

형 법

문 1. 다음 중 목적범이 아닌 것은 모두 몇 개인가?

- | | |
|------------|-----------|
| ㉠ 허위진단서작성죄 | ㉡ 도박개장죄 |
| ㉢ 사문서위조죄 | ㉣ 무고죄 |
| ㉤ 은행매개죄 | ㉥ 명예훼손죄 |
| ㉦ 국가·국장모독죄 | ㉧ 강제집행면탈죄 |

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

정답 ②

해설 ★ ㉠ 허위진단서작성죄와 ㉥ 명예훼손죄는 목적범이 아니다.
 ㉡ 도박개장죄(제247조)는 ‘영리의 목적’, ㉢ 사문서위조죄(제232조)는 ‘행사할 목적’, ㉣ 무고죄(제156조)는 ‘타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적’, ㉤ 은행매개죄(제242조)는 ‘영리의 목적’, ㉦ 국가·국장모독죄(제105조)는 ‘대한민국을 모욕할 목적’, ㉧ 강제집행면탈죄(제327조)는 ‘강제집행을 면할 목적’을 요하는 목적범이다.

문 2. 다음 중 횡령죄에 관한 기술로서 옳은 것을 모두 고른 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 조합의 조합원들이 조합원총회의 결의로 조합자산의 처분을 조합원총회의 결의사항으로 정하고 총회의 결의사항의 집행을 위하여 필요한 경우에는 총회결의를 집행할 자를 따로 지정할 수 있도록 하면서 그와 같은 경우 업무집행조합원의 대리권이 소멸되는 것으로 조합규약을 제정하였는데, 업무집행조합원이 조합규약 및 조합원들의 의사에 반함을 알면서도 업무집행조합원의 지위에서 보관중이던 조합자산을 처분하였다면 횡령의 범의를 인정할 수 있다.
- ㉡ 횡령죄에서 말하는 보관자의 지위는 부동산의 경우 점유를 기준으로 할 것이 아니라 그 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능의 유무를 기준으로 결정하여야 하므로 원인무효인 소유권이전등기의 명의자는 타인의 재물을 보관하는 자에 해당한다고 할 수 없다.
- ㉢ 원칙적으로 단체의 비용으로 지출할 수 있는 변호사 선임료는 단체 자체가 소송당사자가 된 경우에 한하므로 단체의 대표자 개인이 당사자가 된 민·형사사건의 변호사 비용은 단체의 비용으로 지출할 수 없고, 예외적

으로 당해 법적 분쟁이 단체와 업무적인 관련이 깊고 당시의 제반 사정에 비추어 단체의 이익을 위하여 소송을 수행하거나 고소에 대응하여야 할 특별한 필요성이 있는 경우에 한하여 단체의 비용으로 변호사 선임료를 지출할 수 있으며 이와 같은 경우에는 횡령의 범의를 인정할 수 없다.

- ㉣ 회사의 대표이사가 보관 중인 회사 재산을 처분하여 그 대금을 정치자금으로 기부한 경우 그것이 회사의 이익을 도모할 목적으로 합리적인 범위 내에서 이루어졌다면 횡령죄에 있어서 요구되는 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없을 것이나, 그것이 회사의 이익을 도모할 목적보다는 후보자 개인의 이익을 도모할 목적이나 기타 다른 목적으로 행하여졌다면 회사에 대하여 횡령죄의 죄책을 면하지 못한다.
- ㉤ 타인으로부터 금원을 차용하여 주금을 납입하고 설립등기나 증자등기 후 바로 인출하여 차용금 변제에 사용하는 경우, 위와 같은 행위는 실질적으로 회사의 자본을 증가시키는 것이 아니고 상법상 납입가장죄가 성립하는 이상 회사 자본이 실질적으로 증가됨을 전제된 업무상횡령죄가 성립한다고 할 수는 없다.

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

정답 ①

해설 ㉠(○). 대판 2008.10.23, 2007도6463.
 ㉡(○). 대판 2007.5.31, 2007도1082.
 ㉢(○). 대판 2006.10.26, 2004도6280.
 ㉣(○). 대판 1999.6.25, 99도1141.
 ㉤(○). 대판 2004.6.17, 2003도7645, 전원합의체판결 등.

문 3. 다음은 형법상의 집행유예에 관한 기술이다. 그 중 옳은 것만을 모두 모은 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 집행유예기간이 경과한 후에는 선고유예를 할 수 있다.
- ㉡ 집행유예기간 중 범한 죄에 대하여도 다시 집행유예를 선고할 수 있다.
- ㉢ 형법 제37조 후단의 경합범(금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정 전에 범한 죄)에 대하여는 하나의 판결로 두 개의 자유형을 선고하는 경우 하나의 자유형에 대하여 실형을 선고하면서 다른 자유형에 대하여 집행유예를 선고할 수도 있으나, 형법 제37조 전단의 경합범(판결이 확정되지 아니한 수 개의

죄)에 대하여 하나의 판결로 1개의 죄에 대하여 자유형의 실형을 선고하고 그 나머지 다른 죄에 대하여 자유형의 집행유예를 선고할 수는 없다.

- ㉔ 형법 제64조의 규정에 의하면 집행유예의 선고를 받은 후 형법 제62조 단행의 결격사유(금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자인 사실)가 발각된 때에는 집행유예의 선고를 취소할 수 있도록 규정되어 있으나, 다만 그 결격사유가 집행유예 선고의 판결이 확정되기 전에 발각된 경우에는 집행유예의 선고를 취소할 수 없다.
- ㉕ 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 경과되지 아니한 사람에게는 그 사람이 형법 제37조의 경합범 관계에 있는 수죄를 범하여 같은 절차에서 동시에 재판을 받았더라면 한꺼번에 집행유예의 선고를 받았으리라고 여겨지는 특수한 경우가 아닌 한 다시 형의 집행유예를 선고할 수 없다.

- ① ㉔, ㉕, ㉖, ㉗ ② ㉑, ㉒, ㉓
- ③ ㉑, ㉕, ㉗ ④ ㉑, ㉖
- ⑤ ㉒, ㉖

정답 <정답 없음>

- 해설** ㉑(×) 형의 집행유예를 선고받은 자는 형법 제65조에 의하여 그 선고가 실효 또는 취소됨이 없이 정해진 유예기간을 무사히 경과하여 형의 선고가 효력을 잃게 되었다고 하더라도 같은 법 제59조 제1항 단행에서 정한 선고유예 결격사유인 ‘자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자’에 해당한다(대판 2003.12.26, 2003도3768). 따라서 집행유예기간이 경과한 후라 하더라도 선고유예를 할 수 없다.
- ㉒(○). 집행유예기간 중에 범한 죄에 대하여 형을 선고할 때에, 집행유예의 결격사유를 정하는 현행 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 위 단서 소정의 요건에 해당하지 않으므로, 집행유예기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고가 가능하다(대판 2007.7.27, 2007도768).
- ㉓(○). i) 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 죄에 대하여 형법 제39조 제1항에 의하여 따로 형을 선고하여야 하기 때문에 하나의 판결로 두 개의 자유형을 선고하는 경우 그 두 개의 자유형은 각각 별개의 형이므로 형법 제62조 제1항에 정한 집행유예의 요건에 해당하면 그 각 자유형에 대하여 각각 집행유예를 선고할 수 있는 것이고, 또 그 두 개의 자유형 중 하나의 자유형에 대하여 실형을

선고하면서 다른 자유형에 대하여 집행유예를 선고하는 것도 우리 형법상 이러한 조치를 금하는 명문의 규정이 없는 이상 허용되는 것으로 보아야 한다(대판 2002.2.26, 2000도4637). ii) 집행유예의 요건에 관한 형법 제62조 제1항이 ‘형’의 집행을 유예할 수 있다고만 규정하고 있다고 하더라도, 이는 같은 조 제2항이 그 형의 ‘일부’에 대하여 집행을 유예할 수 있는 때를 형을 ‘병과’할 경우로 한정하고 있는 점에 비추어 보면, 조문의 체계적 해석상 하나의 형의 전부에 대한 집행유예에 관한 규정이라 할 것이고, 또한 하나의 자유형에 대한 일부집행유예에 관하여는 그 요건, 효력 및 일부 실형에 대한 집행의 시기와 절차, 방법 등을 입법에 의해 명확하게 할 필요가 있어, 그 인정을 위해서는 별도의 근거 규정이 필요하므로 하나의 자유형 중 일부에 대해서는 실형을, 나머지에 대해서는 집행유예를 선고하는 것은 허용되지 않는다(대판 2007.2.22, 2006도8555).

- ㉔(×). 집행유예의 선고를 받은 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형법 제65조가 정하는 바에 따라 형의 선고는 효력을 잃는 것이고, 그와 같이 유예기간이 경과함으로써 형의 선고가 효력을 잃은 후에는 형법 제62조 단행의 사유가 발각되었다고 하더라도 그와 같은 이유로 집행유예를 취소할 수 없고 그대로 유예기간경과의 효과가 발생한다(대판 1999.1.12, 98도151). ★ 다만 본 문제는 출제의 오류이다. 즉 설문은 “형법 제62조 단행의 결격사유(금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자인 사실)”라고 되어 있는 바, ()안의 내용 자체가 잘못된 내용이다. 즉 밑줄 친 부분은 구형법하에서의 결격사유이고, 현행형법상 제62조 단서를 고려할 때 밑줄 친 부분은 “금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄인 사실”이라고 수정되어야 한다.
 - ㉕(×). 이 지문 역시 구형법하에서의 판례의 태도를 기술한 것으로서 타당하지 않다. 즉 현행 형법하에서는 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 경과되지 아니한 사람의 경우라 하더라도 i) 현재 재판하고 있는 범죄가 “금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄”에 해당하지 않는 한 판결선고시점에 관계없이 그 죄에 대하여 집행유예를 선고할 수 있으며, ii) 또한 집행유예기간 중에 범한 죄에 대하여 형을 선고할 경우라 하더라도, 이미 집행유예가 실효 또는 취소된 경우와 그 선고 시점에 미쳐 유예기간이 경과하지 아니하여 형 선고의 효력이 실효되지 아니한 채로 남아 있는 경우가 아니라면 역시 집행유예를 선고할 수 있다.
- ★ 결국 본 문제는 출제의 오류로써 정답이 없다. 따라서 출제기관인 대법원에서도 본 문제를 <정답 없음>으로 처리하였다.

문 4. 과실범에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(판

례에 의함)

- ① 버스정류장에서 버스를 타려고 뛰어가던 행인끼리 충돌하여 넘어지면서 순간적으로 막 출발하려는 버스의 앞바퀴와 뒷바퀴 사이로 머리가 들어가 사고가 발생한 경우, 위 버스운전사에게 피해자가 다른 행인과 부딪쳐 넘어지면서 동인의 머리가 위 버스 뒷바퀴에 들어 올 것까지 예견하여 사전에 대비하여야 할 주의의무까지는 없다.
- ② 담임교사가 학교방침에 따라 학생들에게 교실청소를 시켜왔고 유리창을 청소할 때는 교실안쪽에서 닦을 수 있는 유리창만을 닦도록 지시하였는데도 유독 피해자만이 수업시간이 끝나자마자 베란다로 넘어 갔다가 밑으로 떨어져 사망하였다면 담임교사에게 그 사고에 대한 어떤 형사상의 과실책임을 물을 수 없다.
- ③ 자동차전용도로를 무단횡단하는 피해자를 충격하여 사고를 발생시킨 경우라도 운전자가 상당한 거리에서 그와 같은 무단횡단을 미리 예상할 수 있는 사정이 있었고, 그에 따라 즉시 감속하거나 급제동하는 등의 조치를 취하였다면 피해자와의 충돌을 면할 수 있었다는 등의 특별한 사정이 인정되지 아니하는 한 자동차 운전자에게 과실이 있다고는 볼 수 없다.
- ④ 신호등에 의하여 교통정리가 행하여지고 있는 사거리 교차로를 녹색등화에 따라 직진하는 차량의 운전자는 특별한 사정이 없는 한 다른 차량들도 교통법규를 준수하고 충돌을 피하기 위하여 적절한 조치를 취할 것으로 믿고 운전하면 족하고, 다른 차량이 신호를 위반하고 직진하는 차량의 앞을 가로질러 직진할 경우까지 예상하여 그에 따른 사고발생을 미연에 방지할 특별한 조치까지 강구할 업무상의 주의의무는 없다고 할 것이므로, 운전자가 녹색등화에 따라 사거리 교차로를 통과할 무렵 제한속도를 초과하였다더라도, 신호를 무시한 채 왼쪽도로에서 사거리 교차로로 가로 질러 진행한 피해자에 대한 업무상 과실치사의 책임이 없다.
- ⑤ 고속도로의 노면이 결빙된 데다가 짙은 안개로 시계가 20m 정도 이내였다면 차량운전자는 제한시속에 관계없이 장애물 발견 즉시 제동정지할 수 있을 정도로 속도를 줄이는 등의 조치를 취하였어야 할 것이므로 단순히 제한속도를 준수하였다는 사실만으로는 주의의무를 다하였다 할 수 없으나, 운전자가 그러한 주의의무 태만으로 인하여 고속도로상에 정지중인 차량을 추돌한 사고가 발생하였을 당시에 피해차량 후방에 사고발생표지가 설치되어 있지 아니하였고 피해자들이 다른 승객들처럼 대피하지 않고 피해차량 뒤 고속도로 노면에 들어와 있었다면, 운전자에게 범죄가 성립하지는 않는다.

