

형 법

문 1.(배점 3) 죄형법정주의에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 구 형법(2005. 7. 29. 개정되기 전의 것) 시행 중 범한 범죄에 대하여 형을 선고함에 있어, 종전의 형법을 적용하면 형의 집행을 종료한 후 이미 5년이 경과되어 집행유예 결정사유에 해당하지 않지만, 현행 형법을 적용하면 형의 집행을 종료한 후 3년까지의 기간 중에 범한 죄이어서 집행유예 결정사유에 해당하는 경우 피고인에게는 종전 형법을 적용하는 것이 유리하므로 그 법률을 적용하여야 한다.
- ㄴ. 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회는 이른바 소극적 소송조건에 해당하고, 이러한 소송조건에는 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙이 적용되지 않는다.
- ㄷ. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」에 정한 공개명령제도는 아동·청소년 대상 성범죄를 효과적으로 예방하고 성범죄로부터 아동·청소년을 보호함을 목적으로 하는 일종의 보안처분이므로 공개명령제도가 시행된 2010. 1. 1. 이전에 범한 범죄에도 공개명령제도를 적용하도록 법률을 개정한 것이 소급입법금지의 원칙에 반하지는 않는다.
- ㄹ. 구 「특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률」(2012. 12. 18. 개정되기 전의 것) 제5조 제1항 제3호는, 검사가 전자장치 부착명령을 법원에 청구할 수 있는 경우 중의 하나로 ‘성폭력범죄를 2회 이상 범하여(유죄의 확정판결을 받은 경우를 포함한다) 그 습벽이 인정된 때’라고 규정하고 있는바, 피부착명령청구자가 소년법에 의한 보호처분을 받은 전력이 이에 해당한다고 보더라도 죄형법정주의에 위배되지 않는다.
- ㅁ. ‘블로그’, ‘미니홈페이지’, ‘카페’ 등의 이름으로 개설된 사적 인터넷 게시공간의 운영자가 게시공간에 게시된 타인의 글을 삭제할 권한이 있는데도 이를 삭제하지 아니한 경우를 국가보안법 제7조 제5항의 ‘소지’ 행위로 보는 것은 유추해석금지원칙에 반한다.

- ① ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(○)
 ② ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(○)
 ③ ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(○)

- ④ ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(×)
 ⑤ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(○)

정답 ①

[2014 사시]

해설 ㄱ(○). 대판 2008.3.27., 2007도7874.

ㄴ(×). 반의사불벌죄에 있어서 ... 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회는 이른바 소극적 소송조건에 해당하고, 소송조건에는 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙이 적용된다고 할 것인데, 명문의 근거 없이 그 의사표시에 법정대리인의 동의가 필요하다고 보는 것은 유추해석에 의하여 소극적 소송조건을 제한하고 피고인 또는 피의자에 대한 처벌가능성의 범위를 확대하는 결과가 되어 죄형법정주의 내지 거기에서 파생된 유추해석금지의 원칙에도 반한다(대판 2009.11.19., 2009도6058, 전원합의체판결). <송형총 35면>

ㄷ(○). 대판 2011.3.24., 2010도14393. <송형총 34면, 최신판례특강자료 8면>

ㄹ(×). [다수의견] (가) 죄형법정주의 원칙상 형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안 되는 것이 원칙이고, 이는 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착명령의 요건을 해석할 때에도 마찬가지이다.

(나) ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’(이하 ‘전자장치부착법’이라 한다) 제5조 제1항 제3호는 검사가 전자장치 부착명령을 법원에 청구할 수 있는 경우 중의 하나로 ‘성폭력범죄를 2회 이상 범하여(유죄의 확정판결을 받은 경우를 포함한다) 그 습벽이 인정된 때라고 규정하고 있는데, 이 규정 전단은 문언상 ‘유죄의 확정판결을 받은 전과사실을 포함하여 성폭력범죄를 2회 이상 범한 경우’를 의미한다고 해석된다. 따라서 피부착명령청구자가 소년법에 의한 보호처분(이하 ‘소년보호처분’이라고 한다)을 받은 전력이 있다고 하더라도, 이는 유죄의 확정판결을 받은 경우에 해당하지 아니함이 명백하므로, 피부착명령청구자가 2회 이상 성폭력범죄를 범하였는지를 판단할 때 소년보호처분을 받은 전력을 고려할 것이 아니다(대판 2012.3.22., 2011도15057, 전원합의체판결). <송형총 36면, 최신판례특강자료 9면>

ㅁ(○). 죄형법정주의로부터 파생된 유추해석금지 원칙과 국가보안법 제1조 제2항, 제7조 제1항, 제5항에 비추어 볼 때, ‘블로그’, ‘미니 홈페이지’, ‘카페’ 등의 이름으로 개설된 사적(私的) 인터넷 게시공간의 운영자가 사적 인터넷 게시공간에 게시된 타인의 글을 삭제할 권한이 있는데도 이를 삭제하지 아니하고 그대로 두었다는 사정만으로, 사적 인터넷 게시공간의 운영자가 타인의 글을 국가보안법 제7조 제5항에서 규정하는 바와 같이 ‘소지’하였다고 볼 수는 없다(대판 2012.1.27., 2010도8336).

문 2.(배점 2) 형법의 적용에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 형의 경중의 비교는 원칙적으로 법정형을 표준으로 할 것이고 처단형이나 선고형에 의할 것이 아니며, 법정형의 경중을 비교함에 있어서 법정형 중 병과형 또는 선택형이 있을 때에는 모든 형의 경중을 비교하여야 한다.
- ② 2008. 12. 26. 개정·시행된 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」은 제2조 제2항에서 뇌물수수죄 등에 대하여 종전에 없던 벌금형을 필요적으로 병과하도록 하고 있으므로 뇌물수수 범행이 위 신설 규정의 시행 전후에 걸쳐 행하여진 경우 벌금형 산정기준이 되는 수뢰액은 위 규정이 신설된 2008. 12. 26. 이후에 수수한 금액으로 한정된다고 보아야 한다.
- ③ 헌법재판소가 형벌에 관한 법률조항에 대해 헌법불합치 결정을 선고하면서 개정시한을 정하여 입법개선을 촉구하였는데 위 시한까지 법률 개정이 이루어지지 않았다면 위 법률조항을 적용하여 제기되었던 공소사실에 대해서는 유죄를 선고할 수 있다.
- ④ 형을 종전보다 가볍게 형벌법규를 개정하면서 그 부칙으로 개정된 법의 시행 전의 범죄에 대하여 종전의 형벌법규를 적용하도록 규정하는 것은 신법우선주의에 반한다.
- ⑤ “1개의 죄가 본법 시행전후에 걸쳐서 행하여진 때에는 본법 시행전에 범한 것으로 간주한다.” 라고 규정한 형법 부칙 제4조 제1항은 다른 법과의 관계에도 적용되기 때문에 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 시행전후에 상습으로 사기범행을 행한 경우, 위 법률 시행 이후에 취득한 재물의 가액이 위 법률에 규정된 하한을 넘고 있더라도 위 법률 시행 전의 법률에 따라 처벌하여야 한다.

정답

②

[2014 사시]

해설

- ①(×). 형의 경중의 비교는 원칙적으로 법정형을 표준으로 할 것이고 처단형이나 선고형에 의할 것이 아니며, 법정형의 경중을 비교함에 있어서 법정형 중 병과형 또는 선택형이 있을 때에는 이 중 가장 중한 형을 기준으로 하여 다른 형과 경중을 정하는 것이 원칙이다(대판 1992.11.13., 92도2194). <송형총 64면>
- ②(○). 대판 2011.6.10., 2011도4260. <송형총 61면, 최신판례특강자료 25면>
- ③(×). [다수의견] 피고인이 야간옥외집회를 주최하였다는 취지의 공소사실에 대하여 원심이 집회 및 시위에 관한 법률 제23조 제1호, 제10조 본문을 적용하여 유죄를 인정하였는데, 원심판결 선고 후 헌법재판소가 위 법률조항에 대해 헌법불합치결정을 선고하면서 개정시한을 정하여 입법개선을 촉구하였는데도 위 시한까지 법률 개정이 이루어지지 않은 사안에서, 위 법률조항은 소급하여 효력을 상실하므로 이를 적용하여 공소가 제기된 위 피고사건에 대하여 형사소송법

제325조 전단에 따라 무죄를 선고하여야 한다고 한 사례(대판 2011.6.23., 2008도7562, 전원합의체판결). <송형총 31면, 최신판례특강자료 29면>

- ④(×). 형법 제1조 제2항 및 제8조에 의하면 범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 가벼운 때에는 원칙적으로 신법에 따라야 하지만, 신법에 경과규정을 두어 이러한 신법의 적용을 배제하는 것도 허용되는 것으로서, 형을 종전보다 가볍게 형벌법규를 개정하면서 그 부칙에서 개정된 법의 시행 전의 범죄에 대하여는 종전의 형벌법규를 적용하도록 규정한다 하여 형벌불소급의 원칙이나 신법우선의 원칙에 반한다고 할 수 없다(대판 1999.7.9., 99도1695; 대판 2011.7.14., 2011도1303. 공보불게제). <송형총 66면, 최신판례특강자료 26면>
- ⑤(×). 형법 부칙 제4조 제1항은 “1개의 죄가 본법 시행 전후에 걸쳐서 행하여진 때에는 본법 시행 전에 범한 것으로 간주한다.”고 규정하고 있으나 위 부칙은 형법시행에 즈음하여 구형법과의 관계에서 그 적용범위를 규정한 경과법으로서 형법 제8조에서 규정하는 총칙규정이 아닐 뿐 아니라 범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다고 규정한 형법 제1조 제1항의 해석으로서도 행위종료시의 법률의 적용을 배제한 점에서 타당한 것이 아니므로 신·구형법과의 관계가 아닌 다른 법과의 관계에서는 위 부칙을 적용 내지 유추적용할 것이 아니다. 따라서 상습으로 사기의 범죄행위를 되풀이 한 경우에 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률시행 이후의 범행으로 인하여 취득한 재물의 가액이 위 법률 제3조 제1항 제3호의 구성요건을 충족하는 때는 그중 법정형이 중한 위 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률위반의 죄에 나머지 행위를 포괄시켜 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률위반의 죄로 처단하여야 한다(대판 1986.7.22., 86도1012, 전원합의체판결). <송형총 61면>

문 3.(배점 2) 다음 중 처벌되지 않는 경우를 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 피해자와 말다툼을 하다가 피해자가 낯을 들고 반항하자 그 낯을 빼앗아 피해자의 가슴과 배 등을 10여 차례 찔러 사망케 한 경우
- ㄴ. 방위행위가 야간에 공포로 인해 그 정도를 초과한 경우
- ㄷ. 직무상 지휘·복종관계에 있는 부하가 직장 상사의 업무상 배임행위에 가담한 경우
- ㄹ. 횡령범과 사실혼관계에 있는 자가 그 횡령범을 위해 그를 도피하게 한 경우
- ㅁ. 당국이 전국교직원노동조합에 대하여 모든 옥내외 집회를 부당하게 금지하고 있다고 하여 관할 경찰서장에게 신고하지 않고 근로조건 개선을 목적으로 하는 옥외 집회를 주최하는 경우
- ㅂ. 사용자가 임금을 지급하기 위해 최선의 노력을 기울였으나 경영부진으로 인한 자금사정 때문에 도저히 지급

기일 안에 임금을 지급할 수 없었음이 피할 수 없는 사정으로 인정되는 경우

- ① ㄴ, ㄷ ② ㄱ, ㄴ, ㄷ
 ③ ㄱ, ㄴ, ㄷ ④ ㄴ, ㄷ, ㄹ
 ⑤ ㄷ, ㄹ, ㅁ ⑥ ㄴ, ㄷ, ㅁ, ㄹ

정답

①

[2014 사시]

해설

- ㄱ(○). [1] 피고인이 피해자와 말다툼을 하다가 건초더미에 있던 낫을 들고 반항하는 피해자로부터 낫을 빼앗아 그 낫으로 피해자의 가슴, 배, 등, 뒤통수, 목, 왼쪽 허벅지 부위 등을 10여 차례 찔러 피해자로 하여금 다발성 자상에 의한 기흉 등으로 사망하게 한 경우, 피고인에게 이 사건 범행 당시 적어도 살인의 미필적 고의는 있었다.
 [2] 형법 제21조 소정의 정당방위가 성립하려면 침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이어야 한다(대판 2007.4.26., 2007도1794. 공보불게재). ★ ... 피고인의 이 사건 범행행위가 피해자의 피고인에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하거나 그러한 침해를 예방하기 위한 행위로 상당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 또 피고인의 이 사건 범행행위는 방위행위가 그 정도를 초과한 때에 해당하거나 정도를 초과한 방위행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에 해당한다고 볼 수도 없다. <송형총 219면>
 ㄴ(×). 과잉방위행위가 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 벌하지 아니한다(제21조 제3항). 이 경우 적법행위의 기대불가능성으로 인하여 책임이 조각되어 무죄가 된다(通說·判例). <송형총 219면>
 ㄷ(○). 직장의 상사가 범법행위를 하는데 가담한 부하에게 직무상 지휘·복종관계에 있다 하여 범법행위에 가담하지 않을 기대가능성이 없다고 할 수 없다(대판 1999.7.23., 99도1911). <송형총 319면>
 ㄹ(○). 형법 제151조 제2항 및 제155조 제4항은 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 범인도피죄, 증거인멸죄 등을 범한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하고 있는바, 사실혼관계에 있는 자는 민법 소정의 친족이라 할 수 없어 위 조항에서 말하는 친족에 해당하지 않는다(대판 2003.12.12., 2003도4533). <송형각 803면>
 ㅁ(○). 단지 당국이 피고인이 간부로 있는 전국교직원노동조합이나 기타 단체에 대하여 모든 옥내외 집회를 부당하게 금지하고 있다고 하여 그 집회신고의 기대가능성이 없다 할 수 없으므로, 위와 같은 이유만으로 관할경찰서장에게 신고하지 않고 옥외집회를 주최한 것이 죄가 되지 않는다고 할 수 없다(대판 1992.8.14., 92도1246). <송형총 319면>
 ㄴ(×). 사용자가 기업이 불황이라는 사유만을 이유로 하여 임금을 지급하지 아니하는 것은 허용되지 아니하나, 사용자가 임

금을 지급하기 위하여 최선의 노력을 다하였으나 경영부진으로 인한 자금사정 등으로 도저히 지급기일 안에 임금을 지급할 수 없었다는 등의 피할 수 없는 사정이 인정된다면 그러한 사유는 근로기준법 제36조 위반죄의 책임조각사유가 된다(대판 2003.2.11., 2002도5679). <송형총 317면>

문 4.(배점 2) 책임에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다.
 ㄴ. 피고인이 생리기간 중에 심각한 충동조절장애에 빠져 절도범행을 저지른 것으로 의심이 되는 경우라도 전문가에게 피고인의 정신상태를 감정시키는 등의 방법으로 심신장애 여부를 심리하여야 하는 것은 아니다.
 ㄷ. 광역시의회 의원이 선거구민들에게 의정보고서를 배부하기에 앞서 관할 선거관리위원회 소속 공무원들에게 자문을 구하고 그들의 지적에 따라 수정한 의정보고서를 배부한 경우는 형법 제16조에 해당하여 벌할 수 없다.
 ㄹ. 선서한 증인이 증언거부권을 포기하고 허위의 진술을 하였다면 증언거부권의 고지와 상관없이 위증죄가 성립한다.
 ㅁ. 소년법의 적용을 받으려면 심판시에 19세 미만이어야 한다.

- ① ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(○)
 ② ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(×)
 ③ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(○), ㅁ(○)
 ④ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(○)
 ⑤ ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(×)

정답

④

[2014 사시]

해설

- ㄱ(○). 대판 1992.8.18., 92도1425. <송형총 283면>
 ㄴ(×). 피고인이 생리기간 중에 심각한 충동조절장애에 빠져 절도 범행을 저지른 것으로 의심이 되는데도 전문가에게 피고인의 정신상태를 감정시키는 등의 방법으로 심신장애 여부를 심리하지 아니한 원심판결을 심리미진과 심신장애에 관한 법리오해의 위법이 있다는 이유로 파기한 사례(대판 2002.5.24., 2002도1541). <송형총 285면>
 ㄷ(○). 대판 2005.6.10., 2005도835. <송형총 309면>
 ㄹ(×). ... 재판장이 신문 전에 증인에게 증언거부권을 고지하지 않은 경우에도 당해 사건에서 증언 당시 증인이 처한 구체적인 상황, 증언거부사유의 내용, 증인이 증언거부사유 또는 증언거부권의 존재를 이미 알고 있었는지 여부, 증언거부권을

고지 받았더라도 허위진술을 하였을 것이라고 볼 만한 정황이 있는지 등을 전체적·종합적으로 고려하여 증인이 침묵하지 아니하고 진술한 것이 자신의 진정한 의사에 의한 것인지 여부를 기준으로 위증죄의 성립 여부를 판단하여야 한다. 그러므로 헌법 제12조 제2항에 정한 불이익 진술의 강요금지 원칙을 구체화한 자기부죄거부특권에 관한 것이거나 기타 증언거부사유가 있음에도 증인이 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립을 부정하여야 할 것이다(대판 2010.1.21., 2008도942, 전원합의체판결). ★ 따라서 선서한 증인이 허위의 진술을 한 이상 증언거부권 고지 여부를 고려하지 아니한 채 위증죄가 바로 성립한다는 취지로 대법원 1987.7.7. 선고 86도1724 전원합의체판결에서 판시한 대법원의 의견은 위 견해에 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다. <송형각 810면>

ㄱ(○). 대판 2009.5.28., 2009도2682. <송형총 284면>

문 5.(배점 2) 정범과 공범에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 교사범의 정범이 고의범이어야 하는 것은 아니다.
- ㄴ. 정범에 의하여 실행되는 저작권법상 복제권 침해행위에 대한 방조는, 정범이 누구인지 확정적으로 인식할 필요는 없고, 이를 방지할 법적 의무가 있는 자라면 부작위에 의한 방조도 가능하다.
- ㄷ. 정범이 교사나 방조행위를 인식하지 못한 경우에도 교사범이나 방조범 모두 성립할 수 있다.
- ㄹ. 교사범이나 방조범의 선고형이 정범의 선고형보다 무거울 수 있다.
- ㅁ. 형법 제252조 제2항의 자살방조죄를 범한 자에 대해서는 형법 제32조의 감경 규정이 적용될 수 없다.
- ㅂ. 정범이 실행에 착수하지 않았더라도 정범의 실행행위를 미필적으로나마 예상하고 이를 용이하게 하기 위하여 방조한 경우라면 종범은 성립한다.

- ① ㄱ, ㄴ, ㄷ ② ㄱ, ㄷ, ㄹ
- ③ ㄱ, ㄷ, ㅂ ④ ㄴ, ㄷ, ㅂ
- ⑤ ㄱ, ㅁ, ㅂ

정답

③

[2014 사시]

해설

- ㄱ(×). 교사범의 정범(피교사자)은 교사자의 교사에 의해 범죄실행을 결의해야 한다. 즉 교사범의 정범은 고의범이어야 한다. 따라서 범죄결의를 전제로 하지 않는 과실범에 대한 교사범은 있을 수 없다(제34조 제1항의 간접정범이 성립). <송형총 426면>
- ㄴ(○). 대판 2007.12.14., 2005도872; 대판 2006.4.28., 2003도4128 등. <송형총 434면, 431면>

ㄷ(×). 방조범과 정범 사이에 의사의 일치가 요구되지 않으므로, 정범이 방조범의 방조행위를 인식하지 못한 편면적 방조도 방조범이 될 수 있다(대판 1974.5.28., 74도509). 그러나 교사범은 교사자의 교사행위에 의하여 비로소 피교사자가 범죄결의를 가져야 하므로 피교사자가 교사자의 교사사실을 인식하지 못한 편면적 교사는 교사범이 될 수 없다(通說). <송형총 426면, 431면>

ㄹ(○). 교사범은 정범과 동일한 형으로 처벌하고(제31조 제1항), 방조범은 정범의 형보다 감경한다(제32조 제2항). 여기서의 ‘형’은 모두 법정형을 의미하는 것이므로 선고형은 교사범이나 방조범이 정범보다 무거울 수 있고, 정범에게 책임조각사유나 형면제사유가 있을 때에는 교사범 또는 방조범만 처벌될 수도 있다. <송형총 426면 참조>

ㅁ(○). 通說인 공범종속성설에 의하면 형법 제252조 제2항의 자살교사·방조죄는 총칙상의 공범규정이 적용되지 않는 특별규정이기 때문에, 자살·방조죄라 하더라도 각칙상의 정하여진 형으로 처벌되고 총칙상의 종범감경(제32조 제2항)을 하지 않는다. <송형총 430면>

ㅂ(×). 종범은 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론이고 실행의 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 정범이 그 실행행위에 나아갔다면 성립한다(대판 1997.4.17., 96도3377). 즉 방조범이 성립하기 위해서는 정범이 실행에 착수했을 것을 요한다(공범종속성설). 방조를 시도하였으나 정범의 실행의 착수가 없는 경우인 기도된 방조는 처벌규정이 없어 불가벌이다. <송형총 434면, 436면>

문 6.(배점 3) <보기1>의 [의견]은 A의 입장에서 [사례]의 해결방안에 관한 여러 입장을 비판적으로 기술한 것이다. A의 입장에서 甲의 죄책을 논할 때 ㉠, ㉡ ~ ㉣에 들어갈 말을 <보기2>의 (a) ~ (g) 중에서 골라 알맞게 짝지은 것은? (A의 입장도 <보기2>에 있음을 전제함)

<보기1>

[사례]

甲은 야간에 인적이 드문 길을 따라 집으로 돌아가던 중 마주오던 乙이 자신의 앞에서 갑자기 안주머니에 오른손을 집어넣어 뭔가를 꺼내려 하자 흥기를 꺼내려는 것으로 잘못 알고 상해의 고의로 乙을 가격하여 코뼈를 부러뜨렸다(단, 甲의 착오에는 과실이 있다고 전제함).

