

<총 평>

객관식 문제에 대해서는 특별법해석 문제와 박스형 문제의 두 문제가 난이도가 높은 편에 속하고 나머지는 무난한 수준이었다고 보입니다. 비록 최신 판례이긴 하지만 특별법해석에 해당하는 부분은 학습의 범위를 다소 넓히는 것이므로 내년 시험을 대비하는 입장에서 조금 부담이 될 수 있다고 생각합니다.

1책형 8번 문제(2책형 6번 문제)는 부동산에 대한 처분행위가 없어서 사기죄가 성립하지 않는다는 [대판 2001.7.13. 2001도1289]을 출제한 것으로 보이나, 위 판결 이후에 인감증명서 자체에 대한 사기죄를 긍정하는 [대판 2011.11.10. 2011도9919] 판결이 있으므로 이의제기가 가능할 것으로 보입니다.. 아래 해설을 참조하시기 바랍니다.

주관식 문제에 대해서는 최신 판례와 기출문제 등 기본적인 사항들을 묻는 것으로서 내용적으로는 무난하였다고 봅니다. 그러나 상대적으로 논점이 너무 많은 문제를 작은 문제로 출제하지 않았나 하는 생각도 드는데, 법원행시나 법무사 시험에서 25~50점으로 출제되던 문제를 5점~8점 정도의 수준으로 출제하였다는 것입니다. 따라서 시간이 극도로 부족하였을 것으로 보이고 핵심판례의 키워드만 현출하여도 시간에 쫓겼을 것으로 보입니다. 특히 10점 짜리 문제는 목차 구성없이 바로 판례의 키워드만 적는 정도로도 합격 수준이 될 것으로 생각합니다.

노력하신 만큼 꼭 합격의 영광을 누리시기를 기원합니다.

이재영 올림

[문 1] 모욕죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례 및 예규에 의함, 이하 [문20]까지 같음)

- ① 피고인이 인터넷 포털사이트의 카페에 접속하여 ‘자칭 타칭 공소외인 하면 떠오르는 키워드!!!’라는 제목의 게시글에 ‘공황장애 킷’라는 댓글을 게시한 경우 모욕죄가 성립한다.
- ② 이른바 집단표시에 의한 모욕은, 모욕의 내용이 그 집단에 속한 특정인에 대한 것이라고는 해석되기 힘들고, 집단표시에 의한 비난이 개별구성원에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어 구성원 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 아니한 경우에는 구성원 개개인에 대한 모욕이 성립되지 않는다고 봄이 원칙적이고, 비난의 정도가 희석되지 않아 구성원 개개인의 사회적 평가를 저하시킬 만한 것으로 평가될 경우에는 예외적으로 구성원 개개인에 대한 모욕이 성립할 수 있다.
- ③ 자동차 정보 관련 인터넷 신문사 소속 기자가 작성한 기사가 특정 제조사의 제품의 안전성에 관한 논란이 되고 있는 제품을 옹호하는 제목으로 인터넷 포털 사이트의 자동차 뉴스 ‘핫이슈’란에 게재되자, 피고인이 “이런걸 기레기라고 하죠?”라는 댓글을 게시한 경우, ‘기레기’는 모욕적 표현에 해당하나 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각된다.
- ④ 아파트 입주자대표회의 감사인 피고인이 관리소장 甲의 업무처리에 항의하기 위해 관리소장실을 방문한 자리에서 甲과 언쟁을 하다가 “야, 이따위로 일할래.,” “나이 처먹은 게 무슨 자랑이냐.”라고 말한 경우 모욕죄가 성립하지 않는다.

해설

- ① (×) 피고인이 공소외인이 인터넷 포털 사이트 ‘○○’의 다른 카페에서 다른 회원을 강제탈퇴시킨 후 보여준 태도에 대하여 불만을 가지고 댓글을 게시하게 된 사실, 피고인이 게시한 댓글 내용은 ‘선무당이 사람 잡는다, 자승자박, 아전인수, 사필귀정, 자업자득, 자중지란, 공황장애 킷’라고 되어 있는 사실을 알 수 있다. 위 사실관계에 나타난 피고인의 댓글 게시 경위, 댓글의 전체 내용과 표현 방식, 공황장애의 의미(뚜렷한 근거나 이유 없이 갑자기 심한 불안과 공포를 느끼는 공황 발작이 되풀이해서 일어나는 병) 등을 종합하면, 피고인이 댓글로 게시한 ‘공황장애 킷’라는 표현이 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례한 표현이기는 하나, 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 표현에 해당한다고 보기는 어렵다(대판 2018.5.30. 2016도20890).

정답 ①

[문 2] 죄형법정주의 원칙에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 법원의 재판 또는 국회의 심의를 방해 또는 위협할 목적으로 법정이나 국회회의장 또는 그 부근에서 모욕 또는 소동한 자를 처벌하는 형법 제138조에서의 ‘법원의 재판’에 ‘헌법재판소의 심판’을 포함시키는 해석은 피고인에게 불리한 확장해석이나 유추해석에 해당하지 않는다.
- ② 어린이집 대표자를 변경하고도 변경인가를 받지 않은 채 어린이집을 운영한 행위에 대하여 설치인가를 받지 않고 사실상 어린이집의 형태로 운영한 행위 등을 처벌하는 규정인 영유아보육법 제54조 제4항 제1호를 적용하거나 유추적용할 수 없다.
- ③ 자동차관리법 제71조 제1항에 따라 부정사용이 금지되는 ‘폐차사실 증명서류’에 자동차해체제 활용업자가 자동차 소유자로부터 폐차 요청을 받은 경우에 자동차를 인수하고 발급하는 폐차인수증명서를 포함시키는 해석은 죄형법정주의 원칙에 반하지 않는다.
- ④ 대통령기록물 관리에 관한 법률 제30조 제2항, 제14조에 의해 유출이 금지되는 대통령기록물에 원본 문서나 전자파일 이외에 그 사본이나 추가 출력물까지 포함된다고 해석하는 것은 죄형법정주의 원칙상 허용되지 않는다.

해설

- ① (○) 법원의 재판 또는 국회의 심의를 방해 또는 위협할 목적으로 법정이나 국회의회의장 또는 그 부근에서 모욕 또는 소동한 자를 처벌하는 형법 제138조(법정소동죄)의 규정은, 법원 혹은 국회라는 국가기관을 보호하기 위한 것이 아니라 법원의 재판기능 및 국회의 심의기능을 보호하기 위하여 마련된 것으로, 본조의 적용대상으로 규정한 법원의 '재판기능'에 '헌법재판기능'이 포함된다고 보는 것이 입법 취지나 문언의 통상적인 의미에 보다 충실한 해석이다(대판 2021.8.26. 2020도12017).
- ② (○) 영유아보육법령의 체계와 규정 내용, 유아교육법 및 초·중등교육법의 규정과의 비교 등에 비추어 보면, 어린이집 대표자를 변경하고도 변경인가를 받지 않은 채 어린이집을 운영한 행위에 대하여 설치인가를 받지 않고 사실상 어린이집의 형태로 운영한 행위 등을 처벌하는 규정인 영유아보육법 제54조 제4항 제1호를 적용하거나 유추 적용할 수 없다(대판 2022.12.1. 2021도6860).
- ③ (×) 자동차관리법 제71조 제1항에 따라 부정사용이 금지되는 '폐차사실 증명서류'에 자동차해체재활용업자가 자동차 소유자로부터 폐차 요청을 받은 경우에 자동차를 인수하고 발급하는 폐차인수증명서까지 포함된다고 해석하는 것은 죄형법정주의 원칙상 허용되지 않는다. '폐차사실 증명서류'는 폐차한 사실을 증명하는 서류라고 해석하는 것이 문언의 통상적인 용법에 부합한다. 폐차 요청 사실이나 폐차 요청을 받은 자동차를 인수한 사실을 증명하는 서류가 '폐차사실 증명서류'에 포함된다고 해석하는 것은 문언의 가능한 해석 범위를 벗어난다(대판 2022.7.14. 2021도16578).
- ④ (○) 대통령기록물법은 대통령기록물의 효율적 관리를 통한 국정운영의 투명성과 책임성 강화를 목적으로 입법된 것으로 사본 자체를 원본과 별도로 보존할 필요가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 원본 문서나 전자파일 이외에 그 사본이나 추가 출력물까지 모두 대통령기록물로 보존할 필요는 없는 점, 대통령기록물법은 대통령기록물 자체를 파기, 손상, 유출하는 등의 행위와 그 내용을 누설하는 행위를 구별하여 규정하고 있는 점, 공공기록물법 제21조는 영구보존으로 분류된 기록물 중 중요한 기록물에 대한 복제본 제작 등에 관하여 별도의 규정을 두고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 대통령기록물법 제30조 제2항 제1호, 제14조에 의해 유출이 금지되는 대통령기록물에 원본 문서나 전자파일 이외에 그 사본이나 추가 출력물까지 포함된다고 해석하는 것은 죄형법정주의 원칙상 허용되지 아니한다(대판 2021.1.14. 2016도7104).

