

2024년도 경찰대 편입 형법 정답과 해설

- 월비스 경찰학원 형사법 임종희 제공 -

1. 죄형법정주의에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대통령기록물 관리에 관한 법률 제30조 제2항에 의하여 처벌되는 동법 제14조의 대통령기록물을 손상·은닉·멸실 또는 유출하거나 국외로 반출하는 행위를 금지하는 규정에서, 유출이 금지되는 대통령기록물에 원본 문서나 전자파일 이외에 그 사본이나 추가 출력물이 포함된다고 해석하는 것은 죄형법정주의에 반하지 않는다.
- ② 유기징역형에 대한 임의적 감경을 할 때에는, 형법 제55조 제1항 제3호에서 정한 것과 같이 장기와 단기를 모두 2분의1로 감경하는 것 외에 장기 또는 단기 중 어느 하나만을 2분의 1로 감경하거나 2분의 1보다 넓은 범위의 감경을 하더라도 죄형법정주의에 반하지 않는다.
- ③ 한국환경공단이 환경부장관의 위탁을 받아 건설폐기물 인계인수에 관한 내용 등의 전산처리를 위한 전자정보처리프로그램인 올바로 시스템을 구축 운영하고 있는 경우, 그 업무를 수행하는 한국환경공단 임직원을 공전자기록의 작성권한자인 공무원으로 보거나 한국환경공단을 공무소로 보는 것은 죄형법정주의에 반하지 않는다.
- ④ 형법 제207조 제3항 외국통화위조죄의 '외국에서 통용하는 지폐'에 일반인의 관점에서 통용할 것이라고 오인할 가능성이 있는 지폐까지 포함시키면 죄형법정주의에 반한다.
- ⑤ 형법 제232조의2 사전자기록위작죄에서 정한 '위작'의 포섭 범위에 권한 있는 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치 운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 행위를 포함한다고 보는 것은 죄형법정주의에 반한다.

→ 정답 ④ (○) [1] 형법 제207조 제3항은 "행사할 목적으로 외국에서 통용하는 외국의 화폐, 지폐 또는 은행권을 위조 또는 변조한 자는 10년 이하의 징역에 처한다."고 규정하고 있는바, 여기에서 외국에서 통용한다고 함은 그 외국에서 강제통용력을 가지는 것을 의미하는 것이므로 외국에서 통용하지 아니하는 즉, 강제통용력을 가지지 아니하는 지폐는 그것이 비록 일반인의 관점에서 통용할 것이라고 오인할 가능성이 있다고 하더라도 위 형법 제207조 제3항에서 정한 외국에서 통용하는 외국의 지폐에 해당한다고 할 수 없고, 만일 그와 달리 위 형법 제207조 제3항의 외국에서 통용하는 지폐에 일반인의 관점에서 통용할 것이라고 오인할 가능성이 있는 지폐까지 포함시키면 이는 위 처벌조항을 문언상의 가능한 의미의 범위를 넘어서까지 유추해석 내지 확장해석하여 적용하는 것이 되어 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로 허용되지 않는다.

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

[3] 피고인은 갑과 공모하여, 행사할 목적으로, 2001. 9. 6. 17:00경 서울 강서구 화곡동에 있는 상호불상의 커피숍에서 미합중국 100만 달러 지폐 6장과 10만 달러 지폐 6장 등 합계 660만 달러(한화 약 73억 원 상당)가 위조지폐라는 정을 알면서도 을로부터 교부받아 이를 취득한 경우, 위조외국 통화취득죄가 성립하지 않는다(대법원2004. 5. 14.선고2003도3487판결).

- ① (X) 대통령 비서관실 소속행정관 갑은 비서관실 내 자신의 행정관 컴퓨터에 저장된 문서의 전자파

일을 이용하여 추가로 출력하거나 사본한 출력본 또는 복사본을 알고 지내던 을에게 전달한 경우, 대통령기록물관리법 제30조 제2항 제1호, 제14조에 의해 유출이 금지되는 대통령기록물에 원본 문서나 전자파일 이외에 그 사본이나 추가 출력물까지 포함된다고 해석하는 것은 죄형법정주의 원칙에 반하여 허용되지 아니한다(대법원2021. 1. 14. 선고2016도7104판결). 결국, 유출이 금지되는 대통령 기록물은 원본만 해당하므로, 그 사본이나 추가 출력물은 포함되지 아니하므로 갑은 포함 대통령기록물법위반죄가 성립하지 않는다.

② (X) [다수의견] [1] 필요적 감경의 경우에는 감경사유의 존재가 인정되면 반드시 형법 제55조 제1항에 따른 법률상 감경을 하여야 함에 반해, 임의적 감경의 경우에는 감경사유의 존재가 인정되더라도 법원이 형법 제55조 제1항에 따른 법률상 감경을 할 수도 있고 하지 않을 수도 있다. 나아가 임의적 감경사유의 존재가 인정되고 법원이 그에 따라 징역형에 대해 법률상 감경을 하는 이상 형법 제55조 제1항 제3호에 따라 상한과 하한을 모두 2분의 1로 감경한다. 이러한 현재 판례와 실무의 해석은 여전히 타당하다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

[2] 형법 제55조 제1항은 형벌의 종류에 따라 법률상 감경의 방법을 규정하고 있는데, 형법 제55조 제1항 제3호는 “유기징역 또는 유기금고를 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 한다.”라고 규정하고 있다. 이와 같이 유기징역형을 감경할 경우에는 ‘단기’나 ‘장기’의 어느 하나만 2분의 1로 감경하는 것이 아니라 ‘형기’ 즉 법정형의 장기와 단기를 모두 2분의 1로 감경함을 의미한다는 것은 법문상 명확하다. 처단형은 선고형의 최종적인 기준이 되므로 그 범위는 법률에 따라서 엄격하게 정하여야 하고, 별도의 명시적인 규정이 없는 이상 형법 제56조에서 열거하고 있는 가중·감경할 사유에 해당하지 않는 다른 성질의 감경사유를 인정할 수는 없다. 따라서 유기징역형에 대한 법률상 감경을 하면서 형법 제55조 제1항 제3호에서 정한 것과 같이 장기와 단기를 모두 2분의 1로 감경하는 것이 아닌 장기 또는 단기 중 어느 하나만을 2분의 1로 감경하는 방식이나 2분의 1보다 넓은 범위의 감경을 하는 방식 등은 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다(대법원2021. 1. 21. 선고2018도5475 전원합의체 판결).

③ (X) [1] 형법 제227조의2(공전자기록위작·변작)는 “사무처리를 그르치게 할 목적으로 공무원 또는 공무소의 전자기록 등 특수매체기록을 위작 또는 변작한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정하고 있다. 여기에서 ‘공무원’이란 원칙적으로 법령에 의해 공무원의 지위를 가지는 자를 말하고, ‘공무소’란 공무원이 직무를 행하는 관청 또는 기관을 말하며, ‘공무원 또는 공무소의 전자기록’은 공무원 또는 공무소가 직무상 작성할 권한을 가지는 전자기록을 말한다. 따라서 그 행위주체가 공무원과 공무소가 아닌 경우에는 형법 또는 특별법에 의하여 공무원 등으로 의제되는 경우를 제외하고는 계약 등에 의하여 공무와 관련되는 업무를 일부 대행하는 경우가 있더라도 공무원 또는 공무소가 될 수 없다. 형벌법규의 구성요건인 공무원 또는 공무소를 법률의 규정도 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의 원칙에 반하기 때문이다.

[2] 한국환경공단은 한국환경공단법에 의해 설립된 법인으로서, 그 임직원은 공무원이 아니고 단지 한국환경공단법 제11조, 건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률(이하 ‘건설폐기물법’이라고 한다) 제61조, 폐기물관리법 제62조의2등에 의하여 형법 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때 공무원으로 의제될 뿐(수뢰의 죄가 될 뿐)이며, 한국환경공단 임직원을 공전자기록 등 위작죄에서 공전자기록 작성권한자인 공무원으로 의제하거나 한국환경공단이 작성하는 전자기록을 공전자기록으로 의제하는 취지의 명문규정은 없다(공전자기록위작·변작죄는 성립하지 않는다).

[3] 국환경공단이 환경부장관의 위탁을 받아 건설폐기물 인계·인수에 관한 내용 등의 전산처리를 위한 전자정보처리프로그램인 올바로 시스템을 구축·운영하고 있더라도, 그 업무를 수행하는 한국환경공단 임직원을 공전자기록의 작성권한자인 공무원으로 보거나 한국환경공단을 공무소로 볼 수는 없다. 그리고 한국환경공단법 등이 한국환경공단 임직원을 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어 공무원으로 본다고 규정한다고 하여 그들 또는 그들이 직무를 행하는 한국환경공단을 형법 제227조의2에 정한 공무원 또는 공무소에 해당한다고 보는 것은 형벌법규를 피고인에게 불리하게 확장해석하거나 유추해석하는 것이어서 죄형법정주의 원칙에 반한다. 이는 한국환경공단 또는 그 임직원이 환경부장관으로부터 위탁받은 업무와 관련하여 직무상 작성한 문서를 공문서로 볼 수 없는 것과 마찬가지로

(대법원2020. 3. 12. 선고2016도19170판결). 결국, 한국환경공단 임직원을 공전자기록의 작성권한자인 공무원으로 보거나 한국환경공단을 공무소로 보는 것은 죄형법정주의에 반한다.

⑤ (X) [1] 시스템을 설치·운영하는 주체와의 관계에서 전자기록의 생성에 관여할 권한이 없는 사람이 전자기록을 작출하거나 전자기록의 생성에 필요한 단위정보의 입력을 하는 경우는 물론 시스템의 설치·운영 주체로부터 각자의 직무 범위에서 개개의 단위정보의 입력 권한을 부여받은 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 경우도 형법 제227조의2(공전자기록위작·변작)에서 말하는 전자기록의 '위작'에 포함된다. 위 법리는 형법 제232조의2의 사전전자기록등위작죄에서 행위의 태양으로 규정한 '위작'에 대해서도 마찬가지로 적용된다.

[2] 형법 제232조의2(사전전자기록위작·변작)에서 정한 '위작'의 개념에 권한 있는 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 행위를 포함하더라도 처벌의 범위가 지나치게 넓어져 죄형법정주의의 원칙에 반하는 것으로 볼 수도 없다(대법원2020. 8. 27. 선고2019도11294 전원합의체 판결)

2. 형법의 시간적 적용범위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 형법 제1조 제2항의 해석과 관련하여, 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우, 이는 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련된 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에 해당하여야 하므로, 이와 관련이 없는 법령의 변경으로 인하여 해당 형벌법규의 가벌성에 영향을 미치게 되는 경우에는 형법 제1조 제2항이 적용되지 않는다.

② 범죄 후 법률의 변경이 있더라도 법정형이 동일한 경우에는 구법을 적용하여야 하나, 신법을 적용하는 법령적용의 잘못이 있더라도 판결 결과에는 아무런 영향이 없다.

③ 범죄 후 법률의 변경으로 형이 구법보다 가벼워진 경우인지를 판단할 때, 형은 법정형을 의미하고, 형의 경중은 형법 제50조에 의거하되 주형이 동일한 경우에만 몰수와 같은 부가형까지도 비교하여 판단하여야 한다.

④ 상습강제추행죄가 신설되어 시행되기 이전의 범행은 행위시법에 의하여 상습강제추행죄가 아닌 기존의 강제추행죄로 처벌할 수 있을 뿐이나, 그 소추요건은 절차법적 요건이므로 상습강제추행죄에 관한 것이 구비되어야 한다.

⑤ 스스로 유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여 효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 그 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우에는 형법 제1조 제2항에서 말하는 법령의 변경에 해당한다고 볼 수 없다.

→ 정답 ④ (X) [1] 포괄일죄에 관한 기존 처벌법규에 대하여 그 표현이나 형량과 관련한 개정을 하는 경우가 아니라 애초에 죄가 되지 아니하던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우에는 신설된 포괄일죄 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여는 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 없다(형법 제1조 제1항).

[2] 이는 신설된 처벌법규가 상습범을 처벌하는 구성요건인 경우에도 마찬가지라고 할 것이므로, 구성요건이 신설된 상습강제추행죄가 시행되기 이전의 범행은 상습강제추행죄로는 처벌할 수 없고 행위시법에 기초하여 강제추행죄로 처벌할 수 있을 뿐이며, 이 경우 그 소추요건도 상습강제추행죄에 관한 것이 아니라 강제추행죄에 관한 것이 구비되어야 한다.

[3] 원심이 처벌법규가 신설된 상습강제추행죄(형법 제305조의2)가 시행되기 이전 시점의 공소사실인 피해자 갑, 을에 대한 상습강제추행의 점은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당한다고 보아 이유 무죄로

판단하면서, 그 상습강제추행죄의 공소사실에 포함된 각 강제추행의 점에 대하여는 위 피해자들의 적법한 고소가 없어 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 보아 공소기각 판결을 선고한 것은 정당하다(대법원2016. 1. 28. 선고2015도15669판결).

① (○) 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우, 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련이 없는 법령의 변경으로 인하여 해당 형벌법규의 가벌성에 영향을 미치게 되는 경우(형사법적 관점의 변화에 근거한 법령의 변경에 해당한다고 볼 수 없는 경우)에는 형법 제1조 제2항이 적용되지 않는다(대법원 2022. 12. 22. 선고 2020도16420 전원합의체판결).

② (○) [1] 범죄 후 법률의 변경이 있더라도 형이 중하게 변경되는 경우나 형의 변경이 없는 경우에는 형법 제1조 제1항에 따라 행위시법(구법)을 적용하여야 할 것이다(대법원2020. 11. 12. 선고2016도8627판결).

[2] 범죄 후 법률의 변경이 있더라도 법정형이 동일한 경우에는 구법을 적용하여야 하나, 신법을 적용하는 법령 적용의 잘못이 있더라도 판결 결과에는 아무런 영향이 없다.

③ (○) [1] 형의 경중의 비교는 원칙적으로 법정형을 표준으로 할 것이고 치단형이나 선고 형에 의할 것이 아니며, 법정형의 경중을 비교함에 있어서 법정형 중 병과형 또는 선택형이 있을 때에는 이 중 가장 중한 형을 기준으로 하여 다른 형과 경중을 정하는 것이 원칙이다(대법원1992. 11. 13. 선고 92도2194판결).

[2] 형의 경중은 형법 제50조에 결정된다. 주형뿐만 아니라 부가형도 비교해야 하므로 주형이 동일한 경우에만 몰수와 같은 부가형까지도 비교하여 판단하여야 한다(다수설).

⑤ (○) 한편 법령이 개정 내지 폐지된 경우가 아니라, 스스로 유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여 효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 그 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우(협의의 한시법)도 형법 제1조 제2항에서 말하는 법령의 변경에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2022. 12. 22. 선고 2020도16420 전원합의체판결).

3. 다음의 두 <사례>에 관하여 옳은 것만을 모두 고른 것은?

<사례1> 甲은 자기의 처를 희롱하는 乙을 살해하기 위해 돌맹이로 乙의 가슴과 머리를 여러 차례 내리쳤다(제1행위). 乙이 정신을 잃고 축 늘어지자 乙이 사망한 것으로 오인한 甲은 그 사체를 몰래 파묻어 증거를 인멸할 목적으로 乙을 그곳에서 150m 떨어진 개울가로 끌고 가서 삽으로 웅덩이를 파고 乙을 매장하였다(제2행위). 그런데 실제로 乙은 제1행위인 돌맹이에 맞아 죽은 것이 아니라 제2행위로 인해 웅덩이에서 질식사한 것으로 밝혀졌다.

<사례2> 丙은 피해자를 구타하여 상해를 입은 피해자가 정신을 잃고 빈사상태에 빠지자(제1행위) 사망한 것으로 오인하고, 자신의 행위를 은폐하고 피해자가 자살한 것처럼 가장하기 위하여 피해자를 배란다 아래의 바닥으로 떨어뜨려(제2행위) 사망케 하였다.

㉠ <사례1>의 경우 제1행위와 제2행위를 각각 분리하여 판단하면, 제1행위는 살인미수죄가 되고 제2행위는 증거인멸죄가 되며, 양자는 실체적 경합이 된다.

㉡ <사례1>의 경우 판례에 의하면, 피해자가 제1행위에 의하여 직접 사망한 것이 아니라 제2행위에 의하여 사망하게 되었다고 하더라도 전 과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국 실현된 것으로서 살인죄 고의기수범이 성립한다.

㉢ <사례1>의 경우는 구성요건 착오 중 객체의 착오에 해당하며 이에 관한 법정적 부합설에 따르면 甲이 인식한 객체와 결과가 발생한 객체가 일치하므로 언제나 살인죄고

의기수범이 성립한다.

㉔ <사례2>의 경우 제1행위와 제2행위를 각각 분리하여 판단하면, 제1행위는 상해죄가 되고 제2행위는 상해치사죄가 되며, 양자는 실체적 경합이 된다.

㉕ <사례2>의 경우 丙의 제1행위와 제2행위를 포괄하여 판단하는 판례에 의하면, 丙에게는 단일의 상해치사죄만이 성립한다.

① ㉔㉕

② ㉔㉕

③ ㉔㉕㉔

④ ㉔㉕㉕

⑤ ㉔㉕㉕㉕

→ 정답 ② ㉔㉕(2개)은 옳은 지문이나, ㉔㉕㉕(3개)은 틀린 지문이다. <사례1; 젓달라고 희롱한 사건>의 경우에는 개괄적 고의설(판례), 인과관계의 착오(다수설), 객관적 귀속설, 미수범설(살인미수와 과실치사죄의 실체적 경합)이 대립하고 있다. <사례2; 낙산비치호텔에서 여친을 자살로 위장사건>의 경우는 판례가 포괄하여 단일의 결과적 가중범(상해치사죄)에 해당한다고 보나, 개괄적 과실에 해당한다는 학설도 있다

㉔ (X) <사례1>의 경우에서 미수와 과실의 경합범설(미수범설)에 따를 때는 제1행위시와 제2행위시는 고의를 달리하는 별개 행위로서 각자 독자적으로 판단해야 하므로, 제1행위시에 대해서는 살인미수를 인정하고, 제2행위시에는 고의가 없으므로 과실치사의 실체적 경합을 인정한다.

㉕ (○) <사례1>에서 피해자가 피고인들의 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 피고인들은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다(대판1988.6.28. 88도650). 판례는 위의 젓달라 사건에서 개괄적 고의설을 취하고 있다.

