2010년 법원행시(제28회) 형법 해설(1책형)

문 1] 정답 ② (㉠㉡)

목적범에 해당 X	목적범에 해당 O
<ul style="list-style-type: none"> • 허위진단서작성죄 • 명예훼손죄 	<ul style="list-style-type: none"> • 도박개장죄, 사문서위조죄 • 무고죄, 음행매개죄 • 국기·국장모독죄 • 강제집행면탈죄

- 1) 허위진단서작성죄 ⇒ 목적범 X
 허위공문서작성죄 ⇒ 목적범 O
 ※ 문서에 관한 죄는 일반적으로 목적범이지만 허위진단서작성죄, 공정증서원본부실기재죄, 문서행사죄 및 부정행사죄는 목적범이 아니다.
- 2) 명예훼손죄, 모욕죄 ⇒ 목적범 X
 출판물에 의한 명예훼손죄 ⇒ 목적범 O

문 2] 정답 ①

- ㉠ (O) 산업발전법상 기업구조조정조합의 업무집행조합원이 투자자산의 처분 등을 조합원총회의 결의사항으로 규정한 조합규약에도 불구하고 조합 명의로 업무상 보관하던 주식을 임의로 매각한 사안에서, 횡령죄의 성립을 인정한 사례(대판 2008.10.23, 2007도6463).
- ㉡ (O) 원인무효인 소유권이전등기의 명의자로서 그 부동산을 법률상 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있지 않은 자는 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자에 해당하지 않는다(대판 1989.2.28, 88도1368).
- ㉢ (O) 대판 2006.10.26, 2004도6280
- ㉣ (O) 회사의 이사가 보관 중인 회사재산을 처분하여 그 대금을 공직선거에 입후보한 타인의 선거자금으로 지원한 경우 그것이 회사의 이익을 도모할 목적으로 합리적인 범위 내에서 이루어졌다면 그 이사에겐 횡령죄에 있어서 요구되는 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없을 것이나, 그것이 회사의 이익을 도모할 목적보다는 그 후보자 개인의 이익을 도모할 목적이나 기타 다른 목적으로 행하여졌다면 그 이사는 회사에 대하여 횡령죄의 죄책을 면하지 못한다(대판 1999.6.25, 99도1141)
- [동지대판]** 회사의 대표이사가 후보자 개인의 이익을 도모할 목적으로 보관중인 회사 재산을 처분하여 그 대금을 정치자금으로 기부한 경우 횡령행위에 해당한다(대판 2005.5.26, 2003도5519).
- ㉤ (O) 주식회사의 설립업무 또는 증자업무를 담당한 자와 주식

인수인이 사전 공모하여 주금납입취급은행 이외의 제3자로부터 납입금에 해당하는 금액을 차입하여 주금을 납입하고 납입취급은행으로부터 납입금보관증명서를 교부받아 회사의 설립 등기절차 또는 증자등기절차를 마친 직후 이를 인출하여 위 차용금채무의 변제에 사용한 경우, 위와 같은 행위는 실질적으로 회사의 자본을 증가시키는 것이 아니고 등기를 위하여 납입을 가장하는 편법에 불과하여 주금의 납입 및 인출의 전 과정에서 회사의 자본금에는 실제 아무런 변동이 없어 그들에게 회사의 돈을 임의로 유용한다는 불법영득의 의사가 있다고 보기 어렵고, 이러한 관점에서 상법상 납입가장죄의 성립을 인정하는 이상 회사 자본이 실질적으로 증가됨을 전제로 한 업무상 횡령죄가 성립한다고 할 수는 없다(대판 2004.6.17, 2003도7645 전원합의체 ; 동지대판 2009.6.25, 2008도10096). ※ 상법상 납입가장죄가 성립하는 경우에는 업무상 횡령죄나 업무상배임죄가 성립하지 않는다.

문 3] 정답 ①

- ㉠ (X) 법 제59조 제1항 단행에서 정한 “자격정지 이상의 형을 받은 전과”라 함은 자격정지 이상의 형을 선고받은 범죄경력 자체를 의미하는 것이고 그 형의 효력이 상실된 여부는 묻지 않는 것으로 해석함이 상당하다고 할 것이고, 따라서 형의 집행유예를 선고받은 자는 형법 제65조에 의하여 그 선고가 실효 또는 취소됨이 없이 정해진 유예기간을 무사히 경과하여 형의 선고가 효력을 잃게 되었다고 하더라도 형의 선고의 법률적 효과가 없어진다는 것일 뿐 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체까지 없어지는 것은 아니므로, 형법 제59조 제1항에서 정한 선고유예 결정사유인 “자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자”에 해당한다고 보아야 한다(대판 2003.12.26, 2003도3768).
- ㉡ (O) [1] 형법 제62조 제1항 단서에서 규정한 ‘금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때’는 실행뿐 아니라 형의 집행유예를 선고한 판결이 확정된 경우도 포함된다고 해석되며, 형의 집행유예를 선고받은 자가 형법 제65조에 의하여 그 선고가 실효 또는 취소됨이 없이 정해진 유예기간을 무사히 경과하여 형의 선고가 효력을 잃게 되었다고 하더라도, 형의 선고의 법률적 효과가 없어진다는 것일 뿐, 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체까지 없어지는 것은 아니라 할 것이고, 더구나 집행유예 기간 중에 죄를 범하였다는 역사적 사실마저 소급적으로 소멸되는 것은 아니다.
- [2] 집행유예 기간 중에 범한 죄에 대하여 형을 선고할 때에 집행유예의 결정사유를 정하는 형법 제62조 제1항 단서 소정의 요건에 해당하는 경우란, 이미 집행유예가 실효 또는 취소된 경우와 그 선고 시점에 미쳐 유예기간이 경과하지 아니하여 형 선고의 효력이 실효되지 아니한 채로 남아 있는 경우로 국한되고, 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고가 이미 그 효력을 잃게 되어 ‘금고 이상의 형을 선고’한 경우에 해당한다고 보기 어려울

뿐만 아니라 집행의 가능성이 더 이상 존재하지 아니하여 집행 종료나 집행면제의 개념도 상정하기 어려우므로 위 단서 소정의 요건에 해당하지 않는다고 할 것이므로, 집행유예 기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고가 가능하다(대판 2007.2.8, 2006도6196).

※ 판례는 집행유예기간 중에 범한 죄에 대해서는 다시 집행유예를 할 수 없는 것이 원칙이나, 집행유예기간이 경과하면 형의 선고는 효력을 상실하므로 그 후의 범한 죄에 대해서는 다시 집행유예의 선고가 가능하다고 보았다. 즉 판례에 의하면 집행유예기간 중이라고 하더라도 예외적으로 다시 집행유예를 선고할 수 있는 경우가 있다.

㉞ (O) [1] 형법 제38조 제1항 제3호에 의하여 징역형과 벌금형을 병과하는 경우에는 각 형에 대한 범죄의 정상에 차이가 있을 수 있으므로 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 아니하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다(대판 2006.3.23, 2006도1076).

[2] 징역형과 벌금형을 병과하여야 할 경우에 특별한 규정 이 없는 한 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 않는 것은 위법하다(대판 1976.9.14, 76도2012).

[판례해설]
[2006도1076] 판례는 특가법 위반(절도)죄에 대한 징역형과 도로교통법 위반죄에 대하여 벌금형이 병과된 경우이다. 즉 실제적 경합관계에 있는 수죄에 대하여 형법 제38조 제1항 제3호(병과주의)에 의하여 각각 독립적으로 이종의 형을 병과하는 경우로 각 죄의 정상에 차이가 있을 수 있으므로 작량감경 여부도 개별적으로 판단할 수 있다고 보았다.
[76도2012] 판례는 피고인의 특정범죄가중처벌등에 관한 법률(이하 '특가법'이라 한다) 위반죄에 대하여 징역형을 선고하면서 대통령의 긴급조치에 의하여 특가법 위반행위에 대해서 다시 벌금형이 병과된 경우이다. 즉 사실상 1개의 범죄에 징역형과 벌금형이 병과된 경우이므로 작량감경 여부도 일률적으로 판단해야 한다고 보았다.

㉞ (O) 형법 제64조 제1항에 의하면 집행유예의 선고를 받은 후 형법 제62조 단행의 사유가 발각된 때에는 집행유예의 선고를 취소한다고 규정되어 있는바, 여기에서 집행유예를 선고받은 후 형법 제62조 단행의 사유가 발각된 때라 함은 집행유예 선고의 판결이 확정된 후에 비로소 위와 같은 사유가 발각된 경우를 말하고 그 판결확정 전에 결격사유가 발각된 경우에는 이를 취소할 수 없다(대결 2001.6.27, 2001도135).

