

2021년 테마 형법 판례 · 기출정보판 정오표

- 헌법재판소가 헌법불합치 결정(임산부의 자기낙태죄와 의사낙태죄)을 내린 업무상 촉탁낙태죄(의사 낙태죄)는 소급해 효력이 없으므로 이를 근거로 낙태 시술을 한 의사를 처벌하지 못한다는 대법원 판결(대판 2021.2.25, 2020도12108)과,
 - 양(2)자간 명의신탁 : 부동산실명법에 위반한 양자간 명의신탁의 경우 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다는 전원합의체 판결(대판 2021.2.18, 2016도18761 전원합의체 ∴ 부동산실명법에 위반하여 명의신탁자가 그 소유인 부동산의 등기명의를 명의수탁자에게 이전하는 이른바 양자간 명의신탁의 경우, 계약인 명의신탁약정과 그에 부수한 위임약정, 명의신탁약정을 전제로 한 명의신탁 부동산 및 그 처분대금 반환약정은 모두 무효이므로 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 위탁관계라는 것은 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다. 따라서 말소등기의무의 존재나 명의수탁자에 의한 유효한 처분가능성을 들어 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수도 없다.) 등을 반영한 정오표입니다.
- ▶ 주의 : 종중 소유인 부동산의 등기명의를 명의수탁자에게 이전하는 경우에는 부동산실명법 특례조항(부동산실명법 제8조 제1호)에 따라 부동산실명법이 적용되지 않아 명의신탁 약정은 유효하므로 종중부동산 명의신탁 관련 기존 판례(2010도10500 전원합의체)는 그대로 유지됨.

〈총론 II 권〉

p.58(2020년 테마형법 p.55)

문제 2번 해설 ② 교체

② × : 업무상 촉탁낙태죄 ×, 살인죄 ○(대판 2021.2.25, 2020도12108)

p.67(2020년 테마형법 p.62)

도표 “필요적 공범의 분류” “대항범” 2번째 박스 내용 중 일부 삭제(“자기낙태죄와 업무상 동의낙태죄” 삭제)

대 항 범	2인 이상의 행위자가 서로 다른 방향에서 동일한 목표를 실현함으로써 성립하는 범죄를 말한다. 15. 변호사시험	쌍방의 법정형이 같은 경우 17. 경찰간부	• 도박죄(제246조) • 인신매매죄(제289조) • 아동학사죄(제274조)
		쌍방의 법정형이 다른 경우 13. 법원행시	• 뇌물죄에 있어서 수뢰자(제129조)와 증뢰자(제133조) • 배임수증죄에 있어서 배임수재자와 증재자(제357조)
		일방만 처벌되는 경우	• 음화 등 반포 · 판매 · 임대죄(제243조) • 촉탁 · 승낙살인죄 • 범인은닉죄

p.71(2020년 테마형법 p.66)

문제 01번 지문 ② 및 해설 ② 전부 삭제

p.170(2020년 테마형법 p.154)

관련판례 “4. 부동산 명의신탁의 경우” 일부 추가 및 수정

4. 부동산 명의신탁의 경우

- ① 중중 소유의 부동산을 명의신탁 받아 보관 중이던 부동산 명의수탁자가 명의신탁자의 승낙 없이 제3자에게 근저당설정등기를 경료한 후에 다시 피해자의 승낙 없이 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하거나 해당부동산을 매각(매도)한 경우에 후행행위는 불가벌적 사후행위로 볼 수 없고, 별도로 횡령죄를 구성한다(대판 2013.2.21, 2010도10500 전원합의체 **예** 피해자 甲중중으로부터 중중 소유의 토지를 명의신탁받아 보관 중이던 피고인 乙이 자신의 개인 채무 변제에 사용할 돈을 차용하기 위해 위 토지에 근저당권을 설정하였는데, 그 후 피고인 乙, 丙이 공모하여 위 토지를 丁에게 매도한 경우 ⇨ 횡령죄 ○+횡령죄 ○). 12. 경찰승진, 14·15·17. 법원행시, 15. 순경 3차, 16·20. 변호사시험, 18. 경찰간부·순경 1차, 20. 법원직·7급 검찰

