

형법 기출해설

해설 - 남상근 교수(종로공무원경찰학원)

1. 죄형법정주의에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「의료법」 제41조가 “환자의 진료 등에 필요한 당직의료인을 두어야 한다.”라고 규정하고 있을 뿐인데도 「의료법 시행령」 제18조 제1항이 당직의료인의 수와 자격 등 배치기준을 규정하고 이를 위반하면 「의료법」 제90조에 의한 처벌의 대상이 되도록 함으로써 형사처벌의 대상을 신설 또는 확장한 경우, 본 시행령 조항은 위임입법의 한계를 벗어나 무효이다.
- ② 과거에 이미 행한 범죄에 대하여 공소시효를 정지시키는 법률이라 하더라도 그 사유만으로 형벌불소급의 원칙에 언제나 위배되는 것은 아니다.
- ③ 「청소년보호법」 제30조 제8호 소정의 “풍기를 문란하게 하는 영업행위를 하거나 그를 목적으로 장소를 제공하는 행위”라는 문구는 “청소년에 대하여 이성혼숙을 하게 하거나 그를 목적으로 장소를 제공하는 행위” 등이라고 볼 수 있으므로 명확성원칙에 반하지 않는다.
- ④ 「도로교통법」상 도로가 아닌 곳에서 운전면허 없이 운전한 행위를 무면허운전으로 처벌하는 것은 유추해석금지원칙에 반하지 않는다.

1. 정답 ④

해설

- ① 법률주의 등에 위반되는 경우
의료법 제41조가 각종 병원에 두어야 하는 당직의료인의 수와 자격에 아무런 제한을 두고 있지 않음에도, ‘병원에 두어야 하는 당직의료인의 수는 입원환자 200명까지는 의사 등의 경우 1명, 간호사의 경우 2명을 두되, 입원환자 200명을 초과하는 200명마다 의사 등의 경우 1명, 간호사의 경우 2명을 추가한 인원수로 한다’라는 의료법 시행령 제18조 제1항 규정 (대법원 2017. 2.16. 2015도16014 숲숨 야간 당직의사 없는 병원 사건 I) (同旨 대법원 2017. 2.21. 2015도14966 야간 당직의사 없는 병원 사건 II)[19년 1차대비 판례특강 교재 17년 판례 [1]번 판례]
- ② (1) 공소시효가 아직 완성되지 않은 경우 진행중인 공소시효를 연장하는 법률은, 공익이 개인의 신뢰보호이익에 우선하는 경우에는 헌법상 정당화될 수 있다. (2) 공소시효가 이미 완성된 경우 그 공소시효를 연장하는 법률은, 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 적어 개인의 신뢰이익을 관철하는 것이 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다.(헌법재판소 1996. 2.16. 96헌가2 5:18특별법 위헌제청 사건) [19년 2차대비 판례특강 교재 4번 판례]
- ③ 대법원 2003.12.26. 2003도598.(기본 판례).
- ④ 운전면허 없이 자동차 등을 운전한 곳이 일반교통경찰권이 미치는 공공성이 있는 장소가 아니라 특정인이나 그와 관련된 용건이 있는 사람만 사용할 수 있고 자체적으로 관리되는 곳이라면 도로교통법에서 정한 ‘도로에서 운전’한 것이 아니므로 무면허운전으로 처벌할 수 없다.(대법원 2017.12.28. 2017도17762 아파트 주차장 무면허운전사건)[19년 1차대비 판례특강 교재 7-1번 판례]

2. 「형법」의 적용범위에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행위시와 재판시 사이에 법률이 수차례 변경된 때에는 언제나 가장 최근의 신법을 적용해야 한다.

- ② 죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람에 대해서는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입한다.
- ③ 피고인이 뉴질랜드 시민권을 취득함으로써 우리나라 국적을 상실한 후 뉴질랜드에서 대한민국 국민에 대해 사기죄를 범한 경우, 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하고 그에 대한 소추나 형의 집행을 면제되지 않은 경우에 한하여 「형법」 제6조(보호주의)에 따라 우리 「형법」을 적용할 수 있다.
- ④ 「형법」은 세계주의에 관한 규정을 두고 있다.

2. 정답 ①

해설

- ① 범죄행위시와 재판시 사이에 여러 차례 법령이 개정되어 형의 변경이 있는 경우에는 형법 제1조 제2항에 의하여 그 전부의 법령을 비교하여 그 중 가장 형이 가벼운 법령을 적용하여야 한다.(대법원 2012. 9.13. 2012도7760 특강법 수회 개정 사건) [19년 2차대비 판례특강 교재 15-1번 판례]
- ② 형법 제7조 규정
- ③ 대법원 2008.7.24. 2008도4085.
- ④ 통합형법 총론 71면

3. 인과관계에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 조건설은 인과관계 판단의 출발점을 제시한다는 의의가 있으나, 인과관계의 범위가 무한히 확장될 우려가 있다는 비판을 받고 있다.
- ② 공장에서 동료 사이에 말다툼을 하던 중 피고인이 피해자에게 상당한 힘을 가하여 넘어뜨린 것이 아니라, 피고인의 샷대질을 피하려고 뒷걸음치던 피해자가 장애물에 걸려 넘어져 두개골절로 사망한 경우 피고인에게 폭행치사죄의 책임을 물을 수 없다.
- ③ 자동차가 횡단보도에 먼저 진입한 경우로서 그대로 진행하더라도 보행자의 횡단을 방해하거나 통행에 아무런 위험을 초래하지 아니할 상황이라면 보행자 신호가 녹색으로 바뀐 경우라도 그대로 진행할 수 있다고 보아야 하므로, 피고인이 운전하는 차량이 이미 횡단보도에 먼저 진입한 뒤에 보행자 신호가 녹색으로 바뀌었고, 바뀐 신호만을 보고 횡단보도에 진입한 피해자를 피고인이 그대로 충격하여 피해자에게 상해를 입힌 경우에는 피고인의 과실과 피해자가 입은 상해 사이에는 상당인과관계가 인정되지 않는다.
- ④ 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이 사망하고 나머지 차량 운전자 등 피해자들이 상해를 입은 경우, 피고인의 정차 행위와 사상의 결과 발생 사이에 상당인과관계가 인정된다.