㉞ (O) 형법 제62조 제1항 단서에서 규정한 '금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 3년을 경과하지 아니한 자'라는 의미는 실행선고를 받고 집행종료나 집행면제 후 3년을 경과하지 않은 경우만을 가리키는 것이 아니라, 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간

이 경과하지 않은 경우도 특별한 사정(형법 제37조의 경합범관계에 있는 수죄가 전후로 기소되어 각각 별개의 절차에서 재판을 받게 된 결과 어느 하나의 사건에서 먼저 집행유예가 선고되어 그 형이 확정된 경우로서 같은 절차에서 동시에 재판을 받았더라면 한꺼번에 집행유예의 선고를 받았으리라고 여겨지는 특수한 경우에 한함)이 없는 한 여기에 포함된다(대판 2007.7.27, 2007도768).

문 4] 정답 ⑤

- ① 대판 1986.8.19, 86도1123
- ② 대판 1989.3.28, 89도108
- ③ 고속도로를 운행하는 자동차의 운전자로서는 일반적인 경우에 고속도로를 횡단하는 보행자가 있을 것까지 예견하여 보행자와의 충돌사고를 예방하기 위하여 급정차 등의 조치를 취할 수 있도록 대비하면서 운전할 주의의무가 없고, 다만 고속도로를 무단횡단하는 보행자를 충격하여 사고를 발생시킨 경우라도 운전자가 상당한 거리에서 보행자의 무단횡단을 미리 예상할 수 있는 사정이 있었고 그에 따라 즉시 감속하거나 급제동하는 등의 조치를 취하였다면 보행자와의 충돌을 피할 수 있었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에만 자동차 운전자의 과실이 인정될 수 있다(대판 2000.9.5, 2000도2671).
- ④ 대판 1990.2.9, 89도1774
- ⑤ [1] 고속도로의 노면이 결빙된 데다가 짙은 안개로 시계가 20m 정도 이내였다면 차량운전자는 제한속도에 관계없이 장애물 발견 즉시 제동정지할 수 있을 정도로 속도를 줄이는 등의 조치를 취하여야 할 것이므로 단순히 제한속도를 준수하였다는 사실만으로는 주의의무를 다하였다 할 수 없다. [2] 피고인의 주의의무 태만으로 인하여 고속도로상에 정지 중인 차량을 추돌한 사고가 발생된 이상 피해차량 후방에 사고발생표지가 설치되어 있지 아니하였고 피해자들이 다른 승객들처럼 대피하지 않고 피해차량 뒤 고속도로 노면에 들어와 있었다 하더라도 피고인의 범행성립에는 영향이 없다(대판 1990.12.26, 89도2589).

문 5] 정답 ②

- ① 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 등을 받게 할 목적으로 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실인 경우에 성립되는 범죄로서, 신고자가 그 신고내용을 허위라고 믿었다 하더라도 그것이 객관적으로 진실한 사실에 부합할 때에는 허위사실의 신고에 해당하지 않아 무고죄는 성립하지 않는 것이다(대판 1991.10.11, 91도1950)
- ② 객관적으로 고소사실에 대한 공소시효가 완성되었더라도 고소를 제기하면서 마치 공소시효가 완성되지 아니한 것처럼 고소한 경우에는 국가기관의 직무를 그르칠 염려가 있으므로 무고죄가 성립한다(대판 1995.12.5, 95도1908).
- ③ 대판 2003.1.24, 2002도5939

- ④ 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).
- ⑤ 비록 외관상으로는 타인명의의 고소장을 대리하여 작성하고 제출하는 형식으로 고소가 이루어진 경우라 하더라도 그 명의자는 고소의 의사가 없이 이름만 빌려준 것에 불과하고 명의자를 대리한 자가 실제 고소의 의사를 가지고 고소행위를 주도한 경우라면 그 명의자를 대리한 자를 신고자로 보아 무고죄의 주체로 인정하여야 할 것이다(대판 2007.3.30, 2006도6017)

문 6] 정답 ⑤ (㉠㉡㉢㉣㉤)

미수범 처벌규정 존재 O	미수범 처벌규정 존재 X
<ul style="list-style-type: none"> • 공문서위조죄 • 상해죄, 협박죄 • 퇴거불응죄 • 재물손괴죄 	<ul style="list-style-type: none"> • 공무집행방해죄
<p>1) 문서에 관한 죄는 미수범 처벌규정이 있으나, 사문서부정행사죄는 문서에 관한 죄 중 미수를 처벌하지 않는 유일한 범죄이다.</p> <p>2) 상해죄, 협박죄 ⇒ 미수처벌 O 폭행죄 ⇒ 미수처벌 X</p> <p>3) 퇴거불응죄는 진정신분범이지만 미수범 처벌규정이 있다.</p> <p>4) 재산죄 중 장물의 죄, 점유이탈물횡령죄, 경계침범죄, 권리행사방해죄, 강제집행면탈죄 이외에는 모두 미수범 처벌규정이 있다.</p>	

문 7] 정답 ②

- ㉠ (O) 동업관계에 있는 피고인과 피해자 사이에 손익분배의 정산이 되지 아니하였다면 동업자의 한 사람인 피고인은 피고인과 피해자의 합유에 속하는 동업재산이나 동업재산의 매각대금에 대한 지분을 처분할 권한이 없는 것이므로, 피고인이 동업재산인 교회건물의 매각대금을 매수인으로부터 받아 보관 중 임의로 소비하였다면 지분비율에 관계없이 임의로 소비한 금액 전부에 대해 횡령죄의 죄책을 부담한다(대판 1996.3.22, 95도2824)
- ㉡ (O) 원인무효인 소유권이전등기의 명의자로서 그 부동산을 법률상 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있지 않은 자는 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자에 해당하지 않는다(대판 1989.2.28, 88도1368)

- ㉢ (O) 대판 1988.9.20, 86도628 ※ 판례는 불법원인급여물에 대해서는 횡령죄의 성립을 부정한다.
- ㉣ (X) 부동산을 그 소유자로부터 매수한 자가 그의 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 제3자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인으로부터 바로 그 제3자에게 중간생략의 소유권이전등기를 경료한 경우 그 제3자가 그와 같은 명의신탁 약정에 따라 그 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하였다면 신탁자에 대한 횡령죄가 성립하고, 그 명의신탁이 부동산실권리자명의등기에 관한 법률 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물건변동이 무효로 된 후에 처분이 이루어졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대판 2001.11.27, 2000도3463). ※ 중간생략등기형 명의신탁에서 수탁자가 그 부동산을 임의로 처분하였다면 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다
- ㉤ (O) [1] 신탁자와 수탁자가 명의신탁약정을 맺고 이에 따라 수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에서 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 기하여 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 경료한 경우에는, 그 소유권이전등기에 의한 당해 부동산에 관한 물건변동은 유효하고 한편 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효이므로, 결국 수탁자는 전소유자인 매도인뿐만 아니라 신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득하는 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 그 수탁자는 타인의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없다.
[2] 위와 같은 계약명의신탁에 있어서 수탁자는 전소유자인 매도인뿐만 아니라 신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득하고 그 부동산의 처분대금도 당연히 수탁자에게 귀속되므로 위 수탁부동산 및 그 처분대금에 대하여 '타인의 재산을 보전·관리하는 자'의 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 피고인이 위 부동산을 임의로 매도하고 그 처분대금을 반환하지 아니하고 소비하였다 하여도 이를 배임죄로 처벌할 수는 없다(대판 2001.9.25, 2001도2722).
※ 매도인이 선의인 계약명의신탁에서 수탁자는 유효하게 소유권을 취득하므로, 수탁자가 수탁부동산을 임의로 처분하더라도 횡령죄나 배임죄는 성립하지 않는다

문 8] 정답 ⑤

- ㉠ (O) 제3자가 심문절차로 진행되는 소송비용확정신청사건에서 증인으로 출석하여 선서를 하고 진술함에 있어서 허위의 공술을 하였다고 하더라도 그 선서는 법률상 근거가 없어 무효라고 할 것이므로 위증죄는 성립하지 않는다(대판 1995.4.11, 95도186). ※ 소송비용확정신청사건이나 가처분사건이 '심문절차'로 진행되는 경우 증인으로 출석하여 선서를 하고 진술함에 있어서 허위의 진술을 한 경우에는 위증죄가 성립하지 않으나, '변론절차'로 진행되는 경우에는

위증죄가 성립할 수 있다.

