

2013년 7급 공개경쟁채용 필기시험 【형법】

2013년 6월 22일 검찰7급 형법 총평·해설

백광훈 교수 (월비스고시학원 법원·검찰·경찰 대표교수)

이번 시험은 전반적으로 평이하였습니다. 총론 11문제, 각론 7문제, 총·각론혼합 2문제가 출제되었고 모두 판례문제를 출제하였습니다. 박스형 문제는 3개를 출제하였습니다. 검찰에서는 총론이 많이 출제된다는 특징은 그대로 유지되었습니다.

출제가 된 곳은 다음과 같습니다.

1번	총론	소급효금지원칙	판례
2번	혼합	친족상도례 등	판례
3번	총론	인과관계	판례
4번	혼합	살인죄 등	판례
5번	총론	정당방위	판례
6번	각론	범인도피	판례
7번	총론	정당행위	판례
8번	각론	허위공문서작성	판례
9번	총론	심신장애	판례
10번	총론	간접정범	판례
11번	총론	법률의 착오	판례
12번	각론	절도죄	판례
13번	총론	선고유예·집행유예	판례
14번	총론	몰수·추징	판례
15번	각론	사기죄	판례
16번	각론	장물죄	판례
17번	각론	절도죄·강도죄	판례
18번	총론	공범론	판례
19번	총론	결과적가중범	판례
20번	각론	미수와 기수	판례

결론적으로 수험생의 입장에서는, **기본서를 중시하면서 하나를 공부하더라도 정확하고 충실하게** 해왔다면 형법에서는 거의 틀리는 문제가 없었을 것으로 봅니다. 반면 형소법, 헌법, 행정법에 있어서는 예년보다 다소 어려웠던 것으로 보입니다. 검찰직 시험의 전통적인 경향을 고려할 때, 이번 시험에서는 나오지 않았지만 형법의 법조문, 기본 이론·학설 문제에 대해서도 대비가 필요할 것입니다.

지금 이 시간에도 많은 응시자들이 본인의 성적을 가지고 이번 시험의 커트라인에 대해서 활발하게 문의해오고 있습니다. 언제든지 상담하시기 바랍니다. 백광훈 010-3113-9978

아래와 같이 이번 시험에 대한 자세한 기출문제해설을 제공해드립니다. 해설을 만드는 데 헌신적인 도움을 준 권효상, 윤선주, 전미령, 황성준 제자에게 깊은 감사를 드립니다. 여러분의 합격을 기원합니다.

-백광훈-

문 1. 소급효금지원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 형벌을 완화하는 개정을 하면서 구법시의 행위는 구법을 적용한다는 경과규정을 신법에 두는 것은 허용된다.
- ② 진정소급입법은 헌법에 위배되는 것으로서, 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 있는 경우에도 허용되지 않는다.
- ③ 재판확정 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 않는 때에는 형의 집행을 면제한다.
- ④ 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 않는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법조항에 근거하여 처벌하는 것은 소급효금지원칙에 반하지 않는다.

【해설】 ② (X) 진정소급입법이라 하더라도 기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 적어 개인의 신뢰이익을 관철하는 것이 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있는 것인데, 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우에는 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 있는 경우에는 소급입법을 허용할 수 있다(憲法裁判所 1996.2.16, 96헌가2; 96헌바7; 96헌바13).

- ① (O) 형을 중전보다 가볍게 형벌법규를 개정하면서 그 부칙으로 개정 전의 범죄에 대하여는 중전의 형벌법규를 추급하여 적용하도록 규정한다 하여 죄형법정주의에 반한다고 할 수 없다(大法院 1995.1.24, 94도2787).
- ③ (O) 제1조【범죄의 성립과 처벌】 ③ 재판확정 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제한다.
- ④ (O) 형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니고, 형법 조항에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼 수는 없으므로, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 소급효금지원칙에 반한다고 할 수는 없다(大法院 1999.9.17, 97도3349).

정답 : ②

문 2. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 상대방의 범행에 공범으로 가담한 자가 자신의 가담사실을 숨긴 채 상대방을 고소한 경우 무고죄가 성립하지 않는다.
- ② 의료인이 의료인 아닌 자의 의료행위에 공모하여 가공하면 「의료법」상의 무면허의료행위의 공동정범이 된다.
- ③ 야간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하여 건조물의 일부를 손괴한 경우 현실적으로 절취목적물에 접근하지 못하였다더라도 특수절도죄의 실행의 착수한 것으로 보아야 한다.
- ④ 「형법」상 친족상도례의 친족관계는 행위시에 존재할 것이 요구되므로 친족관계를 형성하는 인지(認知)가 범행 후에 이루어진 경우에는 친족상도례가 적용되지 않는다.

【해설】 ④ (X) 형법 제344조, 제328조 제1항 소정의 친족간의 범행에 관한 규정이 적용되기 위한 친족관계는 원칙적으로 범행 당시에 존재하여야 하는 것이지만, 부가 혼인외의 출생시를 인지하는 경우에 있어서는 민법 제860조에 의하여 그 자의 출생시에 소급하여 인지의 효력이 생기는 것이며, 이와 같은 인지의 소급효는 친족상도례에 관한 위규정의 적용에도 미친다고 보아야 할 것이므로, 인지가 범행 후에 이루어진 경우라고 하더라도 그 소급효에 따라 형

성되는 친족관계를 기초로 하여 위 친족상도례의 규정이 적용되어야 한다(大法院 1997.1.24, 96도1731).

- ① (O) 피고인 자신이 상대방의 범행에 공범으로 가담하였음에도 자신의 가담사실을 숨기고 상대방만을 고소한 경우, 피고인의 고소내용이 상대방의 범행 부분에 관한 진실에 부합하므로 이를 허위의 사실로 볼 수 없고, 상대방의 범행에 피고인이 공범으로 가담한 사실을 숨겼다고 하여도 그것이 상대방에 대한 관계에서 독립하여 형사처분 등의 대상이 되지 아니할뿐더러 전체적으로 보아 상대방의 범죄사실의 성립 여부에 직접 영향을 줄 정도에 이르지 아니하는 내용에 관계되는 것이므로, 무고죄가 성립하지 않는다(大法院 2008.8.21, 2008도3754).
- ② (O) 범죄를 구성하지 않는 신분자(소극적 신분자)가 범죄를 구성하는 비신분자의 범행에 가담한 경우에는 공범이 성립하므로, 의료인일지라도 의료인이 아닌 자의 의료행위에 공모하여 가공하면 의료법 제25조 제1항이 규정하는 무면허의료행위의 공동정범으로서의 죄책을 진다(大法院 1986.2.11, 85도448).
- ③ (O) 현실적으로 절취목적물에 접근하지 못하였다 하더라도 야간에 타인의 주거에 침입하여 건조물의 일부인 방문 고리를 손괴하였다면 형법 제331조의 특수절도죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다(大法院 1977.7.26, 77도1802).

