

형법

[문제분석]

I. 출제 유형 분석

형법총론/각론	이론/조문/판례문제	선택형/박스형/사례형문제
(14/6)	(3/2/15)	(18/1/1)

II. 총평 및 소회

- 이번 문제는 특별히 어렵거나 까다로운 문제는 전혀 없으며, 전체적인 난이도는 중하로서 누구나 쉽게 빨리 풀었을 것으로 생각합니다. 9급 검찰직은 어렵게 출제되지 않음이 분명합니다.
- 초급수험생들은 기출문제 및 교과서 기본 판례를 빨리 정리하실 수 있으면 80점은 문제없겠습니다. 숙련된 수험생들은 누구나 중요하다고 말하는 부분은 정확히 빠짐없이 보셔야 100점을 얻을 수 있을 것 같습니다. 매년 나오는 부분에서만 난이도를 달리하며 출제가 됩니다.
- 공부를 많이 한 학생들도 실제로 95점, 100점을 못맞고 터무니 없는 실수를 하는 걸 봅니다. 여러분 우리가 잘 아는 문제를 실수 하던가요? 우리의 실수는 실력이 부족하기 때문입니다. 오래된 수험생일수록 **겸손**하게 기본부터 다시 한 번, 시작하는 수험생들은 '나는 된다, 금방 할 수 있다'는 **자신감**으로 9월을 향해 매진하시기 바랍니다.

[기출해설]

문 1.

형법의 적용범위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 공모공동정범의 경우 공모지도 범죄지로 보아야 한다.
- 외국인 甲이 외국에서 대한민국 국적 주식회사의 인장을 위조한 경우 대한민국의 재판권이 없다.
- 외국인 甲이 외국에서 장기적출을 목적으로 외국인 A를 매매한 경우 대한민국 「형법」이 적용될 수 있다.
- 한국인 甲이 외국에서 미결구금 되었다가 무죄판결을 받은 경우 그 미결구금일수는 국내에서 동일한 행위로 인하여 선고받은 형에 산입하여야 한다.

【正解】 ④ 형법총론 - 서론 : 형법의 적용범위 - 난이도 : 하

① ○ : 미국인이 한국인과 함께 서울의 모 커피숍에서, 홍콩에서 히로뽕을 밀수입하여 한국을 거쳐 광에서 판매하기로 공모하고 홍콩에서 히로뽕을 구입한 후 미국인은 광으로 가고 한국인이 이를 가지고 김포공항에 도착하여 광행 비행기로 옮겨 실기 위해 히로뽕이 든 가방을 지상으로 반출한 후에 수사관들에 의해 압수되었다면 그 미국인에게 대한민국의 향정신성의약품관리법을 적용할 수 있다(1998. 11. 27, 98도2734).

② ○ : 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.(2002.11.26, 2002도4929)

③ ○ : 제289조 제3항, 제296조의 2 : 세계주의를 도입하여 명문으로 규정
 ■원칙 : 제296조의2 [세계주의] : 제287조부터 제292조까지 및 제294조는 대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 외국인에게도 적용한다.
 ■예외 : 단, 예비음모죄는 제외

④ × : 형사사건으로 외국 법원에 기소되었다가 무죄판결을 받은 사람은, 설령 그가 무죄판결을 받기까지 상당 기간 미결구금되었더라도 이를 유죄판결에 의하여 형이 실제로 집행된 것으로 볼 수는 없으므로, '외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람'에 해당한다고 볼 수 없고, 그 미결구금 기간은 형법 제7조에 의한 산입의 대상이 될 수 없다. 또한 외국에서 형이 집행된 것이 아니라 단지 미결구금되었다가 무죄판결을 받은 사람의 미결구금일수를 형법 제7조의 유추적용에 의하여 그가 국내에서 같은 행위로 인하여 선고받은 형에 산입하여야 한다는 것은 허용되기 어렵다.(2017. 8.24. 2017도5977 全合)

문 2.

부작위범에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 부진정부작위범에서 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우 법적인 작위의무는 없다.
- 부진정부작위범은 작위범에 비해 불법의 정도가 경하므로, 「형법」은 이를 임의적 감경사유로 규정하고 있다.
- 부진정부작위범에서 부작위가 작위와 같이 평가될 수 있기 위해서는 부작위범에게 결과발생을 방지하여야 할 보증인지위가 있어야 한다.
- 형법상 방조행위는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 직·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 부작위에 의해서는 성립되지 않는다.

【正解】 ③ 형법총론 - 구성요건론 : 부작위범 - 난이도 : 중

① × : 부작위범에서 말하는 작위의무는 **법적인 의무**이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 작위의무가 법적인 의무인 한 성문법이건 불문법이건 상관없고 또 공범이건 사범이건 불문하므로, **법령, 법률행위, 선행행위**로 인한 경우는 물론이고 기타 **신의성실의 원칙**이나 **사회상규** 혹은 **조리상** 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다(1996. 9. 6, 95도2551).

② × : 진정부작위범은 형법 각칙에 규정되어 있으나 부진정부작위범은 형법에 별도의 규정이 없어서 작위범과 동일한 법정형으로 처벌한다. 그러나 양형절차를 통해서 감경될 수는 있다. (입법론으로서 부진정부작위범은 작위범에 비해 불법과 책임의 내용이 가볍기 때문에 동일형법의 경우와 같이 임의적 감경사유로 하는 것이 타당하다는 지적이 많다.)

③ ○ : 형법상 부작위범이 인정되기 위해서는 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, ... (1996. 9. 6, 95도2551).

④ × : 형법상 **방조**는 작위에 의해 정범의 실행을 용이하게 하는 경우는 물론, 부작위로 인하여 정범의 실행을 용이하게 하는 경우에도 성립하지만, 부작위에 의한 방조는 작위에 의한 방조와 동일하게 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만 아니라, 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립한다(2004.6.24, 2002도995).

문 3.

위법성조각사유에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 甲이 경찰관의 불법한 체포를 면하려고 소극적으로 반항하는 과정에서 경찰관에게 경미한 상해를 가한 행위는 정당방위로 인정된다.
- 여자 화장실 내에서 주저앉아 있는 여자 甲이 자신의 가방을 빼앗으려고 다가오는 남자의 어깨를 순간적으로 밀친 행위는 정당행위로 인정된다.
- 한의사 면허나 자격이 없는 甲이 한약재 달인 물을 처방하는 등 소위 통합의학에 기초하여 환자를 진찰하여 처방하는 행위는 정당행위로 인정되지 않는다.
- 甲이 피해자 A와 공모하여 교통사고를 가장하여 보험금을 편취할 목적으로 피해자 A에게 상해를 가한 행위는 A의 승낙에 의하여 위법성이 조각된다.

