

# 2012년 2차 형법기출[윤황채교수]

2012년 제2차 경찰공무원(순경)채용시험 문제

- 일반공채 · 전의경특채 · 101경비단 -

안녕하세요. 형법교수 윤황채 입니다.

2012년 2차 순경임용시험이 끝났습니다. 수험생 여러분 수고 많으셨습니다.

금번 형법시험의 전체적인 난이도는 지난 1차시험에 비해 어렵습니다. 즉 지문이 길고 비록 쉬운 문제의 경우에도 난이도 있는 판례를 간간히 삽입하여 시간안배를 힘들게 하여 대략적으로 10-15점정도 낮아질 것으로 예상됩니다.

1. 문제구성면에서 형법총론에서 8문제, 형법각론에서 12문제가 출제 되었습니다.

수험생 여러분들은 아마 총론문제에서 틀리는 문제가 많았을 겁니다.

우선 BOX문제가 8문제나 되고 대체로 지문도 길어서 시간이 부족 했을 것이라고 생각합니다.

단순한 형법이론문제보다는 판례지문을 주로 사용하여 이론의 의미를 묻는 문제가 나왔고, 판례의 단순 결론만 묻는 지문이 아니라 판결의 이유까지도 알아야 해결할 수 있는 문제들도 다수 출제 되었습니다. 법조문의 경우 1문제가 나왔고(예비, 음모), 학설문제는 지문에 1개가 출제 되었습니다(부작위범). 단순히 암기식의 형법공부만하는 수험생들은 이번시험의 함정을 피해가기 어려웠을 겁니다.

2. 특이할 만한 사항으로는 형법총론의 서론에서 2문제(죄형법정주의, 형법의 시간적 적용범위), 죄수(일죄와 수죄)와 형벌론(몰수)에서 3문제가 출제 되었다. 부작위범과 공범론에서도 출제 되었다. 기본적인 범죄성립요건인 구성요건해당성, 위법성, 책임 등에 대한 문제는 한문제도 출제되지 않았다.

3. 형법각론에서는 판례문제가 출제되었습니다. 개인적 법익에서 재산죄 앞 부분이 3문제(살인죄, 명예훼손죄, 주거침입죄), 재산죄가 4문제(절도죄, 사기죄, 횡령과 배임죄, 장물죄), 사회적 법익 2 문제(방화의 죄, 문서의 죄), 국가적 법익 3문제(뇌물죄, 공무집행방해죄, 위증죄)가 출제되었다.

이 영역은 경찰시험에서 항상 예상되는 빈출되는 곳입니다. 충분히 예상한바 대로 출제 되었습니다.

형법점수만 놓고 볼 때 90점이상 이면 아주 잘했고, 75점-80점대이면 잘한 점수입니다.

수험생 여러분의 합격을 기원합니다.

2012. 8.28.

윤황채^^

1. 죄형법정주의에 관한 다음 설명 중 적절하지 않은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉠ 화물자동차로 형식승인을 받고 등록된 벤형 자동차를 구(舊) 자동차관리법시행규칙에서 정한 승용 또는 승합자동차에 해당한다고 보는 것은 죄형법정주의에 반한다.

㉡ 형사소송법 제307조(사실의 인정은 증거에 의하여야 한다), 제308조(증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다)에 규정된 '증거' 또는 '자유심증'이라는 용어는 명확성의 원칙에 반하지 않는다.

㉢ 향토예비군설치법 제15조 제9항 후문인 '소집통지서를 수령할 의무가 있는 자'의 범위를 별도로 정하지 않은 경우는 명확성의 원칙에 반한다.

㉣ 총포·도검·화약류 등 단속법 시행령 제23조 제2항에서 정한 '쏘아 올리는 꽃불류의 사용'에 '설치행위도 포함된다'고 해석하는 것은 유추해석금지원칙에 어긋난다.

- ① 1개      ② 2개      ③ 3개      ④ 없음

[정답] ②

[해설] ㉡㉢의 2개가 틀린 지문이다.

㉠ O. 어떤 자동차가 화물자동차이면서 동시에 승용 또는 승합자동차일 수 있다고 하는 해석은 자동차의 종류를 구분하여 따로 취급하고자 하는 자동차관리법의 입법 취지에 어긋날 뿐만 아니라 관련 법령들 간의 유기적이고 통일적인 해석을 그르치는 것이고, 또 그와 같은 해석은 그 자동차에 대하여 화물자동차로 형식승인을 받아 화물자동차로 등록하거나 경우에 따라서는 화물자동차운송사업의 등록이나 허가까지 받은 자의 예상을 뛰어 넘는 것으로서 법적 안정성을 해치는 것이 되며, 형벌법규의 명확성이나 그 엄격해석을 요구하는 죄형법정주의의 원칙에도 반하는 것이어서 허용될 수 없다(대법원 2004.11.18. 2004도1228 전합제).

㉡ O. 이 사건 법률조항들에 규정된 '증거' 또는 '자유심증'이라는 용어의 경우 법률의 입법목적과 타 규범과의 연관성 등을 고려하여 합리적인 해석이 가능하기 때문에 이를 명확성의 원칙에 위배된다고 보기 어렵다(대법원 2006.5.26. 2006초기92).

㉢ X. 향토예비군설치법 제3조 제1항 제1호, 제2호, 제6조, 제6조의2 제1항의 규정 등을 종합하면, 같은 법 소정의 훈련소집 대상 예비군대원 본인이 소집통지서의 수령의무자가 된다는 점은 일반인의 이해와 판단으로서도 충분히 알 수 있다고 할 것이나, 이 '소집통지서를 수령할 의무가 있는 자'의 의미나 범위에 관하여 향토예비군대원 본인 외에 '그와 동일 세대 내의 세대주나 가족 중 성년자 또는 그의 고용주'도 포함된다고 하기 위하여는 같은 법 제6조의2 제3항의 소집통지서 전달의무가 수령의무를 전제로 하는 것이고, 같은 조 제2항이 본인이 부재중인 때에는 '그와 동일 세대 내의 세대주나 가족 중 성년자 또는 그의 고용주'에게 소집통지서를 전달하도록 규정함으로써 전달의무자에게 수령의무를 부과한 것으로 확장 내지 유추해석 할 수밖에 없지만, 이러한 해석방법은 같은 법 제15조 제9항, 제6조의2 제2항, 제3항의 법률문언이 갖는 통상적인 의미를 벗어난 것이거나 형벌법규 명확성의 원칙에 위배되는 것이라고 아니할 수 없으므로, 같은 법 제6조의2 제2항에 규정된 '그와 동일 세대 내의 세대주나 가족 중 성년자 또는 그의 고용주'는 같은 법 제15조 제9항 후문의 '소집통지서를 수령할 의무 있는 자'에 포함되지 아니한다(대법원 2005.4.15. 2004도7977). **㉢** 조문 자체는 명확하나 수령의무자에 '그와 동일 세대 내의 세대주나 가족 중 성년자 또는 그의 고용주'도 포함된다고 해석하는 것은 유추해석이고 명확성에 반한다는 의미이다.

㉣ 지문의 경우 유추해석과 관련된 판례인데 소집통지서를 수령할 의무가 있는 자의 범위를 본인 이외에 세대주나 고용주까지 포함하는 것으로 해석하면 유추해석이 되어 허용할 수 없다는 게 주된 판례입장이다. 그런데 문제에서는 조문 자체의 명확성원칙을 물었기 때문에 그 조문 자체는 명확성원칙에 반하지 않는 것으로 본 판례이다. 명확성원칙에 위배되지 않는 것을 분명하게 알아두었으면 간단하게 해결될 문제인데 유추해석과 혼동을 한 문제이다.

㉣ X. 총포·도검·화약류 등 단속법 제72조 제6호, 제18조 제4항 및 같은 법 시행령 제23조의 입법목적이 꽃불류의 설치 및 사용과정에서의 안전관리의 주의의무 위반으로 인한 위험과 재해를 방지하고자 하는 것으로, 다른 꽃불류에 비하여 위험성의 정도가 높은 쏘아 올리는 꽃불류의 경우에는 같은 법 시행령 제23조 제1항 각 호에서 정한 기준을 준수하는 것만으로는 위와 같은 입법 목적을 달성하기 어렵다고 보아 제2항에서 그 사용을 화약류관리보안책임자의 책임하에 하여야 한다고 별도로 규정하고 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어, 위 법 시행령 제23조 제2항에서의 '사용'에는 쏘아 올리는 꽃불류의 '설치행위'도 포함되는 것으로 해석되고, 이러한 해석이 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이거나 죄형법정주의에 의하여 금지되는 확장해석이나 유추해석에 해당하는 것으로 볼 수는 없다(대법원 2010.5.13. 2009도13332).

★ N 고급문제

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례때려잡기! 24쪽 참조

2. 법률의 변경에 의해 구법과 신법의 형의 경중에 차이가

**있는 경우에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 사람을 불법하게 감금하고 있는 중에 감금죄의 법정형을 무겁게 하는 법개정이 행해져서 시행된 경우에는 구법이 적용된다.
- ② 강도죄를 범한 후 강도죄의 법정형을 가볍게 하는 법개정이 행해져서 시행된 후에 다시 그 법정형을 무겁게 하는 법개정이 행해져서 시행된 경우, 두 번째 법개정에 의한 법정형이 행위시의 법정형보다도 가벼운 때에는 최신법인 두 번째 개정법이 적용된다.
- ③ 강간죄를 범한 후 강간죄에 관해서 징역형 자체는 변경되지 않고 벌금형이 선택형으로 추가되는 법개정이 행해져서 시행된 경우에는 신법이 적용된다.
- ④ 甲과 乙이 피해자 A로부터 금원을 사취할 것을 공모한 다음 우선 甲이 A를 기망한 후에 사기죄의 법정형을 가볍게 하는 법개정이 행해져서 시행되었고, 그 후에 계속해서 乙이 甲의 기망행위에 의해 착오에 빠진 A로부터 금원을 교부받은 경우에 甲에게는 구법이 적용되고 乙에게는 신법이 적용된다.

