

형 법

문 1. 다음 사례에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

甲은 구 「식품위생법」 제30조의 규정에 의하여 단란주점의 영업시간을 제한하고 있던 보건복지부 고시를 위반하여 단란주점 영업을 하다가 식품위생법위반죄로 공소가 제기되어 재판을 받고 있던 중에 위 규정의 변경은 없이 보건복지부 고시가 실효되었다.

- ① 보건복지부 고시의 실효를 법적 견해의 변경으로 인한 반성적 고려에 기인한 것으로 본다면 甲에게 재판시법을 적용해야 한다.
- ② 「형법」 제1조 제2항의 법률을 총체적 법률상태 내지 전체로서의 법률을 의미하는 것으로 본다면 보건복지부 고시의 실효는 법률의 변경에 해당한다.
- ③ 보건복지부 고시의 실효를 「형법」 제1조 제2항의 법률의 변경으로 볼 수 없다면 甲은 식품위생법위반죄로 처벌되어야 한다.
- ④ 보건복지부 고시의 실효가 영업시간제한 필요성의 감소와 단속과정에서의 부작용을 줄이기 위한 정책적 필요에 기인한 것으로 본다면 甲에게 행위시법을 적용해야 한다.
- ⑤ 보건복지부 고시의 실효를 「형법」 제1조 제2항의 법률의 변경으로 본다면 甲에게 무죄를 선고해야 한다.

정답 ⑤

[2016 변사]

해설 ①(○), ③(○). 형법 제1조 제2항의 규정은 형벌법령 제정의 이유가 된 법률이념의 변천에 따라 과거에 범죄로 보던 행위에 대하여 그 평가가 달라져 이를 범죄로 인정하고 처벌한 그 자체가 부당하였다거나 또는 과형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 개폐하였을 경우에 적용하여야 할 것이고, 이와 같은 법률이념의 변경에 의한 것이 아닌 다른 사정의 변천에 따라 그때 그때의 특수한 필요에 대처하기 위하여 법령을 개폐하는 경우에는 이미 그 전에 성립한 위법행위를 현재에 관찰하여도 행위 당시의 행위로서는 가벌성이 있는 것이어서 그 법령이 개폐되었다 하더라도 그에 대한 형이 폐지된 것이라고는 할 수 없다(대판 2003.10.10., 2003도2770; 대판 1997.12.9., 97도2682). <송형총 74면>

②(○). 通說의 태도이다. <송형총 69면>

④(○). 피고인이 영업시간제한 위반행위를 할 당시에는 식품위생법 제30조, 같은법시행령 제53조, 대구광역시 고시 제1994-22호에 의하여 일반음식점의 영업시간이 05:00에

서 24:00으로 제한되어 있었다가 같은 해 9. 14. 위 시행령 제53조가 삭제되고 보건복지부 고시 제1998-52호에서 일반음식점이 영업시간제한 대상업종에서 제외되었으나, 이러한 법령의 개정은 법률이념의 변천으로 종래의 규정에 따른 처벌 자체가 부당하다는 반성적 고려에서 비롯된 것이라기보다는 사회상황의 변화에 따른 일반음식점의 영업시간제한 필요성의 감소와 그 위반행위의 단속과정에 있어서 발생하는 부작용을 줄이기 위한 특수한 정책적인 필요 등에 대처하기 위하여 취하여진 조치에 불과한 것이므로, 위와 같이 일반음식점의 영업시간제한 규정이 폐지되었다고 하더라도 그 이전에 범하여진 피고인의 영업시간제한 위반행위에 대한 가벌성이 소멸되는 것은 아니다 (대판 1999.10.12., 99도3870). <송형총 81면>

⑤(×). 보건복지부 고시의 실효를 「형법」 제1조 제2항의 법률의 변경으로 본다면 제1조 제2항에 따라 신법을 적용하게 된다. 따라서 신법에 의하면 범죄를 구성하지 않는 경우에 해당하므로 형사소송법 제326조에 의해 '면소판결'을 선고해야 한다.

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

- ① 「형법」은 상대적 법정형을 원칙으로 하고, 여적죄에 관해서만 절대적 법정형을 두고 있다.
- ② 형법총칙은 일반적 가중사유로 경합범 가중, 누범 가중, 특수교사·방조의 세 가지 경우를 인정하고 있다.
- ③ 형법총칙상 필요적 감경사유에는 심신미약, 농아자, 중지범 등이 있고, 임의적 감경사유에는 과잉방위, 과잉피난, 불능미수, 중범, 자수 또는 자복 등이 있다.
- ④ 작량감경을 할 때 작량감경사유가 수개 있는 경우에는 거듭 감경할 수 없지만, 법률상 감경을 한 후에 다시 작량감경을 할 수는 있다.
- ⑤ 범죄의 불법과 책임을 근거지우거나 가중·감경사유가 된 상황은 다시 양형의 자료가 될 수 없는데, 이를 '이중평가의 금지' 라고 한다.

정답 ③

[2016 변사]

해설 ①(○). 타당하다. 여적죄는 절대적 법정형으로 '사형'만을 규정하고 있다(형법 제93조 참조). <송형각 685면>
 ②(○). 타당하다. 이외에 각칙상의 '특수한 가중사유'로는 상습범 가중, 특수범죄(특수공무집행방해, 특수체포·감금 등)의 가중 등이 있다. <송형총 543면>
 ③(×). 중범은 필요적 감경사유이다. ★ 형법총칙상 필요적 감경사유로 심신미약자(제10조 제2항)·농아자(제11조)·중범(제32조 제2항) 등이 있고, 임의적 감경사유로 장애미수(제25조 제2항)가 있다. 중지미수는 필요적 감면사유(제26조), 과잉방위·과잉피난·불능미수·자수 또는 자복 등

은 임의적 감면사유이다(제21조 제2항, 제27조, 제52조 등 참조). <송형총 543면>

④(○). 타당하다. <송형총 543면>

⑤(○). 타당하다. 예컨대 특수절도의 ‘흥기휴대’는 구성요건단계에서 평가되었으므로 이를 다시 양형단계에서 ‘범행의 수단’으로 불이익하게 고려되어서는 아니 되며, 누범가중의 기초가 된 범인의 전과를 양형에서 범인의 성행불량을 이유로 다시 고려해서는 안 된다.

문 3. 甲은 자기 부인을 희롱하는 이웃 남자를 살해할 의사로 머리를 돌로 내리쳐(제1행위) 피해자가 뇌진탕 등으로 인하여 정신을 잃고 축 늘어지자 그가 죽은 것으로 오인하고 증거를 인멸할 목적으로 피해자를 개울가로 끌고 가 땅에 파묻었는데(제2행위) 후에 실제로는 질식으로 인한 사망으로 밝혀졌다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 위 사례는 연결된 두 개의 행위로 결과가 발생하였으나 甲은 행위의 진행과정을 오인하여 자기가 의도한 결과가 제1행위에 의하여 이미 실현되었다고 믿은 경우로서 인과관계의 착오의 한 유형으로 보는 견해가 있다.
- ② 위 사례에서 甲이 인과관계의 본질적 부분을 착오한 경우 발생결과의 고의기수범의 성립을 인정하지 않는 견해는 구체적으로 일반의 생활경험상 예상할 수 있는 범위 내의 착오인 경우를 본질적 부분의 착오로 본다.
- ③ 위 사례의 사실적 측면을 중시하여 제1행위와 제2행위를 두 개의 독립적인 행위로 보는 견해에 의하면, 살인미수죄와 과실치사죄가 성립하는 것으로 본다.
- ④ 제1행위에 인정된 고의를 제2행위에 대한 고의로도 인정하는 견해에 의하면 甲에게 살인기수 책임이 인정된다.
- ⑤ 위 사례의 전 과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국은 실현된 것으로서 甲은 살인기수의 죄책을 면할 수 없다는 것이 판례의 입장이다.

정답

②

[2016 변사]

해설

★ 소위 ‘개괄적 고의사례’에 대한 학설 및 판례의 태도를 묻는 문제이다.

①(○). 多數說의 입장이라고 할 수 있다. <송형총 168면>

②(×). 인과과정의 비본질적 상위설(인과관계의 착오 내지 구성요건적 착오의 특수한 유형설, 多數說)에 의하면 구체적으로 일반의 생활경험상 예상할 수 있는 범위 내의 착오인 경우에는 ‘비본질적 착오’에 해당한다. <송형총 169면>

③(○). 미수와 과실의 경합범설의 입장이다. <송형총 170면>

④(○). 개괄적 고의(에 의한 단일행위)설의 입장이다. <송형총 170면>

⑤(○). 대판 1988.6.28., 88도650. <송형총 170면>

문 4. 강제집행면탈죄에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 이른바 계약명의신탁의 방식으로 명의수탁자가 당사자가 되어 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결하고 그 명의로 소유권이전등기를 마친 경우, 채무자인 명의신탁자에게 강제집행면탈죄가 성립될 여지는 없다.
- ② 甲과 乙이 공모하여 甲의 채권자를 해하기 위하여 허위의 채무를 부담하는 내용의 공정증서를 작성하고 그 공정증서에 기하여 법원으로부터 채권압류 및 추심명령을 받은 뒤 배당을 받았다면, 적어도 채권자를 해하는 결과가 야기된 시점은 배당일이므로 그때부터 강제집행면탈죄의 공소시효가 진행된다.
- ③ 甲이 자신을 상대로 사실혼관계 부당과기로 인한 손해배상 청구소송을 제기한 A에 대한 채무를 면탈하기 위하여 A와 함께 거주하던 甲 명의 아파트를 담보로 10억 원을 대출받아 그 중 8억 원을 타인 명의 계좌로 입금하였다면, 비록 甲이 A의 甲에 대한 위자료 등 채권액을 훨씬 상회하는 다른 재산이 있다고 하더라도 강제집행면탈죄가 성립한다.
- ④ 채권자 A가 甲에 대한 연체차임채권을 확보하기 위하여 甲이 임차하여 운영하는 주유소의 신용카드 매출채권을 가압류하자, 甲이 강제집행을 면탈할 목적으로 그 즉시 타인 명의의 신용카드 결제 단말기를 빌려와 수개월 동안 주유대금 결제에 사용하는 수법으로 주유소의 신용카드 매출채권을 은닉한 경우, 비록 甲이 위 가압류 이전부터 A에 대하여 연체차임을 상회하는 보증금반환채권을 보유하고 있음을 근거로 은닉행위 이후 상계의 의사표시를 함으로써 A의 연체차임채권이 모두 소멸되었다고 하더라도 강제집행면탈죄가 성립한다.
- ⑤ 채무자인 甲이 채권자 A의 가압류집행을 면탈할 목적으로 제3채무자 B에 대한 채권을 C에게 허위양도한 경우, 가압류결정정본이 B에게 송달된 날짜와 甲이 C에게 채권을 양도한 날짜가 동일하다면 시간상 채권양도가 가압류결정정본 송달보다 먼저 이루어졌더라도 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다.

정답

①

[2016 변사]

해설

①(○). 대판 2009.5.14., 2007도2168. <송형각 536면>

②(×). [1] 형법 제327조의 강제집행면탈죄는 위태범으로서, 현실적으로 민사소송법에 의한 강제집행 또는 가압류·가

처분의 집행을 받을 우려가 있는 객관적인 상태에서, 즉 채권자가 본안 또는 보전소송을 제기하거나 제기할 태세를 보이고 있는 상태에서 주관적으로 강제집행을 면탈하려는 목적으로 재산을 은닉, 손괴, 허위양도하거나 허위의 채무를 부담하여 채권자를 해할 위험이 있으면 성립하는 것이고, 반드시 채권자를 해하는 결과가 야기되거나 행위자가 어떤 이득을 취하여야 범죄가 성립하는 것은 아니다. [2] 허위의 채무를 부담하는 내용의 채무변제계약 공정증서를 작성한 후 이에 기하여 **채권압류 및 추심명령을 받은 때에, 강제집행면탈죄가 성립함과 동시에 그 범죄행위가 종료되어 공소시효가 진행한다고** 한 사례(대판 2009. 5.28., 2009도875). <송형각 541면>

