

【 형법 40문 해설 】 (법원행시, 2010년)

- 총론;14문항(35%), 각론;26문항(65%)
- 판례;37문항, 조문/이론;3문항
- 형법올리기(2011년 총론, 2010년 각론); **2개의 지문 제외**한 100% 적중

【문 1】

<해설> <총p.87>

목적범○ : ㉠㉡㉢㉣㉤㉥㉦

목적범× : ㉧㉨

<답> ②

【문 2】

<해설>

㉠ ○ : 산업발전법상 기업구조조정조합의 업무집행조합원이 투자자산의 처분 등을 조합원총회의 결의사항으로 규정한 조합규약에도 불구하고 조합 명의로 업무상 보관하던 주식을 임의로 매각한 경우, 횡령죄에 해당한다(대판 2007도6463). <각p.304㉠>

㉡ ○ : 원인무효인 소유권이전등기의 명의자로서 그 부동산을 법률상 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있지 않은 자는 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자에 해당하지 않는다(대판 88도1368). <각p.296>

㉢ ○ : 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, 예외적으로 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 있다(대판 2004도6280). <교재×>

㉣ ○ : 대판 2003도5519 <각p.314㉣>

㉤ ○ : 대판 2003도7645, 전합 <각p.318>

<답> ①

【문 3】

<해설>

㉠ × : 형법 제59조 제1항 단행의 '자격정지 이상의 형을 받은 전과'라 함은 자격정지 이상의 형을 선고받은 범죄경력 자체를 의미하는 것이고, 그 형의 효력이 상실된 여부는 묻지 않는 것으로 해석함이 상당하다. 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 제1항 단행에서 정한 선고유예 결정사유인 '자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자'에 해당한다(대판 2003도3768). <총p.506>

㉔ ○ : 집행유예기간 중에 범한 죄에 대하여 형을 선고할 때에, 집행유예의 결정사유를 정하는 현행 형법 제62조 제1항 단서의 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 단서의 요건에 해당하지 않으므로, 집행유예기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고가 가능하다(대판 2007도768). <총p.510>

㉕ ○ : [1] 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 두개의 범죄에 대하여 하나의 판결로 두개의 자유형을 선고하는 경우 그 두개의 자유형은 각각 별개의 형이므로 형법 제62조 제1항에 정한 집행유예의 요건에 해당하면 그 각 자유형에 대하여 각각 집행유예를 선고할 수 있는 것이고, 또 그 두개의 징역형 중 하나의 징역형에 대하여는 실형을 선고하면서 다른 징역형에 대하여 집행유예를 선고하는 것도 우리 형법상 이러한 조치를 금하는 명문의 규정이 없는 이상 허용되는 것으로 보아야 한다(대판 2001도3579). <총p.509>

[2] 집행유예의 요건에 관한 형법 제62조 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 일부 집행유예에 관하여는 별도의 근거규정이 필요하므로 하나의 자유형 중 일부에 대해서는 실형을, 나머지에 대해서는 집행유예를 선고하는 것은 허용되지 않는다(대판 2006도8555). <총p.510>

㉖ ○ : 형법 제64조 제1항의 '집행유예를 선고받은 후 제62조 단행의 사유가 발각된 때'라 함은 집행유예 선고의 판결이 확정된 후에 비로소 위와 같은 사유가 발각된 경우를 말하고 그 판결확정 전에 결정사유가 발각된 경우에는 이를 취소할 수 없다(대결 2001모135). <총p.514>

㉗ ○ : 구 형법(2005.3.31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제62조 제1항 단서에서 규정한 '금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자'라는 의미는 실형선고를 받고 집행종료나 집행면제 후 5년을 경과하지 않은 경우만을 가리키는 것이 아니라, 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 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 2007도768). <교재>

<답> ①

【문 4】

<해설>

① ○ : 대판 86도1123 <각p.39⑥>

② ○ : 대판 89도108 <각p.35①>

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 2000도2671). <총p.170>

④ ○ : 대판 89도1774 <총p.171⑨>

⑤ × : [1] 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 다하였다고 할 수 없다.

