

형 법

문 1. 몰수 또는 추징에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(판례에 의함)

- ① 추징은 몰수하기 불가능 한 때에 몰수에 갈음하여 그 가액의 납부를 명하는 사법처분으로 부가형의 성질을 가진다.
- ② 불법한 사행행위 영업에 사용된 게임기는 기관과 본체가 서로 물리적으로 결합되어야만 비로소 그 기능을 발휘할 수 있는 기계이므로 본체를 포함한 그 전부가 범죄행위에 제공된 물건으로서 몰수의 대상이 된다.
- ③ 피고인이 범죄행위로 취득한 주식이 판결 선고 전에 그 발행회사가 다른 회사에 합병되어 판결 선고시의 주가를 알 수 없을 뿐 아니라 무상증자를 받은 주식과 다시 매입한 주식까지 섞여서 처분되어 그 처분가액을 정확히 알 수 없는 경우 주식시장에서의 평균액을 기준으로 산정한 가액을 추징하여야 한다.
- ④ 범인이 피해자로부터 받은 금품을 소비하고 나서 피해자와 상호합의에 이르러 피해자가 고소를 취하하였다고 하더라도 범인으로부터 그 가액을 추징할 수 있다.

정답 ③

해설 ①(○). 타당하다.

②(○). 대판 2006.12.8, 2006도6400.

③(×). 피고인이 범죄행위로 취득한 주식이, 판결 선고 전에 그 발행회사가 다른 회사에 합병됨으로써 판결 선고시의 주가를 알 수 없을 뿐만 아니라, 무상증자 받은 주식과 다시 매입한 주식까지 섞여서 처분되어 그 처분가액을 정확히 알 수 없는 경우, 주식의 시가가 가장 낮을 때를 기준으로 산정한 가액을 추징하여야 한다(대판 2005.7.15, 2003도4293).

④(○). 대판 1983.4.12, 82도812.

문 2. 컴퓨터 등 사용사기죄에 대한 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 컴퓨터등 사용사기죄는 재물죄인 동시에 이득죄이다.
- ㉡ 대금결제 의사나 능력이 없음에도 불구하고 이를 가장하여 카드회사를 기망하여 신용카드를 발급받은 다음 그 신용카드를 이용하여 수회에 걸쳐 현금자동지급기에서 현금을 인출하거나 카드가맹점에서 물품을 구입한 경우 사기죄의 포괄일죄가 된다.
- ㉢ 컴퓨터를 이용하여 신용정보 조회 서비스사이트에 접속하여 신용정보를 조회한 후 타인의 인적사항을 도용하

여 타인명의로 발급받은 신용카드의 번호와 그 비밀번호를 인터넷 사이트에 입력하여 그 이용대금을 결제한 경우 컴퓨터 등 사용사기죄가 성립한다.

- ㉣ 예금주인 현금카드 소유자로부터 일정한 금액의 현금을 인출해 오라는 부탁을 받으면서 이와 함께 이득할 의사를 가지고 현금자동지급기에 초과된 금액이 인출되도록 입력하여 그 초과된 금액의 현금을 인출한 경우 컴퓨터 등 사용사기죄에 해당한다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개

정답 ②

해설 ㉠(×). 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 범죄로써, '순수한 이득죄'에 해당한다.

㉡(○). 대판 1996.4.9, 95도2466.

㉢(○). 대판 2003.1.10, 2002도2363.

㉣(○). 대판 2006.3.24, 2005도3516.

문 3. 다음 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 전답의 점유를 침탈당한 자가 그 전답의 점유를 실력으로 회수하려고 하자 피고인이 그에게 폭행을 가한 경우 피고인에게 강요죄가 성립하지 않는다.
- ② 인질강요죄에서 강요를 당하는 자는 인질 혹은 제3자이다.
- ③ 폭행 또는 협박으로 법률상 의무있는 일을 하게 한 경우에는 폭행 또는 협박죄만 성립할 뿐 강요죄는 성립하지 않는다.
- ④ 형법상 인질강요죄를 범한 자가 인질을 안전한 장소에 풀어 준 때에는 그 형을 감경할 수 있다.

정답 ②

해설 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 방해하였다고는 논할 수 없다(대판 1961.11.9, 4294형상357).

②(×). 인질강요죄에서 강요의 상대방은 인질을 제외한 '제3자'이어야 한다. 따라서 인질에 대한 강요는 인질강요죄를 구성하지 않는다(通說).

③(○). 대판 2008.5.15, 2008도1097.

④(○). 인질강요죄에는 해방감경규정(임의적 감경)이 적용되기 때문이다(제324조의6).

문 4. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 신용카드를 절취한 본범으로부터 보수를 줄 테니 대신 물건을 구입하여 달라는 부탁을 받고 신용카드가 절취된 것이라는 정을 알면서 그 부탁을 들어줄 생각으로 이를 건네 받았다면 甲에게 장물보관죄가 성립한다.
- ② 甲이 乙의 시계를 절취하였는데 이를 乙의 아들인 丙이 그 정을 알면서 매수하였다면 丙의 형은 면제된다.
- ③ 전당포 영업자 甲은 乙에게 금전을 대여하고 그 담보로 乙이 교부하는 보석들을 전당 잡았는데 실은 그 보석들은 乙이 丙으로부터 편취한 장물이었다. 그 후 甲이 丙으로부터 전당포에 자신들의 보석이 없느냐는 문의를 받자 위 보석들이 장물일지도 모른다고 의심하면서 乙로부터 소유권 포기각서를 받고 계속 보관하였다면 甲에게 장물보관죄가 성립한다.
- ④ 절취한 반지를 처분하고 받은 대금은 장물이 아니다.

정답 ③

해설 ①(○). [1] 장물취득죄에서 '취득'이라고 함은 점유를 이전함으로써 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] 공소제기된 장물취득의 점과 실제로 인정되는 장물보관의 범죄사실 사이에는 법적 평가에 차이가 있을 뿐 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에 있으므로 따로 공소사실의 변경이 없더라도 법원이 직권으로 장물보관의 범죄사실을 유죄로 인정하여야 한다(대판 2003.5.13, 2003도1366).

②(○). 일단 甲에게는 절도죄가 성립하므로, 甲이 절취한 시계는 절도죄에 의하여 영득된 장물에 해당한다. 한편 丙은 이러한 정을 알면서 甲으로부터 장물인 시계를 매수하였으므로 장물취득죄가 성립한다. 다만 장물범인 丙이 피해자는 乙의 아들이므로 장물범과 본범의 피해자간에 직계혈족에 해당하는 신분관계가 인정된다. 따라서 丙은 형이 면제된다.

③(×). 장물취득죄는 취득 당시 장물인 정을 알면서 재물을 취득하여야 성립하는 것이므로 피고인이 재물을 인도받은 후에 비로소 장물이 아닌가 하는 의구심을 가졌다고 하여 그 재물수수행위가 장물취득죄를 구성한다고 할 수 없고, 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 성립한다고 할 수 없다(대판 2006.10.13, 2004도6084. 공보불게재). ★ 피고인이 공소외인로부터 소유권 포기각서를 받은 행위는 피고인이 공소외인과 사이에 금

전관계를 정산하고 전당물에 대한 소유권을 완전히 취득하기 위한 것이라기보다는 담보를 확실하게 하기 위한 것으로 보이므로, 이러한 행위를 별개의 취득행위라고 볼 여지도 없으며, 한편 이 사건과 같이 전당포영업자인 피고인이 대여금채권의 담보로 보석들을 전당잡은 경우에는 이를 점유할 권한이 있는 때에 해당하여 장물보관죄가 성립할 여지 역시 없다.

④(○). 장물이란 재산죄로 인하여 얻어진 재물(관리할 수 있는 동력도 포함된다)을 말하는 것으로서 영득된 재물자체를 두고 말한다. 따라서 장물을 팔아서 얻은 돈에는 이미 장물성을 찾아 볼 수 없다 하겠다(대판 1972.6.13, 72도971).

문 5. 다음 중 정당행위로서 위법성이 조각되는 것은? (판례에 의함)

- ① 주위토지통행권을 방해하는 옹벽부분에 관한 철거를 명하는 판결과 그 강제집행을 따르지 않고 임의로 옹벽을 철거한 경우
- ② 회사의 직원이 회사의 이익을 빼돌린다는 소문을 확인할 목적으로 비밀번호를 설정하여 피해자가 사용하던 개인용 컴퓨터의 하드디스크를 떼어내어 다른 컴퓨터에 연결한 다음 의심이 드는 단어로 파일을 검색하여 메신저 대화내용, 이메일 등을 출력하여 그 내용을 알아낸 경우
- ③ 술에 취한 피해자가 피고인을 때렸다가 피고인의 반항하는 기세에 겁을 먹고 주춤주춤 피하는 것을 피고인이 밀어서 넘어뜨린 경우
- ④ 사단법인 진주민속예술보존회의 이사장이 이사회 또는 임시총회의 의장으로서 의안에 관하여 발언하다가 타인의 명예를 훼손하는 내용의 말을 한 경우

정답 ②

해설 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 않는다고 본 사례(대판 2008.3.27, 2007도7933. 공보불게재).

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 메신저 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 소유

의 컴퓨터를 무단 사용하지 않고 업무 관련 결과물을 모두 회사에 귀속시키겠다고 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 위한 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(×). 공소의 사단법인 의 이사장이 이사회 또는 임시총회의 의장으로서 의안에 관하여 발언하다가 타인의 명예를 훼손하는 내용의 말을 하였다면 사회상규에 반하지 아니한다고 할 수 없으므로 위법성이 조각되지 아니한다(대판 1990.12.26, 90도2473).