[의견]

먼저, 구성요건해당성에 대한 위법성의 독자성을 인정하는 범죄체계이론의 입장에서 본다면, (㉠)은 취하기 어렵다. 또한 (㉡)은 위법성의 인식과 고의를 분리하여 고찰하는 오늘날의 범죄체계이론과 부합하지 않으므로 수용하기 어렵다. 나아가, (㉢)은 甲을 이용한 악의의 제3자를 공범으로 처벌할 수 있다는 점에서 형사정책적 장점은 있지만,

행위상황에 관한 착오를 행위의 위법성에 관한 착오와 같게 다룸으로써 본질상 같지 않은 것을 같게 취급하고 있다는 비판이 있다. 마지막으로, (㉔)은 甲에게 불법의 정도를 초과하는 중한 책임을 지우는 결과를 초래하는 것은 아니지만, 체계적 측면에서 볼 때 불법과 책임의 일치라는 요청에 반하는 문제점을 안고 있다. 따라서 A의 입장에서 본다면, 위 사례에서 甲은 (㉔)의 죄책을 져야 한다.

<보기2>

- (a) 고의설
- (b) 엄격책임설
- (c) 구성요건착오유추적용설
- (d) 법효과제한책임설
- (e) 소극적 구성요건표지이론
- (f) 과실치상죄
- (g) 상해죄

- ① ㉑-(a), ㉕-(e), ㉖-(c), ㉗-(g)
- ② ㉑-(b), ㉕-(a), ㉖-(d), ㉗-(g)
- ③ ㉑-(e), ㉕-(b), ㉖-(d), ㉗-(g)
- ④ ㉑-(e), ㉕-(b), ㉖-(c), ㉗-(f)
- ⑤ ㉑-(e), ㉕-(d), ㉖-(a), ㉗-(f)
- ⑥ ㉑-(e), ㉕-(b), ㉖-(d), ㉗-(f)

정답

⑥

[2014 사시]

해설

- ★ <보기1>의 [사례]는 오상방위로서 그 ‘오상’에 甲의 과실이 있고 상해의 결과가 발생한 경우이다. 오상방위의 법적 성격은 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오이므로 이에 대한 해결이 문제된다. <이하의 내용은 송형총 311면 이하 참조>
- ★ [의견]의 (㉑)에는 (e) 소극적 구성요건표지이론이 들어가야 한다. 구성요건해당성에 대한 위법성의 독자성을 인정하는 범죄체계이론의 입장은 3단계 범죄체계론인바, 소극적 구성요건표지이론은 위법성의 독자성을 간과하고 불법구성요건해당성과 위법성을 결합하여 총체적 불법구성요건해당성을 인정하는 2단계 범죄체계론에서 주장되는 이론이기 때문이다.
- ★ [의견]의 (㉒)에는 (a) 고의설이 들어간다. 위법성의 인식을 고의의 내용으로 파악하고 위법성의 인식을 고의로부터 분리하지 않는 견해는 고의설이기 때문이다. (b) 엄격책임설, (c) 구성요건착오유추적용설 및 (d) 법효과제한책임설은 모두 위법성의 인식과 고의를 분리하여 고찰하는 오늘날의 범죄체계이론, 즉 책임설의 입장에서 주장된다.
- ★ [의견]의 (㉓)에는 (b) 엄격책임설이 들어간다. 행위상황에 관한 착오를 행위의 위법성에 관한 착오와 같게 다룸으로써 본질상 같지 않은 것을 같게 취급하고 있다는 비판을 받는 견해는 위법성조각사유의 전제사실의 착오를 금지착오로 보는 엄격책임설이기 때문이다.

- ★ [의견]의 (㉔)에는 (d) 법효과제한책임설이 들어가야 한다. 법효과제한책임설은 오상방위사안에 대해 고의불법을 인정하면서도 심정반가치로서 책임고의의 결여를 이유로 고의범 및 고의형벌을 부정하고, 오상에 과실이 있을 경우 책임과실을 인정하여 과실범의 법효과를 인정한다. 여기서 불법과 책임의 일치라는 요청에 반하는 결과를 초래한다.
- ★ [의견]에서 **A의 입장**은 (c) 구성요건착오유추적용설이 된다. 이에 의하면 오상방위의 경우 항상 고의가 조각되고, 착오 즉 오상에 과실이 있으면 과실범이 성립(과실범의 구성요건해당성과 위법성 및 책임 인정)한다. 따라서 사안에서 甲은 과실치상죄의 죄책을 져야 한다. 그러므로 [의견]의 (㉔)에는 (f) 과실치상죄가 들어간다.

문 7.(배점 3) <보기1>의 [사례]에 대한 [해결방안]에 관해, <보기2>는 학생 A ~ E의 평가를 기술한 것이다. 잘못 평가한 것을 모두 고른 것은?

<보기1>

[사례]

甲은 A가 자신의 처를 희롱하자 격분하여 A를 살해하기로 마음먹고 돌로 A의 머리를 내리쳤는데(제1행위), A가 정신을 잃고 쓰러지자 A가 죽은 것으로 알고 A를 인근 개울가에 끌고 가 파묻었다(제2행위). A는 흠에 파묻혀 질식사하였다.

[해결방안]

- ㉑ 인과관계의 상위가 본질적인지 여부에 따라 해결하려는 입장
- ㉒ 제2행위 부분에 대해서도 제1행위의 고의가 개괄적으로 미친다고 보는 입장
- ㉓ 제1행위와 제2행위를 독립적인 것으로 보고 행위-고의 동시존재원칙에 따라 해결하려는 입장
- ㉔ 행위자가 행위 시에 가졌던 범행계획 실현 여부에 따라 해결하려는 입장
- ㉕ 객관적 귀속의 문제로 파악하여 해결하려는 입장

<보기2>

- A: ㉔은 위 사례를 고의귀속의 문제로 보아 해결하려고 시도하고 있지만, 그 중점은 규범적 평가의 측면보다는 사실적 측면에 두고 있다고 할 수 있다.
- B: ㉒은 행위자의 제1행위 시의 고의유형에 따라 다른 결론을 제시하는 입장을 취하고 있다.
- C: ㉒은 행위과정의 사실적 측면을 도외시하고 규범적 관점만을 고려하는 해결방식을 취하고 있는데, 이런 점에서 볼 때 ㉒과 가장 큰 차이를 보이는 입장은 ㉓이라 할 수 있다.
- D: ㉔은 인과과정은 고의의 인식대상이 될 수 없다는 입

장을 취하고 있기 때문에 ㉔에 대해서는 객관적 귀속이 인정되더라도 고의 귀속의 문제는 여전히 남게 된다는 비판이 제기된다.

E: 인과관계가 고의의 인식대상임을 전제하는 ㉑은 위 사례를 구성요건적 착오로 보아 원칙적으로 고의를 배제하여야 하지만, 인과과정의 비본질적 착오는 고려하지 않고 본질적 착오만 고의의 인식대상으로 파악함으로써 위 사례에서 고의를 인정한다.

- ① A, C ② B, D ③ D, E
④ E ⑤ 없음

정답

⑤

[2014 사시]

해설

★ <보기1>의 [사례]는 이른바 ‘개괄적 고의’에 관한 사례이고, [해결방안]에서 ㉑은 인과관계착오(구성요건적 착오)의 특수유형설(인과과정의 비본질적 상위설), ㉒은 개괄적 고의에 의한 단일행위설, ㉓은 미수와 과실의 경합범설, ㉔은 계획실현설, ㉕은 객관적 귀속설이다. <이하의 내용은 송형총 161면 이하 참조>

★ <보기2>의 평가에 대해,
A(○). ㉓은 행위시에 고의가 있었는가라는 사실적 측면에 중점을 둔다.

B(○). ㉔의 입장은 제1행위 시에 행위자에게 ‘의도적 고의’가 있는 경우에는 고의기수가 되지만, ‘지정고의 또는 미필적 고의’의 경우는 미수와 과실의 경합범이 된다고 한다.

C(○). ㉒의 개괄적 고의에 의한 단일행위설은 수 개의 부분행위가 포괄하여 하나의 행위결과로 실현된 때에, 규범적 관점에서 수 개의 부분행위 전부에 걸치는 하나의 개괄적 고의행위(제1행위시의 고의)를 인정한다. 따라서 행위과정상 수개의 행위가 있었다는 사실적 측면을 도외시키고 규범적 관점만을 고려하는 단일행위로 본다는 점에서 비판받는다.

D(○). ㉕의 객관적 귀속설은 인과관계는 고의의 인식대상이 되지만 인과과정은 고의의 인식대상이 될 수 없다는 전제에서 인과관계는 객관적 귀속 여부로 해결하고자 하는 이론이다. 이 견해에 대해서는 객관적 귀속이 인정되더라도 고의 귀속의 문제는 여전히 남게 된다는 비판이 제기된다.

E(○). ㉑의 인과관계착오의 특수유형설은 행위자가 인식한 인과과정과 발생한 인과과정의 상위(相違)가 본질적인 것인가에 따라 고의기수 여부를 결정한다. 이에 의하면 양자의 상위가 일반적인 생활경험에 의하여 예견할 수 있는 범위 내에 있고 다른 행위로 평가할 수 없다면, 그 인과과정의 상위는 본질적인 것이 아니므로 고의기수범이 성립한다. 이에 의하면 사안의 경우도 인과과정의 상위가 본질적이지 않으므로 고의기수범이 성립한다고 한다.

문 8.(배점 2) 인과관계에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲은 주점 도우미인 A와의 윤락행위 도중 시비 끝에 A를 이불로 덮어씌우고 폭행한 후 이불 속에 들어 있는 A를 두고나가다가 우발적으로 탁자 위에 놓여 있던 A의 손가방 안에서 현금을 가져갔다면, 甲의 폭행행위와 현금 취득 사이에는 인과관계가 인정되지 않는다.
- ② 甲은 A의 뺨을 1회 때리고 오른손으로 목을 쳐 A로 하여금 뒤로 넘어지면서 머리를 아스팔트 바닥에 부딪히게 하여 두개골 골절, 외상성 지주막하 출혈 등의 상해를 가하였지만, A가 병원에서 입원치료를 받다가 합병증인 폐렴으로 인한 패혈증 등으로 사망한 경우 甲의 상해행위와 A의 사망 사이에는 인과관계가 인정된다.
- ③ 甲이 야간에 차량의 왕래가 빈번한 편도 2차선 도로에서 오토바이를 운전하다가 전방좌우의 주시를 게을리하여 그 도로를 무단횡단하던 A를 충격하여 A를 위 도로에 넘어지게 한 후 약 1분 동안 그대로 있게 하여 다른 사람이 운전하던 트럭이 도로 위에 넘어져 있던 A를 역과하여 사망하게 한 경우 甲의 행위와 A의 사망 사이에는 인과관계가 인정된다.
- ④ 甲이 주먹으로 A의 복부를 1회 강타하였는데, 이로 인하여 A는 장파열이 되어 병원에 입원하였다. 그런데 의사 乙의 과실에 의한 수술지연이 공동원인이 되어 A가 사망한 경우 甲의 상해행위와 A의 사망 사이에는 인과관계가 인정된다.
- ⑤ 甲은 乙의 임신 사실을 알고 수회에 걸쳐 낙태를 권유하였다가 거절당하였음에도 계속 乙에게 “출산 여부는 알아서 하되 아이에 대한 친권을 행사할 의사가 없다.”라고 하면서 낙태할 병원을 물색해 주기도 하였다. 그 후 乙은 甲에게 알리지 않고 자신이 알아본 병원에서 낙태시술을 받았다면 甲의 낙태교사행위와 乙의 낙태행위 사이에는 인과관계가 인정되지 않는다.

정답

⑤

[2014 사시]

해설

- ①(○). 대판 2009.1.30., 2008도10308. <송형각 268면>
- ②(○). 대판 2012.3.15., 2011도17648(공보불게재). <송형총 192면, 최신판례특강자료 38면>
- ③(○). 대판 1990.5.22., 90도580. <송형총 135면>
- ④(○). 대판 1984.6.26., 84도831. <송형총 134면>
- ⑤(×). [1] 교사범이란 정범인 피교사자로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립하므로, 교사자의 교사행위에도 불구하고 피교사자가 범행을 승낙하지 아니하거나 피교사자의 범행결의가 교사자의 교사행위에 의하여 생긴 것으로 보기 어려운 경우에는 이른바 실패한 교사로서 형법 제31조 제3항에 의하여 교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌할 수 있을 뿐이다.
- [2] 피교사자가 범죄의 실행에 착수한 경우 그 범행결의가 교사자의 교사행위에 의하여 생긴 것인지는 교사자와 피교사

자의 관계, 교사행위의 내용 및 정도, 피교사자가 범행에 이르게 된 과정, 교사자의 교사행위가 없더라도 피교사자가 범행을 저지를 다른 원인의 존부 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사건의 전체적 경과를 객관적으로 판단하는 방법에 의하여야 하고, 이러한 판단 방법에 의할 때 피교사자가 교사자의 교사행위 당시에는 일응 범행을 승낙하지 아니한 것으로 보여진다고 하더라도 이후 그 교사행위에 의하여 범행을 결의한 것으로 인정되는 이상 교사법의 성립에는 영향이 없다.

[3] 피고인이 결혼을 전제로 교제하던 여성 甲의 임신 사실을 알고 수회에 걸쳐 낙태를 권유하였다가 거부당하자, 甲에게 출산 여부는 알아서 하되 더 이상 결혼을 진행하지 않겠다고 통보하고, 이후에도 아이에 대한 친권을 행사할 의사가 없다고 하면서 낙태할 병원을 물색해 주기도 하였는데, 그 후 甲이 피고인에게 알리지 아니한 채 자신이 알아본 병원에서 낙태시술을 받은 사안에서, 피고인은 甲에게 직접 낙태를 권유할 당시뿐만 아니라 출산 여부는 알아서 하라고 통보한 이후에도 계속 낙태를 교사하였고, 甲은 이로 인하여 낙태를 결의·실행하게 되었다고 보는 것이 타당하며, 甲이 당초 아이를 낳을 것처럼 말한 사실이 있다는 사정만으로 피고인의 낙태교사행위와 甲의 낙태결의 사이에 인과관계가 단절되는 것은 아니라는 이유로, 피고인에게 낙태교사죄를 인정한 원심판단을 정당하다고 한 사례(대판 2013.9.12., 2012도2744). <최신판례특강자료 53면>

문 9.(배점 2) 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 진실한 객관적인 사실들에 근거하여 고소인이 피고소인의 주관적인 의사에 관하여 갖게 된 의심을 고소장에 기재하였을 경우에 법률 전문가가 아닌 일반인의 입장에서 볼 때 그와 같은 의심을 갖는 것이 충분히 합리적인 근거가 있다고 할지라도, 그 의심이 나중에 진실하지 않은 것으로 밝혀졌다면 고소인에게 무고의 미필적 고의가 인정된다.
- ② 운전면허증 앞면에 적성검사기간이 기재되어 있고, 뒷면 하단에 경고 문구가 있다는 점만으로 피고인이 정기적 성검사 미필로 면허가 취소된 사실을 미필적으로나마 인식하였다고 추단하기 어렵다.
- ③ 공직선거법상 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에, 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하나 어떠한 소문을 듣고 그 진실성에 강한 의문을 품고서도 공표한 경우에는 적어도 미필적 고의가 인정될 수 있다.
- ④ 장물죄에서 장물의 인식은 확정적 인식임을 요하지 않으며 장물일지도 모른다는 의심을 가지는 정도의 미필

적 인식으로서 충분하다.

- ⑤ 청소년출입금지업소의 업주 및 종사자가 연령확인무를 위배하여 연령확인을 위한 아무런 조치를 취하지 아니함으로써 청소년이 그 업소에 출입한 것이라면, 특별한 사정이 없는 한 업주 및 종사자에게 최소한 청소년보호법위반죄의 미필적 고의는 인정된다고 할 것이다.

정답

①

[2014 사시]

해설

- ①(×). 진실한 객관적인 사실들에 근거하여 고소인이 피고소인의 주관적인 의사에 관하여 갖게 된 의심을 고소장에 기재하였을 경우에 법률 전문가 아닌 일반인의 입장에서 볼 때 그와 같은 의심을 갖는 것이 충분히 합리적인 근거가 있다고 볼 수 있다면, 비록 그 의심이 나중에 진실하지 않은 것으로 밝혀졌다고 하여 곧바로 고소인에게 무고의 미필적 고의가 있었다고 단정하여서는 안 된다는 이유로 무고죄를 유죄로 인정한 원심판결을 파기한 사례(대판 1996.3.26., 95도2998). <송형총 150면>
- ②(○). 대판 2004.12.10., 2004도6480. <송형총 149면>
- ③(○). 허위사실공표죄에서는 공표되어진 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에, 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하나 어떠한 소문을 듣고 그 진실성에 강한 의문을 품고서도 감히 공표한 경우에는 적어도 미필적 고의가 인정될 수 있고, “어떠한 소문이 있다.”라고 공표한 경우 그 소문의 내용이 허위이면 소문이 있다는 사실 자체는 진실이라 하더라도 허위사실공표죄가 성립된다(대결 2002.4.10., 2001도193).
- ④(○). 대판 2004.12.9., 2004도5904 등. <송형각 511면>
- ⑤(○). 대판 2007.11.16., 2007도7770. <송형총 151면>

문 10.(배점 2) 다음 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (단, 형사특별법은 논외로 하고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲은 乙 명의로, 乙이 부동산을 매수한 일이 없음에도 매수한 것처럼 허위의 사실을 주장하여 위 부동산에 대한 소유권이전등기를 거친 사람을 상대로 그 이전등기의 원인무효를 내세워 이전등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우에는 소송사기의 실행의 착수를 인정할 수 없다.
- ㄴ. 유치원 통원차량 기사인 甲이 7세 여아의 동의 하에 간음에 착수하였으나 인기척이 나므로 중지한 경우 미성년자의제강간미수로 처벌할 수 있다.
- ㄷ. 甲이 편취할 의사로, A를 상대로 제기하였던 소송과 관련한 소송비용 상당액의 지급을 구하는 손해배상금 청구의 소를 제기하였다가 담당 판사로부터 권유를 받고 소를 취하한 경우 소송사기의 중지미수로 처벌할

수 있다.

- ㄱ. 채무자인 甲이 채권자와 사이에 그로부터 금원을 차용하되 그 담보로 甲 소유의 주식에 대하여 현실 교부의 방법으로 양도담보를 설정하기로 약정하고 채권자로부터 차용금의 일부를 수령한 다음 아직 채권자에게 주식의 현실 교부가 이루어지지 아니한 상태에서, 제3자에게 그 주식의 전부에 대하여 현실 교부의 방법으로 양도담보를 설정하기로 약정하고 차용금의 일부를 수령한 경우 횡령미수에 해당한다.
- ㄴ. 甲은 살인의 고의로 피해자 B를 주먹과 발로 수회 구타하였고, 약 1시간 이후 우연히 길을 가던 乙도 쓰러져 있는 B의 가슴을 발로 걷어차 결국 B는 장파열로 사망했다. 사망의 결과가 누구의 행위에 의한 것인지 밝혀지지 않았다면 甲은 살인미수죄에 해당한다.
- ㄷ. 교통사고를 가장하여 보험금을 청구하기 위해 자해를 한 다음, 양심의 가책을 느끼고 보험금 청구를 단념한 경우 사기의 중지미수로 처벌할 수 있다.

- ① ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○), ㅁ(×), ㅂ(×)
 ② ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(×), ㅂ(○)
 ③ ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○), ㅁ(○), ㅂ(×)
 ④ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○), ㅁ(○), ㅂ(○)
 ⑤ ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(○), ㅂ(×)

정답

⑤

[2014 사시]

해설

- ㄱ(○). 피고인이 乙 명의로, 乙이 이 건 임야를 매수한 일이 없음에도 매수한 것처럼 허위의 사실을 주장하여 위 임야에 대한 소유권이전등기를 거친 자들을 상대로 각 그 소유권이전등기말소를 구하는 소송을 제기하였다가 취하하였다고 하여도, 위 소송의 결과 원고로 된 乙이 승소한다고 가정하더라도 위 피고들의 등기가 말소될 뿐이고 이것만으로 피고인이 위 임야에 관한 어떠한 권리를 취득하거나 의무를 면하는 것은 아니므로 법원을 기망하여 재물이나 재산상 이익을 편취한 것이라고 보기 어려우니 위 소 제기 행위를 가리켜 사기의 실행에 착수한 것이라고 할 수 없다(대판 1981.12.08., 81도1451). <송형각 355면>
- ㄴ(○). 형법 제305조에 규정된 13세미만 사람에 대한 의제강간, 추행죄는 그 성립에 있어 위계 또는 위력이나 폭행 또는 협박의 방법에 의함을 요하지 아니하며 피해자의 동의가 있었다고 하여도 성립하는 것이다(대판 1982.10.12., 82도2183). 또한 미성년자의제강간·강제추행죄를 규정한 형법 제305조가 “13세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다”로 되어 있어 강간죄와 강제추행죄의 미수범의 처벌에 관한 형법 제300조를 명시적으로 인용하고 있지 아니하나, ... 동조에서 규정한 형법 제297조와 제298조의 ‘예에 의한다’는 의미는 미성년자의제강간·강제추행죄의 처벌

에 있어 그 법정형뿐만 아니라 미수범에 관하여도 강간죄와 강제추행죄의 예에 따른다는 취지로 해석되고, 이러한 해석이 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이거나 죄형법정주의에 의하여 금지되는 확장해석이나 유추해석에 해당하는 것으로 볼 수 없다(대판 2007.3.15., 2006도9453). <송형각 116면>

- ㄷ(×). 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기한 경우, **사기죄의 불능범**에 해당한다고 한 사례(대판 2005.12.8., 2005도8105). ★ 민사소송법상 소송비용의 청구는 소송비용액 확정절차에 의하도록 규정하고 있으므로, 위 절차에 의하지 아니하고 손해배상금 청구의 소 등으로 소송비용의 지급을 구하는 것은 소의 이익이 없는 부적법한 소로서 허용될 수 없다고 할 것이다. 따라서 **소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기하였다**고 하더라도 이는 객관적으로 **소송비용의 청구방법에 관한 법률적 지식을 가진 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 없어 위험성이 인정되지 않는다고** 할 것이다. <송형총 356면>

- ㄹ(×). 채무자가 채권자와 사이에 그로부터 금원을 차용하되 그 담보로 채무자 소유의 주식에 대하여 현실 교부의 방법으로 양도담보를 설정하기로 약정하고 채권자로부터 차용금의 일부 또는 전부를 수령한 이상 특단의 사정이 없는 한 채무자는 채권자에게 그 주식을 현실로 교부함으로써 채권자가 그 주식에 대한 양도담보권을 취득하는 데에 협력할 임무가 있다고 할 것이므로, 아직 채권자에게 주식의 현실 교부가 이루어지지 아니한 상태에서 채무자가 제3자와 사이에 그로부터 금원을 차용하되 그 담보로 그 주식의 일부 또는 전부에 대하여 현실 교부의 방법으로 양도담보를 설정하기로 약정하고 제3자로부터 차용금의 일부 또는 전부를 수령하였다면 이는 채권자에 대한 양도담보권 취득을 위한 주식교부절차 협력의 무 위배와 밀접한 행위로서 **배임죄의 실행의 착수에** 해당한다고 할 것이다(대판 2010.2.25., 2009도13187. 공보불게재). <송형총 334면>

- ㅁ(○). 判例에 의하면 2시간 남짓한 시간적 간격이 있는 이시(異時)의 독립행위가 경합하여 ‘사망’의 결과가 발생한 때에도 제263조의 동시범 특례는 적용된다(대판 2000.7.28., 2000도2466 등). 그러나 경합된 독립행위의 고의가 ‘상해 또는 폭행’일 경우에 특례가 적용되고, 사안처럼 甲에게 살인의 고의가 있는 경우에는 제263조의 특례가 적용되지 않는다고 하여야 한다. 책임주의 위반이 문제되는 특례의 적용범위는 좁게 해석하여야 하기 때문이다. 따라서 甲에게는 제19조가 적용되어 살인미수죄가 인정된다. <송형총 421면 참조>
- ㅂ(×). 보험금사기의 경우 보험회사에 보험금지급을 청구한 때에 사기죄의 실행의 착수가 인정된다(대판 2013.11.14., 2013도7494 참조). 보험금 청구를 단념한 경우라면 사기의 중지미수가 아니라 사기에비(불가벌)에 불과하다. <송형각 300면>

문 11.(배점 2) 형의 임의적 감면사유에 해당하지 않는 것은?

- ① 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우

- ② 타인을 무고한 사람이 그 무고한 사건의 재판이 확정되기 전에 수사기관에 자수한 경우
- ③ 타인을 협박한 사람이 피해자에게 자복한 경우
- ④ 범죄 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 경우
- ⑤ 사기죄로 외국에서 형의 전부를 집행받은 경우

정답

②

[2014 사시]

해설

- ①(○). 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다(제39조 제1항). <송형총 506면>
- ②(×). 위증죄 또는 무고죄를 범한 자가 그 공술 또는 신고한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다(제153조, 제157조, 자백·자수의 특례로서 **필요적 감면**에 해당한다). <송형각 833면>
- ③(○). 피해자의 의사에 반하여 처벌할 수 없는 죄(사안에서 협박죄는 반의사불벌죄에 해당)에 있어서 피해자에게 자복한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다(제52조 제2항). <송형총 536면>
- ④(○). 불능미수로서 형을 감경 또는 면제할 수 있다(제27조). <송형총 351면>
- ⑤(○). 범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다(제7조). <송형총 80면>

문 12.(배점 2) **결과적 가중범에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은?** (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 기본 범죄와 중한 결과 사이에 인과관계가 인정된다면, 중한 결과에 대한 예견 가능성이 없는 경우라도 결과적 가중범으로 처벌할 수 있다.
- ㄴ. 결과적 가중범의 공동정범이 성립하기 위해서는 중한 결과 발생에 직접 가담하지 않은 행위자에게도 그 결과 발생에 대한 예견가능성이 있어야 한다.
- ㄷ. 부진정 결과적 가중범에 있어서는 결과적 가중범이 중한 결과의 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 중한 결과의 고의범의 법정형이 결과적 가중범의 법정형보다 높은 경우에도 결과적 가중범만 성립하고 고의범에 대해서 별도로 죄가 성립하지 않는다.
- ㄹ. 甲과 乙이 공동하여 A를 폭행하자 A는 당구장 3층에 있는 화장실에 숨었고 이런 A를 다시 폭행하려고 甲은 화장실 문 앞에서 지켜 서 있고, 乙은 당구큐대로 화장실 문을 내려쳐 부수자 위협을 느낀 A가 화장실 창문 밖으로 숨으려다가 실족하여 떨어짐으로써 사망한 경우

에 甲과 乙에게는 폭행치사죄의 공동정범이 성립된다.

- ㄹ. 甲은 자신이 운영하는 주점에 손님으로 와서 3일 동안 식사는 한 끼도 하지 않은 채 계속해서 술을 마시고 만취한 A를 추운 날씨에 난방이 제대로 되지 아니한 주점 내 소파에서 잠을 자는 것을 방치하여 A가 저체온증 등으로 사망한 경우, 甲에게는 계약상 부조의무가 없으므로 A의 사망에 대해 유기치사죄의 성립이 부정된다.

① ㄱ, ㄹ

② ㄴ, ㄹ

③ ㄱ, ㄷ, ㄹ

④ ㄱ, ㄷ, ㄹ

⑤ ㄴ, ㄹ, ㄹ

정답

④

[2014 사시]

해설

- ㄱ(×). 형법 제15조 제2항이 규정하고 있는 이른바 결과적 가중범은 행위자가 행위시에 그 결과의 발생을 예견할 수 없을 때에는 비록 그 행위와 결과 사이에 인과관계가 있다 하더라도 중한 죄로 벌할 수 없다(대판 1988.4.12., 88도178). <송형총 192면>
- ㄴ(○). 대판 2000.5.12., 2000도745 등. <송형총 197면>
- ㄷ(×). 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 법조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다(대판 2008.11.27., 2008도7311). <송형총 188면>
- ㄹ(○). 대판 1990.10.16., 90도1786. <송형총 191면>
- ㄹ(×). 피고인이 자신이 운영하는 주점에 손님으로 와서 수일 동안 식사는 한 끼도 하지 않은 채 계속하여 술을 마시고 만취한 피해자를 주점 내에 그대로 방치하여 저체온증 등으로 사망에 이르게 하였다는 내용으로 예비적으로 기소된 사안에서, 피해자가 피고인의 지배 아래 있는 주점에서 3일 동안 과도하게 술을 마시고 추운 날씨에 난방이 제대로 되지 아니한 주점 내 소파에서 잠을 자면서 정신을 잃은 상태에 있었다면, 피고인은 주점의 운영자로서 피해자의 생명 또는 신체에 대한 위해가 발생하지 아니하도록 피해자를 주점 내실로 옮기거나 인근에 있는 여관에 데려다 주어 쉬게 하거나 피해자의 지인 또는 경찰에 연락하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 계약상의 부조의무를 부담한다고 판단하여 유기치사죄를 인정한 원심판결을 수긍한 사례(대판 2011.11.24., 2011도12302). <송형각 67면, 최신판례특강자료 75면>

문 13.(배점 2) **甲의 행위에 대해 형법상 예비·음모죄로 처벌할 수 없는 것은?** (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 강도 의사로, 범행대상의 집 설계도를 제공하면서

- 乙과 침입경로 등 강도방법을 구체적으로 모의한 행위
- ② 자신을 죽여달라는 친구의 부탁을 받고 甲이, 독약을 준비하였다가 버린 행위
- ③ 甲이 사람을 살해하기 위해 乙을 고용하여 대금지급을 약속하는 등 모의한 행위
- ④ 甲이 통행인으로부터 현금을 강취하려고 범행도구인 칼을 휴대하고 심야에 인적이 드문 주택가를 배회한 행위
- ⑤ 甲이 통화를 위조하여 행사할 목적으로 위조에 필요한 용지와 읍셋트 인쇄기를 준비하고, 진정한 한국은행권 일반 원권을 사진 찍어 그 필름 원판 7매와 이를 확대하여 현상한 인화지를 준비한 행위

정답

②

[2014 사시]

해설

- ①(○). 강도예비·음모로서 제343조에 의해 처벌된다. <송형각 289면>
- ②(×). 촉탁·승낙살인죄의 예비·음모에 해당하나 처벌규정이 존재하지 않는다. 살인의 죄에 있어서 예비·음모 처벌규정은 보통살인죄, 존속살해죄, 위계·위력에 의한 살인죄의 경우에만 적용된다. 제255조 참조. <송형각 23면>
- ③(○). 甲이 A를 살해하기 위하여 乙, 丙 등을 고용하면서 그들에게 대가의 지급을 약속한 경우, 甲에게는 살인죄를 범할 목적 및 살인의 준비에 관한 고의뿐만 아니라 살인죄의 실현을 위한 준비행위를 하였음을 인정할 수 있다는 이유로 살인에 비죄의 성립을 인정한 사례(대판 2009.10.29., 2009도7150). <송형총 363면, 송형각 23면>
- ④(○). 강도에 공할 흉기를 휴대하고 통행인의 출현을 대기하는 행위는 강도예비에 해당된다(대판 1948.8.17., 4281형상80). <송형총 362면, 송형각 289면>
- ⑤(○). 피고인이 행사할 목적으로 미리 준비한 물건들과 읍셋트 인쇄기를 사용하여 한국은행권 100원권을 사진찍어 그 필름 원판 7매와 이를 확대하여 현상한 인화지 7매를 만들었음에 그쳤다면 아직 통화위조의 착수에는 이르지 아니하였고 그 준비단계에 불과하다(대판 1966.12.6., 66도1317). ★ 결국 甲의 행위는 통화위조죄의 예비에 해당하고 제213조에 의하여 처벌된다. <송형총 335면, 송형각 582면>

문 14.(배점 4) <보기1>을 읽고 甲, 乙, 丙의 형사책임에 관하여 <보기2> 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<보기1>

甲은 乙과 강도 모의를 하면서 도망가는 사람을 돌을 주워 폭행하는 시늉을 해 보이는 등 그 모의를 주도하고 乙과 함께 범행 대상을 물색하였는데, 물색과정에서 丙도 乙의 부탁을 받고 함께 가담하였다. 그런데 丙은 甲과 乙이 실행행위에 착수하기 전에 죄책감을 느낀 나머지 아무런 말 없이 택시를 타고 집으로 돌아가 버렸다. 이후 甲과 乙은

피해자 A를 발견하고 쫓아가다가 甲은 숨이 차 따라가지 못하고 “그만 두자”고 말을 하면서 포기해 버렸다. 그러나 乙은 약 100m를 더 쫓아가 A를 폭행하여 항거불능케 한 다음 A의 지갑을 빼앗고 그에게 약 4주간의 치료가 필요한 흉부염좌 등 상해를 입게 하였다.

<보기2>

- ㄱ. 甲이 乙의 범행을 만류하였더라도 乙이 강도의 실행에 착수한 이상 甲에게도 실행의 착수가 인정된다.
- ㄴ. 乙의 상해에 대해서는 甲에게 예견가능성이 없으므로, 甲은 강도상해죄의 공동정범으로서의 책임을 지지 않는다.
- ㄷ. 甲은 공모관계에서 이탈하였다고 볼 수 없으므로 적어도 강도행위의 공동정범으로서의 책임을 면할 수 없다.
- ㄹ. 이탈의 표시는 반드시 명시적일 필요가 없으므로 丙은 乙의 강도상해행위에 대한 공동정범의 책임을 지지 않는다.
- ㅁ. 乙이 실행행위에 착수한 이상, 丙은 중지미수의 책임을 면할 수 없다.
- ㅂ. 甲이 적극적으로 강도상해의 결과발생을 방지하였다면 乙도 강도상해죄의 중지미수가 된다.

- ① ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○), ㅁ(○), ㅂ(○)
- ② ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(○), ㅂ(×)
- ③ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(×), ㅂ(×)
- ④ ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(○), ㅂ(○)
- ⑤ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(×), ㅂ(○)
- ⑥ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(×), ㅂ(×)

정답

⑥

[2014 사시]

해설

- ★ <보기1>의 사안은 甲의 주도 하에 甲, 乙, 丙이 강도를 모의하고 함께 범행 대상을 물색하던 중, 丙은 甲과 乙이 실행행위에 착수하기 전에 죄책감을 느낀 나머지 아무런 말없이 택시를 타고 집으로 돌아가 버렸고, 그 후 甲과 乙은 피해자 A를 발견하고 쫓아가다가 甲은 숨이 차 따라가지 못하고 “그만두자”고 말을 하면서 포기해 버린 후 乙이 약 100m를 더 쫓아가 A에게 강도상해죄를 범한 경우이다. 결국 甲과 丙의 공모관계이탈 여부가 문제되는 경우이다.
- ㄱ(○). 공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여는 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다 할 것이나, 공모관계에서의 이탈은 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하

- 는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다(대판 2008.4.10., 2008도1274). 따라서 甲이 乙의 범행을 만류하였더라도 乙이 강도의 실행에 착수한 이상 공모관계창출자(주도적 참여자)인 甲에게도 실행의 착수가 인정된다. <송형총 411면>
- ㄴ(×). 강도의 공범자 중 1인이 강도의 기회에 피해자에게 폭행을 가하여 그의 신체를 상해한 경우에 다른 공범자에게도 재물강취의 수단으로 폭행이 가하여질 것이라는 점에 관하여 상호 의사의 연락이 있었던 것으로 보아야 할 것이므로, 구체적으로 상해에 관하여까지는 공모하지 않았다고 하더라도 위와 같은 상해의 결과를 전혀 예기하지 못하였다고는 볼 수 없으므로 폭행으로 생긴 결과에 대하여 공범(강도상해죄의 공동정범)으로서의 책임을 져야 한다(대판 1990.10.12., 90도1887; 대판 1988.12.13., 88도1844; 대판 1998.4.14., 98도356). <송형각 283면>
- ㄷ(○). 다른 3명의 공모자들과 강도 모의를 하면서 샵을 들고 사람을 때리는 시늉을 하는 등 그 모의를 주도한 피고인이 함께 범행 대상을 물색하다가 다른 공모자들이 강도의 대상을 지목하고 뒤쫓아 가자 단지 “어?”라고만 하고 비대한 체격 때문에 뒤따라가지 못한 채 범행현장에서 200m 정도 떨어진 곳에 앉아 있었으나 위 공모자들이 피해자를 쫓아가 강도상해의 범행을 한 경우, 피고인에게 공동가공의 의사와 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 인정되므로 강도상해죄의 공모관계에 있고, 다른 공모자가 강도상해죄의 실행에 착수하기까지 범행을 만류하는 등으로 그 공모관계에서 이탈하였다고 볼 수 없으므로 강도상해죄의 공동정범으로서의 죄책을 진다(대판 2008.4.10., 2008도1274). <송형총 411면>
- ㄹ(○). 공모공동정범에 있어서 그 공모자중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다고 할 것이고 그 이탈의 표시는 반드시 명시적임을 요하지 않는다(대판 1986.1.21., 85도2371). <송형총 410면>
- ㅁ(×). 丙은 공모관계이탈이 인정되므로 丙은 乙의 행위에 대한 공동정범이 성립할 수 없고, 강도예비·음모의 죄책을 질뿐이다.
- ㅂ(×). 중지미수의 형면제는 인적 처벌조각사유이고, 형감경은 책임감경사유이다. 따라서 중지미수의 효과는 일신전속성을 가지므로 다수참가형태의 경우 중지미수의 효과는 자의로 중지한 자에게만 미치고, 나머지 자들은 장애미수가 된다(대판 1986.3.11., 85도2831 참조). 따라서 甲이 적극적으로 강도상해의 결과발생을 방지하였다면 乙은 강도상해죄의 장애미수가 된다. <송형총 350면>

문 15.(배점 2) 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피교사자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 경우 교사자와 피교사자를 예비, 음모에 준하여 처벌한다.

- ② 제한적 정범개념이론에 의하면, 형법상의 공범에 대한 처벌규정은 구성요건적 행위를 하지 않은 자에게까지 가벌성을 확장한 형벌확장사유가 되며, 정범과 공범의 구별에 관한 주관설과 결합된다.
- ③ 포괄일죄의 도중에 공동정범으로 가담한 자는, 비록 범행에 가담할 때 이미 이루어진 종전의 범행을 알고 있었다고 하더라도 가담 이후의 범행에 대해서만 공동정범의 책임을 진다.
- ④ 甲이 모해할 목적으로 乙에게 위증을 교사하였으나, 정범인 乙에게 모해의 목적이 없더라도 甲에게는 모해위증교사죄가 성립한다.
- ⑤ 간접정범을 공범으로 파악하는 견해는, 간접정범을 교사와 방조의 예에 의해 처벌한다는 점을 그 근거의 하나로 들고 있다.
- ⑥ 乙이 공갈행위의 실행에 착수한 후, 甲이 그 범행을 인식하면서 乙과 공동의 범의를 가지고 그 후의 공갈행위를 계속하여 재물의 교부를 받거나 재산상 이익을 취득한 때는 甲에게도 공갈죄의 공동정범이 성립한다.