[2] 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 피고인의 범행성립에는 영향이 없다(대판 1990.12. 26, 89도2589). <총p.167>

<답> ⑤

【문 5】

<해설>

① ○ : 대판 91도1950 <각p.632>

② × : 객관적으로 고소사실에 대한 공소시효가 완성되었더라도 고소를 제기하면서 마치 공소시효가 완성되지 아니한 것처럼 고소한 경우, 국가기관의 직무를 그르칠 염려가 있으므로 무고죄를 구성한다(대판 95도1908). <각p.633③>

③ ○ : 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고하는 때에 성립하는 것인데, 여기에서 허위사실의 신고라 함은 신고사실이 객관적 사실에 반한다는 것을 확정적이거나 미필적으로 인식하고 신고하는 것을 말하는 것으로서, 설령 고소사실이 객관적 사실에 반하는 허위의 것이라 할지라도 그 허위성에 대한 인식이 없을 때에는 무고에 대한 고의가 없다 할 것이고, 고소내용이 터무니없는 허위사실이 아니고 사실에 기초하여 그 정황을 다소 과장한 데 지나지 아니한 경우에는 무고죄가 성립하지 아니한다(대판 2002도5939). <각p.638>

④ ○ : [1] 무고죄는 국가의 형사사법권 또는 징계권의 적정한 행사를 주된 보호법익으로 하는 죄이나, 스스로 본인을 무고하는 자기무고는 무고죄의 구성요건에 해당하지 아니하여 무고죄를 구성하지 않는다.

[2] 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 2008도4852). <각p.640>

⑤ ○ : 대판 2006도6017 <각p.631>

<답> ②

【문 6】

<해설> <총p.307>

미수범○ : ㉠㉡㉢㉣㉤

미수범× : ㉠

<답> ⑤

【문 7】

<해설>

㉠ ○ : 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 지분 비율에 관계없이 임의로 소비한 금액 전부에 대해 횡령죄의 죄책을 부담한다(대판 95도2824). <각p.303⑤>

㉡ ○ : 대판 88도1368 <각p.296>

㉢ ○ : 대판 86도628 <각p.300>

㉣ × : 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 부동산실권리자명의등기에관한법률 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동이 무효로 된 후에 처분이 이루어졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대판 2000도3463). <각p.631>

㉤ ○ : 대판 98도4347 <각p.321>

<답> ②

【문 8】

<해설>

㉠ ○ : 대판 95도186 <각p.620>

㉡ ○ : 대판 74도1231 <각p.623>

㉢ ○ : 대판 97도1168 <각p.621>

㉣ ○ : 위증죄는 증인이 사실에 관하여 기억에 반하는 사실을 진술함으로써 성립하고, 다만 경험한 사실에 대한 법률적 평가이거나 단순한 의견에 지나지 않는다면 허위의 공술이라고 할 수는 없으나, 자기가 지득하지 아니한 어떤 사실관계를 단순히 법률적 표현을 써서 진술한 것이라면 이는 객관적 사실을 토대로 한 증인 나름의 법률적 견해를 진술한 것과는 다르므로 위증죄의 성립을 부인할 수 없다(대판 84도2039). <각p.623>

㉤ × : [중전판례] : 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 86도1724, 전합).

※ 판례변경 : 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 2008도942, 전합). <총p.299⑮>
<답> ⑤

【문 9】

<해설>

① ○ : 대판 90도1912 <총p.362①>

② ○ : 대판 2000도745 <총p.187>

③ ○ : 대판 97도3040 <각p.257>

④ × : 업무상 배임죄의 실행으로 인하여 이익을 얻게 되는 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자를 배임의 실행행위자에 대한 공동정범으로 인정하기 위하여는 우선 실행행위자의 행위가 피해자 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 점을 인식하였어야 하고, 나아가 실행행위자의 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담할 것을 필요로 한다(대판 2009도5630). <각p.348>

⑤ ○ : 대판 2008도1274 <총p.379>

<답> ④

【문10】

<해설>

㉠ × : 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 2000도1253). <각p.90>

㉡ ○ : 대판 99도519 <총p.182>

㉢ ○ : 대판 96도791 <각p.87>

㉣ × : 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 뛰어 내리겠다고 하는데도 베란다를 통하여 창문으로 침입하려고 하였다면, 강간의 수단으로서의 폭행에 착수하였다고 할 수 있으므로 강간의 착수가 있었다(대판 91도288). <각p.91>

