

**【문 1】** 甲은 乙의 허락 없이 마치 乙인 것처럼 가장하여 乙의 명의로 신용카드를 발급받아 사용하고 그와 관련된 대금은 변제하지 않기로 마음먹은 후, 그에 따라 乙의 명의를 모용하여 A카드회사로부터 신용카드를 발급받았다.

1. 甲은 위와 같이 乙의 명의를 모용해 A카드회사로부터 발급받은 신용카드의 카드번호와 비밀번호를 입력하는 ARS 전화서비스를 통하여 B저축은행으로부터 신용대출을 받았다. 甲이 신용대출을 받은 행위가 형법상 어느 죄에 해당하는지, 그 피해자는 누구인지 논하시오. (견해의 대립이 있는 경우에는 대법원 판례에 따른 것) (10점)

2. 甲은 위와 같이 乙의 명의를 모용해 A카드회사로부터 발급받은 신용카드를 이용하여 丙이 관리하는 현금자동지급기에서 현금을 인출하였다. 甲이 현금을 인출한 행위가 형법상 어느 죄에 해당하는지, 그 피해자는 누구인지 논하시오. (견해의 대립이 있는 경우에는 대법원 판례에 따른 것) (10점)

**I. 쟁점의 정리**

갑이 을인 것처럼 가장하여 카드를 발급받는 행위에 대해서는 사문서위조 및 동행사죄, 카드회사에 대한 사기죄가 성립할 여지가 있다. 그런데 이렇게 발급받은 카드를 갑이 사용을 함에 있어서 형법상 ARS로 신용대출을 받는 행위(제1문)에 대해서 사기죄(형법 제347조)의 포괄일죄에 해당하는지 아니면 컴퓨터등사용사기죄(형법 제347조의2)가 별도로 성립하는지 여부가 문제되며, 현금을 인출하는 행위(제2문)에 대해서도 절도죄(형법 제329조) 혹은 컴퓨터등사용사기죄가 성립하는지 문제된다. 또한 신용카드의 사용행위가 여신전문금융업법위반죄를 구성하는지 여부도 검토되어야 한다.

**II. 제1문에 대한 판단**

**1. 사기죄의 성부**

**(1) 구성요건**

사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 함으로써 성립하는 범죄이다.

**(3) 사안의 경우**

카드회사가 갑에게 을 명의의 신용카드를 사용할 권한을 주었다고 볼 수 없으므로 그 카드 사용행위는 무권한자의 사용행위일 뿐 카드회사를 피기망자로 하는 사기죄가 성립할 수 없다. 또한 ARS 전화서비스를 통하여 B저축은행으로부터 신용대출을 받는 행위에 대해서는 사람을 기망하는 행위가 없고 기계에 대한 기망은 있을 수 없으므로 사기죄는 성립하지 않는다.

**2. 컴퓨터등사용사기죄의 성부**

**(1) 구성요건**

컴퓨터등사용사기죄는 컴퓨터등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 권한 없이 정보를 입력·변경하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 함으로써 성립하는 범죄이다. ‘권한없이 정보를 입력한다’는 것은 정당한 정보의 권한 없는 사용을 의미한다.

**(2) 판례의 태도**

타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드의 번호와 그 비밀번호를 이용하여 ARS 전화서비스나 인터넷

등을 통하여 신용대출을 받는 방법으로 재산상 이익을 취득하는 행위는 카드회사에 의하여 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아니며, 컴퓨터등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이익을 취득하는 행위로서 컴퓨터등사용사기죄에 해당한다(대판 2006.7.27. 2006도3126).

**(3) 사안의 경우**

ARS 전화서비스를 통하여 신용대출을 받는 행위는 컴퓨터등정보처리장치에 권한없는 자가 정보를 입력하는 행위에 해당되고 대출을 받는 것은 재산상 이익을 취득하는 행위로서 구성요건해당성이 인정되며, 별도의 위법성조각사유나 책임조각사유가 없으므로 컴퓨터등사용사기죄가 성립한다. 피해자는 대출을 해 준 B저축은행이다.)