- ③(×). [1] 강제집행의 기본이 되는 채권자의 권리, 즉 채권의 존재는 강제집행면탈죄의 성립요건으로서 채권의 존재가 인정되지 않을 때에는 강제집행면탈죄는 성립하지 않는다. 그리고 채권이 존재하는 경우에도 채무자의 재산은닉 등 행위 시를 기준으로 **채무자에게 채권자의 집행을 확보하기에 충분한 다른 재산이 있었다면** 채권자를 해하였거나 해할 우려가 있다고 쉽사리 단정할 것이 아니다. [2] 피고인이 자신을 상대로 사실혼관계해소 청구소송을 제기한 甲에 대한 채무를 면탈하려고 피고인 명의 아파트를 담보로 10억 원을 대출받아 그 중 8억 원을 타인 명의 계좌로 입금하여 은닉하였다고 하여 강제집행면탈죄로 기소된 사안에서, 피고인의 재산은닉 행위 당시 甲의 재산분할청구권은 존재하였다고 보기 어렵고, 가사사건 제1심판결에 근거하여 위자료 4,000만 원의 채권이 존재한다는 사실이 증명되었다고 볼 여지가 있었을 뿐이므로, **피고인에게 위자료채권액을 훨씬 상회하는 다른 재산이 있었던 이상 강제집행면탈죄는 성립하지 않는다고** 보아야 하는데도, 이와 달리 피고인에게 유죄를 인정한 원심판단에 강제집행면탈죄의 성립요건인 채권의 존재 및 강제집행면탈행위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(대판 2011.9.8., 2011도5165). <송형각 537면>
- ④(×). [1] 형법 제327조의 강제집행면탈죄는 채권자의 권리 보호를 주된 보호법익으로 하므로 강제집행의 기본이 되는 채권자의 권리, 즉 채권의 존재는 강제집행면탈죄의 성립요건이다. 따라서 **채권의 존재가 인정되지 않을 때에는 강제집행면탈죄는 성립하지 않는다.** ... 한편 상계의 의사표시가 있는 경우에는 각 채무는 상계할 수 있는 때에 소급하여 대등액에 관하여 소멸한 것으로 보게 된다. 따라서 상계로 인하여 소멸한 것으로 보게 되는 채권에 관하여는 상계의 효력이 발생하는 시점 이후에는 채권의 존재가 인정되지 않으므로 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다. [2] 피고인이 처 甲 명의로 임차하여 운영하는 주유소의 주유대금 신용카드 결제, 별도로 운영하는 다른 주유소의 신용카드 결제 단말기로 처리함으로써 甲 명의 주유소의 매출채권을 다른 주유소의 매출채권으로 바꾸는 수법으로 은닉하여 甲에 대하여 연체차임 등 채권이 있어 甲 명의 주유소의 매출채권을 가압류한 乙 주식회사의 강제집행을 면탈하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 乙 회사가 甲을 상대로 미지급 차임 등의 지급을 구하는 민사소

송을 제기하였으나 甲이 임대차보증금 반환채권으로 상계한다는 주장을 하여 乙 회사의 청구가 기각된 판결이 확정된 사정에 비추어, **상계의 의사표시에 따라 乙 회사의 차임채권 등은 채권 발생일에 임대차보증금 반환채권과 대등액으로 상계되어 소멸되었으므로 피고인의 행위 당시 乙 회사의 채권의 존재가 인정되지 아니하여 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다**고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례(대판 2012.8.30., 2011도2252). <송형각 537면>

- ⑤(×). 채무자인 피고인이 채권자 甲의 가압류집행을 면탈할 목적으로 제3채무자 乙에 대한 채권을 丙에게 허위양도하였다고 하여 강제집행면탈로 기소된 사안에서, 가압류결정정본이 제3채무자에게 송달된 날짜와 피고인이 채권을 양도한 날짜가 동일하므로 **가압류결정 정본이 乙에게 송달되기 전에 채권을 허위로 양도하였다면 강제집행면탈죄가 성립하는데도, 가압류결정 정본 송달과 채권양도 행위의 선후에 대해 심리·판단하지 아니한 채 무죄를 선고한 원심판결에 법리오해 등의 위법이 있다고** 한 사례(대판 2012.6.28., 2012도3999). <송형각 542면>

문 5. 법률의 착오(금지착오)에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 행위자가 금지규범의 존재를 아예 인식하지 못한 ‘법률의 부지’는 행정형법의 영역에서 많이 발생하며 법률의 착오의 전형적인 사례로 인정된다.
- ㄴ. 법률의 착오에 있어 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다.
- ㄷ. 고의의 성립에 위법성의 인식이 필요하다는 고의설과 위법성의 인식은 고의와는 분리된 독립한 책임요소로 보는 책임설의 입장 모두, 금지착오는 고의의 성립에 영향을 미치지 못하고 착오가 회피불가능할 때에는 책임을 조각하지만 회피가능할 때에는 책임을 감경할 수 있을 뿐이라는 결론에 이른다.
- ㄹ. 법원의 무죄판결을 신뢰하여 행위한 경우에는 법률의 착오에 정당한 이유가 있는 것으로 인정될 수 있으나, 검사의 혐의 없음 불기소처분을 믿고 행위한 경우에는 검사의 불기소처분에는 확정력이 없으므로 법률의 착오에 정당한 이유가 있는 것으로 인정될 수 없다.

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

정답 ④

[2016 변사]

- 해설 ㄱ(×). 通說은 법률의 부지를 법률의 착오(금지착오)로 인정하는 반면, 判例는 법률의 부지를 법률의 착오에 해당하지 않는다고 본다. 대판 2004.2.12., 2003도6282 등. <송형총 306면>
- ㄴ(○). 대판 2006.3.24., 2005도3717 등. <송형총 311면>
- ㄷ(×). 책임설에 의하면 타당하다. 그러나 고의의 성립에 위법성의 인식이 필요하다는 ‘고의설’에 의하면 금지착오의 경우 고의의 성립에 필요한 위법성의 인식이 없으므로 고의가 조각되고 과실범의 성립이 문제된다. <송형총 304면 참조>
- ㄹ(×). 가감삼십전대보초와 한약 가지수에만 차이가 있는 십전대보초를 제조하고 그 효능에 관하여 광고를 한 사실에 대하여 이전에 검찰의 혐의없음 결정을 받은 적이 있다면, 피고인이 비록 한의사 약사 한약업사 면허나 의약품판매업 허가가 없이 의약품인 가감삼십전대보초를 판매하였다고 하더라도 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 않는 것으로 믿을 수밖에 없었고, 또 그렇게 오인함에 있어서 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다(대판 1995.8.25., 95도717). <송형총 320면>

문 6. 甲은 층간소음문제로 다툼이 있던 다세대주택 위층에 보복의 목적으로 돌을 던져 유리창을 깨뜨렸다. 그런데 위층에 살던 A는 빗 독촉에 시달려 고민 중 자살하기 위해 창문을 닫은 채 연탄불을 피워 연탄가스에 질식 중이었다. 甲이 유리창을 깨뜨린 결과 A의 목숨은 구조되었다. 이때 甲이 무죄라는 견해에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 범죄성립에 있어서 행위불법만을 고려하는 입장에 상응한다.
- ㄴ. 범죄성립에 있어서 결과불법만을 고려하는 입장에 상응한다.
- ㄷ. 행위불법과 결과불법이 모두 상쇄되어야 위법성이 조각된다는 입장에 상응한다.
- ㄹ. 이 견해에 대해서는 주관적 정당화사정이 있는 경우와 없는 경우를 똑같이 취급한다는 비판이 제기된다.
- ㅁ. 이 견해에 대해서는 미수범 처벌규정이 없는 경우에는 처벌의 흠결이 발생할 수 있다는 비판이 제기된다.
- ㅂ. 이 견해에 대해서는 객관적 정당화사정이 행위자에게 유리하게 작용하지 못한다는 비판이 제기된다.

- ① ㄱ, ㄹ ② ㄱ, ㅂ ③ ㄴ, ㄹ
④ ㄴ, ㅂ ⑤ ㄷ, ㅁ

정답 ③

[2016 변사]

- 해설 ★ 사안은 주관적 정당화요소가 결여된 경우로서 견해에 따라 ‘우연피난’ 또는 ‘우연추정적승낙’의 문제이다.
- ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×). 주관적 정당화요소를 결한 우연피난 등의 경우에 i) 결과반가치론(결과불법론-ㄴ)에 의하면 위법성이 조각되어 무죄가 되는 반면 ii) 일원적·주관적 불법론(행위불법론-ㄱ)에서는 기수가 되며, ③ 이원적·인적불법론(행위반가치·결과반가치 이원론-ㄷ)에서는 불능미수라는 다수설과 기수라는 소수설의 대립이 있다.
- ㄹ(○). 결과반가치론에 근거한 무죄설이 객관적 정당화상황이 존재함을 전제로 하여, 주관적 정당화요소가 존재하는 경우와 존재하지 않는 경우를 동일하게 위법성을 조각시키기 때문에 받는 비판이다.
- ㅁ(×). 행위반가치·결과반가치 이원론 중 불능미수설이 이러한 비판을 받는다.
- ㅂ(×). 행위반가치론에 근거한 기수설은 객관적 정당화사정이 존재하더라도 주관적 정당화요소가 결여될 경우 객관적 정당화 사정조차 존재하지 않는 경우와 동일하게 기수로 처리하므로 객관적 정당화 사정의 존재가 행위자에게 유리하게 작용하지 않게 된다(=객관적 정당화사정이 있는 경우와 없는 경우를 똑같이 기수로 취급한다)는 비판을 받는다.

문 7. 피해자의 승낙(「형법」 제24조)에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 피해자의 승낙은 형사불법의 귀속에 관하여 피해자에게 처분권을 부여해 주는 규정으로서, 형법이론적으로 피해자 고려, 형법의 보충성 실현, 형법의 민사화 등의 의미를 갖는다.
- ㄴ. 13세 미만의 소녀가 자신에 대한 간음에 동의하였더라도 간음행위의 위법성이 조각되지 않는다.
- ㄷ. 피해자의 승낙에 의한 행위가 사회상규에 위배된 때에는 위법하다는 이른바 피해자의 승낙에 대한 ‘사회상규적·윤리적 한계에 의한 제약’은 판례에 의할 때 상해죄에 대하여만 인정된다.
- ㄹ. 의사의 불충분한 설명을 근거로 환자가 수술에 동의하였더라도 피해자 승낙으로 수술의 위법성이 조각되지 않는다.
- ㅁ. 승낙은 법익침해 후에 하여도 유효하며, 승낙한 이후에는 자유롭게 철회할 수 없다.

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

⑤ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(○)

정답

④

[2016 변사]

해설

- ㄱ(○). 피해자의 승낙이란 법익의 주체가 자신의 법익에 대한 침해를 받아들이겠다는 의사표시를 말한다. 따라서 피해자의 승낙 여부에 의하여 행위의 불법 여부가 결정될 수 있다. 따라서 피해자의 승낙은 일정한 행위의 형사불법 귀속에 대해 피해자에게 처분권을 부여해 줌과 동시에 형법이론적 관점에서 범죄의 성부에 피해자의 의사를 고려한다는 의미를 가지며, 아울러 형법의 보충성의 실현 및 형법의 민사화 등의 의미도 갖는다고 할 수 있다.
- ㄴ(○). 미성년자의제강간죄는 피해자의 동의가 있어도 범죄가 성립한다. ★ 형법 제305조에 규정된 13세미만 부녀에 대한 의제강간, 추행죄는 그 성립에 있어 위계 또는 위력이나 폭행 또는 협박의 방법에 의함을 요하지 아니하며 피해자의 동의가 있었다고 하여도 성립하는 것이다(대판 1982.10.12., 82도2183). <송형총 244면, 송형각 110면>
- ㄷ(×). 형법 '제24조의 규정에 의하여 위법성이 조각'되는 피해자의 승낙은 개인적 법익을 훼손하는 경우에 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙을 말할 뿐만 아니라 윤리적·도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다(대판 2008.12.11., 2008도9606; 대판 1985.12.10., 85도1892; 대판 1989.11.28., 89도201 등). 즉 상해죄에 한하지 않고 형법 '제24조의 규정에 의하여 위법성이 조각'되는 모든 범죄에 공통적으로 이를 요구한다. 예컨대 判例는 폭행치사죄가 문제된 경우(대판 1985.12.10., 85도1892; 대판 1989.11.28., 89도201) 피해자의 승낙에 의한 행위가 사회상규에 어긋난다는 이유로 폭행치사죄의 위법성을 인정한 바 있다. <송형총 251면 참조>
- ㄹ(○). 대판 1993.7.27., 92도2345. <송형총 248면>
- ㅁ(×). 승낙은 법익침해 이전에 표시되어야 하며 법익침해 시까지 계속되어야 한다. 따라서 사후승낙은 위법성을 조각하지 않는다. 행위자는 승낙이 있다는 사실을 인식하고 행위하여야 한다는 것이 피해자의 승낙의 주관적 정당화 요소이기 때문이다. 또한 승낙은 자유로이 철회할 수 있고 철회방법에는 특별한 제한이 없다. <송형총 249면>

문 8. 甲의 죄책에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 사문서를 작성함에 있어 문서 작성권한을 위임받았고 위임받은 권한의 범위 내에서 이를 남용하여 문서를 작성하였다면, 사문서위조죄가 성립하지 않는다.
- ㄴ. 甲이 위조한 전문건설업등록증의 컴퓨터 이미지 파일을 그 위조사실을 모르는 乙에게 이메일로 송부하여 프린터로 출력하게 하였다면, 甲에게 위조공문서행사죄가 성립하지 않는다.

