

임종의 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

윌비스 경찰학원 전화번호 안내

윌비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

통합생활관리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

윌비스경찰학원 형사법 임종의 제공

담당 : 임종의 교수

01. [정답] ③

[해설]

→ 정답 ③ (X) 형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니고, 형법 조항에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼 수는 없으므로, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 형법불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다(대판1999.9.17. 97도3349).

① (O) [1] 원인불명으로 재산상 이익인 가상자산을 이체받은 자가 가상자산을 사용·처분한 경우 이를 형사처벌하는 명문의 규정이 없는 현재의 상황에서 착오송금 시 횡령죄 성립을 긍정한 판례를 유추하여 신의칙을 근거로 피고인을 배임죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반한다.

[2] 비트코인이 법률상 원인관계 없이 갑으로부터 피고인 명의의 전자지갑으로 이체되었더라도 피고인이 신의칙에 기초하여 갑의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없는 이상 갑에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하지 않는다(대법원2021. 12. 16. 선고2020도9789판결) 결국, 피고인이 알 수 없는 경위로 피해자의 비트코인 자신의 계정으로 이체 받은 후 자신의 다른 계정으로 이체한 경우, 타인의 사무처리자에 해당하지 아니하므로 배임죄가 성립하지 않는다.

② (O) [1] 청탁금지법은 제2조 제2호에서 ‘공직자등’에 관한 정의 규정을 두고 있을 뿐 ‘상급 공직자등’의 정의에 관하여는 명문 규정을 두고 있지 않고, ‘상급’은 사전적으로 ‘보다 높은 등급이나 계급’을 의미할 뿐 직무상 명령·복종관계에서의 등급이나 계급으로 한정되지 아니한다. 처벌규정의 소극적 구성요건(처벌하지 않는다는 예외규정)을 문언의 가능한 의미를 벗어나 지나치게 좁게 해석하게 되면 피고인에 대한 가벌성의 범위를 넓히게 되어 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지원칙에 어긋날 우려가 있으므로 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 범위 내에서 합리적으로 해석할 필요가 있다.

[2] 청탁금지법 처벌규정의 소극적구성요건에 관한 제8조 제3항 제1호에서 정한 ‘상급 공직자등’이란 금품등 제공의 상대방보다 높은 직급이나 계급의 사람으로서 금품등 제공 상대방과 직무상 상하관계에 있고 그 상하관계에 기초하여 사회통념상 위로·격려·포상 등을 할 수 있는 지위에 있는 사람을 말하고, 금품등 제공자와 그 상대방이 직무상 명령·복종이나 지휘·감독관계에 있어야만 이에 해당하는 것은 아니다.

[3] 국정농단 사건의 특별수사본부장인 고등검찰청 차장검사인 갑이 수사를 종결하고 그 수사 결과를 발표한 후 식당에서 위 사건을 담당한 간부들을 위해 만찬을 주재하면서, 술과 병에게 격려금 명목으로 현금 100만 원씩이 들어 있는 봉투를 건네고 1인당 9만 5,000원 상당의 위 만찬 비용을 결제하였다. 이로써 피고인은 공직자 2명에게 각각 1회에 100만 원을 초과하는 109만 5,000원 상당의 수수 금지 금품 등을 제공하였다하여 부정청탁법 위반으로 기소된 사안에서 상급 공직자등이 위로·격려·포상 등의 목적으로 하급 공직자에게 제공하는 금품등 제공행위는 예외사유에 해당하여 범죄가 성립하지 않는다(대법원2018. 10. 25. 선고2018도7041판결).

④ (O) 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것을 의미한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술적 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니다(대법원2014. 1. 29. 선고2013도12939판결).

02. [정답] ②

[해설]

→ 정답 ② (X) 형을 종전보다 가볍게 형법법규를 개정하면서 그 부칙으로 개정 전의 범죄에 대하여는 종전의 형법법규를 추급하여 적용하도록 규정(부칙에 경과규정을 두는 것)한다 하여 죄형법정주의에 반하거나 범죄 후 형의 변경이 있는 경우라 할 수 없으므로 형법 제1조 제2항 소정의 신법우선주의가 적용될 여지가 없다(대법원1995. 1. 24. 선고94도2787판결).

① (O) 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법제정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에도 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교해볼 필요 없이 범죄 실행 종료시의 법인 신법을 적용한다(대판1998.2.24. 97도183).

② (O) 한국인이 외국인의 출입이 허용되는 필리핀 마닐라시에 있는 헤리티지호텔 카지노에서 상습적으로 도박을 한 경우 형법 제3조 소급주의에 우리 형법이 적용되므로 상습도박죄가 성립한다(대판2001.9.25. 99도3337).

④ (O) 형법 제239조 제1항의 사인위조죄는 형법 제6조의 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 범한 죄에 해당하지 아니하므로 중국 국적자가 중국에서 대한민국 국적 주식회사의 인장을 위조한 경우에는 외국인의 국외범으로서 그에 대하여 재판권이 없다(대판2002.11.26. 2002도4929).

03. [정답] ③

[해설]

→ 정답 ③ (O) 구 정당법(2011. 7. 21. 법률 제1086호로 개정되기 전의 것) 제53조, 제22조 제1항에서 규정하는 공무원이나 사립학교의 교원이 정당의 당원이 된 죄와 구 국가공무원법(2010. 3. 22. 법률 제1014호로 개정되기 전의 것) 제84조, 제65조 제1항에서 규정하는 공무원이 정당 그 밖의 정치단체에 가입한 죄는 공무원이나 사립학교의 교원 등이 정당 등에 가입함으로써 즉시 성립하고 그와 동시에 완성되는 즉시범이므로 그 범죄성립과 동시에 공소시효가 진행한다(대법원2014. 5. 16. 선고2012도12867판결).

① (X) 추상적 위험범으로서 명예훼손죄는 개인의 명예에 대한 사회적 평가를 진위에 관계없이 보호함을 목적으로 하고, 적시된 사실이 특정인의 사회적 평가를 침해할 가능성이 있을 정도로 구체성을 띠어야 하나, 위와 같이 침해할 위험이 발생한 것으로 족하고 침해의 결과를 요구하지 않으므로, 다수의 사람에게 사실을 적시한 경우뿐만 아니라 소수의 사람에게 발언하였다고 하더라도 그로 인해 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 초래한 경우에도 공연히 발한 것으로 해석할 수 있다(대법원2020. 11. 19. 선고2020도5813 전원합의체 판결).

② (X) 일반교통방해죄는 이른바 추상적 위험범으로서 교통이 불가능하거나 또는 현저히 곤란한 상태가 발생하면 바로 기수가 되고 교통방해의 결과가 현실적으로 발생하여야 하는 것은 아니다(대법원2018. 1. 24. 선고2017도11408판결).

④ (X) 체포죄는 계속범으로서 체포의 행위에 확실치 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속성이 있어야 하나, 체포의 고의로써 타인의 신체적 활동의 자유를 현실적으로 침해하는 행위를 개시한 때 체포죄의 실행에 착수하였다고 볼 것이다(대법원2018. 2. 28. 선고2017도21249판결).

임종희 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

윌비스 경찰학원 전화번호 안내

윌비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

통합생원과리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

윌비스경찰학원 형사법 임종희 제공

담당 : 임종희 교수

04. [정답] ①

[해설]

- 정답 ① (○) 합병으로 인하여 소멸한 법인이 그 종업원 등의 위법행위에 대해 양벌규정에 따라 부담하던 형사책임은 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것으로서 합병으로 인하여 존속하는 법인에 승계되지 않는다(대법원2007. 8. 23. 선고2005도4471판결).
- ② (X) 법인격 없는 사단과 같은 단체는 법인과 마찬가지로 사법상의 권리의무의 주체가 될 수 있음은 물론으로 하더라도 법물에 명문의 규정이 없는 한 그 범죄능력은 없고 그 단체의 업무는 단체를 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없는바, 구 건축법 제26조 제1항의 규정에 의하여 건축물의 유지·관리의무를 지는 '소유자 또는 관리자'가 법인격 없는 사단인 경우에는 자연인인 대표기관이 그 업무를 수행하는 것이므로, 같은 법 제79조 제4호에서 같은 법 제26조 제1항의 규정에 위반한 자라 함은 법인격 없는 사단의 대표기관인 자연인을 의미한다(대법원1997. 1. 24. 선고96도524판결).
- ③ (X) 양벌규정에 따라 사용자인 법인 또는 개인을 처벌하는 것은 형벌의 자기책임 원칙에 비추어 위법행위가 발생한 그 업무와 관련하여 사용자인 법인 또는 개인이 상당한 주의 또는 감독 의무를 게을리한 과실이 있기 때문이다(대법원2021. 9. 30. 선고2019도3595판결). 행위자의 처벌에 중속하는 것이 아니라 형벌의 자기책임원칙에 따라 과실이 있는 때에 처벌된다.
- ④ (X) 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 그 사무를 처리하게 하는 기관위임사무의 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있는 것이지만(양벌규정에 따른 처벌대상이 아니다), 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인이므로, 지방자치단체 소속 공무원(청소차량 운전사)이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하던 중(압축차량 청소차를 운전하여 고속도로를 운행하던 중) 도로법 제81조 내지 제85조의 규정에 의한 위법행위를 한 경우(과적 운행한 경우)에는 해당 지방자치단체는 도로법 제86조의 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당한다(대판 2005.11.10. 2004도2657).

05. [정답] ②

[해설]

- 정답 ② ㉠(2개)은 옳은 지문이나, ㉡(2개)은 틀린 지문이다.
- ① (○) 의사가 설명의무를 위반한 채 의료행위를 하여 피해자에게 상해가 발생하였다고 하더라도, 업무상 과실로 인한 형사책임은 지기 위해서는 피해자의 상해와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득 과정의 잘못 사이에 상당인 과관계가 존재하여야 하고, 이는 한의사의 경우에도 마찬가지이다(대법원 2011. 4. 14. 선고2010도10104판결).
- ② (X) 자상으로 급성신부전증이 발생한 피해자가 음식과 수분의 섭취를 억제해야 함에도 콜라와 김밥을 함부로 먹은 탓에 체내에 수분저류가 발생하여 합병증이 유발됨으로써 사망한 경우, 살인의 실행행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생하게 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이어야만 되는 것은 아니므로, 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 다른 사실이 개재되어 그 사실이 치사의 직접적인 원인이 되었다고 하더라도 그와 같은 사실이 통상 예견할 수 있는 것에 지나지 않는다면 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 인과관계가 있는 것으로 보아야 한다(대판1994.3.22. 93도3612).
- ③ (X) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하려는 행위와 이에 극도의 흥분을 느끼고 공포심에 사로잡혀 이를 피하려다 상해에 이르게 된 사실과는 상당인과관계가 있다 할 것이고 이 경우 강취 행위자가 상해의 결과를 발생을 예견할 수 있었다면 이를 강도치상죄로 다스릴 수 있다(대법원1996. 7. 12. 선고96도1142판결).
- ④ (○) [1] 피고인이 예리한 식도로 피해자의 하복부를 찔러 직경 5센티, 길이 15센티미터 이상의 자상을 입힌 결과 사망하였다면 일반적으로 내장파열 및 다량의 출혈과 자창의 감염으로 사망의 결과를 발생하게 하리라는 점을 경험상 예견할 수 있는 것이므로 피고인에게 살인의 결과에 대한 확정적 고의는 없다 하더라도 미필적 인식은 있었다고 볼 것이다.

[2] 피고인의 자상행위가 피해자를 사망하게 한 직접적 원인은 아니었다 하더라도 이로부터 발생된 다른 간접적 원인이 결합되어 사망의 결과를 발생하게 한 경우라도 그 행위와 사망간에는 인과관계가 있다고 할 것인바, 이 사건 진단서에는 직접사인 심장마비, 호흡부전, 중간선행사인 패혈증, 급성심부전증, 선행사인 자상, 장골정맥파열로 되어 있으며, 피해자가 부상한 후 1개월이 지난 후에 위 패혈증 등으로 사망하였다 하더라도 그 패혈증이 위 자상으로 인한 과다한 출혈과 상처의 감염 등에 연유한 것인 이상 자상행위와 사망과의 사이에 인과관계의 존재를 부정할 수 없다(대법원1982. 12. 28. 선고82도2525판결).

06. [정답] ④

[해설]

- 정답 ④ (○) 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의라 함은 범죄사실의 발생 가능성을 불확실한 것으로 표상하면서 이를 용인하고 있는 경우를 말하고, 미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하며, 그 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 행위자의 진술에 의존하지 아니하고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 당해 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 하고, 이와 같은 경우에도 공소가 제기된 범죄사실의 주관적 요소인 미필적 고의의 존재에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이며, 한편, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대판2004.5.14. 2004도74).
- ① (X) 구성요건적 고의의 인식·인용의 대상은 모든 객관적 구성요건요소이다. 친족상도례에서 '친족관계'는 인적처벌조각사유(처벌조건일뿐임)로서 객관적으로만 존재하면 되는 것이고, 객관적 구성요건요소가 아니므로 고의의 인식대상이 아니다. 그러나 특수폭행죄에 있어서 '위험한 물건을 휴대한다는 사실'은 행위의 태양으로서 객관적 구성요건요소로서 고의의 인식대상이다.
- ② (X) 국헌문란의 목적은 범죄 성립을 위하여 고의 외에 요구되는 초과주관적 위법요소로서 엄격한 증명사항에 속하나, 확정적 인식임을 요하지 아니하며, 다만 미필적 인식이 있으면 족하다(대법원2015. 1. 22. 선고2014도10978전원합의제 판결).
- ③ (X) 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 행위를 말하므로, 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 방조범에서 요구되는 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식이나 예견으로 족하다(대판 2018.9.13. 2018도7658, 2018전도54, 55, 2018보도6, 2018보2593).