- ㉠ (O) 대판 1993.12.7, 93도2510
- ㉡ (O) 대판 1998.3.10, 97도1168
- ㉢ (O) 대판 1984.2.14, 83도37

㉣ (X) 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 형사소송법상 이러한 처지의 증인에게는 증언을 거부할 수 있는 권리를 인정하여 위증죄로부터의 탈출구를 마련하고 있는 만큼 적법행위의 기대가능성이 없다고 할 수 없으므로, 선서한 증인이 증언거부권을 포기하고 허위의 진술을 하였다면 위증죄의 처벌을 면할 수 없다(대판 1987.7.7, 86도1724 전원합의체).

[참고판례] [1] 위증죄의 의의 및 보호법익, 형사소송법에 규정된 증인신문절차의 내용, 증언거부권의 취지 등을 종합적으로 살펴보면, 증인신문절차에서 법률에 규정된 증인 보호를 위한 규정이 지켜진 것으로 인정되지 않은 경우에는 증인이 허위의 진술을 하였다고 하더라도 위증죄의 구성요건인 “법률에 의하여 선서한 증인”에 해당하지 아니한다고 보아 이를 위증죄로 처벌할 수 없는 것이 원칙이다. 다만, 법률에 규정된 증인 보호 절차라 하더라도 개별 보호절차 규정들의 내용과 취지가 같지 아니하고, 당해 신문 과정에서 지키지 못한 절차 규정과 그 경위 및 위반의 정도 등 재판사정이 개별 사건마다 각기 상이하므로, 이러한 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 볼 때, 당해 사건에서 증인 보호에 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 없는 경우에까지 예외 없이 위증죄의 성립을 부정할 것은 아니라고 할 것이다.

[2] 재판장이 선서할 증인에 대하여 선서 전에 위증의 벌을 경고하지 않았다는 등의 사유는 그 증인신문절차에서 증인 자신이 위증의 벌을 경고하는 내용의 선서서를 낭독하고 기명날인 또는 서명한 이상 위증의 벌을 물랐다고 할 수 없을 것이므로 증인 보호에 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 없고, 따라서 위증죄의 성립에 지장이 없다고 보아야 한다. 그리고 증언거부권 제도는 증인에게 증언의무의 이행을 거절할 수 있는 권리를 부여한 것이고, 형사소송법상 증언거부권의 고지 제도는 증인에게 그러한 권리의 존재를 확인시켜 침묵할 것인지 아니면 진술할 것인지에 관하여 심사숙고할 기회를 충분히 부여함으로써 침묵할 수 있는 권리를 보장하기 위한 것임을 감안할 때, 재판장이 신문 전에 증인에게 증언거부권을 고지하지 않은 경우에도 당해 사건에서 증인 당시 증인이 처한 구체적인 상황, 증언거부사유의 내용, 증인이 증언거부사유 또는 증언거부권의 존재를 이미 알고 있었는지 여부, 증언거부권을 고지 받았더라도 허위 진술을 하였을 것이라고 볼 만한 정황이 있는지 등을 전체적·종합적으로 고려하여 증인이 침묵하지 아니하고 진술한 것이 자신의 진정한 의사에 의한 것인지 여부를 기준으로 위증죄의 성립 여부를 판단하여야 한다. 그러므로 헌법 제12조 제2항에 정

한 불이익 진술의 강요금지 원칙을 구체화한 자기부죄거부 특권에 관한 것이거나 기타 증언거부사유가 있음에도 증인이 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립을 부정하여야 할 것이다. 이와 달리, 피고인이 증인으로 선서한 이상 진실대로 진술한다고 하면 자신의 범죄를 시인하는 진술을 하는 것이 되고 증언을 거부하는 것은 자기의 범죄를 암시하는 것이 되는 처지에 있다 하더라도 증인에게는 증언을 거부할 수 있는 권리를 인정하여 위증죄로부터의 탈출구를 마련하고 있는 만큼 적법행위의 기대가능성이 없다고 할 수 없고 선서한 증인이 허위의 진술을 한 이상 증언거부권 고지여부를 고려하지 아니한 채 위증죄가 바로 성립한다는 취지로 대법원 1987.7.7. 선고 86도1724 전원합의체 판결에서 판시한 대법원의 의견은 위 견해에 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다 (대판 2010.1.21, 2008도942 전원합의체).

문 9] 정답 ④

- ① 대판 1990.10.30, 90도1912
- ② 대판 1978.1.17, 77도2193
- ③ 대판 1998.2.10, 97도3040
- ④ 업무상배임죄의 실행으로 인하여 이익을 얻게 되는 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자를 배임의 실행행위자와 공동정범으로 인정하기 위해서는 실행행위자의 행위자 피해자인 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 것을 알면서도 소극적으로 그 배임행위에 편승하여 이익을 취득한 것만으로는 부족하고, 실행행위자의 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담할 것을 필요로 한다(대판 1999.7.23, 99도1911).
- ⑤ 공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여는 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다 할 것이나, 공모관계에서의 이탈은 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다(대판 2008.4.10, 2008도1274).

문 10] 정답 ③

- ㉠ (X) 강간죄는 부녀를 간음하기 위하여 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 개시한 때에 그 실행의 착수가 있다고 보아야 할 것이고, 실제로 그와 같은 폭행 또는 협박에 의하여 피해자의 항거가 불능하게 되거나 현저히 곤란하게 되어야만 실행의 착수가 있다고 볼 것은 아니다(대판 2000.6.9, 2000도1253).

- ㉠ (O) 강간이 미수에 그치거나 간음의 결과 사정을 하지 않은 경우라도 그로 인하여 피해자가 상해를 입었으면 강간치상죄가 성립하는 것이고, 강간치상죄에 있어 상해의 결과는 강간의 수단으로 사용한 폭행으로부터 발생한 경우뿐 아니라 간음행위 그 자체로부터 발생한 경우나 강간에 수반하는 행위에서 발생한 경우도 포함하는 것이다(대판 1999.4.9, 99도519).
- ㉡ (O) 대판 2009.9.10, 2009도3580
- ㉢ (X) 피고인이 간음할 목적으로 새벽 4시에 여자 혼자 있는 방문 앞에 가서 피해자가 방문을 열어 주지 않으면 부수고 들어갈 듯한 기세로 방문을 두드리고 피해자가 위협을 느끼고 창문에 걸터 앉아 가까이 오면 뛰어 내리겠다고 하는데도 베란다를 통하여 창문으로 침입하려고 하였다면 강간의 수단으로서의 폭행에 착수하였다고 할 수 있으므로 강간의 착수가 있었다고 할 것이다(대판 1991.4.9, 91도288).
- ㉣ (O) 혼인관계가 존속하는 상태에서 남편이 처의 의사에 반하여 폭행 또는 협박으로 성교행위를 한 경우 강간죄가 성립하는지 여부는 별론으로 하더라도, 적어도 당사자 사이에 혼인관계가 파탄되었을 뿐만 아니라 더 이상 혼인관계를 지속할 의사가 없고 이혼의사의 합치가 있어 실질적인 부부관계가 인정될 수 없는 상태에 이르렀다면, 법률상의 배우자인 처도 강간죄의 객체가 된다(대판 2009.2.12, 2008도8601).

문 11] 정답 ③

- ㉠ (O) [1] 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다.
[2] 절도미수범이 체포를 면탈할 목적으로 폭행한 행위는 준강도죄의 미수가 성립한다(대판 2004.11.18, 2004도5074 전원합의체).
- ㉡ (O) [1] 준강도는 절도범인이 절도의 기회에 재물탈환의 항거 등의 목적으로 폭행 또는 협박을 가함으로써 성립되는 것으로서, 여기서 절도의 기회라고 함은 절도범인과 피해자측이 절도의 현장에 있는 경우와 절도에 잇달아 또는 절도의 시간·장소에 접착하여 피해자측이 범인을 체포할 수 있는 상황, 범인이 죄적인멸에 나올 가능성이 높은 상황에 있는 경우를 말하고, 그러한 의미에서 피해자측이 추적태세에 있는 경우나 범인이 일단 체포되어 아직 신병확보가 확실하다고 할 수 없는 경우에는 절도의 기회에 해당한다.
[2] 절도범인이 일단 체포되었으나 아직 신병확보가 확실하지 않은 단계에서 체포 상태를 면하기 위해 폭행하여 상해를 가한 경우, 그 행위는 절도의 기회에 체포를 면탈할 목적으로 폭행하여 상해를 가한 것으로서 강도상해죄에 해당한다고 한 사례(대판 2001.10.23, 2001도4142)
- ㉢ (X) 피고인을 체포하려는 피해자가 체포에 필요한 정도를 넘어서서 발로 차며 누굴 9, 10번 골절상, 좌폐기흉증, 좌흉막출혈 등 전치 3개월을 요하는 중상을 입힐 정도로 심한 폭력을 가해오자 피고인이 이를 피하기 위하여 영겁결에 숲뚜껑

을 들어 위 폭력을 막아 내려다가 그 숲뚜껑에 스치어 피해자가 상처를 입게 되었다면 피고인의 위 행위는 일반적·객관적으로 피해자의 체포의사를 제압할 정도의 폭행에 해당하지 않는다고 할 것이므로 준강도상해죄는 성립되지 않는다(대판 1990.4.24, 90도193)

- ㉣ (X) 2인 이상이 합동하여 절도를 한 경우 범인 중의 1인이 체포를 면탈 목적으로 폭행을 하여 상해를 가한 때에는 나머지 범인도 이를 예기하지 못한 것으로 볼 수 없으면 강도상해죄의 죄책을 면할 수 없다(대판 1984.12.26, 84도2552).
- ㉤ (O) 절도범인이 처음에는 흥기를 휴대하지 아니하였으나, 체포를 면탈할 목적으로 폭행 또는 협박을 가할 때에 비로소 흥기를 휴대 사용하게 된 경우에는 형법 제334조의 예에 의한 준강도(특수강도의 준강도)가 된다(대판 1973.11.13, 73도1553 전원합의체). ※ 형법 제335조의 '전2조의 예에 의한다'에서 강도의 예에 의할 것인지 특수강도의 예에 의할 것인지는 폭행·협박의 태양에 따라 판단해야 한다는 취지이다.