정답 ⑤

- 해설** ①(○) 대판 1986.8.19, 86도1123.
 ②(○) 대판 1989.3.28, 89도108.
 ③(○) 대판 1990.1.23, 89도1395 등 참조.
 ④(○) 대판 1990.2.9, 89도1774.
 ⑤(×) 사고지점 노면이 결빙된 데다가 짙은 안개로 시계가 20m 정도 이내였다면 고속도로의 제한시속에 관계없이 장애물 발견 즉시 제동정지할 수 있을 정도로 속도를 줄이는 등의 조치를 취하였어야 할 것이므로 단순히 제한속도를 준수하였다는 사실만으로는 주의의무를 다하였다 할 수 없다 할 것이며 피고인의 주의의무태만으로 인하여 정지중인 차량을 추돌한 사고가 발생한 사실이 인정되는 이상 피해차량 후방에 사고발생표지를 설치하지 아니하였고 피해자들이 다른 승객들처럼 대피하지 않고 피해차량 뒤 고속도로 노면에 들어와 있었다 하더라도 판시 피고인의 범행성립에는 영향이 없다 할 것이다(대판 1990.12.26, 89도2589).

문 5. 무고죄에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 신고자가 그 신고내용이 허위라고 믿었다 하더라도 그것이 객관적으로 진실한 사실에 부합할 때에는 무고죄는 성립하지 아니한다.
- ② 객관적으로 고소사실에 대한 공소시효가 완성되었다면 마치 공소시효가 완성되지 아니한 것처럼 고소하였다라도 국가의 심판기능을 저해하거나 당해 국가기관의 직무를 그르치게 할 위험이 없으므로 무고죄가 성립하지 아니한다.
- ③ 무고죄에서 허위사실의 신고라 함은 신고사실이 객관적 사실에 반한다는 것을 확정적이거나 미필적으로 인식하고 신고하는 것을 말하는 것이므로, 설령 고소사실이 객관적 사실에 반하는 허위의 것이라 할지라도 그 허위성에 대한 인식이 없을 때에는 무고에 대한 고의는 인정할 수 없다.
- ④ 甲의 교사에 따라 乙이 甲에 대한 허위의 사실을 신고한 경우에는 甲은 무고교사범으로서의 죄책을 부담한다.
- ⑤ 타인 명의의 고소장을 대리하여 작성하고 제출하는 형식으로 고소가 이루어진 경우 명의자를 대리한 자가 실제 고소의 의사를 가지고 고소행위를 주도한 경우라면 무고죄의 주체는 명의자를 대리한 자로 보아야 한다.

정답 ②

- 해설** ①(○). 대판 1991.10.11, 91도1950; 대판 2006.2.10, 2003도7487.

- ②(×). 객관적으로 고소사실에 대한 공소시효가 완성되었다 라도 고소를 제기하면서 마치 공소시효가 완성되지 아니 한 것처럼 고소한 경우에는 국가기관의 직무를 그르칠 염 려가 있으므로 무고죄를 구성한다(대판 1995.12.5, 95도1 908).
- ③(○). 대판 2003.1.24, 2002도5939.
- ④(○). 피무고자의 교사·방조 하에 제3자가 피무고자에 대한 허위의 사실을 신고한 경우 제3자의 행위는 무고죄의 구 성요건에 해당하여 무고죄를 구성하므로, 제3자를 교사·방 조한 피무고자에 대하여도 교사·방조범으로서의 죄책을 부 담케 함이 상당하다(2008.10.23, 2008도4852).
- ⑤(○). 비록 외관상으로는 타인 명의의 고소장을 대리하여 작성하고 제출하는 형식으로 고소가 이루어진 경우라 하 더라도 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 것이 다(대판 2007.3.30, 2006도6017. 공보불게재).

문 6. 다음 형법상의 범죄 중 미수범을 벌하는 규정을 든 것 은 모두 몇 개인가?

- | | |
|-----------------|----------------|
| ㉠ 제136조(공무집행방해) | ㉡ 제225조(공문서위조) |
| ㉢ 제257조(상해) | ㉣ 제283조(협박) |
| ㉤ 제319조(퇴거불응) | ㉥ 제366조(재물손괴) |

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

정답 ⑤

해설 ㉠ 제136조(공무집행방해)에 대해서만 미수범 규정이 없다.

문 7. 다음 설명 중 옳지 않은 설명을 모두 고른 것은?(판례 에 의함)

- ㉠ 동업관계에 있는 甲과 乙 사이에 손익분배의 정산이 되 지 아니한 상태에서 甲이 동업재산인 교회건물의 매각 대금을 매수인으로부터 받아 보관 중 임의로 소비하였 다면 甲에게 횡령죄가 성립한다.
- ㉡ 횡령죄가 성립하기 위하여는 그 재물의 보관자가 재물 의 소유자(또는 기타의 본권자)와 사이에 법률상 또는 사실상의 위탁신임관계가 존재하여야 하고, 또한 부동 산의 경우 보관자의 지위는 점유를 기준으로 할 것이 아니라 그 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있 는 권능의 유무를 기준으로 결정하여야 하므로, 원인 무효인 소유권이전등기의 명의자는 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자에 해당한다고 할 수 없다.

- ㉢ 조합장이 조합으로부터 공무원에게 뇌물로 전달하여 달 라고 금원을 교부받은 것은 불법원인으로 인하여 지급 받은 것으로서 이를 뇌물로 전달하지 않고 타에 소비 하였다고 해서 타인의 물건을 보관중 횡령하였다고 볼 수 없다.
- ㉣ 부동산을 그 소유자로부터 매수한 자가 그의 명의로 소 유권이전등기를 하지 아니하고 제3자와 맺은 명의신탁 약정에 따라 매도인으로부터 바로 그 제3자에게 중간 생략의 소유권이전등기를 경료한 이른바 중간생략등기 형 명의신탁의 경우, 그 명의신탁이 부동산실권리자명 의등기에관한법률 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정 한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물 권변동이 무효로 된 후에 그 제3자가 그 명의로 신탁 된 부동산을 임의로 처분하였다면 신탁자에 대한 횡령 죄가 성립하지 않는다.
- ㉤ 부동산실권리자명의등기에관한법률 제2조 제1호 및 제 4조의 규정에 의하면, 신탁자와 수탁자가 명의신탁 약 정을 맺고, 이에 따라 수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이 에서 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계 약에 기하여 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 경료한 경우에는, 그 소유권이전등기에 의한 당해 부동산에 관한 물권변동은 유효하고, 한편 신탁 자와 수탁자 사이의 명의신탁 약정은 무효이므로, 결 국 수탁자는 전소유자인 매도인뿐만 아니라 신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득한 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 그 수탁자는 타인의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없다.

- ① ㉢, ㉤ ② ㉣ ③ ㉣, ㉤
 ④ ㉡, ㉣ ⑤ ㉡, ㉤

정답 ②

해설 ㉠(○). 대판 1996.3.22, 95도2824.

㉡(○). 대판 1989.2.28, 88도1368.

㉢(○). 대판 1988.9.20, 86도628.

㉤(×). 부동산을 그 소유자로부터 매수한 자가 그의 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 제3자와 맺은 명의신탁 약정에 따라 매도인으로부터 바로 그 제3자에게 중간생략 의 소유권이전등기를 경료한 경우, 그 제3자가 그와 같은 명의신탁 약정에 따라 그 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하였다면 신탁자에 대한 횡령죄가 성립하고, 그 명의 신탁이 부동산실권리자명의등기에관한법률 시행 전에 이 루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하 지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진

등기에 의한 물권변동이 무효로 된 후에 처분이 이루어졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대판 2001.11.27, 2000도3463).

㉔(○). 대판 2000.3.24, 98도4347.

문 8. 위증죄에 관한 기술로서 틀린 것을 모두 모은 것은? (판례에 의함)

- ㉑ 소송비용확정사건이 변론절차에 의하여 진행될 때에는 제3자를 증인으로 선서하게 하고 증언을 하게 할 수 있으나 심문절차에 의할 경우에는 법률상 명문의 규정도 없고 또 민사소송법의 증인신문에 관한 규정이 준용되지도 아니하여 선서를 하게 하고 증언을 시킬 수 없으므로, 제3자가 심문절차로 진행되는 소송비용확정신청사건에서 증인으로 출석하여 선서를 하고 진술함에 있어서 허위의 공술을 하였다고 하더라도 그 선서는 법률상 근거가 없어 무효라고 할 것이고 이에 따라 위증죄는 성립하지 않는다.
- ㉒ 증인의 증언은 그 전부를 일체로 관찰 판단하는 것이므로 선서한 증인이 일단 기억에 반하는 허위의 진술을 하였더라도 그 신문이 끝나기 전에 그 진술을 철회 시정한 경우에는 위증이 되지 않는다.
- ㉓ 민사소송의 당사자는 증인능력이 없으므로 증인으로 선서하고 증언하였다고 하더라도 위증죄의 주체가 될 수 없고, 이러한 법리는 민사소송에서의 당사자인 법인의 대표자의 경우에도 마찬가지로 적용된다.
- ㉔ 증인의 진술이 경험한 사실에 대한 법률적 평가이거나 단순한 의견에 지나지 아니하는 경우에는 위증죄에서 말하는 허위의 공술이라고 할 수 없다.
- ㉕ 누구든지 자기의 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려 있는 증언을 거부할 수 있으나, 증인으로 선서한 이상 진실대로 진술한다고 하면 자신의 범죄를 시인하는 진술을 하는 것이 되고 그렇다고 하여 증언을 거부하는 것은 자기의 범죄를 암시하는 것이 되므로, 이와 같은 처지에 놓인 사람이 부득이 증언거부권을 포기하고 선서한 다음 허위의 진술을 하더라도 위증죄로 처벌할 수는 없다.

- ① ㉑, ㉔ ② ㉒, ㉔ ③ ㉓, ㉕
- ④ ㉑ ⑤ ㉔

정답 ⑤

- 해설** ㉑(○). 대판 1995.4.11, 95도186.
 ㉒(○). 대판 1974.6.25, 74도1231.
 ㉓(○). 대판 1998.3.10, 97도1168.

㉔(○). 대판 1996.2.9, 95도1797.
 ㉕(×). 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 기대 가능성이 없다고 할 수 없으므로 선서한 증인이 증언거부권을 포기하고 허위의 진술을 하였다면 위증죄의 처벌을 면할 수 없다(대판 1987.7.7, 86도1724, 전원합의체판결). ★ [참고판례] 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 증언 당시 증인이 처한 구체적인 상황, 증언거부사유의 내용, 증인이 증언거부사유 또는 증언거부권의 존재를 이미 알고 있었는지 여부, 증언거부권을 고지 받았더라도 허위진술을 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 정한 불이익 진술의 강요금지 원칙을 구체화한 자기부죄거부특권에 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(대판 2010.1.21, 2008도942, 전원합의체판결). 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 고지 여부를 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. ★ 따라서 최근 전원합의체판결을 고려할 때 ㉔에서 증인이 위와 같은 사정하에서 허위의 진술을 하였다 하더라도 증인에게 증언거부권이 고지되지 않았던 경우라면 위증죄가 성립하지 않는다는 점에 주의해야 한다.

문 9. 다음 중 가장 옳지 않은 설명은?(판례에 의함)

- ① 허위공문서작성죄의 주체는 직무상 그 문서를 작성할

권한이 있는 공무원에 한하고 작성권자를 보조하는 직무에 종사하는 공무원은 허위공문서작성죄의 주체가 되지 못하나 이러한 보조직무에 종사하는 공무원이 허위공문서를 기안하여 허위인 정을 모르는 작성권자에게 제출하고 그로 하여금 그 내용이 진실한 것으로 오신케 하여 서명 또는 기명날인케 함으로써 공문서를 완성한 때에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립된다 할 것 인바, 면의 호적계장이 정을 모른 면장의 결재를 받아 허위내용의 호적부를 작성한 경우 허위공문서작성, 동행사죄의 간접정범이 성립된다.

- ② 결과적 가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해 행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없으며, 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 수 없는 때가 아닌 한 상해치사의 죄책을 면할 수 없다.
- ③ 어음, 수표의 발행인이 그 지급기일에 결제되지 않으리라는 정을 예견하면서도 이를 발행하고, 거래상대방을 속여 그 할인을 받거나 물품을 매수하였다면 위 발행인의 사기행위는 이로써 완성되는 것이고, 위 거래상대방이 그 어음, 수표를 타에 양도함으로써 전전유통되고 최후소지인이 지급기일에 지급제시하였으나 부도되었다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 최후소지인에 대한 관계에서는 발행인의 행위를 사기죄로 의율할 수 없다.
- ④ 업무상배임죄의 실행으로 인하여 이익을 얻게 되는 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자를 배임의 실행행위자와 공동정범으로 인정하기 위하여는 실행행위자의 행위가 피해자 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 것을 알면서도 소극적으로 그 배임행위에 편승하여 이익을 취득한 것만으로도 충분하고, 실행행위자의 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담할 것까지 필요로 하는 것은 아니다.
- 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 담당할 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.

정답 ④

- 해설** ①(○). 대판 1990.2.27, 89도1816.
 ②(○). 대판 2000.5.12, 2000도745.
 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 행위가 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(○). 대판 2008.4.10, 2008도1274.

