

형 법

문 1.(배점 3) 정신병을 앓고 있는 甲은 저녁마다 동네를 돌아다니며 상습적으로 타인의 주택에 방화를 하였다. 甲의 행위에 관한 평가, 책임의 본질에 관한 각 이론의 주요 내용 및 그에 대한 비판을 올바르게 연결한 것은?

- ㄱ. 甲은 정신병을 앓고 있지만 자신이 타인의 주택을 방화한다는 사실은 알고 있으므로 고의책임이 인정된다.
 ㄴ. 甲은 앞으로도 방화를 할 위험성이 있으므로 이를 예방하기 위하여 책임이 인정되어야 한다.
 ㄷ. 甲은 정신병으로 인해 자신이 하는 행위가 법질서에 위반되는지 여부를 분별할 수 없으며, 따라서 적법행위를 기대할 수 없는 상태이므로 책임을 인정할 수 없다.

- I. 책임은 비난가능성이다.
 II. 책임은 형벌목적의 실현을 위한 수단이다.
 III. 책임은 결과에 대한 행위자의 심리적 관계이다.

- A. 책임평가의 대상과 그 대상의 평가를 일치시킨다는 점에서 체계모순에 빠져 있다.
 B. 고의·과실이 있음에도 책임능력이 없거나 책임조각사유에 의해 책임을 부정해야 하는 경우를 설명할 수 없다.
 C. 책임주의가 가지고 있는 제한적 기능을 무력화시킬 수 있다.

- ① ㄱ - II - C ② ㄱ - III - A
 ③ ㄱ - III - B ④ ㄴ - I - A
 ⑤ ㄴ - II - B ⑥ ㄷ - I - B
 ⑦ ㄷ - I - C ⑧ ㄷ - III - B

정답

③

[2016 사시]

해설

- ㄱ. 정신병자에게도 책임요소인 고의를 인정할 수 있는 견해는 결과에 대한 행위자의 심리적 관계인 고의 또는 과실만 있으면 책임을 인정하는 III의 심리적 책임론이다. 심리적 책임론이 고의·과실을 곧 책임으로 보기 때문에 고의·과실이 있음에도 책임능력이 없거나 기대불가능하여 책임을 부정해야 하는 경우를 설명할 수 없다는 비판을 받는다(ㄱ-III-B).
 ㄴ. 정신병자에게도 장래 범죄의 위험성을 예방하기 위하여 책임을 인정하는 견해는 책임을 형벌목적, 특히 예방의 목적 실현을 위한 수단으로 보는 II의 예방적 책임론 또는 기능적 책임론이다. 예방적·기능적 책임론이 책임과 형벌 목적을 혼동하여 비난가능성이 없는 자에게도 예방의 목

적만을 이유로 형벌을 부과하기 때문에 책임주의가 가지는 형벌제한적 기능을 무력화시켜 결과적으로 법치국가적 보장기능을 침해한다는 비판을 받는다(ㄴ-II-C).

- ㄷ. 정신병자는 자신의 행위가 법질서에 위반되는지 여부를 분별할 수 없으므로(즉 사물변별능력이 없으므로) 정신병자에게 책임능력이 없고, 따라서 비난가능성이 없음을 이유로 책임을 인정하지 않는 견해는, 책임을 적법행위에 대한 기대가 가능함에도 자신의 행위의 위법성을 인식하고서도 불법하게 행위한 행위자에 대한 비난가능성으로 이해하는 I의 규범적 책임론이다(ㄷ-I). 이러한 (순수한) 규범적 책임론은 '평가의 객체'와 '객체의 평가'를 구별하여 '객체의 평가'만을 책임으로 보고자 한다. 이 점에서 책임의 고유한 평가객체인 행위의사를 책임에서 제외함으로써 책임은 고유한 판단대상이 없게 되어 책임 개념의 공허화를 초래한다는 점에서 부당하다는 비판을 받는다. 따라서 A는 규범적 책임론과 연결될 수 없다.

문 2.(배점 3) 甲의 행위에 관한 학생의 평가가 올바르게 연결된 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲은 자신의 가옥 앞에 소재한 폭이 약 3.6m인 도로가 10여 년간 K회사 소속 폐기물 운반차량들의 통행로로 이용되는 동안 진동으로 인하여 가옥 일부에 균열이 발생하자 위 도로 중 1.4m 정도를 침범한 상태로 철책 펜스를 설치하여 위 차량들의 통행을 불가능하게 하였다. 이때 甲은 위 도로와 얼마 떨어지지 않은 지점에 폐기물 운반차량이 통행할 수 있는 대체도로가 개설되어 있어 자신이 위와 같은 조치를 취하더라도 폐기물 운반이 가능할 것이라고 생각하였다.
 ○ 학생 I : 자신의 가옥에 균열이 생긴 점과 대체도로의 이용이 가능했던 점 등에 비추어 甲의 행위는 행위 수단이나 방법의 상당성, 긴급성과 보충성 등의 요건을 갖춘 정당행위로서 일반교통방해죄가 성립하지 않는다.
 ㄴ. 甲은 야간에 乙로부터 갑작스럽게 뺨을 맞는 등 폭행을 당하여 서로 먹살을 잡고 다투게 되었는데, 주위사람들이 싸움을 제지하였으나 乙에게 대항하기 위하여 깨어진 병으로 乙을 찌를 듯이 겨누어 협박하였다.
 ○ 학생 II : 甲의 행위는 자신의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 것이나, 상당성을 결한 과잉방위에 해당한다. 하지만 야간에 공포나 당황으로 인한 것으로 볼 수 있어 특수협박죄가 성립하지 않는다.
 ㄷ. 甲은 술에 취한 처남 乙이 자신의 처(妻) A와 말다툼을 벌이다 乙이 A의 머리채를 잡고 때리는 광경을 목

격하고는 화가 나서 乙과 싸우게 되었는데, 그 과정에서 85kg이 넘는 乙이 62kg의 甲을 침대 위에 넘어뜨리고 가슴 위에 올라타 목부분을 누르자, 甲은 침대 위에 놓여있던 과도로 乙을 찔러 상해를 입혔다.

- 학생 III : 甲의 행위는 자신의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 것이나, 상당성을 결한 과잉방위에 해당한다.

ㄷ. 야간에 골목길에서 여자친구 A와 가벼운 장난을 하던 乙이 A의 어깨를 잡으려는 것을 우연히 목격한 甲은 乙이 A를 강제추행하는 것이라고 착각하여 A를 구할 생각에 길가에 놓여있던 몽둥이로 乙을 내리쳐 상해를 입혔다.

- 학생 IV : 법효과제한적 책임설에 따르면, 甲의 행위는 상해의 불법고의가 부인되므로 甲에게 그 착오에 대한 과실이 인정될 경우 과실치상죄가 성립한다.

- ① ㄱ ② ㄴ ③ ㄷ
④ ㄱ, ㄷ ⑤ ㄴ, ㄷ ⑥ 없음

정답

⑥

[2016 사시]

해설

ㄱ-학생 I (×). 피고인의 가옥 앞 도로가 폐기물 운반 차량의 통행로로 이용되어 가옥 일부에 균열 등이 발생하자 피고인이 위 도로에 트랙터를 세워두거나 철책 펜스를 설치함으로써 위 차량의 통행을 불가능하게 하거나 위 차량들의 앞을 가로막고 앉아서 통행을 일시적으로 방해한 경우, 전자의 경우에만 일반교통방해죄를 구성한다고 한 사례(대판 2009.1.30., 2008도10560). ★ 위 차량들의 통행으로 인하여 피고인의 가옥에 균열이 발생한 사정 등이 있다고 하더라도, 피고인이 위 차량들의 통행을 금지하는 가처분 등의 방법을 이용하지 아니한 채 이 사건 통행 방해 행위에 이른 점에 비추어 그 행위의 수단이나 방법에 상당성이 있다고 보기 어렵고, 긴급성이나 보충성의 요건을 갖추었다고 보기도 어렵다는 이유로, 피고인의 이 사건 통행 방해 행위를 정당행위로 볼 수 없다. <송형각 565면> <기출>

ㄴ-학생 II (×). 피고인이 피해자로부터 갑작스럽게 뺨을 맞는 등 폭행을 당하여 서로 먹살을 잡고 다투자 주위 사람들이 싸움을 제지하였으나 피해자에게 대항하기 위하여 깨어진 병으로 피해자를 찌를 듯이 겨누어 협박한 경우, 피고인의 행위는 자기의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 것이라고 볼 수 있으나, 맨손으로 공격하는 상대방에 대하여 위협한 물건인 깨어진 병을 가지고 대항한다는 것은 사회통념상 그 정도를 초과한 방어행위로서 상당성이 결여된 것이고, 또 주위사람들이 싸움을 제지하였다는 상황에 비추어 야간의 공포나 당황으로 인한 것이었다고 보기도 어렵다(대판 1991.5.28., 91도80). <송형총 227면> <기출>

ㄷ-학생 III (×). 가해자의 행위가 피해자의 부당한 공격을 방

위하기 위한 것이라기보다는 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대항하여 가해하게 된 것이라고 봄이 상당한 경우, 그 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 정당방위 또는 과잉방위행위라고 볼 수 없다(대판 2000.3.28., 2000도228). <송형총 218면> <기출>

ㄷ-학생 IV (×). 甲의 행위는 오상방위, 즉 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오에 해당한다. 이 경우 법효과제한적 책임설은 고의의 이중적 지위를 인정하는 입장에서 행위자에게 나중에 둔 객체를 침해한다는 사실에 대한 인식·인용이 있으므로 구성요건적 고의(불법고의)는 조각되지 않으나, 행위자는 법질서를 수호한다는 심정으로 행위한 것이므로 책임고의가 조각(심정반가치의 부정)되어 고의범의 성립을 부정하고, 전제사실을 착오한 부분에 과실이 있으면 과실범처벌규정이 있는 경우에 한하여 과실범의 법효과를 인정하는 견해이다. 따라서 이에 의하면 甲의 행위는 상해의 불법고의는 인정되지만 책임고의가 조각되므로 甲에게 그 착오에 대한 과실이 인정될 경우 과실치상죄가 성립한다. <송형총 322면> <기출>

문 3.(배점 2) 위법성조각사유에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 긴급피난의 경우에는 위난과 무관한 제3자에게 위협을 전가하는 방식으로 이루어지는 이익 내지 가치의 재분배가 법질서에 의하여 허용된다고 하더라도, 피난행위의 상당성을 판단함에 있어서는 이러한 제3자의 입장을 고려하여야 하므로 보충성 및 우월적 이익의 원칙을 요구하게 된다.
- ② 일반적으로 군인, 경찰관, 소방관과 같이 위난을 피하지 못할 책임이 있는 자에게는 긴급피난이 허용되지 않는다고 하더라도, 이들이 특별의무로서 감수해야 할 범위를 넘는 위난에 처한 때에는 긴급피난이 허용된다.
- ③ 사채업자 甲이 채무자 A에게 채무를 변제하지 않으면 A가 숨기고 싶어하는 과거 행적과 사채를 쓴 사실 등을 남편과 시댁에 알리겠다는 등의 문자메시지를 발송하여 협박한 행위는 정당행위에 해당하지 않는다.
- ④ 운수회사 직원인 甲이 회사 대표와 공모하여 지입차주인 피해자들이 점유하는 각 차량 또는 번호판을 지입료 등 연체를 이유로 무단 취거한 행위는 정당행위에 해당하지 않는다.
- ⑤ 甲이 자신의 처(妻)와 피해자가 피해자의 주택에서 간통을 할 것이라는 추측하에 처(妻)와의 이혼소송에 사용할 증거자료를 수집할 목적으로 그들의 간통 현장을 직접 목격하고 그 사진을 촬영하기 위하여 위 주택에 침입한 행위는 정당행위에 해당한다.

정답 ⑤

[2016 사시]

해설 ①(○). 타당하다. <송형총 232면><기출>

②(○). 타당하다. <송형총 234면><기출>

③(○). 대판 2011.5.26., 2011도2412. <송형총 273면><기출>

④(○). 대판 2010.10.14., 2008도6578. <송형총 280면><기출>

⑤(×). 간통 현장을 직접 목격하고 그 사진을 촬영하기 위하여 상간자의 주거에 침입한 행위가 정당행위에 해당하지 않는다고 한 사례(대판 2003.9.26., 2003도3000). <송형총 281면><기출>

문 4.(배점 3) 다음 <사례>에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<사례>

甲과 乙은 함께 A를 상대로 강도하기로 공모한 후에 범행 실행의 용기를 가지기 위해 대마초를 흡연하여 심신미약의 상태에서 곧이어 A를 찾아갔다.

ㄱ. 甲과 乙이 이후 A에 대한 강도의 기수에 이르렀다면, 이들의 행위는 심신미약의 상태에서 이루어졌으므로 형법 제10조 제2항의 심신미약에 의한 감경규정이 적용된다.

ㄴ. A의 집으로 찾아간 甲과 乙이 함께 강도행위를 하던 중 甲이 홀로 A에 대한 강간행위를 하였고, 乙은 甲의 강간의 실행의 착수 이후에 이 사실을 알게 되었으나 甲의 강간행위를 도와준 바 없이 집에서 나왔다면, 乙은 甲의 강간행위에 대한 공동정범의 죄책을 지지 않는다.

ㄷ. A를 찾아간 甲과 乙이 A로부터 금품을 강취하려다가 甲이 강도의 기회에 A에게 상해를 가하여 사망에 이르게 한 경우, 乙은 살인의 공모를 하지 않았으므로 A의 사망에 대한 예견가능성 유무와 관계없이 강도치사죄의 죄책을 지지 않는다.

ㄹ. 원인에 있어서 자유로운 행위를 ‘행위와 책임의 동시존재 원칙’의 예외로 파악하는 견해에 따르면, 위 <사례>에서 甲과 乙이 이후 A에 대한 강도의 기수에 이른 경우 강도죄의 실행의 착수시기를 대마초의 흡연 시로 본다.

ㅁ. 원인에 있어서 자유로운 행위의 실행의 착수시기를 심신장애상태하에서의 실행행위를 기준으로 파악하는 견해에 따르면, 甲과 乙이 A를 찾아가다가 범행계획을 후회하여 다시 되돌아온 경우, 甲과 乙은 강도죄의 중지미수에 해당한다.

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(×)

⑥ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(○)

정답 ④

[2016 사시]

해설 ㄱ(×). 대마초 흡연시에 이미 범행을 예견하고도 자의로 위와 같은 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로, 형법 제10조 제3항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다(대판 1996.6.11., 96도857). <송형총 300면>

ㄴ(○). 甲 등 3명이 강도를 공모한 후 A녀의 집에 침입하여 A녀를 폭행한 후 甲이 장롱을 뒤지는 사이 다른 두 명이 한 명은 A녀를 붙잡고 다른 한 명이 A녀를 강간한 경우, 다른 두 명은 강도강간죄의 공동정범이 되지만 甲은 특수강도죄만 성립한다(대판 1988.9.13., 88도1114). <송형총 420면><기출>

ㄷ(×). 강도의 공범자 중 1인이 강도의 기회에 피해자에게 폭행 또는 상해를 가하여 살해한 경우, 다른 공모자가 살인의 공모를 하지 아니하였다고 하여도 그 살인행위나 치사의 결과를 예견할 수 없었던 경우가 아니면 강도치사죄의 죄책을 면할 수 없다(대판 1991.11.12., 91도2156). <송형총 421면><기출>

ㄹ(×). 원인에 있어서 자유로운 행위를 ‘행위와 책임의 동시존재 원칙’의 예외로 파악하는 견해는 책임모델(예외설)이다. 즉 책임모델은 ‘구성요건의 정형성’이라는 죄형법정주의의 근본요청에 기초하여, 원인행위는 실행행위가 될 수 없고 책임능력결함상태 하에서의 구성요건실현행위를 실행행위로 파악하면서도, 책임능력결함상태에서의 실행행위와 불가분적으로 연관되어 있는 원인행위가 책임비난의 근거라고 한다. 따라서 책임모델에 따르면 심신장애상태하에서 구성요건의 정형성을 구비한 구성요건실현행위가 개시된 때에 실행의 착수를 인정하므로, 위 <사례>에서 甲과 乙이 강도를 위하여 A에게 폭행 또는 협박을 개시한 시점에 강도죄의 실행의 착수를 인정한다. <송형총 299면><기출>

ㅁ(×). 원인에 있어서 자유로운 행위의 실행의 착수시기를 심신장애상태하에서의 실행행위를 기준으로 파악하는 견해(책임모델, 예외설)에 따르면, 甲과 乙이 강도를 위하여 A에게 폭행 또는 협박을 개시한 시점에 강도죄의 실행의 착수를 인정된다. 따라서 甲과 乙이 A를 찾아가다가 범행계획을 후회하여 다시 되돌아온 경우라면, 아직 강도죄의 실행의 착수가 없으므로 甲과 乙은 예비의 중지 여부가 문제될지라도 강도죄의 중지미수에 해당할 여지는 없다. <송형총 299면 참조>

문 5.(배점 3) 정당방위와 긴급피난에 관한 설명 중 옳은 것을

모두 고른 것은?