3. 정답 ③

해설

- ① 인과관계가 긍정되는 범위가 지나치게 확대된다는 비판이 있다. 예를 들면 살인범의 추산도 피해자의 사망에 대해서 인과관계를 인정한다.[통합형법 총론 119면]
- ② 동료 사이에 말다툼을 하던 중 피고인이 샷대질하는 것을 피하고자 피해자 자신이 두어걸음 뒷걸음치다가 회전 중이던 십자형 스빙기계 철받침대에 걸려 넘어진 정도라면, 당시 바닥에 위와 같은 장애물이 있어서 뒷걸음치면 장애물에 걸려 넘어질 수 있다는 것까지는 예견할 수 있었다고 하더라도 그 정도로 넘어지

면서 머리를 바닥에 부딪쳐 두개골절로 사망한다는 것은 이례적인 일이어서 통상적으로 일반인이 예견하기 어려운 결과라고 하지 않을 수 없으므로 피고인에게 폭행치사죄의 책임을 물을 수 없다.(대법원 1990. 9.25. 90도1596 삿대질 사건)[19년 2차대비 판례특강 교재 205번 판례]

③ 대법원 2017.3.15. 2006도17442

④ 대법원 2014.7.24. 2014도6206

4. 사실의 착오(구성요건적 착오)에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㉠ 「형법」에는 사실의 착오에 관한 규정이 없어, 사실의 착오 문제를 해결하는 것은 오롯이 학설에 위임되어 있다.
- ㉡ 乙을 살해할 의사로 乙을 향해 총을 쏘으나 빗나가 옆에 있던 丙에게 명중하여 丙이 사망한 경우 구체적 부합설과 법정적 부합설의 결론이 다르다.
- ㉢ 판례의 입장에 따르면 ㉡의 사례에서 乙에 대한 살인죄의 미수와 丙에 대한 과실치사죄의 상상적 경합이 성립한다.
- ㉣ 추상적 부합설에 따르면 ㉡의 사례에서 살인죄의 고의기수가 성립한다.
- ㉤ 법정적 부합설은 사람을 살해할 의사로 사람을 살해했음에도 불구하고 살인미수라고 하는 것은 일반인의 법감정에 반한다는 비판을 받는다.

- ① ㉠㉡ ② ㉡㉢ ③ ㉠㉢ ④ ㉢㉤

4. 정답 ②

해설

㉠ 형법 제15조 제1항“사실의 착오”에 관한 규정이 명문화 되어 있고, 15조 1항이 우선적으로 적용되어야 하고 15조 1항이 적용되지 않을 경우 학설에 위임되어 있다.[통합형법 총론 137면]

㉡㉢ 구체적사실의 착오 중에서 방법의 착오로 구체적부합설에 의하면 을(乙)에 대한 살인미수죄와 병(丙)에 대한 과실치사죄의 상경이 되고 추상적부합설에 의하면 병(丙)에 대한 살인죄 기수가 된다.[통합형법 총론 143면]

㉣ 판례인 법정적부합설에 의하면 병(丙)에 대한 살인죄 기수가 된다.[통합형법 총론 143면]

㉤ 사람을 살해고의로 살해 하였음에도 불구하고 살인미수라고 하는 것은 일반인의 법감정에 반한다는 비판은 구체적 부합설에 대한 비판이다[통합형법 총론 141면]

5. 정당행위에 해당하여 위법성이 조각되는 것만을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 의사가 모발이식시술을 하면서 이에 관하여 어느 정도 지식을 가지고 있는 간호조무사로 하여금 환자의 머리부위 진피층까지 찢러 넣는 방법으로 수여부에 모발을 삽입하는 행위 자체 중 일정 부분을 직접 하도록 맡겨둔 채 별반 관여하지 않은 경우
- ㉡ 공사업자가 이전 공사대금의 잔금을 지급받지 못하자 추가로 자동문의 번호키 설치공사를 도급받아 시공하면서 자동문이 수동으로만 여닫히게 설정하여 일시적으로 자동잠금장치로서 역할을 할 수 없게 한 경우
- ㉢ 신문기자인 피고인이 고소인에게 2회에 걸쳐 증여세 포탈에 대한 취재를 요구하면서 이에 응하지 않으면 자신이 취재한 내용대로 보도하겠다고 말하여 협박한 경우
- ㉣ 실내 어린이 놀이터에서 자신의 딸(4세)에게 피해자가 다가와 딸이 가지고 놀고 있는 블

록을 발로 차고 손으로 집어 들면서 쌓아놓은 블록을 무너뜨리고, 이에 딸이 올라 피고인이 피해자에게 “하지 마, 그러면 안 되는 거야”라고 말하면서 몇 차례 피해자를 제지하자 피해자가 갑자기 딸의 눈 쪽을 향해 오른손을 뻗었고 이를 본 피고인이 왼손을 내밀어 피해자의 행동을 제지하여 피해자가 바닥에 넘어져 충격방지용 고무매트가 깔린 바닥에 엉덩방아를 찧게끔 한 경우

㉞ 건설업체 노조원들이 ‘임·단협 성실교섭 촉구 결의대회’를 개최하면서 신고하지 아니하고 700여 명이 이동하는 중에 앞선 100여 명이 30분간에 걸쳐 편도 2차로를 모두 차지하고 삼보일배 행진을 하여 차량의 통행을 다소간 방해한 경우

- ① ㉠㉡㉢ ② ㉢㉣㉤ ③ ㉣㉤㉥ ④ ㉠㉡㉤

5. 정답 ③

해설

㉠ 의사가 모발이식시술을 하면서 이에 관하여 어느 정도 지식을 가지고 있는 간호조무사로 하여금 모발이식시술행위 중 일정 부분을 직접 하도록 맡겨둔 채 별반 관여하지 않은 경우에 정당행위에 해당하지 않는다.(대법원 2007. 6.28. 2005도8317 간호조무사 모발이식 사건)[19년 2차대비 판례특강 교재 49-1번 판례]

㉡ 대법원 2016.11.25. 2016도9219

㉢ 정당행위에 해당하는 경우 - 업무 관련

신문기자인 피고인이 고소인에게 2회에 걸쳐 증여세 포탈에 대한 취재를 요구하면서 이에 응하지 않으면 자신이 취제한 내용대로 보도하겠다고 말한 경우(대법원 2011. 7.14. 2011도639 검찰신문 취재부장 사건)[19년 2차대비 판례특강 교재 48번 판례]

㉣ 대법원 2014.3.37. 2012도11204 실내어린이놀이터사건[통합형법 총론 229면 12번 판례]

㉤ 대법원 2009.7.23. 2009도840.