문 10. 강간죄에 관한 기술로서 옳은 것을 모두 고른 것은? (판례에 의함)

- ㉠ 강간죄는 부녀를 간음하기 위하여 피해자를 폭행 또는 협박하여 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이를 때에 그 실행의 착수가 있다고 보아야 할 것이고, 간음행위까지 착수해야 실행의 착수가 있다고 할 것은 아니다.
- ㉡ 강간치상죄에 있어서의 상해의 결과는 강간의 수단으로 사용한 폭행으로부터 발생한 경우뿐만 아니라 간음행위 그 자체로부터 발생한 경우나 강간에 수반하는 행위까지 발생한 경우도 포함하는 것이다.
- ㉢ 형법 제297조에서 강간죄의 대상으로 규정되어 있는 “부녀”에 해당하는지 여부는 발생학적 성인 성염색체의 구성만으로 결정할 것이 아니라, 여기에 성선(性腺), 신체 외관, 심리적·정신적 성, 사회생활에서 수행하는 성역할 등 모든 요소를 종합하여 사회통념에 따라 결정하여야 한다.
- ㉣ 피고인이 간음할 목적으로 새벽 4시에 여자 혼자 있는 방문 앞에 가서 피해자가 방문을 열어 주지 않으면 부수고 들어갈 듯한 기세로 방문을 두드리고 피해자가 위험을 느끼고 창문에 걸터앉아 가까이 오면 뛰어내리겠다고 하는데도 베란다를 통하여 창문으로 침입하려고 한 경우, 피고인은 아직 강간의 수단으로서의 폭행에 착수하였다고 할 수 없으므로 강간미수죄로 처벌할 수 없다.
- ㉤ 법률상의 처도 강간죄의 객체가 되기도 한다.

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

⑤ ㉠, ㉡

정답 ③

해설 ㉠(×). 강간죄는 부녀를 간음하기 위하여 피해자의 항거를 불가능하게 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 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 되어야만 실행의 착수가 있다고 볼 것은 아니다(대판 2000.6.9, 2000도1253).

㉡(○). 대판 1999.4.9, 99도519.

㉢(○). 종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다(대판 2009.9.10, 2009도3580).

㉣(×). 피고인이 여자를 간음할 목적으로 그 방문 앞에 가서 피해자가 방문을 열어주지 않으면 부수고 들어갈 듯한 기세로 방문을 두드리고 피해자가 위협을 느끼고 창문에 걸터 앉아 가까이 오면 뛰어내리겠다고 하는데도 그 집 베란다를 통하여 창문으로 침입하려고 하였다면 강간의 수단으로서의 폭행에 착수하였다고 할 수 있다(대판 1991.4.9, 91도288).

㉤(○). 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. 준강도죄에 관한 기술 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (판례에 의함)

㉠ 형법 제335조에서 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 준강도로서 강도죄의 예에 따라 처벌하는 취지는, 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재물 탈취와 폭행·협박 사이에 시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐 실질적으로 위법성이 같다고 보기 때문이므로, 이와 같은 준강도죄의 입법 취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, 준강도죄의 기수 여

부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 하며, 이와는 달리 폭행 또는 협박이 종료되었는가 하는 점에 따라 결정할 것이 아니다.

㉡ 준강도는 절도 범인이 절도의 기회에 재물탈환의 항거 등의 목적으로 폭행 또는 협박을 가함으로써 성립되는 것이므로, 피해자 측이 절도 범인을 추적하는 태세에 있는 경우 또는 범인이 일단 체포되었다고 하더라도 아직 신병의 확보가 확실하지 않은 경우에 체포된 상태를 면하기 위하여 피해자를 폭행하였다면 준강도죄가 성립한다.

㉢ 절도 범인을 체포하려는 피해자가 체포에 필요한 정도를 넘어서서 발로 차며 전치 3개월의 능골골절상 등을 입힐 정도로 심한 폭력을 가해오자 범인이 이를 피하기 위하여 솔뚜껑을 들어 위 폭력을 막아내려다가 그 솔뚜껑에 스치어 피해자가 상처를 입게 되었을 경우, 범인의 위 행위가 체포를 면탈하려는 목적에서 이루어진 이상 위 행위는 준강도상해죄를 구성한다.

㉣ 합동하여 절도를 한 경우 범인 중 1인이 체포를 면탈할 목적으로 폭행을 하여 상해를 가한 때에는 나머지 범인이 이를 예기할 수 있었는가를 가리지 않고 그 나머지 범인 역시 준강도상해죄의 죄책을 면할 수 없다.

㉤ 절도 범인이 처음에는 흥기를 휴대하고 있지 않았으나 체포를 면탈할 목적으로 폭행 또는 협박을 할 때 비로소 흥기를 휴대 사용하게 된 경우에는 특수강도죄의 준강도가 되며, 이 경우 행위의 주체인 절도의 태양에 따라 단순강도죄의 준강도가 된다고 할 것이 아니다.

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

정답 ③

해설 ㉠(○) 피해자에 대한 폭행·협박을 수단으로 하여 재물을 탈취하고자 하였으나 그 목적을 이루지 못한 자가 강도미수죄로 처벌되는 것과 마찬가지로, 절도미수범인이 폭행·협박을 가한 경우에도 강도미수에 준하여 처벌하는 것이 합리적이라 할 것이다. 만일 강도죄에 있어서는 재물을 강취하여야 기수가 됨에도 불구하고 준강도의 경우에는 폭행·협박을 기준으로 기수와 미수를 결정하게 되면 재물을 절취하지 못한 채 폭행·협박만 가한 경우에도 준강도죄의 기수로 처벌받게 됨으로써 강도미수죄와의 불균형이 초래된다. 위와 같은 준강도죄의 입법 취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다고 봄이 상당하다(대판 2004.11.18, 2004도5074, 전원합의체판결).

㉠(○). 대판 2001.10.23, 2001도4142.

㉡(×). 준강도죄의 구성요건인 폭행, 협박은 일반강도죄와의 균형상 사람의 반항을 억압할 정도의 것임을 요하므로, 일반적, 객관적으로 체포 또는 재물탈환을 하려는 자의 체포의사나 탈환의사를 제압할 정도라고 인정될 만한폭행, 협박이 있어야만 준강도죄가 성립된다. 이 사건에서 원심이 취사한 증거관계를 살펴보면 원심판시와 같이 피고인은 그를 체포하려는 피해자가 피고인의 체포에 필요한 정도를 넘어서서 발로 차며 누골 9, 10번 골절상, 좌폐기흉증, 좌흉막출혈 등 전치 3개월을 요하는 중상을 입힐 정도로 심한폭력을 가해오자 이를 피하기 위하여 엉겁결에 곁에 있던 솔뚜껑을 들어 위 폭력을 막아 내려다가 그 솔뚜껑에 스치어 피해자가 상처를 입게 된 사실이 넉넉히 인정되므로, 피고인의 위 행위는 일반적, 객관적으로 피해자의 체포의사를 제압할 정도의 폭행에 해당하지 않는다(대판 1990.4.24, 90도193).

㉢(×). 판례는 나머지 범인이 이를 예기할 수 있었던 경우에 그 나머지 범인 역시 준강도상해죄의 죄책을 인정한다. “피고인으로서는 사전에 제1심 공동 피고인과의 사이에 상의한 바 없었음은 물론 체포 현장에 있어서도 피고인과의 사이에 전혀 의사연락 없이 제1심 공동 피고인이 피해자로부터 그가 가지고 간 몽둥이로 구타당하자 돌연 이를 빼앗아 피해자를 구타하여 상해를 가한 것으로서 피고인이 이를 예기하지 못하였다고 할 것이므로 동 구타상해행위를 공모 또는 예기하지 못한 피고인에게까지 준강도 상해의 죄책을 문의할 수 없다고 해석함이 타당하다(대판 1982.7.13, 82도1352).”

㉣(○). 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, 전원합의체판결).

문 12. 형법 제155조의 증거인멸죄 등에 관한 기술로서 옳은 것을 모두 고른 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 형법 제155조 제1항은 ‘타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자’를 처벌한다고 규정하고 있는바, 증거인멸 등 죄는 위증죄와 마찬가지로 국가의 형사사법작용 내지 징계작용을 그 보호법익으로 하므로, 위 법조문에서 말하는 ‘징계사건’이란 국가의 징계사건에 한정되고 사인(私人) 간의 징계사건은 포함되지 않는다.
- ㉡ 자기의 형사사건에 관한 증거라 하더라도 이를 인멸하기 위하여 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자에 대하여는 증거인멸교사죄가 성립한다.
- ㉢ 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 형법 제155조의 증인도피죄로 처벌할 수 없다.

- ㉣ 형법 제155조 제1항에서 타인의 형사사건에 관하여 증거를 위조한다 함은 증거자체를 위조함을 말하는 것으로서, 선서무능력자로서 범죄현장을 목격하지도 못한 사람으로 하여금 형사법정에서 범죄현장을 목격한 양 허위의 증언을 하도록 하는 것은 위 조항이 규정하는 증거위조죄를 구성하지 아니한다.
- ㉤ 증거은닉죄에 있어서 ‘타인의 형사사건 또는 징계사건’이란 은닉행위시에 아직 수사 또는 징계절차가 개시되기 전이라도 장차 형사 또는 징계사건이 될 수 있는 것까지를 포함한다.

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

정답

①

해설

- ㉠(○). 대판 2007.11.30, 2007도4191.
- ㉡(○). 대판 2000.3.24, 99도5275.
- ㉢(○). 대판 2003.3.14, 2002도6134.
- ㉣(○). 대판 1998.2.10, 97도2961.
- ㉤(○). 대판 1982.4.27, 82도274.

문 13. 재물손괴죄 등에 대한 설명으로서 옳은 것을 모두 고른 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 밭에서 재배되었으나 미처 수확되지 않은 농작물의 소유권을 이전받기 위해서는 명인방법을 실시하여야 하므로, 그러한 농작물을 매도한 사람이 매수인의 명인방법이 실시되기 전에 농작물을 파헤쳐 훼손하였다고 하더라도 재물손괴죄가 성립하지 않는다.
- ㉡ 재물손괴죄에서 재물의 효용을 해한다고 함은 그 물건의 본래의 사용목적에 공할 수 없게 하는 상태로 만드는 것은 물론 일시 그것을 이용할 수 없는 상태로 만드는 것도 이에 해당한다.
- ㉢ 경락받은 공장건물에 시설되어 있는 자재가 경락에서 제외되어 있고 그것이 종전 건물소유자의 소유에 속할 경우 자재의 소유자가 이를 철거해 가지 않는다고 하여 그에게 철거를 최고하는 등의 조치를 취하지 않고 일방적으로 철거하여 손괴한다면 재물손괴의 범의가 있다고 보아야 한다.
- ㉣ 약속어음의 수취인이 차용금의 지급담보를 위하여 은행

에 보관시킨 약속어음을 은행지점장이 발행인의 부탁을 받고 그 지급기일란의 일자를 지움으로써 그 효용을 해한 경우에는 문서손괴죄가 성립한다.

- ㉠ 경리직원이 회사의 물품판매와 수금 등에 불가결한 회사 소유의 매출계산서를 자기의 집으로 반출하여 은닉하면서 자기의 봉급인상 요구에 회사가 응하지 않는다는 이유로 회사의 매출계산서 반환요구를 거부함으로써 이를 사용할 수 없는 상태로 만들었다면 문서는닉죄에 해당한다.

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

정답 ①

- 해설** ㉠(○). 대판 1996.2.23, 95도2754.
 ㉡(○). 대판 1993.12.7, 93도2701.
 ㉢(○). 대판 1990.5.22, 90도700.
 ㉣(○). 대판 1982.7.27, 82도223.
 ㉤(○). 대판 1971.11.23, 71도1576.

문 14. 다음 중 사기죄와 관련하여 가장 옳지 않은 설명은?
 (판례에 의함)

- ① 공사대금채권과 대여금채권을 합산하여 임대차보증금반환채권으로 전환하기로 합의하여 임대차계약을 체결하고, 실제로 임차인이 임대차목적물에 거주하면서 주민등록전입신고를 하고 확정일자를 받은 경우, 임차인이 이에 기하여 경매법원으로부터 배당을 받은 행위는 사기죄에 해당하지 않는다.
- ② 부동산의 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 매도하면서 자신의 소유라고 말을 하여 매수인으로 하여금 이를 믿게 하였고, 매매를 원인으로 한 소유권이전등기까지 마쳐 준 경우, 명의신탁의 법리상 대외적으로 수탁자에게 그 부동산의 처분권한이 있다 하더라도 매도인은 그 명의신탁 사실과 관련하여 신의칙상 고지의무가 있다 할 것이므로, 위와 같이 적극적으로 자신이 소유자인 것처럼 말을 하여 매수인으로 하여금 이를 믿게 한 이상 사기죄가 성립한다.
- 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.
- ④ 특정 질병을 앓고 있는 사람이 보험회사가 정한 약관에

그 질병에 대한 고지의무를 규정하고 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니한 채 그 사실을 모르는 보험회사와 그 질병을 담보하는 보험계약을 체결한 다음 바로 그 질병의 발병을 사유로 하여 보험금을 청구하였다면 특별한 사정이 없는 한 사기죄에 있어서의 기망행위 내지 편취의 범의를 인정할 수 있다.