문 12] 정답 ①

- ㉠ (O) 증거인멸등죄는 위증죄와 마찬가지로 국가의 형사사법작용 내지 징계작용을 그 보호법익으로 하므로, 위 법조문에서 말하는 '징계사건'이란 국가의 징계사건에 한정되고 사인간의 징계사건은 포함되지 않는다(대판 2007.11.30, 2007도4191).
- ㉡ (O) 대판 2000.3.24, 99도5275
- ㉢ (O) 피고인 자신이 직접 형사처분이나 징계처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 증인이 될 사람을 도피하게 하였다면, 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증인을 도피하게 한 결과가 된다고 하더라도 이를 증인도피죄로 처벌할 수 없다(대판 2003.3.14, 2002도6134)
- ㉣ (O) 대판 1998.2.10, 97도2961
- ㉤ (O) 대판 1982.4.27, 82도274

문 13] 정답 ①

- ㉠ (O) [1] 물건변동에 있어서 형식주의를 채택하고 있는 현행 민법하에서는 소유권을 이전한다는 의사 외에 부동산에 있어서는 등기를, 동산에 있어서는 인도를 필요로 함과 마찬가지로 이 사건 쪽파와 같은 수확되지 아니한 농작물에 있어서는 명인방법을 실시함으로써 그 소유권을 취득한다.
[2] 쪽파의 매수인이 명인방법을 갖추지 않은 경우 쪽파에 대한 소유권을 취득하였다고 볼 수 없어 그 소유권은 여전히 매도인에게 있고 매도인과 제3자 사이에 일정기간 후 임의처분의 약정이 있었다면 그 기간 후에 제3자가 쪽파를 손괴하였더라도 재물손괴죄가 성립하지 않는다(대판 1996.2.23, 95도2754)
- ㉡ (O) 대판 1992.7.28, 92도1345
- ㉢ (O) 피고인이 경락받은 농수산물 저온저장 공장건물 중 공

냉식 저온창고를 수냉식으로 개조함에 있어 그 공장에 시설된 피해자 소유의 자재에 관하여 피해자에게 철거를 최고하는 등 적법한 조치를 취함이 없이 이를 일방적으로 철거하게 하여 손괴하였다면 이는 재물손괴의 범의가 없었다고 할 수 없고 이것이 사회상규상 당연히 허용되는 것이라고 할 수도 없다(대판 1990.5.22, 90도700)

- ㉞ (O) 대판 1982.7.27, 82도223
- ㉟ (O) 회사의 경리사무 처리상 필요불가결한 매출계산서·매출명세서 등의 반환을 거부함으로써 그 문서들을 일시적으로 그와 같은 용도에 사용할 수 없게 하는 것도 그 문서의 효용을 해한 경우에 해당한다(대판 1971.11.23, 71도1576).

문 14] 정답 ②

- ① 공사대금채권과 대여금채권을 합산하여 임대차보증금반환채권으로 전환하기로 합의하여 임대차계약을 체결하고 실제로 임차인이 임대차목적물에 거주하면서 주민등록전입신고를 하고 확정일자 받은 경우 임차인이 이에 기하여 경매법원으로부터 배당을 받은 행위를 사기죄로 의율할 수 없다(대판 2004.7.22, 2003도6412)
- ② 부동산의 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 매도하고 매매를 원인으로 한 소유권이전등기까지 마치 준 경우 명의신탁의 법리상 대외적으로 수탁자에게 그 부동산의 처분권한이 있는 것임이 분명하고 제3자로서도 자기명의의 소유권이전등기가 마쳐진 이상 무슨 실질적인 재산상의 손해가 있을 리 없으므로 그 명의신탁 사실과 관련하여 신의칙상 고지의무가 있다거나 기망행위가 있었다고 볼 수도 없어서 그 제3자에 대한 사기죄가 성립될 여지가 없고, 나아가 그 처분시 매도인(명의수탁자)의 소유라는 말을 하였다고 하더라도 역시 사기죄가 성립하지 않는다(대판 2007.1.11, 2006도4498).
- ③ 분식회계에 의한 재무제표 등으로 금융기관을 기망하여 대출을 받았다면 사기죄는 성립하고, 변제회사와 변제능력의 유무 그리고 충분한 담보가 제공되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없고 사후에 대출금이 상환되었다고 하더라도 사기죄의 성립에는 영향이 없다(대판 2005.4.29, 2002도7262).
- ④ 대판 2007.4.12, 2007도967 공보불게제
- ⑤ 대판 1999. 2.12, 98도3549

문 15] 정답 ⑤

- ㉠ (성립 X) 피의자나 참고인이 아닌 자가 자발적이고 계획적으로 피의자를 가장하여 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하였다 하여 바로 이를 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다. 따라서 피고인에게 범인은닉죄만을 적용하여 처벌을 하고 위계에 의한 공무집행죄에 관하여 무죄를 선고한 원심판결은 정당하다 할 것이다(대판 1977.2.8, 76도3685).
- ㉡ (성립 X) 일반적으로 출원 등에 의한 행정관청의 인허가처분

은 그 인·허가요건을 신청서 기재와 부속소명자료 등에 의하여 그 인·허가여부를 심사 결정하는 것이며 이는 출원사유가 사실과 부합하지 아니하는 경우가 있음을 전제로 하는 것이므로 출원자가 그 출원사유에 허위의 사실을 기재하고 허위의 소명자료를 첨부하였는데 행정관청이 그 출원사유가 진실한 것이라고 경신하고 이를 받아들였다면 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 것으로 그 출원자의 위계에 의한 것이었다고는 할 수 없으므로 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 아니한다(대판 1982.12.14, 82도2207).

- ㉢ (성립 X) 구체적이고 현실적으로 감시·단속업무를 수행하는 교도관에 대하여 위계를 사용하여 그 업무집행을 못하게 한다면 이에 대하여 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 것이지만, 수용자가 교도관의 감시·단속을 피하여 규율위반행위를 하는 것만으로는 단순히 금지규정에 위반되는 행위를 한 것에 지나지 아니할 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고는 할 수 없고, 수용자가 아닌 자가 교도관의 검사 또는 감시를 피하여 금지물품을 교도소 내로 반입되도록 하였다고 하더라도 교도관에게 교도소 등의 출입자와 반출·입 물품을 단속·검사하거나 수용자의 거실 또는 신체 등을 검사하여 금지물품 등을 회수하여야 할 권한과 의무가 있는 이상 그러한 수용자 아닌 자의 행위를 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당하는 것으로는 볼 수 없으며, 교도관이 수용자의 규율위반행위를 알면서도 이를 방치하거나 도와주었다라고 이를 다른 교도관 등에 대한 관계에서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하는 것으로 볼 수는 없다(대판 2003.11.13, 2001도7045)
- ㉣ (성립 X) 민사소송을 제기함에 있어 피고의 주소를 허위로 기재하여 법원공무원으로 하여금 변론기일소환장 등을 허위주소로 송달케 하였다는 사실만으로는 이로 인하여 법원공무원의 구체적이고 현실적인 어떤 직무집행이 방해되었다고 할 수는 없으므로 이로써 바로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 볼 수는 없다(대판 1996.10.11, 96도312)
- ㉤ (성립 O) 고등학교 입학원서 추천서란을 사실과 다르게 조작 허위기재하여 그 추천서 성적이 고등학교 입학전형의 자료가 되었다면 위계에 의하여 고등학교 입학전형업무를 방해한 것이다(대판 1983.9.27, 83도1864)

문 16] 정답 ④

- ① 대판 1998.4.14, 97도3340
- ② 대판 1989.8.8, 89도664
- ③ 절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행·협박을 가한 때에는 준강도죄와 공무집행방해죄를 구성하고 양죄는 상상적 경합관계에 있으나, 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행·협박을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄는 실제적 경합관계에 있다(대판 1992.7.28, 92도917).
- ④ 강도가 한 개의 강도범행을 하는 기회에 수명의 피해자에게 각 폭행을 가하여 각 상해를 입힌 경우에는 각 피해자별로

수개의 강도상해죄가 성립하며 이들은 실체적 경합범의 관계에 있다(대판 1987.5.26, 87도527).