【正解】 ④ 형법총론 - 위법성론 - 난이도 : 하

① ○ : 순찰 중이던 경찰관이 교통사고를 낸 차량이 도주하였다는 무전연락을 받고 주변을 수색하다가 범피 등의 파손상태로 보아 사고차량으로 인정되는 차량에서 내리는 사람(준현행범인에 해당함)을 발견하고 경찰관이 적법절차를 준수하지 아니한 채 실력으로 그 현행범인을 연행하려고 하였다면, 이는 적법한 공무집행이라고 할 수 없고, 현행범인이 그 경찰관에 대하여 이를 거부하는 방법으로 폭행을 하였다 하여 공무집행방해죄가 성립하지 않음은 물론, 경찰관의 행위가 적법한 공무집행을 벗어나 불법하게 체포한 것으로 볼 수밖에 없다면, 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 **정당방위**에 해당하여 위법성이 조각된다(2000.7.4, 99도4341).

② ○ : 남자인 피해자가 비좁은 여자 화장실 내에 주저앉아 있는 피고인으로부터 무리하게 쇼팽백을 빼앗으려고 다가오는 것을 저지하기 위하여 피해자의 어깨를 순간적으로 밀친 것은 **피해자의 불법적인 공격으로부터 벗어나기 위한 본능적인 소극적 방어행위**에 지나지 아니하므로 이는 사회통념상 허용될 수 있는 행위로서 그 위법성을 인정할 수 없다.(1992.3.27, 91도2831)

③ ○ : 비록 피고인이 나름대로 소위 '통합의학'이라는 분야의 지식을 쌓아 온 사실은 인정되나, 국내에서 진찰 및 처방행위를 할 수 있는 **면허나 자격을 취득하지는 못한 사실**, 위와 같은 '통합의학'은 아직 이에 대한 체계적인 연구가 부족하여

그 치료효과에 관한 과학적 근거가 부족한 사실, 이 사건 환자들은 간암, 간경화 등 질병의 치료를 목적으로 피고인을 찾아가 가입비를 납부한 뒤, 피고인으로부터 진찰을 받고, 그 상태에 따라 한의사가 아니면 처방할 수 없고 한약사라고 하더라도 한약조제지침서에 정하여진 처방에 따라서 조제할 수 있을 뿐인 한약재로 구성된 소위 '달인 물'을 처방받아 이를 복용하였는데, 이러한 '통합의학'에 기초한 피고인의 질병에 대한 진찰 및 처방은 그 치료효과에 관한 과학적 근거가 부족하여 그로 인한 부작용 내지 위협발생의 개연성이 적지 아니할 것으로 보이는 사실 등을 인정할 수 있는바, 그렇다면 이러한 피고인의 진찰 및 처방은 의료법을 포함한 법질서 전체의 정신이나 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 볼 수 없으므로 위법성이 조각되지 아니한다. (2009.10.15. 2006도6870)

④ × : 형법 제24조의 규정에 의하여 위법성이 조각되는 피해자의 승낙은 개인적 법익을 훼손하는 경우에 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙이어야 할 뿐만 아니라 그 승낙이 윤리적·도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다 (1985.12.10. 85도1892). 피고인이 피해자와 공모하여 교통사고를 가장하여 보험금을 편취할 목적으로 피해자에게 상해를 가하였다면 **피해자의 승낙이 있었다고 하더라도 이는 위법한 목적에 이용하기 위한 것이므로 피고인의 행위가 피해자의 승낙에 의하여 위법성이 조각된다고 할 수 없다**(2008.12.11. 2008도9606)

문 4.

책임에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형법」 제10조제3항은 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위만이 아니라 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함한다.
- ② 「형법」 제12조의 강요된 행위란 저항할 수 없는 폭력이나 생명, 신체에 위해를 가하겠다는 협박 등 다른 사람의 강요에 의하여 이루어진 행위를 의미한다.
- ③ 적법행위의 기대가능성의 경우 행위 당시의 구체적인 상황하에 행위자 대신 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 그 기대가능성 유무를 판단하여야 한다.
- ④ 소아기호증의 정신적 장애가 있는 자라면 범행 당시 정상적인 사물변별 능력이나 행위통제능력이 있었다더라도 「형법」 제10조의 심신장애로 볼 수 있다.

【正解】 ④ 형법총론 - 책임론 - 난이도 : 하

① ○ : 형법 제10조 제3항은 '위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다'고 규정하고 있는 바, 이 규정은 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위만이 아니라 **과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함**하는 것으로서 위험의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용대상이 된다고 할 것이어서, 피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면 피고인은 음주 시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 위 법조항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다(1992.7. 28. 92도999).

② ○ : 형법 제12조에서 말하는 강요된 행위는 **저항할 수 없는 폭력이나 생명·신체에 위해를 가하겠다는 협박 등 다른 사람의 강요행위에 의하여 이루어진 행위를 의미**하는 것이지만 어떤 사람의 성장 교육과정을 통하여 형성된 내재적인 관념 내지 확신으로 인하여 행위자 스스로의 의사결정이 사실상 강제되는 결과를 낳게 하는 경우까지 의미한다고 볼 수는 없다는 점을 고려할 때 **머녀의 행위는 형법 제12조에 정한 강요된 행위에 해당하지 않고 따라서 머녀는 국가보안법, 항공법 및 항공기운항안전법 위반의 죄책을 지게 된다**(1990.3.27, 89도1670).

③ ○ : 피고인에게 그의 양심상의 결정에 반한 행위를 기대할 가능성이 있는지 여부를 판단하기 위해서는, **행위 당시의 구체적 상황 하에 행위자 대신에 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 그 기대가능성 유무를 판단**하여야 할 것이다(2004.7.15, 2004도2965).

④ × : 사춘기 이전의 소아들을 상대로 한 성행위를 중심으로 성적 흥분을 강하게 일으키는 공상, 성적 충동, 성적 행동이 반복되어 나타나는 **소아기호증은 성적인 측면에서의 성격적 결함으로 인하여 나타나는 것으로서, 소아기호증과 같은 질환이 있다는 사정은 그 자체만으로는 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다**고 봄이 상당하고, 다만 그 증상이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병이 있는 사람과 동등하다고 평가할 수 있거나, 다른 심신장애사유와 결합된 경우 등에는 심신장애를 인정할 여지가 있다(2007.2.8, 2006도7900).

문 5.

다음 중 고의의 인식 대상에 해당하지 않는 것은?

- ① 「형법」 제347조 사기죄에서의 기망행위
- ② 「형법」 제262조 폭행치사죄에서의 사망의 결과

- ③ 「형법」 제245조 공연음란죄에서의 공연성
 - ④ 「형법」 제129조제1항 수뢰죄에서의 공무원 또는 중재인이라는 신분
- 【正解】 ② 형법총론 - 구성요건론 : 고의 - 난이도 : 하
- ① ○ : 구성요건적 행위는 고의범성립에 필요한 인식대상이다.
- ② × : **결과적기중범의 중한 결과는 고의가 아니라 과실을 요하므로 인식이 필요한 것이 아니라 인식하지 못함에 대한 과실이 필요하다.** 따라서 고의범성립에 필요한 인식대상이 아니다.
- ③ ○ : 구성요건적 **행위를 가별적으로 만드는 행위상황**은 인식대상이 된다.
- ④ ○ : 진정신분범에서 **주체인 특정신분**은 성립요건이므로 인식해야 한다.