◀ 정답 ▶ ③

[문 3] 정당행위에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 병역법 제88조 제1항은 국방의 의무를 실현하기 위하여 현역입영 또는 소집통지서를 받고도 정당한 사유 없이 이에 응하지 않은 사람을 처벌함으로써 입영기피를 억제하고 병력구성을 확보하기 위한 규정인데, 여기에서 '정당한 사유'는 구성요건해당성을 조각하는 사유가 아니라 위법성조각사유인 정당행위를 말한다.
- ② 신문기자인 피고인이 고소인에게 2회에 걸쳐 증여세 포탈에 대한 취재를 요구하면서 이에 응하지 않으면 자신이 취재한 내용대로 보도하겠다고 말한 경우 특별한 사정이 없는 한 정당행위에 해당한다.
- ③ 민사소송법 제335조에 따른 법원의 감정인 지정결정 또는 같은 법 제341조 제1항에 따른 법원의 감정촉탁을 받은 경우에는 감정평가업자가 아닌 사람이더라도 그 감정사항에 포함된 토지 등의 감정평가를 할 수 있고, 이러한 행위는 법령에 근거한 법원의 적법한 결정이나 촉탁에 따른 것으로 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다.
- ④ 회사의 대표인 피고인이 "회사의 직원이 회사의 이익을 빼돌린다."는 소문을 확인할 목적으로, 비밀번호를 설정함으로써 비밀장치를 한 전자기록인 피해자가 사용하던 개인용 컴퓨터의 하드디스크를 떼어내어 다른 컴퓨터에 연결한 다음 의심이 드는 단어로 파일을 검색하여 메신저 대화 내용, 이메일 등을 출력한 경우 정당행위에 해당한다.

해 설

- ① (x) 병역법 제88조 제1항은 국방의 의무를 실현하기 위하여 현역입영 또는 소집통지서를 받고도 정당한 사유 없이 이에 응하지 않은 사람을 처벌함으로써 입영기피를 억제하고 병력구성을 확보하기 위한 규정이다. 위 조항에 따르면 정당한 사유가 있는 경우에는 피고인을 벌할 수 없는데, 여기에서 정당한 사유는 구성요건해당성을 조각하는 사유이다(대판 2018.11.1. 2016도10912 전합).

정답 ①

【문 4】 주거침입죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 공동거주자 중 한 사람이 법률상 근거 기타 정당한 이유 없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것을 금지하는 경우, 그 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하기 위하여 출입문의 잠금장치를 손괴하는 등 다소간의 물리력을 행사하여 그 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다.
- ② 외부인이 공동거주자의 일부가 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어갔으나 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에는 주거침입죄가 성립한다.
- ③ 다른 사람의 주택에 무단 침입한 범죄사실로 이미 유죄판결을 받은 사람이 그 판결이 확정된 후에도 퇴거하지 않은 채 계속하여 당해 주택에 거주한 경우 판결확정 이후의 행위는 별도의 주거침입죄를 구성한다.
- ④ 일반인의 출입이 허용된 음식점에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다던 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않고, 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 음식점에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았다더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 달리 볼 수 없다.

해 설

- ② (x) 외부인이 공동거주자의 일부가 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어간 경우라면 그것이 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다(대판 2021.9.9. 2020도12630 전합).

정답 ②

【문 5】 강간과 추행의 죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 폭행 또는 협박으로 강간한 경우에는 강간죄만 성립하고, 강간의 수단으로 사용된 폭행·협박이 형법상의 폭행죄나 협박죄를 구성한다고는 볼 수 없으며, 강간죄와 이들 각 죄는 법조경합의 관계이다.
- ② 강제추행죄는 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되고, 이 경우 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않으며 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 힘의 대소강약을 불문한다.
- ③ 피해자가 알코올의 영향으로 의사를 형성할 능력이나 성적 자기결정권 침해행위에 맞서려는 저항력이 현저하게 저하된 상태였다면 ‘항거불능’에 해당하므로, 이러한 피해자에 대한 성적 행위는 준강간죄를 구성할 수 있다.
- ④ 위계에 의한 간음죄에서 행위자가 간음의 목적으로 상대방에게 일으킨 오인, 착각, 부지는 간음행위 자체에 대한 오인, 착각, 부지를 말하는 것이지, 간음행위와 불가분적 관련성이 인정되지 않는 다른 조건에 관한 오인, 착각, 부지를 가리키는 것은 아니다.

해 설

- ④ (×) 행위자가 간음의 목적으로 피해자에게 오인, 착각, 부지를 일으키고 피해자의 그러한 심적 상태를 이용하여 간음의 목적을 달성하였다면 위계와 간음행위 사이의 인과관계를 인정할 수 있고, 따라서 위계에 의한 간음죄가 성립한다. 왜곡된 성적 결정에 기초하여 성행위를 하였다면 왜곡이 발생한 지점이 성행위 그 자체인지 성행위에 이르게 된 동기인지는 성적 자기결정권에 대한 침해가 발생한 것은 마찬가지라는 점에서 핵심적인 부분이라고 하기 어렵다. 피해자가 오인, 착각, 부지에 빠지게 되는 대상은 간음행위 자체일 수도 있고, 간음행위에 이르게 된 동기이거나 간음행위와 결부된 금전적·비금전적 대가와 같은 요소일 수도 있다(대판 2020.8.27. 2015도9436 전합).

정답 ④

【문 6】 사기죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 피고인이 피해자 명의의 등기서류를 위조하여 등기공무원에게 제출함으로써 피고인 명의로 피해자 소유의 부동산에 대한 소유권이전등기를 마친 경우 사기죄가 성립하지 않는다.
- ② 피고인이 배당이의 소송의 제1심에서 패소판결을 받고 항소한 피해자를 기망하여 그 항소를 취하하게 한 경우 사기죄가 성립한다.
- ③ 주식회사의 대표이사인 피고인이 피해자의 가압류로 인하여 회사의 분양사업이 무산될 위험에 처하자, 피해자에게 “당신이 가압류를 해 놓아 아파트 분양을 하지 못하게 되었으니 가압류를 해제해 달라. 그러면 1,000만 원을 지급하겠다.”라고 거짓말하여 이에 속은 피해자로부터 가압류해제신청에 필요한 서류를 교부받아 가압류를 해제한 경우 사기죄가 성립한다.
- ④ 피고인이 피해자에게 부동산매도용인감증명 및 등기의무자본인확인서면의 진실한 용도를 속이고 그 서류들을 교부받아 피고인 명의로 피해자 소유의 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료한 경우 사기죄가 성립한다.

해 설

- ④ (×) 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리고 그로 인한 처분행위로 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 때에 성립하는 것이므로, 피고인이 피해자에게 부동산매도용인감증명 및 등기의무자본인확인서면의 진실한 용도를 속이고 그 서류들을 교부받아 피고인 등 명의로 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료하였다 하여도 피해자의 위 부동산에 관한 처분행위가 있었다고 할 수 없을 것이고 따라서 사기죄를 구성하지 않는다(대판 2001.7.13. 2001도1289). ⇨ 이 지문을 확실하게 틀리게 하려면 ‘부동산에 대한’ 사기죄가 성립하는 것으로 출제하였어야 할 것이다. 왜냐하면 인감증명서에 대한 사기죄는 성립할 수 있기 때문이다.

참고 판례) 인감증명서는 인감과 함께 소지함으로써 인감 자체의 동일성을 증명함과 동시에 거래행위자의 동일성과 거래행위가 행위자의 의사에 의한 것임을 확인하는 자료로서 개인의 권리의무에 관계되는 일에 사용되는 등 일반인의 거래상 극히 중요한 기능을 가진다. 따라서 그 문서는 다른 특별한 사정이 없는 한 재산적 가치를 가지는 것이어서 형법상의 ‘재물’에 해당한다고 할 것이다. 이는 그 내용 중에 재물이나 재산상 이익의 처분에 관한 사항이 포함되어 있지 아니하다고 하여 달리 볼 것이 아니다. 따라서 위 용도로 발급되어 그 소지인에게 재산적 가치가 있는 것으로 인정되는 인감증명서를 그 소지인을 기망하여 편취하는 것은 그 소지인에 대한 관계에서 사기죄가 성립한다고 할 것이다(대판 2011.11.10. 2011도9919).

