2012년 3월 3일 법원공무원(9급) 공채시험

형법 기출문제 해설

해설 : 백광훈 교수(월비스고시학원 법원·검찰팀장, 형법대표교수, 010-3113-9978, 카카오톡 아이디 paikhosam)

special thanks to 함께 작업한 제자들 ^^

【출제경향】

총론 9문제	범죄론		1문제
	미수론		1문제
	특수형태 - 과실범		1문제
	죄수론		2문제
	형벌론		4문제
각론 16문제	개인적 법익	생명·신체	1문제
		명예·신용	2문제
		사생활	1문제
		재산죄	5문제
	사회적 법익	문서죄	2문제
	국가적 법익		5문제

【문 1】 배임죄 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

【법원9급 2012】

- ① 부동산에 처분금지가처분결정을 받아 가치분집행까지 마친 경우 가치분자로서는 일응 가치분 유지로 인한 재산상 이익이 인정되지만, 그 후 가치분의 피보전채권이 존재하지 않는 것으로 밝혀졌다면 처음부터 가치분 유지로 인한 재산상 이익이 없었던 것으로 보아야 한다.
- ② 형법 제 357조 제 1항의 배임수재죄와 같은 조 제 2항의 배임증재죄는 통상 필요한 공범관계에 있기는 하나, 이것은 반드시 수재자와 증재자가 같이 처벌받아야 하는 것을 의미하는 것은 아니고, 증재자에게는 정당한 업무에 속하는 청탁이라도 수재자에게는 부정한 청탁이 될 수도 있다.
- ③ 배임의 고의와 관련하여, 경영자가 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단 대상인 사업의 내용 등 여러 사정을 고려하더라도 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 구체적인 상황과 자신의 역할, 지위에서 당연히 하지 말아야 할 행위를 함으로써 재산상의 이득을 취하고 본인에게 손해를 가한 경우 배임의 고의를 인정할 수 있다
- ④ 배임수재죄의 주체로서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’란 타인과 대내관계에서 신의성실의 원칙에 비추어 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고

인정되는 자를 의미하고, 반드시 제 3자에게 대한 대외관계에서 사무에 관한 권한이 존재할 것을 요하지 않는다.

해설】 ① 부동산에 처분금지가처분결정을 받아 가치분집행까지 마친 경우, 피보전채권의 실제 존재 여부를 불문하고 가치분이 되어 있는 부동산은 매매나 담보제공 등에 있어 그렇지 않은 부동산보다 불리할 수밖에 없는 점, 가치분집행이 되어 있는 부동산의 가치분집행이 해제되면 가치분 부담이 없는 부동산을 소유하게 되는 이익을 얻게 되는 점 등을 고려하면 가치분권리자로서는 가치분 유지로 인한 재산상 이익이 인정되고, 그 후 가치분의 피보전채권이 존재하지 않는 것으로 밝혀졌더라도 가치분의 유지로 인한 재산상 이익이 있었던 것으로 보아야 한다(大法院 2011.10.27, 2010도7624).

② 형법 제357조 제1항의 배임수재죄와 같은 조 제2항의 배임증재죄는 통상 필요적 공범의 관계에 있기는 하나 이것은 반드시 수재자와 증재자가 같이 처벌받아야 하는 것을 의미하는 것은 아니고 증재자에게는 정당한 업무에 속하는 청탁이라도 수재자에게는 부정한 청탁이 될 수도 있는 것이다(大法院 1991.1.15, 90도2257).

③ 배임의 고의가 있어야 하고, 이러한 인식은 미필적 인식으로도 족한바, 이익을 취득하는 제3자가 같은 계열회사이고, 계열그룹 전체의 회생을 위한다는 목적에서 이루어진 행위로서 그 행위의 결과가 일부 본인을 위한 측면이 있다 하더라도 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것임이 판명되면 배임죄의 고의를 부정할 수 없다(大法院 2004.6.24, 2004도520).

④ 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산보호 내지 관리의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 것이므로, 배임죄의 성립에 있어 행위자가 대외관계에서 타인의 재산을 처분할 적법한 대리권이 있음을 요하지 아니한다(大法院 1999.9.17, 97도3219).

【정답】 ①

【문 2】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

- ① 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여

금품을 받고 그 금품 중의 일부를 받은 취지에 따라 청탁과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물로 공여하거나 다른 알선행위자에게 청탁의 명목으로 교부한 경우에는 그 부분의 이익은 실질적으로 범인에게 귀속된 것이 아니어서 이를 제외한 나머지 금품만을 몰수 하거나 그 가액을 추징하여야 한다.

- ② 뇌물로 받은 돈을 은행에 예금한 경우 그 예금행위는 뇌물의 처분행위에 해당하므로 그 후 수뢰자가 같은 액수의 돈을 증뢰자에게 반환하였다 하더라도 이를 뇌물 그 자체의 반환으로 볼 수 없으니 이러한 경우에는 수뢰자로부터 그 가액을 추징 하여야 한다.
- ③ 공무원이 뇌물을 받음에 있어서 그 취득을 위하여 상대방에게 뇌물의 가액에 상당하는 금원의 일부를 비용의 명목으로 출연하거나 그 밖에 경제적 이익을 제공한 경우, 몰수·추징의 대상은 그 뇌물의 가액에서 위와 같은 지출을 공제한 나머지 가액에 상당한 이익이다.
- ④ 피고인(수뢰자)이 향응을 제공받는 자리에 피고인 스스로 제3자를 초대하여 함께 접대를 받은 경우, 그 제3자가 피고인과는 별도의 지위에서 접대를 받는 공무원이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 제3자의 접대에 요한 비용도 피고인의 접대에 요한 비용에 포함시켜 피고인의 수뢰액으로 보아야 한다.

해설】 ③ 공무원으로부터 뇌물죄로 얻은 이익을 몰수·추징함에 있어서는 그 받은 뇌물 자체를 몰수하여야 하고, 그 뇌물의 가액에서 위와 같은 지출을 공제한 나머지 가액에 상당한 이익만을 몰수·추징할 것은 아니다(大法院 1999.10.8, 99도1638).

- ① 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 받고 그 금품 중의 일부를 받은 취지에 따라 청탁과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물로 공여하거나 다른 알선행위자에게 청탁의 명목으로 교부한 경우에는 그 부분의 이익은 실질적으로 범인에게 귀속된 것이 아니어서 이를 제외한 나머지 금품만을 몰수하거나 그 가액을 추징하여야 한다(大法院 2002.6.14, 2002도1283).
- ② 뇌물로 받은 돈을 은행에 예금한 경우 그 예금행위는 뇌물의 처분행위에 해당한다 할 것이므로 그 후 수뢰자가 같은 액수의 돈을 증뢰자에게 반환하였다 하더라도 이를 뇌물자체의 반환이라고 볼 수 없

으므로 이러한 경우에는 수뢰자로부터 그 가액을 추징하여야 한다(大法院 1985.9.10, 85도1350).