- ㄱ. 징계권자의 정당한 징계행위에 대해서는 정당방위를 할 수 있다.
- ㄴ. 긴급피난의 본질을 책임조각사유로 이해하는 견해에 의하더라도, 긴급피난에 대해서는 긴급피난을 할 수 있다.
- ㄷ. 甲이 乙로부터 “너의 아들을 살리려거든 A를 살해하라”는 협박을 받고 A를 칼로 살해하려하자, 이를 막기 위해 丙이 몽둥이로 甲의 손을 내리쳐 전치 6주의 상해를 입힌 행위는 정당방위에 의하여 위법성이 조각된다.
- ㄹ. 甲이 고가의 밉크코트 소유자인 A의 진지하고 적법한 승낙을 받아 이를 훼손하려하자, 이를 막기 위해 乙이 몽둥이로 甲의 손을 내리쳐 전치 3주의 상해를 입힌 행위는 긴급피난에 의하여 위법성이 조각된다.

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

정답

③

[2016 사시]

해설

- ㄱ(×). 정당방위는 현재의 ‘부당한’ 침해에 대해서 할 수 있다. 따라서 정당방위·긴급피난 또는 징계권자의 징계행위 등에 의한 침해에 대하여는 위법한 행위가 아니므로 정당방위가 허용되지 않는다. <송형총 215면>
- ㄴ(○). 긴급피난은 ‘현재의 위난’에 대해서 할 수 있다. 위난의 원인은 불문하므로 자연현상이건 동물에 의한 것이건 묻지 않고(행위성 불요), 위난이 위법하거나 부당할 것을 요하지 않는다(위법성 불요). 위난이 위법할 경우에는 긴급피난 외에 정당방위도 가능하다. 따라서 긴급피난의 본질을 책임조각사유로 이해하는 견해에 의하면 긴급피난은 위법한 행위에 해당하므로, 이러한 긴급피난에 대해서는 긴급피난을 할 수 있다. <송형총 230면> <기출>
- ㄷ(○). 먼저 乙의 협박을 받고 A를 살해하려는 甲의 행위는 형법 제12조의 강요된 행위에 해당하여 책임이 조각된다. 따라서 책임이 조각될 뿐인 甲의 행위는 위법한 행위이므로, 이를 막기 위해 丙이 몽둥이로 甲의 손을 내리쳐 전치 6주의 상해를 입힌 행위는 정당방위에 의하여 위법성이 조각된다. <송형총 333면> <기출>
- ㄹ(×). 甲이 고가의 밉크코트 소유자인 A의 진지하고 적법한 승낙을 받아 이를 훼손하려는 행위는 견해에 따라 손괴죄의 구성요건해당성이 조각되거나 위법성이 조각된다. 따라서 이에 대해 긴급피난이 가능하다. 그러나 긴급피난이 인정되기 위해서는 균형성의 원칙을 갖추어야 한다. 즉 긴급피난이 인정되기 위해서는 피난행위에 의해 보호되는 이익이 이로 인해 침해되는 이익보다 본질적으로 우월한 것이어야 한다. 사안의 경우 乙이 피난행위에 의해서 보호하려는 이익은 밉크코트의 재산권인 반면 이로 인해 침해되

는 이익은 甲의 신체이므로, 보호법익이 침해법익보다 우월하다고 볼 수 없다. 따라서 乙의 행위는 균형성의 원칙을 충족하지 못하였으므로 긴급피난에 해당하지 않는다. <송형총 232면 참조>

문 6.(배점 2) 다음 설명 중 甲에게 무죄가 인정되는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲은 타인을 위한 정당방위는 금지되어 있다고 믿고 있었지만, 어두운 골목에서 여성 A를 강제추행하고 있는 乙을 발견하고 乙에게 폭행을 가하여 제압하였다.
- ② 甲은 평소 일반인도 현행범인을 체포하여 감금할 수 있다고 믿고 있었는데, 마침 소매치기를 체포하게 되어 자기 집 지하실에 하루 동안 감금하였다.
- ③ 甲은 담뱃불을 비벼 켜다고 생각하고 버렸는데, 그 궤초가 쓰레기통 속에서 발화하여 인근 건물의 일부를 소훼하였다.
- ④ 甲은 치사량 미달의 독약을 치사량이라고 착각하고 커피에 섞어 A에게 먹였다. A는 마침 점심으로 먹은 날고기 때문에 식중독을 일으켜 쓰러져서 고통스러워하다가 이틀 후 회복하였다.
- ⑤ 甲은 아버지의 골동품을 훔쳐오게 하면 자신에 대해서는 범죄가 성립하지 않는다고 믿고 친구 乙로 하여금 이를 훔쳐오게 하여 받았다.

정답

①

[2016 사시]

해설

- ①(○). **환각범** 중 ‘반전된 위법성조각사유의 착오’에 해당하여 항상 불가벌이 된다. <송형총 360면>
- ②(×). 법질서에 의해서 인정되는 위법성조각사유의 법적 한계에 관해 착오한 위법성조각사유의 한계에 관한 착오(허용한계의 착오)에 해당한다. 간접적 금지착오의 한 형태이다. 甲이 조희의무를 이행하지 않았으므로 甲의 금지착오는 정당한 이유가 인정되지 않으므로 감금죄의 죄책을 진다. <송형총 309면> <기출>
- ③(×). 피고인이 성냥불로 담배를 붙인 다음 그 성냥불이 꺼진 것을 확인하지 아니한 채 휴지가 들어 있는 플라스틱 휴지통에 던진 것은 중대한 과실이 있는 경우에 해당한다(대판 1993.7.27., 93도135; 대판 2010.1.14., 2009도12109). ★ **중실화죄**를 인정한 판례이다. <송형총 174면> <기출>
- ④(×). 치사량 미달의 독약을 먹게 한 것은 실행의 수단의 착오로 인하여 사망이라는 결과는 사실상 불가능한 경우에 해당하고, 치사량미달의 독약이나 농약으로 사람을 살해하려고 한 경우에는 위법성이 인정되므로 살인죄의 불능미수에 해당한다(대판 1973.4.30., 73도354; 대판 1984.2.14., 83도2967). ★ 불능미수는 **임의적 감면사유**에 불과하다. <송형총 360면> <기출>
- ⑤(×). 친족상도례에 관한 형법 제328조 제1항의 형면제는

인적 처벌조각사유이므로 이에 관한 착오는 범죄성립에
영향이 없다(대판 1966.6.28., 66도104). <송형각 240면>
<기출>

문 7.(배점 2) 횡령죄 또는 업무상 횡령죄에 관한 설명 중
옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법인의 이사를 상대로 한 이사직무집행정지 가처분결정이 된 경우 그 법인의 대표자가 법인의 업무수행에 지장을 받게 될 것으로 우려하여 법인의 자금으로 당해 이사의 소송비용을 지급한 경우라면 비록 이사 자격의 부존재가 객관적으로 명백하더라도 법인의 경비를 횡령한 것이라고 할 수 없다.
- ② 독립된 상인 간에 일방이 타방의 상호·상표 등의 영업표지를 이용하고 그 영업에 관하여 일정한 통제를 받으며 이에 대한 대가를 타방에 지급하기로 하는 계약 형태인 이른바 ‘프랜차이즈 계약(가맹점 계약)’에서 그 가맹점주가 보관 중인 물품판매대금을 본사의 승인 없이 소비한 경우 횡령죄가 성립한다.
- ③ 부동산의 소유자에 관한 다툼이 있는 사안에서 부동산 보관자의 지위에 있는 등기명의자가 명의이전을 거부하면서 부동산의 진정한 소유자가 밝혀진 후에 명의이전을 하겠다는 의사를 표시한 경우 횡령죄가 성립한다.
- ④ 타인의 금전을 위탁받아 보관하는 자가 보관방법으로 금융기관에 자신의 명의로 예치한 후 이를 반환받아 임의로 소비한 경우에는 횡령죄가 성립한다.
- ⑤ 소유권의 취득에 등록이 필요한 타인 소유의 차량을 인도받아 보관하고 있는 사람이 이를 사실상 처분한 경우 보관 위임자가 차량의 등록명의자인 때에 한하여 횡령죄가 성립한다.

정답 ④ **[2016 사시]**

해설 ①(×). 법인의 이사를 상대로 한 이사직무집행정지 가처분결정이 된 경우, 당해 법인의 업무를 수행하는 이사의 직무집행이 정지당함으로써 사실상 법인의 업무수행에 지장을 받게 될 것은 명백하므로 법인으로서는 그 이사 자격의 부존재가 객관적으로 명백하여 항쟁의 여지가 없는 경우가 아닌 한 위 가처분에 대항하여 항쟁할 필요가 있다고 할 것이고, 이와 같이 필요한 한도 내에서 법인의 대표자가 법인 경비에서 당해 가처분 사건의 피신청인인 이사의 소송비용을 지급하더라도 이는 법인의 업무수행을 위하여 필요한 비용을 지급한 것에 해당하고, 법인의 경비를 횡령한 것이라고는 볼 수 없다(대판 2007.12.28., 2006도9100). ★ 결국 판례에 의하면 ‘이사 자격의 부존재가 객관적으로 명백하여 항쟁의 여지가 없는 경우’에는 당해 가처분 사건의 피신청인인 이사의 소송비용을 지급하는

것은 법인의 경비를 횡령한 것이라고 볼 수 있다. <송형각 397면> <기출>

- ②(×). ... 이러한 가맹점 계약을 동업계약 관계로는 볼 수 없고, 따라서 가맹점주인 피고인이 판매하여 보관 중인 물품판매 대금은 피고인의 소유라 할 것이어서 피고인이 이를 임의 소비한 행위는 프랜차이즈 계약상의 채무불이행에 지나지 아니하므로, 결국 횡령죄는 성립하지 아니한다(대판 1998.4.14., 98도292). <송형각 389면> <기출>
- ③(×). 보관자의 지위에 있는 등기명의자가 명의이전을 거부하면서 부동산의 진정한 소유자가 밝혀진 후에 명의이전을 하겠다는 의사를 표시하였다면 불법영득의 의사를 가지고 그 반환을 거부한 것이라고 단정할 수 없다고 한 사례(대판 2002.9.4., 2000도637). <송형각 397면> <기출>
- ④(○). 대판 2000.8.18., 2000도1856. <송형각 379면> <기출>
- ⑤(×). 횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 사람이 재물을 횡령하거나 반환을 거부한 때에 성립한다(형법 제355조 제1항). 횡령죄에서 재물의 보관은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하며, 횡령행위는 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말한다. 따라서 소유권의 취득에 등록이 필요한 타인 소유의 차량을 인도받아 보관하고 있는 사람이 이를 사실상 처분하면 횡령죄가 성립하며, 보관 위임자나 보관자가 차량의 등록명의자일 필요는 없다. 그리고 이와 같은 법리는 지입회사에 소유권이 있는 차량에 대하여 지입회사에서 운행관리권을 위임받은 지입차주가 지입회사의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분하거나 지입차주에게서 차량 보관을 위임받은 사람이 지입차주의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분한 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2015.6.25., 2015도1944, 전원합의체판결). <송형법주석 78면>

문 8.(배점 2) 피해자의 승낙에 관한 설명 중 옳은 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피해자의 승낙은 법익침해 이전에 표시되어야 하지만, 사후승낙도 상당한 이유가 있을 경우에는 위법성을 조각한다.
- ② 승낙 주체는 승낙의 의미와 내용을 이해할 수 있는 능력을 가진 자를 의미하므로, 승낙하는 자는 「민법」상 행위능력을 가진 자이어야 한다.
- ③ 추정적 승낙의 경우 승낙의 추정은 주관적 의미의 추정으로 판단한다.
- ④ 문서에 관한 죄의 보호법익은 사회적 법익으로서 피해자가 처분할 수 없는 법익이므로, 피해자인 사문서의 명의자로부터 승낙을 받았더라도 사문서를 위조하면 사문서위조죄가 성립한다.
- ⑤ 甲은 A가 먼저 자신을 때려주면 돈을 주겠다는 요청을 하여 A를 폭행하였고, 그 과정에서 A가 다발성 좌상 등의 상해를 입게 된 경우, 甲의 행위는 피해자의 승낙

에 의하여 위법성이 조각되지 않는다.

정답

⑤

[2016 사시]

해설

- ①(×). 승낙은 늦어도 법익침해시(행위시)에 있어야 한다. 따라서 사후승낙이나 추인이 있더라도 위법성을 조각될 수 없다. <송형총 249면> <기출>
- ②(×). 승낙능력은 법익 및 법익포기의 의미와 그 침해의 결과를 인식하고 이성적으로 판단할 수 있는 자연적 통찰능력과 판단능력을 의미하며, 민법상의 행위능력과 일치하는 것이 아니므로 형법 독자적 기준에 따라 개별적으로 결정된다. <송형총 247면>
- ③(×). 추정적 승낙이란 피해자의 현실적인 승낙이 없었다고 하더라도 행위 당시의 모든 객관적 사정에 비추어 볼 때 만일 피해자가 행위의 내용을 알았다라면 당연히 승낙하였을 것으로 예견되는 경우를 말한다(대판 2006.3.24., 2005도8081. 공불). 따라서 모든 사정을 객관적으로 판단할 때 피해자가 그 사정을 알았다면 승낙이 확실히 기대될 수 있어야 한다. 그러므로 추정적 승낙에서 승낙의 추정은 주관적 의미의 추정이 아닌 **객관적 의미의 추정**으로 판단한다. <송형총 253면>
- ④(×). 사문서의 위·변조죄는 작성권한 없는 자가 타인 명의를 모용하여 문서를 작성하는 것을 말하는 것이므로 사문서를 작성·수정함에 있어 그 명의자의 명시적이거나 묵시적인 승낙이 있었다면 사문서의 위·변조죄에 해당하지 않고, 한편 행위 당시 명의자의 현실적인 승낙은 없었지만 행위 당시의 모든 객관적 사정을 종합하여 명의자가 행위 당시 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되는 경우 역시 사문서의 위·변조죄가 성립하지 않는다(대판 2003.5.30., 2002도235). <송형각 604면> <기출>
- ⑤(○). 피고인이 먼저 자신을 때려 주면 돈을 주겠다고 하여 甲과 乙이 피고인을 때리고 지갑을 교부받아 그 안에 있던 현금을 가지고 간 것임에도, ‘甲 등이 피고인을 폭행하여 돈을 빼앗았다’는 취지로 신고한 경우, 때려 달라는 피고인의 요청은 윤리적·도덕적으로 사회상규에 어긋나는 것이어서 위법성 조각사유로서의 피해자의 승낙에 해당한다고 할 수는 없을 것이므로, 甲 등의 위와 같은 행위가 결과적으로 위법하다 하더라도 이는 폭행 내지 상해의 범죄에 해당할 수 있는 것인 반면, 피고인의 신고사실은 甲 등이 갈취 내지 강취의 범죄를 범하였다는 것이어서 그 신고사실의 일부가 허위라는 점은 어느 모로 보나 명백하다. 甲 등이 갈취 내지 강취의 의사로 피고인을 폭행한 것이 아니라 피고인의 요청에 따라 그러한 행위를 하였음이 분명한 이상 ‘甲 등이 피고인을 폭행하여 돈을 빼앗았다’는 취지의 피고인의 신고는 그 폭행의 경위에 관한 허위사실만으로도 국가의 심판작용을 그르치거나 부당하게 처벌을 받지 아니할 개인의 법적 안정성을 침해할 우려가 있을 정도로 고소사실 전체의 성질을 변경시킨 것으로 판단되므로 피고인의 위와 같은 신고는 무고죄의 객관적 요건인 ‘허위사실의 신고’에 해당한다(대판 2010.4.29., 2010도2745).