- ㄷ. 복사한 문서의 사본도 문서원본과 동일한 의미를 가지는 문서로서 이를 다시 복사한 문서의 재사본도 문서위조죄의 객체인 문서에 해당한다.
- ㄹ. 문서의 작성 권한이 없는 甲이 문서에 타인의 서명을 기재한 경우, 일단 서명 등이 완성되었더라도 문서가 완성되지 않았다면 甲에게 서명 등의 위조죄는 성립하지 않는다.
- ㅁ. 甲이 다른 서류에 찍혀 있던 乙의 직인을 칼로 올려내어 폴로 붙인 후 이를 복사하여 수상후보자추천서와 경력증명서 각 1통을 만들고 이를 수상자를 선정하는 협회에 발송한 경우, 동 서류 2통을 주의 깊게 관찰하지 아니하면 그 외관에 비정상적인 부분이 있음을 알아차리기가 어렵다면, 甲에게 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄가 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

④

[2016 변사]

해설

- ㄱ(○). 대판 2006.9.28., 2006도1545; 대판 2012.6.28., 2010도690 등. <송형각 607면>
- ㄴ(×). 피고인이 위조·변조한 공문서의 이미지 파일을 甲에게 이메일로 송부하여 프린터로 출력하게 함으로써 '행사'하였다는 내용으로 기소되었는데, 甲 등은 출력 당시 위 파일이 위조된 것임을 알지 못한 사안에서, 피고인의 행위가 위조·변조공문서행사죄를 구성한다고 보아야 하는 데도, 이와 달리 보아 무죄를 선고한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(대판 2012.2.23, 2011도14441). <송형각 648면>
- ㄷ(○). 대판 2000.9.5., 2000도2855. <송형각 610면>
- ㄹ(×). 사서명위조죄가 성립하기 위해서는 그 서명이 일반인으로 하여금 특정인의 진정한 서명으로 오신하게 할 정도에 이르러야 할 것이고, 일반인이 특정인의 진정한 서명으로 오신하기에 충분한 정도인지 여부는 그 서명의 형식과 외관, 작성경위 등을 고려하여야 할 뿐만 아니라 그 서명이 기재된 문서에 있어서의 서명 기재의 필요성, 그 문서의 작성경위, 종류, 내용 및 일반거래에 있어서 그 문서가 가지는 기능 등도 함께 고려하여 판단하여야 할 것이지만, 한편 어떤 문서에 권한 없는 자가 타인의 서명을 기재하는 경우에는 그 문서가 완성되기 전이라도 일반인으로서 는 그 문서에 기재된 타인의 서명을 그 명의인의 진정한 서명으로 오신할 수도 있으므로, 일단 서명이 완성된 이상 문서가 완성되지 아니한 경우에도 서명의 위조죄는 성립할 수 있는 것이다(대판 2005.12.23., 2005도4478). <송형각 655면>

ㄱ(○). 사문서위조죄는 그 명의자가 진정으로 작성한 문서로 볼 수 있을 정도의 형식과 외관을 갖추어 일반인이 명의자의 진정한 사문서로 오신하기에 충분한 정도이면 성립한다. ... 위 문서는 피고인이 직인을 오려붙인 흔적을 감추기 위하여 복사한 것으로서 일반적으로 문서가 갖추어야 할 형식을 다 구비하고 있고, 주의 깊게 관찰하지 아니하면 외관에 비정상적인 부분이 있음을 알아차리기가 어려울 정도이므로, 일반인이 명의자의 진정한 사문서로 오신하기에 충분한 정도의 형식과 외관을 갖추었다고 한 사례(대판2011.2.10., 2010도8361). <송형각 612면>

문 9. 다음 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 의사인 甲이 모발이식시술을 하기 위해서 환자 A의 뒷머리부분에서 모낭을 채취한 후 간호조무사인 乙로 하여금 식모기(植毛機)를 이용하여 A의 앞머리부위 진피층까지 찢러 넣는 방법으로 모낭삽입시술을 하도록 한 경우, 乙의 행위는 진료보조행위의 범위를 벗어나 의료행위에 해당하므로 甲은 무면허의료행위의 공범으로서의 죄책을 진다.
- ㄴ. 비의료인인 丙이 실질적으로 운영하는 A의원의 원장이자 유일한 의사인 甲이, A의원의 간호조무사인 乙이 丙의 지시에 따라 환자에게 대해 미용성형수술의 채수술을 맡아 하고 있다는 사실을 알면서 월 1,000만 원의 급여를 안정적으로 지급받으며 원장으로 계속 근무한 경우, 乙, 丙의 무면허의료행위에 가담하였다고 보기는 어려우므로 甲에게는 무면허의료행위에 대한 공동정범으로서의 죄책이 없다.
- ㄷ. 의사인 甲이 자신이 운영하는 병원의 모든 시술에서 특별한 제한 없이 전신마취제인 프로포폴을 투여하여 준다는 소문을 듣고 찾아온 사람들에게 환자에 대한 진료 및 간호사와 간호조무사에 대한 구체적인 지시·감독 없이 간호사와 간호조무사로 하여금 프로포폴을 제한 없이 투약하게 한 경우, 甲은 무면허의료행위의 공동정범으로서의 죄책을 진다.
- ㄹ. 뇌수술을 받고 중환자실에 입원해 있던 환자 A의 처 乙은 치료비에 상당한 부담을 느낀 나머지 A의 치료를 중단시킬 의도로 퇴원을 요구하였고, 주치의 甲이 이런 의도를 알면서도 치료중단 및 퇴원을 허용하는 조치를 취하여 A가 사망에 이른 경우, 甲에게 환자의 사망이라는 결과 발생에 대한 정범의 고의는 인정되나 A의 사망에 이르는 사태의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 저지·촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어려우므로 공동정범의 객관적 요건인 기능적 행위지배가 흠결되어 살인죄의 공동정범으로서의 죄책이

없다.

- ① ㄱ ② ㄴ ③ ㄱ, ㄷ
④ ㄴ, ㄹ ⑤ ㄷ, ㄹ

정답

②

[2016 변사]

해설

- ㄱ(○). 대판 2007.6.28., 2005도8317. ★ 사안에서 乙의 행위가 무면허의료행위에 해당하므로 甲은 무면허의료행위의 공범으로서의 죄책을 진다. <송형총 276면>
- ㄴ(×). A의원의 원장이자 유일한 의사인 피고인 甲이, 의사면허 없는 원심 공동피고인 중 乙이 자신이 수술한 환자에게 대해 채수술을 맡아 하고 있다는 사실을 알면서도 월 1,000만 원이라는 급여를 안정적으로 지급받으며 원장으로 계속 근무함으로써 위 원심 공동피고인 중 乙의 무면허의료행위가 가능하도록 한 이상, 위 의원을 실질적으로 운영한 피고인 丙과 원심 공동피고인 중 丁 및 위 원심 공동피고인 중 乙과 적어도 묵시적인 의사연결 아래 그 무면허의료행위에 가담하였다고 보아 피고인 甲에게 위 무면허의료행위에 대한 공동정범으로서의 죄책이 있다고 판단한 조치는 옳다(대판 2007.5.31., 2007도1977. 공보불게재). <송형총 399면>
- ㄷ(○). 의사가 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임 아래 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하다. 간호사가 ‘진료의 보조’를 하는 경우 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 참여하여 지도·감독하여야 하는 것은 아니고, 경우에 따라서는 의사가 진료의 보조행위 현장에 참여할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 충분한 경우도 있으나, 이는 어디까지나 의사가 주도하여 의료행위를 실시하면서 그 의료행위의 성질과 위험성 등을 고려하여 그 중 일부를 간호사로 하여금 보조하도록 지시 또는 위임할 수 있다는 것을 의미하는 것에 그친다. 이와 달리 의사가 간호사에게 의료행위의 실시를 개별적으로 지시하거나 위임한 적이 없음에도 간호사가 주도하여 전반적인 의료행위의 실시 여부를 결정하고 간호사에 의한 의료행위의 실시과정에 의사가 지시·관여하지 아니한 경우라면, 이는 의료법 제27조 제1항이 금지하는 무면허의료행위에 해당한다고 보아야 한다. 그리고 의사가 이러한 방식으로 의료행위가 실시되는 데 간호사와 함께 공모하여 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배가 있었다면, 의사도 무면허의료행위의 공동정범으로서의 죄책을 진다(대판 2014.9.4., 2012도16119. 공보불게재).
- ㄹ(○). 대판 2004.6.24., 2002도995. <송형총 380면>

문 10. 재산죄에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲은 리스한 승용차를 사채업자 A에게 담보로 제공하였고, 사채업자 A는 甲이 차용금을 변제하지 못하자

승용차를 B에게 매도하였는데, 이후 甲은 위 승용차를 발견하고 이를 본래 소유자였던 리스 회사에 반납하기 위하여 취거한 경우 甲에게 절도죄가 성립한다.

ㄴ. 甲이 보관·관리하고 있던 회사의 비자금이 인출·사용되었음에도 甲이 주장하는 사용처에 비자금이 사용되었다는 점을 인정할 수 있는 자료가 부족하고 오히려 甲이 비자금을 개인적인 용도에 사용하였다는 점에 대한 신빙성 있는 자료가 많은 경우에는 甲이 비자금을 불법영득의 의사로써 횡령한 것이라고 추단할 수 있다.

ㄷ. 甲은 A의 영업점 내에 있는 A 소유의 휴대전화를 허락없이 가지고 나와 이를 이용하여 통화를 하고 문자 메시지를 주고받은 다음 약 1~2시간 후 A에게 아무런 말도 하지 않고 위 영업점 정문 옆 화분에 놓아두고 간 경우 甲에게 휴대전화에 대한 불법영득의사가 인정되지 않는다.

ㄹ. A 주식회사 감사인 甲이 회사 경영진과의 불화로 한 달 가까이 결근하다가 회사 감사실에 침입하여 자신이 사용하던 컴퓨터에서 하드디스크를 떼어간 후 4개월 가까이 지난 시점에 반환한 경우 일시 보관하였다고 평가하기 어려워 甲에게 절도죄가 성립한다.

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

정답

⑤

[2016 변사]

해설

ㄱ(○). ... 어떠한 물건을 점유자의 의사에 반하여 취거하는 행위가 결과적으로 소유자의 이익으로 된다는 사정 또는 소유자의 추정적 승낙이 있다고 볼 만한 사정이 있다고 하더라도, 다른 특별한 사정이 없는 한 그러한 사유만으로 불법영득의 의사가 없다고 할 수는 없다(대판 2014.2.21., 2013도14139). <송형각 250면>

ㄴ(○). 대판 2012.8.23., 2011도14045; 대판 2009.4.23., 2009도495 등. <송형각 401면>

ㄷ(×). 피고인이 甲의 영업점 내에 있는 甲 소유의 휴대전화를 허락 없이 가지고 나와 이를 이용하여 통화를 하고 문자 메시지를 주고받은 다음 약 1~2시간 후 甲에게 아무런 말을 하지 않고 위 영업점 정문 옆 화분에 놓아두고 감으로써 이를 절취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인이 甲의 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>

ㄹ(○). 대판 2011.8.18., 2010도9570. <송형각 235면>

문 11. 재산죄에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 회사가 타인의 사무를 처리하는 일을 영업으로 영위하는 경우, 회사의 대표이사는 내부기관으로서 당해 회사가 그 타인에 대하여 부담하고 있는 의무내용대로 사무를 처리할 임무가 있더라도 그 임무는 회사에 대하여 부담하는 임무이지 직접 타인에 대하여 지고 있는 임무는 아니므로, 대표이사가 그 임무에 위배하였다고 하더라도 그 타인에 대한 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.

ㄴ. 전자복권구매시스템에서 은행환불명령을 입력하여 가상계좌 잔액이 1,000원 이하로 되었을 때 복권 구매명령을 입력하면 가상계좌로 복권 구매요청금과 동일한 액수의 가상현금이 입금되는 프로그램 오류를 이용하였을 뿐 허위의 정보를 입력한 경우가 아닌 때에도 부정한 명령의 입력에 해당하여 컴퓨터등사용사기죄가 성립할 수 있다.

ㄷ. 강도 범행 이후 피해자의 심리적 저항불능 상태가 해소되지 않은 상태에서 피해자를 계속 끌고 다니거나 차량에 태우고 함께 이동하는 등 강취행위와 상해행위 사이에 다소의 시간적·공간적 간격이 있는 상태에서 강도 범인의 상해행위가 있었다면 강도상해죄가 성립한다.

ㄹ. 비의료인이 개설한 의료기관이 마치 「의료법」에 의하여 적법하게 개설된 요양기관인 것처럼 국민건강보험 공단에 요양급여비용의 지급을 청구하여 요양급여비용을 지급받더라도, 의료기관의 개설인인 비의료인이 개설 명의를 빌려준 의료인으로 하여금 환자들에게 진단, 치료 등 요양급여를 실제로 제공하게 하였다면 사기죄가 성립하지 않는다.