- ⑤ 신용카드 가맹점주가 신용카드회사로부터 금원을 교부받을 당시 신용카드회사에게 매출전표가 용역의 제공을 가장하여 허위로 작성된 것임을 고지하지 아니한 채 제출하여 대금을 청구하였고, 신용카드회사는 매출전표에 기재된 바와 같은 가맹점의 용역의 제공이 실제로 있는 것으로 오신하여 그에게 그 대금 상당의 금원을 교부한 경우, 신용카드회사가 가맹점의 용역의 제공을 가장한 허위 내용의 매출전표에 의한 대금청구에 대하여는 이를 거절할 수 있는 등 매출전표가 허위임을 알았다더라면 가맹점주에게 그 대금의 지급을 하지 아니하였을 관계가 인정된다면, 가맹점주가 용역의 제공을 가장한 허위의 매출전표임을 고지하지 아니한 채 신용카드회사에게 제출하여 대금을 청구한 행위는 사기죄의 실행행위로서의 기망행위에 해당한다.

정답 ②

- 해설** ①(○). 피고인을 임차인으로 하는 임대차계약서 작성 당시에 이 사건 토지 및 건물에 관하여 경매신청이 되지 아니하였을 뿐만 아니라, 그 임대차계약은 A로부터 수령권한을 위임받은 피고인이 피고인 B와 사이에 자신의 공사대금채권과 A의 대여금채권 전부를 임대차보증금반환채권으로 전환하기로 합의하여 이루어진 것으로서 진정한 임대차계약이고, 실제로 피고인이 임대차목적물에 입주하여 거주하면서 주민등록전입신고를 하고 확정일자를 받은 이상, 전혀 아무런 권리도 없으면서 허위의 임대차계약서를 조작한 사안과 달리 피고인은 진정한 임차인이라고 할 것이므로, 피고인이 경매법원으로부터 배당을 받은 것은 임대차보증금반환채권의 실행행위에 불과하며, 비록 가압류권자인 A가 무효로 하기로 한 약속어음 공정증서에 기하여 배당을 받았다고 할지라도 임대차보증금반환채권의 실행행위의 일환으로 배당금을 받은 피고인에게 편취의 범의가 있다거나 경매법원을 기망하여 배당금을 편취하였다고는 볼 수 없다(대판 2004.7.22, 2003도6412).
- ②(×). 부동산의 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 매도하고 매매를 원인으로 한 소유권이전등기까지 마쳐 준 경우, 명의신탁의 법리상 대외적으로 수탁자에게 그 부동산의 처분권한이 있는 것이 분명하고, 제3자로서도 자기 명의의 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 없다(대판 2007.1.11, 2006도4498).

- ③(○). 대판 2005.4.29, 2002도7262.
- ④(○). 대판 2007.4.12, 2007도967.
- ⑤(○). 대판 1999.2.12, 98도3549.

문 15. 다음 중 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하는 행위를 모두 고른 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 甲은 수사기관에서 자기에 대한 수 개의 절도죄에 관하여 피의자신문을 받으면서 진범을 은폐하기 위하여 실제로는 자기가 저지르지 않은 혐의사실을 자백하는 진술을 하였다.
- ㉡ 乙은 건축공사를 하면서 허위의 준공신고서, 준공검사 현장조사서 등을 첨부하여 준공검사를 신청하였고, 이를 진실한 것으로 알고 받아들인 관계공무원으로부터 준공필증을 교부받았다.
- ㉢ 교도소에서 복역 중인 丙은 금지물건인 담배를 교도관의 눈을 피하여 교도소 내로 반입하여 소지하였다.
- ㉣ 丁은 거래상대방을 상대로 물품대금의 지급을 구하는 민사소송을 제기하면서 의제자백 판결을 받기 위하여 상대방의 주소를 허위로 기재한 소장을 제출하여 소장이 그 주소로 송달되게 하였다.
- ㉤ 戊는 고등학교 입학원서를 제출하면서 추천서란의 기재사항을 사실과 다르게 조작하고 허위로 기재하여 그 추천서 성적이 고등학교 입학 전형의 자료가 되게 하였다.

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

정답 ⑤

- 해설** ㉠(×). 수사기관에 대하여 피의자가 허위자백을 하거나 참고인이 허위의 진술을 한 것만으로는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다(대판 1971.3.9, 71도186).
- ㉡(×). 일반적으로 출원 등에 의한 행정관청의 인허가처분은 그 인·허가요건을 신청서기재와 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; 대판 1997.2.28, 96도2825 등).

- ㉢(×). 수용자가 교도관의 감시, 단속을 피하여 규율위반행위를 하는 것만으로는 단순히 금지규정에 위반되는 행위일 뿐 아니라 지나지 아니할 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고는 할 수 없다(대판 2003.11.13, 2001도7045).
- ㉣(×). 민사소송을 제기함에 있어 피고의 주소를 허위로 기재하여 법원공무원으로 하여금 변론기일소환장 등을 허위 주소로 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).
- ㉤(○). 위계에 의한 공무집행방해죄에 있어서의 소위 위계라 함은 행위자의 행위목적은 이룩하기 위하여 상대방에 오인, 착각 또는 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말하며 상대방이 이에 따라 그릇된 행위나 처분을 하였다면 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 것이므로 고등학교 입학원서 추천서란을 사실과 다르게 조작 허위 기재하여 그 추천서 성적이 고등학교입학전형의 자료가 되었다면 위계에 의하여 고등학교입학전형 업무를 방해한 것이다(대판 1983.9.27, 83도1864).

문 16. 죄수에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(판례에 의함)

- ① 하나의 사건에 관하여 한 번 선서한 증인이 같은 기일에 여러 가지 사실에 관하여 기억에 반하는 허위의 공술을 한 경우 이는 하나의 범죄의사에 의하여 계속하여 허위의 공술을 한 것으로서 포괄하여 1개의 위증죄를 구성하는 것이고 각 진술마다 수 개의 위증죄를 구성하는 것이 아니다.
- ② 절도범이 甲의 집에 침입하여 그 집의 방 안에서 그 소유의 재물을 절취하고 그 무렵 그 집에 세들어 사는 乙의 방에 침입하여 재물을 절취하려다 미수에 그쳤다면 위 두 범죄는 그 범행장소와 물품의 관리자를 달리하고 있어서 별개의 범죄를 구성한다.
- ③ 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄는 실체적 경합관계에 있다.
- ④ 강도가 한 개의 강도범행을 하는 기회에 수명의 피해자에게 각 폭행을 가하여 각 상해를 입힌 경우에는 각 피해자별로 수 개의 강도상해죄가 성립하며 이들은 상상적 경합범의 관계에 있다.
- ⑤ 사람을 살해한 자가 그 사체를 다른 장소로 옮겨 유기하였을 때에는 별도로 사체유기죄가 성립하고, 이와 같은 사체유기를 불가별적 사후행위로 볼 수는 없다.

정답 ④

해설 ①(○). 대판 1998.4.14, 97도3340.

②(○). 대판 1989.8.8, 89도664.

③(○). 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. 죄형법정주의에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (판례에 의함)

- ① 형법 조항에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼 수는 없으므로, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 헌법상 평등의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다.
- ② 형을 종전보다 가볍게 형벌법규를 개정하면서 그 부칙으로 개정된 법의 시행 전의 범죄에 대하여 종전의 형벌법규를 적용하도록 규정한다 하여 헌법상의 형벌불소급의 원칙이나 신법우선주의에 반한다고 할 수 없다.
- ③ 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소한 피고 사건은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다.
- ④ 형법 제243조, 제244조에서 규정하는 “음란”은 평가적, 정서적 판단을 요하는 규범적 구성요건 요소이고, “음란”이란 개념이 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것이라고 풀이되고 있으므로 이를 불명확하다고 볼 수 없기 때문에, 형법 제243조와 제244조의 규정이 죄형법정주의에 반하는 것이라고 할 수 없다.
- ⑤ 형법 제225조의 공문서변조나 위조죄의 주체인 공무원 또는 공무소에는 형법 또는 기타 특별법에 의하여 공무원 등으로 의제되는 경우뿐만 아니라 계약 등에 의하여 공무와 관련되는 업무를 일부 대행하는 경우도 포함된다고 해석하더라도 죄형법정주의에 반하는 해석이라 할 수 없다.

정답 ⑤

해설 ①(○). 대판 1999.7.15, 95도2870, 전원합의체판결.

②(○). 대결 1999.4.13, 99초76.

③(○). 대판 1992.5.8, 91도2825.

④(○). 대판 1995.6.16, 94도2413.

⑤(×). 형법 제225조의 공문서변조나 위조죄의 객체인 공문서는 공무원 또는 공무소가 그 직무에 관하여 작성하는 문서라고 할 것이고, 그 행위주체가 공무원과 공무소가 아닌 경우에는 형법 또는 기타 특별법에 의하여 공무원 등으로 의제되는 경우를 제외하고는 계약 등에 의하여 공무와 관련되는 업무를 일부 대행하는 경우가 있다 하더라도 공무원 또는 공무소가 될 수는 없다 할 것이고, 특히 형벌법규의 구성요건을 법률의 규정도 없이 유추 확대해석하는 것은 죄형법정주의원칙에 반한다 할 것이다(대판 1996.3.26, 95도3073).

문 18. 권리행사방해죄에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 렌트카회사의 공동대표이사 중 1인이 회사 보유 차량을 자신의 개인적인 채무담보 명목으로 피해자에게 넘겨주었는데 다른 공동대표이사인 피고인이 위 차량을 몰래 회수하도록 한 경우, 위 피해자의 점유는 권리행사방해죄의 보호대상인 점유에 해당한다.
- ② 주식회사의 대표이사가 대표이사의 지위에 기하여 그 직무집행행위로서 타인이 점유하는 위 회사의 물건을 취거하였다고 하더라도 권리행사방해죄가 성립하지 아니한다.
- ③ 피고인이 피해자에게 담보로 제공한 차량이 그 자동차등록원부에 제3자 명의로 등록되어 있는 경우 피해자의 승낙 없이 미리 소지하고 있던 위 차량의 보조키를 이용하여 이를 운전하여 간 행위는 권리행사방해죄를 구성하지 아니한다.
- ④ 무효인 경매절차에서 경매목적물을 경락받아 이를 점유하고 있는 낙찰자의 점유도 권리행사방해죄의 보호대상인 점유에 해당한다.
- ⑤ 명의대여 약정에 따른 신청에 의하여 발급된 영업허가증과 사업자등록증은 피해자가 인도받음으로써 피해자의 소유가 되었다고 할 것이므로, 이를 명의대여자가 가지고 갔다고 하더라도 권리행사방해죄가 성립하지 아니한다.

정답 ②

해설 ①(○). 권리행사방해죄에서의 보호대상인 타인의 점유는 반드시 점유할 권원에 기한 점유만을 의미하는 것은 아니고, 일단 적법한 권원에 기하여 점유를 개시하였으나 사후에 점유 권원을 상실한 경우의 점유, 점유 권원의 존부가 외관상 명백하지 아니하여 법정절차를 통하여 권원의

존부가 밝혀질 때까지의 점유, 권원에 기하여 점유를 개시한 것은 아니나 동시이행항변권 등으로 대항할 수 있는 점유 등과 같이 법정절차를 통한 분쟁 해결시까지 잠정적으로 보호할 가치 있는 점유는 모두 포함된다고 볼 것이고, 다만 절도범인의 점유와 같이 점유할 권리 없는 자의 점유임이 외관상 명백한 경우는 포함되지 아니한다(대판 2006.3.23, 2005도4455).

- ②(×). 피고인이 위 회사의 대표이사의 지위에 기하여 그 직무집행 행위로서 위 A가 점유하는 위 회사의 물건을 취거한 경우에는, 피고인의 행위는 위 회사의 대표기관으로서의 행위라고 평가되므로, 위 회사의 물건도 권리행사방해죄에 있어서의 “자기의 물건”이라고 보아야 할 것이다(대판 1992.1.21, 91도1170).
- ③(○). 피고인이 피해자에게 담보로 제공한 차량이 그 자동차등록원부에 타인 명의로 등록되어 있는 이상 그 차량은 피고인의 소유는 아니라는 이유로, 피고인이 피해자의 승낙 없이 미리 소지하고 있던 위 차량의 보조키를 이용하여 이를 운전하여 간 행위가 권리행사방해죄를 구성하지 않는다고 한 사례(대판 2005.11.10, 2005도6604).
- ④(○). 형법 제323조의 권리행사방해죄에 있어서의 타인의 점유라 함은 권원으로 인한 점유 즉 정당한 원인에 기하여 그 물건을 점유하는 권리있는 점유를 의미하는 것으로서 본권을 갖지 아니한 절도범인의 점유는 여기에 해당하지 아니하나, 반드시 본권에 의한 점유만에 한하지 아니하고 동시이행항변권 등에 기한 점유와 같은 적법한 점유도 여기에 해당한다고 할 것이고, 한편, 쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 할 경우, 어느 일방의 당사자에게만 먼저 그 반환의무의 이행이 강제된다면 공평과 신의칙에 위배되는 결과가 되므로 각 당사자의 반환의무는 동시이행 관계에 있다고 보아 민법 제536조를 준용함이 옳다고 해석되고, 이러한 법리는 경매절차가 무효로 된 경우에도 마찬가지로 할 것이므로, 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. 장물죄에 관한 기술로서 틀린 것을 모두 모은 것은?
(판례에 의함)

- ㉠ 장물인 현금을 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 동일한 액수의 현금을 인출한 경우에 예금계약의 성질상 인출된 현금은 당초의 현금과 물리적인 동일성은 상실되었지만 액수에 의하여 표시되는 금전적 가치에는 아무런 변동이 없으므로 장물

로서의 성질은 그대로 유지된다.