문 9.(배점 3) 죄수 등에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 부동산 소유자로부터 명의수탁된 부동산의 일부에 대한 토지수용보상금의 일부를 임의로 소비하고, 수용되지 않은 나머지 부분의 부동산에 대하여 반환을 거부한 경우 각각 횡령죄가 성립하고 양 죄는 실체적 경합관계에 있다.
- ㄴ. 채권자들에 의한 복수의 강제집행이 예상되는 경우 재산을 허위 양도함으로써 채권자들을 해하였다면 채권자별로 각각 강제집행면탈죄가 성립하고 상호 상상적 경합관계에 있다.
- ㄷ. 「도로교통법」이 정한 기준을 초과하여 술에 취한 상태에서 운전면허 없이 자동차를 운전한 경우 도로교통법 위반(무면허운전)죄와 도로교통법위반(음주운전)죄가 성립하고 양 죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ㄹ. 사기의 수단으로 발행한 수표가 지급거절된 경우 부정수표단속법위반죄와 사기죄는 상상적 경합범의 관계에 있다.
- ㅁ. 포괄일죄의 일부 범행이 누범기간 내에 이루어지고 나머지 범행이 누범기간 경과 후에 이루어졌다면 그 범행 전부가 누범에 해당한다.
- ㅂ. 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄 실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다.

- 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

①

[2016 사시]

해설

- ㄱ(○). 대판 2001.11.27., 2000도3463. <송형총 475면> <기출>
- ㄴ(○). 대판 2011.12.8., 2010도4129. <송형총 506면> <기출>
- ㄷ(○). 대판 1987.2.24., 86도2731. <송형총 497면> <기출>
- ㄹ(×). 사기의 수단으로 발행한 수표가 지급거절된 경우 부정수표단속법위반죄와 사기죄는 그 행위의 태양과 보호법익을 달리하므로 실체적 경합범의 관계에 있다(대판 2004.6.25., 2004도1751). <송형총 459면> <기출>

- ㄱ(○). 대판 2012.3.29., 2011도14135. <송형총 557면><기출>
 ㄴ(○). 대판 1998.2.24., 97도183. <송형총 67면><기출>

문 10.(배점 2) 사기죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 자신의 소송상 주장이 허위임을 잘 알면서도 이를 기초로 하여 상대방에게 금전 지급을 구하는 소를 제기한 경우라면 판결을 실제로 집행할 의사가 없었더라도 사기죄의 실행의 착수가 인정된다.
- ② 「민사소송법」상 소송비용을 편취할 의사로 소송상대방에게 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기한 경우 사기죄가 성립하지 않는다.
- ③ 사기죄에서 피해자에게 그 대가가 지급된 경우, 피해자를 기망하여 그가 보유하고 있는 그 대가를 다시 편취하거나 피해자로부터 그 대가를 위탁받아 보관 중 횡령하였다면, 기존에 성립한 사기죄와는 별도의 새로운 사기죄나 횡령죄가 성립한다.
- ④ 피고인이 경매절차가 진행 중인 부동산에 관하여 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기말소청구 소송을 제기하였더라도 예고등기가 경료되도록 하여 경매가격하락을 의도한 것일 뿐이라면 사기죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 피담보채권인 공사대금 채권을 실제와 달리 허위로 부풀려 유치권에 의한 경매를 신청한 것만으로는 사기죄의 실행에 착수하였다고 할 수 없다.

정답

⑤

[2016 사시]

해설

- ①(○). 소송에서 주장하는 권리가 존재하지 않는 사실을 알고 있으면서도 법원을 기망한다는 인식을 가지고 소를 제기하면 이로써 실행의 착수가 있기 때문이다(대판 1993.9.14., 93도915; 대판 2006.11.10., 2006도5811 등 참조). <송형각 353면><기출>
- ②(○). 사기죄의 불능범에 해당한다(대판 2005.12.8., 2005도8105). <송형총 363면><기출>
- ③(○). 대판 2009.10.29., 2009도7052. <송형각 307면><기출>
- ④(○). 대판 2009.4.9., 2009도128. <송형각 349면><기출>
- ⑤(×). 유치권에 의한 경매를 신청한 유치권자는 일반채권자와 마찬가지로 피담보채권액에 기초하여 배당을 받게 되는 결과 피담보채권인 공사대금 채권을 실제와 달리 허위로 크게 부풀려 유치권에 의한 경매를 신청할 경우 정당한 채권액에 의하여 경매를 신청한 경우보다 더 많은 배당금을 받을 수도 있으므로, 이는 법원을 기망하여 배당이라는 법원의 처분행위에 의하여 재산상 이익을 취득하려는 행위로서, 불능범에 해당한다고 볼 수 없고, 소송사기죄의 실행의 착수에 해당한다(대판 2012.11.15., 2012도9603). <송형각 354면><기출>

문 11.(배점 3) 재물손괴죄에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

재물손괴죄는 타인의 재물, 문서 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 효용을 해한 자를 처벌한다. ㉠ 재물손괴죄는 소유의 타인성을 요건으로 하므로 자기가 점유하는 타인 소유의 문서를 손괴한 경우에는 이에 해당한다. 그리고 ㉡ 손괴죄의 문서에는 거기에 표시된 내용이 권리·의무에 관한 사항이거나 법률상 또는 사회생활상 중요한 사항인지 여부, 작성명의인이 누구인지 등도 불문한다. 또한 ㉢ 특수매체기록은 컴퓨터 등 정보처리장치의 정보처리에 의해 작성된 기록으로 전자기록이나 전기기록, 광학기록뿐 아니라 마이크로필름이나 영상기록물 등이 이에 해당된다. 무엇보다 손괴란 재물 등에 직접 유형력을 행사하여 그 이용가치를 침해하거나 소유자의 이익에 반하는 물체의 상태변화를 가져오는 것으로 ㉣ 래커 스프레이를 이용하여 회사건물 외벽과 벽면 등에 낙서를 한 행위뿐 아니라 건물에 계란 30여 개를 투척한 경우도 손괴죄가 된다. 또한 ㉤ 기타 방법에는 바이러스를 감염시켜 컴퓨터의 전산자료를 삭제하거나 변경하는 것도 포함될 수 있다.

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

정답

④

[2016 사시]

해설

- ㉠(○). 대판 1984.12.26., 84도2290 등. <송형각 521면><기출>
- ㉡(×). 손괴죄의 문서는 공용서류(제141조 제1항)에 해당하지 않는 서류로서, 공·사문서를 불문한다. 사문서는 권리·의무에 관한 문서이든 사실증명에 관한 문서이든 묻지 않는다. 또한 타인소유인 한 작성명의인이 누구인가도 불문한다(자기명의·타인명의 불문). 그러나 손괴죄의 객체인 문서란 거기에 표시된 내용이 적어도 법률상 또는 사회생활상 중요한 사항에 관한 것이어야 한다(대판 1989.10.24., 88도1296). <송형각 520면><기출>
- ㉢(×). 정보처리에 있어서 컴퓨터 등 정보처리장치에 의하여 제공된 기록으로서 전자기록, 전기기록, 광학기록 등 사람의 지각에 의하여 인식될 수 없는 방식에 의하여 제공된 것을 말한다. 특수매체기록은 기록을 담고 있는 매체물이 아니라 매체물이 담고 있는 데이터의 '기록 자체(정보, s

oftware)'이므로, 기록을 담고 있는 매체물(예컨대 컴퓨터디스크)이나 컴퓨터 자체에 대한 손괴행위는 특수매체기록손괴죄가 아니라 재물손괴죄가 성립할 뿐이다. 문서가 저장된 마이크로필름은 단순한 문자의 축소 내지 기계적 확대에 의한 재생에 불과하므로 문서의 일종이며, 영상기록은 재물의 일종으로 보아야 한다(김일수·서보학, 배중대, 임웅, 정성근·박광민). <송형각 521면>

㉔(×). 해고노동자 등이 복직을 요구하는 집회를 개최하던 중 래커 스프레이를 이용하여 회사 건물 외벽과 1층 벽면 등에 낙서한 행위는 건물의 효용을 해한 것으로 볼 수 있으나, 이와 별도로 계란 30여 개를 건물에 투척한 행위는 건물의 효용을 해하는 정도의 것에 해당하지 않는다고 본 사례(대판 2007.6.28., 2007도2590). <송형각 523면> <기출>

㉕(○). 기타 방법이란 손괴·은닉 이외의 방법으로 사실상 또는 감정상 그 물건을 본래의 용도에 따라 사용할 수 없게 하는 일체의 행위를 의미한다. 특수매체기록의 경우 정보에 새로운 프로그램을 입력하여 기록에 접근할 수 없게 하거나, 기록에 새로운 내용을 추가·일부 삭제·다른 정보 연결 등으로 다른 정보내용을 갖게 하는 것도 여기에 포함된다. <송형각 523면>

문 12.(배점 2) 장물죄에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 장물인 정을 알면서 장물을 취득·보관하려는 당사자 사이를 서로 연결하여 이를 중개하거나 편의를 제공하였다면 그 알선에 의하여 당사자 사이에 실제 취득 등의 계약이 성립하지 아니한 경우라도 장물알선죄가 성립한다.
- ② 甲이 권한 없이 인터넷뱅킹으로 타인의 예금계좌에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체한 후 그 중 일부를 인출하여 그 정을 아는 乙에게 교부한 경우, 乙에 대해서는 장물취득죄가 성립하지 아니한다.
- ③ 甲이 사기 범행에 이용되리라는 사정을 알고서도 자신의 명의로 새마을금고 예금계좌를 개설하여 乙에게 이를 인계한 후 乙이 제3자인 A를 속여 A로 하여금 1,000만 원을 위 계좌로 송금하게 한 것을 甲이 인출한 경우, 甲은 장물취득죄가 성립한다.
- ④ 우리 형법이 적용되지 아니하는 경우에도 우리 형법에 비추어 본범의 행위가 절도죄의 구성요건에 해당하는 위법한 행위라면 이에 의하여 영득된 재물은 장물에 해당한다.
- ⑤ 장물인 정을 모르고 보관하다가 장물인 정을 알게 되었고 장물의 반환이 불가능하지 않음에도 계속 보관하였다면 장물보관죄가 성립한다.

해설 ①(○). 대판 2009.4.23., 2009도1203. <송형각 508면> <기출>

②(○). 대판 2004.4.16., 2004도353. <송형각 515면> <기출>

③(×). [1] 장물취득죄에서 '취득'이라 함은 장물의 점유를 이전받음으로써 그 장물에 대하여 사실상 처분권을 획득하는 것을 의미하는데, 이 사건의 경우 본범의 사기행위가 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.

[2] 사기 범행에 이용되리라는 사정을 알고서도 자신의 명의로 새마을금고 예금계좌를 개설하여 乙에게 이를 양도함으로써 乙이 A를 속여 A로 하여금 1,000만 원을 위 계좌로 송금하게 한 사기 범행을 방조한 피고인이 위 계좌로 송금된 돈 중 140만 원을 인출하여 乙이 편취한 장물을 취득하였다는 공소사실에 대하여, 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 506면>

<기출>

④(○). 대판 2011.4.28., 2010도15350. <송형각 517면> <기출>

⑤(○). 대판 2006.10.13., 2004도6084. <송형각 508면> <기출>

문 13.(배점 4) 다음 설명 중 형의 필요적 감면사유에 해당하는 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 장기적출을 목적으로 매매된 사람을 안전한 장소로 풀어준 경우
- ㄴ. 타인으로 하여금 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소에 허위의 사실을 신고한 자가 그 신고한 사건의 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 경우
- ㄷ. 별거 중인 법률상 배우자가 절취해온 물건임을 알면서도 '불쌍하다'는 이유로 이를 보관해 준 경우
- ㄹ. 피고인이 위조한 예금통장 등을 보여주면서 외국회사에서 투자금을 받았다고 거짓말하고 자금대여를 요청하였으나, 그 입금 여부를 확인하기 위해 은행에 가던 중 범행이 발각될 것이 두려워 중지한 경우
- ㅁ. 자신의 아버지의 물건을 훔친 절도범이 친구라는 사실을 알고 의리상 장물을 운반해 준 경우
- ㅂ. 타인을 모해할 목적으로 위증한 자가 그 공술한 사건

정답

③

[2016 사시]

의 재판이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 경우
 ㄱ. 내란목적살인의 죄를 범할 목적으로 예비하였으나 그
 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 경우

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

정답

⑦

[2016 사시]

해설

- ㄱ(×). 인신매매죄에도 해방감경규정이 적용된다(제295조의2).
 다만 임의적 감경사유에 불과하다. <송형각 94면>
 ㄴ(○). 위증죄와 무고죄에는 자수·자백특례규정(제153조, 제
 157조)이 있다. 즉 무고죄를 범한 자가 그 신고한 사건의
 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한
 때에는 형을 감경 또는 면제한다(필요적 감면). <송형각 8
 17면>
 ㄷ(○). 장물보관죄가 인정되는바, 이 경우 본범과 장물범 사
 이에 제328조 제1항의 친족관계(배우자)에 있으므로 친족
 상도례 규정에 의하여 형을 감경 또는 면제한다(필요적 감
 면). <송형각 240면>
 ㄹ(×). 피고인이 범행이 발각될 것이 두려워 범행을 중지한
 것으로서 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사
 정에 해당하여 자의에 의한 중지미수로 볼 수 없다(대판 20
 11.11.10., 2011도10539). ★ 결국 장애미수에 해당하므로
 단지 임의적 감경사유에 불과하다. <송형총 352면> <기출>
 ㄹ(×). 장물운반죄에 해당하는바, 이 경우 본범의 피해자와 장
 물범 사이에 제328조 제1항의 친족관계(직계혈족)에 있으
 므로 친족상도례 규정에 의하여 형이 면제된다. <송형각 240
 면>
 ㄷ(○). 위증죄와 무고죄에는 자수·자백특례규정(제153조, 제
 157조)이 있다. 즉 (모해)위증죄를 범한 자가 그 신고한
 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는
 자수한 때에는 형을 감경 또는 면제한다(필요적 감면).
 <송형각 799면>
 ㄱ(○). 제87조(내란) 또는 제88조(내란목적의 살인)의 죄를 범할
 목적으로 예비 또는 음모한 자는 3년 이상의 유기징역이나 유
 기금고에 처한다. 단 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자
 수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다(제90조 제1항, 필요
 적 감면). <송형각 684면>

문 14.(배점 3) 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다
 톱이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 피해자의 승낙 없이 혼인신고서를 작성하기 위해 피해
 자 몰래 피해자의 도장을 꺼내어 사용 후 제자리에 갖
 다놓은 경우라도 도장의 본래 용도에 따라 사용한 것
 이므로 도장에 대한 불법영득의 의사가 있다.

- ㄴ. 재산범죄의 불가벌적 사후행위로 인하여 취득한 물건
 은 장물이 될 수 없다.
 ㄷ. 업무상 과실로 장물을 보관하다가 임의로 처분한 행위
 는 별도의 횡령죄를 구성한다.
 ㄹ. 범죄행위가 법원경매업무를 담당하는 집행관의 구체적인
 직무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 정도
 에 이르지 않았더라도 입찰의 공정을 해하는 정도에 이
 르렀다면, 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당한다.
 ㄹ. 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적으로
 그 기업에 유용한 영업비밀이 담겨 있는 타인의 재물
 을 절취한 후 그 영업비밀을 사용하는 경우, 영업비밀
 의 부정사용행위는 절도범행의 불가벌적 사후행위가
 되는 것은 아니다.
 ㄷ. 주식회사의 대표이사가 타인을 기망하여 신주를 인수
 하게 한 후 그로부터 납입받은 신주인수대금을 횡령한
 것은 사기죄의 불가벌적 사후행위에 해당하므로 범죄
 를 구성하지 아니한다.
 ㄱ. 자동차를 절취한 후 자동차등록번호판을 떼어내는 행
 위는 새로운 법익의 침해로 보아야 하므로 번호판을
 떼어내는 행위가 절도범행의 불가벌적 사후행위가 되
 는 것은 아니다.

