

2025 판례 · 기출정보판 테마 형법 추록본

편저자 조충환 · 양건

▶ 주의

1. 본 추록은 작년(2023년)에 출간된 2024 테마 형법(전면개정판)을 위한 것으로, 올해(2024년)에 출간된 2025 테마 형법(판례 · 기출정보판)에는 전부 반영되어 있으므로 본 추록이 필요 없습니다.
2. 아래에 있는 해당 페이지는 2024 테마 형법(전면개정판) 페이지입니다.

[총론 I]

p.17 상단 6번 판례 아래 추가(7~8)

7. 지방자치법 제22조, 행정규제기본법 제4조 제3항에 따르면 지방자치단체가 조례를 제정할 때 내용이 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙인 경우에는 법률의 위임이 있어야 한다. **법률의 위임 없이 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 사항을 정한 조례는 효력이 없다**(대판 2017.12.5, 2016추5162). **23. 9급 철도경찰**
8. 구성요건의 실질적 내용을 직접 규정하지 아니하고 모두 단체협약에 위임하는 것은 죄형법정주의의 기본적 요청인 '법률'주의에 위배되고, 그 구성요건은 지나치게 애매하고 광범위하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다(헌재결 1998.3.26, 96헌가20). **24. 경찰승진**

p.18 문제 01번 다음에 추가(문제 02~03)

02 위임입법에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ㉠ 헌법은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 하위법령에 규정하는 것을 허용한다.
- ㉡ 법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴본 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다.
- ㉢ 법률의 시행령이 형사처벌에 관한 사항을 규정하면서 법률의 명시적인 위임 범위를 벗어나 그 처벌의 대상을 확장하는 것은 죄형법정주의의 원칙에도 어긋나는 것이므로, 그러한 시행령은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효이다.
- ㉣ 형벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우로 한정되어야 하며, 이러한 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상 행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하여야 한다.

① 1개

② 2개

③ 3개

④ 4개

해설 ㉠ ○ : 헌법 제75조

㉡ ○ : 대판 2020.4.9, 2015다34444

㉢ ○ : 대판 2017.2.16, 2015도16014 전원합의체

㉣ ○ : 대판 2002.11.26, 2002도2998

정답 ④

03 위임입법에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 경찰승진

- ① 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제로 적합하지도 않으므로 구성요건의 실질적 내용을 단체협약에 모두 위임하는 것도 허용된다.
- ② 법률의 시행령은 모법인 법률의 위임 없이 법률이 규정한 개인의 권리 의무에 관한 내용을 변경 보충하거나 법률에서 규정하지 아니한 새로운 내용을 규정할 수 없고, 특히 법률의 시행령이 형사처벌에 관한 사항을 규정하면서 법률의 명시적인 위임 범위를 벗어나 처벌의 대상을 확장하는 것은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효이다.
- ③ 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령이 된다.
- ④ 처벌법규의 구성요건 부분에 관한 기본사항에서 보다 구체적인 기준이나 범위를 정함이 없이 또는 그 대강이 확정되지 않은 상태에서 그 내용인 규범의 실질을 모두 하위법령에 포괄적으로 위임하는 것은 죄형법정주의 원칙에 반한다.

【해설】 ① × : 구성요건의 실질적 내용을 직접 규정하지 아니하고 모두 단체협약에 위임하는 것은 죄형법정주의의 기본적 요청인 ‘법률’주의에 위배되고, 그 구성요건은 지나치게 애매하고 광범위하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다(헌재결 1998.3.26, 96헌가20).

② 대판 2017.2.16, 2015도16014 전원합의체

③ 대판 2012.7.5, 2010다72076

④ 헌재결 2000.7.20, 99헌가15

정답 ①

p.19 2. “관련판례” 1번 판례 아래 “유사판례” 교체

▶ 유사판례

- ① 헌법재판소가 형벌에 관한 법률조항에 대해 **헌법불합치결정**을 선고하면서 개정시한을 정하여 입법 개선을 촉구하였는데도 위 시한까지 법률 개정이 이루어지지 않은 경우, 위 법률조항은 소급하여 효력을 상실하므로 이를 적용하여 공소가 제기된 위 피고사건에 대하여 **무죄**(면소 ×)를 선고하여야 한다(대판 2011.6.23, 2008도7562 전원합의체 ∴ 헌법불합치결정은 형벌에 관한 법률조항에 대한 위헌결정이다). 18. 법원직, 20. 경찰승진·7급 검찰
- ② 입법자가 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라 구법 조항을 개정하면서 **부칙에 ‘개정 조항’의 소급적용에 관한 경과조치를 두고 있지 않더라도**, 위 **헌법불합치결정**의 소급효가 미친다고 해야 하므로, 구법 조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 개정된 조항을 적용하여야 한다(대판 2021.5.27, 2018도13458).
- ③ 도로교통법 제148조의 2 제1항(벌칙조항 : 가중처벌) 중 각 **‘제44조 제1항(음주운전) 또는 제2항(음주측정거부)을 1회 이상 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제1항(음주운전) 또는 제2항(음주측정거부)을 위반한 사람’**에 관한 부분에 대하여 **위헌결정**을 선고(헌재결 2022.5.26, 2021헌가30)한 사안에서, 위 각 법률조항 부분은 헌법재판소법 **제47조 제3항** 본문에 따라 소급하여 그 효력을 상실하였으므로, 해당 법조를 적용하여 기소한 피고사건은 **죄가 되지 않는 경우에 해당한다**(대판 2022.6.9, 2021도14878).

p.35 상단 45번 판례 아래 추가(46~51)

46. 수산물품질관리법령에 따라 ‘생산제품의 종류’란에 **수산물원형동결(오징어)**이라고 기재된 **수산물 가공업(냉동·냉장업)** 등록증을 받은 자가 **수산물처리동결(오징어)** 제품을 가공한 행위를 수산물 가공업(냉동·냉장업)의 등록 없이 해당 영업을 한 경우로 볼 수 없다(대판 2015.1.29, 2014도8448). 20. 해경 1차, 24. 해경승진
47. 수산물의 표시·광고에서 ‘생물’은 포획 후 냉동하지 않은 채 살아 있거나 그에 준할 정도로 신선한 상태로 유통되는 수산물을 표현하는 용어로 ‘냉동’과 구별되는 개념으로 사용되고 있으므로, **냉동수산물 또는 냉동 후 해동한 수산물에 ‘생물’이라고 표시·광고하는 것은** 수산물의 품질에 관하여 사실과 다른 표시·광고를 한 것으로 보아야 한다(대판 2017.4.7, 2016도19084). 20. 해경 1차
48. 한의사가 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지에 관한 새로운 판단 기준에 따르면, **한의사가 초음파 진단기기를 사용하여 환자의 신체 내부를 촬영하여 화면에 나타난 모습을 보고 이를 한의학적 진단의 보조수단으로 사용하는 것은** 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하지 않는다(대판 2022.12.22, 2016도21314 전원합의체 ∴ **의료법위반죄 ×**). 23. 경력채용

49. 사망의 진단은 의사 등이 환자의 사망 당시 또는 사후에라도 현장에 입회해서 직접 환자를 대면하여 수행해야 하는 의료행위이고, **간호사는** 의사 등의 개별적 지도 · 감독이 있더라도 **사망의 진단을 할 수 없다**(대판 2022.12.29, 2017도10007). 23. **경력채용**
50. 어린이집 대표자를 변경하였음에도 변경인가를 받지 않은 채 어린이집을 운영한 행위에 대해 설치인가를 받지 않고 사실상 어린이집의 형태로 운영하는 행위 등을 처벌하는 규정인 영유아보육법 제54조 제4항 제1호를 적용하거나 유추적용할 수 없다(대판 2022.12.1, 2021도6860). 24. **순경 1차**
51. 의료법인 명의로 개설된 의료기관의 경우, 의료인의 자격이 없는 일반인(이하 ‘비의료인’이라 한다)의 주도적 출연 내지 주도적 관여만을 근거로 비의료인이 의료기관을 개설 · 운영한 것으로 평가하기 어렵다. 비의료인이 의료기관의 개설 · 운영 등에 필요한 자금 전부 또는 대부분을 의료법인에 출연하거나 의료법인 임원의 지위에서 의료기관의 개설 · 운영에 주도적으로 관여하는 것은 의료법인의 본질적 특성에 기초한 것으로서 의료법인의 의료기관 개설 · 운영을 허용한 의료법에 근거하여 비의료인에게 허용된 행위이다. 비의료인의 주도적 자금 출연 내지 주도적 관여 사정만을 근거로 비의료인이 실질적으로 의료기관을 개설 · 운영하였다고 판단할 경우, 허용되는 행위와 허용되지 않는 행위의 구별이 불명확해져 죄형법정주의 원칙에 반할 수 있다(대판 2023.7.17, 2017도1807 전원합의체). 24. **9급 검찰 · 마약수사 · 철도경찰** ㉔ 피고인이 乙병원 직원들의 체불임금 지급을 위한 자금을 출연하면서 甲법인을 인수한 다음 의료기관 운영에 관한 주요 사항을 주도적으로 처리하였다는 사정만으로 피고인이 탈법적인 수단으로 乙병원을 개설 · 운영한 것으로 단정할 수 없다(대판 2023.8.18, 2020도6492 ∴ 의료법위반죄 ×).

p.38 상단 35번 판례 삭제, 36번을 35번으로 번호교체하고 아래 추가(36~49)

36. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에서는 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 부호 · 문언 · 음향 · 화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 처벌하고 있다. 여기서 ‘도달하게 한다’는 것은 ‘상대방이 공포심이나 불안감을 유발하는 문언 등을 직접 접하는 경우뿐만 아니라 상대방이 객관적으로 이를 인식할 수 있는 상태에 두는 것’을 의미한다. 따라서 상대방이 별다른 제한 없이 문자메시지를 바로 접할 수 있는 상태에 이르렀다면, 구성요건을 충족한다고 보아야 하고, 상대방이 실제로 문자메시지를 확인하였는지 여부와는 상관 없다(대판 2018.11.15, 2018도14610 ㉔ 비록 피해자의 수신차단으로 위 문자메시지들이 **피해자 휴대전화의 스팸 보관함에 저장**되어 있었다고 하더라도, 피해자가 위 문자메시지들을 바로 확인하여 인식할 수 있는 상태에 있었으므로, 피해자에게 ‘도달’하게 한 경우에 해당한다). 여기서 ‘**공포심이나 불안감을 유발하는 문언을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위**’는 전제적으로 상대방의 불안감 등을 조성하기 위한 **일련의 반복적인 행위로 평가할 수 있는 경우여야만 하고**, 그와 같이 평가될 수 없는 **일회성 내지 비연속적인 단발성 행위가 여러 번 이루어진 것에 불과한 경우**에는 각 행위의 구체적 내용 및 정도에 따라 협박죄나 경범죄처벌법상 불안감 조성행위 등 별개의 범죄로 처벌할 수 있음은 별론으로 하더라도 **위 법 위반죄로 처벌할 수 없다**(대판 2023.9.14, 2023도5814).
37. 전기통신의 감청은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 통신비밀보호법 제2조 제7호 소정의 각 행위를 하는 것만을 말한다고 풀이함이 상당하다고 할 것이므로, **전기통신의 당사자의 일방이 상대방 모르게** 통신의 음향 · 영상 등을 청취하거나 녹음하는 것은 여기의 감청에 해당하지 아니하지만, **제3자의 경우는 설령 당사자 일방의 동의를 받고** 그 통신의 음향 · 영상을 청취하거나 녹음하였다 하더라도 **그 상대방의 동의가 없었던 이상** 통신비밀보호법 제3조 제1항 **위반이 된다**(대판 2022.10.27, 2022도9877).

38. ‘담배의 제조’는 담배가공을 위한 일정한 작업의 수행을 전제하므로, 그러한 작업을 수행하지 않은 자의 행위를 무허가 담배제조로 인한 담배사업법 제27조 제1항 제1호, 제11조 위반죄로 의율하는 것은 특별한 사정이 없는 한 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 해석한 것이어서 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지 원칙에 어긋난다(대판 2023.1.12, 2019도16782 ㉠ 피고인이 불특정 다수의 손님들에게 연초 잎, 담배 필터, 담뱃갑을 제공하여 손님으로 하여금 담배제조기계를 조작하게 하거나 자신이 직접 그 기계를 조작하는 방법으로 담배를 제조하고, 손님에게 담배를 판매한 경우 ⇨ 담배사업법위반죄 × ∵ 피고인이 담배를 제조하였다거나 제조된 담배를 소비자에게 판매하였다고 보기 어렵다).
39. 타인 명의 금융계좌에서 범죄로 인한 피해금을 인출해 주는 일을 하고 수수료를 받기로 약속한 후 그 금융계좌에 연결된 접근매체를 전달받아 보관한 것은, 대가를 수수하기로 약속함과 동시에 범죄에 이용할 목적으로 접근매체를 보관한 것으로 봄이 타당하고, 피고인이 받기로 한 수수료가 보관행위에 대한 직접적인 대가가 아니라거나 실제로는 그 체크카드를 이용한 범죄가 현실화될 수 없다는 이유로 ‘대가관계’나 ‘범죄 이용 목적’이 없다고 할 수는 없다(대판 2023.1.12, 2021도10861).
40. 고소·고발장에 다른 정보주체의 개인정보를 첨부하여 경찰서에 제출한 것은 그 정보주체의 동의도 받지 아니하고 관련 법령에 정한 절차를 거치지 아니한 이상 부당한 목적하에 이루어진 개인정보의 ‘누설’에 해당한다(대판 2022.11.10, 2018도1966 ∵ 고소·고발에 수반하여 이를 알지 못하는 수사기관에 개인정보를 알려주었다고 하더라도, 그러한 행위를 개인정보 보호법에 따른 개인정보 ‘누설’에서 제외할 수는 없다).
41. 공직자 등의 재직 중 금품 등을 받거나 제공하기로 약속하고 퇴직 후 그 수수가 이루어지는 경우에는 금품 등 약속으로 인한 청탁금지법 위반죄가 성립할 뿐 금품 등 수수로 인한 청탁금지법 위반죄는 성립하지 않는다(대판 2023.4.27, 2022도15459).
42. ① 피고인이 전화를 걸어 피해자의 휴대전화에 벨소리가 울리게 하거나 부재중 전화 문구 등이 표시되도록 하여 상대방에게 불안감이나 공포심을 일으키는 행위는 실제 전화통화가 이루어졌는지와 상관없이 스토킹처벌법 제2조 제1호 (다)목에서 정한 스토킹행위에 해당한다(대판 2023.5.18, 2022도12037).
- ② 피고인이 피해자와의 전화통화 당시 아무런 말을 하지 않아 ‘말을 도달하게 하는 행위’에 해당하지 않더라도 피해자의 수신 전 전화 벨소리가 울리게 하거나 발신자 전화번호가 표시되도록 한 것까지 포함하여 피해자에게 불안감이나 공포심을 일으킨 것으로 평가된다면 ‘음향, 글 등을 도달하게 하는 행위’에 해당하므로 마찬가지로 위 조항 스토킹행위에 해당한다(대판 2023.5.18, 2022도12037).
- ③ 스토킹행위를 전제로 하는 스토킹범죄는 행위자의 어떠한 행위를 매개로 이를 인식한 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으킴으로써 그의 자유로운 의사결정의 자유 및 생활형성의 자유와 평온이 침해되는 것을 막고 이를 보호법적으로 하는 위헌법이라고 볼 수 있으므로, 스토킹행위가 객관적·일반적으로 볼 때 이를 인식한 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키기에 충분한 정도라고 평가될 수 있다면 현실적으로 상대방이 불안감 내지 공포심을 갖게 되었는지와 관계없이 ‘스토킹행위’에 해당하고, 나아가 그와 같은 일련의 스토킹행위가 지속되거나 반복되면 ‘스토킹범죄’가 성립한다(대판 2023.12.14, 2023도10313).

43. 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 따른 피해자보호명령을 받은甲이 이를 이행하지 않아 같은 법 제63조 제1항 제2호의 보호처분 등의 불이행죄로 기소된 이후에 **피해자보호명령의 전제가 된 가정폭력행위에 대하여 무죄판결을 선고받아 확정된 사안**에서, 甲이 가정폭력행위자로 인정되어 피해자보호명령을 받고 이를 이행하지 않은 이상, 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제63조 제1항 제2호의 **보호처분 등의 불이행죄가 성립한다**(대판 2023.6.1, 2020도5233).
44. **반의사불벌죄에서 성년후견인**은 명문의 규정이 없는 한 의사무능력자인 피해자를 대리하여 피고인 또는 피의자에 대하여 처벌을 희망하지 않는다는 의사를 결정하거나 처벌을 희망하는 의사표시를 철회하는 행위를 할 수 없다. 이는 성년후견인의 법정대리권 범위에 통상적인 소송행위가 포함되어 있거나 성년후견개시심판에서 정하는 바에 따라 **성년후견인이 소송행위를 할 때 가정법원의 허가를 얻었더라도 마찬가지이다**(대판 2023.7.17, 2021도11126 전원합의체).
45. 아동·청소년 등이 일상적인 생활을 하면서 신체를 노출한 것일 뿐 적극적인 성적 행위를 한 것이 아니더라도 이를 몰래 촬영하는 방식 등으로 성적 대상화하였다면 이와 같은 행위를 표현한 영상 등은 아동·청소년이용음란물에 해당한다(대판 2023.11.16, 2021도4265).
46. 시간당 알코올분해량에 관하여 알려져 있는 신빙성 있는 통계자료 중 피고인에게 가장 유리한 것을 대입하여 위드마크 공식을 적용하여 운전시의 혈중알코올농도를 계산하는 것은 피고인에게 실질적인 불이익을 줄 우려가 없으므로 그 계산결과는 유죄의 인정자료로 사용할 수 있다고 하여야 한다(대판 2023.12.28, 2020도6417).
47. 피해아동의 부모가 피해아동의 가방에 녹음기를 넣어 수업시간 중 교실에서 아동학대범죄 처벌법 위반으로 기소된 피고인(피해아동의 담임교사)이 한 발언을 녹음한 녹음파일, 녹취록 등은 통신비밀보호법 제14조 제1항을 위반하여 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음한 것이므로 통신비밀보호법 제14조 제2항 및 제4조에 따라 증거능력이 부정된다(대판 2024.1.11, 2020도1538).
48. 통신비밀보호법 제3조 제1항은 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다고 규정하고 있고, 같은 법 제16조 제1항은 이를 위반하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있다. 여기서 ‘청취’는 타인 간의 대화가 이루어지고 있는 상황에서 실시간으로 그 대화의 내용을 엿듣는 행위를 의미하고, 대화가 이미 종료된 상태에서 그 대화의 녹음물을 재생하여 듣는 행위는 ‘청취’에 포함되지 않는다(대판 2024.2.29, 2023도8603).
49. 자동차관리법 제34조 제1항에서 정한 절차적 요건이 충족되지 않은 상태에서 자동차 튜닝을 한 사람은 누구라도 같은 법 제81조 제19호에 따라 처벌된다고 보는 것이 타당하다(대판 2024.2.29, 2023도16690).

p.48 문제 17번 다음에 추가

18 죄형법정주의에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 경력채용

- ① 한의사가 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의사의 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하는지에 관한 새로운 판단 기준에 따르면, 한의사가 초음파 진단기기를 사용하여 환자의 신체 내부를 촬영하여 화면에 나타난 모습을 보고 이를 한의학적 진단의 보조수단으로 사용하는 것은 한의사의 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하지 않는다.
- ② 환자가 사망한 경우 사망진단 전에 이루어지는 사망 징후 관찰은 구 의료법 제2조 제2항 제5호에서 간호사의 임무로 정한 '상병자 등의 요양을 위한 간호 또는 진료 보조'에 해당한다고 할 수 있다. 그리고 사망의 진단은 의사 등이 환자의 사망 당시 또는 사후에라도 현장에 입회해서 직접 환자를 대면하여 수행해야 하는 의료행위이지만, 간호사는 의사 등의 개별적 지도·감독이 있으면 사망의 진단을 할 수 있다.
- ③ 법률을 해석할 때 입법취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석 방법을 사용할 수 있으나, 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 이러한 해석 방법은 활용할 필요가 없거나 제한되어야 한다.
- ④ 군형법 제92조의 6은 “제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람(이하 ‘군인 등’이라 한다)에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”고 규정하고 있는데, 전체 법질서의 변화를 종합적으로 고려하면 위 규정은 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다.

❶ 해설 ① 대판 2022.12.22, 2016도21314 전원합의체

② × : ~ (3줄) 할 수 있다. 그러나 사망의 진단은 의사 등이 환자의 사망 당시 또는 사후에라도 현장에 입회해서 직접 환자를 대면하여 수행해야 하는 의료행위이고, 간호사는 의사 등의 개별적 지도·감독이 있더라도 사망의 진단을 할 수 없다(대판 2022.12.29, 2017도10007).

③ 대판 2022.3.11, 2018도18872

④ 대판 2022.4.21, 2019도3047 전원합의체

정답 ②

p.50 하단 16번 판례 아래 추가

17. 형법 제349조(부당이득)에서 정하는 '현저하게 부당한 이익'이 법률조항이 지니는 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석 작용에 의하여 충분히 보완될 수 있고 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 금지되는 행위가 무엇인지를 예측할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다(헌재 2006.7.27, 2005헌바19). 23. 순경 2차

p.51 중간 4번 판례 아래 추가

5. '여러 사람의 눈에 뜨이는 곳에서 공공연하게 알몸을 지나치게 내놓거나 가려야 할 곳을 내놓아 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준 사람'을 처벌하는 구 경범죄처벌법 제3조 제1항 제33호는 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다(헌재결 2016.11.24, 2016헌가3). 24. 순경 1차

p.61 문제 14번 다음에 추가(문제 15~17)

15 죄형법정주의에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ① 형사처벌의 근거가 되는 것은 법률과 판례이므로 형법 조항에 관한 판례의 변경은 그 법률조항 자체가 변경된 것으로 보아 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌하는 것은 헌법상 평등의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 반한다.
- ② 형벌을 신설하거나 가중하는 형법법규는 그 시행 이후에 이루어진 행위에 대하여만 적용되고 시행 이전의 행위에까지 소급하여 적용될 수 없다는 것이 소급효금지원칙인데, 이때 소급효는 형벌에 대해서 적용되며, 자유형이든, 벌금형이든, 주형이든, 부가형이든 묻지 않는다.
- ③ 처벌법규의 입법목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴보아 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서 그의 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있다면 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하지 않는다.
- ④ 위법성 및 책임의 조각사유나 소추조건, 또는 처벌조각사유인 형면제 사유에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용하게 되면 행위자의 가벌성의 범위는 확대되어 행위자에게 불리하게 되므로 유추해석금지의 원칙에 반한다.

해설 ① × : 형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니고, 형법 조항에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼 수는 없으므로, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다(대판 1999.9.17, 97도3349).

② ○ : 옳다.

③ ○ : 대판 2003.4.11, 2003도451

④ ○ : 대판 1997.3.20, 96도1167 전원합의체

정답 ①

16 죄형법정주의에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 9급 검찰·마약수사·철도경찰

- ① 의료법인 명의로 개설된 의료기관의 개설자격 위반 여부를 판단할 때, 비의료인의 주도적 자금 출연 내지 주도적 관여 사정만을 근거로 비의료인이 실질적으로 의료기관을 개설·운영하였다고 판단하였다면, 이는 허용되는 행위와 허용되지 않는 행위를 구별할 수 있는 기준에 따라 판단한 것으로서 죄형법정주의 원칙에 반하지 않는다.
- ② 범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우에는, 종전 법령이 범죄로 정하여 처벌한 것이 부당하였다거나 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 원칙적으로 형법 제1조 제2항이 적용된다.
- ③ 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 정한 보호처분 중 하나인 사회봉사명령은 가정폭력범죄행위에 대하여 형사처벌 대신 부과되는 것으로서, 가정폭력범죄를 범한 자에게 의무적 노동을 부과하고 여가시간을 박탈하여 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되므로, 이에 대하여는 원칙적으로 형벌불소급의 원칙에 따라 행위시법을 적용함이 상당하다.
- ④ 유기징역형에 대한 법률상 감경을 하면서 형법 제55조 제1항 제3호에서 정한 것과 같이 장기와 단기를 모두 2분의 1로 감경하는 것이 아닌 장기 또는 단기 중 어느 하나만을 2분의 1로 감경하는 방식이나 2분의 1보다 넓은 범위의 감경을 하는 방식 등은 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

해설 ① × : ~ (3줄) 판단하였다면, 이는 허용되는 행위와 허용되지 않는 행위의 구별이 불명확해져 죄형법정주의 원칙에 반할 수 있다(대판 2023.7.17, 2017도1807 전원합의체).

② 대판 2022.12.22, 2020도16420 전원합의체

③ 대결 2008.7.24, 2008도4

④ 대판 2021.1.21, 2018도5475 전원합의체

정답 ①

17 죄형법정주의에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

- ① ‘여러 사람의 눈에 뜨이는 곳에서 공공연하게 알몸을 지나치게 내놓거나 가려야 할 곳을 내놓아 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준 사람’을 처벌하는 구 경범죄처벌법 제3조 제1항 제33호는 죄형법정주의에 위배된다.
- ② 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 공개명령제도에 대해서는 소급입법금지의 원칙이 적용되지 않는다.
- ③ 어린이집 대표자를 변경하였음에도 변경인가를 받지 않은 채 어린이집을 운영한 행위에 대해 설치인가를 받지 않고 사실상 어린이집의 형태로 운영하는 행위 등을 처벌하는 규정인 영유아보육법 제54조 제4항 제1호를 적용하는 것은 죄형법정주의에 위배된다.

- ④ 구 공공기관의 운영에 관한 법률 제53조가 공기업의 임직원으로서 공무원이 아닌 사람을 형법 제129조의 적용에서는 공무원으로 본다고 규정하면서도, 구체적인 공기업 지정과 관련하여 하위규범인 기획재정부장관의 고시에 의하도록 규정한 것은 죄형법정주의에 위배된다.

해설 ① ○ : ~ (3줄) 제33호는 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다(헌재결 2016.11.24, 2016헌가3).

② ○ : 대판 2011.3.24, 2010도14393

③ ○ : ~ (3줄) 제4항 제1호를 적용하거나 유추적용할 수 없다(대판 2022.12.1, 2021도6860).

④ × : ~ (3줄) 죄형법정주의에 위배되지 아니한다(대판 2013.6.13, 2013도1685).

정답 ④

p.63 ⑤ 아래 “비교판례” 1번 교체

1. 포괄일죄에 관한 기존 처벌법규에 대하여 그 표현이나 형량과 관련한 개정을 하는 경우가 아니라 애초에 죄가 되지 않던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우에는 신설된 포괄일죄 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여는 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 없고(형법 제1조 제1항), 이는 신설된 처벌법규가 상습범을 처벌하는 구성요건인 경우에도 마찬가지이다(대판 2022.12.29, 2022도10660). 18. 9급 철도경찰, 20. 7급 검찰, 22. 법원행시·순경 1차

- 예 1. 구성요건이 신설된 상습강제추행죄가 시행되기 이전의 범행은 상습강제추행죄로는 처벌할 수 없고 행위시법에 기초하여 강제추행죄로 처벌할 수 있을 뿐이며, 이 경우 그 소추요건도 상습강제추행죄에 관한 것이 아니라 강제추행죄에 관한 것이 구비되어야 한다(대판 2016.1.28, 2015도15669). 17. 순경 2차, 18. 경찰간부, 21. 해경 2차, 22. 법원행시, 23. 변호사시험, 24. 경찰승진
2. 개정규정이 시행되기 전인 아동·청소년성착취물 제작으로 인한 청소년성보호법 위반 부분에 대하여는 개정규정을 적용하여 청소년성보호법 위반(상습성착취물제작·배포 등)죄로 처벌할 수 없고, 행위시법에 기초하여 청소년성보호법 위반(성착취물제작·배포 등)죄로 처벌할 수 있을 뿐이다(대판 2022.12.29, 2022도10660).

p.64 하단 ⑬ 아래 ⑭ 추가

- ⑭ 행위시 양벌규정에는 법인에 대한 면책규정이 없었으나 법률 개정으로 면책규정이 추가된 경우, 법원은 형법 제1조 제2항에 따라 피고인에게 개정된 양벌규정을 적용해야 한다(대판 2012.5.9, 2011도11264). 23. 9급 검찰·마약수사·철도경찰

p.69 하단 “ 동기설(종전 판례)” 본문 아래 1.~ 4. 교체

1. 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호는 입법자가 법령의 변경 이후에도 종전 법령 위반행위에 대한 형사처벌을 유지한다는 내용의 **경과규정을 따로 두지 않는 한 그대로 적용**되어야 한다〔신법(재판시법) 적용, 추급효 부정〕.
 2. “형벌법규가 법규명령(대통령령, 총리령, 부령)이 아닌 고시 등 규정(행정규칙, 행정명령, 조례 등)에 구성요건의 일부를 수권 내지 위임한 경우”에도 이러한 **고시 등 규정이 위임입법의 한계를 벗어나지 않는 한** 형벌법규와 결합하여 법령을 보충하는 기능을 하는 것이므로, 그 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워졌다면 마찬가지로 **형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용된다**〔신법(재판시법) 적용, 추급효 부정〕. 23. 경력채용·순경 2차
 3. 그러나 법령이 개정 내지 폐지된 경우가 아니라, “스스로 유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여 **효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 그 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우**”도 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호에서 말하는 **법령의 변경에 해당한다고 볼 수 없어** 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 **적용되지 않는다**〔구법(행위시법) 적용, 추급효 긍정, 처벌 ○〕. 23. 법원행시·경력채용·순경 2차, 24. 순경 1차
 4. 한편 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 “**다른 법령이 변경**”된 경우 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호를 적용하려면, 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 **직접적으로** 관련된 **형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에** 해당하여야 하므로, **이와 관련이 없는 법령의 변경**으로 인하여 해당 형벌법규의 가벌성에 영향을 미치게 되는 경우에는 **형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용되지 않는다**〔구법(행위시법) 적용, 추급효 긍정, 처벌 ○〕. 23. 법원행시·경력채용·순경 2차
- 예 1. **법무사인 피고인**이 개인파산·회생사건 관련 법률사무를 위임받아 취급하여 **변호사법** 제109조 제1호 **위반으로 기소**되었는데, 범행 이후 개정된 법무사법 제2조 제1항 제6호에 의하여 ‘개인의 파산사건 및 개인회생사건 신청의 대리’가 법무사의 업무로 추가된 경우, 위 **법무사법 개정**은 범죄사실의 해당 형벌법규 자체인 변호사법 제109조 제1호 또는 그로부터 수권내지 위임을 받은 법령이 아닌 **별개의 다른 법령의 개정**에 불과하고, 변호사법 제109조 제1호 위반죄의 성립 요건과 구조를 살펴보더라도 법무사법 제2조의 규정이 보충규범으로서 기능하고 있다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 위 법무사법 개정은 **형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에 해당하지 않는다**(대판 2023.2.23, 2022도4610 ∴ 형법 제1조 제2항이 적용 × ⇨ 변호사법위반죄 ○). 23. 경력채용
2. 구 특정범죄가중법 제5조의 11 제1항에서의 ‘**원동기장치자전거**’에는 **전동킥보드와 같은 개인형 이동장치도 포함**된다고 판단되고, 비록 개정 **도로교통법**이 전동킥보드와 같은 개인형 이동장치에 관한 규정을 신설하면서 이를 “**자동차 등**”이 아닌 “**자전거 등**”으로 분류하였다고 하여 이를 **형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 된 경우’라고 볼 수는 없다**(대판 2023.6.29, 2022도13430 ∴ 개정 도로교통법 시행 전의 ‘전동 킥보드의 운전자’는 여전히 특정범죄가중법 위반(위험운전치상)죄의 주체에 해당한다). 24. 9급 철도경찰

p.70 중간 “● 제1조 제2항의 ‘**법률의 변경**’ ○ ⇨ 제1조 제2항 적용 ○(신법 적용 ○) ⇨ 추급효 부정(형이 폐지된 경우 ⇨ 처벌 × ⇨ 면소판결, 형이 가벼워진 경우 ⇨ 경한 신법 적용)” 전체 삭제

p.75 문제 06번 다음에 추가

07 형법의 시간적 적용범위에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차 · 경력채용

- ① 범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우에는 종전 법령이 범죄로 정하여 처벌한 것이 부당하였다거나 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 원칙적으로 형법 제1조 제2항이 적용된다.
- ② 형벌법규가 대통령령, 총리령, 부령과 같은 법규명령이 아닌 고시 등 행정규칙 · 행정명령, 조례 등에 구성요건의 일부를 수권 내지 위임한 경우에도 이러한 고시 등 규정이 위임입법의 한계를 벗어나지 않는 한 형벌법규와 결합하여 법령을 보충하는 기능을 하는 것이므로, 그 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워졌다면 형법 제1조 제2항이 적용된다.
- ③ 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우 형법 제1조 제2항을 적용하려면, 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련된 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에 해당하여야 한다.
- ④ 법령이 개정 내지 폐지된 경우가 아니라, 스스로 유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여 효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 그 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우도 형법 제1조 제2항에서 말하는 법령의 변경에 해당한다.
- ⑤ 법무사인 甲이 개인파산 회생사건 관련 법률사무를 위임받아 취급하여 비변호사의 법률사무취급을 금지하는 변호사법 제109조 제1호 위반으로 기소되었는데 범행 이후에 개정된 법무사법 제2조 제1항 제6호에 의하여 ‘개인의 파산사건 및 개인회생사건 신청의 대리’가 법무사의 업무로 추가되었다면, 위 법무사법 개정은 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에 해당하므로 형법 제1조 제2항이 적용된다.

해설 ① 대판 2022.12.22, 2020도16420 전원합의체

② 대판 2022.12.22, 2020도16420 전원합의체

③ 대판 2022.12.22, 2020도16420 전원합의체

④ × : ~ (3줄) 경우도 형법 제1조 제2항에서 말하는 법령의 변경에 해당한다고 볼 수 없어 형법 제1조 제2항이 적용되지 않는다(대판 2022.12.22, 2020도16420 전원합의체).

⑤ × : ~ (4줄) 법무사의 업무로 추가된 경우, 위 법무사법 개정은 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에 해당하지 않아 형법 제1조 제2항이 적용되지 않는다(대판 2023.2.23, 2022도4610).

정답 ④⑤

p.76 관련조문 아래 “최신판례” 추가

최신판례

군형법 제60조의 6 제1호는 군인 등이 군사기지 및 군사시설 보호법 제2조 제1호에서 정한 **군사기지에서 군인 등을 폭행한 경우**에 폭행죄를 반의사불벌죄로 규정한 형법 제260조 제3항을 적용하지 않도록 정하고 있다. 따라서 군인 등이 대한민국의 국군이 군사작전을 수행하기 위한 근거지에서 군인 등을 폭행했다면 그곳이 **대한민국의 영토 내인지, 외국군의 군사기지인지 등과 관계없이** 군형법 제60조의 6 제1호에 따라 형법 제260조 제3항이 적용되지 않는다(대판 2023.6.15, 2020도927). **24. 법원행시**

p.81 문제 10번 다음에 추가(문제 11~13)

11 형법의 장소적 적용범위에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 변호사시험

- ㉠ 영국인이 미국 영해에서 운항 중인 대한민국 국적의 선박에서 미국인을 살해한 경우에는 우리나라 형법이 적용된다.
- ㉡ 일본인이 행사할 목적으로 중국에서 미화 100달러 지폐를 위조한 경우에는 우리나라 형법이 적용된다.
- ㉢ 우리나라 형법상 약취·유인 및 인신매매의 죄는 그 예비·음모를 제외하고 우리나라 영역 밖에서 죄를 범한 외국인에게도 적용된다.
- ㉣ 중국인이 우리나라로 입국하기 위하여 중국에 소재한 우리나라 영사관에서 그곳에 비치된 여권발급신청서를 위조한 경우 보호주의에 의하여 우리나라 형법이 적용된다.
- ㉤ 범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

① ㉠, ㉡, ㉢

② ㉠, ㉡, ㉣

③ ㉠, ㉢, ㉤

④ ㉡, ㉣, ㉤

⑤ ㉢, ㉣, ㉤

해설 ㉠ ○ : 국외에 있는 내국선박에서 외국인이 범한 죄(기국주의 : 제4조)

㉡ ○ : 외국인의 국외범(보호주의 : 제5조 제4호)

㉢ ○ : 세계주의(제296조의 2)

㉣ × : ~ 우리나라 형법이 적용되지 않는다(대판 2006.9.22, 2006도5010).

㉤ × : 죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람에 대해서는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입한다(제7조).

정답 ①

12 甲에 대해 대한민국 형법을 적용할 수 있는 경우만을 모두 고르면?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 9급 철도경찰

- ㉠ 한국인 甲이 도박이 허용되는 필리핀의 카지노에서 도박을 한 경우
- ㉡ 일본인 甲이 행사할 목적으로 미국에서 100달러짜리 미화 10장을 위조한 경우
- ㉢ 미국인 甲이 서울 소재 호텔 커피숍에서 한국인 A와 공모한 후 홍콩에서 중국인 B로부터 필로폰을 매수한 경우
- ㉣ 중국인 甲이 중국 북경시에 소재한 대한민국 영사관에서 한국인 A명의의 여권발급신청서를 위조한 경우

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

해설 • 대한민국 형법 적용 ○ : ㉠ 대판 2001.9.25, 99도3337 ㉡ 제5조 제4호 ㉢ 대판 1998.11.27, 98도2734
• 대한민국 형법 적용 × : ㉣ 대판 2006.9.22, 2006도5010

정답 ②

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

24. 법원행시

- ㉠ 대한민국 국적의 甲이 일본에서 안마시술업소를 운영하면서 안마사 자격 인정을 받지 아니한 종업원들을 고용하여 안마를 하게 한 경우 그 종업원들의 안마행위가 의료법 제88조 제4호, 제82조 제1항의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없으므로 이들을 고용한 甲도 양벌규정에 따라 처벌할 수 없다.
- ㉡ 필리핀에서 카지노의 외국인 출입이 허용되어 있으므로, 필리핀에서 도박을 한 대한민국 국적의 乙에게 대한민국 형법이 당연히 적용된다고 볼 수는 없다.
- ㉢ 중국 국적자가 중국에서 대한민국 국적 주식회사의 인장을 위조한 경우 형법 제5조(외국인의 국외범)의 규정에 따라 사인위조죄로 처벌된다.
- ㉣ 내국 법인의 대표자인 외국인이 외국에서 내국 법인이 그 외국에 설립한 특수목적법인에 위탁해 둔 자금을 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용한 경우, 그 행위가 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우가 아니라면 그 외국인에 대하여도 대한민국 법원에 재판권이 있다.
- ㉤ 형법 제5조에서 외국인의 국외범으로 규정한 죄는 내란의 죄, 외환의 죄, 국기에 관한 죄, 통화에 관한 죄, 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄, 문서에 관한 죄 중 제225조 내지 제230조, 인장에 관한 죄 중 제238조뿐이다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개
④ 3개 ⑤ 4개

해설 ㉠ ○ : 대판 2018.2.8, 2014도10051(∵ 대한민국 영역 외에서 안마업을 하려는 사람에게까지 시·도지사의 자격인정을 받아야 할 의무가 없음)
㉡ × : ~ 출입이 허용되어 있더라도, 필리핀에서 도박을 한 대한민국 국적의 乙에게 대한민국 형법이 당연히 적용된다(대판 2001.9.25, 99도3337).

㉞ × : 중국인이 중국에서 대한민국 국적 주식회사의 인장을 위조한 경우 외국인의 국외범으로서 재판권이 없다[대판 2002.11.26, 2002도4929 ∴ 사인위조죄(제239조 제1항)는 제5조의 처벌규정에 해당 ×, 제6조의 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 범한 죄에 해당 ×]

㉞ ○ : 대판 2017.3.22, 2016도17465

㉞ ○ : 제5조

정답 ③

p.88 문제 12번 다음에 추가(문제 13~14)

13 형법의 적용범위에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 범죄행위시와 재판시 사이에 여러 차례 법령이 개정되어 형의 변경이 있는 경우에는 이 점에 관한 당사자의 주장이 없더라도 형법 제1조 제2항에 의하여 직권으로 그 전부의 법령을 비교하여 그중 가장 형이 가벼운 법령을 적용하여야 한다.
- ② 형법 제2조의 범죄지라 함은 범죄구성사실의 전부 또는 일부가 대한민국의 영역 내에서 범하여지면 된다고 볼 것이므로 공모공동정범의 경우 공모가 국내에서 이루어졌다면, 형법 제2조의 범죄지에 공모지도 포함된 것으로 보아야 한다.
- ③ 구성요건이 신설된 상습강제추행죄가 시행되기 이전의 범행은 상습강제추행죄로는 처벌할 수 없고 행위시법에 기초하여 강제추행죄로 처벌할 수 있을 뿐이며, 이 경우 그 소추요건도 상습강제추행죄에 관한 것이 아니라 강제추행죄에 관한 것이 구비되어야 한다.
- ④ 형사사건으로 외국 법원에 기소되었다가 무죄판결을 받은 사람이 무죄판결을 받기까지 상당 기간 미결구금된 경우, 형법 제7조의 '외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람'에 해당한다고 볼 수 있으므로, 그 미결구금 기간은 형법 제7조에 의한 산입의 대상이 될 수 있다.

해설 ① 대판 1968.12.17, 68도1324

② 대판 1998.11.27, 98도2734

③ 대판 2016.1.28, 2015도15669

④ × : ~ (3줄) 볼 수 없으므로, 그 미결구금 기간은 형법 제7조에 의한 산입의 대상이 될 수 없다(대판 2017.8.24, 2017도5977 전원합의체).

정답 ④

14 형법의 적용범위에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

- ① 범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다.
- ② 법령 제정 당시부터 또는 폐지 이전에 스스로 유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여 효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 그 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우, 그 유효기간 경과 전에 행해진 법령 위반행위의 가벌성은 소멸하므로 더 이상 행위자를 처벌할 수 없게 된다.
- ③ 재판이 확정된 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법보다 가벼워진 경우, 형의 집행을 면제한다.
- ④ 캐나다 시민권자인 甲이 투자금을 교부받더라도 선물시장에 투자하여 운용할 의사나 능력이 없음에도 캐나다에서 그곳에 거주하는 대한민국 국민 A를 기망하여 직접 투자금을 수령한 경우, 甲의 행위가 캐나다 법률에 의해 범죄를 구성하고 그에 대한 소추나 형의 집행이 면제되지 않는 경우에만 우리 형법이 적용된다.

해설 ① × : 죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람에 대해서는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입한다(제7조).

② × : ~ (3줄) 가벌성은 소멸되지 않아 행위자를 처벌할 수 있다(대판 2022.12.22, 2020도16420 전원합의체 ∴ 형법 제1조 제2항에서 말하는 법률의 변경에 해당한다고 볼 수 없어 제1조 제2항이 적용되지 않음).

③ × : ~ 범죄를 구성하지 아니하게 된 경우(형이 구법보다 가벼워진 경우 ×), 형의 집행을 면제한다(제1조 제3항).

④ ○ : 대판 2011.8.25, 2011도6507

정답 ④

p.92 중간 7번 판례 아래 추가(8~9)

8. 형법 제158조의 장래식방해죄는 장래식을 방해함으로써 성립하는 죄로 추상적(구체적 ×) 위험범에 해당한다(대판 2008.2.1, 2007도5296). 24. 경찰간부
9. 형법 제230조의 공문서부정행사죄는 공무원 또는 공무원의 문서 또는 도화를 부정 행사함으로써 성립하는 죄로 추상적 위험범에 해당한다(대판 2022.9.29, 2021도14514). 24. 경찰간부

p.92 하단 “3. ② 계속범” 교체

- ② 계속범 : 구성요건적 행위가 다소의 시간적 계속을 요하므로 범익침해가 계속되는 동안은 범죄사실은 계속되고 종료되지 않는 범죄를 말한다. 계속범은 **기수와 범죄행위의 종료시가 일치하지 않으므로** 기수시가 아니라 범죄 **종료 이후부터** 공소시효가 시작된다. 21. 경찰승진, 23. 순경 1차 일반적으로 계속범의 경우 실행행위가 **종료되는 시점에서의 법률이 적용**되어야 할 것이나, 법률이 개정되면서 그 **부칙에서** ‘개정된 법 시행 전의 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다’는 **경과규정**을 두고 있는 경우 개정된 법이 **시행되기 전의 행위**에 대해서는 개정 전의 법률, 그 **이후의 행위**에 대해서는 개정된 법률을 각각 적용하여야 한다(대판 2001.9.25, 2001도3990). 21. 경찰승진, 22. 법원행시 계속범은 **기수 이후에도** 범익침해상태가 지속되므로 그에 대한 **공범성립 및 정당방위 인정**이 가능하다. 21. 해경간부, 23. 순경 1차

p.101 문제 16번 다음에 추가

17 다음 중 고의 외에 별도로 목적을 요구하는 목적범에 해당하는 범죄를 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 법원행시

- | | |
|-----------|---------------------|
| ㉠ 모해위증죄 | ㉡ 위계에 의한 업무방해죄 |
| ㉢ 무고죄 | ㉣ 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄 |
| ㉤ 유가증권위조죄 | |

- ① ㉠, ㉡, ㉢ ② ㉠, ㉢, ㉣ ③ ㉡, ㉢, ㉤
 ④ ㉠, ㉢, ㉤ ⑤ ㉡, ㉣, ㉤

해설 • 목적범 ○ : ㉠ 제152조 제2항(“모해할 목적”) ㉢ 제156조(“형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적”) ㉤ 제214조(“행사할 목적”)
 • 목적범 × : ㉡㉣

정답 ④

p.107 문제 10번 다음에 추가(문제 11~12)

11 양벌규정에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 7급 검찰

- ① 양벌규정 중 법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 법인의 직접 책임이지만, 대표자의 고의·과실에 의한 위반행위에 대하여는 법인도 고의·과실책임을 부담하므로 법인의 처벌은 그 대표자의 처벌을 요건으로 한다.
- ② 양벌규정에서 법인처벌의 요건으로 규정된 ‘법인의 업무에 관하여’ 행한 것으로 보기 위해서는 객관적으로 법인의 업무를 위하여 하는 것으로 인정할 수 있는 행위가 있어야 하고, 주관적으로는 피용자 등이 법인의 업무를 위하여 한다는 의사를 가지고 행위하여야 한다.
- ③ 구 건축법(1991. 5. 31. 법률 제4381호로 개정되어 1992. 6. 1. 시행되기 전의 것) 제54조 내지 제56조의 벌칙규정과 같이 법률의 벌칙규정에서 그 적용대상자를 일정한 업무주로 한정한 경우에 업무주가 아니면서 그 업무를 실제로 집행하는 자가 그 벌칙규정의 위반행위를 하였다면, 실제로 업무를 집행하는 자는 그 벌칙규정을 적용대상으로 하고 있는 양벌규정에 의해 처벌된다.
- ④ 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우, 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인으로서 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 법인에 해당한다.

해설 ① × : 법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 법인의 직접책임이므로 대표자의 고의에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 고의에 의한 책임을, 대표자의 과실에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 과실에 의한 책임을 져야 한다. 이처럼 양벌규정 중 법인의 대표자 관련 부분은 대표자의 책임을 요건으로 하여 법인을 처벌하는 것이지 그 대표자의 처벌까지 전제조건이 되는 것은 아니다(대판 2022.11.17, 2021도701).

