

형 법

**문 1. 결과적 가중범과 관련된 설명 중에서 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)**

- ① 부진정 결과적 가중범은 중한 결과를 야기하는 기본범죄가 고의범인 경우뿐만 아니라 과실범인 경우에도 인정되는 개념이다.
- ② 피해자를 고의로 살해하기 위해 몽둥이로 내려치자 피해자는 이를 맞고 졸도하였을 뿐인데, 피해자가 죽은 것으로 착각하고 자살로 위장하기 위해 베란다 아래로 떨어뜨려 죽게 한 경우에 일련의 행위를 포괄적으로 파악하여 결과적 가중범의 성립을 인정할 수 있다.
- ③ 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이 규정하고 있는 특수강간치상죄와 관련하여 특수강간이 미수인 상태에서 그 기회에 과실로 상해의 중한 결과가 발생한 경우 결과적 가중범의 미수가 인정될 수 없기 때문에 특수강간미수와 과실치상죄의 상상적 경합으로 처리되어야 한다.
- ④ 교사자가 피교사자에 대하여 상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우, 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 지울 수 있다.
- ⑤ 결과적 가중범의 공동정범이 성립하기 위해서는 기본범죄를 공모할 것을 요하지는 않으나, 중한 결과를 공동으로 할 의사는 필요하므로 중한 결과를 공동으로 할 의사가 없는 자는 기본범죄의 죄책만 진다.

**정답** ④ **[2014 변사]**

**해설** ①(×). 부진정 결과적 가중범은 ‘고의에 의한 기본범죄’에 기하여 ‘중한 결과’의 발생을 과실로 야기한 경우뿐만 아니라 고의(특히 미필적 고의)에 의해 발생하게 한 경우에도 성립하는 결과적 가중범을 말한다. ★ 형법상 결과적 가중범은 진정결과적 가중범뿐만 아니라 부진정결과적 가중범 모두 기본범죄는 항상 ‘고의범’인 경우에만 가능하다. 즉 우리 형법상으로는 기본범죄가 고의행위인 결과적 가중범(고의에 의한 결과적 가중범)만 인정되고, 기본범죄가 과실행위인 결과적 가중범(과실에 의한 결과적 가중범)은 인정되지 않는다. <송형총 187면, 189면>

②(×). 제2행위(베란다 아래로 떨어뜨린 행위)에 의해 발생한 사망의 결과에 대해서 제1행위(몽둥이로 내려친 행위) 당시에 고의가 있는 소위 ‘개괄적 고의’사례로서, 피고인에게는 살인죄가 인정된다. 대판 1988.6.28., 88도650 참조. <송형총 163면>

- ③(×). [1] 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제9조 제1항에 의하면 같은 법 제6조 제1항에서 규정하는 특수강간의 죄를 범한 자뿐만 아니라, 특수강간이 미수에 그쳤다고 하더라도 그로 인하여 피해자가 상해를 입었으면 특수강간치상죄가 성립하는 것이고, 같은 법 제12조에서 규정한 위 제9조 제1항에 대한 미수범 처벌규정은 제9조 제1항에서 특수강간치상죄와 함께 규정된 특수강간상해죄의 미수에 그친 경우, 즉 특수강간의 죄를 범하거나 미수에 그친 자가 피해자에 대하여 상해의 고의를 가지고 피해자에게 상해를 입히려다가 미수에 그친 경우 등에도 적용된다.
- [2] 위험한 물건인 전자충격기를 사용하여 강간을 시도하다가 미수에 그치고, 피해자에게 약 2주간의 치료를 요하는 안면부 좌상 등의 상해를 입힌 사안에서, 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률에 의한 특수강간치상죄가 성립한다고 본 사례(대판 2008.4.24., 2007도10058). <송형총 196면>
- ④(○). 대판 1997.6.24., 97도1075. <송형총 198면>
- ⑤(×). 결과적 가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해 행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없으며, 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 수 없는 때가 아닌 한 상해치사의 죄책을 면할 수 없다(대판 2000.5.12., 2000도745). <송형총 197면>

**문 2. 개인적 법익에 관한 죄에 대한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)**

- ① 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 체포하려는 A와 B를 같은 기회에 폭행하여 그 중 A에게만 상해를 가한 경우 A에 대한 강도상해죄와 B에 대한 준강도죄가 성립하고 두 죄는 상상적 경합범 관계이다.
- ② 甲이 권한 없이 인터넷뱅킹을 이용하여 타인의 예금계좌에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체한 후 그 중 일부를 인출하여 그 정을 아는 乙에게 교부한 경우 乙에게는 장물취득죄가 성립한다.
- ③ 폭행죄는 반의사불벌죄로서 개인적 법익에 관한 죄이므로 피해자가 폭행과 무관한 사유로 사망한 경우 그 상속인이 피해자를 대신하여 처벌불원의 의사표시를 할 수 있다.
- ④ 甲이 성인인 A와 술값 문제로 시비가 되어 A를 폭행하여 비골 골절 등의 상해를 가한 다음 A의 가슴을 만지는 등 A를 강제로 추행한 경우 甲에게는 상해죄와 강제추행치상죄가 성립한다.
- ⑤ A회사의 감사인 甲은 경영진과의 불화로 회사를 퇴사한 후 30일이 지나 회사의 승낙 없이 자신이 사용하던 A회사 소유의 컴퓨터 하드디스크를 가지고 가기 위하여 일출 직후인 06:48경 A회사에 갔으나 자신의 출입카드

가 정지되어 출입구가 열리지 않자 경비원으로부터 임시 출입증을 받아 감사실에 들어간 경우 甲에게는 방실 침입죄가 성립한다.

**정답**

⑤

[2014 변사]

**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(×). 甲이 권한 없이 인터넷뱅킹으로 타인의 예금계좌에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체한 후 그 중 일부를 인출하여 그 정을 아는 乙에게 교부한 경우, 甲이 컴퓨터등사용사기죄에 의하여 취득한 예금채권은 재물이 아니라 재산상 이익이므로, 그가 자신의 예금계좌에서 돈을 인출하였다도 장물을 금융기관에 예치하였다가 인출한 것으로 볼 수 없다는 이유로 乙의 장물취득죄의 성립을 부정한 사례(대판 2004.4.16., 2004도353). <송형각 518면>

③(×). 폭행죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 반의사불벌죄로서 처벌불원의 의사표시는 의사능력이 있는 피해자가 단독으로 할 수 있는 것이고, 피해자가 사망한 후 그 상속인이 피해자를 대신하여 처벌불원의 의사표시를 할 수는 없다고 보아야 한다(대판 2010.5.27., 2010도2680). <송형각 33면>

④(×). [1] 강제추행치상죄에서 상해의 결과는 강제추행의 수단으로 사용한 폭행이나 추행행위 그 자체 또는 강제추행에 수반하는 행위로부터 발생한 것이어야 한다. 따라서 상해를 가한 부분을 고의범인 상해죄로 처벌하면서 이를 다시 결과적 가중범인 강제추행치상죄의 상해로 인정하여 이중으로 처벌할 수는 없다.

[2] 피고인이 피해자를 폭행하여 비골 골절 등의 상해를 가한 다음 강제추행한 사안에서, 피고인의 위 폭행을 강제추행의 수단으로서의 폭행으로 볼 수 없어 위 상해와 강제추행 사이에 인과관계가 없다는 이유로, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반죄로 처벌한 상해를 다시 결과적 가중범인 강제추행치상죄의 상해로 인정한 원심판결을 파기한 사례(대판 2009.7.23., 2009도1934). <송형각 117면>

⑤(○). 대판 2011.8.18., 2010도9570. <송형각 238면>

문 3. 다음 사례들 중 甲과 丙의 죄책에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다음 사례의 기재 내용 중 ‘배임죄’는 ‘업무상배임죄’로 대신할 수 있고, 다름이 있는 경우에는 판례에 의함)

ㄱ. 배임죄에서 ‘재산상 손해를 가한 때’에는 ‘재산상 손해발생의 위험을 초래한 경우’도 포함되는 것이므로, 법인의 대표이사 甲이 회사의 이익이 아닌 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 권한을 남용하여

회사 명의의 금전소비대차 공정증서를 작성하여 법인 명의의 채무를 부담한 경우에는 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었다고 할지라도 배임죄가 성립한다.

ㄴ. 甲이 乙로부터 임야를 매수하면서 계약금을 지급하는 즉시 甲 앞으로 소유권을 이전받되 위 임야를 담보로 대출을 받아 잔금을 지급하기로 약정하고, 甲이 계약금을 지급한 후 임야에 대한 소유권을 이전받고 이를 담보로 제공하여 자금을 융통하였음에도 乙에게 잔금을 지급하지 않았다고 하더라도 배임죄가 성립하지 않는다.

ㄷ. 부동산 소유자인 甲이 乙과 부동산 매매계약을 체결하고 계약금과 중도금을 모두 수령하였는데, 이러한 사실을 모두 알고 있는 丙이 甲에게 부동산의 가격을 더 높게 지불할 테니 자신에게 위 부동산을 매각해 달라는 요청을 하자 위 부동산을 丙에게 이중으로 매도하고 소유권이전등기를 경료해 준 경우, 甲에게는 배임죄가 성립하고, 丙에게는 장물취득죄가 성립한다.

ㄹ. 아파트 입주자대표회의 회장인 甲이 공공요금의 납부를 위한 지출결의서에 날인을 거부함으로써 아파트 입주자들에게 그에 대한 통상의 연체료를 부담시켰다면, 위 행위로 인하여 아파트 입주민에게 연체료 금액만큼 손해를 가하고 연체료를 받은 공공기관은 그 금액만큼 이익을 취득한 것이므로 배임죄가 성립한다.

ㅁ. A 주식회사를 인수하는 甲이 일단 금융기관으로부터 인수자금을 대출받아 회사를 인수한 다음, A 주식회사에 아무런 반대급부를 제공하지 않고 그 회사의 자산을 위 인수자금 대출금의 담보로 제공하도록 하였다면, 甲에게는 배임죄가 성립한다.

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

**정답**

③

[2014 변사]

**해설**

ㄱ(×). 배임죄에서 ‘재산상 손해를 가한 때’에는 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실효발생의 위험을 초래한 경우도 포함되나, 그러한 손해발생의 위험조차 초래되지 아니한 경우에는 배임죄가 성립하지 아니한다. 이에 따라 법인의 대표자가 법인 명의로 한 채무부담행위가 법률상 효력이 없는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그로 인하여 법인에 어떠한 손해가 발생하거나 발생할 위험이 있다고 할 수 없으므로 그 대표자의 행위는 배임죄를 구성하지 아니하며, 주식회사의 대표이사 등이 회사의 이익을 위해서가 아니라 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 대표권을 행사한 경우에 상대방이 대표이사 등의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 그 행위는 회사에 대하여 무효가 되므로 위와 같이 보아야 한다(대판 2012.5.24.,

2012도2142). <송형각 469면>

ㄴ(○). 일정한 신임관계의 고의적 외면에 대한 형사적 징벌을 핵심으로 하는 배임의 관점에서 보면, 부동산매매에서 매수인이 대금을 지급하는 것에 대하여 매도인이 계약상 권리의 만족이라는 이익이 있다고 하여도 대금의 지급은 어디까지나 매수인의 법적 의무로서 행하여지는 것이고, 그 사무의 처리에 관하여 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘는 신임관계가 당사자 사이에 발생한다고 할 수 없다. 따라서 그 대금의 지급은 당사자 사이의 신임관계에 기하여 매수인에게 위탁된 매도인의 사무가 아니라 애초부터 매수인 자신의 사무라고 할 것이다. ... 그리고 그와 같이 미리 부동산을 이전받은 매수인이 이를 담보로 제공하여 매매대금 지급을 위한 자금을 마련하고 이를 매도인에게 제공함으로써 잔금을 지급하기로 당사자 사이에 약정하였다고 하더라도, 이는 기본적으로 매수인이 매매대금의 재원을 마련하는 방편에 관한 것이고, 그 성실한 이행에 의하여 매도인이 대금을 모두 받게 되는 이익을 얻는다는 것만으로 매수인이 신임관계에 기하여 매도인의 사무를 처리하는 것이 된다고 할 수 없다(대판 2011.4.28., 2011도3247). <송형각 444면>

ㄷ(×). 형법상 장물죄의 객체인 장물이라 함은 재산권상의 침해를 가져 올 위법행위로 인하여 영득한 물건으로서 피해자가 반환청구권을 가지는 것을 말하고 본건 대지에 관하여 매수인 甲에게 소유권 이전등기를 하여 줄 임무가 있는 소유자가 그 임무에 위반하여 이를 乙에게 매도하고 소유권이전등기를 경유하여 준 경우에는 위 부동산소유자가 배임행위로 인하여 영득한 것은 재산상의 이익이고 위 배임범죄에 제공된 대지는 범죄로 인하여 영득한 것 자체는 아니므로 그 취득자 또는 전득자에게 대하여 배임죄의 가공여부를 논함은 별문제로 하고 장물취득죄로 처단할 수 없다(대판 1975.12.9., 74도2804). <송형각 504면>

ㄷ(×). [1] ... 업무상 배임죄는 본인에게 재산상의 손해를 가하는 외에 배임행위로 인하여 행위자 스스로 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득하게 할 것을 요건으로 하므로, 본인에게 손해를 가하였다고 하더라도 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한 사실이 없다면 배임죄가 성립할 수 없다.