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

정답

④

[2016 사시]

해설

- ㄱ(×). 피해자의 승낙 없이 혼인신고서를 작성하기 위하여
 피해자의 도장을 몰래 꺼내어 사용한 후 곧바로 제자리에
 갖다 놓은 경우, 도장에 대한 불법영득의 의사가 있었다
 고 볼 수 없다고 한 사례(대판 2000.3.28., 2000도493).
 <송형각 229면> <기출>
 ㄴ(×). 형법 제41장의 장물에 관한 죄에 있어서의 ‘장물’
 이라 함은 재산범죄로 인하여 취득한 물건 그 자체를 말
 하므로, 재산범죄를 저지른 이후에 별도의 재산범죄의 구
 성요건에 해당하는 사후행위가 있었다면 비록 그 행위가
 불가벌적 사후행위로서 처벌의 대상이 되지 않는다 할지
 라도 그 사후행위로 인하여 취득한 물건은 재산범죄로 인
 하여 취득한 물건으로서 장물이 될 수 있다(대판 2004.4.
 16., 2004도353). <송형각 515면> <기출>
 ㄷ(×). [1] 절도 범인으로부터 장물보관 의뢰를 받은 자가 그
 정을 알면서 이를 인도받아 보관하고 있다가 임의 처분하
 였다 하여도 장물보관죄가 성립하는 때에는 이미 그 소유
 자의 소유물 추구권을 침해하였으므로 그 후의 횡령행위
 는 불가벌적 사후행위에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립
 하지 않는다.
 [2] 피고인이 업무상 과실로 장물을 보관하고 있다가 처분

한 행위는 업무상과실장물보관죄의 가벌적 평가에 포함되고 별도로 횡령죄를 구성하지 않는다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례(대판 2004.4.9., 2003도8219). <송형각 510면> <기출>

ㄷ(×). 범죄행위가 법원경매업무를 담당하는 집행관의 구체적인 직무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지는 이르지 않고 입찰의 공정을 해하는 정도의 행위라면 형법 제315조의 경매·입찰방해죄에만 해당될 뿐, 형법 제137조의 위계에 의한 공무집행방해죄에는 해당되지 않는다(대판 2000.3.24., 2000도102). <송형각 190면>

<기출>

ㄹ(○). 대판 2008.9.11., 2008도5364. <송형총 476면> <기출>

ㅂ(×). 주식회사의 대표이사가 타인을 기망하여 회사가 발행하는 신주를 인수하게 한 다음 그로부터 납입받은 신주인수대금을 보관하던 중 횡령한 행위는 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 별죄를 구성한다(대판 2006.10.27., 2004도6503). <송형총 477면> <기출>

ㅅ(○). 대판 2007.9.6., 2007도4739. <송형총 477면> <기출>

문 15.(배점 3) 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이 정한 사회봉사명령은 보안처분의 성격을 가지지만 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되므로, 원칙적으로 형벌불소급의 원칙이 적용된다.
- ② 피고사건에 대하여 무죄의 판결 또는 면소의 판결을 선고하는 경우 판결공시의 취지를 선고하여야 한다.
- ③ 집행유예의 선고를 받은 자가 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 경우 형의 선고 효력이 상실되므로 누범전과가 되지 아니한다.
- ④ A주식회사 대표이사인 피고인이 B회사로부터 대출알선행위에 대한 대가를 A회사 계좌를 통해 수수료 명목으로 송금받음으로써 위 수수료에 대한 권리가 A회사에 귀속된다 하더라도 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임수재)죄가 인정되는 경우 피고인으로부터 이를 몰수·추징할 수 있다.
- ⑤ 사형이 무기징역으로 특별감형된 경우 사형집행대기기간을 가석방에 필요한 형의 집행기간에 산입할 수 없다.

정답 ②

[2016 사시]

해설 ①(○). 대판 2008.7.24., 2008허4. <송형총 34면> <기출>

②(×). i) 피고사건에 대하여 무죄의 판결을 선고하는 경우에는 무죄판결공시의 취지를 선고하여야 한다. 다만, 무죄판결을 받은 피고인이 무죄판결공시 취지의 선고에 동의하지 아니하거나 피고인의 동의를 받을 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다(제58조 제2항). ii) 피고사건에 대하여

면소의 판결을 선고하는 경우에는 면소판결공시의 취지를 선고할 수 있다(제58조 제3항). <송형총 553면>

③(○). 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 555면> <기출>

④(○). 甲 주식회사 대표이사인 피고인이 금융기관에 청탁하여 乙 주식회사가 대출을 받을 수 있도록 알선행위를 하고 그 대가로 용역대금 명목의 수수료를 甲 회사 계좌를 통해 송금받아 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(알선수재)죄가 인정된 사안에서, 피고인이 甲 회사의 대표이사로서 같은 법 제7조에 해당하는 행위를 하고 당해 행위로 인한 대가로 수수료를 받았다면, 수수료에 대한 권리가 甲 회사에 귀속된다 하더라도 행위자인 피고인으로부터 수수료로 받은 금품을 몰수 또는 그 가액을 추징할 수 있으므로, 피고인이 개인적으로 실제 사용한 금품이 없더라도 마찬가지라고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례(대판 2015.1.15., 2012도7571). <송형법주록 50면>

⑤(○). 대판 1991.3.4., 90도59. <송형총 552면> <기출>

문 16.(배점 2) 배임죄와 배임수재죄에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 금융기관 임직원이 대출상대방과 공모하여 임무에 위배하여 담보가치를 초과하는 금원을 대출하여 주고 대출금 중 일부를 되돌려 받기로 한 다음 그에 따라 약정된 금품을 수수하는 경우, 부실대출로 인한 업무상배임죄 외에 별도로 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(수재등)죄가 성립한다.
- ② 배임수재죄에서 말하는 ‘재산상의 이익의 취득’ 이라 함은 현실적인 취득만이 아니고 단순히 요구 또는 약속만을 한 경우도 이에 포함된다.
- ③ 배임죄에 있어서 재산상 손해는 법률적 판단에 의할 것이고, 배임행위가 법률상 무효라면 현실적인 손해가 없으므로 배임죄를 구성하지 않는다.
- ④ 채무자가 A로부터 투자를 받으면서 투자금 반환채무의 변제를 위하여 아울렛 의류매장에 관한 임차인 명義와 판매대금의 입금계좌 명의를 A 앞으로 변경해주었음에도 제3자에게 위 임차인의 지위 등 권리일체를 양도하였다면 배임죄가 성립한다.
- ⑤ 법인의 운영자가 법인과 아무런 관계없이 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내어 별도로 비자금을 조성하였다면 그 조성행위 자체로써 불법영득의사가 실현된 것으로 볼 수 있다.

정답 ⑤

[2016 사시]

- 해설 ①(×). 금융기관의 임직원이 대출상대방과 공모하여 임무에 위배하여 대출상대방에게 담보로 제공되는 부동산의 담보 가치보다 훨씬 초과하는 금원을 대출하여 주고 대출금 중 일부를 되돌려받기로 한 다음 그에 따라 약정된 금품을 수수하는 것은 부실대출로 인한 업무상배임죄의 공동정범들 사이의 내부적인 이익분배에 불과한 것이고, 별도로 그러한 금품 수수행위에 관하여 특경법 위반(수재등)죄가 성립하는 것은 아니라고 할 것이다(대판 2013.10.24., 2013도7201). <송형각 491면>
- ②(×). 형법 제357조 제1항의 배임수재죄로 처벌하기 위하여는 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받아들이고 이에 대한 대가로서 재물 또는 재산상의 이익을 받은 데에 대한 범의가 있어야 할 것이고, 또 배임수재죄에서 말하는 ‘재산상의 이익의 취득’이라 함은 현실적인 취득만을 의미하므로 단순한 요구 또는 약속만을 한 경우에는 이에 포함되지 아니한다(대판 1999.1.29., 98도4182). <송형각 492면> <기출>
- ③(×). 배임죄에서 재산상 손해를 가한 때란 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하며, 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 어떠한 효력이 인정되지 않는다고 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당하지만, 그러한 손해발생의 위험이 초래되지 아니한 경우에는 배임죄가 성립하지 않는다(대판 2011.12.13., 2011도10525). <송형각 454면> <기출>
- ④(×). 채무자가 투자금반환채무의 변제를 위하여 담보로 제공한 임차권 등의 권리를 그대로 유지할 계약상 의무가 있다고 하더라도, 이는 기본적으로 투자금반환채무의 변제의 방법에 관한 것이고, 성실한 이행에 의하여 채권자가 계약상 권리의 만족이라는 이익을 얻는다고 하여도 이를 가지고 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 ‘타인의 사무’에 해당한다고 볼 수 없다(대판 2015.3.26., 2015도1301). <송형법주록 81면> <기출>
- ⑤(○). 대판 2010.12.9., 2010도11015; 대판 2015.9.10., 2014도12619. <송형각 406면> <기출>

문 17.(배점 2) 중지미수에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 타인의 재물을 공유한 자가 공유자의 승낙을 받지 않고 공유대지를 담보로 제공하고 가등기를 경료하였다면, 그 후 자의로 가등기를 말소했다고 하더라도 중지미수에 해당하지 않는다.

- ㄴ. 살해의 고의로 목 부위와 가슴 부위를 칼로 수 차례 찔렀으나 피해자의 가슴 부위에서 많은 피가 흘러나오는 것을 발견하고 겁을 먹고 자의로 그만 두는 바람에 미수에 그친 것은 중지미수에 해당된다.
- ㄷ. 피고인이 기밀탐지의 목적으로 대한민국에 입국하여 기밀을 탐지 수집하던 중 경찰관이 피고인의 행적을 탐문하고 갔다는 말을 전해 듣고 지령사항 수행을 중지하였다면 중지미수에 해당된다.
- ㄹ. 장롱 안에 있는 옷가지에 불을 놓아 건물을 소훼하려 하였으나 불길에 치솟는 것을 보고 겁이 나서 자의로 물을 가져다 불을 끈 경우 중지미수에 해당된다.
- ㅁ. 피해자를 강간하려다가 피해자의 다음 번에 만나 친해지면 응해주겠다는 취지의 간곡한 부탁으로 인하여 그 목적을 이루지 못한 후 피해자를 자신의 차에 태워 집 때까지 데려다 주었다면 중지미수에 해당된다.

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

정답

③

[2016 사사]

해설

- ㄱ(○). 대판 1978.11.28., 78도2175. <송형총 355면> <기출>
- ㄴ(×). 위와 같은 경우 많은 피가 흘러나오는 것에 놀라거나 두려움을 느끼는 것은 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 이를 자의에 의한 중지미수라고 볼 수 없다(대판 1999.4.13., 99도640). <송형총 353면> <기출>
- ㄷ(×). 피고인이 기밀탐지임무를 부여받고 대한민국에 입국 기밀을 탐지 수집중 경찰관이 피고인의 행적을 탐문하고 갔다는 말을 전해 듣고 지령사항수행을 보류하고 있던 중 체포되었다면 피고인은 기밀탐지의 기회를 노리다가 검거된 것이므로 이를 중지범으로 볼 수는 없다(대판 1984.9.11., 84도1381). <송형총 352면> <기출>
- ㄹ(×). 위와 같은 경우 치솟는 불길에 놀라거나 자신의 신체 안전에 대한 위해 또는 범행 발각시의 처벌 등에 두려움을 느끼는 것은 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 이를 자의에 의한 중지미수라고는 볼 수 없다(대판 1997.6.13., 97도957). <송형총 353면> <기출>
- ㅁ(○). 대판 1993.10.12., 93도1851. <송형총 352면> <기출>

문 18.(배점 2) 정범과 공범에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 허위공문서작성죄의 간접정범은 공문서의 작성권한이 있는 공무원의 직무를 보좌하는 자가 그 직위를 이용하여

행사할 목적으로 허위의 내용이 기재된 문서 초안을 그 정을 모르는 상사에게 제출하여 결재하도록 하는 등의 방법에 의하여서만 가능하므로 이와 공모한 자가 공범이 되기 위해서는 공무원의 신분이 있는 자이어야 한다.

- ② 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해의 결과를 공동으로 할 의사가 있어야 성립하므로, 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 수 없었더라도 상해치사의 죄책을 면할 수 없다.
- ③ 사기죄의 실행행위에 직접 관여하지 아니한 사람도 공모관계가 인정되면 공모공동정범이 성립할 수 있지만, 공모자 중 사기의 기망방법을 구체적으로 몰랐던 자는 공모관계가 부정된다.
- ④ 교사자가 상해를 교사하였는데 피교사자가 피해자를 사망에 이르게 하였다면 일반적으로 교사자는 상해죄의 죄책을 지게 되는 것이지만, 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있었다면 상해치사죄의 교사범이 성립한다.
- ⑤ 방조행위는 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론, 실행행위에 착수하기 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 경우도 포함하므로 정범이 실행에 착수하지 않았더라도 방조범이 성립한다.

정답

④

[2016 사시]

해설

- ①(×). 공문서의 작성권한이 있는 공무원의 직무를 보좌하는 자가 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 간접정범이 성립되고 이와 공모한 자 역시 그 간접정범의 공범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이고, 여기서 말하는 공범은 반드시 공무원의 신분이 있는 자로 한정되는 것은 아니라고 할 것이다(대판 1992.1.17., 91도2837). <송형각 635면> <기출>
- ②(×). 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 204면> <기출>
- ③(×). 공모자 사이에 의사연락은 명시적 의사연락 뿐만 아니라 묵시적 의사연락으로도 가능하고, 순차적·간접적인 의사연락도 무방하다. 공모자 사이에 서로 면식이 있을 것도 요하지 않으며, 다른 공모자의 행위내용을 구체적·세

부적으로 알고 있을 필요도 없으며 일반적으로 파악하면 족하다. <송형총 398면>

- ④(○). 대판 2002.10.25., 2002도4089. <송형총 435면> <기출>
- ⑤(×). i) 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). ii) 종범이 처벌되기 위하여는 정범의 실행의 착수가 있는 경우에만 가능하고 ... 정범이 실행의 착수에 이르지 아니한 예비의 단계에 그친 경우에는 이에 가공하는 행위가 예비의 공동정범이 되는 경우를 제외하고는 종범의 성립을 부정하고 있다고 보는 것이 타당하다(대판 1976.5.25., 75도1549). <송형총 442면, 371면> <기출>

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

- ① 간첩이라는 정을 알면서 숙식을 제공하거나 심부름으로 안부편지를 전달하는 행위는 간첩방조죄에 해당하지 않는다.
- ② 병무행정의 시정을 촉구하기 위하여 조직된 단체로 판단되는 병역문제중앙대책위원회의 일원이 스스로 입영기피를 결심한 자에게 이별을 안타까워하는 뜻에서 몸조심하라고 말하면서 악수를 나눈 행위는 입영기피의 방조에 해당한다.
- ③ 백화점에서 검품 등 상품관리를 담당하는 백화점 직원이 자신이 관리하는 백화점 입점점포의 위조상표 부착 상품 판매사실을 알고도 방치한 행위는 부작위에 의한 상표법위반과 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반의 방조에 해당한다.
- ④ 인터넷 카페의 대표 甲이 기자회견을 열어 A회사에 대하여 불매운동을 하겠다고 하면서 공갈행위를 하였는데, 위 카페의 회원 乙이 그러한 사정을 알면서도 그 자리에서 지지의 의사로 공감을 표시하거나 甲의 부탁을 받고 사진을 찍어주는 행위는 공갈죄의 방조에 해당한다.
- ⑤ 甲과 말다툼을 하던 乙이 ‘죽고싶다’ 고 하며 甲에게 기름을 사오라고 하였고, 그 직후 乙은 甲이 사다 준 휘발유를 뿌리고 불을 붙여 자살했다면, 甲의 행위는 자살방조죄에 해당한다.

정답

②

[2016 사시]

해설

- ①(○). 대판 1986.2.25., 85도2533. <송형각 690면> <기출>
- ②(×). 이미 스스로 입영기피를 결심하고 집을 나서는 공소외 甲에게 피고인이 이별을 안타까워하는 뜻에서 잘 되겠지 몸조심하라 하고 악수를 나눈 행위는 입영기피의 범죄의사를 강화시킨 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다(대판

1983.4.12., 82도43). <송형총 441면> <기출>

③(○). 대판 1997.3.14., 96도1639. <송형총 138면> <기출>

④(○). 피고인이, A 주식회사가 특정 신문들에 광고를 편중했다는 이유로 기자회견을 열어 A 회사에 대하여 불매운동을 하겠다고 하면서 특정 신문들에 대한 광고를 중단할 것과 다른 신문들에 대해서도 동등하게 광고를 집행할 것을 요구하고 A 회사 인터넷 홈페이지에 그와 같은 내용의 팝업창을 띄우게 한 사안에서, 제반 사정을 고려할 때 피고인의 행위가 강요죄나 공갈죄의 수단인 협박에 해당한다고 본 원심판단을 수긍한 사례(대판 2013.4.11., 2010도13774). ★ 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 사정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 그 방조는 유형적, 물질적인 방조뿐만 아니라 정범에게 범행의 결의를 강화하도록 하는 것과 같은 무형적, 정신적 방조행위까지도 이에 해당한다. 따라서 피고인 乙의 판시 각 행위가 방조범에 해당한다고 판단하여 위 피고인에 대한 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하다. <송형각 369면>

⑤(○). 대판 2010.4.29., 2010도2328. <송형각 18면> <기출>

문 20.(배점 4) 미수와 예비에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성을 원인설정행위와 결과야기행위의 불가분적 연관에서 찾는 견해에 의하면, 간접정범과 유사한 논리구조로 이해하는 견해보다 실행의 착수시기가 앞당겨진다.
- ㄴ. 관세를 포탈할 목적으로 과세가격을 허위로 신고하고 이에 따른 과세가격 사전심사서를 미리 받아 두는 행위는 관세포탈예비죄에 해당한다.
- ㄷ. 甲이 카메라폰으로 피해여성의 치마 속 신체 부위를 동영상 촬영 중 경찰에게 발각되어 저장버튼을 누르지 않고 촬영을 종료하였다면 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 카메라 등 이용 촬영죄의 미수이다.
- ㄹ. 甲이 미성년자 A를 약취하여 돈을 요구하였으나 A의 부모가 가난한 사실을 알고 A를 돌려보냈다면 甲의 행위는 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」상 재물요구죄의 중지미수에 해당한다.
- ㅁ. 상습으로 인적이 드문 곳에서 절도범행을 여러 차례 범한 사실이 있는 甲이 준강도할 목적으로 등산용 칼을 휴대하고 주택가를 배회하면서 범행대상을 물색하던 중 체포되었다면 강도예비죄에 해당하지 않는다.
- ㅂ. 甲은 주점 지하 창고에 있는 양주를 절취하려던 중 인기척이 나서 절취하려던 양주를 그대로 두고 나오다가 주점 종업원에게 붙잡히자 종업원을 폭행하였다면, 甲의 죄책은 준강도의 기수이다.
- ㅅ. 위장결혼의 당사자 및 브로커와 공모한 甲이 허위로

결혼사진을 찍고 혼인신고에 필요한 서류를 준비하여 위장결혼의 당사자에게 건네주었다면 이는 공전자기록 등불실기재죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 있다.