**[정답] ③**

[해설] ③ 시간적 적용범위에 대한 문제로서 형법 제1조 2항을 해석하는 문제이다. 선택형이 추가된 경우에는 형이 경하게 변경된 경우이므로 신법 적용이 맞는 경우이다. 법정형으로 징역형과 금고형만 규정되어 있던 구 군형법 제79조(무단이탈)가 원심판결 선고 후 개정되어 벌금형이 추가된 경우, '범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때'에 해당한다(대법원 2010.3.11. 2009도12930). ① 감금죄와 같은 계속범이나 또는 포괄일죄의 경우에는 행위 종료시법(신법)이 적용되므로 틀린 지문이다. ✎ 포·신, 도·신 ② 수차례 범행의 변경이 있는 경우는 행위시, 재판시, 중간시법을 모두 다 비교하여 가장 경한 법을 적용하라는 것을 응용한 문제이다. 두 차례 이상 개정된 경우에는 전부 비교하여 가장 가벼운 형을 적용하므로 틀린 지문이다. ④ 공동정범의 경우 범죄종료시점은 모든 행위자가 범죄행위를 종료하는 최후의 시점이 되므로 행위종료시 법인 신법이 둘 다 적용되어야 한다.

**★ 기 고급문제**

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례따라잡기! 11쪽 참조

**3. 부진정부작위범에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 甲이 유아 A의 모(母)인 乙과 乙이 외출한 동안 A를 보호하기로 하는 계약을 체결하고 A에 대한 사실상의 보호를 개시하였던 경우, 계약이 애초부터 무효이거나 사후적으로 취소되어 소급적으로 무효가 되더라도 보증인지위의 발생근거에 관한 실질설에 의하면 甲에 대하여 A의 생명, 신체를 보호할 의무가 발생할 수 있다.
- ② 자가호흡을 할 수 없는 의식불명상태인 환자의 보호자가 치료위탁계약을 해지하고 환자를 퇴원시켜 달라고 요구하여 이에 응하기 위하여 담당의사가 인공호흡장치를 제거한 결과 환자가 호흡곤란으로 사망하게 된 경우, 당해 의사의 행위는 치료행위의 중단이라는 부작위로 평가함이 타당하다.
- ③ 결과발생을 방지하여야 하는 부진정부작위범의 책임은 작위범의 경우에 비하여 경미하므로, 우리 형법은 부진정부작위범의 형을 임의적 감경사유로 규정하고 있다.
- ④ 은행지점장이 부하직원의 배임행위를 알면서도 이를 방치한 경우 묵시적인 공모에 의한 배임죄의 공모공동정범이 성립한다.

**[정답] ①**

[해설] ① 보증인의무를 판단할 때 판례는 형식설(법령, 계약, 조리, 선행행위)을 따르지만 최근의 학설은 실질설(보호의무, 안전의무)을 따르는 입장이 다수설인데 그 실질설을 소개하는 문제이다. 따라서 보호의무나 안전의무가 있으면 보증인적 지위가 인정되며 계약의 유효, 무효와 관계없이 사실상 보호할 작위의무가 있으면 보증인적 지위가 발생한다. ② 보라매 병원사건에서 의사는 작위에 의한 살인방조이다. 어떠한 범죄가 적극적 작위에 의하여 이루어질 수 있음은

물론 결과의 발생을 방지하지 아니하는 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에, 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에 이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이고, 작위에 의하여 악화된 법익 상황을 다시 되돌아키지 아니한 점에 주목하여 이를 부작위범으로 볼 것은 아니며, 나아가 악화되기 이전의 법익 상황, 그 행위자가 과거에 행한 또 다른 작위의 결과에 의하여 유지되고 있었다 하여 이와 달리 볼 이유가 없다(대법원 2004.6.24. 2002도995). ③ 형법상 임의적 감경사유가 아니다. ④ 조흥은행지점장 사건은 부작위 방조이다. 형법상 방조는 작위에 의하여 정범의 실행행위를 용이하게 하는 경우는 물론, 직무상의 의무가 있는 자가 정범의 범죄행위를 인식하면서도 그것을 방지하여야 할 제반조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 정범의 실행행위를 용이하게 하는 경우에도 성립한다 할 것이므로 은행지점장이 정범인 부하직원들의 범행을 인식하면서도 그들의 은행에 대한 배임행위를 방치하였다면 배임죄의 방조범이 성립된다(대법원 1984.11.27. 84도1906).

**★ 기 고급문제**

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례따라잡기! 129쪽 참조

**4. 다음 중 甲의 행위가 불가법적 사후행위에 해당하는 것으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 甲은 A를 살해한 후에 그 사체를 다른 장소로 옮겨 유기했다.
- ② 甲은 A의 은행예금통장을 강취한 후에 그것과 함께 자신이 작성한 A명의 예금지급청구서를 은행에 제시해서 예금을 환급받았다.
- ③ 甲은 자신의 부동산에 A명의 근저당권을 설정해줄 의사가 없으면서도 A를 속여 근저당권설정을 약정해서 금원을 편취한 후에 그 부동산에 관해서 B명으로 근저당권설정등기를 마쳤다.
- ④ 甲은 망인 A의 공동상속인인 B와 함께 상속받은 임야를 B를 위해 보관하던 중에 B로부터 '임야를 처분해서 상속지분대로 분배를 하거나 상속지분 비율대로 소유권이전등기를 경료해 달라'는 요구를 받고도 그 임야를 영득할 의사로 그 반환을 거부하고 그 임야에 관해서 C 앞으로 채권최고액 8,000만원의 근저당권설정등기를 경료해 주었다.

**[정답] ④**

[해설] ④ 공동상속인 중 1인이 상속재산인 임야를 보관 중 다른 상속인들로부터 매도 후 분배 또는 소유권이전등기를 요구받고도 그 반환을 거부한 경우 이때 이미 횡령죄가 성립하고, 그 후 그 임야에 관하여 다시 제3자 앞으로 근저당권설정등기를 경료해 준 행위는 불가법적 사후행위로서 별도의 횡령죄를 구성하지 않는다(대법원 2010.2.25. 2010도93). ① 사람을 살해한 자가 그 사체를 다른 장소로 옮겨 유기하였을 때에는 별도로 사체유기죄가 성립하고, 이와 같은 사체유기를 불가법적 사후행위로 볼 수는 없다(대법원 1997.7.25. 97도1142). ② 피고인이 예금통장을 강취하고 예금자 명의의 예금청구서를 위조한 다음 이를 은행원에게 제출행사하여 예금인출금 명목의 금원을 교부받았다면 강도, 사문서위조, 동행사, 사기의 각 범죄가 성립하고 이들은 실제적 경합관계에 있다 할 것이다(대법원 1991.9.10. 91도1722). ③ 사기죄+배임죄가 성립한다. 채무의 담보로 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않고 임의로 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마치는 행위는 배임죄를 구성한다. 부동산에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없음에도 피해자를 속이고 근저당권설정을 약정하여 금원을 편취한 경우라 할지라도, 이러한 약정은 사기 등을 이유로 취소되지 않는 한 여전히 유효하여 피해자 명의의 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 발생하는 것이고, 그럼에도 불구하고 임무에 위배하여 그 부동산에 관하여 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마친 경우, 이러한 배임행위는 금원을 편취한 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 사기 범행의 불가법적 사후행위가 되는 것이 아니라 별죄를 구성한다(대법원 2008.3.27. 2007도9328).

**★ 기 고급문제**

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례따라잡기! 315쪽 참조

**5. 공범에 관한 다음 설명 중 적절하지 않은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 공동피고인이 위조된 부동산임대차계약서를 담보로 제공하고 피해자로부터 돈을 빌려 편취할 것을 계획하면서 피해자가 계약서상의 임대인에게 전화를 하여 확인할 것에 대비하여 피고인에게 미리 전화를 하여 임대인 행세를 하여 달라고 부탁하였고, 피고인은 위와 같은 사정을 잘 알면서

도 이를 승낙하여 실제로 피해자의 남편으로부터 전화를 받아 자신이 실제의 임대인인 것처럼 행세하여 전세금액 등을 확인함으로써 위조사문서의 행사에 관하여 역할분담을 한 경우 위조사문서행사의 공동정범이 성립한다.

㉔ 건설 관련 회사의 유일한 지배자가 회사 대표의 지위에서 장기간에 걸쳐 건설공사 현장소장들의 뇌물공여행위를 보고받고 이를 확인·결재하는 등의 방법으로 위 행사에 관여한 경우, 비록 사전에 구체적인 대상 및 액수를 정하여 뇌물공여를 지시하지 아니하였다고 하더라도 그 핵심적 경위를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 기능적 행위지배를 하였다고 보아 공모공동정범이 성립한다.

㉕ 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공동된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공동으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다.

㉖ 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다.

