

# 형법 기출해설

해설 - 강산 교수(수원경찰공무원학원)

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

- ① 죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람에 대해서는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입한다.
- ② 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 불 필요도 없이 범죄 실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다.
- ③ 형벌에 관한 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된 경우 당해 조항을 적용하여 공소가 제기된 피고사건은 '범죄 후 법령 개폐로 형이 폐지되었을 때'에 해당한다고 볼 수 있으므로, 「형사소송법」 제326조 제4호에 따라 면소를 선고하여야 한다.
- ④ 「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 한다.

1. 정답 : ③

해설 ③ 법원은, 형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 소급하여 그 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 당해 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 같은 법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 한다. (대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결)

① 형법 제7조

② 대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결

④ 형법 제1조 제2항의 규정은 ❶ 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, ❷ 이와 같은 법률이념의 변천에 의한 것이 아닌 다른 사정의 변천에 따라 그때그때의 특수한 필요에 대처하기 위하여 법령을 개폐하는 경우에는 이미 그 전에 성립한 위법행위는 현재에 관찰하여서도 여전히 가벌성이 있는 것이어서 그 법령이 개폐되었다 하더라도 그에 대한 형이 폐지된 것이라고 할 수는 없다. (대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도747 판결)

2. 행위주체에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 될 필요는 없다.
- ② 법인격 없는 사단과 같은 단체는 법인과 마찬가지로 사법상의 권리의무의 주체가 될 수 있음은 별론으로 하더라도 법률에 명문의 규정이 없는 한 그 범죄능력은 없다.
- ③ 합병으로 인하여 소멸한 법인이 그 종업원 등의 위법행위에 대해 양벌규정에 따라 부담하

던 형사책임은 합병으로 인하여 존속하는 법인에 승계된다.

- ④ 지방자치단체 소속 공무원이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하던 중 구「도로법」 제 81조 내지 제85조의 규정에 의한 위반행위를 한 경우 지방자치단체는 구「도로법」의 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당한다.

## 2. 정답 : ③

**해설** ③ 합병으로 인하여 소멸한 법인이 그 종업원 등의 위법행위에 대해 양벌규정에 따라 부담하던 형사책임은 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것으로서 합병으로 인하여 존속하는 법인에 승계되지 않는다. (대법원 2007. 8. 23. 선고 2005도4471 판결)

- ① 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도7673 판결

### 강산쌤Tip

■ 양벌규정에 의한 영업주의 처벌에 있어서 종업원의 범죄성립이나 처벌을 요하는지 여부: 부정  
여행사 종업원이 여행사 홈페이지에 사진을 게시하여 저작권을 침해한 사건에서 영업주에 대하여만 공소가 제기된 경우 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 위법이 없다는 판결이다.

- ② 대법원 1997. 1. 24. 선고 96도524 판결

- ④ 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도2657 판결

## 3. 사실의 착오에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?

- ① 甲이 A를 살해할 의사로 돌로 머리를 내리쳐 정신을 잃고 쓰러지자 A가 죽은 것으로 오인하고 죄적을 인멸하기 위해 A를 옹덩이에 묻었으나 사실은 A가 매장으로 인하여 질식사한 경우 판례에 따르면 甲에게 A에 대한 살인미수죄와 과실치사죄의 실체적 경합이 성립한다.
- ② 甲이 형 A를 살해하려고 기다리다가 아버지 B를 A로 오인하고 살해한 경우 판례에 따르면 甲에게 보통살인죄의 미수와 존속살해죄의 상상적 경합이 성립한다.
- ③ 甲이 형수 A를 살해하기 위하여 몽둥이를 휘둘렀으나 몽둥이가 빗나가서 형수 A가 엎고 있던 조카 B가 맞고 사망한 경우 법정적 부합설에 따르면 甲에게 A에 대한 살인미수죄와 B에 대한 과실치사죄의 상상적 경합이 성립한다.
- ④ 甲이 A를 살해하기 위하여 총을 발사하였으나 빗나가 주차되어 있는 자동차 유리창만 깨뜨린 경우 구체적 부합설에 따르면 甲에게 A에 대한 살인미수죄가 성립한다.

## 3. 정답 : ④

**해설** ④ 사안은 구체적 사실의 착오중 방법의 착오이다. 구체적 부합설에 따르면 A에 대한 살인미수죄와 자동차 유리창에 대한 과실손괴의 상상적 경합이 문제되나 과실손괴는 처벌규정이 없으므로 A에 대한 살인미수죄가 성립한다.

- ① 피해자가 피고인들의 살해의 의도로 행한 구타행위에 의하여 직접 사망한 것이 아니라 죄적을 인멸할 목적으로 행한 매장행위에 의하여 사망하게 되었다 하더라도 전 과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국은 실현된 것으로서 피고인은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다.(대법원 1988.6.28. 선고 88도650 판결)

▶ 개괄적 고의 사례

- ② 직계존속임을 인식하지 못하고 살인을 한 경우는 형법 제15조 소정의 특히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위에 해당한다.(대법원 1960.10.31. 선고 4293 형상494 판결)

▶ 甲에게는 보통살인죄가 인정된다.

- ③ 대법원 1984. 1. 24. 선고 83도2813 판결

▶ 조카 B에 대한 살인죄가 성립한다.

