

# 형법해설

## 문 1] 정답 ③

- ① 옳음
- ② 사행성 게임기는 기관과 본체가 서로 물리적으로 결합되어야 만 비로소 그 기능을 발휘할 수 있는 기계로서, 당국으로부터 적법하게 등급심사를 받은 것이라고 하더라도 본체를 포함한 그 전부가 범죄행위에 제공된 물건으로서 몰수의 대상이 된다(대판 2006.12.8, 2006도6400).
- ③ 피고인이 범죄행위로 취득한 주식이 판결선고 전에 그 발행회사가 다른 회사에 합병됨으로써 판결선고시의 주가를 알 수 없을 뿐만 아니라 무상증자 받은 주식과 다시 매입한 주식까지 섞어서 처분되어 그 처분가액을 정확히 알 수 없는 경우 주식의 시가가 가장 낮을 때를 기준으로 산정한 가액을 추정하여야 한다(대판 2005.7.15, 2003도4293). ※ 판례는 판결선고시의 주가를 알 수 없는 주식에 대한 추정을 하여야 하는 경우에는 주식의 시가가 가장 낮은 때를 기준으로 하여야 한다고 본다.
- ④ 범인이 피해자로부터 받은 금품을 소비하고 나서 그에 상당한 금품을 반환하였을 경우나 상호합의에 이르러 고소를 취소한 경우에도 이를 범인으로부터 추정하여야 한다(대판 1983.4.12, 82도812)

## 문 2] 정답 ② (㉠)

- ㉠ (X) 컴퓨터등사용사기죄는 컴퓨터등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 권한 없이 정보를 입력·변경하여 정보를 처리하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 때 성립하는 범죄로, 순수한 이득죄에 해당한다.
- ㉡ (O) 피고인이 카드사용으로 인한 대금 결제의 의사와 능력이 없으면서도 있는 것 같이 가장하여 카드회사를 기망하고, 카드회사는 이에 착오를 일으켜 일정 한도 내에서 카드사용을 허용해 줌으로써 피고인은 기망당한 카드회사의 신용공여라는 하자 있는 의사표시에 편승하여 자동지급기를 통한 현금 대출도 받고, 가맹점을 통한 물품구입대금 대출도 받아 카드발급회사로 하여금 같은 액수 상당의 피해를 입게 함으로써, 카드사용으로 인한 일련의 편취행위가 포괄적으로 이루어지는 것이다. 따라서 카드 사용으로 인한 카드회사의 손해는 그것이 자동지급기에 의한 인출행위이든 가맹점을 통한 물품구입 행위이든 불문하고 모두가 피해자인 카드회사의 기망당한 의사 표시에 따른 카드발급에 터잡아 이루어지는 사기의 포괄일죄이다(대판 1996.4.9, 95도2466).
- ㉢ (O) 타인의 인적 사항을 도용하여 타인 명의로 발급받은 신용카드의 번호와 그 비밀번호를 인터넷사이트에 입력함으로써

써 재산상 이익을 취득한 행위가 (구)형법 제347조의2 소정의 컴퓨터등사용사기죄에 해당하지 않는다고 무죄를 선고한 원심판결을 파기한 사례(대판 2003.1.10, 2002도2363)

- ㉣ (O) 예금주인 현금카드 소유자로부터 일정한 금액의 현금을 인출해 오라는 부탁을 받으면서 이와 함께 현금카드를 건네 받은 것을 기회로 그 위임을 받은 금액을 초과하여 현금을 인출하는 방법으로 그 차액 상당을 위법하게 이득할 의사로 현금자동지급기에 그 초과된 금액이 인출되도록 입력하여 그 초과된 금액의 현금을 인출한 경우에는 그 인출된 현금에 대한 점유를 취득함으로써 이때에 그 인출한 현금 총액 중 인출을 위임받은 금액을 넘는 부분의 비율에 상당하는 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수 있으므로, 이러한 행위는 그 차액 상당액에 관하여 형법 제347조의2(컴퓨터등사용사기)에 규정된 '컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득'하는 행위로서 컴퓨터등사용사기죄에 해당된다(대판 2006.3.24, 2005도3516). ※ 대법원은 위임범위를 벗어나 초과인출한 금액은 재물이 아니라 재산상 이익에 해당한다고 보아 절도죄가 아니라 컴퓨터등사용사기죄를 인정하였다.

## 문 3] 정답 ②

- ① 전답의 점유를 침탈당한 자라도 이를 실력으로 회수할 수 없는 것이니 그 전답의 점유를 실력으로 회수하려는 자에게 폭행을 가하였다면 이는 단순폭행죄에 해당한다 할 것이고 권리행사를 방해(강요죄)하였다고는 논할 수 없다(대판 1961.11.9, 4294형상357).
- ② 인질강요죄는 사람을 체포·감금·약취 또는 유인하여 이를 인질로 삼아 제3자에 대하여 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 함으로써 성립한다(제324조의2). ※ 인질강요죄에서 강요의 상대방은 제3자이고 인질에 대한 강요는 포함되지 않는다.
- ③ 강요죄는 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 하는 것을 말하고, 여기에서 '의무 없는 일'이란 법령, 계약 등에 기하여 발생하는 법률상 의무 없는 일을 말하므로, 폭행 또는 협박으로 법률상 의무 있는 일을 하게 한 경우에는 폭행 또는 협박죄만 성립할 뿐 강요죄는 성립하지 아니한다(대판 2008.5.15, 2008도1097).
- ④ 인질강요죄나 인질상해·치상죄를 범한 자 및 그 죄의 미수범이 인질을 안전한 장소로 풀어준 때에는 그 형을 감경할 수 있다(제324조의6).

## 문 4] 정답 ③

- ① [1] 장물취득죄에서 '취득'이라고 함은 점유를 이전받음으로써 그 장물에 대하여 사실상의 처분권을 획득하는 것을 의미하는 것이므로, 단순히 보수를 받고 본범을 위하여 장물을 일시 사용하거나 그와 같이 사용할 목적으로 장물을 건네받은 것만으로는 장물을 취득한 것으로 볼 수 없다.

[2] 乙은 적어도 습득한 위 신용카드 2장으로 물건을 구입하여 줄 것을 甲에게 부탁한 때에는 불법영득의사가 확정됨으로써 점유이탈물횡령죄의 기수에 이른 것이고 점유이탈물횡령으로 인하여 영득한 재물 역시 장물로 보아야 하므로, 乙의 위와 같은 부탁을 받아들여 위 신용카드 2장을 교부받은 피고인의 행위는 적어도 형법 제362조 제1항 소정의 장물을 보관한 경우에 해당한다(대판 2003.5.13, 2003도1366). ※ 관례는 장물취득죄는 성립하지 않지만 장물보관죄는 성립한다고 보았다.

- ② 丙은 절도범 甲으로부터 장물을 취득하였으므로 장물취득죄가 성립한다. 그런데 장물범과 본범의 피해자간에 직계혈족인 경우에는 그 형을 면제하므로, 丙은 형이 면제된다(제365조 제1항 참고).
- ③ 전당포영업자가 보석들을 전당잡으면서 인도받을 당시 장물인 정을 몰랐다가 그 후 장물일지도 모른다고 의심하면서 소유권포기각서를 받은 행위는 장물취득죄에 해당하지 않고, 또한 전당포영업자가 대여금채권의 담보로 보석들을 전당잡은 경우에는 이를 점유할 권한이 있는 때에 해당하여 장물보관죄 역시 성립하지 않는다고 본 사례(대판 2006.10.13, 2004도6084)
- ④ 장물을 팔아서 얻은 돈은 장물이 아니다(대판 1972.6.13, 72도971)

