

# 2025학년도 1학기 학력진단평가 2학년 형법 [사례형] 답안

시험일시 : 2025. 03. 15(토) 14:00~15:20

출 제 자 : 홍승희 교수

## 문 1] 사례 (1)에서 甲, 乙의 죄책은? (30점)

### I. 공사대금 1억 원 착복행위

#### 1. 甲의 업무상 횡령죄 성립여부 (6)

- 타인을 위하여 금전 등을 보관·관리하는 자가 개인적 용도로 사용할 자금을 마련하기 위하여, 적정한 금액보다 과다하게 부풀린 금액으로 공사계약을 체결하기로 공사업자 등과 사전에 약정하고 그에 따라 과다 지급된 공사대금 중의 일부를 공사업자로부터 되돌려 받는 행위는 그 타인에 대한 관계에서 과다하게 부풀려 지급된 공사대금 상당액의 횡령이 됨(대판 2015.12.10., 2013도13444)
- 甲은 업무상 타인의 재물을 보관하는 지위에 있으므로 업무상 횡령죄가 성립함

※ 사안의 경우 업무상배임죄의 성립을 배제할 수 없으므로(99도883 참조) 업무상배임죄로 논리를 전개한 경우에도 적절한 점수 부여

※ 대판 1999.4.27., 99도883

[1] 업무상배임죄는 위태범으로서 그 성립을 위하여 현실로 본인에게 재산상 손해가 발생할 것까지 요하는 것은 아니므로, 타인을 위하여 도급계약을 체결할 임무가 있는 자가 부당하게 높은 가격으로 도급계약을 체결하여 타인에게 부당하게 많은 채무를 부담하게 하였다면 그로써 곧바로 업무상배임죄가 성립하고, 그 이후에 타인이 현실로 채무를 이행하였는지 여부는 업무상배임죄의 성립과는 관계가 없다 할 것이고, 그 경우 배임액은 도급계약의 도급금액 전액에서 정당한 도급금액을 공제한 금액으로 보아야 한다.

#### 2. 乙의 업무상 횡령죄 공동정범 성립 여부 (5)

- 甲의 업무상횡령죄는 부진정신분범이고, 乙은 甲의 범죄에 공모가공했으므로 비신분자인 乙에 대한 처벌이 문제 됨
- 형법 제33조의 해석에 관한 다수설에 의하면 <제33조 본문>은 진정신분범의 성립 및 과형의 근거인 반면, <제33조 단서>는 부진정신분범의 성립 및 과형의 근거로 이해함 → 이에 따르면 乙은 부진정신분범에 가공했으므로 신분없는 乙은 단순횡령죄의 공동정범이 성립하고 그 처벌도 단순횡령죄의 법정형에 의함
- 반면에, 소수설과 판례(대판 97도2609)에 의하면 <제33조 본문>은 진정신분범의 성립 및 과형의 근거이자 부진정신분범의 성립의 근거인 반면, <제33조 단서>는 부진정신분범의 과형의 근거가 됨 → 이에 따르면 乙은 甲에 대한 업무상횡령죄의 공동정범이 성립하나, 처벌은 단순횡령죄의 법정형에 의함
- 형법 제33조의 본문은 신분의 종속을 선언한 것이고, 단서는 신분의 효과가 비신분자에게 불리하게 작용하지 않도록 특히 가중적 신분의 경우에 과형의 개별화를 선언하고 있는 규정이라고 해석해야 함. 그렇다면 판례의 태도와 같이 형법 제33조를 해석하는 것이 타당함. → 결국 乙은 甲에 대한 업무상횡령죄의 공동정범이 성립하지만, 단순 횡령죄의 법정형 범위 속에서 처벌됨