#### 4. 위법성 조각사유에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 스스로 야기한 강간범행의 와중에서 피해자 A가 甲의 손가락을 깨물며 반항하자 물린 손가락을 비틀며 잡아 뽑다가 A에게 치아결손의 상해를 입힌 경우 甲의 상해행위는 긴급피난으로 위법성이 조각된다.
- ② 대표이사 甲이 '회사의 직원이 회사의 이익을 빼돌린다'는 소문을 확인할 목적으로, 비밀번호를 설정함으로써 비밀번호를 한 전자기록인 피해자 A가 사용하던 '개인용 컴퓨터의 하드디스크'를 떼어내어 다른 컴퓨터에 연결한 다음 의심이 드는 단어로 파일을 검색한 결과 범죄행위를 확인할 수 있는 메신저 대화 내용, 이메일 등을 출력한 경우 甲의 전자기록등내용탐지행위는 정당행위로 위법성이 조각된다.
- ③ 甲이 교통사고를 가장하여 보험금을 편취할 목적으로 피해자 A와 공모하여 A의 승낙을 받고 그에게 상해를 가한 경우 甲의 상해행위는 피해자의 승낙에 의하여 위법성이 조각된다.
- ④ 甲이 피해자 A가 사용중인 공중화장실의 용변칸에 노크하여 남편으로 오인한 A가 용변칸 문을 열자 강간할 의도로 용변칸에 들어간 경우 A가 명시적 또는 묵시적으로 이를 승낙하였다고 볼 수 있으므로 甲의 주거침입행위는 위법성이 조각된다.

#### 4. 정답 : ②

해설 ② 대법원 2009. 12. 24. 선고 2007도6243 판결

① 피고인이 스스로 야기한 강간범행의 와중에서 피해자가 피고인의 손가락을 깨물며 반항하자 물린 손가락을 비틀며 잡아 뽑다가 피해자에게 치아결손의 상해를 입힌 소위를 가리켜 법에 의하여 용인되는 피난행위라 할 수 없다. (대법원 1995. 1. 12. 선고 94도2781 판결)

▶ 강간치상죄 인정

#### 강산쌤Tip

■ 강간치상죄에 있어서 사상의 결과는 강간에 수반하는 행위에서 발생한 경우도 포함하는지 여부 : 인정

③ 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. (대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도9606 판결)

▶ 사기죄 + 상해죄 인정

#### 강산쌤Tip

■ 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.

④ 피고인이 피해자가 사용중인 공중화장실의 용변칸에 노크하여 남편으로 오인한 피해자가 용변칸 문을 열자 강간할 의도로 용변칸에 들어간 것이라면 피해자가 명시적 또는 묵시적으로 이를 승낙하였다고 볼 수 없어 주거침입죄에 해당한다. (대법원 2003. 5. 30. 선고 2003도1256 판결)

#### 5. 다음 사례에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?

甲은 늦은 밤 귀가하던 중 자신의 뒤편에서 다가오는 사람을 평소 자신을 살해하겠다고 협박하던 A로 오인하고, 이를 방위하기 위하여 소

지하고 있던 전기충격기로 공격하여 상해를 가하였는데, 쓰러진 사람을 확인해보니 甲을 마중하러 나온 아버지 B였다.

- ① 주관적 정당화요소를 결한 경우로 불능미수범설에 따르면, 행위반가치는 존재하지만 결과반가치는 존재하지 않으므로 상해죄의 불능미수가 된다.
- ② 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오의 경우로 엄격책임설에 따르면, 오인에 정당한 이유가 있으면 위법성이 조각된다.
- ③ 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오의 경우로 법효과제한적 책임설에 따르면, 위법성조각사유를 소극적 구성요건표지로 보므로 구성요건적 착오규정을 직접 적용하여 고의가 조각된다.
- ④ 오상방위의 경우로 제한적 책임설 중 유추적용설에 따르면, 구성요건적 착오규정을 유추적용하여 고의가 조각되고 다만 행위자에게 과실이 있으면 과실범으로 처벌된다.

#### 5. 정답 : ④

**해설** ■ 사례는 오상방위(위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오)이다.

④ 구성요건 착오 유추적용설로 올바른 설명이다.

① 사례는 오상방위(위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오)이므로 주관적 정당화요소를 결한 경우인 우연방위의 경우가 아니다.

② 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오의 경우 엄격책임설에 따르면, 오인에 정당한 이유가 있으면 '위법성'이 아니라 '책임'이 조각된다.

#### **강산쌤 Tip**

오인에 정당한 이유가 있으면 '위법성'이 조각된다고 보는 것은 판례의 입장이다.

③ 위법성조각사유를 소극적 구성요건표지로 보므로 구성요건적 착오규정을 직접 적용하여 고의가 조각된다고 보는 학설은 '법효과제한적 책임설'이 아니라 '소극적 구성요건표지이론'이다.

#### 6. 실행의 착수시기에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 필로폰을 매수하려는 자에게서 필로폰을 구해 달라는 부탁과 함께 돈을 지급받은 경우 당시 필로폰을 소지 또는 입수한 상태에 있었거나 그것이 가능하였다는 등 매매행위에 근접·밀착한 상태에서 대금을 지급받은 것이라면 마약류관리에 관한 법률위반(향정)죄의 필로폰 매매행위의 실행에 착수하였다고 볼 수 있다.
- ② 강제집행절차를 통한 소송사기는 집행절차의 개시신청을 한 때 또는 진행 중인 집행절차에 배당신청을 한 때에 사기죄의 실행에 착수하였다고 볼 수 있다.
- ③ 위장결혼의 당사자 및 브로커와 공모한 피고인이 허위로 결혼사진을 찍고 혼인신고에 필요한 서류를 준비하여 위장결혼의 당사자에게 건네준 것만으로도 공전자기록등불실기재죄의 실행에 착수하였다고 볼 수 있다.
- ④ 피고인이 피해자 A를 추행하기 위하여 뒤따라가다가 외진 곳에서 가까이 접근하여 껴안으려 하였으나, A가 뒤돌아보면서 소리치자 그 상태로 몇 초 동안 쳐다보다가 다시 오던 길로 되돌아간 경우, 피고인의 팔이 A의 몸에 닿지 않았지만 양팔을 높이 들어 갑자기 뒤에서 껴안으려고 하는 것만으로도 강제추행죄의 실행의 착수가 있다고 볼 수 있다.

6. 정답 : ③

해설 ③ 위장결혼의 당사자 및 브로커와 공모한 피고인이 허위로 결혼사건을 찍고 혼인신고에 필요한 서류를 준비하여 위장결혼의 당사자에게 건네준 것만으로는 공전자기록등불실기재죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없다.(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009도4998 판결)

강산쌤Tip

공전자기록등불실기재죄에 있어서의 실행의 착수 시기는 공무원에 대하여 허위의 신고를 하는 때이다.

