

형 법

문 31. 다음은 형법의 시간적 적용범위에 관한 판례의 내용이다. 잘못 기술된 것을 고르시오.

- ① 법률의 개정으로 개정 전의 법률이 처벌대상으로 삼았던 행위를 처벌대상에서 제외하였으나, 개정 법률이 시행되기 전에 다시 법률이 개정되어 다시 그 행위를 처벌대상에 포함시킨 경우에도 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법률이 변경된 경우’에 해당된다.
- ② 검사가 재판시법인 신법을 적용하였더라도 그 범행에 대한 형의 경중의 차이가 없으면 공소장변경절차를 거치지 않고도 행위시법인 구법을 적용할 수 있다.
- ③ 범죄 후 법률개정에 의하여 법정형이 가벼워진 경우에는 형법 제1조에 의하여 당해 범죄사실에 적용될 법정형 가운데 신법의 법정형이 공소시효기간의 기준으로 된다.
- ④ 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소한 피고 사건은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당하므로 결국 이 부분 공소사실은 무죄라 할 것이다.

정답 ①

- 해설** ①(×). 구 주택건설촉진법 제51조 제6호, 제47조 제1항이 1992.12.8. 법률 제4530호로 개정되어(시행일은 1993.3.1.) 개정 전의 법률이 처벌대상으로 삼았던 “사위 기타 부정한 방법으로 위 법에 의하여 건설, 공급되는 주택을 공급받거나 공급받게 하는” 행위를 처벌대상에서 제외하였으나, 위 개정법률은 시행되기 전인 1993.2.24. 법률 제 4540호로 다시 개정되어(시행일은 1993.3.1.) “사위 기타 부정한 방법으로 위 법에 의하여 건설, 공급되는 주택을 공급받거나 공급받게 하는” 행위를 다시 처벌대상에 포함시켰으므로 피고인이 부정한 방법으로 주택을 공급받았다는 범죄사실은 범죄 후 법령이 변경된 경우에 해당된다고 볼 수 없다(대판 1994.1.14, 93도2579).
- ②(○). 대판 2002.4.12, 2000도3350.
 - ③(○). 대판 2008.12.11, 2008도4376.
 - ④(○). 대판 1999.12.24, 99도3003.

문 28. 다음은 인과관계에 관한 판례이다. 올바른 것은 모두 몇 개인지 고르시오.(다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ㉠ 고등학교 교사 甲은 비정상적으로 얇은 두개골과 뇌수종을 지닌 제자 乙의 뺨을 때려 乙이 급성 뇌압상승으로 뒤로 넘어져 사망하였다. 이 경우 甲이 乙의 허약함을 알고 있었으나 두뇌에 특별이상이 있음을 미처 알지 못했다면 甲의 행위와 乙의 사망사이에 인과관계가 없다.
- ㉡ 완전한 제동 장치를 아니하고 단순히 양쪽 뒷바퀴에 받침돌만 고여 경사진 포장도로 상에 세워 둔 삼륜차의 한쪽 뒷바퀴를 구두발로 찬 행위와 그 삼륜차의 후진으로 인한 사고발생간에 인과관계를 인정할 수 있다.
- ㉢ 피고인이 피해자의 신체 여러 부위에 표피박탈, 피하출혈 등의 외상이 생길 정도로 심하게 폭행을 가함으로써 나쁜 상태에 있는 피해자의 심장에 더욱 부담을 주어 나쁜 영향을 초래하도록 하였다고 하더라도 평소에 심장질환을 앓고 있던 피해자가 관상동맥부전과 허혈성 심근경색 등으로 사망하였다면 피고인의 폭행과 피해자의 사망 사이에 상당인과관계가 있었다고 할 수 없다.
- ㉣ 피해자를 2회에 걸쳐 두 손으로 힘껏 밀어 땅바닥에 넘어뜨리는 폭행을 가함으로써 그 충격으로 인한 쇼크성 심장마비로 사망케 하였다면 비록 위 피해자에게 그 당시 심장질환의 지병이 있었고 음주로 만취된 상태였으며 그것이 피해자의 사망에 영향을 주었다고 해서 피고인의 폭행과 피해자의 사망간에 상당인과관계가 없다고 할 수 없다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

정답 ②

- 해설** ㉠(○). 대판 1978.11.28, 78도1961.
- ㉡(×). 완전한 제동장치를 아니하고 화물(3톤)을 적재한 채 단지 양쪽 뒷바퀴에 받침돌만 괴어 경사진 포장도로상에 세워 둔 삼륜차의 한쪽 뒷바퀴를 구두발로 찬 행위와 그 삼륜차의 후진으로 인한 사고발생간에는 특별한 사정이 없는 한 인과관계를 인정할 수 없다(대판 1970.9.22, 70도1526).
- ㉢(×). 피고인이 피해자의 목살을 잡아 흔들고 주먹으로 가슴과 얼굴을 1회씩 구타하고 목살을 붙들고 넘어뜨리는 등 신체 여러 부위에 표피박탈, 피하출혈 등의 외상이 생길 정도로 심하게 폭행을 가함으로써 평소에 오른쪽 관상동맥폐쇄 및 심실의 허혈성 심근섬유화증세 등의 심장질환을 앓고 있던 피해자의 심장에 더욱 부담을 주어 나쁜 영향을 초래하도록 하였다면, 비록 피해자가 관상동맥부전과 허혈성심근경색 등으로 사망하였더라도, 피고인의 폭행의 방법, 부위나 정도 등에 비추어 피고인의 폭행과 피해자의 사망과 간에 상당인과관계가 있었다고 볼 수 있다

(대판 1989.10.13, 89도556).
 ㉔(○). 대판 1986.9.9, 85도2433.

문 3. 다음은 결과적 가중범의 공범에 관한 판례의 태도이다. 잘못 설명된 것을 고르시오.

- ① 집회 및 시위에 참가한 노동조합원 중 일부가 시위진압 경찰관들과의 몸싸움 과정에서 경찰관들에게 상해를 입게 한 경우, 금속연맹 지역 본부장의 직책을 가지고 그 집회 및 시위에 적극적으로 참가한 피고인에게는 특수공무집행방해치상죄가 성립한다.
- ② 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 수 없는 때가 아닌 한 상해치사의 죄책을 면할 수 없다.
- ③ 강도의 공범자 중 1인이 강도의 기회에 피해자에게 폭행 또는 상해를 가하여 살해한 경우, 다른 공모자가 살인의 공모를 하지 아니하였다고 하여도 그 살인행위나 치사의 결과를 예견할 수 없었던 경우가 아니면 강도치사죄의 죄책을 면할 수 없다.
- ④ 결과적 가중범인 상해치사의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해행위를 공동으로 할 의사 이외에 결과를 공동으로 할 의사가 필요하다.

정답 ④

- 해설** ①(○). 집회 및 시위에 참가한 노동조합원 중 일부가 시위진압 경찰관들과의 몸싸움 과정에서 경찰관들에게 상해를 입게 한 사안에서, 금속연맹 지역 본부장의 직책을 가지고 그 집회 및 시위에 적극적으로 참가한 피고인에게는 특수공무집행방해치상죄의 공모공동정범으로서의 죄책을 인정한 사례(대판 2002.4.12, 2000도3485).
- ③(○). 대판 2000.12.8, 2000도4459.
- ②(○), ④(×). 결과적 가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해 행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없으며, 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 수 없는 때가 아닌 한 상해치사의 죄책을 면할 수 없다(대판 2000.5.12, 2000도745).

문 24. 다음 사례에 대한 甲의 죄책을 고르시오.(판례에 의함)

甲은 22:40경 그의 처 乙女와 함께 극장구경을 마치고 귀가하는 도중 술에 취한 丙이 甲의 질녀인 소녀들에게 음경을 내놓고 소변을 보면서 키스를 하자고 달려들고, 타이르

는 甲의 뺨을 때리고 돌을 들어 구타하려고 따라오는 것을 甲이 피하자 丙은 乙女를 땅에 넘어뜨려 깔고 앉아서 돌로써 乙女를 때리려는 순간 甲은 농구화 신은 발로써 丙의 복부를 한차례 찬 결과 丙은 사망하고 말았다.

- ① 긴급피난으로서 위법성이 조각된다.
- ② 형법 제21조 제3항의 과잉방위로서 무죄이다.
- ③ 정당방위로서 위법성이 조각된다.
- ④ 과잉방위로서 책임이 감경된다.

정답 ②

해설 ★ 피고인의 행위가 형법 제21조 2항 소정의 과잉방위에 해당한다 할지라도 위 행위가 당시 야간에 술이 취한 피해자의 불의의 행패와 폭행으로 인한 불안스러운 상태에서의 공포, 경악, 흥분 또는 당황에 기인된 것이라면 형법 제21조 3항이 적용되어 피고인은 무죄이다(대판 1974.2.26, 73도2380).

문 17. 다음 사례에 대한 甲의 죄책으로 알맞은 것을 고르시오.(판례에 의함)

S종합고등학교 생활지도 주임교사인 甲은 2학년 학생 乙이 甲에게 욕설을 한 것으로 오인하고 격분하여 좌우 주먹으로 乙의 얼굴 양측두부를 각 1회씩 구타하여 乙을 실신시키고 전치 10일을 요하는 쇼크 및 양측측두부 타박상을 입혔다.

- ① 무죄
- ② 폭행치상죄
- ③ 중상해죄
- ④ 과실치상죄

정답 ②

해설 ★ 교사가 피해자인 학생이 욕설을 하였는지를 확인도 하지 못할 정도로 침착성과 냉정성을 잃은 상태에서 욕설을 하지도 아니한 학생을 오인하여 구타하였다면 그 교사가 비록 교육상 학생을 훈계하기 위하여 한 것이라고 하더라도 이는 징계권의 범위를 일탈한 위법한 폭력행위이다(대판 1980.9.9, 80도762).

문 5. 위법성조각사유에 관한 다음 설명 중 옳은 것을 고르시오.(다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 명예훼손 행위의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 위법성이 조각될 수 있다.
- ② 甲男의 노크소리를 듣고 자기 남편으로 오인한 피해자

乙女가 공중화장실 용변칸 문을 열어주자 甲이 乙을 강간할 의도로 들어간 경우 乙의 명시적인 승낙이 있었으므로 주거침입죄는 성립하지 않는다.

- ③ 18세 소년이 취직할 수 있다는 감언이설에 속아 일본으로 밀항한 후 조총련 간부들의 감금하에 강요에 못이겨 공산주의자가 되어 북한에 갈 것을 서약한 행위는 긴급피난에 해당되어 위법성이 조각된다.
- ④ 사회통념상 용인되는 정도를 넘어선 폭행 또는 협박을 행사하여 재산상 이익을 취득한 경우에도 채권추심을 위한 것이라면 공갈죄는 성립하지 않고 폭행죄 또는 협박죄만 성립한다.

정답 ①

해설 ①(○). 대판 1999.6.8, 99도1543.

②(×). [1] 타인의 주거에 거주자의 의사에 반하여 들어가는 경우는 주거침입죄가 성립하며 이 때 거주자의 의사라 함은 명시적인 경우뿐만 아니라 묵시적인 경우도 포함되고 주변사정에 따라서는 거주자의 반대의사가 추정될 수도 있다.