문 5] 정답 ②

- ① 주위토지통행권의 존부와 범위에 관한 확인 및 주위통행권을 방해하는 옹벽 부분에 관한 철거를 명하는 판결과 그 강제집행을 따르지 아니하고 임의로 옹벽을 철거한 행위는 도로에 관한 주위통행권을 인정할 수 있는지 여부와 관계없이 정당행위에 해당하지 않는다(대판 2008.3.27, 2007도7933).
- ② ‘회사의 직원이 회사의 이익을 빼돌린다’는 소문을 확인할 목적으로, 비밀번호를 설정함으로써 비밀장치를 한 전자기록인 피해자가 사용하던 ‘개인용 컴퓨터의 하드디스크’를 떼어내어 다른 컴퓨터에 연결한 다음 의심이 드는 단어로 파일을 검색하여 메시지 대화 내용, 이메일 등을 출력한 사안에서, 피해자의 범죄 혐의를 구체적이고 합리적으로 의심할 수 있는 상황에서 피고인이 긴급히 확인하고 대처할 필요가 있었고, 그 열람의 범위를 범죄 혐의와 관련된 범위로 제한하였으며, 피해자가 입사시 회사 소유의 컴퓨터를 무단 사용하지 않고 업무 관련 결과물을 모두 회사에 귀속시켰다고 약정하였고, 검색 결과 범죄행위를 확인할 수 있는 여러 자료가 발견된 사정 등에 비추어, 피고인의 그러한 행위는 사회통념상 허용될 수 있는 상당성이 있는 행위로서 형법 제20조의 ‘정당행위’라고 본 원심의 판단을 수긍한 사례(대판 2009.12.24, 2007도6243).
- ③ 피해자가 주전자로 피고인의 얼굴을 때린 다음 또 다시 때리려고 하여 이를 피하고자 피해자를 밀어 넘어뜨린 것이라면 이러한 행위는 피해자의 불법적인 공격으로부터 벗어나기 위

한 부득이한 저항의 수단으로서 소극적인 방어행위에 지나지 않는다고 볼 여지가 있을 것이나, 이와 달리 술에 취한 피해자가 피고인을 때렸다가 피고인의 반항하는 기세에 겁을 먹고 주춤주춤 피하는 것을 피고인이 밀어서 넘어뜨렸다면 이러한 피고인의 행위는 피해자의 공격으로부터 벗어나기 위한 부득이한 소극적 저항의 수단이라기보다는 보복을 위한 적극적 반격행위라고 보지 않을 수 없다(대판 1985.3.12, 84도2929).

- ④ 사단법인의 이사장이 이사회 또는 임시총회의 의장으로서의 안에 관하여 발언하다가 타인의 명예를 훼손하는 내용의 말을 하였다면 사회상규에 반하지 아니한다고 할 수 없으므로 위법성이 조각되지 아니한다(대판 1990.12.26, 90도2473).

문 6] 정답 ④

- ① 피해자의 기망에 의하여 부동산을 비싸게 매수한 피고인이라도 그 계약을 취소함이 없이 등기를 피고인 앞으로 둔 채 피해자의 전매차익을 받아낼 셈으로 피해자를 협박하여 재산상의 이익을 얻거나 돈을 받았다면 이는 정당한 권리행사의 범위를 넘은 것으로서 사회통념상 용인될 수 없으므로 공갈죄를 구성한다(대판 1991.9.24, 91도1824).
- ② 피고인이 피해자에 대하여 채권이 있다고 하더라도 그 권리행사를 빙자하여 사회통념상 용인되기 어려운 정도를 넘은 협박을 수단으로 상대방을 의포케 하여 재물의 교부 또는 재산상의 이익을 받았다면 공갈죄가 되는 것이다(대판 2000.2.25, 99도4305).
- ③④ [1] 공갈죄의 수단으로써의 협박은 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말하고 그 해악에는 인위적인 것뿐만 아니라 천재지변 또는 신력(神力)이나 길흉화복에 관한 것도 포함될 수 있으나, 다만 천재지변 또는 신력이나 길흉화복을 해악으로 고지하는 경우에는 상대방으로 하여금 행위자 자신이 그 천재지변 또는 신력이나 길흉화복을 사실상 지배하거나 그에 영향을 미칠 수 있는 것으로 믿게 하는 명시적 또는 묵시적 행위가 있어야 공갈죄가 성립한다.

[2] 조상천도제를 지내지 아니하면 좋지 않은 일이 생긴다는 취지의 해악의 고지는 길흉화복이나 천재지변의 예고로서 행위자에 의하여 직접, 간접적으로 좌우될 수 없는 것이고 가해자가 현실적으로 특정되어 있지도 않으며 해악의 발생가능성이 합리적으로 예견될 수 있는 것이 아니므로 협박으로 평가될 수 없다(대판 2002.2.8, 2000도3245).

문 7] 정답 ④

- ① (×) 형법상 음모죄가 성립하는 경우의 음모란 2인 이상의 자 사이에 성립한 범죄실행의 합의를 말하는 것으로, 범죄실행의 합의가 있다고 하기 위하여는 단순히 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고, 객관적으로 보아 특정

한 범죄의 실행을 위한 준비행위라는 것이 명백히 인식되고 그 함의에 실질적인 위험성이 인정될 때에 비로소 음모죄가 성립한다(대판 1999.11.12, 99도3801).

- ㉠ (×) 부정선거관련자처벌법 제5조 제4항에 동법 제5조 제1항의 예비음모는 이를 처벌한다고만 규정하고 있을 뿐이고 그 형에 관하여 따로 규정하고 있지 아니한 이상 죄형법정주의의 원칙상 위 예비음모를 처벌할 수 없다(대판 1977.6.28, 77도251).
- ㉡ (×) 살인에 관한 죄 중 예비·음모를 처벌하는 죄는 보통살인죄, 존속살해죄, 위계·위력에 의한 살인죄뿐이고, 영아살해죄, 촉탁·승낙살인죄, 자살교사·방조죄는 예비·음모를 처벌하지 않는다.
- ㉢ (×) 권총 등을 교부하면서 사람을 살해하라고 한 자는 피고사자의 범죄실행 결의의 유무와 관계없이 그 행위 자체가 독립하여 살인예비죄를 구성한다(대판 1950.4.18, 4283형상10)
- ㉣ (×) 중범이 처벌되기 위하여는 정범의 실행의 착수가 있는 경우에만 가능하고 정범이 실행의 착수에 이르지 아니한 예비의 단계에 그친 경우에는 이에 가공하는 행위가 예비의 공동정범이 되는 경우를 제외하고는 이를 중범으로 처벌할 수 없다(대판 1976.5.25, 75도1549).

문 8] 정답 ③

- ① 권리행사방해죄에서 타인의 권리란 반드시 제한물권만을 의미하는 것이 아니라 물건에 대하여 점유를 수반하지 아니하는 채권도 이에 포함된다(대판 1991.4.26, 90도1958)
- ② 권리행사방해죄는 추상적 위법범이므로, 타인의 권리행사가 방해될 우려 있는 상태에 이르면 족하고 현실적으로 권리행사가 방해될 것을 요하지 않는다.
- ③ 권리행사방해죄에 있어서의 타인의 점유라 함은 권원으로 인한 점유 즉 정당한 원인에 기하여 그 물건을 점유하는 권리 있는 자의 점유를 의미하는 것으로서 본권을 갖지 아니하는 절도범인의 점유는 여기에 해당하지 않는다(대판 1994.11.11, 94도343)
- ④ 옳음(제328조 제1항, 제2항 참조)

문 9] 정답 ①

- ① 피고인이 자신의 절도의 충동을 억제하지 못하는 성격적 결함으로 인하여 절도 범행에 이르게 되었다고 하더라도 이와 같이 자신의 충동을 억제하지 못하여 범죄를 저지르게 되는 현상은 정상인에게서도 얼마든지 찾아볼 수 있는 일로서 이는 정도의 문제에 불과하고, 따라서 특단의 사정이 없는 한 위와 같은 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고는 할 수 없으므로, 원칙적으로는 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 않는다고 봄이 상당하고 다만 그러한 성격적 결

함이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 있다든지 또는 다른 심신장애사유와 결합된 경우에는 심신장애를 인정할 여지가 있을 것이다(대판 1995.2.24, 94도3163).

