

## 형 법

### 문 1. 다음 설명 중 틀린 것은 모두 몇 개인가?(판례에 의함)

- ㉠ 회사에 대하여 개인적인 채권을 가지고 있는 대표이사가 회사를 위하여 보관하고 있는 회사 소유의 금전으로 자신의 채권의 변제에 충당하는 행위는 회사와 이사의 이해가 충돌하는 자기거래행위에 해당하므로, 대표이사가 이사회 승인 등의 절차 없이 임의로 자신의 회사에 대한 채권을 변제하였다면 횡령죄에 해당한다.
- ㉡ 하나의 교회가 두 개 이상으로 분열된 경우 그 재산의 처분에 관하여 교회 장정 등에 규정이 없는 한 분열 당시 교인들의 총의에 따라 그 귀속을 정하여야 하고, 그와 같은 절차 없이 위 재산에 대하여 다른 교파의 점유를 배제하고 자기 교파만의 지배에 옮긴다는 인식 아래 이를 가지고 갔다면 횡령죄를 구성한다.
- ㉢ 업무상횡령죄에 있어 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있다는 점은 검사가 입증하여야 하는 것으로서 그 입증은 법관으로 하여금 합리적인 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다고 할 것이므로, 피고인이 자신이 인출하여 보관하고 있다가 사용한 돈의 행방이나 사용처를 제대로 설명하지 못하거나 또는 피고인이 주장하는 사용처에 사용된 자금이 그 돈과는 다른 자금으로 충당된 것으로 드러나는 등 피고인이 주장하는 사용처에 그 돈이 사용되었다는 점을 인정할 수 있는 자료가 부족하고, 피고인이 그 돈을 개인적인 용도에 사용하였다는 점에 대한 신빙성 있는 자료가 많은 경우라 하더라도 함부로 피고인이 그 돈을 불법영득의 의사로써 횡령한 것이라고 추단할 수는 없다.
- ㉣ 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다.

- ① 1개      ② 2개      ③ 3개  
④ 4개      ⑤ 없음

정답 ③

- 해설 ㉠ × : 회사에 대하여 개인적인 채권을 가지고 있는 대표이사가 회사를 위하여 보관하고 있는 회사 소유의 금전으로 자신의 채권 변제에 충당하는 행위는 회사와 이사의 이해가 충돌하는 자기거래행위에 해당하지 않는 것이므로, 대표이사가 이사회 승인 등의 절차 없이 그와 같이 자신의 회사에 대한 채권을 변제하였다면, 이는 대표이사의 권한 내에서 한 회사 채무의 이행행위로서 유효하고, 따라서 불법영득의 의사가 인정되지 아니하여 횡령죄의 죄책을 물을 수 없다(대판 2002.7.26, 2001도5459).
- ㉡ × : 하나의 교회가 두 개 이상으로 분열된 경우 그 재산의 처분에 관하여 교회 장정 등에 규정이 없는 한 분열 당시 교인들의 총의에 따라 그 귀속을 정하여야 하고 그와 같은 절차 없이 위 재산에 대하여 다른 교파의 점유를 배제하고 자기 교파만의 지배에 옮긴다는 인식 아래 이를 가지고 갔다면 절도죄를 구성한다(대판 1998.7.10, 98도126).
- ㉢ × : 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있다는 점은 검사가 입증하여야 하는 것으로서 그 입증은 법관으로 하여금 합리적인 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다고 할 것이나, 피고인이 자신이 위탁받아 보관 중이던 돈이 모두 없어졌는데도 그 행방이나 사용처를 설명하지 못하거나 또는 피고인이 주장하는 사용처에 사용된 자금이 다른 자금으로 충당된 것으로 드러나는 등 피고인이 주장하는 사용처에 사용되었다는 점을 인정할 수 있는 자료가 부족하고 오히려 개인적인 용도에 사용하였다는 점에 대한 신빙성 있는 자료가 많은 경우에는 일응 피고인이 위 돈을 불법영득의 의사로써 횡령한 것으로 추단할 수 있다(대판 2007.7.26, 2005도5579. 공보불게재).
- ㉣ ○ : 대판 2002.8.23, 2002도366 등.

### 문 2. 예비, 음모에 관한 다음 설명 중 틀린 것은?(판례에 의함)

- ① 중지범은 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것이고 실행의 착수가 있기 전인 예비음모의 행위를 처벌하는 경우에 있어서 중지범의 관념은 이를 인정할 수 없다.
- ② 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제3항에 규정된 상습강도죄를 범한 범인이 그 범행 외에 상습적인 강도의 목적으로 강도예비를 하였다가 강도에 이르지 아니하고 강도예비에 그친 경우에도 그것이 강도상습성의 발현이라고 보여지는 경우에는 강도예비행위는 상습강도죄에 흡수되어 위 법조에 규정된 상습강도죄의 1죄만을 구성하고 이 상습강도죄와 별개로 강도예비죄

를 구성하지 아니한다.

- ③ 법률에 예비, 음모와 미수는 처벌한다고 규정하면서, 동 예비, 음모의 형에 관하여 별도의 규정이 없다면, 이는 미수범에 준하여 처벌할 수 있다고 해석될 뿐이지 본법에 준하여 처벌할 수 있다고 해석할 수는 없다.
- ④ 예비행위의 방조행위는 방조범으로서 처단할 수 없다.
- ⑤ 살해의 목적으로 동일인에게 일시·장소를 달리하고 수차에 걸쳐 단순한 예비행위를 하거나 또는 공격을 가하였으나 미수에 그치다가 드디어 그 목적을 달성한 경우에 그 예비행위 내지 공격행위가 동일한 의사발동에서 나왔고 그 사이에 범의의 갱신이 없는 한 각 행위가 같은 일시·장소에서 행하여 졌거나 또는 다른 장소에서 행하여 졌거나를 막론하고 또 그 방법이 동일하거나 여부를 가릴 것 없이 그 살해의 목적을 달성할 때까지의 행위는 모두 실행행위의 일부로서 이를 포괄적으로 보고 단순한 1개의 살인기수죄로 처단할 것이지 살인예비 내지 미수죄와 동 기수죄의 경합죄로 처단할 수 없다.

**정답 ③**

**해설**

- ① 옳음. 대판 1999.4.9, 99도424 등.
- ② 옳음. 대판 2003.3.28, 2003도665.
- ③ 틀림. 부정선거관련자처벌법 제5조 제4항에 동법 제5조 제1항의 예비음모는 이를 처벌한다고만 규정하고 있을 뿐이고 그 형에 관하여 따로 규정하고 있지 아니한 이상 죄형법정주의의 원칙상 위 예비음모를 처벌할 수 없다(대판 1977.6.28, 77도251). ★ 부정선거 관련자 처벌법 제5조 4항에 예비, 음모는 이를 처벌한다고 규정하였다 하더라도 예비, 음모는 미수범의 경우와 달라서 그 형을 따로 정하여 놓지 아니한 이상 처벌할 형을 함께 규정한 것이라고는 볼 수 없고 또 동법 제5조 4항의 입법취지가 동법 제5조 1항의 예비, 음모죄를 처벌한 의도이었다 할지라도 그 예비, 음모의 형에 관하여 특별한 규정이 없는 이상 이를 본범이나 미수범에 준하여 처벌한다고 해석함은 피고인의 불이익으로 돌아가는 것이므로 이는 죄형법정주의의 원칙상 허용할 수 없다 할 것이다.
- ④ 옳음. 대판 1976.5.25, 75도1549 등.
- ⑤ 옳음. 대판 1965.9.28, 65도695.

**문 3. 법률의 착오에 관한 다음의 설명 중 가장 틀린 것은? (판례에 의함)**

- ① 법률의 착오에 상당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성

을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 할 것이나, 행위자 개인의 인식능력까지도 고려할 것은 아니다.

- ② 형법 제16조에서 “자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.” 라고 규정하고 있는 것은 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니고, 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 않는다는 취지이다.
- ③ 피고인이 대법원의 판례에 비추어 자신의 행위가 무허가 의약품의 제조·판매행위에 해당하지 아니하는 것으로 오인하였다고 하더라도, 사안을 달리하는 사건에 관한 대법원의 판례의 취지를 오해하였던 것에 불과하다면 그와 같은 사정만으로는 그 오인에 정당한 사유가 있다고 볼 수 없다.
- ④ 부동산중개업자가 부동산중개업협회의 자문을 통하여 인원수의 제한 없이 중개보조원을 채용하는 것이 허용되는 것으로 믿고서 제한인원을 초과하여 중개보조원을 채용함으로써 부동산중개업법 위반행위에 이르게 되었다고 하더라도 그러한 사정만으로 자신의 행위가 법령에 저촉되지 않는 것으로 오인함에 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다거나 범의가 없었다고 볼 수는 없다.
- ⑤ 피고인이 일본 영주권을 가진 재일교포로서 영리를 목적으로 관세물품을 구입한 것이 아니라거나 국내 입국 시 관세신고를 하지 않아도 되는 것으로 착오하였다는 등의 사정만으로는 형법 제16조의 법률의 착오에 해당한다고 할 수 없다.

**정답 ①**

**해설**

- ① 틀림. 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대판 2006.3.24, 2005도3717).
- ② 옳음. 대판 2004.2.12, 2003도6282 등.
- ③ 옳음. 대판 1995.7.28, 95도1081.
- ④ 옳음. 대판 2000.8.18, 2000도2943.
- ⑤ 옳음. 대판 2007.5.11, 2006도1993.

**문 4. ‘행사할 목적’에 관한 다음 설명 중 틀린 것은?(판례에 의함)**

- ① 유가증권위조·변조죄에 관한 형법 제214조 제1항과 달리 수표위조·변조에 의한 부정수표단속법 제5조 위반죄의 성립에는 ‘행사할 목적’이 요구되지 않는다.
- ② 공문서변조죄에 있어서 ‘행사할 목적’이란 변조된 공문서를 진정한 문서인 것처럼 사용할 목적 즉 행사의 상대방이 누구이든간에 그 상대방에게 문서의 진정에 대한 착오를 일으킬 목적이면 충분한 것이지만, 변조 전의 그 문서의 본래의 용도와 무관하게 사용할 목적까지 포함하지는 않는다.
- ③ 위조된 우표를 그 정을 알고 있는 자에게 교부하더라도 그 자가 이를 진정하게 발행된 우표로서 사용할 것이라는 정을 인식하면서 교부한다면 위조우표행사죄의 ‘행사할 목적’에 해당된다.
- ④ 공문서변조죄는 변조한 공문서 자체를 진정한 것으로 ‘행사할 목적’ 아래 그 기재내용을 변개한 경우에 성립하는 것이므로 사본을 행사할 목적으로 면허증사진 위에 다른 사진을 떨어지지 않을 정도로 풀을 약간 칠해 붙여 이를 전자복사기에 넣어 면허증 사본을 복사한 행위는 면허증 원본을 행사할 목적이 없는 것이어서 공문서변조죄에 해당하지 않는다.
- ⑤ 재건축조합의 조합장이 아닌 사람이 재건축조합 조합장의 직함을 사용하여 재건축사업에 관한 계약서를 작성하였다면, 계약의 상대방이 자격모용사실을 알고 있었다거나 그 계약서에 조합장의 직인이 아닌 다른 인장을 날인하였더라도 ‘행사의 목적’이 인정된다.

**정답** ②

- 해설** ① 옳음. 유가증권위조·변조죄에 관한 형법 제214조 제1항은 “행사할 목적으로 대한민국 또는 외국의 공채증서 기타 유가증권을 위조 또는 변조한 자는 10년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하고 있는 반면, 수표위조·변조죄에 관한 부정수표단속법 제5조는 “수표를 위조 또는 변조한 자는 1년 이상의 유기징역과 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하고 있는바, 이러한 부정수표단속법 제5조의 문언상 본조는 수표의 강한 유통성과 거래수단으로서의 중요성을 감안하여 유가증권 중 수표의 위·변조행위에 관하여는 범죄성립요건을 완화하여 초과주관적 구성요건인 ‘행사할 목적’을 요구하지 아니하는 한편, 형법 제214조 제1항 위반에 해당하는 다른 유가증권위조·변조행위보다 그 형을 가중하여 처벌하려는 취지의 규정이라고 해석하여야 한다(대판 2008.2.14, 2007도 10100).
- ② 틀림. 공문서변조죄에 있어서 행사할 목적이란 변조된 공문서를 진정한 문서인 것처럼 사용할 목적 즉 행사의 상대방이 누구이든간에 그 상대방에게 문서의 진정에 대한 착오를 일으킬 목적이면 충분한 것이지만 반드시 변조 전의 그 문서의 본래의 용도에 사용할 목적에 한정되는

것은 아니다(대판 1995.3.24, 94도1112). ★ 결국 변조 전의 그 문서의 본래의 용도와 무관하게 사용할 목적까지 포함한다는 취지의 판례이다.

- ③ 옳음. 대판 1989.4.11, 88도1105.
- ④ 옳음. 대판 1986.2.25, 85도2835.
- ⑤ 옳음. 대판 2007.7.27, 2006도2330.

**문 5. 교사범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 경우 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.
- ② 甲이 乙을 모해할 목적으로 丙에게 위증을 교사한 경우, 丙에게 모해의 목적이 없었다고 하더라도 甲은 모해위증교사죄가, 丙은 단순위증죄가 각 성립한다.
- ③ 스스로 본인을 무고하는 자기무고가 무고죄의 구성요건에 해당하지 아니하여 무고죄를 구성하지 않는 이상, 甲의 교사방조 하에 乙이 甲에 대한 허위의 사실을 신고하여 乙이 무고죄로 처벌받겠다고 하더라도, 乙을 교사방조한 甲은 교사방조범의 죄책을 부담하지 아니한다.
- ④ 자기의 형사사건에 관한 증거를 인멸하기 위하여 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자에 대하여는 증거인멸교사죄가 성립한다.
- ⑤ 교사범이란 타인(정범)으로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립하는 것이고 피교사자는 교사범의 교사에 의하여 범죄실행을 결의하여야 하는 것이므로, 피교사자가 이미 범죄의 결의를 가지고 있을 때에는 교사범이 성립할 여지가 없다.

**정답** ③

- 해설** ① 옳음. 제31조 2항.
- ② 옳음. 대판 1994.12.23, 93도1002.
- ③ 틀림. 형법 제156조의 무고죄는 국가의 형사사법권 또는 징계권의 적정한 행사를 주된 보호법익으로 하는 죄이나, 스스로 본인을 무고하는 자기무고는 무고죄의 구성요건에 해당하지 아니하여 무고죄를 구성하지 않는다. 그러나 피무고자의 교사·방조 하에 제3자가 피무고자에 대한 허위의 사실을 신고한 경우에는 제3자의 행위는 무고죄의 구성요건에 해당하여 무고죄를 구성하므로, 제3자를 교사·방조한 피무고자도 교사·방조범으로서의 죄책을 부담한다(대판 2008.10.23, 2008도4852).
- ④ 옳음. 대판 2000.3.24, 99도5275.
- ⑤ 옳음. 대판 1991.5.14, 91도542.

**문 6. 법조경합에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(판례**

에 의함)

- ① 법조경합의 한 형태인 특별관계란 어느 구성요건이 다른 구성요건의 모든 요소를 포함하는 이외에 다른 요소를 구비하여야 성립하는 경우로서 특별관계에 있어서는 특별법의 구성요건을 충족하는 행위는 일반법의 구성요건을 충족하지만 반대로 일반법의 구성요건을 충족하는 행위는 특별법의 구성요건을 충족하지 못한다.
- ② 유세품에 대하여 수입면허 없이 수입함으로써 관세를 포탈한 경우 무면허수입죄는 관세포탈죄에 흡수되어 오로지 관세포탈죄만이 성립한다.
- ③ 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 경우에는 강간죄만 성립하고, 그것과 별도로 강간의 수단으로 사용된 폭행·협박이 형법상의 폭행죄나 협박죄를 구성한다고는 볼 수 없으며, 강간죄와 이들 각 죄는 이른바 법조경합의 관계일 뿐이다.
- ④ 1개의 행위에 관하여 사기죄와 업무상배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 때에는 양 죄를 법조경합 관계로 볼 것이 아니라 상상적 경합관계로 봄이 상당하다.
- ⑤ 형법 제307조의 명예훼손죄와 공직선거 및 선거부정방지법 상의 후보자비방죄는 이른바 법조경합의 관계에 있으므로 위 후보자비방죄만이 성립한다.

**정답** ⑤

**해설** ① 옳음. 대판 2005.2.17, 2004도6940.

- ② 옳음. 유세품에 대하여 수입면허 없이 수입함으로써 관세를 포탈한 경우, 수입면허 없이 수입하는 행위는 관세포탈죄의 구성요건인 사위의 방법에 해당하므로 관세포탈죄의 구성요건적 평가에 무면허수입죄의 구성요건적 평가도 완전히 포함된다고 볼 수 있을 뿐 아니라, 관세법의 목적에 비추어 관세법의 보호법익은 유세품에 관한 한 관세의 확보라고 할 것이므로 관세포탈죄는 물론 유세품에 대한 무면허수입죄의 보호법익도 궁극적으로는 관세의 확보로서 유세품에 대한 무면허수입죄의 법익은 관세포탈죄의 법익 중에 포함되어 있어 관세포탈죄의 법익침해 외에 따로 무면허수입죄의 법익침해를 거론할 필요가 없다면, 유세품에 관한 무면허 수입행위는 외관상 관세포탈죄와 무면허수입죄에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로는 무면허수입죄는 관세포탈죄에 흡수되어 오로지 관세포탈죄만을 구성하고 따로 무면허수입죄를 구성하지 않는다고 봄이 타당하다(대판 1984.6.26, 84도782).
- ③ 옳음. 대판 2002.5.16, 2002도51, 전원합의체판결.
- ④ 옳음. 대판 2002.7.18, 2002도669, 전원합의체판결.
- ⑤ 틀림. 형법 제307조의 명예훼손죄와 공직선거및선거부정방지법 제251조의 후보자비방죄는 보호법익과 구성요건의 내용이 서로 다른 별개의 범죄로서 상상적경합의 관계에 있다(대판 1998.3.24, 97도2956).