㉔ (X) <사례1>의 경우에 구성요건 착오 중 객체의 착오에 해당한다는 학설은 없다. 다만, 다수설은 인과관계의 착오(인과과정의 착오)의 한 유형으로 다루고 있다(물론 다른 견해가 있으나, 생략한다). 여기에서 인과관계의 착오(교각사건)란 갑이 원수 乙을 강물에 빠뜨려 익사시키려고 다리에서 밀었는데, 乙이 교각에 머리를 부딪쳐 뇌진탕으로 사망한 경우와 같이 인과과정의 차이가 비본질적인때(<사례1>처럼 놀맹이로 때려 뇌진탕으로 죽였던 아니면 질식사시켰던 사망결과에는 차이가 없다는 것이다. 또한 위 교각사건처럼 익사시켜 죽였던 교각에 부딪쳐 뇌진탕으로 죽였던 사망결과에는 아무런 차이가 없다)에는 살인죄의 고의기수범이 성립한다는 견해이다.

【참고】여기에서 차이가 본질적인 예는 갑이 乙에게 가벼운 상처를 가하였으나, 乙이 병원가다가 교통사고로 사망한 경우나 병원에서 치료받다가 병원에 화재가 발생하여 타죽었거나 아니면 혈우병 환자여서 과다출혈로 죽은 경우처럼 사망결과가 엉뚱하게 발생한 경우를 말한다.

㉕ (X) <사례2>에서 상해죄와 상해치사죄의 실체적 경합이 된다는 견해는 없다.

㉔ (○) <사례2>에서 피고인이 피해자에게 우측 흉골골절 및 늑골골절상과 이로 인한 우측 심장벽 좌상과 심낭내출혈 등의 상해를 가함으로써, 피해자가 바닥에 쓰러진 채 정신을 잃고 빈사상태에 빠지자, 피해자가 사망한 것으로 오인하고, 피고인의 행위를 은폐하고 피해자가 자살한 것처럼 가장하기 위하여 피해자를 베란다로 옮긴 후 베란다 밑 약 13m 아래의 바닥으로 떨어뜨려 피해자로 하여금 현장에서 좌측 측두부 분쇄함몰골절에 의한 뇌손상 및 뇌출혈 등으로 사망에 이르게 하였다면, 피고인의 행위는 포괄하여 단일의 상해치사죄(결과적 가중범)에 해당한다(대판1994.11.4. 94도2361). 결국, 단일의 살인죄가 아닌 상해치사죄가 성립한다.

4. 과실범에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 과실범은 주의의무의 존재를 전제로 한 과실행위를 의미하므로, 교통사고 사망사고를 낸 자가 신호준수의무라는 주의규정을 고의로 위반하였다면 사망의 결과에 대하여 과실범은 성립할 수 없다.

② 의료행위와 환자에게 발생한 상해 사망 등 결과 사이에 인과관계가 인정되는 경우에는,

업무상과실로 평가할 수 있는 행위의 존재 또는 그 업무상과실의 내용을 구체적으로 증명할 필요 없이 개연성만으로 족하다.

③ 수인이 각자 분리수거장 방향으로 담배꽂초를 던져 버리고 현장을 떠남으로써 공동의 과실이 경합되어 화재가 발생한 경우, 적어도 각 과실이 화재의 발생에 대하여 하나의 조건이 된 이상은 그 공동적 원인을 제공한 사람들은 실화죄의 공동정범의 책임을 면할 수 없다.

④ 과실범에 있어서의 비난가능성의 지적 요소란 결과발생의 가능성에 대한 인식으로서, 인식 있는 과실은 이와 같은 인식이 있고, 인식 없는 과실은 이에 대한 인식 자체도 없는 경우이나, 인식 없는 과실도 규범적 실재로서의 과실책임이 있음은 인식 있는 과실과 같다.

⑤ 과실에 의한 간접정범이 성립할 수 없음은 물론이며, 과실범에 대한 간접정범도 성립할 수 없다.

→ 정답 ④ (○) [1] 호텔의 사장 또는 영선과장인 피고인들에게는 화재가 발생하면 불이 확대되지 않도록 계단과 복도등을 차단하는 갑종방화문은 항상 자동개폐되도록 하며, 숙박업들이 신속하게 탈출대피할 수 있도록 각층의 을종방화문(비상문)은 언제라도 내부에서 외부로의 탈출방향으로 밀기만 하면 그대로 열려지도록 설비관리하고, 화재시에는 즉시 전층 객실에 이를 알리는 감지기, 수신기, 주경종, 지구경종을 완벽하게 정상적으로 작동하도록 시설관리하여야 할 업무상의 주의의무가 있다 할 것이다.

[2] 호텔의 사장 또는 영선과장인 피고인들이 오보가 잦다는 이유로 자동화재조기탐지 및 경보시설인 수신기의 지구경종스위치를 내려 끈 채 봉하고, 영업상 미관을 해친다는 이유로 각층에 설치된 갑종방화문을 열어두게 하고 옥외피난계단으로 통하는 을종방화문은 도난방지등의 이유로 고리를 끼워 피난구로서의 역할을 다하지 못하게 하였다면, 이와 같은 피고인들의 주의의무 해태는 결과적으로 건물의 화재발생시에 있어서 숙박객 등에게 신속하게 화재를 알릴 수 없게 되고 발화지점에서의 상하층에의 연소방지를 미흡하게 하고 또 숙박객 등을 비상구를 통해 신속하게 옥외로 대피시키지 못하게 하는 것임은 경험상 명백하다 할 것이므로, 이 사건 화재로 인한 숙박객 등의 사상이라는 결과는 충분히 예견가능한 것이라고 할 것이다.

[3] 소위 과실범에 있어서의 비난가능성의 지적 요소란 결과발생의 가능성에 대한 인식으로서 인식 있는 과실에는 이와 같은 인식이 있고, 인식없는 과실에는 이에 대한 인식자체도 없는 경우이나, 전자에 있어서 책임이 발생함은 물론, 후자에 있어서도 그 결과발생을 인식하지 못하였다는 데에 대한 부주의 즉 규범적 실재로서의 과실책임이 있다고 할 것이다(대법원1984. 2. 28.선고83도3007판결). 결국, 호텔의 사장 또는 영선과장인 피고인들에게는 업무상과실치사상죄가 성립한다.

① (X) 교통사고 사망사고를 낸 자가 신호준수의무의 주의규정을 고의로 위반하였다면 사망의 결과에 대하여 과실범의 성립을 인정할 수 있다. 업무상과실치사죄가 성립한다.

② (X) [1] 의료사고에서 의사의 과실을 인정하기 위해서는, 의사가 결과 발생을 예견할 수 있었음에도 이를 예견하지 못하였거나 결과 발생을 회피할 수 있었음에도 이를 회피하지 못하였는지 여부를 검토하여야 하고, 과실 유무를 판단할 때에는 같은 업무·직무에 종사하는 일반적 평균인의 주의 정도를 표준으로 하여 사고 당시의 일반적 의학의 수준과 의료 환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다. 의료사고에서 의사의 과실과 결과 발생 사이에 인과관계를 인정하기 위해서는, 주의의무 위반이 없었더라면 그러한 결과가 발생하지 않았을 것임이 증명되어야 한다.

[2] 그러므로 의사에게 의료행위로 인한 업무상과실치사상죄를 인정하기 위해서는, 의료행위 과정에서 공소사실에 기재된 업무상 과실의 존재는 물론 그러한 업무상과실로 인하여 환자에게 상해·사망 등 결과가 발생한 점에 대하여도 엄격한 증거에 따라 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명이 이루어져야 한다. 설령 의료행위와 환자에게 발생한 상해·사망 등 결과 사이에 인과관계가 인정되는 경우에도, 검사가 공소사실에 기재한 바와 같은 업무상과실로 평가할 수 있는 행위의 존재 또는 그 업무상 과실의 내용을 구체적으로 증명하지 못하였다면, 의료행위로 인하여 환자에게 상해·사망 등 결과가

발생하였다는 사정만으로 의사의 업무상과실을 추정하거나 단순한 가능성·개연성 등 막연한 사정을 근거로 함부로 이를 인정할 수는 없다(대법원2023. 1. 12. 선고2022도11163판결).

③ (X) [1] 과실범의 공동정범은 행위자들 사이에 공동의 목표와 의사연락이 있는 경우에 성립하는 것인바, 함께 담배를 피웠을 뿐인 갑과 을에게는 ‘공동의 목표’가 있었다고 보기 어려워 위와 같은 공동정범의 법리가 적용될 수는 없다고 보아야 할 것이다. 따라서 형법 제30조를 적용하여 피고인들을 실화죄의 공동정범으로 처벌할 수는 없다고 할 것이다.

[2] 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있는데도 결과발생을 용인하고 방관한 채 의무를 이행하지 아니한 것이 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면 부작위범으로 처벌할 수 있다. 실화죄에 있어서 공동의 과실이 경합되어 화재가 발생한 경우 적어도 각 과실이 화재의 발생에 대하여 하나의 조건이 된 이상은 그 공동적 원인을 제공한 사람들은 각자 실화죄의 책임을 면할 수 없다(대법원2023. 3. 9. 선고2022도16120판결). 결국, 갑과 을에 대해서는 실화죄의 각 단독범으로 처벌하여야 한다.

[3] 피고인들이 분리수거장 방향으로 담배꽂초를 던져 버리는 한편, 피고인들 각자 본인 및 상대방이 버린 담배꽂초 불씨가 살아 있는지를 확인하고 이를 완전히 제거하는 등 화재를 미리 방지할 주의의무가 있음에도 이를 게을리 한 채 만연히 현장을 떠난 과실이 인정되고 이러한 피고인들 각자의 과실이 경합하여 이 사건 화재를 일으켰다고 보아야 하므로, 피고인들 각자의 실화죄 책임을 인정하여야 한다.

[4] 피고인들이 각자 본인 및 상대방의 담뱃불로 인하여 화재가 발생할 수 있음을 충분히 예견할 수 있어 상호 간에 담배꽂초 불씨가 남아 있는지를 확인하고 이를 완전히 제거할 주의의무가 있음에도 이를 위반한 채 분리수거장 부근에서 담배꽂초 불씨를 튕기고 담배꽂초를 던져 버린 후 아무런 조치 없이 현장을 떠났고 이러한 피고인들의 각 주의의무 위반과 이 사건 화재의 발생 사이에 인과관계가 인정된다(대법원2023. 3. 9. 선고2022도16120판결). 결국, 피고인들의 실화죄에서 각 주의의무 위반과 이 사건 화재의 발생 사이에 인과관계가 인정된다.

⑤ (X) [1] (과실에 의한 간접정범 X) 간접정범은 고의로 타인(처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자)을 적극적으로 도구로 이용하여 범죄를 실행하는 자이므로, 과실에 의한 간접정범은 절대로 성립할 수 없다.

[2] (과실범에 대한 간접정범 O) 형법 제34조 제1항에는 「어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.」 고 규정하고 있다. 따라서 형법은 과실범으로 처벌되는 자를 이용하여 결과를 발생시킨 때에는 간접정범이 성립한다고 명문으로 규정하고 있다. 결국, 과실범에 대한 간접정범은 성립한다.

5. 책임에 대한 설명으로 옳은 것은?

① 도의적 책임론은 인간에게 자유의사가 있다는 의사결정론을 전제로 하여, 책임이란 자유의사를 가진 자가 위법한 행위로 의사결정을 한 점에 대한 도의적 비난을 가하는 것이라고 본다.

② 사회적 책임론은 개인의 유전적 소질과 사회적 환경에 의하여 결정된 반사회적 성격에 책임의 근거를 두고, 보안처분과 형벌의 목적을 달리 보는 이원론을 취한다.

③ 목적적 범죄론체계는 위법성인식을 고의와 분리된 독자적인 책임요소로 본다는 점에 그 특징이 있다.

④ 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오를 해결하기 위한 소극적 구성요건표지론은 해당 착오는 총체적 불법구성요건의소극적 표지에 관한 것이므로 구성요건착오에 관한 법리를 유추하여 적용한다.

⑤ 책임조각요건인 심신상실을 판단하기 위해서는 사물변별능력 결여 또는 의사결정능력 결

여라는 심리적 요소와 심신장애라는 생물학적 요소 중에 어느 하나만 인정되면 족하다.

→ 정답 ③ (○) 위법성인식의 체계적 지위에 위법성인식이 고의의 내용(고의설)인가? 책임의 내용(책임설)인가?에 대하여 대립하고 있다. 고전적 범죄체계(인과적 행위론)는 위법성의 인식을 고의의 성립 요소로보나(고의설), 목적적 범죄체계(목적적 행위론)는 위법성의 인식을 고의와는 전혀 분리된 ‘독자적인 책임요소’로 본다(책임설)는 점에 그 특징이 있다.

① (X) [1] 도의적 책임론(의사자유론 = 의사비결정론)은 인간에게 자유의사가 있다는 것을 전제로 하여(의사자유론, 비결정론), 책임의 근거를 자유의사에 두는 견해로서, 자유의사를 가진 자가 스스로의 의사로서 적법행위를 할 수 있음에도 불구하고 불법행위로 나아갔으므로 행위자에게 도의적 비난을 가하는 것이 책임이라고 한다.

[2] 도의적 책임론은 자유의사를 전제로 하는 전통적인 고전학과(구파)의 책임이론이고, 행위자보다 행위에 중점을 두는 객관주의 책임이며, 형벌을 도의적 비난에 근거한 응보로 이해하는 응보형주의의 책임론이다. 책임능력을 범죄능력으로 보고 있다. 또한 형벌과 보안처분의 목적이 다르므로, 이원론을 취한다.

② (X) [1] 사회적 책임론(의사결정론)은 인간의 자유의사를 부정하고(결정론), 책임의 근거를 소질과 환경에 의하여 결정된 행위자의 반사회적 성격(사회적 위험성)에 두는 견해로서, 반사회적 성격을 가진 자가 사회방위 수단으로서의 형벌을 받을 법률적 지위, 즉 사회적 비난가능성이 책임이라고 한다.

[2] 사회적 책임론은 근대학과(신파)의 형법이론에 기초가 되어 있는 책임론이며, 범죄론에 있어서 주관주의와 형벌론에 있어서 목적형주의와 결합된 책임이론이다. 책임능력을 형벌능력으로 보고 있다. 형벌과 보안처분은 본질상 동일하다는 일원론을 취한다.

④ (X) 소극적 구성요건표지이론에 의하면 위법성조각사유는 구성요건요소이므로 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오가 있으면 구성요건적 착오로 보아 불법고의가 조각되고 과실범이 성립할 뿐이다. (참고) 구성요건착오에 관한 법리를 유추하여 적용한다는 학설은 유추적용 제한적 책임설로서, 소극적 구성요건표지이론과는 전혀 다른 이론이다.

⑤ (X) 형법 제10조에 규정된 심신장애(심신상실+심신미약)는 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다(대판 2018.9.13. 2018도7658, 2018전도54, 55, 2018보도6, 2018모2593). 결국, 심신상실을 판단하기 위해서는 어느 하나만 결여되어서는 안되고, 생물학적 요소와 심리학적 요소 모두 결여되어야 한다.

6. 범죄의 실현단계에 대한 설명으로 옳은 것은?

① 타인예비를 부정하는 견해에 의하면 타인예비는 정범이 실행에 착수하기 전에는 예비·음모죄에 불과하나, 정범이 실행의 착수에 이른 경우 비로소 공범이 성립한다.

② 판례에 의하면 정범이 실행의 착수에 이르지 아니한 예비의 단계에 그친 경우에는 이에 가공하는 행위가 예비의 공동정범이 될 수 없음은 물론이고 중범도 될 수 없다.

③ 단일의 고의로 예비·음모로부터 실행의 착수로 나아가는 일련의 행위에 있어서, 미수는 실행의 착수 전인 예비·음모에 대하여 법조경합 중 특별관계에 있다.

④ 범죄의 기수와 종료를 구별하는 실익은 공소시효의 기산점은 범죄의 종료시점이고, 기수 이후에도 종료시점까지는 공범의 성립이 가능하며, 행위시법의 판단은 행위의 종료시점을 기준으로 한다는 점에 있다.

⑤ 판례는 실행의 착수가 있기 전인 예비·음모의 행위를 처벌하는 경우에도, 이로 인해 처벌의 불균형이 발생하는 경우에는 형법 제26조의 중지미수 규정을 예비의 중지에도 적용하여

야 한다고 본다.

→ 정답 ④ (○) [1] 공소시효는 범죄행위가 종료한 때로부터 진행한다(형사소송법 제252조 제1항). 따라서 공소시효의 기산점은 범죄행위의 종료시점이라고 할 것이다(대법원2009. 6. 11. 선고2009도1968판결).

[2] 계속범의 경우에 기수 이후에도 종료시점까지는 공범의 성립이 가능하다(통설).

[3] 범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다고 할 때의 "행위시"라 함은 범죄행위의 종료시를 의미한다(대법원1994. 5. 10. 선고94도563판결).

① (X) 자기예비란 예비자 스스로 또는 타인과 공동으로 실행행위를 할 목적으로 준비행위(스스로 준비하는 행위)를 하는 것이고, 타인예비란 타인의 실행행위를 위하여 준비행위(타인의 준비에 도움을 주는 행위)를 말한다. 타인예비의 행위자가 예비죄의 정범이 될 수 있는가에 대하여 긍정설과 부정설이 대립하고 있다. 타인예비는 예비죄가 될 수 없다(예비죄로 처벌할 수 없다)는 부정설(다수설)은 타인예비도 예비죄에 포함시킨다면 예비죄의 범위가 지나치게 확대되고, 형법이 "~죄를 범할 목적으로" 이라고 규정하고 있는 것은 예비자 스스로가 실행할 의사를 필요로 한다는 의미이며, 정범과 공범은 구별하여야 할 것(타인을 도와준 것에 불과한 타인예비는 예비죄의 정범이 되고, 정범이 실행에 착수한 때에는 공범종속성설에 따라 공범에 해당함)이므로 타인예비는 예비가 될 수 없다(예비죄로 처벌할 수 없다). 결국, 타인예비를 부정하는 견해에 의하면 타인예비는 정범이 실행에 착수하기 전에는 예비음모죄가 성립할 수 없다(처벌할 수 없다).

② (X) 정범이 실행착수에 이르지 아니한 예비단계에 그친 경우, 이에 가공하는 행위가 예비의 공동정범이 되는 경우를 제외하고는 중범으로 처벌할 수 없다(대판1976.5.25. 75도1549). 결국, 예비죄의 공동정범은 성립하나, 예비죄의 중범은 성립하지 않는다.

③ (X) 예비행위가 실행에 착수하여 미수 또는 기수가 된 때에는 기본범죄의 미수 또는 기수만 성립한다. 예비죄와 미수 또는 기수는 법조경합(특별관계·흡수관계·보충관계 3개가 있다) 중에 보충관계로 보는 것이 다수설이고 흡수관계로 보는 견해도 있지만 특별관계로 보는 학자는 없다.