정답 ④

【문 7】 체포와 감금의 죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- 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.
- ② 체포의 행위가 확실히 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속 없이 일시적인 것에 그치더라도, 체포죄의 기수범이 성립한다.
- ③ 감금의 본질은 사람의 행동의 자유를 구속하는 것으로서, 행동의 자유를 구속하는 그 수단과 방법에는 아무런 제한이 없으므로, 그 수단과 방법은 유형적인 것이거나 무형적인 것이거나를 가리지 않는다.
- ④ 감금에 있어서의 사람의 행동의 자유의 박탈은 반드시 전면적이어서 할 필요가 없으므로, 감금된 특정구역 내부에서 일정한 생활의 자유가 허용되어 있었다고 하더라도 감금죄의 성립에는 지장이 없다.

해설

② (×) 체포죄는 계속범으로서 체포의 행위에 확실히 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속이 있어야 기수에 이르고, 신체의 자유에 대한 구속이 그와 같은 정도에 이르지 못하고 일시적인 것으로 그친 경우에는 체포죄의 미수범이 성립할 뿐이다(대판 2020.3.27. 2016도18713).

정답 ②

【문 8】 공전자기록 등 불실기재죄에 관한 다음 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?

- ㉠ 실제로는 채권·채무관계가 존재하지 않는데도 허위의 채무를 가장하고 이를 담보한다는 명목으로 허위의 근저당권설정등기를 마친 경우, 토지등기부에 불실의 사실을 기록하게 한 것이므로 공전자기록 등 불실기재죄가 성립한다.
- ㉡ 피고인 소유의 자동차를 타인에게 명의신탁 하기 위한 것이거나 이른바 권리 이전 과정이 생략된 중간생략의 소유권 이전등록이라도 그러한 소유권 이전등록이 실제적 권리관계에 부합하는 유효한 등록이라면, 자동차등록전산부에 불실의 사실을 기록하게 하였다고 할 수 없으므로 공전자기록 등 불실기재죄가 성립하지 않는다.
- ㉢ 피고인이 허위 내용이 적힌 차용증을 바탕으로 제3자 소유 토지에 관한 가압류신청을 하여 등기소 직원으로 하여금 제3자를 채무자로 한 가압류등기를 마치게 한 경우, 토지등기부에 불실의 사실을 기록하게 한 것이므로 공전자기록 등 불실기재죄가 성립한다.
- ㉣ 유한회사의 사원이 상법 등 법령에 정한 회사설립의 요건과 절차에 따라 회사설립등기를 함으로써 회사가 성립하였다고 볼 수 있는 경우, 회사로서의 인적·물적 조직 등 영업의 실질을 갖추지 않았다고 하더라도 법인등기부에 불실의 사실을 기록하게 한 것으로 볼 수 없으므로 공전자기록 등 불실기재죄가 성립하지 않는다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설

㉠ (○) 대판 2017.2.15. 2014도2415
 ㉡ (○) 대판 2020.11.5. 2019도12042
 ㉢ (×) 공정증서원본불실기재죄에 있어서의 불실의 기재는 당사자의 허위신고에 의하여 이루어져야 하므로 법원의 촉탁에 의하여 이루어진 경우에는 가령 그 전제절차에 허위적 요소가 있다 하더라도 그것은 법원의 촉탁에 의하여 이루어진 것이지 당사자의 허위신고에 의하여 이루어진 것이 아니므로 공정증서원본불실기재죄를 구성하지 않는다(대판 1983.12.27. 83도2442).

㉔ (○) 유한회사의 사원이 상법 등 법령에 정한 회사설립의 요건과 절차에 따라 회사설립등기를 함으로써 회사가 성립하였다고 볼 수 있는 경우 회사설립등기와 그 기재 내용은 특별한 사정이 없는 한 공정증서원본 불실기재죄나 공전자기록 등 불실기재죄에서 말하는 불실의 사실에 해당하지 않는다. 유한회사의 사원 등 회사설립에 관여하는 사람이 회사를 설립할 당시 회사를 실제로 운영할 의사 없이 회사를 이용한 범죄 의도나 목적이 있었다거나, 회사로서의 인적·물적 조직 등 영업의 실질을 갖추지 않았다는 이유만으로는 불실의 사실을 범인등기부에 기록하게 한 것으로 볼 수 없다(대판 2020.3.26. 2019도7729).

◀ 정답 ▶ ③

【문 9】 증거인멸죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 증거인멸죄에 있어서 타인의 형사사건 또는 징계사건이란 인멸행위 시에 아직 수사 또는 징계 절차가 개시되기 전이라도 장차 형사 또는 징계사건이 될 수 있는 것까지를 포함한다.
- ② 피고인 자신이 직접 형사처분이나 징계처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 그 증거가 될 자료를 인멸하였다면, 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증거를 인멸한 결과가 된다고 하더라도 증거인멸죄가 성립하지 않는다.
- ③ 자기의 형사사건에 관한 증거를 인멸하기 위하여 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자에 대하여는 증거인멸교사죄가 성립한다.
- ④ 형법 제155조 제4항은 “친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 증거인멸죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.”고 규정하고 있는데, 친족이나 동거의 가족이 본인을 위하여 증거인멸을 한 경우에는 그것이 동시에 제3자의 형사사건과 관계가 있고 그 제3자를 위하여 한 것이기도 하더라도 위 친족간의 특례조항이 적용되어 증거인멸죄가 성립하지 않는다.

해 설

④ (×) 형법 제155조 제4항은 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 증거인멸죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하고 있으나, 친족이나 동거의 가족이 본인을 위하여 증거인멸을 한 경우에도 그것이 동시에 제3자의 형사사건과 관계가 있고, 또한 그 자를 위하여 한 것이기도 한 때에는 위 친족간의 특례조항이 적용될 수 없다(대판 2005.9.15. 2004도6576).

◀ 정답 ▶ ④

【문10】 형법의 시간적 적용범위에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 형법 제1조 제1항은 “범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 따른다.”고 규정하고 있는데, 이는 형법의 시간적 적용범위에 관하여 행위시법주의를 선언한 규정이다.
- ② 피고인에게 유리하게 형벌법규를 개정하면서 부칙에서 신법 시행 전의 범죄에 대하여는 종전 형벌법규를 적용하도록 규정한다고 하더라도, 형벌불소급의 원칙이나 신법우선주의에 반한다고 할 수 없다.
- ③ 범죄의 성립 및 처벌과 직접적인 관련이 있는 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 않게 되거나 형이 가벼워진 경우에는, 종전 법령이 범죄로 정하여 처벌한 것이 부당하였다거나 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 재판시법에 따라야 한다.
- ④ 범죄의 성립 및 처벌과 직접적인 관련이 없는 법령의 변경으로 인하여 형벌법규의 가벌성에 영향을 미치게 된 경우에도, 피고인에게 유리하게 재판시법을 따르도록 한 형법 제1조 제2항이 적용되는 것이 원칙이다.

해 설

④ (×) 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호를 적용하려면, 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌

과 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 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용되지 않는다(대판 2022.12.22. 2020도16420 전합).

◀ 정답 ▶ ④

【문 1】 甲은 휴대폰의 사용료를 납부하지 않더라도 최소한 2개월간은 통화정지가 되지 않고 사용할 수 있다는 점을 악용하여 휴대폰을 사용하고도 통화료를 지급하지 아니할 생각으로 乙의 주민등록증 사본의 사진란에 자신의 사진을 붙여 복사한 후 이를 제출하고, 乙 명의의 가입 신청서와 단말기할부판매약정서를 작성하여 주식회사 N통신에 제출하여 휴대폰을 부정발급 받은 다음 그 휴대폰을 사용하고도 통화료를 내지 않았다. 아래 각 문항에 답하시오(견해의 대립이 있는 경우 대법원 판례 및 대법원 전원합의체 판례의 다수의견에 의함. 이하 [문7]까지 같음).

1. 甲의 죄책을 논하시오. [15점]
2. 甲의 위 행위 당시 乙이 이미 사망한 경우라면 위 1.의 결론과 차이가 있는지와 그 이유를 설명하시오. [5점]

I. 제1문에 대한 판단

1. 주민등록증 사본의 사진란에 자신의 사진을 붙여 복사한 행위에 대하여

(1) 공문서위조죄 혹은 공문서변조죄의 성부

공문서위조죄는 행사할 목적으로 공무원 또는 공무원의 문서를 위조한 경우에 성립한다(형법제 225조) 이를 변조한 경우에는 공문서변조죄에 해당된다. 주민등록증은 공무원 또는 공무원이 직무상 작성한 공문서에 해당한다. 사안의 경우 사본의 문서성이 인정되는지 여부, 사진을 교체하여 복사한 행위가 위조인지 변조인지 여부가 문제된다.