[2] 피고인이 피해자가 사용중인 공중화장실의 용변칸에 노크하여 남편으로 오인한 피해자가 용변칸 문을 열자 강간할 의도로 용변칸에 들어간 것이라면 피해자가 명시적 또는 묵시적으로 이를 승낙하였다고 볼 수 없어 주거침입죄에 해당한다고 한 사례(대판 2003.5.30, 2003도1256).

③(×). 18세 소년이 취직할 수 있다는 감언에 속아 도일하여 조총련 간부들의 감시 내지 감금하에 강요에 못이겨 공산주의자가 되어 북한에 갈 것을 서약한 행위를 한 것이 강요된 행위라고 인정한 사례(대판 1972.5.9, 71도1178).

★ 형법 제12조의 ‘강요된 행위’를 인정한 판례이다.

④(×). 정당한 권리가 있다 하더라도 그 권리행사에 빙자하여 사회통념상 허용되는 범위를 넘어 협박을 수단으로 상대방을 외포시켜 재물의 교부 또는 재산상의 이익을 받는 경우와 같이 그 행위가 정당한 권리행사라고 인정되지 아니하는 경우에는 공갈죄가 성립된다(대판 1991.12.13, 91도2127).

문 25. 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 설명으로 옳지 않는 것을 고르시오.

- ① 원인에 있어서 자유로운 행위는 고의에 의한 작위·부작위범에 모두 적용된다.
- ② 실행의 착수시기와 관련하여 원인행위를 실행행위로 보는 견해에 따르면 행위와 책임의 동시존재의 원칙이 유지되기 어렵다는 단점이 있다.
- ③ 원인에 있어서 자유로운 행위는 면책이나 형의 감경사유로 취급되지 않는다.
- ④ 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 처벌해야

한다는 것에는 학설이 일치하지 않고 있다.

정답 ②

해설 ①(○). 예컨대 사람을 살해할 고의로 의식적으로 음주대취하여 명정상태에서 살해한 경우는 고의·작위에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위이고, 전철수가 고의로 전철을 충돌시키기 위해 대취하고 잠들어 버림으로써 기차가 충돌한 경우는 고의·부작위에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위이다.

②(×). 실행의 착수시기와 관련하여 원인행위를 실행행위로 보는 견해, 즉 구성요건모델 내지 일치설에 의하면 행위와 책임의 동시존재의 원칙에 충실하게 된다. 반면 장애상태하의 행위를 실행행위로 보는 견해, 즉 책임모델 내지 예외설에 의하면 행위와 책임의 동시존재의 원칙에 대한 예외를 인정하게 된다.

③(○). 즉 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하면 책임능력자의 행위로 취급되어 책임조각이나 책임감경이 인정되지 않는다. 형법 제10조 제3항 참조.

④(○). 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위의 인정여부에 대해서는 긍정설(多數說·判例)과 부정설의 대립이 있다.

문 29. 법률의 착오에 정당한 이유가 있다고 판례가 인정하는 경우는 모두 몇 개인지 고르시오.(판례에 의함)

- ㉠ 국유지상에 건물을 신축할 수 없음에도 불구하고 甲은 건축허가사무 담당 공무원에게 국유지상에 건축물을 건축할 수 있는지의 여부를 문의한 결과 국유재산을 불하받지 못하게 되면 건물을 즉시 철거하겠다는 각서를 제출하면 된다는 답변을 듣고 건축허가를 받고 건물을 신축한 경우
- ㉡ 가처분 결정으로 직무집행정지 중에 있던 종단대표자가 변호사의 조언을 받아 종단 소유의 보관금을 소송비용으로 사용한 경우
- ㉢ 운전교습용 비디오카메라 장치의 특허권자에게 대가를 지불하고 사용승낙을 받은 이상 불법운전교육을 해도 처벌받지 않는다고 생각한 경우
- ㉣ 비디오방 운영자가 대구 중구청 문화관광과로부터 18세 미만자만 출입을 금지하라는 행정지도를 받고 18세 이상 19세 미만의 청소년을 출입시켜 청소년보호법을 위반한 경우

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

정답 ②

해설 ㉠(○). 국유재산을 대부받아 주유소를 경영하는 자가 기사식

당과 휴게소가 필요하게 되어 건축허가사무 담당 공무원에게 위 국유지상에 건축물을 건축할 수 있는지의 여부를 문의하여, 비록 국유재산이지만 위 국유재산을 불허받을 것이 확실하고 또 만일 건축을 한 뒤에 위 국유재산을 불허받지 못하게 되면 건물을 즉시 철거하겠다는 각서를 제출하면 건축허가가 될 수 있다는 답변을 듣고, 건축사에게 건축물의 설계를 의뢰하여 위와 같은 내용의 각서와 함께 건축허가신청서를 제출하여 건축허가를 받고, 건물을 신축하여 준공검사를 받은 지 1년여 후에 위 국유재산을 매수하였다면, 국유재산법 제24조 제3항에 따라 기부를 전제로 한 시설물의 축조 이외에는 국유지상에 건물을 신축할 수 없는 사실을 알고 있었다 하더라도, 국유지상에 건물을 신축하여 그 국유재산을 사용·수익하는 것이 법령에 의하여 허용되는 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 정당한 이유가 있었다고 볼 수 있다 한 사례(대판 1993.10.12, 93도1888).

- ㉠(×). 가치분결정으로 직무집행정지 중에 있던 종단대표자가 종단소유의 보관금을 소송비용으로 사용함에 있어 변호사의 조언이 있었다는 것만으로 보관금 인출사용행위가 법률의 착오에 의한 것이라 할 수 없다(대판 1990.10.16, 90도1604).
- ㉡(×). 운전교습용 비디오 카메라 장치의 특허권자에게 대가를 지불하고 사용승낙을 받았다고 하여 불법교육이 허용되는 것으로 오인할 만한 정당한 이유가 있었다고 할 수는 없다(대판 2006.1.13, 2005도8873. 공보불게재).
- ㉢(○). 비디오물감상실업자가 자신의 비디오물감상실에 18세 이상 19세 미만의 청소년을 출입시킨 행위가 관련 법률에 의하여 허용된다고 믿었고, 그렇게 믿었던 것에 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 한 사례(대판 2002.5.17, 2001도4077).

문 16. 범죄와 형벌에 관한 다음 설명 중 옳은 것으로 고르시오.

- ① 불능미수는 형법상 행위자의 착오가 불리하게 작용되는 유일한 예로 형을 감경한다.
- ② 불능범은 감경한다.
- ③ 범인이 자의로 실행에 착수한 행위를 중지한 때에는 형을 감면할 수 있다.
- ④ 장애미수는 형을 감경할 수 있다.

정답 ④

- 해설** ①(×). 불능미수는 '임의적 감면'사유이다(제27조 참조).
 ②(×). 결과발생이 불가능하다는 점에서 불능미수와 불능범은 같지만, 불능범은 위협성이 없어 '불가벌'에 해당하는 반면 불능미수는 위협성으로 인하여 미수범으로 처벌(임의적 감면)되는 경우이다.
 ③(×). 중지미수는 '필요적 감면'사유이다(제26조 참조).

④(○). (장애)미수범의 형은 기수범보다 '감경할 수 있다(임의적 감경)'(제25조 제2항 참조).

문 14. 다음 중 예비를 처벌하지 않는 범죄는 모두 몇 개인지 고르시오.

㉠ 특수감금죄	㉤ 공갈죄
㉡ 강도죄	㉥ 허위유가증권작성죄
㉢ 강간죄	㉦ 현주건조물방화죄
㉣ 결혼목적 약취·유인죄	㉧ 도주원조죄
㉦ 수도불통죄	㉨ 영아살해죄
㉧ 살인죄	㉩ 일반교통방해죄

- ① 5개 ② 6개 ③ 7개 ④ 8개

정답 ③

- 해설** ★ 개인적 범익에 대한 죄 중에는 살인죄(㉧), 강도죄(㉡), 국외이송목적 약취·유인죄 등이 예비·음모를 처벌한다. 특히 살인의 죄 중에서는 보통살인죄, 존속살해죄, 위계·위력에 의한 살인죄의 경우에만 예비·음모가 처벌된다. 따라서 특수감금죄(㉠), 공갈죄(㉤), 강간죄(㉢), 결혼목적 약취·유인죄(㉣), 영아살해죄(㉨) 등에는 예비·음모 처벌규정이 존재하지 않는다.
- ★ 통화·유가증권·우표·인지에 관한 죄 중 유형위조에 해당하는 위조·변조죄 및 자격모용작성죄에 대한 예비·음모 처벌규정은 존재하지만(제224조 참조), 그 이외의 무형위조(허위작성죄)나 행사죄에 대한 예비·음모 처벌규정은 존재하지 않는다. 결국 ㉥의 허위유가증권작성죄에는 예비·음모의 처벌규정이 없다.
- ★ 방화죄의 경우, 현주건조물방화(㉦)·공용건조물방화·타인소유일반건조물방화·폭발성물건과열·가스전기등방류·가스전기등공급방해의 죄에 대해서만 예비·음모 처벌규정(제175조)이 존재하고, 일반물건방화죄의 경우에는 예비·음모 처벌규정이 존재하지 않는다.
- ★ (간수자)도주원조죄(㉧)와 수도불통죄(㉦)에는 예비·음모 처벌규정이 존재한다.
- ★ 교통방해죄의 경우 기차·선박등 교통방해죄와 기차등 전복죄의 경우 예비·음모 처벌규정(제191조)이 존재하고, 일반교통방해죄(㉩)의 경우에는 예비·음모 처벌규정이 존재하지 않는다.

문 4. 다음 중 ()안의 범죄가 간접정범이 성립하지 않는 경우를 고르시오.(판례에 의함)

- ① 면의 호적계장이 허위인 정을 모르는 면장의 결재를 받아 허위내용의 호적부를 작성한 경우(허위공문서작성죄)

- ② 피고인이 축산업협동조합이 점유하는 타인 소유의 창고의 패널을 점유자인 조합으로부터 명시적인 허락을 받지 않은 채 소유자로 하여금 취거하게 한 경우(절도죄)
- ③ 의사가 의료기기회사와의 분쟁을 정치적으로 해결하기 위하여 국회의원에게 허위의 사실을 제보하였는데, 위 국회의원의 발표로 그 사실이 일간신문에 게재된 경우(출판물에의한 명예훼손죄)
- ④ 수표발행인인 피고인이 은행에 지급제시된 수표가 위조되었다는 내용의 허위의 신고를 하여 그 정을 모르는 은행 직원이 수사기관에 고발을 함에 따라 수사가 개시된 경우(무고죄)

정답 ③

- 해설** ①(○). 허위공문서작성죄의 주체는 직무상 그 문서를 작성할 권한이 있는 공무원에 한하고 작성권자를 보조하는 직무에 종사하는 공무원은 허위공문서작성죄의 주체가 되지 못하나 이러한 보조직무에 종사하는 공무원이 허위공문서를 기안하여 허위인 정을 모르는 작성권자에게 제출하고 그로 하여금 그 내용이 진실한 것으로 오신케 하여 서명 또는 기명날인케 함으로써 공문서를 완성한 때에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립된다 할 것인바, 면의 호적계장이 정을 모른 면장의 결재를 받아 허위내용의 호적부를 작성한 경우 허위공문서작성, 동행사죄의 간접정범이 성립된다(대판 1990.10.30, 90도1912).
- ②(○). 피고인이 축산업협동조합이 점유하는 타인 소유의 창고의 패널을 점유자인 조합으로부터 명시적인 허락을 받지 않은 채 소유자인 위 타인으로 하여금 취거하게 한 경우 소유자를 도구로 이용한 절도죄의 간접정범이 성립될 수 있지만, 여러 사정에 비추어 피고인에게 조합의 의사에 반하여 위 창고의 패널을 뜯어간다는 범의가 있었다고 단정하기는 어렵다고 한 사례(대판 2006.9.28, 2006도2963. 공보불게재).
- ③(×). [1] 출판물에 의한 명예훼손죄는 간접정범에 의하여 범하여질 수도 있으므로 타인을 비방할 목적으로 허위의 기사 재료를 그 정을 모르는 기자에게 제공하여 신문 등에 보도되게 한 경우에도 성립할 수 있으나 제보자가 기사의 취재·작성과 직접적인 연관이 없는 자에게 허위의 사실을 알렸을 뿐인 경우에는, 제보자가 피제보자에게 그 알리는 사실이 기사화 되도록 특별히 부탁하였다거나 피제보자가 이를 기사화 할 것이 고도로 예상되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 피제보자가 언론에 공개하거나 기자들에게 취재됨으로써 그 사실이 신문에 게재되어 일반 공중에게 배포되더라도 제보자에게 출판·배포된 기사에 관하여 출판물에 의한 명예훼손죄의 책임을 물을 수는 없다.
[2] 의사가 의료기기 회사와의 분쟁을 정치적으로 해결하기 위하여 국회의원에게 허위의 사실을 제보하였을 뿐인데, 위 국회의원의 발표로 그 사실이 일간신문에 게재된 경우 출판물에 의한 명예훼손이 성립하지 아니한다고 한 사례(대판 2002.6.28, 2000도3045).

