원기총 3.1에 새로 추가되었거나 수정된 사항

제1권 조문이론

p.6 05번 문제를 아래 문제로 모두 교체합니다.

05. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 행사할 목적으로 통용하는 대한민국의 화폐, 지폐 또는 은행권을 위조 또는 변조한 행위에 대해서는 외국인의 국외범에 대해서 대한민국 형법이 적용되지 않는다.
- ② 형법은 대한민국영역 외에서 대한민국 또는 대한민국국민에 대하여 제5조에 기재한 이외의 죄를 범한 외국인에게 적용한다. 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에도 동일하다.
- ③ 죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람에 대해서는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입할 수 있다.
- ④ 죄를 지어 외국에서 미결구금된 사람에 대해서는 그 미결구금일수를 한국법원의 판결에 따른 형 집행에 산입할 수 없다.
- ⑤ 판결선고 전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다.

[정답] ④

- ① (×) [1] 형법 제5조(외국인의 국외범) 본법은 대한민국영역 외에서 다음에 기재한 죄를 범한 외국인에게 적용한다. 4. 통화에 관한 죄.
[2] 제207조(통화의 위조 등) ① 행사할 목적으로 통용하는 대한민국의 화폐, 지폐 또는 은행권을 위조 또는 변조한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다.
- ② (×) 제6조(대한민국과 대한민국국민에 대한 국외범) 본법은 대한민국영역 외에서 대한민국 또는 대한민국국민에 대하여 전조에 기재한 이외의 죄를 범한 외국인에게 적용한다. 단 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다. <주> 제6조 단서는 상호주의를 규정하고 있다.
- ③ (×) 죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람에 대해서는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입한다(제7조). <주> 임의적 산입이 아니라 필요적 산입이다.
- ④ (○) 제7조는 외국에서 형이 집행된 사람에게만 적용되므로, 외국에서 미결구금된 사람에게는 적용되지 않는다. 제57조는 한국에서 미결구금된 사람에게만 적용되므로, 외국에서 미결구금된 사람에게는 적용되지 않는다. 결국 형 집행에 산입되지 않는다.
- ⑤ (×) 판결선고전의 구금일수는 그 전부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다(제57조 제1항). <주> 제7조의 관련규정으로 제57조를 함께 공부한다. 일부 산입은 위헌결정을 받고 삭제되었다. 필요적 전부 산입이다.

p.9 문제수정

09. 다음 중 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 죄를 모두 고른 것은?

p.9 문제수정

10. 다음 중 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 있는 죄를 모두 고른 것은?

p.11 해설 수정

13. 다음 중 목적범에 해당하지 않는 것은 모두 몇 개인가?

㉠ 모해위증죄	㉡ 무고죄
㉢ 사문서부정행사죄	㉣ 사전자기록변작죄
㉤ 소요죄	㉥ 소인말소죄
㉦ 준점유강취죄	㉧ 음행매개죄
㉨ 국가·국장모독죄	㉩ 도박개장죄

- ① 2개 ② 3개
- ③ 4개 ④ 5개

[정답] ①

- * 목적범에 해당하지 않는 것은 ㉢㉣ 2개이다.
- * ㉠ 모해위증죄는 모해할 목적, ㉡ 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적, ㉢ 사무처리를 그르칠 목적, ㉤ 소인말소죄는 행사할 목적, ㉦ 준점유강취죄는 탈환항거 체포면탈 죄적인 멸의 목적, ㉧ 음행매개죄는 영리의 목적, ㉨ 국가·국장모독죄는 대한민국을 모욕할 목적, ㉩ 도박개장죄는 영리의 목적이 필요하다.

16. 다음 중 연결이 옳은 것을 모두 골라 묶은 것은?

㉠ 직무유기죄 - 즉시범	㉣ 허위진단서작성죄 - 목적범
㉡ 내란죄 - 상태범	㉤ 범죄단체조직죄 - 즉시범
㉢ 학대죄 - 상태범	㉥ 일반교통방해죄 - 즉시범
㉣ 체포죄 - 계속범	㉦ 도주죄 - 계속범

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

[정답] ③

- ㉠ (×) 직무유기죄는 즉시범이라고 할 수 없다(大判 1997.8.29. 97도675). <주> 계속범이다.
- ㉣ (×) 허위진단서작성죄는 목적범이 아니다(형법 제233조 참조). <주> 유가증권 또는 문서죄 파트에서 목적범이 아닌 경우로는, 행사죄, 허위진단서작성죄, 공정증서원본불실기재죄, 부정수표단속법 위반죄 등이 있다.
- ㉡ (○) 내란죄는 다수인이 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동을 하였을 때 이미 내란의 구성요건은 완전히 충족된다고 할 것이어서 상태범으로 봄이 상당하다(大判 1997.4.17. 96도3376 전합).
- ㉤ (○) 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 소정의 단체 등의 조직죄는 같은 법에 규정된 범죄를 목적으로 한 단체 또는 집단을 구성하거나 가입함으로써 즉시 성립하고 그와 동시에 완성되는 즉시범이라 할 것이다(大判 1997.10.10. 97도1829).
- ㉥ (○) 학대죄는 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위가 있음과 동시에 범죄가 완성되는 상태범 또는 즉시범이다(大判 1986.7.8. 84도2922).
- ㉦ (×) 일반교통방해죄는 추상적 위험범이며 계속범의 성질을 가진다(大判 2018.1.24. 2017도11408; 大判 2018.5.11. 2017도9146). <주> 조문에 “위험”이라고 명시되어 있지 않다.
- ㉣ (○) 체포죄는 계속범으로서 체포의 행위에 확실히 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속이 있어야 한다(大判 2018.2.28. 2017도21249).
- ㉦ (×) 도주죄는 즉시범으로서 범인이 간수자의 실력적 지배를 이탈한 상태에 이르렀을 때에 기수가 되어 도주행위가 종료한다(大判 1991.10.11. 91도1656).

p.29 21번 문제 ③ 수정하고, 다음에 21-1번 문제 추가합니다.

21. 다음 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?

- ① 甲을 살해할 의사로 甲을 향하여 저격하였는데 甲에게 맞지 않고 그 옆에 있던 개가 맞아 죽은 경우, 판례에 의할 때 행위자는 살인죄의 미수범으로 처벌된다.
- ② 甲을 살해하려고 총을 발사하였으나 甲의 팔을 스치고 뜻하지 않게 지나가던 乙이 맞아 사망한 경우 구체적 부합설에 따르면 甲에 대한 살인미수와 乙에 대한 과실치사의 상상적 경합이 된다.
- ③ 甲은 乙을 살해할 고의로 총을 발사하였는데 乙에게 상해를 입히고 옆에 있던 丙이 맞아 사망하였다. 甲의 죄책에 대하여 견해가 일치한다.
- ④ 甲이 乙에게 丙을 살해하도록 교사하였는데 乙은 丁을 丙으로 오인하여 살해한 경우 법정적 부합설에 따르면 甲은 丁에 대한 살인죄의 교사범이 된다.

[정답] ③

21 -1. 다음 사례에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (형법 이외에 특별법의 적용은 고려하지 않음)

甲은 A가 키우는 강아지가 시끄럽게 짖자, A의 강아지를 죽이기 위해 소지하던 엽총을 발사하였다. 하지만 총알이 빗나가 강아지가 아닌 A가 맞아 현장에서 사망하였다.

- ① 사례는 구성요건적 착오(사실의 착오)의 문제로 추상적 사실의 착오 중 방법의 착오에 해당한다.
- ② 사례에 있어 법정적 부합설과 추상적 부합설의 결론은 동일하다.
- ③ 구체적 부합설에 의하면 강아지에 대한 손괴미수죄와 A에 대한 과실치사죄의 상상적 경합이 성립한다.
- ④ 만약 甲이 A의 부인을 쏘려고 하였으나 빗나가 A가 맞고 사망했다면, 판례는 甲에게 A에 대한 살인죄의 성립을 긍정한다.

[정답] ②

- ① (○) 강아지에 대한 손괴죄를 인식하였으나 사람에 대한 사망결과가 발생하여 추상적 사실의 착오이고, 총알이 빗나간 경우이므로 방법의 착오이다.
- ② (×) 법정적 부합설에 의하면 손괴 "미수"와 과실치사의 상상적 경합범이고, 추상적 부합설에 의하면 손괴 "기수"와 과실치사의 상상적 경합범이다. 따라서 결론이 다르다.
- ③ (○) 구체적 부합설은 법정적 부합설과 결론이 동일하다.
- ④ (○) 구체적 사실의 착오 중 방법의 착오이다. 판례는 법정적 부합설의 입장으로 발생사실에 대한 고의 기수범을 인정한다.

p.33 29번 문제 다음에 29-1번 문제 추가합니다.

29-1. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 만약 부진정결과적 가중범의 개념을 인정하지 않는다면 현주건조물에 방화하여 사람을 살해할 고의가 있었던 경우 현주건조물방화죄와 살인죄의 상상적 경합범이 된다.
- ② 법정형으로서 사형을 규정하고 있는 범죄로는 현주건조물방화치사죄, 현주건조물일수치사죄, 해상강도치사죄 등이 있다.
- ③ 자기의 존속을 살해할 목적으로 존속이 현존하는 건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우는 현주건조물방화치사죄만 성립하고 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다.
- ④ 甲이 A의 사망에 대한 미필적 고의를 가지고 A가 주거로 사용하는 건조물을 소훼하였으나 이를 후회하고 진지한 노력으로 A를 구조함으로써 A가 사망하지 않은 경우에는 현주건조물방화치사죄의 중지미수범으로 처벌된다.

[정답] ①

- ① (○) [1] 부진정결과적 가중범의 개념을 부정하게 되면, 고의로 방화하고 고의로 살인한 경우 현주건조물방화살인죄라는 범죄는 형법상 규정이 없기 때문에 현주건조물방화죄와 살인죄의 상상적 경합범이 되고, 형이 중한 살인죄로 처벌되므로 5년 이상의 징역형으로 처벌된다. 이렇게 되면 고의로 방화하고 실수로 사망에 이르게 한 현주건조물방화치사죄의 법정형이 7년 이상이 징역형이므로 형의 불균형이 초래된다.
그러나 통설과 판례의 입장대로 부진정결과적 가중범의 개념을 인정하게 되면, 고의로 방화하고 고의로 살인한 경우에도 현주건조물방화치사죄로 7년 이상의 징역형으로 처벌할 수 있게 된다.
- ② (×) 결과적 가중범 중에서 현주건조물등방화치사, 해상강도치사죄 2개만 사형이 규정되어 있고, 현주건조물일수치사상죄 등의 다른 결과적 가중범에는 사형규정이 없다.
- ③ (×) 존속살인죄와 현주건조물방화치사죄는 상상적경합범 관계에 있으므로, 법정형이 중한 존속살인죄로 의율함이 타당하다(大判 1996. 4. 26. 96도485).
- ④ (×) 甲이 A의 사망에 대한 미필적 고의를 가지고 A가 주거로 사용하는 건조물을 소훼하여 이미 현주건조물방화죄는 기수에 이른 것이다. 중한 결과에 대한 고의는 있으나 중한결과가 발생하지 않은 경우이다. 이론상 미수가 가능하나 부진정결과적가중범인 현주건조물방화치사죄는 미수범처벌규정이 없다. 따라서 현주건조물방화치사죄의 중지미수범으로 처벌되는 것이 아니다. 이러한 사안에서는 현주건조물방화죄와 살인(중지)미수의 상상적 경합이 가능하다.

02. 정당방위의 성립요건에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공격행위를 피하기 위하여 관련 없는 제3자의 법익을 침해하는 행위도 정당방위로 허용된다.
- ② 긴급피난에 대한 정당방위는 인정되지만 정당방위에 대한 정당방위는 인정되지 않는다.
- ③ 과실범 처벌규정이 없는 과실행위에 대하여도 정당방위가 가능하다.
- ④ 형법의 규정에 의하면 우연방위가 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 별하지 아니한다.
- ⑤ 정당방위의 상당성 판단에는 상대적 최소침해의 원칙 이외에 보충성의 원칙이 필수적으로 요구된다.

[정답] ③

- ① (×) 정당방위 자기 또는 타인의 법익을 위하여 할 수 있다. 그러나 방위행위는 침해자 또는 그 도구를 대상으로 해야 하며 침해와 무관한 제3자에 대하여는 할 수 없다.
- ② (×) 긴급피난과 정당방위는 위법성이 조각되므로 부당한 침해가 아니다. 따라서 긴급피난이나 정당방위에 대한 정당방위는 인정될 수 없다. 단, 긴급피난은 가능하다.
- ③ (○) 위법은 반드시 형법상의 불법을 의미하는 것이 아니므로 구성요건해당성이 없는 행위도 객관적으로 위법하면 이에 대한 정당방위가 가능하다.
- ④ (×) 오상방위 또는 우연방위의 경우 형법 제21조 제3항과 같은 규정이 적용되지 않는다.
- ⑤ (×) 정당방위의 상당성은 최소침해원칙, 적합성원칙을 갖추면 되고, 보충성원칙, 균형성원칙을 갖추지 않아도 된다. 반면에 긴급피난의 상당성은 최소침해원칙, 적합성원칙, 보충성원칙, 균형성원칙을 모두 갖추어야 한다.

p.40 ⑤ 추가

자구행위

09. 위법성조각사유와 관련된 설명 중 옳은 것은?

- ① 자구행위에 의하여 보호되는 청구권은 보전할 수 있는 권리임을 요하므로, 명예와 같은 원상회복이 불가능한 권리는 자구행위의 청구권에 포함되지 않는다.
- ② 과잉자구행위가 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황 등으로 인한 때에는 별하지 아니한다.
- ③ 자구행위가 그 정도를 초과한 때에는 형의 임의적 감경사유가 된다.
- ④ 청구권자로부터 자구행위의 실행을 위임받은 자는 그 청구권자를 위하여 자구행위를 할 수 없다.
- ⑤ 「형법」 제23조 제1항은 타인의 청구권 보전을 위한 자구행위도 가능한 것으로 명시하고 있다.

[정답] ①

- ① (○) 자구행위는 보전이 가능한 청구권만을 대상으로 하므로 원상회복이 불가능한 청구권(예. 생명, 신체, 자유, 정조, 명예)은 포함되지 않는다.
- ② (×) 과잉자구행위는 불가벌적 과잉방위(제21조 제3항)나 불가벌적 과잉피난(제22조 제3항)과 같은 규정은 존재하지 않는다.
- ③ (×) 과잉자구행위는 형의 임의적 "감면(감경 또는 면제)"사유이다.
- ④ (×) 타인을 위한 자구행위는 원칙적으로 불가능하지만, 예외적으로 자구행위의 실행을 "위임"받은 경우에는 가능하다.
- ⑤ (×) 형법에는 자신을 위한 자구행위만 규정되어 있고, 타인을 위한 자구행위는 규정이 없다.

03. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 소년법상의 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여는 다시 공소를 제기하지 못한다.
- ② 소년법 적용 대상자에 대해서는 무기형을 부과할 수 없다.
- ③ 형사미성년자에 대해서는 형사적 제재가 불가능하다.
- ④ 18세 미만의 소년에 대하여는 사형 또는 무기징역으로 처할 것인 때에는 15년의 유기징역으로 하는데, 이 때 18세 미만 여부는 사실심판결 선고시를 기준으로 하여 판단한다.
- ⑤ 2005. 3. 3.에 출생한 자가 2019. 1. 1.에 절도죄를 저지른 경우 그 행위에 대하여 형벌을 과할 수 있다.

[정답] ①

- ① (○) 소년법 제53조.
- ② (×) 죄를 범할 때에 18세 미만인 소년에 대하여는 사형 또는 무기형으로 처할 것인 때에는 15년의 유기징역으로 한다(소년법 제59조). 따라서 죄를 범할 때에 18세 이상인 소년에 대해서는 사형 또는 무기형을 부과할 수 있다.
- ③ (×) 형사미성년자에게는 형벌은 부과할 수 없지만 형벌법령에 저촉되는 행위를 한 10세 이상 14세 미만의 소년에 대해서는 소년법상의 보호처분을 과할 수 있다(동법 제4조 제1항 제2호). <주> 형사제재에는 형벌과 보안처분(또는 보호처분)이 있다.
- ④ (×) 죄를 범할 때에 18세 미만인 소년에 대하여는 사형 또는 무기형으로 처할 것인 때에는 15년의 유기징역으로 한다(소년법 제59조). 범행시를 기준으로 한다.
- ⑤ (×) 2005년 3월 3일 출생한 자는 2019년 3월 3일이 되어야 만 14세로 형사성년자가 된다. 따라서 2019년 1월 1일에는 만 14세에 해당하지 않아서 형사미성년자이므로 벌할 수 없다.

04. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 책임무능력자로 하기 위해서는 심신상실로 인하여 사물을 변별할 능력이 없으며 의사를 결정할 능력이 없어야 한다.
- ② 법원이 심신장애여부를 판단함에 있어서는 반드시 전문가의 감정을 거쳐야 한다.
- ③ 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 자가 2019. 12. 1. 절도죄를 저지른 경우 반드시 형을 감경하여야 한다.
- ④ 심신미약자에게도 사형을 선고할 수 있다.

[정답] ④

- ① (×) 책임무능력자로 하기 위해서는 심신상실로 인하여 사물을 변별할 능력이 “없거나” 의사를 결정할 능력이 없어야 한다(형법 제10조 제1항). <주> “없으며”가 아니라 “없거나”이다.
- ② (×) 형법 제10조 제1항, 제2항에 규정된 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니다(大判 1999.1.26. 98도3812 ; 大判 1999.8.24. 99도1194). <주> 원칙은 감정을 받을 필요가 없고, 법관이 의심이 들거나 불분명한 경우에만 감정을 받는다.
- ③ (×) 2018. 12. 18일자 형법개정으로 인해 심신미약은 종래 필요적 감경사유에서 임의적 감경사유로 변경되었다. 따라서 2019. 12. 1일자에 절도죄를 저지른 심신미약자에 대해서는 형을 감경해야 하는 것이 아니라 감경할 수 있다.
- ④ (○) 사형을 감경할 때에는 무기 또는 20년 이상 50년 이하의 징역 또는 금고로 하고(제55조 제1항 제1호), 심신미약자의 행위는 형의 임의적 감경이므로(제10조 제2항, 2018년 개정) 사형을 선고할 수 있다.

05. 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 심신상실자란 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 결여된 자를 말한다.
- ② 형법 제11조는 '농아자의 행위는 형을 감경한다'라고 규정하고 있다.
- ③ 농아자라도 행위 당시 사물을 변별하고 이에 따라 행위를 통제할 능력이 있는 경우에는 형을 감경하지 않는다.
- ④ 농아자가 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 범한 경우 「형법」 제11조에 따른 형의 감경을 하지 않을 수 있다.

[정답] ③

- ① (○) 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다(형법 제10조 제1항). 심신상실자에 대한 옳은 설명이다.
- ② (○) 형법 제11조.
- ③ (×) 사물변별능력의 유무나 행위통제능력의 유무와 무관하게 농아자라면 형법 제11조에 따라 형을 감경한다.
- ④ (○) 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 아동·청소년대상 성폭력범죄를 범한 때에는 「형법」 제10조 제1항·제2항 및 제11조(농아자)를 적용하지 아니할 수 있다(아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제19조).

p.54 13번 문제 해설 수정하고, 14번 다음에 14 -1번 문제 추가합니다.

위법성조각사유 전제사실의 착오

13. 甲은 야간에 악수를 청하는 이웃집 사람을 강도로 오인하고 방어할 생각으로 그를 때려 상해를 입혔으나, 오인에 정당한 이유가 없는 경우 어떠한 학설에 따르면 甲의 죄책이 가장 무겁게 되는가?

- ① 유추적용설
- ② 소극적 구성요건표지이론
- ③ 엄격책임설
- ④ 법효과제한적 책임설

[정답] ③

* 사실의 착오 유추적용설, 소극적 구성요건표지이론에 의하면 고의가 조각되고, 법효과제한적 책임설에 의하면 책임고의가 조각되어 과실범이 되므로 甲은 과실치상죄가 성립한다. 그러나 엄격책임설에 의하면 금지착오에 해당하는데, 위의 경우 甲에는 정당한 이유가 없어서 책임이 조각되지 않으므로 상해죄가 성립한다. 따라서 엄격책임설에 의한 경우 甲의 죄책이 가장 무겁게 된다.

14 -1. 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오의 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 엄격책임설에 의하면 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오의 경우 「형법」 제13조를 직접 적용함으로써 고의범의 성립이 부정되고 과실이 있는 경우 과실범으로 처벌한다.
- ② 위법성조각사유의 요건을 총체적 불법구성요건의 소극적 표지로 이해하는 소극적 구성요건표지이론에 의하면 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오를 고의범으로 처벌한다.
- ③ 고의설과 법효과제한책임설은 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오의 법적 효과에 있어 동일한 결론을 취한다.
- ④ 유추적용설에 의하면 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오의 경우 「형법」 제13조를 유추적용함으로써 구성요건적 고의는 인정되지만 책임고의를 부정하여 고의범의 성립을 부정한다.

[정답] ③

- ① (×) 엄격책임설은 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오를 금지착오로 보기 때문에 형법 제16조를 적용하여, 착오에 정당한 이유가 없으면 고의범으로 처벌하고 착오에 정당한 이유가 있으면 책임이 조각된다.
- ② (×) 소극적 구성요건표지이론에 의하면 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오는 고의가 조각되어 과실범으로 처벌한다.
- ③ (○) 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오에 대하여 고의설은 고의가 조각되고 법효과제한책임설은 고의는 인정되지만 책임고의가 조각되어 과실범으로 처벌된다는 법적 효과는 동일하다.
- ④ (×) 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오에 대하여 유추적용설은 사실의 착오를 유추적용하여 제13조에 따라 구성요건적 고의를 부정하고 과실범으로 처벌한다.

19. 강요된 행위에 대한 내용 중 옳은 것은? (판례에 의함)

- ① 형법 제12조는 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 타인의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 별하지 아니한다'라고 규정하고 있다.
- ② 甲은 乙로부터 어린 딸의 생명에 대한 위해를 피할 수 없는 협박을 받아 회사의 기밀문서를 절취하였다면 초법규적 책임조각사유이다.
- ③ 甲은 乙로부터 신제품 도면을 훔쳐 오지 않으면 인질로 잡혀 있는 甲의 내연의 처를 죽이겠다는 협박을 받고 회사의 디자인실에서 도면을 절취하였다면 초법규적 책임조각사유에 해당한다.
- ④ 甲은 乙로부터 친한 친구의 신체에 대한 위해를 피할 수 없는 협박을 받아 회사의 기밀문서를 절취하였다면 초법규적 책임조각사유로서 무죄가 될 수 있다.
- ⑤ 친족의 명예에 위해를 가하겠다는 협박을 받아 자유로운 의사결정을 하지 않은 경우에는 제12조 강요된 행위에 해당한다.

[정답] ④

- ① (×) 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 별하지 아니한다(형법 제12조). 타인이 아니라 친족이다.
- ② (×) 초법규적이 아니라, 강요된 행위(제12조)로서 법규정에 의해 책임이 조각되어 무죄이다.
- ③ (×) 제12조의 친족에는 내연의 처나 사생자도 포함된다(통설). 따라서 초법규적 사유가 아니라 법규정에 의한 책임조각사유이다.
- ④ (○) 친한 친구는 타인이다. 제12조의 협박의 내용에 포함되어 있지 않기 때문에 초법규적으로 책임이 조각될 수 있다.
- ⑤ (×) 협박이란 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 달리 막을 방법이 없는 협박을 말한다(大判 1983. 12. 13. 83도2276). <주> 생명, 신체가 아닌 "명예"는 제12조에 규정되어 있지 않기 때문에 "초법규적" 책임조각사유이다.

중복된 문제가 괜히 들어갔네요. 10번 문제 완전 다 삭제하고,
그 뒤의 11~25번 문제들을 10~24로 번호만 변경합니다.

10. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 긴급피난을 '정 대 정(正 對 正)'의 관계라고 말하는 것은 '방어적 긴급피난'의 경우 피난자의 정당화된 행위와 위난과 관계없이 침해되는 제3자의 법익과의 관계를 염두에 두었기 때문이다.
- ② 긴급피난의 본질에 관하여 위법성조각설을 따를 경우 긴급피난에 대한 정당방위나 긴급피난이 모두 가능하다.
- ③ 정당방위가 인정되기 위해서 요구되는 부당한 공격의 현재성에 관해서는 현행법상 예외를 인정하지 않는다.
- ④ 방위행위, 피난행위 그리고 자구행위가 그 정도를 초과한 때에는 공통적으로 정황에 의하여 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

[정답] ④

- ① (×) 위난과 관계없이 침해되는 제3자의 법익을 침해하는 긴급피난은 '방어적 긴급피난'이 아니라 '공격적 긴급피난'이다. <주> 정당방위는 방위행위의 정도에 따라서 공격방위와 보호방위로 나뉜다. 그러나 긴급피난은 피난의 상대방에 따라서 방어적 긴급피난과 공격적 긴급피난으로 나뉜다.
- ② (×) "자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위" 정당방위가 성립하기 위해서는 부당한 침해 즉 위법해야 한다. 긴급피난의 본질에 대해 위법성조각설에 의하면 위법한 행위가 되지 않으므로 긴급피난과 달리 정당방위는 불가능하다.
- ③ (×) 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제8조(정당방위 등) ① 이 법에 규정된 죄를 범한 사람이 흥거나 그 밖의 위험한 물건 등으로 사람에게에 위해(危害)를 가하거나 가하려 할 때 이를 예방하거나 방위(防衛)하기 위하여 한 행위는 별하지 아니한다. <주> 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(현행법)상 예외가 인정된다.
- ④ (○) 방위행위(제21조 제2항), 피난행위(제22조 제3항), 자구행위(제23조 제2항)의 경우 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

p.65 문제 번호 원래 14번이었는데, 13번으로 바뀌었고, ㉠ ㉡ 추가

13. 다음 중 형법상 미수범 처벌규정이 있는 범죄는 모두 몇 개인가?

㉠ 점유이탈물횡령죄	㉢ 공무상비밀표시무효죄
㉡ 사인위조죄	㉣ 공무집행방해죄
㉣ 도주죄	㉤ 준강도죄
㉠ 범인도피죄	㉡ 증거인멸죄

- ① 2개 ② 3개
③ 4개 ④ 5개

[정답] ③

※ 미수범 처벌규정이 있는 것은 ㉢㉣㉤ 4개이다.

㉠㉡ 재산죄는 원칙적으로 미수를 처벌한다. 다만 권리행사방해죄, 부당이득죄, 장물죄, 강제집행면탈죄, 경계침범죄, 점유이탈물횡령죄 등은 미수를 처벌하지 않는다.

㉢㉣ 각종 방해죄는 모두 미수를 처벌하지 않는다. 다만 교통방해죄, 기차교통방해죄 등은 미수를 처벌한다. 또한 공무방해에 관한 죄 중에서 공무상비밀표시무효죄, 공용서류무효죄, 공무상보관물무효죄 등은 미수를 처벌한다.

㉤ 사인위조죄(형법 제240조), ㉡ 도주죄(형법 제149조).

㉠㉡ 도주죄, 도주원조죄 등은 미수처벌규정이 있지만, 범인도피죄, 증거인멸죄, 위증죄, 무고죄 등은 미수처벌규정이 없다.

04. 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 공범종속성설에 따르면, 기도된 교사(제31조 제2항 효과 없는 교사와 제31조 제3항 실패한 교사)는 공범의 미수를 처벌하는 것으로서 당연규정(원칙규정)으로 본다.
- ㉡ 극단적 종속형식에 따르면 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하면 유책하지 않은 때에도 공범은 성립할 수 있다.
- ㉢ 극단적 종속형식에 따르면, 甲이 乙(만13세)을 부추겨 교회에 있는 시계를 절취해 오도록 한 경우 甲은 절도죄의 간접정범이 된다.
- ㉣ 정범의 강도예비행위를 방조하였으나 정범이 실행의 착수에 이르지 못한 경우 방조자는 강도예비죄의 종범으로 처벌할 수 있다.
- ㉤ 제한적 종속형식을 전제로 한 경우 긴급피난을 위법성조각사유로 이해하는 입장에 따르면 긴급피난 행위를 한 자에 대한 교사범의 성립은 인정될 수 없다.
- ㉥ 피교사자가 범죄의 실행을 승낙만 했을 뿐 실행의 착수에 나아가지 않은 경우에는 교사자만 예비 또는 음모에 준하여 처벌된다.
- ㉦ 교사 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때 교사자의 경우 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.

- ① 4개 ② 3개 ③ 2개 ④ 1개

[정답] ①

* 옳지 않은 것은 ㉠㉡㉢㉣ 4개이다.

- ㉠ (×) 공범종속성설은 정범이 적어도 구성요건에 해당하는 실행행위로 나아가야만 이에 종속하여 공범이 성립할 수 있다고 본다. 따라서 공범종속성설은 기도된 교사(제31조 제2항 효과 없는 교사와 제31조 제3항 실패한 교사)에 대하여 특별·예외규정으로 이해한다.
- ㉡ (×) 단적 종속형식에 따르면 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하면 유책하지 않은 때에는 공범이 성립할 수 없다.
- ㉢ (○) 극단적 종속형식이란 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법·유책할 경우에 공범이 성립한다는 종속형식이다. 을은 만13세로 형사미성년자에 해당하므로 절도죄의 공범이 아니라 간접정범이 된다.
- ㉣ (×) 정범이 실행의 착수에 이르지 아니한 예비의 단계에 그친 경우에는 이에 가공하는 행위가 예비의 공동정범이 되는 경우를 제외하고는 종범의 성립을 부정하고 있다(大判 1976.5.25. 75도1549).
- ㉤ (○) 제한적 종속형식을 취할 경우 공범이 성립되기 위해서는 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법해야 한다. 그러나 긴급피난을 위법성조각사유로 이해하면 위법한 행위가 아니므로 이에 대한 교사범이 성립할 수 없다.
- ㉥ (×) 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다(제31조 제2항).
- ㉦ (○) 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다(제31조 제2항).

09. 형법 제263조 '상해죄의 동시범' 에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 상해의 동시범으로 인정되는 자들은 모두 상해죄의 공동정범이다.
- ㉡ 공범관계에서 결과발생의 원인된 행위가 불명한 경우에는 제263조가 적용되지 않는다.
- ㉢ 가해행위를 한 것 자체가 분명하지 아니한 경우에도 제263조가 적용된다.
- ㉣ 독립된 이시(異時)의 상해행위가 경합하여 사망의 결과가 발생한 경우에는 제263조가 적용되지 않는다.
- ㉤ 「형법」 제263조(동시범)는 '독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우 공동정범의 예에 의한다고 규정하고 있다.

- ① ㉠ ㉢ ㉣
- ② ㉡
- ③ ㉡ ㉣
- ④ ㉢ ㉣ ㉤

[정답] ②

- ㉠ (×) 상해의 동시범으로 인정된 경우 인과관계가 판명되지 않으면 공동정범의 예에 의하여 처벌되지만, 인과관계가 판명되면 판명된 바에 따르므로 공동정범의 예에 의하지 않게 된다. 따라서 "모두" 공동정범이라는 표현은 옳지 않다.
- ㉡ (○) (大判 1985.12.10.85도1892).
- ㉢ (×) 상해죄에 있어서의 동시범은 두사람 이상이 가해행위를 하여 상해의 결과를 가져올 경우에 그 상해가 어느 사람의 가해행위로 인한 것인지가 분명치 않다면 가해자 모두를 공동정범으로 본다는 것이므로 가해행위를 한 것 자체가 분명치 않은 사람에 대하여는 동시범으로 다스릴 수 없다(大判 1984.5.15. 84도488).
- ㉣ (×) 이시의 독립된 상해행위가 경합하여 사망의 결과가 일어난 경우에 그 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의하여야 한다(大判 1981.3.10. 80도3321).
- ㉤ (×) 독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의한다(형법 263조). <주> 인과관계가 판명되지 않은 경우에만 제263조가 적용된다.

16. 교사범에 관한 다음 설명 중 옳은 것으로만 묶인 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 형법은 '교사'를 실패한 교사와 효과 없는 교사로 나누고 전자의 경우에만 처벌한다.
- ㉡ 「형법」 제31조 제2항은 기도된 교사 중 효과 없는 교사를 규정하고 있는데, 효과 없는 교사는 교사자만을 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.
- ㉢ 실패한 교사는 교사자만 예비·음모에 준하여 처벌한다.
- ㉣ 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.
- ㉤ 강간을 교사했으나 강제추행을 범한 경우 강간·예비·음모죄만 성립한다.

- ① ㉠ ㉡ ② ㉡ ㉢
- ③ ㉢ ㉣ ④ ㉣ ㉤

[정답] ③

- ㉠ (×) 제31조 제2항 효과 없는 교사와 제31조 제3항 실패한 교사 모두 교사범을 처벌한다.
- ㉡ (×) 제31조 제2항 효과 없는 교사는 교사자와 피교사자를 모두 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.
<주> 「교사자를 처벌한다」는 옳은 표현이고, 「교사자만 처벌한다」는 틀린 표현이다.
- ㉢ (○) 실패한 교사는 교사범만 예비음모죄에 준하여 처벌하고(제31조 제3항), 효과 없는 교사는 정범과 교사범 모두 예비음모죄에 준하여 처벌한다(제31조 제2항).
- ㉣ (○) 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다(형법 제31조 제1항).
- ㉤ (×) 피교사자가 교사받은 것보다 적게 실행한 경우에는 교사한 범죄의 예비음모죄와 피교사자가 실행한 범죄에 대한 교사범의 상상적 경합범이 성립하고 형이 더 무거운 죄로 처벌된다. 따라서 강간·예비·음모죄와 강제추행·교사죄의 상상적 경합범이 성립하고, 형이 더 무거운 강제추행·교사죄로 처벌된다.

방조범

18. 방조에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 효과 없는 교사는 교사자와 피교사자 모두가 예비·음모에 준하여 처벌되지만, 효과 없는 방조는 처벌되지 않는다.
- ② 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌하는데, 종범의 형은 정범의 형보다 임의적 감경한다.
- ③ 형법 제98조 제1항 간첩방조죄의 경우 형법 제32조에 따라 종범감경을 할 수 없다.
- ④ 방조범은 피방조자의 실행착수 전후는 물론 범죄실행 중이거나 범죄가 종료된 후에도 성립할 수 있으므로, A를 살해하려는 B의 계획을 우연히 알게 된 甲이 A의 집으로 들어가는 B를 보고 A의 집 앞에 차를 세우고 기다리고 있다가 A를 살해하고 나오는 B를 태워 도망가게 한 경우 甲에게는 살인죄의 방조범이 성립하지 않는다.

[정답] ②

- ① (○) 효과 없는 교사는 정범과 교사범 모두 예비음모죄에 준하여 처벌한다(제31조 제2항). 그러나 효과 없는 방조는 처벌규정이 없으므로 처벌되지 않는다.
- ② (×) 종범의 형은 정범의 형보다 "필요적으로" 감경한다(제32조 제2항).
- ③ (○) 간첩방조죄는 간첩죄와 대등한 독립범죄이므로 총칙상의 종범규정은 적용되지 않는다. 따라서 간첩방조죄는 각칙상 정범에 해당하며 총칙상 종범감경을 할 수 없다.
- ④ (○) 정범의 범행이 종료된 이후에 방조하는 것은 방조가 성립할 수 없고 별개의 독자적인 범죄의 정범이 성립한다. 따라서 도망가게 한 행위는 살인죄가 종료된 이후에 있었으므로 살인죄의 종범은 성립할 수 없고 범인도피죄가 성립하게 된다.

27. 신분범에 대한 다음 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?

- ㉑ 일정한 신분을 가진 자만이 행위주체가 되는 신분범으로 허위공문서작성죄, 공문서위조죄 등이 있다.
- ㉒ 업무상비밀누설죄, 공무상비밀누설죄, 외교상기밀누설죄는 모두 진정신분범이다.
- ㉓ 병가중인 공무원은 직무유기죄의 주체가 아니므로, 직무유기죄의 공동정범도 성립할 수 없다.
- ㉔ 부진정부작위범은 부진정신분범에 해당한다.
- ㉕ 甲이 乙에게 乙의 아버지인 丙의 재물을 절취하도록 교사하여 乙이 이를 절취한 경우 甲은 절도죄의 교사범의 책임을 진다.
- ㉖ 甲이 친구인 乙을 교사하여 乙자신의 아버지를 살해하게 한 경우 乙에게는 존속살인죄의 정범이 성립하고, 甲에게는 보통살인죄의 교사범이 성립한다.
- ㉗ 업무상과실장물취득죄(형법 제364조)는 '업무'가 신분요소로 작용하는 경우로서, 업무자의 신분이 있는 경우에만 범죄가 성립하는 진정신분범이다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

[정답] ②

* 옳은 것은 ㉓㉗ 2개이다.

- ㉑ (X) 허위공문서 작성죄는 "작성권한 있는 공무원"만이 주체가 될 수 있으므로 진정신분범에 해당하지만, 공문서위조죄는 사람이라면 누구나 주체가 될 수 있기 때문에 진정신분범이 아니라 일반범이다.
- ㉒ (X) 업무상비밀누설죄, 공무상비밀누설죄는 진정신분범이지만, 외교상기밀누설죄는 신분이 필요하지 않은 일반범이다.
- ㉓ (X) 병가 중이어서 직무유기죄의 주체로 될 수는 없다 하더라도, 직무유기죄의 주체가 되는 다른 조합원들과의 공범관계가 인정될 수 있다(大判 1997.4.22. 95도748).
- ㉔ (X) 부진정 부작위범은 보증인지위가 있어야만 성립하는 진정신분범이다.
- ㉕ (O) 비신분자인 甲은 친족상도례가 적용되지 않으므로 절도죄의 교사범으로 처벌된다.
- ㉖ (X) 부진정신분범에 가담한 비신분자 甲은 33조 본문에 따라 존속살해죄의 교사범이 성립하고, 제33조 단서가 적용되어 보통살인죄의 교사범으로 처벌된다.
- ㉗ (O) 업무자 아닌 자의 단순과실장물죄는 처벌하지 않기 때문에, 업무상과실장물죄는 업무자 신분이 있어야만 범죄가 성립하는 진정신분범이다.

p.110 21번 문제 다음에 21-1 문제 추가합니다.

21-1. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 죄를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 자수한 경우 형의 임의적 감경 사유에 해당한다.
- ② 심신장애로 인하여 사물변별능력 또는 의사결정능력이 미약한 경우 형의 임의적 감경·면제 사유에 해당한다.
- ③ 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 경우 형의 임의적 감경·면제 사유에 해당한다.
- ④ 미성년자약취죄를 범한 사람이 약취된 미성년자를 안전한 장소로 풀어준 경우 형의 임의적 감경·면제 사유에 해당한다.
- ⑤ 범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 경우 형의 임의적 감경·면제 사유에 해당한다.

[정답] ③

- ① (×) 형법 제52조 제1항의 자수는 형의 임의적 감경 또는 면제 사유이다.
- ② (×) 형법 제10조 제2항의 심신미약자의 행위는 형의 임의적 감경 사유이다.
- ③ (○) 형법 제27조의 불능미수범은 형의 임의적 감면 사유이다.
- ④ (×) 해방감경 규정은 형의 임의적 감경 사유이다.
- ⑤ (×) 형법 제7조. 임의적 감면이 아니고, 외국에서 집행한 형의 필요적 산입이다.

p.111 문제 22번 다음에 22-1번 추가합니다.

22-1. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 자격정지 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.
- ② 누범의 형은 그 죄에 정한 형기의 2배까지 가중한다.
- ③ 판결선고후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다.
- ④ 선고한 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다.

[정답] ③

- ① (×) 제35조(누범) ① 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.
- ② (×) 제35조(누범) ② 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다.
- ③ (○) 제36조(판결선고후의 누범발각) 판결선고후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다.
- ④ (×) 제36조(판결선고후의 누범발각) 판결선고후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다. 단, 선고한 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 후에는 예외로 한다.

25. 선고유예제도에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 선고가 유예된 형에 벌금형을 선택하면서 그 금액을 정하지 않은 채 선고유예판결을 하는 것은 위법이다.
- ② 형의 선고를 유예하는 경우 보호관찰을 명할 수 있고, 보호관찰의 기간은 법원이 형법 제51조의 사항을 참작하여 정할 수 있다.
- ③ 선고유예는 집행유예와 마찬가지로 법원이 유예기간을 정하여야 한다.
- ④ 선고유예의 조건으로 사회봉사명령, 수강명령을 부과할 수 있다.

[정답] ①

- ① (○) 형법 제59조에 의하여 형의 선고를 유예하는 판결을 할 경우 그 판결이유에서는 선고할 형의 종류와 양 즉 선고형을 정해 놓아야 하고 그 선고를 유예하는 형이 벌금형일 경우에는 그 벌금액 뿐만 아니라 환형유치처분까지 해 두어야 한다(大判 1988.1.19. 86도2654).
- ② (×) 형의 선고를 유예하는 경우에 재범방지를 위하여 지도 및 원호가 필요한 때에는 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다(형법 59조의2 제1항). 제1항의 규정에 의한 보호관찰의 기간은 1년으로 한다(형법 제59조의2 제2항).
- ③ (×) 형의 선고유예를 받은 날로부터 2년을 경과한 때에는 면소된 것으로 간주한다(형법 60조). 유예기간은 언제나 2년으로 단축이 인정되지 않는다. 이와 달리 집행유예기간은 1년 이상 5년 이하의 범위 내에서 법원의 재량에 따라 정해진다.
- ④ (×) 선고유예의 조건으로 보호관찰을 명할 수는 있지만(형법 제59조의2 제1항), 사회봉사명령, 수강명령을 부과할 수는 없다(형법 규정 없음).

35. 우리 형법에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 형법은 죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여 형을 감경 또는 면제 할 수 있도록 규정하고 있으므로, 반드시 감경 또는 면제하여야 하는 것은 아니다.
- ② 형법 제357조는 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받고 재물이나 재산상 이익을 취득한 경우 배임수재죄로 처벌하고 있으나, 재물이나 재산상 이익을 본인이 아닌 제3자에게 제공하도록 한 경우에는 처벌할 수 있는 근거가 없다.
- ③ 500만 원의 벌금형을 선고할 경우, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료한 후 3년까지의 기간에 범한 죄가 아니고 「형법」 제51조의 사항을 참작하여 그 범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 있으면 그 형의 집행을 유예할 수 있다.
- ④ 형법 제114조의 범죄단체조직죄는 법정형의 제한 없이 범죄를 목적으로 단체를 조직하기만 하면 구성요건에 해당하게 되어 그 처벌범위가 너무 넓다는 비판이 제기되고 있다.
- ⑤ 형법은 판결선고 전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입할 수 있도록 하고 있다.

[정답] ③

- ① (×) 형법 제7조(외국에서 받은 형의 산입) 죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람에게 대해서는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입한다.
- ② (×) 제357조(배임수재죄) ① 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ (○) 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 제사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 다만, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다(형법 제62조. 집행유예의 요건). → 500만원 이하의 벌금형에 대한 집행유예제도는 2018.1.7. 이후부터 시행되고 있다..
- ④ (×) 사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 징역에 해당하는 범죄를 목적으로 하는 단체 또는 집단을 조직하거나 이에 가입 또는 그 구성원으로 활동한 사람은 그 목적인 죄에 정한 형으로 처벌한다. 다만, 형을 감경할 수 있다(형법 제114조, 범죄단체 등의 조직). <개정 2013.4.5.>
- ⑤ (×) 형법 제57조(판결선고전구금일수의 통산) ① 판결선고전의 구금일수는 그 전부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다. ② 전항의 경우에는 구금일수의 1일은 징역, 금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류의 기간의 1일로 계산한다.

가석방

36. 가석방에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 징역 또는 금고의 집행 중에 있는 자가 그 행상이 양호하여 개전의 정이 현저한 때에는 무기에 있어서는 20년, 유기에 있어서는 형기의 3분의 1을 경과한 후 행정처분으로 가석방을 할 수 있다.
- ② 가석방의 기간은 무기형에 있어서는 10년으로 하고, 유기형에 있어서는 남은 형기로 하되 그 기간은 10년을 초과할 수 없다.
- ③ 가석방의 처분을 받은 후 그 처분이 실효 또는 취소되지 아니하고 가석방기간을 경과한 때에는 형의 집행을 종료한 것으로 본다.
- ④ 사형이 무기형으로 특별감형된 경우, 처음부터 무기징역을 받은 경우와 동일하게 사형집행대기기간을 가석방요건 중의 하나인 형의 집행기간에 산입할 수 있다.
- ⑤ 가석방 중 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정된 때에는 가석방처분은 효력을 잃지만, 과실범으로 형의 선고를 받은 경우에는 그러하지 아니한다.

[정답] ④

- ① (○) 형법 제72조 [가석방의 요건] ① 징역 또는 금고의 집행 중에 있는 자가 그 행상이 양호하여 개전의 정이 현저한 때에는 무기에 있어서는 20년, 유기에 있어서는 형기의 3분의 1을 경과한 후 행정처분으로 가석방을 할 수 있다. 가석방은 법무부장관의 행정처분에 의하여 시행되므로 형집행작용으로서의 성질을 가지고 있다.
- ② (○) 가석방의 기간은 무기형에 있어서는 10년으로 하고, 유기형에 있어서는 남은 형기로 하되, 그 기간은 10년을 초과할 수 없다(제73조의2).
- ③ (○) 가석방의 처분을 받은 후 그 처분이 실효 또는 취소되지 아니하고 가석방기간을 경과한 때에는 형의 집행을 종료한 것으로 본다(형법 제76조 제1항).
- ④ (×) 사형집행을 위한 구금은 미결구금도 아니고 형의 집행기간도 아니며 특별감형은 형을 변경하는 효과만 있을 뿐이고 이로 인하여 형의 선고에 의한 기성의 효과는 변경되지 아니하므로 사형이 무기징역으로 특별감형된 경우 사형의 판결확정일에 소급하여 무기징역형이 확정된 것으로 보아 무기징역형의 형기 기산일을 사형의 판결 확정일로 인정할 수도 없고 사형집행대기 기간이 미결구금이나 형의 집행기간으로 변경된다고 볼 여지도 없으며, 또한 특별감형은 수형 중의 행장의 하나인 사형집행대기기간까지를 참작하여 되었다고 볼 것이므로 사형집행대기기간을 처음부터 무기징역을 받은 경우와 동일하게 가석방요건 중의 하나인 형의 집행기간에 다시 산입할 수는 없다(大決 1991.3.4. 90모59).
- ⑤ (○) 가석방중 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정된 때에는 가석방처분은 효력을 잃는다. 단 과실로 인한 죄로 형의 선고를 받았을 때에는 예외로 한다(형법 제74조).

p.133 10번 문제 대신, 아래 10번과 10-1번 두 문제로 교체합니다.

10. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 흉기를 휴대하여 피해자를 협박한 경우 피해자가 처벌을 원하지 않아도 처벌할 수 있다.
- ② 위험한 물건을 휴대하고 체포죄를 범한 경우 형법상 가중처벌되지 않는다.
- ③ 특수상해죄(형법 제258조의2)는 흉기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 상해 또는 존속상해의 죄를 범한 경우를 처벌하는 규정이다.
- ④ 법률에 의하여 체포 또는 구금된 자가 수용설비 또는 기구를 손괴하거나 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 도주한 때에는 특수도주죄로 가중처벌 된다.

[정답] ①

- ① (○) 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 협박죄를 범한 자를 가중처벌 하도록 규정하고 있을 뿐 형법 제283조 제3항의 적용에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하므로 형법 제283조 제3항이 적용될 여지는 없다(大判 2008.7.24. 2008도4658). <주> 특수협박죄와 상습협박죄는 반의사불벌죄가 아니다.
- ② (×) 형법 제278조(특수체포) 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 전2조의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.
- ③ (×) 제258조의2(특수상해) ① "단체 또는 다중의 위력"을 보이거나 "위험한 물건을 휴대"하여 제257조 제1항 또는 제2항의 죄를 범한 때에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. <주> 흉기휴대 또는 합동하여 특수상해죄가 되는 규정은 형법에 없다.
- ④ (×) 제146조(특수도주) 수용설비 또는 기구를 손괴하거나 사람에게 폭행 또는 협박을 가하거나 2인 이상이 합동하여 전조제1항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역에 처한다. <주> 위험한 물건 휴대로 특수도주죄로 가중처벌 되는 규정은 형법에 없다.

10-1. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 형법 제277조의 중체포·감금죄는 사람을 체포 또는 감금하여 사람의 생명 또는 신체에 대한 구체적 위험을 발생시킬 것을 요건으로 하는 결과적 가중범이다.
- ② 중체포·감금죄(형법 제277조)는 사람을 체포 또는 감금하여 생명에 대한 위험을 발생하게 한 경우를 처벌하는 규정으로, 결과적 가중범이자 구체적 위험범이다.
- ③ 중체포·감금죄는 상습범 처벌규정이 있다.
- ④ 유기죄는 형법상 상습범에 관한 가중처벌 규정이 있다.

[정답] ③

- ① (×) 중체포·감금죄는 사람을 체포 또는 감금하여 "가혹한 행위"를 함으로써 성립하는 범죄이다(제277조 제1항). → 체포·감금죄에 대하여 불법이 가중된 가중적 구성요건으로서 결과적 가중범이 아니다.
- ② (×) 제277조(중체포, 중감금, 존속중체포, 존속중감금) ① 사람을 체포 또는 감금하여 "가혹한 행위"를 가한 자는 7년 이하의 징역에 처한다. → 결과적 가중범도 아니고 구체적 위험범도 아니다.
- ③ (○) 특수체포·감금을 제외한 체포와 감금의 죄는 상습범 처벌규정을 두고 있다(제279조).
- ④ (×) 유기와 학대의 죄에 관한 장에는 상습범 처벌규정이 없다.

p.134 11번 문제 다음에 11-2 문제 추가합니다.

11-2. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 형법은 추행·간음·영리목적의 약취·유인과 결혼목적 약취·유인의 법정형을 상이하게 규정하고 있지 않다.
- ② 형법상 약취·유인의 죄는 모두 일정한 목적이 있는 경우에만 성립하는 목적범의 형태로 규정되어 있다.
- ③ 미성년자를 약취·유인한 자가 그 미성년자를 안전한 장소로 풀어준 때에는 그 형을 감경하거나 면제할 수 있다.
- ④ 미성년자약취·유인죄를 범할 목적으로 예비·음모한 경우, 세계주의 원칙에 따라 대한민국 영역 밖에서 이 죄를 범한 외국인에게도 대한민국 형법을 적용한다.

[정답] ①

- ① (○) 형법 제288조 제1항. 추행·간음·영리목적의 약취·유인죄와 결혼목적 약취·유인죄는 법정형이 동일하다. <주> [1순위] 노동력착취, 성적착취, 장기적출, 국외이송 목적, [2순위] 기타 목적 (영리, 결혼, 추행, 간음), [3순위] 기본 범죄 (미성년자 약취유인)
- ② (×) 형법 제287조(미성년자의 약취, 유인) 미성년자를 약취 또는 유인한 사람은 10년 이하의 징역에 처한다. <주> 미성년자약취유인죄는 목적범이 아니다. 따라서 “모두”란 부분이 틀렸다.
- ③ (×) 형법 제287조, 제295조의2(형의 감경). “감경”할 수 있다. <주> “면제”를 빼야 한다.
- ④ (×) 제296조의2(세계주의) 제287조부터 제292조까지 및 제294조는 대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 외국인에게도 적용한다. <주> 세계주의는 기수, 미수에만 적용되고, 예비음모에는 적용되지 않는다.

p.145 ⑤ 추가

사기죄

07. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 상습사기 미수범을 처벌하는 규정은 없다.
- ② 컴퓨터 등 사용사기죄는 재물죄인 동시에 이득죄이다.
- ③ 컴퓨터등 사용사기죄(형법 제347조의2)는 상습범 처벌규정이 있다.
- ④ 준사기죄의 미수범은 처벌되지 않는다.
- ⑤ 준사기죄(형법 제348조)는 미성년자의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 경우를 처벌하는 규정이다.

[정답] ③

- ① (×) 제347조 내지 제348조의2, 제350조, 제350조의2와 제351조(상습사기)의 미수범은 처벌한다(형법 352조).
- ② (×) 컴퓨터용 사기죄는 재산상 이익만을 객체로 하는 순수 이득죄이지 재물죄가 아니다.
- ③ (O) 형법 제351조에 상습범처벌에 대해 규정하고 있다.
- ④ (×) 제347조 내지 제348조의2, 제350조와 제351조의 미수범은 처벌한다(352조). 형법 352조에서 준사기죄의 미수범을 처벌하고 있다.
- ⑤ (×) 제348조(준사기) ① 미성년자의 "지려천박" 또는 사람의 "심신장애"를 이용하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. <주> 피해자의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하는 범죄는 준강간죄이다.

p.151 02번 문제 다음에 02-1 문제 추가합니다.

02-1. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 형법은 방화죄의 객체를 소유권 귀속에 따라 자기소유물과 타인소유물 및 무주물로 구분하고 법정 형에 차등을 두고 있다.
- ② 형법 제13장(방화와 실화의 죄)은 구체적 위험범을 규정하고 있고, 구체적 위험의 내용으로는 '공공의 위험'만을 규정하고 있다.
- ③ 자기소유물에 대한 방화죄는 모두 구체적 위험범의 형태로 규정되어 있으며, 구체적 위험의 발생은 구성요건요소로서 고의의 인식대상이 된다.
- ④ 구체적 위험범으로 규정된 구성요건에서 구체적 위험이 발생하지 않은 경우 미수가 되며, 형법 제13장(방화와 실화의 죄)에 규정된 구체적 위험범들은 모두 미수범 규정을 두고 있다.

[정답] ③

- ① (×) 방화의 죄와 관련하여 우리 형법은 무주물에 대해서는 별도로 규정을 두고 있지 않다. 우리 판례는 무주물을 자기소유물로 취급하고 있다.
- ② (×) 자기소유 일반건조물방화죄, 타인소유 또는 자기소유 일반물건방화죄 등은 '공공의 위험'을 규정하고 있지만, 폭발성물건파열죄, 가스전기 방류 또는 공급방해죄 등은 '사람의 생명, 신체 또는 재산에 대한 위험'을 규정하고 있다.
- ③ (○) 자기소유 일반건조물방화죄, 자기소유 일반물건방화죄는 모두 "공공의 위험"을 구성요건으로 하는 구체적 위험범이므로, 구체적 위험의 발생이 구성요건요소로서 고의의 인식대상이 된다.
- ④ (×) 자기소유 일반건조물방화죄, 자기소유 일반물건방화죄는 모두 "공공의 위험"을 구성요건으로 하는 구체적 위험범이다. 그러나 미수범 처벌규정은 두고 있지 않다.

04. 방화와 실화의 죄에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 현주건조물방화죄는 미수범을 처벌하나 현주건조물방화치사상죄, 타인소유일반물건방화죄는 미수범을 처벌하지 않는다.
- ② 연소죄는 자기소유 일반건조물방화죄 또는 자기소유 일반물건방화죄의 기수를 전제로 한다.
- ③ 목조건물이 많은 경우에는 독립연소설은 중지미수의 여지가 거의 없다는 비판을 받는다.
- ④ 현주건조물방화죄의 성립에는 사람이 현존하는 건조물을 소훼한다는 점 및 공공의 위험발생에 대한 고의가 필요하다.
- ⑤ 연소죄는 자기소유물에 대한 방화가 확대되어 타인소유물 또는 현주건조물 등의 소훼라는 중한 결과를 야기한 경우를 처벌하기 위한 결과적 가중범이다.

[정답] ④

- ① (○) 현주건조물방화죄, 공용건조물방화죄, 타인소유 일반건조물방화죄, 현주건조물일수죄, 공용건조물일수죄, 타인소유 일반건조물일수죄는 미수처벌규정이 있다. 그러나 자기소유 일반건조물방화죄, 자기소유 일반건조물일수죄, 타인소유 일반물건방화죄, 자기소유 일반물건방화죄는 미수처벌규정이 없다. 한편 현주건조물방화치사상죄는 미수처벌규정이 없으나 현주건조물일수치사상죄는 미수처벌규정이 있다.
- ② (○) 연소죄(제168조)는 자기소유물에 대한 방화의 결과적 가중범이다. 자기소유 일반건조물방화죄(제166조 제2항)와 일반물건방화죄(제167조)의 미수범은 별하지 아니하므로 자기소유물에 대한 방화죄는 기수에 이르러야 한다.
- ③ (○) 방화죄의 기수시기에 대해서 방화죄의 재산죄적 성격을 강조하는 효용상실설(종래 다수설)이 방화죄의 본질은 공공위험죄라는 독립연소설(다수설과 판례)에 가한 비판근거 중의 하나이다(미수의 성립여지가 없어지고 기수범위가 확대된다).
- ④ (×) 현주건조물방화죄(제164조 제1항)는 주거에 사용하거나 사람이 현존하는 건조물을 소훼한다는 점에 대한 고의만 있으면 된다. 본죄는 추상적 위험범이므로 공공의 위험발생에 대한 인식과 건조물의 소유자에 대한 인식은 구성요건고의의 내용이 아니다.
- ⑤ (○) 형법 제168조 등 참조. → 진정결과적 가중범이므로, 고의의 기본범죄와 과실의 중한 결과의 결합범이다.

통화

08. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 내국에서 유통하는 외국의 화폐, 지폐 또는 은행권을 위조 또는 변조한 경우 미수를 처벌하나, 예비는 처벌규정이 없다.
- ② 통화위조를 예비·음모한 자가 실행전에 자수한 때에는 그 형을 감면할 수 있다.
- ③ 통화에 관한 죄는 외국인의 국내범은 처벌하지만 외국인의 국외범은 처벌하지 아니한다.
- ④ 위조통화행사죄는 목적범이 아니지만, 위조통화수입죄는 목적범이다.
- ⑤ 형법은 행사할 목적으로 외국에서 유통하는 외국의 화폐, 지폐 또는 은행권을 위조 또는 변조한 자에 대한 처벌규정을 두고 있다.

[정답] ④

- ① (×) 미수처벌규정도 있고, 예비처벌규정도 있다(제212조, 제213조 참조).
- ② (×) 통화위조를 예비·음모한 자가 실행 전에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다(제213조 단서, 필요적 감면).
- ③ (×) 본법은 대한민국영역외에서 다음에 기재한 죄(4호-통화에 관한 죄)를 범한 외국인에게 적용한다(형법 제5조). 외국에서 죄를 범한 외국인에게도 형법이 적용된다. 물론 형법 2조에 의해 국내에서 죄를 범한 내국인과 외국인도 형법이 적용된다.
- ④ (○) 제207조(통화의 위조 등) ④ 위조 또는 변조한 전3항 기재의 통화를 행사하거나 행사할 목적으로 수입 또는 수출한 자는 그 위조 또는 변조의 각 죄에 정한 형에 처한다.
- ⑤ (×) 형법 제207조(통화의 위조 등) ③ 행사할 목적으로 외국에서 “통용하는” 외국의 화폐, 지폐 또는 은행권을 위조 또는 변조한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. <주> “통용”이 옳고, “유통”은 틀리다.

p.157 제목 바꾸고, ⑤ 지문과 해설 추가합니다.

문서, 인장

다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 복사문서가 문서위조죄에 있어서의 문서가 될 수 있는지에 대하여 판례가 문서성을 인정하던 것을 형법 제237조의2의 입법을 통하여 복사문서의 문서성을 명문화하였다.
- ② 수도불통죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 처벌한다.
- ③ 도박개장죄는 현실적으로 그 이익을 얻었을 것을 요한다.
- ④ 간통죄, 혼인빙자간음죄, 국가모독죄 등은 현재 폐지되어 없다.
- ⑤ 형법 제239조 제1항에 규정된 사인(私印)위조죄를 범한 사람에 대하여 벌금형으로 처벌할 수 없다.