문 7. 문서에 관한 죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(판례에 의함)

- ① 타인의 대표자 또는 대리자가 그 대표명의, 대리명의 또는 직접 본인의 명의를 사용하여 문서를 작성할 권한을 가지는 경우에 그 권한을 남용하여 단순히 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 마음대로 그 대표자, 대리명의 또는 직접 본인명의로 문서를 작성한 때에도 문서위조죄는 성립하지 아니한다.
- ② 사망자, 가공인의 명의라고 하더라도 그 명의로 작성된 문서가 일반인으로 하여금 실재자가 진정으로 작성한 문서로 오인할 염려가 있다면 문서위조죄가 성립한다.
- ③ A문서에 乙과 丙 명의 부분을 위조하였다면 2개의 문서위조죄가 성립하고, 위 2개의 문서위조죄는 형법 제40조가 규정하는 상상적 경합범에 해당한다.
- ④ 공문서인 기안문서의 작성권한자가 직접 이에 서명하지 않고 甲에게 지시하여 자기의 서명을 흉내 내어 기안문서의 결재란에 대신 서명케 한 경우라면 甲의 행위는 공문서위조죄의 구성요건에 해당하지 아니한다.
- ⑤ 공무원 甲이 고의로 법령을 잘못 적용하여 공문서를 작성하였다면 그 법령적용의 전제가 된 사실관계에 대한 내용에 거짓이 없다고 하더라도 허위공문서작성죄가 성립한다.

**정답** ⑤

- 해설** ① 옳음. [1] 문서위조죄의 성립여부는 그 문서의 작성명의로 타인의 명의를 모용하였느냐라는 형식에 의하여 결정할 것이고 그 문서내용의 진실여부는 특별한 처벌규정이 있는 경우 외에는 동죄의 성립여부에 영향이 없다.
- [2] 타인의 대표자 또는 대리자가 그 대표명의, 대리명의 또는 직접 본인의 명의를 사용하여 문서를 작성할 권한을 가지는 경우에 그 권한을 남용하여 단순히 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 마음대로 그 대표자, 대리명의 또는 직접 본인명의로 문서를 작성한 때에는 문서위조죄는 성립하지 아니한다(대판 1983.10.25, 83도2257).
- ② 옳음. 형법상 문서가 인정되기 위해서 명의인의 실재성을 요하지 않기 때문이다(通說·判例). 대판 2005.2.24, 2002도18, 전원합의체판결.
  - ③ 옳음. 문서에 2인 이상의 작성명의인이 있을 때에는 각 명의자 마다 1개의 문서가 성립되므로 2인 이상의 연명으로 된 문서를 위조한 때에는 작성명의인의 수대로 수개의 문서위조죄가 성립하고 또 그 연명문서를 위조하는 행위는 자연적 관찰이나 사회통념상 하나의 행위라 할 것이어서 위 수개의 문서위조죄는 형법 제40조가 규정하는 상상적 경합범에 해당한다(대판 1987.7.21, 87도564).
  - ④ 옳음. 공문서의 위조라 함은 행사할 목적으로 공무원 또는 공무소의 문서를 정당한 작성권한 없는 자가 작성권한 있

는 자의 명의로 작성하는 것을 말하므로, 공문서인 기안문서의 작성권한자가 직접 이에 서명하지 않고 피고인에게 지시하여 자기의 서명을 흉내내어 기안문서의 결재란에 대신 서명케 한 경우라면 피고인의 기안문서 작성행위는 작성권자의 지시 또는 승낙에 의한 것으로서 공문서위조죄의 구성요건해당성이 조각된다(대판 1983.5.24, 82도1426).

- ⑤ 틀림. 허위공문서작성죄란 공문서에 진실에 반하는 기재를 하는 때에 성립하는 범죄이므로, 고의로 법령을 잘못 적용하여 공문서를 작성하였다고 하더라도 그 법령적용의 전제가 된 사실관계에 대한 내용에 거짓이 없다면 허위공문서작성죄가 성립될 수 없다(대판 2000.6.27, 2000도1858).

**문 8. 협박에 관한 설명 중 가장 적절하지 못한 것은?(판례에 의함)**

- ① 피고인이 피해자의 장모가 있는 자리에서 서류를 보이면서 “피고인의 요구를 들어주지 않으면 서류를 세무서로 보내 세무조사를 받게 하여 피해자를 망하게 하겠다” 라고 말하여 피해자의 장모로 하여금 피해자에게 위와 같은 사실을 전하게 하고, 그 다음날 피해자의 처에게 전화를 하여 “며칠 있으면 국세청에서 조사가 나올 것이니 그렇게 아시오” 라고 말한 경우, 위 각 행위는 협박죄에 있어서 해악의 고지에 해당한다.
- ② 협박죄에 있어서의 협박이라 함은 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로, 그 주관적 구성요건으로서의 고의를 인정하기 위해서는 단순히 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것 외에 상당한 정도 그 고지한 해악을 실현할 의도나 욕구가 있을 것을 요한다.
- ③ 공무집행방해죄에 있어서 협박이라 함은 상대방에게 공포심을 일으킬 목적으로 해악을 고지하는 행위를 의미하는 것으로서 고지하는 해악의 내용이 그 경위, 행위 당시의 주위 상황, 행위자의 성향, 행위자와 상대방과의 친숙함의 정도, 지위 등의 상호관계 등 행위당시의 여러 사정을 종합하여 객관적으로 상대방으로 하여금 공포심을 느끼게 하는 것이어야 한다.
- ④ 제3자로 하여금 해악을 가하도록 하겠다는 방식으로 해악을 고지하는 경우 고지자가 제3자의 행위를 사실상 지배하거나 제3자에게 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 것으로 믿게 하는 명시적·묵시적 언동을 하였거나 제3자의 행위가 고지자의 의사에 의하여 좌우될 수 있는 것으로 상대방이 인식한 경우에 한하여 비로소 고지자가 직접 해악을 가하겠다고 고지한 것과 마찬가지로의 행위로 평가할 수 있다.

- ⑤ 가해자가 폭행을 수반함이 없이 오직 협박만을 수단으로 피해자를 추행한 경우에도 그 협박의 정도가 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것이면 강제추행죄가 성립한다.

**정답 ②**

- 해설** ① 옳음. 대판 2007.6.1, 2006도1125(공보불게재).
- ② 틀림. 협박죄에 있어서의 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니하고, 다만 행위자의 언동이 단순한 감정적인 욕설 내지 일시적 분노의 표시에 불과하여 주위사정에 비추어 가해의 의사가 없음이 객관적으로 명백한 때에는 협박행위 내지 협박의 의사를 인정할 수 없으나 위와 같은 의미의 협박행위 내지 협박의사가 있었는지의 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 주위 상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다(대판 1991.5.10, 90도2102).
- ③ 옳음. 대판 2006.1.13, 2005도4799 등.
- ④ 옳음. 대판 2006.12.8, 2006도6155; 대판 2007.6.1, 2006도1125(공보불게재).
- ⑤ 옳음. 대판 2007.1.25, 2006도5979.

**문 9. 다음 설명 중 틀린 것은?(판례에 의함)**

- ① 건물의 소유자로서 건물을 비정기적으로 수리하거나 건물의 일부분을 임대하였다는 사정만으로는 업무상과실치상죄에 있어서의 ‘업무’ 로 보기 어렵다.
- ② 원칙적으로 도급인에게는 수급인의 업무와 관련하여 사고방지에 필요한 안전조치를 취할 주의의무가 없으나, 법령에 의하여 도급인에게 수급인의 업무에 관하여 구체적인 관리·감독의무 등이 부여되어 있거나 도급인이 공사의 시공이나 개별 작업에 관하여 구체적으로 지시·감독하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 도급인에게도 수급인의 업무와 관련하여 사고방지에 필요한 안전조치를 취할 주의의무가 있다.
- ③ 성냥불로 담배를 붙인 다음 그 성냥불이 꺼진 것을 확인하지 아니한 채 휴지가 들어 있는 플라스틱 휴지통에 던진 것은 중대한 과실에 해당한다.
- ④ 연탄가스 중독환자가 퇴원시 자신의 병명을 물었으나 환자를 그 병명으로 진단, 치료한 의사가 아무런 요양방법을 지도하여 주지 아니하여 병명을 알지 못한 환자가 퇴원 즉시 처음 사고 난 방에서 다시 자다가 재차 연탄가스에 중독된 경우, 의사의 업무상과실이 인정된다.

- ⑤ 시공회사의 상무이사인 현장소장이 현장에서의 공사감독을 전담하였고 사장은 그와 같은 감독을 하게 되어 있지 않았더라도, 사장으로서 그 공사의 진행에 관하여 직접적인 지휘·감독을 받지 않는 회사직원 혹은 고용한 노무자들이 공사시행상의 안전수칙을 위반하여 사고를 저지를 경우에 대비하여 각개의 개별작업에 대하여 세부적인 안전대책을 강구하여야 하는 구체적이고 직접적인 주의의무가 있다.

**정답** ⑤

**해설** ① 옳음. [1] 업무상과실치상죄에 있어서의 ‘업무’란 사람의 사회생활면에서 하나의 지위로서 계속적으로 종사하는 사무를 말하고, 여기에는 수행하는 직무 자체가 위험성을 갖기 때문에 안전배려를 의무의 내용으로 하는 경우는 물론 사람의 생명·신체의 위험을 방지하는 것을 의무내용으로 하는 업무도 포함되는데, 안전배려 내지 안전관리 사무에 계속적으로 종사하여 위와 같은 지위로서의 계속성을 가지지 아니한 채 단지 건물의 소유자로서 건물을 비정기적으로 수리하거나 건물의 일부분을 임대하였다는 사정만으로는 업무상과실치상죄에 있어서의 ‘업무’로 보기 어렵다.

[2] 4층 건물의 2층 내부 벽면에 설치된 분전반을 통해 3층과 4층으로 가설된 전선이 합선으로 단락되어 화재가 나 손해가 발생한 사안에서, 4층 건물의 소유자로서 위 건물 2층을 임대하였다는 사정만으로 업무상과실치상죄에 있어서의 ‘업무’에 관한 증거가 있다고 본 원심판결을 심리미진 등을 이유로 파기한 사례(대판 2009.5.28, 2009도1040).

② 옳음. 대판 2009.5.28, 2008도7030.

③ 옳음. 대판 1993.7.27, 93도135.

④ 옳음. 대판 1991.2.12, 90도2547.

⑤ 틀림. 시공회사의 상무이사인 현장소장이 현장에서의 공사감독을 전담하였고 사장은 그와 같은 감독을 하게 되어 있지 않았다면 사장으로서 그 공사의 진행에 관하여 직접적인 지휘·감독을 받지 않는 회사직원 혹은 고용한 노무자들이 공사시행상의 안전수칙을 위반하여 사고를 저지하지 모른다고 하여 이에 대비하여 각개의 개별작업에 대하여 일일이 세부적인 안전대책을 강구하여야 하는 구체적이고 직접적인 주의의무가 있다고 하기 어렵다(대판 1989.11.24, 89도1618).

문 10. 무고죄에 관한 다음 설명 중 틀린 것은 모두 몇 개인가? (판례에 의함)

- ㉠ 고소당한 범죄가 유죄로 인정되는 경우에, 고소를 당한 사람이 고소인에 대하여 ‘고소당한 죄의 혐의가 없는 것으로 인정된다면 고소인이 자신을 무고한 것에 해당하므로 고소인을 처벌해 달라’는 내용의 고소장을 제

출하였다면, 이는 자신의 결백을 주장하기 위한 것에 불과하여 고소인을 무고한다는 범의를 인정할 수 없다.

㉡ 피고인 자신이 상대방의 범행에 공범으로 가담하였음에도 자신의 가담사실을 숨기고 상대방만을 고소한 경우, 무고죄가 성립한다.

㉢ 타인에게 형사처분을 받게 할 목적으로 ‘허위의 사실’을 신고하였으나, 신고된 사실 자체가 형사범죄로 구성되지 아니한다면 무고죄는 성립하지 아니한다.

㉣ 무고죄에 있어서 허위사실 적시의 정도는 수사관서 또는 감독관서에 대하여 수사권 또는 징계권의 발동을 촉구하는 정도의 것이면 충분하고 반드시 범죄구성요건 사실이나 징계요건 사실을 구체적으로 명시하여야 하는 것은 아니다.

㉤ 무고죄에 있어서의 신고는 자발적인 것이어야 하고 수사기관 등의 추문에 대하여 허위의 진술을 하는 것은 무고죄를 구성하지 않는 것이지만, 수표발행인인 피고인이 은행에 지급제시된 수표가 위조되었다는 내용의 허위의 신고를 하여 그 정을 모르는 은행 직원이 수사기관에 고발을 함에 따라 수사가 개시되고, 피고인이 경찰에 출석하여 수표위조자로 특정인을 지목하는 진술을 한 경우에는, 피고인이 자발적으로 수사기관에 대하여 허위의 사실을 신고한 것으로 평가하여야 한다.

① 1개      ② 2개      ③ 3개

④ 4개      ⑤ 5개

**정답** ②

**해설** ㉠ × : 무고죄의 허위신고에 있어서 다른 사람이 그로 인하여 형사처분 또는 징계처분을 받게 될 것이라는 인식이 있으면 족하므로, 고소당한 범죄가 유죄로 인정되는 경우에, 고소를 당한 사람이 고소인에 대하여 ‘고소당한 죄의 혐의가 없는 것으로 인정된다면 고소인이 자신을 무고한 것에 해당하므로 고소인을 처벌해 달라’는 내용의 고소장을 제출하였다면 설사 그것이 자신의 결백을 주장하기 위한 것이라고 하더라도 방어권의 행사를 벗어난 것으로서 고소인을 무고한다는 범의를 인정할 수 있다(대판 2007.3.15, 2006도9453).

㉡ × : 피고인 자신이 상대방의 범행에 공범으로 가담하였음에도 자신의 가담사실을 숨기고 상대방만을 고소한 경우, 피고인의 고소내용이 상대방의 범행 부분에 관한 한 진실에 부합하므로 이를 허위의 사실로 볼 수 없고, 상대방의 범행에 피고인이 공범으로 가담한 사실을 숨겼다고 하여도 그것이 상대방에 대한 관계에서 독립하여 형사처분 등의 대상이 되지 아니할뿐더러 전체적으로 보아 상대방의 범죄사실의 성립 여부에 직접 영향을 줄 정도에 이르지 아니하는 내용에 관계되는 것이므로 무고죄가 성립하지 않는다(대판 2008.8.21, 2008도3754).

- ㉔ ○ : 대판 2002.6.28, 2001도2707; 대판 2007.4.13, 2006도558 등.  
 ㉕ ○ : 대판 2006.5.25, 2005도4642 등.  
 ㉖ ○ : 대판 2005.12.22, 2005도3203.

**문 11. 권리행사방해죄에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(판례에 의함)**

- ① 甲이 택시를 회사에 지입하여 운행하던 중 회사의 요구로 택시를 회사 차고지에 입고하였다가 회사의 승낙을 받지 않고 이를 가져갔다고 하더라도, 甲의 행위는 권리행사방해죄에 해당하지 아니한다.  
 ② 甲이 이른바 중간생략등기형 명의신탁 또는 계약명의신탁의 방식으로 자신의 처에게 등기명의를 신탁하여 놓은 점포에 자물쇠를 채워 점포의 임차인 乙을 출입하지 못하게 하였다고 하더라도, 甲을 권리행사방해죄로 처벌할 수는 없다.  
 ③ 회사 명의로 등기된 선박을 위 회사의 대주주이자 부사장인 甲이 취거하였다고 하더라도, 甲의 행위는 권리행사방해죄를 구성하지 아니한다.  
 ④ 주식회사의 대표이사 甲이 직무집행행위로서 지입차주인 乙이 점유하는 위 회사 소유 버스를 강제로 취거하였다면, 甲의 행위는 권리행사방해죄를 구성한다.  
 ⑤ 乙이 甲의 명의를 빌려 식품접객업 영업허가를 받기로 서로 합의하고, 甲의 신청에 의하여 甲 명의로 발급된 영업허가증과 사업자등록증을 乙이 인도받았는데, 甲이 乙의 손가방에서 위 영업허가증과 사업자등록증을 몰래 꺼내어 갔다면, 甲의 행위는 권리행사방해죄를 구성한다.

**정답** ⑤

- 해설** ① 옳음. 피고인이 택시를 회사에 지입하여 운행하였다고 하더라도, 피고인이 회사와 사이에 위 택시의 소유권을 피고인이 보유하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위 택시는 그 등록명의자인 회사의 소유이고 피고인의 소유는 아니라고 할 것이므로 회사의 요구로 위 택시를 회사 차고지에 입고하였다가 회사의 승낙을 받지 않고 이를 가져간 피고인의 행위는 권리행사방해죄에 해당하지 않는다고 한 사례(대판 2003.5.30, 2000도5767).  
 ② 옳음. 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제8조는 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우에 조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니한 때에는 제4조 내지 제7조 및 제12조 제1항, 제2항의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있는바, 만일 명의신탁자가 그러한 목적으로 명의신탁을 함으로써 명의신탁이 무효로 되는 경우에는 말할 것도 없고, 그러한 목적이 없어서 유효한 명의신탁이 되는 경우에도 제3자인

부동산의 임차인에 대한 관계에서는 명의신탁자는 소유자가 될 수 없으므로, 어느 모로 보나 신탁한 부동산이 권리행사방해죄에서 말하는 ‘자기의 물건’이라 할 수 없다(대판 2005.9.9, 2005도626).

