

제29회 법원행정고등고시 제1차 시험 【형법】

백광훈 교수

상담전화 010-3113-9978
카카오톡 paikhosam



【문 1】 다음 중 괄호 안의 범죄의 간접정범이 성립되는 경우는 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29 회】

- ㉠ 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 피해자를 구속하기 위하여 진술조서 등을 허위로 작성한 후 이를 기록에 첨부하여 구속영장을 신청하고, 진술조서 등이 허위로 작성된 정을 모르는 검사와 영장전담 판사를 기망하여 구속영장을 발부받은 후 그 영장에 의하여 피해자를 구금한 경우(형법 제 124조 제1항의 직권남용감금죄)
- ㉡ 공무원 아닌 자가 관공서에 허위 내용의 증명원을 제출하여 그 내용이 허위인 정을 모르는 담당공무원으로부터 그 증명원 내용과 같은 증명서를 발급받은 경우(공문서위조죄)
- ㉢ 공문서의 작성권한 있는 공무원의 직무를 보좌하는 자가 기재된 문서 초안을 그 정을 모르는 상사에게 제출하여 결재하도록 하는 등의 방법으로 작성권한 있는 공무원으로 하여금 허위의 공문서를 작성하게 한 경우(허위공문서작성죄)
- ㉣ 피고인이 정기문중총회 회의록을 임의로 작성하고는 중증원들을 찾아다니면서 중증입원들에게 입야의 동기 및 매도 권한을 피고인에게 일임하고 매도금액의 3분의 1을 문중에 반납하고 나머지를 피고인에게 소송대행비용으로 준다는 회의록의 내용 등에 관하여 제대로 알려 주지 아니한 채, 단지 이 사건 입야에 관하여 문중명의로 소유권이전등기를 하는데 필요하다는 정도로만 얘기하면서 회의록에 서명·날인을 받은 경우(사문서위조죄)
- ㉤ 자기에게 유리한 판결을 얻기 위하여, 소송상의 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백하거나 증거가 조작되어 있다는 정을 인식하지 못하는 제3자를 이용하여 그로 하여금 소송의 당사자가 되게 하고 법원을 기망하여 소송 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하려 한 경우(소송사기죄)

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

【해설】

㉠(O) : 감금죄는 간접정범의 형태로도 행하여질 수 있는 것이므로, 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 피해자를 구속하기 위하여 진술조서 등을 허위로 작성한 후 이를 기록에 첨부하여 구속영장을 신청하고, 진술조서 등이 허위로 작성된 정을 모르는 검사와 영장전담판사를 기망하여 구속영장을 발부받은 후 그 영장에 의하여 피해자를 구금하였다면 형법 제124조 제1항의 직권남용감금죄가 성립한다(大法院 2006.5.25, 2003도3945).

㉡(O) : 공문서의 작성권한이 있는 공무원의 직무를 보좌하는 자가 그 직위를 이용하여 행사할 목적으로 허위의내용이 기재된 문서 초안을 그 정을 모르는 상사에게 제출하여 결재하도록 하는 등의 방법으로 작성권한이 있는 공무원으로 하여금 허위의 공문서를 작성하게 한 경우에는 간접정범이 성립되고 이와 공모한 자 역시 그 간접정범의 공범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이고, 여기서 말하는 공범은 반드시 공무원의 신분인 자로 한정되는 것은 아니라고 할 것이다(大法院 1992.1.17, 91도2837).

㉢(O) : 명의인을 기망하여 문서를 작성케 하는 경우는 서명, 날인이 정당히 성립된 경우에도 기망자는 명의인을 이용하여 서명날인자의 의사에 반하는 문서를 작성케 하는 것이므로 사문서위조죄가 성립한다(大法院 2000.6.13, 2006도3591).

㉤(O) : 자기에게 유리한 판결을 얻기 위하여 소송상의 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백하거나 증거가 조작되어 있다는 정을 인식하지 못하는 제3자를 이용하여 그로 하여금 소송의 당사자가 되게 하고 법원을 기망하여 소송 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하려 하였다면 간접정범의 형태에 의한 소송사기죄가 성립하게 된다(大法院 2007.9.6, 2006도3591).

㉠(X) : 어느 문서의 작성권한을 갖는 공무원이 그 문서의 기재사항을 인식하고 그 문서를 작성할 의사로써 이에 서명날인하였다면, 설령 그 서명날인이 타인의 기망으로 착오에 빠진 결과 그 문서의 기재사항이 진실에 반함을 알지 못한 데 기인한다고 하여도, 그 문서의 성립은 진정하며 여기에 하등 작성명의를 모용한 사실이 있다고 할 수는 없으므로, 공무원 아닌 자가 관공서에 허위 내용의 증명원을 제출하여 그 내용이 허위인 정을 모르는 담당공무원으로부터 그 증명원 내용과 같은 증명서를 발급받은 경우 공문서위조죄의 간접정범으로 의율할 수는 없다(大法院 2001.3.9, 2000도938).

정답 : ④

【문 2】 다음 설명 중 가장 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 뇌물수수죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있고, 직무에 관한 청탁이나 부정한 행위를 필요로 하는 것은 아니다.
- ② 뇌물수수죄에 있어 수수된 금품의 뇌물성을 인정하는 데 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 없다.
- ③ 공무원으로 의제되는 정비산업전문관리업자의 임·직원이 직무에 관하여 자신이 아닌 법인인 정비사업전문관리업자에게 뇌물을 공여하게 하는 경우, 위 임·직원이 법인인 정비사업전문관리업자를 사실상 1인 회사로서 개인기업과 같이 운영한다면 형법 제130조의 제3자 뇌물 제공죄가 아니라 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄가 성립한다.
- ④ 수의계약을 체결하는 공무원이 해당 공사업자와 적정한 금액 이상으로 계약금을 부풀려서 계약하고 부풀린 금액을 자신이 되돌려 받기로 사전에 약정한 다음 그에 따라 수수한 돈은 성격상 뇌물이 아니고 횡령금에 해당한다.
- ⑤ 오로지 공무원을 함정에 빠뜨릴 의사로 직무와 관련되었다는 형식을 빌려 그 공무원에게 금품을 공여한 경우에는 공무원이 그 금품을 직무와 관련하여 수수한다는 의사를 가지고 받아들이더라도 뇌물수수죄가 성립하지 않는다.

【해설】

⑤(X) : 피고인의 뇌물수수가 공여자들의 함정교사에 의한 것이기는 하나, 뇌물공여자들에게 피고인을 함정에 빠뜨릴 의사만 있었고 뇌물공여의 의사가 전혀 없었다고 보기 어려울 뿐 아니라, 뇌물공여자들의 함정교사라는 사정은 피고인의 책임을 면하게 하는 사유가 될 수 없다(大法院 2008.3.13, 2007도10804).

①,②(O) : 뇌물죄는 공무원의 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있고, 직무에 관한 청탁이나 부정한 행위를 필요로 하는 것은 아니기 때문에 수수된 금품의 뇌물성을 인정하는 데 특별한 청탁이 있어야만 하는 것은 아니며, 또한 금품이 직무에 관하여 수수된 것으로 족하고 개개의 직무행위와 대가적 관계에 있을 필요는 없고, 공무원이 그 직무의 대상이 되는 사람으로부터 금품 기타 이익을 받은 때에는 사회상규에 비추어 볼 때에 의례상의 대가에 불과한 것이라고 여겨지거나, 개인적인 친분관계가 있어서 교분상의 필요에 의한 것이라고 명백하게 인정할 수 있는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 직무와의 관련성이 없는 것으로 볼 수 없으며, 공무원이 직무와 관련하여 금품을 수수하였다면 비록 사교적 의례의 형식을 빌어 금품을 주고 받았다 하더라도 그 수수한 금품은 뇌물이 된다(大法院 2001.10.12, 2001도3579).

③(O) : 공무원으로 의제되는 정비사업전문관리업자의 임·직원이 직무에 관하여 자신이 아닌 정비사업전문관리업자에 뇌물을

공여하게 하는 경우, 위 임·직원이 법인인 정비사업전문관리업자를 사실상 1인 회사로서 개인기업과 같이 운영하거나, 사회통념상 정비사업전문관리업자에 뇌물을 공여한 것이 곧 그 임·직원에게 공여한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이하는 것으로 평가되는 경우에 한하여 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄가 성립한다(大法院 2008.9.25, 2008도2590).

④(O) : (大法院 2007.10.12, 2005도7112).

정답 : ⑤

【문 3】 다음 주거침입과 퇴거불응죄에 관한 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 건조물침입죄의 객체인 관리하는 건조물은 주위 벽, 기둥과 지붕 또는 천정으로 구성된 구조물로서 사람이 거주하거나 출입할 수 있는 장소를 말하므로, 물탱크시설은 이에 해당하지 않는다.
- ② 주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것이므로 그 거주자 또는 관리자가 건조물 등에 거주 또는 관리할 권한을 가지고 있는가 여부는 범죄의 성립을 좌우하는 것이 아니고, 그 거주자나 관리자와의 관계 등으로 평소 그 건조물에 출입이 허용된 사람이라 하더라도 주거에 들어간 행위가 거주자나 관리자의 명시적 또는 추정적 의사에 반함에도 불구하고 감행된 것이라면 주거침입죄는 성립한다.
- ③ 피고인이 야간에 다세대주택 2층의 불이 꺼져있는 것을 보고 물건을 절취하기 위하여 가스배관을 타고 올라가다가, 발은 1층 방범창을 딛고 두 손은 1층과 2층 사이에 있는 가스배관을 잡고 있던 상태에서 순찰 중이던 경찰관에게 발각되자 그대로 뛰어내렸다면 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것이다.
- ④ 적법하게 직장폐쇄를 단행한 사용자로부터 퇴거요구를 받고도 불응한 채 직장점거를 계속한 행위는 퇴거불응죄를 구성한다.
- ⑤ 야간에 타인의 집의 창문을 열고 집 안으로 얼굴을 들이미는 등의 행위를 하였다면 피고인이 자신의 신체의 일부가 집 안으로 들어간다는 인식하에 하였더라도 주거침입죄의 범의는 인정되고, 또한 비록 신체의 일부만이 집 안으로 들어갔다고 하더라도 사실상 주거의 평온을 해하였다면 주거침입죄는 기수에 이른 것이다.

【해설】 ③(X) : 주거침입죄의 실행의 착수는 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위 즉 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니지만, 주거침입의 범의로 예컨대, 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작함으로써 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시할 것을 요한다(大法院 2008.3.27, 2008도917).

①(O) : (大法院 2005.10.7, 2005도5351; 2007.12.13, 2007도7247).

②(O) : 주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것이므로 그 거주자 또는 관리자가 건조물 등에 거주 또는 관리할 권한을 가지고 있는가 여부는 범죄의 성립을 좌우하는 것이 아니고, 그 거주자나 관리자와의 관계 등으로 평소 그 건조물에 출입이 허용된 사람이라 하더라도 주거에 들어간 행위가 거주자나 관리자의 명시적 또는 추정적 의사에 반함에도 불구하고 감행된 것이라면 주거침입죄는 성립하며, 출입문을 통한 정상적인 출입이 아닌 경우 특별한 사정이 없는 한 그 침입 방법 자체에 의하여 위와 같은 의사에 반하는 것으로 보아야 한다.(大法院 1995.9.15, 94도3336).

④(O) : 사용자가 적법하게 직장폐쇄를 하게 되면, 사용자의 사업장에 대한 물권적 지배권이 전면적으로 회복되는 결과 사용자는 사업장을 점거중인 근로자들에 대하여 정당하게 사업장으로 부더의 퇴거를 요구할 수 있고 퇴거를 요구받은 이후의 직장점거는 위법하게 되므로, 적법하게 직장폐쇄를 단행한 사용자로부터 퇴거요구를 받고도 불응한 채 직장점거를 계속한 행위는 퇴거불응죄를 구성한다(大法院 2005.6.9, 2004도7218).

⑤(O) : 야간에 타인의 집의 창문을 열고 집 안으로 얼굴을 들이미는 등의 행위를 하였다면 피고인이 자신의 신체의 일부가 집 안으로 들어간다는 인식하에 하였더라도 주거침입죄의 범의는 인정되고, 또한 비록 신체의 일부만이 집 안으로 들어갔다고 하더라도 사실상 주거의 평온을 해하였다면 주거침입죄는 기수에 이르렀다(大法院 1995.9.15, 94도2561).

정답 : ③

【문 4】 간통죄에 관한 다음 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ㉠ 고소인이 피고인에 대하여 이혼소송을 제기함과 아울러 피고인을 간통으로 고소한 다음 협의이혼에 따른 이혼신고를 하였다면, 비록 항소심재판 계속 중 피고인과 다시 혼인하였다고 하더라도, 간통죄의 공소제기 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하지 않는다.
- ㉡ 대한민국 영역 내에서 배우자 있는 자가 간통하여 간통죄가 성립한다고 하더라도, 그 간통죄를 범한 자의 배우자가 간통죄를 처벌하지 아니하는 국가의 국적을 가진 외국인인 경우에는 상호주의의 원칙에 따라 그 외국인 배우자는 우리나라 형사소송법의 규정에 따른 고소권이 없다.
- ㉢ 남편이 아내를 상대로 제기한 이혼소송의 항소심에서 승소하였으나 아내가 이에 불복 상고하여 그 판결이 확정되지 아니한 상태에 있었다면 아내가 간통을 중용하였다고 볼 수는 없다.
- ㉣ 간통죄에 있어서의 유서(有怨)는 배우자의 일방이 상대방의 간통사실을 알면서도 혼인관계를 지속시킬 의사로 악감정을 포기하고 상대방에게 그 행위에 대한 책임을 묻지 않겠다는 뜻을 표시하는 일방행위로서, 간통의 유서는 명시적으로 할 수 있음은 물론 묵시적으로도 할 수 있는 것이어서 그 방식에 제한이 있는 것은 아니지만, 감정을 표현하는 어떤 행동이나 의사의 표시가 유서로 인정되기 위하여는, 첫째 배우자의 간통사실을 확실하게 알면서 자발적으로 한 것이어야 하고, 둘째 그와 같은 간통 사실에도 불구하고 혼인관계를 지속시키려는 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 한다.

① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개 ⑤ 4개

【해설】

㉠(O) : 남편이 아내를 상대로 제기한 이혼소송의 항소심에서 승소하였으나 아내가 이에 불복 상고하여 그 판결이 확정되지 아니한 상태에 있었다면 아내가 간통을 중용하였다고 볼 수는 없다(大法院 2002.7.9, 2002도2312).

㉡(O) : 간통죄에 있어서의 유서는 배우자의 일방이 상대방의 간통사실을 알면서도 혼인관계를 지속시킬 의사로 악감정을 포기하고 상대방에게 그 행위에 대한 책임을 묻지 않겠다는 뜻을 표시하는 일방행위로서, 명시적으로 할 수 있음은 물론 묵시적으로도 할 수 있는 것이어서 그 방식에 제한이 있는 것은 아니다. 그러나 감정을 표현하는 어떤 행동이나 의사의 표시가 유서로 인정되려면 첫째, 배우자의 간통사실을 확실하게 알면서 자발적으로 한 것이어야 하고 둘째, 그와 같은 간통 사실에도 불구하고 혼인관계를 지속시키려는 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 한다(大法院 2008.11.27, 2007도4977).

㉢(X) : 형법 제241조 제2항에 의하여 배우자의 고소가 있어야 논할 수 있는 간통죄에 관하여 형사소송법 제229조 제1항은 “혼인이 해소되거나 이혼소송을 제기한 후가 아니면 고소할 수 없다.”고 규정함으로써 혼인관계의 부존재 또는 이혼소송의 계속을 간통고소의 유효조건으로 삼고 있고 이러한 조건은 공소제기 시부터 재판이 종결될 때까지 유지되어야 할 것인바(大法院 1975.6.24, 75도1449 全員合議體; 2008.8.21, 2008도5335), 고소인이 피고인과 이혼하였다가 피고인에 대한 간통죄의 재판이 종결되기 전에 다시 피고인과 혼인한 경우에는 간통고소는 혼인관계의 부존재라는 유효조건을 상실하여 소추조건을 결하게 되므로, 결국 공소제기절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하게 된다(大法院 2009.12.10, 2009도7681).

㉣(X) : 형법 제2조는 형법의 적용범위에 관하여 속지주의 원칙

을 채택하고 있는바, 대한민국 영역 내에서 배우자 있는 자가 간통한 이상, 그 간통죄를 범한 자의 배우자가 간통죄를 처벌하지 아니하는 국가의 국적을 가진 외국인이라 하더라도 간통행위자의 간통죄 성립에는 아무런 영향이 없고, 그 외국인 배우자는 형사소송법의 규정에 따른 고소권이 있다(大法院 2008.12.11, 2008도3656).

정답 : ③

【문 5】 다음 중 사기죄에 관한 설명으로 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 부동산가압류결정을 받아 부동산에 관한 가압류집행까지 마친 자가 그 가압류를 해제하면 소유자는 가압류의 부담이 없는 부동산을 소유하는 이익을 얻게 되므로, 가압류를 해제하는 것 역시 사기죄에서 말하는 재산적 처분행위에 해당하나, 그 이후 가압류의 피보전채권이 존재하지 않는 것으로 밝혀졌다면 가압류의 해제로 인한 재산상의 이익이 있었다고 할 수 없다.
- ② 신용보증기금의 신용보증서 발급이 피고인의 기망행위에 의하여 이루어진 이상 그로써 곧 사기죄는 성립하고, 그로 인하여 피고인이 취득한 재산상의 이익은 신용보증금액 상당액이다.
- ③ 농어촌구조개선 특별회계기금을 재원으로 하여 임업후계자육성을 위해 이루어지는 정책자금대출로서 그 대출의 조건 및 용도가 임야매수자금으로 한정되어 있는 정책자금을 대출받음에 있어 임야매수자금을 실제보다 부풀린 허위의 계약서를 제출함으로써 대출취급기관을 기망하였다면, 피고인에게 대출받을 자금을 상환할 의사와 능력이 있었는지 여부를 불문하고 편취의 고의가 인정된다.
- ④ 주식거래의 목적물이 증자 전의 주식이라 아니라 증자 후의 주식이라는 점은 주식거래 여부나 그 내용을 결정하는 데 중요한 사항이므로 주식매도인인 피고인이 주식매수인인 피해자들에게 이를 고지할 의무가 있는데 피고인이 피해자들에게 이를 제대로 알리지 않았다면 기망행위를 구성한다.
- ⑤ 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법에서 이러한 행위를 처벌하는 규정을 별도로 두고 있으므로 형법상 사기죄는 성립하지 않는다.

【해설】 ①(X) : 부동산가압류결정을 받아 부동산에 관한 가압류집행까지 마친 자가 그 가압류를 해제하면 소유자는 가압류의 부담이 없는 부동산을 소유하는 이익을 얻게 되므로, 가압류를 해제하는 것 역시 사기죄에서 말하는 재산적 처분행위에 해당하고, 그 이후 가압류의 피보전채권이 존재하지 않는 것으로 밝혀졌다고 하더라도 가압류의 해제로 인한 재산상의 이익이 없었다고 할 수 없다(大法院 2007.9.20, 2007도5507).

②(O) : 신용보증기금의 신용보증서 발급이 피고인의 기망행위에 의하여 이루어진 이상 그로써 곧 사기죄는 성립하고, 그로 인하여 피고인이 취득한 재산상 이익은 신용보증금액 상당액이다(大法院 2008.2.28, 2007도10416).

③(O) : 대출의 조건 및 용도가 임야매수자금으로 한정되어 있는 정책자금을 대출받음에 있어 임야매수자금을 실제보다 부풀린 허위의 계약서를 제출함으로써 대출취급기관을 기망하였다면, 피고인에게 대출받을 자금을 상환할 의사와 능력이 있었는지 여부를 불문하고 편취의 고의가 있었다고 할 것이다(大法院 2007.4.27, 2006도7634).

④(O) : 주식거래의 목적물이 증자 전의 주식이라 아니라 증자 후의 주식이라는 점은 주식거래 여부나 그 내용을 결정하는 데 중요한 사항이므로 주식매도인인 위 피고인은 주식매수인인 피해자들에게 이를 고지할 의무가 있는데 위 피고인이 피해자들에게 이를 제대로 알리지 않은 것은 피해자들을 기망한 것이다(大法院 2006.10.27 2004도6503).

⑤(O) : 주식회사의 대표이사가 타인을 기망하여 회사가 발행하는 신주를 인수하게 한 다음 그로부터 납입받은 신주인수대금을 보관하던 중 횡령한 행위는 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 별죄를 구성한다(大法院 2008.11.27, 2008도7303).

정답 : ①

【문 6】 다음 중 정당방위에 관한 설명으로 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 이혼소송 중인 남편이 찾아와 가위로 폭행하고 변태적인 성행위를 강요하는 데에 격분하여 처가 칼로 남편의 복부를 찔러 사망에 이르게 한 경우, 그 행위는 방위행위로서의 한도를 넘어선 것으로서 정당방위에 해당하지 않는다.
- ② 의붓아버지의 강간행위에 의하여 정조를 유린당한 후 계속적으로 성관계를 강요받아 온 피고인이 사전에 범행을 준비하고 의붓아버지가 제대로 반항할 수 없는 상태에서 식칼로 심장을 찔러 살해한 행위는 사회통념상 상당성을 결여하여 정당방위가 성립하지 않는다.
- ③ 甲이 인적이 드문 심야에 혼자 귀가 중인 丙女에게 뒤에서 느닷없이 달려들어 양팔을 붙잡고 어두운 골목길로 끌고 들어가 담벽에 쓰러뜨린 후 음부를 만지며 억지로 키스를 하자, 丙女가 甲의 혀를 깨물어 설(舌)절단상을 입힌 행위는 방위행위의 한도를 넘어선 것으로서 정당방위에 해당하지 않는다.
- ④ 피고인의 아들이 평소 부모에게 행패를 부려오던 중 만취상태로 집에 들어와서는 저녁식사를 하는 피고인의 입에 소주병을 들어부으면서 밥상을 차 었고, 식도를 들고 행패를 부려 피고인은 밖으로 나왔으나, 아들이 밖으로 따라 나와 피고인에게 달려들므로 주먹으로 아들의 후두부를 1회 강타하였는데, 돌이 많은 지면에 넘어져 두개골파열상으로 사망한 경우 정당방위가 성립한다.
- ⑤ 甲회사가 乙이 점유하던 공사현장에 실력을 행사하여 들어와 현수막 및 간판을 설치하고 담장에 글씨를 쓴 행위는 乙의 시공 및 공사현장의 점유를 방해하는 것으로서 乙의 법익에 대한 현재의 부당한 침해라고 할 수 있으므로 乙이 현수막을 찢고 간판 및 담장에 쓰인 글씨를 지운 것은 그 침해를 방어하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있다.

【해설】 ③(O) : (大法院 1989.8.8, 89도358).

①(O) : (大法院 2001.5.15, 2001도1089).

②(O) : (大法院 1992.12.22, 92도2540).

④(O) : (大法院 1974.5.14, 73도2401).

⑤(O) : (大法院 1989.3.14, 87도3674).

정답 : ③

【문 7】 인과관계에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 선행 교통사고와 후행 교통사고 중 어느 쪽이 원인이 되어 피해자가 사망에 이르게 되었는지 밝혀지지 않은 경우, 후행 교통사고를 일으킨 사람의 과실과 피해자의 사망 사이에 인과관계가 인정되기 위해서는 후행 교통사고를 일으킨 사람이 주의의무를 게을리하지 않았다면 피해자가 사망에 이르렀을 것이라는 사실이 증명되어야 한다.
- ② 상해행위를 피하려고 하다가 차량에 치어 사망한 경우, 상해행위와 피해자의 사망 사이에 상당인과관계가 있을 수 있다.
- ③ 강간을 당한 피해자가 집에 돌아가 음독자살하기에 이르른 원인이 강간을 당함으로써 인하여 생긴 수치심과 장래에 대한 절망감 등에 있었다 하더라도 그 자살행위가 바로 강간행위로 인하여 생긴 당연의 결과라고 볼 수는 없으므로 강간행위와 피해자의 자살행위 사이에 인과관계를 인정할 수는 없다.
- ④ 피해자가 평소 병약한 상태에 있었고 피고인의 폭행으로 그가 사망함에 있어서 지병이 또한 사망 결과에 영향을 주었다고 하여 폭행과 사망 간에 인과관계가 없다고 할 수 없다.
- ⑤ 살인의 실행행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생하게 한 유일한 원인이어야 하는 것은 아니나 직접적인 원인일 것은 요하므로, 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 통상 예견할 수 있는 다른 사실이 개재되어 그 사실이 치사의 직접적인 원인이 되었다면 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 인과관계가 있는 것으로 볼 수 없다.

【해설】 ⑤(X) : 살인의 실행행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생하게 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이어야만 되는

것은 아니므로, 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 다른 사실이 개재되어 그 사실이 치사의 직접적인 원인이 되었다고 하더라도 그와 같은 사실이 통상 예견할 수 있는 것에 지나지 않는다면 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 인과관계가 있는 것으로 보아야 한다(大法院 1994.3.22, 93도3612).

①(O) : 선행 교통사고와 후행 교통사고 중 어느 쪽이 원인이 되어 피해자가 사망에 이르게 되었는지 밝혀지지 않은 경우 후행 교통사고를 일으킨 사람의 과실과 피해자의 사망 사이에 인과관계가 인정되기 위해서는 후행 교통사고를 일으킨 사람이 주의의무를 게을리하지 않았다면 피해자가 사망에 이르지 않았을 것이라는 사실이 증명되어야 하고, 그 증명책임은 검사에게 있다(大法院 2007.10.26, 2005도8822).

②(O) : 피해자가 다시 도로를 건너 도망하자 피고인은 계속하여 쫓아가 주먹으로 피해자의 얼굴 등을 구타하는 등 폭행을 가하여 전치 10일간의 흉부피하출혈상 등을 가하였고, 피해자가 위와 같이 계속되는 피고인의 폭행을 피하려고 다시 도로를 건너 도주하다가 차량에 치여 사망한 사실을 인정한 다음, 위와 같은 사정에 비추어 보면 피고인의 위 상해행위와 피해자의 사망 사이에 상당인과관계가 있다(大法院 1996.5.10, 96도529).

③(O) : 강간을 당한 피해자가 집에 돌아가 음독자살하기에 이른 원인이 강간을 당함으로 인하여 생긴 수치심과 장래에 대한 절망감 등에 있었다 하더라도 그 자살행위가 바로 강간행위로 인하여 생긴 당연의 결과라고 볼 수는 없으므로 강간행위와 피해자의 자살행위 사이에 인과관계를 인정할 수는 없다(大法院 1982.11.23, 82도1446).

④(O) : 피해자가 평소 병약한 상태에 있었고 피고인의 폭행으로 그가 사망함에 있어서 질병이 또한 사망 결과에 영향을 주었다고 하여 폭행과 사망 간에 인과관계가 없다고 할 수 없다(大法院 1979.10.10, 79도2040).