[2] 입주자대표회의 회장이 지출결의서에 날인을 거부함으로써 아파트 입주자들에게 그 연체료를 부담시킨 사안에서, 열사용요금 납부 연체로 인하여 발생한 연체료는 금전채무 불이행으로 인한 손해배상에 해당하므로, 공급업체가 연체료를 지급받았다는 사실만으로 공급업체가 그에 해당하는 재산상의 이익을 취득하게 된 것으로 단정하기 어렵고, 나아가 공급업체가 열 사용요금 연체로 인하여 실제로는 아무런 손해를 입지 않았거나 연체료 액수보다 적은 손해를 입었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에 한하여 비로소 연체료 내지 연체료 금액에서 실제 손해액을 공제한 차액에 해당하는 재산상의 이익을 취득한 것으로 볼 수 있을 뿐이라는 이유로, 공급업체가 연체료 상당의 재산상 이익을 취득한 것으로 보아 업무상 배임죄의 성립을 인정한 원심판결을 파기한 사례(대판 2009.6.25., 2008도3792). <송형각 472면>

ㄹ(○). 기업인수에 필요한 자금을 마련하기 위하여 인수자가 금

용기관으로부터 대출을 받고 나중에 피인수회사의 자산을 담보로 제공하는 방식[이른바 LBO(Leveraged Buyout) 방식]을 사용하는 경우, 피인수회사로서는 주채무가 변제되지 아니할 경우에는 담보로 제공되는 자산을 잃게 되는 위험을 부담하게 되므로 인수자만을 위한 담보제공이 무제한 허용된다고 볼 수 없고, 인수자가 피인수회사의 위와 같은 담보제공으로 인한 위험 부담에 상응하는 대가를 지급하는 등의 반대급부를 제공하는 경우에 한하여 허용될 수 있다. 만일 인수자가 피인수회사에 아무런 반대급부를 제공하지 않고 임의로 피인수회사의 재산을 담보로 제공하게 하였다면, 인수자 또는 제3자에게 담보 가치에 상응한 재산상 이익을 취득하게 하고 피인수회사에 재산상 손해를 가하였다고 보는 것이 타당하다. 부도로 인하여 회생절차가 진행 중인 주식회사의 경우에도 회사의 주주나 채권자들의 잠재적 이익은 여전히 보호되어야 하므로, 피인수회사가 회생절차를 밟고 있는 기업이라고 하더라도 위와 같은 결론에는 아무런 영향이 없다(대판 2012.6.14., 2012도1283). <송형각 464면>

문 4. 甲의 죄책에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 야간에 카페에서 업주의 주거로 사용되는 그곳 내실에 침입하여 장식장 안에 들어 있는 정기적금통장을 꺼내 들고 카페로 나오던 중 발각되어 돌려준 경우 야간주거침입절도죄의 기수가 성립한다.
- ㄴ. 甲이 乙 명의로 구입·등록하여 乙에게 명의신탁한 자동차를 피해자에게 담보로 제공한 후, 甲이 피해자가 점유 중인 자동차를 몰래 가져간 경우 이 자동차는 甲 소유의 재물이어서 권리행사방해죄의 객체가 되므로 자동차에 대한 절도죄가 성립하지 않는다.
- ㄷ. 손님인 甲이 PC방에서 다른 손님이 두고 간 휴대전화를 업주 몰래 가지고 간 경우 업주가 휴대전화를 현실적으로 발견하지 않는 한 이에 대한 점유를 개시하였다고 할 수 없으므로 절도죄가 아닌 점유이탈물횡령죄가 성립한다.
- ㄹ. 甲이 상사와의 의견충돌 끝에 항의의 표시로 사표를 제출한 다음 평소 자신이 전적으로 보관·관리해 오던 비자금관련 서류 및 금품이 든 가방을 가지고 나왔으나 그 이후 계속 정상적으로 근무한 경우 불법영득의사를 인정할 수 없어 절도죄가 성립하지 않는다.
- ㅁ. 甲이 피해자의 영업점 내에 있는 피해자 소유의 휴대전화를 허락 없이 가지고 나와 휴대전화를 이용하여 통화하고 문자 메시지를 주고받은 다음 2시간 후에 피해자에게 아무런 말을 하지 않고 피해자의 영업점 정문 옆 화분에 놓아두고 간 경우 불법영득의 의사가 인정되기 때문에 절도죄가 성립한다.

- ① ㄱ(X), ㄴ(O), ㄷ(O), ㄹ(X), ㅁ(X)
- ② ㄱ(O), ㄴ(X), ㄷ(X), ㄹ(O), ㅁ(O)
- ③ ㄱ(O), ㄴ(O), ㄷ(X), ㄹ(X), ㅁ(X)
- ④ ㄱ(X), ㄴ(X), ㄷ(X), ㄹ(X), ㅁ(O)
- ⑤ ㄱ(O), ㄴ(O), ㄷ(X), ㄹ(O), ㅁ(O)

**정답**

②

**[2014 변사]**

**해설**

- ㄱ(O). 대판 1991.4.23., 91도476. <송형각 258면>  
 ㄴ(X). [1] 당사자 사이에 자동차의 소유권을 등록명의자 아닌 자가 보유하기로 약정한 경우, 약정 당사자 사이의 내부관계에서는 등록명의자 아닌 자가 소유권을 보유하게 된다고 하더라도 제3자에 대한 관계에서는 어디까지나 등록명의자가 자동차의 소유자라고 할 것이다.  
 [2] 피고인 甲이 자신의 母 乙 명의로 구입·등록하여 乙에게 명의신탁한 자동차를 丙에게 담보로 제공한 후 丙 몰래 가져가 절취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 丙에 대한 관계에서 자동차의 소유자는 乙이고 피고인은 소유자가 아니므로 丙이 점유하고 있는 자동차를 임의로 가져간 이상 절도죄가 성립한다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례(대판 2012.4.26., 2010도11771). <송형각 249면>  
 ㄷ(X). 피해자가 피씨방에 두고 간 핸드폰은 피씨방 관리자의 점유하에 있어서 제3자가 이를 취한 행위는 절도죄를 구성한다(대판 2007.3.15., 2006도9338). <송형각 224면>  
 ㄹ(O). 대판 1995.9.5., 94도3033. <송형각 231면>  
 ㅁ(O). 대판 2012.7.12., 2012도1132. <송형각 237면>

**문 5. 자유에 관한 죄에 대한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)**

- ㄱ. 골프시설의 운영자가 골프회원에게 불리하게 내용이 변경된 회칙에 대하여 동의한다는 내용의 등록신청서를 제출하지 않으면 회원으로 대우하지 않겠다고 통지하는 것은 강요죄의 협박에 해당한다.  
 ㄴ. 미성년자가 혼자 머무는 주거에 침입하여 그를 감금한 후 협박에 의하여 부모의 출입을 봉쇄한 경우 미성년자의 장소적 이전이 없었으므로 미성년자약취죄가 성립하지 않는다.  
 ㄷ. 재물을 강취하기 위하여 피해자를 강제로 승용차에 태우고 가다가 주먹으로 때려 반항을 억압한 다음 현금 35만 원 등이 들어 있는 가방을 빼앗은 후 약 15km를 계속하여 진행하여 가다가 교통사고를 일으켜 발각된 경우 감금죄와 강도죄는 실체적 경합 관계이다.  
 ㄹ. A 주식회사 대표이사에게 자신의 횡령행위를 문제 삼으면 A 주식회사의 내부비리 등을 금융감독원 등 관계기관에 고발하겠다고 발언하는 경우 대표이사뿐만 아

니라 법인에 대하여도 협박죄가 성립한다.

- ㅁ. 미성년자의 어머니가 교통사고로 사망하여 아버지가 미성년자의 양육을 외조부에게 맡겼으나 교통사고 배상금 등으로 분쟁이 발생하자, 학교에서 귀가하는 미성년자를 아버지가 본인의 의사에 반하여 강제로 차에 태우고 데려간 경우 미성년자약취죄가 성립한다.

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

**정답**

②

**[2014 변사]**

**해설**

- ㄱ(O). 대판 2003.9.26., 2003도763. <송형각 84면>  
 ㄴ(X). [1] 형법 제287조에 규정된 약취행위는 폭행 또는 협박을 수단으로 하여 미성년자를 그 의사에 반하여 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈시켜 범인이나 제3자의 사실상 지배하에 옮기는 행위를 말하는 것이다. 물론, 여기에는 미성년자를 장소적으로 이전시키는 경우뿐만 아니라 장소적 이전 없이 기존의 자유로운 생활관계 또는 부모와의 보호관계로부터 이탈시켜 범인이나 제3자의 사실상 지배하에 두는 경우도 포함된다고 보아야 한다.  
 [2] 미성년자가 혼자 머무는 주거에 침입하여 그를 감금한 뒤 폭행 또는 협박에 의하여 부모의 출입을 봉쇄하거나, 미성년자와 부모가 거주하는 주거에 침입하여 부모만을 강제로 퇴거시키고 독자적인 생활관계를 형성하기에 이르렀다면 비록 장소적 이전이 없었다 할지라도 형법 제287조의 미성년자약취죄에 해당함이 명백하다(대판 2008.1.17., 2007도8485). <송형각 97면>  
 ㄷ(O). 대판 2003.1.10., 2002도4380. <송형각 92면>  
 ㄹ(X). 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 범죄로서 형법규정의 체계상 개인적 법익, 특히 사람의 자유에 대한 죄 중 하나로 구성되어 있는바, 위와 같은 협박죄의 보호법익, 형법규정상 체계, 협박의 행위 개념 등에 비추어 볼 때, 협박죄는 자연인만을 그 대상으로 예정하고 있을 뿐 법인은 협박죄의 객체가 될 수 없다(대판 2010.7.15., 2010도1017). ★ 결국 자연인인 대표이사에 대한 협박죄만 성립할 뿐 법인에 대해서는 협박죄가 성립하지 않는다. <송형각 74면>  
 ㅁ(O). 대판 2008.1.31., 2007도8011. <송형각 95면>

**문 6. 甲의 행위에 대하여 ( )안의 범죄가 성립하는 것(O)과 성립하지 않는 것(X)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)**

- ㄱ. 경찰서 교통계에 근무하는 경찰관 甲은 乙의 관내 도박장 개설 및 도박범행을 목인하고 편의를 봐주는 대가로 금 150 만원을 교부받고 나아가 그 도박장 개설 및 도박범행사실을 잘 알면서도 이를 단속하지 아니하였다. (사전수뢰죄)



사용권한자가 특정되어 있다고 할 수 없고, 또 용도도 다양하며, 반드시 본인이나 세대원만이 사용할 수 있는 것이 아니므로, 타인의 주민등록표등본을 그와 아무런 관련 없는 사람이 마치 자신의 것인 것처럼 행사하였다고 하더라도 공문서부정행사죄가 성립되지 아니한다(대판 1999.5.14., 99도206). <송형각 658면>

ㄷ(×). 어떤 선박이 사고를 낸 것처럼 허위로 사고신고를 하면서 그 선박의 선박국적증서와 선박검사증서를 함께 제출하였다고 하더라도, 선박국적증서와 선박검사증서는 위 선박의 국적과 항행할 수 있는 자격을 증명하기 위한 용도로 사용된 것일 뿐 그 본래의 용도를 벗어나 행사된 것으로 보기는 어려우므로, 이와 같은 행위는 공문서부정행사죄에 해당하지 않는다(대판 2009.2.26., 2008도10851). <송형각 659면>

ㄹ(×). 피고인이 기왕에 습득한 타인의 주민등록증을 피고인 가족의 것이라고 제시하면서 그 주민등록증상의 명의 또는 가명으로 이동전화 가입신청을 한 경우, 타인의 주민등록증을 본래의 사용용도인 신분확인용으로 사용한 것이라고 볼 수 없어 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다고 한 사례(대판 2003.2.26., 2002도4935). <송형각 659면>

**문 8. 집행유예·선고유예에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)**

- ㄱ. 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 죄에 대하여 하나의 판결로 두 개의 자유형을 선고하는 경우에 하나의 자유형에 대하여는 실형을, 다른 하나의 자유형에 대하여는 집행유예를 선고하는 것은 허용되지 않는다.
- ㄴ. 집행유예의 선고를 받은 후에 그 선고가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간이 경과하더라도 형의 선고가 있었다는 사실 자체가 없어지는 것은 아니다.
- ㄷ. ‘개전의 정상이 현저한 때’라고 함은 피고인이 죄를 깊이 뉘우치는 경우를 뜻하는 것이므로 피고인이 범죄 사실을 자백하지 않고 부인할 경우에는 언제나 선고유예를 할 수 없다.
- ㄹ. 집행유예를 선고하면서 사회봉사명령으로서 일정액의 금전 출연을 주된 내용으로 하는 사회공헌계획의 성실한 이행을 명하는 것은 허용될 수 없다.
- ㅁ. 형법 제39조 제1항에 의하여 형법 제37조 후단 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에, 형법 제37조 후단에 규정된 ‘금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄’의 형은 선고유예의 결격사유인 ‘자격정지 이상의 형을 받은 전과’에 포함되지 않는다.