### II. A에 대한 현금 강취 관련

#### 1. 乙의 죄책

##### 1) 특수강도 예비죄(제334조, 제343조) 성립 여부 (4)

- 사안에서 乙은 甲과 함께 강취하고자 하면서, 밤에 A의 빌라 외부 벽면에 타고 A의 집에 올라가 강취하려고 하였으므로 특수(합동)강도죄(제334조 제2항) 및 야간주거침입강도죄(제334조 제1항)의 실행에 착수했는지 여부가 문제됨
- <판례>에 의하면 야간주거침입강도죄와 2인 이상 합동한 특수강도죄의 실행의 착수시기를 주거침입시로 본 경우가 있고 폭행협박시로 본 경우도 있음

### ■ 야간주거침입강도죄의 실행의 착수시기에 관하여

#### 가. 주거침입시설 (判)

※ 대판 1992.7.28., 92도917

형법 제334조 제1항 소정의 야간주거침입강도죄는 주거침입과 강도의 결합범으로서 시간적으로 주거침입행위가 선행되므로 주거침입을 한 때에 본죄의 실행에 착수한 것으로 볼 것인바, 같은 조 제2항 소정의 흉기 휴대 합동강도죄에 있어서도 그 강도행위가 야간에 주거에 침입하여 이루어지는 경우에는 주거침입을 한 때에 실행에 착수한 것으로 보는 것이 타당하다.

#### 나. 폭행·협박시설 (判)

※ 대판 1991.11.22., 91도2296

가. 특수강도의 실행의 착수는 강도의 실행행위 즉 사람의 반항을 억압할 수 있는 정도의 폭행 또는 협박에 나아갈 때에 있다 할 것이다.

- 그러나 구성요건적 행위에 대한 밀접한 행위가 있을 때 실행의 착수를 인정하는 실질적 객관설에 따르면 야간에 피해자의 재물을 강취하기 위해 빌라 외부 벽면을 타고 피해자의 집으로 올라가는 행위를 특수강도죄의 실행의 착수로 보기 어려움. 이에 따라 특수강도 미수죄는 성립하지 않음
- 다만 乙은 A의 재물을 강취하기 위하여 甲과 함께 차를 대여하는 등의 준비행위는 인정되므로 특수강도 예비죄가 성립함

#### 2) B에 대한 폭행치사죄 성립 여부 (3)

- 乙은 A에 대한 특수강도의 실행에 착수하기 전에 (강도와 무관한) 경비원 B에 대한 폭행을 가하여 사망의 결과를 초래하였으므로 강도 또는 준강도를 전제로 하는 강도치사죄는 성립하지 않음
- 乙은 B를 폭행하여 사망에 이르게 하였으므로 B에 대한 폭행치사죄만 성립함

### 2. 甲의 죄책

#### 1) 특수강도예비죄 성립 여부

##### (1) 특수강도예비죄의 공동정범 성립 여부 (5)

- 甲과 乙은 합동강도를 모의하였으나 어느 누구도 실행에 착수한 적이 없고, 甲과 乙의 행위가 모두 예비단계에 머물고 있으므로 특수강도예비죄가 성립
- 甲과 乙에게 특수강도예비죄의 공동정범이 성립하는지에 관하여, 예비죄의 실행행위성을 부정하는 입장에서는 예비죄 공동정범도 부정하지만, 예비죄의 실행행위성을 긍정하는 입장에서는 예비죄의 공동정범을 인정함.

### ■ <예비죄의 공동정범이 가능한가>에 대하여 학설(긍정설, 부정설) 다툼있음

#### 1) 학설대립

##### 가. 예비죄 공동정범 긍정설(통설/ 判) (검사측)

- 형법상 예비죄도 범죄의 구성요건 중 하나이므로,  
공동정범의 요건인 공동의 실행은 범죄의 예비행위 공동도 포함됨

나. 부정설: 공동정범의 공동실행은 범죄의 실행행위의 공동을 의미하므로,

예비는 실행행위 이전이어서 부정.

## 2) 판례입장: 긍정설 <대판 1979.5.22., 79도552; 1976.5.25., 75도1549>

정범이 실행의 착수에 이르지 아니하고 예비단계에 그친 경우에는, 이에 가공한다 하더라도 예비의 공동정범이 되는 때를 제외하고는 종범으로 처벌할 수 없다.