정답 : ⑤

【문 8】 다음 중 횡령죄에 관한 설명으로 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 피고인이 중중의 회장으로 부터 담보 대출을 받아달라는 부탁과 함께 중중 소유의 임야를 이전받은 다음 임야를 담보로 금원을 대출받아 임의로 사용하고 자신의 개인적인 대출금 채무를 담보하기 위하여 임야에 근저당권을 설정하였다면 피고인은 임야나 위 대출금에 관하여 사실상 중중의 위탁에 따라 이를 보관하는 지위에 있다고 보아야 할 것이어서 피고인의 위 행위가 중중에 대한 관계에서 횡령죄를 구성한다.
- ② 원인무효인 소유권이전등기의 명의자는 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ 토지의 일부 지분에 관하여 명의신탁에 의한 소유권이전등기를 경료받아 가지고 있는 사람은 그 지분의 범위 내에서 그 토지를 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능을 가지게 되어 횡령죄의 주체인 보관자의 지위에 있다 할 것이므로 위 명의신탁되었던 지분에 관하여 수용보상금을 수령하여 이를 명의신탁자에게 반환하지 않고 임의 소비한 행위는 횡령죄를 구성한다.
- ④ 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 보관하는 자가 그 자금을 제한된 용도 이외의 목적으로 사용하는 것은 횡령죄가 되는 것이나, 이와 같이 용도나 목적이 특정되어 보관된 금전이라도 그 보관 도중에 특정의 용도나 목적이 소멸되었다면 이미 보관관계 자체가 소멸되었으므로 횡령죄의 적용에 있어서는 위탁자의 소유물이라고 볼 수 없다.
- ⑤ 부동산의 공유자 중 1인이 다른 공유자의 지분을 임의로 처분하거나 임대하여도 그에게는 그 처분권능이 없어 횡령죄가 성립하지 아니한다.

【해설】 ④(X) : 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 보관하는 자가 그 자금을 제한된 용도 이외의 목적으로 사용하는 것은 횡령죄가 되는 것이고, 이와 같이 용도나 목적이 특정되어 보관된 금전은 그 보관 도중에 특정의 용도나 목적이 소멸되었다고 하더라도 위탁자가 이를 반환받거나 그 임의소비를

를 승낙하기까지는 횡령죄의 적용에 있어서는 여전히 위탁자의 소유물이라고 할 것이다(大法院 2002.11.22, 2002도4291).

①(O) : 피고인은 공소의 4를 통하여 담보대출을 위한 목적으로 이 사건 임야를 이전받은 다음 공소사실 기재와 같이 금원을 대출받아 임의로 사용하고, 나아가 자신의 개인적인 대출금 담보를 위하여 근저당권을 설정한 사실을 인정할 수 있는 바, 비록 피고인이 이 사건 임야를 이전받는 과정에서 적법한 중중총회의 결의가 없었다고 하더라도 피고인은 이 사건 임야나 위 대출금에 관하여 사실상 피해자 중중의 위탁에 따라 이를 보관하는 지위에 있다고 보아야 할 것이고, 따라서 피고인이 임의로 위 대출금을 사용하거나 이 사건 임야에 관한 등기명의를 보유하게 됨을 기화로 임의로 근저당권을 설정한 행위는 피해자 중중에 대한 관계에서 횡령죄를 구성한다고 할 것이다(大法院 2005.6.24, 2005도2413).

②(O) : 물품제조 회사가 농지를 매수하여 피고인 명의로 소유권이전등기를 마침으로써 소유명의를 신탁하여 두었는데 피고인이 그 후 이를 타인에게 처분함으로써 횡령하였다는 공소사실에 대하여, 제조업을 하는 일반 법인은 농지에 관한 매매계약을 체결하였더라도 당시 시행되던 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조로 폐지)상의 농지매매증명을 발급받을 수가 없어 소유권을 취득할 수 없으므로, 매도인들이 매수인인 물품제조 회사에 대하여 부담하는 소유권이전등기의 무는 원시적으로 이행불능이다. 따라서 이 농지 매매계약은 채권계약으로서도 무효로 보아야 하며, 위 법이 폐지되고 농지법이 시행되었다고 하여 위 매매계약이 유효하게 될 수는 없는 것이므로, 피고인은 애초부터 명의수탁자가 아니라 원인무효인 소유권이전등기의 명의자에 불과하여 위 토지를 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능을 가지지 아니하므로 횡령죄의 성립은 인정될 수 없다(大法院 2010.6.24, 2009도9242).

③(O) : 토지의 일부지분에 관하여 명의신탁에 의한 소유권이전등기를 경료 받은 사람은 그 지분의 범위내에서 그 토지를 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능을 갖게 되어 그 부동산을 보관하는 자의 지위에 있다 할 것이다(大法院 1989.12.8, 89도1220).

⑤(O) : 부동산에 관한 횡령죄에 있어서 타인의 재물을 보관하는 자의 지위는 동산의 경우와는 달리 부동산에 대한 점유의 여부가 아니라 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능의 유무에 따라 결정하여야 하므로, 부동산의 공유자 중 1인이 다른 공유자의 지분을 임의로 처분하거나 임대하여도 그에게는 그 처분권능이 없어 횡령죄가 성립하지 아니한다(大法院 2004.5.27, 2003도6988).

정답 : ④

【문 9】 다음 설명 중 가장 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니하면 성립하는 것이다.
- ② 직무유기죄는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있으므로, 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 곧바로 성립하는 즉시범이다.
- ③ 경찰서 방범과장이 부하직원으로부터 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 위반 혐의로 오락실을 단속하여 증거물로 오락기의 변조 기판을 압수하여 사무실에 보관중임을 보고 받아 알고 있었음에도 그 직무상의 의무에 따라 위 압수물을 수사계에 인계하고 검찰에 송치하여 범죄 혐의의 입증에 사용하도록 하는 등의 적절한 조치를 취하지 않고, 오히려 부하직원에게 위와 같이 압수한 변조 기판을 돌려주라고 지시하여 오락실 업주에게 이를 돌려준 경우, 작위범인 증거인멸죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기(거부)죄는 따로 성립하지 아니한다.
- ④ 하나의 행위가 부작위범인 직무유기죄와 작위범인 허위공문서작성·행사죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우, 공소제기권자는 재량에 의하여 작위범인 허위공문서작성·행사죄로 공소를 제기하지 않고 부작위범인 직무유기죄로만 공소를 제

기할 수 있다.

- ⑤ 직무유기교사죄는 피교사자인 공무원별로 1개의 죄가 성립된다.

【해설】 ②(X) : 직무유기죄는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있는바, 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위상태가 계속되는 한 가벌적 위법상태는 계속 존재하고 있다고 할 것이며 형법 제122조 후단은 이를 전체적으로 보아 1죄로 처벌하는 취지로 해석되므로 이를 즉시범이라고 할 수 없다(大法院 1997.8.29, 97도675).

①(O) : 직무유기죄는 이른바 부진정부작위범으로서 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것이다(大法院 1983.3.22, 82도3065).

③(O) : 경찰서 방범과장이 부하직원으로부터 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 위반 혐의로 오락실을 단속하여 증거물로 오락기의 변조 기관을 압수하여 사무실에 보관중임을 보고받아 알고 있었음에도 그 직무상의 의무에 따라 위 압수물을 수사계에 인계하고 검찰에 송치하여 범죄 혐의의 입증에 사용하도록 하는 등의 적절한 조치를 취하지 않고, 오히려 부하직원에게 위와 같이 압수한 변조 기관을 돌려주라고 지시하여 오락실 업주에게 이를 돌려준 경우, 작위범인 증거인멸죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기(거부)죄는 따로 성립하지 아니한다(大法院 2006.10.19, 2005도3909).

④(O) : 하나의 행위가 부작위범인 직무유기죄와 작위범인 허위공문서작성·행사죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우, 공소제기권자는 재량에 의하여 작위범인 허위공문서작성·행사죄로 공소를 제기하지 않고 부작위범인 직무유기죄로만 공소를 제기할 수 있다(大法院 2008.2.14, 2005도4202).

⑤(O) : 직무유기교사죄는 피교사자인 공무원별로 1개의 죄가 성립되는 것이므로 피교사자인 공무원별로 사실을 특정할 수 있도록 공소사실을 기재하여야 한다(大法院 1997.8.22, 95도984).
정답 : ②

【문 10】 다음 미수범에 관한 설명 중 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 일정량 이상을 먹으면 사람이 죽을 수도 있는 '초우뿌리'나 '부자' 달인 물을 마시게 하여 피해자를 살해하려다 미수에 그친 행위는 불능범이 아닌 살인미수죄에 해당한다.
- ② 피고인이 강간할 목적으로 피해자의 집에 침입하여 안방에 들어가 누워 자고 있는 피해자의 가슴과 엉덩이를 만지면서 강간하려 하였으나, 피해자가 크게 고통을 치자 피고인이 도망가 버린 경우 강간의 수단으로 폭행이나 협박을 개시한 것이 아니므로 강간미수죄가 성립되지 않는다.
- ③ 피고인이 피해자를 강간하려고 팬티를 강제로 벗기고 음부를 만지던 중 피해자가 수술한지 얼마 안 되어 배가 아프다면서 애원하는 바람에 그 뜻을 이루지 못하였다면, 피고인이 간음행위를 중단한 것은 피해자를 불쌍히 여겨서가 아니라 피해자의 신체조건상 강간을 하기에 지장이 있다고 본 데에 기인한 것이므로, 중지범에 해당하지 않는다.
- ④ 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기하였다가 소를 취하한 경우, 그 권리가 존재하지 않는다는 사실을 알면서도 법원을 기망한다는 인식을 가지고 소를 제기한 이상 실행의 착수는 있었다고 할 것이므로 소송사기죄의 미수범이 성립한다.
- ⑤ 노상에 세워 놓은 자동차 안에 있는 물건을 훔칠 생각으로 유리창을 따기 위해 면장갑을 끼고 칼을 소지한 채 자동차의 유리창을 통하여 그 내부를 손전등으로 비추어 본 행위는 절도죄의 실행의 착수에 이른 것이라고 볼 수 없다.

【해설】 ④(X) : 피고인의 이 부분 소송사기 범행은 실행 수단의 착오로 인하여 결과 발생이 불가능할 뿐만 아니라 위험성도 없다 할 것이어서 소송사기죄의 불능미수에 해당한다고 볼 수 없

으므로 결국 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다(大法院 2005.12.8, 2005도8105).

- ①(O) : (大法院 2007.7.26, 2007도3687).
- ②(O) : (大法院 1990.5.25, 90도607).
- ③(O) : (大法院 1992.7.28, 92도917).
- ⑤(O) : (大法院 1985.4.23, 85도464).

정답 : ④

【문 11】 다음 중 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 죄(반의사불벌죄)는 모두 몇 개인가? 【법원행시 29회】

- ㉠ 과실치상죄(형법 제266조 제1항)
- ㉡ 존속협박죄(형법 제283조 제2항)
- ㉢ 출판물등에의한명예훼손죄(형법 제309조)
- ㉣ 업무방해죄(형법 제314조 제1항)
- ㉤ 주거침입죄(형법 제319조 제1항)

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

【해설】

㉠(O) : 제266조(과실치상)제2항 - 제1항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

㉡(O) : 제283조(협박, 존속협박)제3항 - 제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

㉢(O) : 제312조(고소와 피해자의 의사)제2항제 - 307조와 제309조의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

㉣(X) : 해당 조문 없음.

㉤(X) : 해당 조문 없음.

정답 : ③

【문 12】 다음 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ㉠ 상습범은 행위자책임에 형벌가중의 본질이 있고, 누범은 행위책임에 형벌가중의 본질이 있다.
- ㉡ 상습범 중 일부 범행이 누범기간 내에 이루어진 이상 나머지 범행이 누범기간 경과 후에 이루어졌다고 하더라도 그 행위 전부가 누범관계에 있다.
- ㉢ 절도행위의 전과가 여러 번 있었다고 하여 반드시 상습성이 인정된다고 볼 수 없고, 그 여러 번의 전과사실과의 관계에서 범행이 절도습성의 발현이라고 인정될 수 있는 경우에만 상습성의 인정이 가능하다.
- ㉣ 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항(형법 제329조부터 제331조까지, 제333조부터 제336조까지 및 제340조-제362조의 죄 또는 그 미수죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사람이 다시 이들 죄를 범하여 누범으로 처벌하는 경우에도 제1항부터 제4항까지의 형과 같은 형에 처한다)의 규정 취지는 같은 법조 제1항, 제3항 또는 제4항에 규정된 죄 또는 그 미수죄로 3회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 이를 범하여 누범으로 처벌할 경우에는 상습성이 인정되지 않은 경우에도 상습범에 관한 제1항 내지 제4항 소정의 법정형에 의하여 처벌한다는 뜻이므로, 제1항 내지 제4항에 정한 형에 다시 누범가중한 형기 범위 내에서 처단형을 정하는 것이 타당하다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개 ⑤ 4개

【해설】

㉠(O) : 상습범과 누범은 서로 다른 개념으로서 누범에 해당한다고 하여 반드시 상습범이 되는 것이 아니며, 반대로 상습범에 해당한다고 하여 반드시 누범이 되는 것도 아니다. 또한, 행위자책임에 형벌가중의 본질이 있는 상습범과 행위책임에 형벌가중의 본질이 있는 누범을 단지 평면적으로 비교하여 그 경중을 가릴 수는 없고, 사안에 따라서는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제4항에 정한 누범의 책임이 상습범의 경우보다 오히려 더 무거운 경우도 얼마든지 있을 수 있다(大法院 2007.8.23,

2007도4913).

㉔(O) : 한 개의 상습범중 그 일부인 맨처음의 소위(1975.3.23)와 다음의 두번째의 소위(1975.4.9)가 전과와 누범관계에 있으므로 나머지의 세번째의 소위(1975.5.24)가 전과인 징역형의 집행을 종료한지(1972.4.28) 3년 뒤의 소위라 할지라도 위의 첫째 및 둘째번의 소위와 합쳐서 한 개의 상습범을 구성하므로 위의 행위전부가 누범관계에 있다(大法院 1976.1.13, 75도3397).

㉕(O) : 절도행위의 전과가 여러 번 있었다고 하여 반드시 상습성이 인정된다고 볼 수 없고 그 여러 번의 전과사실과의 관계에서 판시 범행이 절도습성의 발현이라고 인정될 수 있는 경우에만 상습성의 인정이 가능하다. 피고인의 이 사건 범행은 최종전과사실로 출소한지 3년여의 기간이 경과하였으나 판시 특수절도 등의 전과와 이 사건 범행의 동기, 수단, 결과 등에 비추어 피고인의 이 사건 범행에 대하여 상습성을 인정하고 있는바, 이를 기록과 대조하여 살펴보니 제1심의 그와 같은 조치는 정당하여 위법이 없다(大法院 1984.3.27, 84도69).