- ① 1개                      ② 2개                      ③ 3개                      ④ 없음

**[정답] ④**

[해설] ④ 모두 옳다. 공동정범에서 기능적 행위지배설을 따르는 관례가 공모를 어떻게 판단하는가를 묻는 문제이다. 이런 형식의 문제는 판례를 단숨에 알기해서 되는 것이 아니라 공동정범의 공모를 정확하게 이해할 수 있는가를 묻는 문제이다. ㉑ O. 공동피고인이 위조된 부동산임대차계약서를 담보로 제공하고 피해자로부터 돈을 빌려 편취할 것을 계획하면서 피고인에게 미리 전화를 하여 임대인 행세를 하여달라고 부탁하였고, 피고인은 임대인인 것처럼 행세하여 전세금액 등을 확인한 사안에서, 피고인의 행위는 위조사문서행사에 있어서 기능적 행위지배의 공동정범 요건을 갖추었다(대법원 2010.1.28. 2009도10139). ㉒ O. 건설 관련 회사의 유일한 지배자가 회사 대표의 지위에서 장기간에 걸쳐 건설공사 현장소장들의 뇌물공여행위를 보고받고 이를 확인·결재하는 등의 방법으로 위 행사에 관여한 사안에서, 비록 사전에 구체적인 대상 및 액수를 정하여 뇌물공여를 지시하지 아니하였다고 하더라도 그 핵심적 경위를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 기능적 행위지배를 하였다고 보아 공모공동정범의 죄책을 인정한다(대법원 2010.7.15. 2010도3544). ㉓ O. 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공동된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공동으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다(대법원 2008.3.27. 2008도89). ㉔ O. 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건인 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것인바 이러한 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하나(대법원 2000.4.7. 2000도576), 반드시 사전에 치밀한 범행계획의 공모에까지 이를 필요는 없으며 공범자 각각이 공범자들 사이에 구성요건을 이루거나 구성요건에 본질적으로 관련된 행위를 분담한다는 상호이해가 있으면 충분하다 할 것이다(대법원 2008.9.11. 2007도6706).

**★ J 고급문제**

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례따라잡기! 264쪽 참조

**6. 일죄와 수죄에 관한 다음 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 상습성을 갖춘 자가 여러 개의 죄를 반복하여 저지른 경우에는 각 죄를 별죄로 보아 경합범으로 처단할 것이 아니라 그 모두를 포괄하여 상습범이라고 하는 하나의 죄로 처단하는 것이 상습범의 본질 또는 상습범 가중처벌규정의 입법 취지에 부합한다.
- ② 저작권법은 상습으로 제136조 제1항의 죄를 저지른 경우를 가중처벌한다는 규정을 따로 두고 있지 않으므로, 수회에 걸쳐 제136조 제1항의 죄를 범한 것이 상습성의 발현에 따른 것이라고 하더라도, 이는 원칙적으로 경합범으로 보아야 하는 것이지 하나의 죄로 처단되는 상습범으로 볼 것은 아니다.
- ③ 사기죄에서 수인의 피해자에 대하여 각 피해자별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에 그 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다고 하더라도 포괄일죄가 성립하는 것이 아니라 피해자별로 1개씩의 죄가 성립하는 것으로 보아야 한다.

다. 이는 피해자들이 하나의 동업체를 구성하는 등으로 피해 범의가 동일하다고 볼 수 있는 사정이 있는 경우에도 마찬가지이다.

④ 상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 수개의 구성요건을 충족하는 경우를 말하고 범조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 일죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 일죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호범의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다.

**[정답] ③**

[해설] ③ 사기죄에 있어서 수인의 피해자에 대하여 각 피해자별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에 그 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다고 하더라도 포괄일죄가 성립하는 것이 아니라 피해자별로 1개씩의 죄가 성립하는 것으로 보아야 한다. 다만 피해자들이 하나의 동업체를 구성하는 등으로 피해 범의가 동일하다고 볼 수 있는 사정이 있는 경우에는 피해자가 복수이더라도 이들에 대한 사기죄를 포괄하여 일죄로 볼 수도 있을 것이다(대법원 2011.4.14. 2011도769). ① 상습성을 갖춘 자가 여러 개의 죄를 반복하여 저지른 경우에는 각 죄를 별죄로 보아 경합범으로 처단할 것이 아니라 그 모두를 포괄하여 상습범이라고 하는 하나의 죄로 처단하는 것이 상습범의 본질 또는 상습범 가중처벌규정의 입법 취지에 부합한다(대법원 2004.9.16. 2001도3206 전합제). ② 상습범이란 어느 기본적 구성요건에 해당하는 행위를 한 자가 범죄행위를 반복하여 저지르는 습범, 즉 상습성이라는 행위자적 속성을 갖추었다고 인정되는 경우에 이를 가중처벌 사유로 삼고 있는 범죄유형을 가리키므로, 상습성이 있는 자가 같은 종류의 죄를 반복하여 저질렀다 하더라도 상습범을 별도의 범죄유형으로 처벌하는 규정이 없는 한 각 죄는 원칙적으로 별개의 범죄로서 경합범으로 처단할 것이다. 저작권법은 제140조 본문에서 저작재산권 침해로 인한 제136조 제1항의 죄를 친고죄로 규정하면서, 제140조 단서 제1호에서 영리를 위하여 상습적으로 위와 같은 범행을 한 경우에는 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있으나, 상습으로 제136조 제1항의 죄를 저지른 경우를 가중처벌한다는 규정을 따로 두고 있지 않다. 따라서 수회에 걸쳐 저작권법 제136조 제1항의 죄를 범한 것이 상습성의 발현에 따른 것이라고 하더라도, 이는 원칙적으로 경합범으로 보아야 하는 것이지 하나의 죄로 처단되는 상습범으로 볼 것은 아니다. 그것이 범규정의 표현에 부합하고, 상습범을 포괄일죄로 처단하는 것은 그것을 가중처벌하는 규정이 있기 때문이라는 법리적 구조에도 맞다(대법원 2012.5.10. 2011도12131). ④ 범조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호범의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다(대법원 2011.11.24. 2010도8568).

**★ J 중급문제**

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례따라잡기! 추록본 13쪽 참조

**7. 몰수·추징에 관한 다음 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ㉑ 체포될 당시에 미처 송금하지 못하고 소지하고 있던 자기앞수표나 현금은 장차 실행하려고 한 외국환거래법 위반의 범행에 제공하려는 물건으로서 몰수할 수 있다.
- ㉒ 몰수하기 불가능한 때에 추징하여야 할 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 몰수의 선고를 받았더라면 없었을 이득상당액을 의미하므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 가액산정은 재판선고시의 가액을 기준으로 하여야 한다.
- ㉓ 밀항단속법 제4조 제3항의 취지와 동법의 입법 목적에 비추어 보면, 밀항단속법상 몰수와 추징은 일반 형사법과 달리 범죄사실에 대한 징벌적 제재의 성격을 띠고 있으므로, 여러 사람이 공모하여 죄를 범하고도 몰수대상인 수수 또는 약속한 보수를 몰수할 수 없을 때에는 공범자 전원에 대하여 그 보수액 전부의 추징을 명하여야 한다.
- ㉔ 구(舊) 변호사법 제94조의 규정에 의한 필요적 몰수 또는 추징은 받은 금품 기타 이익을 그들로부터 박탈하여 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있는 것이므로, 수인이 공동하여 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁을 한다는 명목으로 받은 경우 그 금품을 분배하였더라도 각자에게 전액을 몰수하거나 그 가액을 추징하여야 한다.

- ① 1개                      ② 2개                      ③ 3개                      ④ 4개

**[정답] ②**

[해설] ② ㉒의 2개가 옳은 설명이다. ㉑ x. 체포될 당시에 미처 송

금지 못하고 소지하고 있던 자기앞수표나 현금은 장차 실행하려고 한 외국환거래법 위반의 범행에 제공하려는 물건일 뿐, 그 이전에 범해진 외국환거래법 위반의 '범죄행위에 제공하려고 한 물건'으로 볼 수 없으므로 몰수할 수 없다(대법원 2008.2.14. 2007도10034).

㉠ o. 몰수할 수 없는 때 주장하여야 할 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다고 몰수의 신고를 받았더라면 있었을 이득상당액을 의미한다고 보아야 하므로 그 가액산정은 재판선고시의 가격을 기준으로 하여야 한다(대법원 2007.3.15. 2006도9314).

㉡ o. 밀항단속법 제4조 제3항의 취지와 위 법의 입법 목적에 비추어 보면, 밀항단속법상의 몰수와 추징은 일반 형사법과 달리 범죄사실에 대한 징벌적 제재의 성격을 띠고 있으므로, 여러 사람이 공모하여 죄를 범하고도 몰수대상인 수수 또는 약속한 보수를 몰수할 수 없을 때에는 공범자 전원에 대하여 그 보수액 전부의 추징을 명하여야 한다(대법원 2008.10.9. 2008도7034).

㉢ x. 변호사법 제94조의 규정에 의한 필요적 몰수 또는 추징은 같은 법 제27조의 규정에 위반하거나 같은 법 제90조 제1호, 제2호 또는 제92조의 죄를 범한 자 또는 그 정을 아는 제3자가 받은 금품 기타 이익을 그들로부터 박탈하여 그들로부터 여금 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있는 것이므로, 수인이 공동하여 공무원을 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 정탁을 한다는 명목으로 받은 금품을 분배한 경우에는 각자가 실제로 분배받은 금품만을 개별적으로 몰수하거나 그 가액을 추징하여야 한다(대법원 1996.11.29. 96도2490).

★ 기 고급문제

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례따라잡기! 348쪽 참조

8. 甲은 乙을 살해한 후 바다에 시체를 버렸다. 그리고 살인에 사용한 칼도 바다에 던져 버렸다. 이 경우 甲의 죄책은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 살인죄
- ② 살인죄와 사체유기죄의 경합범
- ③ 살인죄, 사체유기죄, 증거인멸죄의 경합범
- ④ 살인죄와 증거인멸죄의 경합범

[정답] ②

[해설] ② 제155조(증거인멸죄) ① 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다. 즉 자기사건에 관한 증거는 증거인멸이 안된다. 증거인멸죄는 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸하는 경우에 성립하는 것으로서, 피고인 자신이 직접 형사처분이나 징계처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 그 증거가 될 자료를 인멸하였다면, 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증거를 인멸한 결과가 된다고 하더라도 이를 증거인멸죄로 다스릴 수 없고, 이러한 법리는 그 행위가 피고인의 공범자가 아닌 자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증거를 인멸한 결과가 된다고 하더라도 마찬가지이다(대법원 1995.9.29. 94도2608).

