

수할 수 없을 때에는 각 범칙자 전원에 대하여 그 취득한 외국환 등의 가액 전부의 추징을 명하여야 하고, 그 중 한 사람이 추징금 전액을 납부하였을 때에는 다른 사람은 추징의 집행을 면할 것이나, 그 일 부라도 납부되지 아니하였을 때에는 그 범위 내에서 각 범칙자는 추징의 집행을 면할 수 없다(대법원 1998.5.21, 95도2002 전원합의체).

정답] ②

02 다음 중 원인에 있어 자유로운 행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 원인에 있어서 자유로운 행위란 위협의 발생을 예견하고 자의로 심신상실 또는 심신미약 상태에 빠 지게 한 후 책임능력 결함 상태 하에서 범죄 구성요건을 실현하는 행위이다.
- ② 실행의 착수시기와 관련하여 원인행위에 실행착수가 있다는 견해에 따르면 행위와 책임의 동시존재 원칙과 부합하지 않는다는 단점이 발생하게 된다.
- ③ 실행의 착수시기와 관련하여 장애상태 하에서의 범죄 실행행위에 실행착수가 있다는 견해에 따르면 행위와 책임의 동시존재원칙의 예외를 인정할 수밖에 없게 된다.
- ④ 판례에 의하면 형법 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위에는 고의범뿐만 아니라 과실범도 포함된다.

해설] 간접정범과 구조적 유사성이 있기 때문에 원인행위시에 실행의 착수가 있다는 견해이다(과거의 다수설). 행위와 책임의 동시존재원칙에는 부합되는 입장이다(일치설). 그러나 구성요건의 정형성을 무시한다는 문제가 있다.

- ① 원인에 있어서 자유로운 행위(원인이 자유로운 행위, 원인자유책임범. actio libera in causa)라 함은 행위자가 고의(위험발생의 예견) 또는 과실(위험발생의 예견가능성)에 의하여 자기를 심신장애의 상태에 빠지게 한 후, 이러한 상태를 이용하여 범죄를 실행하는 것을 말한다(제10조 제3항). 독일에서는 이 부분에 관한 명문의 규정이 없어 관습법상 발전되 하나의 원칙이지만, 우리나라에서는 제10조 제3항의 명문의 규정을 두어 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성을 입법으로 해결하고 있다.
- ③ 행위와 책임의 동시존재원칙의 ‘예외’로서(예외설) 원인설정행위와 실행행위간의 불가분적 연관성에 가벌성의 근거가 있다는 의미는 책임의 근거만 원인행위로 앞당기는 것이고 실행행위의 행위성은 인정 하자는 데에 있다. 실행의 착수시기의 확정문제는 객관적인 구성요건의 정형성을 떠나서는 정하기 어렵 기 때문이다. 즉, 책임능력결함상태 하에서의 구성요건적 실행행위 개시시에 실행의 착수가 있다고 본다 (현재의 다수설).
- ④ 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 행 위만이 아니라 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함하는 것으로서 위험의 발생을 예 견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용 대상이 된다(대법원 1992.7.28, 92도 999).

정답] ②

03 인과관계와 관련된 다음 기술 중 옳지 않은 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 피고인이 피해자의 머리를 경찰봉으로 때린 뒤 피해자가 약 20시간 후에 사망한 경우에도 피고인의

구타행위와 피해자의 사망 사이에 인과관계를 인정할 수 있다.

- ② 초지조성공사를 도급받은 수급인이 산불작업을 하도급 준 이후 그 작업을 감독하지 않던 중에 하수급인의 과실로 산림이 실화된 경우 수급인의 감독해태와 산림실화 사이에는 인과관계가 부정된다.
- ③ 주택수리공사에 관하여 전문적인 지식이 없는 도급인이 주택수리공사 전문업자에게 주택수리를 의뢰하면서 공사에 관한 모든 것을 일임하였는데, 보수공사 중에 사람이 사망한 사고가 발생한 경우 도급인의 행위와 사망사고 간에는 인과관계가 인정된다.
- ④ 트럭 운전사가 차의 시동을 끄고 1단 기어가 들어가 있는 상태에서 시동열쇠를 끼워놓은 채 11세 어린이를 조수석에 남겨두고 내린 동안 어린이가 시동열쇠를 돌리며 액셀레이터 페달을 밟아 차량이 진행하여 사고가 발생한 경우 인과관계가 인정된다.

해설】 주택수리공사에 관하여 전문적인 지식이 없는 도급인이 주택수리공사 전문업자에게 주택수리를 의뢰하면서 공사에 관한 관리 감독 업무 또는 공사의 시공에 있어서 분야별 공사업자나 인부들에 대한 구체적인 작업지시 및 감독 업무를 주택수리업자에게 일임한 경우, 도급인이 공사를 관리하고 감독할 지위에 있다거나 주택수리업자 또는 분야별 공사업자나 인부들에 대하여 공사의 시공이나 개별 작업에 관하여 구체적으로 지시하고 감독할 지위에 있다고 볼 수 없으므로 도급인에게 공사상 필요한 안전조치를 취할 업무상 주의의무가 있다고 할 수 없다고 한 사례(대법원 2002.4.12, 2000도3295).

- ① 피해자의 머리를 한번 받고 경찰봉으로 때린 구타행위와 피해자가 외상성 뇌경막하 출혈로 사망할 때까지 사이 약 20여시간이 경과하였다 하더라도 그 사이 피해자는 머리가 아프다고 누워 있었고 그 밖에 달리 사망의 중간요인을 발견할 자료가 없다면 위 시간적 간격이 있었던 사실만으로 피고인의 구타와 피해자의 사망 사이에 인과관계가 없다고 할 수 없다(대법원 1984.12.11, 84도2347).
- ② 초지조성공사를 도급받은 수급인이 불경운작업(산불작업)을 하도급을 준 이후에 계속하여 그 작업을 감독하지 아니한 잘못이 있다 하더라도 이는 도급자에 대한 도급계약상의 책임이지 위 하수급인의 과실로 인하여 발생한 산림실화에 상당인과관계가 있는 과실이라고는 할 수 없다(대법원 1987.4.28, 87도297)
- ④ 운전자가 차를 세워 시동을 끄고 1단 기어가 들어가 있는 상태에서 시동열쇠를 끼워놓은 채 11세 남짓한 어린이를 조수석에 남겨두고 차에서 내려온 동안 동인이 시동열쇠를 돌리며 액셀레이터 페달을 밟아 차량이 진행하여 사고가 발생한 경우, 비록 동인의 행위가 사고의 직접적인 원인이었다 할지라도 그 경우 운전자로서는 위 어린이를 먼저 하차시키던가 운전기기를 만지지 않도록 주의를 주거나 손브레이크를 채운 뒤 시동열쇠를 빼는 등 사고를 미리 막을 수 있는 제반조치를 취할 업무상 주의의무가 있다 할 것이어서 이를 게을리 한 과실은 사고결과와 법률상의 인과관계가 있다고 봄이 상당하다(대법원 1986.7.8, 86도1048).

정답】 ③

04 쟁의행위에 대한 다음 설명 중 판례의 태도와 어긋나는 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 쟁의행위의 여러 목적 중에서 부당한 요구사항을 뺏더라도 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다.
- ② 노동쟁의는 원칙적으로 조정절차를 거쳐야 하는 것이지만, 조정기간이 경과하도록 노동위원회가 조정결정을 하지 못했다면 쟁의행위를 할 수 있다.
- ③ 조합원의 찬성결정을 거치지 않고 쟁의행위에 나아간 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 정당행위로 볼 수 있다.

④ 09:00 이전에 출근하여 업무준비를 하고 09:00부터 업무를 시작하는 직원들에 대하여 적법절차 없이 집단으로 09:00 정각에 출근하도록 한 경우에는 업무방해죄를 구성한다.

해설】 쟁의행위의 개시에 앞서 노동조합및노동관계조정법 제41조 제1항에 의한 투표절차를 거치지 아니한 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 때에는 단지 노동조합 내부의 의사형성 과정에 결함이 있는 정도에 불과하다고 하여 쟁의행위의 정당성이 상실되지 않는 것으로 해석한다면 위임에 의한 대리투표, 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성간주 등의 방법이 용인되는 결과, 그와 같은 견해는 위의 관계 규정과 대법원의 판례취지에 반하는 것이 된다. 따라서 견해를 달리하여 노동조합및노동관계조정법 제41조 제1항을 위반하여 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 과반수의 찬성결정을 거치지 아니하고 쟁의행위에 나아간 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 위와 같은 투표절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 쟁의행위가 정당성을 상실한다고 볼 수 없다는 취지의 대법원 2000.5.26, 99도4836 판결은 이와 어긋나는 부분에 한하여 변경하기로 한다(대법원 2001.10.25, 99도4837 전원합의체 다수의견).

- ① 대법원 2001.6.26, 2000도2871
- ② 대법원 2001.6.26, 2000도2871
- ④ 대법원 1996.5.10, 96도419

정답】 ③

05 甲의 행위가 정당행위로 위법성을 조각하지 않는 것은? (판례에 의함) 【경간부 2009.2】

- ① 甲은 자신의 동생을 구타하고 도주하는 乙을 따라가 허리띠를 잡고 파출소로 동행할 것을 요구하자 오히려 乙이 甲의 멱살을 잡고 반항하였다.
- ② 甲은 乙이 술에 취하여 아무런 이유 없이 시비를 걸면서 얼굴을 때리자 이를 뿌리치고 현장에서 도망가는 바람에 乙이 땅에 넘어져 상처를 입었다.
- ③ 택시운전사 甲은 乙이 부부싸움 끝에 도망 나와 승객을 끌어내리고 甲의 멱살을 잡고 심하게 흔들며 대자, 乙의 손을 뿌리치면서 택시를 출발시켰다.
- ④ 주주총회에 참석한 주주가 회사측의 의사에 반하여 회사 사무실을 뒤져 회계장부를 강제로 찾아 열람하였다.

해설】 회사의 정기주주총회에 적법하게 참석한 주주라고 할지라도 주주총회장에서의 질문, 의사진행 발언, 의결권의 행사 등의 주주총회에서의 통상적인 권리행사 범위를 넘어서서 회사의 구체적인 회계장부나 서류절 등을 열람하기 위하여는 별도로 상법 제466조 등에 정해진 바에 따라 회사에 대하여 그 열람을 청구하여야 하고, 만일 회사에서 정당한 이유 없이 이를 거부하는 경우에는 법원에 그 이행을 청구하여 그 결과에 따라 회계장부 등을 열람할 수 있을 뿐 주주총회 장소라고 하여 회사측의 의사에 반하여 회사의 회계장부를 강제로 찾아 열람할 수는 없다고 할 것이며, 설사 회사측이 회사 운영을 부실하게 하여 소수주주들에게 손해를 입게 하였다고 하더라도 위와 같은 사정만으로 주주총회에 참석한 주주가 강제로 사무실을 뒤져 회계장부를 찾아내는 것이 사회통념상 용인되는 정당행위로 되는 것은 아니다(대법원 2001.9.7, 2001도2917).

① 피해자가 피고인의 동생을 구타하여 지면에 넘어뜨린 후 도주하므로 피고인이 그를 뒤따라가 그의 허리띠를 잡고 파출소로 동행할 것을 요구하자 오히려 위 피해자가 피고인의 멱살을 잡고 늘어지면서 반항한 것이라면 그와 같은 사정에서 설사 피고인의 행위가 폭행에 해당된다고 하여도 이는 위 피해자의 불법한 공격으로부터 자신을 보호하고 그를 파출소로 데려가기 위하여 취한 필요한 최소한도의 조치로서 사회상규에 어긋나지 아니하여 위법성이 없다(대법원 1987.1.20, 86도2492).