임종희 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

윌비스 경찰학원 전화번호 안내

윌비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

동합생원리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

윌비스경찰학원 형사법 임종희 제공

담당 : 임종희 교수

07. [정답] ②

[해설]

→ 정답 ② (○) 구체적 사실에 관한 착오의 방법의 착오로서, 구체적 부합설에 따르면 인식사실에 대한 미수와 발생사실에 대한 과실의 상상적 경합이 성립한다.

① (X) 구체적 사실에 관한 착오의 방법의 착오로서, 법정적 부합설에 따르면 발생사실에 대한 고의기수가 인정되므로 갑은 B에 대한 상해죄가 성립한다.

③ (X) 추상적 사실에 관한 착오의 방법의 착오로서, 법정적 부합설에 따르면 인식사실에 대한 미수와 발생사실에 대한 과실의 상상적 경합이 성립한다. 따라서 갑은 A에 대한 살인미수와 자동차에 대한 과실손괴의 상상적 경합이 인정되나, 재물손괴죄의 경우 과실범 처벌규정이 없으므로 A에 대한 살인미수죄만 성립한다.

④ (X) 추상적 사실에 관한 착오의 객체의 착오의 문제로서, 이에 대한 직접적 판례는 없다. 형법 제15조 제1항 「특별히 무거운 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 무거운 죄로 별하지 아니한다.」는 규정에 따라 갑은 B에 대한 존속살해죄가 아닌 보통살인죄가 성립한다고 할 것이다. 또한 대법원은 제문에 이기지 못하여 식도를 휘두르는 피고인을 말리거나 그 식도를 뱉으려고 한 그 밖의 피해자들을 닥치는 대로 찌르는 무차별 횡포를 부리던 중에 그의 부(부)까지 찌르게 된 결과를 빚은 경우 피고인이 칼에 찔려 쓰러진 부를 부축해 데리고 나가지 못하도록 한 일이 있다고 하여 그의 부를 살해할 의사로 식도로 찔러 살해하였다는 사실을 인정하기는 어렵다고 봄이 상당하다(대법원1977. 1. 11. 선고76도3871판결). 이 판례는 고의의 지적요소(인식)는 있으나, 고의의 의지적 요소(의사)가 결여되어 존속살해죄가 성립하는 것이 아니라 보통살인죄가 성립한다고 보았다.

08. [정답] ①

[해설]

→ 정답 ① (X) 방위행위가 그 정도를 초과한 경우에는 정황(情狀)에 따라 그 형을 감경하거나 면제할 수 있다(제21조 제2항). 또한 과잉방위의 경우에 야간이나 그 밖의 불안한 상태에서 공포를 느끼거나 경악(驚愕)하거나 흥분하거나 당황하였기 때문에 그 행위를 하였을 때에는 벌하지 아니한다(제21조 제3항).

② (○) 외관상 서로 격투를 하는 것처럼 보이는 경우라고 할지라도 실제로는 한쪽 당사자가 일방적으로 불법한 공격을 가하고 상대방은 이러한 불법한 공격으로부터 자신을 보호하고 이를 벗어나기 위한 저항수단으로 유효력을 행사한 경우라면, 그 행위가 적극적인 반격이 아니라 소극적인 방어의 한도를 벗어나지 않는 한 그 행위가 이르게 된 경위와 그 목적수단 및 행위자의 의사 등 제반 사정에 비추어 볼 때 사회통념상 허용될 만한 상당성이 있는 행위로서 위법성이 조각된다고 보아야 할 것이다(대법원1999.10.12. 99도3377).

③ (○) [1] 형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하고, 여기서 적법한 공무집행은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키므로, 검사나 사법경찰관이 수사기관에 자진출석한 사람을 긴급체포의 요건을 갖추지 못하였음에도 실력으로 체포하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없고, 자진출석한 사람이 검사나 사법경찰관에 대하여 이를 거부하는 방법으로 폭행을 하였다고 하여 공무집행 방해죄가 성립하는 것은 아니다.

[2] 검사가 참고인 조사를 받을 줄 알고 검찰청에 자진출석한 변호사 사무실 사무장을 합리적 근거 없이 긴급체포하자 그 변호사가 이를 제지하는 과정에서 위 검사에게 상해를 가한 것이 정당방위에 해당한다(대법원2006. 9. 8. 선고2006도148판결).

④ (○) [1] 형법 제24조의 규정에 의하여 위법성이 조각되는 피해자의 승낙은 개인적 법익을 훼손하는 경우에 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙이어야 할 뿐만 아니라 그 승낙이 윤리적·도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다.

[2] 피고인이 피해자와 공모하여 교통사고를 가장하여 보험금을 편취할 목적으로 피해자에게 상해를 가하였다면 피해자의 승낙이 있었다고 하더라도 이는 위법한 목적에 이용하기 위한 것이므로 피고인의 행위가 피해자의 승낙에 의하여 위법성이 조각된다고 할 수 없다.

09. [정답] ④

[해설]

→ 정답 ④ (X) 국회의원인 피고인이, 구 국가안전기획부 내 정보수집팀이 대기업 고위관계자와 중앙일간지 사주 간의 사적 대화를 불법 녹음한 자료를 입수한 후 그 대화내용과, 위 대기업으로부터 이른바 떡값 명목의 금품을 수수하였다는 검사들의 실명이 게재된 보도자료를 작성하여 자신의 인터넷 홈페이지에 게재하였다고 하여 통신비밀보호법 위반으로 기소된 사안에서, 피고인이 국가기관의 불법 녹음 자체를 고발하기 위하여 불가피하게 위 녹음 자료에 담겨 있던 대화 내용을 공개한 것이 아니고, 위 대화가 피고인의 공개 행위시로부터 8년 전에 이루어져 이를 공개하지 아니하면 공익에 대한 중대한 침해가 발생할 가능성이 현저한 경우로서 비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우에 해당한다고 보기 어려우며, 전파성이 강한 인터넷 매체를 이용하여 불법 녹음된 대화의 상세한 내용과 관련 당사자의 실명을 그대로 공개하여 방법의 상당성을 결여하였고, 위 게재행위와 관련된 사정을 종합하여 볼 때 위 게재에 의하여 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익 및 가치를 초월한다고 볼 수 없으므로, 피고인이 위 녹음 자료를 취득하는 과정에 위법이 없었더라도 위 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 볼 수 없다(대법원2011. 5. 13. 선고2009도14442판결).

① (○) [1] 적절한 한계를 벗어나는 현행범인 체포행위는 그 부분에 관한 한 법령에 의한 행위로 될 수 없다고 할 것이나, 적절한 한계를 벗어나는 행위인가 여부는 결국 정당행위의 일반적 요건을 갖추었는지 여부에 따라 결정되어야 할 것이므로 그 행위가 소극적인 방어행위인가 적극적인 공격행위인가에 따라 결정되어야 하는 것은 아니다.

[2] 피고인의 차를 손괴하고 도망하려는 피해자를 도망하지 못하게 먹살을 잡고 흔들어 피해자에게 전치 14일의 흉부찰과상을 가한 경우, 정당행위에 해당한다(대법원1999. 1. 26. 선고98도3029판결).

② (○) 분쟁중인 부동산관계로 따지러 온 피해자가 피고인의 가게안에 들어와서 피고인 및 그의 부에게 행패를 부리므로 피해자를 가게 밖으로 밀어내려다가 피해자를 넘어지게 한 행위는 피해자측의 행패를 저지하기 위한 소극적 저항방법으로서 비록 그 과정에서 피해자가 넘어졌다 할지라도 그 경위, 목적, 수단, 피고인의 의사등 여러가지 사정에 비추어 볼 때 사회통념상 용인될 만한 상당성이 있는 행위로 위법성이 없다(대법원1987. 4. 14. 선고87도339판결). 형법 제20조의 정당행위에 해당한다.

③ (○) [1] 외국에서 침구사자격을 취득하였으나 국내에서 침술행위를 할 수 있는 면허나 자격을 취득하지 못한 자가 단순한 수치침 정도의 수준을 넘어 체침을 시술한 경우, 사회상규에 위배되지 아니하는 무면허의료행위로 인정될 수 없다.

[2] 비록 피고인이 인도네시아 등 외국에서 침구사자격을 취득한 사실은 인정되나, 국내에서 침술행위를 할 수 있는 면허나 자격을 취득하지 못한 사실, 이러한 피고인이 단순히 수치침 정도의 수준에 그치지 아니하고 환자 A의 허리 부위, 환자 B의 다리 부위에도 체침을 시술한 사실, 환자 C는 나이가 많은 노인으로서 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성이 높아 보이는 사실 등을 인정할 수 있는바, 그렇다면 이러한 피고인의 침술행위는 의료법을 포함한 법질서 전체의 정신이나 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 볼 수는 없다 할 것이어서, 위법성이 조각되지 아니한다 할 것이다(대법원2002. 12. 26. 선고2002도5077판결).

임종희 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

윌비스 경찰학원 전화번호 안내

윌비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

통합생원과리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

윌비스경찰학원 형사법 임종희 제공

담당 : 임종희 교수

10. [정답] ②

[해설]

→ 정답 ② (X) 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다(제10조 제1항). 심신장애로 인하여 전향의 능력이 **미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다**(제10조 제2항)<개정 2018. 12. 18.>

① (O) 형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 **범행 당시** 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 **있었다면 심신장애로 볼 수 없다**(대법원2007. 2. 8.선고2006도7900판결).

③ (O) [1] 형법 제10조 소정의 **심신장애의 유무**는 법원이 형벌제도의 목적 등에 비추어 판단하여야 할 **법률문제(사실문제(X))**로서, 그 판단에 있어서는 전문감정인의 정신감정 결과가 중요한 참고자료가 되기는 하나, **법원으로서**는 반드시 그 의견에기속을 받는 것은 아니고, 그러한 감정 결과뿐만 아니라 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 피고인의 행동 등 기록에 나타난 제반 자료 등을 종합하여 단독적으로 심신장애의 유무를 판단하여야 한다.

[2] 피고인이 자신의 절도의 충동을 억제하지 못하는 성격적 결함(정신의학상으로는 정신병질이라는 용어로 표현하기도 한다)으로 인하여 절도 범행에 이르게 되었다고 하더라도, 이와 같이 자신의 충동을 억제하지 못하여 범죄를 저지르게 되는 현상은 정상인에게서도 얼마든지 찾아볼 수 있는 일로서 이는 정도의 문제에 불과하고, 따라서 특단의 사정이 없는 한 위와 같은 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고는 할 수 없으므로 **원칙적으로는 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 않는다**고 봄이 상당하고, 다만 그러한 성격적 결함이 매우 심각하여 **원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 있다**든지, 또는 **다른 심신장애사유와 결합된 경우에는 심신장애를 인정할 여지가 있을 것이다**(대법원1995. 2. 24.선고94도3163판결).

④ (O) **형법 제10조 제3항**은 “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 것**으로서 위험의 발생을 예견할 수 있었는 데도 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용 대상이 된다고 할 것이어서, **피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 음전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면** 피고인은 음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는 데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 **위 범죄행위에 의하여 심신장애로 인한 감경등을 할 수 없다**(대법원1992. 7. 28.선고92도999판결).

11. [정답] ③

[해설]

→ 정답 ③ (O) 법률 위반 행위 **중간에** 일시적으로 **판례에 따라 그 행위가 처벌대상이 되지 않는 것으로 해석되었던 적이 있었다고 하더라도** 그것만으로 자신의 행위가 처벌되지 않는 것으로 믿은 데에 **정당한 이유가 있다고 할 수 없다**(대법원2021. 11. 25.선고2021도10903판결).

① (X) **형법 제16조는 ‘법률의 착오’**라는 제목으로 자기가 한 행위가 법령에 따라 죄가 되지 않는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 않는다고 정하고 있다. 이는 **일반적으로 범죄가 성립하지만 자신의 특수한 사정**에 비추어 법령에 따라 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하고 **그러한 인식에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 않는다는 것이다**. 이때 **정당한 이유**는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 **진지한 노력**을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는 데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단해야 한다. 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가하여야 한다(대법원2021. 11. 25.선고2021도10903판결).

② (X) [1] 구 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제2호 위반행위를 한 피고인이 그 이전에 그와 유사한 행위로 ‘혐의없음’ 처분을 받은 전력이 있거나 일정한 시청차단장치를 설치하였다는 등의 사정만으로는, **형법 제16조의 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다**.

[2] 풍속영업소인 숙박업소의 업주들과 공모하여 위성방송수신기 등을 이용하여 **일부의 유관한 위성방송프로그램을 수신하여 숙박업소의 손님들로 하여금 시청하게 한 행위는 풍속법 제3조 제2호에 위반된다**.

④ (X) **형법 제16조에 의하여 처벌하지 아니하는 경우란 단순한 법률의 부지의 경우를 말하는 것이 아니고**, 일반적으로 범죄가 되는 행위이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 인식함에 있어 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이므로, 피고인이 자신의 행위가 건축법상의 허가대상인 줄을 몰랐다는 사정은 **단순한 법률의 부지에 불과하고** 특히 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 적극적으로 그릇 인식한 경우가 아니어서 **이를 법률의 착오에 기인한 행위라고 할 수 없다**(대법원1991. 10. 11.선고91도1566판결).