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

**정답** ④

**[2014 번시]**

**해설** ㄱ(×). 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 죄에 대하여 형법 제39조 제1항에 의하여 따로 형을 선고하여야 하기 때문에 하나의 판결로 두 개의 자유형을 선고하는 경우 그 두 개의 자유형은 각각 별개의 형이므로 형법 제62조 제1항에 정한 집행유예의 요건에 해당하면 그 각 자유형에 대하여 각각 집행유예를 선고할 수 있는 것이고, 또 그 두 개의 자유형 중 하나의 자유형에 대하여 실형을 선고하면서 다른 자유형에 대하여 집행유예를 선고하는 것도 우리 형법상 이러한 조치를 금하는 명문의 규정이 없는 이상 허용되는 것으로 보아야 한다(대판 2002.2.26., 2000도4637). <송형총 560면>

ㄴ(○). 대판 2003.12.26., 2003도3768. <송형총 553면>

ㄷ(×). [다수의견] 선고유예의 요건 중 ‘개전의 정상이 현저한 때’라고 함은, 반성의 정도를 포함하여 널리 형법 제51조가 규정하는 양형의 조건을 종합적으로 참작하여 볼 때 형을 선고하지 않더라도 피고인이 다시 범행을 저지르지 않으리라는 사정이 현저하게 기대되는 경우를 가리킨다고 해석할 것이고, 이와 달리 여기서의 ‘개전의 정상이 현저한 때’가 반드시 피고인이 죄를 깊이 뉘우치는 경우만을 뜻하는 것으로 제한하여 해석하거나, 피고인이 범죄사실을 자백하지 않고 부인할 경우에는 언제나 선고유예를 할 수 없다고 해석할 것은 아니다(대판 2003.2.20., 2001도6138, 전원합의체판결). <송형총 552면>

ㄹ(○). 대판 2008.4.11., 2007도8373. <송형총 559면>

ㅁ(×). 선고유예가 주로 범정이 경미한 초범자에 대하여 형을 부과하지 않고 자발적인 개선과 갱생을 촉진시키고자 하는 제도인 점, 형법은 선고유예의 예외사유를 ‘자격정지 이상의 형을 받은 전과’라고만 규정하고 있을 뿐 그 전과를 범행 이전의 것으로 제한하거나 형법 제37조 후단 경합범 규정상의 금고 이상의 형에 처한 판결에 의한 전과를 제외하고 있지 아니한 점, ... 형법 제39조 제1항에 의하여 형법 제37조 후단 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에 있어서 형법 제37조 후단에 규정된 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄의 형도 형법 제59조 제1항 단서에서 정한 ‘자격정지 이상의 형을 받은 전과’에 포함된다고 봄이 상당하다(대판 2010.7.8., 2010도931면). <송형총 553면>

**문 9. 명예훼손죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)**

- ① 진정서 사본과 고소장 사본을 특정사람들에게만 개별적으로 우송한 경우라도 그 수가 200여 명에 이른 경우에는 명예훼손죄의 요건인 공연성이 인정된다.
- ② 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없으나, 언론보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적인 공격으로 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되는 경우에는, 그 보도로 인하여 공직자 개인에 대한

명예훼손죄가 성립할 수 있다.

- ③ 인터넷 포털사이트의 기사란에 마치 특정 여자 연예인이 재벌의 아이를 낳았거나 그 대가를 받은 것처럼 댓글이 달린 상황에서 “지고지순의 뜻이 뭔지나 아나? 모 재벌님하고의 관계는 끝났나?” 라는 추가 댓글을 게시한 경우, 허위사실의 적시에 해당하여 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상의 명예훼손죄가 성립한다.
- ④ 인터넷 포털사이트의 지식 검색 질문, 답변 게시판에 성형수술 결과가 만족스럽지 못하다는 주관적인 평가를 주된 내용으로 하는 한 줄의 댓글을 게시한 경우, 사실의 적시에는 해당하지만 비방의 목적이 없어서 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상의 명예훼손죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 자신의 아들 등으로부터 폭행을 당하여 입원한 피해자의 병실로 병문안을 간 가해자의 어머니가 피해자의 어머니와 폭행사건에 대하여 대화하던 중 피해자의 어머니의 친척 등 모두 3명이 있는 자리에서 “학교에 알아보니 피해자에게 원래 정신병이 있었다고 하더라.” 라고 허위사실을 말한 경우, 공연성이 인정되므로 허위사실적시에 의한 명예훼손죄가 성립한다.

**정답**

⑤

**[2014 변사]**

**해설**

- ①(○). 대판 1991.6.25., 91도347. <송형각 134면>
- ②(○). 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없으므로, 정부 또는 국가기관의 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 언론보도로 인하여 그 정책결정이나 업무수행에 관여한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하될 수 있더라도, 그 보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한, 그 보도로 인하여 곧바로 공직자 개인에 대한 명예훼손이 된다고 할 수 없다(대판 2011.9.2., 2010도17237). <송형각 143면>
- ③(○). ... 위와 같은 댓글이 이루어진 장소, 시기와 상황, 그 표현의 전 취지 등을 위 법리에 비추어 보면, 피고인의 위와 같은 행위는 간접적이고 우회적인 표현을 통하여 위와 같은 허위 사실의 존재를 구체적으로 암시하는 방법으로 사실을 적시한 경우에 해당한다고 하지 않을 수 없다(대판 2008.7.10., 2008도2422). <송형각 141면>
- ④(○). 인터넷 포털사이트의 지식검색 질문·답변 게시판에 성형수술 결과가 만족스럽지 못하다는 주관적인 평가를 주된 내용으로 하는 한 줄의 댓글을 게시한 사안에서, 그 표현물은 전체적으로 보아 성형수술을 받을 것을 고려하고 있는 다수의 인터넷 사용자들의 의사결정에 도움이 되는 정보 및 의견의 제공이라는 공공의 이익에 관한 것이어서 비방할 목적이 있었다고 보기 어렵다고 한 사례(대판 2009.5.28., 2008도8812). <송형각 159면>

- ⑤(×). ... 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태라고 할 수 없고, 또 그 자리에 있던 사람들의 관계 등 여러 사정에 비추어 피고인의 발언이 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다고 보기도 어려워 공연성이 없다(대판 2011.9.8., 2010도7497). <송형각 137면>

**문 10. 교사범에 관한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)**

- ㄱ. 甲이 乙에게 A의 자동차를 강취할 것을 교사하였으나 乙이 A의 자동차를 절취한 경우 甲은 절도죄의 교사범으로 처벌된다.
- ㄴ. 甲이 乙에게 A의 주거에 침입할 것을 교사했는데 乙이 A의 승낙을 얻어 정당하게 주거에 들어간 경우 공범중속성설 중 제한적 중속형식에 의하면 甲은 주거침입죄의 교사범이 성립하지 않는다.
- ㄷ. 甲은 乙에게 A를 살해하라고 교사했는데 乙은 A가 귀가하는 것을 기다리다가 A로 생각되는 사람을 권총으로 살해하였다. 그러나 乙의 총에 사망한 사람은 B였다. 법정적 부합설에 의하면 甲은 살인죄의 교사범으로 처벌된다.
- ㄹ. 甲이 남자친구인 乙에게 甲의 父인 A를 살해하도록 교사한 경우 甲에게 형법 제33조 단서가 형법 제31조 제1항에 우선하여 적용되어 甲이 乙보다 중하게 처벌된다.

- ① ㄱ(X), ㄴ(O), ㄷ(O), ㄹ(O)
- ② ㄱ(X), ㄴ(O), ㄷ(X), ㄹ(X)
- ③ ㄱ(X), ㄴ(X), ㄷ(X), ㄹ(O)
- ④ ㄱ(O), ㄴ(O), ㄷ(X), ㄹ(X)
- ⑤ ㄱ(O), ㄴ(X), ㄷ(O), ㄹ(O)

**정답**

①

**[2014 변사]**

**해설**

- ㄱ(×). 교사내용보다 적게 실행한 경우(교사내용 미달)로서, 이러한 경우 교사범은 공범의 중속성상 실행된 범위 내에서 책임지는 것이 원칙이나, 교사한 범죄의 예비·음모가 처벌되는 경우에는 상상적 경합이 된다. 따라서 사안의 경우 절도죄의 교사범과 강도예비·음모의 상상적 경합이 성립하고, 다만 형이 중한 강도의 예비·음모에 의하여 처벌된다. <송형총 427면>
- ㄴ(○). 공범중속성설 중 제한적 중속형식에 의하면 교사범이 성립하기 위해서는 실행행위로 나아간 정범의 행위가 구성요건 해당성과 위법성이 인정되어야만 한다. 사안의 경우처럼 주거침입을 교사하였으나 정범이 피해자의 승낙을 얻어 주거에 들어간 경우에는 견해에 따라 주거침입죄의 구성요건해당성

(多數說) 또는 위법성이 조각된다. 따라서 제한적 종속형식에 의할 경우 교사자인 甲에게 주거침입죄의 교사범이 성립하지 않는다. <송형총 374면>

- ㄷ(○). i) 먼저 정범인 乙은 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오를 일으켰으므로 구성요건적 착오에 관한 어떤 학설에 의하더라도 발생사실에 대한 고의기수(B에 대한 살인기수)가 성립한다. ii) 한편 정범이 객체의 착오를 일으킨 경우 교사자에게는 동일하게 객체의 착오가 된다는 견해와 방법의 착오가 된다는 견해(多數說)의 대답이 있다. 그러나 착오에 관한 법적 부합설에 의하면 교사자에게 객체의 착오이든 방법의 착오이든 그것이 구체적 사실의 착오인 이상 ‘발생사실에 대한 고의기수’가 된다는 점에 차이는 없다. 따라서 법적 부합설에 의하면 甲에게는 발생사실에 대한 고의기수, 즉 B에 대한 살인(기수)죄의 교사범이 성립한다. <송형총 428면>
- ㄹ(○). 형법 제31조 제1항은 협의의 공범의 일종인 교사범이 그 성립과 처벌에 있어서 정범에 종속한다는 일반적인 원칙을 선언한 것에 불과하고, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에 신분이 있는 자(甲)가 신분이 없는 자(乙)를 교사하여 죄를 범하게 한 때에는 형법 제33조 단서가 형법 제31조 제1항에 우선하여 적용됨으로써 신분이 있는 교사범(甲)이 신분이 없는 정범(乙)보다 중하게 처벌된다(대판 1994.12.23., 93도1002). ★ 결국 정범인 乙은 보통살인죄, 甲은 존속살해죄가 성립하고 그에 따라 처벌된다. <송형총 446면>

문 11. 부작위범에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 생존가능성이 있는 환자를 보호자의 요구로 치료를 중단하고 퇴원을 지시하여 사망하게 한 의사의 경우에는 치료중단이라는 부분에 비난의 중점이 있기 때문에 부작위범으로 평가된다.
- ② 부진정 부작위범의 성립요건과 관련하여 보증인지위와 보증의무의 체계적 지위를 나누는 이분설에 따르면, 부작위 행위자의 보증의무에 관한 착오는 구성요건적 착오에 해당한다.
- ③ 미성년자를 유인하여 포박·감금한 자가 중간에 살해의 고의를 가지고 계속 방치하여 사망케 하였다면 감금행위자에게도 보증인지위 내지 보증의무가 인정되어 부작위에 의한 살인죄의 성립을 인정하여야 한다.
- ④ 과실에 의한 교사와 방조가 모두 불가능하듯이, 부작위에 의한 교사와 방조도 모두 불가능하다.
- ⑤ 매매 대상 토지에 대하여 도시계획이 입안되어 협의 수용된 것을 알고 있는 매도인이 이러한 사실을 모르는 매수인에게 이 같은 사실을 고지하지 아니하고 매도하였더라도 매수인에게 소유권이전등기가 완료되었다면 부작위에 의한 사기죄가 성립하지 않는다.