판례에 의하면, 형법 제237조의2에 따라 전자복사기, 모사전송기 기타 이와 유사한 기기를 사용하여 복사한 문서의 사본도 문서원본과 동일한 의미를 가지는 문서로서 이를 다시 복사한 문서의 재사본도 문서위조죄 및 동 행사죄의 객체인 문서에 해당한다 할 것이고, 진정한 문서의 사본을 전자복사기를 이용하여 복사하면서 일부 조작을 가하여 그 사본 내용과 전혀 다르게 만드는 행위는 공공의 신용을 해할 우려가 있는 별개의 문서사본을 창출하는 행위로서 문서위조행위에 해당한다(대판 2000.9.5. 2000도2855).

(2) 공문서부정행사죄의 성부

공문서부정행사죄는 공무원 또는 공무원의 문서 또는 도화를 부정행사한 경우에 성립한다(형법 제230조). 공문서부정행사죄는 사용권한자와 용도가 특정되어 작성된 공문서를 사용권한 없는 자가 사용권한이 있는 것처럼 가장하여 사용하거나 또는 권한있는 자라도 정당한 용법에 반하여 부정하게 행사하는 경우에 인정된다. 그런데 사용권한 없는 자가 본래의 용도 이외로 사용할 때에는 본죄가 성립하지 않는다. 따라서 타인의 주민등록증사본을 본래의 용도가 아닌 위조의 목적으로 사용하는 것에 대해서는 공문서부정행사죄가 성립되지 않는다.

2. 乙 명의의 가입신청서와 단말기할부판매약정서를 작성한 행위에 대하여

갑이 을명의의 문서를 작성한 행위에 대해서는 사문서위조죄의 성부가 문제된다.

사문서위조죄는 행사할 목적으로 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서를 위조함으로써 성립한다(형법 제231조). 위조란 작성권한 없는 자가 타인명의를 모용하여 문서를 작성하는 것을 말한다. 갑은 을이 가입신청을 하고 계약을 체결한 것과 같은 외관을 작출한 것이므로 사문서위조죄에 해당한다.

갑이 작성한 사문서는 2개이고 별개의 행위로 이루어진 것이므로 2개의 사문서위조죄의 실제적 경합범에 해당된다.

3. 위조된 문서들을 제출한 행위에 대하여

(1) 위조공문서행사죄¹⁾

갑이 위조한 주민등록증 사본을 제출하여 진정한 공문서인 것처럼 행사하였으므로 위조공문서행사죄(형법 제229조)가 성립한다.

(2) 위조사문서행사죄

갑은 위조한 가입신청서와 단말기할부판매약정서를 진정한 문서인 것처럼 제출하였으므로 2개의 위조사문서행사죄(형법 제234조)가 성립한다.

(3) 죄수판단

갑이 위조한 공문서와 사문서를 통신회사에 제출하는 행위는 계약을 체결하는 과정에서 이루어진 하나의 행위로 볼 수 있으므로 각 행사죄는 상상적 경합범관계이다.

4. 휴대폰을 부정발급받고 통화료를 내지 않는 행위에 대하여

휴대폰을 부정발급받고 통화료를 내지 않는 행위에 대하여는 사기죄의 성부가 문제된다.

사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립한다(형법 제347조). 사기죄의 객관적 구성요건으로는 ① 기망행위, ② 피기망자의 착오, ③ 피기망자의 처분행위, ④ 재물 또는 재산상 이익의 취득 등을 요건으로 하며, 손해의 발생은 요건으로 하지 않는다는 것이 판례의 태도이다.

갑은 처음부터 통화료를 지급하지 아니할 생각으로 계약을 체결하여 통신회사를 기망하였고 통신회사의 처분행위에 기초하여 통화 용역을 제공받아 통화료 상당 이익을 취득하였으므로 사기죄가 성립한다.

5. 소결

갑에게는 ① 공문서위조죄, ② 2개의 사문서위조죄의 실제적 경합범, ③ 1개의 위조공문서행사죄와 2개의 위조사문서행사죄의 상상적 경합범, ④ 사기죄가 성립하며 위 ①②③의 각 범죄들 상호 간은 실제적 경합범 관계에 해당한다.

1) 공문서부정행사죄는 진정한 공문서를 객체로 하므로 위조된 공문서를 행사한 경우에는 성립할 여지가 없다.

II. 제2문에 대한 판단

1. 결론

갑의 행위 당시 을이 이미 사망한 경우라 하더라도 공문서위조와 사문서위조의 점에 대하여 달라지는 바가 없다. 그 이유는 다음과 같다.

2. 이유

(1) 공문서위조죄와 관련하여

주민등록증과 그 사본은 인적 동일성을 증명하기 위한 공문서로서 그 작성명의인은 을이 아니라 주민등록증을 발급한 행정기관으로 보아야 한다. 따라서 갑이 을의 사진 대신 자신의 사진을 교체하여 복사했다 하더라도 갑이 행정기관 명의를 모용한 것으로서 공문서위조죄가 성립하는 점에 아무런 차이가 없다.

(2) 사문서위조죄와 관련하여

1) 사자명의 사문서의 문서성

사망한 자 명의의 문서가 형법상 문서가 되는지가 문서의 보장적 기능과 관련하여 문제된다. 이는 문서에 표시된 명의인이 실재하여야 하는가의 문제이다.

판례에 의하면, 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 한다(대판 2005.2.24. 2002도18 전합).

2) 검토

문서위조죄가 문서에 관한 공공의 신용을 보호법익으로 하고 있는 이상 일반인이 진정한 문서라고 오인할 우려가 있는 때에는 그것이 공문서이든 사문서이든 불문하고 그 문서의 공공의 신용은 위태롭게 되는 것이므로 사자 또는 허무인 명의의 문서에 대해서도 문서위조죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다. 결국 갑에게는 사문서위조죄가 성립하는 점은 제1문과 동일하다.

【문 2】 甲은 무면허 상태로 자신의 승용차를 운전하고 가다가 화물차를 들이받는 사고를 일으키게 되어 경찰에서 조사를 받게 되자 무면허운전한 사실 등이 발각될 것을 두려워하여 전화로 친동생인 乙에게 “내가 무면허 상태에서 술을 마시고 차를 운전하다가 교통사고를 내었는데 운전면허가 있는 네가 대신 교통사고를 내었다고 조사를 받아 달라.”고 부탁하였고, 乙은 이에 승낙하여 경찰서 사무실에 출석하여 본인이 승용차를 운전하고 가다가 교통사고를 낸 사람이라고 진술하면서 피의자로서 조사를 받았다. 甲과 乙의 죄책을 논하시오.〔15점〕

I. 쟁점의 정리

을이 자신이 교통사고를 낸 사람이라고 나선 행위에 대해서는 범인도피죄(형법 제151조 제1항), 무고죄(형법 제156조), 위계에 의한 공무집행방해죄(형법 제137조), 증거위조죄(형법 제155조 제1항) 등을 검토할 수 있다.

갑이 을에게 허위진술을 하게 하고 조사를 받게 한 행위와 관련하여 위 각 범죄에 대한 교사범의 성부가 문제된다. 갑의 교사범의 성부는 을의 범죄를 전제로 하므로 을의 범죄를 먼저 검토한 후 갑의 죄책을 논하기로 한다.

II. 을의 죄책

1. 범인도피죄의 성부

(1) 구성요건

범인도피죄는 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 도피하게 함으로써 성립한다. 도피하게 한다는 것은 은닉 이외의 방법으로 사법기관의 체포, 발견을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 의미한다. 범인이 아닌 사람이 범인임을 자처하여 범인의 체포와 발견에 지장을 초래하게 하는 행위는 여기에 해당하므로 을이 거짓으로 진술하는 행위는 범인도피죄의 구성요건에 해당한다.

(2) 위법성

사안에서 별도의 위법성 조각사유는 보이지 않는다.

(3) 친족간의 특례

범인도피죄는 친족 또는 동거가족이 본인을 위하여 범한 때에는 벌하지 아니한다(형법 제151조 제2항). 이 특례는 친족간의 정의에 비추어 본죄를 범하지 않을 것을 기대할 수 없다는 점에 있기 때문에 책임조각사유에 해당한다고 봐야 한다. 갑과 을은 친형제관계이고 을은 친형을 위하여 본죄를 범한 것이므로 책임이 조각된다.

2. 위계에 의한 공무집행방해죄의 성부

(1) 문제점

위계에 의한 공무집행방해죄는 위계로써 공무원의 직무집행을 방해한 경우에 성립한다. 여기서 위계라 함은 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 일체의 행위를 말한다. 피의자로서 수사기관에 대하여 허위사실을 진술한 경우 위계에 의한 공무집행방해죄의 위계에 해당할 수 있는지 여부가 문제된다.

