

총평) 힘든 시험을 보느라 수고하셨습니다. 최신판례의 비중이 높은 법원승진시험의 출제경향은 2017년에도 변함이 없었습니다. 먼저 객관식 문제를 보면 정의행위의 위법성조각사유나 직권남용죄에서 조금 지엽적인 내용이 출제되어 1문제 정도는 작년보다 어려웠지 않았나 생각합니다.

주관식에 있어서 이채로운 점이 있는데 소송사기에 각별한 출제비중이 있었다는 점입니다. 제1문이 소송사기죄의 전형적인 Case라고 할 수 있는데, 제4문이 무고죄를 질문하였지만 실질적으로는 소송사기죄의 실행의 착수시기를 묻는 문제이고, 이것이 객관식으로도 제2책형 제1번 지문으로 현출되어 있다는 점입니다. 그리고 제2문은 누구나 예상할 수 있었던 부동산 명의신탁에 관한 문제였기 때문에 제3문의 교사범 쟁점을 포함하더라도 주관식 문제는 작년보다 무난한 출제였다고 보아집니다. 시범답안은 실제 답안 분량보다 20% 정도는 분량적으로 많다는 점을 감안하셔서 참조하시기 바랍니다. 관련 판례나 기본적인 구성요건을 잘 서술해 주셨다면 세부적인 부분에서 실수가 있다 하더라도 충분히 고득점이 가능하다고 생각합니다. 고생하신 만큼 반드시 합격의 기쁨을 누리시기를 기원합니다.

2017년 4월

이 재 영 올림

【문 1】 실행의 착수에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) (17 법원승진)

- ① 허위의 채권을 피보전권리로 삼아 가압류를 한 경우에는 그 채권에 관하여 현실적으로 청구의 의사표시를 외부적으로 표시한 것이라고 볼 수 있으므로, 본안소송을 제기하지 아니한 채 가압류를 한 것 자체만으로도 사기죄의 실행에 착수하였다고 할 것이다.
- ② 사기죄는 편취의 의사로 기망행위를 개시한 때에 실행에 착수한 것으로 보아야 하므로, 사기도박에서도 사기적인 방법으로 도금을 편취하려고 하는 자가 상대방에게 도박에 참가할 것을 권유하는 등 기망행위를 개시한 때에 실행의 착수가 있는 것으로 보아야 하고, 그 후에 사기도박을 숨기기 위하여 정상적인 도박을 하였더라도 이는 사기죄의 실행행위에 포함된다.
- ③ 추행의 고의로 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사, 즉 폭행행위를 하여 실행행위에 착수하였으나 추행의 결과에 이르지 못한 때에는 강제추행미수죄가 성립하며, 이러한 법리는 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 이른바 ‘기습추행’의 경우에도 마찬가지로 적용된다.
- ④ 허위 채권에 기한 공정증서를 집행권원으로 하여 채무자의 소유권이전등기청구권에 대하여 압류신청을 한 시점에 소송사기의 실행에 착수하였다고 볼 것이다.

정답 1

- ① (×) 가압류는 강제집행의 보전방법에 불과한 것이어서 허위의 채권을 피보전권리로 삼아 가압류를 하였다고 하더라도 그 채권에 관하여 현실적으로 청구의 의사표시를 한 것이라고는 볼 수 없으므로, 본안소송을 제기하지 아니한 채 가압류를 한 것만으로는 사기죄의 실행에 착수하였다고 할 수 없다(대판 1988.9.13. 88도55).
- ② (○) 대판 2011.1.13. 2010도9330
- ③ (○) 대판 2015.9.10. 2015도6980
- ④ (○) 대판 2015.2.12. 2014도10086

【문 2】 횡령죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)(17 법원승진)

- ① 착오로 송금되어 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당하므로, 피고인이 자신의 소유 토지가 다목적댐사업의 사업구역에 편입됨으로써 한국수자원공사에 대하여 가지게 된 토지보상금채권에 관하여 피고인의 채권자가 압류 및 추심명령을 받아 그 명령이 피고인에게 송달되었는데, 그 후 한국수자원공사가 업무착오로 토지보상금을 집행공탁이 아니라 피고인을 피공탁자로 변제공탁한 것을 기화로 피고인이 이를 수령하여 보관하였다면, 위 금전은 여전히 한국수자원공사 소유이므로, 피고인이 한국수자원공사의 반환요구를 거절하였다면, 횡령죄가 성립한다.
- ② 지입회사에 소유권이 있는 차량에 대하여 지입회사로부터 운행관리권을 위임받은 지입차주가 지입회사의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분한 경우 횡령죄가 성립한다.
- ③ 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 근저당권설정등기를 경료함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다면 그 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하였다고 하더라도, 새로운 범익침해의 결과를 발생시켰다고 할 수 없으므로 불가별적 사후행위에 해당한다.
- ④ 회사의 이사 등이 업무상의 임무에 위배하여 보관 중인 회사의 자금으로 뇌물을 공여하였다면, 이는 오로지 회사의 이익을 도모할 목적이었다고 할 것이어서 이사 등은 회사에 대하여 업무상횡령죄의 죄책을 부담하지 아니한다.

정답 2

- ① (×) 집행채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 금전채권에 관하여 압류 및 추심명령이 행하여져서 제3채무자는 집행채무자에게 그 채권금을 지급하는 것이, 집행채무자는 이를 수령하는 것이 각 금지된다고 하더라도(민사집행법 제227조 제1항 참조), 제3채무자가 위와 같은 금지에도 불구하고 피압류채무를 스스로 변제하였거나 또는 그에 관하여 민법 제487조에 기한 변제공탁을 하였다면, 집행채무자가 그로써 수령한 금전은 자기 채권에 관한 원래의 이행으로 또는 변제공탁 등과 같이 변제에 갈음하는 방법을 통하여 취득한 것으로서 역시 그의 소유에 속한다고 할 것이고, 그가 단지 집행채권자 또는 제3채무자의 금전을 ‘보관’하는 관계에 있다고 할 수 없다. 따라서 집행채무자가 그 금전을 집행채권자에게 반환하는 것을 거부하였다고 하여 그에게 횡령의 죄책을 물을 수는 없다. 이는 제3채무자가 원래 민사집행법 제248조에서 정하는 집행공탁을 하여야 할 것을 착오로 변제공탁을 하였다고 해서 달리 볼 수 없다(대판 2012.1.12. 2011도12604).
- ② (○) 횡령죄에서 재물의 보관은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하며, 횡령행위는 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말한다. 따라서 소유권의 취득에 등록이 필요한 타인 소유의 차량을 인도받아 보관하고 있는 사람이 이를 사실상 처분하면 횡령죄가 성립하며, 보관 위임자나 보관자가 차량의 등록명의자일 필요는 없다. 그리고 이와 같은 법리는 지입회사에 소유권이 있는 차량에 대하여 지입회사에서 운행관리권을 위임받은 지입차주가 지입회사의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분하거나 지입차주에게서 차량 보관을 위임받은 사람이 지입차주의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분한 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2015.6.25. 2015도1944 전원합의체).
- ③ (×) 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 근저당권설정