정답 : ④

문 3. 甲의 행위와 乙의 사망 사이에 인과관계가 인정되는 경우를 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 甲이 운행하던 자동차에 치여 반대차선의 1차선상에 넘어진 도로횡단자 乙 이 그 직후 반대차선을 운행하던 화물차에 역과되어 사망한 경우
- ㉡ 甲이 주먹으로 乙의 복부를 1회 힘껏 때린 결과 장파열을 일으켜 병원에 입원한 乙이 의사의 수술지연으로 결국 복막염으로 사망한 경우
- ㉢ 甲이 야간에 2차선의 좁은 도로 위에 미등 및 차폭등을 켜지 않은 채 화물차를 주차시켜 놓은 후에 그것을 미처보지 못한 乙이 운전하던 오토바이가 그 화물차에 충돌하여 乙이 사망한 경우
- ㉣ 甲이 입힌 자상(刺傷)으로 인하여 급성신부전증이 발생되어 치료를 받게 된 乙이 음식과 수분의 섭취를 억제해야 하는 사실을 모르고 콜라와 김밥 등을 함부로 먹은 탓에 패혈증 등 합병증이 발생하여 사망한 경우

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

【해설】

- ㉠ (O) 甲이 운행하던 자동차로 도로를 횡단하던 도로횡단자 乙을 충격하여 乙로 하여금 반대차선의 1차선상에 넘어지게 하여 乙이 반대차선을 운행하던 자동차에 역과되어 사망하게 하였다면 甲은 그와 같은 사고를 충분히 예견할 수 있었고 또한 甲의 과실과 乙의 사망사이에는 인과관계가 있다고 할 것이다(大法院 1988.11.8, 88도928).
- ㉡ (O) 甲이 주먹으로 乙의 복부를 1회 힘껏 때려 장파열로 인한 복막염으로 사망에 이르게 한 사실이 명백한 이상, 乙의 사망은 결국 甲의 폭행행위에 의한 결과라고 봄이 상당하고, 비록 의사의 수술지연 등의 과실이 乙의 사망의 공동원인이 되었다 하더라도 甲의 행위가 사망의 결과에 대한 유력한 원인이 된 이상, 그 폭행행위와 치사의 결과 사이에 인과관계는 있다고 할 것이다(1984.6.26, 84도831).
- ㉢ (O) 야간에 도로의 가장자리에 자동차를 주차하는 자로서는 미등과 차폭등을 켜 두어 다른 차의 운전자가 주차사실을 쉽게 식별할 수 있도록 하여야 함은 물론, 다른 교통에 장애가 되지 아니하도록 주차하여야 할 법령상의 의무가 있다고 할 것이므로, 甲이 야간에 2차선의 좁은 도로 위에 미등과 차폭등을 켜지 않은 채 화물차를 주차

시켜 놓음으로써 乙이 운전하던 오토바이가 그 화물차에 충돌하여 운전자 乙이 사망한 경우, 甲의 주차행위와 乙의 사고발생 사이에 인과관계가 있다(大法院 1996.12.20, 96도2030).

- ㉣ (O) 甲이 입힌 자상(刺傷)으로 인한 범행이 피해자 乙을 사망하게 한 직접적인 원인이 된 것은 아니지만, 그 범행으로 인하여 乙에게 급성신부전증이 발생하였고 또 그 합병증으로 乙의 직접사인이 된 패혈증 등이 유발된 이상, 비록 그 직접사인의 유발에 乙 자신의 과실이 개재되었다고 하더라도 이와 같은 사실은 통상 예견할 수 있는 것으로 인정되므로, 甲의 이 사건 범행과 乙의 사망과의 사이에는 인과관계가 있다(大法院 1994.3.22, 93도3612).

정답 : ④

문 4. 판례의 태도와 일치하는 내용을 모두 고르면?

- ㉠ 피고인이 7세의 아들에게 함께 죽자고 하여 물속에 따라 들어오게 함으로써 익사하게 한 경우, 위계에 의한 승낙살인죄가 성립한다.
- ㉡ 협박을 수단으로 하여 피해자를 감금하더라도 감금죄만 성립한다.
- ㉢ 법원을 기망하여 얻은 승소판결에 기하여 소유권이전등기를 경료함으로써 그 등기부를 등기소에 비치하게 한 경우는 사기죄와 공정증서원본부실기재죄 및 부실기재 공정증서원본행사죄의 실제적 경합에 해당된다.
- ㉣ 장물의 보관자가 그 장물을 횡령한 경우 장물보관죄와 횡령죄의 실제적 경합에 해당된다.
- ㉤ 사자(死者) 명의의 문서를 위조한 경우는 사문서위조죄를 구성하지 않는다.

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

【해설】

- ㉠ (X) 피고인이 7세의 아들에게 함께 죽자고 권유하여 물속에 따라 들어오게 하여 결국 익사하게 하였다면, 비록 피해자를 물속에 직접 밀어서 빠뜨리지는 않았다고 하더라도 자살의 의미를 이해할 능력이 없고 피고인의 말이 라면 무엇이든 복종하는 어린자식을 권유하여 익사하게 한 이상 살인죄의 범의는 있었음이 분명하므로 피고인에게 살인죄의 간접정범이 성립한다(大法院 1987.1.20, 86도2395).
- ㉡ (O) 감금을 하기 위한 수단으로서 행사된 단순한 협박행위는 감금죄에 흡수되어 따로 협박죄를 구성하지 아니한다(大法院 1982.6.22, 82도705).
- ㉢ (O) 법원을 기망하여 확정판결이 내려진 경우, 진실에 반하는 사실관계를 근거로 확정판결이 내려진 것을 알고 이 승소확정판결에 기하여 소유권이전등기를 경료함으로써 그 등기부를 등기소에 비치하게 하는 경우도 공정증서부실기재죄에서의 공무원에 대한 허위신고에 해당하는 것이므로 이 경우, 사기죄와 공정증서원본부실기재죄 및 부실기재공정증서원본행사죄의 실제적 경합에 해당된다(大法院 1996.5.31, 95도1967).
- ㉣ (X) 장물보관 의뢰를 받은 자가 그 정을 알면서 이를 인도받아 보관하고 있다가 임의 처분하였다 하여도 장물보관죄가 성립하는 때에는 이미 그 소유자의 소유물 추구권을 침해하였으므로 그 후의 횡령행위는 불가벌적 사후행위에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다(大法院 2004.4.9, 2003도8219).
- ㉤ (X) 사망한 사람 명의의 사문서에 대하여도 그 문서에 대한 공공의 신용을 보호할 필요가 있다는 점을 고려하면, 문서명의인이 이미 사망하였는데도 문서명의인이 생존하고 있다는 점이 문서의 중요한 내용을 이루거나 그 점을 전제로 문서가 작성되었다면 이미 그 문서에 관한 공공의 신용을 해할 위험이 발생하였다 할 것이므로, 그

리한 내용의 문서에 관하여 사망한 명의자의 승낙이 추정된다는 이유로 사문서위조죄의 성립을 부정할 수는 없다(大法院 2011.9.29, 2011도6223).

정답 : ②

문 5. 위법성의 판단에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 경찰관이 임의동행을 거부하는 피고인을 순찰차에 태우고 피고인의 오른쪽 손목을 잡아 뒤로 꺾어 올리는 등으로 제압하자 피고인이 이를 벗어나려고 몸싸움하는 과정에서 경찰관에게 경미한 상해를 입힌 경우는 위법하지 않다.
- ② 외관상 상호 격투를 하는 것처럼 보이지만 실제로는 상대방의 일방적인 불법한 공격으로부터 자신을 보호하기 위하여 소극적인 방어에 한도 내에서 유형력을 행사한 경우는 위법하지 않다.
- ③ 피고인이 피해자로부터 뺨을 맞고 손톱끼이 칼에 찔려 1cm 정도의 상처를 입게 되자 20cm의 과도로 피고인의 복부를 찌른 것은 정당방위에 해당되지 않는다.
- ④ 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대하여 가해하게 된 경우, 그 가해행위는 정당방위가 될 여지는 없으나 과잉방위가 될 수는 있다.