12. [정답] ①

[해설]

→ 정답 ① (X) 강간을 당한 피해자가 집에 들어가 음독자살하기에 이른 원인이 강간을 당함으로 인하여 생긴 수치심과 장래에 대한 절망감 등에 있었다 하더라도 그 자살행위가 바로 강간행위로 인하여 생긴 당연의 결과라고 볼 수는 없으므로 **강간행위와 피해자의 자살행위 사이에 인과관계를 인정할 수는 없다**(대법원1982. 11. 23.선고82도1446판결). 결국, 강간죄만 성립한다.

② (O) 결과적가중범인 상해치사죄의 공동정범은 **폭행 기타의 신체침해행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요없다** 할 것이므로 패싸움중 한사람이 칼로 찔려 상대방을 죽게한 경우에 다른 공범자가 그 결과 인식이 없다 하여 상해치사죄의 책임이 없다고 할 수 없다(대법원1978. 1. 17.선고77도2193판결).

③ (O) 피고인이 피해자에게 우측 흉골골절 및 늑골골절상과 이로 인한 우측 심장박좌상과 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 분쇄해물골절에 의한 뇌손상 및 뇌출혈 등으로 사망에 이르게 하였다면, 피고인의 행위는 **포괄하여 단일의 상해치사죄에 해당한다**(대법원1994. 11. 4.선고94도2361판결).

④ (O) [1] 4일가량 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).

임종의 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

윌비스 경찰학원 전화번호 안내

윌비스 경찰학원(노량진) 1544-0336

동합생원리반 02)814-3993

온라인 1544-5006

윌비스경찰학원 형사법 임종의 제공

담당 : 임종의 교수

13. [정답] ③

[해설]

→ 정답 ③ (X) **형법 제18조(부작위범)**은 「위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.」고 규정함으로써 작위범과 동일하게 처벌하고, **입의적 감정규정을 두고있지 않다.**

① (O) **부작위범에 대한 교사는 가능하다는** 것이 통설이다. 예컨대, 부작위범에 대한 교사는 아버지가 엄마를 결의시켜 그 영아에게 젖을 주지 못하게 함으로써 살해한 경우이다. 그러나 **부작위에 의한 교사는 법적으로 불가능하다는** 것이 통설이다. 왜냐하면, 교사란 타인에게 범죄를 결의시켜 행하게 하는 의식적 행위이므로, **부작위로 교사하는 것은 불가능하다.**

② (O) 부진정부작위범의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, **신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다**(대판2015.11.12. 2015도6809 전원합의체 판결).

④ (O) 일정한 기간 내에 잘못된 상태를 바로잡으라는 행정청의 지시를 이행하지 않았다는 것을 구성요건으로 하는 범죄는 이른바 **진정부작위범**으로서 **그 의무이행기간의 경과에 의하여 범행이 기수에 이르면** 동시에 작위의무를 발생시킨 행정청의 지시 역시 그 기능을 다한 것으로 보아야 한다(대법원 1994. 4. 26. 선고93도1731판결).

14. [정답] ①

[해설]

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

① (O) 야간에 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 의도하에 **아파트의 배란다 철계 난간까지 올라가 유리창문을 열려고 시도하였다면 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다**(대법원2003. 10. 24. 선고2003도4417판결).

④ (O) 피고인이 잠을 자고 있는 피해자의 옷을 벗긴 후 자신의 바지를 내린 상태에서 피해자의 음부 등을 만지고 자신의 성기를 **피해자의 음부에 삽입 하려고 하였으나** 피해자가 몸을 뒤척이고 비트는 등 잠에서 깨어 거부하는 듯한 기색을 보이자 더 이상 간음행위에 나아갈 것을 **포기한 경우, 준강간죄의 실행에 착수하였다**(대법원2000. 1. 14. 선고99도5187판결). 결국, 준강간미수죄가 성립한다.

⑥ (O) 공전자기록등불실기재죄에 있어서의 실행의 착수 시기는 **공무원에 대하여 허위의 신고를 하는 때라고 보아야** 할 것인바, 이 사건 피고인이 위장 결혼의 당사자 및 중국 측 브로커와의 공모 하에 **허위로 결혼사진을 찍고, 혼인신고에 필요한 서류를 준비하여 위장결혼의 당사자에게 건네준 것만으로는 아직** 공전자기록등불실기재죄에 있어서 **실행에 착수한 것으로 보기 어렵다**(대법원2009. 9. 24. 선고2009도4998판결).

⑧ (X) [1] 병역법 제86조에 정한 **사위행위**와 같은 병역의무를 감면 받을 조건에 해당하지 않거나 그러한 신체적 상태가 아님에도 불구하고 **병무행정당국을 기망하여 병역의무를 감면 받으려고 시도하는 행위를 가리키는** 것이므로, 다른 행위 태양인 도망·잠복 또는 신체손상에 상응할 정도로 병역의무의 이행을 면탈하고 병무행정의 적정성을 침해할 직접적인 위험이 있는 단계에 이르렀을 때에 비로소사위행위의실행을 한 것이라고 보아야 한다.

[2] 입영대상자가 병역면제처분을 받을 목적으로 병원에서부터 **허위의 병사용 진단서를 발급받았다고 하더라도** 이러한 행위만으로는 **사위행위의 실행에 착수하였다고 볼 수 없다**(대법원2005. 9. 9. 선고2005도1000판결).

⑩ (X) 가압류는 강제집행의 보전방법에 불과하고 그 기초가 되는 허위의 채권에 의하여 실제로 청구의 의사표시를 한 것이라고 할 수 없으므로 소의 제기 없이 **가압류신청을 한 것만으로는** 사기죄의 **실행에 착수한 것이라고 할 수 없다**(대법원1982. 10. 26. 선고82도1529판결).

15. [정답] ②

[해설]

→ 정답 ② (O) [1] 민사소송법상 소송비용의 청구는 소송비용액 확정절차에 의하도록 규정하고 있으므로, 위 절차에 의하지 아니하고 손해배상금 청구의 소 등으로 소송비용의 지급을 구하는 것은 소의 이익이 없는 부적법한 소로서 허용될 수 없다고 할 것이다. 따라서 **소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기하였다고 하더라도** 이는 객관적으로 소송비용의 청구방법에 관한 법률적 지식을 가진 일반인의 판단으로 보아 **결과 발생의 가능성이 없어 위험성이 인정되지 않는다**고 할 것이다.

[2] 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기한 경우, **사기죄의 불능범에 해당한다**(대법원2005. 12. 8. 선고2005도8105판결). 결국, 사기죄의 불능미수가 아니라 **불능범이므로 무죄이다.**

① (X) [1] 형법 제335조에서 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 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 위험성이 같다고** 보기 때문인바, 이와 같은 준강도죄의 입법 취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, **준강도죄의 기수여부는 절도행위의 기수여부(폭행 또는 협박의 기수여부(X))를 기준으로 하여 판단하여야 한다.**

[2] **절도미수범**이 체포를 면탈할 목적으로 폭행한 행위는 **준강도미수죄**가 성립한다(대법원2004. 11. 18. 선고2004도5074 전원합의체 판결).

③ (X) 범죄의 실행행위에 착수하고 그 범죄가 완수되기 전에 자기의 자유로운 의사에 따라 범죄의 실행행위를 중지한 경우에 그 중지가 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 의한 것이 아니라면 이는 중지미수에 해당한다고 할 것이지만, 피고인이 피해자를 살해하려고 그의 목 부위와 왼쪽 가슴 부위를 칼로 수 회 찔렀으나 피해자의 가슴 부위에서 많은 피가 흘러나오는 것을 발견하고 **집을 먹고 그만 두는 바람에 미수에 그친 것이라면**, 위와 같은 경우 많은 피가 흘러나오는 것에 놀라거나 두려움을 느끼는 것은 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 이를 **자유의에 의한 중지미수라고 볼 수 없다**(대법원1999. 4. 13. 선고99도640판결).

④ (X) [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 사정**을 놓고 **일반인의 객관적으로 판단하여** 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다(대법원 전원합의체에서 위험성의 판단기준에 관하여 추상적 위험설을 취하고 있다)(대법원2019. 3. 28. 선고2018도16002 전원합의체 판결).

16. [정답] ①

[해설]

→ 정답 ① (O) 공동정범은 행위자 상호간에 범죄행위를 공동으로 한다는 공동가공의 의사를 가지고 범죄를 공동실행하는 경우에 성립하는 것으로서, 여기에서의 공동가공의 의사는 공동행위자 상호간에 있어야 하며 **행위자 일반의 가공의사만으로는 공동정범관계가 성립할 수 없다**(대법원1985. 5. 14. 선고84도2118판결). 결국, **편면적 공동정범은 공동정범이 아니다.**

② (X) [1] 형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다.

[2] 피해자 일행을 한 사람씩 나누어 강간하자는 피고인 일행의 제의에 아무런 대답도 하지 않고 따라 다니다가 자신의 강간 상대방으로 남겨진 공소외인에게 **일체의 신체적 접촉도 시도하지 않은 채 다른 일행이 인근 숲 속에서 강간을 마칠 때까지 공소외인과 함께 이야기만 나눈 경우**, 피고인에게 다른 일행의 강간 범행에 **공동으로 가공할 의사가 있었다고 볼 수 없다**(대법원2003. 3. 28. 선고2002도7477판결).

임종희 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

윌비스 경찰학원 전화번호 안내

윌비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

통합생원과리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

윌비스경찰학원 형사법 임종희 제공

담당 : 임종희 교수

- ③ (X) 회사직원이 영업비밀을 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 **무단으로 반출한 때 업무상배임죄의 기수에 이르렀다**고 할 것이고, **그 이후에** 위 직원과 접촉하여 영업비밀을 취득하려고 한 자는 **업무상 배임죄의 공동정범이 될 수 없다**(대법원2003. 10. 30. 선고2003도4382판결).
- ④ (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**(대법원1997. 6. 27. 선고97도163판결).

17. [정답] ④

[해설]

- 정답 ④ (X) [1] 교사범이란 정범인 피교사자로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립하므로, 교사자의 교사행위에도 불구하고 피교사자가 범행을 승낙하지 아니하거나 피교사자의 범행결의가 교사자의 교사행위에 의하여 생긴 것으로 보기 어려운 경우에는 이른바 **실패한 교사로서 형법 제31조 제3항에** 의하여 **교사자를** 음모 또는 예비에 준하여 처벌할 수 있을 뿐이다.
- [2] 피고인이 결혼을 전제로 교제하던 여성 갑의 임신 사실을 알고 수회에 걸쳐 낙태를 권유하였다가 거부당하자, 갑에게 출산 여부는 알아서 하되 더 이상 결혼을 진행하지 않겠다고 통보하고, 이후에도 아이에 대한 친권을 행사할 의사가 없다고 하면서 낙태할 병원을 모색해 주기도 하였는데, 그 후 갑이 피고인에게 알리지 아니한 채 자신이 알아본 병원에서 낙태수술을 받은 사안에서, 피고인은 갑에게 직접 낙태를 권유할 당시뿐만 아니라 출산 여부는 알아서 하라고 통보한 이후에도 계속 낙태를 교사하였고, 갑은 이로 인하여 낙태를 결의·실행하게 되었다고 보는 것이 타당하며, 갑이 당초 아이를 낳을 것처럼 말한 사실이 있다는 사정만으로 **피고인의 낙태교사행위와 갑의 낙태결의 사이에 인과관계가 단절되는 것은 아니라는 이유로**, 피고인에게 **낙태교사죄를 인정**한 원심판단을 정당하다(대법원2013. 9. 12. 선고2012도2744판결).
- ① (O) 대법원2012. 11. 15. 선고2012도7407판결
- ② (O) 대법원2000. 2. 25. 선고99도1252판결
- ③ (O) 대법원1991. 5. 14. 선고91도542판결

18. [정답] ①

[해설]

- 정답 ① (X) [1] 형법 제33조 소정의 이른바 **신분관계라 함은** 남녀의 성별, 내·외국인의 구별, 친족관계, 공무원인 자격과 같은 관계뿐만 아니라 **널리 일정한 범죄행위에 관련된 범인의 인적관계인 특수한 지위 또는 상태를 지칭하는 것이다**.
- [2] 형법 제152조 제1항과 제2항은 위증을 한 범인이 형사사건의 피고인 등을 **‘모해할 목적’**을 가지고 있었는가 아니면 그러한 목적이 없었는가 하는 범인의 특수한 상태의 차이에 따라 범인에게 과할 형의 경중을 구별하고 있으므로, 이는 바로 형법 제33조 단서 소정의 **“신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우”에 해당한다고** 봄이 상당하다.
- [3] **피고인이 갑을 모해할 목적으로** 을에게 위증을 교사한 이상, 가사 정범인 을에게 모해의 목적이 없었다고 하더라도, 형법 제33조 단서의 규정에 의하여 **피고인을 모해위증교사죄로 처단할 수 있다**(대법원1994. 12. 23. 선고93도1002판결). 결국, **통설은** 일반적·주관적 구성요건요소(교의)나 초과주관적 구성요건요소(목적)는 행위관련 요소이므로 **신분에 포함되지 않는다**고 보고 있다. 그런데, **판례는** 행위관련적인 목적범에 있어서의 목적을 제33조 단서의 **신분으로 보고 있다**.
- ② (O) 대법원1994. 12. 23. 선고93도1002판결
- ③ (O) **공무원이 아닌 자는** 형법 제228조의 경우를 제외하고는 **허위공문서작성죄의 간접정범으로 처벌할 수 없으나**, 공무원이 아닌 자가 공무원과 공동하여 허위공문서작성죄를 범한 때에는 **공무원이 아닌 자도** 형법 제33조, 제30조에 의하여 **허위공문서작성죄의 공동정범이 된다**(대법원2006. 5. 11. 선고2006도1663판결).