등기를 경로함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다 하더라도 그 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하여 새로운 법익침해의 위험을 추가함으로써 법익침해의 위험을 증가시키거나 해당 부동산을 매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 법익침해의 결과를 발생시켰다면 특별한 사정이 없는 한 불가벌적 사후행위로 볼 수 없고, 별도로 횡령죄를 구성한다(대판 2013.2.21. 2010도10500 전원합의체).

④ (×) 회사가 기업활동을 하면서 형사상의 범죄를 수단으로 하여서는 안 되므로 뇌물공여를 금지하는 법률 규정은 회사가 기업활동을 할 때 준수하여야 하고, 따라서 회사의 이사 등이 업무상의 임무에 위배하여 보관 중인 회사의 자금으로 뇌물을 공여하였다면 이는 오로지 회사의 이익을 도모할 목적이라기보다는 뇌물공여 상대방의 이익을 도모할 목적이나 기타 다른 목적으로 행하여진 것이라고 보아야 하므로, 그 이사 등은 회사에 대하여 업무상횡령죄의 죄책을 면하지 못한다(대판 2013.4.25. 2011도9238).

【문 3】 위법성 조각사유에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)(17 법원승진)

① 겉으로는 서로 싸움을 하는 것처럼 보이더라도 실제로는 한쪽 당사자가 일방적으로 위법한 공격을 가하고 상대방은 이러한 공격으로부터 자신을 보호하고 이를 벗어나기 위한 저항수단으로서 유형력을 행사한 경우에는 그 행위가 새로운 적극적 공격이라고 평가되지 아니하는 한, 이는 사회관념상 허용될 수 있는 상당성이 있는 것으로서 위법성이 조각된다.

② 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위해서는, 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 할 것이고, 또한 쟁의행위에서 추구되는 목적 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 쟁의목적의 정당성을 인정할 수 없다고 할 것이므로 정당행위가 될 수 없다.

③ 경찰관의 현행범 체포행위가 적법한 공무집행을 벗어나 불법하게 체포한 것으로 볼 수밖에 없다면, 현행범이 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법 체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다.

④ 불법 감청·녹음 등에 관여하지 아니한 언론기관이 그 통신 또는 대화의 내용이 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 것이라는 사정을 알면서도 이를 보도하여 공개하는 행위 역시 일정한 요건을 갖춘 경우에는 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각될 수 있다.

정답 2

① (○) 대판 2010.2.11. 2009도12958

② (×) 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 하고, 부당한 요구사항을 제외하였다면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 보아야 한다(대판 2011.1.27. 2010도11030).

③ (○) 대판 2006.11.23. 2006도2732

④ (○) 불법 감청·녹음 등에 관여하지 아니한 언론기관이, 그 통신 또는 대화의 내용이 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 것이라는 사정을 알면서도 이를 보도하여 공개하는 행위가 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각된다고 하기 위해서는, 첫째 보도의 목적이 불법 감청·녹음 등의 범죄가 저질러졌다는 사실 자체를 고발하기 위한 것으로 그 과정에서 불가피하게 통신 또는 대화의 내용을 공개할 수밖에 없는 경우이거나, 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 통신 또는 대화의 내용이 이를 공개하지 아니하면 공중의 생명·신체·재산 기타 공익에 대한 중대한 침해가 발생할 가능성이 현저한 경우 등과 같이 비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우에 해당하여야 하고, 둘째 언론기관이 불법 감청·녹음 등의 결과물을 취득할 때 위법한 방법을 사용하거나 적극적·주도적으로 관여하여서는 아니 되며, 셋째 보도가 불법 감청·녹음 등의 사실을 고발하거나 비상한 공적 관심사항을 알리기 위한 목적을 달성하는 데 필요한 부분에 한정되는 등 통신비밀의 침해를 최소화하는 방법으로 이루어져야 하고, 넷째 언론이 그 내용을 보도함으로써 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀의 보호에 의하여 달성되는 이익 및 가치를 초과하여야 한다(대판 2011.3.17. 2006도8839 전원합의체).

【문 4】 절도죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)(17 법원승진)

- ① 상습으로 단순절도를 범한 범인이 상습적인 절도범행의 수단으로 주간에 주거침입을 한 경우에 주간 주거침입행위는 상습절도죄와 별개로 주거침입죄를 구성한다.
- ② 절도죄에 있어서 친족상도례에 관한 규정은 범인과 피해 물건의 소유자간에만 친족관계가 있거나 범인과 피해물건의 점유자간에만 친족관계가 있는 경우에도 적용된다.
- ③ 비록 ‘주간에’ 사람의 주거 등에 침입하였다고 하더라도, ‘야간에’ 타인의 재물을 절취한 이상, 형법 제330조의 야간주거침입절도죄에 해당한다.
- ④ 어떠한 물건을 점유자의 의사에 반하여 취거하였는데, 그 행위가 결과적으로 소유자의 이익이 되거나 또는 소유자의 추정적 승낙이 있다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는 원칙적으로 불법영득의사가 인정되지 아니한다.