(2) 판례의 태도

수사기관이 범죄사건을 수사함에 있어서는 피의자나 피의자로 자처하는 자 또는 참고인의 진술 여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반증거를 수집 조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이라고 할 것이므로 피의자나 참고인이 아닌 자가 자발적이고 계획적으로 피의자를 가장하여 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하였다 하여 바로 이를 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다(대판 1977.2.8. 76도3685).

(3) 검토

재판기관이나 수사기관은 실제진실발견의 고유한 의무가 있고, 피의자나 참고인이 반드시 진실만을 진술해야 할 법적 의무가 부과되어 있는 것은 아니기 때문에 재판, 범죄수사와 관련하여 허위진술, 허위신고가 있었다는 것만으로는 바로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 볼 수 없다. 따라서 을이 피의자로서 거짓 신고를 하고 조사를 받는 행위만으로는 위계에 의한 공무집행방해죄의 구성요건에 해당하지 않는다.

3. 무고죄의 성부

무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 경우에 성립한다(형법 제156조). 을이 자기자신을 무고한 경우에는 무고죄의 구성요건해당성이 결여된다.

4. 증거위조죄의 성부

증거위조죄는 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 위조한 경우에 성립한다. 여기서 '위조'란 문서에 관한 죄에 있어서의 위조 개념과는 달리 새로운 증거의 창조를 의미하는 것이다(대판 2011.7.28. 2010도2244).

허위진술이 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 위조한 것에 해당되느냐가 문제되나 판례에 의하면, 형법 제155조 제1항에서 타인의 형사사건에 관한 증거를 위조한다 함은 증거 자체를 위조함을 말하는 것을 말한다고 한다. 이에 따르면 을이 단순히 허위로 진술한 것은 증거위조죄의 구성요건해당성이 없다.

Ⅲ. 갑의 죄책

1. 범인도피교사죄의 성부

(1) 문제점

도피행위의 성질상 범인도피죄의 객체는 범인 자신이 아닌 타인이라고 보아야 하므로 범인 자신의 자기도피는 범인도피죄의 구성요건에 해당하지 않는다. 그런데, 범인이 제3자를 교사하여 자신을 도피하게 한 경우에 범인도피죄의 교사범으로 처벌할 수 있는가 문제된다.

(2) 판례의 태도

판례에 의하면, 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당한다고 하며, 이 경우 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 또는 동거 가족에 해당한다 하여 달리 볼 것은 아니라고 하면서, 무면허 운전으로 사고를 낸 사람이 동생을 경찰서에 대신 출두시켜 피의자로 조사받도록 한 행위는 범인도피교사죄를 구성한다고 하였다(대판 2006.12.7. 2005도3707).

(3) 검토

범인 자신은 본죄의 주체가 되지 않는다 하더라도 타인의 범죄를 유발하는 것까지 정당화될 수는 없다고 보아야 하므로 자기비호권의 남용행위가 있는 경우 범인도피죄의 교사범을 인정하는 판례의 입장이 타당하다고 본다. 설령 을의 범인도피행위가 책임이 조각된다고 하더라도 구성요건과 위법성이 인정되는 한 공범성립은 가능하다고 보아야 한다(제한적 중속형식).

2. 기타의 범죄

구성요건해당성이 부정되는 을의 자기무고, 위계에 의한 공무집행방해, 증거위조죄 등에 대해서는 공범종속성에 의해 갑에게 교사범이 성립할 수 없다.

갑의 무면허운전으로 사고를 낸 행위에 대해서는 도로교통법상 무면허운전죄(도로교통법 제 152조 제1호), 업무상과실손괴죄(도로교통법 제151조)에 해당되며 양 죄는 실제적 경합범의 관계에 있다(대판 2010.1.14. 2009도10845).

IV. 사안의 해결

을의 행위는 범인도피죄의 구성요건해당성, 위법성이 인정되나 친족간의 특례에 의해 책임이 조각되며, 갑은 자기비호권의 남용에 해당하는 경우로서 범인도피교사범의 죄책을 지며(형법 제 151조 제1항, 제31조 제1항), 도로교통법상 무면허운전죄, 업무상과실손괴죄와 실제적 경합범관계이다.

【문 3】 甲과 A는 각각 한국과 프랑스에서 따로 살며 이혼소송 중인 부부이고 자녀인 아동 B(만 5세)는 프랑스에서 A와 함께 생활하였는데, 甲이 B를 면접교섭하기 위하여 B를 보호·양육하던 A로부터 B를 인계받아 국내로 데려온 후 면접교섭 기간이 종료하였음에도 B를 데려다주지 아니한 채 A와 연락을 두절한 후 법원의 유아인도명령 등에도 불응하였다. 甲의 죄책을 논하시오. (10점)

면접교섭 기간이 종료하였음에도 을을 데려다주지 아니한 사건 (대판 2021.9.9. 2019도 16421)

[1] 미성년자약취죄의 구성요건요소로서 ‘약취’의 의미 및 약취에 해당하는지 판단하는 기준

형법 제287조의 미성년자약취죄의 구성요건요소로서 약취란 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 수단으로 사용하여 피해자를 그 의사에 반하여 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈시켜 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮기는 행위를 의미하고, 구체적 사건에서 어떤 행위가 약취에 해당하는지 여부는 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 수단과 방법, 피해자의 상태 등 관련 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

[2] 부모가 이혼하였거나 별거하는 상황에서 미성년의 자녀를 부모의 일방이 평온하게 보호·양육하고 있는데, 상대방 부모가 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 행사하여 그 보호·양육 상태를 깨뜨리고 자녀를 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮긴 행위가 미성년자에 대한 약취죄를 구성하는지 여부(적극)

미성년자를 보호·감독하는 사람이라고 하더라도 다른 보호감독자의 보호·양육권을 침해하거나 자신의 보호·양육권을 남용하여 미성년자 본인의 이익을 침해하는 때에는 미성년자에 대한 약취죄의 주체가 될 수 있으므로, 부모가 이혼하였거나 별거하는 상황에서 미성년의 자녀를 부모의 일방이 평온하게 보호·양육하고 있는데, 상대방 부모가 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 행사하여 그 보호·양육 상태를 깨뜨리고 자녀를 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮긴 경우

그와 같은 행위는 특별한 사정이 없는 한 미성년자에 대한 약취죄를 구성한다.

- [3] 피고인과 갑은 각각 한국과 프랑스에서 따로 살며 이혼소송 중인 부부로서 자녀인 피해아동 을(만 5세)은 프랑스에서 갑과 함께 생활하였는데, 피고인이 을을 면접교섭하기 위하여 그를 보호·양육하던 갑으로부터 을을 인계받아 국내로 데려온 후 면접교섭 기간이 종료하였음에도 을을 데려다주지 아니한 채 갑과 연락을 두절한 후 법원의 유아인도명령 등에도 불응한 사안에서, 피고인은 을을 향후 계속하여 보호·양육함으로써 기존의 자유로운 생활 및 보호관계로부터 이탈시켜 자신의 사실상 지배하에 두기 위한 목적으로 을의 반환을 거부한 것으로 보이는 점, 을은 당시 만 5세에 불과한 유아였고 을이 돌아가야 하는 곳은 외국인 프랑스였으므로, 피고인이 작위의무를 이행하여 을을 데려다주지 않으면 을 스스로는 자유로운 생활 및 보호관계로부터의 이탈이라는 위협에 대처할 수 있는 능력이 없는 상태였던 점, 피고인은 장기간 프랑스 법원의 양육자 지정 결정뿐 아니라 국내 법원의 양육자 지정 및 유아인도 심판, 그 이행명령, 면접교섭 사전처분 등 각종 결정을 지속적으로 위반한 점 등의 여러 사정을 종합하면, 피고인의 행위는 불법적인 사실상의 힘을 수단으로 을을 그 의사와 복리에 반하여 자유로운 생활 및 보호관계로부터 이탈시켜 자기의 사실상 지배하에 옮긴 적극적 행위와 형법적으로 같은 정도의 행위로 평가할 수 있으므로 형법 제287조 미성년자약취죄의 약취행위에 해당한다.