㉖(O) : 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항은, 형법 제329조 내지 제331조와 제333조 내지 제336조, 제340조, 제362조의 죄 또는 그 미수죄로 3회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 이들 죄를 범하여 누범으로 처벌할 경우도 제1항 내지 제4항과 같다고 규정하고 있는바, 이 규정의 취지는 같은 항 해당 경우에는 상습성이 인정되지 않는 경우에도 상습범에 관한 제1항 내지 제4항 소정의 법정형으로 처벌한다는 뜻으로서, 위 규정이 헌법이 보장한 평등권의 본질적인 내용을 침해하고, 형사법에 있어서의 책임주의의 원칙, 과잉금지 원칙, 죄형법정주의, 일사부재리의 원칙에 어긋나며, 법관의 양형결정권을 침해한다고 할 수 없다(大法院 2009.11.12, 2009도9249).
정답 : ④

【문 13】 다음 설명 중 가장 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 공무상비밀누설죄는 기밀 그 자체를 보호하는 것이 아니라 공무원의 비밀엄수의무의 침해에 의하여 위협하게 되는 이익, 즉 비밀의 누설에 의하여 위협받는 국가의 기능을 보호하기 위한 것이다.
- ② 외국 언론에 이미 보도된 바 있는 우리나라의 외교정책이나 활동에 관련된 사항들에 관하여 정부가 이른바 보도지침의 형식으로 국내 언론기관의 보도 여부 등을 통제하고 있다는 사실을 알리는 것은 외교상의 기밀을 누설한 경우에 해당하지 않는다.
- ③ 공무상비밀누설죄의 직무상 비밀이란 실질적으로 그것을 비밀로서 보호할 가치가 있다고 인정할 수 있는 것이어야 한다.
- ④ 검찰 등 수사기관이 특정 사건에 대하여 수사를 진행하고 있는 상태에서, 수사기관이 현재 어떤 자료를 확보하였고 해당 사안이나 피의자의 죄책, 신병처리에 대하여 수사책임자가 어떤 의견을 가지고 있는지 등의 정보는 비밀에 해당되지 않는다.
- ⑤ 국가정보원 내부의 감찰과 관련하여 감찰조사 개시시점, 감찰대상자의 소속 및 인적 사항을 일부 누설한 사실만으로 국가정보원의 정상적인 정보수집활동 등의 기능에 지장을 초래할 것도 아니고, 달리 국가 또는 국가정보원의 기능에 위협이 있을 것이라고 볼 수도 없어 위 누설사실들은 비밀로서의 가치가 없다.

【해설】 ④(X) : 검찰 등 수사기관이 특정 사건에 대하여 수사를 진행하고 있는 상태에서, 수사기관이 현재 어떤 자료를 확보하였고 해당 사안이나 피의자의 죄책, 신병처리에 대하여 수사책임자가 어떤 의견을 가지고 있는지 등의 정보는, 그것이 수사의 대상이 될 가능성이 있는 자 등 수사기관 외부로 누설될 경우 피의자 등이 아직까지 수사기관에서 확보하지 못한 자료를 인멸하거나, 수사기관에서 파악하고 있는 내용에 맞추어 증거를 조작하거나, 허위의 진술을 준비하는 등의 방법으로 수사기관의 범죄수사 기능에 장애를 초래할 위험이 있는 점에 비추어 보면, 해당 사건에 대한 중극적인 결정을 하기 전까지는 외부에 누설되어서는 안 될 수사기관 내부의 비밀에 해당한다(大法院 2007.6.14, 2004도5561).

①(O) : 공무상비밀누설죄는 기밀 그 자체를 보호하는 것이 아니라 공무원의 비밀엄수의무의 침해에 의하여 위협하게 되는 이익, 즉 비밀의 누설에 의하여 위협받는 국가의 기능을 보호하기 위한 것이다(大法院 2007.6.14, 2004도5561)

②(O) : 외국에 널리 알려진 사항 그 자체가 외교상의 기밀이 되는 것은 아니고 다만 그러한 사항의 존재나 진위 여부에 대한 대한민국 정부의 공식적인 입장이나 견해가 외교상의 기밀이 될 수 있을 뿐이라고 할 것이다(大法院 1995.12.5, 94도2379).

③(O) : 大法院 2012.3.15, 2010도14734 등.

⑤(O) : 大法院 2003.11.28, 2003도5547.

정답 : ④

【문14】 다음 중 불가능한 선고형은 모두 몇 개인가? 【법원행시 29회】

- ㉗ 징역 50년
- ㉘ 자격정지 15년
- ㉙ 벌금 3만원
- ㉚ 구류 1일
- ㉛ 과료 2천원

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개 ⑤ 4개

【해설】

㉗(O) : 제42조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1개월 이상 30년 이하로 한다. 단, 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 50년까지로 한다.

㉘(O) : 제44조(자격정지) ① 전조에 기재한 자격의 전부 또는 일부에 대한 정지는 1년 이상 15년 이하로 한다.

㉙(O) : 제45조(벌금) 벌금은 5만원 이상으로 한다. 다만, 감경하는 경우에는 5만원 미만으로 할 수 있다.

㉚(O) : 제46조(구류) 구류는 1일 이상 30일 미만으로 한다.

㉛(O) : 제47조(과료) 과료는 2천원 이상 5만원 미만으로 한다.
정답 : ①

【문15】 다음 설명 중 가장 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 장물인 정을 모르고 장물을 보관하였다가 그 후에 장물인 정을 알게 된 경우 그 정을 알고서도 이를 계속하여 보관하는 행위는 장물죄를 구성하는 것이나 이 경우에도 점유할 권한이 있는 때에는 이를 계속하여 보관하더라도 장물보관죄가 성립하지 않는다.
- ② 재산범죄를 저지른 이후에 별도의 재산범죄의 구성요건에 해당하는 사후행위가 있었다면 비록 그 행위가 불가벌적 사후행위로서 처벌의 대상이 되지 않는다 할지라도 그 사후행위로 인하여 취득한 물건은 재산범죄로 인하여 취득한 물건으로서 장물이 될 수 있다.
- ③ 갑이 회사 자금으로 을에게 주식매각 대금조로 금원을 지급한 경우, 그 금원은 단순히 횡령행위에 제공된 물건이 아니라 횡령행위에 의하여 영득된 장물에 해당한다.
- ④ 장물인 현금 또는 수표를 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 동일한 액수의 현금 또는 수표를 인출한 경우에 예금계약의 성질상 그 인출된 현금 또는 수표는 당초의 현금 또는 수표와 물리적인 통일성이 상실되었으므로 장물에 해당하지 아니한다.
- ⑤ 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 인출된 현금 은 재산범죄에 의하여 취득한 재물이 아니므로 장물이 될 수 없다.

【해설】 ④(X) : 인출된 현금 또는 수표는 당초의 현금 또는 수표와 물리적인 통일성은 상실되었지만 액수에 의하여 표시되는 금전적 가치에는 아무런 변동이 없으므로, 장물로서의 성질은 그대로 유지된다(大法院 2004.4.16, 2004도353).

①(O) : 大法院 1986.1.21, 85도2472; 2006.10.13, 2004도6084.

②(O) : 그 행위가 불가벌적 사후행위로서 처벌의 대상이 되지

않는다 할지라도 그 사후행위로 인하여 취득한 물건은 재산범죄로 인하여 취득한 물건으로서 장물이 될 수 있다(大法院 2004.4.16, 2004도353).

③(O) : 甲이 회사 자금으로 乙에게 주식매각 대금조로 금원을 지급한 경우, 그 금원은 단순히 횡령행위에 제공된 물건이 아니라 횡령행위에 의하여 영득된 장물에 해당한다고 할 것이고, 나아가 설령 甲이 乙에게 금원을 교부한 행위 자체가 횡령행위라고 하더라도 이러한 경우 甲의 업무상횡령죄가 기수에 달하는 것과 동시에 그 금원은 장물이 된다(大法院 2004.12.9, 2004도5904).

⑤(O) : 大法院 2004.4.16, 2004도353.

정답 : ④

【문 16】 다음 중 불법영득의사가 인정되는 것은 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ㉠ 피고인이 타인 소유의 버스요금함 서랍 견본 1개를 그에 대한 최초 고안자로서의 권리를 확보하겠다는 생각으로 가지고 나가 변리사에게 의장출원을 의뢰하고 그 도면을 작성한 뒤 당일 이를 원래 있던 곳에 가져다 둔 경우
- ㉡ 피고인이 타인의 인감도장을 그의 책상서랍에서 몰래 꺼내어 가서 그것을 차용증서의 연대보증인란에 찍고 난 후 곧 제자리에 넣어둔 경우
- ㉢ 은행이 발급한 직불카드를 사용하여 타인의 예금계좌에서 자기의 예금계좌에서 자기의 예금계좌로 돈을 이체시킨 후 직불카드를 반환한 경우 직불카드에 대한 불법영득의사
- ㉣ 피고인이 살인범행의 증거를 인명하기 위하여, 살해된 피해자의 주머니에서 꺼낸 지갑을 살해도구로 이용한 골프채와 옷 등 다른 증거품들과 함께 자신의 차량에 싣고 가다가 쓰레기 소각장에서 태워버린 경우
- ㉤ 회사의 총무과장이 회사의 물품대금채권을 확보할 목적으로 채무자의 승낙을 받지 아니한 채 그의 의사에 반하여 부산에 있는 채무자의 점포 앞에 세워놓은 채무자 소유의 자동차를 운전하여 광주에 있는 위 회사로 옮겨놓은 다음, 법원의 가압류결정과 감수보존명령에 따라 집행관이 보존하게 될 때까지 위 회사의 지배하에 둔 경우

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

【해설】

㉤(O) : 위 자동차의 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유인 것과 마찬가지로 그 경제적 용법에 따라 이용하거나 처분할 의사로 자동차를 광주로 운전하여 간 것으로 보지 않을 수 없으므로 불법영득의 의사가 있었다고 볼 수밖에 없다(大法院 1990.5.25, 90도573).

㉠(X) : 피고인이 판사와 같이 피해자 소유의 판시 버스요금함 서랍 견본 1개를 가지고 간 사실은 인정되나 그 거시증거에 의하여 피고인이 판사와 같은 경위로 버스요금함의 서랍에 대한 최초 고안자로서의 권리를 확보하겠다는 생각으로 판시 물건을 가지고 나가 변리사에게 의장출원을 의뢰하고 그 도면을 작성한 뒤 당일 이를 원래 있던 곳에 가져다 둔 사실을 인정하고 이와 같은 사실관계 하에서는 피고인에게 이에 대한 불법영득의사를 인정할 수 없다(大法院 1991.6.11, 91도878).

㉡(X) : 大法院 1987.12.8, 87도1959.

㉢(X) : 大法院 2006.3.9, 2005도7819.

㉣(X) : 大法院 2000.10.13, 2000도3655.

정답 : ①

【문 17】 다음 중 강간치상죄 또는 강간상해죄에서의 상해에 해당하는 것은 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ㉠ 피해자가 성경험을 가진 여자로서 특이체질로 인해 새로 형성된 처녀막이 파열된 경우
- ㉡ 강간 도중 흥분하여 피해자의 왼쪽 어깨를 입으로 빨아서 생긴 동전크기 정도의 반상출혈상
- ㉢ 강간으로 인하여 피해자로 하여금 보행불능, 수면장애, 식욕감퇴 등 기능의 장애를 일으키게 한 경우
- ㉣ 강간 과정에서 피해자의 얼굴과 머리를 때려 피해자가 코피를 흘리고 콧등이 부른 경우
- ㉤ 피고인이 피해자를 강간하려다가 미수에 그치고 그 과정에서 피해자의 왼쪽 손바닥에 약 2센티미터 정도의 긁힌 가벼운 상처가 발생한 경우

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

【해설】

㉠(O) : 처녀막은 부녀자의 신체에 있어서 생리조직의 일부를 구성하는 것으로서, 그것이 파열되면 정도의 차이는 있어도 생활기능에 장애가 오는 것이라고 보아야 하고, 처녀막 파열이 그와 같은 성질의 것인 한 비록 피해자가 성경험을 가진 여자로서 특이체질로 인해 새로 형성된 처녀막이 파열되었다 하더라도 강간치상죄를 구성하는 상처에 해당된다(大法院 1995.7.25, 94도1351).

㉡(O) : (大法院 1969.3.11, 69도161).

㉢(O) : 피고인이 강간하려고 피해자의 반항을 억압하는 과정에서 주먹으로 피해자의 얼굴과 머리를 몇 차례 때려 피해자가 코피를 흘리고(흘린 코피가 이불에 손바닥 만큼의 넓이로 묻었음) 콧등이 부었다면 비록 병원에서 치료를 받지 않더라도 일상생활에 지장이 없고 또 자연적으로 치료될 수 있는 것이라 하더라도 강간치상죄에 있어서의 상해에 해당한다(大法院 1991.10.22, 91도1832).

㉣(X) : 강간도중 흥분하여 피해자의 왼쪽 어깨를 입으로 빨아서 생긴 동전크기 정도의 반상출혈상은 별다른 통증이나 자각증상도 없어 피해자는 그 상처를 알아차릴 수도 없었는데 의사가 진찰을 하던 과정에서 우연히 발견한 것이고 의학상 치료를 받지 아니하더라도 자연흡수되어 보통 1주 정도가 지나면 자연치유되는 것으로서 인체의 생활기능에 장애를 주고 건강상태를 불량하게 변경하는 것이 아니어서 강간치상죄의 상해에 해당한다고 할 수 없다(大法院 1986.7.8, 85도2042).