★ 기 기본문제

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례따라잡기! 880쪽 참조

9. 명예훼손죄에 관한 다음 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 방송국 프로듀서 등 피고인들이 특정 프로그램 방송보도를 통하여 이른바 '한미 쇠고기 수입 협상'의 협상단 대표와 주무부처 장관이 협상을 줄속으로 체결하였다는 취지로 표현하는 등 자질 및 공직수행 자세를 비하하여 이들의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 보도내용 중 일부가 허위사실 적시에 해당하지만 명예훼손의 고의를 인정하기는 어렵다.
- ② 명예훼손에 의한 불법행위가 성립하려면 피해자가 특정되어 있어야 하지만, 그 특정을 할 때 반드시 사람의 성명이나 단체의 명칭을 명시해야만 하는 것은 아니고, 사람의 성명을 명시하지 않거나 두문자나 이니셜만 사용한 경우라도 그 표현의 내용을 주위 사정과 종합하여 볼 때 그 표시가 피해자를 지목하는 것을 알아차릴 수 있을 정도이면 피해자가 특정되었다고 할 수 있다.
- ③ 영화 내용에 관하여 명예훼손이 성립하지 않는 경우에는 그 광고·홍보 자체만을 들어 별도로 명예훼손책임을 물을 수 없다.
- ④ 사실을 발설하였는지에 관한 질문에 대답하는 과정에서 명예훼손 사실을 발설한 경우에도 명예훼손죄가 성립한다.

[정답] ④

[해설] ④ 명예훼손 사실을 발설하였는지에 관한 질문에 대답하는 과정에서 명예훼손사실을 발설한 경우, 명예훼손죄의 성립 여부(소극) : 명예훼손사실을 발설한 것이 사실이라는 질문에 대답하는 과정에서 타인의 명예를 훼손하는 사실을 발설하게 된 것이라면, 그 발설내용과 동시에 비추어 명예훼손의 범의를 인정할 수 없고, 질문에 대한 단순한 확인대답이 명예훼손에서 말하는 사실적시라고도 할 수 없다(대법원 1983.8.23. 83도1017). 피고인이 이 사건 관리단 임원들이던 공소의 1 등에 대하여 "피해자가 전과 13범인 것이 확실하다", "경찰서에 가서 확인해 보자"라고 말을 했다 하더라도, 이는 그 발언의 경위에 비추어 피해자의 전과에 대한 진위가 확인되었다거나 또는 그 진위를 확인해보자는 소극적인 확인답변에 불과하므로 명예훼손죄에서 말하는 사실의 적시라고 할 수 없고, 명예훼손의 범의도 인정할 수 없다(대법원 2008.10.23. 2008도6515).

① 방송국 프로듀서 등 피고인들이 특정 프로그램 방송보도를 통하여 이른바 '한미 쇠고기 수입 협상'의 협상단 대표와 주무부처 장관이 협상을 줄속으로 체결하였다는 취지로 표현하는 등 자질 및 공직수행 자세를 비하하여 이들의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 보도내용 중 일부가 허위사실 적시에 해당한다고 하면서도 피고인들에게 명예훼손의 고의를 인정하기 어렵다(대법원 2011.9.2. 2010도17237).

② MBC PD 수첩 광우병보도 무죄사건 ② 명예훼손은 공연히 사실을 적시하여 타인의 객관적인 사회적 평가를 침해하는 행위로서, 사람의 성명을 명시하지 않거나 또는 두문자(頭文字)나 이니셜만 사용한 경우라도 그 표현의 내용을 주위 사정과 종합하여 볼 때 그 표시가 피해자를 지목하는 것을 알아차릴 수 있을 정도이면 피해자가 특정되었다고 할 수 있다(대법원 2009.4.16. 2008다53812).

③ 영화 내용에 관하여 명예훼손이 성립하지 않는 경우에도, 그 광고·홍보 자체만을 들어 별도로 명예훼손책임을 물을 수 있는지 여부(원칙적 소극) : 실제 인물이나 역사적 사건을 모델로 한 영화라 하더라도 상업영화의 경우에는 대중적 관심을 이끌어 내고 이를 확산하기 위하여 통상적으로 광고·홍보행위가 수반되는데, 영화가 허위의 사실을 표현하여 개인의 명예를 훼손한 경우에도 행위자가 그것을 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있어 그 행위자에게 명예훼손으로 인한 불법행위책임을 물을 수 없다면 그 광고·홍보의 내용이 영화에서 묘사된 허위의 사실을 넘어서는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 광고·홍보행위가 별도로 명예훼손의 불법행위를 구성한다고 볼 수 없다. 나아가 이러한 상업영화에 있어서 그 내용의 특정 부분을 적시하지 않은 채 진실이라고 광고·홍보하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 영화의 모든 내용이 진실이라는 의미라고 보아서는 아니 되고 전체적으로 역사적 사실에 바탕을 두었으며 극적 허구와의 조화 속에서 확인된 사실관계를 최대한 반영하였다는 취지로 이해하여야 할 것이다(대법원 2010.7.15. 2007도3483).

④ 영화 실미도사건. 민사판례를 형사 판례로 오해하고 낸 경우이다. 영화 내용에 관하여 명예훼손이 성립하지 않는 경우에도, 그 광고·홍보 자체만을 들어 별도로 명예훼손책임을 물을 수 있는지 여부에 대한 형사판례가 아니라 손해배상에 관한 민사판례이다.

★ 기 중급문제

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례따라잡기! 455쪽 참조

10. 주거침입죄에 관한 다음 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택의 내부에 있는 엘리베이터, 공용계단과 복도는 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체인 '사람의 주거'에 해당하지 않는다.
- ② 형법 제330조는 야간에 이루어지는 주거침입행위의 위험성에 주목하여 그러한 행위를 수반한 절도를 야간주거침입절도죄로 중하게 처벌하고 있는 것으로 보아야 하므로 주간에 타인의 주거에 침입하여 야간에 절취행위를 한 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다.
- ③ 건조물의 이용에 기여하는 인접의 부속 토지라고 하더라도 인적 또는 물적 설비 등에 의한 구획 내지 통제가 없어 통상의 보행으로 그 경계를 쉽사리 넘을 수 있는 정도라고 한다면 일반적으로 외부인의 출입이 제한된다는 사정이 객관적으로 명확하게 드러났다고 보기 어려우므로, 이는 다른 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체에 속하지 않는다.
- ④ 출입문이 열려 있으면 안으로 들어가겠다는 의사 아래 출입문을 당겨보는 행위는 바로 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 있어 주거침입의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다.

[정답] ①

[해설] ① 주거침입죄에 있어서 주거란 단순히 가옥 자체만을 말하는 것이 아니라 그 정원 등 위외지를 포함한다. 따라서 다가구용 단

독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택 안에서 공용으로 사용하는 엘리베이터, 계단과 복도는 주거로 사용하는 각 가구 또는 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로서 그 거주자들에 의하여 일상생활에서 감시·관리가 예정되어 있고 사실상의 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분이므로, 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택의 내부에 있는 엘리베이터, 공용 계단과 복도는 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체인 '사람의 주거'에 해당하고, 위 장소에 거주자의 명시적, 묵시적 의사에 반하여 침입하는 행위는 주거침입죄를 구성한다(대법원 2009.9.10. 2009도4335). ② 주거침입이 주간에 이루어진 경우에는 야간주거침입죄도죄가 성립하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다(대법원 2011.4.14. 2011도300,2011감도5). ③ 위요지라고 함은 건조물에 인접한 그 주변의 토지로서 외부와의 경계에 담 등이 설치되어 그 토지가 건조물의 이용에 제공되고 또 외부인이 함부로 출입할 수 없다는 점이 객관적으로 명확하게 드러나야 한다. 따라서 건조물의 이용에 기여하는 인접의 부속 토지라고 하더라도 인적 또는 물적 설비 등에 의한 구획 내지 통제가 없어 통상의 보행으로 그 경계를 쉽사리 넘을 수 있는 정도라고 한다면 일반적으로 외부인의 출입이 제한된다는 사정이 객관적으로 명확하게 드러났다고 보기 어려우므로, 이는 다른 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체에 속하지 아니한다고 봄이 상당하다(대법원 2010.4.29. 2009도14643). ④ 출입문이 열려 있으면 안으로 들어가겠다는 의사 아래 출입문을 당겨보는 행위는 바로 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 있어 그것으로 주거침입의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다(대법원 2006.9.14. 2006도2824).

★ J 기본문제

☞ 경찰, 검찰, 법원 형법판례때려잡기! 490쪽 참조

11. 다음 중 **甲**에게 **절도죄** 또는 **특수절도죄**가 인정되는 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 甲이 자신의 모(母)인 A명의로 구입·등록하여 A에게 명의신탁한 자동차를 B에게 담보로 제공한 후 B 몰래 가져간 경우
- ㉡ 쇄석장비들에 관하여 점유개정의 방법에 의한 양도담보부 금전소비대차계약을 체결한 후 채무자가 변제기일이 지나도 채무를 변제하지 아니하자 채권자 甲이 채무자의 의사에 반하여 쇄석장비들을 임의로 분해하여 가지고 간 경우
- ㉢ 甲이 타인의 예금통장을 무단사용 하여 예금을 인출한 후 바로 예금통장을 반환하였다 하더라도 그 사용으로 인한 경제적 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미하지 않는 경우
- ㉣ 甲이 타인의 신용카드를 이용하여 현금지급기에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체시킨 후 현금을 인출한 경우

- ① 1개                      ② 2개                      ③ 3개                      ④ 4개

[정답] ③

[해설] ③ ㉠㉡㉣의 3개가 절도죄가 성립한다.