문 6.

재산범죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부동산의 계약명의신탁에서 수탁자 甲이 그 부동산을 임의로 처분한 경우 매도인이 명의신탁사실을 몰랐다면 그 소유권이 甲에게 있으므로 甲에게 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ② 중간생략등기형 명의신탁에서 수탁자 甲이 그 부동산을 임의로 처분한 경우 그 소유권은 신탁자에게 있을 수 없으므로 甲에게 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ③ 부동산양도담보권자 甲이 변제기 경과 후에 담보권을 실행하기 위하여 담보목적물을 부당하게 염가로 처분한 경우 甲에게 배임죄가 성립하지 않는다.
- ④ 중증 토지의 명의신탁에서 수탁자 甲이 그 토지에 근저당권을 설정하여 횡령한 이후 기존의 근저당권과 관계없이 그 토지를 매도한 경우 甲에게 별개의 횡령죄가 성립하지 않는다.

【正解】 ④ 형법각론 - 개인적법익에관한죄 : 재산범죄 - 난이도 : 중

① ○ : 신탁자와 수탁자가 명의신탁 약정을 맺고, 이에 따라 **수탁자가 당사자가 되어** 명의신탁 약정이 있다는 **사실을 알지 못하는 소유자와** 사이에서 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 이름으로 경료한 경우에는, 그 소유권이전등기에 의한 당해 부동산에 관한 물건변동은 유효하고 한편 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁 약정은 무효이므로 결국 수탁자는 전 소유자인 매도인뿐만 아니라 신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득한 것으로 보아야 할 것이고 따라서 그 수탁자는 **타인의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없다**.(2009. 9.10. 2009도4501)

② ○ : 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신탁관계를 인정할 수도 없어 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로 **명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다**.(2016. 5.19. 2014도6992 3합)

③ ○ : 담보권자가 변제기 경과 후에 **담보권을 실행하기 위하여 담보목적물을 처분**하는 행위는 담보계약에 따라 담보권자에게 주어진 권능이어서 **자기의 사무처리에 속하는 것이지 타인인 채무자의 사무처리에 속하는 것이라고 할 수 없으므로, 담보권자가 담보권을 실행하기 위하여 담보목적물을 처분함에 있어 시기에 따른 적절한 처분을 하여야 할 의무는 담보계약상의 민사채무일 뿐 그와 같은 형법상의 의무가 있는 것은 아니므로 그에 위반한 경우 배임죄가 성립된다고 할 수 없다**.(1997.12.23. 97도2430)

④ × : 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 **근저당권설정등기를 경료함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다 하더라도 그 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정**하여 새로운 법익침해의 위험을 추가함으로써 법익침해의 위험을 증가시키거나 해당 부동산을 **매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 법익 침해의 결과를 발생시켰다면, 이는 당초의 근저당권 실행을 위한 임의경매에 의한 매각 등 그 근저당권으로 인해 당연히 예상될 수 있는 범위를 넘어 새로운 법익침해의 위험을 증가시키거나 법익침해의 결과를 발생시킨 것이므로 특별한 사정이 없는 한 불가벌적 사후행위로 볼 수 없고, 별도로 횡령죄를 구성한다**(2013.2.21. 2010도10500 전합).

문 7.

죄형법정주의에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법률의 시행령이 형사처벌에 관한 사항을 규정하면서 법률의 명시적인 위임 범위를 벗어나 그 처벌 대상을 확장하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋난다.
- ② 구「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 사회봉사명령은 그 성질이

보안처분이지만 소급효금지의 원칙이 적용된다.

- ③ 반의사불벌죄에서 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망의 사표시의 철회는 이른바 소극적 소송조건에 해당하고, 소송조건에는 유추 해석금지의 원칙이 적용되지 않는다.
- ④ 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제13조의 통신매체이용음란죄에서 통신매체를 이용하지 아니한 채 ‘직접’ 상대방에게 물건 등을 도달하게 하는 행위까지 포함하여 위 규정으로 처벌할 수 있다고 보는 것은 유추해석금지의 원칙에 위반된다.

- 【正解】 ③ 형법총론 - 서론 : 죄형법정주의 - 난이도 : 중
- ① ○ : 일반적으로 법률의 시행령은 모법인 법률에 의하여 위임받은 사항이나, 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항을 규정할 수 있을 뿐, **법률의 위임 없이 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에서 규정하지 아니한 새로운 내용을 규정할 수 없는 것**이고, 특히 법률의 시행령이 형사처벌에 관한 사항을 규정하면서 법률의 명시적인 위임 범위를 벗어나 그 처벌의 대상을 확장하는 것은 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항에서 천명하고 있는 **죄형법정주의의 원칙에도 어긋나는 것으로** 결코 허용될 수 없다(199 9.2. 11. 98도2816 전원합의체 판결)
 - ② ○ : **사회봉사명령**은 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 목적으로 하는 것으로서 형벌 그 자체가 아니라 **보안처분**의 성격을 가지지만 한편으로 이는 가정폭력범죄행위에 대하여 **형사처벌 대신 부과되는 것으로서**, 가정폭력범죄를 범한 자에게 의무적 노동을 부과하고 여가시간을 박탈하여 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되므로 이에 대하여는 **원칙적으로 형벌보속금의 원칙에 따라 행위시벌을 적용함이 상당하다.**(2008. 7.24. 2008어4)
 - ③ × : 만약 **반의사불벌죄에 있어서 ~ 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회**는 이른바 **소극적 소송조건**에 해당하고, **소송조건에는 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙이 적용된다**고 할 것인데, 명문의 근거 없이 그 의사표시에 법정대리인의 동의가 필요하다고 보는 것은 유추해석에 의하여 **소극적 소송조건**의 요건을 제한하고 피고인 또는 피의자에 대한 처벌가능성의 범위를 확대하는 결과가 되어 죄형법정주의 내지 거기에서 파생된 유추해석금지의 원칙에도 반한다.(2009.11.19. 2009도6058 전원합의체 판결)
 - ④ ○ : 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조는 “자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 **전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여** 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 상대방에게 **도달하게** 한 사람은 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다. ~ **통신매체를 이용하지 아니한 채 ‘직접’** 상대방에게 말, 글, 물건 등을 도달하게 하는 행위까지 포함하여 위 규정으로 처벌할 수 있다고 보는 것은 **법문의 가능한 의미의 범위를 벗어난 해석으로서** 실정법 이상으로 처벌 범위를 확대하는 것이다.(20 16. 3. 10. 2015도17847)

문 8.