ㅁ. 타인의 사망을 보험사고로 하는 생명보험계약을 체결함에 있어 제3자가 피보험자인 것처럼 가장하여 체결하는 등으로 그 유효요건이 갖추어지지 못한 경우에도 보험사고의 우연성과 같은 보험의 본질을 해칠 정도라고 볼 수 있는 특별한 사정이 없는 한, 하자 있는 보험계약을 체결한 행위만으로는 보험금을 편취하려는 의사에 의한 기망행위의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없다.

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

정답

⑤

[2016 변사]

해설

ㄱ(×). 형법 제355조 제2항의 배임죄에 있어서 타인의 사무를

처리할 의무의 주체가 법인이 되는 경우라도 법인은 다만 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없는 것이며 그 타인의 사무는 법인을 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없어 그 대표기관은 마땅히 법인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무 내용 대로 사무를 처리할 임무가 있다 할 것이므로 법인이 처리할 의무를 지는 타인의 사무에 관하여는 법인이 배임죄의 주체가 될 수 없고 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 바로 타인의 사무를 처리하는 자 즉 배임죄의 주체가 된다(대판 1984.10.10., 82도2595, 전원합의체판결). <송형총 114면>

ㄴ(○). 대판 2013.11.14., 2011도4440. <송형각 310면>

ㄷ(○). 대판 2014.9.26., 2014도9567. <송형각 278면>

ㄹ(×). 국민건강보험법 제42조 제1항 제1호는 요양급여를 실시할 수 있는 요양기관 중 하나인 의료기관을 ‘의료법에 따라 개설된 의료기관’으로 한정하고 있다. 따라서 의료법 제33조 제2항을 위반하여 적법하게 개설되지 아니한 의료기관에서 환자를 진료하는 등의 요양급여를 실시하였다면 해당 의료기관은 국민건강보험법상 요양급여비용을 청구할 수 있는 요양기관에 해당되지 아니하므로 요양급여비용을 적법하게 지급받을 자격이 없다. 따라서 비의료인이 개설한 의료기관이 마치 의료법에 의하여 적법하게 개설된 요양기관인 것처럼 국민건강보험공단에 요양급여비용의 지급을 청구하는 것은 국민건강보험공단으로 하여금 요양급여비용 지급에 관한 의사결정에 착오를 일으키게 하는 것으로서 사기죄의 기망행위에 해당하고, 이러한 기망행위에 의하여 국민건강보험공단에서 요양급여비용을 지급받을 경우에는 사기죄가 성립한다. 이 경우 의료기관의 개설인인 비의료인이 개설 명의를 빌려준 의료인으로 하여금 환자들에게 요양급여를 제공하게 하였다 하여도 마찬가지이다(대판 2015.7.9., 2014도11843). <송형법주목 75면>

ㅁ(○). 대판 2013.11.14., 2013도7494. <송형총 343면>

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

- ㄱ. 부진정결과적 가중범에 있어서, 중한 결과에 대한 고의 범의 법정형이 결과적 가중범의 법정형보다 중한 경우에는 양자가 상상적 경합관계에 있지만 그렇지 않은 경우에는 결과적 가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 결과적 가중범만 성립한다.
- ㄴ. 부진정결과적 가중범의 예로는 현주건조물방화치사상죄, 현주건조물일수치사상죄, 중체포·감금죄 등이 있다.
- ㄷ. 甲이 고속도로 2차로를 따라 자동차를 운전하다가 1차로를 진행하던 A의 차량 앞에 급하게 끼어든 후 곧바로 정차하여, A의 차량 및 이를 뒤따르던 차량 2대는

연이어 급제동하여 정차하였으나 그 뒤를 따라오던 B의 차량이 앞의 차량들을 연쇄적으로 추돌케 하여 B를 사망에 이르게 한 경우, B에게 주의의무를 위반한 과실이 있다면 甲에게는 일반교통방해치사죄가 성립하지 않는다.

- ㄹ. 강도의 공범자 중 1인이 강도의 기회에 피해자에게 폭행 또는 상해를 가하여 살해한 경우에 다른 공범자는 강도의 수단으로 폭행 또는 상해가 가해지리라는 점에 대하여 상호 인식이 있었다면 살해에 대하여 공모한 바가 없다고 하여도 강도치사죄의 죄책을 진다.
- ㅁ. 교사자가 피교사자에 대하여 상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우, 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 진다.

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

정답

②

[2016 변사]

해설

ㄱ(○). 대판 2008.11.27., 2008도7311. <송형총 195면>

ㄴ(×). 현주건조물방화치사상죄, 현주건조물일수치사상죄는 부진정결과적 가중범에 해당한다. 한편 형법상 중·죄는 중체포·감금죄를 제외하고는 모두 부진정결과적가중범에 해당한다. <송형총 195면>

ㄷ(×). 피고인이 고속도로 2차로를 따라 자동차를 운전하다가 1차로를 진행하던 甲의 차량 앞에 급하게 끼어든 후 곧바로 정차하여, 甲의 차량 및 이를 뒤따르던 차량 두 대는 연이어 급제동하여 정차하였으나, 그 뒤를 따라오던 乙의 차량이 앞의 차량들을 연쇄적으로 추돌케 하여 乙을 사망에 이르게 하고 나머지 차량 운전자 등 피해자들에게 상해를 입힌 사안에서, 편도 2차로의 고속도로 1차로 한가운데에 정차한 피고인은 현장의 교통상황이나 일반인의 운전 습관·행태 등에 비추어 고속도로를 주행하는 다른 차량 운전자들이 제한속도 준수나 안전거리 확보 등의 주의의무를 완전하게 다하지 않을 수도 있다는 점을 알았거나 충분히 알 수 있었으므로, 피고인의 정차 행위와 사상의 결과 발생 사이에 상당인과관계가 있고, 사상의 결과 발생에 대한 예견가능성도 인정된다는 이유로, 피고인에게 일반교통방해치사상죄를 인정한 원심판단이 정당하다고 한 사례(대판 2014.7.24., 2014도6206). <송형총 198면>

ㄹ(○). 대판 2000.12.8., 2000도4459; 대판 1990.10.12., 90도1887; 대판 1988.12.13., 88도1844. <송형총 204면; 송형각 280면>

ㅁ(○). 대판 1997.6.24., 97도1075. <송형총 205면>

문 13. 명예에 관한 죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 개인 블로그의 비공개 대화방에서 상대방으로부터 비밀을 지키겠다는 말을 듣고 1:1로 대화하면서 타인의 명예를 훼손하는 발언을 한 경우 상대방이 대화내용을 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있다고 할 수 없다.
- ㄴ. 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 「형법」 제310조에 따라 위법성이 조각되려면 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 하고, 그 증명에 있어서 전문증거의 증거능력을 제한하는 「형사소송법」 제310조의2가 적용된다.
- ㄷ. ‘여성 아나운서’와 같이 집단 표시에 의한 구성원 개개인에 대한 명예훼손죄는 성립되지 않는 것이 원칙이고 모욕죄의 경우도 마찬가지이다.
- ㄹ. 甲이 경찰관 A를 상대로 진정한 직무유기 사건이 혐의가 인정되지 않아 내사종결 처리되었음에도, 甲이 도청에 찾아가 다수인이 듣고 있는 가운데 “내일부로 검찰청에서 A에 대한 구속영장이 떨어진다.”라고 소리친 경우, 이는 실현가능성이 없는 장래의 일을 적시한 것에 불과하여 설령 그것이 과거 또는 현재의 사실을 기초로 하더라도 명예훼손죄는 성립되지 않는다.

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

정답

④

[2016 변사]

해설

- ㄱ(×). 개인 블로그의 비공개 대화방에서 상대방으로부터 비밀을 지키겠다는 말을 듣고 일대일로 대화하였다고 하더라도, 그 사정만으로 대화 상대방이 대화내용을 불특정 또는 다수에게 전파할 가능성이 없다고 할 수 없으므로, 명예훼손죄의 요건인 공연성을 인정할 여지가 있다고 본 사례(대판 2008.2.14., 2007도8155). <송형각 128면>
- ㄴ(×). 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 하는 것이나, 그 증명은 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것은 아니므로, 이때에는 전문증거에 대한 증거능력의 제한을 규정한 형사소송법 제310조의2는 적용될 여지가 없다(대판 1996.10.25., 95도1473). <송형각 142면>
- ㄷ(○). 대판 2014.3.27., 2011도15631. <송형각 156면>

ㄹ(×). 피고인이 경찰관을 상대로 진정한 사건이 혐의 인정되지 않아 내사종결 처리되었음에도 불구하고 공연히 “사건을 조사한 경찰관이 내일부로 검찰청에서 구속영장이 떨어진다.”고 말한 것은 현재의 사실을 기초로 하거나 이에 대한 주장을 포함하여 장래의 일을 적시한 것으로 볼 수 있어 명예훼손죄에 있어서의 사실의 적시에 해당한다고 한 사례(대판 2003.5.13., 2002도7420). <송형각 132면>

문 14. 다음 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의10 제2항은 운전자에 대한 폭행·협박으로 인하여 교통사고의 발생 등과 같은 구체적 위험을 초래하는 중간 매개원인이 유발되고 그 결과로서 불특정 다수에게 상해나 사망의 결과를 발생시킨 경우에만 적용될 수 있을 뿐, 교통사고 등의 발생 없이 직접적으로 운전자에 대한 상해의 결과만을 발생시킨 경우에는 적용되지 아니한다.
- ㄴ. 「형법」은 유사강간죄의 법정형을 강간죄의 법정형보다 낮게 규정하고 있다.
- ㄷ. 빛 독촉을 하다가 먹살을 잡고 대드는 피해자 A의 손을 뿌리치고 그를 뒤로 밀어 넘어뜨려 A의 등에 업힌 B(생후 7개월)에게 상해를 입혀 사망에 이르게 하였다면 B에 대한 폭행치사죄가 성립한다.
- ㄹ. 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제2조 제2항의 ‘2인 이상이 공동하여 상해 또는 폭행의 죄를 범한 때’라 함은 수인이 동일 장소에서 동일 기회에 범행을 한 경우이면 족하고, 수인 사이에 범죄에 공동 가공하여 이를 공동으로 실현하려는 의사의 결합이 있어야 하는 것은 아니다.

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

정답

②

[2016 변사]

해설

ㄱ(×). 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의10 제1항, 제2항은 운행 중인 자동차의 운전자를 폭행하거나 협박하여 운전자나 승객 또는 보행자 등의 안전을 위협하는 행위를 엄중하게 처벌함으로써 교통질서를 확립하고 시민의 안전을 도모하려는 목적에서 특정범죄가중법이 2007. 1. 3. 법률 제8169호로 개정되면서 신설된 것이다. 법 해석의 법리에 따라 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에

기초를 두고 입법 취지와 목적, 보호법익 등을 함께 고려하여 살펴보면, 특정범죄가중법 제5조의10의 죄는 제1항, 제2항 모두 운행 중인 자동차의 운전자를 대상으로 하는 범행이 교통질서와 시민의 안전 등 공공의 안전에 대한 위협을 초래할 수 있다고 보아 이를 가중처벌하는 이른바 추상적 위험범에 해당하고, 그중 제2항은 제1항의 죄를 범하여 사람을 상해나 사망이라는 중한 결과에 이르게 한 경우 제1항에 정한 형보다 중한 형으로 처벌하는 결과적 가중범 규정으로 해석할 수 있다. 따라서 운행 중인 자동차의 운전자를 폭행하거나 협박하여 운전자나 승객 또는 보행자 등을 상해나 사망에 이르게 하였다면 이로써 특정범죄가중법 제5조의10 제2항의 구성요건을 충족한다(대판 2015.3.26., 2014도13345). <최근4개년형판총 64면>

ㄴ(○). 강간죄의 형의 '3년 이상의 유기징역'이지만, 유사강간죄의 형은 '2년 이상의 유기징역'이다.

ㄷ(○). 대판 1972.11.28., 72도2201. <송형각 28면>

ㄹ(×). 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제2항의 "2인 이상이 공동하여 제1항에 열거된 죄를 범한 때"라고 함은 그 수인 사이에 공범관계가 존재하는 것을 요건으로 하고, 수인이 동일 장소에서 동일 기회에 상호 다른 자의 범행을 인식하고 이를 이용하여 범행을 한 경우임을 요한다(대판 1997.2.14., 96도1959). ★ 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계에 있어서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족한 것으로 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 의사의 결합이 있으면 공동정범이 성립될 수 있는 것이다.

