

【문 1】

甲은 과거 연인관계였던 乙(女)에게 성인 권장용량의 1.5배 내지 2배 정도에 해당하는 양의 졸피뎀 성분의 수면제가 섞인 커피를 주어 마시게 한 다음 乙(女)이 잠이 들자 간음하였다. 乙(女)은 커피를 받아 마신 다음 곧바로 정신을 잃고 깊이 잠들었다가 약 4시간 뒤에 깨어 났는데 잠이 든 이후의 상황에 대해서 제대로 기억하지 못하였고, 정신이 희미하게 든 경우도 있었으나 자신의 의지대로 생각하거나 행동하지 못한 채 곧바로 기절하다시피 다시 깊은 잠에 빠졌다. 이후 乙(女)은 자연적으로 의식을 회복하였으며 의식을 회복한 다음 특별한 치료를 받지 않았다.

한편 甲은 자기가 몹쓸 짓을 저질렀나 하는 생각에 술을 마시고 거리를 배회하던 중 우연히 버스에서 내려서 걸어가는 丙(女)의 용모에 반하여 마스크를 착용한 채 뒤따라가다가 인적이 없고 외진 곳에서 가까이 접근하여 양팔을 높이 들어 껴안으려 하였으나, 丙(女)이 뒤돌아보면서 소리치자 그 상태로 몇 초 동안 쳐다보다가 다시 오던 길로 되돌아갔다.

돌아오면서 자신의 피부가 문제였다고 생각한 甲은 이전에 손님으로 방문하여 어느 정도 안면이 있는 丁이 운영하는 ‘B스포츠피부’로 피부 마사지를 받으러 갔는데 대기하는 손님이 많아서 결국 피부 마사지를 받지 못하였다. ‘B스포츠피부’를 나오면서 여자친구 A에게 전화를 하지 않았다는 사실이 생각난 甲은 영업점 내에 있는 丁소유의 휴대전화를 허락 없이 가지고 나와 여자친구 A와 1~2시간 가량 통화를 한 후 丁에게 알리지 않은 채 휴대전화를 위 ‘B스포츠피부’ 정문 옆에 있는 화분에 놓아두고 그대로 가버렸다.

甲의 죄책을 논하시오. [25점] (특별법 위반죄는 논외로 하고, 다툼이 있는 경우 대법원 판례에 따름)

I. 쟁점의 정리

- ① 음을 간음한 행위에 대하여는 강간치상죄(형법 제301조)¹⁾의 성부가 문제된다. 본죄에 있어서 강간(형법 제297조)과 준강간(형법 제299조)의 구별, 정신을 잃고 잠들게 한 경우 상해에 해당될 수 있는지 여부를 검토하여야 한다.
- ② 병을 껴안으려다가 되돌아 간 행위에 대해서는 강제추행미수죄(형법 제298조, 제300조)의 성부가 문제된다. 강제추행죄의 실행의 착수가 인정되는지 여부, 장애미수인지 중지미수인지 여부를 검토하기로 한다.
- ③ 정의 전화기를 가져가 가게 정문 옆 화분에 놓아 둔 행위에 대해서는 절도죄(형법 제329조)의 성부가 문제되며, 절도죄에서의 타인점유에 해당하는지 여부, 불법영득의사를 인정할 수 있는지 여부가 문제된다. 기타 재물손괴죄(형법 제366조) 혹은 증거은닉죄(형법 제155조 제1항)의 성부도 검토하여 볼 수 있다.
- ④ 정의 전화기를 무단 사용한 행위 자체에 대해서는 절도죄, 사기죄(형법 제347조), 컴퓨터등사용사기죄(형법 제347조의2), 편의시설부정이용죄(형법 제348조의2) 등의 범죄를 검토하여 볼 수 있다.