⑤ 대판 1984.11.27, 84도2263

문 17] 정답 ⑤

- ① 대판 1999.9.15, 95도2870 전원합의체
- ② 대판 1999.7.9, 99도1695
- ③ 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소한 피고사건은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당하므로, 결국 이 부분 공소사실은 무죄라 할 것이다(대판 1999.12.24, 99도3003).
- ④ 대판 1995.6.16, 94도2413
- ⑤ [1] 형법 제225조의 공문서변조나 위조죄의 객체인 공문서는 공무원 또는 공무원소가 그 직무에 관하여 작성하는 문서이고, 그 행위주체가 공무원과 공무원소가 아닌 경우에는 형법 또는 기타 특별법에 의하여 공무원 등으로 의제되는 경우를 제외하고는 계약 등에 의하여 공무와 관련된 업무를 일부 대행하는 경우가 있다 하더라도 공무원 또는 공무원소가 될 수는 없고, 특히 형벌법규의 구성요건을 법률의 규정도 없이 유추 확대해석하는 것은 죄형법정주의 원칙에 반한다.
[2] 지방세의 수납업무를 일부 관장하는 시중은행의 직원이나 은행은 형법 제225조 소정의 공무원 또는 공무원소가 되는 것은 아니고 세금수납영수증도 공문서에 해당하지 않는다(대판 1996.3.26, 95도3073)

문 18] 정답 ②

- ① 렌트카회사의 공동대표이사 중 1인이 회사보유차량을 자신의 개인적인 채무담보 명목으로 피해자에게 넘겨 주었는데 다른 공동대표이사인 피고인이 위 차량을 몰래 회수하도록 한 경우 위 피해자의 점유는 권리행사방해죄의 보호대상인 점유에 해당한다(대판 2006.3.23, 2005도4455).
- ② 주식회사의 대표이사가 대표이사의 지위에 기하여 그 직무 집행행위로서 타인이 점유하는 위 회사의 물건을 취거한 경우 위 행위는 위 회사의 대표기관으로서의 행위라고 평가되므로, 위 회사의 물건도 권리행사방해죄에 있어서의 '자기의 물건'이라고 보아야 할 것이다(대판 1992.1.21, 91도1170)
- ③ 대판 2005.11.10, 2005도6604
- ④ 무효인 경매절차에서 경매목적물을 경락받아 이를 점유하고 있는 낙찰자의 점유는 적법한 점유로서 그 점유자는 권리행사방해죄에 있어서의 타인의 물건을 점유하고 있는 자라고 할 것이다(대판 2003.11.28, 2003도4257).
- ⑤ 명의대여 약정에 따른 신청에 의하여 발급된 영업허가증과 사업자등록증은 피해자가 인도받음으로써 피해자의 소유가 되었다고 할 것이므로, 이를 명의대여자가 가지고 간 행위가 절도죄에 해당한다고 한 사례(대판 2004.3.12, 2002도5090)

문 19] 정답 ③

- ㉠ (O) 대판 2000.3.10, 98도2579
- ㉡ (X) [1] 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 없다.
[2] 甲이 권한 없이 인터넷뱅킹으로 타인의 예금계좌에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체한 후 그 중 일부를 인출하여 그 정을 아는 乙에게 교부한 경우, 甲이 컴퓨터등사용사기죄에 의하여 취득한 예금채권은 재물이 아니라 재산상 이익이므로 그가 자신의 예금계좌에서 돈을 인출하였다더라도 장물을 금융기관에 예치하였다가 인출한 것으로 볼 수 없으므로 乙은 장물취득죄가 성립하지 않는다(대판 2004.4.16, 2004도353)
- ㉢ (O) 횡령 교사를 한 후 그 횡령한 물건을 취득한 때에는 횡령교사죄와 장물취득죄의 경합범이 성립된다(대판 1969.6.24, 69도692).
- ㉣ (X) 전화가입권은 하나의 채권적 권리로서 재산상의 이익은 될지언정 재물이 아니라 하여 장물죄로 처단할 수 없다(대판 1971.2.23, 70도2589). ※ 재산상 이익이나 권리는 재물이 아니므로 장물이 될 수 없다. 따라서 업무상 과실로 채권적 권리를 취득하였다더라도 업무상과실장물취득죄가 성립하지 않는다.
- ㉤ (O) 대판 1986.1.21, 85도2472

문 20] 정답 ③

- ① 부동산등기부상 소유자로 등기된 적이 있는 자가 자기 이후에 소유권이전등기를 경료한 등기명의인들을 상대로 허위의 사실을 주장하면서 그들 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우 그 소송에서 승소한다면 등기명의인들의 등기가 말소됨으로써 그 소송을 제기한 자의 등기명의가 회복되는 것이므로 이는 법원을 기망하여 재물이나 재산상 이익을 편취한 것이라고 할 것이고 따라서 등기명의인들 전부 또는 일부를 상대로 하는 그와 같은 말소등기청구 소송의 제기는 사기의 실행에 착수한 것이라고 보아야 한다(대판 2003.7.22, 2003도1951).
- ② 적극적 소송당사자인 원고뿐만 아니라 방어적인 위치에 있는 피고라 하더라도 허위내용의 서류를 작성하여 이를 증거로 제출하거나 위증을 시키는 등의 적극적인 방법으로 법원을 기망하여 착오에 빠지게 한 결과 승소확정판결을 받음으로써 자기의 재산상의 의무이행을 면하게 된 경우에는 그 재산가액 상당에 대하여 사기죄가 성립한다고 할 것이고, 그

와 같은 경우에는 적극적인 방법으로 법원을 기망할 의사를 가지고 허위내용의 서류를 증거로 제출하거나 그에 따른 주장을 담은 답변서나 준비서면을 제출한 경우에 사기죄의 실행의 착수가 있다고 볼 것이다(대판 1998.2.27, 97도2786).

- ③ 토지를 20년 이상 점유하여 왔더라도 그 점유권원의 성질이 불분명하여 일단 자주점유로 추정받기는 하나 상대방이 그 추정을 번복시킬 수 있는 사실을 입증하면 취득시효를 인정받을 수 없어 결국 상대방의 입증여부에 따라 소송의 승패가 결정되는 소송에서, 소송의 승패에 결정적인 증거인 자주점유의 권원에 관한 처분문서를 위조하고 그 성립에 관한 위증을 교사함으로써 상대방의 추정번복의 입증을 원천적으로 봉쇄하고 법원으로서도 그 처분문서의 성립이 인정되는 한 채증법칙상 그 문서의 내용대로 인정할 수밖에 없도록 하는 등의 소송행위는 사회통념상 도저히 용인될 수 없다고 할 것이므로, 비록 점유자가 자주점유로 추정받는다고 하더라도 위와 같은 기망행위에 의하여 적극적으로 법원을 기망하여 착오에 빠지게 함으로써 승소판결을 받고 등기까지 했던 것이라면 그 행위는 정당한 권리행사라 할 수 없어 사기죄를 구성한다(대판 1997.10.14, 96도1405).
- ④ 근저당권자의 대리인인 피고인이 채무자 겸 소유자인 피해자를 대리하여 경매개시결정 정보를 받을 권한이 없음에도, 경매개시결정 정보 등 서류의 수령을 피고인에게 위임한다는 내용의 피해자 명의의 위임장을 위조하여 법원에 제출하는 방법으로 경매개시결정 정보를 교부받은 사안에서, 위 행위는 사회통념상 도저히 용인될 수 없으므로 비록 근저당권이 유효하다고 하더라도 사기죄의 기망행위에 해당한다고 한 사례(대판 2009.7.9, 2009도295).
- ⑤ 가압류는 강제집행의 보전방법에 불과하고 그 기초가 되는 허위의 채권에 의하여 실제로 청구의 의사표시를 한 것이라고 할 수 없으므로 소의 제기 없이 가압류신청을 한 것만으로는 사기죄의 실행에 착수한 것이라고 할 수 없다(대판 1982.10.26, 82도1529).

