앞에 급하게 끼어든 후 곧바로 정차하여, 甲의 차량 및 이를 뒤따르던 차량 두 대는 급정차하였으나 그 뒤를 따라오던 乙의 차량이 앞의 차량들을 연쇄적으로 추돌케 하여 乙을 사망에 이르게 하고 나머지 차량 운전자 등 피해자들에게 상해를 입힌 경우 일반교통방해치사상죄가 성립한다.

㉒ (O) 大判 2002.4.26. 2001도6903.

㉔ (O) 大判 2014.07.24. 2014도6206.

294번

㉑ 형법 제185조상의 일반교통방해죄의 객체에는 수로가 포함되어, 제186조 「기차, 선박 등의 교통방해죄」의 경우 최고 법정형이 일반교통방해죄보다 더 중하다.

㉒ 「기차·선박등 교통방해죄」는 미수범처벌규정이 있고, 과실로 인하여 죄를 범한 경우에도 처벌하는 규정이 있다.

㉑ (O) [1] 육로, 수로 또는 교량을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다(185조). [2] 궤도, 등대 또는 표지를 손괴하거나 기타 방법으로 기차, 전차, 자동차, 선박 또는 항공기의 교통을 방해한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다(186조). [3] 185조의 객체로 수로가 포함되어 있으며, 186조 기차선박등 일반교통죄는 1년 이상으로 최고 법정형이 30년인 반면에 일반교통방해죄는 10년 이하의 징역으로 187조 기차선박등 일반교통죄의 최고 법정형이 더 중하다.

㉒ (O) 기차·선박등 교통방해죄(형법 186조)는 형법 189조(과실범)와 190조(미수범)에서 과실로 인한 죄와 미수범을 처벌하고 있다.

제2절 통화에 관한 죄

295번

㉒ 위조된 외국의 화폐, 지폐 또는 은행권이 강제통용력을 가지지 않고, 국내에서 사실상 거래 대가의 지급수단이 되고 있지 않는 경우에는 그 화폐 등을 행사하더라도 위조통화행사죄를 구성하지 않고, 또한 위조사문서행사죄 또는 위조사도화행사죄로 의율할 수도 없다.

㉔ (X) 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 않으므로, 그 화폐 등을 행사하더라도 형법 제207조 제4항에서 정한 위조통화행사죄를 구성하지 않는다고 할 것이다. 따라서 이러한 경우에는 형법 제234조에서 정한 위조사문서행사죄 또는 위조사도화행사죄로 의율할 수 있다고 보아야 한다(大判 2013. 12. 12. 2012도2249).

제3절 유가증권·인지와 우표에 관한 죄

302번

㉔ 주권발행 전에 주식을 양도받은 자에 대하여 주권을 발행한 경우, 그 주식양도가 주권발행 전에 이루어진 것이어서 상법 제335조에 의하여 무효라면, 허위유가증권작성죄를 구성한다.

㉔ (X) 피고인이 주권발행 전에 주식을 양도받은 자에 대하여 주권을 발행한 경우에 가사 그 주식양도가 주권발행 전에 이루어진 것이어서 상법 제335조에 의하여 무효라 할지라도 권리의 실제관계에 부합되어 허위의 주권발행의 범의가 있다고 할 수 없다(大判 1982.6.22. 81도1935).

304번

㉑ 피고인이 명의자로부터 서명날인만을 받아놓은 백지 약속어음을 임의로 보충하여 명의자를 상대로 제기한 소송서류에 위 약속어음을 복사한 사본을 첨부하여 제출하였으나 발각되었다면 유가증권위조죄와 동행사죄가 성립한다.

㉒ 주식회사의 전임 대표이사가 후임 대표이사의 승낙을 얻어 잠정적으로 이전부터 사용하여 오던 자기 명의로 된 위 회사 대표이사의 명판을 이용하여 자신을 위 회사의 대표이사로 표시하여 약속어음을 발행 행사한 경우 자격모용 유가증권작성 및 동행사죄에 해당한다.

- ㉠ (X) 위조유가증권행사죄에 있어서의 유가증권이라 함은 위조된 유가증권의 원본을 말하는 것이지 전자 복사기 등을 사용하여 기계적으로 복사한 사본은 이에 해당하지 않는다. 따라서 위조된 유가증권을 복사하는 행위는 위조가 아니므로, 그 사본을 행사하더라도 위조유가증권행사죄는 성립하지 않는다(大判 1998.2.13. 97도2922).
- ㉡ (O) 주식회사 대표이사로 재직하던 피고인이 대표이사가 타인으로 변경되었음에도 불구하고 이전부터 사용하여 오던 피고인 명의로 된 위 회사 대표이사의 명판을 이용하여 여전히 피고인을 위 회사의 대표 이사로 표시하여 약속어음을 발행, 행사하였다면, 설사 약속어음을 작성, 행사함에 있어 후일 대표이사의 승낙을 얻었다거나 위 회사의 실질적인 대표이사로서의 권한을 행사하는 피고인이 은행과의 당좌계약을 변경하는 데에 시일이 걸려 잠정적으로 전임 대표이사인 그의 명판을 사용한 것이라 하더라도 이는 합법적인 대표이사로서의 권한 행사라 할 수 없어 자격모용유가증권작성 및 동행사죄에 해당한다(大判 1991.2.26. 90도577). ▶ 문서와 달리, 유가증권은 자격 있는 자의 승낙을 받고 작성한 경우에도 자격모용유가증권작성죄가 성립한다.

308번

- ㉠ 찢어진 타인의 약속어음을 조합하거나, 타인이 위조한 백지의 약속어음을 완성한 경우 유가증권위조죄가 성립한다.
- ㉡ (O) 찢어서 폐지된 타인발행 명의의 약속어음 파지면을 이용 조합하여 어음의 외형을 갖춘 경우에는 새로운 약속어음을 작성한 것으로서 그 행사의 목적이 있는 이상 유가증권 위조죄가 성립한다(大判 1976.1.27. 74도3442).

309번

- ㉠ 위조우표취득죄 및 동행사죄의 행사에 위조된 대한민국 또는 외국의 우표를 우편요금의 납부용으로 사용하는 것은 포함되나, 우표수집의 대상으로서 매매한 경우는 포함되지 않는다.
- ㉡ 타인의 인장을 조각할 당시에 그 명의자로부터 명시적이거나 묵시적인 승낙 내지 위임을 받았다면 인장위조죄가 성립하지 않는다.
- ㉢ 약속어음의 발행인 주소란에 “안동택시” 발행인란에 “甲”이라 기재하고 甲이라는 이름 밑에 “주식회사 안동택시 대표이사 甲”이라는 인장을 압날하여 발행한 경우 자격모용에 의한 유가증권작성죄에 해당한다.
- ㉠ (X) 위조우표취득죄 및 위조우표행사죄에 관한 형법 제219조 및 제218조 제2항 소정의 “행사”라 함은 위조된 대한민국 또는 외국의 우표를 진정한 우표로서 사용하는 것으로 반드시 우편요금의 납부용으로 사용하는 것에 한정되지 않고 우표수집의 대상으로서 매매하는 경우도 이에 해당된다(大判 1989.4.11. 88도1105).
- ㉡ (O) 형법 제239조 제1항의 사인위조죄는 그 명의인의 의사에 반하여 위법하게 행사할 목적으로 권한 없이 타인의 인장을 위조한 경우에 성립하므로, 타인의 인장을 조각할 당시에 그 명의자로부터 명시적이거나 묵시적인 승낙 내지 위임을 받았다면 인장위조죄가 성립하지 않는다고 할 것이다(大判 2014.09.26. 2014도9213).
- ㉢ (X) 약속어음을 발행함에 있어 발행인의 주소란에 “안동택시” 발행인란에 “피고인”이라고 기재하고 피고인이라는 이름 밑에 “주식회사 안동택시 대표이사 피고인”이라는 인장을 압날하여 동 어음을 타인에게 교부하였다면 이 사실만으로 안동택시의 대표이사의 자격을 모용하여 유가증권인 약속어음을 작성 행사하였다고 할 수 없다(大判 1974.11.26. 74도1708). ▶ 발행인란에 “甲”이라고 자신의 명의를 기재하였으므로, 설령 대표이사라는 인장을 압날하였더라도 대표의 자격을 모용한 것으로 볼 수 없다. 만일 발행인란에 “대표이사 甲”이라고 기재하였다면 자격모용이 될 수 있다.

제4절 문서에 관한 죄

310번

- ㉠ 담뱃갑의 표면에 담배 제조회사와 담배의 종류를 구별·확인할 수 있는 특유의 도안이 표시되어 있는 경우 그 담뱃갑은 문서 등 위조의 대상인 도화에 해당한다.
- ㉡ (O) 담뱃갑의 표면에 그 담배의 제조회사와 담배의 종류를 구별·확인할 수 있는 특유의 도안이 표시되어 있는 경우에는 일반적으로 그 담뱃갑의 도안을 기초로 특정 제조회사가 제조한 특정한 종류의 담배인지 여부를 판단하게 된다는 점에 비추어서도 그 담뱃갑은 적어도 그 담뱃갑 안에 들어 있는 담배가 특정 제조회사가 제조한 특정한 종류의 담배라는 사실을 증명하는 기능을 하고 있으므로, 그러한 담뱃갑은 문서 등 위조의 대상인 도화에 해당한다(大判 2010.7.29. 2010도2705).