6. 책임능력에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형법」 제9조의 형사미성년자는 14세 미만의 자를 말한다.
- ② 10세인 형사미성년자에 대해서는 좁은 의미의 형벌뿐만 아니라 보안처분도 부과할 수 없다.
- ③ 정신적 장애가 있더라도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 의사결정능력(행위통제능력)이 있었다고 판단되는 경우에는 책임이 조각되지 않는다.
- ④ 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 「형법」 제10조 제3항은 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위만이 아니라 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위까지도 포함한다.

6. 정답 ②

해설

② 10세이상 14세 미만인 형사미성년자에게는 형벌은 부과할 수 없지만 보안처분은 가능하다.[통합형법 총론 241면]

7. 불능미수에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 불능미수는 행위자가 실제로 존재하지 않는 사실을 존재한다고 오인하였다는 측면에서 존재하는 사실을 인식하지 못한 사실의 착오와 다르다.
- ② 장애미수 또는 중지미수는 범죄의 실행에 착수할 당시 실행행위를 놓고 판단하였을 때 행위자가 의도한 범죄의 기수가 성립할 가능성이 있었으므로 처음부터 기수가 될 가능성이 객관적으로 배제되는 불능미수와 구별된다.
- ③ '결과 발생의 불가능'은 실행의 수단 또는 대상의 원시적 불가능성으로 인하여 범죄가 기수에 이를 수 없는 것을 의미한다.
- ④ 준강간죄가 성립하기 위해서는 피해자의 '심신상실 또는 항거불능의 상태를 현실적으로 이용'할 필요는 없고, 피해자가 사실상 심신상실 또는 항거불능 상태에 있기만 하면 족하며 피고인이 이를 알고 있을 필요도 없다.

7. 정답 ④

해설

①②③④ 장애미수·중지미수와 불능미수의 차이점

1. 장애미수 또는 중지미수는 범죄의 실행에 착수할 당시 실행행위를 놓고 판단하였을 때 행위자가 의도한 범죄의 기수가 성립할 가능성이 있었으므로 처음부터 기수가 될 가능성이 객관적으로 배제되는 불능미수와 구별된다.(대법원 2019.3.28. 2018도16002 전합 만취한 것으로 오해한 사건)
2. 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음하였으나 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능상태에 있지 않으면 준강간죄의 불능미수가 성립한다(대법원 2019.3.28. 2018도16002 전합). 피고인 갑(甲)이 밤 10시부터 자신의 집에서 와이프 을(乙), 피해자 병(丙)(와이프 을의 친구)과 함께 술을 마신 후 을(乙)이 먼저 잠이 들고 새벽2시경 병(丙)도 안방으로 들어가 자 병(丙)을 따라 들어간 뒤, 병(丙)이 술에 만취한 것으로 오인하고 간음을 하였으나 실제로는 병(丙)이 항거불능상태가 아니었던 사건에 대한 것이다. 대법원은 준강간의 고의를 가지고 실행에 착수한 것이고 또한 준강간이라는 결과발생은 불가능하지만 위험성이 인정되므로 준강간죄 불능미수죄 성립한다고 판시하였다.[19년 2차대비 판례특강 최신판례 유인물 제공 4번 판례]

8. 부작위범에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 「형법」은 부작위범의 성립요건을 별도로 규정하고 있다.
- ㉡ 진정부작위범은 그 속성상 미수가 불가능하며, 「형법」도 진정부작위범의 미수에 대한 처벌규정을 두고 있지 않다.
- ㉢ 부진정부작위범의 구성요건인 보증인적 지위(작위의무)는 신의칙이나 조리에 의해서도 발생한다.
- ㉣ 부진정부작위범을 작위범과 동일하게 평가하기 위해서는 보증인적 지위 외에 부작위와 작위의 동가치성(상응성)을 요하며, 이는 「형법」이 명문으로 규정하고 있다.
- ㉤ 부작위범의 공동정범은 성립할 수 있으나, 부작위에 의한 교사범은 성립할 수 없다.

- ① ㉠㉢㉣ ② ㉠㉣㉤ ③ ㉢㉣㉤ ④ ㉣㉤㉥

8. 정답 ②

해설

- ㉠ 형법 제18조 규정
- ㉡ 진정부작위범 미수규정 있다. 퇴거불응죄, 집합명령위반죄[통합형법 총론 113면]

㉔ 살인죄와 같이 일반적으로 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 이른바 부진정 부작위 범의 경우에는 보호법익의 주체가 그 법익에 대한 침해위험에 대처할 보호능력이 없고, 부작위행위자에게 그 침해위험으로부터 법익을 보호해 주어야 할 법적 작위의무가 있을 뿐 아니라, 부작위행위자가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 지배하고 있어 그 작위의무의 이행으로 결과발생을 쉽게 방지할 수 있어야 그 부작위로 인한 법익침해가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것으로서 범죄의 실행행위로 평가될 수 있다. 다만 여기서의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다.(대법원 2015.11.12. 2015도6809 손승 세월호 사건)[19년 2차대비 판례특강 교재 122-1번 판례]

㉕ 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, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있고 형법규정에는 없고 보다 시피 판례에서 인정한다.(대법원 2008. 2.28. 2007도9354 짝퐁 법무사 사건) [19년 2차대비 판례특강 교재 122-2번 판례]

㉖ 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다.(대법원 2009. 2.12. 2008도9476 세경대학교 사건) 하지만 부작위에 의한 교사는 인정될 수 없지만 부작위에 의한 방조는 인정된다.[통합형법 총론 113면]

9. 범죄관여(가담)형태에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 극단적 종속형식에 따르면 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하면 유책하지 않은 때에도 공범은 성립할 수 있다.
- ② 사기의 공모공동정범은 순차적·암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하지만, 이러한 공모가 이루어졌다 하더라도 실행행위에 직접 관여하지 아니하여 기망방법을 구체적으로 몰랐다면 공모관계는 부정된다.
- ③ 업무상의 임무라는 신분관계가 없는 자가 신분관계 있는 자와 공모하여 업무상배임죄를 범한 경우, 신분관계가 없는 공범도 업무상배임죄에 정한 형으로 처벌한다.
- ④ 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에는 피해자도 포함될 수 있으므로 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우에도 강제추행죄의 간접정범이 성립할 수 있다.