- ④ (O) 신분관계가 없는 자가 신분관계 있는 자와 공모하여 업무상배임죄를 저질렀다면, 그러한 신분관계가 없는 공범에 대하여는 형법 제33조 단서에 따라 단순배임죄에서 정한 형으로 처단하여야 한다. 이 경우에는 **신분관계 없는 공범에게도** 같은 조 본문에 따라 **일단 신분법인 업무상배임죄가 성립하고** 다만 **과형에서만** 무거운 형이 아닌 **단순배임죄의 법정형이 적용된다**(대법원2018. 8. 30. 선고2018도10047판결).

19. [정답] ②

[해설]

- 정답 ② **㉠㉡㉢(3개)은 틀린 지문이나, ㉣(2개)은 옳은 지문이다**.
- ① (X) 뇌물을 수수한 공무원에 대하여는 **한 개의 행위가 뇌물죄와 사기죄의 각 구성요건에 해당하므로** 형법 제40조에 의하여 **상상적 경합으로 처단하여야 할 것이다**(대법원2015. 10. 29. 선고2015도12838판결).
- ② (O) 공무원이 취급하는 사건에 관하여 청탁 또는 알선을 할 의사와 능력이 없음에도 청탁 또는 알선을 한다고 기망하고 금품을 교부받은 경우, **사기죄와 변호사법 위반죄가 상상적 경합의 관계에 있다**(대법원2006. 1. 27. 선고2005도8704판결).
- ③ (X) 수수한 메스암페타민을 **장소를 이동하여** 투약하고서 잔량을 은닉하는 방법으로 **소지한 행위는** 그 소지의 경위나 태양에 비추어 볼 때 **당초의 수수행위에 수반되는 필연적 결과로 볼 수는 없고**, 사회통념상 **수수행위와는 독립한 별개의 행위를 구성한다고** 보아야 한다(대법원1999. 8. 20. 선고99도1744판결). 결국, **합정신성의약품수수죄와 소지죄의 실제적 경합관계에 있다**.
- ④ (X) 음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차를 운전하여 사람을 상해에 이르게 함과 동시에 다른 사람의 재물을 손괴한 때에는 **특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄** 외에 **업무상과실 재물손괴로 인한 도로교통법 위반죄가 성립**하고, 위 두 죄는 **1개의 운전행위로 인한 것으로서 상상적 경합관계에 있다**(대법원2010. 1. 14. 선고2009도10845판결).
- ⑤ (O) [1] 음주운전으로 인한 도로교통법 위반죄의 보호법익과 처벌방법을 고려할 때, 혈중알콜농도 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 포괄일죄 관계에 있다**(대법원2007. 7. 26. 선고2007도4404판결).

임종희 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

일비스 경찰학원 전화번호 안내

일비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

통합생원과리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

일비스경찰학원 형사법 임종희 제공

담당 : 임종희 교수

20. [정답] ④

[해설]

→ 정답 ④ (○) 피해자로 하여금 사기도박에 참여하도록 유인하기 위하여 고액의 수표를 제시해 보인 경우, 형법 제48조 소정의 물수가 임의적 물수에 불과하여 법관의 자유재량에 맡겨져 있고, 위 수표가 직접적으로 도박자금으로 사용되지 아니하였다 할지라도, 위 수표가 피해자로 하여금 사기도박에 참여하도록 만들기 위한 수단으로 사용된 이상, 이를 몰수할 수 있고, 그렇다고 하여 피고인에게 극히 가혹한 결과가 된다고 볼 수는 없다(대법원 2002. 9. 24. 선고2002도3589판결).

① (X) 형법 제49조 단서는 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니할 때에도 물수의 요건이 있는 때에는 물수만을 선고할 수 있다고 규정하고 있으므로 물수뿐만 아니라 물수에 갈음하는 추징도 위 규정에 근거하여 선고할 수 있다고 할 것이다(대판2010.5.13. 2009도11732).

② (X) 형법 제357조 제3항에서 물수의 대상으로 규정한 ‘범인이 취득한 제1항의 재물’은 배임수재죄의 범인이 취득한 목적물이자 배임중재죄의 범인이 공여한 목적물을 가리키는 것이지만 배임수재죄의 목적물만을 한정하여 가리키는 것이 아니다. 그러므로 수재자가 중재자로부터 받은 재물을 그대로 가지고 있다가 중재자에게 반환하였다면 중재자로부터 이를 몰수하거나 그 가액을 추징하여야 한다(대판2017.4.7. 2016도18104).

③ (X) [1] 형법 제48조 제1항 제1호의 “범죄행위에 제공한 물건”은, 가령 살인행위에 사용한 칼 등 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건에만 한정되는 것이 아니며, 실행행위의 착수 전의 행위 또는 실행행위의 종료 후의 행위에 사용한 물건이더라도 그것이 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 한 위 법조 소정의 제공한 물건에 포함된다.

[2] 대형할인매장에서 수회 상품을 절취하여 자신의 승용차에 싣고 간 경우, 위 승용차는 형법 제48조 제1항 제1호에 정한 범죄행위에 제공한 물건으로 보아 몰수할 수 있다(대법원2006. 9. 14. 선고2006도4075판결).

21. [정답] ③

[해설]

→ 정답 ③ (○) 혼인 외의 출생자와 생모간에는 생모의 인지나 출생신고를 기다리지 않고 자의 출생으로 당연히 법률상의 친족관계가 생기는 것이다(대법원1980. 9. 9. 선고80도1731판결). 따라서 혼인 외의 자가 자신의 생모를 살해한 경우에는 존속살해죄가 성립한다.

① (X) 제왕절개 수술의 경우 ‘의학적으로 제왕절개 수술이 가능하였고 규범적으로 수술이 필요하였던 始期’는 판단하는 사람 및 상황에 따라 다를 수 있어, 분만개시 시점 즉, 사람의 始期도 불명확하게 되므로 이 시점을 분만의 始期(시기)로 볼 수는 없다(대판2007.6.29. 2005도3832).

② (X) 살인죄의 고의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 하는 것은 아니고 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 위험이 있음을 예견·용인하면 족하며 그 주관적 예견 등은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이더라도 미필적 고의로서 살인의 범의는 인정될 수 있다(대법원2011. 12. 22. 선고2011도12927판결).

④ (X) [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 실행을 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 의적 행위를 필요로 한다.

[2] 감이 울을 살해하기 위하여 병, 정 등을 고용하면서 그들에게 대가의 지급을 약속한 경우, 감에게는 살인죄를 범할 목적 및 살인의 준비에 관한 고의뿐만 아니라 살인죄의 실현을 위한 준비행위를 하였음을 인정할 수 있다는 이유로 살인예비죄의 성립을 인정한 사례(대판 2009.10.29. 2009도7150).

22. [정답] ④

[해설]

→ 정답 ④ (X) [1] 협박죄가 성립하려면 고지된 해악의 내용이 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 하지만, 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.

[1] 결국, 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법적으로 하는 위헌법이라 볼이 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(대법원2007. 9. 28. 선고2007도606 전원합의체 판결).

① (○) 협박죄에 있어서의 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니한다(대법원1991. 5. 10. 선고90도2102판결).

② (○) 협박죄 및 존속협박죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다(제283조 제3항).

③ (○) 피해자와 인쟁중 “일을 잊어버릴라”라고 한 말은 당시의 주위사정등에 비추어 단순한 감정적인 욕설에 불과하고 피해자에게 해악을 가할 것을 고지한 행위라고 볼 수 없어 협박에 해당하지 않는다(대법원1986. 7. 22. 선고86도1140판결).

23. [정답] ②

[해설]

→ 정답 ② (X) 감금행위가 강간죄나 강도죄의 수단이 된 경우에도 감금죄는 강간죄나 강도죄에 흡수되지 아니하고, 감금죄는 강간죄나 강도죄와 상상적 경합범이 된다(대판1997.1.25. 96도2715)

① (○) 감금을 하기 위한 수단으로서 행사된 단순한 협박행위는 감금죄에 흡수되어 따로 협박죄를 구성하지 아니한다(대법원1982. 6. 22. 선고82도705판결).

③ (○) [1] 감금죄에 있어서의 감금행위는 사람으로 하여금 일정한 장소 밖으로 나가지 못하도록 하여 신체의 자유를 제한하는 행위를 가리키는 것이고, 그 방법은 반드시 물리적, 유형적 장애를 사용하는 경우뿐만 아니라 심리적, 무형적 장애에 의하는 경우도 포함되는 것이므로, 설사 그 장소가 경찰서 내 대기실에서 일반인과 면회인 및 경찰관이 수시로 출입하는 곳이고 여단이 문만 열면 나갈 수 있도록 된 구조라 하여도 경찰서 밖으로 나가지 못하도록 그 신체의 자유를 제한하는 유형, 무형의 억압이 있었다면 이는 감금에 해당한다.

[2] 형사소송법이나 경찰관직무집행법 등의 법률에 정하여진 구금 또는 보호유치 요건에 의하지 아니하고는 즉결심판 피의자라는 사유만으로 피의자를 구금, 유치할 수 있는 아무런 법률상 근거가 없고, 경찰 업무상 그러한 관행이나 지침이 있었다 하더라도 이로써 원칙적으로 금지되어 있는 인신구속을 행할 수 있는 근거로 할 수 없으므로, 즉결심판 피의자의 정당한 귀가요청을 거절한 채 다음날 즉결심판정정이 열릴 때까지 피의자를 경찰서 보호실에 강제유치시키려고 함으로써 피의자를 경찰서 내 즉결피의자 대기실에 10-20분 동안 있게 한 행위는 형법 제124조 제1항의 불법감금죄에 해당하고, 이로 인하여 피의자를 보호실에 밀어넣으려는 과정에서 상해를 입게 하였다면 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의2 제1항 위반죄(체포·감금 등의 가중처벌)에 해당한다(대법원1997. 6. 13. 선고97도877판결).

④ (○) 대법원1991. 8. 27. 선고91도1604판결

임종희 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

월비스 경찰학원 전화번호 안내

월비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

통합생원관리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

월비스경찰학원 형사법 임종희 제공

담당 : 임종희 교수

24. [정답] ㉔

[해설]

→ 정답 ㉔ ㉔㉔㉔(4개)은 옳은 지문이나, ㉔(1개)만 틀린 지문이다.

㉔ (O) [1] 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 한다. 또한 강간죄에서의 폭행·협박과 간음 사이에는 인과관계가 있어야 하나, **폭행·협박이 반드시 간음행위보다 선행되어야 하는 것은 아니다.**

[2] 피고인은 피해자의 집에서 동거를 하다가 피해자의 몸만 만지며 자위행위를 하겠다고 말하며 매트리스로 올라오도록 요구한 후, 피해자에게 절대 자신의 성기를 삽입하지 않겠다고 그냥 있어만 달라고 사정하였고, 마지못한 피해자가 다시 응하면서 뒤로 엎드리자 피고인은 피해자의 둔부 쪽으로 올라탄 상태에서 자신의 성기와 피해자의 둔부에 보디로션을 바른 후 피해자의 둔부를 스치면서 자위행위를 하였다. 그러다가 **피고인은 도저히 안 되겠다고 갑자기 자신의 성기를 피해자의 성기에 삽입하였고(일단 간음)** 이에 놀란 피해자가 일어나면서 이를 벗어나려고 하자, **피고인은 양팔로 피해자의 팔과 몸통을 세게 끌어안은 채 가슴으로 피해자의 등을 세게 눌러 움직이지 못하도록 피해자의 반항을 억압(폭행)한 상태에서 5분간 간음행위를 계속하다가 피해자의 등에 사정**한 사안에서 **강간죄를 인정하였다(간음+폭행=간음)**.(대판2017.10.12. 2016도16948, 2016전도156).

㉔ (X) [1] 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나 피해자가 **실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우**에는, **실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여** 준강간죄에서 규정하고 있는 구성요건적 **결과**의 발생이 **처음부터 불가능하였고** 실제로 그러한 결과가 발생하였다고 할 수 없다. 피고인이 **준강간의 실행에 착수하였으나** 범죄가 기수에 이르지 못하였으므로 **준강간죄의 미수범이 성립한다**. 피고인이 행위당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 **위험성이 있었으므로 준강간죄의 불능미수가 성립한다**.

[2] 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).

㉔ (O) [1] 강제추행죄는 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 **피해자를 간제로 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 기소에 전송받았던 신체 사진과 개인정보 등을 유포하겠다고 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).

㉔ (O) [1] 추행이라 함은 **객관적으로** 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 **피해자의 성적 자유를 침해하는 것으로**, 이에 해당하지 여부도 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 **종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다. 성적 자유를 침해하였을 때 느끼는 성적 수치심은 부끄럽고 창피한 감정만으로 나타나는 것이 아니라 다양한 형태로 나타날 수 있다. 추행행위에 해당하기 위해서는 객관적으로** 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 할 만한 행위로서 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위를 **행위자가 대상을 상대로 실행하는 것으로 충분하고**, 그 행위로 말미암아 **대상이 성적 수치심이나 혐오감을 반드시 실제로 느끼야 하는 것은 아니다**.