- ④ 피고인이 향응을 제공받는 자리에 피고인 스스로 제3자를 초대하여 함께 접대를 받은 경우에는, 그 제3자가 피고인과는 별도의 지위에서 접대를 받는 공무원이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 제3자의 접대에 요한 비용도 피고인의 접대에 요한 비용에 포함시켜 피고인의 수뢰액으로 보아야 한다(大法院 2001.10.12, 99도5294).

【정답】 ③

【문 3】 형법상 기간에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? 【법원9급 2012】

- ① 형의 집행과 시효기간의 초일은 산입하지 아니한다.
- ② 석방은 형기종료일에 하여야 한다.
- ③ 형기는 판결이 확정된 날로부터 기산한다.
- ④ 년 또는 월로써 산정한 기간은 역수에 따라 계산한다.

해설】 ① 제85조 (형의 집행과 시효기간의 초일) 형의 집행과 시효기간의 초일은 시간을 계산함이 없이 1일로 산정한다.

- ② 제86조 (석방일) 석방은 형기종료일에 하여야 한다.
- ③ 제84조 (형기의 기산) ① 형기는 판결이 확정된 날로부터 기산한다.
- ④ 제83조 (기간의 계산) 연 또는 월로써 정한 기간은 역수에 따라 계산한다.

【정답】 ①

【문 4】 다음의 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

- ① 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것 이나, 범의의 단일성과 계속성인 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실제적 경합범에 해당한다.
- ② 형법 제131조 제1항의 수뢰후 부정처사에 있어서 공무원이 수뢰 후 행한 부정행위가 공도화변조 및 동행사죄의 구성요건을 충족하는 경우 수뢰후 부정처사죄 외에 별도로 공도화 변조 및 동행사

죄가 성립하고 이들 죄와 수뢰후부정처사죄는 각각 상상적 경합 관계에 있다.

- ③ 사기죄에 있어서 수인의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에 그 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다고 하더라도, 피해자별로 1개씩의 죄가 성립한다.
- ④ 피고인이 여관에서 종업원을 칼로 찔러 상해를 가하고 객실로 끌고 들어가는 등 폭행·협박을 하고 있던 중, 마침 다른 방에서 나오던 여관의 주인도 같은 방에 밀어 넣은 후, 주인으로부터 금품을 강취하고 1층 안내실에서 종업원 소유의 현금을 꺼내간 경우, 여관 종업원과 주인에 대한 각 강도행위가 각 별로 강도죄를 구성하고, 위 두죄는 실제적 경합범 관계에 있다.

해설】 ④ 피고인이 피해자인 종업원과 주인을 폭행·협박한 행위는 법률상 1개의 행위로 평가되는 것이 상당하므로 위 2죄는 상상적 경합범관계에 있다고 할 것이다(大法院 1991.6.25, 91도643).

① 단일한 범의의 발동에 의하여 상대방을 기망하고 그 결과 착오에 빠져 있는 동일인으로부터 일정 기간 동안 동일한 방법에 의하여 금원을 편취한 경우에는 이를 포괄적으로 관찰하여 일죄로 처단하는 것이 가능할 것이나, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실제적 경합범에 해당한다(大法院 2004.6.25, 2004도1751).

② 형법 제131조 제1항의 수뢰후부정처사죄에 있어서 공무원이 수뢰후 행한 부정행위가 공도화변조 및 동행사죄와 같이 보호법익을 달리하는 별개 범죄의 구성요건을 충족하는 경우에는 수뢰후부정처사죄 외에 별도로 공도화변조 및 동행사죄가 성립하고 이들 죄와 수뢰후부정처사죄는 각각 상상적 경합 관계에 있다고 할 것이다(大法院 2001.2.9, 2000도1216).

③ 사기죄에 있어서 수인의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에 그 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다고 하더라도 포괄1죄가 되는 것이 아니라 피해자별로 1개씩의 죄가 성립하는 것으로 보아야 할 것이다(大法院 1996.2.13, 95도2121).

【정답】 ④

【문 5】 도로교통에 있어서 주의의무에 관한 다

음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

- ① 앞차가 뒤따라 진행하는 차량의 운전사는 앞차에 의하여 전방의 시야가 가리는 관계상 앞차의 어떠한 돌발적인 운전 또는 사고에 의하여서라도 자기 차량에 연쇄적인 사고가 일어나지 않도록 앞차와의 충분한 안전거리를 유지하고 진로 전방 좌우를 잘 살펴 진로의 안전을 확인하면서 진행할 주의의무가 있다.
- ② 교차로에서 진행신호에 따라 진행하는 운전자는 맞은편에서 다른 차량이 신호를 무시하고 자기 앞을 가로질러 좌회전 할 경우를 예상하여 사고의 발생을 방지해야할 주의 의무가 없다.
- ③ 자동차전용도로를 운행 중인 자동차운전자에게는 진행차량 사이를 뚫고 횡단하는 보행자가 있을 것을 예상하여 전방주시를 할 의무가 있다.
- ④ 차량의 운전자는 횡단보도의 신호가 적색인 상태에서 반대차선 상에 정지하여 있는 차량의 뒤로 보행자가 건너오는 사태를 예상하여야 할 주의의무가 없다.

해설】 ③ 자동차전용도로를 운행 중인 자동차운전자들에게 반대차선에서 진행차량 사이를 뚫고 횡단하는 보행자들이 있을 것까지 예상하여 전방주시를 할 의무가 있다고 보기는 어려운 것이므로, 피해자들이 반대차선을 횡단해온 거리가 14.9미터가 된다는 것만으로 피고인의 과실을 인정할 수는 없다(大法院 1990.1.23, 89도1395).

① 앞차를 뒤따라 진행하는 차량의 운전사로서는 앞차에 의하여 전방의 시야가 가리는 관계상 앞차의 어떠한 돌발적인 운전 또는 사고에 의하여서라도 자기 차량에 연쇄적인 사고가 일어나지 않도록 앞차와의 충분한 안전거리를 유지하고 진로 전방좌우를 잘 살펴 진로의 안전을 확인하면서 진행할 주의의무가 있다(大法院 2001.12.11, 2001도5005).

② 신호등에 의하여 교통정리가 행하여지고 있는卜자형 삼거리의 교차로를 녹색등화에 따라 직진하는 차량의 운전자는 특별한 사정이 없는 한 다른 차량들도 교통법규를 준수하고 충돌을 피하기 위하여 적절한 조치를 취할 것으로 믿고 운전하면 족하고, 대향차선 위의 다른 차량이 신호를 위반하고 직진하는 자기 차량의 앞을 가로질러 좌회전할 경우까지 예상하여 그에 따른 사고발생을 미리 방지하기 위한 특별한 조치까지 강구하여야 할 업무상의 주의의무는

없다(大法院 1993.1.15, 92도2579).