【해설】 ④ (X) 가해자의 행위가 피해자의 부당한 공격을 방위하기 위한 것이라기보다는 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대하여 가해하게 된 것이라고 봄이 상당한 경우, 그 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 정당방위 또는 과잉방위행위라고 볼 수 없다(大法院 2000.3.28, 2000도228; 大法院 1971.4.30, 71도527; 1993.8.24, 92도1329).

- ① (O) 경찰관이 임의동행을 거부하는 피고인을 순찰차에 태우고 피고인의 오른쪽 손목을 잡아 뒤로 꺾어 올리는 등으로 제압하는 행위는 임의동행을 거부하는 피고인을 불법하게 체포·구금한 것으로 볼 수밖에 없고, 따라서 피고인의 범행은 이러한 불법 체포·구금으로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 그 행위에 이른 경위와 그 목적 및 수단, 행위자의 의사 등 제반 사정에 비추어 위법성이 결여된 행위라고 볼 것이다(大法院 1999.12.28, 98도138).
- ② (O) 외관상 서로 격투를 하는 것처럼 보이는 경우라고 할지라도 실제로는 한쪽 당사자가 일방적으로 불법한 공격을 가하고 상대방은 이러한 불법한 공격으로부터 자신을 보호하고 이를 벗어나기 위한 저항수단으로 유형력을 행사한 경우라면, 그 행위가 적극적인 반격이 아니라 소극적인 방어의 한도를 벗어나지 않는 한 그 행위에 이르게 된 경위와 그 목적수단 및 행위자의 의사 등 제반 사정에 비추어 볼 때 사회통념상 허용될 만한 상당성이 있는 행위로서 위법성이 조각된다고 보아야 할 것이다(大法院 1999.10.12, 99도3377).
- ③ (O) 피고인이 피해자로부터 뺨을 맞고 손톱끼이 칼에 찔려 약 1cm의 상처를 입었다 하여 약 20cm의 과도로 피고의 복부를 찔렀다면, 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서의 정당방위에 해당한다고 볼 수 없다(大法院 1968.12.24, 68도 1229).

정답 : ④

문 6. 범인도피죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 범인도피죄는 범인에 대한 수사·재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 것으로서, 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것을 요하지는 않는다.
- ② 범인도피죄에 관한 친족간의 특례에 있어서 ‘친족 또는 동거의 가족’의 범위에 사실혼관계에 있는 자는 포함되지 않는다.
- ③ 범인도피죄의 객체인 ‘죄를 범한 자’에는 범죄의 혐의를 받아 수사의 대상이 되어 있는 자도 포함된다.
- ④ 범인이 자신을 위하여 그 친족 또는 동거의 가족으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 것은 범인도피교사죄를 구성하지 않는다.

【해설】 ④ (X) 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당하는바, 이 경우 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 또는 동거의 가족에 해당한다 하여 달리 볼 것은 아니므로, 이 경우 범인도피교사죄를 구성한다(大法院 2006.12.7, 2005도3707).

- ① (O) 범인도피죄는 범인에 대한 수사·재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 행위를 말하는 것으로서 그 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또 이는 위법범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지는 아니한다(大法院 1995.3.3, 93도3080; 2000.11.24, 2000도4078).
- ② (O) 형법 제151조 제2항 및 제155조 제4항은 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 범인도피죄, 증거인멸죄 등을 범한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하고 있는 바, 사실혼관계에 있는 자는 민법 소정의 친족이라 할 수 없어 위 조항에서 말하는 친족에 사실혼관계의 배우자는 제외된다(大法院 2003.12.12, 2003도4533).
- ③ (O) 범인도피죄는 형사사법에 관한 국권의 행사를 방해하는 자를 처벌하고자 하는 것이므로, 범인도피죄의 객체인 ‘죄를 범한 자’라 함은 범죄의 혐의를 받아 수사 대상이 되어 있는 자를 포함한다(大法院 1982.1.26, 81도1931).

정답 : ④

문 7. 판례에 따르면 「형법」 제20조의 정당행위에 해당하는 경우는?

- ① 남편과의 이혼소송 중, 남편이 내연녀의 방에서 간통을 할 것이라는 추측 하에 이혼소송에 사용할 증거를 확보하기 위하여 그 현장사진을 촬영할 목적으로 그 방에 침입한 경우
- ② 상사 계급의 피고인이 자신의 잦은 폭력으로 신체에 위해를 느끼고 집을 먹은 상태에 있던 부대원들에게 청소 불량 등을 이유로 40 ~ 50분간 머리박아(속칭 ‘원산폭격’)를 시키거나 양손을 깎지 낀 상태에서 약 2시간 동안 50 ~ 60회 정도의 팔굽혀펴기를 하게 한 경우
- ③ 골프클럽 경기보조원들의 구직편의를 위해 제작된 인터넷 사이트 내 회원 게시판에 특정 골프클럽에서 운영된 징벌적 근무제도의 불합리성 및 불공정성을 비난하는 글을 게시하면서 그 클럽 담당자에 대하여 한심하고 불쌍한 인간이라는 등 경멸적 표현을 한 경우
- ④ 주점 임대차 약정기간이 만료되지 않고 임대차보증금도 상당한 액수가 남아 있는 상태에서 주점 임대인이 그 임대인의 차임 연체를 이유로 계약해지의 의사표시와 경고만을 한 후 계약서상 규정에 따라 그 주점에 대하여 단전·단수조치를 취한 경우

【해설】 ③ (O) 골프클럽 경기보조원들의 구직편의를 위해 제작된 인터넷 사이트 내 회원 게시판에 특정 골프클럽의 운영상 불합리성을 비난하는 글을 게시하면서, ‘재수 없으면 별당 잡힘. 규칙도 없음. 아주 조심해야 됨. 부장이나 조장 마주치지 않게 피해서 다녀야 됨. 조장들 한심한 인간들임. 불쌍한 인간임. 잘못 걸리면 공개처형됨’이라는 내용의 글을 작성·게시하였다면, 이는 사회상규의 위배되지 아니하는 행위로서 형법 제20조에 의해 위법성이 조각된다(大法院 2008.7.10, 2008도1433).

- ① (X) 남편이 내연녀의 방에서 간통할 것이라는 추측 하에 이혼소송에 사용할 증거자료 수집을 목적으로 그들의 간통 현장을 직접 목격하고 그 사진을 촬영하기 위하여 이 사건 주택에 침입한 것으로서 그러한 목적이 내연녀의 주거생활의 평온이라는 범의침해를 정당화할 만한 이유가 될 수 없을 뿐 아니라 그 수단과 방법에 있어서 상당성이 인정된다고 보기도 어려우며, 남편과 내연녀의 간통 또는 불륜관계에 관한 증거 수집을 위하여 이와 같은 주거침입이 긴급하고 불가피한 수단이었다고 볼 수 없다(大法院 2003.9.26, 2003도3000).
- ② (X) 상사 계급의 피고인이 그의 잦은 폭력으로 신체에 위해를 느끼고 집을 먹은 상태에 있던 부대원들에게 청소 불량 등을 이유로 40분 내지 50분간 머리박아(속칭

‘원산폭격’)를 시키거나 양손을 깎지 낀 상태에서 약 2시간 동안 팔굽혀펴기를 50 ~ 60회 정도 하게 한 행위는, 형법 제20조에서 정한 ‘사회상규에 위배되지 아니 하는 행위’에 해당하지 않아 정당행위로 볼 수 없다(大法院 2006.4.27, 2003도4151).