**3. 여신전문금융업법위반죄의 성부**

**(1) 법규정**

여신전문금융업법 제70조 제1항 제6호는 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 알아낸 타인의 신용카드 정보를 보유하거나 이를 이용하여 신용카드로 거래한 자를 처벌하는 규정을 두고 있다.

**(2) 사안의 경우**

갑은 을 명의로 신용카드를 발급받은 것이고, 이는 이미 존재하는 타인의 신용카드 정보를 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 알아낸 다음 이를 이용하여 신용카드에 의한 거래를 한 경우에 해당하지 아니하므로, 여신전문금융업법 제70조 제1항 제6호 위반죄는 성립하지 아니한다.

**III. 제2문에 대한 판단**

**1. 컴퓨터등사용사기죄의 성부**

판례에 의하면, 컴퓨터등사용사기죄의 객체를 재물이 아닌 재산상의 이익으로만 규정하고 있으므로, 타인의 신용카드로 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위가 재물에 관한 범죄임이 분명한 이상 이를 위 컴퓨터등사용사기죄로 처벌할 수는 없다고 하였다(대판 2003.5.13. 2003도1178).

현금은 재물에 해당하고 재물과 재산상 이익을 구별해야 하는 이상 컴퓨터등사용사기죄는 성립하지 않는다.

**2. 절도죄의 성부**

**(1) 구성요건**

절도죄는 타인소유 타인점유하의 재물을 절취함으로써 성립한다. 절취란 타인이 점유하고 있는 타인의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말한다.

**(2) 판례의 태도**

판례에 의하면, 피고인이 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위는 카드회사에 의하여 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아니라, 현금자동지급기의 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제한 채 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 행위로서 절도죄에 해당한다(대판 2006.7.27. 2006도3126).

**(3) 검토**

현금지급기 관리자의 의사는 카드의 정당한 사용권한자에게만 그 인출을 허용하겠다는 의사로 보아야 한다. 을 명의 카드에 대하여 갑이 사용권한이 없는 이상 절도죄의 구성요건에 해당하고 별도의 위법성조각사유나

1) 카드회사에 전화를 하여 ARS 신용대출을 받았다면 카드회사가 피해자이다. 사안은 카드소지자임을 전제로 하여 저축은행대출을 받은 경우로서 대출을 해 준 저축은행을 피해자로 보아야 할 것이다.

책임조각사유가 없으므로 절도죄가 성립한다. 그 피해자는 현금지급기 관리자인 丙이다.

3. 여신전문금융업법위반죄의 성부

(1) 법규정

여신전문금융업법 제70조 제1항 제4호는 사람을 기망(欺罔)하여 취득한 신용카드를 사용한 행위를 처벌하고 있다.

(2) 사안의 경우

견해의 대립이 있으나, 카드회사에 대하여 타인명의를 모용하여 카드를 발급받은 경우에는 사람을 기망하여 취득한 신용카드에 해당하지 않으므로 현금을 인출한 행위는 여신전문금융업법위반죄는 해당되지 않는다.

IV. 사안의 해결

갑이 을명의를 모용하여 발급받은 카드로 ARS 신용대출을 받은 행위는 컴퓨터등사용사기죄에 해당하고 현금을 인출한 행위는 절도죄에 해당된다.