- ④(○). 수표발행인인 피고인이 은행에 지급제시된 수표가 위조되었다는 내용의 허위의 신고를 하여 그 정을 모르는 은행 직원이 수사기관에 고발을 함에 따라 수사가 개시되고, 피고인이 경찰에 출석하여 수표위조자로 특정인을 지목하는 진술을 한 경우, 이는 피고인이 위조 수표에 대한 부정수표단속법 제7조의 고발의무가 있는 은행원을 도구로 이용하여 수사기관에 고발을 하게 하고 이어 수사기관에 대하여 특정인을 위조자로 지목함으로써 자발적으로 수사기관에 대하여 허위의 사실을 신고한 것으로 평가하여야 한다고 한 사례(대판 2005.12.22, 2005도3203).

문 15. 다음 사례 중에서 **甲**에게 **괄호 안의 범죄에 대한 교사범이 성립하지 않는 것을 모두 고르시오.**(다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ㉠ 甲이 의사 아닌 乙을 교사하여 의사와 공모하여 허위진단서를 작성케 하였다. (허위진단서작성죄)
- ㉡ 甲이 지방행정서기를 교사하여 무허가건물을 허가받은 건축물인 것처럼 가옥대장 등에 등재케 하였다. (공문서위조죄)
- ㉢ 무면허 운전으로 사고를 낸 甲이 동생 A를 경찰서에 대신 출두시켜 피의자로 조사받도록 하였다. (범인도피죄)
- ㉣ 사(私)기업체의 직원 甲이 본인에 대한 회사의 징계해고 사안에서 동생을 교사하여 증거를 변조하였다. (증거변조죄)
- ㉤ 甲이 A의 경호원으로 있다가 사이가 나빠진 乙에게 A에게 중상해를 가할 것을 청부하였는데 乙이 살인의 고의로 칼로 온몸을 찔러 A를 살해하였다. (상해치사죄)

- ① ㉠, ㉡ ② ㉡, ㉢ ③ ㉢, ㉣ ④ ㉢, ㉤

정답 ②

- 해설** ㉠(○). 의사 아닌 자를 교사하여 의사와 공모하여 허위진단서를 작성케 하면 (허위진단서작성죄의) 교사죄가 성립한다(대판 1967.1.24, 66도1586).
- ㉡(×). 피고인이 건축물조사 및 가옥대장 정리업무를 담당하는 지방행정서기를 교사하여 무허가 건물을 허가받은 건축물인 것처럼 가옥대장 등에 등재케 하여 허위공문서등을 작성케 한 사실이 인정된다면, 허위공문서작성죄의 교사범으로 처단한 것은 정당하다(대판 1983.12.13, 83도1458).
- ㉢(○). [1] 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 아니하

는 친족, 호주 또는 동거 가족에 해당한다 하여 달리 볼 것은 아니다.

[2] 무면허 운전으로 사고를 낸 사람이 동생을 경찰서에 대신 출두시켜 피의자로 조사받도록 한 행위는 범인도피 교사죄를 구성한다(대판 2006.12.7, 2005도3707).

㉞(×). 형법 제155조 제1항은 ‘타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자’를 처벌한다고 규정하고 있는바, 증거인멸 등 죄는 위증죄와 마찬가지로 국가의 형사사법작용 내지 징계작용을 그 보호법익으로 하므로, 위 조문에서 말하는 ‘징계사건’이란 국가의 징계사건에 한정되고 사인(私人) 간의 징계사건은 포함되지 않는다(대판 2007.11.30, 2007도4191).

㉟(○). 교사자가 피교사자에 대하여 상해 또는 중상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우 일반적으로 교사자는 상해죄 또는 중상해죄의 교사범이 되지만 이 경우 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 지울 수 있다(대판 1993.10.8, 93도1873).

문 2. 공범과 신분에 대한 설명 중 틀린 것을 고르시오.(판례에 의함)

- ① 공직선거법에 의한 기부행위의 주체로 인정되지 아니하는 자가 기부행위의 주체자 등과 공모하여 기부행위를 한 경우 기부행위 주체자의 공동정범으로 처벌할 수 없다.
- ② 甲이 乙을 모해할 목적으로 丙에게 위증을 교사한 이상, 가사 정범인 丙에게 모해의 목적이 없었다고 하더라도 甲을 모해위증교사죄로 처단할 수 있다.
- ③ 형법 제33조 소정의 이른바 신분관계라 함은 남녀의 성별, 내·외국인의 구별, 친족관계, 공무원인 자격과 같은 관계를 말하는 것이고, 일정한 범죄행위에 관련된 범인의 인적 관계인 특수한 지위 또는 상태를 지칭하는 것은 아니다.
- ④ 신분관계가 없는 자가 신분관계가 있는 자와 공모하여 업무상 배임죄를 저질렀다면 신분관계가 없는 자에 대하여는 단순배임죄에 정한 형으로 처단한다.

정답 ③

- 해설** ①(○). 대판 2008.3.13, 2007도9507.
 ②(○). 대판 1994.12.23, 93도1002.
 ③(×). 형법 제33조 소정의 이른바 신분관계라 함은 남녀의 성별, 내·외국인의 구별, 친족관계, 공무원인 자격과 같은 관계뿐만 아니라 널리 일정한 범죄행위에 관련된 범인의 인적관계인 특수한 지위 또는 상태를 지칭하는 것이다(대

판 1994.12.23, 93도1002).

④(○). 대판 1999.4.27, 99도883.

문 7. 다음 중 불가벌적 사후행위에 해당하지 않는 것은 모두 몇 개인지 고르시오.(판례에 의함)

- ㉠ 강취한 은행예금통장을 이용하여 예금의 환급을 받은 경우
- ㉡ 장물보관자가 그 보관하던 장물을 횡령한 경우
- ㉢ 약속어음을 편취한 후 이를 피해자에 대한 채권의 변제에 충당한 경우
- ㉣ 절취한 자기앞수표를 추심의뢰에 의하여 환급한 경우
- ㉤ 대표이사가 은행을 기망하여 대부받은 금원을 보관 중 횡령한 경우

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

정답 ②

- 해설** ㉠(×). 영득죄에 의하여 취득한 장물을 처분하는 것은 재산죄에 수반하는 불가벌적 사후행위에 불과하므로 다른 죄를 구성하지 않는다 하겠으나 강취한 은행예금통장을 이용하여 은행직원을 기망하여 진실한 명의인이 예금의 환급을 청구하는 것으로 오신케 함으로써 예금의 환급 명목으로 금원을 편취하는 것은 다시 새로운 법익을 침해하는 행위이므로 장물의 단순한 사후처분과는 같지 아니하고 별도의 사기죄를 구성한다(대판 1990.7.10, 90도1176).
- ㉡(○). 절도 범인으로부터 장물보관 의뢰를 받은 자가 그 정을 알면서 이를 인도받아 보관하고 있다가 임의 처분하였다 하여도 장물보관죄가 성립하는 때에는 이미 그 소유자의 소유물 추구권을 침해하였으므로 그 후의 횡령행위는 불가벌적 사후행위에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다(대판 2004.4.9, 2003도8219).
- ㉢(○). 피고인이 당초부터 피해자를 기망하여 약속어음을 교부받은 경우에는 그 교부받은 즉시 사기죄가 성립하고 그 후 이를 피해자에 대한 피고인의 채권의 변제에 충당하였다 하더라도 불가벌적 사후행위가 됨에 그칠 뿐, 별도로 횡령죄를 구성하지 않는다(대판 1983.4.26, 82도3079).
- ㉣(○). 금융기관 발행의 자기앞수표는 즉시 지급받을 수 있어 현금에 대신하는 기능을 하고 있는 점에서 현금적인 성격이 강하므로 절취한 자기앞수표의 환급행위는 절취행위에 대한 수반한 당연의 경과라 하여 절도행위에 대한 가벌적 평가에 당연히 포함된다 봄이 상당하므로 사기죄가 성립하지 아니한다(대판 1982.7.27, 82도822).
- ㉤(×). 대표이사 등이 회사의 대표기관으로서 피해자들을 기망하여 교부받은 금원은 그 회사에 귀속되는 것인데, 그 후 대표이사 등이 이를 보관하고 있으면서 횡령한 것이라면 이는 위 사기범행과는 침해법익을 달리하므로 횡령죄가 성립되는 것이고, 이를 단순한 불가벌적 사후행위로만

볼 수 없다(대판 1989.10.24, 89도1605).

문 10. 다음 설명 중 옳은 것을 고르시오.(판례에 의함)

- ① 감금행위가 단순히 강도상해 범행의 수단이 되는데 그치지 아니하고 강도상해의 범행이 끝난 뒤에도 계속된 경우에는 1개의 행위가 감금죄와 강도상해죄에 해당하는 경우라고 볼 수 없고, 이 경우 감금죄와 강도상해죄는 형법 제37조의 경합범 관계에 있다.
- ② 계속적으로 무면허운전을 할 의사를 가지고 여러 날에 걸쳐 무면허운전행위를 반복하였다면 이를 포괄하여 일죄로 보아야 한다.
- ③ 사기의 수단으로 발행한 수표가 지급거절된 경우 부정수표단속법위반죄와 사기죄는 행위의 단일성이 인정되므로 상상적 경합범 관계에 있다.
- ④ ○○작가협회 회원이 타인의 명의를 도용하여 협회 교육원장을 비방하는 내용의 호소문을 작성한 후 이를 협회 회원들에게 우편으로 송달한 경우, 사문서위조죄와 명예훼손죄가 각각 성립하고, 이는 상상적 경합관계에 있다.