④ 차량의 운전자로서는 횡단보도의 신호가 적색인 상태에서 반대차선상에 정지하여 있는 차량의 뒤로 보행자가 건너오지 않을 것이라고 신뢰하는 것이 당연하고 그렇지 아니할 사태까지 예상하여 그에 대한 주의의무를 다하여야 한다고는 할 수 없다(大法院 1993.2.23, 92도2077).

【정답】 ③

【문 6】 다음 중 목적범에 해당하는 것을 모두 고른 것은? 【법원9급 2012】

- ㉠ 모해위증죄(형법 제152조 제2항)
- ㉡ 무고죄(형법 제156조)
- ㉢ 공정증서원본불실기재죄(형법 제228조 제1항)
- ㉣ 사문서부정행사죄(형법 제236조)
- ㉤ 도박개장죄(형법 제247조)

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

해설】 ㉠ 모해위증죄: ‘피고인, 피의자 또는 징계혐의자를 모해할 목적으로~’(제152조 제2항)

㉡ 무고죄: ‘타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로~’(제156조)

㉢ 도박개장죄: ‘영리의 목적으로~’(제247조)

㉣ 공정증서원본불실기재죄는 일반범이다 (제228조 참조).

㉤ ~행사죄는 목적범이 아니다.

【정답】 ②

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

【법원9급 2012】

- ① 주식회사의 대표이사가 직접 주식회사 명의 문서를 작성한 경우, 그 문서의 내용이 진실에 반하는 허위이거나 대표권을 남용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 작성된 경우에도 사문서위조에 해당하지 않는다.
- ② 사문서위조죄는 그 명의자가 진정으로 작성한 문

서로 볼 수 있을 정도의 형식과 외관을 갖추어 일반인이 명의자의 진정한 문서로 오신하기에 충분한 정도이면 성립하는 것이고, 반드시 그 작성 명의자의 서명이나 날인이 있어야 하는 것은 아니다.

③ 문서의 작성명의인이 실재하지 않는 허무인이거나 또는 문서의 작성일자 전에 이미 사망한 경우에는 사문서위조죄가 성립하지 아니한다.

④ 명의인을 기망하여 문서를 작성케 하는 경우는 서명날인이 정당히 성립된 경우에도 기망자는 명의인을 이용하여 서명날인자의 의사에 반하는 문서를 작성케 하는 것이므로 사문서위조죄가 성립한다.

해설】 ③ 일반인으로 하여금 문서의 작성 명의자가 진정한 명의인으로 오인케 할 만한 위험이 존재하는 이상 그 명의인이 실재하지 않는 허무인이거나 또는 문서의 작성일자 전에 이미 사망하였다고 하더라도 그러한 문서 역시 공공의 신용을 해할 위험성이 있으므로 문서위조죄가 성립하며, 이는 공문서뿐만 아니라 사문서의 경우에도 마찬가지이다(大法院 2005.2.24, 2002도18).

① 大法院 2008.12.24, 2008도7836; 1983.10.25, 83도2257; 1980.4.20, 79도3034.

② 大法院 1967.3.28, 67도253; 1962.9.27, 62도113; 1988.3.22, 88도3.

④ 大法院 1970.9.29, 70도1759.

【정답】 ③

【문 8】 직무유기죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

【법원9급 2012】

- ① 경찰관이 직무와 관련하여 증거물로 압수한 오락기의 변조 기관을 범죄 혐의의 입증에 사용하기 위한 적절한 조치를 취하지 않고 피압수자에게 돌려준 경우, 증거인멸죄 및 직무유기죄가 모두 성립하고 위 각 죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ② 통고처분이나 고발을 할 권한이 없는 세무공무원이 그 권한자에게 범칙사건 조사 결과에 따른 통고처분이나 고발조치를 건의하는 등의 조치를 취하지 않았다고 하더라도, 직무유기죄의 성립을 인정할 것은 아니다.
- ③ 공무원이 어떠한 형태로든 직무집행의 의사로 자

신의 직무를 수행한 경우에는 그 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 것은 아니다.

- ④ 공무원이 병가 중인 경우에는 구체적인 작위의무 내지 국가기능의 저해에 대한 구체적인 위법성이 있다고 할 수 없어 직무유기죄의 주체로 될 수 없다.

해설】 ① 경찰관이 압수물을 범죄혐의의 입증에 사용하도록 하는 등의 적절한 조치를 취하지 아니하고 피압수자에게 돌려주었다면 작위범인 증거인멸죄만 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 성립하지 않는다. 大法院 2006.10.19, 2005도3909 全員合議體 참조.

- ② 大法院 1997.4.11, 96도2753
- ③ 大法院 2007.7.12, 2006도1390; 1982.6.8, 82도117
- ④ 大法院 1997.4.22, 95도748

【정답】 ①

【문 9】 다음 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

- ① 출입금지가처분이 집행되어 고시되어 있는 경우에는 가처분채권자의 승낙을 얻었다 하더라도 그 건조물에 출입하면 공무상 표시의 효용을 해하는 행위에 해당한다.
- ② 공무상표시무효죄의 경우에는, 행위 당시에 강제처분의 표시가 현존할 것을 요하지 않는다.
- ③ 형법 제140조의2에 규정된 부동산 강제집행효용침해죄의 객체인 강제집행으로 명도 또는 인도된 부동산에는, 강제집행으로 퇴거 집행된 부동산이 포함되지 않는다.
- ④ 집행관이 법원으로부터 피신청인에 대하여 부작위를 명하는 가처분이 발령되었음을 고시하는 데 그치고 나아가 봉인 또는 물건을 자기의 점유로 옮기는 등의 구체적인 집행행위를 하지 아니하였다면, 단순히 피신청인이 위 가처분의 부작위명령을 위반하였다는 것만으로는 공무상 표시의 효용을 해하는 행위에 해당하지 않는다.

해설】 ④ 大法院 2008.12.24, 2006도1819

① 출입금지가처분은 그 성질상 가처분 채권자의 의사에 반하여 건조물 등에 출입하는 것을 금지하는 것이므로 비록 가처분결정이나 그 결정의 집행으로서 집행관이 실시한 고시에 그러한 취지가 명시되어

있지 않다고 하더라도 가처분 채권자의 승낙을 얻어 그 건조물 등에 출입하는 경우에는 출입금지 가처분 표시의 효용을 해한 것이라고 할 수 없다(大法院 2006.10.13, 2006도4740).

② 공무상표시무효죄가 성립하기 위해서는 공무원이 그 직무에 관하여 적법하게 실시한 봉인 또는 압류 기타 강제처분의 표시가 존재(현존)해야 한다(大法院 1997.3.11, 96도2801).

③ 부동산강제집행효용침해죄의 객체인 강제집행으로 명도 또는 인도된 부동산에는 강제집행으로 퇴거 집행된 부동산을 포함한다(大法院 2003.5.13, 2001도3212).