- ② 피고인이 술에 취하여 기억이 없다고 한 진술을 그 진술의 전후맥락에 비추어 볼 때 심신장애로 인한 형의 감면을 주장하는 취지가 아니라 단순히 범행을 부인하는 취지에 지나지 않는다(대판 1988.9.13, 88도1284)
- ③ 불가분적 연관설(예외설)의 태도로서 타당하다.
- ④ 범죄의 상습성이란 범죄자의 어떤 버릇, 범죄의 경향을 의미하는 것으로서 행위의 본질을 이루는 성질이 아니고 행위자의 특성을 이루는 성질을 의미하는 것이므로, 상습성의 유무는 행위자의 연령·성격·직업·환경·전과, 범행의 동기·수단·방법 및 장소, 전에 범한 범죄와의 시간적 간격, 그 범행의 내용과 유사성 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 하는 것이고, 행위자가 범죄 행위 당시 심신미약 상태에 있었다는 이유만으로 그 범죄 행위는 상습성이 발현된 것이 아니라고 단정할 수는 없는 것이다(대판 2007.8.23, 2007도3820)

문 10] 정답 ①

- ① 부작위범에 대한 교사·방조도 가능하며, 이때 교사 또는 방조는 작위에 의한 것이므로 공범(교사범, 중범)은 반드시 보증인 지위에 있을 필요가 없다.
- ② 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니함을 말하는 것으로서, 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았다라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정되는 것이다(대판 2000.1.28, 99도2884).
- ③ 진정부작위범은 결과의 발생을 필요로 하지 않는 거동범이므로 미수를 인정할 수 없다는 것이 다수설이다. 그러나 퇴거불응죄, 집행명령위반죄는 진정부작위범이지만 미수범 처벌규정이 존재하므로 형법상 진정부작위범의 미수도 인정될 수 있다.
- ④ 옳음

문 11] 정답 ③

- ㉠㉡은 삭제됨.
- ㉢ (×) 형법 제323조 소정의 권리행사방해죄에 있어서의 취거라 함은 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건을 그 점유자의 의사에 반하여 그 점유자의 점유로부터 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말하므로 점유자의 의사나 그의 하자있는 의사에 기하여 점유가 이전된 경우에는 여기에서 말하는 취거로 볼 수는 없다(대판 1988.2.23, 87도1952).
- ㉣ (×) 형법 제344조, 제328조 제1항 소정의 친족간의 범행에 관한 규정이 적용되기 위한 친족관계는 원칙적으로 범행 당

시에 존재하여야 하는 것이지만, 부가 혼인 외의 출생자를 인지하는 경우에 있어서는 민법 제860조에 의하여 그 자의 출생시에 소급하여 인지의 효력이 생기는 것이며, 이와 같은 인지의 소급효는 친족상도례에 관한 규정의 적용에도 미친다고 보아야 할 것이므로, 인지가 범행 후에 이루어진 경우라고 하더라도 그 소급효에 따라 형성되는 친족관계를 기초로 하여 친족상도례의 규정이 적용된다(대판 1997.1.24, 96도 1731).

- ㉠ (○) 자신의 뇌물수수 혐의에 대한 결백을 주장하기 위하여 제3자로부터 사건 관련자들이 주고받은 이메일 출력물을 교부받아 징계위원회에 제출한 행위를 '정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 비밀'인 이메일의 내용을 '누설하는 행위'에 해당한다고 보는 것은 죄형법정주의에 반하는 확장해석이라고 할 수 없다(대판 2008.4.24, 2006도 8644)

문 12] 정답 ④

- ① 강간치상의 범행을 저지른 자가 그 범행으로 인하여 실신상태에 있는 피해자를 구호하지 아니하고 방치하였다고 하더라도 그 행위는 포괄적으로 단일의 강간치상죄만을 구성하며 별도로 유기죄는 성립하지 않는다(대판 1980.6.24, 80도 726).
- ② 생모가 사망의 위험이 예견되는 그 딸에 대하여는 수혈이 최선의 치료방법이라는 의사의 권유를 자신의 종교적 신념이나 후유증 발생의 염려만을 이유로 완강하게 거부하고 방해하였다면 이는 결과적으로 요부조자를 위협한 장소에 두고 떠난 경우나 다름이 없다고 할 것이므로 이는 유기치사죄에 해당한다(대판 1980.9.24, 79도1387).
- ③ 옳음
- ④ [1] 유기죄에 있어서는 행위자가 요부조자에 대한 보호책임의 발생원인이 된 사실이 존재한다는 것을 인식하고 이에 기한 부조의무를 해태한다는 의식이 있음을 요하는 것이다. [2] 피해자가 호텔 객실 7층에서 뛰어내린 여부를 피고인이 전혀 알지 못하였다면 피고인에게 유기죄의 범의를 인정할 수 없으므로, 피고인에게 무죄를 선고한 원심판결은 정당하다(대판 1988.8.9, 86도225). 유기죄의 고의가 없으므로 중유기죄가 성립하지 않는다.

문 13] 정답 ④

- ① 통화위조죄에 관한 규정은 공공의 거래상의 신용 및 안전을 보호함을 목적으로 하고 있고 사기죄는 개인의 재산법익에 대한 죄이어서 양죄는 그 보호법익을 달리하고 있으므로, 위조통화를 행사하여 재물을 불법영득한 때에는 위조통화행사죄와 사기죄가 성립하고 이들은 실체적 경합관계에 있다(대판 1979.7.10, 79도840).
- [동지판례]** 위조된 문서를 행사하여 재물을 편취한 경우에 위조문서행사죄와 사기죄는 실체적 경합관계에 있다(대판

- 1981.7.28, 81도529).
- ② 위조통화임을 알고 있는 자에게 그 위조통화를 교부한 경우에 피교부자가 이를 유통시키리라는 것을 예상 내지 인식하면서 교부하였다면, 그 교부행위 자체가 통화에 대한 공공의 신용 또는 거래의 안전을 해할 위험이 있으므로 위조통화행사가 성립한다(대판 2003.1.10, 2002도3340).
- ③ 스위스 화폐로서 1998년까지 통용되었으나 현재는 통용되지 않고 다만 스위스 은행에서 신권과의 교환이 가능한 진폐(眞幣)는 형법 제207조 제2항 소정의 내국에서 '유통하는' 외국 화폐에 해당하지 아니한다(대판 2003.1.10, 2002도 3340).
- ④ 형법 제207조 제3항은 "행사할 목적으로 외국에서 통용하는 외국 화폐, 지폐 또는 은행권을 위조 또는 변조한 자는 10년 이하의 징역에 처한다."고 규정하고 있는바, 여기에서 외국에서 통용한다고 함은 그 외국에서 강제통용력을 가지는 것을 의미하는 것이므로 외국에서 통용하지 아니하는 즉, 강제통용력을 가지지 아니하는 지폐는 그것이 비록 일반인의 관점에서 통용할 것이라고 오인할 가능성이 있다고 하더라도 위 형법 제207조 제3항에서 정한 외국에서 통용하는 외국 화폐에 해당한다고 할 수 없고, 만일 그와 달리 위 형법 제207조 제3항의 외국에서 통용하는 지폐에 일반인의 관점에서 통용할 것이라고 오인할 가능성이 있는 지폐까지 포함시키면 이는 위 처벌조항을 문언상의 가능한 의미의 범위를 넘어서까지 유추해석 내지 확장해석하여 적용하는 것이 되어 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로 허용되지 않는다(대판 2004.5.14, 2003도3487).

문 14] 정답 ②

형법상 미수범을 처벌하지 않는 것은 ㉠ 현주건조물 등 방화치사상죄, ㉡ 타인소유 일반물건방화죄, ㉢ 자기소유 일반물건방화죄, ㉣ 진화방해죄 등 4개이다.

문 15] 정답 ④

- ① 부동산등기부상 소유자로 등기된 적이 있는 자가 자기 이후에 소유권이전등기를 경료한 등기명의인들을 상대로 허위의 사실을 주장하면서 그들 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우 그 소송에서 승소한다면 등기명의인들의 등기가 말소됨으로써 그 소송을 제기한 자의 등기명의가 회복되는 것이므로 이는 법원을 기망하여 재물이나 재산상 이익을 편취한 것이라고 할 것이고 따라서 등기명의인들 전부 또는 일부를 상대로 하는 그와 같은 말소등기청구 소송의 제기는 사기의 실행에 착수한 것이라고 보아야 한다(대판 2003.7.22, 2003도1951).
- ② 보험가입사실증명원은 교통사고를 일으킨 차가 교통사고처리특례법 제4조에서 정한 취지의 보험에 가입하였음을 보험회사가 증명하는 내용의 문서일 뿐이고 거기에 재물이나 재산상의 이익의 처분에 관한 사항을 포함하고 있는 것은 아니

므로, 이러한 문서의 불법취득에 의해 침해된 또는 침해될 우려가 있는 법익은 보험가입사실증명원인 서면 그 자체가 아니고 그 문서가 교통사고처리특례법 제4조에 정한 보험에 가입한 사실의 진위에 관한 내용이라고 할 것이고, 따라서 이러한 증명에 의하여 사기죄에서 말하는 재물이나 재산상의 이익이 침해된 것으로 볼 것은 아니어서 보험가입사실증명원은 사기죄의 객체가 되지 아니한다(대판 1997.3.8, 96도2625).