【문 2】 甲은 2019. 8. 10. 자동차운전면허 없이 승용차를 운전하고 가던 중 음주단속을 하는 경찰관 乙을 발견하고 그대로 도주하였고, 이에 乙은 순찰차를 타고 추격하여 甲의 차량을 따라잡은 후 순찰차에서 내려 甲에게 하차할 것을 요구하였다. 그러나 甲은 이에 불응하고 위 승용차를 운전하여 乙이 서 있는 방향으로 진행하면서 乙의 오른쪽 무릎을 위 차량 앞범퍼로 들이 받아 乙에게 약 4주간의 치료를 요하는 우측 슬관절 파열 등의 상해를 가하였다. 이에 검사는 甲을 특수공무집행방해치상죄(형법 제144조 제2항)와 특수상해죄(형법 제258조의2 제1항)의 상상적 경합으로 기소하였다. 甲의 죄책을 논하시오. (무면허운전으로 인한 도로교통법위반죄와 특별법 위반죄는 논외로 하고, 다툼 있는 경우 대법원 판례에 따를 것) (15점)

I. 쟁점의 정리

갑이 을을 들이 받아 상해를 입힌 행위와 관련하여, 특수공무집행방해치상죄(형법 제144조 제2항)의 성부가 문제된다. 자동차로 경찰관을 들이 받은 것을 “위험한 물건”을 “휴대하여” 폭행한 것으로 볼 수 있는지 여부가 문제되며, 본죄가 이른바 부진정 결과적가중범으로서 상해에 대하여 과실 있는 경우뿐만 아니라 고의 있는 경우에도 성립하는지 문제되고 상해에 대한 고의가 있는 경우 특수상해죄(제258조의2 제1항)와의 죄수관계는 어떻게 되는지 문제된다.

II. 특수공무집행방해치상죄의 성부

1. 구성요건

특수공무집행방해치상죄는 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 공무집행방해죄를 범하여 공무원을 상해에 이르게 한 때 성립하는 결과적 가중범이다(제144조 제2항). 결과적 가중범이 성립하기 위하여는 ① 고의의 기본범죄, ② 중한 결과의 발생, ③ 기본범죄와 중한 결과와의 인과관계, ④ 중한 결과에 대한 과실을 요한다. 그런데 본죄는 상해에 대한 과실뿐만 아니라 고의가 있는 경우에도 성립하는 부진정결과적 가중범이며, 부진정결과적 가중범을 인정하는 것이 판례의 입장이다(대판 1995.1.20. 94도2842).

사안의 경우 자동차가 위험한 물건인지, 자동차를 이용한 폭행이 위험한 물건을 휴대한 행위로 볼 수 있는지

문제된다.

## 2. '위험한 물건'의 의미

### (1) 판례

위험한 물건이란 그 물건의 객관적 성질과 사용방법에 따라서는 사람을 살상할 수 있는 물건을 말한다. 판례에 의하면, 위험한 물건인지의 여부는 구체적인 사안에 따라서 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 그 상대방이나 제3자가 곧 위험성을 느낄 수 있는가의 여부에 따라 이를 판단하여야 한다고 한다.

판례에 의하면, 차량이 모두 정차하여 있다가 막 출발하는 상태에서 소형승용차(라노스)로 중형승용차(쏘나타)를 충격한 사안에서 충격 당시 차량의 크기, 속도, 손괴 정도 등 제반 사정에 비추어 소형승용차를 위험한 물건에 해당되지 않는다고 판시한 바 있으나(대판 2009.3.26. 2007도3520), 피해자가 견인료를 납부하라고 요구하면서 승용차의 앞을 가로막자 승용차 앞 범퍼부분으로 피해자의 다리를 들이받은 경우 승용차를 위험한 물건으로 평가하였다(대판 1997.5.30. 97도597).

### (2) 검토

사안의 경우 갑이 몰던 승용차는 객관적 성질상 사람의 생명, 신체에 위해를 가할 수 있고, 사람을 들이받는 그 사용방법에 있어서도 상대방이나 제3자가 곧 위험성을 느낄 수 있다고 판단된다. 따라서 갑의 승용차는 본죄의 위험한 물건에 해당된다.

## 3. '휴대하여'의 의미

### (1) 판례

판례에 의하면, '휴대하여'라는 말은 소지뿐만 아니라 널리 이용한다는 뜻도 포함하고 있다고 보면서 견인료 납부를 요구하는 교통관리직원을 승용차 앞범퍼 부분으로 들이받아 폭행한 경우, 위험한 물건을 휴대한 경우에 해당한다고 하였다.