② 피해자가 술에 취하여 피고인에게 아무런 이유없이 시비를 걸면서 얼굴을 때리다가 피고인이 이를 뿌리치고 현장에서 도망가는 바람에 그가 땅에 떨어져 상처를 입은 사실이 인정된다면 피고인의 행위는 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성이 있는 행위로서 형법 제20조에 정한 정당행위에 해당되어 죄가 되지 아니한다(대법원 1990.5.22, 90도748).

③ 택시운전사가 승객의 요구로 택시를 출발시키려 할 때 피해자가 부부싸움끝에 도망나온 위 승객을 택시로부터 강제로 끌어내리려고 운전사에게 폭언과 함께 택시안으로 몸을 들이밀면서 양손으로 운전사의 멱살을 세게 잡아 상의단추가 떨어질 정도로 심하게 흔들어 대었고, 이에 운전사가 위 피해자의 손을 뿌리치면서 택시를 출발시켜 운행하였을 뿐이라면 운전사의 이러한 행위는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위라고 할 것이다(대법원 1989.11.14, 89도1426).

정답】 ④

06 다음 괄호안의 범죄 중 판례가 부작위범의 성립을 인정하지 않은 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 피고인은 길을 걷다가 어린 아이가 물에 빠져 허우적대는 것을 보았는데 구할 수 있었음에도 불구하고 방치하여 어린아이가 익사하였다.(유기치사죄)
- ② 매도인이 토지에 대하여 도시계획이 입안되어 장차 협의수용되거나 매수될 것이라는 것을 고지하지 아니하고 매도하였다.(사기죄)
- ③ 매도인이 매수인에게 목적물에 대하여 소유권 귀속에 관한 분쟁이 있어 재심소송 중이라는 사실을 고지하지 아니하고 매도하여 대금을 지급받았다.(사기죄)
- ④ 이미 다른 회사가 같은 용도와 성능을 가진 이름도 같은 제품을 국내에서 판매하고 있다는 사실을 알면서도 이를 알리지 않고 국내독점계약을 체결하였다.(사기죄)

해설】 유기죄는 법률상 또는 계약상 보호의무가 있는 경우에만 성립하므로, 유기치사죄가 성립할 수 없다.

② 토지에 대하여 도시계획이 입안되어 있어 장차 협의매수되거나 수용될 것이라는 사정을 매수인에게 고지하지 아니한 행위가 부작위에 의한 사기죄를 구성한다(대법원 1993.7.13, 93도14).

③ 부동산매매에 있어서 매매목적물에 관하여 소유권귀속에 관한 분쟁이 있어 재심소송이 계속중에 있다면 이러한 사정들은 특별한 사정이 없는 한 매수인으로서 매매계약의 체결 여부를 결정짓는 매우 중요한 요소이므로 매도인은 거래의 신의성실의 원칙상 매수인에게 고지할 의무가 있다 할 것이고 매도인 이 매수인에게 소송계속사실을 숨기고 매도하여 대금을 교부받았다면 이는 사기죄를 구성한다(대법원 1986.9.9, 86도956).

④ 피고인과 피해자 사이의 이 사건 계약은 독일 스테팩사의 제품을 전제로 하였고 이스라엘의 메이트 로닉스사가 만든 돌핀제품과 독일 스테팩사가 만든 돌핀제품은 일부 부품에 약간의 차이가 있음은 인정되나 적어도 어떤 물품의 국내의 독점판매계약을 하는 피해자로서는 이미 다른 회사가 같은 용도와 성능을 가진 이름도 같은 제품을 국내에 판매하고 있는 것을 알았다면 설사 그 제품의 원산지과 일부 부품이 틀리더라도 위와 같은 독점판매계약을 체결할 리가 없다고 보는 것이 경험칙상 명백하다고 할 것

이고 더군다나 피고인이 이미 동일한 내용의 계약을 한정수와 체결하였다가 삼일상사 등에서 위 돌핀제품을 훨씬 싼 가격으로 수입·판매함으로써 독점판매권이 보장되지 아니하였다는 이유로 형사고소까지 당한 사실이 있다면 피고인으로서 피해자와 이 사건 계약을 체결함에 있어서 이를 신의칙상 고지할 의무가 있다고 하여 피고인에 대한 사기의 범죄사실을 인정한 것은 정당하다(대법원 1996.7.30, 96도1081).

정답] ①

07 다음 중 판례가 법률의 착오로서 정당한 이유가 있다고 한 경우는? 【경간부 2009.2】

- ① 변호사의 자문을 받은 후 압류물을 집달관 승인 없이 다른 곳으로 옮겼다.
- ② 사람이 죽으면 으레 당국에 신고한 연후에 그 사체를 이장하여야 함은 일반상식으로 되어 있는데도 그것을 몰랐다고 주장하였다.
- ③ 부대장의 허가를 받아 부대 내에 유류를 저장하는 것이 죄가 되지 않는다고 믿고 부대 내에 유류를 저장하였다.
- ④ 건축법상 허가대상인 줄 모르고 허가 없이 근린생활시설을 교회로 용도변경하여 사용하였다.

해설] 대법원 1971.10.12, 71도1356 참조.

- ① 압류물을 집달관의 승인 없이 임의로 그 관할구역 밖으로 옮긴 경우에는 압류집행의 효용을 해하게 된다고 할 것이므로 공무상비밀표시무효죄가 성립하고, 위와 같은 행위를 하면서 변호사 등에게 문의하여 자문을 받았다는 사정만으로는 자신의 행위가 죄가 되지 않는다고 믿는 데에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다(대법원 1992.5.26, 91도894).
- ② 사람이 죽으면 당국에 신고한 후에 그 사체를 매장해야 한다는 것은 일반적인 상식에 속하므로 단순히 이를 몰랐다는 사실만으로는 위법행위를 합법행위로 오인했음에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다(대법원 1979.8.28, 79도1671).
- ④ 형법 제16조에 의하여 처벌하지 아니하는 경우란 단순한 법률의 부지의 경우를 말하는 것이 아니고, 일반적으로 범죄가 되는 행위이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 인식함에 있어 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이므로, 피고인이 자신의 행위가 건축법상의 허가대상인 줄을 몰랐다는 사정은 단순한 법률의 부지에 불과하고 특히 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 적극적으로 그릇 인식한 경우가 아니어서 이를 법률의 착오에 기인한 행위라고 할 수 없다(대법원 1991.10.11, 91도1566).

정답] ③

08 미수범에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 처음부터 결과발생이 불가능함을 인식하였던 경우라 하더라도 범죄의 실행착수가 있었고 위험성이 있으면 불능미수로 처벌한다.
- ② 불능미수는 임의적 감면 사유이다.
- ③ 미수범은 원칙적으로 처벌하지 않으나, 법률에 특별한 규정이 있다면 예외적으로 처벌할 수 있다.

④ 착수미수와 실행미수의 구별은 중지미수를 논하는데 그 실익이 있다.

해설】 기수의 고의, 확정적 행위의사, 특수한 주관적 구성요건요소가 필요하다. 따라서 행위자가 ‘처음부터 결과발생이 불가능하다고 생각하고(예를 들어 처음부터 ‘치사랑 미달의 독약‘이라는 것을 익히 알고 있으면서) 행위한 경우에는 불능미수가 되지 않는다. 기수의 고의가 결여되어 있기 때문이다.

② 제27조 【불능범】 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

③ 제29조 【미수범의 처벌】 미수범을 처벌할 죄는 각 본조에 정한다.

④ 착수미수단계에서는 범행을 중지만 하면 중지미수가 되지만, 실행미수단계에서는 적극적인 결과방생방지의 노력을 해야 중지미수가 될 수 있다. 따라서 착수미수와 실행미수의 객관적 행위의 요건은 서로 차별되므로 양자의 구별의 실익이 있다.

정답】 ①

09 다음 중 불가벌적 사후행위에 해당하는 것은? (판례에 의함) 【경간부 2009.2】

- ① 타인의 현금카드를 절취한 후에 이를 사용하여 현금자동인출기에서 예금을 인출한 경우
- ② 절취한 자기앞수표를 취득한 후 이를 현금 대신 교부한 경우
- ③ 타인의 횡령을 방조한 자가 그 횡령한 물건을 취득한 경우
- ④ 사람을 살해한 다음 범행을 은폐하기 위하여 그 사체를 옮겨 유기한 경우

해설】 금융기관발행의 자기앞수표는 그 액면금을 즉시 지급받을 수 있어 현금에 대신하는 기능을 하고 있으므로 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(대법원 1987.1.20, 86도 1728).

정답】 ②

10 甲과 乙은 우연히 丙의 폐거리와 길에서 싸움이 붙었다. 싸움 도중에 갑자기 乙이 칼을 가지고 와서 살인의 고의 없이 丙의 폐거리 중 한 명인 丁의 배를 칼로 찔렀는데 丁이 사망하고 말았다. 甲과 乙의 죄책은? (판례입장에 의함) 【경간부 2009.2】

- ① 甲과 乙은 살인죄의 공동정범
- ② 甲은 과실치사죄, 乙은 상해치사죄
- ③ 甲은 상해치사죄의 중범, 乙은 살인죄의 정범
- ④ 甲과 乙은 상해치사죄의 공동정범

해설】 결과적 가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해 행위를 공동으로 할 의사가 있

으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없으며, 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 수 없는 때가 아닌 한 상해치사의 죄책을 면할 수 없다(대법원 2000.5.12, 2000도745).

정답】 ④

11 공범과 신분에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (판례에 의함) 【경간부 2009.2】

- ① 치과의사가 간호보조원의 자격을 가진 것에 불과한 치과기공사에게 내원 환자들에 대한 치료를 지시하여 실행케 한 경우 치과의사는 무면허의료행위의 교사범이 성립한다.
- ② 모해목적은 가진 자가 모해목적 없는 증인으로 하여금 법정에서 선서한 후 위증을 하도록 시킨 경우 위증교사죄가 성립한다.
- ③ 자신의 아들과 함께 남편을 살해한 처는 존속살해죄의 공동정범이다.
- ④ 보조공무원이 상관의 결재를 이용하여 허위공문서작성죄를 범하는데 사인이 공모하여 가담한 경우 그 사인은 허위공문서작성죄의 공동정범이 성립하게 된다.

해설】 피고인이 갑을 모해할 목적으로 을에게 위증을 교사한 이상, 가사 정범인 을에게 모해의 목적이 없었다고 하더라도, 형법 제33조 단서의 규정에 의하여 피고인을 모해위증교사죄로 처단할 수 있다(대법원 1994.12.23 93도1002).

- ① 치과의사가 환자의 대량유치를 위해 치과기공사들에게 내원환자들에게 진료행위를 하도록 지시하여 동인들이 각 단독으로 전항과 같은 진료행위를 하였다면 무면허의료행위의 교사범에 해당한다(대법원 1986.7.8, 86도749).
- ③ 대법원 1961.8.2, 4294형상284 참조.
- ④ 대법원 1992.1.17, 91도2837 참조.