문 15. 공범에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에 신분이 있는 자가 신분이 없는 자를 교사하여 죄를 범하게 한 때에는 「형법」 제33조 단서가 「형법」 제31조 제1항에 우선하여 적용된다.
- ② 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 그러한 신분관계가 없는 자와 공모하여 업무상배임죄를 저질렀다면 그러한 신분관계가 없는 자에 대하여는 「형법」 제33조 단서에 의하여 단순배임죄가 성립한다.
- ③ 도박의 습벽이 있는 자가 습벽이 없는 타인의 도박을 방조하면 상습도박방조죄에 해당한다.
- ④ 「형법」 제152조 제1항과 제2항은 위증을 한 범인이 형사사건의 피고인 등을 '모해할 목적'을 가지고 있었는가 아니면 그러한 목적이 없었는가 하는 범인의 특수한 상태의 차이에 따라 범인에게 과할 형의 경중을 구별하고 있으므로, 이는 「형법」 제33조 단서 소정의 '신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우'에 해당

한다.

- ⑤ 변호사가 변호사 아닌 자에게 고용되어 법률사무소의 개설·운영에 관여하는 행위는 변호사법위반죄의 방조범으로 처벌할 수 없다.

정답

②

[2016 변사]

해설

①(○). 대판 1994.12.23., 93도1002. <송형총 454면>

②(×). 업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 지위에 있는 사람이 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는 것으로서, 이는 타인의 사무를 처리하는 지위라는 점에서 보면 신분관계로 인하여 성립될 범죄이고, 업무상 타인의 사무를 처리하는 지위라는 점에서 보면 단순배임죄에 대한 가중규정으로서 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우라고 할 것이므로, 그와 같은 신분관계가 없는 자가 그러한 신분관계가 있는 자와 공모하여 업무상배임죄를 저질렀다면 그러한 신분관계가 없는 자에 대하여는 형법 제33조 단서에 의하여 단순배임죄에 정한 형으로 처단하여야 할 것이다(대판 1999.4.27., 99도883). ★ 즉 判例에 의하면 비신분자는 업무상배임죄가 '성립'하고, 단순배임죄의 형으로 '처벌(과형)'된다. <송형총 449면>

③(○). 대판 1984.4.24., 84도195. <송형총 454면>

④(○). 대판 1994.12.23., 93도1002. <송형총 448면>

⑤(○). 대판 2004.10.28., 2004도3994. <송형총 375면>

문 16. 외국인 근로자 甲은 외국인인 A의 운전면허증(서울지방경찰청장 발행)을 훔쳐 소지함을 기화로 이동통신 대리점에서 A로 행세하면서 A 명의로 이동전화가입신청서를 작성하여 A의 운전면허증과 함께 제출한 뒤 휴대전화를 교부받으려다 A가 아님을 알아차린 업주에게 현행범으로 체포되어 경찰에 인계되어 조사 받은 후 석방되었다. 甲은 검사 작성의 피의자신문조서에 이의없음을 진술하고도 간인, 날인 및 서명을 거부하여 검사는 조서에 그러한 취지를 기재하고 기소하였고, 담당 재판부는 甲이 공판기일에 수회 불출석하여 구속영장을 발부하였다. 공판기일에 A의 사실혼 배우자 B가 증인으로 출석하여 운전면허증을 도난당한 상황을 증언한 후 이어서 A의 증언을 통역하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 운전면허증은 자격증명의 기능뿐만 아니라 동일인증명의 기능도 있으므로, 甲이 이동통신 대리점에서 A의 행세를 하면서 A의 운전면허증을 업주에게 제출한 행위는 공문서부정행사죄에 해당한다.

- ② 업주가 甲을 체포할 때 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 할 의무는 없고, 甲을 인도받은 사법경찰관이 인도받을 때 위 절차를 밟으면 된다.
- ③ 피의자의 날인 또는 서명이 누락된 피의자신문조서는 증거능력이 없으나, 피의자가 이의없이 조사를 받은 후 타당한 이유없이 날인 또는 서명을 거부하였다는 취지가 조서말미에 기재되었다면 그 조서의 증거능력이 있다.
- ④ 甲에 대한 구속영장 발부는 ‘검사나 사법경찰관에 의하여 구속되었다가 석방된 자는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속하지 못한다’는 「형사소송법」 제208조 제1항에 위배되는 위법한 구속이라고 볼 수 없다.
- ⑤ 통역인이 사실혼 배우자인 경우는 제척사유에 해당하지 않으나 통역인이 사건에 관하여 증인으로 증언한 때에는 직무집행에서 제척되므로 B가 통역한 A에 대한 증인신문조서는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

정답

③

[2016 변사]

해설

- ①(○). 운전면허증은 운전면허를 받은 사람이 운전면허시험에 합격하여 자동차의 운전이 허락된 사람임을 증명하는 공문서로서, 운전면허증에 표시된 사람이 운전면허시험에 합격한 사람이라는 ‘자격증명’의 기능과 이를 지니고 있으면서 내보이는 사람이 바로 그 사람이라는 ‘동일인증명’의 기능을 동시에 가지고 있다. 따라서 제3자로부터 신분확인을 위하여 신분증명서의 제시를 요구받고 다른 사람의 운전면허증을 제시한 행위는 그 사용목적에 따른 행사로서 공문서부정행사죄에 해당한다(대판 2001.4.19., 2000도1985, 전원합의체판결).
- ②(○).
- ③(×).
- ④(○).
- ⑤(○).

문 17. 甲은 2015. 11. 3. 01:00경 건축자재 등을 훔칠 생각으로 乙과 함께 주택 신축공사 현장에 있는 컨테이너 박스 앞에서, 乙은 망을 보고 甲은 컨테이너 박스 앞에 놓여 있던 노루발못뽑이(일명 빠루)를 이용하여 컨테이너 박스의 출입문의 시정장치를 부순 혐의로 기소되었다. 甲은 제1심법정에서 乙이 시켜서 한 일이라고 자백하였으나, 제1심법원은 공소사실에는 「형법」 제331조 제2항(합동절도)의 특수절도미수죄만 포함되어 있음을 전제로, 乙의 존재에 대하여는 증거가 불충분하여 공소사실을 무죄로 판단하면서, 다만 공소사실에는 절도미수죄의 공소사실이 포함되어 있다

는 이유로 동일한 공소사실범위 내에 있는 절도미수죄만을 유죄로 인정하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 乙의 존재가 인정되지 않는다면 甲의 행위는 「형법」 제331조 제1항(야간손괴침입절도)에 해당하므로 손괴행위시에 실행의 착수가 인정되어, 甲에게는 특수절도죄의 미수범이 성립한다.
- ② 만약 甲과 乙이 합동하여 주간에 타인의 아파트에 들어가 물건을 절취하면서 그 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 그 주거침입행위는 별죄를 구성한다.
- ③ 만약 甲과 乙이 절도의 의사로 합동하여 주간에 아파트의 출입문 시정장치를 손괴하다가 발각되어 함께 체포되었다면, 甲, 乙에게는 「형법」 제331조 제2항(합동절도)의 특수절도미수죄가 성립한다.
- ④ 적법하게 수집된 범행에 사용된 노루발못뽑이와 손괴된 쇠창살의 모습이 촬영되어 수사보고서에 첨부된 현장사진은 「형법」 제331조 제1항(야간손괴침입절도)의 죄에 관한 甲의 자백에 대한 보강증거로 인정될 수 있다.
- ⑤ 항소심에서 제1심 법원이 무죄로 판단한 특수절도미수죄를 파기하는 경우에 제1심 법원이 유죄로 인정한 절도미수죄도 파기되어야 한다.

정답

③

[2016 변사]

해설

- ①(○). 야간에 절도의 목적으로 출입문에 장치된 자물통 고리를 절단하고 출입문을 손괴한 뒤 집안으로 침입하려다가 발각된 것이라면 이는 특수절도죄(형법 제331조 제1항의 야간손괴후주거침입절도로 인한 특수절도죄)의 실행에 착수한 것이다(대판 1986.9.9., 86도1273). 따라서 甲에게는 특수절도죄의 미수범이 성립한다.
- ②(○). 형법 제330조에 규정된 야간주거침입절도죄 및 형법 제331조 제1항에 규정된 특수절도(야간손괴후주거침입절도)죄를 제외하고 일반적으로 주거침입은 절도죄의 구성요건이 아니므로 절도범인이 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 주거침입행위는 절도죄에 흡수되지 아니하고 별개로 주거침입죄를 구성하여 절도죄와는 실체적 경합의 관계에 서는 것이 원칙이다(대판 2015.10.15., 2015도8169). 따라서 형법 제331조 제2항의 특수절도범인이 그 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 그 주거침입행위는 절도죄에 흡수되지 아니하고 별개로 주거침입죄를 구성하여 특수절도죄와는 실체적 경합의 관계에 있다(대판 2009.12.24., 2009도9667).
- ③(×). ‘주간’에 주거에 침입하기 위하여 피해자의 집 부엌문에 시정된 열쇠고리의 장식을 뜯는 행위만으로는 절도죄의 실행행위에 착수한 것이라고 볼 수 없고(대판 1989.2.28., 88도1165), 2인 이상이 합동하여 야간이 아닌 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였다 하여도 아직 절취할 물건의 물색행위를 시작하기 전이라면 특수

절도(합동범)죄의 실행에는 착수한 것으로 볼 수 없다(대판 2009.12.24., 2009도9667). 따라서 주간이라면 甲, 乙에게는 형법 제331조 제2항(합동절도)의 특수절도미수죄가 성립할 수 없고, 손괴죄와 주거침입(미수)죄의 경합범이 될 뿐이다.

④(○).

⑤(○).

문 18. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 포털사이트 운영회사의 통계집계시스템 서버에 허위의 클릭정보를 전송하여 검색순위결정과정에서 위와 같이 전송된 허위의 클릭정보가 실제로 통계에 반영됨으로써 정보처리에 장애가 발생하더라도 그로 인하여 실제로 검색순위에 변동을 초래하지 않았다면 甲에게 컴퓨터등장애업무방해죄가 성립하지 않는다.
- ② 甲이 乙로부터 A건설 컨소시엄이 제출한 설계도면에 경쟁업체보다 유리한 점수를 주어 A건설 컨소시엄이 낙찰받을 수 있도록 해달라는 취지의 청탁을 받고 금품을 취득한 이후에 실제로 건설사업의 평가위원으로 위촉되었다면 甲에게 배임수재죄가 성립한다.
- ③ 甲이 A와의 합의하에 A 소유의 예당저수지 사금채취광업권을 명의신탁받아 보관하던 중, A로부터 위 광업권을 반환하라는 요구를 받고도 자신은 A로부터 위 광업권을 금 5,000만 원에 매수한 것이라 주장하면서 그 반환요구를 거부한 경우 횡령죄가 성립한다.
- ④ 甲이 권한없이 A회사의 아이디와 패스워드를 입력하여 인터넷뱅킹에 접속한 다음에 A회사의 예금계좌로부터 자신의 예금계좌로 합계 2억 원을 이체한 후, 자신의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 6,000만 원을 인출하여 그 정을 아는 乙에게 교부하였다면 甲에게는 컴퓨터등사용사기죄, 乙에게는 장물취득죄가 성립한다.
- ⑤ 甲이 A회사와 “판매대금은 매일 본사에 송금하여야 하고 본사의 계좌로 입금된 매출 총이익의 30~33%는 본사에게 귀속하고, 나머지는 가맹점에 귀속한다.”라는 내용의 가맹점계약을 체결하고 편의점을 운영하다가 물품판매 대금을 본사로 송금하지 아니하고 임의로 소비한 경우 횡령죄가 성립하지 않는다.

정답

⑤

[2016 변사]

해설

- ①(×). 형법 제314조 제2항의 ‘컴퓨터 등 장애 업무방해죄’가 성립하기 위해서는 가해행위 결과 정보처리장치가 그 사용목적에 부합하는 기능을 하지 못하거나 사용목적과 다른 기능을 하는 등 정보처리에 장애가 현실적으로 발생하

였을 것을 요하나, 정보처리에 장애를 발생하게 하여 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생한 이상, 나아가 업무방해의 결과가 실제로 발생하지 않더라도 위 죄가 성립한다. 따라서 포털사이트 운영회사의 통계집계시스템 서버에 허위의 클릭정보를 전송하여 검색순위 결정 과정에서 위와 같이 전송된 허위의 클릭정보가 실제로 통계에 반영됨으로써 정보처리에 장애가 현실적으로 발생하였다면, 그로 인하여 실제로 검색순위의 변동을 초래하지는 않았다 하더라도 ‘컴퓨터 등 장애 업무방해죄’가 성립한다(대판 2009.4.9., 2008도11978). <송형각 184면>

- ②(×). [1] 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 지위를 가진 자가 부정한 청탁을 받아야 성립하고, 타인의 사무처리자의 지위를 취득하기 전에 부정한 청탁을 받은 경우에 배임수재죄로는 처벌할 수 없다고 보는 것이 죄형법정주의의 원칙에 부합한다고 할 것이다.