[정답] ③

- ① (O) 판례는 87도506 전합판결 이후 복사문서가 문서위조죄의 객체가 됨을 인정하여 왔고, 1995.12.29 개정으로 형법 제237조의2가 신설됨으로써 명문화되었다
- ② (O) 형법 197조 참조
- ③ (X) 반드시 도박개장의 직접적 대가가 아니라 도박개장을 통하여 간접적으로 얻게 될 이익을 위한 경우에도 영리의 목적이 인정되고, 또한 현실적으로 그 이익을 얻었을 것을 요하지는 않는다(大判 2002.4.1 2. 2001도5802).
- ④ (O) 간통죄와 혼인빙자간음죄, 국가모독죄는 모두 헌법재판소의 위헌 결정을 받아 현재 폐지되어 있다.
- ⑤ (O) 제239조(사인등의 위조, 부정사용) ① 행사할 목적으로 타인의 인장, 서명, 기명 또는 기호를 위조 또는 부정사용한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.

07. 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 직권남용권리행사방해죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에 성립하는 범죄이다.
- ② 형법상 불법체포·감금죄는 미수범 처벌규정이 있으나, 폭행·가혹행위죄는 미수범 처벌규정이 없다.
- ③ 국기모독죄는 대한민국을 모욕할 목적을 필요로 하는 목적범이다.
- ④ 국기모독죄의 행위태양으로는 손상, 제거, 오욕, 비방이 있다.
- ⑤ 형법 제128조의 선거방해죄의 주체는 검찰, 경찰 또는 군의 직에 있는 공무원이다.

[정답] ④

- ① (○) 제123조(직권남용) 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② (○) 국가적 법익에서 미수를 처벌하는 범죄로는 불법체포감금죄, 도주죄, 공무상비밀표시무효죄, 공용서류등무효죄, 공무상보관물무효죄, 부동산강제집행효용침해죄 등이 있다. (두문자 : 불법 도주 파 무침)
- ③ (○) 제105조(국기, 국장의 모독) 대한민국을 모욕할 목적으로 국기 또는 국장을 손상, 제거 또는 오욕한 자는 5년 이하의 징역이나 금고, 10년 이하의 자격정지 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.
- ④ (×) 제106조(국기, 국장의 비방) 전조의 목적으로 국기 또는 국장을 비방한 자는 1년 이하의 징역이나 금고, 5년 이하의 자격정지 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다. → 국기에 대한 범죄로는 모욕죄 외에 비방죄가 따로 규정되어 있다.
- ⑤ (○) 제128조(선거방해) 검찰, 경찰 또는 군의 직에 있는 공무원이 법령에 의한 선거에 관하여 선거인, 입후보자 또는 입후보자되려는 자에게 협박을 가하거나 기타 방법으로 선거의 자유를 방해한 때에는 10년 이하의 징역과 5년 이상의 자격정지에 처한다.

11. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 공무집행방해죄(형법 제136조 제1항)에 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 반드시 필요로 한다.
- ② 위계에 의한 공무집행방해죄에 있어서 고의 이외에 직무집행을 방해할 의사는 요구되지 않는다.
- ③ 공사현장 출입구 앞 도로 한복판을 점거하고 공사차량의 출입을 방해하던 甲의 팔과 다리를 잡고 도로 밖으로 옮기려고 한 경찰관의 적법한 공무집행에 대해, 甲이 경찰관의 팔을 물어뜯어 상해를 입힌 경우 甲에게는 공무집행방해치상죄가 성립한다.
- ④ 특수공무방해치상죄는 부진정결과적 가중범이다.
- ⑤ 공무상비밀표시무효죄, 공용물파괴죄, 공무집행방해죄, 국회의장모욕죄는 모두 미수범 처벌규정이 없다.

[정답] ④

- ① (×) 공무집행방해죄에 있어서의 범의는 상대방이 직무를 집행하는 공무원이라는 사실, 그리고 이에 대하여 폭행 또는 협박을 한다는 사실을 인식하는 것을 그 내용으로 하고, 그 인식은 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의가 있다고 보아야 하며, 그 직무집행을 방해할 의사를 필요로 하지 아니한다(大判 1995. 1.24. 94도1949).
- ② (×) 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하려면 자기의 위계행위로 인하여 공무집행을 방해하려는 의사가 있을 경우에 한한다(大判 1970.1.27. 69도2260). <주> 위계에 의한 공무집행방해죄는 ‘방해’를 규정하고 있으므로 공무집행방해죄와는 달리 방해의사와 방해결과가 요구된다.
- ③ (×) 경찰관의 팔을 물어뜯은 피고인에 대한 공무집행방해 및 상해의 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하다(大判 2013. 9. 26. 2013도643). <주> 공무집행방해치상죄는 형법상 존재하지 않으므로 공무집행방해죄와 상해죄가 성립한다.
- ④ (○) 특수공무방해치상죄는 형법에 규정이 있으며(제144조 제2항), 부진정결과적 가중범이다.
- ⑤ (×) 공무상비밀표시무효죄와 공용물파괴죄는 미수범 처벌규정이 있으나, 공무집행방해죄와 국회의장모욕죄는 미수범 처벌규정이 없다(제140조 제1항, 제141조 제2항, 제143조 참조).

14. 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 범인은닉죄의 객체는 '벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자' 이다.
- ② 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 범인은닉·도피죄(형법 제151조 제1항)를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.
- ③ 법률에 의하여 체포 또는 구금된 자가 수용설비 또는 기구를 손괴하거나 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 도주한 때에는 특수도주죄로 가중처벌 된다.
- ④ 위증죄를 범한 자가 그 공술한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.
- ⑤ 가석방·보석 중에 있는 자와 형집행정지·구속집행정지 중에 있는 자는 도주죄의 주체가 될 수 없다.
- ⑥ 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 모해위증의 죄를 범한 때에는 처벌한다.

[정답] ③

- ① (○) 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다(형법 제151조 제1항).
- ② (○) 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 제1항의 죄(범인은닉·도피죄)를 범한 때에는 처벌하지 아니한다(151조 제2항). → 친족간특례 규정은 범인도피죄와 증거인멸죄에 적용된다. 법률상 친족간에만 적용되며, 책임이 조각되어 무죄이다.
- ③ (X) 제146조(특수도주) 수용설비 또는 기구를 손괴하거나 사람에게 폭행 또는 협박을 가하거나 2인 이상이 합동하여 전조제1항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역에 처한다. ⇨ 위험한 물건 휴대는 특수도주죄로 가중처벌 되는 것은 아니다.
- ④ (○) 위증죄를 범한 자가 그 공술한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다(형법 제153조).
- ⑤ (○) 도주죄의 주체가 될 수 있는 자는 법률에 의해 체포 또는 구금된 자이므로(형법 제145조) 체포나 구금상태가 아닌 자는 도주죄의 주체가 될 수 없다. 따라서 가석방중이거나 보석중 있는 자 또는 형집행정지나 구속집행정지 중에 있는 자는 법률에 의해 체포 또는 구금된 상태에 있는 자가 아니므로 도주죄의 주체가 될 수 없다.
- ⑥ (○) 위증, 모해위증죄는 친족간 특례규정이 존재하지 않는다. 따라서 친족을 위하여 범죄를 행한 경우에도 책임이 조각되지 않아서 범죄가 성립하고 처벌된다.

제1권 심화이론

p.194~195 21번 문제 뒤에 21-1번 문제 추가합니다.

13 행정고시 19 경찰승진

21-1. 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 절도죄의 구성요건에서 재물의 타인성에 대한 착오는 법률의 착오에 해당한다.
- ② 「형법」에는 사실의 착오에 관한 규정이 없어, 사실의 착오 문제를 해결하는 것은 오롯이 학설에 위임되어 있다.
- ③ 법정적 부합설은 사람을 살해할 의사로 사람을 살해했음에도 불구하고 살인미수라고 하는 것은 일반인의 법감정에 반한다는 비판을 받는다.
- ④ 인식사실과 발생사실이 부합하여 고의기수범이 성립하는 경우는 구체적 부합설에서 그 범위가 가장 좁다.

[정답] ④

- ① (X) 절도죄에 있어서 재물의 타인성을 오신하여 그 재물이 자기에게 취득(빌린 것)할 것이 허용된 동일한 물건으로 오인하고 가져온 경우에는 범죄사실에 대한 인식이 있다고 할 수 없으므로 범의가 조각되어 절도죄가 성립하지 아니한다(大判 1983. 9. 13. 83도1762,83감도315). <주> 법률의 착오가 아니라 구성요건적 착오이다.
- ② (X) 형법에 사실의 착오에 관한 명문의 규정이 있다. 제13조, 제27조, 제15조 제1항 등이 있다.
- ③ (X) 이러한 비판을 받는 학설은 구체적 부합설이다. 즉 구체적 부합설은 A를 살해할 의사로 B를 살해한 경우 A에 대한 살인미수와 B에 대한 과실치사의 상상적 경합을 인정하므로, 이러한 결론은 잘못되었다고 법정적 부합설과 추상적 부합설이 구체적 부합설을 비판한다.
- ④ (O) 구체적 부합설은 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오에서만 고의기수를 인정하여 인식사실과 발생사실이 부합되는 경우가 가장 좁게 인정된다. 법정적 부합설은 중간이고, 추상적 부합설의 고의기수 인정범위가 가장 넓다.

검찰7급, 검찰9급 총론, 04 행정고시, 16 경찰승진 19 경찰승진

07. 불능미수에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 불능미수는 반전된 법률의 착오로, 위험성이 있으면 처벌할 수 있다.
- ② 불능미수의 위험성 판단과 관련하여 행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식할 수 있었던 사정이 일치하지 않는 경우에 어느 사정을 기초로 판단할 것인지가 명확하지 않다는 비판을 받고 있는 견해에 의하면, 명백히 사정거리 밖에 있는 자에 대해 사정거리 안에 있는 것으로 오인하고 총격한 경우에 위험성이 부정된다.
- ③ 추상적 위험설은 불능미수의 위험성 유무를 행위당시에 행위자가 인식한 사실과 일반인이 인식할 수 있는 사정을 기초로 일반적 경험칙에 따라 판단한다.
- ④ 甲은 평소 맘에 들지 않던 乙이 동네 벤치에 누워있는 것을 발견하고 살해하기 위해 총을 발사하였다. 그러나 乙은 甲이 총을 발사하기 전에 이미 심장마비로 사망한 상태였다. 구체적 위험설에 의하면 일반인이 乙을 살아 있는 것으로 오인한 경우 뿐만 아니라 乙을 사망한 것으로 인식한 경우에도 행위자 甲의 인식이 우선시되므로 위험성이 인정된다.
- ⑤ 사람을 살해하기 위하여 치사량 미달의 독약을 복용케 한 후 고통을 호소하는 피해자를 보고 마음을 바꿔 병원 응급실로 데리고 가 치료를 받게 한 경우 학설은 일치하여 중지미수가 성립한다고 본다.

[정답] ②

- ① (X) 반전된 법률의 착오는 환각범으로 불가별이고, 불능미수는 "반전된 구성요건적 착오"로서 제27조에 의하여 위험성이 있으면 처벌할 수 있다.
- ② (O) 위와 같은 비판을 받고 있는 견해는 구체적 위험설이다. 구체적 위험설은 행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식할 수 있었던 사정이 일치하지 않는 경우에는 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 판단한다고 재반박을 한다. 이에 의하면 명백히 사정거리 밖에 있는 자에 대해 사정거리 안에 있는 것으로 오인하고 총격한 경우, 일반인의 입장에서라면 피해자가 사정거리 밖에 있다는 것을 알 수 있었을 것이므로 위험성이 부정된다.
- ③ (X) 구체적 위험범에 관한 설명이다.
- ④ (X) 구체적 위험설은 행위당시에 행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 일반적 경험칙에 따라 위험성을 판단한다. 행위자와 일반인의 인식이 다를 경우 일반인의 인식이 우선 되어야 한다고 보므로 사안의 경우 일반인이 사망한 것으로 인식한 경우라면 행위자가 달리 인식한 경우라도 위험성이 인정되지 않는다.
- ⑤ (X) 불능미수에 대한 중지미수를 인정할 것인가에 대해서는 학설이 일치하지 않고 견해가 대립되는데, 긍정설이 다수설이다.

p.254 01번 문제 추가하고, 01번은 01-1로 문제 번호 변경합니다.

2019 경찰채용 2차

01. 죄수를 결정하는 이론에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행위표준설은 죄수의 판단을 위한 기본요소를 행위자의 행위에서 구하여 행위가 하나일 때 하나의 죄를, 행위가 다수일 때 수개의 죄를 인정하는 견해로 판례는 연속범의 경우 이 견해를 취하고 있다.
- ② 법익표준설은 한 사람의 행위자가 실현시킨 범죄실현의 과정에서 몇 개의 보호법익이 침해 또는 위태롭게 되었는가를 기준으로 죄의 개수를 인정하는 견해로 판례는 강간, 공갈죄의 경우 이 견해를 취하고 있다.
- ③ 의사표준설은 행위자가 실현하려는 범죄의사의 개수에 따라서 죄의 개수를 결정하려는 견해로 행위자에게 1개의 범죄의사가 있으면 1죄를, 수개의 범죄의사가 있으면 수개의 죄를 각각 인정하게 되며, 판례는 연속범의 경우를 제외하고는 원칙적으로 이 견해를 취하고 있다.
- ④ 구성요건표준설은 구성요건에 해당하는 회수를 기준으로 죄수를 결정하는 견해로 죄수의 결정은 법률적인 구성요건충족의 문제로 해석하여 구성요건을 1회 충족하면 일죄이고, 수개의 구성요건에 해당하면 수죄를 인정하게 되며, 판례는 조세포탈범의 죄수는 위반사실의 구성요건 충족 회수를 기준으로 1죄가 성립하는 것이 원칙이라고 하여 이 견해를 따르는 경우도 있다.

[정답] ④

- ① (X) 행위표준설은 행위의 수에 따라서 죄의 수를 결정하므로, 지문의 앞부분은 옳다. 그러나 연속범에 대하여 범의가 단일하므로 포괄일죄에 해당한다고 보는 견해는 "의사표준설"이다.
- ② (X) 법익표준설에 대한 앞부분의 설명은 옳다. 그러나 판례는 강간죄, 공갈죄의 경우 "행위표준설"의 입장에 있으므로, 뒷부분이 틀렸다.
- ③ (X) 의사표준설에 대한 앞부분의 설명은 옳다. 그러나 의사표준설은 연속범을 일죄로 보는 견해이므로, "연속범의 경우를 제외하고는" 부분이 틀렸다. 또한 판례의 원칙적인 입장은 법익표준설이기 때문에 "원칙적으로 이 견해를 취하고 있다"는 부분도 틀렸다.
- ④ (O) 조세포탈의 죄수는 위반사실의 구성요건 충족회수를 기준으로 하여 정하는 것이다(大判 2000. 11. 10. 99도782).

15번호사, 18법원서기보

01-1. 경합범에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

제1권 총론판례

p.274 ② 추가

제3절 소급효금지원칙

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 소급효금지의 원칙은 행위자를 위한 보호규범이다.
- ② 소급효금지의 원칙은 죄형법정주의의 파생원칙으로서 행위자에게 유리한 사후법의 소급효도 인정되지 않는다.
- ③ 소급효금지의 원칙은 실체법 뿐 아니라 절차법에 대하여도 적용되므로 형사소송법상의 규정이 행위 후에 행위자에게 불리하게 변경되어 소급적용된다면 이 원칙에 반한다.
- ④ 사후입법에 의한 법률의 소급효금지원칙은 각칙상의 구성요건을 신설 또는 개정하는 경우를 의미하며, 총칙규정을 개정하여 처벌범위를 확장하는 경우는 포함하지 않는다.
- ⑤ 형을 종전보다 가볍게 형벌법규를 개정하면서 그 부칙에서 개정법 시행 전의 범죄에 대하여는 종전의 형벌법규를 적용하도록 규정하는 것은 형벌불소급의 원칙에 반한다.

[정답] ①

- ① (O) 소급효금지의 원칙은 행위자에게 불리한 사후법의 소급을 금지하는 것이므로 행위자에게 유리하다. 따라서 소급효금지원칙은 행위자를 위한 보호규범이다.
- ② (X) 형법 제1조 제2항 제3항 참고. → 행위자에게 유리한 사후법은 소급효를 인정하는 것이 행위자의 신뢰보호에 유리하다.
- ③ (X) 소급효금지의 원칙은 범죄와 형벌을 규정한 형법에 적용된다. 따라서 형사절차를 규정한 형사소송법에 대해서는 원칙적으로 소급효금지의 원칙이 적용되지 않는다. 따라서 형사소송법상 절차를 행위자에게 불리하게 변경하여 소급적용할 수 있게 된다(憲決 1996.2.16. 96헌가2).
- ④ (X) 소급효금지의 원칙은 각칙상의 구성요건을 신설·개정하는 경우뿐만 아니라, 총칙규정을 개정하여 처벌의 범위를 확장하는 경우에도 적용된다.
- ⑤ (X) 형벌불소급의 원칙에 반하지 않는다(大判 1999.7.9. 99도1695). <주> 형법은 총칙, 각칙, 부칙으로 이루어져 있다. 부칙에서 개정된 법률의 시행시기를 규정할 수 있다.

05. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 위치추적 전자장치의 부착명령은 보안처분적 성격을 넘어 형벌적 성격을 가지는 것으로서, 「특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률」을 개정하여 부착명령 기간을 연장하도록 규정하는 것은 죄형법정주의 원칙에 반하지 않는다.
- ② 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 부칙에서 19세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우 부착기간 하한을 2배 가중하도록 하였는데 소급적용에 관한 명확한 경과규정이 없다면 그 규정의 소급적용을 부정하여야 한다.
- ③ 「특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률」에 의한 전자감시제도는 보안처분이지만, 실질적으로 행동의 자유를 지극히 제한하므로 형벌에 관한 소급입법금지원칙이 적용된다.
- ④ 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 300시간 내의 수강명령을 규정하였는데, 그 법률 부칙에 따라서 위 특례법이 시행된 2011. 10. 8. 이후에 성폭력범죄를 범한 사람에 대하여만 실행을 선고하는 경우에도 수강명령을 병과할 수 있다.
- ⑤ 노역장유치는 그 실질이 신체의 자유를 박탈하는 것으로서 징역형과 유사한 형벌적 성격을 가지고 있으므로 형벌불소급원칙의 적용대상이 된다.

[정답] ③

- ① (O) 법률이 개정되어 부착명령 기간을 연장하도록 규정하고 있더라도 그것이 소급입법금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없다(大判 2010.12.23. 2010도11996).
- ② (O) 전자장치 부착명령에 관하여 피고인에게 실질적인 불이익을 추가하는 내용의 법 개정이 있고, 그 규정의 소급적용에 관한 명확한 경과규정이 없는 한 그 규정의 소급적용은 이를 부정하는 것이 피고인의 권익 보장이나, 위 법 부칙에서 일부 조항을 특정하여 소급적용에 관한 경과규정을 둔 입법자의 의사에 부합한다(大判 2013.7.25. 2013도6181). <주> 기간연장과 하한가중은 동일한 내용이지만, 기간연장은 부칙에서 소급을 허용하였고, 하한가중은 소급을 금지하였다.
- ③ (X) (大判 2010.12.23. 2010도11996). (大判 2013.7.25. 2013도6181). <주> 소급을 허용한 경우도 있고 부정한 경우도 있기 때문에, 소급입법금지원칙이 적용된다는 표현은 틀린다.
- ④ (O) (大判 2013.04.11. 2013도1525).
- ⑤ (O) 형벌불소급원칙에서 의미하는 '처벌'은 형법에 규정되어 있는 형식적 의미의 형벌 유형에 국한되지 않으며, 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 형벌적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 이에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 형벌불소급원칙이 적용되어야 한다(헌결 2017.10.26. 2015헌바239, 2016헌바177).

06-1. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 헌법재판소의 헌법불합치결정은 위헌결정에 해당하므로, 그 대상인 형벌조항을 적용하여 기소된 사건은 범죄로 되지 않는 때에 해당하여 법원이 무죄를 선고해야 한다.
- ② 재심이 개시된 사건에서 형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 폐지가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 무죄사유에 해당하는 것이지 면소사유에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ 헌법재판소가 집회 및 시위에 관한 법률 제11조 제1호에 대하여 일정 시한까지 개정될 때까지 계속 적용한다는 헌법불합치 결정을 선고하였는데, 시한이 경과되도록 법률조항이 개정되지 않았다면 법원은 당해 조항이 적용되어 공소가 제기된 피고사건에 대하여 무죄를 선고하여야 한다.
- ④ 종전 간통죄 합헌결정일 이전에 선고된 재심대상판결에 대하여 간통죄 위헌결정일 이후 재심개시결정이 확정된 경우 법원으로는 무죄판결을 선고하여야 한다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2011.6.23. 2008도7562 전합). <주> 법률은 처음을 소급하여 효력을 상실하므로 처음부터 무죄였던 사안이다.
- ② (O) (大判 2013.5.16. 2011도2631 전합; 大判 2018. 11. 29. 2016도14781). <주> 당초부터 위헌이므로 처음부터 무죄였던 사안이다.
- ③ (O) 시한이 경과되도록 법률조항을 개정하지 않으면 헌법불합치결정은 형벌 조항에 대한 위헌결정이므로 소급하여 효력을 상실하게 된다. 따라서 법원은 당해 조항이 적용되어 공소가 제기된 피고사건에 대하여 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄를 선고하여야 한다(大判 2020.11.26. 2019도9694).
- ④ (X) 헌법재판소법 제47조 제3항 단서는 형벌에 관한 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 합헌결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다고 정하여 소급효를 제한하고 있다. 따라서 종전 간통죄 합헌결정일 이전에 선고된 재심대상판결에 대하여 간통죄 위헌결정일 이후 재심개시결정이 확정된 경우 법원으로는 면소판결을 선고하여야 한다(大判 2019. 12. 24. 2019도15167). <주> 합헌 결정일까지는 유효했으나 위헌결정으로 합헌결정일 다음 날부터 무죄가 되므로, 형벌 규정이 유효하다가 그 형이 폐지된 경우와 동일하다. 따라서 무죄판결이 아니라 면소판결을 한다.

07. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 도로교통법 제148조의2 제1항 제1호에서 정하고 있는 '도로교통법 제44조 제1항을 2회 이상 위반한' 것에 개정된 도로교통법이 시행된 2011. 12. 9. 이전에 구 도로교통법 제44조 제1항을 위반한 음주운전 전과까지 포함되는 것으로 해석하는 것이 형벌불소급의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.
- ② 도로교통법 제44조 제1항 또는 제2항을 2회 이상 위반한 사람에 위와 같이 개정된 도로교통법이 시행된 2019. 6. 25. 이전에 구 도로교통법 제44조 제1항 또는 제2항을 위반한 전과가 포함된다면 보아야 한다. 이와 같이 해석하더라도 형벌불소급의 원칙이나 일사부재리의 원칙에 위배되지 않는다.
- ③ 처벌규정 시행 전에 금전소비대차약정을 체결하였다면 처벌규정 시행 이후에 발생하는 이자에 관하여 구 이자제한법 제2조 제1항에서 정한 제한이자율을 초과하는 이자를 받았더라도 처벌되지 않는다.
- ④ 대한주택공사와 철거업체들 간의 도급계약이 처벌규정 신설 전에 체결되었다 하더라도, 그에 따른 건설폐기물의 처리행위가 처벌규정의 신설 후에도 종료되지 않고 계속적으로 이루어진 이상, 처벌규정 신설 후에 이루어진 무허가 처리업체에 의한 건설폐기물의 위탁처리행위를 처벌하는 것은 형벌법규의 소급효금지원칙에 위배되지 않는다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 2012.11.29. 2012도10269). <주> 구 도로교통법상 3진 아웃 제도이다. → 제44조 제1항을 “2회 이상 위반한 사람”으로서 다시 같은 조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 사람을 가중처벌한다.
- ② (O) (大判 2020. 8. 20. 2020도7154). <주> 현 도로교통법상 2진 아웃 제도이다. → 제44조 제1항 또는 제2항을 “2회 이상 위반한 사람”을 가중처벌한다.
- ③ (X) 처벌규정 시행 전에 금전소비대차약정을 체결하였다면 처벌규정 시행 이후에 발생하는 이자에 관하여 구 이자제한법 제2조 제1항에서 정한 제한이자율을 초과하는 이자를 받았다면 처벌규정에 따라 처벌된다(大判 2017.9.12. 2016도12834). <주> 법 시행 이후의 행위를 처벌하므로 소급적용과 관계없다.
- ④ (O) (大判 2009.1.30. 2008도8607). <주> 법 시행 이후의 행위를 처벌하므로 소급적용과 관계없다.

03. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 제3조에 정한 '소매가격'이라 함은, 위 법 규정에 해당하는 의약품 그 자체의 소매가격을 가리키는 것으로 보아야 할 것이지 그 의약품에 대응하는 허가된 의약품 또는 위·변조의 대상이 된 제품의 소매가격을 의미하는 것으로 볼 것은 아니다.
- ② 국내에서 출생한 소가 출생지 외의 지역에서 사육되다가 도축된 경우 해당 소가 어느 정도의 기간 동안 사육되면 비로소 사육지 등을 원산지로 표시할 수 있는지에 관하여 관계 법령에 아무런 규정이 없다면 특정 지역에서 일정 기간 사육된 소의 경우 쇠고기에 해당 시도명이나 시·군·구명을 원산지로 표시하여 판매한 행위는 원산지 표시 규정 위반행위에 해당한다.
- ③ 국내 특정 지역의 수삼과 다른 지역의 수삼으로 만든 홍삼을 주원료로 하여 특정 지역에서 제조한 홍삼 절편의 제품명이나 제조·판매자명에 특정 지역의 명칭을 사용한 행위를 '원산지를 혼동하게 할 우려가 있는 표시를 하는 행위'라고 해석하는 것은 죄형법정주의에 위배된다.
- ④ 특정 도살방법이 관련 법령에서 일반적인 동물의 도살방법으로 규정되어 있거나 도살에 이용한 물질, 도구 등이 관련 법령에서 정한 것과 동일 또는 유사하다는 것만으로는 이를 다른 동물에게도 그 특성에 적합한 도살방법이라고 볼 수는 없다.
- ⑤ 생산제품의 종류란에 수산물원형동결(오징어)이라고 기재된 수산물가공업(냉동·냉장업)등록증을 받은 자가 수산물처리동결(오징어) 제품을 가공하였다 하더라도 이를 가리켜 수산물가공업(냉동·냉장업)의 등록 없이 해당 영업을 한 경우라고 볼 수 없다.
- ⑥ 냉동 수산물 또는 냉동 후 해동한 수산물에 생물이라고 표시·광고하는 것은 수산물의 품질에 관하여 사실과 다른 표시·광고를 한 것으로 보아야 한다.

[정답] ②

- ① (O) 위 법 규정에 해당하는 의약품 그 자체의 소매가격을 가리키는 것으로 보아야 할 것이지 그 의약품에 대응하는 허가된 의약품 또는 위·변조의 대상이 된 제품의 소매가격을 의미하는 것으로 볼 것은 아니다(大判 2007.2.09. 2006도8797). <주> 비아그라를 위조하여 판매함으로써 얻은 이익은 위조품의 가격을 기준으로 계산하며, 진품의 가격을 기준으로 해서는 안된다는 의미이다.
- ② (X) 원산지 표시 규정 위반행위에 해당하지 않는다(大判 2012.10.25. 2012도3575).
- ③ (O) (大判 2015.04.09. 2014도14191).
- ④ (O) (大判 2018.9.13. 2017도16732). <주> 돼지, 닭에 대한 전살법을 개에게 사용한 사안이다.
- ⑤ (O) (大判 2015.1.29. 2014도8448). <주> 오징어 껍질을 벗긴 후 내장을 제거하여 가늘게 절단하고 급속 동결하여 포장한 사안이다.
- ⑥ (O) (大判 2017.4.7. 2016도19084). <주> 제주산 냉동 갈치를 해동시킨 후 생물 은갈치라고 표시하여 판매한 사안이다.

07. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 인터넷 링크를 하는 행위는 저작권법상 복제, 전시 또는 2차적 저작물 작성에 해당하지 않는다. 이러한 법리는 모바일 애플리케이션에서 인터넷 링크와 유사하게 제3자가 관리·운영하는 모바일 웹 페이지로 이동하도록 연결하는 경우에도 마찬가지이다.
- ② 자신의 인터넷사이트에서 음란사이트로 접속할 수 있도록 링크하여 음란한 부호 등에 바로 접할 수 있는 상태가 실제로 조성된 경우 음란정보의 전시에 해당한다고 해석하는 것은 죄형법정주의에 위배된다.
- ③ 웹사이트에 음란물 영상의 토렌트 파일을 게시하여 불특정 다수인에게 이를 다운로드 받게 하는 행위 또는 그 토렌트 파일을 이용하여 별다른 제한 없이 해당 음란물 영상에 바로 접할 수 있는 상태를 실제로 조성한 행위는 정보통신망을 통해 음란한 영상을 배포 또는 공공연하게 전시한 행위에 해당한다.
- ④ 저작권법의 저작물 발행의 경우 저작물을 복제하여 배포하는 행위가 있어야 저작물의 발행이라고 볼 수 있고, 저작물을 복제한 것만으로는 저작물의 발행이라고 볼 수 없다.

[정답] ②

- ① (O) (大判 2016.5.26. 2015도16701). <주> 링크는 저작권을 침해하는 전시가 아니다. 바로 접할 수 있는 상태가 조성되어 있지 않았기 때문이다.
- ② (X) 불특정·다수인이 이러한 링크를 이용하여 별다른 제한 없이 음란한 부호 등에 바로 접할 수 있는 상태가 실제로 조성되었다면, 그러한 행위는 전체로 보아 음란한 부호 등을 공연히 전시한다는 구성요건을 충족한다고 봄이 상당하다(大判 2003.7.8. 2001도1335). <주> 링크는 음란물 전시에 해당한다. 바로 접할 수 있는 상태가 조성되었기 때문이다. 팬티신문이라는 사이트로 링크를 하였던 사안이다.
- ③ (O) 음란한 영상을 배포하거나 공공연하게 전시한 것과 실질적으로 동일한 결과를 가져오므로, 위와 같은 행위는 전체적으로 보아 음란한 영상을 배포하거나 공공연하게 전시한다는 구성요건을 충족한다고 봄이 상당하다(大判 2019. 7. 25 2019도5283).
- ④ (O) (大判 2018.1.24. 2017도18230).

p.p.286~287 11번 문제 ④ ⑤ 삭제하고, ④ 추가합니다.

11. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 균형법상 상관모욕죄의 '상관'에 대통령이 포함된다.
- ② 상관에게 전화를 통하여 모욕하는 경우를 균형법 제64조 제1항의 상관면전모욕죄의 구성요건인 '상관을 그 면전에서 모욕하는' 것에 포함된다고 해석하는 것은 허용되지 않는다.
- ③ 화상채팅 서비스가 청소년보호법 제8조 등에 의한 청소년보호위원회 고시에서 규정하는 '불건전 전화 서비스 등'에 포함된다고 해석하는 것은 죄형법정주의에 의하여 금지되는 확장해석 내지 유추해석에 해당하지 않는다.
- ④ 현직 경기도지사인 피고인이 자신의 친형에 대한 정신병원 강제입원과 관련하여 상대 후보자가 후보자 토론회에서 한 질문에 대해 피고인이 이를 부인하면서 일부 사실을 진술하지 않았다면 이 답변은 공직선거법상 허위사실공표죄에 해당한다고 볼 수 있다.

[정답] ④

- ① (O) 상관모욕죄의 '상관'에 대통령이 포함된다고 보아야 한다(大判 2013. 12. 12. 2013도4555).
- ② (O) '면전에서'라 함은 얼굴을 마주 대한 상태를 의미하는 것임이 분명하므로, 전화를 통하여 통화하는 것을 면전에서의 대화라고는 할 수 없다(大判 2002.12.27. 2002도2539).
- ③ (O) (大判 2006.5.12. 2005도6525). <주> 채팅이나 전화나 불건전 대화를 나누는 건 동일하다.
- ④ (X) 피고인이 위 관여 사실을 공개할 법적 의무를 부담한다고 볼 근거가 없는 이 사건에서 소극적으로 회피하거나 방어하는 답변 또는 일부 부정확하거나 다의적으로 해석될 여지가 있는 표현을 넘어서서 곧바로 적극적으로 반대사실을 공표하였다거나 전체 진술을 허위라고 평가할 수 없으므로, 공직선거법 제250조 제1항에서 정한 허위사실공표죄에 해당한다고 볼 수는 없다(大判 2020. 7. 16. 2019도13328 전합).

p.p.286~287 11-1. 문제 새로 만들어 추가합니다.

11-1. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 의사가 환자와 대면하지 아니하고 전화나 화상 등을 이용하여 환자의 용태를 스스로 듣고 판단하여 처방전 등을 발급한 행위는 구 의료법상 '직접 진찰한 의사'가 아닌 자가 처방전 등을 발급한 경우에 해당한다.
- ② 전화 통화만으로 환자에게 전문의약품을 처방한 처방전을 작성하여 교부한 경우, 피고인이 위 전화 통화 이전에 환자를 대면하여 진찰한 적이 단 한 번도 없고, 전화 통화 당시 환자의 특성 등에 대해 알고 있지도 않았다면 피고인이 환자에 대하여 진찰을 하였다고 할 수 없다.
- ③ 의료법 제33조 제1항에서 의료인은 의료기관 내에서 의료업을 하여야 한다고 규정하고 있으므로, 의료인이 전화 등을 통해 원격지에 있는 환자에게 행하는 의료행위는 특별한 사정이 없는 한 환자의 요청이 있었더라도 의료법 제33조 제1항에 위반되는 행위로 봄이 타당하다.
- ④ 의사인 피고인이 전화를 이용하여 진찰한 것임에도 내원 진찰인 것처럼 가장하여 국민건강보험관리공단에 요양급여비용을 청구함으로써 진찰료 등을 편취한 경우, 피고인에게 사기죄가 성립한다.

[정답] ①

- ① (X) 죄형법정주의 원칙, 특히 유추해석금지의 원칙상 전화 진찰을 하였다는 사정만으로 '자신이 진찰'하거나 '직접 진찰'을 한 것이 아니라고 볼 수는 없다(大判 2013.4.11. 2010도1388). <주> 예전에 대면진찰을 하여 발급했던 처방전과 동일한 내용의 처방전을 전화통화로 발급한 사안이다.
- ② (O) (大判 2020. 5. 14. 2014도9607).
- ③ (O) 의료법은 제33조 제1항에서 의료인은 의료기관 내에서 의료업을 하여야 한다고 규정하고 있고, 제34조 제1항에서 의료인이 원격지에서 행하는 화상통화 등의 의료행위를 의료인 대 의료인의 행위로 제한하고 있다(大判 2020.11.5. 2015도13830).
- ④ (O) (大判 2013.04.26. 2011도10797). <주> 전화 진찰을 내원 진찰로 말한 것은 기망이다.

제2편 범죄론

제1장 범죄론의 기초

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항은 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장 하여 위력을 보임으로써 특수폭행, 특수협박 등의 죄를 범한 자를 가중처벌하고 있는데, 여기에는 형법 제283조 제3항(반의사불벌죄)이 적용될 여지가 있다.
- ② 반의사불벌죄에 있어서 피해자가 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 한번 명시적으로 표시된 이후에도 다시 처벌을 희망하는 의사를 표시할 수 있다.
- ③ 청소년의 성보호에 관한 법률 제16조에 규정된 반의사불벌죄라고 하더라도, 피해자인 청소년에게 의사능력이 있는 이상, 단독으로 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 하는 것으로 볼 것은 아니다.
- ④ 폭행죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 반의사불벌죄로서 처벌불원의 의사표시는 의사능력이 있는 피해자가 단독으로 할 수 있다. 그러나 피해자가 사망한 후에는 그 상속인이 피해자를 대신하여 처벌불원의 의사표시를 할 수 있다.
- ⑤ 음주운전과 관련한 도로교통법 위반죄의 범죄수사를 위하여 미성년자의 혈액채취가 필요한 경우 미성년자에게 의사능력이 없다면 법정대리인이 피의자를 대리하여 동의할 수 있다.
- ⑥ 피해자의 변호사가 제1심 판결 선고 전 제출한 '고소취소 및 처벌불원서'만으로는 공소사실 중 반의사불벌죄에 해당하는 부분에 대한 피해자의 처벌희망의 의사표시가 적법하게 철회되었다고 인정할 수 없다.

[정답] ③

- ① (X) 형법 제283조 제3항(반의사불벌죄)이 적용될 여지는 없다(大判 1998.5.8. 98도631). <주> 특수폭행죄는 반의사불벌죄가 아니라는 뜻이다.
- ② (X) 다시 처벌을 희망하는 의사를 표시할 수 없다(大判 2007.9.6. 2007도3405). <주> 반대로 처벌을 희망하였다가 다시 번복할 수는 있다.
- ③ (O) (大判 2009.11.19. 2009도6058 전합).
- ④ (X) 피해자가 사망한 후에도 그 상속인이 피해자를 대신하여 처벌불원의 의사표시를 할 수는 없다(大判 2010.5.27. 2010도2680).
- ⑤ (X) 법정대리인이 피의자를 대리하여 동의할 수는 없다(大判 2014.11.13. 2013도1228).
- ⑥ (X) [1] 반의사불벌죄에서 처벌을 희망하는 의사표시의 철회 또는 처벌을 희망하지 않는 의사표시는 제1심 판결 선고 전까지 할 수 있다(형사소송법 제232조 제1항, 제3항). [2] 피해자의 변호사는 피해자를 대리하여 피고인에 대한 처벌을 희망하는 의사표시를 철회하거나 처벌을 희망하지 않는 의사표시를 할 수 있다(大判 2019. 12. 13. 2019도10678).

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 주차장법에서 규정하는 '부설주차장을 주차장 외의 용도로 사용'하는 죄는 이른바 계속범으로서, 종전에 용도의 사용행위에 대하여 처벌받은 일이 있다고 하더라도 그 후에도 계속하여 용도외 사용을 하고 있는 이상 종전 재판 후의 사용에 대하여 다시 처벌할 수 있다.
- ② 공직선거법 제93조 제1항의 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'는 목적범 규정으로서, 그 목적에 대하여는 미필적 인식으로는 부족하고 적극적 의욕이나 확정적 인식을 필요로 한다.
- ③ 국가보안법 제7조 제5항의 죄는 이적행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·반포·판매 또는 취득하는 것으로서 목적범이다. 목적범의 목적은 범죄 성립을 위한 초과 주관적 위법요소로서 고의 외에 별도로 요구되는 것이므로, 이적행위를 할 목적이 인정되지 아니하면 구성요건은 충족되지 아니한다.
- ④ 국가보안법 제7조 제5항에 규정된 이적표현물에 관한 죄는 목적범이고, 이적표현물임을 인식하면서 취득·소지 또는 제작·반포한 사실만으로 그 행위자에게 위 표현물의 내용과 같은 이적행위를 할 목적이 있는 것으로 추정해서는 아니 된다.
- ⑤ 균형법 제79조에 규정된 무단이탈죄는 허가 없이 근무장소 또는 지정장소를 일시이탈한 기간 동안 행위가 지속되는 계속범에 해당하지 않는다.

[정답] ②

- ① (O) (大判 2006.01.26. 2005도7283).
- ② (X) 그 목적에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 아니하고 미필적 인식으로 충분하다(大判 2005. 6. 23. 2004도8969; 大判 2011.6.24. 2011도3447). <주> 고의와 마찬가지로 목적도 미필적 인식으로 충분하다.
- ③ (O) (大判 2010.7.23. 2010도1189 전합).
- ④ (O) 증명책임은 검사에게 있으므로 행위자에게 이적행위를 할 목적이 있었다는 점은 검사가 증명하여야 한다(大判 2010.7.23. 2010도1189 전합).
- ⑤ (O) 균형법 제79조에 규정된 무단이탈죄는 즉시범으로서 허가없이 근무장소 또는 지정장소를 일시 이탈함과 동시에 완성되고 그 후의 사정인 이탈 기간의 장단 등은 무단이탈죄의 성립에 아무런 영향이 없다(大判 1983. 11. 8. 83도2450).

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 벌칙조항이 신분자만을 처벌하고 있다면, 양벌규정에 근거하여 비신분자를 처벌할 수는 없다.
- ② 법인을 처벌하는 양벌규정인 자동차운수사업법 제74조를 법인격 없는 사단이나 그 구성원 개개인에게 적용하는 것은 죄형법정주의에 위반된다.
- ③ 양벌규정이 있는 경우에는 당해 양벌규정에 법인격 없는 사단이나 재단이 명시되어 있지 않더라도 그 법인격 없는 사단이나 재단에 양벌규정을 적용할 수 있다.
- ④ 양벌규정에서 “법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무와 관련하여 같은 법 제72조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조항의 벌금형에 처한다”고 규정하고 있을 뿐이라면, 법인격 없는 사단에 대하여는 양벌규정으로 처벌할 수 없지만, 법인격 없는 사단에 고용된 사람은 위 양벌규정의 “개인”으로 보아 처벌할 수 있다.
- ⑤ 구 건축법 제108조 제1항은 같은 법 제11조 제1항에 의한 허가를 받지 아니하고 건축물을 건축한 건축주를 처벌한다고 규정하고, 같은 법 제112조 제4항은 양벌규정으로서 “개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 개인의 업무에 관하여 제107조부터 제111조까지의 규정에 따른 위반행위를 하면 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다.”라고 규정하고 있다.
 甲 교회의 총회 건설부장인 피고인이 관할시청의 허가 없이 건물 옥상층에 창고시설을 건축하는 방법으로 건물을 불법 증축한 경우, 甲 교회는 乙을 대표자로 한 법인격 없는 사단이고, 피고인은 甲 교회에 고용된 사람이므로, 乙을 구 건축법 제112조 제4항 양벌규정의 ‘개인’의 지위에 있다고 보아 피고인을 같은 조항에 의하여 처벌할 수 있다.

[정답] ②

- ① (X) 구 건축법 제54조 내지 제56조의 벌칙규정에서 그 적용대상자를 건축주, 공사감리자, 공사시공자 등 일정한 업무주로 한정된 경우에 있어서, 같은 법 제57조의 양벌규정은 업무주가 아니면서 당해 업무를 실제로 집행하는 자가 있는 때에 위 벌칙규정의 실효성을 확보하기 위하여 그 적용대상자를 당해 업무를 실제로 집행하는 자에게까지 확장함으로써 그러한 자가 당해 업무집행과 관련하여 위 벌칙규정의 위반행위를 한 경우 위 양벌규정에 의하여 처벌할 수 있도록 한 행위자의 처벌규정과 동시에 그 위반행위의 이익귀속주체인 업무주에 대한 처벌규정이라고 할 것이다(大判 1999.07.15. 95도2870 전합).
- ② (O) (大判 1995.7.28. 94도3325). <주> 법인에 대한 양벌규정은 법인에게만 적용하여야 한다.
- ③ (X) 자동차운수사업법 제72조 제5호는 법인격 없는 사단에 대하여 위 양벌규정을 적용할 것인가에 관하여는 아무런 명문의 규정을 두고 있지 아니하므로, 죄형법정주의의 원칙상 법인격 없는 사단에 대하여는 같은 법 제74조에 의하여 처벌할 수 없다(大判 1995.7.28. 94도3325). <주> 법인격 없는 사단에 대한 처벌규정이 없으면 처벌할 수 없다.
- ④ (X) 법인격 없는 사단에 고용된 사람이 유상운송행위를 하였다 하여 법인격 없는 사단의 구성원 개개인 이 위 법 제74조 소정의 “개인”의 지위에 있다하여 처벌할 수도 없다(大判 1995.7.28. 94도3325). <주> 양벌규정의 “개인”은 고용주를 말한다. 따라서 종업원을 고용주인 “개인”으로 처벌할 수 없다는 뜻이다.
- ⑤ (X) 피고인은 甲 교회에 고용된 사람이므로, 乙을 구 건축법 제112조 제4항 양벌규정의 ‘개인’의 지위에 있다고 보아 피고인을 같은 조항에 의하여 처벌할 수는 없다(大判 2017. 12. 28. 2017도13982). <주> 양벌규정의 “개인”은 고용주를 말한다. 따라서 종업원을 고용주인 “개인”으로 처벌할 수 없다는 뜻이다.

제7절 과실범

1. 과실 일반

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 업무상 과실치사상죄에 있어서의 업무란 사람의 사회생활면에 있어서의 하나의 지위로서 계속적으로 종사하는 사무를 말하고, 여기에는 수행하는 직무 자체가 위험성을 갖기 때문에 안전배려를 의무의 내용으로 하는 경우는 물론 사람의 생명·신체의 위험을 방지하는 것을 의무의 내용으로 하는 업무도 포함된다.
- ② 과실범의 주의의무위반은 정상의 주의를 태만히 하는 것을 의미하고, 그 과실의 유무를 판단함에는 행위 당시의 행위자 자신이 기울일 수 있었던 주의 정도를 기준으로 판단한다.
- ③ 의료사고에 있어서 의사의 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 하나, 이러한 법리는 한의사의 경우에는 적용되지 않는다.
- ④ 의료사고에서 의사에게 과실이 있다고 하기 위하여는 의사가 결과발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었는데도 이를 예견하지 못하거나 회피하지 못하였음이 인정되어야 하며, 과실의 유무를 판단할 때에는 구체적인 경우 당해 행위자가 기울일 수 있었던 주의정도를 표준으로 한다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 2009.5.28. 2009도1040).
- ② (X) 의료사고에 있어 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 한다(大判 2009.12.24. 2005도8980). <주> 객관적 주의의무위반의 판단기준에 대해 판례는 객관설의 입장으로, 일반인의 주의능력을 표준으로 한다.
- ③ (X) 의료사고에서 의사에게 과실이 있다고 하기 위하여는 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다. 이러한 법리는 한의사의 경우에도 마찬가지라고 할 것이다(大判 2014.7.24. 2013도16101). <주> 의사와 의사를 비교하듯이, 한의사와 한의사를 비교한다.
- ④ (X) [1] 의료사고에서 의사에게 과실이 있다고 하기 위하여는 의사가 결과발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었는데도 이를 예견하지 못하거나 회피하지 못하였음이 인정되어야 한다(大判 1997.10.10. 97도1678). [2] 의료사고에 있어 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 한다(大判 2009.12.24. 2005도8980). <주> “행위자” 아니고 “일반인”이다.

6. 의료사고

11. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 의사는 적절한 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 갖는 것이어서, 어떤 진료방법을 선택하였더라도 진료 결과를 놓고 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것에 과실이 있다고 할 수 없다.
- ② 마취환자의 마취회복업무를 담당한 의사로서는 마취환자의 의식이 완전히 회복될 때까지 주위에서 관찰하거나 적어도 환자를 떠날 때는 피해자를 담당하는 간호사를 특정하여 그로 하여금 환자의 상태를 계속 주시하도록 하여 만일 이상이 발생한 경우에는 즉시 응급조치가 가능하도록 할 의무가 있다.
- ③ 환자가 호흡장애로 식물인간상태에 이르게 된 경우, 환자의 호흡 곤란을 알고도 00:30경부터 09:00경까지 환자의 상태를 확인하지 아니한 주치의 겸 당직의사와 그의 활력체크지시를 제대로 이행하지 아니하고 의사를 불러달라는 환자 보호자의 요청을 듣지 아니한 담당간호사들은 모두 업무상과실치상죄에 해당한다.
- ④ 의사들의 주의의무 위반과 처방체계상의 문제점으로 인하여 수술 후 회복과정에 있는 환자에게 인공호흡 준비를 갖추지 않은 상태에서는 사용할 수 없는 약제가 잘못 처방되었음에도 불구하고, 종합병원의 간호사 甲이 환자에 대한 투약 과정 및 그 이후의 경과 관찰 등의 직무 수행을 위하여 처방 약제의 기본적인 약효나 부작용 및 주사 투약에 따르는 주의사항 등을 미리 확인·숙지하였다면 과실로 처벌된 것임을 알 수 있었음에도 그대로 주사하여 환자가 의식불명 상태에 이르게 된 경우 간호사에게 업무상과실치상죄의 형사책임을 인정할 수 있다.
- ⑤ 간호사가 수술 직후의 환자에 대한 진료를 보조하면서 1시간 간격으로 4회 활력징후를 측정하라는 담당 의사의 지시에 따르지 아니하였고 그 후 위 환자가 과다출혈로 사망한 경우, 위 간호사에게 업무상과실치상죄가 성립한다.

[정답] ①

- ① (X) 의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다(大判 2007. 5. 31. 2005다5867). <주> “어떤 진료방법을 선택하였더라도” 부분이 틀린다. 합리적인 범위 내에서 진료방법을 선택하여야 한다.
- ② (O) (大判 1994.4.26. 92도3283).
- ③ (O) (大判 1994.12.22. 93도3030).
- ④ (O) (大判 2009.12.24. 2005도8980).
- ⑤ (O) (大判 2010.10.28. 2008도8606).

23. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 중앙선 표시가 있는 직선도로에서 특별한 사정이 없는 한 그 대향차선상의 차량이 중앙선을 넘어 반대차선에 진입하지 않으리라고 믿는 것이 우리의 경험칙에 합당하다.
- ② 비가 내려 노면이 미끄러운 고속도로의 주행선을 진행하던 추월선상의 A 차량이 갑자기 甲의 차선으로 들어왔고, 甲이 A 차량을 피하다가 빗길에 미끄러져 중앙분리대를 넘어가 반대편 추월선상의 B 차량과 충돌하여, B 차량의 운전자가 사망하였다면 甲의 업무상 과실이 인정되지 않는다.
- ③ 과실범에 관한 이른바 신뢰의 원칙은 상대방이 이미 비정상적인 행태를 보이고 있는 경우에는 적용될 여지가 없는 것이고, 이는 행위자가 경계의무를 게을리하는 바람에 상대방의 비정상적인 행태를 미리 인식하지 못한 경우에도 마찬가지이다.
- ④ 반대방향에서 오는 차량이 이미 중앙선을 침범하여 비정상적인 운행을 하고 있음을 목격한 경우에는 자기의 진행전방에 돌입할 가능성을 예견하여 주의 깊게 운행할 업무상 주의의무가 있다.

[정답] ②

- ① (O) (大判 1995.7.11. 95도382).
- ② (X) 업무상과실치사상죄를 구성한다(大判 1991.1.15. 90도1918).
- ③ (O) (大判 1984.4.10. 84도79). <주> 신뢰원칙의 적용이 배제되면 과실이 인정된다.
- ④ (O) (大判 1986.2.25. 85도2651).

제5절 피해자의 승낙

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 피해자의 승낙이 위법성을 조각하기 위하여는 개인적 법익을 훼손하는 경우에 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙이어야 하고, 그 승낙은 윤리적·도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다.
- ② 피해자의 승낙은 언제든지 자유롭게 철회될 수 있고 그 방법에는 제한이 없으며, 법익이 침해된 이후의 사후 승낙은 위법성을 조각할 수 없다.
- ③ 피해자의 승낙에 의한 행위가 사회상규에 위배된 때에는 위법하다는 이른바 피해자의 승낙에 대한 '사회상규적, 윤리적 한계에 의한 제약'은 판례에 의할 때 상해죄에 대하여만 적용된다.
- ④ 교통사고를 가장하여 보험금을 편취할 목적으로 피해자의 승낙을 얻어 피해자에게 상해를 가하였다면 이는 위법성을 조각하는 유효한 승낙이라 할 수 없다.
- ⑤ 甲은 A가 먼저 자신을 때려주면 돈을 주겠다는 요청을 하여 A를 폭행하였고, 그 과정에서 A가 다발성 좌상 등의 상해를 입게 된 경우, 甲의 행위는 피해자의 승낙에 의하여 위법성이 조각되지 않는다.
- ⑥ 13세 미만 미성년자에 대한 간음죄는 폭행이나 협박의 방법에 의하지 않고 피해자인 미성년자의 승낙이 있었다고 하더라도 성립한다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 1985.12.10. 85도1892).
- ② (O) 위법성조각사유로서의 피해자의 승낙은 언제든지 자유롭게 철회할 수 있다고 할 것이고, 그 철회의 방법에는 아무런 제한이 없다(大判 2011. 5. 13. 2010도9962). <주> 사후승낙은 위법성을 조각할 수 없다.
- ③ (X) 피해자의 승낙이 있었던 것으로서 위법성이 조각되어 업무방해죄가 성립되지 않는다(大判 1983. 2. 8. 82도2486). <주> 판례는 업무방해죄에서도 피해자의 승낙에 의하여 위법성을 조각하였다.
- ④ (O) 위법한 목적에 이용하기 위한 것이므로 피고인의 행위가 피해자의 승낙에 의하여 위법성이 조각된다고 할 수 없다(大判 2008.12.11. 2008도9606).
- ⑤ (O) 피고인의 요청은 윤리적·도덕적으로 사회상규에 어긋나는 것이어서 위법성 조각사유로서의 피해자의 승낙에 해당한다고 할 수 없다(大判 2010.4.29. 2010도2745).
- ⑥ (O) (大判 1975.5.13. 75도855).

p.417 05번 문제를 05문제와 05-1문제로 교체합니다.

05. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 기업의 구조조정 실시 여부는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없으나, 구조조정의 실시가 필연적으로 근로자들의 지위나 근로조건의 변경을 수반하기 때문에 이를 반대하기 위하여 진행된 노동조합의 쟁의행위는 목적의 정당성이 인정된다.
- ② 노동쟁의는 원칙적으로 조정절차를 거쳐야 하는 것이지만, 조정기간이 경과하도록 노동위원회가 조정결정을 하지 못했다면 쟁의행위를 할 수 있다.
- ③ 조합원의 찬성결정을 거치지 않고 쟁의행위에 나간 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 정당행위로 볼 수 있다.
- ④ 노동조합이 쟁의행위의 일시·장소·참가인원 및 그 방법에 관한 서면신고를 하지 않고 쟁의를 한 경우에는 신고절차의 미준수로 인해 쟁의행위의 정당성이 부정된다.

[정답] ②

- ① (X) 정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 비록 그 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다 하더라도 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다(大判 2002. 2. 26. 99도5380; 大判 2003. 12. 11. 2001도3429).
- ② (O) (大判 2004.9.24. 2004도4641).
- ③ (X) 쟁의행위의 정당성이 상실된다(大判 2001.10.25. 99도4837 전합). <주> 실질적 합의가 있더라도 반드시 형식적 찬반 투표절차를 거쳐야만 정당성이 인정된다.
- ④ (X) 서면신고의무는 쟁의행위를 함에 있어 그 세부적·형식적 절차를 규정한 것으로서 쟁의행위에 적법성을 부여하기 위하여 필요한 본질적인 요소는 아니므로, 신고절차의 미준수를 이유로 쟁의행위의 정당성을 부정할 수는 없다(大判 2007. 12. 28. 2007도5204).

05-1. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 근로자들을 선동하여 통상적으로 해 오던 연장근로를 정당한 절차에 위배하여 집단적으로 거부하도록 함으로써 회사업무의 정상운동을 방해한 경우 위법성이 조각되지 않는다.
- ② 09:00 이전에 출근하여 업무준비를 하고 09:00부터 업무를 시작하는 직원들에 대하여 적법절차 없이 집단으로 09:00 정각에 출근하도록 한 경우에는 업무방해죄를 구성한다.
- ③ 쟁의행위에 대한 찬반투표 실시를 위하여 근무시간 중에 노동조합 임시총회를 개최하고 3시간에 걸친 투표 후 1시간의 여흥시간을 가진 경우 정당행위에 해당한다.
- ④ 노동조합의 활동이 정당하려면 시기의 측면에서 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행이나 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 원칙적으로 근무시간 내에 행하여져야 한다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 1996.2.27. 95도2970).
- ② (O) (大判 1996.5.10. 96도419). <주> 일명 준법투쟁이지만 일찍 출근하자는 합의를 깨뜨렸다.
- ③ (O) (大判 1994.2.22. 93도613).
- ④ (X) 시기의 측면에서 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행이나 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 원칙적으로 근무시간 외에 행하여져야 한다(大判 2020. 7. 29. 2017도2478). <주> 근무시간 “내”가 아니라 근무시간 “외”에 행하여져야 한다.

11. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 기도원운영자가 정신분열증 환자의 치료 목적으로 안수기도를 하다가 환자에게 상해를 입힌 경우라면 신체의 자유를 과도하게 제압하여 환자의 신체에 상해까지 입혔더라도 사회상규상 용인되는 정당행위라고 볼 수 있다.
- ② 천주교 사제가 범죄자에게 도피자금을 제공하고 은신처를 물색하던 중 수사관들이 연행하러 오자 숨겨준 사실을 부인하고 신병인도를 거부한 경우 사제의 정당한 직무에 속하는 것이라고 할 수 없다.
- ③ 전(前) 조합장이 대의원회의 진행을 방해하자, 새조합장인 피고인이 회의의 질서유지를 위하여 이 사회의 불신임결의에 대한 보고를 하면서 전 조합장은 이사회에서 불신임을 받고 쫓겨난 사람이라고 말한 경우, 업무로 인한 정당행위이다.
- ④ 집행관이 압류집행을 위하여 채무자의 주거에 들어가려고 하였으나 채무자의 아들이 이를 방해하는 등 저항하므로 주거에 들어가는 과정에서 몸싸움을 하던 도중 그에게 2주간의 상해를 가한 행위는 정당행위에 해당된다.
- ⑤ 재건축조합 조합장이 조합탈퇴의 의사표시를 한 자를 상대로 '사업시행구역 안에 있는 그 소유의 건물을 명도하고 이를 재건축사업에 제공하여 행하는 업무를 방해하여서는 아니된다'는 가처분의 판결을 받아 건물을 철거한 것은 형법 제20조의 업무로 인한 정당행위에 해당한다.

[정답] ①

- ① (X) 정당행위라고 볼 수 없다(大判 2008.8.21. 2008도2695).
- ② (O) (大判 1983.3.8. 82도3248). <주> 범인도피죄가 성립한다.
- ③ (O) (大判 1990.4.27. 89도1467).
- ④ (O) 위법성이 조각된다(大判 1993.10.12. 93도875). <주> 집행관의 업무로 인한 정당행위이다.
- ⑤ (O) (大判 1998. 2. 13. 97도2877).

3. 기타 사회상규에 의한 정당행위

12. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 정당행위를 인정하려면 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성의 요건을 갖추어야 하며, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성의 요건도 갖추어야 한다.
- ② 사회상규에 반하지 않는 행위는 국가질서의 존중이라는 인식을 바탕으로 한 국민일반의 건전한 도의적 감정에 반하지 아니하는 행위를 가리키는 것으로, 초법규적인 기준에 의해 평가되어서는 안 된다.
- ③ “앞으로 수박이 없으면 네 책임으로 한다”고 말한 것은 해약의 고지라고 보기 어렵고, 가사 다소간의 해약의 고지에 해당한다고 가정하더라도 위법성이 없다.
- ④ 연소자가 추석주연에서 60세가 넘는 어른에게 담배를 청하는 등 불손한 행동을 하자 피고인이 이를 제지하려고 방뱃자루로 엉덩이를 2회 때렸다면 피고인의 행위는 사회상규에 위배되지 않는다.
- ⑤ 술에 취해 행패를 부리는 자의 뺨을 가볍게 2회 때린 정도의 행위는 사회상규에 위반되지 않고 정당행위에 해당한다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 2001.2.23. 2000도4415).
- ② (X) [1] 사회상규에 반하지 않는 행위라 함은 국가질서의 존중이라는 인식을 바탕으로 한 국민일반의 건전한 도의적 감정에 반하지 아니한 행위로서 초법규적인 기준에 의하여 이를 평가할 것이다.
[2] 서울세관에서 수입신고함에 있어서 동 세관에서 수년간 관행적으로 취급하여 온 바에 따라 신고하였다면 피고인의 행위는 비록 그 행위 외관에 있어 설사 어떤 위법이 있다고 할지라도 국민일반의 도의적 감정에 있어 결코 비난할 수 없는 사회상규에 반하지 않은 행위에 해당한다(大判 1983. 11. 22. 83도2224). <주> 형법에 규정이 없는 경우에도 초법규적인 위법성조각사유를 인정할 수 있다는 의미이다.
- ③ (O) (大判 1995.9.29. 94도2187).
- ④ (O) (大判 1978.12.13. 78도2617).
- ⑤ (O) (大判 1989.5.23. 88도1376).

18. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 피해자가 피고인의 고소로 조사받는 것을 따지기 위하여 야간에 피고인의 집에 침입한 상태에서 문을 여닫는 실랑이가 계속되는 과정에서 문짝이 떨어져 그 앞에 있던 피해자가 넘어져 2주간의 치료를 요하는 상해를 입었다면 정당행위에 해당하지 않는다.
- ② 건물의 소유자라고 주장하는 피고인과 그것을 점유·관리하고 있는 피해자 사이에 건물의 소유권에 대한 분쟁이 계속되고 있는 상황이라면, 피고인이 그 건물에 침입하였다 하더라도 피해자의 추정적 승낙이 있었다거나 피고인의 행위가 사회상규에 위배되지 않는다고 볼 수 있다.
- ③ 채권자가 채권관리를 위하여 근저당권이 설정된 회사의 공장건물에 무단침입하고 건물에 부착되어 있던 자물쇠를 손괴한 행위가 정당행위에 해당한다.
- ④ 아파트 입주자대표회의의 임원 또는 아파트관리회사의 직원들이 기존 관리회사의 직원들로부터 업무집행을 제지받던 중 저수조 청소를 위하여 출입문에 설치된 자물쇠를 손괴하고 중앙공급실에 침입한 행위는 정당행위에 해당한다.
- ⑤ 아파트 입주자대표회의의 임원 또는 아파트관리회사의 직원들이 기존 관리회사의 직원들로부터 업무집행을 제지받던 중 자물쇠를 손괴하고 중앙공급실에 침입하여 관리비 고지서를 빼앗거나 사무실의 집기 등을 들어낸 행위는 정당행위에 해당한다.

[정답] ④

- ① (X) 피고인의 가해행위가 이루어진 시간 및 장소, 경위와 동기, 방법 그리고 강도 및 피고인의 의사와 목적 등에 비추어 볼 때 사회통념상 허용될 만한 정도를 넘어서는 위법성이 있는 행위라고 보기는 어려우므로 정당행위에 해당한다(大判 2000.3.10. 99도4273).
- ② (X) 피해자의 추정적 승낙이 있었다거나 피고인의 이 사건 범행이 사회상규에 위배되지 않는다고 볼 수 없다(大判 1985.07.09.85도707).
- ③ (X) 정당행위에 해당한다고 보기 어렵다(大判 2005.4.29. 2005도381).
- ④ (O) 정당행위에 해당한다(大判 2006.4.13. 2003도3902).
- ⑤ (X) 정당행위에 해당하지 않는다(大判 2006.4.13. 2003도3902).

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 소년에 대하여 법정형 중 무기징역형을 선택한 이상 작량감경을 하여 유기징역형을 선고할 경우라도 부정기형을 선고할 수 없다.
- ② 과거에 소년법상의 보호처분을 받은 사실을 상습성 인정의 자료로 삼을 수 없다.
- ③ 소년법 제32조의 보호처분을 받은 사건과 동일한 상습범 사건에 관하여 다시 공소를 제기할 수 있다.
- ④ 제1심판결 시 소년에 해당하여 부정기형을 선고받은 피고인만이 항소한 항소심에서 피고인이 성년에 이르러 항소심이 제1심판결을 파기하고 정기형을 선고하여야 하는 경우, 항소심은 불이익변경금지 원칙에 따라 제1심에서 선고한 부정기형보다 중한 정기형을 선고할 수 없는데, 이때 항소심이 선고할 수 있는 정기형의 상한은 부정기형의 단기를 기준으로 삼는다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 1991.4.9. 91도357). <주> 처음부터 유기징역형을 선택한 때에만 부정기형을 선고한다.
- ② (X) 상습성을 인정하는 자료에는 아무런 제한이 없으므로 과거에 소년법에 의한 보호처분을 받은 사실도 상습성 인정의 자료로 삼을 수 있다(大判 1990.6.26. 90도887).
- ③ (X) 소년법 제32조의 보호처분을 받은 사건과 동일한 상습범 사건에 관하여 다시 공소를 제기할 수는 없다(大判 1996.2.23. 96도47).
- ④ (X) 항소심은 불이익변경금지 원칙에 따라 제1심에서 선고한 부정기형보다 중한 정기형을 선고할 수 없는데, 이때 항소심이 선고할 수 있는 정기형의 상한은 부정기형의 장기와 단기의 중간형을 기준으로 삼는다(大判 2020.10.22. 2020도4140 전합). <주> 예컨대 1심의 부정기형이 단기 7년 장기 15년이었다면, 항소심의 정기형의 상한은 11년이다.

17. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 병사인 피고인이 초소근무 교대시간이 늦었다며 교대조 병사와 언쟁을 하다가 교대조 병사가 살해의 의사 없이 소총을 피고인의 등 뒤에 겨누었는데 피고인은 당황하여 뒤로 돌아서면서 교대조 병사의 복부를 향하여 발사하여 사망케 하였다면 이는 상당한 이유가 있는 행위로서 위법성이 조각된다.
- ② 중대장의 지시에 따라 관사를 지키고 있던 당번병인 피고인이 중대장의 처가 마중 나오라는 지시를 정당한 명령으로 오인하고 관사를 무단이탈하였다면 당번병으로서의 그 임무범위 내에 속하는 일로 오인하고 한 행위로서 그 오인에 정당한 이유가 있어 구성요건해당성이 조각된다.
- ③ 신문기자인 피고인이 중앙대 총학생회장이 의문의 변사체로 발견된 것과 관련하여 허위사실을 진실이라고 믿고 공익을 위하여 신문에 게재한 경우 명예훼손의 위법성이 없다.
- ④ 명예훼손죄의 특별한 위법성조각사유를 규정한 형법 제310조의 요소 중 사실의 진실성에 대한 착오가 있는 경우에는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오 또는 법률의 착오가 문제될 뿐이기 때문에 위법성 그 자체는 조각될 여지가 없다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 1968.5.7. 68도370). <주> 오상방위로서 제21조 제1항에 의하여 위법성이 조각된다.
- ② (X) (大判 1986.10.28. 86도1406). <주> 오상방위로서 제21조 제1항에 의하여 “위법성”이 조각된다.
- ③ (X) 그와 같이 믿은 데에 객관적인 상당한 이유가 있으므로 명예훼손의 위법성이 없다.(大判 1996.8.23. 94도3191). <주> 공익성이 인정되고 진실로 믿은데 “상당한 이유”가 있으면 제310조에 의하여 위법성이 조각된다. 따라서 “상당한 이유”에 대한 언급 없이 바로 위법성이 조각된다는 표현은 틀린다.
- ④ (X) 적시된 사실이 진실한 것이라는 증거가 없더라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다(大判 1993.06.22. 92도3160).

03. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 일본으로 밀항하고자 도항비를 주기로 약속한 바 있었으나 그 후 이 밀항을 포기하였다면, 이는 밀항의 예비정도에 이른 것으로 볼 수 있다.
- ② 甲이 사람을 살해하기 위해 乙을 고용하여 대금지급을 약속하는 등 모의한 행위는 살인예비죄가 성립한다.
- ③ 살인예비죄가 성립하기 위하여는 살인죄를 범할 목적과 살인의 준비에 관한 고의가 있어야 할 뿐만 아니라 나아가 실행의 착수까지에는 이르지 아니하는 살인죄의 실현을 위한 준비행위가 있어야 하는데, 이 준비행위는 물적인 것에 한정되지 않고 특별한 정형이 있는 것이 아니므로 준비행위는 단순한 범행의 의사 또는 계획만으로도 인정된다.
- ④ 「형법」 제28조는 예비죄의 처벌이 가져올 범죄의 구성요건을 부당하게 유추 내지 확장해석하는 것을 금지하고 있기 때문에, 형법각칙의 예비죄를 처단하는 규정을 바로 독립된 구성요건 개념에 포함시킬 수 있다.

[정답] ②

- ① (X) 밀항의 음모에 지나지 않는 것으로 밀항의 예비정도에는 이르지 아니한 것이다(大判 1986.6.24. 86도 437). <주> 밀항비 약속이 음모이고, 밀항비를 교부하면 예비가 된다. 이후 배에 승선하면 실행착수가 인정되고 한국의 영해를 벗어나면 밀항은 기수가 된다.
- ② (O) 甲이 乙을 살해하기 위하여 丙, 丁 등을 고용하면서 그들에게 대가의 지급을 약속한 경우, 살인예비죄가 성립한다(大判 2009.10.29. 2009도7150).
- ③ (X) 단순히 범행의 의사 또는 계획만으로는 그것이 있다고 할 수 없고 객관적으로 보아서 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적 행위를 필요로 한다(大判 2009. 10. 29. 2009도7150).
- ④ (X) 형법 제28조에 의하면 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다고 규정하여 예비죄의 처벌이 가져올 범죄의 구성요건을 부당하게 유추 내지 확장해석하는 것을 금지하고 있기 때문에 형법각칙의 예비죄를 처단하는 규정을 바로 독립된 구성요건 개념에 포함시킬 수는 없다(大判 1976.5.25. 75도1549). <주> 예비죄는 기본범죄와 독립한 범죄가 아니라 기본범죄를 수정한 범죄에 불과하다. 예컨대 칼을 사서 준비했다고 다 죄가 되는 것이 아니라 살인을 목적으로 준비했다면 살인예비로 범죄가 성립하지만 요리를 목적으로 준비했다면 불가벌이 된다.

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 불능범과 구별되는 불능미수의 성립요건인 '위험성'은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다.
- ② 판례는 불능범과 구별되는 불능미수의 성립요건인 '위험성'을 피고인이 행위 당시에 인식한 사정과 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따진다.
- ③ 대법원은 불능미수의 판단 기준으로서 일관하여 위험성 판단은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 있느냐를 따져야 한다는 입장을 취하고 있다.
- ④ 불능범의 판단기준인 위험성을 판단할 때에는 피고인이 행위 당시 인식한 사정을 놓고 구체적으로 피고인의 판단으로 볼 때 결과 발생의 가능성이 있는지를 살펴야 한다.
- ⑤ 준강간죄가 성립하기 위해서는 피해자의 '심신상실 또는 항거불능의 상태를 현실적으로 이용'할 필요는 없고, 피해자가 사실상 심신상실 또는 항거불능 상태에 있거나 하면 족하며 피고인이 이를 알고 있을 필요도 없다.
- ⑥ 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우, 준강간죄의 미수범이 성립하지 아니한다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 2019.3.28. 2018도16002전합). <주> 추상적 위험설로서 판례의 원칙적인 입장이다.
- ② (X) 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다(大判 2019.3.28. 2018도16002전합). <주> 위 지문은 구체적 위험설의 입장으로 판례의 원칙적인 입장이 아니다.
- ③ (X) [1] 판례는 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 있느냐를 따져야 한다고 판시하여 원칙적으로 추상적 위험설을 취한다(大判 2005.12.8. 2005도8105). [2] 그러나 불능범은 범죄행위의 성질상 결과발생의 위험이 절대로 불능한 경우를 말한다라고 판시하여 구객관설의 입장을 취하기도 한다(大判 1985.3.26. 85도206). <주> “일관하여”가 틀렸다.
- ④ (X) 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다(大判 2019.3.28. 2018도16002전합). <주> “피고인의 판단”이 틀렸다.
- ⑤ (X) 준강간의 고의는 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다는 것과 그러한 상태를 이용하여 간음한다는 구성요건적 결과 발생의 가능성을 인식하고 그러한 위험을 용인하는 내심의 의사를 말한다(大判 2019. 3. 28. 2018도16002 전합). <주> 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 현실적으로 이용하여야 하고, 이를 인식도 하여야 한다.
- ⑥ (X) 피고인이 준강간의 실행에 착수하였으나 범위가 기수에 이르지 못하였으므로 준강간죄의 미수범이 성립한다. 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었으므로 준강간죄의 불능미수가 성립한다(大判 2019. 3. 28. 2018도16002 전합).

05. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 종업원 소유 화물차를 자신의 가스배달업무에 제공하는 대가로 임금을 포함하여 매월 일정 금액을 지급하였다면, 자가용화물자동차를 유상으로 화물운송에 제공하는 행위를 처벌하는 구 화물자동차운수사업법위반죄의 공동정범이 성립한다.
- ② 甲이 법원공무원 乙을 교사하여 체포영장 발부자 명단을 받은 경우에 乙은 공무상 비밀누설죄, 甲은 공무상 비밀누설죄의 교사범의 죄책을 진다.
- ③ 금품 등을 공여한 자에게 따로 처벌규정이 없는 이상, 그 공여행위는 그와 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 범행에 대하여 공범관계가 성립되지 아니하고, 오로지 금품 등을 공여한 자의 행위에 대하여만 관여하여 그 공여행위를 교사하거나 방조한 행위도 상대방의 범행에 대하여 공범관계가 성립되지 아니한다.
- ④ 관세법은 관세가 면제되어 수입된 물품을 세관장의 승인 없이 양수한 자를 용도외 사용죄로 처벌하는데, 피고인이 주한 외국대사관의 공용품으로 관세가 면제된 승용차를 임의로 매수인에게 양도한 경우, 용도외 사용죄의 종범에 해당한다.
- ⑤ 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하는 사용자에게 채용 또는 대체되는 자의 행위에 대하여는 일반적인 형법 총칙상의 공범 규정을 적용하여 공동정범, 교사범 또는 방조범으로 처벌할 수 있다.

[정답] ③

- ④ (X) 자가용화물자동차 소유자의 유상운송행위의 상대방을 자가용화물자동차 소유자의 유상운송행위의 공범으로 처벌할 수 없다(大判 2005.11.25. 2004도8819). <주> 대항범간의 행위에는 형법총칙상 공범규정이 적용되지 않는다.
- ② (X) 대항범 관계에 있으므로 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없으므로, 피고인 甲의 행위는 공무상비밀누설교사죄에 해당하지 아니한다(大判 2011.4.28. 2009도3642).
- ③ (O) (大判 2014.01.16. 2013도6969).
- ④ (X) 용도외 사용죄의 종범에 해당하지 아니한다(大判 1988.4.25. 87도2451).
- ⑤ (X) [1] 사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하는 경우 처벌된다. 노동조합법 제91조, 제43조 제1항은 사용자의 위와 같은 행위를 처벌하도록 규정하고 있으므로, 사용자에게 채용 또는 대체되는 자에 대하여 위 법조항을 바로 적용하여 처벌할 수 없음은 문언상 분명하다. [2] 따라서 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하는 사용자에게 채용 또는 대체되는 대항범의 행위에 대하여는 일반적인 형법 총칙상의 공범 규정을 적용하여 공동정범, 교사범 또는 방조범으로 처벌할 수 없다(大判 2020. 6. 11. 2016도3048).

05. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 공모공동정범의 공모자 중 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다고 할 것이고 그 이탈의 표시는 명시적이어야 한다.
- ② 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행저지를 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모자가 구속되었다는 사유만으로 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다.
- ③ 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부를 실행한 후 공범관계에서 이탈하였으나 다른 공범자에 의하여 나머지 범행이 이루어진 경우, 피고인에게 자신이 관여하지 않은 이탈 이후 부분에 대하여 공동정범으로서의 죄책을 부담시킬 수 없다.
- ④ 2인이 범행을 공모하여 실행에 착수한 후 그 중 한 사람이 자의로 중지한 경우 전체범죄가 기수에 이르렀다고 하여도 중지한 자에게는 미수가 성립한다.
- ⑤ 공범이 자신의 행위를 중지한 것만으로는 중지미수가 성립하지 않지만, 다른 공범 또는 정범의 행위를 중단시키기 위하여나 결과 발생을 저지하기 위한 진지한 노력이 있었을 경우에는 비록 결과가 발생하였다고 할지라도 그 공범에게 중지미수가 성립할 수 있다.

[정답] ②

- ① (X) 이탈의 표시는 반드시 명시적임을 요하지 않는다(大判 1986.1.21. 85도2371, 85감도347).
- ② (O) (大判 2010.9.9. 2010도6924).
- ③ (X) 피고인이 관여하지 않은 부분에 대하여도 죄책을 부담한다(大判 2011.1.13. 2010도9927).
- ④ (X) 다른 공범의 범행을 중지하게 하지 아니한 이상 자기만의 범의를 철회, 포기하여도 중지미수로는 인정될 수 없다(大判 2005.2.25. 2004도8259). 따라서 1인이 자의로 중지하였을지라도 다른 공동정범이 결과를 발생시킨 경우에는 중지한 자에게도 기수범의 공동정범이 성립한다.
- ⑤ (X) 다른 공범의 범행을 중지하게 하지 아니한 이상 자기만의 범의를 철회, 포기하여도 중지미수로는 인정될 수 없는 것이다(大判 2005. 2. 25. 2004도8259). <주> 기수범이 성립한다.

06. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 합동범의 공동정범은 불가능하다.
- ② 합동범에 대한 교사·방조는 불가능하다.
- ③ 3인의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 1인의 범인이 범행 현장에서 절도의 실행행위를 한 경우 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인에 대하여도 합동절도의 공동정범이 성립할 수 있다.
- ④ 합동절도의 공모에는 참여하였으나 현장에서 실행행위를 직접 분담하지 아니한 자도 그가 현장에서 절도 범행을 실행한 2인 이상의 범인의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있다면 합동절도의 공동정범이 된다.
- ⑤ 3인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모하였지만 범행 현장에 있지 않은 자에 대해서는 합동범의 공동정범을 인정할 수 없다.

[정답] ④

- ① (X) 합동절도의 공동정범의 성립을 부정할 이유가 없다(大判 1998.5.21. 98도321 전합).
- ② (X) 장소적으로 협동한 범인도 방조만 한 경우 중범으로 처벌될 수 있다(大判 1998.5.21. 98도321 전합).
- ③ (X) 3인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인이 범행 현장에서 시간적, 장소적으로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 경우 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인에 대하여도 정범성의 표지를 갖추고 있다고 보여지는 한 합동절도의 공동정범이 성립할 수 있다(大判 1998.5.21. 98도321 전합). <주> 현장에 1인만 있으면 합동절도가 아니라 단순절도가 된다. 따라서 현장에 가지 않은 공범들은 단순절도의 공동정범이 성립한다.
- ④ (O) (大判 1998.5.21. 98도321 전합).
- ⑤ (X) 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인에 대하여도 합동절도의 공동정범의 성립을 부정할 이유가 없다고 할 것이다(大判 1998. 5. 21. 98도321, 전원합의체).

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 교사범이란 타인(정범)으로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립하는 것이고 피교사자는 교사범의 교사에 의하여 범죄 실행을 결의하여야 하는 것이므로, 피교사자가 이미 범죄의 결의를 가지고 있을 때에는 교사범이 성립할 여지가 없다.
- ② 피교사자가 이미 범죄의 결의를 가지고 있는 경우에도 교사범이 성립할 수 있다.
- ③ 교사범이 성립하기 위해서는 교사가 피교사자에게 범행의 일시, 장소, 방법 등의 세부적인 사항까지를 특정하여 교사하여야 한다.
- ④ 교사행위에 의하여 피교사자가 범죄 실행을 결의하였다 하더라도 피교사자에게 다른 원인이 있어 범죄를 실행한 경우에는 교사범이 성립하지 아니한다.
- ⑤ 교사범의 교사가 정범이 죄를 범한 유일한 조건일 필요는 없으나, 정범에게 범죄의 습벽이 있어 그 습벽과 함께 교사행위가 원인이 되어 정범이 범죄를 실행한 경우에도 교사행위와 정범의 범죄실행 사이에 인과관계가 단절되어 교사범이 성립할 여지가 없다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 1991.5.14. 91도542).
- ② (X) 피교사자가 이미 범죄의 결의를 가지고 있을 때에는 교사범이 성립할 여지가 없다(大判 1991. 5. 14. 91도542)
- ③ (X) 교사범이 성립하기 위하여는 범행의 일시, 장소, 방법 등의 세부적인 사항까지를 특정하여 교할 필요는 없는 것이고, 정범으로 하여금 일정한 범죄의 실행을 결의할 정도에 이르게 하면 교사범이 성립된다(大判 1991.05.14. 91도542).
- ④ (X) 교사범이 성립하기 위해 교사범의 교사가 정범의 범행에 대한 유일한 조건일 필요는 없으므로, 교사행위에 의하여 피교사자가 범죄 실행을 결의하게 된 이상 피교사자에게 다른 원인이 있어 범죄를 실행한 경우에도 교사범의 성립에는 영향이 없다(大判 2012.11.15. 2012도7407).
- ⑤ (X) 교사범의 교사가 정범이 죄를 범한 유일한 조건일 필요는 없으므로, 교사행위에 의하여 정범이 실행을 결의하게 된 이상 비록 정범에게 범죄의 습벽이 있어 그 습벽과 함께 교사행위가 원인이 되어 정범이 범죄를 실행한 경우에도 교사범의 성립에 영향이 없다 할 것이다(大判 1991.5.14. 91도542).

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 간호보조원의 무면허 진료행위가 있을 후 의사가 진료부예다가 위 진료행위에 대해 기재하는 행위는 정범의 실행행위종료 후의 단순한 사후행위에 불과한 것으로 볼 수 있으므로, 의사에 대해서는 무면허 의료행위의 방조죄가 성립하지 않는다.
- ② 의사 甲이 입원치료를 받을 필요가 없는 환자 乙이 보험금 수령을 위하여 입원치료를 받으려고 하는 사실을 알면서도 입원을 허가하여 형식상으로 입원치료를 받도록 한 후 입원확인서를 발급하여 주었고 乙이 이를 제출하여 보험금을 수령하였다면 甲에게는 사기방조죄가 성립한다.
- ③ 입영기피를 결심한 자에게 “잘 되겠지, 몸조심하라”고 하고 악수를 나누는 행위는 입영기피의 방조행위에 해당한다.
- ④ 자동차 운전면허가 없는 甲의 요구에 응하여 乙이 이를 인식하면서도 승용차를 제공하여 甲이 무면허운전을 한 경우 이는 도로교통법위반(무면허운전) 범행의 방조행위에 해당하지 않는다.

[정답] ②

- ① (X) 정범의 실행행위종료 후의 단순한 사후행위에 불과하다고 볼 수 없고 무면허 의료행위의 방조에 해당한다(大判 1982. 4. 27. 82도122). <주> 영업범(포괄일죄)의 중간에 방조한 행위로 평가되었다.
- ② (O) (大判 2006.1.12. 2004도6557).
- ③ (X) 입영기피의 범죄의사를 강화시킨 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다(大判 1983.4.12. 82도43).
- ④ (X) 도로교통법위반(무면허운전) 범행의 방조행위에 해당한다(大判 2000.8.18. 2000도1914).

2. 부진정신분범

04. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 신분관계로 인하여 형이 중한 경우에 신분이 있는 자가 신분이 없는 자를 교사하여 죄를 범하게 한 때에는 형법 제31조 제1항이 적용됨으로써 신분이 있는 교사범이 신분이 없는 정범과 동일하게 처벌된다.
- ② 甲이 남자친구인 乙에게 甲의 부(父)인 A를 살해하도록 교사한 경우 甲에게 형법 제33조 단서가 형법 제31조 제1항에 우선하여 적용되어 甲이 乙보다 중하게 처벌된다.
- ③ 피고인이 모해할 목적으로 위증을 교사하였다 하더라도, 그 정범에게는 모해의 목적이 없었다면, 그 피고인을 모해목적 위증교사죄로 처단할 수 없다.
- ④ 도박의 습벽이 있는 甲이 도박을 하고 또 상습성 없는 乙의 도박을 방조한 경우 甲은 도박죄로 처벌된다.
- ⑤ 도박의 습벽 있는 피고인이 도박의 습벽 없는 타인의 도박을 방조한 경우 피고인은 상습도박죄가 성립한다.

[정답] ②

- ① (X) 형법 제33조 단서가 형법 제31조 제1항에 우선하여 적용됨으로써 신분이 있는 교사범이 신분이 없는 정범보다 중하게 처벌된다(大判 1994.12.23. 93도1002). <주> 원칙적으로 공범은 정범과 동일하게 처벌된다. 그러나 부진정 신분이 적용되면 무조건 신분자가 가중처벌된다.
- ② (O) 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에 신분이 있는 자가 신분이 없는 자를 교사하여 죄를 범하게 한 때에는 「형법」 제33조 단서가 「형법」 제31조 제1항에 우선하여 적용된다.(大判 1994.12.23. 93도1002).
- ③ (X) 제33조 단서를 적용하여 피고인에게는 모해위증죄의 교사범을, 정범에게는 위증죄의 정범을 인정하고 있다(大判 1994.12.23. 93도1002).
- ④ (X) 도박의 습벽이 있는 자가 도박을 하고 또 도박방조를 하였을 경우 상습도박방조의 죄는 무거운 상습도박의 죄에 포괄시켜 1죄로서 처단하여야 한다(大判 1984.4.24. 84도195).
- ⑤ (X) (大判 1984.4.24. 84도195). <주> 도박 습벽 있는 피고인이 도박도 하고 도박방조도 하면 상습도박 포괄일죄이다. 그러나 위 지문에는 도박을 방조했다는 언급만 있으므로 상습도박“방조”죄만 성립한다.

05. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 은행원이 아닌 자가 은행원과 공모하여 업무상 배임죄를 범한 경우, 은행원이 아닌 자는 형법 제 356조 제2항(단순배임죄)에 따라 처단하여야 한다.
- ② 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 그러한 신분관계가 없는 자와 공모하여 업무상 배임죄를 저질렀다면 그러한 신분관계가 없는 자에 대하여는 형법 제33조 단서에 의하여 업무상 배임죄의 정한 형으로 처벌한다.
- ③ 타인의 재물을 업무상 보관하는 신분관계가 없는 자가 신분관계가 있는 자와 공모하여 업무상횡령죄를 저질렀다면 신분관계가 없는 자에 대하여는 형법 제33조 본문에 의하여 단순횡령죄에 정한 형으로 처단하여야 한다.
- ④ A회사 경리과장 乙의 배임행위를 A회사 직원이 아닌 친구 甲이 함께한 경우 甲은 제33조 단서에 의해 단순배임죄에 정한 형으로 처단되므로 업무상 배임죄의 공동정범이 성립하지 않는다.
- ⑤ 균용물 횡령죄에 있어서는 업무상횡령이던 단순횡령이던 간에 본조에 의하여 그 법정형이 동일하게 되어 양죄 사이에 형의 경중이 없게 되더라도 법률적용에 있어서는 형법 제33조 단서를 적용한다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 1986.10.28. 86도1517). <주> 제33조 본문에 따라 업무상배임죄가 성립하고 제33조 단서에 따라 단순배임죄로 처벌된다. 참고로 처벌, 처단, 과형은 같은 뜻이다.
- ② (X) 제33조 단서에 의하여 형법 제355조 제2항(단순배임죄)에 따라 처단하여야 한다(大判 1999.4.27. 99도883).
- ③ (X) 신분관계가 없는 자에 대하여서는 형법 제33조 “단서”에 의하여 형법 제355조 제2항에 따라 처단하여야 한다(大判 1999.4.27. 99도883).
- ④ (X) 신분관계가 없는 자에 대하여서는 형법 제33조 단서에 의하여 형법 제355조 제2항(단순배임죄)에 따라 처단하여야 한다(大判 1999.4.27. 99도883). <주> 제33조 본문에 따라 업무상배임죄가 성립하고, 제33조 단서에 따라 단순배임죄로 처벌된다.
- ⑤ (X) 균용물횡령죄에 있어서는 업무상횡령이던 단순횡령이던 간에 본조에 의하여 그 법정형이 동일하게 되어 양죄 사이에 형의 경중이 없게 되었으므로 법률적용에 있어서 형법 제33조 단서의 적용을 받지 않는다(大判 1965.8.24. 65도493). <주> 제33조 단서는 형의 경중이 인정되는 부진정신분범에 가담한 비신분자에게만 적용된다.

3. 소극적 신분범

06. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 치과의사 甲이 치과기사인 乙에게 환자들을 초진하고 발치, 주사, 투약 등의 진료행위를 독자적으로 시켰을 경우 甲은 무면허의료행위의 공동정범으로 처벌되지 않는다.
- ② 의사 甲이 의사가 아닌 乙의 병원 개설행위에 공모하여 가공한 경우, 의료법위반죄의 공동정범에 해당된다.
- ③ 의료인일지라도 의료인 아닌 자의 의료행위에 공모하여 가공하면 의료법 상의 무면허 의료행위의 공동정범에 해당된다.
- ④ 의료인인 甲이 의료인이나 의료법인 아닌 乙의 의료기관개설행위에 공모하여 가공하면 의료법위반죄의 공동정범에 해당하나, 甲이 乙을 교사하여 진료행위를 하도록 지시하면 무면허의료행위의 교사범에 해당하지 않는다.

[정답] ④

- ① (O) 甲은 무면허의료 행위의 교사범에 해당한다(大判 1986.7.8. 86도749).
- ② (O) (大判 1986.2.11. 85도448).
- ③ (O) 의료인일지라도 의료인이 아닌 자의 의료행위에 공모하여 가공하면 의료법 제25조 제1항이 규정하는 무면허의료행위의 공동정범으로서의 죄책을 진다(大判 1986.2.11. 85도448).
- ④ (X) 치과의사가 환자의 대량유치를 위해 치과기사들에게 내원환자들에게 진료행위를 하도록 지시하여 동인들이 각 단독으로 전항과 같은 진료행위를 하였다면 무면허의료행위의 교사범에 해당한다(大判 1986. 7. 8. 86도749).

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 상습범의 중간에 동종의 상습범의 확정판결이 있는 경우에는 확정판결 전후의 범행은 두 개의 죄로 분단된다.
- ② 실체법상 상습사기의 일죄로 포괄될 수 있는 관계의 일련의 사기범행의 중간에 동종의 죄에 관한 확정판결이 있는 경우에는 그 확정판결에 의하여 원래 일죄로 포괄될 수 있었던 일련의 범행은 2죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위시에 완성된다.
- ③ 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 다른 종류의 죄의 확정판결의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 그 죄는 2죄로 분리되지 않고 확정판결 전인 최종의 범죄행위시에 완성되는 것이다.
- ④ 상습범으로서 포괄적 일죄의 관계에 있는 여러 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 유죄판결이 확정된 경우 그 확정판결에서 당해 피고인이 상습범이 아닌 기본 구성요건의 범죄로 처단되었다 하더라도 기판력 때문에 그 확정 이전의 나머지 범죄사실에 대하여는 처벌할 수 없다.
- ⑤ 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부에 대하여 약식명령이 확정된 경우, 그 약식명령 발령시를 기준으로 그 이후에 이루어진 범행에 대해서는 면소판결을 선고해야 한다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 2000.3.10. 99도2744).
- ② (X) 공소제기된 범죄사실과 추가로 발견된 범죄사실 사이에 그것들과 동일한 습벽에 의하여 저질러진 또 다른 범죄사실에 대한 유죄의 확정판결이 있는 경우에는 전후 범죄사실의 일죄성은 그에 의하여 분단되어 공소제기된 범죄사실과 판결이 확정된 범죄사실만이 포괄하여 하나의 상습범을 구성하고, 추가로 발견된 확정판결 후의 범죄사실은 그것과 경합범 관계에 있는 별개의 상습범이 된다(大判 2000.3.10. 99도2744). <주> 확정판결 전의 상습범으로 기소하면 면소판결을 하여야 하고, 확정판결 후의 상습범으로 기소하면 유죄판결을 할 수 있다.
- ③ (X) 2죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위시에 완성되는 것이다(大判 2003.8.22. 2002도5341). <주> 확정판결 전이 아니라 확정판결 후이다.
- ④ (X) 확정판결에서 당해 피고인이 상습범이 아닌 기본 구성요건의 범죄로 처단된 경우에는 그 기판력이 그 확정 이전의 나머지 범죄사실에 대하여도 미친다고 보아서는 아니된다(大判 2004.9.16. 2001도3206). <주> 상습범은 상습사기죄를 말하고, 기본 구성요건이란 단순사기죄를 말하는데, 서로 다른 죄이다.
- ⑤ (X) 포괄일죄의 관계에 있는 범행일부에 관하여 약식명령이 확정된 경우, 약식명령의 발령시를 기준으로 하여 그 전의 범행에 대하여는 면소의 판결을 하여야 하고, 그 이후의 범행에 대하여서만 일개의 범죄로 처벌하여야 한다(大判 1994. 8. 9. 94도1318). <주> “그 이후에”를 “그 이전에”로 바꾸어야 옳은 지문이 된다.

03. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 단일범으로 절취한 시간과 장소가 접촉되어 있고 같은 관리인의 관리 하에 있는 방 안에서 소유자를 달리는 두 사람의 물건을 절취한 경우에는 1개의 절도죄가 성립한다.
- ② 절도범이甲의 집에 침입하여 그 집의 방 안에서 그 소유의 재물을 절취하고 그 무렵 그 집에 세들어 사는乙의 방에 침입하여 재물을 절취하려다 미수에 그쳤다면 위 두 범죄는 그 범행장소와 물품의 관리자를 달리하고 있어서 별개의 범죄를 구성한다.
- ③ 상습으로 절도, 야간주거침입절도, 특수절도 또는 그 미수 등의 범행을 저지른 자가 마찬가지로 절도 습벽의 발현으로 자동차등불법사용의 범행도 함께 저지른 경우에는, 검사가 형법상의 상습절도죄로 기소하는 때는 물론이고, 자동차등불법사용의 점을 제외한 나머지 범행에 대하여 특정범죄가중처벌법상의 상습절도 등의 죄로 기소하는 때에도 자동차등불법사용의 범행은 상습절도 등의 죄에 흡수되어 1죄만이 성립하고 이와 별개로 자동차등불법사용죄는 성립하지 않는다.
- ④ 피고인이 절도의 습벽으로 자동차등불법사용의 범행을 하였으나 검사가 자동차등불법사용의 점을 제외한 나머지 범행에 대하여만 상습절도 등의 죄로 기소하였다면, 자동차등불법사용의 범행은 상습절도 등 죄의 위법성 평가에 포함되어 있지 않다고 봄이 상당하다.
- ⑤ 3번의 특수절도, 2번의 특수절도미수, 1번의 야간주거침입절도, 1번의 절도 등이 상습적으로 반복된 것으로 볼 수 있다면 그 중 법정형이 가장 중한 상습특수절도의 죄에 나머지의 행위를 포괄시켜 하나의 죄만이 성립된다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 1970.7.21. 70도1133). <주> 재산죄는 관리자의 수에 따라 죄수를 결정한다.
- ② (O) (大判 1989.8.8. 89도664). <주> 관리자가 달라서 실체적 경합범이다.
- ③ (O) (大判 2002.4.26. 2002도429).
- ④ (X) 자동차등불법사용의 점을 제외한 나머지 범행에 대하여 특가법상의 상습절도 등의 죄로 기소하는 때에도 자동차등불법사용의 위법성에 대한 평가는 특가법상의 상습절도 등 죄의 구성요건적 평가 내지 위법성 평가에 포함되어 있다고 보는 것이 타당하다(大判 2002. 4. 26. 2002도429).
- ⑤ (O) (大判 1975.5.27. 75도1184).

10. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 농업협동조합법상의 호별방문죄는 연속적으로 두 집 이상을 방문함으로써 성립하는 범죄로서 선거운동을 위하여 다수의 조합원을 호별로 방문한 때에는 포괄일죄로 보아야 한다.
- ② 공직선거법 제106호 제1항이 규정하고 있는 호별방문죄는 집집을 중단 없이 방문하거나 동일한 일시 및 기회에 방문할 것을 요하지 않으므로, 선거운동이라는 단일한 범의 하에 수인의 집을 방문한 경우 시간적 근접성 및 연속성에 대한 판단 없이 포괄일죄가 성립한다.
- ③ 같은 기회에 하나의 행위로 여러 개의 영업비밀을 취득한 경우 수개의 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 제18조 제2항 위반죄의 상상적 경합범이다.
- ④ 전자금융거래법에서 규정하는 수개의 접근매체를 한꺼번에 양도한 행위는 하나의 행위로 수개의 전자금융거래법 위반죄를 범한 경우에 해당하여 각 죄는 실체적 경합관계에 있다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 2007.7.12. 2007도2191). <주> 연속성이 인정되면 포괄일죄이다.
- ② (X) 호별방문하는 사이에 각각 3개월~6개월 정도의 시간적 간격이 있었다면, 각 방문한 행위 사이에 시간적 근접성이 있다고 하기는 어렵다고 보아, 포괄일죄로 볼 수 없다(大判 2007.3.15. 2006도9042). <주> 연속성이 부정되면 경합범이다. 따라서 “시간적 근접성 및 연속성에 대한 판단 없이” 부분이 틀렸다.
- ③ (X) 법률 제18조 제2항 위반죄의 일죄로 평가되어야 한다(大判 2009.4.9. 2006도9022). <주> 여러 개의 비밀을 합치면 하나의 비밀이 된다.
- ④ (X) 각 죄는 상상적 경합관계에 있다(大判 2010.3.25. 2009도1530). <주> 수개의 대포통장은 수개의 죄이다. 하나의 행위로 수개의 죄가 되므로 실체적 경합범이 아니라 상상적 경합범이다.

13. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 수개의 등록상표에 대하여 상표법 제230조의 상표권 침해 행위가 계속하여 이루어진 경우에는 등록상표마다 포괄하여 1개의 범죄가 성립한다. 그러나 하나의 유사상표 사용행위로 수개의 등록상표를 동시에 침해하였다면 각각의 상표법 위반죄는 상상적 경합의 관계에 있다.
- ② 상표권자 및 표장이 동일한 수개의 등록상표에 대하여 상표법 제93조 소정의 상표권침해 행위가 계속하여 행하여진 경우 포괄일죄이다.
- ③ 저작권재산권 침해행위는 저작권자가 같더라도 각각의 저작물에 대한 침해행위는 원칙적으로 각 별개의 죄를 구성한다. 따라서 단일하고도 계속된 범의 아래 동일한 저작물에 대한 침해행위가 일정 기간 반복하여 행하여진 경우에도 포괄일죄로 볼 수는 없다.
- ④ 2개의 인터넷 파일공유 사이트를 운영하는 피고인들이 이를 통해 저작권재산권 대상인 디지털 콘텐츠가 불법 유통되고 있음을 알면서도 회원들로 하여금 불법 디지털 콘텐츠를 업로드하게 한 후 이를 다운로드하게 함으로써 저작권재산권 침해를 방조한 경우 위 사이트를 통해 유통된 다수 저작권자의 다수 저작물에 대한 범행 전체가 하나의 포괄일죄를 구성한다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 2011.7.14. 2009도10759; 大判 2020.11.12. 2019도11688).
- ② (X) 등록상표를 달리하는 수개의 상표권침해 행위를 포괄하여 하나의 죄가 성립하는 것으로 볼 수 없다 (大判 2011.7.14. 2009도10759). <주> 침해되는 각 상표마다 포괄일죄이고, 수개의 상표권침해는 수죄이다. 이때 하나의 유사상표로 수개의 상표권을 침해하면 상상적 경합범이고, 수개의 유사상표로 수개의 상표권을 침해하면 실체적 경합범이다.
- ③ (X) 다만 단일하고도 계속된 범의 아래 동일한 저작물에 대한 침해행위가 일정 기간 반복하여 행하여진 경우에는 포괄하여 하나의 범죄가 성립한다고 볼 수 있다(大判 2013.08.23. 2011도1957). <주> 각 저작물마다 포괄일죄이고, 다수의 저작물에 대해서는 경합범이다.
- ④ (X) 다수 저작권자의 다수 저작물에 대한 피고인들의 범행 전체가 하나의 포괄일죄를 구성한다고 볼 수 없다(大判 2012.5.10. 2011도12131). <주> 다수의 저작물에 대해서는 경합범이다.

14. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 은행장인 피고인이 甲으로부터 정식 이사가 될 수 있도록 도와달라는 부탁을 받고 1년 동안 12회에 걸쳐 그 사례금 명목으로 합계 1억 2,000만 원을 교부받은 경우 포괄하여 일죄가 성립한다.
- ② 훈련병이 상관으로부터 징총을 하고 군사교육을 받으라는 명령을 수회 받고도 그때마다 이를 거부한 경우에는 징총거부의사가 단일하고 계속된 것이며 피해법익이 동일하므로 항명죄의 포괄일죄가 성립한다.
- ③ 물품을 수입하는 무역업자가 그 물품을 같은 해에 3차례에 걸쳐 수입하면서 그때마다 과세가격 또는 관세율을 허위로 신고하여 관세를 포탈하였다면 포괄하여 1개의 관세포탈죄를 구성한다.
- ④ 변호사가 아닌 피고인이 당사자와 내용을 달리하는 법률사건에 관한 법률사무를 다수 수임하여 이를 처리하는 대가로 수수료를 수취하여 변호사범위반죄를 범한 경우 포괄일죄이다.
- ⑤ 영업이 아닌 단순 성매매장소 제공행위 범행으로 약식명령이 확정된 후에 그 전에 저질러진 단순 성매매장소 제공행위 범행으로 또다시 기소된 경우 포괄일죄로 보아야 한다.
- ⑥ 건물제공행위와 성매매알선행위의 경우 성매매알선행위가 건물제공행위의 결과에 해당하고 반대로 건물제공행위는 성매매 알선행위에 수반되는 수단으로 볼 수 있으므로 별개의 죄를 구성하지 않고 위 각 행위를 통틀어 법정형이 더 무거운 성매매 알선행위의 포괄일죄를 구성한다.

[정답] ①

- ① (O) 포괄하여 특경법 위반(배임죄)에 해당한다(大判 2000.6.27. 2000도1155).
- ② (X) 명령 횡수 만큼의 항명죄가 즉시 성립한다(大判 1992.9.14. 92도1534). <주> 경합범이다.
- ③ (X) 수입신고시마다 당해 수입물품에 대한 정당한 관세의 확보라는 법익이 침해되어 별도로 구성요건이 충족되는 것이므로 각각의 허위 수입신고시마다 1개의 죄가 성립한다(大判 2000.11.10. 99도782).
- ④ (X) 변호사범위반의 각 범행은 실체적 경합범이다(大判 2015.1.15. 2011도14198).
- ⑤ (X) 구성요건의 성질상 동종 행위의 반복이 예상되는 경우라고 볼 수 없다. 따라서 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범으로 보아야 한다(大判 2020. 5. 14. 2020도1355). <주> “영업상” 성매매장소를 제공하였다면 포괄일죄이지만, “단순” 성매매장소 제공이므로 경합범으로 보았다.
- ⑥ (X) ‘영업으로 성매매를 알선했다’와 ‘영업으로 성매매에 제공되는 건물을 제공하는 행위’는 당해 행위 사이에서 각각 포괄일죄를 구성할 뿐, 서로 독립된 가벌적 행위로서 별개의 죄를 구성한다고 보아야 한다(大判 2011. 5. 26. 2010도6090). <주> 성매매알선 수회의 행위는 영업범으로 포괄일죄이고, 건물제공 수회의 행위도 영업범으로 포괄일죄이다. 그러나 성매매알선과 건물제공의 관계는 별죄의 관계이다.

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 아직 판결을 받지 아니한 죄가 이미 판결이 확정된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경우에도 형법 제37조 후단 경합범 관계가 성립할 수 있다.
- ② 선행범죄로 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 별개의 후행범죄를 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 후행범죄와 선행범죄는 동시에 판결할 수 없는 경우에 해당하므로 후행범죄가 그 재심대상판결에 대한 재심판결 확정 전에 범하여졌다 하더라도 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄와 재심판결이 확정된 선행범죄 사이에는 형법 제37조 후단 경합범이 성립하지 않는다.
- ③ 동시적 경합범의 처벌에서 가장 중한 죄 아닌 죄에 정한 형의 단기가 가장 중한 죄에 정한 형의 단기보다 중한 때에는 그 중한 단기를 하한으로 한다.
- ④ 무기징역에 처하는 판결이 확정된 죄와 형법 제37조의 후단 경합범의 관계에 있는 죄에 대하여 공소가 제기된 경우, 법원은 두 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 후단 경합범에 대한 처단형의 범위 내에서 후단 경합범에 대한 선고형을 정할 수 있고, 형법 제38조 제1항 제1호가 형법 제37조의 전단 경합범 중 가장 중한 죄에 정한 처단형이 무기징역인 때에는 흡수주의를 취하였다 고 하여 뒤에 공소제기된 후단 경합범에 대한 형을 필요적으로 면제하여야 하는 것은 아니다.
- ⑤ 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항 처벌조항 중 '세 번 이상 징역형을 받은 사람'은 그 문언대로 형법 제329조 등의 죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사실이 인정되는 사람으로 해석하면 충분하고, 전범 중 일부가 나머지 전범과 사이에 후단 경합범의 관계에 있다고 하여 이를 처벌조항에 규정된 처벌받은 형의 수를 산정할 때 제외할 것은 아니다.

[정답] ①

- ① (X) 형법 제37조 후단 경합범 관계가 성립할 수 없고 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형을 선고하거나 그 형을 감경 또는 면제할 수도 없다(大判 2014.5.16. 2013도12003). <주> 경합범이 아니므로 제37조 내지 제39조가 적용되지 않는다.
- ② (O) (大判 2019.7.25 2016도5479). <주> 선행범죄의 재심개시를 불문하고, 확정판결 후에 범한 후행범죄는 경합범이 아니라는 의미이다.
- ③ (O) (大判 1985.4.23. 84도2890).
- ④ (O) (大判 2008.9.11. 2006도8376). <주> 법원의 재량으로 형을 선고할 수 있다는 의미이다.
- ⑤ (O) [1] 위 특가법 처벌조항은 전범과 후범이 모두 동종의 절도 고의범일 것이라는 실질적 관련성을 요구하고, 전범에 대하여 '3회 이상의 징역형'을 선고받아 형이 아직 실효되지 아니하여야 하며, 후범을 '누범'으로 처벌하는 경우여야 하는 등 상당히 엄격한 구성요건을 설정하고 있다. [2] 형법 제39조 제1항의 규정은 제37조 전단과 후단의 경합범에 대하여 형평을 고려하여 형의 임의적 감면을 할 수 있음을 제시한 것일 뿐 판결이 확정된 죄에 대한 형의 선고와 그 판결확정 전에 범한 죄에 대한 형의 선고를 하나의 형의 선고와 동일하게 취급하라는 것이 아니다(大判 2020. 3. 12. 2019도17381). <주> 예컨대 A죄, B죄, C죄에 대하여 각 3개의 징역형을 선고받았는데, 이중 B죄와 C죄가 사후적 경합범이어서 B죄와 C죄가 동시적 경합범으로 소송을 진행했다더라면 하나의 징역형을 받을 가능성이 있었더라도, 이와 상관없이 3번 이상의 징역형을 받은 경우로 해석한다는 뜻이다.

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 징역형과 벌금형이 병과된 경우에 벌금형의 환산유치기간이 징역형의 기간보다 긴 경우에는 위법하다.
- ② 형의 선고를 유예하는 판결을 할 경우에도 선고가 유예된 형에 대한 판단을 해야 하기 때문에 그 선고형을 정해 놓아야 하고, 벌금의 경우에는 벌금액을 정해야 하지만 환형유치처분까지 할 필요는 없다.
- ③ 징역형과 벌금형 가운데에서 벌금형을 선택하여 선고하면서 그에 대한 노역장 유치기간을 환산한 결과 징역형의 장기보다 유치기간이 더 길게 되었다면 위법이다.
- ④ 부정수표단속법 제5조는 "수표를 위조 또는 변조한 자는 1년 이상의 유기징역과 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처한다."고 규정하고 있는바, 수표금액란이 백자인 채로 수표가 위조된 후 그 수표금액이 아직 보충되지 아니한 경우에는 벌금액수의 상한을 정하는 기준이 되는 수표금액이 정하여져 있지 아니하여 병과할 벌금형의 상한을 정할 수 없다.

[정답] ④

- ① (X) 징역과 벌금형이 병과된 경우에 벌금형의 환형유치기간이 3년을 넘지 않는 징역형의 기간보다 길다 하더라도 위법이라 할 수 없다(大判 1971.3.30. 71도251).
- ② (X) 선고를 유예하는 형이 벌금형일 경우에는 그 벌금액 뿐만 아니라 환형유치처분까지 해 두어야 한다(大判 1988. 1. 19. 86도2654).
- ③ (X) 노역장 유치기간을 환산한 결과 징역형의 장기보다 유치기간이 더 길게 되더라도 위법한 것은 아니다(大判 2000.11.24. 2000도3945).
- ④ (O) (大判 2005.9.28. 2005도3947).

2. 몰수와 추정

03. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 집행을 종료함으로써 효력을 상실한 압수·수색영장에 기하여 다시 압수·수색을 실시하면서 몰수대상 물건을 압수한 경우, 압수 자체가 위법하므로 그러한 압수물의 몰수 역시 효력이 없다.
- ② 형법 제59조에 의하여 형의 선고유예를 하는 경우에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수형만의 선고를 할 수 있다.
- ③ 몰수나 추정의 부가는 검사의 청구가 없어도 법원은 직권으로 선고할 수 있다.
- ④ 추정은 일종의 형으로서 검사가 공소를 제기함에 있어 관련 추정규정의 적용을 빠뜨렸다 하더라도 법원은 직권으로 이를 적용하여야 한다.

[정답] ①

- ① (X) [1] 몰수대상물건이 압수되어 있는가 하는 점 및 적법한 절차에 의하여 압수되었는가 하는 점은 몰수의 요건이 아니다(大判 2003.5.30. 2003도705). <주> 압수와 몰수의 요건은 다르다.
[2] 이미 그 집행을 종료함으로써 효력을 상실한 압수·수색영장에 기하여 다시 압수·수색을 실시하면서 몰수대상물건을 압수한 경우, 압수 자체가 위법하게 됨은 별론으로 하더라도 그것이 위 물건의 몰수의 효력에는 영향을 미칠 수 없다(大判 2003. 5. 30. 2003도705).
- ② (O) (大判 1973.12.11. 73도1133 전합).
- ③ (O) (大判 2003.5.30. 2003도705). <주> 공소제기가 있었으나 몰수나 추정만 빠뜨렸던 사안이다.
- ④ (O) (大判 2007.01.25. 2006도8663).

06. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 형법 제48조 제1항의 '범인'에는 공범자도 포함되므로 피고인의 소유물은 물론 공범자의 소유물도 그 공범자의 소추 여부를 불문하고 몰수할 수 있고, 여기에서의 공범자에는 공동정범, 교사범, 방조범도 포함되지만, 필요적 공범관계에 있는 자는 포함되지 않는다.
- ② 형법 제48조 제1항의 '범인'에는 공범자도 포함되므로 피고인의 소유물은 물론 공범자의 소유물도 몰수할 수 있는데, 공범자의 소유물을 몰수하는 경우에는 그 공범자가 소추되어야만 몰수할 수 있다.
- ③ 형법 제48조 제1항의 '범인'에 해당하는 공범자는 반드시 유죄의 죄책을 지는 자에 국한된다고 볼 수 없고 공범에 해당하는 행위를 한 자이면 족하므로, 유죄의 죄책을 지지 않는 공범자의 소유물도 피고인으로부터 몰수할 수 있다.
- ④ 피고인은 공무원인 甲에게 부정한 청탁을 하면서 1억원을 교부하였는데, 甲은 피고인의 범행을 폭로하는 데 증거로 활용하겠다는 의사로 피고인으로부터 위 금액을 수수 받았으며, 위 1억 원은 압수되었다. 이 경우 甲은 피고인에 대하여 필요적 공범에 해당하고, 압수된 1억 원이 甲의 소유인 이상 이를 甲으로부터 몰수할 수 있다.

[정답] ③

- ① (X) 필요적 공범관계에 있는 자도 포함된다(大判 2006.11.23. 2006도5586).
- ② (X) 공범자의 소추 여부를 불문하고 몰수할 수 있다(大判 2006.11.23. 2006도5586).
- ③ (O) (大判 2006.11.23. 2006도5586). <주> 「공범자는 유죄의 죄책을 지는 자에 국한된다.」 또는 「공범으로부터 몰수할 수 있다.」 → 모두 틀린 표현이다.
- ④ (X) 형법 제48조 제1항의 '범인'에 해당하는 공범자는 반드시 유죄의 죄책을 지는 자에 국한된다고 볼 수 없고 공범에 해당하는 행위를 한 자이면 족하므로 이러한 자의 소유물도 형법 제48조 제1항의 '범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하는 물건'으로서 이를 피고인으로부터 몰수할 수 있다(大判 2006.11.23. 2006도5586). <주> “甲으로부터”가 아니라 “피고인으로부터”이다. 甲의 소유이더라도 피고인에게 몰수를 선고하여 그 이익이 피고인에게 귀속되지 않도록 방지한다는 뜻이다.

12. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 게임산업진흥법을 위반하여 환전 또는 환전 알선하거나 재매입을 업으로 하는 행위를 한 자가 소유 또는 점유하는 게임물이 그 위반행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 한, 게임산업진흥법에 규정된 필요적 몰수의 대상이 된다.
- ② 범죄수익은닉규제법에 정한 중대범죄에 해당하는 범죄행위에 의하여 취득한 것으로 재산적 가치가 인정되는 무형재산도 몰수할 수 있다.
- ③ 피고인이 정보통신망법 위반죄와 도박개장방조죄의 대가로 취득한 비트코인은 특정되어 있더라도 이를 몰수할 수 없다.
- ④ 미화를 휴대하여 우리나라에 입국한 후 외국환관리법의 규정에 따라 등록하지 아니한 경우 그 행위자체에 의하여 취득한 미화는 있을 수 없는 것이므로 동법에 따라 이 사건 미화를 몰수할 수 없다.
- ⑤ 피고인들이 오피스텔 호실 여러 개를 임차한 후 여성 종업원을 고용하여 성매매를 알선하였다는 공소사실로 기소된 경우 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항에 따라 오피스텔 임대차보증금반환채권을 몰수할 수 있다.
- ⑥ 원심이 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률에서 정한 몰수의 대상이 되지 않는다고 판단한 잘못이 있더라도, 이 사건 임대차보증금반환채권이 임의적 몰수의 대상이라고 보면서 여러 사정을 고려하여 재량권을 행사했다고 볼 수 있다면 판결 결과에 영향을 미치지 않는다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 2011.3.10. 2009도70).
- ② (O) (大判 2018.5.30. 2018도3619).
- ③ (X) 몰수할 수 있다(大判 2018.5.30. 2018도3619). <주> 압호화폐는 무형재산이다.
- ④ (O) (大判 1982.3.9. 81도2930). <주> 미화는 등록의 대상물일 뿐이다.
- ⑤ (O) 이 사건 임대차보증금반환채권은 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금을 제공하는 행위에 관계된 자금 또는 재산으로 범죄수익은닉규제법 제8조 제1항 제1호에 따라 범죄수익으로 몰수될 수 있다(大判 2020.10.15. 2020도960).
- ⑥ (O) (大判 2020.10.15. 2020도960).

다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 범죄행위로 인하여 주식을 취득하면서 그 대가를 지급하였더라도 그 주식 자체가 몰수되어야 하지만, 주식이 이미 처분되고 없어 그 가액상당을 추징할 때에도 대가로 지급한 금원을 뺀 나머지를 추징하여야 하는 것은 아니다.
- ② 범죄행위로 인하여 물건을 취득하면서 그 대가를 지급하였다고 하더라도 범죄행위로 취득한 것은 물건 자체이고 이는 몰수되어야 할 것이나, 이미 처분되어 없다면 그 가액 상당을 추징할 것이고, 그 가액에서 이를 취득하기 위한 대가로 지급한 금원을 뺀 나머지를 추징해야 하는 것은 아니다.
- ③ 마사지가 유사성교행위와는 별개의 행위로서 별죄를 구성한다 하더라도, 피고인이 위와 같은 서비스를 제공하고 취득한 대금에서 유사성교행위의 대가를 갈라내어 나눌 수 없는 이상, 그 전액이 성매매알선의 범죄로 인하여 취득한 이익에 해당하여 추징되어야 한다.
- ④ 甲주식회사 대표이사가 금융기관에 청탁하여 乙주식회사의 대출을 알선하고 그 대가로 용역대금 명목의 수수료를 받아 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반죄를 범한 경우, 수수료에 대한 권리는 甲회사에 귀속되기 때문에 수수료로 받은 금품을 몰수 또는 그 가액을 추징할 수 없다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2005.7.15. 2003도4293). <주> 독일과 달리, 한국 법원은 총액설 입장이다.
- ② (O) (大判 2008.10.09. 2008도6944).
- ③ (O) (大判 2018.2.8. 2014도10051). <주> 만약 나눌 수 있다면 범죄수익만 추징한다.
- ④ (X) 피고인이 甲 회사의 대표이사로서 특경법 제7조에 해당하는 행위를 하고 당해 행위로 인한 대가로 수수료를 받았다면, 수수료에 대한 권리가 甲 회사에 귀속된다 하더라도 행위자인 피고인으로부터 수수료로 받은 금품을 몰수 또는 그 가액을 추징할 수 있으므로, 피고인이 개인적으로 실제 사용한 금품이 없더라도 마찬가지로 (大判 2015.01.15. 2012도7571).

p.580 ④ “5년 내에” 수정

2. 누범의 요건

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 누범가중사유가 되는 전과에 관한 사실은 엄격한 의미에서의 범죄사실과는 구별되는 것으로서 피고인의 자백만으로서도 이를 인정할 수 있다.
- ② 법정형에 유기징역형과 벌금형이 선택적으로 되어 있는 경우 벌금형을 선택하여도 누범가중을 할 수 있다.
- ③ 형법 제35조 제1항 누범의 ‘금고이상에 해당하는 죄’는 법정형을 의미한다.
- ④ 누범이 성립하려면 ‘금고 이상의 형’을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 5년 내에 ‘금고 이상에 해당하는 죄’를 범하여야 하는바, 여기서 전자의 ‘금고 이상의 형’은 선고형을 의미하나, 후자의 ‘금고 이상에 해당하는 죄’에서 ‘금고’란 법정형을 의미한다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 1979.8.21. 79도1528)
- ② (X) 법정형 중 벌금형을 선택한 경우에는 누범가중을 할 수 없다(大判 1982.9.14. 82도1702). <주> 금고 이상만 누범이 될 수 있다.
- ③ (X) “금고 이상에 해당하는 죄” 라 함은 유기금고형이나 유기징역형으로 처단할 경우에 해당하는 죄를 의미한다(大判 1982.9.14. 82도1702). <주> 법정형이 아니라 선고형이어야 한다.
- ④ (X) 누범시효는 5년이 아니라 3년이다. 또한 전범과 후범은 모두 법정형이 아니라 선고형이어야 한다 (大判 1982.7.27 82도1018).

4. 특별법상 누범

07. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항을 적용하기 위한 요건으로서 요구되는 과거 전과로서의 징역형에는 소년으로서 처벌받은 징역형도 포함된다.
- ② 2회 이상의 성폭력범죄사실로 공소가 제기된 사건에서 일부 범죄사실에 대하여 면소 또는 공소기각의 판결 등이 선고되는 경우, 그 범죄사실이 위치추적 전자장치 부착명령의 요건인 '2회 이상 범한 성폭력범죄'에 포함된다.
- ③ 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률에서 '성폭력범죄를 2회 이상 범하여 (유죄의 확정판결을 받은 경우를 포함한다) 그 습벽이 인정된 때'에는 소년법에 의한 보호처분을 받은 전력이 있는 경우도 포함된다.
- ④ 집행유예의 선고를 받은 후 실효 또는 취소됨이 없이 그 유예기간을 경과한 때에는 그 전과는 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항에서 정한 '징역형을 받은 경우'로 볼 수 있다.
- ⑤ 피고인이 절도범행으로 3차례 징역형을 받고 다시 누범 기간에 동종 절도범행을 저질러 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항 제1호가 적용되는 경우 형법 제35조(누범)를 적용할 수 없다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 2010.4.29. 2010도973). <주> 징역형에는 전과가 남는다.
- ② (X) ... 포함된다고 볼 수 없다(大判 2009.10.29. 2009도7282,2009전도21). <주> 면소나 공소기각은 전과가 발생하지 않는다.
- ③ (X) 이는 유죄의 확정판결을 받은 경우에 해당하지 아니한다(大判 2012.3.22. 2011도15057, 2011전도249 전합). <주> 보호처분은 전과가 발생하지 않는다.
- ④ (X) ... '징역형을 받은 경우'로 볼 수 없다(大判 2010.9.9. 2010도8021). <주> 집행유예 기간이 경과하면 형의 선고 효력이 상실되어 장래를 향하여 전과가 없어진다.
- ⑤ (X) [1] 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항은 "형법 제329조부터 제331조까지, 제333조부터 제336조까지 및 제340조-제362조의 죄 또는 그 미수죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사람이 다시 이들 죄를 범하여 누범으로 처벌하는 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다."라고 규정하고 있다. [2] 이 사건 법률 규정은 형법 제35조(누범) 규정과는 별개로 새로운 구성요건을 창설한 것으로 해석해야 한다. 따라서 이 사건 법률 규정에 정한 형에 다시 형법 제35조의 누범가중한 형기범위 내에서 처단형을 정하여야 한다(大判 2020. 5. 14. 2019도18947).

p.p.587~588 문제 04번 ~ 06번을 아래 3문제로 완전 다 교체합니다.