II. 음을 간음한 행위에 대한 판단

1. 강간치상죄의 성립요건

강간치상죄는 강간범이 사람을 상해에 이르게 한 경우 성립한다. 강간치상죄가 성립하기 위해서는 ① 강간죄의 실행의 착수, ② 상해의 결과 발생, ③ 강간과 상해와의 인과관계, ④ 상해에 대한 예견가능성이 있어야

1) 출제의 근거가 된 해당 판례가 강간치상죄를 인정하고 있어서 판례에 따라 강간치상죄로 검토하였을 뿐이며, 사안에서 상해의 고의(미필적 고의)를 인정하여 강간상해죄로 답안을 구성하여도 아무런 문제가 없다. 객관적 구성요건으로서의 ‘상해’에 해당하느냐가 핵심 쟁점인 것이다.

한다.

2. 강간과 준강간의 구별

강간죄는 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 경우에 성립하며, 준강간죄는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음한 경우에 성립한다. 잠자는 여성을 간음한 경우에는 준강간죄에 해당할 것이지만, 간음을 하기 위하여 수면제 성분을 섭취하게 하였다면 이는 강간의 수단인 폭행에 해당된다고 봄이 상당하다. 따라서 갑의 간음행위는 준강간이 아닌 강간죄에 해당된다.

3. 상해에 해당하는지 여부

상해란 생리적 기능훼손을 의미한다. 강간치상죄의 상해의 개념을 일반적인 경우보다 엄격하게 해석하여야 한다는 상대적 상해개념을 긍정할 것인가 여부에 관해서는 견해대립이 있으나, 판례는 ① 상처의 부위와 정도, ② 일상생활에 지장이 있는지 여부, ③ 별도의 치료 없이도 자연적 치유가 가능한지 여부, ④ 피해자의 나이 등을 종합적으로 검토하여 상해에 해당하는지 여부를 결정하고 있다.

판례에 의하면, 강간치상죄에 있어서의 상해는 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것, 즉 피해자의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 것을 말하는 것으로, 여기서의 생리적 기능에는 육체적 기능뿐만 아니라 정신적 기능도 포함된다고 보면서, 수면제와 같은 약물을 투약하여 피해자를 일시적으로 수면 또는 의식불명 상태에 이르게 한 경우에도 약물로 인하여 피해자의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되었다면 자연적으로 의식을 회복하거나 외부적으로 드러난 상처가 없더라도 이는 강간치상죄나 강제추행치상죄에서 말하는 상해에 해당한다고 판시하였다(대판 2017.6.29. 2017도3196).

또한 협박과 폭행을 이기지 못하고 실신하여 범인들이 불러온 구급차 안에서야 정신을 차리게 되었다면, 외부적으로 어떤 상처가 발생하지 않았다고 하더라도 생리적 기능에 훼손을 입어 신체에 대한 상해가 있었다고 본 판례도 있다(대판 1996.12.10. 96도2529).

4. 사안의 경우

갑의 약물 투약으로 피해자의 생리적 기능에는 일시적으로 장애가 발생하였고, 권장용량의 1.5배 내지 2배 정도의 과량을 투약한 점, 을에게 발생한 의식장애나 기억상실의 정도 등을 종합해 볼 때, 을은 약물 투약으로 항거가 불가능하거나 현저히 곤란해진 데에서 더 나아가 건강상태가 나쁘게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 피해를 입었다고 할 것이다. 갑의 강간행위와 이러한 상해의 결과 사이에는 인과관계가 인정되며, 상해의 결과에 대한 예견가능성도 있다 할 것이다. 따라서 갑의 행위는 강간치상죄에 해당된다.

Ⅲ. 병을 꾀안하려는 행위에 대한 판단

1. 강제추행미수죄의 구성요건

강제추행죄는 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 함으로써 성립하는 범죄이다. 본죄에서의 '추행'이란 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위인 것만으로는 부족하고 피해자의 성적 자기결정의 자유를 침해하는 것이어야 한다.

강제추행미수죄는 추행의 고의로 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사, 즉 폭행행위를 하여 실행행위에 착수하였으나 추행의 결과에 이르지 못한 때에 성립한다.