㉤(X) : 大法院 1987.10.26, 87도1880.

정답 : ③

【문 18】 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 매도인이 매수인으로부터 중도금을 수령한 이후에 매매목적 물인 동산을 제3자에게 양도하는 행위는 배임죄에 해당하지 않는다.
- ② 국토이용관리법상의 규제구역 내 토지의 매도인은 토지거래 허가절차에 협력할 의무가 있으므로 토지거래허가를 받기 전에도 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다.
- ③ 음식점 임대차계약에 의한 임차인의 지위를 양도한 자는 양도사실을 임대인에게 통지하고 양수인이 갖는 임차인의 지위를 상실하지 않게 할 의무가 있다고 하여도, 이러한 임무는 임차권 양도인으로서 부담하는 채무로서 양도인 자신의 의무일 뿐이지 자기의 사무임과 동시에 양수인의 권리취득을 위한 사무의 일부를 이룬다고 볼 수 없으므로, 양도인을 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자로 볼 수 없다.
- ④ 채무의 담보로 부동산에 관한 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않고 임의로 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마치는 행위는 배임죄를 구성한다.
- ⑤ 부동산의 이중양도에 있어서 매도인이 제2차 매수인으로부터 계약금만을 지급받고 중도금을 수령한 바 없다면 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

【해설】 ②(X) : 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(大法院 1996.8.23, 96도1514).

①(O) : 매매와 같이 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약의 경우(민법 제563조), 쌍방이 그 계약의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 ‘자기의 사무’에 해당하는 것이 원칙이다. ...매매의 목적물이 동산일 경우, 매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다. 동산매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다(大法院 2011.1.20, 2008도10479, 全員合議體).

③(O) : 피고인이 공소의 H와의 음식점 임대차계약에 의한 임차인의 지위를 피해자 K에게 양도함으로써 이에 따라 이 양도사실을 임대인인 H에게 통지하고 위 K가 갖는 임차인의 지위를 상실하지 않게 할 의무가 있다고 하여도, 이러한 임무는 피고인이 임차권 양도인으로서 부담하는 채무로서 피고인 자신의 의무일 뿐이지 부동산매도인이 부담하는 소유권이전등기협력의무와 같이 자기의 사무임과 동시에 양수인의 권리취득을 위한 사무의 일부를 이룬다고 볼 수 없는 것이다(大法院 1991.12.10, 91도 2184).

④(O) : 부동산에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없음에도 피해자를 속이고 근저당권 설정을 약정하여 금원을 편취한 경우라 할지라도, 이러한 약정은 사기 등을 이유로 취소되지 않는 한 여전히 유효하여 피해자 명의의 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 발생하는 것이고, 그럼에도 불구하고 임무에 위배하여 그 부동산에 관하여 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마친 경우, 이러한 배임행위는 금원을 편취한 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 사기 범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것이 아니라 별죄를 구성한다(大法院 2008.3.27, 2007도9328).

⑤(O) : 피고인은 제1차 매수인인 피해자로부터 계약금 및 중도금 명목의 금원을 교부받고 나서 제2차 매수인인 S에게 위 부동산을 매도하기로 하고 S로부터 계약금을 지급받은 뒤 더 이상의 계약 이행이 이루어지지 않은 것으로 보이는바, 부동산 이중양도에 있어서 매도인이 제2차 매수인으로부터 계약금만을 지급받고 중도금을 수령한 바 없다면 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다(大法院 2003.3.25, 2002도7134).

정답 : ②

【문 19】 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ㉠ 운전면허가 없는 상태에서 여러 날에 걸쳐 무면허운전행위를 반복한 경우 특별한 사정이 없는 한 포괄하여 1개의 도로교통법위반(무면허운전)죄가 성립한다.
- ㉡ 하나의 사건에 관하여 한 번 선서한 증인이 같은 기일에 여러 가지 사실에 관하여 기억에 반하는 허위의 진술을 한 경우 포괄하여 1개의 위증죄가 성립한다.
- ㉢ 동일한 기회에 2인의 명의로 된 1장의 사문서를 위조한 경우 작성명의인의 수만큼 2개의 사문서위조죄가 성립하고 이때 위 각 사문서위조죄는 실체적 경합범의 관계에 있다.
- ㉣ 절취한 금융기관발행의 자기앞수표를 물품대금으로 현금 대신 교부하고 거스름돈을 환불받은 행위는 절도의 물가벌적사후행위로서 별도로 사기죄를 구성하지 않는다.
- ㉤ 강도가 시간적으로 접촉된 상황에서 가족을 이루는 수인에게 폭행·협박을 당한 가족구성원 수만큼 수개의 강도죄가 성립한다.

①㉠,㉡ ②㉡,㉢ ③㉠,㉡,㉢ ④㉡,㉢,㉣ ⑤㉡,㉤

【해설】

㉠(O) : 하나의 범죄의사로 계속하여 허위의 공술을 한 것으로서 포괄하여 1개의 위증죄를 구성하는 것으로 보아야 하고 각 진술마다 각기 수개의 위증죄를 구성 하는 것으로 볼 것은 아니다(大法院 1990.2.23, 89도1212).

㉡(O) : 금융기관발행의 자기앞수표는 그 액면금을 즉시 지급받을 수 있어 현금에 대신하는 기능을 하고 있으므로 절취한 자기앞수표를 현금 대신으로 교부한 행위는 절도행위에 대한 가벌적 평가에 당연히 포함되는 것으로 봄이 상당하다 할 것이므로 절취한 자기앞수표를 음식대금으로 교부하고 거스름돈을 환불받은 행위는 절도의 불가벌적 사후처분행위로서 사기죄가 되지 아니한다(大法院 1987.1.20, 86도1728).

㉢(X) : 운전한 날마다 무면허운전으로 인한 도로교통법위반의 1죄가 성립한다고 보아야 할 것이고, 비록 계속적으로 무면허운전을 할 의사를 가지고 여러 날에 걸쳐 무면허운전행위를 반복하였다 하더라도 이를 포괄하여 일죄로 볼 수는 없다(大法院 2002.7.23, 2001도6281).

㉣(X) : 문서에 2인 이상의 작성명의인이 있을 때에는 각 명의자마다 1개의 문서가 성립되므로 2인 이상의 연명으로 된 문서를 위조한 때에는 작성명의인의 수대로 수개의 문서위조죄가 성립하고 또 그 연명문서를 위조하는 행위는 자연적 관찰이나 사회통념상 하나의 행위라 할 것이어서 위 수개의 문서위조죄는 형법 제40조가 규정하는 상상적 경합범에 해당한다(大法院 1987.7.21, 87도564).

㉤(X) : 강도가 시간적으로 접촉된 상황에서 가족을 이루는 수인에게 폭행·협박을 가하여 집안에 있는 재물을 탈취한 경우 그 재물은 가족의 공동점유 아래 있는 것으로서, 이를 탈취하는 행위는 그 소유자가 누구인지에 불구하고 단일한 강도죄의 죄책을 진다(大法院 1996.7.30, 96도1285).

정답 : ②

【문 20】 다음과 같은 학생들의 토론을 바르게 설명한 것은? 【법원행시 29회】

미나 : 징역 또는 금고의 집행 중에 있는 자가 그 행상이 양호하여 개전의 정이 현저한 때에는 무기에 있어서는 20년, 유기에 있어서는 형기의 3분의 1을 경과한 후 법원의 결정으로 가석방을 할 수 있어. 미진 : 형을 병과할 경우에는 그 형의 일부에 대하여 집행을 유예할 수 있어. 정현 : 벌금형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 선고유예를 할 수 없다고 해. 은정 : 벌금을 납입하지 아니하는 경우에는 노역장에 유치할 수 있지만 과료를 납입하지 아니하는 경우에는 그렇지 않다고 해.

- ① 미나와 미진은 그르다. ② 미진과 정현은 옳다.
- ③ 정현과 은정은 그르다. ④ 미나와 은정은 옳다.
- ⑤ 옳은 사람은 2명이다.

【해설】

미나(X) : 제72조(가석방의 요건) ① 징역 또는 금고의 집행 중에 있는 자가 그 행상이 양호하여 개전의 정이 현저한 때에는 무기에 있어서는 20년, 유기에 있어서는 형기의 3분의 1을 경과한 후 ‘행정처분’으로 가석방을 할 수 있다.

미진(O) : 제62조(집행유예의 요건) ② 형을 병과할 경우에는 그 형의 일부에 대하여 집행을 유예할 수 있다.

정현(X) : 제59조(선고유예의 요건) ① 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 개전의 정상이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다. 단, ‘자격정지 이상의 형’을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 예외로 한다.

은정(X) : 제69조(벌금과 과료) ② ‘벌금’을 납입하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하, ‘과료’를 납입하지 아니한 자는 1일 이상 30일 미만의 기간 노역장에 유치하여 작업

에 복무하게 한다.

정답 : ③

【문 21】 다음 유가증권에 관한 죄에 대한 설명 중 틀린 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 문방구 약속어음 용지를 이용하여 작성되었다고 하더라도 그 전체적인 형식·내용에 비추어 일반인이 진정한 것으로 오신할 정도의 약속어음 요건을 갖추고 있으면 형법상 유가증권에 해당한다.
- ② 폐공중전화카드의 자기기록 부분에 전자정보를 기록하여 사용가능한 공중전화카드를 만든 행위는 유가증권위조죄에 해당한다.
- ③ 위조된 약속어음을 알고 있는 자에게 교부한 경우에는 약속어음을 진정 또는 진실한 약속어음인 것처럼 사용한 것이라고 할 수 없어 위조유가증권행사죄가 성립할 여지가 없다.
- ④ 주식회사 대표이사로 재직하던 피고인이 대표이사가 타인으로 변경되었음에도 이전부터 사용하여 오던 피고인 명의로 된 위 회사 대표이사의 명판을 이용하여 피고인을 위 회사의 대표이사로 표시하여 약속어음을 발행한 경우 후임 대표이사의 승낙을 얻었다고 하더라도 자격모용유가증권작성죄가 성립한다.
- ⑤ 배서인의 주소기재는 배서의 요건이 아니므로 약속어음 배서인의 주소를 허위로 기재하였다고 하더라도 그것이 배서인의 인적 동일성을 해하여 배서인이 누구인지를 알 수 없는 경우가 아닌 한 약속어음상의 권리관계에 아무런 영향을 미치지 않으므로, 그것을 허위로 기재하더라도 허위유가증권작성죄에 해당되지 않는다.

【해설】 ③(X) : 위조유가증권임을 알고 있는 자에게 교부하였더라도 피교부자가 이를 소통시킬 것임을 인식하고 교부하였다면 그 교부행위 그 자체가 유가증권의 유통질서를 해할 우려가 있어 위조유가증권행사죄가 성립한다(大法院 1983.6.14, 81도2492).

- ①(O) : 大法院 2001.8.24, 2001도2832.
- ②(O) : 大法院 1998.2.27, 97도2483.
- ④(O) : 합법적인 대표이사로서의 권한 행사라 할 수 없어 자격모용유가증권작성 및 동행사죄에 해당한다(大法院 1991.2.26, 90도577).
- ⑤(O) : 大法院 1986.6.24, 84도547.

정답 : ③

【문 22】 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 것으로 인정되는 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 공동정범으로서의 책임을 지지 않는다.
- ② 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 함으로써 범인도피의 행위를 하게 하였다고 하더라도, 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 또는 동거 가족인 경우에는, 본인의 행위도 범인도피교사죄를 구성하지 않는다.
- ③ 피무고자(被誣告者)의 교사·방조 하에 제3자가 피무고자에 대한 허위의 사실을 신고한 경우 제3자의 행위는 무고죄를 구성하고, 제3자를 교사·방조한 피무고자도 교사·방조범으로서의 죄책을 부담한다.
- ④ 형법 제127조는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설하는 행위만을 처벌하고 있을 뿐 직무상 비밀을 누설받은 상대방을 처벌하는 규정이 없으므로, 직무상 비밀을 누설받은 자를 공무원비밀누설죄의 교사범 또는 방조범으로 처벌할 수는 없다.
- ⑤ 포괄일죄의 범행 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 사람은 비록 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 중전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 진다.

【해설】 ②(X) : 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당하는바, 이 경우 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족, 호주 또는 동거 가족에 해당한다 하여 달리 볼 것은 아니다(大法院 2006.12.7, 2005도3707).

- ①(O) : 공모공동정범에 있어서 그 공모자중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다고 할 것이고 그 이탈의 표시는 반드시 명시적임을 요하지 않는다(大法院 2008.4.10, 2008도1274).
- ③(O) : 스스로 본인을 무고하는 자기무고는 무고죄의 구성요건에 해당하지 아니하여 무고죄를 구성하지 않지만, 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(大法院 2008.10.23, 2008도4852).
- ④(O) : 2인 이상 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 대항범에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없는데, 형법 제127조는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설하는 행위만을 처벌하고 있을 뿐 직무상 비밀을 누설받은 상대방을 처벌하는 규정이 없는 점에 비추어, 직무상 비밀을 누설받은 자에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다고 보는 것이 타당하다(大法院 2011.4.28, 2009도3642).
- ⑤(O) : 大法院 1982.6.8, 82도884; 1997.6.27, 97도163.

정답 : ②

【문 23】 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ㉠ 신용장에 날인된 시중은행의 접수일부인(接手日附印)은 사문서위조죄의 객체인 사문서에 해당한다.
- ㉡ 제조회사와 제품 종류가 표시된 담뱃갑은 사도화위조죄의 객체인 사도화에 해당한다.
- ㉢ 문서로서의 형식과 외관을 갖춘 허무인 명의의 경력증명서는 사문서위조죄의 객체인 사문서에 해당한다.
- ㉣ 자동차운전면허대장은 공정증서원본불실기재죄의 객체인 공정증서원본에 해당한다.
- ㉤ 민사조정법상의 조정절차에서 작성되는 조정조서는 공정증서원본불실기재죄의 객체인 공정증서원본에 해당한다.