② 대판 2006.6.15, 2004도1639

- ③ 대판 1999.7.15, 95도2870 전원합의체
- ④ 대판 2005.11.10, 2004도2657

정답 ①

12 행위의 주체에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 경찰승진

- ① 주식회사의 주식이 사실상 1인의 주주에 귀속하는 1인회사의 경우에는 회사와 주주를 동일한 인격체라고 볼 수 있으므로 1인회사는 양벌규정에 따른 책임을 부담하지 않는다.
- ② 양벌규정에 의하여 법인이 처벌받는 경우라도 법인의 사용인들이 범죄행위를 공모한 후 일방법인의 사용인이 그 실행행위에 직접 가담하지 아니하고 다른 공모자인 타법인의 사용인만이 분담실행한 경우라면 그 법인은 공동정범의 죄책을 면한다.
- ③ 양벌규정 중 법인의 대표자 관련 부분은 대표자의 책임을 요건으로 하여 법인을 처벌하는 것이지 그 대표자의 처벌까지 전제조건이 되는 것은 아니므로 법인의 대표이사가 선행사건 확정판결로 면소판결을 선고받았더라도 해당법인을 양벌규정으로 처벌할 수 있다.
- ④ 회사 대표자의 위반행위에 대하여 징역형의 형량을 정상참작 감경하고 병과하는 벌금형에 대하여 선고유예를 한 이상 양벌규정에 따라 그 회사를 처단함에 있어서도 같은 조치를 취하여야 한다.

해설 ① × : ~ (2줄) 볼 수 없으므로 1인회사는 양벌규정에 따른 책임을 부담한다(대판 2018.4.12, 2013도6962).

② × : ~ (3줄) 분담실행한 경우에도 그 법인은 공동정범의 죄책을 면할 수 없다(대판 1983.3.22, 81도2545).

③ ○ : 대판 2022.11.17, 2021도701

④ × : ~ 같은 조치를 취하여야 하는 것은 아니다(대판 1995.12.12, 95도1893).

정답 ③

p.110 문제 03번 다음에 추가

04 목적범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 9급 철도경찰

- ① 목적범에서의 고의와 목적은 그 어느 것이나 행위자의 내부적 · 심리적 요소에 해당한다.
- ② 전자금융거래법 제6조 제3항 제3호의 ‘범죄에 이용할 목적’은 초과주관적 위법요소로서 목적의 대상이 되는 범죄의 구체적인 내용까지 인식하여야 하는 것은 아니다.
- ③ 목적범이 성립하기 위해서는 당해 목적에 대하여 적극적 의욕이나 확정적 인식이 필요하며 단지 미필적 인식이 있는 것만으로는 족하지 않다.
- ④ 목적범에서의 고의도 구성요건의 객관적 요소에 해당하는 사실을 인식대상으로 한다.

해설 ① 옳다.

② 대판 2023.1.12, 2012도10861

③ × : ~ 확정적 인식까지는 필요 없고 미필적 인식으로 족하다(대판 1992.3.31, 90도2033 전원합의체).

④ 옳다.

정답 ③

p.130 문제 09번 다음에 추가

10 부작위범에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 법원행시

- ① 업무방해죄와 같이 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 부진정부작위범이 성립하기 위해서는 부작위를 실행행위로서의 작위와 동일시할 수 있어야 한다.
- ② 업무상배임죄는 타인과의 신뢰관계에서 일정한 임무에 따라 사무를 처리할 법적 의무가 있는 자가 그 상황에서 당연히 할 것이 법적으로 요구되는 행위를 하지 않는 부작위에 의해서도 성립할 수 있다.
- ③ 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다.
- ④ 직무유기죄는 그 구성요건이 부작위에 의해서만 실현될 수 있는 진정부작위범에 해당한다.
- ⑤ 형법상 방조는 작위에 의하여 정범의 실행을 용이하게 하는 경우는 물론, 직무상의 의무가 있는 자가 정범의 범죄행위를 인식하면서도 그것을 방지하여야 할 제반 조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 정범의 실행행위를 용이하게 하는 경우에도 성립된다.

해설 ① 대판 2017.12.22, 2017도13211

② 대판 2021.5.27, 2020도15529

③ 대판 2008.3.27, 2008도89

④ × : 직무유기죄는 이른바 부진정부작위범(진정부작위범 ×)으로서 직무유기는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니하면 성립하는 것이다(대판 1983.3.22, 82도3065).

⑤ 대판 1996.9.6, 95도2551

정답 ④

p.143 문제 20번 다음에 추가(문제 21~23)

21 인과관계에 관한 설명으로 옳고 그름의 표시(○, ×)가 바르게 된 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 경찰승진

- ㉠ 동시의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 이시(異時)의 독립행위가 경합한 경우와 달리 각 행위를 기수범으로 처벌한다.
- ㉡ 고의의 결과범에서 실행행위와 결과발생 간에 인과관계가 없는 경우 행위자를 기수범으로 처벌할 수 없다.
- ㉢ 결과발생을 위해 경험칙상 상당한 조건만이 원인이 되고 이 경우 인과관계가 인정된다는 견해에 대해서는 결과발생에 관계된 모든 조건을 등가적으로 평가함으로써 인과관계를 인정하는 범위가 너무 넓어 결과책임을 제한하려는 형법의 목적을 실현하는 데 문제가 있다는 비판이 제기된다.
- ㉣ 甲이 주먹으로 A의 복부를 1회 강타하여 장파열로 인한 복막염으로 A를 사망케 하였다면, 비록 의사의 과실에 의한 수술지연이 공동원인이 되었더라도 甲의 행위가 사망의 결과에 대한 유력한 원인이 된 이상 甲의 행위와 A의 사망 사이에는 인과관계가 인정된다.

① ㉠(×), ㉡(○), ㉢(○), ㉣(○)

② ㉠(×), ㉡(○), ㉢(×), ㉣(○)

③ ㉠(○), ㉡(×), ㉢(○), ㉣(×)

④ ㉠(×), ㉡(×), ㉢(×), ㉣(○)

해설 ㉠ × : 동시 또는 이시의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 각 행위를 미수범으로 처벌한다(제19조).

㉡ ○ : 옳다.

㉢ × : 결과발생을 위해 경험칙상 상당한 조건만이 원인이 되고 이 경우 인과관계가 인정된다는 견해는 상당 인과관계설이고, 결과발생에 관계된 모든 조건을 등가적으로 평가함으로써 인과관계를 인정하는 견해인 조건설에 대해서는 인과관계를 인정하는 범위가 너무 넓어 결과책임을 제한하려는 형법의 목적을 실현하는데 문제가 있다는 비판이 제기된다.

㉣ ○ : 대판 1984.6.26, 84도831

정답 ②

22 인과관계에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 경찰간부

- ① 甲은 주식회사를 운영하면서 발주처로부터 공사완성의 대가로 공사대금을 지급받았으나, 법인 인수 과정에서 법인 등록요건 중 인력요건을 외형상 갖추기 위해 관련 자격증 소지자들로부터 자격증을 대여받은 사실을 발주처에 숨기는 행위를 하였다면, 그 기망행위와 공사대금 지급 사이에 상당인과관계가 인정된다.
- ② 자동차의 운전자가 통상 예견되는 상황에 대비하여 결과를 회피할 수 있는 정도의 주의 의무를 다하지 못한 것이 교통사고 발생의 직접적인 원인이 되었다면, 비록 자동차가 보행자를 직접 충격한 것이 아니고 보행자가 자동차의 급정거에 놀라 도로에 넘어져 상해를 입은 경우라고 할지라도, 업무상 주의의무 위반과 교통사고 발생 사이에 상당인과관계를 인정할 수 있다.
- ③ 살인의 실행행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생하게 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이어야만 되는 것은 아니므로, 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 다른 사실이 개재되어 그 사실이 치사의 직접적인 원인이 되었다고 하더라도 그와 같은 사실이 통상 예견할 수 있는 것에 지나지 않는다면 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 인과관계가 인정된다.
- ④ 의사가 설명의무를 위반한 채 의료행위를 하였다가 환자에게 사망의 결과가 발생한 경우, 의사에게 업무상 과실로 인한 형사책임을 지우기 위해서는 의사의 설명의무 위반과 환자의 사망 사이에 상당인과관계가 존재하여야 한다.

해설 ① × : ~ (1줄) 공사대금을 지급받은 것이므로, 설령 피고인이 법인 인수 과정에서 법인 등록요건 중 인력요건을 외형상 갖추기 위해 관련 자격증 소지자들로부터 자격증을 대여받은 사실을 발주처에 숨기는 행위를 하였다면 하더라도 그 행위와 공사대금 지급 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵다(대판 2022.7.14, 2017도20911).

② 대판 2011.4.28, 2009도12672

③ 대판 1994.3.22, 93도3612

④ 대판 2015.6.24, 2014도11315

정답 ①

23 인과관계에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) **24. 법원행시**

- ① 甲이 乙저축은행에 대출을 신청하여 심사를 받을 당시 동시에 A저축은행에 대출을 신청한 상태였는데도 乙저축은행으로부터 다른 금융회사에 동시에 진행 중인 대출이 있는 지에 대하여 질문을 받자 ‘없다’고 답변하였고, 乙저축은행으로부터 대출을 받은 지 약 6개월 후에 신용회복위원회에 대출 이후 증가한 채무를 포함하여 프리워크아웃을 신청한 경우 甲의 기망행위와 乙저축은행의 처분행위 사이에 인과관계가 인정된다고 볼 수 있다.
- ② 금융기관의 통상적인 여신처리기준에 의하면, 적자 상태인 당해 기업에 대한 여신이 가능했을 수도 있다고 하더라도, 이로 인하여 확실히 부실 재무제표 제출로 인한 기망행위와 여신 결정 사이의 인과관계가 단절된다고 볼 수는 없고, 기업이 적자상태를 숨기기 위하여 흑자 상황인 것처럼 작성한 재무제표를 제출하였다는 사실이 발각될 경우 초래될 수 있는 신뢰성 평가에 미치는 부정적인 영향까지 적절하게 고려·평가하여 인과관계의 단절 여부를 살펴보아야 한다.
- ③ B주식회사의 실질적 운영자이자 C주식회사의 대표이사인 D와 E 등이 공모하여, B회사가 시행하고 C회사가 시공하는 임대아파트의 신축과 관련하여 F은행에 임대주택건설 자금 대출을 신청하면서 아파트 부지의 매매가격을 부풀린 매매계약서 등을 제출하는 방법으로 F은행을 기망하여 국민주택기금 대출금을 받은 경우, D와 E 등이 아파트 부지의 매매가격을 부풀린 매매계약서 등을 제출한 행위와 F은행의 대출 사이에 인과관계가 존재한다고 보기 어렵다.
- ④ 형법 제188조에 규정된 교통방해에 의한 치사상죄는 결과적 가중범이므로, 위 죄가 성립하려면 교통방해 행위와 사상의 결과 사이에 상당인과관계가 있어야 하고 행위시에 결과의 발생을 예견할 수 있어야 하며, 한편 교통방해 행위가 피해자의 사상이라는 결과를 발생하게 한 유일하거나 직접적인 원인이 된 경우만이 아니라, 그 행위와 결과 사이에 피해자나 제3자의 과실 등 다른 사실이 개재된 때에도 그와 같은 사실이 통상 예견될 수 있는 것이라면 상당인과관계를 인정할 수 있다.
- ⑤ 자동차 운전자인 피고인이 교차로와 연결한 횡단보도에 차량 보조등은 설치되지 않았으나 보행등이 녹색이고, 교차로의 차량신호등은 적색인데도, 횡단보도를 통과하여 교차로를 우회하다가 신호에 따라 진행하던 자전거를 들이받아 운전자에게 상해를 입힌 경우 피고인의 위 우회전행위와 위 사고 발생 사이에는 직접적인 원인관계가 존재한다고 볼 수 없다.

해설 ① 대판 2018.8.1, 2017도20682(기망행위, 기망행위와 처분행위 사이의 인과관계와 편취의 고의가 인정됨. ∴ 사기죄 ○)

② 대판 2017.12.22, 2017도12649

③ 대판 2016.7.14, 2015도20233

④ 대판 2014.7.24, 2014도6206

⑤ × : ~ (4줄) 직접적인 원인관계가 존재한다고 보는 것이 타당하다(대판 2011.7.28, 2009도8222).

정답 ⑤

p.145 문제 02번 다음에 추가

03 사례에 대한 학설 및 판례의 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?(시체은닉의 점은 논하지 않음)

23. 7급 검찰

甲은 A를 살해하기로 마음먹고 돌로 A의 머리를 내리쳤다. 甲은 A가 정신을 잃고 축 늘어지자 그가 죽은 것으로 오인하고 증거를 없앨 생각으로 A를 개울가로 끌고 가 웅덩이에 매장하였다. 그런데 A의 사망원인은 매장으로 인한 질식사로 밝혀졌다.

- ㉠ 개괄적 고의 이론에 따르면, 甲이 A를 돌로 내려친 행위에 대한 살인의 고의가 매장행위에도 미치기 때문에 甲에게는 하나의 고의기수범이 성립한다.
- ㉡ 인과과정의 착오 이론에 따르면, 사례의 경우 인과과정의 불일치를 본질적으로 보는 한 甲에게는 발생결과에 대한 고의기수범이 성립한다.
- ㉢ 미수범과 과실범의 경합설에 따르면, 甲의 범행계획이 미실했던 것으로 평가되면 살인미수죄와 과실치사죄의 경합범이 성립하지만, 사례의 경우 甲의 범행계획이 실현되었으므로 甲에게는 살인의 고의기수범이 성립한다.
- ㉣ 판례에 따르면, A의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국은 실현된 것으로서 甲에게는 살인의 고의기수범이 성립한다.

① ㉠, ㉢

② ㉡, ㉣

③ ㉠, ㉡, ㉣

④ ㉠, ㉢, ㉣

해설 ㉠ ○ : 옳다.

㉡ × : ~, 사례의 경우 인과과정의 불일치(행위자가 생각한 진행과정과 실제로 진행된 과정의 불일치)가 비본질적(본질적 ×)인 것으로 보는 한 甲에게는 발생결과에 대한 고의기수범이 성립한다(다수설).

㉢ × : 사례의 경우 미수범과 과실범의 경합설에 따르면, 제1행위에 대해서 미수를 인정하고 제2의 행위에 대해서는 과실이 인정되어 살인미수죄와 과실치사죄의 (실체적) 경합범을 인정한다.

▶ 참고 : 지문 ㉣은 계획실행설에 따른 것이다.

㉣ ○ : 대판 1988.6.28, 88도650

정답 ①

p.151 상단 9번 판례 이어서 추가

9. 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다(대판 2005.4.29, 2003도6056). 16. 사시, 19. 7급 검찰, 21. 경찰간부 · 순경 2차, 22. 해경간부, 23. 경찰승진 · 변호사시험 · 법원행시, 24. 순경 1차 · 9급 검찰 · 마약수사 · 철도경찰 방조범은 2중의 고의를 필요로 하므로 정범이 정하는 범죄의 일시, 장소, 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며, 나아가 정범이 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다(대판 2007.12.14, 2005도872). 22. 순경 1차 · 7급 검찰, 23. 해경승진

p.151 중간 10번 판례 아래 “유사판례” 추가

 유사판례

- ① 고의 외에 초과주관적 위법요소로서 “향정신성의약품을 제조할 목적”과 같은 목적에 대하여도 고의와 마찬가지로 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하다(대판 1997.12.12, 97도2368). 23. 법원행시
- ② 회사의 노동조합 홍보이사가 노조 사무실에서 ‘새벽 6호’라는 책자를 집에 가져와 보관하고 있다가 국가보안법 제7조 제5항의 이적표현물소지죄로 체포된 경우, 그 홍보이사에게 목적범인 이적표현물소지죄가 성립하기 위해서는 이적행위를 하려는 목적의 적극적 의욕이나 확정적 인식까지는 필요 없고 미필적 인식으로 족하다(대판 1992.3.31, 90도2033 전원합의체). 22. 순경 2차

p.154 상단 37번 판례 교체

37. 임금 등 지급의무의 존부와 범위에 관하여 다툼 만한 근거가 있다면 사용자가 그 임금 등을 지급하지 않은 데에 상당한 이유가 있다고 보아야 하므로, 사용자에게 구 근로기준법 제109조 제1항, 제36조, 제43조 제2항 위반의 고의가 있었다고 보기 어렵다(대판 2023.4.27, 2020도16431). 24. 경찰간부

p.155 중간 51번 판례 아래 추가(52~54)

52. 허위사실을 유폐하는 방법에 의하여 타인의 업무를 방해함으로써 성립하는 업무방해죄에 있어, 허위사실을 유폐한다고 함은 실제의 객관적 사실과 서로 다른 사항을 내용으로 하는 사실을 불특정 다수인에게 전파시키는 것을 말하고, 특히 이러한 경우 그 행위자에게 행위 당시 자신이 유폐한 사실이 허위라는 점을 적극적으로 인식하였을 것을 요한다(대판 1994.1.28, 93도1278). 24. 경찰승진
53. 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의가 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다(대판 2010.1.14, 2007도10415). 24. 9급 검찰·마약수사·철도경찰
54. 성폭력처벌법 제11조 위반죄(공중 밀집 장소에서의 추행죄)가 성립하기 위해서는 주관적 구성요건으로서 추행을 한다는 인식을 전제로 적어도 미필적으로나마 이를 용인하는 내심의 의사가 있어야 하므로, 피고인이 추행의 고의를 부인하는 경우에는 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 따를 수밖에 없다(대판 2024.1.4, 2023도13081).

p.167 문제 21번 다음에 추가(문제 22~23)

22 범죄의 주관적 요소에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 순경 2차

- ① 고의의 본질에 관한 용인설(인용설)에 따르면 구성요건적 결과를 용인하는 의사만으로도 고의가 인정되어 미필적 고의는 고의에 포함되나, 인식 있는 과실은 고의에 포함되지 않는다.
- ② 회사의 노동조합 홍보이사가 노조 사무실에서 ‘새벽 6호’라는 책자를 집에 가져와 보관하고 있다가 국가보안법 제7조 제5항의 이적표현물소지죄로 체포된 경우, 그 홍보이사에게 목적 범인 이적표현물소지죄가 성립하기 위해서는 이적행위를 하려는 목적의 확정적 인식이 있어야 한다.
- ③ 살인예비죄가 성립하기 위해서는 살인죄를 범할 목적 외에도 살인준비에 관한 고의가 있어야 한다.
- ④ 피고인이 범죄구성요건의 주관적 요소인 고의를 부인하는 경우, 그 범의 자체를 객관적으로 증명할 수 없으므로 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 입증할 수밖에 없다.

해설 ① 옳다(∵ 용인설 : 범죄사실의 인식 외에 결과발생을 용인하는 내심의 의사가 있으면 고의가 성립됨 ⇒ 미필적 고의(용인하는 내심의 의사 ○) ⇒ 고의 ○, 인식 있는 과실(용인하는 내심의 의사 ×) ⇒ 고의 ×).

② × : ~ (3줄) 목적의 적극적 의욕이나 확정적 인식까지는 필요 없고 미필적 인식으로 족하다(대판 1992. 3.31, 90도2033 전원합의체).

③ 대판 2009.10.29, 2009도7150 ④ 대판 2017.1.12, 2016도15470

정답 ②

23 고의에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

- ① 목적적 범죄체계론에 따르면 고의는 책임의 요소이다.
- ② 고의가 성립하기 위해서는 행위자가 모든 객관적 구성요건에 해당하는 사실을 인식해야 하기에 상습도박죄에 있어서 상습성은 고의의 인식 대상이다.
- ③ 고의의 본질에 관한 학설 중 행위자가 결과발생의 가능성을 인식하기만 하면 고의가 성립한다고 보는 견해에 따르면 인식 있는 과실도 고의로 인정될 수 있다.
- ④ 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하고, 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용까지 인식할 것을 요한다.

해설 ① × : 목적적 범죄체계론에 따르면 고의는 책임요소가 아닌 주관적 구성요건요소이다.

② × : ~ 인식해야 하나 상습도박죄에 있어서 상습성은 고의의 인식 대상이 아니다(∵ 상습성은 행위자가 갖추고 있으면 충분하고 인식할 필요는 없음).

③ ○ : 옳다(고의의 본질에 관한 인식설).

④ × : ~ (3줄) 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다(대판 2005.4.29, 2003도6056).

정답 ③

p.179 문제 15번 다음에 추가(문제 16~17)

16 착오에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 경찰간부

- ① 甲이 A를 살해하고자 골프채로 A의 머리를 내리쳐 A가 실신하자 사망한 것으로 오인하여 범행을 은폐하기 위해 A를 자동차에 싣고 근처 바닷가 절벽으로 가 던졌는데 실제로는 익사로 판명된 경우, 甲에게는 살인기수의 죄책이 인정된다.
- ② 甲이 상해의 고의로 A의 머리를 벽돌로 내리쳐 A가 바닥에 쓰러진 채 실신하자 A가 사망한 것으로 오인하여 범행을 은폐하고 A가 자살한 것처럼 위장하기 위하여 A를 절벽 아래로 떨어뜨려 사망에 이르게 하였다면, 甲의 상해행위는 A에 대한 살인에 흡수되어 단일의 살인죄만 인정된다.
- ③ 甲은 옆집 개가 평소 시끄럽게 짖어 그 개에게 손괴의 고의로 돌을 던졌으나 마침 개가 있는 쪽으로 뛰어나온 어린아이를 맞춰 전치 2주의 상해를 입힌 경우, 구체적 부합설에 의하면 손괴죄의 미수범과 과실치상죄의 상상적 경합이 성립한다.
- ④ 甲이 乙에게 A에 대한 상해를 교사하여 乙이 이를 승낙하고 실행을 하였으나 A가 그 상해로 인해 사망한 경우, 甲에게 A의 사망에 대한 예견가능성이 인정된다면 상해치사죄의 교사범이 성립한다.

해설 ① 대판 1988.6.28, 88도650

- ② × : ~ (3줄) 하였다면, 포괄하여 단일의 상해치사죄(살인죄 ×)에 해당한다(대판 1994.11.4, 94도2361).
- ③ 추상적 사실의 착오 ⇨ 구체적 부합설 : 인식사실에 대한 미수범(손괴죄의 미수범)과 발생사실에 대한 과실범(과실치상죄)의 상상적 경합 ∴ 옳다.
- ④ 대판 1993.10.8, 93도1873

정답 ②

17 사실의 착오에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?

24. 경찰승진

- ㉠ 甲은 창문에 비친 사람을 친구 A라 생각하고 살해하기 위해 총을 발사했는데, 실제로는 A의 집에 놀러 온 친구 B였고 그로 인해 B가 사망하였다.
- ㉡ 甲이 A가 기르던 애완견을 죽이려고 총을 발사했는데, 총알이 빗나가서 옆에 있던 A가 사망하였다.
- ㉢ 甲은 乙에게 A를 살해하라고 교사하였다. 이를 승낙한 乙은 甲으로부터 A에 대한 인상착의를 설명받고, A를 향해 총을 발사했다. 사망을 확인하기 위하여 다가가서 보니 죽은 사람은 A가 아니라 A의 쌍둥이 동생 B였다.

- ① ㉠에서 B의 사망에 대한 甲의 죄책과 관련하여 구체적 부합설에 의하면 살인미수죄이고, 법정적 부합설에 의하면 무죄이다.
- ② ㉡에서 A의 사망에 대한 甲의 죄책과 관련하여 구체적 부합설과 법정적 부합설에 의하면 결론이 다르다.

- ③ ㉔에서 B의 사망에 대한 甲의 죄책과 관련하여 乙의 착오를 객체의 착오로 보고 이에 기반을 둔 甲의 착오도 객체의 착오로 보는 경우, 구체적 부합설에 의하면 甲에게는 살인 미수죄와 과실치사죄의 상상적 경합범이 인정된다.
- ④ ㉔에서 B의 사망에 대한 甲의 죄책과 관련하여 乙의 착오를 객체의 착오로 보고 이에 기반을 둔 甲의 착오를 방법의 착오로 보는 경우, 법정적 부합설에 의하면 甲에게는 살인죄의 교사범이 성립한다.

해설 ㉔은 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오, ㉕은 추상적 사실의 착오 중 방법의 착오, ㉖은 피고사자(乙)의 객체의 착오에 관한 것임.

- ① × : ㉔에서 구체적 부합설과 법정적 부합설에 의하면 B에 대한 살인기수죄이다.
- ② × : ㉕에서 구체적 부합설과 법정적 부합설에 의하면 결론이 동일하다(애완견에 대한 손괴미수죄와 A에 대한 과실치사죄의 상상적 경합).
- ③ × : 구체적 부합설에 의하면 甲에게는 살인죄의 교사범이 인정된다.
- ④ ○ : 옳다.

정답 ④

p.180 중간 “2. 과실의 종류” 교체

2. 과실의 종류

- ① 인식 없는 과실과 인식 있는 과실 : 형법상 양자는 동일하게 취급되나, 인식 있는 과실과 미필적 고의를 구별함으로써 고의와 과실의 한계를 명확하게 할 수 있다. 인식 없는 과실은 결과발생의 가능성에 대한 인식 자체도 없는 경우로 그 결과발생을 인식하지 못하였다는 데에 대한 부주의, 즉 규범적 실재로서의 과실 책임이 있다고 할 것이다(대판 1984.2.28, 83도3007). 24. 변호사시험·법원행시

② 업무상 과실과 중과실

- ㉑ 업무상 과실 : 일정한 업무(사람의 사회생활 면에서 하나의 지위로서 계속적으로 종사하는 사무)에 종사하는 자가 그 업무상 일반적으로 요구되는 주의의무를 태만히 한 경우를 말한다.

📖 관련판례

1. 건물의 소유자로서 건물을 비정기적으로 수리하거나 건물의 일부분을 임대하였다는 사정만으로는 업무상 과실치상죄에 있어서의 ‘업무’로 보기 어렵다(대판 2009.5.28, 2009도1040).

17. 변호사시험, 19. 법원행시, 20. 순경 1차·해경승진, 22. 경찰간부

- 예 4층 건물의 2층 내부 벽면에 설치된 분전반을 통해 3층과 4층으로 가설된 전선이 합선으로 단락되어 화재가 나 손해가 발생한 사안에서, 단지 4층 건물의 소유자로서 위 건물 2층을 임대하였다는 사정만으로는 업무상 과실치상죄에 있어서의 ‘업무’로 보기 어렵다(대판 2009.5.28, 2009도1040). 23. 순경 2차

2. 골재채취업무가 허가받은 적법한 업무가 아닐 경우에도 업무상 과실치상죄에 있어서의 업무에 해당한다(대판 1985.6.11, 84도2527). 23. 법원행시

- ㉒ 중과실 : 주의의무를 현저히 태만히 한 경우로서, 행위자가 극히 근소한 주의를 함으로서 결과발생을 인식할 수 있음에도 불구하고 부주의로서 이를 인식하지 못한 경우를 말한다(대판 1980.10.14, 79도305).

- ㉓ 양자의 특징 : 업무상 과실과 중과실은 ㉔ 함께 규정되어 있으며, ㉔ 법정형이 동일하고, ㉔ 보통과실·경과실에 비해 형이 가중되고 있으므로 형법상 동일하게 취급되고 있다.

p.181 하단 4번 판례 아래 추가

5. 의사에게 의료행위로 인한 업무상 과실치사상죄를 인정하기 위해서는, 의료행위 과정에서 공소사실에 기재된 업무상 과실의 존재는 물론 그러한 업무상 과실로 인하여 환자에게 상해·사망 등 결과가 발생한 점에 대하여도 엄격한 증거에 따라 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명이 이루어져야 한다(대판 2023.1.12, 2022도11163).

p.182 상단 “4. 과실범의 처벌” 추가

4. 과실범의 처벌 : 형법상의 범죄는 고의범을 원칙으로 하고(제13조) 과실범은 예외적으로 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌된다(제14조). 과실범은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌되며 형법규정의 성질상 과실범을 처벌하는 특별규정은 그 명문에 의하여 명백·명료하여야 한다(대판 1983.12.13, 83도2467). 08. 7급 검찰, 24. 법원행시

p.182 하단 “5. 과실범의 공범” 관련판례 2번 아래 추가

3. 실화죄에 있어서 공동의 과실이 경합되어 화재가 발생한 경우 적어도 각 과실이 화재의 발생에 대하여 하나의 조건이 된 이상은 그 공동적 원인을 제공한 사람들은 각자 실화죄의 책임을 면할 수 없다(대판 2023.3.9, 2022도16120 ㉠ 피고인들이 분리수거장 방향으로 담배꽂초를 던져 버리고 현장을 떠난 후 화재가 발생한 경우, 피고인들 각자의 실화죄 책임을 인정한다). 24. 9급 검찰·마약수사·철도경찰·순경 1차

p.188 중간 “2. 의사와 의사 사이” ② 아래 추가

- ③ 의사가 환자에 대하여 주된 의사의 지위에서 진료하는 경우라도, 자신은 환자의 수술이나 시술에 전념하고 마취과 의사로 하여금 마취와 환자 감시 등을 담당토록 하는 경우처럼 서로 대등한 지위에서 각자의 의료영역을 나누어 환자 진료의 일부를 분담하였다면, 진료를 분담받은 다른 의사의 전적인 과실로 환자에게 발생한 결과에 대하여는 주된 의사의 책임을 인정할 수 없다(대판 2022.12.1, 2022도1499). 23. 순경 2차

p.189 중간 “3 전공의와 수련의 사이” 아래 4. 추가

4. 전문의와 전공의 사이

- ① 수련병원의 전문의와 전공의 등의 관계처럼 의료기관 내의 직책상 주된 의사의 지위에서 지휘·감독관계에 있는 다른 의사에게 특정 의료행위를 위임하는 **수직적 분업의 경우**에는, 그 다른 의사에게 전적으로 위임된 것이 아닌 이상 주된 의사는 자신이 주로 담당하는 환자에 대하여 다른 의사가 하는 의료행위의 내용이 적절한 것인지 여부를 확인하고 감독하여야 할 업무상 주의의무가 있고, 만약 의사가 이와 같은 업무상 주의의무를 소홀히 하여 환자에게 위해가 발생하였다면 주된 의사는 그에 대한 **과실 책임을 면할 수 없다**(대판 2022.12.1, 2022도1499). 23. 경력채용
- ② 이때 여러 사정에 비추어 해당 의료행위가 위임을 통해 분담 가능한 내용의 것이고 실제로도 그에 관한 위임이 있었다면, 그 위임 당시 구체적인 상황하에서 위임의 합리성을 인정하기 어려운 사정이 존재하고 이를 인식하였거나 인식할 수 있었다고 볼 만한 다른 사정에 대한 증명이 없는 한, 위임한 의사는 위임받은 의사의 과실로 환자에게 발생한 결과에 대한 책임이 있다고 할 수 없다(대판 2022.12.1, 2022도1499). 23. 경력채용
- ③ 나아가, 의료행위에 앞서 환자에게 그로 인하여 발생할 수 있는 위험성 등을 구체적으로 설명하여야 하는 주체는 원칙적으로 주된 지위에서 진료하는 의사라 할 것이나 특별한 사정이 없는 한 다른 의사를 통한 설명으로도 충분하다(대판 2022.12.1, 2022도1499).

p.191 문제 04번 다음에 추가

05 과실범에서 신뢰의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

17. 9급 검찰·마약수사·철도경찰, 22. 해경간부

- ① 중앙선 표시가 있는 직선도로에서 특별한 사정이 없는 한 그 대향차선상의 차량이 중앙선을 넘어 반대차선에 진입하지 않으리라고 믿는 것이 우리의 경험칙에 합당하다.
- ② 약사가 의약품을 판매하거나 조제함에 있어서 특별한 사정이 없는 한 그 약의 포장상의 표시를 신뢰하고 이를 사용한 경우에는 과실이 없다.
- ③ 의사가 환자에 대하여 다른 의사와 의료행위를 분담하는 경우에 다른 의사의 전공과목에 전적으로 속하는 사항에 대하여는 다른 의사가 하는 의료행위의 내용이 적절한 것인지의 여부를 확인하고 감독하여야 할 업무상 주의의무가 없다.
- ④ 횡단보도의 보행자 신호등이 적색으로 표시된 경우에도 운전자는 보행자가 적색신호를 무시하고 갑자기 뛰어나올 가능성에 대비하여 운전하여야 할 업무상의 주의의무가 있다.

해설 ① 대판 1995.7.11, 95도382

② 대판 1976.2.10, 74도2046

③ 대판 2007.2.22, 2005도9229

④ × : ~ 주의의무가 없다(대판 1993.2.23, 92도2077).

정답 ④

p.205 문제 14번 다음에 추가(문제 15~17)

15 다음 사례 중 甲에게 업무상 과실이 인정되는 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22. 순경 2차

- ㉠ 지하철 공사구간 현장안전업무 담당자 甲은 공사현장에 인접한 기존의 횡단보도 표시선 안쪽으로 돌출된 강철빔 주위에 라바콘 3개를 설치하고 신호수 1명을 배치하였는데, A가 그 횡단보도를 건너면서 강철빔에 부딪혀 상해를 입은 경우
- ㉡ 병원 인턴 甲은 응급실로 이송되어 온 익수환자 A를 담당의사 乙의 지시(이송 도중 A에 대한 앵부 배강과 진정제 투여 업무만을 지시)에 따라 구급차에 태워 다른 병원으로 이송하던 중 산소통의 산소잔량을 체크하지 않아 산소공급이 중단되어 A가 폐부종 등으로 사망한 경우
- ㉢ 골프장의 경기보조원 甲은 골프 카트에 A를 태우면서 출발에 앞서 안전 손잡이를 잡도록 고지하지 않고, 이를 잡았는지 확인하지도 않은 채 출발 후 각도 70°가 넘는 우로 굽은 길에서 속도를 줄이지 않고 급하게 우회전하여 A가 골프카트에서 떨어져 상해를 입은 경우
- ㉣ 담당 의사가 췌장 종양 제거수술 직후의 환자 A에 대하여 1시간 간격으로 4회 활력 징후를 측정하라고 지시하였는데, 일반병실에 근무하는 간호사 甲이 중환자실이 아닌 일반병실에서는 그러한 필요가 없다고 생각하여 2회만 측정한 채 3회차 이후 이를 측정하지 않았고, 甲과 근무를 교대한 간호사 乙 역시 자신의 근무시간 내 4회차 측정시각까지 이를 측정하지 아니하여, A는 그 시각으로부터 약 10분 후 심폐정지상태에 빠졌다가 이후 약 3시간이 지나 과다출혈로 사망한 경우
- ㉤ 건축자재인 철판 수백 장의 운반을 의뢰한 생산자 甲이 절단면이 날카롭고 무거운 철판을 묶기에 매우 부적합한 폴리에스터 끈을 사용하여 철판 묶음 작업을 한 탓에 철판 쓸림현상이 발생하였고, 이로 인하여 철판을 차에서 내리는 과정에서 철판이 쏟아져 내려 화물차 운전자 A가 사망한 경우

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설 • **업무상 과실** ○ : ㉡ 대판 2010.7.22, 2010도1911 ㉢ 대판 2010.10.28, 2008도8606 ㉣ 대판 2009.7.23, 2009도3219
 • **업무상 과실** × : ㉠ 대판 2014.4.10, 2012도11361 ㉤ 대판 2011.9.8, 2009도13959

정답 ③

16 과실범에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 순경 2차

- ① 형법 제14조에 따르면 정상적으로 기울여야 할 주의(注意)를 게을리하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.
- ② 의료과오사건에 있어서 의사의 과실을 인정하려면 결과발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었음에도 이를 하지 못한 점을 인정할 수 있어야 하고, 위 과실의 유무를 판단함에는 사회적 평균인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이때 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다.

- ③ 과실범의 주의의무는 반드시 개별적인 법령에서 일일이 그 근거나 내용이 명시되어 있어 야만 하는 것이 아니며, 결과발생에 즈음한 구체적인 상황에서 이와 관련된 제반사정들을 종합적으로 평가하여 결과발생에 대한 예견 및 회피가능성을 기준으로 삼아 그 결과 발생을 방지하여야 할 주의의무를 인정할 수 있는 것이다.
- ④ 형법 제364조에 따른 업무상 과실장물취득죄는 업무상 과실에 의하여 형법 제362조 제1항에 따른 단순과실장물취득죄보다 형이 가중되는 가중적 구성요건이다.

해설 ① × : ~ 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 처벌한다(제14조).
 ② × : ~ (2줄) 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인(사회적 평균인 ×)의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이때 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다(대판 2007.9.20, 2006도294).
 ③ ○ : 대판 1999.1.15, 98도2605
 ④ × : 장물죄는 일반(보통)과실의 처벌규정이 없고 업무상 과실과 중과실만 처벌된다. 따라서 업무상 과실장물죄와 중과실장물죄는 가중적 구성요건이 아니다(부진정신분범 ×, 진정신분범 ○).

정답 ③

17 과실범에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 법원행시

- ① 과실범은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌되며 형벌법규의 성질상 과실범을 처벌하는 특별규정은 그 명문에 의하여 명백, 명료하여야 한다.
- ② 군형법 제74조에 규정된 군용물분실죄는 같은 조에서 정한 군용에 공하는 물건을 보관할 책임이 있는 자가 선량한 보관자로서의 주의의무를 게을리하여 그의 의사에 의하지 않고 물건의 소지를 상실하는 소위 과실범을 말한다.
- ③ 과실범에 있어서의 비난가능성의 지적 요소란 결과발생의 가능성에 대한 인식으로서 인식 있는 과실에는 이와 같은 인식이 있고, 인식 없는 과실에는 이에 대한 인식 자체도 없는 경우인데, 과실책임이 발생하는 것은 전자이고, 후자에 대하여는 그 결과발생을 인식하지 못하였다는 데에 대한 부주의가 있다고 하더라도 과실책임을 물을 수 없다.
- ④ 행정상의 단속을 주안으로 하는 법규라 하더라도 명문규정이 있거나 해석상 과실범도 별할 뜻이 명확한 경우를 제외하고는 형법의 원칙에 따라 고의가 있어야만 별할 수 있다.
- ⑤ 2인 이상이 서로의 의사연락 아래 과실행위를 하여 범죄되는 결과를 발생하게 하면 과실범의 공동정범이 성립한다.

해설 ① 대판 1983.12.13, 83도2467
 ② 대판 1999.7.9, 98도1719
 ③ × : ~ (3줄) 없는 경우이나, 전자에 있어서 책임이 발생함은 물론 후자에 있어서도 그 결과발생을 인식하지 못하였다는 데에 대한 부주의가 있다면 규범적 실재로서의 과실책임이 있다고 할 것이다(대판 1984.2.28, 83도3007).
 ④ 대판 2010.2.11, 2009도9807
 ⑤ 대판 1982.6.8, 82도781

정답 ③

p.215 문제 15번 다음에 추가(문제 16~18)

16 甲의 죄책에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 7급 검찰, 24. 해경간부

甲은 방화의 고의로 A가 주거로 사용하는 집에 불을 놓았고, 이로 인해 A가 사망하였다.

- ① A가 사망하였더라도 甲의 방화가 미수에 그쳤다면, 甲은 현주건조물방화치사죄 미수범의 죄책을 진다.
- ② 甲이 A에 대한 살인의 고의로 방화한 것이라면 甲에게는 현주건조물방화치사죄 외에 고의범인 살인죄가 별도로 성립하고 양죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ③ 만약 甲이 A를 살해할 고의로 방화를 하였으나 A가 사망하지 않았다면, 甲에게는 현주건조물방화치사죄의 미수범이 성립한다.
- ④ 만약 A가 甲의 부친(父親)이고 그 사망에 대해 甲에게 고의가 인정된다면, 甲에게는 현주건조물방화치사죄와 존속살해죄가 성립하고 양죄는 상상적 경합관계에 있다.

해설 ① × : 기본범죄(현주건조물방화죄)가 미수에 그쳤더라도 중한 결과(사망)가 발생한 경우, 결과적 가중범의 미수는 인정할 수 없다(다수설·판례 ∴ 현주건조물방화치사죄(기수범) ○, 현주건조물방화죄의 미수범 ×).

② × : 현주건조물방화치사죄 ○, 살인죄 ×(대판 1996.4.26, 96도485).

③ × : 부진정결과적 가중범(현주건조물방화치사죄)에 있어서 중한 결과에 대한 고의(살해 고의)가 있었으나 중한 결과(사망)가 발생하지 않은 경우, 결과적 가중범의 미수가 성립할 수 없다(∴ 형법상 현주건조물방화치사죄의 미수범 처벌규정 × ∴ 현주건조물방화죄와 살인미수의 상상적 경합).

④ ○ : 대판 1996.4.26, 96도485

정답 ④

17 결과적 가중범에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ㉠ 기본범죄를 통하여 고의로 중한 결과를 발생하게 한 경우에 가중 처벌하는 부진정결과적 가중범에서, 고의범에 대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는 결과적 가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 결과적 가중범만 성립하고 이와 실체적 경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다.
- ㉡ 결과적 가중범은 중한 결과가 발생하여야 성립되는 범죄이므로 형법에는 결과적 가중범의 미수를 처벌하는 규정을 두고 있지 않다.
- ㉢ 甲의 구타행위로 상해를 입은 피해자가 정신을 잃고 빈사 상태에 빠지자 사망한 것으로 오인하고, 자신의 행위를 은폐하고 피해자가 자살한 것처럼 가장하기 위하여 피해자를 베란다 아래의 바닥으로 떨어뜨려 사망케 하였다면, 甲의 행위는 포괄하여 단일의 상해치사죄에 해당한다.
- ㉣ 형법상 부진정결과적 가중범은 중한 결과를 야기한 기본 범죄가 고의범인 경우에만 인정되고 과실범의 경우에는 인정되지 않는 개념이다.
- ㉤ 결과적 가중범이 성립하려면 행위와 결과 사이에 상당인과관계가 있어야 하고 행위시에 결과의 발생을 예견할 수 있어야 하는데, 그러한 예견가능성은 행위자를 기준으로 판단되어야 하며 일반인을 기준으로 객관적으로 판단해야 하는 것은 아니다.

① 1개

② 2개

③ 3개

④ 4개

해설 ㉠ × : ~ (3줄) 이와 상상적 경합(실체적 경합 ×)의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다(대판 2008.11.27, 2008도7311).

㉡ × : 해상강도치사상죄, 현주건조물일수치사상죄, 강도치사상죄, 인질치사상죄 모두 형법상 미수범 처벌 규정이 있다(제342조, 제182조, 제324조의 5).

㉢ ○ : 대판 1994.11.4, 94도2361

㉣ ○ : 옳다.

㉤ × : ~ (3줄) 일반인을 기준으로 객관적으로 판단되어야 하며 행위자를 기준으로 판단해야 하는 것은 아니다(대판 2014.7.24, 2014도6206).

정답 ②

18 과실범과 결과적 가중범에 관한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 변호사시험

- ㉠ 형법상 특수공무집행방해치사죄는 중한 결과에 대한 예견가능성이 있었음에도 불구하고 예견하지 못한 경우뿐만 아니라 고의가 있는 경우까지도 포함하는 부진정결과적 가중범이다.
- ㉡ 과실범에 있어서의 인식 없는 과실은 결과발생의 가능성에 대한 인식 자체도 없는 경우로 그 결과발생을 인식하지 못하였다는 데에 대한 부주의, 즉 규범적 실재로서의 과실 책임이 있다고 할 것이다.
- ㉢ 건설회사가 건설공사 중 타워크레인의 설치작업을 전문업자에게 도급을 주어 타워크레인 설치작업을 하던 중 발생한 사고에 대하여, 건설회사의 현장대리인 甲에게 타워크레인의 설치작업을 관리하고 통제할 실질적인 지휘·감독 권한이 없었다면 업무상 주의의무를 위반한 과실이 있다고 볼 수 없다.
- ㉣ 甲이 A에 대한 살인의 고의로 A가 자고 있는 집에 불을 놓아 불이 A의 집 안방 천장까지 붙었으나 A가 잠에서 깨어 집 밖으로 빠져나오는 바람에 살인의 목적을 달성하지 못하였다면, 甲은 현주건조물방화치사죄의 미수범으로 처벌된다.
- ㉤ 상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우 교사자는 상해죄에 대한 교사범이 되는 것이고, 다만 이 경우 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해죄의 교사범과 과실치사죄의 상상적 경합범이 된다.
- ㉥ 실화죄에 있어서 공동의 과실이 경합되어 화재가 발생한 경우 적어도 각 과실이 화재의 발생에 대하여 하나의 조건이 되었다면 그 공동적 원인을 제공한 사람들은 각자 실화죄의 책임을 진다.

① 1개

② 2개

③ 3개

④ 4개

⑤ 5개

해설 ㉠ ○ : 대판 2008.11.27, 2008도7311

㉡ ○ : 대판 1984.2.28, 83도3007

㉢ ○ : 대판 2005.9.9, 2005도3108

㉣ × : ~ (2줄) 못하였다면, 甲은 현주건조물방화죄의 기수와 살인미수죄의 상상적 경합이 된다(∵ 현주건조물방화치사상죄의 미수처벌규정이 없음).

㉤ × : ~ (3줄) 있는 때에는 상해치사죄의 교사범이 성립할 수 있다(대판 1993.10.8, 93도1873).

㉥ ○ : 대판 2023.3.9, 2022도16120

정답 ④

p.225 문제 02번 아래 “최신판례” 추가

최신판례

1. 甲은 乙의 모자챙을 쳐 모자를 벗기거나 뒷목을 잡아당기거나 먹살을 잡아 벽에 밀치는 등 상당 시간 동안 다툼을 벌이며 **피해자를 폭행**하였다. 이러한 다툼이 있은 후 乙은 자리를 피하려는 甲 일행을 따라가 ‘도망가지 말라.’는 말을 하며 계단에서 여러 차례 甲을 붙잡았고, **실랑이 과정에서** 甲이 乙을 거세게 뿌리치는 바람에 피해자가 넘어져 **상해를 입은 경우** ⇨ **상해죄** ○(대판 2021.5.7, 2020도15812 ∴ 가해자의 행위가 피해자의 부당한 공격을 방위하기 위한 것이라기보다는 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대항하여 가해를 한 경우 **가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 정당방위 또는 과잉방위행위라고 볼 수 없다.**)
2. ① 정당방위의 요건 중 ‘**침해의 현재성**’이란 침해행위가 형식적으로 기수에 이르렀는지에 따라 결정되는 것이 아니라 자기 또는 타인의 법익에 대한 **침해상황이 종료되기 전까지를 의미**하는 것이므로, 일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우에는 그중 **일부 행위가 범죄의 기수에 이르렀더라도 전체적으로 침해상황이 종료되지 않은 것으로 볼 수 있다**(대판 2023.4.27, 2020도6874). 24. 경찰간부·법원행시·순경 1차
- ② 정당방위의 성립 요건으로서의 방어행위에는 **순수한 수비적 방어뿐 아니라 적극적 반격을 포함하는 반격방어의 형태도 포함된다**. 다만 정당방위로 인정되기 위해서는 자기 또는 타인의 법익침해를 방어하기 위한 행위로서 **상당한 이유**가 있어야 한다. 방어행위가 상당한 것인지는 침해행위에 의해 침해되는 법익의 종류와 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급, 방어행위에 의해 침해될 법익의 종류와 정도 등 **일체의 구체적 사정들을 참작하여 판단하여야 한다**(대판 2023.4.27, 2020도6874). 24. 경찰간부·법원행시

p.232 문제 10번 다음에 추가

11 정당방위에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ㉠ 정당방위에서 ‘침해의 현재성’이란 침해행위가 형식적으로 기수에 이르렀는지에 따라 결정되는 것이 아니라 자기 또는 타인의 법익에 대한 침해상황이 종료되기 전까지를 의미한다.
- ㉡ 정당방위 상황을 이용할 목적으로 처음부터 공격자의 공격행위를 유발하는 의도적 도발의 경우라 하더라도 그 공격행위에 대해서는 방어행위를 인정할 수 있어 정당방위가 성립한다.
- ㉢ 피해자의 침해행위에 대하여 자기의 권리를 방위하기 위한 부득이한 행위가 아니고, 그 침해행위에서 벗어난 후 분을 풀려는 목적에서 나온 공격행위는 정당방위에 해당한다고 할 수 없다.
- ㉣ 정당방위의 성립요건으로서 방어행위는 순수한 수비적 방어뿐만 아니라 적극적 반격을 포함하는 반격방어의 형태도 포함되나, 그 방어행위는 자기 또는 타인의 법익침해를 방위하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있어야 한다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설 ㉠ ○ : 대판 2023.4.27, 2020도6874

㉡ × : ~ (2줄) 방어행위를 인정할 수 없어 정당방위가 성립하지 않는다(대판 1968.11.12, 68도912).