문 6. 공갈죄에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(판례에 의함)

- ① 乙의 기망에 의하여 부동산을 비싸게 매수한 甲이 그 계약을 취소함이 없이 등기를 자신의 앞으로 둔 채 乙의 전매 차익을 받아낼 생각으로 乙을 협박하여 재산상의 이득을 얻거나 돈을 받은 행위는 공갈죄를 구성한다.
- ② 甲은 자기 채권을 변제받기 위해 乙의 떡살을 잡고 채무변제를 요구하여 “만일 돈을 갖지 않을 때에는 집에 불을 질러 모두 태워버리겠다”고 협박하였다. 이에 乙이 채무를 변제하였다면 甲에게 공갈죄가 성립한다.
- ③ 甲이 조상천도제를 지내지 아니하면 가정에 액운이 온다고 하여 천도제 비용 명목으로 100만원을 받았다고 하더라도 甲에게 공갈죄는 성립하지 않는다.
- ④ 공갈죄의 수단으로서의 협박은 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말하는 것이며, 그 해악에는 천재지변 또는 신력이나 길흉화복에 관한 것은 포함될 여지가 없다.

정답 ④

해설 ①(○). 피해자의 기망에 의하여 부동산을 비싸게 매수한 피고인이라도 그 계약을 취소함이 없이 등기를 피고인 앞으로 둔 채 피해자의 전매차익을 받아낼 셈으로 피해자를 협박하여 재산상의 이득을 얻거나 돈을 받았다면 이는 정

당한 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 넘는 협박을 수단으로 상대방을 외포케 하여 재물의 교부 또는 재산상의 이익을 받았다면 공갈죄가 되는 것이다(대판 2000.2.25, 99도4305 등).
- ③(○), ④(×). [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 신력이나 길흉화복에 관한 것도 포함될 수 있으나, (따라서 ④는 틀림) 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(따라서 ③은 옳음)고 한 사례(대판 2002.2.8, 2000도3245).

문 7. 예비죄에 대한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(X)을 올바르게 조합한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 음모란 2인 이상의 자 사이에 성립한 범죄실행의 합의를 말하는 것으로 범죄실행의 합의가 있다고 하기 위하여 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것으로 족하다.
- ㉡ 예비를 처벌한다는 규정만 두고 형벌은 규정하지 않은 경우 미수범에 준하여 처벌해야 한다.
- ㉢ 존속살해죄, 촉탁·승낙살인죄에 예비·음모는 처벌하지만 영아살해죄의 예비·음모는 처벌하지 않는다.
- ㉣ 권총을 교부하면서 사람을 살해하라고 하였더라도 피교사자가 범죄실행을 결의하지 않았다면 살인예비죄를 구성하지 않는다.
- ㉤ 예비죄는 기본범죄의 수정형태이고 예비죄의 실행행위도 인정할 수 있으므로 예비죄의 공동정범 뿐 아니라 중범도 성립할 수 있다.

- ① ㉠(X), ㉡(○), ㉢(X), ㉣(X), ㉤(X)
- ② ㉠(○), ㉡(○), ㉢(X), ㉣(X), ㉤(X)
- ③ ㉠(X), ㉡(X), ㉢(○), ㉣(X), ㉤(○)

- ④ ㉠(X), ㉡(X), ㉢(X), ㉣(X), ㉤(X)

정답 ④

- 해설** ㉠(X). 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 특정한 범죄의 실행을 위한 준비행위라는 것이 명백히 인식되고, 그 합의에 실질적인 위험성이 인정될 때에 비로소 음모죄가 성립한다(대판 1999.11.12, 99도 3801).
- ㉡(X). 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). ★ 그 예비, 음모의 형에 관하여 특별한 규정이 없는 이상 이를 본범이나 미수범에 준하여 처벌한다고 해석함은 피고인의 불이익으로 돌아가는 것이므로 이는 죄형법정주의의 원칙상 허용할 수 없다 할 것이다.
- ㉢(X). 살인의 죄에서 예비·음모를 처벌하는 것은 보통살인죄, 존속살해죄, 위계·위력에 의한 살인죄의 경우뿐이다. 따라서 축타·승낙살인죄의 경우 예비·음모를 처벌하지 않는다.
- ㉣(X). 권총 등을 교부하면서 사람을 살해하라고 한 자는 피교사자의 범죄실행결의의 유무와 관계없이 그 행위 자체가 독립하여 살인예비죄를 구성한다(대판 1950.4.18, 4283형상10).
- ㉤(X). 형법 32조 1항 소정 타인의 범죄란 정범이 범죄의 실현에 착수한 경우를 말하는 것이므로 중범이 처벌되기 위하여는 정범의 실행의 착수가 있는 경우에만 가능하고 형법 전체의 정신에 비추어 정범이 실행의 착수에 이르지 아니한 예비의 단계에 그친 경우에는 이에 가공하는 행위가 예비의 공동정범이 되는 경우를 제외하고는 중범의 성립을 부정하고 있다고 보는 것이 타당하다(대판 1976.5.25, 75도1549).

문 8. 권리행사방해죄에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 권리행사방해죄의 구성요건 중 타인의 ‘권리’란 반드시 제한물권만을 의미하는 것이 아니라 물건에 대하여 점유를 수반하지 아니하는 채권도 이에 포함한다.
- ② 타인의 권리행사가 현실적으로 방해되지 않았을지라도 방해될 우려가 있다면 본죄가 성립한다.
- ③ 권리행사방해죄에 있어서의 타인의 점유에는 절도범인의 점유도 포함된다.
- ④ 권리행사방해죄에는 친족상도례가 적용된다.

정답 ③

- 해설** ①(O). 대판 1991.4.26, 90도1958.
 ②(O). 권리행사방해죄는 추상적 위험범이기 때문이다.
 ③(X). 권리행사방해죄에서의 보호대상인 타인의 점유는 반드시 점유할 권원에 기한 점유만을 의미하는 것은 아니고, 일단 적법한 권원에 기하여 점유를 개시하였으나 사후에 점유 권원을 상실한 경우의 점유, 점유 권원의 존부가 외관상 명백하지 아니하여 법정절차를 통하여 권원의 존부가 밝혀질 때까지의 점유, 권원에 기하여 점유를 개시한 것은 아니나 동시이행항변권 등으로 대항할 수 있는 점유 등과 같이 법정절차를 통한 분쟁 해결시까지 잠정적으로 보호할 가치 있는 점유는 모두 포함된다고 볼 것이고, 다만 절도범인의 점유와 같이 점유할 권리 없는 자의 점유임이 외관상 명백한 경우는 포함되지 아니한다(대판 2006.3.23, 2005도4455).
 ④(O). 제328조 제1항, 제2항 참조.

문 9. 책임능력에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 정신병질이 아니기 때문에 그 정도를 불문하고 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 않는다.
- ② “술에 취해서 칼을 던진 기억이 없다”는 피고인의 주장은 심신장애로 인한 형의 감면을 주장하는 취지가 아니라 단순히 범행을 부인하는 취지에 지나지 않는다.
- ③ 원인에 있어서 자유로운 행위에서 원인행위와 실행행위의 불가분적인 관련성에서 책임의 근거를 인정하는 견해는 행위와 책임의 동시존재의 원칙의 예외를 인정한다.
- ④ 행위자가 범죄 행위 당시 심신미약 상태에 있었다는 이유만으로 그 범죄 행위가 상습성이 발현된 것이 아니라고 단정할 수는 없는 것이다.

정답 ①

- 해설** ①(X). 자신의 충동을 억제하지 못하여 범죄를 저지르게 되는 현상은 정상인에게서도 얼마든지 찾아볼 수 있는 일로서, 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, 원칙적으로 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하지만, 그 이상으로 사물을 변별할 수 있는 능력에 장애를 가져오는 원래의 의미의 정신병이 도벽의 원인이라거나 혹은 도벽의 원인이 충동조절장애와 같은 성격적 결함이라 할지라도 그것이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수

있는 경우에는 그로 인한 절도 범행은 심신장애로 인한 범행으로 보아야 한다(대판 2002.5.24, 2002도1541).

- ②(○). 대판 1988.9.13, 88도1284.
- ③(○). 책임모델 내지 예외설의 태도로서 타당하다.
- ④(○). 행위자가 범죄행위 당시 심신미약 등 정신적 장애상태에 있었다고 하여 일률적으로 그 행위자의 상습성이 부정되는 것은 아니다. 심신미약 등의 사정은 상습성을 부정할 것인지 여부를 판단하는 데 자료가 되는 여러 가지 사정들 중의 하나일 뿐이다. 따라서 행위자가 범죄행위 당시 심신미약 등 정신적 장애상태에 있었다는 이유만으로 그 범죄행위가 상습성이 발현된 것이 아니라고 단정할 수 없고 다른 사정을 종합하여 상습성을 인정할 수 있어 심신미약의 점이 상습성을 부정하는 자료로 삼을 수 없는 경우가 있는가 하면, 경우에 따라서는 심신미약 등 정신적 장애상태에 있었다는 점이 다른 사정들과 함께 참작되어 그 행위자의 상습성을 부정하는 자료가 될 수도 있다(대판 2009.2.12, 2008도11550).

문 10. 부작위범에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부작위범에 대한 교사범은 보증인적 지위에 있는 자로 한정된다.
- ② 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았다더라면 당해법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다.
- ③ 형법상 진정부작위범의 미수도 인정될 수 있다.
- ④ 부진정부작위범에서 동가치성이란 부작위가 작위에 의한 범의침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만하다는 것을 의미한다.