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

정답 ②

[2016 사시]

- 해설 ㄱ(×). 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성을 원인설정행위와 결과야기행위의 불가분적 연관에서 찾는 견해는 책임모델(예외설) 또는 불가분적 관련성설이다. 이에 의하면 책임능력결함상태 하에서의 구성요건실현행위를 개시한 때에 실행의 착수가 인정되므로, 원인행위를 실행행위로 보아 원인행위 개시시에 실행의 착수를 인정하는 간접정범과 유사한 논리구조로 이해하는 견해보다 실행의 착수시기가 훨씬 늦추어진다. <송형총 299면> <기출>
- ㄴ(○). 관세를 포탈할 목적으로 수입할 물품의 수량과 가격이 낮게 기재된 계약서를 첨부하여 수입예정 물량 전부에 대한 과세가격 사전심사를 신청함으로써 과세가격을 허위로 신고하고 이에 따른 과세가격 사전심사서를 미리 받아 두는 행위는 관세포탈죄의 실행을 위한 외부적인 준비행위에 해당한다(대판 1999.4.9., 99도424). <송형총 369면> <기출>
- ㄷ(×). (구)성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상의 ‘카메라 등 이용 촬영죄’는 카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치 속에 들어 있는 필름이나 저장장치에 피사체에 대한 영상정보가 입력된 상태에 도달하면 이로써 그 범행은 기수에 이른다고 보아야 할 것이지만, 디지털카메라나 동영상 기능이 탑재된 휴대전화 등의 기계장치를 이용하여 동영상 촬영이 이루어졌다면 그 범행은 촬영 후 일정한 시간이 경과하여 그 영상정보가 그 기계장치 내의 주기억장치 등에 입력됨으로써 이미 기수에 이르는 것이지, 그 촬영된 영상정보가 전자파일 등의 형태로 영구저장되지 않은 채 사용자에게 의해 강제종료되었다는 이유만으로 미수에 그쳤다고 볼 수는 없다(대판 2011.6.9., 2010도10677). <송형각 123면> <기출>
- ㄹ(×). 영리약취·유인등에 관한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의2 제2항 제1호는 ‘취득’과 ‘요구’를 별도의 행위태양으로 규정하고 있으므로, 미성년자를 약취한 자가 그 부모에게 재물을 요구하였으나 취득하지 못한 경우 검사는 이를 ‘재물요구죄’로 기소할 수 있음은 물론, ‘재물취득’의 점을 중시하여 ‘재물취득 미수죄’로 기소할 수도 있다(대판 2008.7.10., 2008도3747).
- ㅁ(○). 대판 2006.9.14., 2004도6432. <송형각 285면> <기출>
- ㅂ(×). 준강도죄의 입법 취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다(대판 2004.11.18., 2004도5074, 전원합의체판결). 따라서 판례에 의하면

甲이 재물을 취득하지 못한 절도미수에 해당하므로, 甲에게는 준강도의 미수가 인정된다. <송형각 273면> <기출>
 ㄱ(×). 공전자기록등불실기재죄에 있어서의 실행의 착수 시기는 공무원에 대하여 허위의 신고를 하는 때라고 보아야 할 것인바, 피고인이 위장결혼의 당사자 및 중국 측 브로커와의 공모 하에 허위로 결혼사진을 찍고, 혼인신고에 필요한 서류를 준비하여 위장결혼의 당사자에게 건네준 것만으로는 아직 공전자기록등불실기재죄에 있어서 실행에 착수한 것으로 보기 어렵다(대판 2009.9.24., 2009도4998). <송형총 344면, 송형각 646면> <기출>

문 21.(배점 3) 공동정범에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 2인 이상이 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 전체의 모의과정이 없어도 공모관계가 성립하고 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여도 무방하나, 공범자들 간에 전체의 모의과정이 없는 경우 실행행위에 직접 참여한 자만 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서 책임을 진다.
- ㄴ. 건설회사의 유일한 지배자인 대표가 장기간에 걸쳐 건설공사 현장소장들의 뇌물공여 행위를 보고받고 이를 확인·결재하였다면, 기능적 행위지배는 없으므로 뇌물죄의 교사범이지 공동정범은 아니다.
- ㄷ. 포괄일죄인 구 「증권거래법」상 시세조종행위가 계속되고 있던 중 범행에 가담한 자는 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로서 책임을 진다.
- ㄹ. 처(妻)가 구속된 남편을 대행하여 그의 지시를 받아 회사를 운영하면서 「조세범 처벌법」상의 조세포탈행위를 하다가 협의이혼한 후 처(妻) 혼자 회사를 경영하였더라도 이혼 전 남편의 영향력이 제거되지 않아 조세포탈행위가 계속되었다면 남편은 협의이혼 후에도 여전히 공동정범으로서 책임을 진다.
- ㅁ. 다른 3명의 공모자들에게 범행방법을 지시하는 등 강도상해모의를 주도한 피고인이 범행 대상을 따라가지 못한 사이, 다른 공모자들이 피해자를 뒤쫓아가 강도상해의 범행을 하였다면 피고인은 강도상해죄의 공동정범으로서 책임을 진다.
- ㅂ. 3인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인이 범행 현장에서 합동하여 절도 범행을 한 경우, 그 공모에는 참여하였으나 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인은

합동범의 공동정범이 될 수는 없다.

- 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

⑤

[2016 사시]

해설

- ㄱ(×). 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고(대판 2011.12.22., 2011도9721 등), 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공범자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다(대판 2004.12.24., 2004도5494). <송형총 398면> <기출>
- ㄴ(×). 건설 관련 회사의 유일한 지배자가 회사 대표의 지위에서 장기간에 걸쳐 건설공사 현장소장들의 뇌물공여행위를 보고받고 이를 확인·결재하는 등의 방법으로 위 행위에 관여한 경우, 비록 사전에 구체적인 대상 및 액수를 정하여 뇌물공여를 지시하지 아니하였다고 하더라도 그 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 기능적 행위지배를 하였다고 보아야 하므로 공모공동정범의 죄책을 인정하여야 한다(대판 2010.7.15., 2010도3544). <송형총 413면> <기출>
- ㄷ(○). 대판 2007.11.15., 2007도6336; 대판 1982.6.8., 82도884. <송형총 405면> <기출>
- ㄹ(○). 대판 2008.7.24., 2007도4310. <송형총 419면>
- ㅁ(○). ... 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 418면> <기출>
- ㅂ(×). 3인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인이 범행 현장에서 시간적, 장소적으로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 경우에, 그 공모에는 참여하였으나 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인에 대하여도 그가 현장에서 절도 범행을 실행한 위 2인 이상의 범인의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있는 한 공동정범의 일반 이론에 비추어 그 다른 범인에 대하여 합동절도의 공동정범으로 인정할 수 있다(대판 2011.5.13., 2011도2021). <송형각 242면> <기출>

문 22.(배점 2) 과실범의 신뢰의 원칙에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 보행자의 횡단이 금지되어 있는 육교 및 차도를 주행하는 운전자는 차도에 보행자가 뛰어 들 것을 예상하여 감속 조치를 취할 업무상 주의의무가 있다.
- ② 중앙선이 표시되어 있지 아니한 비포장도로라고 하더라도 승용차가 넉넉히 서로 마주보고 진행할 수 있는 정도의 너비가 되는 도로라면 특별한 사정이 없는 한 마주 오는 차가 중앙이나 좌측 부분으로 진행하여 올 것까지 예상하여 적절한 조치를 취할 업무상 주의의무가 없다.
- ③ 반대방향에서 오는 차량이 이미 중앙선을 침범하여 비정상적인 운행을 하고 있음을 목격한 경우에는 자기의 진행전방에 돌입할 가능성을 예견하여 주의깊게 운행할 업무상 주의의무가 있다.
- ④ 고속국도를 주행하는 운전자는 도로 양측에 휴게소가 있는 경우라도 도로를 무단 횡단하는 보행자가 있음을 예상하여 감속 등의 조치를 취할 업무상 주의의무가 없다.
- ⑤ 환자의 주치의 겸 정형외과 전공의인 의사는 같은 과 수련의가 당해 환자에 대하여 한 처방이 적절한 것인지의 여부를 확인하고 감독해야 할 업무상 주의의무가 있다.

- 정답** ① **[2016 사시]**
- 해설** ①(×). 각종 차량의 내왕이 번잡하고 보행자의 횡단이 금지되어 있는 육교 및 차도를 주행하는 자동차운전자가 전방 보도위에 서있는 피해자를 발견했다 하더라도 육교를 눈앞에 둔 동인이 특히 차도로 뛰어 들 거동이나 기색을 보이지 않는 한 일반적으로 동인이 차도로 뛰어 들어오리라고 예견하기 어려운 것이므로 이러한 경우 운전자로서는 일반보행자들이 교통관계법규를 지켜 차도를 횡단하지 아니하고 육교를 이용하여 횡단할 것을 신뢰하여 운행하면 족하다 할 것이고 불의에 뛰어 드는 보행자를 예상하여 이를 사전에 방지해야 할 조치를 취할 업무상 주의의무는 없다(대판 1985.9.10., 84도1572). <송형총 186면> **<이출>**
- ②(○). 대판 1992.7.28., 92도1137.
- ③(○). 대판 1986.2.25., 85도2651. <송형총 189면> **<이출>**
- ④(○). 대판 1977.6.28., 77도403. <송형총 187면> **<이출>**
- ⑤(○). 대판 2007.2.22., 2005도9229. <송형총 188면> **<이출>**

문 23.(배점 2) 교사범에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이

있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲의 교사에 따라 乙이 甲에 대한 허위의 사실을 신고 하였더라도 스스로 본인을 무고하는 자기무고는 처벌되지 않으므로 乙의 행위가 무고죄의 구성요건에 해당하지 아니하여 甲을 무고죄의 교사범으로 처벌할 수 없다.
- ② 죄를 범하고 도피 중인 甲의 교사에 따라 乙이 수사기관에 허위자백을 하였더라도 범인이 도피를 위하여 타인에게 도움을 요청하는 행위는 자기도피행위이므로 甲을 범인도피죄의 교사범으로 처벌할 수 없다.
- ③ 甲의 교사를 받은 乙이 피해자 A를 공갈하기 위해 사용할 자료를 수집한 후, 甲으로부터 만류 취지의 전화를 받았음에도 A를 공갈하여 재물을 교부받았다면, 甲의 교사행위와 乙의 행위 사이에 인과관계가 단절되어 甲을 공갈죄의 교사범으로 처벌할 수 없다.
- ④ 변호사 사무실 직원인 甲이 법원 공무원인 乙에게 부탁하여, 수사 중인 사건의 체포영장 발부자 53명의 명단을 넘겨받았다면 甲의 교사에 의하여 乙이 직무상 비밀을 누설한 것이지만, 甲과 乙은 대항범 관계에 있으므로 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용되지 않아 甲을 공무상비밀누설죄의 교사범으로 처벌할 수 없다.
- ⑤ 甲은 乙에게 절도를 교사하였으나 평소 乙에게 절도의 습벽이 있어 교사행위와 함께 그 습벽이 원인이 되어 乙이 피해자 A로부터 재물을 절취하였다면, 甲의 절도 교사와 乙의 절도죄의 사이의 인과관계가 부정되어 甲을 절도죄의 교사범으로 처벌할 수 없다.

- 정답** ④ **[2016 사시]**
- 해설** ①(×). 형법 제156조의 무고죄는 국가의 형사사법권 또는 징계권의 적정한 행사를 주된 보호법익으로 하는 죄이나, 스스로 본인을 무고하는 자기무고는 무고죄의 구성요건에 해당하지 아니하여 무고죄를 구성하지 않는다. 그러나 피무고자의 교사·방조 하에 제3자가 피무고자에 대한 허위의 사실을 신고한 경우에는 제3자의 행위는 무고죄의 구성요건에 해당하여 무고죄를 구성하므로, 제3자를 교사·방조한 피무고자도 교사·방조범으로서의 죄책을 부담한다(대판 2008.10.23., 2008도4852). <송형각 814면> **<이출>**
- ②(×). 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당한다(대판 2000.3.24., 2000도20). <송형각 782면> **<이출>**
- ③(×). 피고인 甲은 乙로 하여금 이 사건 공갈 범죄의 실행을 결의하게 하였고, 피고인 甲의 교사에 의하여 범죄 실행을 결의하게 된 乙이 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 피해자 A를 공갈하였음을 알 수 있다. 이를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인의 교사행위와 乙의 공갈행위 사이에는 상당인과관계가 인정된다 할 것이고, 피고인의 만류행위가 있었지만 乙이 이를 명시적으로 거절하고 당초와 같은 범죄 실행의 결의를 그대로 유지한 것으로 보이는 이상, 피고인이 공범관계에서 이탈한 것으로 볼 수도 없다(대판 2012.11.15., 2012도7407). <송형총 437면> <기출>

- ④(○). 대판 2011.4.28., 2009도3642. <송형총 376면> <기출>
 ⑤(×). 교사범의 교사가 정범이 죄를 범한 유일한 조건일 필요는 없으므로, 교사행위에 의하여 정범이 실행을 결의하게 된 이상 비록 정범에게 범죄의 습벽이 있어 그 습벽과 함께 교사행위가 원인이 되어 정범이 범죄를 실행한 경우에도 교사범의 성립에 영향이 없다(대판 1991.5.14., 91도542). <송형총 430면> <기출>

문 24.(배점 2) 고의에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정상의 단속을 주안으로 하는 법규라 하더라도 명문규정이 있거나 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우를 제외하고는 형법의 원칙에 따라 고의가 있어야 벌할 수 있다.
 ② 살인죄의 범의는 자기의 행위로 인하여 피해자가 사망할 수도 있다는 사실을 인식, 예견하는 것으로 족하지 피해자의 사망을 희망하거나 목적으로 할 필요는 없다.
 ③ 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하고, 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요한다.
 ④ 미필적 고의는 범죄사실의 발생가능성을 불확실한 것으로 표상하면서 이를 용인하고 있는 경우를 말하고, 미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다.
 ⑤ 업무방해죄의 고의는 반드시 업무방해의 목적이나 계획적인 업무방해의 의도가 있어야만 하는 것은 아니고 자기의 행위로 인하여 타인의 업무가 방해될 가능성 또는 위험에 대한 인식이나 예견으로 충분하다.