㉤ ○ : 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 2008도8601). <각p.87>

<답> ③

【문11】

<해설>

㉠ ○ : 대판 2004도5074, 전합 <각p.227>

㉡ ○ : 대판 2001도4142 <각p.226>

㉢ × : 피고인을 체포하려는 피해자가 체포에 필요한 정도를 넘어서서 발로 차며 늑골 9~10번 골절상, 좌폐기흉증, 좌흉막출혈 등 전치 3개월을 요하는 중상을 입힐 정도로 심한 폭력을 가해오자 피고인이 이를 피하기 위하여 엉겁결에 솔뚜껑을 들어 위 폭력을 막아 내려다가 그 솔뚜껑에 스치어 피해자가 상처를 입게 되었다면, 피고인의 위 행위는 일반적·객관적으로 피해자의 체포의사를 제압할 정도의 폭행에 해당하지 않는다고 할 것이므로 준강도상해죄는 성립되지 않는다(대판 90도193). <각p.225>

㉣ × : 합동하여 절도를 한 경우 범인 중 1인이 체포를 면탈할 목적으로 폭행을 하여 상해를 가한 때에는 나머지 범인도 이를 예기하지 못한 것으로 볼 수 없으면 준강도상해죄의 죄책을 면할 수 없다(대판 82도1352). <각p.229>

㉤ ○ : 절도범인이 처음에는 흥기를 휴대하지 아니하였으나 체포를 면탈할 목적으로 폭행 또는 협박을 가할 때에 비로소 흥기를 휴대사용하게 된 경우에는 형법 제334조의 예에 의한 준강도(특수강도의 준강도)가 되는 것으로 해석하여야 한다(대판 73도1553, 전합). <각p.87>

<답> ③

【문12】

<해설>

㉠ ○ : 대판 2007도4191 <각p.628>

㉡ ○ : 대판 99도5275 <각p.627>

㉢ ○ : 대판 2002도6134 <각p.630>

㉣ ○ : 대판 97도2961 <각p.629>

㉤ ○ : 대판 2003도4533 <각p.628>

<답> ①

【문13】

<해설>

㉠ ○ : [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 일정 기간 후 임의처분의 약정이 있었다면 그 기간 후에 제3자가 쪽파를 손괴하였더라도 재물손괴죄가 성립하지 않는다(대판 95도 2754). <각p.375>

㉡ ○ : 대판 71도1576 <각p.373>

㉢ ○ : 피고인이 경락받은 농수산물 저온저장 공장건물 중 공냉식 저온창고를 수냉식으로 개조함에 있

어 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 90도700). <각p.374①>

㉮ ○ : 대판 82도223 <각p.376①>

㉮ ○ : 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 71도1576). <각p.373>

<답> ①

【문14】

<해설>

① ○ : 대판 2003도6412 <각p.259⑥>

② × : 부동산의 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 매도하고 매매를 원인으로 한 소유권이전등기까지 마쳐 준 경우, 명의신탁의 법리상 대외적으로 수탁자에게 그 부동산의 처분권한이 있는 것이 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 않으며, 이는 자동차의 명의수탁자(乙)가 처분한 경우에도 마찬가지이다(대판 2006도4498). <각p.204>

③ ○ : 대판 2002도7262 <각p.255②>

④ ○ : 대판 2007도967 <각p.247㉮>

⑤ ○ : 대판 98도3549 <각p.281>

<답> ②

【문15】

<해설>

㉮ × : 피의자나 참고인이 아닌 자가 자발적이고 계획적으로 피의자를 가장하여 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하였다 하여 바로 이를 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다(대판 76도3685). <각p.593>

㉮ × : 행정관청이 출원에 의한 인·허가처분을 함에 있어서는 그 출원사유가 사실과 부합하지 아니하는 경우가 있음을 전제로 하여 인·허가할 것인지의 여부를 심사·결정하는 것이므로, 행정관청이 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 출원자가 제출한 허위의 출원사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 인가 또는 허가를 하였다면 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 출원자의 위계가 결과 발생의 주된 원인이었다고 할 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않는다(대판 2002도2064). <각p.592>