㉢ ○ : 대판 1996.4.9, 96도241

㉣ ○ : 대판 2023.4.27, 2020도6874

정답 ③

p.239 문제 05번 다음에 추가

06 자구행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 9급 검찰 · 마약수사 · 철도경찰

- ① 자구행위는 법률에서 정한 절차에 따라서는 청구권을 보전할 수 없는 경우에 할 수 있다.
- ② 소유권의 귀속에 관한 분쟁이 있어 민사소송이 계속 중인 건조물에 관하여 현실적으로 관리인이 있음에도 위 건조물의 자물쇠를 쇠톱으로 절단하고 침입한 행위는 법정절차에 의하여 그 권리를 보전하기가 곤란하고 그 권리의 실행불능이나 현저한 실행곤란을 피하기 위해 상당한 이유가 있는 행위라고 할 수 없다.
- ③ 자신이 소유하는 토지상에 도로가 무단으로 확장 개설되어 그대로 방치할 경우 불특정 다수인이 통행할 우려가 있다는 사정만으로는 법정절차에 의하여 자신의 청구권을 보전하는 것이 불가능한 경우에 해당한다고 볼 수 없다.
- ④ 피해자에게 석고를 납품한 대금을 받지 못하고 있던 중 피해자가 화랑을 폐쇄하고 도주하자 야간에 폐쇄된 화랑의 베니어판 문을 미리 준비한 드라이버로 뜯어내고 피해자의 물건을 몰래 가지고 나온 경우 자구행위에 해당한다.

해설 ① 제23조 제1항

② 대판 1985.7.9, 85도707

③ 대판 2007.3.15, 2006도9418

④ × : 자구행위 × (대판 1984.12.26, 84도2582 ∵ 강제적 채권추심 또는 채권추심을 목적으로 하는 물품의 취거행위 ⇨ 자구행위 ×)

정답 ④

p.248 하단 16번 판례 아래 추가

17. 타인의 승낙을 받아 촬영한 영상물도 반포시에 그 촬영대상자의 의사에 반하여 반포하였다면, 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제2항(카메라 등 이용촬영 · 반포)이 적용된다(대판 2022.6.9, 2022도1683). **23. 7급 검찰**

p.253 문제 07번 다음에 추가(문제 08~10)

08 피해자의 승낙에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

21. 변호사시험

- ㉠ 피해자의 승낙이 객관적으로 존재하는데도 불구하고 행위자가 이를 알지 못하고 행위한 경우에는 위법성조각사유의 전제사실의 착오가 되어 위법성이 조각되지 않는다.
- ㉡ 개인적 법익을 훼손하는 경우에 형법 제24조의 피해자의 승낙에 의해 위법성이 조각되려면 그 승낙이 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙이어야 할 뿐 아니라 윤리적·도덕적으로 사회상규에 반하지 않아야 할 것이라는 요건도 충족되어야 한다.
- ㉢ 의사의 진단상 과오로 인해 당연히 설명받았을 내용을 설명받지 못한 경우라도 피해자로부터 수술 승낙을 받은 이상 그 승낙은 수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 볼 수 있다.
- ㉣ 묵시적 승낙이 있는 경우에도 피해자의 승낙에 의해 위법성이 조각될 수 있다.

- ① ㉠, ㉡ ② ㉠, ㉢ ③ ㉡, ㉣
④ ㉡, ㉣ ⑤ ㉡, ㉢, ㉣

해설 ㉠ × : ~ 경우에는 주관적 정당화 요소를 결한 경우의 문제로서 불능미수(다수설)가 성립된다. 반대로 객관적으로 승낙사실이 존재하지 않는데도 불구하고 승낙사실이 존재한다고 오인하고 행위한 경우가 위법성조각사유의 전제사실의 착오가 되어 판례에 의할 경우, 그 오인에 정당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 조각된다(대판 1986.10.28, 86도1406).

㉡ ○ : 대판 2008.12.11, 2008도9606

㉢ × : ~ 유효한 승낙이라고 볼 수 없다(대판 1993.7.27, 92도2345).

㉣ ○ : 대판 1983.2.8, 82도2436

정답 ④

09 다음 중 피해자 승낙에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?

22. 경찰간부

- ① 형법은 살인, 상해, 강간의 경우에 피해자의 승낙이 있더라도 처벌하는 특별한 규정을 두고 있다.
- ② 승낙의 주체는 승낙의 의미와 내용을 이해할 수 있는 능력을 가진 자를 의미하므로 승낙권자는 민법상 행위능력자여야 한다.
- ③ 승낙은 원칙적으로 자유롭게 철회할 수 있으므로, 철회 전에 이루어진 행위는 정당화되지 않는다.
- ④ 승낙이 있는 것으로 오인한 자의 행위는 객관적 정당화 상황에 관한 착오에 해당하고, 승낙이 없는 것으로 오인한 자의 행위는 주관적 정당화 요소를 결한 경우의 문제가 된다.

해설 ① × : 살인의 경우에 처벌하는 특별규정(제252조 제1항; 촉탁·승낙살인죄)이 있으나 상해, 강간의 경우에는 없다.

② × : 승낙능력은 민법상의 행위능력과 구별되며, 형법의 독자적인 기준에 의하여 구체적·개별적으로 결정된다.

③ × : 철회 후에 이루어진 행위는 정당화(피해자 승낙에 의한 위법성조각)되지 않으나, 철회 전에 이루어진 행위는 정당화된다.

④ ○ : ~ 행위는 객관적 정당화 상황의 착오(위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오)에 해당하고, ~ 행위는 주관적 정당화 요소를 결한 경우(우연승낙)의 문제가 된다.

정답 ④

10 피해자의 승낙 및 동의에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 7급 검찰

- ① 무고죄는 국가의 형사사법권 또는 징계권의 적정한 행사와 개인의 부당하게 처벌 또는 징계받지 아니할 이익을 보호법익으로 하는 죄이므로, 무고에 있어서 피무고자의 승낙이 있었다면 무고죄는 성립하지 않는다.
- ② 피고인이 피해자 소유의 물건에 관한 권리가 자기에게 있다고 주장하면서 이를 가져간 데 대하여 피해자의 묵시적인 동의가 있었다면, 피고인의 주장이 후에 허위임이 밝혀졌더라도 절도죄의 절취행위에는 해당하지 않는다.
- ③ 타인의 승낙을 받아 촬영한 영상물도 반포시에 그 촬영대상자의 의사에 반하여 반포하였다면, 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제2항(카메라 등 이용촬영 · 반포)이 적용된다.
- ④ 형법 제305조 제2항에 의하면 13세 이상 16세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 19세 이상의 자는 상대방의 동의유무를 불문하고 형법 제297조(강간), 제297조의 2(유사강간), 제298조(강제추행), 제301조(강간 등 상해 · 치상) 또는 제301조의 2(강간 등 살인 · 치사)의 예에 의하여 처벌된다.

해설 ① × : 무고죄는 국가의 형사사법권 또는 징계권의 적정한 행사를 주된 보호법익으로 하고, 다만 개인의 부당하게 처벌 또는 징계받지 아니할 이익을 부수적으로 보호하는 죄이므로, 설사 무고에 있어서 피무고자의 승낙이 있었다고 하더라도 무고죄의 성립에는 영향을 미치지 못한다(대판 2005.9.30, 2005도 2712).

② 대판 1990.8.10, 90도1211

③ 대판 2022.6.9, 2022도1683

④ 형법 제305조 제1항 관련판례(대판 1982.10.12, 82도2183) 참고, 제305조 제2항(2020.5.19. 신설)

정답 ①

p.254 중간 아미박스 교체

1. 사회상규란 국가질서의 존엄성을 기초로 한 국민 일반의 건전한 도의감 또는 법질서 전체의 정신이나 배후에 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인되는 것을 말한다(대판 2002.1.25, 2000도1696). 19. 변호사시험·9급 철도경찰, 21. 해경 2차, 22. 법원직
2. 사회상규에 위배되느냐의 여부는 ① 행위의 동기나 목적의 **정당성**, ② 행위의 수단이나 방법의 **상당성**, ③ 보호법익과 침해법익의 **균형성**, ④ **긴급성**, ⑤ 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 **보충성** 등의 요건을 종합판단하여 결정해야 한다(대판 1997.3.28, 95도2674). 21. 해경 2차, 22. 법원직·7급 검찰, 23. 경찰간부 어떠한 행위가 위 요건들을 충족하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적·합리적으로 고찰하여 **개별적으로 판단**되어야 하므로, 구체적인 사안에서 정당행위로 인정되기 위한 긴급성이나 보충성의 정도는 개별 사안에 따라 다를 수 있다(대판 2021.12.30, 2021도9680). 22. 법원직
3. 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 국가질서의 존중이라는 인식을 바탕으로 한 국민일반의 건전한 도의적 감정에 반하지 아니한 행위로서 **초법규적인 기준**에 의하여 이를 평가해야 한다(대판 1983.11.22, 83도2224). 19. 변호사시험, 20. 순경 1차, 23. 경찰간부
4. 어떠한 행위가 범죄구성요건에 해당하지만 정당행위라는 이유로 위법성이 조각된다는 것은 그 행위가 **적극적으로 용인, 권장된다는 의미가 아니라** 단지 특정한 상황하에서 그 행위가 범죄행위로서 처벌대상이 될 정도의 위법성을 갖추지 못하였다는 것을 의미한다(대판 2021.12.30, 2021도9680). 22. 법원직, 24. 경찰승진·9급 검찰·마약수사·철도경찰

p.258 하단 ㉑ 아래 추가

- ㉑ 甲이 자신의 가옥 앞 도로가 폐기물 운반차량의 통행로로 이용되어 가옥 일부에 균열 등이 발생하자 위 도로에 트랙터를 세워두거나 철책 펜스를 설치함으로써 위 차량의 통행을 불가능하게 한 경우(대판 2009.1.30, 2008도10560 ∴ 일반교통방해죄 ○) 24. 순경 1차

p.262 중간 21번 판례 아래 추가(22~24)

22. 방송통신심의위원회 심의위원인 피고인이 자신의 인터넷 블로그에 위원회에서 음란정보로 의결한 '남성의 발기된 성기 사진'을 게시한 경우, 이 게시물은 사진과 학술적·사상적 표현 등이 결합된 결합 표현물로서 사진은 **음란물에 해당**하나, 결합 표현물인 게시물을 통한 사진의 게시는 '**사회상규에 위배되지 아니하는 행위**'에 **해당한다**(대판 2017.10.26, 2012도13352 ∴ 음란물유죄 ×). 18. 7급 검찰, 23. 9급 검찰·마약수사·철도경찰, 24. 해경승진
23. 접근금지, 문언송신금지를 명한 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 임시보호명령을 위반하여 피고인이 피해자에게 문자메시지를 보낸 경우 문자메시지 송신을 피해자가 양해 내지 승낙했다라도 형법 제20조의 정당행위로 볼 수 없다(대판 2022.1.14, 2021도14015). 23. 9급 검찰·마약수사·철도경찰·순경 2차
24. 甲대학교는 학교법인의 전 이사장 乙이 부정입학과 관련된 금품수수 등의 혐의로 구속되었다가 甲대학교 총장으로 선임됨에 따라 학내 갈등을 빚던 중, 총학생회 간부인 피고인들이 총장 乙과의 면담을 요구하면서 총장실 입구에서 진입을 시도하거나, 교무위원회 회의실에 들어가 총장의 사퇴를 요구하면서 이를 막는 학교 교직원들과 실랑이를 벌인 경우 ⇨ **정당행위** ○(대판 2023.5.18, 2017도2760 ∴ **위력에 의한 업무방해죄** ×) 24. 순경 1차

p.266 하단 “최신판례”에 2. 추가

최신판례

1. 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위에 해당하려면, ① 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, ② 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사 간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, ③ 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, ④ 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 조건을 모두 구비하여야 한다. 이러한 기준은 쟁의행위의 목적을 알리는 등 적법한 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위가 형법상 정당행위에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 동일하게 적용된다(대판 2022.10.27, 2019도10516).
2. 쟁의행위가 정당행위로 위법성이 조각되는 것은 사용자에게 대한 관계에서 인정되는 것이므로, 제3자의 법익을 침해한 경우에는 원칙적으로 정당성이 인정되지 않는다. 그런데 도급인은 원칙적으로 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니므로, 수급인 소속 근로자의 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 일어나 도급인의 형법상 보호되는 법익을 침해한 경우에는 사용자인 수급인에 대한 관계에서 쟁의행위의 정당성을 갖추었다는 사정만으로 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서까지 법령에 의한 정당한 행위로서 법익 침해의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다(대판 2020.9.3, 2015도19277). 21. 순경 1차 그러나 사용자인 수급인에 대한 정당성을 갖춘 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 이루어져 형법상 보호되는 도급인의 법익을 침해한 경우, 그것이 항상 위법하다고 볼 것은 아니고, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당하는 경우에는 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로서 위법성이 조각된다(대판 2020.9.3, 2015도9277). 21. 법원직

p.272 문제 17번 다음에 추가(문제 18~23)

18 위법성조각사유에 관한 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 법원직

- ① 통상의 일반적인 안수기도의 방식과 정도를 벗어나 환자의 신체에 비정상적이거나 과도한 유형력을 행사하고 신체의 자유를 과도하게 제압하여 그 결과 환자의 신체에 상해까지 입힌 경우라면, 그러한 유형력의 행사가 비록 안수기도의 명목과 방법으로 이루어졌다 해도 일반적으로 사회상규상 용인되는 정당행위라고 볼 수 없으나, 이를 치료행위로 보아 피해자 측이 승낙하였다면 이는 정당행위에 해당한다.
- ② 신문기자인 피고인이甲에게 2회에 걸쳐 증여세 포탈에 대한 취재를 요구하면서 이에 응하지 않으면 자신이 취재한 내용대로 보도하겠다고 말하여 협박한 경우 비록 피고인이 폭언을 하거나 보도하지 않는 데 대한 대가를 요구하지 않았다 하더라도 위 행위는 협박죄에서 말하는 해악의 고지에 해당하여 사회상규에 위반한 행위라고 보는 것이 타당하다.
- ③ 회사의 이익을 빼돌린다는 소문을 확인할 목적으로, 피해자가 사용하면서 비밀번호를 설정하여 비밀장치를 한 전자기록인 개인용 컴퓨터의 하드디스크를 검색한 행위는 형법 제20조의 ‘정당행위’에 해당된다.

- ④ 피고인들이 확장장치 사용, 연설회 개최, 불법행렬, 서명날인운동, 선거운동기간 전 집회 개최 등의 방법으로 특정 후보자에 대한 낙선운동을 함으로써 공직선거 및 선거부정방지법에 의한 선거운동제한 규정을 위반한 피고인들의 같은 법 위반의 각 행위는 시민불복종운동으로서 헌법상의 기본권 행사 범위 내에 속하는 정당행위이거나 형법상 사회상규에 위반되지 아니하는 정당행위 또는 긴급피난의 요건을 갖춘 행위로 보아야 한다.

❶ 해설 ① × : ~ (4줄) 정당행위라고 볼 수 없음은 물론이고, 이를 치료행위로 오인한 피해자 측의 승낙이 있었다 하여 달리 볼 수도 없다(대판 2008.8.21, 2008도2695).

② × : ~ (4줄) 해악의 고지에 해당하더라도 특별한 사정이 없는 한 기사 작성을 위한 자료를 수집하고 보도하기 위한 것으로서 신문기자의 일상적 업무 범위에 속하여 사회상규에 반하지 아니한다(대판 2011.7.14, 2011도639).

③ ○ : 대판 2009.12.24, 2007도6243

④ × : ~ 요건을 갖춘 행위로 볼 수는 없다(대판 2004.4.27, 2002도315).

정답 ③

19 정당행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 9급 검찰·마약수사·철도경찰, 24. 해경승진

- ① 음란물이 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 표현 등과 결합되어 음란 표현의 해악이 상당한 방법으로 해소되거나 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의해 해소될 수 있는 정도에 이르렀다면, 이러한 결합표현물에 의한 표현행위는 형법 제20조에 정하여진 '사회상규에 위배되지 않는 행위'에 해당한다.
- ② 문언송신금지를 명한 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 임시보호명령을 위반하여 피고인이 피해자에게 문자메시지를 보낸 경우 문자메시지 송신을 피해자가 양해 내지 승낙하였다면 형법 제20조의 정당행위에 해당한다.
- ③ 신문기자인 피고인이 고소인에게 2회에 걸쳐 증여세 포탈에 대한 취재를 요구하면서, 이에 응하지 않으면 자신이 취재한 내용대로 보도하겠다고 협박한 것은 특별한 사정이 없는 한 사회상규에 반하지 않는 행위이다.
- ④ 의료인이 아닌 자가 찜질방 내에서 부항과 부항침을 놓고 일정한 금원을 받은 행위는 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 사회상규에 위배되지 않는 행위로 보기는 어렵다.

❶ 해설 ① 대판 2017.10.26, 2012도13352

② × : 접근금지, 문언송신금지를 ~ 양해 내지 승낙했다라도 형법 제20조의 정당행위로 볼 수 없다(대판 2022.1.14, 2021도14015).

③ 대판 2011.7.14, 2011도639

④ 대판 2004.10.28, 2004도3405

정답 ②

20 정당행위에 관한 설명 중 옳은 것만을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

- ㉠ 甲은 ○○수지요법학회의 지회를 운영하면서 일반인에게 수지침을 보급하고 무료의료봉사활동을 하는 사람으로서 A에게 수지침 시술을 부탁받고 아무런 대가 없이 수지침 시술을 해 준 경우, 甲이 침술 면허가 없다고 해도 해당 행위는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각될 수 있다.
- ㉡ A노동조합의 조합원 甲 등이 관계 법령에서 정하는 서면 신고의무에 따라 쟁의행위의 일시, 장소, 참가인원 및 그 방법에 관한 서면신고를 하지 않고 쟁의행위를 한 경우, 세부적·형식적 절차를 미준수한 것으로서 쟁의행위의 정당성이 부정된다.
- ㉢ A아파트 입주자대표회의의 회장인 甲이 자신의 승인 없이 동대표들이 관리소장과 함께 게시한 입주자대표회의의 소집 공고문을 뜯어내 제거한 경우, 해당 공고문을 손괴한 조치가 그에 선행하는 위법한 공고문 작성 및 게시에 따른 위법상태의 구체적 실현이 임박한 상황에서 그 위법성을 바로잡기 위한 것이라면 사회통념상 허용되는 범위를 크게 넘어서지 않는 것으로 볼 수 있다.
- ㉣ 甲이 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상의 임시보호명령을 위반하여 피해자인 A의 주거지에 접근하고 문자메시지를 보낸 경우, 이에 대하여 A의 양해 내지 승낙이 있었다면 甲의 행위가 사회상규에 위배되는 행위로 볼 것은 아니다.

① ㉠, ㉡

② ㉠, ㉢

③ ㉠, ㉡, ㉣

④ ㉠, ㉢, ㉣

해설 ㉠ ○ : 대판 2000.4.25, 98도2389

㉡ × : ~ (2줄) 쟁의행위를 한 경우에는 신고절차의 미준수만을 이유로 쟁의행위의 정당성을 부정할 수 없다 (대판 2007.12.28, 2007도5204).

㉢ ○ : 대판 2021.12.30, 2021도9680

㉣ × : ~ (2줄) 이에 대하여 A(피해자)가 양해 내지 승낙을 했더라도 동법 위반죄의 구성요건에 해당하고 甲의 행위가 형법 제20조의 정당행위(사회상규에 위배되지 않는 행위)로 볼 수 없다(대판 2022.1.14, 2021도14015).

정답 ②

21 정당행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 7급 검찰

- ① 내국인의 출입을 허용하는 폐광지역 개발 지원에 관한 특별법 등에 따라 폐광지역 카지노에 출입하는 것은 법령에 의한 행위로 위법성이 조각되나, 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로 그 위법성이 조각된다고 할 수 없다.
- ② 피고인의 행위가 피해자의 부당한 행패를 저지하기 위해 사회통념상 취할 수 있는 본능적인 소극적 방어 행위라면, 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위에 해당한다.
- ③ 한의사 자격 없이 영리를 목적으로 부항침과 부항을 이용하여 체내의 혈액을 밖으로 배출되도록 하는 시술행위는 사회상규에 위배되는 행위로서 정당행위에 해당하지 않는다.
- ④ 감정평가업자가 아닌 공인회계사가 타인의 의뢰에 의하여 일정한 보수를 받고 감정평가법이 정한 토지에 대한 감정평가를 업으로 행하는 것은 특별한 사정이 없는 한 법령에 의한 행위로서 정당행위에 해당한다.

- 해설** ① 대판 2004.4.23, 2002도2518
 ② 대판 2014.3.27, 2012도11204
 ③ 대판 2004.10.28, 2004도3405
 ④ × : ~ 해당한다고 볼 수 없다(대판 2015.11.27, 2014도191).

정답 ④

22 정당행위에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 경찰승진

- ① 적정한 한계를 벗어나는 현행범인 체포행위는 그 부분에 관한 한 법령에 의한 행위로 될 수 없다고 할 것이나, 적정한 한계를 벗어나는 행위인가 여부는 결국 정당행위의 일반적 요건을 갖추었는지 여부가 아니라 그 행위가 소극적인 방어행위인가 적극적인 공격행위인가에 따라 결정되어야 한다.
- ② 어떠한 행위가 범죄구성요건에 해당하지만 정당행위라는 이유로 위법성이 조각된다는 것은 그 행위가 적극적으로 용인, 권장된다는 의미가 아니라 단지 특정한 상황하에서 그 행위가 범죄행위로서 처벌대상이 될 정도의 위법성을 갖추지 못하였다는 것을 의미한다.
- ③ 집행관이 압류집행을 위하여 채무자의 주거에 들어가는 과정에서 집행을 방해하는 채무자를 배제하고 주거에 들어가기 위하여 채무자를 떠밀었고 그로 인하여 채무자에게 약 2주간의 가료를 요하는 상해를 입힌 경우, 정당행위로서 위법성이 조각된다.
- ④ 의학적 전문지식이 없는 甲이 찜질방 내에 침대, 부항기 및 부항침 등을 갖추어 놓고 찾아오는 사람들에게 아픈 부위와 증상을 물어본 다음 아픈 부위에 부항을 뜬 후 그곳을 부항침으로 10회 정도 찌르고 다시 부항을 뜨는 방법으로 치료를 하여 주고 치료비 명목으로 15,000원 또는 25,000원을 받은 경우, 정당행위로서 위법성이 조각되는 경우에 해당하지 않는다.

- 해설** ① × : ~ (3줄) 갖추었는지 여부에 따라 결정되어야 할 것이지 그 행위가 소극적인 방어행위인가 적극적인 공격행위인가에 따라 결정되어야 하는 것은 아니다(대판 1999.1.26, 98도3029).
 ② 대판 2021.12.30, 2021도9680
 ③ 대판 1993.10.12, 93도875
 ④ 대판 2004.10.28, 2004도3405

정답 ①

23 다음 중 **甲**에게 정당행위가 인정되는 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

- ① 사채업자 **甲**이 채권추심을 위하여 채무자 **A**에게 채무를 변제하지 않으면 **A**가 숨기고 싶어 하는 과거 행적과 사채를 쓴 사실 등을 남편과 시댁에 알리겠다는 문자메시지를 발송한 경우
- ② **A**주식회사로부터 공립유치원의 놀이시설 제작 및 설치공사를 하도급 받은 **甲**이 유치원 행정실장 등에게 공사대금의 직접 지급을 요구하였으나 거절당하자, 공사대금 직불청구권이 있는 놀이시설의 정당한 유치권자로서 공사대금 채권을 확보할 필요가 있어 놀이시설의 일부인 보호대를 칼로 뜯어내고 일부 놀이시설은 철거하는 방법으로 공무소에서 사용하는 물건을 손상한 경우
- ③ **甲**이 자신의 가옥 앞 도로가 폐기물 운반차량의 통행로로 이용되어 가옥 일부에 균열 등이 발생하자 위 도로에 트랙터를 세워두거나 철책 펜스를 설치함으로써 위 차량의 통행을 불가능하게 한 경우
- ④ 학교법인의 전 이사장 **A**가 부정입학과 관련된 금품수수 혐의로 구속되었다가 그 학교법인이 설립한 **B**대학교의 총장으로 선임됨에 따라 학내 갈등을 빚던 중 총학생회 간부 **甲**이 대학 운영의 정상화를 위해 **A**와의 대화를 꾸준히 요구하였으나, 학교의 소극적인 태도로 인해 면담이 성사되지 않자 **A**를 직접 찾아가 면담하는 이외에는 다른 방도가 없다는 판단 아래 **A**와의 면담을 추진하는 과정에서 총장실 진입을 시도하거나, 교무위원회 회의실에 들어가 총장의 사퇴를 요구하면서 이를 막는 학교 교직원들과 길지 않은 시간 동안 실랑이를 벌인 경우

해설 • 정당행위 ○ : ④ 대판 2023.5.18, 2017도2760(∴ 위력에 의한 업무방해죄 ×)
 • 정당행위 × : ① 대판 2011.5.26, 2011도2412(∴ 협박죄 ○) ② 대판 2017.5.30, 2017도2758(∴ 수단·방법의 상당성 ×, 공사대금 확보를 위한 유치권을 행사하는 데에 긴급하고 불가피한 수단 × ∴ 공용물건손상죄 ○) ③ 대판 2009.1.30, 2008도10560(∴ 일반교통방해죄 ○)

정답 ④

p.284 문제 21번 다음에 추가(문제 22~23)

22 위법성조각사유에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 7급 검찰

- ① 형법 제310조(위법성의 조각)에서 '공공의 이익'이라 함은 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것만을 의미하며, 특정한 사회집단이나 그 구성원의 관심과 이익에 관한 것은 포함되지 않는다.
- ② 甲이 스스로 야기한 강간범행의 와중에서 피해자가 甲의 손가락을 깨물며 반항하자 물린 손가락을 비틀며 잡아 뺏다가 피해자에게 치아결손의 상해를 입힌 행위는 긴급피난에 해당한다.
- ③ 수급인 소속 근로자의 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 일어나 도급인의 형법상 보호되는 법익을 침해한 경우, 사용자인 수급인에 대한 관계에서 쟁의행위의 정당성을 갖추었다 하더라도 그 사정만으로 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서까지도 법령에 의한 정당한 행위로서 법익 침해의 위법성이 조각되는 것은 아니다.
- ④ 경찰관의 체포행위가 적법한 공무집행을 벗어나 불법하게 체포한 것으로 볼 수밖에 없다면, 피의자가 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관을 폭행한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위이므로, 그 피의자의 공무집행방해는 정당방위로서 위법성이 조각된다.

해설 ① × : ~ (2줄) 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원의 관심과 이익에 관한 것도 포함된다(대판 2002.9.24, 2002도3570).

② × : 긴급피난 × (대판 1995.1.12, 94도2781)

③ ○ : 대판 2020.9.3, 2015도1927

④ × : ~ (3줄) 행위이므로, 정당방위로서 위법성이 조각된다(대판 2000.7.4, 99도434 ▶ 주의 : 경찰관의 체포행위는 적법한 공무집행이라고 할 수 없어(구성요건해당성을 조각) 공무집행방해죄가 성립하지 않는 것이지, 정당방위로서 위법성이 조각되는 것이 아니다).

정답 ③

23 위법성조각사유에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

- ① 방위행위, 피난행위, 자구행위가 그 정도를 초과한 경우에는 정황(情狀)에 따라 그 형을 감경하거나 면제한다.
- ② 가해자의 행위가 피해자의 부당한 공격을 방위하기 위한 것이라기보다는 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대하여 가해하게 된 것이라고 봄이 상당한 경우, 그 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 정당방위 또는 과잉방위행위라고 볼 수 없다.
- ③ 정당방위, 긴급피난, 자구행위의 성립요건으로 '상당한 이유가 있을 것'이 요구된다.
- ④ 피해자의 승낙은 해석상 개인적 법익을 훼손하는 경우에 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙을 말할 뿐만 아니라 그 승낙이 윤리적·도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다.

해설 ① × : ~ 면제할 수 있다(필요적 감면 ×, 임의적 감면 ○ ; 제21조 제2항, 제22조 제3항, 제23조 제2항).

② 대판 1993.8.24, 92도1329

③ 울대(제21조 제1항, 제22조 제1항, 제23조).

④ 대판 2008.12.11, 2008도9606

정답 ①

p.295 문제 12번 다음에 추가

13 책임의 근거와 본질에 관한 학설의 설명으로 옳고 그름의 표시(○, ×)가 바르게 된 것은?

24. 경찰간부

- ㉠ 책임은 자유의사를 가진 자가 그 의사에 의하여 적법한 행위를 할 수 있었음에도 불구하고 위법한 행위를 선택하였으므로 이에 대해 윤리적 비난을 가하는 것이다. — 심리적 책임론
- ㉡ 인간의 행위는 자유의사가 아니라 환경과 소질에 의해 결정되는 것으로 책임의 근거가 행위자의 반사회적 성격에 있다. — 규범적 책임론
- ㉢ 책임은 행위 당시 행위자가 가지고 있었던 고의·과실이라는 심리적 관계로 이해하여 심리적인 사실인 고의·과실이 있으면 책임이 있고, 그것이 없으면 책임도 없다. — 도의적 책임론
- ㉣ 책임을 심리적 사실관계로 보지 않고 규범적 평가 관계로 이해하여 행위자가 적법행위를 할 수 있었음에도 위법행위를 한 것에 대한 규범적 비난이 책임이다. — 사회적 책임론

① ㉠(○), ㉡(○), ㉢(○), ㉣(○)

② ㉠(○), ㉡(×), ㉢(○), ㉣(×)

③ ㉠(×), ㉡(○), ㉢(×), ㉣(○)

④ ㉠(×), ㉡(×), ㉢(×), ㉣(×)

해설 ㉠ × : 책임의 근거에 관한 도의적 책임론이다.

㉡ × : 책임의 근거에 관한 사회적 책임론이다.

㉢ × : 책임의 본질에 관한 심리적 책임론이다.

㉣ × : 책임의 본질에 관한 규범적 책임론이다

정답 ④

p.296 중간 “3. 가벌성의 근거” 표 아미박스 괄호 수정

구 분	원인설정행위시설 (간접정범유사설, 구성요건모델설, 일치설)	원인행위와 실행행위의 불가분적 관련성설(예외모델)
행위와 책임(능력)의 동시존재의 원칙	유지됨	유지되기 어려움(예외 인정)
실행의 착수시기	원인(설정)행위시	실행행위시
비 판	구성요건의 정형성을 무시하여 가벌성이 확장됨(죄형법정주의의 보장적 기능 침해)	

p.300 문제 09번 다음에 추가

10 다음 사례에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 경찰승진

[사례 1] 甲은 A를 살해하기로 마음먹었고 용기를 내기 위해 술을 마신 후 심신미약 상태에서 A를 살해하였다.

[사례 2] 乙은 음주시 교통사고의 위험성을 예견하였음에도 자의로 음주 후, 음주만취한 상태에서 운전하여 교통사고를 일으켰다.

[사례 3] 丙은 자신이 저지른 살해행위에 대한 재판 도중, 범행 당시 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력 또는 의사를 결정할 능력이 미약하였음을 주장하고 있다.

- ① [사례 1]에서 실행의 착수시기를 심신미약 상태에서의 살해행위로 본다는 견해는 책임능력과 행위의 동시존재 원칙을 고수한다는 장점이 있다.
- ② [사례 1]에서 실행의 착수시기를 원인행위시로 보는 견해에 대해서는 구성요건의 정형성을 무시한다는 비판이 제기된다.
- ③ [사례 2]는 [사례 1]과 달리 형법 제10조 제3항의 적용이 배제되어 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 있다.
- ④ [사례 3]에서 전문감정인이 丙의 범행 당시에 심신미약 상태임을 인정하는 소견서를 제출하였다면, 법원은 전문감정인의 의견에 구속되어 형법 제10조 제2항을 적용하여야 한다.

해설 [사례 1]은 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위, [사례 2]는 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 문제임.

① × : ~ 착수시기를 원인행위시로 본다는 견해(심신미약 상태에서의 살해행위로 본다는 견해 ×)는 책임능력과 행위의 동시존재 원칙을 고수한다는 장점이 있다.

② ○ : 옳다.

③ × : ~ 제10조 제3항이 적용되어 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다(대판 1992.7.28, 92도999).

④ × : ~ 소견서를 제출하였더라도 법원은 반드시 전문감정인의 의견에 구속되는 것은 아니고 독자적으로 심신장애의 유무를 판단할 수 있다(대판 1999.1.26, 98도3812)

정답 ②

p.304 문제 07번 다음에 추가

08 책임에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 순경 2차

- ① 형법 제10조 제2항에 따르면 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 사람의 행위는 형을 감경할 수 있다.
- ② 형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신 상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다.
- ③ 형법 제10조 제1항 및 동조 제2항에 규정된 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신분열증의 종류와 정도, 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 반성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다.
- ④ 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 형법 제10조 제3항은 원인행위시 심신장애 상태에서 위법행위로 나아갈 예견가능성이 없었던 경우에도 적용된다.

해설 ① 옳다(제10조 제2항).

② 대판 1992.8.18, 92도1425

③ 대판 1999.1.26, 98도3812

④ × : ~ 심신장애 상태에서 위험의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에도 적용된다(대판 1992.7.28, 92도999 ∴ 예견가능성이 없었던 경우에는 적용 ×)

정답 ④

p.308 문제 01번 박스 ㉠ 삭제(㉠㉠ ⇨ ㉠㉠으로 수정), 해설 ㉠ 삭제(㉠㉠ ⇨ ㉠㉠으로 수정)

정답 1. ③ ⇨ 정답 1. ②로 수정

p.315 문제 09번 다음에 추가(문제 10~12)

10 (가)~(라)는 甲이 밤에 연락 없이 자신의 집을 방문한 이웃을 강도로 오인하여 상해를 입힌 사례와 관련한 견해이다. 이에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 7급 검찰

- (가) “위법성의 인식은 고의와 구별되는 책임의 독자적인 요소인데, 이 사례는 행위자가 구성요건 사실은 인식하였지만 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 경우에 해당한다.”
- (나) “이 사례와 관련하여 甲이 위법성조각사유의 전제사실의 부존재를 인식하는 것 역시 구성요건에 해당한다.”
- (다) “이 사례는 구성요건 착오는 아니지만 구성요건 착오와 유사한 경우이니, 구성요건 착오 규정을 적용하여 행위자에게 고의책임을 인정하지 않아야 한다.”
- (라) “이 사례의 경우 구성요건 고의는 인정되지만, 책임 고의가 부정된다.”

- ① (가)견해에 의하면, 甲의 오인에 정당한 이유가 없다면 甲은 상해의 고의범으로 처벌된다.
- ② (나)견해에 의하면, 甲은 구성요건 착오에 해당하여 상해의 고의가 조각된다.
- ③ (다)견해에 의하면, 甲에 대해 상해의 과실범의 성립을 검토할 수 있다.
- ④ (라)견해에 의하면, 甲은 상해의 고의범으로 처벌되지만 그 책임이 감경된다.

해설 사례는 위법성조각사유 전제사실에 관한 착오(오상방위)문제임.

- ① (가)견해(엄격책임설) : 옳다.
- ② (나)견해(소극적 구성요건요소이론) : 옳다.
- ③ (다)견해(유추적용제한적 책임설) : 옳다.
- ④ × : (라)견해(법효과제한적 책임설) : 甲의 요인에 정당한 이유가 있다면 상해의 고의는 인정되나 책임이 조각(감경 ×)되어 무죄이다.

정답 ④

11 다음 사례와 학설에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?

23. 순경 2차

〈사 례〉

甲이 야간에 자신의 방에 들어오는 룸메이트를 강도로 오인하고 상해의 고의는 없이 방어할 의사로 그를 폭행하였는데 강도로 오인한 과실이 회피 가능하였을 경우

〈학 설〉

- (가) 범죄를 불법과 책임의 두 단계로 나누어, 위법성조각사유의 요건을 소극적 구성요건요소로 이해하는 이론으로서 위 사례는 구성요건적 착오의 문제로 이해하는 견해
- (나) 위법성의 인식을 고의의 요소가 아닌 독자적인 책임요소로 파악하는 이론으로서, 위 사례는 금지착오의 문제로 이해하는 견해
- (다) 위법성조각사유의 전제사실은 구성요건적 사실과 유사하다는 점을 전제로 하여, 위 사례는 구성요건적 착오 규정을 유추적용 해야 하는 것으로 이해하는 견해
- (라) 고의의 이중적 지위를 전제로 하여, 위 사례는 구성요건적 고의는 인정되나 책임고의가 탈락되어 결국 구성요건적 착오와 법효과적으로 동일한 것으로 이해하는 견해

- ① (가)와 (다)에 따르면 甲에게는 폭행죄가 성립한다.
- ② (나)와 (라)에 따르면 甲에게는 상해죄가 성립한다.
- ③ (나)와 (다)에 따르면 甲에게는 과실치상죄가 성립한다.
- ④ (가)와 (라)에 따르면 甲은 처벌되지 않는다.

해설 사례는 위법성조각사유 전제사실에 관한 착오(오상방위)문제임(▶ 주의 : 상해의 고의 없이 폭행에 그쳤으므로 상해죄나 과실치상죄는 문제되지 않음).
 (가) 소극적 구성요건 표지(요소)이론 (다) 유추적용 제한적 책임설 : 甲에게는 폭행죄의 고의가 부정되고 오인에 과실이 인정되나 과실폭행죄의 처벌규정이 없으므로 불가벌이다. ∴ ① × ③ × ④ ○
 (나) 엄격책임설 : 오인에 과실이 있으므로 폭행죄(고의범)가 성립한다. ∴ ② × ③ ×
 (라) 법효과제한적 책임설 : 甲에게는 과실범이 문제되나 과실폭행죄의 처벌규정이 없으므로 불가벌이다. ∴ ② × ④ ○

정답 ④

12 다음 사례에 대하여 위법성 인식의 체계적 지위에 관한 학설의 설명으로 가장 적절한 것은?

24. 순경 1차

A는 관장 B가 운영하는 복싱클럽에 회원등록을 한 후 등록을 취소하는 문제로 B로부터 질책을 들은 다음 약 1시간이 지나 다시 복싱클럽을 찾아와 B에게 항의를 하였다. 그 과정에서 A와 B가 서로 먹살을 잡아당기거나 뒤엎쳐 몸싸움을 벌였다. 이를 지켜보던 코치 甲은 A가 원손을 주머니에 넣어 특정한 물건을 꺼내 움켜 쥐자, 조금만 주의를 기울였으면 흥기가 아니라는 것을 알 수 있었음에도 불구하고 B를 찌르기 위해 흥기를 꺼낸다고 오인하여 A를 다치게 해서라도 이를 막고자 A의 원손을 때려 손가락 골절상을 입혔다. 그러나 A가 움켜쥔 물건은 휴대용 녹음기로 밝혀졌다.

- ① 엄격고의설에 따르면 甲에게는 A에 대한 상해죄의 고의가 인정된다.
- ② 제한고의설에 따르면 甲이 현실적으로 자신의 행위가 위법하다고 인식하지 못했지만 위법성을 인식할 가능성이 있었기에 甲에게는 A에 대한 과실치상죄가 성립한다.
- ③ 엄격책임설에 따르면 甲에게는 A에 대한 상해죄의 고의가 조각된다.
- ④ 법효과제한책임설에 따르면 甲에게는 A에 대한 과실치상죄가 성립한다.

해설 사례는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오(오상방위)에 관련된 것으로 판례는 오인에 정당한 이유가 있다고 보아 위법성이 없다(판례 : 위법성조각설의 입장임)고 판시함(대판 2023.11.2, 2023도10768 ∴ 상해죄 ×).

▶ 주의 : BOX 사례의 경우에는 오인에 정당한 이유가 없음(∴ (4줄) 조금만 주의를 기울였으면 흥기가 아니라는 것을 알 수 있었음에도 불구하고 B를 찌르기 위해 흥기를 꺼낸다고 오인).

- ① × : 엄격고의설 ⇨ 상해죄의 책임고의의 조각(∴ 상해죄 ×, 과실치상죄 ○)
- ② × : 제한적 고의설 ⇨ 위법성을 인식할 가능성만 있어도 고의범이 된다(∴ 상해죄 ○, 과실치상죄 ×).
- ③ × : 엄격책임설 ⇨ 법률의 착오로 보아 상해죄의 고의는 인정되고, 오인에 정당한 이유가 없어 책임이 조각되지 않는다(∴ 상해죄 ○).
- ④ ○ : 법효과 제한적 책임설 ⇨ 구성요건적 고의는 인정되나, 책임고의가 조각되어 과실치상죄가 성립한다.

정답 ④

p.331 문제 17번 다음에 추가(문제 18~20)

18 법률의 착오에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ㉠ 형법 제16조의 규정은 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니고, 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 않는다는 것이다.
- ㉡ 전송의 방법으로 공중송신권을 침해하는 게시물이나 그 게시물이 위치한 웹페이지 등에 연결되는 링크를 한 행위자가, 그 링크 사이트 운영 도중에 일시적으로 판례에 따라 그 행위가 처벌대상이 되지 않는 것으로 해석되었던 적이 있었다 하더라도 그것만으로 자신의 행위가 처벌되지 않는 것으로 믿은 데에 정당한 이유가 없다.
- ㉢ 형법 제16조의 정당한 이유는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단해야 한다.
- ㉣ 숙박업소에서 위성방송수신장치를 이용하여 수신한 외국의 음란한 위성방송프로그램을 투숙객 등에게 제공한 행위로 구 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제2호 위반행위를 한 피고인이 그 이전에 그와 유사한 행위로 ‘혐의 없음’ 처분을 받은 전력이 있다거나 일정한 시청차단장치를 설치하였다면 형법 제16조의 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설 ㉠ ○ : 대판 2009.5.28, 2008도11857

㉡ ○ : 대판 2021.11.25, 2021도10903

㉢ ○ : 대판 2006.3.24, 2005도3717

㉣ × : ~ (4줄) 장치를 설치하였다 하더라도 형법 제16조의 정당한 이유가 있는 경우에 해당하지 않는다(대판 2010.7.15, 2008도11679).

정답 ③

19 다음 사례에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 7급 검찰

- (가) 甲이 주차된 자동차를 A의 소유인 줄 알고 손괴하였는데, 알고 보니 B의 소유인 경우
- (나) 유흥접객업소의 업주 乙이 청소년의 출입을 금지하는 관련 규정의 존재를 몰라 청소년을 자신의 유흥접객업소에 출입시킨 경우
- (다) 丙이 C의 자동차를 맞히려고 돌을 던졌으나 빗나가 C가 돌에 맞아 다친 경우

- ① (가)는 주관적 정당화 요소를 결한 사례이며, 판례에 따르면 甲은 재물손괴죄의 불능미수에 해당한다.
- ② (가)는 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오 사례이며, 판례에 따르면 甲에게는 A의 자동차에 대한 손괴미수죄와 B의 자동차에 대한 과실손괴죄의 상상적 경합이 성립하지만, 과실손괴죄의 처벌규정이 없어 손괴미수죄만 인정된다.

- ③ (나)는 법률의 착오 사례이며, 판례에 의하면 乙은 그 오인에 정당한 이유가 있어 책임이 조각된다.
- ④ (다)는 추상적 사실의 착오 중 방법의 착오로서 추상적 부합설에 의하면 丙에게는 손괴기수죄와 과실치상죄의 상상적 경합이 성립한다.

해설 ① × ② × : (가)는 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오 사례이며, 판례(법정적 부합설)에 따르면 甲은 B의 자동차에 대한 재물손괴죄(기수)에 해당한다.

③ × : (나)는 단순한 법률의 부지의 사례이며, 판례에 의하면 형법 제16조(법률의 착오)의 적용대상이 되지 않아 오인에 정당한 이유가 있어도 벌한다(대판 1995.8.25, 95도1351).

④ ○ : 옳다.

정답 ④

20 착오에 관한 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 변호사시험

- ① 형법 제16조의 법률의 착오는 행위자가 자기의 행위를 금지하는 법규의 존재 자체를 인식하지 못하는 법률의 부지뿐만 아니라, 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식한 경우를 포함한다.
- ② 甲이 A를 살해할 의도를 갖고 A와 비슷한 외모의 B를 A로 오인하여 B에게 총을 발사한 결과 B가 사망에 이른 경우, 구체적 부합설에 따르면 甲에게는 A에 대한 살인미수죄와 B에 대한 과실치상죄의 상상적 경합이 성립한다.
- ③ 법률 위반 행위 중간에 일시적으로 판례에 따라 그 행위가 처벌대상이 되지 않는 것으로 해석되었던 적이 있었던 경우에는 행위자가 자신의 행위가 처벌되지 않는 것으로 믿은 데에 형법 제16조의 '오인에 정당한 이유'가 있다.
- ④ 甲이 A가 자신의 아버지임을 알아보지 못하고 A를 살해한 경우, 이와 같은 착오는 존속 살해의 고의를 조각하지 못한다.
- ⑤ 관리자에 의해 출입이 통제되는 건조물에 관리자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입 방법으로 들어간 경우, 승낙의 동기에 착오가 있어 관리자가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 사정이 있더라도 행위자에게 건조물침입죄가 성립하지 않는다.

해설 ① × : ~ (2줄) 법률의 부지가 아니라, 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식한 경우를 포함한다(대판 2009.5.28, 2008도11857).

② × : 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오 ⇨ 구체적 부합설 : B에 대한 살인기수죄

③ × : ~ '오인에 정당한 이유'가 없다(대판 2021.11.25, 2021도10903).

④ × : ~ 고의를 조각한다(대판 1960.10.31, 4293형상491 ∴ 보통살인죄).