정답 ③ [2016 사시]

- 해설** ①(○). 대판 2010.2.11., 2009도9807. <송형총 150면> <기출>
 ②(○). 대판 1994.12.22., 94도2511. <송형총 155면> <기출>
 ③(×). 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면

서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 행위를 말하므로, 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, ... 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다(대판 2005.4.29., 2003도6056). <송형총 444면> <기출>

- ④(○). 대판 2004.5.14., 2004도74. <송형총 155면> <기출>
 ⑤(○). 대판 2012.5.24., 2009도4141. <송형각 181면>

문 25.(배점 2) 다음 설명 중 괄호 속 범죄의 실행의 착수가 인정되는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 절도의 의도로 대낮에 피해자의 집 현관을 통하여 그 집 마루 위에 올라서서 창고문 쪽으로 향하다가 피해자에게 발각되어 체포된 경우 (절도)
 ② 아파트 신축공사 현장 안에 있는 건축자재 등을 훔칠 생각으로 공범과 함께 위 공사현장 안으로 들어간 후 창문을 통하여 신축 중인 아파트의 지하실 안쪽을 살핀 경우 (특수절도)
 ③ 절도의 의도로 야간에 피해자의 집 창살을 통하여 침입하였으나 피해자 시아버지의 헛기침에 발각된 줄 알고 도주한 경우 (야간주거침입절도)
 ④ 절도의 의도로 대낮에 아파트 출입문 시정장치를 손괴하다가 발각되어 도주한 경우 (절도)
 ⑤ 절도의 의도로 대낮에 모텔 객실에 침입하여 야간에 객실에서 물건을 훔쳐 나온 경우 (야간주거침입절도)

정답 ③ [2016 사시]

- 해설** ①(×). 절도죄의 실행의 착수시기는 재물에 대한 타인의 사실상의 지배를 침해하는 데에 밀접한 행위를 개시한 때라고 보아야 하므로, 야간이 아닌 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였다고 하여도 아직 절취할 물건의 물색행위를 시작하기 전이라면 주거침입죄만 성립할 뿐 절도죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없는 것이어서 절도미수죄는 성립하지 않는다(대판 1992.9.8., 92도1650). <송형총 339면> <기출>
 ②(×). 피고인이 아파트 신축공사 현장 안에 있는 건축자재 등을 훔칠 생각으로 공범과 함께 위 공사현장 안으로 들어간 후 창문을 통하여 신축 중인 아파트의 지하실 안쪽을 살핀 행위가 특수절도죄의 실행의 착수에 해당하지 않는다고 한 사례(대판 2010.4.29., 2009도14554). <송형총 341면> <기출>
 ③(○). 야간에 타인의 재물을 절취할 목적으로 사람의 주거에 침입한 경우에는 주거에 침입한 행위의 단계에서 이미 형법 제330조에서 규정한 야간주거침입절도죄라는 범죄행

위의 실행에 착수한 것이라고 볼 것이다(대판 1984.12.26., 84도2433). <송형총 339면> <기출>

- ④(×). ‘주간에’ 아파트 출입문 시정장치를 손괴하다가 발각되어 도주한 피고인들이 특수절도미수죄로 기소된 사안에서, ‘실행의 착수’가 없었다는 이유로 형법 제331조 제2항의 특수절도죄의 점에 대해 무죄를 선고한 원심 판단을 수긍한 사례(대판 2009.12.24., 2009도9667). <송형총 342면> <기출>
- ⑤(×). ... 형법은 야간에 이루어지는 주거침입행위의 위형성에 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 254면> <기출>

문 26.(배점 2) 인과관계에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 A를 강간하였는데, A가 집으로 돌아온 뒤 강간을 당하여 생긴 수치심과 장래에 대한 비관으로 자살한 경우, 甲의 행위와 A의 사망 간에는 인과관계가 있다.
- ㄴ. 甲이 4일 가랑 물조차 제대로 마시지 못하고 잠도 못 자서 거의 탈진 상태에 있었던 A의 손과 발을 묶어 17시간 이상 좁은 차량 속에 감금하여 사망하게 한 경우, 甲의 행위와 A의 사망 간에는 인과관계가 있다.
- ㄷ. 甲이 A의 뺨을 때리고 목을 쳐 A의 머리를 땅바닥에 부딪치게 하여 A가 두부손상을 입어 병원에서 입원치료를 받다가 합병증인 폐렴으로 인한 패혈증 등으로 사망에 이르게 된 경우, 甲의 행위와 A의 사망 간에는 인과관계가 있다.
- ㄹ. 운전자 甲이 차를 세워 시동을 끄고 1단 기어가 들어가 있는 상태에서 시동열쇠를 끼워 놓은 채 초등학교생 乙을 조수석에 남겨두고 차에서 내렸는데, 乙이 시동열쇠를 돌리며 악셀러레이터 페달을 밟아 차량이 진행하여 사고가 발생한 경우, 甲의 행위와 차량사고 간에는 인과관계가 없다.
- ㅁ. 다가구주택 임차인인 甲이 자신의 비용으로 설치·사용하던 가스설비의 휴즈코크를 아무런 조치 없이 제거하고 이사를 간 후, 가스공급을 개별적으로 차단할 수 있는 해당 다가구주택 외벽 부근 2m 높이에 설치된 주밸브가 원인미상으로 열려 가스가 유입되어 폭발사고가 발생한 경우, 甲의 행위와 폭발사고 간에는 인과관계가 있다.

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

정답 ④

[2016 사시]

해설

- ㄱ(×). 강간을 당한 피해자가 집에 돌아가 음독자살하기에 이른 원인이 강간을 당함으로 인하여 생긴 수치심과 장래에 대한 절망감 등에 있었다 하더라도 그 자살행위가 바로 강간행위로 인하여 생긴 당연의 결과라고 볼 수는 없으므로 강간행위와 피해자의 자살행위 사이에 인과관계를 인정할 수는 없다(대판 1982.11.23., 82도1446). <송형총 198면> <기출>
- ㄴ(○). 대판 2002.10.11., 2002도4315. <송형총 143면> <기출>
- ㄷ(○). 대판 2012.3.15., 2011도17648. <송형총 198면> <기출>
- ㄹ(×). ... 비록 동인의 행위가 사고의 직접적인 원인이었다 할지라도 그 경우 운전자로서는 위 어린이를 먼저 하차시키던가 운전기기를 만지지 않도록 주의를 주거나 손브레이크를 채운 뒤 시동열쇠를 빼는 등 사고를 미리 막을 수 있는 제반조치를 취할 업무상 주의의무가 있다 할 것이어서 이를 게을리 한 과실은 사고결과와 법률상의 인과관계가 있다고 봄이 상당하다(대판 1986.7.8., 86도1048). <송형총 142면> <기출>
- ㅁ(○). 대판 2001.6.1., 99도5086. <송형총 143면> <기출>

문 27.(배점 3) 형법상 유추해석금지원칙에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 원동기장치자전거의 무면허운전죄와 관련한 「도로교통법」 제154조 제2호, 제43조의 해석상 ‘운전면허를 받지 아니하거나’ 라는 법률문언의 통상적인 의미에 ‘운전면허를 받았으나 그 후 운전면허의 효력이 정지된 경우’를 당연히 포함하여 해석하는 것은 유추해석금지원칙에 반하지 않는다.
- ㄴ. 「군형법」 제74조에서 규정하는 군용물분실죄는 과실범에 적용되는 것으로, 행위자가 자신의 의사에 의한 재산적 처분행위를 함으로써 군용물의 소지를 상실한 경우에도 동 규정을 적용하는 것은 유추해석금지원칙에 반한다.
- ㄷ. 「형법」 제170조 제2항의 ‘자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건’에 ‘타인의 소유에 속하는 제167조에 기재한 물건’을 포함시키는 것은 법규정의 가능한 의미를 벗어난 것으로 유추해석금지원칙에 반한다.
- ㄹ. 공무원에 대해 허위신고를 하여 공정증서원본에 부실의 사실을 기재하게 하고 그 문서를 행사하는 것을 처벌하는 「형법」 제229조를 부실의 사실이 기재된 공정증서정본을 그 정을 모르는 법원 직원에게 교부한 행위에 적용하는 것은 유추해석금지원칙에 반하지 않는다.

ㄱ. 반의사불벌죄 규정인 구 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제16조의 ‘처벌을 희망하지 않는다는 의사표시’와 관련하여 명문의 근거 없이 그 의사표시에 법정대리인의 동의가 필요하다고 해석하는 것은 유추해석금지원칙에 반한다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄴ, ㄷ ③ ㄴ, ㄹ
④ ㄴ, ㄹ ⑤ ㄹ, ㄷ

정답

④

[2016 사시]

해설

ㄱ(×). 도로교통법 제43조는 무면허운전 등을 금지하면서 “누구든지 제80조의 규정에 의하여 지방경찰청장으로부터 운전면허를 받지 아니하거나 운전면허의 효력이 정지된 경우에는 자동차 등을 운전하여서는 아니된다”고 정하여, 운전자의 금지사항으로 운전면허를 받지 아니한 경우와 운전면허의 효력이 정지된 경우를 구별하여 대등하게 나열하고 있다. 그렇다면 ‘운전면허를 받지 아니하고’라는 법률문언의 통상적인 의미에 ‘운전면허를 받았으나 그 후 운전면허의 효력이 정지된 경우’가 당연히 포함된다고는 해석할 수 없다(대판 2011.8.25., 2011도7725). <송형총 48면> <기출>

ㄴ(○). 대판 1999.7.9., 98도1719. <송형총 40면> <기출>

ㄷ(×). [다수의견] 형법 제170조 제2항에서 말하는 ‘자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건’이라 함은 ‘자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 자기의 소유에 속하든, 타인의 소유에 속하든 불문하고 제167조에 기재한 물건’을 의미하는 것이라고 해석하여야 하며, ... 이렇게 해석한다고 하더라도 그것이 법규정의 가능한 의미를 벗어나 법형성이나 법창조행위에 이른 것이라고는 할 수 없어 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 유추해석이나 확장해석에 해당한다고 볼 수는 없을 것이다(대판 1994.12.20., 94도32, 전원합의체결정). <송형총 38면> <기출>

ㄹ(×). 형법 제229조, 제228조 제1항의 규정과 형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석 하여서는 아니되는 원칙에 비추어 볼 때, 위 각 조항에서 규정한 ‘공정증서원본’에는 공정증서의 정본이 포함된다고 볼 수 없으므로 불실의 사실이 기재된 공정증서의 정본을 그 정을 모르는 법원 직원에게 교부한 행위는 형법 제229조의 불실기재공정증서원본행사죄에 해당하지 아니한다(대판 2002.3.26., 2001도6503). <송형총 39면> <기출>

ㄹ(○). 대판 2009.11.19., 2009도6058, 전원합의체판결. <송형총 37면> <기출>

문 28.(배점 2) 甲에 대한 형법의 적용에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 미국인 의사 甲이 한국인 유학생 A가 미국의 대학교에 제출하려는 甲 명의의 건강진단서를 미국 소재 병원에서 허위로 작성하여 발급하였다. - 보호주의에 따라 대한민국 형법이 적용된다.
ㄴ. 미국인 甲은 서울 소재 호텔 커피숍에서 한국인 B와 공모한 후 홍콩에서 중국인으로부터 필로폰을 매수하였다. - 속지주의가 적용되지 않아 대한민국 형법이 적용되지 않는다.
ㄷ. 중국인 甲은 중국에 있는 대한민국 영사관에서 여권발급신청서 1장을 위조하였다. - 속지주의에 따라 대한민국 형법이 적용된다.
ㄹ. 미국에 있는 대한민국 영사관에 근무하는 한국인 공무원 甲이 미국인으로부터 뇌물을 수수하였다. - 속인주의에 따라 대한민국 형법이 적용된다.
ㅁ. 중국인 甲이 중국에서 대한민국 국적 주식회사의 인장을 위조하였다. - 보호주의가 적용되지 않아 대한민국 형법이 적용되지 않는다.

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

정답

①

[2016 사시]

해설

ㄱ(×). 甲의 행위는 허위진단서작성죄(제233조)에 해당하나, 동죄는 형법 제5조 제6호에 규정된 ‘문서에 관한 죄 중 제225조 내지 제230조의 죄에 해당하지 않으며, 또한 동죄는 ‘대한민국 또는 대한민국 국민의 법익이 직접적으로 침해되는 결과를 야기하는 죄를 범한 경우’에 해당하지 않으므로, 甲의 행위에 대해 제5조와 제6조의 보호주의에 따라 대한민국의 형법을 적용할 수 없다. <송형총 86면, 87면 참조>

ㄴ(×). 형법 제2조를 적용함에 있어서 공모공동정범의 경우 공모지도 범죄지로 보아야 한다(대판 1998.11.27., 98도2734). 따라서 甲이 한국에서 범행을 공모한 이상 제2조의 속지주의에 따라 대한민국의 형법이 적용된다. <송형총 85면> <기출>

ㄷ(×). 중국 북경시에 소재한 대한민국 영사관 내부는 여전히 중국의 영토에 속할 뿐 이를 대한민국의 영토로서 그 영역에 해당한다고 볼 수 없을 뿐 아니라, 사문서위조죄가 형법 제6조의 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 범한 죄에 해당하지 아니함은 명백하다. 따라서 원심이 내국인이 아닌 피고인이 위 영사관 내에서 공소외인 명의의 여권발급신청서 1장을 위조하였다는 취지의 공소사실에 대하여 외국인의 국외범에 해당한다는 이유로 피고인에 대한 재판권이 없다고 판단한 것은 옳다(대판 2006.9.22., 2006도5010). <송형총 87면> <기출>

ㄹ(○). 형법 제3조는 ‘대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인’에게도 형법이 적용된다고 규정하고 있다. 따라서

‘한국인’인 공무원 甲이 뇌물수수죄를 범하였으므로 제 3조의 속인주의에 의하여 대한민국 형법이 적용된다. <송형총 86면 참조>

- ㉠(○). 형법 제239조 제1항의 사인위조죄는 형법 제6조의 대한민국 또는 대한민국국민에 대하여 범한 죄에 해당하지 아니하므로 중국 국적자가 중국에서 대한민국 국적 주식회사의 인장을 위조한 경우에는 외국인의 국외범으로서 그에 대하여 재판권이 없다(대판 2002.11.26., 2002도4929). <송형총 87면> <기출>

문 29.(배점 3) 양벌규정에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 형벌의 자기책임원칙에 비추어 보면, 종업원의 위반행위가 발생한 그 업무와 관련하여 법인이 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리한 때에 한하여 양벌규정을 적용한다.
- ㄴ. 양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 종업원의 처벌에 종속하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 처벌되는 것이므로 종업원의 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 된다.
- ㄷ. 양벌규정에 의하여 법인이 처벌받는 경우, 법인에게 자수감경에 관한 「형법」 제52조 제1항의 규정을 적용하기 위해서는 법인의 이사 기타 대표자가 자수한 경우에 한하고, 그 위반행위를 한 직원 또는 사용인이 자수한 것만으로는 위 규정을 적용할 수 없다.
- ㄹ. 합병으로 인하여 소멸한 법인이 그 종업원 등의 위법행위에 대해 양벌규정에 따라 부담하던 형사책임은 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것으로서 합병으로 인하여 존속하는 법인에 승계되지 않는다.
- ㅁ. ‘법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여’ 위반행위를 한 경우의 양벌규정과 관련하여, ‘법인 또는 개인’은 단지 형식상의 사업주가 아니라 자기의 계산으로 사업을 경영하는 실질적인 사업주를 말한다.

- 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(×)
 ⑥ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(○)

정답 ①

[2016 사시]

- 해설 ㄱ(○). 대판 2010.2.25., 2009도5824. <송형총 116면> <기출>
- ㄴ(×). 양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 될 필요는 없다(대판 2006.2.24., 2005도7673; 대판 1987.11.10., 87도1213). <송형총 116면> <기출>
- ㄷ(○). 대판 1995.7.25., 95도391. <송형총 120면> <기출>
- ㄹ(○). 대판 2007.8.23., 2005도4471. <송형총 120면> <기출>
- ㅁ(○). 대판 1992.11.10., 92도2034; 대판 2000.10.27., 2000도3570 참조. <송형총 119면>

문 30.(배점 2) 착오에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① A를 B로 오인하고 살해한 경우 법정적 부합설과 구체적 부합설에 의하면 살인죄를 인정한다.
- ② 살인의 고의로 A를 향해 총을 발사하였는데 A에게 맞지 않고 A가 데리고 가던 개가 맞아서 죽은 경우 법정적 부합설과 구체적 부합설에 의하면 살인미수를 인정한다.
- ③ 손괴의 고의로 A의 집 창문을 향해 돌을 던졌는데 빗나가서 옆에 있던 B에게 상해를 입힌 경우 구체적 부합설에 의하면 손괴미수와 과실치상의 상상적 경합을 인정한다.
- ④ 살인의 고의로 A를 살해하기 위해 독약이 든 술을 A의 집으로 발송하였으나 뜻밖에 A의 처(妻) B가 먹고 사망한 경우 법정적 부합설에 의하면 살인죄를 인정한다.
- ⑤ 손괴의 고의로 개인 줄 알고 개집으로 돌을 던졌으나 실은 개집에서 놀던 어린아이 A가 돌에 맞아 상해를 입은 경우 법정적 부합설에 의하면 손괴미수와 과실치상의 상상적 경합을 인정한다.