【문 4】 甲은 재력이 행세를 하면서 사실은 X토지를 매입하거나 토지거래허가 등 절차를 진행할 의사나 능력이 없음에도, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 허가 등 업무에 관한 지식이 없는 X토지 소유자인 A에게 토지거래허가에 필요한 서류라고 거짓말하여 X토지에 관한 근저당권설정계약서에 서명·날인하게 하고, A의 인감증명서를 교부받은 다음, 이를 이용하여 돈을 차용하면서 X토지에 관하여 근저당권을 대부업자들 앞으로 설정하여 주었다. 甲의 죄책을 논하시오. [15점]

I. 쟁점의 정리

갑이 A의 서명, 날인을 받아 돈을 차용한 행위에 대해서는 사기죄(형법 제347조)의 성부가 문제된다. 갑의 A에 대한 사기죄와 관련해서는 A의 서명·날인을 사취한 경우 A의 처분행위가 인정되는지 여부가 문제되며 인감증명서의 교부와 관련해서는 인감증명서가 사기죄의 객체인 재물에 해당하는지 여부가 문제된다. 갑의 대부업자들에 대한 사기죄와 관련해서는 A의 서명·날인이 기망에 의하여 부진정하게 작성된 것임을 대부업자들에게 숨기고 근저당권을 설정한 것이 사기죄에서의 기망행위에 해당하는지 여부가 문제된다.

갑이 근저당권설정계약서를 작성하고 근저당권설정등기를 한 행위와 관련하여, 문서에 관한 죄로서 사문서위조죄(형법 제231조) 및 동행사죄(형법 제234조), 공정증서원본등불실기재죄(형법 제228조) 및 동행사죄(형법 제229조)의 성부가 문제되며, 인감증명서를 이용한 행위에 대해 공문서부정행사죄(형법 제230조)의 성부가 문제된다.

II. 사기죄의 성부

1. A에 대한 사기죄의 성부

(1) 사기죄의 성립요건

사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립하는 범죄이다. 사기죄는 ① 기망행위, ② 피기망자의 착오, ③ 처분행위, ④ 재물 또는 재산상 이익의 취득을 요하며, 그 사이에 인과관계가 있어야 한다. 재산상 손해의 발생은 요하지 않는다는 것이 판례이다.

기망이라 함은 널리 거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말한다. 처분행위라 함은 직접적으로 재산상의 손해를 초래하는 행위를 말한다.

(2) 서명·날인의 사취와 사기죄의 성부

1) 처분의사의 문제

사기죄에서 처분의사란 자기의 행위로 인하여 처분행위를 한다는 피기망자의 인식을 말한다. 처분행위에 처분의사를 요하느냐에 대해 견해대립이 있으나, 주관적 의사 없는 행위는 행위라고 할 수 없고 사기죄와 절도죄를 구별하기 위해서는 처분의사가 필요하다고 보는 것이 판례·통설이다.

사안의 경우 A는 토지거래허가에 필요한 서류인 줄 알고 서명·날인을 하였던 바, 이른바 '서명사취'사기는 피기망자가 처분문서에 대한 자신의 서명 또는 날인행위가 초래하는 결과를 인식하지 못하는 특수성이 있다.

어려한 경우에 처분의사가 있다고 볼 수 있는지 문제된다.

2) 판례의 태도

종래 대법원은 피해자가 기망을 당하여 자신에게 재산상 손해를 초래하는 행위를 하였다고 하더라도 그로써 생겨나는 결과에 대한 인식이 없으면 처분행위가 인정될 수 없기 때문에 사기죄는 성립하지 않는다고 보았으나 다음과 같이 판례를 변경하였다..

피기망자가 행위자의 기망행위로 인하여 착오에 빠진 결과 내심의 의사와 다른 효과를 발생시키는 내용의 처분문서에 서명 또는 날인함으로써 처분문서의 내용에 따른 재산상 손해가 초래되었다면 그와 같은 처분문서에 서명 또는 날인을 한 피기망자의 행위는 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당하며, 아울러 비록 피기망자가 처분결과, 즉 문서의 구체적 내용과 법적 효과를 미처 인식하지 못하였더라도, 어떤 문서에 스스로 서명 또는 날인함으로써 처분문서에 서명 또는 날인하는 행위에 관한 인식이 있었던 이상 피기망자의 처분의사 역시 인정된다는 것이다(대판 2017.2.16. 2016도13362 전합).

3) 검토

사기죄에서 피기망자의 처분의사는 기망행위로 착오에 빠진 상태에서 형성된 하자 있는 의사이므로 불완전하거나 결함이 있을 수밖에 없다. 처분행위의 법적 의미나 경제적 효과 등에 대한 피기망자의 주관적 인식과 실제로 초래되는 결과가 일치하지 않는 것이 오히려 당연하고, 이 점이 사기죄의 본질적 속성이다.

또한, 피기망자에게 자신의 행위로 인한 결과에 대한 인식이 있는 경우에만 처분의사를 인정할 수 있다고 한다면, 행위자가 교묘하고 지능적인 수법을 사용하는 바람에 피기망자가 자신의 행위

가 낱을 결과를 인식하지 못할 정도로 심하게 착오에 빠질수록 오히려 처분의사가 부정될 가능성이 높아지게 될 것이다. 이는 수궁하기 어려운 것이다.

따라서 처분의사는 결과에 대한 인식까지는 불요하다는 판례의 입장이 타당하다.

4) 사안의 경우

甲은 토지거래허가를 받기 위해 필요한 서류라고 속여서 A를 기망하였다. 착오에 빠진 A는 근저당권설정계약서인 줄 모르고 서명·날인하여 처분행위를 하였고 이에 따라 갑은 재산상 이익을 취득한 것으로 보인다. 이러한 갑의 행위는 사기죄의 구성요건에 해당하고, 별도의 위법성조각사유와 책임조각사유가 없으므로 사기죄가 성립한다.

(3) 인감증명서에 대한 사기죄의 성부

1) 인감증명서의 재물성

판례에 의하면, 인감증명서는 인감과 함께 소지함으로써 인감 자체의 동일성을 증명함과 동시에 거래행위자의 동일성과 거래행위가 행위자의 의사에 의한 것임을 확인하는 자료로서 개인의 권리의무에 관계되는 일에 사용되는 등 일반인의 거래상 극히 중요한 기능을 가진다. 따라서 그 문서는 다른 특별한 사정이 없는 한 재산적 가치를 가지는 것이어서 형법상의 '재물'에 해당한다고 할 것이다(대판 2011.11.10. 2011도9919).

2) 검토 및 사안의 경우

갑은 A가 소지하던 인감증명서를 기망에 의하여 교부받았으며, 위 인감증명서에 대한 편취의 고의도 인정하기에 충분하므로, 갑의 행위는 재물의 편취에 의한 사기죄의 구성요건에 해당하고 별도의 위법성조각사유와 책임조각사유가 없으므로 사기죄가 성립한다.

(4) 죄수판단

서명·날인의 사취로 인한 사기죄와 인감증명서에 대한 사기죄는 피해자가 동일하고 부동산에 대해 근저당권을 설정하기 위한 일련의 행위에 해당하므로 포괄하여 사기죄 1죄가 된다고 본다.

3. 대부업자들에 대한 사기죄의 성부

(1) 사기죄에서의 기망행위

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

(2) 사안의 경우

A의 근저당권설정 계약서상의 의사표시에는 하자가 있음에도 불구하고 그러한 사정을 모르고

대부업자들은 갑에게 돈을 빌려 주었다. 대부업자들은 A가 근저당권을 설정한다는 내심의 의사가 없다는 점에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래관계를 맺지 아니하였을 것이 경험칙상 명백하므로 갑이 이와 같은 사실을 대부업자들에게 묵비한 것은 사기죄에서의 기망행위에 해당한다.

따라서 갑의 행위는 차용금에 대한 사기죄의 구성요건에 해당하고 별도의 위법성조각사유와 책임조각사유가 없으므로 사기죄가 성립한다.

사기죄의 죄수는 피해자별로 수죄에 해당하므로 대부업자들에 대한 수개의 사기죄가 성립하며 각 사기죄는 상상적 경합범 관계에 있다.

Ⅲ. 문서에 관한 죄의 성부

1. 사문서위조죄 및 동행사죄의 성부

사문서위조죄는 행사할 목적으로 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 사문서를 위조함으로써 성립하는 범죄이다. 위조란 작성권한 없는 자가 타인명의를 모용하여 문서를 작성하는 것을 말한다.

위조는 명의인을 기망하여 간접정범의 형태로도 범할 수 있다. 판례에 의하면, 권리의무에 관한 사문서인 타인명의로의 문서를 작성한 후 마치 이를 다른 내용의 문서인 것처럼 그 타인에게 제시하여 날인을 받은 후 이를 사용한 사안에서 사문서위조죄가 성립한다(대판 1983.6.28. 83도1036).

사안의 경우 갑이 A를 기망하여 A명의로의 근저당권설정계약서에 서명, 날인토록 하는 것은 A를 도구로 이용한 사문서위조죄를 구성한다.