### (2) 검토

'휴대'의 개념에 '이용'의 개념까지 포함하는 것은 '휴대'라는 문언의 일상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형 법정주의의 유추해석금지에 반한다는 비판이 있으나, 행위자가 위험한 물건을 손으로 조종할 수 있다면 굳이 몸에 지니지 않더라도 무방하다 할 것이고, 자동차를 이용하는 경우 객관적 위험성이 증대된 경우이므로 그 처벌에 대한 형사정책적 필요성을 부정할 수는 없으므로 판례의 태도가 타당하다고 본다.

## 4. 사안의 경우

음주단속을 하면서 음주운전의 혐의가 있는 자에게 하차를 요구하는 행위는 적법한 공무집행에 해당하고 갑은 위험한 물건을 휴대하여 공무집행을 방해하였다. 또한 승용차로 사람을 들이 받았다면 상해의 미필적 고의를 충분히 인정할 수 있을 것으로 보이고, 공무집행방해행위와 상해의 결과 사이의 인과관계도 인정된다. 따라서 갑의 행위는 특수공무집행방해치상죄의 구성요건에 해당하며 별도의 위법성조각사유나 책임조각사유도 보이지 않으므로 본죄가 성립한다.

## Ⅲ. 특수상해죄의 성부

### 1. 구성요건

특수상해죄는 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 상해죄를 범한 때 성립하는 범죄이다(제258조의2 제1항). 특수공무집행방해치상죄와 같은 부진정결과적 가중범에 있어서 중한 결과에 대한 고의 범이 따로 성립하는지 문제된다.

## 2. 판례

판례에 의하면, 기본범죄를 통하여 고의로 중한 결과를 발생하게 한 경우에 가중 처벌하는 부진정결과적가중범에서, 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위가 별도의 구성요건에 해당하고 그 고의범에 대하여 결과적가중범에 정한 형보다 더 무겁게 처벌하는 규정이 있는 경우에는 그 고의범과 결과적가중범이 상상적 경합관계에 있지만, 위와 같이 고의범에 대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는 결과적가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 결과적가중범만 성립하고 이와 범조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다고 하면서 직무를 집행하는 공무원에 대하여 위험한 물건을 휴대하여 고의로 상해를 가한 경우에는 특수공무집행방해치상죄만 성립할 뿐, 이와는 별도로 특수상해죄를 구성하지 않는다고 판시하였다(대판 2008.11.27. 2008도7311).

## 3. 검토

부진정결과적 가중범과 중한결과에 대한 고의범의 죄수관계는 법정형을 비교하는 판례의 태도가 적정한 형벌을 과하고자 하는 형사정책적 고려에 부합하는 것으로 보인다. 따라서 사안의 경우 특수공무집행방해치상죄(3년 이상의 유기징역)보다 형이 낮은 특수상해죄(1년 이상 10년 이하의 징역)는 범조경합에 해당하여 별도로 성립하지 않는다.

## IV. 사안의 해결

갑이 을에게 상해를 가한 행위는 부진정결과적 가중범인 특수공무집행방해치상죄의 1죄에 해당하고 상상적 경합범관계에 해당되지 않는다.

**【문 3】** A 아파트 입주자대표회의 감사인 甲은 2019. 7. 10. 아파트 관리소장인 乙의 외부특별감사에 관한 업무처리에 항의하기 위해 아파트 관리소장실을 방문하여 언쟁을 하는 과정에서 乙에게 “야, 이따위로 일할래?”라고 말하였고, 이에 乙이 “나이가 몇 살인데 반말을 하느냐”고 말하자, 다시 乙에게 “나이 처먹은 게 무슨 자랑이냐?”라고 말하였다. 당시 관리소장실 안에는 甲과 乙만 있었으나 관리소장실의 문이 열려 있었고, 관리소장실 밖의 관리사무소에는 직원 4~5명이 업무를 하고 있었다. 甲의 죄책을 논하시오. (다툼이 있는 경우 대법원 판례에 따를 것) (15점)

### I. 쟁점의 정리

갑의 죄책과 관련하여 을의 사회적 평가를 저하시키는 행위로서 모욕죄(형법 제311조)가 성립하는지 여부가 문제된다. 또한 을의 업무처리에 항의하면서 언쟁을 벌이는 행위가 위력에 의한 업무방해죄에 해당하는지 여부도 문제될 수 있다.