사실의 착오에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 甲은 A를 살해할 의사로 A의 물병에 독약을 탔으나 A의 개가 이 물을 마시고 죽은 경우 구체적 부합설에 따르면 살인미수죄와 손괴죄의 상상적 경합이 성립한다.
- ② 甲은 절취의 의사로 A의 지갑을 몰래 가지고 왔으나 알고 보니 그 지갑이 B의 지갑이었던 경우 법정적 부합설에 따르면 A에 대한 절도미수죄가 성립한다.
- ③ 甲은 A를 살해할 의사로 돌로 내려쳐 정신을 잃고 늘어지자 A가 죽었다고 생각하고 A를 응덩이에 묻었으나 사실은 A가 매장으로 인하여 질식사한 경우 판례에 따르면 A에 대한 살인미수죄와 과실치사죄의 상상적 경합이 성립한다.
- ④ 甲은 A를 상해할 의사로 깨진 유리를 A에게 휘둘렀으나 甲을 말리려던 B가 끼어들며 유리에 찔려 부상을 입은 경우 구체적 부합설에 따르면 A에 대한 상해미수죄와 B에 대한 과실치상죄의 상상적 경합이 성립한다.

- 【正解】 ④ 형법총론 - 구성요건론 : 사실의 착오 - 난이도 : 상
- ① × : 구체적부합설은 행위자가 인식한 사실과 현실적으로 발생한 사실이 구체적으로 부합하는 경우에만 발생사실에 대해 고의·기수범이 성립하고 그 외의 경우에는 고의가 조각된다는 견해로 본 사례처럼 추상적사실의 착오는 미수·과실의 상상적경합범이 된다. 따라서 **살인미수죄만** 성립한다.(과실손괴죄는 규정이 없으므로 상상적경합이 될 수 없다)
 - ② × : 법정적부합설은 행위자가 인식한 사실과 현실적으로 발생한 사실이 구성요건적으로 부합(동일한 구성요건뿐만 아니라 죄질이 동일한 경우도 포함)하면 발생사실에 대한 고의·기수범이 성립하고 그 외의 경우에는 고의가 조각된다는 견해로 본 사례처럼 구체적 사실의 착오는 **발생사실의 고의기수범**이 된다.

- ③ × : 이른바 **개괄적 고의에 관한 사례**로서 판례는 전과정을 개괄적으로 한 개의 단일행위로 보고 **살인죄**의 성립을 인정하였다.(1988.6.28. 88도650)
- ④ ○ : 이른바 **구체적 사실의 착오중 방법의 착오**에 관한 것으로 고의의 사실적 기초를 중시하는 구체적 부합설에 의하면 본 사례처럼 사실이 다른 경우에는 **미수·과실의 상상적경합범**이 된다.

문 9.

공범과 신분에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 도박의 습벽이 있는 甲이 도박의 습벽이 없는 A의 도박행위를 방조한 경우 甲에게는 상습도박죄의 방조범이 성립한다.
- ② 비신분자인 甲이 신분자인 A의 업무상횡령 행위를 교사하여 A로 하여금 업무상횡령을 하게 한 경우 甲에게는 단순횡령죄의 교사범이 성립하지만 업무상횡령죄의 교사범의 형으로 처벌된다.
- ③ 의료인 甲이 의료인 아닌 A의 무면허의료행위에 공모하여 가공한 경우 甲은 「의료법」위반(무면허의료행위)죄의 공동정범이 성립한다.
- ④ 범인 甲이 도피하기 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하는 등으로 범인도피죄를 범하게 하는 경우 그것이 방어권의 남용으로 볼 수 있을 때에는 범인도피교사죄에 해당할 수 있다.

- 【正解】 ② 형법총론 - 공범론 - 난이도 : 하
- ① ○ : 상습도박의 죄나 상습도박방조의 죄에 있어서의 **상습성**은 행위의 속성이 아니라 행위자의 속성으로서 도박을 반복해서 거듭하는 습벽을 말하는 것인 바, ~ **상습도박 방조의 죄**로서 처단하여야 한다.(1984. 4. 24. 84도195)
 - ② × : 제33조 단서에 의해 비신분자가 신분자의 부진정신분범에 가담한 경우, 제33조 본문에 따라 가중범죄로 성립하나 그 처벌까지 가중할 수는 없으므로, 제33조 단서에 따라 보통범죄의 형으로 처단된다. 따라서 **비신분자인 갑은 업무상횡령죄의 교사범으로 성립되었다가 단순배임죄의 형으로 처단된다.**
 - ③ ○ : **의료인일지라도** 의료인 아닌 자의 의료행위에 공모하여 가공하면 **무면허의료행위의 공동정범**으로서의 책임을 진다.(1986. 2.11. 85도448)
 - ④ ○ : 형법 제151조의 범인도피죄는 수사, 재판 및 형의 집행 등에 관한 국권의 행사를 방해하는 행위를 처벌하려는 것이므로 형법 제151조 제1항에서 정한 ‘죄를 범한 자’는 범죄의 혐의를 받아 수사대상이 되어 있는 사람이면 그가 진범인지 여부를 묻지 않고 이에 해당한다. 그리고 형법 제151조 제1항에서 정한 ‘**죄를 범한 자**’가 **자신을 위하여** 타인으로 하여금 범인도피죄를 범하게 하는 행위 중 **타인으로 하여금 허위자백케** 한 경우에는 **방어권의 남용**으로 **범인도피교사죄에** 해당한다.(2014. 3. 27. 2013도152)

문 10.

뇌물죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 임명권자에 의하여 임용되어 공무에 종사하여 온 甲이 나중에 임용결격자이었음이 밝혀져 당초의 임용행위가 무효라고 하더라도 그가 공무원으로 계속 근무하면서 직무에 관하여 뇌물을 수수한 경우 수뢰죄로 처벌할 수 있다.
- ② 알선수뢰죄에서 ‘공무원이 그 지위를 이용하여’ 라 함은 친구 등 사적 관계를 이용하는 경우뿐만 아니라 다른 공무원이 취급하는 사무처리에 법률상이거나 사실상으로 영향을 줄 수 있는 관계에 있는 공무원이 그 지위를 이용하는 경우도 포함한다.
- ③ 공무원 甲이 A주식회사로부터 뇌물을 받은 후 A회사에 유리하게 관계법령을 해석하여 감액처분을 하였는데, 과세 대상에 관한 규정이 명확하지 않고 그에 관한 확립된 선례도 없어 甲의 처분이 위법하지 않은 경우 甲에게 수뢰후부정처사죄가 성립하지 않는다.
- ④ A가 오로지 공무원 甲을 함정에 빠뜨릴 의사로 직무와 관련되었다는 형식을 빌려 甲에게 금품을 공여한 경우 甲이 그 금품을 직무와 관련하여 수수한다는 의사를 가지고 받아들이면 수뢰죄가 성립한다.