정답 ⑤

[2016 사시]

- 해설 ★ 구성요건적 착오사실에 관한 법정적 부합설과 구체적 부합설의 결론을 묻는 문제이다. <이하 송형총 167면 참조> <기출>
- ①(○). 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오에 해당하느냐, 이러한 경우 착오의 해결에 관한 모든 학설은 ‘발생사실에 대한 고의기수’를 인정한다. 따라서 A에 대한 고의살 인기수가 인정된다.
- ②(○). 추상적 사실의 착오 중 방법의 착오에 해당하느냐, 이 경우 법정적 부합설과 구체적 부합설은 모두 ‘인식사실의 미수와 발생사실의 과실범의 상상적 경합’을 인정한다. 따라서 A에 대한 살인미수와 개에 대한 과실손괴의 상상적 경합이 되나, 과실손괴 처벌규정이 없으므로 결국 ‘A에

대한 살인미수'만 인정된다.

- ③(○). 추상적 사실의 착오에 해당하는바, 구체적 부합설은 '인식사실의 미수와 발생사실의 과실범의 상상적 경합'을 인정한다. 따라서 '창문에 대한 손괴미수와 B에 대한 과실치상'의 상상적 경합이 인정된다.
- ④(○). 구체적 사실의 착오 중 방법의 착오에 해당하는바, 법정적 부합설에 의하면 발생사실에 대한 고의기수가 인정된다. 따라서 B에 대한 고의살인기수가 인정된다.
- ⑤(×). 추상적 사실의 착오 중 객체의 착오에 해당하는바, 이 경우 법정적 부합설은 '인식사실의 미수와 발생사실의 과실범의 상상적 경합'을 인정한다. 따라서 '개에 대한 손괴미수와 A에 대한 과실치상'의 상상적 경합이 인정된다.

문 31.(배점 2) 부작위범에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부진정부작위범의 고의는 작위의무자가 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음을 예견하고도 결과발생을 용인하고 이를 방관한 채 의무를 이행하지 아니한다는 인식을 하면 족하고 미필적 고의로도 가능하다.
- ② 어떠한 범죄가 적극적 작위에 의하여 이루어질 수 있음은 물론 결과의 발생을 방지하지 아니하는 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에도 작위에 의하여 악화된 법익 상황을 다시 되돌아키지 아니한 점에 주목하여 이를 부작위범으로 볼 것은 아니다.
- ③ 방조행위는 정범의 실행을 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 작위에 의한 경우뿐만 아니라 부작위에 의하여도 가능하다.
- ④ 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에 성립한다.
- ⑤ 부작위범의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우에 인정되고, 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상의 의무가 기대되는 경우에는 인정되지 않는다.

정답 ⑤ **[2016 사시]**

- 해설** ①(○). 대판 2015.11.12., 2015도6809, 전원합의체판결. <송형법추록 27면>
- ②(○). 대판 2004.6.24., 2002도995. <송형총 125면> <기출>
- ③(○). 대판 1984.11.26., 84도1906 등. <송형총 138면> <기출>
- ④(○). 대판 2008.3.27., 2008도89. <송형총 137면> <기출>
- ⑤(×). 여기서 작위의무는 법적인 의무이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 작위의무가 법적인 의무인 한 성문범이건 불문범이건 상관없이

또 공범이건 사범이건 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 132면> <기출>

문 32.(배점 2) 명예훼손죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형법」 제310조에 따라서 위법성이 조각되어 처벌받지 않기 위하여는 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 할 뿐만 아니라, 그 적시된 사실이 진실한 것이거나 적어도 행위자가 그 사실을 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있어야 한다.
- ② 행위자의 주요한 목적이나 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있다 하더라도 「형법」 제310조의 적용을 배제할 수 없다.
- ③ 「형법」 제309조 소정의 '사람을 비방할 목적'이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어서 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 때에는 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적은 부인된다.
- ④ '서울시민', '경기도민' 이라 함과 같은 막연한 표시에 의해서는 명예훼손죄를 구성하지 아니한다고 할 것이지만, 집합적 명사를 쓴 경우에도 그것에 의해 그 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백하면 이를 각자의 명예를 훼손하는 행위라고 볼 수 있다.
- ⑤ 명예훼손 사실을 발설한 것이 정말이냐는 질문에 대답하는 과정에서 타인의 명예를 훼손하는 사실을 발설하였다면 명예훼손의 범의를 인정할 수 있다.

정답 ⑤ **[2016 사시]**

- 해설** ①(○). 대판 2007.5.10., 2006도8544 등. <송형각 147면> <기출>
- ②(○). 대판 1999.6.8., 99도1543 등. <송형각 146면> <기출>
- ③(○). 대판 2003.12.26., 2003도6036 등. <송형각 152면> <기출>
- ④(○). 대판 2000.10.10., 99도5407. <송형각 127면> <기출>
- ⑤(×). 명예훼손사실을 발설한 것이 사실이냐는 질문에 대답하는 과정에서 타인의 명예를 훼손하는 사실을 발설하게 된 것이라면, 그 발설내용과 동기에 비추어 명예훼손의 범의를 인정할 수 없고, 질문에 대한 단순한 확인대답이 명

예훼손에서 말하는 사실적이라고도 할 수 없다(대판 2008.10.23., 2008도6515). <송형각 137면> <기출>

문 33.(배점 2) 甲의 죄책에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲은 보험사고에 해당할 수 있는 사고로 경미한 상해를 입었으나 이를 기화로 보험금을 편취하기 위해 상해를 과장하여 병원에 장기간 입원하고, 이를 이유로 실제 피해에 비하여 과다한 보험금을 지급받은 경우 보험금 전체에 대한 사기죄가 성립한다.
- ② 甲은 사립대학교 시간강사 임용과 관련하여 허위 학력이 기재된 이력서만을 제출하였으나, 임용심사업무 담당자가 불충분한 심사로 인하여 허위 학력이 기재된 이력서를 믿어 甲이 임용된 경우 위계에 의한 업무방해죄가 성립하지 아니한다.
- ③ 甲은 11세의 여자 아이와 단둘이 있는 아파트 엘리베이터 내에서 성기를 꺼내어 잡고 여러 방향으로 움직이다가 이를 보고 놀란 여자 아이 앞으로 가까이 다가갔으나 아직 신체에 대한 접촉을 하지 않았더라도 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 위력에 의한 추행에 해당한다.
- ④ 상습으로 단순절도를 범한 甲이 상습적인 절도범행의 수단으로 주간에 타인의 주거에 침입하여 물건을 절취한 경우 상습절도죄와 별개로 주거침입죄가 성립한다.
- ⑤ 甲은 옷가게에서 구입할 옷을 고른 다음 그 대금을 결제하기 위하여 절취한 신용카드를 제시하고 카드회사의 승인을 받았으나, 매출전표에 서명을 하기 전에 피해자의 도난신고에 의해 매출취소가 된 경우 「여신전문금융업법」상 신용카드부정사용죄의 미수로 처벌된다.

정답 ⑤ **[2016 사시]**

- 해설** ①(○). 대판 2007.5.11., 2007도2134. <송형각 303면> <기출>
- ②(○). 대판 2009.1.30., 2008도6950. <송형각 180면> <기출>
- ③(○). 대판 2013.1.16., 2011도7164. <송형각 121면> <기출>
- ④(○). 대판 2015.10.15., 2015도8169. <송형법추록 69면>
- ⑤(×). 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 사실이 인정된다고 한 다음, 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). <송형각 361면> <기출>

문 34.(배점 2) 다음 설명 중 甲에게 절도죄가 성립하는 경우를 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 양식어업권자와 양식어업권행사계약을 체결하고 양식어업권을 행사하는 A의 양식장에서 甲은 자연산 조개를 무단으로 채취하였다.
- ㄴ. 甲은 회사 컴퓨터에 저장되어 있는 신제품시스템의 설계도면을 자신 소유의 USB 메모리에 저장하여 몰래 가지고 나왔다.
- ㄷ. 甲은 자신의 명의로 등록된 자동차를 사실혼 관계에 있던 A에게 증여하여 A만이 이를 운행·관리하여 오다가 서로 별거하면서 재산분할 내지 위자료 명목으로 A가 소유하기로 하였는데, 甲이 위 자동차를 임의로 운전해 가서 장기간 사용하였다.
- ㄹ. 甲은 자동차 명의수탁자인 乙로부터 승용차를 가져가 매도할 것을 허락받고 인감증명 등을 교부받은 후, 열쇠공을 통해 명의신탁자 A가 평소 사용해오던 위 승용차의 문을 열고 몰래 운전해 갔다.
- ㅁ. 甲은 A의 영업점 내에 있는 A 소유의 휴대전화를 허락 없이 가지고 나와 이를 이용하여 통화를 하고 문자를 주고받은 다음 약 1~2시간 후 위 영업점 정문 옆 화분에 놓아두었다.

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

정답 ⑤

[2016 사시]

- 해설** ㄱ(×). [1] 수산업법에 의한 양식어업권은 행정관청의 면허를 받아 해상의 일정구역 내에서 패류·해조류 또는 정착성 수산동물을 포획·채취할 수 있는 권리를 가리키는 것으로서 이는 그 지역에서 천연으로 생육하는 수산동식물을 어업면허를 받은 종류에 한하여 배타적·선점적으로 채취할 수 있는 권리에 불과하고 그 지역 내의 수산동식물의 소유권을 취득하는 권리는 아니므로 어업권의 취득만으로 당연히 그 지역 내에서 자연 번식하는 수산동식물의 소유권이나 점유권까지 취득한다고는 볼 수 없다.
- [2] 어업권자와 어업권행사계약을 체결하고 어업권을 행사하는 피해자의 양식장에서 ‘자연산’ 모시조개를 무단 채취한 행위가 절도죄에 해당하지 아니한다고 한 사례(대판 2010.4.8., 2009도11827). <송형각 246면> <기출>
- ㄴ(×). 절도죄의 객체는 관리가능한 동력을 포함한 ‘재물’에 한한다 할 것이고, 또 절도죄가 성립하기 위해서는 그 재물의 소유자 기타 점유자의 점유 내지 이용가능성을 배제하고 이를 자신의 점유하에 배타적으로 이전하는 행위

가 있어야만 할 것인바, 컴퓨터에 저장되어 있는 ‘정보’ 그 자체는 유체물이라고 볼 수도 없고, 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다 할 것이며, 또 이를 복사하거나 출력하였다 할지라도 그 정보 자체가 감소하거나 피해자의 점유 및 이용가능성을 감소시키는 것이 아니므로 그 복사나 출력 행위를 가지고 절도죄를 구성한다고 볼 수도 없다(대판 2002.7.12., 2002도745). <송형각 214면> <기출>

ㄱ(○). 피고인이 자신의 명의로 등록된 자동차를 사실혼 관계에 있던 A에게 증여하여 A만이 이를 운행·관리하여 오다가 서로 별거하면서 재산분할 내지 위자료 명목으로 A이 소유하기로 하였는데, 피고인이 이를 임의로 운전해 간 사안에서, 자동차 등록명의와 관계없이 피고인과 A 사이에서는 A를 소유자로 보아야 한다는 이유로 절도죄를 인정한 원심판단을 정당하다고 한 사례(대판 2013.2.28., 2012도15303). <송형각 246면> <기출>

ㄴ(○). 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 414면> <기출>

ㄷ(○). ... 피고인이 A의 휴대전화를 자신의 소유물과 같이 경제적 용법에 따라 이용하다가 본래의 장소와 다른 곳에 유기한 것이므로 피고인에게 불법영득의사가 있었다고 할 것인데도, 이와 달리 보아 무죄를 선고한 원심판결에 절도죄의 불법영득의사에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(대판 2012.7.12., 2012도1132). <송형각 234면> <기출>

문 35.(배점 3) 다음 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「형법」상 사기죄의 성질은 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조 제1항에 의해 가중 처벌되는 경우에도 그대로 유지되므로, 위 법률 제3조 제1항 위반죄에도 「형법」상 친족상도례에 관한 규정이 그대로 적용된다.
- ㄴ. 「형법」상 친족상도례에 관한 규정은 「형법」 제323조의 권리행사방해죄에는 적용되나, 「형법」 제327조의 강제집행면탈죄에는 적용되지 않는다.
- ㄷ. 제3자가 뇌물에 공할 목적이라는 정을 알면서 증뢰자로부터 금품을 교부받아 이를 수뢰할 공무원에게 전달한 경우 증뢰물전달죄와 뇌물공여죄가 성립한다.
- ㄹ. 대학당국이 교내집회를 허용하지 아니하고 집회와 관련된 외부인의 출입을 금지하였음에도 집회를 위하여 대학구내의 강당에 들어간 경우, 대학교에 들어갈 당시 구체적으로 제지를 받지 아니하였다면 건조물침입죄가

성립하지 않는다.

- ㄴ. 아버지 소유의 현금카드를 훔쳐서 이를 은행의 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 그 은행계좌의 예금잔고를 자신의 거래은행계좌로 이체한 경우 「형법」상 친족상도례에 관한 규정에 의하여 형이 면제된다.
- ㄷ. 퀵서비스 운영자가 배달업무를 하면서, 손님의 불만이 예상되는 경우에 평소 경쟁관계에 있는 피해자 운영의 퀵서비스 명의로 된 영수증을 작성·교부함으로써 손님들로 하여금 불친절하고 배달을 지연시킨 사업체가 피해자 운영의 퀵서비스인 것처럼 인식하게 하였더라도 신용훼손죄가 성립하지 않는다.

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

정답

①

[2016 사시]

해설

ㄱ(○). 대판 2010.2.11., 2009도12627. <송형각 236면> <기출>

ㄴ(○). 친족상도례 규정은 강도죄·손괴죄·(준)점유강취죄·강제집행면탈죄를 제외한 모든 형법상 재산범죄(기수·미수 불문)에 적용된다. <송형각 236면> <기출>

ㄷ(×). ... 제3자의 증뢰물전달죄는 제3자가 증뢰자로부터 교부받은 금품을 수뢰할 사람에게 전달하였는지 여부에 관계 없이 제3자가 그 정을 알면서 금품을 교부받음으로써 성립하는 것이며, 나아가 제3자가 그 교부받은 금품을 수뢰할 사람에게 전달하였다고 하여 증뢰물전달죄 외에 별도로 뇌물공여죄가 성립하는 것은 아니다(대판 1997.9.5., 97도1572). <송형각 744면> <기출>

ㄹ(×). 대학교가 한국대학총학생회연합의 행사개최를 불허하고 외부인의 출입을 금지하는 한편 경찰에 시설물 보호를 위한 경비지원을 요청하였음에도 피고인이 다른 많은 학생들과 함께 위 행사에 참여하거나 주취하기 위하여 대학교에 들어간 것이라면, 들어갈 당시 경찰공무원 또는 대학교의 교직원들로부터 구체적으로 출입을 제지당하지 아니하였다고 하더라도 대학교 관리자의 의사에 반하여 다중의 위력으로써 건조물인 대학교에 침입한 것이라고 본 사례(대판 2003.5.13., 2003도604). <송형각 200면> <기출>

ㄱ(×). 손자가 할아버지 소유 농업협동조합 예금통장을 절취하여 이를 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 예금잔고를 자신의 거래은행계좌로 이체한 사안에서, 위 농업협동조합이 컴퓨터 등 사용자기 범행 부분의 피해자라는 이유로 친족상도례를 적용할 수 없다고 한 사례(대판 2007.3.15., 2006도2704). <송형각 238면> <기출>

ㄷ(○). 대판 2011.5.13., 2009도5549. <송형각 160면> <기출>

문 36.(배점 3) 준강도죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 절도범이 순찰 중이던 경찰관에게 발각되어 도주하다가 체포를 면하기 위하여 경찰관의 머리와 가슴을 수회 때린 경우 준강도죄와 공무집행방해죄가 성립하고, 양 죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ㄴ. 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 피해자를 살해한 때에는 준강도죄와 살인죄의 경합범이 성립한다.
- ㄷ. 절도범이 일단 체포되었다고 하지만 아직 신병확보가 확실하다고 할 수 없는 단계에서 체포된 상태를 면하기 위해서 피해자를 폭행하여 상해를 가한 경우 준강도죄와 강도상해죄가 성립한다.
- ㄹ. 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 체포하려는 여러 명의 피해자에게 같은 기회에 폭행을 가하여 그 중 1인에게만 상해를 가한 경우 포괄하여 하나의 강도상해죄만 성립한다.
- ㅁ. 피고인이 피해자의 집에서 절도범행을 마친지 10분 가량 지나 피해자의 집에서 200m 가량 떨어진 버스정류장이 있는 곳에서, 피고인을 절도범인이라고 의심하고 뒤쫓아 온 피해자에게 붙잡혀 피해자의 집으로 돌아와서 체포를 면탈하기 위해 피해자를 폭행한 경우에는 준강도죄가 성립하지 않는다.
- ㅂ. 피고인이 피해자가 운영하는 술집에서 술을 마신 후 피해자로부터 술값의 지급을 요구받자, 술값의 지급을 면할 목적으로 피해자를 유인·폭행하여 도주하였다면 준강도죄가 성립한다.