정답

②

[2014 9월]

해설

- ①(○). 제31조 제2항의 효과없는 교사로서 타당하다. <송형총 429면>
- ②(×). 제한적 정범개념이론은 구성요건에 해당하는 행위를 스스로 한 자만이 정범, 구성요건적 행위 이외의 행위에 의하여 결과야기에 가공한 자는 정범이 될 수 없다는 견해로서, 정범과 공범의 구별에 관한 ‘객관설’과 결합된다. <송형총 370면>
- ③(○). 대판 1982.6.8., 82도884. <송형총 398면>
- ④(○). 대판 1994.12.23., 93도1002. <송형총 446면>
- ⑤(○). 타당하다. 즉 ‘공범설’은 i) 형법이 간접정범의 행위를 교사 또는 방조라고 규정하면서 간접정범을 교사 또는 방조에 의하여 처벌하고 있다는 점, ii) 간접정범은 공범종속성설(특히 극단적 종속형식)에 의할 때 공범이 성립하지 않는 처벌의 흠결을 보완하기 위한 제도(공범의 대용품)라는 점을 이유로 한다. 이에 반하여 ‘정범설(通說)’은 i) 형법이 간접정범의 행위를 교사 또는 방조라고 규정한 것은 이용행위의 행태를 분류한 것에 불과하고, ii) 간접정범의 정범성 여부는 간접정범이 정범성의 본질적 표지를 독자적으로 구비했는가에 따라 결정되는 것이지 어떻게 처벌되는가와 무관하다고 보아야 하며, iii) 공범이 성립하지 않는 경우에 역으로 간접정범을 인정하는 것은 부당하다는 점 및 iv) 형법이 제34조의 표제어를 간접‘정범’으로 하고 있다는 점 등을 그 근거로 한다. <송형총 376면>
- ⑥(○). 대판 1997.2.14., 96도1959. <송형총 396면>

문 16.(배점 3) <보기1>의 甲의 행위에 대한 <보기2>의 죄책이 올바르게 연결된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에

의함)

<보기1>

- 가. A구의 구청장 甲이, 이미 다른 구청장으로 전보된 후 A구의 구청장의 권한에 속하는 건축허가에 관한 기안용지의 결재란에 서명을 한 경우
- 나. 공문서 작성권자로부터 ‘일정한 요건이 구비되었는지의 여부를 심사하여 그 요건이 구비되었음이 확인될 경우에 한하여 작성권자의 직인을 사용하여 작성권자 명의의 공문서를 작성하라’는 포괄적인 권한을 수여받은 업무보조자인 공무원 甲이, 그 위임의 취지에 반하여 공문서 용지에 허위내용을 기재하고 그 위에 보관하고 있던 작성권자의 직인을 날인하여 작성한 경우
- 다. 행정관청인 건설부 주택국 주사 甲이, 건축업자의 청탁을 받고 택지지정에 관한 허위의 서류를 작성하여 그 정을 모르는 작성권자인 주택국장의 결재를 얻었을 경우
- 라. 인감증명서 발급업무를 담당하는 甲이, 인감증명서 발급을 신청한 본인이 직접 출두한 바 없음에도 불구하고 본인이 직접 신청하여 발급받은 것처럼 인감증명서에 기재한 경우
- 마. 공무원인 의사 甲이 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우
- 바. 부동산 매수인 甲이 실거래가격이 아닌 금액을 그 정을 모르는 공무원으로 하여금 등기부에 기재하게 한 경우

<보기2>

- ㄱ. 허위공문서작성죄
- ㄴ. 자격모용에 의한 공문서작성죄
- ㄷ. 공문서위조죄
- ㄹ. 허위진단서작성죄
- ㅁ. 공정증서원본불실기재죄
- ㅂ. 허위공문서작성죄의 간접정범
- ㅅ. 공문서위조죄의 간접정범
- ㅇ. 무죄

- ① 가 - ㄴ, 나 - ㅅ, 다 - ㄱ, 라 - ㄷ, 마 - ㄹ, 바 - ㅁ
- ② 가 - ㄴ, 나 - ㄷ, 다 - ㅂ, 라 - ㄱ, 마 - ㄹ, 바 - ㅇ
- ③ 가 - ㄴ, 나 - ㄷ, 다 - ㅂ, 라 - ㄱ, 마 - ㄱ, 바 - ㅇ
- ④ 가 - ㄷ, 나 - ㅅ, 다 - ㅂ, 라 - ㄱ, 마 - ㄱ, 바 - ㅇ
- ⑤ 가 - ㄱ, 나 - ㅅ, 다 - ㄱ, 라 - ㄷ, 마 - ㄹ, 바 - ㅁ

정답

③

[2014 사시]

해설

가-ㄴ. 甲 구청장이 乙 구청장으로 전보된 후 甲 구청장의 권한에 속하는 건축허가에 관한 기안용지의 결재란에 서명을 한 것은 자격모용에 의한 공문서작성죄를 구성한다

(대판 1993.4.27., 92도2688). <송형각 629면>

나-ㄷ. 공문서 작성권자로부터 일정한 요건이 구비되었는지 여부를 심사하여 그 요건이 구비되었음이 확인될 경우에 한하여 작성권자의 직인을 사용하여 작성권자 명의의 공문서를 작성하라는 포괄적인 권한을 수여받은 업무보조자인 공무원이, 그 위임의 취지에 반하여 공문서 용지에 허위내용을 기재하고 그 위에 보관하고 있던 작성권자의 직인을 날인하였다면, 그 업무보조자인 공무원에게 공문서위조죄가 성립할 것이고, 그에게 위와 같은 행위를 하도록 지시한 중간결재자인 공무원도 공문서위조죄의 공범으로서의 책임을 면할 수 없다(대판 1996.4.23., 96도424). <송형각 628면>

다-ㄹ. 허위공문서작성의 주체는 직무상 그 문서를 작성할 권한이 있는 공무원에 한하고 작성권자를 보조하는 직무에 종사하는 공무원은 허위공문서작성죄의 주체가 되지 못한다. 다만 공문서의 작성권한이 있는 공무원의 직무를 보좌하는 사람이 그 직위를 이용하여 행사할 목적으로 허위의 내용이 기재된 문서 초안을 그 정을 모르는 상사에게 제출하여 결재하도록 하는 등의 방법으로 작성권한이 있는 공무원으로 하여금 허위의 공문서를 작성하게 한 경우에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립한다(대판 2011.5.13., 2011도1415 등). <송형각 640면, 최신판례특강자료 169면>

라-ㄱ. 면사무소 호병계장이 인감증명서 발급신청인 본인이 직접 출두한 바 없음에도 그가 직접 신청 발급받은 것처럼 그 명의의 인감증명서와 인감증명발급대장에 기재하였다면 이는 허위공문서작성죄를 구성한다 할 것이고, 비록 본인으로부터 대리인을 통하여 인감증명을 발급받겠다는 의사를 확인받았다 하더라도 그 범죄의 성립에는 아무런 영향이 없다(대판 1992.10.13., 92도2060). <송형각 636면>

마-ㄱ. 형법이 제225조 내지 제230조에서 공문서에 관한 범죄를 규정하고, 이어 제231조 내지 제236조에서 사문서에 관한 범죄를 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 형법 제233조 소정의 허위진단서작성죄의 대상은 공무원이 아닌 의사가 사문서로서 진단서를 작성한 경우에 한정되고, 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 허위공문서작성죄만이 성립하고 허위진단서작성죄는 별도로 성립하지 않는다(대판 2004.4.9., 2003도7762). <송형각 631면>

바-ㅇ. [1] 형법 제228조 제1항이 규정하는 공정증서원본불실기재죄나 공전자기록등불실기재죄는 특별한 신빙성이 인정되는 권리의무에 관한 공문서에 대한 공공의 신용을 보장함을 보호법익으로 하는 범죄로서 공무원에 대하여 진실에 반하는 허위신고를 하여 공정증서원본 또는 이와 동일한 전자기록 등 특수매체기록에 그 증명하는 사항에 관하여 실제관계에 부합하지 아니하는 ‘부실(不實)의 사실’을 기재 또는 기록하게 함으로써 성립하므로, 여기서 ‘부실의 사실’이란 권리의무관계에 중요한 의미를 갖는 사항이 객관적인 진실에 반하는 것을 말한다.

[2] ... 부동산등기부에 기재되는 거래가액은 당해 부동산의 권리의무관계에 중요한 의미를 갖는 사항에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 부동산의 거래당사자가 거래가액을 시장 등에게 거짓으로 신고하여 신고필증을 받은 뒤 이를 기초로 사실과 다른 내용의 거래가액이 부동산등기부에

등재되도록 하였다면, ‘공인중개사의 업무 및 부동산 거래 신고에 관한 법률’에 따른 과태료의 제재를 받게 됨은 별론으로 하고, **형법상의 공전자기록등불실기재죄 및 불실기재 공전자기록등행사죄가 성립하지는 아니한다**(대판 2013.1.24., 2012도12363). <최신판례특강자료 168면>

문 17.(배점 2) 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 인채기를 A에게 양도하기로 하고 계약금 및 중도금을 수령하였음에도 이를 자신의 채권자 B에게 기존 채무 변제에 갈음하여 양도함으로써 재산상 이익을 취득하고 A에게 동액 상당의 손해를 입혔다면 배임죄에 해당한다.
- ② ‘주간에’ 사람의 주거 등에 침입하여 ‘야간에’ 타인의 재물을 절취한 경우에는 계속범 형식의 주거침입이 주간뿐 아니라 야간에 이루어진 것이므로 형법 제330조의 야간주거침입절도죄가 성립한다.
- ③ 왕래가 빈번한 도로변에서 40대 후반의 여성에게 욕설을 하면서 성기를 노출하는 행위는 형법 제298조의 강제추행죄에 해당한다.
- ④ 타인의 사무를 처리하는 자가 아니라면 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 모든 과정에 관여하는 등으로 타인의 배임행위에 적극 가담한 경우라도 배임죄의 공동정범은 불가능하고, 교사범이나 방조범의 성립이 가능할 뿐이다.
- ⑤ 소위 중간생략등기형 명의신탁의 수탁자가 신탁받은 토지 일부에 대한 토지수용보상금을 받아 임의 소비한 후 수용되지 아니한 나머지 토지에 대하여 그 반환을 거부한 경우 토지수용보상금에 대한 횡령죄 외에 나머지 토지에 대한 횡령죄가 별도로 성립한다.

정답

⑤

[2014 사시]

해설

- ①(×). 매매의 목적물이 동산일 경우, 매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다. 동산매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다.(대판 2011.1.20., 2008도10479, 전원합의체판결). <송형각 504면, 최신판례특강자료 155면>
- ②(×). 형법은 제329조에서 절도죄를 규정하고 곧바로 제330조에서 야간주거침입절도죄를 규정하고 있을 뿐, 야간절도죄에 관하여는 처벌규정을 별도로 두고 있지 아니하다. 이러한 형법 제330조의 규정형식과 그 구성요건의 문언에 비추어 보면, 형법은 야간에 이루어지는 주거침입행위의 위험성에 주목하여 그러한 행위를 수반한 절도를 야간주거침입절도죄로 중하게 처벌하고 있는 것으로 보아야 하고, 따라서 주거침입이 주간에 이루어진 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다(대판 2011.4.14., 2011도300). <송형각 257면, 최신판례특강자료 107면>
- ③(×). 피고인이 피해자 甲(여, 48세)에게 욕설을 하면서 자신의 바지를 벗어 성기를 보여주는 방법으로 강제추행하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 甲의 성별·연령, 행위에 이르게 된 경위, 甲에 대한 어떠한 신체 접촉도 없었던 점, 행위장소가 사람 및 차량의 왕래가 빈번한 도로로서 공중에 공개된 곳인 점, 피고인이 한 욕설은 성적인 성질을 가지지 아니하는 것으로서 ‘추행’과 관련이 없는 점, 甲이 자신의 성적 결정의 자유를 침해당하였다고 볼 만한 사정이 없는 점 등 제반 사정을 고려할 때, 단순히 피고인이 바지를 벗어 자신의 성기를 보여준 것만으로는 폭행 또는 협박으로 ‘추행’을 하였다고 볼 수 없는데도, 이와 달리 보아 유죄를 인정한 원심판결에 강제추행죄의 추행에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(대판 2012.7.26., 2011도8805). <송형각 112면, 최신판례특강자료 81면>
- ④(×). 업무상배임죄의 실행으로 인하여 이익을 얻게 되는 수익자가 소극적으로 실행행위자의 배임행위에 편승하여 이익을 취득하는 데 그치지 않고 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 실행행위자의 배임행위에 적극 가담한 경우에는 업무상배임죄의 공동정범이 된다(대판 2007.2.8., 2006도483 등). <송형각 480면>
- ⑤(○). 대판 2001.11.27., 2000도3463. <송형각 413면, 송형총 467면>

문 18.(배점 3) 다음 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 법원에 허위 내용의 조정신청서를 제출하여 판사로 하여금 조정조서에 허위의 사실을 기재하게 한 경우 공정증서원본불실기재죄가 성립한다.
- ㄴ. 민사소송규칙 제79조 제1항이 “법원은 효율적인 증인신문을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 증인을 신청한 당사자에게 증인진술서를 제출하게 할 수 있다.” 라고 규정함으로써 증인진술서 제도를 채택하고 있는데, 이는 증인이 법정에서 선서 후 증인진술서에 기재된 구체적인 내용에 관하여 진술함이 없이 단지 그 증인진술서에 기재된 내용이 사실대로라는 취지의 진술만을 한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 이를 법정에서의 증언으로 간주하여 위증죄로 처벌할 수 있도록 한 것이다.
- ㄷ. 장물인 자기앞수표를 금융기관에 예치하였다가 현금으

로 인출한 경우 인출한 현금의 장물성은 유지된다.

- ㄹ. 장물죄의 경우 장물범과 본범 사이에 직계혈족의 관계가 있다면 형을 감경 또는 면제한다.
- ㅁ. 형법 제277조의 중체포죄 또는 중감금죄는 사람을 체포 또는 감금하여 생명 또는 신체에 대한 위험을 발생시킬 것을 요건으로 한다.

- ① ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(×)
 ② ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(○)
 ③ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(×)
 ④ ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(○)
 ⑤ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(×)

정답

①

[2014 사시]

해설

- ㄱ(×). 형법 제228조 제1항이 규정하는 공정증서원본 불실 기재죄는 공무원에 대하여 진실에 반하는 허위신고를 하여 공정증서원본에 그 증명하는 사항에 관하여 실체관계에 부합하지 아니하는 불실의 사실을 기재하게 함으로써 성립하는 범죄로서, 위 죄의 객체인 공정증서원본은 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서이어야 한다고 할 것인바, 민사조정법상 조정신청에 의한 조정제도는 원칙적으로 조정신청인의 신청 취지에 구애됨이 없이 조정담당판사 등이 제반 사정을 고려하여 당사자들에게 상호 양보하여 합의하도록 권유·주선함으로써 화해에 이르게 하는 제도인 점에 비추어, 그 조정절차에서 작성되는 조정조서는 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서로 볼 수 없어 공정증서원본에 해당하는 것으로 볼 수 없다(대판 2010.6.10., 2010도3232). <송형각 644면>
- ㄴ(×). 형법 제152조 제1항의 위증죄는 법률에 의하여 선서한 증인이 허위의 진술을 한 때에 성립하는 것이므로 위증의 경고를 수반하는 법률에 의한 선서절차를 거친 법정에서 구체적으로 이루어진 진술을 그 대상으로 하는바, 민사소송규칙 제79조 제1항은 “법원은 효율적인 증인신문을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 증인을 신청한 당사자에게 증인진술서를 제출하게 할 수 있다”라고 규정함으로써 증인진술서제도를 채택하고 있는데 이러한 증인진술서는 그 자체로는 서증에 불과하여 그 기재내용이 법정에서 진술되지 아니하는 한 여전히 서증으로 남게 되는 점, 민사소송법 제331조가 원칙적으로 증인으로 하여금 서류에 의하여 진술을 하지 못하도록 규정하고 있는 점, 민사소송규칙 제95조 제1항이 증인신문의 방법에 관하여 개별적이고 구체적으로 하여야 한다고 규정하고 있는 점 등의 사정에 비추어 볼 때, 증인이 법정에서 선서 후 증인진술서에 기재된 구체적인 내용에 관하여 진술함이 없이 단지 그 증인진술서에 기재된 내용이 사실대로라는 취지의 진술만을 한 경우에는 그것이 증인진술서에 기재된 내용 중 특정 사항을 구체적으로 진술한 것과 같이 볼 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 증인이 그 증인진술서에 기재된 구체적인 내용을 기억하여 반복 진술한 것으로는

볼 수 없으므로, 가사 거기에 기재된 내용에 허위가 있다 하더라도 그 부분에 관하여 법정에서 증언한 것으로 보아 위증죄로 처벌할 수는 없다고 할 것이다(대판 2010.5.13., 2007도1397. 공보불게재). <송형각 807면>

- ㄷ(○). 대판 2004.3.12., 2004도134. <송형각 518면>
 ㄹ(○). 제365조 제2항 참조. <송형각 242면, 513면>
 ㅁ(×). 중체포·감금죄는 사람을 체포 또는 감금하여 가혹한 행위를 하였을 때 성립하는 범죄로서(제277조 제1항), ‘重’자가 붙은 범죄로서 유일하게 (부진정)결과적 가중범 내지 구체적 위험범이 아니고 또한 유일하게 미수범 처벌규정이 존재한다. <송형각 93면>

문 19.(배점 3) 몰수 및 추징에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무원이 자신의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 받을 때 타인의 동의 하에 그 타인 명의의 예금계좌로 입금받는 방식을 취한 경우에도 이는 범인이 받은 금품을 관리하는 방법의 하나에 지나지 않으므로 그 가액 역시 그 공무원으로부터 추징하여야 한다.
- ② 추징은 형의 일종으로서 검사가 공소를 제기할 때 필요한 추징규정의 적용을 빠뜨렸다 하더라도 법원은 직권으로 이를 적용하여야 한다.
- ③ 몰수나 추징이 공소사실과 관련이 있다 하더라도 이미 공소시효가 완성되어 유죄의 선고를 할 수 없는 경우에는 몰수나 추징을 할 수 없다.
- ④ 주형을 선고유예하는 경우 부가형인 몰수나 추징도 선고유예할 수 있으나, 필요적 몰수의 경우에는 주형을 선고유예하더라도 부가형에 대하여는 선고유예할 수 없다.
- ⑤ 이미 그 집행을 종료함으로써 효력을 상실한 압수·수색영장에 기하여 다시 압수·수색을 실시하면서 몰수대상 물건을 압수한 경우 압수 자체가 위법하더라도 위 물건에 대한 몰수의 효력은 인정된다.

정답

④

[2014 사시]

해설

- ①(○). 대판 2006.10.27., 2006도4659. <송형총 526면>
 ②(○). 대판 1989.2.14., 88도2211. <송형총 524면>
 ③(○). 대판 1992.7.28., 92도700. <송형총 523면>
 ④(×). 주형을 선고유예하는 경우에 부가형인 몰수나 추징에 갈음하는 부가형적 성질을 띠는 추징도 선고유예할 수 있으며(대법원 1988.6.21., 88도551 등), 이는 필요적 몰수의 경우에도 마찬가지이다(대판 1978.4.25., 76도2262). <송형총 551면>
 ⑤(○). 대판 2003.5.30., 2003도705. <송형총 520면>

문 20.(배점 3) 다음 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것

은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 예금주인 현금카드 소유자를 협박하여 그 카드를 갈취한 다음 피해자의 승낙에 의하여 현금카드를 사용할 권한을 부여받아 이를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우 공갈죄와 별도로 절도죄는 성립하지 않는다.
- ㄴ. 절취한 타인의 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체한 후 그 계좌에서 현금을 인출한 경우 현금인출행위는 절도죄를 구성하지 않는다.
- ㄷ. 신용카드를 절취한 사람이 대금을 결제하기 위하여 신용카드를 제시하고 카드회사의 승인까지 받았다고 하더라도 매출전표에 서명한 사실이 없고 도난카드임이 밝혀져 최종적으로 매출취소로 거래가 종결되었다면, 여신전문금융업법상의 신용카드 부정사용 미수행위로 처벌된다.
- ㄹ. 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드의 번호와 그 비밀번호를 이용하여 ARS 전화서비스나 인터넷 등을 통하여 신용대출을 받은 경우 컴퓨터등사용사기죄가 성립한다.
- ㅁ. 강취한 신용카드를 가지고 자신이 그 신용카드의 정당한 소지인인 것처럼 가게 종업원을 속이고 물품을 구입한 경우 여신전문금융업법상 신용카드부정사용죄와 별도로 사기죄는 성립하지 않는다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄴ, ㄷ ③ ㄷ, ㄹ
④ ㄷ, ㅁ ⑤ ㄹ, ㅁ

정답

④

[2014 사시]

해설

- ㄱ(○). 대판 1996.9.20., 95도1728. <송형각 369면>
 ㄴ(○). 대판 2008.6.12., 2008도2440. <송형각 315면>
 ㄷ(×). 피고인이 절취한 신용카드로 대금을 결제하기 위하여 신용카드를 제시하고 카드회사의 승인까지 받았으나 나아가 매출전표에 서명을 한 사실을 인정할 증거는 없고, 카드가 없어진 사실을 알게 된 피해자에 의해 거래가 취소되어 최종적으로 매출취소로 거래가 종결된 경우, 피고인의 행위는 신용카드 부정사용의 미수행위에 불과하다 할 것인데 여신전문금융업법에서 위와 같은 미수행위를 처벌하는 규정을 두고 있지 아니한 이상 피고인을 위 법률위반죄로 처벌할 수 없으므로 무죄이다(대판 2008.2.14., 2007도8767. 공보불게재). <송형각 365면>
 ㄹ(○). 대판 2006.7.27., 2006도3126. <송형각 368면>
 ㅁ(×). 강취한 신용카드를 가지고 자신이 그 신용카드의 정당한 소지인인양 가맹점의 점주를 속이고 그에 속은 점주로부터 주류 등을 제공받아 이를 취득한 것이라면 신용카드부정사용죄와 별도로 사기죄가 성립한다(대판 1997.1.21., 96도2715).