3. 집행유예

04. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 행위당시 형법을 적용하면 집행유예 결정사유에 해당하지 아니하지만 현행 형법을 적용하면 집행유예 결정사유에 해당하는 경우, 피고인에게 유리한 행위당시 형법을 적용하여야 한다.
- ② 두 개의 자유형 중 하나의 자유형에 대하여 실형을 선고하면서 다른 자유형에 대하여 집행유예를 선고하는 것도 허용된다.
- ③ 집행유예를 함에 있어 그 집행유예기간의 시기는 집행유예를 선고한 판결 확정일로 할 필요는 없고, 법원이 판결 확정일 이후의 시점을 임의로 선택할 수 있다.
- ④ 두 개의 징역형을 선고하면서 하나의 징역형에 대하여만 집행유예를 선고하고 그 집행유예기간의 시기를 다른 하나의 징역형의 집행종료일로 한 것은 위법하다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 2008.3.27. 2007도7874). <주> 구법에 의하면 결정사유가 없고 신법에 의하면 결정사유가 있다. 따라서 구법이 더 유리하므로 제1조 제1항에 따라 구법을 적용한다.
- ② (O) (大判 2002.2.26. 2000도4637).
- ③ (X) 집행유예를 선고한 판결 확정일로 하여야 하고 법원이 판결 확정일 이후의 시점을 임의로 선택할 수는 없다(大判 2002.2.26. 2000도4637).
- ④ (O) (大判 2002.2.26. 2000도4637).

05. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 형의 집행유예를 받은 자는 형법 제65조에 의하여 그의 실효 또는 취소됨이 없이 정해진 유예기간을 무사히 경과하여 형의 선고가 효력을 잃게 되었다고 하더라도 형의 선고의 법률적 효과가 없어진다는 것일 뿐, 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체까지 없어지는 것은 아니므로, 형법 제59조 제1항 단행에서 정한 선고유예 결정사유인 “자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자”에 해당한다고 보아야 한다.
- ② 사면법 제5조 제1항 제1호 소정의 ‘일반사면은 형의 언도의 효력이 상실된다.’는 의미는 형법 제65조 소정의 ‘형의 선고는 효력을 잃는다’는 의미와 마찬가지로 단지 형의 선고의 법률적 효과가 없어진다는 것일 뿐 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체의 모든 효과까지 소멸한다는 뜻은 아니다.
- ③ 형의 집행유예를 선고받은 사람이 형법 제65조에 의하여 그 선고가 실효 또는 취소됨이 없이 정해진 유예기간을 무사히 경과하여 형의 선고가 효력을 잃게 되는 경우 선고유예의 판결을 할 수 있다.
- ④ 집행유예 기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예가 가능하다.
- ⑤ 집행유예기간 중에 범한 피고인의 범죄에 대하여 형을 선고함에 있어 피고인이 그 집행유예기간이 경과하기 전에 이미 위 집행유예의 취소결정이 확정된 상태라면, 현행 형법의 규정상 피고인에 대하여 형의 집행유예를 할 수 없다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 2003.12.26. 2003도3768; 大判 2010.9.9. 2010도8021). <주> 형의 선고사실(경력)은 유지되고, 형의 선고효력(전과)는 말소된다는 뜻이다.
- ② (O) (大判 1995.12.22. 95도2446). <주> 형의 선고사실(경력)은 유지되고, 형의 선고효력(전과)는 말소된다는 뜻이다.
- ③ (X) 집행유예기간을 무사히 경과하여 형의 선고가 효력을 잃게 되었더라도, 이는 형의 선고의 법적 효과가 없어질 뿐이고 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체까지 없어지는 것은 아니므로, 그는 형법 제59조 제1항 단서에서 정한 선고유예 결정사유인 “자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자”에 해당한다고 보아야 한다(大判 2012. 6. 28. 2011도10570). <주> 범죄경력은 유지되므로 선고유예를 할 수 없다.
- ④ (O) (大判 2007.2.8. 2006도6196). <주> 법적전과는 말소되므로 집행유예를 할 수 있다.
- ⑤ (O) 이는 현행 형법 제62조 제1항 단서 소정의 집행유예의 결정사유에 해당된다고 할 것이어서, 현행 형법의 규정상 피고인에 대하여 형의 집행유예를 할 수 없다(大判 2007.7.27. 2007도768). <주> 집행유예기간이 무사히 경과되어 전과가 말소되어야만 또 다른 범죄에 대해서 집행유예를 할 수 있다. 그런데 집행유예가 취소되어 선고된 형이 집행되면 전과가 유지되어 또 다른 범죄에 대해서 집행유예를 할 수 없게 된다는 뜻이다.

06. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 형법 제62조에 의하여 집행유예를 할 경우에는 같은 법 제62조의2 제1항에 규정된 보호관찰과 사회봉사 또는 수감을 동시에 명할 수 있다.
- ② 사회봉사명령이 위법한 경우 형의 집행유예 부분에 위법이 없더라도 그 부분까지 전부 파기하는 것이 타당하다.
- ③ 보호관찰대상자에 대한 특별준수사항을 사회봉사·수감명령대상자에게 그대로 적용하는 것은 적합하지 않다.
- ④ 법원이 사회봉사명령으로 피고인에게 일정한 금원을 출연을 명하는 것은 허용되지만, 준법경영을 주제로 하는 강연과 기고를 명하는 것은 허용될 수 없다.
- ⑤ 범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위하여 노력할 것을 넘어 일정 기간 내에 원상회복할 것을 명하는 것은 사회봉사명령의 특별준수사항 또는 보호관찰의 특별준수사항으로 허용될 수 없다.
- ⑥ 현역 군인인 성폭력범죄 피고인에게 집행유예를 선고하는 경우 보호관찰 등에 관한 법률 제56조가 정한 군법 적용 대상자에 대한 특례 규정상 보호관찰을 받을 것을 명할 수 없어 보호관찰의 부과를 전제로 한 위치추적 전자장치의 부착명령 역시 명할 수 없다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 1998.4.24. 98도98).
- ② (O) 형법은 사회봉사명령을 집행유예의 부수처분으로 설정하여 사회봉사명령을 집행유예기간 내에 집행하도록 하고 그 명령위반의 정도가 무거운 경우를 집행유예 취소의 요건으로 삼고 있으므로, ...(大判 2008.4.24. 2007도8116).
- ③ (O) 사회봉사·수감명령대상자에 대한 특별준수사항은 보호관찰대상자에 대한 것과 같을 수 없다(大判 2009.3.30. 2008도1116). <주> 예컨대 사회봉사명령은 주거지역 밖의 양로원에 가서 봉사하라는 명령이고, 보호관찰명령은 주거지역을 벗어나지 말라는 명령인 경우, 양자는 특별준수사항이 다를 수 밖에 없다.
- ④ (X) 사회봉사는 자유형의 집행을 대체하기 위한 것으로서 500시간 내에서 시간 단위로 부과될 수 있는 일 또는 근로활동을 의미하는 것으로 해석되므로, ...(大判 2008.4.11. 2007도8373). <주> 금전출연은 근로활동이 아니고 강연과 기고는 양심의 자유에 반하기 때문에 양자 모두 사회봉사명령으로 허용될 수 없다.
- ⑤ (O) (大判 2020.11.5. 2017도18291). <주> 범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위한 노력은 사회봉사명령의 특별준수사항은 될 수 없으나 보호관찰의 특별준수사항은 될 수 있다(보호관찰법 제32조 제3항). 그러나 이를 넘어 원상회복을 명하는 것은 사회봉사명령의 특별준수사항도 될 수 없고 보호관찰의 특별준수사항도 될 수 없다.
- ⑥ (O) (大判 2012.2.23. 2011도8124). <주> 군인은 군부대를 벗어날 수 없으므로 전자발찌를 부착하여 일정 지역 이탈을 감시할 필요성이 떨어진다.

제2권 각론판례

p.606 ⑤ 추가

07. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 8세인 미성년자에 대한 추행행위로 인해 피해자의 외음부에 염증이 발생한 경우 상해에 해당한다.
- ② 두부 타박으로 인한 피하출혈 등으로 2주일간의 치료를 요한다는 내용의 상해진단서를 발급 받은 경우 상해에 해당한다.
- ③ 요치 10일의 0.1cm 정도의 회음부찰과상을 입힌 경우 상해에 해당한다.
- ④ 왼쪽 어깨를 입으로 빨아서 생긴 동전크기 정도의 반상출혈상을 입힌 경우 상해에 해당한다.
- ⑤ 피해자가 입은 상처가 극히 경미하여 굳이 치료할 필요가 없고 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없으며 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있는 정도라면, 그로 인하여 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되었다거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 체포치상죄의 상해에 해당한다고 할 수 없다.

[정답] ④

- ① (O) 미성년자의제강제추행치상죄의 상해의 개념에 해당한다(大判 1996.11.22. 96도1395). <주> 상해는 일률적으로 판단하는 것이 아니라 사람마다 상대적으로 평가한다. 성인에게는 상해로 인정되지 않는 정도의 약간의 염증이더라도 8세에게는 상해가 될 수 있다.
- ② (O) (大判 2002.1.11. 2001도5925).
- ③ (O) (大判 1983.7.12. 83도1258).
- ④ (X) 강간치상죄의 상해에 해당한다 할 수 없다(大判 1986.7.8. 85도2042). <주> 보통 1주일이면 자연치유 되는 정도여서 상해가 아니라고 보았다.
- ⑤ (O) (大判 2020. 3. 27. 2016도18713).

제4절 낙태의 죄

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 낙태죄는 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하므로, 낙태시술을 하였으나 태아가 살아서 미숙아 상태로 출생하자 그 미숙아에게 염화칼륨을 주입하여 사망에 이르게 하였다면 낙태미수죄와 살인죄가 성립한다.
- ② 낙태죄는 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하고, 배출 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없다.
- ③ 낙태죄를 침해범으로 보는 견해에 의하면 태아를 살해한 때 낙태죄의 기수가 된다.
- ④ 낙태죄를 위험범으로 보는 견해에 의하면 태아를 모체 내에서 살해한 경우뿐만 아니라 모체 외로 배출시키는 경우에도 낙태죄가 성립한다.
- ⑤ 헌법재판소는 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 「형법」 제269조 제1항(자기낙태죄 조항)과 의사 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 같은 법 제270조 제1항 중 '의사'에 관한 부분(의사낙태죄 조항)이 각각 임신한 여성의 자기결정권을 침해하는지 여부와 관련하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하되, 2020. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개선입법을 할 때까지 계속적용을 명하였다.

[정답] ①

- ① (X) [1] 낙태죄는 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하고, 그 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없다. [2] 피고인에게는 미숙아를 살해하려는 범의가 인정된다(大判 2005.4.15. 2003도2780). <주> 살아서 배출한 때 낙태죄는 기수가 되었고, 염화칼륨으로 살해한 행위는 살인죄가 되어 경합범이다.
- ② (O) (大判 2005.4.15. 2003도2780).
- ③ (O) 낙태죄를 임신중절에 의하여 태아를 살해하는 것을 내용으로 하는 범죄로 보는 침해범설에 의한 결론이다.
- ④ (O) 낙태죄를 자연적인 분만기 이전에 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 내에서 살해하는 것으로 보는 위험범설의 결론이며, 판례의 입장이다.
- ⑤ (O) (헌재 2019.4.11. 2017헌바127).

04. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 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.
- ② 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 없어도 공갈죄의 협박이 될 수 있다.
- ③ 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.
- ④ 조상천도제를 지내지 아니하면 좋지 않은 일이 생긴다는 취지의 해악의 고지는 합리적으로 예견될 수 있는 것이 아니므로 공갈죄는 성립할 수 없고 협박죄만 성립할 수 있다.
- ⑤ 협박이라고 하기 위해서 해악의 발생이 직접·간접적으로 행위자에 의하여 좌우될 수 있는 것일 필요는 없다.

[정답] ③

- ① (X) 그 해악에는 인위적인 것뿐만 아니라 천재지변 또는 신력이나 길흉화복에 관한 것도 포함될 수 있다(大判 2002.2.8., 2000도3245).
- ② (X) 믿게 하는 명시적 또는 묵시적 행위가 있어야 공갈죄의 협박이 될 수 있다(大判 2002.2.8., 2000도3245).
- ③ (O) (大判 2002.2.8. 2000도3245).
- ④ (X) 협박으로 평가될 수 없다(大判 2002.2.8. 2000도3245).
- ⑤ (X) 협박이라고 하기 위해서는 해악의 발생이 직접·간접적으로 행위자에 의하여 좌우될 수 있는 것이어야 한다(大判 2002.2.8. 2000도3245).

제2절 강요의 죄

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 강요죄의 협박은 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말한다.
- ② 환경단체 소속 회원들이 축산 농가들의 폐수 배출 단속활동을 벌이면서 폐수 배출현장을 사진촬영하거나 지적하는 한편 폐수 배출사실을 확인하는 내용의 사실확인서를 징구하는 과정에서 서명하지 아니할 경우 법에 저촉된다고 겁을 준 행위는 강요죄에 해당한다.
- ③ 직장에서 상사가 범죄행위를 저지른 부하 직원에게 징계절차에 앞서 자진하여 사직할 것을 단순히 권유하였다면 강요죄의 협박에 해당한다.
- ④ 공무원인 행위자가 상대방에게 어떠한 이익 등의 제공을 요구한 경우 발생 가능한 것으로 생각할 수 있는 정도의 구체적인 해악의 고지로 인정될 수 없다면 직권남용이나 뇌물 요구 등이 될 수는 있어도 협박을 요건으로 하는 강요죄가 성립하기는 어렵다.
- ⑤ 전답의 점유를 침탈당한 자가 그 전답의 점유를 실력으로 회수하려고 하자 피고인이 그에게 폭행을 가한 경우 피고인에게 강요죄가 성립하지 않는다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 2008.11.27. 2008도7018).
- ② (O) (大判 2010.4.29. 2007도7064). <주> 거동에 의한 협박으로 서명을 강요하였다.
- ③ (X) 강요죄에서의 협박에 해당한다고 볼 수는 없다(大判 2008.11.27. 2008도7018).
- ④ (O) 다른 사정이 없는 한 공무원의 위 요구 행위를 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악의 고지라고 단정하기는 어렵다. 공무원인 행위자가 상대방에게 어떠한 이익 등의 제공을 요구한 경우 위와 같은 해악의 고지로 인정될 수 없다면 직권남용이나 뇌물 요구 등이 될 수는 있어도 협박을 요건으로 하는 강요죄가 성립하기는 어렵다(2019. 8. 29. 2018도13792 전합).
- ⑤ (O) 이는 단순폭행죄에 해당한다 할 것이고 권리행사를 방해하였다고는 논할 수 없다(大判 1961.11.9. 4294형상357). <주> 전답의 점유를 침탈당한 자는 이를 회수할 권리가 있다. 그러나 실력으로 회수하려고 하여 수단이 불법이다. 이러한 불법한 권리행사는 보호받지 못한다. 따라서 피고인은 강요죄가 아니라 단순폭행죄만 성립할 수 있다.

제3절 체포와 감금의 죄

1. 체포죄

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 체포·감금죄는 행동의 자유와 의사를 가질 수 있는 자연인을 대상으로 하므로 정신병자나 영아는 본죄의 객체가 되지 못한다.
- ② 체포죄의 체포는 사람의 신체에 대하여 직접적이고 현실적인 구속을 가하여 신체활동의 자유를 박탈하는 행위를 의미하는 것으로서 수단과 방법을 불문한다. 체포죄는 즉시범으로서 체포의 행위에 확실히 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속이 있어야 하는 것은 아니다.
- ③ 체포의 고의로써 타인의 신체적 활동의 자유를 현실적으로 침해하는 행위를 개시한 때 체포죄의 실행에 착수하였다고 볼 것이다.
- ④ 피해자가 피고인으로부터 강간미수 피해를 입은 후 피고인을 뿌리치고 현관문을 열고 나와 엘리베이터를 누르고 기다리는데 피고인이 팬티 바람으로 쫓아 나왔으며, 피해자가 엘리베이터를 탔는데도 피해자의 팔을 잡고 끌어내리려고 해서 이를 뿌리쳤다면, 피고인은 강간미수죄와 체포기수죄가 성립한다.

[정답] ③

- ① (X) 정신병자도 감금죄의 객체가 될 수 있다(大判 2002.10.11. 2002도4315). <주> 잠재적 자유를 가진 자도 감금죄의 객체가 될 수 있다. 예컨대 정신병자, 수면자, 명정자 등이 있다. 다만 영아는 잠재적 자유마저도 없으므로 감금죄의 객체가 아니다.
- ② (X) 체포죄는 계속범으로서 체포의 행위에 확실히 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속이 있어야 한다(大判 2018.2.28. 2017도21249).
- ③ (O) (大判 2018.2.28. 2017도21249).
- ④ (X) [1] 강간미수죄와 체포미수죄가 성립한다(大判 2018.2.28. 2017도21249).
[2] 체포죄는 계속범으로서 체포의 행위에 확실히 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속이 있어야 기수에 이르고, 신체의 자유에 대한 구속이 그와 같은 정도에 이르지 못하고 일시적인 것으로 그친 경우에는 체포죄의 미수범이 성립할 뿐이다(大判 2020. 3. 27. 2016도18713).

5. 추행의 의미

08. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 엘리베이터 안에서 피해자들을 칼로 위협하는 등의 방법으로 꼼짝하지 못하도록 하여 자신의 실력적인 지배하에 둔 다음 자위행위 모습을 보여 주고 피해자들로 하여금 이를 외면하거나 피할 수 없게 한 행위는 공연음란죄에 해당한다.
- ② 피고인이 아파트 엘리베이터 내에 11세의 乙女와 단둘이 탄 다음 乙女를 향하여 성기를 꺼내어 잡고 여러 방향으로 움직이다가 이를 보고 놀란 乙쪽으로 가까이 다가갔으나 乙女の 신체에 대한 접촉은 하지 않은 경우 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 위력에 의한 추행에 해당한다.
- ③ 사람 및 차량의 왕래가 빈번한 도로에서 피해자에게 욕설을 하면서 단순히 바지를 내리고 자신의 성기를 피해자에게 보여준 경우 강제추행죄가 성립한다.
- ④ 피고인이 알고 지내던 여성인 피해자가 자신의 머리카락을 잡아 폭행을 가하자, 보복의 의미에서 피해자의 입술, 귀 등을 입으로 깨무는 등의 행위를 한 경우 피고인의 행위는 강제추행죄의 '추행'에 해당한다고 볼 수 없다.

[정답] ②

- ① (X) 강제추행죄의 추행에 해당한다(大判 2010.2.25. 2009도13716). <주> 엘리베이터 내에서 자기결정권을 침해하여, 공연음란죄가 아니라 강제추행죄에 해당한다.
- ② (O) (大判 2013.01.16. 2011도7164). <주> 엘리베이터 내에서 결정권을 침해하였다.
- ③ (X) 행위장소가 사람 및 차량의 왕래가 빈번한 도로로서 공중에게 공개된 곳인 점을 고려할 때, 단순히 피고인이 바지를 벗어 자신의 성기를 보여준 것만으로는 폭행 또는 협박으로 '추행'을 하였다고 볼 수 없다(大判 2012.7.26. 2011도8805). <주> 왕래가 빈번한 도로이므로 결정권을 침해하지 않았다. 강제추행죄가 아니라 공연음란죄가 성립한다.
- ④ (X) 객관적으로 여성인 피해자의 입술, 귀, 유두, 가슴을 입으로 깨무는 행위는 일반적이고 평균적인 사람으로 하여금 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서, 강제추행죄의 '추행'에 해당한다(大判 2013.09.26. 2013도5856). <주> 추행은 주관적이 아니라 객관적으로 판단한다는 의미이다.

6. 강제추행죄의 간접정범

09. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 강제추행죄는 정범 자신이 직접 범죄를 실행하여야 성립하는 자수범이지만, 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우에도 강제추행죄의 간접정범에 해당할 수 있다.
- ② 강제추행죄는 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로는 범할 수 없다.
- ③ 강제추행죄는 사람의 성적 자유 내지 성적 자기결정의 자유를 보호하기 위한 죄로서 정범 자신이 직접 범죄를 실행하여야 성립하는 자수범이라고 볼 수는 없으나, 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에 피해자 본인은 포함될 수 없다.
- ④ 피고인이 피해자들을 협박하여 겁을 먹은 피해자들로 하여금 스스로 가슴 사진, 성기 사진, 가슴을 만지는 동영상 등을 촬영하게 하고 촬영된 사진과 동영상을 전송받은 경우 피고인의 행위는 피해자들의 신체에 대한 접촉이 있는 경우와 동등한 정도로 성적 자기결정권을 침해했다고 볼 수 있다.

[정답] ④

- ① (X) 강제추행죄는 사람의 성적 자유 내지 성적 자기결정의 자유를 보호하기 위한 죄로서 정범 자신이 직접 범죄를 실행하여야 성립하는 자수범이라고 볼 수 없다(大判 2018. 2. 8. 2016도17733).
- ② (X) 강제추행죄는 자수범이 아니기 때문에 간접정범의 형태로도 범할 수 있다(大判 2018. 2. 8. 2016도17733).
- ③ (X) 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에는 피해자도 포함될 수 있으므로, 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우에도 강제추행죄의 간접정범에 해당할 수 있다(大判 2018. 2. 8. 2016도17733). <주> 처벌받지 않는 피해자를 도구로 이용하였으므로 교사범이 아니라 간접정범이다.
- ④ (O) 피해자들을 도구로 삼아 피해자들의 신체를 이용하여 그 성적 자유를 침해한 행위이다(大判 2018. 2. 8. 2016도17733). <주> 강제추행죄의 간접정범에 해당한다.

8. 기타의 추행

11. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 자신의 처가 경영하는 가게 종업원들과 노래를 부르다가 여자 종업원을 뒤에서 껴안고 블루스를 추면서 순간적으로 유방을 만진 정도라면 강제추행죄가 성립하지 않는다.
- ② 유부녀인 피해자에 대하여 혼인 외 성관계 사실을 폭로하겠다는 등의 내용으로 협박하여 피해자를 추행한 경우 강제추행죄가 성립한다.
- ③ 골프장 여종업원들이 거부의사를 밝혔음에도, 골프장 사장과의 친분관계를 내세워 함께 술을 마시지 않을 경우 신분상의 불이익을 가할 것처럼 협박하여 이른바 러브샷의 방법으로 술을 마시게 한 경우 강제추행죄가 성립한다.
- ⑤ 교사 A가 제자인 중학생 B의 얼굴에 자신의 얼굴을 들이밀면서 비비는 행위나 B의 귀를 쓸어 만지는 행위는 B의 성적 자유를 침해할 뿐만 아니라 일반인에게도 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 추행행위에 해당한다.
- ⑥ 육군 중대장이 소속 중대원들의 젖꼭지 등 특정 신체부위를 비틀거나 때린 경우 균형법 제92조의 추행죄에 해당하지 않는다.

[정답] ①

- ① (X) 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되어 강제추행에 해당된다(大判 2002.4.26. 2001도2417).
- ② (O) 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었다고 보기에 충분하므로 강제추행죄가 성립한다(大判 2007.1.25. 2006도5979).
- ③ (O) (大判 2008.3.13. 2007도10050).
- ④ (O) [1] 추행은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이다. [2] 피해자의 옷 위로 엉덩이나 가슴을 쓰다듬는 행위, 피해자의 의사에 반하여 그 어깨를 주무르는 행위, 교사가 여중생의 얼굴에 자신의 얼굴을 들이밀면서 비비는 행위나 여중생의 귀를 쓸어 만지는 행위 등에 대하여 피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사가 이루어져 기습추행에 해당한다. [3] 위 사건은 기습추행으로 인한 강제추행죄의 성립을 부정적으로 볼 수 없다(大判 2020. 3. 26. 2019도15994).
- ⑤ (O) (大判 2020. 3. 26. 2019도15994).
- ⑥ (O) 비정상적인 성적 만족 행위라고 보기 어렵다(大判 2008.5.29. 2008도2222).

11. 미성년자 위계간음죄

15. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 행위자가 간음의 목적으로 피해자에게 오인, 착각, 부지를 일으키고 피해자의 그러한 심적 상태를 이용하여 간음의 목적을 달성하였다면 위계와 간음행위 사이의 인과관계를 인정할 수 있고, 따라서 형법 제302조(위계에 의한 간음죄)가 성립한다.
- ② 행위자의 위계적 언동이 존재하였다는 사정만으로 위계에 의한 간음죄가 성립하는 것은 아니므로 위계적 언동의 내용 중에 피해자가 성행위를 결심하게 된 중요한 동기를 이를 만한 사정이 포함되어 있어 피해자의 자발적인 성적 자기결정권의 행사가 있었다고 평가할 수 있어야 한다.
- ③ 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제7조 제5항의 미성년자에 대한 위계간음죄에 있어 위계와 간음행위 사이의 인과관계를 판단함에 있어서는 일반적·평균적 판단능력을 갖춘 성인 또는 충분한 보호와 교육을 받은 또래의 시각에서 인과관계를 판단하여야 하며, 구체적인 범행상황에 놓인 피해자의 입장과 관점을 고려할 것은 아니다.
- ④ 형법 제302조(미성년자 위계간음죄)의 위계라 함은 간음의 목적으로 상대방에게 오인, 착각, 부지를 이용하여 간음의 목적을 달성하는 것을 말하는 것이므로, 간음행위와 관련 없는 다른 조건에 관한 오인, 착각, 부지를 가리키는 것은 아니다.
- ⑤ 피고인이 스마트폰 채팅 애플리케이션을 통하여 알게 된 14세의 피해자에게 자신을 '고등학교 2학년인 甲'이라고 거짓으로 소개하고 채팅을 통해 교제하던 중 자신을 스토킹하는 여성 때문에 힘들다며 그 여성을 떼어내려면 자신의 선배와 성관계를 하여야 한다는 취지로 피해자에게 이야기하고, 피고인과 헤어지는 것이 두려워 피고인의 제안을 승낙한 피해자를 마치 자신이 甲의 선배인 것처럼 행세하여 간음한 경우, 위계에 의한 간음죄에 해당하지 않는다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 2020.8.27. 2015도9436 전합)
- ② (X) 행위자의 위계적 언동이 존재하였다는 사정만으로 위계에 의한 간음죄가 성립하는 것은 아니므로 위계적 언동의 내용 중에 피해자가 성행위를 결심하게 된 중요한 동기를 이를 만한 사정이 포함되어 있어 피해자의 자발적인 성적 자기결정권의 행사가 "없었다"고 평가할 수 있어야 한다(大判 2020.8.27. 2015도9436 전합)
- ③ (X) 위계에 의한 간음죄가 보호대상으로 삼는 아동·청소년, 미성년자, 심신미약자, 피보호자·피감독자, 장애인 등의 성적 자기결정 능력은 그 나이, 성장과정, 환경, 지능 내지 정신기능 장애의 정도 등에 따라 개인별로 차이가 있으므로 간음행위와 인과관계가 있는 위계에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 구체적인 범행 상황에 놓인 피해자의 입장과 관점이 충분히 고려되어야 하고, 일반적·평균적 판단능력을 갖춘 성인 또는 충분한 보호와 교육을 받은 또래의 시각에서 인과관계를 쉽사리 부정하여서는 안 된다(大判 2020.8.27. 2015도9436 전합)
- ④ (X) (大判 2002.7.12. 2002도2029) (大判 2020.8.27. 2015도9436 전합) <주> 위 지문은 과거 판례 입장으로, 2020년 전합 판결에 의하여 폐기되었다. 따라서 간음행위와 관련 없는 다른 조건에 관한 오인, 착각, 부지도 위계에 의한 간음죄에서 "위계"에 해당할 수 있다.
- ⑤ (X) 위계에 의한 간음죄에 해당한다(大判 2020.8.27. 2015도9436 전합)

13. 성폭력특별법

17. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제3조 제2항에 정하는 특수강도강제추행죄의 주체는 특수강도범의 신분을 가진 자에 한정되므로, 준강도범은 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제3조 제2항의 행위주체가 될 수 없다.
- ② 강간범이 범행현장에서 범행에 사용하려는 의도 아래 흉기 등 위험한 물건을 지닌 이상 그 사실을 피해자가 인식하거나 실제로 범행에 사용하지 않은 경우도 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제4조 제1항 소정의 특수강간죄에 해당한다.
- ③ 혼인신고가 없기 때문에 법률상 혼인으로 인정되지 않는 이른바 사실혼으로 인하여 형성되는 인척은 '사실상의 관계에 의한 친족'에 해당하지 않으므로, 자신의 처와 전 남편 사이에서 태어난 딸을 강간한 경우 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 친족관계에 의한 강간죄가 성립하지 않는다.
- ④ 피고인이 만 12세의 피해자를 강간할 당시 피해자가 자신을 중학교 1학년이라 14세라고 하였고, 피해자는 키와 체중이 동급생보다 큰 편이었으며, 이들이 모텔에 들어갈 때 특별한 제지도 받지 아니하였다면 피고인에게 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법위반의 13세미만 미성년자강간죄의 미필적 고의가 부정된다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 2006.8.25. 2006도2621). <주> 준강도의 강제추행은 형법에 의하여 처벌된다.
- ② (O) (大判 2004.6.11. 2004도2018).
- ③ (X) 피고인과 피해자의 생모 사이에 혼인신고가 없었다 하더라도 법률이 정한 혼인의 실질관계는 모두 갖추어 이른바 사실혼관계가 성립되었다면, 피고인은 피해자의 생모가 전 남편과의 사이에서 난 딸인 피해자에 대하여 위 법률이 규정한 사실상의 관계에 의한 친족(2촌 이내의 인척)에 해당하므로 피고인이 피해자를 강간한 행위에 대하여는 위 법률이 적용된다(大判 2000.2.8. 99도5395). <주> 사실상 친족에 해당하므로, 친족강간죄가 성립한다.
- ④ (O) 피고인이 이 사건 강간 범행 당시 피해자가 13세 미만인 사실을 미필적으로라도 인식하고 있었음이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 쉽사리 단정할 수 없다(大判 2012. 8. 30. 2012도7377). <주> 13세 미만이라는 사실을 몰랐기 때문에 13세 미만 미성년자강간죄의 고의가 없다고 평가되었다. 다만 형법상 강간죄는 성립할 수 있다.

18.다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제8조는, 신체장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에 대하여 추행한 자를 처벌한다고 규정하고 있는바, 이 규정에서 말하는 '신체장애'에 정신박약 등으로 인한 정신장애도 포함되므로, 정신장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 여자를 간음한 경우에도 이 규정에 해당된다.
- ② 직장 상사가 등 뒤에서 피해자의 의사에 명백히 반하여 어깨를 주무른 경우, 여성에 대한 추행에 있어 신체 부위에 따라 본질적인 차이가 있다고 볼 수 없으므로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 상 업무상 위력에 의한 추행에 해당한다.
- ③ 채용 절차에서 구직자를 추행한 경우에는 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제10조 제1항의 업무상 위력 등에 의한 추행죄가 성립할 수 없다.
- ④ A가 자신의 집무실에서 아침 보고를 하는 자신의 비서 B에게 '이쁘다'고 칭찬하며 B의 허리를 손으로 껴안는 방법으로 포옹하고, 같은 날 퇴근 보고를 하는 B에게 '학원에 태워줄까'라고 하면서 양손으로 B를 포옹하였더라도, 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 추행행위에 해당한다고 보기 어렵다.

[정답] ②

- ① (X) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제8조는, 신체장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에 대하여 추행한 자는 형법 제297조(강간) 또는 제298조(강제추행)에 정한 형으로 처벌한다고 규정하고 있는바, 관련 법률의 장애인에 관한 규정과 형법상의 유추해석 금지의 원칙에 비추어 볼 때, 이 규정에서 말하는 '신체장애'에 정신박약 등으로 인한 정신장애도 포함된다고 보아 그러한 정신장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 여자를 간음한 경우에도 이 규정에 해당한다고 해석하기는 어렵다(大判 1998. 4. 10. 97도3392).
- ② (O) (大判 2004.4.16. 2004도52).
- ③ (X) [1] '업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람'에는 직장 안에서 보호 또는 감독을 받거나 사실상 보호 또는 감독을 받는 상황에 있는 사람뿐만 아니라 채용 절차에서 영향력의 범위 안에 있는 사람도 포함된다. [2] 편의점 업주인 피고인이 아르바이트 구인 광고를 보고 연락한 피해자를 채용을 빌미로 주점으로 불러내 의사를 확인하는 등 면접을 하고, 이어서 피해자를 피고인의 집으로 유인하여 피해자의 성기를 만지고 피해자에게 피고인의 성기를 만지게 한 경우, 업무상위력에 의한 추행죄가 성립한다(大判 2020. 7. 9. 2020도5646).
- ④ (X) 고용 관계로 인하여 피고인의 보호, 감독을 받는 피해자를 위력으로 추행한 경우에 해당한다(大判 2019. 9. 26. 2019도8583).

p.665 18번 문제를 아래 18번과 18-1번으로 교체합니다.

18-1. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 찜질방 수면실에서 옆에 누워 있던 피해자의 가슴 등을 손으로 만진 행위는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 공중밀집장소에서의 추행행위에 해당한다.
- ② 피고인이 지하철 전동차 안에서 추행했으나 대상자가 성적 수치심이나 혐오감을 느끼지 못한 경우에는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(공중밀집장소추행)죄의 기수범이 성립할 수 없다.
- ③ 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조에서 정한 '통신매체 이용 음란죄'는 성적 자기결정권과 일반적 인격권을 보호법익으로 하지만 사회의 건전한 성풍속 확립은 보호법익으로 하지 않는다.
- ④ 성폭력처벌법 제13조 통신매체 이용 음란죄의 '성적 욕망'에는 상대방을 성적으로 비하하거나 조롱하는 등 상대방에게 성적 수치심을 줌으로써 자신의 심리적 만족을 얻고자 하는 욕망도 포함되나, 상대방에 대한 분노감과 결합되어 있다면 이와 다르게 보아야 한다.

[정답] ①

- ① (O) [1] '공중이 밀집하는 장소'에는 현실적으로 사람들이 뺨뺨이 들어서 있어 서로간의 신체적 접촉이 이루어지고 있는 곳만을 의미하는 것이 아니라 이 사건 찜질방 등과 같이 공중의 이용에 상시적으로 제공·개방된 상태에 놓여 있는 곳 일반을 의미한다. [2] 찜질방 수면실에서 옆에 누워 있던 피해자의 가슴 등을 손으로 만진 행위가 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제13조에서 정한 공중밀집장소에서의 추행행위에 해당한다(大判 2009.10.29. 2009도5704).
- ② (X) [1] 성폭력처벌법 위반(공중밀집장소에서의추행)죄가 기수에 이르기 위해서는 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 할 만한 행위로서 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위를 행위자가 대상자를 상대로 실행하는 것으로 충분하고, 행위자의 행위로 말미암아 대상자가 성적 수치심이나 혐오감을 반드시 실제로 느껴야 하는 것은 아니다. [2] 위 죄는 기수에 이르렀다(大判 2020. 6. 25. 2015도 7102).
- ③ (X) 성적 자기결정권과 일반적 인격권의 보호, 사회의 건전한 성풍속 확립을 보호법익으로 한다(大判 2018.9.13. 2018도9775).
- ④ (X) '성적 욕망'이 상대방에 대한 분노감과 결합되어 있더라도 달리 볼 것은 아니다(大判 2018.9.13. 2018도9775). <주> 자신의 성기 크기를 언급한 것에 화가 나 연인관계를 정리한 후 피해자의 신체에 대해 성적 수치심을 일으키고자 문자메시지를 발송한 사안이다.

14. 아동청소년성보호법

21. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 아동·청소년의 동의를 있거나 개인적인 소지·보관을 1차적 목적으로 제작하더라도 청소년성보호법 제11조 제1항의 '아동·청소년이용음란물의 제작'에 해당한다고 보아야 한다.
- ② 아동·청소년이용음란물의 촬영을 마쳐 재생이 가능한 형태로 저장된 때에 제작은 기수에 이르고 반드시 피고인의 기기로 재생할 수 있는 상태에 이르러야만 하는 것은 아니다. 이러한 법리는 피고인이 아동·청소년으로 하여금 스스로 자신을 대상으로 하는 음란물을 촬영하게 한 경우에도 마찬가지이다.
- ③ 피고인이 인터넷 채팅사이트를 통하여, 이미 성매매 의사를 가지고 성매수 행위를 할 자를 물색하고 있던 청소년 甲과 성매매 장소, 대가 등에 관하여 구체적 합의에 이른 다음 약속장소 인근에 도착하여 甲에게 전화로 요구 사항을 지시한 경우, '아동·청소년에게 성을 팔도록 권유하는 행위'에 해당한다.
- ④ 아동·청소년의 성을 사는 행위를 알선하는 행위를 업으로 하는 사람이 알선의 대상이 아동·청소년임을 인식하면서 알선행위를 하였더라도, 알선행위로 아동·청소년의 성을 사는 행위를 한 사람이 행위의 상대방이 아동·청소년임을 인식하지 못하였다면 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반(알선영업행위등)죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 사설 인터넷 도박사이트를 운영하는 사람이, 앱에 오픈채팅방을 개설하여 아동·청소년이용음란동영상을 게시하고 1:1 대화를 통해 불특정 다수를 회원으로 가입시킨 다음, 자신이 운영하는 도박사이트 가입을 유도하여 도박을 하게 하였다면, 영리를 목적으로 아동·청소년이용음란물을 공연히 전시한 행위가 인정된다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2018.9.13. 2018도9430). <주> 카톡으로 돈을 주겠다고 말하여 피해자의 스마트폰 카메라로 자위행위를 촬영하여 저장하도록 지시하여 그 파일을 전송받은 사안이다.
- ② (O) (大判 2018.9.13. 2018도9430). <주> 피해자의 스마트폰 카메라로 자위행위를 촬영하여 저장하게 하면 바로 본죄의 기수가 된다.
- ③ (O) (大判 2011.11.10. 2011도3934). <주> 범죄를 결의한 자에게 교사는 불가능하지만 권유는 가능하다.
- ④ (X) 알선행위를 업으로 하는 사람이 아동·청소년을 알선의 대상으로 삼아 그 성을 사는 행위를 알선한다는 것을 인식하여야 하지만, 이에 더하여 알선행위로 아동·청소년의 성을 사는 행위를 한 사람이 행위의 상대방이 아동·청소년임을 인식하여야 한다고 볼 수는 없다(大判 2016.2.18. 2015도15664).
- ⑤ (O) [1] '영리의 목적'이란 반드시 아동·청소년이용음란물 배포 등 위반행위의 직접적인 대가가 아니라 위반행위를 통하여 간접적으로 얻게 될 이익을 위한 경우에도 영리의 목적이 인정된다. [2] 위 사안의 경우, 영리를 목적으로 도박공간을 개설한 행위가 인정됨은 물론, 나아가 영리를 목적으로 아동·청소년이용음란물을 공연히 전시한 행위도 인정된다.(大判 2020. 9. 24. 2020도8978).

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 명예훼손죄가 성립하려면 반드시 사람의 성명을 명시하여 허위의 사실을 적시하여야만 하는 것은 아니므로 사람의 성명을 명시하지 않은 허위사실의 적시행위도 그 표현의 내용을 주위사정과 종합 판단하여 그것이 어느 특정인을 지목하는 것인가를 알아차릴 수 있는 경우에는 그 특정인에 대한 명예훼손죄를 구성한다.
- ② 강원도 양구군과 양구군수는 국민에 대한 관계에서 명예훼손죄와 모욕죄의 피해자가 될 수 있다.
- ③ 국가나 지방자치단체는 국민에 대한 관계에서 형벌의 수단을 통해 보호되는 외부적 명예의 주체가 될 수 없다.
- ④ 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없으나, 언론보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되는 경우에는 공직자 개인에 대한 명예훼손에 해당할 수 있다.

[정답] ②

- ① (O) (大判 1982.11.9. 82도1256).
- ② (X) 국가나 지방자치단체는 국민에 대한 관계에서 형벌의 수단을 통해 보호되는 외부적 명예의 주체가 될 수는 없으므로 명예훼손죄나 모욕죄의 피해자가 될 수 없다(大判 2011.9.2. 2010도17237). <주> 지방자치단체인 양구군이나 지방자치단체의 장인 양구군수는 명예훼손의 피해자가 될 수 없다.
- ③ (O) (大判 2011.9.2. 2010도17237).
- ④ (O) 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없으므로, 정부 또는 국가기관의 정책 결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 언론보도로 인하여 그 정책결정이나 업무수행에 관여한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하될 수 있더라도, 그 보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한, 그 보도로 인하여 곧바로 공직자 개인에 대한 명예훼손이 된다고 할 수 없다.(大判 2011.9.2. 2010도17237). <주> 상당성을 잃은 것으로 평가되면 개인에 대한 명예훼손이 되고, 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않으면 개인에 대한 명예훼손은 안된다.

03. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 서울시민 또는 경기도민 등과 같은 막연한 표시에 의해서는 명예훼손죄를 구성하지 않지만, 집합적 명사를 쓴 경우에도 그것에 의하여 그 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백하면, 이를 각자의 명예를 훼손하는 행위라고 볼 수 있다.
- ② 집합적 명사를 쓴 경우에도 그것에 의하여 그 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백하면, 이를 각자의 명예를 훼손하는 행위라고 볼 수 있다.
- ③ 고등학교의 직원이 "3.19 동지회 소속 교사들이 학생들을 무단하교시켰다"는 허위사실이 기재된 보도자료를 만들어 기자들에게 배포하였다면, 3.19 동지회 소속 교사들 모두에 대한 명예가 훼손되었다고 할 것이다.
- ④ 인터넷 아이디는 사이버 공간 밖에서 사용되는 명성과 마찬가지로 사이버 공간 안에서 그 아이디를 사용하는 사람을 특정시키는 기능을 하는 것이므로, 피해자가 인터넷 댓글에 의하여 모욕을 당한 경우 피해자의 인터넷 아이디만을 알 수 있을 뿐 그와 같은 아이디를 가진 사람이 누구인지 알아차릴 수 없더라도 모욕죄가 성립한다.
- ⑤ 학교폭력 피해학생의 모(母)인 피고인이 자신의 카카오톡 계정 프로필 상태메시지에 '학교폭력범은 접촉금지!!!'라는 글과 주먹 모양의 그림말 세 개를 게시한 행위는 명예훼손의 사실의 적시로 볼 수 없다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2000.10.10. 99도5407).
- ② (O) 집합적 명사를 쓴 경우에도 그것에 의하여 그 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백하면, 이를 각자의 명예를 훼손하는 행위라고 볼 수 있다(大判 2000.10.10. 99도5407). <주> 집합적 명칭에 대한 명예훼손죄가 아니라, 그 구성원 각자에 대한 명예훼손죄가 성립한다.
- ③ (O) (大判 2000.10.10. 99도5407). <주> 3.19동지회가 아니라 교사들이 명예의 주체이다.
- ④ (X) 인터넷 아이디를 가진 사람이 청구인이라고 알아차릴 수 없는 경우에 있어서는 외부적 명예를 보호 법익으로 하는 명예훼손죄 또는 모욕죄의 피해자가 청구인으로 특정된 경우로 볼 수 없다(憲裁 2008.6.26 2007헌마461).
- ⑤ (O) 피고인이 이 사건 상태메시지를 통해 피해자의 학교폭력 사건이나 그 사건으로 피해자가 받은 조치에 대해 기재함으로써 피해자의 사회적 가치나 평가를 저하시키기에 충분한 구체적인 사실을 드러냈다고 볼 수 없다(大判 2020. 5. 28. 2019도12750). <주> 학교폭력범이라고만 표현하였으므로, 피해자를 특정하여 혐담하는 내용이라고 볼 수 없다.

2. 공연성

04. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 명예훼손죄에 있어서 공연성은 불특정 및 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미한다.
- ② 명예훼손죄에 있어서의 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하므로 비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하더라도 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있으면 공연성이 있다.
- ③ 전파가능성 법리는 명예훼손죄의 가벌성 범위를 지나치게 확대하여 죄형법정주의에서 금지하는 유추해석에 해당하고, 수범자의 예견가능성을 침해하여 행위자에 대한 결과책임을 묻게 되므로, 전파가능성 법리를 적용하여 공연성을 긍정해 온 기존의 대법원 판례는 폐기되어야 한다.
- ④ 신문기자에게 경쟁자의 명예를 훼손하는 내용의 사실을 알려주었으나 신문기자는 기사거리가 넘쳐 이를 기사화하지 않은 경우 출판물에 의한 명예훼손죄의 미수범이 성립한다.
- ⑤ 통상 사람에게 사실을 적시할 경우 그 자체로서 적시된 사실이 외부에 공표되는 것이므로 그 때부터 곧 전파가능성을 따져 공연성 여부를 판단하여야 할 것이고, 이는 기사를 통해 사실을 적시하는 경우라고 하여 달리 볼 것은 아니다.

[정답] ②

- ① (X) 명예훼손죄의 구성요건인 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미한다.(大判 2000.5.16. 99도5622).
- ② (O) (大判 2000.5.16. 99도5622).
- ③ (X) [1] 추상적 위험범으로서 명예훼손죄는 개인의 명예에 대한 사회적 평가를 진위에 관계없이 보호함을 목적으로 하고, 적시된 사실이 특정인의 사회적 평가를 침해할 가능성이 있을 정도로 구체성을 띠어야 하나, 위와 같이 침해할 위험이 발생한 것으로 족하고 침해의 결과를 요구하지 않으므로, 다수의 사람에게 사실을 적시한 경우뿐만 아니라 소수의 사람에게 발언하였다고 하더라도 그로 인해 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 초래한 경우에도 공연히 발언한 것으로 해석할 수 있다.
[2] 공연성에 관한 전파가능성 법리는 대법원이 오랜 시간에 걸쳐 발전시켜 온 것으로서 현재에도 여전히 법리적으로나 현실적인 측면에 비추어 타당하므로 유지되어야 한다(大判 2020.11.19. 2020도5813 전합). <주> 지문의 내용은 전원합의체 소수의견이다.
- ④ (X) 기자가 취재를 한 상태에서 아직 기사화하여 보도하지 아니한 경우에는 전파가능성이 없다고 할 것이어서 공연성이 없다고 봄이 상당하다(大判 2000.5.16. 99도5622).
- ⑤ (X) 통상 기자가 아닌 보통 사람에게 사실을 적시할 경우에는 그 자체로서 적시된 사실이 외부에 공표되는 것이므로 그 때부터 곧 전파가능성을 따져 공연성 여부를 판단하여야 할 것이지만, 그와는 달리 기사를 통해 사실을 적시하는 경우에는 기사화되어 보도되어야만 적시된 사실이 외부에 공표된다고 보아야 할 것이므로 기자가 취재를 한 상태에서 아직 기사화하여 보도하지 아니한 경우에는 전파가능성이 없다고 할 것이어서 공연성이 없다고 봄이 상당하다(大判 2000. 5. 16. 99도5622).

05. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 피고인이 자신의 아들 등에게 폭행을 당하여 입원한 피해자의 병실로 찾아가 그의 모(母) 甲과 대화 중 甲의 이웃 乙 및 피고인의 일행 丙 등이 있는 자리에서 "학교에서 알아보니 피해자에게 원래 정신병이 있었다고 하더라."라고 허위사실을 말한 경우 공연성이 인정된다.
- ② 피고인이 평소 乙이 자신의 일에 간섭하는 것에 기분이 나쁘다는 이유로 甲으로부터 취득한 乙의 범죄경력기록을 같은 아파트에 거주하는 丙에게 보여주면서 "전과자이고 나쁜 년"이라고 사실을 적시한 경우 공연성이 인정된다.
- ③ 피고인이 상가 관리단의 임시총회에서 피해자가 새로운 관리인으로 선출되자, 피해자가 뇌물공여죄, 횡령죄 등 전과 13범으로 관리규약에 의하여 선량한 관리인으로서의 자격이 없다는 내용을 담은 서면을 관리단 감사에게 팩스로 전송한 경우 공연성이 인정된다.
- ④ 개인의 블로그 비공개 대화방에서 일대일 비밀대화로 사실을 적시한 경우 공연성을 인정할 여지가 없다.
- ⑤ 피고인이 어느 사람에게 귀엣말 등 그 사람만 들을 수 있는 방법으로 그 사람 본인의 사회적 가치 내지 평가를 떨어뜨릴 만한 사실을 이야기 하였는데, 그 사람이 들은 말을 스스로 다른 사람에게 전파한 경우 공연성이 인정된다.

[정답] ③

- ① (X) 그 자리에 있던 사람들의 관계 등 여러 사정에 비추어 피고인의 발언이 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다고 보기도 어려워 공연성이 없다(大判 2011.9.8. 2010도7497).
- ② (X) 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 없으므로 명예훼손죄가 성립하지 않는다(大判 2010.11.11. 2010도8265).
- ③ (O) (大判 2008.10.23. 2008도6515). <주> 부정비리 폭로는 공익을 위한 행위로 위법성이 조각될 여지가 있으나, 대법원은 공연성 인정 여부를 판단하였다.
- ④ (X) 공연성을 인정할 여지가 있다(大判 2008.2.14. 2007도8155).
- ⑤ (X) 위와 같은 이야기가 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다고 볼 수 없어 명예훼손의 구성요건인 공연성을 충족하지 못하는 것이다(大判 2005.12.9. 2004도2880). <주> 말을 전해들은 사람은 자기 자신에 대한 험담을 들었다기 때문에 이를 전파하지 않을 거라고 보았다.

3. 사실적시

10. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 명예훼손죄에 있어서의 '사실의 적시'란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하는 것으로, 그 표현내용이 증거에 의한 입증 가능한 것임을 요하지 않는다.
- ② 형법 제307조 제1항의 명예훼손죄는 적시된 사실이 진실한 사실인 경우이든 허위의 사실인 경우이든 모두 성립될 수 있다.
- ③ 형법 제307조 제2항의 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄가 성립하기 위하여 범인이 공연히 사실의 적시를 하여야 하고, 그 적시한 사실이 사람의 사회적 평가를 저하시키는 것으로서 허위이어야 하나, 범인이 그와 같은 사실이 허위라고 인식까지 할 필요는 없다.
- ④ 적시된 사실이 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있는 경우도 형법 제307조 제2항 소정의 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄에서의 '허위의 사실'에 해당한다.
- ⑤ 명예훼손죄에 있어서의 사실의 적시란 그 표현의 전 취지에 비추어 그와 같은 사실의 존재를 암시하고, 또 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 경우에도 간접적이고 우회적인 표현만으로는 인정될 수 없다.

[정답] ②

- ① (X) 명예훼손죄에 있어서의 '사실의 적시'란 그 표현내용이 증거에 의한 입증이 가능한 것을 말한다(大判 1998.3.24. 97도2956).
- ② (O) 제307조 제1항의 명예훼손죄는 적시된 사실이 진실한 사실인 경우이든 허위의 사실인 경우이든 모두 성립될 수 있고, 특히 적시된 사실이 허위의 사실이라고 하더라도 행위자에게 허위성에 대한 인식이 없는 경우에는 제307조 제2항의 명예훼손죄가 아니라 제307조 제1항의 명예훼손죄가 성립될 수 있다(大判 2017. 4. 26. 2016도18024).
- ③ (X) 범인이 그와 같은 사실이 허위라고 인식하였어야 한다(大判 2000.2.25. 99도4757). <주> 행위자가 진실로 인식하였다면 제307조 제1항의 죄에 해당한다.
- ④ (X) 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없다(大判 2000.2.25. 99도4757).
- ⑤ (X) 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 법'이라고만 한다) 제61조 제2항에 규정된 정보통신망을 이용한 명예훼손죄에 있어서의 사실의 적시란 반드시 사실을 직접적으로 표현한 경우에 한정할 것은 아니고, 간접적이고 우회적인 표현에 의하더라도 그 표현의 전 취지에 비추어 그와 같은 사실의 존재를 암시하고, 또 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도의 구체성이 있으면 족한 것이다(大判 2008. 7. 10. 2008도2422).

5. 명예훼손의 고의

15. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 전파가능성을 이유로 명예훼손죄의 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 객관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로 전파가능성에 대한 인식이 있을 것을 요구하나, 그 위험을 용인하는 내심의 의사까지 있어야 한다.
- ② 형법 제307조 제2항의 명예훼손죄에 있어서의 범의는 그 구성요건사실 즉 적시한 사실이 허위인 점과 그 사실이 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이라는 점을 인식하는 것을 말하고 특히 비방의 목적이 있음을 요하지 않는다.
- ③ 방송국 프로듀서 등 피고인들이 특정 프로그램 방송보도를 통하여 이른바 '한미 쇠고기 수입 협상'의 협상단 대표와 주무부처 장관이 협상을 졸속으로 체결하였다는 취지로 표현하는 등 자질 및 공직 수행 자세를 비하하여 이들의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 보도내용 중 일부가 허위사실 적시에 해당하지만 명예훼손의 고의를 인정하기는 어렵다.
- ④ 방송국 프로듀서 등 피고인들이 '한미 쇠고기 수입 협상'의 협상단 대표와 주무부처 장관이 미국산 쇠고기 실태를 제대로 파악하지 못하였다는 취지의 방송보도를 한 경우, 명예훼손죄의 '사실의 적시에' 해당하지 않는다.

[정답] ①

- ① (X) 전파가능성을 이유로 명예훼손죄의 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로 전파가능성에 대한 인식이 있을 것을 요구하나, 그 위험을 용인하는 내심의 의사까지 있어야 한다(大判 2010.10.28. 2010도2877). <주> 객관적 요건이 아니라 주관적 요건이다.
- ② (O) (大判 1991.3.27. 91도156). <주> 고의는 필요하지만, 형법 규정상 목적은 필요하지 않다.
- ③ (O) (大判 2011.9.2. 2010도17237). <주> 일부 허위란 대부분 진실이라는 의미이다.
- ④ (O) (大判 2011.9.2. 2010도17237). <주> 제대로 파악하지 못하였다는 것은 생각이다.

18. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄(형법 제307조 제2항)에 해당하는 행위에 대하여는 위법성 조각에 관한 형법 제310조가 적용될 여지가 없다.
- ② 제309조 제1항의 사실적시에 의한 출판물명예훼손죄에 대하여 진실로서 공익을 위한 경우 위법성을 조각하는 형법 제310조는 적용될 여지가 없다.
- ③ 사람을 비방할 목적으로 출판물에 의하여 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 경우에는 형법 제310조는 적용될 여지가 있다.
- ④ 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 형법 제309조 제1항(출판물 등에 의한 명예훼손) 소정의 비방의 목적이 인정되지 않는다.
- ⑤ 공직선거법 제250조 제2항의 허위사실공표죄가 성립하는 경우에는 그 행위가 공공의 이익을 위한 것이라도 위법성이 조각되지 않는다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 1993.4.13. 92도234).
- ② (O) (大判 2003.12.26. 2003도6036). <주> 출판물명예훼손죄에 해당한다는 것은 출판과 비방의 목적이 모두 인정되었다는 뜻이므로 제310조가 적용되지 않는다.
- ③ (X) **형법 제310조는 적용될 여지가 없다**(大判 2003.12.26. 2003도6036). <주> 출판과 비방의 목적이 인정되면 제309조의 죄에 해당하므로 제310조가 적용될 수 없다.
- ④ (O) (大判 2003. 12. 26. 2003도6036). <주> 출판하였어도 비방목적이 부정되면 제307조 제1항의 죄에 해당하여 제310조가 적용될 수 있다.
- ⑤ (O) (大判 2011. 12. 22. 2008도11847). <주> “허위” 사실을 적시한 경우이므로 공익을 위한 경우라도 위법성이 조각되지 않는다. 형법 제310조와 같은 범리가 적용되었다.

26. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 인터넷 포털사이트의 기사란에 마치 특정 여자 연예인이 재벌의 아이를 낳았거나 그 대가를 받은 것처럼 댓글이 달린 상황에서 “지고지순의 뜻이 뭔지나 아냐? 모 재벌님하고의 관계는 끝났나?”라는 추가 댓글을 게시한 경우, 허위사실의 적시에 해당하여 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상의 명예훼손죄가 성립한다.
- ② 甲운영의 산후조리원을 이용한 피고인이 인터넷 카페나 자신의 블로그 등에 자신이 직접 겪은 불편사항 등을 후기 형태로 게시한 경우, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제1항에서 정한 명예훼손죄 구성요건 요소인 ‘사람을 비방할 목적’이 인정된다.
- ③ 인터넷 포털사이트의 지식 검색 질문.답변 게시판에 성형시술 결과가 만족스럽지 못하다는 주관적인 평가를 주된 내용으로 하는 한 줄의 댓글을 게시한 경우, 사실의 적시에는 해당하지만 비방의 목적이 없어서 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상의 명예훼손죄가 성립하지 않는다.
- ④ 사이버대학교 법학과 학생인 피고인이, 법학과 학생들만 회원으로 가입한 네이버밴드에 甲이 총학생회장 출마자격에 관하여 조언을 구한다는 글에 대한 댓글 형식으로 직전 연도 총학생회장 선거에 입후보하였다가 중도 사퇴한 乙의 실명을 거론하며 ‘상대방 후보를 비방하고 학과를 분열시킨 사례가 있다.’고 언급한 경우 피고인에게 乙을 비방할 목적이 있다고 보기 어렵다.
- ⑤ 노동조합장이 노사협상에서 유리한 위치를 차지하려고 회사의 대주주인 국회의원의 명예를 훼손하는 유인물을 배포한 경우 위법성이 조각되지 않는다.

[정답] ②

- ① (O) (大判 2008.07.10. 2008도2422). <주> 인터넷 비난이다.
- ② (X) 산후조리원에 대한 정보를 구하고자 하는 임신부의 의사결정에 도움이 되는 정보 및 의견 제공이라는 공공의 이익에 관한 것이라고 봄이 타당하고, 이처럼 피고인의 주요한 동기나 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 산후조리원 이용대금 환불과 같은 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있다는 사정만으로 피고인에게 비방할 목적이 있었다고 보기 어렵다(大判 2012.11.29. 2012도10392). <주> 인터넷 후기로 글을 올린 사안이다.
- ③ (O) (大判 2009.5.28. 2008도8812). <주> 인터넷 지식검색란에 글을 올린 사안이다.
- ④ (O) 위 댓글은 총학생회장 입후보와 관련한 사이버대학교 법학과 학생들의 관심과 이익에 관한 사항이고, 피고인은 甲을 비롯하여 총학생회장에 입후보하려는 법학과 학생들에게 의사결정에 도움이 되는 의견을 제공하고자 댓글을 작성하였으므로, 피고인의 주요한 동기와 목적은 공공의 이익을 위한 것으로서 피고인에게 乙을 비방할 목적이 있다고 보기 어렵다(大判 2020. 3. 2. 2018도15868). <주> 조언을 구하는 글에 댓글로 답변한 사안이다.
- ⑤ (O) (大判 2001.6.12. 2001도1012). <주> 사익을 추구한 사안이다.