⑤ ○ : 대판 2022.3.31, 2018도15213

정답 ⑤

p.339 문제 03번 다음에 추가

04 기대가능성에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ㉠ 직장의 상사가 범법행위를 하는 데 가담한 부하에게 직무상 지휘 복종관계에 있다 하여 범법 행위에 가담하지 않을 기대가능성이 없다고 할 수 없다.
- ㉡ 병역법 제88조 제1항은 현역입영 등의 통지서를 받고도 정당한 사유 없이 이에 응하지 않은 사람을 처벌하는데 여기에서 정당한 사유는 구성요건해당성을 조각하는 사유가 아니라 책임 조각사유인 기대불가능성을 의미한다.
- ㉢ 자기 또는 친족의 생명, 신체, 재산에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 형법 제12조에 따라 벌하지 아니하며, 이때의 강요라 함은 피강요자의 자유스러운 의사결정을 하지 못하게 하면서 특정한 행위를 하게 하는 것을 말한다.
- ㉣ 기대가능성은 행위자에 대한 비난가능성을 판단하기 위한 것이므로 양심상의 결정에 반한 행위를 기대할 가능성이 있는지 여부를 판단하기 위해서는, 행위 당시의 구체적 상황에 사회적 평균인이 아니라 행위자를 두고 이 행위자의 관점에서 기대가능성 유무를 판단하여야 한다.

① ㉠, ㉡

② ㉡, ㉣

③ ㉢, ㉣

④ ㉡, ㉢, ㉣

해설 ㉠ ○ : 대판 2007.5.11, 2007도1373

㉡ × : ~ (2줄) 정당한 사유는 구성요건해당성을 조각하는 사유이다. 이는 형법상 위법성조각사유인 정당행위나 책임조각사유인 기대불가능성과는 구별된다(대판 2018.11.1, 2016도10912 전원합의체).

㉢ × : 자기 또는 친족의 생명, 신체(재산 ×)에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 형법 제12조에 따라 벌하지 아니하며, 이때의 강요라 함은 피강요자의 자유스러운 의사결정을 하지 못하게 하면서 특정한 행위를 하게 하는 것을 말한다(대판 1983.12.13, 83도2276).

㉣ × : ~ (2줄) 상황에 행위자 대신에 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 기대가능성 유무를 판단하여야 한다(대판 2008.10.23, 2005도10101).

정답 ④

[총론 II]

p.17 박스 “예비·음모” “개인적 법익” 둘째줄 “영아살해죄” 삭제

p.26 중간 ④ 아래 ⑤ 추가, 하단 ⑤⑥을 ⑥⑦로 수정

⑤ 甲이 금품을 훔칠 목적으로 A의 집에 담을 넘어 침입한 후 부엌에서 금품을 물색하던 중 발각되어 도주한 경우(대판 1987.1.20, 86도2199) 24. 순경 1차

p.27 상단 “2. 주거침입죄” ② 삭제, ③을 ②로 수정

p.28 중간 ⑤ 내용 교체

⑤ **주거침입강간죄**는 사람의 주거 등을 침입한 자가 피해자를 간음한 경우에 성립하는 것으로서, 주거침입죄를 범한 후에 사람을 강간하는 행위를 하여야 하는 **일종의 신분범이고**, 선후가 바뀌어 강간죄를 범한 자가 그 피해자의 주거에 침입한 경우에는 이에 해당하지 않고 강간죄와 주거침입죄의 **실체적 경합범**이 된다. 그 실행의 착수시기는 **주거침입 행위 후 강간죄의 실행행위에 나아간 때**이다(주거침입 행위를 한 때 ×)(대판 2021.8.12, 2020도17796). 22. 법원행시, 24. 해경간부

p.42 문제 16번 다음에 추가(문제 17~18)

17 실행의 착수시기에 관한 학설의 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?

24. 경찰간부

- ㉠ 형식적 객관설은 행위자가 구성요건에 해당하는 행위 또는 그 행위의 일부가 시작되었을 때 실행의 착수가 있다는 견해로 실행의 착수시기를 인정하는 시점이 너무 늦어져 미수의 범위가 좁아진다는 비판이 있다.
- ㉡ 실질적 객관설은 구성요건의 보호법익을 기준으로 하여 법익에 대한 직접적 위협을 발생시킨 객관적 행위시점에서 실행의 착수가 있다는 견해로 법익침해의 ‘직접적 위협’이라는 기준이 모호하다는 비판이 있다.
- ㉢ 주관설은 범죄란 범죄적 의사의 표현이므로 범죄의사를 명백하게 인정할 수 있는 외부적 행위가 있을 때 또는 범의의 비약적 표동이 있을 때 실행의 착수가 있다는 견해로 가벌적 미수의 범위가 지나치게 확대될 수 있다.
- ㉣ 주관적(개별적) 객관설은 행위자의 전체적 범행계획에 비추어 구성요건실현에 대한 직접적 행위가 있을 때 실행의 착수가 있다는 견해로 실행의 착수에 관한 객관설과 주관설의 단점을 제거하고 양설을 타협하기 위해 제시된 절충적인 견해이다.

① 1개

② 2개

③ 3개

④ 4개

해설 ㉠ ○ : 야간주거침입절도죄의 범의를 가지고 야간에 타인 주거의 출입문을 열려고 출입문을 당긴 때 실행의 착수 인정 가능(대판 2006.9.14, 2006도2824)

㉡ ○ : 소매치기의 경우 피해자의 양복주머니에서 금품을 절취하려고 손을 뻗어 양복주머니 겉을 더듬을 때 실행의 착수 인정 가능(대판 1984.12.11, 84도2524)

㉠ ○ : 관세포탈의 범의를 가지고 선박을 이용하여 물품을 영해 내에 반입하는 때 실행의 착수 인정 가능
(대판 1984.7.24, 84도832), 간첩의 목적으로 외국 또는 북한에서 국내에 침투 또는 월남하는 때 실행의 착수 인정 가능(대판 1984.9.11, 84도1381)

㉡ ○

정답 ④

18 실행의 착수에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 야간에 다세대주택에 침입하여 물건을 절취하기 위하여 가스 배관을 타고 오르다가 순찰 중이던 경찰관에게 발각되어 그냥 뛰어내렸다면, 야간주거침입절도죄의 실행의 착수가 인정되지 않는다.
- ② 업무상 배임죄에서 부작위를 실행의 착수로 볼 수 있기 위해서는 작위의무가 이행되지 않으면 사무처리의 임무를 부여한 사람이 재산권을 행사할 수 없으리라고 객관적으로 예견되는 등으로 구성요건적 결과 발생의 위험이 구체화한 상황에서 부작위가 이루어지면 충분하고, 행위자가 부작위 당시 자신에게 주어진 임무를 위반한다는 점과 그 부작위로 인해 손해가 발생할 위험이 있다는 점을 인식할 필요는 없다.
- ③ 사기도박에서 사기적인 방법으로 도금을 편취하려고 하는 자가 상대방에게 도박에 참가할 것을 권유하였다면 사기죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 있다.
- ④ 2인 이상이 합동하여 주간에 절도의 목적으로 피해자의 아파트 출입문 시정장치를 손괴하다가 발각되어 도주한 경우 형법 제331조 제2항에 정한 특수절도죄의 실행의 착수가 인정되지 않는다.

해설 ① 대판 2008.3.27, 2008도917

② × : ~ (3줄) 부작위가 이루어져야 하고, 행위자는 부작위 당시 자신에게 주어진 임무를 위반한다는 점과 그 부작위로 인해 손해가 발생할 위험이 있다는 점을 인식하였어야 한다(대판 2021.5.27, 2020도15529).

③ 대판 2011.1.13, 2010도9330

④ 대판 2009.12.24, 2009도9667

정답 ②

p.45 상단 21번 판례 교체

21. 주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하여 회사 명의로 의무를 부담하는 행위를 한 경우(대판 2017. 7.20, 2014도1104 전원합의체)

- ① 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었던 경우 : **특별한 사정**(의무부담행위로 인하여 실제로 채무의 이행이 이루어졌다거나 회사가 민법상 불법행위책임을 부담하게 되었다는 사정)이 **없는** 이상 배임죄의 **기수** ×(∵ 그 행위는 회사에 대하여 무효 ⇨ 회사에 대하여 현실적인 손해발생이나 실효발생 위험 초래 ×), 배임죄의 **미수범** ○(∵ 배임의 범의로 임무위배행위를 함으로써 실행에 착수한 것임) 21. 변호사시험, 24. 9급 검찰·마약수사
- ② 상대방이 대표권 남용 사실을 알지 못한 경우 : 그 의무부담행위가 **회사에 대하여 유효** ⇨ 회사의 채무 발생(이행의무 부담) 자체로 현실적인 손해 또는 재산상 실효발생의 위험 ○ ⇨ 그 채무가 **현실적으로 이행되기 전이라도 배임죄의 기수** ○ 22. 변호사시험, 24. 순경 1차
- ③ 회사의 대표이사가 대표권을 남용하여 회사 명의의 약속어음을 발행한 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때에 해당하여 약속어음 발행이 무효(회사가 상대방에 대하여 채무부담 ×)라 하더라도 그 어음이 **실제로 제3자에게 유통되었다면** 배임죄의 **기수범**이 되고(∵ 약속어음 발행의 경우 어음법상 발행인은 중전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못함 ∴ 회사로서는 어음채무를 부담할 위험이 구체적·현실적으로 발생), **유통되지 않았다면 배임미수죄**(∵ 손해발생이나 실효발생의 위험 ×)이다. 18. 순경 3차, 19. 변호사시험, 20. 법원직, 21. 법원행시·경찰 간부·7급 검찰·순경 2차

p.58 중간 4번 판례 교체

4. 부동산을 편취할 의사로 이미 사망한 자에 대하여 소유권이전등기청구의 소를 제기하여 승소판결을 받는다고 하더라도 판결의 효력이 해당 임야의 재산상속인에게 미칠 수 없으므로 **사기죄를 구성한다고 할 수 없다**(대판 2002.1.11, 2000도1881 ∴ 사기죄의 불능미수 ×, 사기죄의 불능범). 15. 사시, 18. 경찰승진, 19. 경찰간부, 23·24. 9급 철도경찰

p.62 문제 08번 다음에 추가

09 불능미수에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 9급 철도경찰

- ① 불능미수의 판단 기준으로서 위험성 판단은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정과 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 있느냐를 따져야 한다.
- ② 소송사기에서 피기망자인 법원의 재판은 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있는 것이어야 하므로, 피고인의 제소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 이와 같은 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 발생할 수 없으므로 불능미수가 성립한다.
- ③ 불능미수에 있어서 실행의 수단이나 대상의 착오로 '결과의 발생이 불가능'하다는 것은 범죄행위의 성질상 어떠한 경우에도 구성요건의 실현이 불가능하다는 것을 의미한다.
- ④ 일정량 이상을 먹으면 사람이 사망에 이를 수도 있는 '초우뿌리' 또는 '부자' 달인 물을 피해자에게 마시게 하여 살해하려고 하였으나 피해자가 이를 토해 버림으로써 미수에 그쳤다면 불가벌적 불능범이다.

해설 ① × : ~ (1줄) 피고인이 행위 당시에 인식한 사정(일반인이 인식할 수 있었던 사정 ×)을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 있느냐를 따져야 한다(대판 2019.3.28, 2018도16002 전원합의체).

② × : 사기죄의 불능미수 ×, 사기죄의 불능범 ○(대판 2002.1.11, 2000도1881)

③ ○ : 대판 2019.3.28, 2018도16002 전원합의체

④ × : ~ (2줄) 토해 버림으로써 미수에 그쳤다면 불능범이 아닌 살인미수죄가 성립한다(대판 2007.7.26, 2007도3687).

정답 ③

p.70 문제 13번 다음에 추가(문제 14~16)

14 미수에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 9급 검찰·마약수사·철도경찰

- ① 甲이 A에게 위조한 통장 사본 등을 보여 주면서 투자금을 받았다고 거짓말하며 자금 대여를 요청하였으나 A와 함께 그 입금 여부를 확인하기 위해 은행에 가던 중 범행이 발각될 것이 두려워 차용을 포기하고 돌아간 경우, 사기죄의 중지미수가 성립한다.
- ② 甲이 A가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 A를 간음하였으나 실제로는 A가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않았다면 甲에게 준강간죄의 장애미수가 성립한다.
- ③ 강도가 재물강취의 뜻을 재물의 부재로 이루지 못한 채 미수에 그쳤고 그 자리에서 항거불능의 상태에 빠진 피해자를 간음할 것을 결의하고 실행에 착수했으나 역시 미수에 그친 경우, 반항을 억압하기 위한 폭행으로 피해자에게 상해를 입혔다면 강도강간미수죄와 강도치상죄가 성립하고 양 죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ④ 甲이 소송에서 주장하는 권리가 존재하지 않는 사실을 알고 있으면서도 법원을 기망한다는 인식을 가지고 소를 제기하였지만, 상대방의 주소를 허위로 기재함으로써 소장의 유효한 송달이 되지 않는 경우 소송사기의 실행의 착수가 인정되지 않는다.

해설 ① × : 중지미수 ×, 장애미수 ○(대판 2011.11.10, 2011도10539)

② × : 장애미수 ×, 불능미수 ○(대판 2019.3.28, 2018도16002 전원합의체)

③ ○ : 대판 1988.6.28, 88도820

④ × : ~ 소송사기의 실행의 착수가 인정된다(대판 2006.11.10, 2006도5811).

정답 ③

15 미수에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 순경 1차

- ① 甲은 A가 술에 만취하여 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 A를 간음하였으나, 실제로는 A가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않았던 경우, 甲에게는 준강간죄의 불능미수가 성립한다.
- ② 甲은 A가 운영하는 주점에서 양주를 절취할 목적으로 야간에 그 주점의 잠금장치를 뜯고 침입하여 주점 내 진열장에 있던 양주를 미리 준비한 바구니에 담던 중, A가 주점으로 돌아오는 소리가 들려 양주를 주점에 그대로 둔 채 도망가다가 A에게 붙잡히자 체포를 면탈하기 위해 A를 폭행한 경우, 甲에게는 준강도죄의 미수범이 성립한다.

- ③ 甲이 금품을 훔칠 목적으로 A의 집에 담을 넘어 침입한 후 부엌에서 금품을 물색하던 중 발각되어 도주한 경우, 甲에게는 절도죄의 실행의 착수가 인정되지 않는다.
- ④ 甲이 A를 강간하려고 속옷을 강제로 벗기고 음부를 만지던 중 A가 수술한 지 얼마 되지 않아 배가 아프다면서 애원하는 바람에 간음행위를 중단한 경우, 甲에게는 중지미수의 성립요건인 ‘자의성’이 인정되지 않는다.

해설 ① 대판 2019.3.28, 2018도16002 전원합의체
 ② 대판 2004.11.18, 2004도5074 전원합의체
 ③ × : ~ 실행의 착수가 인정된다(대판 1987.1.20, 86도2199).
 ④ 대판 1992.7.28, 92도917

정답 ③

16 예비·음모와 미수에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 변호사시험

- ㉠ 甲이 乙의 강도예비죄의 범행에 방조의 형태로 가담한 경우 甲을 강도예비죄의 방조범으로 처벌할 수 없다.
- ㉡ 형법상 음모죄의 성립을 위한 범죄실행의 합의가 있다고 하기 위하여는 단순히 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고, 객관적으로 보아 특정한 범죄의 실행을 위한 준비행위라는 것이 명백히 인식되고, 그 합의에 실질적인 위험성이 인정되어야 한다.
- ㉢ 중지미수의 경우에는 법정형의 상한과 하한 모두를 2분의 1로 감경하는 반면, 장애미수의 경우에는 법익침해의 위험 발생 정도에 따라 법정형에 대한 감경을 하지 않거나 법정형의 하한만 2분의 1로 감경할 수 있다.
- ㉣ 실행의 착수가 있기 전인 예비나 음모의 행위를 처벌하는 경우 중지미수범의 관념을 인정할 수 없으므로, 예비단계에서 범행을 중지하더라도 중지미수범의 규정이 적용될 수 없다.
- ㉤ 甲이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나 실행의 착수 당시부터 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우 甲이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었다면 준강간죄의 불능미수가 성립한다.

- ① ㉠, ㉡, ㉢ ② ㉠, ㉡, ㉣ ③ ㉡, ㉢, ㉤
 ④ ㉠, ㉡, ㉣, ㉤ ⑤ ㉠, ㉢, ㉣, ㉤

해설 ㉠ ○ : 대판 1979.11.27, 79도2201
 ㉡ ○ : 대판 1999.11.12, 99도3801
 ㉢ × : ~ (2줄) 감경을 하지 않거나, 법정형의 상한과 하한 모두를 2분의 1로 감경할 수 있는 것이지만 하한만 2분의 1로 감경할 수 없다(대판 2021.1.21, 2018도5475 전원합의체).
 ㉣ ○ : 대판 1999.4.9, 99도424
 ㉤ ○ : 대판 2019.3.28, 2018도16002 전원합의체

정답 ④

p.78 문제 08번 다음에 추가

09 공범의 종류에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 9급 검찰·마약수사·철도경찰

- ① 형법 제127조는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설하는 행위만을 처벌하고 있을 뿐 직무상 비밀을 누설받은 상대방을 처벌하는 규정이 없으므로, 직무상 비밀을 누설받은 자에 대하여는 공범에 관한 형법 총칙 규정을 적용하여 처벌할 수 없다.
- ② 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 이른바 대항범 관계에 있는 자는 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 할 뿐 각자 자신의 구성요건을 실현하고 별도의 형벌규정에 따라 처벌되는 것이어서, 2인 이상이 가공하여 공동의 구성요건을 실현하는 공범관계에 있는 자와는 본질적으로 다르다.
- ③ 구 정치자금법 제45조 제1항의 정치자금을 기부한 자와 기부받은 자는 이른바 대항범인 필요적 공범관계에 있으므로, 정치자금을 기부하는 자의 범죄가 성립하지 않더라도 정치자금을 기부받는 자가 구 정치자금법이 정하지 않은 방법으로 정치자금을 제공받는다는 의사를 가지고 받으면 정치자금부정수수죄가 성립한다.
- ④ 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하는 사용자를 처벌하는 노동조합 및 노동관계조정법 제91조, 제43조 제1항을 사용자에게 채용 또는 대체되는 자의 행위에 대하여 일반적인 형법 총칙상의 공범 규정을 적용하여 동범 위반죄의 공동정범, 교사범 또는 방조범으로 처벌할 수 있다.

해설 ① 대판 2009.6.23, 2009도544

② 대판 2015.2.12, 2012도4842

③ 대판 2017.11.14, 2017도3449

④ × : '노동조합 및 노동관계조정법'에서 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하는 사용자만을 처벌할 뿐이므로, 사용자에게 채용 또는 대체되는 자의 행위에 대하여는 일반적인 형법 총칙상의 공범 규정을 적용하여 공동정범, 교사범 또는 방조범으로 처벌할 수 없다(대판 2020.6.11, 2016도3048)

정답 ④

p.91 하단 10번 판례 이어서 추가

10. 유가증권의 허위작성행위 자체에는 직접 관여한 바 없다 하더라도 타인에게 그 작성을 부탁하여 의사연락이 되고 그 타인으로 하여금 범행을 하게 하였다면 **공모공동정범에 의한 허위작성죄**가 성립한다(대판 1985.8.20, 83도2575). **09. 순경** 피고인이 공문서 위조행위 자체에는 관여한 바 없다고 하더라도 타인에게 위조를 부탁하여 의사연락이 되고 그로 하여금 범행을 하게 하였다면 **공모공동정범에 의한 공문서위조죄**가 성립된다(대판 1980.5.27, 80도907). **24. 법원행시**

p.92 하단 “2. 실행의 착수 전 공모관계이탈 ⇨ 공동정범 ×” ② 삭제(① 번호 삭제)

2. 실행의 착수 전 공모관계이탈 ⇨ 공동정범 ×

구체적인 살해방법이 확정되어 피고인을 제외한 나머지 공범들이 피해자의 **팔, 다리를 묶어 저수지 안으로 던지는 순간에 피해자에 대한 살인행위의 실행의 착수**가 있다 할 것이어서 피고인은 살해모의에는 가담하였으나 다른 공모자들이 **실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈**하였다면 피고인이 위 공모관계에서 이탈한 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여는 공동정범으로서의 책임을 지지 않는다(대판 1986.1.21, 85도2371). 13. 사시, 21. 순경 2차

p.104 문제 15번 다음에 추가(문제 16~18)

16 공동정범에 대한 설명 중 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 경찰승진

- ① 공동가공의 의사는 공동행위자 상호간에 있어야 하며 행위자 일방의 가공의사만으로는 공동정범 관계가 성립할 수 없다.
- ②甲이 피해자 일행을 한 사람씩 나누어 강간하자는 일행들의 제의에 아무런 대답도 하지 않고 따라 다니다가 자신의 강간 상대방으로 남겨진 A에게 일체의 신체적 접촉도 시도하지 않은채 다른 일행이 인근 숲 속에서 강간을 마칠 때까지 A와 함께 이야기만 나눈 경우 강간죄의 공동정범이 성립한다.
- ③ 회사직원이 영업비밀을 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 무단으로 반출한 때 업무상 배임죄의 기수에 이르렀으며, 그 이후에 위 직원과 접촉하여 영업비밀을 취득하려고 한 자는 업무상 배임죄의 공동정범이 된다.
- ④ 포괄일죄의 범행 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자가 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다면 가담 이후의 범행뿐만 아니라 가담 이전의 범행에 대하여도 공동정범으로 책임을 진다.

해설 ① ○ : 대판 1985.5.14, 84도2118

② × : 강간죄의 공동정범 ×(대판 2003.3.28, 2002도7477 ∴ 공동가공의 의사 ×)

③ × : ~ 공동정범이 될 수 없다(대판 2003.10.30, 2003도4382).

④ × : 포괄일죄의 범행 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 비록 그가 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후(이전 ×)의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 진다(대판 2007.11.15, 2007도6336).

정답 ①

17 공동정범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 7급 검찰

- ① 강도를 모의한 공동정범 중 1인이 강도범행의 실행행위 중 강간을 한 경우, 이를 예견할 수 없었던 다른 공모자는 강도의 공동정범만 인정될 뿐 강도강간의 공동정범이 인정될 수는 없다.
- ② 포괄일죄의 일부에 공동정범으로 가담한 피고인이 그때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다면 그러한 사정만으로도 그 가담 이전의 범행에 대해서도 공동정범으로서의 책임을 진다.

- ③ 공동정범이 성립하기 위하여는 반드시 공범자 간에 사전에 모의가 있어야 하는 것은 아니며, 우연히 만난 자리에서 서로 협력하여 공동의 범의를 실현하려는 의사가 암묵적으로 상통하여 범행에 공동가공하더라도 공동정범은 성립된다.
- ④ 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부를 실행한 후 공범관계에서 이탈하였고 다른 공범자에 의하여 나머지 범행이 이루어진 경우에 그 피고인이 관여하지 않은 부분에 대하여도 죄책을 부담한다.

해설 ① 대판 1982.10.26, 82도1818

② × : 포괄일죄의 범행 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 비록 그가 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 진다(대판 2007.11.15, 2007도6336).

③ 대판 1984.12.26, 82도1373

④ 대판 2011.1.13, 2010도9927

정답 ②

18 공동정범에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

- ① 공동정범에서 주관적 요건인 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하여야 한다.
- ② 공동정범이 성립하기 위하여는 반드시 공범자 간에 사전 모의가 있어야 하므로, 우연히 만난 자리에서 서로 협력하여 공동의 범의를 실현하려는 의사가 암묵적으로 상통하여 범행에 공동가공하더라도 공동정범은 성립되지 않는다.
- ③ 공모공동정범에 있어서 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다.
- ④ 비신분자가 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 경우, 비신분자에게 공동가공의 의사와 이에 기초한 기능적 행위지 배를 통해 범죄의 실행이라는 주관적·객관적 요건이 충족되면 신분자와 공동정범이 성립한다.

해설 ① 대판 2011.11.9, 2001도4792

② × : ~ (1줄) 사전 모의가 있어야 하는 것은 아니며, 우연히 만난 자리에서 서로 협력하여 공동의 범의를 실현하려는 의사가 암묵적으로 상통하여 범행에 공동가공하더라도 공동정범은 성립된다(대판 1984.12.26, 82도1373).

③ 대판 2008.4.10, 2008도1274

④ 대판 2019.8.29, 2018도2738 전원합의체

정답 ②

p.105 중간 4번 판례 교체

4. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제2조 제2항 제1호의 '2명 이상이 공동하여 폭행의 죄를 범한 때'란 수인 사이에 공범관계가 존재하고, 수인이 동일 장소에서 동일 기회에 상호 다른 자의 범행을 인식하고 이를 이용하여 폭행의 범행을 한 경우임을 요한다. 따라서 폭행 실행범과의 공모사실이 인정되더라도 그와 공동하여 범행에 가담하였거나 범행장소에 있었다고 인정되지 아니하는 경우에는 공동하여 죄를 범한 때에 해당하지 않고, 여러 사람이 공동하여 범행을 공모하였다면 그중 2인 이상(1인 ×)이 범행장소에서 실제 범죄의 실행에 이르렀어야 나머지 공모자에게도 공모공동정범이 성립할 수 있을 뿐이다(대판 2023.8.31, 2023도6355). 19. 변호사시험, 24. 법원행시

p.105 하단 7번 판례 아래 추가

8. 甲은 乙, 丙과 함께 택시강도를 하기로 모의하였는데, 甲은 乙과 丙이 피해자 A에 대해 폭행에 착수하기도 전에 겁을 먹고 미리 현장에서 도주해 버렸고 그 후 乙과 丙은 폭행에 저항하는 A를 격분하여 살해하고 택시에 있던 현금 8만원을 강취한 경우 ⇨ 甲은 특수강도의 합동범 ×(∵ 乙과 丙이 폭행에 착수하기 전에 겁을 먹고 미리 현장에서 도주 ⇨ 피고인들(乙과 丙)과의 사이에 강도의 실행행위를 분담한 협동관계 ×), 乙과 丙은 강도살인죄의 공동정범 ○(대판 1985.3.26, 84도2956) 23. 9급 검찰 · 마약수사 · 철도경찰, 22 · 24. 경찰승진

p.108 문제 06번 다음에 추가(문제 07~09)

07 합동범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 9급 검찰 · 마약수사 · 철도경찰

- ① 합동강도의 공범자 중 1인이 강도의 기회에 피해자를 살해한 경우, 다른 공모자가 살인의 공모를 하지 아니하였다고 하여도 그 살인행위나 치사의 결과를 예견할 수 없었던 경우가 아니면 강도치사죄의 죄책을 면할 수 없다.
- ② 피고인이 다른 피고인들과 택시강도를 하기로 모의한 일이 있다고 하여도 다른 피고인들이 피해자에 대한 폭행에 착수하기 전에 겁을 먹고 미리 현장에서 도주해 버린 것이라면, 피고인을 특수강도의 합동범으로 다스릴 수는 없다.
- ③ 합동절도에서도 공동정범과 교사범 · 종범의 구별기준은 일반원칙에 따라야 하고, 그 결과 범행현장에 존재하지 아니한 범인도 공동정범이 될 수 있으며, 상황에 따라서는 장소적으로 협동한 범인도 방조만 한 경우에는 종범으로 처벌될 수도 있다.
- ④ 합동범이 성립하기 위한 주관적 요건으로서 공모는 법률상 어떠한 정형을 요구하는 것이 아니어서 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동가공의사가 암묵리에 서로 상통하면 되지만, 적어도 그 모의과정은 사전에 있어야 한다.

해설 ① 대판 1991.11.12, 91도2156 ② 대판 1985.3.26, 84도2956

③ 대판 1998.5.21, 98도321 전원합의체

④ × : ~ (3줄) 상통하면 되고, 사전에 반드시 어떠한 모의과정이 있어야 하는 것도 아니어서 범의 내용에 대하여 포괄적 또는 개별적인 의사연락이나 인식이 있었다면 공모관계가 성립한다(대판 2012.6.28, 2012도2631).

정답 ④

08 공동정범에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 상명하복 관계에 있는 자들이 범행에 공동 가공한 경우 특수교사 방조범(형법 제34조 제2항)이 성립할 수 있으나 공동정범은 인정될 수 없다.
- ② 사기죄의 실행행위에 직접 관여하지 아니한 사람도 공모관계가 인정되면 공모공동정범이 성립할 수 있지만, 공모자 중 사기의 기망방법을 구체적으로 몰랐던 자는 공모관계가 부정된다.
- ③ 처(妻) 乙이 구속된 남편 甲을 대행하여 甲의 지시를 받아 회사를 운영하면서 조세범 처벌법상 조세포탈행위를 하다가 혐의이혼한 후, 乙 혼자 회사를 경영하였더라도 이혼 전 甲의 영향력이 제거되지 않아 조세포탈행위가 계속되었다면, 甲은 혐의이혼 후에도 여전히 乙의 조세범 처벌법 위반죄에 대하여 공동정범으로서 책임을 진다.
- ④ 甲은 乙, 丙과 함께 택시강도를 하기로 모의하였는데, 甲은 乙과 丙이 피해자 A에 대해 폭행에 착수하기도 전에 겁을 먹고 미리 현장에서 도주해 버렸고 그 후 乙과 丙은 폭행에 저항하는 A를 격분하여 살해하고 택시에 있던 현금 8만원을 강취하였다면, 甲은 특수강도의 합동범, 乙과 丙은 강도살인죄의 공동정범이 성립한다.

해설 ① × : 상명하복 관계에 있는 자들 사이에 있어서는 범행에 공동 가공한 이상 공동정범이 성립하는데 아무런 지장이 없는 것이다(대판 2012.1.27, 2010도10739).

② × : 사기의 공모공동정범이 그 기망방법을 구체적으로 몰랐다고 하더라도 공모관계를 부정할 수 없다(대판 2013.8.23, 2013도5080).

③ ○ : 대판 2008.7.24, 2007도4310

④ × : 甲은 특수강도의 합동범 × (∵ 乙과 丙이 폭행에 착수하기 전에 겁을 먹고 미리 현장에서 도주 ⇒ 피고인들(乙과 丙)과의 사이에 강도의 실행행위를 분담한 협동관계 ×), 乙과 丙은 강도살인죄의 공동정범 ○(대판 1985.3.26, 84도2956)

정답 ③

09 공동정범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 9급 검찰·마약수사·철도경찰

- ① 공무원이 아닌 사람이 공무원과 공동가공의 의사와 이를 기초로 한 기능적 행위지배를 통하여 공무원의 직무에 관하여 뇌물을 수수하는 범죄를 실행하였다면 공무원이 직접 뇌물을 받은 것과 동일하게 평가할 수 있으므로 공무원과 비공무원에게 형법 제129조 제1항에서 정한 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한다.
- ② 합동절도는 범행 현장에서 시간적, 장소적으로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 하여야 하므로, 공모에는 참여하였으나 현장에 없는 자는 기능적 행위지배 유무를 불문하고 합동범의 공동정범이 성립할 수 없다.
- ③ 공모공동정범에 있어서 그 공모자 중 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 경우 그 이탈의 표시는 반드시 명시적임을 요하지 않는다.

- ④ 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 않은 공모자가 공모공동정범으로 인정되기 위해서는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위·역할, 범죄 경과에 대한 지배나 장악력 등을 종합하여 그가 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재한다고 인정되어야 한다.

해설 ① 대판 2019.8.29, 2018도2738 전원합의체

② × : 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(대판 1998.9.12, 98도321 전원합의체).

③ 대판 1986.1.21, 85도2371

④ 대판 2009.2.12, 2008도6551

정답 ②

p.122 문제 08번 다음에 추가(문제 09~13)

09 간접정범에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22. 순경 2차

- ① 국헌문란의 목적을 달성하기 위해 그러한 목적이 없는 대통령을 이용하여 비상계엄 전국 확대조치를 한 것은 간접정범의 방법으로 내란죄를 실행한 것이다.
- ② 처벌되지 아니하는 타인의 행위를 적극적으로 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현한 자는 간접정범의 죄책을 지게 되고, 그 과정에서 타인의 의사를 부당하게 억압하여야만 간접정범에 해당하는 것은 아니다.
- ③ 자기의 지휘·감독을 받는 자를 교사하여 범죄를 실행하게 한 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액의 2분의 1까지 가중한다.
- ④ 간접정범의 실행의 착수시기를 이용자의 이용행위시로 보는 경우, 이용자의 이용의사가 외부로 표현되기만 하면 실행의 착수가 인정되어 미수범의 처벌 범위가 축소될 수 있다.

해설 ① 대판 1997.4.17, 96도3376 전원합의체

② 대판 2008.9.11, 2007도7204

③ 제34조 제2항

④ × : ~ 처벌범위가 확대(축소 ×)될 수 있다.

정답 ④

10 간접정범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 7급 검찰, 24. 해경간부

- ① 타인을 비방할 목적으로 허위의 기사 재료를 그 정을 모르는 기자에게 제공하여 신문 등에 보도되게 한 경우, 출판물에 의한 명예훼손죄의 간접정범이 성립할 수 있다.
- ② 피고인이 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우, 강제추행죄의 간접정범에 해당할 수 있다.

- ③ 처벌되지 아니하는 타인의 행위를 적극적으로 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현한 자는 형법 제34조 제1항이 정하는 간접정범의 죄책을 지게 되고, 그 과정에서 타인의 의사를 부당하게 억압하여야만 간접정범에 해당하는 것은 아니다.
- ④ 공문서작성권자의 문서작성을 보조하는 직무에 종사하는 공무원이 허위공문서를 기안하여 작성권자의 결재를 거치지 않고 임의로 작성권자의 직인 등을 부정 사용함으로써 공문서를 완성한 경우, 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립한다.

해설 ① 대판 2002.6.28, 2000도3045

② 대판 2018.2.8, 2016도17733

③ 대판 2008.9.11, 2007도7204

④ × : 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(대판 1981.7.28, 81도898).

정답 ④

11 간접정범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 9급 철도경찰

- ① 甲이 A를 협박하여 A로 하여금 자상(自傷)케 하여 상해가 발생한 경우, 甲에게 상해의 결과에 대한 인식이 있고 그 협박의 정도가 A의 의사결정의 자유를 상실케 함에 족한 것인 이상 甲에게 상해죄가 성립한다.
- ② 처벌되지 아니하는 타인의 행위를 적극적으로 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현한 자는 간접정범으로서의 죄책을 지게 되고, 그 과정에서 타인의 의사를 부당하게 억압하여야만 간접정범에 해당하게 되는 것은 아니다.
- ③ 형법 제34조의 '어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자'에는 책임무능력자, 범죄사실의 인식이 없는 자뿐만 아니라, 목적범 또는 신분범인 경우 그 목적 또는 신분이 없는 자도 포함된다.
- ④ 공무원이 아닌 甲이 공문서의 작성권한이 있는 공무원 A의 직무를 보좌하는 자인 乙과 공모하여 허위의 내용이 기재된 문서 초안을 그 정을 모르는 A에게 제출하여 결재하도록 하는 등의 방법으로 A로 하여금 허위의 공문서를 작성하게 한 경우, 乙만이 간접정범에 해당하고, 甲에게는 간접정범의 공범으로서의 죄책을 물을 수 없다.

해설 ① 대판 1970.9.22, 70도1638

② 대판 2008.9.11, 2007도7204

③ 대판 1983.6.14, 83도515 전원합의체

④ × : ~ (4줄) 죄책을 물을 수 있다(대판 1992.1.17, 91도2837).

정답 ④

12 공동정범과 간접정범에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

- ① 포괄일죄의 범행 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 그 가담 이후의 범행에 대해서만 공동정범으로 책임을 지고, 그 가담 이전에 이미 이루어진 종전의 범행을 인식하고 범행에 가담한 경우라도 그 가담 이전의 범행에 대해서는 공동정범으로 책임을 지지 않는다.
- ② 수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목적으로 금융기관에 허위신고한 자를 처벌하는 구 부정수표단속법 제4조의 허위신고죄와 관련하여, 발행인이 아닌 자는 허위신고의 고의가 없는 발행인을 이용하여 간접정범의 형태로 구 부정수표단속법 제4조의 허위신고죄를 범할 수 없다.
- ③ 비공무원 甲이 소속 예비군동대 방위병 乙에게 ‘자신이 예비군훈련에 불참했으나 예비군훈련 참가 확인서를 발급해 달라’는 취지의 부탁을 하자, 확인서 작성권자인 동대장 A의 직무를 보좌하는 乙은 이를 A에게 보고하여 甲의 불참 사실을 모르는 A로부터 甲의 예비군훈련 참가 여부를 확인하여 확인서를 발급하도록 지시받았으나 미리 A의 직인을 찍어 보관하고 있던 용지를 이용하여 확인서를 발급해 준 경우, 甲에게는 허위공문서작성죄의 간접정범의 공범이 성립하지 않는다.
- ④ 공동정범의 본질에 관한 범죄공동설에 따르면, 고의범과 과실범 상호간에는 공동정범이 인정되지 않는다.

해설 ① 대판 2007.11.15, 2007도6336

② 대판 1992.11.10, 92도1342

③ × : ~ 간접정범의 공범이 성립된다(대판 1992.1.17, 91도2837).

④ 옳다.

정답 ③

13 공범에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ① 공무원이 아닌 사람이 공무원과 공동가공의 의사와 이를 기초로 한 기능적 행위지배를 통하여 공무원의 직무에 관하여 뇌물을 수수하는 범죄를 실행하였다면 공무원과 비공무원에게 형법 제129조 제1항에서 정한 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한다.
- ② 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 대항범에 대하여 공범에 관한 형법 총칙 규정이 적용될 수 없는데, 이러한 법리는 해당 처벌규정의 구성요건 자체에서 2인 이상의 서로 대향적 행위의 존재를 필요로 하는 필요적 공범인 대항범을 전제로 하고, 구성요건상으로는 단독으로 실행할 수 있는 형식으로 되어 있는데 단지 구성요건이 대항범의 형태로 실행되는 경우에도 대항범에 관한 법리가 적용된다고 볼 수는 없다.
- ③ 피고인이 공문서 위조행위 자체에는 관여한 바 없다고 하더라도 타인에게 위조를 부탁하여 의사연락이 되고 그로 하여금 범행을 하게 하였다면 공모공동정범에 의한 공문서위조죄가 성립된다.

- ④ 여러 사람이 함께 폭행의 범행을 공모하고 그 중 1인이 범행 장소에서 범죄를 실행하였다면 범행 장소에 없었던 나머지 공모자에게도 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제2조 제2항 제1호의 공동폭행죄의 공모공동정범이 성립한다.
- ⑤ 간접정범을 통한 범행에서 피이용자는 간접정범의 의사를 실현하는 수단으로서의 지위를 가질 뿐이므로 피해자에 대한 사기범행을 실현하는 수단으로서 타인을 기망하여 그를 피해자로부터 편취한 재물이나 재산상 이익을 전달하는 도구로서만 이용한 경우에는 편취의 대상인 재물 또는 재산상 이익에 관하여 피해자에 대한 사기죄가 성립할 뿐 도구로 이용된 타인에 대한 사기죄가 별도로 성립한다고 할 수 없다.

해설 ① 대판 2019.8.29, 2018도2738 전원합의체

② 대판 2022.6.30, 2020도7866

③ 대판 1980.5.27, 80도907

④ × : 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제2조 제2항 제1호의 ‘2명 이상이 공동하여 폭행의 죄를 범한 때’란 수인 사이에 공범관계가 존재하고, 수인이 동일 장소에서 동일 기회에 상호 다른 자의 범행을 인식하고 이를 이용하여 폭행의 범행을 한 경우임을 요한다. 따라서 폭행 실행범과의 공모사실이 인정되더라도 그와 공동하여 범행에 가담하였거나 범행장소에 있었다고 인정되지 아니하는 경우에는 공동하여 죄를 범한 때에 해당하지 않고, 여러 사람이 공동하여 범행을 공모하였다면 그중 2인 이상(1인 ×)이 범행장소에서 실제 범죄의 실행에 이르렀어야 나머지 공모자에게도 공모공동정범이 성립할 수 있을 뿐이다(대판 2023.8.31, 2023도6355).

⑤ 대판 2017.5.31, 2017도3894

정답 ④

p.128 문제 02번 다음에 추가

03 교사의 착오에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ① 甲이 乙에게 강도를 교사하였는데 乙이 절도를 실행한 경우, 甲은 강도의 예비·음모죄와 절도죄의 교사범이 성립하는데, 양죄는 상상적 경합관계에 있으므로 甲은 형이 더 무거운 강도예비·음모죄로 처벌된다.
- ② 甲이 乙에게 절도를 교사하였는데 乙이 강간을 실행한 경우, 甲은 절도죄의 예비·음모에 준하여 처벌될 수 있는데, 절도죄의 예비·음모는 처벌규정이 없으므로 무죄가 된다.
- ③ 甲이 乙에게 사기를 교사하였는데 乙이 공갈을 실행한 경우, 교사내용과 실행행위의 질적 차이가 본질적이지 않으므로 甲은 교사한 범죄에 대한 교사범의 책임을 지지 않는다.
- ④ 甲이 乙에게 상해를 교사하였는데 乙이 살인을 실행한 경우, 甲에게 사망이라는 결과에 대하여 예견가능성이 있다면 甲을 상해치사죄의 교사범으로 처벌할 수 있다

해설 ① 옳다.

② 교사의 착오 중 질적 초과로 옳다.

③ × : ~ (2줄) 교사한 범죄에 대하여 교사범의 책임을 진다(∴ 사기죄의 교사범 ○).

④ 대판 2002.10.25, 2002도4089

정답 ③

p.136 테마 25 “1. 공범의 고의” ① 위로 내용 추가

또한 초과주관적 위법요소로서 목적범의 목적의 경우 ~ 구체적인 내용까지 인식할 것을 요하는 것은 아니다(대판 2022.10.27, 2020도12563). 23. 순경 1차

방조범에게 요구되는 정범 등의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식해야 하는 것은 아니고 미필적 인식이나 예견으로 충분하지만, 이는 정범의 범행 등의 불법성에 대한 인식이 필요하다는 점과 모순되지 않는다(대판 2022.6.30. 2020도7866). 24. 변호사시험

p.137 “② 방조행위의 시기” 내용 ㉔ 이어서 ㉕ 추가

② 방조행위의 시기 : 예비로부터 범행의 **실질적 종료시까지** 방조가 가능하다.

㉠ 방조범은 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만 아니라, 실행의 착수 전에 장래의 실행 행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 정범이 그 실행행위에 나아갔다 면 성립한다(대판 1997.4.17, 96도3377). 17. 경찰간부 · 순경 2차, 19. 경찰승진, 21. 법원직, 21 · 22. 순경 1차, 23. 법원행시 · 9급 검찰 · 철도경찰 ㉡ 따라서 정범의 범죄종료 후의 이른바 사후방조를 중범이라고 볼 수는 없다(대판 2009.6.11, 2009도1518). 20. 법원직, 21. 9급 검찰 · 마약수사 · 철도경찰 ㉢ 그러나 간호보조원의 무면허진료행위가 있는 후에 이를 의사가 그 환자의 계속진료에 참고하기 위해 작성되는 진료부에 기재하는 행위는 정범의 실행행위 종료 후의 단순한 사후행위에 불과하다고 볼 수는 없으므로 무면허의료행위의 방조에 해당한다(대판 1982.4.27, 82도122). 20. 9급 검찰 · 마약수사 · 철도경찰 · 법원 직, 21. 경찰간부, 22. 경찰승진 ㉣ 甲은 보이스피싱 사기 범행에 사용된다는 사정을 알면서도 유명법인 설립, 그 법인 명의 계좌 개설 후 그 접근매체를 乙에게 전달 · 유통하는 등의 행위(유형적 · 물질적 방조행위)를 계속하였고, 보이스피싱 조직원의 제안에 따라 이른바 ‘전달책’ 역할을 승낙(무형적 · 정신적 방조행위)하였다면, 甲은 ‘전달책’으로서 실행행위를 한 시기에 관계없이 사기죄의 중범에 해당한다(대판 2022.4.14, 2022도649). 23. 순경 2차

p.137 “③ 방조행위의 인과관계” 관련판례 3번 판례 아래 추가

4. 피고인이 박사방 운영진의 지시에 따라 4회에 걸쳐 검색어를 입력하고 미션방과 박사방 관련 채널에 검색사실을 올려 인증한 경우 ⇨ 아동·청소년 이용 음란물 배포죄의 방조범 ×(대판 2023.10.18, 2022도15537 ∴ 피고인이 미션방에 참여하여 박사방 운영진의 지시 및 공지 내용을 인식하였다거나 검색어 자체만으로 ‘아동·청소년 이용 음란물 배포’의 범죄행위를 위한 것임을 알았다고 보기 어려운 이상 방조의 고의는 물론 정범의 고의가 있었다고 단정하기 어렵고, 피고인의 각 행위와 정범의 범죄 실현 사이에 밀접한 관련성 등 인과관계를 인정하거나 피고인의 각 행위가 정범의 범죄 실현에 현실적인 기여를 하였다고 단정하기 어렵다).

p.142 문제 09번 다음에 추가(문제 10~11), 최신판례 추가

10 다음 중 방조에 대한 설명으로 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

20. 해경 1차

- ㉠ 정범이 실행에 착수하기 전에 방조한 경우에는 그 이후 정범이 실행에 착수하였더라도 방조범이 성립할 수 없다.
- ㉡ 정범의 강도예비행위를 방조하였으나 정범이 실행의 착수에 이르지 못한 경우 방조자는 강도 예비죄의 중범에 해당한다.
- ㉢ 방조행위와 정범의 실행행위 사이에 인과관계가 필요하다는 견해는 공범의 처벌근거가 타인의 불법을 야기·촉진시키는 데 있으므로 방조행위가 피방조자의 실행에 아무런 영향을 끼치지 못한 경우에는 처벌근거가 상실된다는 점을 논거로 한다.
- ㉣ 방조행위와 정범의 실행행위 사이에 인과관계가 필요하지 않다는 견해에 따르면, 공범종속설에 따라 기도된 방조의 가벌성을 인정하기 때문에 방조범의 처벌범위가 부당하게 확대된다는 비판이 있다.
- ㉤ 甲이 허위자백을 하여 진범에 대한 범인도피죄의 기수에 이르고 나서야 비로소 甲의 범행을 인식한 A가 기왕의 범인도피상태를 이용하여 甲이 허위자백을 유지하도록 도운 경우 그 이후 甲이 진범을 밝혔다고 하더라도 A의 범인도피방조죄는 성립한다.
- ㉥ 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 방조하여 범죄의 결과를 발생하게 한 자는 정범의 형으로 처벌한다.

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

해설 ㉠ × : 방조범은 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만 아니라, 실행의 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 정범이 그 실행행위에 나아갔다면 성립한다(대판 1997.4.17, 96도3377).

㉡ × : 예비죄의 중범 ×(대판 1976.5.25, 75도1549)

㉢ ○ : 적절하다. ㉣ × : ~ 따르면, 공범독립성설(공범종속성설 ×)에 따라 ~ 있다.

㉤ ○ : 대판 2012.8.30, 2012도6027

㉥ ○ : 제34조 제2항

정답 ④

11 다음 사례에서 甲의 죄책에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

甲은 2022. 12. 21. 경부터 보이스피싱 사기범행에 사용된다는 사정을 알면서도 유명법인 설립, 그 법인 명의 계좌 개설 후 그 접근매체를 채팅 애플리케이션을 통해 대화명 A에게 전달 유통하는 행위를 계속하였다. 그 후 2023. 1. 15. 경 보이스피싱 조직원의 제안에 따라 이른바 ‘전달책’ 역할을 승낙하고 2023. 1. 28.부터 ‘전달책’에 해당하는 실행행위를 하였다.