한편 신용카드부정사용죄와 사기죄는 그 보호법익이나 행위의 태양이 전혀 달라 실체적 경합관계에 있다(대판 1996.7.12., 96도1181). <송형각 366면, 367면>

문 21.(배점 2) 집행유예 및 선고유예에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 집행유예기간의 시기(始期)에 관하여 형법에 명문의 규정을 두고 있지 않으므로 법원은 그 시기를 판결확정일 이후의 시점으로 임의로 선택할 수 있다.
- ② 집행유예를 선고하면서 재범방지를 위한 지도 및 원호가 필요하여 보호관찰을 명하는 경우에는 그 보호관찰의 기간이 집행유예기간을 초과할 수 있다.
- ③ 집행유예의 선고를 받은 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 잃는 것임에 반하여, 형의 선고유예를 받은 날로부터 2년을 경과한 때에는 형의 집행을 면제된다.
- ④ 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 2개의 범죄에 대하여 하나의 판결로 2개의 자유형을 선고하는 경우 하나의 징역형에 대하여 실효를 선고하면서 다른 징역형에 대하여 집행유예를 선고할 수 있다.
- ⑤ 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실효를 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고를 취소한다.

정답

④

[2014 사시]

해설

- ①(×). 우리 형법이 집행유예기간의 시기(始期)에 관하여 명문의 규정을 두고 있지는 않지만 형사소송법 제459조가 “재판은 이 법률에 특별한 규정이 없으면 확정된 후에 집행한다.”고 규정한 취지나 집행유예 제도의 본질 등에 비추어 보면 집행유예를 함에 있어 그 집행유예기간의 시기는 집행유예를 선고한 판결 확정일로 하여야 하고 법원이 판결 확정일 이후의 시점을 임의로 선택할 수는 없다(대판 2002.2.26., 2000도4637). <송형총 560면>
 ②(×). 집행유예시 보호관찰의 기간은 집행을 유예한 기간으로 한다. 다만 법원은 유예기간의 범위 내에서 보호관찰기간을 정할 수 있다. 형법 제62조의2 제2항 참조. <송형총 558면>
 ③(×). 형의 선고유예를 받은 날로부터 2년을 경과한 때에는 면소된 것으로 간주한다(제60조). <송형총 554면>
 ④(○). 대판 2002.2.26., 2000도4637. <송형총 560면>
 ⑤(×). 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실효를 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다(제63조; 실효사유). <송형총 561면>

문 22.(배점 2) 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 주식회사의 대표이사가 회사의 상가분양사업을 하면서 수분양자들을 기망하여 분양대금을 회사의 통장으로 입금받아 편취한 후 그 분양대금을 임의소비한 경우에는 사기죄만 성립할 뿐 회사를 피해자로 하는 업무상횡령죄가 별도로 성립하는 것은 아니다.
- ② 횡령교사를 한 후 그 횡령한 물건을 취득한 때에는 횡령교사죄 외에 장물취득죄가 성립하고, 양 죄는 실체적 경합 관계에 있다.
- ③ 1개의 행위에 의하여 사기죄와 업무상배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 경우에는 양 죄는 법조경합으로 보아야 한다.
- ④ 절취한 열차승차권을 마치 자기가 구입한 것처럼 승차권 매표소 직원을 기망하여 환불받은 경우에는 절도죄 외에 별도로 사기죄가 성립한다.
- ⑤ 절도범행이 뜻하지 않게 발각되었을 경우 체포를 면탈하는데 도움이 될 수 있을 것이라는 생각에서 등산용 칼을 준비하였다면 강도예비죄에 해당한다.

정답 ② **[2014 사시]**

- 해설** ①(×). 대표이사가 회사의 상가분양 사업을 수행하면서 수분양자들을 기망하여 편취한 분양대금은 회사의 소유로 귀속되는 것이므로, 대표이사가 그 분양대금을 횡령하는 것은 사기 범행이 침해한 것과는 다른 법익을 침해하는 것이어서 회사를 피해자로 하는 별도의 횡령죄가 성립된다(대판 2005.4.29., 2005도741). <송형총 463면>
- ②(○). 대판 1969.6.24., 69도692. <송형총 470면>
- ③(×). ... 1개의 행위에 관하여 사기죄와 업무상배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 때에는 양 죄를 법조경합 관계로 볼 것이 아니라 상상적 경합관계로 봄이 상당하다 할 것이고, 나아가 업무상배임죄가 아닌 단순배임죄라고 하여 양 죄의 관계를 달리 보아야 할 이유도 없다(대판 2002.7.18., 2002도669, 전원합의체판결). <송형각 483면>
- ④(×). 열차승차권은 그 자체에 권리가 화체되어 있는 무기명증권이므로 이를 곧 사용하여 승차하거나 권면가액으로 양도할 수 있고 매입금액의 환불을 받을 수 있는 것으로서 열차승차권을 절취한 자가 환불을 받음에 있어 비록 기망행위가 수반한다 하더라도 절도죄 외에 따로 사기죄가 성립하지 아니한다(대판 1975.8.29., 75도1996). <송형총 466면>
- ⑤(×). 강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 행위자에게 미필적이라도 ‘강도’를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 그에 이르지 않고 단순히 ‘준강도’할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다(대판 2006.9.14., 2004도6432). <송형각 289면>

문 23.(배점 2) 친족상도례에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 절취한 남편 소유의 예금통장을 현금자동지급기에 넣고 조작하여 예금잔고를 자신의 거래은행 계좌로 이체하는 방법으로 저지른 컴퓨터등사용사기죄에 대하여 친족상도례가 적용되지 않는다.
- ② 甲이 위탁자가 소유자를 위해 보관하고 있는 물건을 위탁자로부터 보관받아 이를 횡령하였는데, 甲과 피해물건의 소유자 간에만 친족관계가 있는 경우에는 친족상도례가 적용되지 않는다.
- ③ 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하고 공갈죄를 범하여 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제3조 제1항에 의해 가중처벌되는 경우에도 형법상 공갈죄의 성질은 그대로 유지되는 것이고, 특별법인 위 법률에 친족상도례에 관한 형법의 적용을 배제한다는 명시적인 규정이 없으므로 친족상도례가 적용된다.
- ④ 甲이 자신의 사실상의 부(父)인 A 소유의 양도성예금증서를 꺼내어 가 절취한 후에, A가 甲을 친생자로 인정한 경우라도 친족상도례의 규정이 적용된다.
- ⑤ 남편 甲이 아내인 B의 물건을 훔친 후 이혼을 한 경우에는 이혼으로 인하여 친족관계가 소멸되기 때문에 친족상도례는 적용되지 않는다.

정답 ⑤ **[2014 사시]**

- 해설** ①(○). 이 경우 컴퓨터등사용사기죄의 피해자는 ‘금융기관’이기 때문이다(대판 2007.3.15., 2006도2704). <송형각 241면>
- ②(○). 이 경우 횡령범인(甲)과 피해물건의 소유자 및 위탁자 쌍방 사이에 친족관계가 있는 경우에만 적용되기 때문이다(대판 2008.7.24., 2008도3438). <송형각 241면>
- ③(○). 대판 2010.7.29., 2010도5795. <송형각 239면>
- ④(○). 민법 제860조에 의한 인지의 소급효는 친족상도례에 관한 규정의 적용에도 미치지 때문이다(대판 1997.1.24., 96도1731). <송형각 242면>
- ⑤(×). 친족상도례를 적용하기 위한 친족관계는 ‘행위시’에 존재하면 된다. 따라서 甲이 절도행위 후에 아내인 B와 이혼함으로써 친족관계가 소멸되었다 하더라도 친족상도례는 적용된다(通說). <송형각 242면>

문 24.(배점 4) 문서죄에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 위조된 사문서의 작성명의인을 상대방으로 하여 위조된 문서를 행사했을 경우에도 위조사문서행사죄로 처벌 가능하다.
- ㄴ. 피고인이 위장결혼의 당사자 및 중국 측 브로커와 공

모하여 허위로 결혼사진을 찍고, 혼인신고에 필요한 서류를 준비하여 위장결혼의 당사자에게 건네주었을 경우, 위 행위만으로는 공전자기록등불실기재죄의 실행에 착수한 것으로 보기 어렵다.

ㄷ. 피고인이 기왕에 습득한 타인의 주민등록증을 피고인 가족의 것이라고 제시하면서 그 주민등록증 상의 명의 또는 가명으로 이동전화 가입신청을 한 경우 타인의 주민등록증을 본래의 사용 용도인 신분확인용으로 사용한 것이라고 볼 수 없으므로 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다.

ㄹ. 피고인이 함부로 타인의 명의를 사용하여 문서를 작성할 때 그 작성명의인의 인장이 찍히지 아니하였더라도 그 사람의 상호와 성명이 기재되어 그 명의자의 문서로 믿을만한 형식과 외관을 갖춘 경우에는 사문서위조죄가 성립한다.

ㅁ. 중종의 선임 대표자 등이 선임되고 전임 대표자에 대한 직무집행정지가처분결정이 있는 후 위 가처분결정이 취소된 경우, 위 선임 결의가 무효라면 종전 임원이 위 가처분결정 이전에 작성한 이사회 의사록은 '자격을 모용하여 작성한 문서'가 아니고, 이를 위 가처분결정 이후에 행사하였다고 하더라도 자격모용작성사문서행사죄가 성립하지 않는다.

ㅂ. 쓰레기 배출량에 따라 쓰레기처리수수료를 징수하는 종량제를 도입하면서 시장·군수·구청장이 용량별로 제작·배포한 '지방자치단체장 관인의 인장'이 인쇄된 지방자치단체장 명의의 종량제 쓰레기봉투를 임의로 제작하여 관급봉투인 양 배포할 경우 공문서위조죄, 위조공문서행사죄로 처벌 가능하다.

- ① ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅁ ② ㄱ, ㄷ, ㄹ, ㅁ
 ③ ㄴ, ㄷ, ㅂ ④ ㄱ, ㄴ, ㄹ, ㅂ
 ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅁ, ㅂ

정답

⑤

[2014 사시]

해설

- ㄱ(○). 대판 2005.1.28., 2004도4663. <송형각 656면>
 ㄴ(○). 대판 2009.9.24., 2009도4998. <송형각 653면, 송형총 335면>
 ㄷ(○). 대판 2003.2.26., 2002도4935. <송형각 659면>
 ㄹ(○). 사문서위조죄는 그 명의자가 진정으로 작성한 문서로 볼 수 있을 정도의 형식과 외관을 갖추어 일반인이 명의자의 진정한 사문서로 오신하기에 충분한 정도이면 성립하고, 반드시 그 작성명의자의 서명이나 날인이 있어야 하는 것은 아니다.(대판 2011.2.10., 2010도8361. 공보불게재; 대판 2007.5.10., 2007도1674 등). <송형각 618면, 최신판례 특강자료 167면>
 ㅁ(○). 대판 2007.7.26., 2005도4072. <송형각 625면>

ㅂ(○). 시장·군수·구청장이 용량별로 제작·배포한 '지방자치단체장 관인의 인장'이 인쇄된 지방자치단체장 명의의 종량제 쓰레기봉투는 공문서에 해당하므로(대판 2007.2.23., 2005도7430 참조), 이를 임의로 제작하여 관급봉투인 양 배포하였다면 공문서위조죄 및 위조공문서행사죄가 성립한다. <송형총 335 참조>

문 25.(배점 3) 뇌물죄에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 뇌물로 공여된 당좌수표를 수수한 후 부도가 되었다 하더라도 뇌물수수죄가 성립한다.
 ㄴ. 수인이 공동하여 뇌물수수죄를 범한 경우에 뇌물죄의 가중처벌을 규정한 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제2조 제1항의 적용 여부를 가리는 수뢰액을 정할 때에는 공범자 전원의 수뢰액을 합한 금액을 기준으로 하여야 한다.
 ㄷ. 공무원이 직무집행의 의사 없이 또는 직무처리와 대가적 관계없이 타인을 공갈하여 재물을 교부하게 한 경우에는 공갈죄만이 성립하고 따로 뇌물수수죄는 성립하지 않는다.
 ㄹ. 뇌물의 내용에는 일체의 유형, 무형의 이익이 포함되므로 투기적 사업에 참여할 기회를 얻는 것도 이에 해당하며, 이 경우 그 기수 시기는 동 사업에 참여하여 그에 따른 이득을 실제로 얻게 된 때로 보아야 한다.
 ㅁ. 교통계에서 근무하는 경찰관 甲은 乙의 도박장 개설 및 도박범행을 묵인하고 편의를 봐주는 데 대한 사례비 명목으로 1회에 30만 원씩 5회에 걸쳐 합계 150만 원을 교부받고, 나아가 도박장 개설 및 도박범행사실을 잘 알면서도 이를 단속하지 아니한 경우에는 甲이 교통계에서 근무하여 그의 직접적인 업무가 아니라고 하더라도 수뢰후부정처사죄가 성립한다.
 ㅂ. 공무원 甲이 부동산업자 乙로부터 건축허가를 내 줄 것을 부탁받고 그로부터 1~2일 후 만나 3,000만 원권 자기앞수표가 든 봉투를 받았는데, 그 후 乙과 수시로 통화하고 만나면서도 이를 즉시 乙에게 돌려주지 않고 위 자기앞수표를 10일 가량 가지고 있다가 돌려준 경우 甲이 영득의 의사로 뇌물을 수수하였다고 보기 어려워 수뢰죄는 성립하지 않는다.

- ① ㄱ, ㄷ, ㅁ ② ㄱ, ㅁ, ㅂ
 ③ ㄴ, ㄹ, ㅁ ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㅁ
 ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㅂ ⑥ ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅂ
 ⑦ ㄷ, ㄹ, ㅁ, ㅂ ⑧ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅁ

정답

④

[2014 사시]

해설

ㄱ(○). 대판 1983.2.22., 82도2964. <송형각 736면>

ㄴ(○). 대판 1999.8.20., 99도1557. <송형각 737면>

ㄷ(○). 대판 1994.12.22., 94도2528. <송형각 379면>

ㄹ(×). [1] 뇌물죄에서 뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요 욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유형, 무형의 이익을 포함한다고 해석되고, 투기적 사업에 참여할 기회를 얻는 것도 이에 해당한다. [2] 공무원이 뇌물로 투기적 사업에 참여할 기회를 제공받은 경우, 뇌물수수죄의 기수 시기는 투기적 사업에 참여하는 행위가 종료된 때로 보아야 하며, 그 행위가 종료된 후 경제사정의 변동 등으로 인하여 당초의 예상과는 달리 그 사업 참여로 아무런 이익을 얻지 못한 경우라도 뇌물수수죄의 성립에는 영향이 없다(대판 2002.11.26., 2002도3539). <송형각 736면>

ㅁ(○). 대판 2003.6.13., 2003도1060. <송형각 751면>

ㅂ(×). [1] 뇌물을 수수한다는 것은 영득의 의사로 금품을 수수하는 것을 말하므로, 뇌물인지 모르고 이를 수수하였다가 뇌물임을 알고 즉시 반환하거나, 증뢰자가 일방적으로 뇌물을 두고 가므로 후일 기회를 보아 반환할 의사로 어쩔 수 없이 일시 보관하다가 반환하는 등 그 영득의 의사가 없었다고 인정되는 경우라면 뇌물을 수수하였다고 할 수 없겠지만, 일단 피고인이 영득의 의사로 뇌물을 수령한 이상 후에 이를 반환하였다고 하더라도 뇌물죄의 성립에는 영향이 없다. 한편 영득할 의사로 뇌물을 수령한 것인지 여부를 판단함에 있어서는 뇌물을 교부받은 경위, 언제든지 그 뇌물을 반환할 기회가 있었음에도 반환하지 아니하였는지 여부, 그 뇌물을 반환하게 된 경위 등을 고려하여야 한다.

[2] 공무원인 甲은 부동산업자인 乙로부터 이 사건 을왕동 토지에 관하여 건축허가를 내 줄 것을 부탁받고 그로부터 1~2일 후 만나 3,000만 원권 자기앞수표가 든 봉투를 건네받았는데, 그 후 乙과 수시로 통화하면서도 이를 즉시 乙에게 돌려주지 않고 위 자기앞수표를 10일 가량 가지고 있다가 돌려준 사실을 인정한 다음, 자신이 담당하는 건축허가 등 업무와 관련하여 乙로부터 영득의 의사로 위 자기앞수표를 수수하였다가 공무원으로서 고액의 수표를 사용하는 것이 용이하지 아니하고 문제가 될 수도 있다는 생각에 이를 반환한 것으로 보아, 甲이 영득의 의사로 위 자기앞수표를 뇌물로 받은 것으로 판단한 것은 정당하다(대판 2012.8.23., 2010도6504. 공보불게재). <최신판례특강자료 184면>

문 26.(배점 2) 긴급피난에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 긴급피난의 본질에 관하여 위법성조각설을 따를 경우 긴급피난에 대한 정당방위나 긴급피난이 모두 가능하다.
 ② 의사 甲이 수혈 없이는 살 수 없는 응급환자 A를 구조하기 위하여 A와 혈액형이 동일한 환자 B의 동의를 받지 아니하고 강제채혈을 한 경우 긴급피난의 상당성 요

건 중 보충성의 원칙과 관련되어 문제된다.

- ③ 긴급피난을 ‘정 대 정(正對正)’의 관계라고 말하는 것은 ‘방어적 긴급피난’의 경우 피난자의 정당화된 행위와 위난과 관계없이 침해되는 제3자의 법익과의 관계를 염두에 두었기 때문이다.
 ④ 제한적 중속형식을 전제로 한 경우 긴급피난을 위법성 조각사유로 이해하는 입장에 따르면 긴급피난행위를 한 자에 대한 교사범의 성립은 인정될 수 없다.
 ⑤ 특정 후보자에 대한 「공직선거 및 선거부정방지법」에 의한 선거운동 제한규정을 위반한 낙선운동은 시민불복종 운동이므로 긴급피난의 요건을 갖춘 행위로 볼 수 있다.