㉠ 피고인이 자신의 모 甲 명의로 구입·등록하여 甲에게 명의신탁한 자동차를 乙에게 담보로 제공한 후 乙 몰래 가져가 절취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 乙이 점유하고 있는 자동차를 임의로 가져간 이상 **절도죄가 성립한다**(대법원 2012.4.26. 2010도11771). 乙에 대한 관계에서 자동차의 소유자는 甲이고 피고인은 소유자가 아니므로 乙이 점유하고 있는 자동차를 임의로 가져간 이상 절도죄가 성립한다. 당사자 사이에 자동차의 소유권을 등록명의자 아닌 자가 보유하기로 약정한 경우, 약정 당사자 사이의 내부관계에서는 등록명의자 아닌 자가 소유권을 보유하게 된다고 하더라도 제3자에 대한 관계에서는 어디까지나 등록명의자가 자동차의 소유자라고 할 것이다.

㉡ 쇄석장비사건은 '점유개정에 의한 동산양도담보'를 정확히 이해하고 있는가를 묻는 문제이다. 그 지문은 판례를 응용한 것이다. 양도담보는 소유권이 채무자에게 있고, 점유개정이니까 점유권도 채무자에게 있다. 그것을 채권자가 가져갔으니 타인점유, 타인소유가 되고 절도죄가 성립한다. 즉 양도담보의 경우 아직 소유권은 채무자에게 있고 점유개정으로 채무자가 갖고 있으므로 채권자가 이를 분해하여 가져가면 **절도죄가 성립한다**.

㉢ 예금통장은 예금채권을 표창하는 유가증권이 아니고 그 자체에 예금액 상당의 경제적 가치가 화체되어 있는 것도 아니지만, 이를 소지함으로써 예금채권의 행사자격을 증명할 수 있는 자격증권으로서 예금계약사실 뿐 아니라 예금액에 대한 증명기능이 있고 이러한 증명기능은 예금통장 자체가 가지는 경제적 가치라고 보아야 하므로, 예금통장을 사용하여 예금을 인출하게 되면 그 인출된 예금액에 대하여는 예금통장 자체의 예금액 증명기능이 상실되고 이에 따라 그 상실된 기능에 상응한 경제적 가치도 소모된다. 그렇다면 타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 바로 예금통장을 반환하였다 하더라도 그 사용으로 인한 위와 같은 경제적 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미한 경우가 아닌 이상, 예금통장 자체가 가지는 예금액 증명기능의 경제적 가치에 대한 불법영득의 의사를 인정할 수 있으므로 **절도죄가 성립한다**(대법원 2010.5.27. 2009도9008).

㉣ 절취한 타인의 신용카드를 이용하여 현금지급기에서 계좌이체를

한 행위는 **컴퓨터등사용사기죄**에서 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 한 행위에 해당함은 별론으로 하고 이를 절취행위라고 볼 수는 없고, 한편 위 계좌이체 후 현금지급기에서 현금을 인출한 행위는 자신의 신용카드나 현금카드를 이용한 것이어서 이러한 현금인출이 현금지급기 관리자의 의사에 반한다고 볼 수 없어 절취행위에 해당하지 않으므로 **절도죄를 구성하지 않는다**(대법원 2008.6.12. 2008도2440).

★ J 고급문제

☞ 경찰, 검찰, 법원 형법판례때려잡기! 514쪽 참조

12. 다음 중 사기죄가 인정되는 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 채무자의 기망행위로 인하여 채권자가 채무를 확정적으로 소멸 내지 면제시키는 특약 등 처분행위를 하였으나, 후에 재산적 처분행위가 사기를 이유로 민법에 따라 취소될 수 있는 경우
- ㉡ 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체 등의 원인이 되는 법률관계가 존재하지 않음에도 계좌이체에 의하여 수취인이 이체금액 상당의 예금채권을 취득한 경우, 수취인이 은행에 예금반환을 청구하여 지급받는 행위
- ㉢ 피고인이 피해자에게서 매수한 재개발아파트 수분양권을 이미 매도하였는데도 마치 자신이 피해자의 입주권을 정당하게 보유하고 있는 것처럼 피해자의 딸과 사위에게 거짓말하여 피해자 명의의 인감증명서를 교부받은 경우
- ㉣ 예고등기로 인한 경매대상 부동산의 경매가격 하락 등을 목적으로 허위 채권을 주장하며 채권자대위의 방식에 의한 원인무효로 인한 소유권 보존등기 말소청구소송을 제기한 경우

- ① 1개                      ② 2개                      ③ 3개                      ④ 4개

[정답] ②

[해설] ② 사기죄가 되는 것 ㉠㉡의 2개이다.

㉠ O. 사기죄에서 '재산상의 이익'이란 채권을 취득하거나 담보를 제공받는 등의 적극적 이익뿐만 아니라 채무를 면제받는 등의 소극적 이익까지 포함하며, 채무자의 기망행위로 인하여 채권자가 채무를 확정적으로 소멸 내지 면제시키는 특약 등 처분행위를 한 경우에는 채무의 면제라고 하는 재산상 이익에 관한 사기죄가 성립하고, 후에 재산적 처분행위가 사기를 이유로 민법에 따라 취소될 수 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2012.4.13. 2012도1101).

㉡ X. 송금의뢰인이 수취인의 예금계좌에 계좌이체 등을 한 이후, 수취인이 은행에 대하여 예금반환을 청구함에 따라 은행이 수취인에게 그 예금을 지급하는 행위는 계좌이체금액 상당의 예금계약의 성립 및 그 예금채권 취득에 따른 것으로서 은행이 착오에 빠져 처분행위를 한 것이라고 볼 수 없으므로, 결국 이러한 행위는 은행을 피해자로 한 형법 제347조의 사기죄에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다. 예금주인 피고인이 제3자에게 편취당한 송금의뢰인으로부터 자신의 은행계좌에 계좌송금된 돈을 출금한 사안에서, 피고인은 예금주로서 은행에 대하여 예금반환을 청구할 수 있는 권한을 가진 자이므로, 위 은행을 피해자로 한 사기죄가 성립하지 않는다는 원심의 판단을 정당하다(대법원 2010.5.27. 2010도3498).

㉢ O. 피고인이 피해자에게서 매수한 재개발아파트 수분양권을 이미 매도하였는데도 마치 자신이 피해자의 입주권을 정당하게 보유하고 있는 것처럼 피해자의 딸과 사위에게 거짓말하여 피해자 명의의 인감증명서 3장을 교부받은 사안에서, 위 인감증명서는 피해자측이 발급받아 소지하게 된 피해자 명의의 것으로서 재물성이 인정된다 할 것인데, 피고인이 피해자측을 기망하여 이를 교부받은 이상 재물에 대한 편취행위가 성립한다고 보아야 하고, 피고인은 피해자의 재개발아파트 수분양권을 이중으로 매도할 목적으로 그에 중요한 의미를 가지는 피해자 명의의 인감증명서를 기망에 의하여 취득하였다는 것이므로 위 인감증명서에 대한 편취의 고의도 인정하기에 충분하므로, 위와 같은 피고인의 행위에 대하여는 재물의 편취에 의한 사기죄가 성립한다(대법원 2011.11.10. 2011도9919).

㉣ X. 피고인 등이 허위의 주장을 하여 소유권보존등기말소청구 소송 등을 제기한 것은 그로 인하여 경매절차가 진행 중인 부동산에 예고등기가 경료되도록 함으로써 경매가격 하락 등을 의도한 것으로 보일 뿐이고, 위 말소청구소송을 통하여 승소판결을 받아 재산상의 이익을 취하려고 한 것으로 보기 어렵다. 피고인 등이 위와 같이 말소청구소송 등을 제기하고 법원의 촉탁으로 예고등기가 경료된 이후에는 대부분 그 소를 취하하거나 변론기일에 출석하지 아니하여 소취하 간주되는 등으로 소송이 종결된 것도 그러한 의도가 없음을 뒷받침한다. 따라서 피고인에게서 허위 주장에 기한 소송을 통하여 승소판결을 받아 재물 또는 재산상의 이익을 취득하려는 고의 내지 불법영득의 의사가 있었다고 볼 수 없다. 또한, 피고인이 갑이 부동산을 매수한 의사 없이도 매수할 것처럼 허위의 사실을 주장하여 위 부동산에 대한 소유권이전등기를 거친 사람을 상대로 그 이전등기의 원인무효를 내세워 그 이전등기의 말소를 구하는 소송을 甲 명의로 제기하고 그 소송의 결과 원고로 된 甲이 승소한다고 가정하더라도 그 피고의 등기가 말소될 뿐이고 이것만으로 피고인이 위 부동산에 관한 어떠한 권리를 취득하거나 의무를 면하는 것은 아니므로 법원을 기망하여 재물이나 재산상 이익을 편취한 것이라고 보기 어렵고,

따라서 위 소제기 행위를 가리켜 사기의 실행에 착수한 것이라고 할 수 없다(대법원 2009.4.9. 2009도128).

★ ㄱ 고답문제

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례매려잡기! 548쪽 참조

13. 횡령과 배임에 관한 다음의 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 형법 제357조 제1항의 배임수재죄와 같은 조 제2항의 배임증재죄는 통상 필요적 공범의 관계에 있기는 하나 이것은 반드시 수재자와 증재자가 같이 처벌받아야 하는 것을 의미하는 것은 아니고, 증재자에게는 정당한 업무에 속하는 청탁이라도 수재자에게는 부정한 청탁이 될 수도 있다.
- ② 업무상횡령죄에서 '업무'는 법령, 계약에 의한 것 뿐만 아니라 관례를 좇거나 사실상의 것이거나를 묻지 않고 같은 행위를 반복할 지위에 따른 사무를 가리키며, 횡령죄에서 재물보관에 관한 위탁관계는 사실상의 관계에 있으면 충분하다.
- ③ 동업자 사이에 손익분배 정산이 되지 아니하였다면 동업자 한 사람이 임의로 동업자들의 합유에 속하는 동업재산을 처분할 권한이 없는 것이므로, 동업자 한 사람이 동업재산을 보관 중 임의로 횡령하였다면 지분비율에 따라 횡령한 금액에 대하여 횡령죄의 죄책을 부담한다.
- ④ 미리 부동산을 이전받은 매수인이 이를 담보로 제공하여 매매대금 지급을 위한 자금을 마련하고 이를 매도인에게 제공함으로써 잔금을 지급하기로 당사자 사이에 약정하였다고 하더라도, 이는 기본적으로 매수인이 매매대금의 재원을 마련하는 방법에 관한 것이고, 그 성실한 이행에 의하여 매도인이 대금을 모두 받게 되는 이익을 얻는다는 것만으로 매수인이 신임관계에 기하여 매도인의 사무를 처리하는 것이 된다고 할 수 없다.