- ③ 기망으로 인한 재물의 교부가 있으면, 그 자체로써 곧 사기죄는 성립하고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다고 하여도 사기죄의 성립에는 영향이 없다(대판 1999.7.9, 99도1040).
- ④ 채무자가 강제집행을 승낙한 취지의 기재가 있는 약속어음 공정증서에 있어서 그 약속어음의 원인관계가 소멸하였음에도 불구하고 약속어음 공정증서 정본을 소지하고 있음을 기화로 이를 근거로 하여 강제집행을 하였다면 사기죄를 구성한다(대판 1999.12.10, 99도2213).

**문 16]** 정답 ④

- ① 대판 1977.6.28, 77도403.
- ② 연탄아궁이로부터 80센티미터 떨어진 곳에 쌓아둔 스펀지요, 솜 등이 연탄아궁이 쪽으로 넘어지면서 화재현장에 의한 화재가 발생한 경우라고 하더라도 그 스펀지요, 솜 등을 쌓아두는 방법이나 상태 등에 관하여 아주 작은 주의만 기울였다라면 스펀지요나 솜 등이 넘어지고 또 그로 인하여 화재가 발생할 것을 예견하여 회피할 수 있었음에도 불구하고 부주의로 이를 예견하지 못하고 스펀지와 솜 등을 쉽게 넘어질 수 있는 상태로 쌓아둔 채 방치하였기 때문에 화재가 발생한 것으로 판단되어야만, "중대한 과실"로 인하여 화재가 발생한 것으로 볼 수 있다(대판 1989.1.17, 88도643). ※ 피고인은 스펀지요, 솜 등을 쉽게 넘어지기는 어려운 상태로 쌓아 두었으므로 중대한 과실을 인정할 수 없다.
- ③ 피고인이 약 2.5평 넓이의 주방에 설치된 간이온돌용 새마을보일러에 연탄을 갈아넣음에 있어서 연탄의 연소로 보일러가 가열됨으로써 그 열이 전도, 복사되어 그 주변의 가열접촉물에 인화될 것을 쉽게 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 주의의무를 게을리하여 위 보일러로부터 5 내지 10cm쯤의 거리에 판시 가연물질을 그대로 두고 신문지를 구겨서 보일러의 공기조절구를 살짝 막아놓은 채 그 자리를 떠나버렸기 때문에 화재가 발생한 사실을 인정하기에 넉넉하므로, 피고인의 행위는 중실화죄에 해당한다(대판 1988.8.23, 88도855).
- ④ 장물죄는 단순과실범 처벌규정은 없고 업무상과실 내지 중과실장물죄만을 처벌하고 있다. 따라서 업무상과실장물죄는 가중적 구성요건이 아니다.

**문 17]** 정답 ①

- ① (O) 자동차 명의신탁관계에서 제3자가 명의수탁자로부터 승용차를 가져가 매도할 것을 허락받고 인감증명 등을 교부받

아 위 승용차를 명의신탁자 몰래 가져간 경우 위 제3자와 명의수탁자의 공모·가공에 의한 절도죄의 공모공동정범이 성립한다(대판 2007.1.11, 2006도4498).

- ㉠ (O) 피해자가 그 소유의 오토바이를 타고 심부름을 다녀오라고 하여서 그 오토바이를 타고 가다가 마음이 변하여 이를 반환하지 아니한 채 그대로 타고 가버렸다면 횡령죄를 구성함은 별론으로 하고 적어도 절도죄를 구성하지는 아니한다(대판 1986.8.19, 86도1093).
- ㉡ (X) 임차인이 임대계약 종료 후 식당건물에서 퇴거하면서 종전부터 사용하던 냉장고의 전원을 켜 둔 채 그대로 두었다가 약 1개월 후 철거해 가는 바람에 그 기간 동안 전기가 소비된 사안에서, 임차인이 퇴거 후에도 냉장고에 관한 점유·관리를 그대로 보유하고 있었다고 보아야 하므로, 냉장고를 통하여 전기를 계속 사용하였다고 하더라도 이는 당초부터 자기의 점유·관리하에 있던 전기를 사용할 것일 뿐 타인의 점유·관리하에 있던 전기가 아니어서 절도죄가 성립하지 않는다고 한 사례(대판 2008.7.10, 2008도3252).
- ㉢ (X) [1] 주거침입죄의 실행의 착수는 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위 즉, 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고, 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하다.  
[2] 야간에 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 의도하에 아파트의 베란다 철제난간까지 올라가 유리창문을 열려고 시도하였다면 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다고 한 사례(대판 2003.10.24, 2003도4417).
- ㉣ (X) 자동차 등 불법사용죄는 관리자의 동의없이 타인의 자동차, 선박, 항공기 또는 원동기장치자전거를 일시 사용함으로써 성립한다(제331조의2). ※ 자동차 등 불법사용죄의 객체에는 '열차'가 포함되지 않는다.

**문 18]** 정답 ①

- 도주원조죄, 간수자도주원조죄 ⇒ 예비음모 처벌 O
- 도주죄, 특수도주죄 ⇒ 예비음모 처벌 X
- 체포·감금죄, 무고죄 ⇒ 예비음모 처벌 X
- 간첩죄, 외국에 대한 사전죄, 폭발물사용죄 ⇒ 예비음모 처벌 O

**문 19]** 정답 ④

- ㉠ (X) [1] 피고인들에게는 트러스제작상 시공 및 감독의 과실이 인정되고, 감독공무원들의 감독상의 과실이 합쳐져서 이 사건 사고의 한 원인이 되었으며, 한편 피고인들은 이 사건 성수대교를 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다고 보아야 할 것이므로, 피고인들 사이에는 이 사건 업무상과실치사상등죄에 대하여 형법 제30조 소정의 공동정범의 관계가 성립된다고 보아야 할 것이다.  
[2] 성수대교 붕괴사고에서 교량 건설회사의 트러스 제작 책

임자, 교량공사 현장감독, 발주 관청의 공사감독 공무원 등에 게 업무상과실치사상, 업무상과실일반교통방해, 업무상과실 자동차추락죄 등의 유죄를 인정한 사례(대판 1997.11.28, 97도1740).

- ㉠ (×) 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대판 2003.3.28, 2002도7477).
- ㉡ (×) 다른 공범의 범행을 중지하게 하지 아니한 이상 자기만의 범의를 철회, 포기하여도 중지미수로는 인정될 수 없는 것이다(대판 2005.2.25, 2004도8259).
- ㉢ (×) 피고인들이 등산용 칼을 이용하여 노상강도를 하기로 공모한 사건에서 범행 당시 차안에서 망을 보고 있던 甲이나 등산용 칼을 휴대하고 있던 乙과 함께 차에서 내려 피해자로부터 금품을 강취하려 했던 丙으로서는 그때 우연히 현장을 목격하게 된 다른 피해자를 乙이 소지중인 등산용 칼로 살해하여 강도살인행위에 이를 것을 전혀 예상하지 못하였다고 할 수 없으므로 甲과 丙 모두는 강도치사죄로 의율처단함이 옳다(대판 1990.11.27, 90도2262). 乙은 살인의 고의로 戊를 살해하였으므로 강도살인죄가 성립한다.