⑤ (X) 중지범(중지미수)은 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것이고 실행의 착수가 있기 전인 예비음모의 행위를 처벌하는 경우에 있어서 중지범의 관념은 이를 인정할 수 없다(대판1999.4.9. 99도424). 또한 중지범은 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것이고 실행의 착수가 있기 전인 예비음모의 행위를 처벌하는 경우 있어서는 중지범의 관념은 이를 인정할 수 없으므로, 피고인에 대한 형을 양정함에 있어서 중지범의 감면규정을 적용하지 아니한다(대법원1991. 6. 25. 선고91도436판결). 결국, 판례는 형법에는 예비의 중지에 형법 제26조의 중지미수를 준용한다는 규정이 없으므로, 제26조의 중지미수(필요적 감면) 규정을 예비의 중지에 도 적용할 수 없다고 판시하였다. 따라서 예비의 중지는 예비죄의 처벌규정이 있다면(살인예비죄, 강도예비죄 등) 필요적 감면없이 예비죄로 그대로 처벌한다.

7. 불능미수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 불능범과 구별되는 불능미수의 성립조건인 '위험성'은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다.

② 불능미수는 행위자가 실제로 존재하지 않는 사실을 존재한다고 오인하였다는 측면에서, 존재하는 사실을 인식하지 못한 사실의 착오와 다르다.

③ 甲이 행한 제소가 살아있는 자로 오인하여 사망한 자를 상대로 한 것이라면 이와 같은 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하고 따라서 사망한 자를 생존자로 오인한 대상의 착오로 인하여 사기죄의 불능미수가 성립한다.

④ ‘결과 발생의 불가능’은 실행의 수단 또는 대상의 원시적 불가능성으로 인하여 어떠한 경우에도 구성요건의 실현이 불가능하여 범죄가 기수에 이를 수 없는 것을 의미한다고 보아야 한다.

⑤ 어느 범죄의 실행의 착수라고 볼 수 있는 행위에 이르지 못했다고 보는 이상, 소위 불능미수도 성립할 수 없다.

→ 정답 ③ (X) 소송사기에 있어서 피기망자인 법원의 재판은 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니하는 경우에는 착오에 의한 재물의 교부행위가 있다고 할 수 없어서 사기죄는 성립되지 아니한다고 할 것이므로, 피고인의 제소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 이와 같은 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하고 따라서 사기죄를 구성한다고 할 수 없다(대법원2002. 1. 11. 선고2000도1881판결). 결국, 피고인의 제소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하므로, 살아있는 것으로 오인하든 사망한 사실을 인식했든 절대로 사기죄는 성립하지 않는다.

① (○) [1] 형법 제300조는 준강간죄의 미수범을 처벌한다. 또한 형법 제27조는 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라고 규정하여 불능미수범을 처벌하고 있다. 한편 불능범과 구별되는 불능미수의 성립요건인 ‘위험성’은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다(대법원은 위험성의 판단기준에 관하여 추상적 위험설을 취한다).

[2] 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간죄에서 규정하고 있는 구성요건적 결과의 발생이 처음부터 불가능하였고 실제로 그러한 결과가 발생하였다고 할 수 없다. 피고인이 준강간의 실행에 착수하였으나 범죄가 기수에 이르지 못하였으므로 준강간죄의 미수범이 성립한다. 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었으므로 준강간죄의 불능미수가 성립한다.

[3] 피고인은 2017. 4. 17. 22:30경 자신의 집에서 피고인의 처, 피해자와 함께 술을 마시다가 다음 날 01:00경 피고인의 처가 먼저 잠이 들고 02:00경 피해자도 안방으로 들어가자 피해자를 따라 들어간 뒤, 누워 있는 피해자의 옆에서 피해자의 가슴을 만지고 팬티 속으로 손을 넣어 음부를 만지다가 바지와 팬티를 벗긴 후 1회 간음하여 강간하였다. 피해자가 실제로는 반항이 불가능할 정도로 술에 취하지 아니하여 항거불능의 상태에 있는 피해자를 강간할 수 없음에도 불구하고, 피해자가 술에 만취하여 항거불능의 상태에 있다고 오인하여 누워 있는 피해자를 위와 같은 방법으로 1회 간음하였다. 이로써 피고인은 피해자의 항거불능 상태를 이용하여 피해자를 강간하려 하다가 미수에 그쳤다하여 준강간죄의 불능미수를 인정하였다(대법원2019. 3. 28. 선고2018도16002 전원합의체 판결).

② (○) 불능미수는 행위자가 실제로 존재하지 않는 사실을 존재한다고 오인하였다는 측면에서, 존재하는 사실을 인식하지 못한 사실의 착오와 다르다. 즉, 불능미수는 사실의 착오(구성요건적 착오)와 반대되는 개념으로, 반전된(반대형태의) 사실의 착오 또는 반전된(반대형태의) 구성요건적 착오라고 부른다.

④ (○) 형법 제27조(불능범)는 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 불능미수란 행위자에게 범죄의사가 있고 실행의 착수라고 볼 수 있는 행위가 있더라도 실행의 수단이나 대상의 착오로 처음부터 결과발생 또는 법익침해의 가능성이 없지만 다만 그 행위의 위험성 때문에 미수범으로 처벌하는 경우를 말한다. 여기에서 ‘결과 발생이 불가능’하다는 것은 범죄행위의 성질상 어떠한 경우에도 구성요건의 실현이 불가능하다는 것을 의미한다(대법원2019. 5. 16. 선고2019도97판결).

⑤ (○) 미수가 성립하기 위해서는 반드시 객관적 요건으로서 실행의 착수가 있어야 한다. 따라서 불능미수도 미수의 일종이므로, 실행의 착수가 없다면 절대로 불능미수도 성립할 수 없다.

8. 간접정범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 자기에게 유리한 판결을 얻기 위하여 소송상의 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백하거나 증거가 조작되어 있다는 점을 인식하지 못하는 제3자를 이용하여, 그로 하여금 소송의 당사자가 되게 하고 법원을 기망하여 소송 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하였다면, 간접정범의 형태에 의한 소송사기죄가 성립하게 된다.
- ② 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에는 피해자 자신은 포함될 수 없으므로, 피해자를 도구로 삼아 피해자 스스로 자신의 신체를 이용하여 추행행위를 하게 한 경우에는 강제추행죄의 간접정범이 성립하지 않는다.
- ③ 처벌되지 아니하는 타인의 행위를 적극적으로 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현한 자는 형법 제34조 제1항이 정하는 간접정범의 죄책을 지게 되고, 그 과정에서 타인의 의사를 부당하게 억압하여야만 간접정범에 해당하는 것은 아니다.
- ④ 작성권자를 보조하는 직무에 종사하는 공무원은 허위공문서작성죄의 주체가 되지 못하나 이러한 보조직무에 종사하는 공무원이 허위공문서를 기안하여 허위인 정을 모르는 작성권자에게 제출하고, 그로 하여금 그 내용이 진실한 것으로 오신케 하여 서명 또는 기명날인케 함으로써 공문서를 완성한 때에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립한다.
- ⑤ 신용카드를 제시받은 상점 점원이 그 카드의 금액란을 정정기재하였다 하더라도, 그것이 카드소지인이 위 점원에게 자신이 위 금액을 정정기재 할 수 있는 권리가 있는 양 기망하여 이루어졌다면, 간접정범에 의한 유가증권변조죄가 성립한다.

→ 정답 ② (X) [1] 강제추행죄는 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로도 범할 수 있다. 여기서 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에는 피해자도 포함될 수 있으므로, 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우에도 강제추행죄의 간접정범에 해당할 수 있다.

[2] 같은 스마트폰 채팅 애플리케이션을 통하여 알게 된 피해자들로부터 은밀한 신체 부위가 드러난 사진을 전송받은 사실이 있고, 피해자들의 개인정보나 피해자들의 지인에 대한 인적사항을 알게 된 것을 기화로 피해자들에게 시키는 대로 하지 않으면 기존에 전송받았던 신체 사진과 개인정보 등을 유폐하겠다고 하는 방법으로 피해자들을 협박하여 겁을 먹은 피해자들로 하여금 어쩔 수 없이 나체나 속옷만 입은 상태가 되게 하여 스스로를 촬영하게 하거나, 성기에 이물질을 삽입하거나 자위를 하는 등의 행위를 하게 하였다면, 이러한 행위는 피해자들을 도구로 삼아 피해자들의 신체를 이용하여 그 성적 자유를 침해한 행위로서, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반(강제추행죄)의 간접정범에 해당한다(대판2018.2.8. 2016도17733).

① (○) [1] 소송사기는 법원을 속여 자기에게 유리한 판결을 얻음으로써 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하는 범죄로서, 단순히 사실을 잘못 인식하였다거나 법률적 평가를 잘못하여 존재하지 않는 권리를 존재한다고 믿고 제소한 행위는 사기죄를 구성하지 아니하며, 소송상 주장이 다소 사실과 다르더라도 존재한다고 믿는 권리를 이유 있게 하기 위한 과장표현에 지나지 아니하는 경우 사기의 범의가 있다고 볼 수 없고, 또한 소송사기에서 말하는 증거의 조작이란 처분문서 등을 거짓으로 만들 어내거나 증인의 허위 증언을 유도하는 등으로 객관적·제3자적 증거를 조작하는 행위를 말한다.

[2] 자기에게 유리한 판결을 얻기 위하여 소송상의 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백하거나 증거가 조작되어 있다는 점을 인식하지 못하는 제3자를 이용하여 그로 하여금 소송의 당사자가 되게 하고 법원을 기망하여 소송 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하려 하였다면 간접정범의 형태에 의한 소송사기죄가 성립하게 된다.

[3] 갑이 을 명의 차용증을 가지고 있기는 하나 그 채권의 존재에 관하여 을과 다툼이 있는 상황에서 당초에 없던 월 2분의 약정이자에 관한 내용 등을 부가한 을 명의 차용증을 새로 위조하여, 이를 바탕으로 자신의 처에 대한 채권자인 병에게 차용원금 및 위조된 차용증에 기한 약정이자 2,500만 원을 양도하고, 이러한 사정을 모르는 병으로 하여금 을을 상대로 양수금 청구소송을 제기하도록 한 사안에서, 적어도 위 약정이자 2,500만 원 중 법정 지연손해금 상당의 돈을 제외한 나머지 돈에 관한 갑의 행위는 병을 도구로 이용한 간접정범 형태의 소송사기죄를 구성한다(대법원2007. 9. 6. 선고2006도3591판결).

③ (○) [1] 처벌되지 아니하는 타인의 행위를 적극적으로 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현한 자는 형법 제34조 제1항이 정하는 간접정범의 죄책을 지게 되고, 그 과정에서 타인의 의사를 부당하게 억압하여야만 간접정범에 해당하는 것은 아니다.

[2] 정유회사 경영자의 청탁으로 국회의원이 위 경영자와 지역구 지방자치단체장 사이에 정유공장의 지역구 유치와 관련한 간담회를 주선하고 위 경영자는 정유회사 소속 직원들로 하여금 위 국회의원이 사실상 지배·장악하고 있던 후원회에 후원금을 기부하게 한 사안에서, 국회의원에게는 정치자금법 제32조 제3호 위반죄가, 경영자에게는 정치자금법 위반죄의 간접정범이 성립한다(대법원2008. 9. 11. 선고2007도7204판결).

④ (○) 허위공문서작성죄의 주체는 직무상 그 문서를 작성할 권한이 있는 공무원에 한하고 작성권자를 보조하는 직무에 종사하는 공무원은 허위공문서작성죄의 주체가 되지 못하나, 이러한 보조직무에 종사하는 공무원이 허위공문서를 기안하여 허위인 정을 모르는 작성권자에게 제출하고 그로 하여금 그 내용이 진실한 것으로 오신케 하여 서명 또는 기명날인케 함으로써 공문서를 완성한 때에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립된다 할 것인바, 면의 호적계장이 정을 모른 면장의 결재를 받아 허위내용의 호적부를 작성한 경우 허위공문서작성, 동행사죄의 간접정범이 성립된다(대법원1990. 10. 30. 선고90도1912판결).

⑤ (○) [1] 형법 제214조의 유가증권이란 증권상에 표시된 재산상의 권리의 행사와 처분에 그 증권의 점유를 필요로 하는 것을 총칭하는 것이므로 그것이 유통성을 반드시 가질 필요는 없거나 재산권이 증권에 화체된다는 것과, 그 권리의 행사처분에 증권의 점유를 필요로 한다는 두가지 요소를 갖추어야 하는 것이고, 위 두 가지 요소중 어느 하나를 갖추지 못한 경우에는 형법 제214조에서 말하는 유가증권이라 할 수 없다 할 것인바, 외환은행 소비조합이 그 소속 조합원에게 발행한 신용카드는 그 카드에 의해서만 신용구매의 권리를 행사할 수 있는 점에서 재산권이 증권에 화체되었다고 볼 수 있으므로 유가증권이라 할 것이다.

[2] 유가증권변조죄에 있어서 변조라 함은 진정으로 성립된 유가증권의 내용에 권한 없는 자가 그 유가증권의 동일성을 해하지 않는 한도에서 변경을 가하는 것을 말하고, 설사, 진실에 합치하도록 변경한 것이라 하더라도 권한없이 변경한 경우에는 변조로 되는 것이고 정을 모르는 제3자를 통하여 간접정범의 형태로도 범할 수 있는 것인 바, 신용카드를 제시받은 상점점원이 그 카드의 금액란을 정정기재하였다 하더라도 그것이 카드소지인이 위 점원에게 자신이 위 금액을 정정기재 할 수 있는 권리가 있는 양 기망하여 이루어졌다면 이는 간접정범에 의한 유가증권변조로 봄이 상당하다(대법원1984. 11. 27. 선고84도1862판결).

9. 공범에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공범독립성설은 미수의 교사와 교사의 미수를 모두 인정하지만, 공범종속성설은 미수의 교사는 인정하나 교사의 미수는 인정하지 않는다.
- ② 종속성의 정도에 관한 제한적 종속형식에 의하면 공범은 정범에 성립뿐만 아니라 처벌에 있어서도 종속한다.
- ③ 공범독립성설은 객관주의 범죄론의 입장에서 범죄의 실행행위를 이해하고, 공범종속성설은 범죄를 반사회적 징표라고 보는 주관주의 범죄론의 입장에서 범죄의 실행행위를 이해한다.

④ 필요적 공범인 대항범의 내부자 사이에도 형법총칙상의 임의적 공범규정을 적용할 수 있다.

⑤ 포괄일죄의 범행 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 그가 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다면 포괄일죄 전부의 공동정범으로서 책임을 진다.

→ 정답 ① (○) [1] 공범독립성설과 공범종속성설은 공범(교사범)이 정범(직접 실행한 자)에 종속하느냐의 문제이다.

[2] 공범독립성설은 정범의 성립과 전혀 상관없이 공범만 성립할 수 있다는 견해로서, 교사행위만 있으면 교사범이 성립한다. 정범의 성립을 전제로 하지 않고, 정범이 실행에 착수할 필요도 없다.

㉠ 공범독립성설에 의하면 미수의 교사를 당연히 인정한다. 여기서 미수의 교사란 교사자(공범)가 처음부터 피교사자(정범)가 미수에 그칠 줄 알면서 교사행위를 한 것으로 교사자의 교사행위가 있는 이상 무조건 교사범이 인정된다.

㉡ 공범독립성설에 의하면 교사의 미수(주로 효과없는 교사와 기도된 교사를 의미함)도 당연히 인정한다. 여기서 교사의 미수란 교사자가 교사행위를 하였는데, 피교사자가 승낙은 했으나 실행에 착수하지 아니하거나(형법 제31조 제2항; 효과없는 교사) 승낙조차도 안한 경우(동조 제3항; 실패한 교사)를 의미한다. 따라서 교사의 미수도 교사행위가 있는 이상 교사범이 인정된다.

㉢ 공범독립성설에 의하면 교사행위만 있으면 교사범이 인정되므로, 미수의 교사와 교사의 미수 모두 인정된다.

[2] 공범종속성설은 교사범이 성립하려면 정범에 종속되므로, 교사범이 성립하려면 정범의 성립을 전제로 하고 반드시 정범이 실행에 착수하여야만 한다는 견해이다.

㉠ 공범종속성설에 의하면 미수의 교사를 당연히 인정한다. 정범이 실행에 착수는 하였으므로, 결과가 나오지 않았다하여도, 실행에 착수한 이상 교사범이 인정된다.

㉡ 공범종속성설에 의하면 실행의 착수가 없는 교사의 미수는 인정되지 않는다. 즉, 효과없는 교사와 실패한 교사는(두개를 합해 교사의 미수라고 부름) 둘다 실행에 착수한 바 없으므로 교사범이 인정되지 않는다. 그러나 형법에서 효과없는 교사(제32조 제2항)과 실패한 교사(동조 제3항)에서 처벌규정을 두고 있는데, 공범종속성설은 특별규정이라고 본다.

㉢ 공범종속성설은 교사범(공범)은 정범이 실행에 착수했느냐에 따라 결정된다. 따라서 실행의 착수가 있는 미수의 교사는 인정되나, 실행의 착수가 없는 교사의 미수는 인정하지 않는다.

② (X) 공범(교사범)이 정범에 종속되느냐의 여부에 관하여 공범독립성설과 공범종속성설이 대립한다. 여기서 공범종속성설에서만 종속성의 정도에 관한 문제가 제기된다. 즉, 공범이 성립하려면 정범이 어느 정도의 범죄성립요건을 갖추어야 하는가이다. 종속성의 정도 여부에 최소종속형식, 제한종속형식(다수설), 극단종속형식, 최(초)극단형식의 4개로 나누어 진다. 결국, 이 종속성의 정도는 교사범(공범)이 성립하려면 정범의 범죄성립요건 중 어느 정도에 종속되느냐의 문제로서, 범죄성립에 종속한다는 의미일뿐 처벌과는 무관하다.

③ (X) 선지는 반대로 설명되어 있다. 공범독립성설은 주관주의 범죄론의 입장이고, 공범종속성설은 객관주의 범죄론의 입장이다.

④ (X) [1] 매도, 매수와 같이 2인 이상의 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없고, 따라서 매도인에게 따로 처벌규정이 없는 이상 매도인의 매도행위는 그와 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 매수범행에 대하여 공범이나 방조범관계가 성립되지 아니한다(대판2001.12.28. 2001도5158).

[2] 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 이른바 대항범 관계에 있는 자는 강학상으로는 필요적공범이라고 불리고 있으나, 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 할 뿐 각자 자신의 구성요건을 실현하고 별도의 형법규정에 따라 처벌되는 것이어서, 2인 이상이 가공하여 공동의 구성요건을 실현하는 공범 관계에 있는 자와는 본질적으로 다르며, 대항범관계에 있는 자 사이에서는 각자 상대방의 범행에 대하여 형법 총칙의 공범규정이 적용되지 아니한다. 이러한 점들에 비추어 보면 형사소송법 제253조 제

2항에서 말하는 ‘공범’에는 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범관계에 있는 자는 포함되지 않는다고 해석할 것이다(대법원2015. 2. 12. 선고2012도4842판결). 결국, 필요적 공범인 대항범의 내부자 사이에도 형법총칙상의 임의적 공범규정을 적용할 수 있다.