▶ **비교판례** : 중중으로부터 명의신탁 받아 보관 중이던 토지를 임의로 매각하여 이를 횡령한 후 그 매각대금을 이용하여 다른 토지를 취득하였다가 이를 제3자에게 담보로 제공한 경우 ⇨ 명의신탁 토지에 대한 횡령죄와 별개의 횡령죄 구성 ×(대판 2006.10.13, 2006도4034 ∴ 후의 행위는 횡령한 물건을 처분한 대가로 취득한 물건을 이용한 것에 불과함) 15. 사시

- ② 중간생략등기형 명의신탁의 경우 명의수탁된 부동산에 대한 토지수용보상금의 일부를 소비하고(횡령죄 ×), 수용되지 않은 나머지 부동산 전체에 대한 반환을 거부한 경우(횡령죄 ×)(대판 2016.5.19, 2014도6992 전원합의체) 04. 입시, 09. 경찰승진, 11. 순경·9급 검찰, 12. 변호사시험, 16. 사시

p.175(2020년 테마형법 p.159)

문제 07번 지문 ② 일부 교체

- ② 중중의 부동산을 보관 중인 자가 그 부동산에 근저당권설정등기를 마침으로써 횡령행위가 기수에 이른 후 해당 부동산을 매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 법익침해의 결과를 발생시켰다면, 특별한 사정이 없는 한 불가벌적 사후행위가 아니라 별도의 횡령죄가 성립한다.

p.175(2020년 테마형법 p.159)

문제 08번 지문 ㉔ 및 해설 ㉔ 일부 추가

- ㉔ 중중으로부터 명의신탁받아 보관 중이던 토지를 피해자의 승낙 없이 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 준 경우 횡령죄가 성립하고, 그 후 또 다시 다른 사람에게 근저당권설정등기를 경료해 준 것이라면 이는 새로운 법익을 침해하는 행위에 해당하지 않아 별도의 횡령죄를 구성하지 않는다.

〈해설〉

㉔ × : 중중으로부터 명의신탁받아 보관 중이던 토지를 피해자의 승낙 없이 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 준 경우 횡령죄가 성립하고, 그 후 또 다시 다른 사람에게 근저당권설정등기를 경료해 준 것이라면 이는 새로운 법익을 침해하는 행위에 해당하므로 별도의 횡령죄를 구성한다(대판 2013.2.21, 2010도10500 전원합의체).

p.220(2020년 테마형법 p.201<문제 27번>)

문제 32번 지문 ㉔ 일부 추가

- ㉔ 중중 소유의 부동산을 명의신탁 받아 보관 중이던 부동산의 명의수탁자가 신탁자의 승낙 없이 A 앞으로 근저당권설정등기를 경료하였다가 말소한 다음 B 앞으로 소유권이전등기를 마친 경우 B에의 매매나 이에 따른 소유권이전등기는 횡령물의 처분행위로서 불가벌적 사후행위에 해당한다.

〈각론 I 권〉

p.54(2020년 테마형법 p.50)

상단 “주의” 교체

🌸 **주의** : 헌법재판소가 임신부의 자기낙태죄(제269조 제1항)와 의사낙태죄(제270조 제1항 : 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 의사를 처벌)에 대해 헌법불합치결정을 선고하면서 개정시한(2020년 12월 31일)을 정하여 입법 개선을 촉구하였으나(헌재결 2018.4.11, 2017헌바127), 21. 경찰승진 개정시한까지 법개정이 이루어지지 않아 위의 두 조항은 효력을 잃었습니다. 향후 법개정이 이루어지면 사이트(www.pmg.co.kr 박문각 경찰)에 자세한 내용을 정오표로 올려 드리겠습니다.

p.54(2020년 테마형법 p.50)

문제 01번 해설 ㉠ 교체 및 추가

㉠ × : 산부인과 의사가 임신부로부터 낙태시술을 부탁받고 낙태시술을 하였으나 태아가 살아서 미숙아 상태로 출생하자 그 미숙아에게 염화칼륨을 주입하여 사망하게 한 경우 ⇒ 업무상 촉탁낙태죄 ×, 살인죄 ○(대판 2021.2.25, 2020도12108)