**문 20]** 정답 ③

- ① 같은 기회에 하나의 행위로 여러 개의 영업비밀을 취득한 행위는 구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제18조 제2항 위반죄의 일죄로 평가되어야 한다(대판 2009.4.9, 2006도9022).
- ② 무면허운전으로 인한 도로교통법위반죄에 있어서는 어느 날에 운전을 시작하여 다음날까지 동일한 기회에 일련의 과정에서 계속 운전을 한 경우 등 특별한 경우를 제외하고는 사회통념상 운전한 날을 기준으로 운전한 날마다 1개의 운전행위가 있다고 보는 것이 상당하므로 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(대판 2002.7.23, 2001도6281).
- ③ 형법 제98조 제1항의 간첩죄를 범한 자가 그 탐지수집한 기밀을 누설한 경우나 구 국가보안법 제3조 제1호의 국가기밀을 탐지 수집한 자가 그 기밀을 누설한 경우에는 양죄를 포괄하여 1죄를 범한 것으로 보아야 하고, 간첩죄와 군사기밀누설죄 또는 국가기밀탐지수집죄와 국가기밀누설등 두가지 죄를 범한 것으로 인정할 수 없다(대판 1982.4.27, 82도285).
- ④ 대판 1998.4.14, 97도3340

**문 21]** 정답 ③

- ㉠ (○) 대판 1956.12.7, 4289형상272.
- ㉡ (○) 선박건조자재운반용으로 도크에 고정되어 82m 높이에 설치되어 있으며 약 10평 정도되는 방실 등이 있고 평소 그 운전을 위해 1~2명의 직원이 근무하며 인가자 이외의 출입이 금지되는 "콜리앗크레인"에 출입통제를 위해 출입문이 잠긴 채 간수인이 없었다 하여도 피고인 등 70명 정도의 근로자가 함께 위 "콜리앗크레인"에 들어가서 농성을 하였다면, 피고인 등이 다중의 위력을 보여 간수하는 건조물에 침입한 것이다(대판 1991.6.11, 91도753).
- ㉢ (○) 야간에 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 의도로 아파트의 베란다 철제난간까지 올라가 유리창문을 열려고 시도하였다면 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다(대판 2003.10.24, 2003도4417)
- ㉣ (×) 차량 통행이 빈번한 도로에 바로 접하여 있고, 도로에서 주거용 건물, 축사 4동 및 비닐하우스 2동으로 이루어진 시설로 들어가는 입구 등에 그 출입을 통제하는 문이나 담 기타 인적·물적 설비가 전혀 없고 노폭 5m 정도의 통로를 통하여 누구나 축사 앞 공터에 이르기까지 자유롭게 드나들 수 있는 사실 등을 이유로, 차를 몰고 위 통로로 진입하여 축사 앞 공터까지 들어간 행위가 주거침입에 해당한다고 본 원심판단에 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례(대판 2010.4.29, 2009도14643)
- ㉤ (×) 주거침입죄는 미수범 처벌규정이 있다(제322조 참고).

**문 22]** 정답 ①

- ㉠ (×) 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(대판 2004.5.27, 2003도6988).
- ㉡ (×) 횡령범인이 위탁자가 소유자를 위해 보관하고 있는 물건을 위탁자로부터 보관받아 이를 횡령한 경우에 형법 제361조에 의하여 준용되는 제328조 제2항의 친족간의 범행에 관한 조문은 범인과 피해물건의 소유자 및 위탁자 쌍방 사이에 같은 조문에 정한 친족관계가 있는 경우에만 적용되고, 단지 횡령범인과 피해물건의 소유자간에만 친족관계가 있거나 횡령범인과 피해물건의 위탁자간에만 친족관계가 있는 경우에는 적용되지 않는다(대판 2008.7.24, 2008도3438).
- ㉢ (×) 익명조합원이 영업을 위하여 출자한 금전 기타의 재산은 상대방인 영업자의 재산으로 되는 것이므로 영업자가 그 영업을 이익금을 함부로 자기용도에 소비하였다 하여도 횡령죄가 되지 아니한다(대판 1971.12.28, 71도2032).
- ㉣ (×) 부동산의 소유명의 및 관리를 위탁받은 자가 자기명의로 소유권이전등기를 생략한 채 그 자에게 소유권이전등기를

하여 주고 사망하였다면 비록 子가 그러한 사정을 알고 있었다고 하더라도 그로써 곧 그 子가 위탁자에 대한 관계에 있어 등기명의 및 관리의 수탁자로서의 지위를 취득하거나 승계하게 된다고는 할 수 없어 위탁자에게 그 부동산의 반환을 거부한다 하더라도 횡령죄를 구성하지는 않는다(대판 1987.2.10, 86도2349).

㉞ (×) 담보목적으로 피고인 명의로 가등기가 경료된 피해자 소유의 부동산에 대하여 피해자의 아들로부터 채무가 변제 공탁된 사실을 통고받고서도 피고인 앞으로 본등기를 경료함과 동시에 제3자 앞으로 가등기를 경료하여 준 경우에는 배임죄가 성립된다(대판 1990.8.10, 90도414).

문 23] 정답 ④

㉠ (○) 증인으로 선서한 이상 진실대로 진술한다고 하면 자신의 범죄를 시인하는 진술을 하는 것이 되고 증인을 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 전원합의체).

㉡ (○) 처자가 생활고로 행방불명이 된 사정이 있다고 하더라도 그 사정만으로서 군에 귀대할 수 있는 기대가능성이 없어 군무이탈의 범의나 책임이 없다고 할 수 없다(대판 1969.12.23, 69도2084).

㉢ (○) 탄약창고의 보조근무를 하던 피고인이 그 창고내에서 포탄피를 절취하는 현장을 목격하고도 그것을 제지하지 않았으며 상관에게 보고하지도 않고 묵인한 행위는 그 절취자들이 비록 피고인을 명령 지휘할 수 있는 상급자들이었다 할지라도 기대가능성이 없는 불가피한 행위이었다고 할 수 없다(대판 1966.7.26, 66도914).

㉣ (○) 불법 건축물이라는 이유로 일반음식점 영업신고의 접수가 거부되었고, 이전에 무신고 영업행위로 형사처벌까지 받았음에도 계속하여 일반음식점 영업행위를 한 피고인의 행위는, 식품위생법상 무신고 영업행위로서 정당행위 또는 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우에 해당하지 아니한다고 한 사례(대판 2009.4.23, 2008도6829).

문 24] 정답 ①

㉠ (×) 배임죄에 있어서 타인의 사무라 함은 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있을 것을 그 본질적 내용으로 하는 것으로 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하는 경우, 예컨대 위임, 고용 등의 계약상 타인의 재산의 관리 보전의 임무를 부담하는데 본인을 위하여 일정한 권한을 행사하는 경우, 등기협력의무와 같이 매매, 담보권설정등 자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대방

의 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우 따위를 말한다(대판 1983.2.8, 81도3137).

㉡ (×) 종업원지주제도는 회사의 종업원에 대한 편의제공을 당연한 전제로 하여 성립하는 것인 만큼, 종업원지주제도 하에서 회사의 경영자가 종업원의 자사주 매입을 돕기 위하여 회사자금을 지원하는 것 자체를 들어 회사에 대한 임무위배행위라고 할 수는 없을 것이나, 경영자의 자금지원의 주된 목적이 종업원의 재산형성을 통한 복리증진보다는 안정주주를 확보함으로써 경영자의 회사에 대한 경영권을 계속 유지하고자 하는 데 있다면, 그 자금지원은 경영자의 이익을 위하여 회사 재산을 사용하는 것이 되어 회사의 이익에 반하므로 회사에 대한 관계에서 임무위배행위가 된다(대판 1999.6.25, 99도1141).

㉢ (×) 피해자 회사의 사업부 영업팀장인 피고인이 체인점들에 대한 전매입고 금액을 삭계하여 전산상 회사의 체인점들에 대한 외상대금채권이 줄어든 것으로 처리하는 전산조작행위를 한 사안에서, 전산상 외상대금채권이 자동 차감된다는 사실만으로 회사의 외상매출금채권이 감소할 우려가 생겼다고 판단하여 업무상 배임의 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결을 파기한 사례(대판 2006.7.27, 2006도3145).

㉣ (×) 계가 정상적으로 운영되고 있음에도 불구하고 계주가 그동안 성실하게 계불입금을 지급하여 온 계원에게 계가 깨졌다는 등의 거짓말을 하여 그 계원이 계에 참석하여 낙찰받아 계금을 탈 수 있는 기회를 박탈하여 손해를 가하였다면 계주의 위와 같은 임무위배는 그 계원에 대한 관계에 있어서 배임죄를 구성한다고 한 사례(대판 1995.9.29, 95도1176).