- ③ 옳음. 이 사건 선박이 공소의 회사명의로 소유권등기가 종료된 것이라면 위 선박은 피고인의 소유라 할 수 없고 피고인이 위 회사의 과점주주라거나 부사장이라 하여도 피고인의 소유라 할 수 없는 것이므로, 피고인이 타인이 점유 중인 위 선박을 취거하였다 하여도 이는 권리행사방해죄를 구성하지 아니한다(대판 1984.6.26, 83도2413).  
 ④ 옳음. 피고인 甲은 공소의 A 주식회사의 실질적인 대표이사로서 피해자 乙 등이 점유하는 판시 기재 각 차량을 취거하게 함으로써 그들의 트럭운행에 대한 권리행사를 방해한 사실을 인정한 다음, 피해자들이 지입료 납부를 거부하거나 지체하였다는 등의 사실만으로 위 차량들을 무단으로 취거한 행위가 형법상 정당행위에 해당되지 아니한다고 판단한 것은 정당하다(대판 2003.6.27, 2002도6088).  
 ⑤ 틀림. 명의대여 약정에 따른 신청에 의하여 발급된 영업허가증과 사업자등록증은 피해자(乙)가 인도받음으로써 피해자의 소유가 되었다고 할 것이므로, 이를 명의대여자(甲)가 가지고 간 행위가 절도죄에 해당한다고 한 사례(대판 2004.3.12, 2002도5090).

**문 12. 다음 중 부정한 청탁을 요구하는 죄는 모두 몇 개인가?**

- ㉔ 형법 제129조 제2항의 사전수뢰죄  
 ㉕ 형법 제130조의 제3자 뇌물제공죄  
 ㉖ 형법 제131조 제3항의 사후수뢰죄  
 ㉗ 형법 제132조의 알선수뢰죄  
 ㉘ 형법 제357조 제1항의 배임수재죄

- ① 1개      ② 2개      ③ 3개  
 ④ 4개      ⑤ 없음

**정답** ②

- 해설** ㉔ 제129조 (사전수뢰) ② 공무원 또는 중재인이 될 자가 그 담당할 직무에 관하여 청탁을 받고 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 후 공무원 또는 중재인이 된 때에는 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다.  
 ㉕ 제130조 (제3자 뇌물제공) 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제삼자에게 뇌물을 공여하게 하거나 공여를 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.  
 ㉖ 제131조 (사후수뢰) ③ 공무원 또는 중재인이었던 자가 그 재직중에 청탁을 받고 직무상 부정한 행위를 한 후 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

- ㉔ 제132조 (알선수뢰) 공무원이 그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다.
- ㉕ 제357조 (배임수재죄) ① 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

문 13. 몰수, 추징에 관한 설명 중 틀린 것을 모두 고르시오.(판례에 의함)

- ㉔ 형법 제48조 제1항의 ‘범인’에는 공범자도 포함되므로 피고인의 소유물은 물론 공범자의 소유물도 그 공범자의 소추 여부를 불문하고 몰수할 수 있다.
- ㉕ 금품의 무상차용을 통하여 위법한 재산상 이익을 취득한 경우 범인이 받은 부정한 이익은 무상으로 대여받은 금품 그 자체이므로 추징의 대상은 금품 그 자체다.
- ㉖ 판사, 검사에게 청탁하여 석방시켜 주겠다는 명목으로 돈을 받은 이상 그 중 일부를 변호사 선임비로 사용하였다 하더라도 이는 변호사법위반으로 취득한 재물의 소비방법에 불과하므로 변호사선임비로 사용한 금액 상당을 추징액에서 제외할 수는 없다.
- ㉗ 재정경제부장관에게 신고하지 아니하고 당해 거래의 당사자가 아닌 거주자의 명의를 이용하여 거래의 당사자인 비거주자에게 금원을 송금한 외국환거래법 위반의 범행에 있어 피고인이 체포될 당시에 미처 송금하지 못하고 소지하고 있던 현금은 외국환거래법 위반의 ‘범죄행위에 제공하려고 한 물건’에 해당하므로 이를 몰수할 수 있다.
- ㉘ 대형할인매장에서 수회 상품을 절취하여 자신의 승용차에 싣고 갔더라도 위 승용차를 형법 제48조 제1항 제1호에 정한 범죄행위에 제공한 물건으로 보아 몰수할 수는 없다.

- ① ㉔, ㉕, ㉖      ② ㉕, ㉖, ㉘      ③ ㉕, ㉖  
④ ㉕, ㉖      ⑤ ㉖, ㉘

**정답 ②**

**해설** ㉔ ○ : 대판 2006.11.23, 2006도5586 등.

- ㉕ × : 금품의 무상대여를 통하여 위법한 정치자금 기부 받은 경우 범인이 받은 부정한 이익은 무상 대여금에 대한 금융이익 상당액이라 할 것이므로, 여기서 몰수 또는 추징의 대상이 되는 것은 무상으로 대여받은 금품 그 자체가 아니라 위 금융이익 상당액이다(대판 2007.3.30, 2006도7241).

㉖ ○ : 대판 2000.5.26, 2000도440.

- ㉗ × : [1] 형법 제48조 제1항 제1호는 몰수할 수 있는 물건으로서 ‘범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건’을 규정하고 있는데, 여기서 범죄행위에 제공하려고 한 물건이란 범죄행위에 사용하려고 준비하였으나 실제 사용하지 못한 물건을 의미하는바, 형법상의 몰수가 공소사실에 대하여 형사재판을 받는 피고인에 대한 유죄판결에서 다른 형에 부가하여 선고되는 형인 점에 비추어, 어떠한 물건을 ‘범죄행위에 제공하려고 한 물건’으로서 몰수하기 위하여는 그 물건이 유죄로 인정되는 당해 범죄행위에 제공하려고 한 물건임이 인정되어야 한다.

[2] 체포될 당시에 미처 송금하지 못하고 소지하고 있던 자기앞수표나 현금은 장차 실행하려고 한 외국환거래법 위반의 범행에 제공하려는 물건일 뿐, 그 이전에 범해진 외국환거래법 위반의 ‘범죄행위에 제공하려고 한 물건’으로는 볼 수 없으므로 몰수할 수 없다고 한 사례(대판 2008.2.14, 2007도10034).

- ㉘ × : [1] 형법 제48조 제1항 제1호의 “범죄행위에 제공한 물건”은, 가령 살인행위에 사용한 칼 등 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건에만 한정되는 것이 아니며, 실행행위의 착수 전의 행위 또는 실행행위의 종료 후의 행위에 사용한 물건이더라도 그것이 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 한 위 법조 소정의 제공한 물건에 포함된다.

[2] 대형할인매장에서 수회 상품을 절취하여 자신의 승용차에 싣고 간 경우, 위 승용차는 형법 제48조 제1항 제1호에 정한 범죄행위에 제공한 물건으로 보아 몰수할 수 있다고 한 사례(대판 2006.9.14, 2006도4075).

문 14. 다음 중 뇌물죄에 관한 가장 틀린 설명은?(판례에 의함)

- ① 형법 제134조의 규정에 의한 필요적 몰수 또는 추징은, 범인이 취득한 당해 재산을 범인으로부터 박탈하여 범인으로 하여금 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있는 것으로서, 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 받고 그 금품 중의 일부를 받은 취지에 따라 청탁과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물로 공여하거나 다른 알선행위자에게 청탁의 명목으로 교부한 경우에는 그 부분의 이익은 실질적으로 범인에게 귀속된 것이 아니어서 이를 제외한 나머지 금품만을 몰수하거나 그 가액을 추징하여야 한다.
- ② 재개발주택조합의 조합장이 그 재직 중 고소하거나 고소당한 사건의 수사를 담당한 경찰관에게 액수 미상의 프리미엄이 예상되는 그 조합아파트 1세대를 분양해 준 경우, 그 아파트가 당첨자의 분양권 포기로 조합에서 임의분양하기로 된 것으로서 예상되는 프리미엄의 금액이 불확실하였다고 하더라도, 조합, 즉 조합장이 선택한 수 분양자가 되어 분양계약을 체결한 것 자체가 경제적인 이익이라고 볼 수 있으므로 뇌물공여죄에 해당한다.

- ③ 자동차를 뇌물로 제공한 경우 자동차등록원부에 뇌물수수자가 그 소유자로 등록되지 않았다고 하더라도 자동차의 사실상 소유자로서 자동차에 대한 실질적인 사용 및 처분권한이 있다면 자동차 자체를 뇌물로 취득한 것으로 보아야 한다.
- ④ 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있고, 직무에 관한 청탁이나 부정한 행위를 필요로 하는 것은 아니기 때문에 수수된 금품의 뇌물성을 인정하는 데 특별한 청탁이 있어야만 하는 것은 아니다.
- ⑤ 도시 및 주거환경정비법 제84조에 의하여 공무원으로 의제되는 정비사업전문관리업자의 임·직원이 얻는 어떤 이익을 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익으로서 뇌물에 해당하는 것으로 보려면 최소한 정비사업전문관리업자는 정비조합이나 조합설립추진위원회와 특정의 재건축·재개발 정비사업에 관하여 구체적인 업무위탁계약을 체결하여 그 직무에 관하여 이익을 취득하여야 한다.

**정답 ⑤**

- 해설**
- ① 옳음. 대판 2002.6.14, 2002도1283.
  - ② 옳음. 대판 2002.11.26, 2002도3539.
  - ③ 옳음. 대판 2006.4.27, 2006도735.
  - ④ 옳음. 대판 2007.4.27, 2005도4204.
  - ⑤ 틀림. 공무원이 얻는 어떤 이익이 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익으로서 뇌물에 해당하는지 여부는 당해 공무원의 직무의 내용, 직무와 이익제공자와의 관계, 쌍방 간에 특수한 사적인 친분관계가 존재하는지의 여부, 이익의 다과, 이익을 수수한 경위와 시기 등의 제반 사정을 참작하여 결정하여야 하고, 이는 도시 및 주거환경정비법 제84조에 의하여 공무원으로 의제되는 정비사업전문관리업자의 임·직원의 경우도 마찬가지이다. 이때 임·직원이 얻는 어떤 이익을 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익으로서 뇌물에 해당하는 것으로 보려면 정비사업전문관리업자가 반드시 정비조합이나 조합설립추진위원회와 특정 재건축·재개발 정비사업에 관하여 구체적인 업무위탁계약을 체결하여 그 직무에 관하여 이익을 취득하여야 하는 것은 아니다(대판 2008.9.25, 2008도2590).

**문 15. 부작위범에 관한 다음의 설명 중 가장 틀린 것은?(판례에 의함)**

- ① 백화점에서 바이어를 보조하여 특정매장에 관한 상품관리 및 고객들의 불만사항 확인 등의 업무를 담당하는 직원이 자신이 관리하는 특정매장의 점포에 가짜 상표가 새겨진 상품이 진열·판매되고 있는 사실을 알았음에도 점주 등에게 시정조치를 요구하거나 상급자에게

이를 보고하지 아니함으로써 점주로 하여금 가짜 상표가 새겨진 상품들을 고객들에게 계속 판매하도록 방치하였다면, 부작위에 의하여 공동피고인인 점주의 상표법 위반 및 부정경쟁방지법위반 행위를 방조한 것으로 인정할 수 있다.

- ② 압류된 골프장시설을 보관하는 회사의 대표이사가 위 압류시설의 사용 및 봉인의 훼손을 방지할 수 있는 적절한 조치 없이 골프장을 개장하게 하여 봉인이 훼손되게 한 경우, 부작위에 의한 공무상표시무효죄에 해당한다.
- ③ 일정한 기간 내에 잘못된 상태를 바로잡으라는 행정청의 지시를 이행하지 않았다는 것을 구성요건으로 하는 범죄는 이른바 진정부작위범으로서 그 의무이행기간의 경과에 의하여 범행이 기수에 이른다.
- ④ 경찰서 방범과장이 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 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다.
- ⑤ 법원의 입찰사건에 관한 제반 업무를 주된 업무로 하는 공무원이 자신이 맡고 있는 입찰사건의 입찰보증금이 계속적으로 횡령되고 있는 사실을 알았음에도 이를 제지하거나 즉시 상관에게 보고하는 등의 조치를 취하지 않은 것이 배당불능이라는 최악의 사태를 막기 위한 동기에서 비롯된 것이라면 이를 작위에 의한 법익 침해와 동등하게 보아 업무상횡령의 중범으로 처벌할 수 없다.

**정답 ⑤**

- 해설**
- ① 옳음. 대판 1997.3.14, 96도1639.
  - ② 옳음. 대판 2005.7.22, 2005도3034.
  - ③ 옳음. 대판 1994.4.26, 93도1731.
  - ④ 옳음. 대판 2006.10.19, 2005도3909, 전원합의체판결.
  - ⑤ 틀림. 법원의 입찰사건에 관한 제반 업무를 주된 업무로 하는 공무원이 자신이 맡고 있는 입찰사건의 입찰보증금이 계속적으로 횡령되고 있는 사실을 알았다면, 담당 공무원으로서 이를 제지하고 즉시 상관에게 보고하는 등의 방법으로 그러한 사무원의 횡령행위를 방지해야 할 법적인 작위의무를 지는 것이 당연하고, 비록 그의 묵인 행위가 배당불능이라는 최악의 사태를 막기 위한 동기에서 비롯된 것이라고 하더라도 자신의 작위의무를 이행함으로써 결과 발생을 쉽게 방지할 수 있는 공무원이 그 사무원의

새로운 횡령범행을 방조 용인한 것을 작위에 의한 법익 침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이 아니라고 볼 수는 없다는 이유로, 그 담당 공무원을 업무상횡령의 중범으로 처벌한 사례(대판 1996.9.6, 95도2551).

문 16. 다음 중 옳은 설명은 모두 몇 개인가?(판례에 의함)

- ㉠ 교사자가 피교사자에 대하여 상해 또는 중상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우에, 일반적으로 교사자는 상해죄 또는 중상해죄의 죄책을 지게 되는 것이지만 이 경우에 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 죄책을 지을 수 있다.
- ㉡ 방조는 정범이 범행을 한다는 것을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 중범의 행위이므로 중범은 정범의 실행을 방조한다는 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당한다는 점에 대한 정범의 고의가 있어야 한다.
- ㉢ 매도, 매수와 같이 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없으므로, 의약품을 판매할 수 없는 다른 사람이 판매의 목적으로 의약품을 취득한 범행과 대향범관계에 있는 피고인의 의약품 판매행위에 대하여 피고인을 그 다른 사람의 판매목적의 의약품 취득 범행에 대한 방조범으로 처벌할 수 없다.
- ㉣ 다른 공범의 범행을 중지하게 하지 아니한 채 자기만의 범의를 철회·포기한 경우에는 중지미수가 인정되지 않는다.

- ① 1개      ② 2개      ③ 3개
- ④ 4개      ⑤ 없음

**정답** ④

- 해설** ㉠ 옳음. 대판 1997.6.24, 97도1075 등.  
 ㉡ 옳음. 대판 2005.4.29, 2003도6056 등.  
 ㉢ 옳음. 대판 2001.12.28, 2001도5158.  
 ㉣ 옳음. 대판 2005.2.25, 2004도8259 등.

문 17. 친족상도례에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례, 다수설 순에 의함)

- ① 절도 피고인인 甲이 제1심 재판 과정에서 절도피해자 乙이 자기의 고모 아들의 부인, 즉 고종사촌 형수라고 진술하고 있고, 乙은 甲이 자기 남편의 외삼촌 아들이라

고 하면서 처벌을 원치 아니한다고 진술하고 있는데도, 검사가 실제로 甲과 乙 사이에 친족관계가 있는지에 대하여 아무런 증명도 하지 않고 있다면, 법원으로서 친족상도례를 적용하여 검사의 공소를 기각하여야 한다.

- ② 乙은 丙에게 전달해 달라는 부탁과 함께 200만 원을 丁에게 교부하였고, 丁은 다시 甲에게 위 돈을 丙에게 전달해 달라고 부탁하면서 위 200만 원을 甲에게 교부하였는데 甲이 위 돈을 횡령한 경우, 甲이 乙의 삼촌이고, 乙이 甲을 고소하지 아니하였다면, 법원으로서 친족상도례를 적용하여 甲에 대한 횡령죄의 공소를 기각하여야 한다.(단, 丁은 甲, 乙과 친족관계가 없다)
- ③ 이종사촌 사이에도 친족상도례가 적용된다.
- ④ 피해자가 법인인 경우 법인과 법인의 사원 또는 대표자 사이에 친족관계가 있더라도 친족상도례는 적용되지 않는다.
- ⑤ 甲이 자신의 처 乙의 언니인 丙을 공갈하여 재물을 교부받았는데, 공갈죄로 기소된 후 乙과 협의이혼한 경우에도 친족상도례가 적용된다.