[2] 피고인이 A로부터 경쟁 업체보다 동부건설 컨소시엄이 제출한 설계도면에 유리한 점수를 주어 동부건설 컨소시엄이 낙찰을 받을 수 있도록 해 달라는 취지의 부정한 청탁을 받은 이후에 시에서 발주한 도시형폐기물종합처리시설 건설사업의 기본설계 적격심의 및 평가위원으로 위촉된 사실을 인정할 수 있을 뿐 청탁을 받을 당시에 이 사건 건설사업에 관한 사무를 처리하는 지위에 있었다고 인정되지 아니하는 이상 피고인을 배임수재죄로 처벌할 수는 없다(대판 2010.7.22., 2009도12878). <송형각 483면>

- ③(×). 사금채취광업권은 재물인 광물을 취득할 수 있는 권리에 불과하지 재물 그 자체는 아니므로 횡령죄의 객체가 된다고 할 수 없고, 광업법 제12조가 광업권을 물권으로 하고 광업법에서 따로 정한 경우를 제외하고는 부동산에 관한 민법 기타 법령의 규정을 준용하도록 규정하고 있다 하여 광업권이 부동산과 마찬가지로 횡령죄의 객체가 된다고 할 수는 없다(대판 1994.3.8., 93도2272). <송형각 213면>

- ④(×). [1] 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우, 현금카드 사용권한 있는 자의 정당한 사용에 의한 것으로서 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하거나 기망행위 및 그에 따른 처분행위도 없었으므로, 별도로 절도죄나 사기죄의 구성요건에 해당하지 않는다 할 것이고, 그 결과 그 인출된 현금은 재산범죄에 의하여 취득한 재물이 아니므로 장물이 될 수 없다고 한 사례.

[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 인출하였더라도 장물을 금융기관에 예치하였다가 인출한 것으로 볼 수 없다는 이유로 乙의 장물취득죄의 성립을 부정한 사례(대판 2004.4.16., 2004도353). <송형각 515면>

- ⑤(○). 피고인이 본사와 맺은 가맹점계약은 ... 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>

문 19. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량)죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사고운전자가 사고 후 피해자 일행에게 자신의 인적사항을 알려주었고 근처에 있던 택시기사에게 피해자를 병원으로 이송해줄 것을 부탁하였다면, 피해자의 병원 이송 및 경찰관의 사고현장 도착 이전에 사고운전자가 사고현장을 이탈하였더라도 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량)죄가 인정되지 않는다.
- ② 사고운전자가 사고 후 주변사람의 신고로 도착한 구급차에 올라타서 피해자와 함께 병원에 동행하면서 사고와 무관한 사람인 것처럼 행세하였지만 1시간 가량 경과 후 자신의 잘못을 인정하고 가해자임을 밝혔다면, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량)죄가 인정되지 않는다.
- ③ 운전자가 11세인 피해자의 왼쪽 손부분 등을 차로 들이받아 땅바닥에 넘어뜨려 약 1주일간의 치료를 요하는 상해를 입게 한 사건에서, 스스로 자기 몸의 상처가 어느 정도인지 충분히 파악 하기에는 나이 어린 피해자가 집으로 혼자 돌아갈 수 있느냐는 질문에 “예”라 답했다는 이유만으로 아무런 보호조치도 없는 상태에서 피해자를 그냥 돌아가게 하였다면 도주에 해당한다.
- ④ 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의3 제1항 소정의 ‘차의 교통으로 인하여 「형법」 제286조의 죄를 범한 당해차량의 운전자’란 차의 교통으로 인한 업무상과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자를 가리키는 것이지 과실이 없는 사고 운전자까지 포함하는 것은 아니다.
- ⑤ 자동차 운전자가 업무상 과실로 동시에 수인을 사상케 하고 도주한 경우, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량)죄는 피해자별로 수죄가 성립하며 이러한 수죄는 상상적 경합관계에 있다.

정답

①

[2016 변사]

해설

①(×). 피해자의 병원이송 및 경찰관의 사고현장 도착 이전에 사고 운전자가 사고현장을 이탈하였다면, 이탈 전에 부근의 택시 기사에게 피해자를 병원으로 이송하여 줄 것을 요청하였으나 경찰관이 온 후 병원으로 가겠다는 피해자의 거부로 피해자가 병원으로 이송되지 아니한 사정이 있고, 그 후 피해자가 택시를 타고 병원에 이송되어 치료를

받았다고 하더라도 운전자는 피해자에 대한 적절한 구호 조치를 취하지 않은 채 사고현장을 이탈하였다고 할 것이어서, 설령 운전자가 사고현장을 이탈하기 전에 피해자의 동승자에게 자신의 신원을 알 수 있는 자료를 제공하였다고 하더라도, 피고인의 이러한 행위는 ‘피해자를 구호하는 등 조치를 취하지 아니하고 도주한 때’에 해당한다(대판 2004.3.12., 2004도250).

②(○).

③(○). 대판 1994.10.14, 94도1651; 대판 1996.8.20, 96도1461.

④(○). 대판 1991.5.28., 91도711. 즉 도주차량죄가 성립하기 위하여는 운전자가 ‘형법 제268조의 죄(업무상과실·중과실치사상죄)를 범’하여야 한다. 따라서 과실 없이 사람을 상해에 이르게 한 운전자가 도로교통법 제54조 제1항에 따른 조치를 하지 아니하고 도주하더라도 도로교통법 제148조의 사고후미조치죄의 죄책을 질 뿐 본죄는 성립할 여지가 없다. 그러나 도주차량죄로 기소되었으나 업무상과실이 인정되지 아니할 경우에는 사고후미조치죄가 인정되는 경우라도 범죄사실의 증거가 없는 경우로서 무죄를 선고하여야지, 공소장 변경 없이 도로교통법 제106조, 제50조 제1항을 적용하여 처벌할 수 없다(대판 1991.5.28. 91도711).

⑤(○). 수인을 사상케 하고 도주한 경우에는 피해자별로 수개의 도주차량죄가 성립하고 상상적 경합관계에 있다(대판 2002.1.25. 2001도6408).

문 20. 미수에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 미수범이 성립하기 위해서는 확정적으로 행위의사가 있어야 하나 행위의사가 확정적이면 그 실행이 일정한 조건의 발생에 좌우되는 때에도 고의는 인정된다.
- ② 甲이 A에게 위조한 주식인수계약서와 통장사본을 보여주면서 50억 원의 투자를 받았다고 거짓말하며 자금 대여를 요청한 후 A와 함께 50억 원의 입금 여부를 확인하기 위해 은행에 가던 중 범행이 발각될 것이 두려워 은행 입구에서 차용을 포기하고 돌아간 행위는 사기죄의 중지미수에 해당하지 않는다.
- ③ 일반적으로 공범이 자신의 행위를 중지한 것만으로는 중지미수가 성립하지 않지만, 다른 공범 또는 정범의 행위를 중단시키거나 결과발생을 저지하기 위한 진지한 노력이 있었을 경우에는 비록 결과가 발생하였다 할지라도 그 공범에게는 예외적으로 중지미수가 성립될 수 있다.
- ④ 중지미수에 있어서 자의성 판단기준에 관한 학설 중 Frank의 공식은 행위자가 할 수 있었음에도 불구하고 하기를 원하지 않아서 범죄행위를 중지한 경우는 중지

미수에 해당하지만 행위자가 범죄행위를 하려고 하였지만 할 수가 없어서 중지한 경우는 장애미수라고 하여 양자를 구별하고 있다.

- ⑤ 甲과 乙이 공동으로 A를 살해하려고 칼로 찔렀으나 A가 상처만 입고 죽지 않자 乙은 그대로 가버리고 甲만이 A를 살리려고 노력하여 A가 사망하지 않은 경우 甲에게만 중지미수에 의한 형의 감면이 인정된다.

정답

③

[2016 변사]

해설

- ①(○). 미수범의 고의도 기수의 고의, 즉 기수에 이른다는 고의여야 하고(처음부터 미수에 그친다는 인식, 즉 미수의 고의만 있는 경우에는 고의가 부정됨), 이 경우의 행위의 사도 무조건적·확정적 구성요건실현의사여야 하고, 행위자가 아직 범죄의 실행 여부에 대해 결의하지 않은 조건부 행위의사만으로는 족하지 않다. 그러나 행위의사가 확정적이라면 그 실행이 일정한 조건의 발생에 좌우되는 때에도 고의는 인정된다. <송형총 337면>
- ②(○). 대판 2011.11.10., 2011도10539. <송형총 352면>
- 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 358면>
- ④(○). 타당하다. <송형총 351면>
- ⑤(○). 중지미수에서 형면제의 경우는 인적 처벌조각사유이고, 형감경의 경우는 책임감경사유이다. 따라서 중지미수의 효과는 일신전속적 성격을 가지므로 다수참가형태의 경우 중지미수의 효과는 자의로 중지한 자에게만 미치고, 다른 공범들은 장애미수가 된다. <송형총 359면>

문 25. 다음 사례에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

甲은 유흥주점 허가를 받기 위해 구청 담당 과장 乙과 친하다는 丙을 찾아가 乙에게 전달하여 달라고 부탁하면서 2,500만 원을 제공하였다. 丙은 乙에게 甲의 유흥주점 허가를 부탁하면서 2,000만 원을 교부하고, 나머지 500만 원은 자신이 사용하였다. 한편, 乙은 구의원 丁에게 丙으로부터 받은 2,000만 원을 교부하면서, 구청장에게 부탁하여 구청 정기인사에서 자신이 좋은 평정을 받게 해달라고 말하였다. 甲에게 유흥주점 허가가 난 후, 甲은 감사의 표시로 자신의 유흥주점에 乙을 초대하였고, 乙은 대학동창인 회사원 3명에게 자신이 술값을 낸다고 말하고 이들과 함께 甲의 유흥주점에 가서 400만 원의 향응을 제공받았다.

- ① 甲과 乙은 공소시효의 정지에 관한 「형사소송법」 제253조 제2항에서 말하는 ‘공범’에 포함되지 않는다.
- ② 乙에게 추정할 수 있는 금액은 2,400만 원이다.
- ③ 丙에게는 2,500만 원에 대한 제3자뇌물취득죄와 2,000만 원에 대한 뇌물공여죄가 성립한다.
- ④ 丁에게 알선수뢰죄가 성립하기 위해서는 단순히 공무원으로서의 신분이 있다는 것만으로는 부족하고, 적어도 다른 공무원이 취급하는 사무의 처리에 법률상이거나 사실상으로 영향을 줄 수 있는 관계 내지 지위를 이용하는 경우이어야 한다.
- ⑤ 수사기관에 피의자로 출석한 乙에게 진술거부권을 고지하지 않은 채 자술서를 작성토록 하였다면, 그 자술서는 증거능력이 없다.

정답

③

[2016 변사]

해설

- ①(○). 형사소송법 제248조 제1항, 제253조 제1항, 제2항에서 규정하는 바와 같이, 형사소송법은 공범 사이의 처벌에 형평을 기하기 위하여 공범 중 1인에 대한 공소의 제기로 다른 공범자에 대하여도 공소시효가 정지되도록 규정하고 있는데, 위 공범의 개념이나 유형에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 따라서 형사소송법 제253조 제2항의 공범을 해석할 때에는 공범 사이의 처벌의 형평이라는 위 조항의 입법 취지, 국가형벌권의 적정한 실현이라는 형사소송법의 기본이념, 국가형벌권 행사의 대상을 규정한 형법 등 실체법과의 체계적 조화 등의 관점을 종합적으로 고려하여야 하고, 특히 위 조항이 공소제기 효력의 인적 범위를 확장하는 예외를 마련하여 놓은 것이므로 원칙적으로 엄격하게 해석하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 확장하여 해석해서는 아니 된다. 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 이른바 대항범 관계에 있는 자는 강학상으로는 필요적 공범이라고 불리고 있으나, 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 할 뿐 각자 자신의 구성요건을 실현하고 별도의 형벌규정에 따라 처벌되는 것이어서, 2인 이상이 가공하여 공동의 구성요건을 실현하는 공범관계에 있는 자와는 본질적으로 다르며, 대항범 관계에 있는 자 사이에서는 각자 상대방의 범행에 대하여 형법 총칙의 공범규정이 적용되지 아니한다. 이러한 점들에 비추어 보면, 형사소송법 제253조 제2항에서 말하는 ‘공범’에는 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계에 있는 자는 포함되지 않는다(대판 2015.2.12., 2012도4842).
- ②(○). i) 乙이 丙을 통하여 甲으로부터 교부받은 뇌물 2,000만원을 그대로 다시 丁에게 교부하였더라도, 이는 乙이 뇌물을 받음으로써 乙에게 귀속된 뇌물의 소비방법에 불과하므로 추정대상에서 공제되지 않는다(대판 1999.6.25., 99도1900 등 참조). ii) 유흥주점 허가가 난 후, 乙이 대학동창인 회사원 3명과 함께 甲의 유흥주점에서 400만 원의 향응을 제공받은 부분에 대해 400만원 전부를 甲으로부터 추정하여야 한다. 피고인이 향응을 제공받는 자리에 피고인 스스로 제3자를 초대하여 함께 접대를 받은 경우

에는, 그 제3자가 피고인과는 별도의 지위에서 접대를 받는 공무원이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 제3자의 접대에 요한 비용도 피고인의 접대에 요한 비용에 포함시켜 피고인의 수뢰액으로 보아야 하기 때문이다(대판 2001.10.12., 99도5294; 대판 2004.12.9., 2004도5371; 대판 1995.1.12., 94도2687). iii) 결국 乙로부터 2,400만원을 추징하여야 한다.