▶ **관련판례** : 산부인과 원장 A는 인터넷 낙태수술 광고를 보고 연락한 여성 B와 B의 어머니 C로부터 낙태 시술을 요청받고, 2019년 3월 B에 대해 낙태 시술을 했다. A는 임신 34주의 태아를 제왕절개 방식으로 꺼낸 뒤 물 속에 담가 숨을 쉬지 못하게 하는 방법으로 살해한 경우 ⇒ 업무상 촉탁낙태죄 × (헌법재판소가 헌법불합치 결정을 내린 업무상 촉탁낙태죄는 소급해 효력이 없으므로 이를 근거로 낙태 시술을 한 의사를 처벌하지 못한다), 살인죄 ○(대판 2021.2.25, 2020도12108)

p.325(2020년 테마형법 p.278)

관련판례 중간 “1. 부동산명의신탁의 유형” ① 전면교체

1. 부동산명의신탁의 유형

- ① 양(2)자간 명의신탁 : 부동산실명법에 위반한 양자간 명의신탁의 경우 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다(대판 2021.2.18, 2016도18761 전원합의체 ∴ 부동산실명법에 위반하여 명의신탁자가 그 소유인 부동산의 등기명의를 명의수탁자에게 이전하는 이른바 양자간 명의신탁의 경우, 계약인 명의신탁약정과 그에 부수한 위임약정, 명의신탁약정을 전제로 한 명의신탁 부동산 및 그 처분대금 반환약정은 모두 무효이므로 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 위탁관계라는 것은 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다. 따라서 말소등기의무의 존재나 명의수탁자에 의한 유효한 처분가능성을 들어 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수도 없다).

p.326(2020년 테마형법 p.279)

상단 관련판례 2. ① 일부 추가, ②③ 교체

- ① **중증으로부터** 명의신탁받은 부동산을 승낙 없이 제3자에게 **근저당권을 설정**해 준(횡령죄 완성) 후에 다시 다른 자에게 근저당권을 설정하거나 매도한 경우 ⇒ 별도의 횡령죄 ○, **불가벌적 사후행위** × (대판 2013. 2.21, 2010도10500 전원합의체) **피해자** **중증으로부터** **토지를 명의신탁받아 보관** 중이던 **피고인** **乙**이 개인 채무 변제에 사용할 돈을 차용하기 위해 위 토지에 **근저당권을 설정**하였는데, 그 후 **피고인** **乙**, **丙**이 공모하여 위 토지를 **丁**에게 **매도**한 사안에서, **피고인**들의 토지 매도행위는 **별도의 횡령죄를 구성한다.** 16·19. 변호사시험, 17. 법원행시·순경 2차, 18. 9급 검찰·순경 3차, 15·18·20. 경찰간부, 21. 경찰승진
- ② **부동산실명법에 위반한 양자간 명의신탁의 경우** 부동산의 명의수탁자가 신탁자의 승낙 없이 **甲** 앞으로 **근저당권설정등기**를 하였다가 후에 그 말소등기를 신청함과 동시에 **乙** 앞으로 **소유권이전등기**를 신청함에 따라 **甲**명의의 **근저당권말소등기**와 **乙**명의로 **소유권이전등기**를 **경료**해 준 경우 ⇒ **甲** 앞으로 **근저당설정등기** 경료(횡령죄 ×), **乙** 명의의 **소유권이전등기** 경료(횡령죄 ×)(대판 2021.2.18, 2016도18761 전원합의체)

- ③ 중간생략등기형 명의신탁의 경우 명의수탁된 부동산에 대한 토지수용보상금의 일부를 소비하고(횡령죄 ×), 수용되지 않은 나머지 부동산 전체에 대한 반환을 거부한 경우(횡령죄 ×)(대판 2016.5.19. 2014도6992 전원합의체) 04. 입시, 09. 경찰승진, 11. 순경·9급 검찰, 12. 변호사시험, 16. 사시

p.329(2020년 테마형법 p.282)