**정답** ②

- 해설** ① 옳음. 절도피해자가 범인의 고모아들의 부인 즉 고종사촌 형수인 경우에는 범인과 피해자 사이에는 형법 제328조 제2항 소정의 친족관계가 있기 때문이다(대판 1980.3.25, 79도2874). ★ 피고인은 이 사건 절도피해자는 자기의 고모 아들의 부인 즉 고종사촌 형수라는 진술이 있고, 피해자는 피고인이 자기 남편의 외삼촌 아들이라 하고 처벌을 원치 아니한다고 진술하고 있음을 알 수 있는바, 위 피해자의 진술이 사실이라면 피해자와 피고인은 형법 제344조에 의하여 준용되는 형법 제328조 제2항 소정의 친족관계가 있다 할 것인바, 원심법원으로서 위 친족관계의 존부와 피해자로부터의 고소여부에 관한 심리를 하였어야 옳았다 할 것임에도 불구하고 이에 관한 심리를 소홀히 하여 그 친족관계 및 고소 유무를 살피지 아니하고, 위 피해자에 대한 피해사실을 유죄로 인정한 제1심 판결을 그대로 유지한 원심판결은 심리를 미진하여 이른바 친족간의 범행과 고소에 관한 법리를 오해함으로써 판결결과에 영향을 미쳤다 할 것이다.
- ② 틀림. 횡령범인이 위탁자가 소유자를 위해 보관하고 있는 물건을 위탁자로부터 보관받아 이를 횡령한 경우에 형법 제361조에 의하여 준용되는 제328조 제2항의 친족간의 범행에 관한 조문은 범인과 피해물건의 소유자 및 위탁자 쌍방 사이에 같은 조문에 정한 친족관계가 있는 경우에만 적용되고, 단지 횡령범인과 피해물건의 소유자간에만 친족관계가 있거나 횡령범인과 피해물건의 위탁자간에만 친족관계가 있는 경우에는 적용되지 않는다(대판 2008.7.24, 2008도3438). 따라서 사안의 경우 위탁자인 丁과 횡령범인 甲과 사이에 친족관계가 없으므로 친족상도례가 적용되지 않는다.

- ③ 옳음. 이중사촌의 경우도 방계혈족에 해당하여 친족의 범위에 속하므로 형법 제328조에서 규정하는 친족상도례가 적용되고, 다만 동거하는 경우에는 그 형을 면제하고 동거하지 않는 경우에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.
- ④ 옳음. 범인과 피해자 사이에 친족관계가 있을 경우에 친족상도례가 적용된다. 범인과 사원 또는 대표자는 별개의 인격체이므로 피해자가 범인인 경우 비록 범인과 범인의 사원 또는 대표자 사이에 친족관계가 있더라도 범인과 피해자 사이에 친족관계가 존재할 수 없기 때문에 친족상도례는 적용될 수 없다.
- ⑤ 옳음. 친족상도례에서의 친족관계는 '행위당시'에 존재하면 된다. 따라서 설문의 경우 공갈행위 당시에는 처와 이혼 전이었으므로 친족관계가 인정되어 친족상도례가 적용된다.

**문 18. 체포·감금죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례, 다수설 순에 의함)**

- ① 잠재적 의미에서 행동의 의사를 가질 수 있는 자연인은 모두 체포·감금죄의 객체가 되므로, 책임능력 등을 갖지 못한 정신병자도 본죄의 객체가 된다.
- ② 甲과 乙이 피해자로부터 돈을 빼앗자고 공모한 다음 그를 강제로 승용차에 태우고 가면서 그로부터 돈을 빼앗고 상해를 가한 뒤에도 계속하여 상당한 거리를 진행하여 가다가 교통사고를 일으켜 감금행위가 중단되었다면, 감금죄와 강도상해죄는 1개의 행위에 의하여 실현된 경우로서 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있게 된다.
- ③ 사람을 체포한 자가 계속해서 감금한 때에는 포괄하여 하나의 감금죄가 성립한다.
- ④ 감금을 하기 위한 수단으로서 행사된 협박행위는 감금죄에 흡수되어 따로 협박죄를 구성하지 아니한다.
- ⑤ 甲이 피해자를 자동차에 강제로 태워 인가에서 떨어진 산속으로 가서 피해자를 자동차에서 내리게 한 다음 강간하려다 미수에 그친 경우, 강간미수죄에 대하여 고소가 취소되었다고 하더라도 甲을 감금죄로 처벌하는데 지장이 없다.

**정답 ②**

**해설** ① 옳음. 체포·감금죄의 행위객체인 '사람'에 대해서 通說은 당장에 현실적인 신체자유를 갖지 않더라도 곧 활동이 기대되는 잠재적인 신체활동의 자유를 가진 자이면 본죄의 객체가 된다고 본다(광의설). 이에 따르면 숙면자·명정자·정신병자·불구자 등은 모두 본죄의 객체에 해당하지만, 영아·유아와 같이 신체활동의 가능성이 전혀 없는 자는 본죄의 객체가 될 수 없다. 判例도 정신병자도 감금죄의 객체가 될 수 있다고 판시한 바 있다(대판 2002.10.11,

2002도4315).

- ② 틀림. 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 형법 제37조의 경합범 관계에 있다(대판 2003.1.10, 2002도4380).
- ③ 옳음. 通說의 태도이다.
- ④ 옳음. 대판 1982.6.22, 82도705.
- ⑤ 옳음. 강간죄의 성립에는 언제나 필요한 수단으로 감금행위를 수반하는 것은 아니므로 감금행위가 강간죄의 목적을 달하려고 일정한 장소에 인치하기 위한 수단이 되었다 하여 그 감금행위가 강간죄에 흡수되어 범죄를 구성하지 않는다고 할 수 없고, 위 감금행위가 독립한 별개의 죄가 되는 이상 피해자가 강간죄의 고소를 취소하였다 하더라도 이는 위 감금죄에 대하여는 아무런 영향을 미치지 아니한다(대판 1984.8.21, 84도1550).

**문 19. 다음 설명 중 틀린 것은?(판례에 의함)**

- ① 타인의 재물을 보관하는 자가 보관하고 있는 재물을 영득할 의사로 '은닉' 하였다면 이는 횡령죄를 구성하는 것이고, 이로 인하여 채권자들의 강제집행을 면탈하는 결과를 가져온다면 강제집행면탈죄도 구성한다.
- ② 가압류채권자의 지위에 있는 채무자가 가압류집행해제를 신청함으로써 그 지위를 상실하는 행위는 강제집행면탈죄에 해당하지 아니한다.
- ③ 가압류 후에 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자가 다른 사람에 대한 허위의 채무에 기하여 근저당권을 설정하여 준 행위는 강제집행면탈죄에 해당하지 아니한다.
- ④ 사업장의 유체동산에 대한 강제집행을 면탈할 목적으로 사업자 등록의 사업자 명의를 변경함이 없이 사업장에서 사용하는 금전등록기의 사업자 이름만을 변경한 경우, 강제집행면탈죄에 있어서 재산의 '은닉'에 해당한다.
- ⑤ 강제집행면탈죄의 객체는 채무자의 재산 중에서 채권자가 민사집행법상 강제집행 또는 보전처분의 대상으로 삼을 수 있는 것이어야 한다.

**정답 ①**

**해설** ① 틀림. 횡령죄의 구성요건으로서의 횡령행위란 불법영득의 의사, 즉 타인의 재물을 보관하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 위탁의 취지에 반하여 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것처럼 사실상 또는 법률상 처분하려는 의사를 실현하는 행위를 말하고, 강제집행면탈죄에 있어서 은닉이라 함은 강제집행을 면탈할 목적으로 강제집행을 실시하는 자로 하여금 채무자의 재산을 발견하는 것을 불능 또는 곤란하게 만드는 것을 말하는 것

으로서 진의에 의하여 재산을 양도하였다면 설령 그것이 강제집행을 면탈할 목적으로 이루어진 것으로서 채권자의 불이익을 초래하는 결과가 되었다고 하더라도 강제집행면탈죄의 허위양도 또는 은닉에는 해당하지 아니한다 할 것이며, 이와 같은 양죄의 구성요건 및 강제집행면탈죄에 있어 은닉의 개념에 비추어 보면 타인의 재물을 보관하는 자가 보관하고 있는 재물을 영득할 의사로 은닉하였다면 이는 횡령죄를 구성하는 것이고 채권자들의 강제집행을 면탈하는 결과를 가져온다 하여 이와 별도로 강제집행면탈죄를 구성하는 것은 아니다(대판 2000.9.8, 2000도1447).

- ②⑤ 옳음. [1] 강제집행면탈죄의 객체는 채무자의 재산 중에서 채권자가 민사집행법상 강제집행 또는 보전처분의 대상으로 삼을 수 있는 것만을 의미하므로, ‘보전처분 단계에서의 가압류채권자의 지위’ 자체는 원칙적으로 민사집행법상 강제집행 또는 보전처분의 대상이 될 수 없어 강제집행면탈죄의 객체에 해당한다고 볼 수 없고, 이는 가압류채무자가 가압류해방금을 공탁한 경우에도 마찬가지이다. [2] 채무자가 가압류채권자의 지위에 있으면서 가압류집행해제를 신청함으로써 그 지위를 상실하는 행위는 형법 제327조에서 정한 ‘은닉, 손괴, 허위양도 또는 허위채무부담’ 등 강제집행면탈행위의 어느 유형에도 포함되지 않는 것이므로, 이러한 행위를 처벌대상으로 삼을 수 없다(대판 2008.9.11, 2006도8721).
- ③ 옳음. [1] 형법 제327조의 강제집행면탈죄는 객관적으로 민사소송법에 의한 강제집행 또는 가압류, 가처분의 집행을 받을 우려가 있는 상태에서 주관적으로 강제집행을 면탈하려는 목적으로 재산을 은닉, 손괴, 허위양도하거나 허위의 채무를 부담하여 채권자를 해할 위험이 있는 경우에 성립한다. [2] 가압류에는 처분금지적 효력이 있으므로 가압류 후에 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자 또는 그 제3취득자에 대한 채권자는 그 소유권 또는 채권으로써 가압류권자에게 대항할 수 없다. 따라서 가압류 후에 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자가 다른 사람에 대한 허위의 채무에 기하여 근저당권설정등기 등을 경료하더라도 이로써 가압류채권자의 법률상 지위에 어떤 영향을 미치지 않으므로, 강제집행면탈죄에 해당하지 아니한다(대판 2008.5.29, 2008도2476).
- ④ 옳음. 대판 2003.10.9, 2003도3387.

문 20. 누범에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중할 뿐 단기는 가중하지 않으므로, 강간죄(3년 이상 유기징역)의 누범에 해당하더라도 그 처단형의 범위는 징역 3년 이상 25년 이하로 되고, 여기에 감경사유(법률상 감경은 1회에 한함)가 있다면 징역 1년의 선고도 가능하다.

- ② 금고 이상에 해당하는 죄를 범하였는지 여부는 그 범죄의 실행행위를 하였는지 여부를 기준으로 결정하여야 하므로 3년의 기간 내에 실행의 착수가 있으면 족하고, 그 기간 내에 기수에까지 이르러야 되는 것은 아니다.
- ③ 형의 선고를 받은 자가 특별사면을 받아 형의 집행을 면제받고 또 후에 복권이 되었다 하더라도 형의 선고의 효력이 상실되는 것은 아니므로 실행을 선고받아 복역하다가 특별사면으로 출소한 후 3년 이내에 다시 범죄를 저지른 자에 대한 누범가중은 정당하다.
- ④ 누범가중사유가 되는 전과 사실은 자백만으로도 인정할 수 있으나, 불고불리의 원칙상 전과사실이 공소장에 기재되어 있어야 한다.
- ⑤ 가석방 기간 중 또는 집행유예 기간 중에 금고 이상의 죄를 범한 경우에는 누범가중을 할 수 없다.

정답

④

해설

- ① 옳음. 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중할 뿐 단기는 가중하지 않으므로(判例), 강간죄(3년 이상 유기징역)의 누범에 해당한다면 그 처단형의 범위는 징역 3년 이상 25년 이하(유기징역을 가중하는 경우 25년을 초과할 수 없다)로 되고, 또한 누범일지라도 법률상 감경 및 재판상 감경을 할 수 있으므로(通說), 법률상 감경을 1회하는 경우 1년 6월 이상 12년 6월 이하가 되고, 나아가 재판상 감경(작량감경)을 하게 되면 9월 이상 6년 3월 이하의 범위내에서 형을 선고할 수 있다. 따라서 법관은 징역 1년의 선고도 가능하다.
- ② 옳음. 대판 2006.4.7, 2005도9858.
- ③ 옳음. 대판 1986.11.11, 86도2004.
- ④ 틀림. 전과에 관한 사실은 피고인의 자백만으로도 인정할 수 있으나(대판 1981.6.9, 81도1353), 누범가중의 사유가 되는 전과사실은 범죄사실이 아니므로 공소장에 기재된 바 없다 하더라도 이를 심리 처단할 수 있다 할 것이다(대판 1971.12.21, 71도2004).
- ⑤ 옳음. 이러한 경우 형집행종료 또는 면제 ‘후’의 범죄가 아니기 때문이다. 대판 1976.9.14, 76도2071; 대판 1983.8.23, 83도1600 등.

문 21. 다음 설명 중 틀린 것을 모두 고르시오.(판례에 의함)

- ㉠ 손자가 할아버지 소유 예금통장을 절취하여 이를 현금 자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 예금 잔고를 자신의 거래 은행 계좌로 이체한 경우에는 친족상도레가 적용된다.
- ㉡ 부동산 입찰절차에서 甲, 乙이 대금을 분담하되 甲 명의로 낙찰받기로 약정하여 그에 따라 낙찰이 이루어져 甲 명의로 소유권이전등기가 이루어진 다음, 甲이 乙의

허락 없이 부동산 전체를 처분하였다면 횡령죄를 구성한다.

- ㉔ 타인으로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 공무소에 대하여 허위의 사실을 신고하였다고 하더라도, 그 사실이 친고죄로서 그에 대한 고소기간이 경과하여 공소를 제기할 수 없음이 그 신고내용 자체에 의하여 분명한 때에는 당해 국가기관의 직무를 그르치게 할 위험이 없으므로 이러한 경우에는 무고죄는 성립하지 아니한다.
- ㉕ 감금죄는 사람의 행동의 자유를 그 보호법익으로 하여 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 또는 심히 곤란하게 하는 죄이므로 감금에 있어서의 사람의 행동의 자유의 박탈은 전면적이어야 한다.

- ① ㉔, ㉕, ㉖      ② ㉔, ㉕, ㉖      ③ ㉔, ㉕, ㉖  
④ ㉕, ㉖, ㉗      ⑤ ㉔, ㉖

**정답 ②**

- 해설** ㉔ 틀림. 손자가 할아버지 소유 농업협동조합 예금통장을 절취하여 이를 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 예금 잔고를 자신의 거래 은행 계좌로 이체한 사안에서, 위 농업협동조합이 컴퓨터 등 사용자기 범행 부분의 피해자라는 이유로 친족상도례를 적용할 수 없다고 한 사례(대판 2007.3.15, 2006도2704).
- ㉕ 틀림. 부동산 입찰절차에서 수인이 대금을 분담하되 그 중 1인 명의로 낙찰받기로 약정하여 그에 따라 낙찰이 이루어진 경우, 그 입찰절차에서 낙찰인의 지위에 서게 되는 사람은 어디까지나 그 명의인이므로 입찰목적부동산의 소유권은 경락대금을 실질적으로 부담한 자가 누구인가와 상관없이 그 명의인이 취득한다 할 것이므로 그 부동산은 횡령죄의 객체인 타인의 재물이라고 볼 수 없어 명의인이 이를 임의로 처분하더라도 횡령죄를 구성하지 않는다(대판 2000.9.8, 2000도258).
- ㉖ 옳음. 대판 1998.4.14, 98도150.
- ㉗ 틀림. 감금죄는 사람의 행동의 자유를 그 보호법익으로 하여 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 또는 심히 곤란하게 하는 죄로서 이와 같이 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 심히 곤란하게 하는 그 장애는 물리적, 유형적 장애뿐만 아니라 심리적, 무형적 장애에 의하여서도 가능하고 또 감금의 본질은 사람의 행동의 자유를 구속하는 것으로 행동의 자유를 구속하는 그 수단과 방법에는 아무런 제한이 없으므로 그 수단과 방법에는 유형적인 것이거나 무형적인 것이거나를 가리지 아니하며 감금에 있어서의 사람의 행동의 자유의 박탈은 반드시 전면적이어야 할 필요가 없으므로 감금된 특정구역 내부에서 일정한 생활의 자유가 허용되어 있었다고 하더라도 감금죄의 성립에는 아무 소장이 없다(대판 2000.3.24, 2000도102).

**문 22. 준강도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(판례에 의함)**

- ① 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 체포하려는 여러 명의 피해자에게 같은 기회에 폭행을 가하여 그 중 1인에게만 상해를 가하였다면 이러한 행위는 포괄하여 하나의 강도상해죄만 성립한다.
- ② 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였다가 발각되어 체포를 면탈하고자 폭행을 가한 경우, 아직 절도의 실행에 착수하지 못하였다면, 단순 주거침입죄와 폭행죄의 경합범이 성립할 뿐, 준강도에는 해당하지 아니한다.
- ③ 甲이 야간에 절도의 목적으로 乙이 경영하는 자동차수리공장의 담을 넘다가 방법대원 丙에게 발각되어 추격을 받자 체포를 면탈할 목적으로 丙에게 폭행을 가하였다면 준강도미수죄가 성립한다.
- ④ 절도범인인 甲이 피해자 乙의 집에서 절도범행을 한 지 10분가량 지나 乙의 집에서 200m 정도 떨어진 버스정류장이 있는 곳에서 뒤쫓아 온 乙에게 붙잡혀 乙의 집으로 돌아왔을 때 비로소 乙을 폭행하였더라도 준강도죄가 성립하는데 지장이 없다.
- ⑤ 절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행협박을 가한 때에는 준강도죄와 공무집행방해죄를 구성하고 양죄는 상상적 경합관계에 있다.