③(×). 제3자의 증뢰물전달죄(제3자뇌물취득죄)는 제3자가 증뢰자로부터 교부받은 금품을 수뢰할 사람에게 전달하였는지 여부에 관계없이 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). 따라서 丙은 2,500만 원에 대한 제3자뇌물취득죄만 성립하고 2,000만 원에 대한 뇌물공여죄가 성립하지는 않는다.

④(○). 알선수뢰죄에서 ‘공무원이 그 지위를 이용하여’라 함은 친구, 친족관계 등 사적인 관계를 이용하는 경우에는 이에 해당한다고 할 수 없으나, 다른 공무원이 취급하는 사무의 처리에 법률상이거나 사실상으로 영향을 줄 수 있는 관계에 있는 공무원이 그 지위를 이용하는 경우에는 이에 해당하고, 그 사이에 상하관계, 협동관계, 감독권한 등의 특수한 관계가 있음을 요하지 않는다(대판 2001.10.12., 99도5294; 대판 2006.4.27., 2006도735).

⑤(○).

문 26. 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

甲은 乙의 부동산을 명의신탁받아 보관하던 중, 乙의 승낙 없이 X은행으로부터 1억 원을 대출받고 제1근저당권을 설정해주었다. 그 후 甲은 다시 丙으로부터 1억 5천만 원을 대여받고 제2근저당권을 설정해주었다. 검사는 위의 사실 관계를 토대로 甲을 기소하였으며, 제1심법원은 유죄판결을 선고하여 그 판결이 확정되었다. 하지만 甲은 판결 선고 전에 사고로 사망하였다.

- ㄱ. 甲의 제1근저당권 설정행위는 횡령죄가 성립한다.
- ㄴ. 甲의 제2근저당권 설정행위는 불가벌적 사후행위가 되어 별개의 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ㄷ. 만약 丙이 명의신탁 약정 사실을 알고 있었다면, 그것만으로도 丙은 횡령죄의 공동정범이 된다.
- ㄹ. 위 판결은 「형사소송법」 제441조에 따라 비상상고의 대상이 된다.

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

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

정답

①

[2016 변사]

해설

ㄱ(○). 신탁자가 그 소유명의로 되어 있던 부동산을 수탁자에게 명의신탁하였는데 수탁자가 임의로 그 부동산에 관하여 근저당권을 설정하거나 매매예약에 의한 소유권이전청구권 보전의 가동기를 경료하였다면 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다(대판 1999.10.12., 99도3170; 대판 1981.7.14., 81도1302; 대판 2009.8.20., 2008도12009 등).

ㄴ(×). 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 근저당권설정등기를 경료함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다 하더라도 그 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하여 새로운 법익침해의 위험을 추가함으로써 법익침해의 위험을 증가시키거나 해당 부동산을 매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 법익침해의 결과를 발생시켰다면 이는 당초의 근저당권 실행을 위한 임의경매에 의한 매각 등 그 근저당권으로 인해 당연히 예상될 수 있는 범위를 넘어 새로운 법익침해의 위험을 추가시키거나 법익침해의 결과를 발생시킨 것이므로 특별한 사정이 없는 한 불가벌적 사후행위로 볼 수 없고, 별도로 횡령죄를 구성한다 할 것이다(대판 2013.2.21., 2010도10500, 전원합의체판결).

ㄷ(×). 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).

ㄹ(×).

문 28. 甲은 乙과 공동으로 구입하여 자신이 점유하고 있던 복사기를 A에게 매도하기로 하고 계약금과 중도금을 받았다. 그 후 甲은 복사기를 수리하기 위해 수리점에 맡겼다고 乙에게 거짓말하고 이를 다시 丙에게 매도한 후 복사기를 건네주었으며, 丙은 선의, 무과실로 이를 취득하였다. 며칠 후 이 사실을 알게 된 乙은 丙 몰래 위 복사기를 가져가 버렸다. 수사기관에서 甲의 아내 B는 참고인으로서 진술하고 진술조서에는 가명으로 서명, 날인하였다. 甲에 대한 재판 중 B가 증인으로 출석하였고, 재판장은 B에게 증언거부권이 있음을 고지하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲은 乙에 대하여 횡령죄와 사기죄의 상상적 경합범이 성립한다.

- ② 甲은 A에 대하여 배임죄가 성립한다.
- ③ 乙은 丙에 대하여 권리행사방해죄가 성립한다.
- ④ B에 대한 조서가 비록 가명으로 작성되었더라도 「형사소송법」 제312조 제4항의 요건을 모두 갖춘다면 증거능력이 인정될 수 있다.
- ⑤ B가 증언을 거부하여도 「형사소송법」 제314조에 따라 특신상태가 증명되면 B에 대한 진술조서는 증거능력이 인정된다.

정답

④

[2016 변사]

해설

- ①(×). 공유물은 형법상 타인의 재물에 포함되고, 판례는 표현설의 입장에서 “영득의 의사가 외부에 인식될 수 있는 객관적 행위를 하였을 때에 횡령죄는 기수가 된다.”고 하므로(대판 1998.2.24., 97도3282 등) 甲이 복사기를 A에게 매도하고 계약금과 중도금을 받은 것은 횡령죄에 해당한다. 그러나 그 후 甲이 복사기를 수리하기 위해 수리점에 맡겼다고 乙에게 거짓말하였더라도 乙에 대한 사기죄는 성립하지 않는다. 자기가 점유하는 타인의 재물을 횡령하기 위하여 기망수단을 쓴 경우에는 피기망자에 의한 재산처분행위가 없으므로 일반적으로 횡령죄만 성립되고 사기죄는 성립되지 아니하기 때문이다(대판 1980.12.9., 80도1177).
- ②(×). 매매의 목적물이 동산일 경우, 매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다. 동산매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다(대판 2011.1.20., 2008도10479, 전원합의체판결).
- ③(×). 권리행사방해죄는 ‘자기 물건’을 행위객체로 한다. 사안에서 乙이 丙 몰래 가지고 온 복사기는 선의, 무과실로 丙이 소유권을 취득하였으므로 丙의 물건에 해당한다. 따라서 乙이 丙 몰래 위 복사기를 가지고 온 것은 권리행사방해죄에 해당할 수 없다.
- ④(○).
- ⑤(×).

문 29. K의 착오에 의해 자신의 계좌로 1,000만 원이 잘못 송금되어 입금된 것을 발견한 甲은 이를 전액 인출한 다음, 다른 지방에 거주하는 친구인 乙에게 위 사정을 말하고 그 돈을 맡겼다. 乙은 그 돈을 자신의 계좌에 입금하였다가, 그중 100만 원을 수표로 인출하여 임의로 사용하였다. 甲은 점유이탈물횡령죄로 약식명령을 받은 후 양형 부당을 이유로 A법원에 정식재판을 청구

하였고, 검사는 정식재판을 청구하지 않았다. 甲에 대한 재판 계속 중 검사는 횡령죄로 공소장변경을 신청하고, 증거를 보완하기 위하여 乙 주거지 관할 B법원에 乙의 금융계좌 등에 대한 압수·수색영장을 청구하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 점유이탈물횡령죄보다 횡령죄의 법정형이 더 중하므로 횡령죄로 죄명, 적용법조를 변경하는 것은 약식명령의 경우보다 불이익하게 변경되는 것이어서 불이익변경금지원칙에 따라 공소장변경은 허용되지 않는다.
- ② 甲은 K와 거래관계가 없다고 하더라도 신의칙상 보관관계가 인정되어 횡령죄가 성립하고, 乙은 K에 대하여는 횡령죄가 성립하나 甲에 대하여는 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ③ B법원 판사가 위 영장을 기각한 경우, 검사는 그 결정에 대하여 항고나 준항고로 다룰 수 있다.
- ④ B법원 판사가 위 영장을 발부한 경우, 검사는 그 영장을 통해 확보한 수표발행전표 등을 위 재판의 증거로 사용할 수 있다.
- ⑤ 검사는 A법원에 사실조회를 신청하여 위 수표발행전표 등을 확보할 수 있다.

정답

⑤

[2016 변사]

해설

- ①(×).
- ②(×). i) 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; 대판 2005.10.28., 2005도5975). 따라서 甲은 K에 대한 횡령죄가 성립한다. ii) 乙이 甲으로부터 건네받은 돈을 자신의 계좌에 입금하였다가 100만 원을 인출하여 소비한 것은 횡령죄에 해당한다(대판 2000.8.18., 2000도1856 참조). 다만 이 경우 K가 아니라 甲에 대한 횡령죄가 성립한다.
- ③(×).
- ④(×).
- ⑤(○).

문 30. 증인신문에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 변호인에게 증인적격을 인정하더라도 변호사인 변호인은 피고인에게 불리한 사실에 대해서는 증언거부권을

행사할 수 있다.

- ㄴ. 자신에 대한 유죄판결이 확정된 증인에게는 공범에 대한 피고사건에서 증언거부권이 인정되지 않는다.
- ㄷ. 소송절차가 분리된 공범인 공동피고인이 증언거부권을 고지받은 상태에서 자기의 범죄사실에 대하여 허위로 증언한 경우에는 위증죄가 성립한다.
- ㄹ. 4세의 선서무능력자가 선서 후 한 증언은 증언능력 유무와 관계없이 증언 자체의 효력이 부정된다.

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

정답

①

[2016 변사]

해설

ㄱ(○).

ㄴ(○).

ㄷ(○). 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).

ㄹ(×).

문 33. 甲은 A에 대한 강도상해죄로 기소되었다. 범행을 목격한 甲의 사촌동생 乙은 甲의 강도상해사건의 증인으로 출석하여 선서한 후, 허위의 진술을 하였다. 한편, 甲은 공소장부분을 송달받은 다음 날 국민참여재판을 신청하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 乙이 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립이 부정된다.
- ② 만약 甲과 A 사이의 민사소송절차에서 乙이 증언거부권을 고지받지 않은 상태에서 선서와 허위의 진술을 한 경우, 乙에게는 위증죄가 성립한다.
- ③ 乙에게 위증죄가 성립하는 경우, 乙이 위 강도상해사건의 재판이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.
- ④ 국민참여재판으로 진행하는 것은 상당하지 않다는 검사의 이의가 있어 공판준비기일에서 甲과 검사의 의견을 다시 들은 후 국민참여재판으로 진행하기로 결정하였는데, 이에 대해 검사가 항고한 경우, 법원은 항고기각결

정을 해야 한다.

- ⑤ 법원이 甲의 국민참여재판 신청에 대해 배제결정 없이 통상의 공판절차로 재판을 진행하는 것은 위법하지만, 이러한 공판절차에서 이루어진 소송행위는 유효하다.

정답

⑤

[2016 변사]

해설

①(○). 재판장이 신문 전에 증인에게 증언거부권을 고지하지 않은 경우 전체적·종합적으로 고려하여 증인이 침묵하지 아니하고 진술한 것이 자신의 진정한 의사에 의한 것인지 여부를 기준으로 위증죄의 성립 여부를 판단하여야 한다. 그러므로 증언거부사유가 있음에도 증인이 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립을 부정하여야 할 것이다(대판 2010.1.21., 2008도942, 전원합의체판결; 대판 2010.2.25., 2007도6273).

②(○). 민사소송절차에 증인으로 출석한 피고인이, 민사소송법 제314조에 따라 증언거부권이 있는데도 재판장으로부터 증언거부권을 고지받지 않은 상태에서 허위의 증언을 한 경우, 민사소송법이 정하는 절차에 따라 증인으로 적법하게 선서를 마치고도 허위진술을 한 피고인의 행위는 위증죄에 해당한다(대판 2011.7.28, 2009도14928. 재판장의 증언거부권 고지의무에 관하여 규정하고 있는 형사소송법(제160조)과는 달리 민사소송법은 증언거부권 제도를 두면서도(제314조 내지 제316조) 증언거부권 고지에 관한 규정을 따로 두고 있지 않기 때문).

③(○). 위증의 죄를 범한 자가 그 진술한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다(제153조). 즉 필요적 감면사유이다.

④(○).

⑤(×).

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

甲과 乙은 옆 동네에 사는 甲의 사촌동생 A의 신용카드를 훔쳐 은행 현금인출기에서 비밀번호를 입력하고 현금서비스로 100만 원을 인출하였다. 甲은 인출한 100만 원 중 50만 원을 자신의 애인인 丙에게 용돈으로 주었다. 수사가 개시되자 甲은 형사처분을 면할 목적으로 2년간 외국에 도피하였다. 甲이 귀국하자 검사는 甲, 乙, 丙을 위의 공소사실로 기소하였다.