- 판례는 예비죄의 공동정범을 인정하고 있음(대판 1978.2.23., 77도310)
- 예비죄의 실행행위성을 긍정하는 입장과 판례에 따르면, 甲에게는 특수강도예비죄의 공동정범이 성립함

### (2) 예비의 중지 성부 (5)

- 甲이 범행을 후회하면서 귀가한 것을 중지로 볼 것인지, 중지해 해당한다면 예비의 중지에도 중지미수 규정을 준용할 것인지 여부가 문제됨
- 중지미수의 주관적 요건인 <자의성>과 관련하여  
: 객관설, 주관설 등이 있지만, <통설>과 <판례>는 일반사회통념상 범죄수행에 장애가 될 만 한 사유가 없음에도 불구하고 자기 의사에 의하여 중지한 경우에는 자의성을 인정하는 절충설을 취하고 있음.  
<절충설>에 따르면 甲이 후회한 것은 내적, 주관적, 자율적 동기에 기인한 것으로 보이므로 자의성이 인정되고, 따라서 중지로 보아야 함
- 예비에도 중지(예비의 중지)를 인정할 것인지 여부에 관하여 긍정설과 부정설로 대립하지만,  
<판례>는 중지범은 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것이고, 실행의 착수가 있기 전인 예비음모의 행위를 처벌하는 경우에 있어서는 중지범의 관념은 이를 인정할 수 없다고 판시(대판 1991.6.25., 91도436)
- 판례의 태도에 따르면 甲에게 특수강도 예비죄가 성립

### 2) 폭행치사죄 공동정범 성립 여부 (2)

- 공동정범자 가운데 일부의 자가 결과적 가중범(폭행치사)에 해당하는 범죄로 나아갔다 하더라도, 기본범죄인 폭행 자체에 대한 고의가 없는 자에게는 결과적 가중범에 대한 공동정범을 인정할 수 없음
- 따라서 甲에게는 B에 대한 폭행치사죄의 공동정범 성립하지 않음

## 문 21 사례 (2)에서 甲, 丙의 죄책은? (20점)

### 1. 丙의 명예훼손죄 성립여부

#### 1) 정보통신보호법상 허위사실적시 명예훼손죄 성립여부 (3)

- 회사는 법인이므로 자연인이 아닌 법인도 명예의 주체가 되는지 문제되나, 법인 및 법인격없는 단체 모두 명예의 주체가 됨  
→ 따라서 기자 丙은 X회사를 포함한 10개 식품회사 모두에 대한 명예훼손죄 성립 가능
- 다만 丙은 허위사실을 기사화하여 정보통신망을 통하여 X회사 및 10개 식품회사의 명예를 훼손하였으나 '비방의 목적'이 없으므로 정보통신망법 제70조 제2항의 허위사실적시 명예훼손죄는 성립하지 아니함

#### 2) 허위사실적시 명예훼손죄의 구성요건해당성 (4)

- 허위사실적시 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 허위사실을 공언히 적시한다는 점에 대한 인식과 의사가 있어야 함
- 그러나 丙에게 허위사실의 점에 대한 인식이 없으므로 형법 제15조 제1항에 따라서 허위사실적시에 의한