정답 ①

- 해설** ①(×). 정범인 부작위범에게 보증인지위가 있는 한, 이에 대한 공범은 '보증인지위가 없어도' 교사·방조, 간접정범, 공동정범 모두 성립할 수 있다.
- ②(○). 대판 2000.1.28, 99도2884 등.
 - ③(○). 진정부작위범은 결과의 발생을 필요로 하지 않는 거동범이므로 미수를 인정할 수 없다는 것이 다수설이다. 그러나 현행 '형법상'으로는 진정부작위범인 퇴거불응죄 등에 미수규정이 존재하므로, '형법상' 진정부작위범의 미수도 인정될 수 있다.
 - ④(○). 타당하다.

문 11. 죄형법정주의에 대한 설명 중 판례의 입장과 다른 것은 모두 몇 개인가?

- ㉠ 삭제
- ㉡ 채무자가 채권자에게 채무담보로 제공한 물건을 채권자

가 제3자에게 보관시킨 경우 채무자가 제3자를 '기망' 하여 물건을 교부받아 간 경우를 형법 제323조 소정의 권리 행사방해죄의 '취거' 로 보는 것은 죄형법정주의에 위배되지 않는다.

- ㉢ 삭제
- ㉣ 부(父)가 혼인외의 출생자를 인지하는 것이 범행 후에 이루어진 경우 인지의 소급효에 따라 형성되는 친족관계를 기초로 하여 친족상도례규정을 적용하는 것은 소급효금지의 원칙에 위배된다.
- ㉤ 자신의 뇌물수수혐의에 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 죄형법정주의 원칙에 반하는 확장해석이라고 할 수 없다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개

정답 ③

해설 ㉠㉡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 당시에 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, 96도1731).
- ㉤(○). 자신의 뇌물수수 혐의에 대한 결백을 주장하기 위하여 제3자로부터 사건 관련자들이 주고받은 이메일 출력물을 교부받아 징계위원회에 제출한 사안에서, 이메일 출력물 그 자체는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에서 말하는 '정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는' 타인의 비밀에 해당하지 않지만, 이를 징계위원회에 제출하는 행위는 '정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 비밀'인 이메일의 내용을 '누설하는 행위'에 해당한다고 본 사례(대판 2008.4.24, 2006도8644).

문 12. 유기죄에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 乙에게 강간치상의 범행을 저지르고 그 범행으로 인하여 실신상태에 있는 乙을 구호하지 않고 방치하였다고 하더라도 유기죄가 성립하지 않는다.
- ② 특정 종교의 신도인 甲이 교리에 어긋난다는 이유로 최선의 치료방법인 수술을 요하는 수술을 거부하여 자신의 딸인 乙을 사망하게 한 경우에는 유기치사죄에 죄책을 진다.
- ③ 유기죄의 죄의 보호법익은 피유기자의 생명·신체의 안전이다.
- ④ 甲은 호텔 객실에서 애인인 乙女에게 성관계를 요구하였는데 乙女는 그 순간을 모면하기 위하여 甲이 모르는 사이에 7층 창문으로 뛰어내리다가 중상을 입었다. 그러나 이 사실을 모르는 甲이 빈사상태의 乙女를 방치하고 혼자서 호텔을 나온 경우 甲에게 유기죄가 성립한다.

정답 ④

- 해설** ①(○). 강간치상의 범행을 저지른 자가 그 범행으로 인하여 실신상태에 있는 피해자를 구호하지 아니하고 방치하였다고 하더라도 그 행위는 포괄적으로 단일의 강간치상죄만을 구성한다(대판 1980.6.24, 80도726).
- ②(○). 대판 1980.9.24, 79도1387.
- ③(○). 타당하다.
- ④(×). 이 사건 공소사실의 요지는 피고인이 성류파크호텔 7층 1713호실에서 피해자 에게 성관계를 요구하다가 같은 피해자가 그 순간을 모면하기 위하여 7층 창문으로 뛰어내린 것을 알았다면 즉시 적절한 구호조치를 하여 피해자를 보호해야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 그 사실을 숨기고 그대로 방치하여 유기함으로써 그녀의 생명에 대한 위험을 발생케 한 것이라고 함에 있는바, 우선 위 피해자가 위 1713호실에서 뛰어내린 여부를 피고인이 전혀 알지 못하였다면 피고인의 범의를 인정 할 수 없음은 더 말할 필요도 없을 것이다(대판 1988.8.9, 86도225).

문 13. 통화에 관한 죄에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (판례에 의함)

- ① 위조통화로 물건을 산 경우에 판례는 위조통화행사죄와 사기죄의 경합범으로 본다.
- ② 위조통화임을 알고 있는 자에게 그 위조통화를 교부한 경우에 피교부자가 이를 유통시키리라는 것을 예상 내지 인식하면서 교부하였다면 위조통화행사죄가 성립한다.
- ③ 스위스 화폐로서 1998년까지 통용되었으나 현재는 통

용되지 않고 다만 스위스 은행에서 신권과의 교환이 가능한 진폐(眞幣)는 형법 제207조 제2항에 규정된 ‘내국유통외국화폐’에 해당하지 않는다.

- ④ 외국에서 통용하지 아니하는 즉, 강제통용력을 가지지 아니하는 지폐라도 그것이 일반인의 관점에서 통용할 것이라고 오인할 가능성이 있는 외국의 지폐라면 형법 제07조 제3항에서 규정한 ‘외국에서 통용하는 외국의 지폐’에 해당한다.

정답 ④

- 해설** ①(○). 대판 1979.7.10, 79도840.
- ②(○). 대판 2003.1.10, 2002도3340.
- ③(○). 대판 2003.1.10, 2002도3340.
- ④(×). 형법 제207조 제3항은 "행사할 목적으로 외국에서 통용하는 외국의 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 외국의 지폐에 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. 다음 중 형법상 미수범을 처벌하지 않는 것은 모두 몇 개인가?

- ㉠ 현주건조물 등 방화죄 ㉡ 현주건조물 등 방화치사상죄
- ㉢ 공용건조물 등 방화죄 ㉣ 타인소유일반물건방화죄
- ㉤ 진화방해죄 ㉥ 폭발성물건파열죄
- ㉦ 가스·전기 등 방류죄 ㉧ 자기소유일반물건방화죄

- ① 3개 ② 4개 ③ 5개 ④ 6개

정답 ②

- 해설** ★ 현행 형법상 미수범을 처벌하지 않는 것은 ㉡ 현주건조물 등 방화치사상죄, ㉣ 타인소유 일반물건방화죄, ㉧ 자기소유 일반물건방화죄, ㉥ 진화방해죄 등 4개이다.

문 15. 사기죄에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (판례에

의함)

- ① 부동산등기부상 소유자로 등기된 적이 있는 자가 자기 이후에 소유권이전등기를 경료한 등기명의인들을 상대로 허위의 사실을 주장하면서 그들 명의의 소유권이전 등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우 사기죄의 실행의 착수가 있다고 할 수 있다.
- ② 보험모집인이 자동차 보험가입자의 형사책임을 면하게 하기 위하여 위 보험가입자의 미납 보험료가 정상적으로 납부된 것처럼 전산 조작하는 방법으로 보험회사를 기망하여 보험가입사실증명원을 발급받은 경우 사기죄가 성립하지 않는다.
- ③ 기망으로 인한 재물의 교부가 있으면 피해자의 전체 재산상의 손해가 없다고 하여도 사기죄의 성립에는 영향이 없다.
- 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 한 경우 사기죄가 성립하지 않는다.

정답 ④

- 해설** ①(○). 대판 2003.7.22, 2003도1951.
 ②(○). 대판 1997.3.28, 96도2625.
 ③(○). 대판 1999.7.9, 99도1040 등.
 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. 다음 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 고속도로 양쪽에 휴게소가 있는 경우에도 고속도로를 무단횡단하는 보행자가 있을 것을 예상하여 감속 등의 조치를 취할 주의의무는 없다.
- ② 연탄 아궁이로부터 80cm 떨어진 곳에 비닐로 포장한 스펀지요, 솜 등을 쉽게 넘어지기는 어려운 상태로 쌓아둔 채 방치하다가 위 솜 등이 연탄 아궁이 쪽으로 넘어지면서 불이 난 경우 중과실이 부정된다.
- ③ 연탄 보일러로부터 5 내지 10cm의 거리에 가연물질이 있음을 알면서도 신문지를 구겨서 보일러의 공기조절구를 살짝 막아놓은 채 그 자리를 떠나버렸기 때문에 화재가 발생한 경우 중과실이 인정된다.
- ④ 업무상과실장물취득죄는 업무상과실에 의하여 단순과실

장물취득죄보다 형이 가중되는 가중적 구성요건이다.

정답 ④

- 해설** 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 기울였다면 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). ★ 사안에서 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 10센티미터쯤의 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 업무상과실장물죄가 단순과실장물죄에 대한 가중적 구성요건이 아니다.

문 17. 절도의 죄에 대한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 자동차 명의신탁관계에서 제3자가 명의수탁자로부터 승용차를 가져가 매도할 것을 허락받고 인감증명 등을 교부받아 위 승용차를 명의신탁자 몰래 가져간 경우 위 제3자와 명의수탁자의 공모·가공에 의한 절도죄의 공모공동정범이 성립한다.
- ㉡ 피해자가 자신 소유의 오토바이를 타고 심부름을 다녀오라고 하여서 그 오토바이를 타고 가다가 마음이 변하여 이를 반환하지 아니한 채 그대로 타고 가버렸다면 절도죄를 구성하지 아니한다.
- ㉢ 임차인이 임대계약 종료 후 식당건물에서 퇴거하면서 종전부터 사용하던 냉장고의 전원을 켜둔 채 그대로 두었다가 약 1개월 후 철거해 가는 바람에 그 기간 동안 전기가 소비된 경우 절도죄가 성립한다.
- ㉣ 야간에 타인의 재물을 절취할 목적으로 사람의 주거에

침입한 경우에는 주거에 침입한 단계에서 이미 야간주거침입절도죄라는 범죄행위의 실행에 착수한 것으로 보아야 하고 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 등 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요한다.