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

정답

④

[2016 사시]

해설

- ㄱ(○). 대판 1992.7.28., 92도917. <송형각 271면> <기출>
- ㄴ(×). 강도살인죄의 주체인 강도는 준강도죄의 강도범인을 포함한다고 할 것이므로 절도가 체포를 면탈할 목적으로 사람을 살해한 때에는 강도살인죄가 성립한다(대판 1987.9.22., 87도1592). <송형각 281면> <기출>
- ㄷ(×). 절도범인이 일단 체포되었으나 아직 신병확보가 확실하지 않은 단계에서 체포 상태를 면하기 위해 폭행하여 상해를 가한 경우, 그 행위는 절도의 기회에 체포를 면탈할 목적으로 폭행하여 상해를 가한 것으로서 강도상해죄에 해당한다고 한 사례(대판 2001.10.23., 2001도4142). <송형각 272면> <기출>

- ㄹ(○). 대판 2001.8.21., 2001도3447. <송형각 275면> <기출>
- ㅁ(○). 대판 1999.2.26., 98도3321. <송형각 273면> <기출>
- ㅂ(×). [1] 형법 제335조는 ‘절도’가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸한 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 준강도가 성립한다고 규정하고 있으므로, 준강도죄의 주체는 절도범인이고, 절도죄의 객체는 재물이다.
- [2] 피고인이 술집 운영자 甲으로부터 술값의 지급을 요구받자 甲을 유인·폭행하고 도주함으로써 술값의 지급을 면하여 재산상 이익을 취득하고 상해를 가하였다고 하여 강도상해로 기소되었는데, 원심이 위 공소사실을 ‘피고인이 甲에게 지급해야 할 술값의 지급을 면하여 재산상 이익을 취득하고 甲을 폭행하였다’는 범죄사실로 인정하여 준강도죄를 적용한 사안에서, 원심이 인정한 범죄사실에는 그 자체로 절도의 실행에 착수하였다는 내용이 포함되어 있지 않음에도 준강도죄를 적용하여 유죄로 인정한 원심판결에 준강도죄의 주체에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례(대판 2014.5.16., 2014도2521). <송형각 270면> <기출>

문 37.(배점 4) 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 예금주인 현금카드 소유자로부터 일정한 금액의 현금을 인출해 오라는 부탁을 받으면서 건네받은 현금카드를 이용하여 현금자동지급기에서 위임받은 금액을 초과하여 현금을 인출하면 그 차액 상당액에 관하여 컴퓨터등사용사기죄가 성립한다.
- ㄴ. 증인이 법정에서 선서한 후 허위사실이 기재된 증인진술서의 내용이 사실대로라는 취지의 진술만을 한 경우 특별한 사정이 없는 한 이는 증인진술서에 기재된 구체적 내용을 반복 진술한 것으로 볼 수 있으므로 위증죄가 성립한다.
- ㄷ. 알선의뢰인이 알선수재자에게 공무원이나 금융기관 임직원의 직무에 속한 사항에 관한 알선의 대가를 형식적으로 체결한 고용계약에 터잡아 급여의 형식으로 지급한 경우, 몰수·추징해야 할 금액은 원천징수된 근로소득세 등을 포함한 명목상 급여액이다.
- ㄹ. 명도집행을 저지할 수 있는 정당한 권능이 있는 건물 점유자가 그 점유사실을 입증하기 위해 명도집행 담당 공무원에게 임대차계약서 사본을 제시하면서 그 실효된 사실을 고지하지 아니하고 자신이 정당한 임차인인 것처럼 주장하면 위계공무집행방해죄가 성립한다.
- ㅁ. 부동산등기부에 기재되는 거래가액은 당해 부동산의 권리의무관계에 중요한 의미를 갖는 사항에 해당하나, 부동산의 거래당사자가 거래가액을 시장 등에게 거짓으로 신고하여 신고필증을 받은 뒤 이를 기초로 사실과 다른 내용의 거래가액이 부동산등기부에 등재되도록 한 경우

공전자기록등불실기재죄는 성립하지 않는다.

ㄴ. 은행을 통하여 지급이 이루어지는 약속어음의 발행인이 그 발행을 위하여 은행에 신고된 것이 아닌 발행인의 다른 인장을 날인한 경우 허위유가증권작성죄가 성립한다.

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

정답

①

[2016 사시]

해설

ㄱ(○). 대판 2006.3.24., 2005도3516. <송형각 363면> <기출>

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, ... 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). <송형각 791면> <기출>

ㄷ(×). 알선의뢰인이 알선수재자에게 공무원이나 금융기관 임직원의 직무에 속한 사항에 관한 알선의 대가를 형식적으로 체결한 고용계약에 터잡아 급여의 형식으로 지급한 경우에, 알선수재자가 수수한 알선수재액은 명목상 급여액이 아니라 원천징수된 근로소득세 등을 제외하고 알선수재자가 실제 지급받은 금액으로 보아야 하고, 또한 위 금액만을 특가법 제13조에서 정한 '제3조의 죄를 범하여 범인이 취득한 해당 재산' 또는 특가법 제10조 제2항에서 정한 '제7조의 경우 범인이 받은 금품이나 그 밖의 이익'으로서 몰수·추징하여야 한다(대판 2012.6.14., 2012도534). <송형총 536면> <기출>

ㄹ(×). 건물점유자로서 명도집행을 저지할 수 있는 정당한 기능이 있는 자가 그 점유사실을 입증하기 위한 수단으로 임대차계약서 사본을 제시하면서 그 실효된 사실을 고지하지 아니하고 자신이 정당한 임차인인 것처럼 주장하였다고 하더라도 이로써 형법 제137조 소정의 위계에 해당한다고는 볼 수 없다(대판 1984.1.31., 83도2290). <송형각 764면> <기출>

ㄹ(×). 부동산등기부에 기재되는 거래가액은 당해 부동산의 권리의무관계에 중요한 의미를 갖는 사항에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 부동산의 거래당사자가 거래가액을 시

장 등에게 거짓으로 신고하여 신고필증을 받은 뒤 이를 기초로 사실과 다른 내용의 거래가액이 부동산등기부에 등재되도록 하였다면, '공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률'에 따른 과태료의 제재를 받게 됨은 별론으로 하고, 형법상의 공전자기록등불실기재죄 및 불실기재공전자기록등행사죄가 성립하지는 아니한다(대판 2013.1.24., 2012도12363). <송형각 642면> <기출>

ㄹ(×). 은행을 통하여 지급이 이루어지는 약속어음의 발행인이 그 발행을 위하여 은행에 신고된 것이 아닌 발행인의 다른 인장을 날인하였다 하더라도 그것이 발행인의 인장인 이상 그 어음의 효력에는 아무런 영향이 없으므로 허위유가증권작성죄가 성립하지 아니한다(대판 2000.5.30., 2000도883). <송형각 587면> <기출>

문 38.(배점 2) 甲의 죄책에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 공무원의 직무수행에 대한 비판이나 시정 등을 요구하는 집회·시위 과정에서, 의사전달수단으로써 합리적 범위를 넘어서 공무원에게 고통을 줄 의도로 장시간 음향으로 상대방의 청각기관을 직접적으로 자극하여 육체적·정신적 고통을 줄 경우 공무집행방해죄의 폭행으로 인정할 수 있다.
- ② 평상시 금융기관의 여·수신업무를 처리할 권한이 있는 금융기관 직원 甲이 범죄의 목적으로 전산단말기를 이용하여 다른 공범들이 지정한 특정계좌에 무자원 송금의 방식으로 거액을 입금한 경우 컴퓨터등사용사기죄가 성립한다.
- ③ 甲이 타인소유의 입목을 절취하기 위하여 이를 완전히 캐냈으나, 이를 운반하거나 반출하지 못한 경우 절도죄의 기수에 해당한다.
- ④ 배임중재자 甲이 배임수재자 乙에게 무상으로 물건을 빌려주어 사용할 수 있도록 해주던 중 乙은 공무원이 되었고, 甲은 乙에게 뇌물공여의 뜻을 밝히고 종전대로 물건을 계속하여 乙이 사용할 수 있는 상태로 둔 경우, 특별한 사정이 없는 한 뇌물공여죄가 성립한다.
- ⑤ 공군 복지근무지원단 예하 부대의 매점 및 창고관리 부사관으로 근무하던 甲이 이미 자신이 횡령한 바 있는 면세주류를 마치 정상적으로 판매한 것처럼 위 지원단 업무관리 전산시스템에 입력한 행위는 공전자기록등위작죄가 성립한다.

정답

④

[2016 사시]

해설

①(○). 대판 2009.10.29., 2007도3584. <송형각 756면> <기출>

②(○). 대판 2006.1.26., 2005도8507. <송형각 310면> <기출>

- ③(○). 입목을 절취하기 위하여 캐낸 때에 소유자의 입목에 대한 점유가 침해되어 범인의 사실적 지배하에 놓이게 되므로 범인이 그 점유를 취득하고 절도죄는 기수에 이른다. 이를 운반하거나 반출하는 등의 행위는 필요하지 않다(대판 2008.10.23., 2008도6080). <송형각 257면> <기출>
- ④(×). 배임수재자가 배임증재자에게서 그가 무상으로 빌려준 물건을 인도받아 사용하고 있던 중에 공무원이 된 경우, 그 사실을 알게 된 배임증재자가 배임수재자에게 앞으로 물건은 공무원의 직무에 관하여 빌려주는 것이라고 하면서 뇌물공여의 뜻을 밝히고 물건을 계속하여 배임수재자가 사용할 수 있는 상태로 두더라도, 처음에 배임증재로 무상 대여할 당시에 정한 사용기간을 추가로 연장해 주는 등 새로운 이익을 제공한 것으로 평가할 만한 사정이 없다면, 이는 종전에 이미 제공한 이익을 나중에 와서 뇌물로 하겠다는 것에 불과할 뿐 새롭게 뇌물로 제공되는 이익이 없어 뇌물공여죄가 성립하지 않는다(대판 2015.10.15., 2015도6232). <송형법수록 98면>
- ⑤(○). 대판 2010.7.8., 2010도3545. <송형각 624면>

문 39.(배점 2) 무고죄에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 당초 고소장에 기재하지 않은 허위의 사실을 수사기관에서 고소보충조서를 받을 때 자진하여 진술하였다면 이 진술 부분까지 무고죄의 신고로 보아야 한다.
- ㄴ. 신고자가 신고사실이 허위라거나 허위일 가능성이 있다는 인식을 하면서도 이를 무시한 채 무조건 자신의 주장이 옳다고 생각하고 허위의 사실을 신고하는 경우에도 무고죄가 성립한다.
- ㄷ. 신고사실의 진실성을 인정할 수 없다는 소극적 증명만으로 그 신고사실을 허위로 인정할 수 있다.
- ㄹ. 범행일시를 특정하지 않은 고소장을 제출한 후 고소보충진술시에 범죄사실의 공소시효가 아직 완성되지 않은 것으로 허위 진술한 다음, 피고인이 그 이후 검찰이나 제1심 법정에서 다시 범죄의 공소시효가 완성된 것으로 정정 진술한 경우 무고죄는 성립하지 않는다.
- ㅁ. 객관적으로 고소사실에 대한 공소시효가 완성되었더라도 고소를 제기하면서 마치 공소시효가 완성되지 아니한 것처럼 고소하였다면 무고죄가 성립한다.

- 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 ②

[2016 사시]

- 해설 ㄱ(○). 대판 1996.2.9., 95도2652. <송형각 812면> <기출>
- ㄴ(○). 무고죄에 있어서 신고사실이 객관적 사실과 일치하지 않는 것이라도 신고자가 진실이라고 확신하고 신고하였을 때에는 무고죄가 성립하지 않는다고 할 것이나, 진실이라고 확신한다 함은 신고자가 알고 있는 객관적인 사실관계에 의하더라도 신고사실이 허위라거나 또는 허위일 가능성이 있다는 인식을 하지 못하는 경우를 말하는 것이지, 신고자가 알고 있는 객관적 사실관계에 의하여 신고사실이 허위라거나 허위일 가능성이 있다는 인식을 하면서도 이를 무시한 채 무조건 자신의 주장이 옳다고 생각하는 경우까지 포함되는 것은 아니다(대판 2008.5.29., 2006도6347; 대판 2000.7.4., 2000도1908). ★ 결국 피고인이 그 고소사실이 허위라거나 허위일 가능성이 있다는 인식을 하면서도 이를 무시한 채 고소에 이른 것이라면 피고인에게 무고의 고의가 없었다고 볼 수 없다. <송형각 813면> <기출>
- ㄷ(×). 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분이나 징계처분을 받게 할 목적으로 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실인 경우에 성립되는 범죄이므로 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실이라는 점에 관하여는 적극적인 증거가 있어야 하며, 신고사실의 진실성을 인정할 수 없다는 소극적 증명만으로 곧 그 신고사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실이라고 단정하여 무고죄의 성립을 인정할 수는 없다(대판 2014.2.13., 2011도15767). <송형각 805면> <기출>
- ㄹ(×). [1] 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 등을 받게 할 목적으로 공무소 등에 허위의 사실을 신고함으로써 성립하는 범죄이므로, 그 신고된 범죄사실이 이미 공소시효가 완성된 것이어서 무고죄가 성립하지 아니하는 경우에 해당하는지 여부는 그 신고시를 기준으로 하여 판단하여야 한다고 할 것이다.
 [2] 범행일시를 특정하지 않은 고소장을 제출한 후, 고소보충진술시에 범죄사실의 공소시효가 아직 완성되지 않은 것으로 진술한 피고인이 그 이후 검찰이나 제1심 법정에서 다시 범죄의 공소시효가 완성된 것으로 정정 진술한 사안에서, 이미 고소보충진술시에 무고죄가 성립하였다고 본 사례(대판 2008.3.27., 2007도11153). <송형각 811면> <기출>
- ㅁ(○). 대판 1995.12.5., 95도1908. <송형각 811면> <기출>

문 40.(배점 2) 일반교통방해죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 육로라 함은 일반공중의 왕래에 공용된 장소로서 특정인에 한하지 않고 불특정 다수인 또는 차마가 자유롭게 통행할 수 있는 공공성을 지닌 장소를 말하고, 그 부지의 소유관계나 통행권리관계 등은 가리지 않는다.
- ② 일반교통방해죄는 교통이 불가능하거나 또는 현저히 곤

란한 상태가 발생하면 바로 기수가 되고 교통방해의 결과가 현실적으로 발생하여야 하는 것은 아니다.

- ③ 토지의 소유자가 자신의 토지 한쪽 부분을 일시 공터로 두었을 때 인근 주민들이 위 토지의 동서쪽에 있는 도로에 이르는 지름길로 일시 이용한 경우 이는 육로에 해당하지 않는다.
- ④ 도로가 농가의 영농을 위한 경운기나 리어카 등의 통행을 위한 농로로 개설되었다 하더라도 그 도로가 사실상 일반 공중의 왕래에 공용되는 도로로 된 이상 경운기나 리어카 등만 통행할 수 있는 것이 아니고 다른 차량도 통행할 수 있는 것이므로, 이러한 차량의 통행을 방해한다면 이는 일반교통방해죄가 성립한다.
- ⑤ 목장 소유자가 목장 운영을 위해 자신의 비용으로 목장 용지 내에 임도를 개설하고, 차량 출입을 통제하면서 인근 주민들의 일부 통행을 부수적으로 묵인하였다면 위 임도는 육로에 해당한다.

정답

⑤

[2016 사시]

해설

- ①(○). 대판 2007.10.11., 2005도7573; 대판 2002.4.26., 2001도6903. <송형각 566면> <기출>
- ②(○). 대판 2007.12.14., 2006도4662. <송형각 567면> <기출>
- ③(○). 대판 1984.11.13., 84도2192. <송형각 566면> <기출>
- ④(○). 대판 1995.9.15., 95도1475. <송형각 566면> <기출>
- ⑤(×). 목장 소유자가 목장운영을 위해 목장용지 내에 임도를 개설하고 차량 출입을 통제하면서 인근 주민들의 일부 통행을 부수적으로 묵인한 경우, 위 임도는 공공성을 지닌 장소가 아니어서 일반교통방해죄의 ‘육로’에 해당하지 않는다고 한 사례(대판 2007.10.11., 2005도7573). <송형각 566면>

이하부터는 여백입니다.