정답 ③

[2014 변사]

- 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 아니다(대판 2004.6.24., 2002도995). <송형총 118면>
- ②(×). 이분설은 보증인지위와 보증의무를 구별하여, 전자는 부진정부작위범의 구성요건요소이나 후자는 위법성요소가 된다고 본다. 따라서 이에 의하면 보증인지위에 대한 착오는 구성요건적 착오, 보증의무에 대한 착오는 금지착오(법률의 착오)에 해당하게 된다. <송형총 124면>
- ③(○). 대판 1982.11.23., 82도2024(소위 ‘주교사 사건’). <송형총 126면>
- ④(×). 부작위에 의한 교사는 불가능하지만, 부작위에 의한 방조는 가능하다는 것이 通說과 判例이다. <송형총 130면>
- ⑤(×). 피고인이 이 사건 토지에 대하여 여객정류장시설 또는 유통업무설비시설을 설치하는 도시계획이 입안되어 있어 장차 위 토지가 정주시에 의하여 협의매수되거나 수용될 것이라는 점을 알고 있었으므로, 이러한 사정을 모르고 위 토지를 매수하려는 피해자에게 위와 같은 사정을 고지할 신의칙상 의무가 있다고 판단하고, 이러한 사정을 고지하지 아니한 피고인의 행위는 부작위에 의한 사기죄를 구성한다(대판 1993.7.13., 93도14). <송형총 125면>

문 12. 甲은 A의 재물을 강취한 후 A를 살해할 목적으로 A가 살고 있는 집에 방화하여 A는 사망하였다. 그 후 수사망을 피해 도피 중이던 甲은 자신의 누나 丁에게 도피자금을 부탁하였고, 丁은 甲에게 도피자금을 송금하였다. 한편 사법경찰관 丙은 丁의 동의를 얻은 후 강도살인과 방화와 관련된 甲과 丁 사이의 통화내용을 녹음하여 녹음테이프를 검사에게 증거로 제출하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 A의 재물을 강취한 뒤, A의 집에 방화하여 A를 살해한 행위는 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄의 상상적 경합에 해당한다.
- ㄴ. 甲이 자신을 위하여 丁으로 하여금 도피자금을 송금하도록 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당한다.
- ㄷ. 丙이 증거로 제출한 녹음테이프에 대해서는 丙이 공판정에서 성립의 진정을 인정하더라도 증거능력이 인정

되지 않는다.  
 ㄹ. 甲의 재판에 증인으로 출석한 丁은 증언거부권을 행사할 수 있다.

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

**정답** ⑤ **[2014 변사]**

**해설** ㄱ(○). 대판 1998.12.8., 98도3416. <송형총 189면>  
 ㄴ(○). 대판 2000.3.24., 2000도20. <송형각 798면>  
 ㄷ(○).  
 ㄹ(○).

**문 13. 계속범에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)**

- ① 계속범의 경우 실행행위가 종료되는 시점의 법률이 적용되어야 하므로, 법률이 개정되면서 그 부칙에 ‘개정된 법 시행 전의 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다’는 경과규정을 두고 있는 경우에도 행위 전체에 대해 개정된 법을 적용하여야 한다.  
 ② 내란죄는 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 행위로서, 다수인이 결합하여 위와 같은 목적으로 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭행·협박행위를 하면 기수가 되고, 그 목적의 달성 여부는 이와 무관한 것으로 해석되므로, 다수인이 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동을 하였을 때 이미 내란의 구성요건은 완전히 충족된다고 할 것이어서 계속범이 아니라 상태범에 해당한다.  
 ③ 부설주차장을 주차장 외의 용도로 사용하여 주차장법을 위반한 죄는 계속범이므로, 종전의 용도 외 사용행위에 대하여 처벌받은 일이 있다고 하더라도, 그 후에도 계속하여 용도 외로 사용하고 있는 이상 종전 재판 후의 사용에 대하여 다시 처벌할 수 있다.  
 ④ 공익법인이 주무관청의 승인을 받지 않은 채 수익사업을 하는 행위는 시간적 계속성이 구성요건적 행위의 요소로 되어 있다는 점에서 계속범에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 승인을 받지 않은 수익사업이 계속되고 있는 동안에는 아직 공소시효가 진행하지 않는다.  
 ⑤ 허가받지 아니한 업체와 건설폐기물의 처리를 위한 도급계약을 체결한 자가 무허가 건설폐기물 처리업체에 위탁하여 건설폐기물을 처리하는 행위를 처벌하는 법률이 신설된 후에도 그 도급계약에 따른 건설폐기물의 처리행위를 계속하였다면, 처벌규정 신설 후에 이루어진

무허가 처리업체에 의한 건설 폐기물의 위탁처리에 대하여 위 법률 조항이 적용된다.

**정답** ① **[2014 변사]**

**해설** ①(×). 일반적으로 계속범의 경우 실행행위가 종료되는 시점에서의 법률이 적용되어야 할 것이나, 법률이 개정되면서 그 부칙에서 ‘개정된 법 시행 전의 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다’는 경과규정을 두고 있는 경우 개정된 법이 시행되기 전의 행위에 대해서는 개정 전의 법률, 그 이후의 행위에 대해서는 개정된 법률을 각각 적용하여야 한다(대판 2001.9.25., 2001도3990). <송형총 61면>  
 ②(○). 대판 1997.4.17., 96도3376, 전원합의체판결. <송형각 699면>  
 ③(○). 주차장법 제29조 제1항 제2호에서 규정하는 ‘부설주차장을 주차장 외의 용도로 사용’한 행위는 직접 부설주차장을 주차장 외의 용도로 변경하여 사용하는 행위뿐만 아니라 이미 유형적으로 주차장 외의 용도로 변경된 부설주차장의 관리책임을 승계한 자가 그 변경된 용도로 계속 사용하는 경우도 포함된다고 할 것이다. 또 주차장법 제29조 제1항 제2호 위반의 죄는 이른바 계속범으로서, 종전에 용도의 사용행위에 대하여 처벌받은 일이 있다고 하더라도 그 후에도 계속하여 용도의 사용을 하고 있는 이상 종전 재판 후의 사용에 대하여 다시 처벌할 수 있는 것이다(대판 2006.1.26., 2005도7283. 공보불게재).  
 ④(○). 대판 2006.9.22., 2004도4751. <송형총 95면>  
 ⑤(○). 구 건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률 제63조 제1의2호가 금지하는 행위는 건설폐기물을 허가받지 아니한 업체에 위탁하여 처리하는 행위인데, 이는 위탁처리를 위한 도급계약의 성립과 함께 범죄가 기수에 이르러 범죄행위가 종료되는 이른바 즉시범이 아니고 그 도급계약에 따른 건설폐기물의 처리행위를 계속함으로써 위법상태가 지속되는 동안 범죄행위도 종료되지 않고 계속되는 계속범의 성격을 갖는 것이므로, 대한주택공사와 철거업체들 간의 도급계약이 처벌규정인 위 법률 조항이 신설되기 전에 체결되었다고 하더라도, 그에 따른 건설폐기물의 처리행위가 처벌규정의 신설 후에도 종료되지 않고 계속적으로 이루어진 이상, 처벌규정 신설 후에 이루어진 무허가 처리업체에 의한 건설폐기물의 위탁처리에 대하여 위 법률 조항이 적용된다(대판 2009.1.30., 2008도8607. 공보불게재).

**문 14. 예비와 미수에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)**

- ① 예비죄에 대해서는 공동정범만 인정될 수 있고 방조범은 성립될 수 없다.  
 ② 예비와 미수는 각각 형법각칙에 처벌규정이 있는 경우에만 처벌할 수 있지만, 구체적인 법정형까지 규정된 필

요는 없다.

- ③ 일반적으로 공범이 자신의 행위를 중지한 것만으로는 중지미수가 성립하지 않지만, 다른 공범 또는 정범의 행위를 중단시키기 위하여나 결과 발생을 저지하기 위한 진지한 노력이 있었을 경우에는 비록 결과가 발생하였다고 할지라도 그 공범에게는 예외적으로 중지미수가 성립될 수 있다.
- ④ 불능미수는 행위자가 결과발생이 불가능하다는 것을 알면서 실행에 착수하여 결과는 발생하지 않았지만 위험성이 있는 경우에 성립한다.
- ⑤ 피고인이 신고하지 않은 외화 400만 엔이 들어 있는 휴대용 가방을 보안검색대에 올려놓거나 이를 휴대하고 통과하지 않더라도 공항 내에서 탑승을 기다리고 있던 중에 체포된 경우라면 이미 외국환거래법이 규정한 국외반출죄의 실행의 착수는 인정된다.

**정답**

①

[2014 변시]

**해설**

- ①(○). 대판 1976.5.25., 75도1549. <송형총 364면>
- ②(×). 형법 제28조에 의하면 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 처벌하지 아니한다고 규정하고 있어 범죄의 음모 또는 예비는 원칙으로 벌하지 아니하되 예외적으로 법률에 특별한 규정이 있을 때 다시 말하면 음모 또는 예비를 처벌한다는 취지와 그 형을 함께 규정하고 있을 때에 한하여 이를 처벌할 수 있다고 할 것이므로 ... 예비, 음모죄를 처벌한 의도였다 할지라도 그 예비, 음모의 형에 관하여 특별한 규정이 없는 이상 이를 본범이나 미수범에 준하여 처벌한다고 해석함은 피고인의 불이익으로 돌아가는 것이므로 이는 죄형법정주의의 원칙상 허용할 수 없다 할 것이다(대판 1977.6.28., 77도251). <송형총 363면>
- ③(×). 공범의 경우에는 자신의 실행행위 중지만으로 중지미수가 성립할 수 없고, 결과발생방지를 위한 진지한 노력으로 결과발생을 완전히 방지해야만 중지미수를 인정할 수 있다. 결과발생방지를 위한 진지한 노력에도 불구하고 다른 공범의 행위에 의해 범죄가 기수에 달하면 중지미수를 인정할 실익이 없기 때문이다. 대판 2005.2.25., 2004도8259 등 참조. <송형총 349면>
- ④(×). 형법상 모든 미수범에 있어서 고의는 '기수의 고의(무조건적 내지 확정적인 구성요건실현의사)'이어야만 한다. 따라서 결과의 발생이 처음부터 불가능한 것을 알았다면 행위자에게 '기수의 고의' 즉 (무조건적인) 구성요건실현의사가 인정될 수 없으므로 미수범이 성립할 여지가 없다. <송형총 353면, 328면 참조>
- ⑤(×). 외국환거래법 제28조 제1항 제3호에서 규정하는, 신고를 하지 아니하거나 허위로 신고하고 지급수단·귀금속 또는 증권을 수출하는 행위는 지급수단 등을 국외로 반출하기 위한 행위에 근접·밀착하는 행위가 행하여진 때에 그 실행의 착수가 있다고 할 것인데, 피고인이 일화 500만 푼은 기탁화물

로 부치고 일화 400만 푼은 휴대용 가방에 넣어 국외로 반출하려고 하는 경우에, 500만 푼에 대하여는 기탁화물로 부칠 때 이미 국외로 반출하기 위한 행위에 근접·밀착한 행위가 이루어졌다고 보아 실행의 착수가 있었다고 할 것이지만, 휴대용 가방에 넣어 비행기에 탑승하려고 한 나머지 400만 푼에 대하여는 그 휴대용 가방을 보안검색대에 올려놓거나 이를 휴대하고 통과하는 때에 비로소 실행의 착수가 있다고 볼 것이고, 피고인이 휴대용 가방을 가지고 보안검색대에 나아가지 않은 채 공항 내에서 탑승을 기다리고 있던 중에 체포되었다면 일화 400만 푼에 대하여는 실행의 착수가 있다고 볼 수 없다(대판 2001.7.27., 2000도4298). <송형총 336면>

**문 15. 위법성조각사유에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)**

- ① 인근 상가의 통행로로 이용되고 있는 토지의 사실상 지배권자가 위 토지에 철주와 철망을 설치하고 포장된 아스팔트를 걷어냄으로써 통행로로 이용하지 못하게 한 경우 자구행위에 해당하지 않는다.
- ② 甲이 자신의 父 乙에게서 乙소유의 부동산 매매에 관한 권한 일체를 위임받아 이를 매도하였는데, 그 후 乙이 갑자기 사망하자 소유권 이전에 사용할 목적으로 乙이 甲에게 인감증명서 발급을 위임한다는 취지의 인감증명 위임장을 작성한 경우 乙의 추정적 승낙이 인정되므로 사문서위조죄가 성립하지 않는다.
- ③ 자신의 남편과 甲이 불륜을 저지른 것으로 의심한 乙이 이를 따지기 위해 乙의 아들 등과 함께 甲의 집안으로 들어와 서로 합세하여 甲을 구타하자, 그로부터 벗어나기 위해 손을 휘저으며 발버둥치는 과정에서 乙에게 상해를 가한 甲의 행위는 위법성이 조각된다.
- ④ 가해자의 행위가 피해자의 부당한 공격을 방위하기 위한 것 이라기보다는 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대항하여 가해하게 된 경우, 그 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 정당방위라고 볼 수 없다.
- ⑤ 선박의 이동에도 새로운 공유수면점용허가가 있어야 하고 휴지선을 이동하는 데는 예인선이 따로 필요한 관계로 비용이 많이 들어 다른 해상으로 이동을 하지 못하고 있는 사이에 태풍을 만나게 되고, 그와 같은 위급한 상황에서 선박과 선원들의 안전을 위한 조치를 취한 결과 인근 양식장에 피해를 준 경우 긴급피난에 해당한다.