**정답 ④**

- 해설** ① 옳음. 대판 2001.8.21, 2001도3447.
- ② 옳음. 준강도의 주체는 절도로서 절도죄의 실행에 착수한 자이어야 하기 때문이다. 대판 2003.10.24, 2003도4417 등.
- ③ 옳음. 준강도의 기수여부는 ‘절도행위’의 기수여부를 기준으로 판단한다는 것이 판례이다(대판 2004.11.18, 2004도5074, 전원합의체판결). 따라서 사안의 경우 야간에 절도의 목적으로 담을 넘었으므로 절도의 착수가 인정되고, 아직 재물의 취득이 없으므로 (야간주거침입)절도죄의 미수에 해당한다. 그러므로 판례에 의하면 준강도죄는 미수에 해당한다.
- ④ 틀림. 피해자의 집에서 절도범행을 마친지 10분 가량 지나 피해자의 집에서 200m 가량 떨어진 버스정류장이 있는 곳에서 피고인을 절도범인이라고 의심하고 뒤쫓아 온 피해자에게 붙잡혀 피해자의 집으로 돌아왔을 때 비로소 피해자를 폭행한 경우, 그 폭행은 사회통념상 절도범행이 이미 완료된 이후에 행하여졌다는 이유로 준강도죄가 성립하지 않는다고 한 사례(대판 1999.2.26, 98도3321).
- ⑤ 옳음. 대판 1992.7.28, 92도917.

문 23. 장물죄에 대한 설명으로 적절하지 못한 것만을 모은 것은? (판례에 의함)

- ㉠ 장물인 정을 모르고 보관하던 중 장물인 정을 알게 되었고, 위 장물을 반환하는 것이 불가능하지 않음에도 불구하고 계속 보관한 경우에는 장물보관죄에 해당한다.
- ㉡ 장물죄는 타인(본범)이 불법하게 영득한 재물의 처분에 관여하는 범죄이므로, 평소 본범과 공동하여 수차 상습으로 절도 등 범행을 자행함으로써 실질적인 범죄집단을 이루고 있었던 경우에는 당해 범죄행위의 정범자(공동정범이나 합동범)가 아닐지라도 그 장물의 취득은 불가벌적 사후행위에 해당한다.
- ㉢ 횡령 교사를 한 후 그 횡령한 물건을 취득한 때에는 횡령교사죄와 장물취득죄의 경합범이 성립된다.
- ㉣ 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우, 그 결과 인출된 현금은 재산범죄에 의하여 취득한 재물로서 장물이 될 수 있다.
- ㉤ 양도담보로 제공한 후 다시 타에 양도한 물건은 배임행위로 인하여 영득한 물건이므로 장물이 될 수 있다.

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

**정답** ②

**해설** ㉠ 옳음. 대판 1987.10.13, 87도1633 등.

- ㉡ 틀림. 장물죄는 타인(본범)이 불법하게 영득한 재물의 처분에 관여하는 범죄이므로 자기의 범죄에 의하여 영득한 물건에 대하여는 성립하지 아니하고 이는 불가벌적 사후행위에 해당하나 여기에서 자기의 범죄라 함은 정범자(공동정범과 합동범을 포함한다)에 한정되는 것이므로 평소 본범과 공동하여 수차 상습으로 절도등 범행을 자행함으로써 실질적인 범죄집단을 이루고 있었다 하더라도, 당해 범죄행위의 정범자(공동정범이나 합동범)로 되지 아니한 이상 이를 자기의 범죄라고 할 수 없고 따라서 그 장물의 취득을 불가벌적 사후행위라고 할 수 없다(대판 1986.9.9, 86도1273).
- ㉢ 옳음. 대판 1969.6.24, 69도692.
- ㉣ 틀림. 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우, 현금카드 사용권한 있는 자의 정당한 사용에 의한 것으로서 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하거나 기망행위 및 그에 따른 처분행위도 없었으므로, 별도로 절도죄나 사기죄의 구성요건에 해당하지 않는다 할 것이고, 그 결과 그 인출된 현금은 재산범죄에 의하여 취득한 재물이 아니므로 장물이 될 수 없다고 한 사례(대판 2004.4.16, 2004도353).

- ㉤ 틀림. [1] 채권확보 등으로 양도담보로 제공한 물건을 다시 타에 양도한 행위는 배임죄에 해당된다.
- [2] 양도담보로 제공한 후 다시 타에 양도한 물건은 배임행위에 제공한 물건이지 배임행위로 인하여 영득한 물건 자체는 아니므로 장물이라고 볼 수 없다(대판 1983.11.8, 82도2119).

문 24. 형의 감경에 관한 설명 중 가장 적절하지 못한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 1개의 죄에 정한 형이 수종인 때에는 먼저 적용할 형을 정하고 그 형을 감경하되, 형을 가중·감경할 사유가 결합된 때에는 각칙 본조에 의한 가중, 형법 제34조 제2항의 가중, 누범가중, 법률상 감경, 경합범 가중, 작량감경의 순서에 의한다.
- ② 무기징역형을 선택하여 작량감경을 하는 경우 15년을 초과하는 징역형을 선고할 수 없는 것이 원칙이지만, 누범에 해당하면 15년을 초과하는 징역형을 선고할 수 있다.
- ③ 형법 제250조(살인죄)에 정한 형 중 5년 이상의 유기징역형을 선택한 이상 그 장기는 15년이므로 법률상 감경을 한다면 장기 7년 6월, 단기 2년 6월의 범위가 된다.
- ④ 형법 제55조 제1항 제6호의 벌금을 감경할 때의 다액의 2분의 1이라는 문구는 금액의 2분의 1이라고 해석하여 그 상한과 함께 하한도 2분의 1로 내려가는 것으로 해석하여야 한다.
- ⑤ 징역형과 벌금형을 병과하여야 할 경우에 특별한 규정이 없는 한 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 않는 것은 위법하다.

**정답** ②

**해설** ① 옳음. 제54조, 제56조 참조.

- ② 틀림. 형법 제38조 제1항 제1호는 경합범 중 가장 중한 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고인 때에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌하도록 규정하고 있으므로, 경합범 중 가장 중한 죄의 소정형에서 무기징역형을 선택한 이상 무기징역형으로만 처벌하고 따로이 경합범가중을 하거나 가장 중한 죄가 누범이라 하여 누범가중을 할 수 없음은 더 말할 나위도 없고, 위와 같이 무기징역형을 선택한 후 형법 제56조 제6호의 규정에 의하여 작량감경을 하는 경우에는 같은 법 제55조 제1항 제2호의 규정에 의하여 7년 이상의 징역으로 감형되는 한편, 같은 법 제42조의 규정에 의하여 유기징역형의 상한은 15년이므로 15년을 초과한 징역형을 선고할 수 없다(대판 1992.10.13, 92도1428, 전원합의체판결).
- ③ 옳음. 형법 제55조 제1항 제3호에 의하여 형기를 감경할

경우 여기서의 형기라 함은 장기와 단기를 모두 포함하는 것으로서 당해 처벌조항에 장기 또는 단기의 정함이 없을 때에는 형법 제42조에 의하여 장기는 15년, 단기는 1월이라고 볼 것이어서 형법 제250조의 소정형 중 5년 이상의 유기징역형을 선택한 이상 그 장기는 15년이므로 법률상 감경을 한다면 장기 7년 6월, 단기 2년 6월의 범위내에서 처단형을 정하여야 한다(대판 1983.11.8, 83도2370).

- ④ 옳음. 대판 1978.4.25, 78도246, 전원합의체판결.
- ⑤ 옳음. 대판 1997.8.26, 96도3466 등.

**문 25. 죄수에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(판례에 의함)**

- ① 피고인이 승용차를 운전하던 중 음주단속을 피하기 위하여 위험한 물건인 승용차로 단속 경찰관을 들이받아 위 경찰관의 공무집행을 방해하고 위 경찰관에게 상해를 입게 한 경우, 특수공무집행방해치상죄만 성립할 뿐, 이와는 별도로 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흉기 등 상해)죄를 구성하지 않는다.
- ② 음주운전으로 단속된 피고인이 경찰관의 음주측정 요구를 3차에 걸쳐 거부하여 음주측정거부로 입건된 후 경찰관에게 채혈을 요구하여 혈중알콜농도가 0.130%로 판명된 경우, 음주운전으로 인한 도로교통법위반죄와 음주측정거부로 인한 도로교통법위반죄가 모두 성립하고, 두 죄의 관계는 실체적 경합이다.
- ③ 범인도피를 위하여 허위공문서를 작성하여 행사한 경우 허위공문서작성죄 및 동행사죄는 범인도피죄와 각각 상상적 경합관계에 있고, 허위공문서작성죄와 동행사죄는 실체적 경합범 관계에 있다.
- ④ 피고인이 피해신고를 받고 출동한 경찰관 甲을 폭행하고, 곧이어 이를 제지하는 경찰관 乙을 폭행한 경우 각 경찰관에 대하여 공무집행방해죄가 성립하고, 위 두 죄는 실체적 경합관계에 있다.
- ⑤ 절도범인이 그 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 그 주거침입행위는 별개로 주거침입죄를 구성하여 절도죄와는 실체적 경합의 관계에 서는 것이 원칙이다.

**정답 ④**

- 해설** ① 옳음. [1] 기본범죄를 통하여 고의로 중한 결과를 발생하게 한 경우에 가중 처벌하는 부진정결과적가중범에서, 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위가 별도의 구성요건에 해당하고 그 고의범에 대하여 결과적가중범에 정한 형보다 더 무겁게 처벌하는 규정이 있는 경우에는 그 고의범과 결과적가중범이 상상적 경합관계에 있지만, 위와 같이 고의범에 대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는 결과적가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 결과적가중범만 성립하고 이와 법조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다.
- [2] 직무를 집행하는 공무원에 대하여 위험한 물건을 휴대

하여 고의로 상해를 가한 경우에는 특수공무집행방해치상죄만 성립할 뿐, 이와는 별도로 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흉기 등 상해)죄를 구성하지 않는다(대판 2008.11.27, 2008도7311).

- ② 옳음. 도로교통법 제107조의2 제2호 음주측정불응죄의 규정 취지 및 입법 연혁 등을 종합하여 보면, 주취운전은 이미 이루어진 도로교통안전침해를 문제삼는 것인 반면 음주측정거부는 기왕의 도로교통안전침해는 물론 향후의 도로교통안전 확보와 위험 예방을 함께 문제삼는 것이고, 나아가 주취운전은 도로교통법시행령이 정한 기준 이상으로 술에 '취한' 자가 행위의 주체인 반면, 음주측정거부는 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자가 행위의 주체인 것이어서, 결국 양자가 반드시 동일한 법익을 침해하는 것이라거나 주취운전의 불법과 책임내용이 일반적으로 음주측정거부의 그것에 포섭되는 것이라고는 단정할 수 없으므로, 결국 주취운전과 음주측정거부의 각 도로교통법위반죄는 실체적 경합관계에 있는 것으로 보아야 한다(대판 2004.11.12, 2004도5257).
- ③ 옳음. 허위공문서를 작성하여 행사한 경우 허위공문서작성죄 및 동행사죄는 경합범이 된다(대판 1983.7.26, 83도1378). 그런데 이 두죄는 범인도피를 위하여 범한 것이므로 허위공문서작성죄 및 동행사죄는 범인도피죄와는 각각 상상적 경합관계에 있게 된다. ★ [참고판례] 회사 명의의 합의서를 임의로 작성·교부한 행위에 대하여 약식명령이 확정된 사문서위조 및 그 행사죄의 범죄사실과 그로 인하여 회사에 재산상 손해를 가하였다는 업무상 배임의 공소사실은 그 객관적 사실관계가 하나의 행위이므로 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우로서 형법 제40조에 정해진 상상적 경합관계에 있다(대판 2009.4.9, 2008도5634).
- ④ 틀림. [1] 동일한 공무를 집행하는 여럿의 공무원에 대하여 폭행·협박 행위를 한 경우에는 공무를 집행하는 공무원의 수에 따라 여럿의 공무집행방해죄가 성립하고, 위와 같은 폭행·협박 행위가 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 것으로서 사회관념상 1개의 행위로 평가되는 경우에는 여럿의 공무집행방해죄는 상상적 경합의 관계에 있다. [2] 범죄 피해 신고를 받고 출동한 두 명의 경찰관에게 욕설을 하면서 차례로 폭행을 하여 신고 처리 및 수사 업무에 관한 정당한 직무집행을 방해한 사안에서, 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 폭행 행위는 사회관념상 1개의 행위로 평가하는 것이 상당하다는 이유로, 위 공무집행방해죄는 형법 제40조에 정한 상상적 경합의 관계에 있다고 한 사례(대판 2009.6.25, 2009도3505).
- ⑤ 옳음. 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항은 범죄경력과 누범가중에 해당함을 요건으로 하는 반면, 같은 조 제1항은 상습성을 요건으로 하고 있어 그 요건이 서로 다르다. 또한, 형법 제330조의 야간주거침입절도죄 및 제331조 제1항의 손괴특수절도죄를 제외하고 일반적으로 주거침입은 절도죄의 구성요건이 아니므로, 절도범인이 그 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 그 주거침입행위

는 절도죄에 흡수되지 아니하고 별개로 주거침입죄를 구성하여 절도죄와는 실체적 경합의 관계에 서는 것이 원칙이다. 따라서 주간에 주거에 침입하여 절도함으로써 특정 범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항 위반죄가 성립하는 경우, 별도로 형법 제319조의 주거침입죄를 구성한다(대판 2008.11.27, 2008도7820).

문 26. 불가벌적 사후행위에 해당하는 것은 모두 몇 개인가?  
(판례에 의함)

- ㉠ 주식회사의 대표이사가 타인을 기망하여 회사가 발행하는 신주를 인수하게 한 다음 그로부터 납입받은 신주 인수대금을 보관하던 중 개인용으로 소비한 경우
- ㉡ 부동산에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없음에도 피해자를 속이고 근저당권설정을 약정하여 금원을 편취한 다음, 그 부동산에 관하여 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마친 경우
- ㉢ 부동산 명의수탁자가 신탁자의 승낙 없이 甲 앞으로 근저당권설정등기를 경료하였다가 그 후 그 말소등기를 신청함과 동시에 乙 앞으로 근저당권설정등기를 신청하여 甲 명의의 근저당권말소등기가 경료되고 순차로 乙 명의의 근저당권설정등기가 경료된 경우
- ㉣ 명의신탁 받아 보관 중이던 토지를 명의신탁자의 승낙 없이 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 준 다음, 다시 피해자의 승낙 없이 다른 사람에게 이를 매도한 경우
- ㉤ 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적으로 그 기업에 유용한 영업비밀이 담겨 있는 타인의 재물을 절취한 후 그 영업비밀을 사용하는 경우

- ① 1개      ② 2개      ③ 3개
- ④ 4개      ⑤ 없음

정답 ②

- 해설 ㉠ × : 주식회사의 대표이사가 타인을 기망하여 회사가 발행하는 신주를 인수하게 한 다음 그로부터 납입받은 신주 인수대금을 보관하던 중 횡령한 행위는 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 별죄를 구성한다(대판 2006.10.27, 2004도6503).
- ㉡ × : 부동산에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없음에도 피해자를 속이고 근저당권설정을 약정하여 금원을 편취한 경우라 할지라도, 이러한 약정은 사기 등을 이유로 취소되지 않는 한 여전히 유효하여 피해자 명의의 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 발생하는 것이고, 그럼에도 불구하고 임무에 위배하여 그 부동산에 관하여 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마친 경우, 이러한 배임행

위는 금원을 편취한 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 사기 범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것이 아니라 별죄를 구성한다(대판 2008.3.27, 2007도9328).

- ㉢ ○ : 부동산의 명의수탁자가 신탁자의 승낙 없이 甲 앞으로 근저당권설정등기를 경료했다가 후에 그 말소등기를 신청함과 동시에 乙 앞으로 소유권이전등기를 신청함에 따라 甲 명의의 근저당권말소등기와 乙 명의의 소유권이전등기가 순차 경료된 경우, 甲 명의의 근저당권설정등기를 경료할 당시에 해당 부동산에 대한 불법영득의 의사를 외부에 객관적으로 나타냄으로써 횡령죄는 이미 완성되었고, 乙 명의의 소유권이전등기가 경료되기 전에 동시에 신청한 甲 명의의 근저당권에 대한 말소등기가 먼저 경료되었다고 하더라도 甲 명의의 근저당권설정등기의 말소는 乙 명의의 소유권이전등기의 준비행위에 불과하다 할 것이어서 명의신탁자의 소유권에 대한 침해가 회복되지 아니한 상태에서 행하여진 乙 명의의 소유권이전등기를 경료해 준 행위는 횡령물의 처분행위로서 새로운 법익의 침해를 수반하지 않는 이른바 불가벌적 사후행위에 해당하여 별도의 횡령죄를 구성하지 아니한다(대판 2000.3.24, 2000도310).
- ㉣ ○ : 명의신탁 받아 보관 중이던 토지를 명의신탁자의 승낙 없이 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 준 경우 위 토지 전체에 대한 횡령죄가 성립하며, 그 후 다시 피해자의 승낙 없이 다른 사람에게 이를 매도하더라도 이는 소위 불가벌적 사후행위에 해당하는 횡령물의 처분행위로서 별개의 횡령죄를 구성하지 아니한다(대판 1999.11.26, 99도2651).
- ㉤ × : [1] 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적으로 그 기업에 유용한 영업비밀이 담겨 있는 타인의 재물을 절취한 후 그 영업비밀을 사용하는 경우, 영업비밀의 부정사용행위는 새로운 법익의 침해로 보아야 하므로 위와 같은 부정사용행위가 절도범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것은 아니다.
- [2] 부정한 이익을 얻을 목적으로 타인의 영업비밀이 담긴 CD를 절취하여 그 영업비밀을 부정사용한 사안에서, 절도죄와 별도로 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상 영업비밀부정사용죄가 성립한다고 한 사례(대판 2008.9.11, 2008도5364).