㉮ × : 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, 교도관이 수용자의 규율위반행위를 알면서도 이를 방치하거나 도와주었다더라도, 이를 다른 교도관 등에 대한 관계에서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하

는 것으로 볼 수는 없다(대판 2001도7045). <각p.594>

㉔ × : 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 96도312). <각p.597⑦>

㉕ ○ : 고등학교 입학원서 추천서란을 사실과 다르게 조작·허위기재하여 그 추천서 성적이 고등학교입학전형의 자료가 되었다면, 위계에 의하여 고등학교 입학전형업무를 방해한 것이다(대판 83도1864). <각p.595④>

<답> ⑤

【문 16】

<해설>

① ○ : 대판 97도3340 <총p.440③>

② ○ : 대판 89도664 <총p.421⑤>

③ ○ : 절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행·협박을 가한 때에는 준강도죄와 공무집행방해죄를 구성하고 양죄는 상상적 경합관계에 있으나, 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄는 실제적 경합관계에 있다(대판 92도917). <총p.451>

④ × : 강도가 한 개의 강도범행을 하는 기회에 수명의 피해자에게 각 폭행을 가하여 각 상해를 입힌 경우에는 각 피해자별로 수개의 강도상해죄가 성립하며, 이들은 실제적 경합범의 관계에 있다(대판 87도527). <총p.440②>

⑤ ○ : 대판 84도2263 <총p.436⑨>

<답> ④

【문 17】

<해설>

① ○ : 대판 97도3349 <총p.20>

② ○ : 대판 99도1695 <총p.60>

③ ○ : 대판 99도3003 <총p.17①>

④ ○ : 대판 94도2413 <총p.24①>

⑤ × : 형법 제225조의 공문서변조나 위조죄의 객체인 ‘공문서’는 공무원 또는 공무소가 그 직무에 관하여 작성하는 문서이고, 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 없고, 특히 형벌법규의 구성요건을 법률의 규정도 없이 유추·확대해석하는 것은 죄형법정주의원칙에 반한다(대판 95도3073). <총p.33②>

<답> ⑤

【문18】

<해설>

① ○ : 대판 2005도4455 <각p.384>

② × : 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 한다(대판 91도1170). <각p.383①>

③ ○ : 대판 2005도6604 <각p.382>

④ ○ : 무효인 경매절차에서 경매목적물을 경락받아 이를 점유하고 있는 낙찰자의 점유는 적법한 점유로서 그 점유자는 권리행사방해죄의 ‘타인의 물건’을 점유하고 있는 자이다(대판 2003도4257). <각p.384>

⑤ ○ : 명의대여 약정에 따른 신청에 의하여 발급된 영업허가증과 사업자등록증은 피해자가 인도받음으로써 피해자의 소유가 되었다고 할 것이므로, 이를 명의대여자가 가지고 간 행위가 절도죄에 해당한다(대판 2002도5090). <각p.204>

<답> ②

【문19】

<해설>

㉠ ○ : 대판 98도2579 <각p.359>

㉡ × : [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 인출하였더라도 장물을 금융기관에 예치하였다가 인출한 것으로 볼 수 없다(대판 2004도353). <각p.273>

㉢ ○ : 대판 69도692 <총p.436㉢>

㉣ × : 전화가입권의 실체는 가입권자가 전화관서로부터 전화역무를 제공받을 하나의 채권적 권리이며, 이는 하나의 재산상의 이익은 될지언정 장물의 범주에 속하지 아니하므로, 피고인의 전화가입권 매수행위를 업무상 과실장물취득죄로 처단할 수 없다(대판 70도2589). <각p.360①>

㉤ ○ : 대판 85도2472 <각p.365>

<답> ③

【문20】

<해설>

① ○ : 대판 2003도1951 <각p.268⑤>

② ○ : 대판 97도2786 <각p.267①>

③ × : 토지를 20년 이상 점유하여 왔더라도 소송의 승패에 결정적인 증거인 자주점유의 권원에 관한 처분문서를 위조하고 그 성립에 관한 위증을 교사함으로써 상대방의 추정반복의 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 96도1405). <각p.260⑥>

④ ○ : 대판 2009도295 <각p.260⑤>

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 82도1529). <각p.266④>

<답> ③

【문21】

<해설>

㉠ ○ : 대판 2003도4128 <총p.404>

㉡ ○ : 대판 93도1731 <총p.113>

㉢ × : 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다(대판 2008도89). <총p.125>