문 25] 정답 ④

① 강제집행면탈죄가 성립되려면 행위자의 주관적인 강제집행을 면탈하려는 의도가 객관적으로 강제집행을 당할 급박한 상태하에서 나타나야 한다(대판 1979.9.11, 79도436). 따라서 이러한 상태가 존재하지 않는 경우에는 비록 강제집행을 면탈 목적으로 허위양도 등을 하더라도 본죄가 성립하지 않는다.

② 대판 2003.10.9, 2003도3387

③ 채무자가 가압류채권자의 지위에 있으면서 가압류집행해제를 신청함으로써 그 지위를 상실하는 행위는 형법 제327조에서 정한 ‘은닉, 손괴, 허위양도 또는 허위채무부담’ 등 강제집행면탈행위의 어느 유형에도 포함되지 않는 것이므로, 이러한 행위를 처벌대상으로 삼을 수 없다(대판 2008.9.11, 2006도8721).

④ 강제집행면탈죄에 있어서 재산에는 동산·부동산뿐만 아니라 재산적 가치가 있어 민사소송법에 의한 강제집행 또는 보전처분이 가능한 특허 내지 실용신안 등을 받을 수 있는 권리도 포함된다(대판 2001.11.27, 2001도4759).

문 26] 정답 ③

- ① 범죄 후 법률의 개정에 의하여 법정형이 가벼워진 경우에는 형법 제1조 제2항에 의하여 당해 범죄사실에 적용될 가벼운 법정형(신법의 법정형)이 공소시효기간의 기준이 된다(대판 2008.12.11, 2008도4376 ; 동지대판 1987.12.12, 87도84).
- ② 형법 제1조 제3항
- ③ 형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 관례가 아니고 형법 조항에 관한 관례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼 수는 없으므로, 행위 당시의 관례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 관례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 헌법상 평등의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다(대판 1999.9.15, 95도2870 전원합의체).
- ④ 옳음

문 27] 정답 ①

- ㉠ (X) 협박죄가 성립하려면 고지된 해악의 내용이 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 하지만 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.(대판 2007.9.28, 2007도606 전원합의체).
- ㉡ (O) 상해의 개념에 대한 '신체의 완전성침해설'의 태도로 타당한 설명이다.
- ㉢ (X) 협박죄에서 협박이란 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하며, 그 고지되는 해악의 내용, 즉 침해하겠다는 범의의 종류나 범의의 향유 주체 등에는 아무런 제한이 없다. 따라서 피해자 본인이나 그 친족뿐만 아니라 그 밖의 '제3자'에 대한 범의 침해 내용을 내용으로 하는 해악을 고지하는 것이라고 하더라도 피해자 본인과 제3자가 밀접한 관계에 있어 그 해악의 내용이 피해자 본인에게 공포심을 일으킬 만한 정도의 것이라면 협박죄가 성립할 수 있다. 이 때 '제3자'에는 자연인뿐만 아니라 법인도 포함된다 할 것인데, 피해자 본인에게 법인에 대한 범의를 침해하겠다는 내용의 해악을 고지한 것이 피해자 본인에 대하여 공포심을 일으킬 만한 정도가 되는지 여부는 고지된 해악의 구체적 내용 및 그 표현방법, 피해자와 법인의 관계, 법인 내에서의 피해자의 지위와 역할, 해악의 고지에 이르게 된 경위, 당시 법인의 활동 및 경제적 상황 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대판 2010.7.15, 2010도1017).
- ㉣ (X) 협박죄에 있어서의 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고지는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하

는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니하다(대판 1991.5.10, 90도2102). 따라서 고지된 해악을 실현할 진정한 의사가 없다 하더라도 그런 의사가 있는 것처럼 가장하여 협박함으로써 상대방에게 공포심을 일으킬 만한 해악을 고지한 이상 협박죄가 성립할 수 있다.

문 28] 정답 ③

- ㉠ (O) 민주사회에서 공무원의 직무수행에 대한 시민들의 건전한 비판과 감시는 가능한 한 널리 허용되어야 한다는 점에서 볼 때, 공무원의 직무 수행에 대한 비판이나 시정 등을 요구하는 집회·시위 과정에서 일시적으로 상당한 소음이 발생하였다는 사정만으로는 이를 공무집행방해죄에서의 음향으로 인한 폭행이 있었다고 할 수는 없다. 그러나 의사전달수단으로서 합리적 범위를 넘어서 상대방에게 고통을 줄 의도로 음향을 이용하였다면 이를 폭행으로 인정할 수 있을 것인바, 구체적인 상황에서 공무집행방해죄에서의 음향으로 인한 폭행에 해당하는지 여부는 음향의 크기나 음의 높이, 음향의 지속 시간, 종류, 음향발생 행위자의 의도, 음향발생원과 직무를 집행 중인 공무원과의 거리, 음향발생 당시의 주변 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대판 2009.10.29, 2007도3584).
- ㉡ (X) 직무를 집행하는 공무원에 대하여 위험한 물건을 휴대하여 고의로 상해를 가한 경우에는 특수공무집행방해치상죄만 성립할 뿐, 이와는 별도로 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흉기 등 상해)죄를 구성하지 않는다(대판 2008.11.27, 2008도7311).
- ㉢ (X) 공무집행방해죄에 있어서의 범의는 상대방이 직무를 집행하는 공무원이라는 사실, 그리고 이에 대하여 폭행 또는 협박을 한다는 사실을 인식하는 것을 그 내용으로 하고 그 인식은 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의가 있다고 보아야 하며, 그 직무집행을 방해할 의사를 필요로 하지 아니한다(대판 1995.1.24, 94도1949)
- ㉣ (X) 공무집행방해죄는 공무원의 적법한 공무집행이 전제가 되고 그 공무집행이 적법하기 위하여는 그 행위가 당해 공무원의 추상적인 직무권한에 속할 뿐 아니라 구체적으로도 그 권한 내에 있어야 하며 또한 직무행위로서의 중요한 방식을 갖추어야 한다(대판 1991.5.10, 91도453).

문 29] 정답 ③

- ① 강간을 당한 피해자가 집에 돌아가 음독자살하기에 이르른 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(대판 1982.11.23, 82도1446).
- ② 피고인과 피해자가 그 차에 마주앉아 가다가 피고인이 장난삼아 피해자의 유방을 만지고 피해자가 이를 뿌리치자 받을

앞으로 뺨어 치마를 위로 걷어올리고 구두발로 그녀의 허벅지를 문지르는 등 그녀를 강제로 추행하자 그녀가 욕설을 하면서 갑자기 차의 문을 열고 뛰어 내림으로써 부상을 입고 사망한 경우, 이와 같은 상황에서는 피고인이 그때 피해자가 피고인의 추행행위를 피하기 위하여 달리는 차에서 뛰어내려 사망에 이르게 될 것이라고 예견할 수 없다(대판 1988.4.12, 88도178).

- ③ 피고인이 택시를 타고 가다가 요금지급을 면할 목적으로 소지한 과도로 운전수를 협박하자 이에 놀란 운전수가 택시를 급우회전하면서 그 충격으로 피고인이 겨누고 있던 과도에 어깨부분이 찢려 상처를 입었다면, 피고인의 위 행위를 강도치상죄에 의율함은 정당하다(대판 1985.1.15, 84도2397).
- ④ 甲이 평소 양심을 품고 있던 파출소에 야간에 방화를 하였는데, 그때 당시 파출소에서 숙직하고 있던 수사계장 乙이 유치장 쪽 벽에 붙어 연소하고 있는 인쇄물을 철거하고 불붙은 의자를 밖으로 들어내는 등 적극적으로 진화작업에 열중한 나머지 안면부 경부 및 손등에 전치 5주간의 치료를 요하는 제2도 화상을 입은 경우, 甲에게 乙의 화상에 대한 예견가능성을 인정할 수 없어 현주건조물방화치상죄로 처벌할 수 없다(대판 1966.6.28, 66도1).