[정답] ③

[해설] ③ 동업자 사이에 손익분배 정산이 되지 아니하였다면 동업자 한 사람이 임의로 동업자들의 합유에 속하는 동업재산을 처분할 권한이 없는 것이므로, 동업자 한 사람이 동업재산을 보관 중 임의로 횡령하였다면 **지분비율에 관계없이 횡령한 금액 전부에 대하여 횡령죄**의 죄책을 부담한다(대법원 2011.6.10. 2010도17684). ① 형법 제357조 제1항의 배임수재죄와 같은 조 제2항의 배임증재죄는 통상 필요적 공범의 관계에 있기는 하나 이것은 반드시 수재자와 증재자가 같이 처벌받아야 하는 것을 의미하는 것은 아니고 증재자에게는 정당한 업무에 속하는 청탁이라도 수재자에게는 부정한 청탁이 될 수도 있는 것이다(대법원 1991.1.15. 90도2257). ② 횡령죄의 위탁관계는 사실상 관계로 족하다. ④ 피고인이甲에게서 부동산을 매수하면서, 계약금을 지급하는 즉시 피고인 앞으로 소유권을 이전받되 매매대금은 일정기간 내에 이를 담보로 대출을 받아 지급하고 건축허가를 받지 못하면 계약을 해제하여 원상회복해 주기로 약정하였는데도, 소유권을 이전받은 직후 이에 관하여 다른 용도로 근저당권을 설정한 사안에서, 피고인에게 배임죄가 성립하지 않는다(대법원 2011.4.28. 2011도3247). <미리 부동산을 이전 받은 매수인이 잔금을 건제하는 것은 단순한 채무관계일 뿐이므로 사무처리자가 될 수 없다>

☞ 일정한 신임관계의 고의적 외면에 대한 형사적 징벌을 핵심으로 하는 배임의 관점에서 보면, 부동산매매에서 매수인이 대금을 지급하는 것에 대하여 매도인이 계약상 권리의 만족이라는 이익이 있다고 하여도 대금의 지급은 어디까지나 매수인의 법적 의무로서 행하여지는 것이고, 그 사무의 처리에 관하여 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘는 신임관계가 당사자 사이에 발생한다고 할 수 없다. 따라서 그 대금의 지급은 당사자 사이의 신임관계에 기하여 매수인에게 위탁된 매도인의 사무가 아니라 애초부터 매수인 자신의 사무라고 할 것이다. 또한 매도인이 대금을 모두 지급받지 못한 상태에서 매수인 앞으로 목적물에 관한 소유권이전등기를 경료하였다면, 이는 법이 동시이행의 항변권 등으로 마련한 대금 수령의 보장을 매도인이 자신의 의사에 기하여 포기한 것으로서, 다른 특별한 사정이 없는 한 대금을 받지 못하는 위험을 스스로 인수한 것으로 평가된다. 그리고 그와 같이 미리 부동산을 이전받은 매수인이 이를 담보로 제공함으로써 잔금을 지급을 위한 자금을 마련하고 이를 매도인에게 제공함으로써 잔금을 지급하기로 당사자 사이에 약정하였다고 하더라도, 이는 기본적으로 매수인이 매매대금의 재원을 마련하는 방법에 관한 것이고, 그 성실한 이행에 의하여 매도인이 대금을 모두 받게 되는 이익을 얻는다는 것만으로 매수인이 신임관계에 기하여 매도인의 사무를 처리하는 것이 된다고 할 수 없다. 피고인이 갑에게서 임야를 매수하면서, 계약금을 지급하는 즉시 피고인 앞으로 소유권을 이전받되 매매대금은 갑의 책임 아래 형질변경과 건축허가를 받으면 일정기간 내에 위 임야를 담보로 대출을 받아 지급하고 건축

허가 가지 아니하면 계약을 해제하여 원상회복해 주기로 약정하였는데도, 위 임야에 관하여 소유권이전등기를 받은 당일 1건, 그 후 1건의 근저당권을 설정한 사안에서, 피고인이 소유권이전등기를 받은 당일 이를 담보로 제공하여 자금을 융통하였고 그 후에도 같은 일을 하였으며 융통한 자금을 갑에게 매매대금으로 지급하지 아니하였다고 하여도 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 한 것으로 볼 수 없고, 그러한 담보 제공 등의 행위가 피고인이 위 임야를甲에게 반환할 의무를 현실적으로 부담하고 있지 아니한 상태에서 행하였던 이상 달라지지 아니한다는 이유로, 피고인에게 배임죄가 성립하지 않는다고 본 원심판단을 정당하다(대법원 2011.4.28. 2011도3247).

★ ㄱ 고답문제

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례매려잡기! 598쪽 참조

14. 장물죄에 관한 다음 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 절도범 乙로부터 장물이라는 정을 알면서도 자기앞 수표를 교부받아 이를 음식대금으로 지급하고 거스름돈을 환불 받은 경우, 甲에게는 장물취득죄가 성립한다.
- ② 장물인 정을 알면서 장물을 취득·양도·운반·보관하려는 당사자 사이에 서서 서로를 연결하여 장물의 취득·양도·운반·보관행위를 중개하거나 편의를 도모하였다라도, 그 알선에 의하여 당사자 사이에 실제로 장물의 취득·양도·운반·보관에 관한 계약이 성립하지 아니하였거나 장물의 점유가 현실적으로 이전되지 아니한 경우에는 장물알선죄가 성립하지 않는다.
- ③ 장물은 재산범죄에 의하여 영득하게 된 재물자체를 의미하므로 이중매매로 인하여 배임죄가 성립된 대상 부동산을 매수한 경우에는 장물취득죄가 성립하지 않는다.
- ④ 甲이 乙(20세)에게 시계점에서 시계를 훔쳐올 것을 교사하고 乙이 훔쳐온 시계를 매수한 경우, 甲에게는 절도교사죄와 장물취득죄의 경합범이 성립한다.

[정답] ②

[해설] ② 형법 제362조 제2항에 정한 장물알선죄에서 '알선'이란 장물을 취득·양도·운반·보관하려는 당사자 사이에 서서 이를 중개하거나 편의를 도모하는 것을 의미한다. 따라서 장물인 정을 알면서, 장물을 취득·양도·운반·보관하려는 당사자 사이에 서서 서로를 연결하여 장물의 취득·양도·운반·보관행위를 중개하거나 편의를 도모하였다면, 그 알선에 의하여 당사자 사이에 실제로 장물의 취득·양도·운반·보관에 관한 계약이 성립하지 아니하였거나 장물의 점유가 현실적으로 이전되지 아니한 경우라도 장물알선죄가 성립한다(대법원 2009.4.23. 2009도1203). ① 자기앞수표는 현금과 동일하게 사용되는 지불수단이므로 장물취득죄와 별도로 사기죄는 성립하지 않는다. ③ 채무자가 채권자에게 양도담보로 제공한 물건을 임의로 타인에게 양도하는 행위는 배임죄에 해당하나 동 물건은 배임행위로 제공한 물건이지 배임행위로 인하여 영득한 물건 자체는 아니므로 장물이라고 볼 수 없고, 따라서 위 타인이 그러한 사정을 알면서 그 물건을 취득하였다고 하여도 장물취득죄로 처벌할 수 없다(대법원 1981.7.28. 81도618). ④ 장물죄는 타인(본범)이 불법하게 영득한 재물의 처분에 관여하는 범죄이므로 자기의 범죄에 의하여 영득한 물건에 대하여는 성립하지 아니하고 이는 불가별적 사후행위에 해당하나 여기에서 자기의 범죄라 함은 정범자(공동정범과 합동범을 포함한다)에 한정되는 것이므로 평소 본범과 공동하여 수차 상습으로 절도등 범행을 자행함으로써 실질적인 범죄집단을 이루고 있었다 하더라도, 당해 범죄행위의 정범자(공동정범이나 합동범)로 되지 아니한 이상 이를 자기의 범죄라고 할 수 없고 따라서 그 장물의 취득을 불가별적 사후행위라고 할 수 없다(대법원 1986.9.9. 86도1273).

★ ㄱ 기본문제

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례매려잡기! 쪽 참조

15. 방화죄에 관한 다음 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인이 동거인과 가정불화로 홧김에 죽은 동생의 유품으로 보관 중이던 서적 등을 뒷마당에 내어놓고 불태우는 과정에서 건물에 불이 번진 때에는 현주건조물에 대한 방화의 범의를 인정하기 곤란하다.
- ② 무주물인 재활용품에 불을 놓아 공공의 위험을 발생하게 한 경우에는 자기소유일반물건방화죄가 성립된다.
- ③ 피고인이 피해자의 재물을 강취한 후 그를 살해할 목적으로

로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우, 피고인의 위 행위는 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄의 상상적 경합관계에 있다.

④ 피고인이 방화의 의사로 뿌린 휘발유가 인화성이 강한 상태로 주택주변과 피해자의 몸에 적지 않게 살포되어 있는 사정을 알면서도 라이터를 켜 불꽃을 일으킴으로써 피해자의 몸에 불이 붙은 경우, 외부적 사정에 의하여 불이 방화 목적물인 주택 자체에 옮겨 붙지 아니한 경우에는 현주건조물방화죄의 실행의 착수가 인정되지 않는다.