정답 ①

- 해설** ①(○). 대판 2003.1.10, 2002도4380.
 ②(×). 무면허운전으로 인한 도로교통법위반죄에 있어서는 어느 날에 운전을 시작하여 다음 날까지 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(×). 사기의 수단으로 발행한 수표가 지급거절된 경우 부정수표단속법위반죄와 사기죄는 그 행위의 태양과 보호법익을 달리하므로 실체적 경합범의 관계에 있다(대판 2004.6.25, 2004도1751).
 ④(×). ○○작가협회 회원이 타인의 명의를 도용하여 협회 교육원장을 비방하는 내용의 호소문을 작성한 후 이를 협회 회원들에게 우편으로 송달한 경우, 사문서위조죄와 명예훼손죄가 각 성립하고, 이는 실체적 경합관계라고 한 사례(대판 2009.4.23, 2008도8527. 공보불게재).

문 8. 형의 선고유예 및 집행유예에 대한 설명 중 옳은 것을 고르시오.

- ① 형을 병과할 경우에는 그 형의 일부에 대해서도 집행유예가 가능하다.
- ② 형의 선고유예를 받은 날부터 1년이 경과한 때에는 면소된 것으로 간주한다.
- ③ 집행유예는 법정형이 3년 이하의 징역 또는 금고인 경우에만 가능하다.
- ④ 벌금형의 경우에는 그 선고를 유예할 수 없다.

정답 ①

- 해설** ①(○). 제62조 제2항.
 ②(×). 형의 선고유예를 받은 날로부터 '2년'을 경과한 때에는 면소된 것으로 간주한다(제60조).
 ③(×). 3년 이하의 징역 또는 금고의 형은 법정형이 아닌 최종적인 '선고형'을 의미한다(대판 1989.11.28, 89도780).
 ④(×). 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 개선의 정상이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다(제59조 제1항).

문 19. 다음 중 다중의 위력을 구성요건표지로 요구하는 범죄가 아닌 것은 몇 개인지 고르시오.

- | | |
|-------------|---------|
| ㉠ 특수폭행죄 | ㉡ 특수협박죄 |
| ㉢ 해상강도죄 | ㉣ 특수도주죄 |
| ㉤ 특수공무집행방해죄 | ㉥ 특수체포죄 |
| ㉦ 특수손괴죄 | ㉧ 특수강도죄 |
| ㉨ 특수주거침입죄 | ㉩ 특수절도죄 |

- ① 3개 ② 4개 ③ 5개 ④ 6개

정답 ①

- 해설** ㉠(○). 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 ...
 ㉡(○). 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 ...
 ㉢(○). 다중의 위력으로 해상에서 선박을 강취하거나 선박 내에 침입하여 타인의 재물을 강취한 자 ...
 ㉣(×). 수용설비 또는 기구를 손괴하거나 사람에게 폭행 또는 협박을 가하거나 2인 이상이 합동하여 ...
 ㉤(○). 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 ...
 ㉥(○). 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 ...
 ㉦(○). 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 ...
 ㉧(○). 야간에 사람의 주거 등에 침입하여 강도죄를 범하거나

나, 흉기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 강도죄를 범한 자 ...

- ㉔(○). 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 ...
- ㉕(×). 야간에 문호 또는 장벽 기타 건조물의 일부를 손괴하고 주거 등에 침입하여 재물을 탈취하거나, 흉기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 타인의 재물을 절취한 자 ...

문 9. 다음 사례 중 甲이 ‘흉기 기타 위험한 물건을 휴대하고 범행한 경우’에 해당되는 것을 고르시오.(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲은 전처인 乙에게 재결합하지 않으면 죽이겠다는 내용의 협박편지를 보내면서 청산염 2그램 정도를 동봉 우송하여 乙에게 도달하게 하였다.
- ② 甲은 친구인 乙, 丙과 흉기를 휴대하여 타인의 건물에 침입하기로 공모한 후, 甲은 흉기를 소지하지 않고 건물 안으로 들어가고, 乙, 丙은 건물로부터 약 30 내지 50미터 떨어진 곳에 주차한 차 안에서 흉기를 휴대하고 땅을 보고 있었다.
- ③ 甲은 깨어지지 아니한 맥주병으로 乙의 등을 폭행하였다.
- ④ 甲은 버섯을 채취하기 위해 칼을 가지고 산으로 가던 중 乙의 주거에 침입하였다. 그러나 甲은 칼을 주거침입에 사용할 의도를 가지고 있지는 않았다.

정답 ③

- 해설** ①(×). 폭력행위등처벌에 관한 법률 제3조 제1항 “소정의 위험한 물건의 휴대”라 함은 범행현장에서 범행에 사용될 의도 아래 위험한 물건을 몸 또는 몸 가까이 소지하는 것을 말하므로 청산염 2그램 정도를 협박편지에 동봉 우송하여 피해자에게 도달케 하였다는 것만으로는 위 법조에서 말하는 위험한 물건의 휴대라고 할 수 없다(대판 1985.10.8, 85도1851).
- ②(×). 폭력행위등처벌에 관한 법률 제3조 제1항, 제2조 제1항, 형법 제319조 제1항 소정의 특수주거침입죄는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 타인의 주거나 건조물 등에 침입함으로써 성립하는 범죄이므로, 수인이 흉기를 휴대하여 타인의 건조물에 침입하기로 공모한 후 그중 일부는 밖에서 땅을 보고 나머지 일부만이 건조물 안으로 들어갔을 경우에 있어서 특수주거침입죄의 구성요건이 충족되었다고 볼 수 있는지의 여부는 직접 건조물에 들어간 범인을 기준으로 하여 그 범인이 흉기를 휴대하였다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 결정되어야 한다(대판 1994.10.11, 94도1991). 따라서 위 건물 안으로 들어간 피고인 등 범인들을 기준으로 할 경우 그들이 위 건조물에 들어갈 때 30 내지 50 여 미터 떨어진 거리에 세워진 차안에 있던 흉기

를 휴대하고 있었다고 볼 수 없다.

- ③(○). 폭력행위등처벌에 관한 법률 제3조 제1항 소정의 “흉기 기타 위험한 물건” 이라 함은 사람을 살상할 특성을 갖춘 총, 칼과 같은 물건은 물론 그 밖의 물건이라도 사회통념상 이를 이용하면 상대방이나 제3자가 살상의 위험을 느낄 수 있는 것을 포함하는바, 깨어지지 아니한 상태의 맥주병 역시 위의 위험한 물건에 해당한다고 하여야 할 것이다(대판 1991.12.27, 91도2527).
- ④(×). 폭력행위등처벌에 관한 법률의 목적과 그 제3조 제1항의 규정취지에 비추어 보면 같은 법 제3조 제1항 소정의 “흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자”란 범행현장에서 그 범행에 사용하려는 의도아래 흉기를 소지하거나 몸에 지니는 경우를 가리키는 것이지 그 범행과는 전혀 무관하게 우연히 이를 소지하게 된 경우까지를 포함하는 것은 아니다(대판 1990.4.24, 90도401).

문 27. 다음 사안에서 甲과 乙의 과실 인정 여부에 대해 결론이 다른 하나는 어느 것인지 고르시오.(다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 대학병원 과장인 甲이 외래담당의사 乙의 처치와 치료 결과를 주시하고 적절한 수술방법을 지시·감독하지 아니하는 사이 乙의 과실로 환자 A가 사망하였다.
- ② 산부인과과의사인 甲은 임신중절수술을 시행하기 위하여 마취주사를 시주함에 있어 자신이 직접 주사하지 않고, 간호조무사 乙로 하여금 직접방법에 의하여 에폰톨 500밀리그램이 함유된 마취주사를 피해자의 우측 팔에 놓게 하여 피해자에게 상해를 입혔다.
- ③ 정신과질환인 조증으로 입원한 환자의 주치의사 乙이 클로르포르마진의 과다투여로 인하여 환자에게 기립성 저혈압이 발생하자 환자의 전해질이상 유무를 확인하는 등 의사에게 요구되는 일련의 조치를 취하지 아니하고 환자의 혈압상승을 위하여 포도당액을 주사하였고, 乙의 처방에 따라 야간당직의사 甲의 포도당액 주사와 결합하여 환자가 전해질이상·빈혈·저알부민증 등으로 인한 쇼크로 사망하였다.
- ④ 의사 甲이 종전 처방과 마찬가지로 환자 A에게 항생제, 소염진통제 등을 정맥에 투여할 것을 당직간호사(간호사 경력 7년) 乙에게 지시하였는데, 乙이 위 병원에 간호실습을 하고 있던 간호학과 3학년 丁을 병실에 대동하고 가서 그에게 주사기를 주면서 A의 정맥에 주사하라고 지시하자 丁이 뇌실외배액관을 대퇴부 정맥에 연결된 튜브로 착각하여 그곳에 주사액을 주입하여 A가 뇌압상승에 의한 호흡중추마비로 같은 날 사망하였다.

정답 ②

해설 ①(결론 다름). 일반적으로 대학병원의 진료체계상 과장은 병원행정상의 직급으로서 다른 교수나 전문의가 진료하고 있는 환자의 진료까지 책임지는 것은 아니고, 소속 교수 등이 진료시간을 요일별 또는 오전, 오후 등 시간별로 구분하여 각자 외래 및 입원 환자를 관리하고 진료에 대한 책임을 맡게 된다. 그러한 사정을 감안하면, 피고인에게 피해자를 담당하는 의사가 아니어서 그 치료에 관한 것이 아님에도 불구하고 구강악안면외과 과장이라는 이유만으로 외래담당의사 및 담당 수련의들의 처치와 치료결과를 주시하고 적절한 수술방법을 지시하거나 담당의사 대신 직접 수술을 하고, 농배양을 지시·감독할 주의의무가 있다고 단정할 수 없다(대판 1996.11.8, 95도2710). ★ 결국 乙에게는 업무상과실범이 성립하나, 甲에게는 업무상과실범이 성립하지 않는다.

②(결론 동일). 산부인과 의사인 피고인이 피해자에 대한 임신중절수술을 시행하기 위하여 마취주사를 시주함에 있어 피고인이 직접 주사하지 아니하고, 만연히 간호조무사로 하여금 직접방법에 의하여 에폰톨 500밀리그램이 함유된 마취주사를 피해자의 우측 팔에 놓게 하여 피해자에게 상해를 입혔다면 이에 는 의사로서의 주의의무를 다하지 아니한 과실이 있다고 할 것이다(대판 1990.5.22, 90도579). ★ 결국 甲과 乙 모두에게 업무상과실범이 성립한다.

③(결론 다름). 정신과질환인 조증으로 입원한 환자의 주치의는 환자의 건강상태를 사전에 면밀히 살펴서 그 상태에 맞도록 조증치료제인 클로르포르마진을 가감하면서 투여하여야 하고, 클로르포르마진의 과다투여로 인하여 환자에게 기립성저혈압이 발생하게 되었고 당시 환자의 건강상태가 갑자기 나빠지기 시작하였다면 좀 더 정확한 진찰과 치료를 위하여 내과전문병원 등으로 전원조치를 하여야 할 것이고, 그러지 못하고 환자의 혈압상승을 위하여 포도당액을 주사하게 되었으면 그 과정에서 환자의 전해질이상 유무를 확인하고 투여하여야 함에도 의사에게 요구되는 이러한 일련의 조치를 취하지 아니한 과실이 있다면, 그러한 과실로 환자가 전해질이상·빈혈·저알부민증 등으로 인한 쇼크로 사망하였음을 인정할 수 있고, 그 치료 과정에서 야간당직의사의 과실이 일부 개입하였다고 하더라도 그의 주치의사 및 환자와의 관계에 비추어 볼 때 환자의 주치의사는 업무상과실치사죄의 책임을 면할 수는 없다고 한 사례(대판 1994.12.9, 93도2524). ★ 한편 동 판례는 “위 병원의 야간당직의사는 환자에게 위급상황이 발생할 경우나 응급환자의 처치를 위하여 병동을 순시하고 그러한 상황이 발생할 경우 주치의와 상의하여 문제를 처리하는데 당직의사인 甲은 피고인 乙로부터 처방전과 간호일지 등을 인계받고 이에 따라 포도당액을 주사하였던 사실을 인정”하였는바, 이에 의하면 야간당직의사 甲은 신뢰의 원칙에 따라 과실이 부정된다고 할 것이다. ★ 결국 甲에게는 업무상과실범이 성립하지 않고, 乙에게는 업무상과실범이 성립한다.