- ④ (X) 주점의 임대인이 임차인의 차임 연체를 이유로 계약서상 규정에 따라 위 주점에 대하여 단전·단수조치를 취한 경우, 약정 기간이 만료되지 않았고 임대차보증금도 상당한 액수가 남아있는 상태에서 계약해지의 의사표시와 경고만을 한 후 단전·단수조치를 하였다면 형법 제20조의 정당행위로 볼 수 없고, 임대를 업으로 하는 자가 임차인으로 하여금 계약상의 의무이행을 강요하기 위한 수단으로 계약서의 조항을 근거로 임차물에 대하여 일방적으로 단전·단수조치를 함에 있어 자신의 행위가 죄가 되지 않는다고 오인하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그 오인에는 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다(大法院 2007.9.20, 2006도9157).

정답 : ③

문 8. 허위공문서작성죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무원이 아닌 자가 공무원과 공동하여 허위공문서작성죄를 범한 때에는 허위공문서작성죄의 공동정범이 성립한다.
- ② 건축 담당 공무원이 건축허가신청서를 접수·처리함에 있어 건축법상의 요건을 갖추지 못하고 설계된 사실을 알면서도 기안서인 건축허가통보서를 작성하여 건축허가서의 작성명의인인 군수의 결재를 받아 건축허가서를 작성한 경우에는 허위공문서작성죄가 성립하지 않는다.
- ③ 공무원이 아닌 자가 공무원에게 허위사실을 기재한 증명원을 제출하여 그것을 알지 못하는 공무원으로부터 증명서를 받아 낸 경우에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립한다.
- ④ 공무원 작성권한이 있는 공무원을 보좌하여 공문서 기안을 담당하는 공무원이 그 직위를 이용하여 허위공문서를 기안하여 그 사실을 모르는 상사에게 서명날인을 받아 공문서를 완성한 경우에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립한다.

【해설】 ③ (X) 신분범에서 신분을 갖지 않는 자는 ‘정범’이 될 수 없으므로 비신분자는 간접정범이 될 수 없다고 할 것이므로, 허위공문서작성죄도 작성권한 있는 공무원만 범할 수 있는 진정신분범으로서 작성권한 있는 공무원(신분자)은 일반인(비신분자)을 이용하여 허위공문서작성죄의 간접정범을 범할 수 있으나, 반대로 공무원도 아닌 자가 작성권한 있는 공무원에게 허위사실을 기재한 증명원을 제출하여 그것을 알지 못하는 공무원으로부터 증명서를 받아 낸 경우, 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립하지 않는다(大法院 1976.8.24, 76도151).

- ① (O) 공무원이 아닌 자가 공무원과 공동하여 허위공문서작성죄를 범한 때에는 공무원이 아닌 자도 형법 제33조, 제30조에 의하여 허위공문서작성죄의 공동정범이 된다(大法院 2006.5.11, 2006도1663).
- ② (O) 건축허가서는 그 작성명의인인 군수가 건축허가신청서에 대하여 이를 관계 법령에 따라 이를 허가한다는 내용에 불과하고 위 건축허가신청서와 그 첨부서류에 기재된 내용이 건축법의 규정에 적합하다는 사실을 확인하거나 증명하는 것은 아니라 할 것이므로 군수가 위 건축허가통보서에 결재하여 위 건축허가신청을 허가하였다면 위 건축허가서에 표현된 허가의 의사표시 내용 자체에 어떠한 허위가 있다고 볼 수는 없다 할 것이어서, 이러한 건축허가에 그 요건을 구비하지 못한 잘못이 있고 이에 담당 공무원의 위법행위가 개입되었다 하더라도 위 건축허가서를 작성한 행위를 허위공문서작성죄로 처벌할 수는 없다(大法院 2000.6.27, 2000도1858).
- ④ (O) 허위공문서작성죄의 주체는 직무상 그 문서를 작성할 권한이 있는 공무원에 한하고 작성권자를 보조하는 직무에 종사하는 공무원은 허위공문서작성죄의 주체가 되지 못하나 이러한 보조직무에 종사하는 공무원이 허위공문서를 기안하여 허위인 정을 모르는 작성권자에게 제출하고 그로 하여금 그 내용이 진실한 것으로 오신케 하

여 서명 또는 기명날인케 함으로써 공문서를 완성한 때에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립된다(大法院 1990.10.30, 90도1912).

정답 : ③

문 9. 「형법」 제10조의 심신장애자에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정신적 장애가 있는 자라도 범행 당시 정상적인 사물변별 능력과 행위통제능력을 가지고 있었다면 심신장애자로 볼 수 없다.
- ② 소아기호증이 있다는 사정 자체만으로는 심신장애에 해당되지 않는다.
- ③ 우울증 기타 정신병이 있는 피고인이 특히 생리도벽으로 절도범행을 저지른 의심이 들 경우에 법원은 전문가의 감정을 구하지 않고 독자적으로 그 심신장애 여부를 심리할 수 있다.
- ④ 충동조절장애의 정도가 매우 심각하여 원래적 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가될 수 있는 경우는 심신장애에 해당된다.

【해설】 ③ (X) 피고인이 생리기간 중에 심각한 충동조절장애에 빠져 절도범행을 저지른 의심이 들 경우, 법원이 ‘전문가에게 정신 상태를 감정시키는 등의 방법으로 심신장애 여부를 심리하지 아니한 채’ 유죄판결을 선고하는 것은 위법하다고 보아야 한다(大法院 2002.5.24, 2002도1541).

- ① (O) 형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신 상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별 능력이나 행위통제능력을 가지고 있었다면 심신장애자로 볼 수 없다(大法院 2007.2.8, 2006도7900).
- ② (O) 특단의 사정이 없는 한 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고는 할 수 없으므로, 사춘기 이전의 소아들을 상대로 한 성행위를 중심으로 성적 흥분을 강하게 일으키는 공상, 성적 충동, 성적 행동이 반복되어 나타나는 소아기호증은 성적인 측면에서의 성격적 결함으로 인하여 나타나는 것으로서, 소아기호증과 같은 질환이 있다는 사정은 그 자체만으로는 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다(大法院 2007.2.8, 2006도7900).
- ④ (O) 충동조절장애의 정도가 그 증상이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병이 있는 사람과 동등하다고 평가할 수 있거나, 다른 심신장애사유와 결합된 경우 등에는 심신장애에 해당된다(大法院 2007.2.8, 2006도7900).

정답 : ③

문 10. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 지수범의 경우에는 간접정범이 성립하지 않으므로, 정을 모르는 수표발행자에게 허위의 분실신고를 하도록 교사한 자는 부정수표단속법상 허위신고죄의 간접정범으로 처벌할 수 없다.
- ② 감금죄는 간접정범의 형태로 행하여질 수 없으므로, 인신구속 관련 직무를 행하는 자가 피해자를 구속하기 위하여 진술초서를 허위로 작성한 후 그 정을 모르는 검사를 기망하여 구속영장을 받아 피해자를 구금한 경우에는 직권남용감금죄가 성립하지 않는다.
- ③ 타인을 비방할 목적으로 허위의 기사자료를 그 정을 모르는 기자에게 제공하여 신문 등에 보도되게 한 경우에는 출판물에 의한 명예훼손죄의 간접정범이 성립한다.
- ④ 유가증권변조죄에서의 변조는 권한 없는 자가 진정으로 성립된 유가증권의 내용에 그 동일성을 해하지 않는 한도에서의 변경을 가하는 것으로서, 간접정범의 형태로도 행해질 수 있다.