① 대법원 2015. 3. 20. 선고 2014도16920 판결

② [1] 강제집행절차를 통한 소송사기는 ①집행절차의 개시신청을 한 때 또는 ②진행 중인 집행절차에 배당신청을 한 때에 실행에 착수하였다고 볼 것이다.[2] 부동산에 관한 소유권이전등기청구권에 대한 강제집행절차에서, 소송사기의 실행의 착수 시기는 허위 채권에 기한 공정증서를 집행권원으로 하여 채무자의 소유권이전등기청구권에 대하여 압류신청을 한 때이다. (대법원 2015.02.12. 선고 2014도10086 판결)

④ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6980 판결

7. 공동정범에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부를 실행한 후 공범관계에서 이탈하였으나 다른 공범자에 의하여 나머지 범행이 이루어진 경우 피고인이 관여하지 않은 부분에 대해서는 죄책을 부담하지 않는다.
- ② 공모관계에서의 이탈은 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다.
- ③ 공동정범이 성립하기 위하여는 반드시 공범자간에 사전에 모의가 있어야 하는 것은 아니며, 우연히 만난 자리에서 서로 협력하여 공동의 범의를 실현하려는 의사가 암묵적으로 상통하여 범행에 공동가공하더라도 공동정범은 성립된다.
- ④ 피고인이 자기 자신을 무고하기로 제3자와 공모하고 이에 따라 무고행위에 가담하였다더라도 자기 자신을 무고하는 행위는 무고죄의 구성요건에 해당하지 않아 범죄가 성립할 수 없는 행위를 실현하고자 한 것에 지나지 않으므로 무고죄의 공동정범으로 처벌할 수 없다.

7. 정답 : ①

해설 ① 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부를 실행한 후 공범관계에서 이탈하였으나 다른 공범자에 의하여 나머지 범행이 이루어진 경우, 피고인이 관여하지 않은 부분에 대하여도 죄책을 부담한다. (대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도9927 판결)

피고인은 ○○○투자금융에 입사하여 다른 공범들과 함께 A 주식회사 주식의 시세조종 주문을 내기로 공모한 후 시세조종행위의 일부를 실행하였으나 2005. 8. 18. 해고를 당하여 공범관계로부터 이탈하였으나, 그 이후 다른 공범들은 2005. 8. 18. 이후의 나머지 시세조종행위를 계속하였다.

강산쌤Tip

피고인은 다른 공범들의 범죄실행을 저지하지 않은 이상, 피고인이 관여하지 않은 2005. 8. 18. 이후 나머지 공범들이 행한 시세조종행위에 대하여도 죄책을 부담한다.

② 대법원 2008.4.10. 선고 2008도1274 판결

③ 대법원 1984.12.26. 선고 82도1373 판결

④ 대법원 2017. 4. 26. 선고 2013도12592 판결

8. 공범과 신분에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형법」 제33조의 신분관계라 함은 남녀의 성별, 내·외국인의 구별, 친족관계, 공무원인 자격과 같은 관계뿐만 아니라 널리 일정한 범죄행위에 관련된 범인의 인적관계인 특수한 지위 또는 상태를 말한다.
- ② 비신분자가 신분자와 공모하여 업무상 횡령죄를 범한 경우 비신분자에게 업무상 횡령죄가 성립하고 처벌에 있어서도 업무상 횡령죄에 정한 형으로 처벌해야 한다.
- ③ 의료인일지라도 의료인 아닌 자의 의료행위에 공모하여 가공하면 의료법위반(무면허의료)죄의 공동정범으로서의 책임을 진다.
- ④ 공무원이 아닌 자는 공정증서원본등불실기재의 경우를 제외하고는 허위공문서작성죄의 간접정범으로 처벌할 수 없으나, 공무원이 아닌 자가 공무원과 공동하여 허위공문서작성죄를 범한 때에는 공무원이 아닌 자도 허위공문서작성죄의 공동정범이 된다.

8. 정답 : ②

**해설** ② 업무상횡령죄는 타인의 재물을 업무상 보관하는 자를 주체로 하는 신분범이므로, 그와 같은 신분관계가 없는 자가 신분관계가 있는 자와 공모하여 업무상횡령죄를 저질렀다면 신분관계가 없는 자에 대하여는 형법 제33조 단서에 의하여 단순횡령죄에 정한 형으로 처단하여야 할 것이다. (대법원 2015. 2. 26. 선고 2014도15182 판결)

- ① 대법원 1994.12.23. 선고 93도1002 판결
- ③ 대법원 1986.2.11. 선고 85도448 판결
- ④ 대법원 2006. 5. 11. 선고 2006도1663 판결

9. 죄수에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 저작권자가 같더라도 각각의 저작물에 대한 저작권 침해행위는 원칙적으로 각 별개의 죄를 구성하지만 단일하고도 계속된 범의 아래 동일한 저작물에 대한 침해행위가 일정기간 반복하여 행하여진 경우에는 포괄하여 하나의 범죄가 성립한다고 볼 수 있다.
- ② 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄는 실제적 경합관계에 있다.
- ③ 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 된 경우 그러한 폭행행위는 이른바 '불가벌적 수반행위'에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다.
- ④ 경찰공무원이 지명수배 중인 범인을 발견하고도 직무상 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 아니하고 오히려 범인을 도피하게 하는 행위를 한 경우 범인도피죄와 직무유기죄는 상상적 경합관계에 있다.