④(결론 다름). [1] 간호사가 ‘진료의 보조’를 함에 있어서는 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도·감독하여야 한다고 할 수는 없고, 경우에 따라

서는 의사가 진료의 보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 족한 경우도 있을 수 있다 할 것인데, 여기에 해당하는 보조행위인지 여부는 보조행위의 유형에 따라 일률적으로 결정할 수는 없고 구체적인 경우에 있어서 그 행위의 객관적인 특성상 위험이 따르거나 부작용 혹은 후유증이 있을 수 있는지, 당시의 환자 상태가 어떠한지, 간호사의 자질과 숙련도는 어느 정도인지 등의 여러 사정을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다.

[2] 간호사가 의사의 처방에 의한 정맥주사(Side Injection 방식)를 의사의 입회 없이 간호실습생(간호학과 대학생)에게 실시하도록 하여 발생한 의료사고에 대한 의사의 과실을 부정한 사례(대판 2003.8.19, 2001도3667). ★ 결국 乙에게는 업무상과실범이 성립하지만, 甲에게는 업무상과실범이 성립하지 않는다.

문 35. 낙태의 죄에 대한 설명 중 옳지 않은 것을 고르시오. (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 낙태죄는 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하고, 배출 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없다.
- ② 임신부는 인공임신중절수술에 동의하는데 사실혼 관계의 배우자가 반대하는 경우에는 원칙적으로 낙태할 수 없다.
- ③ 의사가 임신부의 생명을 구하기 위해 인공임신중절수술을 한 경우는 긴급피난 행위로서 허용된다.
- ④ 인공임신중절수술은 모자보건법 제14조 제1항 제5호에 의하면 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하는 경우에는 가능하나, 해할 우려가 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

정답 ④

- 해설** ①(○). 대판 2005.4.15, 2003도2780.
 ②(○). 모자보건법은 낙태를 위해 임부 본인과 배우자의 동의를 요구하고 있고, 이때 배우자에는 사실혼 배우자도 포함된다.
 ③(○). 대판 1976.7.13, 75도1205.
 ④(×). 모자보건법 제14조 제5호는 모체의 건강을 심히 해하거나 해할 우려가 있을 때 낙태를 허용하고 있다.

문 12. 다음은 판례의 입장이다. 틀린 것을 고르시오.

- ① 교회 노회장이 교회 여신도들을 간음·추행한 경우, 교회 여신도들이 종교적 믿음에 대한 충격 등 정신적 혼란으

로 인한 항거불능의 상태에 있었다고 보아 교회 노회장에
 게 준강간강제추행죄 등이 인정된다.

- ② 초등학교 4학년 담임교사(남자)가 교실에서 자신이 담
 당하는 반의 남학생의 성기를 만진 행위는 미성년자의
 제강제추행죄에서 말하는 ‘추행’에 해당한다.
- ③ 피고인이 피해자를 폭행하여 비골 골절 등의 상해를 가
 한 다음 강제추행한 경우, 피고인의 위 폭행을 강제추행
 의 수단으로서의 폭행으로 볼 수 없어 폭력행위등처벌
 에관한법률위반죄로 처벌한 상해를 다시 결과적 가중범
 인 강제추행치상죄의 상해로 인정할 수 없다.
- ④ 추행행위로 인하여 피해자의 외음부 부위에 약간의 발
 적과 경도의 염증이 수반된 정도에 불과하다면, 피해자
 가 8세의 미성년자라 하더라도 미성년자의제강제추행치
 상죄의 상해의 개념에 해당한다고 볼 수는 없다.

정답 ④

- 해설** ①(○). 대판 2009.4.23, 2009도2001.
 ②(○). 대판 2006.1.13, 2005도6791.
 ③(○). 대판 2009.7.23, 2009도1934.
 ④(×). 미성년자에 대한 추행행위로 인하여 그 피해자의 외음
 부 부위에 염증이 발생한 것이라면, 그 증상이 약간의 발
 적과 경도의 염증이 수반된 정도에 불과하다고 하더라도
 그로 인하여 피해자 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고
 생활기능에 장애가 초래된 것이 아니라고 볼 수 없으니,
이러한 상해는 미성년자의제강제추행치상죄의 상해의 개념
 에 해당한다고 본 사례(대판 1996.11.22, 96도1395).

**문 20. 다음은 명예훼손죄에 대한 판례의 태도이다. 옳지 않
 은 것을 고르시오.**

- ① 명예훼손죄와 모욕죄의 보호법익은 다 같이 사람의 가
 치에 대한 사회적 평가인 이른바 외부적 명예인 점에서
 는 차이가 없다.
- ② 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 적시하더라도 그
 로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다
 면 공연성의 요건을 충족한다.
- ③ 명예훼손죄에 있어서의 ‘사실의 적시’란 가치판단이나
 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로
 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재 및
 미래의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하는 것
 이며, 그 표현내용이 증거에 의한 입증 가능한 것을
 말한다.
- ④ 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 범죄구성요건의 주관
 적 요소로서 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나
 아가 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다.

정답 ③

- 해설** ①(○). 대판 1987.5.2, 87도739.
 ②(○). 대판 2000.5.16, 99도5622.
 ③(×). 명예훼손죄에서 ‘사실의 적시’란 가치판단이나 평가를
 내용으로 하는 ‘의견표현’에 대치되는 개념으로서 시간과
 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한
 보고 내지 진술을 의미하며, 표현내용이 증거에 의해 증명
 이 가능한 것을 말하고, 판단할 보고 내지 진술이 사실인
 가 또는 의견인가를 구별할 때에는 언어의 통상적 의미와
 용법, 증명가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 표현이 행하
 여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야
 한다(대판 2011.9.2, 2010도17237).
 ④(○). 대판 2004.4.9, 2004도340.

문 26. 다음 중 옳지 않은 것을 모두 고르시오.

- ㉠ 형법 제334조 제1항(특수강도)은 야간에 사람의 주거,
 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실
 에 침입하여 제333조(강도)의 죄를 범한 자를 처벌한
 다고 규정하고 있다.
- ㉡ 형법 제330조(야간주거침입절도)는 야간에 사람의 주
 거, 간수하는 저택, 건조물, 선박이나 항공기 또는 점
 유하는 방실에 침입하여 타인의 재물을 절취한 자를
 처벌한다고 규정하고 있다.
- ㉢ 형법 제331조의2(자동차등 불법사용)는 권리자의 동의
 없이 타인의 자동차, 선박, 항공기 또는 원동기장치자
 전차를 일시 사용한 자를 처벌한다고 규정하고 있다.
- ㉣ 형법 제319조 제1항(주거침입)은 사람의 주거, 관리하
 는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침
 입한 자를 처벌한다고 규정하고 있다.
- ㉤ 형법 제186조(기차, 선박등의 교통방해)는 궤도, 등대
 또는 표지를 손괴하거나 기타 방법으로 기차, 전차, 자
 동차, 선박 또는 항공기의 교통을 방해한 자를 처벌한
 다고 규정하고 있다.
- ㉥ 형법 제141조 제2항(공용물의 파괴)은 공무소에서 사
 용하는 건조물, 선박, 기차, 자동차 또는 항공기를 파
 괴한 자를 처벌한다고 규정하고 있다.

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

정답 ②

- 해설** ㉡(×). 형법 제330조(야간주거침입절도)는 야간에 사람의 주
 거, 간수하는 저택, 건조물, 선박 또는 점유하는 방실에

침입하여 타인의 재물을 절취한 자를 처벌한다고 규정하고 있다. ★ 항공기는 야간주거침입절도죄의 객체에 포함되어 있지 않다.

㉔(×). 형법 제141조 제2항(공용물의 파괴)은 공무소에서 사용하는 건조물, 선박, 기차 또는 항공기를 파괴한 자를 처벌한다고 규정하고 있다. ★ 자동차는 공용물파괴죄의 객체에 포함되어 있지 않다.

문 21. 친족상도례에 관한 다음 설명 중 옳은 것을 고르시오.(판례에 의함)

- ① 장물범이 본범의 피해자와 동거하지 않는 직계혈족인 경우에는 피해자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.
- ② 아버지의 방에서 다른 사람의 물건으로 알고 절취하였는데 아버지의 물건이었을 경우에는 친족상도례에 관한 규정이 적용되지 않는다.
- ③ 강도죄와 강제집행면탈죄를 제외한 모든 재산범죄와 그 미수범에 대해서 형법 제328조(친족간의 범행과 고소)가 준용된다.
- ④ 법원을 기망하여 제3자로부터 재물을 편취한 경우에 피기망자인 법원은 피해자가 될 수 없고 재물을 편취당한 제3자가 피해자라고 할 것이므로 피해자인 제3자와 사기죄를 범한 자가 직계혈족의 관계에 있을 때에는 그 범인에 대하여는 형법 제328조 제1항을 준용하여 형을 면제하여야 한다.

정답 ④

- 해설**
- ①(×). 장물범이 본범의 피해자와 직계혈족인 경우에는 동거 관계를 불문하고 제328조 제1항의 친족관계에 있으므로 형이 면제된다. 제365조 제1항 및 제328조 제1항 참조.
 - ②(×). 通說인 인적처벌조각사유설에 의하면 친족관계는 행위시에 객관적으로 존재하면 되고 범인의 그에 대한 인식 여부는 문제되지 않으며, 객관적 구성요건요소도 아니므로 이에 대한 착오는 고의를 조각할 수 없다. 즉 친족상도례에 대한 착오는 범죄성립에 영향이 없다. 따라서 사안의 경우 행위자의 착오는 절도죄의 성립에 영향이 없으며, 한편 행위 당시에 객관적으로 아버지의 물건이었으므로 친족상도례의 규정이 적용된다. 결국 아들은 직계혈족관계에 있으므로 형이 면제된다.
 - ③(×). 친족상도례는 강도의 죄, 손괴의 죄, (준)점유강취죄, 강제집행면탈죄를 제외한 모든 형법상 재산범죄에 적용된다.
 - ④(○). 대판 1976.4.13, 75도781.