- ① 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직·간접의 모든 행위를 가리킨다.
- ② 甲의 이러한 접근매체 전달 유통행위는 보이스피싱 사기 범행에 사용된다는 정을 알면서도 정범이 실행에 착수하기 이전부터 장래의 실행행위를 예상하고서 이를 용이하게 하는 유형적·물질적 방조행위이다.

- ③甲이 ‘전달책’ 역할까지 승낙한 행위 역시 정범의 범행 결의를 강화시키는 무형적 정신적 방조행위이다.
- ④甲이 ‘전달책’으로서의 행위를 한 때부터 비로소 피해자들에 대한 사기죄의 종범에 해당한다.

해설 정범의 범죄종료 후의 이른바 사후방조를 종범으로 볼 수는 없지만(대판 1982.4.27, 82도122 참조), 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 유형적·물질적인 방조뿐만 아니라 정범에게 범행의 결의를 강화하도록 하는 것과 같은 무형적·정신적 방조행위도 포함되고(대판 2007.4.27, 2007도1303 참조), 정범의 실행행위 중은 물론 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위도 이에 해당한다(대판 2022.4.14, 2022도 649 ㉠). 甲은 보이스피싱 사기 범행에 사용된다는 사정을 알면서도 유령법인 설립, 그 법인 명의 계좌 개설 후 그 접근매체를 乙에게 전달·유통하는 등의 행위(유형적·물질적 방조행위)를 계속하였고, 보이스피싱 조직원의 제안에 따라 이른바 ‘전달책’ 역할을 승낙(무형적·정신적 방조행위)하였으며, 甲은 ‘전달책’으로서 실행행위를 한 시기에 관계없이 종범에 해당한다.

정답 ④

최신판례

1. 전송의 방법으로 공중송신권을 침해하는 게시물이나 그 게시물이 위치한 웹페이지 등에 연결되는 링크를 한 행위자가 정범이 공중송신권을 침해한다는 사실을 충분히 인식하면서 그러한 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 인터넷 사이트에 영리적·계속적으로 게시하는 등으로 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도의 링크 행위를 한 경우에는 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 범죄를 용이하게 하므로 공중송신권 침해의 방조범이 성립한다(대판 2021.9.9, 2017도19025 전원합의체). 17. 법원행시, 24. 9급 철도경찰
2. 정의행위가 업무방해죄에 해당하는 경우 제3자가 그러한 정을 알면서 정의행위의 실행을 용이하게 한 경우에는 업무방해방조죄가 성립할 수 있다. 다만, 위법한 정의행위에 대한 조력행위가 업무방해 방조에 해당하는지 판단할 때는 헌법이 보장하는 기본권(노동3권, 표현의 자유, 일반적 행동의 자유)이 위축되지 않도록 업무방해방조죄의 성립 범위를 신중하게 판단하여야 한다(대판 2021.9.16, 2015도12632).
3. 정범의 ‘마약류 불법거래 방지에 관한 특례법’상 ‘불법수익 등의 은닉 및 가장’범행의 방조범에서 요구되는 ‘방조의 고의’는 마약매수인이 정범인 마약매도인으로부터 마약을 매수하면서 마약매도인의 요구로 차명계좌에 제3자 명의로 마약 매매대금을 입금하면서 그 행위가 정범의 범행 실행을 방조하는 것으로 불법성이 있다는 것을 인식해야 한다는 것을 뜻한다. 따라서 대마를 매수하면서 매매대금을 대포통장으로 무통장 입금을 한 피고인에게 형법 총칙의 공범 규정이 적용되어 불법수익 등의 은닉 및 가장행위로 인한 마약거래방지법 위반죄의 방조범이 성립된다(대판 2022.6.30, 2020도7866).
4. 구 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제6조 제1항 위반죄는 이른바 초과주관적 위법요소로서 ‘탈법행위의 목적’을 범죄성립요건으로 하는 목적범이므로, 방조범에게도 정범이 위와 같은 탈법행위를 목적으로 타인 실명 금융거래를 한다는 점에 관한 고의가 있어야 하나, 그 목적의 구체적인 내용까지 인식할 것을 요하는 것은 아니다(대판 2022.10.27, 2020도12563).

p.149 문제 10번 다음에 추가(문제 11~12)

11 교사범과 방조범에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

- ① 교사자의 교사행위에 의해 정범이 범죄의 실행을 결의하게 되었다면, 비록 정범에게 범죄의 습벽이 있어 그 습벽과 함께 교사행위가 원인이 되어 정범이 범죄를 실행하게 되었다고 하더라도 교사범이 성립한다.
- ②甲이 乙에게 A의 주거에 침입할 것을 교사하였으나 乙은 A의 승낙을 얻어 정당하게 A의 주거에 들어간 경우, 공범종속성설 중 제한종속형식에 의하면 甲에게는 주거침입죄의 교사범이 성립하지 않는다.
- ③도박의 습벽이 있는 甲이 도박의 습벽이 없는 乙의 도박을 방조한 경우, 甲에게는 상습도박죄의 방조범이 성립한다.
- ④ 甲으로부터 A의 불륜관계를 이용해 A를 공갈할 것을 교사받은 乙은 A의 불륜 현장을 촬영한 후 그 사실을 甲에게 알렸으나, 甲이 乙에게 수고비를 줄테니 촬영물을 넘기고 공갈을 단념하라고 만류하였음에도, 乙이 甲의 제안을 명시적으로 거절하고 돈을 주지 않으면 촬영물을 유포하겠다고 A에게 겁을 주어 돈을 받아낸 경우, 甲은 공갈죄의 공범 관계에서 이탈한 것으로 볼 수 있다.

해설 ① 대판 1991.5.14, 91도542

② 옳다(∵ 제한종속형식에 의하면 정범(乙)의 행위가 구성요건에 해당하고 위법성까지 갖추어야 교사범이 성립하는데, 乙의 행위는 애초에 구성요건에도 해당 ×).

③ 대판 1984.4.24, 84도195

④ × : ~이탈한 것으로 볼 수 없다(대판 2012.11.15, 2012도7407 ∴ 공갈죄의 교사범 ○).

정답 ④

12 인과관계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 9급 검찰·마약수사·철도경찰

- ① 방조범이 성립하려면 방조행위가 정범의 범죄실현과 밀접한 관련이 있고 정범으로 하여금 구체적 위험을 실현시키거나 범죄결과를 발생시킬 가능성을 높이는 등으로 현실적 기여를 하였다고 평가할 수 있는 인과관계가 필요하다.
- ② 실화죄에 있어서 공동의 과실이 경합되어 화재가 발생하여 적어도 각 과실이 화재의 발생에 대하여 하나의 조건이 된 경우라도, 원인된 행위가 밝혀지지 않았다면 그 원인을 제공한 사람들은 실화죄의 미수로 불가벌에 해당한다.
- ③ 정범의 실행행위 중에 이를 용이하게 하는 경우뿐만 아니라 정범의 실행착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 경우에도 방조행위로서 정범의 실행행위에 대한 인과관계를 인정할 수 있다.

- ④ 교사자가 전화로 범행을 만류하는 취지의 말을 한 것만으로는 교사자의 교사행위와 정범의 실행행위 사이에 인과관계가 단절되었다거나 교사자가 공범관계에서 이탈한 것으로 볼 수 없다.

해설 ① 대판 2021.9.16, 2015도12632

② × : ~ (2줄) 하나의 조건이 된 이상은 원인된 행위가 밝혀지지 않았더라도 그 원인을 제공한 사람들은 각자 실화죄의 책임을 면할 수 없다(대판 2023.3.9, 2022도16120).

③ 대판 2021.9.9, 2017도19025 전원합의체

④ 대판 2012.11.15, 2012도7407

정답 ②

p.151 중간 ⑥ 교체

⑥ 대판 2019.8.29, 2018도2738 전원합의체

㉠ 비공무원이 공무원과 공동가공의 의사와 이를 기초로 한 기능적 행위지배를 통하여 공무원의 직무에 관하여 뇌물을 수수하는 범죄를 실행하였다면 공무원이 직접 뇌물을 받은 것과 동일하게 평가할 수 있으므로 공무원과 비공무원에게 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한다. 20. 변호사시험 · 해결승진, 21. 경력채용 · 순경 1차, 22. 법원행시, 23. 경찰간부, 24. 해결간부

㉡ 공무원이 뇌물공여자로 하여금 공무원과 뇌물수수죄의 공동정범 관계에 있는 비공무원에게 뇌물을 공여하게 하여 비공무원이 뇌물을 받은 경우 비공무원은 공무원과 함께 뇌물수수죄의 공동정범이 성립하고 제3자뇌물수수죄는 성립하지 않는다. 20. 법원행시 · 경찰승진 · 순경 1차, 21. 경력채용

p.153 상단 5번 판례 아래 추가(6~7)

6. 의사 등이 간호사에게 의료행위의 실시를 개별적으로 지시하거나 위임한 적이 없음에도 간호사가 그의 주도 아래 전반적인 의료행위의 실시 여부를 결정하고 간호사에 의한 의료행위의 실시과정에도 의사 등이 지시 · 관여하지 아니한 경우라면, 이는 구 의료법 제27조 제1항이 금지하는 무면허 의료행위에 해당한다(대판 2022.12.29, 2017도10007).

7. 사망의 진단은 의사 등이 환자의 사망 당시 또는 사후에라도 현장에 입회해서 직접 환자를 대면하여 수행하여야 하는 의료행위이고, 간호사는 의사 등의 개별적 지도 · 감독이 있더라도 사망의 진단을 할 수 없다(대판 2022.12.29, 2017도10007 예) 호스피스 의료기관에서 근무하는 간호사 乙은 의사 甲의 부재중에 환자가 사망하자 甲에게 전화로 이 사실을 알렸고, 의사 甲의 지시에 따라 간호사 乙은 의사 甲이 입회하지 아니한 채 환자의 사망의 징후를 확인하고, 이를 바탕으로 환자의 유족들에게 사망진단서를 작성 · 발급한 경우 ⇨ 乙 : 무면허 의료행위 ○, 甲 : 무면허 의료행위의 교사범 ○).

p.168 문제 16번 다음에 추가(문제 17~18)

17 공범에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 변호사시험

- ① 방조범에게 요구되는 정범 등의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식해야 하는 것은 아니고 미필적 인식이나 예견으로 충분하지만, 이는 정범의 범행 등의 불법성에 대한 인식이 필요하다는 점과 모순되지 않는다.
- ② 대항범에 대하여 공범에 관한 형법 총칙 규정이 적용될 수 없다는 법리는 필요적 공범인 대항범뿐만 아니라 구성요건상으로는 단독으로 실행할 수 있는 형식으로 되어 있는데 단지 구성요건이 대항범의 형태로 실행되는 경우에도 적용된다.
- ③ 업무라는 신분관계가 없는 자가 그러한 신분관계 있는 자와 공모하여 업무상 배임죄를 저질렀다면, 그러한 신분관계가 없는 공범에 대하여는 형법 제33조 단서에 따라 단순배임죄에서 정한 형으로 처단하여야 한다.
- ④ 공동정범의 성립을 위한 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위해 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다.
- ⑤ 방조범이 성립하려면 방조행위가 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있어야 하므로, 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 없는 행위를 도와준 데 지나지 않는 경우에는 방조범이 성립하지 않는다.

해설 ① 대판 2022.6.30, 2020도7866

② × : 대항범에 대하여는 공범에 관한 형법 총칙 규정을 적용할 수 없다는 법리는 해당 처벌규정의 구성요건 자체에서 2인 이상의 서로 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 필요적 공범인 대항범을 전제로 한다. 구성요건상으로는 단독으로 실행할 수 있는 형식으로 되어 있는데 단지 구성요건이 대항범의 형태로 실행되는 경우에도 대항범에 관한 법리가 적용된다고 볼 수는 없다(대판 2022.6.30, 2020도7866).

③ 대판 1986.10.28, 86도1517

④ 대판 2001.11.9, 2001도4792

⑤ 대판 2021.9.16, 2015도12632

정답 ②

18 공범에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 경찰승진

- ① 매도, 매수와 같이 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 형법 총칙 규정의 적용이 있을 수 없고, 따라서 매도인에게 따로 처벌규정이 없는 이상 매도인의 매도행위는 그와 대향적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 매수 범행에 대하여 공범이나 방조범관계가 성립되지 아니한다.
- ② 도박의 습벽이 있는 자가 타인의 도박을 방조하면 상습도박방조의 죄에 해당하는 것이며, 도박의 습벽이 있는 자가 도박을 하고 또 도박방조를 하였을 경우 상습도박죄와 상습도박방조죄가 성립하고 두 범죄는 실제적 경합의 관계에 있다.
- ③ 변호사 아닌 자에게 고용되어 법률사무소의 개설 운영에 관여한 변호사의 행위가 일반적인 형법 총칙상의 공모, 교사 또는 방조에 해당된다고 하더라도 변호사를 변호사 아닌 자의 공범으로서 처벌할 수는 없다.
- ④ 필요적 공범이라는 것은 법률상 범죄의 실행이 다수인의 협력을 필요로 하는 것을 가리키는 것으로서 이러한 범죄의 성립에는 행위의 공동을 필요로 하는 것에 불과하고 반드시 협력자 전부가 책임이 있음을 필요로 하는 것은 아니다.

해설 ① 대판 2001.12.28, 2001도5158

② × : ~ (2줄) 하였을 경우, 상습도박방조의 죄는 무거운 상습도박의 죄에 포괄시켜 1죄로서 처단하여야 한다(대판 1984.4.24, 84도195).

③ 대판 2004.10.28, 2004도3994

④ 대판 2008.3.13, 2007도10804

정답 ②

p.174 하단 17번 판례 이어서 추가

18. 유사수신행위의 규제에 관한 법률(이하 ‘유사수신행위법’이라 한다) 제6조 제1항, 제3조를 위반한 행위는 그 자체가 사기행위에 해당한다거나 사기행위를 반드시 포함한다고 할 수 없고, 유사수신행위법 위반죄가 형법 제347조 제1항의 사기죄와 구성요건을 달리하는 별개의 범죄로서 서로 보호법익이 다른 이상, **유사수신행위를 한 자가 출자자에게 별도의 기망행위를 하여 유사수신행위로 조달받은 자금의 전부 또는 일부를 다시 투자받는 행위는 유사수신행위법 위반죄와 다른 새로운 보호법익을 침해하는 것으로서 유사수신행위법 위반죄의 불가벌적 사후행위가 되는 것이 아니라 별죄인 사기죄를 구성한다**(대판 2023.11.16, 2023도12424).

p.185 문제 04번 다음에 추가

05 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ① ‘불가별적 수반행위’란 법조경합의 한 형태인 흡수관계에 속하는 것으로서, 행위자가 특정한 죄를 범하면 비록 논리 필연적인 것은 아니지만 일반적·전형적으로 다른 구성요건을 충족하고 이때 그 구성요건의 불법이나 책임 내용이 주된 범죄에 비하여 경미하기 때문에 처벌이 별도로 고려되지 않는 경우를 말한다.
- ② 법원을 기망하여 승소판결을 받고 그 확정판결에 의하여 소유권이전등기를 경료한 경우, 소송사기 범행 이후 그 확정판결에 의하여 소유권이전등기를 경료하였다고 하여 새로운 법익을 침해하였다고 평가할 수는 없으므로, 사기죄와 별도로 공정증서원본부실기재죄가 성립하지는 않는다.
- ③ 단체의 대표자 등이 그 단체가 체결한 계약을 이행하는 과정에서 계약의 상대방을 기망하여 교부받은 돈은 그 단체에 귀속되는 것인데, 그 후 단체의 대표자 등이 이를 보관하고 있으면서 횡령하였다면 이는 사기범행과는 침해법익을 달리하므로 횡령죄가 성립하고, 이를 단순한 불가별적 사후행위로 볼 수는 없다.
- ④ 장물에 관한 죄에 있어서의 ‘장물’이라 함은 재산범죄로 인하여 취득한 물건 그 자체를 말하므로, 재산범죄를 저지른 이후에 별도의 재산범죄의 구성요건에 해당하는 사후행위가 있었다면 비록 그 행위가 불가별적 사후행위로서 처벌의 대상이 되지 않는다 할지라도 그 사후행위로 인하여 취득한 물건은 재산범죄로 인하여 취득한 물건으로서 장물이 될 수 있다.
- ⑤ 甲종친회 회장인 피고인이 위조한 종친회 규약 등을 공탁관에게 제출하는 방법으로 甲종친회를 피공탁자로 하여 공탁된 수용보상금을 출급받아 편취하고, 이를 甲종친회를 위하여 업무상 보관하던 중 반환을 거부하여 횡령하였다는 내용으로 기소된 경우, 피고인이 공탁관을 기망하여 공탁금을 출급받음으로써 甲종친회를 피해자로 한 사기죄가 성립하고, 그 후 甲종친회에 대하여 공탁금 반환을 거부한 행위는 새로운 법익의 침해를 수반하지 않는 불가별적 사후행위에 해당할 뿐 별도의 횡령죄가 성립하지 않는다.

해설 ① 대판 2012.10.11, 2012도1895

② × : ~ (1줄) 소유권이전등기를 경료한 경우에는 사기죄와 별도로 공정증서원본부실기재죄가 성립하고, 양죄는 실제적 경합범 관계에 있다(대판 1983.4.26, 83도188).

③ 대판 1989.10.24, 89도1605

④ 대판 2004.4.16, 2004도353

⑤ 대판 2015.9.10, 2015도8592

정답 ②

p.188 중간 ⑥ 아래 ⑦ 추가

- ⑦ 상습사기죄에 있어서의 사기행위의 습벽은 행위자의 사기 습벽의 발현으로 인정되는 한, 동종의 수법에 의한 사기범행의 습벽만을 의미하는 것이 아니라 이종의 수법에 의한 사기 범행을 포괄하는 사기의 습벽도 포함한다(대판 1999.11.26, 99도3929). 24. 경찰승진

p.189 하단 6번 아래 “ 비교판례” ② 아래 ③ 추가

- ③ 다수의 피해자에 대하여 각각 기망행위를 하여 각 피해자로부터 재물을 편취한 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄일죄로 파악할 수 없고 피해자별로 독립한 사기죄가 성립된다. 다만, 피해자들의 피해법익이 동일하다고 볼 수 있는 사정이 있는 경우에는 이들에 대한 사기죄를 포괄하여 일죄로 볼 수 있다(대판 2023.12.21, 2023도13514 예 피고인이 부부인 피해자 甲과 乙에게 ‘토지를 매수하여 분필한 후 이를 분해서 원금 및 수익금을 지급하겠다.’면서 기망한 후, 이에 속아 피고인에게 투자하기 위해 공동재산인 건물을 매도하여 돈을 마련한 피해자들로부터 피해자 甲명의 예금계좌에서 1억 원, 피해자 乙명의 예금계좌에서 4억 7,500만원, 합계 5억 7,500만원을 송금받아 이를 편취한 경우, 피해자들에 대한 사기죄의 피해법익이 동일하다고 평가될 수 있어 이들에 대한 사기죄가 포괄일죄를 구성한다).

p.191 하단 ③ 교체

- ③ 포괄일죄 관계인 범행의 일부에 대하여 판결이 확정된 경우에는 사실심 판결선고시를 기준으로, 약식명령이 확정된 경우에는 약식명령 발령시를 기준으로, 그 이전에 이루어진 범행에 대하여는 확정판결의 기판력이 미친다. 또한 상상적 경합범 중 1죄에 대한 확정판결의 기판력은 다른 죄에 대하여도 미친다. 따라서 포괄일죄 관계인 범행의 일부에 대하여 판결이 확정되거나 약식명령이 확정되었는데 그 사실심 판결선고시 또는 약식명령 발령시를 기준으로 그 이전에 이루어진 범행이 포괄일죄의 일부에 해당할 뿐만 아니라 그와 상상적 경합관계에 있는 다른 죄에도 해당하는 경우에는 확정된 판결 내지 약식명령의 기판력은 위와 같이 상상적 경합관계에 있는 다른 죄에 대하여도 미쳐 면소의 판결을 선고하여야 한다(대판 2023.6.29, 2020도3705). 15. 법원직, 21. 경찰간부, 24. 법원행시

p.198 문제 13번 다음에 추가(문제 14~15)

14 포괄일죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 다수설과 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ① 연속범은 개별적인 행위가 범죄의 요소인 구성요건에 해당하고 위법 · 유책해야 하며, 동일한 범의의 침해가 있어야 성립되므로 피해법익의 동일성에 따라 보호법익을 같이 하는 횡령, 배임 등의 행위와 사기의 행위는 포괄일죄를 구성한다.
- ② 집합범은 다수의 동종의 행위가 동일한 의사에 의하여 반복될 것이 당해 구성요건에서 당연히 예상되는 범죄를 말하며, 집합범의 종류로는 영업범과 상습범이 있다.
- ③ 접속범은 동일한 범의에 대하여 수개의 구성요건적 행위가 불가분하게 접속하여 행하여지는 범행형태로 같은 기회에 하나의 행위로 여러 개의 영업비밀을 취득하였다면 이는 일죄로 평가된다.

- ④ 결합범은 개별적으로 독립된 범죄의 구성요건에 해당하는 수개의 행위가 결합하여 일죄를 구성하는 경우로 결합범 자체는 1개의 범죄완성을 위한 수개 행위의 결합이고, 수개 행위의 불법내용을 함께 평가하는 것이므로 포괄일죄가 된다.

해설 ① × : 포괄일죄라 함은 각기 따로 존재하는 수개의 행위가 한개의 구성요건을 한번 충족하는 경우를 말하므로 구성요건을 달리하고 있는 횡령, 배임 등의 행위와 사기의 행위는 포괄일죄를 구성할 수 없다(대판 1988.2.9, 87도58).

② 대판 2004.7.22, 2004도2390

③ 대판 2009.4.9, 2006도9022

④ 옳다.

정답 ①

15 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ① 상습범과 같은 포괄일죄는 그 중간에 별종의 범죄에 대한 확정판결이 끼어 있어도 그 때문에 포괄적 범죄가 둘로 나뉘는 것은 아니라 할 것이고, 또 이 경우에는 그 확정판결 후의 범죄로서 다루어야 할 것이므로, 그 포괄일죄와 판결이 확정된 죄는 형법 제37조 후단에서 정한 경합범 관계에 있다고 할 수 없다.
- ② 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 별개의 후행범죄를 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 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 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 그중 가장 피고인에게 유리한 법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다.
- ④ 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 한다.
- ⑤ 포괄일죄 관계인 범행의 일부에 대하여 판결이 확정된 경우에는 사실심 판결선고시를 기준으로, 약식명령이 확정된 경우에는 약식명령 발령시를 기준으로, 그 이전에 이루어진 범행에 대하여는 확정판결의 기판력이 미친다.

해설 ① 대판 1986.2.25, 85도2767

② 대판 2019.6.20, 2018도20698 전원합의체

③ × : ~ (2줄) 경중을 비교할 필요도 없이 신법을 적용해야 한다(대판 1994.10.28, 93도1166).

④ 대판 2002.6.14, 2002도1256

⑤ 대판 2023.6.29, 2020도3705

정답 ③

p.200 하단 “•” 일부 교체

- 수인의 피해자에 대하여 1개의 기망행위를 통해 각각 재물을 편취한 경우에는 범의가 단일하고
범행방법이 동일하더라도 피해자별로 독립한 사기죄가 성립하고 각 사기죄는 상상적 경합관계
에 있다(대판 1990.1.25, 89도252). 13. 경찰승진, 20. 법원행시, 24. 변호사시험
- 다수의 계(契)를 조직하여 수인의 계원들을 개별적으로 기망하여 계불입금을 편취한 경우 각 피
해자별로 독립하여 사기죄가 성립하고 그 사기죄 상호간은 실체적 경합범 관계에 있다(대판
(대판 2010.4.29, 2010도2810). 17. 법원직, 21. 법원행시

p.203 상단 ⑧ 교체

- ⑧ 주거침입강간죄는 사람의 주거 등을 침입한 자가 피해자를 강간한 경우에 성립하는 것으로서,
주거침입죄를 범한 후에 사람을 강간하는 행위를 하여야 하는 일종의 신분범이고, 선후가 바뀌어
강간죄를 범한 자가 그 피해자의 주거에 침입한 경우에는 이에 해당하지 않고 강간죄와 주거침입
죄의 실체적 경합범이 된다(대판 2021.8.12, 2020도17796). 22. 순경 2차

p.204 상단 ⑫ 아래 추가

- ⑬ 회사 명의의 합의를서를 임의로 작성·교부한 행위에 대하여 약식명령이 확정된 사문서위조 및
그 행사죄의 범죄사실과 그로 인하여 회사에 재산상 손해를 가하였다는 업무상 배임의 공소사실
은 그 객관적 사실관계가 하나의 행위이므로 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우로서 형법
제40조에 정해진 상상적(실체적 ×) 경합관계에 있다(대판 2009.4.9, 2008도5634). 24. 변호사시험

p.205 하단 ⑥ 아래 추가

- ⑦ 운행정지명령 위반으로 인한 자동차관리법 위반죄와 의무보험미가입자동차운행으로 인한 자동
차손해배상 보장법 위반죄는 상상적 경합관계로 볼 것이 아니라 실체적 경합관계로 보는 것이
타당하다(대판 2023.4.27, 2020도17883).

p.206 중간 ⑩ 아래 추가

- ⑪ 甲주식회사의 대표이사로서 경영책임자이자 안전보건총괄책임자인 피고인 乙이, 산업재해 예방
에 필요한 주의의무를 게을리하고 안전조치를 하지 아니함과 동시에, 재해예방을 위한 안전보건
관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치를 하지 아니하여 사업장의 종사자 丁이 사망하는 중대
산업재해에 이른 경우, 중대재해 처벌 등에 관한 법률 위반(산업재해치사)죄와 근로자 사망으로
인한 산업안전보건법 위반죄 및 업무상 과실치사죄는 상호간 사회관념상 1개의 행위가 수개의
죄에 해당하는 경우로서 상상적 경합관계에 있다(대판 2023.12.28, 2023도12316).

p.215 문제 13번 다음에 추가

14 죄수에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 순경 2차

- ㉠ 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ㉡ 피고인들이 피해자들의 재물을 강취한 후 그들을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우 피고인들의 행위는 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄에 모두 해당하고 그 두 죄는 실제적 경합관계에 있다.
- ㉢ 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항은 그 법에 규정된 범죄행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입하는 행위(범죄단체구성 가입죄) 또는 구성원으로 활동하는 행위(범죄단체 활동죄)를 처벌하도록 정하고 있는데 범죄단체를 구성하거나 이에 가입한 자가 더 나아가 구성원으로 활동하는 경우, 각 행위는 실제적 경합관계에 있다.
- ㉣ 범죄단체 등에 소속된 조직원이 저지른 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 공동강요)죄 등의 개별적 범행과 동법 위반(단체 등의 활동)죄는 범행의 목적이나 행위 등 측면에서 일부 중첩되는 부분이 있고, 이에 특별한 사정이 없는 한 법률상 1개의 행위로 평가되어 실제적 경합이 아닌 상상적 경합관계에 있다고 보아야 한다.

- ① 0개 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개

해설 ㉠ × : ~ 실제적(상상적 ×) 경합관계에 있다(대판 1992.7.28, 92도917).

㉡ × : ~ 상상적(실체적 ×) 경합관계에 있다(대판 1998.12.8, 98도3416).

㉢ × : ~ (4줄) 활동하는 경우, 이는 포괄일죄(실체적 경합 ×)의 관계에 있다(대판 2015.9.10, 2015도7081).

㉣ × : ~ (3줄) 일부 중첩되는 부분이 있더라도, 일반적으로 구성요건을 달리하는 별개의 범죄로서 범행의 상대방, 범행 수단 내지 방법, 결과 등이 다를 뿐만 아니라 그 보호법익이 일치한다고 볼 수 없다. 또한 폭력행위처벌법 위반(단체 등의 구성·활동)죄와 위 개별적 범행은 특별한 사정이 없는 한 법률상 1개의 행위로 평가되는 경우로 보기 어려워 상상적 경합이 아닌 실제적 경합관계에 있다고 보아야 한다(대판 2022.9.7, 2022도6993).

정답 ①

p.227 문제 21번 다음에 추가(문제 22~23)

22 죄수에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 순경 1차

- ① 하나의 사건에 관하여 한 번 선서한 증인이 같은 기일에 여러 가지 사실에 관하여 기억에 반하는 허위의 진술을 한 경우, 1개의 위증죄만이 성립한다.
- ② 한 개의 행위가 서로 다른 둘 이상의 구성요건을 실현하는 경우에는 상상적 경합이 성립하나, 한 개의 행위가 동일한 구성요건을 2회 이상 실현하는 경우에는 상상적 경합이 성립하지 않는다.
- ③ 주식회사의 대표이사가 타인을 기망하여 그 회사가 발행하는 신주를 인수하게 한 후 그로부터 납입받은 신주인수대금을 보관하던 중 횡령한 경우, 신주인수대금을 횡령한 행위는 사기죄의 불가벌적 사후행위에 해당하지 않는다.
- ④ 같은 날 무면허운전 행위를 여러 차례 반복한 경우, 그 범의의 단일성 내지 계속성이 인정되지 않거나 범행방법 등이 동일하지 않다면 각 무면허운전 범행은 실제적 경합관계에 있다.

해설 ① 대판 1998.4.14, 97도3340

② × : 상상적 경합이란 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우로 수개의 죄는 이종일 수도 있지만(이종의 상상적 경합 : 서로 다른 둘 이상의 구성요건을 실현) 동종의 죄일 수도 있다(동종의 상상적 경합 : 동일한 구성요건을 2회 이상 실현)(대판 1987.7.21, 87도564 : 문서에 2인 이상의 작성명의인이 있을 때에는 각 명의 자마다 1개의 문서가 성립되므로 2인 이상의 연명으로 된 문서를 위조한 때에는 작성명의인의 수대로 수개의 문서위조죄가 성립하고 또 그 연명문서를 위조하는 행위는 자연적 관찰이나 사회통념상 하나의 행위라 할 것이어서 위 수개의 문서위조죄는 형법 제40조가 규정하는 상상적 경합범에 해당한다).

③ 대판 2006.10.27, 2004도6503 ④ 대판 2022.10.27, 2022도8806

정답 ②

23 죄수 관계에 관한 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ㉠ 저작권법은 제140조 단서 제1호에서 영리를 목적으로 또는 상습적으로 저작재산권 침해 범행을 한 경우에는 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있으므로, 피고인들이 저작재산권 침해 방조행위를 하였고 피고인들에게 영리 목적 또는 상습성이 인정된다면 다수 저작권자의 다수 저작물 전체에 대한 피고인들의 범행 전체에 대하여 하나의 포괄일죄가 성립한다.
- ㉡ 등록을 하지 아니하고 다단계판매조직을 개설·관리·운영한 자를 처벌하는 방문판매 등에 관한 법률 제13조 제1항 위반죄와 무등록 다단계판매업 영업행위를 통하여 금전을 수입한 유사수신행위를 처벌하는 유사수신행위의 규제에 관한 법률 제3조, 제2조 각 호의 위반죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ㉢ 단순배임죄와 사기죄는 그 구성요건을 달리하는 별개의 범죄이고 형법상으로도 각각 별개의 장에 규정되어 있으므로, 1개의 행위에 관하여 사기죄와 단순배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 때에는 양 죄를 상상적 경합관계로 보아야 한다.
- ㉣ 공무원이 취급하는 사건에 관하여 청탁 또는 알선을 할 의사와 능력이 없는데도 청탁 또는 알선을 한다고 기망하고 금품을 교부받은 경우 사기죄와 변호사법위반죄가 성립하는데, 양 죄는 구성요건과 보호법익을 달리하여 법률상 1개의 행위로 평가되는 경우에 해당하지 않으므로, 양 죄를 상상적 경합관계로 볼 것이 아니라 실체적 경합관계로 보아야 한다.
- ㉤ 타인의 사무를 처리하는 자가 여러 사람으로부터 각각 부정한 청탁을 받고 그들로부터 각각 금품을 수수한 경우 만일 그 청탁이 동종의 것이라고 한다면 이는 단일하고 계속된 범의 아래 이루어진 범행에 해당하므로 그 전체를 포괄일죄로 보아야 한다.

① 1개

② 2개

③ 3개

④ 4개

⑤ 5개

해설 ㉠ × : 포괄일죄 ×, (실체적) 경합범 ○(대판 2012.5.10, 2011도12131 ∴ 상습범 가중처벌하는 별도의 규정 ×)

㉡ × : 상상적 경합관계 ×, 실체적 경합관계 ○(대판 2001.12.24, 2001도205 ∴ 구성요건과 보호법익을 달리하므로 법률상 1개의 행위로 평가되는 경우에 해당 ×)

㉢ ○ : 대판 2002.7.18, 2002도669 전원합의체

㉣ × : 상상적 경합관계 ○, 실체적 경합관계 ×(대판 2006.1.27, 2005도8704 ∴ 법률상 1개의 행위로 평가되는 경우에 해당 ○)

㉠ × : 타인의 사무를 처리하는 자가 여러 사람으로부터 각각 부정한 청탁을 받고 그들로부터 각각 금품을 수수한 경우에는 비록 그 청탁이 동종의 것이라고 하더라도 단일하고 계속된 범의 아래 이루어진 범행으로 보기 어려워 그 전체를 포괄일죄로 볼 수 없다(대판 2008.12.11, 2008도6987).

정답 ④

p.234 문제 09번 다음에 추가(문제 10~12), 최신판례 추가

10 죄수(罪數)에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 7급 검찰

- ① 상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 여러 개의 구성요건을 충족하는 경우를 말하고, 법조경합은 1개의 행위가 외관상 여러 개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다.
- ② 무면허운전으로 인한 도로교통법위반죄에 관해서는 어느 날에 운전을 시작하여 다음 날까지 동일한 기회에 일련의 과정에서 계속 운전을 한 경우 등 특별한 경우를 제외하고는 사회통념상 운전한 날을 기준으로 운전한 날마다 1개의 운전행위가 있다고 보는 것이 상당하므로, 운전한 날마다 무면허운전으로 인한 도로교통법위반의 1죄가 성립한다고 보아야 한다.
- ③ 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 별개의 후행범죄를 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 확정 전에 범하여졌다면 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄와 재심판결이 확정된 선행범죄 사이에는 형법 제37조 후단에서 정한 경합범 관계가 성립한다.
- ④ 형법 제37조 후단 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항에 따라 형을 감경할 때에도 법률상 감경에 관한 형법 제55조 제1항이 적용되어 유기징역을 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1 미만으로는 감경할 수 없다.

해설 ① 대판 2011.11.24, 2010도8568

② 대판 2022.10.27, 2022도8806

③ × : 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 별개의 후행범죄를 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 후행범죄가 그 재심대상판결에 대한 재심판결 확정 전에 범하여졌다 하더라도 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄는 재심심판절차에서 재심대상이 된 선행범죄와 함께 심리하여 동시에 판결할 수 없었으므로 후행범죄와 재심판결이 확정된 선행범죄 사이에는 형법 제37조 후단 경합범이 성립하지 않고, 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 없다(대판 2019.6.20, 2018도20698 전원합의체).

④ 대판 2019.4.18, 2017도14609 전원합의체

정답 ③

11 죄수론에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ㉠ 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다고 하더라도 그러한 폭행행위가 이른바 ‘불가벌적 수반행위’에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다.
- ㉡ 형법 제37조 후단, 제39조 제1항의 문언과 입법 취지 등에 비추어 보면, 아직 판결을 받지 않은 죄가 이미 판결이 확정된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경우라 하더라도 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형을 선고하거나 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 해석함이 타당하다.
- ㉢ 피해신고를 받고 출동한 두 명의 경찰관에게 욕설을 하면서 순차로 폭행을 하여 경찰관의 정당한 직무집행을 방해한 경우 포괄하여 하나의 공무집행방해죄가 성립한다.
- ㉣ 상습사기죄에 있어서의 사기행위의 습벽은 행위자의 사기 습벽의 발현으로 인정되는 한, 동종의 수법에 의한 사기범행의 습벽만을 의미하는 것이 아니라 이종의 수법에 의한 사기 범행을 포괄하는 사기의 습벽도 포함한다.

① ㉠, ㉡

② ㉡, ㉢

③ ㉢, ㉣

④ ㉡, ㉢, ㉣

해설 ㉠ ○ : 대판 2012.10.11, 2012도1895

㉡ × : ~ (2줄) 동시에 판결할 수 없었던 경우, 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형을 선고하거나 그 형을 감경 또는 면제할 수 없다(대판 2012.9.27, 2012도9295).

㉢ × : 공무집행방해죄의 상상적 경합 ○, 포괄일죄 ×(대판 2009.6.25, 2009도3505)

㉣ ○ : 대판 1999.11.26, 99도3929

정답 ②

12 죄수에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 변호사시험

- ㉠ 수인의 피해자에 대하여 1개의 기망행위를 통해 각각 재물을 편취한 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 피해자별로 독립한 사기죄가 성립하고 각 사기죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ㉡ 절도범으로부터 장물보관 의뢰를 받은 자가 그 정을 알면서 이를 인도받아 보관하고 있다가 임의처분한 경우, 이러한 횡령행위는 장물죄의 불가벌적 사후행위에 불과하여 별도의 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ㉢ 회사 명의의 합의서를 임의로 작성·교부한 행위에 의해 회사에 재산상 손해를 가하였다면, 사문서위조죄 및 그 행사죄와 업무상 배임죄는 실체적 경합관계에 있다.
- ㉣ 2인 이상의 작성명의인이 연명으로 서명·날인한 문서를 하나의 행위로 위조한 때에는 작성명의인의 수에 해당하는 문서위조죄의 상상적 경합범에 해당한다.
- ㉤ 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 별개의 후행범죄를 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 후행범죄와 재심판결이 확정된 선행범죄 사이에는 형법 제37조 후단에서 정한 경합범이 성립한다.

- ① ㉠(○), ㉡(×), ㉢(×), ㉣(○), ㉤(○)
 ② ㉠(○), ㉡(○), ㉢(○), ㉣(×), ㉤(×)
 ③ ㉠(○), ㉡(○), ㉢(×), ㉣(○), ㉤(×)
 ④ ㉠(×), ㉡(○), ㉢(○), ㉣(○), ㉤(○)
 ⑤ ㉠(×), ㉡(×), ㉢(×), ㉣(×), ㉤(○)

해설 ㉠ ○ : 대판 1990.1.25, 89도252

㉡ ○ : 대판 2004.4.9, 2003도8219

㉢ × : 회사 명의의 합의를 임의로 작성·교부한 행위에 대하여 약식명령이 확정된 사문서위조 및 그 행사의 범죄사실과 그로 인하여 회사에 재산상 손해를 가하였다는 업무상 배임의 공소사실은 그 객관적 사실관계가 하나의 행위이므로 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우로서 형법 제40조에 정해진 상상적 경합관계에 있다(대판 2009.4.9, 2008도5634).

㉣ ○ : 대판 1987.7.21, 87도564

㉤ × : ~ 경합범이 성립하지 않는다(대판 2019.6.20, 2018도20698 전원합의체).

정답 ③

최신판례

재심의 대상이 된 범죄(이하 '선행범죄'라 한다)에 관한 유죄 확정판결(이하 '재심대상판결'이라 한다)에 대하여 재심이 개시되어 재심판결에서 다시 금고 이상의 형이 확정되었다면, 재심대상판결 이전 범죄는 선행범죄와 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있지만, 재심대상판결 이후 범죄는 선행범죄와 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있지 아니하므로, 재심대상판결 이전 범죄와 재심대상판결 이후 범죄 사이에는 형법 제37조 전단의 경합범 관계가 성립하지 않고, 그 각 범죄에 대해 별도로 형을 정하여 선고하여야 한다(대판 2023.11.16, 2023도10545).

p.245 하단 22번 판례 아래 추가(23~25)

23. 부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특별법 제6조 제1항, 제3조 제1항, 제2조 제3호에서 정한 몰수·추징의 원인이 되는 범죄사실은 공소제기된 범죄사실에 한정되고, '범죄피해재산'은 그 공소제기된 범죄사실 피해자로부터 취득한 재산 또는 그 재산의 보유·처분에 의하여 얻은 재산에 한정되며, 그 피해자의 피해회복이 심히 곤란하다고 인정되는 경우(범죄피해자가 그 재산에 관하여 범인에 대한 재산반환청구권 또는 손해배상청구권 등을 행사할 수 없는 등)에만 몰수·추징이 허용된다(대판 2022.11.17, 2022도8662). 23. 법원행시
24. 도박공간을 개설한 자가 도박에 참가하여 얻은 수익은 도박공간개설을 통하여 간접적으로 얻은 이익에 당연히 포함된다고 보기 어려우므로, 전체 범죄수익 중 피고인이 직접 도박에 참가하여 얻은 수익은 도박공간개설의 범죄로 인한 추징 대상에서 제외하고 그 차액만을 추징하여야 한다(대판 2022.12.29, 2022도8592). 24. 법원행시
25. 뇌물수수나 알선수수에 이용된 공급계약이 실제 공급이 없는 형식적 계약에 불과하여 부가가치세 과세대상이 아니라면 그에 관한 납세의무가 없으므로, 설령 부가가치세 명목의 금전을 포함한 대가를 받았다고 하더라도 그 일부를 부가가치세로 거래 징수하였다고 할 수 없어 수수한 금액 전부가 범죄로 얻은 이익에 해당하여 추징대상이 되며, 그 후에 이를 부가가치세로 신고·납부하였다고 하더라도 달리 볼 수 없다(대판 2015.1.15, 2012도7571). 24. 법원행시

p.256 문제 18번 다음에 추가(문제 19~21)

19 형법 제48조 몰수·추징에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 7급 검찰

- ① 몰수 또는 이에 갈음하는 추징은 부가형적 성질을 가지므로 그 주형에 대하여 선고를 유예하지 아니하면서 이에 부가할 몰수·추징에 대하여서만 선고를 유예할 수는 없다.
- ② 범죄실행행위의 착수 전의 행위 또는 실행행위의 종료 후에 사용한 물건이더라도 그것이 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 한, 몰수의 대상인 범죄행위에 제공한 물건에 포함된다.
- ③ 추징 가액의 산정은 특별한 사정이 없는 한 재판선고시의 가격을 기준으로 하여야 한다.
- ④ 피고인이 범죄행위에 이용한 웹사이트는 범죄행위에 제공된 무형의 재산에 해당하여 몰수할 수는 없지만, 범죄행위에 이용한 웹사이트 매각을 통하여 취득한 대가는 범죄행위로 인하여 생겼거나 이로 인하여 취득한 물건의 가액에 해당하므로 추징의 대상이 된다.

해설 ① 대판 1988.6.21, 88도551

② 대판 2006.9.14, 2006도4075

③ 대판 1991.5.28, 91도352

④ × : 피고인이 범죄행위에 이용한 웹사이트 매각을 통해 취득한 대가는 형법 제48조 제1항 제2호, 제2항이 규정한 추징의 대상에 해당하지 않는다(대판 2021.10.14, 2021도7168 ∴ 위 웹사이트는 범죄행위에 제공된 무형의 재산에 해당할 뿐 형법 제48조 제1항 제2호에서 정한 '범죄행위로 인하여 생(生)하였거나 이로 인하여 취득한 물건'에 해당하지 않으므로).

정답 ④

20 몰수와 추징에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 변호사시험

- ① 공소사실이 인정되지 않는 경우에 이와 관련되지 않은 범죄사실을 법원이 인정하여 몰수·추징을 선고하는 것은 불고불리의 원칙에 위반된다.
- ② 수뢰자가 자기앞수표를 뇌물로 받아 이를 소비한 후 자기앞수표 상당액을 증뢰자에게 반환하였다 하더라도 뇌물 그 자체를 반환한 것은 아니므로 이를 몰수할 수 없고 수뢰자로부터 그 가액을 추징하여야 한다.
- ③ 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여한 것으로 인정된다고 하더라도, 실행행위의 착수 전 또는 실행행위 종료 후의 행위에 사용되었을 뿐 범죄의 실행행위 자체에 사용되지 않은 물건은 몰수·추징의 대상인 '범죄행위에 제공한 물건'에 포함될 수 없다.
- ④ 몰수·추징이 공소사실과 관련이 있다 하더라도 그 공소사실에 관하여 이미 공소시효가 완성된 경우에는 몰수·추징을 할 수 없다.
- ⑤ 甲이 공무원 직무에 속한 사향의 알선에 관하여 1억원을 받았으나 그중 3,000만원을 받은 취지에 따라 청탁과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물로 공여한 경우라면, 甲으로부터는 이를 제외한 나머지 7,000만원만 몰수·추징할 수 있다.

해설 ① 대판 2010.5.13, 2009도11732

② 대판 1999.1.29, 98도3584

③ × : 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여한 것으로 인정된다면, 실행행위의 착수 전 또는 실행행위 종료 후의 행위에 사용되었을 뿐 범죄의 실행행위 자체에 사용되지 않은 물건은 몰수·추징의 대상인 '범죄행위에 제공한 물건'에 포함될 수 있다(대판 2006.9.14, 2006도4075).

④ 대판 1992.7.28, 92도700

⑤ 대판 2002.6.14, 2002도1283

정답 ③

21 몰수 또는 추징에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ㉠ 성매매알선 행위자인 피고인들이 자신의 성매매알선영업에 필요한 장소인 오피스텔 각 호실을 임차하기 위해 보증금을 임대인에게 지급한 행위가 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제2조 제1항 제2호 중 (다)목의 행위태양에 해당하는 '성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금을 제공하는 행위'에 해당한다고 보기 어려우므로, 위 오피스텔 각 호실에 관한 임대차보증금반환채권은 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률에 따른 몰수의 대상이 되지 않는다.
- ㉡ 도박공간을 개설한 자가 도박에 참가하여 얻은 수익은 도박공간개설을 통하여 간접적으로 얻은 이익에 당연히 포함된다고 보기 어려우므로, 전체 범죄수익 중 피고인이 직접 도박에 참가하여 얻은 수익은 도박공간개설의 범죄로 인한 추징 대상에서 제외하고 그 차액만을 추징하여야 한다.
- ㉢ 피고인들의 범죄행위가 피고인들이 사업장폐기물배출업체로부터 인수받은 폐기물을 폐기물관리법에 따라 허가 또는 승인을 받거나 신고한 폐기물처리시설이 아닌 곳에 매립하였다는 점이라면, 피고인들이 사업장폐기물배출업체로부터 받은 돈을 형법 제48조 소정의 몰수·추징의 대상으로 보기 위해서는 피고인들이 폐기물을 불법적으로 매립할 목적으로 사업장폐기물배출업체로부터 돈을 지급받고 폐기물을 인수하였다는 정도를 넘어 위 돈이 피고인들과 사업장폐기물배출업체 사이에 피고인들의 범죄행위를 전제로 수수되었다는 점이 인정되어야 한다.
- ㉣ 뇌물수수나 알선수재에 이용된 공급계약이 실제 공급이 없는 형식적 계약에 불과하여 부가가치세 과세대상이 아니라고 하더라도 부가가치세 명목의 금전을 포함한 대가를 받은 다음 이를 실제로 부가가치세로 신고·납부하였다면 부가가치세 상당액은 추징 대상에서 제외하여야 한다.
- ㉤ 마약류 관리에 관한 법률상의 추징은 징벌적 성질을 가진 처분이므로 甲이 취급한 필로폰 1.7g 중 乙이 甲으로부터 교부받아 소지하고 있다가 압수당한 필로폰 1.55g과 甲이 소지하고 있다가 압수당한 필로폰 0.12g을 몰수하는 경우 甲으로부터는 그 취급한 범위 내에서 가액 전부인 1.7g의 투약분 상당의 가액을 추징하여야 한다.