9. 모욕죄

30. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 명예훼손죄와 모욕죄의 보호법익은 다같이 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 이른바 외부적 명예인 점에서 차이가 없다.
- ② 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.
- ③ 모욕죄의 피해자는 특정되어야 하는데, 특정한 집단을 표시한 이른바 집단표시에 의한 모욕은 피해자가 특정되었다고 볼 수 있으므로 일반적으로 모욕죄가 성립한다.
- ④ 「형법」 제311조의 모욕죄의 피해자는 특정되어야 하므로 이른바 집단표시에 의한 모욕은 그 비난의 정도가 희석되지 않아 구성원 개개인의 사회적 평가를 저하시킬 만한 것으로 평가될 경우에는 구성원 개개인에 대한 모욕죄를 구성한다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 1987.5.12. 87도739).
- ② (O) (大判 1987.5.12. 87도739)
- ③ (X) 집단표시에 의한 모욕은, 모욕의 내용이 집단에 속한 특정인에 대한 것이라고는 해석되기 힘들고, 집단표시에 의한 비난이 개별구성원에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어 구성원 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 아니한 경우에는 구성원 개개인에 대한 모욕이 성립되지 않는다고 볼 이 원칙이다(大判 2013.1.10. 2012도13189) <주> 희석된 경우 모욕죄를 구성하지 않는다.
- ④ (O) 개별구성원에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어 구성원 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 않는 것으로 평가되는 경우에는 구성원 개개인에 대한 모욕이 성립되지 않는다(大判 2013. 1.10. 2012도13189). <주> 희석되면 모욕죄가 아니지만, 희석되지 않으면 모욕죄를 구성한다.

31. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① '여성 아나운서'와 같이 집단 표시에 의한 구성원 개개인에 대한 명예훼손죄는 성립하는 것이 원칙이고 모욕죄의 경우도 마찬가지이다.
- ② 피고인이 토론대회에 참여했던 학생들과 저녁회식을 하는 자리에서, 장래의 희망이 아나운서라고 한 여학생에게 (아나운서가 되기 위하여) "다 줄 생각을 해야 하는데, 그래도 아나운서 할 수 있겠느냐. ㅇㅇ여대 이상은 자존심 때문에 그렇게 못하더라"라는 등의 말을 한 경우 모욕죄가 성립한다.
- ③ 피고인들이 인터넷 다음 사이트의 야고라 토론방에 비난의 글을 게재한 경우, 인터넷 카페의 회원 일반을 대상으로 한 것으로서 그 개별구성원에 불과한 피해자에 이르러서는 비난의 정도가 희석된다면 모욕죄가 성립하지 않는다.
- ④ 종교적 목적을 위한 언론·출판의 자유를 행사하는 과정에서 타 종교의 신앙의 대상을 우스꽝스럽게 묘사하거나 모욕적이고 불쾌하게 느껴지는 표현을 사용하였다면 예외 없이 모욕죄에 해당한다.

[정답] ③

- ① (X) 비난의 정도가 희석되어 구성원 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 아니한 경우에는 구성원 개개인에 대한 모욕이 성립되지 않는다고 봄이 원칙이다(大判 2014.3.27. 2011도15631).
- ② (X) 비난의 정도가 희석되어 모욕죄가 성립되지 않는다(大判 2014.03.27. 2011도15631).
- ③ (O) (大判 2013.1.10. 2012도13189).
- ④ (X) 그것이 그 종교를 신봉하는 신도들에 대한 증오의 감정을 드러내는 것이거나 그 자체로 폭행·협박 등을 유발할 우려가 있는 정도가 아닌 이상 허용된다(大判 2014.9.4. 2012도13718).

32. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 어떤 글이 특히 모욕적인 표현을 포함하는 판단 또는 의견의 표현을 담고 있는 경우에도 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그 표현이 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있는 때에는 형법 제 310조에 의하여 예외적으로 위법성이 조각된다.
- ② “부모가 그런 식이니 자식도 그런 것이다”와 같은 표현은 상대방의 기분이 다소 상할 수 있다고 하더라도 그 내용이 너무나 막연하여 그것만으로 곧 상대방의 명예감정을 해하여 형법상 모욕죄를 구성한다고 보기 어렵다.
- ③ 골프클럽 경기보조원들의 구직편의를 위해 제작된 인터넷 사이트 내 회원게시판에 특정 골프클럽의 운영상 불합리성을 비난하는 글을 게시하면서 클럽담당자에 대하여 ‘한심하고 불쌍한 인간’이라는 등 경멸적 표현을 한 경우 모욕죄의 구성요건에 해당하지 않는다.
- ④ 피고인이 방송국 시사프로그램을 시청한 후 방송국 홈페이지의 시청자 의견란에 작성·게시한 글에서 “그렇게 소중한 자식을 범법행위 변명의 방패로 쓰시다니 정말 대단하십니다.”라고 말한 경우 모욕죄의 구성요건에 해당하지 않는다.
- ⑤ 임대아파트의 분양전환과 관련하여 임차인인 피고인이 아파트 관리사무소의 방송시설을 이용하여 임차인대표회의의 전임회장을 비판하며 ‘전 회장의 개인적인 의사에 의하여 주택공사의 일방적인 견해에 놀아나고 있기 때문에’라고 한 모욕죄가 성립한다.

[정답] ②

- ① (X) 형법 제20조에 의하여 예외적으로 위법성이 조각된다(大判 2008.07.10. 2008도1433). <주> 모욕죄에는 제310조가 적용될 여지가 없다. 따라서 제20조 정당행위가 적용될 수 있다.
- ② (O) (大判 2007.2.22. 2006도8915).
- ③ (X) 사안의 경우, 게시의 동기와 경위, 모욕적 표현의 정도와 비중 등에 비추어 사회상규에 위배되지 않는다고 보아 모욕죄가 성립하지 않는다(大判 2008.7.10. 2008도1433). <주> 제20조 정당행위로서, 위법성이 조각된다.
- ④ (X) 피해자에 대한 사회적 평가를 훼손할 만한 모욕적 언사라고 볼 수 있으나 사회상규에 위배되지 않는다고 봄이 상당하다(大判 2003. 11. 28. 2003도3972). <주> 제20조 정당행위로서, 위법성이 조각된다.
- ⑤ (X) 모욕죄에 해당하지 않는다(大判 2008.12.11. 2008도8917).

17. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 노동조합 간부들이 회사와 협의 없이 일방적으로 휴무를 결정한 후 유인물을 배포하여 유급 휴일로 오인한 근로자들이 출근하지 아니하여 공장의 가동을 불능케 한 것은 위계에 의한 업무방해죄에 해당한다.
- ② 피고인이 그가 경영하던 공장을 甲에게 양도하면서 미수외상대금채권의 수금권을 포기하기로 약정하고도 이를 외상채무자들에게 고지하지 아니하고 외상대금을 수령한 행위는 업무방해죄가 성립한다.
- ③ 고속도로 통행요금징수 기계화시스템의 성능에 대한 한국도로공사의 현장평가시에 각종 소형화물차 16대의 타이어 공기압을 낮추어 접지면을 증가시킨 후 톨게이트를 통과시킨 행위는 위계에 의한 업무방해죄에 해당한다.
- ④ 전용실시권 없이 의장권만을 경락에 의하여 취득한 자가 자기에게만 실시권이 있다고 주장하면서 물품의 제조판매의 중지와 불응시 제재하겠다는 통고문을 발송한 경우 위계에 의한 업무방해죄를 구성한다.
- ⑤ 피고인 甲, 乙이 공모하여, 피고인 甲은 丙 고등학교의 학생 丁이 약 10개월 동안 총 84시간의 봉사활동을 한 것처럼 허위로 기재된 봉사활동확인서를 발급받아 피고인 乙에게 교부하고, 피고인 乙은 이를 丁의 담임교사를 통하여 丙 학교에 제출하여 丁으로 하여금 2010년도 학교장 명의의 봉사상을 수상하도록 한 경우 위계에 의한 업무방해죄가 성립한다.
- ⑥ 퇴사한 전 대표이사가 전직 회사에서 개발 중인 서비스표를 먼저 출원하여 특허청에 등록한 행위는 위계에 의한 업무방해죄를 구성하지 않는다.

[정답] ②

- ① (O) (大判 1992.03.31. 92도58).
- ② (X) [1] 채권자가 위 채권의 양도사실을 밝히지 아니하고 직접 위 외상대금을 수령하였다 하여 기망수단을 써서 채무자를 착오에 빠뜨려 그 대금을 편취한 것이라 할 수 없다. [2] 외상채무자들에게 고지하지 아니하고 외상대금을 수령하였다 하여 이로써 위계로 공장경영의무를 방해한 것이라 할 수 없다(大判 1984.05.09. 83도2270).
- ③ (O) 업무방해죄에 해당한다(大判 1994.6.14. 93도288).
- ④ (O) (大判 1977.4.26. 76도2446).
- ⑤ (O) (大判 2020. 9. 24. 2017도19283).
- ⑥ (O) (大判 2020.11.12. 2017도7236).

제2절 주거침입의 죄

1. 주거의 의미

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것이므로 그 거주자 또는 간수자는 건조물 등에 거주 또는 간수할 법률상 권한이 있어야 한다.
- ② 임대차기간이 경과한 후에도 임차인이 집을 비워주지 않자 임대인이 임의로 집에 들어가서 가구 등을 밖으로 들어 내 놓았다면 주거침입죄를 구성하지 않는다.
- ③ 임대차기간 종료 후 임차인이 불법하게 점유하고 있는 건물에 임대인이 임의로 출입문을 폐쇄하자 임차인이 임대인이 폐쇄한 출입구를 뜯고 그 건물에 들어갔다면 주거침입죄가 성립한다.
- ④ 점유할 권리 없는 자가 점유하는 주거라 할지라도 권리자가 그 권리를 실현함에 있어 법적 절차에 의하지 아니하고 그 주거에 침입하면 본죄가 성립한다.

[정답] ④

- ① (X) 주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것이므로, 그 거주자 또는 간수자가 건조물 등에 거주 또는 간수할 법률상 권한을 가지고 있는 여부는 범죄의 성립을 좌우하는 것이 아니다(大判 1983.3.8. 82도1363).
- ② (X) 임대인이 임의로 집에 들어가서 가구 등을 밖으로 들어 내 놓았다면 주거침입죄를 구성한다(大判 1983.3.8. 82도1363). <주> 임차인이 사는 집에 임대인이 들어간 사안이다.
- ③ (X) 건조물침입죄가 된다고 볼 수 없다(大判 1973.6.26. 73도460). <주> 임대인이 폐쇄한 출입구를 뜯고, 임차인이 자신의 주거에 들어간 사안이다.
- ④ (O) 점유할 권리 없는 자의 점유라고 하더라도 그 주거의 평온은 보호되어야 할 것이므로, 권리자가 그 권리실행으로서 자력구제의 수단으로 건조물에 침입한 경우에도 주거침입죄가 성립한다(大判 1985.03.26. 85도122).

10. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 법원으로부터 농아원을 점거중인 일부 농아원생들에 대하여 농아원 출입을 방해하여서는 안된다는 출입방해금지 가처분결정을 받은 후 농아원에 강제적으로 진입한 경우 주거침입죄가 성립한다.
- ② 전국노동조합대표자회의 등이 특정 대학교 총장에게 전국노동자대회 등 개최를 위한 장소사용 허가를 요청하였다가 명시적으로 불허통보를 받았음에도 대회 개최를 위하여 각 대학교에 들어간 행위는 건조물침입죄에 해당한다.
- ③ 건물의 소유자라고 주장하는 피고인과 그것을 점유관리하는 피해자 사이에 건물의 소유권에 대한 분쟁이 계속되고 있는 상황이라면 피고인이 피해자의 허락 없이 그 건물에 침입하는 행위를 주거침입죄로 처벌할 수 있다.
- ④ 피고인이 이웃에 있는 고종사촌의 집에 잠시 들어가 있는 동안에 고종사촌에게 돈을 갚기 위해 찾아온 타인의 돈을 절취한 경우 주거침입죄가 성립한다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2007.7.27. 2006도3137). <주> 판결에 따른 권한이 있어도 강제진입은 절차상 불법이다.
- ② (O) (大判 2008.11.13. 2006도755).
- ③ (O) (大判 1989.9.12. 89도889).
- ④ (X) 주거침입죄는 성립하지 않는다(大判 1984.2.14. 83도2897). <주> 들어갈 때는 범죄의사가 없었다.

3. 실행착수

11. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 주거침입의 범의를 가지고 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작하였다면 주거침입죄의 실행의 착수가 인정된다.
- ② 출입문이 열려 있으면 안으로 들어가겠다는 의사 아래 출입문을 당겨보는 행위는 바로 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 있어 주거침입의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다.
- ③ 주거침입죄의 경우 주거침입의 범의로써 예컨대, 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작하였다면 주거침입죄의 실행의 착수는 있었다고 보아야 한다.
- ④ 주거침입죄의 실행의 착수는 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위 즉, 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하므로, 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로는 부족하다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2003.10.24. 2003도4417).
- ② (O) (大判 2008.4.10. 2008도1464).
- ③ (O) (大判 2008.3.27. 2008도917).
- ④ (X) 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고, 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하다(大判 2006.9.14. 2006도2824).

16. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 연립주택 아래층에 사는 피해자가 위층 피고인의 집으로 통하는 상수도관의 밸브를 임의로 잠근 후 이를 피고인에게 알리지 않아 하루 동안 수도물이 나오지 않는 고통을 겪었던 피고인이 상수도관의 밸브를 확인하고 이를 열기 위하여 부득이 피해자의 집에 들어간 행위는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 정당행위에 해당하여 주거침입죄가 성립하지 않는다.
- ② 대리응시자들의 시험장의 입장은 시험관리자의 의사에 반한 불법침입이므로 침입을 교사한 경우 주거침입교사죄가 성립된다.
- ③ 다른 사람의 주택에 무단침입한 범죄사실로 이미 유죄판결을 받은 사람이 그 판결이 확정된 후에도 퇴거하지 않은 채 계속 당해 주택에 거주한 행위는 별도의 주거침입죄를 구성한다.
- ④ 다른 사람의 주택에 무단 침입한 범죄사실로 이미 유죄판결을 받은 사람이 그 판결이 확정된 후에도 퇴거하지 않은 채 계속하여 당해 주택에 거주한 경우 퇴거불응죄가 성립할 뿐 다시 주거침입죄를 구성하는 것은 아니다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2004.2.13. 2003도7393).
- ② (O) (大判 1967.12.19. 67도1281).
- ③ (O) 위 판결 확정 이후의 행위는 별도의 주거침입죄를 구성한다(大判 2008.5.8. 2007도11322).
- ④ (X) 별도의 주거침입죄를 구성한다(大判 2008.5.8. 2007도11322). <주> 퇴거불응죄는 주거침입죄에 대하여 보충적 관계에 있으므로, 주거침입죄가 성립하면 퇴거불응죄는 성립하지 않는다.

15. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 절도죄의 요건으로서의 타인의 점유는 현실적으로 어떠한 재물을 지배하는 순수한 사실상의 관계를 의미하는 바, 점유자의 점유가 그의 사망으로 인한 상속에 의하여 당연히 그 상속인에게 이전된다는 민법 제193조는 절도죄의 요건인 타인의 점유와 관련하여서는 적용의 여지가 없다.
- ② 종전 점유자의 점유가 그의 사망으로 인한 상속에 의하여 당연히 그 상속인에게 이전된다는 민법 제193조는 절도죄의 요건으로서의 '타인의 점유'와 관련하여서는 적용의 여지가 없고, 재물을 점유하는 소유자로부터 이를 상속받아 그 소유권을 취득하였다고 하더라도 상속인이 그 재물에 관하여 사실상의 지배를 가지게 되어야만 이를 점유하는 것으로서 그때부터 비로소 상속인에 대한 절도죄가 성립할 수 있다.
- ③ 피고인이 내연관계에 있는 甲과 아파트에서 동거하다가 甲의 사망으로 상속인인 乙 및 丙 소유에 속하게 된 부동산 등기권리증 등이 들어 있는 가방을 위 아파트에서 가지고 간 경우 절도죄가 성립하지 않는다.
- ④ 피고인이 내연관계에 있는 甲의 사망으로 상속인인 乙 및 丙 소유에 속하게 된 부동산 등기권리증 등이 들어 있는 가방에 대하여 乙 및 丙이 인도를 요구하였는데도 피고인이 그 가방을 가지고 경우 절도죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 형법상의 점유란 현실적으로 어떠한 재물을 지배하는 순수한 사실상의 관계를 말하는 것으로서 민법상의 점유와 반드시 일치하는 것은 아니다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2012.4.26. 2010도6334).
- ② (O) (大判 2012.04.26. 2010도6334).
- ③ (O) 乙 및 丙이 甲 사망 후 피고인이 가방을 가지고 가기까지 그들의 소유권 등에 기하여 아파트 또는 그곳에 있던 가방의 인도 등을 요구한 일이 전혀 없는 사정 등에 비추어, 피고인이 가방을 들고 나온 시점에 乙 및 丙이 아파트에 있던 가방을 사실상 지배하여 점유하고 있었다고 볼 수 없어 피고인의 행위가 乙 등의 가방에 대한 점유를 침해하여 절도죄를 구성한다고 할 수 없다(大判 2012.04.26. 2010도6334).
- ④ (X) (大判 2012.04.26. 2010도6334). <주> 상속인의 요구로 점유가 인정되므로, 절도죄이다.
- ⑤ (O) (大判 2012. 4. 26. 2010도6334).

8. 불법영득의사의 영득

18. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 불법영득의사란 권리자를 배제하는 적극적 의사와 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라서 이용하고 처분한다는 소극적 의사를 말한다. 따라서 사용절도는 권리자를 계속적으로 배제한다는 불법영득의사의 적극적 요소를 결하여 원칙적으로 불가별이다.
- ② 재산죄의 객체인 재물은 반드시 객관적인 금전적 교환가치를 가질 필요는 없고 소유자, 점유자가 주관적인 가치를 가지고 있음으로써 족하다고 할 것이고, 이 경우 주관적, 경제적 가치의 유무를 판별함에 있어서는 그것이 타인에 의하여 이용되지 않는다고 하는 소극적 관계에 있어서 그 가치가 성립하더라도 관계없다.
- ③ 단순히 타인의 점유만을 침해하였다고 하여 그로써 곧 절도죄가 성립하는 것은 아니나, 재물의 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사가 있으면 되고 반드시 영구적으로 보유할 의사가 필요한 것은 아니며, 그것이 물건 자체를 영득할 의사인지 물건의 가치만을 영득할 의사인지를 불문한다.
- ④ 일시 사용의 목적으로 타인의 점유를 침탈할 경우에도 이를 반환할 의사 없이 상당히 오래도록 점유하고 있거나 본래의 장소와 다른 곳에 유기하는 경우에는 이를 일시사용하는 경우라고는 볼 수 없으므로 영득의 의사가 인정된다.

[정답] ①

- ① (X) 불법영득의사란 권리자를 배제하는 소극적 의사와 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라서 이용하고 처분한다는 적극적 의사를 말한다(大判 1999.4.9. 99도519). <주> 불법영득의사에서 소극적 의사와 적극적 의사를 바꿔 써서 틀렸다. 또한 사용절도는 적극적 의사가 아니라, 소극적 의사를 결한 경우이다.
- ② (O) 재산죄의 객체인 재물은 반드시 객관적인 금전적 교환가치를 가질 필요는 없고 소유자, 점유자가 주관적인 가치를 가지고 있음으로써 족하다고 할 것이다(大判 1996.5.10. 95도3057). <주> 재물의 가치는 주관적 가치로 평가한다는 뜻이다.
- ③ (O) (大判 2014.02.21. 2013도14139).
- ④ (O) (大判 1988.9.13. 88도917).

20. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 피고인이 강도상해 등의 범행을 저지르고 도주하기 위하여 인천 중구 소재 연안아파트 상가 중국 집 앞에 세워져 있는 타인 소유의 오토바이를 소유자의 승낙 없이 타고 가서 다른 곳에 버린 다음 버스를 타고 광주로 가버린 경우 위 오토바이에 대한 불법영득의 의사가 인정된다.
- ② A 주식회사 감사인 甲이 회사 경영진과의 불화로 한 달 가까이 결근하다가 회사 감사실에 침입하여 자신이 사용하던 컴퓨터에서 하드디스크를 떼어간 후 4개월 가까이 지난 시점에 반환한 경우 불법영득의 의사가 부정된다.
- ③ 甲이 상사와의 의견 충돌 끝에 항의의 표시로 사표를 제출한 다음 평소 자신이 전적으로 보관·관리해 오던 이른바 비자금 관계 서류 및 금품이 든 가방을 들고 나온 경우 불법영득의사가 인정되어 절도죄가 성립한다.
- ④ 피고인 등이 소속중대 M16소총 1정이 부족하자 이를 분실한 줄 알고 그 보충을 위하여 타부대의 소총 1정을 취거한 경우 불법영득의사가 있다.
- ⑤ 장교인 피고인이 근무자를 협박하여 소총을 교부받은 후 하급자에게 건네주며 소대원들을 감시하도록 지시하였고, 그 하급자는 내무반을 감시하다가 나중에 피고인을 뒤따라 나가면서 그 소총을 원래의 소지자에게 던져주었다면 피고인에게 소총에 대한 불법영득의사가 부정된다.
- ⑥ 사격장에서 군무를 이탈하면서 총기를 휴대하였다면 총기를 휴대하고 있는지 조차 인식할 수 없는 정신 상태에 있었다 할지라도 묵시적이거나 총기에 대한 불법영득의사가 있었다고 보아야 한다.

[정답] ①

- ① (O) 소유자의 승낙 없이 오토바이를 타고 가서 다른 장소에 버린 경우, 자동차등불법사용죄가 아닌 절도죄가 성립한다(大判 2002.9.6. 2002도3465). <주> 무단사용후 버린 행위는 불법영득의사가 인정된다.
- ② (X) 피고인이 하드디스크를 일시 보관 후 반환하였다고 평가하기 어려워 불법영득의사를 인정할 수 없다(大判 2011.8.18. 2010도9570).
- ③ (X) 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그 서류 및 금품이 타인의 점유 하에 있던 물건이라고도 볼 수 없다(大判 1995.09.05. 94도3033).
- ④ (X) 군인이 총기를 분실하고 그를 보충하기 위하여 총기를 취거한 경우에는 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없다(大判 1977.6.7. 77도1069).
- ⑤ (X) 소총에 대한 군용물 특수강도죄의 불법영득의사가 없었다고 할 수 없다(大判 1995.7.11. 95도910).
- ⑥ (X) 피고인이 군무를 이탈할 때 총기를 휴대하고 있는지 조차 인식할 수 없는 정신 상태에 있었고 총기는 어떤 경우라도 몸을 떠나서는 안된다는 교육을 지속적으로 받아왔다면 사격장에서 군무를 이탈하면서 총기를 휴대하였다는 것만 가지고는 피고인에게 총기에 대한 불법영득의 의사가 있었다고 할 수 없다(大判 1992. 9. 8. 91도3149).

9. 친족상도례

26. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 친족상도례에 관한 규정은 절도범인이 피해물건의 소유자나 점유자의 어느 일방과 사이에서만 친족관계가 있는 경우에도 적용된다.
- ② 손자가 할아버지 소유 농업협동조합 예금통장을 절취하여 이를 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 예금잔고를 자신의 거래 은행계좌로 이체한 경우에 친족상도례가 적용된다.
- ③ 사기죄에 있어서 친족상도례에 관한 규정은 피기망자와 피해자 모두 사이에 친족관계가 있는 경우에만 적용되므로 법원을 기망하여 제3자의 재물을 편취한 경우에 피해자인 제3자와 사기죄를 범한 자가 직계혈족의 관계에 있다고 하더라도 그 형을 면제할 수 없다.
- ④ 친족상도례에 관한 형법규정은 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항에 의해 가중처벌되는 사기죄 또는 공갈죄의 경우에도 적용된다.
- ⑤ 배우자의 현금카드를 몰래 가지고 나와 현금자동인출기에서 현금을 인출한 경우 그 형을 면제하여야 한다.

[정답] ④

- ① (X) 친족상도례에 관한 규정은 범인과 피해물건의 소유자 및 점유자 모두 사이에 친족관계가 있는 경우에만 적용되는 것이고 절도범인이 피해물건의 소유자나 점유자의 어느 일방과 사이에서만 친족관계가 있는 경우에는 그 적용이 없다(大判 1980.11.11. 80도131).
- ② (X) 손자가 할아버지 소유 농업협동조합 예금통장을 절취하여 이를 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 예금 잔고를 자신의 거래 은행 계좌로 이체한 사안에서, 위 농업협동조합이 컴퓨터 등 사용사기 범행 부분의 피해자라는 이유로 친족상도례를 적용할 수 없다(大判 2007.3.15. 2006도2704).
- ③ (X) 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 대하여 형법 328조 1항을 준용하여 형을 면제하여야 한다(大判 1976.4.13. 75도781).
- ④ (O) (大判 1994.5.27. 94도617; 大判 2000.10.13. 99오1). <주> 편취액이 커서 특정법에 따라 가중처벌되더라도 그 범죄의 성질은 재산죄이므로 여전히 친족상도례를 적용한다.
- ⑤ (X) 절취한 현금카드를 사용하여 현금자동인출기에서 현금을 인출하여 취득하는 행위는 현금자동인출기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되어 절도죄가 성립하고, 여기서의 피해자는 현금자동인출기 관리자라 할 것이다(大判 2013. 7. 25. 2013도4390). <주> 현금카드 절도의 피해자는 배우자이므로 형이 면제된다. 그러나 위 지문은 현금인출행위를 묻고 있으며, 현금인출의 피해자는 은행이므로 친족관계가 없다. 따라서 형이 면제되지 않는다.

제2절 절도의 죄

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 피고인이 피해자의 권원에 의하여 식재한 피해자 소유의 대나무를 피해자의 의사에 반하여 벌채하여 간 경우 절도죄가 성립한다.
- ② 타인의 토지상에 권원 없이 식재한 수목의 소유권은 토지소유자에게 귀속하고 권원에 의하여 식재한 경우에는 그 소유권이 식재한 자에게 있으므로, 타인이 권원 없이 자신의 토지에 식재한 감나무에서 토지소유자가 감을 수확한 것은 절도죄에 해당한다.
- ③ 주점 점원의 초청을 받고 주점에 온 자가 주점주인이 잠가둔 샷타문을 열고 그곳 주방 안에 있는 맥주를 꺼내 마신 경우 절도죄에 해당하지 않는다.
- ④ 음식점 축의금 접수대에서 접수인인 것처럼 행세하여 축의금을 교부받아 가로챈 경우 사기죄가 성립한다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 1980.9.30. 80도1874). <주> 권원에 의하여 식재한 대나무는 심은 자의 소유이다. 따라서 토지소유자가 대나무를 벌채하면 절도죄이다.
- ② (X) 타인의 토지상에 권원 없이 식재한 수목의 소유권은 토지소유자에게 귀속하고 권원에 의하여 식재한 경우에는 그 소유권이 식재한 자에게 있으므로, 권원 없이 식재한 감나무에서 감을 수확한 것은 절도죄에 해당한다(大判 1998.4.24. 97도3425). <주> 권원 없이 식재한 감나무는 토지소유자의 소유이다. 따라서 식재한 자가 감을 수확하면 절도죄이지만, “토지소유자”가 감을 수확하면 형법상 불가벌이다.
- ③ (X) 절도죄에 해당한다(大判 1986.9.9. 86도1439). <주> 주점 주인의 승낙이 없었다.
- ④ (X) 피해자의 교부행위의 취지는 신부측에 전달하는 것일 뿐 피고인에게 그 처분권을 주는 것이 아니므로, 피고인이 그 돈을 가져간 것은 신부 측 접수처의 점유를 침탈하여 범한 절취행위라고 보는 것이 정당하다(大判 1996.10.15. 96도2227, 96감도94). <주> 절도죄가 성립한다.

03. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 타인의 연구소에 식재된 영산홍을 절취하기 위하여 땅에서 캐낸 것만으로 절도죄는 기수에 이르는 것이 아니라, 이를 피고인의 승용차에 운반하거나 반출하는 등의 행위를 함으로써 절도죄가 기수에 이른다.
- ② 형법 제330조는 야간에 이루어지는 주거침입행위의 위험성에 주목하여 그러한 행위를 수반한 절도를 야간주거침입절도죄로 중하게 처벌하고 있는 것으로 보아야 하므로 주간에 타인의 주거에 침입하여 야간에 절취행위를 한 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다.
- ③ 주간에 주거에 침입하여 야간에 절도를 범한 경우 주거침입을 한 때에 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것으로 보는 것이 타당하다.
- ④ 현실적으로 절취의 목적물에 접근하지 못하였다면 야간에 타인의 주거에 침입하여 건조물의 일부인 방문고리를 손괴한 경우 형법 제331조의 특수절도죄의 실행에 착수한 것이라고 볼 수 없다.
- ⑤ 피고인이 친구와 함께 삼촌의 카센터를 찾아갔다가 삼촌이 없자 삼촌의 친구 소유의 액센트 승용차를 하루만 운전하고 돌려주려는 생각에서 위 차량을 운전하여 돌아다니다가 불심검문에 걸려 체포되었다면 특수절도죄가 성립한다.

[정답] ②

- ① (X) 절도범인이 혼자 입목을 땅에서 완전히 캐낸 후에 비로소 제3자가 가담하여 함께 입목을 운반한 경우, 특수절도죄의 성립이 부정된다(大判 2008.10.23. 2008도6080). <주> 절도가 종료된 후에 가담한 제3자는 합동절도죄의 정범은 될 수 없고 장물운반죄가 성립할 뿐이다.
- ② (O) (大判 2011.4.14. 2011도300). <주> 주거침입행위와 절도행위가 모두 야간인 경우에만 야간주거침입절도죄가 성립하고, 둘 중 하나라도 주간에 이루어진 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다고 판시하였다.
- ③ (X) 주거침입이 주간에 이루어진 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다(大判 2011. 4. 14. 2011도300).
- ④ (X) 현실적으로 절취목적물에 접근하지 못하였다 하더라도 야간에 타인의 주거에 침입하여 건조물의 일부인 방문고리를 손괴하였다면 형법 제331조의 특수절도죄의 실행에 착수한 것이다(大判 1977.7.26. 77도1802).
- ⑤ (X) 특수절도죄가 아닌 자동차 등 불법사용죄가 성립한다(大判 1998.9.4. 98도2181).

5. 강도죄 기타

15. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 甲이 통행인으로부터 현금을 강취하려고 범행도구인 칼을 휴대하고 심야에 인적이 드문 주택가를 배회한 행위는 강도예비에 해당한다.
- ② 심야의 인적이 드문 장소에 주차된 자동차의 문을 열고 절도하기로 계획하고 주택가를 배회하다가 체포되었는데, 당시 피고인은 절도가 발각되면 체포면탈에 쓰려고 등산용 칼을 휴대하고 있었던 경우 준강도예비죄에 해당하지 않는다.
- ③ 준강도죄에 관한 형법 제335조는 “절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에는 전2조의 예에 의한다.”라고 규정하면서 준강도를 강도죄와 같이 취급하도록 규정하고 있다. 따라서 강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모행위자에게 미필적으로라도 ‘준강도’를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 만일 이에 이르지 않고 단순히 ‘특수절도’할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다.
- ④ 체포면탈의 목적으로 사용할 흉기를 휴대하고 원래 의도한 대로 타인의 재물을 절취하여 나오던 중 경찰에 의하여 저항 없이 그대로 체포된 경우 특수절도죄가 성립하고 강도예비음모죄는 성립하지 않는다.
- ⑤ 강간범인이 부녀를 강간할 목적으로 폭행, 협박에 의하여 반항을 억압한 후 반항억압 상태가 계속 중임을 이용하여 재물을 탈취하는 경우에는 재물탈취를 위한 새로운 폭행, 협박이 없더라도 강도죄가 성립한다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 1948.8.17. 4281형상80). <주> 강취할 목적으로 배회한 사안이다.
- ② (O) 강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 행위자에게 미필적으로라도 ‘강도’를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 그에 이르지 않고 단순히 ‘준강도’할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다(大判 2006.9.14. 2004도6432). <주> 준강도 목적으로 배회한 사안이다.
- ③ (X) 강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 행위자에게 미필적으로라도 ‘강도’를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 그에 이르지 않고 단순히 ‘준강도’할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다고 봄이 상당하다(大判 2006. 9. 14. 2004도6432). <주> ‘준강도’를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 부분이 틀렸다.
- ④ (O) 강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 행위자에게 미필적으로라도 ‘강도’를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 그에 이르지 않고 단순히 ‘준강도’할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다(大判 2006.9.14. 2004도6432).
- ⑤ (O) (大判 2010.12.9. 2010도9630).

16. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 강간범이 강간하는 과정에서 피해자들이 도망가지 못하게 하기 위해 손가방을 빼앗은 경우 강도강간죄에 해당한다.
- ② 공원벤치에 함께 앉아 데이트 중인 남녀를 만나서 남자로부터 금품을 강취하고 여자를 강간한 경우 강도죄와 강간죄의 경합범이 성립한다.
- ③ 절도범 甲이 절도현장에서 체포를 면탈할 목적으로 자신을 체포하려는 A, B에게 같은 기회에 폭행을 가하여 그 중 B에게만 상해의 결과가 발생하였을 경우 甲은 A에 대한 준강도죄와 B에 대한 강도상해죄가 성립한다.
- ④ 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 체포하려는 여러 명의 피해자에게 같은 기회에 폭행을 가하여 그 중 1인에게만 상해를 가한 경우에는 포괄하여 하나의 강도상해죄만 성립한다.
- ⑤ 절도범이 일단 체포되었다고 하지만 아직 신병확보가 확실하다고 할 수 없는 단계에서 체포된 상태를 면하기 위해 피해자를 폭행하여 상해를 가한 경우 준강도죄와 강도상해죄가 성립한다.
- ⑥ 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 피해자를 살해한 때에는 준강도죄와 살인죄의 경합범이 성립한다.

[정답] ④

- ① (X) 불법영득의 의사라 함은 권리자를 배제하여 타인의 물건을 자기의 물건과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용·처분하는 의사를 말하는 것이므로 강간하는 과정에서 피해자들이 도망가지 못하게 하기 위해 손가방을 빼앗은 것에 불과하다면 이에 불법영득의 의사가 있었다고 할 수 없다(大判 1985.8.13. 85도1170).
- ② (X) 피고인이 강도하기로 모의를 한 후 피해자 男으로부터 금품을 빼앗고 이어서 피해자 女를 강간하였다면 강도강간죄를 구성한다(大判 1991.11.12. 91도2241). <주> 강도와 강간의 대상이 달라도 강도강간죄가 성립할 수 있다.
- ③ (X) 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 체포하려는 여러 명의 피해자에게 같은 기회에 폭행을 가하여 그 중 1인에게만 상해를 가하였다면 이러한 행위는 포괄하여 하나의 강도상해죄만 성립한다(大判 2001.8.21. 2001도3447).
- ④ (O) (大判 2001.8.21. 2001도3447).
- ⑤ (X) 절도범인이 일단 체포되었으나 아직 신병확보가 확실하지 않은 단계에서 체포 상태를 면하기 위해 폭행한 경우, 그 행위는 절도의 기회에 체포를 면탈할 목적으로 폭행을 가한 것으로서 준강도에 해당한다(大判 2001.10.23. 2001도4142). <주> 준강도가 상해를 가하면 형법 제337조 강도상해죄 일죄만 성립한다.
- ⑥ (X) 형법 제338조 강도살인죄 일죄만 성립한다.

02-1. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 피고인이 담당 공무원을 기망하여 납부의무가 있는 농지보전부담금을 면제받은 경우 법률에 따라 금전적 부담의 부과권을 부여받은 자의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로 사기죄는 성립할 수 없다.
- ② 문화재 수리공사 도급계약 당시 문화재 수리기술사 등의 자격증을 대여받아 사용하여 문화재 수리 등에 관한 법률을 위반한 사정이 있는 때에는 그러한 사정만으로 공사도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정할 수 있다.
- ③ 공사도급계약에서 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 계약 당시를 기준으로 피고인에게 공사를 완성할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 공사를 완성할 것처럼 거짓말을 하여 피해자로부터 공사대금 등을 편취할 고의가 있었는지 여부에 의하여 판단하여야 한다.
- ④ 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익이 침해되었다는 사정만으로 사기죄가 성립한다고 할 수 없다. 따라서 사기죄가 성립되었다고 하려면 공사도급계약을 이행할 의사와 능력이 없음에도 불구하고 공사도급을 가장하여 공사대금을 편취하려 하였는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다.

[정답] ②

- ① (O) [1] 특정 공익사업과 관련하여 권력작용으로 부담금을 부과하는 것은 일반 국민의 재산권을 제한하는 침해행정에 속한다. [2] 이러한 침해행정 영역에서 일반 국민이 담당 공무원을 기망하여 권력작용에 의한 재산권 제한을 면하는 경우에는 부과권자의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로, 행정법규에서 그러한 행위에 대한 처벌규정을 두어 처벌함은 별론으로 하고, 사기죄는 성립할 수 없다.(大判 2019. 12. 24. 2019도2003).
- ② (X) 공사도급계약 당시 문화재수리 등에 관한 법률을 위반한 사정이 있는 때에는 그러한 사정만으로 공사도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정할 수는 없다(大判 2019. 12. 27. 2015도10570). <주> 자격증을 대여받기는 했지만 공사를 시행하겠다는 의도는 있었기 때문에 사기죄는 아니다.
- ③ (O) 그 위반으로 말미암아 계약 내용대로 이행되더라도 공사의 완성이 불가능하였다고 평가할 수 있을 만큼 그 위법이 공사의 내용에 본질적인 것인지 여부를 심리.판단하여야 한다(大判 2019. 12. 27. 2015도10570). <주> 공사를 할 생각도 없으면서 기망하여 돈만 받아 챙겼다면 사기죄가 될 수도 있다.
- ④ (O) 공사도급계약 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가자격, 계약절차 등에 관한 규정을 위반한 사정이 있더라도 그러한 사정만으로 공사도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정해서는 안 되고, 그 위반으로 말미암아 계약 내용대로 이행되더라도 공사의 완성이 불가능하였다고 평가할 수 있을 만큼 그 위법이 공사의 내용에 본질적인 것인지 여부를 심리.판단하여야 한다(大判 2020. 2. 6. 2015도9130).

6. 기수 - 재산취득

18. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 사기죄에 있어서 재물의 교부가 있었다고 하기 위하여는 반드시 재물의 현실의 인도가 필요한 것이므로, 재물이 범인의 사실상의 지배 아래에 들어가 그의 자유로운 처분이 가능한 상태에 놓인 경우라도 재물의 현실의 인도가 없다면 재물의 교부가 있었다고 할 수 없다.
- ② 타인의 명의를 빌려 예금계좌를 개설한 후, 통장과 도장은 명의인에게 보관시키고 자신은 위 계좌의 현금인출카드를 소지하고 있는 상태에서, 명의인을 기망하여 위 예금계좌로 돈을 송금하게 한 경우, 그 후 명의인이 통장과 도장을 이용하여 그 돈을 인출하여 갔더라도 사기죄의 성립에 영향이 없다.
- ③ 피고인이 대금지급의 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 백두산 미륵불상 건립을 홍보하는 도자기를 주문하여 도자기 5,000개를 제작케 하였는데, 피해자가 제작된 도자기 중 1,600개를 피고인이 지정한 사찰로 배달하고, 나머지 3,400개는 피고인이 지정할 사찰로 배달할 수 있는 상태로 보관하였다면, 피고인은 1,600개 도자기에 대해서만 사기죄의 죄책을 진다.
- ④ 채무자의 기망행위로 인하여 채권자가 채무를 확정적으로 소멸 내지 면제시키는 특약 등 처분행위를 하였으나, 후에 재산적 처분행위가 사기를 이유로 민법에 따라 취소될 수 있는 경우 사기죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 피고인의 보험계약 체결행위와 보험금 청구행위가 乙회사를 착오에 빠뜨려 처분행위를 하게 만드는 일련의 기망행위라면 乙회사가 그에 따라 보험금을 지급하였을 때 사기죄는 기수에 이르지만, 만일 그 전에 乙회사의 해지권 또는 취소권이 소멸되었다면 사기죄는 기수라고 할 수 없다.

[정답] ②

- ① (X) 재물의 교부가 있었다고 하기 위하여 반드시 재물의 현실의 인도가 필요한 것은 아니고 재물이 범인의 사실상의 지배 아래에 들어가 그의 자유로운 처분이 가능한 상태에 놓인 경우에도 재물의 교부가 있었다고 보아야 한다(大判 2003.5.16. 2001도1825).
- ② (O) (大判 2003.7.25. 2003도2252).
- ③ (X) 피고인의 주문에 따라 제작된 도자기 중 실제로 배달된 것뿐만 아니라 피고인이 지정하는 장소로의 배달을 위하여 피해자가 보관중인 도자기도 피고인에게 모두 교부되었다고 보아야 하므로 사기죄의 기수를 인정할 수 있다(大判 2003.5.16. 2001도1825).
- ④ (X) (大判 2012.4.13. 2012도1101). <주> 사후에 취소할 수 있더라도, 채무면제의 처분행위로 사기죄는 기수가 되었다.
- ⑤ (X) 乙 회사가 그에 따라 보험금을 지급하였을 때 사기죄는 기수에 이르며, 그 전에 乙 회사의 해지권 또는 취소권이 소멸되었더라도 마찬가지이다(大判 2019. 4. 3. 2014도2754).

20. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 이른바 '서명사취' 사기에서, 피기망자가 처분결과 즉, 문서의 구체적 내용과 법적 효과를 미처 인식하지 못하였더라도, 어떤 문서에 스스로 서명 또는 날인함으로써 처분문서에 서명 또는 날인하는 행위에 관한 인식이 있었던 이상 피기망자의 처분의사는 인정된다.
- ② 피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못하였으나 피기망자의 작위 또는 부작위가 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위로 평가되고, 이러한 작위 또는 부작위를 피기망자가 인식하고 한 경우, 사기죄의 처분행위에 상응하는 처분의사가 인정된다.
- ③ 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 매도인을 속여 근저당권설정계약서 등에 서명·날인하게 하고 인감증명서를 교부받아 근저당권을 타인에게 설정하여 돈을 차용·취득하였다면, 매도인이 근저당권설정계약서 등에 서명·날인한 행위를 처분행위로 볼 수 있고 처분의사 역시 인정되므로 사기죄가 성립한다.
- ④ 사기죄에서 말하는 처분행위가 인정되려면 피기망자에게 처분결과에 대한 인식이 있어야 하므로, 토지거래허가에 필요한 서류라고 믿고 근저당권설정등기신청서에 날인한 경우 사기죄에서의 처분행위라고 할 수 없다.

[정답] ④

- ① (O) 피기망자가 처분결과, 즉 문서의 구체적 내용과 그 법적 효과를 미처 인식하지 못하였다고 하더라도, 어떤 문서에 스스로 서명 또는 날인함으로써 그 처분문서에 서명 또는 날인하는 행위에 관한 인식이 있었던 이상 피기망자의 처분의사 역시 인정된다(大判 2017.2.16. 2016도13362 전합).
- ② (O) (大判 2017.2.16. 2016도13362 전합).
- ③ (O) 피해자의 행위는 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당한다(大判 2017.2.16. 2016도13362 전합). <주> 근저당설정계약서임을 알고 서명하여 처분의사가 인정된다.
- ④ (X) 피고인 등이 토지의 소유자이자 매도인인 피해자 갑 등에게 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여 근저당권설정계약서 등에 서명·날인하게 하고 인감증명서를 교부받은 다음, 이를 이용하여 갑 등의 소유 토지에 피고인을 채무자로 한 근저당권을 을 등에게 설정하여 주고 돈을 차용하는 방법으로 재산상 이익을 취득한 경우, 갑 등의 행위는 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당한다(大判 2017.2.16. 2016도13362 전합).

p.801 22번 문제 ⑤ 지문과 해설 삭제하고, 22-1번 문제 새로 만들어 추가합니다.

22. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 피해자 법인이나 단체의 업무를 처리하는 실무자인 일반 직원이나 구성원 등이 기망행위임을 알고 있었다고 하더라도, 피해자 법인이나 단체의 대표자 또는 실질적으로 의사결정을 하는 최종결재권자 등이 기망행위임을 알지 못한 채 착오에 빠져 처분행위에 이른 경우라면, 피해자 법인에 대한 사기죄는 성립하지 않는다.
- ② 사기죄의 피해자가 법인이나 단체인 경우에 법인이나 단체의 대표자 또는 실질적으로 의사결정을 하는 최종결재권자 등이 기망행위자와 동일인이거나 기망행위자와 공모하는 등 기망행위임을 알고 있었던 경우, 법인이나 단체에 대한 사기죄가 성립한다.
- ③ 출판사 경영자가 출고현황표를 조작하는 방법으로 실제출판부수를 속여 작가에게 인세의 일부를 지급한 사안에서, 작가가 나머지 인세에 대한 청구권의 존재 자체를 알지 못하는 착오에 빠져 이를 행사하지 아니한 것이 사기죄에 있어 부작위에 의한 처분행위에 해당한다.
- ④ 출판사 경영자가 출고현황표를 조작하는 방법으로 실제출판부수를 속여 작가에게 인세의 일부를 지급한 경우 사기죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ ~~피고인이 피해자로 하여금 피해자의 예금을 인출하게 하고, 그 인출한 현금을 피해자의 집에 보관하도록 거짓말을 한 경우, 피해자의 처분행위가 인정되어 사기죄가 성립한다.~~

[정답] ③

- ① (X) 피해자 법인에 대한 사기죄의 성립에 영향이 없다(大判 2017.9.26. 2017도8449).
- ② (X) 피해자 법인이나 단체의 대표자 또는 실질적으로 의사결정을 하는 최종결재권자 등이 기망행위자와 동일인이거나 기망행위자와 공모하는 등 기망행위임을 알고 있었던 경우에는 기망행위로 인한 착오가 있다고 볼 수 없고, 재물 교부 등의 처분행위가 있었다라도 기망행위와 인과관계가 있다고 보기 어렵다(大判 2017. 9. 26. 2017도8449).
- ③ (O) 위 사안에서, 작가가 나머지 인세에 대한 청구권의 존재 자체를 알지 못하는 착오에 빠져 이를 행사하지 아니한 것은 사기죄에 있어 부작위에 의한 처분행위에 해당한다(大判 2007.7.12. 2005도9221).
- ④ (X) 위 사안에서, 작가가 나머지 인세에 대한 청구권의 존재 자체를 알지 못하는 착오에 빠져 이를 행사하지 아니한 것은 사기죄에 있어 부작위에 의한 처분행위에 해당한다(大判 2007.7.12. 2005도9221).
- ⑤ ~~(X) 예금을 인출하고 인출한 현금을 집에 보관하도록 거짓말을 하였다고 하더라도, 이것을 피해자들로 하여금 현금을 타인에게 교부하거나 처분하는 행위를 하도록 한 것이라고 볼 수 없다(大判 2017. 4. 28. 2017도1544).~~

22-1. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 사기죄에서 처분행위는, 착오에 빠진 피해자의 행위를 이용하여 재산을 취득하는 것을 본질적 특성으로 하는 사기죄와 피해자의 행위에 의하지 아니하고 행위자가 탈취의 방법으로 재물을 취득하는 절도죄를 구분하는 역할을 한다.
- ② 피기망자의 의사에 기초한 어떤 행위를 통해 행위자 등이 재물 또는 재산상의 이익을 취득하였다고 평가할 수 있는 경우라면, 사기죄에서 말하는 처분행위가 인정된다.
- ③ 사기죄에서 외관상 재물의 교부에 해당하는 행위가 있었으나, 재물이 범인의 사실상의 지배 아래에 들어가 그의 자유로운 처분이 가능한 상태에 놓이지 않고 여전히 피해자의 지배 아래 있는 것으로 평가되면 그 재물에 대한 처분행위가 있었다고 볼 수 없다.
- ④ 피고인이 피해자로 하여금 피해자의 예금을 인출하게 하고, 그 인출한 현금을 피해자의 집에 보관하도록 거짓말을 한 경우, 피해자의 처분행위가 인정되어 사기죄가 성립한다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2018.801. 2018도7030).
- ② (O) (大判 2018.801. 2018도7030).
- ③ (O) (大判 2018.801. 2018도7030).
- ④ (X) 예금을 인출하고 인출한 현금을 집에 보관하도록 거짓말을 하였다고 하더라도, 이것을 피해자들로 하여금 현금을 타인에게 교부하거나 처분하는 행위를 하도록 한 것이라고 볼 수 없다(大判 2017. 4. 28. 2017도1544).

23. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 甲이 점포에 대한 권리금을 지급한 것처럼 허위의 사용내역서를 작성·교부하여 동업자들을 기망하고 출자금 지급을 면제 받으려 하였으나 미수에 그친 경우 동업자들이 甲에 대한 출자의무를 명시적으로 면제하지 않았더라도 착오에 빠져 이를 면제해 주는 결과에 이를 수 있기 때문에 이는 부작위에 의한 처분행위에 해당한다.
- ② 배당이의 소송의 제1심에서 패소판결을 받고 항소한 자가 그 항소를 취하하는 것만으로는 사기죄에서 말하는 재산적 처분행위가 있다고 할 수 없다.
- ③ 부동산가압류결정을 받아 부동산에 관한 가압류집행까지 마친 자가 그 가압류를 해제하면 소유자는 가압류의 부담이 없는 부동산을 소유하는 이익을 얻게 되므로, 가압류를 해제하는 것 역시 사기죄에 말하는 재산적 처분행위에 해당하나, 그 이후 가압류의 피보전채권이 존재하지 않는 것으로 밝혀진 경우 가압류의 해제로 인한 재산상의 이익은 없었다고 할 것이다.
- ④ 사업자등록 명의를 빌려주면 세금이나 채무는 모두 자신이 변제하겠다고 속여 명의를 대여받아 호텔을 운영하면서 호텔에 관한 각종 세금 및 채무 등을 부담하게 하였다면, 명의대여행위를 처분행위로 볼 수 있어 사기죄가 성립한다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 2009.3.26. 2008도6641).
- ② (X) 배당이의 소송의 제1심에서 패소판결을 받고 항소한 자가 그 항소를 취하하면 그 즉시 제1심판결이 확정되고 상대방이 배당금을 수령할 수 있는 이익을 얻게 되는 것이므로 위 항소를 취하하는 것 역시 사기죄에서 말하는 재산적 처분행위에 해당한다(大判 2002.11.22. 2000도4419).
- ③ (X) 가압류를 해제하는 것 역시 사기죄에서 말하는 재산적 처분행위에 해당한다(大判 2007.9.20. 2007도5507). <주> 가압류 해제로 피기망자의 처분행위가 인정되므로, 채권 없음이 밝혀졌더라도 재산상 이익 취득으로 볼 수 있다.
- ④ (X) 명의를 대여하였다는 것만으로 피고인이 위와 같은 채무를 면하는 재산상 이익을 취득하는 재산적 처분행위가 있었다고 보기 어렵다는 이유로, 이와 달리 보아 사기죄를 인정한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(大判 2012. 6. 28. 2012도4773).

26. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 사기죄에 있어서 재산상의 이익은 계산적으로 산출할 수 있는 이익에 한정하지 아니하므로 범죄사실을 판시함에 있어서도 그 이익의 수액을 명시하지 않았다 하더라도 위법이라고 할 수 없다.
- ② 범인이 기망행위에 의해 제3자로 하여금 재물의 교부를 받게 한 경우에 사기죄가 성립하려면, 그 제3자가 범인과 사이에 정을 모르는 도구 또는 범인의 이익을 위해 행동하는 대리인의 관계에 있거나, 범인에게 그 제3자로 하여금 재물을 취득하게 할 의사가 있어야 한다.
- ③ 형법 제347조에서 말하는 재산상 이익 취득은 그 재산상의 이익을 법률상 유효하게 취득함을 필요로 하므로 법률상 무효인 이익을 취득한 것으로는 부족하다.
- ④ 무효인 가등기여서 그 말소를 구할 권리를 가진 부동산소유자가 기망행위를 사용하여 가등기를 말소하게 한 경우 재산상의 이익을 취득한 것으로 볼 수 있다.
- ⑤ 법원을 기망하여 부재자의 재산관리인으로 선임된 것만으로 어떤 재산권이나 재산상의 이익을 얻은 것이라고 볼 수 없으므로 사기죄에 해당한다고 볼 수 없다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 1997.7.25. 97도1095).
- ② (O) (大判 2012.5.24. 2011도15639).
- ③ (X) 법률상 유효하게 취득함을 필요로 하지 아니하고 그 이익 취득이 법률상 무효라 하여도 외형상 취득한 것이면 족한 것이다.(大判 2012.5.24. 2010도12732).
- ④ (O) 위 가등기가 무효임이 밝혀졌다고 하더라도 가등기의 말소로 인한 재산상의 이익이 없었던 것으로 볼 수 없다(大判 2008.1.24., 2007도9417).
- ⑤ (O) (大判 1973.9.25. 73도1080). <주> 법원의 선임결정이 취소되기 전까지는 정당한 관리인이다.

27. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 치료비채무의 이행을 모면하기 위하여 환자인 자신의 처와 영화 1편을 보고 오겠다고 병원 직원을 속여 병원을 빠져나와 도주한 경우 사기죄가 성립한다.
- ② 사기죄에 있어서 채무이행을 연기받는 것도 재산상의 이익이 되므로, 채무자가 채권자에 대하여 소정기일까지 지급할 의사와 능력이 없음에도 종전 채무의 변제기를 늦출 목적에서 어음을 발행 교부한 경우 사기죄가 성립한다.
- ③ 피해자에게 거짓말을 하여 연대보증용 인감증명서를 교부받은 후, 피해자를 연대보증인으로 하는 약속어음 공정증서를 작성하게 하고, 피해자를 연대보증인으로 하여 자신이 경영하는 회사와 보증보험회사 간에 차량들의 할부판매보증보험계약을 체결하게 한 피고인의 행위는 사기죄가 성립하지 않는다.
- ④ 위조된 약속어음을 진정한 약속어음인 것처럼 속여 기왕의 물품대금채무의 변제를 위하여 채권자에게 교부하였다면 사기죄가 성립한다.
- ⑤ 부동산 소유권이전등기 등에 관한 특별조치법에 의거하여 임야의 사실상의 양수자가 확인서발급신청을 하자 피고인이 위조된 계약서 사본을 첨부하여 위 임야의 소유자라고 허위 주장하여 이의신청을 한 결과 위 확인서발급신청이 기각된 경우 위 임야를 편취하려는 기망행위로 볼 수 있다.

[정답] ②

- ① (X) 치료비채무의 이행을 모면하기 위하여 피고인이 거짓말을 하고 입원환자(처)와 함께 병원을 빠져나와 도주하였다 하여도 그것만으로는 피고인이 위 치료비의 지급채무를 면제받은 것은 아니라 할 것이므로 사기죄가 될 수 없다(大判 1970.9.22. 70도1615).
- ② (O) (大判 1983.11.8. 83도1723; 大判 1997. 7. 25. 97도1095).
- ③ (X) 사기죄가 성립한다(大判 1995.8.25. 94도2132).
- ④ (X) 어음이 결제되지 않는 한 물품대금채무가 소멸되지 아니하므로 사기죄는 성립되지 않는다.(大判 1983.4.12. 82도2938). <주> 기망은 있으나 채무는 면제되지 않는다.
- ⑤ (X) 위 임야를 편취하려는 기망행위에 나아간 것이라고 보기 어렵다.(大判 1982.3.9. 81도2767). <주> 예컨대 친일파에게 재산이 귀속되지 못하게 하려고 기각을 유도한 사건으로서, 재산취득의 고의가 없다.

3. 대출사기

05. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 타인으로부터 돈을 차용하면서 충분한 담보를 제공하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 차용금을 변제할 의사와 능력이 없었다고 볼 수는 있다.
- ② 타인으로부터 금전을 차용함에 있어 그 차용한 금전의 용도나 변제할 자금의 마련방법에 관하여 사실대로 고지하였다면 상대방이 응하지 않았을 경우에 그 용도나 변제자금의 마련방법에 관하여 진실에 반하는 사실을 고지하여 금전을 교부받은 경우에는 사기죄가 성립하는 것이 원칙이나, 다만 차용금채무에 대한 충분한 담보를 제공함으로써 상대방이 대여한 자금의 회수에 실질적으로 지장이 없었다면 교부된 금전의 가액에서 담보가치를 차감한 범위 내에서만 사기죄가 성립한다고 보아야 한다.
- ③ 차용 당시에는 변제할 의사와 능력이 있었더라도 그 후에 차용금을 변제하지 못하게 되었다면 차용금 편취에 의한 사기죄에 해당한다.
- ④ 물품대금채무를 변제하지 아니한 것은 채무불이행에 불과하여, 이와는 또 다른 기망 행위에 의하여 그 채무변제의 유예를 받거나 채무를 면제받은 경우 등 피해자의 별개의 처분행위가 있는 경우에 한하여 재산상 이익 편취에 의한 사기죄가 성립할 수 있다.

[정답] ④

- ① (X) 변제할 의사와 능력이 없었다고 볼 수는 없다(大判 2006.2.23. 2005도8645).
- ② (X) 사기죄가 성립하고, 이 경우 차용금채무에 대한 담보를 제공하였다는 사정만으로는 결론을 달리 할 것은 아니다(大判 2005.9.15. 2003도5382). <주> 담보가치를 차감한 범위 내에서만 사기죄가 성립하는 것이 아니라, 교부받은 금전 전액에 대하여 사기죄가 성립한다.
- ③ (X) 차용금의 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 차용 당시를 기준으로 판단하여야 하므로, 피고인이 차용 당시에는 변제할 의사와 능력이 있었다면 그 후에 차용금을 변제하지 못하였다고 하더라도 이는 단순한 민사상의 채무불이행에 불과할 뿐 형사상 사기죄가 성립한다고 할 수 없다(大判 2008.2.14. 2007도10770).
- ④ (O) (大判 2005.11.24. 2005도7481).

09. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 사망한 자를 상대로 제소한 경우 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하더라도 사기죄를 구성한다.
- ② 사망한 자를 생존자로 오인하고 사망한 자를 피고로 소유권이전등기의 소를 제기하면서 허위의 증거자료를 재판부에 제출하여 승소한 경우 사기죄의 불능미수범이 성립한다.
- ③ 피고인이 타인과 공모하여 그 공모자를 상대로 제소하여 의제자백의 판결을 받아 이에 기하여 부동산의 소유권이전등기를 한 경우 그 부동산의 진정한 소유자가 따로 있다고 하더라도 이는 소송 상대방의 의사에 부합하는 것으로서 착오에 의한 재산적 처분행위가 있다고 할 수 없으므로 소송 사기죄가 성립하지 아니한다.
- ④ 피고인들이 타인과 공모하여 그 공모자를 상대로 제소한 경우에는 피고인들이 법원을 기망하여 얻으려고 한 판결의 내용이 소송 상대방의 의사에 부합하는 것일 때에도 소송사기죄가 성립한다.

[정답] ③

- ① (X) 사기죄를 구성할 수 없다(大判 2002.1.11. 2000도1881).
- ② (X) 사기죄를 구성할 수 없다(大判 1997.7.8. 97도632). <주> 사기죄의 불능미수로 보아야 한다는 것은 학설의 비판이고, 판례는 불능범으로서 불가별로 본다.
- ③ (O) (大判 1997.12.23. 97도2430).
- ④ (X) 피고인들이 타인과 공모하여 그 공모자를 상대로 제소한 경우나 피고인들이 법원을 기망하여 얻으려고 한 판결의 내용이 소송 상대방의 의사에 부합하는 것일 때에는 소송사기죄가 성립되지 아니한다(大判 1996.8.23. 96도1265).