9. 정답 ④

해설

- ① 극단적 종속형식에 의하면 공범은 성립하지 않고 간접정범이 성립한다.[통합형법 총론 314면]
- ② 딱지어음들을 발행하여 매매한 피고인들이 이를 사용한 사기의 실행행위에 직접 관여하지 않았더라도 그 사기범행에 관하여 암묵적, 순차적으로 공모하였다고 볼 수 있다면, 딱지어음들의 전전유통경로나 중간 소지인들 및 그 기망방법을 구체적으로 몰랐더라도 공모관계를 부정할 수 없기 때문에 사기죄의 공동정범이 된다[19년 2차대비 판례특강 교재 86-2번 판례]
- ③ 업무상배임죄는 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 한다.(대법원 2012.11.15. 2012도6676 Q22합금 특허사건) 업무상

배임죄가 '성립'하지만, 단순배임죄에 정한 형으로 '처벌(과형)'[19년 2차대비 판례특강 교재 116-1번 판례]

④ 강제추행죄는 사람의 성적 자유 내지 성적 자기결정의 자유를 보호하기 위한 죄로서 정범 자신이 직접 범죄를 실행하여야 성립하는 자수범이라고 볼 수 없으므로 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로도 범할 수 있다. 여기서 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에는 피해자도 포함될 수 있다고 봄이 타당하므로, 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우에도 강제추행죄의 간접정범에 해당할 수 있다. (대법원 2018. 2. 8. 2016도17733 셀프추행 강요 사건)[19년 2차대비 판례특강 교재 100-1번 판례]

10. 죄수(罪數)에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우에는 가장 중한 죄에 정한 형의 장기 또는 다액의 2분의 1까지 가중한다.
- ② 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정전에 범한 죄를 경합범으로 한다.
- ③ 전기통신금융사기의 범인이 피해자를 기망하여 피해자의 돈을 사기이용계좌로 송금·이체받은 후에 사기이용계좌에서 현금을 인출한 행위는 불가벌적 사후행위로서 따로 횡령죄를 구성하지 않는다.
- ④ 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 된 경우, 폭행행위가 이른바 불가벌적 수반행위에 해당하여 업무방해죄에 흡수된다고 볼 수 없다.

10. 정답 ①

해설

- ① 형법 제40조 규정
- ② 형법 제37조 규정
- ③ 전기통신금융사기(이른바 보이스피싱 범죄)의 범인이 피해자를 기망하여 피해자의 돈을 사기이용계좌로 송금·이체받은 후 그 계좌에서 현금을 인출하였다고 하더라도 이는 사기의 피해자에 대하여 따로 횡령죄를 구성하지 아니한다. 그리고 이러한 법리는 사기범행에 이용되리라는 사정을 알고서도 자신 명의 계좌의 접근매체를 양도함으로써 사기범행을 방조한 중범이 사기이용계좌로 송금된 피해자의 돈을 임의로 인출한 경우에도 마찬가지로 적용된다.(대법원 2017. 5.31. 2017도3045 보이스피싱 사건 I) [19년 1 차대비 판례특강 교재 33-2번 판례]
- ④ 업무방해죄와 폭행죄는 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 업무방해죄의 성립에 일반적·전형적으로 사람에게 대한 폭행행위를 수반하는 것은 아니며, 폭행행위가 업무방해죄에 비하여 별도로 고려되지 않을 만큼 경미한 것이라고 할 수도 없으므로, 설령 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다고 하더라도 그러한 폭행행위가 이른바 '불가벌적 수반행위'에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다.[19년 2차대비 판례특강 교재 148-1번 판례]

11. 상해와 폭행의 죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피해자의 신체에 대한 접촉이 없다 하더라도 부딪칠 듯이 자동차를 조금씩 반복적으로 진진시키는 행위는 폭행죄의 폭행에 해당한다.
- ② 상해죄의 동시범 특례(「형법」 제263조)는 상해의 결과가 발생하였으나 그 상해가 어느 사람의 가해행위로 인한 것인지가 분명치 않은 경우뿐만 아니라 가해행위를 한 것 자체가 분명치 않은 경우에도 적용된다.

- ③ 상해는 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것을 의미하므로, 피고인의 협박과 폭행으로 피해자가 실신하였더라도 외부적으로 어떤 상처가 발생하지 않았다면 상해가 있다고 볼 수 없다.
- ④ 피고인이 폭력행위 당시 과도를 범행현장에서 호주머니 속에 지니고 있었다더라도 그 사실을 피해자가 몰랐거나 실제로 범행에 사용하지 않았다면 '위험한 물건의 휴대'에 해당하지 않는다.

11. 정답 ①

해설

- ① 대법원 2016.10.27. 2016도9302
- ② 상해죄의 동시범이 성립하기 위해서는 가해행위 그 자체는 분명하여야 동시범으로 다스릴 수 있다(대법원 1984.5.15. 84도488)
- ③ 피해자가 오랜 시간 동안의 협박과 폭행을 이기지 못하고 실신하여 범인들이 불러온 구급차 안에서야 정신을 차리게 되었다면 생리적 기능에 훼손을 입어 신체에 대한 상해가 있었다고 봄이 상당하다.(대법원 1996.12.10. 96도2529 거목초밥집 사건) 상해죄 성립[19년 2차대비 판례특강 교재 198-1번 판례]
- ④ 위험한 물건을 '휴대하여'라는 말은 소지뿐만 아니라 널리 이용한다는 뜻도 포함하고 있다.(대법원 2002. 9. 6. 2002도2812) 또한 몸에 지닌 사실을 피해자가 인식하거나 실제로 범행에 사용될 것까지 요구되는 것은 아니다[통합형법 각론 45면 하단].