311번

- ㉠ 甲이 지방세 수납업무를 일부 대행하는 A은행의 세금수납 영수증의 금액을 고치고 이를 관계서류에 첨부한 경우 공문서 변조 및 동 행사죄가 성립한다.
- ㉡ 甲이 외국에서 발행되고 유효기관이 경과한 국제운전면허증에 붙어있던 A의 사진을 떼어내고 그 자리에 자신의 사진을 붙인 후 이를 소지하고 우리나라 도로에서 운전한 경우 공문서 위조 및 동 행사죄가 성립한다.
- ㉢ 甲이 경력증명서 양식에 실재하지 않는 A한의원의 이름을 적고 임의로 만든 A한의원의 직인을 날인하여 작성한 경우 마치 명의인의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿게 할 만한 형식과 외관의 경력증명서를 작성하였다면 사문서위조죄가 성립한다.
- ㉣ A주식회사의 대표이사 甲은 실질적 운영자인 1인 주주 B의 구체적인 위임이나 승낙 없이 이미 퇴임한 전 대표이사 C를 대표이사로 표시하여 A회사 명의의 문서를 작성한 경우 사문서위조죄가 성립한다.
- ㉠ (X) 지방세의 수납업무를 일부 관장하는 시중은행의 직원이나 은행이 형법 제225조 소정의 공무원 또는 공무소가 되는 것은 아니고 세금수납영수증도 공문서에 해당하지 않는다는 이유로 공문서변조죄 및 동 행사죄가 성립하지 않는다(大判 1996.3.26. 95도3073).
- ㉡ (X) 문서위조죄는 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 그 보호법익으로 하는 것이므로, 피고인이 위조하였다는 국제운전면허증이 그 유효기간을 경과하여 본래의 용법에 따라 사용할 수는 없게 되었다고 하더라도, 이를 행사하는 경우 그 상대방이 유효기간을 쉽게 알 수 없도록 되어 있거나 위 문서 자체가 진정하게 작성된 것으로서 피고인이 명의자로부터 국제운전면허를 받은 것으로 오신하기에 충분한 정도의 형식과 외관을 갖추고 있다면 피고인의 행위는 문서위조죄에 해당한다(大判 1998.4.10. 98도164.98감도12). ▶ 국제운전면허증은 공문서가 아니므로 사문서위조죄가 성립한다.
- ㉢ (O) 大判 2005.02.24. 2002도18 전합.
- ㉣ (X) [1] 주식회사 대표이사의 대표권은 정관이나 주주총회 또는 이사회 결의 등에 의하여 적법하게 제한할 수 있지만, 회사의 운영을 실질적으로 장악·통제하고 있는 1인 주주가 적법한 대표이사의 권한 행사를 사실상 제한하고 있다는 것만으로는 대표이사의 대표권을 적법하게 제한하였다고 할 수 없으므로, 대표이사가 권한을 행사하는 과정에서 단순히 그 1인 주주의 위임 또는 승낙을 받지 않았다고 하여 그 대표권 행사가 권한을 넘어서는 행위가 되는 것은 아니다. [2] 사인의 경우, 문서위조죄가 성립하지 않는다(大判 2008.11.27. 2006도9194).

313번

- ㉡ 문서를 위조한 범인이 당해 문서를 행사한 경우에는 문서위조죄와 위조문서행사죄의 상상

적 경합에 해당한다.

- ② (X) **실체적 경합에 해당한다.** [참조판례] 피고인이 예금통장을 강취하고 예금자 명의의 예금청구서를 위조한 다음 이를 은행원에게 제출행사하여 예금인출금 명목의 금원을 교부받았다면 강도, 사문서위조, 동행사, 사기의 각 범죄가 성립하고 이들은 실체적 경합관계에 있다 할 것이다(大判 1991.9.10. 91도1722).

314번

- ㉔ 다방 업주로부터 선불금을 받고 그 반환을 약속하는 내용의 현금보관증을 작성하면서 가명과 허위의 출생연도를 기재한 후 이를 교부한 행위는 사문서위조죄 및 동행사죄에 해당한다.

㉔ (O) 大判 2010.11.11. 2010도1835.

315번

- ④ 국립병원의 의사로서 보건복지부 소속 의무서기관이 타인의 부탁을 받고 허위의 진단서를 작성한 후 그 사례 명목으로 금품을 수수하였다면 허위진단서작성죄와 부정처사후수뢰죄의 실체적 경합의 죄책을 진다.

- ④ (X) 형법 제233조 소정의 허위진단서작성죄의 대상은 공무원이 아닌 의사가 사문서로서 진단서를 작성한 경우에 한정되고, 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 허위공문서작성죄만이 성립하고 허위진단서작성죄는 별도로 성립하지 않는다(大判 2004.4.9. 2003도7762). ▶ 허위공문서작성죄와 부정처사후수뢰죄의 실체적 경합

318번

- ③ 진정한 문서의 사본을 전자복사기를 이용하여 복사하면서 일부 조작을 가하여 그 사본 내용과 전혀 다르게 만드는 행위는 공공의 신용을 해할 우려가 있는 별개의 문서사본을 창출하는 행위로서 문서위조행위에 해당한다.

③ (O) 大判 2004. 10. 28. 2004도5183.

321번

- ① 대금수령에 관하여 포괄적 위임을 받은 자가 대금을 지급받는 방법으로 본인 명의의 차용증서를 작성해 준 경우에는 사문서 위조죄가 성립한다.
 ② A단체 회원이 타인의 명의를 도용하여 A단체 교육원장의 구체적인 잘못을 적시하면서 위 교육원장 임명을 제경토하지 않으면 법적·행정적 책임을 묻겠다는 등의 호소문을 작성하여 A단체 회원들에게 배포하였다면, 명예훼손죄는 성립할 수 있으나, 위 호소문은 사문서위조죄에서의 사문서가 아니므로 사문서위조죄는 성립하지 않는다.
 ④ 피고인이 폐품반납증의 내용을 권한 없이 변경하였는데, 그 폐품반납증은 공무원이 허위로 작성한 것이었다면 공문서변조죄와 동행사죄가 성립한다.

- ① (X) 급식용 가공돼지고기를 납품하는 단지원들에 의하여 돼지고기의 가공, 납품 및 대금수령에 관한 사무를 총괄적으로 위임받고 이를 위하여 그들의 인장을 맡아 사용하는 단지장이 그 대금의 수령을 위해

납품자인 단지원의 이름으로 축산협동조합에 예금청구서와 차용증서를 작성 제출하고 선급금명목으로 납품대금을 받아 이를 단지원에게 지급한 사실이 인정된다면 위 예금청구서와 차용증서는 단지원으로 부터 돼지고기의 가공, 납품에 따른 포괄적 위임에 따라 작성된 것이라고 보여져 이에 대하여 사문서위조 동행사의 범의를 인정할 수 없다(大判 1984.03.27. 84도115).

- ② (X) [1] 타인의 명의를 도용하여 작성한 건의문과 호소문이 중요한 사실을 증명하는 사실증명에 관한 문서에 해당한다고 한 사례. [2] ○○작가협회 회원이 타인의 명의를 도용하여 협회 교육원장을 비방하는 내용의 호소문을 작성한 후 이를 협회 회원들에게 우편으로 송달한 경우, 사문서위조죄와 명예훼손죄가 각 성립하고, 이는 상상적 경합관계가 아니라, 실체적 경합관계에 있다(大判 2009.4.23. 2008도8527).
 ④ (X) 공문서변조라고 함은 권한없이 이미 진정하게 성립된 공무원 또는 공무소명의 문서내용에 대하여 그 동일성을 해하지 아니할 정도로 변경을 가하는 것을 말한다 할 것인바, 본건에서의 폐품반납증은 이미 허위로 작성된 공문서이므로 형법 제225조 소정의 공문서변조죄의 객체가 되지 아니한다(大判 1986.11. 11. 86도1984).

322번

- ㉔ 간접정범을 통한 위조문서행사범행에 있어 도구로 이용된 자라고 하더라도 문서가 위조된 것임을 알지 못하는 자에게 행사한 경우에는 위조문서행사죄가 성립한다.

㉔ (O) 大判2012.2.23. 2011도14441.

323번

- ① 타인으로부터 약속어음 작성에 사용하라고 인장을 교부받고 그 인장을 사용하여 그 타인 명의의 지급명령 이의신청취하서를 작성한 경우 사문서위조죄가 성립한다.
 ② 피고인이 사무실전세계약서 원본을 스캐너로 복사하여 컴퓨터 화면에 띄운 후 그 보증금액란을 공란으로 만든 다음 이를 프린터로 출력하여 검정색 볼펜으로 보증금액을 '삼천만원'으로 변조하고, 이와 같이 변조된 사무실전세계약서를 팩스로 송부한 경우, 사문서변조죄와 동행사죄가 성립한다.
 ④ 외부 전문기관이 작성·보고하고 지방자치단체의 장 또는 계약담당자가 결재·승인한 검사조서는 공문서에 해당한다.

- ① (O) 타인으로부터 약속어음 작성에 사용하라고 인장을 교부받았음에도 그 인장을 사용하여 그 타인 명의의 지급명령 이의신청취하서를 작성한 경우에는 사문서위조죄가 성립한다(大判 1970.9.22. 70도1623).
 ② (O) 컴퓨터 모니터 화면에 나타나는 이미지는 이미지 파일을 보기 위한 프로그램을 실행할 경우에 그때마다 전자적 반응을 일으켜 화면에 나타나는 것에 지나지 아니하여 형법상 문서에 관한 죄에 있어서의 '문서'에 해당하지 않는다(大判 2011.11.10. 2011도10468).
 ④ (O) 大判 2010.04.29. 2010도875.