- 【正解】 ② 형법각론 - 국가적법익에관한죄 : 뇌물죄 - 난이도 : 하
- ① ○ : 형법이 뇌물죄에 관하여 규정하고 있는 것은 공무원의 직무집행의 공정과 그에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 보호하기 위한 것이다. **법령에 기한 임명권**

자에 의하여 임용되어 공무에 종사하여 온 사람이 나중에 그가 임용결격자였음이 밝혀져 당초의 임용행위가 무효라고 하더라도, 그가 임용행위라는 외관을 갖추어 실제로 공무를 수행한 이상 공무 수행의 공정과 그에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가배수성은 여전히 보호되어야 한다. 따라서 이러한 사람은 형법 제129조에서 규정한 공무원으로 봄이 타당하고, 그가 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 때에는 수뢰죄로 처벌할 수 있다.(2014. 3. 27. 2013도11357)

- ② × : 본조(제132조)에 있어서 '공무원이 그 지위를 이용하여'라 함은 당해 직무를 처리하는 다른 공무원과 직무상 직접 또는 간접의 연관관계를 가지고 법률상 또는 사실상 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있는 공무원이 그 지위를 이용함을 말하며 공무원의 종류와 직위 여하를 불문하고 공무원의 지위에 있다 하여 모두 알선수뢰의 주체가 되는 것은 아니다(1984.4.10., 82도766). 따라서 혈연, 지연, 학연 등 개인적 친분관계를 이용한 경우에는 본죄가 성립하지 않는다.
- ③ ○ : 과세 대상에 관한 규정이 명확하지 않고 그에 관한 확립된 선례도 없었던 경우, 공무원이 주식회사로부터 뇌물을 받은 후 관계 법령에 대한 충분한 연구, 검토 없이 위 회사에 유리한 쪽으로 법령을 해석하여 감액처분하였더라도 위 감액처분이 위법하지 않으면 그 공무원이 수뢰 후 '부정한 행위를 한 것으로서 수뢰후부정처사죄를 범하였다고 볼 수는 없다.(1995.12.12. 95도2320)
- ④ ○ : 피고인의 뇌물수수가 공여자들의 합정교사에 의한 것이기는 하나, 뇌물공여자들에게 피고인을 합정에 빠뜨릴 의사만 있었고 뇌물공여의 의사가 전혀 없었다고 보기 어려울 뿐 아니라, 뇌물공여자들의 합정교사라는 사정은 피고인의 책임을 면하게 하는 사유가 될 수 없다고 한 사례(2008. 3. 13. 2007도10804)

문 11.

공범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하므로, 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 위 요건을 충족하면 공모공동정범으로서의 죄책을 진다.
- ② 시간적 차이가 있는 독립된 폭행행위가 경합하여 사망의 결과가 일어나고, 그 사망의 원인된 행위가 판명되지 않는 경우 공동정범의 예에 의하여 처벌한다.
- ③ 순차적 또는 암묵적으로 상통할 뿐 전체의 모의과정이 없었다면 공모관계가 성립하지 않으므로 공동정범으로 처벌할 수 없다.
- ④ 합동범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서의 공모와 객관적 요건으로서의 실행행위의 분담이 있어야 하고 그 실행행위에 있어서는 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있어야 한다.

- 【正解】 ③ 형법총론 - 공범론 - 난이도 : 하
- ① ○ : 공모 후 직접 실현행위를 하지 않고 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 공동정범의 역할분담을 인정할 수 있다.(2007도4702).
 - ② ○ : 시간적 차이가 있는 독립된 상해행위나 폭행행위가 경합하여 사망의 결과가 일어나고 그 사망의 원인된 행위가 판명되지 않는 경우에는 공동정범의 예에 의하여 처벌할 것이므로, 2시간 남짓한 시간적 간격을 두고 피고인이 두번째의 가해행위를 한 후, 피해자가 사망하였고 그 사망의 원인을 알 수 없더라도 피고인을 폭행치사죄의 동시범으로 처벌할 수 있다.(2000. 7.28. 2000도2466)
 - ③ × : 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에 있어 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 사람이라도 다른 공범자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다.(2013.8.23. 2013도5080).
 - ④ ○ : 합동범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서의 공모와 객관적 요건으로서의 실행행위의 분담이 있어야 하나, ~, 그 실행행위는 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있다고 볼 수 있는 사정이 있으면 되는 것이다(2012.6.28. 2012도2631)

문 12.

위법성조각사유에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 주민들이 농기계 등으로 그 주변의 농경지나 임야에 통행하기 위해 이용하는 자신 소유의 도로에 깊이 1m 정도의 구덩이를 판 경우 자구행위나 정당행위에 해당하지 않는다.
- ② 甲이 자신의 아버지 A에게서 A 소유 부동산의 매매에 관한 권한 일체를 위임받아 이를 매도하였는데, 그 후 A가 갑자기 사망하자 부동산 소유권

이전에 사용할 목적으로 A가 甲에게 인감증명서 발급을 위임한다는 취지의 인감증명 위임장을 작성한 후 주민센터 담당직원에게 제출한 경우 사망한 명의자 A의 승낙이 추정되므로 위법성이 조각된다.

- ③ 甲이 스스로 야기한 강간범행의 와중에서 피해자 A가 甲의 손가락을 깨물며 반항하자 물린 손가락을 비틀며 잡아 뽑다가 A에게 치아결손의 상해를 입힌 경우 긴급피난에 해당하지 않는다.
- ④ 甲이 경찰관의 불심검문을 받아 운전면허증을 교부한 후 인근 주민들이 있는 가운데 경찰관에게 큰 소리로 욕설을 하였는데, 이를 이유로 경찰관이 모욕죄의 현행범으로 체포하려고 하자 반항하면서 경찰관에게 상해를 가한 경우 정당방위에 해당한다.

- 【正解】 ② 형법총론 - 위법성론 - 난이도 : 중
- ① ○ : 주민들이 농기계 그 주변의 농경지나 임야에 통행하기 위해 이용하는 자신 소유의 도로에 깊이 1m 정도의 구덩이를 판 행위가 일반교통방해죄에 해당하고 자구행위나 정당행위에 해당하지 않는다(2007.3.15. 2006도9418).
 - ② × : 피고인 甲이 자신의 아버지 乙로부터 乙이 소유하는 부동산 매매에 관한 권한 일체를 위임받아 그 부동산을 매도하였는데, 그 후 乙이 갑자기 사망하자 부동산 소유권이전에 사용할 목적으로 乙이 자신에게 인감증명서 발급을 위임한다는 취지의 인감증명 위임장을 작성하여 주민센터 담당직원에게 이를 제출한 경우, 乙의 사망으로 포괄적인 명의사용의 근거가 되는 위임관계 내지 포괄적인 대리관계는 종료된 것으로 보아야 하므로 피고인은 더 이상 위임받은 사무처리와 관련하여 乙의 명의를 사용하는 것이 허용된다고 볼 수 없고, 피고인이 명의자 乙이 승낙하였을 것이라고 기대하거나 예측한 것만으로는 사망한 乙의 승낙이 추정된다고 단정할 수 없으므로 사문서위조죄가 성립한다.(2011. 9.29. 2011도6223)
 - ③ ○ : 1995. 1.12. 94도2781
 - ④ ○ : 피고인은 경찰관의 불심검문에 응하여 이미 운전면허증을 교부한 상태이고, 경찰관뿐 아니라 인근 주민도 욕설을 직접 들었으므로, 피고인이 도망하거나 증거를 인멸할 염려가 있다고 보기는 어렵고, 피고인의 모욕 범행은 불심검문에 항의하는 과정에서 저지른 일시적, 우발적인 행위로서 사안 자체가 경미할 뿐 아니라, 피해자인 경찰관이 범행현장에서 즉시 범인을 체포할 급박한 사정이 있다고 보기도 어려우므로, 경찰관이 피고인을 체포한 행위는 적법한 공무집행이라고 볼 수 없고, 피고인이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당한다.(2011.5.26. 2011도3682)

문 13.