문 1. 고소가 있어야만 甲 또는 乙이 처벌되는 경우로 바르게 짝지어진 것을 고르시오.(판례에 의함)

- ㉠ 甲과 乙이 甲과 따로 사는 甲의 숙부 A의 집에서 그의 고려청자를 절취한 경우 甲
- ㉡ 甲과 乙이 乙과 같이 사는 乙의 숙부 A를 폭행하여 A의 외제승용차를 강취한 경우 乙
- ㉢ 甲이 원한이 있던 A의 사망한 부친이 일제시대 때 경찰로서 친일활동을 하였다는 허위의 사실을 공표한 경우 甲
- ㉣ 甲이 자신과 싸운 형 A가 마시는 커피잔에 분노를 넣어 사용하지 못하도록 만든 경우 甲
- ㉤ 甲이 고향에서 일시 상경한 이종사촌 동생 A의 지갑에서 현금을 절취한 경우 甲
- ㉥ 甲과 乙이 합동하여 A를 강간하기로 하고 甲만이 A를 강간하고 乙은 방 밖에서 망을 본 경우 乙

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

정답 ④

- 해설**
- ㉠(○). 甲에게는 특수절도죄(합동범)가 인정되며, 甲과 피해자 A는 동거하지 않는 친족에 해당하므로 A의 고소가 있어야만 甲을 처벌할 수 있다(제328조 2항, 상대적 친고죄).
 - ㉡(×). 甲과 乙에게는 합동강도가 인정되는 바, 강도죄의 경우에는 친족상도례가 적용되지 않으므로 甲과 乙 모두 고소 없이도 처벌할 수 있다.
 - ㉢(○). 甲에 대해서는 사자명예훼손죄가 인정되는 바, 동죄는 친고죄에 해당한다. 따라서 A의 고소가 있어야만 처벌할 수 있다.
 - ㉣(×). 甲이 A가 마시는 커피잔에 분노를 넣어 사용하지 못하도록 만든 행위는 ‘기타 방법에 의한 재물의 효용을 해한 경우’에 해당한다고 할 것이므로 손괴죄가 인정된다. 한편 손괴죄의 경우에는 친족상도례가 적용되지 않으므로 A의 고소 없이도 甲을 처벌할 수 있다.
 - ㉤(○). 甲과 피해자 A는 제328조 1항의 동거친족에 해당하지 않는다. 동거친족은 같은 주거에서 일상생활을 함께 하는 친족으로서 定住性을 요하므로, 일시숙박하는 친족은 여기에 해당하지 않기 때문이다. 따라서 甲과 A는 제328조 2항의 친족관계가 있으므로 A의 고소가 있어야만 甲을 처벌할 수 있다.
 - ㉥(×). 乙은 甲과 강간을 공모한 후 망을 보았는바, 이 경우 망을 본 乙의 행위 역시 甲의 강간범행에 합동(시간적·장소적 협동)한 것으로 평가할 수 있다. 따라서 성폭력특별법 제6조에 의한 특수강간죄(합동범)가 성립하며, 이는 친고죄가 아니다. 성폭력특별법은 업무상위력등에의한추행죄(제11조), 공중밀집장소에서의추행죄(제13조), 통신매체이용음란죄(제14조) 등의 경우에만 친고죄로 규정하고 있다(제15조).

문 37. 다음 사례에 대한 甲의 죄책을 고르시오.(판례에 의함)

甲은 22:50경 乙의 편의점의 불이 꺼져 있어 사람이 없는 것으로 생각하고 편의점의 출입문을 손으로 열어보려고 하였으나 출입문은 그 하단에 부착되어 있던 잠금 고리에 의하여 잠겨져 있어 열리지 않았는데, 甲이 출입문을 발로 걷어차자 잠금 고리의 아래쪽 부착 부분이 출입문에서 떨어져 출입문과의 사이가 뜨게 되면서 출입문이 열리게 되었고, 이에 甲은 편의점 안으로 침입하여 담배와 현금을 절취하였다.

- ① 특수절도죄
- ② 야간주거침입절도죄
- ③ 야간주거침입절도죄와 손괴죄
- ④ 주거침입죄와 절도죄

정답 ①

해설 ★ [1] 형법 제331조 제1항에 정한 ‘문호 또는 장벽 기타 건조물의 일부’라 함은 주거 등에 대한 침입을 방지하기 위하여 설치된 일체의 위장시설(圍障施設)을 말하고, ‘손괴’라 함은 물리적으로 위와 같은 위장시설을 훼손하여 그 효용을 상실시키는 것을 말한다.
 [2] 야간에 불이 꺼져 있는 상점의 출입문을 손으로 열어보려고 하였으나 출입문의 하단에 부착되어 있던 잠금 고리가 잠겨져 있어 열리지 않았는데, 출입문을 발로 걷어차자 잠금 고리의 아래쪽 부착 부분이 출입문에서 떨어져 출입문과의 사이가 뜨게 되면서 출입문이 열려 상점 안으로 침입하여 재물을 절취하였다면, 이는 물리적으로 위장시설을 훼손하여 그 효용을 상실시키는 행위에 해당한다고 한 사례(대판 2004.10.15, 2004도4505). ★ 제331조 제1항의 특수절도죄를 인정한 판례이다.

문 6. 준강도에 대한 설명으로 가장 틀린 것을 고르시오.(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 준강도는 목적범이다.
- ② 절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행·협박을 가한 때에는 준강도죄와 공무집행방해죄는 상상적경합관계에 있다.
- ③ 준강도죄는 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적을 요구한다는 점에서 강도죄와는 구별된다.
- ④ 절도가 범행이 발각되어 옷을 잡히자 체포를 면하려고 충동적으로 저항을 시도하여 잡은 손을 뿌리치는 바람에 피해자가 밀려 넘어지면서 상처를 입은 경우 준강도

죄가 성립한다.

정답 ④

해설 ①(○), ③(○). 준강도죄는 목적범인 반면 강도죄는 목적범이 아니다.
 ②(○). 대판 1992.7.28, 92도917.
 ④(×). 형법 제335조의 준강도죄의 구성요건인 폭행은 같은 법 제333조의 폭행의 정도와의 균형상 상대방의 반항(항쟁)을 억압할 정도 즉 반항을 억압하는 수단으로서 일반적, 객관적으로 가능하다고 인정하는 정도면 족하다 할 것이고 이는 체포되려는 구체적 상황에 비추어 체포의 공격력을 억압함에 족한 정도의 것인 여부에 따라 결정되어야 할 것이므로 피고인이 옷을 잡히자 체포를 면하려고 충동적으로 저항을 시도하여 잡은 손을 뿌리친 정도의 폭행은 준강도죄로 의율할 수는 없다(대판 1985.5.14, 85도619).

문 13. 다음 보기 중에서 판례의 입장을 기준으로 할 때 사기죄의 실행의 착수가 인정되는 경우는 모두 몇 개인지 고르시오.(판례에 의함)

- ㉠ 부동산등기부상 소유자로 등기된 적이 있는 자가 자기 이후에 소유권이전등기를 경료한 등기명의인들을 상대로 허위의 사실을 주장하면서 그들 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우
- ㉡ 예고등기로 인한 경매대상 부동산의 경매가격 하락 등을 목적으로 허위의 채권을 주장하며 채권자대위의 방식에 의한 원인무효로 인한 소유권이전등기 말소청구 소송을 제기한 경우
- ㉢ 피고인 또는 그와 공모한 자가 자신의 토지의 소유자라고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 보존등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우
- ㉣ 피고인이 甲이 부동산을 매수한 일이 없음에도 매수한 것처럼 허위의 사실을 주장하여 위 부동산에 대한 소유권이전등기를 거친 사람을 상대로 그 이전등기의 원인무효를 내세워 그 이전등기의 말소를 구하는 소송을 甲명의로 제기한 경우

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

정답 ②

해설 ㉠(○). 이른바 소송사기는 법원을 기망하여 자기에게 유리한 재판판을 얻고 이에 기하여 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상 이익을 취득하는 것을 말하는 것인바, 부동산등기부상 소유자로 등기된 적이 있는 자가 자기 이후에 소유권이전등기를 경료한 등기명의인들을 상대로 허위의 사실을 주장하면서 그들 명의의 소유권이전등기의 말

소를 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).

- ㉠(×). 예고등기로 인한 경매대상 부동산의 경매가격 하락 등을 목적으로 허위의 채권을 주장하며 채권자대위의 방식에 의한 원인무효로 인한 소유권보존등기 말소청구소송을 제기한 경우, 피고인 등이 허위의 주장을 하여 소유권보존등기말소청구 소송 등을 제기한 것은 그로 인하여 경매절차가 진행 중인 부동산에 예고등기가 경료되도록 함으로써 경매가격 하락 등을 의도한 것으로 보일 뿐이고, 위 말소청구소송을 통하여 승소판결을 받아 재산상의 이익을 취하려고 한 것으로 보기 어렵다. 피고인 등이 위와 같이 말소청구소송 등을 제기하고 법원의 촉탁으로 예고등기가 경료된 이후에는 대부분 그 소를 취하하거나 변론기일에 출석하지 아니하여 소취하 간주되는 등으로 소송이 종결된 것도 그러한 의도가 없음을 뒷받침한다. 따라서 피고인에게는 허위 주장에 기한 소송을 통하여 승소판결을 받아 재물 또는 재산상의 이익을 취득하려는 고의 내지 불법영득의 의사가 있었다고 볼 수 없다(대법원 2009.4.9, 2009도128). ★ 소송사기의 고의 내지 불법영득의사 및 실행의 착수가 인정되지 않는다는 判例이다.
- ㉡(○). [다수의견] 피고인 또는 그와 공모한 자가 자신이 토지의 소유자라고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기명의자를 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(대판 2006.4.7, 2005도9858, 전원합의체판결).
- ㉢(×). 피고인이 甲 명의로, 甲이 이 건 임야를 매수한 일이 없음에도 매수한 것처럼 허위의 사실을 주장하여 위 임야에 대한 소유권이전등기를 거친 자들을 상대로 각 그 소유권이전등기말소를 구하는 소송을 제기하였다가 취하하였다고 하여도, 위 소송의 결과 원고로 된 甲이 승소한다고 가정하더라도 위 피고들의 등기가 말소될 뿐이고 이것만으로 피고인이 위 임야에 관한 어떠한 권리를 취득하거나 의무를 면하는 것은 아니므로 법원을 기망하여 재물이나 재산상 이익을 편취한 것이라고 보기 어려우니 위 소 제기 행위를 가리켜 사기의 실행에 착수한 것이라고 할 수 없다(대판 1981.12.8, 81도1451).

문 23. 다음 사례에 대한 甲의 죄책을 고르시오.(판례에 의함)

H주식회사가 1998.4.15. 1차 부도를 냈다가 D은행의 긴급자금지원으로 최종부도를 면하였으나 같은 달 30일 D은행으로부터 추가자금지원을 중단하겠다는 통지를 받게 되자, 대표이사 甲은 H가 조만간 최종부도를 피할 수 없고 금융기관 등 채권자의 강제집행이 이어질 것으로 예상하여, 그 강제집행을 면탈함과 동시에 H사의 재산을 횡령할 목적으로, 경리직원 등에게 지시하여 H사의 자금 10억 원을 대표이사의 가수금변제로 변칙회계처리한 다음 乙명의의 차명계좌를 개설하여 이를 입금하였다.