**정답**

②

[2014 변시]

**해설**

- ①(○). 대판 2007.12.28., 2007도7717. <송형총 233면>
- ②(×). 문서위조죄는 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 보호법익으로 하는 것이므로 행사할 목적으로 작성된 사문서가 일

반인으로 하여금 당해 명의인의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿게 할 수 있는 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 사문서위조죄가 성립하고, 위와 같은 요건을 구비한 이상 명의인이 문서의 작성일자 전에 이미 사망하였더라도 그러한 문서 역시 공공의 신용을 해할 위험성이 있으므로 사문서위조죄가 성립한다. 위와 같이 사망한 사람 명의의 사문서에 대하여도 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 문서에 관한 공공의 신용을 해할 위험이 발생하였다 할 것이므로, 그러한 내용의 문서에 관하여 사망한 명의자의 승낙이 추정된다는 이유로 사문서위조죄의 성립을 부정할 수는 없다(대판 2011.9.29., 2011도6223). <송형각 606면>

- ③(○). 대판 2010.2.11., 2009도12958. <송형총 212면>
- ④(○). 대판 2000.3.28., 2000도228. <송형총 211면>
- ⑤(○). 대판 1987.1.20., 85도221. <송형총 224면>

**문 16. 횡령죄에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)**

- ① 조합장이 조합으로부터 공무원에게 뇌물로 전달하여 달라고 금원을 교부받고도, 이를 뇌물로 전달하지 않고 개인적으로 소비한 경우에 횡령죄가 성립한다.
- ② 타인이 착오로 피고인 명의의 홍콩 H은행 계좌로 잘못 송금한 300만 홍콩달러를 피고인이 임의로 인출하여 사용하였더라도, 피고인과 송금인 사이에 별다른 거래관계가 없는 경우에는 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ③ 지명채권의 양도인이 채무자에 대한 양도의 통지 전에 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우 그 금전은 양도인의 소유에 속하므로 이를 양도인이 임의로 소비하더라도 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ④ 임차토지에 동업계약에 기해 식재되어 있는 수목을 관리·보관하던 동업자 일방이 다른 동업자의 허락을 받지 않고 함부로 제3자에게 수목을 매도하기로 계약을 체결한 후 계약금을 수령·소비하였으나, 다른 동업자의 저지로 계약의 추가적인 이행이 진행되지 아니한 경우 횡령죄 미수가 성립한다.
- ⑤ 주주나 대표이사 또는 그에 준하여 회사 자금의 보관이나 운용에 관한 사실상의 사무를 처리하는 자가 회사 소유의 재산을 제3자의 자금 조달을 위하여 담보로 제공하는 등 사적인 용도로 임의 처분하였더라도, 그 처분에 관하여 주주총회나 이사회 결의가 있었던 경우에는 횡령죄가 성립하지 않는다.

**정답** ④

**[2014 변사]**

- 해설** ①(×). 민법 제746조에 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다고 규정한 뜻은 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효임을 내세워 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없고, 또 급여한 물건의 소유권이 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없어서 결국 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다는 것이므로 조합장이 조합으로부터 공무원에게 뇌물로 전달하여 달라고 금원을 교부받은 것은 불법원인으로 인하여 지급 받은 것으로서 이를 뇌물로 전달하지 않고 타에 소비하였다고 해서 타인의 물건을 보관 중 횡령하였다고 볼 수는 없다(대판 1988.9.20., 86도628). <송형각 433면>
- ②(×). 어떤 예금계좌에 돈이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우에는 그 예금주와 송금인 사이에 신의칙상 보관관계가 성립한다고 할 것이므로, 피고인이 송금 절차의 착오로 인하여 피고인 명의의 은행 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당하고, 이는 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없다고 하더라도 마찬가지이다(대판 2010.12.9., 2010도891). <송형각 387면>
- ③(×). [다수의견] ... 채권양도의 당사자 사이에서는 양도인은 양수인을 위하여 양수채권 보전에 관한 사무를 처리하는 자라고 할 수 있고, ... 이는 이미 채권을 양도하여 그 채권에 관한 한 아무런 권한도 가지지 아니하는 양도인이 양수인에게 귀속된 채권에 대한 변제로서 수령한 것이므로, 채권양도의 당연한 귀결로서 그 금전을 자신에게 귀속시키기 위하여 수령할 수는 없는 것이고, 오로지 양수인에게 전달해 주기 위하여 서만 수령할 수 있을 뿐이어서, 양도인이 수령한 금전은 양도인과 양수인 사이에서 양수인의 소유에 속하고, 여기에다가 위와 같이 양도인이 양수인을 위하여 채권보전에 관한 사무를 처리하는 지위에 있다는 것을 고려하면, 양도인은 이를 양수인을 위하여 보관하는 관계에 있다고 보아야 할 것이다(대판 1999.4.15., 97도666, 전원합의체판결). <송형각 426면>
- ④(○). [1] 횡령죄는 소유권 등 본권이 침해될 위험이 있으면 그 침해의 결과가 발생하지 않더라도 성립하는 위험범인데, 여기서 위험범이라는 것은 횡령죄가 개인적 법익침해를 전제로 하는 재산범죄임을 감안할 때 단순히 사회 일반에 대한 막연한 추상적 위험이 발생하는 것만으로는 부족하고 소유자의 본권 침해에 대한 구체적 위험이 발생하는 수준에 이를 것을 요하기 때문에 이러한 단계에 있지 않은 경우에는 횡령죄의 미수범의 책임을 진다.
- [2] 피고인이 피해자로부터 위탁받아 식재·관리하여 오던 나무들을 피해자 모르게 제3자에게 매도하는 계약을 체결하고 제3자로부터 계약금을 수령한 상태에서 피해자에게 적발되어 위 계약이 더 이행되지 아니하고 무위로 그친 경우, 피고인의 행위는 횡령미수가 아니라 횡령미수에 해당한다(대판 2012.8.17., 2011도9113).
- ⑤(×). 주식회사는 주주와 독립된 별개의 권리주체로서 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로, 주주나 대표이사 또는 그에 준하여 회사 자금의 보관이나 운용에 관한 사실상의 사무를 처리하는 자가 회사 소유 재산을 제3자의 자금 조달을 위하

여 담보로 제공하는 등 사적인 용도로 임의 처분하였다면 그 처분에 관하여 주주총회나 이사회 결의가 있었는지 여부와는 관계없이 횡령죄의 죄책을 면할 수는 없다(대판 2011.3.24., 2010도17396). <송형각 387면>

문 17. 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성 근거에 관한 견해 <보기1> 과 그 내용 <보기2> 및 이에 대한 비판 <보기3>이 바르게 연결된 것은?

<보기1>

- 가. 가벌성의 근거를 원인설정행위 자체에서 찾는 견해
- 나. 가벌성의 근거를 원인설정행위와 실행행위의 불가분적 관련에서 찾는 견해
- 다. 가벌성의 근거를 책임능력 결함상태에서의 실행행위에서 찾는 견해

<보기 2>

- A. 책임능력 결함상태에서 구성요건 해당행위를 시작한 때에 실행의 착수가 있는 것으로 본다.
- B. 일종의 ‘반무의식상태’에서 실행행위가 이루어지는 한 그 주관적 요소를 인정할 수 있다.
- C. 원인에 있어서 자유로운 행위를 자신을 책임능력 없는 도구로 이용하는 간접정범으로 이해한다.

<보기 3>

- a. 행위와 책임의 동시존재 원칙의 예외를 인정하는 결과가 되어 책임주의에 반할 위험이 있다.
- b. 실행의 착수에 구성요건적 행위정형성이 결여되어 죄형법정주의에 반할 위험이 있다.
- c. 대부분의 경우에 행위자의 책임능력이 인정되어 법적 안정성을 해하는 결과를 초래한다.

- ① 가-A-a, 나-B-b, 다-C-c
- ② 가-B-b, 나-A-c, 다-C-a
- ③ 가-B-c, 나-A-a, 다-C-b
- ④ 가-C-b, 나-A-a, 다-B-c
- ⑤ 가-C-a, 나-A-b, 다-B-c

**정답** ④ [2014 변사]

**해설** ★ 가(구성요건모델, 일치설)-C-b, 나(책임모델, 예외설)-A-a, 다(심층심리학적 예외모델)-B-c 등으로 연결된다. <송형총 289면 참조>

문 18. 착오에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에

는 판례에 의함)

- ① 甲이 지하철에서 옆 사람이 손잡이를 잡기 위해 팔을 올리는 것을 성추행하는 것으로 경솔하게 오인하여 그 손을 쳐서 전치 4주의 상해를 입힌 경우, 甲의 착오에 대한 엄격책임설과 제한적 책임설의 결론은 동일하다.
- ② 변호사 자격을 가진 국회의원 甲이 선거에 영향을 미칠 수 있는 내용이 포함된 의정보고서를 발간하는 과정에서 보좌관을 통해 관할 선거관리위원회 직원에게 구두로 문의하여 답변을 받은 결과 그 의정보고서를 발간하는 것이 선거법규에 저촉되지 않는다고 오인한 경우, 형법 제16조의 정당한 이유가 인정되지 않는다.
- ③ 사인(私人)인 甲이 현행범인을 체포하면서 그 범인을 자기 집 안에 감금까지 할 수 있다고 생각하고 감금한 경우, 소극적 구성요건요소이론에 따르면 甲의 착오는 법률의 착오에 해당한다.
- ④ 甲이 자신의 아들이 물에 빠졌는데도 그를 타인의 아들이라고 잘못 생각하여 구조행위를 하지 않아 사망하게 한 경우, 이분설에 따르면 甲의 착오는 형법 제16조의 법률의 착오에 해당한다.
- ⑤ 甲이 마당에 있는 乙의 도자기를 손괴하려고 돌을 던졌으나 빗나가 옆에 있던 乙에게 상해를 입힌 경우, 법정적 부합설에 따르면 甲은 상해죄로 처벌된다.

**정답** ②

[2014 변사]

- 해설** ①(×). 甲의 착오는 정당방위에 있어서 객관적 정당화상황인 ‘현재의 부당한 침해’가 없는데 있다고 오인한 경우로서 오상방위, 즉 ‘위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오’에 해당한다. 엄격책임설과 제한적 책임설은 이와 같은 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오의 경우에만 그 결론에 차이가 있다. 즉 엄격책임설은 이를 금지착오에 해당하는 것으로 보고 그 착오에 정당한 이유가 없으므로 (고의)상해죄의 죄책을 인정한다. 반면 제한적 책임설 중 i) 구성요건적착오 유추적용설은 구성요건적 고의를 조각하고 甲의 과실이 존재하므로 과실치상죄의 죄책을 인정하고, ii) 법효과제한적 책임설은 고의의 이중적 지위를 인정하는 입장에서 구성요건적 고의는 인정되나 책임고의가 부정되어 역시 과실치상죄의 죄책을 인정한다. <송형총 295면, 312면 참조>
- ②(○). 대판 2006.3.24., 2005도3717. <송형총 307면>
- ③(×). 甲의 착오는 위법성조각사유의 한계에 대한 착오에 해당한다. 한편 소극적 구성요건요소이론에 의하면 위법성조각사유 역시 (소극적)구성요건요소에 해당하므로, 위법성조각사유에 대한 착오는 당연히 구성요건적 착오에 해당한다. <송형총 104면 참조>
- ④(×). 甲은 물에 빠져 사망한 자가 자신의 아들이라는 사실을 알지 못하였으므로 보증인지위에 대한 착오를 일으켰다. 이분설은 보증인지위는 구성요건요소, 보증의무(작위의무)는 위법



- ② 甲은 강도죄의 공모관계에서 이탈하였다고 볼 수 없으므로 특수강도죄의 공동정범의 죄책을 진다.
- ③ 만일 甲, 乙, 丙이 위의 범죄사실로 기소되었을 경우, 甲에 대한 변론을 분리한 후라면 甲을 乙, 丙 사건에 대한 증인으로 신문할 수 있다.
- ④ 만일 乙, 丙이 강취과정에서 A를 고의로 살해하였다더라도 甲이 이를 예견할 수 없었다면, 甲은 강도치사죄의 죄책을 지지 않는다.
- ⑤ 만일 甲이 먼저 붙잡혀 공판과정에서 일관되게 범행을 부인하였지만 유죄판결이 확정되고, 그 후 별건으로 기소된 乙, 丙의 형사사건에서 자신의 범행을 부인하는 증언을 하였다더라도 사실대로 진술할 기대가능성이 없어 위증죄는 성립하지 않는다.