- ㉡ 권한 없이 타인의 아이디와 패스워드를 입력하여 인터넷뱅킹에 접속하고 그 예금계좌로부터 자신의 예금계좌로 돈을 이체하는 내용의 정보를 입력하여 자신의 예금액을 증액시킴으로써 컴퓨터등사용사기죄의 범행을 저지른 다음 자신의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우, 그 현금은 재산범죄에 의하여 취득한 재물이므로 장물이다.
- ㉢ 횡령행위를 하도록 교사한 후 그 횡령한 물건을 취득한 때에는 횡령교사죄 외에 장물취득죄도 성립된다.
- ㉣ 재물이 아니라 채권적 권리라고 하더라도 재산상의 이익을 가지고 있는 이상 이를 업무상의 과실로 취득하였으면 업무상과실장물취득죄가 성립된다.
- ㉤ 장물인 정을 모르고 장물을 보관하였다가 후에 장물인 정을 알게 된 경우 이를 계속하여 보관하는 행위는 장물죄를 구성하나, 이 경우에도 점유할 권한이 있는 때에는 이를 계속 보관하더라도 장물보관죄가 성립되지 않는다.

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

정답 ③

해설 ㉠(○). 대판 2000.3.10, 98도2579.

㉡(×). 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 인출하였다 하더라도 장물을 금융기관에 예치하였다가 인출한 것으로 볼 수 없다는 이유로 乙의 장물취득죄의 성립을 부정한 사례(대판 2004.4.16, 2004도353).

㉢(○). 대판 1969.6.24, 69도692.

㉣(×). 업무상과실장물취득죄의 객체 역시 재물인 장물이므로 채권적 권리는 본죄의 객체가 되지 않는다.

㉤(○). 대판 1987.10.13, 87도1633.

문 20. 소송사기에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부동산등기부상 소유자로 등기된 적이 있는 자가 자기 이후에 소유권이전등기를 경료한 등기명의인들을 상대로 허위의 사실을 주장하면서 그들 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우 사기의 실행에 착수한 것이다.
- ② 피고가 적극적인 방법으로 법원을 기망할 의사를 가지

고 허위내용의 서류를 증거로 제출하거나 그에 따른 주장을 담은 답변서나 준비서면을 제출하는 경우에는 사기의 실행에 착수한 것이다.

- ③ 토지를 20년 이상 점유하여 점유취득시효가 완성된 경우에는 등기명의인을 상대로 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하면서 점유의 권원에 관한 증거를 위조하고 그 진정성립 등에 관한 위증을 교사하였다고 하더라도 소송사기죄는 성립하지 아니한다.
- ④ 근저당권자의 대리인인 피고인이 채무자 겸 소유자인 피해자를 대리하여 경매개시결정정본을 받을 권한이 없음에도, 경매개시결정정본 등 서류의 수령을 피고인에게 위임한다는 내용의 피해자 명의의 위임장을 위조하여 법원에 제출하는 방법으로 경매개시결정정본을 교부받음으로써 경매절차가 진행되도록 하는 행위는 사기죄에 있어서의 기망행위에 해당한다.
- ⑤ 허위의 채권을 피보전권리로 삼아 가압류를 한 경우에는 사기의 실행에 착수한 것이 아니다.

정답 ③

해설 ①(○). 이른바 소송사기는 법원을 기망하여 자기에게 유리한 재판을 얻고 이에 기하여 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상 이익을 취득하는 것을 말하는 것인바, 분동산등기부상 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(○). 대판 2004.3.12, 2003도333.

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 입증 여부에 따라 소송의 승패가 결정되는 소송에서, 소송의 승패에 결정적인 증거인 자주점유의 권원에 관한 처분문서를 위조하고, 그 성립에 관한 위증을 교사함으로써 상대방의 추정 번복의 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 행

위는 정당한 권리행사라 할 수 없어 사기죄를 구성한다 (대판 1997. 10. 14, 96도1405).

④(○). 대판 2009.7.9, 2009도295.

⑤(○). 대판 1988.9.13, 88도55.

문 21. 부작위범에 관한 기술 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (판례에 의함)

- ㉠ 형법상 방조행위는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 작위에 의한 경우뿐만 아니라 부작위에 의하여도 성립된다.
- ㉡ 일정한 기간 내에 잘못된 상태를 바로잡으라는 행정청의 지시를 이행하지 않았다는 것을 구성요건으로 하는 범죄는 이른바 진정부작위범으로서 그 의무이행기간의 경과에 의하여 범행이 기수에 이르게 된다.
- ㉢ 부작위범은 작위의무를 그 성립요건으로 하고 있으나, 그와 같은 작위의무가 없는 자라고 하더라도 공동의 의사로써 실행행위를 분담하였다고 평가될 수 있을 경우에는 부작위범의 공동정범으로 처벌할 수 있다.
- ㉣ 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.
- ㉤ 부작위범의 성립요건인 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다.

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

정답 ②

해설 ㉠(○). 대판 2006.4.28, 2003도4128.
 ㉡(○). 대판 1994.4.26, 93도1731.
 ㉢(×). 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다(대판 2008.3.27, 2008도89).
 ㉣(○). 대판 1992.2.11, 91도2951.
 ㉤(○). 대판 1996.9.6, 95도2551.

문 22. 상해죄와 협박죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인이 피해자를 폭행하여 비골골절 등의 상해를 가한 다음 강제추행한 사안에서, 피고인의 위 폭행을 강제추행의 수단으로서의 폭행으로 볼 수 없다고 하더라도 위 비골골절 등의 상해를 강제추행치상죄의 상해로 인정할 수는 있다.
- ② 피고인이 칼로 피해자의 우측 가슴을 찔러 3주간의 치료를 요하는 우측흉부자상을 가한 경우에는 중상해죄에는 해당하지 아니한다.
- ③ 상해를 입힌 행위가 동일한 일시, 장소에서 동일한 목적으로 저질러진 것이라 하더라도 피해자를 달리하고 있으면 피해자별로 각각 별개의 상해죄를 구성한다.
- ④ 제3자로 하여금 해악을 가하도록 하겠다는 방식으로 해악을 고지하여 상대방이 현실적으로 외포심을 느꼈더라도 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 적이 없다면 협박죄는 성립될 수 없다.
- ⑤ 협박죄에 있어서의 협박이라 함은 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 아니한다.

정답 ①

해설 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).

②(○). [1] 형법 제258조 제1항, 제2항에서 정하는 중상해는 사람의 신체를 상해하여 생명에 대한 위험을 발생하게 하거나, 신체의 상해로 인하여 불구 또는 불치나 난치의

질병에 이르게 한 경우에 성립한다.

[2] 1 ~ 2개월간 입원할 정도로 다리가 부러진 상해 또는 3주간의 치료를 요하는 우측흉부자상이 중상해에 해당하지 않는다고 한 사례(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. 형법상의 누범에 관한 기술로서 옳은 것을 모두 모은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 누범 가중을 하는 경우에는 형법 제35조 제2항에 의하여 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중할 수 있는 것이고 그 형의 단기에 관하여도 2배로 가중할 수 있는 것은 아니다.
- ㉡ 형의 선고를 받은 자가 특별사면을 받아 형의 집행을 면제받고 복권까지 되었다고 하더라도 형의 선고의 효력마저 상실되는 것은 아니므로 실형을 선고받아 복역하다가 특별사면으로 출소한 후 3년 이내에 다시 범죄를 저지르면 누범가중이 가능하다.
- ㉢ 법정형 중 벌금을 선택하는 경우에도 누범가중을 할 수 있다.
- ㉣ 집행유예기간 중에 금고 이상에 해당하는 범죄를 범하였다고 하더라도 이는 누범가중의 요건이 되지 못한다.
- ㉤ 판결 선고후 누범이 발각된 경우라고 하더라도 그 선고한 형의 집행을 이미 종료하였다면, 그와 같은 누범 발각을 이유로 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 없다.

① ㉠, ㉡, ㉢, ㉣ ② ㉠, ㉡, ㉢, ㉤

③ ㉡, ㉢, ㉣, ㉤ ④ ㉠, ㉢, ㉤

⑤ ㉢, ㉣, ㉤

정답 ②

해설 ㉠(○). 제35조 2항에 의하면 누범의 경우 '장기'의 2배까지 가중한다.

㉡(○). 형의 선고를 받은 자가 특별사면을 받아 형의 집행을 면제받고, 또 후에 복권이 되었다 하더라도 형의 선고의 효력이 상실되는 것은 아니라 할 것이므로, 특별사면으로 출소한 후 3년 이내에 본건 절도죄를 저지른 피고인에 대하여 누범가중을 한 원심판결 정당하다(대판 1986.11.11, 86도2004).

㉢(×). 형법 제35조 제1항에 규정된 "금고이상에 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, 82도1702).

㉞(○). 대판 1983.8.23, 83도1600.

㉟(○). 제36조가 “판결선고후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다. 단 선고한 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 후에는 예외로 한다.”라고 규정하고 있기 때문이다.

**문 24. 배임죄와 관련한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?
(판례에 의함)**

- 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 근저당권자가 가지는 채권을 근저당권과 함께 담보하는 의미밖에 없다고 한다면, 이로써 양도담보권자의 채권에 대한 실질적인 담보능력 감소의 위험이 발생하였다고 하더라도 배임죄를 구성하지 아니한다.
- ② 금융기관이 거래처의 기존 대출금에 대한 원리금 및 연체이자에 충당하기 위하여 위 거래처가 신규대출을 받은 것처럼 서류상 정리하였더라도 금융기관이 실제로 위 거래처에게 대출금을 새로 교부한 것이 아니라면 그로 인하여 금융기관에게 어떤 새로운 손해가 발생하는 것은 아니라고 할 것이므로 따로 업무상배임죄가 성립된다고 볼 수 없다.
- ③ 부동산을 이중으로 매도한 경우에 매도인이 선매수인에게 소유권이전의무를 이행하였다고 하여 후매수인에 대한 관계에서 그가 타인의 사무를 처리하는 자로서 임무를 위법하게 위배한 것이라고 할 수 없다.
- ④ 담보권자가 변제기 경과 후에 담보권을 실행하기 위하여 담보목적물을 처분하는 행위는 담보계약에 따라 담보권자에게 주어진 권능이어서 자기의 사무처리에 속하는 것이지 타인인 채무자의 사무처리에 속하는 것이라고 할 수 없으므로, 담보권자가 담보권을 실행하기 위하여 담보목적물을 처분함에 있어 시가에 따른 적절한 처분을 하여야 할 의무는 담보계약상의 민사채무일 뿐 그와 같은 형법상의 의무가 있는 것은 아니므로 그에 위반한 경우 배임죄가 성립된다고 할 수 없다.
- ⑤ 형법 제357조 제1항의 배임수재죄로 처벌하기 위하여는 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받아들이고 이에 대한 대가로서 재물 또는 재산상의 이익을 받은 데에 대한 범의가 있어야 할 것이고, 또 배임수재죄에서 말하는 ‘재산상의 이익의 취득’이라 함은 현

실적인 취득만을 의미하므로 단순한 요구 또는 약속만을 한 경우에는 이에 포함되지 아니한다.

정답 ①

- 해설** ①(×). 배임죄에 있어서 손해란 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상의 위험이 발생된 경우도 포함되므로, 지상권의 설정이 새로운 채무부담행위에 기한 것이 아니라 기존의 저당권자가 가지는 채권을 저당권과 함께 담보하는 의미밖에 없다고 하더라도 이로써 피해자들의 채권에 대한 담보능력 감소의 위험이 발생한 이상 배임죄를 구성한다(대판 1997.6.24, 96도1218).
- ②(○). 대판 2000.6.27, 2000도1155 등.
 - ③(○). 대판 1992.12.24, 92도1223.
 - ④(○). 대판 1985.11.26, 85도1493, 전원합의체판결.
 - ⑤(○). 대판 1999.1.29, 98도4182.

문 25. 공갈죄에 관한 기술 중 옳은 것을 모두 모은 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 공갈죄의 수단으로서 한 협박은 공갈죄에 흡수될 뿐 별도로 협박죄를 구성하지 않으므로, 그러한 협박행위를 당하였다는 내용의 범죄사실에 대한 피해자의 고소는 결국 공갈죄에 대한 것이라 할 것이어서, 그 후 고소가 취소되었다 하여 공갈죄로 처벌하는 데에 아무런 장애가 되지 않는다.
- ㉡ 공갈죄에 있어서 공갈의 상대방은 재산상의 피해자와 동일함을 요하지는 아니하나, 공갈의 목적이 된 재물 기타 재산상의 이익을 처분할 수 있는 사실상 또는 법률상의 권한을 갖거나 그러한 지위에 있음을 요한다.
- ㉢ 공갈죄의 수단으로서의 협박은 해약을 고지하는 것을 말하는데, 여기에서 고지된 해약의 실현은 반드시 그 자체가 위법한 것임을 요하지 않으며, 해약의 고지가 정당한 권리자에 의하여 권리실행의 수단으로서 사용된 경우에 공갈죄가 성립하기 위하여는 행위의 주관적인 측면과 객관적인 측면을 종합적으로 판단할 때 그 방법이 사회통념상 허용되는 정도를 넘어야 한다.
- ㉣ 부동산에 대한 공갈죄는 그 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경로받거나 또는 인도를 받은 때에 기수로 되고, 소유권이전등기에 필요한 서류를 교부받은 때에 기수로 되는 것은 아니다.
- ㉤ 피고인이 피해자에게 집을 주어 피해자로부터 현금카드를 사용한 예금인출의 승낙을 받고 현금카드를 교부받은 행위와 이를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 여러 번 인출하였다면, 이는 모두 피해자의 예금을 갈취하고자 하는 피고인의 단일하고 계속된 범의 아래에

서 이루어진 일련의 행위로서 포괄하여 하나의 공갈죄를 구성한다고 볼 것이지, 현금지급기에서 피해자의 예금을 취득한 행위를 현금지급기 관리자의 의사에 반하여 그가 점유하고 있는 현금을 절취한 것이라 하여 이를 현금카드 갈취행위와 분리하여 따로 절도죄로 처단할 수는 없다.