12. 자유에 대한 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 협박죄를 위험범으로 이해하는 입장에 따르면 해악을 고지하고 상대방이 이를 인식했음에도 불구하고 상대방이 전혀 공포심을 느끼지 않은 경우에 협박죄의 미수가 성립한다.
- ② 골프시설의 운영자가 골프회원에게 불리하게 변경된 내용의 회칙에 대하여 동의한다는 내용의 등록신청서를 제출하지 아니하면 회원으로 대우하지 아니하겠다고 통지한 경우 강요죄가 성립한다.
- ③ 감금행위가 강도상해 범행의 수단이 되는 데 그치지 아니하고 강도상해의 범행이 끝난 뒤에도 계속된 경우에는 1개의 행위가 감금죄와 강도상해죄에 해당하는 경우라고 볼 수 없고, 이 경우 감금죄와 강도상해죄는 「형법」 제37조의 경합범 관계에 있다.
- ④ 미성년자가 혼자 머무는 주거에 침입하여 그를 감금한 뒤 폭행 또는 협박에 의하여 부모의 출입을 봉쇄하거나, 미성년자와 부모가 거주하는 주거에 침입하여 부모만을 강제로 퇴거시키고 독자적인 생활관계를 형성하기에 이르렀다면 비록 장소적 이전이 없었다 할지라도 「형법」 제287조의 미성년자약취죄가 성립한다.

12. 정답 ①

해설

- ① 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 정도의 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 그로써 구성요건은 충족되어 협박죄의 기수에 이른다[19년 2차대비 판례특강 교재 217번 판례]
- ② 골프시설의 운영자가 골프회원에게 불리하게 변경된 내용의 회칙에 대하여 동의한다는 내용의 등록신청서를 제출하지 아니하면 회원으로 대우하지 아니하겠다고 통지한 것은 강요죄에 해당한다.(대법원 2003. 9.26. 2003도763 리베라컨트리클럽 사건)[19년 2차대비 판례특강 교재 223번 판례]
- ③ 감금행위가 단순히 강도상해 범행의 수단이 되는 데 그치지 아니하고 강도상해의 범행이 끝난 뒤에도

계속된 경우에는 1개의 행위가 감금죄와 강도상해죄에 해당하는 경우라고 볼 수 없고, 이 경우 감금죄와 강도상해죄는 경합범 관계에 있다.(대법원 2003. 1.10. 2002도4380 월드컵경기장까지 사건)[19년 2차대비 판례특강 교재 153-1번 판례]

④ 피고인이 미성년자 혼자 머무는 주거에 침입하여 그를 감금한 뒤 폭행 또는 협박에 의하여 부모 출입을 봉쇄하거나 미성년자 부모가 거주하는 주거에 침입하여 부모만을 강제로 퇴거시키고 독자적인 생활관계를 형성하기에 이르렀다면 장소이전이 없다하여도 미성년자약취죄에 해당한다(대법원 2008. 1.17. 2007도 8485 광주 인질강도사건).[19년 2차대비 판례특강 교재 233-2번 판례]

<비교판례> 피고인이 미성년자 혼자 머무는 주거에 침입하여 강도 범행을 하는 과정에서 미성년자와 그 부모에게 폭행·협박을 가하여 일시적으로 부모와의 보호관계가 사실상 침해·배제되었다더라도 미성년자가 기존의 생활관계로부터 완전히 이탈되었다거나 새로운 생활관계가 형성되었다고 볼 수 없고 범인의 의도도 위와 같은 생활관계의 이탈이 아니라 단지 금품 강취를 위한 반항 억압에 있는 것이므로 미성년자약취죄는 성립하지 아니한다.(대법원 2008. 1.17. 2007도8485 광주 인질강도사건) 인질강도죄 성립[19년 2차대비 판례특강 교재 233-2번 판례]

13. 명예훼손죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 집합적 명칭을 사용하여 명예훼손행위를 한 경우, 그 명칭의 사용에 의하여 그 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백하면 집합구성원 각자에 대한 명예훼손죄가 성립한다.
- ② 甲이 고발의 동기나 경위에 관한 언급 없이 제3자에게 “乙이 丙을 선거법 위반으로 고발하였다”는 말만 하였다면, 乙의 사회적 가치나 평가를 침해하기에 충분한 구체적 사실이 적시되었다고 보기 어렵다.
- ③ 이미 사회의 일부에 잘 알려진 공지의 사실은 명예훼손의 객체에 해당하지 않으므로, 이를 적시하여 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 행위를 하더라도 명예훼손죄가 성립하지 않는다.
- ④ 허위사실을 진실한 사실로 오인하여 공공의 이익을 위해 공연히 적시한 경우, 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이고 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있다면 「형법」 제310조에 의하여 위법성이 조각된다.

13. 정답 ③

해설

① 명예훼손죄는 어떤 특정한 사람 또는 인격을 소유하는 단체에 대하여 명예를 훼손함으로써 성립하는 것이므로 피해자가 특정되어야 한다. 집합적 명사를 쓴 경우에도 어떤 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백하면, 이를 각자의 명예를 훼손하는 행위라고 볼 수 있다. 그러나 명예훼손의 내용이 집단에 속한 특정인에 대한 것이라고 해석되기 힘들고 집단표시에 의한 비난이 개별구성원에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어 구성원 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 않는 것으로 평가되는 경우에는 구성원 개개인에 대한 명예훼손죄가 성립하지 않는다.(대법원 2018.11.29. 2016도14678 해경 명예훼손 홍가혜 사건)[19년 2차 대비 판례특강 교재, 최신판례 43번 판례]