정답 1

- ① (○) 상습으로 단순절도를 범한 범인이 상습적인 절도범행의 수단으로 주간(낮)에 주거침입을 한 경우에 주간 주거침입행위의 위법성에 대한 평가가 형법 제332조, 제329조의 구성요건적 평가에 포함되어 있다고 볼 수 없다. 그러므로 형법 제332조에 규정된 상습절도죄를 범한 범인이 범행의 수단으로 주간에 주거침입을 한 경우 주간 주거침입행위는 상습절도죄와 별개로 주거침입죄를 구성한다(대판 2015.10.15. 2015도8169).
- ② (×) 친족상도례에 관한 규정은 범인과 피해물건의 소유자 및 점유자 모두 사이에 친족관계가 있는 경우에만 적용된다(대판 1980.11.11. 80도131).
- ③ (×) 형법은 야간에 이루어지는 주거침입행위의 위험성에 주목하여 그러한 행위를 수반한 절도를 야간주거침입절도죄로 중하게 처벌하고 있는 것으로 보아야 하고, 따라서 주거침입이 주간에 이루어진 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다(대판 2011.4.14. 2011도300).
- ④ (×) 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사란 타인의 물건을 그 권리자를 배제하고 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용·처분하고자 하는 의사를 말하는 것으로서, 단순히 타인의 점유만을 침해하였다고 하여 그로써 곧 절도죄가 성립하는 것은 아니나,

재물의 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사가 있으면 되고 반드시 영구적으로 보유할 의사가 필요한 것은 아니며, 그것이 물건 자체를 영득할 의사인지 물건의 가치만을 영득할 의사인지를 불문한다. 따라서 어떠한 물건을 점유자의 의사에 반하여 취거하는 행위가 결과적으로 소유자의 이익으로 된다는 사정 또는 소유자의 추정적 승낙이 있다고 볼 만한 사정이 있다고 하더라도, 다른 특별한 사정이 없는 한 그러한 사유만으로 불법영득의 의사가 없다고 할 수는 없다(대판 2014.2.21. 2013도14139).

【문 5】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)(17 법원승진)

- ① 범인 스스로 도피하는 행위는 처벌되지 아니하므로 방어권의 남용으로 볼 수 있는 경우가 아닌 한 범인이 도피를 위하여 타인에게 도움을 요청하는 행위 역시 도피행위의 범주에 속하는 한 처벌되지 아니하며, 범인의 요청에 응하여 범인을 도운 타인의 행위가 범인도피죄에 해당한다고 하더라도 마찬가지이다.
- ② 형사변호인의 기본적인 임무는 피고인 또는 피의자를 보호하고 그의 이익을 대변하는 것이므로 변호인이 의뢰인의 요청에 따른 변론행위의 일환으로 변호인이 진범인 乙 등을 은폐하기 위하여 甲으로 하여금 적극적으로 허위자백을 유지하도록 하는 행위를 하였다면 범인도피죄의 정범 또는 그 공범으로서의 책임을 지지 아니한다.
- ③ 참고인이 수사기관에서 범인에 관하여 조사를 받으면서 그가 알고 있는 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도 그것이 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 할 정도가 아닌 한 범인도피죄를 구성하지 아니한다.
- ④ 범인도피죄에서 ‘죄를 범한 자’는 범죄의 혐의를 받아 수사대상이 되어 있는 사람이면 그가 진범이 아닌 경우에도 이에 해당한다.

정답 2

- ① (○) 대판 2014.4.10. 2013도12079
- ② (×) 형사변호인의 기본적인 임무가 피고인 또는 피의자를 보호하고 그의 이익을 대변하는 것이라고 하더라도, 그러한 이익은 법적으로 보호받을 가치가 있는 정당한 이익으로 제한되고, 변호인이 의뢰인의 요청에 따른 변론행위라는 명목으로 수사기관이나 법원에 대하여 적극적으로 허위의 진술을 하거나 피고인 또는 피의자로 하여금 허위진술을 하도록 하는 것은 허용되지 않는다. 갑의 사기 피고사건 변호인으로 선임된 피고인이 갑과 공모하여 진범을 은폐하는 허위자백을 유지하게 한 경우 범인도피방조죄가 성립할 수 있다(대판 2012.8.30. 2012도6027).
- ③ (○) 대판 2008.12.24. 2007도11137
- ④ (○) 대판 1982.1.26. 81도1931

【문 6】 배임수증재죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)(17 법원승진)

- ① 배임수증죄 및 배임증재죄에서 공여 또는 취득하는 재물 또는 재산상 이익은 부정한 청탁에 대한 대가 또는 사례여야 한다. 따라서 거래상대방의 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄에서 그 거래상대방이 양수대금 등 그 해당 거래에 따른 계약상 의무를 이행하고 배임행위의 실행행위자가 이를 이행받은 것을 두고 부정한 청탁에 대한 대가로 수수하였다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다.

② 타인의 업무를 처리하는 사람에게 공여한 금품에 부정한 청탁의 대가로서의 성질과 그 외의 행위에 대한 사례로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우에는 그 전부가 불가분적으로 부정한 청탁의 대가로서의 성질을 갖는 것으로 보아야 한다.

③ 공동의 사기 범행으로 인하여 얻은 돈을 공범자끼리 수수한 행위가 공동정범들 사이의 그 범행에 의하여 취득한 돈이나 재산상 이익의 내부적인 분배행위에 지나지 않더라도 그 돈의 수수행위는 따로 배임수증재죄를 구성한다.

④ 학교법인의 이사장 또는 사립학교경영자가 학교법인 운영권을 양도하고 양수인으로부터 양수인 측을 학교법인의 임원으로 선임해 주는 대가로 양도대금을 받기로 하는 내용의 ‘청탁’을 받았다 하더라도 그 청탁의 내용이 당해 학교법인의 설립 목적과 다른 목적으로 기본 재산을 매수하여 사용하려는 것으로서 학교법인의 존립에 중대한 위협을 초래할 것임이 명백하다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 청탁이 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 것이라고 할 수 없으므로 이를 배임수증재죄의 구성요건인 ‘부정한 청탁’에 해당한다고 할 수 없다.