【정답】 ④

【문 10】 주거침입죄에 관한 판례의 태도로 옳지 않은 것은? 【법원9급 2012】

- ① 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택 안에서 공용으로 사용하는 엘리베이터, 계단과 복도는 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체인 ‘사람의 주거’에 해당하지 않는다.
- ② 점유할 권리가 없는 자의 점유라고 하더라도, 권리가 그 권리를 실행함에 있어 법에 정하여진 절차에 의하지 아니하고 그 건조물 등에 침입한 경우에는 주거침입죄가 성립한다.
- ③ 피고인이 피해자가 사용중인 공중화장실의 용변칸에 노크하여 남편으로 오인한 피해자가 용변칸에 노크하여 남편으로 오인한 피해자가 용변칸 문을 열자 강간할 의도로 용변칸에 들어간 것이라면 주거침입죄에 해당한다.
- ④ 이미 수일 전에 2차례에 걸쳐 피해자를 강간하였던 피고인이 대문을 몰래 열고 들어와 담장과 피해자가 거주하던 방 사이의 좁은 통로에서 창문을 통하여 방안을 엿본 경우, 주거침입죄에 해당한다.

해설】 ① 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택의 내부에 있는 엘리베이터, 공용 계단과 복도는 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체인 ‘사람의 주거’에 해당하고, 위 장소에 거주자의 명시적, 묵시적 의사에 반하여 침입하는 행위는 주거침입죄를 구성한다(大法院 2009.9.10, 2009도4335).

② 大法院 1985.3.26, 85도122 참조. 따라서 타인이 인도받아 점유하고 있는 자신 소유의 비닐하우스의 열쇠를 손괴하고 그 안에 들어간 행위가 재물손괴죄 및 주거침입죄에 해당한다(大法院 2007.3.15, 2006도7044).

③ 사용 중인 공중화장실의 용변 칸에 노크하여 남편으로 오인한 피해자가 용변 칸 문을 열어주자 강간할 의도로 용변 칸에 들어간 것이라면 피해자가 명시적·묵시적으로 이를 승낙하였다고 볼 수 없어 주거침입죄에 해당한다(大法院 2003.5.30, 2003도1256).

④ 大法院 2001.4.24, 2001도1092

【정답】 ①

【문 11】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

- ① 집행유예의 요건에 관한 형법 제62조 제1항의 ‘형’의 집행을 유예할 수 있다고만 규정하고 있다고 하더라도, 하나의 자유형 중 일부에 대해서는 실형을, 나머지에 대해서는 집행유예를 선고하는 것은 허용되지 않는다.
- ② 하나의 판결로 두 개의 징역형을 선고하는 경우에 그 중 하나의 징역형에 대하여만 집행유예를 선고할 수 있다.
- ③ 벌금과 과료는 판결확정일로부터 60일 내에 납입하여야 한다. 단, 벌금을 선고할 때에는 동시에 그 금액을 완납할 때까지 노역장에 유치할 것을 명할 수 있다.
- ④ 형의 선고를 유예할 수 있는 경우는 선고할 형이 1년 이하의 징역이나 금고 자격정지 또는 벌금의 경우에 한하고 구류형에 대하여는 선고를 유예할 수 없다.

해설】 ③ 형법 제69조 제1항 : 벌금과 과료는 확정 판결일로부터 30일 내에 납입하여야 한다. 단, 벌금을 선고할 때에는 동시에 그 금액을 완납할 때까지 노역장에 유치할 것을 명할 수 있다.

① 집행유예의 요건에 관한 형법 제62조 제1항이 ‘형’의 집행을 유예할 수 있다고만 규정하고 있다고 하더라도, 이는 같은 조 제2항이 그 형의 ‘일부’에 대하여 집행을 유예할 수 있는 때를 형을 ‘병과’할 경우로 한정하고 있는 점에 비추어 보면, 조문의 체계적 해석상 하나의 형의 전부에 대한 집행유예에 관한 규정이라 할 것이고, 또한 하나의 자유형에 대한

일부집행유예에 관하여는 그 요건, 효력 및 일부 실행에 대한 집행의 시기와 절차, 방법 등을 입법에 의해 명확하게 할 필요가 있어, 그 인정을 위해서는 별도의 근거 규정이 필요하므로 하나의 자유형 중 일부에 대해서는 실형을, 나머지에 대해서는 집행유예를 선고하는 것은 허용되지 않는다(大法院 2007.2.22, 2006도8555).

② 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 두 개의 범죄에 대하여 하나의 판결로 두 개의 자유형을 선고하는 경우 그 두 개의 자유형은 각각 별개의 형이므로 형법 제62조 제1항에 정한 집행유예의 요건에 해당하면 그 각 자유형에 대하여 각각 집행유예를 선고할 수 있는 것이고, 또 그 두 개의 징역형 중 하나의 징역형에 대하여는 실형을 선고하면서 다른 징역형에 대하여 집행유예를 선고하는 것도 우리 형법상 이러한 조치를 금하는 명문의 규정이 없는 이상 허용되는 것으로 보아야 한다(大法院 2001.10.12, 2001도3579).

④ 형법 제59조 제1항은 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 같은 법 제51조의 사항을 참작하여 개선의 정상이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다고 규정하고 있어 형의 선고를 유예할 수 있는 경우는 선고할 형이 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형인 경우에 한하고, 구류형에 대하여는 그 선고를 유예할 수 없다(大法院 1993.6.22, 93오1).

【정답】 ③

【문 12】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

- ① 형법 제313조에 정한 신용훼손죄에서의 ‘신용’은 경제적 신용, 즉 사람의 지불능력 또는 지불의사에 대한 사회적 신뢰를 의미한다.
- ② 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌 대상이 되지 않기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 한다.
- ③ 명예훼손죄와 모욕죄의 보호법익은 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 이른바 외부적 명예이다.
- ④ 적시된 사실이 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있는 경우도 형법 제307조 제2항 소정의 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄에서의

‘허위의 사실’에 해당한다.

해설】 ④ 형법 제307조 제2항을 적용하기 위하여 적시된 사실이 허위의 사실인지 여부를 판단함에 있어서는 적시된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부(세부)에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없다(大法院 2000.2.25, 99도4757).

① 형법 제313조에 정한 신용훼손죄에서의 ‘신용’은 경제적 신용, 즉 사람의 지불능력 또는 지불의사에 대한 사회적 신뢰를 말하는 것이다(大法院 1969.1.21, 68도1660).

② 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 하는 것이나, 그 증명은 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것은 아니므로, 이 때에는 전문증거에 대한 증거능력의 제한을 규정한 형사소송법 제310조의2는 적용될 여지가 없다(大法院 1996.10.25, 95도1473; 1993.6.22, 92도3160; 1988.10.11, 85다카29).