① 없음

② 1개

③ 2개

④ 3개

⑤ 4개

해설 ㉠ × : ~ (4줄) 자금을 제공하는 행위'에 해당하므로, 위 오피스텔 각 호실에 관한 임대차보증금반환채권은 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률에 따른 몰수의 대상이 된다(대판 2020.10.15, 2020도960).

㉡ ○ : 대판 2022.12.29, 2022도8592

㉢ ○ : 대판 2021.7.21, 2020도10970

㉣ × : 뇌물수수나 알선수재에 이용된 공급계약이 실제 공급이 없는 형식적 계약에 불과하여 부가가치세 과세대상이 아니라면 그에 관한 납세의무가 없으므로, 설령 부가가치세 명목의 금전을 포함한 대가를 받았다고 하더라도 그 일부를 부가가치세로 거래 징수하였다고 할 수 없어 수수한 금액 전부가 범죄로 얻은 이익에 해당하여 추정대상이 되며, 그 후에 이를 부가가치세로 신고·납부하였다고 하더라도 달리 볼 수 없다(대판 2015.1.15, 2012도7571).

㉤ × : 마약류 관리에 관한 법률상의 추징은 징벌적 성질을 가진 처분이므로 마약류의 소유자나 최종 소지인 뿐만 아니라 동일한 마약류를 취급한 자들에 대하여도 그 취급한 범위 내에서 가액 전부의 추징을 명하여야 하지만, 그 소유자나 최종 소지인으로부터 마약류의 전부 또는 일부를 몰수하였다면 다른 취급자들과의 관계에 있어서도 실질상 이를 몰수한 것과 마찬가지이므로 그 몰수된 마약류의 가액 부분은 이를 추징할 수 없다[대판 2009.6.11, 2009도2819 ∴ ㉠으로부터는 위 몰수 부분(1.65g+ 0.12g)을 제외한 나머지(1.7g-1.67g) 0.03g의 투약분에 대하여만 그 가액을 추징하여야 한다].

정답 ④

p.270 문제 07번 다음에 추가(문제 08~09)

08 자수에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 반의사불벌죄를 저지른 자가 피해자에게 죄를 자복하였을 경우와 달리 죄를 지은 후 수사기관에 자수한 경우에는 형을 감경하거나 면제할 수 있다.
- ② 법률상의 형의 감경사유가 되는 자수를 위하여는 법적으로 요건을 완전히 갖춘 범죄행위라고 적극적으로 인식하고 있을 필요가 있다.
- ③ 형법 제52조 제1항에서 말하는 '자수'란 범행이 발각된 후에 수사기관에 자진 출석하여 범죄사실을 자백한 경우도 포함하나, 그 후에 범인이 반복하여 수사기관이나 법정에서 범행을 부인하는 경우라면 일단 발생한 자수의 효력은 소멸한다.
- ④ 자수서를 소지하고 수사기관에 출석하였으나 조사를 받으면서 자수서를 제출하지 아니하고 범행사실을 부인하였다면 자수가 성립한다고 볼 수 없고, 그 이후 구속까지 된 상태에서 자수서를 제출하고 제4회 피의자신문 당시 범행사실을 시인한 것은 자수에 해당하지 않는다.

해설 ① × : ~ 자복하였을 경우와 동일하게(달리 ×) 죄를 지은 후 수사기관에 자수한 경우에는 형을 감경하거나 면제할 수 있다(제52조 제2항과 제1항).

② × : ~ 있을 필요가 없다(대판 1995.6.30, 94도1017).

③ × : ~ (3줄) 범행을 부인하는 경우라도 일단 발생한 자수의 효력이 소멸하는 것은 아니다(대판 1999.7.9, 99도1695).

④ ○ : 대판 2004.10.14, 2003도3133

정답 ④

09 형법상 형의 가중, 감경 또는 면제에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 법원행시

- ㉠ 형을 가중·감경할 사유가 경합하는 경우에는 ‘각칙 조문에 따른 가중, 누범 가중, 제34조 제2항에 따른 가중, 법률상 감경, 경합범 가중, 정상참작감경’의 순서에 따른다.
- ㉡ 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자 간의 제323조(권리행사방해)의 죄는 그 형을 감경 또는 면제한다.
- ㉢ 형법 제52조 제1항 소정의 자수란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시를 함으로써 성립하는 것이므로, 일단 자수가 성립한 이상 자수의 효력은 확정적으로 발생하고 그 후에 범인이 반복하여 수사기관이나 법정에서 범행을 부인한다고 하더라도 일단 발생한 자수의 효력이 소멸하는 것은 아니다.
- ㉣ 무기징역 또는 무기금고를 감경할 때에는 10년 이상 50년 이하의 징역 또는 금고로 한다.
- ㉤ 형법 제152조(위증, 모해위증)의 죄를 범한 자가 그 공술한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제하고, 제324조의 2(인질강요) 또는 제324조의 3(인질상해·치상)의 죄를 범한 자 및 그 죄의 미수범이 인질을 안전한 장소로 풀어준 때에는 그 형을 감경할 수 있다.

- ① 없음
- ② 1개
- ③ 2개
- ④ 3개
- ⑤ 4개

해설 ㉠ × : ~ ‘각칙 조문에 따른 가중, 제34조 제2항에 따른 가중, 누범 가중, 법률상 감경, 경합범 가중, 정상참작감경’의 순서에 따른다(제56조).

㉡ × : ~ 그 형을 면제(감경 ×)한다(제328조 제1항).

㉢ ○ : 대판 2004.10.14, 2003도3133

㉣ ○ : 제55조 제1항 제2호

㉤ ○ : 제153조, 제324조의 6

정답 ③

p.271 상단 “관련조문” 일부 추가

관련조문

제57조 【판결선고 전 구금일수의 통산】 ① 판결선고 전의 구금일수는 그 전부(일부 ×)를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다(산입할 수 있다 ×). 17. 법원행시, 18. 7급 검찰, 19. 23. 9급 검찰·마약수사·철도경찰

② 전항의 경우에는 구금일수의 1일은 징역, 금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류의 기간의 1일로 계산한다.

p.272 상단 “관련조문” 일부 추가

관련조문

제8조 【판결의 공시】 ① 피해자(피고인 ×)의 이익을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 피해자(피고인 ×)의 청구가 있는 경우에 한하여 피고인(피해자 ×)의 부담으로 판결공시의 취지를 선고할 수 있다.
 ② 피고사건에 대하여 무죄의 판결을 선고하는 경우에는 무죄판결공시의 취지를 선고하여야 한다(필요적). 다만, 무죄판결을 받은 피고인이 무죄판결공시 취지의 선고에 동의하지 아니하거나 피고인의 동의를 받을 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다. 16. 사시, 16·17. 법원행시, 19. 순경 1차
 ③ 피고사건에 대하여 면소의 판결을 선고하는 경우에는 면소판결공시의 취지를 선고할 수 있다(임의적). 16. 사시·법원행시

p.291 문제 16번 다음에 추가

17 집행유예 및 선고유예에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 3년 이하의 징역이나 금고의 형을 선고할 경우에 형법 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있지만, 500만원 이하의 벌금형을 선고할 경우에는 집행유예를 선고할 수 없다.
- ② 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 두 개의 범죄에 대하여 하나의 판결로 두 개의 자유형을 선고하는 경우에 형법 제62조 제1항에 정한 집행유예의 요건에 해당하더라도 그 두 개의 징역형 중 하나의 징역형에 대하여는 실형을 선고하면서 다른 징역형에 대하여 집행유예를 선고하는 것은 허용되지 아니한다.
- ③ 1천만원의 벌금형을 선고할 경우에 형법 제51조의 사항을 고려하여 뉘우치는 정상이 뚜렷하고 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 없다면 그 형의 선고를 유예할 수 있다.
- ④ 법원이 집행유예 또는 선고유예를 하는 경우에 보호관찰을 받을 것을 명하거나, 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있다.

해설 ① × : 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다(제62조 제1항).

② × : 제37조 후단의 경합범 관계(사후적 경합범)에 있는 죄에 대하여 제39조 제1항에 의하여 1개의 판결로 2개의 징역형을 선고하는 경우 각각 집행유예를 선고할 수도 있고, 1개는 실형을 선고하면서 다른 하나는 집행유예를 선고할 수도 있다(대판 2002.2.26. 2000도4637).

③ ○ : 집행유예(500만원 이하의 벌금)와 달리 선고유예는 벌금의 금액을 불문하므로 옳다(제59조 제1항).

④ × : 집행유예 ⇨ 보호관찰 ○, 사회봉사 또는 수감명령 ○
 선고유예 ⇨ 보호관찰 ○, 사회봉사 또는 수감명령 ×

정답 ③

p.292 “관련조문” 교체

관련조문

〈형의 시효〉

제77조 【형의 시효의 효과】 형(사형은 제외한다)을 선고받은 사람에 대해서는 시효가 완성되면 그 집행이 면제된다(▶ 주의 : 형의 선고는 효력을 잃는다 ×).

제78조 【형의 시효의 기간】 시효는 형을 선고하는 재판이 확정된 후 그 집행을 받지 아니하고 다음 각 호의 구분에 따른 기간이 지나면 완성된다.

1. 삭제<2023. 8. 8>(▶ 사형 : 30년 ⇨ 삭제)
2. 무기의 징역 또는 금고 : 20년
3. 10년 이상의 징역 또는 금고 : 15년
4. 3년 이상의 징역이나 금고 또는 10년 이상의 자격정지 : 10년
5. 3년 미만의 징역이나 금고 또는 5년 이상의 자격정지 : 7년(5년 ×)
6. 5년 미만의 자격정지, 벌금, 몰수 또는 추징 : 5년(3년 ×)
7. 구류 또는 과료 : 1년

제79조 【시효의 정지】 ① 시효는 형의 집행의 유예나 정지 또는 가석방 기타 집행할 수 없는 기간은 진행되지 아니한다. 13. 법원행시, 24. 경찰간부

② 시효는 형이 확정된 후 그 형의 집행을 받지 아니한 사람이 형의 집행을 면할 목적으로 국외에 있는 기간 동안은 진행되지 아니한다. 17·22. 순경 2차, 24. 경찰간부

제80조 【시효의 중단】 시효는 사형, 징역, 금고와 구류에 있어서는 수형자를 체포한 때, 벌금, 과료, 몰수 및 추징의 경우에는 강제처분을 개시한 때에 중단된다. 13. 법원직, 17. 순경 2차

〈형의 소멸〉

제81조 【형의 실효】 징역 또는 금고의 집행을 종료하거나 집행이 면제된 자가 피해자의 손해를 보상하고 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 7년을 경과한 때에는 본인 또는 검사의 신청에 의하여 그 재판의 실효를 선고할 수 있다. 17. 순경 2차, 21. 법원직·7급·9급 검찰

제82조 【복권】 자격정지의 선고를 받은 자가 피해자의 손해를 보상하고 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 정지기간의 2분의 1을 경과한 때에는 본인 또는 검사의 신청에 의하여 자격의 회복을 선고할 수 있다. 14. 법원행시, 17. 순경 2차

〈형의 기간〉

제83조 【기간의 계산】 연 또는 월로 정한 기간은 연 또는 월 단위로 계산한다.

제84조 【형기의 기산】 ① 형기는 판결이 확정된 날로부터 기산한다.

② 징역, 금고, 구류와 유치에 있어서는 구속되지 아니한 일수는 형기에 산입하지 아니한다.

제85조 【형의 집행과 시효기간의 초일】 형의 집행과 시효기간의 초일은 시간을 계산함이 없이 1일로 산정한다.

제86조 【석방일】 석방은 형기종료일에 하여야 한다.

p.293 문제 02번 다음에 추가

03 형의 시효 · 소멸에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ① 3년 미만의 징역이나 금고 또는 5년 이상의 자격정지의 형을 선고하는 재판이 확정된 후 그 집행을 받지 아니하고 7년의 기간이 지나면 형의 시효는 완성된다.
- ② 징역형의 집행유예와 벌금형의 병과를 선고받은 자에 대하여 징역형의 집행유예의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있었다면 그 벌금형 역시 선고의 효력이 상실된다.
- ③ 형의 시효는 형의 집행의 유예나 정지 또는 가석방 기타 집행할 수 없는 기간은 진행되지 아니한다.
- ④ 형의 시효는 형이 확정된 후 그 형의 집행을 받지 아니한 자가 형의 집행을 면할 목적으로 국외에 있는 기간 동안은 진행되지 아니한다.

해설 ① 제78조 제5호

② × : 징역형의 집행유예와 벌금형이 병과된 신청인에 대하여 징역형의 집행유예의 효력을 상실케 하는 내용의 특별사면이 있는 경우, 그 특별사면의 효력이 병과된 나머지 형에까지 미치는 것은 아니므로 그 벌금형의 선고의 효력까지 상실케 하는 것은 아니다(대결 1997.10.13, 96모33).

③ 제79조 제1항

④ 제79조 제2항

정답 ②

p.302 문제 16번 다음에 추가(문제 17~19)

17 형벌에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 변호사시험

- ㉠ 경합범의 처벌에 관한 형법 제38조 제1항 제3호에 의하여 징역형과 벌금형을 병과하는 경우에 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 않는 것은 위법하다.
- ㉡ 2020. 7. 1. 무고죄로 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받고 그 판결이 같은 달 9. 확정된甲이 2021. 6. 1. 상습도박죄를 범하여 같은 해 11. 1. 유죄판결을 선고받는 경우, 법원은甲에게 상습도박죄에 대한 집행유예는 선고할 수 없다.
- ㉢ 물수에 관한 형법 제48조 제1항의 '범인'에는 공범자도 포함되므로 피고인의 소유물은 물론 공범자의 소유물도 그 공범자의 소추 여부를 불문하고 몰수할 수 있다.
- ㉣ 사기도박에 참여하도록 유인하기 위하여 고액의 수표를 제시해 보인 경우라도 그 수표가 직접적으로 도박자금으로 사용되지 않았다면 몰수할 수 없다.
- ㉤ 강도상해의 범행에 대하여 자수한 사안에서 법원이 자수감경을 하지 않았거나 자수감경 주장에 대한 판단을 하지 않았다고 해도 위법하다고 할 수 없다.

① ㉠(○), ㉡(○), ㉢(×), ㉣(×), ㉤(○)

② ㉠(×), ㉡(×), ㉢(○), ㉣(○), ㉤(×)

③ ㉠(○), ㉡(○), ㉢(×), ㉣(×), ㉤(×)

④ ㉠(×), ㉡(○), ㉢(○), ㉣(×), ㉤(○)

⑤ ㉠(×), ㉡(×), ㉢(○), ㉣(○), ㉤(○)

해설 ㉠ × : ~ 것은 위법하다고 할 수는 없다(대판 2006.3.23, 2006도1076).

㉡ ○ : 대판 2007.2.8, 2006도6196

㉢ ○ : 대판 2006.11.23, 2006도5586

㉣ × : ~ 않았더라도 몰수할 수 있다(대판 2002.9.24, 2002도3589).

㉤ ○ : 대판 2001.4.24, 2001도872

정답 ④

18 형벌에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

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, 방조범에 해당하는 자는 포함되나 필요적 공범관계에 있는 자는 포함되지 않는다.

② 형법 제48조 제1항 제1호의 '범죄행위에 제공하려고 한 물건'은 범죄행위에 사용하려고 준비하였으나 실제 사용하지 못한 물건을 의미하며, 어떠한 물건을 '범죄행위에 제공하려고 한 물건'으로서 몰수하기 위해서는 그 물건이 유죄로 인정되는 당해 범죄행위에 제공하려고 한 물건임이 인정되어야 한다.

③ 형법은 벌금형의 집행유예는 인정하나, 벌금형의 선고유예는 인정하지 않는다.

④ 수뢰자가 뇌물로 받은 수표를 은행에 예금한 후 그 수표금액에 상당하는 금전을 찾아 증뢰자에게 반환한 경우, 증뢰자로부터 그 가액을 추징하여야 한다.

해설 ① × : ~ (3줄) 방조범에 해당하는 자는 물론 필요적 공범관계에 있는 자도 포함된다(대판 2006.11.23, 2006도5586).

② ○ : 대판 2008.2.14, 2007도10034

③ × : 벌금형의 선고유예 ○(제59조 제1항), 500만원 이하의 벌금형의 집행유예 ○(제62조 제1항)

④ × : ~ (2줄) 반환한 경우, 수뢰자(증뢰자 ×)로부터 그 가액을 추징하여야 한다(대판 1999.1.9, 98도3584).

정답 ②

19 형법에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 법원행시

- ㉠ 형법이 집행유예 기간의 시기에 관하여 명문의 규정을 두고 있지는 않으므로, 형의 집행유예를 할 때 집행유예기간의 시기(始期)는 법원이 재량으로 정할 수 있다.
- ㉡ 집행유예 기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효, 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고가 가능하다.
- ㉢ 법관이 임의적 감경사유 존재에 따라 징역형에 대해 법률상 감경을 하는 경우 형법 제55조 제1항 제3호에 따라 법정형의 상한은 그대로 둔 채 하한만 2분의 1로 감경한 형의 범위가 임의적 처단형의 범위가 된다.
- ㉣ 법정형인 징역형과 벌금형 가운데서 벌금형을 선택하여 선고하면서 그에 대한 노역장유치기간을 환산한 결과 선택형의 하나로 되어 있는 징역형의 장기보다 유치기간이 더 길 수 있게 되었다 하더라도 위법하다고 볼 수 없다.
- ㉤ 형의 선고를 유예하는 경우에 재범방지를 위하여 지도 및 원호가 필요한 때에는 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다.

- ① ㉠, ㉡, ㉢ ② ㉡, ㉢, ㉤ ③ ㉠, ㉡, ㉢
 ④ ㉡, ㉢, ㉤ ⑤ ㉠, ㉢, ㉤

해설 ㉠ × : 형법이 집행유예기간의 시기에 관하여 명문의 규정을 두고 있지는 않지만 집행유예를 함에 있어 그 집행유예기간의 시기는 집행유예를 선고한 판결확정일로 하여야 하고 법원이 판결확정일 이후의 시점을 임의로 선택할 수는 없다(대판 2002.2.26, 2000도4637).

㉡ ○ : 대판 2007.2.8, 2006도6196

㉢ × : ~ (2줄) 제3호에 따라 법정형의 상한과 하한을 모두 2분의 1로 감경한 형의 범위가 임의적 처단형의 범위가 된다(대판 2021.1.21, 2018도5475 전원합의체).

㉣ ○ : 대판 2000.11.24, 2000도3945

㉤ ○ : 제59조의 2 제1항

정답 ④

[각론 I]

p.12 상단 “관련조문” ‘제251조’ 삭제, 끝줄 “▶” ‘영아살해(제251조)’ 삭제

관련조문

제250조 【살인, 존속살해】 ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

제251조 【영아살해】 삭제(2023. 8. 8)

제252조 【촉탁, 승낙에 의한 살인 등】 ① 사람의 촉탁이나 승낙을 받아 그를 살해한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

② 사람을 교사하거나 방조하여 자살하게 한 자도 제1항의 형에 처한다.

제253조 【위계 등에 의한 촉탁살인 등】 전조의 경우에 위계 또는 위력으로써 촉탁 또는 승낙하게 하거나 자살을 결의하게 한 때에는 제250조(제252조 제2항 자살교사죄 ×)의 예에 의한다.

제254조 【미수범】 제250조, 제252조 및 제253조의 미수범은 처벌한다.

제255조 【예비, 음모】 제250조(보통살인·존속살해)와 제253조(위계·위력에 의한 살인죄)의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

▶ 촉탁·승낙살인(제252조 제1항), 자살교사·방조(제252조 제2항) ⇨ 예비·음모 ×

p.13 테마 해설 ㉠ 교체

㉠ × : 영아살해죄가 삭제(2023. 8. 8)되어 살인죄에서 영아는 사람이므로 (보통)살인죄를 구성한다.

18. 법원행시·순경 3차, 20. 수사경과, 21. 해경승진

p.14 문제 02번 지문 ② 수정, 해설 ③ 수정

② 형법 제251조 영아살해죄는 형법 개정으로 삭제되었다.

해설 ② 옳다(2023. 8. 8. 삭제).

p.17 문제 04번 지문박스 ㉠ 교체, 해설 ㉠ 교체

㉠ 사실상 동거하는 남녀 사이에 분만된 영아를 남자가 살해한 경우에 (보통)살인죄를 구성한다.

해설 ㉠ ○ : 옳다.

p.18 문제 06번 해설 ② 판례번호 삭제

② × : 보통살인죄 ○, 영아살해죄 ×

p.20 문제 10번 다음에 추가

11 생명과 신체에 대한 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 산부인과 의사 甲의 업무상 과실로 임신 32주의 임산부 A의 배 속에 있는 태아를 사망에 이르게 한 경우, 甲에게 A에 대한 업무상 과실치상죄가 성립할 수 없다.
- ② 甲이 인터넷 사이트 내 자살 관련 카페 게시판에 청산염 등 자살용 유독물의 판매공고를 하였더라도 그것이 단지 금원 편취 목적의 사기 행각의 일환으로 이루어졌고, 변사자들이 다른 경로로 입수한 청산염을 이용하여 자살하였다면, 甲의 행위는 자살방조죄에 해당하지 않는다.
- ③ 甲이 A를 살해하기 위하여 사람들을 고용하면서 그들에게 대가지급을 약속한 행위는 살인죄의 실현을 위한 준비행위에 이르렀다고 볼 수 있으므로, 甲에게 살인예비죄가 성립할 수 있다.
- ④ 甲이 7세, 3세 남짓한 어린 자식들에게 함께 죽자고 권유하여 물속에 따라 들어오게 해 결국 죽음에 이르게 했다 하더라도 甲이 자식들을 물속에 직접 밀어서 빠뜨리지 않은 이상, 甲에게 살인죄를 인정할 수 없다.

해설 ① 대판 2007.6.29, 2005도3832

② 대판 2005.6.10, 2005도1373

③ 대판 2009.10.29, 2009도7150

④ × : 살인죄(간접정범) ○(대판 1987.1.20, 86도2395 ∴ 살인죄의 범의 ○), 자살교사죄 ×, 위계에 의한 살인죄 ×

정답 ④

p.26 문제 07번 다음에 추가

08 상해의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ① 甲이 강간하려고 A의 반항을 억압하는 과정에서 주먹으로 A의 얼굴과 머리를 몇 차례 때려 A가 코피를 흘리고 콧등이 부은 경우라도, A가 병원치료를 받지 않아도 일상생활에 지장이 없고 또 자연적으로 치료될 수 있는 것이라면, 甲의 행위로 인해 A의 신체의 완전성이 손상되고 생활기능에 장애가 왔다거나 건강상태가 불량하게 변경되었다고 보기 어려워 강간치상죄의 '상해'에 해당하지 않는다.
- ② 상해죄에서 '상해'는 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하였는지를 객관적·일률적으로 판단할 것이 아니라 피해자의 신체·정신상의 구체적인 상태나 신체·정신상의 변화와 내용 및 정도를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
- ③ 피고인으로부터 왼쪽 젖가슴을 꼭 움켜잡힘으로 인하여 왼쪽 젖가슴에 약 10일간의 치료를 요하는 좌상을 입고, 심한 압통과 약간의 종창이 있어 그 치료를 위하여 병원에서 주사를 맞고 3일간 투약을 한 경우, 피해자는 위와 같은 상처로 인하여 신체의 건강상태가

불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되었다 할 것이어서 이는 강제추행치상죄에 있어서의 '상해'의 개념에 해당한다 할 것이다.

- ④ 오랜 시간 동안의 협박과 폭행을 이기지 못하고 실신한 피해자가 범인들이 불러온 구급차 안에서야 정신을 차리게 되었다면, 비록 외부적으로 어떤 상처가 발생하지 않았다고 하더라도 생리적 기능에 훼손을 입어 신체에 대한 '상해'가 있었다고 봄이 상당하다.

해설 ① × : ~ (2줄) 콧등이 부은 경우, 비록 A가 병원치료를 받지 않아도 일상생활에 지장이 없고 또 자연적으로 치료될 수 있는 것이라 하더라도 강간치상죄의 '상해'에 해당한다(대판 1991.10.22, 91도1832).
 ② 대판 2017.6.29, 2017도3196
 ③ 대판 2000.2.11, 99도4794
 ④ 대판 1996.12.10, 96도2529

정답 ①

p.32 문제 03번 다음에 추가

04 폭행의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 해경 3차, 24. 경찰간부

- ① 폭행죄에서 말하는 '폭행'이란 사람의 신체에 대하여 육체적·정신적으로 고통을 주는 유형력을 행사함을 뜻하는 것으로서 반드시 피해자의 신체에 접촉함을 필요로 하는 것은 아니다.
 ② 폭행죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 반의사불벌죄로서, 피해자가 사망한 경우, 그 상속인이 피해자를 대신하여 처벌불원의 의사표시를 할 수 없다.
 ③ 甲이 전화기를 이용하여 전화하면서 고성을 내거나 그 전화대화를 녹음 한 후 A에게 듣게 한 경우, 甲이 A의 청각기관을 자극하거나 고통을 느끼게 할 정도의 특수한 방법을 사용하였다는 특별한 사정이 없는 한 신체에 대한 유형력을 행사한 것으로 볼 수 없다.
 ④ 상대방의 시비를 만류하면서 조용히 얘기나 하자며 그의 팔을 2, 3회 끝은 행위는, 사람의 신체에 대한 불법한 공격으로 형법 제260조 제1항 소정의 폭행죄에 해당한다.

해설 ① 대판 2016.10.27, 2016도9302
 ② 대판 2010.5.27, 2010도2680
 ③ 대판 2003.1.10, 2000도5716
 ④ × : ~ (2줄) 불법한 공격이라 할 수 없어 형법 제260조 제1항 소정의 폭행죄에 해당하지 않는다(대판 1986.10.14, 86도1796)

정답 ④

p.44 문제 17번 다음에 추가(문제 18~21)

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

21. 법원행시

- ㉠ 마약사범이 비닐봉지에 담아 버리려고 했던 칼을 소지해 집을 나서다가 체포된 경우, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조(우범자)에서 말하는 '위험한 물건의 휴대'에 해당한다고 보기 어렵다.
- ㉡ 폭력 행위 당시 과도를 호주머니 속에 지니고 있었던 것에 불과한 이상, 이는 위험한 물건을 휴대한 경우에 해당한다고 보기 어렵다.
- ㉢ 직계존속인 피해자를 폭행하고, 상해를 가한 것이 존속에 대한 동일한 폭력습벽의 발현에 의한 것으로 인정되는 경우, 상습존속상해죄와 상습존속폭행죄가 각 성립하고, 위 두 죄는 실체적 경합범 관계에 있다.
- ㉣ 만나주지 않는다는 이유로 시정된 탁구장문과 주방문을 부수고 주방으로 들어가 방문을 열어 주지 않으면 모두 죽여버린다고 폭언하면서 시정된 방문을 수회 발로 찬 행위는 피해자들 신체에 대한 유형력의 행사로는 볼 수 없어 폭행죄에 해당한다고 보기 어렵다.
- ㉤ 피해자를 부딪칠 듯이 차를 조금씩 전진시키는 것을 반복하는 행위는 폭행죄에 해당한다고 할 수 없다.
- ㉥ 형법 제263조(동시범)는 '독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우 공동정범의 예에 의한다'고 규정하고 있다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개
④ 3개 ⑤ 4개

해설 ㉠ ○ : 대판 2008.7.24, 2008도2794(∵ 범행 현장에서 사용할 의도 아래 위험한 물건을 휴대 ×)
 ㉡ × : 위험한 물건을 휴대 ○(대판 1984.4.10, 84도353)
 ㉢ × : 상습존속상해죄(포괄일죄) ○, 실체적 경합범 ×(대판 2003.2.28, 2002도7335)
 ㉣ ○ : 대판 1984.2.14, 83도3186
 ㉤ × : ~ 해당한다(대판 2016.10.27, 2016도9302).
 ㉥ × : ~ 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의한다(제263조).

정답 ⑤

19 폭행의 죄에 있어서 '위험한 물건'에 해당하는 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 순경 1차

- ① 국회의원이 한미 자유무역협정 비준동의안의 국회 본회의 심리를 막기 위하여 의장석 앞 발언대 뒤에서 CS최루분말 비산형 최루탄 1개를 터뜨리고 최루탄 몸체에 남아있는 최루분말을 국회부의장에게 뿌린 경우, 그 최루탄과 최루분말
- ② 당구장에서 피해자가 시끄럽게 떠든다는 이유로, 주먹으로 피해자의 얼굴 부위를 1회 때리고 당구대 위에 놓여있던 당구공으로 피해자의 머리 부위를 툭툭 건드린 경우, 그 당구공
- ③ 경륜장 사무실에서 술에 취해 소란을 피우면서 소화기를 집어 던졌지만, 특정인을 겨냥하여 던진 것이 아니어서 피해자들이 상해를 입지 않은 경우, 그 소화기

- ④ 이혼 분쟁 과정에서 자신의 아들을 승낙 없이 중형자동차에 태우고 떠나려고 하는 피해자들 일행을 상대로 급하게 추격 또는 제지하는 과정에서 소형자동차로 중형자동차를 충격하였으나, 차량 속도가 빠르지 않았으며 상대방 차량의 손괴 정도나 피해자들이 입은 상해의 정도가 경미한 경우, 그 소형자동차

해설 • ‘위험한 물건’ ○ : ① 대판 2014.6.12, 2014도1894
 • ‘위험한 물건’ × : ② 대판 2008.1.17, 2007도9624 ③ 대판 2010.4.29, 2010도930 ④ 대판 2009.3.26, 2007도3520

정답 ①

20 상해와 폭행의 죄에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ① 직계존속인 피해자를 폭행하고, 상해를 가한 것이 존속에 대한 동일한 폭력 습벽의 발현에 의한 것으로 인정되는 경우, 그중 법정형이 더 중한 상습존속상해죄에 나머지 행위들을 포괄시켜 하나의 죄만이 성립한다.
- ② 군인 등이 대한민국의 국군이 군사작전을 수행하기 위한 근거지에서 군인 등을 폭행했다면 그곳이 대한민국의 영토 내인지, 외국군의 군사기지인지 등과 관계없이 군형법 제60조의 6 제1호에 따라 형법 제260조 제3항이 적용되지 않는다.
- ③ 특수폭행치상의 경우 형법 제258조의2(특수상해)의 신설에도 불구하고 종전과 같이 상해를 규율한 형법 제257조 제1항의 예에 의하여 처벌하는 것으로 해석함이 타당하다.
- ④ 형법 제263조의 동시범 규정은 강간치상죄에는 적용할 수 없으나, 상해치상죄에는 적용된다.
- ⑤ 피고인이 상습으로甲을 단순폭행하고, 어머니인乙을 존속 폭행한 경우 각 범행이 동일한 폭행 습벽의 발현에 의한 것으로 인정되는 경우, 그중 법정형이 더 중한 상습존속폭행죄에 나머지 행위를 포괄하여 하나의 죄만이 성립한다고 봄이 타당하나, 만일乙이 제1심 판결 선고 전에 처벌을 원하지 않는다는 의사를 밝힌 경우에는 상습존속폭행죄에 대하여 공소기각 판결을 선고하여야 한다.

해설 ① 대판 2003.2.28, 2002도7335
 ② 대판 2023.6.15, 2020도927
 ③ 대판 2018.7.24, 2018도3443
 ④ 대판 1984.4.24, 84도372
 ⑤ × : ~ (3줄) 성립한다고 봄이 타당하므로, 만일乙이 제1심판결 선고 전에 처벌을 원하지 않는다는 의사를 밝힌 경우에도 상습존속폭행죄에 대하여 공소기각 판결을 선고할 수 없다(대판 2018.4.24, 2017도10956 ∴ 상습존속폭행죄 ⇒ 반의사불벌죄 ×).

정답 ⑤

21 다음 중 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

- ① 폭행치사죄와 상해치사죄까지 형법 제263조(동시범)를 적용하면 피고인에게 불리한 유추적용이 되므로 동 규정의 적용은 배제되어야 한다.
- ② 공무집행방해죄에서의 '폭행'은 사람에 대한 유형력의 행사로 족하고 반드시 그 신체에 대한 것임을 요하지 아니하며, 또한 추상적 위험범으로서 구체적으로 직무집행의 방해라는 결과발생을 요하지도 아니한다.
- ③ 살인예비죄가 성립하기 위한 '준비행위'는 물적인 것에 한정되지 아니하며 특별한 정형이 있는 것도 아니어서 단순히 범행의 의사 또는 계획만으로도 충분하므로, 객관적으로 보아 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적 행위를 필요로 하는 것은 아니다.
- ④ 甲이 상습으로 A를 폭행하고, 자신의 어머니 B를 존속폭행하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 甲에게 폭행 범행을 반복하여 저지르는 습벽이 있고 이러한 습벽에 의하여 단순폭행, 존속폭행 범행을 저지른 사실이 인정된다면 단순폭행, 존속폭행의 각 죄별로 상습성을 판단하여야 한다.

해설 ① × : 폭행치사죄와 상해치사죄에도 제263조(동시범)가 적용된다(대판 2000.7.28, 2000도2466).

② ○ : 대판 2018.3.29, 2017도21537

③ × : ~ (2줄) 있는 것도 아니지만 단순히 범행의 의사 또는 계획만으로는 그것이 있다고 할 수 없고, 객관적으로 보아 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적 행위를 필요로 한다(대판 2009.10.29, 2009도7150).

④ × : ~ (3줄) 각 죄별로 상습성을 판단할 것이 아니라 포괄하여 그중 법정형이 가장 중한 상습존속폭행죄만 성립한다(대판 2018.4.24, 2017도10956).

정답 ②

p.51 “관련조문” ‘제272조’ 삭제, ‘제275조’ 일부 수정

관련조문

제271조 【유기, 존속유기】 ① 나이가 많거나 어림, 질병 그 밖의 사정으로 도움이 필요한 사람을 법률상 또는 계약상 보호할 의무가 있는 자가 유기한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 지은 경우에는 10년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제1항의 죄를 지어 사람의 **생명(신체 ×)에 위험을 발생**하게 한 경우(**중유기죄**)에는 7년 이하의 징역에 처한다.

④ 제2항의 죄를 지어 사람의 **생명(신체 ×)에 위험을 발생**하게 한 경우(**존속중유기죄**)에는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

제272조 【영아유기】 삭제(2023. 8. 8)

제273조 【학대, 존속학대】 ① 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람을 학대한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 전항의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

제274조 【아동혹사】 자기의 보호 또는 감독을 받는 16세 미만의 자를 그 생명 또는 신체에 위험한 업무에 사용할 영업자 또는 종업자에게 인도한 자는 5년 이하의 징역에 처한다. 그 인도를 받은 자도 같다.

제275조 【유기 등 치사상】 ① 제271조 또는 제273조의 죄를 범하여 사람을 상해에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제271조 또는 제273조의 죄를 범하여 상해에 이르게 한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

▶ 유기죄, 학대죄, 아동혹사죄 ⇨ 미수범 처벌 ×, 상습범 가중처벌 ×

p.55 문제 06번 다음에 추가

07 유기죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 9급 검찰·마약수사

- ① 사실혼 관계가 인정되는 경우에도 민법 규정의 취지 및 유기죄의 보호법익에 비추어 법률상 보호의무의 존재를 긍정하여야 한다.
- ② 형법 제271조 제3항의 중유기죄는 유기죄를 지어 사람의 생명 또는 신체에 위험을 발생하게 한 경우에 성립한다.
- ③ 유기죄의 계약상 의무는 계약에 기한 주된 부조의무에 한정되지 아니하며, 계약의 목적 달성을 위해 상대방의 생명·신체에 주의와 배려를 한다는 부수의무로서의 민사적 부조의무 또는 보호의무를 배제하는 것은 아니다.
- ④ 유기치사상죄에서 유기행위와 피해자의 사상이라는 결과 사이에 제3자의 행위가 일부 기여하였다고 할지라도 유기행위로 초래된 위험이 사상이라는 결과로 현실화된 경우라면 상당인과관계를 인정할 수 있다.

해설 ① 대판 2008.2.14, 2007도3952

② × : ~ 사람의 생명(신체 ×)에 위험을 발생하게 한 경우에 성립한다(제271조 제3항).

③ 대판 2011.11.24, 2011도12302

④ 대판 2015.11.12, 2015도6809 전원합의체(형법 제275조 제1항의 유기치사·치상죄는 결과적 가중범이므로, 위 죄가 성립하려면 유기행위와 사상의 결과 사이에 상당인과관계가 있어야 하며 행위시에 결과의 발생을 예견할 수 있어야 한다. 다만, 유기행위가 피해자의 사상이라는 결과를 발생하게 한 유일하거나 직접적인 원인이 된 경우뿐만 아니라, 그 행위와 결과 사이에 제3자의 행위가 일부 기여하였다고 할지라도 유기행위로 초래된 위험이 그대로 또는 그 일부가 사상이라는 결과로 현실화된 경우라면 상당인과관계를 인정할 수 있다.)

정답 ②

p.63 문제 11번 다음에 추가, 최신판례 추가

12 협박죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 공중전화를 이용하여 경찰서에 여러 차례 전화를 걸어 전화를 받은 각 경찰관에게 경찰서 관할구역 내에 있는 A정당의 당사를 폭파하겠다는 말을 한 경우, 다른 특별한 사정이 없는 한 A정당에 대한 해악의 고지가 각 경찰관 개인에게 공포심을 일으킬 만큼 서로 밀접한 관계가 있으므로 협박에 해당한다.
- ② 협박죄에서 말하는 협박은 피해자와 밀접한 관계에 있는 제3자에 대한 해악도 포함되나 이때 제3자에는 자연인만 해당하고 법인은 포함되지 아니한다.
- ③ 해악의 발생이 직접 간접적으로 행위자에 의하여 좌우될 수 없는 것도 협박에 포함된다.
- ④ 사채업자인 피고인 甲이 채권추심과정에서 채무자 A에게 채무를 변제하지 않으면 A가 숨기고 싶어하는 과거 행적과 사채를 쓴 사실 등을 남편과 시댁에 알리겠다는 등의 문자 메시지를 발송한 경우, 甲에게 협박죄가 성립한다.

해설 ① × : ~ (3줄) 공포심을 일으킬 만큼 서로 밀접한 관계에 있다고 보기 어려워 협박에 해당하지 않는다(대판 2012.8.17, 2011도10451).

② × : ~ 자연인뿐만 아니라 법인도 포함된다(대판 2010.7.15, 2010도1017).

③ × : ~ 좌우될 수 없는 것이면 협박에 포함될 수 없다(대판 2002.2.8, 2000도3245).

④ ○ : 대판 2011.5.26, 2011도2412(∴ 정당행위 ×)

정답 ④

최신판례

임금이 체불된 근로자인 피고인들이 사무실 임대료를 내지 못할 정도로 재정 상태가 좋지 않는 등 A회사의 경영상황이 우려되고 대표이사 겸 최대 주주인 乙의 경영능력이 의심받던 상황에서, 乙을 만나 '사임제안서'를 전달한 경우 ⇨ 협박죄 × ∵ 피고인들의 '사임제안서' 전달 행위를 협박죄에서의 '협박'으로 볼 수 없고, 설령 '협박'에 해당하더라도 사회통념상 용인할 수 있는 정도이거나 이 사건 회사의 경영정상화라는 정당한 목적을 위한 상당한 수단에 해당하여 사회상규에 반하지 아니한다고 봄이 타당하다(대판 2022.12.15, 2022도9187). 23. 순경 2차

p.73 문제 06번 다음에 추가

07 체포와 감금의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ① 체포죄는 사람의 신체에 대하여 직접적이고 현실적인 구속을 가하여 신체활동의 자유를 박탈하는 죄로서, 그 실행의 착수 시기는 체포의 고의로 타인의 신체적 활동의 자유를 현실적으로 침해하는 행위를 개시한 때이다.
- ② 체포죄는 계속범으로서 체포의 행위에 확실히 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속성이 있어야 기수에 이르고, 신체의 자유에 대한 구속이 그와 같은 정도에 이르지 못하고 일시적인 것으로 그친 경우에 체포죄의 미수범이 성립할 뿐이다.
- ③ 구 정신보건법(2015. 1. 28. 법률 제13110호로 개정되기 전의 것) 제23조 제2항에 따르면 정신의료기관의 장이 자의로 입원한 환자의 퇴원 요구에 불응하고 방치한 경우에도 감금 죄가 성립하는 것은 아니다.
- ④ 승용차로 피해자를 가로막아 승차하게 한 후 피해자의 하차요구를 무시한 채 당초 목적이 아닌 다른 장소를 향하여 시속 약 60km 내지 70km의 속도로 진행하여 피해자를 차량에서 내리지 못하게 한 경우, 감금죄에 해당한다.

해설 ① 대판 2018.2.28, 2017도21249

② 대판 2020.3.27, 2016도18713

③ × : ~ (2줄) 방치한 경우 위법한 감금행위에 해당한다(대판 2017.8.18, 2017도7134 ∴ 감금죄 ○).

④ 대판 1983.4.26, 83도323

정답 ③

p.78 문제 08번 다음에 추가

09 약취와 유인의 죄에 관한 설명으로 옳고 그름의 표시(○, ×)가 바르게 된 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 경찰승진

- ㉠ 미성년자 혼자 머무는 주거에 침입하여 강도 범행을 하는 과정에서 미성년자와 그 부모에게 폭행 협박을 가하여 일시적으로 부모와의 보호관계가 사실상 침해배제 되었더라도 미성년자가 기존의 생활관계로부터 완전히 이탈되었다거나 새로운 생활관계가 형성되었다고 볼 수 없고 범인의 의도도 위와 같은 생활관계의 이탈이 아니라 단지 금품 강취를 위한 반항 억압에 있었다면 미성년자약취죄가 성립되지 않는다.
- ㉡ 미성년의 자녀를 부모가 함께 동거하면서 보호 양육하여 오던 중 부모의 일방이 어떠한 폭행, 협박이나 불법적인 사실상의 힘을 행사함이 없이 그 자녀를 데리고 종전의 거소를 벗어나 다른 곳으로 옮겨 자녀에 대한 보호양육을 계속한 경우 그 행위가 보호 양육권의 남용에 해당하든 등 특별한 사정이 없어도 상대방 부모의 동의가 없었다면 미성년자약취죄가 성립한다.
- ㉢ 甲이 미성년자인 A를 보호 감독하고 있던 그 아버지의 감호권을 침해하여 A를 자신의 사실상 지배로 옮긴 이상 甲에게 미성년자약취죄가 성립한다 할 것이고, 설령 미성년자인 A의 동의가 있었다 하더라도 마찬가지이다.
- ㉣ 미성년자를 약취 유인한 자가 그 미성년자를 안전한 장소로 풀어준 때에는 그 형을 감경하거나 면제할 수 있다.

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

해설 ㉠ ○ : 대판 2008.1.17, 2007도8485

㉡ × : ~ (4줄) 특별한 사정이 없는 한 설령 이에 관하여 법원의 결정이나 상대방 부모의 동의를 얻지 아니하였다고 하더라도 그러한 행위에 대하여 곧바로 형법상 미성년자에 대한 약취죄의 성립을 인정할 수는 없다 (대판 2013.6.20, 2010도14328 전원합의체).

㉢ ○ : 대판 2003.2.11, 2002도7115

㉣ × : ~ 그 형을 감경할 수 있다(제296조의 2 ▶ 주의 : 임의적 감경 ○, 임의적 감면 ×).