문 21] 정답 ②

- ㉠ (O) 형법상 방조는 작위에 의하여 정범의 실행행위를 용이하게 하는 경우는 물론, 직무상의 의무가 있는 자가 정범의 범죄행위를 인식하면서도 그것을 방지하여야 할 제반조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 정범의 실행행위를 용이하게 하는 경우에도 성립된다 할 것이다(대판 1984.11.27, 84도1906).
- ㉡ (O) 대판 1994.4.26, 93도1731
- ㉢ (X) 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다(대판 2008.3.27, 2008도89).
- ㉣ (O) 형법상 부작위범이 인정되기 위해서는 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할

수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다(대판 1992.1.11, 91도2951).

- ㉤ (O) 형법상 부작위범에서의 작위의무는 법적인 의무이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 작위의무가 법적인 의무인 한 성문법이건 불문법이건 상관없이 없고 또 공범이건 사범이건 불문하므로, 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다(대판 1996.9.6, 95도2551).

문 22] 정답 ①

- ① [1] 강제추행치상죄에서 상해의 결과는 강제추행의 수단으로 사용한 폭행이나 추행행위 그 자체 또는 강제추행에 수반하는 행위로부터 발생한 것이어야 한다. 따라서 상해를 가한 부분을 고의범인 상해죄로 처벌하면서 이를 다시 결과적 가중범인 강제추행치상죄의 상해로 인정하여 이중으로 처벌할 수는 없다.
- [2] 피고인이 피해자를 폭행하여 비골 골절 등의 상해를 가한 다음 강제추행한 사안에서, 피고인의 위 폭행을 강제추행의 수단으로서의 폭행으로 볼 수 없어 위 상해와 강제추행 사이에 인과관계가 없다는 이유로, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반죄로 처벌한 상해를 다시 결과적 가중범인 강제추행치상죄의 상해로 인정한 원심판결을 파기한 사례(대판 2009.7.23, 2009도1934). ※ 고의로 상해를 가한 다음 강제추행한 경우에는 강제추행치상죄로 처벌할 수 없다.
- ② 1~2개월간 입원할 정도로 다리가 부러진 상해 또는 3주간의 치료를 요하는 우측흉부자상이 중상해에 해당하지 않는다(대판 2005.12.9, 2005도7527).
- ③ 대판 1983.4.26, 83도524
- ④ 대판 2006.12.8, 2006도6155
- ⑤ 대판 1991.5.10, 90도2102

문 23] 정답 ②

- ㉠ (O) 제35조 제2항 참고
- ㉡ (O) 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(대판 1986.11.11, 86도2004).
- ㉢ (X) 형법 제35조 제1항에 규정된 “금고 이상에 해당하는 죄”라 함은 유기금고형이나 유기징역형으로 처단할 경우에 해당하는 죄를 의미하는 것으로서, 법정형 중 벌금형을 선택한 경우에는 누범가중을 할 수 없다(대판 1982.9.14, 82도

1702).

- ㉞ (O) 대판 1983.8.23, 83도1600
- ㉟ (O) 판결선고후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다. 단, 선고한 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 후에는 예외로한다(형법 제36조).

문 24] 정답 ①

- ① 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).
- ② 대판 2000.6.27, 2000도1155
- ③ 대판 1992.12.24, 92도1223
- ④ 대판 1989.10.24, 87도126
- ⑤ 대판 1999.1.29, 98도4182

문 25] 정답 ①

- ㉿ (O) 대판 1996.9.24, 96도2151
- ㊀ (O) 대판 2005.9.29, 2005도4738
- ㊁ (O) 공갈죄의 수단으로서 협박은 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말하고, 해악의 고지는 반드시 명시적 방법에 의한 것을 요하지 않고 언어나 거동에 의하여 상대방으로 하여금 어떠한 해악에 이르게 할 것이라는 인식을 갖게 한 것이면 족한 것이며, 이러한 해악의 고지가 비록 정당한 권리의 실현 수단으로 사용된 경우라고 하여도 그 권리실현의 수단방법이 사회통념상 허용되는 정도나 범위를 넘는 것인 이상 공갈죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다(대판 1995.3.10, 94도2422)
- ㊂ (O) 대판 1992.9.14, 92도1506
- ㊃ (O) 대판 1996.9.20, 95도1728

문 26] 정답 ②

- ㉿ (O) 토지거래 허가구역 안의 토지에 관하여 실제로는 매매계약을 체결하고서도 처음부터 토지거래허가를 잠탈하려는 목적으로 등기원인을 '증여'로 하여 소유권이전등기를 경로한 경우, 비록 매도인과 매수인 사이에 실제의 원인과 달리 '증여'를 원인으로 한 소유권이전등기를 경로할 의사의 합치가 있더라도, 허위신고를 하여 공정증서원본에 불실의 사실을 기재하게 한 때에 해당한다고 한 사례(대판 2007.11.30, 2005도9922).
- ㊀ (O) 종종 소유의 부동산은 종종 총회의 결의를 얻어야 유효하게 처분할 수 있다 하더라도 거래 상대방으로서는 부동산

등기부상에 표시된 종종 대표자를 신뢰하고 거래하는 것이 일반적이라는 점 등에 비추어 보면, 종종 대표자의 기재는 당해 부동산의 처분권한과 관련된 중요한 부분의 기재로서 이에 대한 공공의 신용을 보호할 필요가 있으므로 이를 허위로 등제한 경우에는 공정증서원본불실기재죄의 대상이 되는 불실의 기재에 해당한다(대판 2006.1.13, 2005도4790)

- ㊁ (O) 대판 1991.9.24, 91도1164
- ㊂ (X) 협의상 이혼의 의사표시가 기망에 의하여 이루어진 것일지라도 그것이 취소되기까지는 유효하게 존재하는 것이므로, 협의상 이혼의사의 합치에 따라 이혼신고를 하여 효력에 그 협의상 이혼사실이 기재되었다면 이는 공정증서원본불실기재죄에 정한 불실의 사실에 해당하지 않는다(대판 1997.1.24, 95도448).
- ㊃ (O) 대판 1996.11.22, 96도2049

문 27] 정답 ③

- ㉿ (X) 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기한 경우 사기죄의 불능범에 해당한다고 한 사례(대판 2005.12.8, 2005도8105).
- ㊀ (O) 대판 1992.7.28, 92도917
- ㊁ (X) 피고인의 제소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 그 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하므로 사기죄를 구성할 수 없다(대판 2002.1.11, 2000도1881)
- ㊂ (O) 대판 1997.6.13, 97도957

문 28] 정답 ②

- ① 대판 2002.8.23, 2001도5592
- ② 도급인의 공사계약 해제가 적법하고 수급인이 스스로 공사를 중단한 상태에서 도급인이 공사현장에 남아 있는 수급인 소유의 공사자재 등을 다른 곳에 옮겨 놓았다고 하여 도급인이 수급인의 공사업무를 방해한 것으로 볼 수는 없다(대판 1999.1.29, 98도3240).
- ③ 대판 2001.11.30, 2001도2015
- ④ 대판 2005.5.27, 2004도8447
- ⑤ 대판 2003.9.26, 2002도3924

문 29] 정답 ②

- ㉿ (O) 대판 1995.2.24, 94도3163
- ㊀ (O) 대판 1999.8.24, 99도1194
- ㊁ (O) 대판 1992.7.28, 92도999
- ㊂ (O) 대판 1992.8.18, 92도1425
- ㊃ (X) 소아기호증과 같은 질환이 있다는 사정은 그 자체만으로는 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하고, 다만 그 증상이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병이 있는 사람과 동등하다고 평가할 수 있거나 다른 심신장애사유와 결합된 경우 등에는 심신장애를 인정할 여지

가 있다(대판 2007.2.8, 2006도7900).