【해설】 ② (X) 감금죄는 간접정범의 형태로도 행하여질 수 있는 것이므로, 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이

를 보조하는 자가 피해자를 구속하기 위하여 진술조서 등을 허위로 작성한 후 이를 기록에 첨부하여 구속영장을 신청하고, 진술조서 등이 허위로 작성된 정을 모르는 검사와 영장전담판사를 기망하여 구속영장을 발부받은 후 그 영장에 의하여 피해자를 구금하였다면 형법 제124조 제1항의 직권남용감금죄의 간접정범이 성립한다(大法院 2006.5.25, 2003도3945).

- ① (O) 부정수표단속법의 목적이 부정수표 등의 발생을 단속 처벌함에 있고, 허위신고를 규정한 같은 법 제4조가 '수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목적' 이라고 규정하여 이를 요건으로 삼고 있는데, 수표금액의 지급책임을 부담하는 자 또는 거래정지처분을 당하는 자는 오로지 발행인에 국한되는 점에 비추어 볼 때, 발행인 아닌 자는 위 법조가 정한 허위신고죄의 주체가 될 수 없고, 허위신고의 고의 없는 발행인을 이용하여 간접정범의 형태로 허위신고죄를 범할 수도 없다(大法院 1992.11.10, 92도2342).
- ③ (O) 출판물에 의한 명예훼손죄는 간접정범에 의하여 범하여질 수도 있으므로 타인을 비방할 목적으로 허위의 기사 재료를 그 정을 모르는 기자(고의는 있으나 목적 없는 피이용자)에게 제공하여 신문 등에 보도되게 한 경우에도 성립할 수 있다(大法院 2002.6.28, 2000도3045).
- ④ (O) 유가증권변조죄에서의 변조란 권한 없는 자가 진정하게 성립된 타인 명의의 유가증권 내용에 동일성을 해하지 않는 범위 내에서 변경을 가하는 것을 말하므로, 작성권한 없이 유가증권의 내용을 변경한 경우에는 변조로 되는 것이고 간접정범형태로도 범할 수 있다(大法院 2006.1.26, 2005도4764; 1984.11.27, 84도1862).

정답 : ②

문 11. 법률의 착오에 정당한 이유가 있는 경우(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 마약취급의 면허가 없는 자가, 제약회사에서 쓰는 마약은 구해주어도 죄가 되지 않는 것으로 오인하고 생아편을 구해 준 경우
- ② 채광업자가 허가를 담당하는 공무원에게 문의한 결과 허가를 요하지 않는다고 잘못 알려준 것을 믿고 허가 없이 산림을 훼손한 경우
- ③ 20여년간 경찰공무원으로 근무해온 형사계 강력반장이 검사의 수사지휘대도 하면 적법한 것이라고 믿고 허위공문서를 작성한 경우
- ④ 생활용품 제조사가 자신이 제작한 물통의 상표가 타인의 상표권을 침해하지 않는다는 변리사의 자문과 감정을 믿고 그 상표를 사용함으로써 「상표법」상의 위반행위를 한 경우

【해설】 ② (O) 채광업자가 산림훼손행위에 대하여 행정청의 허가가 있어야 함에도 불구하고 허가를 받지 아니하여 처벌대상의 행위를 한 경우라도 허가를 담당하는 공무원이 허가를 요하지 않는 것으로 잘못 알려 주어 이를 믿었기 때문에 허가를 받지 아니한 것이라면 허가를 받지 않더라도 죄가 되지 않는 것으로 착오를 일으킨데 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다(大法院 1993.9.14, 92도1560).

- ① (X) 제약회사에 근무한다는 자로부터 마약이 없어 약을 제조하지 못하니 구해 달라는 거짓 부탁을 받고 제약회사에서 쓰는 마약은 구해 주어도 죄가 되지 아니하는 것으로 믿고 생아편을 구해 주었다 하더라도 피고인들이 마약취급의 면허가 없는 이상 위와 같이 믿었다 하여 이러한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인하였거나, 그 오인에 정당한 이유가 있는 경우라고 볼 수 없다(大法院 1983.9.13, 83도1927).
- ③ (X) 피고인은 20여년간 경찰공무원으로 근무해온 형사계 강력반장으로서 일반인들보다도 형법법규를 잘 알고 있으리라 추단이 되고 이러한 피고인이 검사의 수사지휘만 받으면 허위로 공문서를 작성하여도 죄가 되지 아니하는 것으로 그릇 인식하였다는 것은 납득이 가지 아니하고, 가사 피고인이 그러한 그릇된 인식이 있었다 하여도 피고인의 직업 등에 비추어 그러한 그릇된 인식을 함에 있어 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다(大法院 1995.11.10,

- 95도2088).
- ④ (X) 피고인이 변리사로부터 등록상표 BIO TANK라는 상품의 원재료인 bio ceramic과 용기인 tank임을 보통으로 표시하는 방법으로서 상표로서 효력이 없다는 자문과 감정을 받아 물통을 제작하여 의장등록을 한 경우라 하더라도 이는 기존의 등록상표와 유사한 상표이므로 상표법 위반에 해당하고 피고인이 변리사에게 자문하였다는 이유만으로 자기의 행위가 죄가 되지 아니한다고 믿었다 하더라도 그 위법의 인식을 기대할 수 없다고 단정할 수 없다(大法院 1995.7.28, 95도702).

정답 : ②

문 12. 절도죄의 실행의 착수가 인정되는 경우로 옳은 것을 모두 고르시오. (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 답을 넘어 마당에 들어가 훔칠 물건을 찾기 위하여 그 답에 붙어 걸어진 경우
- ㉡ 노상에 세워놓은 자동차 안에 있는 물건을 훔칠 생각으로 자동차의 유리창을 통하여 그 내부를 손전등으로 비추어 본 경우
- ㉢ 소를 흥정하고 있는 피해자의 뒤에 접근한 다음 소지하고 있던 가방으로 돈이 들어있는 피해자의 하의(下衣) 주머니를 스치면서 지나간 경우
- ㉣ 소매치기가 피해자의 양복 상의(上衣) 주머니에 있는 금품을 절취하려고 그 주머니에 손을 뻗쳐 그 걸을 더듬은 경우
- ㉤ 평소 잘 아는 피해자에게 전화채권을 사주겠다고 하면서 골목길에 유인하여 돈을 절취하려고 기회를 엿본 경우

① ㉠, ㉡ ② ㉠, ㉢ ③ ㉡, ㉢ ④ ㉡, ㉣

【해설】

- ㉠ (O) 피고인들이 함께 답을 넘어 피해회사 마당에 들어가 그 중 1명이 그곳에 있는 구리를 찾기 위하여 답에 붙어 걸어가다가 잡혔다면 절취대상품에 대한 물색행위가 없었다고 할 수 없다(大法院 1989.9.12, 89도1153).
- ㉡ (X) 피고인이 노상에 세워놓은 자동차 안에 있는 물건을 훔칠 생각으로 자동차의 유리창을 통하여 그 내부를 손전등으로 비추어 본 것에 불과하다면 비록 유리창을 따기 위해 면장갑을 끼고 있었고 칼을 소지하고 있었다 하더라도 절도의 예비행위로 볼 수는 있겠으나 타인의 재물에 대한 지배를 침해하는데 밀접한 행위를 한 것이라고는 볼 수 없어 절취행위의 착수에 이른 것이었다고 볼 수 없다(大法院 1985.4.23, 85도464).
- ㉢ (X) 소를 흥정하고 있는 피해자의 뒤에 접근하여 그가 들고 있던 가방으로 돈이 들어 있는 피해자의 하의(下衣) 주머니를 스치면서 지나간 행위는 단지 피해자의 주의력을 흐트러 주머니 속에 들은 금원을 절취하기 위한 예비단계의 행위에 불과한 것이고 이로써 실행의 착수에 이른 것이라고는 볼 수 없다(大法院 1986.11.11, 86도1109).
- ㉣ (O) 소매치기의 경우 피해자의 양복 상의(上衣) 주머니로부터 금품을 취하려고 그 주머니에 손을 뻗쳐 그 걸을 더듬은 때에는 예비단계를 지나 실행에 착수하였다고 봄이 타당하다(大法院 1984.12.11, 84도2524).
- ㉤ (X) 평소 잘 아는 피해자에게 전화채권을 사주겠다고 하면서 골목길로 유인하여 돈을 절취하려고 기회를 엿본 행위만으로는 절도의 예비행위는 필지언정 행위의 방법, 태양 및 주변상황 등에 비추어 볼 때, 타인의 재물에 대한 사실상 지배를 침해하는데 밀접한 행위가 개시되었다고 단정할 수 없다(大法院 1983.3.8, 82도2944).