**정답**

⑤

**[2014 변사]**

**해설**

- ①(○). 타당하다.
- ②(○). 대판 2008.4.10., 2008도1274. <송형총 411면>
- ③(○). 공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있으므로 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다(대판 2008.6.26., 2008도3300; 대판 2012.10.11., 2012도6848 등). <송형각 809면>
- ④(○). 만일 乙, 丙이 강취과정에서 A를 고의로 살해하였다면 이들은 당연히 강도살인죄의 죄책을 진다. 한편 (특수)강도를 공모한 甲의 경우 다른 공범에 의해 발생한 사망의 중한 결과에 대해서 이를 예견할 수 있었다면, 甲에게는 강도치사죄의 공동정범이 인정된다는 것이 判例이다. 대판 1990.11.27., 90도2262; 대판 1991.11.21., 91도2156 등 참조. <송형각 285면>
- ⑤(×). [1] ... 자기에게 형사상 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리가 결코 적극적으로 허위의 진술을 할 권리를 보장하는 취지는 아니며, 이미 유죄의 확정판결을 받은 경우에는 일사부재리의 원칙에 의해 다시 처벌되지 아니하므로 증언을 거부할 수 없는바, 이는 사실대로의 진술 즉 자신의 범행을 시인하는 진술을 기대할 수 있기 때문이다. 이러한 점 등에 비추어 보면, 이미 유죄의 확정판결을 받은 피고인은 공범의 형사사건에서 그 범행에 대한 증언을 거부할 수 없을 뿐만 아니라 나아가 사실대로 증언하여야 하고, 설사 피고인이 자신의 형사사건에서 시종일관 그 범행을 부인하였다 하더라도 이러한 사정은 위증죄에 관한 양형참작사유로 볼 수 있음은 별론으로 하고 이를 이유로 피고인에게 사실대로 진술할 것을 기대할 가능성이 없다고 볼 수는 없다.  
[2] 자신의 강도상해 범행을 일관되게 부인하였으나 유죄판결이 확정된 피고인이 별건으로 기소된 공범의 형사사건에서 자신의 범행사실을 부인하는 증언을 한 사안에서, 피고인에게 사실대로 진술할 기대가능성이 있으므로 위증죄가 성립한다고 판단한 사례(대판 2008.10.23., 2005도10101; 대판 2011.11.24., 2011도11994). <송형총 318면>

문 25. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 친고죄의 공범인 甲, 乙 중 甲에 대하여 제1심판결이 선고되었더라도 제1심판결선고전의 乙에 대하여는 고소를 취소할 수 있고, 그 효력은 제1심판결선고전의 乙에게만 미친다.
- ② 고소의 주관적 불가분의 원칙은 조세범처벌법위반죄에서 소추조건으로 되어 있는 세무공무원의 고발에도 적용된다.
- ③ 세무공무원 등의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있는 조세범처벌법위반죄에 대하여 고발을 받아 수사한 검사가 불기소처분을 하였다가 나중에 공소를 제기하는 경우에는 세무공무원 등의 새로운 고발이 있어야 하는 것은 아니다.
- ④ 반의사불벌죄에서 의사능력 있는 미성년자인 피해자가 처벌 희망 여부에 관한 의사표시를 함에는 법정대리인의 동의가 필요하다.
- ⑤ 비친고죄에 해당하는 죄로 기소되어 항소심에서 친고죄에 해당하는 죄로 공소장이 변경된 후 공소제기 전에 행하여진 고소가 취소되었다면 항소심법원은 공소기각의 판결을 선고하여야 한다.

**정답**

③

**[2014 변사]**

**해설**

- ①(×).
- ②(×). 공정거래법은 제71조 제1항에서 '제66조 제1항 제9호 소정의 부당한 공동행위를 한 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다'고 규정함으로써 그 소추조건을 명시하고 있는데, 이와 관련하여 공정거래위원회가 공정거래법 위반행위자 중 일부에 대하여만 고발을 한 경우에 그 고발의 효력이 나머지 위반행위자에게도 미치는지 여부, 즉 고발의 주관적 불가분 원칙의 적용 여부에 관하여는 아무런 명시적 규정을 두지 않고 있고, 친고죄에 관한 고소의 주관적 불가분 원칙을 규정한 형사소송법 제233조도 공정거래법 제71조 제1항의 고발에 준용된다고 볼 아무런 명문의 근거가 없으며, 죄형법정주의의 원칙에 비추어 그 유추적용을 통하여 공정거래위원회의 고발이 없는 위반행위자에 대해서까지 형사처벌의 범위를 확장하는 것도 허용될 수 없으므로, 위반행위자 중 일부에 대하여 공정거래위원회의 고발이 있다고 하여 나머지 위반행위자에 대하여도 위 고발의 효력이 미친다고 볼 수 없고, 나아가 공정거래법 제70조의 양벌규정에 따라 처벌되는 법인이나 개인에 대한 고발의 효력이 그 대표자나 대리인, 사용인 등으로서 행위자인 사람에게까지 미친다고 볼 수도 없다(대판 2010.9.30., 2008도4762; 대판 2011.7.28., 2008도5757). <송형총 55면>
- ③(○). 검사의 불기소처분에는 확정재판에 있어서의 확정력과

같은 효력이 없어 일단 불기소처분을 한 후에도 공소시효가 완성되기 전이면 언제라도 공소를 제기할 수 있으므로, 세무 공무원 등의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있는 조세범처벌법 위반죄에 관하여 일단 불기소처분이 있었다라도 세무공무원 등이 종전에 한 고발은 여전히 유효하다. 따라서 나중에 공소를 제기함에 있어 세무공무원 등의 새로운 고발이 있어야 하는 것은 아니다(대판 2009.10.29., 2009도6614).

- ④(×). [다수의견] 형사소송법상 소송능력이라 함은 소송당사자가 유효하게 소송행위를 할 수 있는 능력, 즉 피고인 또는 피의자가 자기의 소송상의 지위와 이해관계를 이해하고 이에 따라 방어행위를 할 수 있는 의사능력을 의미한다. 의사능력이 있으면 소송능력이 있다는 원칙은 피해자 등 제3자가 소송행위를 하는 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다. 따라서 반의사불벌죄에 있어서 피해자의 피고인 또는 피의자에 대한 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌을 희망하는 의사표시의 철회는, 위와 같은 형사소송절차에 있어서의 소송능력에 관한 일반원칙에 따라, 의사능력이 있는 피해자가 단독으로 이를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 한다거나 법정대리인에 의해 대리되어야만 한다고 볼 것은 아니다. 나아가 청소년의 성보호에 관한 법률이 형사소송법과 다른 특별한 규정을 두고 있지 않는 한, 위와 같은 반의사불벌죄에 관한 해석론은 청소년의 성보호에 관한 법률의 경우에도 그대로 적용되어야 한다. 그러므로 청소년의 성보호에 관한 법률 제16조에 규정된 반의사불벌죄라고 하더라도, 피해자인 청소년에게 의사능력이 있는 이상, 단독으로 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌 희망 의사표시의 철회를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 하는 것으로 볼 것은 아니다(대판 2009.11.19, 2009도6058, 전원합의체판결). ★ 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. <송형총 91면>

- ⑤(×). [다수의견] 원래 고소의 대상이 된 피고소인의 행위가 친고죄에 해당할 경우 소송요건인 그 친고죄의 고소를 취소할 수 있는 시기를 언제까지로 한정하는가는 형사소송절차운영에 관한 입법정책상의 문제이기에 형사소송법의 그 규정은 국가형벌권의 행사가 피해자의 의사에 의하여 좌우되는 현상을 장기간 방치하지 않으려는 목적에서 고소취소의 시한을 획일적으로 제1심판결 선고시까지로 한정하는 것이고, 따라서 그 규정을 현실적 심판의 대상이 된 공소사실이 친고죄로 된 당해 심급의 판결 선고시까지 고소인이 고소를 취소할 수 있다는 의미로 볼 수는 없다 할 것이어서, 항소심에서 공소장의 변경에 의하여 또는 공소장변경절차를 거치지 아니하고 법원 직권에 의하여 친고죄가 아닌 범죄를 친고죄로 인정하였다라도 항소심을 제1심이라 할 수는 없는 것이므로, 항소심에 이르러 비로소 고소인이 고소를 취소하였다면 이는 친고죄에 대한

고소취소로서의 효력은 없다(대판 1999.4.15., 96도1922, 전원합의체판결).

- 문 33. 공정거래위원회 소속 공무원 甲은 乙로부터 불공정거래행위 신고나 관련 처리업무를 할 경우 잘 봐 달라는 취지로 건네주는 액면금 100만 원짜리 자기앞수표 3장을 교부받았다. 검사 丙은 이 사실을 수사한 후 甲을 뇌물수수죄로 기소하였다. 丙은 이 사건 공소제기 후 공판절차가 진행 중 수소법원이 아닌 영장전담판사 A로부터 압수·수색영장을 발부받아 그 집행을 통하여 확보한 위 자기앞수표 사본 3장과 이를 기초로 작성한 수사보고서를 증거로 제출하였다. 한편, 甲은 공판관여 참여주사 丁에게 형량을 감경하여 달라는 청탁과 함께 현금 100만원을 교부하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 뇌물죄에서 말하는 ‘직무’에는 법령에 정하여진 직무뿐만 아니라 그와 관련 있는 직무, 과거에 담당하였거나 장래에 담당할 직무도 포함될 수 있다.
- ② 甲으로부터 현금 100만원을 수령한 법원주사 丁에게 뇌물수수죄가 성립한다.
- ③ 甲이 유죄로 인정되면, 甲이 乙로부터 받은 자기앞수표를 소비한 후 현금 300만 원을 乙에게 반환한 경우에 甲으로부터 그 가액을 추징해야 한다.
- ④ 甲이 유죄로 인정되면, 甲이 乙로부터 받은 자기앞수표를 그대로 보관하고 있다가 乙에게 반환한 경우에 乙로부터 몰수 또는 추징을 해야 한다.
- ⑤ 丙이 영장전담판사로부터 발부받은 압수·수색영장에 의하여 압수한 자기앞수표 사본 3장과 위 수사보고서는 증거능력이 없다.

정답

②

[2014 번시]

해설

- ①(○). 대판 2000.1.28., 99도4022 등. <송형각 730면>
- ②(×). 법원의 참여주사가 공판에 참여하여 양형에 관한 사항의 심리내용을 공판조서에 기재한다고 하더라도 이를 가지고 형사사건의 양형이 참여주사의 직무와 밀접한 관계가 있는 사무라고는 할 수 없으므로 참여주사가 형량을 감경케하여 달라는 청탁과 함께 금품을 수수하였다고 하더라도 뇌물수수죄의 주체가 될 수 없다(대판 1980.10.14., 80도1373). <송형각 734면>
- ③(○). 대판 1999.1.29., 98도3584. <송형각 738면>
- ④(○). 대판 1984.2.28., 83도2783. <송형각 738면>
- ⑤(○).

※ 다음 사례에 관한 아래 각 문항(문 34 ~ 문 35)에 답하시오.

甲(1994. 4. 15.생)은 2011. 6. 15. 서울중앙지방법원에서 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등상해)죄로 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받아 2011. 6. 22. 판결이 확정되었다.

甲은 19세 미만이던 2013. 2. 1. 11:00경 피해자(여, 55세)가 현금인출기에서 돈을 인출하여 가방에 넣고 나오는 것을 발견하고 오토바이를 타고 피해자를 뒤따라가 인적이 드문 골목길에 이르러 속칭 ‘날치기’ 수법으로 손가방만 살짝 채어 갈 생각으로 피해자의 손가방을 순간적으로 낚아채어 도망을 갔다. 甲이 손가방을 낚아채는 순간 피해자가 넘어져 2주간의 치료가 필요한 상해를 입었다.

甲은 같은 날 22:30경 주택가를 배회하던 중 주차된 자동차를 발견하고 물건을 훔칠 생각으로 자동차의 유리창을 통하여 그 내부를 손전등으로 비추어 보다가 순찰 중이던 경찰관에게 검거되었다. 당시 甲은 절도 범행이 발각되었을 경우 체포를 면탈하는데 도움이 될 수 있을 것이라는 생각에서 등산용 칼과 포장용 테이프를 휴대하고 있었다.

검사는 2013. 2. 15. 甲을 강도치상, 절도미수, 강도예비로 기소하였고 재판 도중에 강도예비를 주위적 공소사실로, 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제7조 위반을 예비적 공소사실로 공소장변경을 신청하였다.

제1심법원은 2013. 3. 29. 유죄 부분에 대하여 징역 단기 2년, 장기 4년을 선고하였다.