⑤ (X) 포괄일죄의 범행 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 비록 그가 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 진다(대법원 1997.6.27. 선고 97도163 판결).

10. 다음 ‘부진정’ OO범에 대한 설명으로 옳지 않은 것만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 甲이 乙의 재물을 강취한 후 乙을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우, 甲은 강도죄와 현주건조물방화치사죄에 모두 해당하고 두 죄는 상상적 경합범 관계에 있다.
- ㉡ 부진정 결과적 가중범에서, 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위가 별도의 구성요건에 해당하고 그 고의범에 대하여 결과적 가중범에 정한 형보다 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는, 결과적 가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 결과적 가중범만 성립하고 이와 법조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다.
- ㉢ 중한 결과에 대해 과실이 있는 경우뿐만 아니라 고의가 있는 경우에도 성립하는 부진정 결과적 가중범 중 ‘치사죄’에 해당하는 경우로는 현행 형법상 제164조 제2항의 현주건조물방화치사죄가 유일하다.
- ㉣ 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 부진정 신분범의 경우에 신분이 있는 자가 신분이 없는 자를 교사하여 죄를 범하게 한 때에는 형법 제33조 단서가 형법 제31조 제1항에 우선하여 적용됨으로써 신분이 있는 교사범이 신분이 없는 정범과 동일하게 처벌된다.
- ㉤ 부진정 부작위범의 보증인적 지위·의무를 구성요건요소라고 보는 견해에 의하면, 보증인 지위자만이 행할 수 있으므로 부진정 부작위범은 모두 진정신분범에 해당한다.
- ㉥ 부진정 부작위범의 경우에는 보호법익의 주체가 법익에 대한 침해위험에 대처할 보호능력이 없고, 부작위 행위자에게 침해위험으로부터 법익을 보호해 주어야 할 법적 작위의무가 있을 것을 요하나, 부작위 행위자가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 반드시 지배하고 있을 필요는 없다.

- ① ㉠㉡㉢ ② ㉠㉢㉤ ③ ㉡㉢㉤ ④ ㉡㉢㉥ ⑤ ㉢㉣㉤

→ 정답 ② ㉠㉢㉤(3개)은 틀린 지문이고, ㉡㉢㉥(3개)은 옳은 지문이다.

㉠ (X) 피해자의 재물을 강취한 후 그를 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망케 한 경우, 피고인들의 행위는 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄에 모두 해당하고 그 두 죄는 상상적 경합범관계에 있다(대판1998.12.8. 98도3416).

㉡ (○) 부진정결과적가중범에서, 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위가 별도의 구성요건에 해당하고 그 고의범에 대하여 결과적가중범에 정한 형보다 더 무겁게 처벌하는 규정이 있는 경우에는 그 고의범과 결과적가중범이 상상적 경합관계에 있지만, 위와 같이 고의범에 대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는 결과적가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 결과적가중범만 성립하고 이와 법조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다(대판2008.11.27. 2008도7311).

㉔ (○) 형법 제164조 후단이 규정하는 현주건조물방화치사상죄는 그 전단이 규정하는 죄에 대한 일종의 가중처벌 규정으로서 과실이 있는 경우뿐만 아니라, 고의가 있는 경우에도 포함된다고 볼 것이므로 사람을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우에는 현주건조물방화치사죄로 의율하여야 하고 이와 더불어 살인죄와의 상상적경합범으로 의율할 것은 아니라고 할 것이고(대법원 1983. 1. 18. 선고 82도2341 판결참조), 다만 존속살인죄와 현주건조물방화치사죄는 상상적경합범 관계에 있으므로, 법정형이 중한 존속살인죄로 의율함이 타당하다고 할 것이다(대법원1996. 4. 26. 선고96도485판결). 결국, 판례에 따르면 부진정 결과적 가중범 중 ‘치사죄’에 해당하는 경우로는 현행 형법상 제164조 제2항의 현주건조물방화치사죄가 유일하다.

㉕ (X) 형법 제31조 제1항은 협의의 공범의 일종인 교사범이 그 성립과 처벌에 있어서 정범에 종속한다는 일반적인 원칙을 선언한 것에 불과하고, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에 신분이 있는 자(모해목적을 가진 자)가 신분이 없는 자(모해목적이 없는 자)를 교사하여 죄를 범하게 한 때에는 형법 제33조 단서가 형법 제31조 제1항에 우선하여 적용됨으로써 신분이 있는 교사범(모해위중죄의 교사범)이 신분이 없는 정범(단순 위중죄)보다 중하게 처벌된다(대법원1994. 12. 23. 선고93도1002판결).

㉖ (○) 부진정 부작위범의 보충인적 지위·의무를 구성요건요소라고 보는 견해에 의하면, 객관적 구성요건요소인 보충인 지위·의무자만이 범할 수 있으므로 부진정 부작위범은 모두 진정신분범(신분이 있는 자만 저지를 수 있는 범죄)에 해당한다.

㉗ (X) 살인죄와 같이 일반적으로 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 이른바 부진정 부작위범의 경우에는 보호법익의 주체가 법익에 대한 침해위협에 대처할 보호능력이 없고, 부작위 행위자에게 침해위협으로부터 법익을 보호해 주어야 할 법적 작위의무가 있을 뿐 아니라, 부작위 행위자가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 지배하고 있어 작위의무의 이행으로 결과 발생을 쉽게 방지할 수 있어야 부작위로 인한 법익침해가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것으로서 범죄의 실행행위로 평가될 수 있다. 다만 여기서의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다(대법원2015. 11. 12. 선고2015도6809 전원합의체 판결). 결국, 부작위 행위자(세월호 사건의 이준석 선장)가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 반드시 지배하고 있어야 한다.

11. 생략

12. 판례가 일죄로 인정한 것만을 모두 고른 것은?

- | |
|---|
| <p>㉠ 타인의 부동산을 보관 중인 자가 그 부동산에 근저당권설정등기를 마침으로써 횡령 행위가 기수에 이른 후 해당 부동산을 매각한 경우</p> <p>㉡ 장물보관 의뢰를 받은 자가 그 정을 알면서 이를 보관하고 있다가 임의로 처분한 경우</p> <p>㉢ 대마를 절취하여 그 대마를 흡입할 목적으로 소지하는 경우</p> <p>㉣ 회사의 사무를 처리하는 자가 회사로 하여금 자신의 채무에 관하여 연대보증채무를 부담하게 한 다음 회사의 자금을 보관하는 자의 지위에서 이를 임의로 인출하여 위 회사가 부담하게 된 연대보증채무의 변제에 사용한 경우</p> <p>㉤ 수 개의 등록상표에 대하여 상표권 침해행위가 각각 등록상표별로 수 차례 계속하여 이루어진 경우</p> <p>㉥ 음주상태로 자동차를 운전하다가 제1차 사고를 내고 그대로 진행하여 제2차 사고를 낸 후 음주측정을 받아 도로교통법 위반(음주운전)죄가 된 경우(단, 음주운전죄 외의 다른 범죄 성립은 논외로 함)</p> |
|---|

① ㉠㉡

② ㉢㉣

③ ㉤㉥㉦

④ ㉧㉨㉩

⑤ ㉪㉫㉬

→ 정답 ① ㉠㉡(3개)은 옳은 지문이나, ㉤㉥㉦(3개)은 옳은 지문이다.

㉠ (경합범) 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 근저당권설정등기를 경료함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다 하더라도 그 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하여 새로운 법익침해의 위험을 추가함으로써 법익침해의 위험을 증가시키거나 해당 부동산을 매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 법익침해의 결과를 발생시켰다면, 이는 당초의 근저당권 실행을 위한 임의경매에 의한 매각 등 그 근저당권으로 인해 당연히 예상될 수 있는 범위를 넘어 새로운 법익침해의 위험을 증가시키거나 법익침해의 결과를 발생시킨 것이므로 특별한 사정이 없는 한 불가벌적 사후행위로 볼 수 없고, 별도로 횡령죄를 구성한다(대판2013.2.21. 2010도10500 전원합의체 판결). 결국, 근저당권설정등기를 경료함으로써 횡령죄가 성립하고, 그 후에 그 부동산을 아예 매각함으로써 새로운 법익을 침해하였으므로 별도의 횡령죄가 성립하고, 실제적 경합(경합범)에 해당한다.

㉡ (단순일죄 ㉠) [1] 절도 범인으로부터 장물보관 의뢰를 받은 자가 그 정을 알면서 이를 인도받아 보관하고 있다가 임의 처분하였다 하여도 장물보관죄가 성립하는 때에는 이미 그 소유자의 소유물 추구권을 침해하였으므로 그 후의 횡령행위는 불가벌적 사후행위에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다.

[2] 피고인이 업무상 과실로 장물을 보관하고 있다가 처분한 행위는 업무상과실장물보관죄의 가벌적 평가에 포함되고 별도로 횡령죄를 구성하지 않는다.

[2] 피고인(감정평가업자)이 갑으로부터 장물인 고려청자원앙형 향로 1점을 2억 5,000만 원에 매각하여 달라는 의뢰를 받음에 있어 위 향로가 장물인지 여부를 확인하여야 할 업무상 주의의무가 있음에도 이를 게을리한 과실로 위 향로를 넘겨받아 장물을 보관하던 중, 을로부터 금원을 차용하면서 위와 같이 보관중이던 위 향로를 담보로 제공한 사실을 인정한 후, 피고인이 업무상 과실로 장물인 위 향로를 보관하고 있다가 처분한 이 사건 행위는 업무상과실장물보관죄의 가벌적 평가에 포함되고 별도로 횡령죄를 구성하지 않는다(대법원2004. 4. 9. 선고2003도8219판결). 결국, 업무상과실장물보관죄의 일죄가 될 뿐이다.

㉢ (경합범) 대마취급자가 아닌 자가 절취한 대마를 흡입할 목적으로 소지하는 행위는 절도죄의 보호법익과는 다른 새로운 법익을 침해하는 행위이므로 절도죄의 불가벌적 사후행위로서 절도죄에 포괄흡수된다고 할 수 없고 절도죄 외에 별개의 죄를 구성한다고 할 것이며, 절도죄와 무허가대마소지죄는 경합범의 관계에 있다(대법원1999. 4. 13. 선고98도3619판결).

㉣ (경합범) [1] 배임죄와 횡령죄의 구성요건적 차이에 비추어 보면, 회사에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하여 회사로 하여금 자신의 채무에 관하여 연대보증채무를 부담하게 (배임죄) 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 행위(횡령죄)는, 연대보증채무 부담으로 인한 배임죄와 다른 새로운 보호법익을 침해하는 것으로서 배임 범행의 불가벌적 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.

[2] 갑 주식회사의 대표이사과 실질적 운영자인 피고인들이 공모하여, 자신들이 을에 대해 부담하는 개인채무 지급을 위하여 갑 회사로 하여금 약속어음을 공동발행하게 하고 위 채무에 대하여 연대보증하게 한(배임죄) 후에 갑 회사를 위하여 보관 중인 돈을 임의로 인출하여 을에게 지급하여 위 채무를 변제한 사안에서, 피고인들이 갑 회사의 돈을 보관하는 자의 지위에서 회사의 이익이 아니라 자신들의 채무를 변제하려는 의사로 회사 자금을 자기의 소유인 경우와 같이 임의로 인출한 후 개인채무의 변제에 사용한 행위는, 약속어음채무와 연대보증채무 부담으로 인한 회사에 대한 배임죄와 다른 새로운 보호법익을 침해하는 것으로서 배임 범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것이 아니라 별죄인 횡령죄를 구성한다(대법원2011. 4. 14. 선고2011도277판결). 결국, 피고인들은 배임죄와 횡령죄의 경합범

이 성립한다.

㊤ (경합범) [1] 수 개의 등록상표에 대하여 상표법 제230조의 상표권 침해행위가 계속하여 이루어진 경우에는 등록상표마다 포괄하여 1개의 범죄가 성립한다.

[2] 그러나 하나의 유사상표 사용행위로 수 개의 등록상표를 동시에 침해하였다면 각각의 상표법 위반죄는 상상적 경합의 관계에 있다. 피고인 갑 주식회사의 대표이사인 피고인 을이 병 주식회사의 등록상표 ‘코크린’,

‘Coclean 코크린’ (이하 차례로 ‘제1, 2 등록상표’라 한다)과 유사한 상표인 ‘코크크린’, ‘kokoCLEAN’ 을 그 지정상품과 동일한 상품에 부착하여 인터넷 쇼핑몰 등에서 판매함으로써 병 회사의 상표권을 침해하였다는 공소사실이 원심에서 유죄로 인정된 사안에서, 공소사실 중 제1 등록상표의 침해로 인한 상표법 위반죄와 제2 등록상표의 침해로 인한 상표법 위반죄는 각각 포괄일죄의 관계에 있고, 피고인 을은 하나의 유사상표 사용행위로 제1 등록상표와 제2 등록상표를 동시에 침해하였으므로 이들 포괄일죄 상호 간에는 상상적 경합범 관계가 성립한다(대법원 2020. 11. 12. 선고2019도11688판결).

[3] 가. 수개의 등록상표에 대하여 상표법 제93조에서 정한 상표권침해 행위가 계속하여 행하여진 경우에는 각 등록상표 1개마다 포괄하여 1개의 범죄가 성립하므로, 특별한 사정이 없는 한 상표권자 및 표장이 동일하다는 이유로 등록상표를 달리하는 수개의 상표권침해 행위를 포괄하여 하나의 죄가 성립하는 것으로 볼 수 없다.

나. 피고인이 위조상표가 부착된 상품을 판매하여 갑의 상표권을 침해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 이미 유죄판결이 확정된 을 등록상표에 대한 상표권침해죄 범죄사실과 공소사실 중 병 등록상표에 대한 상표권침해 부분은 침해의 대상이 되는 등록상표를 달리하여 각 별개의 상표권침해죄를 구성하므로 비록 상표권자 및 표장이 같더라도 두 죄를 포괄하여 하나의 죄가 성립하는 것으로 볼 수 없다.

다. ‘살바토레 페라가모 이탈리아 에스.피.에이.’(甲 회사)가 1986. 11. 20. ‘핸드백’ 등 가방류(을 상품)를 지정상품으로 하여 “**SALVATORE FERRAGAMO**” 상표등록(등록번호 1 생략)을, 1987. 1.

20. ‘샌들화’ 등 신발류(병 상품)를 지정상품으로 하여 “**SALVATORE FERRAGAMO**” 상표등록(등록번호 2 생략)을, 2001. 9. 7. ‘넥타이핀’ 등과 같은 장신구(정 상품)를 지정상품으로 하여

“*Salvatore Ferragamo*” 상표·서비스표등록(등록번호 3 생략)을 각 받았다. 그런데, 피고인은 2008. 2. 18.부터 2008. 4. 28.까지 인터넷 쇼핑몰을 통하여 위조상표가 부착된 페라가모(FERRAGAMO) ‘핸드백’ 등 가방류 등(을 상품)을 판매함으로써 페라가모 상표권을 침해하여 확정판결을 받았다. 그런데 이 확정판결의 범죄사실에는 그 침해품으로 ‘샌들화’ 등과 같은 신발류(병 상품)가 전혀 나타나 있지 않은 사실을 알 수 있다. 따라서 피고인이 2008. 3. 15.부터 2008. 8. 14.까지 인터넷 쇼핑몰을 통하여 페라가모 ‘샌들화’ 등과 같은 신발류(병 상품)를 이름을 알 수 없는 자들에게 함께 87,773,730원(정품시가 300,995,000원 상당)에 판매함으로써 ‘샌들화’ 등을 지정상품(병 상품)

으로 하는 “**SALVATORE FERRAGAMO**”(등록번호 2 생략) 상표권을 침해하였다는 부분과 위 판결이 확정된 범죄사실(을 상품)은 그 침해의 대상이 되는 등록상표를 달리하여 각 별개의 상표권침해죄를 구성한다고 할 것이므로, 비록 그 상표권자 및 표장이 같다고 하더라도 위 공소사실(병 상품의 등록상표)과 위 확정판결의 범죄사실(을 상품의 등록상표)을 포괄하여 하나의 죄가 성립하는 것으로 볼 수 없다(대판2011.7.14. 2009도10759). 결국, 을과 병에 대한 경합범이 성립한다.

㊤ (포괄일죄 ○) [1] 음주운전으로 인한 도로교통법 위반죄의 보호법익과 처벌방법을 고려할 때, 혈중 알콜농도 0.05% 이상의 음주상태로 동일한 차량을 일정기간 계속하여 운전하다가 1회 음주측정을 받았다면 이러한 음주운전행위는 동일 죄명에 해당하는 연속된 행위로서 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우이므로 포괄일죄에 해당한다.

[2] 음주상태로 자동차를 운전하다가 제1차 사고를 내고 그대로 진행하여 제2차 사고를 낸 후 음주측정을 받아 도로교통법 위반(음주운전)죄로 약식명령을 받아 확정되었는데, 그 후 제1차사고 당시의

음주운전으로 기소된 사안에서 위 공소사실이 약식명령이 확정된 도로교통법 위반(음주운전)죄와 포괄 일죄 관계에 있다(대법원2007. 7. 26. 선고2007도4404판결).

13. 살인의 죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 길이 99cm, 두께 8cm나 되는 각목으로 乙의 머리를 세 번 가랑 강타하고 乙이 비틀거리며 쓰러졌음에도 계속하여 더 세게 머리를 두 번 때려 乙이 두개골 골절로 인한 뇌출혈 등으로 사망한 경우, 甲에게 살인의 범의가 있었다고 보기에 충분하다.
- ② 인체의 급소를 잘 알고 있는 무술교관 출신 甲이 무술의 방법으로 乙의 울대(성대)를 가격하여 乙이 사망하였다면, 甲의 행위에 살인의 범의가 있다고 할 것이다.
- ③ 의사 甲이 연명치료를 요하는 환자 乙의 보호자의 간청에 따라 치료중단 및 퇴원을 허용하는 조치를 취하여 환자 乙이 사망한 경우, 甲은 살인죄의 정범이 된다.
- ④ 甲이 가로 15cm, 세로 16cm, 길이 153cm, 무게 7kg의 각이 진목재로 길바닥에 누워있던 乙의 머리를 때려, 乙이 외상성뇌지주막하 출혈로 사망하였다면, 甲에게 살인죄가 성립한다.
- ⑤ 甲이 乙을 살해하기 위하여 여러 사람들을 고용하면서 그들에게 대가의 지급을 약속하였다면, 甲에게 살인예비죄가 성립한다.

→ 정답 ③ (X) 보호자가 의학적 권고에도 불구하고 치료를 요하는 환자의 퇴원을 간청하여 담당 전문의와 주치의가 치료중단 및 퇴원을 허용하는 조치를 취함으로써 환자를 사망에 이르게 한 행위에 대하여 보호자, 담당 전문의 및 주치의가 부작위에 의한 살인죄의 공동정범으로 기소된 사안에서, 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 살인방조죄가 성립한다(대법원2004. 6. 24. 선고2002도995판결).