- ① 횡령죄(특정경제범죄가중처벌등에관한법률)
- ② 강제집행면탈죄와 횡령죄(특정경제범죄가중처벌등에관한법률)의 상상적 경합
- ③ 강제집행면탈죄
- ④ 무죄

정답 ①

해설 ★ 횡령죄의 구성요건으로서의 횡령행위란 불법영득의 의사, 즉 타인의 재물을 보관하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 피할 목적으로 위탁의 취지에 반하여 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것처럼 사실상 또는 법률상 처분하려는 의사를 실현하는 행위를 말하고, 강제집행면탈죄에 있어서 은닉이라 함은 강제집행을 면탈할 목적으로 강제집행을 실시하는 자로 하여금 채무자의 재산을 발견하는 것을 불능 또는 곤란하게 만드는 것을 말하는 것으로서 진의에 의하여 재산을 양도하였다면 설령 그것이 강제집행을 면탈할 목적으로 이루어진 것으로서 채권자의 불이익을 초래하는 결과가 되었다고 하더라도 강제집행면탈죄의 허위양도 또는 은닉에는 해당하지 아니한다 할 것이며, 이와 같은 양죄의 구성요건 및 강제집행면탈죄에 있어 은닉의 개념에 비추어 보면 타인의 재물을 보관하는 자가 보관하고 있는 재물을 영득할 의사로 은닉하였다면 이는 횡령죄를 구성하는 것이고 채권자들의 강제집행을 면탈하는 결과를 가져온다 하여 이와 별도로 강제집행면탈죄를 구성하는 것은 아니다(대판 2000.9.8, 2000도1447).

문 13. 다음 중 판례에 의할 때 틀린 것의 개수를 고르시오.

- ㉠ 매도인이 제2의 매수인에게 그와 같은 이중매매라는 사정을 고지하지 아니한 경우 제2의 매수인에 대한 사기죄가 성립한다.
- ㉡ 이중매매에 있어서 매도인이 매수인의 사무를 처리하는 자로서 배임죄의 주체가 되기 위하여는 매도인이 계약금을 받은 것만으로는 부족하고 적어도 중도금을 받는

등 매도인이 더 이상 임의로 계약을 해제할 수 없는 상태에 이르러야 한다.

- ㉔ 甲이 제1차 매수인으로부터 계약금 및 중도금 명목의 금원을 교부받은 후 제2차 매수인에게 부동산을 매도하기로 하고 계약금만을 지급받은 뒤 더 이상의 계약 이행에 나아가지 않는다면 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.
- ㉕ 수분양권 매매계약과 관련하여 제2매수인이 매수당시에는 이중매매 사실을 몰랐으나 나중에 그 사실을 알고 매도인을 상대로 소송을 제기하던 중 오히려 매도인과 약정을 맺고 그의 도움으로 승소판결을 받고 분양권에 대한 소유권이전등기까지 마친 경우 제2매수인은 배임죄의 공동정범이 된다.
- ㉖ 대지에 관하여 매수인 ‘甲’에게 소유권 이전등기를 하여 줄 임무가 있는 소유자 A가 그 임무에 위반하여 이를 ‘乙’에게 매도하고 소유권이전등기를 경료하여 준 경우 乙이 이중매매 사실을 알고 위 대지를 취득한 경우에는 장물취득죄가 성립한다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

정답 ③

- 해설** ㉔(×). 이중매매에 있어서 후매수인에게 소유권이전등기까지 마친 경우에 동인에게 아무런 손해가 없으므로 매도인이 동인에게 이중매매사실을 고지하지 아니하였다 하여도 사기죄를 구성하지 않는다(대판 1971.12.21, 71도1480).
- ㉕(○). 대판 1986.7.8, 85도1873.
- ㉖(○). 부동산 이중매매에 있어서 배임죄의 착수시기는 제2차 매수인으로부터 ‘중도금 수령시’이기 때문이다. 대판 2003.3.25, 2002도7134.
- ㉗(×). [1] 업무상 배임죄의 실행으로 인하여 이익을 얻게 되는 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자를 배임의 실행행위자에 대한 공동정범으로 인정하기 위하여는, 우선 실행행위자의 행위가 피해자 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 점을 인식하였어야 한다. 나아가 실행행위자의 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담할 것을 필요로 한다.
- [2] 수분양권 매매계약과 관련하여 제2 매수인이 매수당시에는 이중매매 사실을 몰랐으나 나중에 그 사실을 알고 매도인을 상대로 소송을 제기하던 중 오히려 매도인과 약정을 맺고 그의 도움으로 승소판결을 받고 분양권에 대한 소유권이전등기까지 마친 사안에서, 제2매수인의 민사상 권리 행사가 매도인의 배임행위를 교사하거나 전 과정에 관여하는 등 배임행위에 적극 가담한 경우에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로, 배임죄의 공동정범의 성립을 부정한 사례(대판 2009.9.10, 2009도5630).
- ㉘(×). 형법상 장물죄의 객체인 장물이라 함은 재산권상의 침해를 가져 올 위법행위로 인하여 영득한 물건으로서 피

해자가 반환청구권을 가지는 것을 말하고 본건 대지에 관하여 매수인 “甲”에게 소유권 이전등기를 하여 줄 임무가 있는 소유자가 그 임무에 위반하여 이를 “乙”에게 매도하고 소유권이전등기를 경유하여 준 경우에는 위 부동산소유자가 배임행위로 인하여 영득한 것은 재산상의 이익이고 위 배임범죄에 제공된 대지는 범죄로 인하여 영득한 것 자체는 아니므로 그 취득자 또는 전득자에게 대하여 배임죄의 가공여부를 논함은 별문제로 하고 장물취득죄로 처단할 수 없다(대판 1975.12.9, 74도2804).

문 22. 장물죄에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것을 고르시오.(판례에 의함)

- ① 장물이라는 사실을 알면서 인도받아 보관하고 있다가 마음대로 이를 처분하였다 하여도 장물보관죄가 성립하는 때에는 그 외에 별도의 횡령죄는 성립하지 않는다.
- ② 횡령을 교사한 후 그 횡령한 물건을 취득한 때에는 횡령죄가 성립하는 외에 별도의 장물취득죄가 성립하지 않는다.
- ③ 장물인 정을 모르고 장물을 보관하였다가 후에 장물인 정을 알게 된 경우 점유할 권한이 있으면 이를 계속하여 보관하더라도 장물보관죄가 성립하지 않는다.
- ④ 장물운반행위를 공모한 일이 없는 이상 타인이 절취하여 운전하는 승용차의 뒷좌석에 편승한 것을 가리켜 장물운반행위의 실행을 분담하였다고 할 수 없다.

정답 ③

- 해설** ①(○). 횡령죄는 불가벌적 사후행위에 해당한다는 것이 판례이다(대판 2004.4.9, 2003도8219).
- ②(×). 횡령 교사를 한 후 그 횡령한 물건을 취득한 때에는 횡령교사죄와 장물취득죄의 경합범이 성립된다(대판 1996.6.24, 69도692).
- ③(○). 대판 2006.10.13, 2004도6084.
- ④(○). 대판 1983.9.13, 83도1146.

문 38. 다음 사례에 대한 甲의 죄책으로 알맞은 것을 고르시오.(판례에 의함)

甲은 乙女를 강간하고 목을 졸라 살해한 후에 乙女의 사체 위에 옷가지 등을 올려놓고 불을 붙인 천조각을 던져 그 불길이 방안을 태우면서 천정에까지 옮겨 붙었으나, 그 불이 완전연소에 이르지 못하고 도중에 진화되었다.

- ① 강간살인죄, 현주건조물방화죄, 사체손괴죄
- ② 강간살인죄, 현주건조물방화죄의 미수, 사체손괴죄
- ③ 강간죄, 현주건조물방화치사죄, 사체손괴죄

④ 강간살인죄, 현주건조물방화치사죄, 사체손괴죄

정답 ①

해설 ★ 피해자의 사체 위에 옷가지 등을 올려놓고 불을 붙인 천 조각을 던져서 그 불길이 방안을 태우면서 천정에까지 옮겨 붙었다면 도중에 진화되었다고 하더라도 일단 천정에 옮겨 붙은 때에 이미 현주건조물방화죄의 기수에 이른 것이라고 한 사례(대판 2007.3.16, 2006도9164. 공보불게재).
★ 결국 판례에 의하면 甲에게 강간살인죄, 현주건조물방화죄(기수), 사체손괴죄가 성립한다.

문 40. 다음 사례에서 甲의 죄책에 대한 올바른 설명을 고르시오.(판례에 의함)

甲은 자신의 선박을 침몰시킨 후 보험금을 타기 위하여 선원들이 승선하고 있는 선박의 밑바닥에 구멍을 낸 후, 배가 가라앉기 시작하자 선원들을 모두 안전하게 다른 선박으로 대피시켰다. 그 후 甲은 보험회사에 대하여 선박이 사고로 침몰하였다고 하면서 보험금을 청구하여 수억 원의 보험금을 타내었다.

- ① 선박에 대해 침몰행위를 개시하고 그로 인하여 선박을 매몰시켰다면 매몰의 결과발생시 사람이 현존하지 않았을지라도 선박매몰죄(제187조)가 성립하고, 사기죄도 성립한다.
- ② 선박을 손괴함으로써 선박의 교통을 방해하였으므로 선박교통방해죄(제186조)가 성립하고, 사기죄도 성립한다.
- ③ 사람이 현존하는 선박을 침몰시켰으나 침몰당시에는 사람이 현존하지 않았으므로 선박매몰죄(제187조)의 미수범이 성립하고, 사기죄도 성립한다.
- ④ 사람이 현존하는 선박을 침몰시켰으나 공공의 위험이 발생하지 않았으므로 선박매몰죄(제187조)의 미수범이 성립하고, 사기죄도 성립한다.

정답 ①

해설 ★ 선박매몰죄의 고의가 성립하기 위하여는 행위시에 사람이 현존하는 것이라는 점에 대한 인식과 함께 이를 매몰한다는 결과발생에 대한 인식이 필요하며, 현존하는 사람을 사상에 이르게 한다는 등 공공의 위험에 대한 인식까지는 필요하지 않고, 사람의 현존하는 선박에 대해 매몰행위의 실행을 개시하고 그로 인하여 선박을 매몰시켰다면 매몰의 결과발생시 사람이 현존하지 않았거나 범인이 선박에 있는 사람을 안전하게 대피시켰다고 하더라도 선박매몰죄의 기수로 보아야 할 것이지 이를 미수로 볼 것은 아니다 (대판 2000.6.23, 99도4688).

★ 한편 보험금사기의 경우 보험회사에 보험금을 청구한 때 실행의 착수가 인정되고, 보험회사로부터 보험금을 수령하면 기수가 되므로, 甲에게 사기죄가 성립하는 것은 명백하다.

문 32. 다음 사례에 대한 甲의 죄책을 고르시오.(판례에 의함)

乙은 丙에게 민사소송의 처리상 필요한 일체의 권한을 위임하였고 이에 따라 丙이 乙의 양해 하에 乙의 도장을 甲에게 주자 甲은 乙이 참석한 바 없음에도 乙이 사회까지 한 것으로 기재하여 S교 중앙중무회의록을 작성하고 그 말미에 위 도장을 사용하여 乙의 기명날인을 하였다.

- ① 사문서위조죄 ② 공문서위조죄
- ③ 허위공문서작성죄 ④ 무죄

정답 ④

해설 ★ 피고인들이 작성한 회의록에다 참석한 바 없는 소외인이 참석하여 사회까지 한 것으로 기재한 부분은 사문서의 무형위조에 해당할 뿐이어서 사문서의 유형위조만을 처벌하는 현행 형법하에서는 죄가 되지 아니한다(대판 1984.4.24, 83도2645).