③ 명예훼손죄와 모욕죄의 보호법익은 다같이 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 이른바 외부적 명예인 점에서는 차이가 없으나 다만 명예훼손은 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 구체적 사실의 적시를 하여 명예를 침해함을 요하는 것으로서 구체적 사실이 아닌 단순한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현으로서 사회적 평가를 저하시키는 모욕죄와 다르다(大法院 1987.5.12, 87도739).

【정답】 ④

【문 13】 형의 감경, 면제에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은? 【법원9급 2012】

- ① 범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제한다.
- ② 내란죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모하였다가 내란죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.

③ 범인이 자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에는 형의 감경 또는 면제할 수 있다.

④ 농아자의 행위는 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

해설】 ② 형법 제90조 제1항 참조. (필요적 감면사유)

① 외국에서 받은 형의 집행(제7조) 으로 형을 감경 또는 면제할 수 있다. (임의적 감면사유)

③ 중지범(제26조)은 형을 감경 또는 면제한다. (필요적 감면사유)

④ 농아자(제11조)의 행위는 형을 감경한다. (필요적 감경사유)

【정답】 ②

【문 14】 장물죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

① 장물인 현금을 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 동일한 액수의 현금을 인출한 경우, 인출된 현금은 당초의 현금과 물리적인 동일성이 상실되므로 장물로서의 성질을 상실한다.

② 장물이라 함은 재산죄인 범죄행위에 의하여 영득된 물건을 말하는 것으로서 절도·강도·사기·공갈·횡령 등 영득죄에 의하여 취득된 물건이어야 한다.

③ 장물취득죄에 있어서 장물의 인식은 확정적 인심을 요하지 않으며 장물일지도 모른다는 의심을 가지는 정도의 미필적 인식으로서도 충분하다.

④ 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.

해설】 ① 장물인 현금을 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 동일한 액수의 현금을 인출한 경우에 예금계약의 성질상 인출된 현금은 당초의 현금과 물리적인 동일성은 상실되었지만 액수에 의하여 표시되는 금전적 가치에는 아무런 변동이 없으므로 장물로서의 성질은 그대로 유지된

다(大法院 2000.3.10, 98도2579).

② 大法院 2004.12.9, 2004도5904; 1975.9.23, 74도1804.

③ 大法院 1995.1.20, 94도1968.

④ 大法院 2003.5.13, 2003도1366.

【정답】 ①

【문 15】 위증죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

① 증인신문절차에서 허위의 진술을 하고 그 진술이 철회·시정된 바 없이 그대로 증인신문절차가 종료된 경우 그로써 위증죄는 기수에 달하고, 그 후 별도의 증인 신청 및 채택 절차를 거쳐 그 증인이 다시 신문을 받는 과정에서 종전 신문절차에서의 진술을 철회·시정한다 하더라도 이미 종결된 종전 증인신문절차에서 행한 위증죄의 성립에 어떤 영향을 주는 것은 아니다.

② 제3자가 심문절차로 진행되는 가처분 신청사건에서 증인으로 출석하여 선서를 하고 진술함에 있어서 허위의 공술을 하였다면 위증죄가 성립한다.

③ 민사소송의 당사자인 법인의 대표자가 선서하고 증언한 경우 위증죄의 주체가 될 수 있다.

④ 피고인이 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증죄를 범하게 한 경우 위증교사로 처벌할 수 없다.

해설】 ① 증인의 증언은 그 진부를 일체로 관찰·판단하는 것이므로 선서한 증인이 일단 기억에 반하는 허위의 진술을 하였다더라도 그 신문이 끝나기 전에 그 진술을 철회·시정한 경우 위증이 되지 아니한다고 할 것이나, 증인이 1회 또는 수회의 기일에 걸쳐 이루어진 1개의 증인신문절차에서 허위의 진술을 하고 그 진술이 철회·시정된 바 없이 그대로 증인신문절차가 종료된 경우 그로써 위증죄는 기수에 달하고, 그 후 별도의 증인 신청 및 채택 절차를 거쳐 그 증인이 다시 신문을 받는 과정에서 종전 신문절차에서의 진술을 철회·시정한다 하더라도 그러한 사정은 형법 제153조가 정한 형의 감면사유에 해당할 수 있을 뿐, 이미 종결된 종전 증인신문절차에서 행한 위증죄의 성립에 어떤 영향을 주는 것은 아니다. 위와 같은 법리는 증인이 별도의 증인신문절차에서 새로이 선서를 한 경우뿐만 아니라 종전 증인신문절차에

서 한 선서의 효력이 유지됨을 고지 받고 진술한 경우에도 마찬가지로 적용된다(大法院 2010.9.30, 2010도7525).

② 제3자가 심문절차로 진행되는 가처분 신청사건에서 증인으로 출석하여 선서를 하고 진술함에 있어서 허위의 공술을 하였다 하더라도 그 선서는 법률상 근거가 없어 무효라고 할 것이므로 위증죄는 성립하지 않는다(大法院 2003.7.25, 2003도180).

③ 민사소송의 당사자는 증인능력이 없으므로 증인으로 선서하고 증언하였다 하더라도 위증죄의 주체가 될 수 없고, 이러한 법리는 민사소송에서의 당사자인 법인의 대표자의 경우에도 마찬가지로 적용된다(大法院 1998.3.10, 97도1168).

④ 피고인이 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증죄를 범하게 하는 것은 이러한 방어권을 남용하는 것이라고 할 것이어서 교사범의 죄책을 부담케 함이 상당하다(大法院 2004.1.17, 2003도5114).

【정답】 ①

【문 16】 실행의 착수시기에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

① 부동산 이중양도에 있어서 매도인이 제2차 매수인으로부터 계약금만을 지급받고 중도금을 수령한 바 없다면 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

② 피고인들이 낮에 아파트 출입문 시정장치를 손괴하다가 발각되어 도주한 경우, 형법 제331조 제2항의 특수절도의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

③ 출입문이 열려 있으면 안으로 들어가겠다는 의사 아래 출입문을 당겨보는 행위만으로는 주거침입의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

④ 강간을 목적으로 피해자의 집에 침입하여 안방에서 자고 있는 피해자의 가슴과 엉덩이를 만지면서 간음을 기도하였다는 사실만으로는 강간죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

해설】 ③ 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 것으로 볼 수 있어 그것으로 주거침입의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다(大法院 2006.9.14, 2006도2824).

① 부동산 이중양도에 있어서 매도인이 제2차 매수

인으로부터 계약금만을 지급받고 중도금을 수령한 바 없다면 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다(大法院 2003.3.25, 2002도7134). 착수 시기는 매도인이 제2차 매수인에게 중도금을 수령한 때 배임의 의사가 확실 하게 나타나게 된다고 할 수 있으므로 실행의 착수가 된다(大法院1983.10.11, 83도2057).