① (○) 피고인이 길이 99센티미터, 두께 8센티미터나 되는 각목으로 피해자의 머리를 세번 가랑 강타하고, 피해자가 비틀거리며 쓰러졌음에도 계속하여 더 세게 머리를 두번 때려 피해자가 두개골 골절로 인한 뇌출혈등으로 사망한 것이라면 피고인에게는 살인의 범의가 있었다고 보기에 충분하다(대법원1985. 5. 14. 선고85도256판결).

② (○) [1] 살인죄에 있어서의 범의는 반드시 살해의 목적이거나 계획적인 살해의 의도가 있어야만 인정되는 것은 아니고 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고 그 인식 또는 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로도 인정되는 것인데, 피고인이 살인의 범의를 자백하지 아니하고 상해 또는 폭행의 범의만이 있었을 뿐이라고 다투고 있는 경우에 피고인에게 범행 당시 살인의 범의가 있었는지 여부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생가능성 정도, 범행 후에 있어서의 결과회피행동의 유무 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수 밖에 없다.

[2] 인체의 급소를 잘 알고 있는 무술교관출신의 피고인이 무술의 방법으로 피해자의 울대(성대)를 가격하여 사망케 한 행위에 살인의 범의가 있다(대법원2000. 8. 18. 선고2000도2231판결).

④ (○) 가로 15cm, 세로 16cm, 길이 153cm, 무게 7kg의 각이 진 목재로 길바닥에 누워 있던 피해자의 머리를 때려 피해자가 외상성뇌지주막하출혈로 사망한 경우에 살인의 미필적 고의를 인정한다(1998. 6. 9. 선고98도980판결).

⑤ (○) [1] 형법 제255조, 제250조의 살인예비죄가 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, 단순히 범행의 의사 또는 계획만으로는

그것이 있다고 할 수 없고 객관적으로 보아서 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적 행위를 필요로 한다.

[2] 갑이 乙을 살해하기 위하여 병, 정 등을 고용하면서 그들에게 대가의 지급을 약속한 경우, 갑에게는 살인죄를 범할 목적 및 살인의 준비에 관한 고의뿐만 아니라 살인죄의 실현을 위한 준비행위를 하였음을 인정할 수 있으므로 살인예비죄가 성립한다(대판 2009.10.29. 2009도7150).

14. 상해와 폭행의 죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲으로부터 오랜 시간 동안의 협박과 폭행을 당한 乙이 실신하여 甲이 불러온 구급차 안에서 비로소 정신을 차린 경우, 乙에게 외부적으로 어떠한 상처가 발생하지 않았다면, 甲이 상해의 결과를 발생시켰다고 평가할 수 없다.

② 甲에 의해서 乙이 1~2개월간 입원할 정도로 다리가 부러지는 상해를 입었다고 하더라도, 이는 생명에 대한 위협을 발생하게 하거나 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 한 것으로 볼 수 없으므로, 甲에게 중상해죄가 성립하지 않는다.

③ 甲이 길이 140cm, 지름 4cm의 대나무로 乙의 머리를 여러차례 때려 그 대나무가 부러지고 乙의 두피에 표재성 손상을 입혀 사건 당일 병원에서 봉합술을 받은 경우, 甲이 사용한 대나무는 특수상해죄에서의 ‘위험한 물건’에 해당한다.

④ 甲이 자신의 차를 가로막고 서 있는 乙을 향해 차를 조금씩 전진시키고, 乙이 뒤로 물러나면 다시 차를 전진시키는 방식의 운행을 반복한 경우, 甲의 행위는 특수폭행죄에 해당한다.

⑤ 甲이 시비를 만류하면서 조용히 얘기나 하자며 乙의 팔을 잡아 2~3회 끌어 당긴 행위는 형법 제260조 제1항 소정의 폭행죄에 해당한다고 볼 수 없다.

→ 정답 ① (X) [1] 오랜 시간 동안의 협박과 폭행을 이기지 못하고 실신하여 범인들이 불러온 구급차 안에서야 정신을 차리게 되었다면, 외부적으로 어떤 상처가 발생하지 않았다고 하더라도 생리적 기능에 훼손을 입어 신체에 대한 상해가 있었다.

[2] 갑은 을에게 약 2시간 동안 계속하여 회갈로 죽여버리겠다거나 소주병을 깨어 찌를 듯한 태도를 보이면서 협박하다가 손바닥으로 을의 얼굴과 목덜미를 수회때리자, 을은 극도의 공포감을 이기지 못하고 기절했다가 한참후에 정신을 차렸다. 피해자가 실신한 후 한참만에 정신을 차리게 되었다면, 비록 외부적인 상처가 없다고 하더라도 생리적 기능이 손상되었다고 볼 수 있어 상해죄가 성립하고, 폭행 및 협박은 상해죄에 흡수되므로 따로 성립하지 아니한다(대판1996.12.10. 96도2529).

② (○) [1] 형법 제258조 제1항, 제2항에서 정하는 중상해는 사람의 신체를 상해하여 생명에 대한 위협을 발생하게 하거나, 신체의 상해로 인하여 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 한 경우에 성립한다.

[2] 1 ~ 2개월간 입원할 정도로 다리가 부러진 상해 또는 3주간의 치료를 요하는 우측흉부자상이 중상해에 해당하지 않는다(대법원2005. 12. 9. 선고2005도7527판결).

③ (○) 피고인이 길이140cm, 지름4cm인 대나무를 휴대하여 피해자 갑, 을에게 상해를 입혔다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인이 위 대나무로 갑의 머리를 여러 차례 때려 대나무가 부러졌고, 갑은 두피에 표재성 손상을 입어 사건 당일 병원에서 봉합술을 받은 점 등에 비추어 피고인이 사용한 위 대나무가 ‘위험한 물건’에 해당한다(대법원2017. 12. 28. 선고2015도5854판결).

④ (○) [1] 폭행죄에서 말하는 폭행이란 사람의 신체에 대하여 육체적·정신적으로 고통을 주는 유형력을 행사함을 뜻하는 것으로서 반드시 피해자의 신체에 접촉함을 필요로 하는 것은 아니고, 그 불법성은 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 피해자에게 주는 고통의 유무와 정

도 등을 종합하여 판단하여야 한다.

[2] 따라서 자신의 차를 가로막는 피해자를 부딪친 것은 아니라고 하더라도, 피해자를 부딪칠 듯이 차를 조금씩 전진시키는 것을 반복하는 행위 역시 피해자에 대해 위법한 유형력을 행사한 것이라고 보아야 한다(대법원2016. 10. 27.선고2016도9302판결). 결국, 특수폭행죄가 성립한다.

⑤ (○) 피고인이 상대방(피해자)의 시비를 만류하면서 조용히 얘기나 하자며 그의 팔을 2,3회 끝은 사실만 가지고는 사람의 신체에 대한 불법한 공격이라고 볼 수 없어 형법 제260조 제1항 소정의 폭행죄에 해당한다고 볼 수 없다(대법원1986. 10. 14.선고86도1796판결).

15. 유기와 학대의 죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 유기죄는 행위자가 요부조자에 대한 보호책임의 발생원인이 된 사실이 존재한다는 것을 인식하고 이에 기한 부조의무를 해태한다는 의식이 있음을 요한다.
- ② 학대죄는 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위가 있음과 동시에 범죄가 완성되는 상태범 또는 즉시범이다.
- ③ ‘학대’라 함은 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위를 가리키고, 이러한 학대행위는 상대방의 인격에 대한 반인륜적 침해만으로는 부족하고 적어도 유기에 준할 정도에 이르러야 한다.
- ④ 甲은 자신의 승용차 조수석에 타고 있던 乙의 내려달라는 요구에 따라 감속하여 운행하던 중 乙이 문을 열고 고속도로로 뛰어내렸음에도 그대로 진행하여, 도로상에 정신을 잃고 쓰러져 있던 乙이 후행차량에 역과되어 사망하였다면, 甲은 乙의 사망에 대한 예견가능성이 없으므로 유기치사죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 유기죄의 보호의무는 법률이나 계약에 의해서만 발생하며, 사무관리·관습·조리에 의해서 발생하는 것은 없다.

→ 정답 ④ (X) [1] 피고인이 승용차 조수석에 갑을 태우고 고속도로를 주행하다가 갑이 내려달라고 요구하자 감속하여 운행하던 중 갑이 문을 열고 도로로 뛰어내렸음에도 그대로 진행함으로써 도로상에 정신을 잃고 쓰러져 있던 갑이 그 직후 후행 차량에 역과되어 사망한 사안에서, 운전자인 피고인은 시속 약 40km로 진행하는 승용차에서 갑이 문을 열고 도로로 뛰어내리게 될 경우 갑의 머리 등 신체가도로에 충격하여 상해를 입거나 일시 정신을 잃을 수 있으므로 신속히 정차하여 갑의 상해 여부 등을 확인하여 의료기관으로 후송할 수 있도록 하는 등의 조치를 취하여야 할 의무가 있음에도, 피고인이 고속도로상에 정신을 잃고 쓰러져 있던 갑을 그대로 방치한 채 사고현장을 이탈한 행위는 사고 후 미조치로 인한 도로교통법 위반죄를 구성하고, 당시는 야간이고 사고지점이 자동차 전용도로 구간이어서 도로 바닥에 누워 있던 갑을 미처 발견하지 못한 후행 차량에 의한 2차 충격으로 갑이 사망할 수 있다는 점도 예견가능하므로 유기치사죄를 구성한다.

[2] 이 사건의 특수성상 피고인으로서 도로교통법 제49조 제1항 제7호에 정하는 바에 따라 동승자를 안전한 장소에 하차시키는 등 동승자가 교통의 위험을 일으키지 않도록 방지하면서도 도로교통법 제64조에 따라 고속도로갓길에 정차하여서는 아니 될 의무를 부담함에도 불구하고 피고인은 위와 같은 주의의무를 위반한 것으로 판단되는바, 비록 주행 중 차량에서 서둘러 하차한 피해자의 과실도 분명히 인정되기는 하지만 이러한 피고인의 주의의무 위반도 피해자의 과실에 경합하는 원인이 되어 동승한 피해자가 하차하는 과정에서 부상을 입었다고 볼 수 있고, 이처럼 하차로 인한 피해자 상해 교통사고에 관하여 피고인의 업무상 주의의무가 인정되는 바라면 더 나아가 피고인으로서 피해자를 구호할 법률상 의무가 당연히 인정될 여지가 있고 피고인이 그와 같은 구호의무를 이행하지 아니하고 사고현장을 이탈한 이후 후행 차량에 의하여 피해자가 사망에 이르게 된 점에 대하여도 유기치사죄의 죄책을 면할 수는 없다(서울고법2014. 4. 22.선고2013노2492판결). 결국, 도로교통법상 보호의무가

있으므로 유기치사죄가 성립한다.

① (○) [1] 유기죄가 성립하기 위하여는 행위자가 형법 제271조 제1항이 정한 바에 따라 ‘노유, 질병 기타 사정으로 인하여 부조를 요하는 자를 보호할 만한 법률상 또는 계약상 의무 있는 자’에 해당하여야 할 뿐만 아니라, 요부조자에 대한 보호책임의 발생원인이 된 사실이 존재한다는 것을 인식하고, 이에 기한 부조의무를 해태한다는 의식이 있음을 요한다.

[2] 형법 제271조 제1항에서 말하는 법률상 보호의무 가운데는 민법 제826조 제1항에 근거한 부부간의 부양의무도 포함되며, 나아가 법률상 부부는 아니지만 사실혼 관계에 있는 경우에도 위 민법 규정의 취지 및 유기죄의 보호법익에 비추어 위와 같은 법률상 보호의무의 존재를 긍정하여야 하지만, 사실혼에 대하여 법률혼에 준하는 보호를 받기 위하여는 단순한 동거 또는 간헐적인 정교관계를 맺고 있다는 사정만으로는 부족하고, 그 당사자 사이에 주관적으로 혼인의 의사가 있고 객관적으로도 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 존재하여야 한다(대법원2008. 2. 14. 선고2007도3952판결).

② (○) 학대죄는 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위가 있음과 동시에 범죄가 완성되는 상대범 또는 즉시범이라 할 것이고 비록 수습회에 걸쳐서 계속되는 일련의 폭행행위가 있었다 하더라도 그중 친권자로서의 징계권의 범위에 속하여 위 위법성이 조각되는 부분이 있다면 그 부분을 따로 떼어 무죄의 판결을 할 수 있다(대법원1986. 7. 8. 선고84도2922판결).

③ (○) 형법 제273조 제1항에서 말하는 ‘학대’라 함은 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위를 가리키고, 이러한 학대행위는 형법의 규정체제상 학대와 유기죄의 죄가 같은 장에 위치하고 있는 점 등에 비추어 단순히 상대방의 인격에 대한 반인륜적 침해만으로는 부족하고 적어도 유기에 준할 정도에 이르러야 한다(대법원2000. 4. 25. 선고2000도223판결).

⑤ (○) [1] 현행 형법은(제271조 제1항) 유기죄에 있어서 구범과는 달리 보호법익의 범위를 넓힌 반면에 보호책임없는 자의 유기죄는 없애고 법률상 또는 계약상의 의무있는 자만을 유기죄의 주체로 규정하고 있으니 명문상 사회상규상의 보호책임을 관념할 수 없다고 하겠으며 유기죄의 죄책을 인정하려면 보호책임이 있게 된 경위, 사정 관계 등을 실시하여 구성요건이 요구하는 법률상 또는 계약상 보호의무를 밝혀야 될 것이다.

[2] 피고인과 피해자가 특정지점에서 특정지점까지 가기 위하여 길을 같이 걸어간 관계가 있다는 사실만으로는 피고인에게 설혹 동행자가 구조를 요하게 되었다 하여도 보호할 법률상·계약상의 의무가 있다고 할 수 없으니 밀도 끝도 없이 일정거리를 동행한 사실만으로 유기죄의 주체로 인정할 수 없다(대법원1977. 1. 11. 선고76도3419판결).

16. 협박의 죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 피해자 본인이나 그 친족뿐만 아니라 그 밖의 제3자에 대한법익 침해를 내용으로 하는 해약을 고지한 경우에도, 피해자 본인과 제3자가 밀접한 관계에 있어 그 해약의 내용이 피해자 본인에게 공포심을 일으킬 만한 정도의 것이라면 협박죄가 성립할 수 있다.

② 甲이 혼자 술을 마시던 중 A 정당이 국회에서 예산안을 강행처리하였다는 것에 화가 나서 공중전화를 이용하여, 경찰서에 여러 차례 전화를 걸어 전화를 받은 각 경찰관에게 경찰서 관할구역 내에 있는 A 정당의 당사를 폭파하겠다는 말을 한 경우, 甲의 행위는 각 경찰관 개인에 대해 해약을 고지한 것으로 볼 수 있어 협박죄가 성립한다.

③ 협박죄는 위법범으로서 기수에 이르기 위하여 상대방이 현실적으로 공포심을 일으킬 것을 요하지 않는다.

④ 사채업자인 甲이 채무자 乙에게, 채무를 변제하지 않으면 乙이 숨기고 싶어하는 과거 행적과 사채를 쓴 사실 등을 남편과 시댁에 알리겠다는 등의 문자메시지를 발송한 경우, 甲의 행위는 협박에 해당한다.

⑤ 민사적 법률관계하에서 이해관계가 상충되는 당사자 사이에 권리의 실현 행사 과정에서 이루어진 해악의 고지가 협박죄의 ‘협박’에 해당하는지 여부는, 이해관계가 대립되는 당사자의 권리 실현 행사의 내용으로 통상적으로 예견 수용할 수 있는 범위를 현저히 벗어난 정도에 이르렀는지, 해악의 고지방법과 그로써 추구하는 목적 사이에 합리적 관련성이 존재하는지 등 여러 사정을 세심히 살펴보아야 한다.

→ 정답 ② (X) 피고인은 갑 정당에 관한 해악을 고지한 것이므로 각 경찰관 개인에 관한 해악을 고지하였다고 할 수 없고, 다른 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 갑 정당에 대한 해악의 고지가 각 경찰관 개인에게 공포심을 일으킬 만큼 서로 밀접한 관계에 있다고 보기 어렵다. 따라서 피고인의 행위가 각 경찰관에 대한 협박죄를 구성한다고 볼 수 없다(대판2012.8.17. 2011도10451).

① (○) [1] 협박죄에서 협박이란 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하며, 그 고지되는 해악의 내용, 즉 침해하겠다는 법익의 종류나 법익의 향유 주체 등에는 아무런 제한이 없다. 따라서 피해자 본인이나 그 친족뿐만 아니라 그 밖의 ‘제3자’에 대한 법익 침해를 내용으로 하는 해악을 고지하는 것이라고 하더라도 피해자 본인과 제3자가 밀접한 관계에 있어 그 해악의 내용이 피해자 본인에게 공포심을 일으킬 만한 정도의 것이라면 협박죄가 성립할 수 있다. 이 때 ‘제3자’에는 자연인뿐만 아니라 법인도 포함된다 할 것이다.

[2] 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 범죄로서 형법규정의 체계상 개인적 법익, 특히 사람의 자유에 대한 죄 중 하나로 구성되어 있는바, 협박죄는 자연인만을 그 대상으로 예정하고 있을 뿐 법인은 협박죄의 객체가 될 수 없다.

[3] 채권추심 회사의 지사장이 회사로부터 자신의 횡령행위에 대한 민·형사상 책임을 추궁당할 지경에 이르자 이를 모면하기 위하여 회사 본사에 ‘회사의 내부비리 등을 금융감독원 등 관계 기관에 고발하겠다’는 취지의 서면을 보내는 한편, 위 회사 경영지원본부장이자 상무이사에게 전화를 걸어 자신의 횡령행위를 문제삼지 말라고 요구하면서 위 서면의 내용과 같은 취지로 발언한 경우, 위 상무이사에 대한 협박죄를 인정한다(대법원2010. 7. 15. 선고2010도1017판결).

③ (○) [1] 협박죄가 성립하려면 상대방이 그에 의하여 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아니며, 그와 같은 정도의 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 그로써 구성요건은 충족되어 협박죄의 기수에 이르는 것으로 해석하여야 한다.

[2] 결국, 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 위험범이라 봄이 상당하고, 협박죄의 미수범 처벌조항은 해악의 고지가 현실적으로 상대방에게 도달하지 아니한 경우나, 도달은 하였으나 상대방이 이를 지각하지 못하였거나 고지된 해악의 의미를 인식하지 못한 경우 등에 적용될 뿐이다(대판2007.9.28. 2007도606 전원합의체판결).