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

정답 ①

- 해설** ㉠(○). 대판 1996.9.24, 96도2151.
 ㉡(○). 대판 2005.9.29, 2005도4738.
 ㉢(○). 대판 2006.5.12, 2005도9595.
 ㉣(○). 대판 1992.9.14, 92도1506.
 ㉤(○). 대판 1996.9.20, 95도1728.

문 26. 공정증서원본불실기재죄에 관한 진술로서 옳은 것을 모두 모은 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 토지거래 허가구역 내의 어느 토지에 대하여 실제로는 매매계약을 체결하고서도 처음부터 토지거래허가를 잠탈하려는 목적으로 등기원인을 실제와 달리 ‘증여’로 한 소유권이전등기를 경료하였다면, 비록 매도인과 매수인 사이에 그 토지에 관하여 ‘증여’를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료시킬 의사의 합치가 있더라도, 위 행위는 공정증서원본불실기재죄를 구성한다.
- ㉡ 피고인이 종중의 종원으로 종중의 적법한 대표자가 아닌데도 판시 토지들이 소유권보존등기가 되어 있지 아니한 점을 이용하여 자신이 위 종중 대표자인 것처럼 허위의 종중 규약과 회의록을 작성한 후 이를 근거로 위 토지들에 대하여 각 소유자를 종중으로 하고, 종중 대표자를 자기로 한 소유권보존등기를 경료하였다면, 종중 대표자의 기재는 당해 부동산의 처분권한과 관련된 중요한 부분의 기재로서 이에 대한 공공의 신용을 보호할 필요가 있으므로 이를 허위로 등재한 경우에는 공정증서원본불실기재죄에 해당한다.
- ㉢ 부동산에 관하여 가장매매를 원인으로 소유권이전등기를 경료한 사실이 인정된다고 하더라도, 그 당사자 사이에는 소유권이전등기를 경료시킬 의사는 있었다고 할 것이므로 공정증서원본불실기재죄는 성립하지 않는다.

- ㉣ 협의상 이혼의 의사표시가 기망에 의하여 이루어진 것이라면, 일단 협의상 이혼의사의 합치에 따라 이혼신고를 하여 호적에 그 협의상 이혼사실이 기재되었다 하더라도 그와 같은 행위는 공정증서원본불실기재죄에 해당한다.
- ㉤ 피고인이 중국 국적의 조선족 여자와 참다운 부부관계를 설정할 의사 없이 단지 그 여자의 국내 취업을 위한 입국을 가능하게 할 목적으로 형식상 혼인하기로 한 것이라면, 피고인과 위 공소외인 사이에는 혼인의 계출에 관하여는 의사의 합치가 있었다고 하더라도 참다운 부부관계의 설정을 바라는 효과의사는 없었다고 인정되므로 그 혼인은 효력이 없고 그 혼인신고를 한 행위는 공정증서원본불실기재죄를 구성한다.

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

정답 ②

- 해설** ㉠(○). 대판 2007.11.30, 2005도9922.
 ㉡(○). 대판 2006.1.13, 2005도4790.
 ㉢(○). 대판 1991.9.24, 91도1164.
 ㉣(×). 협의상 이혼의 의사표시가 기망에 의하여 이루어진 것일지라도 그것이 취소되기까지는 유효하게 존재하는 것이므로, 협의상 이혼의사의 합치에 따라 이혼신고를 하여 호적에 그 협의상 이혼사실이 기재되었다면, 이는 공정증서원본불실기재죄에 정한 불실의 사실에 해당하지 않는다(대판 1997.1.24, 95도448).
 ㉤(○). 대판 1996.11.22, 96도2049.

문 27. 다음 중 불능미수 또는 중지미수에 관한 설명으로서 옳은 것만을 모은 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 민사소송법상 소송비용의 청구는 소송비용액 확정절차에 의하도록 규정하고 있으므로, 위 절차에 의하지 아니하고 손해배상금 청구의 소 등으로 소송비용의 지급을 구하는 것은 소의 이익이 없는 부적법한 소로서 허용될 수 없고, 따라서 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기하였다고 하더라도 이는 객관적으로 소송비용의 청구방법에 관한 법률적 지식을 가진 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 없어 불능미수로 처벌하여야 한다.
- ㉡ 피고인이 피해자를 강간하려고 팬티를 강제로 벗기고 음부를 만지던 중 피해자가 수술한 지 얼마 안 되어

배가 아프다면서 애원하자 피해자의 신체조건상 강간을 하기에 지장이 있다고 보아 그 뜻을 이루지 못한 경우에는 일반의 경험상 강간행위를 수행함에 장애가 되는 외부적 사정에 의하여 범행을 중지한 것에 지나지 않는 것이므로, 중지미수가 될 수 없다.

- ㉠ 피고인이 임야를 편취할 목적으로 소송을 제기하였으나 소 제기시 이미 소송의 상대방이 사망하였을 경우에는 소송에서 승소판결을 받는다고 하더라도 판결의 효력이 해당 임야의 재산상속인에게 미칠 수 없으므로 이는 사기죄의 불능미수로 처벌하여야 한다.
- ㉡ 피고인이 장롱 안에 있는 옷가지에 불을 놓아 건물을 소훼하려 하였으나 불길에 치솟는 것을 보고 겁이 나서 물을 부어 불을 끈 것이라면, 위와 같은 경우 치솟는 불길에 놀라거나 자신의 신체안전에 대한 위해 또는 범행 발각시의 처벌 등에 두려움을 느끼는 것은 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당하므로 이는 중지미수라고 할 수 없다.

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

정답 ③

해설 ㉠(×). 민사소송법상 소송비용의 청구는 소송비용액 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 청구방법에 관한 법률적 지식을 가진 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 없어 위험성이 인정되지 않는다고 할 것이다(2005.12.8, 2005도8105).

㉡(○). 대판 1992.7.28, 92도917.

㉢(×). 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 등). 이와 같은 판시는 불능범으로 불가벌이라는 취지이다.

㉣(○). 대판 1997.6.13, 97도957.

문 28. 다음 중 가장 옳지 않은 설명은?(판례에 의함)

① 법원의 직무집행정지 가처분결정에 의하여 그 직무집행이 정지된 자가 법원의 결정에 반하여 직무를 수행함으로써 업무를 계속 행하는 경우 그 업무는 국법질서와

재판의 존엄성을 무시하는 것으로서 사실상 평온하게 이루어지는 사회적 활동의 기반이 되는 것이라 할 수 없고, 비록 그 업무가 반사회성을 띠는 경우라고까지는 할 수 없다고 하더라도 법적 보호라는 측면에서는 그와 동등한 평가를 받을 수밖에 없으므로, 그 업무자체는 업무방해죄에서 말하는 업무에 해당하지 않는다.

- ② 도급인의 공사계약 해제가 적법하고 수급인이 스스로 공사를 중단한 상태였다 하더라도, 도급인이 공사현장에 남아 있는 수급인 소유의 공사자재 등을 다른 곳에 옮겨 놓은 행위는 수급인의 공사업무를 방해한 것으로서 업무방해죄가 성립한다.
- ③ 의료인이나 의료법인이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 행위는 그 위법의 정도가 중하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠고 있으므로 업무방해죄의 보호대상이 되는 '업무'에 해당하지 않는다.
- ④ 업무방해죄에 있어서의 '위력'이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력을 말하고, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하며, 폭행·협박은 물론 사회적, 경제적, 정치적 지위와 권세에 의한 압박 등을 포함한다고 할 것이고, 위력에 의해 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압되는 것을 요하는 것은 아니다.
- ⑤ 입찰방해죄는 위태범으로서 결과의 불공정이 현실적으로 나타나는 것을 요하는 것이 아니고, 그 행위에는 가격을 결정하는 데 있어서 뿐만 아니라 적법하고 공정한 경쟁방법을 해하는 행위도 포함되므로, 그 행위가 설사 동종업자 사이의 무모한 출혈경쟁을 방지하기 위한 수단에 불과하여 입찰가격에 있어 입찰실시자의 이익을 해하거나 입찰자에게 부당한 이익을 얻게 하는 것이 아니었다 하더라도 실질적으로는 단독입찰을 하면서 경쟁입찰인 것같이 가장하였다면 경쟁입찰의 방법을 해한 것이 되어 입찰의 공정을 해한 것이 된다.

정답 ②

해설 ①(○). 대판 2002.8.23, 2001도5592.

②(×). 피고인의 이 사건 공사계약 해제가 적법하고, 이 사건 범행 당시 위 회사가 스스로 공사를 중단한 상태였다면, 피고인이 공사현장에 남아 있는 위 회사 소유의 공사자재 등을 수거하여 다른 곳에 옮겨 놓았다고 하여 피고인이 위 회사의 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. 책임능력에 관한 기술로서 옳은 것을 모두 모은 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 원칙적으로 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하지만, 그 이상으로 사물을 변별할 수 있는 능력에 장애를 가져오는 원래의 의미의 정신병이 도벽의 원인이라거나 혹은 충동조절장애와 같은 성격적 결함이라 할지라도 그것이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 있고 도벽의 원인이 된 경우에는 그로 인한 절도 범행은 심신장애로 인한 범행으로 보아야 한다.
- ㉡ 형법 제10조 제1항, 제2항에 규정된 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고 정신질환의 종류와 정도, 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 반성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다.
- ㉢ 피고인이 당초부터 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면, 이는 음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하고서 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 심신장애로 인한 형의 감경을 할 수 없다.
- ㉣ 형법 제10조에서 말하는 심신장애인지 여부를 가리는 것은 범행 당시를 기준으로 하는 것이므로, 평소 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물판별능력이나 행위통제능력이 있었다면 형법 제10조 소정의 심신장애라고 볼 수 없다.
- ㉤ 사춘기 이전의 소아들을 상대로 한 성행위를 중심으로 성적 흥분을 강하게 일으키는 공상, 성적 충동, 성적 행동이 반복되어 나타나는 소아기호증은 성적인 측면에서의 성격적 결함으로 인하여 나타나는 것으로서, 이는 정신질환이므로 그 사정 자체로도 바로 형법 제10조에서 말하는 심신장애로 보아야 한다.

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

정답 ②

해설 ㉠(○). 대판 2006.10.13, 2006도5360.

㉡(○). 대판 1999.1.26, 98도3812.

㉢(○). 대판 1992.7.28, 92도999.

㉣(○) 피고인이 평소 간질병 증세가 있었다라도 범행 당시에는 간질병이 발작하지 아니하였다면 이는 책임감면사유인 심신장애 내지는 심신미약의 경우에 해당하지 아니한다

(대판 1983.10.11, 83도1897).

㉤(×). 사춘기 이전의 소아들을 상대로 한 성행위를 중심으로 성적 흥분을 강하게 일으키는 공상, 성적 충동, 성적 행동이 반복되어 나타나는 소아기호증은 성적인 측면에서의 성격적 결함으로 인하여 나타나는 것으로서, 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 경합된 경우 등에는 심신장애를 인정할 여지가 있다(대판 2007.2.8, 2006도7900).

문 30. 형의 감경사유가 되는 자수에 관한 기술로서 옳은 것을 모두 고른 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 피고인이 검찰의 소환에 따라 자진 출석하여 검사에게 범죄사실에 관하여 자백함으로써 형법상 자수의 효력이 발생하였다면, 그 후에 검찰이나 법정에서 범죄사실을 일부 부인하였다고 하더라도 일단 발생한 자수의 효력이 소멸하는 것은 아니다.
- ㉡ 법인의 직원 또는 사용인이 위반행위를 하여 양벌규정에 의하여 법인이 처벌받는 경우, 법인에게 자수감경에 관한 형법 제52조 제1항의 규정을 적용하기 위하여는 법인의 이사 기타 대표자가 수사책임이 있는 관서에 자수한 경우에 한하고, 그 위반행위를 한 직원 또는 사용인이 자수한 것만으로는 위 규정에 의하여 형을 감경할 수 없다.
- ㉢ 법률상의 형의 감경사유가 되는 자수를 위하여는, 범인이 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖춘 객관적 사실을 자발적으로 수사관서에 신고하여 그 처분에 맡기는 것으로 족하고, 더 나아가 법적으로 그 요건을 완전히 갖춘 범죄행위라고 적극적으로 인식하고 있을 필요까지는 없다.
- ㉣ 자수란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시로서 이를 형의 감경사유로 삼는 주된 이유는 범인이 그 죄를 뉘우치고 있다는 점에 있으므로, 혐의를 받고 있는 수개의 범죄사실 중 일부에 관하여만 자수한 경우에는 그 일부에 대하여도 자수로서의 효력이 없다.
- ㉤ 범죄사실과 범인이 누구인가가 발각된 후라 하더라도 범인이 자발적으로 자기의 범죄사실을 수사기관에 신고한 경우에는 이를 자수로 보아야 한다.