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

【해설】

- ㉠(O) : 大法院 1979.10.30, 77도1879.
- ㉡(O) : 大法院 2010.7.29, 2010도2705.
- ㉢(O) : 大法院 2005.2.24, 2002도18.
- ㉣(X) : 자동차운전면허대장은 사실증명에 관한 것에 불과하므로 형법 제228조 제1항에서 말하는 공정증서원본이라고 볼 수 없다(大法院 2010.6.10, 2010도1125).
- ㉤(X) : 민사조정법상 조정신청에 의한 조정제도는 원칙적으로 조정신청인의 신청 취지에 구애됨이 없이 조정담당판사 등이 제반 사정을 고려하여 당사자들에게 상호 양보하여 합의하도록 권유·주선함으로써 화해에 이르게 하는 제도인 점에 비추어, 그 조정절차에서 작성되는 조정조서는 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서로 볼 수 없어 공정증서원본에 해당하는 것으로 볼 수 없다(大法院 2010.6.10, 2010도3232).

정답 : ③

【문 24】 다음 중 자수에 해당하는 것은 몇 개 인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ㉠ 자수서를 소지하고 수사기관에 자발적으로 출석하였으나 자수서를 제출하지 아니하고 범행사실도 부인하였다가 구속이 된 후 자수서를 제출하고 범행사실을 시인하였다.
- ㉡ 신문지상에 혐의사실이 보도되기 시작한 후 담당 검사에게 전화를 걸어 조사를 받게 해달라고 요청한 다음 자진출석하여 혐의사실을 모두 인정하는 내용의 진술서를 작성하고 검찰 수사과정에서 혐의사실을 모두 자백하였다.
- ㉢ 피고인이 검찰에 자수서를 제출하고 제1회 피의자신문을 받으면서 뇌물로 3,000만 원만을 받았다고 신고하고 이를 초과하는 금원의 수수사실을 부인하였는데, 그 후 검찰의 보강수사와 추궁에 따라 5,000만 원의 뇌물을 받은 사실을 자백하였다(수뢰액 3,000만 원과 5,000만 원은 적용법조와 법정형이 다름).
- ㉣ 경찰관이 피고인의 상도상해 범행에 관하여 수사를 하던 중 증거를 토대로 피고인의 여죄를 추궁하자, 또 다른 강도강간 범행을 자백하였다.
- ㉤ 피고인이 검찰에 자진출석하여 자수서를 제출하고 범행을 자백하였으나, 그 후 검찰 수사 및 재판 과정에서 범행을 부인하였다.

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

【해설】

㉠(O) : 신문지상에 혐의사실이 보도되기 시작하였는데도 수사기관으로부터 공식소환이 없으므로 자진출석하여 사실을 밝히고 처벌을 받고자 담당 검사에게 전화를 걸어 조사를 받게 해달라고 요청하여 출석시간을 지정받은 다음 자진출석하여 혐의사실을 모두 인정하는 내용의 진술서를 작성하고 검찰 수사과정에서 혐의사실을 모두 자백한 경우 피고인은 수사책임 있는 관서에 자기의 범죄사실을 자수한 것으로 보아야 하고 법정에서 수수한 금원의 직무관련성에 대하여만 수사기관에서의 자백과 차이가 나는 진술을 하였다 하더라도 자수의 효력에는 영향이 없다(大法院 1994.9.9, 94도619).

㉡(O) : 형법 제52조 제1항 소정의 자수란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시를 함으로써 성립하는 것으로서, 일단 자수가 성립한 이상 자수의 효력은 확정적으로 발생하고 그 후에 범인이 반복하여 수사기관이나 법정에서 범행을 부인한다고 하더라도 일단 발생한 자수의 효력이 소멸하는 것은 아니라고 할 것이다(大法院 1999.7.9, 99도1695).

㉢(X) : 비록 수사기관에 자발적으로 출석하였고, 당시 자수서를 소지하고 있었다고 하더라도, 조사를 받으면서 자수서를 제출하지 않았을 뿐만 아니라 범행사실도 부인하였던 이상 그 단계에서 자수가 성립한다고 인정할 수는 없고, 그 이후 피고인이 그와 같은 범죄사실로 인하여 구속까지 된 상태에서 자수서를 제출하고 제4회 피의자신문 당시 범행사실을 시인한 것을 자수에 해당한다고 인정할 수도 없을 것이다(大法院 2004.10.14, 2003도3133).

㉣(X) : 객관적 사실을 자발적으로 수사기관에 신고하여 그 처분에 말기는 의사표시를 함으로써 자수는 성립하게 되는 것이므로, 수사기관에의 신고가 자발적이라고 하더라도 그 신고의 내용이 자기의 범행을 부인하는 등의 내용으로 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖추지 아니한 사실일 경우에는 자수는 성립하지 아니하며(大法院 1999.9.21, 99도2443), 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 않는다(大法院 2002.6.25, 2002도1893).

㉤(X) : 자수라 함은 범인이 스스로 수사책임이 있는 관서에 자기의 범행을 자발적으로 신고하고 그 처분을 구하는 의사표시를 말하고, 가령 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 않는다(大法院 1992.8.14, 92도962; 2006.9.22, 2006도4883).

정답 : ②

【문 25】 다음 중 위법성이 조각되지 않는 것은 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ㉠ 파업실시에 관한 찬반투표를 실시하지는 않았지만 노동조합의 조합원총회를 거쳐 파업을 실시하였고, 파업에 참여한 인원 등에 비추어 조합원 대다수가 파업에 찬성한 것으로 보이는 쟁의행위
- ㉡ 경찰관이 임의동행을 요구하며 손목을 잡고 뒤로 꺾어 올리는 등으로 제압하자 거기에서 벗어나려고 몸싸움을 하는 과정에서 경찰관에게 폭행을 가하여 경찰관 2인에게 각 2주간의 치료를 요하는 상해를 입힌 경우
- ㉢ 간통현장을 촬영하기 위하여 상간자로 의심되는 사람의 주거에 침입한 경우
- ㉣ 시장번영회 회장이 이사회 결의와 시장번영회의 관리규정에 따라서 관리비 체납자의 점포에 대하여 단전조치를 실시한 경우
- ㉤ 피해자가 피고인의 고소로 조사받는 것을 따지기 위하여 야간에 피고인의 집에 침입한 상태에서 문을 닫으려는 피고인과 열려는 피해자 사이의 실랑이가 계속되는 과정에서 문짝이 떨어져 그 앞에 있던 피해자가 넘어져 2주간의 치료를 요하는 요추부염좌 및 우측 제4수지 타박상의 각 상해를 입게 된 경우

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

【해설】

㉠(X) : 특히 그 절차에 관하여 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 노동조합및노동관계조정법 제41조 제1항의 규정은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로 위의 절차를 위반한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실된다(大法院 2001.10.25, 99도4837 全員合議體).

㉡(X) : 大法院 2003.9.26, 2003도3000.

㉢(O) : 정당방위로서 무죄이다(大法院 1999.12.28, 98도138).

㉣(O) : 정당행위에 해당한다(大法院 2004.8.20, 2003도4732).

㉤(O) : 정당행위에 해당한다(大法院 2000.3.10, 99도4273). 정답 : ②

【문 26】 형의 감경 또는 면제사유에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 무기징역에 처한 판결이 확정된 죄와 형법 제37조의 후단 경합범의 관계에 있는 죄에 대하여 공소가 제기된 경우, 뒤에 공소제기된 후단 경합범에 대한 형을 필요적으로 면제한다.
- ② 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 경우는 형의 임의적 강경 또는 면제사유에 해당한다.
- ③ 내란죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모하였다가 내란죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 내란예비죄 또는 내란음모죄의 형을 필요적으로 감경 또는 면제한다.
- ④ 위증죄를 범한 사람이 그 허위 진술을 한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 필요적으로 감경 또는 면제한다.
- ⑤ 농아자의 행위에 대하여는 형을 필요적으로 감경한다.

【해설】 ①(X) : 무기징역에 처하는 판결이 확정된 죄와 형법 제37조의 후단 경합범의 관계에 있는 죄에 대하여 공소가 제기된 경우, 법원은 두 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 후단 경합범에 대한 처단형의 범위 내에서 후단 경합범에 대한 선고형을 정할 수 있고, 형법 제38조 제1항 제1호가 형법 제37조의 전단 경합범 중 가장 중한 죄에 정한 처단형이 무기징역인 때에는 흡수주의를 취하였다고 하여 뒤에 공소제기된 후단 경합범에 대한 형을 필요적으로 면제하여야 하는 것은 아니다(大法院 2008.9.11, 2006도8376).

- ②(O) : 제7조(외국에서 받은 형의 집행) - 범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다.
 - ③(O) : 제90조(예비, 음모, 선동, 선전)제1항 - 제87조 또는 제88조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 3년 이상의 유기징역이나 유기금고에 처한다. 단, 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.
 - ④(O) : 제153조(자백, 자수) - 진조의 죄를 범한 자가 그 공술한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.
 - ⑤(O) : 제11조(농아자) - 농아자의 행위는 형을 감경한다.
- 정답 : ①

【문 27】 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 어느 사람에게 귀엣말 등 그 사람만 들을 수 있는 방법으로 그 사람 본인의 사회적 평가를 떨어뜨릴 만한 사실을 이야기한 경우에는, 그 사람이 들은 말을 스스로 다른 사람들에게 전파하였다고 하더라도 명예훼손죄가 성립하지 않는다.
- ② 타인에 대한 비방 목적이 인정되어 형법 제309조 제1항의 출판물에 의한 명예훼손 범행이 성립하는 경우에는 형법 제310조의 위법성 조각에 관한 규정이 적용되지 않는다.
- ③ 집합적 명사를 쓴 경우에도 그것에 의하여 그 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백하면 명예훼손죄가 성립할 수 있다.
- ④ 타인을 비방할 목적으로 허위사실인 기사의 재료를 신문기자에게 제공한 경우, 기사를 신문지상에 게재하느냐의 여부는 신문 편집인의 권한에 속하므로, 편집인이 이를 신문에 게재하였다고 하더라도 기사재료를 제공한 사람은 형법 제309조 제2항 소정의 출판물에 의한 명예훼손죄의 죄책을 지지 않는다.
- ⑤ 형법 제313조의 신용훼손죄에서 '신용'은 사람의 지급능력 또는 지급의사에 대한 사회적 신뢰를 의미하므로, 경쟁업체의 서비스 등에 대한 허위사실의 유포만으로는 신용훼손죄에 해당하지 않는다.

【해설】 ④(X) : 타인을 비방할 목적으로 허위사실인 기사의 재료를 신문기자에게 제공한 경우에 기사를 신문지상에 게재하느냐의 여부는 신문 편집인의 권한에 속한다고 할 것이나 이를 편집인이 신문지상에 게재한 이상 기사의 게재는 기사재료를 제공한 자의 행위에 기인한 것이므로 기사재료의 제공행위는 형법 제309조 제2항 소정의 출판물에 의한 명예훼손죄의 죄책을 면할 수 없다(大法院 1994.4.12, 93도3535).

- ①(O) : 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다고 볼 수 없어 명예훼손의 구성요건인 공연성을 충족하지 못하는 것이며, 그 사람이 들은 말을 스스로 다른 사람들에게 전파하였더라도 위와 같은 결론에는 영향이 없다(大法院 2005.12.9, 2004도2880).
 - ②(O) : 형법 제309조 제1항 소정의 '사람을 비방할 목적'이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 형법 제310조의 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다는 규정은 사람을 비방할 목적이 있어야 하는 형법 제309조 제1항 소정의 행위에 대하여는 적용되지 아니하고 그 목적을 필요로 하지 않는 형법 제307조 제1항의 행위에 한하여 적용되는 것이다(大法院 1998.10.9, 97도158).
 - ③(O) : 大法院 2000.10.10, 99도5407.
 - ⑤(O) : 형법 제313조에 정한 신용훼손죄에서의 '신용'은 경제적 신용, 즉 사람의 지불능력 또는 지불의사에 대한 사회적 신뢰를 말하는 것이다(大法院 2006.5.25, 2004도1313).
- 정답 : ④

【문 28】 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 가압류 후에 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자가 다른 사

- 람에 대한 허위의 채무에 기하여 근저당권설정등기 등을 경료하더라도, 가압류채권자에 대하여 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다.
- ② 채무자가 제3자에 대하여 가압류채권자의 지위에 있던 중 가압류집행해제를 신청함으로써 그 지위를 상실하였다고 하더라도, 자신의 채권자에 대한 강제집행면탈죄에 해당하지 않는다.
- ③ 강제집행의 기초가 되는 채권자의 채권의 존재가 인정되지 않을 때에는 강제집행면탈죄가 성립할 여지가 없다.
- ④ 강제집행면탈죄의 성립요건으로서 강제집행을 당할 구체적인 위험이 있는 상태란 채권자가 이행청구의 소 또는 그 보전을 위한 가압류, 가처분신청을 제기하거나 제기할 태세를 보인 경우를 말한다.
- ⑤ 채무자가 채무초과의 상태에서 채권자의 강제집행을 피할 목적으로 재산을 제3자에게 양도하고 그 결과 채권자를 해할 위험이 발생한 경우에는, 비록 채무자의 진의에 의하여 재산을 양도하였다고 하더라도 강제집행면탈죄의 성립에는 영향이 없다.

【해설】 ⑤(X) : 진실한 양도는 강제집행면탈죄를 구성하지 않는다(大法院 1983.7.26, 82도1524).