④ (○) 사채업자인 피고인이 채무자 갑에게, 채무를 변제하지 않으면 갑이 숨기고 싶어하는 과거 행적과 사채를 쓴 사실 등을 남편과 시댁에 알리겠다는 등의 문자메시지를 발송한 경우, 피고인에게 협박죄를 인정하는 한편 위와 같은 행위가 정당행위에 해당한다고 할 수 없다(대법원2011. 5. 26. 선고2011도2412판결).

⑤ (○) [1] 협박죄에서 ‘협박’은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하고, 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식·용인하는 것을 내용으로 하는바, 협박죄가 성립하려면 고지된 해악의 내용이 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 친숙의 정도 및 지위 등의 상호관계 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 볼 때에 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키기에 충분한 것이어야 한다.

[2] 권리행사의 일환으로 상대방에게 일정한 해악을 고지한 경우에도, 그러한 해악의 고지가 사회의 관습이나 윤리관념 등에 비추어 사회통념상 용인할 수 있는 정도이거나 정당한 목적을 위한 상당한 수단에 해당하는 등 사회상규에 반하지 아니하는 때에는 협박죄가 성립하지 아니한다.

[3] 따라서 민사적 법률관계하에서 이해관계가 상충되는 당사자 사이에 권리의 실현·행사 과정에서 이루어진 상대방에 대한 불이익이나 해악의 고지가 일반적으로 보아 공포심을 일으킬 수 있는 정도로서 협박죄의 ‘협박’에 해당하는지 여부와 그것이 사회상규에 비추어 용인할 수 있는 정도를 넘어선 것인지 여부를 판단할 때에는, 행위자와 상대방의 관계 및 사회경제적 위상의 차이, 고지된 불이익이나 해악의 내용이 당시 상황에 비추어 이해관계가 대립되는 당사자의 권리 실현·행사의 내용으로 통상적으로 예견·수용할 수 있는 범위를 현저히 벗어난 정도에 이르렀는지, 해악의 고지 방법과 그로써 추구하는 목적 사이에 합리적 관련성이 존재하는지 등 여러 사정을 세심히 살펴보아야 한다.

[4] 피고인들을 비롯한 직원들의 임금이 체불되고 사무실 임대료를 내지 못할 정도로 재정 상태가 좋지 않는 등의 이유로 이 사건 회사의 경영상황이 우려되고 대표이사 겸 최대주주인 피해자의 경영능력이 의심받던 상황에서, 직접적 이해당사자인 피고인들이 동료 직원들과 함께 피해자를 만나 ‘사임제안서’만 전달한 행위를 협박죄에서의 ‘협박’으로 볼 수 없고, 설령 ‘협박’에 해당하더라도 사회통념상 용인할 수 있는 정도이거나 이 사건 회사의 경영 정상화라는 정당한 목적을 위한 상당한 수단에 해당하여 사회상규에 반하지 아니한다고 봄이 타당하다(대법원2022. 12. 15. 선고2022도9187판결).

17. 체포와 감금의 죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 체포죄는 계속범으로서 체포의 행위에 확실히 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속성이 있어야 기수에 이르고, 신체의 자유에 대한 구속이 그와 같은 정도에 이르지 못하고 일시적인 것으로 그친 경우에는 체포죄의 미수범이 성립할 뿐이다.
- ② 체포 감금죄는 사람의 신체활동의 자유를 침해하는 것을 내용으로 하는 범죄로서, 정신병자도 본죄의 객체가 될 수 있다.
- ③ 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 실체적 경합범 관계에 있다.
- ④ 인신구속에 관한 직무를 보조하는 자가 피해자를 구속하기 위하여 진술조서 등을 허위로 작성한 후 이를 기록에 첨부하여 구속영장을 신청하고, 진술조서 등이 허위로 작성된 정을 모르는 검사와 영장전담판사를 기망하여 구속영장을 발부받은 후, 그 영장에 의하여 피해자를 구금하였다면 형법 제124조 제1항의 직권남용감금죄가 성립한다.
- ⑤ 감금죄가 성립하기 위하여 사람의 행동의 자유의 박탈이 반드시 전면적이어야 하므로, 특정구역 내부에서 일정한 생활의 자유가 허용되어 있었다면 감금죄는 성립하지 않는다.

→ 정답 ⑤ (X) 감금죄는 사람의 행동의 자유를 그 보호법익으로 하여 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 또는 심히 곤란하게 하는 죄로서 이와 같이 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 심히 곤란하게 하는 그 장애는 물리적, 유형적 장애뿐만 아니라 심리적, 무형적 장애에 의하여서도 가능하고 또 감금의 본질은 사람의 행동의 자유를 구속하는 것으로 행동의 자유를 구속하는 그 수단과 방법에는 아무런 제한이 없으므로 그 수단과 방법에는 유형적인 것이거나 무형적인 것이거나를 가리지 아니하며 감금에 있어서의 사람의 행동의 자유의 박탈은 반드시 전면적이어야 할 필요가 없으므로 감금된 특정구역 내부에서 일정한 생활의 자유가 허용되어 있었다고 하더라도 감금죄는 성립한다(대판1984.5.15. 84도655).

① (○) [1] 체포죄는 사람의 신체에 대하여 직접적이고 현실적인 구속을 가하여 신체활동의 자유를 박탈하는 죄로서, 그 실행의 착수 시기는 체포의 고의로 타인의 신체적 활동의 자유를 현실적으로 침해하는 행위를 개시한 때이다. 따라서 피고인들인 시위자들이 경찰간부(경비과장)의 팔을 잡아당기거나 등을 미는 등의 방법으로 끌고 가 그 신체적 활동의 자유를 침해하는 행위를 개시함으로써 체포죄의 실행에 착수하였고, 피고인들에게 체포하려는 고의도 인정된다고 판단하여 체포미수죄를 인정하였다.

[2] 체포죄는 계속범으로서 체포의 행위에 확실히 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속성이 있어야 기수에 이르고, 신체의 자유에 대한 구속이 그와 같은 정도에 이르지 못하고 일시적인 것으로 그친 경우에는 체포죄의 미수범이 성립할 뿐이다. 따라서 피고인들의 체포행위가 지속된 시간은 약 1분 10초 정도에 불과하였고, 다수의 경찰관들이 피고인들과 피해자를 에워싸는 바람에 피고인들은 체포행위에 착수한 지점으로부터 약 20m 정도 떨어진 곳까지 피해자를 끌고 가는데 그쳤다면 체포죄의 미수범이 성립한다(대법원2020. 3. 27. 선고2016도18713판결). 결국, 일시적인 것으로 그친 경우에는 체포죄의 미수범이 성립할 뿐이다.

② (○) [1] 4일 가랑 물조차 제대로 마시지 못하고 잠도 자지 아니하여 거의 탈진 상태에 이른 피해자의 손과 발을 17시간 이상 묶어 두고 좁은 차량 속에서 움직이지 못하게 감금한 행위와 묶인 부위의 혈액 순환에 장애가 발생하여 혈전이 형성되고 그 혈전이 폐동맥을 막아 사망에 이르게 된 결과 사이에는 상당인과관계가 있다.

[2] 정신병자도 감금죄의 객체가 될 수 있다(대법원2002. 10. 11. 선고2002도4315판결).

③ (○) 감금행위가 단순히 강도상해 범행의 수단이 되는 데 그치지 아니하고 강도상해의 범행이 끝난 뒤에도 계속된 경우에는 1개의 행위가 감금죄와 강도상해죄에 해당하는 경우라고 볼 수 없고, 이 경우 감금죄와 강도상해죄는 형법 제37조의 경합범 관계에 있다(대판2003.1.10. 2002도4380).

④ (○) 감금죄는 간접정범의 형태로도 행하여질 수 있는 것이므로, 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 피해자를 구속하기 위하여 진술조서 등을 허위로 작성한 후 이를 기록에 첨부하여 구속영장을 신청하고, 진술조서 등이 허위로 작성된 정을 모르는 검사와 영장전담판사를 기망하여 구속영장을 발부받은 후 그 영장에 의하여 피해자를 구금하였다면 형법 제124조 제1항의 직권 남용감금죄가 성립한다(대법원2006. 5. 25. 선고2003도3945판결).

18. 주거침입의 죄에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- | |
|---|
| ㉠ 절도의 목적으로 출입문이 열려 있으면 안으로 들어가겠다는 의사 아래 출입문을 당겨보는 행위만으로는 주거침입죄의 실행의 착수가 있었다고 보기 어렵다. |
| ㉡ 외부인이 공동거주자의 일부가 부재 중인 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어간 경우라면, 그것이 부재 중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에도 주거침입죄가 성립하지 않는다. |
| ㉢ 관리자에 의해 출입이 통제되는 건조물에 관리자의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면, 이러한 승낙의 의사표시에 기망이나 착오 등의 하자가 있더라도 특별한 사정이 없는 한 건조물침입죄가 성립하지 않는다. |
| ㉣ 노동조합원 150여명이 일반적으로 출입이 허용되어 개방된 시청사를 통상적인 출입방법으로 들어가 1층 로비 바닥에 앉아 구호를 외치면서 소란을 피운 행위는, 시청 건물 관리자의 의사에 반한 침입행위로서 건조물침입죄에 해당한다. |

- ① ㉠㉡ ② ㉡㉢ ③ ㉢㉣ ④ ㉠㉢㉣ ⑤ ㉡㉢㉣

→ 정답 ② ㉡㉢(2개)은 옳은 지문이나, ㉠㉢(2개)은 틀린 지문이다.

㉠ (X) 주거침입죄의 실행의 착수는 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위, 즉 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하므로, 출입문이 열려 있으면 안으로 들어가겠다는 의사 아래 출입문을 당겨보는 행위는 바로 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 있어 그것으로 주거침입의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다(대판2006.9.14. 2006도2824).

㉔ (○) [1] 외부인이 공동거주자의 일부가 부재 중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어간 경우라면 그것이 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에도 주거침입죄가 성립하지 않는다.

[2] 따라서 피고인이 갑의 부재중에 갑의 처 을과 혼외 성관계를 가질 목적으로 을이 열어 준 현관 출입문을 통하여 갑과 을이 공동으로 거주하는 아파트에 들어간 사안에서, 피고인이 을로부터 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어갔으므로 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어간 것이 아니어서 주거에 침입한 것으로 볼 수 없고, 피고인의 주거 출입이 부재중인 갑의 의사에 반하는 것으로 추정되더라도 주거침입죄의 성립 여부에 영향을 미치지 않는다 (대법원2021. 9. 9. 선고2020도12630 전원합의체 판결). 결국, 피고인이 갑의 부재중에 갑의 처 을과 혼외 성관계를 가질 목적으로 을이 열어 준 현관 출입문을 통하여 갑과 을이 공동으로 거주하는 아파트에 3회에 걸쳐 들어간 사안에서, 설령 피고인의 주거 출입이 부재중인 갑의 의사에 반하는 것으로 추정되더라도 그것이 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하는 주거침입죄의 성립 여부에 영향을 미치지 않는다는 이유로, 피고인에게 무죄를 선고하였다.

㉕ (○) [1] 관리자에 의해 출입이 통제되는 건조물에 관리자의 승낙을 받아 건조물에 통상적인 출입 방법으로 들어갔다면, 이러한 승낙의 의사표시에 기망이나 착오 등의 하자가 있더라도 특별한 사정이 없는 한 형법 제319조 제1항에서 정한 건조물침입죄가 성립하지 않는다.

[2] 이러한 경우 관리자의 현실적인 승낙이 있었으므로 가정적·추정적 의사는 고려할 필요가 없다. 단순히 승낙의 동기에 착오가 있다고 해서 승낙의 유효성에 영향을 미치지 않으므로, 관리자가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 사정이 있더라도 건조물침입죄가 성립한다고 볼 수 없다.

[3] 나아가 관리자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 건조물에 들어간 경우에는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 모습으로 건조물에 들어간 것이라고 평가할 수도 없다 (대법원2022. 3. 31. 선고2018도15213 판결).

㉖ (X) [1] 주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 주관적 사정만으로는 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 침입행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양인지에 따라 판단되어야 한다.

[2] 일반적으로 출입이 허용되어 개방된 시청사 로비에 관리자의 출입 제한이나 제지가 없는 상태에서 통상적인 방법으로 들어간 이상 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 김천시청 1층 로비에 들어갔다고 볼 수 없으므로 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 김천시청 관리자의 명시적 출입 금지 의사는 확인되지 않고, 설령 피고인 갑, 피고인 을 등이 이 부분 공소사실과 같이 김천시청에 들어간 행위가 김천시청 관리자의 추정적 의사에 반하였더라도, 그러한 사정만으로는 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 시청로비에 출입하였다고 평가할 수 없다. 따라서 갑과 을에 대하여는 건조물침입죄가 성립하지 않는다 (대법원2022. 6. 16. 선고2021도7087 판결).

19. 다음의 <사례>에 대한 설명으로 옳지 않은 것만을 모두 고른 것은?

<사례>

甲, 乙, 丙은 A가 운영하는 핸드폰대리점에서 최신형 핸드폰을 야간에 절도할 것을 공모하고, 甲은 A가 운영하는 핸드폰대리점 침입에 필요한 특수열쇠를 미리 준비하는 한편 乙과 丙이 절취한 물건을 가져오면 함께 도주하기 위해 범행 현장에서 100m 떨어진 곳

에서 대기하기로 하였다. 乙과 丙은 甲이 미리 준비하여 건네준 특수열쇠를 이용하여 위 대리점 잠금장치를 풀고 침입하여 위 대리점 내 진열장에 있던 최신형 핸드폰 30여개를 미리 준비한 가방에 담으려는 순간, 대리점안 작은방에 자고 있던 A가 인기척을 느껴 방문을 열자, 이에 놀란 乙과 丙은 가방을 그대로 둔채 핸드폰 대리점을 나오다가 A의 남편인 B와 마주쳤다. B는 직감적으로 乙과 丙이 절도범인 걸 알고 “도둑이야” 소리치며 乙을 붙잡으려 하자, A는 이 소리를 듣고 B를 돕기 위해서 방에서 뒤쫓아 나왔다. 乙과 丙은 붙잡히지 않으려고 B를 세게 밀쳤고, B는 뒤에 쫓아 나오던 A와 함께 넘어져서 각각 2주간의 치료를 요하는 요추부 타박상 등을 입었다.

- ㉠ 판례의 태도에 따르면, 甲은 합동절도의 범행을 공모한 것은 인정되나, 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담한 것으로 볼 수 없는 바, 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있지 않아, 합동절도의 공동정범이 인정되지 않는다.
- ㉡ 판례의 태도에 따르면, 乙과 丙의 행위에 대해 비록 준강도가 미수에 그쳤다고 하더라도 그로 인하여 B가 상해를 입었다면 강도치상죄가 성립한다.
- ㉢ 판례의 태도에 따르면, 甲은 乙과 丙이 행한 치상의 결과를 예견할 수 없는 때가 아닌 한, 강도치상죄의 공동정범이 된다.
- ㉣ 乙과 丙이 체포를 면탈할 목적으로 행한 행위로 A만 2주간의 치료를 요하는 상해를 입은 경우, 판례의 태도에 따르면 준강도미수와 강도치상죄의 상상적 경합이 된다.
- ㉤ 진정결과적 가중범의 미수 성립을 인정하는 견해에 의하면, 문리해석상 강도치상죄는 미수범 처벌규정이 존재하므로, 준강도죄가 미수에 그친 乙과 丙의 행위에 대하여는 강도치상 미수죄가 성립한다.

① ㉠㉡ ② ㉠㉢ ③ ㉡㉢ ④ ㉠㉢㉣ ⑤ ㉠㉡㉣

→ 정답 ① ㉡㉢㉣(3개)은 옳은 지문이나, ㉠㉢(2개)은 틀린 지문이다.

㉠ (X) [1] 3인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인이 범행 현장에서 시간적, 장소적으로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 경우에는 공동정범의 일반 이론에 비추어 그 공모에는 참여하였으나 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인에 대하여도 그가 현장에서 절도 범행을 실행한 위 2인 이상의 범인의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있다고 보여지는 한 그 다른 범인에 대하여 합동절도의 공동정범의 성립을 부정할 이유가 없다고 할 것이다 (대법원1998. 5. 21. 선고98도321전원합의체 판결).

[2] 갑이 을, 병과 공모한 후 을, 병은 피해자 회사의 사무실 금고에서 현금을 절취하고, (갑)은 위 사무실로부터 약 100m 떨어진 곳에서 망을 보는 방법으로 합동하여 재물을 절취하였다고 하여 주위적으로 기소된 사안에서, 제반 사정에 비추어 을, 병의 합동절도 범행에 대한 공동정범으로서 죄책을 면할 수 없다(대법원2011. 5. 13. 선고2011도2021판결). 결국, 갑은 단순절도가 아니라 특수절도죄(합동범)의 공동정범이 성립한다.

㉡ (○) [1] 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 체포하려는 여러 명의 피해자에게 같은 기회에 폭행을 가하여 그 중 1인에게만 상해를 가하였다면 이러한 행위는 포괄하여 하나의 강도상해죄만 성립한다.

[2] 갑이 ○○빌라 내 지하주차장에서 을 소유의 승합차의 조수석 문을 열고 안으로 들어가 공구함을 뒤지던 중 위 차에 설치된 도난경보장치의 경보음을 듣고 달려 온 을에게 발각되는 바람에 절취의 뜻을 이루지 못한 채 미수에 그친 후 을의 신고를 받고 출동한 경찰관 A와 B가 자신을 붙잡으려고 하자 체포를 면탈할 목적으로 팔꿈치로 A의 얼굴을 1회 쳐 A를 폭행하고, 발로 B의 정강이를 1회 걷어차 B에게 약 2주간의 치료를 요하는 우측하퇴부좌상 등을 가한 경우, A에 대하여는 준강도죄를, B에 대하여는 강도상해죄의 실체적 경합범으로 볼 것이 아니라 포괄하여 하나의 강도상해죄만 성립한다

(대법원2001. 8. 21. 선고2001도3447판결). 사안의 경우에 B에 대하여 강도치상죄가 성립한다.

㉔ (○) [1] 피고인과 공동피고인들이 타인의 재물을 절취하기로 공모한 다음 피고인은 망을 보고 공동피고인들이 재물을 절취한 다음 달아나려다가 피해자에게 발각되자 체포를 면탈할 목적으로 피해자를 때려 상해를 입혔다면 피고인도 이를 전연 예견하지 못했다고 볼 수 없어 강도상해죄의 죄책을 면할 수 없다(대법원1989. 12. 12. 선고89도1991판결).

[2] 2인 이상이 합동하여 절도를 한 경우, 범인 중의 1인이 체포를 면탈 목적으로 폭행을 하여 상해를 가한 때에는 나머지 범인도 이를 예견하지 못한 것으로 볼 수 없으면 강도상해죄의 죄책을 면할 수 없다(대판1984.12.26. 84도2552).