[2] 피고인은 처음 보는 여성인 피해자의 뒤로 몰래 접근하여 성기를 드러내고 피해자를 향한 자세에서 피해자의 등 쪽에 소변을 보았다고 할 것인바, 그 행위를 앞서 본 법리에 비추어 평가하면 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 **피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 추행행위에 해당한다고 볼 여지가 있다**. 피고인의 행위가 **객관적으로 추행행위에 해당한다면** 그로써 행위의 대상이 된 **피해자의 성적 자기결정권을 침해되었다고 보아야 할 것**이고, 행위당시에 **피해자가 이를 인식하지 못하였다고 하여 추행에 해당하지 않는다고 볼 것은 아니다**(대법원2021. 10. 28. 선고2021도7538판결). 결국, 피고인은 아파트 놀이터에서 나무의자에 앉아 휴대전화로 통화를 하고 있는 피해자(여, 18세)의 등 뒤로 몰래 다가가 피해자의 머리카락 및 입고 있는 후드티와 패딩점퍼 위에 소변을 본 경우, **객관적으로 추행행위에 해당하므로** 행위당시에 **피해자가 성적 수치심이나 혐오감을 반드시 실제로 느끼지 못하였거나 주관적으로 이를 인식하지 못하였다**하여도 **강제추행죄가 성립한다**.

임종희 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

월비스 경찰학원 전화번호 안내

월비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

통합생활관리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

월비스경찰학원 형사법 임종희 제공

담당 : 임종희 교수

25. [정답] ②

[해설]

→ 정답 ② (X) 형법 제307조 제1항, 제2항, 제310조의 체계와 문언 및 내용에 의하면, **제307조 제1항의 '사실'은 제2항의 '허위의 사실'과 반대되는 '진실한 사실'을 말하는 것이 아니라 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 '의견'에 대치되는 개념이다.** 따라서 **제307조 제1항의 명예훼손죄는 적시된 사실이 진실한 사실인 경우이든 허위의 사실인 경우이든 모두 성립될 수 있고,** 특히 적시된 사실이 허위의 사실이라고 하더라도 **행위자에게 허위성에 대한 인식이 없는 경우에는 제307조 제2항의 명예훼손죄가 아니라 제307조 제1항의 명예훼손죄가 성립될 수 있다.** 제307조 제1항의 법정형이 2년 이하의 징역 등으로 되어 있는 반면 **제307조 제2항의 법정형은 5년 이하의 징역 등으로 되어 있는 것은 적시된 사실이 객관적으로 허위일 뿐 아니라 행위자가 그 사실의 허위성에 대한 주관적 인식을 하면서 명예훼손행위를 하였다는 점에서 가벌성이 높다고 본 것이다.**

① (O) **명예훼손죄에서 '사실의 적시'란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 '의견표현'에 대치되는 개념으로서 시간적으로나 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고나 진술을 뜻하고,** 표현 내용을 증거로 증명할 수 있는 것을 말한다(대법원2021. 3. 25. 선고2016도14995판결).

③ (O) **명예훼손죄는 어떤 특정한 사람 또는 인격을 보유하는 단체에 대하여 명예를 훼손함으로써 성립하는 것이므로 피해자가 특정되어야 한다.** 집합적 명사를 쓴 경우에도 어떤 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백하면, 이를 각자의 명예를 훼손하는 행위라고 볼 수 있다. 그러나 명예훼손의 내용이 집단에 속한 특정인에 대한 것이라고 해석되기 힘들고 **집단표시에 의한 비난이 개별구성원에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어** 구성원 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 않는 것으로 평가되는 경우에는 **구성원 개개인에 대한 명예훼손이 성립하지 않는다**(대법원2018. 11. 29. 선고2016도14678판결).

④ (O) [1] **명예훼손죄가 성립하기 위해서는** 주관적 구성요소로서 타인의 명예를 훼손한다는 **고의**를 가지고 사람의 사회적 평가를 저하시키는 데 충분한 구체적 사실을 적시하는 행위를 할 것이 요구된다. 따라서 **불미스러운 소문의 진위를 확인하고자 질문을 하는 과정에서** 타인의 명예를 훼손하는 **발언을 하였다면** 이러한 경우에는 그 동기에 비추어 **명예훼손의 고의를 인정하기 어렵다.**

[2] **○○○마트의 운영자인 피고인이** 위 마트에 아이스크림을 납품하는 공소의인을 불러 “다른 업체에서는 마트에 입점하기 위하여 200만 원, 400만 원 등 입점비를 준다고 하는데, 아이스크림은 입점비를 얼마나 줬나? **점장(피해자)이 여러 군데 업체에서 입점비를 돈으로 받아 해먹었고, 지금 뒷조사 중이다.**”라고 말하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 **피해자의 명예를 훼손하였다**는 사안에서, 피고인에게 **고의가 없고 전과가능성도 인정되지 아니하므로 명예훼손죄가 성립하지 않는다**(대판2018.6.15. 2018도4200).

26. [정답] ③

[해설]

→ 정답 ③ (X) [1] 업무방해죄의 성립에 있어서 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하는 것은 아니고 **업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생하면 족하다.**

[2] 주한미국영사관의 비자발급업무와 같이 상대방으로부터 신청을 받아 일정한 자격요건 등을 갖춘 경우에 한하여 그에 대한 수용 여부를 결정하는 업무에 있어서는 신청서에 기재된 사유가 사실과 부합하지 않을 수 있음을 전제로 하여 그 자격요건 등을 심사·판단하는 것이므로, **그 업무담당자가 사실을 충분히 확인하지 아니한 채** 신청인이 제출한 허위의신청사유나 허위의 소명자료를 가법계 믿고 이를 수용하였다면 이는 **업무담당자의 불충분한 심사에 기인한 것으로서** 신청인의 위계가 업무방해의 위험성을 발생시켰다고 할 수 없어 **위계에 의한 업무방해죄를 구성하지 않는다**고 할 것이지만, 신청인이 업무담당자에게 허위의 주장을 하면서 이에 부합하는 허위의 소명자료를 첨부하여 제출한 경우 **그 수리 여부를 결정하는 업무담당자가 관계 규정이 정한 바에 따라 그 요건의 존부에 관하여 나름대로 충분히 심사를 하였으나** 신청사유 및 소명자료가 **허위임을 발견하지 못하여 그 신청을 수리하게 될 정도에 이르렀다면** 이는 업무담당자의 불충분한 심사가 아니라 **신청인의 위계행위에 의하여 업무방해의 위험성이 발생된 것이어서** 이에 대하여 **위계에 의한 업무방해죄가 성립된다**(대법원2004. 3. 26. 선고2003도7927판결).

① (O) 위계에 의한 업무방해죄에서 ‘위계’란 행위자가 행위목적 달성을 위하여 상대방에게 오인·착각 또는 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말하고, **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**(대법원2010. 3. 25. 선고2009도8506판결).

② (O) [1] 형법이 업무방해죄와는 별도로 공무집행방해죄를 규정하고 있는 것은 사적 업무와 공무를 구별하여 공무에 관해서는 공무원에 대한 폭행, 협박 또는 위계의 방법으로 그 집행을 방해하는 경우에 한하여 처벌하겠다는 취지라고 보아야 한다. 따라서 **공무원이 직무상 수행하는 공무를 방해하는 행위에 대해서는 업무방해죄로 의율할 수는 없다**고 해석함이 상당하다.

[2] 지방경찰청 민원실에서 민원인들이 진정사건의 처리와 관련하여 **지방경찰청장과의 면담 등을 요구하면서 이를 제지하는 경찰관들에게 큰소리로 욕설을 하고 행패를 부린 행위에 대하여,** 경찰관들의 수사 관련 업무를 방해한 것이라는 이유로 **업무방해죄의 성립을 인정한 원심판결에,** 업무방해죄의 성립범위에 관한 법리를 오해한 **위법이 있다**(대법원2009. 11. 19. 선고2009도4166 전원합의체 판결). 결국, **민원인들에게는 업무방해죄가 성립하지 않는다.**

④ (O) [1] **형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’란** 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업으로서 타인의 위법한 침해로부터 **형법상 보호할 가치가 있는 것이어야** 하므로, 어떤 사무나 활동 자체가 위법의 정도가 중하여 **사회생활상 도저히 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠는 경우에는** 업무방해죄 보호대상이 되는 **‘업무’에 해당한다고 볼 수 없다.**

[2] 폭력조직 간부인 피고인이 조직원들과 공모하여 갑이 운영하는 성매매업소 앞에 속칭 ‘병풍’을 치거나 차량을 주차해 놓는 등 위력으로써 업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, **같은 사창가 골목에서 유력녀를 고용하여 성매매업소를 운영하여 왔는데,** 성매매업소 운영에는 성매매를 알선·권유하거나 성매매장소를 제공하는 행위 등이 필연적으로 수반되고 따라서 업소 운영자는 구 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10261호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항 제1호의 ‘성매매알선 등 행위를 한 자’ 또는 같은 법 제19조 제2항 제1호의 ‘영업으로 성매매알선 등 행위를 한 자’에 해당하므로, **갑의 성매매업소 운영업무는 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무라고 볼 수 없음에도,** 이와 달리 보아 **피고인에게 유죄를 인정한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다**(대법원2011. 10. 13. 선고2011도7081판결).

임종희 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

윌비스 경찰학원 전화번호 안내

윌비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

통합생활관리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

윌비스경찰학원 형사법 임종희 제공

담당 : 임종희 교수

27. [정답] ④

[해설]

→ 정답 ④ (X) 일반인의 출입이 허용된 음식점에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 음식점에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 음식점에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다(대법원 2022. 3. 24. 선고2017도18272 전원합의체 판결). 결국, 영업주 의사에 반하여 몰래 카메라(불법 녹음·녹화장치)를 설치하기 위하여 음식점에 출입한 경우에도 주거침입죄가 성립하지 않는다.

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

[2] 야간에 타인의 집의 창문을 열고 집 안으로 얼굴을 들이미는 등의 행위를 하였다면 피고인이 자신의 신체의 일부가 집 안으로 들어간다는 인식하에 하였더라도 주거침입죄의 범의는 인정되고, 또한 비록 신체의 일부만이 집 안으로 들어갔다고 하더라도 사실상 주거의 평온을 해하였다면 주거침입죄는 기수에 이르렀다(대법원1995. 9. 15. 선고94도2561 판결).

② (O) [1] 사용자의 직장폐쇄는 사용자와 근로자의 교섭태도와 교섭과정, 근로자의 쟁의행위의 목적과 방법 및 그로 인하여 사용자가 받는 타격의 정도 등 구체적인 사정에 비추어 근로자의 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 있어야만 사용자의 정당한 쟁의행위로 인정될 수 있다.

[2] 사용자의 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 인정되지 아니하는 때에는 다른 특별한 사정이 없는 한 근로자가 평소 출입이 허용되는 사업장 안에 들어가는 행위가 주거침입죄를 구성하지 아니한다(대법원2002. 9. 24. 선고2002도2243 판결).

③ (O) 외부인이 공동거주자의 일부가 부재 중에 주거 내에 현재는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어간 경우라면 그것이 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에도 주거침입죄가 성립하지 않는다. 따라서 피고인이 갑의 부재중에 갑의 처 울과 혼의 성관계를 가질 목적으로 울이 열어 준 현관 출입문을 통하여 갑과 울이 공동으로 거주하는 아파트에 들어간 사안에서, 피고인이 울로부터 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(처) 울과 혼의 성관계를 가질 목적으로 울이 열어 준 현관 출입문을 통하여 갑과 울이 공동으로 거주하는 아파트에 3회에 걸쳐 들어간 사안에서, 설령 피고인의 주거 출입이 부재중인 갑의 의사에 반하는 것으로 추정되더라도 그것이 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하는 주거침입죄는 성립하지 않는다.

28. [정답] ①

[해설]

→ 정답 ① (O) [1] 피기망자가 기망당한 결과 자신의 작위 또는 부작위가 갖는 의미를 제대로 인식하지 못하여 그러한 행위가 초래하는 결과를 인식하지 못하였더라도 그와 같은 착오 상태에서 재산상 손해를 초래하는 행위를 하기에 이르렀다면 피기망자의 처분행위와 그에 상응하는 처분의사가 있다고 보아야 한다.

[2] 피해자의 처분행위에 처분의사가 필요하다고 보는 근거는 처분행위를 피해자가 인식하고 한 것이라는 점이 인정될 때 처분행위를 피해자가 한 행위라고 볼 수 있기 때문이다. 다시 말하여 사기죄에서 피해자의 처분의사가 갖는 기능은 피해자의 처분행위가 존재한다는 객관적 측면에 상응하여 이를 주관적 측면에서 확인하는 역할을 하는 것일 뿐이다. 따라서 처분행위라고 평가되는 어떤 행위를 피해자가 인식하고 한 것이라면 피해자의 처분의사가 있다고 할 수 있다. 결국 피해자가 처분행위로 인한 결과까지 인식할 필요가 있는 것은 아니다.