제6절 횡령의 죄

I 횡령죄 일반

1. 타인소유 재물

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 위탁된 물건에 대한 권한을 초월하여 행위를 함으로써 위탁에 의한 신임관계를 깨뜨리는 데 횡령죄의 본질이 있다는 견해에 따르면 일시 사용이나 손괴 또는 은닉의사로 자기 점유물을 처분한 때에는 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ② 회사에서 지급된 노트에 개인적인 필요에 의하여 영업상의 주요사항을 기재하였는데, 퇴직시 그 노트를 회사에 반환하지 아니하고 가지고 나온 경우 횡령죄가 성립한다.
- ③ 광업권의 명의수탁자가 명의수탁사실을 부인하면서 명의신탁자의 반환요구를 거절하는 행위는 횡령죄에 해당한다.
- ④ 주식회사의 주주 겸 대표이사가 장차 신주발행절차에서 자신이 취득하게 될 주식을 타인에게 매도하고자 하면서 다만 양도소득세 등의 부담을 피하기 위해 주식매수인이 회사에 대해 직접 신주를 인수하는 절차를 취한 경우, 회사에 대한 관계에서 신주인수인은 대표이사가 아니라 주식매수인이므로 대표이사가 받은 신주인수대금을 보관 중 개인적인 용도로 사용하였다면 횡령죄를 구성한다.
- ⑤ 횡령죄의 객체가 타인의 재물에 속하는 이상 구체적으로 누구의 소유인지는 횡령죄의 성립 여부에 영향이 없으므로, 피고인들이 피해 회사의 자회사 계좌를 이용하여 피해 회사의 납품대금을 횡령한 경우 법인격이 부인되면 횡령죄가 성립하지 않는다.

[정답] ④

- ① (X) 횡령죄의 본질에 관하여 영득행위설(통설)에 따르면 일시사용이나 손괴, 은닉은 재산을 영득한 바가 없으므로 횡령죄가 성립하지 않으나, 월권행위설에 따르면 일시사용이나 손괴, 은닉의 경우에도 권한을 초월하였기 때문에 횡령죄가 성립한다고 본다.
- ② (X) 노트는 피고인의 소유에 속한다고 볼 것이어서 퇴직시에 이를 회사에 반환하지 아니하고 가지고 나온 행위가 횡령죄를 구성한다고 할 수 없다(大判 1994.5.24. 94도763).
- ③ (X) 광업권은 재물인 광물을 취득할 수 있는 권리에 불과하지 재물 그 자체는 아니므로 횡령죄의 객체가 된다고 할 수 없다(大判 1994.3.8. 93도2272).
- ④ (O) (大判 2006.10.27. 2004도6503).
- ⑤ (X) 횡령죄의 객체가 타인의 재물에 속하는 이상 구체적으로 누구의 소유인지는 횡령죄의 성립 여부에 영향이 없다. 피고인들이 피해 회사의 자회사 계좌를 이용하여 피해 회사의 납품대금을 횡령한 이 사건에서 법인격 부인 여부에 따라 횡령죄의 성립이 좌우되는 것도 아니다(大判 2019. 12. 24. 2019도9773).

06. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 어떤 예금계좌에 돈이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우에는 그 예금주와 송금인 사이에 신의칙상 보관관계가 성립한다고 할 것이므로, 피고인이 송금 절차의 착오로 인하여 피고인 명의의 은행계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당한다. 그러나 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없다면 그러하지 아니하다.
- ② 계좌명의인이 개설한 예금계좌가 사기 범행에 이용되어 그 계좌에 피해자가 사기피해금을 송금.이체한 경우, 해당 계좌의 명의인은 피해자를 위하여 사기피해금을 보관하는 지위에 있다고 볼 수 없다.
- ③ 전기통신금융사기 범행으로 피해자의 돈이 사기 이용계좌로 송금.이체되었다면 이로써 편취행위는 기수에 이른다. 이때 사기범이 접근매체를 이용하여 그 돈을 인출할 수 있는 상태에 이르게 되면 계좌명의인의 예금반환청구권을 자신이 행사할 수 있게 된 것으로서 예금자체를 취득한 것으로 보아야 한다.
- ④ 전기통신금융사기에 이용된 계좌명의인의 인출행위는 전기통신금융사기의 범인에 대한 관계에서는 횡령죄가 되지 않는다. 계좌명의인과 전기통신금융사기의 범인 사이의 관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치가 있는 위탁관계가 아닐뿐더러, 계좌명의인과 사기범 사이의 관계를 횡령죄로 보호하는 것은 그 범행으로 송금.이체된 돈을 사기범에게 귀속시키는 결과가 되어 옳지 않기 때문이다.
- ⑤ 甲이 자신 명의로 개설된 예금계좌가 보이스피싱 범행에 이용될 것임을 인식하지 못하고 그 접근매체를 보이스피싱 조직원 乙에게 양도한 후, 사기 피해자 A가 乙에게 속아 甲의 계좌로 송금하였는데, 甲이 송금된 피해금의 일부를 별도로 마련된 접근매체를 이용하여 임의로 인출하였다면, 甲에게 사기방조죄는 성립하지 않지만, 乙에 대한 횡령죄는 성립한다.
- ⑥ 제3자 명의의 사기이용계좌(이른바 대포통장)의 계좌명의인이 영득의 의사로써 전기통신금융사기 피해금을 인출한 경우 계좌 명의인이 사기 범행의 공범인지 여부와 상관없이 전기통신금융 사기 피해자에 대한 횡령죄에 해당하지 않는다.

[정답] ④

- ① (X) 피고인 명의의 은행 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당한다. 이는 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없다고 하더라도 마찬가지이다(大判 2010.12.9. 2010도891).
- ② (X) [1] 계좌명의인은 피해자와 사이에 아무런 법률관계 없이 송금.이체된 사기피해금 상당의 돈을 피해자에게 반환하여야 하므로, 피해자를 위하여 사기피해금을 보관하는 지위에 있다고 보아야 하고, 만약 계좌명의인이 그 돈을 영득할 의사로 인출하면 피해자에 대한 횡령죄가 성립한다.
[2] 이때 계좌명의인이 사기의 공범이라면 자신이 가담한 범행의 결과 피해금을 보관하게 된 것일 뿐이어서 피해자와 사이에 위탁관계가 없고, 그가 송금.이체된 돈을 인출하더라도 이는 자신이 저지른 사기 범행의 실행행위에 지나지 아니하여 새로운 법익을 침해한다고 볼 수 없으므로 사기죄 외에 별도로 횡령죄를 구성하지 않는다(大判 2018. 7. 19. 2017도17494, 전합).
- ③ (X) 전기통신금융사기 범행으로 피해자의 돈이 사기이용계좌로 송금.이체되었다면 이로써 편취행위는 기수에 이른다고 보고 있는데, 이는 사기범이 접근매체를 이용하여 그 돈을 인출할 수 있는 상태에 이르렀다는 의미일 뿐 사기범이 그 돈을 취득하였다는 것은 아니다(大判 2018.7.19. 2017도17494 전합). <주> 사기범은 사기이용계좌에서 그 돈을 인출할 수 있는 상태에 이르렀을 뿐, 그 돈을 취득하여 그 돈의 소유자가 되는 것은 아니다. 따라서 사기이용계좌의 명의인인 사기범 소유의 돈을 보관하는 것이 아니라 사기죄 피해자 소유의 돈을 보관하는 것이 된다.

- ④ (O) (大判 2018. 7. 19. 2017도17494, 전합).
- ⑤ (X) 사기죄의 피해자에 대한 횡령죄가 성립한다(大判 2018.7.19. 2017도17494 전합). <주> 사기죄의 피해자는 B이 아니라 A이다.
- ⑥ (X) (大判 2018. 7. 19. 2017도17494, 전합). <주> 사기범행의 공범이면 횡령죄가 성립하지 않고, 사기범행의 공범이 아니라면 횡령죄가 성립한다.

II 횡령죄의 객체 - 부동산

1. 법률상 처분권

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 횡령죄에서 재물의 보관은 재물에 대한 법률상 또는 사실상 지배력이 있는 상태를 의미한다.
- ② 부동산에 관한 횡령죄에 있어서 보관자의 지위는 점유를 기준으로 할 것이 아니라 그 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능의 유무를 기준으로 결정하여야 하므로, 원인무효인 소유권 이전등기의 명의자는 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ 미등기건물의 관리를 위임받아 보관하고 있는 자는 등기부상 명의인이 아니므로 위탁관계에 의하여 타인의 미등기건물을 현실로 관리·지배하더라도 위 미등기건물의 보관자라고 할 수 없다.
- ④ 부동산의 공유자 중 1인이 다른 공유자의 지분에 대한 처분권능이 없음에도 불구하고 다른 공유자의 지분을 임의로 임대하고 수령한 임차료를 임의로 소비한 경우 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 피고인과 A가 토지의 각 특정부분을 1, 2로 구분하여 소유하면서 공유등기를 하였다가 (상호명의 신탁관계) 토지를 분할하여 분할된 각 토지에 종전 토지의 공유등기가 전사된 후, 피고인이 분할 후 A 소유인 토지 부분에 피고인의 공유지분이 남아 있음을 기화로 그에 대하여 근저당권설정행위를 한 경우, 그 근저당권 설정행위는 횡령죄를 구성한다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 1987.10.13, 87도1778). <주> 부동산은 등기로서 법률상 지배력이 있어야 하고, 동산과 금전 등은 점유로서 사실상 지배력이 있어야 한다.
- ② (O) (大判 1989.2.28, 88도1368).
- ③ (X) 부동산의 보관은 원칙적으로 등기부상의 소유명의인에 대하여 인정되지만, 등기부상의 명의인이 아니라도 소유자의 위임에 의거해서 실제로 타인의 부동산을 관리·지배하면서 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있는 자는 그 부동산에 대한 지배력을 가지고 있는 자로서 횡령죄의 성립에 있어 그 부동산을 보관하는 자에 해당한다(大判 2010.1.28. 2009도1884).
- ④ (O) 부동산의 공유자 중 1인이 다른 공유자의 지분을 임의로 처분하거나 임대하여도 그에게는 그 처분권능이 없어 횡령죄가 성립하지 아니한다(大判 2004. 5. 27. 2003도, 6988).
- ⑤ (O) 구분소유하고 있는 특정 구분부분별로 독립한 필지로 분할되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 각자의 특정 구분부분에 해당하는 필지가 아닌 나머지 각 필지에 전사된 공유자 명의의 공유지분등기는 더 이상 당해 공유자의 특정 구분부분에 해당하는 필지를 표상하는 등기라고 볼 수 없고, 각 공유자 상호 간에 상호명의신탁관계만이 존속하므로, 각 공유자는 나머지 각 필지 위에 전사된 자신 명의의 공유지분에 관하여 다른 공유자에 대한 관계에서 그 공유지분을 보관하는 자의 지위에 있다(大判 2014. 12. 24. 2011도11084).

p.881 “불법영득의사 - 회사자금집행” 을 제목만 변경합니다.

4. 불법영득의사 기타

07. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

09. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 형사재판을 받는 대표이사의 개인적인 변호사비용과 그의 정신적, 육체적 손해에 대한 보상금을 요양비 또는 퇴직위로금 명목으로 가장하여 회사자금으로 지급하였다면 횡령에 해당한다.
- ② 주주 등이 주식회사 소유 자금을 차용금이라는 명목으로 함부로 인출하여 개인채무 변제 등 사적인 용도로 사용하였다면 이사회의 결의가 있었다면 횡령죄는 성립하지 않는다.
- ③ 회사의 대표이사가 회사 채권자에 대한 회사 채무의 담보나 대물변제조로 교부해 줄 의사로 대표이사 직무대행자에게 회사 소유 버스회수권의 반환을 거부하고 이를 회사 채권자에게 교부하였다면 피고인이 불법영득의 의사로 반환을 거부한 것이라고 단정하기는 어렵다.
- ④ 피고인이甲과 함께 소주방에서 술을 마시다가 서로 몸싸움을 하는 과정에서甲이 떨어뜨리고 간 휴대전화를 소주방 업주로부터 건네받아 보관하던 중甲의 휴대전화를 임의로 사용한 경우, 피고인은 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있으나甲의 휴대전화를 임의로 사용한 것만으로는 불법영득의사가 있었다고 단정하기 어려우므로 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 아파트 입주자대표회의 회장이 아파트 특별수선충당금을 구조진단견적비 및 손해배상청구소송의 변호사 선임료로 사용하였으나, 당시에는 특별수선충당금의 용도와 사용이 관리규약에 의해서만 제한되고 있어서 구분소유자들 또는 입주민들로부터 포괄적인 동의를 얻어 특별수선충당금을 위탁의 취지에 부합하는 용도에 사용한 것으로 볼 수 있다면 업무상횡령죄에 해당하지 않는다.

[정답] ②

- ① (O) (大判 1990.2.23. 89도2466).
- ② (X) 주주총회나 이사회의 결의에 관계없이 횡령죄를 구성할 수 있다(大判 2007.10.11. 2007도6012).
- ③ (O) (大判 2006.2.10. 2003도7487). <주> 대표가 회사의 채무를 변제하였다.
- ④ (O) (大判 2014.3.13. 2012도5346). <주> 휴대전화를 가지려는 의사는 없었다.
- ⑤ (O) (大判 2017. 2. 15. 2013도14777). <주> 입주민들의 포괄적 동의를 얻어 위탁의 취지에 부합하게 사용하여 불법영득의사가 부정된다.

10. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 사찰창건 이래 사찰재산에 대한 관리처분권한이 부여되어 사찰의 운영을 책임지고 있었던 자가 병원치료비와 장학금지급 등을 위하여 사찰재산을 사용하였다면 업무상횡령죄에 해당한다.
- ② 회사의 대표이사인 피고인이 회사 공장부지 매각과정에서 받은 리베이트를 회사에 가수금으로 입금한 뒤 이를 인출하여 추징금 납부에 사용한 경우 피고인에게 불법영득의사가 인정된다.
- ③ 부동산의 등기명의수탁자가 명의신탁자의 승낙 없이 이를 제3자에게 양도함으로써 횡령죄가 성립하는 경우에 그것을 양수한 자는 비록 그와 같은 사정을 알고 있었다면 횡령죄의 공동정범이 될 수 있다.
- ④ 주식회사의 재산을 임의로 처분하려는 대표이사의 횡령행위를 주선하고 그 처분행위를 적극적으로 종용한 경우에는 대표이사의 횡령행위에 가담한 공동정범의 죄책을 면할 수 없다.
- ⑤ 보관자의 지위에 있는 공동명의 예금채권자가 피해자 조합원들이 제기한 소송으로 인하여 조합이 입게 되는 손해에 대한 구상금채권의 집행 확보를 위하여 피해자 조합원들에 대하여 예금계좌에 초과로 입금된 개발부담금의 반환을 거부한 경우에는 불법영득의사가 인정되어 횡령죄가 성립한다.

[정답] ④

- ① (X) 업무상횡령죄에 해당되지 아니한다(大判 2001.5.8. 99도4699). <주> 권한 내의 정당한 처분이었다.
- ② (X) 피고인이 위 가수금을 회사에 확정적으로 귀속시켰다고 보기 어렵고, 피고인이 가수금채무의 이행행위로 위 돈을 인출하여 사용하였으므로 피고인에게 불법영득의사가 인정되지 않는다(大判 2019. 1. 10. 2018도16469). <주> 가수금은 대표가 회사에 맡겨둔 자금으로 언제든 인출하여 소비할 수 있다.
- ③ (X) 그와 같은 사정을 알고 있었다는 것만으로는 횡령죄의 공동정범이 될 수 없다(大判 1985.6.25. 85도1077). <주> 적극가담하는 정도가 되어야만 공동정범이 성립할 수 있다.
- ④ (O) (大判 2005.8.19. 2005도3045).
- ⑤ (X) 피고인들이 피해자 조합원들에 대하여 이 사건 예금계좌에 초과로 입금된 개발부담금의 반환을 거부한 것은 피해자 조합원들이 제기한 소송으로 인하여 조합이 입게 되는 손해에 대한 구상금채권의 집행 확보를 위한 것에 불과하고, 위 개발부담금을 영득하기 위한 것이라고 볼 수 없으므로 횡령죄가 성립하지 않는다(大判 2008. 12. 11. 2008도8279).

5. 횡령죄의 죄수관계

11. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 선행 처분행위로 인하여 법익침해의 위험이 발생함으로써 횡령죄가 기수에 이른 후 후행 처분행위가 선행 처분행위 과정에서 당연히 예상될 수 있는 것으로서 새로운 위험을 추가하는 것이 아니라면 불가벌적 사후행위에 해당한다.
- ② 부동산 소유자로부터 명의수탁된 부동산의 일부에 대한 토지수용보상금의 일부를 임의로 소비하고, 수용되지 않은 나머지 부분의 부동산에 대하여 반환을 거부한 경우 각각 횡령죄가 성립하고 양 죄는 실제적 경합관계에 있다.
- ③ 명의신탁받아 보관 중이던 토지를 임의로 매각하여 이를 횡령한 경우에 그 매각대금을 이용하여 다른 토지를 취득하였다가 이를 제3자에게 담보로 제공하였다고 하더라도 이는 별개의 횡령죄를 구성하지 않는다.
- ④ 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의 의사를 가지고 그 부동산에 근저당권설정등기를 경료함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다면, 그 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하거나 해당 부동산을 매각하였다 하더라도 당초의 근저당권 실행을 위한 임의경매에 의한 매각 등 그 근저당권으로 인해 당연히 예상될 수 있는 범위를 넘어 새로운 법익침해의 위험을 추가시키거나 법익침해의 결과를 발생시켰다는 등의 특별한 사정이 없는 한 불가벌적 사후행위에 불과하고 별도의 횡령죄를 구성하지 않는다.

[정답] ④

- ① (O) 선행 처분행위로 인하여 법익침해의 위험이 발생함으로써 횡령죄가 기수에 이른 후 후행 처분행위가 선행 처분행위 과정에서 당연히 예상될 수 있는 것으로서 새로운 위험을 추가하는 것이 아니라면 불가벌적 사후행위에 해당하지만, 후행 처분행위가 선행 처분행위와는 무관한 방법으로 법익침해의 결과를 발생시키는 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 별도로 횡령죄를 구성한다(大判 2013.2.21. 2010도10500 전합).
- ② (O) (大判 2001.11.27. 2000도3463). <주> 일부와 나머지로 객체가 다르다. 중간생략등기형 명의신탁에 대한 전합 판결로 결론은 폐기된 판례이나, 위 지문의 취지는 폐기되지 않았다.
- ③ (O) (大判 1987.12.22, 87도2168). <주> 매각보다 담보제공의 침해가 더 적다.
- ④ (X) 선행 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험의 범위를 벗어나는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 별도로 횡령죄를 구성한다고 보아야 한다(大判 2013.02.21. 2010도10500 전합). <주> 근저당권설정등기 경료로 기수가 된 이후, 별개의 근저당권을 설정하거나 부동산을 매각하는 행위 자체가 새로운 법익을 침해하는 특별한 사정이 있는 경우이므로, 별도의 횡령죄를 구성한다.

II 배임죄의 주체 - 협력자

1. 부동산등기 - 매매

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 배임죄에 있어서의 '타인의 사무'라고 하기 위하여는 그 타인의 재산보호가 신임관계의 전형적 본질적 내용이 되어야 하고, 그것이 단순한 부수적 사무에 불과할 경우에는 '타인의 사무'라고 할 수 없다.
- ② 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.
- ③ 이익대립관계에 있는 통상의 계약관계에서 채무자의 성실한 급부이행에 의해 상대방이 계약상 권리의 만족 내지 채권의 실현이라는 이익을 얻게 되는 관계에 있다거나, 계약을 이행함에 있어 상대방을 보호하거나 배려할 부수적인 의무가 있다는 것만으로는 채무자를 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 수 없다.
- ④ 부동산매도인이 매수인으로부터 계약금과 중도금까지 수령한 이상 특단의 약정이 없다면 잔금수령과 동시에 매수인 명의로의 소유권이전등기에 협력할 임무가 있으므로 배임죄의 주체가 된다.
- ⑤ 부동산의 매도인이 매수인으로부터 계약금과 중도금을 받았음에도 잔금과 상환으로 소유권이전 등기절차를 하여줄 임무에 위배하여 제3자 앞으로 근저당권설정등기를 마쳐 주었다면 비록 매수인이 그 근저당권설정등기 전 당해 부동산에 관하여 처분금지가처분을 해 두었다 하더라도 배임죄의 성립에 아무런 영향이 없다.

[정답] ②

- ① (O) (大判 1983.2.8. 81도3137).
- ② (X) 등기협력의무와 같이 매매, 담보권설정등 자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우 배임죄의 타인 사무로 볼 수 있다(大判 1983.2.8, 81도3137).
- ③ (O) (大判 2020. 6. 18. 2019도14340 전합)
- ④ (O) (大判 1988.12.13. 88도750; 大判 2018.5.17. 2017도4027 전합).
- ⑤ (O) (大判 1990.10.16., 90도1702).

03. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 부동산의 이중양도에 있어서 매도인이 제2차 매수인으로부터 계약금만을 지급받고 중도금을 수령한 바 없다면 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.
- ② 피고인들이 호텔을 피해자 측에 매도하면서 소유권이전청구권 가등기를 이전하여 주기로 하고 중도금까지 수령하였는데도, 가등기를 피고인들이 지배하는 회사에 이전한 경우, 피해자의 피고인들에 대한 가등기이전등기청구권이 이행불능에 빠질 위험성이 발생하였으므로 배임죄 기수가 성립한다.
- ③ 부동산의 매도인으로서 매수인에 대하여 그 앞으로의 소유권 이전등기절차에 협력할 의무 있는甲이 같은 부동산을 매수인 이외의 제3자에게 이중으로 매도하고 제3자 앞으로 소유권 이전청구권 보전을 위한 가등기를 마쳐 준 경우 배임죄가 성립한다.
- ④ 부동산 매매계약이 체결된 경우, 계약 체결과 동시에 그 계약의 효력으로 매도인에게는 부동산 소유권이전의무가 발생하고 매수인에게는 매매대금 지급의무가 발생하는데, 매도인이나 매수인의 이러한 의무는 매매계약에 따른 각자의 '자기의 사무'일 뿐 '타인의 사무'에 해당한다고 볼 수 없다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2003.3.25. 2002도7134).
- ② (O) (大判 2011.6.30. 2011도1651).
- ③ (O) 매수인에게 손해발생의 위험을 초래하는 행위로서 배임죄를 구성한다(大判 2008.7.10. 2008도3766; 大判 2006.11.9. 2006도3626).
- ④ (X) 부동산 매매계약에서 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 없다. 따라서 그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 보아야 한다(大判 2018.5.17. 2017도4027 전합). <주> 전원합의체 판결에서 다수의견은 부동산 이중매매는 배임죄가 성립한다는 기존 판례를 유지하였다. 위 지문은 전원합의체 판결의 소수 반대의견이다.

05. 06. 두 문제를 합쳐서, 아래 05. 문제로 대체합니다.

05. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 내연의 처와 불륜관계를 지속하는 대가로서 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료해 주기로 약정하고서도 소유권이전등기의무를 이행하지 아니한 경우 배임죄가 성립한다.
- ② 국토이용관리법상의 규제구역 내 토지의 매도인은 토지거래허가절차에 협력할 의무가 있으므로 토지거래허가를 받기 전에도 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다.
- ③ 농지를 이중으로 매도한 경우에 먼저의 농지매매에 관하여 소재지관서의 증명이 없다면 배임죄의 성립을 부정할 수 있다.
- ④ 망(亡) 甲은 망 乙에게, 망 乙은 丙에게 각 토지에 관한 소유권이전등기절차를 순차 이행하여야 할 의무가 있고, 甲의 처인 피고인도 甲의 위와 같은 의무를 상속하였음에도 위 토지를 제3자에게 처분하고 소유권이전등기를 마친 경우, 丙이 구 농지개혁법상 자경 또는 자영의 의사가 없는 농지의 매수인이었다면 丙에 대하여 배임죄를 구성하지 아니한다.
- ⑤ 부동산매매계약을 계약의 중요부분에 착오가 있었다거나 기망에 의한 것임을 이유로 취소한 다음 다시 타인에게 매매 또는 임대했다면 배임죄를 인정할 수 있다.

[정답] ④

- ① (X) 배임죄가 성립하지 아니한다(大判 1986.9.9, 86도1382). <주> 불륜 계약은 무효이다.
- ② (X) 토지거래허가를 받은 바 없으므로, 그 매매계약은 채권적 효력도 없는 것이어서 매도인에게 매수인에 대한 소유권이전등기에 협력할 의무가 생겼다고 볼 수 없다(大判 1992.10.13., 92도1070; 大判 1996.2.09, 95도2891). <주> 계약은 무효이다.
- ③ (X) 매매에 의한 물권변동의 효과, 즉 소유권이전의 효과를 발생할 수는 없으나 농지매매 당사자 사이에 채권계약으로서의 매매계약은 유효히 성립할 수 있는 것이므로 배임죄가 성립한다(大判 1991.7.9, 91도846). <주> 계약은 일단 유효이다.
- ④ (O) (大判 2011.1.27, 2009도10701). <주> 확정적 무효이다.
- ⑤ (X) 기망에 의한 것임을 이유로 취소한 다음 다시 타인에게 매매 또는 임대했다 하더라도 배임죄를 인정할 수 없다(大判 1986.12.9, 86도1671). <주> 취소하면 소급적으로 무효가 된다.

< 2. 부동산등기 - 증여 > 를 < 2. 부동산, 동산 - 증여 > 로 제목을 변경하고,
07. 문제의 문제번호를 06. 으로 변경합니다.

2. 부동산, 동산 - 증여

06. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 서면에 의한 부동산 증여계약에서 증여자가 수증자에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주기 전에 부동산을 제3자에게 처분하여 등기를 하는 행위는 배임죄가 성립한다.
- ② 증여자가 구두의 증여계약에 따라 수증자에 대하여 증여 목적물의 소유권을 이전하여 줄 의무를 부담한다고 하더라도 그 증여자는 수증자의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 할 수 없다.
- ③ 느티나무를 피해자에게 증여하기로 구두로 약정한 뒤 다른 곳으로 이식하는 과정에서 상품가치가 없다고 판단한 나무들을 베어버렸다 하더라도 배임죄가 성립하지 아니한다.
- ④ 증여자와 수증자가 구두의 증여계약을 체결한 후 증여자가 그 목적물을 제3자에게 매도한 경우 배임죄가 성립한다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2018.12.13. 2016도19308). <주> 서면에 따른 증여계약은 임의해제를 할 수 없다(민법 제555조). 또한 등기의무는 협력의무로 인정된다.
- ② (O) 서면에 의하지 아니한 증여계약이 행하여진 경우 당사자는 그 증여가 이행되기 전까지는 언제든지 이를 해제할 수 있다(大判 2005.12.8. 2005도5962).
- ③ (O) (大判 2005.12.8. 2005도5962).
- ④ (X) 서면에 의하지 아니한 증여계약이 행하여진 경우 당사자는 그 증여가 이행되기 전까지는 언제든지 이를 해제할 수 있으므로 증여자는 수증자의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 할 수 없다(大判 2005.12.9. 2005도5962).

08. 09. 두 문제를 아래 07. 08. 09. 세 문제로 완전 다 대체합니다.

3. 부동산등기 - 담보제공

07. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 채무자가 금전채무를 담보하기 위한 저당권설정계약에 따라 채권자에게 그 소유의 부동산에 관하여 저당권을 설정할 의무를 부담하게 되었다고 하더라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서 이루어지는 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 채무자가 제3자에게 먼저 담보물에 관한 저당권을 설정하거나 담보물을 양도하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 채권실현에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.
- ② 채무자가 금전채무에 대한 담보로 부동산에 관하여 양도담보설정계약을 체결하고 이에 따라 채권자에게 소유권이전등기를 해 줄 의무가 있음에도 제3자에게 그 부동산을 처분한 경우 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.
- ③ 피해자는 제1순위의 근저당권이 설정될 것으로 알고 금원을 대여하고 그런 내용의 근저당권설정에 관한 문서작성을 위촉하였는데도 불구하고 피고인이 후순위인 제2 내지 제3번의 근저당권설정에 관한 문서를 작성하여 그에 따른 신청으로 등기를 경료한 경우, 배임죄가 성립하지 않는다.
- ④ 甲이 A에게 전세권설정계약을 맺고 전세금의 중도금을 지급받은 후 당해 부동산에 임의로 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 주어 담보능력상실의 위험이 발생한 경우 배임죄가 성립한다.
- ⑤ 피해자를 기망하여 부동산에 근저당권설정을 약정하여 금원을 편취한 후, 그 약정이 취소되지 않은 상태에서 그 부동산에 관하여 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마친 경우, 사기죄와 별도로 배임죄가 성립하지 않는다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 2020. 6. 18. 2019도14340 전합)
- ② (O) (大判 2020. 6. 18. 2019도14340 전합)
- ③ (X) 의뢰자인 본인에게 손해를 가하였다고 볼 것이다(大判 1982.11.9. 81도2501). <주> 피고인이 1번 근저당권을 약속하고 2번 내지 3번 근저당권으로 계약서를 위조하여 이에 따라 등기함으로써 피해자에게 변제충당하지 못할 위험을 초래하였다. 따라서 배임죄가 성립한다. 본 판례는 2019도14340 전합 판결에 의하여 폐기되지 않았다.
- ④ (O) 위 등기 경료행위는 배임죄를 구성한다(大判 1993.9.28. 93도2206). <주> “저당권”약정 후에 제3자에 “저당권”설정은 배임죄가 성립하지 않지만, 본 판례는 “전세권”약정 후에 제3자에게 “저당권”설정한 사안이므로 2019도14340 전합 판결에 의하여 폐기되지 않았다.
- ⑤ (O) (大判 2008.3.27. 2007도9328). (大判 2020.6.18. 2019도14340 전합). <주> 전합합의체 판결로 기존 판례는 폐기되었다. 따라서 사기죄와 별도로 배임죄는 성립하지 않는다.

08. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 채무의 담보로 부동산에 관한 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않고 임의로 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마치는 행위는 배임죄를 구성하지 않는다.
- ② 자신의 채권자와 부동산 양도담보설정계약을 체결한 피고인이 그 소유권이전등기 경로 전에 임의로 기존의 근저당권자인 제3자에게 지상권설정등기를 경로하여 준 경우, 배임죄를 구성한다.
- ③ 과수원에 대한 근저당권설정자인 피고인이 과수원에 대한 폐원신청을 하고 감귤나무를 굴취함으로써 폐원보상비를 취득하고 피해자에게 근저당권의 담보가치가 감소되는 손해를 입도록 하였다면 배임죄가 성립한다.
- ④ 채권의 담보를 목적으로 부동산의 소유권이전등기를 마친 채권자가 그 변제기일 이전에 그 임무에 위배하여 제3자에게 근저당권을 경로하여 주었으나, 변제기일까지 채무자의 채무변제가 없었다거나 채무자에게 환매권을 주는 형식을 취하였다면 배임죄는 성립하지 않는다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2020.6.18. 2019도14340 전합) <주> 부동산에 대한 담보설정 사안이다.
- ② (O) (大判 1997.6.24. 96도1218). <주> 부동산에 대한 양도담보설정계약을 체결하고 제3자에게 “지상권”을 설정 등기를 경로한 사안이다. 본 관례는 2019도14340 전합 판결에 의하여 폐기되지 않았다.
- ③ (O) (大判 2007.8.23. 2007도3082). <주> 부동산인 과수원에 대한 근저당권을 설정하고 “감귤나무를 굴취”한 사안이다. 본 관례는 2019도14340 전합 판결에 의하여 폐기되지 않았다.
- ④ (X) 배임죄가 성립한다(大判 1995.5.12. 95도283). <주> “채무자”가 아니라 “채권자”의 처분으로 배임죄가 성립한다.

09. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 채권의 담보를 목적으로 부동산의 소유권이전등기를 마친 채권자가 그 변제기일 이전에 그 임무에 위배하여 제3자에게 근저당권을 경료하여 주었다면 배임죄가 성립한다.
- ② 담보 목적으로 자신의 명의로 가등기된 피해자 소유의 부동산에 대하여 피해자의 아들로부터 채무가 변제 공탁된 사실을 통보받고도 자기 앞으로 본등기를 경료함과 동시에 제3자 앞으로 가등기를 경료한 경우 횡령죄가 성립한다.
- ③ 채무자가 채권자에게 돈을 빌리면서 부동산을 담보로 제공하고 채무를 갚지 못하면 부동산을 넘겨 주기로 한 대물변제예약을 체결하고도 부동산을 제3자에게 처분했다면 배임죄로 처벌된다.
- ④ 채무자인 피고인이 채권자 甲에게 차용금을 변제하지 못할 경우 자신의 어머니 소유 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정한 후 유증을 원인으로 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 제3자에게 매도한 경우 피고인이 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 볼 수 있다.
- ⑤ 피고인이 甲 새마을금고로부터 특정 토지 위에 건물을 신축하는 데 필요한 공사자금을 대출받으면서 이를 담보하기 위하여 乙 신탁회사를 수탁자, 甲 금고를 우선수익자, 피고인을 위탁자 겸 수익자로 한 담보신탁계약 및 자금관리대리사무계약을 체결하였고 계약 내용에 따라 건물이 준공된 후 乙 회사에 신탁등기를 이행하여 甲 금고의 우선수익권을 보장할 임무가 있음에도 제3자 丙 앞으로 건물의 소유권보존등기를 마쳐준 경우, 피고인은 배임죄에서의 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 1995.5.12. 95도283).
- ② (X) 배임죄가 성립된다(大判 1990.8.10. 90도414). <주> 가등기에 의한 본등기는 적법이며 피고인의 자기소유이다. 자기소유물에 대한 배신은 이익을 취득하는 행위로서 배임죄이다.
- ③ (X) 채권 담보를 위한 대물변제예약 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다(大判 2014.08.21. 2014도3363 전합). <주> 대물변제의 “예약” 단계이므로 언제든지 예약을 깰 수 있다.
- ④ (X) 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다(大判 2014.08.21. 2014도3363 전합). <주> 대물변제의 예약을 한 사안이다.
- ⑤ (X) 피고인이 乙 회사, 甲 금고와 체결한 담보신탁계약의 신탁 대상 부동산은 토지이고, 건물에 관하여 추가 담보신탁하기로 약정한 것은 甲 금고가 피고인에 대한 대출금 채권의 변제를 확보하기 위함이므로, 이는 피고인이 향후 건물이 준공되면 甲 금고에 우선수익권을 보장할 민사상 의무를 부담함에 불과하여 배임죄에서의 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하지 않는다(大判 2020. 4. 29. 2014도9907).

제목 동산 담보제공을 동산 등의 담보제공으로 변경하고,
문제 10. 11. 12. 세 문제를 아래 다섯 문제로 완전 다 대체합니다.

4. 동산 등의 담보제공

10. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도담보로 제공함으로써 채권자인 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되었다더라도, 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없고, 그가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실행에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.
- ② 주식에 관하여 양도담보설정계약을 체결한 채무자가 제3자에게 해당 주식을 처분한 경우 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.
- ③ 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 동산담보로 제공함으로써 채권자인 동산담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 또는 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되었다더라도, 채무자를 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없고, 그가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실행에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립하지 아니한다.
- ④ 채무자가 채권자로부터 돈을 차용하면서 담보로 채무자 소유의 주식에 대하여 주권교부의 방법으로 양도담보를 설정하기로 약정하고 아직 채권자에게 주식의 현실 교부가 이루어지지 아니한 상태에서 다시 제3자와 그 주식의 일부 또는 전부에 대하여 양도담보를 설정하기로 약정하고 차용금의 일부 또는 전부를 수령한 경우, 배임죄의 실행의 착수에 해당한다.
- ⑤ 피고인이甲에게서 돈을 차용하면서 피고인 소유의 골프회원권을 담보로 제공한 후 이를 제3자에게 임의로 매도한 경우, 피고인은 담보물인 골프회원권을 담보 목적에 맞게 보관·관리할 의무를 부담함으로써甲의 사무를 처리하는 자의 지위에 있으므로 배임죄가 성립한다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2020. 2. 20. 2019도97567 전합)
- ② (O) (大判 2020. 2. 20. 2019도97567 전합)
- ③ (O) (大判 2020. 8. 27. 2019도14770 전합)
- ④ (X) 채무담보를 위하여 동산이나 주식을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 채무자는 채권자인 양도담보권자의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(大判 2010.2.25. 2009도13187). (大判 2020. 2. 20. 2019도9756 전합). <주> 2019도97567 전원합의체 판결에 의하여 변경되었다.
- ⑤ (O) (大判 2012.2.23. 2011도16385).

11. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 채무자 甲이 채권자에게 동산을 양도담보로 제공하고 점유개정의 방법으로 점유하고 있는 상태에서 이것을 제3자에게 처분한 경우 횡령죄가 성립한다.
- ② 수입업자가 신용장개설은행에 양도담보로 제공한 수입물품을 신용장대금 변제 전에 보세창고업자로부터 인도받아 임의 처분한 경우 업무상배임죄가 성립한다.
- ③ 동산에 대하여 점유개정의 방법으로 이중 양도담보를 설정한 경우 처음의 양도담보권자에게 이중으로 양도담보 제공을 하지 않기로 특약하였다면 배임죄를 구성한다.
- ④ 채무자가 그 소유의 동산에 대하여 점유개정의 방식으로 채권자들에게 이중의 양도담보설정계약을 체결한 후 양도담보 설정자가 목적물을 임의로 제3자에게 처분하였다면 양도담보권자라 할 수 없는 뒤의 채권자에 대한 관계에서는 설정자인 채무자가 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수 없어 배임죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 금전채권을 담보하기 위하여 채무자 소유의 동산에 관하여 이른바 강한 의미의 양도담보계약을 설정한 경우, 채무자가 이를 점유하던 중 임의로 양도담보된 동산을 처분하면 배임죄가 성립한다.

[정답] ④

- ① (X) 채무담보를 위하여 동산이나 주식을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 채무자는 채권자인 양도담보권자의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(大判 2010.11.25. 2010도11293). (大判 2020. 2. 20. 2019도9756 전합). <주> 2019도9756 전합판결로 변경되었다. 횡령죄도 성립하지 않고 배임죄도 성립하지 않는다.
- ② (X) 채무담보를 위하여 동산이나 주식을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 채무자는 채권자인 양도담보권자의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(大判 1998.11.1. 98도2526). (大判 2020. 2. 20. 2019도9756 전합). <주> 2019도9756 전합판결로 변경되었다.
- ③ (X) 동산에 대하여 점유개정의 방법으로 이중양도담보를 설정한 경우 뒤의 양도담보권자는 처음의 양도담보권자에 대하여 배타적으로 자기의 담보권을 주장할 수 없으므로 이중으로 양도담보제공이 된 것만으로는 가사담보권 설정자가 처음의 양도담보권자에게 이중으로 양도담보제공을 하지 않기로 특약하였다더라도 그에게 담보권의 상실이나 담보가치의 감소 등 손해가 발생한다고 볼 수 없으므로 배임죄를 구성하지 않는다(大判 1989. 4. 11. 88도1586).
- ④ (O) 채무담보를 위하여 동산이나 주식을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 채무자는 채권자인 양도담보권자의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(大判 2020. 2. 20. 2019도9756 전합). <주> 과거판례는 앞의 채권자에 대한 배임죄는 가능하나 뒤의 채권자에 대한 배임죄는 부정된다고 보았다. 그러나 2019도9756 전합판결에 의하여 양자 모두 배임죄가 부정된다.
- ⑤ (X) 채무담보를 위하여 동산이나 주식을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 채무자는 채권자인 양도담보권자의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(大判 2020. 2. 20. 2019도9756 전합).

12. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 「자동차 등 특정동산 저당법」 등에 따라 그 소유의 동산에 관하여 채권자에게 저당권을 설정해 주기로 약정하거나 저당권을 설정한 경우 채무자가 저당권설정계약에 따라 부담하는 의무는 채무자 자신의 사무에 해당할 뿐이다. 그러므로 채무자가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실현에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립하지 아니한다.
- ② 금전채무를 담보하기 위하여 「공장 및 광업재단 저당법」에 따라 저당권이 설정된 동산을 채무자가 제3자에게 임의로 처분한 경우 배임죄가 성립하지 아니한다.
- ③ 공장저당권 설정자로부터 그의 금융기관에 대한 피담보채무를 이행인수하면서 공장저당법에 의해 공장저당권이 설정된 공장기계를 함께 양수한 자는 그 채무 변제시까지 목적물을 담보목적에 맞게 보관하여야 할 임무가 있으므로 그 임무에 위배하여 제3자에게 임의매도하였다면 공장저당권자에 대하여 배임죄가 성립한다.
- ④ 피고인이 자신의 모(母) 명의를 빌려 자동차를 매수하면서 피해자 甲주식회사에서 필요한 자금을 대출받고 자동차에 저당권을 설정하였는데, 저당권자인 甲회사의 동의 없이 이를 성명불상의 제3자에게 양도담보로 제공한 경우 배임죄가 성립하지 않는다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 2020.10.22. 2020도6258 전합).
- ② (O) (大判 2020.10.22. 2020도6258 전합).
- ③ (X) 공장저당권자에 대한 배임죄가 성립하지 않는다(大判 2003.7.11. 2003도67). (大判 2020.10.22. 2020도6258 전합). <주> 2과거 판례는 020도6258 전원합의체 판결에 의하여 폐기되어 배임죄가 성립하지 않는다.
- ④ (O) 배임죄가 성립하지 않는다(大判 2012.9.13. 2010도11665). (大判 2020.10.22. 2020도6258 전합). <주> 배임죄가 성립한다는 과거 판례는 2020도6258 전원합의체 판결에 의하여 폐기되었다. 따라서 자동차에 저당권을 설정한 자의 처분은 배임죄가 성립하지 않는다.

12-1. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 甲은 乙에게 3,000만 원을 차용하면서 자신의 승용차에 근저당권을 설정해 주었으나 이후 당해 자동차를 다른 사람에게 매도한 경우 배임죄가 성립하지 않는다.
- ② 타인에게 매도담보로 제공한 동산을 그대로 계속하여 점유하고 있는 경우에 그 동산을 임의로 처분하였다면 배임죄가 성립한다.
- ③ 甲이 A에게 금전을 대여하면서 A로부터 그 담보로 동산을 교부받아 보관하고 있던 중 담보권의 범위를 벗어나서 그 동산 담보물을 처분한 경우 甲에게는 횡령죄가 성립한다.
- ④ 양도담보로 제공된 동산을 채권자가 채무자와의 합의를 통해 점유보관하고 있다가 변제기가 도래하기 전에 그 목적물을 임의로 제3자에게 처분하면 횡령죄가 성립한다.
- ⑤ 채무자가 채무이행의 담보를 위하여 동산에 관한 양도담보계약을 체결하고 점유개정의 방법으로 여전히 그 동산을 점유하는 경우 그 동산을 다른 사유에 의하여 보관하게 된 채권자는 타인 소유의 물건을 보관하는 자로서 횡령죄의 주체가 된다.

[정답] ②

- ① (O) 특별한 사정이 없는 한 저당권설정자가 단순히 그 저당권의 목적인 자동차를 다른 사람에게 매도한 것만으로는 배임죄가 성립하지 아니한다(大判 2008.8.21. 2008도3651). <주> 저당권자는 자신의 권리가 자동차 등록부에 기재되어 손해를 볼 여지가 없으므로 배임죄가 성립하지 않는다.
- ② (X) 횡령죄가 되는 것이고 권리행사방해죄는 성립되지 않는다. (大判 1962.02.08. 4294형상470). <주> 동산 양도담보와 달리, 동산 매도담보는 매매로 소유권을 넘기는 담보방식으로서 내부적으로 채권자의 소유이다. 따라서 채무자의 처분은 타인소유물에 대한 횡령죄이다.
- ③ (O) (大判 1989.4.11. 88도906). <주> 동산 양도담보는 내부적으로 채무자의 소유이다. 위 지문은 “채권자”의 처분으로 타인소유 재물에 대한 횡령죄가 성립한다.
- ④ (O) 동산의 소유권은 여전히 채무자에게 남아 있으므로 그 동산을 다른 사유에 의하여 보관하게 된 채권자는 타인 소유의 물건을 보관하는 자로서 횡령죄의 주체가 될 수 있다(大判 1989.4.11. 88도906).
- ⑤ (O) (大判 1989.4.11. 88도906). <주> 채권자의 처분으로 횡령죄의 주체가 된다.

12-2. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 돈사에서 대량으로 사육되는 돼지에 대한 이중의 양도담보설정 계약이 체결된 경우 뒤에 양도담보 설정계약을 체결한 이중양수 채권자가 임의로 돼지를 반출한 경우 절도죄를 구성하지 않는다.
- ② 피고인이 축산업협동조합이 점유하는 타인 소유의 창고의 패널을 점유자인 그 조합으로부터 명시적인 허락을 받지 않은 채 소유자인 위 타인으로 하여금 취거하게 한 경우 소유자를 도구로 이용한 절도죄의 간접정범이 성립될 수 있다.
- ③ 채권자가 양도담보 목적물을 제3자에게 처분하여 그 목적물의 소유권을 취득하게 한 다음 그 제3자로 하여금 채권자로부터 목적물반환청구권을 양도받는 방법으로 그 목적물을 취거하게 한 경우 그 제3자의 목적물 취거행위는 절도죄를 구성한다.
- ④ 채권자 甲이 채무자가 점유하고 있는 양도담보 목적물인 동산을 제3자인 乙에게 매각하여 그 목적물의 소유권을 취득하게 한 다음 乙로 하여금 甲으로부터 목적물반환청구권을 양도받는 방법으로 그 목적물을 취거하게 한 경우 乙의 취거행위는 절도죄로 처벌되지 않지만 甲의 목적물 처분행위는 절도죄로 처벌된다.

[정답] ②

- ① (X) [1] 금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하되 점유개정의 방법으로 인도하고 채무자가 이를 계속 점유하기로 약정한 경우 뒤의 채권자는 적법하게 양도담보권을 취득할 수 없다. [2] 따라서 뒤에 양도담보설정계약을 체결한 이중양수 채권자가 임의로 돼지를 반출한 행위는 절도죄를 구성한다(大判 2007.2.22. 2006도8649). <주> 동산 양도담보는 내부적으로 채무자의 소유이다. 앞의 담보권자든 뒤의 담보권자든 타인소유 재물을 취거하면 절도죄를 구성한다.
- ② (O) 소유자를 도구로 이용한 절도죄의 간접정범이 성립될 수 있다(大判 2006.9.28. 2006도2963). <주> 피고인이 정을 모르는 소유자를 도구로 이용하여 (피고인 입장에서 볼 때) 타인소유 타인점유의 재물을 취거하게 하여 최종적으로 피고인이 취득한 사안이다.
- ③ (X) [1] 양도담보권자인 채권자가 제3자에게 담보목적물인 동산을 매각한 경우, 제3자는 채권자와 채무자 사이의 정산절차 종결 여부와 관계없이 양도담보 목적물을 인도받음으로써 소유권을 취득하게 되고, 양도담보의 설정자가 담보목적물을 점유하고 있는 경우에는 그 목적물의 인도는 채권자로부터 목적물 반환청구권을 양도받는 방법으로도 가능하다. [2] 따라서 채권자의 위와 같은 행위는 절도죄를 구성하지 않는다(大判 2008.11.27. 2006도4263). <주> 소유자로 하여금 재물을 취거하게 하여 소유자에게 귀속시킨 사안이다.
- ④ (X) 그 제3자로서는 자기의 소유물을 취거한 것에 불과하므로, 채권자의 이 같은 행위는 절도죄를 구성하지 않는다(大判 2008. 11. 27. 2006도4263)

p.923 문제 13. 아래 내용으로 완전 다 대체합니다.

5. 담보권의 실행 등

13. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 담보권자가 변제기 경과 후 담보권을 실행하기 위하여 담보목적물을 처분함에 있어 부당하게 염가로 처분한 경우 배임죄가 성립하지 않는다.
- ② 양도담보권자가 변제기 경과 후에 담보권을 실행하여 그 환가대금 또는 평가액을 채권원리금과 담보권 실행비용 등의 변제에 충당하고 나머지를 담보제공자에게 반환할 의무는 자신의 정산의무이므로, 그 정산의무를 이행하지 아니하여도 배임죄를 구성하지 않는다.
- ③ 변제기 경과 후 담보권자가 제3자 앞으로 가등기를 경료하거나 근저당권을 설정하고 금원을 차용하여 이로써 양도담보채권의 변제에 충당하고 그 잔액을 채무자에게 정산한 행위를 위법한 담보물의 처분행위로서 채무자에 대한 배임행위가 된다고 단정할 수 없다.
- ④ 부동산양도담보권자는 채권회수를 위하여 그 담보부동산을 환가처분할 권리를 가지지만 채권변제와는 아무런 관계도 없이 제3자의 채무를 위하여 근저당권을 설정해 준 소위는 채무자에 대한 배임행위가 아니다.
- ⑤ 양도담보가 처분정산형이든 귀속정산형이든 담보권자가 청산금을 담보제공자에게 반환할 의무는 담보계약에 따라 부담하는 자신의 정산의무이므로 그 의무를 이행하는 사무는 타인인 채무자의 사무처리에 속한다고 볼 수 없다. 따라서 그 정산의무를 이행하지 아니한 행위는 배임죄를 구성하지 않는다.

[정답] ④

- ① (O) 채권자인 담보권자가 담보목적물을 처분함에 있어 시가에 따른 적절한 처분을 하여야 할 의무는 담보계약상의 민사채무일 뿐이다(大判 1997.12.23, 97도2430).
- ② (O) 채권자인 양도담보권자가 담보목적물을 처분한 후의 정산의무는 민사채무일 뿐이다(大判 1989.10.24, 87도126).
- ③ (O) 변제기 경과 후 담보권을 실행하는 방법으로 양도담보 목적물을 환가처분하거나 평가처분하는 대신에 다시 제3자 앞으로 가등기를 경료하거나 근저당권을 설정하고 금원을 차용하여 이로써 양도담보채권의 변제에 충당하고 그 잔액을 채무자에게 정산한다 하여도, 채무자로서는 가등기 또는 근저당권등의 부담은 불을지연정 담보 목적물의 환수권을 상실하지 아니하여 위의 환가처분이나 평가처분보다 불이익하다고 볼 수 없으므로 당사자의 의사에 반한다고 볼 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 채권추심을 위한 양도 담보권자의 담보설정행위를 위법한 담보물의 처분행위로서 채무자에 대한 배임행위가 된다고 단정할 수 없다(大判 1982.9.28, 82도1621). <주> 양도담보 채권자가 자기의 채권추심을 위한 담보권 실행의 방법으로 제3자에게 근저당권을 설정하였으므로 채무자에게 손해 위험이 발생하지 않았다.
- ④ (X) 양도담보권자의 처분은 채권의 변제충당을 위한 환가방법으로서 적절한 처분을 하여야 할 의무가 있다(大判 1977.5.24., 76도4180). <주> 양도담보 채권자가 제3자의 채무를 담보하기 위하여 또 다른 제3자에게 근저당권을 설정하였으므로 채무자에게는 자기 채무 변제 이외의 추가적인 손해 위험이 발생하였다.
- ⑤ (O) 부동산매매에 있어서의 매도인의 등기의무와 같이 타인인 채무자의 사무처리에 속하는 것이라고 볼 수는 없어 그 정산의무를 이행하지 아니한 소위는 배임죄를 구성하지 않는다(大判 1985. 11. 26. 85도1493, 전합).

p.924 문제 14.를 아래 문제로 완전 다 대체합니다.

6. 계주

14. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 낙찰계의 계주가 계원들로부터 월불입금을 징수하여 지정된 갯날에 지정된 계원에게 계금을 지급할 의무는 배임죄에 있어서의 '타인의 사무'에 해당한다.
- ② 계주가 계원들로부터 월불입금을 모두 징수하였음에도 불구하고 정당한 사유 없이 지정된 계원에게 계금을 지급하지 않은 경우 배임죄가 성립한다.
- ③ 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 가한 경우 배임죄가 성립한다.
- ④ 낙찰계의 계주가 계원들로부터 계불입금을 징수하지 아니하였다면 그러한 상태에서 부담하는 계금지급의무는 단순한 채권관계상의 의무에 불과하여 타인의 사무에 속하지 아니하나, 이는 계주가 계원들과의 약정을 위반하여 계불입금을 징수하지 않은 경우에는 달리 보아야 한다.
- ⑤ 낙찰계의 계주가 계원들에게서 계불입금을 징수하지 않은 상태에서 부담하는 계금지급의무는 배임죄에서 말하는 '타인의 사무'에 해당하지 않는다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 1987.2.24. 86도1744).
- ② (O) (大判 1994. 3.8 93도2221).
- ③ (O) (大判 1995.9.29, 95도1176).
- ④ (X) 계주가 계원들로부터 계불입금을 징수하지 아니하였다면 그러한 상태에서 부담하는 계금지급의무는 위와 같은 신임관계에 이르지 아니한 단순한 채권관계상의 의무에 불과하여 타인의 사무에 속하지 아니하고, 이는 계주가 계원들과의 약정을 위반하여 계불입금을 징수하지 아니한 경우라 하여 달리 볼 수 없다(大判 2009.08.20.2009도3143).
- ⑤ (O) 계주가 계원들로부터 계불입금을 징수하지 아니하였다면 그러한 상태에서 부담하는 계금지급의무는 위와 같은 신임관계에 이르지 아니한 단순한 채권관계상의 의무에 불과하여 타인의 사무에 속하지 않는다(大判 2009.08.20.2009도3143).

p.925

15번 문제를 아래 문제로 완전 다 대체합니다.

7. 동산 매매

15. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 부동산 이종매매와는 달리 동산이종매매의 경우는 배임죄가 성립하지 않는다.
- ② 자기소유의 동산에 대해 매수인과 매매계약을 체결한 매도인이 중도금까지 지급받은 상태에서 그 목적물을 제3자에 대한 자기의 채무변제에 같음하여 그 제3자에게 양도해 버린 경우에는 기존 매수인에 대한 배임죄가 성립하지 않는다.
- ③ 동산 매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하지 아니한다.
- ④ 자동차의 매도인이 매수인에 대하여 소유권이전등록을 할 의무는 배임죄에서 타인의 사무를 처리할 의무이므로, 매도인이 매수인에게 소유권이전등록을 하지 아니하고 타에 처분하였다면 배임죄가 성립한다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 2011.1.20. 2008도10479 전합).
- ② (O) 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다(大判 2011.01.20. 2008도10479 전합).
- ③ (O) (大判 2020.10.22. 2020도6258 전합).
- ④ (X) 동산 이종매매의 법리는 권리이전에 등기·등록을 요하는 동산에 대한 매매계약에서도 동일하게 적용되므로, 자동차 등의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하여, 매도인이 매수인에게 소유권이전등록을 하지 아니하고 타에 처분하였다고 하더라도 마찬가지로 배임죄가 성립하지 아니한다(大判 2020.10.22. 2020도6258 전합).

19. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 피고인이 자신 소유의 전답을 피해자가 경작, 관리하고 임야에 자생하는 송이를 채취할 수 있도록 하는 토지경작관리계약을 체결한 후 송이의 채취권을 제3자에게 이중으로 양도하였다면 배임죄가 성립한다.
- ② 상표권 양도약정을 체결한 자가 그 상표권 이전등록의무를 이행을 거부하고 그 상표를 계속 사용하는 경우 배임죄가 성립한다.
- ③ 다방을 임차하면서 임차기간 동안 영업허가 명의를 임차인 명의로 변경하고 임대차 종료시 임대인에게 명의반환을 하기로 약정하고도 임대차 종료 후 임차인이 명의반환을 거부하는 경우 배임죄에 해당하지 않는다.
- ④ 피고인이 공동매수인들과 주류제조 면허권에 관한 양도 계약을 체결하고 그 대가를 지급받았는데도 공동매수인 중의 1인으로부터 뒤통을 받고 그 면허 이전절차에 필요한 구비서류 일체를 교부하였다면, 배임죄를 구성한다.
- ⑤ 주권발행 전 주식에 대한 양도계약에서의 양도인이 제3자에 대한 대항요건을 갖추어 주지 아니하고 이를 타에 처분하였다면 형법상 배임죄가 성립한다.

[정답] ④

- ① (X) 배임죄가 성립하지 아니한다(大判 2007.4.13. 2006도558).
- ② (X) 상표권이전등록을 이행하여 자기의 양도행위를 완성하여야 하는 자기의 채무의 불이행에 불과하여 배임죄를 구성하는 것이라고 할 수 없다(大判 1984.5.29. 83도2930).
- ③ (X) 피고인은 임대기간이 종료되면 그 허가 명의를 변경할 수 있도록 협력할 의무가 있다(大判 1981.8.20. 80도1176). <주> 다방영업권은 공법상 권리이다.
- ④ (O) (大判 1984.5.9. 83도3084). <주> 주류제조권은 공법상 권리이다.
- ⑤ (X) 주권발행 전 주식의 양도는 양도인과 양수인의 의사표시만으로 그 효력이 발생한다. 그 주식양수인은 특별한 사정이 없는 한 양도인의 협력을 받을 필요 없이 단독으로 자신이 주식을 양수한 사실을 증명함으로써 회사에 대하여 그 명의개서를 청구할 수 있다. 따라서 양도인이 양수인으로 하여금 회사 이외의 제3자에게 대항할 수 있도록 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 승낙을 갖추어 주어야 할 채무를 부담한다 하더라도 이는 자기의 사무라고 보아야 하므로, 위 사안에서 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다(大判 2020. 6. 4. 2015도60570).

1. 횡령액, 배임액의 산정

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 피고인이 피해자로부터 명의신탁을 받아 보관 중인 부동산에 임의로 근저당권을 설정하였는데, 위 부동산에는 이전에 별도의 근저당권설정등기가 마쳐져 있던 경우, 피고인이 부동산을 횡령하여 취득한 이득액은 부동산의 시가 상당액에서 위 범행 전에 설정된 피담보채무액을 공제한 잔액이 아니라 부동산을 담보로 제공한 피담보채무액 또는 채권최고액이라고 보아야 한다.
- ② 피고인이 근저당권설정등기를 마치는 방법으로 각 부동산을 횡령하여 취득한 구체적인 이득액은 각 부동산을 담보로 제공한 피담보채무액 내지 그 채권최고액이 아니라 각 부동산의 시가 상당액에서 범행 전에 설정된 피담보채무액을 공제한 잔액이라고 보아야 한다.
- ③ 1인 회사의 주주가 자신의 개인채무를 담보하기 위하여 회사 소유의 부동산에 대하여 근저당권설정등기를 마쳐 주어 배임죄가 성립한 이후에 그 부동산에 대하여 새로운 담보권을 설정해 주는 행위는 선순위 근저당권의 담보가치를 공제한 나머지 담보가치 상당의 재산상 이익을 침해하는 행위로서 별도의 배임죄가 성립한다.
- ④ 타인에 대하여 전세권설정의무를 부담하는 자가 제3자에게 근저당권을 설정하여 주는 배임행위로 인하여 취득하는 재산상 이익 내지 그 타인의 손해는 그 타인에게 설정하여 주기로 한 전세권의 담보가치 중 제3자와의 거래에 대한 담보로 이용함으로써 상실된 담보가치 상당으로서, 이를 산정함에 있어 제3자에 대한 근저당권 설정 이후에도 당해 부동산의 담보가치가 남아 있는 경우에는 그 부분을 재산상 이익 내지 손해에 포함시킬 수 없다.

[정답] ②

- ① (O) (大判 2013.05.09. 2013도2857). <주> 남은 재산 전부가 아니라 횡령한 만큼만 가액을 산정한다.
- ② (X) 피고인이 부동산을 횡령하여 취득한 이득액은 부동산을 담보로 제공한 피담보채무액 또는 채권최고액이라고 보아야 한다(大判 2013.05.09 2013도2857).
- ③ (O) (大判 2005.10.28. 2005도4915). <주> 주주가 개인채무를 담보하려고 회사 소유의 부동산에 근저당권설정등기를 마쳐주었다. 따라서 이 사안은 자기소유 부동산에 대한 이중저당이 아니라 타인소유 부동산에 대한 대행자의 행위로서 배임죄의 주체가 된다.
- ④ (O) (大判 2009. 9. 24. 2008도9213). <주> 2019도14340 전원합의체 판결에 의하여 자기 소유 부동산에 대한 이중저당은 배임죄가 성립하지 않는다. 따라서 위 판례를 전세권설정의무를 부담하는 자가 제3자에게 근저당권을 설정하는 내용으로 변형하였다. 본 판례는 배임죄가 성립한다는 전제에서 그 배임액의 산정을 따져보는게 쟁점이었다.

08. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 아파트 소유권자인 피고인이 가등기권리자 甲에게 아파트에 관한 소유권이전청구권가등기를 말소해 주면 대출은행을 변경한 후 곧바로 다시 가등기를 설정해 주겠다고 속여 가등기를 말소하게 하여 재산상 이익을 편취한 후, 가등기를 회복해 줄 임무에 위배하여 아파트에 제3자 명의로 근저당권 및 전세권설정등기를 마친 행위는 사기범행과 별도의 배임죄가 성립한다.
- ② 부동산에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없음에도 피해자를 속이고 근저당권설정을 약정하여 금원을 편취한 경우라 할지라도, 목적 부동산에 대하여 제3자에게 근저당권을 설정하여 준 행위는 배임죄를 구성한다.
- ③ 부동산에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없음에도 피해자를 속이고 근저당권설정을 약정하여 금원을 편취한 다음 목적 부동산에 대하여 제3자에게 근저당권을 설정하여 준 행위는 별죄를 구성하지 않는다.
- ④ 피고인이 건물에 관하여 전세임대차계약을 체결할 권한이 없음에도 임차인들을 속이고 전세임대차계약을 체결하여 그 임차인들로부터 전세보증금 명목으로 돈을 교부받은 행위는 사기죄에 해당하고, 건물에 관하여 전세임대차계약이 아닌 월세임대차계약을 체결하여야 할 업무상 임무를 위배하여 전세임대차계약을 체결하여 건물주인 피해자로 하여금 전세보증금반환채무를 부담하게 한 행위는 위 사기죄와 별도로 업무상배임죄에 해당하여 상상적 경합범의 관계에 있다.

[정답] ③

- ① (X) 사기범행에 당연히 예정된 결과에 불과하여 사기죄와 비양립적 관계에 있는 배임죄는 성립하지 않는다(大判 2017.2.15. 2016도15226). <주> 사기죄와 배임죄의 피해자와 객체가 동일하다.
- ② (X) (大判 2008.3.27. 2007도9328). (大判 2020.6.18. 2019도14340 전합). <주> 전합합의체 판결로 기존 판례는 폐기되었다. 따라서 사기죄와 별도로 배임죄는 성립하지 않는다.
- ③ (O) (大判 2008.3.27. 2007도9328). (大判 2020.6.18. 2019도14340 전합). <주> 전합합의체 판결로 기존 판례는 폐기되었다. 따라서 사기죄와 별도로 배임죄는 성립하지 않는다.
- ④ (X) 위 각 죄는 서로 구성요건 및 그 행위의 태양과 보호법익을 달리하고 있어 상상적 경합범의 관계가 아니라 실제적 경합범의 관계에 있다고 할 것이다(大判 2010.11.11. 2010도10690).

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 매수인 甲에게 소유권이전등기를 하여 줄 의무가 있는 토지소유자가 그 임무에 위배하여 그 토지를 처분한다는 정을 알면서 乙이 그 토지를 매수하여 소유권이전등기를 마친 경우 장물취득죄가 성립한다.
- ② 재산범죄를 저지른 이후에 별도의 재산범죄의 구성요건에 해당하는 사후행위가 있었다면 그 행위는 불가벌적 사후행위로서 처벌의 대상이 되지 않으므로 그 사후행위로 인하여 취득한 물건은 장물이 될 수 없다.
- ③ 장물이라 함은 재산죄인 범죄행위에 의하여 영득된 물건을 말하는 것으로서, 본범의 행위에 관한 법적평가는 그 행위에 대하여 우리 형법이 적용되지 아니하는 경우에도 우리 형법을 기준으로 하여야 하고 또한 이로써 충분하다.
- ④ 장물죄의 본범의 행위에 관한 법적 평가는 그 행위에 대하여 우리 형법이 적용되지 아니하는 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 국제사법의 규정에 좇아 정하여지는 준거법을 기준으로 하여야 한다.
- ⑤ 甲이 권한 없이 인터넷 뱅킹으로 타인의 예금계좌에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체한 후 그 중 일부를 인출하여 그 정을 아는 乙에게 교부하였다. 乙은 장물취득죄가 성립한다.

[정답] ③

- ① (X) 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(大判 1975.12.9. 74도2804).
- ② (X) 재산범죄를 저지른 이후에 별도의 재산범죄의 구성요건에 해당하는 사후행위가 있었다면 비록 그 행위가 불가벌적 사후행위로서 처벌의 대상이 되지 않는다 할지라도 그 사후행위로 인하여 취득한 물건은 재산범죄로 인하여 취득한 물건으로서 장물이 될 수 있다(大判 2004.4.16. 2004도353).
- ③ (O) (大判 2011.4.28. 2010도15350).
- ④ (X) 본범의 행위에 관한 법적 평가는 그 행위에 대하여 우리 형법이 적용되지 아니하는 경우에도 우리 형법을 기준으로 하여야 한다(大判 2011. 4. 28. 2010도15350). <주> 준거법이 아니라 우리형법이다.
- ⑤ (X) 컴퓨터등사용사기죄에 의하여 취득한 예금채권은 재물이 아니라 재산상 이익이므로, 그가 자신의 예금계좌에서 돈을 인출하였더라도 장물을 금융기관에 예치하였다가 인출한 것으로 볼 수 없다(大判 2004.4.16., 2004도353).

09. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 전당포영업자가 보석들을 전당잡으면서 인도받을 당시 장물인 정을 몰랐다가 그 후 장물일지도 모른다고 의심하면서 소유권포기각서를 받은 경우 장물취득죄에 해당한다.
- ② 장물취득죄에서 '취득'이라고 하는 것은 점유를 이전받음으로써 그 장물에 대하여 사실상의 처분권을 획득하는 것을 의미하며, 반드시 유상일 필요는 없다.
- ③ 신용카드를 절취한 본범으로부터 보수를 줄 터이니 대신 물건을 구입하여 달라는 부탁을 받고 신용카드가 절취된 것이라는 정을 알면서 그 부탁을 들어줄 생각으로 이를 건네받았다면 장물취득죄가 성립한다.
- ④ 장물인 정을 모르고 장물을 보관하였다가 나중에 장물인정을 알게 된 경우, 그 정을 알면서도 계속하여 보관하는 것은 장물보관죄에 해당하고, 이는 설령 해당 장물을 점유할 권한을 갖는 경우에도 마찬가지이다.

[정답] ②

- ① (X) 전당포영업자가 보석들을 전당잡으면서 인도받을 당시 장물인 정을 몰랐다가 그 후 장물일지도 모른다고 의심하면서 소유권포기각서를 받은 행위는 장물취득죄에 해당하지 않는다(大判 2006.10.13, 2004도6084).
- ② (O) (大判 2003.5.13, 2003도1366).
- ③ (X) 단순히 보수를 받고 본범을 위하여 장물을 일시 사용하거나 그와 같이 사용할 목적으로 장물을 건네받은 것만으로는 장물을 취득한 것으로 볼 수 없다(大判 2003.5.13, 2003도1366). <주> 장물보관죄가 성립한다.
- ④ (X) 점유할 권한이 있는 때에는 이를 계속하여 보관하더라도 장물보관죄가 성립하지 않는다(大判 1986.1.21, 85도2472; 大判 2006.10.13, 2004도6084).

11. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 甲이 미등록 상태였던 수입자동차를 취득하여 신규등록을 마친 후 그 수입자동차가 장물일지도 모른다고 생각하면서도 이를 다시 제3자에게 양도한 경우, 구 「자동차관리법」이 「자동차 소유권의 득실변경은 등록을 하여야 그 효력이 생긴다」라고 규정하고 있어 수입자동차를 신규등록하였을 때 그 최초등록명의인인 甲이 해당수입자동차를 원시취득한 것이어서 장물성이 상실되므로 장물양도죄가 성립하지 않는다.
- ② 장물운반행위를 공모한 일이 없는 이상 타인이 절취, 운전하는 승용차의 뒷좌석에 편승한 것을 가리켜 장물운반행위의 실행을 분담하였다고 볼 수 있다.
- ③ 차량을 절취한 본범으로부터 그 차량을 이용한 강도제의를 수락하고 그 본범으로부터 그 차량을 운전하여 범행예정 장소까지 운행하였다면 강도예비죄 외에 장물운반죄는 성립하지 않는다.
- ④ 장물인 귀금속의 매도를 부탁받은 피고인이 그 귀금속이 장물임을 알면서도 매매를 중개하고 매수인에게 이를 전달하려다가 매수인을 만나기 전에 체포되었다면 장물알선죄가 성립한다.

[정답] ④

- ① (X) [1] 구 자동차관리법 제6조가 “자동차 소유권의 득실변경은 등록을 하여야 그 효력이 생긴다.”고 규정하고 있기는 하나, 위 규정은 도로에서의 운행에 제공될 자동차의 소유권을 공증하고 안전성을 확보하고자 하는 데 그 취지가 있는 것이므로, 장물인 수입자동차를 신규등록하였다고 하여 그 최초 등록명의인이 해당 수입자동차를 원시취득하게 된다거나 그 장물양도행위가 범죄가 되지 않는다고 볼 수는 없다. [2] 사안의 경우, 피고인에게 장물양도죄가 인정된다(大判 2011.5.13. 2009도3552).
- ② (X) 타인이 절취, 운전하는 승용차의 뒷좌석에 편승한 것을 가리켜 장물운반행위의 실행을 분담하였다고는 할 수 없다(大判 1983.9.13. 83도1146).
- ③ (X) 강도예비죄 외에 장물운반죄도 성립한다(大判 1999.3.26., 98도3030).
- ④ (O) 장물인 정을 알면서 장물을 취득·양도·운반·보관하려는 당사자 사이에 서서 서로를 연결하여 장물의 취득·양도·운반·보관행위를 중개하거나 편의를 도모하였다면, 그 알선에 의하여 당사자 사이에 실제로 장물의 취득·양도·운반·보관에 관한 계약이 성립하지 아니하였거나 장물의 점유가 현실적으로 이전되지 아니한 경우에도 장물알선죄가 성립한다(大判 2009.4.23. 2009도1203).

p.952 ② “甲은” 한 단어만 수정합니다.

13. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 전당포주가 물품을 전당잡고자 할 때는 전당물주의 주소, 성명, 직업, 연령과 그 물품의 출처, 특징 및 전당잡히려는 동기, 그 신분에 상응한 소지인지의 여부 등을 알아보아야 할 업무상의 주의의무가 있다 할 것이고 이를 게을리 하여 장물인 정을 모르고 전당잡은 경우에는 비록 주민등록증을 확인하였다 하여도 그 사실만으로는 업무상 과실장물취득의 죄책을 면할 수 없다.
- ② 시계점을 경영하면서 중고시계의 매매도 하고 있는 甲은, 후에 장물로 판정된 시계를 매입함에 있어 매도인에게 그 시계의 구입장소, 구입시기, 매각이유 등을 묻고 비치된 장부에 매입가격 및 주민등록증에 의해 확인된 위 매도인의 인적사항 일체를 사실대로 기재하는 것 이외에도 위 매도인의 신분이나 시계 출처 및 소지 경위에 대한 매도인의 설명의 진부에 대하여서까지 확인하여야 할 주의의무가 있다.
- ③ 금은방을 운영하는 자는 전당물을 취득함에 있어 좀 더 세심한 주의를 기울였다면 그 물건이 장물임을 알 수 있는 특별한 사정이 있다면, 신원확인절차를 거치는 이외에 매수물품의 성질과 종류 및 매도자의 신원 등에 더 세심한 주의를 기울여 전당물인 귀금속이 장물인지의 여부를 확인할 주의의무를 부담한다.
- ④ 금은방을 운영하는 甲은 일주일 전에 乙(19세)로부터 14K 커플링반지를 매수하였는데, 乙이 다시 18K 큐빅반지 2개를 가져오자 주민등록증으로 신원을 확인한 후 장물임을 모르고 매수하였다면 업무상과실장물취득죄가 성립한다.

[정답] ②

- ① (O) (大判 1985.2.26. 84도2732).
- ② (X) 위 매도인의 신분이나 시계의 출처 및 소지 경위에 대한 위 매도인의 설명의 진부에 대하여서까지 확인하여야 할 주의의무가 있다고는 보기 어렵다(大判 1984.2.14. 83도2982).
- ③ (O) (大判 2003.4.25. 2003도348).
- ④ (O) (大判 2003.4.25. 2003도348).

3. 기타 효용침해

06. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 판결에 의하여 명도 받은 토지의 경계에 설치해 놓은 철조망과 경고판을 치워 버림으로써 울타리로서의 역할을 해한 때 손괴죄가 성립한다.
- ② 甲 소유였다가 약정에 따라 乙 명의로 이전되었으나 권리관계에 다름이 생긴 토지상에서 甲이 버스공용터미널을 운영하고 있는데, 乙이 甲의 영업을 방해하기 위하여 철조망을 설치하려 하자 甲이 위 철조망을 가까운 곳에 마땅한 장소가 없어 터미널로부터 약 200 내지 300m 가량 떨어진 甲 소유의 다른 토지 위에 옮겨 놓은 경우 손괴죄가 성립한다.
- ③ 해고노동자 등이 복직을 요구하는 집회를 개최하던 중 래커 스프레이를 이용하여 회사 건물 외벽과 1층 벽면 등에 낙서한 행위와 계란 30여 개를 건물에 투척한 행위는 모두 건물의 효용을 해한 것으로 볼 수 있다.
- ④ 甲 주식회사의 직원인 피고인들이 유색 페인트와 래커 스프레이를 이용하여 甲 회사 소유의 도로 바닥에 직접 문구를 기재하거나 도로 위에 놓인 현수막 천에 문구를 기재하여 페인트가 바닥으로 배어 나와 도로에 배게 한 행위는 특수재물손괴죄가 성립한다.

[정답] ①

- ① (O) 재물손괴죄가 성립한다(大判 1982.7.13, 82도1057).
- ② (X) 갑의 행위에는 재물의 소재를 불명하게 함으로써 그 발견을 곤란 또는 불가능하게 하여 그 효능을 해하게 하는 재물은닉의 범의가 있다고 할 수 없다(大判 1990. 9. 25. 90도1591).
- ③ (X) 해고노동자 등이 복직을 요구하는 집회를 개최하던 중 래커 스프레이를 이용하여 회사 건물 외벽과 1층 벽면 등에 낙서한 행위는 건물의 효용을 해한 것으로 볼 수 있으나, 이와 별도로 계란 30여 개를 건물에 투척한 행위는 건물의 효용을 해하는 정도의 것에 해당하지 않는다(大判 2007. 6. 28. 2007도2590).
- ④ (X) 도로 바닥에 페인트와 래커 스프레이로 쓰여 있는 여러 문구는 아스팔트 접착용 도료로 덧칠하는 등의 방법으로 원상회복되었는데, 그다지 많은 시간과 큰 비용이 들었다고 보이지 않는 점 등을 종합하면, 피고인들이 위와 같은 방법으로 도로 바닥에 여러 문구를 써놓은 행위가 위 도로의 효용을 해하는 정도에 이른 것이라고 보기 어렵다(大判 2020. 3. 27. 2017도20455). <주> 래커 스프레이로 건물 외벽에 낙서하면 손괴죄에 해당하지만, 도로 바닥에 낙서하면 손괴죄에 해당하지 않는다.

09. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 뽕밭을 유린하는 소의 고삐가 나무에 얽혀 풀 수 없는 상황 하에서 고삐를 낮으로 끊고 소를 밭에서 끌어내었다면 손괴죄가 성립하지 아니한다.
- ② 타인의 가재도구를 옥상에 옮겨 놓고 비닐천 등을 덮어씌워 비가 스며들지 않게끔 하였으나 그 무렵 내린 비로 침수되어 파손되었다면 손괴죄가 성립한다.
- ③ 피고인이 피해자를 좀 더 호젓한 곳으로 데려가려고 피해자의 가방을 빼앗고 따라오라고 하였는데 피해자가 따라오지 아니하고 그냥 돌아가자, 피고인이 가방을 돌려주기 위하여 부근 일대를 돌아다니면서 피해자를 찾아다녔다면 피고인에게 손괴죄가 성립하지 아니한다.
- ④ 피고인이 야간에 피해자들이 운영하는 식당의 창문과 방충망을 창틀에서 분리하였을 뿐 물리적으로 훼손하여 효용을 상실하게 하지 않은 경우 손괴죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 홍보를 위해 1층 로비에 설치해 둔 홍보용 배너와 거치대를 훼손 없이 그 장소에서 제거하여 컨테이너로 된 창고로 옮겨 놓아 사용할 수 없게 한 행위는 재물의 효용을 해하는 행위에 해당한다.

[정답] ②

- ① (O) (大判 1976.12.28. 76도2359).
- ② (X) 손괴죄가 성립하지 아니한다(大判 1983.5.10. 83도595).
- ③ (O) (大判 1992.7.28. 92도1345).
- ④ (O) (大判 2015.10.29. 2015도7559).
- ⑤ (O) 위 광고판은 본래적 역할을 할 수 없는 상태로 되었으므로 피고인의 행위는 재물손괴죄에서의 재물의 효용을 해하는 행위에 해당한다(大判 2018. 7. 24. 2017도18807).

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 자기의 소유가 아닌 물건은 권리행사방해죄의 객체가 될 수 없다.
- ② 甲 종합건설회사가 유치권 행사를 위하여 점유하고 있던 주택에 피고인이 그 소유자인 처와 함께 출입문 용접을 해제하고 들어가 거주한 경우 권리행사방해죄가 성립하지 않는다.
- ③ 피해자와 피고인 사이에, 피해자가 피고인 소유의 입목을 벌채하는 등의 공사를 완료하면 피고인은 피해자에게 대금지급에 갈음하여 그 벌채된 원목을 인도한다는 내용의 계약에 따라 피해자가 위 계약상의 의무를 이행하였지만, 피고인은 벌채된 원목을 타인에게 매도하고 반출하였다면 절도죄를 구성한다.
- ④ 권리행사방해죄에 있어서의 타인의 점유는 정당한 원인에 기하여 그 물건을 점유하는 권리 있는 점유를 의미하는 것으로, 무효인 경매절차에서 경매목적물을 경락받아 이를 점유하고 있는 낙찰자는 권리행사방해죄에 있어서의 타인의 물건을 점유하고 있는 자에 해당하지 않는다.

[정답] ①

- ① (O) 형법 제323조의 권리행사방해죄는 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건을 취거, 은닉 또는 손괴하여 타인의 권리행사를 방해함으로써 성립하는 것이므로 그 취거, 은닉 또는 손괴한 물건이 자기의 물건이 아니라면 권리행사방해죄가 성립할 여지가 없다(大判 2003.05.30. 2000도5767).
- ② (X) 권리행사방해죄가 성립한다(大判 2011.5.13. 2011도2368). <주> 유치권도 보호된다. 피고인은 소유자인 처와 함께 권리행사방해죄의 공범이다.
- ③ (X) 아직 피고인이 甲에게 위 원목에 관한 소유권이전의 의사표시를 하고 이를 인도하지 아니한 채 이를 타인에게 매도한 행위는 자기 소유 물건의 처분행위에 불과하여 절도죄를 구성하지 아니한다(大判 1991.4.26. 90도1958). <주> 점유를 수반하지 않는 인도청구권도 보호된다. 피고인은 자기소유의 원목을 반출하였으므로 절도죄가 아니라 권리행사방해죄를 구성한다.
- ④ (X) 무효인 경매절차에서 경매목적물을 경락받아 이를 점유하고 있는 낙찰자의 점유는 적법한 점유로서 그 점유자는 권리행사방해죄에 있어서의 타인의 물건을 점유하고 있는 자라고 할 것이다(大判 2003. 11. 28. 2003도4257).

3. 주체 - 자기소유

06. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 취거, 은닉 또는 손괴한 물건이 자기 소유의 물건이 아니라면 권리행사방해죄가 성립할 여지가 없다.
- ② 강제경매절차에서 타인의 명의로 매수한 부동산은 형법 제323조(권리행사방해죄)에 규정된 '자기의 물건'에 해당하지 않는다.
- ③ A주식회사의 실질적인 대표이사인 甲이 지입차주인 B, C가 지입료 납부를 거부하거나 지체하였다는 이유로 그들이 점유하는 A주식회사 명의의 트럭을 무단으로 가져온 경우 권리행사방해죄가 성립한다. (다만, A주식회사와 B, C 사이에 트럭의 소유관계에 관한 특약은 없음)
- ④ 주식회사의 대표이사가 대표이사의 지위에 기하여 그 직무집행행위로서 타인이 점유하는 위 회사의 물건을 취거하였다고 하더라도 권리행사방해죄가 성립하지 아니한다.
- ⑤ 회사의 전직 대표이사가 회사가 타인에게 담보로 제공한 회사 소유의 물건을 타에 매도한 경우 권리행사방해죄를 구성하지 않는다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2005.11.10. 2005도6604).
- ② (O) 부동산경매절차에서 부동산을 매수하려는 사람이 다른 사람과의 명의신탁약정 아래 그 사람의 명의로 매각허가결정을 받아 자신의 부담으로 매수대금을 완납한 때에는 경매목적 부동산의 소유권은 매수대금의 부담 여부와는 관계없이 그 명의인이 취득하게 되는 것이므로, 타인의 명의로 강제경매를 통해 부동산을 매수한 피고인이 당해 부동산에 대한 피해자(유치권자)의 점유를 침탈하였다고 하더라도 피고인의 물건에 대한 타인의 권리행사를 방해한 것으로 볼 수는 없다.(大判 2019. 12. 27. 2019도14623).
- ③ (O) (大判 2003.6.27. 2002도6088).
- ④ (X) 주식회사의 대표이사가 대표이사의 지위에 기하여 그 직무집행행위로서 타인이 점유하는 위 회사의 물건을 취거한 경우에는, 위 행위는 위 회사의 대표기관으로서의 행위라고 평가되므로, 위 회사의 물건도 권리행사방해죄에 있어서의 "자기의 물건"이라고 보아야 할 것이다(大判 1992.01.21. 91도1170).
- ⑤ (O) (大判 2006.3.23. 2005도4455).

4. 권리행사방해죄 기타

10. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 종종 및 배우자에 대한 특례가 인정되는 경우나 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 그 일방당사자가 되고 그 타방 당사자가 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 경우 이외에는 명의수탁자는 명의신탁 받은 부동산의 소유자가 될 수 없고, 이는 제3자에 대한 관계에 있어서도 마찬가지이다.
- ② 타인의 권리행사가 현실적으로 방해되지 않았을지라도 방해될 우려가 있다면 본죄가 성립한다.
- ③ 권리행사방해죄에서 은닉이란 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기 물건 등의 소재를 발견하기 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란한 상태에 두는 것을 말하고, 그로 인하여 권리행사가 방해될 우려가 있는 상태에 이르면 권리행사방해죄가 성립하며 현실로 권리행사가 방해되었을 것까지 필요로 하는 것은 아니다.
- ④ 甲이 乙과 공동으로 A의 권리행사를 방해한 혐의로 기소되었으나 물건의 소유자인 乙에게 고의가 없는 등으로 범죄가 성립하지 않는 경우에도 甲에게 권리행사방해죄의 공동정범이 성립될 여지가 있다.
- ⑤ 물건의 소유자가 아닌 사람은, 권리행사방해죄의 주체가 될 수 없지만, 물건 소유자의 권리행사방해 범행에 가담한 경우 그의 공범은 될 수 있다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2007.1.11. 2006도4215). <주> 명의수탁자는 명의신탁이 유효하거나 계약명의신탁에서 매도인이 선의인 경우에만 대외적으로 소유자가 될 수 있고, 그 외에는 대외적으로 소유자가 될 수 없다.
- ② (O) (大判 2016.11.10. 2016도13734). <주> 위협범이다.
- ③ (O) (大判 2017.5.17. 2017도2230).
- ④ (X) 권리행사방해죄의 공범으로 기소된 물건의 소유자에게 고의가 없는 등으로 범죄가 성립하지 않는다면 공동정범이 성립할 여지가 없다(大判 2017.5.30. 2017도4578). <주> 정범이 없으면 공범도 성립할 수 없다.
- ⑤ (O) 물건의 소유자가 아닌 사람은 형법 제33조 본문에 따라 소유자의 권리행사방해 범행에 가담한 경우에 한하여 그의 공범이 될 수 있을 뿐이다. 그러나 권리행사방해죄의 공범으로 기소된 물건의 소유자에게 고의가 없는 등으로 범죄가 성립하지 않는다면 공동정범이 성립할 여지가 없다(大判 2017. 5. 30. 2017도4578). <주> 정범이 있으면, 소유자 아닌 자도 그에 대한 공범이 성립할 수 있다.

06. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 휴업급여를 받을 권리는 압류금지채권이나, 이를 계좌로 수령하면 더는 압류금지의 효력이 미치지 않아 강제집행의 객체가 되므로, 휴업급여를 기존의 압류된 예금계좌에서 압류되지 않은 다른 계좌로 바꾸어 수령하면 강제집행면탈죄가 성립한다.
- ② 예금계좌가 압류된 근로자인 피고인이 장차 지급받게 될 급여가 기존의 압류된 예금계좌로 입금될 경우 그 급여를 사용할 수 없게 되어, 새로운 예금계좌를 개설하여 그 예금계좌로 급여를 지급받았다면 강제집행면탈죄가 성립한다.
- ③ 채무자가 제3자 명의로 되어 있던 사업자등록을 또 다른 제3자 명의로 변경하였다면 사업장 내 유체동산에 관한 소유관계를 종전보다 더 불명하게 하여 채권자에게 손해를 입게 할 위험성을 야기한 것이라 봄이 상당하다.
- ④ 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.
- ⑤ 甲 주식회사 대표이사 등인 피고인들이 공모하여 회사 채권자들의 강제집행을 면탈할 목적으로 甲 회사가 시공 중인 건물의 건축주 명의를 甲 회사에서 乙 주식회사로 변경한 경우, 피고인들이 건축주 명의를 변경한 당시에는 지상 8층까지 골조공사가 완료된 채 공사가 중단되었던 사정에 비추어 민사집행법상 강제집행이나 보전처분의 대상이 될 수 없더라도, 강제집행면탈죄가 성립한다.

[정답] ④

- ① (X) 압류금지채권의 목적물이 채무자의 예금계좌에 입금된 경우에는 그 예금채권에 대하여 더 이상 압류금지의 효력이 미치지 아니하므로 그 예금은 압류금지채권에 해당하지 않지만, 압류금지채권의 목적물이 채무자의 예금계좌에 입금되기 전까지는 여전히 강제집행 또는 보전처분의 대상이 될 수 없는 것이므로, 압류금지채권의 목적물을 수령하는 데 사용하던 기존 예금계좌가 채권자에 의해 압류된 채무자가 압류되지 않은 다른 예금계좌를 통하여 그 목적물을 수령하더라도 강제집행이 임박한 채권자의 권리를 침해할 위험이 있는 행위라고 볼 수 없어 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다(大判 2017.8.18. 2017도6229).
- ② (X) 채권자에 의해 압류된 채무자가 압류되지 않은 다른 예금계좌를 통하여 그 목적물을 수령하더라도 강제집행이 임박한 채권자의 권리를 침해할 위험이 있는 행위라고 볼 수 없어 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다(大判 2017. 8. 18. 2017도6229).
- ③ (X) 채무자가 제3자 명의로 되어 있던 사업자등록을 또 다른 제3자 명의로 변경하였다는 사정만으로는 그 변경이 채권자의 입장에서 볼 때 사업장 내 유체동산에 관한 소유관계를 종전보다 더 불명하게 하여 채권자에게 손해를 입게 할 위험성을 야기한다고 단정할 수 없다(大判 2014.6.12. 2012도2732). <주> 채무자 소유가 아니라 제3자 소유물을 은닉한 사안이다.
- ④ (O) (大判 2008.9.11. 2006도8721).
- ⑤ (X) 사안에서, 위 건물은 지하 4층, 지상 12층으로 건축허가를 받았으나 피고인들이 건축주 명의를 변경한 당시에는 지상 8층까지 골조공사가 완료된 채 공사가 중단되었던 사정에 비추어 민사집행법상 강제집행이나 보전처분의 대상이 될 수 있다고 단정하기 어렵다(大判 2014.10.27. 2014도9442).

12. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 강제집행면탈죄는 반드시 채권자를 해하는 결과가 야기되거나 이로 인하여 행위자가 어떤 이익을 취하여야 성립하는 침해범이 아니므로, 채무자가 그 소유의 부동산을 허위로 양도하였다더라도 그 부동산의 시가액보다 그 부동산에 의하여 담보된 채무액이 더 많아 실질적으로 담보가치가 없었다면 그 허위양도로 인해 채권자를 해할 위험이 없다고 보아야 한다.
- ② 피고인이 자신을 상대로 사실혼관계해소 청구소송을 제기한 甲에 대한 채무를 면탈하려고 피고인 명의 아파트를 담보로 10억 원을 대출받아 그 중 8억 원을 타인 명의 계좌로 입금하여 은닉하였다면, 피고인에게 위자료 채권액을 훨씬 상회하는 다른 재산이 있었다고 하더라도 강제집행면탈죄가 성립한다.
- ③ 강제집행을 면할 목적으로 재산을 허위양도하였는데 채무자에게 집행을 확보할 수 있는 충분한 재산이 남아있었던 경우 강제집행면탈죄에 해당하지 않는다.
- ④ 허위채무 등을 공제한 후 채무자의 적극재산이 남는다고 예측되는 경우에는 그 허위채무 부담행위로 채권자를 해할 위험이 있더라도 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다.

[정답] ③

- ① (X) 허위양도한 부동산의 시가액보다 그 부동산에 의하여 담보된 채무액이 더 많다고 하여 그 허위양도로 인하여 채권자를 해할 위험이 없다고 할 수 없다(大判 1999.02.12. 98도2474). <주> 부동산 값이 상승하면 담보된 채무액보다 부동산의 시가액이 더 커지면서 재산의 가치를 가질 수 있기 때문에 강제집행면탈죄의 객체가 될 수 있다.
- ② (X) 甲의 위자료 채권액을 훨씬 상회하는 다른 재산이 있었다면 강제집행면탈죄는 성립하지 않는다(大判 2011.9.8. 2011도5165). <주> 채무를 변제할 충분한 재산이 있다는 뜻이다.
- ③ (O) 채무자의 재산은닉 등 행위 시를 기준으로 채무자에게 채권자의 집행을 확보하기에 충분한 다른 재산이 있었다면 채권자를 해하였거나 해할 우려가 있다고 쉽사리 단정할 것이 아니다(大判 2011.9.8. 2011도5165).
- ④ (X) 채무자에게 약간의 다른 재산이 있다 하여 채권자를 해할 우려가 없다고 할 수 없으므로, 허위채무 등을 공제한 후 채무자의 적극재산이 남는다고 예측되더라도 위 허위채무 부담행위로 채권자를 해할 위험이 있으므로 강제집행면탈죄가 성립한다(大判 2008.4.24. 2007도4585).

p.p.982~983 01번 02번 문제 대신, 아래 01번 01-1번 02번 세 문제로 교체합니다.

1. 범죄단체조직죄

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 범죄단체 등 조직죄는 사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 징역에 해당하는 범죄를 범할 목적이 있어야 한다.
- ② 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 소정의 단체 등의 조직죄는 같은 법에 규정된 범죄를 목적으로 한 단체 또는 집단을 구성하거나 가입함으로써 즉시 성립하고 그와 동시에 완성되는 즉시범이 아니라 계속범이므로 범죄단체에 가입한 자는 탈퇴한 때에 범죄가 종료한다.
- ③ 기존단체의 조직이 완전히 변경되어 동일성이 없는 별개의 단체로 인정될 정도에 이르렀다고 볼 수 없는 경우에는 범죄단체조직죄는 성립하지 않는다.
- ④ 범죄단체조직죄는 범죄를 목적으로 하는 단체를 조직함으로써 성립하는 것이고 그 후 목적인 범죄를 실행하였는지 여부는 범죄단체조직죄의 성립에 영향이 없다.
- ⑤ 범죄단체를 구성하거나 이에 가입한 자가 더 나아가 구성원으로 활동하는 경우 이는 포괄일죄의 관계에 있다.
- ⑥ 범죄단체 가입행위 또는 범죄단체 구성원으로서 활동하는 행위와 사기행위는 포괄일죄의 관계에 있지 않다.

[정답] ②

- ① (O) 제114조(범죄단체 등의 조직) 사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 징역에 해당하는 범죄를 목적으로 하는 단체 또는 집단을 조직하거나 이에 가입 또는 그 구성원으로 활동한 사람은 그 목적인 죄에 정한 형으로 처벌한다. 다만, 형을 감경할 수 있다.
- ② (X) 법에 규정된 범죄를 목적으로 한 단체 또는 집단을 구성함으로써 즉시 성립하고 그와 동시에 완성되는 즉시범이다(大判 1995.1.20., 94도2752). <주> 즉시범이므로 가입으로 기수가 되면 즉시 범죄가 종료된다.
- ③ (O) (大判 2000.3.24. 2000도102).
- ④ (O) (大判 1975.9.23. 75도2321). <주> 살인단체 조직으로 완성되고, 실제로 살인을 할 필요는 없다.
- ⑤ (O) 범죄단체를 구성하거나 이에 가입한 자가 더 나아가 구성원으로 활동하는 경우, 이는 포괄일죄의 관계에 있다(大判 2015.9.10. 2015도7081).<주> 가입과 활동은 포괄일죄이고, 이후 목적인 범죄까지 실행하면 경합범이 된다.
- ⑥ (O) 범죄단체 가입행위 또는 범죄단체 구성원으로서 활동하는 행위와 사기행위는 각각 별개의 범죄구성요건을 충족하는 독립된 행위이고 서로 보호법익도 다르다(大判 2017. 10. 26. 2017도8600). <주> 실제적 경합범이다.

01 -1. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 형법 제114조에서 정한 '범죄를 목적으로 하는 단체'란 특정 다수인이 일정한 범죄를 수행한다는 공동목적 아래 구성한 계속적인 결합체로서 그 단체를 주도하거나 내부의 질서를 유지하는 최소한의 통솔체계를 갖춘 것을 의미한다.
- ② 형법 제114조에서 정한 '범죄를 목적으로 하는 집단'이란 '범죄단체'에서 요구되는 '최소한의 통솔체계'를 갖추는 필요는 없지만, 범죄의 계획과 실행을 용이하게 할 정도의 조직적 구조를 갖추어야 한다.
- ③ 사기범죄를 목적으로 구성된 다수인의 계속적인 결합체로서 총책을 중심으로 간부급 조직원들과 상담원들, 현금인출책 등으로 구성되어 내부의 위계질서가 유지되고 조직원의 역할 분담이 이루어지는 최소한의 통솔체계를 갖추고 있는 보이스피싱 사기조직은 형법상의 범죄단체에 해당한다.
- ④ 사기범죄를 목적으로 구성된 범죄단체에 가입하는 행위 또는 그 범죄단체 구성원으로서 활동하는 행위와 목적된 범죄인 사기행위는 법조경합 관계로 사기죄만 성립한다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 1985.10.8. 85도1515; 大判 2020. 8. 20. 2019도16263)
- ② (O) (大判 2020. 8. 20. 2019도16263)
- ③ (O) 피고인들의 보이스피싱 조직에 의한 사기범죄 행위가 범죄단체 활동에 해당한다(大判 2017.10.26. 2017도8600).
- ④ (X) 범죄단체 가입행위 또는 범죄단체 구성원으로서 활동하는 행위와 사기행위는 각각 별개의 범죄구성요건을 충족하는 독립된 행위이고 서로 보호법익도 달라 법조경합 관계로 목적된 범죄인 사기죄만 성립하는 것은 아니다(大判 2017.10.26. 2017도8600). <주> 범죄단체가입죄와 별개로 사기죄가 성립하고 경합범이다.

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 피고인 甲은 무등록 중고차 매매상사(외부사무실)를 운영하면서 피해자들을 기망하여 중고차량을 불법으로 판매해 금원을 편취할 목적으로 외부사무실 등에서 범죄집단을 조직·활동하고, 피고인 甲, 乙을 제외한 나머지 피고인들은 범죄집단에 가입·활동한 경우 형법 제114조의 '범죄를 목적으로 하는 집단'에 해당한다.
- ② 甲이 乙, 丙, 丁과 함께 어음을 발행한 뒤 부도시키는 방법으로 타인의 재물을 편취하기로 모의한 뒤, 이를 위해 A실업이라는 상호로 사무실을 개설하여 전자제품 도매상을 경영하는 것처럼 위장하고는, 乙의 이름으로 은행에 당좌계정을 개설하여 그 은행으로부터 다량의 어음용지를 교부받아 이를 확보하는 한편, 甲은 A실업의 실질적인 대표자로서 지급의 입출, 어음용지와 도장 등의 보관 책임을 맡고, 乙과 丙은 대외적인 업무를, 丁은 감사로서의 임무를 수행하기로 한 경우 甲에게는 범죄단체조직죄가 성립한다.
- ③ 공무원자격사칭죄가 성립하려면 어떤 직권을 행사할 수 있는 권한을 가진 공무원임을 사칭하고 그 직권을 행사한 사실이 있어야 한다.
- ④ 피고인들이 그들이 위임받은 채권을 용이하게 추심하는 방편으로 합동수사반원임을 사칭하고 협박한 사실이 있다고 하여도 위 채권의 추심행위는 개인적인 업무이지 합동수사반의 수사업무의 범위에는 속하지 아니하므로 이를 공무원자격사칭죄로 처벌할 수 없다.

[정답] ②

- ① (O) 위 외부사무실은 특정 다수인이 사기범행을 수행한다는 공동목적 아래 구성원들이 대표, 팀장, 출동조, 전화상담원 등 정해진 역할분담에 따라 행동함으로써 사기범행을 반복적으로 실행하는 체계를 갖춘 결합체, 즉 형법 제114조의 '범죄를 목적으로 하는 집단'에 해당한다(大判 2020. 8. 20. 2019도16263).
- ② (X) 위 인정사실만으로는 결합의 정도가 어음사기, 범행의 실행을 위한 예비나 공모의 범위를 넘어 어음사기를 목적으로 한 범죄단체로서의 단체내부의 질서를 유지하는 통솔체제를 갖춘 계속적인 결합체에 이른 것으로는 볼 수 없다(大判 1985.10.8. 85도1515).
- ③ (O) (大判 1981.9.8. 81도1955).
- ④ (O) 채권의 추심행위는 개인적인 업무이지 합동수사반의 수사업무의 범위에는 속하지 아니하므로 이를 공무원자격사칭죄로 처벌할 수 없다(大判 1981.9.8. 81도1955).

05. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 서울 중구 소공동의 왕복 4차로의 도로 중 편도 3개 차로 쪽에 차량 2, 3대와 간이테이블 수십개를 이용하여 길가쪽 2개 차로를 차지하는 포장마차를 설치하고 영업행위를 한 것은, 비록 행위가 교통량이 상대적으로 적은 야간에 이루어졌다 하더라도 일반교통방해죄를 구성한다.
- ② 공항 여객터미널 버스정류장 앞 도로 중 공항리무진 버스 외의 다른 차의 주차가 금지된 구역에서 밴 차량을 40분간 불법주차하고 호객 영업을 하는 방법으로 그 곳을 통행하는 버스의 통행을 곤란하게 하였다면 일반교통방해죄가 성립하지 않는다.
- ③ 공항 여객터미널 버스정류장 앞 도로 중 공항리무진 버스 외의 다른 차의 주차가 금지된 구역에서 밴 차량을 40분간 불법주차하고 호객행위를 한 것은 다른 차량들의 통행을 현저히 곤란하게 한 것으로 볼 수 있어 일반교통방해죄를 구성한다.
- ④ 피고인이 고속도로 2차로를 따라 자동차를 운전하다가 1차로를 진행하던 甲의 차량 앞에 급하게 끼어든 후 곧바로 정차하여, 甲의 차량 및 이를 뒤따르던 차량 두 대는 급정차하였으나 그 뒤를 따라오던 乙의 차량이 앞의 차량들을 연쇄적으로 추돌케 하여 乙을 사망에 이르게 하고 나머지 차량 운전자 등 피해자들에게 상해를 입힌 경우 일반교통방해치사상죄가 성립한다.

[정답] ③

- ① (O) 비록 영업행위가 교통량이 상대적으로 적은 야간에 이루어졌다 하더라도 형법 제185조의 일반교통방해죄를 구성한다(大判 2007.12.14. 2006도4662).
- ② (O) 다른 차량들의 통행을 불가능하거나 현저히 곤란하게 한 것으로 볼 수 없어 형법 제185조의 일반교통방해죄를 구성하지 않는다(大判 2009.7.9. 2009도4266)
- ③ (X) 다른 차량들의 통행을 현저히 곤란하게 한 것으로 볼 수 없어 일반교통방해죄를 구성하지 않는다(大判 2009.7.9. 2009도4266).
- ④ (O) (大判 2014.07.24. 2014도6206).

07. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 일반교통방해죄는 구체적 위험범이며 계속범의 성질을 가진다.
- ② 일반교통방해죄는 교통이 불가능하거나 또는 현저히 곤란한 상태가 발생하더라도 교통방해의 결과가 현실적으로 발생하지 않은 경우에는 일반교통방해미수죄가 성립한다.
- ③ 일반교통방해죄는 계속범이 아니므로 교통방해를 유발한 집회에 참가할 당시 이미 다른 참가자들에 의해 교통의 흐름이 차단된 상태였다면 교통방해를 유발한 다른 참가자들과 교통방해의 위법상태를 지속시켰다고 평가할 수 있더라도 일반교통방해죄가 성립하지 않는다.
- ④ 교통방해를 유발한 집회에 참가한 경우 이에 대한 참가자 모두에게 당연히 일반교통방해죄가 성립하는 것은 아니고, 실제로 참가자의 참가 경위나 관여 정도 등에 비추어 그 참가자에게 공모공동정범의 죄책을 물을 수 있는 경우라야 일반교통방해죄가 성립한다.

[정답] ④

- ① (X) 추상적 위험범이며 계속범의 성질을 가진다(大判 2018.1.24. 2017도11408; 大判 2018.5.11. 2017도9146). <주> 조문에 “위험”이라고 명시되어 있지 않다.
- ② (X) 일반교통방해죄는 이른바 추상적 위험범으로서 교통이 불가능하거나 또는 현저히 곤란한 상태가 발생하면 바로 기수가 되고 교통방해의 결과가 현실적으로 발생하여야 하는 것은 아니다(大判 2005. 10. 28. 2004도7545).
- ③ (X) 일반교통방해죄는 이른바 추상적 위험범으로서 교통이 불가능하거나 또는 현저히 곤란한 상태가 발생하면 바로 기수가 되고 교통방해의 결과가 현실적으로 발생하여야 하는 것은 아니다. 또한 일반교통방해죄에서 교통방해 행위는 계속범의 성질을 가지는 것이어서 교통방해의 상태가 계속되는 한 위법상태는 계속 존재한다. 따라서 교통방해를 유발한 집회에 참가한 경우 참가 당시 이미 다른 참가자들에 의해 교통의 흐름이 차단된 상태였더라도 교통방해를 유발한 다른 참가자들과 암묵적·순차적으로 공모하여 교통방해의 위법상태를 지속시켰다고 평가할 수 있다면 일반교통방해죄가 성립한다(大判 2018. 5. 11. 2017도9146).
- ④ (O) (大判 2018.1.24. 2017도11408; 大判 2018.5.11. 2017도9146). <주> 공동실행이 있다고 평가되어야만 공동정범 책임을 물을 수 있다는 의미이다.

08. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 유가증권의 경우에는 그 내용 중 권한 없는 자에 의하여 이미 변조된 부분이라 하더라도 이를 다시 권한 없이 변경하였다면 유가증권변조죄가 성립한다.
- ② 이미 타인에 의하여 위조된 약속어음의 기재내용을 권한 없이 변경하였다고 하더라도 유가증권위조죄가 성립한다.
- ③ 약속어음의 발행인으로부터 어음금액이 백지인 약속어음의 할인을 위임받은 사람이 위임 범위 내에서 어음금액을 기재한 후 어음할인을 받으려고 하다가 그 목적을 이루지 못하자 유통되지 아니한 당해 약속어음을 원상태대로 발행인에게 반환하기 위하여 어음금액의 기재를 삭제한 경우에는 유가증권변조죄가 성립한다.
- ④ 유가증권위조·변조죄에 관한 형법 제214조 제1항과 달리 수표위조·변조에 의한 부정수표단속법 제5조 위반죄의 성립에는 '행사할 목적'이 요구되지 않는다.
- ⑤ 구 부정수표 단속법 제5조에서 처벌하는 행위는 수표의 발행에 관한 위조·변조 뿐만 아니라 수표의 배서를 위조·변조하여 수표의 권리의무에 관한 기재를 위조한 경우에도 구 부정수표 단속법 제5조에 해당한다.

[정답] ④

- ① (X) 유가증권변조죄에 있어서 '변조'는 진정하게 성립된 유가증권의 내용에 권한 없는 자가 그 유가증권의 동일성을 해하지 않는 한도에서 변경을 가하는 것을 의미한다. 따라서 유가증권의 내용 중 권한 없는 자에 의하여 이미 변조된 부분을 다시 권한 없이 변경하였다고 하더라도 유가증권변조죄는 성립하지 않는다(大判 2012.9.27. 2010도15206).
- ② (X) 유가증권변조죄를 구성하지 않는다(大判 2006.1.26. 2005도4764). <주> 위조된 어음은 변조죄의 객체가 될 수 없고, 기재내용을 변경하는 행위는 위조행위가 될 수 없어서 무죄이다.
- ③ (X) 그 권한 범위 내에 속한다고 할 것이므로, 이를 유가증권변조라고 볼 수 없다(大判 2006.1.13. 2005도6267).
- ④ (O) 부정수표단속법 제5조의 문언상 본조는 수표의 강한 유통성과 거래수단으로서의 중요성을 감안하여 유가증권 중 수표의 위·변조행위에 관하여는 범죄성립요건을 완화하여 초과주관적 구성요건인 '행사할 목적'을 요구하지 아니하여, 형법 제214조 제1항 위반에 해당하는 다른 유가증권위조·변조행위보다 그 형을 가중하여 처벌하려는 취지의 규정이라고 해석하여야 한다(大判 2008.02.14. 2007도10100).
- ⑤ (X) [1] 형법 제214조에서 발행에 관한 위조·변조는 대상을 '유가증권'으로, 배서 등에 관한 위조·변조는 대상을 '유가증권의 권리의무에 관한 기재'로 구분하여 표현하고 있는데, 구 부정수표 단속법 제5조는 위조·변조 대상을 '수표'라고만 표현하고 있다. [2] 따라서 구 부정수표 단속법 제5조에서 처벌하는 행위는 수표의 발행에 관한 위조·변조를 말하고, 수표의 배서를 위조·변조한 경우에는 수표의 권리의무에 관한 기재를 위조한 것으로서, 형법 제214조 제2항에 해당하는지 여부는 별론으로 하고 구 부정수표 단속법 제5조에는 해당하지 않는다(大判 2019. 11. 28. 2019도12022). <주> 유가증권과 달리 수표는 수표 앞면의 발행의 위조만 벌하고, 수표 뒷면의 배서의 위조는 벌하는 규정이 없다.

04. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 문서위조죄가 성립하기 위해서는 공문서와 달리 사문서는 작성명의인이 실재해야 한다.
- ② 타인 명의의 문서를 위조하여 행사하였다고 하더라도 그 명의인이 실재하지 않는 허무인이거나 또는 문서의 작성일자 전에 이미 사망한 경우에는 사문서위조죄 및 동행사죄가 성립하지 않는다.
- ③ 실재하지 않는 허무인이나 사자(死者) 명의의 문서에 대하여는 사문서위조는 성립하지 않는 것이 원칙이나, 다만 사자 명의의 문서라 할지라도 그 문서의 작성일자가 생존중의 일자인 때에는 사문서 위조죄가 성립한다.
- ④ 사자명의로 된 문서를 작성함에 있어 사망자의 처로부터 사망자의 인장을 교부받아 생존당시 작성한 것처럼 문서의 작성일자를 그 명의자의 생존중의 일자로 소급하여 작성하였다면 작성명의인의 추정적 승낙이 있다고 볼 수 없다.
- ⑤ 허위공문서작성죄의 객체가 되는 문서는 문서상 작성명의인이 명시된 경우여야 하므로, 작성명의인이 명시되어 있지 않은 문서는 허위공문서작성죄의 객체가 될 수 없다.

[정답] ④

- ① (X) 명의인이 실재하지 않는 허무인이거나 또는 문서의 작성일자 전에 이미 사망하였다고 하더라도 그러한 문서 역시 공공의 신용을 해할 위험성이 있으므로 문서위조죄가 성립한다고 봄이 상당하며, 이는 공문서뿐만 아니라 사문서의 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다(大判 2005.2.24. 2002도18 전합).
- ② (X) 명의인이 실재하지 않는 허무인이거나 또는 문서의 작성일자 전에 이미 사망하였다고 하더라도 그러한 문서 역시 공공의 신용을 해할 위험성이 있으므로 문서위조죄가 성립한다고 봄이 상당하며, 이는 공문서뿐만 아니라 사문서의 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다(大判 2005.2.24. 2002도18 전합).
- ③ (X) 명의인이 실재하지 않는 허무인이거나 또는 문서의 작성일자 전에 이미 사망하였다고 하더라도 그러한 문서 역시 공공의 신용을 해할 위험성이 있으므로 문서위조죄가 성립한다고 봄이 상당하며, 이는 공문서뿐만 아니라 사문서의 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다(大判 2005.2.24. 2002도18 전합). <주> 작성일자가 생존중이든 사후이든 불문하고 사문서위조죄가 성립한다고 전합판결로 변경되었다.
- ④ (O) (大判 2011.7.14. 2010도1025). <주> 명시적 또는 묵시적 승낙이 있는 것도 아니고, 승낙을 추정할 수도 없다.
- ⑤ (X) 허위공문서작성죄에 있어서의 객체가 되는 문서는 문서상 작성명의인이 명시된 경우뿐 아니라 작성명의인이 명시되어 있지 아니하더라도 문서의 형식, 내용 등 그 문서 자체에 의하여 누가 작성하였는지를 추지할 수 있을 정도의 것이면 된다(大判 1995. 11. 10. 95도2088).

06. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 「형법」 제225조의 공문서변조나 위조죄의 객체인 공문서는 공무원 또는 공무원이 그 직무에 관하여 작성하는 문서이고, 그 행위주체가 공무원과 공무원이 아닌 경우에는 「형법」 또는 기타 특별법에 의하여 공무원으로 의제되는 경우를 제외하고는 계약 등에 의하여 공무와 관련되는 업무를 일부 대행하는 경우가 있다 하더라도 공무원 또는 공무원이 될 수는 없다.
- ② 甲이 지방세 수납업무를 일부 대행하는 A은행의 세금수납 영수증의 금액을 고치고 이를 관계서류에 첨부한 경우 공문서 변조 및 동행사죄가 성립한다.
- ③ 식당의 부식 구입업무를 담당하는 공무원이 계약 등에 의하여 공무원의 부식 구입업무를 담당하는 조리장·영양사 등의 명의를 위조하여 검수결과보고서를 작성한 경우 공문서위조죄는 성립하지 않는다.
- ④ 선박안전기술공단이 해양수산부장관을 대행하여 이사장 명의로 발급하는 선박검사증서는 공무원 또는 공무원이 작성하는 문서라고 볼 수 없다.
- ⑤ 한국환경공단이 환경부장관의 위탁을 받아 건설폐기물의 인계·인수에 관하여 설치·운영하는 폐기물 전자정보처리프로그램인 '올바로시스템'은 '공무원 또는 공무원의 전자기록'에 해당하지 않는다.

[정답] ②

- ① (O) (大判 1996.3.26. 95도3073). <주> 법률에 의한 대행으로서 공무원으로 의제되는 경우는 뇌물죄가 대표적이고, 기타의 대행은 모두 계약에 의한 대행으로 사적 업무로 본다.
- ② (X) 지방세의 수납업무를 일부 관장하는 시중은행의 직원이나 은행이 형법 제225조 소정의 공무원 또는 공무원이 되는 것은 아니고 세금수납영수증도 공문서에 해당하지 않는다는 이유로 공문서변조죄 및 동행사죄가 성립하지 않는다(大判 1996.3.26. 95도3073). <주> 사문서이다.
- ③ (O) (大判 2008.1.17. 2007도6987). <주> 사문서이다.
- ④ (O) (大判 2016.01.14. 2015도9133). <주> 사문서이다.
- ⑤ (O) 계약 등에 의하여 공무와 관련되는 업무를 일부 대행하는 경우가 있더라도 공무원 또는 공무원이 될 수 없다(大判 2020. 3. 12. 2016도19170). <주> 환경부장관의 위탁을 받아서 공무를 대행하는 경우 뇌물죄에 서만 공무원으로 의제될 뿐, 전자기록에서도 공무원으로 의제되지 않는다. 따라서 공전자기록이 아니라 사전자기록이다.

13. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 문서명의인이 문서작성자에게 문서 작성의 권한을 포괄적으로 위임하여 그 권한의 범위 내에서 문서명의인 명의의 문서를 작성·행사한 것이라면, 비록 문서작성자가 개개의 문서 작성에 관하여 문서명의인으로부터 승낙을 받지 않았다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 사문서위조 및 위조사문서행사죄는 성립하지 않는다.
- ② 주식회사의 대표이사가 직접 주식회사 명의의 문서를 작성한 경우, 그 문서의 내용이 진실에 반하는 허위이거나 대표권을 남용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 작성된 경우 사문서위조에 해당한다.
- ③ 주식회사의 지배인이 자신을 그 회사의 대표이사로 표시하여 연대보증채무를 부담하는 취지의 회사 명의의 차용증을 작성·교부한 경우, 그 문서에 일부 허위 내용이 포함되거나 위 연대보증행위가 회사의 이익에 반하는 것이라면 사문서위조 및 위조사문서행사에 해당한다.
- ④ 주식회사의 적법한 대표이사는 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로, 대표이사로부터 포괄적으로 권한 행사를 위임받은 사람이 주식회사 명의로 문서를 작성하는 행위는 권한 있는 사람의 문서 작성행위로서 자격모용사문서작성죄 또는 위조죄에 해당하지 않는다.

[정답] ①

- ① (O) (大判 2015.6.11. 2012도1352)
- ② (X) 사문서위조에 해당하지 않는다(大判 2008.11.27. 2006도2016). <주> 대표권남용은 권한이 있으므로 위조죄에 해당하지 않는다. 다만 개인적 이익을 도모하는 행위가 배임죄가 될 가능성은 있다.
- ③ (X) 회사의 이익에 반하는 것이라도 사문서위조 및 위조사문서행사에 해당하지 않는다(大判 2010.5.13. 2010도1040). <주> 지배인은 권한 있는 자이므로 위조죄가 성립하지 않는다. 회사의 이익에 반하는 행위는 재산죄 중에서 배임죄가 될 가능성이 있다.
- ④ (X) [1] 주식회사의 적법한 대표이사라도 그 권한을 포괄적으로 위임하여 다른 사람으로 하여금 대표이사의 업무를 처리하게 하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 대표이사로부터 포괄적으로 권한 행사를 위임받은 사람이 주식회사 명의로 문서를 작성하는 행위는 원칙적으로 권한 없는 사람의 문서 작성행위로서 자격모용사문서작성 또는 위조에 해당한다.
[2] 다만 대표이사로부터 개별적·구체적으로 주식회사 명의의 문서 작성에 관하여 위임 또는 승낙을 받은 경우에만 예외적으로 적법하게 주식회사 명의로 문서를 작성할 권한이 있다(大判 2008.11.27. 2006도2016). <주> 대표이사는 임의대리인으로서 포괄적으로 복대리를 선임할 권한이 없다.

18. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 타인이 소유한 자기 명의의 사문서를 권한 없이 변경한 때에는 문서손괴죄가 성립할 뿐이다.
- ② 세금계산서상의 공급받는 자는 그 문서 내용의 일부에 불과할 뿐 세금계산서의 작성명의인은 아니라 할 것이니, 공급받는 자 란에 임의로 다른 사람을 기재하였다 하여 그 사람에 대한 관계에서 사문서위조죄가 성립된다고 할 수 없다.
- ③ 甲 교회 목사인 피고인이 자신을 지지하는 일부 교인들과 甲 교회를 탈퇴함으로써 대표자의 지위를 상실하였으나, 그 후 甲 교회 명의로 甲 교회 소유 부동산을 자신에게 매도하는 내용의 매매계약서를 작성하고 이를 행사한 행위는 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄에 해당한다.
- ④ 피고인들이 A등과 공모하여, 부동산등기법에 의해 법무사가 주민등록증 등에 의하여 등기의무자가 본인인지 여부를 확인하고 작성하는 확인서면의 등기의무자란에 등기의무자 B 대신 A가 우무인을 날인하는 방법으로 확인서면을 작성한 다음 법무사를 통해 이를 교부받은 경우, 이를 피고인 등이 위조하였다고 볼 수 있다.

[정답] ④

- ① (O) 타인이 소유한 자기 명의의 문서를 권한 없이 변경하는 경우에는 문서손괴죄만 성립한다(大判 198 7.4.14. 87도177). <주> “자기명의” 문서에 대해서는 권한이 있는 자이므로 위조죄나 변조죄는 성립하지 않는다.
- ② (O) (大判 2007.3.14. 2007도169). <주> 세금계산서는 공급자가 명의자이다.
- ③ (O) (大判 2011.1.13. 2010도9725).
- ④ (X) 법무사가 피고인들로부터 속아 등기의무자를 乙로 하는 확인서면을 작성하였다고 하더라도 작성명의인이 문서를 작성한 이상 이를 피고인들이 위조한 것으로 볼 수도 없다(大判 2010.11.25. 2010도11509). <주> 명의자인 법무사는 문서내용을 알고 작성하였으므로, 명의자의 의사에 반하여 작성된 것이 아니다.

3. 위작의 의미

03. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 시청 공무원인 피고인이 시청 청사신축공사 현장에 출장을 나간 적이 없는 동료 공무원이 마치 현장출장을 간 것처럼 시청 행정지식관리시스템에 허위의 정보를 입력하여 출장복명서를 생성한 후 그 사실을 모르는 결재권자에게 이를 전송한 경우 공전자기록등위작 및 위작공전자기록등행사가 성립한다.
- ② 경찰관이 고소사건을 처리하지 아니하였음에도 경찰범죄정보시스템에 그 사건을 검찰에 송치한 것으로 입력한 경우 공전자기록위작죄에서 말하는 위작에 해당한다.
- ③ 공군 복지근무지원단 예하 지구대의 부대매점 및 창고관리 부사관이 창고 관리병으로 하여금 위 지원단의 복지전산시스템에 자신이 그 전에 이미 횡령한 바 있는 면세주류를 마치 정상적으로 판매한 것처럼 허위로 입력하게 한 경우, 공전자기록위작죄가 성립한다.
- ④ 자동차등록 담당공무원이 여객자동차운수사업법상 차량충당연한 규정에 위배되어 영업용으로 변경 및 이전등록을 할 수 없는 차량인 것을 알면서 자동차등록정보 처리시스템의 자동차등록원부 용도란에 영업용이라고 입력하고 최초등록일 등은 사실대로 기재한 경우 공전자기록등위작죄의 위작에 해당한다고 할 수 있다.
- ⑤ 시스템의 설치·운영 주체로부터 각자의 직무 범위에서 개개의 단위정보의 입력 권한을 부여받은 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력하는 경우 사전자기기록위작죄의 위작에 해당한다.