㉕ (X) [1] 형법 제335조에서 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄책을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 준강도로서 강도죄의 예에 따라 처벌하는 취지는, 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재물탈취와 폭행·협박 사이에 시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐 실질적으로 위법성이 같다고 보기 때문인바, 이와 같은 준강도죄의 입법 취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다. 따라서 피해자에 대한 폭행·협박을 하였으나 재물을 탈취하지 못한 경우에는 강도미수죄로 처벌되는 것과 마찬가지로, 절도미수범이 체포를 면탈할 목적으로 폭행한 행위에 대하여 준강도미수죄로 의율하여야 한다.

[2] 피고인이 갑과 합동하여 양주를 절취할 목적으로 장소를 물색하던 중, B가 운영하는 2층 주점에 이르러, 갑은 계단에서 피고인과 무전기로 연락을 취하면서 망을 보고, 피고인은 위 주점의 잠금장치를 뜯고 침입하여 위 주점 내 진열장에 있던 양주 45병 시가 1,622,000원 상당을 미리 준비한 바구니 3개에 담고 있던 중(이미 실행의 착수가 있음), 계단에서 서성거리고 있던 갑을 수상히 여기고 위 주점 종업원 A가 주점으로 들어오자, 피고인은 A가 들어오는 소리를 듣고서 양주를 그대로 둔 채(아직 취득은 못함 ; 기수에는 이르지 못함) 출입문을 열고 나오다가 A가 피고인을 붙잡자, 체포를 면탈할 목적으로 피고인의 목을 잡고 있던 A의 오른손을 깨무는 등 폭행한 경우, 피고인을 준강도미수죄로 의율·처단하였다(대판2004.11.18. 2004도5074 전원합의체판결). 결국, A에 대한 준강도미수죄만 성립한다.

㉖ (○) [1] 형법 제342조에서는 강도치상죄(제337조)의 미수범 처벌규정이 있다.

[2] 진정결과적 가중범의 미수 성립을 인정하는 견해에 의하면, 문리해석상 강도치상죄는 미수범 처벌규정이 존재하므로, 준강도죄의 미수에 그친 乙과 丙의 행위에 의하여 피해자를 상해에 이르게 하였다면 준강도치상죄의 기수가 성립하고, 상해에 이르지 못하고 폭행에 이르게 하였다면 강도치상 미수죄가 성립한다.

20. 재산범죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 강도죄는 재물탈취의 방법으로 폭행, 협박을 사용하는 행위를 처벌하는 것이므로 폭행, 협박으로 타인의 재물을 탈취한 이상 피해자가 우연히 재물탈취 사실을 알지 못하였다고 하더라도 강도죄는 성립한다.

② 타인으로부터 금전을 차용함에 있어서 차용한 금전의 용도나 변제할 자금의 마련방법에 관하여 사실대로 고지하였더라면 상대방이 응하지 않았을 경우에, 그 용도나 변제자금의 마련방법에 관하여 진실에 반하는 사실을 고지하여 금전을 교부받은 경우 사기죄가 성립한다.

③ 甲이 회사 내 컴퓨터에 저장한 정보를 가지고 갈 목적으로 출력하여 생성시킨 문서는, 회사의 업무와 관계없이 생성된 것이라고 하더라도, 甲이 이를 가지고 간 경우에는 절도죄가 성립한다.

④ 부동산에 대한 공갈죄는 그 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료받거나 또는 인도를 받은 때에 기수로 되는 것이고, 소유권이전등기에 필요한 서류를 교부받은 때에 기수로 되어 그 범행이 완료되는 것은 아니다.

⑤ 단순히 보수를 받고 본범을 위하여 장물을 일시 사용하거나 그와 같이 사용할 목적으로

장물을 건네받은 행위는 장물취득죄가 되지 않는다.

→ 정답 ③ (X) [1] 절도죄의 객체는 관리가능한 동력을 포함한 '재물'에 한한다 할 것이고, 또 절도죄가 성립하기 위해서는 그 재물의 소유자 기타 점유자의 점유 내지 이용가능성을 배제하고 이를 자신의 점유하에 배타적으로 이전하는 행위가 있어야만 할 것인바, 컴퓨터에 저장되어 있는 '정보' 그 자체는 유체물이라고 볼 수도 없고, 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다 할 것이며, 또 이를 복사하거나 출력하였다 할지라도 그 정보 자체가 감소하거나 피해자의 점유 및 이용가능성을 감소시키는 것이 아니므로 그 복사나 출력 행위를 가지고 절도죄를 구성한다고 볼 수도 없다.

[2] 피고인이 컴퓨터에 저장된 정보를 출력하여 생성한 문서는 피해 회사의 업무를 위하여 생성되어 피해 회사에 의하여 보관되고 있던 문서가 아니라, 피고인이 가지고 갈 목적으로 피해 회사의 업무와 관계없이 새로이 생성시킨 문서라 할 것이므로, 이는 피해 회사 소유의 문서라고 볼 수는 없다 할 것이어서, 이를 가지고 간 행위를 들어 피해 회사 소유의 문서를 절취한 것으로 볼 수는 없다

[3] 컴퓨터에 저장되어 있는 위 시스템을 종이에 출력하여 생성된 '설계도면'을 절취한 것으로 본다면, 이 사건 공소사실 자체에 의하더라도 피고인이 위 시스템의 설계도면을 빼내가기 위하여 위 컴퓨터에 내장되어 있던 위 설계도면을 A2용지에 2장을 출력하여 가지고 나갔다는 것이어서, 이와 같이 피고인에 의하여 출력된 위 설계도면은 피해 회사의 업무를 위하여 생성되어 피해 회사에 의하여 보관되고 있던 문서가 아니라, 피고인이 가지고 갈 목적으로 피해 회사의 업무와 관계없이 새로이 생성시킨 문서라 할 것이므로, 이는 피해 회사 소유의 문서라고 볼 수는 없다 할 것이어서, 이를 가지고 간 행위는 피해 회사 소유의 설계도면을 절취한 것으로 볼 수는 없다 할 것이다(검사의 이 사건 공소사실은 피고인이 위 설계도면을 가지고 가 이를 절취한 사실을 문제삼는 것이 명백하다 할 것이고, 위 설계도면을 생성시키는 데 사용된 용지 자체를 절취하였다고 기소한 것으로는 보이지 않는다)(대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도745판결).

① (○) [1] 강간범이 강간행위 후에 강도의 범의를 일으켜 그 부녀의 재물을 강취하는 경우에는 강도강간죄가 아니라 강간죄와 강도죄의 경합범이 성립될 수 있을 뿐이지만, 강간행위의 종료 전 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 제339조에 정한 강도강간죄를 구성하고, 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10258호 성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률로 개정되기 전의 것) 제5조 제2항은 형법 제334조(특수강도) 등의 죄를 범한 자가 형법 제297조(강간) 등의 죄를 범한 경우에 이를 특수강도강간 등의 죄로 가중하여 처벌하는 것이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 특수강간범이 강간행위 종료 전에 특수강도의 행위를 한 이후에 그 자리에서 강간행위를 계속하는 때에도 특수강도가 부녀를 강간한 때에 해당하여 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제2항에 정한 특수강도강간죄로 의율할 수 있다.

[2] 강도죄는 재물탈취의 방법으로 폭행, 협박을 사용하는 행위를 처벌하는 것이므로 폭행, 협박으로 타인의 재물을 탈취한 이상 피해자가 우연히 재물탈취사실을 알지 못하였다고 하더라도 강도죄는 성립하고, 폭행, 협박당한 자가 탈취당한 재물의 소유자 또는 점유자일 것을 요하지도 아니하며, 강간범인이 부녀를 강간할 목적으로 폭행, 협박에 의하여 반항을 억압한 후 반항억압 상태가 계속 중임을 이용하여 재물을 탈취하는 경우에는 재물탈취를 위한 새로운 폭행, 협박이 없더라도 강도죄가 성립한다.

[3] 야간에 갑의 주거에 침입하여 드라이버를 들이대며 협박하여 갑의 반항을 억압한 상태에서 강간행위의 실행 도중 범행현장에 있던 을 소유의 핸드백을 가져간 피고인의 행위를 포괄하여 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10258호 성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률로 개정되기 전의 것) 위반(특수강도강간등)죄에 해당한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도9630판결).

② (○) 타인으로부터 금전을 차용하는 경우에 그 차용한 금전의 용도나 변제할 자금의 마련방법에 관하여 사실대로 고지하였더라면 상대방이 용하지 않았을 경우에 그 용도나 변제자금의 마련방법에 관

하여 진실에 반하는 사실을 고지하여 금전을 교부받은 경우에는 사기죄가 성립한다(대법원2012. 4. 13. 선고2012도1101판결).

④ (○) 부동산에 대한 공갈죄는 그 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료받거나 또는 인도를 받은 때에 기수로 되는 것이고, 소유권이전등기에 필요한 서류를 교부 받은 때에 기수로 되어 그 범행이 완료되는 것은 아니다(대법원1992. 9. 14. 선고92도1506판결).

⑤ (○) 장물취득죄에서 '취득'이라고 함은 점유를 이전받음으로써 그 장물에 대하여 사실상의 처분권을 획득하는 것을 의미하는 것이므로, 단순히 보수를 받고 본범을 위하여 장물을 일시 사용하거나 그와 같이 사용할 목적으로 장물을 건네받은 것만으로는 장물을 '취득' 한 것으로 볼 수 없다(대법원2003. 5. 13. 선고2003도1366판결).

21. 횡령죄에서의 재물의 보관자와 소유자 사이의 위탁관계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 위탁관계는 사실상의 관계로 족하고 재물의 보관자가 민사상 계약의 당사자일 필요는 없다.
- ② 위탁관계는 조리에 의해서도 발생할 수 있다.
- ③ 위탁관계는 형사법적으로 보호할 만한 가치가 있는 것에 한정된다.
- ④ 전기통신금융사기의 범인이 피해자를 기망하여 피해자의 돈을 사기이용계좌로 송금 이체 받음으로써 피해자의 돈을 보유하게 되면 이에 관하여 피해자와 그 범인 사이에는 신의칙상 위탁관계가 성립된다.
- ⑤ 위탁관계는 소유자의 직접적인 위탁행위에 기인한 것일 필요는 없다.

→ 정답 ④ (X) [1] 전기통신금융사기(이른바 보이스피싱 범죄)의 범인이 피해자를 기망하여 피해자의 돈을 사기이용계좌로 송금·이체받았다면 이로써 편취행위는 기수에 이른다. 따라서 범인이 피해자의 돈을 보유하게 되었다라도 이로 인하여 피해자와 사이에 어떠한 위탁 또는 신임관계가 존재한다고 할 수 없는 이상 피해자의 돈을 보관하는 지위에 있다고 볼 수 없으며, 나아가 그 후에 범인이 사기 이용계좌에서 현금을 인출하였더라도 이는 이미 성립한 사기범행의 실행행위에 지나지 아니하여 새로운 범의를 침해한다고 보기도 어려우므로, 위와 같은 인출행위는 사기의 피해자에 대하여 따로 횡령죄를 구성하지 아니한다.

[2] 그리고 이러한 법리는 사기범행에 이용되리라는 사정을 알고서도 자신 명의 계좌의 접근매체를 양도함으로써 사기범행을 방조한 종범이 사기이용계좌로 송금된 피해자의 돈을 임의로 인출한 경우에도 마찬가지로 적용된다(사기피해자에 대한 횡령죄가 성립하지 않는다)(대법원2017. 5. 31. 선고2017도3045판결).

① (○) 형법 제355조 제1항이 정한 횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자라야 하고, 여기에서 보관이란 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 뜻하므로 횡령죄가 성립하기 위하여는 재물의 보관자와 재물의 소유자(또는 기타의 본권자) 사이에 위탁관계가 있어야 한다. 이러한 위탁관계는 사실상의 관계에 있으면 충분하고 피고인이 반드시 민사상 계약의 당사자일 필요는 없다. 위탁관계는 사용대차·임대차·위임·임치 등의 계약에 의하여 발생하는 것이 보통이지만 이에 한하지 않고 사무관리와 같은 법률의 규정, 관습이나 조리 또는 신의성실의 원칙에 의해서도 발생할 수 있다(대법원2018. 7. 19. 선고2017도17494 전원합의체 판결).

② (○) 횡령죄에 있어서의 재물의 보관이라 함은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하므로 그 보관이 위탁관계에 기인하여야 할 것임은 물론이나 그것이 반드시 사용대차, 임대차, 위임 등의 계약에 의하여 설정되는 것임을 요하지 아니하고 사무관리, 관습, 조리, 신의칙에 의해서도 성립된다(대법원1987. 10. 13. 선고87도1778판결).

③ (○) [1] 형법 제355조 제1항의 횡령죄가 성립하려면 재물의 보관자와 재물의 소유자(또는 그 밖의 본권자) 사이에 위탁관계가 존재해야 한다. 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의

물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 위탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정함이 타당하다.

[2] 위탁관계가 있는 지는 재물의 보관자와 소유자 사이의 관계, 재물을 보관하게 된 경위 등에 비추어 볼 때 보관자에게 재물의 보관 상태를 그대로 유지해야 할 의무를 부과하여 그 보관 상태를 형사법적으로 보호할 필요가 있는지 등을 고려하여 규범적으로 판단해야 한다(대법원2022. 6. 30. 선고 2017도21286판결).

⑤ (○) [1] 횡령죄에서 재물을 보관하게 된 원인은 반드시 당사자의 위탁행위에 기인한 것일 필요가 없으므로 어떤 계좌에 돈이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우에 그 예금주와 송금인 사이에 신의칙상 보관관계가 성립하고, 예금주가 그 명의 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당하며, 송금인과 예금주 사이에 별다른 거래관계가 없더라도 마찬가지이다(대법원2018. 7. 19. 선고2017도17494 전원합의체 판결).

[2] 어떤 예금계좌에 돈이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우에는 그 예금주와 송금인 사이에 신의칙상 보관관계가 성립한다고 할 것이므로, 피고인이 송금 절차의 착오로 인하여 피고인 명의의 은행 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당하고, 이는 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없다고 하더라도 마찬가지이다. 피고인은 피해자 A 주식회사에 근무하는 이름을 알 수 없는 직원이 착오로 피고인 명의의 홍콩상하이(HSBC)은행 계좌로 잘못 송금한 300만 홍콩달러(한화 약 3억 9,000만 원 상당)를 그 무렵 임의로 인출하여 사용한 경우, 피고인의 행위는 횡령죄에 해당한다고 할 것이다(대법원2010. 12. 9. 선고2010도891판결). 결국, 착오로 송금되어 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위가 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없는 경우에도 횡령죄에 해당한다.

22. 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 채무자가 금전채무를 담보하기 위한 저당권설정계약에 따라 채권자에게 그 소유의 부동산에 관하여 저당권을 설정할 의무를 부담하게 되었더라도, 이를 두고 채무자를 채권자에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’라고 할 수는 없다.

② 담보계약을 체결한 채권자와 채무자 사이에는 피담보채권의 발생원인이 된 법률관계와는 별도의 독자적인 신임관계가 담보계약 자체로부터 발생하는 점에서, 담보 목적으로 부동산에 관한 대물변제예약을 체결한 채무자는 채권자에 대하여 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다.

③ 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도담보로 제공함으로써 채권자인 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지 보전할 의무를 부담하게 되었더라도, 이로써 채무자가 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 할 수는 없다.

④ 부동산 매매계약에서 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 매도인은 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다.

⑤ 채무자가 채권양도담보계약에 따라 담보 목적 채권의 담보가치를 유지 보전할 의무를 부담하게 되었더라도 이로써 채무자를 채권자에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’로 볼 수는 없다.

→ 정답 ② (X) [1] [다수의견] (가) 채무자가 채권자에 대하여 소비대차 등으로 인한 채무를 부담하고 이를 담보하기 위하여 장래에 부동산의 소유권을 이전하기로 하는 내용의 대물변제예약에서, 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 ‘자기의 사무’에 해당하는 것이 원칙

이다.

(나) 대물변제계약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제계약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이어서 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 '타인의 사무'에 해당한다고 볼 수는 없다.

(다) 그러므로 채권 담보를 위한 대물변제계약 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다.

[2] 채무자인 피고인이 채권자 갑에게 차용금을 변제하지 못할 경우 자신의 어머니 소유 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정한 후 유증을 원인으로 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 제3자에게 매도한 경우, 피고인이 대물변제계약에 따라 갑에게 부동산의 소유권이전등기를 마쳐 줄 의무는 민사상 채무에 불과할 뿐 타인의 사무라고 할 수 없어 피고인이 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 볼 수 없다(대판2014.8.21. 2014도3363 전원합의체판결). 결국, 피고인은 배임죄가 성립하지 않는다.

① (○) [1] [다수의견] (가) 채무자가 금전채무를 담보하기 위한 저당권설정계약에 따라 채권자에게 그 소유의 부동산에 관하여 저당권을 설정할 의무를 부담하게 되었다고 하더라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서 이루어지는 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다.

(나) 채무자가 저당권설정계약에 따라 채권자에 대하여 부담하는 저당권을 설정할 의무는 계약에 따라 부담하게 된 채무자 자신의 의무이다. 채무자가 위와 같은 의무를 이행하는 것은 채무자 자신의 사무에 해당할 뿐이므로, 채무자를 채권자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 할 수 없다. 따라서 채무자가 제3자에게 먼저 담보물에 관한 저당권을 설정하거나 담보물을 양도하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 채권실현에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.

(다) 위와 같은 법리는, 채무자가 금전채무에 대한 담보로 부동산에 관하여 양도담보설정계약을 체결하고 이에 따라 채권자에게 소유권이전등기를 해 줄 의무가 있음에도 제3자에게 그 부동산을 처분한 경우에도 적용된다(배임죄가 성립한다고 할 수 없다).

[2] 피고인이 갑으로부터 18억 원을 차용하면서 담보로 피고인 소유의 아파트에 갑 명의의 4순위 근저당권을 설정해 주기로 약정하였음에도 제3자에게 채권최고액을 12억 원으로 하는 4순위 근저당권을 설정하여 줌으로써 12억 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 갑에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)으로 기소된 사안에서, 위 근저당권설정계약에서 피고인과 갑 사이 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 채무의 변제와 이를 위한 담보에 있고, 피고인을 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 갑과의 신임관계에 기초하여 갑의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없는 이상 갑에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없다(대법원2020. 6. 18. 선고2019도14340 전원합의체 판결).

③ (○) [1] 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도담보로 제공함으로써 채권자인 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 된 경우, 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없다. 이때 채무자가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실현에 위험을 초래한 경우에도 배임죄가 성립하지 않는다. 위와 같은 법리는, 채무자가 동산에 관하여 양도담보설정계약을 체결하여 이를 채권자에게 양도할 의무가 있음에도 제3자에게 처분한 경우에도 적용된다.

[2] 한편 주식에 관하여 양도담보설정계약을 체결한 채무자가 제3자에게 해당 주식을 처분한 경우에도 마찬가지로 적용된다(무죄)(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결). 결국, 동산(골재분쇄기 크러셔)을 은행에서 대출받으면서 양도담보로 제공한 후 제3자에게 그 동산을 처분한 경우 배임죄가 성립하지 않는다.