문 30] 정답 ②

- ㉠ (O) 대판 2002.8.23, 2002도46
- ㉡ (O) 대판 1995.7.25, 95도391
- ㉢ (O) 대판 1995.6.30, 94도1017
- ㉣ (X) 수개의 범죄사실 중 일부에 관하여만 자수한 경우에는 그 부분의 범죄사실에 대하여만 자수의 효력이 있다(대판 1994.10.14, 94도2130).
- ㉤ (O) 대판 1965.10.5, 65도597

문 31] 정답 ④

- ① 대판 2003.11.13, 2003도3606
- ② 사문서를 작성·수정함에 있어 그 명의자의 명시적이거나 묵시적인 승낙이 있었다면 사문서위·변조죄에 해당하지 않고, 한편 행위 당시 명의자의 현실적인 승낙은 없었지만 행위 당시의 모든 객관적 사정을 종합하여 명의자가 행위 당시 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되는 경우 역시 사문서위·변조죄가 성립하지 않는다(대판 2003.5.30, 2002도235).
- ③ [1] 주주총회에 참석한 의결권 대리인이 회사 사무실을 뒤져 원하는 장부를 찾아낸 경우 형법 제20조 소정의 정당행위라고 볼 수 없다는 이유로 방실수색죄가 성립한다고 한 사례
[2] 회사의 정기주주총회에 적법하게 참석한 주주라고 할지라도 주주총회장에서의 질문, 의사진행 발언, 의결권의 행사 등의 주주총회에서의 통상적인 권리행사 범위를 넘어서서 회사의 구체적인 회계장부나 서류철 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 회사운영을 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(대판 2001.9.7, 2001도2917).
- ④ 2인 이상이 하나의 공간에서 공동생활을 하고 있는 경우에는 각자 주거의 평온을 누릴 권리가 있으므로, 사용자가 제3자와 공동으로 관리·사용하는 공간을 사용자에 대한 쟁의행위를 이유로 관리자의 의사에 반하여 침입·점거한 경우, 비록 그 공간의 점거가 사용자에 대한 관계에서 정당한 쟁의행위로 평가될 여지가 있다 하여도 이를 공동으로 관리·사용하는 제3자의 명시적 또는 추정적인 승낙이 없는 이상 위 제3자에 대해서까지 이를 정당행위라고 하여 주거침입의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다(대판 2010.3.11, 2009도5008).

⑤ 자기앞수표를 갈취당한 자가 이를 분실하였다고 허위로 공시최고신청을 하여 제권판결을 선고받은 경우, 그 수표를 갈취하여 소지하고 있는 자에 대한 사기죄가 성립된다고 한 사례(대판 2003.12.26, 2003도4914)

문 32] 정답 ⑤

- (1) 형의 가중, 감경사유가 경합된 때에는 i) 각칙 본조에 의한 가중, ii) 제34조 제2항(특수교사·방조)의 가중, iii) 누범가중, iv) 법률상 감경, v) 경합범 가중, vi) 작량감경의 순서에 의한다. (제56조 참고)
- (2) 누범 가중 : 피고인은 사기죄로 징역형을 선고받고 집행 종료 후 3년 내에 다시 금고 이상에 해당하는 죄를 범하였으므로 누범에 해당한다. 그런데 누범은 장기만 가중할 뿐 단기는 가중하지 않으므로, 처단형의 범위는 甲죄에 대해서는 1년 이상 10년 이하의 징역, 乙죄에 대해서는 4년 이하의 징역이 된다.
- (3) 경합범 가중 : 甲죄와 乙죄는 동시적 경합범관계에 있고, 각 죄의 형이 징역형으로 동종의 형으로 규정되어 있으므로 제38조 제1항 제2호에 의하여 가장 중한 죄에 정한 장기의 1/2까지 가중한다. 따라서 甲죄에 정한 장기의 1/2까지 가중하면 1년 이상 15년 이하가 되지만, 각죄에 정한 장기를 합산한 형기(10년 + 4년)를 초과할 수 없으므로 1년 이상 14년 이하의 징역이 된다.
- (4) 작량감경 : 피고인에게 작량감경할 경우에는 6월 이상 7년 이하의 징역이 된다. 이것이 최종적인 처단형이 된다.

문 33] 정답 ①

- ㉠ (O) 대판 2007.11.29, 2007도7480 공보불개
- ㉡ (O) 부동산중개사무소를 대표하거나 대리할 권한이 없는 사람이 부동산매매계약서의 공인중개사란에 ‘○○부동산 대표 △△△(피고인의 이름)’라고 기재한 사안에서, ‘○○부동산’이라는 표기는 단순히 상호를 가리키는 것이 아니라 독립한 사회적 지위를 가지고 활동하는 존재로 취급될 수 있으므로 자격모용사문서작성죄의 ‘명의인’에 해당한다고 본 사례(대판 2008.2.14, 2007도9606).
- ㉢ (O) 공문서변조라 함은 권한없이 이미 진정하게 성립된 공무원 또는 공무원명의의 문서내용에 대하여 그 동일성을 해하지 아니할 정도로 변경을 가하는 것을 말한다 할 것이므로, 이미 허위로 작성된 공문서는 형법 제225조 소정의 공문서변조죄의 객체가 되지 아니한다(대판 1986.11.11, 86도1984).
- ㉣ (O) 문서위조죄는 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 그 보호법익으로 하는 것이므로 행사할 목적으로 작성된 문서가 일반인으로 하여금 당해 명의인의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿게 할 수 있는 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 문서위조죄가 성립하는 것이고, 위와 같은 요건을 구비한 이상 그 명의인이 실재하지 않는 허무인이거나 또는 문서의

작성일자 전에 이미 사망하였다고 하더라도 그러한 문서 역시 공공의 신용을 해할 위험성이 있으므로 문서위조죄가 성립한다고 봄이 상당하며, 이는 공문서뿐만 아니라 사문서의 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다(대판 2005.2.24, 2002도18, 전원합의체).

- ㉠ (O) 타인의 대표자 또는 대리자가 그 대표명의 또는 대리명의를 써서 또는 직접 본인의 명의를 사용하여 문서를 작성할 권한을 가지는 경우에 그 지위를 남용하여 단순히 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 마음대로 문서를 작성한 때라고 할지라도 문서위조죄는 성립하지 아니한다(대판 1983.4.12, 83도332).

문 34] 정답 ③

- ㉠ (O) 대판 2008.9.11, 2008도5364
- ㉡ (O) 대판 2006.10.27, 2004도6503
- ㉢ (X) 1인 회사의 주주가 자신의 개인채무를 담보하기 위하여 회사 소유의 부동산에 대하여 근저당권설정등기를 마쳐 주어 배임죄가 성립한 이후에 그 부동산에 대하여 새로운 담보권을 설정해 주는 행위는 선순위 근저당권의 담보가치를 공제한 나머지 담보가치 상당의 재산상 이익을 침해하는 행위로서 별도의 배임죄가 성립한다(대판 2005.10.28, 2005도4915).
- ㉣ (X) 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 불가별적 사후행위에 해당하는 횡령물의 처분행위로서 별개의 횡령죄를 구성하지 아니한다(대판 1999.11.26, 99도2651).
- ㉤ (O) 대마취급자가 아닌 자가 절취한 대마를 흡입할 목적으로 소지하는 행위는 절도죄의 불가별적 사후행위로서 절도죄에 포괄흡수된다고 할 수 없고 절도죄 외에 별개의 죄를 구성한다고 할 것이며, 절도죄와 무허가대마소지죄는 경합범의 관계에 있다(대판 1999.4.13, 98도3619).

문 35] 정답 ③

[1] 금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하되 점유개정에 의하여 채무자가 이를 계속 점유하기로 한 경우, 특별한 사정이 없는 한 동산의 소유권은 신탁적으로 이전됨에 불과하여 채권자와 채무자 사이의 대내적 관계에서 채무자는 의연히 소유권을 보유하나, 대외적인 관계에 있어서 채무자는 동산의 소유권을 이미 채권자에게 양도한 무권리자가 되는 것이어서 다시 다른 채권자와 사이에 양도담보 설정계약을 체결하고 점유개정의 방법으로 인도를 하더라도 선의취득이 인정되지 않는 한 나중에 설정계약을 체결한 채권자는 양도담보권을 취득할 수 없는데 현실의 인도가 아닌 점유개정으로는 선의취득이 인정되지 아니하므로 결국 뒤의 채권자는 양도담보권을 취득할

수 없고, 따라서 이와 같이 채무자가 그 소유의 동산에 대하여 점유개정의 방식으로 채권자들에게 이중의 양도담보 설정계약을 체결한 후 양도담보 설정자가 목적물을 임의로 제3자에게 처분하였다면 양도담보권자라 할 수 없는 뒤의 채권자에 대한 관계에서는 설정자인 채무자가 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수 없어 배임죄가 성립하지 않는다(대판 2004.6.25, 2004도1751). * 동산의 이중양도담보의 경우 나중에 양도담보설정계약을 맺은 자는 유효하게 양도담보권을 취득할 수 없으므로 채무자인 양도담보 설정자가 이를 처분하더라도 乙에 대한 배임죄만 성립하고, 양도담보권을 취득하지 못한 丙에 대해서는 배임죄가 성립하지 않는다.

[2] 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이고, 이러한 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니함을 말하는 것으로서, 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정되는 것이다(대판 1998.12.8, 98도3263)

* 담보권이 설정된 동산을 매도한 경우 매도인이 매수인에게 이와 관련된 구체적 사정을 고지하지 아니함으로써 매수인이 매매목적물에 대한 권리확보를 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서도 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니한 채 매도한 경우에는 사기죄의 구성요건인 기망에 해당한다.