- ㉠ 형법상 자동차 등 불법사용죄는 미수범을 처벌하며 타인의 자동차, 열차, 항공기, 원동기장치자전거를 행위객체로 규정하고 있다.

- ① ㉠, ㉡ ② ㉢, ㉣ ③ ㉠, ㉡ ④ ㉢, ㉣

정답 ①

해설 ㉠(○). 대판 2007.1.11, 2006도4498.

㉡(○). 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).

㉢(×). 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 사용한 것일 뿐 타인의 점유·관리하에 있던 전기가 아니어서 절도죄가 성립하지 않는다고 한 사례(대판 2008.7.10, 2008도3252).

㉣(×). [1] 준강도의 주체는 절도 즉 절도범인으로, 절도의 실행에 착수한 이상 미수이거나 기수이거나 불문하고, 야간에 타인의 재물을 절취할 목적으로 사람의 주거에 침입한 경우에는 주거에 침입한 단계에서 이미 형법 제330조에서 규정된 야간주거침입절도죄라는 범죄행위의 실행에 착수한 것이라고 보아야 하며, 주거침입죄의 경우 주거침입의 범의로써 예컨대, 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작하였다면 주거침입죄의 실행의 착수는 있었다고 보아야 한다.

[2] 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.

[3] 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).

㉤(×). 자동차등 불법사용죄의 객체는 타인의 '자동차, 선박, 항공기 또는 원동기장치자전거'이다.

문 18. 다음 중 형법상 예비·음모를 처벌하는 범죄로만 조합된 것은?

- ① 도주원조죄, 간수자도주원조죄
- ② 폭발물사용죄, 특수도주죄
- ③ 체포·감금죄, 외국에 대한 사전죄
- ④ 간첩죄, 무고죄

정답 ①

해설 ①(○). 도주원조죄 내지 간수자도주원조죄는 예비·음모를 처벌한다.

②(×). 특수도주죄는 예비·음모 처벌규정이 없다.

③(×). 체포·감금죄는 예비·음모 처벌규정이 없다.

④(×). 무고죄는 예비·음모 처벌규정이 없다.

문 19. 공동정범에 대한 설명 중 판례의 입장과 다른 것은 모두 몇 개인가?

- ㉠ 교량을 건설하는데 있어 甲은 부실공사를 하고 乙은 공사감독공무원으로서 공사감독을 소홀히 하고 교량이 완성된 후에는 교량의 유지·관리를 담당하는 丙이 유지·관리를 소홀히 한 바람에 결국 다리가 붕괴되어 지나가던 사람이 사망한 경우 甲·乙·丙은 업무상과실치사죄의 단독정범은 성립할 수 있으나 공동정범은 될 수 없다.
- ㉡ 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 심리상태만으로 공동정범의 공동가공의 의사가 인정될 수 있다.
- ㉢ 甲과 乙이 절도를 공모하고 甲은 절도를 행하고 있는 동안 乙은 망을 보다 양심의 가책을 느끼고 돌아갔다. 혼자 남은 甲이 절취를 완성하였어도 乙은 절도죄의 중지미수의 해당한다.
- ㉣ 甲, 乙, 丙은 등산용 칼을 이용하여 노상강도를 하기로 공모한 후 甲은 범행당시 차안에서 망을 보고 乙과 丙은 함께 차에서 내려 丁으로부터 금품을 강취하려 했는데 그때 우연히 현장을 목격하게 된 戊를 乙이 자신이 소지하고 있던 등산용 칼로 찔러 살해하였다면 甲, 乙, 丙모두는 강도살인죄의 공동정범이 된다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

정답 ④

해설 ㉠(×). 성수대교 붕괴사건으로서, 판례는 과실범의 공동정범을 인정하고 있다. 대판 1997.11.28, 97도1740.

㉡(×). 형법 제30조의 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 그 공동의

사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였을 것이 필요하고, 여기서 공동가공의 의사란 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지함이 없이 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 2004.6.24, 2002도995 등).

- ㉠(×). 다른 공범의 범행을 중지하게 하지 아니한 이상 자기만의 범의를 철회, 포기하여도 중지미수로는 인정될 수 없는 것이다(대판 2005.2.25, 2004도8259. 공보불게재).
- ㉡(×). 피고인들이 등산용 칼을 이용하여 노상강도를 하기로 공모한 사건에서 범행 당시 차안에서 망을 보고 있던 피고인 갑이나 등산용 칼을 휴대하고 있던 피고인 을과 함께 차에서 내려 피해자로부터 금품을 강취하려 했던 피고인 병으로서 그때 우연히 현장을 목격하게 된 다른 피해자를 피고인 을이 소지 중인 등산용 칼로 살해하여 강도살인행위에 이를 것을 전혀 예상하지 못하였다고 할 수 없으므로 피고인들 모두는 강도치사죄로 의율처단함이 옳다(대판 1990.11.27, 90도2262).

문 20. 죄수에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (판례에 의함)

- ① 같은 기회에 하나의 행위로 여러 개의 영업비밀을 취득한 경우 「(구)부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제18조 제2항 위반죄의 일죄로 평가되어야 한다.
- ② 무면허운전으로 인한 도로교통법위반죄에 있어서는 특별한 경우를 제외하고는 운전한 날마다 무면허운전으로 인한 도로교통법위반의 1죄가 성립하고 비록 계속적으로 무면허운전을 할 의사를 가지고 여러 날에 걸쳐 무면허운전행위를 반복하였다 하더라도 이를 포괄하여 일죄로 볼 수 없다.
- ③ 적국에 전달할 목적으로 국가기밀을 탐지·수집한 후 이를 적국에 누설한 경우 간첩죄와 국가기밀누설죄 양죄를 포괄하여 일죄를 범한 것으로 볼 수 없다.
- ④ 선서한 증인이 같은 기밀을 여러 가지 사실에 관하여 기억에 반하는 허위의 진술을 한 경우 포괄하여 1개의 위증죄를 구성한다.

정답 ③

- 해설** ①(○). 대판 2009.4.9, 2006도9022.
 ②(○). 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 국가기밀

누설등 두가지 죄를 범한 것으로 인정할 수 없다(대판 1982.4.27, 82도285).

④(○). 대판 1998.4.14, 97도3340.

문 21. 다음 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(X)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 일반인이 무상 출입하고 있는 장소라도 야간에 주거인이 문을 닫고 취침 중임을 인식하면서도 주거인의 의사에 반하여 현관문을 밀고 실내에 돌입하면 주거침입죄를 구성한다.
- ㉡ 선박건조자재운반용으로 도크에 고정되어 82m높이에 설치되어 있으며 약 10평 정도 되는 방실 등이 있고 평소 그 운전을 위해 한두 명의 직원이 근무하며 인가자 이외의 출입이 금지되는 ‘골리아트크레인’은 건조물침입죄의 객체에 해당한다.
- ㉢ 야간에 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 의도 하에 아파트의 베란다 철제난간까지 올라가 유리 창문을 열려고 시도하였다면 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다.
- ㉣ 차량통행이 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 있더라도 차를 몰고 위 통로로 진입하여 축사 앞 공터까지 들어간 행위는 주거침입에 해당한다.
- ㉤ 형법상 주거침입죄는 미수범 처벌규정을 두고 있지 않다.

- ① ㉠(○), ㉡(○), ㉢(X), ㉣(X), ㉤(○)
- ② ㉠(X), ㉡(X), ㉢(○), ㉣(○), ㉤(X)
- ③ ㉠(○), ㉡(○), ㉢(○), ㉣(X), ㉤(X)
- ④ ㉠(X), ㉡(X), ㉢(○), ㉣(X), ㉤(○)

정답 ③

- 해설** ㉠(○). 대판 1956.12.7, 4289형상272.
 ㉡(○). 대판 1991.6.11, 91도753.
 ㉢(○). 대판 2003.10.24, 2003도4417.
 ㉣(×). 주거침입죄에서 침입행위의 객체인 ‘건조물’은 주거침입죄가 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하는 점에 비추어 엄격한 의미에서의 건조물 그 자체뿐만 아니라 그에 부속하는 위요지를 포함한다고 할 것이나, 여기서 위요지라고 함은 건조물에 인접한 그 주변의 토지로서 외부와의 경계에 담 등이 설치되어 그 토지가 건조물의 이용에

제공되고 또 외부인이 함부로 출입할 수 없다는 점이 객관적으로 명확하게 드러나야 한다. 따라서 건조물의 이용에 기여하는 인접의 부속 토지라고 하더라도 인적 또는 물적 설비 등에 의한 구획 내지 통제가 없어 통상의 보행으로 그 경계를 쉽사리 넘을 수 있는 정도라고 한다면 일반적으로 외부인의 출입이 제한된다는 사정이 객관적으로 명확하게 드러났다고 보기 어려우므로, 이는 다른 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체에 속하지 아니한다고 봄이 상당하다(대판 2010.4.29, 2009도14643).

㉔(×). 주거침입죄는 미수범 처벌규정이 있다(제322조).

문 22. 횡령죄에 대한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가? (판례에 의함)

- ㉑ 부동산의 공유자 중 1인이 다른 공유자의 지분을 임의로 처분한 경우 횡령죄가 성립한다.
- ㉒ 횡령죄에서 소유자와 위탁자가 다른 경우 범인과 소유자간에만 친족관계가 있으면 친족상도례에 관한 규정이 적용될 수 있다.
- ㉓ 익명조합원이 영업을 위하여 출자한 금전을 상대방인 영업자가 자기용도에 함부로 소비한 경우 횡령죄가 성립한다.
- ㉔ 소유자로부터 부동산의 소유명의 및 관리를 위탁받은 자가 자신의 명의로 부동산을 등기하지 않고 자신의 자 명의로 그 부동산을 등기해 두고 사망하자 그 자가 이를 처분한 경우 횡령죄가 성립한다.
- ㉕ 담보목적으로 자신의 명의로 가등기된 피해자 소유의 부동산에 대하여 피해자의 아들로부터 채무가 변제공탁된 사실을 통보 받고도 자기 앞으로 본등기를 경료함과 동시에 제3자 앞으로 가등기를 경료한 경우 횡령죄가 성립한다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개

정답 ①

해설 ㉑(×). 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).