9. 정답 : ④

**해설** ④ 경찰공무원이 지명수배 중인 범인을 발견하고도 직무상 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 아니하고 오히려 범인을 도피하게 하는 행위를 하였다면, 그 직무위배의 위법상태는 범인도피행위 속에 포함되어 있다고 보아야 할 것이므로, 이와 같은 경우에는 작위범인 범인도피죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다. (대법원 2017. 3. 15. 선고 2015도1456 판결)

- ① 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011도12131 판결
- ② 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결

③ 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도1895 판결

10. 몰수와 추정에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행위자에게 유죄의 재판을 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다.
- ② 「마약류 관리에 관한 법률」 제67조의 몰수나 추정을 선고하기 위하여는 몰수나 추정의 요건이 공소가 제기된 범죄사실과 관련되어 있어야 하므로, 법원으로서는 범죄사실에서 인정되지 아니한 사실에 관하여는 몰수나 추정을 선고할 수 없다.
- ③ 「형법」 제134조에 의한 필요적 몰수의 경우 뇌물에 공할 금품이 특정되지 않았던 것은 몰수할 수 없고 그 가액을 추정할 수도 없다.
- ④ 「형법」 제357조에 의한 필요적 몰수의 경우 배임수재자가 배임증재자로부터 받은 재물을 그대로 가지고 있다가 증재자에게 반환하였다더라도 수재자로부터 이를 몰수하거나 그 가액을 추정하여야 한다.

10. 정답 : ④

해설 ④ 수재자가 증재자로부터 받은 재물을 그대로 가지고 있다가 증재자에게 반환하였다면 증재자로부터 이를 몰수하거나 그 가액을 추정하여야 한다. (대법원 2017. 4. 7. 선고 2016도18104 판결)

- ① 형법 제49조
- ② 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016도16170 판결
- ③ 대법원 1996. 5. 8. 선고 96도221 판결

11. 살인의 죄에 대한 설명이다. 아래 ㉠부터 ㉣까지의 설명 중 옳고 그름의 표시(O, X)가 바르게 된 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 살인죄에 있어 고의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 의도가 있어야 하며, 사망의 결과에 대한 예견 또는 인식이 불확정적이라면 살인의 범의를 인정할 수 없다.
- ㉡ 피고인이 피해자를 살해하기 위하여 사람들을 고용하면서 그들에게 대가지급을 약속한 행위만으로는 살인죄의 실현을 위한 준비행위에 이르렀다고 볼 수 없으므로 살인예비죄의 성립을 인정할 수 없다.
- ㉢ 직계존비속관계는 법률상의 관계를 의미하므로 혼인 외의 출생자가 인지하지 않은 생모를 살해하였다도 존속살해죄가 성립하지 않는다.
- ㉣ 남녀가 사실상 동거한 관계가 있고, 그 사이에 영아가 분만되었다면 그 남자와 영아와의 사이에 법률상의 직계존비속 관계가 없으므로 그 남자는 영아살해죄의 주체인 직계존속에 해당하지 않는다.

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

- ④ ㉠(X)    ㉡(O)    ㉢(X)    ㉣(X)

11. 정답 : ㉢

**해설** ㉠ X: 살인죄에 있어서의 고의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 하는 것은 아니고 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고 그 인식 또는 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이더라도 소위 미필적 고의로서 살인의 범의가 인정된다. (대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결)

㉡ X: 갑이 을을 살해하기 위하여 병, 정 등을 고용하면서 그들에게 대가의 지급을 약속한 경우, 갑에게는 살인죄를 범할 목적 및 살인의 준비에 관한 고의뿐만 아니라 살인죄의 실현을 위한 준비행위를 하였음을 인정할 수 있다는 이유로 살인예비죄의 성립을 인정하였다. (대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도7150 판결)

㉢ X: 혼인 외의 출생자와 생모 간에는 생모의 인지나 출생신고를 기다리지 않고 자의 출생으로 당연히 법률상의 친족관계가 생기는 것이다.(대법원 1980.9.9. 선고 80도1731 판결)

**강산쌤Tip**

혼인 외의 출생자가 인지하지 않은 생모를 살해하면 존속살해죄가 성립한다.

㉣ O: 남자가 사실상 동거한 관계가 있고 그 사이에 영아가 분만되었다 하여도 그 남자와 영아와의 사이에 법률상 직계존속, 비속의 관계가 있다 할 수 없으므로 그 남자가 영아를 살해한 경우에는 보통살인죄에 해당한다.(대법원 1970. 3. 10 선고 69도2285 판결)

12. 범죄와 그 보호법익에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형법」 제287조의 미성년자약취유인죄는 미성년자의 자유 외에 보호감독자의 감호권도 보호법익으로 한다.
- ② 「형법」 제127조의 공무상비밀누설죄는 비밀누설에 의하여 위협받는 국가의 기능이 아니라 비밀 그 자체를 보호법익으로 한다.
- ③ 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제13조의 통신매체이용음란죄는 성적 자기결정권에 반하여 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 개인의 의사에 반하여 접하지 않을 권리를 보장하기 위한 것으로 개인의 성적 자유를 보호하기 위한 것이며, 사회적 법익으로서 건전한 성풍속을 보호하기 위한 구성요건이 아니다.
- ④ 「형법」 제156조의 무고죄는 국가의 형사사법권 또는 징계권의 적정한 행사를 보호법익으로 하며, 부당하게 처벌 또는 징계받지 않을 개인적 이익을 보호하기 위한 구성요건이 아니다.

12. 정답 : ㉠

**해설** ㉠ 형법 제287조 에 규정된 미성년자약취죄의 입법 취지는 심신의 발육이 불충분하고 지력과 경험이 풍부하지 못한 미성년자를 특별히 보호하기 위하여 그를 약취하는 행위를 처벌하려는 데 그 입법의 취지가 있으며, 미성년자의 자유 외에 보호감독자의 감호권도 그 보호법익으로 하고 있다. (대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도7115 판결)

**강산쌤Tip**

피고인과 공범들이 미성년자를 보호·감독하고 있던 그 아버지의 감호권을 침해하여 그녀를 자신들의 사실상 지배하로 옮긴 이상 미성년자약취죄가 성립한다 할 것이고, 약취행위에 미성년자의 동의가 있었다 하더라도 미성년자약취죄가 성립한다.