문 30] 정답 ④

- ① 컴퓨터 스캔 작업을 통하여 만들어낸 공인증거사 자격증의 이미지 파일은 형법상 문서에 관한 죄에 있어서의 '문서'로 보기 어렵다(대판 2008.4.10, 2008도1013).
- ② 문서위조죄는 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 그 보호법익으로 하는 것이므로 행사할 목적으로 작성된 문서가 일반인으로 하여금 당해 명의인의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿게 할 수 있는 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 문서위조죄가 성립하는 것이고, 위와 같은 요건을 구비한 이상 그 명의인이 실재하지 않는 허무인이거나 또는 문서의 작성일자 전에 이미 사망하였다고 하더라도 그러한 문서 역시 공공의 신용을 해할 위험성이 있으므로 문서위조죄가 성립한다고 봄이 상당하며, 이는 공문서뿐만 아니라 사문서의 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다(대판 2005.2.24, 2002도18, 전원합의체). ※ 명의인이 실재하지 않는 허무인이거나 또는 사자명의 문서라 하더라도 문서위조죄가 성립한다.
- ③ 장기간의 분쟁을 종결짓기 위하여 작성된 최초 합의서 및 서명날인부의 각 원본과 사본은 모두 형법상 문서에 관한 죄에서의 문서에 해당한다(대판 2006.1.26, 2004도788)
- ④ 허위공문서작성죄란 공문서에 진실에 반하는 기재를 하는 때에 성립하는 범죄이므로 고의로 법령을 잘못 적용하여 공문서를 작성하였다고 하더라도 그 법령적용의 전제가 된 사실관계에 대한 내용에 거짓이 없다면 허위공문서작성죄가 성립될 수 없는바, 당사자로부터 뇌물을 받고 고의로 적용하여서는 안될 조항을 적용하여 과세표준을 결정하고 그 과세표준에 기하여 세액을 산출하였다고 하더라도 그 세액계산서에 허위내용의 기재가 없다면 허위공문서작성죄에는 해당하지

않는다(대판 1996.5.14, 96도554).

문 31] 정답 ②

- ㉠ (○) 옳음
- ㉡ (×) 일수죄의 경우에 단순과실일수죄만 규정하고 있고 업무상과실 또는 중과실일수죄는 규정이 없으므로 업무상과실 또는 중과실일수도 단순과실일수죄로 처벌된다. 즉, 업무상과실일수나 중과실일수는 단순과실일수에 비하여 가중처벌되지 않는다.
- ㉢ (×) 방화예비·음모죄에는 자수에 대한 필요적 감면규정이 있으나(제175조 단서), 일수예비·음모죄에는 그런 규정이 없다.
- ㉣ (○) 현주건조물 내지 공용건조물에 대한 방화죄와 일수죄의 처벌규정이 존재한다.
- ㉤ (○) 옳음
- ㉥ (×) 현주건조물방화죄 또는 현주건조물일수죄의 객체는 자기소유이든 타인소유이든 불문한다.

문 32] 정답 ④

- ① 매도인이 선의인 계약명의신탁에서 수탁자가 수탁부동산을 임의로 처분한 경우 횡령죄는 물론 배임죄도 성립하지 않는다(대판 2000.3.24, 98도4347 ; 대판 2001.9.25, 2001도2722 참고).
- ② 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자 명의로 마친 경우에는, 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁 약정의 무효에도 불구하고 부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 단서에 의하여 그 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득한다. 이와 달리 소유자가 계약명의신탁 약정이 있다는 사실을 안 경우에는 수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고 당해 부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 된다. 어느 경우든지 명의신탁자는 그 매매계약에 의해서는 당해 부동산의 소유권을 취득하지 못하게 되어, 결국 그 부동산은 명의신탁자에 대한 강제집행이나 보전처분의 대상이 될 수 없다(대판 2009.5.14, 2007도2168).
- ③ 부동산을 소유자로부터 명의수탁받은 자가 이를 임의로 처분하였다면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립하며, 그 명의신탁이 부동산실권리자명의등기에관한법률 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물건변동이 무효로 된 후에 처분행위가 이루어졌다고 하여 달리 볼 것이 아니다(대판 2000.2.22, 99도5227).
- ④ 명의신탁 받아 보관 중이던 토지를 명의신탁자의 승낙 없이 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 준 경우 위 토지 전체에 대한 횡령죄가 성립하며, 그 후 다시 피해자의 승낙 없이 다른 사람에게 이를 매도하더라도 이는 소위 불가벌적 사후

행위에 해당하는 횡령물의 처분행위로서 별개의 횡령죄를 구성하지 아니한다(대판 1999.11.26, 99도2651).

수처벌규정이 없다.

문 33] 정답 ②

- ① 민사소송을 제기함에 있어 피고의 주소를 허위로 기재하여 법원공무원으로 하여금 변론기일소환장 등을 허위주소로 송달케 하였다는 사실만으로는 이로 인하여 법원공무원의 구체적이고 현실적인 어떤 직무집행이 방해되었다고 할 수는 없으므로 이로써 바로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 볼 수는 없다(대판 1996.10.11, 96도312).
- ② 대판 2008.6.26, 2008도1011  
**[동판판례]** 구 병역법상의 지정업체에서 산업기능요원으로 근무할 의사가 없음에도 허위내용으로 편입신청이나 과건근무신청을 하여 관할관청의 승인을 받은 경우에 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다(대판 2009.3.12, 2008도1321).
- ③ 건물점유자로서 명도집행을 저지할 수 있는 정당한 권능이 있는 자가 그 점유사실을 입증하기 위한 수단으로 임대차계약서 사본을 제시하면서 그 실효된 사실을 고지하지 아니하고 자신이 정당한 임차인인 것처럼 주장하였다고 하더라도 이로써 형법 제137조 소정의 위계에 해당한다고는 볼 수 없다(대판 1984.1.31, 83도2290)
- ④ 수용자가 교도관의 감시, 단속을 피하여 규율위반행위를 하는 것만으로는 단순히 금지규정에 위반되는 행위를 한 것 지나지 아니할 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고는 할 수 없다(대판 2003.11.13, 2001도7045).

문 34] 정답 ③

- ① 형법 제124조의 불법체포·감금죄를 진정신분범으로 보는 견해에 의하면, 본죄의 신분 없는 자가 가담한 경우 그 신분 없는 자에게는 형법 제33조 본문이 적용되므로, 신분의 연대적 작용에 의하여 신분 없는 자도 형법 제124조의 신분을 취득하게 된다. 따라서 신분 없는 자는 형법 제276조의 단순체포·감금죄가 아니라 형법 제124조의 불법체포·감금죄가 성립하게 된다.
- ② 집행관이 강제집행을 함에 있어서 채무자를 집행관실에 감금하고 거부불능케 한 후 몸을 수색하여 소지중인 수표를 빼앗은 행위는 불법감금죄에 해당한다(대판 1969.6.24, 68도1218)
- ③ 감금죄에 있어서의 감금행위는 사람으로 하여금 일정한 장소 밖으로 나가지 못하도록 하여 신체의 자유를 제한하는 행위를 가리키는 것이고 그 방법은 반드시 물리적·유형적 장애를 사용하는 경우뿐만 아니라 심리적·무형적 장애에 의하는 경우도 포함되는 것인바, 설사 피해자가 경찰서 안에서 직장 동료인 피의자들과 같이 식사도 하고 사무실 안팎을 내왕하였다 하여도 피해자를 경찰서 밖으로 나가지 못하도록 그 신체의 자유를 제한하는 유형·무형의 억압이 있었다면 이는 감금행위에 해당한다(대판 1991.12.30, 91도5).
- ④ 불법체포·감금죄는 미수규정이 있으나, 폭행·가혹행위죄는 미