이에 대하여 甲만 항소하였는데, 항소심법원은 2013. 6. 28. 판결을 선고하였다.

\* 참조 조문 : 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제7조 (우범자) 정당한 이유 없이 이 법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 흥기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 제공 또는 알선한 자는 3년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

문 34. 위 사례에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 甲이 손가방을 낚아채어 달아나면서 피해자에게 상해를 입힌 것은 강도치상죄에 해당하지 아니한다.
- ② 만일 피해자가 넘어진 상태에서 손가방을 빼앗기지 않으려고 계속 붙잡고 매달리자 甲이 이 상태로 피해자를 10여m 끌고 가 피해자에게 상해를 입힌 경우라면 甲은 강도치상죄로 처벌될 수 있다.
- ③ 甲의 절도미수의 점은 무죄이다.
- ④ 강도예비 공소사실에 대하여는 甲에게 단순히 ‘준강도’ 할 목적이 있음에 그쳤으므로 강도예비죄로 처벌할

수 없다.

- ⑤ 강도예비의 공소사실과 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제7조 위반의 공소사실은 그 동일성의 범위를 벗어나므로 제1심법원은 공소장변경을 허가하여서는 아니 된다.

정답

⑤

[2014 번시]

해설

- ①(○). 대판 2003.7.25., 2003도2316. <송형각 276면>
- ②(○). 대판 2007.12.13., 2007도7601. <송형각 264면>
- ③(○). 노상에 세워 놓은 자동차안에 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(대판 1985.4.23., 85도464). ★ 절도죄는 예비처벌규정이 없으므로 이 부분은 무죄이다. <송형총 333면>
- ④(○). 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(대판 2006.9.14., 2004도6432). <송형각 289면>
- ⑤(×). 흥기를 휴대하고 다방에 모여 강도예비를 하였다는 공소사실을 정당한 이유 없이 폭력범죄에 공용될 우려가 있는 흥기를 휴대하고 있었다는 폭력행위등처벌에관한법률 제7조 소정의 죄로 공소장 변경을 하였다면, 그 변경전의 공소사실과 변경후의 공소사실은 그 기본적 사실이 동일하므로 공소장변경은 적법하다(대판 1987.1.20., 86도2396).

문 35. 위 사례에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 부정기형의 선고 대상인 소년인지 여부는 행위시가 아니라 재판시를 기준으로 하므로 항소심법원은 甲에게 정기형을 선고하여야 한다.
- ② 항소심법원이 甲에게 정기형을 선고하여야 한다는 결론이 맞다면 제1심법원에서 선고된 장기형보다 낮은 징역 3년을 선고하는 것은 불이익변경금지의 원칙에 반하지 않는다.
- ③ 법원은 공소장변경이 없어도 강도치상죄의 공소사실을 절도죄로 처벌할 수 있다.
- ④ 甲에게 강도치상죄를 인정하지 않고 절도죄를 인정한 법원의 결론이 맞다면 법원은 판결이유에서 강도치상의 점이 무죄임을 판단하여야 한다.
- ⑤ 甲은 항소심판결 선고시 집행유예기간이 경과하였으므로 항소심법원이 다시 집행유예를 선고하더라도 위법하

지 않다.

**정답**

②

[2014 변사]

**해설**

- ①(○). 대판 2009.5.28., 2009도2682; 대판 2008.10.23., 2008도8090. <송형총 284면>
- ②(×). 피고인이 항소한 사건에서 항소심은 제1심의 형보다 중한 형을 선고할 수 없는데, 이러한 불이익변경금지 규정을 적용함에 있어, 부정기형과 정기형 사이에 그 경중을 가리는 경우에는 부정기형 중 최단기형과 정기형을 비교하여야 한다(대판 2006.4.14., 2006도734). ★ 따라서 항소심법원이 선고한 징역 3년은 제1심법원이 선고한 단기 2년보다 중하므로 불이익변경금지 원칙에 반한다. <송형총 533면>
- ③(○).
- ④(○).
- ⑤(○). 집행유예기간 중에 범한 죄에 대하여 형을 선고할 때에, 집행유예의 결정사유를 정하는 현행 형법 제62조 제1항 단서 소정의 요건에 해당하는 경우란, 이미 집행유예가 실효 또는 취소된 경우와 그 선고 시점에 미쳐 유예기간이 경과하지 아니하여 형 선고의 효력이 실효되지 아니한 채로 남아 있는 경우로 국한되고, 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 위 단서 소정의 요건에 해당하지 않으므로, 집행유예기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고가 가능하다(대판 2007.7.27., 2007도768). <송형총 557면>

문 36. 甲은 乙명의 차용증을 위조한 후 乙 소유 부동산에 대한 가압류신청을 하여 법원으로부터 가압류결정을 받았다. 이에 대하여 乙의 고소로 개시된 수사절차에서, 乙이 미국에 거주하는 A로부터 위 부동산을 1억 원에 매수하였으나 차후 양도소득세를 적게 낼 목적으로 1억 5,000만 원에 매수한 것인 양 신고하여 부동산등기부에 매매가액이 1억 5,000만 원으로 기재되게 하고 소유권이전등기를 마친 사실이 확인되었다. 미국에 있는 A와의 전화통화 내용을 문답 형식으로 기재하고 검찰주사만 기명날인한 수사보고서를 검사는 공소제기 후 증거로 제출하였다. 한편, 甲의 범행을 알고 있는 B가 법정에서 허위증언을 하자 검사가 B를 소환하여 추궁 끝에 법정증언을 번복하는 취지의 진술조서를 작성하여 이를 증거로 제출하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 甲이 허위 주장을 하거나 허위 증거를 제출하여 가압류 결정을 받은 것은 법원의 구체적이고 현실적인 직무집행을 방해한 것이므로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다.

- ② 甲이 본안소송을 제기하지 아니한 채 가압류를 신청한 것만으로는 사기죄의 실행에 착수하였다고 할 수 없다.
- ③ 乙이 행정기관에 거래가액을 거짓으로 신고하여 신고필증을 받은 뒤 이를 기초로 사실과 다른 내용의 거래가액이 부동산등기부에 등재되도록 한 것은 공전자기록등 불실기재죄 및 불실기재공전자기록등행사죄에 해당한다.
- ④ 위 수사보고서는 A가 외국거주로 인하여 공판기일에 진술할 수 없으므로 수사보고서를 작성한 검찰주사가 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 작성한 것임을 증명하면 증거로 할 수 있다.
- ⑤ B가 다시 법정에서 출석하여 위 진술조서의 진정성립을 인정하고 甲에게 반대신문의 기회가 부여되었다면 그 진술조서는 증거능력이 있다.

**정답**

②

[2014 변사]

**해설**

- ①(×). 법원은 당사자의 허위 주장 및 증거 제출에도 불구하고 진실을 밝혀야 하는 것이 그 직무이므로, 가처분신청 시 당사자가 허위의 주장을 하거나 허위의 증거를 제출하였다 하더라도 그것만으로 법원의 구체적이고 현실적인 어떤 직무집행이 방해되었다고 볼 수 없으므로 이로써 바로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 볼 수 없다(대판 2012.4.26., 2011도17125). <송형각 777면>
- ②(○). 대판 1988.9.13., 88도55. <송형각 355면>
- ③(×). [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, '공인증개사의 업무 및 부동산 거래 신고에 관한 법률'에 따른 과태료의 제재를 받게 됨은 별론으로 하고, 형법상의 공전자기록등불실기재죄 및 불실기재공전자기록등행사죄가 성립하지는 아니한다(대판 2013.1.24., 2012도12363).
- ④(×).
- ⑤(×).

문 37. 甲은 A로부터 B명의 주민등록증을 만들어 달라는 의

뢰를 받고, 인터넷 포털사이트, 포토샵 프로그램 등을 이용하여 발행인이 서울 X구청장으로 된 주민등록증 이미지 파일을 만들어 A가 요청한 이메일에 첨부하여 전송하는 등 월 10회 이상 주민등록증 등 공문서를 위조해 오고 있다. 한편, 甲이 위와 같이 공문서를 위조한다는 제보를 듣고 수사를 개시한 경찰관 乙은 甲의 컴퓨터에 저장된 문서위조와 관련된 증거를 입수하기 위하여 법원으로부터 압수·수색영장을 발부받아 영장 유효기간 내에 영장을 집행하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 컴퓨터 모니터 화면에 나타난 B 명의의 주민등록증 이미지는 계속적으로 화면에 고정된 것으로 볼 수 없어 문서에 관한 죄의 객체인 문서에 해당하지 않는다.
- ② 甲이 A에게 전송한 B 명의의 주민등록증 이미지 파일은 시각적 방법에 의하여 이해할 수 있는 것이 아니므로 문서에 관한 죄의 객체인 문서에 해당하지 않는다.
- ③ 만일 甲이 C의 의뢰로 미리 주워 가지고 있던 D의 공무원 신분증에 E의 사진을 정교하게 붙이는 방법으로 일반인이 공무원신분증이라고 믿을만한 외관을 갖춘 다음 이를 스캐너로 읽어 들여 이미지화하고, 그 파일을 의뢰인 C에게 전송하여 C로 하여금 컴퓨터 화면상에서 그 이미지를 보게 하였다면 그 행위는 위조공문서행사죄에 해당하지 않는다.
- ④ 전자정보에 대한 압수·수색영장의 집행에 있어서는 원칙적으로 영장발부의 사유로 된 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복제하는 방식으로 이루어져야 한다.
- ⑤ 乙이 영장집행 결과 甲의 컴퓨터 하드디스크에서 문서 위조 외에 관세법위반에 관한 자료를 새로 발견하여 출력하고 이를 甲에게 제시하여 甲으로부터 자백을 받았다면, 이 출력물과 자백은 위법하게 수집한 증거로서 증거능력이 없으므로, 피고인이 법정에서 변호인의 조력을 받아 다른 증거관계를 고려하여 관세법위반 사실을 자백하더라도 이 역시 위법수집증거로서 증거능력을 가질 수 없다.

**정답** ⑤

**[2014 번시]**

- 해설** ①(○). 대판 2007.11.29., 2007도7480. <송형각 603면>  
 ②(○). 대판 2008.4.10., 2008도1013. <송형각 602면>  
 ③(○). 위조문서행사죄에 있어서 행사는 위조된 문서를 진정한 것으로 사용함으로써 문서에 대한 공공의 신용을 해칠 우려가 있는 행위를 말하므로 그 행사의 상대방에는 아무런 제한이 없고, 다만 문서가 위조된 것임을 이미 알고 있는 공범자 등에게 행사하는 경우에는 위조문서행사죄가 성립할 수 없다

(대판 2012.2.23., 2011도1441). <송형각 655면>

- ④(○). 대결 2011.5.26., 2009도1190.
- ⑤(×).

문 38. 甲은 乙로부터 5,000만 원을 차용하면서 그 담보로 甲의 丙에 대한 5,000만 원 임대차보증금 반환채권을 乙에게 양도하기로 하고 乙과 채권양도계약을 체결하였다. 그런데 甲은 丙에게 채권양도통지를 하지 않고 있다가 채권양도 사실을 모르고 있던 丙으로부터 5,000만 원을 지급받아 이를 임의로 소비하였다. 이를 알게 된 乙은 甲이 운영하는 성매매업소에 찾아가 자신이 휴대한 회칼로 甲과 손님들을 위협한 후 야구방망이로 甲을 폭행하였다. 사법경찰관은 “乙의 주거지인 3층 옥탑방에 보관 중인 야구방망이 등 범행도구”가 압수·수색할 장소와 물건으로 기재된 압수·수색영장을 집행하여 1층 주인집 거실에서 발견된 주인 소유의 야구방망이를 압수하였다. 며칠 후 사법경찰관은 乙의 자동차에서 위 회칼을 발견하여 甲으로부터 범행도구임을 확인받고 甲으로부터 임의제출을 받은 것으로 압수조서를 작성하고 이를 압수하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 甲이 차용금에 대한 변제의사 및 능력이 없고, 처음부터 채권양도통지를 할 생각 없이 乙을 속이기 위하여 담보로 채권양도를 하겠다고 한 경우라면 사기죄와 횡령죄의 양 죄가 성립하고, 양 죄는 상상적 경합범의 관계에 있다.
- ② 乙에게는 甲에 대한 업무방해죄를 인정할 수 있다.
- ③ 乙이 甲과 손님을 위협, 폭행한 행위는 甲에 대한 업무방해의 수단이 되었으므로 이 폭행, 협박은 업무방해죄의 불가별적 수반행위로 업무방해죄에 흡수된다.
- ④ 사법경찰관이 위 압수·수색영장에 의하여 야구방망이를 압수한 것은 위법하다.
- ⑤ 회칼은 甲이 임의로 제출한 물건이므로 사법경찰관이 영장 없이 이를 압수한 것은 적법하다.