문 27. 다음의 사기죄에 대한 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(판례에 의함)

- ㉠ 배당이의 소송의 제1심에서 패소판결을 받고 항소한 자가 그 항소를 취하하는 것만으로는 사기죄에서 말하는 재산적 처분행위가 있다고 할 수 없다.
- ㉡ 재물편취를 내용으로 하는 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우에는 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 편취액이다.

- ㉔ 사기죄에 있어서 재산상의 이익은 계산적으로 산출할 수 있는 이익에 한정하지 아니하므로 범죄사실을 판시함에 있어서도 그 이익의 수액을 명시하지 않았다 하더라도 위법이라고 할 수 없다.
- ㉕ 약속어음의 발행인이 그 어음을 타인이 교부받아 소지하고 있는 사실을 알면서도 허위의 분실사유를 들어 공시최고신청을 하고 이에 따라 법원으로부터 제권판결을 받았다면, 발행인이 어음소지인에 대하여 처음부터 그 어음상 채무를 부담하지 않았다는 등의 특별한 사정이 없는 한 사기죄가 성립한다.
- ㉖ 타인 명의의 등기서류를 위조하여 등기공무원에게 제출함으로써 피고인 명의로 소유권이전등기까지 마쳤다면 해당 부동산을 편취한 것으로 볼 수 있다.

- ① 1개      ② 2개      ③ 3개  
④ 4개      ⑤ 5개

**정답** ③

- 해설** ① 틀림. 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하고 그 처분행위를 유발하여 재물이나 재산상의 이익을 얻음으로써 성립하는 것이므로 여기에 처분행위라고 하는 것은 재산적 처분행위를 의미하는 것이라고 할 것인바, 배당인의 소송의 제1심에서 패소판결을 받고 항소한 자가 그 항소를 취하하면 그 즉시 제1심판결이 확정되고 상대방이 배당금을 수령할 수 있는 이익을 얻게 되는 것이므로 위 항소를 취하하는 것 역시 사기죄에서 말하는 재산적 처분행위에 해당한다(대판 2002.11.22, 2000도4419).
- ② 틀림. 재물편취를 내용으로 하는 사기죄에 있어서는 기망으로 인한 재물교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산 침해가 되어 이로써 곧 사기죄가 성립하는 것이고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없으므로 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부가 할 것이다(대판 2000.7.7, 2000도1899).
- ③ 옳음. 대판 1997.7.25, 97도1095.
- ④ 옳음. 대판 1999.4.9, 99도364 등.
- ⑤ 틀림. 타인 명의의 등기서류를 위조하여 등기공무원에게 제출함으로써 피고인 명의로 소유권이전등기를 마쳤다고 하여도 피해자의 처분행위가 없을 뿐 아니라 등기공무원에게는 위 부동산의 처분권한이 있다고 볼 수 없어 사기죄가 성립하지 않는다(대판 1981.7.28, 81도529).

문 28. 다음 중 불능범에 해당하는 것을 모두 고른 것은?(판례에 의함)

- ㉑ 필로폰 제조를 공모하고 그 제조원료인 염산에페트린과 파라디움, 에테르 등 수종의 화공약품을 사용하여 필로폰 제조를 시도하였으나 그 제조기술의 부족으로 필로폰 완제품을 제조하지 못하였고, 미완성품에서도 필로폰 성분이 검출되지 아니한 경우
- ㉒ 임대인과 임대차계약을 체결한 임차인이 임차건물에 거주하기는 하였으나 그의 처만이 전입신고를 마친 후에 경매절차에서 배당을 받기 위하여 임대차계약서상의 임차인 명의를 처로 변경하여 경매법원에 배당요구를 한 경우
- ㉓ 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기한 경우
- ㉔ 甲이 다른 공범자들과 공모하여 마약을 매수하려 하였으나 매도인이 소금을 대신 교부함으로써 매수에 실패한 경우
- ㉕ 임야를 편취할 목적으로 사망한 자를 상대로 허위의 내용의 소송을 제기한 경우

- ① ㉑, ㉒, ㉓      ② ㉒, ㉓, ㉔      ③ ㉓, ㉔, ㉕  
④ ㉒, ㉓, ㉕      ⑤ ㉑, ㉒, ㉓, ㉕

**정답** ④

- 해설** ㉑ × : 히로뽕제조를 공모하고 그 제조원료인 염산에페트린과 파라디움, 에테르 등 수종의 화공약품을 사용하여 히로뽕제조를 시도하였으나 그 제조기술의 부족으로 히로뽕완제품을 제조하지 못하였다면 비록 미완성품에서 히로뽕성분이 검출되지 아니하였다고 하여도 향정신성의약품제조·수조의 성립에 소장이 있다고 할 수 없다(대판 1984.10.10, 84도1793).
- ㉒ ○ : 임대인과 임대차계약을 체결한 임차인이 임차건물에 거주하기는 하였으나 그의 처만이 전입신고를 마친 후에 경매절차에서 배당을 받기 위하여 임대차계약서상의 임차인 명의를 처로 변경하여 경매법원에 배당요구를 한 경우, 실제의 임차인이 전세계약서상의 임차인 명의를 처의 명의로 변경하지 아니하였다 하더라도 소액임대차보증금에 대한 우선변제권 행사로서 배당금을 수령할 권리가 있다 할 것이어서, 경매법원이 실제의 임차인을 처로 오인하여 배당결정을 하였더라도 이로써 재물의 편취라는 결과의 발생은 불가능하다 할 것이고, 이러한 임차인의 행위를 객관적으로 결과발생의 가능성이 있는 행위라고 볼 수도 없으므로 형사소송법 제325조에 의하여 무죄를 선고하여야 한다(대판 2002.2.8, 2001도6669). ★ 사기죄의 불능범으로서 불가벌이라는 판례이다.
- ㉓ ○ : 불능범의 판단 기준으로서 위험성 판단은 피고인의 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 있느냐를 따져야 하고, 한편 민사소송법상 소송비용의 청구는 소송비용

액 확정절차에 의하도록 규정하고 있으므로, 위 절차에 의하지 아니하고 손해배상금 청구의 소 등으로 소송비용의 지급을 구하는 것은 소의 이익이 없는 부적법한 소로서 허용될 수 없다고 할 것이다. 따라서 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기하였다고 하더라도 이는 객관적으로 소송비용의 청구 방법에 관한 법률적 지식을 가진 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 없어 위험성이 인정되지 않는다고 할 것이다(대판 2005.12.8, 2005도8105). ★ 사기죄의 불능범으로서 불가벌이라는 판례이다.

- ㉔ × : 불능범은 범죄행위의 성질상 결과발생 또는 법익침해의 가능성이 절대로 있을 수 없는 경우를 말하는 것인바, 기록에 비추어 살펴보면, 피고인이 다른 공범자들과 공모하여 향정신성의약품인 메스암페타민을 매수하려 하였으나 매도인이 소금을 대신 교부함으로써 미수에 그친 소위에 대하여 위 매매행위가 성사될 가능성이 있었다고 보아 이를 향정신성의약품의 매매미수범으로 처단한 제1심의 판단을 유지한 원심의 조치는 옳고 거기에 불능범 또는 향정신성의약품의 매매미수죄에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다(대판 1998.10.23, 98도2313).
- ㉕ ○ : 소송사기에 있어서 피기망자인 법원의 재판은 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니하는 경우에는 착오에 의한 재물의 교부행위가 있다고 할 수 없어서 사기죄는 성립되지 아니한다고 할 것이므로, 피고인의 제소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 이와 같은 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하고 따라서 사기죄를 구성한다고 할 수 없다(대판 2002.1.11, 2000도1881). ★ 나아가 이 사건에서의 피고인의 행위가 소송사기죄의 불능미수에 해당한다고 볼 수도 없다.

문 29. 다음 중 절도죄가 성립하는 것은 모두 몇 개인가?(판례에 의함)

- ㉑ 甲이 피해자 경영의 금은방에서 마치 귀금속을 구입할 것처럼 가장하여 피해자로부터 순금목걸이 등을 건네받은 다음 화장실에 갔다 오겠다는 핑계를 대고 도주한 경우
- ㉒ 승객이 놓고 내린 지하철의 선반 위에 있던 물건을 가지고 간 경우
- ㉓ 당구장 종업원이 당구대 밑에서 어떤 사람이 잃어버린 금반지를 주워서 손가락에 끼고 다니다가 전당포에 전당잡힌 경우
- ㉔ 육지로부터 멀리 떨어진 섬에서 광산을 개발하기 위하여 발전기, 경운기 엔진을 섬으로 반입하였다가 광업권 설정이 취소됨으로써 광산개발이 불가능하게 되자 육지로 그 물건들을 반출하는 것을 포기하고 그대로 유

기하여 둔 채 섬을 떠난 후 10년 동안 그 물건들을 관리하지 않고 있었는데, 그 섬에 거주하는 甲이 그 소유자가 섬을 떠난지 7년이 경과한 뒤 노후된 물건들을 피고인 집 가까이에서 옮겨 놓은 경우

- ㉕ 甲이 甲과 乙의 동업자금으로 구입한 포크레인을 乙의 허락 없이 丙으로 하여금 운전하여 가도록 한 행위

- ① 1개      ② 2개      ③ 3개  
④ 4개      ⑤ 5개

정답

③

해설

- ㉑ ○ : 피고인이 피해자 경영의 금방에서 마치 귀금속을 구입할 것처럼 가장하여 피해자로부터 순금목걸이 등을 건네받은 다음 화장실에 갔다 오겠다는 핑계를 대고 도주한 것이라면 위 순금목걸이 등은 도주하기 전까지는 아직 피해자의 점유하에 있었다고 할 것이므로 이를 절도죄로 의을 처단한 것은 정당하다(대판 1994.8.12, 94도1487).
- ㉒ × : 승객이 놓고 내린 지하철의 전동차 바닥이나 선반 위에 있던 물건을 가지고 간 경우, 지하철의 승무원은 유실물법상 전동차의 관수자로서 승객이 잊고 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(대판 1999.11.26, 99도3963).
- ㉓ ○ : 어떤 물건을 잃어버린 장소가 당구장과 같이 타인의 관리 아래 있을 때에는 그 물건은 일응 그 관리자의 점유에 속한다 할 것이고, 이를 그 관리자 아닌 제3자가 취거하는 것은 유실물횡령이 아니라 절도죄에 해당한다(대판 1988.4.25, 88도409).
- ㉔ × : 육지로부터 멀리 떨어진 섬에서 광산을 개발하기 위하여 발전기, 경운기 엔진을 섬으로 반입하였다가 광업권 설정이 취소됨으로써 광산개발이 불가능하게 되자 육지로 그 물건들을 반출하는 것을 포기하고 그대로 유기하여 둔 채 섬을 떠난 후 10년 동안 그 물건들을 관리하지 않고 있었다면, 그 섬에 거주하는 피고인이 그 소유자가 섬을 떠난 지 7년이 경과한 뒤 노후된 물건들을 피고인 집 가까이에서 옮겨 놓았다 하더라도, 그 물건들의 반입 경위, 그 소유자가 섬을 떠나게 된 경위, 그 물건들을 옮긴 시점과 그간의 관리상황 등에 비추어 볼 때 피고인이 그 물건들을 옮겨 갈 당시 원소유자나 그 상속인이 그 물건들을 점유할 의사로 사실상 지배하고 있었다고는 볼 수 없으므로, 그 물건들을 절도죄의 객체인 타인이 점유하는 물건으로 볼 수 없다고 한 원심판결을 수긍한 사례(대판 1994.10.11, 94도1481).
- ㉕ ○ : 피고인이 피고인과 피해자의 동업자금으로 구입하여 피해자가 관리하고 있던 다이아포크레인 1대를 그의 허락 없이 공소외인으로 하여금 운전하여 가도록 한 행위는 절

도죄를 구성한다(대판 1990.9.11, 90도1021).

문 30. 형법의 적용범위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(판례에 의함)

- ① 대한민국 영역 내에서 배우자 있는 자가 간통한 이상, 그 간통죄를 범한 자의 배우자가 간통죄를 처벌하지 아니하는 국가의 국적을 가진 외국인이라 하더라도 간통 행위자의 간통죄 성립에는 아무런 영향이 없고, 그 외국인 배우자는 형사소송법의 규정에 따른 고소권이 있다.
- ② 외국인이 중국 북경시에 소재한 대한민국 영사관 내에서 여권발급신청서를 위조하였다면 외국인의 국외범에 해당하여 대한민국에 재판권이 없다.
- ③ 필리핀국에서 카지노의 외국인 출입이 허용되어 있다 하여도, 형법 제3조에 따라, 필리핀국에서 도박을 한 대한민국 국적의 피고인에게 우리나라 형법이 적용된다.
- ④ 캐나다 국적을 가진 피고인이 북한의 지령을 받기 위하여 캐나다 토론토를 출발하여 일본을 경유한 후 중국 북경 주재 북한이식대표부를 방문하고 그곳에서 북한공작원을 만난 경우는 외국인의 국외범에 해당하므로 대한민국의 형벌법규를 적용하여 처벌할 수 없다.
- ⑤ 미국 국적의 甲이 서울 강남구 역삼동 소재 A호텔에서 한국인인 乙, 丙, 丁과 공모하여 향정신성의약품인 필로폰을 매수하기로 한 다음, 홍콩으로 건너가 홍콩인 戊로부터 필로폰을 매수한 경우, 甲이 필로폰을 매수한 행위는 외국인의 국외범에 해당하여 대한민국에 재판권이 없다.

**정답** ⑤

**해설** ① 옳음. 대판 2008.12.11, 2008도3656.

② 옳음. 대판 2006.9.22, 2006도5010(공보불게재).

③ 옳음. 대판 2001.9.25, 99도3337.

④ 옳음. 과거 판례는 “헌법 제3조는 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다고 규정하고 있어 북한도 대한민국의 영토에 속하는 것이 분명하므로, 캐나다 국적을 가진 피고인이 북한의 지령을 받기 위하여 캐나다 토론토를 출발하여 일본과 중국을 순차 경유하여 북한 평양에 들어간 행위는 제3국과 대한민국 영역 내에 걸쳐서 이루어진 것(대판 1997.11.20, 97도2021, 전원합의체판결)” 이라고 하여 형법 제2조에 의하여 대한민국의 형벌법규가 적용된다고 보았다. 그러나 최근 판례는 i) “대한민국 국민이 아닌 사람이 외국에 거주하다가 그곳을 떠나 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 들어가는 행위는, 대한민국의 영역에 대한 통치권이 실질로 미치는 지역을 떠나는 행위 또는 대한민국의 국민에 대한 통치권으로부터 벗어나는 행위 어디에도 해당하지 않으므로, 이는 국가보안법 제6조 제1항, 제2항의 탈출 개념에 포함되지 않는다(대판 2008.

4.17, 2004도4899, 전원합의체판결).” 고 하면서, ii) “독일인이 독일 내에서 북한의 지령을 받아 베를린 주재 북한이식대표부를 방문하고 그곳에서 북한공작원을 만났다면 위 각 구성요건상 범죄지는 모두 독일이므로 이는 외국인의 국외범에 해당하여, 형법 제5조와 제6조에서 정한 요건에 해당하지 않는 이상 위 각 조항을 적용하여 처벌할 수 없다(대판 2008.4.17, 2004도4899, 전원합의체판결).” 라고 하여 기존 판례의 태도를 변경하였다.

⑤ 틀림. 형법 제2조(속지주의)를 적용함에 있어서 공모공동정범의 경우 공모지도 범죄지로 보아야 한다(대판 1998.1.1.27, 98도2734). 따라서 외국인(甲)이 한국인(乙 등)과 한국 내에서 공모한 한 경우에도 속지주의에 의해 우리 형법이 적용된다.

문 31. 다음 설명 중 틀린 것은 모두 몇 개인가?(판례에 의함)

- ㉠ 출입문이 열려 있으면 안으로 들어가겠다는 의사 아래 출입문을 당겨보는 행위만으로는 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함한 것으로 볼 수 없어 주거침입의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없다.
- ㉡ 야간에 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 의도 하에 아파트의 베란다 철제난간까지 올라가 유리창문을 열려고 시도하였다면 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다.
- ㉢ 피고인이 고종사촌의 집에 잠시 들어가 있는 동안에 그 고종사촌을 찾아온 타인의 돈을 절취한 경우에 당초부터 불법목적を 가지고 고종사촌의 집에 들어갔거나 그의 의사에 반하여 그의 집에 들어간 것이 아니라면 주거침입죄가 성립하지 않는다.
- ㉣ 상습절도의 목적으로 주거침입을 한 경우에 주거침입은 별개의 죄를 구성하지 않는다.

① 1개      ② 2개      ③ 3개

④ 4개      ⑤ 없음

**정답** ①

**해설** ㉠ 틀림. [1] 야간에 타인의 재물을 절취할 목적으로 사람의 주거에 침입한 경우에는 주거에 침입한 단계에서 이미 형법 제330조에서 규정한 야간주거침입절도죄라는 범죄행위의 실행에 착수한 것이라고 보아야 한다.

[2] 주거침입죄의 실행의 착수는 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위, 즉 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하므로, 출입문이 열려 있으면 안으로 들어가겠다는 의사 아래 출입문을 당겨보는 행위는 바로 주거의 사실상의 평온을 침해

할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 있어 그것으로 주거침입의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다(대판 2006.9.14, 2006도2824).