정답 : ②

문 13. 선고유예와 집행유예에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 주형을 선고유예하는 경우에 부가형인 몰수나 추징도 선고유예할 수 있다.
- ② 피고인이 범죄사실을 부인하는 경우에는 선고유예를 할

수 없다.

- ③ 징역형과 벌금형을 병과하면서 징역형에 대하여는 집행유예하고 벌금형에 대하여는 선고를 유예하는 것은 허용되지 않는다.
- ④ 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의 또는 과실로 범한 죄로 벌금 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다.

【해설】 ① (O) 형법 제59조에 의하여 주형을 선고유예하는 경우에 부가형인 몰수나 몰수에 갈음하는 부가형적 성질을 띠는 추징을 선고유예 하여서는 안 된다고 해석할 수는 없는 것이라고 할 것이므로, 주형을 선고유예 하는 경우에는 몰수나 추징에 대해서도 선고유예를 할 수 있다(大法院 1980.3.11, 77도2027).

- ② (X) 피고인이 범죄사실을 자백하지 않고 이를 부인하는 때에도 개전의 정상이 현저할 수 있는 경우에서 배제되지 않는다고 하여 선고유예를 할 수 있다는 입장이다(大法院 2003.2.20, 2001도6138 全員合義體).
- ③ (X) 형을 병과할 경우에는 일부에 대한 선고유예도 가능하다(제59조 제2항). 따라서 징역형과 벌금형을 병과하는 경우 징역형에 대해서는 집행을 유예하고 벌금형의 선고만 유예하는 것도 가능하다(大法院 1976.6.8, 74도1266).
- ④ (X) 제63조 【집행유예의 실효】 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다.

정답 : ①

문 14. 몰수와 추징에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 뇌물을 받은 자가 그 뇌물을 그대로 보관하였다가 증뢰자에게 반환한 때에도 수뢰자에게 그 가액을 추징하여야 한다.
- ② 수뢰자가 뇌물을 다시 제3자에게 뇌물로 공여한 경우에는 제3자로부터 그 가액을 추징하여야 한다.
- ③ 향정신성의약품을 수사하여 그 중 일부를 직접 투약한 경우에는 수수한 향정신성의약품의 가액뿐만 아니라 직접 투약한 부분에 대한 가액을 별도로 추징하여야 한다.
- ④ 피해자로 하여금 사기도박에 참여하도록 유인하기 위하여 고액의 수표를 제시해 보인 경우에 그 수표가 직접 도박자금으로 사용되지 않았더라도 그것을 몰수할 수 있다.

【해설】 ④ (O) 피해자로 하여금 사기도박에 참여하도록 유인하기 위하여 고액의 수표를 제시해 보인 경우, 위 수표가 직접적으로 도박자금에 사용되지 아니하였다고 할지라도 이를 몰수할 수 있다(大法院 2002.9.24, 2002도3589).

- ① (X) 뇌물을 받은 자가 그 뇌물을 증뢰자에게 반환한 때에는 이를 수뢰자로부터 추징할 수 없다 할 것이므로 피고인이 수수한 위 금원을 그대로 보관하고 있다가 이를 공여자에게 반환하였다면 증뢰자로부터 몰수 또는 추징한다(大法院 1984.2.28, 83도2783).
- ② (X) 피고인이 뇌물로 받은 돈을 그 후 다른 사람에게 다시 뇌물로 공여하였다 하더라도 그 수뢰의 주체는 어디까지나 피고인이고 그 수뢰한 돈을 다른 사람에게 공여한 것은 수뢰한 돈을 소비하는 방법에 지나지 아니하므로 피고인으로부터 그 수뢰액 전부를 추징하여야 한다(大法院 1986.11.25, 86도1951).
- ③ (X) 향정신성의약품관리법 제47조 제1항에 의한 몰수나 추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이 아니라 징벌적 성질의 처분이므로 그 범행으로 인하여 이득을 취득한 바 없다 하더라도 법원은 그 가액의 추징을 명하여야 하지만, 다만 그 추징의 범위에 관하여는 피고인을 기준으로 하여 그가 취득한 범위 내에서 의약품 가액 전액의 추징을 명하면 되는 것이지 동일한 의약품을 취득한 피고인의 일련의 행위가 범죄를 구성한다고 하여 그 행위마다 따로 그 가액을 추징하여야 하는 것은 아니므로, 히로뽕을 수수하여 그 중 일부를 직접 투약한 경우에는 수수한 히로뽕의 가액만을 추징할 수 있고 직접 투약한 부분에 대한 가액을 별도로 추징할 수

없다(大法院 2000.9.8, 2000도546).

정답 : ④

문 15. 사기죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 수입소고기를 사용하는 식당영업주가 한우만을 취급한다는 취지의 상호를 사용하고 식단표 등에도 한우만을 사용한다고 기재한 경우는 사기죄의 기망행위에 해당한다.
- ② 중고자동차를 팔면서 할부금융회사에 대한 할부금 채무가 있는 사실을 매수인에게 고지하지 않은 경우에는 사기죄가 성립한다.
- ③ 주권을 교부한 자가 그것을 분실하였다고 허위로 공시최고신청을 하여 제권판결을 받아 확정된 경우에는 사기죄가 성립한다.
- ④ 허위의 증거를 이용하지 않더라도 허위의 내용으로 지급명령을 신청하여 지급명령이 확정된 경우에는 사기죄가 성립한다.

【해설】 ② (X) 중고자동차 매매에 있어서 매도인의 할부금융회사에 대한 할부금 채무가 매수인에게 당연히 승계되는 것이 아니므로, 그 할부금 채무의 존재를 매수인에게 고지하지 아니한 것이 부작위에 의한 기망에 해당하지 아니하여 사기죄가 성립하지 아니한다(大法院 1998.4.14, 98도231).