정답 3

① (○) 대판 2016.10.13. 2014도17211

② (○) 대판 2015.7.23. 2015도3080

③ (×) 공동의 사기 범행으로 인하여 얻은 돈을 공범자끼리 수수한 행위가 공동정범들 사이의 범행에 의하여 취득한 돈이나 재산상 이익의 내부적인 분배행위에 지나지 않는다면 돈의 수수행위가 따로 배임수증재죄를 구성한다고 볼 수는 없다(대판 2016.5.24. 2015도18795).

④ (○) 대판 2014.1.23. 2013도11735

【문 7】 죄수관계에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)(17 법원승진)

① 감금을 하기 위한 수단으로서 행사된 단순한 협박행위는 감금죄에 흡수되어 따로 협박죄를 구성하는 것이 아니나, 불법감금의 기회에 협박이 행하여졌어도 그것이 도주를 방지하기 위한 수단으로 행해진 것이 아니고 별개의 동기·원인으로 행해진 경우에는 그 협박은 감금죄에 흡수되지 않고 별죄를 구성한다.

② 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다고 하더라도 그러한 폭행행위가 이른바 ‘불가벌적 수반행위’에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다.

③ 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 경우에는 강간죄만 성립하고, 그것과 별도로 강간의 수단으로 사용된 폭행·협박이 형법상의 폭행죄나 협박죄 또는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반의 죄를 구성한다고 볼 수는 없으나, 감금행위가 강간죄의 수단이 된 경우, 감금죄는 강간죄에 흡수되지 않고 별죄를 구성한다.

④ 甲 종친회 회장인 피고인이 위조한 종친회 규약 등을 공탁관에게 제출하는 방법으로 甲 종친회를 피공탁자로 하여 공탁된 수용보상금을 출급받은 후, 이를 보관하다가 반환을 거부하였다면, 甲 종친회를 피해자로 한 사기죄와 횡령죄가 모두 성립한다.

정답 4

- ① (○) 대판 1982.6.22. 82도705
- ② (○) 업무방해죄와 폭행죄는 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 업무방해죄의 성립에 일반적·전형적으로 사람에 대한 폭행행위를 수반하는 것은 아니며, 폭행행위가 업무방해죄에 비하여 별도로 고려되지 않을 만큼 경미한 것이라고 할 수도 없으므로, 설령 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다고 하더라도 그러한 폭행행위가 이른바 ‘불가벌적 수반행위’에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다(대판 2012.10.11. 2012도1895). ☞ 상상적 경합관계가 됨
- ③ (○) 대판 1983.4.26. 83도323
- ④ (×) 갑 종친회 회장인 피고인이 위조한 종친회 규약 등을 공탁관에게 제출하는 방법으로 갑 종친회를 피공탁자로 하여 공탁된 수용보상금을 출급받아 편취하고, 이를 종친회를 위하여 업무상 보관하던 중 반환을 거부한 경우, 피고인이 공탁관을 기망하여 공탁금을 출급받음으로써 갑 종친회를 피해자로 한 사기죄가 성립하고, 그 후 갑 종친회에 대하여 공탁금 반환을 거부한 행위는 새로운 법익의 침해를 수반하지 않는 불가벌적 사후행위에 해당할 뿐 별도의 횡령죄가 성립하지 않는다(대판 2015.9.10. 2015도8592).

【문 8】 모욕죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)(17 법원승진)

- ① 모욕죄는 피해자의 외부적 명예를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 공연히 표시함으로써 성립하므로, 피해자의 외부적 명예가 현실적으로 침해되거나 구체적·현실적으로 침해될 위험이 발생하여야 하는 것도 아니다.
- ② 국가나 지방자치단체가 기본권의 주체로서 지위를 가지고 행위하는 영역과 관련하여서는 형벌의 수단을 통해 보호되는 외부적 명예의 주체가 될 수 있는 것이므로, 이러한 경우에는 국가나 지방자치단체 역시 명예훼손죄나 모욕죄의 피해자가 될 수 있는 것이다.
- ③ 이른바 집단표시에 의한 모욕은, 모욕의 내용이 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 원칙이다.
- ④ 어떤 글이 특히 모욕적인 표현을 포함하는 판단 또는 의견의 표현을 담고 있는 경우에도 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그 표현이 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있는 때에는 형법 제20조에 의하여 예외적으로 위법성이 조각된다.

정답 2

- ① (○) 대판 2016.10.13. 2016도9674
- ② (×) 형법이 명예훼손죄 또는 모욕죄를 처벌함으로써 보호하고자 하는 사람의 가치에 대한 평가인 외부적 명예는 개인적 법익으로서, 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지고 있는 공권력의 행사자인 국가나 지방자치단체는 기본권의 수범자일 뿐 기본권의 주체가 아니고, 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 광범위한 감시와 비판의 대상이 되어야 하며 이러한 감시와 비판은 그에 대한 표현의 자유가 충분히 보장될 때에 비로소 정상적으로 수행될 수 있으므로, 국가나 지방자치단체는 국민에 대한 관계에서 형벌의 수단을 통해 보호되는 외부적 명예의 주체가 될 수는 없고, 따라서 명예훼손죄나 모욕죄의 피해자가 될 수 없다(대판 2016.12.27. 2014도15290).

③ (○) 대판 2014.3.27. 2011도15631

④ (○) 대판 2008.7.10. 2008도1433

【문 9】 뇌물죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)(17 법원승진)

① 뇌물죄에서 뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요·욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유형·무형의 이익을 포함하므로 제공된 것이 성적 욕구의 충족인 경우도 이에 해당한다.

② 법령에 기한 임명권자에 의하여 임용되어 공무에 종사하여 온 사람이 나중에 그가 임용 결정자이었음이 밝혀져 당초의 임용행위가 무효라고 하더라도 그가 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 때에는 수뢰죄로 처벌할 수 있다.

③ 공무원이었던 자가 재직 중에 청탁을 받고 직무상 부정한 행위를 한 후 뇌물의 수수 등을 할 당시 이미 공무원의 지위를 떠난 경우에는 형법 제129조 제1항의 일반수뢰죄로 처벌할 수 없다.