정답 ②

p.81 상단 1번 판례 일부 교체

1. 강제추행죄(폭행·협박 선행형)의 ‘폭행 또는 협박’은 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도로 강력할 것이 요구되지 아니하고, 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)하는 것이라고 보아야 한다. 즉, 강제추행죄에서 ‘폭행 또는 협박’은 형법상 폭행죄 또는 협박죄에서 정한 ‘폭행 또는 협박’을 의미하는 것으로 분명히 정의되어야 한다(대판 2023.9.21, 2018도13877 전원합의체). 또한 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 이른바 기습추행의 경우 추행행위와 동시에 저질러지는 폭행행위는 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있거나 하면 그 힘의 대소강약을 불문한다는 것이 **일관된 판례의 입장**이다. 이에 따라 대법원은 ① 피해자의 옷 위로 엉덩이나 가슴을 쓰다듬는 행위(대판 2002.8.23, 2002도2860), ② 피해자의 의사에 반하여 그 어깨를 주무르는 행위(대판 2004.4.16, 2004도52), ③ 교사가 여중생의 얼굴에 자신의 얼굴을 들이밀면서 비비는 행위나 여중생의 귀를 쓸어 만지는 행위(대판 2015.11.12, 2012도8767) 등에 대하여 피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사가 이루어져 기습추행에 해당한다고 판단한 바 있다(대판 2020.3.26, 2019도15994 ㉡ 피고인이 직장 회식자리(노래방)에서 여성인 피해자를 옆에 앉힌 다음 피해자의 허벅지를 손으로 쓰다듬던 기습추행 당시 피해자가 즉시 피고인에게 항의하거나 반발하는 등의 거부 의사를 밝히지 아니한 경우 ⇨ 강제추행죄 ○). 협박의 정도가 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 **현저히** 곤란하게 할 정도의 것이면 **강간죄**가 성립되고, **강제추행죄**가 성립하려면 그 협박이 피해자의 **항거를 곤란하게 할 정도**일 것을 요한다(대판 2007.1.25, 2006도5979 ㉡ 유부녀인 피해자에 대하여 혼인 외 성관계 사실을 폭로하겠다는 등의 내용으로 협박하여 피해자를 간음 또는 추행한 경우 강간죄 및 강제추행죄가 성립한다). 16·17. 경찰승진, 18. 변호사시험·순경 2차, 19. 수사경과, 20. 9급 검찰·마약수사, 21. 법원직·경력채용, 23. 경찰간부, 22·24. 법원행시·순경 1차

p.83 중간 14번 판례 아래 추가

15. 乙이 방 안에서 丙의 숙제를 도와주던 중 丙의 왼손을 잡아 자신의 성기 쪽으로 끌어당겼고, 이를 거부하고 자리를 이탈하려는 丙의 의사에 반하여 丙을 끌어안은 다음 침대로 넘어져 丙의 위에 올라탄 후 丙의 가슴을 만졌으며, 방문을 나가려는 丙을 뒤따라가 끌어안은 행위를 한 경우, 설령 乙의 행위가 丙의 항거를 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박에 해당하지 않는다고 하더라도 丙을 강제추행한 것에 해당한다고 볼 수 있다(대판 2023.9.21, 2018도13877 전원합의체). 24. 법원행시

p.88 상단 27번 판례 아래 추가(28~37)

28. 의붓아버지와 의붓딸의 관계가 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제5조 제4항에서 규정한 친족 관계에 해당한다고 해석하는 것은 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이거나 죄형법정주의에 의하여 금지되는 확장해석이나 유추해석에 해당하는 것으로 볼 수 없다(대판 2020.11.5, 2020도10806 ∴ 의붓아버지와 의붓딸의 관계는 성폭력처벌법 제5조 제4항이 규정한 4촌 이내의 인척으로서 친족 관계에 해당한다). 24. 법원행시
29. 피고인이 휴대전화로 성명 불상 피해자들의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 짧은 치마를 입고 횡단보도 앞에서 신호를 기다리던 피해자의 다리를 몰래 촬영한 경우 ⇨ 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(**카메라 등 이용촬영**)죄 ○(대판 2022.2.17, 2019도4938)

30. 구 성폭력처벌법 제14조 제2항에서 유포 행위의 한 유형으로 열거하고 있는 ‘**공공연한 전시**’란 불특정 또는 다수인이 촬영물 등을 **인식할 수 있는 상태에 두는 것**을 의미하고, 촬영물 등의 ‘공공연한 전시’로 인한 범죄는 불특정 또는 다수인이 전시된 촬영물 등을 **실제 인식하지 못했다고 하더라도 촬영물 등을 위와 같은 상태에 둠으로써 성립한다**(대판 2022.6.9, 2022도1683 ㉠ 甲이 자신이 운영하는 네이버 밴드를 누구든지 볼 수 있는 **전체공개로 전환한 다음**, 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 乙의 신체를 촬영한 영상물을 乙의 **의사에 반하여 게시한 경우** ⇒ **성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반죄** ○ ∵ 피고인이 이 사건 밴드에 이 사건 촬영물을 게시한 것은 이 사건 촬영물을 **공공연하게 전시한 행위**에 해당하고, 피고인에게 그러한 **고의도 인정된다**).
31. **아동복지법상 아동에 대한 성적 학대행위**에 해당하는지 판단하는 경우 **아동이 명시적인 반대의사를 표시하지 아니하였더라도** 성적 자기결정권을 행사하여 자신을 보호할 능력이 부족한 상황에 기인한 것인지 가려보아야 하고, **아동복지법상 아동매매죄**에서 설령 **아동 자신이 동의하였더라도** 유죄가 인정된다. 아동·청소년이 자신을 대상으로 음란물을 제작하는 데에 **동의하였더라도** 원칙적으로 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 **아동·청소년이용 음란물 제작죄**를 구성한다(대판 2022.7.28, 2020도12419).
32. **아동·청소년이 외관상 성적 결정 또는 동의로 보이는 언동을 하였더라도**, 그것이 타인의 기망이나 왜곡된 신뢰관계의 이용에 의한 것이라면, 이를 아동·청소년의 온전한 성적 자기결정권의 행사에 의한 것이라고 평가하기 어렵다[대판 2022.7.28, 2020도12419 ㉡ 甲이 乙(여, 14세)과 휴대전화로 영상통화를 하던 중 乙에게 ‘네 가슴을 보고 싶다.’고 말하여 乙로 하여금 영상통화 화면에 가슴을 보이도록 하고 이를 보면서 甲이 자위행위를 하는 장면을 보여준 경우 ⇒ **아동에 대한 성적 학대 행위** ○].
33. 피고인이 모텔 객실의 문이 살짝 열려 있는 것을 발견하고 객실에 침입한 후 불을 끈 상태로 침대에 누워 있던 甲(여)의 가슴, 허리 및 엉덩이를 만진 경우 ⇒ **원심 : 주거침입강제추행죄**(성폭력처벌법 제3조 제1항) ○ ⇒ **성폭력처벌법 제3조 제1항(주거침입강제추행죄) 위헌결정**(헌재결 2023.2.23, 2021헌가9) ∵ 위헌결정으로 인하여 형법에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 효력을 상실한 경우(헌법 재판소법 제47조 제3항 본문) 해당 법조를 적용하여 **기소한 피고사건은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다**(대판 2023.4.13, 2023도162 ∵ **주거침입강제추행죄는 가중처벌** ×). 23. 7급 검찰
34. 甲(남, 44세)이 **연예기획사 매니저와 사진작가의 1인 2역**을 하면서 ‘사진작가의 요구에 따라 성관계 등을 하면 모델 등이 되도록 해 줄 것이다’라는 **거짓말을 하여** 乙(여, 15세)과 함께 모텔에 들어가 乙의 **나체를 촬영하고 성관계**를 하였는데, 乙은 모텔이 되기 위한 연기 연습 및 사진 촬영 연습의 일환으로 성관계를 한다고 생각한 경우 ⇒ 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반(**위계에 의한 간음**)죄 ○(∵ 피고인의 간음행위는 ‘간음행위에 이르게 된 동기’ 내지 ‘간음행위와 결부된 비금전적 대가’에 관한 위계에 의한 것이라고 평가할 수 있다.), 성폭력처벌법 위반(**카메라 등 이용촬영**)죄 ○(대판 2022.4.28, 2021도9041)
35. 아동·청소년 이용 음란물 파일을 구입하여 시청할 수 있는 상태 또는 접근할 수 있는 상태만으로 곧바로 이를 소지로 보는 것은 소지에 대한 문언 해석의 한계를 넘어서는 것이어서 허용될 수 없으므로, 피고인이 자신이 지배하지 않는 **서버 등에 저장된 아동·청소년 이용 음란물에 접근하여 다운로드 받을 수 있는 인터넷 주소 등을 제공받은 것에 그친다면**(위 인터넷 주소를 통해 구글 드라이브에 접속하여 음란물의 파일 개수와 데이터 용량을 확인하였지만, 위 음란물을 시청하거나 자신의 저장 매체에 **다운로드하지는 않았다**) 특별한 사정이 없는 한 **아동·청소년 이용 음란물을 ‘소지’한 것으로 평가하기는 어렵다**(대판 2023.6.29, 2022도6278).

36. 아동·청소년 성착취물의 ‘배포’란 아동·청소년 성착취물을 불특정 또는 다수인에게 교부하는 것을 의미하고, ‘공연히 전시’하는 행위란 불특정 또는 다수인이 실제로 아동·청소년 성착취물을 인식할 수 있는 상태에 두는 것을 의미한다(대판 2023.10.12, 2023도5757 **예 자신의 웹사이트에 아동·청소년 성착취물이 저장된 다른 웹사이트로 연결되는 링크의 게시를 포함한 일련의 행위가 불특정 또는 다수인에게 다른 웹사이트 등을 단순히 소개·연결하는 정도를 넘어 링크를 이용하여 별다른 제한 없이 아동·청소년 성착취물에 바로 접할 수 있는 상태를 실제로 조성한다면**, 이는 아동·청소년 성착취물을 직접 ‘배포’하거나 ‘공연히 전시’한 것과 실질적으로 다를 바 없다고 평가할 수 있으므로, 위와 같은 행위는 전제적으로 보아 아동·청소년 성착취물을 **배포하거나 공연히 전시한다는 구성요건을 충족한다**). 24. 순경 1차
37. ① 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제11조의 ‘**공중 밀집 장소에서의 추행죄**’의 ‘추행’이란 일반인을 기준으로 객관적으로 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 **성적 자기결정권을 침해하는 것을 의미한다**. 성폭력처벌법 제11조 위반죄가 성립하기 위해서는 **주관적 구성요건으로서 추행을 한다는 인식을 전제로 적어도 미필적으로나마 이를 용인하는 내심의 의사가 있어야** 하므로, 피고인이 추행의 고의를 부인하는 경우에는 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 따라 수밖에 없다(대판 2024.1.4, 2023도13081).
- ② **피고인이 자폐성 장애인이거나 지적장애인에 해당하는 경우에도** 외관상 드러난 피고인의 언행이 비장애인의 관점에서 이례적이라거나 합리적이지 않다는 이유만으로 **함부로 고의를 추단하거나 이를 뒷받침하는 간접사실로 평가해서는 안 되고**, 전문가의 진단이나 감정 등을 통해 피고인의 장애 정도, 지적·판단능력 및 행동양식 등을 구체적으로 심리한 후 피고인이 공소사실 기재 행위 당시 특정 범행의 구성요건 해당 여부에 관한 인식을 전제로 이를 용인하는 내심의 의사가 있었다는 점에 관하여 **합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신에 이르러야 한다**(대판 2024.1.4, 2023도13081).

p.89 문제 03번 지문 ① 교체, 해설 ① 교체

- ① 강제추행죄는 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)하는 것 뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 이른바 기습추행의 경우도 포함된다. 특히 기습추행의 경우 추행행위와 동시에 저질러지는 폭행행위는 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 그 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있기만 하면 그 힘의 대소강약을 불문한다.

해설 ① 대판 2023.9.21, 2018도13877 전원합의체

p.100 문제 19번 해설 ② 교체

- ② × : 강제추행죄는 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)하는 것 뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되며, 이 경우의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 아니한다(대판 2023.9.21, 2018도13877 전원합의체).

p.104 문제 25번 다음에 추가(문제 26~33)

26 강간과 추행의 죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

- ① 형법 제299조의 준강제추행죄는 정신적 · 신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람의 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법익으로 하며, 그 성적 자기결정권은 원치 않는 성적 관계를 거부할 권리라는 소극적 측면을 말한다.
- ② 범인이 피해자를 촬영하기 위하여 욕안 또는 캠코더의 줌 기능을 이용하여 피해자가 있는지 여부를 탐색하다가 피해자를 발견하지 못하고 촬영을 포기하였더라도 이는 촬영을 위한 준비행위를 한 것으로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라 등 이용촬영)죄의 실행에 착수한 것이다.
- ③ 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제2항에서 유포행위의 한 유형으로 열거하고 있는 ‘공공연한 전시’란 불특정 또는 다수인이 촬영물 등을 인식할 수 있는 상태에 두는 것을 의미하고, 따라서 촬영물 등의 ‘공공연한 전시’로 인한 범죄는 불특정 또는 다수인이 전시된 촬영물 등을 실제 인식하지 못하였다면 성립하지 않는다.
- ④ ‘강제추행’이란 객관적으로 일반인에게 성적 불쾌감이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이므로 강제추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건으로는 성욕을 자극 · 흥분 · 만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 한다.

해설 ① ○ : 대판 2019.3.29, 2018도16002(대판 2021.2.4, 2018도9781)

- ② × : ~ (2줄) 촬영을 포기한 경우는 촬영을 위한 준비행위를 한 것으로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라 등 이용촬영)죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없다(대판 2021.3.25, 2021도749).
- ③ × : ~ (4줄) 실제 인식하지 못했다고 하더라도 촬영물 등을 위와 같은 상태에 둬서 성립한다(대판 2022.6.9, 2022도1683).
- ④ × : ~ (3줄) 주관적 구성요건요소는 고의만으로 충분하고, 성욕을 자극 · 흥분 · 만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 하는 것은 아니다(대판 2013.9.26, 2013도5856).

정답 ①

27 성폭력범죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 7급 검찰

- ① 골프장 여종업원이 거부의사를 밝혔음에도 골프장 사장과의 친분관계를 내세워 함께 술을 마시지 않으면 신분상의 불이익을 가할 것처럼 협박하여 이른바 ‘리브샷’의 방법으로 술을 마시게 한 행위는 형법 제298조의 강제추행죄에 해당한다.
- ② 피고인이 타인의 주거에 침입하여 피해자를 강제추행한 경우, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항에 따라 주거침입강제추행죄로 가중처벌된다.
- ③ 다른 특별한 사정이 없는 한 강간범이 강간의 범행 후에 특수강도의 범의를 일으켜 그 피해자의 재물을 강취한 경우에는 이를 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제2항 소정의 특수강도강간죄로 의율할 수 없다.

- ④ 甲이 카메라폰(촬영된 피사체의 영상정보가 기계장치 내의 RAM 등 주기억장치에 입력되어 임시저장되는 기능 탑재)을 가지고 에스컬레이터에서 A의 치마 속 신체 부위에 대한 동영상 촬영을 시작하여 일정한 시간이 경과하였다면, 설령 촬영 중 경찰관에게 발각되어 저장버튼을 누르지 않고 촬영을 종료하였더라도 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제1항 카메라 등 이용촬영죄의 기수범이 성립한다.

해설 ① 대판 2008.3.13, 2007도10050

② × : ~ 가중처벌되지 않는다[∵ 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항 중 주거침입강제추행죄의 가중처벌(무기징역 또는 7년 이상의 징역에 처한다)에 대해 최근에 헌법재판소의 단순위헌 결정이 내려짐 : 헌재 2023.2.23, 2021헌가9].

③ 대판 2002.2.8, 2001도6425(∵ 강간죄와 특수강도죄의 경합범)

④ 대판 2011.6.9, 2010도10677

정답 ②

28 강간과 추행의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ① 강간죄에서의 폭행·협박과 간음 사이에는 인과관계가 있어야 하나, 폭행·협박이 반드시 간음행위보다 선행되어야 하는 것은 아니다.
- ② 피해자가 깊은 잠에 빠져 있거나 술·약물 등에 의해 일시적으로 의식을 잃은 상태 또는 완전히 의식을 잃지는 않았더라도 그와 같은 사유로 정상적인 판단능력과 대응·조절능력을 행사할 수 없는 상태에 있었다면, 이는 준강간죄 또는 준강제추행죄에서의 심신상실 또는 항거불능 상태에 해당한다.
- ③ 甲이 아파트 놀이터의 의자에 앉아 전화통화를 하고 있던 A의 등 뒤로 몰래 다가가 성기를 드러내고 A의 머리카락 및 옷 위에 소변을 본 경우, 甲의 행위가 A의 성적 자기결정권을 침해하는 추행행위에 해당하기 위해서는 甲의 행위 당시 A가 이를 인식해야 한다.
- ④ 甲은 A가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 A를 간음하였으나, A가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우 준강간죄의 불능미수가 성립한다.

해설 ① 대판 2017.10.12, 2016도16948

② 대판 2021.2.4, 2018도9781

③ × : ~ (3줄) A가 이를 인식해야 하는 것은 아니다(대판 2021.10.28, 2021도7538 ∵ 甲의 행위가 객관적으로 A의 성적 자기결정권을 침해하는 추행행위에 해당한다면 그로써 A의 성적 자기결정권은 침해되었다고 보아야 할 것이고, 행위 당시에 A가 이를 인식하지 못하였더라도 추행에 해당할 수 있다).

④ 대판 2019.3.28, 2018도16002 전원합의체

정답 ③

29 강간과 추행의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 엘리베이터 안에서 피해자들을 칼로 위협하여 자신의 실력적인 지배하에 둔 다음 피해자들에게 자신의 자위행위 모습을 보여주고 이를 외면하거나 피할 수 없게 한 행위는 강제추행에 해당한다.
- ② 골프장 여종업원이 거부의를 밝혔음에도 골프장 사장과의 친분을 내세워 함께 술을 마시지 않으면 신분상의 불이익을 가할 것처럼 협박하여 이른바 ‘러브샷’의 방법으로 술을 마시게 한 경우에는 강제추행죄가 성립한다.
- ③ 강간죄의 폭행 협박 여부를 판단함에 있어 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다면 가해자의 폭행 협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 보아야 한다.
- ④ 협박과 간음 사이에 시간적 간격이 있더라도 협박에 의하여 간음이 이루어진 것으로 인정될 수 있으면 강간죄가 성립한다.

해설 ① 대판 2010.2.25, 2009도13716 ② 대판 2008.3.13, 2007도10050 ③ × : ~ (3줄) 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안 된다(대판 2005.7.28, 2005도3071). ④ 대판 2007.1.25, 2006도5979
정답 ③

30 추행의 죄에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 법원행시

- ① 수면제와 같은 약물을 투약하여 피해자를 일시적으로 수면 또는 의식불명 상태에 이르게 한 경우에도 약물로 인하여 피해자의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되었다면 자연적으로 의식을 회복하거나 외부적으로 드러난 상처가 없더라도 이는 강간치상죄나 강제추행치상죄에서 말하는 상해에 해당한다.
- ② 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’은 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도로 강력할 것이 요구되지 아니하고, 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)하는 것이다.
- ③ 강제추행치상죄에서 상해의 결과는 강제추행의 수단으로 사용한 폭행이나 추행행위 그 자체 또는 강제추행에 수반하는 행위로부터 발생한 것이어야 한다. 따라서 상해를 가한 부분을 고의범인 상해죄로 처벌하면서 이를 다시 결과적 가중범인 강제추행치상죄의 상해로 인정하여 이중으로 처벌할 수는 없다.
- ④ 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우, 군형법 제92조의 6의 추행죄에 해당하지 않는다.
- ⑤ 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제11조의 공중 밀집 장소에서의 추행죄의 추행행위에 해당하기 위해서는 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 할 만한 행위여야 하므로, 행위자가 대상자를 상대로 그러한 행위를 실행하여야 하고, 그 행위로 말미암아 대상자가 성적 수치심이나 혐오감을 반드시 실제로 느끼는 경우여야 한다.

해설 ① 대판 2017.6.29, 2017도3196

② 대판 2023.9.21, 2018도13877 전원합의체

③ 대판 2009.7.23, 2009도1934

④ 대판 2022.4.21, 2019도3047 전원합의체

⑤ × : ~ (2줄) 해당하기 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(대판 2020.6.25, 2015도7102).

정답 ⑤

31 강간과 추행의 죄에 관한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ㉠ 미성년자의제강간·강제추행죄를 규정한 형법 제305조가 강간죄와 강제추행죄의 미수범 처벌에 관한 형법 제300조를 명시적으로 인용하고 있지 않으므로 미성년자의제강간·강제추행의 미수범은 처벌할 수 없다.
- ㉡ A는 인터넷 채팅사이트를 통해 성매매를 하려고 만난 甲으로부터 줄피템과 트리아즐람이 섞인 커피를 받아 마신 후 정신을 잃고 깊이 잠들었다가 약 3시간 뒤에 깨어났고, 甲은 A를 항거불능 상태에 빠뜨린 후 강간하려고 시도하였으나 미수에 그쳤으며, A는 커피를 마신 다음에 자신이 잠들기 전까지 무슨 행동을 하였는지를 기억하지 못하였으나, A가 의식을 회복한 다음에는 일상생활에 특별한 지장이 없었고 치료도 받지 않았다면 甲을 강간치상죄로 처벌할 수는 없다.
- ㉢ 乙이 방 안에서 丙의 숙제를 도와주던 중 丙의 왼손을 잡아 자신의 성기 쪽으로 끌어당겼고, 이를 거부하고 자리를 이탈하려는 丙의 의사에 반하여 丙을 끌어안은 다음 침대로 넘겨져 丙의 위에 올라탄 후 丙의 가슴을 만졌으며, 방문을 나가려는 丙을 뒤따라가 끌어안은 행위를 한 경우, 설령 乙의 행위가 丙의 항거를 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박에 해당하지 않는다고 하더라도 丙을 강제추행한 것에 해당한다고 볼 수 있다.
- ㉣ 업무상 위력 등에 의한 추행에 관한 처벌 규정인 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제10조 제1항에서 정한 ‘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 사람만이 포함되는 것이고, 채용 절차에서 영향력의 범위 안에 있는 사람도 포함된다고 해석할 수는 없다.
- ㉤ 의붓아버지와 의붓딸의 관계가 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제5조 제4항에서 규정한 친족관계에 해당한다고 해석하는 것은 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이거나 죄형법정주의에 의하여 금지되는 확장해석이나 유추해석에 해당하는 것으로 보아야 한다.

① 1개

② 2개

③ 3개

④ 4개

⑤ 5개

해설 ㉠ × : ~ (2줄) 명시적으로 인용하고 있지 아니하나, 미성년자의제강간·강제추행의 미수범은 처벌할 수 있다(대판 2007.3.15, 2006도9453 ∵ 미성년자의제강간·강제추행죄를 규정한 형법 제305조에 규정한 형법 제297조와 제298조의 “예에 의한다.”는 의미에 미성년자의제강간·강제추행죄의 처벌에 있어 그 법정형뿐만 아니라 미수범에 관하여도 강간죄와 강제추행죄의 예에 따른다는 취지로 해석됨).

㉠ × : ~ (4줄) 기억하지 못하였고, A가 의식을 회복한 다음에는 일상생활에 특별한 지장이 없었고 치료를 받지 않았다고 하더라도 甲을 강간치상죄로 처벌할 수 있다(대판 2017.7.11, 2015도3939).

㉡ ○ : 대판 2023.9.21, 2018도13877 전원합의체

㉢ × : ~ (3줄) 감독을 받는 상황에 있는 사람뿐만 아니라, 채용 절차에서 영향력의 범위 안에 있는 사람도 포함된다(대판 2020.7.9, 2020도5646).

㉣ × : ~ (3줄) 해당하는 것으로 볼 수 없다(대판 2020.11.5, 2020도10806 ∴ 의붓아버지와 의붓딸의 관계는 성폭력처벌법 제5조 제4항이 규정한 4촌 이내의 인척으로서 친족관계에 해당한다).

정답 ①

32 성폭력범죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 순경 1차

- ① 자신의 웹사이트에 아동·청소년성착취물이 저장된 다른 웹사이트로 연결되는 링크를 게시하여 불특정 또는 다수인이 링크를 이용하여 별다른 제한 없이 아동·청소년 성착취물에 바로 접할 수 있는 상태를 실제로 조성한 경우, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제11조 제3항에서 정한 아동·청소년 성착취물을 배포하거나 공연히 전시한 것으로 평가할 수 있다.
- ② 지하철 환승에스컬레이터 내에서 카메라폰으로 일정한 시간 동안 피해자의 치마 속 신체 부위를 동영상 촬영하였으나, 경찰관에게 발각되어 저장버튼을 누르지 않고 촬영을 종료한 경우, 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률상 카메라 등 이용 촬영죄의 미수범이 성립한다.
- ③ 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미에 있어서 폭행행위 자체가 곧바로 추행에 해당하는 경우에는 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 아니하나, 폭행 또는 협박이 추행보다 시간적으로 앞서 그 수단으로 행해진 경우에는 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도에 이르러야 한다.
- ④ 피해자가 술·약물 등에 의해 완전히 의식을 잃지 않았다면 그와 같은 사유로 정상적인 판단능력과 대응·조절능력을 행사할 수 없는 상태에 있었다더라도 준강제추행죄에서의 심신상실 또는 항거불능 상태에 해당한다고 볼 수 없다.

해설 ① ○ : 대판 2023.10.12, 2023도5757

② × : ~ (3줄) 촬영죄의 기수범이 성립한다(대판 2011.6.9, 2010도10677).

③ × : 강제추행죄(폭행·협박 선행형)의 '폭행 또는 협박'은 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도로 강력할 것이 요구되지 아니하고, 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)하는 것이라고 보아야 한다. 즉, 강제추행죄에서 '폭행 또는 협박'은 형법상 폭행죄 또는 협박죄에서 정한 '폭행 또는 협박'을 의미하는 것으로 분명히 정의되어야 한다(대판 2023.9.21, 2018도13877 전원합의체). 또한 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 이른바 기습추행의 경우 추행행위와 동시에 저질러지는 폭행행위는 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있기만 하면 그 힘의 대소강약을 불문한다는 것이 일관된 판례의 입장이다.

④ × : 피해자가 깊은 잠에 빠져 있거나 술·약물 등에 의해 일시적으로 의식을 잃은 상태 또는 완전히 의식을 잃지는 않았더라도 그와 같은 사유로 정상적인 판단능력과 대응·조절능력을 행사할 수 없는 상태에 있었다면, 이는 준강간죄 또는 준강제추행죄에서의 심신상실 또는 항거불능 상태에 해당한다(대판 2021.2.4, 2018도9781).

정답 ①

33 스토킹범죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 순경 1차

- ① 빌라 아래층에 살던 사람이 주변의 생활소음에 대한 불만으로 이웃을 괴롭히기 위해 불상의 도구로 수개월에 걸쳐 늦은 밤부터 새벽 사이에 반복하여 벽 또는 천장을 두드려 ‘쿵쿵’ 소리를 내어 이를 위층에 살던 피해자의 의사에 반하여 피해자에게 도달하게 한 경우, 이는 객관적·일반적으로 상대방에게 불안감 내지 공포심을 일으키기에 충분한 행위라 볼 수 없어 스토킹 범죄를 구성하지 않는다.
- ② 전화를 걸어 상대방의 휴대전화에 벨소리가 울리게 하거나 부재중 전화 문구 등이 표시되도록 하여 상대방에게 불안감이나 공포심을 일으키는 행위는 실제 전화통화가 이루어졌는지와 상관없이 구 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률 제2조 제1호 (다)목에서 정한 스토킹행위에 해당한다.
- ③ 피해자와의 전화통화 당시 아무런 말을 하지 않은 경우, 이는 피해자가 전화를 수신하기 전에 전화 벨소리를 울리게 하거나 발신자 전화번호를 표시되도록 한 것까지 포함하여 피해자에게 불안감이나 공포심을 일으킨 것으로 평가되더라도 ‘음향, 글 등을 도달하게 하는 행위’로 볼 수 없어 스토킹행위에 해당하지 않는다.
- ④ 구 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률 제2조 제1호 각 목의 행위가 객관적·일반적으로 볼 때 이를 인식한 상대방으로 하여금 불안감 또는 공포심을 일으키기에 충분한 정도라고 평가되는 경우라도 상대방이 현실적으로 불안감 내지 공포심을 갖게 되어야 스토킹행위에 해당한다.

해설 ① × : ~ (4줄) 일으키기에 충분한 행위라고 볼 수 있어 ‘스토킹 범죄’를 구성한다(대판 2023.12.14, 2023도10313).

② ○ : 대판 2023.5.18, 2022도12037

③ × : ~ (3줄) 일으킨 것으로 평가된다면 ‘음향, 글 등을 도달하게 하는 행위’에 해당하므로 스토킹행위에 해당한다(대판 2023.5.18, 2022도12037).

④ × : 스토킹행위를 전제로 하는 스토킹범죄는 행위자의 어떠한 행위를 매개로 이를 인식한 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으킴으로써 그의 자유로운 의사결정의 자유 및 생활형성의 자유와 평온이 침해되는 것을 막고 이를 보호법익으로 하는 위험범이라고 볼 수 있으므로, 구 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률 제2조 제1호 각 목의 행위가 객관적·일반적으로 볼 때 이를 인식한 상대방으로 하여금 불안감 또는 공포심을 일으키기에 충분한 정도라고 평가될 수 있다면 현실적으로 상대방이 불안감 내지 공포심을 갖게 되었는지 여부와 관계없이 ‘스토킹행위’에 해당하고, 나아가 그와 같은 일련의 스토킹행위가 지속되거나 반복되면 ‘스토킹범죄’가 성립한다(대판 2023.9.27, 2023도6411).

정답 ②

p.107 문제 04번 다음에 추가

05 다음 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

- ① 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 위험범이라 봄이 상당하고, 협박죄의 미수범 처벌조항은 해악의 고지가 현실적으로 상대방에게 도달하지 아니한 경우나, 도달은 하였으나 상대방이 이를 지각하지 못하였거나 고지된 해악의 의미를 인식하지 못한 경우 등에 적용될 뿐이다.
- ② 체포죄는 계속범으로서 원칙적으로 체포의 행위에 확실히 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속이 있어야 성립하고, 신체의 자유에 대한 구속이 그와 같은 정도에 이르지 못하고 일시적인 것으로 그친 경우라면 체포죄의 성립은 부정되어 무죄가 된다.
- ③ 강간죄의 성립에 언제나 직접적으로 또 필요한 수단으로서 감금행위를 수반하는 것은 아니므로 감금행위가 강간미수죄의 수단이 되었다 하여 감금행위는 강간미수죄에 흡수되어 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없는 것이고, 그때에는 감금죄와 강간미수죄는 일개의 행위에 의하여 실현된 경우로서 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다.
- ④ 甲은 A로 하여금 주차장을 이용하지 못하게 할 의도로 乙과 공모하여 乙의 차량을 A의 주택 앞에 주차하였으나, 주차 당시 甲과 A 사이에 물리적 접촉이 있거나 甲이 A에게 어떠한 유형력을 행사했다고 볼만한 사정이 없고, 甲의 행위로 A본인의 차량을 주택 내부의 주차장에 출입시키지 못하는 불편은 발생하였으나 A는 차량을 용법에 따라 정상적으로 사용할 수 있었다면 甲은 A를 폭행하여 차량 운행에 관한 권리행사를 방해하였다고 평가하기는 어렵다.

해설 ① 대판 2007.9.28, 2007도606 전원합의체

② × : ~ (3줄) 그친 경우에는 체포죄의 미수범(무죄 ×)이 성립할 뿐이다(대판 2020.3.27, 2016도18713).

③ 대판 1983.4.26, 83도323

④ 대판 2021.11.25, 2018도1346(∴ 강요죄 ×)

정답 ②

p.110 상단 아미박스 끝에 “•” 추가

- 명예훼손죄에 있어서의 공연성은 불특정 또는(및 ×) 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하므로, 비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하더라도 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족한다(대판 2004.4.9, 2004도340). 13. 법원행시, 16. 경찰승진, 21. 법원직, 22. 수사경과·해경 2차, 21·24. 해경승진
- 전파가능성을 이유로 명예훼손죄의 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소(객관적 요소 ×)로서 미필적 고의가 필요하므로 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다. 그 행위자가 전파가능성을 용인하고 있었는지 여부는 외부에 나타난 행위의 형태와 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인이라면 그 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자(일반인 ×)의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다(대판 2018.6.15, 2018도4200). 18·19. 법원행시, 20. 경찰간부 따라서 상대방의 전파의사만으로 전파가능성을 판단하거나 실제 전파되었다는 결과를 가지고 책임을 묻는 것이 아니다(대판 2020.11.19, 2020도5813 전원합의체). 23. 순경 1차
- 공연성은 명예훼손죄와 모욕죄의 구성요건으로서, 명예훼손이나 모욕에 해당하는 표현을 특정 소수에게 한 경우 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 전파될 가능성에 관해서는 검사의 엄격한 증명이 필요하다(대판 2022.7.28, 2020도8336).
- 발언 상대방이 직무상 비밀유지의무가 있는 경우에는 그러한 관계나 신분으로 인하여 비밀의 보장이 상당히 높은 정도로 기대되는 경우로서 공연성이 부정되고, 공연성을 인정하기 위해서는 그러한 관계나 신분에도 불구하고 불특정 또는 다수인에게 전파될 수 있다고 볼 만한 특별한 사정이 존재하여야 한다(대판 2021.4.29, 2021도1677). 23. 7급 검찰

p.112 하단 13번 판례 아래 추가

14. 소유자를 대리하여 빌라를 관리하고 있는 피고인들이 빌라 아랫집에 거주하는 甲으로부터 누수 문제로 공사 요청을 받게 되자, 甲과 전화통화를 하면서(공사가 지연되는 상황을 설명하는 과정에서) 빌라를 임차하여 거주하고 있는 피해자들이 누수 공사 협조의 대가로 과도하고 부당한 요구를 하거나 막말과 욕설을 하였다는 취지로 발언하고, ‘무식한 것들’, ‘이중인격자’ 등으로 말한 경우 ⇨ 명예훼손죄 ×, 모욕죄 ×(대판 2022.7.28, 2020도8336 ∴ 전파가능성에 대한 인식과 위험을 용인하는 내심의 의사 × ⇨ 전파가능성 × ⇨ 공연성 ×)

p.118 하단 28번 판례 아래 추가

29. 아파트의 관리소장인 甲이, 丙이 운영하는 세탁소에서 丙의 남편 및 丁이 있는 가운데 丙에게 “여기 소장인 乙(오피스텔의 관리소장)은 낮에 근무하면서 경매를 받으러 다닌다. 구청에 사적으로 일보러 다닌다.”는 취지의 말을 한 경우 ⇨ 명예훼손죄 ×(대판 2022.4.28, 2021도1089 ∴ 이 사건 발언이 피해자를 불쾌하게 할 내용을 포함한다고 여겨질 수는 있겠으나, 이를 넘어서 사회통념상 피해자의 사회적 가치나 평가를 저하시키는 데 충분한 정도에 이르렀다고 보기는 어렵다.)

p.122 문제 07번 다음에 추가

08 명예훼손죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 7급 검찰

- ① 객관적으로 피해자의 사회적 평가를 저하시키는 사실에 관한 발언이 보도, 소문이나 제3자의 말을 인용하는 방법으로 단정적인 표현이 아닌 전문 또는 추측의 형태로 표현되었다면, 표현 전체의 취지로 보아 사실이 존재할 수 있다는 것을 암시하는 방식으로 이루어진 경우라도 사실의 적시에 해당하지 않는다.
- ② 불미스러운 소문의 진위를 확인하고자 질문을 하는 과정에서 타인의 명예를 훼손하는 발언을 한 경우, 그 동기에 비추어 명예훼손의 고의를 인정하기 어렵다.
- ③ 정부 정책 결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 공개발언이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되면, 공직자 개인에 대한 명예훼손이 된다.
- ④ 발언 상대방이 직무상 비밀유지의무가 있는 경우에는 그러한 관계나 신분으로 인하여 비밀의 보장이 상당히 높은 정도로 기대되는 경우로서 공연성이 부정되고, 공연성을 인정하기 위해서는 그러한 관계나 신분에도 불구하고 불특정 또는 다수인에게 전파될 수 있다고 볼 만한 특별한 사정이 존재하여야 한다.

해설 ① × : ~ (2줄) 형태로 표현되었다면, 표현 전체의 취지로 보아 사실이 존재할 수 있다는 것을 암시하는 방식으로 이루어진 경우에는 사실을 적시한 것으로 보아야 한다(대판 2021.3.25, 2016도14995).

- ② 대판 2018.6.15, 2018도4200
- ③ 대판 2021.3.25, 2016도14995
- ④ 대판 2021.4.29, 2021도1677

정답 ①

p.125 중간 9번 판례 아래 추가

10. 甲이 종친회 자리에서 종원들이 듣는 가운데 종친회 회장에 출마하여 마침 발언을 하려던 乙(전과가 있음)을 가리키면서 “乙은 남의 재산을 탈취한 사기꾼이다. 사기꾼은 내려오라.”고 말한 경우 ⇨ **명예훼손죄** × (대판 2022.2.11, 2021도10827 ∵ 주요부분에 있어 객관적 사실과 합치 ○, 피해자의 종친회 회장으로서의 적격 여부는 종친회 구성원들 전체의 관심과 이익에 관한 사항으로서 공익성이 인정 ○ ∴ **형법 제310조의 적용** ○)

p.125 하단 3번 판례 아래 추가

4. 피고인 甲은 양육비채권자의 제보를 받아 양육비 미지급자의 신상정보를 공개하는 **인터넷 사이트 ‘Bad Fathers’**의 운영에 관계된 사람이고, 피고인 乙은 위 사이트에 자신의 전 배우자 丙을 제보한 사람인데, **피고인들은 각자 또는 공모하여** 위 사이트에 丙을 비롯한 피해자 5명의 이름, 얼굴 사진, 거주지, 직장명 등 **신상정보를 공개하는 글이 게시**되게 하고, 피고인 乙은 자신의 인스타그램에 위 사이트 게시글의 링크 주소를 첨부하고 丙에 대하여 **‘미친 년’이라는 표현 등을 덧붙인 글을 게시**한 경우 ⇨ 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률위반(**명예훼손**)죄 ○ (대판 2024.1.4, 2022도 699 ∵ 얼굴사진 등의 공개는 **공익적인 목적과 직접적인 관련성** ×, 피해자들을 **비방할 목적** ○)

p.136 하단 14번 판례 아래 추가

15. ① 모욕죄의 구성요건인 '공연성'에 관하여도 명예훼손죄의 '공연성'에 관한 법리가 동일하게 적용되므로, 개별적으로 소수의 사람에게 발언하였더라도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 해당 내용을 전파할 가능성이 객관적으로 인정되는 경우에는 공연성을 인정할 수 있지만, **특정한 소수에게만 발언하였다**는 점은 **공연성이 부정되는 유력한 사정**이 될 수 있으므로, 그와 같은 사정하에 서의 전파가능성에 관하여는 검사의 **엄격한 증명**이 **필수적**이다(대판 2024.1.4, 2022도14571).
- ② **전파가능성**을 이유로 모욕죄의 공연성이 인정될 수 있는 경우에도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 **미필적 고의는 필수적**이므로, 행위자가 당시에 전파가능성에 대한 인식을 전제로 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 존재한다는 사실 및 그에 대한 증명이 있어야 한다. 행위자가 **전파가능성을 용인**하였는지 여부는 외부에 나타난 행위의 형태·상황 등 구체적 사정을 기초로 하여 **일반인**이라면 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 **행위자(일반인 ×)의 입장에서 심리상태를 추인**하여야 하므로, 행위자의 고의를 인정함에 있어 신중할 필요가 있다. 한편 발언 후 **실제로 전파되었는지 여부**는 전파가능성 유무를 판단함에 있어 **소극적 사정으로 고려**될 수 있다(대판 2024.1.4, 2022도14571).

p.149 문제 14번 다음에 추가(문제 15~18)

15 명예에 관한 죄에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

- ① 사실적시의 내용이 개인에 관한 사항이더라도 공공의 이익과 관련되어 있고 사회적인 관심을 획득한 경우라면 직접적으로 국가·사회 일반의 이익이나 특정한 사회집단에 관한 것이 아니라는 이유만으로 형법 제310조의 적용을 배제할 것은 아니다.
- ② 명예훼손죄와 모욕죄에서 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로, 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다.
- ③ 인터넷 등 공간에서 작성된 단문의 글이라고 하더라도, 그 내용이 자신의 의견을 강조하거나 압축하여 표현한 것이라고 평가할 수 있고 표현도 지나치게 모욕적이거나 악의적이지 않다면 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있다.
- ④ 甲은 자신의 인터넷 채널에 A의 방송 영상을 게시하면서 A의 얼굴에 '개' 얼굴을 합성하는 방법을 사용하였는바, 그 영상의 전체적인 내용을 살펴볼 때 A의 얼굴을 가리는 용도로 동물그림을 사용하면서 A에 대한 부정적인 감정을 다소 해학적으로 표현하려 한 것에 불과한 경우라도 이러한 행위는 모욕적 표현에 해당한다.

I 해설 ① 대판 2020.11.19, 2020도5813 전원합의체

② 대판 2018.6.15, 2018도4200

③ 대판 2022.8.25, 2020도16897

④ × : ~ (3줄) 해학적으로 표현하려 한 것에 불과하다고 볼 여지도 상당하므로, 해당 영상이 甲을 불쾌하게 할 수 있는 표현이기는 하지만 객관적으로 甲의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 표현을 한 경우에 해당한다고 단정하기 어렵다(대판 2023.2.2, 2022도4719).

정답 ④

16 명예에 관한 죄에 대한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ㉠ 정부 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고, 이러한 감시와 비판은 표현의 자유가 충분히 보장될 때 비로소 정상적으로 이루어질 수 있으므로, 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없다.
- ㉡ 명예훼손죄와 모욕죄에서 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하는 경우에 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로, 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다.
- ㉢ 형법 제310조는 “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘공공의 이익에 관한 것’에는 널리 국가 사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것을 의미할 뿐 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것은 포함되지 아니한다.
- ㉣ 피고인이 인터넷포털사이트 뉴스 댓글란에 연예인인 피해자를 ‘국민호텔녀’로 지칭하는 댓글을 게시한 경우, 모욕죄의 구성요건에 해당하지만 정당한 비판의 범위를 벗어나지 않은 것으로서 정당행위에 해당한다.

① ㉠, ㉡

② ㉠, ㉢

③ ㉡, ㉣

④ ㉢, ㉣

해설 ㉠ ○ : 대판 2011.9.2, 2010도17237

㉡ ○ : 대판 2018.6.15, 2018도4200

㉢ × : ~ (3줄) 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다(대판 2002.9.24, 2002도3570).

㉣ × : ~ (2줄) 구성요건에 해당하고 정당한 비판의 범위를 벗어난 것으로서 정당행위로 보기도 어렵다(대판 2022.12.15, 2017도19229).

정답 ①

17 명예의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ① 甲이 제3자에게 A가 乙을 선거법 위반으로 고발하였다는 말만 하고 그 고발의 동기나 경위에 관하여는 언급하지 않았다고 하더라도, 그 자체만으로 A의 사회적 가치나 평가를 침해하기에 충분한 구체적인 사실이 적시되었다고 볼 수 있어, 甲에게는 명예훼손죄가 성립한다.
- ② 명예훼손죄 성립에 필요한 ‘사실의 적시’의 정도는 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도로 구체성을 띠어야 하고, 반드시 그러한 사실이 직접적으로 명시되어 있지 않더라도, 적어도 내용 중의 특정 문구에 의하여 그러한 사실이 곧바로 유추될 수 있을 정도는 되어야 한다.
- ③ 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에도 서적·신문 등 기존의 매체에 명예훼손적 내용의 글을 게시하는 경우와 마찬가지로 그 게시행위로서 명예훼손의 범행은 종료된다.

- ④ 인터넷 신문사 소속 기자 A가 인터넷 포털 사이트의 '핫이슈' 난에 제품의 안정성에 관한 논란이 되고 있는 제품을 옹호하는 기사를 게재하자, 그 기사를 읽은 상당수의 독자들이 '네티즌 댓글' 난에 A를 비판하는 댓글을 달고 있는 상황에서 甲이 "이런걸 기레기라고 하죠?" 라는 댓글을 게시한 경우, 이는 모욕적 표현에 해당하나 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각된다.

해설 ① × : ~ (2줄) 언급하지 않았다면, 그 자체만으로 A의 사회적 가치나 평가를 침해하기에 충분한 구체적인 사실이 적시되었다고 볼 수 없어, 甲에게는 명예훼손죄가 성립하지 않는다(대판 2009.9.24, 2009도6687).

② 대판 2011.8.18, 2011도6904

③ 대판 2007.10.25, 2006도346

④ 대판 2021.3.25, 2017도17643

정답 ①

18 명예훼손죄와 모욕죄에 관한 설명으로 옳지 않은 것만을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

- ㉠ A대학교 총학생회장인 甲이 총학생회 주관의 농활 사전답사 과정에서 B를 비롯한 학생회 임원진의 음주 및 음주운전 사실을 계기로 음주운전 및 이를 묵인하는 관행을 공론화하여 '총학생회장으로서 음주운전을 끝까지 막지 못하여 사과드립니다.'라는 글을 페이스북 등에 게시한 경우, 甲에게는 B에 대한 명예훼손죄가 성립하지 않는다.
- ㉡ 지역버스 노동조합 조합원인 甲이 자신의 페이스북에 집회 일정을 알리면서 노동조합 집행부인 A와 B를 지칭하며 "버스 노조 악의 축, A와 B를 구속수사하라!!"라는 표현을 적시한 경우, 甲에게는 A와 B에 대한 모욕죄가 성립한다.
- ㉢ 甲이 초등학교생인 딸 A의 학교폭력 피해사실을 신고하여 교장이 가해학생인 B에게 학교폭력대책자치위원회의 의결에 따라 '피해학생에 대한 접촉, 보복행위의 금지' 등의 조치를 하였는데 그 후 甲이 자신의 카카오톡 계정 프로필 상태 메시지에 "학교폭력범은 접촉금지!!!"라는 글과 주먹 모양의 그림말 세 개를 게시한 경우, 甲에게는 B에 대한 명예훼손죄가 성립한다.
- ㉣ 甲이 골프클럽 경기보조원들의 구직편의를 위해 제작된 인터넷 사이트 내 회원 게시판에 특정 골프클럽의 운영상 불합리성을 비난하는 글을 게시하면서 위 클럽담당자 A에 대하여 '한심하고 불쌍한 인간'이라는 등 경멸적 표현을 한 경우, 甲에게는 A에 대한 모욕죄가 성립한다.

① ㉠, ㉡

② ㉡, ㉢

③ ㉠, ㉢, ㉣

④ ㉡, ㉢, ㉣

해설 ㉠ ○ : 대판 2023.2.2, 2022도13425(∵ 게시글의 전체적인 취지·내용에 비추어 중요한 부분이 '진실한 사실'에 해당하고, 게시글은 주된 의도·목적의 측면에서 공익성이 충분히 인정되는 점 등을 종합하면, 피고인의 행위는 형법 제310조에 따라 위법성이 조각된다.)

㉡ × : 모욕죄 ×(대판 2022.10.27, 2019도14421 ∵ 피해자들의 사회적 평가를 저해시킬 만한 경멸적인 표현에 해당하나, 자신의 의견을 담은 게시글을 작성하면서 위 표현을 한 것은 형법 제20조에 따라 위법성이 조각된다.)