324번

[문제] 다음 중 사전자기록 위작·변작죄 또는 공전자기록 위작·변작죄가 성립하는 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 가. 인터넷 포털사이트에 개설한 카페의 설치·운영 주체로부터 글쓰기 권한을 부여받은 사람이 위 카페에 접속하여 자신의 아이디로 허위내용의 글을 작성·게시한 경우

나. 새마을금고 직원이 금고의 전 이사장에 대한 채권확보를 위해 금고의 예금 관련 컴퓨터 프로그램에 전 이사장 명의의 예금계좌와 비밀번호를 동의 없이 입력하여 위 예금계좌에 입금된 상조금을 위 금고의 가수금계정으로 이체한 경우

다. 자동차등록 담당공무원이 여객자동차운수사업법상 차량충당연한 규정에 위배되어 영업용으로 변경 및 이전등록을 할 수 없는 차량인 것을 알면서 자동차등록정보 처리시스템의 자동차등록원부 용도란에 영업용이라고 입력하고 최초등록일 등은 사실대로 기재한 경우

라. 경찰관이 고소사건을 처리하지 아니하였음에도 경찰범죄정보시스템에 그 사건을 검찰에 송치한 것으로 입력한 경우

가. (X) 사안의 경우, 당시 피고인이 비록 위 카페에 허위내용의 전자기록을 작성하여 게시하였다고 하여 그러한 점만으로 피고인에게 위 카페나 위 사이트의 설치운영 주체의 사무처리를 그르치게 할 목적이 있었다고 단정하기 어렵다고 할 것이다(大判 2008.4.24. 2008도294). ▶ 인터넷 카페의 운영주체는 아파트 입주자대표회의를 반대하는 일부 주민들이며 그 주민들의 사무처리를 그르치게 할 목적이 없으므로 사전자기특위작·변작죄가 성립하지 않는다고 판시하였다.

나. (X) [1] 형법 제232조의2에 정한 전자기록은 그 자체로서 객관적·고정적 의미를 가지면서 독립적으로 쓰이는 것이 아니라 개인 또는 법인이 전자적 방식에 의한 정보의 생성·처리·저장·출력을 목적으로 구축하여 설치운영하는 시스템에서 쓰임으로써 예정된 증명적 기능을 수행하는 것이므로, '사무처리를 그르치게 할 목적'이란 위작 또는 변작된 전자기록이 사용됨으로써 위와 같은 시스템을 설치운영하는 주체의 사무처리를 잘못되게 하는 것을 말한다. [2] 사안의 경우, 위 금고의 내부규정이나 여신거래기본약관의 규정에 비추어 이는 위 금고의 업무에 부합하는 행위로서 피해자의 비밀번호를 임의로 사용한 잘못이 있다고 하더라도 사전자기특위작·변작죄의 '사무처리를 그르치게 할 목적'을 인정할 수 없다(大判 2008.6.12. 2008도938). ▶ 컴퓨터의 운영주체는 새마을금고이며 새마을금고의 사무처리를 그르치게 할 목적이 없으므로 사전자기특위작·변작죄가 성립하지 않는다고 판시하였다.

다. (X) 자동차등록 담당공무원인 피고인이 여객자동차 운수사업법상 차량충당연한 규정에 위배되어 영업용으로 변경 및 이전등록을 할 수 없는 차량인 것을 알면서 자동차등록정보 처리시스템의 자동차등록원부 용도란에 '영업용'이라고 입력하였으나, 변경 및 이전등록에 관한 구체적 등록내용인 최초등록일 등은 사실대로 입력한 경우, 자동차등록원부상 '영업용으로의 용도변경 및 이전'에 관한 등록정보가 확인·공시하는 내용에 자동차가 영업용으로 용도변경되어 이전되었다는 사실 외에 변경 및 이전등록에 필요한 법령상 자격의 구비 사실까지 포함한다고 볼 법적인 근거가 없고, 최초등록일 등 등록과 관련된 사실관계에 대한 내용에 거짓이 있다고 볼 수 없는 이상, 위 행위가 공전자기록등위작죄의 '위작'에 해당한다고 할 수 없다(大判 2011.5.13. 2011도1415).

라. (O) 경찰관이 고소사건을 처리하지 아니하였음에도 경찰범죄정보시스템에 그 사건을 검찰에 송치한 것으로 허위사실을 입력한 행위는 공전자기록위작죄에서 말하는 위작에 해당한다(大判 2005.6.9. 2004도6132).

326번

㉓ 주취운전자 적발보고서 및 주취운전자 정황진술보고서의 각 운전자란에 타인의 서명을 한 다음 이를 경찰관에게 제출하였다면 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립한다.

㉔ (X) 이 사건 주취운전자 적발보고서 및 주취운전자 정황진술보고서의 각 운전자란에 타인의 서명을 한 다음 이를 경찰관에게 제출한 것은 사문서위조 및 동행사죄에 해당한다(大判 2004.12.23. 2004도6483).

327번

㉓ 경찰관 甲이 乙에 대한 음주운전자 적발보고서를 찢어버리고 정을 모르는 작성권자 丙으로 하여금 가짜 음주운전자 적발보고서를 작성, 비치케 하였다면 공용서류무효죄, 허위공문

서작성죄 및 동행사죄의 간접정범이 성립한다.

㉔ (O) 大判 1996.10.11. 95도1706.

322번

㉓ 의사인 피고인이 환자의 인적사항, 병명, 입원기간 및 그러한 입원사실을 확인하는 내용이 기재된 '입퇴원 확인서'를 허위로 작성하였다면 허위진단서작성죄가 성립한다.

㉔ (X) 위 '입퇴원 확인서'는 문언의 제목, 내용 등에 비추어 의사의 전문적 지식에 의한 진찰이 없더라도 확인 가능한 환자들의 입원 여부 및 입원기간의 증명이 주된 목적인 서류로서 환자의 건강상태를 증명하기 위한 서류라고 볼 수 없다(大判 2013. 12. 12. 2012도3173).

334번

㉓ 공군 복지근무지원단 예하 지구대의 부대매점 및 창고관리 부사관이 창고 관리병으로 하여금 위 지원단의 복지전산시스템에 자신이 그 전에 이미 횡령한 바 있는 면세주류를 마치 정상적으로 판매한 것처럼 허위로 입력하게 한 경우, 공전자기록위작죄가 성립한다.

㉔ 실질적인 채권채무관계 없이 당사자 간의 합의로 작성한 '차용증 및 이행각서'를 이용하여 대여금청구소송을 제기하면서 이를 법원에 제출한 경우, 사문서부정행사죄에 해당하지 아니한다.

㉓ (O) 大判 2010.7.8. 2010도3545. ▶ 업무상횡령죄와 공전자기록위작죄가 성립한다.

㉔ (O) 실질적인 채권채무관계 없이 당사자 간의 합의로 작성한 '차용증 및 이행각서'는 그 작성명의인들이 자유의사로 작성한 문서로 그 사용권한자가 특정되어 있다고 할 수 없고 또 그 용도도 다양하므로, 설령 피고인이 그 작성명의인들의 의사에 의하지 아니하고 위 '차용증 및 이행각서'상의 채권이 실제로 존재하는 것처럼 그 지급을 구하는 민사소송을 제기하면서 소지하고 있던 위 '차용증 및 이행각서'를 법원에 제출하였다고 하더라도 그것이 사문서부정행사죄에 해당하지 않는다(大判 2007.3.30. 2007도629).

340번

㉓ 실제로는 채권·채무관계가 존재하지 아니함에도 공증인에게 허위신고를 하여 가장된 금전채권에 대하여 집행력이 있는 공정증서원본을 작성하고 이를 비치하게 한 것이라면 공정증서원본불실기재죄 및 불실기재공정증서원본행사죄가 성립한다.

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

㉔ (O) 大判 2003.7.25 2002도638 ; 大判 2007.7.12 2007도3005.

341번

㉓ 주식회사의 신주발행의 경우 신주발행무효의 판결이 확정되더라도 그 판결은 장래에 대하여만 효력이 있으므로, 그 신주발행이 판결로써 무효로 확정되기 이전에 담당 공무원에게 신고하여 공정증서인 법인등기부에 기재하게 하였다면, 공정증서원본불실기재죄에 해당하지 않는다.

㉔ (O) 주식회사의 신주발행의 경우 신주발행에 법률상 무효사유가 존재한다고 하더라도 그 무효는 신주

발행무효의 소에 의해서만 주장할 수 있고, 신주발행무효의 판결이 확정되더라도 그 판결은 장래에 대하여만 효력이 있으므로(상법 제429조, 제431조 제1항), 그 신주발행이 판결로써 무효로 확정되기 이전에 그 신주발행사실을 담당 공무원에게 신고하여 공정증서인 법인등기부에 기재하게 하였다고 하여 그 행위가 공무원에 대하여 허위신고를 한 것이라거나 그 기재가 불실기재에 해당하는 것이라고 할 수는 없다(大判 2007.5.31. 2006도8488).