㉒(×). 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).

- ㉓(×). 익명조합원이 영업을 위하여 출자한 금전 기타의 재산은 상대방인 영업자의 재산으로 되는 것이므로 영업자가 그 영업의 이익금을 함부로 자기용도에 소비하였다 하여도 횡령죄가 되지 아니한다(대판 1971.12.28, 71도2032).
- ㉔(×). 부동산의 소유명의 및 관리를 위탁받은 자가 자기명의의 소유권이전등기를 생략한 채 그 자에게 소유권이전등기를 하여 주고 사망하였다면 비록 자가 그러한 사정을 알고 있었다고 하더라도 그로써 곧 그 자가 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).
- ㉕(×). 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. 다음 중 기대가능성이 있는 것은 모두 몇 개인가? (판례에 의함)

- ㉑ 증인으로 선서한 자가 사실대로 진술하면 자신의 범죄를 시인하는 것이 되고 증언을 거부하면 자신의 범죄를 암시하는 것이 되어 사실대로 진술하기 어려운 처지에서 증언거부권을 포기하고 허위의 진술을 한 경우
- ㉒ 휴가 나온 군인이 자신의 처자(妻子)가 생활고로 행방 불명되자 군에 귀대하지 않은 경우
- ㉓ 탄약창고에서 보초근무 중이던 자가 자신의 상급 군인들이 그 창고 내에서 포탄피를 절취하는 현장을 목격하고도 그들이 자신의 상급자라는 이유로 이를 제지하지 않고 묵인한 경우
- ㉔ 불법 건축물이라는 이유로 일반음식점 영업신고의 접수가 거부되었고 이전에 무신고 영업행위로 형사처벌까지 받았음에도 계속하여 일반음식점 영업행위를 한 경우

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

정답 ④

해설 ㉑(○). 증인으로 선서한 이상 진실대로 진술한다고 하면 자신의 범죄를 시인하는 진술을 하는 것이 되고 증언을 거부하는 것은 자기의 범죄를 암시하는 것이 되어 증인에게 사실대로의 진술을 기대할 수 없다고 하더라도 형사소송법상 이러한 처지의 증인에게는 증언을 거부할 수 있는

권리를 인정하여 위증죄로부터의 탈출구를 마련하고 있는 만큼 적법행위의 기대 가능성이 없다고 할 수 없으므로 선서한 증인이 증언거부권을 포기하고 허위의 진술을 하였다면 위증죄의 처벌을 면할 수 없다(대판 1987.7.7, 86도1724, 전원합의체판결). ★ 다만 최근 대법원은 “헌법 제12조 제2항에 정한 불이익 진술의 강요금지 원칙을 구체화한 자기부죄거부특권에 관한 것이거나 기타 증언거부 사유가 있음에도 증인이 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래 되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립을 부정하여야 할 것이다(대판 2010.1.21, 2008도942, 전원합의체판결).”라고 판시함으로써 증언거부권의 고지 여부를 고려하지 않고 위증죄의 성립을 바로 인정한 위의 판결을 변경하였다. 따라서 변경된 판례의 취지를 고려할 때, 위 사안에서 증언거부권을 고지 받았음에도 위와 같이 진술하였다면 위증죄가 성립하지만, 증언거부권을 고지 받지 못한 상태에서 위와 같이 진술하였다면 위증죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다. ★ 결국 본 문제의 ㉠지문은 최근 변경된 전원합의체판결을 제대로 고려하지 않은 채 과거 판례의 태도를 그대로 출제하였다는 점에서 타당하지 못한 출제라고 판단된다.

- ㉡(○). 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 목인한 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. 다음 중 옳은 것은 모두 몇 개인가? (판례에 의함)

- ㉠ 배임죄에 있어서 ‘타인의 사무’에 등기협력의무와 같이 매매, 담보권설정 등 자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산 보전에 협력할 의무가 있는 경우는 포함되지 않는다.
- ㉡ 경영자가 적대적 M&A로부터 경영권 방어를 목적으로 자신의 종업원의 자사주매입에 회사자금을 지원한 경우 배임죄가 성립하지 않는다.
- ㉢ A회사의 사업부 영업팀장이 체인점들에 대한 전매입고 금액을 삭제하여 전산상 회사의 체인점들에 대한 외상

대금채권이 줄어든 것으로 처리하는 전산조작행위를 한 경우 업무상 배임죄가 성립한다.

- ㉣ 계가 정상적으로 운영되고 있음에도 불구하고 계주가 그 동안 성실하게 계 불입금을 지급하여 온 계원에게 계가 깨졌다는 등의 거짓말을 하여 그 계원이 계에 참석하여 낙찰받아 계금을 탈 수 있는 기회를 박탈하여 손해를 가한 경우 횡령죄가 성립한다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개

정답

①

해설

- ㉠(×). 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, 담보권설정 등 자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대방의 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 회사재산을 사용하는 것이 되어 회사의 이익에 반하므로 회사에 대한 관계에서 임무위배행위가 된다(대판 1999.6.25, 99도1141).
- ㉢(×). [1] 배임죄는 본인에게 재산상의 손해를 가하는 외에 배임행위로 인하여 행위자 스스로 또는 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득할 것을 요건으로 하므로, 본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 재산상 이익을 행위자 또는 제3자가 취득한 사실이 없다면 배임죄가 성립하지 않는다. [2] 피해자 회사의 사업부 영업팀장인 피고인이 체인점들에 대한 전매입고 금액을 삭제하여 전산상 회사의 체인점들에 대한 외상대금채권이 줄어든 것으로 처리하는 전산조작행위를 한 사안에서, 전산상 외상대금채권이 자동 차감된다는 사정만으로 회사의 외상매출금채권이 감소할 우려가 생겼다고 판단하여 업무상 배임의 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결을 파기한 사례(대판 2006.7.27, 2006도3145).
- ㉣(×). [1] 계주가 계원들로부터 월불입금을 모두 징수하였음에도 불구하고 그 임무에 위배하여 정당한 사유 없이 이를 지정된 계원에게 지급하지 아니하였다면 다른 특별한 사정이 없는 한 그 지정된 계원에 대한 관계에 있어서 배임죄를 구성한다. [2] 계가 정상적으로 운영되고 있음에도 불구하고 계주가

그 동안 성실하게 계불입금을 지급하여 온 계원에게 계가 깨졌다는 등의 거짓말을 하여 그 계원이 계에 참석하여 낙찰받아 계금을 탈 수 있는 기회를 박탈하여 손해를 가 하였다면 계주의 위와 같은 임무위배는 그 계원에 대한 관계에 있어서 배임죄를 구성한다고 한 사례(대판 1995. 9.29, 95도1176).

문 25. 강제집행면탈죄에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (판례에 의함)

- ① 채무자가 채무를 지급기일 내에 변제하지 못하자 후일 강제집행을 받을지도 모른다고 생각하여 이를 면탈할 목적으로 자신의 유일한 부동산을 제3자에게 허위로 양도한 행위는 강제집행면탈행위에 해당하지 않는다.
- ② 사업장의 유체동산에 대한 강제집행을 면탈할 목적으로 사업자 등록의 사업자 명의를 변경함이 없어 사업장에서 사용하는 금전등록기의 사업자 이름만을 변경한 경우는 강제집행면탈죄에 있어서 재산의 ‘은닉’에 해당한다.
- ③ 채무자가 가압류채권자의 지위에서 가압류집행해제를 신청함으로써 그 지위를 상실하는 행위는 강제집행면탈행위에 해당하지 않는다.
- ④ 강제집행면탈죄의 대상에는 동산·부동산 외에 특허 내지 실용신안 등을 받을 수 있는 권리는 포함되지 않는다.

정답 ④

해설 ①(○). 강제집행면탈죄가 성립하기 위해서는 ‘강제집행을 당할 위험이 있는 객관적 상태’가 존재해야만 하는바(通說·判例), 이러한 상태가 존재하지 않는 경우에는 비록 강제집행을 면할 목적으로 허위양도 등을 하더라도 본죄가 성립하지 않는다. 사안에서 채무자가 주관적으로는 강제집행을 면탈할 목적이 있었지만, 강제집행을 당할 위험이 있는 객관적 상태를 인정할 만한 자료가 없다. 따라서 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다.

②(○). 대판 2003.10.9, 2003도3387.

③(○). [1] 강제집행면탈죄의 객체는 채무자의 재산 중에서 채권자가 민사집행법상 강제집행 또는 보전처분의 대상으로 삼을 수 있는 것만을 의미하므로, ‘보전처분 단계에서의 가압류채권자의 지위’ 자체는 원칙적으로 민사집행법상 강제집행 또는 보전처분의 대상이 될 수 없어 강제집행면탈죄의 객체에 해당한다고 볼 수 없고, 이는 가압류채무자가 가압류해방금을 공탁한 경우에도 마찬가지이다.

[2] 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. 다음 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 범죄 후 법률의 개정에 의하여 법정형이 가벼워진 경우에는 형법 제1조에 의하여 당해 범죄사실에 적용될 가벼운 법정형이 공소시효기간의 기준으로 된다.
- ② 범죄를 범한 자에 대한 재판이 확정된 후에 법률이 변경되어 그의 행위가 더 이상 범죄를 구성하지 않게 된 경우 형법 제1조에 의해 형집행이 면제된다.
- ③ 판례가 피고인에게 불리하게 변경된 경우 그 변경된 판례를 소급적용할 수 없다.
- ④ 우리 형법은 한시법의 추급효에 관한 명문규정을 두고 있지 않다.