[3] 결론적으로 사기죄의 본질과 구조, 처분행위와 그 의사적 요소로서 처분의사의 기능과 역할, 기망행위와 착오의 의미 등에 비추어 보면, 비록 피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못하였더라도, 피기망자의 작위 또는 부작위가 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위로 평가되고, 이러한 작위 또는 부작위를 피기망자가 인식하고 한 것이라면 처분행위에 상응하는 처분의사는 인정된다. 다시 말하면 피기망자가 자신의 작위 또는 부작위에 따른 결과까지 인식하여야 처분의사를 인정할 수 있는 것은 아니다(대법원2017. 2. 16. 선고2016도13362 전원합의체 판결).

② (X) 의료법 제33조 제2항을 위반하여 적법하게 개설되지 아니한 의료기관에서 환자를 진료하는 등의 요양급여를 실시하였다면 해당 의료기관은 국민건강보험법상 요양급여비용을 청구할 수 있는 요양기관에 해당되지 아니하므로 요양급여비용을 적법하게 지급받을 자격이 없다고 보아야 한다. 따라서 비의료인이 개설한 의료기관이 마치 의료법에 의하여 적법하게 개설된 요양기관인 것처럼 국민건강보험공단에 요양급여비용의 지급을 청구하는 것은 국민건강보험공단으로 하여금 요양급여비용 지급에 관한 의사결정에 착오를 일으키게 하는 것이 되어 사기죄의 기망행위에 해당하고, 이러한 기망행위에 의하여 국민건강보험공단으로부터 요양급여비용을 지급받을 경우에는 사기죄가 성립한다.

③ (X) 조상친도제를 지내지 아니하면 좋지 않은 일이 생긴다는 취지의 해약의 고지는 김홍화복이나 천재지변의 예고로서 행위자에 의하여 직접, 간접적으로 좌우될 수 없는 것이고 가해자가 현실적으로 특정되어 있지도 않으며 해약의 발생가능성이 합리적으로 예견될 수 있는 것이 아니므로 협박으로 평가될 수 없다(대법원2002. 2. 8. 선고2000도3245 판결). 결국, 공갈죄가 성립하지 않는다.

④ (X) [1] 지역신문의 발행인이 ○○시정에 관한 비판기사 및 사실을 보도하고 관련 공무원에게 광고의뢰 및 직보배정을 타신문사와 같은 수준으로 높게 해달라고 요청한 사실만으로 공갈죄의 수단으로서 그 상대방을 협박하였다고 볼 수 없다.

[2] 협박이 되려면 요청을 들어주지 아니할 경우 비난기사 등을 통하여 상대방에게 불이익을 가하겠다는 언절이나 태도를 나타내어 상대방에게 해약을 가할 것을 고지하였어야 하는데, 이 점에 관한 구체적인 내용과 증거가 없고, 피고인이 ○○시 관련 공무원에게 광고의뢰 및 직보배정을 △△일보나 □□일보와 같은 수준으로 높게 해달라고 요청한 사실만으로 그 상대방을 협박하였다고 볼 수 없다(대법원2002. 12. 10. 선고2001도7095 판결).

임종희 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

윌비스 경찰학원 전화번호 안내

윌비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

통합생활관리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

윌비스경찰학원 형사법 임종희 제공

담당 : 임종희 교수

29. [정답] ④

[해설]

→ 정답 ④ ○○○○○(4개)은 모두 옳은 지문이다.

㉠ (○) 구 사립학교법상 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고 학교회계 중 특히, 교비회계에 속하는 수입은 학교가 학생으로부터 징수하는 입학금·수업료 등으로 이루어지는 결과 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도를 엄격히 제한하고 있으므로, 학교법인의 법인회계에서 지출하여야 할 것을 교비회계에서 지출할 수는 없고, 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론, 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립하는바, 교비회계에 속하는 수입은 위와 같이 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도가 엄격히 제한되어 있으므로, 사립학교의 교비회계에 속하는 수입을 적법한 교비회계의 세출에 포함되는 용도, 즉 당해 학교의 교육에 직접 필요한 용도가 아닌 다른 용도에 사용하였다면 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현하는 것이 되어 그로 인한 죄책을 면할 수 없다(대법원2010. 3. 11. 선고2009도6482판결). 결국, 교비회계를 다른 용도로 사용하면 횡령죄가 성립한다.

㉡ (○) 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(대법원2010. 12. 9. 선고2010도891판결).

㉢ (○) 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 위반한 이른바 양자간 명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우, 명의수탁자인 피고인은 명의신탁자인 피해자에 대하여 횡령죄에서 말하는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수 없으므로 횡령죄가 성립하지 않는다(대법원2021. 2. 18. 선고2016도18761 전원합의체 판결).

㉣ (○) 건물의 임차인인 피고인이 임대인 갑에 대한 임대차보증금반환채권을 을에게 양도하였는데도 갑에게 채권양도 통지를 하지 않고 갑으로부터 남아 있던 임대차보증금을 반환받아 보관하던 중 개인적인 용도로 사용하여 이를 횡령하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 임대차보증금으로 받은 금전의 소유권은 피고인에게 귀속하고, 피고인이 을을 위한 보관자 지위가 인정될 수 있는 신임관계에 있다고 볼 수 없어 횡령죄가 성립하지 않는다(대법원2022. 6. 23. 선고2017도3829 전원합의체 판결). 결국, 채권양도인이 양도한 임대차보증금을 반환받아 사용해도 횡령죄가 성립하지 않는다.

30. [정답] ①

[해설]

→ 정답 ① (X) [1] 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. 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 채권실행에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.

[2] 위와 같은 법리는, 채무자가 금전채무에 대한 담보로 부동산에 관하여 양도 담보설정계약을 체결하고 이에 따라 채권자에게 소유권이전등기를 해 줄 의무가 있음에도 제3자에게 그 부동산을 처분한 경우에도 적용된다.

[3] 피고인이 갑으로부터 18억 원을 차용하면서 담보로 피고인 소유의 아파트에 갑 명의의 4순위근저당권을 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, 피고인이 갑에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하지 않는다(대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도 14340 전원합의체 판결). 결국, 부동산 이중저당, 부동산의 양도담보 사건도 배임죄가 성립하지 않는다.

㉠ (○) 피고인이 ‘인쇄기’를 갑에게 양도하기로 하고 계약금 및 중도금을 수령하였음에도 이를 자신의 채권자 을에게 기존 채무 변제에 갈음하여 양도함으로써 재산상 이익을 취득하고 갑에게 동액 상당의 손해를 입혔다는 배임의 공소사실에 대하여, 이를 무죄로 선고한 원심판단을 수긍하였다. 매도인이 매수인으로부터 중도금을 수령한 이후에 매대목적물인 ‘동산’을 제3자에게 양도하는 행위는 민사상 채무불이행의 문제일 뿐 형법상 배임죄에 해당하지는 않는다(대판2011.1.20. 2008도 10479 전원합의체판결). 결국, 동산의 이중매매도 배임죄가 성립하지 않는다.

㉡ (○) [1] 매매와 같이 당사자 일방이 채권권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 효력이 생기는 계약의 경우(민법 제563조), 쌍방이 그 계약의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 ‘자기의 사무’에 해당하는 것이 원칙이다. 동산 매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하지 아니한다.

[2] 위와 같은 법리는 권리이전에 동기·동록을 요하는 동산에 대한 매매계약에서도 동일하게 적용되므로, 자동차등의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하여, 매도인이 매수인에게 소유권이전등 록을 하지 아니하고 타에 처분하였다고 하더라도 마찬가지로 배임죄가 성립하지 아니한다(대법원2020. 10. 22. 선고2020도6258 전원합의체 판결). 결국, 자동차 이중매매도 배임죄가 성립하지 않는다.

㉢ (○) [1] 회사직원이 재직 중에 영업비밀 또는 영업상 주요한 자산을 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 무단으로 반출하였다면 타인의 사무를 처리하는 자로서 업무상의 임무에 위배하여 유출 또는 반출한 것이어서 유출 또는 반출 시에 업무상배임죄의 기수가 된다.

[2] 회사직원이 영업비밀 등을 적법하게 반출하여 반출행위가 업무상배임죄에 해당하지 않는 경우라도, 퇴사 시에 영업비밀 등을 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있음에도 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 이를 반환하거나 폐기하지 아니하였다면, 이러한 행위 역시 퇴사 시에 업무상배임죄의 기수가 된다.

[3] 회사직원이 퇴사한 후에는 특별한 사정이 없는 한 퇴사한 회사직원은 더 이상 업무상배임죄에서 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다.

[4] 그리고 위와 같이 퇴사한 회사직원에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자의 지위를 인정할 수 없는 이상 제3자가 위와 같은 유출 내지 이용행위에 공모·가담하였더라도 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다는 등의 사정이 없는 한 업무상배임죄의 공범 역시 성립할 수 없다(대판 2017.6.29. 2017도3808).

임종희 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

윌비스 경찰학원 전화번호 안내

윌비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

통합생원과리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

윌비스경찰학원 형사법 임종희 제공

담당 : 임종희 교수

31. [정답] ③

[해설]

→ 정답 ③ (X) 자동문을 자동으로 작동하지 않고 수동으로만 개폐가 가능하게 하여 자동잠금장치로서 역할을 할 수 없도록 한 경우에도 재물손괴죄가 성립한다(대판2016.11.25. 2016도9219).

① (O) 제366조

② (O) 재물손괴죄는 타인의 재물, 문서 또는 전자기록 등 특수매체기록을손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해한 경우에 성립한다(형법 제366조). 여기에서 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해하는 경우에는 물질적인 파괴행위로 물건 등을 본래의 목적에 사용할 수 없는 상태로 만드는 경우 뿐만 아니라 일시적으로 물건 등의구체적 역할을 할 수 없는 상태로 만들어 효용을 떨어뜨리는 경우도 포함된다. 따라서 자동문을 자동으로 작동하지 않고 수동으로만 개폐가 가능하게 하여 자동잠금장치로서 역할을 할 수 없도록 한 경우에도 재물손괴죄가 성립한다(대판2016.11.25. 2016도9219).

④ (O) 해고노동자들이 복직을 요구하는 집회를 개최하던 중 래커 스프레이를 이용하여 회사 건물 외벽과 1층 벽면 등에 낙서한 행위는 건물의 효용을 해한 것으로 볼 수 있으나, 이와 별도로 계란 30여 개를 건물에 투척한 행위는 건물의 효용을 해하는 정도의 것에 해당하지 않는다(대법원2007. 6. 28. 선고2007도2590판결).

32. [정답] ②

[해설]

→ 정답 ② (O) [1] 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.

[2] 피고인이 피해자에게 담보로 제공한 차량이 그 자동차 등록원부에 타인명의로 등록되어 있는 이상 그 차량은 피고인의 소유는 아니라는 이유로, 피고인이 피해자의 승낙 없이 미리 소지하고 있던 위 차량의 보조기를 이용하여 이를 운전하여 간 행위가 권리행사방해죄를 구성하지 않는다(대법원 2005. 11. 10. 선고2005도6604판결).

① (X) [1] 형법 제323조의 권리행사방해죄에서 '은닉'이란 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기 물건 등의 소재를 발견하기 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란한 상태에 두는 것을 말하고, 그로 인하여 권리행사가 방해될 우려가 있는 상태에 이르면 권리행사방해죄가 성립하고 현실로 권리행사가 방해되었을 것까지 필요로 하는 것은 아니다(대법원 2016. 11. 10. 선고 2016도13734 판결 참조).

[2] 2018. 12. 21. 피고인들이 이 사건 건물과 기계·기구에 피해자인 조합에서 대출을 받고 근저당권을 설정하고도 담보유지의무를 위반하여, 이 사건 건물을 철거한 뒤 멸실등기를 마치고, 이 사건 기계·기구를 양도함으로써 조합의 권리의 목적이 된 피고인들의 물건을 손괴 또는 은닉한 경우, 피해자 조합의 권리행사를 방해하였다고 할 것이다(대법원2021. 1. 14. 선고2020도14735판결).

③ (X) 물건의 소유자가 아닌 사람은 형법 제33조 본문에 따라 소유자의 권리 행사방해 범행에 가담한 경우에 한하여 그의 공범이 될 수 있을 뿐이다. 그러나 권리행사방해죄의 공범으로 기소된 물건의 소유자에게 고의가 없는 등으로 범죄가 성립하지 않는다면 공동정범이 성립할 여지가 없다(대법원 2017. 5. 30. 선고2017도4578판결). 결국, 신분관계없는 자는 신분관계있는 자의 범죄에 가담한 때에는 공동정범, 교사범, 중범이 될 수 있으나, 신분관계없는 자가 범죄가 성립하지 않는다면 당연히 신분없는 자도 공범이 성립할 수 없다.

④ (X) [1] 강제집행면탈죄가 성립하려면 행위자의 주관적인 강제집행을 면탈하려는 의도가 객관적으로 강제집행을 당할 급박한 상태하에서 나타나야 한다.

[2] 피고인이 그 형에게 빚진 것 같이 꾸미고 그 때문에 자기소유 부동산을 그에게 넘긴 것으로 꾸며 가동기하여 줄 때에는 피고인이 발행한 약속어음들의 지급기일이 되기 전이었으며 어음의 부도도 있기 전이었으며 피고인이 어음소지인등으로부터 어음금의 지급요구를 받는 등 채무면제의 독촉을 받았거나 채권자들이 피고인을 상대로 법적절차를 취하기 위한 준비를 하고 있었다는 사실을 인정한 바도 없으니 피고인이 그 재산을 형에게 빼돌린 일이 그가 강제집행을 당할 급박한 객관적 상태하에서 한 것으로 볼 수 없으므로 강제집행면탈죄가 성립하지 아니한다(대법원 1979. 9. 11. 선고79도436판결).