정답】 ②

12 다음 중 판례가 경합범의 성립을 부정한 경우는? 【경간부 2009.2】

- ① 강도가 동일한 기회에 수명의 피해자를 각각 폭행하여 각각 상해를 입힌 경우
- ② 피해자를 1회 강간하여 상처를 입게 한 후 약 1시간 뒤 장소를 옮겨 같은 피해자를 다시 1회 강간한 경우
- ③ 대금결제외사와 능력도 없이 자기명의의 신용카드를 발급받아 이를 사용하여 가맹점으로부터 물품을 구입하고 현금지급기에서 현금서비스를 받은 경우
- ④ 운전면허 없이 운전하다가 업무상과실치사를 범한 경우

해설】 신용카드의 거래는 신용카드회사로부터 카드를 발급받은 사람이 위 카드를 사용하여 카드가맹점으로부터 물품을 구입하면 그 카드를 소지하여 사용하는 사람이 카드회사로부터 카드를 발급받은 정당한 소지인인 한 카드회사가 그 대금을 가맹점에 결제하고, 카드회사는 카드사용자에 대하여 물품구입대금을 대출해 준 금전채권을 가지는 것이고, 또 카드사용자가 현금자동지급기를 통해서 현금서비스를 받

아 가면 현금대출관계가 성립되게 되는 것인바, 이와 같은 카드사용으로 인한 카드회사의 금전채권을 발생케 하는 카드사용 행위는 카드회사로부터 일정한 한도 내에서 신용공여가 이루어지고, 그 신용공여의 범위 내에서는 정당한 소지인에 의한 카드사용에 의한 현금대출이 카드 발급시에 미리 포괄적으로 허용되어 있는 것인바, 현금자동지급기를 통한 현금대출도 결국 카드회사로부터 그 지급이 미리 허용된 것이고, 단순히 그 지급방법만이 사람이 아닌 기계에 의해서 이루어지는 것에 불과하다. 그렇다면 피고인이 카드사용으로 인한 대금결제에 의사와 능력이 없으면서도 있는 것 같이 가장하여 카드회사를 기망하고, 카드회사는 이에 착오를 일으켜 일정 한도 내에서 카드사용을 허용해 줌으로써 피고인은 기망당한 카드회사의 신용공여라는 하자 있는 의사표시에 편승하여 자동지급기를 통한 현금대출도 받고, 가맹점을 통한 물품구입대금 대출도 받아 카드발급회사로 하여금 같은 액수 상당의 피해를 입게 함으로써, 카드사용으로 인한 일련의 편취행위가 포괄적으로 이루어지는 것이다. 따라서 카드사용으로 인한 카드회사의 손해는 그것이 자동지급기에 의한 인출행위이든 가맹점을 통한 물품구입행위이든 불문하고 모두가 피해자인 카드회사의 기망당한 의사표시에 따른 카드발급에 터잡아 이루어지는 사기의 포괄일죄이다(대법원 1996.4.9, 95도2466).

- ① 강도가 한 개의 강도범행을 하는 기회에 수명의 피해자에게 각 폭행을 가하여 각 상해를 입힌 경우에는 각 피해자별로 수개의 강도상해죄가 성립하며 이들은 실제적 경합범의 관계에 있다(대법원 1987.5.26, 87도527).
- ② 피해자를 1회 강간하여 상처를 입게한 후 약 1시간후에 장소를 옮겨 같은 피해자를 다시 1회 강간한 행위는 그 범행시간과 장소를 달리하고 있을 뿐만 아니라 각 별개의 범의에서 이루어진 행위로서 형법 제37조 전단의 실제적 경합범에 해당한다(대법원 1987.5.12, 87도694).
- ④ 업무상 과실치사상죄에 있어서의 업무라 함은 사람의 사회생활면에 있어서의 하나의 지위로서 계속적으로 종사하는 업무를 말하고 반복 계속의 의사 또는 사실이 있는한 그 사무에 대한 각별한 경험이나 법규상의 면허를 필요로 하지 아니한다(대법원 1961.3.22, 4294형상5).

정답] ③

13 다음 중 몰수와 추징에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 범인 자신의 소유물은 물론 공범자의 소유물에 대해서도 몰수할 수 있으나, 여기서 말하는 공범은 임의적 공범을 의미하고, 필요적 공범은 제외된다.
- ② 외국환을 몰수할 수 없게 되어 그 가액을 추징하는 경우 외국환에 대한 판결선고 당시의 가액상당으로 추징액을 산정하여야 한다.
- ③ 수인의 공무원이 공모하여 수뢰한 경우 개별적 수수액을 알 수 없으면 평등하게 분할한 액수를 몰수 또는 추징하여야 한다.
- ④ 범죄행위로 인하여 주식을 취득하면서 그 대가를 지급하였다고 하더라도 범죄행위로 취득한 가액 상당을 추징할 것이고, 그 가액에서 이를 취득하기 위한 대가로 지급한 금원을 뺀 나머지를 추징해야 하는 것은 아니다.

해설] 형법 제48조 제1항의 ‘범인’에는 공범자도 포함되므로 피고인의 소유물은 물론 공범자의 소유물도 그 공범자의 소추 여부를 불문하고 몰수할 수 있고, 여기에서의 공범자에는 공동정범, 교사범, 방조범에 해당하는 자는 물론 필요적 공범관계에 있는 자도 포함된다(대법원 2006.11.23, 2006도5586).

- ② 외국환을 몰수할 수 없게 되어 그 가액을 추징하면서 외국환에 대한 판결 선고 당시의 가액 상당으

로 추징액을 산정한 원심의 조치는 정당하다(대법원 2001.11.27, 2001도4829).

③ 대법원 1975.4.22, 73도1963 참조.

④ 범죄행위로 인하여 물건을 취득하면서 그 대가를 지급하였다고 하더라도 범죄행위로 취득한 것은 물건 자체이고 이는 몰수되어야 할 것이나, 이미 처분되어 없다면 그 가액 상당을 추징할 것이고, 그 가액에서 이를 취득하기 위한 대가로 지급한 금원을 뺀 나머지를 추징해야 하는 것은 아니다(대법원 2005.7.15, 2003도4293).

정답] ①

14 甲과 乙은 乙의 동생 집을 절도하기로 공모를 한 후 乙은 피해자의 집에서 절취행위를 하고 甲은 그 집 가까운 곳에서 땅을 보고 있었다. 甲은 乙이 물건을 훔쳐 나오자 함께 들고 나와서 준비해 온 자동차까지 운반하였다. 이때 甲의 죄책은 무엇인가? 【경간부 2009.2】

- ① 절도죄의 공동정범
- ② 절도죄의 방조범
- ③ 절도죄의 방조범과 장물운반죄
- ④ 특수절도죄

해설] 대법원 1996.3.22, 96도313 참조.

정답] ④

15 다음 중 존속살해죄에 해당하는 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 자신과 따로 생활하는 삼촌을 살해한 경우
- ② 자신과 함께 생활하며 동거하는 고모를 살해한 경우
- ③ 자신의 부가 모와 이혼한 후에 새로 들어온 계모를 살해한 경우
- ④ 혼인의 출생자가 호적에 친모로 등재되지 않은 생모를 살해한 경우

해설] 혼인 외의 출생자와 생모간에는 생모의 인지나 출생신고를 기다리지 않고 자의 출생으로 당연히 법률상의 친족관계가 생기는 것이다(대법원 1980.9.9, 80도1731).

①② 직계존속에 해당하지 않는다.

③ 적자와 계모, 서자와 적모의 관계는 민법 개정에 따라 인척관계일 뿐, 직계존비속간의 관계가 아니다.

정답] ④

16 작량감경에 관한 판례의 태도와 일치하지 않는 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 징역형과 벌금형을 병과하는 경우에 작량감경은 중한 형인 징역형에 대해서만 하는 것이 원칙이다.

- ② 작량감경은 1회에 한하여 허용되고, 거듭 작량감경은 허용되지 않는다.
- ③ 범행 후 개전의 정이 있다는 것과 재범의 위험성이 없다는 것이 반드시 같은 의미는 아니다.
- ④ 법정형이 7년 이상의 유기 징역으로 되어있을 경우에 감경절차를 거침이 없이 징역 4년을 선고하면 위법하다.

해설】 (이 문제는 입법고시 20회 기출문제를 다소 변형하여 출제한 것으로 보인다) 징역형과 벌금형을 병과하여야 할 경우에 특별한 규정이 없는 한 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 않는 것은 위법하다(대법원 1997.8.26, 96도3466). 따라서 위 ①번 지문은 타당하지 않다. 다만 예외적으로, 형법 제38조 제1항 제3호에 의하여 징역형과 벌금형을 병과하는 경우에는 각 형에 대한 범죄의 정상에 차이가 있을 수 있으므로 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 아니하였다 고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다(대법원 2006.3.23, 2006도1076).

- ② 형의 작량감경은 법률상 감경에 관한 형법 제55조의 범위 내에서만 허용된다(대법원 1964.10.28, 64도454). 작량감경사유가 수개 있다고 하여 거듭 감경할 수는 없다(대법원 1964.4.7, 63도410).
- ③ 개전의 정이 있어 작량감경을 하였다고 하더라도 잠재적인 재범의 위험성은 범행 후의 개전의 정과는 반드시 일치하는 것은 아니라고 할 것이므로, 작량감경을 하였다고 해서 재범의 위험성을 인정 못할 바 아니다(대법원 1983.3.8, 83도59,83감도20).
- ④ 법정형이 7년 이상의 유기징역인데 형법 소정의 감경절차를 거침없이 징역 4년을 선고함은 법률적용의 착오로서 판결에 영향을 미쳤다 할 것이다(대법원 1983.11.22, 83도2130).

정답】 ①

17 다음 중 폭행죄의 개념에 대한 설명으로 틀린 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 준강도죄의 구성요건인 폭행, 협박은 일반강도죄와의 균형상 상대방의 반항을 억압할 정도가 되어야 한다.
- ② 폭행은 사람의 신체에 대한 유형력의 행사이다.
- ③ 폭행죄의 보호법익은 신체의 완전성으로 폭행미수범도 처벌한다.
- ④ 공무집행방해죄의 폭행은 사람의 신체에 대한 직, 간접의 유형력 행사이다.

해설】 폭행죄는 형식범으로서 미수범 처벌규정이 없다.

- ① 준강도죄의 성립에 필요한 폭행 또는 협박은 강도죄와의 균형상 사람의 반항을 억압할 정도의 수단으로서 일반적 객관적으로 가능하다고 인정하는 정도의 것이면 되고 반드시 현실적으로 반항을 억압하였음을 필요로 하는 것은 아니다(대법원 1981.3.24, 81도409).
- ② 형법 제260조에 규정된 폭행죄는 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 가리킨다(대법원 1991. 1. 29, 90도2153).
- ④ 공무집행방해죄에 있어서의 폭행이라 함은 공무원에 대한 직접적인 유형력의 행사뿐 아니라 간접적인 유형력의 행사도 포함하는 것이다(대법원 1998.5.12, 98도662).

정답】 ③

18 甲은 10세의 乙女를 유인하여 “너 집에 돌아가면 경찰이 붙잡아 소년원에 보내 버린다” 라고 하여 乙女가 집에 가지 못하도록 붙잡아 두고, 셋방에서 함께 기거하다가 乙女를 간음하여 처녀막 파열상을 입게 하였다. 甲의 죄책은? 【경간부 2009.2】

- ① 간음목적유인죄, 감금치상죄
- ② 미성년자유인죄, 감금치상죄
- ③ 미성년자유인죄, 감금죄, 미성년자의제강간치상죄
- ④ 미성년자유인죄, 감금죄, 미성년자의제강간죄, 과실치상죄

해설】 미성년자를 유인한 자가 계속하여 미성년자를 불법하게 감금하였을 때에는 미성년자유인죄 이외에 감금죄가 별도로 성립한다(대법원 1998.5.26, 98도1036).