342번

[문제] 다음 중 공정증서원본등부실기재죄가 성립하는 경우는 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 가. 주식회사의 임시주주총회가 법령 및 정관상 요구되는 이사회의 결의나 소집절차 없이 이루어졌다고 하더라도, 주주 전원이 참석하여 총회를 개최하는 데 동의하고 아무런 이의 없이 만장일치로 결의가 되었고 그 결의에 따라 등기가 이루어진 경우
- 나. 허위의 소유권 이전등기를 경료한 자가 자신의 채권자와 합의에 의하여 그 부동산에 근저당권설정등기를 경료한 경우
- 다. 총발행주식의 과반수를 소유한 대주주가 적법한 소집절차나 임시주주총회의 개최 없이 자신이 임시의장이 되어 임시주주총회 의사록을 작성하여 법인등기를 마친 경우
- 라. 당사자의 합의에 의하여 진정한 채무자가 아닌 제3자를 채무자로 기재한 근저당설정등기를 한 경우

- 가. (X) 주식회사의 임시주주총회가 법령 및 정관상 요구되는 이사회의 결의나 소집절차 없이 이루어졌다고 하더라도, 주주 전원이 참석하여 총회를 개최하는 데 동의하고 아무런 이의 없이 만장일치로 결의가 이루어졌다면 그 결의는 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 그 결의에 따른 등기는 실체관계에 부합하는 것으로 이를 불실의 사항을 기재한 등기라고 할 수 없다(大判 2014.05.16. 2013도15895).
- 나. (O) 근저당권은 근저당물의 소유자가 아니면 설정할 수 없으므로 타인의 부동산을 자기 또는 제3자의 소유라고 허위의 사실을 신고하여 소유권이전등기를 경료한 후 나아가 그 부동산이 자기 또는 당해 제3자의 소유인 것처럼 가장하여 그 부동산에 관하여 자기 또는 당해 제3자 명의로 채권자와의 사이에 근저당권설정등기를 경료한 경우에는 공정증서원본불실기재 및 동행사죄가 성립한다(大判 1997.07.25. 97도605).
- 다. (X) 비록 피고인이 적법한 주주총회 소집절차를 거치지 않았을 뿐 아니라 실제로 주주총회를 개최하지도 않았지만 주주 전원의 의사에 따라 그 내용의 유효한 결의가 있었던 것으로 볼 것이고, 따라서 그 결의에 따른 공소사실 기재 각 등기는 실체관계에 부합하는 것으로 이를 불실의 사항을 기재한 등기라고 할 수 없다고 판단하였다(大判 2008.6.26. 2008도1044).
- 라. (X) 근저당설정등기는 등기권리자인 채권자와 등기의무자인 근저당권설정자와의 합의를 기초로 이루어지는 것이므로 실사 등기의 편의상 진정한 채무자가 아닌 제3자를 채무자로 등기부상 등재케 하였다 하더라도 그것이 계약당사자간의 합의에 의하여 이루어진 것이라면 당사자 사이에 이와 같은 등기를 경료하게 할 의사가 있었던 것이므로 이 경우 공정증서원본불실기재죄는 성립되지 않는다(大判 1985.1.08. 84도2461).

343번

- ㉠ 세금계산서상의 공급자가 임의로 공급받는 자 란에 다른 사람을 기재한 경우 그 사람에 대한 관계에서 사문서위조죄는 성립하지 않는다.
- ㉡ 재산세 과세대장을 작성할 권한이 있던 자가 인사이동되어 그 권한이 없어진 후 그 기재내용을 변경한 경우, 공문서변조죄가 성립한다.
- ㉢ 공무원이 뇌물을 받고 고의로 적용하여서는 안 될 조항을 적용하여 과세표준을 결정하고

- 그 과세표준에 기하여 세액을 산출하였다면 허위공문서작성죄가 성립하지 않는다.
- ㉣ 권리의무와 무관한 예고등기를 말소신청한 경우 공정증서원본불실기재죄가 성립하지 않는다.
- ㉤ 타인의 자동차 번호판을 절취하여 다른 차량에 부착하고 운행하다가 경찰에 체포된 경우 부정사용공기호행사죄가 성립한다.

- ㉠ (O) 세금계산서의 작성권한자는 공급자이므로, 세금계산서상의 공급자가 임의로 공급받는 자 란에 다른 사람을 기재한 경우 그 사람에 대한 관계에서 사문서위조죄가 성립하지 않는다(大判 2007.3.14. 2007도169).
- ㉡ (O) 大判 1996.11.22 96도1862.
- ㉢ (O) 당사자로부터 뇌물을 받고 고의로 적용하여서는 안 될 조항을 적용하여 과세표준을 결정하고 그 과세표준에 기하여 세액을 산출하였다고 하더라도, 그 세액계산서에 허위내용의 기재가 없다면 허위공문서작성죄에는 해당하지 않는다(大判 1996.5.14. 96도554).
- ㉣ (O) 공정증서의 권리의무에 관한 사항에 관계없는 것이고 아무런 의미가 없는 상태하에 있는 예고등기는 이를 말소한다 할지라도 공정증서원본불실기재죄가 성립하지 아니한다(大判 1972.10.31. 72도1966).
- ㉤ (O) (大判 1997.7.8. 96도3319).

343-1번

- ㉠ 발행인과 수취인이 통모하여 진정한 어음채무 부담이나 어음채권 취득 의사 없이 단지 발행인의 채권자에게서 채권추심이나 강제집행을 받는 것을 회피하기 위하여 형식적으로만 약속어음의 발행을 가장한 후 공증인에게 마치 진정한 어음발행행위가 있는 것처럼 허위로 신고하여 어음공정증서원본을 작성·비치하게 한 경우에 공정증서원본불실기재 및 동행사죄가 성립한다.

- ㉢ (O) (大判 2012.4.26. 2009도5786).

제5절 음용수에 관한 죄

제6절 성폭속·도박 등에 관한 죄

345번

- ㉠ 공연윤리위원회의 심의를 마친 영화의 장면으로써 제작한 포스터 등의 광고물은 법적인 절차를 거친 홍보물이라 하더라도 음화등반포·판매죄의 음화가 될 수 있다.

- ㉠ (O) (大判 1990.10.16. 90도1485).

346번

- ㉠ 피고인이 실리콘을 소재로 하여 여성의 특정 신체부위를 개괄적인 형상과 단일한 재질, 색상을 이용하여 재현한 남성용 자위기구를 전시한 경우, 위 물품은 ‘음란한 물건’에 해당하지 않는다.

- ㉢ (O) 피고인이 실리콘을 소재로 하여 여성의 특정 신체부위를 개괄적인 형상과 단일한 재질, 색상을 이용하여 재현한 남성용 자위기구를 전시한 사안에서, 위 물품이 ‘음란한 물건’에 해당하지 않는다(大判

2014.5.29. 2014도3312).

351번

④ 서로 친숙한 사이로서 우연히 다방에서 만나서 약 3,000원 상당의 음식대기 화투놀이를 약 30분간 한 경우, 도박죄에 해당하지 않는다.

④ (O) 사안의 경우, 피고인들의 친분관계, 화투놀이의 시간과 장소, 도박의 경위 및 그 금액의 근소성에 비추어 일시 오락의 정도에 불과하고 도박죄를 구성하지 않는다(大判 1984.4.10. 84도194).

제4장 국가적 법익

제1절 내란죄·외환죄

제2절 직무유기·직권남용죄

363번

[문제] 직무유기죄에 관한 설명 중 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 즉시범이다.
- ② 진정신분범이다.
- ③ 구체적 위험범이다.
- ④ 보호법익은 국가기능이다.

① (X) 직무유기죄는 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위상태가 계속되는 한 이를 전체적으로 보아 1죄로 처벌하는 취지로 해석되므로 이를 즉시범이라고 할 수 없다(大判 1997.8.29. 97도675).

②③④ (O) 직무유기죄의 주체는 공무원이다. 즉 진정신분범의 성격을 가진다. 보호법익은 국가기능이고 그 보호의 정도는 구체적 위험범으로서의 보호이다(다수설 판례).

365번

[문제] 판례상 직무유기죄가 성립하는 경우는 모두 몇 개인가?

㉔ 공무원이 어느 회사의 폐수배출시설 폐쇄명령 불이행 사실을 은폐하는데 행사할 목적으로 자신의 출장복명서의 폐쇄명령 이행사항 확인란을 허위로 작성한 경우

㉔ (X) 공무원이 적발한 폐수배출시설 폐쇄명령 불이행 사실을 은폐하는 데 행사할 목적으로 그 출장복명서의 폐쇄명령 이행사항 확인란을 허위로 작성한 경우, 폐수배출시설 등 지도·단속 업무를 담당하는 피고인의 직무 위배의 위법상태는 그 출장복명서를 허위로 작성할 당시부터 그 속에 포함되어 허위공문서작성죄만 성립하고, 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다(大判 2004.3.26. 2002도5004).

366번

① 수사업무에 종사하는甲이 乙 등 18명의 도박범행사실을 적발하였음에도 이를 형사입건하

는 등 범죄수사에 필요한 조치를 다하지 않고 乙 등으로부터 묵인해 달라는 부탁을 받고 그 도박사실을 발견하지 못한 것처럼 근무일지를 허위로 작성하고, 파출소장에게 허위로 이를 보고한 경우 허위공문서작성죄, 허위작성공문서행사죄, 직무유기죄가 성립한다.

- ② 차량번호판의 교부담당직원이 운행정지처분을 받은 자동차에 대하여 번호판을 재교부한 경우 직무유기죄가 성립하지 않는다.
- ③ 일직사관이 순찰 및 검사 등을 하지 아니하고 근무장소에서 잠을 잔 경우 직무유기죄가 성립한다.
- ④ 직무유기교사죄는 피교사자인 공무원별로 1개의 죄가 성립된다.

- ① (X) 사안의 경우 작위범인 허위공문서작성, 동행사죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다(大判 1999.12.24. 99도2240).
- ② (X) 차량번호판의 교부담당직원은 자동차운수사업법 제32조 제1항의 규정에 비추어 행정처분에 의하여 자동차의 사용이 정지된 경우에는 특별한 사정이 없는한 그 번호판을 재교부하여서는 안되는 직무상의 의무가 있다고 보는 것이 상당하다(大判 1972.6.27. 72도969).
- ③ (X) 피고인이 순찰 및 검사 등을 하지 아니하고 잠을 잔 것은 일직사관으로서의 직무를 성실하게 수행하지 아니하여 충근의무에 위반한 허물이 있다고 하겠으나 근무장소에서 유사시에 깨어 직무수행에 임할 수 있는 상황에서 잠을 잔 것이므로 피고인이 고의로 일직사관으로서의 직무를 포기하거나 직장을 이탈한 것이라고는 볼 수 없다(大判 1984.3.27. 83도3260).
- ④ (O) 직무유기교사죄는 피교사자인 공무원별로 1개의 죄가 성립되는 것이므로 피교사자인 공무원별로 사실을 특정할 수 있도록 공소사실을 기재하여야 한다(大判 1997.8.22. 95도984).