② 형법 제331조 제2항의 특수절도에 있어서 주거침입은 그 구성요건이 아니므로, 절도범인이 그 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 그 주거침입행위는 절도죄에 흡수되지 아니하고 별개로 주거침입죄를 구성하여 절도죄와는 실체적 경합의 관계에 있게 되고, 2인 이상이 합동하여 야간이 아닌 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였다 하여도 아직 절취할 물건의 물색행위를 시작하기 전이라면 특수절도죄의 실행에는 착수한 것이라고 볼 수 없는 것이어서 그 미수죄가 성립하지 않는다(大法院 2009.12.24, 2009도9667).

④ 大法院 1990.5.25, 90도607.

【정답】 ③

【문 17】 다음 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

- ① 허위의 채권을 피보전권리로 삼아 가압류를 한 것은 사기죄의 실행에 착수한 것이다.
- ② 소송사기의 경우에는 당해 소송의 승소판결이 확정된 때에 범행이 기수에 이르는 것이다.
- ③ 민사소송의 피고는 소송사기죄의 주체가 될 수 없다.
- ④ 피고인이 타인과 공모하여 그를 상대로 의제자백 판결을 받아 소유권이전등기를 마친 경우, 소송사기가 성립한다.

해설】 ② 大法院 1983.4.26, 83도188

① 가압류는 강제집행의 보전방법에 불과하고 그 기초가 되는 허위의 채권에 의하여 실제로 청구의 의사표시를 한 것이라고 할 수 없으므로 소의 제기 없이 가압류신청을 한 것만으로는 사기죄의 실행에 착수한 것이라고 할 수 없다(大法院 1982.10.26, 82도1529).

③ 민사소송의 피고도 소송사기죄의 주체가 될 수 있다(大法院 1998.2.27, 97도2786).

④ 피고인이 타인과 공모하여 그 공모자를 상대로 제소하여 의제자백의 판결을 받아 이에 기해 부동산

의 지분이전등기를 한 소위는 소송 상대방의 의견에 부합한 것으로서 동인으로부터 부동산을 편취한 것이라고 볼 수 없고 또 그 부동산의 진정한 소유자가 따로 있다 하더라도 피고인이 공모에 의한 의제자백 판결에 기하여 그 진정한 소유자로부터 소유권을 이전받은 것이 아니므로 소유자로부터 위 부동산을 편취한 것이라고 볼 여지도 없다(大法院 1983.10.25, 83도1566).

【정답】 ②

【문 18】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

- ① 태아를 사망에 이르게 하는 행위는 임산부에 대한 상해가 된다.
- ② 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만개시설)가 사람의 시기(始期)라고 봄이 타당하다.
- ③ 오랜 시간 동안의 협박과 폭행을 이기지 못하고 실신하여 범인들이 불러온 구급차 안에서야 정신을 차리게 되었다면, 외부적으로 어떤 상처가 발생하지 않았다고 하더라도 생리적 기능에 훼손을 입어 신체에 대한 상해가 있었다고 보아야 한다.
- ④ 사람을 살해한 자가 그 사체를 다른 장소로 옮겨 유기하였을 때에는 별도로 사체유기죄가 성립하고, 이와 같은 사체유기를 불가벌적 사후행위로 볼 수는 없다.

해설】 ① 우리 형법은 태아를 임산부 신체의 일부로 보거나, 낙태행위가 임산부의 태아양육, 출산 기능의 침해라는 측면에서 낙태죄와는 별개로 임산부에 대한 상해죄를 구성하는 것으로 보지는 않는다고 해석된다. 따라서 태아를 사망에 이르게 하는 행위가 임산부 신체의 일부를 훼손하는 것이라거나 태아의 사망으로 인하여 그 태아를 양육, 출산하는 임산부의 생리적 기능이 침해되어 임산부에 대한 상해가 된다고 볼 수는 없다(大法院 2007.6.29, 2005도3832).

② 大法院 2007.6.29, 2005도3832

③ 大法院 1996.12.10, 96도2529

④ 大法院 1997.7.25, 97도1142

【정답】 ①

【문 19】 업무방해죄의 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

- ① 쟁의행위로서의 파업은 언제나 업무방해죄에 해당한다.
- ② 형법 제314조 제2항의 컴퓨터 등 장애 업무방해죄가 성립하기 위해서는 정보처리 장치가 그 사용목적에 부합하는 기능을 하지 못하거나 사용목적과 다른 기능을 하는 등 정보처리의 장애가 현실적으로 발생하였을 것을 요한다.
- ③ 의료인이나 의료법인이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 행위는 위법하지만, 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무에 해당한다.
- ④ 인터넷 자유게시판 등에 실제의 객관적인 사실을 게시하더라도 그로 인하여 피해자의 업무가 방해된 경우에는, 형법 제314조 제1항 소정의 위계에 의한 업무방해죄에 있어서의 '위계'에 해당한다.

해설】 ② 大法院 2009.4.9, 2008도11978

- ① 쟁의행위로서의 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압, 혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 그 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 봄이 상당하다(大法院 2011.3.17, 2007도482).
- ③ 大法院 2002. 8. 23, 2001도5592.
- ④ 설령 그로 인하여 피해자의 업무가 방해된다고 하더라도, 법조항 소정의 '위계'에 해당하지 않는다(大法院 2007.6.29, 2006도3839).

【정답】 ②

【문 20】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

- ① 자동차운전면허대장은 형법 제228조 제1항에서 말하는 공정증서원본에 해당하지 않는다.
- ② 공정증서원본의 기재사항에 취소사유에 해당하는 하자가 있는 경우, 그 취소 전에 그 사실의 내용이 공정증서 원본에 기재된 이상 그 기재가 공정증서원본 불실기재죄를 구성하지 않는다.
- ③ 민사조정법상의 조정절차에서 작성되는 조정조서는 형법 제228조 제1항에서 말하는 공정증서원본에 해당한다.
- ④ 공정증서원본 등에 기재된 사항이 존재하지 아니

하거나 외관상 존재한다고 하더라도 무효에 해당하는 하자가 있다면 그 기재는 공정증서원본 불실기재죄를 구성한다.

해설】 ③ 공정증서원본은 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서이어야 한다고 할 것인바, 민사조정법상 조정신청에 의한 조정제도는 원칙적으로 조정신청인의 신청 취지에 구애됨이 없이 조정담당판사 등이 제반 사정을 고려하여 당사자들에게 상호 양보하여 합의하도록 권유·주선함으로써 화해에 이르게 하는 제도인 점에 비추어, 그 조정절차에서 작성되는 조정조서는 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서로 볼 수 없어 공정증서원본에 해당하는 것으로 볼 수 없다(大法院 2010.6.10, 2010도3232).