정답】 ③

19 다음 중 판례의 태도로서 옳지 않은 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 현행법상 미성년자의제강간죄, 강제추행죄의 미수범을 처벌하는 명시적 규정은 없으나, 제305조의 취지에 비추어 미수범으로 처벌하는 것이 가능하다.
- ② 피고인이 피해자의 생모의 동의를 얻어 피해자를 입양할 의사로 데려왔으나 자신의 처의 동의 없이 피해자를 자신과 처 사이의 친생자로 출생신고를 한 경우 피고인은 친생자의 출생신고 이후에 비로소 성폭력특별법 제7조 제5항의 ‘사실상의 관계에 의한 친족’에 해당한다.
- ③ 강간죄에 대한 고소취소가 있는 때 그 수단인 폭행만 따로 떼어 처벌할 수는 없으나, 강간의 수단인 감금만 따로 떼어 처벌하는 것은 가능하다.
- ④ 초등학교 4학년 교사가 교실에서 남학생 성기를 만졌다면 미성년자의제강제추행죄가 성립한다.

해설】 피고인이 피해자의 생모의 동의를 얻어 피해자를 입양할 의사로 데려왔으나 자신의 처의 동의 없이 피해자를 자신과 처 사이의 친생자로 출생신고를 한 경우, 피고인은 친생자출생신고 전에는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제7조 제5항의 ‘사실상의 관계에 의한 친족’에 해당하고, 친생자출생신고 후에는 같은 법 제7조 제1항의 ‘친족’에 해당한다(대법원 2006.1.12, 2005도8427).

① 미성년자의제강간·강제추행죄를 규정한 형법 제305조가 “13세 미만의 부녀를 간음하거나 13세 미만의 사람에게 추행을 한 자는 제297조, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다”로 되어 있어 강간죄와 강제추행죄의 미수범의 처벌에 관한 형법 제300조를 명시적으로 인용하고 있지 아니하나, 형법 제305조의 입법 취지는 성적으로 미성숙한 13세 미만의 미성년자를 특별히 보호하기 위한 것으로 보이는바 이러한 입법 취지에 비추어 보면 동조에서 규정한 형법 제297조와 제298조의 ‘예에 의한다’는 의미는 미성년자의제강간·강제추행죄의 처벌에 있어 그 법정형뿐만 아니라 미수범에 관하여도 강간죄와 강제추행죄의 예에 따른다는 취지로 해석되고, 이러한 해석이 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이거나 죄형법정주의에 의하여 금지되는 확장해석이나 유추해석에 해당하는 것으로 볼 수 없다(대법원 2007.3.15, 2006도9453).

③ 2인 이상이 공동하여 폭행으로 부녀를 강간한 경우에는 형법 297조 소정의 강간죄만 해당하고 별도

로 폭력행위등처벌에관한법률 2조 2항의 죄를 구성한다고는 볼 수 없고 이 두개의 죄는 법조경합의 관계가 있을 뿐 상상적 경합관계에 있다고 볼 수 없으므로 강간죄에 대한 고소취소가 있을 후 그 수단인 폭행만을 분리하여 폭력행위등처벌에관한위반죄로 처벌할수 없다(대법원 1974.6.11, 73도2817).

④ 초등학교 4학년 담임교사(남자)가 교실에서 자신이 담당하는 반의 남학생의 성기를 만진 행위가 미성년자의제강제추행죄에서 말하는 ‘추행’에 해당한다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례(대법원 2006.1.13, 2005도6791).

정답] ②

20 다음 중 혼인빙자간음죄에 대한 설명으로 틀린 것은? (판례에 의함) 【경간부 2009.2】

- ① 혼인빙자간음죄의 성립을 위해서는 범인이 부녀와 접근할 당시 상대방과 혼인의사가 없는데도 정교의 수단으로 혼인을 빙자하였어야 한다.
- ② 혼인빙자란 진실로 혼인할 의사가 없으므로 이를 가장한 경우를 말한다.
- ③ 정교당시에는 혼인의사가 있었으나 그 후 사정의 변화로 변심하여 혼인의사가 없게 된 경우 혼인빙자간음죄는 성립하지 아니한다.
- ④ 미모의 甲女는 돈 많은 지체장애인 乙男에게 혼인하자고 속여 통정하였다. 그 후 乙男이 혼인하자고 제촉하였으나 甲女는 이를 거절하였다. 甲女에겐 혼인빙자간음죄가 성립한다.

해설] 혼인빙자간음죄(제304조)의 객체는 음행의 상습 없는 부녀로 제한된다. 따라서 여자가 남자를 혼인빙자간음한 경우에는 본죄에 해당되지 않는다.

①②③ 혼인빙자간음죄는 혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음함으로써 성립하는 범죄이므로 혼인빙자간음죄가 성립하기 위하여는 범인이 부녀와 정교를 할 당시 상대방과 혼인할 의사가 없는데도 정교의 수단으로 혼인을 빙자하였어야 하고, 정교할 당시에는 혼인할 의사가 있었으나 그 후 사정의 변화로 변심하여 혼인할 의사가 없게 되었다고 하더라도 혼인빙자간음죄는 성립하지 아니한다(대법원 2002.9.4, 2002도2994).

정답] ④

21 다음 설명 중 가장 타당한 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 모욕죄와 사자명예훼손죄는 반의사불벌죄로 규정되어 피해자의 의사를 존중하고 있다.
- ② 업무상과실장물취득죄는 업무로 인하여 형이 가중되지 않는 것이 특징이다.
- ③ 甲과 乙은 입찰에서 甲이 낙찰받도록 하기 위하여 甲은 乙보다 낮은 단가로 응찰하기로 공모한 뒤 각각 응찰하여 甲이 낙찰을 받았다. 그러나 낙찰단가가 입찰시행자에게 유리하도록 결정되었고 甲과 乙 상호간에 금품의 수수도 없었던 경우 甲과 乙은 무죄라는 것이 판례의 입장이다.
- ④ 명예훼손죄와 사자명예훼손죄는 허위사실을 적시한 경우에만 비로소 범죄가 성립한다.

해설] 결과적 가중범은 기본범죄를 범한 뒤 중 한 결과가 나타나면 형을 가중해서 처벌하는 것으로써 여기서는 단순과실장물취득죄는 처벌규정이 없으므로 기본범죄가 된다고 할 수 없다. 따라서 업무상과실장물취득죄가 기본범죄이다.

- ① 모욕죄와 사자명예훼손죄는 친고죄이다. 친고죄는 수습 중 두문자로 **성/모/비/업/사/추/간/결** 이다.
- ③ 가장경쟁자를 조작하거나 입찰의 경쟁에 참가하는 자가 서로 통모하여 그 중의 특정한 자를 낙찰자로 하기 위하여 기타의 자는 일정한 가격이하 또는 이상으로 입찰하지 않을 것을 협정하는 소위 담합행위는 입찰가격에 있어서 실시자의 이익을 해하는 것이 아니라도 실질적인 단독입찰을 경쟁입찰인 것처럼 가장하여 그 입찰가격으로 낙찰되게 한 경우에는 담합자간에 금품의 수수에 관계없이 일응 입찰의 공정성을 해할 위험성이 있다 하겠다(대법원 1983.1.18, 81도824).
- ④ 단순명예훼손죄는 허위사실뿐만 아니라 진실한 사실을 적시한 경우에도 범죄가 성립한다.

정답】 ②

22 다음 중 옳지 않은 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 주거침입죄는 미수범 처벌규정이 있다.
- ② 해고의 효력을 다투는 자가 노조사무실 출입목적으로 경비원을 뿌리치고 회사내로 들어가는 것은 주거침입죄에 해당한다.
- ③ 피고인이 자신 소유의 집을 동거중인 자가 매각하여 타인이 점유하고 있는 위 주거에 무단히 들어갔다면 주거침입죄가 성립한다.
- ④ 노조원들에 의한 회사 점거 중 해고근로자가 노조 임시사무실에 들어간 행위는 주거침입죄를 구성한다.

해설】 ② 해고의 효력을 다투는 자는 노조원의 지위가 인정되므로 노조사무실 출입목적으로 회사에 들어가더라도 주거침입죄에는 해당하지 않는다.

- ① 제322조 【미수범】 본장의 미수범은 처벌한다.
- ③ 자신 소유의 집이라도 정당한 절차를 거치지 않고 무단침입한 행위는 주거침입죄가 성립하게 된다.
- ④ 노조원의 지위가 인정되는 자라도 노조원들의 회사 불법점거 중에 회사에 무단으로 들어간 행위는 주거침입죄를 구성한다. 이는 타인의 주거에 평상출입이 허용된 것이라 하더라도 당해 주거침입의 소위가 관리자의 의사에 반하거나 관리자의 허용치 아니할 의사가 명백히 추측됨에 불구하고 감행된 것인 경우에는 주거침입죄가 성립된다 할 것이다(대법원 1955.12.23, 4288형상25).

정답】 ②

23 다음 중 甲에게 불법영득의사를 인정한 판례는? 【경간부 2009.2】

- ① 甲과 乙은 시비하던 중에 乙이 식칼로 죽이겠다고 협박하자 甲은 주위에 있던 위 식칼을 파출소에 가져가 증거물로 제시하였다.
- ② 장교 甲은 근무자를 협박하여 소총을 교부받은 후 하급자에게 건네주며 소대원들을 감시하도록 지시하였고, 그 하급자는 내무반을 감시하다가 나중에 甲을 뒤따라 나가면서 그 소총을 원래의 소지자에게 던져주었다.
- ③ 甲은 乙女の 전화번호를 알아두기 위하여 乙女가 떨어뜨린 전화요금영수증을 습득한 후 돌려주지 않았다.

④ 甲은 乙의 서랍에서 도장과 인감도장을 몰래 꺼내어 차용증서의 연대보증인란에 도장을 찍고 다시 서랍에 가져다 놓았다.

해설】 피고인이 소총 소지자를 총기로 협박하여 그 소총을 교부받아 실탄을 장전한 후 소속 부대 하급자에게 건네주어 그로 하여금 소속 부대원들이 내무반에서 나오는지 여부를 감시하도록 지시한 경우, 피고인은 그 소총을 소지자로부터 자기의 지배하에 이전하여 그 소유자가 아니라면 할 수 없는 사용 처분행위를 하였다고 할 것이므로, 비록 피고인의 지시에 따라 그 소총을 소지하고 있던 하급자가 나중에 피고인이 위병소를 빠져나갈 때 뒤따라 나가면서 그 소총에서 탄창을 제거한 후 그 소총을 원래의 소지자에게 던져 준 사실이 있다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 피고인에게 그 소총에 대한 군용물특수강도죄의 불법영득의사가 없었다고 할 수 없다(대법원 1995.7.11, 95도910).

① 피고인이 피해자등과 말다툼을 하면서 시비하는 중에 그들중 일행이 피고인을 식칼로 찔러 죽이겠다고 위협을 하여 주위를 살펴보니 식칼이 있어 이를 갖고 파출소에 가져가 협박의 증거물로 제시하였다면, 가사 피고인의 위 협박의 신고내용이 허위라고 하더라도 불법영득의 의사가 있었다고 할 수는 없다(대법원 1986.7.8, 86도354).