정답

④

[2014 사시]

해설

①(×). 긴급피난의 본질에 관하여 위법성조각설을 따를 경우 긴급피난행위는 적법한 행위가 되므로, 이에 대한 정당방위를 할 수 없고 긴급피난만이 가능하다. 정당방위는 부당한 침해에 대해서만 가능하기 때문이다. <송형총 208면, 227면>

②(×). 이는 긴급피난의 상당성 요건 중 ‘수단의 적합성’의 원칙과 관련된 문제이다. 여기서 수단의 적합성이란 정당하게 승인된 목적에의 적합한 수단으로, 피난행위가 사회윤리나 법 정신에 비추어 용인되는 것이어야 한다는 의미이다(목적설에 기초, 사회윤리적 적합성). 이는 신체침해의 경우에 주로 문제되는 바, 예컨대 죽어가는 중환자의 생명을 구조하기 위해 본인의 동의 없이 제3자의 혈액을 강제채혈하거나 장기를 강제적출하는 행위는 신체에 대한 개인의 자기결정권을 침해한 것이므로 수단의 적합성이 인정되지 않아 긴급피난으로 정당화되지 않는다. <송형총 226면>

③(×). 긴급피난을 ‘정 대 정(正對正)’의 관계라고 말하는 것은 ‘공격적 긴급피난(위난전가행위)’의 경우 피난자의 정당화된 행위(正)와 위난과 관계없이 침해되는 제3자(正)의 법익과의 관계를 염두에 두었기 때문이다. ‘방어적 긴급피난’은 위난을 유발한 당사자에 대한 피난행위를 말하는 바, 이러한 형태의 긴급피난은 정당방위에 해당하지 않을 경우에 문제될 뿐이다. <송형총 222면, 224면>

④(○). 제한적 중속형식은 정범(긴급피난자)의 행위가 구성요건에 해당하고 위법성이 인정되어야 공범이 성립할 수 있다고 보기 때문이다. <송형총 374면>

⑤(×). ... 피고인들이 확장장치 사용, 연설회 개최, 불법행렬, 서명날인운동, 선거운동기간 전 집회 개최 등의 방법으로 특정 후보자에 대한 낙선운동을 함으로써 공직선거및선거부정방지법에 의한 선거운동제한 규정을 위반한 피고인들의 같은 법 위반의 각 행위는 위법한 행위로서 허용될 수 없는 것이고, 피고인들의 위 각 행위가 시민불복종운동으로서 헌법상의 기본권 행사 범위 내에 속하는 정당행위이거나 형법상 사회상규에 위반되지 아니하는 정당행위 또는 긴급피난의 요건을 갖춘 행위로 볼 수는 없다(대판 2004.4.27., 2002도315). <송형총 274면>

문 27.(배점 4) 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲은 A에게 위조한 예금통장 사본 등을 보여주면서 외국회사에서 투자금을 받았다고 거짓말하여 자금대여를 요청하였고, 이에 A와 함께 투자금의 입금 여부를 확인하기 위해 은행에 가던 중 은행 입구에서 차용을 포기하고 돌아간 경우 사기죄의 중지미수가 인정된다.
- ㄴ. 甲이 피담보채권인 공사대금 채권을 실제와 달리 허위로 크게 부풀려 유치권에 의한 경매를 신청한 행위는 소송사기의 실행의 착수에 해당한다.
- ㄷ. 甲이 乙에게 피해자 A의 불륜관계를 이용하여 공갈할 것을 교사하였다. 이에 乙은 A를 미행하여 불륜 현장을 촬영한 후 甲에게 이를 알렸으나, 甲은 乙에게 그동안의 수고비를 줄 테니 촬영한 동영상을 넘기고 A를 공갈하는 것을 단념하라고 수차례 만류하였다. 그럼에도 乙은 甲의 제안을 거절하고 촬영한 동영상을 A의 핸드폰에 전송하고 전화 등으로 현금을 주지 않으면 동영상을 유포하겠다고 A에게 겁을 주어 A로부터 500만 원을 교부받은 경우 甲은 공범관계에서 이탈한 것으로 볼 수 없으므로 공갈죄의 교사범이 성립한다.
- ㄹ. 甲의 A에 대한 폭행행위가 A에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다면 그러한 폭행행위는 이른바 ‘불가벌적 수반행위’에 대하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다.
- ㅁ. 甲이 주거에 침입하여 강간 범행을 하는 과정에서 한 폭행행위가 단순한 폭행이 아니라 보복의 목적을 가지고 한 것이었다면, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄가 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입강간등)죄에 흡수되는 법조경합의 관계에 있다고 볼 수 있다.
- ㅂ. 피고인 甲은 공범인 공동피고인 乙에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 乙에 대한 공소사실에 관하여 위증죄의 주체인 증인이 될 수 있고, 이는 대항범인 공동피고인의 경우에도 마찬가지이다.

- ① ㄱ, ㄹ, ㅁ ② ㄴ, ㄷ, ㅂ
 ③ ㄴ, ㄹ, ㅂ ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ, ㅂ
 ⑤ ㄴ, ㄷ, ㅁ, ㅂ ⑥ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㅂ
 ⑦ ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅁ ⑧ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅂ

정답

②

[2014 사시]

해설

ㄱ(×). ... 피고인이 범행이 발각될 것이 두려워 범행을 중지

한 것으로서 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당하여 자의에 의한 중지미수로 볼 수 없다고 한 사례(대판 2011.11.10., 2011도10539). <송형총 343면, 최신판례특강자료 47면>

ㄴ(○). 대판 2012.11.15., 2012도9603. <송형총 334면, 최신판례특강자료 45면>

ㄷ(○). 교사범이란 정범인 피교사자로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립하는 것이고, 교사범을 처벌하는 이유는 이와 같이 교사범이 피교사자로 하여금 범죄 실행을 결의하게 하였다는 데에 있다. 따라서 교사범이 그 공범관계로부터 이탈하기 위해서는 피교사자가 범죄의 실행행위에 나아가기 전에 교사범에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의를 해소하는 것이 필요하고, 이때 교사범이 피교사자에게 교사행위를 철회한다는 의사를 표시하고 이에 피교사자도 그 의사에 따르기로 하거나 또는 교사범이 명시적으로 교사행위를 철회함과 아울러 피교사자의 범죄 실행을 방지하기 위한 진지한 노력을 다하여 당초 피교사자가 범죄를 결의하게 된 사정을 제거하는 등 제반 사정에 비추어 객관적·실질적으로 보아 교사범에게 교사의 고의가 계속 존재한다고 보기 어렵고 당초의 교사행위에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의가 더 이상 유지되지 않는 것으로 평가할 수 있다면, 설사 그 후 피교사자가 범죄를 저지르더라도 이는 당초의 교사행위에 의한 것이 아니라 새로운 범죄 실행의 결의에 따른 것이므로 교사자는 형법 제31조 제2항에 의한 죄책을 부담함은 별론으로 하고 형법 제31조 제1항에 의한 교사범으로서의 죄책을 부담하지는 않는다고 할 수 있다(대판 2012.11.15., 2012도7407. 공보불 게재). ★ ... 위와 같은 사실관계 등에 의하면, 피고인 甲은 공소외인 乙로 하여금 이 사건 공갈 범죄의 실행을 결의하게 하였고, 피고인의 교사에 의하여 범죄 실행을 결의하게 된 공소외인이 그 실행행위에 나아가기 전에 피고인으로부터 범행을 만류하는 전화를 받기는 하였으나 이를 명시적으로 거절함으로써 여전히 피고인의 교사 내용과 같은 범죄 실행의 결의를 그대로 유지하였으며, 그 결의에 따라 실제로 피해자를 공갈하였음을 알 수 있다. 이를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인의 교사행위와 공소외인의 공갈행위 사이에는 상당인과관계가 인정된다 할 것이고, 피고인의 만류행위가 있었지만 공소외인이 이를 명시적으로 거절하고 당초와 같은 범죄 실행의 결의를 그대로 유지한 것으로 보이는 이상, 피고인이 공범관계에서 이탈한 것으로 볼 수도 없다. <최신판례특강자료 53면>

ㄹ(×). 업무방해죄와 폭행죄는 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 업무방해죄의 성립에 일반적·전형적으로 사람에게 대한 폭행행위를 수반하는 것은 아니며, 폭행행위가 업무방해죄에 비하여 별도로 고려되지 않을 만큼 경미한 것이라고 할 수도 없으므로, 설령 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다고 하더라도 그러한 폭행행위가 이른바 ‘불가벌적 수반행위’에 대하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다(대판 2012.10.11., 2012도1895). <송형총 461면, 최신판례특강자료 57면>

ㅁ(×). 피고인이 피해자의 주거에 침입하여 강간하려다 미수

에 그침과 동시에 자기의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 수사단서를 제공하고 진술한 것에 대한 보복 목적으로 그를 폭행하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(보복범죄등)죄 및 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(주거침입강간등)죄가 각 성립하고 두 죄가 **상상적 경합관계**에 있다고 본 원심판단을 수긍한 사례(대판 2012.3.15., 2012도544. 공보불게재). <송형총 500면, 최신판례특강자료 65면>

ㄴ(○). 대판 2012.3.29., 2009도11249(공보불게재). <송형총 809면, 최신판례특강자료 200면>

문 28.(배점 3) 위증죄 및 무고죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 증인 甲이 증인신문절차에서 허위의 진술을 하고 그 진술이 철회·시정된 바 없이 그대로 증인신문절차가 종료되었고, 그 후 별도의 증인 신청 및 채택 절차를 거쳐 甲이 다시 신문을 받는 과정에서 종전 신문절차에서 한 진술을 철회·시정하여 진실한 사실을 진술한 경우, 甲의 행위는 위증죄의 기수범이 성립한다.
- ㄴ. 증인 甲이 다른 사람으로부터 전해들은 금품의 전달 사실을 마치 甲 자신이 전달한 것처럼 진술하였을지라도 금품의 전달 사실이 객관적으로 진실이라면 위증이라고 할 수 없다.
- ㄷ. 甲이 돈을 갚지 않는 A를 사기죄로 고소하면서 도박장에서 도박자금으로 빌려 준 사실을 숨기고 단순히 변제 의사와 능력의 유무에 관하여 기망하였다는 내용으로 고소하고 또한 A에게 대여장소를 묵비하도록 종용한 경우에는 ‘허위사실의 신고’에 해당하여 무고죄가 성립한다.
- ㄹ. 甲이 “피고소인이 송이의 채취권을 이중으로 양도하여 손해를 입었으니 엄벌하여 달라.”라는 내용으로 고소하였을 경우, 그 고소사실이 횡령죄나 배임죄 기타 형사범죄를 구성하지 않는 내용의 신고일지라도 그 신고 내용이 허위인 경우 무고죄가 성립한다.
- ㅁ. 피해자로부터 고소를 당한 甲은 자신의 결백을 주장하기 위하여 ‘고소당한 죄의 혐의가 없는 것으로 인정된다면 고소인이 자신을 무고한 것에 해당하므로 고소인을 처벌해달라’는 내용의 고소장을 제출하였는데 甲이 고소당한 범죄가 유죄로 인정되는 경우, 무고죄가 성립한다.

- ① ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ ② ㄱ, ㄷ, ㅁ
- ③ ㄴ, ㄷ, ㄹ ④ ㄴ, ㄹ, ㅁ
- ⑤ ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅁ

정답 ③

[2014 사시]

- 해설 ㄱ(○). 대판 2010.9.30., 2010도7525. <송형각 812면>
 ㄴ(×). 타인으로부터 전해 들은 금품의 전달사실을 마치 증인 자신이 전달한 것처럼 진술한 것은 증인의 기억에 반하는 허위진술이라고 할 것이므로 그 진술부분은 위증에 해당한다(대판 1990.5.8., 90도448). <송형각 806면>
 ㄷ(×). 피고인이 돈을 갚지 않는 차용인들을 사기죄로 고소하면서 대여 장소를 허위 기재(도박자금으로 대여한 사실을 감춘 채 단순한 대여금인 것처럼 가장하여 강원랜드가 아닌 울산 남구 야음동 소재 커피숍으로 허위 기재)하여 도박자금으로 빌려 준 사실을 숨기고, 피고소인들에게 대여 장소를 묵비하도록 종용하였다는 사정만으로는 무고죄에서 ‘허위사실의 신고’로 보기 어렵는데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(대판 2011.1.13., 2010도14028. 공보불게재). <송형각 824면, 최신판례특강자료 208면>
 ㄹ(×). [1] 타인에게 형사처분을 받게 할 목적으로 ‘허위의 사실’을 신고한 행위가 무고죄를 구성하기 위하여는 신고된 사실 자체가 형사처분의 원인이 될 수 있어야 할 것이어서, 가령 허위의 사실을 신고하였다 하더라도 그 사실 자체가 형사범죄로 구성되지 아니한다면 무고죄는 성립하지 아니한다. [2] “피고소인이 송이의 채취권을 이중으로 양도하여 손해를 입었으니 엄벌하여 달라”는 내용의 고소사실이 횡령죄나 배임죄 기타 형사범죄를 구성하지 않는 내용의 신고에 불과하여 그 신고 내용이 허위라고 하더라도 무고죄가 성립할 수 없다고 한 사례(대판 2007.4.13., 2006도5558). <송형각 826면>
 ㅁ(○). 대판 2007.3.15., 2006도9453. <송형각 830면>

문 29.(배점 2) 위법성조각사유에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 책임설에 따를 때, 법률의 착오에 기한 행위가 그 오인에 정당한 이유가 있어 벌하지 아니하는 경우에는 그 행위에 대하여 정당방위가 허용되지 않는다.
- ② 자구행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 형을 감면할 수 있다.
- ③ 과실범 처벌규정이 없는 과실행위에 대하여도 정당방위가 가능하다.
- ④ 청구권자로부터 자구행위의 실행을 위임받은 자는 그 청구권자를 위하여 자구행위를 할 수 있다.
- ⑤ 문서명의인이 이미 사망하였는데 문서명의인이 생존하고 있다는 점이 문서의 중요한 내용을 이루거나 그 점을 전제로 문서가 작성되었다면, 사망한 명의자의 승낙이 추정된다는 이유로 사문서위조죄의 성립을 부정할 수는 없다.

정답 ①

[2014 사시]

- 해설 ①(×). (위법성 인식의 체계적 지위에 관한) 책임설에 따를

때, 법률의 착오에 기한 행위가 그 오인에 정당한 이유가 있어 벌하지 아니한다 함은 책임이 조각되어 무죄가 된다는 의미이다. 따라서 그러한 행위에 대한 위법성은 인정되는 것이므로 그 행위에 대한 정당방위가 가능하다. <송형총 310면 참조>

- ②(○). 과잉자구행위는 임의적 감면사유이다. <송형총 235면>
 ③(○). 정당방위에서의 ‘부당한 침해’는 형법상 구성요건에 해당하는 행위에 한하지 않고, 객관적으로 법질서 전체에 반하는 일반적인 위법행위를 말한다. 형법상 불법행위뿐만 아니라 민사법상의 불법행위도 포함되며, 과실범 내지 미수범처벌 규정이 없는 경우의 과실 또는 미수행위도 여기의 위법행위에 포함된다. <송형총 208면>
 ④(○). 자구행위에서의 청구권은 자기의 청구권에 국한되는 것이 원칙이다. 정당방위·긴급피난과 달리 타인을 위한 자구행위는 인정되지 않는다. 다만, 청구권자로부터 자구행위의 실행을 위임받은 자의 경우는 가능하다(예컨대 여관주인이 종업원에게 숙박비를 지불하지 않고 도주한 손님을 붙들어 오게 한 경우). <송형총 232면>
 ⑤(○). 대판 2011.9.29., 2011도6223. <송형각 606면, 최신판례특강자료 165면>

문 30.(배점 3) 다음 甲의 죄책에 대한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲은 A의 집에 침입하여 노트북을 훔쳐 나오다가 A와 A의 아들 B가 “도둑이야” 라고 소리를 지르며 쫓아오자 체포를 면탈할 목적으로 A의 얼굴을 팔꿈치로 1회 쳐 폭행하고, 곧바로 B의 정강이를 발로 1회 걷어차 B에게 약 2주간의 치료가 필요한 상해를 가하였다.
 ㄴ. 甲이 술에 취해 난동을 부리자 경찰관 C와 D는 신고를 받고 함께 출동하여 신고 처리 및 수사 업무를 집행 중이었는데, 甲은 같은 장소에서 위 경찰관들에게 욕설을 하면서 먼저 경찰관 C를 폭행하고 곧 이어 이를 제지하는 경찰관 D를 폭행하였다.
 ㄷ. 대학교수인 甲은 판공비지출용 법인 신용카드를 업무와 무관하게 지인들과의 식사대금 결제에 사용하였다.
 ㄹ. 甲은 乙이 사기에 이용하려고 한다는 사정을 알고서도 乙의 부탁에 따라 자신의 명의로 예금계좌를 개설하여 乙에게 양도하였고, 乙은 E를 속여 E로 하여금 1,000만 원을 위 계좌로 송금하게 하였으며, 甲은 위 계좌로 송금된 돈 중 140만 원을 인출하였다.
 ㅁ. 임대인 甲은 피해자 임차인으로부터 전세보증금을 받고 甲명의로 영수증을 작성교부한 뒤, 위 전세보증금을 반환하겠다고 말하여 피해자로부터 위 영수증을 교부받고 나서 전세금을 반환하기도 전에 이를 찢어버렸다.
 ㅂ. 사법경찰관 甲은 F의 범행에 대해 제보를 받고 수사를 진행하던 중, 참고인 乙을 상대로 F의 범죄에 대해 조

사를 하여 참고인진술조서를 작성하였으나 乙은 그 조서에 서명·날인(무인)을 거부하였다. 이후 甲이 F에 대해 구속영장을 신청하면서 수사기록에 위 乙에 대한 진술조서를 첨부하지 아니하고 숨졌다.

- ① ㄱ에서 甲의 A와 B에 대한 행위는 포괄하여 하나의 강도상해죄만 성립한다.
 ② ㄴ에서 甲의 행위는 C에 대한 공무집행방해죄와 D에 대한 공무집행방해죄의 상상적 경합이다.
 ③ ㄷ에서 甲의 행위는 업무상배임죄에 해당한다.
 ④ ㄹ에서 甲의 행위는 사기죄의 방조범이 성립하고, 장물취득죄는 성립하지 않는다.
 ⑤ ㅁ에서 甲의 행위는 문서손괴죄에 해당한다.
 ⑥ ㅂ에서 乙에 대한 진술조서는 진술자가 서명·날인(무인)한 것이 아니어서 공문서로서의 효력이 없으므로 甲의 행위는 공용서류손괴죄에 해당하지 않는다.

정답

⑥

[2014 사시]

해설

- ①(○). 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 체포하려는 여러 명의 피해자에게 같은 기회에 폭행을 가하여 그 중 1인에게만 상해를 가하였다면 이러한 행위는 포괄하여 하나의 강도상해죄만 성립한다(대판 2001.8.21., 2001도3447). <송형각 277면>
 ②(○). 동일한 공무를 집행하는 여럿의 공무원에 대하여 폭행·협박 행위를 한 경우에는 공무를 집행하는 공무원의 수에 따라 여럿의 공무집행방해죄가 성립하고, 위와 같은 폭행·협박행위가 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 것으로서 사회관념상 1개의 행위로 평가되는 경우에는 여럿의 공무집행방해죄는 상상적 경합의 관계에 있다(대판 2009.6.25., 2009도3505). <송형각 774면>
 ③(○). 대학교수가 판공비 지출용 법인신용카드를 업무와 무관하게 개인적 용도에 사용한 행위는 업무상횡령죄가 아닌 업무상배임죄를 구성한다고 한 사례(대판 2006.5.26., 2003도8095. 공보불개재). <송형각 454면>
 ④(○). [1] 사기죄의 객체는 타인이 점유하는 ‘타인의’ 재물 또는 재산상의 이익이므로, 피해자와의 관계에서 살펴보면 그것이 피해자 소유의 재물인지 아니면 피해자가 보유하는 재산상의 이익인지에 따라 ‘재물’이 객체인지 아니면 ‘재산상의 이익’이 객체인지 구별하여야 하는 것으로서, 이 사건과 같이 피해자가 본범의 기망행위에 속하여 현금을 피고인 명의의 은행 예금계좌로 송금하였다면, 이는 재물에 해당하는 현금을 교부하는 방법이 예금계좌로 송금하는 형식으로 이루어진 것에 불과하여, 피해자의 은행에 대한 예금채권은 당초 발생하지 않는다.
 [2] 장물취득죄에서 ‘취득’이라 함은 장물의 점유를 이전받음으로써 그 장물에 대하여 사실상 처분권을 획득하는 것을 의미하는데, 이 사건의 경우 본범의 사기행위는 피고인이 예금계좌를 개설하여 본범에게 양도한 방조행위가 가공되어

본법에게 편취금이 귀속되는 과정 없이 피고인이 피해자로부터 피고인의 예금계좌로 돈을 송금받아 취득함으로써 종료되는 것이고, 그 후 피고인이 자신의 예금계좌에서 위 돈을 인출하였다 하더라도 이는 예금명의자로서 은행에 예금반환을 청구한 결과일 뿐 본법으로부터 위 돈에 대한 점유를 이전 받아 사실상 처분권을 획득한 것은 아니므로, 피고인의 위와 같은 인출행위를 장물취득죄로 벌할 수는 없다.

[3] ... 乙이 사기 범행으로 취득한 것은 재산상 이익이어서 장물에 해당하지 않는다는 원심판단은 적절하지 아니하지만, 피고인의 위와 같은 인출행위를 장물취득죄로 벌할 수는 없으므로, 위 '장물취득' 부분을 무죄로 선고한 원심의 결론을 정당하다고 한 사례(대판 2010.12.9., 2010도6256). <송형각 508면>

⑤(○). 문서손괴죄의 객체는 타인소유의 문서이며 피고인 자신의 점유 하에 있는 문서라 할지라도 타인소유인 이상 이를 손괴하는 행위는 문서손괴죄에 해당한다(대판 1984.12.26., 84도2290). <송형각 524면>

⑥(×). 형법 제141조 제1항이 규정하고 있는 공용서류은닉죄에 있어서의 범의란 피고인에게 공무소에서 사용하는 서류라는 사실과 이를 은닉하는 방법으로 그 효용을 해한다는 사실의 인식이 있음으로써 족하고, 경찰이 작성한 진술조서가 미완성이고 작성자와 진술자가 서명·날인 또는 무인한 것이 아니어서 공문서로서의 효력이 없다고 하더라도 공무소에서 사용하는 서류가 아니라고 할 수는 없다(대판 2006.5.25., 2003도3945). 따라서 사안의 경우 甲에게는 공용서류은닉죄가 성립한다. <송형각 792면>

문 31.(배점 3) 누범에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 유기징역을 선고하면서 누범 가중을 하는 경우 장기의 2배까지 가중할 수 있으나, 유기징역형의 상한인 30년을 초과할 수 없다.
- ㄴ. 집행유예의 선고를 받은 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 경우 그 전과사실은 누범가중의 사유에 해당하지 않는다.
- ㄷ. 누범이 경합범인 경우에는 각 죄에 대하여 먼저 누범가중을 한 후에 경합범 가중을 하여야 한다.
- ㄹ. 누범이 성립하려면 '금고 이상의 형'을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 내에 '금고 이상에 해당하는 죄'를 범하여야 하는바, 여기서 전자의 '금고 이상의 형'은 선고형을 의미하나, 후자의 '금고 이상에 해당하는 죄'에서 '금고'란 법정형을 의미한다.
- ㅁ. 누범으로 인하여 가중되는 형은 선고형을 의미하므로, 누범 가중을 하는 경우 그 죄의 법정형을 초과하여 선고하여야 한다.

- ① ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(×)
- ② ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(○), ㅁ(×)
- ③ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(×)
- ④ ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(○)
- ⑤ ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(○)

정답

①

[2014 사시]

해설

ㄱ(×). 유기형의 상한은 30년이나, 그 형을 가중한 때에는 50년까지로 한다(제42조). 따라서 누범의 경우 장기의 2배까지 가중하나(제35조 제2항), 50년을 초과할 수 없다(제42조). <송형총 549면>

ㄴ(○). 누범에 있어서 전범에 대한 금고이상의 형 선고는 유효하여야 한다. 따라서 일반사면을 받거나(대판 1965.11.30., 65도910), 집행유예기간의 경과로 형선고의 효력이 상실된 경우(대판 1970.9.22., 70도1627)에는 누범전과가 인정되지 않는다. <송형총 547면>

ㄷ(○). 형을 가중, 감경할 사유가 경합된 때에는 '각칙 본조에 의한 가중 → 제34조 제2항의 가중 → 누범가중 → 법률상 감경 → 경합범 가중 → 작량감경'순으로 하기 때문이다(제56조 참조). <송형총 539면>

ㄹ(×). 후자의 '금고 이상에 해당하는 죄'에서 '금고'란 '선고형'을 의미한다(대판 1982.9.14., 82도1702). 따라서 법정형 중 벌금형을 선택한 경우에는 누범가중을 할 수 없다. <송형총 549면>

ㅁ(×). 누범가중은 장기에만 해당될 뿐 단기는 가중하지 않으며(대판 1969.8.19., 69도1129), 가중되는 형은 법정형을 의미하고 선고형을 의미하는 것은 아니다. 따라서 누범가중의 경우에도 반드시 당해 범죄의 법정형을 초과하여야 하는 것은 아니다. <송형총 549면>

문 32.(배점 3) 국가적 법익을 침해한 범죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 업무상 불법주차 단속권한이 없는 야간 당직 근무 중인 구청 청원경찰이 민원인의 불법주차 단속 요구에 응하여 현장을 확인만 하고 주간 근무자에게 전달하여 단속하겠다고 했다는 이유로 그 민원인이 청원경찰을 폭행한 경우 공무집행방해죄가 성립한다.
- ② 출입국관리공무원이 관리자의 사전동의 없이 일반인의 자유로운 출입이 허용되지 아니한 사업장에 진입하여 불법체류자 단속을 개시하자 피고인이 이를 방해하였을 경우 공무집행행위의 적법성이 부인되어 공무집행방해죄가 성립하지 않는다.
- ③ 위법한 집회에 참가하기 위하여 예정시간보다 약 5시간 30분 전에 그 예정 장소로부터 약 150km 떨어진 곳에서 출발하려는 사람들을 경찰이 물리력으로 제지하는

행위는 공무집행방해죄와 관련하여 적법한 공무수행으로 인정할 수 없다.

- ④ 게임산업진흥에관한법률위반, 도박개장 등의 혐의로 수사기관에서 조사받는 피의자가 사실은 게임장·오락실·PC방 등의 실제 업주가 아니라 그 종업원임에도 불구하고 자신이 실제 업주라고 허위로 진술하였다고 하더라도, 그 자체만으로는 범인도피죄를 구성하는 것은 아니다.
- ⑤ 공장을 운영하는 甲은 자기 소유의 기계들에 관하여 乙과 매매계약을 체결하고 그 대금을 지급받았다. 乙에게 위 기계들을 인도하기 전에 甲의 채권자 A로부터 집행위임을 받은 집행관은 甲이 참여한 가운데 위 기계들에 대하여 적법한 가압류 집행을 실시하고 그 뜻을 기재한 표시를 하였다. 가압류 집행 이후 甲이 乙과의 매매계약을 이행할 목적으로 乙에게 위 기계들을 인도하였을 경우 공무상표시무효죄는 성립하지 않는다.

정답

⑤

[2014 사시]

해설

- ①(○). 대판 2009.1.15., 2008도9919. <송형각 762면>
 ②(○). 대판 2009.3.12., 2008도7156. <송형각 770면>
 ③(○). 대판 2008.11.13., 2007도9794. <송형각 767면>
 ④(○). 대판 2010.1.28., 2009도10709. <송형각 801면, 최신판례특강자료 199면>
 ⑤(×). S지법 소속 집행관이 이 사건 기계에 관하여 유체동산가압류집행을 실시하고 그 뜻을 기재한 표시를 하였음을 甲이 알고 있으면서도, 이 사건 가압류집행 이전에 甲이 乙에게 이 사건 기계를 양도하기로 하는 합의가 있었으므로 그 봉인이 법률상 효력이 없다고 믿고 乙로 하여금 이 사건 기계들을 가져가도록 하여 가압류표시의 효용을 해한 사안에 대해, 判例는 “공무원이 그 직무에 관하여 실시한 봉인 등의 표시를 손상 또는 은닉 기타의 방법으로 그 효용을 해함에 있어서 그 봉인 등의 표시가 법률상 효력이 없다고 믿은 것은 법규의 해석을 잘못하여 행위의 위법성을 인식하지 못한 것이라고 할 것이므로 그와 같이 믿은 데에 정당한 이유가 없는 이상, 그와 같이 믿었다는 사정만으로는 공무상표시무효죄의 죄책을 면할 수 없다.”고 판시하였다(대판 2000.4.21., 99도5563). ★ 이러한 判例의 논리에 따르면 사안의 경우는 甲이 참여한 가운데 집행관이 위 기계들에 대하여 적법한 가압류 집행을 실시하고 그 뜻을 기재한 표시를 하였으므로, 甲이 乙과의 매매계약을 이행할 목적으로 乙에게 위 기계들을 인도하였을지라도 甲에게 공무상표시무효죄가 성립한다.

문 33.(배점 2) 정당행위에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 노동쟁의는 특별한 사정이 없는 한 그 절차에 있어 조

정절차를 거쳐야 하는 것이지만, 이는 반드시 노동위원회가 조정결정을 한 뒤에 쟁의행위를 하여야만 그 절차가 정당한 것은 아니라고 할 것이고, 노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마쳐지거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기간이 끝나면 조정절차를 거친 것으로서 쟁의행위를 할 수 있다.

- ㄴ. 신문기자인 피고인이 고소인에게 2회에 걸쳐 증여세 포탈에 대한 취재를 요구하면서 이에 응하지 않으면 자신이 취재한 내용대로 보도하겠다고 말하여 협박한 경우는 사회상규에 반하는 행위로 위법성이 조각되지 않는다.
- ㄷ. 불법 감청·녹음 등에 관여하지 아니한 언론기관이, 그 통신 또는 대화의 내용이 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 것이라는 사정을 알면서도 이를 보도하여 공개하는 행위는 형법 제20조의 정당행위로 인정될 수 없다.
- ㄹ. 시위 방법으로 신고되지 않은 ‘삼보일배’ 행진은 그 장소, 형태, 내용, 방법과 결과 등에 비추어 시위의 목적 달성에 필요한 합리적인 범위에서 사회통념상 용인될 수 있는 다소의 피해를 발생시켰다고 하더라도 정당행위로 인정될 수 있다.
- ㅁ. 자격기본법에 의한 민간자격관리자로부터 대체의학자격증을 수여받은 자가 사업자등록을 한 후 침술원을 개설하여 면허 또는 자격 없이 침술행위를 하는 것은 의료법상 무면허 의료행위로서 처벌되어야 하나, 그 침술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고 그 시술로 인한 위험이 적다면 사회상규에 위배되는 행위에 해당한다고 보기 어렵다.
- ㅂ. 분쟁이 있던 옆집 사람이 야간에 술에 만취된 채 시비를 하여 거실로 들어오려 하므로 이를 제지하여 밀어내는 과정에서 2주간의 치료가 필요한 요부좌상을 입힌 피고인의 행위는 정당행위이다.

- ① ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(○), ㅂ(×)
 ② ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(○), ㅁ(×), ㅂ(○)
 ③ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(×), ㅂ(○)
 ④ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○), ㅁ(○), ㅂ(×)
 ⑤ ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(×), ㅂ(○)

정답

②

[2014 사시]

해설

- ㄱ(○). 대판 2003.12.26., 2001도1863 등. <송형총 255면>
 ㄴ(×). [1] 신문은 헌법상 보장되는 언론자유 의 하나로서 정보원에 대하여 자유로이 접근할 권리와 취재한 정보를 자유로이 공표할 자유를 가지므로(신문 등의 진흥에 관한 법률 제3조 제2항 참조), 종사자인 신문기자가 기사 작성을 위한 자료

를 수집하기 위해 취재활동을 하면서 취재원에게 취재에 응해줄 것을 요청하고 취재한 내용을 관계 법령에 저촉되지 않는 범위 내에서 보도하는 것은 신문기자의 일상적 업무 범위에 속하는 것으로서, 특별한 사정이 없는 한 사회통념상 용인되는 행위라고 보아야 한다.

[2] 신문기자인 피고인이 고소인에게 2회에 걸쳐 증여세 포탈에 대한 취재를 요구하면서 이에 응하지 않으면 자신이 취재한 내용대로 보도하겠다고 말하여 협박하였다는 취지로 기소된 사안에서, ... 제반 사정에 비추어, 위 행위가 실령 협박죄에서 말하는 해악의 고지에 해당하더라도 특별한 사정이 없는 한 기사 작성을 위한 자료를 수집하고 보도하기 위한 것으로서 신문기자의 일상적 업무 범위에 속하여 사회상규에 반하지 아니하는 행위라고 보는 것이 타당한데도, 이와 달리 본 원심판단에 정당행위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(대판 2011.7.14., 2011도639). <송형총 270면, 최신판례특강자료 42면>

ㄷ(×). [다수의견] 불법 감청·녹음 등에 관여하지 아니한 언론기관이, 그 통신 또는 대화의 내용이 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 것이라는 사정을 알면서도 이를 보도하여 공개하는 행위가 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각된다고 하기 위해서는, 첫째 보도의 목적이 불법 감청·녹음 등의 범죄가 저질러졌다는 사실 자체를 고발하기 위한 것으로 그 과정에서 불가피하게 통신 또는 대화의 내용을 공개할 수밖에 없는 경우이거나, 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 통신 또는 대화의 내용이 이를 공개하지 아니하면 공중의 생명·신체·재산 기타 공익에 대한 중대한 침해가 발생할 가능성이 현저한 경우 등과 같이 비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우에 해당하여야 하고, 둘째 언론기관이 불법 감청·녹음 등의 결과물을 취득할 때 위법한 방법을 사용하거나 적극적·주도적으로 관여하여서는 아니 되며, 셋째 보도가 불법 감청·녹음 등의 사실을 고발하거나 비상한 공적 관심사항을 알리기 위한 목적을 달성하는 데 필요한 부분에 한정되는 등 통신비밀의 침해를 최소화하는 방법으로 이루어져야 하고, 넷째 언론이 그 내용을 보도함으로써 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀의 보호에 의하여 달성되는 이익 및 가치를 초과하여야 한다. 여기서 이익의 비교·형량은, 불법 감청·녹음된 타인 간의 통신 또는 대화의 이루어진 경위와 목적, 통신 또는 대화의 내용, 통신 또는 대화 당사자의 지위 내지 공적 인물로서의 성격, 불법 감청·녹음 등의 주체와 그러한 행위의 동기 및 경위, 언론기관이 불법 감청·녹음 등의 결과물을 취득하게 된 경위와 보도의 목적, 보도의 내용 및 보도로 인하여 침해되는 이익 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 정하여야 한다(대판 2011.3.17., 2006도8839, 전원합의체판결). ★ 결국 불법 감청·녹음 등에 관여하지 아니한 언론기관이, 그 통신 또는 대화의 내용이 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 것이라는 사정을 알면서도 이를 보도하여 공개하는 행위가 위요건을 충족한다면 위법성이 조각될 수 있으므로, 지문에서 단정적으로 '제20조의 정당행위로 인정될 수 없다'라고 한 것은 타당하다고 할 수 없다. <송형총 276면, 최신판례특강자료 41면>

ㄹ(○). 대판 2009.7.23., 2009도840. <송형총 271면>

ㄱ(×). 자격기본법에 의한 민간자격관리자로부터 대체의학자격증을 수여 받았을 뿐 국가의 공인을 받지 못한 민간자격증만을 취득한 자가 사업자등록을 한 후 침술원을 개설하여 침술행위를 하는 것은 의료법 제25조의 무면허의료행위(한방의료행위)에 해당되어 같은 법 제66조에 의하여 처벌되어야 하는 것이며, 그 침술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로는 그것이 바로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다(대판 2003.5.13., 2003도939). <송형총 267면>

ㄴ(○). 소위 '소극적 저항행위'로서 정당행위에 해당한다. 대판 1995.2.28., 94도2746. <송형총 263면>

문 34.(배점 2) 장물에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 장물인 정을 모르고 장물을 보관하였다가 그 후에 장물임을 알게 된 경우 그 정을 알고서도 이를 계속하여 보관하더라도 점유할 권한이 있는 때에는 장물보관죄가 성립하지 않는다.
- ㄴ. 장물인 정을 알면서, 장물을 취득·양도·운반·보관하려는 당사자 사이에서 양측을 연결하여 장물의 취득·양도 등의 행위를 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.
- ㄷ. 甲이 미등록 상태였던 수입자동차를 취득하여 신규등록을 마친 후 그 수입자동차가 장물일지도 모른다고 생각하면서도 이를 다시 제3자에게 양도한 경우, 자동차관리법이 "자동차 소유권의 득실변경은 등록을 하여야 그 효력이 생긴다." 라고 규정하고 있어 수입자동차를 신규등록하였을 때 그 최초 등록명의인인 甲이 위 해당 수입자동차를 원시취득한 것이어서 장물성이 상실되므로 그 장물양도행위는 범죄가 되지 않는다.
- ㄹ. 甲은 乙로부터 장물인 골동품을 매각하여 달라는 의뢰를 받으면서 골동품이 장물인지 여부를 확인하여야 할 업무상 주의의무가 있음에도 이를 게을리하고 골동품을 넘겨받아 보관하던 중, 丙으로부터 금원을 차용하면서 보관 중이던 골동품을 담보로 제공한 경우, 甲의 행위는 업무상과실장물보관죄를 구성하고, 그 후의 횡령행위는 불가벌적 사후행위에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다.

- | | | |
|--------|--------|-----------|
| ① 없음 | ② ㄷ | ③ ㄴ, ㄷ |
| ④ ㄷ, ㄹ | ⑤ ㄱ, ㄹ | ⑥ ㄱ, ㄴ, ㄹ |

정답 ②

[2014 사시]

- 해설 ㄱ(○). 대판 2006.10.13., 2004도6084. <송형각 510면>
 ㄴ(○). 대판 2009.4.23., 2009도1203. <송형각 511면>
 ㄷ(×). [1] 장물죄에 있어서 장물의 인식은 확정적 인식임을 요하지 않으며 장물일지도 모른다는 의심을 가지는 정도의 미필적 인식으로서도 충분하다.
 [2] 구 자동차관리법 제6조가 “자동차 소유권의 득실변경은 등록을 하여야 그 효력이 생긴다.”고 규정하고 있기는 하나, 위 규정은 도로에서의 운행에 제공될 자동차의 소유권을 공증하고 안전성을 확보하고자 하는 데 그 취지가 있는 것이므로, 장물인 수입자동차를 신규등록하였다고 하여 그 최초 등록명의인이 해당 수입자동차를 원시취득하게 된다거나 그 장물양도행위가 범죄가 되지 않는다고 볼 수는 없다.
 [3] 피고인이 도난차량인 미등록 수입자동차를 취득하여 신규등록을 마친 후 위 자동차가 장물일지도 모른다고 생각하면서 이를 양도한 사안에서, 피고인의 선의취득 주장을 배척하고 장물양도죄를 인정한 원심의 조치를 수긍한 사례(대판 2011.5.13., 2009도3552. 공보불게재). <송형각 509면, 최신판례특강자료 157면>
 ㄹ(○). 대판 2004.4.9., 2003도8219. <송형각 512면>

문 35.(배점 2) 과실범에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 인턴이 응급실로 이송되어 온 환자를, 담당의사로부터 이송 도중 환자에 대한 앰부 배깅(ambu bagging)과 진정제 투여 업무만을 지시받고, 구급차에 태워 다른 병원으로 이송하던 중 산소통의 산소잔량을 체크하지 않아 산소 공급이 중단된 결과 환자가 폐부종 등으로 사망에 이르게 된 경우 특별한 사정이 없는 한 인턴에게 업무상 과실이 인정되지 않는다.
- ② 택시운전기사가 심야에 밀집된 주택 사이의 좁은 골목길이자 직각으로 구부러져 가파른 비탈길의 내리막에서 그다지 속도를 줄이지 않고 진행하다가 내리막에 누워 있던 피해자의 몸통 부위를 택시 바퀴로 역과하여 그 자리에서 사망에 이르게 한 경우 그에게 업무상 주의의무 위반을 인정할 수 없다.
- ③ 의사의 과실을 인정하려면 결과발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었음에도 이를 하지 못한 점이 인정되어야 하며, 의사의 과실 유무를 판단함에는 동일 업종에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여, 사고 당시의 일반적인 의학 수준과 의료 환경 및 조건 등을 고려하여야 한다.
- ④ 골프경기를 하던 중 골프공을 쳐서 아무도 예상하지 못한 자신의 등 뒤편으로 보내어 경기보조원에게 상해를 입힌 행위는 사회적 상당성의 범위를 벗어난 행위로서

과실치상죄가 성립한다.

- ⑤ A가 처음 찜질방에 들어갈 당시에는 목욕장의 정상적 이용이 곤란한 정도로 술이 취한 상태는 아니었지만 그 이후 후문으로 나가 술을 더 마신 다음 찜질방 직원 몰래 후문으로 다시 들어와 발한실에서 잠을 자다가 사망하였다면 찜질방 직원에게 업무상 과실이 인정되지는 않는다.

정답 ②

[2014 사시]

- 해설 ①(○), ③(○). 대판 2011.9.8., 2009도13959. <송형총 170면, 최신판례특강자료 37면>
 ②(×). 택시 운전자인 피고인이 심야에 밀집된 주택 사이의 좁은 골목길이자 직각으로 구부러져 가파른 비탈길의 내리막에 누워 있던 피해자의 몸통 부위를 택시 바퀴로 역과하여 그 자리에서 사망에 이르게 하고 도주한 사안에서, 위 사고 당시 시각과 사고 당시 도로상황 등에 비추어 자동차 운전업무에 종사하는 피고인으로서는 평소보다 더욱 속도를 줄이고 전방 좌우를 면밀히 주시하여 안전하게 운전함으로써 사고를 미연에 방지할 주의의무가 있었는데도, 이를 게을리한 채 그다지 속도를 줄이지 아니한 상태로 만연히 진행하던 중 전방 도로에 누워 있던 피해자를 발견하지 못하여 위 사고를 일으켰으므로, 사고 당시 피고인에게는 이러한 업무상 주의의무를 위반한 잘못이 있었는데도, 이와 달리 판단하여 피고인에게 무죄를 선고한 원심판결에 업무상과실치사죄의 구성요건에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(대판 2011.5.26., 2010도17506). <송형각 49면, 최신판례특강자료 74면>
 ④(○). 대판 2008.10.23., 2008도6940. <송형총 175면>
 ⑤(○). 대판 2010.2.11., 2009도9807. <송형총 169면>

문 36.(배점 2) 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 폭력조직 간부인 甲이 직원들과 공모하여 피해자 A가 운영하는 성매매업소 앞에 속칭 ‘병풍’을 치거나 차량을 주차해 놓는 등 위력을 행사하였다고 하더라도, 성매매업소 운영업무는 업무방해죄의 보호대상인 업무라고 볼 수 없어 업무방해죄가 성립하지 않는다.
- ② X시의 시장 A와 Y회사 관계자 등이 ‘Y회사 공장 유치 확정’에 관한 기자회견을 하려고 하자, 甲이 다른 사람들과 공모하여 위력으로써 기자회견을 방해한 경우, X시의 시장 A의 기자회견은 공무원이 직무상 수행하는 공무에 해당하므로 甲의 행위는 A에 대하여는 업무방해죄가 성립하지 않는다.
- ③ 주택재건축조합 조합장인 甲이 자신에 대한 감사활동을 방해하기 위하여 조합사무실에 있던 조합 직원의 컴퓨터에 비밀번호를 설정하고 하드디스크를 분리·보관한 경우 甲의 행위는 컴퓨터등장애업무방해죄에 해당한다.