2. 판례의 태도

- ① 판례에 의하면, 강제추행죄의 폭행은 신체에 대한 유형력의 행사로서 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도일 것을 요하는데 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우는 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다고 본다(대판 2002.4.26. 2001도2417).
- ② 판례에 의하면 을을 추행하기 위해 뒤따라간 것으로 추행의 고의를 인정할 수 있고, 갑이 가까이 접근하여 갑자기 뒤에서 껴안는 행위는 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 을의 성적 자유를 침해하는 행위여서 그 자체로 이른바 ‘기습추행’ 행위로 볼 수 있으므로, 갑의 팔이 을의 몸에 닿지 않았더라도 양팔을 높이 들어 갑자기 뒤에서 껴안으려는 행위는 갑의 의사에 반하는 유형력의 행사로서 폭행행위에 해당하며, 그때 ‘기습추행’에 관한 실행의 착수가 있는데, 마침 을이 뒤돌아보면서 소리치는 바람에 몸을 껴안는 추행의 결과에 이르지 못하고 미수에 그쳤으므로, 갑의 행위는 강제추행미수죄에 해당한다고 판시하였다(대판 2015.9.10. 2015도6980).

3. 사안의 경우

미수범이 성립하기 위해서는 고의, 실행의 착수, 범죄미완성을 요건으로 하는 바, 갑이 을을 껴안으려고 한 행위는 강제추행죄에서의 폭행으로서 실행의 착수에 해당된다. 실제로 을에 대한 추행의 결과에 이르지 못하였기 때문에 강제추행미수죄가 성립한다.

사안에서, 을이 소리를 친 것 외에 별다른 사정이 없으므로 중지미수인지 장애미수인지 여부가 문제될 수 있으나 길거리에서 피해자가 소리를 치는 것은 사회관념상 범죄 수행에 장애가 되는 사유로 보아야 할 것이다. 따라서 중지미수에 있어서의 자의성이 부정되며 장애미수에 해당된다 할 것이다.

IV. 전화기를 가져갔다가 정문 옆에 둔 행위에 대한 판단

1. 절도죄의 성부

(1) 객관적 구성요건

절도죄는 타인소유, 타인점유하의 재물을 절취한 경우에 성립한다. 정소유의 휴대전화는 갑의 입장에서 타인의 소유물에 해당된다. 또한 점유자의 점유의사는 현실적 의사뿐만 아니라 잠재적, 일반적 점유의사도 포함하므로 정의 관리영역 내의 모든 물건에 대하여는 사실상의 지배력을 행사한다는 일반적 점유의사가 있다고 보아야 한다. 따라서 갑이 정의 허락없이 전화기를 가져간 행위는 정의 점유를 침탈하는 행위에 해당한다.

(2) 불법영득의사 인정여부

① 불법영득의사의 의의와 내용

절도죄가 성립하기 위해서는 불법영득의사가 있어야 한다. 불법영득의 의사란 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라서 이용하고 처분할 의사를 말한다.

불법영득의사는 ① 종래의 권리자를 배제한다는 소극적 요소, ② 소유자로서 이를 이용한다는 적극적 요소를 내용으로 한다. 소극적 요소는 영구적이어야 하나 적극적 요소는 일시적인 것으로도 족하다. 권리자를 종래의 지위에서 영구적으로 배제한다는 소극적 요소가 없으면 사용절도가 되어 원칙적으로 불가벌이 된다. 사안의 경우 사용절도에 해당하는지 여부가 문제된다.

② 절도와 사용절도의 한계

사용절도는 원칙적으로 불가벌인데 사용절도로서 불가벌이 되기 위해서는 ① 반환의사가 있어야 하며, ②

일시사용에 그쳐야 하며, ③ 소유자의 지배범위 안에 반환하여야 하며, ④ 재물의 고유한 가치를 훼손해서는 안된다.

③ 판례의 태도

판례에 의하면, 일시 사용의 목적으로 타인의 점유를 침탈한 경우에도 사용으로 인하여 물건 자체가 가지는 경제적 가치가 상당한 정도로 소모되거나 또는 상당한 장시간 점유하고 있거나 본래의 장소와 다른 곳에 유기하는 경우에는 이를 일시 사용하는 경우라고는 볼 수 없으므로 영득의 의사가 없다고 할 수 없다고 하면서 타인의 영업점 내에 있는 타인소유의 휴대전화를 허락 없이 가지고 나와 이를 이용하여 통화를 하고 문자메시지를 주고받은 다음 약 1~2시간 후 갑에게 아무런 말을 하지 않고 위 영업점 정문 옆 화분에 놓아두고 간 사건에서 타인의 휴대전화를 자신의 소유물과 같이 경제적 용법에 따라 이용하다가 본래의 장소와 다른 곳에 유기한 것이므로 피고인에게 불법영득의사가 있었다고 할 것이더라고 판시하였다(대판 2012.7.12. 2012도1132).