- ㉠ 옳음. 대판 2003.10.24, 2003도4417.
- ㉡ 옳음. 피고인이 인근동리에 사는 고모의 아들인 피해자의 집에 잠시 들어가 있는 동안에 동 피해자에게 돈을 갚기 위하여 찾아온 동 피해자의 이질의 돈을 절취하였다면 피고인이 당초부터 불법목적을 가지고 위 피해자의 집에 들어갔거나 그의 의사에 반하여 그의 집에 들어간 것이 아니어서 주거침입죄 부분의 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다(대판 1984.2.14, 83도2897).
- ㉢ 옳음. 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의4 제1항에 규정된 상습절도등 죄를 범한 범인이 그 범행의 수단으로 주거침입을 한 경우에 주거침입행위는 상습절도등 죄에 흡수되어 위 법조에 규정된 상습절도등죄의 1죄만이 성립하고 별개로 주거침입죄를 구성하지 않으며, 또 위 상습절도등 죄를 범한 범인이 그 범행 외에 상습적인 절도의 목적으로 주거침입을 하였다가 절도에 이르지 아니하고 주거침입에 그친 경우에도 그것이 절도상습성의 발현이라고 보여지는 이상 주거침입행위는 다른 상습절도등 죄에 흡수되어 위 법조에 규정된 상습절도등의 1죄만을 구성하고 이 상습절도등 죄와 별개로 주거침입죄를 구성하지 않는다(대판 1984.12.26, 84도1573, 전원합의체판결).

문 32. 살인죄에 관한 다음 설명 중 가장 틀린 것은?(판례에 의함)

- ① 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.
- ② 피고인이 조카인 피해자(10세)를 살해할 것을 마음먹고 저수지로 데리고 가서 미끄러지기 쉬운 제방 쪽으로 유인하여 함께 건다가 피해자가 물에 빠지자 그를 구호하지 아니하여 피해자를 익사하게 한 사안에서, 판례는 피고인의 행위를 부작위에 의한 살인으로 판단하였다.
- ③ 7세, 3세 남짓된 어린자식들에 대하여 함께 죽자고 권유하여 물속에 따라 들어오게 하여 결국 익사하게 한 사안에서, 판례는 살인죄의 범의를 부인하고 자살교사죄로 의율하여 처벌하였다.
- ④ 피고인이 범행 당시 살인의 범의는 없었고 단지 상해 또는 폭행의 범의만 있었을 뿐이라고 다투는 경우에 피고인에게 범행 당시 살인의 범의가 있었는지 여부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의

결과발생가능성 정도 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다.

- ⑤ 소란을 피우는 피해자를 말리다가 피해자가 욕하는 데 격분하여 예리한 칼로 피해자의 왼쪽 가슴부분에 길이 6cm, 깊이 17cm의 상처 등이 나도록 찔러 곧바로 좌측 심낭까지 절단된 사안에서, 판례는 살인의 고의를 인정하였다.

정답 ③

해설 ①④ 옳음. 대판 2006.4.14, 2006도734 등.

- ② 옳음. 대판 1992.2.11, 91도2951.
- ③ 틀림. 피고인이 7세, 3세 남짓된 어린자식들에 대하여 함께 죽자고 권유하여 물속에 따라 들어오게 하여 결국 익사하게 하였다면 비록 피해자들을 물속에 직접 밀어서 빠뜨리지는 않았다고 하더라도 자살의 의미를 이해할 능력이 없고 피고인의 말이라면 무엇이나 복종하는 어린 자식들을 권유하여 익사하게 한 이상 살인죄의 범의는 있었음이 분명하다(대판 1987.1.20, 86도2395). ★ 살인죄(제250조 1항)의 간접정범을 인정한 판례이다. 자살교사죄가 인정되기 위해서는 자살자가 자살의 의미를 이해하고 자유로운 의사결정능력이 있어야 하므로, 의사결정능력이 없는 유아나 심신상실자는 자살교사죄의 객체가 될 수 없다. 이들의 자살을 교사·방조한 때에는 살인죄(간접정범)가 성립할 뿐이다.
- ⑤ 옳음. 대판 1989.12.26, 89도2087.

문 33. 간통죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(판례에 의함)

- ① 쌍방이 제기한 이혼소송 계속중 가사조사관의 면접조사 기일에 세 차례에 걸쳐 출석하며 진술할 때 위자료·재산분할 등에 관하여는 의견차이가 있었으나 쌍방이 이혼에 대하여 명백히 뜻을 같이하였다고 하더라도, 그 조사면접기일의 진행중 별거에 이르렀다가 일방이 간통을 하였다면 간통죄가 성립한다.
- ② 간통 고소 이후 이혼사건에서 형사고소를 취소하기로 하는 내용의 조정이 성립되었다고 하더라도 실제로 고소를 취소하지 않았다면, 고소인이 간통에 대한 고소취소의 의사표시를 한 것으로 볼 수 없다.
- ③ 간통 고소당시에는 피고인만이 고소인을 상대로 이혼소송을 제기하였을 뿐이고, 고소인은 간통죄의 공소가 제기된 후에 비로소 피고인을 상대로 이혼소송을 제기하였다면, 고소인의 고소는 공소제기 당시까지 그 유효요건을 갖추지 못하였으므로, 이 공소제기절차는 법률의 규정에 위반하여 무효이다.
- ④ 간통의 공동피고인 甲과 乙(상간자)이 제1심에서 유죄 판결을 받고 이에 대하여 乙은 항소하지 아니하고 甲만

항소하여 항소심 계속 중에 고소인의 甲에 대한 이혼소송이 취하간주 되었다면 고소인의 甲에 대한 고소는 소급하여 그 효력을 상실하게 된다.

- ⑤ 甲(남편)이 乙(처)를 상대로 이혼청구소송을 제기하여 항소심에서 승소하였으나, 乙의 상고로 그 판결이 확정되지 않은 상태에서 甲이 간통한 경우, 乙이 甲의 간통을 중용하였다고 볼 수 없고, 乙이 재판상 이혼원인에 해당하는 부정한 행위를 하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 乙의 간통 고소가 고소권을 남용한 것으로서 위법하다고 볼 수도 없으므로, 甲의 행위는 간통죄에 해당한다.

**정답** ① <편저자의 생각으로는 정답 없음>

- 해설** ① 옳음. 쌍방이 제기한 이혼소송 계속중 가사조서판의 면접 조사기일에 세 차례에 걸쳐 출석하며 진술할 때 위자료·재산분할 등에 관하여는 의견차이가 있었으나 쌍방이 이혼에 대하여 명백히 뜻을 같이하였고 조사면접기일의 진행중 별거에 이른 사안에서, 쌍방간 이혼의사의 명백한 합치가 있어 배우자의 간통행위를 중용한 경우에 해당한다고 본 사례(대판 2008.7.10, 2008도3599). ★ [편저자주] 동 판례는 간통죄에 있어서 ‘중용’을 인정한 판례이다. 한편 간통죄에 있어서 중용 내지 유서는 ‘소추조건’에 불과하다. 따라서 사안의 경우 간통죄는 ‘성립’하고 다만 배우자가 고소할 수 없을 뿐이라고 해야 한다. 결국 설문의 경우 “... 간통죄가 성립한다.”라고 되어 있으므로 이는 옳은 지문이라고 해야 한다.
- ② 옳음. 간통 고소 이후 이혼사건에서 형사고소를 취소하기로 하는 내용의 조정이 성립된 것만으로는 고소인이 간통에 대한 고소취소의 의사표시를 한 것으로 볼 수 없다고 한 사례(대판 2008.11.27, 2008도2493, 공보불게재).
- ③ 옳음. 형사소송법 제229조 제1항에 의하면, 간통고소는 혼인이 해소되거나 이혼소송을 제기한 후가 아니면 할 수 없다고 규정하고 있으므로, 위 고소는 혼인관계의 부존재 또는 이혼소송의 계속을 그 유효조건으로 하고 있다 할 것이고, 이러한 조건은 공소제기시부터 재판이 종결될 때까지 구비하여야 하는 것이기 때문이다(대판 1994.6.10, 94도774). 따라서 고소인이 피고인에 대한 간통죄의 공소가 제기된 후에 비로소 피고인을 상대로 이혼소송을 제기하였다면, 비록 간통 고소당시 피고인이 고소인을 상대로 이혼소송을 제기하였다 하더라도 피고인에 대한 공소제기까지 고소인의 고소가 없었으므로 간통고소는 그 유효요건을 갖추지 못하였고 할 것이다. 그러므로 이 공소제기절차는 법률의 규정에 위반하여 무효이다.
- ④ 옳음. [다수의견] 간통피고사건에 대한 제1심판결 선고 후에 고소인의 이혼심판청구 사건이 취하간주된 경우에는 간통고소는 소급하여 효력을 상실하고 간통의 상간자가 이미 유죄판결을 받아 확정되었어도 이론을 달리하지 않는다(대판 1975.6.24, 75도1449, 전원합의체판결).
- ⑤ 옳음. 대판 2002.7.9, 2002도2312.

**문 34. 합동범에 관한 설명으로 가장 틀린 것은?(판례에 의함)**

- ① 2인이 합동절도의 범행을 공모한 후 그 중 1인이 절도 범행을 한 경우에는 공동정범의 일반 이론에 비추어 그 공모에는 참여하였으나 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인에 대하여도 그가 현장에서 절도 범행을 실행한 범인의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있다고 보여지는 한 그 다른 범인에 대하여 합동절도의 공동정범의 성립을 부정할 이유가 없다.
- ② “甲”, “乙”, “丙” 이 타인의 전축을 절취하기로 모의한 후 甲의 집으로 가서 모의한 바에 따라 전축을 절취하러 가자고 하자 “甲”은 자신이 없다고 하여 그 범행하는 것을 포기한 경우에는 “乙”, “丙”만의 실행행위는 “甲”과는 전연 무관한 것이므로 실행행위의 분담까지 모의하였다고 볼 수 없는 “甲”에 대하여 특수절도죄가 성립할 수 없다.
- ③ 특수강도의 합동범에 있어서의 공모나 모의는 반드시 사전에 이루어진 것만을 필요로 하는 것이 아니고, 범행 현장에서 암묵리에 의사상통하는 것도 포함된다.
- ④ 공범이 절취행위를 하는 동안 피해자 집 안의 가까운 곳에 대기하고 있다가 절취품을 가지고 같이 나온 경우 합동범이 성립된다.
- ⑤ 피고인들이 합동하여 절도범행을 하는 도중에, 사전에 구체적인 의사연락이 없었다고 하여도, 그 중 1인이 체포를 면탈할 목적으로 피해자에게 상해를 가하여 추적을 할 수 없게 한 경우, 폭행의 정도가 피해자의 추적을 억압할 정도의 것이었던 이상 피고인들은 강도상해의 죄책을 면할 수 없다.

**정답** ①

- 해설** ① 틀림. 3인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인이 범행 현장에서 시간적, 장소적으로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 경우에는 공동정범의 일반 이론에 비추어 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 있다고 보여지는 한 그 다른 범인에 대하여 합동절도의 공동정범의 성립을 부정할 이유가 없다고 할 것이다(대판 1998.5.21, 98도321, 전원합의체판결).
- ② 옳음. 대판 1975.10.7, 75도2635.

- ③ 옳음. 형법 제334조 제2항 소정의 합동범에 있어서의 공모나 모의는 반드시 사전에 이루어진 것만을 필요로 하는 것이 아니고, 범행현장에서 암묵리에 의사상통하는 것도 포함되나, 이와 같은 공모나 모의는 그 '범죄될 사실'이라 할 것이므로 이를 인정하기 위하여는 엄격한 증명에 의하지 않으면 안된다(대판 2001.12.11, 2001도4013).
- ④ 옳음. 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 있었다고 보아 실행행위의 분담이 없었다고 판단한 원심판결을 파기한 사례(대판 1996.3.22, 96도313).
- ⑤ 옳음. 피고인들이 합동하여 절도범행을 하는 도중에, 사전에 구체적인 의사연락이 없었다고 하여도, 피고인이 체포를 면탈할 목적으로 피해자를 힘껏 떠밀어 콘크리트바닥에 넘어뜨려 상처를 입게 함으로써 추적을 할 수 없게 한 경우, 폭행의 정도가 피해자의 추적을 억압할 정도의 것이었던 이상 피고인들은 강도상해의 죄책을 면할 수 없다(대판 1991.11.26, 91도2267).

문 35. 배임죄에 관한 설명 중 가장 적절하지 못한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 신주발행에 있어서 대표이사가 납입의 이행을 가장한 경우, 상법상 가장납입죄가 성립하는 이외에 따로 기존 주주에 대한 업무상배임죄가 성립한다.
- ② 미성년자와 친생자관계가 없으나 호적상 친모로 등재되어 있는 자가 미성년자의 상속재산 처분에 관여한 경우, 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다.
- ③ 자신의 채권자와 부동산양도담보설정계약을 체결한 피고인이 그 소유권이전등기 경로 전에 임의로 기존의 근저당권자인 제3자에게 지상권설정등기를 경로하여 준 경우, 그 지상권 설정이 새로운 채무부담행위에 기한 것이 아니라 기존의 저당권자가 가지는 채권을 저당권과 함께 담보하는 의미밖에 없다고 하더라도 배임죄를 구성한다.
- ④ 업무상배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자란 고유의 권한으로서 그 처리를 하는 자에 한하지 않고 그 자의 보조기관으로서 직접 또는 간접으로 그 처리에 관한 사무를 담당하는 자도 포함한다.
- ⑤ 비등록·비상장 법인의 대표이사가 시세차익을 얻을 의도로 주식 시가보다 현저히 낮은 금액을 전환가격으로 한 전환사채를 발행하고 제3자의 이름을 빌려 이를 인수한 후 전환권을 행사하여 인수한 주식 중 일부를 직원들에게 전환가격 상당에 배분한 경우, 전환사채의 발행·인수로써 주식 시가와 전환가격의 차액 상당의 재

산상의 이익을 취득하고 법인에게 손해를 가한 업무상 배임죄가 성립한다.

정답 ①

해설 ① 틀림. 신주발행은 주식회사의 자본조달을 목적으로 하는 것으로서 신주발행과 관련한 대표이사의 업무는 회사의 사무일 뿐이므로 신주발행에 있어서 대표이사가 납입된 주금을 회사를 위하여 사용하도록 관리·보관하는 업무 역시 회사에 대한 선관주의의무 내지 충실의무에 기한 것으로서 회사의 사무에 속하는 것이고, 신주발행에 있어서 대표이사가 일반 주주들에 대하여 그들의 신주인수권과 기존 주식의 가치를 보존하는 임무를 대행한다거나 주주의 재산보전 행위에 협력하는 자로서 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고는 볼 수 없을 뿐만 아니라, 납입을 가장하는 방법에 의하여 주금이 납입된 경우 회사의 재산에 대한 지분가치로서의 기존 주식의 가치가 감소하게 될 수는 있으나, 이는 가장납입에 의하여 회사의 실질적 자본의 감소가 초래됨에 따른 것으로서 업무상배임죄에서의 재산상 손해에 해당된다고 보기도 어려우므로, 신주발행에 있어서 대표이사가 납입의 이행을 가장한 경우에는 상법 제628조 제1항에 의한 가장납입죄가 성립하는 이외에 따로 기존 주주에 대한 업무상배임죄를 구성한다고 할 수 없다(대판 2004.5.13, 2002도7340).

- ② 옳음. 대판 2002.6.14, 2001도3534.
- ③ 옳음. 배임죄에 있어서 손해란 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상의 위험이 발생한 경우도 포함되므로, 자신의 채권자와 부동산양도담보설정계약을 체결한 피고인이 그 소유권이전등기 경로 전에 임의로 기존의 근저당권자인 제3자에게 지상권설정등기를 경로하여 준 경우, 그 지상권 설정이 새로운 채무부담행위에 기한 것이 아니라 기존의 저당권자가 가지는 채권을 저당권과 함께 담보하는 의미밖에 없다고 하더라도 이로써 양도담보권자의 채권에 대한 담보능력 감소의 위험이 발생한 이상 배임죄를 구성한다(대판 1997.6.24, 96도1218).
- ④ 옳음. 대판 2004.6.24, 2004도520 등.
- ⑤ 옳음. 대판 2001.9.28, 2001도3191.

문 36. 문서에 관한 죄에 대한 설명으로 가장 적절하지 못한 것은? (판례에 의함)

- ① 수탁자가 신탁받은 채권을 자신이 신탁자로부터 증여받았을 뿐 명의신탁받은 것이 아니라고 주장하는 상황에서, 신탁자의 상속인이 수탁자의 동의를 받지 아니하고 그 명의의 채권이전등등록청구서를 작성·행사한 행위는 사문서위조 및 위조사문서행사죄에 해당한다.
- ② 신용장에 날인된 은행의 접수일부인 역시 사실증명에 관한 사문서에 해당되므로, 신용장에 허위의 접수인을 날인한 것은 사문서위조에 해당된다.
- ③ 지방세의 수납업무를 일부 관장하는 시중은행의 직원이

나 은행이 작성한 세금수납영수증은 공문서에 해당하지 않는다.

- ④ 휴대전화 신규 가입신청서를 위조한 후 이를 스캔한 이미지 파일을 제3자에게 이메일로 전송하였더라도, 이미지 파일 자체는 문서에 관한 죄의 ‘문서’에 해당하지 아니하므로, 이를 전송하여 컴퓨터 화면상으로 보게 한 행위는 위조사문서행사죄에 해당하지 않는다.
- ⑤ 공동대표이사로 법인등기를 하기로 하여 이사회 의사록 작성 등 그 등기절차를 위임받았음에도 단독대표이사 선임의 이사회 의사록을 작성하여 단독대표이사로 법인 등기한 행위는 사문서위조, 동행사, 공정증서원본불실기재, 동행사의 죄에 해당한다.

**정답 ④**

**해설** ① 옳음. 대판 2007.3.29, 2006도9425.

② 옳음. 대판 1979.1.30, 77도1879.