367번

- ① 직무유기죄에서 ‘직무를 유기한 때’란 공무원이 법령, 내규 등에 의한 추상적 성실의무에만 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니라 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 가능성이 있는 경우를 가리킨다.
- ② 직무유기죄는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있는바, 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 즉시 성립하고 그와 동시에 완성되는 즉시범이므로 그 범죄성립과 동시에 공소시효가 진행된다.
- ③ 병가 중인 공무원의 경우에는 구체적인 작위의무 내지 국가기능의 저해에 대한 구체적인 위험성이 있다고 할 수 없으므로 직무유기죄의 주체로 될 수 없다.
- ④ 공무원이 어떠한 위법사실을 발견하고도 직무상 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 아니하고 위법사실을 적극적으로 은폐할 목적으로 허위공문서를 작성, 행사한 경우에는 직무위배의 위법상태는 허위공문서작성 당시부터 그 속에 포함되는 것으로 작위범인 허위공문서작성, 동행사죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다.

- ① (O) 大判 1997.4.22. 95도748.
- ② (X) 직무유기죄는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있는바, 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위상태가 계속되는 한 가벌적 위법상태는 계속 존재하고 있다고 할 것이며 형법 제122조 후단은 이를 전체적으로 보아 1죄로 처벌하는 취지로 해석되므로 이를 즉시범이라고 할 수 없다(大判 1997.8.29. 97도675).
- ③ (O) 大判 1997.4.22. 95도748.

- ④ (O) 大判 1982.12.28. 82도2210.

369번

[문제] 직무유기죄가 성립되는 경우로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉔ 당직사관이 술을 마시고 내무반에서 화투놀이를 한 후 애인과 함께 자고나서 당직근무의 인수·인계 없이 퇴근한 경우

- ② (O) 大判 1990.12.21. 90도2425.

370번

- ㉔ 경찰관들이 피의자들을 현행범으로 체포하거나 현행범 체포서를 작성할 때 체포사유 및 변호인선임권을 고지하였다는 내용의 허위의 현행범인체포서와 확인서를 작성한 경우 허위공문서작성죄가 성립한다.
- ④ 직무집행의 의사로 자신의 직무를 수행한 경우에는 그 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가되는 경우뿐만 아니라 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행한 탓으로 적절한 직무수행에 이르지 못한 경우에도 직무유기죄는 성립한다.

- ② (O) 大判 2010.6.24. 2008도11226.

- ④ (X) 형법 제122조 후단 소정의 공무원이 정당한 이유 없이 직무를 유기한 때라 함은 직무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니한 경우를 의미하는 것이므로 공무원이 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우에는 직무유기죄는 성립하지 아니한다(大判 1997.8.28. 97도675).

371번

- ㉔ 직권남용죄의 '직권남용'이란 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미한다.

- ㉔ (O) 직권남용죄의 "직권남용"이란 공무원이 그의 일반적 권한에 속하는 사항에 관하여 그것을 불법하게 행사하는 것 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 따라서 직권남용은 공무원이 그의 일반적 권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 지위를 이용한 불법행위와는 구별되며, 또 직권남용죄에서 말하는 "의무"란 법률상 의무를 가리키고, 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다(大判 1991.12.27. 90도2800).

374번

- ㉔ 시·도 교육청 소속 교육공무원에 대한 인사권을 가진 교육감이 인사담당 장학관 등에게 지시하여 승진후보자명부상 승진 또는 자격연수 대상이 될 수 없는 특정 교원들을 적격 후보자인 것처럼 추천하거나 임의로 평정점을 조정하는 방법으로 승진임용하거나 그 대상자가 되도록 한 경우, 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄가 성립하지 않는다.

- ㉔ (X) 서울특별시교육청 소속 교육공무원에 대한 인사권은 교육감인 피고인의 일반적인 직무권한에 속하는 사항이지만, 피고인이 승진대상자를 특정한 후 그들을 승진시킬 목적으로 법령에 위반하여 위와 같

은 행위를 한 것이라면 그 실질은 정당한 권한 행사를 넘어 직무의 행사에 가탁한 부당한 행위라고 할 것이므로 직권남용에 해당하고, 인사 실무를 담당하는 장학관이나 장학사로 하여금 법령에 위배되는 일을 하게 하여 그들이 이와 같은 역할을 수행한 것은 그들에게 법령상 의무 없는 일을 하게 한 것이므로, 직권남용권리행사방해죄가 성립한다(大判 2011.2.10. 2010도13766).

375번

- ㉔ ③ 甲은 乙의 부탁을 받고 차적 조회 시스템을 이용하여 유사회탈유 제조 현장 부근에서 경찰의 잠복근무에 이용되고 있던 경찰청 소속 차량의 소유관계에 관한 정보를 알아내 乙에게 알려주었다. 甲의 행위는 공무상비밀누설죄에 해당한다.

- ③ (X) 피고인이 甲에게 제공한 차량 소유관계에 관한 정보가 형법 제127조에서 정한 '법령에 의한 직무상 비밀'에 해당한다고 볼 수 없다(大判 2012.3.15. 2010도14734).

제3절 뇌물죄

378번

- ㉔ ② 뇌물은 개개의 특정한 직무행위와 대가적 관계에 있을 것을 필요로 하고 전체적·포괄적으로 대가관계가 있는 정도는 부족하다는 것이 판례의 입장이다.
- ③ 공무원 甲이 乙로부터 일정 토지에 관하여 건축허가를 내줄 것을 부탁받고 수천만원권의 자기앞수표가 든 봉투를 건네받았는데, 그 후 乙과 수시로 통화하면서 이를 즉시 乙에게 돌려주지 않고 10일이 경과한 후에 돌려준 경우 뇌물죄의 고의가 인정된다.

- ② (X) 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무수행의 불가매수성을 그 직접의 보호법익으로 하고 있으므로, 공무원의 직무와 금원의 수수가 전체적으로 대가관계에 있으면 뇌물수수가 성립하고, 특별히 청탁의 유무, 개개의 직무행위의 대가적 관계를 고려할 필요가 없으며, 또한 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다 할 것이다(大判 1997.12.26. 97도2609).

- ③ (O) 大判 2012.8.23. 2010도6504.

379번

- ㉔ ② 포괄죄인 뇌물수수 범행이 종전에 없던 벌금형을 필요적으로 병과하는 신설 조항의 시행 전후에 걸쳐 행하여진 경우, 이 신설조항에 규정된 벌금형 산정의 기준이 되는 수뢰액은 동 규정이 신설된 이후에 수수한 금액으로 한정된다.
- ③ 국가공무원이 지방자치단체의 업무에 관하여 전문가로서 위원 위촉을 받아 한시적으로 직무를 수행하는 경우와 같이 공무원이 그 고유의 직무와 관련이 없는 일에 관하여 별도의 위촉절차 등을 거쳐 다른 직무를 수행하게 된 경우에는 그 위촉이 종료되면 그 위원 등으로서 새로 보류하였던 공무원 지위는 소멸한다고 보아야 하므로, 그 이후에 종전에 위촉받아 수행한 직무에 관하여 금품을 수수하더라도 이는 사후수뢰죄에 해당할 수 있음은 별론으로 하고 일반 수뢰죄로 처벌할 수는 없다.

- ② (O) 大判 2011.6.10. 2011도4260.

- ③ (O) 大判 2013.11.28. 2013도10011.

380번

- ③ 교통계에서 근무하는 경찰관 甲은 乙의 도박장 개설 및 도박법행을 묵인하고 편의를 봐주는 데 대한 사례비 명목으로 1회에 30만 원씩 5회에 걸쳐 함께 150만 원을 교부받고, 나아가 도박장 개설 및 도박법행사실을 잘 알면서도 이를 단속하지 아니한 경우에는 甲이 교통계에서 근무하여 그의 직접적인 업무가 아니라고 하더라도 수뢰후부정처사죄가 성립한다.

③ (O) 大判 2003.6.13. 2003도1060.

381번

- ① 공무원이 골재채취허가 과정에 협조해 달라는 청탁과 함께 동일인으로부터 20일 사이에 3차례에 걸쳐 다른 장소에서 금품을 교부받은 경우, 단일 범의에 의하여 행해진 계속된 행위라고 볼 수 있고 피해범의 또한 동일하므로 포괄하여 일죄를 구성한다.
- ② 건축공무원이 약 4개월 사이에 10회에 걸쳐 동일한 건설회사의 대표이사, 상무이사, 공사현장 소장으로부터 동일명목으로 뇌물을 받았다면 단일 범의에 의하여 행해진 계속된 행위라고 볼 수 없으므로 수뢰의 뇌물수수죄가 성립한다.
- ③ 등기소 조사계장이 동일 법무사로부터 그가 신청하는 등기신청사건을 신속히 처리하여 달라는 부탁조로 1건당 얼마씩 이른바 급행료를 받은 경우, 단일한 범의의 계속 아래 일정한 기간 동종행위를 같은 장소에서 반복한 것으로 볼 수 있어 일죄이다.
- ④ 형법 제133조 제2항의 제3자뇌물취득죄는 제133조 제1항의 증뢰자로부터 교부받은 금품을 수뢰할 사람에게 전달하였는지 여부에 관계없이 제3자가 그 정을 알면서 금품을 교부받음으로써 성립하며, 나아가 제3자가 그 금품을 수뢰할 사람에게 전달하였다 하더라도 별도로 뇌물공여죄가 성립하는 것은 아니다.