① 자동차운전면허대장은 운전면허 행정사무집행의 편의를 위하여 범칙자, 교통사고유발자의 인적사항·면허번호 등을 기재하거나 운전면허증의 교부 및 재교부 등에 관한 사항을 기재하는 것에 불과하며, 그에 대한 기재를 통해 당해 운전면허 취득자에게 어떠한 권리의무를 부여하거나 변동 또는 상실시키는 효력을 발생하게 하는 것으로 볼 수는 없다(大法院 2010.6.10, 2010도1125).

② 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 공정증서원본 불실기재죄를 구성하지 않는다(大法院 2009.2.12, 2008도10248).

④ 형법 제228조 제1항이 규정하는 공정증서원본불실기재죄는 공문서에 대한 공공의 신용을 보장함을 보호법익으로 하는 범죄로서 공무원에 대하여 진실에 반하는 허위신고를 하여 공정증서원본 또는 이와 동일한 전자기록 등 특수매체기록에 실체관계에 부합하지 아니하는 불실의 사실을 기재 또는 등록하게 함으로써 성립하는 것이므로, 공정증서원본 등에 기재된 사항이 존재하지 아니하거나 외관상 존재한다고 하더라도 무효에 해당하는 하자가 있다면 그 기재는 불실기재에 해당한다(大法院 2006. 3.10, 2005도9402).

【정답】 ③

**【문 21】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】**

- ① 형법 제127조는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설하는 행위만을 처벌하고 있을 뿐 직무상 비밀을 누설받은 상대방을 처벌하는 규정이 없는 점에 비추어, 직무상 비밀을 누설받은 자에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다.
- ② 참고인이 수사기관에서 범인에 관하여 조사를 받으면서 그가 알고 있는 사실을 묵비하거나 허위로 지술하였다고 하더라도, 그것이 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도가 아닌 한 범인도피죄를 구성하지 않는다.
- ③ 범인이 기소중지자임을 알고도 범인의 부탁으로 다른 사람의 명의로 대신 임대차계약을 체결해 준 경우 범인 도피죄에 해당한다.
- ④ 피고인 자신이 직접 형사처분이나 징계처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 증인이 될 사람을 도피하게 한 것이더라도, 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증인을 도피하게 한 결과가 되는 경우 이를 증인도피죄로 처벌할 수 있다.

해설】 ④ 형법 제155조 제2항 소정의 증인도피죄는 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증인을 은닉·도피하게 한 경우에 성립하는 것으로서, 피고인 자신이 직접 형사처분이나 징계처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 증인이 될 사람을 도피하게 하였다면, 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증인을 도피하게 한 결과가 된다고 하더라도 이를 증인도피죄로 처벌할 수 없다(大法院 2003.3.14, 2002도6134).

① 2인 이상 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 대항범에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없는데, 형법 제127조는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설하는 행위만을 처벌하고 있을 뿐 직무상 비밀을 누설받은 상대방을 처벌하는 규정이 없는 점에 비추어, 직무상 비밀을 누설받은 자에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다고 보는 것이 타당하다(大法院 2011.4.28, 2009도3642).

② 실제의 범인이 용이하게 도피하는 결과를 초래한다고 하더라도 그것만으로는 그 참고인에게 적극적으로 실제의 범인을 도피시켜 국가의 형사사범의 작용을 곤란하게 할 의사가 있었다고 볼 수 없어 그 참고인을 범인도피죄로 처벌할 수는 없다(大法院 1997.9.9, 97도1596).

③ 범인이 기소중지자임을 알고도 범인의 부탁으로 다른 사람의 명의로 대신 임대차계약을 체결해 준 경우, 비록 임대차계약서가 공시되는 것은 아니라 하더라도 수사기관이 탐문수사나 신고를 받아 범인을 발견하고 체포하는 것을 곤란하게 하여 범인도피죄에 해당한다(大法院 2004.3.26, 2003도8226).

【정답】 ④

【문 22】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

- ① 형법 제370조에서 말하는 경계는 반드시 법률상의 정당한 경계를 말하는 것이 아니고 비록 법률상의 정당한 경계에 부합되지 아니하는 경계라고 하더라도 이해관계인들의 명시적 또는 묵시적 합의에 의하여 정하여진 것이면 이는 이 법조에서 말하는 경계라고 할 것이다.
- ② 가압류 후에 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자가 다른 사람에 대한 허위의 채무에 기하여 근저당권설정등기 등을 경료한 경우 강제집행면탈죄가 성립한다.
- ③ 형법 제327조의 강제집행면탈죄는 위태범으로서 채권자가 본안 또는 보전소송을 제기하거나 제기할 태세를 보이고 있는 상태에서 주관적으로 강제집행을 면탈하려는 목적으로 재산을 은닉, 손괴, 허위양도하거나 허위의 채무를 부담하여 채권자를 해할 위험이 있으면 성립하는 것이다.
- ④ 강제집행면탈죄의 객체는 채무자의 재산 중에서 채권자가 민사집행법상 강제집행 또는 보전처분의 대항으로 삼을 수 있는 것이어야 한다.

해설】 ② 가압류에는 처분금지적 효력이 있으므로 가압류 후에 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자 또는 그 제3취득자에 대한 채권자는 그 소유권 또는 채권으로써 가압류권자에게 대항할 수 없다. 따라서 가압류 후에 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자가 다른 사람에 대한 허위의 채무에 기하여 근저당권설정등기 등을 경료하더라도 이로써 가압류채권자의

법률상 지위에 어떤 영향을 미치지 않으므로, 강제집행면탈죄에 해당하지 아니한다(大法院 2008.5.29, 2008도2476).

① 형법 제370조에서 말하는 경계는 반드시 법률상의 정당한 경계를 말하는 것이 아니고 비록 법률상의 정당한 경계에 부합되지 아니하는 경계라고 하더라도 이해관계인들의 명시적 또는 묵시적 합의에 의하여 정하여진 것이면 이는 이 법조에서 말하는 경계라고 할 것이다(大法院 1999.4.9, 99도480).

③ 형법 제327조의 강제집행면탈죄는 위태범으로서, 강제집행을 면탈하려는 목적으로 재산을 은닉, 손괴, 허위양도하거나 허위의 채무를 부담하여 채권자를 해할 위험이 있으면 성립하는 것이고, 반드시 채권자를 해하는 결과가 야기되거나 행위자가 어떤 이득을 취하여야 범죄가 성립하는 것은 아니다(大法院 2009.5.28, 2009도875).

④ 大法院 2008.9.11, 2006도8721; 大法院 2009.5.14, 2007도2168

【정답】 ②

【문 23】 친족상도례에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

【법원9급 2012】

- ① 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하고 공갈죄를 범하여 폭력행위등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에 의해 가중처벌되는 경우 친족상도례 규정이 적용되지 않는다.
- ② 피고인의 딸과 피해자의 아들이 혼인관계에 있는 경우 친족상도례가 적용되지 않는다.
- ③ 횡령범인이 피해물건의 소유자와 위탁자 등 한쪽과 친족관계가 있는 경우 친족상도례가 적용되지 않는다.
- ④ 손자가 할아버지 소유 농업협동조합 예금통장을 절취하여 이를 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 예금잔고를 자신의 거래 은행계좌로 이체한 경우 친족상도례가 적용되지 않는다.