- ① (O) 수입소고기를 사용하는 식당영업주가 한우만을 취급한다는 취지의 상호를 사용하면서 광고선전판, 식단표 등에도 한우만을 사용한다고 기재한 경우, '한우만을 판매한다'는 취지의 광고가 음식점에서 조리·판매하는 쇠고기에 대한 광고로서 음식점에서 쇠고기를 먹는 사람들로 하여금 그 곳에서는 한우만을 판매하는 것으로 오인 시키기에 충분하므로, 이러한 광고는 진실명령이 가능한 구체적인 사실인 쇠갈비의 품질과 원산지에 관하여 기망이 이루어진 경우로서 그 사술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘는 것이므로, 따라서 피고인의 행위는 사기죄의 기망행위에 해당된다(大法院 1997.9.9, 97도1561).
- ③ (O) 주권을 교부한 자가 이를 분실하였다고 허위로 공시최고신청을 하여 제권판결을 선고받아 확정되었다면, 그 제권판결의 적극적 효력에 의해 그 자는 그 주권을 소지하지 않고도 주권을 소지한 자로서의 권리를 행사할 수 있는 지위를 취득하였다고 할 것이므로, 이로써 사기죄에 있어서의 재산상 이익을 취득한 것으로 보기에 충분하다(大法院 2007.5.31, 2006도8488).
- ④ (O) 법원을 기망하는 것은 반드시 허위의 증거를 이용하지 않더라도 당사자의 주장이 법원을 기만하기 충분한 것이라면 기망수단이 되는 것이고, 나아가 허위의 내용으로 신청한 지급명령이 그대로 확정된 경우에는 소송사기의 방법으로 승소 판결을 받아 확정된 경우와 마찬가지로 사기죄는 이미 기수에 이르렀다고 보아야 한다(大法院 2004.6.24, 2002도4151).

정답 : ②

문 16. 장물에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 장물인 현금을 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 동일한 액수의 현금으로 인출한 경우에도 장물로서의 성질은 그대로 유지된다.
- ② 장물인 자기앞수표를 취득한 후 이를 음식대금으로 교부하고 거스름돈을 받은 경우 그 교부행위는 별도의 범죄를 구성하지 않는다.
- ③ 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우에 그 인출된 현금은 장물이 될 수 없다.
- ④ 단순히 보수를 받고 본범을 위하여 장물을 일시 사용하거나 그와 같이 사용할 목적으로 장물을 건넌받은 경우도 장물을 취득한 것에 해당된다.

【해설】 ④ (X) 장물취득죄에서 '취득'이라고 함은 점유를 이전받음으로써 그 장물에 대하여 사실상의 처분권을 획득

하는 것을 의미하는 것이므로, 단순히 보수를 받고 본범을 위하여 장물을 일시 사용하거나 그와 같이 사용할 목적으로 장물을 건네받은 것만으로는 장물을 취득한 것으로 볼 수 없다(大法院 2003.5.13, 2003도1366).

- ① (O) 장물인 현금을 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 동일한 액수의 현금을 인출한 경우, 예금계약의 성질상 인출된 현금은 당초의 현금과 물리적인 동일성은 상실되었지만 액수에 의하여 표시되는 금전적 가치에는 아무런 변동이 없으므로, 가치의 동일성이 인정되어 장물로서의 성질은 그대로 유지된다(大法院 2010.3.10, 98도2579).
- ② (O) 자기앞수표는 그 액면금을 즉시 지급받을 수 있어 현금에 대신하는 기능을 하고 있으므로, 장물인 자기앞수표를 음식대금으로 교부하고 거스름돈을 환불받은 경우 그 교부행위는 재산범죄의 불가별적 사후처분행위로서 별도의 범죄를 구성하지 아니한다(大法院 1987.1.20, 86도1728).
- ③ (O) 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우, 현금카드 사용권한 있는 자의 정당한 사용에 의한 것으로서 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하거나 기망행위 및 그에 따른 처분행위도 없었으므로, 별도로 절도죄나 사기죄의 구성요건에 해당하지 않는다 할 것이고, 그 결과 그 인출된 현금은 재산범죄에 의하여 취득한 재물이 아니므로 장물이 될 수 없다(大法院 2004.4.16, 2004도353).

정답 : ④

문 17. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 타인에게 상해를 가하여 혼미상태에 빠지게 한 후에 우발적으로 그의 재물을 가져간 경우에는 강도죄가 성립한다.
- ② 외상매매계약을 해제한 후에 매도인이 매수인의 승낙을 받지 않고 매매물품을 가져간 경우는 그 매도인에게 반환청구권이 있다라도 절도행위에 해당된다.
- ③ 절도미수범인이 재물의 탈환에 항거하기 위하여 폭행·협박을 가한 경우에는 준강도죄의 미수가 성립한다.
- ④ 절도범인이 피해자로부터 옷을 잡히자 체포를 면하기 위하여 충동적으로 저항을 시도하여 피해자에게 잡힌 손을 뿌리친 경우에는 준강도죄가 성립하지 않는다.

【해설】 ① (X) 타인에 대하여 반항을 억압함에 충분한 정도의 폭행 또는 협박을 가한 사실이 있다 해도 그 타인이 재물 취거의 사실을 알지 못하는 사이에 그 틈을 이용하여 피고인이 우발적으로 타인의 재물을 취거한 경우에는 위 폭행이나 협박이 재물 탈취의 방법으로 사용된 것이 아님은 물론, 그 폭행 또는 협박으로 조성된 피해자의 반항억압의 상태를 이용하여 재물을 취득하는 경우에도 해당하지 아니하여 양자 사이에 인과관계가 존재하지 아니한다 할 것이므로 강도죄가 성립하지 아니한다(大法院 2009.1.30, 2008도10308).

- ② (O) 외상매매계약의 해제가 있고 동 외상매매물품의 반환청구권이 매도인에게 있다고 하여도, 절도라 함은 타인이 점유하는 재물을 도취하는 행위 즉 점유자의 의사에 의하지 아니하고 그 점유를 취득하는 행위로서 절도행위의 객체는 점유라 할 것이므로 매도인이 매수인의 승낙을 받지 않고 매매물품을 가져 갔다면 이 경우, 그 물품에 대한 반환청구권이 매도인에게 있었다 하여도 매도인의 그 행위는 절도행위에 해당된다(大法院 1973.2.28, 72도2538).
- ③ (O) 형법 제335조에서 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 준강도로서 강도죄의 예에 따라 처벌하는 취지는, 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재물탈취와 폭행·협박 사이에 시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐 실질적으로 위법성이 같다고 보기 때문이다. 그러므로 피해자에 대한 폭행·협박을 수단으로 하여 재물을 탈취하고자 하였으나 그 목적을 이루지 못한 자가 강도미수죄로 처벌되는 것과 마찬가지로, 절도미수범인이 폭행·협박을 가한 경우에도 강도미수에 준하여 처벌하는 것이 합리적이라 할 것이다. 만일 강도죄에 있어서는 재

물을 강취하여야 기수가 됨에도 불구하고 준강도의 경우에는 폭행·협박을 기준으로 기수와 미수를 결정하게 되면 재물을 절취하지 못한 채 폭행·협박만 가한 경우에도 준강도죄의 기수로 처벌받게 됨으로써 강도미수죄와의 불균형이 초래된다. 위와 같은 준강도죄의 입법 취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 하므로 절도미수범인이 재물의 탈환에 항거하기 위하여 폭행·협박을 가한 경우에, 준강도의 미수가 성립한다(大法院 2004.11.18, 2004도5074 全員合議體).

- ④ (O) 절도범인이 피해자로부터 옷을 잡히자 체포를 면하려고 충동적으로 저항을 시도하여 잡은 손을 뿌리친 경우, 이러한 정도의 폭행은 피해자의 체포력을 억압함에 족한 정도에 이르지 않은 것으로 봄이 상당하여 이를 준강도죄로 의율할 수는 없다(大法院 1985.5.14, 85도619).