㉡ 공무상비밀누설죄는 기밀 그 자체를 보호하는 것이 아니라 공무원의 비밀엄수의무의 침해에 의하여 위협하게 되는 이익, 즉 비밀의 누설에 의하여 위협받는 국가의 기능을 보호하기 위한 것이다. (대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도5561 판결)

③ 성폭력처벌법 제13조에서 정한 '통신매체이용음란죄'는 '성적 자기결정권에 반하여 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 개인의 의사에 반하여 접하지 않을 권리'를 보장하기 위한 것으로 성적 자기결정권과 일반적 인격권의 보호, 사회의 건전한 성풍속 확립을 보호법익으로 한다. (대법원 2017. 6. 8. 선고 2016도 21389 판결)

④ 무고죄는 국가의 형사사법권 또는 징계권의 적정한 행사를 주된 보호법익으로 하고 다만, 개인의 부당하게 처벌 또는 징계 받지 아니할 이익을 부수적으로 보호하는 죄이다. (대법원 2005. 9. 30. 선고 2005도 2712 판결)

**13. 주거침입의 죄에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 건물의 소유자라고 주장하는 피고인과 그것을 점유관리하는 피해자 사이에 건물의 소유권에 대한 분쟁이 계속되고 있는 상황이라면 피고인이 피해자의 허락없이 그 건물에 침입하는 행위를 주거침입죄로 처벌할 수 없다.
- ② 퇴거불응죄는 실행행위의 소극적 성격으로 인해 주거침입죄에 비해 법정형이 경하게 규정되어 있다.
- ③ 주거침입죄의 실행의 착수가 인정되기 위해서는 주거자의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위까지 요구하는 것은 아니고, 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하다.
- ④ 남편의 일시 부재 중 간통의 목적 하에 그 처의 승낙만을 얻고 주거에 들어갔다면, 사회통념상 남편의 의사에 반하는 것처럼 보이더라도 주거자 1인의 승낙을 얻은 이상 주거침입죄는 성립하지 않는다.



**13. 정답 : ③**

**해설** ③ 대법원 2003. 10. 24. 선고 2003도4417 판결

① 건물의 소유자라고 주장하는 피고인과 그것을 점유관리하고 있는 피해자 사이에 건물의 소유권에 대한 분쟁이 계속되고 있는 상황이라면 피고인이 그 건물에 침입하는 것에 대한 피해자의 추정적 승낙이 있었다거나 피고인의 이 사건 범행이 사회상규에 위배되지 않는다고 볼 수 없다. (대법원 1989. 9. 12. 선고 89도889 판결)

② 퇴거불응죄는 주거침입죄의 법정형이 동일하게 규정되어 있다.

[참고]

형법 제319조(주거침입, 퇴거불응)

① 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 전항의 장소에서 퇴거요구를 받고 응하지 아니한 자도 전항의 형과 같다.

④ 남편이 일시 부재중 간통의 목적하에 그 처의 승낙을 얻어 주거에 들어간 경우라도 남편의 주거에 대한 지배관리관계는 여전히 존속한다고 봄이 옳고 사회통념상 간통의 목적으로 주거에 들어오는 것은 남편의 의사에 반한다고 보여지므로 처의 승낙이 있었다 하더라도 남편의 주거의 사실상의 평온은 깨어졌다 할 것이므로 이러한 경우에는 주거침입죄가 성립한다고 할 것이다. (대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결)

**14. 「형법」 제331조의 특수절도죄에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 피고인이 야간에 식당에 침입하여 현금을 절취한 사안에서, 피고인이 피해자들이 운영하는

- 식당의 창문과 방충망을 창틀에서 분리하였을 뿐 물리적으로 훼손하여 효용을 상실하게 한 것이 아니라면, 「형법」 제331조 제1항의 특수절도죄의 손괴에는 해당한다고 할 수 없다.
- ② 피고인이 혼자 영산홍 1그루를 땅에서 완전히 캐낸 후에 비로소 제3자를 전화로 불러 함께 해당 입목을 운반하였다면 「형법」 제331조 제2항의 특수절도죄가 성립한다.
- ③ 「형법」 제331조 제2항의 특수절도죄에서의 합동은 공동정범의 공동과 동일한 의미로 사용되며, 반드시 시간적·장소적 협동을 필요로 하지 않는다.
- ④ 피고인들이 합동하여 재물을 절취하기 위해 주간에 아파트 출입문 잠금장치를 손괴하다가 발각되어 도주하였다면, 아직 절취할 물건의 물색행위를 시작하기 전이라 하더라도 「형법」 제331조 제2항의 특수절도죄의 실행의 착수를 인정할 수 있다.

#### 14. 정답 : ㉠

해설 ㉠ 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도7559 판결

##### 강산쌤Tip

형법 제331조 제1항에 정한 '손괴'는 물리적으로 문호 또는 장벽 기타 건조물의 일부를 훼손하여 그 효용을 상실시키는 것을 말한다.

② [1] 입목을 절취하기 위하여 캐낸 때에 소유자의 입목에 대한 점유가 침해되어 범인의 사실적 지배하에 놓이게 되므로 범인이 그 점유를 취득하고 절도죄는 기수에 이른다. 이를 운반하거나 반출하는 등의 행위는 필요하지 않다.

[2] 절도범인이 혼자 입목을 땅에서 완전히 캐낸 후에 비로소 제3자가 가담하여 함께 입목을 운반한 경우, 특수절도죄의 성립이 부정된다.

(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도6080 판결)

##### 강산쌤Tip

① 절도범:단순절도죄, ② 제3자:장물운반죄

③ 형법 제331조 제2항 후단의 2인 이상이 합동하여 타인의 재물을 절취한 경우의 특수절도죄가 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서의 공모와 객관적 요건으로서의 실행행위의 분담이 있어야 하고 그 실행행위에 있어서는 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있음을 요한다. (대법원 1996. 3. 22. 선고 96도313 판결)

##### 강산쌤Tip

피고인이 피해자의 형과 범행을 모의하고 피해자의 형이 피해자의 집에서 절취행위를 하는 동안 피고인은 그 집 안의 가까운 곳에 대기하고 있다가 절취품을 가지고 같이 나온 경우 시간적, 장소적으로 협동관계가 있었으므로 특수절도죄(합동절도)가 인정된다.