[정답] ④

[해설] ④ 피고인이 방화의 의사로 뿌린 휘발유가 인화성이 강한 상태로 주택주변과 피해자의 몸에 적지 않게 살포되어 있는 사정을 알면서도 라이터를 켜 불꽃을 일으킴으로써 피해자의 몸에 불이 붙은 경우, 비록 외부적 사정에 의하여 불이 방화 목적물인 주택 자체에 옮겨 붙지는 아니하였으나 하더라도 현주건조물방화죄의 실행의 착수가 있었다고 봄이 상당하다(대법원 2002.3.26. 2001도6641). ① 피고인이 등거하던 공소외인과 가정불화가 악화되어 헤어지기로 작정하고 화장에 죽은 동생의 유품으로 보관하던 서적 등을 뒷마당에 내어 놓고 불태워 버리려 했던 점이 인정될 뿐 피고인이 위 공소외인 소유의 가옥을 불태워 버리겠다고 결의하여 불을 놓았다고 볼 수 없다 면 피고인의 위 소위를 가리켜 방화의 범의가 있었다고 할 수 없다(대법원 1984.7.24. 84도1245). ② 노상에서 전봇대 주변에 놓인 재활용품과 쓰레기 등에 불을 놓아 소훼한 사안에서, 그 재활용품과 쓰레기 등은 '무주물'로서 형법 제167조 제2항에 정한 '자기 소유의 물건'에 준하는 것으로 보아야 하므로, 여기에 불을 붙인 후 불상의 가연물을 집어넣어 그 화염을 키움으로써 전선을 비롯한 주변의 가연물에 손상을 입히거나 바람에 의하여 다른 곳으로 불이 옮겨붙을 수 있는 공공의 위험을 발생하게 하였다면, 일반물건방화죄가 성립한다(대법원 2009.10.15. 2009도7421). ③ 피고인들이 피해자들의 재물을 강취한 후 그들을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우, 피고인들의 행위는 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄에 모두 해당하고 그 두 죄는 상상적 경합범관계에 있다(대법원 1998.12.8. 98도3416).

★ J 기본문제

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례따라잡기! 673쪽 참조

16. 다음 중 예비죄 처벌규정이 있는 것은 모두 몇 개인가?

- |         |            |           |
|---------|------------|-----------|
| ㉠ 도주원조죄 | ㉡ 현주건조물방화죄 | ㉢ 유가증권위조죄 |
| ㉣ 소인말소죄 | ㉤ 수도불통죄    | ㉥ 축락승낙살인죄 |
- ① 2개      ② 3개      ③ 4개      ④ 5개

[정답] ③

[해설] ③ ㉠㉡㉣㉤의 4개가 예비음모의 처벌규정이 있다. ☞ 살국강을기통방도내륙

★ J 기본문제

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례따라잡기! 250쪽 참조

17. 문서에 관한 죄에 대한 다음 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲은 A구청장에서 B구청장으로 전보되었다는 내용의 인사발령을 전화로 통보받은 후에 A구청장의 권한에 속하는 건축허가에 관한 기안용지의 결재란에 서명을 한 경우, 甲에게는 허위공문서작성죄가 성립한다.
- ② 피고인들이 A등과 공모하여, 부동산등기법에 의해 법무사가 주민등록증 등에 의하여 등기의무자가 본인인지 여부를 확인하고 작성하는 확인서면의 등기의무자란에 등기의무자 B 대신 A가 우무인을 날인하는 방법으로 확인서면을 작성한 다음 법무사를 통해 이를 교부받은 경우, 이를 피고인 등이 위조하였다고는 볼 수 없다.
- ③ 사문서위조나 공정증서원본불실기재죄가 성립한 후, 사후 피해자의 동의 또는 추인 등의 사정으로 문서에 기재된 대로 효과의 승인을 받거나, 등기가 실제적 권리관계에 부합하게 되었다 하더라도, 이미 성립한 범죄에는 아무런 영향이 없다.
- ④ 종량제 쓰레기봉투에 인쇄할 부천시장 명의의 문안이 새겨진 필름을 제조하는 행위에 그친 경우에는 아직 위 시장 명의의 공문서인 종량제 쓰레기봉투를 위조하는 범행의 실행

의 착수에 이르지 아니한 것으로서 공문서위조죄가 성립하지 않는다.

[정답] ①

[해설] ① H구청장이 Y구청장으로 전보된 후 H구청장의 권한에 속하는 건축허가에 관한 기안용지의 결재란에 서명을 한 것은 자격요에 의한 공문서작성죄를 구성한다(대법원 1993.4.27. 92도2688). ② 피고인들이 甲 등과 공모하여, 부동산등기법 제49조 제3항, 제2항에서 정한 확인서면의 등기의무자란에 등기의무자 Z 대신 甲이 우무인을 날인하는 방법으로 사문서인 Z 명의의 확인서면을 위조한 다음 법무사를 통해 이를 교부받았다고 기소된 사안에서, 위 확인서면은 법무사 명의의 문서이고, 작성명의인인 법무사가 피고인들에게 속하 등기의무자를 Z로 하는 내용의 확인서면을 작성하였다고 하더라도 이를 피고인들 등이 위조하였다고는 볼 수 없다(대법원 2010.11.25. 2010도11509). ☞ 작성명의인인 법무사이므로 절차 속아서 작성을 했다라고 위조는 불성립. ③ 사후승낙은 인정되지 않으므로 맞는 지문이다. 소유권보존등기나 소유권이전등기에 절차상 하자가 있거나 등기원인이 실제와 다르다 하더라도 그 등기가 실제적 권리관계에 부합하게 하기 위한 것이거나 실제적 권리관계에 부합하는 유효한 등기인 경우에는 공정증서원본불실기재 및 동행사죄가 성립되지 않는다고 할 것이나, 이는 등기 경로 당시를 기준으로 그 등기가 실제적 권리관계에 부합하여 유효한 경우에 한정되는 것이고, 등기 경로 당시에는 실제적 권리관계에 부합하지 아니한 등기인 경우에는 사후에 이해관계인들의 동의 또는 추인 등의 사정으로 실제적 권리관계에 부합하게 된다 하더라도 공정증서원본불실기재 및 동행사죄의 성립에는 아무런 영향이 없다(대법원 2001.11.9. 2001도3959). ④ 공문서 위조의 예비에 불과 한데 문서에 관한 죄는 예비 음모가 없어서 무죄이다.

★ J 중급문제

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례따라잡기! 744쪽 참조

18. 뇌물죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 뇌물죄에 있어서 금품을 수수한 장소가 공개된 장소이고, 금품을 수수한 공무원이 이를 개인적 용도가 아닌 회식비나 직원들의 휴가비로 소비하였을 뿐 자신의 사리를 취한 바 없다 하더라도 뇌물죄가 성립한다.
- ② 뇌물수수죄와 뇌물공여죄는 필요적 공범관계에 있으므로, 뇌물공여죄가 성립되기 위해서는 반드시 상대방 측에서 뇌물수수죄가 성립되어야만 한다.
- ③ 뇌물죄가 성립하려면 직무에 관한 청탁이나 부정한 행위를 필요로 하기 때문에 수수된 금품의 뇌물성을 인정하기 위해서는 특별한 청탁이 있어야 하고, 나아가 개개의 직무행위와 대가적 관계가 있어야 한다.
- ④ 공무원이 직무와 관련하여 금품을 수수하였다 하여도 그것이 사교적 의례에 속하는 경우에는 뇌물이 되지 않는다.

[정답] ①

[해설] ① 뇌물죄에 있어서 금품을 수수한 장소가 공개된 공사현장이었고 금품을 수수한 공무원이 이를 공사현장 인부들의 식대 또는 동 공사의 홍보비 등으로 소비하였을 뿐 자신의 사리를 취한바 없다 하더라도 그 뇌물성이 부인되지 않는다(대법원 1985.5.14. 83도2050). ② 뇌물공여죄가 성립되기 위하여서는 뇌물을 공여하는 행위와 상대방측에서 금전적으로 가치 있는 그 물품 등을 받아들이는 행위(부작위 포함)가 필요할 뿐이지 반드시 상대방측에서 뇌물수수죄가 성립되어야만 한다는 것을 뜻하는 것은 아니다(대법원 1987.12.22. 87도1699). ③ 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있고, 직무에 관한 청탁이나 부정한 행위를 필요로 하는 것은 아니기 때문에 수수된 금품의 뇌물성을 인정하는 데 특별한 청탁이 있어야만 하는 것은 아니고, 또한 금품이 직무에 관하여 수수된 것으로 족하고 개개의 직무행위와 대가적 관계에 있을 필요는 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다(대법원 2000.1.21. 99도4940). ④ 공무원이 그 직무의 대상이 되는 사람으로부터 금품 기타 이익을 받은 때에는 그것이 그 사람이 종전에 공무원으로부터 접대 또는 수수받은 것을 갚는 것으로서 사회상규에 비추어 볼 때에 의례상의 대가에 불과한 것이라고 여겨지거나, 개인적인 친분관계가 있어서 교분상의 필요에 의한 것이라고 명백하게 인정할 수 있는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 직무와의 관련성이 없는 것으로 볼 수 없고, 공무원의 직무와 관련하여 금품을 수수하였다면 비록 사교적 의례의 형식을 빌어 금품을 주고 받았다 하더라도 그 수수한 금품은 뇌물이 된다(대법원 2000.1.21. 99도4940).