② 누구든지 범죄가 있다고 생각하는 때에는 고발할 수 있는 것이므로 어떤 사람이 범죄를 고발하였다는 사실이 주위에 알려졌다고 하여 그 고발사실 자체만으로 고발인의 사회적 가치나 평가가 침해될 가능성이 있다고 볼 수는 없고, 다만 그 고발의 동기나 경위가 불순하거나 온당하지 못하다는 등의 사정이 함께 알려진 경우에 고발인의 명예가 침해될 가능성이 있다.(대법원 2009. 9.24. 2009도6687 선거법위반으로 고발 사건)[19년 2차대비 판례특강 교재, 263번 판례]

③ 이미 사회에 알려진 사실이라고 하더라도 이를 적시하여 사람의 사회적 평가를 저하시킬만한 행위를 한 때에는 명예훼손죄를 구성한다고 봄이 상당하다(대법원 1994.4.12. 93도3535)[통합형법 각론 137면 2번

판례]

④ 형법 제310조의 규정은 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 헌법 제21조에 의한 정당한 표현의 자유의 보장이라는 상충되는 두 법익의 조화를 꾀한 것이라고 보아야 할 것이므로, 두 법익간의 조화와 균형을 고려한다면 적시된 사실이 진실한 것이라는 증거가 없더라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다.(대법원 2007.12.14. 2006도2074 부산 택시운송조합 사건)[19년 2차대비 판례특강 교재, 268번 판례]

14. 주거침입죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택의 내부에 있는 엘리베이터, 공용 계단과 복도는 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체인 사람의 주거에 해당한다.
- ② 일반적으로 출입이 허가된 건물이라 하여도 피고인이 출입이 금지된 시간에 화장실 유리창문을 통해 들어간 것이라면 건조물침입죄가 성립한다.
- ③ 열려 있으면 들어갈 의사로 출입문을 당겨보는 행위나 빈집인지 확인하기 위해 초인종을 누르는 행위는 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 있어 주거침입죄의 실행의 착수가 인정된다.
- ④ 신체의 극히 일부만 들어갔지만 사실상 주거의 평온을 해할 수 있는 정도에 이르지 않은 경우, 신체일부침입설과 신체전부침입설 모두 주거침입죄의 미수를 인정한다.

14. 정답 ③

해설

- ① 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택 안에서 공용으로 사용하는 엘리베이터, 계단과 복도는 주거로 사용하는 각 가구 또는 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로서 그 거주자들에 의하여 일상생활에서 감시·관리가 예정되어 있고 사실상의 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분이므로, 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택의 내부에 있는 엘리베이터, 공용 계단과 복도는 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체인 '사람의 주거'에 해당한다.(대법원 2009. 9.10. 2009도4335 엘리베이터 폭행, 계단 강간사건)[19년 2차대비 판례특강 교재, 296-1번 판례]
- ② 대법원 1990.3.13. 90도173 [통합형법 각론 183면 3번 판례]
- ③ 피고인이 침입 대상인 아파트에 사람이 있는지를 확인하기 위해 그 집의 초인종을 누른 행위만으로는 침입의 현실적 위험성을 포함하는 행위를 시작하였다거나 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 없다(주거침입의 실행의 착수에 해당하는 행위를 하였다고 볼 수 없다). (대법원 2008. 4.10. 2008도1464 초인종 사건) 주거침입 실행의 착수 ×[19년 2차대비 판례특강 교재, 301번 판례]
- ④ 피고인이 피해자 A의 집에서 A를 강간하기 위하여 그 집 담벽에 발을 딛고 창문을 열고 안으로 얼굴을 들이미는 등의 행위를 한 경우, 피고인이 자신의 신체의 일부가 집 안으로 들어간다는 인식 하에 하였더라도 주거침입죄의 범의는 인정되고 또한 비록 신체의 일부만이 집 안으로 들어갔다고 하더라도 사실상 주거의 평온을 해하였다면 주거침입죄는 기수에 이르렀다고 할 것이다.(대법원 1995. 9.15. 94도2561 창문 얼굴 사건) [19년 2차대비 판례특강 교재, 302번 판례]

15. 절도죄의 객체에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 고속버스 운전기사가 발견한 버스 내 유실물을 타인이 가져간 경우, 절도죄가 아니라 점유이탈물횡령죄가 성립한다.

- ② 종전 점유자의 점유가 그의 사망으로 인한 상속에 의하여 당연히 그 상속인에게 이전된다는 「민법」 제193조는 절도죄의 ‘점유’에도 적용된다.
- ③ 임차인이 임대계약 종료 후 식당건물에서 퇴거하면서 종전부터 사용하던 냉장고의 전원을 켜 둔 채 그대로 두었다가 약 1개월 후 철거해 가는 바람에 그 기간 동안 전기가 소비된 경우, 타인의 점유·관리 하에 있던 전기이므로 절도죄가 성립한다.
- ④ 자동차등록명의자가 등록명의는 그대로 두고 자동차의 소유권은 상대방이 보유하도록 하는 약정을 체결한 이후 약정상대방이 점유하던 그 자동차를 임의로 가져간 경우, 자동차 등록명의와 관계없이 약정상대방이 소유자이므로 절도죄가 성립한다.

15. 정답 ④

해설

- ① 고속버스, 전동차 내에서는 점유의 타인성이 인정되지 않기 때문에 다른 승객이 영득한 경우 점유이탈물횡령죄가 성립한다.(대법원 1983.3.16. 92도3170. 고속버스 유실물사건. 기본판례)
- ② 종전 점유자의 점유가 그의 사망으로 인한 상속에 의하여 당연히 그 상속인에게 이전된다는 민법 제193조는 절도죄의 요건으로서의 ‘타인의 점유’와 관련하여서는 적용의 여지가 없고, 재물을 점유하는 소유자로부터 이를 상속받아 그 소유권을 취득하였다고 하더라도 상속인이 그 재물에 관하여 사실상의 지배를 가지게 되어야만 이를 점유하는 것으로서 그때부터 비로소 상속인에 대한 절도죄가 성립할 수 있다.(대법원 2012. 4.26. 2010도6334 사망 동거남 가방 사건) [19년 2차대비 판례특강 교재, 312번 판례]
- ③ 임차인이 임대계약 종료 후 식당건물에서 퇴거하면서 종전부터 사용하던 냉장고의 전원을 켜 둔 채 그대로 두었다가 약 1개월 후 철거해 가는 바람에 그 기간 동안 전기가 소비된 경우, 임차인이 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 아니어서 절도죄가 성립하지 않는다.(대법원 2008. 7.10. 2008도3252 냉장고 사건)[19년 2차대비 판례특강 교재, 314번 판례]
- ④ 피고인 甲이 자신의 명의로 등록된 자동차를 사실혼 관계에 있던 A에게 증여하여 A만이 이를 운행·관리하여 오다가 서로 별거하면서 재산분할 내지 위자료 명목으로 A가 소유하기로 하였는데도 甲이 이를 임의로 운전해 간 경우, 자동차 등록명의와 관계없이 甲과 A 사이에서는 A를 소유자로 보아야 하므로 절도죄가 성립한다.(대법원 2013. 2.28. 2012도15303 위자료 자동차 사건) [19년 2차대비 판례특강 교재, 316-2번 판례]