④ 도시개발법 제84조는 ‘조합의 임직원, 제20조에 따라 그 업무를 하는 감리원은 형법 제129조부터 제132조까지의 규정에 따른 벌칙을 적용할 때 공무원으로 본다.’고 규정하고 있으나, 이는 도시개발조합의 임직원 등이 직무에 관하여 부당한 이익을 얻었을 경우 이를 뇌물죄로 처벌하는 규정에 불과하므로 그 뇌물을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시한 자에 대하여는 뇌물공여죄가 성립하지 아니한다.

정답 4

① (○) 대판 2014.1.29. 2013도13937

② (○) 대판 2014.3.27. 2013도11357

③ (○) 뇌물의 수수 등을 할 당시 이미 공무원의 지위를 떠난 경우에는 제129조 제1항의 수뢰죄로는 처벌할 수 없고 사후수뢰죄의 요건에 해당할 경우에 한하여 그 죄로 처벌할 수 있을 뿐이다(대판 2013.11.28. 2013도10011).

④ (×) 도시개발법 제84조는 “조합의 임직원, 제20조에 따라 그 업무를 하는 감리원은 형법 제129조부터 제132조까지의 규정에 따른 벌칙을 적용할 때 공무원으로 본다.”고 규정하고 있으므로, 도시개발구역의 토지 소유자가 도시개발을 위하여 설립한 조합의 임직원 등은 형법 제129조 내지 제132조가 정한 죄의 주체가 된다. 이에 따라 도시개발조합의 임직원 등이 그 직무에 관하여 부당한 이익을 얻었다면 그러한 이익도 형법 제133조 제1항에 규정된 “제129조 내지 제132조에 기재한 뇌물”에 해당하므로, 그 뇌물을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시한 자에게는 형법 제133조 제1항에 의한 뇌물공여죄가 성립한다(대판 2014.6.12. 2014도2393).

【문10】 직권남용죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)(17 법원승진)

① 직권남용죄는 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립하고, 그 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 아니하며, 그것이 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금 법률상 의무 없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분



한 것이면 된다.

② 직권남용죄에서 말하는 ‘의무’란 법률상 의무를 가리키고, 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다.

③ 교도소에서 접견업무를 담당하던 교도관이 접견신청에 대하여 구 행정법 제18조 제2항(친족 이외의 자와의 접견과 서신수발은 필요한 용무가 있을 때에 한한다) 소정의 ‘필요한 용무’가 있는 때에 해당하지 아니한다고 판단하여 그 접견신청을 거부하였다면, 직권남용에 대한 범의는 인정되나, 접견신청거부행위의 위법성에 대한 인식이 없었던 경우에 해당하므로 직권남용죄로 처벌되지 않는다.

④ 직권남용죄가 기수에 이르려면 의무 없는 일을 시키는 행위 또는 권리를 방해하는 행위가 있었다는 것만으로는 부족하고, 지금 당장에 피해자의 의무 없는 행위가 이룩된 것 또는 권리방해의 결과가 발생한 것을 필요로 한다고 해석하여야 법문에 충실한 해석이라 할 것이므로 공무원의 직권남용이 있다 하여도 현실적으로 권리행사의 저해가 없다면 본죄의 기수를 인정할 수 없다.

정답 3

① (○) 대판 2004.5.27. 2002도6251

② (○) 대판 2009.1.30. 2008도6950

③ (×) 형법 제123조의 죄에 관한 주관적 구성요건으로서의 범의에는 권리행사를 방해한다는 인식 이외에 직권을 남용한다는 인식도 포함되는 것이므로 교도소에서 접견업무를 담당하던 교도관이 접견신청에 대하여 행정법 제18조 제2항 소정의 “필요한 용무”가 있는 때에 해당하지 아니한다고 판단하여 그 접견신청을 거부하였다면, 단지 접견신청거부행위의 위법성에 대한 인식이 없었던 것에 불과한 것이 아니라 애초부터 직권남용에 대한 범의 자체가 없어 위 범죄를 구성하지 아니한다(대결 1993.7.26. 92모29).

④ (○) 대판 1978.10.10. 75도2665

【문 1】 甲은 자신이 관리하고 있는 A토지가 乙 및 丙의 공유하던 토지로서 위 공유자들이 모두 사망한 이후 상속인들이 A토지에 관심을 가지고 있지 않음을 기화로, 乙 및 丙을 상대로 피고들이 생존하고 있는 것처럼 그들의 주소를 허위로 기재하여 소유권이전등기청구의 소를 제기하여 승소판결을 받아 확정되자, A토지에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다. 이 경우 甲이 소송사기죄의 죄책을 지는지 여부에 관하여 설명하시오.(특별법 위반의 점은 제외하고 다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【30점】

## I. 문제점

甲이 소송사기죄(제347조)의 죄책을 지는지 여부와 관련해서는 사자(死者)를 피고로 하여 승소판결을 받은 경우에도 사기죄가 성립하는지 여부가 문제된다. 먼저 소송사기의 특유한 쟁점을 간략히 살펴본 후 문제되는 범죄들을 검토하기로 한다.

## II. 소송사기죄의 쟁점

### 1. 소송사기의 의의

소송사기란 법원에 대해 허위의 주장을 하여 법원을 기망함으로써 자기에 유리한 판결을 얻고 이에 기해 상대방으로부터 재물이나 재산상의 이익을 취득하는 것을 소송사기라고 하는데 삼각사기의 전형적인 형태이다.

### 2. 소송사기의 성립요건

#### (1) 기망행위

법원에 대한 기망행위가 인정되는가가 문제되는데, 민사소송의 당사자에게는 진실의무가 있고(민사소송법 제1조), 법관이 증명책임의 법칙에 따라 판결을 내리고, 그 증거가 진실에 속하는 수단이 되었다면 법원에 대한 기망행위를 인정하는 것이 타당하다.

다만 기망행위가 인정되기 위해서는 법원에 대하여 허위사실의 주장 내지 증거조작 등 적극 사술을 사용해야 한다. 따라서 단순한 부인이나 불리한 사실에 대해 묵비하는 정도로는 기망이 되지 않는다.

#### (2) 처분행위의 인정여부

사기죄에서 피해자와 처분행위자는 일치할 필요가 없고 처분행위자는 사실상 피해자의 재산을 처분할 수 있는 지위에 있으면 족하다(지위설).