절도죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 직원 甲이 회사 컴퓨터에 저장되어 있는 신체품시스템의 설계도면을 자신의 USB 저장장치에 저장하여 가지고 나온 경우 설계도면에 대한 절도죄가 성립한다.
- ② 甲이 A 소유의 토지에 권원 없이 식재한 감나무에서 감을 수확한 경우 감에 대한 절도죄가 성립한다.
- ③ 임차인 甲이 임대계약 종료 후 식당건물에서 퇴거하면서 종전부터 사용하던 냉장고의 전원을 켜 둔 채 그대로 두었다가 약 1개월 후 철거해 가는 바람에 그 기간 동안 전기가 소비되게 한 경우 전기에 대한 절도죄가 성립하지 않는다.
- ④ 甲이 내리막길에 주차된 자동차를 절취할 목적으로 조수석 문을 열고 시동을 걸려고 차 안의 기기를 만지다가 핸드브레이크를 풀게 되어 시동이 걸리지 않은 상태에서 약 10미터 전진하다가 가로수를 들이받은 경우 자동차에 대한 절도죄의 기수범이 성립하지 않는다.

- 【正解】 ① 형법각론 - 개인적법익에관한죄 : 절도죄 - 난이도 : 하
- ① × : 컴퓨터에 저장되어 있는 '정보' 그 자체는 재물이 될 수 없다 할 것이므로 이를 복사하거나 출력하는 행위를 가지고 절도죄를 구성한다고 볼 수 없다.(2002. 7.12. 2002도745)
 - ② ○ : 타인의 토지상에 권원 없이 식재한 수목의 소유권은 토지소유자에게 귀속하고 권원에 의하여 식재한 경우에는 그 소유권이 식재한 자에게 있으므로, 권원 없이 식재한 감나무에서 감을 수확한 것은 절도죄에 해당한다.(97도3425)
 - ③ ○ : 건물 임차인이 건물에서 퇴거하면서 건물 외벽 쪽에 설치하여 사용하던 냉장고의 전원이 연결되어 있는 상태로 두고 나온 경우 임차인은 퇴거 후에도 냉장고에 관한 점유·관리를 그대로 보유하고 있었다고 보아야 하므로, 냉장고를 통하여 전기를 계속 사용하였다고 하더라도 이는 당초부터 자기의 점유·관리하에 있던 전기를 사용한 것일 뿐 타인의 점유·관리하에 있던 전기가 아니므로 절도죄는 성립하지

않는다.(2008. 7.10. 2008도3252)

- ④ ○ : 자동차를 절취할 생각으로 자동차의 조수석문을 열고 들어가 시동을 걸려고 시도하는 등 차 안의 기기를 이것저것 만지다가 핸드브레이크를 풀게 되었는데 그 장소가 내리막길인 관계로 시동이 걸리지 않은 상태에서 약 10미터 전진하다가 가로수를 들이받는 바람에 멈추게 되었다면 절도의 기수에 해당한다고 볼 수 없을 뿐 아니라 도로교통법 제2조 제19호 소정의 자동차의 운전이 해당하지 아니한다.(1994. 9. 9. 94도1522)

문 14.

다음 사례에서 甲의 죄책에 대한 설명으로 옳은 것은?

A는 하산하다가 야생 멧돼지에게 쫓겨 급히 도망치며 달리던 중 마침 甲의 전원주택을 발견하고 그 집으로 뛰어 들어가 몸을 숨겨 위기를 모면하였다. 집주인 甲은 A를 도둑으로 오인하여, 그를 쫓아내려는 의도로 “도둑이야!” 라고 외쳤다. A가 자초지종을 설명하려고 다가가자 甲은 자신을 공격하려는 것으로 오인하여 그의 가슴을 힘껏 밀어 넘어뜨렸다.

- ① 법률의 착오 중 포섭의 착오에 해당하는 사례로서 판례에 따르면 오인에 정당한 이유가 있는 경우 책임이 조각된다.
- ② 우연방위의 사례로서 甲에게는 주관적 정당화 요소가 결여되었으므로 불가능이유추설에 따르면 폭행죄가 성립하지 않으므로 미수범으로 처벌된다.
- ③ 허용구성요건의 착오에 해당하는 사례로서 법효과 제한적 책임설에 따르면 甲에게 폭행의 구성요건적 고의가 인정되나 책임고의가 부정되어 폭행죄가 성립하지 않는다.
- ④ 오상방위의 사례로서 판례에 따르면 오인에 정당한 이유가 있는 경우 책임이 조각된다.

【正解】 ③ 형법총론 - 책임론 : 위법성의 인식 - 난이도 : 상

① A의 주거침입행위는 긴급피난에 해당하므로 위법하지 않다. 따라서 정당방위에서 요구되는 객관적전제상황은 존재하지 않는다.

② 같은 위법하지 않은 A의 긴급피난행위를 강도의 불법침입으로 오인하고 방위의사로 폭행한 오상방위(허용구성요건의 착오)를 저질렀다.

③ ○ : 오상방위의 해결에 관하여 다수설인 법률효과제한적책임설은 **고의의 이중적 기능**을 인정하는 입장에서 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오가 있는 경우에는 **구성요건적 고의는 그대로 인정되지만 책임요소로서의 고의가 부정**되어 법적 효과에 있어서는 마치 처음부터 구성요건적 고의가 조각된 것처럼 **과실범**의 문제로 취급해야 한다는 견해이다. 이에 따르면 과실폭행이 되나 처벌규정이 없으므로 무죄이다.

④ × : 대법원은 빈칸빈소총사건에서 **오인에 정당한 이유가 있으므로 위법하지 않다**고 하였다(1968.5.7. 파기환송68도370).

문 15.

(업무상)횡령죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부동산 입찰절차에서 甲, 乙, 丙이 대금을 분담하되 그중 1인인 甲 명의로 낙찰받기로 약정하고 낙찰을 받은 후 甲이 그 부동산을 임의로 처분한 경우 甲에게는 (업무상) 횡령죄가 성립한다.
- ② 학교법인을 운영하는 甲이 A사립학교의 교비회계자금을 같은 학교법인에 속하는 B사립학교의 교비회계에 사용한 경우 甲에게는 (업무상) 횡령죄가 성립한다.
- ③ 甲이 A에게 금전을 대여하면서 A로부터 그 담보로 동산을 교부받아 보관하고 있던 중 담보권의 범위를 벗어나서 그 동산 담보물을 처분한 경우 甲에게는 횡령죄가 성립한다.
- ④ 프랜차이즈 계약을 맺은 가맹점주 甲이 물품판매대금의 일부를 본사로 송금하지 않고 임의로 소비한 경우 甲에게는 (업무상) 횡령죄가 성립하지 않는다.