④ 2인 이상이 합동하여 야간이 아닌 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였다 하여도 아직 절취할 물건의 물색행위를 시작하기 전이라면 특수절도죄의 실행에는 착수한 것으로 볼 수 없는 것이어서 그 미수죄가 성립하지 않는다. (대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도9667 판결)

##### 강산쌤Tip

주간에 피해자의 아파트 출입문 시정장치를 손괴하다가 마침 귀가하던 피해자에게 발각되어 도주한 피고인들에 대하여 형법 제331조 제2항에 정한 특수절도죄의 실행의 착수가 없었다는 이유로 무죄를 선고한 판결이다.

#### 15. 횡령과 배임의 죄에 대한 설명이다. 아래 ㉠부터 ㉣까지의 설명 중 옳고 그름의 표시(O, X)가 바르게 된 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉠ 명의신탁받아 보관 중인 타인의 부동산에 근저당권설정등기를 경

료함으로써 일단 횡령죄가 기수에 이르렀다면, 그 후 해당 부동산을 매각하는 행위는 새로운 범의침해의 결과를 발생시켰다고 볼 수 없으므로 불가벌적 사후행위에 해당한다.

- ㉠ 절도범으로부터 장물보관을 의뢰받은 자가 그 정을 알면서 이를 인도받아 보관하고 있다가 임의처분한 경우 장물보관죄가 성립하는 외에 별도로 횡령죄도 성립한다.
- ㉡ 타인의 위탁에 의하여 사무를 처리하는 자가 그 사무처리상 임무에 위배하여 본인을 기망하고 착오에 빠진 본인으로부터 재물을 교부받은 경우에는 사기죄가 성립하며, 별도로 배임죄가 성립하지 않는다.
- ㉢ 주식회사의 대표이사가 그 임무에 위배하여 약속어음을 발행한 행위가 있었다면, 어음발행행위가 무효가 되었다 하더라도 그 어음이 실제로 제3자에게 유통되었다면 그 어음채무가 실현되기 전이라 하더라도 배임죄의 기수범이 된다.

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

15. 정답 ㉡

**해설** ㉠ X: 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 근저당권설정등기를 경료함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다 하더라도 그 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하여 새로운 범의침해의 위험을 추가함으로써 범의침해의 위험을 증가시키거나 해당 부동산을 매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 범의침해의 결과를 발생시켰다면 특별한 사정이 없는 한 불가벌적 사후행위로 볼 수 없고, 별도로 횡령죄를 구성한다 할 것이다. (대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결)

㉡ X: 절도 범인으로부터 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. 선고 2003도8219 판결)

㉢ X: 타인의 사무를 처리하는 자가 그 사무처리상 임무에 위배하여 본인을 기망하고 착오에 빠진 본인으로부터 재물을 교부받은 경우에는 사기죄와 업무상배임죄의 법조경합 관계로 볼 것이 아니라 상상적 경합 관계로 봄이 상당하다 (대법원 2002. 7. 18. 선고 2002도669 전원합의체 판결)

**강산쌤 Tip**

신용협동조합의 전무인 피고인이 조합의 담당직원을 기망하여 예금인출금 또는 대출금 명목으로 금원을 교부받은 경우 사기죄와 업무상배임죄의 상상적 경합이 된다.

㉣ O: 주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 약속어음 발행을 한 행위는 ❶ 어음발행이 무효라 하더라도 그 어음이 실제로 제3자에게 유통되었다면 회사로서는 어음채무를 부담할 위험이 구체적·현실적으로 발생하였다고 보아야 하고, 따라서 그 어음채무가 실제로 이행되기 전이라도 배임죄의 기수범이 된다. ❷ 그러나 약속어음 발행이 무효일 뿐만 아니라 그 어음이 유통되지도 않았다면 회사는 어음발행의 상대방에게 어음채무를 부담하지 않기 때문에 특별한 사정이 없는 한 회사에 현실적으로 손해가 발생하였다거나 실제 발생의 위험이 발생하였다고도 볼 수 없으므로, 이때에는 배임죄의 기수범이 아니라 배임미수죄로 처벌하여야 한다. (대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결)

**16. 강도의 죄에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 강도죄는 재물죄이며, 재산상의 이익은 강도죄의 객체가 될 수 없다.
- ② 피고인이 강도하기로 모의를 한 후 남성피해자의 금품을 빼앗고, 그 기회에 이어서 여성피해자를 강간하였다면 강도죄와 강간죄의 경합범이 성립한다.
- ③ 강도상해죄가 성립하기 위해서는 강도의 수단인 폭행에 의하여 상해를 입힐 것을 요하므로, 피고인의 상해행위는 강도가 기수에 이르기 전에 행하여져야만 한다.
- ④ 절도미수범이 체포를 면탈할 목적으로 피해자를 폭행한 경우에는 준강도죄의 미수범이 성립한다.

**16. 정답 : ④**

**해설** ④ 대법원 2004. 11. 18. 선고 2004도5074 전원합의체 판결

**강산쌤Tip**

준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 판단하여야 한다.