③ 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사라 함은 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 이용, 처분할 의사를 의미한다 할 것인 바, 피고인이 피해자의 전화번호를 알아두기 위하여 피해자가 떨어뜨린 전화요금영수증을 습득한 후 돌려주지 않은 경우에 그에게 불법영득의 의사가 있다고 인정하기 어렵다(대법원 1989.11.28, 89도1679).

④ 타인의 물건을 점유자의 승낙 없이 무단 사용하는 경우에 있어서 그 사용으로 물건자체가 가지는 경제적 가치가 상당한 정도로 소모되거나 또는 사용 후 본래의 장소가 아닌 다른 곳에 버리거나 곧 반환하지 아니하고 장시간 점유하고 있는 것과 같은 때에는 그 소유권 또는 본권을 침해할 의사가 있다고 보아 불법영득의 의사를 인정할 수 있을 것이나 그렇지 아니하고 그 사용으로 인한 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미하고 또 사용 후 곧 반환한 것 과 같은 때에는 그 소유권 또는 본권을 침해할 의사가 있다고 할 수 없어 불법영득의 의사를 인정할 수 없다고 봄이 상당하다 할 것이다(대법원 1987.12.8, 87도1959).

정답】 ②

24 다음 중 재산죄의 개념과 관련된 설명으로 틀린 것은? 【경간부 2009.2】

① 甲 등은 주점에서 손님 乙에게 가위로 귀를 자르겠다고 위협하여 매출전표에 서명하게 하였는데, 이에 乙은 허위로 서명하였다면 신용카드회사에서 약정에 따라 대금을 지급하지 않을 수도 있으므로 강도죄는 성립하지 않는다.

② 배임죄는 재산상 이익을 객체로 하는 범죄로서, 법률적 관점에서 무효라 하더라도 경제적 관점에서 손해를 입힐 가능성이 있으면 배임죄가 성립한다.

③ 신용카드를 훔쳐서 일시 사용하고 반환할 의도였다면 불법영득의사가 없기 때문에 절도죄는 성립하지 않는다.

④ 소유자의 허락 없이 오토바이를 무단으로 이용한 후에 다른 곳에 버린 경우에는 불법영득의사가 인정되어 절도죄가 성립한다.

해설】 형법 제333조 후단의 강도죄(이른바 강제이득죄)의 요건이 되는 재산상의 이익이란 재물 이외의 재산상의 이익을 말하는 것으로서, 그 재산상의 이익은 반드시 사법상 유효한 재산상의 이득만을 의미하는 것이 아니고 외견상 재산상의 이득을 얻을 것이라고 인정할 수 있는 사실관계만 있으면 여기에 해당된다. 여기서 피고인들이 폭행·협박으로 피해자로 하여금 매출전표에 서명을 하게 한 다음 이를 교부받아 소지함으로써 이미 외관상 각 매출전표를 제출하여 신용카드회사들로부터 그 금액을 지급받을 수 있는 상태가 되었는데, 피해자가 각 매출전표에 허위 서명한 탓으로 피고인들이 신용카드회사들에게 각 매출전표를 제출하여도 신용카드회사들이 신용카드 가맹점 규약 또는 약관의 규정을 들어 그 금액의 지급을 거절할 가능성이 있다 하더라도, 그로 인하여 피고인들이 각 매출전표 상의 금액을 지급받을 가능성이 완전히 없어져 버린 것이 아니고 외견상 여전히 그 금액을 지급받을 가능성이 있는 상태이므로, 결국 피고인들이 '재산상 이익'을 취득하였다고 볼 수 있다. 따라서 강도죄에 해당한다(대법원 1997.2.25, 96도3411).

② 배임죄에 있어 재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실효 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하며, 따라서 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실효 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성하는 것이라고 볼 것이다(대법원 1992.5.26, 91도2963).

③ 신용카드업자가 발행한 신용카드는 이를 소지함으로써 신용구매가 가능하고 금융의 편의를 받을 수 있다는 점에서 경제적 가치가 있다 하더라도, 그 자체에 경제적 가치가 화체되어 있거나 특정의 재산권을 표창하는 유가증권이라고 볼 수 없고, 단지 신용카드회원이 그 제시를 통하여 신용카드회원이라는 사실을 증명하거나 현금자동지급기 등에 주입하는 등의 방법으로 신용카드업자로부터 서비스를 받을 수 있는 증표로서의 가치를 갖는 것이어서, 이를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하였다 하더라도 신용카드 자체가 가지는 경제적 가치가 인출된 예금액만큼 소모되었다고 할 수 없으므로, 이를 일시 사용하고 곧 반환한 경우에는 불법영득의 의사가 없다(대법원 1999.7.9, 99도857).

④ 형법 제331조의2에서 규정하고 있는 자동차등불법사용죄는 타인의 자동차 등의 교통수단을 불법영득의 의사 없이 일시 사용하는 경우에 적용되는 것으로서 불법영득의사가 인정되는 경우에는 절도죄로 처벌할 수 있을 뿐 본죄로 처벌할 수 없다 할 것이며, 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사라 함은 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 이용, 처분할 의사를 말하고 영구적으로 그 물건의 경제적 이익을 보유할 의사임은 요치 않으며 일시사용의 목적으로 타인의 점유를 침탈한 경우에도 이를 반환할 의사 없이 상당한 장시간 점유하고 있거나 본래의 장소와 다른 곳에 유기하는 경우에는 이를 일시 사용하는 경우라고는 볼 수 없으므로 영득의 의사가 없다고 할 수 없다(대법원 2002.9.6, 2002도3465).

정답】 ①

25 다음 중 친족상도례에 관한 판례의 태도가 아닌 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 절도범인이 피해자와 의사촌 관계일 때에는 피해자의 고소가 있으면 절도범을 처벌할 수 있다.
- ② 절도범인이 피해물건의 소유자와 점유자 어느 일방과의 관계에서만 친족관계일 때에는 친족상도례가 적용되지 않는다.
- ③ 피기망자와 편취당한 자가 다른 경우 편취당한 제3자와 범인사이에서만 친족관계가 존재한다면 친족상도례는 적용 가능하다.

④ 행위자가 범행당시에 피해자와의 사이에서 객관적인 친족관계가 존재하는 것을 알고 있었던 경우에 한하여 친족상도례는 적용이 가능하다.

해설】 친족상도례에 대한 인식의 유무는 범죄의 성립이나 친족상도례의 적용 여부에 영향을 주지 않는다(대법원 1966.6.28, 66도104).

① 절도죄의 피고인이 피해자의 외사촌 동생이라면 형법 제344조, 제328조 제2항에 의하여 피해자의 고소가 있어야 처벌할 수 있다(대법원 1991.7.12, 91도1077).

② 친족상도례에 관한 규정은 범인과 피해물건의 소유자 및 점유자 모두 사이에 친족관계가 있는 경우에만 적용되는 것이고 절도범인이 피해물건의 소유자나 점유자의 어느 일방과 사이에서만 친족관계가 있는 경우에는 그 적용이 없다(대법원 1980.11.11, 80도131).

③ 대법원 1976.4.13, 75도781 참조.

정답】 ④

26 다음 중 절도죄의 객체로서 틀린 것은? (판례에 의함) 【경간부 2009.2】

① 甲은 부엌칼로 乙의 온몸을 십여 차례 찔러 살해한 후, 4시간 30분 쯤 있다가 그 곳 乙의 자취방 벽에 걸려 있던 乙의 물건을 가지고 나왔다면 그 물건들도 절도죄의 객체가 된다.

② 약속어음의 발행인이 이를 회수하여 세 조각으로 찢어버리자 몰래 가져온 경우 그 찢어진 어음도 절도죄의 객체가 된다.

③ 의족, 의수 등은 사람의 신체의 일부로 취급되어 소유권의 대상이 되지 않으므로, 설령 그 의족, 의수 등이 신체로부터 분리되더라도 절도죄의 객체는 되지 않는다.

④ 지하철의 전동차에서 다른 승객이 잇고 내린 핸드폰, 소형 가방 등의 물건을 승무원들이 발견하기 전에 승객 중 하나가 가지고 간 경우 그 물건은 절도죄의 객체가 되지 않는다.

해설】 원래 신체의 일부라 하더라도 신체로부터 분리되어 별도의 목적을 가지게 될 경우에는 절도죄의 객체인 재물에 해당되게 된다. 하물며 의족이나 의수도 이러한 법리가 적용됨은 물론이다.

① 피해자를 살해한 방에서 사망한 피해자 곁에 4시간 30분 쯤 있다가 그곳 피해자의 자취방 벽에 걸려 있던 피해자가 소지하는 물건들을 영득의 의사로 가지고 나온 경우 피해자가 생전에 가진 점유는 사망 후에도 여전히 계속되는 것으로 보아야 한다(대법원 1993.9.28, 93도2143).

② 재산죄의 객체인 재물은 반드시 객관적인 금전적 교환 가치를 가질 필요는 없고 소유자 점유자가 주관적인 가치를 가지고 있음으로서 족하고 주관적 경제적 가치 유무의 판별은 그것이 타인에 의하여 이용되지 않는다고 하는 소극적 관계에 있어서 그 가치가 성립하는 경우가 있을 수 있는 것이니 발행자가 회수하여 세조각으로 찢어버림으로서 폐지로 되어 쓸모없는 것처럼 보이는 약속어음의 소지를 침해하여 가져갔다면 절도죄가 성립한다(대법원 1976.1.27, 74도3442).

④ 승객이 놓고 내린 지하철의 전동차 바닥이나 선반 위에 있던 물건을 가지고 간 경우, 지하철의 승무원은 유실물법상 전동차의 관수자로서 승객이 잇고 내린 유실물을 교부받을 권능을 가질 뿐 전동차 안에 있는 승객의 물건을 점유한다고 할 수 없고, 그 유실물을 현실적으로 발견하지 않는 한 이에 대한 점유를 개시하였다고 할 수도 없으므로, 그 사이에 위와 같은 유실물을 발견하고 가져간 행위는 점유이탈물횡령죄에 해당함은 별론으로 하고 절도죄에 해당하지는 않는다(대법원 1999.11.26, 99도3963).

정답] ③

27 다음 중 절도죄와 관련된 판례의 태도로서 옳지 않은 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 평소 출입해 오던 친구의 집이라 하더라도 절도의 목적으로 들어가는 행위는 주거침입죄를 구성한다.
- ② 하나의 교회가 두 개로 분열된 경우 그 재산의 처분에 관하여 교회의 장정 등에 규정이 없는 한 분열 당시 교인들의 총의에 따라 그 귀속을 정하여야 하고 그와 같은 절차없이 위 재산에 대하여 다른 교파의 점유를 배제하고 자기 교파만의 지배에 옮긴다는 인식 아래 이를 가지고 갔다면 절도죄를 구성한다.
- ③ 타인으로부터 절취한 신용카드를 부정사용한 경우 절도죄가 성립하는 외에 부정사용한 행위는 불가벌적 사후행위에 해당한다.
- ④ 피고인이 현금 등이 들어있는 피해자의 지갑을 가져갈 당시에 피해자의 승낙을 받지 않았다면 가사 피고인이 후일 변제할 의사가 있었다고 하더라도 불법영득의 의사가 있다.