정답 : ①

문 18. 공범에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부를 실행한 후 공범관계에서 이탈하였으나 다른 공범자에 의하여 나머지 범행이 이루어진 경우, 피고인에게 자신이 관여하지 않은 이탈 이후 부분에 대하여 공동정범으로서의 죄책을 부담시킬 수 없다.
- ② 공동정범은 행위자 상호간에 범죄행위를 공동으로 한다는 공동가공의 의사를 가지고 범죄를 공동실행하는 경우에 성립하는데, 그 공동가공의 의사는 행위자 일방의 가공의사만으로도 인정될 수 있다.
- ③ 이미 흉기휴대특수강도를 결심하고 있는乙을 설득하여 그로 하여금 단순강도를 범하도록 한甲은 특수강도죄의 교사범으로도 처벌되지 않고 단순강도죄의 교사범으로도 처벌되지 않는다.
- ④ 부작위범 사이의 공동정범은 부작위범 상호간에 공통된 의무가 부여되어 있지 않더라도 그 의무를 공동으로 이행할 수 있는 경우에는 성립한다.

【해설】 ③ (O) 이미 범행의 결의를 가지고 있는 피교사자에 대해서는 교사범이 성립할 수 없으나, 이미 중한 범죄(흉기휴대특수강도)를 결심하고 있는 자를 설득하여 그로 하여금 경한 범죄(단순강도)를 범하도록 교사한 경우에는 특수강도교사는 물론 단순강도교사도 성립하지 않는다(大法院 1991.5.14, 91도542).

- ① (X) 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부를 실행한 후 공범관계에서 이탈하였으나 다른 공범자에 의하여 나머지 범행이 이루어진 경우, 피고인 자신이 관여하지 않은 부분에 대하여도 공동정범으로서 죄책을 부담한다(大法院 2011.1.13, 2010도9927).
- ② (X) 형법 제30조의 공동정범이 성립하기 위하여는 2인 이상이 공동하여 죄를 범하여야 하는 것으로서, 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건인 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요한데, 공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(大法院 1997.9.30, 97도1940).
- ④ (X) 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범 상호간에 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공동으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다(大法院 2008.3.27, 2008도89).

정답 : ③

문 19. 결과적 가중범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 특수공무방해치상죄는 상해의 결과에 대한 예견가능성이 있었는데도 예견하지 못한 경우뿐만 아니라 그것에 대한 고의가 있는 경우에도 성립한다.
- ② 직계비속이 현존하는 건조물에 그를 살해하기 위하여 방화하여 소사하게 한 경우는 1개의 행위가 수개의 죄명에 해

- 당되는 경우라고 볼 수 없다.
- ③ 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해행위를 공동으로 할 의사뿐만 아니라 결과를 공동으로 할 의사도 필요로 한다.
 - ④ 교사자가 피교사자에 대하여 상해를 교사하였는데 피교사자가 살인을 실행한 경우, 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대한 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 지을 수 있다.

【해설】 ③ (X) 결과적 가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없다(大法院 2000.5.12, 2000도745).

- ① (O) 특수공무집행방해치사죄는 원래 결과적가중범이기는 하지만, 이는 중한 결과에 대하여 예견가능성이 있었음에 불구하고 예견하지 못한 경우에 별하는 진정결과적가중범이 아니라 그 결과에 대한 예견가능성이 있었음에도 불구하고 예견하지 못한 경우뿐만 아니라 고의가 있는 경우까지도 포함하는 부진정결과적가중범이다(大法院 1995.1.20, 94도2842).
- ② (O) 직계존속을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우, 존속살인죄와 현주건조물방화치사죄는 상상적 경합범 관계에 있으므로, 법정형이 중한 존속살인죄로 의율함이 타당하다(大法院 1996.4.26, 96도485).
- ④ (O) 교사자가 피교사자에 대하여 상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우 일반적으로 교사자는 상해죄의 교사범이 되지만 이 경우 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 지을 수 있다(大法院 1993.10.8, 93도1873).

정답 : ③

문 20. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 체포면탈의 목적으로 사용할 흉기를 휴대하고 원래 의도한 대로 타인의 재물을 절취하여 나오던 중 경찰에 의하여 저항 없이 그대로 체포된 경우 특수절도죄가 성립하고 강도 예비음모죄는 성립하지 않는다.
- ② 식품제조회사를 상대로 지정한 예금계좌에 1억 원을 입금하지 않으면 식품에 독극물을 투입하겠다고 협박하여 그 예금계좌에 1억 원을 입금 받고 아직 인출하지 않은 경우 공갈죄의 미수가 된다.
- ③ 방송국 프로듀서가 특정 가수의 노래만을 자주 방송하여 달라는 청탁과 함께 그 대가로 1,000만 원을 받은 후 그 청탁대로 이행하지 않은 경우는 배임수재죄의 미수가 된다.
- ④ 법률상의 정당한 경계를 침범하는 행위가 있는 때에는 그로 인하여 사실상의 경계에 대한 인식불능의 결과가 발생하지 않더라도 경계침범죄가 성립한다.

【해설】 ① (O) 형법은 흉기를 휴대한 절도를 특수절도라는 가중적 구성요건(형법 제331조 제2항)으로 처벌하면서도 그 예비행위에 대한 처벌조항은 마련하지 않고 있는데, 만약 준강도를 할 목적을 가진 경우까지 강도예비로 처벌할 수 있다고 본다면 흉기를 휴대한 특수절도를 준비하는 행위는 거의 모두가 강도예비로 처벌받을 수밖에 없게 되어 형법이 흉기를 휴대한 특수절도의 예비행위에 대한 처벌조항을 두지 않은 것과 배치되는 결과를 초래하게 된다는 점 및 정당한 이유 없이 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하는 행위 자체를 처벌하는 조항을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조에 따로 마련하고 있다는 점 등을 고려하면, 강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 행위자에게 미필적으로라도 ‘강도’를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 그에 이르지 않고 단순히 ‘준강도’ 할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다(大法院 2006.9.14, 2004도6432).

- ② (X) 식품제조회사를 공갈하여 피해자들로 하여금 피고인이 지정한 예금계좌에 돈을 입금케 한 이상 위 돈은 피고인이 자유로이 처분할 수 있는 상태에 놓인 것으로서 공갈죄는 이미 기수에 이르렀다 할 것이므로, 피고인이

그 예금계좌에 1억 원을 입금 받고 아직 인출하지 않았다고 하더라도 공갈죄의 미수가 성립한다고 할 수 없다(大法院 1985.9.24, 85도1687).

- ③ (X) 타인의 사무를 처리하는 자가 그 신임관계에 기한 사무의 범위에 속한 것으로서 장래에 담당할 것이 합리적으로 기대되는 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상 이익을 취득한 후 그 청탁에 관한 임무를 현실적으로 담당하게 되었다면 이로써 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성은 훼손되는 것이어서 배임수재죄의 성립을 인정할 수 있는바, 설령 피고인이 위와 같이 부정한 청탁을 받은 후 그 청탁대로 이행하지 않았다 하더라도 피고인에게 배임수재죄가 성립하지 않는다고 할 수 없다(大法院 2010.4.15, 2009도4791).
- ④ (X) 형법 제370조의 경계침범죄에서 말하는 ‘경계’는 반드시 법률상의 정당한 경계를 가리키는 것은 아니고, 비록 법률상의 정당한 경계에 부합되지 않는 경계라 하더라도 그것이 종래부터 일반적으로 승인되어 있거나 이해관계인들의 명시적 또는 묵시적 합의에 의하여 정해진 것으로서 객관적으로 경계로 통용되어 왔다면 이는 본조에서 말하는 경계라 할 것이고, 본죄는 미수범 처벌규정을 두고 있지 않으므로 이러한 사실상의 경계에 대한 인식불능의 결과를 발생시켜야 비로소 경계침범죄가 성립한다(大法院 2007.12.28, 2007도9181; 2010.9.9, 2008도8973).

정답 : ①