④ 사안의 경우

갑의 행위는 휴대폰을 본래의 장소가 아닌 영업점 바깥에 유기하고 간 집에서 제자리에 반환하였다고 할 수 없고 따라서 불법영득의사가 인정되어 절도죄의 구성요건에 해당하며, 별도의 위법성조각사유와 책임조각사유가 없으므로 절도죄가 성립한다.

2. 손괴죄, 증거은닉죄의 성부

갑에게 절도죄가 성립하는 이상 정이 휴대전화기를 사용할 수 없게 하는 행위가 재물손괴죄의 구성요건에 해당한다 하더라도 손괴행위는 불가벌적 사후행위에 불과하다.

또한 절취한 휴대전화를 화분 옆에 두어 그 소재를 찾기 힘들게 하는 점이 있다 하더라도 범인자신의 증거은닉행위는 증거은닉죄의 구성요건에 해당되지 않는다.

V. 전화기 사용행위에 대한 판단

1. 절도죄의 성부

판례에 의하면, 타인의 전화기를 무단으로 사용하여 전화통화를 하는 행위는 상대방과의 통신을 매개하여 주는 업무, 즉 전기통신사업자에 의하여 가능하게 된 전화기의 음향송수신기능을 부당하게 이용하는 것으로, 이러한 내용의 업무는 무형적인 이익에 불과하고 물리적 관리의 대상이 될 수 없어 재물이 아니라고 할 것이므로 절도죄의 객체가 되지 아니한다(대판 1998.6.23. 98도700).

2. 사기죄의 성부

사기죄가 성립하기 위하여는 기망행위와 이에 기한 피해자의 처분행위가 있어야 한다.

판례에 의하면, 타인의 일반전화를 무단으로 이용하여 전화통화를 하는 행위는 전기통신사업자인 한국전기통신공사가 일반전화 가입자인 타인에게 통신을 매개하여 주는 업무를 부당하게 이용하는 것에 불과하여 한국전기통신공사에 대한 기망행위에 해당한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 이에 따라 제공되는 업무도 일반전화 가입자와 한국전기통신공사 사이에 체결된 서비스이용계약에 따라 제공되는 것으로서 한국전기통신공사가 착오에 빠져 처분행위를 한 것이라고 볼 수 없으므로, 사기죄를 구성하지 아니한다고 판시한 바 있다(대판 1999.6.25. 98도3891).

사안에서 휴대전화의 통화버튼을 누른 것만으로 기망행위나 이에 따른 처분행위를 인정할 수 없으므로 사기죄는 성립하지 않는다.

3. 컴퓨터등사용사기죄의 성부

컴퓨터등사용사기죄는 컴퓨터등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 권한 없이 정보를 입력·변경하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 경우에 성립하는 범죄이다.

판례에 의하면, 휴대전화의 경우 그 사용시마다 사용자가 정당한 사용권자인지에 관한 정보를 입력하는 절차가 없고, 이동통신회사가 서비스를 제공하는 과정에서 휴대전화를 통하여 입력된 신호에 대하여 신원확인절차를 거치지 않는 점 등에 비추어 보면 휴대전화의 통화 또는 인터넷접속 버튼을 누르는 경우 기계적 또는 전자적 작동 과정에 따라 그대로 일정한 서비스가 제공되는 것이므로, 휴대전화기의 통화버튼이나 인터넷접속 버튼을 누르는 것만으로 사용자에게 의한 정보 혹은 명령의 입력이 행하여졌다고 보기 어렵고, 따라서 휴대전화 또는 이동통신회사에 의하여 그 입력된 정보 혹은 명령에 따른 정보처리가 이루어진 것으로 보기도 어렵다고 하여 컴퓨터사용사기죄는 성립하지 아니한다(대판 2010.9.9. 2008도128).