해설] 신용카드를 절취한 후 이를 사용한 경우 신용카드의 부정사용행위는 새로운 법익의 침해로 보아야 하고 그 법익침해가 절도범행보다 큰 것이 대부분이므로 위와 같은 부정사용행위가 절도범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것은 아니다(대법원 1996.7.12, 96도1181).

- ① 피고인이 피해자와 이웃 사이에서 평소 그 주거에 무상출입하던 관계에 있었다 하더라도 범죄의 목적으로 피해자의 승락없이 그 주거에 들어간 경우에는 주거침입죄가 성립된다(대법원 1983.7.12, 83도1394).
- ② 기독교단체인 교회에 있어서 그 재산은 특별한 사정이 없는 한 그 교회소속 교인들의 총유에 속한다 할 것이고 하나의 교회가 두개 이상으로 분열된 경우 그 재산의 처분은 일반적으로 승인된 규정이 있으면 그에 의할 것이나 그와 같은 규정이 없는 때에는 분열당시의 그 교회 교인 전원의 총의에 따라 그 귀속을 정해야 되며 이와 같은 절차를 거침이 없이 교회재산에 대한 다른 교파 교인의 점유를 배제하고 자기교파만의 지배하에 옮긴다는 인식 아래 이를 취거하였다면 이는 절도죄를 구성한다(대법원 1984.8.21, 83도2981).
- (참고로 최근 민사판례가 전원합의체 판결로 변경되어 앞으로 동일한 사안에 대한 형사판례가 나온다면 결론이 변경될 가능성이 있다.)
- ④ 절도죄에 있어 영득의 의사라 함은 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용·처분할 의사를 말하는 것이므로, 피고인이 현금 등이 들어 있는 피해자의 지갑을 가져갈 당시에 피해자의 승낙을 받지 않았다면 가사 피고인이 후일 변제할 의사가 있었다고 하더라도 불법영득의사가 있었다고 할 것이다(대법원 1999.4.9, 99도519).

정답] ③

28 甲은 자신이 세들어 살던 乙의 집에 들어가 장롱 서랍에서 乙의 삼성위너스카드를 가지고 나온 후, 전철역 내 현금자동인출기에서 절취한 신용카드를 사용하여 현금서비스받은 금 50만 원을 인출하였다. 甲의 죄책은? 【경간부 2009.2】

- ① 주거침입죄, 신용카드 절도죄, 신용카드부정사용죄, 50만원 횡령죄
- ② 주거침입죄, 신용카드 절도죄, 신용카드부정사용죄, 50만원 절도죄
- ③ 주거침입죄, 신용카드부정사용죄, 50만원 컴퓨터사용사기죄
- ④ 주거침입죄, 신용카드 절도죄, 신용카드부정사용죄, 50만원 절도죄

해설】 세들어 살던 집에 침입하여(범죄 목적으로) 카드를 가지고 나온 행위는 형법 제319조 제1항의 주거침입죄와 같은 법 제329조 소정의 절도죄이고 피해자 명의의 신용카드를 부정사용하여 현금자동인출기에서 현금을 인출하고 그 현금을 취득까지 한 행위는 신용카드법 제25조 제1항의 부정사용죄에 해당할 뿐 아니라 그 현금을 취득함으로써 현금자동인출기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되므로 별도로 절도죄를 구성하고, 위 양 죄의 관계는 그 보호법익이나 행위태양이 전혀 달라 실제적 경합관계에 있는 것으로 보아야 한다(대법원 1995.7.28, 95도997).

정답】 ④

29 다음 중 준강도죄에 대한 설명으로 옳은 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 심야의 인적이 드문 장소에 주차된 자동차의 문을 열고 절도하기로 계획하고 주택가를 배회하다가 체포되었는데, 당시 피고인은 절도가 발각되면 체포면탈에 쓰려고 등산용 칼을 휴대하고 있었던 경우 준강도예비죄에 해당한다.
- ② 야간에 절도의 목적으로 피해자의 집에 담을 넘어 들어갔다가 발각되어 도망하다가 체포를 면탈하고자 추격하는 피해자를 칼로 위협한 경우 준강도미수죄가 성립한다.
- ③ 절도를 마친지 10분쯤 지나 절도현장에서 200미터 떨어진 버스정류장에서 자신을 절도범으로 의심하고 뒤쫓아 온 피해자에게 붙잡혀 피해자를 폭행하여 상처를 입힌 경우 준강도죄가 성립한다.
- ④ 강도살인죄의 주체인 강도는 준강도죄의 범인을 포함한다고 할 것이므로, 절도가 종료된 후 체포면탈 또는 죄적인멸 목적으로 살해하면 강도살인죄가 성립한다.

해설】 절도미수범이 체포를 면탈할 목적으로 폭행한 행위에 대하여 준강도미수죄이다(대법원 2004.11.18, 2004도5074 전원합의체).

- ① 형법 제343조에 규정되어 있는 ‘강도’할 목적에 준강도는 포함되지 아니하는 것으로 해석하여야 할 것이고, 따라서 피고인이 절도범행을 하다가 발각될 경우 체포를 면하고 피고인의 도주를 용이하게 하기 위하여 등산용 칼 등을 소지하고 있었다 하여도 강도예비죄의 구성요건에 해당한다고 보기 어렵다(대법원 2006.9.14, 2004도6432).
- ③ 절도가 이미 완료된 이후이므로 준강도죄가 성립할 수 없다(대법원 1999.2.26, 98도3321).

정답】 ②

30 각종 범죄의 기수와 종료에 대한 다음 기술 중 가장 잘못된 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 소송사기미수죄에 있어서 범죄행위의 종료시기는 당사자의 권리주장이 법정에서 허위임이 발각된 때

라고 보는 것이 판례의 입장이다.

② 부정수표단속법 제4조는 수표의 유통기간을 보장하기 위하여 수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목적으로 금융기관에 허위신고한 자를 처벌하는 규정으로서 금융기관에 허위신고를 한 때 기수가 된다.

③ 상습범 등 포괄일죄의 경우에는 최후의 범죄행위가 종료한 때에 전체 범죄의 실행행위가 종료된 것으로 보아야 한다.

④ 출입국관리법 제93조의2 제2항 제1호는 입국심사를 받아야하는 외국인을 집단으로 불법 입국시키거나 이를 알선한 자 등을 처벌하는 규정으로서 본 규정 위반죄의 기수시기는 불법 입국하는 외국인이 대한민국의 영해 또는 영공 안의 지역에 들어올 때이다.

해설】 공소시효는 범죄행위가 종료한 때로부터 진행하는 것으로서(형사소송법 제252조 제1항), 법원을 기망하여 유리한 판결을 얻어내고 이에 터잡아 상대방으로부터 재물이나 재산상 이익을 취득하려고 소송을 제기하였다가 법원으로부터 패소의 종국판결을 선고받고 그 판결이 확정되는 등 법원으로부터 유리한 판결을 받지 못하고 소송이 종료됨으로써 미수에 그친 경우에, 그러한 소송사기미수죄에 있어서 범죄행위의 종료시기는 위와 같이 소송이 종료된 때라고 할 것이다(대법원 2000. 2. 11, 99도4459).

② 부정수표단속법 제4조는 수표의 유통기능을 보장하기 위하여 수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면탈할 목적으로 금융기관에 허위신고를 한 자를 처벌하는 규정으로서, 금융기관에 허위신고를 한 때에 기수가 된다(대법원 2004. 7. 22, 2004도1168).

③ 대법원 2002.10.11, 2002도2939 참조.

④ 출입국관리법상 '입국'이라 함은 대한민국 밖의 지역으로부터 대한민국 안의 지역으로 들어오는 것을 말하고, 여기서 '대한민국 안의 지역'이라 함은 대한민국의 영해, 영공 안의 지역을 의미하는 것이다. 따라서 출입국관리법 제12조 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 입국심사를 받아야 하는 외국인을 집단으로 불법 입국시키거나 이를 알선한 자 등을 처벌하는 출입국관리법 제93조의2 위반죄의 기수 시기는 불법 입국하는 외국인이 대한민국의 영해 또는 영공 안의 지역에 들어올 때를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2005. 1. 28, 2004도7401).

정답】 ①

31 다음 중 판례의 입장으로 옳은 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 허위채권으로 법원을 기망하여 전부명령으로 채권을 다 받았거나 채권을 전부받을 상태에 있으면 사기죄는 기수이다.
- ② 민사소송의 피고는 소송의 당사자로서 제3자성이 부정되므로, 소송상 공격방어방법의 일환으로 행위하였다면 적극적으로 증거를 조작하여 제출했다라도 소송사기죄는 성립하지 않는다.
- ③ 약속어음의 발행인이 그 어음을 타인이 소지하는 사실을 알면서도 허위의 분실사유로 공시최고신청을 하여 법원으로부터 제권판결을 받았더라도 정당한 권리실행으로서 사기죄는 성립하지 않는다.
- ④ 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우 그 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이라 할 것이다.

해설】 ① 전부명령은 법원이 채권을 양도하고 채권자에게 변제하라는 명령이다. 전부명령도 법원의 재판인 만큼, 허위 증거 등으로 법원을 기망하여 전부명령을 받았다면 소송사기죄는 기수가 된다.

② 적극적으로 증거를 조작한 행위는 소송사기죄의 대표적인 경우이다. 민사소송의 원고뿐만 아니라 피고도 주체가 될 수 있다. ③ 법원을 기망하여 어음상 권리를 삭제하는 판결을 받는 행위도 법원을 이용한 소송사기죄의 일종이다. ④ 대가를 공제하지 않고 교부받은 전액이 편취액에 해당한다.

정답】 ①

32 다음 중 횡령죄 또는 업무상횡령죄와 관련하여 옳지 않은 것은? (판례에 의함) 【경간부 2009.2】

- ① 부동산을 소유자로부터 매수한 자가 자신의 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 제3자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인으로부터 바로 그 제3자에게 중간생략의 소유권이전등기를 경료한 경우 위 부동산을 임의로 처분하였다면 횡령죄에 해당한다.
- ② 타인의 재물을 보관하는 자가 소유자의 의사에 반하여 그 재물의 반환을 거부하고 자신이 취득하면 횡령죄에 해당한다.
- ③ 채권자가 그 채권의 지급을 담보하기 위하여 채무자로부터 수표를 발행, 교부받아 이를 소지하다가 임의로 소비하였다면 횡령죄에 해당한다.
- ④ 빌딩의 공유자 중 한 사람이 구분소유자 전원의 공용부분인 지하주차장 일부를 독점임대하고 수령한 임차료를 임의로 소비한 경우 횡령죄를 구성하지 않는다.

해설】 채권자는 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다는 판례이다. 대법원 2000.2.11, 99도4979 참조.

- ① 부동산을 소유자로부터 매수한 자가 그 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 제3자와 맺은 명의 신탁약정에 따라 매도인으로부터 바로 그 제3자에게 중간생략의 소유권이전등기를 마친 경우, 그 제3자가 그 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하였다면 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다(대법원 2008.4.10, 2008도1033).
- ② 제355조 (횡령, 배임) ①타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.
- ④ 부동산의 공유자 중 1인이 다른 공유자의 지분을 임의로 처분하거나 임대하여도 그에게는 그 처분권 능이 없어 횡령죄가 성립하지 아니한다. 위 사례는 구분소유자 전원의 공유에 속하는 공용부분인 지하 주차장 일부를 그 중 1인이 독점 임대하고 수령한 임차료를 임의로 소비한 경우 횡령죄가 성립하지 아니한다(대법원 2000. 4.11, 2000도565).