위조사문서행사죄에서 행사란 위조된 문서를 진정한 문서로 사용하는 것을 말하는데 갑이 위조 문서를 대부업자들에 이용한 행위는 위조사문서행사죄(형법 제234조)에 해당한다.

2. 공정증서원본등불실기재죄 및 동행사죄의 성부

공정증서원본등불실기재죄는 공무원에 대하여 허위신고를 하여 공정증서원본 또는 이와 동일한 전자기록등 특수매체기록이나 이에 준하는 공문서에 불실의 사실을 기재하게 함으로써 성립하는 범죄이다.

본죄의 공정증서란 공무원이 직무상 작성하는 문서로서 권리의무에 관한 사실을 증명하는 효력을 갖는 것을 말한다. 부동산등기부는 본죄의 객체에 해당한다. '허위의 신고'라 함은 진실에 반하는 사실을 신고하는 것을 말하며, 신고를 받은 공무원이 허위임을 몰라야 한다. '불실의 기재'라 함은 진실에 반하는 내용을 기재하게 하는 것을 말한다.

사안의 경우, A에게 근저당권 설정의사가 없음에도 서류를 위조하여 무효인 근저당권등기를 경료케 하는 것은 공정증서원본등불실기재죄에 해당하고 이를 비치케 한 것은 동행사죄에 해당된다.

3. 공문서부정행사죄의 성부

갑이 A의 인감증명서를 대부업자들에 이용한 행위가 공문서부정행사죄에 해당하는지 문제된다.

공문서부정행사죄는 사용권한자와 용도가 특정되어 작성된 공문서를 사용권한 없는 자가 사용권한이 있는 것처럼 가장하여 사용하거나 또는 권한있는 자라도 정당한 용법에 반하여 부정하게

행사하는 경우에 인정된다. 그런데 인감증명서는 그 사용 용도가 한정된 공문서가 아니므로 본죄의 객체가 될 수 없다.

IV. 사안의 해결

갑에게는 ① A에 대한 사기죄, ② 대부업자들에 대한 각 사기죄의 상상적 경합범, ③ 사문서위조 및 동행사죄, ④ 공정증서위본등불실기재죄 및 동행사죄에 해당된다. 위 ①②③④의 각 범죄간의 관계는 실체적 경합범의 관계에 있다.

[문 5] 甲은 알 수 없는 경위로 A의 ‘히트’ 거래소 가상지갑에 들어 있던 199.999비트코인(이하 ‘이 사건 비트코인’이라 한다)을 자신의 계정으로 이체받았는데, 착오로 이체된 이 사건 비트코인을 반환하지 않고, 그중 29.998비트코인을 자신의 다른 계정으로 이체하였다. 甲에 대한 횡령죄 및 배임죄 성립 여부에 관하여 논하시오. [15점]

피고인이 알 수 없는 경위로 피해자의 비트코인을 자신의 계정으로 이체 받은 후 자신의 다른 계정으로 이체한 사건 (대판 2021.12.16. 2020도9789)

[1] 가상자산 권리자의 착오나 가상자산 운영 시스템의 오류 등으로 법률상 원인관계 없이 다른 사람의 가상자산 전자지갑에 가상자산이 이체된 경우, 가상자산을 이체받은 사람이 신임관계에 기초하여 가상자산을 보존하거나 관리하는 지위에 있는지 여부(소극) / 가상자산이 ‘재산상 이익’에 해당하는지 여부(적극) 및 가상자산에 대해 형법을 적용하면서 법정화폐와 동일하게 보호해야 하는지 여부(소극) / 원인불명으로 재산상 이익인 가상자산을 이체받은 자가 가상자산을 사용·처분한 경우, 신의칙을 근거로 배임죄로 처벌할 수 있는지 여부(소극)

가상자산 권리자의 착오나 가상자산 운영 시스템의 오류 등으로 법률상 원인관계 없이 다른 사람의 가상자산 전자지갑에 가상자산이 이체된 경우, 가상자산을 이체받은 자는 가상자산의 권리자 등에 대한 부당이득반환의무를 부담하게 될 수 있다. 그러나 이는 당사자 사이의 민사상 채무에 지나지 않고 이러한 사정만으로 가상자산을 이체받은 사람이 신임관계에 기초하여 가상자산을 보존하거나 관리하는 지위에 있다고 볼 수 없다.

가상자산은 국가에 의해 통제받지 않고 블록체인 등 암호화된 분산원장에 의하여 부여된 경제적인 가치가 디지털로 표상된 정보로서 재산상 이익에 해당한다. 가상자산은 보관되었던 전자지갑의 주소만을 확인할 수 있을 뿐 그 주소를 사용하는 사람의 인적사항을 알 수 없고, 거래 내역이 분산 기록되어 있어 다른 계좌로 보낼 때 당사자 이외의 다른 사람이 참여해야 하는 등 일반적인 자산과는 구별되는 특징이 있다. 이와 같은 가상자산에 대해서는 현재까지 관련 법률에 따라 법정화폐에 준하는 규제가 이루어지지 않는 등 법정화폐와 동일하게 취급되고 있지 않고 그 거래에 위험이 수반되므로, 형법을 적용하면서 법정화폐와 동일하게 보호해야 하는 것은 아니다.

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

[2] 피고인이 알 수 없는 경위로 갑의 특정 거래소 가상지갑에 들어 있던 비트코인을 자신의 계정으로 이체받은 후 이를 자신의 다른 계정으로 이체하여 재산상 이익을 취득하고 갑에게 손해를 가하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 예비적 공소사실로 기소된 사안에서, 비트코인이 법률상 원인관계 없이 갑으로부터 피고인 명의의 전자지갑으로 이체되었다도 피고인이 신임관계에 기초하여 갑의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없는 이상 갑에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하지 않는다.

〈판결 이유〉

- 가. 대법원은 타인의 사무를 처리하는 자라고 하려면, 타인의 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인을 위하여 대행하는 경우와 같이 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호하거나 관리하는 데에 있어야 한다고 함으로써, 배임죄의 성립 범위를 제한하고 있다. 이 사건과 같이 가상자산을 이체 받은 경우에는 피해자와 피고인 사이에 신임관계를 인정하기가 쉽지 않다.
- 나. 가상자산은 국가에 의해 통제받지 않고 블록체인 등 암호화된 분산원장에 의하여 부여된 경제적 가치가 디지털로 표상된 정보로서 재산상 이익에 해당한다(대법원 2021. 11. 11. 선고 2021도9855 판결 참조). 가상자산은 보관되었던 전자지갑의 주소만을 확인할 수 있을 뿐 그 주소를 사용하는 사람의 인적사항을 알 수 없고, 거래 내역이 분산 기록되어 있어 다른 계좌로 보낼 때 당사자 이외의 다른 사람이 참여해야 하는 등 일반적인 자산과는 구별되는 특징이 있다. 이와 같은 가상자산에 대해서는 현재까지 관련 법률에 따라 법정화폐에 준하는 규제가 이루어지지 않는 등 법정화폐와 동일하게 취급되고 있지 않고 그 거래에 위험이 수반되므로, 형법을 적용하면서 법정화폐와 동일하게 보호해야 하는 것은 아니다.
- 다. 원인불명으로 재산상 이익인 가상자산을 이체 받은 자가 가상자산을 사용·처분한 경우 이를 형사처벌하는 명문의 규정이 없는 현재의 상황에서 착오송금 시 횡령죄 성립을 긍정한 판례(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도891 판결 등 참조)를 유추하여 신의칙을 근거로 피고인을 배임죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반한다. 이 사건 비트코인이 법률상 원인관계 없이 피해자로부터 피고인 명의의 전자지갑으로 이체되었다도 피고인이 신임관계에 기초하여 피해자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없는 이상, 피고인을 피해자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없다.

【문 6】 甲은 자신 명의 계좌의 통장과 위 계좌와 연결된 체크카드를 보이스피싱 조직원 乙에게 양도한 후, 丙이 乙의 기망에 속아 위 계좌로 송금한 금원을 위 계좌와 연결된 별도의 체크카드를 이용하여 임의로 인출하였다. 이 경우 甲에게 乙, 丙에 대한 횡령죄가 성립하는지 여부에 관하여 논하시오. [15점]

I. 병에 대한 횡령죄의 성부

1. 문제점

갑의 횡령죄의 성부는 을의 사기범행을 알고 양도하여 사기죄의 방조범이 되는 경우인지 아닌지에 따라 결론을 달리한다. 문제는 병에 대한 신임관계를 인정할 수 있는지 여부이다.