- ① (O) (大判 1983.11.08. 83도711).
- ② (X) 1974.12.27 부터 1975.5. 초순까지의 약 4개월여 사이에 10회에 걸쳐 甲 주식회사 대표이사 A 및 동 회사상무이사로서 공사현장 소장으로부터 그 뇌물을 받은 것은 포괄일죄가 성립한다(大判 1979.08.14. 79도1393).
- ③ (O) 피고인이 뇌물수수의 단일한 범의의 계속하에 일정기간 동종행위를 같은 장소에서 반복한 것이 분명하므로 피고인의 수뢰에 걸친 뇌물수수행위는 포괄일죄를 구성한다고 해석함이 상당하다(大判 1982.10.26. 81도1409).
- ④ (O) 大判 1997.9.5. 97도1572.

382번

- ② 수뢰후부정처사죄에 있어서 공무원이 수뢰 후 행한 부정행위가 공도화변조 및 동행사죄인 경우에는 수뢰후부정처사죄 외에 별도로 공도화변조죄 및 동행사죄가 성립하고 이들 죄와 수뢰후부정처사죄는 실제적 경합 관계에 있다.

- ② (X) 형법 제131조 제1항의 수뢰후부정처사죄에 있어서 공무원이 수뢰후 행한 부정행위가 공도화변조 및 동행사죄와 같이 보호법익을 달리하는 별개 범죄의 구성요건을 충족하는 경우에는 수뢰후부정처사죄 외에 별도로 공도화변조 및 동행사죄가 성립하고 이들 죄와 수뢰후부정처사죄는 각각 상상적 경합 관계에 있다고 할 것인바, 이와 같이 공도화변조죄와 동행사죄가 수뢰후부정처사죄와 각각 상상적 경합

범 관계에 있을 때에는 공도화변조죄와 동행사죄 상호간은 실제적 경합범 관계에 있다고 할지라도 상상적 경합범 관계에 있는 수뢰후부정처사죄와 대비하여 가장 중한 죄에 정한 형으로 처단하면 족한 것이고 따라서 경합범 가중을 할 필요가 없다(大判 2001.2.9. 2000도1216). <주> 수뢰후부정처사죄와 문서죄는 상상적 경합관계이고, 부정처사후수뢰죄와 문서죄는 실제적 경합관계이다.

383번

- ㉠ 뇌물죄가 직무집행의 공정에 대한 사회의 신뢰를 보호하려는 것이므로 공무원이 이익을 수수하는 것으로 인하여 '사회일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 여부'도 뇌물죄의 성립 여부를 판단할 때에 기준이 된다.
- ㉡ 일정한 비용을 지급받을 뿐 정기적인 급여를 지급받지 아니하는 지방의회의원이 처리하는 직무와 관련한 청탁의 대가로 금전을 받았다면 수뢰죄가 성립한다.

㉠ (O) 大判 2000.1.21. 99도4940.

㉡ (O) 비록 지방의회의원이 일정한 비용을 지급받을 뿐 정기적인 급여를 지급받지는 아니한다고 하더라도 공무를 담당하고 있는 이상 지방의회의원은 형법상 공무원에 해당한다(大判 1997.3.11. 96도1258).

389번

- ② 뇌물을 받은 일자가 상당한 기간에 걸쳐 있고 돈을 받은 일자 사이에 상당한 기간이 끼어 있더라도 단일하고 계속된 범의 아래 일정기간 반복하여 행하고 그 피해범의도 동일한 것이라면 수뢰죄의 포괄일죄가 된다.
- ③ 세무공무원인 甲은 乙이 추가세무조사 대상으로 지정하지 않으면 섭섭하지 않도록 해 주겠으니 얼마면 되겠느냐고 부탁하자 1,000만원이면 된다는 의미에서 손가락 한 개를 들어 보였고, 이에 응한 乙로부터 현금이 든 가방을 교부받아 집에 돌아와 확인해보니 현금 1억원이 들어있어서 예상보다 너무 많은 액수여서 후에 이를 반환하였다면 뇌물수수죄는 성립하지 않는다.

- ② (O) 수뢰죄에 있어서 단일하고도 계속된 범의 아래 동종의 범행을 일정기간 반복하여 행하고 그 피해범의도 동일한 것이라면, 돈을 받은 일자가 상당한 기간에 걸쳐 있고, 돈을 받은 일자 사이에 상당한 기간이 끼어 있다 하더라도 각 범행을 통틀어 포괄일죄로 볼 것이다(大判 2009.10.29. 2009도8069).
- ③ (X) 뇌물을 수수한다는 것은 영득의 의사로 금품을 수수하는 것을 말하므로, 뇌물인지 모르고 이를 수수하였다가 뇌물임을 알고 즉시 반환하거나, 증뢰자가 일반적으로 뇌물을 두고 가므로 후일 기회를 보아 반환할 의사로 여쭌 수 없이 일시 보관하다가 반환하는 등 그 영득의 의사가 없었다고 인정되는 경우라면 뇌물을 수수하였다고 할 수 없겠지만, 피고인이 먼저 뇌물을 요구하여 증뢰자가 제공하는 돈을 받았다면 피고인에게는 받은 돈 전부에 대한 영득의 의사가 인정된다고 하지 않을 수 없고, 이처럼 영득의 의사로 뇌물을 수령한 이상 그 액수가 피고인이 예상한 것보다 너무 많은 액수여서 후에 이를 반환하였다 하더라도 뇌물죄의 성립에는 영향이 없다고 할 것이다(大判 2007.3.29. 2006도9182).

395번

- ① 형법 제133조 제2항의 제3자뇌물취득죄는 제3자가 증뢰자로부터 교부받은 금품을 수뢰할 사람에게 전달하였는지의 여부에 관계없이 제3자가 그 정을 알면서 금품을 교부받음으로써 성립한다.
- ② 뇌물을 여러 차례에 걸쳐 수수함으로써 그 행위가 여러 개이더라도 그것이 단일하고 계속적 범의에 의하여 이루어지고 동일법익을 침해한 때에는 포괄일죄로 처벌함이 상당하다.

- ③ 병역면제를 위해 1억원의 뇌물을 받은 헌병수사관 甲이 독자적 판단에 따라 군의관 乙에게 5천만원을 공여한 경우 甲에게 추정해야 할 금액은 5천만원이다.

- ① (O) 大判 2002.6.14. 2002도1283.
 ② (O) 뇌물을 여러 차례에 걸쳐 수수함으로써 그 행위가 여러 개이라도 그것이 단일하고 계속적 범의에 의하여 이루어지고 동일법익을 침해한 때에는 포괄일죄로 처벌함이 상당하다(大判 1999.01.29. 98도3584).
 ③ (X) 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 받고 그 금품 중의 일부를 받은 취지에 따라 청탁과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물로 공여하거나 다른 알선행위자에게 청탁의 명목으로 교부한 경우에는 그 부분의 이익은 실질적으로 범인에게 귀속된 것이 아니어서 이를 제외한 나머지 금품만을 몰수하거나 그 가액을 추정하여야 하지만, 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 받은 자가 그 금품 중의 일부를 다른 알선행위자에게 청탁의 명목으로 교부하였다 하더라도 당초 금품을 받을 당시 그와 같이 사용하기로 예정되어 있어서 그 받은 취지에 따라 그와 같이 사용한 것이 아니라, 범인의 독자적인 판단에 따라 경비로 사용한 것이라면 이는 범인이 받은 금품을 소비하는 방법의 하나에 지나지 아니하므로, 그 가액 역시 범인으로부터 추정하지 않으면 안된다(大判 1999.6.25. 99도1900). 따라서 추정해야 할 금액은 1억이다.

397번

- ㉡ 甲생명보험 주식회사의 보험설계사이자 도시 및 주거환경정비법상 재건축정비사업조합의 조합장인 피고인이, 乙에게서 시공사 선정 등에 도움을 달라는 청탁을 받고 乙로 하여금 甲 회사 보험상품에 대한 보험계약을 체결하게 한 후 그에 대한 보험계약 모집수수료를 교부받은 경우, 피고인이 乙에게서 제공받은 뇌물은 그 모집수수료 자체가 아니라 '보험계약 체결에 따라 모집수수료 등을 지급받을 수 있는 지위 또는 기회'이다.

- ㉢ (O) 피고인이 취득한 보험계약 모집수수료는 공소외 1 회사로부터 영업성과에 따라 지급받은 보수이므로 그 모집수수료 자체를 뇌물로 볼 수는 없고, 피고인이 공소외 2로부터 제공받은 뇌물은 '보험계약 체결에 따라 모집수수료 등을 지급받을 수 있는 지위 또는 기회'라고 보아야 할 것이다. 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 공소사실 기재 보험계약 모집수수료는 피고인이 공소외 2의 보험계약 체결에 따라 공소외 1 회사로부터 지급받은 보수 중 새로운 보험계약을 모집한 영업성과만을 기초로 산정된 금액임을 알 수 있으므로, 피고인이 공소외 2의 보험계약 체결로 제공받은 '보험계약 체결에 따라 모집수수료 등을 지급받을 수 있는 지위 또는 기회'의 재산적 가치는 적어도 공소사실 기재 보험계약 모집수수료 상당은 된다고 볼 수 있다(大判 2014.10.15. 2014도8113).