패소자는 법원의 판단에 복종하지 않을 수 없으므로 법원은 피해자의 재산을 사실상 처분할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 있고 피해자의 처분행위에 갈음하는 효력을 가진 법원의 판결은 재산처분행위로 평가된다.

#### (3) 손해발생 불요

판례에 의하면, 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다고 하여도 사기죄의 성립에는 영향이 없다고 판시하고 있다.

#### (4) 주관적 요건

소송사기죄가 성립하려면, 제소 당시 주장한 권리가 존재하지 않는다는 것만으로는 부족하고, 그와 같은 권리가 존재하지 않는다는 사실을 알고 있으면서도 허위 주장을 하여 법원

을 기망한다는 사실을 인식하여야만 된다 할 것이므로, 단순히 사실을 잘못 인식하거나 법률적인 평가를 잘못하여 존재하지도 않는 권리를 존재한다고 믿고 제소한 경우에는 사기죄가 성립되지 않는다.

### 3. 실행의 착수 및 기수시기

원고의 경우 법원에 소장을 제출한 때에, 피고의 경우 허위의 증거를 제출하거나 그에 따른 주장을 담은 답변서나 준비서면을 제출한 때에 실행의 착수가 인정되고, 판결확정시에 기수가 된다는 것이 판례의 태도이다.

### 4. 소송사기의 엄격적용

판례에 의하면, 소송사기를 처벌하는 것은 민사재판제도의 위축을 가져올 수밖에 없으므로, 쉽사리 유죄로 인정하여서는 안 된다.

## Ⅲ. 사자상대 소송의 경우 사기죄의 성부

### 1. 판례의 태도

소송사기에 있어서 피기망자인 법원의 재판은 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니하는 경우에는 착오에 의한 재물의 교부행위가 있다고 할 수 없어서 사기죄는 성립되지 아니한다고 할 것이므로, 피고인의 제소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 이와 같은 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하고 따라서 사기죄를 구성한다고 할 수 없다(대판 2002.1.11. 2000도1881).

### 2. 검토

소송사기를 삼각사기의 형태로 인정하는 것은 패소자가 법원의 판단에 복종하지 않을 수 없으므로 법원은 피해자의 재산을 사실상 처분할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 있기 때문이다. 그런데 사자상대의 소송은 판결을 받아도 무효이므로 강제집행할 수 없고 따라서 법원의 재산처분행위를 인정할 수 없고 사기죄가 부정된다는 판례의 태도가 타당하다.

사자상대 소송제기가 ‘수단의 착오’로 결과발생이 불가능한 불능미수로서 위험성이 있는지 여부를 따져보더라도 판례가 취하는 객관설에 의하거나 추상적 위험설을 따를 때, 판결이 당연무효인 이상 객관적으로 소송에 관한 법률적 지식을 가진 일반인의 판단으로 보아 결과발생의 위험성이 인정될 여지가 없으므로 결국 무죄가 된다고 본다.

## Ⅳ. 사안의 해결

이미 사망한 사람을 상대로 소를 제기하고 승소판결을 받았다 하더라도 소송사기죄는 성립할 여지가 없다.

【문 2】 甲은 乙과 명의신탁약정을 체결한 후, 甲이 소유하고 甲 명의로 등기되어 있던 A 부동산에 관하여 乙 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다. 한편, 甲은 丙으로부터 B부동산을 매수하였는데 그 과정에서 B부동산에 관하여도 乙과 명의신탁약정을 체결하였고, 丙은 甲의 요청에 따라 B부동산에 관하여 직접 乙 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다. 그 후 乙은 丁으로부터 돈을 빌리면서 담보로 A부동산과 B부동산에 관하여 甲의 동의를 받지 아니한 채 임의로 丁 앞으로 근저당권설정등기를 마쳐 주었다. 이와 같은 사실관계를 기초로 아래 각 문항에 답하시오.(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【총30점】

가. A부동산에 관하여 乙이 횡령죄의 죄책을 부담하는지에 관하여 약술하시오. 【10점】

나. B부동산에 관하여 乙이 횡령죄의 죄책을 부담하는지에 관하여 약술하시오. 【20점】

## I. 쟁점의 정리

횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 반환을 거부함으로써 성립하는 범죄이다(제355조 제1항).

A부동산에 관한 乙의 처분행위가 횡령죄를 구성하는지 여부와 관련해서는 2자간 명의신탁약정이 있는 경우 ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’(이하 ‘부동산실명법’이라 함)에 의하여 명의신탁약정 및 물권변동이 무효가 되더라도 명의수탁자가 신탁자에 대하여 신임관계에 의하여 타인의 재물을 보관하는 자에 해당될 수 있는지 여부가 문제된다.

B부동산에 관한 乙의 처분행위가 횡령죄를 구성하는지 여부와 관련해서는 이른바 중간생략명의신탁의 경우에 명의수탁자가 신임관계에 의하여 타인의 재물을 보관하는 자에 해당되는지 여부가 문제된다.

## II. 횡령죄의 구성요건

### 1. 횡령죄의 주체

횡령죄의 주체는 위탁관계에 의하여 타인의 재물을 보관하는 자이다. 횡령죄에서의 보관은 행위자 자신이 위탁관계에 기하여 사실상 또는 법률상 재물을 지배하는 것을 말하며 진정한 신분에서의 구성적 신분요소로서의 의미를 갖는다.

판례에 의하면, 부동산에 관한 횡령죄에 있어서 타인의 재물을 보관하는 자의 지위는 동산의 경우와는 달리 부동산에 대한 점유의 여부가 아니라 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능의 유무에 따라 결정하여야 한다고 본다(대판 2004.5.27. 2003도6988).

부동산에 대하여 등기가 된 경우에는 사실상의 지배가 없는 경우에도 등기명의인에게 법률상의 지배가 인정되어 등기명의인은 보관자에 해당되나 등기명의인이라 하더라도 그 등기가 원인무효이어서 그 부동산을 법률상 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있지 않은 자는 횡령죄의 주체에 해당하지 않는다(대판 1989.2.28. 88도1368).