③ 옳음. 대판 1996.3.26, 95도3073.

④ 틀림. [1] 위조문서행사죄에 있어서 행사라 함은 위조된 문서를 진정한 문서인 것처럼 그 문서의 효용방법에 따라 이를 사용하는 것을 말하고, 위조된 문서를 제시 또는 교부하거나 비치하여 열람할 수 있게 두거나 우편물로 발송하여 도달하게 하는 등 위조된 문서를 진정한 문서인 것처럼 사용하는 한 그 행사의 방법에 제한이 없다. 또한, 위조된 문서 그 자체를 직접 상대방에게 제시하거나 이를 기계적인 방법으로 복사하여 그 복사본을 제시하는 경우는 물론, 이를 모사전송의 방법으로 제시하거나 컴퓨터에 연결된 스캐너(scanner)로 읽어 들여 이미지화한 다음 이를 전송하여 컴퓨터 화면상에서 보게 하는 경우도 행사에 해당하여 위조문서행사죄가 성립한다.

[2] 휴대전화 신규 가입신청서를 위조한 후 이를 스캔한 이미지 파일을 제3자에게 이메일로 전송한 사안에서, 이미지 파일 자체는 문서에 관한 죄의 ‘문서’에 해당하지 아니나, 이를 전송하여 컴퓨터 화면상으로 보게 한 행위는 이미 위조한 가입신청서를 행사한 것에 해당하므로 위조사문서행사죄가 성립한다고 한 사례(대판 2008.10.23, 2008도5200).

⑤ 옳음. 대판 1994.7.29, 93도1091.

문 37. 다음 중에서 형법 제37조 후단의 경합범으로 인해 2개의 형을 선고하여야 하는 것이 아닌 경우는 모두 몇 개인가?(판례에 의함)

- ㉠ 피고인은 2007. 12. 1. 절도죄로 징역 6월에 집행유예 2년을 선고받아 2007. 12. 10. 그 판결이 확정되었는데, 2006. 12. 1. 피해자 명의의 차용증을 위조하고, 위조한 차용증을 증거자료로 첨부하여 피해자를 상대로 차용금지급을 구하는 민사소송을 제기하였다가

2008. 12. 1. 위 민사소송에서 피고인의 패소판결이 확정되었다고 기소된 경우

- ㉡ 피고인은 2006. 12. 1. 음주상태로 자동차를 운전하다가 제1차 교통사고를 내고 그대로 진행하여 제2차 교통사고를 낸 후, 2007. 12. 1. 위 제2차 교통사고 당시의 음주운전으로 인한 도로교통법위반(음주운전)죄로 징역 6월에 집행유예 2년을 선고받아 2007. 12. 10. 그 판결이 확정되었는데, 그 후 2008. 12. 1. 절도 범행을 하여 위 제1차 교통사고 당시의 도로교통법위반(음주운전)죄와 위 절도죄가 함께 기소된 경우
- ㉢ 피고인은 2006. 12. 1. 음주상태로 자동차를 운전하다가 제1차 교통사고를 내고 그대로 진행하여 제2차 교통사고를 낸 후, 2007. 12. 1. 위 제2차 교통사고 당시의 음주운전으로 인한 도로교통법위반(음주운전)죄로 벌금 200만원을 선고받아 2007. 12. 10. 그 판결이 확정되었는데, 그 후 2008. 12. 1. 절도 범행을 하여 위 제1차 교통사고 당시의 도로교통법위반(음주운전)죄와 위 절도죄가 함께 기소된 경우
- ㉣ 피고인은 10세대분용 다세대주택을 완성하였으나 관할 관청의 사용승인을 얻지 아니한 채 2007. 7. 1.부터 2007. 12. 9.까지 5세대를, 2007. 12. 11.부터 2008. 5. 1.까지 나머지 5세대를 순차로 10회에 걸쳐 타인에게 임대하였다는 건축법위반의 범행과 2008. 3. 1. 자사기 범행이 함께 기소되었는데, 피고인이 2007. 12. 1. 절도죄로 징역 6월에 집행유예 2년을 선고받아 2007. 12. 10. 그 판결이 확정된 경우

- ① 1개      ② 2개      ③ 3개  
④ 4개      ⑤ 없음

**정답 ④**

**해설** ★ 형법 제37조 후단의 사후적 경합범은 ‘금고 이상의 형’에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정전에 범한 죄를 말한다. 한편 판례는 “확정판결 이전 및 이후의 두 개의 범죄에 대하여 하나의 판결로 두 개의 징역형을 선고하는 경우”를 “형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 두 개의 범죄에 대하여 하나의 판결로 두 개의 자유형을 선고하는 경우”라는 표현을 사용하고 있다(대판 2001.10.12, 2001도3579; 대판 2002.2.26, 2000도4637 등).

- ㉠ × : 금고 이상의 형에 처하는 판결이 확정된 이상 그 집행유예나 선고유예가 확정된 경우도 판결이 확정된 죄에 해당한다(判例). 따라서 2007.12.10. 확정된 절도죄에 대한 징역 6월에 집행유예 2년이 선고 확정된 경우도 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 것이다. 따라서 그 전에 범하여진 사문서위조 및 동행사죄는 절도죄와 사후적 경

합범에 해당한다. 한편 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄(사문서위조 및 동행사)가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄(절도죄)를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대해서만 형을 선고한다(제39조 1항). 따라서 사문서위조 및 동행사죄에 대해서 하나의 형을 선고하여야 한다. ★ [편저자주] 출제자는 기소된 사건이 ‘사문서위조 및 동행사죄’인 것을 전제로 출제한 것으로 보인다. 그러나 사안에서 ‘사기미수죄’도 문제된다. 차용증을 위조하여 이를 증거로 제출함으로써 허위의 차용금지급을 구하였다고 패소한 부분은 분명 (소송)사기미수죄가 성립하기 때문이다. 한편 이러한 소송사기미수죄에 있어서 범죄행위의 종료시기는 위와 같은 소송이 종료된 때이므로(대판 2000.2.11, 99도4459) 사기미수죄는 2008.12.1. 종료되었으므로 절도죄에 대한 확정판결 이후의 범죄에 해당한다. 그렇다면 법원은 절도죄와 사후적 경합범에 해당하는 사문서위조 및 동행사죄(확정판결 이전의 범죄)에 대해서 하나의 형을 선고해야 하고, 사기미수죄(확정판결 이후의 범죄)에 대해서 다시 하나의 형을 선고해야 한다. 만일 이와 같이 해석한다면 정답은 ③이 될 수 있다.

- ㉠ × : 사안에서 음주상태에서의 제1차 사고와 제2차 사고는 포괄일죄의 관계에 있다. 判例도 “음주상태로 자동차를 운전하다가 제1차 사고를 내고 그대로 진행하여 제2차 사고를 낸 후 음주측정을 받아 도로교통법 위반(음주운전)죄로 약식명령을 받아 확정되었는데, 그 후 제1차 사고 당시의 음주운전으로 기소된 사안에서 위 공소사실이 약식명령이 확정된 도로교통법 위반(음주운전)죄와 포괄일죄 관계에 있다(대판 2007.7.26, 2007도4404).” 라고 판시한 바 있다. 따라서 2007.12.10. 제2차 사고에 대한 확정판결의 기판력은 제1차 사고에 대해서도 미친다. 따라서 법원은 제1차 사고에 대해서는 면소판결을 선고해야 하고, 절도죄에 대해서만 하나의 형을 선고해야 한다.
- ㉡ × : ㉠의 경우와 동일하다.
- ㉢ × : 피고인의 2007.7.1.부터 2008.5.1.까지에 걸쳐 범한 건축법위반죄는 포괄일죄의 관계에 있다. 判例도 “피고인이 당초 13세대분용 다세대주택으로 건축허가를 받은 건물을 시공하던 중 위법사항이 발견되어 관할 관청으로부터 설계변경허가를 받기 전에는 공사를 계속할 수 없다는 공사중지명령을 받고도 임의로 11세대분용 다세대주택으로 건물을 완공한 후 관할 관청의 사용승인을 얻지 아니한 채 약 1년 미만의 기간 내에 11세대분 전부를 순차로 타인에게 임대하여 사용케 하였다면 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정 기간 계속하여 행한 것이고 그 피해법익도 동일하다고 보아야 할 것이므로 이들 각 행위는 포괄하여 1개의 건축법위반죄를 구성하고, 그 죄는 마지막으로 임대하여 사용케 한 때에 완성됨에도 불구하고 실제적 경합범으로서 형법 제37조 후단을 적용하여 처단한 원심판결을 죄수 및 경합범에 관한 법리오해를 이유로 파기한 바 있다(대판 1997.10.10, 97도1834). 한편 포괄일죄(건축법위반죄)는 그 중간에 별종의 범죄(절도죄)에 대한 확정판결이 끼어 있어도 그 때문에 포괄적 범죄가 둘로 나뉘는 것은 아니라 할

것이고, 또 이 경우에는 그 확정판결 ‘후’의 범죄로서 다루어야 한다(대판 2002.7.12, 2002도2029). 따라서 이러한 判例에 따르면 건축법위반죄와 2008.3.1.에 범하여진 사기죄는 모두 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 절도죄와 그 판결확정 ‘전’에 범한 죄가 아니어서 사후적 경합범에 해당하지 않는다.

**문 38. 실행의 착수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(판례에 의함)**

- ① 침입 대상인 아파트에 사람이 있는지 확인하기 위해 초인종을 누른 행위만으로는 주거침입죄의 실행의 착수에 해당하지 아니한다.
- ② 야간에 다세대주택에 침입하여 물건을 절취하기 위하여 가스배관을 타고 오르다가 순찰 중이던 경찰관에게 발각되어 그냥 뛰어내린 경우 야간주거침입절도죄의 실행의 착수에 이르지 못하였다.
- ③ 소송사기의 고의로 소를 제기한 경우 아직 그 소장이 피고에게 송달되지 않았다면 소송사기의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없다.
- ④ 피고인이 자신의 처가 甲에 대하여 부담하는 채무의 대물변제명목으로 피고인 소유의 무허가건물을 甲에게 양도하고, 처자 자신의 처가 乙에 대하여 부담하는 채무의 대물변제명목으로 위 무허가건물을 양도하고 무허가건물대장상의 소유자 명의를 乙로 변경하여 준 경우, 피고인은 甲에 대한 관계에서 배임죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다.
- ⑤ 강간죄는 부녀를 간음하기 위하여 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 개시한 때에 그 실행의 착수가 있다고 보아야 할 것이므로, 실제로 그와 같은 폭행 또는 협박에 의하여 피해자의 항거가 불능하게 되거나 현저히 곤란하게 되어야만 실행의 착수가 있다고 볼 것은 아니다.

**정답**

③

**해설**

- ① 옳음. 대판 2008.4.10, 2008도1464(공보불게재).
- ② 옳음. 대판 2008.3.27, 2008도917(공보불게재).
- ③ 틀림. 소송사기는 법원을 기망하여 자기에게 유리한 판결을 얻고 이에 터잡아 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상 이익을 취득하는 것을 말하는 것으로서 소송에서 주장하는 권리가 존재하지 않는 사실을 알고 있으면서도 법원을 기망한다는 인식을 가지고 소를 제기하면 이로써 실행의 착수가 있고 소장의 유효한 송달을 요하지 아니한다고 할 것인바, 이러한 법리는 제소자가 상대방의 주소를 허위로 기재함으로써 그 허위주소로 소송서류가 송달되어 그로 인하여 상대방 아닌 다른 사람이 그 서류를 받아 소송이 진행된 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판

2006.11.10, 2006도5811).

- ④ 옳음. 대판 2005.10.28, 2005도5713.
- ⑤ 옳음. 대판 2000.6.9, 2000도1253.

**문 39. 위증죄에 대한 설명으로 가장 적절하지 못한 것은?(판례에 의함)**

- ① 증인으로 선서한 이상 진실대로 진술한다고 하면 자신의 범죄를 시인하는 진술을 하는 것이 되고 증언을 거부하는 것은 자기의 범죄를 암시하는 것이 되어 증인에게 사실대로의 진술을 기대할 수 없다고 하더라도 선서한 증인이 증언거부권을 포기하고 허위의 진술을 하였다면 위증죄의 처벌을 면할 수 없다.
- ② 하나의 사건에 관하여 한 번 선서한 증인이 같은 기일에 여러 가지 사실에 관하여 기억에 반하는 허위의 진술을 한 경우 포괄하여 1개의 위증죄를 구성하므로, 비록 종전 사건 공소사실에서 허위의 진술이라고 한 부분과 당해 사건 공소사실에서 허위의 진술이라고 한 부분이 다르다 하여도 종전 사건의 확정판결의 기판력은 당해 사건에도 미치게 되어 당해 위증죄 부분은 면소되어야 한다.
- ③ 제3자가 심문절차로 진행되는 소송비용확정신청사건에서 증인으로 출석하여 선서를 하고 진술함에 있어서 허위의 공술을 하였다면 위증죄가 성립한다.
- ④ 타인으로부터 전해들은 금품의 전달사실을 마치 증인 자신이 전달한 것처럼 진술한 것은 증인의 기억에 반하는 허위진술이라고 할 것이므로 그 진술부분은 위증에 해당한다.
- ⑤ 민사소송의 당사자는 증인으로 선서하고 증언하였다고 하더라도 위증죄의 주체가 될 수 없고, 민사소송에서의 당사자인 법인의 대표자의 경우에도 같다.

**정답 ③**

- 해설**
- ① 옳음. 대판 1987.7.7, 86도1724, 전원합의체판결.
  - ② 옳음. 대판 2007.3.15, 2006도9463(공보불제재).
  - ③ 틀림. 제3자가 심문절차로 진행되는 소송비용확정신청사건에서 증인으로 출석하여 선서를 하고 진술함에 있어서 허위의 공술을 하였다면 위증죄가 성립한다(대판 1995.4.11, 95도186).
  - ④ 옳음. 대판 1985.4.9, 83도44 등.
  - ⑤ 옳음. 대판 1998.3.10, 97도1168.

**문 40. 다음 설명 중 틀린 것은?(판례에 의함)**

- ① 전파가능성을 이유로 명예훼손죄의 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로 전파가능성에 대한 인식이 있을 것을 요구하나, 그 위험을 용인하는 내심의 의사까지 있어야 하는 것은 아니다.
- ② 출판물 등에 의한 명예훼손행위는 그것이 오로지 공공의 이익을 위한 행위였다고 하더라도 위법성이 조각되지 않는다.
- ③ 명예훼손에 있어서의 위법성조각사유인 형법 제310조 소정의 ‘공공의 이익에 관한 것’ 이라 함은 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 이익에 관한 것도 포함된다.
- ④ 명예훼손의 발언(피해자가 전파가 많다는 내용)을 들은 사람들이 이미 피해자의 전파사실을 알고 있었다고 하더라도 공연성이 없다고 볼 수 없다.
- ⑤ 명예훼손죄에 있어서 피고인의 행위에 피해자를 비방할 목적이 함께 숨어 있었다고 하더라도 그 주요한 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다.

**정답 ① <편저자의 생각으로는 ②도 틀림>**

- 해설**
- ① 틀림. 전파가능성을 이유로 명예훼손죄의 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로 전파가능성에 대한 인식이 있을은 물론 나아가 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하고, 그 행위자가 전파가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 그 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다(대판 2004.4.9, 2004도340).
  - ② 틀림. 형법 제307조 제1항의 명예훼손행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 위법성이 조각되거나 형법 제309조 제1항의 출판물 등에 의한 명예훼손행위는 그것이 오로지 공공의 이익을 위한 행위였다고 하더라도 위법성이 조각되지 않음은 형법 제310조의 규정에 비추어 명백하다(대판 1995.6.30, 95도1010). ★ [편저자 주] 출제자의 의도는 이 판례를 전제로 해서 ②번 지문을 구성한 것으로 보인다. 그러나 ‘형법 제309조 제1항의 출판물에 의한 명예훼손행위’와 ‘출판물에 의한 명예훼손행위’는 같은 의미로 볼 수 없다는 점에서 문제가 있는 지문이다. ‘출판물 등에 의한 명예훼손행위’ 라도 비방의 목적이 있을 경우에 비로소 ‘형법 제309조 제1항 소정의 행위’가 되고, 만일 비방의 목적이 없으면 제307조 제1항의 행위가 되므로 이 경우에는 다시 제310조가 적용되어 위법성이 조각될 수 있다. 결론적으로 지문 ②는 틀린 지문으로 보아야 한다. 판례도 출판물(강원도민일보)에 의한 명예훼손

손행위에 대해 비방의 목적을 부정하면서 제310조에 의한 위법성조각을 인정한 바 있다(대판 2003. 12. 26, 2003도 6036 등). ★ [참조판례] 형법 제309조 제1항 소정의 ‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 형법 제310조의 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다는 규정은 사람을 비방할 목적이 있어야 하는 형법 제309조 제1항 소정의 행위에 대하여는 적용되지 아니하고 그 목적을 필요로 하지 않는 형법 제307조 제1항의 행위에 한하여 적용되는 것이고, 반면에 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방 목적은 부인된다고 봄이 상당하므로 이와 같은 경우에는 형법 제307조 제1항 소정의 명예훼손죄의 성립 여부가 문제될 수 있고 이에 대하여는 다시 형법 제310조에 의한 위법성 조각 여부가 문제로 될 수 있다(대판 1998.10.9, 97도158; 대판 2003.12.26, 2003도6036 등).

- ③ 옳음. 대판 2001.10.9, 2001도3594 등.
- ④ 옳음. 대판 1993.3.23, 92도455.
- ⑤ 옳음. 대판 2008.11.13, 2008도6342 등.

이하부터는 여백입니다.