해설】 ① 형법 제354조는 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’ 제3조 제1항 위반죄‘에도 그대로 적용된다(大法院 2010.7.29, 2010도5795).

② 친족상도례가 적용되는 친족의 범위는 민법의 규정에 의하여야 하는데, 민법 제767조는 배우자, 혈족 및 인척을 친족으로 한다고 규정하고 있고, 민법 제

769조는 혈족의 배우자, 배우자의 혈족, 배우자의 혈족의 배우자만을 인척으로 규정하고 있을 뿐, 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제769조에서 인척으로 규정하였던 ‘혈족의 배우자의 혈족’을 인척에 포함시키지 않고 있다. 따라서 사기죄의 피고인과 피해자가 사돈지간이라고 하더라도 이를 민법상 친족으로 볼 수 없다(大法院 2011.4.28, 2011도2170).

③ 횡령범인이 위탁자가 소유자를 위해 보관하고 있는 물건을 위탁자로부터 보관받아 이를 횡령한 경우에 형법 제361조에 의하여 준용되는 제328조 제2항의 친족간의 범행에 관한 조문은 범인과 피해물건의 소유자 및 위탁자 쌍방 사이에 같은 조문에 정한 친족관계가 있는 경우에만 적용되고, 단지 횡령범인과 피해물건의 소유자간에만 친족관계가 있거나 횡령범인과 피해물건의 위탁자간에만 친족관계가 있는 경우에는 적용되지 않는다(大法院 2008.7.24, 2008도3438).

④ 손자가 할아버지 소유 농업협동조합 예금통장을 절취하여 이를 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 예금 잔고를 자신의 거래 은행 계좌로 이체한 경우, 위 농업협동조합이 컴퓨터 등 사용자기 범행 부분의 피해자라는 이유로 친족상도례를 적용할 수 없다(大法院 2007.3.15. 2006도2704).

【정답】 ①

【문 24】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【법원9급 2012】

- ① 회사의 사무를 처리하는 자가 회사로 하여금 자신의 채무에 관하여 연대보증채무를 부담하게 한 다음, 회사의 자금을 보관하는 자의 지위에서 회사의 이익이 아닌 자신의 채무를 변제하려는 의사로 회사의 자금을 임의로 인출한 위 개인채무의 변제에 사용한 행위는 배임죄와 별도로 횡령죄를 구성한다.
- ② 부동산의 명의수탁자가 신탁자의 승낙없이 갑(甲) 앞으로 근저당권설정등기를 하였다가 후에 그 말소등기를 신청함과 동시에 을(乙) 앞으로 소유권이전등기를 신청함에 따라 갑(甲)명의의 근저당권 말소등기와 을(乙) 명의의 소유권이전등기가 순차 경료된 경우, 을(乙) 명의로 소유권이전등기를 경료해 준 행위는 별도의 횡령죄를 구성한다.
- ③ 주식회사의 대표이사가 타인을 기망하여 회사가

발행하는 신주를 인수하게 한 다음, 그로부터 납입 받은 신주인수대금을 보관하던 중 횡령한 행위는 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 별죄를 구성한다.

- ④ 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.

해설】 ② 횡령물의 처분행위로서 새로운 법익의 침해를 수반하지 않는 이른바 불가벌적 사후행위에 해당하여 별도의 횡령죄를 구성하지 아니한다(大法院 2000.3.24, 2000도310).

① 연대보증채무 부담으로 인한 배임죄와 다른 새로운 보호법익을 침해하는 것으로서 배임 범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것이 아니라 별죄인 횡령죄를 구성한다고 보아야 하며, 횡령행위로 인출한 자금이 선행 임무위배행위로 인하여 회사가 부담하게 된 연대보증채무의 변제에 사용되었다 하더라도 달리 볼 것은 아니다(大法院 2011.4.14, 2011도277).

③ 주식회사의 대표이사가 타인을 기망하여 회사가 발행하는 신주를 인수하게 한 다음 그로부터 납입받은 신주인수대금을 보관하던 중 횡령한 행위는 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 별죄를 구성한다(大法院 2006.10.26, 2004도6503)

④ 大法院 2004.4.9, 2003도8219; 大法院 1976.11.23, 76도3067.

【정답】 ②

【문 25】 다음 중 몰수할 수 없는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) **【법원9급 2012】**

- ① 대형할인매장에서 수회 상품을 절취하여 자신의 승용차에 신고 간 경우, 위 승용차
- ② 압수물을 매각한 경우, 그 대가보관금
- ③ 피해자로 하여금 사기도박에 참여하도록 유인하기 위해 고액의 수표를 제시해 보인 경우, 위 수표
- ④ 군 P.X.에서 공무원인 군인이 그 권한에 의하여 작성한 월간 판매실적보고서의 내용에 일부 허위 기재된 부분이 있는 경우, 위 월간판매실적보고서

해설】 ④ 군 피.엑스(P.X)에서 공무원인 군인이 그

권한에 의하여 작성한 월간판매실적보고서의 내용에 일부 허위 기재된 부분이 있더라도 이는 공무원소인 소관 육군부대의 소유에 속하는 것이므로 이를 허위공문서 작성의 범행으로 인하여 생긴 물건으로 누구의 소유도 불허하는 것이라 하여 형법 제48조 제1항 제1호를 적용, 몰수하였음은 부당하다(大法院 1983.6.14, 83도808).

① 대형할인매장에서 수회 상품을 절취하여 자신의 승용차에 신고 간 경우, 위 승용차는 형법 제48조 제1항 제1호에 정한 범죄행위에 제공한 물건으로 보아 몰수할 수 있다(大法院 2006.9.14, 2006도4075).

② 관세법 제198조 제2항에 따라 몰수하여야 할 압수물이 멸실, 파손 또는 부패의 염려가 있거나 보관하기에 불편하여 이를 형사소송법 제132조의 규정에 따라 매각하여 그 대가를 보관하는 경우에는, 몰수와 관계에서는 그 대가보관금을 몰수 대상인 압수물과 동일시할 수 있다(大法院 1996.11.12, 96도2477).

③ 피해자로 하여금 사기도박에 참여하도록 유인하기 위하여 고액의 수표를 제시해 보인 경우, 형법 제48조 소정의 몰수가 임의적 몰수에 불과하여 법관의 자유재량에 맡겨져 있고, 위 수표가 직접적으로 도박자금으로 사용되지 아니하였다 할지라도, 위 수표가 피해자로 하여금 사기도박에 참여하도록 만들기 위한 수단으로 사용된 이상, 이를 몰수할 수 있다(大法院 2002.9.24, 2002도3589).

【정답】 ④

-끝-