**정답** ④

**[2014 번시]**

- 해설** ①(×). [1] 외형상으로는 공소사실의 기초가 되는 피고인의 일련의 행위가 여러 개의 범죄에 해당되는 것 같지만 합쳐져서 하나의 사회적 사실관계를 구성하는 경우에 그에 대한 법률적 평가는 하나밖에 성립되지 않는 관계, 즉 일방의 범죄가 성립되는 때에는 타방의 범죄는 성립할 수 없고, 일방의 범죄가 무죄로 될 경우에만 타방의 범죄가 성립할 수 있는 비양립적인 관계가 있을 수 있다.

[2] 피고인이 피해자 甲에게서 돈을 빌리면서 담보 명목으로 乙에 대한 채권을 양도하였는데도 乙에게 채권양도 통지를 하기 전에 이를 추심하여 임의로 소비한 사안에서, 차용금 편취의 점과 담보로 양도한 채권을 추심하여 임의 소비한 횡령의 점은 양도된 채권의 가치, 채권양도에 관한 피고인의 진정성 등의 사정에 따라 비양립적인 관계라 할 것이어서, 이러한 사정을 심리하여 피고인의 위 일련의 행위가 그 중 어느 죄에 해당하는지를 가려야 할 것인데도, 사기죄 및 횡령죄를 모두 인정한 원심판단에 법리오해 및 심리미진의 위법이 있다고 한 사례(대판 2011.5.13., 2011도1442). ★ 즉 i) 피고인이 피해자로부터 돈을 빌리기 위해 피해자가 요구하는 대로 차용금에 대한 담보 명목으로 위 공사대금 채권을 양도하는 형식만 갖추었을 뿐, 당초부터 위 공사대금 채권을 추심하여 빼돌릴 생각을 가지고 있었던 경우라면, 차용금 편취에 관한 사기죄만 성립하고, 위 공사대금 채권을 양도한 후 공사대금을 수령하여 임의 소비한 행위는 금전 차용 후 담보로 제공한 양도채권을 추심받아 이를 빼돌리려는 사기범행의 실행행위에 포함된 것으로 봄이 상당하므로 사기죄와 별도로 횡령죄는 성립되지 않는다. ii) 반면에 피고인이 피해자로부터 돈을 차용할 때 피해자 및 다른 채권자에 대하여 상당한 채무를 부담하고 있는 상황이었다 하더라도, 그 차용금에 대하여 담보로 제공한 위 공사대금 채권이 차용액에 상응하고 추심에 문제가 없는 것이었으며 위 공사대금 채권의 양도에 관한 피고인의 진정성이 인정되는 경우라면, 피고인에게 위 차용금에 대한 편취범의를 인정하기는 어려우므로 피고인에게 사기죄의 책임을 물을 수 없고, 다만 피고인은 위 공사대금 채권의 양도인의 지위에서 양수인인 피해자를 위하여 보관하여야 하는데도 추심한 채권을 임의로 소비한 행위에 대하여 횡령죄의 책임만 지게 될 것이다. <송형각 386면>

- ②(×). 성매매알선 등 행위는 법에 의하여 원천적으로 금지된 행위로서 형사처벌의 대상이 되는 중대한 범죄행위일 뿐 아니라 정의관념상 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠는 경우에 해당하므로, 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무라고 볼 수 없다(대판 2011.10.13., 2011도7081). <송형각 170면>
- ③(×). 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 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다(대판 2012.10.11., 2012도1895). <송형총 461면>

- ④(○).
- ⑤(×).

문 39. 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ㄱ. 甲은 발행일이 백지인 수표 1장을 위조하여 乙에게 교부하였다. 그런데 이 수표가 위조된 사실을 알고 있는 乙은 이를 자신의 채무를 변제하기 위하여 사용하였다.
- ㄴ. 양도담보권설정자인 채무자가 점유개정의 방식으로 담보목적물인 동산을 점유하고 있는 상태에서 양도담보권자인 채권자 丙이 丁에게 담보목적물을 매각하고 목적물반환청구권을 양도하여 丁이 임의로 이를 가져가게 하였다.
- ㄷ. A가 자동차를 구입하여 장애인에 대한 면세 혜택 등의 적용을 받기 위해 戊의 명의를 빌려 등록하였다. 명의수탁자 戊와 그의 딸 己는 공모하여, 戊는 己에게 자동차이전등록 서류를 교부하고, 己는 그 자동차를 명의신탁자 A몰래 가져와 이를 다른 사람에게 처분하였다.

- ① 사안 ㄱ에서 발행일이 기재되지 않은 수표는 적법하게 지급받을 수 없으므로 甲은 수표위조로 인한 부정수표 단속법위반의 죄책을 지지 않는다.
- ② 사안 ㄱ에서 甲과 乙이 공동피고인으로 기소된 경우 乙이 피고인으로서 “甲으로부터 그가 위조한 수표를 받은 사실이 있다.” 라고 한 법정진술은 甲이 乙에게 위조수표를 교부한 사실에 대한 증거로 사용할 수 있다.
- ③ 사안 ㄴ에서 위 동산의 실질적인 소유권은 채무자에게 있으므로 丙과 丁은 절도죄의 공동정범의 죄책을 진다.
- ④ 사안 ㄷ에서 위 자동차에 대한 실질적인 소유권은 A에게 있으므로 戊와 己는 절도죄의 공동정범의 죄책을 진다.
- ⑤ 사안 ㄷ에서 공소시효의 진행은 개별적으로 진행되므로 戊가 먼저 기소되어 유죄판결을 받아 그 판결이 확정된 경우 戊가 기소되어 판결이 확정될 때까지의 기간 동안 己에 대한 공소시효의 진행은 정지되지 않는다.

정답

④

[2014 번시]

해설

- ①(×). 수표의 외관이 일반인으로 하여금 진정인 수표라고 신용하게 할 정도의 것이라면 동 수표가 (발행일자가 기재되지 않아) 수표요건을 결하여 실체법상 무효의 것이라도 위조죄는 성립한다 할 것이다(대판 1973.6.12., 72도1796).
- ②(×).
- ③(×). [1] 금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하되 점유개정에 의하여 채무자가 이를 계속 점유하기로 한 경우, 특별한 사정이 없는 한 동산의 소유권은 신탁적으로 이전되고, 채권자와 채무자 사이의 대내적 관계에서 채무자는 의연히 소유권을 보유하나 대외적인 관계에 있어서 채무자는 동산의 소유권을 이미 채권자에게 양도한 무권리자가 된다. 따라서 동산에 관하여 양도담보계약이 이루어지고 채권자가 점유개정의 방법으로 인도를 받았다면, 그 정산절차를 마치기 전이라도 양도담보권자인 채권자는 채

3자에 대한 관계에 있어서는 담보목적물의 소유자로서 그 권리를 행사할 수 있다.

[2] 양도담보권자인 채권자가 제3자에게 담보목적물인 동산을 매각한 경우, 제3자는 채권자와 채무자 사이의 정산절차 종결 여부와 관계없이 양도담보 목적물을 인도받음으로써 소유권을 취득하게 되고, 양도담보의 설정자가 담보목적물을 점유하고 있는 경우에는 그 목적물의 인도는 채권자로부터 목적물반환청구권을 양도받는 방법으로도 가능하다. 채권자가 양도담보 목적물을 위와 같은 방법으로 제3자에게 처분하여 그 목적물의 소유권을 취득하게 한 다음 그 제3자로 하여금 그 목적물을 취거하게 한 경우, 그 제3자로서는 자기의 소유물을 취거한 것에 불과하므로, 채권자의 이 같은 행위는 절도죄를 구성하지 않는다(대판 2008.11.27., 2006도4263). <송형각 248면>

- ④(○). 자동차 명의신탁관계에서 제3자가 명의수탁자로부터 승용차를 가져가 매도할 것을 허락받고 인감증명 등을 교부받아 위 승용차를 명의신탁자 몰래 가져간 경우, 위 제3자와 명의수탁자의 공모·가공에 의한 절도죄의 공모공동정범이 성립한다고 한 사례(대판 2007.1.11., 2006도4498). <송형총 407면>
- ⑤(×).

문 40. 검사는 甲, 乙에 대하여 아래 ㄱ, ㄴ 사실로 공소를 제기하였고, 甲과 乙은 국민참여재판을 원하고 있다. 아래 사례에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

ㄱ. 甲은 A로부터 직접 소유권이전등기를 받는 형식으로 7억 원 상당의 A 소유 아파트를 명의수탁받아 보관하던 중 명의신탁 사실을 알고 있는 乙에게 매도하였다.

ㄴ. 甲은 A가 사기에 이용하려고 한다는 사정을 알고서도 A의 부탁에 따라 자신의 명의로 농협은행 예금계좌를 개설하여 예금통장을 A에게 양도하였고 A는 X를 속여 X로 하여금 5,000만 원을 위 계좌로 송금하게 하였는데, 甲은 위 계좌로 송금된 돈 전액을 인출하였다.

ㄷ. 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」 제8조는 피고인이 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사가 기재된 서면을 제출하도록 하고 있다. 그런데 甲, 乙은 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사확인서를 제출하지 못하였으나 그 후 제1회 공판기일 전에 국민참여재판 신청을 하였다.

- ① ㄱ.사실과 관련하여 甲에 대하여는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄가 성립한다.
- ② ㄱ.사실과 관련하여 甲에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄가 성립한다면 乙도 甲의 범

죄에 대한 공동정범이 성립한다.

- ③ ㄴ.사실과 관련하여 甲의 위 예금 인출 행위는 장물취득죄에 해당하지 않는다.
- ④ ㄷ.사실과 관련하여 법원은 甲, 乙의 신청을 받아들여 국민참여재판을 진행할 수 있다.
- ⑤ 만일 甲, 乙이 국민참여재판을 원하지 않아 통상절차에 따라 재판하는 경우 제1심법원이 적법하게 간이공판절차에 의하여 심리할 것을 결정하였다면 사법경찰리가 작성한 X에 대한 진술조서는 甲이 증거로 사용하는 데 동의한 것으로 간주된다.

정답

②

[2014 변시]

해설

- ①(○). 부동산을 소유자로부터 명의수탁 받은 자가 이를 임의로 처분하였다면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다(대판 2009.8.20., 2008도12009 등). <송형각 428면>
- ②(×). 명의수탁받은 부동산인 정을 알고 있으면서 그 처분에 적극적으로 가담하거나(대판 2000.2.22., 99도5227) 수탁자와 공모하여 이를 타에 처분하였을 경우에는 횡령죄의 공동정범이 된다(대판 1990.8.10., 90도414). 그러나 매수인이 그 정을 알고 있었다 하더라도 수탁자와 짜고 불법영득할 것을 공모한 것이 아닌 한 그 횡령죄의 공동정범이 되지 아니한다(대판 1979.11.27., 79도2410). ㄱ.사실에서 乙이 甲의 횡령에 적극 가담한 흔적을 발견할 수 없으므로 乙은 단순히 명의신탁사실을 알면서 매수한 경우로 보아야 한다. 그렇다면 乙에게 횡령죄의 공동정범은 성립할 수 없다. <송형각 431면>
- ③(○). [1] 사기죄의 객체는 타인이 점유하는 ‘타인의’ 재물 또는 재산상의 이익이므로, 피해자와의 관계에서 살펴보면 그것이 피해자 소유의 재물인지 아니면 피해자가 보유하고 있는 재산상의 이익인지에 따라 ‘재물’이 객체인지 아니면 ‘재산상의 이익’이 객체인지 구별하여야 하는 것으로서, 이 사건과 같이 피해자가 본범의 기망행위에 속아 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 본범에게 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 본범으로부터 위 돈에 대한 점유를 이전받아 사실상 처분권을 획득한 것은 아니므로, 피고인의 위와 같은 인출행위를 장물취득죄로 벌할 수는 없다(대판 2010.12.9., 2010도6256). <송형각 508면>
- ④(○). 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제8조는 피고인이 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 국민참여재판을 원

하는지 여부에 관한 의사가 기재된 서면을 제출하도록 하고, 피고인이 그 기간 내에 의사확인서를 제출하지 아니한 때에는 국민참여재판을 원하지 아니하는 것으로 보며, 공판준비기일이 종결되거나 제1회 공판기일이 열린 이후 등에는 종전의 의사를 바꿀 수 없도록 규정하고 있다. 위 규정의 취지를 위 기한이 지나면 피고인이 국민참여재판 신청을 할 수 없도록 하려는 것으로는 보기 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 의사확인서를 제출하지 아니한 피고인도 제1회 공판기일이 열리기 전까지는 국민참여재판 신청을 할 수 있고, 법원은 그 의사를 확인하여 국민참여재판으로 진행할 수 있다고 봄이 상당하다(대결 2009.1 0.23., 2009도1032).

⑤(○).

이하부터는 여백입니다.