㉣ ○ : 대판 91도2951 <총p.123>

㉤ ○ : 대판 95도2551 <총p.116>

<답> ②

【문22】

<해설>

① × : 피고인이 피해자를 폭행하여 비골 골절 등의 상해를 가한 다음 강제추행한 경우, 피고인의 위 폭행을 강제추행의 수단으로서의 폭행으로 볼 수 없어 위 상해와 강제추행 사이에 인과관계가 없다는 이유로, 폭력행위등처벌에관한법을 위반죄로 처벌한 상해를 다시 결과적 가중범인 강제추행치상죄의 상해로 인정한 원심판결을 파기한 사례(대판 2009도1934). <총p.182>

② ○ : 대판 2005도7527 <각p.22>

③ ○ : 대판 83도524 <각p.19>

④ ○ : 대판 2006도6155 <각p.58>

⑤ ○ : 대판 2006도546 <각p.60>

<답> ①

【문23】

<해설>

㉠ ○ : 대판 69도1129 <총p.503>

㉡ ○ : 대판 86도2004 <총p.501①>

㉢ × : 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 82도1702). <총p.501>

㉣ ○ : 대판 83도1600 <총p.502>

㉤ ○ : 판결선고 후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다. 단 선고한 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 후에는 예외로 한다(형법 제36조). <총p.504>

<답> ②

【문24】

<해설>

① × : 자신의 채권자와 부동산양도담보설정계약을 체결한 피고인이 그 소유권이전등기 경료 전에 임의로 기존의 근저당권자인 제3자에게 지상권설정등기를 경료하여 준 경우, 그 지상권 설정이 새로운 채무부담행위에 기한 것이 아니라 기존의 저당권자가 가지는 채권을 저당권과 함께 담보하는 의미 밖에 없다고 하더라도 이로써 양도담보권자의 채권에 대한 담보능력 감소의 위험이 발생한 이상 배임죄를 구성한다(대판 96도1218). <각p.339④>

② ○ : 대판 2000도1155 <각p.340①>

③ ○ : 대판 2008도11722 <각p.346>

④ ○ : 대판 97도2430 <각p.310>

⑤ ○ : 대판 98도4182 <각p.355>

<답> ①

【문25】

<해설>

㉠ ○ : 대판 96도2151 <각p.294>

㉡ ○ : 대판 2005도4738 <각p.290>

㉢ ○ : 대판 90도114 <각p.292>

㉣ ○ : 부동산에 대한 공갈죄는 그 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료받거나 또는 인도를 받은 때에 기수로 되는 것이고, 소유권이전등기에 필요한 서류를 교부 받은 때에 기수로 되어 그 범행이 완료되는 것은 아니다(대판 92도1506). <각p.291>

㉤ ○ : 대판 95도1728 <각p.278>

<답> ①

【문26】

<해설>

㉠ ○ : 대판 2005도9922 <각p.490⑫>

㉡ ○ : 대판 2005도4790 <각p.489④>

㉢ ○ : 대판 91도1164 <각p.491⑧>

㉣ × : 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 95도448). <각p.486>

㉤ ○ : 대판 96도2049 <각p.486>

<답> ②

【문27】

<해설>

㉠ × : 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기한 경우, 이는 객관적으로 소송비용의 청구방법에 관한 법률적 지식을 가진 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 없어 위험성이 인정되지 않아 사기죄의 불능범에 해당한다(대판 2005도8105). <총p.337>

㉡ ○ : 대판 92도917 <총p.329④>

㉢ × : 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 2000도1881). <총p.337>

㉣ ○ : 대판 97도957 <총p.329②>

<답> ③

【문28】

<해설>

① ○ : 대판 2001도5592 <각p.143④>

② × : 도급인의 공사계약 해제가 적법하고 수급인이 스스로 공사를 중단한 상태에서 도급인이 공사현장에 남아 있는 수급인 소유의 공사자재 등을 다른 곳에 옮겨 놓았다고 하더라도, 도급인이 수급인의 공사업무를 방해한 것으로 볼 수는 없다(대판 98도3240). <각p.151①>