문 11. 공정증서원본부실기재죄에 관한 다음 판례 중 가장 타당하다고 할 수 없는 것을 고르시오.

- ① 피고인과 매도인 사이에 매매계약이 성립한 후 계약금과 대부분의 중도금이 지급되었고, 매도인이 법무사에게 소유권이전등기에 필요한 서류 일체를 맡기고 나중에 잔금지급이 되면 그 등기신청을 하도록 위임하였는데, 피고인이 법무사를 기망하여 법무사가 잔금이 모두 지급된 것으로 잘못 알고 등기신청을 하여 그 소유권이전등기를 경료한 경우 공정증서원본부실기재죄가 성립하지 아니한다.
- ② 중중의 적법한 대표권한이 없는 자가 중중 소유의 토지에 보존등기를 신청하면서 자신이 대표자인 것처럼 허위신고를 함으로써 부동산등기부에 중중의 대표자로 기재된 경우에는 공정증서원본부실기재죄가 성립한다.
- ③ 기재된 사항이나 그 원인된 법률행위가 객관적으로 존재하고 다만 거기에 취소사유인 하자가 있을 뿐인 경우에는 취소 전후를 불문하고 공정증서원본에 기재된 이상 그 기재는 공정증서원본부실기재에 해당하지는 않는다.
- ④ 재건축조합 임시총회의 소집절차나 결의방법이 법령이

나 정관에 위반되어 임원개임결의가 사법상 무효라고 하더라도, 실제로 재건축조합의 조합총회에서 그와 같은 내용의 임원개임결의가 이루어졌고 그 결의에 따라 임원변경등기를 마쳤다면 공정증서원본불실기재죄가 성립하지 아니한다.

정답 ③

해설 ①(○). 위 법무사의 등기신청 행위에 하자가 있다고 할 수는 있으나(위 신청이 무효라고는 할 수 없다), 위 소유권이 전등기의 원인이 되는 법률관계인 매매 내지는 물권적 합의가 객관적으로 존재하지 아니하는 것이라고는 할 수 없으니, 피고인이 위 법무사를 통하여 등기공무원에게 허위의 사실을 신고하여 등기부에 불실의 사실을 기재하게 한 것이라고는 할 수 없다(대판 1996.6.11, 96도233).

②(○). 비록 중중 소유의 부동산은 중중 총회의 결의를 얻어야 유효하게 처분할 수 있다 하더라도 거래 상대방으로서 부동산등기부상에 표시된 중중 대표자를 신뢰하고 거래하는 것이 일반적이라는 점 등에 비추어 보면, 중중 대표자의 기재는 당해 부동산의 처분권한과 관련된 중요한 부분의 기재로서 이에 대한 공공의 신용을 보호할 필요가 있으므로 이를 허위로 등재한 경우에는 공정증서원본불실기재죄의 대상이 되는 불실의 기재에 해당한다(대판 2006.1.13, 2005도4790).

③(×). 공정증서원본에 기재된 사항이 외관상 존재하는 사실이라 하더라도, 이에 무효나 부존재에 해당되는 흠이 있다면 그 기재는 부실기재에 해당된다. 그러나 그것이 객관적으로 존재하는 사실이고 이에 취소사유에 해당되는 하자가 있을 뿐인 경우에는 그 취소 전에 그 사실의 내용이 공정증서원본에 기재된 이상, 그 기재가 공정증서원본불실기재죄를 구성하지 않는다(대판 2009.2.12, 2008도10248).

④(○). [1] 형법 제228조 제1항에 정하여진 불실의 기재라고 함은, 객관적인 진실에 반하여 존재하지 아니하는 사실을 존재하는 것으로 하거나, 존재하는 사실을 존재하지 아니하는 것으로 기재하는 것을 말하므로 민법상의 사단법인의 총회의 결의에 따라 이사 등의 변경등기를 하는 경우에 있어서 그와 같은 행위가 공정증서원본불실기재의 원인이 되는 행위에 해당하는지 여부는 특별한 사정이 없는 한 총회결의의 사법상 효력의 여부와 관계없이 그와 별도로 현실적으로 사원총회에서 그와 같은 내용의 이사 등 변경에 관한 결의가 있었다고 평가할 수 있는지 여부에 따라서 결정하여야 함이 상당하다.

[2] 재건축조합 임시총회의 소집절차나 결의방법이 법령이나 정관에 위반되어 임원개임결의가 사법상 무효라고 하더라도, 실제로 재건축조합의 조합총회에서 그와 같은 내용의 임원개임결의가 이루어졌고 그 결의에 따라 임원변경등기를 마쳤다면 공정증서원본불실기재죄가 성립하지 아니한다고 한 사례(대판 2004.10.15, 2004도3584).

문 33. 다음 중 간통의 유서 또는 증용에 해당되는 경우가 아닌 것을 고르시오.(판례에 의함)

- ① 배우자의 간통사실을 알고 난 후 그 상대방으로부터 배우자를 더 이상 만나지 않겠다는 합의각서를 받은 경우
- ② 간통죄의 고소 이후 이혼 등 청구의 소가 계속 중에 혼인 당사자인 고소인과 피고소인이 동침한 사실이 있었던 경우
- ③ 피고인과 그 배우자가 서로 이혼하기로 합의하고 협의이혼신고서까지 작성하여 이를 관할관청에 접수시켰으나 서류미비로 접수가 되지 않은 경우
- ④ 배우자 쌍방이 자유의사로 협의이혼신고서에 서명 날인한 경우

정답 ②

해설 ①(○). 배우자의 간통사실을 알고 난 후 그 상대방으로부터 배우자를 더 이상 만나지 않겠다는 합의각서를 받은 경우, 간통의 유서에 해당한다고 본 사례(대판 1999.8.24, 99도2149).

②(×). 간통죄의 고소 이후 이혼 등 청구의 소가 계속 중에 혼인 당사자인 고소인과 피고소인이 동침한 사실이 있다는 사정만으로는 고소인이 피고소인의 간통행위를 유서하였다고 볼 수 없다(대판 2000.7.7, 2000도868).

③(○). 이와 같은 경우 이혼의 효력은 발생하지 않았다 하더라도 그 후 다른 사람과의 정교관계에 있어도 서로 묵인한다는 의사가 포함되었다고 할 것이고, 따라서 이는 형법 제241조 2항 단서에서 말하는 간통을 증용한 때에 해당한다(대판 1969.10.14, 69도1350).

④(○). 부부가 자유의사로 협의이혼신고서에 서명날인한 경우에는 본조 제2항 단서 소정의 “간통을 증용한 때”에 해당한다(대판 1969.2.25, 68도859).

문 36. 다음 중 국기모독죄(제105조)와 외국국기모독죄(제109조)에 있어서 공통점이라고 볼 수 없는 것을 모두 고르시오.

- | | |
|--------------|----------|
| ㉠ 형법 제5조의 적용 | ㉡ 목적범 |
| ㉢ 행위양태 | ㉣ 객체의 범위 |
| ㉤ 소추조건 | |

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

정답 ③

해설 ㉠(×). 형법 제5조 제3호는 ‘국기’에 관한 죄를 규정하고 있는바, 국기모독죄(제105조)는 ‘국기’에 관한 죄로서 제5조

정답 ③

해설 ㉠(○). 대판 2002.5.31, 2001도670.

㉡(×). 뇌물죄에 있어서의 직무라 함은 공무원이 법령상 관장하는 직무 그 자체뿐만 아니라 그 직무와 밀접한 관련이 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 소관하는 직무행위 및 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함된다(대판 2004.5.28, 2004도1442. 공보불게재).

㉢(×). 수뢰자가 자기앞수표를 뇌물로 받아 이를 소비한 후 자기앞수표 상당액을 증뢰자에게 반환하였다 하더라도 뇌물 그 자체를 반환한 것은 아니므로 이를 몰수할 수 없고 수뢰자로부터 그 가액을 추징하여야 할 것이다(대판 1999.1.29, 98도3584).

㉣(×). 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무수행의 불가매수성을 그 직점의 보호법적으로 하고 있으므로, 공무원의 직무와 금원의 수수가 전체적으로 대가관계에 있으면 뇌물수수죄가 성립하고, 특별히 청탁의 유무, 개개의 직무행위의 대가적 관계를 고려할 필요가 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다 할 것이다(대판 2007.8.23, 2007도4956. 공보불게재).

㉤(○). 대판 2002.8.23, 2002도46.

문 30. 다음 중 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는 것을 고르시오.(판례에 의함)

- ① 허위작성된 간호학원 수료증명서를 시험관리당국에 제출하여 응시자격을 인정받아 간호보조원 자격시험에 응시한 경우
- ② 초등학교를 졸업하였음에도 초등학교 중퇴 이하의 학력자라는 허위내용의 인우보증서를 첨부하여 운전면허 구술시험에 응시한 경우
- ③ 감척어선 입찰자격이 없는 자가 제3자와 공모하여 제3자의 대리인 자격으로 제3자 명의로 입찰에 참가하고, 낙찰받은 후 자신의 자금으로 낙찰대금을 지급하여 감척어선에 대한 실질적 소유권을 취득한 경우
- ④ 음주운전을 하다가 교통사고를 야기한 후 그 형사처벌을 면하기 위하여 타인의 혈액을 자신의 혈액인 것처럼 교통사고 조사 경찰관에게 제출하여 감정하도록 한 행위

정답 ②

해설 ①(○). 간호보조원 교육과정 이수에 관한 사문서인 수료증명서의 허위작성은 무형위조로서 처벌대상이 되지 아니하고 피고인들의 행위가 허위작성 및 교부로 끝났다고 하더라도 간호보조원자격시험 응시자격을 증명하는 위 문서의 용도와 그 사용의 결과를 인식하고 공소외인 들로 하여금 사용케 할 의도로 작성 교부한 것이고 그들이 위 문서를

진정한 문서인 것처럼 시험관리당국에 제출하여 응시자격을 인정받아 응시함으로써 그 시험관리에 관한 공무집행을 방해하는 상태를 초래하였다면 피고인들은 위 공소외인들과 공무집행방해죄의 공동정범의 죄책을 면할 수 없고, 무형위조의 사후행위로서 처벌의 대상이 되지 않는다고 볼 수 없다(대판 1982.7.27, 82도1301).

②(×). 초등학교를 졸업하였음에도 초등학교 중퇴 이하의 학력자라는 허위 내용의 인우보증서를 첨부하여 운전면허 구술시험에 응시하였다는 사실만으로는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다고 한 사례(대판 2007.3.29, 2006도8189).

③(○). 감척어선 입찰자격이 없는 자가 제3자와 공모하여 제3자의 대리인 자격으로 제3자 명의로 입찰에 참가하고, 낙찰받은 후 자신의 자금으로 낙찰대금을 지급하여 감척어선에 대한 실질적 소유권을 취득한 경우, 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 한 사례(대판 2003.12.26, 2001도6349).

④(○). 음주운전을 하다가 교통사고를 야기한 후 그 형사처벌을 면하기 위하여 타인의 혈액을 자신의 혈액인 것처럼 교통사고 조사 경찰관에게 제출하여 감정하도록 한 행위는, 단순히 피의자가 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하거나 자신에게 불리한 증거를 은닉하는 데 그친 것이 아니라 수사기관의 착오를 이용하여 적극적으로 피의사실에 관한 증거를 조작한 것으로서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 한 사례(대판 2003.7.25, 2003도1609).

이하부터는 여백입니다.