16. 친족상도례에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 가출 후 오랫동안 연락없이 지내던 甲이 자신의 딸과 결혼한 사위 乙을 기망하여 백화점 입점비 명목으로 돈을 편취한 경우, 친족상도례가 적용되지 않는다.
- ② 장물죄에 있어서 장물범과 피해자간에 동거친족의 신분관계가 있는 때에는 형이 면제되지만, 장물범과 본범간에 동거친족의 신분관계가 있는 때에는 형을 감경 또는 면제한다.
- ③ 타인소유의 물건을 자기 아버지의 소유물로 오인하여 절취한 경우, 친족관계에 대한 착오가 인정되고 형법상 절도죄의 과실범 처벌규정이 없으므로 불가벌이 된다.
- ④ 절도피해자인 아버지가 체포된 절도범인이 자신의 혼외자임을 알고 비로소 인지(認知)를 하더라도 친족관계는 원칙적으로 범행 당시에 존재하여야 하기 때문에 친족상도례는 적용되지 않는다.

16. 정답 ②

해설

① (1) 형법 제354조에 의하여 준용되는 제328조 제1항에서 '직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자 간의 제323조의 죄는 그 형을 면제한다'고 규정하고 있는바, 여기서 '그 배우자'는 동거가족의 배우자만을 의미하는 것이 아니라, 직계혈족, 동거친족, 동거가족 모두의 배우자를 의미한다. (2) 피고인이 피해자의 직계혈족의 배우자임을 이유로 형법 제354조, 제328조 제1항에 따라 상습사기의 점에 관한 공소 사실에 대하여 형을 면제한 것은 정당하다.(대법원 2011. 5.13. 2011도1765)[19년 2차대비 판례특강 교재, 306-1번 판례]

* 사둔지간에는 친족이 아니므로 친족상도례가 적용되지 않는다.

② 형법 제365조 제1항, 제2항

③ 처벌조건에 대한 착오는 고의성립에 영향이 없기에 친족상도례가 적용되지 아니하고 절도죄가 성립 처벌 받는다[통합형법 각론 211면 상단]

④ 형법 제344조, 제328조 제1항 소정의 친족간의 범행에 관한 규정이 적용되기 위한 친족관계는 원칙적으로 범행 당시에 존재하여야 하는 것이지만, 부(父)가 혼인 외의 출생자를 인지하는 경우에 있어서는 민법 제860조에 의하여 그 자(子)의 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.(대법원 1997. 1.24. 96도1731 인지의 소급효 사건)[19년 2차대비 판례특강 교재, 306-2번 판례]

17. 사기죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 상대방을 기망하여 재물을 교부받으면서 시가 상당의 대금을 지급하였다면, 피해자의 전체 재산상 손해가 발생한 바 없으므로 사기죄가 성립하지 않는다.
- ② 원인된 법률관계 없이 자신의 예금계좌로 잘못 이체된 돈을 인출한 경우, 은행에 대한 사기죄가 성립한다.
- ③ 아파트 입주권의 매매계약을 체결하면서 매수인이 입주권 가격에 대해 아무런 문의도 하지 않았다 하더라도 매도인인 부동산중개업자가 그 입주권을 2억 5,000만 원에 확보하여 2억 9,500만 원에 전매한다는 사실을 매수인에게 고지하지 않았다면, 이는 고지의무의 불이행으로서 부작위에 의한 사기죄가 성립한다.
- ④ 피고인이 부동산을 매수한 일이 없음에도 매수한 것처럼 허위의 사실을 주장하여 해당 부동산에 대한 소유권이전등기를 거친 사람을 상대로 그 이전등기의 말소를 구하는 소송을 제기하여 승소하였다더라도, 법원을 기망하여 재물 또는 재산상 이익을 취득한 바가 없기 때문에 사기죄가 성립하지 않는다.

17. 정답 ④

해설

① 사기죄가 성립하기 위해서는 재산상의 손해 발생을 요하지 않는다(대법원 1999.7.9. 99도1040)[통합형법 각론 268면 4번 판례]

② 어떤 예금계좌에 돈이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우에는 그 예금주와 송금인 사이에 신의칙상 보관관계가 성립한다고 할 것이므로, 피고인이 송금 절차의 착오로 인하여 피고인 명의의 은행 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당하고, 이는 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없다고 하더라도 마찬가지이다.(대법원 2010.12. 9. 2010도891 300만달러 송금착오사건)[19년 2차대비 판례특강 교재, 388번 판례]

③ 대법원 2012.1.27. 2010도5124 입주권전매사건

④ 피고인 甲이 乙이 부동산을 매수한 일이 없음에도 매수한 것처럼 허위의 사실을 주장하여 부동산에 대

한 소유권이전등기를 거친 사람을 상대로 그 이전등기의 원인무효를 내세워 이전등기의 말소를 구하는 소송을 乙 명의로 제기하고 그 소송의 결과 원고로 된 乙이 승소한다고 가정하더라도, 그 피고의 등기가 말소될 뿐이고 이것만으로 피고인이 부동산에 관한 어떠한 권리를 취득하거나 의무를 면하는 것은 아니므로 법원을 기망하여 재물이나 재산상 이익을 편취한 것이라고 보기 어렵고, 따라서 위 소제기 행위를 가리켜 사기의 실행에 착수한 것이라고 할 수 없다.(대법원 2009. 4. 9. 2009도128 예고등기를 위해 사건)[19년 2차대비 판례특강 교재, 368번 판례]