- ①(O) : 가압류에는 처분금지적 효력이 있으므로 가압류 후에 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자 또는 그 제3취득자에 대한 채권자는 그 소유권 또는 채권으로써 가압류채권자에게 대항할 수 없다. 따라서 가압류 후에 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자가 다른 사람에 대한 허위의 채무에 기하여 근저당권설정등기 등을 경료하더라도 이로써 가압류채권자의 법률상 지위에 어떤 영향을 미치지 않으므로, 강제집행면탈죄에 해당하지 아니한다(大法院 2008.5.29, 2008도2476).
 - ②(O) : 채무자가 가압류채권자의 지위에 있으면서 가압류집행해제를 신청함으로써 그 지위를 상실하는 행위는 형법 제327조에서 정한 '은닉, 손괴, 허위양도 또는 허위채무부담' 등 강제집행면탈행위의 어느 유형에도 포함되지 않는 것이므로, 이러한 행위를 처벌대상으로 삼을 수 없다(大法院 2008.9.11, 2006도8721).
 - ③(O) : 강제집행면탈죄는 채권자의 권리보호를 그 주된 보호법익으로 하고 있는 것이므로 강제집행의 기본이 되는 채권자의 권리, 즉 채권의 존재는 강제집행면탈죄의 성립요건이라 할 것이고, 따라서 그 채권의 존재가 인정되지 않을 때에는 강제집행면탈죄가 성립하지 아니한다(大法院 2010.12.9, 2010도11015).
 - ④(O) : 大法院 1999.2.9, 96도3141.
- 정답 : ⑤

【문 29】 형법상 집행유예에 관한 다음 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 징역형에 대해서만 집행유예를 선고할 수 있다.
- ② 형의 집행을 유예하면서 사회봉사명령 또는 수강명령을 선고하려면 유예기간의 범위 내에서 보호관찰을 받을 것도 함께 명하여야 한다.
- ③ 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 법원은 결정으로 집행유예의 선고를 취소하여야 한다.
- ④ 집행유예 기간 중에 고의로 범한 범죄라도 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고를 할 수 있다.
- ⑤ 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 죄에 대하여 두 개의 징역형을 선고하면서 하나의 징역형을 선고하면서 하나의 징역형에 대해서만 집행유예를 선고할 수 있고, 이때 법원이 그 집행유예기간의 시기(始期)를 다른 하나의 징역형의 집행종료일로 정하는 것도 가능하다.

【해설】 ④(O) : 大法院 2007.2.8, 2006도6196; 2007.7.27, 2007도768.

- ①(X) : 제62조(집행유예의 요건) 제1항 - 3년 이하의 징역 또는 '금고'의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그

정상에 착각할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다.

②(X) : 보호관찰 또는 사회봉사명령 또는 수강명령을 할 수 있으며, 반드시 함께 해야 하는 것은 아니다. 大法院 1998.4.24, 98도98 참조.

③(X) : 실효사유이며 취소사유가 아니다. 제63조(집행유예의 '실효') - 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 '집행유예의 선고는 효력을 잃는다.'

⑤(X) : 大法院 2002.2.26, 2000도4637.

정답 : ④

【문 30】 다음 중 절도죄가 성립하는 것은 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ㉠ 피고인이 종업원으로 종사하던 당구장의 당구대 밑에서 타인이 잃어버린 금반지를 주워서 손가락에 끼고 다니다가 그 소유자가 나타나지 않고 용돈이 궁하여 전당포에 전당 잡힌 경우
- ㉡ 피고인이 피해자 경영의 금방에서 마차 귀금속을 구입할 것처럼 가장하여 피해자로부터 순금목걸이 등을 건네받은 다음 화장실에 갔다 오겠다는 핑계를 대고 도주한 경우
- ㉢ 동사무소의 사환이 동사무소 직원으로부터 시청금고에 입금하도록 교부 받은 현금과 예금에서 찾은 돈을 사생활비에 소비한 경우
- ㉣ 피해자인 점포주인이 종업원인 피고인에게 금고 열쇠와 오토바이 열쇠를 맡기고 가스가 배달되어 오면 금고 안의 돈으로 그 대금을 지급할 것을 지시한 후 외출하였는데, 피고인이 혼자서 점포를 지키다가 금고 안에서 현금을 꺼내어 오토바이를 타고 도주한 경우
- ㉤ 승객이 고속버스 내에 있고 내린 물건을 고속버스 운전사가 발견하기 전에 다른 승객인 피고인이 가져간 경우

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

【해설】

㉠(O) : 어떤 물건을 잃어버린 장소가 당구장과 같이 타인의 관리 아래 있을 때에는 그 물건은 일응 그 관리자의 점유에 속한다 할 것이고, 이를 그 관리자 아닌 제3자가 취거하는 것은 유실물횡령이 아니라 절도죄에 해당한다(大法院 1988.4.25, 88도409).

㉡(O) : 大法院 1994.8.12, 94도1487.

㉢(X) : 횡령죄가 성립된다(大法院 1968.10.29, 68도1222).

㉣(X) : 민법상 점유보조자(점원) 라고 할지라도 그 물건에 대하여 사실상 지배력을 행사하는 경우에는 형법상 보관의 주체로 볼 수 있으므로 이를 영득한 경우에는 절도죄가 아니라 횡령죄에 해당한다(大法院 1982.3.9, 81도3396).

㉤(X) : 점유이탈물횡령죄가 성립한다(大法院 1993.3.16, 92도3170).

정답 : ②

【문 31】 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 사기죄를 범한 사람과 피해자가 사돈지간인 경우 친족상도례에 관한 규정이 적용되지 않는다.
- ② 친족 소유의 금융기관 예금통장을 절취하여 이를 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 예금 잔고를 자신의 거래 은행 계좌로 이체한 경우, 위와 같은 컴퓨터등사용사기죄는 친족간의 범행에 해당하여 친족상도례가 적용된다.
- ③ 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하고 공갈죄를 범하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에 의해 가중처벌되는 경우에도 친족상도례 규정이 적용된다.
- ④ 위탁자가 소유자를 위해 보관하고 있는 물건을 위탁자로부터 보관받아 이를 횡령한 경우, 횡령범인이 피해물건의 소유자와는 친족관계가 있으나 피해물건의 위탁자와는 친족관계가 없다면 친족상도례 규정이 적용되지 않는다.
- ⑤ 부(父)가 혼인외의 출생자를 인지하는 경우에 민법 제860조

에 의하여 그 자의 출생시에 소급하여 인지의 효력이 생기고, 이와 같은 인지의 소급효는 친족상도례에 관한 규정의 적용에도 미친다.

【해설】 ②(X) : 피해자는 이체된 예금 상당액의 채무를 이중으로 지급해야 할 위험에 처하게 되는 그 친척 거래 금융기관이라 할 것이...므로, 위와 같은 경우에는 친족 사이의 범행을 전제로 하는 친족상도례를 적용할 수 없다(大法院 2007.3.15, 2006도2704).

①(O) : 친족상도례가 적용되는 친족의 범위는 민법의 규정에 의하여야 하는데, 민법 제767조는 배우자, 혈족 및 인척을 친족으로 한다고 규정하고 있고, 민법 제769조는 혈족의 배우자, 배우자의 혈족, 배우자의 혈족의 배우자만을 인척으로 규정하고 있을 뿐, 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제769조에서 인척으로 규정하였던 '혈족의 배우자의 혈족'을 인척에 포함시키지 않고 있다. 따라서 사기죄의 피고인과 피해자가 사돈지간이라고 하더라도 이를 민법상 친족으로 볼 수 없다(大法院 2011.4.28, 2011도2170).

③(O) : '폭력행위 등 처벌에 관한 법률'에 친족상도례에 관한 형법 제354조, 제328조의 적용을 배제한다는 명시적인 규정이 없으므로, 형법 제354조는 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항 위반죄'에도 그대로 적용된다(大法院 2010.7.29, 2010도5795).

④(O) : 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(大法院 2008.7.24, 2008도3438).

⑤(O) : 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(大法院 1997.1.24, 96도1731).

정답 : ②

【문 32】 다음 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 보존등기말소청구의 소를 제기하여 승소확정판결을 받았다고 하더라도, 그 확정판결 자체의 효력에 의해서는 등기명의인의 보존등기가 말소될 뿐 소송 제기자가 어떠한 권리를 취득하거나 의무를 면하는 것은 아니므로 사기죄의 기수에 이르렀다고 할 수 없다.
- ② 소송에서 상대방에게 유리한 증거를 제출하지 않거나 상대방에게 유리한 사실을 진술하지 않는 행위만으로도 소송사기에 있어서 기망이 될 수 있다.
- ③ 민사소송의 피고도 소송사기죄의 주체가 될 수 있다.
- ④ 허위의 내용으로 지급명령신청을 하였으나 상대방이 이의신청을 한 경우, 그 지급명령은 이의의 범위 안에서 효력을 잃게 되므로, 이때는 사기죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.
- ⑤ 허위의 채권을 피보전권리로 삼아 가압류를 한 것은 사기죄의 실행의 착수에 해당한다.

【해설】 ③(O) : 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 성립한다(大法院 2004.3.12, 2003도333).

①(X) : [다수의견] 피고인 또는 그와 공모한 자가 자신이 토지

의 소유자라고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 보존등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우 그 소송에서 위 토지가 피고인 또는 그와 공모한 자의 소유임을 인정하여 보존등기 말소를 명하는 내용의 승소확정판결을 받는다면, 이에 터 잡아 언제든지 단독으로 상대방의 소유권보존등기를 말소시킨 후 위 판결을 부동산등기법 제130조 제2호 소정의 소유권을 증명하는 판결로 하여 자기 앞으로의 소유권보존등기를 신청하여 그 등기를 마칠 수 있게 되므로, 이는 법원을 기망하여 유리한 판결을 얻음으로써 '대상 토지의 소유권에 대한 방해를 제거하고 그 소유명의를 얻을 수 있는 지위'라는 재산상 이익을 취득한 것이고, 그 경우 기수시기는 위 판결이 확정된 때이다(大法院 2006.4.7, 2005도9858 全員合議體).

②(X) : 당사자주의 소송구조하에서는 자기에게 유리한 주장이나 증거는 각자가 자신의 책임하에 변론에 현출하여야 하는 것이고, 비록 자기가 상대방에게 유리한 증거를 가지고 있다거나 상대방에게 유리한 사실을 알고 있다고 하더라도 상대방을 위하여 이를 현출하여야 할 의무가 있다고 보기는 어려울 것이므로 상대방에게 유리한 증거를 제출하지 않거나 상대방에게 유리한 사실을 진술하지 않는 행위만으로는 소송사기에 있어 기망이 된다고 할 수 없다(大法院 2002.6.28, 2001도1610).

④(X) : 허위의 내용으로 신청한 지급명령이 그대로 확정된 경우에는 소송사기의 방법으로 승소 판결을 받아 확정된 경우와 마찬가지로 사기죄는 이미 기수에 이르렀다고 볼 것이다(大法院 2004.6.24, 2002도4151).

⑤(X) : 가압류는 강제집행의 보전방법에 불과한 것이어서 허위의 채권을 피보전권리로 삼아 가압류를 하였다 하더라도 그 채권에 관하여 현실적으로 청구의 의사표시를 한 것이라고는 볼 수 없으므로, 본안소송을 제기하지 아니한 채 가압류를 한 것만으로는 사기죄의 실행에 착수하였다고 할 수 없다(大法院 1988.9.13, 88도55).

정답 : ③

【문 33】 형법 제35조의 누범에 관한 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ㉠ 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 사람을 누범으로 처벌한다.
- ㉡ 집행유예 기간 중에 범한 죄에 대하여는 형법 제35조의 누범처벌 규정이 적용되지 않는다.
- ㉢ 형법 제35조는 누범에 대하여 형의 장기 및 단기를 모두 2배까지 가중하도록 규정하고 있다.
- ㉣ 3년의 누범기간 내에 범죄 실행의 착수가 있었으나 기수에 이르지 못했다면 누범으로 처벌할 수 없다.
- ㉤ 판결선고 후 누범인 것이 발각된 때에는 선고한 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 경우가 아니라면 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다.

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

【해설】

㉠(O) : 제35조(누범) 제1항 - 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.

㉡(O) : 금고이상의 형을 받고 그 형의 집행유예기간 중에 금고 이상에 해당하는 죄를 범하였다 하더라도 이는 누범가중의 요건을 충족시킨 것이라 할 수 없다(大法院 1983.8.23, 83도1600).

㉢(O) : 제36조(판결선고 후의 누범발각) - 판결선고 후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다. 단, 선고한 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 후에는 예외로한다.

㉣(X) : 제35조(누범) 제2항 - 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다.

㉤(X) : 형법 제35조 소정의 누범이 되려면 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 다시 금고

이상에 해당하는 죄를 범하여야 하는바, 이 경우 다시 금고 이상에 해당하는 죄를 범하였는지 여부는 그 범죄의 실행행위를 하였는지 여부를 기준으로 결정하여야 하므로 3년의 기간 내에 실행의 착수가 있으면 족하고, 그 기간 내에 기수에까지 이르러야 되는 것은 아니다(大法院 2006.4.7, 2005도9858 全員合議體). 정답 : ④

【문 34】 다음 중 상상적 경합 관계에 있지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 피고인이 피해자들의 재물을 강취한 후 그들을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사람에게 이르게 한 경우 강도살인죄와 현주건조물 방화치사죄
- ② 강도가 재물강취의 뜻을 재물의 부재로 이루지 못한 채 미수에 그쳤으나 그 자리에서 항거불능의 상태에 빠진 피해자를 간음할 것을 결의하고 실행에 착수했으나 역시 미수에 그쳤더라도 반항을 억압하기 위한 폭행으로 피해자에게 상해를 입힌 경우 강도강간미수죄와 강도치상죄
- ③ 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우 허위공문서작성죄와 허위진단서작성죄
- ④ 절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 경우 준강도죄와 공무집행방해죄
- ⑤ 신용협동조합의 전무인 피고인이 그 임무에 위배하여 조합의 담당직원을 기망하고 예금인출금 또는 대출금 병복으로 금원을 교부받은 경우 사기죄와 업무상배임죄

【해설】 ③(X) : 허위공문서작성죄만이 성립하고 허위진단서작성죄는 별도로 성립하지 않는다(大法院 2004.4.9, 2003도7762).