33. [정답] ①

[해설]

→ 정답 ① (X) 형법 제114조(범죄단체 등의 조직)는 「사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 징역에 해당하는 범죄를 목적으로 하는 단체 또는 집단을 조직하거나 이에 가입 또는 그 구성원으로 활동한 사람은 그 목적한 죄에 정한 형으로 처벌한다. 다만, 형을 감경할 수 있다.」 규정하고 있다.

② [1] 형법 제114조에서 정한 '범죄를 목적으로 하는 단체'란 특정 다수인이 일정한 범죄를 수행한다는 공동목적 아래 구성된 계속적인 결합체로서 그 단체를 주도하거나 내부의 질서를 유지하는 최소한의 통솔체계를 갖춘 것을 의미한다.

[2] 피고인들이 불특정 다수의 피해자들에게 전화하여 금융기관 등을 사칭하면서 신용등급을 올려 낮은 이자로 대출을 해주겠다고 속여 신용관리비용 명목의 돈을 송금받아 편취할 목적으로 보이스피싱 사기 조직을 구성하고 이에 가담하여 조직원으로 활동함으로써 범죄단체를 조직하거나 이에 가입·활동하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 보이스피싱 조직은 보이스피싱이라는 사기범죄를 목적으로 구성된 다수인의 계속적인 결합체로서 총책을 중심으로 간부급 조직원들과 상담원들, 현금인출책 등으로 구성되어 내부의 위계질서가 유지되고 조직원의 역할 분담이 이루어지는 최소한의 통솔체계를 갖춘 형법상의 범죄단체에 해당하고, 보이스피싱 조직의 업무를 수행한 피고인들에게 범죄단체 가입 및 활동에 대한 고의가 인정되며, 피고인들의 보이스피싱 조직에 의한 사기범죄 행위가 범죄단체 활동에 해당한다(대법원2017. 10. 26. 선고2017도8600판결).

③ (O) [1] 형법 제114조에서 정한 '범죄를 목적으로 하는 집단'이란 특정 다수인이 사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 범죄를 수행한다는 공동목적 아래 구성원들이 정해진 역할분담에 따라 행동함으로써 범죄를 반복적으로 실행할 수 있는 조직체계를 갖춘 계속적인 결합체를 의미한다. '범죄단체'에서 요구되는 '최소한의 통솔체계'를 갖춘 필요는 없지만, 범죄의 계획과 실행을 용이하게 할 정도의 조직적 구조를 갖추어야 한다.

[2] 피고인 같은 무등록 중고차 매매상사(외부사무실)를 운영하면서 피해자들을 기망하여 중고차량을 불법으로 판매해 금원을 편취할 목적으로 외부사무실 등에서 범죄집단을 조직·활동하고, 피고인 갑, 을을 제외한 나머지 피고인들은 범죄집단에 가입·활동하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 외부사무실은 특정 다수인이 사기범행을 수행한다는 공동목적 아래 구성원들이 대표, 팀장, 출동조, 전화상담원 등 정해진 역할분담에 따라 행동함으로써 사기범행을 반복적으로 실행하는 체계를 갖춘 결합체, 즉 형법 제114조의 '범죄를 목적으로 하는 집단'에 해당한다(대법원2020. 8. 20. 선고2019도16263판결). 결국, 단체(보이스피싱 조직)는 최소한의 통솔체계를 갖춘 것을 의미하나, 집단(무등록 중고차 매매상사 운영)은 '최소한의 통솔체계'를 갖춘 필요는 없는 것으로서 단체와 집단의 개념을 반드시 구별하여야 한다.(체·통·중 지키세요).

④ (O) 위 보이스피싱 조직은 보이스피싱이라는 사기범죄를 목적으로 구성된 다수인의 계속적인 결합체로서 총책을 중심으로 간부급 조직원들과 상담원들, 현금인출책 등으로 구성되어 내부의 위계질서가 유지되고 조직원의 역할 분담이 이루어지는 최소한의 통솔체계를 갖춘 형법상의 범죄단체에 해당한다(대법원2017. 10. 26. 선고2017도8600판결).

임종희 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

윌비스 경찰학원 전화번호 안내

윌비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

통합생활관리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

윌비스경찰학원 형사법 임종희 제공

담당 : 임종희 교수

34. [정답] ③

[해설]

→ 정답 ③ (X) 형법 제164조(현주건조물 등 방화) 제1항은 「불을 놓아 사람이 주거로 사용하거나 사람이 현존하는 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 지하채굴시설을 불태운 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.」고 규정하고 있다. 결국, 사람이 현존하는 자동차에 방화한 경우에도 현주건조물등방화죄가 성립한다.

① (O) [1] 형법상 방화죄의 객체인 건조물은 토지에 정착되고 벽 또는 기둥과 지붕 또는 천장으로 구성되어 사람이 내부에 거주하거나 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 철거대상 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 불길로 이 사건 폐가 주변수목 4-5그루를 태우고 폐가의 벽을 일부 그을리게 하는 정도만으로는 방화죄의 기수에 이르렀다고 보기 어려우며, 일반물건방화죄에 관하여는 미수범의 처벌 규정이 없으므로 일반물건방화죄도 성립하지 않는다(대법원2013. 12. 12. 선고2013도3950판결). 결국, 피고인은 무죄이다.

② (O) 노상에서 전봇대 주변에 놓인 생활용품과 쓰레기 등에 불을 놓아 소행한 사안에서, 그 생활용품과 쓰레기 등은 '무주물'로서 형법 제167조 제2항에 정한 '자기 소유의 물건'에 준하는 것으로 보아야 하므로, 여기에 불을 붙인 후 불상의 가연물을 집어넣어 그 화염을 키움으로써 전선을 비롯한 주변의 가연물에 손상을 입히거나 바람에 의하여 다른 곳으로 불이 옮겨붙을 수 있는 공공의 위험을 발생하게 하였다면, 일반물건방화죄가 성립한다(대법원2009. 10. 15. 선고2009도7421판결). 결국, 자기소유 일반물건방화죄가 성립한다.

④ (O) 피고인이 성냥불로 담배를 붙인 다음 그 성냥불이 꺼진 것을 확인하지 아니한 채 휴지가 들어 있는 플라스틱 휴지통에 던진 것을 중대한 과실이 있는 경우에 해당한다(대법원1993. 7. 27. 선고93도135판결).

35. [정답] ④

[해설]

→ 정답 ④ (X) 어느 문서의 작성권한을 갖는 공무원이 그 문서의 기재 사항을 인식하고 그 문서를 작성할 의사로써 이에 서명날인하였다면, 설령 그 서명날인이 타인의 기망으로 착오에 빠진 결과 그 문서의 기재사항이 진실에 반함을 알지 못한 데 기인한다고 하여도, 그 문서의 성립은 진정하여 여기에 하등 작성명의를 모용한 사실이 있다고 할 수는 없으므로, 공무원 아닌 자가 관공서에 허위 내용의 증명원을 제출하여 그 내용이 허위인 점을 모르는 담당공무원으로부터 그 증명원 내용과 같은 증명서를 발급받은 경우 공문서위조죄의 간접정범으로 의율할 수는 없다(대법원2001. 3. 9. 선고2000도938판결). 결국, 문서의 성립이 진정하므로 애초부터 공문서위조죄가 성립하지 않는다.

① (O) 문서위조죄는 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 그 보호법익으로 하는 것이므로 행사할 목적으로 작성된 문서가 일반인으로 하여금 당해 명의인의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿게 할 수 있는 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 문서위조죄가 성립하는 것이고, 위와 같은 요건을 구비한 이상 그 명의인이 실재하지 않는 허무인이거나 또는 문서의 작성일자 전에 이미 사망하였다고 하더라도 그러한 문서 역시 공공의 신용을 해할 위험성이 있으므로 문서위조죄가 성립한다고 봄이 상당하며, 이는 공문서뿐만 아니라 사문서의 경우에도 마찬가지라고 보아야 할 것이다(대법원2005.2.24. 2002도18 전원합의체판결). 결국, 공문서·사문서 모두 명의인 실재를 요하지 않는다. 따라서 허무인이나 사자명의의 사문서와 공문서도 문서죄의 객체인 문서에 해당한다.

② (O) [1] 문서위조 및 동행사죄의 보호법익은 문서에 대한 공공의 신용이므로 '문서가 원본인지 여부'가 중요한 거래에서 문서의 사본을 진정한 원본인 것처럼 행사할 목적으로 다른 조작을 가함이 없이 문서의 원본을 그대로 컬러복사기로 복사한 후 복사한 문서의 사본을 원본인 것처럼 행한 행위는 사문서위조죄 및 동행사죄에 해당한다. 또한 사문서위조죄는 명의자가 진정으로 작성한 문서로 볼 수 있을 정도의 형식과 외관을 갖추어 일반인이 명의자의 진정한 사문서로 오인하기에 충분한 정도이면 성립한다.

[2] 변호사인 피고인이 대량의 저작권법 위반 형사고소 사건을 수임하여 피고소인 30명을 각 형사고소하기 위하여 20건 또는 10건의 고소장을 개별적으로 수사관서에 제출하면서 각 하나의 고소위임장에만 소속 변호사회에서 발급받은 진정한 경우증표 원본을 첨부한 후 이를 일체로 하여 컬러복사기로 20장 또는 10장의 고소위임장을 각 복사한 다음 고소위임장과 일체로 복사한 경우증표를 고소장에 첨부하여 접수한 사안에서, 변호사회가 발급한 경우증표는 증표가 첨부된 변호사선임서 등이 변호사회를 경유하였고 소정의 경우회비를 납부하였음을 확인하는 문서이므로 법원, 수사기관 또는 공공기관에 이를 제출할 때에는 원본을 제출하여야 하고 사본으로 원본에 갈음할 수 없으며, 각 고소위임장에 함께 복사되어 있는 변호사회 명의의 경우증표는 원본이 첨부된 고소위임장을 그대로 컬러 복사한 것으로서 일반적으로 문서가 갖추어야 할 형식을 모두 구비하고 있고, 이를 주의 깊게 관찰하지 아니하면 그것이 원본이 아닌 복사본임을 알아차리기 어려울 정도이므로 일반인이 명의자의 진정한 사문서로 오인하기에 충분한 정도의 형식과 외관을 갖추었다는 이유로, 피고인의 행위가 사문서위조죄 및 동행사죄에 해당한다고 한 사례(대판2016.7.14. 2016도2081).

③ (O) [1] 장애인전용 주차구역 주차표지가 있는 장애인사용 자동차표지는 보행상 장애가 있는 사람이 이용하는 자동차에 대한 지원의 편의를 위하여 발급되는 것이다. 따라서 장애인사용 자동차표지를 사용할 권한이 없는 사람의 장애인전용 주차구역에 주차하는 등 장애인사용 자동차에 대한 지원을 받을 것으로 합리적으로 기대되는 상황이 아니라면 단순히 이를 자동차에 비치하였더라도 장애인사용 자동차표지를 본래의 용도에 따라 사용했다고 볼 수 없어 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다.

[2] 피고인은 실효된 '장애인전용 주차구역 주차표지가 있는 장애인사용 자동차표지'를 승용차에 비치한 채 이 사건 아파트의 주차장 중 장애인전용주차구역이 아닌 장소에 승용차를 주차한 사실을 알 수 있다. 이는 피고인이 장애인사용 자동차에 대한 지원을 받을 것으로 합리적으로 기대되는 상황에서 장애인사용 자동차표지를 승용차에 비치한 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 만한 사정도 보이지 않는다. 따라서 피고인이 장애인사용 자동차표지를 본래의 용도에 따라 사용한 것으로 볼 수 없으므로 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다(대법원2022. 9. 29. 선고2021도14514판결). 결국, 피고인이 이 사건 아파트 지하주차장에 승용차를 주차하면서 사실은 위 승용차는 장애인사용 자동차가 아니더라도 공문서인 ○○구청장 명의의 '장애인사용 자동차표지(보호차용)'를 위 승용차의 전면에 비치하였다. 그러나 피고인이 장애인전용 주차구역에 승용차를 주차하지 않았다면 장애인사용 자동차표지를 본래의 용도에 따라 사용한 것으로 볼 수 없으므로 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다. 따라서 단순히 표지 비치만으로는 무죄, 장애인전용 주차구역에 주차하면 공문서부정행사죄가 성립한다.

임종희 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

일비스 경찰학원 전화번호 안내

일비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

통합생원관리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

일비스경찰학원 형사법 임종희 제공

담당 : 임종희 교수

36. [정답] ③

[해설]

→ 정답 ③ (X) 형법 제214조의 유가증권이란 증권상에 표시된 재산상의 권리의 행사와 처분에 그 증권의 점유를 필요로 하는 것을 총칭하는 것으로서 재산권이 증권에 화체된다는 것과 그 권리의 행사와 처분에 증권의 점유를 필요로 한다는 두 가지 요소를 갖추면 족하지 반드시 유통성을 가질 필요는 없고, 또한 위 유가증권은 일반인이 진정한 것으로 오신할 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 되므로 증권이 비록 문방구 약속어음 용지를 이용하여 작성되었다고 하더라도 그 전체적인 형식·내용에 비추어 일반인이 진정한 것으로 오신할 정도의 약속어음 요건을 갖추고 있으면 당연히 형법상 유가증권에 해당한다(대법원2001. 8. 24. 선고2001도2832판결).