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. 횡령죄의 객체

횡령죄의 객체는 타인의 재물에 한하며 부동산도 여기에 포함된다. 재물의 타인성과 관련 하여 형법의 독자적인 소유권개념은 없으므로 소유권의 귀속은 원칙적으로 민법에 따라 해결되어야 한다. 여기서 부동산실명법에 위반되는 명의신탁의 법률관계를 논할 필요가 있다.

## Ⅲ. 가. 문에 대한 판단

### 1. 2자간 명의신탁의 법률관계

A부동산에 대한 갑과 을간의 명의신탁 약정은 신탁자가 수탁자에게 바로 등기명의를 이전하는 2자간 명의신탁에 해당한다.

부동산실명법 제4조 제2항 본문에 의하여 A부동산에 대한 수탁자 乙 명의의 소유권이전 등기는 무효이고, 신탁부동산의 소유권은 신탁자인 갑이 보유하게 된다. 부동산실명법에 위반한 위탁관계라 하여 사회질서에 반하는 것은 아니므로 불법원인급여물이라고 볼 수는 없으며 신탁자인 갑은 소유권에 기하여 말소나 이전등기를 청구할 수 있다.

### 2. 을의 처분행위와 횡령죄의 성부

#### (1) 관례의 태도

부동산을 소유자로부터 명의수탁받은 자가 이를 임의로 처분하였다면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립하며, 그 명의신탁이 부동산실권리자명의등기에관한법률 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(대판 2000.2.22. 99도5227).

#### (2) 검토

갑이 을을 상대로 하여 A부동산에 대한 소유권을 주장할 수 있는 점을 고려하면 수탁자의 임의처분은 자신이 보관하는 타인소유의 부동산을 처분한 것으로서 횡령죄를 긍정하는 것이 타당하다.

### 3. 사안의 해결

을이 A부동산에 대해 정에게 근저당권을 설정해 준 것은 불법영득의사를 발현하는 횡령행위가 되고 별도의 위법성조각사유와 책임조각사유가 없으므로 횡령죄가 성립한다.

## IV. 나. 문에 대한 판단

### 1. 중간생략형 명의신탁의 법률관계

신탁자가 계약당사자가 되어 매도인과 계약을 체결하되 다만 등기를 매도인으로부터 수탁자 앞으로 직접 이전하는 것을 3자간 명의신탁(중간생략등기형 명의신탁)이라고 한다. 사안의 경우, B부동산에 대해서는 신탁자인 甲이 매도인 丙으로부터 부동산을 매수하면서, 수탁자인 乙 명의로 소유권이전등기를 마쳤다는 점에서 이른바 중간생략등기형 명의신탁에 해당된다.

부동산실명법 제4조 제2항 본문에 의하여 수탁자 乙 명의의 소유권이전등기는 무효이고, 신탁부동산의 소유권은 매도인인 丙이 그대로 보유하게 된다. 甲과 丙사이의 매매계약은 여전히 유효하다. 따라서 甲으로서는 丙에 대한 소유권이전등기청구권을 가지며 丙을 대위하여 乙명의의 등기의 말소를 구할 수 있다. 그러나 乙이 甲에 대하여 직접 신탁부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하지는 아니한다.

## 2. 을의 처분행위와 횡령죄의 성부

### (1) 판례의 태도

종전 판례에 의하면, 중간생략등기형 명의신탁에 있어서 수탁자가 부동산을 임의로 처분하면 신탁자와의 관계에서 횡령죄가 성립한다고 판시하였다. 이는 명의수탁자에 대한 관계에서 명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자라고 형법적으로 평가한 것으로 보인다.

그러나 대법원은 최근 판례를 변경하여, 위와 같이 명의신탁자를 실질적 소유자로 평가하는 것은 무효인 명의신탁약정에 따른 소유권의 상대적 귀속을 인정하는 것과 다름이 없어서 부동산실명법의 규정과 취지에 명백히 반하여 허용될 수 없다고 보았다. 즉 신탁부동산의 소유자도 아닌 甲에 대한 관계에서 乙은 횡령죄에서 말하는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수는 없다는 것이다.

또한 판례에 의하면, 甲과 乙의 관계는 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다고 보았다(대판 2016.5.19. 2014도6992 전원합의체).

### (2) 검토

부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실제적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세 등 반사회적 행위를 방지하고자 하는 부동산실명법의 입법 취지에 비추어 볼 때 매매계약 당사자가 아닌 자에게로 등기를 이전하는 행위에 대해 형법으로 보호할 만한 신임관계를 인정할 수 없다고 본다.

## 3. 사안의 해결

을이 B부동산에 대해 정에게 근저당권을 설정해 준 것은 갑에 대한 관계에서 타인의 재물을 보관하는 자가 아니며, 매도인인 병에 대한 관계에서도 단지 등기명의를 보유할 뿐 아무런 신임관계를 인정할 수 없으므로 횡령죄가 인정될 여지는 없다.

【문 3】 甲은 乙에게 ○○은행 노조위원장인 A의 불륜관계를 이용하여 공갈할 것을 교사하였는데, 그 후 乙이 A를 미행하여 A가 여자와 함께 호텔에 들어가는 현장을 카메라로 촬영한 후 甲에게 이를 알렸다. 甲은 乙에게 여러 차례 전화를 걸어 A를 공갈하는 것을 단념하라고 만류하였지만, 乙은 이를 거절하고 동영상을 이용하여 A를 공갈하였다. 이 경우 甲에게 공갈교사죄가 성립하는지 여부 및 그 이유에 대하여 약술하시오.(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【20점】

### I. 문제점

정범이 공갈죄의 실행에 착수한 이후에 교사범이 공갈죄 교사범의 죄책을 면하기 위해서

는 중지미수의 요건을 갖추어야 한다. 그러나, 사안의 경우에는 정범인 을이 공갈죄의 실행에 착수시기인 폭행·협박이 있기 이전에 교사범인 갑이 이를 만류한 경우에 해당하는 바, 이러한 경우 교사범의 공범관계 이탈을 허용할 수 있느냐가 문제된다.

## II. 공갈죄의 교사범의 성립요건

공갈죄는 사람을 공갈하여 타인이 점유하는 재물 또는 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 함으로써 성립한다(제350조). 을에게 공갈죄가 성립함에는 의문이 없다.