397-1번

- ① 자동차를 뇌물로 공여한 경우 자동차등록원부에 뇌물수수자가 그 소유자로 등록되지 않았다고 하더라도 자동차의 사실상 소유자로서 자동차에 대한 실질적인 사용 및 처분권한이 있다면 자동차 자체를 뇌물로 취득한 것으로 보아야 한다.
 ② 피해자가 카드로 전화통화를 한 후 전화요금은 나중에 지불하기로 하는 통신카드서비스 이용계약을 한국통신과 체결한 후 한국통신으로부터 발급받아 소지하고 있던 한국통신의 후불식 전화카드를 피고인이 절취하여 공중전화의 통화에 이용한 경우 절도죄, 사문서부정행사죄, 편의시설부정이용죄가 성립한다.
 ③ 甲이 자신의 처가 乙에 대하여 부담하는 채무의 대물변제명목으로 자기 소유의 무허가건물을 乙에게 양도하고, 처자 자신의 처가 丙에 대하여 부담하는 채무의 대물변제명목으로 위 무허가건물을 丙에게 양도하고 무허가건물대장상의 소유자 명의를 丙으로 변경하여

준 경우, 배임죄의 기수에 해당한다.

- ④ 피해자가 도주하는 강도를 체포하기 위해 위에서 덮쳐 오른손으로 목을 잡고, 왼손으로 앞부분을 잡는 순간 강도가 들고 있던 벽돌에 끼어 있는 철사에 찔려 부상을 입은 경우 강도상해죄가 성립하지 않는다.

- ① (O) 大判 2006.4.27. 2006도735.
 ② (X) [1] 형법 제348조의2에서 규정하는 편의시설부정이용의 죄는 부정한 방법으로 대가를 지급하지 아니하고 자동판매기, 공중전화 기타 유료자동설비를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하는 행위를 범죄구성요건으로 하고 있는데, 타인의 전화카드(한국통신의 후불식 통신카드)를 절취하여 전화통화에 이용한 경우에는 통신카드서비스 이용계약을 한 피해자가 그 통신요금을 납부할 책임을 부담하게 되므로, 이러한 경우에는 피고인이 '대가를 지급하지 아니하고' 공중전화를 이용한 경우에 해당한다고 볼 수 없어 편의시설부정이용의 죄를 구성하지 않는다(大判 2001.9.25. 2001도3625). [2] 사용자에 관한 각종 정보가 전자기록되어 있는 자기띠가 카드번호와 카드발행자 등이 문자로 인쇄된 플라스틱 카드에 부착되어 있는 전화카드의 경우 그 자기띠 부분은 카드의 나머지 부분과 불가분적으로 결합되어 전체가 하나의 문서를 구성하므로, 전화카드를 공중전화기에 넣어 사용하는 경우 비록 전화기가 전화카드로부터 판독할 수 있는 부분은 자기띠 부분에 수록된 전자기록에 한정된다고 할지라도, 전화카드 전체가 하나의 문서로서 사용된 것으로 보아야 하고 그 자기띠 부분만 사용된 것으로 볼 수는 없으므로 절취한 전화카드를 공중전화기에 넣어 사용한 것은 권리의무에 관한 타인의 사문서를 부정행사한 경우에 해당한다(大判 2002.6.25. 2002도461). ▶ 절도죄와 사문서부정행사죄만 성립한다.
 ③ (O) (大判 2005.10.28. 2005도5713).
 ④ (O) 大判 1985.7.9. 85도1109.

제4절 공무집행방해죄

398번

- ② 甲이 음주운전에 차선까지 위반하자, 의경 乙은 甲에게 음주측정을 위하여 파출소까지 가라고 요구하였는데 甲이 거절하자 乙은 강제로 파출소까지 끌고 가려고 하였고, 甲은 이에 대항하는 과정에서 乙을 밀었다면 공무집행방해죄가 성립하지 아니한다.

- ② (O) 大判 1994.10.25. 94도2283.

400번

- ㉢ 피의자나 참고인이 피의자의 무고함을 입증하는 등의 목적으로 적극적으로 허위의 증거를 조작하여 제출하였고 그 증거 조작의 결과 수사기관이 그 진위에 관하여 나름대로 충실한 수사를 하더라도 제출된 증거가 허위임을 발견하지 못하여 잘못된 결론을 내리게 될 정도에 이르렀다면, 이는 위계에 의하여 수사기관의 수사행위를 적극적으로 방해한 것으로 위

- ㉢ (O) 大判 2003.7.25. 2003도1609.

401번

- ㉢ 특정 지역에서의 불법집회에 참가하려는 것을 막기 위하여 시간적·장소적으로 근접하지 않은 다른 지역에서 집회예정장소로 이동하는 것을 제지하는 행위는 적법한 공무집행에 해당한다.

- ㉔ (X) 구 집회 및 시위에 관한 법률에 의하여 금지되어 그 주최 또는 참가행위가 형사처벌의 대상이 되는 위법한 집회시위가 점차 특정지역에서 개최될 것이 예상된다고 하더라도, 이와 시간적·장소적으로 근접하지 않은 다른 지역에서 그 집회시위에 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 공무원집행방해죄의 보호대상이 되는 공무원의 적법한 직무집행이 아니다(大判 2008.11.13. 2007도9794).

406번

- ㉔ 당사자가 법원에 가처분신청을 하면서 허위의 주장을 하거나 허위의 증거를 제출한 경우

- ㉔ (X) 피고인들이 허위의 매매계약서 및 영수증을 소명자료로 첨부하여 가처분신청을 하여 법원으로부터 유체동산에 대한 가처분결정을 받은 행위로 인하여 법원의 가처분 결정 업무의 적정성이 침해되었다고 볼 여지는 있으나 법원의 구체적이고 현실적인 어떤 직무집행이 방해되었다고 할 수는 없으므로, 피고인들의 기만적인 행위로 인하여 잘못된 가처분결정이 내려졌다는 이유만으로 바로 위계에 의한 공무원집행방해죄가 성립하지는 않는다(大判 2012.4.26. 2011도17125).

407번

[문제] 다음 설명 중 위계에 의한 공무원집행방해죄가 성립하지 않는 경우는?(판례에 의함)

- ① 불법체류를 이유로 강제출국 당한 중국 동포가 중국에서 이름과 생년월일을 변경한 호구부를 발급받아 중국 주재 대한민국 총영사관에 제출하여 입국사증을 받은 다음, 다시 입국하여 외국인등록증을 발급받고 귀화허가신청서를 제출한 경우
- ② 공립고등학교 입학원서 추천서란을 사실과 다르게 조작 허위 기재하여 그 추천서 성적이 고등학교 입학전형의 자료가 되게 한 경우
- ③ 丙은 건축공사를 하면서 허위의 준공신고서, 준공검사현장조사서 등을 첨부하여 준공검사를 신청하였고, 이를 진실한 것으로 알고 받아들인 관계공무원으로부터 준공필증을 교부 받은 경우

- ① (O) 大判 2011.4.28. 2010도14696.
- ② (O) 大判 1983.9.27. 83도1864.
- ③ (X) 일반적으로 출원 등에 의한 행정관청의 인허가처분은 그 인, 허가요건을 신청서 기재와 부속소명자료 등에 의하여 그 인, 허가여부를 심사 결정하는 것이며 이는 출원사유가 사실과 부합하지 아니하는 경우가 있음을 전제로 하는 것이므로 출원자가 그 출원사유에 허위의 사실을 기재하고 허위의 소명자료를 첨부하였는데 행정관청이 그 출원사유가 진실한 것이라고 경신하고 이를 받아들였다면 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 것으로 그 출원자의 위계에 의한 것이었다고 할 수 없으므로 위계에 의한 공무원집행방해죄를 구성하지 아니한다(大判 1982.12.14. 82도2207).

410번

- ③ 甲은 乙이 리스기간이 만료하고도 차량을 납부하지 않자 차량 도난신고를 하면 전국수배가 되어 차량을 신속히 회수할 수 있다는 점을 알고 경찰서 지구대에 허위차량도난신고를 하였다. 甲의 행위는 위계공무집행방해죄에 해당한다.
- ④ 초등학교를 졸업하였음에도 초등학교 중퇴 이하의 학력자라는 허위내용의 인우보증서를 첨부하여 운전면허 구술시험에 응시하였다면 위계에 의한 공무원집행방해죄가 성립한다.

- ③ (X) 사안의 경우, 경찰서 지구대에 허위의 차량도난신고를 한 것만으로는 공무원의 직무집행을 방해할 의사가 있었다고 단정하기 어려우므로 위계에 의한 공무원집행방해죄가 성립한다고 볼 수 없다.
- ④ (X) 초등학교를 졸업하였음에도 초등학교 중퇴 이하의 학력자라는 허위 내용의 인우보증서를 첨부하여 운전면허 구술시험에 응시하였다는 사실만으로는 위계에 의한 공무원집행방해죄가 성립하지 않는다(大判 2007.3.29. 2006도58189).

제5절 도주죄·범인은닉죄

419번

[문제] 甲과 乙이 공모하여 A를 폭행한 상황을 목격한 甲의 사촌동생인 丙이 경찰에 참고인으로 출석하게 되자, 甲은 丙에게 허위진술을 해 달라고 부탁하였다. 丙은 경찰에서 실제로 폭행을 저지른 사람은 甲이 아니라 丁이라고 진술하였는데 丁은 실존하지 않는 허무인이었다. 이후 경찰에 자진출석한 乙도 공범은 甲이 아니라 丁이라고 진술하였다. 이 사례에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲에게 범인도피죄의 교사범을 인정하지 않는 견해는 자기비호권의 한계를 일탈하였다는 점을 근거로 한다.
- ㄴ. 甲의 가벌성을 인정하는 견해에 의하면 丙이 기대가능성이 없어 범인도피죄로 처벌받지 않더라도, 제한적 종속형식에 의해 甲은 범인도피죄의 교사범으로 처벌받는다.
- ㄷ. 乙에게 범인도피죄는 성립하지만 위계에 의한 공무원집행방해죄는 성립하지 않는다.
- ㄹ. 丙이 허무인을 진범으로 진술한 것은 위계에 의한 공무원집행방해죄에 해당한다.