2. 횡령죄의 성립요건

(1) 횡령죄에서의 신임관계

횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 반환을 거부함으로써 성립하는 범죄이다(형법 제355조 제1항). 횡령죄의 주체는 위탁관계에 의하여 타인의 재물을 보관하는 자이다. 횡령죄에서의 보관은 행위자 자신이 위탁관계에 기하여 사실상 또는 법률상 재물을 지배하는 것을 말하며 진정신분범에서의 구성적 신분요소로서의 의미를 갖는다.

판례에 의하면, 횡령죄에서의 위탁관계는 계약뿐만 아니라 사무관리·관습·조리·신의칙에 의해서도 인정될 수 있으며 사실상의 신임관계로 족하다. 그러나 위탁관계가 사회질서에 반하여 보호할 가치가 없는 경우에는 횡령죄는 성립할 여지가 없다(대판 1999.6.11. 99도275).

(2) 판례의 태도

- ① 계좌명의인이 사기의 공범이라면 자신이 가담한 범행의 결과 피해금을 보관하게 된 것일 뿐이어서 피해자와 사이에 위탁관계가 없고, 그가 송금·이체된 돈을 인출하더라도 이는 자신이 저지른 사기범행의 실행행위에 지나지 아니하여 새로운 범익을 침해한다고 볼 수 없으므로 사기죄 외에 별도로 횡령죄를 구성하지 않는다(대판 2017.5.31. 2017도3045).
- ② 계좌명의인이 사기죄의 방조범이 되지 않는 경우 사기죄의 피해자와 사이에 아무런 법률관계 없이 송금·이체된 사기피해금 상당의 돈을 피해자에게 반환하여야 하므로, 피해자를 위하여 사기피해금을 보관하는 지위에 있다고 보아야 하고, 만약 계좌명의인이 그 돈을 영득할 의사로 인출하면 피해자에 대한 횡령죄가 성립한다(대판 2018.7.19. 2017도17494 전합).

(3) 검토

- ① 피해자를 기망하여 사기범행을 행하였다면 사기죄로 처벌될 뿐이고 사기죄의 공범과 피해자 사이에 보호할 가치 있는 신임관계가 발생한다고 볼 수는 없다. 따라서 갑이 사기죄의 공범이 되는 경우라면 병에 대한 횡령죄는 성립할 여지가 없다.
- ② 만약 갑이 을의 보이스포싱 사기범행을 전혀 인지하지 못하고 있다가 자신의 계좌에 사기피해자의 돈이 입금된 경우라면 아무런 원인관계 없이 돈이 잘못 송금된 경우와 마찬가지로 갑은 병에게 돈을 반환해 주어야 할 신의칙상 의무를 진다 할 것이다. 따라서 갑이 불법영득의사를 가지고 임의로 인출하였다면 횡령죄의 구성요건에 해당하고 별도의 위법성조각사유나 책임조각사유가 없으므로 횡령죄가 성립한다.

II. 을에 대한 횡령죄의 성부

1. 문제점

갑이 을에 대한 횡령죄의 죄책을 지려면 보이스포싱으로 송금된 돈이 을의 소유물로 인정되고 갑과 을 사이에 보호할 가치있는 신임관계가 인정될 수 있어야 하는 바 이를 검토하기로 한다.

2. 판례의 태도

판례에 의하면, 사기범이 접근매체를 이용하여 그 돈을 인출할 수 있는 상태에 이르렀다고 하더

라도 사기범이 그 돈을 취득하였다는 것은 아니며 또한 계좌명의인과 전기통신금융사기의 범인 사이의 관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치가 있는 위탁관계가 아니므로 계좌명의인의 인출행위는 전기통신금융사기의 범인에 대한 관계에서는 횡령죄가 되지 않는다고 본다(대판 2018.7.19. 2017도17494 전합).

3. 검토

갑이 을에게 예금계좌에 연결된 접근매체를 양도하였다 하더라도 은행에 대하여 여전히 예금계약의 당사자로서 예금반환청구권을 가지는 이상 그 계좌에 송금·이체된 돈이 을에게 귀속되었다고 볼 수는 없다. 계좌명의인과 사기범 사이의 관계를 횡령죄로 보호하는 것은 그 범행으로 송금·이체된 돈을 사기범에게 귀속시키는 결과가 되어 옳지 않다. 따라서 을에 대한 횡령죄는 성립하지 않는다고 본다.

【문 7】 甲은 A와 고등학교 동창관계인 사람이다. 甲은 본인이 A로부터 사기범행을 당했던 사실과 관련하여 2019년 1월 초순경 고등학교 동창 10여명이 참여하는 단체 카카오톡 채팅방에 “A가 내 돈을 갚지 못해 사기죄로 감방에서 몇 개월 살다가 나왔다. 집에서도 포기한 애다. 너희들도 조심해라.”라는 내용의 글을 올렸다. 甲의 A에 대한 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)죄 성립여부에 관하여 논하시오. [10점]

고등학교 동창 관계인 피해자가 피고인에 대한 사기 범행으로 구속되었던 사실을 피고인이 다른 동창들에게 드러낸 행위와 관련하여 ‘비방할 목적’이 인정되는지 다투어진 사건 (대판 2022.7.28. 2022도4171)

[1] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제1항 명예훼손죄의 구성요건 중 비방할 목적이 있는지와 피고인이 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트릴 만한 것인지가 별개의 구성요건인지 여부(적극) 및 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트리는 것이면 비방할 목적이 당연히 인정되는지 여부(소극) / 위 규정에서 정한 모든 구성요건에 대한 증명책임 소재(=검사) / ‘비방할 목적’의 판단 기준 및 ‘공공의 이익’을 위한 것과의 관계 / 드러낸 사실이 ‘공공의 이익’에 관한 것인지 판단하는 기준 / 행위자의 주요한 동기와 목적인 공공의 이익에 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 포함되어 있는 경우, 비방할 목적의 유무(소극)

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제1항은 “사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 정한다. 이 규정에 따른 범죄가 성립하려면 피고인이 공공연하게 드러낸 사실이 다른 사람의 사회적 평가를 떨어트릴 만한 것임을 인식해야 할 뿐만 아니라 사람을 비방할 목적이 있어야 한다. 비방할 목적이 있는지는 피고인이 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트릴 만한 것인지와 별개의 구성요건으로서, 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트리는 것이라고 해서 비방할 목적이 당연히 인정되는 것은 아니다. 그리고 이 규정에서 정한 모든 구성요건에 대한 증명책임은 검사에게 있다.

‘비방할 목적’은 드러낸 사실의 내용과 성질, 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 표현의 방법 등 표현 자체에 관한 여러 사정을 감안함과 동시에 그 표현으로 훼손되는 명예의 침해 정도 등을

비교·형량하여 판단해야 한다. 이것은 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도라는 방향에서 상반되므로, 드러낸 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부정된다. 여기에서 '드러낸 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우'란 드러낸 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 드러낸 것이어야 한다. 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 그 밖에 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다. 그 사실이 공공의 이익에 관한 것인지는 명예훼손의 피해자가 공무원 등 공인인지 아니면 사인에 불과한지, 그 표현이 객관적으로 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로 사회의 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지, 피해자가 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지 여부, 그리고 표현으로 훼손되는 명예의 성격과 침해의 정도, 표현의 방법과 동기 등 여러 사정을 고려하여 판단해야 한다. 행위자의 주요한 동기와 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 포함되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다.

- [2] 피고인이 고등학교 동창인 갑으로부터 사기 범행을 당했던 사실과 관련하여 같은 학교 동창 10여 명이 참여하던 단체 채팅방에서 '갑이 내 돈을 갚지 못해 사기죄로 감방에서 몇 개월 살다가 나왔다. 집에서 포기한 애다. 너희들도 조심해라.'라는 내용의 글을 게시함으로써 갑의 명예를 훼손하였다고 하여 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)으로 기소된 사안에서, 피고인이 드러낸 사실의 내용, 게시 글의 작성 경위와 동기 등 제반 사정을 종합하면, 게시 글은 채팅방에 참여한 고등학교 동창들로 구성된 사회집단의 이익에 관한 사항으로 볼 수 있고, 피고인이 게시 글을 채팅방에 올린 동기나 목적에는 자신에게 재산적 피해를 입힌 갑을 비난하려는 목적도 포함되었다고 볼 수 있으나, 갑으로 인하여 동창 2명이 재산적 피해를 입은 사실에 기초하여 갑과 교류 중인 다른 동창생들에게 주의를 당부하려는 목적이 포함되어 있고, 실제로 게시 글의 말미에 그러한 목적을 표시하였으므로, 피고인의 주요한 동기와 목적은 공공의 이익을 위한 것으로 볼 여지가 있고 피고인에게 갑을 비방할 목적이 있다는 사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 볼 수 없다.