- ① A의 신용카드를 훔친 甲의 행위는 친고죄에 해당하므로 A의 고소가 없는 경우에 법원은 「형사소송법」 제327조 제2호에 의하여 공소기각판결을 선고하여야 한다.
- ② 甲의 신용카드 절도에 대한 A의 적법한 고소가 있는 경우에 甲의 절도 피고사건 항소심에서 A가 그 고소를 취

소하더라도 항소심법원은 그 고소취소를 사유로 공소기각판결을 선고할 수는 없다.

- ③ 100만 원의 현금서비스를 받은 甲의 행위는 친고죄에 해당하므로 A의 고소가 없는 경우에 법원은 「형사소송법」 제327조 제2호에 의하여 공소기각판결을 선고하여야 한다.
- ④ 甲이 준 용돈 50만 원이 훔친 카드로 인출된 것임을 丙이 돈을 받을 당시 알았다면 丙에게는 장물취득죄가 성립한다.
- ⑤ 甲의 국외도피로 인한 공소시효 정지의 효과는 乙에게 미치지 않는다.

정답

③

[2016 변사]

해설

- ①(○).
②(○).
③(×).
④(○). 타인의 신용카드를 훔쳐 이를 이용하여 현금서비스를 받는 것은 현금자동인출기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되므로 절도죄를 구성한다(대판 1995.7.28., 95도997. 신용카드부정사용죄와 실체적 경합범). 甲이 丙에게 준 용돈 50만 원은 甲이 재산범죄에 의하여 영득한 재물로서 장물에 해당한다. 그러므로 丙이 돈을 받을 당시 그러한 사정을 알았다면 丙에게는 장물취득죄가 성립한다.
⑤(○).

문 36. 재판에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 재심대상판결 확정 후에 형 선고의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있었다고 하더라도, 재심개시결정이 확정되어 재심심판절차를 진행하는 법원은 그 심급에 따라 다시 심판하여 실체에 관한 유·무죄 등의 판단을 해야지, 특별사면이 있음을 들어 면소판결을 하여서는 아니 된다.
- ② 원래 공소제기가 없었음에도 피고인의 소환이 이루어지는 등 사실상의 소송계속이 발생한 상태에서 검사가 약식명령을 청구하는 공소장을 제1심법원에 제출하고, 위 공소장에 기하여 공판절차를 진행한 경우 제1심법원으로서의 이에 기하여 유·무죄의 실체판단을 하여야 한다.
- ③ 판결의 확정력은 사실심리의 가능성이 있는 최후의 시점인 판결선고시를 기준으로 하여 그때까지 행하여진 행위에 대하여만 미친다.
- ④ 「소년법」상의 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소가 제기된 경우, 법원은 면소판결을 선

고하여야 한다.

- ⑤ 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법령이 소급하여 그 효력을 상실한 경우, 법원은 당해 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여는 무죄를 선고하여야 한다.

정답

④

[2016 변사]

해설

- ①(○).
②(○).
③(○).
④(×).
⑤(○). 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 법률을 적용하여 기소한 피고사건이 범죄로 되지 아니한 때에 해당한다고 할 것이고, 범죄 후의 법령의 개폐로 형이 폐지되었을 때에 해당한다고 할 수 없다(대판 1992.5.8., 91도2825; 대판 2007.6.28., 2005도8317). 따라서 이 경우 이 부분 공소사실은 무죄라 할 것이다(대판 1999.12.24., 99도3003; 대판 2009.10.15., 2008도5259).

문 38. 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 채무구조가 매우 열악한 회사의 실질적 1인 주주인 대표이사 甲은 자신이 다니는 교회에 회사자산으로 거액을 기부하였다.
- ㉡ 乙의 사기죄에 대한 항소심 공판에서 검사는 별개사건으로 기소되어 확정된 공범 丙에 대한 공판조서와 乙과 A의 통화내용을 담은 녹음테이프를 증거로 제출하였다.
- ㉢ 피고인 丁의 기피신청이 있어 「형사소송법」 제22조에 따라 소송진행을 정지하여야 함에도, 기피신청을 받은 법원이 본안의 소송절차를 정지하지 않고 그대로 증거조사를 실시하였다.
- ㉣ 피고인의 변호인 戊는 피고인에 대한 고발장을 증거로 함에 부동의하였고, 같은 고발장을 첨부문서로 포함하고 있는 검찰주사보 작성의 수사보고서에 대하여는 증거 동의를 하였다.

- ① 사안 ㉠에서 甲의 행위는 업무상횡령죄에 해당하지 않는다.
- ② 사안 ㉡에서 丙에 대한 공판조서는 「형사소송법」 제311조가 아니라 제315조 제3호에 따라 당연히 증거능력이 인정된다.
- ③ 사안 ㉢에서 녹음테이프에 대한 법원의 검증조서에 기재된 통화내용은 「형사소송법」 제311조에 따라 당연히

증거능력이 인정된다.

- ④ 사안 ㉔에서 기피신청을 받은 법원이 한 증거조사는 효력이 없지만, 그 후 그 기피신청에 대한 기각결정이 확정된 경우 법원은 그 증거조사에서 인정된 증거를 사용할 수 있다.
- ⑤ 사안 ㉔에서 수사보고서에 대한 증거동의의 효력은 첨부문서인 고발장에도 당연히 미치므로, 고발장을 유죄의 증거로 삼을 수 있다.

정답

①② <발표된 정답은 ②>

[2016 변사]

해설

①(○). [1] 재무구조가 열악한 회사의 대표이사가 제3자에게 회사의 자산으로 거액의 기부를 한 경우 그로써 회사를 채무초과 상태에 빠뜨리거나 채무상환이 곤란한 상태에 처하게 하는 등 그 기부액수가 회사의 재정상태 등에 비추어 기업의 사회적 역할을 감당하는 정도를 넘는 과도한 규모로서 상당성을 결여한 것이고 특히 그 기부의 상대방이 대표이사과 개인적 연고가 있을 뿐 회사와는 연관성이 거의 없다면, 그 기부는 대표이사의 선량한 관리자로서의 업무상 임무에 위배되는 행위에 해당한다 할 것이고, 그 대표이사가 실질적 1인 주주라는 등의 사정이 있다고 하더라도 마찬가지라 할 것이다. ★ 원심이 이 사건 기부금의 규모, 이 사건 기부행위 당시 피해자 피고인 乙 주식회사의 채무현황, 자산상태, 자본금과 매출 및 당기순이익의 규모, 이 사건 기부금이 최종적으로 피고인 甲에 대한 개인 채무 변제에 사용된 점 등 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 甲이 기부금 명목으로 피고인 乙 주식회사의 자금 미화 7,954,746달러를 ○○○ 교회의 계좌로 송금함으로써 피고인 乙 주식회사를 채무 상황이 곤란한 재정적 상태에 처하게 한 행위는 업무상배임죄에 해당한다는 취지로 판단한 것은 정당하다.

[2] 업무상횡령죄에서 불법영득의 의사라 함은, 자기 또는 제3자의 이익을 피할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같이 처분하는 의사를 말하고 사후에 이를 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있다 하더라도 이를 인정하는 데는 지장이 없다. 또한 업무상횡령죄는 위와 같은 불법영득의 의사가 확정적으로 외부에 표현되었을 때 성립하는 것이므로, 횡령의 범행을 한 자가 물건의 소유자에 대하여 별도의 금전채권을 가지고 있었다 하더라도 횡령 범행 전에 상계 정산하였다는 등 특별한 사정이 없는 한 그러한 사정만으로 이미 성립한 업무상횡령죄에 영향을 미칠 수는 없다. ★ 피고인 甲이 공소의 A로부터 피해자 피고인 乙주식회사에 대한 투자금 명목으로 미화 600만 달러를 교부받아 보관 중인 사실을 회사 관계자들에게 전혀 알리지 아니한 채, 그 중 4,510,200,000원을 자기 명의로 ○○○ 교회에 대여하거나 처 공소의 B 명의로 부동산을 구입하는 등 개인적인 용도로 사용한 점, 위 피고인이 위 교회로부터 변제받은 금원을 피해자 피고인 乙 주식회사의 계좌에 입금하면서 위 피고인의 개인 자금이 입금된 것처럼 대표이사 가수금입금으로 회계처리

하거나 아예 입금하지 아니한 채 위 피고인의 개인적인 용도로 사용한 점 등을 종합하여, 위 피고인에게 피해자 피고인 乙 주식회사 소유의 자금 중 4,510,200,000원을 자신의 소유인 것처럼 처분할 불법영득의 의사가 있었다고 인정하고, 나아가 위 피고인이 ○○○ 교회로부터 나중에 위 대여금을 모두 변제받았다는 사정 등은 업무상횡령죄의 성립에 아무런 영향이 없다. ... 피고인 甲이 위와 같은 업무상횡령의 범행을 저지를 당시 공소의 A에게 개인 자금으로 미화 150만 달러를 지급하여 피해자 피고인 乙 주식회사에 대하여 동액 상당의 구상금채권을 가지고 있었다고 하더라도, 그러한 사정만으로 위 피고인이 피해자 피고인 乙 주식회사를 위하여 보관 중이던 자금 4,510,200,000원을 불법영득의 의사로써 횡령하였다고 인정하는 데 방해가 되지 아니한다 (대판 2012.6.14., 2010도9871). ★ [강사주] 判例에 의하면 ㉔사안(본 판례의 [1]번 요지)의 경우 업무상배임죄가 인정된다. 따라서 ‘업무상횡령죄’가 성립하지 않는다는 ①번 지문은 타당하다고 해야 한다.

- ②(○).
③(×).
④(×).
⑤(×).

문 39. 甲은 2015. 6. 16. 15:40경 휴가를 떠나 비어 있던 A의 집에 들어가 잠을 잔 후, 같은 날 22:00경 방에 있던 태블릿PC 1대와 자기앞수표 1장을 훔쳤다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲에게는 야간주거침입절도죄가 성립되지 않는다.
ㄴ. 만약 甲이 태블릿PC를 자기 것인 양 중고사이트에 올려 매각하고, 자기앞수표로 백화점에서 물건을 구입한 경우, 매각행위와 구입행위는 절취한 재물을 통해 새로운 법익을 침해한 것으로 각각 사기죄가 성립한다.
ㄷ. 만약 甲이 A의 혼인 외의 출생자인데, 공판 기간 중 A가 甲을 인정한 경우라면 친족상도례의 규정을 적용할 수 없어 甲에 대한 형을 면제할 수 없다.
ㄹ. 수사기관이 甲의 주거에 대해 압수·수색영장을 한번 집행한 후 아직 그 영장의 유효기간이 남아 있더라도 甲의 주거에 대하여 다시 압수·수색하기 위해서는 새로운 영장을 발부받아야 한다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄷ ③ ㄴ, ㄷ
④ ㄴ, ㄷ ⑤ ㄷ, ㄹ

정답

②

[2016 변사]

해설

ㄱ(○). 형법은 야간에 이루어지는 주거침입행위의 위험성에 주목하여 그러한 행위를 수반한 절도를 야간주거침입절도

죄로 중하게 처벌하고 있는 것으로 보아야 하고, 따라서 주거침입이 주간에 이루어진 경우에는 비록 타인의 재물을 절취한 행위가 야간에 이루어지더라도 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다(대판 2011.4.14., 2011도300. 주거침입죄와 절도죄의 실체적 경합범).

ㄴ(×). 도품은 2년간 선의취득이 제한되므로(민법 제250조) 도품인 태블릿PC를 자기 것인 양 중고사이트에 올려 매각한 것은 매수인의 새로운 법익을 침해한 것이므로 사기죄에 해당하고, 절도죄의 불가벌적 사후행위에 해당하지 않는다. 그러나 절취한 자기앞수표를 현금 대신으로 교부한 행위는 절도행위에 대한 가벌적 평가에 당연히 포함되는 것으로 봄이 상당하다 할 것이므로 절취한 자기앞수표를 음식대금으로 교부하고 거스름돈을 환불받은 행위는 절도의 불가벌적 사후처분행위로서 사기죄가 되지 아니한다(대판 1987.1.20., 86도1728).

ㄷ(×). 형법 소정의 친족간의 범행에 관한 규정이 적용되기 위한 친족관계는 원칙적으로 범행 당시에 존재하여야 하는 것이지만,父가 혼인 외의 출생자를 인지하는 경우에 있어서는 민법 제860조에 의하여 그 자의 출생시에 소급하여 인지의 효력이 생기는 것이며, 이와 같은 인지의 소급효는 친족상도례에 관한 규정의 적용에도 미친다고 보아야 할 것이므로, 인지가 범행 후에 이루어진 경우라고 하더라도 그 소급효에 따라 형성되는 친족관계를 기초로 하여 친족상도례의 규정이 적용된다(대판 1997.1.24., 96도1731).

ㄹ(○).

이하부터는 여백입니다.