- ㄱ. (X) 자기비호권의 한계를 일탈한 것으로 기대가능성이 인정되기 때문이라는 근거는 범인도피죄의 교사범을 인정한다는 긍정설의 근거이다. 범인도피죄의 교사범을 인정하지 않는다는 부정설의 근거로는 자기비호의 연장에 불과하기 때문에 교사범이 될 수 없다고 본다.
- ㄴ. (O) 친족간 특례(151조 2항)가 적용되어, 丙은 책임이 조각되어 처벌되지 않지만, 제한적 종속형식에 의하면 위법하기만 하면 공범의 성립을 인정할 수 있다. 따라서 丙은 기대가능성이 없어 책임이 조각되지만 위법성은 인정되어 甲은 교사범으로 처벌받는다.
- ㄷ. (O) 공동정범중의 1인이 다른 공동정범을 도피시킨 경우 범인도피죄의 죄책을 면치 못하고 따라서 피고인이 乙의 도피행위를 용이케 함은 동 방조죄를 구성한다고 해석함이 타당하다(大判 1958.1.14. 4290 형상393). 또한 아래 ㄹ지문 해설처럼 위계에 의한 공무원집행방해죄는 성립하지 않는다.
- ㄹ. (X) 수사기관에 대하여 피의자가 허위자백을 하거나 참고인이 허위의 진술을 한 것만으로는 위계에 의한 공무원집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다(大判 1971.3.9. 71도186).

424번

- ④ 甲이, 수감되어 있던 병원에서 간수자를 폭행하고 탈주에 성공한 자신의 동생에게 보다 멀리 서울로 도피할 수 있도록 승용차를 제공하였더라도 甲에게는 도주원조죄가 성립하지는 않는다.

- ④ (O) 도주죄의 범인이 도주행위를 하여 기수에 이르면 이후에 범인의 도피를 도와 주는 행위는 범인도피죄에 해당할 수 있을 뿐 도주원조죄에는 해당하지 아니한다(大判 1991.10.11. 91도1656).

425번

③ 甲이 절도혐의로 사법경찰관에 의해 위법한 동행의 형식으로 강제연행 되었으나, 그로부터 6시간 경과 후 긴급체포된 상태에서, 감시가 소홀한 틈을 타 도주한 경우 도주죄가 성립한다.

③ (X) 사법경찰관이 피고인을 수사관까지 동행한 것이 사실상의 강제연행, 즉 불법 체포에 해당하고, 불법 체포로부터 6시간 이상이 경과한 후에 이루어진 긴급체포 또한 위법하므로 피고인이 불법체포된 자로서 형법 제145조 제1항에 정한 '법률에 의하여 체포 또는 구금된 자'가 아니어서 도주죄의 주체가 될 수 없다(大判 2006.7.6. 2005도6810).

426번

② 주점 개업식 날 찾아 온 범인에게 “도망다니면서 와 주니 고맙다. 항상 몸조심하고 주의해라. 열심히 살면서 건강에 조심하라”고 말한 경우 범인을 도피하게 한 것으로 볼 수 있다.

② (X) 주점 개업식 날 찾아 온 범인에게 ‘도망다니면서 이렇게 와 주니 고맙다. 항상 몸조심하고 주의하여 다녀라. 열심히 살면서 건강에 조심하라.’고 말한 것은 단순히 안부인사에 불과한 것으로 범인을 도피하게 한 것으로 볼 수 없다(大判 1992.6.12. 92도736).

제6절 위증죄·증거인멸죄

429번

가. 판사가 증인이 경찰과 검사에게 진술한 내용이 사실이라고 묻고 수사기록을 제시하고 그 요지를 고지하자 증인이 사실대로 진술하였으며 그 내용도 상위없다고 답변한 경우 그 진술 기재 내용에 대한 위증죄가 성립한다.

나. 공범인 공동피고인이라도 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 위증죄의 주체가 될 수 있다.

가. (X) 판사가 증인이 경찰과 검사에게 진술한 내용이 사실이라고 묻고 수사기록을 제시하고 그 요지를 고지한 즉 증인이 사실대로 진술하였으며 그 내용도 상위없다고 답변하였을 뿐이라면 증인이 수사기록에 있는 그의 진술조서에 기재된 내용을 기억하여 반복 진술한 것이라고 할 수는 없으므로 설사 그 진술조서에 기재된 내용 중 증인의 기억에 반하는 부분이 있다고 하여도 그 기재내용을 상위없다고 하는 진술자체가 위증이 될 수 있음은 별론으로 하고 그 진술기재내용을 위증한 것이라고 할 수는 없다(大判 1989.9.12. 88도1147).

나. (O) 공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있으므로 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다(大判 2008.06.26. 2008도3300).

431번

② 사촌관계에 있는 甲의 도박사실 여부에 관하여 증언거부사유가 발생하게 되었는데도 재판장으로부터 증언거부권을 고지 받지 못한 상태에서 허위 진술을 하게 된 경우 위증죄가 성립하지 않는다.

④ 민사소송절차에서 재판장이 증인에게 증언거부권을 고지하지 아니하였다 하여 절차위반의

위법이 있다고 할 수 없으므로 적법한 선서절차를 마쳤음에도 허위진술을 한 증인에 대해서는 달리 특별한 사정이 없는 한 위증죄가 성립한다.

② (O) 大判 2010.02.25. 2009도13257.

④ (O) [1] 형사소송법은 증언거부권에 관한 규정(제148조, 제149조)과 함께 재판장의 증언거부권 고지의 무에 관하여도 규정하고 있는 반면(제160조), 민사소송법은 증언거부권 제도를 두면서도(제314조 내지 제316조) 증언거부권 고지에 관한 규정을 따로 두고 있지 않다. [2] 민사소송절차에 증인으로 출석한 피고인이, 민사소송법 제314조에 따라 증언거부권이 있는데도 재판장으로부터 증언거부권을 고지받지 않은 상태에서 허위의 증언을 한 경우, 민사소송법이 정하는 절차에 따라 증언으로서 적법하게 선서를 마치고도 허위진술을 한 피고인의 행위는 위증죄에 해당한다(大判 2011.7.28. 2009도14928).

436번

[문제] 형법 제155조 제1항(타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다)에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① ‘위조’란 문서에 관한 죄에 있어서의 위조 개념과는 달리 새로운 증거의 창조를 의미하는 것이다.
- ④ 자신이 직접 형사처분이나 징계처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 그 증거가 될 자료를 인멸하였다 하더라도, 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증거를 인멸한 결과가 되는 경우 증거인멸죄가 성립한다.

① (O) 大判 2007.6.28. 2002도3600.

④ (X) 증거인멸죄는 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸하는 경우에 성립하는 것으로서, 피고인 자신이 직접 형사처분이나 징계처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 그 증거가 될 자료를 인멸하였다면, 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증거를 인멸한 결과가 된다고 하더라도 이를 증거인멸죄로 다스릴 수 없고, 이러한 법리는 그 행위가 피고인의 공범자가 아닌 자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증거를 인멸한 결과가 된다고 하더라도 마찬가지이다(大判 1995.9.29. 94도2608).

제7절 무고죄

439번

① 무고죄에서 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적은 허위신고를 함에 있어서 다른 사람이 그로 인하여 형사 또는 징계처분을 받게 될 것이라는 인식이 있으면 족하고 그 결과발생을 희망하는 것까지를 요하는 것은 아니다.

① (O) 大判 2006.5.25. 2005도4642.

442번

① 甲이 乙에게 도박자금으로 금원을 빌려준 사실을 감추고 단순한 대여금인 것처럼 하여 乙이 대여금을 변제하지 않는다며 처벌하여 달라는 취지로 고소한 경우 무고죄가 성립한다.

- ① (O) 大判 2004.1.16. 2003도7178.

445번

- ① 친고죄로서 그에 대한 고소기간이 경과하여 공소를 제기할 수 없음이 그 신고내용 자체에 의하여 분명한 경우에는 무고죄는 성립하지 않는다.
- ② 위법성조각사유가 있음을 알면서도 이를 숨기고 범죄사실만 고소한 경우에는 무고죄의 허위신고가 되지 않는다.
- ③ 비록 신고내용이 일부 객관적 진실에 반하는 내용이 포함되었다고 하더라도 그것이 독립하여 형사처분 등의 대상이 되지 아니하고 단지 신고사실의 정황을 과장하는 데 불과하거나 허위의 일부 사실의 존부가 전체적으로 보아 범죄사실의 성립여부에 직접 영향을 줄 정도에 이르지 아니하는 내용에 관계되는 것이라면 무고죄가 성립하지 않는다.

- ① (O) 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(大判 1998.4.14. 98도150).
- ② (X) 위법성조각사유가 있음을 알면서도 “피고소인이 허위사실을 공표하였다.”고 고소함으로써 결국 적극적으로 위법성조각사유가 적용되지 않는 공직선거및선거부정방지법 제250조의 허위사실공표죄로 처벌되어야 한다고 주장한 것이므로 무고죄가 성립한다(大判 1998.3.24. 97도2956).
- ③ (O) 大判 2003.01.24. 2002도5939.