③ ○ : 대판 2001도2015 <각p.141>

④ ○ : 대판 2009도5732 <각p.148>

⑤ ○ : 대판 2002도3924 <각p.157②>

<답> ②

【문29】

<해설>

㉠ ○ : 대판 94도3163 <총p.271>

㉡ ○ : 대판 98도3812 <총p.270>

㉢ ○ : 대판 92도999 <총p.275>

㉣ ○ : 대판 2006도7900 <총p.266>

㉤ × : 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 2006도7900). <총p.272>

<답> ②

【문30】

<해설>

㉠ ○ : 대판 2002도46 <총p.491④>

㉡ ○ : 대판 95도391 <총p.490>

㉢ ○ : 대판 94도1017 <총p.490>

㉣ × : 수개의 범죄사실 중 일부에 관하여만 자수한 경우에는 그 부분 범죄사실에 대하여만 자수의 효력이 있다(대판 94도2130). <총p.491①>

㉤ ○ : 비록 범죄사실과 범인이 누구인가가 발각된 후라 하더라도 또 수사기관에 의해 지명수배를 받은 연후라 하더라도 범인이 체포되기 전에 자발적으로 자기의 범죄사실을 수사기관에 신고한 이상, 자수로 보아야 한다(대판 68도754). <총p.489>

<답> ②

【문31】

<해설>

① ○ : 대판 2003도3606 <총p.199②>

② ○ : 대판 2007도9987 <총p.237>

③ ○ : 대판 2001도2917 <총p.255①>

④ × : 2인 이상이 하나의 공간에서 공동생활을 하고 있는 경우에는 각자 주거의 평온을 누릴 권리가 있으므로, 사용자가 제3자와 공동으로 관리·사용하는 공간을 사용자에게 대한 쟁의 행위를 이유로 관리자의 의사에 반하여 침입·점거한 경우, 비록 그 공간의 점거가 사용자에게 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 2009도5008). <총p.244>

⑤ ○ : 자기앞수표를 갈취당한 자가 이를 분실하였다고 허위로 공시최고신청을 하여 채권판결을 선고 받은 경우, 그 수표를 갈취하여 소지하고 있는 자에 대한 사기죄가 성립된다(대판 2003도4914). <각p.269>

<답> ④

【문32】

<해설> <총p.493>

※ 형을 가중·감경할 사유가 경합된 때에는 1) 각칙 본조에 의한 가중, 2) 제34조 제2항(특수교사·방조)의 가중, 3) 누범가중, 4) 법률상 감경, 5) 경합범 가중, 6) 작량감경의 순서에 의한다(형법 제56조).

[1] 누범가중 : 피고인은 징역형을 선고받고 그 집행종료 후 3년 내에 다시 징역형에 해당하는 죄를 범하였으므로 누범에 해당한다. 누범은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중하고, 단기는 가중하지 않으므로, 甲죄는 1년 이상 10년 이하의 징역, 乙죄는 징역 4년 이하의 징역이 처단형의 범위가 된다.

[2] 경합범 가중 : 甲죄와 乙죄는 동시적 경합범관계에 있고, 각 죄에 정한 형이 징역형이므로 제38조 제1항 제2호에 의한다. 따라서 가장 중한 죄(甲죄)에 정한 장기의 1/2까지 가중(1년 이상 15년 이하의 징역)하되, 각 죄에 정한 형의 장기를 합산한 형기(10년+4년)를 초과할 수 없으므로, 1년 이상 14년 이하의 징역이 된다.

[3] 작량감경 : 작량감경은 법률상 감경례(제55조)에 준하므로, 유기징역을 감경할 경우 그 형기의 1/2로 한다. 따라서 최종적인 처단형의 범위는 6월 이상 7년 이하의 징역이 된다.