### II. 모욕죄의 성부

#### 1. 성립요건

모욕죄는 사람의 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 외부적 명예를 보호법익으로 하는 범죄로서, 모욕죄에서 말하는 모욕이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적

감정을 표현하는 것을 의미한다. 모욕죄는 명예훼손죄와 동일하게 공연성을 요건으로 하며 사실을 적시하지 않는다는 점에서 명예훼손죄와 구별된다.

## 2. 공연성에 대한 판단

공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미한다. 사안의 경우 관리소장실의 문이 열려 있었고 소장실 밖에 직원들이 업무를 하고 있어 갑의 표현을 인식할 수 있는 상태에 있었다고 보이므로 공연성은 인정된다. 문제는 모욕행위에 해당하는지 여부이다.

## 3. 판례의 태도

- ① 판례에 의하면, 어떠한 표현이 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이 아니라면 설령 그 표현이 다소 무례한 방법으로 표시되었다 하더라도 이를 두고 모욕죄의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다고 본다.
- ② 판례에 의하면, 입주자대표회의 감사가 아파트 관리소장에게 “나이 처먹은 게 무슨 자랑이나.”라고 말한 경우 이러한 발언을 하게 된 경위와 발언 전후의 정황 등을 고려하여, 위 발언은 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 저속한 표현이기는 하지만 객관적으로 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 언사에 해당한다고 보기는 어렵다고 판시한 바 있다(대판 2015.9.10. 2015도2229).
- ③ 판례에 의하면, 사안의 경우와 같이 노조활동을 하는 피고인이 15세 연장자인 부사장을 향해 이름을 부른 경우 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 예의에 벗어난 표현이기는 하지만 객관적으로 을의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 언사에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다(대판 2018.11.29. 2017도2661).

## 4. 사안의 경우

을의 주관적인 명예감정은 모욕죄의 보호법익에 해당되지 않으며, 갑과 을의 관계, 갑이 발언을 하게 된 경위와 발언의 횟수, 발언의 의미와 전체적인 맥락 등에 비추어 보면, 갑의 위 발언은 을을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 저속한 표현이기는 하지만 객관적으로 공소외인의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 언사에 해당한다고 보기는 어렵다. 따라서 모욕죄는 성립하지 않는다.

## Ⅲ. 업무방해죄의 성부

### 1. 구성요건

업무방해죄는 허위의 사실을 유포하거나 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해함으로써 성립하는 범죄이다. 본죄의 업무는 보호할 가치 있는 업무로 제한된다. 여기서 위력이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력을 말하며, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하며, 폭행·협박은 물론 사회적, 경제적, 정치적 지위와 권세에 의한 압박 등을 포함한다.

### 2. 사안의 경우

관리소장인 乙의 외부특별감사에 관한 업무는 형법상 보호할 가치있는 업무에 해당된다. 그러나 사안의 사실 관계에서 갑의 항의방문이나 언쟁을 벌인 행위만 가지고는 업무방해의 위험성이 있는 위력행사에 해당되기

어렵다고 본다. 따라서 업무방해죄는 성립하지 않는다.

#### IV. 사안의 해결

형법의 보장적 기능에 입각하여 범죄의 성립요건은 엄격하게 해석하여야 한다. 갑이 을에게 다소 무례하고 저속한 표현을 하였다 할지라도 형법상 범죄에 해당하지는 않는다.