① (O) 진정한 통화에 대한 가공행위로 인하여 기존 통화의 명목가치나 실질가치가 변경되었다거나 객관적으로 보아 일반인으로 하여금 기존 통화와 다른 진정된 화폐로 오신하게 할 정도의 새로운 물건을 만들어 낸 것으로 볼 수 없다면 통화가 변조되었다고 볼 수 없다(대법원2004. 3. 26. 선고2003도5640판결).

② (O) 형법 제207조(통화위조 등 죄)에서 정한 ‘행사할 목적’이란 유가증권위조의 경우와 달리 위조·변조한 통화를 진정한 통화로서 유통에 놓겠다는 목적을 말하므로, 자신의 신용력을 증명하기 위하여 타인에게 보일 목적으로 통화를 위조한 경우에는 행사할 목적이 있다고 할 수 없다.

④ (O) 위조유가증권의 교부자와 피교부자가 서로 유가증권위조를 공모하였거나 위조유가증권을 타에 행사하여 그 이익을 나누어 가질 것을 공모한 공범의 관계에 있다면, 그들 사이의 위조유가증권 교부행위는 그들 이외의 자에게 행사함으로써 범죄를 실현하기 위한 전단계의 행위에 불과한 것으로서 위조유가증권은 아직 범인들의 수중에 있다고 볼 것이지 행사되었다고 볼 수는 없다(대법원2010. 12. 9. 선고2010도12553판결).

37. [정답] ①

[해설]

→ 정답 ① (X) [1] 형법 제122조에서 정하는 직무유기죄에서 ‘직무를 유기한 때’란 공무원이 법령, 내규 등에 의한 추상적 성실의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니라 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 가능성이 있는 경우를 가리킨다. 그리하여 일단 직무집행의 의사로 자신의 직무를 수행한 경우에는 ㉠ 그 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 것은 아니고, ㉡ 공무원이 태만·분망 또는 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 ㉢ 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행한 탓으로 적절한 직무수행에 이르지 못한 것에 불과한 경우에도 직무유기죄는 성립하지 아니한다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도15257 판결 등 참조).

[2] 교육기관 등의 장이 징계의결을 집행하지 못할 법률상·사실상의 장애가 없는데도 징계의결서를 통보받은 날로부터 법정 시한이 지나도록 그 집행을 유보하는 모든 경우에 직무유기죄가 성립하는 것은 아니고, 그러한 유보가 직무에 관한 의식적인 방임이나 포기에 해당한다고 볼 수 있는 경우에 한하여 직무유기죄가 성립한다고 보아야 한다.

[3] 시국선언에 참여한 교사들에 대한 형사재판의 진행 경과 및 시국선언 참여행위의 정당성 여부에 관한 찬반양론이 대립하였던 점, 전인 전라북도 교육감이 재직 당시 위 교사들에 대한 이 사건 징계의결의 집행 유보를 선언하였던 점, 이후 피고인이 이 사건 징계의결의 집행을 유보하게 된 경위와 위 교사들에 대한 형사사건의 대법원판결이 있던 당일 징계의결을 집행한 점, 이 사건 징계의결의 집행 유보로 학생들의 학습권이 침해되었다고 볼 만한 자료가 없는 점 등의 사정을 들어, 피고인이 이 사건 징계의결의 집행을 유보한 행위를 직무의 의식적인 방임이나 포기로 볼 수 없다(대법원2014. 4. 10. 선고2013도229판결). 결국, 교육기관의 장인 피고인에게 직무유기죄가 성립하지 않는다(무죄).

② [1] 직권남용권리행사방해죄는 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권을 행사하는 모습으로 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립한다. ‘직권남용’이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 권한을 위법·부당하게 행사하는 것을 뜻한다. 남용에 해당하는가를 판단하는 기준은 구체적인 공무원의 직무행위가 본래 법령에서 그 직권을 부여한 목적에 따라 이루어졌는지, 직무행위가 행해진 상황에서 볼 때 필요성·상당성이 있는 행위인지, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등을 종합하여 판단하여야 한다.

[2] 직권남용권리행사방해죄는 단순히 공무원이 직권을 남용하는 행위를 하였다는 것만으로 곧바로 성립하는 것이 아니다. 직권을 남용하여 현실적으로 다른 사람이 법령상 의무 없는 일을 하게 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사를 방해하는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과의 발생은 직권남용행위로 인한 것이어야 한다(대법원2020. 1. 30. 선고2018도2236 전원합의체 판결).

③ (O) 대법원2008. 2. 14. 선고2005도4202판결

④ (O) [1] 검찰의 고위간부(검찰총장)가 특정 사건에 대한 수사가 계속 진행 중인 상태에서 해당 사건에 관한 수사책임자의 잠정적인 판단 등 수사팀의 내부 상황을 확인한 뒤 그 내용을 수사 대상자 측에 전달한 행위가 형법 제127조에 정한 공무상 비밀누설에 해당한다.

[2] 검찰의 고위간부(검찰총장)가 내사 담당 검사로 하여금 내사를 중도에서 그만두고 종결처리토록 한 행위가 직권남용권리행사방해죄에 해당한다(대법원2007. 6. 14. 선고2004도5561판결).

38. [정답] ④

[해설]

→ 정답 ④ (X) 제3자 뇌물수수죄에서 제3자란 행위자와 공동정범 이외의 사람을 말하고, 교사자나 방조자도 포함될 수 있다. 그러므로 공무원 또는 중재인이 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 제공하게 하고 제3자가 그러한 공무원 또는 중재인의 범죄행위를 알면서 방조한 경우에는 그에 대한 별도의 처벌규정이 없더라도 방조범에 관한 형법총칙의 규정이 적용되어 제3자 뇌물수수방조죄가 인정될 수 있다(대법원2017. 3. 15. 선고2016도19659판결).

① (O) 대법원2007. 10. 12. 선고2005도7112판결

② (O) 뇌물수수죄는 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 때에 성립하는 것이어서 그 주체는 현재 공무원 또는 중재인의 직에 있는 자에 한정되므로, 공무원이 직무와 관련하여 뇌물수수를 약속하고 퇴직후 이를 수수하는 경우에는, 뇌물약속과 뇌물수수가 시간적으로 근접하여 연속되어 있다고 하더라도, 뇌물약속죄 및 사후수취죄가 성립할 수 있음은 별론으로 하고, 뇌물수수죄는 성립하지 않는다(대법원2010. 10. 14. 선고2010도387판결).

③ (O) 대법원2008. 9. 25. 선고2008도2590판결

임종희 형사법

2023년 경찰승진 형법해설

월비스 경찰학원 전화번호 안내

월비스 경찰학원(노량진)
1544-0336

통합생활관리반
02)814-3993

온라인
1544-5006

월비스경찰학원 형사법 임종희 제공

담당 : 임종희 교수

39. [정답] ④

[해설]

→ 정답 ④ (X) [1] 피고인의 변호인 접견교통권 행사가 한계를 일탈한 규율위반행위에 해당하더라도 그 행위가 위계공무집행방해죄의 '위계'에 해당하려면 행위자가 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 그 오인, 착각, 부지를 이용함으로써 상대방이 이에 따라 그릇된 행위나 처분을 하여야만 한다. 만약 그러한 행위가 구체적인 직무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지는 이르지 않은 경우에는 위계에 의한 공무집행방해죄로 처벌할 수 없다.

[2] 피고인이 모두 6명의 집사변호사를 고용하여 총51회에 걸쳐 변호인접견을 가장하여 개인적인 업무와 심부름을 하게 하고 소송서류 외의 문서를 수수함으로써, 위계로써 서울구치소의 변호인 접견업무 담당 교도관의 변호인 접견관리 등에 관한 정당한 직무집행을 방해하였다하여 위계에 의한 공무집행방해죄로 기소된 사안에서, 피고인이 이 사건 접견변호사들에게 지시한 접견이 변호인에 의한 변호 활동이라는 외관만을 갖추었을 뿐 실질적으로는 형사사건의 방어권 행사가 아닌 다른 주된 목적이나 의도를 위한 행위로서 접견교통권 행사의 한계를 일탈한 경우에 해당할 수는 있겠지만, 그 행위가 '위계'에 해당한다거나 그로 인해 교도관의 구체적이고 현실적인 직무집행이 방해되었다고 보기 어렵다(대법원2022. 6. 30. 선고2021도244판결). 결국, 피고인은 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다.

① (O) 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 성립한다. 여기서 적법한 공무집행이란 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적으로도 그 권한 내에 있어야 하고 직무행위로서의 중요한 방식을 갖추어야 한다. 추상적인 권한에 속하는 공무원의 어떠한 공무집행이 적법한 지여부는 행위 당시의 구체적 상황에 기하여 객관적·합리적으로 판단하여야 한다(대법원2021. 9. 16. 선고2015도12632판결).

② (O) [1] 민주사회에서 공무원의 직무수행에 대한 시민들의 건전한 비판과 감시는 가능한 한 널리 허용되어야 한다는 점에서 볼 때, 공무원의 직무수행에 대한 비판이나 시정 등을 요구하는 집회·시위 과정에서 일시적으로 상당한 소음이 발생하였다는 사정만으로는 이를 공무집행방해죄에서의 음향으로 인한 폭행이 있었다고 할 수는 없다. 그러나 의사전달수단으로서 합리적 범위를 넘어서 상대방에게 고통을 줄 의도로 음향을 이용하였다면 이를 폭행으로 인정할 수 있을 것인바, 구체적인 상황에서 공무집행방해죄에서의 음향으로 인한 폭행에 해당하는지 여부는 음향의 크기나 음의 높이, 음향의 지속시간, 종류, 음향발생 행위자의 의도, 음향발생원과 직무를 집행 중인 공무원과의 거리, 음향발생 당시의 주변 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다

[2] 피고인들은 공모하여 용산구청 소속 공무원들의 불법적인 철거에 방어하기 위하여 2005. 9. 9. 13:00경 용산구청 정문 앞 노상에서 시위를 하던 중 시위용 방송차량을 타고 용산구청 안으로 진입하여 그곳 주차장 출입구에 차량을 주차하여 놓고 시위방송을 하는 등으로 약 5시간 동안 폭력으로써 위 구청의 차량출입을 관리하는 용산구청 소속 공무원 갑의 정당한 직무집행을 방해하고, 2005. 10. 24. 12:00경 위 장소에서 위와 같은 방법으로 위 차량을 정문출입구 앞에 주차하여 놓고 시위방송을 계속하는 등으로 약 1시간 폭력으로써 위 구청의 차량출입을 관리하는 위 갑의 정당한 직무집행을 방해한 경우, 갑에 대한 공무집행방해죄가 성립한다(대법원2009. 10. 29. 선고2007도3584판결).

③ (O) 음주운전을 하다가 교통사고를 야기한 후 그 형사처벌을 면하기 위하여 타인의 혈액을 자신의혈액인 것처럼 교통사고 조사 경찰관에게 제출하여 감정하도록 한 행위는, 단순히 피의자가 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하거나 자신에게 불리한 증거를 은닉하는 데 그친 것이 아니라 수사기관의 착오를 이용하여 적극적으로 피의사실에 관한 증거를 조작한 것으로서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다(대법원2003. 7. 25. 선고2003도1609판결).

40. [정답] ②

[해설]

→ 정답 ② (X) [1] 무고죄에서의 허위사실 적시의 정도는 수사관서 또는 감독관서에 대하여 수사권 또는 징계권의 발동을 촉구하는 정도의 것이면 충분하고 반드시 범죄구성요건 사실이나 징계요건 사실을 구체적으로 명시하여야 하는 것은 아니다.

[2] 무고죄에서 허위사실의 신고방식은 구두에 의하건 서면에 의하건 관계가 없고, 서면에 의하는 경우에도 그 신고내용이 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적의 허위사실이면 충분하며 그 명칭을 반드시 고소장이라고 하여야만 무고죄가 성립하는 것은 아니다(대법원2014. 12. 24. 선고2012도4531판결).

① 형법 제156조의 무고죄는 국가의 형사사법권 또는 징계권의 적정한 행사를 주된 보호법익으로 하는 죄이나, 스스로 본인을 무고하는 자기무고는 무고죄의 구성요건에 해당하지 아니하여 무고죄를 구성하지 않는다. 그러나 피무고자의 교사·방조 하에 제3자가 피무고자에 대한 허위의 사실을 신고한 경우에는 제3자의 행위는 무고죄의 구성요건에 해당하여 무고죄를 구성하므로, 제3자를 교사·방조한 피무고자도 교사·방조범으로서의 죄책을 부담한다(대법원2008. 10. 23. 선고2008도4852판결).

③ (O) 피고인이 최초로 작성한 허위내용의 고소장을 경찰관에게 제출하였을 때 이미 허위사실의 신고가 수사기관에 도달되어 무고죄의 기수에 이른 것이라 할 것이므로 그 후에 그 고소장을 되돌려 받았다 하더라도 이는 무고죄의 성립에 아무런 영향이 없다(대법원1985. 2. 8. 선고84도2215판결).

④ (O) 비록 외관상으로는 타인명의로 고소장을 대리하여 작성하고 제출하는 형식으로 고소가 이루어진 경우라 하더라도 그 명의자는 고소의 의사가 없이 이름만 빌려준 것에 불과하고 명의자를 대리한 자가 실제 고소의 의사를 가지고 고소행위를 주도한 경우라면 그 명의자를 대리한 자를 신고자로 보아 무고죄의 주체로 인정하여야 할 것이다(대법원2007. 3. 30. 선고2006도6017판결).