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

정답 ②

- 해설** ㉠(○). 대판 1999.7.9, 99도1695.
 ㉡(○). 대판 1995.7.25, 95도391.
 ㉢(○). 대판 1995.6.30, 94도1017.
 ㉣(×). 수개의 범죄사실 중 일부에 관하여만 자수한 경우에는 그 부분 범죄사실에 대하여만 자수의 효력이 있다(대판 1994.10.14, 94도2130).
 ㉤(○). 형법 제52조나 국가보안법 제16조 제1호의 “자수”에는 범행이 발각되고 지명수배된 후의 자진출두도 포함되는 것으로 판례가 해석하고 있으므로 이것이 “자수”라는 단어의 관용적 용례라고 할 것이다(대판 1997.3.20, 96도1167, 전원합의체판결).

문 31. 위법성조각사유에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공직선거후보자 甲은 다른 후보자 乙이 연설 중 자신의 부친의 과거행적과 학력기재를 언급하면서 후보자의 자질에 관한 사실을 적시하자 물리력으로 연설을 중단시켰다면 정당방위에 해당되지 아니한다.
- ② 작성권한 없는 자가 타인 명의를 모용하여 사문서를 작성할 당시 명의자의 현실적인 승낙은 없었지만 행위 당시의 모든 객관적 사정을 종합하여 명의자가 행위 당시 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되는 경우에는 사문서위조죄가 성립하지 아니한다.
- ③ 회사측이 회사 운영을 부실하게 하여 소수주주들에게 손해를 입게 한 상황에서 주주총회에 참석한 주주가 강제로 사무실을 뒤져 회계장부를 찾아내는 것은 사회통념상 용인되는 정당행위에 해당되지 아니한다.
- ④ 사용자 甲이 건물의 6층부터 9층까지를 사용하고 제3자 乙이 건물의 2층부터 5층까지 사용하면서 건물의 1층 로비부분은 甲과 乙이 공동으로 관리·사용하는 경우에, 甲의 근로자들이 甲에 대한 쟁의행위를 이유로 1층 로비부분을 침입·점거한 것이 사용자 甲에 대한 관계에서 정당한 쟁의행위로 평가될 수 있다면 제3자 乙에 대하여도 정당행위에 해당한다.
- ⑤ 주식회사 대표이사 甲은 자기의 불륜행각을 폭로하겠다는 乙의 협박에 못이겨 회사 명의의 1,000만 원 짜리 당좌수표를 발행해 주었으나, 지급제시일 전에 분실한 수표라고 허위로 신고하여 제권판결을 받은 경우에는 사기죄가 성립한다.

정답 ④

- 해설** ①(○). 공직선거 후보자 합동연설회장에서 후보자 乙이 적시

한 연설 내용이 다른 후보자 甲에 대한 명예훼손 또는 후보자비방의 요건에 해당되나 그 위법성이 조각되는 경우, 乙의 연설 도중에 甲이 마이크를 빼앗고 욕설을 하는 등 물리적으로 乙의 연설을 방해한 행위가 乙의 ‘위법하지 않은 정당한 침해’에 대하여 이루어진 것일 뿐만 아니라 ‘상당성’을 결여하여 정당방위의 요건을 갖추지 못하였다고 한 사례(대판 2003.11.13, 2003도3606).

- ②(○). 대판 2003.5.30, 2002도235.
- ③(○). 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 대하여서까지 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 성립된다(대판 2003.12.26, 2003도4914).

문 32. 피고인은 2005. 5. 3. 사기죄로 징역 1년을 선고받고 복역하다가 2006. 3. 4. 만기 출소하여 그 형의 집행을 종료하였다. 그런데 피고인은 2008. 10. 31. 甲죄(법정형 징역 1년 이상 5년 이하)와 乙죄(법정형 징역 2년 이하)를 범하였고, 양 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다. 피고인에게 법률상 감경사유는 없고, 작량감경 사유가 있어 감경하는 경우, 처단형의 범위로 옳은 것은?

- ① 6월 이상 7년 6월 이하의 징역형
- ② 1년 이상 7년 6월 이하의 징역형
- ③ 6월 이상 15년 이하의 징역형
- ④ 1년 이상 14년 이하의 징역형
- ⑤ 6월 이상 7년 이하의 징역형

정답 ⑤

- 해설** ★ 제56조의 가중감경의 순서에 따라 먼저 형집행정료 후 3년이 지나기 전에 甲·乙 죄를 범한 점에서 각 죄에 누범가중(3호)을 하고, 양 죄는 동시적 경합범 관계이므로 경합범가중(5호)를 한 후, 작량감경(6호)을 한다.
 ★ i) 누범가중(제35조 2항)으로 甲죄는 1년 이상 10년 이하의 징역, 乙죄는 1월 이상 4년 이하의 징역, ii) 경합범가중(제38조 2호)으로 1년 이상 15년 이하의 징역이 되나, 각죄에 정한 형의 장기를 합산한 형기를 초과할 수 없

으므로 1년 이상 14년 이하가 되고, iii) 작량감경(제53조)으로 6월 이상 7년 이하의 징역이 된다.

★ 결국 처단형의 범위는 6월 이상 7년 이하의 징역이 된다.

문 33. 문서에 관한 죄에 대한 다음의 기술 중 옳은 것을 모두 모은 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 자신의 이름과 나이를 속이는 용도로 사용할 목적으로 주민등록증의 이름·주민등록번호란에 글자를 오려붙인 후 이를 컴퓨터 스캔 장치를 이용하여 이미지 파일로 만들어 컴퓨터 모니터로 출력하는 한편 타인에게 이메일로 전송하였다면, 컴퓨터 모니터 화면에 나타나는 이미지는 형법상 문서에 관한 죄에서 말하는 문서에 해당하지 않으므로 위 행위는 공문서위조 및 위조공문서행사죄를 구성하지 않는다.
- ㉡ ‘○○부동산’은 등록된 부동산중개사무소인데 부동산 매매계약을 중개하면서 자신을 ‘○○부동산’의 대표라고 칭하며 계약서의 공인중개사란에 ‘○○부동산’의 상호와 등록번호 등을 기재하고 자신을 대표자로 기재하여 마치 자신에게 위 부동산중개사무소의 대표자 자격이 있는 양 가장하였다면, 이는 자격모용사문서작성죄를 구성한다.
- ㉢ 공문서변조라 함은 권한 없이 이미 진정하게 성립된 공무원 또는 공무소 명의의 문서내용에 대하여 그 동일성을 해하지 아니할 정도로 변경을 가하는 것을 말하므로, 이미 허위로 작성된 공문서는 공문서변조죄의 객체가 될 수 없다.
- ㉣ 일반인으로 하여금 당해 명의인이 권한 내에서 작성된 문서라고 믿게 할 수 있을 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 그 명의인이 허무인이거나 문서의 작성일자 이전에 사망하였다고 하더라도 문서위조죄가 성립하며 이는 공문서뿐만 아니라 사문서에 있어서도 마찬가지이다.
- ㉤ 주식회사의 적법한 대표이사는 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로, 대표이사가 직접 주식회사명의 문서를 작성하는 행위는 자격모용사문서작성 또는 위조에 해당하지 않는 것이 원칙이며, 설령 그 문서의 내용이 진실에 반하는 허위이거나 대표권을 남용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 작성된 경우에도 마찬가지이다.

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

정답 ①

- 해설** ㉠(○). 대판 2007.11.29, 2007도7480(공보불게재). 컴퓨터 모니터 화면에 나타나는 이미지는 이미지 파일을 보기 위한 프로그램을 실행할 경우에 그때마다 전자적 반응을 일으켜 화면에 나타나는 것에 지나지 않아서 계속적으로 화면에 고정된 것으로는 볼 수 없으므로, 형법상 문서에 관한 죄에 있어서의 ‘문서’에는 해당되지 않는다고 할 것이다.
- ㉡(○). [1] 자격모용에 의한 사문서작성죄는 문서위조죄와 마찬가지로 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 그 보호법익으로 하는 것으로서, 행사할 목적으로 타인의 자격을 모용하여 작성된 문서가 일반인으로 하여금 당해 명의인의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿게 할 수 있을 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 성립하는 것이고, 자격모용에 의한 사문서작성죄에서의 ‘타인’에는 자연인뿐만 아니라 법인, 법인격 없는 단체를 비롯하여 거래관계에서 독립한 사회적 지위를 갖고 활동하고 있는 존재로 취급될 수 있으면 여기에 해당된다.
- [2] 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).
- ㉢(○). 대판 1986.11.11, 86도1984.
- ㉣(○). 대판 2005.2.24, 2002도18, 전원합의체판결.
- ㉤(○). 대판 2008.11.27, 2006도2016.

문 34. 불가벌적 사후행위에 관한 기술로서 옳은 것을 모두 고른 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 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 부정사용행위는 절도범행의 불가벌적 사후행위가 되지 않는다.
- ㉡ 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.
- ㉢ 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 비록 선순위 근저당권의 담보가치를 공제한 나머지 담보가치 상당의 재산상 이익을 침해하는 행위라고 하더라도 별도의 배임죄를 구성하지 않는다.

- ㉠ 명의신탁 받아 보관 중이던 토지를 명의신탁자의 승낙 없이 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 준 경우에는 위 토지 전체에 대한 횡령죄가 성립하며, 그 후 다시 피해자의 승낙 없이 다른 사람에게 이를 매도하면 이는 별개의 횡령죄를 구성한다.
- ㉡ 대마취급자가 아닌 자가 절취한 대마를 흡입할 목적으로 소지하는 행위는 절도죄의 보호법익과는 다른 새로운 법익을 침해하는 행위이므로 절도죄의 불가별적 사후행위로서 절도죄에 포괄흡수된다고 할 수 없고 절도죄 외에 다시 무허가대마소지죄를 구성한다.

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

정답 ③

해설 ㉠(○). 대판 2008.9.11, 2008도5364.

㉡(○). 대판 2006.10.27, 2004도6503.

㉢(×). 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).

㉣(×). 타인으로부터 명의신탁받아 보관 중이던 토지에 대하여 피해자인 명의신탁자의 승낙 없이 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 주면 그 때에 그 토지에 대한 횡령죄가 성립하고, 그 후 피해자의 승낙 없이 그 토지를 다른 사람에게 매도하더라도 이는 횡령물의 처분행위로서 별개의 횡령죄를 구성하지 아니한다(대판 1998.2.24, 97도3282).

㉤(○). 대판 1999.4.13, 98도3619.

문 35. 다음은 甲의 행위를 기술한 것이다. 甲의 乙, 丙, 丁 3인에 대한 죄책에 관한 판단으로 다음 중 옳은 것은?(판례에 의함)

甲은 회사의 대표이사로서 성형사출기를 이용하여 플라스틱 제품을 제조·판매하는 사업을 하던 중 乙은행으로부터 사업자금을 대출받으면서 성형사출기를 양도담보로 제공하고 점유개정에 의하여 이를 계속 점유하기로 하였는데, 그

로부터 1년 후 丙에 대한 차용금채무에 대한 담보로 성형사출기를 다시 양도담보로 제공하면서 그때에도 역시 점유개정에 의하여 이를 계속 점유하기로 하였다. 그 후 甲은 위 성형사출기를 丁에게 매각하고 대금을 받은 다음 이를 인도해 주었다. 위 매각시 甲은 丁에게 위 성형사출기가 양도담보로 제공되어 있음을 알리지 않고 자기 소유라고 말하였고 丁은 이에 따라 성형사출기에 아무런 법적 문제가 없을 것으로 믿고 이를 매수하였다.

- ① 乙에 대한 관계에서 이중양도담보 제공행위는 배임죄이고 매각행위는 무죄, 丙에 대한 관계에서 무죄, 丁에 대한 관계에서 사기죄
- ② 乙에 대한 관계에서 이중양도담보 제공행위는 배임죄이고 매각행위는 횡령죄, 丙에 대한 관계에서 횡령죄, 丁에 대한 관계에서 무죄
- ③ 乙에 대한 관계에서 이중양도담보 제공행위는 무죄이고 매각행위는 배임죄, 丙에 대한 관계에서 무죄, 丁에 대한 관계에서 사기죄
- ④ 乙에 대한 관계에서 이중양도담보 제공행위는 무죄이고 매각행위는 횡령죄, 丙에 대한 관계에서 횡령죄, 丁에 대한 관계에서 사기죄
- ⑤ 乙에 대한 관계에서 이중양도담보 제공행위는 무죄이고 매각행위는 배임죄, 丙에 대한 관계에서 무죄, 丁에 대한 관계에서 무죄

정답 ③

해설 ★ 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 채권자(丙)는 양도담보권을 취득할 수 없는데, 현실의 인도가 아닌 점유개정으로는 선의취득이 인정되지 아니하므로, 결국 뒤의 채권자(丙)는 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 채권자(丙)에 대한 관계에서는, 설정자인 채무자가 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수 없어 배임죄가 성립하지 않는다(대판 2004.6.25, 2004도1751). ★ 결국 판례에 의하면 甲이 丙에게 성형사출기를 이중으로 담보제공한 행위만으

로는 乙에 대해서 배임죄가 성립하지 아니하고(丙은 乙에 대하여 배타적으로 자기의 담보권을 주장할 수 없으므로 위와 같이 이중으로 양도담보제공이 된 것만으로는 乙에게 담보권의 상실이나 담보가치의 감소 등 손해가 발생한 것으로 볼 수 없으니 배임죄를 구성하지 않는다. 대판 1990.2.13, 89도1931 참조), 나아가 丁에게 성형사출기를 매각 인도한 경우 乙에 대해서 배임죄가 성립하지만(채권 확보 등으로 양도담보로 제공한 물건을 다시 타에 양도한 행위는 배임죄에 해당된다. 대판 1983.11.8, 82도2119 참조) 양도담보권자라 할 수 없는 丙에 대해서는 배임죄가 성립하지 않는다고 할 것이다. ★ 다만 丙에 대해서는 사기죄가 성립할 수 있다(손동권). 왜냐하면 피고인 甲이 담보권 취득이 불가능한 사정을 丙에게 고지하지 않고(이는 견해에 따라 묵시적 기망 또는 부작위에 의한 기망에 해당한다) 이중으로 양도담보에 제공하여 재산상 이익을 취득하고 丙에게는 손해를 주었다고 평가되기 때문이다.