교사범은 정범인 피교사자로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립한다. 피교사자는 교사에 의하여 범죄실행의 결의를 하여야 하고 교사행위와 피교사자의 결의 사이에는 인과관계가 있어야 한다.

## III. 교사범의 이탈 허용 여부

### 1. 판례의 태도

교사범을 처벌하는 이유는 교사범이 피교사자로 하여금 범죄 실행을 결의하게 하였다는 데에 있다. 따라서 교사범이 그 공범관계로부터 이탈하기 위해서는 피교사자가 범죄의 실행 행위에 나아가기 전에 교사범에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의를 해소하는 것이 필요하고, 이때 교사범이 피교사자에게 교사행위를 철회한다는 의사를 표시하고 이에 피교사자도 그 의사에 따르기로 하거나 또는 교사범이 명시적으로 교사행위를 철회함과 아울러 피교사자의 범죄 실행을 방지하기 위한 진지한 노력을 다하여 당초 피교사자가 범죄를 결의하게 된 사정을 제거하는 등 제반 사정에 비추어 객관적·실질적으로 보아 교사범에게 교사의 고의가 계속 존재한다고 보기 어렵고 당초의 교사행위에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의가 더 이상 유지되지 않는 것으로 평가할 수 있다면, 설사 그 후 피교사자가 범죄를 저지르더라도 이는 당초의 교사행위에 의한 것이 아니라 새로운 범죄 실행의 결의에 따른 것이므로 교사자는 형법 제31조 제2항에 의한 죄책을 부담함은 별론으로 하고 형법 제31조 제1항에 의한 교사범으로서의 죄책을 부담하지는 않는다(대판 2012.11.15. 2012도7407).

### 2. 검토

甲의 만류행위가 있었지만 乙이 이를 명시적으로 거절하고 당초와 같은 범죄 실행의 결의를 그대로 유지한 것으로 보이는 이상, 甲이 공범관계에서 이탈한 것으로 볼 수 없으며, 갑의 교사에 의하여 공갈의 결의를 가지게 되고 그에 기하여 공갈죄에 이른 것으로 평가할 수 있다. 따라서 갑은 공갈죄 교사범의 죄책을 면할 수 없다.

【문 4】 甲은 A에게 차용 채무금 6,800만 원을 변제한 사실이 없음에도 불구하고 그로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 ‘A가 그 영수증과 같이 채권액 6,800만 원을 변제받았음에도 불구하고 이 금원의 공정증서를 반환하지 않고 보관하고 있음을 기화로 6,800만 원에 대한 채권확보수단으로 甲의 주택을 가압류하였다’는 취지의 고소장을 경찰서장에게 제출하였다. 이 경우 甲에게 무고죄가 성립하는지 여부 및 그 이유에 대하여 약술하시오.(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【20점】

## I. 문제점

무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고함으로써 성립하는 범죄이다(제156조).

사안의 경우, 채권확보수단으로 가압류를 하였다고 하는 것이 형사처분 혹은 징계처분의 대상이 될 수 있는 허위의 사실에 해당하는지 여부가 문제된다.

## II. 가압류한 행위가 범죄사실에 해당하는지 여부

### 1. 소송사기죄의 실행의 착수시기

소송사기란 일반적으로 법원을 기망하여 자기에게 유리한 판결을 받아 내고, 이것을 토대로 상대방으로부터 재물 또는 재산상의 이익을 얻는 것을 말한다. 소송사기는 원고의 경우 소장제출시에 실행의 착수가 인정되며, 피고의 경우에는 허위의 주장을 담은 답변서를 제출했을 때 실행의 착수가 인정된다.

### 2. 판례의 태도

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(대판 1982.10.26. 82도1529).

### 3. 사안의 경우

갑의 주장사실에 의할 때, 즉 A가 변제를 받았음에도 불구하고 갑의 재산에 가압류를 하였다 하더라도 이러한 사실은 소송사기의 실행의 착수가 인정되지 않아 형법상 무죄에 해당한다.

## III. 무고죄의 성부

### 1. 무고죄의 구성요건

무고죄가 성립하기 위해서는 형사처분·징계처분에 대한 직권행사를 할 수 있는 해당 관서 또는 소속 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고하여야 하며, 여기서 허위란 객관적 진실에 반하는 것을 말한다. 사실을 다소 과장한 것에 지나지 않는 때에는 허위의 사실이라고 할 수 없으나 신고사실의 핵심 내지 주요내용이 객관적 진실에 부합하지 않으면 허위에 해당한다. 범죄성립을 조각하는 사유가 있음에도 이를 숨기고 신고하는 것도 허위신고에 해당한다.

또한, 허위의 사실은 형사처분 또는 징계처분의 원인이 될 수 있는 것임을 요한다.

### 2. 판례의 태도

타인에게 형사처분을 받게 할 목적으로 "허위의 사실"을 신고한 행위가 무고죄를 구성하기 위하여는 신고된 사실 자체가 형사처분의 원인이 될 수 있어야 할 것이어서, 가령 허위의 사실을 신고하였다 하더라도 그 사실 자체가 형사범죄로 구성되지 아니한다면 무고죄는 성립하지 아니한다(대판 1992.10.13. 92도1799). 본안소송을 제기하지 아니한 채 가압류를 한 것만으로는 사기죄의 실행에 착수하였다고 할 수 없으므로, 이미 채무를 변제받았음에도 불구하고 공정증서를 반환하지 않고 보관하고 있음을 기화로 가압류하였다는 취지의 허위의



고소장을 경찰서장에게 제출하였다 하더라도, 그 고소사실 자체가 형사범죄를 구성하지 아니하므로 무고죄가 성립할 수 없고, 그 고소 후에 피고인을 상대로 대여금 청구의 본안의 소를 제기하였다고 하여 달리 볼 수 없다(대판 2003.6.13. 2003도1672).

### 3. 사안의 경우

갑이 제출한 고소장의 내용은 사기죄의 실행의 착수가 인정되지 않는 내용으로서 범죄를 구성하지 아니하는 내용이며, 이러한 내용으로는 국가의 심판기능이 침해될 위험이 없다고 보아야 할 것이다. 따라서 갑에게 무고죄는 성립하지 않는다.