※ 횡령과 배임에 관한 두문자→매-배/양-횡/정-무/가-배/동-배/점-무/후-무/동-횡/후-절

정답】 ③

33 임차인 甲은 乙이 점포를 타인에게 양도한 사실을 알면서, 임대차계약 당시 “점포를 매도할 경우 우선적으로 임차인에게 양도한다”는 특약을 구실로 乙과 공모하여 甲명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 甲의 죄책은? (판례에 의함) 【경간부 2009.2】

- ① 배임죄의 공동정범
- ② 배임죄의 교사범

③ 횡령죄의 공동정범

④ 무 죄

해설】 점포의 임차인이 임대인이 그 점포를 타에 매도한 사실을 알고 있으면서 점포의 임대차 계약 당시 " 타인에게 점포를 매도할 경우 우선적으로 임차인에게 매도한다" 는 특약을 구실로 임차인이 매매 대금을 일방적으로 결정하여 공탁하고 임대인과 공모하여 임차인 명의로 소유권이전등기를 경료 하였다면 임대인의 배임행위에 적극 가담한 것으로서 배임죄의 공동정범에 해당한다(대법원 1983.7.12. 선고 82도180).

정답】 ①

34 다음 중 배임죄와 관련된 판례의 태도로서 옳지 않은 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 수입업자가 신용장개설은행에게 양도담보로 제공한 수입 물품이 통관을 위하여 보세창고업자에게 입고되자 위 물품을 처분하는 등 부당하게 그 담보가치를 감소시키는 행위는 형법상 배임죄를 구성한다.
- ② 재산상 손해를 인정할 수 있다면 그 가액을 구체적으로 산정하여 명시할 수 없다 하더라도 형법상 배임죄에 해당한다.
- ③ 토지거래허가구역 안에 있는 토지의 매매에 관하여 허가를 받지 않은 경우 매도인이 매수인에 대한 소유권이전등기의 협력의무를 거부한 경우 매도인은 타인사무처리자로서 배임죄가 성립한다.
- ④ 신용협동조합의 이사장이 대출한도액을 초과하여 비조합원 또는 무자격자에게 대출하였다면, 조합 내 여신위원회의 사전결의를 거쳤다 하더라도 업무상배임죄가 성립한다.

해설】 토지거래허가 구역 내의 토지에 관한 매매계약을 체결함에 있어서 토지거래허가를 받을 수 없는 경우 이외에 당사자 일방의 계약 위반으로 계약이 해제된 경우에 대한 손해배상액의 약정은, 당사자 일방이 협력의무를 이행하지 아니하거나 매매계약을 일방적으로 철회하여 그 매매계약이 확정적으로 무효가 된 경우를 포함한다(대법원 1997. 2.28, 96다49933). 따라서 배임죄에는 해당하지 아니한다.

① 수입업자가 신용장개설은행에게 양도담보로 제공한 수입 물품이 통관을 위하여 보세창고업자에게 입고되자 관세법 제6조 소정의 관세납부의무자인 물품을 수입한 화주로서 수입신고를 하고, 통관절차를 마친 다음 보세창고업자에게 수입신고필증을 제시하고 물품을 인도받았다면 수입업자는 신의법칙상 양도담보권자인 개설은행이 담보의 목적을 달성할 수 있도록 개설은행에 대한 신용장대금 변제시까지 위 물품을 보관할 의무를 지게 되고, 이 의무는 개설은행에 대하여 타인의 사무에 해당한다고 할 것이므로 위 물품을 처분하는 등 부당하게 그 담보가치를 감소시키는 행위는 형법상 배임죄를 구성한다(대법원 1998. 11. 10, 98도2526).

② 배임죄는 현실적인 재산상 손해액이 확정될 필요까지는 없고 단지 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려 있는 상태 또는 손해 발생의 위험이 있는 경우에 바로 성립되는 위태범이므로 피고인이 그 업무상 임무에 위배하여 부당한 외상 거래행위를 함으로써 업무상 배임죄가 성립하는 경우, 담보물의 가치를 초과하여 외상 거래한 금액이나 실제로 회수가 불가능하게 된 외상거래 금액만이 아니라 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해 발생의 위험이 있는 외상 거래대금 전액을 그 손해액으로 보아야 하고, 그것을 제3자가 취득한 경우에는 그 전액을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조에 규정된 제3자로 하여금 취득하게 한 재산상 이익의 가액에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다(대법원 2000.4.11, 99도334).

④ 일반 금융기관과 달리 상호유대를 가진 자 사이의 협동조직을 통하여 자금의 조성 및 이용 등을 도모하기 위하여 설립된 신용협동조합의 이사장이 자신 또는 제3자의 이익을 도모하여 임무에 위배하여 소정의 대출한도액을 초과하여 대출하거나 비조합원 또는 무자격자에게 대출하였다면, 그로 인하여 조합이 다른 조합원에게 정당하게 대출할 자금을 부당하게 감소시킨 결과가 되어 그 대출금에 대한 회수의 가능 여부나 담보의 적정 여부에 관계없이 조합에 재산적 손해를 입게 한 것으로 보아야 할 것이고, 이 경우 이사장의 임무위배가 인정되는 이상 설령 조합 내 여신위원회의 사전 심사와 결의를 거쳤다고 하더라도 업무상 배임죄의 성립에 영향이 없다(대법원 2001.11.30, 99도4587).

정답] ③

35 다음 중 甲에게 강제집행면탈죄가 성립하지 않는 경우는? (판례에 의함) 【경간부 2009.2】

- ① 부동산의 선순위가등기권자인 甲이 부동산의 소유자 乙과 공모하여 다른 채권자의 강제집행상황에서 이를 면할 목적으로 甲명의로 소유권이전의 본등기를 경료한 경우
- ② 甲이 乙에 의한 강제집행을 면할 목적으로 丙에 대하여 허위의 채무를 부담하고 이를 담보하기 위하여 丙명의로 자신 소유 부동산의 소유권이전등기를 경료한 경우
- ③ 甲과 교회목사인 乙명의로 신탁된 교회소유의 토지가 甲의 사업실패로 그 채권자들로부터 강제집행당할 우려가 있자 교회건축 위원회에서 위 2인의 명의신탁을 해지한 후 丙등 4인 앞으로 명의신탁하기로 결정하고 이에 따라 매매를 원인으로 하여 소유권이전등기를 경료한 경우
- ④ 甲의 채권자가 강제집행을 하려는 상황에서 이를 면할 목적으로 가옥대장상의 소유자 명의를 변경한 경우

해설] 교회의 목사인 피고인 및 공소외 (갑)의 공동명의로 신탁된 교회소유의 대지가 위 (갑)의 사업실패로 그 채권자들로부터 강제집행의 우려가 있자 교회건축위원회에서 피고인 및 (갑)에 대한 명의신탁을 해지한 후 다른 재직회 임원인 공소외 (을)등 5명 앞으로 명의신탁하기로 결정하고 이에 따라 매매를 원인으로 하여 경료된 소유권이전등기는 신탁자의 신탁재산에 대한 정당한 권리행사이고 강제집행면탈죄의 구성요건인 허위양도에 해당하지 아니한다(대법원 1983.7.26, 82도1524).

① 부동산의 1번 가등기권자와 제3취득자 (갑)이 채무자인 부동산 소유자의 이익을 위하여 후순위 채권자들에 의한 강제집행을 막고자 (갑)이 그 부동산을 매수하고 그 매매대금의 일부로 그 부동산의 가등기권자에 대한 채무를 변제하되 일단 가등기권자 명의로의 소유권이전의 본등기를 경료하여 다른 채권자들의 가압류 및 강제경매의 기입등기를 직권말소케 하는 일련의 등기절차를 거치기로 상호 간에 사전에 협의, 공모하였다면, 가등기권자는 채무자의 강제집행면탈죄에 가담하였다 할 것이므로 설사 가등기권자 자기의 채권담보의 실행책으로 소유권이전의 본등기를 하고 또 (갑)이 정당한 가격으로 그 부동산을 매수하였다 할지라도 채무자의 강제집행면탈죄의 공범으로서의 죄책을 면할 수 없다(대법원 1983.5.10, 82도1987).

④ 형법 제327조에 규정된 강제집행면탈죄는 강제집행을 실시하는 자에 대하여 재산의 발견을 불능 또는 곤란케 하는 것을 말하는 것으로서, 재산의 소재를 불명케 하는 경우는 물론 그 소유관계를 불명하게 하는 경우도 포함한다(대법원 2003.10.9, 2003도3387).

정답] ③

36 국립병원의 의사로서 보건복지부 소속 의무서기관인 甲은 乙의 부탁을 받고 허위의 진단서를 작성한 후 그 사례 명목으로 금품을 수수하였다. 甲의 죄책은? (다툼이 있을 경우에는 판례에 의함)

【경간부 2009.2】

- ① 허위공문서작성죄와 허위진단서작성죄의 상상적 경합
- ② 허위공문서작성죄와 허위진단서작성죄의 실제적 경합
- ③ 허위공문서작성죄와 부정처사후수뢰죄의 상상적 경합
- ④ 허위공문서작성죄와 부정처사후수뢰죄의 실제적 경합

해설】 형법이 제225조 내지 제230조에서 공문서에 관한 범죄를 규정하고, 이어 제231조 내지 제236조에서 사문서에 관한 범죄를 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 형법 제233조 소정의 허위진단서작성죄의 대상은 공무원이 아닌 의사가 사문서로서 진단서를 작성한 경우에 한정되고, 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 허위공문서작성죄만이 성립하고 허위진단서작성죄는 별도로 성립하지 않는다. 공무원인 의사가 허위의 진단서를 작성한 행위에 대하여 허위공문서작성죄와 허위진단서작성죄의 상상적 경합을 인정한 원심의 판단이 법률 적용을 그르친 잘못이 있다고 할 것이나, 원심이 이와 실제적 경합범 관계에 있으며 형이 중한 부정처사후수뢰죄에 정한 형에 경합범 가중을 하여 처단형을 정하였으므로, 원심의 죄수 평가의 잘못이 판결 결과에 영향을 미쳤다고 보기 어렵다고 한 사례(대법원 2004.4.9, 2003도7762).

정답】 ④

37 다음 중 공정증서원본불실기재죄와 관련된 판례로서 옳지 않은 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 피고인이 부동산에 관하여 가장매매를 원인으로 소유권이전등기를 경료하였다면 원인무효의 등기이므로 피고인이 그 점을 알고 있었다면 공정증서원본불실기재죄에 해당한다.
- ② 1인 주주회사에 있어서 1인주주가 이사를 상법 소정의 형식적 절차를 거치지 않고 해임하였다는 내용을 법인등기부에 기재한 경우 공정증서원본불실기재죄는 성립하지 않는다.
- ③ 종중의 종원에 불과한 자가 종중 대표자인 것처럼 허위의 종중 규약과 회의록을 작성한 후 이를 근거로 위 토지들에 대하여 소유자는 종중으로 하고 종중 대표자는 자신으로 하여 소유권보존등기를 경료하였다면 공정증서원본불실기재죄가 성립한다.
- ④ 광업출원인이 부정한 방법으로 광업권설정허가를 받아 광업권등록원부에 그를 광업권자로 등록케 하였어도 허가가 당연무효이거나 취소되지 않는 한 허가에 기한 광업권설정등록을 진실에 반하는 부실사실의 기재로 볼 수 없다.