18. 횡령죄와 배임죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 어음의 할인을 위하여 배서양도의 형식으로 약속어음을 교부받은 자가 이를 자신의 채무변제에 충당한 경우, 이는 위탁의 취지에 반하는 것으로 횡령죄가 성립한다.
- ② 질권설정자가 타인에 대한 채무의 담보로 제3채무자에 대한 채권에 대하여 권리질권을 설정하면서 제3채무자에게 질권설정의 사실을 통지한 때에는, 질권설정자가 질권자의 동의 없이 제3채무자에게서 질권의 목적인 채권의 변제를 받았다 하더라도 배임죄가 성립하지 않는다.
- ③ 지입회사에 소유권이 있는 차량에 대하여 지입회사에서 운행관리권을 위임받은 지입차주가 지입회사의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분한 경우에는 횡령죄가 성립하지만, 그 차량의 보관을 지입차주로부터 위임받은 사람이 지입차주의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분한 경우에는 배임죄가 성립한다.
- ④ 금전채권을 담보하기 위하여 채무자 소유의 동산에 관하여 이른바 강한 의미의 양도담보계약을 설정한 경우, 채무자가 이를 점유하던 중 임의로 양도담보된 동산을 처분하면 배임죄가 성립한다.

18. 정답 ③

해설

- ① 횡령죄를 구성한다[통합형법 각론 316면 ⑩번 판례]
- ② 대법원 2016.4.29. 2015도5665.
- ③ 대법원 2015.6.25. 2015도1944 전합. [통합형법 각론 302면 ④번 판례]
- ④ 대법원 1989.7.25. 89도350

19. 장물죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 전당포영업자가 보석들을 전당잡으면서 인도받을 당시 장물인 정을 몰랐다가 그 후 장물일지도 모른다고 의심하면서 소유권포기각서를 받은 경우, 장물취득죄가 성립하지 않는다.
- ② 피고인이 업무상 과실로 장물을 보관하고 있다가 이를 처분한 경우, 업무상과실장물보관죄와 별도로 횡령죄가 성립한다.
- ③ 甲이 권한 없이 인터넷뱅킹으로 타인의 예금계좌에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체한 후 그 중 일부를 인출하여 그 정을 아는 乙에게 교부한 경우, 乙에게는 장물취득죄가 성립하지 않는다.
- ④ 장물인 현금과 자기앞수표를 금융기관에 예치하였다가 현금으로 인출한 경우에도 장물성은 그대로 유지된다.

19. 정답 ②

해설

① 장물취득죄는 취득 당시 장물인 정을 알면서 재물을 취득하여야 성립하는 것이므로 피고인이 재물을 인도받은 후에 비로소 장물이 아닌가 하는 의구심을 가졌다고 하여 그 재물수수행위가 장물취득죄를 구성한다고 할 수 없다.(대법원 2006.10.13. 2004도6084 보석담보 사건)[19년 2차 대비 판례특강 교재, 428-2번 판례]

② 절도범으로부터 장물보관 의뢰를 받은 자가 그 정을 알면서 이를 인도받아 보관하고 있다가 임의 처분하였다 하여도 장물보관죄가 성립하는 때에는 이미 그 소유자의 소유물 추구권을 침해하였으므로 그 후의 횡령행위는 불가벌적 사후행위에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다.(대법원 2004. 4. 9. 2003도 8219 고려청자 사건) [19년 2차대비 판례특강 교재, 149-5번 판례]

③ ④ 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우에는 그것이 비록 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 취득한 예금채권을 인출한 것이라 할지라도 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 없다(大判 2004.4.16, 2004도353).[통합형법 각론 277면 2번 판례]

20. 국가기능에 대한 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 증인이 기억에 반하는 진술을 한 경우에는 그 진술내용이 진실과 일치하는 때에도 위증죄가 성립한다.
- ② 무고의 고의로 신고내용이 허위라고 믿고 신고하였으나 우연히 그 신고내용이 객관적 진실에 부합하는 경우, 무고죄가 성립하지 않는다.
- ③ 도주죄의 범인이 도주행위를 하여 기수에 이른 이후에 범인의 도피를 도와주는 경우, 도주원조죄가 성립할 수 있을 뿐 범인도피죄는 성립하지 않는다.
- ④ 사실혼관계에 있는 자가 범인 본인을 위하여 증거를 인멸한 경우, 친족간의 특례(「형법」 제155조 제4항)가 적용되지 않아 증거인멸죄로 처벌된다.

20. 정답 ③

해설

① 위증죄에 있어서의 허위의 공술이란 증인이 자기의 기억에 반하는 사실을 진술하는 것을 말하는 것으로서 그 내용이 객관적 사실과 부합한다고 하여도 위증죄의 성립에 장애가 되지 않는다.(대법원 1989. 1.17. 88도580)[19년 2차대비 판례특강 교재, 568번 판례]

② 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분이나 징계처분을 받게 할 목적으로 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실인 경우에 성립되는 범죄이므로 신고한 사실이 객관적 사실에 반하는 허위사실이라는 요건은 적극적인 증거가 있어야 하며, 신고사실의 진실성을 인정할 수 없다는 소극적 증명만으로 곧 그 신고사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실이라고 단정하여 무고죄의 성립을 인정할 수는 없다(大判 2004.1.27, 2003도51114)[통합형법 각론 666면 2번 판례]

③ 피고인 甲이, 수감되어 있던 용병원에서 간수자를 폭행하고 병원에서 탈주에 성공한 동생 乙이 보다 멀리 서울로 도피할 수 있도록 乙 소유의 승용차를 인도하여 준 것은 도주원조죄에 해당하지 아니한다.(대법원 1991.10.11. 91도1656 병원탈출 동생 사건) 범인도피죄 성립 [19년 2차대비 판례특강 교재, 554번 판례]

④ 대법원 2003.12.12. 2003도4533