정답 ③

해설 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).

②(○). 형법 제1조 제3항.

③(×). 형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니고, 형법 조항에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼 수는 없으므로, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 헌법상 평등의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다(대판 1999.9.17, 97도3349).

④(○). 타당하다.

문 27. 다음 중 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 고지된 해약의 내용이 일반적으로는 사람으로 하여금 공포심을 일으키기에 충분하였으나 피해자가 그 의미를 인식한 후 현실적으로 공포심을 일으키지 않았다면 실행의 착수를 인정되므로 협박죄의 미수범이 성립한다.
- ㉡ 신체의 완전성을 침해하는 행위는 모두 상해에 해당한다는 견해에 의하면 사람의 신체에 상처를 입힌 경우 뿐만 아니라 눈썹, 머리카락을 절단하는 행위도 상해에

해당한다고 한다.

- ㉔ 제3자에 대한 법익 침해를 내용으로 하는 해약을 고지하는 것도 피해자 본인과 제3자가 밀접한 관계에 있어 그 해약의 내용이 피해자 본인에게 공포심을 일으킬만한 정도의 것이라면 협박죄가 성립할 수 있는데 이 때 제3자에는 자연인은 포함되나 법인은 포함되지 않는다.
- ㉕ 고지된 해약을 실현할 진정한 의사가 없으면서도 그런 의사가 있는 것처럼 가장하여 고지하는 기망적 협박은 협박죄의 협박에 해당하지 않는다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

정답

①

해설

- ㉔(×). [다수의견] 협박죄가 성립하려면 고지된 해약의 내용이 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 친숙의 정도 및 지위 등의 상호관계, 제3자에 의한 해약을 고지한 경우에는 그에 포함되거나 암시된 제3자와 행위자 사이의 관계 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 볼 때에 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 하지만, 상대방이 그에 의하여 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아니며, 그와 같은 정도의 해약을 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, 전원합의체판결).
- ㉕(○). 상해의 개념에 대한 ‘신체의 완전성침해설’의 태도로써 타당한 설명이다.
- ㉖(×). [1] 협박죄에서 협박이란 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 정도의 해약을 고지하는 것을 의미하며, 그 고지되는 해약의 내용, 즉 침해하겠다는 법익의 종류나 법익의 향유 주체 등에는 아무런 제한이 없다. 따라서 피해자 본인이나 그 친족뿐만 아니라 그 밖의 ‘제3자’에 대한 법익 침해를 내용으로 하는 해약을 고지하는 것이라고 하더라도 피해자 본인과 제3자가 밀접한 관계에 있어 그 해약의 내용이 피해자 본인에게 공포심을 일으킬만한 정도의 것이라면 협박죄가 성립할 수 있다. 이 때 ‘제3자’에는 자연인뿐만 아니라 법인도 포함된다 할 것인데, 피해자 본인에게 법인에 대한 법익을 침해하겠다는 내용의 해약을 고지한 것이 피해자 본인에 대하여 공포심을 일으킬 만한 정도가 되는지 여부는 고지된 해약의 구체적 내용 및 그 표현방법, 피해자와 법인의 관계, 법인 내에서의 피해자의 지위와 역할, 해약의 고지에 이르게 된 경위, 당시 법인의 활동 및 경제적 상황 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다.
[2] 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 범죄로서 형법규정의 체계상 개인적 법익, 특히 사람의 자유에 대한 죄 중 하나로 구성되어 있는바, 위와 같은 협

박죄의 보호법익, 형법규정상 체계, 협박의 행위 개념 등에 비추어 볼 때, 협박죄는 자연인만을 그 대상으로 예정하고 있을 뿐 법인은 협박죄의 객체가 될 수 없다.

[3] 채권추심 회사의 지사장이 회사로부터 자신의 횡령행위에 대한 민·형사상 책임을 추궁당할 지경에 이르자 이를 모면하기 위하여 회사 본사에 ‘회사의 내부비리 등을 금융감독원 등 관계 기관에 고발하겠다’는 취지의 서면을 보내는 한편, 위 회사 경영지원본부장이자 상무이사에게 전화를 걸어 자신의 횡령행위를 문제삼지 말라고 요구하면서 위 서면의 내용과 같은 취지로 발언한 사안에서, 위 상무이사에 대한 협박죄를 인정한 원심의 판단을 수긍한 사례(대판 2010.7.15, 2010도1017).

- ㉗(×). 협박죄에 있어서의 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해약을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해약을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해약을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니하다(대판 1991.5.10, 90도2102). 따라서 고지된 해약을 실현할 진정한 의사가 없다 하더라도 그런 의사가 있는 것처럼 가장하여 협박함으로써 상대방에게 공포심을 일으킬 만한 해약을 고지한 이상 협박죄가 성립할 수 있다.

문 28. 공무집행방해죄에 대한 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가? (판례에 의함)

- ㉑ 공무원의 직무 수행에 대한 비판이나 시정 등을 요구하는 집회·시위 과정에서 일시적으로 상당한 소음이 발생하였다는 사정만으로는 이를 공무집행방해죄에서의 음향으로 인한 폭행이 있었다고 할 수는 없을 것이나 그와 같은 의사전달수단으로써 합리적 범위를 넘어서 상대방에게 고통을 줄 의도로 음향을 이용하였다면 이를 폭행으로 인정할 수 있다.
- ㉒ 직무를 집행하는 공무원에 대하여 위험한 물건을 휴대하여 고의로 상해를 가한 경우에는 특수공무집행방해치상죄와 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 위반(집단·흉기 등 상해)죄의 상상적 경합이 된다.
- ㉓ 공무집행방해죄에 있어서의 범의는 상대방이 직무를 집행하는 공무원이라는 사실 그리고 이에 대하여 폭행 또는 협박을 한다는 사실을 인식하는 것을 그 내용으로 하고 또한 그 직무집행을 방해할 의사도 필요로 한다.
- ㉔ 공무집행방해죄에 있어서 적법한 공무집행이라고 함은 그 행위가 해당공무원의 추상적 직무권한에 속하면 되고 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖출 필요는 없다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

정답 ③

해설 ㉠(○). 대판 2009.10.29, 2007도3584.

㉠(×). [1] 기본범죄를 통하여 고의로 중한 결과를 발생하게 한 경우에 가장 처벌하는 부진정결과적가중범에서, 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위가 별도의 구성요건에 해당하고 그 고의범에 대하여 결과적가중범에 정한 형보다 더 무겁게 처벌하는 규정이 있는 경우에는 그 고의범과 결과적가중범이 상상적 경합관계에 있지만, 위와 같이 고의범에 대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는 결과적가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 결과적가중범만 성립하고 이와 법조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다.

[2] 직무를 집행하는 공무원에 대하여 위험한 물건을 휴대하여 고의로 상해를 가한 경우에는 특수공무집행방해죄 상죄만 성립할 뿐, 이와는 별도로 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흉기 등 상해)죄를 구성하지 않는다(대판 2008.11.27, 2008도7311).

㉡(×). 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 아니하다(대판 1995.1.24, 94도1949).

㉢(×). 일반적으로 형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하는 것이고 여기서 적법한 공무집행이라고 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것이다(대판 1996.12.23, 96도2673).

문 29. 다음 중 결과적 가중범이 성립되는 것은? (판례에 의함)

- ① 강간을 당한 피해자가 집에 돌아가 수치심과 장래에 대한 절망감 등으로 인하여 음독자살한 경우
- ② 남녀가 술을 마시고 승합차를 타고 가던 중 남자가 여자를 추행하자 여자가 욕을 하면서 달리는 차에서 뛰어내려 사망한 경우
- ③ 택시에 탄 손님이 강도의사로 과도로 택시운전수를 위협하자 이에 놀란 운전수가 급좌회전하다가 그 충격으로 위 손님의 과도에 찢려 상처를 입은 경우
- ④ 타인의 주거지에 방화하였는데 위 주거지에 거주하는 자가 적극적으로 진화작업에 열중한 나머지 안면부 등에 화상을 입은 경우

정답 ③

해설 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(×). 피고인이 친구 5명과 같이 술집에서 그 집 작부로 있는 피해자 등 6명과 더불어 밤늦도록 술을 마시고 모두 각자의 상대방과 성교까지 하였는데 술값이 부족하여 친구 집에 가서 돈을 빌리려고 위 일행 중 피고인과 공소의 乙, 丙이 함께 봉고차를 타고 갈 때 공소의 乙과 성교를 한 피해자도 그 차에 편승하게 된 사실과 피고인과 피해자가 그 차에 마주앉아 가다가 피고인이 장난삼아 피해자의 유방을 만지고 피해자가 이를 뿌리치자 발을 앞으로 뻗어 치마를 위로 걷어 올리고 구두 발로 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). ★ 피고인에게 강제추행죄만 인정된다는 판례이다.

③(○). 강도치상죄에 있어서의 상해는 강도의 기회에 범인의 행위로 인하여 발생한 것이면 족한 것이므로, 피고인이 택시를 타고 가다가 요금지급을 면할 목적으로 소지한 과도로 운전수를 협박하자 이에 놀란 운전수가 택시를 급우회전하면서 그 충격으로 피고인이 겨누고 있던 과도에 어깨 부분이 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 사건(대판 1966.6.28, 66도1)”에서, 이 경우 判例에 의하면 甲에게 乙의 화상에 대한 예견가능성을 인정할 수 없어 결국 甲에게 현주 건조물방화죄만 인정된다고 판시한 바 있다.