- ① 강도죄의 객체는 재물과 재산상의 이익이다.(형법 제333조)
- ② 피고인이 강도하기로 모의를 한 후 피해자 갑남으로부터 금품을 빼앗고 이어서 피해자 을녀를 강간하였다면 강도강간죄를 구성한다. (대법원 1991. 11. 12. 선고 91도2241 판결)
- ③ 형법 제337조의 강도상해죄는 강도범인이 그 강도의 기회에 상해행위를 함으로써 성립하는 것이므로 강도범행의 실행 중이거나 그 실행 직후 또는 실행의 범의를 포기한 직후로서 사회통념상 범죄행위가 완료되지 아니하였다고 볼 수 있는 단계에서 상해가 행하여짐을 요건으로 한다. 그러나 반드시 강도범행의 수단으로 한 폭행에 의하여 상해를 입힐 것을 요하는 것은 아니고 상해행위가 강도가 기수에 이르기 전에 행하여져야만 하는 것은 아니므로, 강도범행 이후에도 피해자를 계속 끌고 다니거나 차량에 태우고 함께 이동하는 등으로 강도범행으로 인한 피해자의 심리적 저항불능 상태가 해소되지 않은 상태에서 강도범인의 상해행위가 있었다면 강취행위와 상해행위 사이에 다소의 시간적·공간적 간격이 있었다는 것만으로는 강도상해죄의 성립에 영향이 없다. (대법원 2014. 9. 26. 선고 2014도9567 판결)

**17. 사문서위조죄에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 피고인이 이사들의 참석 및 의결권 행사에 관한 권한을 위임받았다 하더라도 그 이사들이 이사회에 불참했음에도 마치 참석하여 의결권을 행사한 것처럼 이사회 회의록을 작성하였다면 사문서위조죄가 성립한다.
- ② 피고인이 대량의 사건을 수입하기 위하여 소속변호사회에서 발급받은 진정한 경유증표 원본을 컬러복사하여 법원에 제출하였더라도, 복사기 등을 사용하여 기계적인 방법에 의하여 원본을 복사한 문서인 복사문서는 문서죄의 객체에 해당하지 않으므로 사문서위조죄가 성립하지 않는다.
- ③ 피고인이 명의인인 회사대표이사로부터 문서작성권한의 위임을 받았다면, 그 위임받은 권한을 초월하여 사문서를 작성하였다 하더라도 사문서위조죄는 성립하지 않는다.
- ④ 피고인이 문서명의인인 문중원들을 기망하여 정기문중총회 회의록을 작성하였다면, 비록 문중원들의 서명, 날인이 정당하게 성립된 경우라 하더라도 사문서위조죄가 성립한다.

17. 정답 : ④

해설 ④ 대법원 2000. 6. 13. 선고 2000도778 판결

강산쌤Tip

명의를 기망하여 문서를 작성케 하는 경우에는 서명·날인이 정당히 성립된 경우에도 사문서위조죄가 성립한다.

① 이사회를 개최함에 있어 공소의 이사들이 그 참석 및 의결권의 행사에 관한 권한을 피고인에게 위임하였다면 그 이사들이 실제로 이사회에 참석하지도 않았는데 마치 참석하여 의결권을 행사한 것처럼 피고인이 이사회 회의록에 기재하였다 하더라도 이는 이른바 사문서의 무형위조에 해당할 따름이어서 처벌대상이 되지 아니한다. (대법원 1985. 10. 22. 선고 85도1732 판결)

강산쌤Tip

작성권한 있는 자가 사문서의 내용을 허위로 작성한 경우이다.

② 변호사인 피고인이 대량의 저작권법 위반 형사고소 사건을 수입하여 피고소인 30명을 각 형사고소하기 위하여 20건 또는 10건의 고소장을 개별적으로 수사관서에 제출하면서 각 하나의 고소위임장에만 소속 변호사회에서 발급받은 진정한 경유증표 원본을 첨부한 후 이를 일체로 하여 컬러복사기로 20장 또는 10장의 고소위임장을 각 복사한 다음 고소위임장과 일체로 복사한 경유증표를 고소장에 첨부하여 접수한 사안에서, 피고인의 행위는 사문서위조죄 및 동행사죄에 해당한다. (대법원 2016. 7. 14. 선고 2016도2081 판결)

강산쌤Tip

변호사회가 발급한 경유증표는 증표가 첨부된 변호사선임서 등이 변호사회를 경유하였고 소정의 경유회비를 납부하였음을 확인하는 문서이므로 법원, 수사기관 또는 공공기관에 이를 제출할 때에는 원본을 제출하여야 하고 사본으로 원본에 같음할 수 없으며, 각 고소위임장에 함께 복사되어 있는 변호사회 명의의 경유증표는 원본이 첨부된 고소위임장을 그대로 컬러 복사한 것으로서 일반적으로 문서가 갖추어야 할 형식을 모두 구비하고 있고, 이를 주의 깊게 관찰하지 아니하면 그것이 원본이 아닌 복사본임을 알아차리기 어려울 정도이므로 일반인이 명의자의 진정한 사문서로 오인하기에 충분한 정도의 형식과 외관을 갖추었다는 이유로, 피고인의 행위가 사문서위조죄 및 동행사죄에 해당한다

③ 문서의 위조라고 하는 것은 작성권한 없는 자가 타인 명의를 모용하여 문서를 작성하는 것을 말하는 것이므로 ❶ 사문서를 작성함에 있어 그 명의자의 명시적이거나 묵시적인 승낙 내지 위임이 있었다면 이는 사문서위조에 해당한다고 할 수 없을 것이지만, ❷ 문서 작성권한의 위임이 있는 경우라고 하더라도 그 위임을 받은 자가 그 위임받은 권한을 초월하여 문서를 작성한 경우는 사문서위조죄가 성립하고, ❸ 단지 위임을 받은 권한의 범위 내에서 이를 남용하여 문서를 작성한 것에 불과하다면 사문서위조죄가 성립하지 아니한다고 할 것이다. (대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도6088 판결)

18. 뇌물수수죄에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 형사피고사건의 공판참여주사는 공판에 참여하여 양형에 관한 사항의 심리내용을 공판조서에 기재하므로 형사사건의 양형은 참여주사의 직무와 밀접한 관계가 있는 사무이며, 따라서 참여주사가 형량을 감경케하여 달라는 청탁과 함께 금품을 수수하였다면 뇌물수수죄의 주체가 된다.
- ② 공무원이 직접 뇌물을 받지 않고 증뢰자로 하여금 다른 사람에게 뇌물을 공여하도록 한 경우에는 사회통념상 다른 사람이 뇌물을 받은 것을 공무원이 직접 받은 것과 같이 평가할 수 있는 경우에 한하여 뇌물수수죄가 성립한다.
- ③ 뇌물을 수수한 자가 공동수수자 아닌 교사범에게 뇌물 중 일부를 사례금으로 교부하였다면, 이는 부수적 비용의 지출 또는 뇌물의 소비행위에 지나지 않으므로 뇌물수수자에게서 수익액 전부를 추정하여야 한다.