【正解】 ① 형법각론 - 개인적법익에관한죄 : 횡령죄 - 난이도 : 중

① × : **부동산 입찰절차**에서 수인이 대금을 분담하되 그 중 1인 명의로 낙찰받기로 약정하여 그에 따라 낙찰이 이루어진 경우, 그 입찰절차에서 **낙찰인의 지위에 서게 되는 사람은 어디까지나 그 명의인**이므로 입찰목적부동산의 소유권은 경락대금을 실질적으로 부담한 자가 누구인가와 상관없이 **그 명의인**이 취득한다 할 것이므로 그 부동산은 횡령죄의 객체인 타인의 재물이라고 볼 수 없어 명의인이 이를 임의로 처분하더라도

횡령죄를 구성하지 않는다.(2000.9.8. 2000도258).

- ② ○ : 사립학교법 제29조 및 같은 법 시행령에 의해 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고 **학교회계 중 특히 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 용도가 엄격히 제한되어 있으므로 교비회계자금을 다른 용도에 사용하였다면 그 자체로서 횡령죄**가 성립하고(2003. 5. 30. 2002도235 판결 등 참조), 이는 사립학교법상 교비회계에 속하는 금원을 같은 학교법인에 속하는 다른 학교의 교비회계에 사용한 경우에도 마찬가지이다(2002. 5. 10. 2001도1779).
- ③ ○ : 채무자가 채무이행의 담보를 위하여 **동산에 관한 양도담보계약**을 체결하고 점유개정의 방법으로 여전히 그 동산을 점유하는 경우 그 계약이 채무의 담보를 위하여 양도의 형식을 취하였을 뿐이고 실질은 채무의 담보와 담보권실행의 청산절차를 주된 내용으로 하는 것이라면 별단의 사정이 없는 한 **그 동산의 소유권은 여전히 채무자에게 남아 있고, 채권자는 단지 양도담보물권을 취득**하는 데 지나지 않으므로 **그 동산을 다른 사유에 의하여 보관하게 된 채권자는 타인 소유의 물건을 보관하는 자로서 횡령죄의 주체가 될 수 있다.**(1989.4.11. 88도906)
- ④ ○ : 1989.4.11., 98도292

문 16.

甲에게 허위공문서작성죄가 성립하지 않는 경우는? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 준공감사관 공무원 甲이 정산설계서에 의하여 준공감사를 하지 않고도 준공감사를 하였다^고 준공감사조서에 기재하였지만, 준공감사조서의 내용이 객관적으로 정산설계서 초안이나 그 후에 작성된 정산설계서 원본의 내용과 일치한 경우
- ② 건축담당 공무원 甲이 건축허가신청서를 접수처리함에 있어 건축법상의 요건을 갖추지 못하고 설계된 사실을 알면서도 기안서인 건축허가통보서를 작성하여 건축허가서의 작성명의인인 군수의 결재를 받아 건축허가서를 작성한 경우
- ③ 공무원 甲이 폐기물처리사업계획이 관계 법령의 규정에 적합하지 않음을 알았음에도 불구하고 적합하다는 내용의 통보서를 작성한 경우
- ④ 공무원 甲이 A의 부탁을 받아 A가 세대주임에도 불구하고 A의 동거가족 B를 세대주인 것처럼 된 주민등록표를 작성한 경우

【正解】 ② 형법각론 - 사회적법익에관한죄 : 문서죄 - 난이도 : 중

① ○ : 준공감사조서를 작성함에 있어서 **정산설계서를 확인하고 준공감사를 한 것이 아닌 예도** 마치 한 것처럼 준공감사용지에 **“정산설계서에 의하여 준공감사”**를 하였다^는 내용을 기입하였다면 허위공문서작성의 범의가 있었음이 명백하여 그것만으로 곧 허위공문서작성죄가 성립하고 위 준공감사조서의 내용이 객관적으로 정산설계서 초안이나 그 후에 작성된 정산설계서 원본의 내용과 일치한다거나 공사현장의 준공상태에 부합한다 하더라도 그 성립에 아무런 영향을 미치지 못한다.(1983. 12. 27. 82도3063)

② × : 건축 담당 공무원이 건축허가신청서를 접수처리함에 있어 건축법상의 요건을 갖추지 못하고 설계된 사실을 알면서도 기안서인 **건축허가통보서를 작성**하여 건축허가서의 작성명의인인 군수의 결재를 받아 건축허가서를 작성한 경우, 건축허가서는 그 작성명의인인 군수가 건축허가신청에 대하여 이를 관계 법령에 따라 허가한다는 내용에 불과하고 위 건축허가신청서와 그 첨부서류에 기재된 내용(건축물의 건축계획)이 건축법의 규정에 적합하다는 사실을 확인하거나 증명하는 것은 아니라 할 것이므로 군수가 위 건축허가통보서에 결재하여 위 건축허가신청을 허가하였다면 위 **건축허가서에 표현된 허가의 의사표시 내용 자체에 어떠한 허위가 있다고 볼 수는 없다** 할 것이어서, 이러한 건축허가에 그 요건을 구비하지 못한 잘못이 있고 이에 담당 공무원의 위법행위가 개입되었다 하더라도 그 위법행위에 대한 책임을 추궁하는 것은 별론으로 하고 위 건축허가서를 작성한 행위를 허위공문서작성죄로 처벌할 수는 없다.(2000.6.27. 2000도1858)

③ ○ : 허위공문서작성죄란 공문서에 진실에 반하는 기재를 하는 때에 성립하는 범죄이므로, **고의로 법령을 잘못 적용**하여 공문서를 작성하였다^고 하더라도 그 **법령적용의 전제가 된 사실관계에 대한 내용에 거짓이 없다면** 허위공문서작성죄가 성립될 수 없다(2003.2.11. 2002도4293)

④ ○ : 지방공무원인 피고인이 갑으로부터 부탁을 받고 1989.4.15.까지는 갑이 세대주이고 처인 을은 동거가족에 불과하였음에도 불구하고 마치 1988.3.26.부터 **을이 세대주인 것처럼 된 세대별 주민등록표 1장을 작성하여 동사무소의 주민등록표 보관함에 비치**한 행위는 허위공문서작성 및 동행사죄에 해당한다.(1990.10.16. 90도1199)

문 17.

신용카드 범죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 절취한 타인의 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체시킨 후 그 예금계좌에서 현금을 인출한 경우 현금에 대한 절도죄는 성립하지 않는다.

- ② 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받은 경우 현금에 대한 절도죄가 성립한다.
- ③ 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드 번호와 그 비밀번호를 이용하여 ARS전화서비스나 인터넷 등을 통하여 신용대출을 받는 방법으로 재산상 이익을 취득하는 경우 컴퓨터 등 사용 사기죄가 성립한다.
- ④ 신용카드를 절취한 사람이 물품 대금의 결제를 위해 신용카드를 제시하고 카드회사의 승인까지 받았다면 매출전표에 서명한 사실이 없고 도난 카드임이 밝혀져 최종적으로 매출취소로 거래가 종결되었다 하더라도 「여신전문금융업법」의 신용카드 부정사용죄의 기수범이 성립한다.