문제 01번 지문박스 ㉠㉡ 일부수정 및 해설 ㉠ 교체

- ㉠ 부동산을 소유자로부터 명의수탁받은 자가 이를 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립하지 아니하며, 그 명의신탁이 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동이 무효로 된 후에 처분행위가 이루어졌다고 하여 달리 볼 것이 아니다.
- ㉡ 중중의 부동산을 명의신탁받아 보관 중인 자가 개인 채무변제에 사용할 돈을 차용하기 위해 위 토지에 근저당권을 설정하여 횡령죄가 성립한 후, 같은 부동산을 다른 사람에게 매도하면 위 선행처분행위와는 별도로 횡령죄를 구성한다.

<해설>

- ㉠ ○ : 양자간 명의신탁(대판 2021.2.18. 2016도18761 전원합의체)

p.337(2020년 테마형법 p.290)

문제 04번 해설 ㉠ 교체 및 정답 교체

- ㉠ × : 부동산실명법에 위반한 양자간 명의신탁의 경우 부동산의 명의수탁자가 신탁자의 승낙 없이 甲 앞으로 근저당권설정등기를 하였다가 후에 그 말소등기를 신청함과 동시에 乙 앞으로 소유권이전등기를 신청함에 따라 甲명의의 근저당권말소등기와 乙명의로 소유권이전등기를 경료해 준 경우 ⇒ 甲 앞으로 근저당설정등기 경료(횡령죄 ×), 乙 명의의 소유권이전등기 경료(횡령죄 ×)(대판 2021.2.18. 2016도18761 전원합의체)
- 정답 ③ ⇒ 정답 ①③

p.340(2020년 테마형법 p.293)

문제 08번 지문 ④ 일부 교체

- ④ 중중의 부동산을 명의신탁 받아 보관 중인 자가 자신의 개인 채무변제에 사용할 돈을 차용하기 위해 위 부동산에 근저당권을 설정하여 횡령죄가 기수에 이르렀다 하더라도, 그 후 같은 부동산을 다른 사람에게 매도하는 행위는 위 선행행위와는 별도로 횡령죄를 구성한다.

p.359(2020년 테마형법 p.308)

문제 03번 해설 ③ 교체 및 정답 교체

- ③ × : 중간생략등기형 명의신탁의 경우 명의수탁된 부동산에 대한 토지수용보상금의 일부를 소비하고(횡령죄 ×), 수용되지 않은 나머지 부동산 전체에 대한 반환을 거부한 경우(횡령죄 ×)(대판 2016.5.19. 2014도6992 전원합의체)
- 정답 ① ⇒ 정답 ①③

p.362(2020년 테마형법 p.311<추록>)

문제 08번 지문 ⑤ 일부 추가

- ⑤ 甲이 중중으로부터 명의신탁받아 보관 중이던 토지를 임의로 매각하여 이를 횡령한 후 그 매각대금을 이용하여 다른 토지를 취득하였다가 이를 제3자에게 담보로 제공하였다면 명의신탁 토지에 대한 횡령죄와는 별개의 횡령죄가 성립한다.

p.363(2020년 테마형법 p.311<추록>)

문제 09번 지문 ③ 일부수정

- ③ 종중의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 근저당권설정등기를 경료함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다 하더라도 이후 해당 부동산을 매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 법익침해의 결과를 발생시켰다면 별도로 횡령죄를 구성한다.

p.363(2020년 테마형법 p.311<추록>)

문제 10번 지문 ① 삭제 및 해설 ① 삭제(∵ 부동산실명법을 위반한 양자간 명의신탁에 해당하는 판례 이므로)

〈각론 II 권〉

p.52(2020년 테마형법 p.52)

문제 05번 지문 ㉠ 일부 추가

- ㉠ 종중으로부터 명의신탁받아 보관 중인 종중의 부동산에 근저당권설정등기를 경료함으로써 일단 횡령죄가 기수에 이르렀다면, 그 후 해당 부동산을 매각하는 행위는 새로운 법익침해의 결과를 발생시켰다고 볼 수 없으므로 불가벌적 사후행위에 해당한다.