- ④ 공무원이 직무집행의 의사 없이 타인을 공갈하여 재물을 교부하게 한 경우에는 공갈죄만이 성립하고 뇌물수수죄는 성립하지 않는다.

18. 정답 : ㉠

**해설** ㉠법원의 참여주사가 공판에 참여하여 양형에 관한 사항의 심리내용을 공판조서에 기재한다고 하더라도 이를 가지고 형사사건의 양형이 참여주사의 직무와 밀접한 관계가 있는 사무라고는 할 수 없으므로 참여주사가 형량을 감경케하여 달라는 청탁과 함께 금품을 수수하였다고 하더라도 뇌물수수죄의 주체가 될 수 없다. (대법원 1980. 10. 14. 선고 80도1373 판결)

- ② 대법원 2016. 6. 23. 선고 2016도3540 판결
- ③ 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011도9585 판결
- ④ 대법원 1994. 12. 22. 선고 94도2528 판결

19. 공무방해에 관한 죄에 대한 설명으로 적절하지 않은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 공무집행방해죄의 ‘직무를 집행하는’이라 함은 공무원이 직무수행에 직접 필요한 행위를 현실적으로 행하고 있는 때만을 가리키는 것이 아니라 공무원이 직무수행을 위하여 근무 중인 상태에 있는 때를 포괄한다.
- ㉡ 참고인이 수사기관에 대하여 허위진술을 한 사실만으로는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다.
- ㉢ 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하고, 여기서 적법한 공무집행이라고 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속하면 충분하며, 구체적으로 그 권한 내에 있어야 할 필요는 없다.
- ㉣ 유체동산의 가압류집행에 있어 가압류공시서의 기재에 다소의 흠이 있다면, 그 기재 내용을 전체적으로 보아 가압류공시서에 그 가압류목적물이 특정되었다고 인정할 수 있더라도 그 가압류는 당연무효이고, 해당 가압류공시서는 공무상표시무효죄의 객체가 될 수 없다.

- ① ㉠㉡      ② ㉡㉢      ③ ㉡㉣      ④ ㉢㉣

19. 정답 : ④

**해설** ㉠O: 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도383 판결

㉡O: 대법원 1971. 3. 9. 선고 71도186 판결

㉢ X: 공무집행방해죄는 공무원의 적법한 공무집행이 전제로 된다 할 것이고, 그 공무집행이 적법하기 위하여는 그 행위가 당해 공무원의 추상적 직무 권한에 속할 뿐 아니라 구체적으로도 그 권한 내에 있어야 하며 또한 직무행위로서의 중요한 방식을 갖추어야 한다고 할 것이며, 추상적인 권한에 속하는 공무원의 어떠한 공무집행이 적법한지 여부는 행위 당시의 구체적 상황에 기하여 객관적 합리적으로 판단하여야 하고 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니라고 할 것이다. (대법원 1991. 5. 10. 선고 91도453 판결)

㉔ X: 유체동산의 가압류집행에 있어 그 가압류공시서의 기재에 다소의 흠이 있으나 그 기재 내용을 전체적으로 보면 그 가압류목적물이 특정되었다고 인정할 수 있어 그 가압류가 유효하다. (대법원 2001. 1. 16. 선고 2000도1757 판결)

**강산쌤Tip**

이 사건 가압류공시서에 위와 같은 다소의 흠이 있다고 하더라도 가압류공시서의 기재 내용을 전체적으로 보면 이 사건 농장 안에 있던 비육돈 전체가 가압류목적물이 되었음을 알 수 있으므로, 이 사건 가압류공시서는 여전히 공무상표시무효죄의 객체로 된다는 판결이다.

**20. 위증과 증거인멸의 죄에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 자신의 강도범행을 일관되게 부인하였으나 법원으로부터 유죄판결이 확정된 피고인이 별건으로 기소된 공범의 형사사건에서 선서 후 범행사실을 부인하는 증언을 하였다면, 피고인에게 사실대로 진술할 것이라는 기대가능성이 있으므로 위증죄가 성립한다.
- ② 피고인이 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증죄를 범하게 하였더라도, 이러한 피고인의 행위는 방어권의 정당한 행사로 위증죄의 교사범이 성립하지 않는다.
- ③ 선서한 증인이 자기의 기억에 반하는 증언을 하였다면, 그 증언 내용이 객관적 사실과 부합한다 하더라도 위증죄가 성립한다.
- ④ 증거은닉죄에 있어서 '타인의 형사사건 또는 징계사건'에는 이미 수사가 개시되거나 징계절차가 개시된 사건만이 아니라 수사 또는 징계절차 개시 전이라도 장차 형사사건 또는 징계사건이 될 수 있는 사건도 포함된다.

**20. 정답 : ㉔**

**해설** ㉔ 피고인이 자기의 형사사건에 관하여 허위의 진술을 하는 행위는 피고인의 형사소송에 있어서의 방어권을 인정하는 취지에서 처벌의 대상이 되지 않으나, 법률에 의하여 선서한 증인이 타인의 형사사건에 관하여 위증을 하면 형법 제152조 제1항의 위증죄가 성립되므로 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증죄를 범하게 하는 것은 이러한 방어권을 남용하는 것이라고 할 것이어서 교사범의 죄책을 부담케 함이 상당하다. (대법원 2004. 1. 27. 선고 2003도5114 판결)

- ① 대법원 2008. 10. 23. 선고 2005도10101 판결
- ③ 대법원 1989. 1. 17. 선고 88도580 판결
- ④ 대법원 1982. 4. 27. 선고 82도274 판결