명예훼손죄(제307조 제2항)는 성립하지 않음

다만 사실적시에 의한 명예훼손죄(제307조 제1항)의 구성요건에 해당함

### 3) 진실성에 착오가 있는 경우와 형법 제310조 적용 여부 (7)

- 사실적시 명예훼손죄가 성립하는 경우, 형법 제310조에 의해 위법성이 조각되는지 검토해야 함
- 형법 제310조 적용과 관련하여 丙에게 공공의 이익을 위한 동기가 있었던 것으로 보이지만, 식용유가격 인상 담합이 허위사실이므로 진실성에 착오가 있음
- 제310조 진실성의 착오에 대한 학설에서는, ① 제310조가 위법성조각사유이므로 진실성 착오는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 문제라는 <위법성조각사유의 전제사실착오설> ② 행위자가 자신의 행위가 제310조의 요건을 모두 충족하여 허용되는 것으로 오인한 경우에는 제15조 제1항의 사실의 착오가 된다는 <사실의 착오설>, ③ 행위자가 성실한 검토의무를 이행한 경우에는 행위반가치가 탈락되므로 제310조가 적용된다는 <허용된 위험의 법리 원용설> 등이 있음
- 판례는 적시된 사실이 진실한 것이라는 증거가 없더라도 그 사실을 진실한 것으로 믿을 만한 '상당한 이유'가 있는 경우에는 제310조가 적용되어 위법성이 조각된다고 판시(대판 2000.2.25., 98도2188)

#### <검토 및 사안적용>

- ▶ 진실성에 대한 착오는 제310조의 전제사실에 대한 착오이므로 '위법성조각사유 전제사실 착오설'이 타당하고, 이 경우 법효과제한적 책임설(多)에 의하면 명예훼손죄의 불법고의는 인정되나 책임고의는 탈락되어 과실책임만 문제되지만 과실범 처벌규정이 없어 불가벌임
  - 이에 따르면 丙에게 정보통신망법 뿐만 아니라 형법상으로도 명예훼손죄가 성립하지 아니함
- ▶ <판례>에 의하는 경우에는 착오에 상당한 이유가 있는지 검토해야 함. 사안에서는 진실성을 오인한데 대한 상당한 이유가 존재하므로 제310조에 따라 위법성이 조각됨

#### ■ 진실성의 착오에 대한 학설의 대립

가. 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오설(多): 제310조의 '진실성' 표지는 위법성조각의 요소이므로, 허위사실을 진실한 사실로 오인하고 적시한 경우 '위전착오'가 된다고 함. 따라서 엄격책임설, 제한적 책임설(구성요건착오유추적용설, 법효과제한책임설), 소극적 구성요건표지이론에 따라 해결하여야 함

이때 엄격책임설에 의하면 형법 제16조(법률의 착오)따라 정당한 이유의 유무에 따라 제307조 제1항의 죄책이 인정(고의 0)되거나, 죄책이 부정(책임조각)됨

그러나 나머지 학설○○에 의하면 위법성인식이 없어서 고의가 조각되고 과실범 처벌규정이 있는 경우 과실범으로만 죄책이 인정됨

#### <사안적용>

- 엄격책임설을 취할 경우, 丙이 위법성인식을 못한데 대해서는 정당한 이유가 인정되므로 제307조 제1항의 죄책이 인정되지 아니함
- 나머지 학설을 취할 경우, 고의는 인정되지 않고 과실범으로만 처벌해야 하나, 명예훼손죄는 과실범 처벌규정이 없으므로 불처벌임.

나. 제15조 제1항의 착오설: 가.의 위전착오설 중에서 다수설인 제한적 책임설에 의할 경우 명예훼손죄는 과실범 처벌규정이 없다는 이유로 착오가 있으면 항상 처벌할 수 없게 되는 불합리가 존재한다는 점에서, '제15조 제1항의 '사실의 착오'가 적용되어 중한 죄에 대한 인식이 없었으므로 중한 죄로 처벌할 수 없다고 함. 따라서 형법 제307조 제2항이 아닌 제1항의 명예훼손죄를 적용하자는 입장임

<사안적용> 사안에서는 착오에 정당한 사유가 인정되므로 제307조 제1항의 죄책 불성립

다. 허용된 위험설: 허용된 위험의 법리(의무합치이론)를 통해 '성실한 검토의무'를 제310조에 적용하여 특별한 주관적 정당화요소로 파악함. 따라서 허위사실을 진실한 사실로 오인하고 적시한 행위자가

이러한 ‘검토의무’를 성실히 이행하였음에도 진실한 사실로 오인한 경우에는 행위불법이 탈락하여 위법성이 조각됨. 그러나 ‘검토의무’를 충실히 하지 않고 오인한 경우는 행위불법이 남아 있어서 명예훼손죄의 책임을 부담함.