문 35] 정답 ②

- ① 수사절차에서 작성되는 신원보증서는 체포된 피의자 석방의 필수적인 요건이거나 어떠한 법적효력이 있는 것은 아니고, 다만 피의사건이 비교적 경미한 경우 피의자와 일정한 관계에 있는 신원보증인이 수사기관에 대하여 피의자의 신분, 직업, 주거 등을 보증하고 향후 수사기관이나 법원의 출석요구에 사실상 협조하겠다는 의사를 표시하는 것으로서 피의자나 신원보증인에게 심리적인 부담을 줌으로써 수사기관이나 재판정에서의 출석 또는 형 집행 등 형사사법절차상의 편의를 도모하는 것에 불과하여 보증인에게 법적으로 진실한 서류를 작성·제출할 의무가 부과된 것은 아니므로, 신원보증서를 작성하여 수사기관에 제출하는 보증인이 피의자의 인적사항을 허위로 기재하였다고 하더라도 그로써 적극적으로 수사기관을 기망한 결과 피의자를 석방하게 하였다는 등 특별한 사정이 없는 한 그 행위만으로 범인도피죄가 성립되지 않는다(대판 2003.2.14, 2002도5374)
- ② 범인도피죄에서 규정하는 범인도피행위는 범인을 도주하게 하는 행위 또는 도주하는 것을 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 봄이 상당하고, 그 자체가 도피시키는 것을 직접의 목적으로 한 것이라고는 보기 어려운 행위로 말미암아 간접적으로 범인이 안심하여 도피할 수 있도록 하는 것과 같은 경우는 이에 포함되는 것이 아니라고 해석하여야 한다(대판 1995.3.3, 93도3080)
- ③ 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당한다(대판 2000.3.24, 2000도20).
- ④ 형법 제151조 제1항의 이른바 '죄를 범한 자'라 함은 범죄의 혐의를 받아 수사대상이 되어 있는 자를 포함하며, 나아가 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자라는 것을 인식하면서도 도피하게 한 경우에는 그 자가 당시에는 아직 수사대상이 되어있지 않았다고 하더라도 범인도피죄가 성립한다(대판 2003.12.12, 2003도4533).

문 36] 정답 ②

- ㉠ (O) 대판 2000.9.5, 2000도2671
- ㉡ (X) 선행차량에 이어 피고인 운전 차량이 피해자를 연속하여 역과하는 과정에서 피해자가 사망한 경우, 피고인이 피해자를 역과하기 전에는 피해자는 아직 생존해 있었고 피고인 운전차량의 역과에 의하여 비로소 사망하게 된 것으로 판단함이 상당하므로 피고인 운전 차량의 역과와 피해자의 사망 사이에는 인과관계가 인정된다(대판 2001.12.11, 2001도5005).
- ㉢ (X) 초지조성공사를 도급받은 수급인이 불경운작업(산불작업)을 하도급을 준 이후에 계속하여 그 작업을 감독하지 아니한 잘못이 있다 하더라도 이는 도급자에 대한 도급계약상의 책임이지 위 하수급인의 과실로 인하여 발생한 산림실화

에 상당인과관계가 있는 과실이라고는 할 수 없다(대판 1987.4.28, 87도297).

- ㉔ (○) 운전사가 차의 시동을 끄고 시동열쇠는 꽂아 둔 채로 하차한 동안에 조수가 이를 운전하다가 사고를 낸 경우에 시동열쇠를 그대로 꽂아 둔 행위와 상해의 결과발생 사이에는 특별한 사정이 없는 한 인과관계가 없다(대판 1971.9.28, 71도1082).

문 37] 정답 ①

- ㉑ (○) 정당방위의 상대방의 침해행위는 고의·과실행위, 작위·부작위를 불문한다. 따라서 부작위에 의한 침해행위에 대해서도 정당방위가 가능하다.
- ㉒ (×) 정당방위에 의하여 보호되는 범익은 법에 의해 보호되는 모든 개인적 범익으로서, 이때의 범익은 형법에 의하여 보호되는 것을 요하지 않는다. 따라서 가족관계·애정관계와 같이 형법상의 구성요건에 해당하지 않는 범익이어도 무방하다.
- ㉓ (○) 위난을 피하지 못할 책임 있는 자에 대한 긴급피난의 제한은 절대적인 것이 아니라 직무수행상 의무적으로 감수해야 할 범위 내에서 긴급피난을 인정하지 않는 것이다. 따라서 타인을 위한 긴급피난이나 감수할 범위를 넘는 자기의 위난에 대해서는 긴급피난이 허용된다.
- ㉔ (×) 긴급피난에 의하여 보호되는 범익은 자기 또는 타인(제3자)의 모든 개인적 범익이다. 따라서 자기 이외에 타인을 위한 긴급피난도 허용된다
- ㉕ (×) 긴급피난을 인정하기 위해서는 ‘현재의 위난’상황이 요구되는 바, 여기서 위난의 원인은 불문하고, 또는 위난이 위법하거나 부당할 것도 요하지 않는다. 따라서 긴급피난행위를 위법성조작사유로 보는 견해에 의하더라도 피난행위의 상대방은 피난행위에 대하여 다시 긴급피난을 할 수 있다.

문 38] 정답 ①

- ㉑ 누범가중의 대상이 되는 금고 이상의 형에 해당하는 범죄의 경우 ‘금고 이상의 형’은 유기금고형이나 유기징역형을 의미하고, 법정형이 아니라 선고형을 의미한다(대판 1982.7.27, 82도1018).
- ㉒ 아직 가석방기간 중일 때에는 형집행 종료라고 볼 수 없기 때문에 가석방기간 중에 재범에 대하여는 그 가석방된 전과 사실 때문에 누범가중처벌되지 아니한다(대판 1976.9.14, 76도2071).
- ㉓ 형의 선고를 받은 자가 특별사면을 받아 형의 집행을 면제받고 또 후에 복권이 되었다 하더라도 형의 선고의 효력이 상실되는 것은 아니므로, 실형을 선고받아 복역하다가 특별사면으로 출소한 후 3년 이내에 다시 범죄를 저지른 자에 대한 누범가중은 정당하다(대판 1986.11.11, 86도2004).
- ㉔ 일반사면에 의하여 형의 선고의 효력이 상실된 때에는 그 범죄는 누범의 전과가 될 수 없다(대판 1965.11.30, 65도910).

문 39] 정답 ②

- ㉑ (○) 대판 2000.1.21, 99도4940
- ㉒ (×) 공무원이 뇌물로 투기적 사업에 참여할 기회를 제공받은 경우 뇌물수수죄의 기수 시기는 투기적 사업에 참여하는 행위가 종료된 때로 보아야 하며, 그 행위가 종료된 후 경제사정의 변동 등으로 인하여 당초의 예상과는 달리 그 사업 참여로 인한 아무런 이득을 얻지 못한 경우라도 뇌물수수죄의 성립에는 아무런 영향이 없다(대판 2002.5.10, 2000도2251).
- ㉓ (○) 뇌물죄에서 말하는 '직무'에는 법령에 정하여진 직무뿐만 아니라 그와 관련 있는 직무, 과거에 담당하였거나 장래에 담당할 직무 외에 사무분장에 따라 현실적으로 담당하지 않는 직무라도 법령상 일반적인 직무권한에 속하는 직무 등 공무원이 그 직위에 따라 공무원로 담당할 일체의 직무로서 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 소관하는 직무행위도 포함한다(대판 2000.1.28, 99도4022).
- ㉔ (×) 뇌물수수죄는 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 때에 성립하는 것이어서 그 주체는 현재 공무원 또는 중재인의 직에 있는 자에 한정되므로, 공무원이 직무와 관련하여 뇌물수수를 약속하고 퇴직 후 이를 수수하는 경우에는 뇌물약속과 뇌물수수가 시간적으로 근접하여 연속되어 있다고 하더라도 뇌물약속죄 및 사후수취죄가 성립할 수 있음은 별론으로 하고 뇌물수수죄는 성립하지 않는다(대판 2010.10.14, 2010도387 ; 동지대판 2008.2.1, 2007도5190).

문 40] 정답 ③

- ㉑ 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 직권남용감금죄의 간접정범이 성립한다(대판 2006.5.25, 2003도3945).
- ㉒ 공무원 아닌 자가 허위공문서작성의 간접정범일 때에는 본법 제228조의 경우를 제외하고는 이를 처단하지 못하므로 면장의 거주확인증 발급을 위한 허위사실의 신고는 죄가 되지 않는다(대판 1971.1.26, 70도2598).
- ㉓ 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(대판 2007.9.6, 2006도3591).
- ㉔ 제조허가 없는 식용유를 무허가 식용류제조의 범의가 없는 자에게 의뢰하여 제조케 한 경우에는 무허가 식용류제조의 간접정범이 성립한다(대판 1983.5.24, 83도200).