문 36] 정답 ①

- ㉠ (O) 형법 제344조, 제328조 제1항 소정의 친족간의 범행에 관한 규정이 적용되기 위한 친족관계는 원칙적으로 범행 당시에 존재하여야 하는 것이지만, 父가 혼인 외의 출생자를 인지하는 경우에 있어서는 민법 제860조에 의하여 그 자의 출생시에 소급하여 인지의 효력이 생기는 것이며 이와 같은 인지의 소급효는 친족상도례에 관한 규정의 적용에도 미친다고 보아야 할 것이므로, 인지가 범행 후에 이루어진 경우라고 하더라도 그 소급효에 따라 형성되는 친족관계를 기초로 하여 친족상도례의 규정이 적용된다(대판 1997.1.24, 96도1731).
- ㉡ (O) 대판 2008.7.24, 2008도3438
- ㉢ (O) 대판 1980.11.11, 80도131
- ㉣ (O) 특별법인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률에 친족상도례에 관한 형법 제354조, 제328조의 적용을 배제한다는 명시적인 규정이 없으므로, 형법 제354조는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항 위반죄에도 그대로 적용된다(대판 2000.10.13, 99오1).

㉠ (O) 대판 1976.4.13, 75도781

문 37] 정답 ①

- ㉡ (O) 피고인이 피해자에게 이 사건 밍크 45마리에 관하여 자
가에게 그 권리가 있다고 주장하면서 이를 가져간 데 대하
여 피해자의 묵시적인 동의가 있었다면 피고인의 주장이 후
에 허위임이 밝혀졌더라도 피고인의 행위는 절도죄의 절취
행위에는 해당하지 않는다(대판 1990.8.10, 90도1211).
- ㉢ (O) [1] 일반인의 출입이 허용된 음식점이라 하더라도 영업
주의 명시적 또는 추정적 의사에 반하여 들어간 것이라면
주거침입죄가 성립되는바, 기관장들의 조찬모임에서의 대화
내용을 도청하기 위한 도청장치를 설치할 목적으로 손님을
가장하여 그 조찬모임 장소인 음식점에 들어간 경우에는 영
업주가 그 출입을 허용하지 않았을 것으로 보는 것이 경험
칙에 부합하므로 그와 같은 행위는 주거침입죄가 성립한다.
[2] 타인의 주거에 침입한 행위가 비록 불법선거운동을 적
발하려는 목적으로 이루어진 것이라고 하더라도 타인의 주
거에 도청장치를 설치하는 행위는 정당행위에 해당하지 않
는다(대판 1997.3.28, 95도2674).
- ㉣ (O) 대판 1985.12.10, 85도1892
- ㉤ (O) 산부인과 전문의 수련과정 2년차인 의사가 자신의 시진,
촉진결과 등을 과신한 나머지 초음파검사 등 피해자의 병증
이 자궁외 임신인지 자궁근종인지를 판별하기 위한 정밀한
진단방법을 실시하지 아니한 채 피해자의 병명을 자궁근종
으로 오진하고 이에 근거하여 의학에 대한 전문지식이 없는
피해자에게 자궁적출술의 불가피성만을 강조하였을 뿐 위와
같은 진단상의 과오가 없었으면 당연히 설명받았을 자궁외
임신에 관한 내용을 설명받지 못한 피해자로부터 수술승낙
을 받았다면, 위 승낙은 부정확 또는 불충분한 설명을 근거
로 이루어진 것으로서 수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙
이라고 볼 수 없다(대판 1993.7.27 92도2345).
- ㉥ (O) 건물의 소유자라고 주장하는 피고인과 그것을 점유관리
하고 있는 피해자 사이에 소유권에 대한 분쟁이 계속되고
있는 상황이라면 피고인이 그 건물에 침입하는 것에 대한
피해자의 추정적 승낙이 있었다거나 피고인의 이 사건 범행
이 사회상규에 위배되지 않는다고 볼 수 없다(대판
1989.9.12, 89도889).

문 38] 정답 ④

- ㉡ (X) 뇌물죄는 공무원의 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의
신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있
고, 직무에 관한 청탁이나 부정한 행위를 필요로 하는 것은
아니기 때문에 수수된 금품의 뇌물성을 인정하는 데 특별한
청탁이 있어야만 하는 것은 아니며, 또한 금품이 직무에 관
하여 수수된 것으로 족하고 개개의 직무행위와 대가적 관계
에 있을 필요는 없고, 공무원이 그 직무의 대상이 되는 사람
으로부터 금품 기타 이익을 받은 때에는, 사회상규에 비추어

볼 때에 의례상의 대가에 불과한 것이라고 여겨지거나 개인
적인 친분관계가 있어서 교분상의 필요에 의한 것이라고 명
백하게 인정할 수 있는 경우 등 특별한 사정이 없는 한, 직
무와의 관련성이 없는 것으로 볼 수 없으며, 공무원이 직무
와 관련하여 금품을 수수하였다면 비록 사교적 의례의 형식
을 빌려 금품을 주고받았다고 하더라도 그 수수한 금품은
뇌물이 되고, 나아가 뇌물죄가 직무집행의 공정과 이에 대한
사회의 신뢰를 그 보호법익으로 하고 있음에 비추어 볼 때
공무원이 금원을 수수하는 것으로 인하여 사회 일반으로부터
직무집행의 공정성을 의심받게 되는지의 여부도 하나의
판단 기준이 된다고 할 것이다(대판 2009.9.10, 2009도
5657 공보불게재 ; 동지대판 2001.9.18, 2000도5438)

- ㉢ (O) 대판 1999.1.29, 98도3584
- ㉣ (O) 대판 1987.12.22, 87도1699
- ㉤ (O) 대판 2001.10.12, 99도5294
- ㉥ (O) 대판 1998.9.22, 98도1234

문 39] 정답 ①

- ① 국토이용관리법 제21조의2에 의하여 지정된 토지의 거래계
약 허가구역 안에 있는 토지의 매매에 관하여 같은 법 제21
조의3 제1항에 의한 토지거래허가를 받은 바 없으므로, 그
매매계약은 채권적 효력도 없는 것이어서 매도인에게 매수
인에 대한 소유권이전등기에 협력할 의무가 생겼다고 볼 수
없으므로 매도인을 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하
는 자에 해당한다고 할 수 없고, 허가구역 안에 있는 토지의
거래당사자 사이에 그 허가를 받도록 서로 협력할 의무가
있다고 하더라도 이는 아직 타인의 사무로 볼 수는 없다(대
판 1996.2.9, 95도2891).
- ② 대판 1996.10.11, 95도2090
- ③ 자동차에 대하여 저당권이 설정되는 경우 자동차의 교환가
치는 그 저당권에 포섭되고, 저당권설정자가 자동차를 매도
하여 그 소유자가 달라지더라도 저당권에는 영향이 없으
므로, 특별한 사정이 없는 한 저당권설정자가 단순히 그 저당
권의 목적인 자동차를 다른 사람에게 매도한 것만으로는 배
임죄가 성립하지 아니한다(대판 2008.8.21, 2008도3651).
- ④ 배임죄에서 재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해
를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래
한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본
인의 모든 재산상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아
니하고 경제적 관점에서 파악하여야 한다(대판
2006.6.2, 2004도7112).
- ⑤ 대판 1995.3.24, 95도203

문 40] 정답 ②

- ㉠ (O) 대판 2003.5.30, 2000도5767
- ㉡ (O) 대판 1994.11.11, 94도343
- ㉢ (X) 주식회사의 대표이사가 대표이사의 지위에 기하여 그 직무집행행위로서 지입차주 등이 점유하는 위 회사의 버스를 취거한 경우 위 행위는 위 회사의 대표기관으로서의 행위라고 평가되므로, 위 회사의 물건도 권리행사방해죄에 있어서의 '자기의 물건'이라고 보아야 할 것이다(대판 1992.1.21, 91도1170)
- ㉣ (O) 형법 제323조 소정의 권리행사방해죄에 있어서의 취거라 함은 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건을 그 점유자의 의사에 반하여 그 점유자의 점유로부터 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말하므로, 점유자의 의사나 그의 하자있는 의사에 기하여 점유가 이전된 경우에는 여기에서 말하는 취거로 볼 수는 없다(대판 1988.2.23, 87도1952).
- ㉤ (O) 이 사건 선박이 공소외 회사명으로 소유권등기가 경료된 것이라면 위 선박은 피고인의 소유라 할 수 없고 피고인이 위 회사의 과점주주라거나 부사장이라 하여도 피고인의 소유라 할 수 없는 것이므로, 피고인이 타인이 점유중인 위 선박을 취거하였다 하여도 이는 권리행사방해죄를 구성하지 아니한다(대판 1984.6.26, 83도2413)