<사안적용> 사안에서는 성실한 검토의무의 위반 또는 착오에 정당한 사유가 인정되므로 제307조 제1항의 죄책을 부담하지 아니함

#### ■ 판례: 허용된 위험설(성실한 검토의무)과 유사

##### ※ 대판 1996.8.23., 94도3191

내용 중에 일부 허위사실이 포함된 신문기사를 보도한 사안에서, 기사 작성의 목적이 공공의 이익에 관한 것이고 그 기사 내용을 작성자가 진실하다고 믿었으며 그와 같이 믿은 데에 객관적인 상당한 이유가 있다는 이유로 명예훼손의 위법성을 부인한 원심판결을 수긍한 사례.

##### ※ 대판 2007.12.14., 2006도2074

형법 제310조의 규정은 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 헌법 제21조에 의한 정당한 표현의 자유의 보장이라는 상충되는 두 법익의 조화를 꾀한 것이라고 보아야 할 것이므로, 두 법익간의 조화와 균형을 고려한다면 적시된 사실이 진실한 것이라는 증명이 없더라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다

## 2. 甲의 죄책: 정보통신망법상 허위사실적시 명예훼손죄의 <정범 및> 간접정범 성립 여부

### 1) 丙에게 식용유 가격 인상 담합을 알린 행위(의 정범 성립여부) (3)

- 명예훼손죄의 요건인 ‘공연성’이란 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하므로 비록 한 사람에게 사실을 유포한 경우라도 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 수 있었다면 공연성은 충족함
- 甲이 기자 丙에게 가격인상담합을 알린 행위는 비록 丙 1인에게 알린 것이지만 신문을 통하여 불특정 또는 다수인에게 전파될 수 있는 것으로서 공연성이 인정됨

→ 따라서 甲에게 공연성이 인정되어 정보통신망법 제70조 제2항에 따른 허위사실적시 명예훼손죄가 성립

### 2) 丙으로 하여금 허위사실을 보도하게 한 행위(의 간접정범 성립여부) (3)

- (또한) 판례와 같이 丙의 행위가 위법성이 조각된다고 보면, 甲은 처벌되지 아니한 자를 이용하여 정보통신망보호법상 허위사실적시 명예훼손죄의 간접정범이 성립함

위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오에 대해서 책임조각을 인정하는 견해에 따른 경우 의사지배 인정여부에 따라 甲에게 간접정범 성립 가능(참조판결: 2023도10768)

#### ※ 대판 2023.11.2., 2023도10768 (위법성조각사유의 전제사실의 착오에 대한 판단)

##### (2) 대법원 판결요지 (파기환송)

- B는 당시 왼손으로 휴대용 녹음기를 움켜쥔 상태에서 이를 활용함에 별다른 장애가 없었으므로, 만일 몸싸움을 하느라 신체적으로 뒤엉킨 상황에서 B가 실제로 위험한 물건을 꺼내어 움켜쥐고 있었다면 그 자체로 A의 생명·신체에 관한 급박한 침해나 위험이 초래될 우려가 매우 높은 상황이었던 점,
  - 형법 제20조의 사회상규에 의한 정당행위를 인정하기 위한 요건들 중 행위의 ‘긴급성’과 ‘보충성’은 다른 실효성 있는 적법한 수단이 없는 경우를 의미하지 ‘일체의 법률적인 적법한 수단이 존재하지 않을 것’을 의미하지는 않는다는 판례 법리에 비추어,
- 피고인(甲)의 행위는 적어도 주관적으로는 그 정당성에 대한 인식하에 이루어진 것이라고 보기에 충분한 점 등을 종합하면, 피고인이 당시 죄가 되지 않는 것으로 오인한 것에 대해 ‘정당한 이유’를 부정하여 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오, 정당한 이유의 존부에 관한 법리오해의 잘못이 있다.

- 甲이 丙을 이용하여 식용유 가격 인상 담합의 허위사실을 기사화하도록 하였고, 비방의 목적이 있으므로  
정보통신망법 제70조 제2항에 따른 허위사실적시 명예훼손죄의 간접정범 성립 가능