해설】 피고인이 부동산에 관하여 가장매매를 원인으로 소유권이전등기를 경료하였더라도, 그 당사자 사이에는 소유권이전등기를 경료시킬 의사는 있었다고 할 것이므로 공정증서원본불실기재죄 및 동행사죄는 성립하지 않고, 또한 등기의무자와 등기권리자(피고인)간의 소유권이전등기신청의 합의에 따라 소유권이전등기가 된 이상, 등기의무자 명의의 소유권이전등기가 원인이 무효인 등기로서 피고인이 그 점을 알고 있었다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 바로 피고인이 등기부에 불실의 사실을 기재하게 하였

다고 볼 것은 아니다(대법원 1991.9.24,91도1164).

- ② 1인주주회사에 있어서는 그 1인주주의 의사가 바로 주주총회 및 이사회 결의로서 1인주주는 타인을 이사 등으로 선임하였다 하더라도 언제든지 해임할 수 있으므로, 1인주주인 피고인이 특정인과의 합의가 없이 주주총회의 소집 등 상법 소정의 형식적인 절차도 거치지 않고 특정인을 이사의 지위에서 해임하였다는 내용을 법인등기부에 기재하게 하였다고 하더라도 공정증서원본에 불실의 사항을 기재한 것이라고 할 수는 없다(대법원 1996.6.11, 95도2817).
- ③ 부동산에 관한 종종 명의의 등기에 있어서 허위의 종종 대표자 기재가 공정증서원본불실기재죄의 대상이 되는 불실의 기재에 해당한다(대법원 2006.1.13, 2005도4790).
- ④ 광업출원인이 부정한 방법을 사용하여 광업권설정허가를 받아 광업권등록원부에 그를 광업권자로 등록케 하였어도 허가가 당연무효이거나 취소되지 않는 한 허가에 기한 광업권설정등록을 진실에 반하는 부실사실의 기재라고 볼 수 없다(대법원 1992.11.24, 92도2450).

정답] ①

38 다음 중 간통죄에 대한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) 【경간부 2009.2】

- ① 간통죄는 성교행위마다 1개의 간통죄가 성립하므로 일부의 간통행위에 대한 고소는 다른 간통행위에 대하여 영향을 미치지 않는다.
- ② 혼인이 무효가 아닌 한 취소사유가 있는 것만으로는 법률상 배우자가 아니라고 할 수 없다.
- ③ 법률상 혼인관계에 있는 이상 사실상의 동거여부는 간통죄의 성립에 영향을 미치지 않는다.
- ④ 간통죄의 고소 이후 이혼청구의 소가 계속 중인 경우 혼인 당사자인 고소인과 피고소인이 한 번 동침한 사실이 있다면 고소인이 피고소인의 간통행위를 유서했다고 볼 수 있다.

해설] 간통죄의 고소 이후 이혼 등 청구의 소가 계속중에 혼인 당사자인 고소인과 피고소인이 동침한 사실이 있다는 사정만으로는 고소인이 피고소인의 간통행위를 유서하였다고 볼 수 없다고 한 사례(대법원 2000.7.7, 2000도868).

- ① 간통죄는 각 성교행위마다 1개의 간통죄가 성립하는 것이고, 또 고소는 고소인이 일정한 범죄사실을 수사기관에 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시로서 그 고소한 범죄사실이 특정되어야 하는 것이므로 공소제기된 수 개의 간통행위 중 그 일부 간통행위에 대하여만 배우자의 고소가 있고 다른 일부 간통행위에 대하여 그 고소가 없는 경우에 위 고소는 고소 제기가 없는 간통행위에 대하여는 그 효력을 미칠 수 없다(대법원 1985.8.20, 85도1171).
- ③ 간통죄는 법률상 혼인관계에 있는 사람이 배우자 아닌 다른 사람과 정교관계를 한 때에 성립되는 것이므로 혼인관계에 있는 사람이 그 배우자와 사실상 동거하지 않고 있다 할지라도 이러한 사정은 간통죄의 성립에 아무런 소장이 없다(대법원 1980.4.8, 79도1848).

정답] ④

39 다음 중 직무유기죄에 대한 판례의 입장이 아닌 것은? 【경간부 2009.2】

- ① 병가중인 공무원은 구체적인 작위의무 내지 국가기능의 저해에 대한 구체적인 위험성이 있다고 할 수 없어 직무유기죄의 주체로 될 수는 없다.
- ② 경찰관이 식당 주인으로부터 방치되어 있는 오토바이 1대를 치워달라는 신고를 받고, '오토바이센터'를 운영하는 자에게 이를 보관시킨 후 그 처분대가로 돈까지 지급받았다면 직무유기죄와 수뢰죄가 성립한다.
- ③ 통고처분·고발 권한이 없는 세무공무원이 그 권한자에게 통고처분이나 고발조치를 건의하지 아니한 것만으로는 직무를 유기하였다고 볼 수 없다.
- ④ 경찰관이 오락실을 단속하여 오락기의 변조 기관을 압수하였음에도, 검찰에 송치하는 등의 조치를 취하지 않고, 오락실 업주에게 압수한 변조 기관을 돌려준 경우에는 증거인멸죄와 직무유기죄가 성립한다.

해설】 경찰서 방법과장이 부하직원으로부터 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 위반 혐의로 오락실을 단속하여 증거물로 오락기의 변조 기관을 압수하여 사무실에 보관중임을 보고받아 알고 있었음에도 그 직무상의 의무에 따라 위 압수물을 수사계에 인계하고 검찰에 송치하여 범죄 혐의의 입증에 사용하도록 하는 등의 적절한 조치를 취하지 않고, 오히려 부하직원에게 위와 같이 압수한 변조 기관을 돌려주라고 지시하여 오락실 업주에게 이를 돌려준 경우, 작위범인 증거인멸죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기(거부)죄는 따로 성립하지 아니한다(대법원 2006.10.19, 2005도3909).

- ① 직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것이고, 또 그 직무를 유기한 때라 함은 공무원이 법령, 내규 등에 의한 추상적인 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우를 이르는 것이 아니고, 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 그것이 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 야기시킬 가능성이 있는 경우를 말하는 것이므로, 병가중인 자의 경우 구체적인 작위의무 내지 국가기능의 저해에 대한 구체적인 위험성이 있다고 할 수 없어 직무유기죄의 주체로 될 수는 없다(1997.4.22, 95도748).
- ② 경찰관이 장기간에 걸쳐 여러 번 오토바이를 오토바이 상회 운영자에게 보관시키고도 경찰관 스스로 소유자를 찾아 반환하도록 처리하거나 상회 운영자에게 반환 여부를 확인한 일이 전혀 없고, 상회 운영자로부터 오토바이를 보내준 대가 또는 그 처분대가로 돈까지 지급받았다면, 경찰관의 이와 같은 행위는 습득물을 단순히 상회 운영자에게 보관시키거나 소유자를 찾아서 반환하도록 협조를 구한 정도를 벗어나 상회 운영자에게 그 습득물에 대한 임의적인 처분까지 용인한 것으로서 습득물 처리 지침에 따른 직무를 의식적으로 방임 내지 포기하고 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니한 경우에 해당한다고 한 사례(대법원 2002.5.17, 2001도6170).
- ③ 통고처분이나 고발을 할 권한이 없는 세무공무원이 그 권한자에게 범칙사건 조사 결과에 따른 통고처분이나 고발조치를 건의하는 등의 조치를 취하지 않았다고 하더라도, 구체적 사정에 비추어 그것이 직무를 성실히 수행하지 못한 것이라고 할 수 있을지언정 그 직무를 의식적으로 방임 내지 포기하였다고 볼 수 없다고 한 사례(대법원 1997.4.11, 96도2753).

정답】 ④

40 다음 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의한다) 【경간부 2009.2】

- ① 뇌물을 수수하였으나 그 액수가 너무 많아서 후일 이를 반환한 경우에도 수뢰죄가 성립하며 그 뇌물

의 액수는 수뢰자로부터 추징한다.

② 검찰 고위간부가 특정 사건에 대한 수사가 계속 진행 중인 상태에서 해당사안에 관한 수사책임자의 잠정적 판단 등 수사팀의 내부 상황을 확인한 뒤 그 내용을 수사 대상자 측에 전달한 경우 공무상비밀 누설죄는 성립하지 아니한다.

③ 초등학교를 졸업하였음에도 초등학교 중퇴 이하의 학력자라는 허위내용의 인우보증서를 첨부하여 운전면허 구술시험에 응시한 것만으로는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 아니한다.

④ 일정한 비용을 지급받을 뿐 정기적인 급여를 지급받지 않는 지방의회 의원이 직무상 금전을 받았다면 수뢰죄가 성립한다.

해설】 검찰의 고위 간부가 특정 사건에 대한 수사가 계속 진행중인 상태에서 해당 사안에 관한 수사책임자의 잠정적인 판단 등 수사팀의 내부 상황을 확인한 뒤 그 내용을 수사 대상자 측에 전달한 행위가 형법 제127조에 정한 공무상 비밀누설에 해당한다(대법원 2007.6.14, 2004도5561).

① 뇌물을 수수한다는 것은 영득의 의사로 금품을 수수하는 것을 말하므로, 뇌물인지 모르고 이를 수수하였다가 뇌물임을 알고 즉시 반환하거나, 증뢰자가 일방적으로 뇌물을 두고 가므로 후일 기회를 보아 반환할 의사로 어쩔 수 없이 일시 보관하다가 반환하는 등 그 영득의 의사가 없었다고 인정되는 경우라면 뇌물을 수수하였다고 할 수 없겠지만, 피고인이 먼저 뇌물을 요구하여 증뢰자가 제공하는 돈을 받았다면 피고인에게 받은 돈 전부에 대한 영득의 의사가 인정된다고 하지 않을 수 없고, 이처럼 영득의 의사로 뇌물을 수령한 이상 그 액수가 피고인이 예상한 것보다 너무 많은 액수여서 후에 이를 반환하였다고 하더라도 뇌물죄의 성립에는 영향이 없다(대법원 2007.3.29, 2006도9182).

③ 초등학교를 졸업하였음에도 초등학교 중퇴 이하의 학력자라는 허위 내용의 인우보증서를 첨부하여 운전면허 구술시험에 응시하였다는 사실만으로는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다(대법원 2007.3.29, 2006도8189).

④ 일반적으로 공무원이라 함은 광의로는 국가 또는 공공단체의 공무를 담당하는 일체의 자를 의미하며, 협의로는 국가 또는 공공단체와 공법상 근무관계에 있는 모든 자를 말하는바, 지방자치법 제32조에 의하면 지방의회의원은 명예직으로서 의정활동비와 보조활동비, 회기 중 출석비를 지급받도록 규정하고 있을 뿐 정기적인 급여를 지급받지는 아니하나, 지방공무원법 제2조 제3항에 의하면 특수경력직 공무원 중 정무직 공무원으로 '선거에 의하여 취임하는 자'를 규정하고 있고, 지방자치법 제35조 이하에 의하면 지방의회의원은 여러 가지 공적인 사무를 담당하도록 규정하고 있으며, 공직자윤리법에 의하면 지방의회의원도 공직자로 보아 재산등록 대상자로 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 비록 지방의회의원이 일정한 비용을 지급받을 뿐 정기적인 급여를 지급받지는 아니한다고 하더라도 공무를 담당하고 있는 이상 지방의회의원은 형법상 공무원에 해당한다(대법원 1997.3.11, 96도1258).

정답】 ②

-이상-