문 30. 문서에 관한 죄에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (판례에 의함)

- ① 컴퓨터 스캔 작업을 통하여 만들어 낸 공인중개사 자격증의 이미지 파일은 형법상 문서에 관한 죄에 있어서의 ‘문서’로 보기 어렵다.
- ② 일반인으로 하여금 사문서의 작성명의자가 진정한 명의인으로 오인케 할 만한 위험이 존재하는 이상 그 명의인이 실재하지 않는 허무인이거나 또는 문서의 작성일자 전에 이미 사망하였다고 하더라도 사문서위조죄가 성립한다.

- ③ 장기간의 분쟁을 종결짓는 상황에서 ‘합의서’ 라는 제목 아래 합의의 구체적인 내용을 특정하여 기재한 다음 그에 대한 상인들의 찬반의사를 표시함으로써 분쟁이 재발될 경우 입증자료로 사용하기 위하여 작성된 최초 합의서는 형법상 문서에 관한 죄에 있어서의 문서에 해당한다.
- ④ 공무원이 고의로 법령을 잘못 적용하여 공문서를 작성하였다면 그 법령적용의 전제가 된 사실관계에 대한 내용에 거짓이 없다고 하더라도 허위공문서작성죄가 성립한다.

정답 ④

- 해설** ①(○). 대판 2008.4.10, 2008도1013(공보불게재).
 ②(○). 대판 2005.2.24, 2002도18, 전원합의체판결.
 ③(○). 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 없다(대판 2000.6.27, 2000도1858).

문 31. 방화와 일수죄에 대한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은?

- ㉠ 현주건조물일수죄는 추상적 위험범이나, 자기 소유의 일반 건조물일수죄는 구체적 위험범이다.
- ㉡ 과실일수죄에는 업무상 과실에 대한 가중처벌규정이 있다.
- ㉢ 방화죄나 일수죄 모두 자수에 대한 필요적 감면규정이 있다.
- ㉣ 방화죄나 일수죄 모두 공용건조물, 현주건조물이 객체로 규정되어 있다.
- ㉤ 방화죄나 일수죄 모두 자기소유일반건조물에 대해서는 미수범 처벌규정이 없다.
- ㉥ 현주건조물일수죄의 객체는 타인의 소유여야 한다.

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

정답 ②

- 해설** ㉠(○). 타당하다. ‘자기소유’ 일반건조물방화 내지 일수죄는 구체적 위험범이다.
 ㉡(×). 일수죄는 단순과실범 처벌규정만 있고, 업무상과실 내지 중과실에 대한 처벌규정이 없다.
 ㉢(×). 자수에 대한 필요적 감면규정은 방화죄에만 있고, 일수죄에는 존재하지 않는다.

- ㉣(○). 현주건조물 내지 공용건조물에 대한 방화죄와 일수죄의 처벌규정이 존재한다.
- ㉤(○). 타당하다.
- ㉥(×). 현주건조물방화 내지 일수죄의 객체는 자기소유이든 타인소유이든 불문한다.

문 32. 다음 중 가장 옳은 것은? (판례에 의함)

- ① 매도인이 선의인 부동산 계약명의신탁에서 명의수탁자가 부동산을 임의처분하는 경우 횡령죄는 성립하지 않지만 배임죄는 성립한다.
- ② 매도인이 선의인 부동산 계약명의신탁에 의해 취득한 부동산의 경우 명의신탁자의 실질적 재산이므로 그 부동산은 명의 신탁자에 대한 강제집행의 대상이 될 수 있다.
- ③ 2자간 명의신탁은 무효이기 때문에 명의수탁자는 더 이상 신탁부동산의 보관자가 될 수 없어 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ④ 2자간 명의신탁 받아 보관 중이던 토지를 피해자의 승낙없이 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 준 경우 횡령죄가 성립하고 그 후 또다시 다른 사람에게 근저당권설정등기를 경료해 주었더라도 별개의 횡령죄를 구성하지 않는다.

정답 ④

- 해설** ①(×). 계약명의신탁에서 매도인이 선의인 경우, 수탁자의 임의처분행위에 대해서 판례는 횡령죄를 부정하고(대판 2000.3.24, 98도4347), 나아가 배임죄의 성립도 부정한다(대판 2001.9.25, 2001도2722).
 ②(×). [1] 형법 제327조는 “강제집행을 면할 목적으로 재산을 은닉, 손괴, 허위양도 또는 허위의 채무를 부담하여 채권자를 해한 자”를 처벌함으로써 강제집행이 임박한 채권자의 권리를 보호하기 위한 것이므로, 강제집행면탈죄의 객체는 채무자의 재산 중에서 채권자가 민사집행법상 강제집행 또는 보전처분의 대상으로 삼을 수 있는 것이어야 한다.
 [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 실권리자명의 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 매매

계약에 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 명의수탁 받은 자가 이를 임의로 처분하였다면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립하며, 그 명의신탁이 '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률' 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동이 무효로 된 후에 처분행위가 이루어졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대판 2009.8.20, 2008도12009. 공보불게재).
- ④(○). 불가벌적 사후행위에 해당한다는 것이 판례의 태도이다(대판 1999.11.26, 99도2651).

문 33. 다음 중 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하는 것은? (판례에 의함)

- ① 민사소송을 제기함에 있어 피고의 주소를 허위로 기재하여 법원공무원으로 하여금 변론기일소환장 등을 호위 주소로 송달케 한 경우
- ② 병역법상 지정업체에서 전문연구요원으로 근무할 의사가 없음에도 허위내용의 편입신청서를 제출하여 관할관청으로부터 전문연구요원 편입을 승인받고 관할지방병무청장에게 허위의 공동연구 협약서를 작성·제출하여 파견근무를 신청하여 승인받은 경우
- 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 주장한 경우
- ④ 수용자가 교도관의 감시·단속을 피하여 규율위반행위를 하는 경우

정답 ②

해설 ①(×). 민사소송을 제기함에 있어 피고의 주소를 허위로 기재하여 법원공무원으로 하여금 변론기일소환장 등을 허위 주소로 송달케 하였다는 사실만으로는 이로 인하여 법원 공무원의 구체적이고 현실적인 어떤 직무집행이 방해되었다고 할 수는 없으므로, 이로써 바로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 볼 수는 없다(대판 1996.10.11, 96도312).

②(○). 구 병역법상 지정업체에서 전문연구요원으로 근무할 의사가 없음에도 허위내용의 편입신청서를 제출하여 관할관청으로부터 전문연구요원 편입을 승인받고, 관할지방병무청장에게 허위의 공동연구 협약서를 작성·제출하여 파견근무를 신청하여 승인받았다면, 이러한 편입 및 파견근무의 승인은 관할관청의 불충분한 심사가 원인이 아니라 출원인의 위계행위가 원인이 된 것이어서 위계에 의한 공

무집행방해죄가 성립한다(대판 2008.6.26, 2008도1011).

- 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 것에 지나지 아니할 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고는 할 수 없다(대판 2003.11.13, 2001도7045).

문 34. 다음 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 형법 제124조의 불법체포·감금죄를 진정신분범으로 보는 견해에 의하면 본죄에 신분없는 자가 가담한 경우 형법 제276조의 체포·감금죄로 처벌된다.
- ② 집행관이 채무자를 집행관실에 감금하고 몸을 수색하여 소지 중인 수표를 빼앗은 경우 집행관이 채무자를 감금하는 것은 집행관의 일반적 직무권한의 범위에 속한다고 할 수 없으므로 불법감금죄가 성립하지 아니한다.
- ③ 피해자가 경찰서 안에서 직장동료인 피의자들과 같이 식사도 하고 사무실 안팎을 내왕하였다 하여도 피해자를 경찰서 밖으로 내가지 못하도록 한 경우는 불법감금에 해당한다.
- ④ 형법상 불법체포·감금죄와 폭행·가혹행위죄는 모두 미수범 처벌규정이 있다.

정답 ③

해설 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(×). 판례는 "집달관이 강제집행을 함에 있어서 채무자를 집달관실에 감금하고 거부불능케 한 후 몸을 수색하여 소지 중인 수표를 빼앗은 행위는 집달관의 강력사용권의 범위를 일탈한 것이다(대판 1969.6.24, 68도1218)."라고 하여 집달관에게 불법감금죄를 인정할 바 있다.

③(○). 대결 1991.8.27, 91모5.

④(×). 불법체포·감금죄는 미수규정이 있으나, 폭행·가혹행위죄는 미수처벌규정이 없다.

문 35. 범인도피죄에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (판례에 의함)

- ① 도로교통법위반으로 체포된 범인이 타인의 성명을 모용한다는 정을 알면서 신원보증인으로서 신원보증서에 자신의 인적사항을 허위로 기재하여 제출한 경우에는 범인을 도피하게 한 때에 해당하지 않는다.
- ② 범인도피행위는 범인을 도주하게 하는 행위 또는 도주하는 것을 직접적으로 용이하게 하는 행위뿐만 아니라 간접적으로 범인이 안심하여 도치할 수 있도록 하는 것과 같은 경우도 포함한다.
- ③ 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당한다.
- ④ 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자라는 것을 인식하면서도 도피하게 한 경우에는 그 자가 당시에는 아직 수사대상이 되어 있지 않았다고 하더라도 범인도피죄가 성립한다.

정답 ②

해설 ①(○). 수사절차에서 작성되는 신원보증서는 체포된 피의자 석방의 필수적인 요건이거나 어떠한 법적 효력이 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 재판정에의 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 인적 사항을 허위로 기재하였다고 하더라도, 그로써 적극적으로 수사기관을 기망한 결과 피의자를 석방하게 하였다는 등 특별한 사정이 없는 한, 그 행위만으로 범인도피죄가 성립되지 않는다고 한 사례(대판 2003.2.14, 2002도5374).