④ (○) [1] 부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있다. 그러나 중도금이 지급되는 등

계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 없다. 따라서 이러한 단계에 이른 때에 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 된다. 그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 보아야 한다. 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주기 전에 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 행위는 매수인의 부동산 취득 또는 보전에 지장을 초래하는 행위이다. 이는 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다.

[2] 부동산 이중매매에서 매도인이 매수인으로부터 중도금 수령 후 제3자에게 이중으로 매도하고 소유권이전등기를 마친 경우에는 배임죄가 성립한다(대판2018.5.17. 2017도4027 전원합의체 판결).

⑤ (○) [1] 채무자가 채권양도담보계약에 따라 부담하는 '담보 목적 채권의 담보가치를 유지·보전할 의무'를 이행하는 것은 채무자 자신의 사무에 해당할 뿐이고, 채무자가 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리한다고 볼 수 없으므로, 이 경우 채무자는 채권자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없다.

[2] 병원장이 국민건강보험공단에 대하여 가지는 요양급여채권을 이중양도한 경우에도 배임죄가 성립하지 않는다(대법원2021. 7. 15. 선고2015도5184판결).

23. 방화의 죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 형법 제166조가 규정하는 일반건조물방화죄의 객체인 '건조물'은 사람이 내부에 사실상 기거 취침에 사용할 수 있는 정도의 공작물을 의미하므로, 반드시 사람의 주거용이어야 하는 것은 아니다.

② 피해자의 사체 위에 옷가지 등을 올려놓고 불을 붙인 천조각을 던져 그 불길이 방안을 태우면서 천정에까지 옮겨 붙었다면, 만일 그 불이 완전연소에 이르지 못하고 도중에 진화되었다고 하더라도 현주건조물방화죄가 성립한다.

③ 사람이 현존하는 건조물을 방화하는 집단행위의 과정에서 일부 집단원이 화염병을 던져 피해자에게 화상을 입힌 경우, 다른 집단원에게 그 상해의 결과가 예견 가능한 것이었다면 다른 집단원에게도 그 결과에 대하여 현존건조물방화치상죄가 성립한다.

④ 방화 등 예비·음모죄에 있어 실행에 이르기 전에 자수한 경우 형을 감경 또는 면제한다.

⑤ 현주건조물을 방화하여 기수에 이른 후, 이 건물에서 빠져나오려는 자를 가로막아 불에 타 사망에 이르게 한 때에는 현주건조물방화죄와 살인죄가 성립하고 양 죄는 상상적 경합관계에 있다.

→ 정답 ⑤ (X) 불을 놓은 집에서 빠져 나오려는 피해자들을 막아 소사케 한 행위는 1개의 행위가 수개의 죄명에 해당하는 경우라고 볼 수 없고, 위 방화행위와 살인행위는 법률상 별개의 범의에 의하여 별개의 법익을 해하는 별개의 행위라고 할 것이니, 현주건조물방화죄와 살인죄는 실체적 경합관계에 있다(대법원 1983.1.18. 선고 82도2341 판결).

① (○) [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 지붕과 문짝, 창문이 없고 담장과 일부 벽체가 붕괴된 철거 대상 건물로서 사실상 기거·취침에 사용할 수 없는 상태의 것이므로 형법 제166조의 건조물이 아닌 형법 제167조의 물건에 해당하고, 피고인이 이 사건 폐가의 내부와 외부에 쓰레기를 모아놓고 태워 그 불길이 이 사건 폐가 주변수목 4~5그루를 태우고 폐가의 벽을 일부 그을리게 하는 정도만으로는 방화죄의 기수에 이르렀다고 보기 어려우며, 일반물건방화죄에 관하여는 미수범의 처벌 규정이 없으므로 일반물건방화죄

도 성립하지 않는다(대법원2013. 12. 12. 선고2013도3950판결). 결국, 형법 제166조의 건조물이 아닌 형법 제167조의 일반물건에 해당하고, 그을린 정도만으로는 일반물건방화죄의 미수가 성립할 수 있으나 미수규정이 없어 무죄이다.

② (○) [1] 현주건조물방화죄는 화력이 매개물을 떠나 목적물인 건조물 스스로 연소할 수 있는 상태에 이름으로써 기수가 된다.

[2] 따라서 피고인이 제2의 범행에 있어 피해자의 사체 위에 옷가지 등을 올려놓고 불을 붙인 천조각을 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 이르렀다고 할 것이다(대법원2007.3.16. 선고 2006도9164 판결).

③ (○) [1] 피고인을 비롯한 30여 명의 공범들이 화염병 등 소지 공격조와 쇠파이프 소지 방어조로 나누어 이 사건 건물(서울지방노동청사)을 집단방화하기로 공모하고 이에 따라 공격조가 위 건물로 침입하여 화염병 수십 개를 1층 민원실 내부로 던져 불을 붙여 위 건물 내부를 소훼해 하는 도중에 공격조의 일인이 위 건조물 내의 피해자(당직근무자)를 향하여 불이 붙은 화염병을 던진 사실을 알 수 있는바, 이와 같이 공격조 일인이 방화대상 건물 내에 있는 피해자를 향하여 불붙은 화염병을 던진 행위는, 비록 그것이 피해자의 진화행위를 저지하기 위한 것이었다고 하더라도, 공격조에게 부여된 임무 수행을 위하여 이루어진 일련의 방화행위 중의 일부라고 보아야 할 것이고, 따라서 피해자의 화상은 이 사건 방화행위로 인하여 입은 것이라 할 것이므로 피고인을 비롯하여 당초 공모에 참여한 집단원 모두는 위 상해 결과에 대하여 현존건조물방화치상의 죄책을 면할 수 없다.

[2] 가사 피해자의 상해가 이 사건 방화 및 건물소훼로 인하여 입은 것이라고 보기 어렵다고 하더라도 형법 제164조 후단이 규정하는 현존건조물방화치상죄와 같은 이른바 부진정결과적가중범은 예견 가능한 결과를 예견하지 못한 경우뿐만 아니라 그 결과를 예견하거나 고의가 있는 경우까지도 포함하는 것이므로 이 사건에서와 같이 사람이 현존하는 건조물을 방화하는 집단행위의 과정에서 일부 집단원이 고의행위로 살상을 가한 경우에도 다른 집단원에게 그 살상의 결과가 예견 가능한 것이었다면 다른 집단원도 그 결과에 대하여 현존건조물방화치상사상의 책임을 면할 수 없는 것인바, 피고인을 비롯한 집단원들이 당초 공모시 쇠파이프를 소지한 방어조를 운용하기로 한 점에 비추어 보면 피고인으로서 이 사건 건물을 방화하는 집단행위의 과정에서 상해의 결과가 발생하는 것도 예견할 수 있었다고 보이므로, 이 점에서도 피고인을 현존건조물방화치상죄로 의율할 수 있다(대법원1996. 4. 12. 선고96도215판결). 결국, 방화행위를 하던 집단 중 1인이 피해자에게 화염병을 던져 화상을 입힌 경우, 공모에 참여한 집단원 모두가 현존건조물방화치상의 죄책을 진다.

④ (○) [1] 형법 제52조(자수규정)가 적용되므로, 죄를 지은 후 수사기관에 자수한 경우에는 형을 감경하거나 면제할 수 있다(임의적 감면).

[2] 제164조 제1항(현주건조물 등 방화죄), 제165조(공용건조물 등 방화죄), 제166조 제1항(타인소유 일반건조물 등 방화죄), 제172조 제1항(폭발성물건파열죄), 제172조의 2 제1항(가스·전기 등 방류죄), 제173조 제1항과 제2항의 죄(가스·전기 등 공급방해죄)를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 5년 이하의 징역에 처한다. 단 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에(예비, 음모단계) 자수한 때에는 형을 감경 또는 면제한다(필요적 감면).

<p>(참고) 예비·음모죄 중 실행에 착수 전에 자수하면 필요적 감면규정이 있는 범죄는 범죄는 다음과 같다.</p> <p>㉠ 내란의 죄(제90조) ㉡ 외환의 죄(제101조) ㉢ 외국에 대한 사전죄(제111조 제3항) ㉣ 폭발물 사용죄(제120조 제1항) ㉤ 폭발성물건파열죄(제172조), 가스·전기 등 방류죄(제172조의 2 제1항), 가스·전기 등 공급방해죄(제173조 제1항과 제2항의 죄) ㉥ 현주건조물방화죄(제164조), 공용건조물방화죄(제165조), 일반건조물등방화죄(제166조) ㉦ 통화위조죄(제213조) 등</p> <p>(암기) 부부 <u>내·외</u>가 서로 <u>사·통</u>해서 서로 <u>폭발</u>하여 <u>방화</u>하였다.</p>
--

24. 공무방해에 관한 죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에

의함)

- ① 형법 제136조 제1항 소정의 공무집행방해죄에 있어서 ‘직무를 집행하는’이라 함은 공무원이 직무수행에 직접 필요한 행위를 현실적으로 행하고 있는 때만을 가리키는 것이 아니라 공무원이 직무수행을 위하여 근무 중인 상태에 있는 때를 포괄한다.
- ② 피고인이 지구대 내에서 약 1시간 이상 큰 소리로 경찰관을 모욕하는 말을 하고, 그 곳 의자에 드러눕거나 다른 사람들에게 시비를 걸고 그 과정에서 경찰관들이 피고인을 내보낸 뒤 문을 잠그자 다시 들어오기 위해 출입문을 계속해서 두드리거나 잡아당기는 등 소란을 피운 경우, 이는 공무원에 대한 간접적인 유형력의 행사로 볼 수 있어 공무집행방해죄가 성립한다.
- ③ 국민권익위원회 운영지원과 소속 기간제근로자로서 청사 안전관리 및 민원인 안내 등의 사무를 담당한 A의 업무를 甲이 방해한 경우, A는 법령의 근거에 기하여 국가 등의 사무에 종사하는 형법상 공무원으로 보기 어려워 甲을 공무집행방해죄로 처벌할 수 없다.
- ④ 법령에서 일정한 행위를 금지하면서 이를 위반하는 행위에 대한 벌칙을 정하고 공무원 A로 하여금 그 금지규정의 위반여부를 감시 단속하도록 한 경우, 단순히 A의 감시 단속을 피하여 금지규정을 위반한 甲의 행위는 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당하지 않는다.
- ⑤ 신고를 받고 출동한 두 명의 경찰관에게 순차적으로 욕설과 폭행을 하여 정당한 직무집행을 방해한 경우, 이는 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 폭행행위로서 사회관념상 1개의 행위로 평가하는 것이 상당하므로 두 명의 경찰관에 대한 공무집행방해죄는 포괄일죄의 관계에 있다.

→ 정답 ⑤ (X) [1] 동일한 공무를 집행하는 여럿의 공무원에 대하여 폭행·협박 행위를 한 경우에는 공무를 집행하는 공무원의 수에 따라 여럿의 공무집행방해죄가 성립하고, 위와 같은 폭행·협박 행위가 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 것으로서 사회관념상 1개의 행위로 평가되는 경우에는 여럿의 공무집행방해죄는 상상적 경합의 관계에 있다.

[2] 범죄 피해 신고를 받고 출동한 두 명의 경찰관에게 욕설을 하면서 차레로 폭행을 하여 신고 처리 및 수사 업무에 관한 정당한 직무집행을 방해한 경우, 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 폭행 행위는 사회관념상 1개의 행위로 평가하는 것이 상당하다는 이유로, 위 공무집행방해죄는 형법 제40조에 정한 상상적 경합의 관계에 있다(대법원2009. 6. 25. 선고2009도3505판결).

① (○) [1] [1] 형법 제136조에서 정한 공무집행방해죄는 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 경우에 성립하는 범죄로서 여기서의 폭행은 사람에 대한 유형력의 행사로 족하고 반드시 그 신체에 대한 것임을 요하지 아니하며, 또한 추상적 위험범으로서 구체적으로 직무집행의 방해라는 결과발생을 요하지도 아니한다.

[2] 한편 공무집행방해죄에서 ‘직무를 집행하는’이란 공무원이 직무수행에 직접 필요한 행위를 현실적으로 행하고 있는 때만을 가리키는 것이 아니라 공무원이 직무수행을 위하여 근무 중인 상태에 있는 때를 포괄하고, 직무의 성질에 따라서는 직무수행의 과정을 개별적으로 분리하여 부분적으로 각각의 개시와 종료를 논하는 것이 부적절하고 여러 종류의 행위를 포괄하여 일련의 직무수행으로 파악함이 상당한 경우가 있다(대법원2018. 3. 29. 선고2017도21537판결).

② (○) 피고인이 술에 취하여 자신에 대한 경찰관의 사건 처리에 불만을 품고 약 1시간 40분 동안 큰 소리로 경찰관을 모욕하는 말을 하고, 지구대 대기 의자에 드러눕거나 다른 사람들에게 시비를 걸고 그 과정에서 경찰관들이 피고인을 돌려보내려 했으나 응하지 않아 사무실 밖으로 내보낸 뒤 문을 잠그자 피고인이 다시 들어오기 위해 출입문을 계속해서 두드리거나 잡아당기는 등 소란을 피운 사실을 인정할 수 있는바, 피고인이 밤늦은 시각에 술에 취해 위와 같이 한참 동안 소란을 피운 행위는 공무원의 정당한 직무집행을 방해하기에 충분한 행위임은 분명하고, 그 행위의 정도에 따라 공무원에

대한 간접적인 유형력의 행사로서 형법 제136조(공무집행방해)에서 규정한 폭행에 해당한다고 볼 여지가 있다(대법원2013. 12. 26. 선고2013도11050판결). 결국, 피고인은 공무집행방해죄에 해당한다.

③ (○) 피고인이, 국민권익위원회 운영지원과 소속 기간제 근로자로서 청사 안전관리 및 민원인 안내 등의 사무를 담당한 갑의 공무집행을 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 갑은 국민권익위원회 위원장과 계약기간 1년의 근로계약을 체결한 점, 공무원으로 임용된 적이 없고 공무원연금이 아니라 국민연금에 가입되어 있는 점, 국민권익위원회 훈령으로 ‘무기계약근로자 및 기간제근로자 관리운용 규정’이 있으나 국민권익위원회 내부규정으로 그 내용도 채용, 근로조건 및 퇴직 등 인사에 관한 일반적인 사항을 정하는 것에 불과하고, 달리 갑이 법령의 근거에 기하여 위 사무에 종사한 것이라고 볼 만한 자료가 없는 점 등 제반 사정에 비추어 갑은 법령의 근거에 기하여 국가 등의 사무에 종사하는 형법상 공무원이라고 보기 어렵다. 따라서 갑이 공무집행방해죄에서 공무원에 해당한다고 보기 어렵다(대법원2015. 5. 29. 선고2015도3430판결). 결국, 민원인 피고인이 갑을 폭행한 경우에 공무집행방해죄가 성립하지 않는다.

④ (○) [1] 법령에서 일정한 행위를 금지하면서 이를 위반하는 행위에 대한 벌칙을 정하고 공무원으로 하여금 금지규정의 위반 여부를 감시·단속하도록 한 경우 공무원에게는 금지규정 위반행위의 유무를 감시하여 확인하고 단속할 권한과 의무가 있으므로 구체적이고 현실적으로 감시·단속 업무를 수행하는 공무원에 대하여 위계를 사용하여 업무집행을 못하게 하였다면 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지만, 단순히 공무원의 감시·단속을 피하여 금지규정을 위반한 것에 지나지 않는다면 그에 대하여 벌칙을 적용하는 것은 별론으로 하고 그 행위가 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당한다고 할 수 없다. 피고인이 금지규정을 위반하여 감시·단속을 피하는 것을 공무원이 적발하지 못하였다면 이는 공무원이 감시·단속이라는 직무를 소홀히 한 결과일 뿐 위계로 공무집행을 방해한 것이라고 볼 수 없다. [2] 녹음·녹화 등을 할 수 있는 전자장비가 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 금지물품에 해당하여 반입을 금지할 필요가 있다면 교도관은 교정시설 등의 출입자와 반출·반입 물품을 검사·단속해야 할 일반적인 직무상 권한과 의무가 있다. 수용자가 아닌 사람이 위와 같은 금지물품을 교정시설 내로 반입하였다면 교도관의 검사·단속을 피하여 단순히 금지규정을 위반하는 행위를 한 것일 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 수는 없다.

[3] 관리자에 의해 출입이 통제되는 건조물에 관리자의 승낙을 받아 건조물에 통상적인 출입방법으로 들어갔다면, 이러한 승낙의 의사표시에 기망이나 착오 등의 하자가 있더라도 특별한 사정이 없는 한 형법 제319조 제1항에서 정한 건조물침입죄가 성립하지 않는다. 이러한 경우 관리자의 현실적인 승낙이 있었으므로 가정적·추정적 의사는 고려할 필요가 없다. 단순히 승낙의 동기에 착오가 있다고 해서 승낙의 효용성에 영향을 미치지 않으므로, 관리자가 행위자의 실제 출입 목적을 알았다면 출입을 승낙하지 않았을 사정이 있더라도 건조물침입죄가 성립한다고 볼 수 없다. 나아가 관리자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 건조물에 들어간 경우에는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 모습으로 건조물에 들어간 것이라고 평가할 수도 없다.

[4] 甲 등 피고인들은 방송 제작 과정에서 보이스피싱 조직과 관련된 제보를 받고, 그 신빙성을 확인하기 위하여 수용자인 乙을 접견하면서 촬영 및 녹음을 하였는데, 당시 을은 촬영 및 녹음이 이루어지고 있다는 사실을 알지 못하였다. 갑 등은 乙의 얼굴이나 수감번호 등을 모자이크 처리하고 음성을 변조하여 식별할 수 없는 상태로 방송할 계획이었다. 갑 등의 행위는 乙에게 금지물품을 전달하거나 외부와의 통신을 매개하는 등 乙로 하여금 규율위반행위를 하게 하는 것도 아니었던 점을 고려하면 갑 등이 녹음·녹화 장비를 구치소에 반입하여 촬영 및 녹음을 한 행위는 단순히 금지규정을 위반하는 행위일 뿐이고 접견업무 담당 교도관의 구체적이고 현실적인 직무집행을 방해하였다고 볼 수 없으므로 위계에 의한 공무집행방해죄의 구성요건에 해당하지 아니한다(대법원2022. 3. 31. 선고2018도15213판결). SBS의 시사프로그램 “그것이 알고싶다”의 PD 등이 신분을 가장하고 구치소에 들어가 수용자들을 몰래카메라로 취재 한 사안에서, 단순히 금지규정을 위반하는 행위를 한 것일 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 수는 없다.

2024년 1차! 꼭 합격의 주인공이 되세요!!
~ 가자! 중앙경찰학교로 ~ ♥ 수고하셨습니다 ♥