★ 한편 “타인에게 매도담보로 제공한 동산을 그 사실을 은폐하고 다시 제3자에게 매도담보로 제공한 경우에는 사기죄가 성립된다(대판 1960.10.26, 4293형상82).”는 판례를 고려할 때, 甲의 행위는 丁에 대한 사기죄가 성립한다고 할 것이다.

문 36. 친족상도례 등에 관한 기술로서 옳은 것을 모두 고른 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 직계혈족 등 형법 제328조 제1항 소정의 친족간의 범행에 관한 규정이 적용되기 위한 친족관계는 원칙적으로 범행 당시에 존재하여야 하지만, 부(父)가 혼인 외의 출생자를 인지하는 경우 인지의 소급효는 친족상도례에 관한 규정의 적용에도 미친다.
- ㉡ 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.
- ㉢ 절도죄에 있어 친족상도례에 관한 규정은 범인과 피해물건의 소유자 및 점유자 모두 사이에 친족관계가 있는 경우에만 적용되는 것이고 절도범인이 피해물건의 소유자나 점유자의 어느 일방과 사이에서만 친족관계가 있는 경우에는 그 적용이 없다.
- ㉣ 형법 제354조, 제328조 제1항의 규정에 의하면, 직계혈족 등 사이의 사기죄는 그 형을 면제하여야 하는데 이와 같은 형법상 사기죄의 성질은 범행으로 인한 이

득액이 5억 원 이상이어서 특정경제범죄가중처벌등에 관한법률 제3조 제1항에 의해 가중처벌되는 경우에도 그대로 유지되고, 특별법인 특정경제범죄가중처벌등에 관한법률에 친족상도례에 관한 규정의 적용을 배제한다는 명시적인 규정이 없으므로, 형법 제354조는 위와 같이 사기죄가 특정경제범죄가중처벌등에관한법률에 의하여 가중처벌되는 경우에도 적용된다.

㉤ 법원을 기망하여 제3자로부터 재물을 편취한 경우에 피기망자인 법원은 피해자가 될 수 없고 재물을 편취당한 제3자가 피해자라고 할 것이므로 피해자인 제3자와 사기죄를 범한 자가 직계혈족의 관계에 있을 때에는 그 범인에 대하여 형법 제328조 제1항을 준용하여 형을 면제하여야 한다.

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

정답 ①

- 해설** ㉠(○). 대판 1997.1.24, 96도1731.
 ㉡(○). 대판 2008.7.24, 2008도3438.
 ㉢(○). 대판 1980.11.11, 80도131.
 ㉣(○). 대판 2010.2.11, 2009도12627.
 ㉤(○). 대판 1976.4.13, 75도781.

문 37. 피해자의 승낙에 관한 기술 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 피고인이 피해자 소유인 어느 물건에 대하여 자기에게 권리가 있다고 주장하여 피해자의 묵시적인 동의 아래 이를 가져간 경우 나중에 그 권리 주장의 근거가 허위로 밝혀졌다고 하더라도 피해자가 일단 묵시적 동의를 한 이상 절도죄는 성립할 수 없다.
- ㉡ 불법선거운동을 적발할 목적으로 상대방 후보자의 선거운동원들이 모일 것으로 예상되는 음식점에 손님을 가장하고 들어가서 도청장치를 설치하였다면 그 음식점의 영업주가 출입을 허용하지 않았을 것으로 봄이 경험칙에 부합하므로 이와 같은 행위는 주거침입죄를 구성한다.
- ㉢ 행위의 위법성을 조각하는 피해자의 승낙은 개인적 법익을 훼손하는 경우에 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙을 말할 뿐만 아니라 윤리적, 도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다.
- ㉣ 의사가 정밀한 진단방법을 실시하지 않은 채 환자의 병명이 자궁외임신인 것을 자궁근종으로 오진하고 환자

인 피해자에게 자궁적출수술의 불가피성만을 설명하고 자궁외임신에 관한 설명을 하지 않은 채 피해자의 승낙을 받아 자궁적출수술을 한 경우에는 위 승낙은 부정확한 설명을 근거로 이루어진 것이므로, 업무상과실치상죄에 관한 한 수술의 위법성을 조각할 승낙으로 볼 수 없다.

- ㉠ 자기의 소유인 가옥이라고 하더라도 피해자가 점유관리하고 있고 피해자와 사이에서 그 가옥의 소유권에 대한 분쟁이 계속되고 있다면, 그 가옥에 침입하는 것에 대한 피해자의 추정적 승낙이 있었다고 할 수 없다.

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

정답 ①

- 해설** ㉠(○). 대판 1990.8.10, 90도1211.
 ㉡(○). 대판 1997.3.28, 95도2674.
 ㉢(○). 대판 1985.12.10, 85도1892.
 ㉣(○). 대판 1993.7.27, 92도2345.
 ㉤(○). 대판 1989.9.12, 89도889.

문 38. 뇌물죄에 관한 설명으로 틀린 것을 모두 고른 것은? (판례에 의함)

- ㉠ 뇌물죄에서 수수된 금품의 뇌물성을 인정하는 데에 특별한 청탁이 있어야만 하는 것은 아니고, 또한 금품이 직무에 관하여 수수된 것으로 족하고 개개의 직무행위와 대가적 관계에 있을 필요는 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없으며, 뇌물죄가 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있음에 비추어 볼 때, 공무원이 그 이익을 수수하는 것으로 인하여 사회일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 여부는 뇌물죄의 성부를 판단함에 있어서의 판단 기준이 될 수 없다.
- ㉡ 뇌물죄에서 말하는 직무에는 공무원이 법령상 관장하는 직무 그 자체뿐만 아니라 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 관여하는 직무행위도 포함된다.
- ㉢ 뇌물공여죄가 성립하기 위하여는 뇌물을 공여하는 행위와 상대방측에서 금전적으로 가치가 있는 그 물품 등을 받아들이는 행위가 필요할 뿐 반드시 상대방측에서 뇌물수수죄가 성립하여야 하는 것은 아니다.
- ㉣ 알선수뢰죄의 구성요건 중 ‘공무원이 그 지위를 이용하여’ 라 함은 친구, 친족관계 등 사적인 관계를 이용

하는 경우에는 이에 해당한다고 할 수 없으나, 다른 공무원이 취급하는 사무의 처리에 법률상이거나 사실상 영향이 줄 수 있는 관계에 있는 공무원이 그 지위를 이용하는 경우에는 이에 해당하고 그 사이에 상하관계, 협동관계, 감독권한 등의 특수한 관계가 있음을 요하지 않는다.

- ㉤ 공무원이 직접 뇌물을 받지 아니하고 증뢰자로 하여금 다른 사람에게 뇌물을 공여하도록 한 경우, 그 다른 사람이 공무원의 사자 또는 대리인으로서 뇌물을 받은 경우나 그 밖에 사회통념상 그 다른 사람이 뇌물을 받은 것을 공무원이 직접 받은 것과 같이 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 형법 제130조의 제3자 뇌물제공죄가 아니라, 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄가 성립한다.

- ① ㉠, ㉤ ② ㉡, ㉤ ③ ㉢, ㉣
- ④ ㉠ ⑤ ㉤

정답 ④

- 해설** ㉠(×). 뇌물죄가 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있음에 비추어 볼 때, 공무원이 그 이익을 수수하는 것으로 인하여 사회일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 여부도 뇌물죄의 성부를 판단함에 있어서의 판단 기준이 된다(대판 2007.4.27, 2005도4204).
 ㉡(○). 대판 2006.5.26, 2005도1904.
 ㉢(○). 대판 2006.2.24, 2005도4737.
 ㉣(○). 대판 2006.4.27, 2006도735.
 ㉤(○). 대판 1998.9.22, 98도1234.

문 39. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(판례에 의함)

- ① 국토이용관리법에 의하여 지정된 토지의 거래계약 허가구역 안에 있는 토지의 매매에 관하여 같은 법에 의한 토지거래허가를 받은 바 없다 하더라도, 허가구역 안에 있는 토지의 거래당사자 사이에는 그 허가를 받도록 서로 협력할 의무가 있으므로, 매도인 甲이 토지거래허가구역 내에 있는 토지를 乙에게 매도한 후 토지거래허가를 받지 않은 상태에서 그 토지를 제3자인 丙에게 다시 매도하면서 토지거래허가를 받은 후 소유권이전등기까지 마쳐 주었다면, 甲의 행위는 배임죄에 해당한다.
- ② 배임수증죄에 있어서 부정한 청탁이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고, 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이와 관련되어 교부받거나 공여한 재물의 액수, 형식, 보호법익인 사무처리

자의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 한다.

- ③ 자동차에 대하여 저당권이 설정되는 경우 자동차의 교환가치는 그 저당권에 포섭되고, 저당권설정자가 자동차를 매도하여 그 소유자가 달라지더라도 저당권에는 영향이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 저당권설정자가 단순히 그 저당권의 목적인 자동차를 다른 사람에게 매도한 것만으로는 배임죄가 성립하지 아니한다.
- ④ 배임죄가 성립하려면, 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 적어도 재산상 실해 발생의 위험을 초래하였다고 인정되어야 한다.
- ⑤ 재물편취를 내용으로 하는 사기죄에 있어서는 기망으로 인한 재물교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 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 전부이다.

정답 ①

- 해설** ①(×). 국토이용관리법 제21조의2 소정의 규제구역 내에 있는 토지를 매도하였으나, 같은 법 소정의 거래허가를 받은 바가 없다면, 매도인에게 매수인에 대한 소유권이전등기에 협력할 의무가 생겼다고 볼 수 없고, 따라서 매도인이 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수 없다(대판 1996.8.23, 96도1514).
- ②(○). 대판 2008.12.11, 2008도6987.
 - ③(○). 대판 2008.8.21, 2008도3651.
 - ④(○). 대판 2000.11.24, 99도822.
 - ⑤(○). 대판 2007.1.25, 2006도7470.

문 40. 권리행사방해죄에 대한 설명으로서 옳은 것을 모두 고른 것은?(판례에 의함)

- ㉠ 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 않는다.
- ㉡ 권리행사방해죄에 있어서의 점유는 정당한 원인에 의하여 그 물건을 점유할 권리가 있는 자의 점유를 의미하

는 것으로서 본권을 갖지 아니하는 절도범인의 점유는 여기에 해당하지 않는다.

- ㉢ 피고인이 주식회사의 대표이사로 재직하면서 그 대표이사의 지위에 기한 직무집행행위로서 타인이 점유하고 있는 위 회사 소유의 자동차를 취거하여 간 경우 그 자동차는 위 회사 소유의 물건이지 피고인 개인 소유의 물건이 아니므로 권리행사방해죄는 성립하지 않는다.
- ㉣ 피고인이 타인의 권리의 목적이 된 자기의 물건을 그 점유자의 점유로부터 자기에게로 옮겼다 하더라도 그것이 점유자의 의사에 기한 것이었다면 설령 그 점유자의 의사가 피고인의 기망에 의한 하자 있는 의사였다고 하더라도 권리행사방해죄는 성립하지 않는다.
- ㉤ 주식회사의 과점주주라고 하더라도 그 회사 명의로 등록되어 있는 회사 소유의 선박은 과점주주의 소유라고 할 수 없으므로 과점주주가 타인이 점유 중인 위 선박을 취거하여 갔다면 권리행사방해죄가 성립하지 않는다.

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

정답 ②

- 해설** ㉠(○). 대판 2003.5.30, 2000도5767.
 ㉡(○). 대판 1994.11.11, 94도343.
 ㉢(×). 주식회사의 대표이사가 대표이사의 지위에 기하여 그 직무집행행위로서 타인이 점유하는 위 회사의 물건을 취거한 경우에는, 위 행위는 위 회사의 대표기관으로서의 행위라고 평가되므로, 위 회사의 물건도 권리행사방해죄에 있어서의 “자기의 물건”이라고 보아야 할 것이다(대판 1992.1.21, 91도1170).
 ㉣(○). 대판 1988.2.23, 87도1952.
 ㉤(○). 대판 1984.6.26, 83도2413.

이하부터는 여백입니다.