【正解】 ④ 형법각론 - 개인적법익에관한죄 : 사기죄 - 난이도 : 중

① ○ : 절취한 타인의 신용카드를 이용하여 현금지급기에서 계좌이체를 한 행위는 컴퓨터 등사용사기죄에서 컴퓨터 등 정보처리장치에 관한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 한 행위에 해당함은 별론으로 하고 이를 절취행위라고 볼 수는 없고, 한편 위 계좌이체 후 현금지급기에서 현금을 인출한 행위는 자신의 신용카드나 현금카드를 이용한 것이어서 이러한 현금인출이 현금지급기 관리자의 의사에 반한다고 볼 수 없어 절취행위에 해당하지 않으므로 절도죄를 구성하지 않는다.(2008. 6. 12. 2008도2440)

② ○ : 피고인이 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위는 카드회사에 의하여 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아니라, 현금자동지급기의 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제한 채 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 행위로서 절도죄에 해당한다.(2006.7.27. 2006도3126)

③ ○ : 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드의 번호와 그 비밀번호를 이용하여 ARS 전화서비스나 인터넷 등을 통하여 신용대출을 받는 방법으로 재산상 이익을 취득하는 행위 역시 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아닌 이상, 컴퓨터 등 정보처리장치에 관한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이익을 취득하는 행위로서 컴퓨터 등 사용사기죄에 해당한다.(2006.7.27. 2006도3126)

④ × : 신용카드법 제25조 제1항 소정의 신용카드부정사용죄의 구성요건적 행위인 신용카드의 사용이라 함은 신용카드의 소지인이 신용카드의 본래 용도인 대금결제를 위하여 가맹점에 신용카드를 제시하고 매출표에 서명하여 이를 교부하는 일련의 행위를 가리키므로, 단순히 신용카드를 제시하는 행위만으로는 신용카드부정사용죄의 실행에 착수한 것에 불과하고 그 사용행위를 완성한 것으로 볼 수 없다(1993. 11. 23. 93도604)

문 18. 교사범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때 교사자의 경우 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.
- ② 교사범이 그 공범관계로부터 이탈하기 위해서는 피교사자가 범죄의 실행 행위에 나아가기 전에 교사범에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의를 해소하는 것이 필요하다.
- ③ 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하지 아니한 경우 피교사자는 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.
- ④ 피교사자가 이미 범죄의 결의를 가지고 있을 때에는 교사범이 성립할 여지가 없다.

【正解】 ③ 형법총론 - 공범론 - 난이도 : 하

① ○ : 효과 없는 교사(제31조 제2항)

② ○ : 교사범이 그 공범관계로부터 이탈하기 위해서는 피교사자가 범죄의 실행행위에 나아가기 전에 교사범에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의를 해소하는 것이 필요하고, ~, 교사자는 형법 제31조 제2항에 의한 죄책을 부담함은 별론으로 하고 형법 제31조 제1항에 의한 교사범으로서의 죄책을 부담하지는 않는다고 할 수 있다.(2012.11.15. 2012도7407)

③ × : 실패한 교사(제31조 제3항) : 피교사자는 무죄이고, 교사자만 예비음모에 준하여 처벌될 뿐이다.

④ ○ : 이미 범행결의를 하고 있는 자에게 대하여 교사한 경우에는 실패한 교사의 하나로서 예비음모에 준하거나(31조3항) 중범으로 처벌된다(2013.9.12., 2012도2744).

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

- ① 법정형에 징역형과 벌금형이 선택형으로 규정되어 있는 범죄에서 벌금형을 선택하여 처벌하는 경우에 노역장 유치기간은 법정형에서 정한 징역

- 형의 상한을 초과하여 정할 수 없다.
- ② 벌금을 선고할 때에는 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 한다.
- ③ 벌금을 납입하지 아니하는 자에 대한 노역장 유치기간은 벌금액수가 아무리 많더라도 3년을 초과할 수 없다.
- ④ 선고하는 벌금이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 500일 이상의 유치기간을 정하여야 한다.

【正解】 ① 형법총론 - 형벌론 - 난이도 : 하

① × : 벌금형에 대한 노역장유치기간의 산정에는 형법 제69조 제2항에 따른 제한이 있을 뿐 그 밖의 다른 제한이 없으므로, 징역형과 벌금형 가운데서 벌금형을 선택하여 선고하면서 그에 대한 노역장유치기간을 환산한 결과 선택형의 하나로 되어 있는 징역형의 장기보다 유치기간이 더 길 수 있게 되었다 하더라도 이를 위법이라고 할 수는 없다(2000. 11. 24. 2000도3945).

②③ ○ : 제70조 제1항-제2항

④ ○ : 제69조 제2항

문 20. 다음 중 판례가 긍정하는 것만을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 편면적 방조에 있어서 공범종속성
- ㄴ. 예비단계에 있어서 방조범 성립
- ㄷ. 합동절도의 공동정범 성립
- ㄹ. 허위공문서작성죄의 간접정범 성립
- ㅁ. 강간치상죄의 동시범특례규정 적용

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

【正解】 ① ㄱㄷㄹ 형법총론 - 공범론 - 난이도 : 중

㉠ ○ : 편면적 중범에서도 정범의 범죄행위 없이 방조범만이 성립될 수 없다.(1974.5.28. 74도509)

㉡ × : 형법 32조 1항 소정 타인의 범죄란 정범이 범죄의 실행에 착수한 경우를 말하는 것이므로 중범이 처벌되기 위하여는 정범의 실행의 착수가 있는 경우에만 가능하고 형법 전체의 정신에 비추어 정범이 실행의 착수에 이르지 아니한 예비의 단계에 그친 경우에는 이에 가공하는 행위가 예비의 공동정범이 되는 경우를 제외하고는 중범의 성립을 부정하고 있다고 보는 것이 타당하다.(1976.5.25. 75도1549)

㉢ ○ : 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(1998. 5. 21. 98도321 전원합의체).

㉣ ○ : 공무원 갑이 허위의 사실을 기재한 자동차운송사업변경(증차)허가신청 검토조서를 작성한 다음 이를 자동차운송사업변경(증차)허가신청 검토보고에 첨부하여 결재를 상신하였고, 담당계장으로서 그와 같은 사정을 알고 있는 중간 결재자인 피고인과 담당과장으로서 그와 같은 사정을 모르는 최종 결재자인 을이 차례로 결재를 하여 자동차운송사업 변경허가가 이루어진 사안에서, 피고인과 갑의 행위가 허위공문서작성죄의 간접정범에 해당하는데도 공동정범에 해당한다고 본 원심판단은 잘못이지만, 그러한 잘못은 판결에 영향을 없다(2011.5.13. 2011도1415)

㉤ × : 형법 제263조의 동시범은 상해와 폭행죄에 관한 특별규정으로서 동 규정은 그 보호법익을 달리하는 강간치상죄에는 적용할 수 없다.(1984.4.24. 84도372)