★ J 중급문제

☞ 경찰,검찰,법원 형법판례따라잡기! 826쪽 참조

19. 다음 중 甲에게 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하

는 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 甲은 자신이 마치 乙인 것처럼 시험감독자를 속이고 자동차운전 면허시험에 대리로 응시하였다.
- ㉡ 甲은 乙에 대한 사기사건의 참고인으로 경찰서에 출석하여 사법경찰관으로부터 조사를 받으면서, 乙이 처벌받지 않도록 하기 위하여 사실은 乙이 丙으로부터 금원을 편취한 사실을 잘 알고 있음에도 乙이 丙으로부터 돈을 교부받은 사실이 없다고 허위의 사실을 진술하여 수사를 방해하고 乙의 범죄사실을 은닉하였다.
- ㉢ 민사소송의 피고 甲은 자신의 주소를 허위로 기재하여 법원공무원으로 하여금 변론기일 소환장 등을 허위의 주소로 송달하게 하였다.
- ㉣ 甲은 시청에 개인택시운송사업면허를 신청하면서 허위로 발급받은 운전면허경력증명서를 소명자료로 제출하여 시장으로부터 개인택시운송사업면허를 받았다.

- ① 1개                    ② 2개                    ③ 3개                    ④ 4개

[정답] ①

[해설] ① ㉠ 1개만 위계에 의한 공무집행방해죄 인정한다.  
 ㉠ O. 피고인이 마치 그의 형인양 시험감독자를 속이고 원동기장치자전거운전면허시험에 대리로 응시하였다면 피고인의 소위는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다(대법원 1986.9.9. 86도1245).  
 ㉡ X. 형사 피의자와 수사기관이 대립적 위치에서 서로 공격방어를 할 수 있는 취지의 형사소송법의 규정과 법률에 의한 선서를 한 증인이 허위로 진술을 한 경우에 한하여 위증죄가 성립된다는 형법의 규정 취지에 비추어 수사기관이 범죄사건을 수사함에 있어서는 피의자나 피의자로 자처하는 자 또는 참고인의 진술여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반증거를 수집 조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이라고 할 것이므로 피의자나 참고인이 아닌 자가 자발적이고 계획적으로 피의자를 가장하여 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하였다 하여 바로 이를 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다(대법원 1977.2.8. 76도3685).  
 ㉢ X. 민사소송을 제기함에 있어 피고의 주소를 허위로 기재하여 법원공무원으로 하여금 변론기일소환장 등을 허위주소로 송달케 하였다는 사실만으로는 이로 인하여 법원공무원의 구체적이고 현실적인 어떤 직무집행이 방해되었다고 할 수는 없으므로, 이로써 바로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 볼 수는 없다(대법원 1996.10.11. 96도312).  
 ㉣ X. 개인택시 운송사업면허 신청은 출원에 의한 행정관청의 일방적인 인·허가처분과 마찬가지로 행정관청이 면허요건에 해당하는 여부를 심리하여 면허 여부를 결정하는 것이고 그 신청서에 첨부된 소명자료가 진실한 것인지를 가리지 않고 면허를 결정하는 것이 아니므로 그 면허신청서에 허위의 소명자료를 첨부한 소위는 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당하지 않는다(대법원 1988.9.27. 87도2174).

★ ㄱ 중급문제  
 ㄹ 경찰, 검찰, 법원 형법판례매려잡기! 853쪽 참조

20. 다음 설명 중 적절하지 않은 것으로 묶인 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 위증죄와 모해위증죄가 형법 제33조 단서 소정의 '신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우'에 해당한다.
- ㉡ 위증죄와 무고죄에서의 '허위'의 개념은 동일하다.
- ㉢ 진술내용이 당해 사건의 요증사실에 관한 것인지 여부나 판결에 영향을 미친 것인지의 여부는 위증죄의 성립과 관계가 없다.
- ㉣ 피고인이 선서무능력자로서 범죄현장을 목격하지도 못한 사람으로 하여금 범죄현장을 목격한 것처럼 허위의 증언을 하도록 한 경우에는 증거위조죄가 성립한다.

- ① ㉠㉡                    ② ㉠㉢                    ③ ㉠㉣                    ④ ㉠㉣

[정답] ④

[해설] ④ ㉠㉢의 2개가 틀린 내용이다. ㉠ X. 위증죄는 주관설 무고죄는 객관설이다. 위증죄에 있어서의 허위의 공술이란 증인이 자기의 기억에 반하는 사실을 진술하는 것을 말하는 것으로서 그 내용이 객관적 사실과 부합한다고 하여도 위증죄의 성립에 장애가 되지 않는다(대법원 1989.1.17. 88도580). 甲의 피고인에 대한 고발내용이 허위라는 피고인의 甲에 대한 고소내용이 그 중요부분에 있어 객관적으로 진실한 사실에 부합하는 것이어서 무고죄에 해당하지 아니한다(대법원 1991.10.11. 91도1950). ㉢ X. 형법 제155조 제1항에서 타인의 형사사건에 관하여 증거를 위조한다 함은 증거 자체를 위조함을 말하는 것으로서, 선서무능력자로서 범죄 현장을 목격하지도 못한 사람으로 하여금 형사법정에서 범죄 현장을 목격한 양 허위의 증언을 하도록 하는 것은 위 조항이 규정하는 증거위조죄를 구성하지 아니한다(대법원 1998.2.10. 97도2961). ㉡ O. 형법 제152조 제1항과

제2항은 위증을 한 범인이 형사사건의 피고인 등을 '모해할 목적'을 가지고 있었는가 아니면 그러한 목적이 없었는가 하는 범인의 특수한 상태의 차이에 따라 범인에게 과할 형의 경중을 구별하고 있으므로, 이는 바로 형법 제33조 단서 소정의 "신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우"에 해당한다고 봄이 상당하다(대법원 1994.12.23. 93도1002). ㉣ O. 위증죄는 법률에 의하여 선서한 증인이 허위의 공술을 한 때에 성립하는 것으로서, 그 공술의 내용이 당해 사건의 요증사실에 관한 것인지의 여부나 판결에 영향을 미친 것인지의 여부는 위증죄의 성립과 아무런 관계가 없다(대법원 1990.2.23. 89도1212).

★ ㄱ 중급문제  
 ㄹ 경찰, 검찰, 법원 형법판례매려잡기! 876쪽 참조

윤형재 2013년 1차시험대비 형법판례특강  
 형법판례매려잡기특강

2012년 10월 5일 예정

- 1. 2012년 1차, 2차시험에서 판례의 98%와 95% 적중률!
- 2. 직접 교재로 확인가능 합니다!!!
- 3. 판례를 알면 형법이 보이고, 고득점이 보이고 합격이 보인다!
- 4. 처음 형법을 공부해서 기초가 부족한 학생도 쉽게 판례를 이해할 수 있습니다!

2013년 1차대비 형법심화문제특강  
 형법 AllPass 심화문제매려잡기특강

2012년 11월 2일(토) 오전 9시 개강

- 1. 2013년 1차시험에서 심화문제 완벽대비!
- 2. 총론2회, 각론2회 진도별문제풀이!!!  
 그리고 종합문제풀이 1회(총5회)
- 3. 심화문제를 풀면 형법문제가 보이고, 고득점이 보이고 합격이 보인다!
- 4. 판례를 공부해서 문제에 적용 시키고 순발력을 키워야 합니다!

2013년 1차시험대비 형법총정리마무리특강  
 형법조문-형법이론 및 학설-핵심판례

2012년 12월 7일 예정

- 1. 형법 법조문 완전정복!
- 2. 형법이론 및 학설 마무리정리!!
- 3. 출제가능 핵심판례 요약정리!
- 4. 2012년 최신판례 완벽정리!
- 5. 형법 쪽집게 암기사항 마무리!

\*\*\* 윤황채 형사법 수험서 \*\*\*

- 1. 형법총론, 형법각론[도서출판 예음 2011. 제5판]
- 2. PASS 핵심 경찰형법[도서출판 배움 2011. 제7판]
- 3. 형법, 형소법용어해설집[도서출판 배움 2011. 초판]
- 4. PASS 심화형법[총론,각론][국민고시각 2010. 개정판]
- 5. 형법조문과 판례[도서출판 예음 2010. 초판]
- 6. 객관식 판례형법[총론,각론][도서출판 배움 2012. 제3판]
- 7. 법1 검2 경3 핵심형법[도서출판 배움 2010. 제3판]
- 8. 법1 검2 경3 형법강의노트[도서출판 배움 2011. 제3판]
- 9. 경찰검찰법원 형법판례때려잡기![도서출판 배움 2011. 제3판]

### 특강문의는

서울 국가경찰학원 02-6272-0022

인천 국가경찰학원 032-277-0055

카페

<http://cafe.naver.com/gosicore.cafe>

<http://cafe.daum.net/new-police>

<http://cafe.daum.net/SungjinAcademy>

[gosicore@naver.com](mailto:gosicore@naver.com)

[윤황채의 정답 및 해설]

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
②	③	①	④	④	③	②	②	④	①
11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
③	②	③	②	④	③	②	①	①	④

**윤황채 형법고득점 7단계공부전략**

1단계 : 교과서 공부 (PASS 핵심형법)

1순환 : 기초 법률용어공부(형법적응하기)

2순환 : 형법 기본학습(형법내용보기)

3순환 : 형법 심화학습(형법깊이보기)

2단계 : 기초형법 문제풀이(기본문제)

3단계 : 판례공부(판례때려잡기)

4단계 : 학설-이론-법조문 심화학습(형법총정리)

5단계 : 형법기출문제풀이

1순환 : 경찰기출문제(순경,경찰간부,경찰승진)

2순환 : 기타기출문제(검찰직,법원직,법원고시,사법시험)

6단계 : 형법기출지문정리(기출지문OX정리)

7단계 : All Pass 형법문제풀이

1순환 : 진도별 문제풀이(6회)

2순환 : 심화문제풀이(총론1회, 각론1회)

3순환 : 종합문제풀이(1회)