②(×). 형법 제151조의 범인도피죄에서 ‘도피하게 하는 행위’는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없다. 또한, 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과를 초래할 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉 행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위, 즉 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다. 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함하는 것은 아니다(대판 2008.1

2.24, 2007도11137).

③(○). 대판 2000.3.24, 2000도20.

④(○). 대판 2003.12.26, 2003도4533.

문 36. 다음 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가? (판례에 의함)

- ㉠ 야간에 고속도로를 무단횡단하는 보행자를 충격하여 사고를 발생시킨 경우 피고인에게 고속버스와의 안전거리를 확보하지 아니한 채 진행하다가 과속으로 고속버스의 우측으로 추월한 잘못이 있더라도 피고인의 위와 같은 잘못과 피해자의 사망과의 사이에 상당인과관계가 있다고 할 수 없다.
- ㉡ 선행차량에 이어 피고인 운전 차량이 피해자를 연속하여 역과(轢過)하는 과정에서 피해자가 사망한 경우 피고인 운전 차량의 역과와 피해자의 사망 사이에는 인과관계가 부정된다.
- ㉢ 초지조성공사를 도급받은 수급인이 산불작업을 하도급 준 이후 그 작업을 감독하지 아니한 잘못과 그 하수급인의 과실로 인하여 발생한 산림실화 사이에는 상당인과관계가 있다.
- ㉣ 운전자가 시동을 끄고 시동열쇠는 꽂아 둔 채로 하차한 후 조수가 이를 운전하다가 사고를 낸 경우에는 시동열쇠를 그대로 꽂아 둔 행위와 그 사고로 인한 상해의 결과발생 사이에는 특별한 사정이 없는 한 인과관계가 없다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

정답 ②

해설 ㉠(○). 대판 2000.9.5, 2000도2671.

㉡(×). 선행차량에 이어 피고인 운전 차량이 피해자를 연속하여 역과하는 과정에서 피해자가 사망한 경우, 피고인 운전 차량의 역과와 피해자의 사망 사이의 인과관계를 인정한 사례(대판 2001.12.11, 2001도5005).

㉢(×). 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 산림실화에 상당인과관계가 있는 과실이라고는 할 수 없다(대판 1987.4.28, 87도297).

㉣(○). 대판 1971.9.28, 71도1082.

문 37. 다음 중 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 부작위에 대해서도 정당방위가 가능하다.
- ㉡ 정당방위에 의하여 보호할 수 있는 법익은 형법에 의하여 보호되는 것임을 요한다.
- ㉢ 위난을 피하지 못할 책임 있는 자에 대한 긴급피난의 제한은 절대적인 것이 아니라 직무수행상 의무적으로 감수해야 할 범위 내에서 긴급피난을 인정하지 않는 것이다.
- ㉣ 제3자의 개인적 법익을 위한 긴급피난은 허용되지 않는다.
- ㉤ 긴급피난의 법적성질을 위법성조각사유로 보는 견해에 의하면 피난행위에 대하여는 긴급피난이 허용되지 않는다.

① 2개 ② 3개 ③ 4개 ④ 5개

정답 ①

- 해설** ㉠(○). 정당방위의 상대방의 침해행위는 고의·과실행위, 작위·부작위를 불문한다. 따라서 부작위에 의한 침해행위에 대해서도 정당방위가 가능하다. 다만 부작위에 의한 침해행위가 인정되기 위해서는 (ㄱ) 부작위행위자에게 작위의 법적의무가 있어야 하고, (ㄴ) 이 의무의 불이행이 가벌적이어야 한다. 따라서 퇴거불응자를 강제로 퇴거시키거나, 아이에게 젖을 먹이지 않는 어머니에게 강제로 젖을 먹이게 하는 경우에는 정당방위가 인정되지만, 임대차계약 만료 후에 임차인이 차가에서 퇴거하지 않는 것과 같은 단순한 계약상의 채무불이행에 대해서는 정당방위가 인정되지 않는다.
- ㉡(×). 정당방위에 의하여 보호되는 법익은 법에 의해 보호되는 모든 개인적 법익으로서, 생명·신체·명예·재산·자유·주거권 등 형법상의 법익 외에도 예컨대 가족관계·애정관계와 같이 형법상의 구성요건에 해당하지 않는 법익이어도 무방하므로, 부부 사이의 성관계를 엿보는 자에 대한 정당방위도 가능하다.
- ㉢(○). 타당하다.
- ㉣(×). 긴급피난에 의하여 보호되는 법익은 자기 또는 타인(제3자)의 모든 법익이다. 정당방위와는 달리 개인적 법익 뿐만 아니라 사회적·국가적 법익도 포함된다.
- ㉤(×). 긴급피난을 인정하기 위해서는 '현재의 위난'상황이 요구되는 바, 여기서 위난의 원인은 불문하고, 또는 위난이 위법하거나 부당할 것도 요하지 않는다. 따라서 긴급피난행위를 위법성조각사유로 보는 견해(다수설·판례)에 의하더라도 피난행위의 상대방은 피난행위에 대해서 다시 긴급피난을 할 수 있다.

문 38. 누범에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (판례에 의함)

- ① 형법 제35조 제1항의 '금고이상에 해당하는 죄'는

법정형을 의미한다.

- ② 가석방기간 중의 재범에 대하여는 누범가중처벌되지 아니한다.
- ③ 특별사면으로 출소한 후 3년 내에 다시 죄를 범한 자에 대한 누범가중은 적법하다.
- ④ 일반사면이 있었을 때에는 해당 전과는 누범가중사유가 되지 않는다.

정답 ①

- 해설** ①(×). 제35조 제1항의 '금고 이상에 해당하는 죄'의 의미는 법정형이 아니라 '선고형'을 의미한다(다수설, 판례). 따라서 법정형 중 벌금형을 선택한 경우에는 누범가중을 할 수 없다(대판 1982.9.14, 82도1702).
- ②(○). 잔형기간경과전인 가석방기간 중에 본건 범행을 저질렀다면 이를 형법 35조에서 말하는 형집행종료 후에 죄를 범한 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로 여기에 누범가중을 할 수 없는 이치라 할 것이다(대판 1976.9.14, 76도2071).
- ③(○). 형의 선고를 받은 자가 특별사면을 받아 형의 집행을 면제받고 또 후에 복권이 되었다 하더라도 형의 선고의 효력이 상실되는 것은 아니므로 실형을 선고받아 복역다가 특별사면으로 출소한 후 3년 이내에 다시 범죄를 저지른 자에 대한 누범가중은 정당하다(대판 1986.11.11, 86도2004).
- ④(○). 일반사면에 의하여 형의 선고의 효력이 상실되기 때문이다(대판 1965.11.30, 65도910).

문 39. 뇌물죄에 대한 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가? (판례에 의함)

- ㉠ 뇌물죄는 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 인정하는데 특별한 청탁이 있어야만 하는 것은 아니다.
- ㉡ 뇌물의 내용에는 일체의 유형, 무형의 이익이 포함되므로 투기적 사업에 참여할 기회를 얻는 것도 이에 해당하며 이 경우 그 기수시기는 투기적 사업에 참여하여 이익을 얻는 행위가 종료한 때로 보아야 한다.
- ㉢ 수뢰죄에 있어서 '직무에 관하여' 라 함은 그 직무에 관련하여 사실상 처리하고 있는 행위까지도 포함한다.
- ㉣ 공무원이 직무와 관련하여 뇌물수수를 약속하고 퇴직 후 이를 수수하는 경우 뇌물수수죄가 성립한다.

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

정답 ②

해설 ㉠(○). 대판 2007.4.27, 2005도4204.

㉡(×). [1] 뇌물죄에서 뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요 욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유형, 무형의 이익을 포함한다고 해석되고, 투기적 사업에 참여할 기회를 얻는 것도 이에 해당한다.

[2] 공무원이 뇌물로 투기적 사업에 참여할 기회를 제공 받은 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 아무런 이득을 얻지 못한 경우라도 뇌물수수죄의 성립에는 영향이 없다(대판 2002.11.26, 2002도3539).

㉢(○). 대판 2000.1.28, 99도4022 등.

㉣(×). 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 사후수수죄가 성립할 수 있음은 별론으로 하고, 뇌물수수죄는 성립하지 않는다(대판 2008.2.1, 2007도5190).

이 사실과 다름이 객관적으로 명백하거나 증거가 조작되어 있다는 점을 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).

④(○). 대판 1983.5.25, 83도200.

이하부터는 여백입니다.

문 40. 간접정범에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (판례에 의함)

- ① 사법경찰관이 피해자를 구속하기 위하여 허위로 진술조서 등을 작성하여 기록에 첨부한 후 구속영장을 신청하여 그 정을 모르는 검사와 판사를 속여 구속영장을 발부받아 피해자를 구속하였다면 간접정범이 성립할 수 있다.
- ② 공무원이 아닌 자가 허위사실을 신고하여 면장의 거주 확인증을 발급받더라도 허위공문서작성죄의 간접정범의 죄책을 지지 아니한다.
- ③ 자기에게 유리한 판결을 얻기 위하여 증거가 조작되어 있다는 점을 인식하지 못하는 타인을 이용하여 그로 하여금 민사소송의 당사자가 되게 하고 법원을 기망하여 소송 상대방의 재물을 취득하였다면 사기죄의 간접정범의 죄책을 지지 않는다.
- ④ 무허가 식용유 제조의 범의가 없는 자에게 의뢰하여 허가없이 식용유를 제조케 한 경우에는 무허가 식용유 제조의 간접정범이 성립한다.

정답 ③

해설 ①(○). 대판 2006.5.25, 2003도3945.

②(○). 대판 1971.1.26, 70도2598.

③(×). 자기에게 유리한 판결을 얻기 위하여 소송상의 주장