4. 편의시설부정이용죄의 성부

편의시설부정이용죄는 대가를 지급해야 작동되는 유료자동설비를 객체로 하는 바, 공중전화와는 달리 일반 휴대전화기는 유료자동설비라고 할 수 없으므로 편의시설부정이용죄는 성립하지 않는다.

VI. 사안의 해결

갑의 행위는 강간치상죄, 강제추행미수죄 및 절도죄에 해당되며, 피해자가 다르고 별개의 행위로 이루어진 것이므로 실체적 경합범에 해당된다. 갑이 타인의 휴대전화기를 무단 사용하여 전화통화 등을 한 행위는 별도로 범죄가 성립하지 않는다.

【문 2】

甲은 주식회사를 설립하여 그 회사 명의로 여러 개의 통장을 개설하여 속칭 대포통장을 유통시킬 마음을 먹었다. 甲은 2016. 6.경 주식회사 설립등기를 마쳤는데, 이를 위해 회사 정관을 작성·제출하였고, 주식 발행·인수 절차와 관련하여 주금 납입 사실을 증명하기 위해 금융기관으로부터 잔고증명서를 발급받아 설립등기신청 당시 첨부정보로 제출하였으며, 회사 임원으로 등재될 사람으로부터 취임승낙을 증명하는 정보를 받아 첨부정보로 제출하였다. 검사는 甲이 주식회사를 실제로 운영할 의사 없이 주식회사를 이용하여 범죄를 저지를 목적으로 허위의 회사설립등기 신청을 하고, 상업등기 전산정보처리시스템에 회사설립 내용을 등록하게 하였다는 이유로 ‘공전자기록등 불실기재죄와 그 행사죄’로 공소를 제기하였다. 대법원 판례에 비추어 甲에게 ‘공전자기록등 불실기재죄와 그 행사죄’가 성립하는지 논하시오. [15점]

판례) 범죄에 이용할 목적으로 주식회사 설립등기 (대판 2020.2.27. 2019도9293)

주식회사의 발기인 등이 상법 등 법령에 정한 회사설립의 요건과 절차에 따라 회사설립등기를 함으로써 회사가 성립하였다고 볼 수 있는 경우 회사설립등기와 그 기재 내용은 특별한 사정이 없는 한 형법 제228조 제1항에서 정한 공정증서원본 불실기재죄나 공전자기록 등 불실기재죄에서 말하는 불실의 사실에 해당하지 않는다. 발기인 등이 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 법인등기부에 기록하게 한 것으로 볼 수 없다. ≍ 유한회사의 설립의 경우에도 같은 취지(대판 2020.3.26. 2019도7729)

【문 3】

甲은 2015년 편의점을 개업하면서 사업자등록을 이모인 A 명의로 하였다. 乙은 2017. 10.경 甲을 상대로 1억 원의 대여금 지급을 구하는 소를 제기하였다. 甲은 그 소송계속 중인 2018. 4. 30. 위 편의점에 관한 폐업신고를 하고, 2018. 5. 6. 처인 B 명의로 새로 사업자등록을 하였다. 이에 乙은 법무사 사무실을 찾아와 甲을 강제집행면탈죄로 고발하여 처벌받게 할 수 있는지 문의하였다. 대법원 판례에 비추어 甲에게 ‘강제집행면탈죄’가 성립하는지 논하시오. [10점]

판례) 형법 제327조에 규정된 강제집행면탈죄에서 재산의 ‘은닉’이란 강제집행을 실시하는 자에 대하여 재산의 발견을 불능 또는 곤란케 하는 것을 말하는 것으로서, 재산의 소재를 불명케 하는 경우는 물론 그 소유관계를 불명하게 하는 경우도 포함하나, 채무자가 제3자 명의로 되어 있던 사업자등록을 또 다른 제3자 명의로 변경하였다는 사정만으로는 그 변경이 채권자의 입장에서 볼 때 사업장 내 유체동산에 관한 소유관계를 종전보다 더 불명하게 하여 채권자에게 손해를 입게 할 위험성을 야기한다고 단정할 수 없다(대판 2014.6.12. 2012도 2732).