①(O) : 피고인들이 피해자들의 재물을 강취한 후 그들을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우, 피고인들의 행위는 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄에 모두 해당하고 그 두 죄는 상상적 경합범관계에 있다(大法院 1998.12.8, 98도3416).

②(O) : 강도강간미수죄와 강도치상죄가 성립되고 이는 1개의 행위가 2개의 죄명에 해당되어 상상적 경합관계가 성립된다(大法院 1988.6.28, 88도820)

④(O) : 절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행협박을 가한 때에는 준강도죄와 공무집행방해죄를 구성하고 양죄는 상상적 경합관계에 있다(大法院 1992.7.28, 92도917).

⑤(O) : 1개의 행위에 관하여 사기죄와 업무상배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 때에는 양 죄를 법조경합 관계로 볼 것이 아니라 상상적 경합관계로 봄이 상당하다 할 것이고, 나아가 업무상배임죄가 아닌 단순배임죄라고 하여 양 죄의 관계를 달리 보아야 할 이유도 없다(大法院 2002.7.18, 2002도669).

정답 : ③

【문 35】 다음 중 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하는 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ㉠ 수사기관에 대하여 피의자가 허위자백을 한 경우
- ㉡ 피의자나 참고인이 아닌 자가 피의자를 가장하여 수사기관에 대하여 허위사실을 진술한 경우
- ㉢ 음주운전을 하다가 교통사고를 야기한 후 형사처벌을 면하기 위하여 타인의 혈액을 자신의 혈액인 것처럼 교통사고조사 경찰관에게 제출하여 감정하도록 한 경우
- ㉣ 민사소송을 제기하면서 피고의 주소를 허위 기재하여 소송서류를 허위주소로 송달케 한 경우
- ㉤ 신청인이 허위의 자료를 첨부하여 비자발급 신청을 하였고, 이에 대하여 업무담당자가 충분히 심사하였으나 신청사유 및 소명자료가 허위인 것을 발견하지 못하여 이를 수리한 경우

- ① ㉡, ㉢ ② ㉠, ㉣ ③ ㉡, ㉤ ④ ㉢, ㉣ ⑤ ㉢, ㉤

【해설】

㉢(O) : 단순히 피의자가 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하

거나 자신에게 불리한 증거를 은닉하는 데 그친 것이 아니라 수사기관의 착오를 이용하여 적극적으로 피의사실에 관한 증거를 조작한 것으로서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다(大法院 2003.7.25, 2003도1609).

㉔(O) : 신청인이 업무담당자에게 허위의 주장을 하면서 이에 부합하는 허위의 소명자료를 첨부하여 제출한 경우 수리 여부를 결정하는 업무담당자가 관계 규정에서 정한 바에 따라 요건의 존부에 관하여 나름대로 충분히 심사를 하였으나 신청사유 및 소명자료가 허위인 것을 발견하지 못하여 신청을 수리하게 될 정도에 이르렀다면, 이는 업무담당자의 불충분한 심사가 아니라 신청인의 위계행위에 의한 것이어서 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성한다(大法院 2011.4.28, 2010도14696).

㉕㉖(X) : 형사 피의자와 수사기관이 대립적 위치에서 서로 공격방어를 할 수 있는 취지의 형사소송법의 규정과 법률에 의한 선서를 한 증인이 허위로 진술을 한 경우에 한하여 위증죄가 성립된다는 형법의 규정 취지에 비추어 수사기관이 범죄사건을 수사함에 있어서는 피의자나 피의자로 자처하는 자 또는 참고인의 진술여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반증거를 수집 조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이라고 할 것이므로, 피의자나 참고인이 아닌 자가 자발적이고 계획적으로 피의자를 가장하여 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하였다 하여 바로 이를 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다(大法院 1977.2.8, 76도3685).

㉗(X) : 大法院 1977.9.13, 77도284; 1996.10.11, 96도312.
정답 : ㉕

【문 36】 형법 제155조 제1항 (타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다)에 관한 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① ‘징계사건’에는 국가의 징계사건에 한정되지 아니하고, 사인 간의 징계사건도 포함된다.
- ② ‘증거’가 타인에게 유리한 것이건 불리한 것이건 가리지 아니한다.
- ③ ‘위조’란 문서에 관한 죄에 있어서의 위조 개념과는 달리 새로운 증거의 창조를 의미하는 것이다.
- ④ 증거가 문서의 형식을 갖는 경우에 증거위조죄의 성립여부가 그 작성권한의 유무나 내용의 진실성에 좌우되는 것은 아니다.
- ⑤ 형법 제155조 제4항은 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 위 죄 등을 범한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하고 있는데, 사실혼관계에 있는 자는 여기서의 친족 등에 해당하지 않는다.

【해설】 ①(X) : 형법 제155조 제1항의 ‘징계사건’이란 국가의 징계사건에 한정되고 사인(私人) 간의 징계사건은 포함되지 않는다(大法院 2007.11.30, 2007도4191).

②③④(O) : 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 위조한 경우에 성립하는 형법 제155조 제1항의 증거위조죄에서 ‘증거’라 함은 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관하여 수사기관이나 법원 또는 징계기관이 국가의 형벌권 또는 징계권의 유무를 확인하는 데 관계있다고 인정되는 일체의 자료를 의미하고, 타인에게 유리한 것이건 불리한 것이건 가리지 아니하며 또 증거가치의 유무 및 정도를 불문하는 것이고, 여기서의 ‘위조’란 문서에 관한 죄에 있어서의 위조 개념과는 달리 새로운 증거의 창조를 의미하는 것이므로 존재하지 아니한 증거를 이전부터 존재하고 있는 것처럼 작출하는 행위도 증거위조에 해당하며, 증거가 문서의 형식을 갖는 경우 증거위조죄에 있어서의 증거에 해당하는지 여부가 그 작성권한의 유무나 내용의 진실성에 좌우되는 것은 아니다(大法院 2007.6.28, 2002도3600).

⑤(O) : 사실혼관계에 있는 자는 민법 소정의 친족이라 할 수 없어 위 조항에서 말하는 친족에 해당하지 않는다(大法院 2003.12.12, 2003도4533).

정답 : ①

【문 37】 범죄의 성립과 처벌에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 가벼운 경우에는 신법에 의한다.
- ② 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 불 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 처단하여야 한다.
- ③ 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 아니었던 행위를 판례의 변경에 따라 처벌하는 것이 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수 없다.
- ④ 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.
- ⑤ 범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지되었을 때에는 무죄판결을 선고한다.

【해설】 ⑤(X) : 면소판결을 해야 한다(형소법 제326조 제4호).

- ①(O) : 제1조 제2항.
 - ②(O) : 포괄일죄인 법률 위반 범행이 계속된 경우 그 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다(大法院 2009.9.10, 2009도5075).
 - ③(O) : 大法院 1999.9.17, 97도3349.
 - ④(O) : 大法院 1995.1.24, 94도2787.
- 정답 : ⑤

【문 38】 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 채무를 면탈할 의사로 채권자를 살해하였으나 일시적으로 채권자측의 추급을 면한 것에 불과한 경우에는 강도살인죄가 성립하지 않는다.
- ② 교사자가 피교사자에 대하여 상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우에, 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 죄책을 진다.
- ③ 법인은 협박죄의 객체가 될 수 없다.
- ④ 협박죄의 기수에 이르기 위해서는 상대방이 현실적으로 공포심을 일으킬 것을 요하므로, 객관적으로는 상대방의 공포심을 일으키기에 충분한 해악의 고지가 있었다고 하더라도 상대방이 현실적으로 공포심을 일으키지 않았다면 협박죄의 기수에 해당한다.
- ⑤ 감금행위가 강간죄나 강도죄의 수단이 된 경우에도 감금죄는 강간죄나 강도죄에 흡수되지 아니하고 별죄를 구성한다.

【해설】 ④(X) : 상대방이 그에 의하여 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아니며, 그와 같은 정도의 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 그로써 구성요건은 충족되어 협박죄의 기수에 이르는 것으로 해석하여야 한다(大法院 2007.9.28, 2007도606, 全員合議體).

- ①(O) : 채무의 존재가 명백할 뿐만 아니라 채권자의 상속인이 존재하고 그 상속인에게 채권의 존재를 확인할 방법이 확보되어 있는 경우에는 비록 그 채무를 면탈할 의사로 채권자를 살해하더라도 일시적으로 채권자측의 추급을 면한 것에 불과하여 재산상 이익의 지배가 채권자측으로부터 범인 앞으로 이전되었다고 보기는 어려우므로, 이러한 경우에는 강도살인죄가 성립할 수 없다(大法院 2010.9.30, 2010도7405).
- ②(O) : 大法院 2002.10.25, 2002도4089.
- ③(O) : 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 범죄로서 형법규정의 체계상 개인적 법익, 특히 사람의 자유에 대한 죄 중 하나로 구성되어 있는바, 위와 같은 협박죄의 보호법익, 형법규정상 체계, 협박의 행위 개념 등에 비추어 볼 때, 협박죄는 자연인만을 그 대상으로 예정하고 있을 뿐 법인은 협박죄

의 객체가 될 수 없다(大法院 2010.7.15, 2010도1017).

⑤(O) : 大法院 1997.1.21, 96도2715; 1983.4.26, 83도323; 1984.8.21, 84도1550).

정답 ④

【문 39】 형법상 몰수에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 행위자에게 유죄의 재판을 하지 않을 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다.
- ② 문서, 도화, 전자기록 등 특수매체기록 또는 유가증권의 일부가 몰수에 해당하는 때에는 그 부분을 폐기한다.
- ③ 범인 자신의 소유물은 물론 공범자의 소유물도 몰수의 대상이 될 수 있다.
- ④ 어떠한 물건을 ‘범죄행위에 제공하려고 한 물건’으로서 몰수하기 위해서는 그 물건이 유죄로 인정되는 당해 범죄행위에 제공하려고 한 물건임이 인정되어야 한다.
- ⑤ 몰수대상으로서 ‘범죄행위에 제공한 물건’이라 함은 범죄의 실행행위에 직접 사용된 물건을 의미하므로, 실행행위의 착수 전의 행위 또는 실행행위의 종료 후의 행위에 사용한 물건은 몰수의 대상이 될 수 없다.

【해설】 ⑤(X) : 형법 제48조 제1항 제1호의 “범죄행위에 제공한 물건”은, 가령 살인행위에 사용한 칼 등 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건에만 한정되는 것이 아니며, 실행행위의 착수 전의 행위 또는 실행행위의 종료 후의 행위에 사용한 물건이더라도 그것이 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 한 위법조 소정의 제공한 물건에 포함된다(大法院 2006.9.14, 2006도4075).

- ①(O) : 형법 제49조 단서.
- ②(O) : 형법 제48조 제3항.
- ③(O) : 大法院 1984.5.29, 83도2680.
- ④(O) : 大法院 2008.2.14, 2007도10034.

정답 : ⑤

【문 40】 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원행시 29회】

- ① 대법원 양형위원회의 양형기준은 법관이 합리적인 양형을 정하는 데 참고할 수 있는 구체적이고 객관적인 기준으로서, 법관은 형의 종류를 선택하고 형량을 정함에 있어서 양형기준을 존중하여야 하나, 그렇다고 양형기준이 법적 구속력을 갖는 것은 아니다.
- ② 형을 가중감경할 사유가 경합된 때에는 형법각칙 본조에 의한 가중, 형법 제34조 제2항의 가중, 누범가중, 법률상감경, 경합범가중, 작량감경의 순서에 의한다.
- ③ 작량감경은 모든 정상을 종합적으로 관찰하여 1회에 한하여 감경할 수 있을 뿐이고 정상 하나하나에 거듭 작량감경을 할 수 있는 것은 아니다.
- ④ 징역형과 벌금형을 병과하여야 할 경우에 특별한 규정이 없는 한 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 않는 것은 위법하다.
- ⑤ 형법 제57조 제1항에 관한 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2007헌바25 사건의 위헌결정에 따라 판결선고 전 미결구금일수 전부가 본형에 산입되게 되었지만, 병과형 또는 수개의 형이 선고된 경우에는 정확한 형의 집행에 위하여 어느 형에 미결구금일수를 산입하여 집행할 것인지를 판결에서 정하여야 한다.

【해설】 ⑤(X) : 헌법재판소는 형법 제57조 제1항 중 ‘또는 일부’ 부분은 헌법에 위반된다고 선언하였는바(憲法裁判所 2009.6.25, 2007헌바25), 이로써 판결 선고 전의 구금일수는 그 전부가 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치기간 또는 구류에 당연히 산입되어야 하게 되었고, 병과형 또는 수개의 형으로 선고된 경우 어느 형에 미결구금일수를 산입하여 집행하느냐는 형집행 단계에서 형집행기관이 할 일이며(大法院 1989.11.10, 89도808 참조), 법원이 주문에서 이에 관하여 선고하였더라도 이는 마찬가지라 할 것이다(大法院 2010.9.9,

2010도6924).

①(O) : 법원조직법 제81조의2 이하의 규정에 의하여 마련된 대법원 양형위원회의 양형기준은 법관이 합리적인 양형을 정하는 데 참고할 수 있는 구체적이고 객관적인 기준으로 마련된 것이다(같은 법 제81조의6 제1항 참조). 위 양형기준은 법적 구속력을 가지지 아니하고(같은 법 제81조의7 제1항 단서), 단지 위와 같은 취지로 마련되어 그 내용의 타당성에 의하여 일반적인 설득력을 가지는 것으로 예정되어 있으므로 법관의 양형에 있어서 그 존중이 요구되는 것일 뿐이다(大法院 2009.12.10, 2009도11448).

②(O) : 형법 제56조.

③(O) : 大法院 1964.4.7, 63도410.

④(O) : 大法院 1997.8.26, 96도3466; 1976.9.14, 76도2012; 1977.7.26, 77도1827.

정답 : ⑤

-끝. 수고하셨습니다. 백광훈 교수-

special thanks to 김영석, 김명현, 김현주, 나앞새, 이창석, 정성태, 최동환.