<답> ⑤

【문33】

<해설>

㉠ ○ : 대판 2007도7480 <각p.455>

㉡ ○ : 부동산중개사무소를 대표하거나 대리할 권한이 없는 사람이 부동산매매계약서의 공인중개사란에 ‘○○부동산 대표 △△△(피고인의 이름)’라고 기재한 경우, ‘○○부동산’이라는 표기는 단순히 상호를 가리키는 것이 아니라 독립한 사회적 지위를 가지고 활동하는 존재로 취급될 수 있으므로 자격모용사문서작성죄의 ‘명의인’에 해당한다(대판 2007도9606). <각p.469>

㉢ ○ : 대판 86도1984 <각p.474①>

㉣ ○ : 대판 2002도18, 전합 <각p.457>

㉤ ○ : 대판 2006도2016 <각p.463>

<답> ①

【문34】

<해설>

㉠ ○ : 대판 2008도5364 <총p.437㉡>

㉡ ○ : 대판 2004도6503 <총p.436⑭>

㉢ × : 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 2005도4915). <총p.435⑪>

㉣ × : 명의신탁 받아 보관 중이던 토지를 명의신탁자의 승낙 없이 제3자에게 근저당권설정등기를 경

료해 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 99도2651). <총p.434⑬>

㉞ ○ : 대판 98도3619 <총p.436㉞>

<답> ③

【문35】

<해설>

[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 2004도1751). <각p.311>

[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 고지 의무 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 98도3263). <각p.243>

<답> ③

【문36】

<해설>

㉟ ○ : 형법 제344조, 제328조 제1항의 친족간의 범행에 관한 규정이 적용되기 위한 친족관계는 원칙적으로 범행 당시에 존재하여야 하는 것이지만, ... 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 96도1731). <각p.201>

㊱ ○ : 대판 2008도3438 <각p.202>

㊲ ○ : 대판 80도131 <각p.200>

㊳ ○ : 대판 99오1 <각p.200>

㊴ ○ : 대판 75도781 <각p.202>

<답> ①

【문37】

<해설>

- ㉠ ○ : 대판 90도1211 <총p.230>
- ㉡ ○ : 대판 95도2674 <총p.230>
- ㉢ ○ : 대판 85도1892 <총p.234>
- ㉣ ○ : 대판 92도2345 <총p.232>
- ㉤ ○ : 대판 89도889 <총p.238①>

<답> ①

【문38】

<해설>

㉠ × : [1] 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무수행의 불가매수성을 그 직접의 보호법익으로 하고 있으므로, 공무원의 직무와 금원의 수수가 전체적으로 대가관계에 있으면 뇌물수수죄가 성립하고, 특별히 청탁의 유무, 개개의 직무행위의 대가적 관계를 고려할 필요가 없으며, 또한 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다(대판 97도2609). <각p.560>

[2] 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 판단기준이 된다(대판 99도4940). <각p.557>

- ㉡ ○ : 대판 2005도1420 <각p.558>
- ㉢ ○ : 대판 2005도4737 <각p.580>
- ㉣ ○ : 대판 99도5294 <각p.576>
- ㉤ ○ : 대판 98도1234 <각p.572>

<답> ④

【문39】

<해설>

① × : 국토이용관리법 제21조의2에 의하여 지정된 토지의 거래계약 허가구역 안에 있는 토지의 매매에 관하여 같은 법 제21조의3 제1항에 의한 토지거래허가를 받은 바 없으므로, 그 매매계약은 채권적 효력도 없는 것이어서 매도인에게 매수인에 대한 소유권이전등기에 협력할 의무가 생겼다고 볼 수 없으므로 매도인을 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 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(대판 95도2891). <각p.332>

- ② ○ : 대판 95도2090 <각p.351>
- ③ ○ : 대판 2008도3651 <각p.327>

④ ○ : 대판 94도1375 <각p.338>

⑤ ○ : 대판 95도203 <각p.255>

<답> ①

【문40】

<해설>

㉠ ○ : 대판 2000도5767 <각p.382>

㉡ ○ : 대판 94도343 <각p.383>

㉢ × : 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 한다(대판 91도1170). <각p.383①>

㉣ ○ : 권리행사방해죄의 ‘취거’라 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 87도1952). <각p.386>

㉤ ○ : 이 사건 선박이 공소의 회사명의로 소유권등기가 경료된 것이라면 위 선박은 피고인의 소유라 할 수 없으므로, 회사의 과점주주이자 부사장인 피고인이 타인이 점유중인 회사명의로 등기된 선박을 위 선박을 취거하였다 하여도 이는 권리행사방해죄를 구성하지 아니한다(대판 83도2413). <각p.383①>

<답> ②