- ④ 포털사이트 운영회사의 통계집계시스템 서버에 허위의 클릭정보를 전송하여 검색순위 결정 과정에서 위와 같이 전송된 허위의 클릭정보가 실제로 통계에 반영됨으로써 정보처리에 장애가 현실적으로 발생하였다면, 그로 인하여 실제로 검색순위의 변동을 초래하지는 않았다고 하더라도 컴퓨터등장애 업무방해죄가 성립한다.
- ⑤ 甲이 불특정 다수의 인터넷 이용자들에게 배포한 A프로그램은, B포털사이트 서버가 이용자의 컴퓨터에 정보를 전송하는 데에는 아무런 영향을 주지 않고, 다만 이용자의 동의에 따라 위 프로그램이 설치된 컴퓨터 화면에서만 B포털사이트 화면이 전송받은 원래 모습과는 달리 甲의 광고가 대체 혹은 삽입된 형태로 나타나도록 하는 것에 불과하다고 하더라도, 정보처리장치의 작동에 직접·간접으로 영향을 주어 그 사용목적과 다른 기능을 하게 하였다고 볼 수 있어 컴퓨터등장애업무방해죄에 해당한다.

정답

⑤

[2014 사시]

해설

- ①(○). 대판 2011.10.13., 2011도7081. <송형각 170면, 최신판례특강자료 92면>
- ②(○). 대판 2011.7.28., 2009도11104(공보불게재). <송형각 173면, 최신판례특강자료 92면>
- ③(○). 대판 2012.5.24., 2011도7943(공보불게재). <최신판례특강자료 99면>
- ④(○). 대판 2009.4.9., 2008도11978. <송형각 187면>
- ⑤(×). 피고인들이 불특정 다수의 인터넷 이용자들에게 배포한 ‘업링크솔루션’이라는 프로그램은, B 회사의 네이버 포털사이트 서버가 이용자의 컴퓨터에 정보를 전송하는 데에는 아무런 영향을 주지 않고, 다만 이용자의 동의에 따라 위 프로그램이 설치된 컴퓨터 화면에서만 네이버 화면이 전송받은 원래 모습과는 달리 피고인들의 광고가 대체 혹은 삽입된 형태로 나타나도록 하는 것에 불과하므로, 이것만으로는 정보처리장치의 작동에 직접·간접으로 영향을 주어 그 사용목적에 부합하는 기능을 하지 못하게 하거나 사용목적과 다른 기능을 하게 하였다고 볼 수 없어 컴퓨터 등 장애 업무방해죄로 의율할 수 없다고 본 원심판단을 수긍한 사례(대판 2010.9.30., 2009도12238). <송형각 187면>

문 37.(배점 3) <보기1>을 읽고 甲의 형사책임에 관한 <보기2>의 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<보기1>

甲은 1주일 전 아파트 층간 소음 문제로 아래층에 사는 A와 심한 말다툼을 하였다. 甲은 A에게 분풀이를 하기 위해 어느 날 저녁 아파트 지하 주차장에서 고의로 돌을 던져

A의 자동차 유리창을 깨뜨렸다. 그 당시 A는 사업에 실패하여 우울증을 앓고 있었는데 마침 그 시각 자살을 하기 위해 자동차 안에서 번개탄을 피워 놓아 사망하기 직전이었으나, 유리창이 깨지는 덕분에 생명을 구하였다.

<보기2>

- ㄱ. 객관적 정당화 요소가 모두 충족되는 한 그에 상응하는 주관적 정당화 요소가 없이도 위법성이 조각된다고 보는 견해는 불법의 본질을 오직 행위반가치에서만 바라보는 입장으로 이에 따르면 甲은 무죄이다.
- ㄴ. 기수범설은 객관적 정당화상황이 존재하는 경우와 존재하지 않는 경우를 동일하게 취급함으로써 사태를 주관적으로 치우쳐 평가한다는 비판이 있다.
- ㄷ. 甲에게 손괴죄의 불능미수가 성립한다는 견해는 불법의 본질을 결과반가치로서의 법익의 침해와 행위의 주관적·객관적 측면을 포섭하는 행위반가치를 고려하여 판단해야 한다는 입장을 토대로 한다.
- ㄹ. 무죄설은, 주관적 정당화요소를 결한 경우 결과반가치는 탈락하더라도 행위반가치는 여전히 남는데 이를 적법하다고 평가하는 문제가 있다.
- ㅁ. 만약 사례와 달리 甲이 과실로 A의 자동차 유리창을 깨뜨린 경우 주관적 정당화 요소의 필요설과 불요설에 따른 결론은 차이가 난다.

- ① ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(○)
- ② ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(×)
- ③ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(×)
- ④ ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(○), ㅁ(○)
- ⑤ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○), ㅁ(○)

정답

③

[2014 사시]

해설

- ★ <보기1>의 사안은 주관적 정당화요소가 결여된 경우로서 견해에 따라 ‘우연피난’ 또는 ‘우연추정적 승낙’의 문제이다.
- ㄱ(×). 객관적 정당화 요소가 모두 충족되는 한 그에 상응하는 주관적 정당화 요소가 없이도 위법성이 조각된다고 보는 견해는 무죄설(위법성조각설)이다. 무죄설은 불법의 실체에 있어서 결과반가치론을 이론적 기초로 한다. <송형총 203면>
- ㄴ(○). 기수범설은 위법성조각의 객관적 요건과 주관적 요건이 충족된 때에만 정당화된다는 전제에서, 주관적 정당화요소가 결여되면 객관적 정당화상황이 존재하더라도 위법성은 조각되지 않으며, 이 경우도 구성요건적 결과가 발생한 이상 기수가 되어야 한다고 한다. 그 결과 객관적 정당화상황이 존재하는 경우와 존재하지 않는 경우를 동일하게 기수로 취급함으로써 사태를 주관적으로 치우쳐 평가한다는 비판을 받는다.
- ㄷ(○). 불능미수설은 이원적 인적 불법론을 이론적 기초로 하므로 타당하다.

ㄷ(○). 무죄설은 주관적 정당화요소가 있는 경우와 없는 경우를 동일하게 위법성을 조각시킨다는 점에서 비판받는다. 通說인 이원적 인적 불법론에 의하면, 객관적인 위법성조각사유가 존재하므로 결과반가치는 탈락하지만 주관적 정당화요소가 결여되면 행위반가치는 여전히 남으므로, 이를 적법하다고 평가할 수 없다는 점에서 제기되는 비판이다.

ㄹ(×). 과실범의 위법성이 조각되기 위해서도 주관적 정당화요소가 필요한가에 대해 필요설과 불요설이 대립하지만 견해대립의 실익은 없다. 주관적 정당화요소가 없는 경우 불요설에 의하면 위법성이 조각되어 무죄가 되고, 필요설에 의하면 과실범의 행위불법성은 여전히 남으므로 불능미수가 문제되지만 과실범의 미수범은 불가벌이므로 처벌할 수 없게 된다. 따라서 甲이 과실로 A의 자동차 유리창을 깨뜨린 경우 주관적 정당화 요소 필요설과 불요설은 모두 甲이 불가벌이라는 점에서 결론이 동일하다.

문 38.(배점 2) 부작위범에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에 이르렀다면, 작위에 의하여 악화된 법익 상황을 다시 되돌아키지 아니하였으므로 부작위범으로 볼 것이다.
- ② 작위의무는 법적인 의무이어야 하고 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으므로, 사회상규 또는 조리상 작위의무가 기대된다고 하여 법적인 작위의무가 인정되는 것은 아니다.
- ③ 법무사법 제3조 제2항은 “법무사가 아닌 자는 법무사 또는 이와 비슷한 명칭을 사용하지 못한다.” 라고 규정하고 있는바, 법무사가 아닌 사람이 법무사로 소개되거나 호칭되는 데에도 불구하고 아무런 해명도 하지 않은 채 법무사 행세를 계속하면서 근거당권설정계약서를 작성하였더라도 본인이 스스로 자신을 법무사라고 하거나 법무사 명칭을 적극적으로 사용하지 않았다면 위 규정 위반죄를 인정할 수 없다.
- ④ 보험회사가 정한 약관에서 고지의무의 대상이 되는 질병을 앓고 있는 자가 자신의 질병에 대해 고지하지 않은 채 보험회사와 그 질병을 담보하는 보험계약을 체결한 후 그 질병의 발병을 사유로 보험금을 청구하였다면, 특별한 사정이 없는 한 보험회사가 그 사실을 알지 못한 데에 과실이 있다거나 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해제할 수 있더라도 사기죄의 성립에 영향을 미치지 않는다.
- ⑤ 피해자가 임대차계약 당시 임차할 여관 건물에 관하여 법원의 경매개시결정에 따른 경매절차가 이미 진행 중

인 사실을 알았다라면 그 건물에 관한 임대차계약을 체결하지 않았을 것이 명백한 경우일지라도 피해자 스스로 그 건물에 관한 등기부를 확인 또는 열람하는 것이 가능하다면 임대인인 피고인은 피해자에게 이를 고지할 의무가 없다.

정답 ④

[2014 사시]

해설

- ①(×). 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 상황이, 그 행위자가 과거에 행한 또 다른 작위의 결과에 의하여 유지되고 있었다 하여 이와 달리 볼 이유가 없다(대판 2004.6.24., 2002도995). <송형총 118면>
- ②(×). 작위의무는 법적인 의무이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 작위의무가 법적인 의무인 한 성문법이건 불문법이건 상관없이 없고 또 공법이건 사법이건 불문하므로, 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다(대판 1996.9.6., 95도2551). <송형총 125면>
- ③(×). 법무사가 아닌 사람이 법무사로 소개되거나 호칭되는 데에도 자신이 법무사가 아니라는 사실을 밝히지 않은 채 법무사 행세를 계속하면서 근거당권설정계약서를 작성한 사안에서, 부작위에 의한 법무사법 제3조 제2항 위반죄를 인정할 수 있다고 한 사례(대판 2008.2.28., 2007도9354. 공보불게재). <송형총 125면>
- ④(○). 대판 2007.4.12., 2007도967. <송형각 325면>
- ⑤(×). 임대인이 임대차계약을 체결하면서 임차인에게 임대목적물이 경매진행중인 사실을 알리지 아니한 경우, 임차인이 등기부를 확인 또는 열람하는 것이 가능하다면 사기죄가 성립한다고 본 사례(대판 1998.12.8., 98도3263). ★ 피해자가 이 사건 임대차계약 당시 임차할 여관건물에 관하여 법원의 경매개시결정에 따른 경매절차가 이미 진행 중인 사실을 알았다라면 그 건물에 관한 임대차계약을 체결하지 않았을 것이 명백한 이상, 피고인은 신의칙상 피해자에게 이를 고지할 의무가 있다 할 것이고, 피해자 스스로 그 건물에 관한 등기부를 확인 또는 열람하는 것이 가능하다고 하여 결론을 달리 할 것은 아니다. <송형각 326면>

문 39.(배점 3) 다음 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 부동산의 입찰절차에서 수인이 대금을 분담하되 그중

1인 명의로 낙찰받기로 약정하여 그에 따라 낙찰이 이루어진 후, 낙찰받은 명의인이 임의로 그 부동산을 처분한 경우는 횡령죄가 성립한다.

- ㄴ. 공갈죄의 수단으로서 협박은 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말하고, 해악의 고지는 제3자를 통한 간접적인 방법으로도 가능하다.
- ㄷ. 어음의 할인에 의한 사기죄에 있어서 편취액은 다른 특별한 사정이 없는 한 피해자로부터 실제 수령한 할인금액이 아니고 어음의 액면금액이다.
- ㄹ. 부동산가압류결정을 받아 부동산에 관한 가압류집행까지 마친 사람이 그 가압류를 해제하면 소유자는 가압류의 부담이 없는 부동산을 소유하는 이익을 얻게 되므로, 가압류를 해제하는 것 역시 사기죄에서 말하는 재산적 처분행위에 해당한다.
- ㅁ. 甲이 자신의 명의로 등록된 자동차를 사실혼 관계에 있는 A에게 증여하여 A만이 이를 운행·관리하여 오다가 서로 별거하면서 재산분할 내지 위자료 명목으로 A가 소유하기로 하였는데, 甲이 이를 임의로 운전해 가져갔다면 권리행사방해죄가 성립한다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄴ, ㄴ ③ ㄱ, ㄷ, ㄴ
④ ㄴ, ㄷ, ㄹ ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

정답

③

[2014 사시]

해설

- ㄱ(×). 부동산 입찰절차에서 수인이 대금을 분담하되 그 중 1인 명의로 낙찰받기로 약정하여 그에 따라 낙찰이 이루어진 경우, 그 입찰절차에서 낙찰인의 지위에 서게 되는 사람은 어디까지나 그 명의인이므로 입찰목적부동산의 소유권은 경락대금을 실질적으로 부담한 자가 누구인가와 상관없이 그 명의인이 취득한다 할 것이므로 그 부동산은 횡령죄의 객체인 타인의 재물이라고 볼 수 없어 명의인이 이를 임의로 처분하더라도 횡령죄를 구성하지 않는다(대판 2000.9.8., 2000도258). <송형각 393면>
- ㄴ(○). 대판 2003.5.13., 2003도709. <송형각 373면>
- ㄷ(×). [1] 어음·수표의 할인에 의한 사기죄에서 피고인이 피해자로부터 수령한 현금액이 피고인이 피해자에게 교부한 어음 등의 액면금보다 적을 경우, 피고인이 취득한 재산상의 이익액은, 당사자가 선이자와 비용을 공제한 현금액만을 실제로 수수하면서도 선이자와 비용을 합한 금액을 대여원금으로 하기로 하고 대여이율을 정하는 등의 소비대차특약을 한 경우 등의 특별한 사정이 없는 한, 위 어음 등의 액면금이 아니라 피고인이 수령한 현금액이다.
- [2] 어음의 할인에 의한 사기죄에서 피고인이 피해자로부터 실제 수령한 할인금이 아닌 어음 액면금을 편취액으로 인정한 원심판결을 파기한 사례(대판 2009.7.23., 2009도2384). <송형각 299면>

ㄹ(○). 대판 2007.9.20., 2007도5507. <송형각 337면>

ㅁ(×). [1] 자동차에 대한 소유권의 득실변경은 등록을 함으로써 그 효력이 생기고 등록이 없는 한 대외적 관계에서는 물론 당사자의 대내적 관계에서도 소유권을 취득할 수 없는 것이 원칙이지만, 당사자 사이에 소유권을 등록명의자 아닌 자가 보유하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 그 내부관계에 있어서는 등록명의자 아닌 자가 소유권을 보유하게 된다고 할 것이다.

[2] 피고인이 자신의 명의로 등록된 자동차를 사실혼 관계에 있던 甲에게 증여하여 甲만이 이를 운행·관리하여 오다가 서로 별거하면서 재산분할 내지 위자료 명목으로 甲이 소유하기로 하였는데, 피고인이 이를 임의로 운전해 간 사안에서, 자동차 등록명의와 관계없이 피고인과 甲 사이에서는 甲을 소유자로 보아야 한다는 이유로 절도죄를 인정한 원심판단을 정당하다고 한 사례(대판 2013.2.28., 2012도15303. 공보불게제). <최신판례특강자료 107면>

문 40.(배점 2) 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 다른 사람의 주택에 무단 침입한 범죄사실로 이미 유죄 판결을 받은 사람이 그 판결이 확정된 후에도 퇴거하지 아니하고 계속하여 당해 주택에 거주한 경우 위 판결확정 이후의 행위는 별도로 주거침입죄를 구성한다.
- ㄴ. 주간에 출입문이 열린 집에 들어가 재물을 절취하기로 마음먹고, 다세대주택으로 들어가 그중 한 세대의 출입문 손잡이를 당겨보는 행위만으로는 주거침입의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없다.
- ㄷ. 사업자등록증은 단순한 사업사실의 등록을 증명하는 증서에 불과하고 그에 의하여 사업을 할 수 있는 자격이나 요건을 갖추었음을 인정하는 것은 아니므로 공정증서원본불실기재죄 등의 객체 중 하나인 형법 제228조 제2항에서 정한 ‘등록증’에 해당하지 아니한다.
- ㄹ. 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행·협박을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄의 실체적 경합 관계가 된다.
- ㅁ. 진정한 임차권자가 아니면서 허위의 임대차계약을 법원에 제출하여 임차권등기명령을 신청하였다 하더라도, 임차보증금 반환채권에 관하여 현실적으로 청구의 의사표시를 하지 아니한 이상 소송사기의 실행에 착수하였다고 볼 수 없다.

- ① ㄴ, ㄷ ② ㄷ, ㄹ ③ ㄱ, ㄷ, ㄹ
④ ㄱ, ㄹ, ㅁ ⑤ ㄴ, ㄹ, ㅁ

정답

③

[2014 사시]

해설 ㄱ(○). 대판 2008.5.8., 2007도11322. <송형각 208면>

ㄴ(×). 주거침입죄의 실행의 착수는 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위, 즉 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하므로, 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(대판 2006.9.14., 2006도2824). <송형각 205면>

ㄷ(○). 대판 2005.7.15., 2003도6934. <송형각 645면>

ㄹ(○). 대판 1992.7.28., 92도917. <송형각 273면, 송형총 493면>

ㅁ(×). [1] 형법 제347조에서 말하는 재산상 이익 취득은 그 재산상의 이익을 법률상 유효하게 취득함을 필요로 하지 아니하고 그 이익 취득이 법률상 무효라 하여도 외형상 취득한 것이면 족한 것이다. 상가건물 임대차보호법 제6조에 의한 임차권등기명령이 임대인에게 고지되어 효력이 발생하면 법원사무관 등은 지체 없이 촉탁서에 재판서 등본을 첨부하여 등기관에게 임차권등기의 기입을 촉탁하도록 되어 있고(임차권등기명령 절차에 관한 규칙 제5조), 상가건물 임대차보호법 제6조 제5항에 의하면, 위와 같이 임차권등기명령의 집행에 의한 임차권등기가 경료되면 임차인은 제3조 제1항의 규정에 의한 대항력 및 제5조 제2항의 규정에 의한 우선변제권을 취득하고(임차인이 임차권등기 이전에 이미 대항력 또는 우선변제권을 취득한 경우에는 그 대항력 또는 우선변제권이 그대로 유지된다), 임차권등기 이후에는 제3조 제1항의 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력 또는 우선변제권을 상실하지 아니하는 효력이 있으므로, 그 임차권등기의 기초가 되는 임대차계약이 통정허위표시로서 무효라 하더라도, 장차 피신청인의 이익신청 또는 취소신청에 의한 법원의 재판을 거쳐 그 임차권등기가 말소될 때까지는 신청인은 외형상으로 우선변제권 있는 임차인으로서 부동산 담보권에 유사한 권리를 취득하게 된다 할 것이니, 이러한 이익은 재산적 가치가 있는 구체적 이익으로서 사기죄의 객체인 재산상 이익에 해당한다고 봄이 상당하다.

[2] 소송사기에 있어서 피기망자인 법원의 재판은 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니하는 경우에는 착오에 의한 재물의 교부행위가 있다고 할 수 없어서 사기죄는 성립되지 아니하는바, 위에서 본 바와 같은 임차권등기명령의 절차 및 그 집행에 의한 임차권등기의 법적 효력을 고려하면, 다른 특별한 사정이 없는 한, 법원의 임차권등기명령은 피신청인의 재산상의 지위 또는 상태에 영향을 미칠 수 있는 행위로서 피신청인의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있다고 보아야 하고, 따라서 이러한 법원의 임차권등기명령을 이용한 소송사기의 경우 피해자인 피신청인이 직접 처분행위를 하였는지 여부는 사기죄의 성부에 아무런 영향을 주지 못한다. 위와 같이 법원의 임차권등기명령을 피해자의 재산적 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있는 것으로 보고 그 집행에 의한 임차권등기가 마쳐짐으로써 신청인이 재산상 이익을 취득하였다고 보는 이

상, 진정한 임차권자가 아니면서 허위의 임대차계약을 법원에 제출하여 임차권등기명령을 신청하면 그로써 소송사기의 실행행위에 착수한 것으로 보아야 하고, 나아가 그 임차보증금 반환채권에 관하여 현실적으로 청구의 의사표시를 하여야만 사기죄의 실행의 착수가 있다고 볼 것은 아니다(대판 2012.5.24., 2010도12732. 공보불게재). <최신판례특강자료 114면>

이하부터는 여백입니다.