[정답] ④

- ① (○) 입력 권한을 부여받은 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 경우도 형법 제227조의2에서 말하는 전자기록의 '위작'에 포함된다(大判 2007.7.27, 2007도3798).
- ② (○) 공전자기록위작죄에서 말하는 위작에 해당한다(大判 2005.6.9, 2004도6132).
- ③ (○) (大判 2010.7.8, 2010도3545). <주> 업무상횡령죄와 공전자기록위작죄가 성립한다.
- ④ (X) 최초등록일 등 등록과 관련된 사실관계에 대한 내용에 거짓이 있다고 볼 수 없는 이상, 위 행위가 공전자기록등위작죄의 '위작'에 해당한다고 할 수 없다(大判 2011.5.13, 2011도1415).
- ⑤ (○) 시스템의 설치·운영 주체로부터 각자의 직무 범위에서 개개의 단위정보의 입력 권한을 부여받은 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 경우도 형법 제227조의2에서 말하는 전자기록의 '위작'에 포함된다. 위 법리는 형법 제232조의2의 사전자기기록등위작죄에서 행위의 태양으로 규정한 '위작'에 대해서도 마찬가지로 적용된다(大判 2020. 8. 27, 2019도11294). <주> 사문서는 권한 있는 자의 허위작성을 별하지 않지만, 이와 달리 사전자기기록은 권한 있는 자의 허위작성도 처벌한다는 뜻이다.

10. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 공무원이 허위공문서를 기안하여 그 정을 모르는 작성권자의 결재를 받아 공문서를 완성한 때에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립한다.
- ② 호적계장인 甲이 행사할 목적으로 乙의 부탁을 받고 면장 모르게 호적계에 보관 중인 면장의 고무 인과 직인을 이용하여 인감증명서 용지에 날인하여 乙의 인감증명서를 작성한 경우 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립한다.
- ③ 청원경찰인 공무원 甲은 실제로 현장확인을 하지 않고 동료 청원경찰인 乙에게 원상복구 여부에 대한 현장확인을 부탁한 다음, 乙이 작성한 출장복명서가 진실한 것인지를 제대로 알지도 못하면서 자신이 직접 현장확인을 하여 보니 원상복구가 완료되었다는 내용의 출장복명서에 자신의 서명을 함으로써 출장복명서를 완성하여 그 정을 모르는 담당공무원에게 제출하였다. 甲의 죄책으로는 허위공문서작성 및 동행사죄는 성립하지 않는다.
- ④ 허위공문서작성의 주체는 직무상 그 문서를 작성할 권한이 있는 공무원에 한하므로 작성권한이 없는 기안담당 공무원 甲이 그 직위를 이용하여 행사할 목적으로 허위의 내용이 기재된 문서 초안을 그 정을 모르는 작성권한이 있는 상사에게 제출하여 결재하도록 하는 등의 방법으로 허위의 공문서를 작성하게 한 경우에는 甲에게 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립하지 않는다.

[정답] ①

- ① (O) 보조 공무원이 허위공문서를 기안하여 그 정을 모르는 작성권자의 결재를 받아 공문서를 완성한 때에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 되고, 이러한 결재를 거치지 않고 임의로 허위내용의 공문서를 완성한 때에는 공문서위조죄가 성립한다(大判 1981.7.28. 81도898).
- ② (X) 보조공무원이 결재를 거치지 않고 임의로 허위내용의 공문서를 완성한 때에는 공문서위조죄가 성립한다(大判 1981.7.28. 81도898). <주> 면장 모르게 작성했다는 것은 결재권자에게 내용을 알리지 않고 그 의사에 반하여 권한 없이 문서를 완성했다는 뜻이다.
- ③ (X) 허위공문서작성죄 및 허위작성공문서행사죄에 해당한다(大判 2013.10.24. 2013도5752). <주> 실제로 현장확인을 하지 않고 현장확인을 했다고 기재한 행위는 허위작성이며 허위의 사정을 모르는 담당공무원을 이용하였으므로 간접정범이다.
- ④ (X) 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립한다(大判 1986.8.19. 85도2728). <주> 허위공문서작성의 주체가 되려면 작성권한이 있을 필요는 없고, 공무원의 신분만 있으면 된다.

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 사업자등록증은 공정증서원본 등 불실기재죄의 대상인 등록증에 해당하지 않는다.
- ② 「민사조정법」상의 조정절차에서 작성되는 조정조서는 「형법」 제228조 제1항에서 말하는 공정증서원본에 해당한다.
- ③ 중중 소유의 토지를 자신의 개인 소유로 신고하여 토지대장에 올린 경우 공정증서원본등불실기재죄가 성립하지 않는다.
- ④ 자동차운전면허증 재교부신청서의 사진란에 본인의 사진이 아닌 다른 사람의 사진을 붙여 제출함으로써 담당 공무원으로 하여금 자동차운전면허대장에 부실의 사실을 기재하게 한 경우 공정증서원본 등 불실기재죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 허위의 유언내용의 초안을 작성하여 그 정을 모르는 변호사에게 제출하여 그가 속한 공증사무 취급이 인가된 합동법률사무소 명의로 공증을 받은 경우 공정증서원본불실기재죄가 성립한다.
- ⑥ 불실의 사실이 기재된 공정증서의 정본을 그 정을 모르는 법원직원에게 교부한 행위는 불실기재공정증서원본행사죄에 해당하지 않는다.

[정답] ②

- ① (O) 사업자등록증은 단순한 사업사실의 등록을 증명하는 증서에 불과하고 그에 의하여 사업을 할 수 있는 자격이나 요건을 갖추었음을 인정하는 것은 아니라고 할 것이어서 형법 제228조 제1항에 정한 '등록증'에 해당하지 않는다(大判 2005.7.15. 2003도6934).
- ② (X) 조정조서는 공정증서원본에 해당하지 않으므로 공정증서원본불실기재죄가 성립하지 않는다(大判 2010.6.10. 2010도3232).
- ③ (O) 권리의무에 변동을 주는 효력이 없는 토지대장은 위에서 말하는 공정증서에 해당하지 아니한다(大判 1988.5.24. 87도2696).
- ④ (O) (大判 2010.6.10. 2010도1125).
- ⑤ (O) 공증사무 취급이 인가된 합동법률사무소 명의로 작성된 공증에 관한 문서는 형법상 공정증서 기타 공문서에 해당한다(大判 1977.8.23. 74도2715 전합).
- ⑥ (O) 형법 제228조에서 규정한 '공정증서원본'에는 공정증서의 정본이 포함된다고 볼 수 없으므로 불실의 사실이 기재된 공정증서의 정본을 그 정을 모르는 법원 직원에게 교부한 행위는 형법 제229조의 불실기재공정증서원본행사죄에 해당하지 아니한다(大判 2002. 3. 26. 2001도6503).

2. 불실기재

03. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 공정증서원본에 기재된 사항이 외관상 존재하는 사실이라면 이에 무효나 부존재에 해당되는 흠이 있더라도 그 기재는 불실기재에 해당되지 않는다.
- ② 공정증서원본에 기재된 사항이 부존재하거나 외관상 존재한다고 하더라도 무효에 해당되는 하자가 있는 경우뿐만 아니라, 기재된 사항이나 그 원인된 법률행위가 객관적으로 존재하고 다만 거기에 취소사유인 하자가 있을 뿐인 경우에도 취소되기 전의 기재는 공정증서원본의 불실기재에 해당한다.
- ③ 유한회사의 사원 등 회사설립에 관여하는 사람이 회사를 설립할 당시 회사를 실제로 운영할 의사 없이 회사를 이용한 범죄 의도나 목적이 있었다거나, 회사로서의 인적·물적 조직 등 영업의 실질을 갖추지 않았다는 이유만으로 공정증서원본 등 불실기재죄에서 말하는 불실의 사실에 해당한다고 볼 수 있다.
- ④ 주식회사의 신주발행의 경우 신주발행무효의 판결이 확정되더라도 그 판결은 장래에 대하여만 효력이 있으므로, 그 신주발행이 판결로써 무효로 확정되기 이전에 담당 공무원에게 신고하여 공정증서인 법인등기부에 기재하게 하였다면, 공정증서원본불실기재죄에 해당하지 않는다.

[정답] ④

- ① (X) 무효나 부존재에 해당되는 흠이 있다면 그 기재는 불실기재에 해당된다(大判 2004.9.24. 2004도4012).
- ② (X) 공정증서원본에 기재된 사항이 외관상 존재하는 사실이라 하더라도, 이에 무효나 부존재에 해당되는 흠이 있다면 그 기재는 불실기재에 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(大判 2009.02.12.2008도10248).
- ③ (X) 회사설립행위에 일부 하자가 있었다거나 피고인이 회사설립 당시 정관에 기재된 목적 수행에 필요한 영업의 실질을 갖추거나 영업에 필요한 인적·물적 조직을 갖추지 않았다는 등의 사정만으로는 회사의 성립 자체를 부정하고 회사가 부존재한다고 볼 수 없으므로, 甲 회사 설립등기는 공전자기록 등 불실기재죄에서 말하는 불실의 사실에 해당하지 않는다.(大判 2020. 3. 26. 2019도7729).
- ④ (O) 신주발행이 판결로써 무효로 확정되기 이전에 그 신주발행사실을 담당 공무원에게 신고하여 공정증서인 법인등기부에 기재하게 하였다고 하여 그 행위가 공무원에 대하여 허위신고를 한 것이거나 그 기재가 불실기재에 해당하는 것이라고 할 수는 없다(大判 2007.5.31. 2006도8488).

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 위조사문서행사죄는 상대방이 위조된 문서의 내용을 실제로 인식할 필요 없이 상대방으로 하여금 위조된 문서를 인식할 수 있는 상태에 둠으로써 기수가 된다.
- ② 위조사문서의 행사는 상대방으로 하여금 위조된 문서를 인식할 수 있는 상태에 둠으로써 기수가 되고, 상대방이 실제로 그 내용을 인식하여야 하는 것은 아니므로 위조된 문서를 우송한 경우에는 그 문서가 상대방에게 도달한 때에 기수가 된다.
- ③ 허위로 작성된 공문서를 그 내용이 진실한 문서인 것처럼 관공서에 비치하는 행위는 허위공문서의 '행사로 인정된다.
- ④ 위조사문서행사죄에 있어서의 행사는 위조된 사문서를 진정한 것으로 사용함으로써 사문서에 대한 공공의 신용을 해칠 우려가 있는 행위를 말하므로, 위조된 사문서의 작성명의인은 행사의 상대방이 절대로 될 수 없고, 사문서가 위조된 것임을 이미 알고 있는 공범자 등에게 행사하는 경우에도 위조사문서행사죄가 성립될 수 없다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2005.1.28. 2004도4663).
- ② (O) 위조된 문서를 우송한 경우에는 그 문서가 상대방에게 도달한 때에 기수가 되고 상대방이 실제로 그 문서를 보아야 하는 것은 아니다(大判 2005.1.28. 2004도4663).
- ③ (O) 허위작성된 공문서를 관청에 비치하는 경우도 허위공문서의 행사로 인정된다(大判 21989. 12. 12. 89도1253).
- ④ (X) 위조사문서행사죄에 있어서 행사의 상대방에는 아무런 제한이 없고 위조된 문서의 작성명의인이라고 하여 행사의 상대방이 될 수 없는 것은 아니며, 다만 문서가 위조된 것임을 이미 알고 있는 공범자 등에게 행사하는 경우에는 위조사문서행사죄가 성립될 수 없다(大判 2005.1.28. 2004도4663). <주> 작성명의인도 그 문서의 내용을 모른다면 행사죄의 상대방이 될 수 있다.

2. 문서 부정행사죄

06. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 실질적인 채권채무관계 없이 당사자 간의 합의로 작성한 '차용증 및 이행각서'를 이용하여 대여금 청구소송을 제기하면서 이를 법원에 제출한 경우 사문서부정행사죄가 성립한다.
- ② 타인의 주민등록표등본을 그와 아무런 관련 없는 사람이 마치 자신의 것인 양 행사한 경우 공문서 부정행사죄가 성립한다.
- ③ 현금보관증이 자기 수중에 있다는 사실 자체를 증명키 위하여 증거로서 법원에 제출하는 행위는 사문서부정행사죄에 해당한다.
- ④ 절취한 후불식 전화카드를 공중전화기에 넣어 사용한 것은 권리의무에 관한 타인의 사문서를 부정행사한 경우에 해당한다.
- ⑤ 음주단속을 하는 경찰관으로부터 자동차운전면허증의 제시를 요구받고, 휴대폰에 저장해 놓은 타인의 자동차운전면허증 이미지파일을 피고인의 자동차운전면허증인 것처럼 경찰관에게 제시한 행위는 공문서부정행사에 해당한다.

[정답] ④

- ① (X) 실질적인 채권채무관계 없이 당사자 간의 합의로 작성한 '차용증 및 이행각서'는 그 작성명의인들이 자유의사로 작성한 문서로 그 사용권한자가 특정되어 있다고 할 수 없다(大判 2007.3.30. 2007도629). <주> 사문서부정행사죄의 객체가 아니다.
- ② (X) 주민등록표등본은 그 사용권한자가 특정되어 있다고 할 수 없으므로, 공문서부정행사죄가 성립되지 아니한다(大判 1999.5.14. 99도206).
- ③ (X) 사문서의 부정행사에 해당되지 아니한다(大判 1985.5.28. 84도2999).
- ④ (O) (大判 2002.6.25. 2002도461). <주> 후불식 전화카드는 가치가 표시되어 있지 않아서 유가증권이 아니라 사문서이다.
- ⑤ (X) 도로교통법 제92조 제2항에서 제시의 객체로 규정한 운전면허증은 적법한 운전면허의 존재를 추단 내지 증명할 수 있는 운전면허증 그 자체를 가리키는 것이지, 그 이미지파일 형태는 여기에 해당하지 않는다(大判 2019. 12. 12. 2018도2560).

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 종량제 쓰레기봉투에 인쇄할 시장 명의의 문안이 새겨진 필름을 제조하는 행위에 그친 경우, 시장 명의의 공문서인 종량제 쓰레기봉투를 위조하는 범행의 실행의 착수에 이르지 아니한 것으로서 공인위조 및 동행사죄도 성립하지 아니한다.
- ② 수사대상인 진술자가 마치 타인인 양 행세하며 타인의 서명을 기재하여 위조사서명행사죄가 성립된 직후에 수사기관이 위 서명이 위조된 것임을 알게 되었다고 하더라도 이미 성립한 위조사서명행사죄를 부정할 수 없다.
- ③ 위조인장행사죄에 있어서 행사라 함은 위조된 인장을 진정한 것처럼 용법에 따라 사용하는 행위를 말한다 할 것이므로, 위조된 인영을 타인에게 열람할 수 있는 상태에 두거나 위조된 인과 그 자체를 타인에게 교부하는 경우에 성립한다.
- ④ 타인의 자동차 번호판을 절취하여 다른 차량에 부착하고 운행하다가 경찰에 체포된 경우 부정사용공기호행사죄가 성립한다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 2007.2.23. 2005도7430). <주> 공인위조는 예비처벌 규정이 없어 무죄이다.
- ② (O) (大判 2005.12.23. 2005도4478).
- ③ (X) 형법 제239조 제2항의 위조인장행사죄에 있어서 행사라 함은 위조된 인장을 진정한 것처럼 용법에 따라 사용하는 행위를 말한다 할 것이므로 위조된 인영을 타인에게 열람할 수 있는 상태에 두든지, 인과의 경우에는 날인하여 일반인이 열람할 수 있는 상태에 두면 그것으로 행사가 되는 것이고, 위조된 인과 그 자체를 타인에게 교부한 것만으로는 위조인장행사죄를 구성한다고 할 수 없다(大判 1984. 2. 28. 84도 90). <주> “인과”는 도장을 말하는데, 그 도장을 찍은 자국인 “인영”을 열람할 수 있게 두어야만 행사죄가 성립한다.
- ④ (O) (大判 1997.7.8. 96도3319). <주> 부착이 부정사용이고, 운행이 행사이다.

06. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 피고인이 甲과 주차문제로 말다툼을 하다가 甲이 운영하는 상점으로 찾아가 상점카운터를 지키고 있던 甲의 딸인 乙(여, 23세)을 보고 등을 돌려 엉덩이가 드러날 만큼 바지와 팬티를 내린 다음 엉덩이를 들이민 경우 공연음란죄가 성립한다.
- ② 고속도로에서 승용차를 손괴하거나 타인에게 상해를 가하는 등의 행패를 부리던 자가 이를 제지하려는 경찰관에 대항하여 공중 앞에서 알몸이 되어 성기를 노출한 경우, 음란한 행위에 해당한다.
- ③ 연극공연에서 피고인과 여주인공이 나체로 끌어안고 격렬하게 뒹구는 성교를 갈구하는 장면을 연기하고 마지막 부분에서 피고인이 여주인공의 음부까지 노출된 완전나체의 상태로 만든 다음 자위하는 장면을 7~8분 동안 연기하였다면 공연음란죄가 성립한다.
- ④ 나이트클럽 무용수인 피고인이 무대에서 공연하면서 겹옷을 모두 벗고 팬티만을 입은 채 성행위와 유사한 동작을 연출하거나 속옷에 부착되어 있던 모조 성기를 수차례 노출한 경우, 음란행위에 해당한다.
- ⑤ 피고인이 자신의 여인을 묘사한 부조가 조각된 참전비 앞길에서 바지와 팬티를 내리고 성기와 엉덩이를 노출한 채 있었던 경우, 공연음란죄에서의 '음란한 행위'는 '성행위'로 한정 해석할 것을 요하는 것은 아니므로, 피고인의 행위는 '음란한 행위'에 해당한다.

[정답] ①

- ① (X) 말다툼을 한 후 항의의 표시로 엉덩이를 노출시킨 행위가 공연음란죄의 음란한 행위에 해당한다고 할 수 없다(大判 2004.03.12. 2003도6514).
- ② (O) (大判 2000.12.22. 2000도4372).
- ③ (O) (大判 1996.6.11. 96도980).
- ④ (O) (大判 2011.9.8. 2010도10171). <주> 모조성기에 불과하지만 성행위를 연출하여 음란행위이다.
- ⑤ (O) 행위가 반드시 성행위를 묘사하거나 성적인 의도를 표출할 것을 요하는 것은 아니다(大判 2020. 1. 16. 2019도14056). <주> 성행위를 묘사하지 않고 성기만 노출되어도 음란행위이다.

04. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 전매공무원 甲이 외제담배를 긴급압수한 후 도주한 범칙자를 찾는데 급급하여 미처 압수수색영장을 신청하지 못한 경우 직무유기죄가 성립한다.
- ② 차량번호판의 교부담당직원이 운행정지처분을 받은 자동차에 대하여 번호판을 재교부한 경우 직무유기죄가 성립하지 않는다.
- ③ 일직사관이 순찰 및 검사 등을 하지 아니하고 근무장소에서 잠을 잔 경우 직무유기죄가 성립한다.
- ④ 당직사관으로 주번근무를 하던 육군 중위가 당직근무를 함에 있어서 훈육관실에서 학군사관후보생 2명과 함께 술을 마시고 내무반에서 학군사관후보생 2명 및 애인 등과 함께 화투놀이를 한 다음 애인과 함께 자고 난 뒤 교대할 당직근무자에게 당직근무의 인계, 인수도 하지 아니한 채 퇴근하였다면 직무유기죄가 성립한다.

[정답] ④

- ① (X) 직무수행과 관련하여 태만, 분망, 착각 등 일신상 또는 객관적 사유로 인하여 부당한 결과를 초래한 것에 불과한 경우에는 직무유기죄는 성립하지 않는다 (大判 1982.9.28. 82도1633).
- ② (X) 행정처분에 의하여 자동차의 사용이 정지된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 번호판을 재교부하여서는 안되는 직무상의 의무가 있다고 보는 것이 상당하다(大判 1972.6.27. 72도969). <주> 작위에 의한 직무유기죄가 성립한다.
- ③ (X) 피고인이 고의로 일직사관으로서의 직무를 포기하거나 직장을 이탈한 것이라고는 볼 수 없다(大判 1984.3.27. 83도3260).
- ④ (O) (大判 1990.12.21. 90도2425).

p.1105 02번 문제 다음에 02-1번 문제 추가합니다.

02-1. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 직권남용권리행사방해죄에서 '직권남용'은 '사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 것'과 '사람의 권리행사를 방해한 것'과 구별되는 별개의 범죄성립요건으로, 공무원이 한 행위가 직권남용에 해당한다는 이유만으로 상대방이 한 일이 '의무 없는 일'에 해당한다고 인정할 수는 없다.
- ② 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 어떠한 일을 하게 한 때에 상대방이 공무원 또는 유관기관의 임직원인 경우에는 그가 한 일이 법령 그 밖의 관련 규정을 위반하지 않는다면 특별한 사정이 없는 한 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 보기 어렵다.
- ③ 공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 한 경우 원칙적으로 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 할 수 있다.
- ④ 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다.

[정답] ③

- ① (O) 공무원이 한 행위가 직권남용에 해당한다고 하여 그러한 이유만으로 상대방이 한 일이 '의무 없는 일'에 해당한다고 인정할 수는 없다. '의무 없는 일'에 해당하는지는 직권을 남용하였는지와 별도로 상대방이 그러한 일을 할 법령상 의무가 있는지를 살펴 개별적으로 판단하여야 한다(大判 2020. 1. 30. 2018도2236 전합).
- ② (O) [1] 직권남용 행위의 상대방이 일반 "사인"인 경우 특별한 사정이 없는 한 직권에 대응하여 따라야 할 의무가 없으므로 그에게 어떠한 행위를 하게 하였다면 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당할 수 있다. [2] 그러나 상대방이 "공무원"이거나 법령에 따라 일정한 공적 임무를 부여받고 있는 공공기관 등의 임직원인 경우에는 법령에 따라 임무를 수행하는 지위에 있으므로 그가 직권에 대응하여 어떠한 일을 한 것이 의무 없는 일인지 여부는 관계 법령 등의 내용에 따라 개별적으로 판단하여야 한다(大判 2020. 1. 30. 2018도2236 전합).
- ③ (X) 공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 할 수 없다(大判 2020. 1. 9. 2019도11698).
- ④ (O) (大判 2020. 1. 9. 2019도11698).

06. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 공무원이 건축업자로부터 그가 건축할 주택을 공사비 상당액으로 분양받기로 약속한 경우에는 매매시가 중 공사비를 초과하는 액수만큼의 이익을 뇌물로서 약속한 것이 되어 뇌물약속죄가 성립한다.
- ② 뇌물의 내용인 이익은 금전, 물품 기타의 재산적 이익에 한하고 뇌물약속죄에 있어서 뇌물의 목적물인 이익은 약속 당시에 현존하여야 하므로 공무원이 오랫동안 처분을 하지 못하고 있던 부동산을 개발이 예상되는 다른 토지와 교환계약을 체결한 것만으로는 뇌물약속죄가 성립한다고 할 수 없다.
- ③ 뇌물수수의 공범자들 사이에 직무와 관련하여 금품이나 이익을 수수하기로 하는 명시적 또는 암묵적 공모관계가 성립하고 그 공모 내용에 따라 공범자 중 1인이 금품이나 이익을 수수하였다면, 사전에 특정 금액 이하로만 받기로 약정하였다든가 수수한 금액이 공모 과정에서 도저히 예상할 수 없는 고액이라는 등과 같은 특별한 사정이 없는 한, 공모자 전원에게 그 수수한 금품이나 이익 전부에 관하여 뇌물수수죄의 공모공동정범이 성립한다.
- ④ 국가정보원장들이 대통령에게 특별사업비를 교부하고 이를 대통령이 교부받은 것이 횡령금을 국가정보원장들과 대통령 사이의 공모에 따라 내부적으로 분배한 것에 지나지 않는다면 별도로 그 돈의 수수행위에 관하여 뇌물죄가 성립하는 것은 아니다.

[정답] ②

- ① (O) (大判 1981.8.20. 81도698).
- ② (X) 피고인으로서 장기간 처분하지 못하던 토지를 처분하는 한편 매수를 희망하던 전원주택지로 향후 개발이 되면 가격이 많이 상승할 토지를 매수하게 되는 무형의 이익을 얻었다고 봄이 상당하다(大判 2001.9.18. 2000도5438).
- ③ (O) 공모자 전원에게 그 수수한 금품이나 이익 전부에 관하여 뇌물수수죄의 공모공동정범이 성립한다(大判 2010.10.14. 2010도387).
- ④ (O) (大判 2019. 11. 28. 2019도1056; 大判 2019. 11. 28. 2019도11766; 大判 2019. 11. 28. 2018도20832). <주> 횡령죄의 공동정범이 성립한 후의 내부적 분배는 불가벌이다.

09. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 뇌물을 수수함에 있어서 공여자를 기망한 점이 있다 하여도 뇌물수수죄, 뇌물공여죄의 성립에는 영향이 없다. 따라서 공무원이 직무에 관하여 타인을 기망하고 재물을 교부받으면 수뢰죄와 사기죄의 상상적 경합이 성립한다.
- ② 소속대 병기와 선임하사가 같은 부대인사계 직원으로부터 총기부족사항을 듣고, 위 총기부족은 행정착오로서 그 총기는 같은 중대에 있음을 알고 있음에도 불구하고 위 행정착오인 사실을 감추고 다른 곳에서 총기를 구입해줄 것 같은 태도를 취하여 피해자로부터 돈 6만원을 교부받아 편취한 경우 뇌물죄와 사기죄의 상상적 경합범이다.
- ③ 형법 제129조 제2항의 사전수뢰죄의 청탁이라 함은 공무원에 대하여 일정한 직무행위를 할 것을 의뢰하는 것을 말하는 것으로서 그 직무행위가 부정한 것인가 하는 점은 묻지 않으며 그 청탁이 반드시 명시적이어야 하는 것도 아니라고 할 것이다.
- ④ 형법 제129조 제2항에 정한 '공무원 또는 중재인이 될 자'란 공무원채용시험에 합격하여 발령을 대기하고 있는 자 또는 선거에 의하여 당선이 확정된 자 등 공무원 또는 중재인이 될 것이 예정되어 있는 자를 의미하는 것이므로, 공직취임의 가능성이 확실하지는 않더라도 어느 정도의 개연성을 갖춘 자까지 포함한다고 할 것은 아니다.
- ⑤ 甲은 여당의 유력 정치가인 乙이 기업인들로부터 뇌물을 수수하기 전에 乙과 기업인들의 면담을 주선하였고, 그 후 乙이 기업인들로부터 뇌물을 받았다면 甲은 수뢰죄의 중범에 해당한다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2015.10.29. 2015도12838).
- ② (O) (大判 1977.6.7. 77도1069). <주> 1개의 행위로 2개의 죄가 성립하므로 수뢰죄와 사기죄의 상상적 경합이다.
- ③ (O) (大判 1999.7.23. 99도1911).
- ④ (X) 「형법」제129조 제2항에 정한 '공무원 또는 중재인이 될 자'란 공무원채용시험에 합격하여 발령을 대기하고 있는 자 또는 선거에 의해 당선이 확정된 자 등 공무원 또는 중재인이 될 것이 예정되어 있는 자뿐만 아니라 공직취임의 가능성이 확실하지는 않더라도 어느 정도의 개연성을 갖춘 자를 포함한다고 할 것이다(大判 2010.5.13. 2009도7040).
- ⑤ (O) 甲은 수뢰죄의 중범에 해당한다(大判 1997.4.17. 96도3377 전합). <주> 甲은 대항범의 당사자가 아니라, 외부관여자이므로 총칙상 공범이 적용될 수 있다.

13. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 공무원이 직접 뇌물을 받지 않고 증뢰자로 하여금 다른 사람에게 뇌물을 공여하게 한 경우, 그 다른 사람이 공무원의 사자 또는 대리인으로서 뇌물을 받은 경우이거나, 그 다른 사람이 뇌물을 받음으로 인해 공무원이 지출을 면하게 되는 경우(예를 들어, 공무원이 그 다른 사람의 생활비를 부담하거나 채무를 부담한 경우)에는 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄가 적용되는 것이 아니라 형법 제130조의 제3자뇌물제공죄가 성립하게 된다.
- ② 공무원으로 의제되는 정비사업전문관리업자의 임직원이 직무에 관하여 자신이 아닌 정비사업전문관리업자에 뇌물을 공여하게 하는 경우, 위 임직원이 법인인 정비사업전문관리업자를 사실상 1인 회사로서 개인기업과 같이 운영한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이하는 것으로 평가되는 경우에 한하여 제3자뇌물제공죄가 성립한다.
- ③ 도시 및 주거환경정비법상 정비사업전문관리업체인 **甲** 주식회사 대표이사인 피고인이 여러 건설회사들에게서 재개발정비사업 시공사로 선정되도록 도와달라는 취지의 부탁을 받고 자신이 실질적으로 장악하고 있는 컨설팅회사 명의 계좌로 돈을 입금하게 하였다면 피고인을 형법 제129조 제1항 소정의 뇌물수수죄로 처벌하기 어렵다.
- ④ 공무원인 피고인 **甲**은 피고인 **乙**로부터 “선물을 할 사람이 있으면 새우젓을 보내 주겠다.”라는 말을 듣고 새우젓을 보내고자 하는 사람들의 명단을 피고인 **乙**에게 보내 주어 위 사람들에게 피고인 **甲**의 이름으로 새우젓을 택배로 발송하게 한 경우, 피고인 **甲**과 **乙**에게는 각 뇌물수수죄와 뇌물공여죄가 성립한다.

[정답] ④

- ① (X) 형법 제130조의 제3자 뇌물제공죄가 아니라, 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄가 성립한다(大判 2004.03.26. 2003도8077).
- ② (X) 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄가 성립한다(大判 2008.9.25. 2008도2590; 大判 2010.5.13. 2008도5506).
- ③ (X) 사회통념상 피고인에게 직접 뇌물을 공여한 것과 동일하게 평가할 수 있다고 보아 형법 제129조 제1항 뇌물수수죄를 인정한 원심판단을 수긍한 사례(大判 2011.11.24. 2011도9585).
- ④ (O) [1] 뇌물죄는 공여자의 출연에 의한 수뢰자의 영득의사의 실현으로서, 공여자의 특징은 직무행위와 관련이 있는 이익의 부담 주체라는 관점에서 파악하여야 할 것이므로, 금품이나 재산상 이익 등이 반드시 공여자와 수뢰자 사이에 직접 수수될 필요는 없다. [2] 피고인 **乙**의 새우젓 출연에 의한 피고인 **甲**의 영득의사가 실현되어 형법 제129조 제1항의 뇌물공여죄 및 뇌물수수죄가 성립하고, 공여자와 수뢰자 사이에 직접 금품이 수수되지 않았다는 사정만으로 이와 달리 볼 수 없다(大判 2020. 9. 24. 2017도12389).

14. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 공무원과 뇌물수수죄의 공동정범 관계에 있는 비공무원은 제3자뇌물수수죄에서 말하는 제3자가 될 수 없고, 공무원과 공동정범 관계에 있는 비공무원이 뇌물을 받은 경우에는 공무원과 함께 뇌물수수죄의 공동정범이 성립하고 제3자뇌물수수죄는 성립하지 않는다.
- ② 금품이나 이익 전부에 관하여 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한 이후에 뇌물이 실제로 공동정범인 공무원 또는 비공무원 중 누구에게 귀속되었는지는 이미 성립한 뇌물수수죄에 영향을 미치지 않는다.
- ③ 공무원이 직무관련자에게 제3자와 계약을 체결하도록 요구하여 계약 체결을 하게 한 행위가 제3자 뇌물수수죄의 구성요건과 직권남용권리행사방해죄의 구성요건에 모두 해당하는 경우, 제3자뇌물수수죄와 직권남용권리행사방해죄가 성립하고 각 죄는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다.
- ④ 제3자 뇌물수수죄에서 제3자란 행위자와 공동정범, 교사자, 방조자 이외의 사람을 말한다. 그러므로 공무원 또는 중재인이 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 제공하게 하고 제3자가 그러한 공무원 또는 중재인의 범죄행위를 알면서 방조한 경우라 하더라도 별도의 처벌규정이 없는 한 제3자 뇌물수수방조죄로 처벌할 수는 없다.
- ⑤ 형법은 제130조 제3자뇌물수수죄는 제129조 제1항 뇌물수수죄와 동일한 법정형으로 처벌하고 있다. 이때 제3자 뇌물수수죄에서 뇌물을 받는 제3자가 뇌물임을 인식할 것을 요건으로 하지 않는다.

[정답] ④

- ① (O) (大判 2019. 8. 29. 2018도2738 전합). <주> 제33조(공범과 신분) 본문이 적용된다.
- ② (O) (大判 2019. 8. 29. 2018도2738 전합).
- ③ (O) 이는 사회관념상 하나의 행위가 수 개의 죄에 해당하는 경우이므로 두 죄는 상상적 경합 관계이다 (大判 2017.3.15. 2016도19659).
- ④ (X) 제3자뇌물수수죄에서 제3자란 행위자와 공동정범 이외의 사람을 말하고, 교사자나 방조자도 포함될 수 있다. 그러므로 방조범에 관한 형법총칙의 규정이 적용되어 제3자뇌물수수방조죄가 인정될 수 있다(大判 2017.3.15. 2016도19659).
- ⑤ (O) (大判 2019. 8. 29. 2018도2738 전합). <주> 뇌물을 받는 제3자가 뇌물임을 몰랐다면 무죄가 된다.

6. 알선수뢰죄

16. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 알선수뢰죄에 있어서 '공무원이 그 지위를 이용하여'라는 것에는 친구, 친족관계 등 사적인 관계를 이용하는 경우나 다른 공무원이 취급하는 사무처리에 법률상이거나 사실상으로 영향을 줄 수 있는 관계에 있는 공무원이 그 지위를 이용하는 경우 등은 해당되지 않는다.
- ② 알선수뢰죄에 있어서 '공무원이 그 지위를 이용하여'라고 함은 다른 공무원이 취급하는 업무처리에 법률상 또는 사실상으로 영향을 줄 수 있는 공무원이 그 지위를 이용하는 경우가 여기에 해당하고 그 사이에 반드시 상하관계, 협동관계, 감독권한 등의 특수한 관계에 있거나 같은 부서에 근무할 것을 요하는 것은 아니다.
- ③ 형법 제132조에서 "다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수한다"고 함은 다른 공무원의 직무에 속한 사항을 알선한다는 명목으로 뇌물을 수수하는 행위이므로, 알선의 상대방인 다른 공무원이나 그 직무의 내용이 구체적으로 특정되어야 한다.
- ④ 뇌물죄에서 직무란 공무원이 공무로서 관장하는 직무뿐만 아니라 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상 또는 사실상 관여하는 직무행위도 포함되나, 과거에 담당하였던 직무는 현재 그 직무 관련성이 인정되지 않으므로 이에 포함되지 않는다.
- ⑤ 공무원이 장래에 담당할 직무에 대한 대가로 이익을 수수한 경우에도 뇌물수수죄가 성립할 수 있으므로, 그 이익을 수수할 당시 장래에 담당할 직무에 속하는 사항이 그 수수한 이익과 관련된 것임을 확인할 수 없을 정도로 막연하고 추상적이거나, 장차 그 수수한 이익과 관련지을 만한 직무권한을 행사할지 자체를 알 수 없는 경우에도 그 이익이 장래에 담당할 직무에 관하여 수수되었다거나 그 대가로 수수되었다고 단정할 수 있다.

[정답] ②

- ① (X) 형법 제132조 소정의 알선수뢰죄에 있어서 "공무원이 그 지위를 이용하여"라 함은 친구, 친족관계 등 사적인 관계를 이용하는 경우에는 여기에 해당한다고 할 수 없으나, 다른 공무원이 취급하는 사무처리에 법률상이거나 사실상으로 영향을 줄 수 있는 관계에 있는 공무원이 그 지위를 이용하는 경우에는 여기에 해당하고 그 사이에 반드시 상하관계, 협동관계, 감독권한 등의 특수한 관계에 있음을 요하지 않는다(大判 1995.01.12. 94도2687).
- ② (O) (大判 1994.10.21. 94도852).
- ③ (X) 반드시 알선의 상대방인 다른 공무원이나 그 직무의 내용이 구체적으로 특정될 필요까지는 없지만, 알선뇌물요구죄가 성립하려면 알선할 사항이 다른 공무원의 직무에 속하는 사항으로서 뇌물요구의 명목이 그 사항의 알선에 관련된 것임이 어느 정도 구체적으로 나타나야 한다(大判 2009.7.23. 2009도3924).
- ④ (X) 뇌물죄에서 직무란 공무원이 그 지위에 수반하여 공무로서 처리하는 일체의 직무를 말하며, 과거에 담당하였거나 또는 장래 담당할 직무 및 사무분장에 따라 현실적으로 담당하지 않는 직무라고 하더라도 법령상 일반적인 직무권한에 속하는 직무 등 공무원이 그 직위에 따라 공무로 담당할 일체의 직무를 말한다(大判 2000.01.28. 99도4022; 大判 2013. 11. 28. 2013도10011; 大判 2017. 12. 22. 2017도12346).
- ⑤ (X) 공무원이 장래에 담당할 직무에 대한 대가로 이익을 수수한 경우에도 뇌물수수죄가 성립할 수 있지만, 그 이익을 수수할 당시 장래에 담당할 직무에 속하는 사항이 그 수수한 이익과 관련된 것임을 확인할 수 없을 정도로 막연하고 추상적이거나, 장차 그 수수한 이익과 관련지을 만한 직무권한을 행사할지 자체를 알 수 없다면, 그 이익이 장래에 담당할 직무에 관하여 수수되었다거나 그 대가로 수수되었다고 단정하기 어렵다(大判 2017. 12. 22. 2017도12346).

04. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 집행관이 영업방해금지 가처분결정의 취지를 고시한 공시서를 게시하였을 뿐 구체적인 집행행위를 하지 아니하였다면 피신청인이 가처분의 부작위명령을 위반하였다는 것만으로는 공무상 표시의 효용을 해하는 행위에 해당하지 않는다.
- ② 甲은 자신의 실용신안권을 침해한 乙에 대하여 침해제품의 생산을 금지하고 보관중인 침해제품의 점유를 풀고, 집행관은 이를 보관하며 그 명령의 취지를 공시하도록 하는 내용의 가처분결정을 받았고, 이에 따라 집행관이 위 부작위명령을 고시하였을 뿐 乙이 보관중인 침해제품을 자신의 점유로 옮기는 등 구체적인 집행행위를 하지 아니한 경우, 乙이 위 부작위명령을 위반한 것만으로 공무상 표시의 효용을 해하는 행위에 해당하지 아니한다.
- ③ 온천수사용금지가처분결정이 있기 전부터 온천이용허가권자인 가처분채무자로부터 이를 양수하고 임대차계약의 형식을 빌어 온천수를 이용하여 온 사람이 위 금지명령을 위반하여 계속 온천수를 사용한 경우, 그 사람의 위반행위는 공무상표시무효죄를 구성한다.
- ④ 남편을 채무자로 한 출입금지 가처분명령의 효력은 그 처에게 미치지 아니하므로, 그 처가 이를 무시하고 발에 들어가도 공무상비밀표시무효죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 집행관이 유체동산을 가압류하면서 이를 채무자에게 보관하도록 한 경우 그 가압류의 효력은 압류된 물건의 처분행위를 금지하는 효력이 있으므로, 채무자가 가압류된 유체동산을 제3자에게 양도하고 그 점유를 이전한 경우 공무상표시무효죄가 성립한다. 이는 채무자와 양수인이 가압류된 유체동산을 원래 있던 장소에 그대로 두었더라도 마찬가지이다.

[정답] ③

- ① (O) (大判 2010.9.30. 2010도3364). <주> 구체적 집행행위가 없었다.
- ② (O) (大判 2010.9.30. 2010도3364). <주> 구체적 집행행위가 없었다.
- ③ (X) 온천수 사용금지 가처분결정이 있기 전부터 온천이용허가권자인 가처분 채무자로부터 이를 양수하고 임대차계약의 형식을 빌어 온천수를 이용하여 온 제3자가 위 금지명령을 위반하여 계속 온천수를 사용한 경우 공무상표시무효죄를 구성하지 않는다(大判 2007.11.16. 2007도5539).
- ④ (O) (大判 1979.2.13. 77도1455). <주> 처는 가처분명령을 받지 않은 제3자이다.
- ⑤ (O) 집행관이 유체동산을 가압류하면서 이를 채무자에게 보관하도록 한 경우 그 가압류의 효력은 압류된 물건의 처분행위를 금지하는 효력이 있으므로, 채무자가 가압류된 유체동산을 제3자에게 양도하고 그 점유를 이전한 경우, 이는 가압류집행이 금지하는 처분행위로서, 특별한 사정이 없는 한 가압류표시 자체의 효력을 사실상으로 감쇄 또는 멸각시키는 행위에 해당한다. 이는 채무자와 양수인이 가압류된 유체동산을 원래 있던 장소에 그대로 두었더라도 마찬가지이다(大判 2018. 7. 11. 2015도5403).

05. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 범인도피행위는 범인을 도주하게 하는 행위 또는 도주하는 것을 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정되므로, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함하는 것은 아니다.
- ② 참고인이 수사기관에서 진술을 함에 있어 단순히 범인으로 체포된 사람과 동인이 목격한 범인이 동일함에도 불구하고 동일한 사람이 아니라고 허위진술을 하였고 그 허위진술로 말미암아 증거가 불충분하게 되어 범인을 석방하게 되는 결과가 되었다면 범인도피죄를 구성하며, 이러한 법리는 피의자가 수사기관에서 공범에 관하여 묵비하거나 허위로 진술한 경우에도 그대로 적용된다.
- ③ 범인 스스로 도피하는 행위는 처벌되지 않으므로 범인이 도피를 위하여 타인에게 도움을 요청하였고 실제 그 타인이 범인도피에 도움을 주었다 하더라도 타인에게 도움을 요청한 행위가 통상적 도피행위의 범주에 속하는 한 범인도피교사죄는 성립하지 않는다.
- ④ 공범 중 1인이 수사절차에서 자기의 범행에 관하여 허위로 진술하는 것은 방어권 행사의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다. 이러한 행위가 다른 공범을 도피하게 한 결과가 된다고 하더라도 범인도피죄로 처벌할 수 없다. 이때 공범이 이러한 행위를 교사하였더라도 범죄가 될 수 없는 행위를 교사한 것에 불과하여 범인도피교사죄도 성립하지 않는다.

[정답] ②

- ① (O) 형법 제151조의 범인도피죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사범의 작용을 방해하는 결과를 초래할 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 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(大判 1995.3.3. 93도3080; 大判 2008. 12. 24. 2007도11137; 大判 2011.4.28. 2009도3642).
- ② (X) 허위진술을 한 정도의 것만으로는 참고인의 그 허위진술로 말미암아 증거가 불충분하게 되어 범인을 석방하게 되는 결과가 되었다 하더라도 바로 범인도피죄를 구성한다고는 할 수 없다. 또한 이러한 법리는 피의자가 수사기관에서 공범에 관하여 묵비하거나 허위로 진술한 경우에도 그대로 적용된다.(大判 1987.2.10, 85도897).
- ③ (O) (大判 2014.4.10. 2013도12079).
- ④ (O) (大判 2018.08.03. 2015도20396).

제6절 증거인멸의 죄

01. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 범인도피죄에 있어서 '죄를 범한 자'에 아직 수사기관에 포착되지 않아 수사대상이 되어 있지 않은 자는 포함되지 않는다.
- ② 증거은닉죄에 있어서 타인의 형사사건 또는 징계사건이란 은닉행위 시에 아직 수사 또는 징계절차가 개시되기 전이라도 장차 형사 또는 징계사건이 될 수 있는 것까지를 포함한다.
- ③ 형법 제155조 제1항의 증거위조죄에서 '타인의 형사사건'이란 증거위조 행위시에 아직 수사절차가 개시되기 전이라도 장차 형사사건이 될 수 있는 것까지 포함하지만, 이후 그 형사사건이 기소되지 아니하거나 무죄가 선고된 경우 증거위조죄는 성립하지 않는다.
- ④ 피의자에 대한 모해목적의 증거위조죄에서 '피의자'에는 수사 개시 이전의 단계에서 장차 형사입건될 가능성이 있는 대상자도 포함된다.

[정답] ②

- ① (X) 수사대상이 되어 있지 않은 자도 포함된다(大判 2003.12.12. 2003도4533).
- ② (O) (大判 1982.4.27. 82도274).
- ③ (X) 그 형사사건이 기소되지 아니하거나 무죄가 선고되더라도 증거위조죄의 성립에 영향이 없다(大判 2011.2.10. 2010도15986).
- ④ (X) 형법 제155조 제3항에서 말하는 '피의자'라고 하기 위해서는 수사기관에 의하여 범죄의 인지 등으로 수사가 개시되어 있을 것을 필요로 하고, 그 이전의 단계에서는 장차 형사입건될 가능성이 크다고 하더라도 그러한 사정만으로 '피의자'에 해당한다고 볼 수는 없다(大判 2010.6.24. 2008도12127).

02. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 제3자가 심문절차로 진행되는 가처분 신청사건에서 증인으로 출석하여 선서를 하고 진술함에 있어서 허위의 공술을 하였다고 하더라도 위증죄는 성립하지 않는다.
- ② 민사소송의 당사자는 증인능력이 없으므로 증인으로 선서하고 증언하였다고 하더라도 위증죄의 주체가 될 수 없으나 민사소송에서의 당사자인 법인의 대표자의 경우에는 위증죄의 주체가 될 수 있다.
- ③ 피고인을 공동피고로 한 민사사건에서 피고인이 의제자백에 의해 분리되고, 공소외인만이 피고로 남은 사건에서 한 증언이 기억에 반한 것이라면 위증죄에 해당한다.
- ④ 형사피고인이 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증하게 한 경우에는 위증교사죄가 성립한다.

[정답] ②

- ① (○) 가처분사건이 변론절차에 의하여 진행될 때에는 선서한 증인의 허위진술이 위증죄가 성립할 수 있으나, 심문절차로 진행될 경우에는 증인이 선서하고 허위진술을 하더라도 위증죄는 성립하지 않는다. (大判 2003.7.25, 2003도180).
- ② (X) 민사소송의 당사자는 증인능력이 없으므로 증인으로 선서하고 증언하였다고 하더라도 위증죄의 주체가 될 수 없고, 이러한 법리는 민사소송에서의 당사자인 법인의 대표자의 경우에도 마찬가지로 적용된다(大判 1998.3.10. 97도1168; 大判 2012.12.13. 2010도14360).
- ③ (○) 피고인을 공동피고로 한 민사사건에서 피고인이 의제자백에 의해 분리되고, 공소외인만이 피고로 남았다면 이는 타인 사이의 사건이라고 할 것이므로 그 사건에서 한 증언이 기억에 반한 것인 이상 위증죄에 해당한다(大判 1983.10.25, 83도1318).
- ④ (○) 피고인이 자기의 형사사건에 관하여 허위의 진술을 하는 행위는 피고인의 형사소송에 있어서의 방어권을 인정하는 취지에서 처벌의 대상이 되지 않으나, 법률에 의하여 선서한 증인이 타인의 형사사건에 관하여 위증을 하면 형법 제152조 제1항의 위증죄가 성립되므로 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증죄를 범하게 하는 것은 이러한 방어권을 남용하는 것이라고 할 것이어서 교사범의 죄책을 부담케 함이 상당하다(大判 2004. 1. 27. 2003도5114).

p.1188 지문 ④ 맨 뒤에 마칩표 찍고, ⑤ 지문과 해설 추가합니다.

2. 허위진술

03. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 법률에 의하여 선서한 증인이 자신의 기억에 합치하는 진술을 하였으나 후에 그 진술 내용이 객관적 사실에 반한다는 점이 밝혀진 경우 위증죄가 성립한다.
- ② 증인이 설령 객관적인 사실과 일치하더라도, 자기의 기억에 반하는 진술을 하였다면 위증죄가 성립한다.
- ③ 타인으로부터 전해들은 금품의 전달사실을 마치 증인 자신이 전달한 것처럼 진술한 것은 증인의 기억에 반하는 허위진술이라고 할 것이므로 그 진술부분은 위증에 해당한다.
- ④ 상세한 내용의 증인신문사항에 대하여 증인이 그 상세한 신문사항내용을 파악하지 못하였거나 또는 기억하지 못함에도 불구하고 이를 그대로 긍정하는 취지의 답변을 한 경우 기억에 반하여 허위의 진술을 한 것이라고 볼 것이다.
- ⑤ 위증죄는 그 진술이 판결에 영향을 미쳤는지 여부나 지엽적인 사항인지 여부와 무관하게 성립하나, 경험한 사실에 대한 법률적 평가인 경우에는 위증죄가 성립하지 않는다.

[정답] ①

- ① (X) 위증죄의 고의가 부정된다(大判 1998.9.8. 98도1949). <주> 진실로 인식하여 위증죄의 고의가 부정되므로 실제로 진실이든 허위이든 불가별이다.
- ② (O) (大判 1989.1.17., 88도580). <주> 위증죄의 허위사실은 주관설에 따른다. 따라서 허위로 인식하였다면 실제 진실로 판명되더라도 위증죄가 성립한다.
- ③ (O) (大判 1990.5.8. 90도448).
- ④ (O) (大判 1981.6.23., 81도118).
- ⑤ (O) 위증죄는 법률에 의하여 선서한 증인이 사실에 관하여 기억에 반하는 진술을 한 때에 성립하고, 증인의 진술이 경험한 사실에 대한 법률적 평가이거나 단순한 의견에 지나지 아니하는 경우에는 위증죄에서 말하는 허위의 공술이라고 할 수 없다(大判 2009. 3. 12. 2008도11007). <주> 위증이 되려면 증명할 수 있는 사실에 거짓이 있어야 한다는 뜻이다.

08. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 하나의 소송사건에서 동일한 선서 하에 이루어진 법원의 감정명령에 따라 감정인이 동일한 감정명령사항에 대하여 수차례에 걸쳐 허위의 감정보고서를 제출하는 경우 수 개의 허위감정죄의 경합범이 된다.
- ② 선서한 증인이 기억에 반하는 허위의 진술을 하였더라도 그 진술을 철회·시정하면 위증이 되지 아니하므로, 증인이 증인신문절차에서 허위의 진술을 하고 증인신문절차가 종료된 후, 다시 증인 신청 및 채택 절차를 거쳐 신문을 받는 과정에서 종전 신문절차에서의 진술을 철회·시정하면 위증죄가 성립하지 아니한다.
- ③ 위증죄를 범한 자가 재판이 확정되기 전에 자백 또는 자수를 한 경우에는 이미 법원에 의해서 위증 사실이 간파되었어도 형의 감면이나 면제 규정이 적용된다.
- ④ 위증죄에 있어서 형의 감면 규정은 재판 확정전의 자백을 형의 필요적 감면 사유로 한다는 것이고, 이는 자발적인 고백에 한정되므로 법원이나 수사기관의 심문에 의한 고백은 위 자백의 개념에 포함되지 않는다.

[정답] ③

- ① (X) 단일한 범의 하에 계속하여 허위의 감정을 한 것으로서 포괄하여 1개의 허위감정죄를 구성한다(大判 2000.11.28. 2000도1089).
- ② (X) 위증죄가 기수에 달한 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 증인신문절차에서 한 선서의 효력이 유지됨을 고지 받고 진술한 경우에도 마찬가지로 적용된다(大判 2010.9.30. 2010도7525).
- ③ (O) 자백·자수는 위증죄가 기수가 된 후 당해 사건의 재판이 확정되기 전에만 가능하다. 확정 전이면 이미 허위진술이 간파된 뒤라도 상관없다.
- ④ (X) 자백의 절차에 관하여는 아무런 제한이 없으므로 그가 공술한 사건을 다루는 기관에 대한 자발적인 고백은 물론, 위증사건의 피고인 또는 피의자로서 법원이나 수사기관의 심문에 의한 고백도 위 자백의 개념에 포함된다(大判 1973. 11. 27. 73도1639). <주> 위증죄를 범한 자가 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자수 또는 자백하면 형의 필요적 감면 혜택을 받는다. 이때 “자수”는 자발적이어야 하지만, “자백”은 자발적이지 않아도 된다는 뜻이다.

10. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 전남편이 도로교통법 위반(음주운전)으로 기소된 사건에서 증인으로 출석한 전처가 증언거부권을 고지 받지 않은 상태에서 전남편인 피고인의 변명을 두둔하는 허위의 진술을 적극적으로 행한 경우 증언거부권의 불고지, 가족관계에 기초한 애정적 관계를 고려할 때 기대가능성이 없어 위증죄가 성립되지 않는다.
- ② 민사소송절차에서 재판장이 증인에게 증언거부권을 고지하지 아니하였다 하여 절차위반의 위법이 있다고 할 수 없으므로 적법한 선서절차를 마쳤음에도 허위진술을 한 증인에 대해서는 달리 특별한 사정이 없는 한 위증죄가 성립한다.
- ③ 자신의 강도상해 범행을 일관되게 부인하였으나 유죄판결이 확정된 피고인이 별건으로 기소된 공범의 형사사건에서 자신의 범행사실을 부인하는 증언을 한 경우 위증죄가 성립하지 않는다.
- ④ 이미 유죄판결이 확정된 증인이 증언에 앞서 증언거부권을 고지 받지 못한 상황에서 허위진술을 하면 위증죄가 성립하지 아니한다.
- ⑤ 형사소송법 제148조의 증언거부권은 헌법 제12조 제2항에 의한 불이익 진술의 강요금지 원칙을 구체화한 자기부죄거부특권에 관한 것이다. 따라서 자신에 대해 유죄판결이 이미 확정된 증인이라 하더라도 공범에 대한 사건에서는 증언을 거부할 수 있고, 특히 증인이 자신에 대한 형사사건에서 시종일관 범행을 부인하였다면 증인이 진실대로 진술할 것을 기대할 가능성이 없는 경우에 해당한다.

[정답] ②

- ① (X) 선서 전에 재판장으로부터 증언거부권을 고지받지 아니하였다 하더라도 이로 인하여 증언거부권이 사실상 침해당한 것으로 평가할 수는 없다면 위증죄가 성립한다(大判 2010.2.25., 2007도6273). <주> 피고인의 변명을 두둔하는 태도로 보아 증언거부권을 고지하였더라도 이를 행사하지 않았을 것으로 판단되었다. 즉 증언거부권을 행사하는데 아무런 장애가 없다고 보았다.
- ② (O) 민사소송법은 증언거부권 제도를 두면서도 증언거부권 고지에 관한 규정을 따로 두고 있지 않다. 따라서 민사소송법이 정하는 절차에 따라 증인으로서 적법하게 선서를 마치고도 허위진술을 한 피고인의 행위는 위증죄에 해당한다(大判 2011.7.28. 2009도14928).
- ③ (X) 사안에서, 피고인에게 사실대로 진술할 것이라는 기대가능성이 있으므로 위증죄가 성립한다(大判 2008.10.23., 2005도10101).
- ④ (X) 유죄판결이 확정된 피고인에게 증언을 거부할 권리가 없으므로 증언에 앞서 증언거부권을 고지받지 못하였더라도 증인신문절차상 잘못이 없다고 판단하여 위증죄를 인정한 원심판단을 수긍한 사례(大判 2011.11.24. 2011도11994).
- ⑤ (X) 이미 유죄의 확정판결을 받은 경우에는 헌법 제13조 제1항에 정한 일사부재리의 원칙에 의해 다시 처벌받지 아니하므로 자신에 대한 유죄판결이 확정된 증인은 공범에 대한 사건에서 증언을 거부할 수 없고, 설령 증인이 자신에 대한 형사사건에서 시종일관 범행을 부인하였더라도 그러한 사정만으로 증인이 진실대로 진술할 것을 기대할 수 있는 가능성이 없는 경우에 해당한다고 할 수 없으므로 허위의 진술에 대하여 위증죄 성립을 부정할 수 없다(大判 2011. 11. 24. 2011도11994).

09. 다음의 설명 중에서 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 甲이 乙에게 도박자금으로 금원을 빌려준 사실을 감추고 단순한 대여금인 것처럼 하여 乙이 대여금을 변제하지 않는다면 처벌하여 달라는 취지로 고소한 경우 무고죄가 성립한다.
- ② 도박자금을 빌려주고 변제받지 못하자 '자동차구입대금을 빌려주었으나 변제하지 않고 자동차도 구입하지 않았다'라고 고소하였다면 금전의 용도에 대하여 허위신고한 것에 불과하여 무고죄가 성립하지 않는다.
- ③ 피고인이 甲을 변제의사와 능력도 없이 차용금 명목으로 돈을 편취하였으니 사기죄로 처벌하여 달라고 고소하면서 대여금의 용도에 관하여 '도박자금'으로 빌려준 사실을 감추고 '내비게이션 구입에 필요한 자금'이라고 허위 기재하고 대여의 일시·장소도 사실과 달리 기재한 경우 무고죄가 성립한다.
- ④ 피고인이 돈을 갚지 않는 甲을 차용금 사기로 고소하면서 대여금의 용도에 관하여 '도박자금'으로 빌려준 사실을 감추고 '내비게이션 구입에 필요한 자금'이라고 허위 기재했을 뿐 甲이 차용금의 용도를 속이는 바람에 대여하게 되었다는 취지로 주장한 사실이 없더라도, 피고인이 대여의 일시·장소를 사실과 달리 기재하였다면 무고죄가 성립한다.

[정답] ①

- ① (O) [1] 신고사실의 일부에 허위의 사실이 포함되어 있다고 하더라도 그 허위부분이 범죄의 성부에 영향을 미치는 중요한 부분이 아니고, 단지 신고한 사실을 과장한 것에 불과한 경우에는 무고죄에 해당하지 아니하지만,
[2] 그 일부 허위인 사실이 국가의 심판작용을 그르치거나 부당하게 처벌을 받지 아니할 개인의 법적 안정성을 침해할 우려가 있을 정도로 고소사실 전체의 성질을 변경시키는 때에는 무고죄가 성립될 수 있다(大判 2004.1.16. 2003도7178). <주> 도박자금은 불법원인급여라서 반환을 청구할 수 없다. 따라서 상대방을 사기죄로 고소한 행위는 무고한 자를 포함한 것이다.
- ② (X) 무고죄의 허위신고에 해당한다(大判 2004.1.16. 2003도7178).
- ③ (X) 차용인이 변제의사와 능력의 유무에 관하여 기망하였다는 내용으로 고소한 경우에는, 차용금의 용도와 무관하게 다른 자료만으로도 충분히 차용인의 변제의사나 능력의 유무에 관한 기망사실을 인정할 수 있는 경우도 있을 것이므로, 차용금의 실제 용도에 관하여 사실과 달리 신고하였다는 것만으로는 범죄사실의 성립 여부에 영향을 줄 정도의 중요한 부분을 허위로 신고하였다고 할 수 없다. 이와 같은 법리는 고소인이 차용사기로 고소할 때 묵비하거나 사실과 달리 신고한 차용금의 실제 용도가 도박자금이었던더라도 달리 볼 것은 아니다(大判 2011.9.8. 2011도3489). <주> 변제의사와 능력 없어서 사기죄라는 신고는 무고죄가 성립하지 않는다. 여기에 기타 허위사정이 개입되어도 단순한 과장신고로 본다.
- ④ (X) 피고인의 고소 내용은 갑이 변제의사와 능력도 없이 차용금 명목으로 돈을 편취하였으니 사기죄로 처벌하여 달라는 것이고, 갑이 차용금의 용도를 속이는 바람에 대여하게 되었다는 취지로 주장한 사실은 없으며, 수사기관로서는 차용금의 용도와 무관하게 다른 자료들을 토대로 갑이 변제의사나 능력 없이 돈을 차용하였는지를 조사할 수 있는 것이므로, 비록 피고인이 도박자금으로 대여한 사실을 숨긴 채 고소장에 대여금의 용도에 관하여 허위로 기재하고 대여 일시·장소 등 변제의사나 능력의 유무와 관련성이 크지 아니한 사항에 관하여 사실과 달리 기재한 사정만으로는 사기죄 성립 여부에 영향을 줄 정도의 중요한 부분을 허위 신고하였다고 보기 어렵다(大判 2011.9.8. 2011도3489). <주> 지문에 “甲이 차용금의 용도를 속이는 바람에 대여하게 되었다는 취지로 주장한 사실이 없더라도”라는 표현이 있는데, 이는 변제의사와 능력도 없이 돈을 편취하여 사기죄로 처벌해달라는 고소로 평가된다. 따라서 무고죄가 성립하지 않는다.