㉢ × : 명예훼손죄 ×(대판 2020.5.28, 2019도12750 ∵ 피고인이 위 상태메시지를 통해 乙의 사회적 가치나 평가를 저하시키기에 충분한 구체적인 사실을 드러냈다고 볼 수 없음)

㉣ × : 모욕죄 ×(대판 2008.7.10, 2008도1433 ∵ 사회상규에 위배 × ⇨ 위법성조각)

정답 ④

p.154 최신판례 3번 판례 아래 추가

4. 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’라 함은 직업 또는 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무나 사업을 말하는 것으로, 이러한 주된 업무와 밀접불가분의 관계에 있는 부수적인 업무도 이에 포함된다(대판 2023.9.27, 2023도9332 ㉠ 피고인들이 공모하여 이사회에서 ‘급여규정 일부 개정안’에 대하여 허위로 설명 또는 보고하거나 개정안과 관련하여 허위의 자료를 작성하여 제시하였는데, 위와 같은 행위로 위계로써 甲농협 감사의 甲농협의 재산과 업무집행상황에 대한 감사, 이사회에 대한 의견 진술 등에 관한 업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 경우 ⇨ 업무방해죄 × ∵ 감사의 특정 이사회 출석 및 의견 진술은 감사의 본래 업무와 밀접불가분의 관계에 있는 부수적인 업무라고 보기 어려워 피고인들의 행위로 이사회에 출석하여 의견을 진술한 이사회 구성원 아닌 감사의 업무가 방해된 경우에 해당한다고 볼 수 없음).

p.155 상단 아미박스에 2. 추가

1. 위계에 의한 업무방해죄에 있어서 위계라 함은 행위자의 행위목적 달성을 위하여 상대방에게 오인, 착각 또는 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말하며, 상대방이 이에 따라 그릇된 행위나 처분을 하였다면 위계에 의한 업무방해죄가 성립된다(대판 1992.6.9, 91도2221). 22. 법원칙
2. 업무담당자가 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 신청인이 제출한 허위 신청사유나 허위 소명자료를 가볍게 믿고 수용하였다면 이는 업무담당자의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 신청인의 위계가 업무방해의 위험성을 발생시켰다고 할 수 없어 위계에 의한 업무방해죄를 구성하지 않는다(대판 2023.8.31, 2021도17151). 23. 법원칙

p.157 상단 2. “유사판례”에 ② 추가

유사판례

- ① A대학이 예술경영학과 교수로 甲을 채용하는 데 있어서 甲이 제출한 허위의 이력서와 성적증명서에 대해 충분히 확인하지 않고 교수로 채용한 경우 ⇨ 위계에 의한 업무방해죄 ×(대판 2008.6.26, 2008도2537 ∵ 업무담당자의 불충분한 심사에 기인한 것) 23. 법원칙
② 계좌개설 신청인이 접근매체를 양도할 의사로 금융기관에 법인 명의 계좌를 개설하면서 예금거래신청서 등에 금융거래의 목적이나 접근매체의 양도 의사 유무 등에 관한 사실을 허위로 기재하였으나, 계좌개설 심사업무를 담당하는 금융기관의 업무담당자가 단순히 예금거래신청서 등에 기재된 계좌개설 신청인의 허위 답변만을 그대로 믿고 그 내용의 진실 여부를 확인할 수 있는 증빙자료의 요구 등 추가적인 확인조치 없이 법인 명의의 계좌를 개설해 준 경우 ⇨ 위계에 의한 업무방해죄 ×(대판 2023.8.31, 2021도17151)

p.159 하단 15번 판례 아래 추가

16. 정치적인 의사표현을 위한 집회나 행위가 헌법 제21조에 따라 보장되는 정치적 표현의 자유나 헌법 제10조에 내재된 일반적 행동의 자유의 관점 등에서 보호받을 가능성이 있더라도 전체 법질서상 용인될 수 없을 정도로 사회적 상당성을 갖추지 못한 때에는 그 행위 자체가 위법한 세력의 행사로서 형법 제314조 제1항의 업무방해죄에서 말하는 위력의 개념에 포섭될 수 있다(대판 2022.6.16, 2021도16591).

p.161 중간 14번 판례 아래 추가(15~17)

15. 피해자가 농장 출입을 위하여 사용해 온 피고인 소유 토지 위의 현황도로 일부를 피고인이 막았으나, 이미 오래 전부터 바로 **근방에 농장으로의 차량 출입이 가능한 비포장도로가 대체 도로로 개설**되어 있었다면 업무방해죄가 성립하지 않는다(대판 2007.4.27, 2006도9028 ∴ 업무방해 결과발생의 염려 ×, 업무를 방해한다는 고의 ×). **24. 해경승진**
16. **특성화고 교장인 甲이** 신입생 입학 사정회의 과정에서 면접위원인 피해자들에게 “**참 선생님들이 말을 안 듣네. 중학교는 이 정도면 교장 선생님한테 권한을 줘서 끝내는데, 왜 그러는 거죠?**” 등 특정 학생을 합격시키라는 취지의 발언을 하여 특정 학생의 면접 점수를 상향시켜 신입생으로 선발 되도록 한 경우 ⇨ **위력에 의한 업무방해죄 ×**(대판 2023.3.30, 2019도7446 ∴ 甲의 발언에 다소 과도한 표현이 사용되었더라도 그것만으로 그 행위의 내용이나 수단이 사회통념상 허용할 수 없는 것이었다거나 피해자들의 자유의사를 제압하기에 충분한 위력을 행사하였다고 단정하기 어렵고, 그로 인하여 피해자들의 **신입생 면접 업무가 방해될 위험이 발생하였다고 보기도 어렵다.**) **23. 경력채용**
17. 주택재개발정비사업조합 구역 내 **건물의 소유자인 피고인들이** 위 건물에 대한 건물명도소송 확정 판결에 따른 강제집행을 보상액이 적다는 이유로 위력으로 방해함으로써 **집행관에게 집행위임을 한 조합의 이주·철거업무를 방해하였다는** 내용으로 기소된 사안에서, 위 **강제집행은** 특별한 사정이 없는 한 **집행위임을 한 조합의 업무가 아닌 집행관의 고유한 직무에 해당하고**, 설령 피고인들이 집행관의 강제집행 업무를 방해하였더라도 이를 채권자인 조합의 업무를 직접 방해한 것으로 볼 만한 증거도 부족하므로, **피고인들이 조합의 업무를 방해하였다고 볼 수 없고 피고인들의 행위와 조합의 업무방해 사이에 상당인과관계가 있다고 단정할 수도 없다**(대판 2023.4.27, 2020도34 ∴ **위력에 의한 업무집행방해죄 ×**).

p.179 문제 23번 다음에 추가(문제 24~25)

24 신용과 업무의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ① 컴퓨터 등 업무방해죄가 성립하기 위해서는 가해행위의 결과 정보처리장치가 그 사용목적에 부합하는 기능을 하지 못하거나 사용목적과 다른 기능을 하는 등 정보처리의 장애가 현실적으로 발생하였을 것을 요한다.
- ② 학칙에 따라 입학에 관한 업무가 총장 甲의 권한에 속한다고 하더라도 그중 면접업무가 면접위원 A에게 위임되었다면, 그 위임된 업무는 A의 독립된 업무에 속하므로 甲과의 관계에서도 업무방해죄의 객체인 타인의 업무에 해당한다.
- ③ 甲이 무자격자에 의해 개설된 의료기관에 고용된 의료인 A의 진료업무를 방해한 경우, A의 진료업무가 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무에 해당하여 甲을 업무방해죄로 처벌하기 위해서는 의료기관의 개설·운영 형태, 해당 의료기관에서 이루어지는 진료의 내용과 방식, 甲의 행위로 인하여 방해되는 업무의 내용 등 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

- ④ 비록 다른 사람이 작성한 논문을 피고인 단독 혹은 공동으로 작성한 논문인 것처럼 학술지에 제출·발표한 논문연구실적을, 부교수 승진심사 서류에 포함하여 제출하였다고 하더라도, 당해 논문을 제외한 다른 논문만으로도 부교수 승진요건을 월등히 충족하고 있었다면 위계에 의한 업무방해죄가 성립하지 않는다.

해설 ① 대판 2009.4.9, 2008도11978

② 대판 2018.5.15, 2017도19499

③ 대판 2023.3.16, 2021도16482

④ × : ~ (2줄) 포함하여 제출한 경우, 당해 논문을 제외한 다른 논문만으로도 부교수 승진요건을 월등히 충족하고 있었다 하더라도 위계에 의한 업무방해죄가 성립한다(대판 2009.9.10, 2009도4772).

정답 ④

25 업무방해죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 변호사시험

- ① 업무수행 자체가 아니라 업무의 적정성 내지 공정성이 방해된 경우에는 업무방해죄가 성립하지 않는다.
- ② 공인중개사가 아닌 사람이 영위하는 중개업을 위력으로 방해한 경우 업무방해죄가 성립하지 않는다.
- ③ 형법 제314조 제2항의 컴퓨터 등 장애업무방해죄가 성립하기 위해서는 정보처리에 장애가 현실적으로 발생하였을 것을 요하나, 정보처리에 장애를 발생하게 하여 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생한 이상, 업무방해의 결과가 실제로 발생하지 않더라도 위 죄가 성립한다.
- ④ 경찰청 민원실에서 민원인들이 진정사건의 처리와 관련하여 경찰청장과의 면담 등을 요구하면서 이를 제지하는 경찰관들에게 큰소리로 욕설을 하고 행패를 부린 행위에 대하여, 업무방해죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 위력에 의한 업무방해죄는 위력에 의해 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압되지 않은 경우에도 성립할 수 있다.

해설 ① × : ~ 공정성이 방해된 경우에도 업무방해죄가 성립한다(대판 2008.1.17, 2006도1721).

② 대판 2007.1.11, 2006도6599

③ 대판 2009.4.9, 2008도11978

④ 대판 2010.2.25, 2008도9049

⑤ 대판 2009.9.10, 2009도5732

정답 ①

p.180 상단 아미박스 2. 아래 추가

비밀침해죄, 업무상 비밀누설죄(진정신분범 ○, 부진정신분범 ×) ⇨ 친고죄 ○(제318조)

〈관련판례〉

1. 문서 자체에 비밀장치가 되어 있지 않더라도, 외부 포장을 만들어서 그 안의 내용을 알 수 없게 만드는 잠금장치가 있는 용기나 서랍 등에 문서를 보관하였다면 비밀침해죄의 객체가 될 수 있다(대판 2008. 11.27, 2008도9071). 18. 법원행시
2. 병원에서 분실된 진료기록의 일부를 당사자가 증거로 제출하는 것이 형법 제317조 제1항 소정의 업무상 비밀누설죄에 해당된다고 볼 수 없다(대판 1992.5.22, 91다39320). 18. 경찰간부
3. 형법 제316조 제2항 소정의 전자기록 등 내용탐지죄의 객체인 '전자기록 등 특수매체기록'은 그 자체로서 객관적·고정적 의미를 가지면서 독립적으로 쓰이는 것이 아니라, 개인 또는 법인이 전자적 방식에 의한 정보의 생성·처리·저장·출력을 목적으로 구축하여 설치·운영하는 시스템에서 쓰임으로써 예정된 증명적 기능을 수행하는 것으로, 특정인의 의사가 표시되어야 하는 것은 아니므로 인터넷계정 등에 접속하는 과정에서 입력하는 아이디 및 비밀번호 등 자체는 '전자기록 등 특수매체기록'이라 할 수 있다(대판 2022.3.31, 2021도8900). 23. 순경 2차
4. 형법 제316조 제2항 소정의 전자기록 등 내용탐지죄는 봉합 기타 비밀장치한 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자를 처벌하는 규정인바, 전자기록 등 특수매체기록에 해당하더라도 봉합 기타 비밀장치가 되어 있지 아니한 것은 이를 기술적 수단을 동원해서 알아냈더라도 전자기록 등 내용탐지죄가 성립하지 않는다(대판 2022.3.31, 2021도8900). 23. 순경 2차

p.184 하단 4번 판례 아래 추가

5. 피고인이 예전 여자친구인 甲의 사적 대화 등을 몰래 녹음하거나 현관문에 甲에게 불안감을 불러일으킬 수 있는 문구가 기재된 마스크를 걸어놓거나 甲이 다른 남자와 찍은 사진을 올려놓으려는 의도로 3차례에 걸쳐 야간에 甲이 거주하는 빌라 건물의 공동현관, 계단을 통해 甲의 2층 주거 현관문 앞까지 들어간 경우, 피고인은 甲 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 빌라 건물에 출입하였다고 볼 여지가 충분하다(대판 2024.2.15, 2023도15164 ∴ 주거침입죄 ○).

p.186 상단 2. 아래 추가

3. 甲으로부터 점포를 임대하여 카페를 운영하던 乙이 임대차기간 중, 위 카페 영업을 중단하는 한편 甲에게 이러한 영업중단 사실을 고지하면서 위 점포의 열쇠를 교부하였고, 甲은 위 점포의 출입문을 열고 들어가 그곳에 있던 乙 소유 집기 등을 임의로 철거하였다. 乙은 甲에게 위 점포에 있던 집기 등을 철거할 목적이 있다는 것을 알았더라면 甲의 출입을 승낙하지 않았을 경우 ⇨ 주거침입죄 ×, 손괴죄 ○(대판 2022.7.28, 2022도419)

p.186 하단 4. 아래 추가(5~8)

5. 甲은 연인관계인 A로부터 **안방에 TV를 설치하여 달라는 요청을 받고 통상적인 출입방법에 따라** A의 안방에 들어간 후 A가 있는 자리에서 TV를 설치하는 등 달리 A의 사실상 평온상태가 침해되었다고 볼만한 사정이 없었다면, 甲의 출입이 **실제로는 CCTV 카메라와 동영상 저장장치를 부착한 TV인 사실을 숨기고** 한 것이라도 주거침입죄가 성립한다고 단정할 수 없다(대판 2022.4.28, 2022도1717). 23. 순경 2차
6. **일반적으로 출입이 허용되어 개방된 시청사 로비에** 관리자의 출입 제한이나 제지가 없는 상태에서 **통상적인 방법으로 들어간 이상** 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 김 천시청 1층 로비에 들어갔다고 볼 수 없으므로 건조물침입죄에서 규정하는 **침입행위에 해당하지 않는다**(대판 2022.6.16, 2021도7087).
7. 편의점에서 담배를 절취할 목적으로 편의점 출입문을 열고 들어가 편의점 직원에게 담배 1보루를 달라고 하여 이를 받은 후 대금을 지급하지 않고 가지고 나와 달아난 경우 ⇨ **야간주거침입절도죄 ×**(대판 2022.7.28, 2022도5659 ∵ 일반인의 출입이 허용된 영업점에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄에서 정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 영업점에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라고 하더라도 그러한 사정만으로는 사실상의 평온상태를 해치는 것도 아니어서 침입행위에 해당한다고 볼 수 없다. ∴ 절도죄 ○)
8. 업무시간 중 출입자격 등의 제한 없이 일반적으로 개방되어 있는 장소에 들어간 경우, 관리자의 명시적 출입금지 의사 및 조치가 없었던 이상 그 출입행위가 결과적으로 관리자의 추정적 의사에 반하였다는 사정만으로는 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 출입하였다고 평가할 수 없다(대판 2024.1.4, 2022도15955).

p.187 중간 ⑦ 아래 추가

- ⑧ **사생활 보호의 필요성이 큰 사적 주거, 외부인의 출입이 엄격히 통제되는 건조물에** 거주자나 관리자의 **승낙 없이** 몰래 들어간 경우 또는 출입 당시 거주자나 관리자가 **출입의 금지나 제한**을 하였음에도 이를 **무시하고 출입**한 경우에는 사실상의 평온상태가 침해된 경우로서 침입행위가 될 수 있다(대판 2024.2.8, 2023도16595 ㉠ 피고인이 ‘甲에게 100m 이내로 접근하지 말 것’ 등을 명하는 법원의 접근금지가처분 결정이 있는 등 피고인이 甲을 방문하는 것을 甲이 싫어하는 것을 알고 있음에도 임의로 甲이 근무하는 사무실 안으로 들어간 경우, 피고인이 위 결정에 반하여 甲이 근무하는 사무실에 출입한 것은 甲의 명시적인 의사에 반하는 행위일 뿐만 아니라, 출입의 금지나 제한을 무시하고 출입한 경우로서 출입 당시 객관적 · 외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 보더라도 사실상 평온상태가 침해된 것으로 볼 수 있으므로 **건조물침입죄가 성립한다**).

p.189 중간 2. 아래 추가

3. 형법 제319조 제2항의 **퇴거불응죄**는 주거나 건조물·방실 등의 **사실상 주거의 평온을 보호 법익**으로 하는 것으로, 거주자나 관리자·점유자로부터 주거나 건조물·방실 등에서 퇴거요구를 받고도 응하지 아니하면 성립하는데, 이때 주거 등에 관하여 **거주·관리·점유할 법률상 정당한 권한을 가지고 있어야만 거주자나 관리자·점유자가 될 수 있는 것은 아니다**. 이는 숙박업자가 고객에게 객실을 제공하여 일시적으로 이를 사용할 수 있도록 하고 고객으로부터 사용에 따른 대가를 지급받는 **숙박계약이 종료됨에 따라 고객이 숙박업소의 관리자 등으로부터 퇴거요구를 받은 경우에도 원칙적으로 같다**. 다만, 고객의 개별 객실에 대한 점유가 숙박업자의 전체 숙박업소에 대한 사실상 주거의 평온을 침해하는 것으로 평가할 수 있는 **특별한 사정이 있는 경우에는** 숙박업자가 고객에게 적법하게 퇴거요구를 하였음에도 고객이 응하지 않을 때 **퇴거불응죄가 성립할 수 있다**(대판 2023.12.14, 2023도9350).

p.200 문제 17번 다음에 추가(문제 18~20)

18 주거(건조물)침입죄에 관한 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) **24. 변호사시험**

- ① 침입 대상인 아파트에 사람이 있는지를 확인하기 위해 그 집의 초인종을 누른 행위만으로도 주거침입죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다.
- ② 건조물의 이용에 기여하는 인접의 부속 토지에 해당한다면 그 토지가 인적 또는 물적 설비 등에 의하여 구획 또는 통제되지 않아 통상의 보행으로 그 경계를 쉽사리 넘을 수 있는 정도라고 하더라도 건조물침입죄의 객체에 해당한다.
- ③ 甲이 수개월 전 헤어진 연인인 A를 폭행하기 위하여 A가 사는 오피스텔 공동현관의 출입문에 교제 당시 알게 된 비밀번호를 눌러 들어간 후 엘리베이터를 타고 A의 집 현관문 앞으로 이동해 침입하려다 실패하여 도주한 경우, 알고 있던 공동현관 비밀번호를 입력하여 출입한 이상 공용부분에 대한 주거침입을 인정할 여지는 없다.
- ④ 수일 전에 피해자를 강간하였던 甲이 대문을 몰래 열고 들어와 담장과 피해자가 거주하던 방 사이의 좁은 통로에서 창문을 통하여 방 안을 엿보던 상황이라면 피해자의 주거에 대한 사실상 평온 상태가 침해된 것으로 주거침입죄에 해당한다.
- ⑤ 甲이 처(妻) A와의 불화로 인해 A와 같이 살던 아파트에서 나온 후 위 아파트에 임의로 출입한 경우 甲이 공동생활관계에서 이탈하거나 위 아파트 주거 등에 대한 사실상의 지배·관리를 상실하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우라 하더라도 주거침입죄가 성립할 여지는 없다.

해설 ① × : ~ 착수한 것으로 볼 수 없다(대판 2008.4.10, 2008도1464).

② × : 건조물의 이용에 기여하는 인접의 부속 토지라고 하더라도 그 토지가 인적 또는 물적 설비 등에 의하여 구획 또는 통제되지 않아 통상의 보행으로 그 경계를 쉽사리 넘을 수 있는 정도라고 한다면 건조물침입죄의 객체에 해당하지 않는다(대판 2010.4.29, 2009도14643).

③ × : ~ 인정할 여지가 있다(대판 2022.1.27, 2021도15507).

④ ○ : 대판 2001.4.24, 2001도1092

⑤ × : ~ (3줄) 특별한 사정이 있는 경우에는 주거침입죄가 성립할 수 있다(대판 2023.6.29, 2023도3351).

정답 ④

19 주거침입죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 주거침입죄의 실행의 착수는 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하다.
- ② 연립주택 아래층에 사는 피해자가 위층 피고인의 집으로 통하는 상수도관의 밸브를 임의로 잠근 후 이를 피고인에게 알리지 않아 하루 동안 수도물이 나오지 않은 고통을 겪었던 피고인이 상수도관의 밸브를 확인하고 이를 열기 위하여 부득이 피해자의 집에 들어간 것이라면 이는 정당행위에 해당하여 주거침입죄가 성립하지 않는다.
- ③ 甲이 교제하다 헤어진 A가 거주하는 아파트에 들어가려고 아파트 지하 주차장에서 A나 다른 입주자의 승낙 없이 무단으로 A가 거주하는 101동으로 연결된 출입구의 공동출입문 비밀번호를 입력하여 아파트의 공용부분에 들어가 A의 집 현관문 앞까지 출입한 경우, A와 같은 아파트 101동에 거주하는 다른 입주자들의 사실상 주거의 평온 상태를 해한 것으로 볼 수 있다면 甲에게 주거침입죄가 성립한다.
- ④ 관리자의 현실적인 승낙을 받아 건조물에 통상적인 출입방법으로 들어간 경우에도 관리자의 가정적 추정적 의사는 고려되어야 하며, 그 승낙의 동기에 착오가 있었던 경우 승낙의 유효성에 영향을 미쳐 건조물침입죄가 성립할 수 있다.

해설 ① 대판 2008.3.27, 2008도917 ② 대판 2004.2.13, 2003도7393(·: 정당행위 ○)

③ 대판 2022.1.27, 2021도15507 ④ × : 관리자에 의해 출입이 통제되는 건조물에 관리자의 승낙을 받아 건조물에 통상적인 출입방법으로 들어갔다면, 이러한 승낙의 의사표시에 기망이나 착오 등의 하자가 있더라도 특별한 사정이 없는 한 형법 제319조 제1항에서 정한 건조물침입죄가 성립하지 않는다. 이러한 경우 관리자의 현실적인 승낙이 있었으므로 가정적·추정적 의사는 고려할 필요가 없다. 단순히 승낙의 동기에 착오가 있다고 해서 승낙의 유효성에 영향을 미치지 않으므로, 관리자가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 사정이 있더라도 건조물침입죄가 성립한다고 볼 수 없다(대판 2022.3.31, 2018도15213).

정답 ④

20 다음 중 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

- ① 甲을 비롯한 직원들의 임금이 체불되고 사무실 임대료를 내지 못할 정도로 재정 상태가 좋지 않는 등 회사의 경영상황이 우려되고 대표이사 겸 최대주주인 A의 경영능력이 의심 받던 상황에서, 甲이 동료 직원들과 함께 A를 만나 사임제안서만을 전달한 행위는 협박죄에서의 '협박'에 해당한다.
- ② 형법 제316조 제2항 소정의 전자기록 등 내용탐지죄의 객체인 '전자기록 등 특수매체기록'이 되기 위해서는 특정인의 의사가 표시되어야 하는바, 인터넷계정 등에 접속하는 과정에서 입력하는 아이디 및 비밀번호 등 자체는 특정인의 의사를 표시한 것으로 보기 어려워 '전자기록 등 특수매체기록'이라 할 수 없다.
- ③ 형법 제316조 제2항 소정의 전자기록 등 내용탐지죄는 봉합 기타 비밀장치한 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자를 처벌하는 규정인바, 전자기록 등 특수매체기록에 해당하더라도 봉합 기타 비밀장치가 되어 있지 아니한 것은

이를 기술적 수단을 동원해서 알아냈더라도 전자기록 등 내용탐지죄가 성립하지 않는다.

- ④ 甲은 연인관계인 A로부터 안방에 TV를 설치하여 달라는 요청을 받고 통상적인 출입방법에 따라 A의 안방에 들어간 후 A가 있는 자리에서 TV를 설치하는 등 달리 A의 사실상 평온상태가 침해되었다고 볼만한 사정이 없었더라도, 甲의 출입이 실제로는 CCTV 카메라와 동영상 저장장치를 부착한 TV인 사실을 숨기고 이루어졌다면 甲에게는 주거침입죄가 성립한다.

해설 ① × : ~ (4줄) ‘협박으로 볼 수 없고, 설령 ‘협박’에 해당하더라도 사회통념상 용인할 수 있는 정도이거나 이 사건 회사의 경영 정상화라는 정당한 목적을 위한 상당한 수단에 해당하여 사회상규에 반하지 아니한다고 봄이 타당하다(대판 2022.12.15, 2022도9187 ∴ 협박죄 ×).

② × : 형법 제316조 제2항 소정의 전자기록 등 내용탐지죄의 객체인 ‘전자기록 등 특수매체기록’은 그 자체로서 객관적·고정적 의미를 가지면서 독립적으로 쓰이는 것이 아니라, 개인 또는 법인이 전자적 방식에 의한 정보의 생성·처리·저장·출력을 목적으로 구축하여 설치·운영하는 시스템에서 쓰임으로써 예정된 증명적 기능을 수행하는 것으로, 특정인의 의사가 표시되어야 하는 것은 아니므로 인터넷계정 등에 접속하는 과정에서 입력하는 아이디 및 비밀번호 등 자체는 ‘전자기록 등 특수매체기록’이라 할 수 있다(대판 2022.3.31, 2021도8900).

③ ○ : 대판 2022.3.31, 2021도8900

④ × : ~ (3줄) 볼만한 사정이 없었다면, 甲의 출입이 실제로는 CCTV 카메라와 동영상 저장장치를 부착한 TV인 사실을 숨기고 한 것이라도 주거침입죄가 성립한다고 단정할 수 없다(대판 2022.4.28, 2022도1717)

정답 ③

p.228 문제 05번 다음에 추가

06 절도죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 甲이 피해 회사의 사무실에서 피해 회사 명의의 농협 통장을 몰래 가지고 나와 예금 1,000만원을 인출한 후 다시 위 통장을 제자리에 갖다 놓은 경우, 위 통장에 대한 불법영득의사는 없다고 보아야 하므로 위 통장에 대한 절도죄는 성립하지 않는다.
- ② 甲이 자신의 모친 A의 명의로 구입 등록하여 A에게 명의신탁한 자동차를 B에게 담보로 제공한 후 B 몰래 가져간 경우, 甲에게 절도죄가 성립한다.
- ③ 피해자의 영업점 내에 있는 피해자 소유의 휴대전화를 허락 없이 가지고 나와 사용한 다음 약 1~2시간 후 위 영업점 정문 옆 화분에 놓아두고 간 경우, 절도죄의 불법영득의사가 인정되지 않는다.
- ④ 어떠한 물건을 점유자의 의사에 반하여 취거하더라도 그것이 결과적으로 소유자의 이익으로 된다는 사정 또는 소유자의 추정적 승낙이 있다고 볼 만한 사정이 인정된다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없다.

해설 ① × : 절도죄 ○(대판 2010.5.27, 2009도9008 ∴ 예금액 증명기능의 경제적 가치에 대한 불법영득의사 ○) ② ○ : 대판 2012.4.26, 2010도11771

③ × : 절도죄 ○(대판 2012.7.12, 2012도1132 ∴ 불법영득의사 ○)

④ × : ~ (2줄) 볼 만한 사정이 있다고 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 불법영득의 의사가 없다고 할 수 없다(대판 2014.2.21, 2013도14139).

정답 ②

p.232 하단 9번 판례 아래 추가(10~11)

10. 편의점에서 담배를 절취할 목적으로 새벽에 편의점 출입문을 열고 들어가 편의점 직원에게 담배 1보루를 달라고 하여 이를 받은 후 대금을 지급하지 않고 가지고 나와 달아난 경우 ⇨ 야간주거침입 절도죄 ×(대판 2022.7.28, 2022도5659 ∴ 주거침입죄 ×, 절도죄 ○)
11. 甲은 A회사의 설립 당시부터 甲의 직원 5명이 파견 근무 중인 상황에서 업무상 편의를 위해 乙로부터 A회사의 출입을 위한 스마트키를 교부받았고, A회사에는 甲의 지문까지 등록되어 있었으며, 甲은 그 이후 A회사에 여러 차례 출입을 하는 과정에서 위 스마트키를 사용하였다. 甲은 야간에 위 스마트키를 이용하여 A회사의 문을 열고 들어가 A회사 및 乙의 재물을 절취한 경우 ⇨ 야간건조물 침입절도죄 ×(대판 2023.6.29, 2023도3351 ∴ 乙이 A회사에 대한 출입권한을 부여한 이상, A회사는 乙이 단독으로 관리·점유하는 건조물에 해당 ×, 통상적인 출입방법으로 출입 ○ ∴ 건조물침입죄 ×, 절도죄 ○)

p.242 상단 “① 폭행·협박” ㉔ 아래 ㉔ 추가

- ㉔ 신경안정제를 탄 음료수를 사람에게 마시게 하여 졸음에 빠지게 하고 그 틈을 이용해 그 사람의 지갑을 가져간 경우 ⇨ 강도죄 ○(대판 1984.12.11, 84도2324) 08. 법원직, 23. 해경 3차

p.265 문제 05번 다음에 추가(문제 06~08)

06 절도와 강도의 죄에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ㉑ 작성권한 없는 자에 의하여 위조된 유가증권이라고 하더라도 절차에 따라 몰수되기까지는 그 소지자의 점유를 보호하여야 한다는 점에서 절도죄의 객체가 될 수 있다.
- ㉒ 강도범행 이후에도 피해자를 계속 끌고 다니거나 차량에 태우고 함께 이동하는 등으로 강도 범행으로 인한 피해자의 심리적 저항불능 상태가 해소되지 않은 상태에서 강도 범인의 상해 행위가 있었다면 강취행위와 상해행위 사이에 다소의 시간적·공간적 간격이 있었으므로 강도상해죄가 성립하지 않는다.
- ㉓ 甲이 A의 방에서 A를 살해한 후 불법영득의사가 생겨 비로소 A의 물건을 가지고 나온 경우, 그 물건에 대한 A의 점유가 계속되고 있어 甲의 행위는 절도죄에 해당한다.
- ㉔ 절도 습벽의 발현으로 절도, 야간주거침입절도, 특수절도, 자동차 등 불법사용의 범행을 함께 저지른 경우, 자동차 등 불법사용의 범행은 상습절도 등의 죄에 흡수되어 1죄만이 성립하고 이와 별개로 자동차 등 불법사용죄가 성립하는 것은 아니다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설 ㉑ ○ : 대판 1998.11.24, 98도2967

㉒ × : ~ (3줄) 시간적·공간적 간격이 있었다는 것만으로는 강도상해죄의 성립에 영향이 없다(대판 2014.9.26, 2014도9567).

㉓ ○ : 대판 1993.9.28, 93도2143

㉔ ○ : 대판 2002.4.26, 2002도429

정답 ③

07 다음 사례와 관련된 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 변호사시험

甲이 절도의 고의로 이웃집에 담을 넘어 들어갔다가 훔칠 물건을 찾을 새도 없이 때마침 귀가한 A에게 곧바로 발각되었다. A가 甲을 향해 “너, 누구야?”라고 소리치며 붙잡으려 하자, 甲이 도망치기 위해 A를 폭행하였다.

- ① 위 사례가 주간에 발생했다면, 甲에게 절도미수죄가 성립한다.
- ② 위 사례가 주간에 발생했고, 甲이 담을 넘어 들어갈 때 범행에 사용할 의도로 칼을 소지하고 있었다고 하더라도, 실제 甲이 A를 폭행할 때 칼을 사용하지 않았다면 특수주거침입죄나 특수폭행죄는 성립하지 않는다.
- ③ 위 사례가 야간에 발생했다면, 甲에게 준강도기수죄가 성립한다.
- ④ 위 사례가 야간에 발생했고, 甲이 A를 폭행한 후 곧이어 뒤따라 온 B에게 붙잡히게 되자 도망치기 위해 B에게 상해를 가한 경우, 甲에게는 포괄하여 하나의 강도상해죄가 성립한다.
- ⑤ 위 사례와는 별도로, 甲이 차량 내부의 물건을 훔치려고 하다가 혹시라도 발각되었을 때 체포를 면탈하는 데 도움이 될 수 있을 것이라는 생각에서 칼을 소지하고 심야에 인적이 드문 길가에 주차된 차량들을 살피던 중 적발된 경우, 甲에게 강도예비죄가 성립한다.

해설 ① × : 야간이 아닌 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였다고 하여도 아직 절취할 물건의 물색행위를 시작하기 전이라면 주거침입죄만 성립할 뿐 절도죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없다(대판 1992.9.8, 92도1650).

② × : ~ 칼을 소지하고 있었다면, 실제 甲이 A를 폭행할 때 칼을 사용하지 않았다 하더라도 특수주거침입죄나 특수폭행죄가 성립한다(대판 2007.3.30, 2007도914).

③ × : ~ 준강도미수죄가 성립한다(대판 2004.11.18, 2004도5074 전원합의체 ∴ 절도의 기수 ×).

④ ○ : 대판 2001.8.21, 2001도3447

⑤ × : 강도예비죄 ×(대판 2006.9.14, 2004도6432 ∴ ‘강도’할 목적 ×, ‘준강도’할 목적 ○)

정답 ④

08 절도와 강도의 죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

- ① 타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 바로 통장을 반환한 경우, 그 사용으로 인한 경제적 가치의 소모 정도를 불문하고 예금통장에 대한 절도죄는 성립하지 않는다.
- ② 강간범이 강간행위의 계속 중에 강도행위를 한 경우, 이후에 그 자리에서 강간행위를 계속한다 하더라도 형법상 강도강간죄가 성립하지 않는다.
- ③ 형법상 권리자의 동의 없이 타인의 자동차를 일시 사용한 자는 처벌되는 데 반해, 권리자의 동의 없이 타인의 원동기장치자전거를 일시 사용한 자는 처벌되지 않는다.
- ④ 甲이 2024. 1. 1. 15:40경 문이 열려 있는 A의 주거에 침입하여 머물러 있다가, 같은 날 21:00경 그곳에 있던 A소유의 시가 100만원 상당 노트북 1대를 가지고 나와 절취한 경우, 甲에게는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다.

❶ 해설 ① × : 타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 바로 예금통장을 반환하였다 하더라도 그 사용으로 인한 위와 같은 경제적 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미한 경우가 아닌 이상, 예금통장 자체가 가지는 예금액 증명기능의 경제적 가치에 대한 불법영득의 의사를 인정할 수 있으므로 절도죄가 성립한다(대판 2010.5.27, 2009도9008).

② × : ~ 강간행위를 계속한 경우 강도강간죄가 성립한다(대판 1988.9.9, 88도1240).

③ × : 형법상 권리자의 동의 없이 타인의 자동차, 선박, 항공기 또는 원동기장치자전거를 일시 사용한 자는 처벌된다(제331조의 2).

④ ○ : 대판 2011.4.14, 2011도300

정답 ④

p.266 중간 2번 판례 교체, 3번 판례 추가, 이후 번호 수정(3번~5번 ⇨ 4번~6번)

2. 사기죄의 보호법익은 재산권이므로, 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익이 침해되었다는 사정만으로 사기죄가 성립한다고 할 수 없다. 따라서 도급계약이나 물품구매 조달계약 체결 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가자격, 계약절차 등에 관한 규정을 위반한 사정이 있더라도 그러한 사정만으로 도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정해서는 안 되고, 그 위반으로 말미암아 계약 내용대로 이행되더라도 일의 완성이 불가능하였다고 평가할 수 있을 만큼 그 위법이 일의 내용에 본질적인 것인지 여부를 심리·판단하여야 한다(대판 2023.1.12, 2017도14104). 21. 법원직, 23. 순경 2차·해경 3차

3. 도급계약에서 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 계약 당시를 기준으로 피고인에게 일을 완성할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 일을 완성할 것처럼 거짓말을 하여 피해자로부터 일의 대가 등을 편취할 고의가 있었는지 여부에 의하여 판단하여야 한다. 이때 법원으로서 도급계약의 내용, 체결 경위 및 계약의 이행과정이나 결과 등을 종합하여 판단하여야 한다(대판 2023.1.12, 2017도14104)
㉠ 피고인이 설립한 A주식회사는 설립 자본금을 가장납입하고, 무자격 건설업자로 전문공사를 하도급받을 수 없음에도, 하도급 계약을 체결한 후, 공사대금을 지급받아 편취한 경우 ⇨ 사기죄 ×
∴ 피고인에게 각 공사를 완성할 의사나 능력이 없었다고 단정하기 어렵고, 기망행위로 인한 재물의 편취에 해당한다고 보기 어렵다). 24. 법원행시

p.269 하단 관련판례 “•사기죄가 성립되는 경우” 1번 판례 교체

1. 비의료인이 개설한 의료기관이 의료법에 의하여 적법하게 개설된 요양기관인 것처럼 국민건강보험공단에 요양급여비용의 지급을 청구하여 지급받은 경우, 명의를 빌려준 의료인으로 하여금 요양급여를 제공하도록 하였더라도 사기죄가 성립한다(대판 2015.7.9, 2014도11843). 20. 법원직, 21·23. 경찰승진, 23. 해경승진 적법하게 개설되지 아니한 의료기관의 실질 개설·운영자가 적법하게 개설된 의료기관인 것처럼 의료급여비용의 지급을 청구하여 이에 속은 국민건강보험공단으로부터 의료급여비용 명목의 금원을 지급받아 편취한 경우, 국민건강보험공단을 피해자로 보아야 한다(대판 2023.10.26, 2022도90). 24. 법원행시

p.279 하단 6번 판례 아래 “유사판례” 추가

유사판례

- ① 소송사기는 피고인이 범행을 인정한 경우 외에는 **소송절차나 조정절차에서 행한 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백하고 피고인이 그 주장이 명백히 거짓인 것을 인식하였거나 증거를 조작하려고 하였음이 인정되는 때와 같이 범죄가 성립하는 것이 명백한 경우가 아니면 이를 유죄로 인정하여서는 안 된다**(대판 2024.1.25, 2020도10330).
- ② 소송당사자들은 **조정절차**를 통해 원만한 타협점을 찾는 과정에서 자신에게 유리한 결과를 얻기 위하여 노력하고, 그 과정에서 **다소간의 허위나 과장이 섞인 언행**을 하는 경우도 있다. 이러한 언행이 일반 **거래관행과 신의칙에 비추어 허용될 수 있는 범위** 내라면 사기죄에서 말하는 기망행위에 해당한다고 볼 수는 없다(대판 2024.1.25, 2020도10330).
- ③ 조정에 따른 이행의무를 부담하는 피고가 **조정성립 이후** 청구원인에 관한 **주된 조정채무를 제 때 이행하지 않았다는 사정만으로** 원고에게 신의칙상 주의의무를 다하지 아니하였거나 조정성립과 상당인과관계 있는 **손해가 발생**하였다고 쉽사리 **단정하여서는 아니 된다**(대판 2024.1.25, 2020도10330 ∴ 사기죄 ×).

p.287 하단 18번 판례 교체

18. 피해자 甲은 드라이버를 구매하기 위해 특정 매장에 방문하였다가 지갑을 떨어뜨렸는데, 10분쯤 후 피고인이 같은 매장에서 우산을 구매하고 계산을 마친 뒤, 지갑을 발견하여 습득한 매장 주인 乙로부터 “이 지갑이 선생님 지갑이 맞느냐?”라는 질문을 받아 “내 것이 맞다.”라고 대답한 후 이를 **교부받아 가지고 간 경우** ⇨ **절도죄 ×, 사기죄 ○**(대판 2022.12.29, 2022도12494 ∴ 乙은 甲을 위하여 이를 처분할 수 있는 권능을 갖거나 그 지위에 있으므로, 乙의 행위는 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당하고 피고인의 행위를 절취행위로 평가할 수 없다.) 23. 순경 2차, 24. 경찰승진

p.308 문제 10번 다음에 추가(문제 11~12)

11 사기죄에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ㉠ 적법하게 개설되지 아니한 의료기관의 실질 개설 · 운영자가 적법하게 개설된 의료기관인 것처럼 의료급여비용 지급을 청구하여 이에 속은 국민건강보험공단으로부터 의료급여비용 명목의 금원을 지급받아 편취한 경우 국민건강보험공단을 피해자로 보아야 하고, 의료급여비용 이 시 · 도에 설치된 의료급여금을 재원으로 지급된다거나, 의료급여비용 편취 범행으로 인한 재산상 손해가 최종적으로 국민건강보험공단에 귀속되지 않는다고 하여 달리 볼 것은 아니다.
- ㉡ 재물을 편취한 후 현실적인 자금의 수수 없이 형식적으로 기왕에 편취한 금원을 새로이 장부 상으로만 재투자하는 것으로 처리한 경우 그 재투자금액도 편취액의 합산에 포함시켜야 한다.
- ㉢ 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급 · 공제를 받은 경우 조세범 처벌법 위반죄와 형법상 사기죄가 별개로 성립한다.
- ㉣ 도급계약에서 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 계약 당시를 기준으로 피고인에게 일을 완성할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 일을 완성할 것처럼 거짓말을 하여 피해자로부터 일의 대가 등을 편취할 고의가 있었는지 여부에 의하여 판단하여야 하고, 이때 법원에서는 도급계약의 내용, 그 체결 경위 및 계약의 이행과정이나 그 결과 등을 종합하여 판단하여야 한다.
- ㉤ 피고인의 제소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 이와 같은 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하므로, 사기죄를 구성한다고 할 수 없다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개
④ 3개 ⑤ 4개

| 해설 ㉠ ○ : 대판 2023.10.26, 2022도90

㉔ × : ~ (2줄) 그 재투자금액은 이를 편취액의 합산에서 제외하여야 한다(대판 2007.1.25, 2006도7470).

㉔ × : 조세범 처벌법 위반죄 ○, 사기죄 ×(대판 2008.11.27, 2008도7303)

㉔ ○ : 대판 2023.1.12. 2017도14104

Ⓢ ○ : 대판 1997.7.8. 97도632

정답 ③

12 사기의 죄에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

- ㉠ 사기죄에서 피해자에게 대가가 지급된 후 피해자를 기망하여 그가 보유하고 있는 그 대가를 다시 편취한 경우, 이는 새로운 법익의 침해가 발생한 것으로서 기존에 성립한 사기죄와 별도의 새로운 사기죄가 성립한다.
- ㉡ 적극적 소송당사자인 원고뿐만 아니라 방어적인 위치에 있는 피고라 하더라도 허위내용의 서류를 작성하여 이를 증거로 제출하거나 위증을 시키는 등의 적극적인 방법으로 법원을 기망하여 착오에 빠지게 한 결과 승소확정판결을 받음으로써 자기의 재산상의 의무이행을 면하게 된 경우, 그 재산가액 상당에 대하여 사기죄가 성립한다.
- ㉢ 甲은 A를 기망하여 A가 소유한 B부동산(아무런 부담이 없는 상태에서 시가 10억원임)의 소유권을 이전받음으로써 B부동산을 편취하였는데 B부동산에는 근저당권설정등기가 경료되어 있었던 경우(근저당권의 채권최고액은 3억원이고, 피담보채권액은 4억원임) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조의 적용을 전제로 하여 그 부동산의 가액(이득액)을 산정하면 10억원이 된다.
- ㉣ 금방에서 마치 귀금속을 구입할 것처럼 가장하여 금방 주인으로부터 순금목걸이 등을 건네받은 다음 화장실에 갔다 오겠다는 핑계를 대고 도주한 경우, 사기죄가 성립한다.
- ㉤ 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이 임의 경험칙상 명백한 경우 그 거래로 인하여 재물을 수취하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다고 할 것이므로 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설 ㉠ ○ : 대판 2009.10.29, 2009도7052

㉡ ○ : 대판 2004.3.12, 2003도333

㉢ × : 사람을 기망하여 부동산의 소유권을 이전받거나 제3자로 하여금 이전받게 함으로써 이를 편취한 경우에 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조의 적용을 전제로 하여 그 부동산의 가액을 산정함에 있어서는, 그 부동산에 아무런 부담이 없는 때에는 그 부동산의 시가 상당액이 곧 그 가액이라고 볼 것이지만, 그 부동산에 근저당권설정등기가 경료되어 있거나 압류 또는 가압류 등이 이루어져 있는 때에는 특별한 사정이 없는 한 아무런 부담이 없는 상태에서의 그 부동산의 시가 상당액에서 근저당권의 채권최고액 범위 내에서의 피담보채권액, 압류에 걸린 집행채권액, 가압류에 걸린 청구금액 범위 내에서의 피보전채권액 등을 뺀 실제의 교환가치를 그 부동산의 가액으로 보아야 한다(대판 2007.4.19, 2005도7288 전원합의체). 따라서 사례의 경우 부동산의 시가 상당액(10억원)에서 근저당권의 채권최고액(3억원)을 뺀 실제의 교환가치를 그 부동산의 가액(이득액)을 산정하면 7억원이 된다.

㉣ × : 절도죄 ○, 사기죄 ×(대판 1994.8.12, 94도1487)

㉤ ○ : 대판 2004.5.27, 2003도4531

정답 ③

p.318 상단 “1. 자기신용카드” ② 일부 추가

- ② 정상적으로 발급받은 신용카드를 소지한 카드회원이 일시적인 자금궁색 등의 이유로 그 채무를 일시적으로 이행하지 못하게 되는 상황이 아니라 이미 과도한 부채의 누적 등으로 신용카드 사용으로 인한 대출금채무를 변제할 의사나 능력이 없는 상황에 처하였음에도 불구하고 신용카드를 사용하여 수회에 걸쳐 물품을 구입하거나 현금서비스를 받는 경우 신용카드업자를 피해자로 하는 사기죄의 포괄일죄이다(대판 2005.8.19, 2004도6859). 18. 법원직, 23. 경찰간부, 24. 순경 1차

p.319 상단 ⑤ 아래 ⑥ 추가

- ⑥ 여신전문금융업법상 신용카드 부정사용죄와 관련하여, 동법 제70조 제1항 제4호의 ‘기망하거나 공갈하여 취득한 신용카드나 직불카드’는 ‘신용카드나 직불카드의 소유자 또는 점유자를 기망하거나 공갈하여 그들의 자유로운 의사에 의하지 않고 점유가 배제되어 그들로부터 사실상 처분권을 취득한 신용카드나 직불카드’라고 해석되어야 한다(대판 2022.12.16, 2022도10629 예) 신용카드의 소유자인 피해자를 기망하여 취득한 신용카드로 자신의 생활비 등 개인적인 용도로 결제한 경우 ⇨ 여신전문금융업법 위반(신용카드부정사용)죄 ○]. 24. 순경 1차

p.322 문제 07번 다음에 추가

08 신용카드범죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(특별법의 적용은 논하지 않음)

23. 7급 검찰, 24. 해경간부

- ① 甲이 권한 없이 인터넷뱅킹으로 타인의 예금계좌에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체한 후 그중 일부를 인출하여 그 정을 아는 乙에게 교부한 경우, 甲이 컴퓨터 등 사용사기죄에 의하여 취득한 예금채권은 재물이 아니라 재산상 이익이므로, 그가 자신의 예금계좌에서 돈을 인출하였더라도 장물을 금융기관에 예치하였다가 인출한 것으로 볼 수 없으므로 乙은 장물취득죄가 성립하지 않는다.
- ② 강취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 행위에 대해서는 강도죄와 별도로 현금에 대한 절도죄가 성립하지 않지만, 갈취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 행위는 공갈죄와 별도로 절도죄를 구성한다.
- ③ 피고인이 카드사용으로 인한 대금결제의 의사와 능력이 없으면서도 있는 것 같이 가장하여 카드회사를 기망하고, 이에 기망당한 카드회사가 발급해 준 자기 명의의 카드를 사용하여 현금자동지급기를 통한 현금대출도 받고, 가맹점을 통한 물품구입대금 대출도 받아 카드발급회사로 하여금 같은 액수 상당의 피해를 입게 한 경우, 그 피고인에게 사기의 포괄일죄가 성립한다.
- ④ 절취한 타인의 신용카드를 부정사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하고 그 현금을 취득한 행위는 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이므로, 그 행위자에게 컴퓨터 등 사용사기죄가 아닌 절도죄가 성립한다.

해설 ① 대판 2004.4.16, 2004도353

② × : ~ (2줄) 절도죄가 성립하지만, 갈취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 행위는 포괄하여 하나의 공갈죄를 구성한다(대판 2007.5.10, 2007도1375).

③ 대판 1996.4.9, 95도2466 ④ 대판 2003.5.13, 2003도1178

정답 ②

p.330 문제 11번 다음에 추가(문제 12~13)

12 사기와 공갈의 죄에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ㉠ 부동산에 대한 공갈죄는 그 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료받거나 또는 인도를 받은 때에 기수로 되는 것이고, 소유권이전등기에 필요한 서류를 교부받은 때에 기수로 되어 그 범행이 완료되는 것은 아니다.
- ㉡ 피해자 법인이나 단체의 대표자 또는 실질적으로 의사결정을 하는 최종결재권자 등 기망의 상대방이 기망행위자와 동일인이거나 기망행위자와 공모하는 등 기망행위를 알고 있었던 경우에는 사기죄가 성립할 여지가 없다.
- ㉢ 사기죄에서 그 대가가 일부 지급되거나 담보가 제공된 경우에도 편취액은 피해자로부터 교부된 금원으로부터 그 대가 또는 담보 상당액을 공제한 차액이 아니라 교부받은 금원 전부라고 보아야 한다.
- ㉣ A가 甲의 돈을 절취한 다음 다른 금전과 섞거나 교환하지 않고 쇼핑백에 넣어 자신의 집에 숨겨두었는데 乙이 甲의 지시를 받아 A에게 겁을 주어 쇼핑백에 들어 있던 절취된 돈을 교부 받았다고 하더라도 乙에게 공갈죄가 성립하지 않는다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설 ㉠ ○ : 대판 1992.9.14, 92도1506

㉡ ○ : 대판 2017.9.26, 2017도8449

㉢ ○ : 대판 2017.12.22, 2017도12649

㉣ ○ : 대판 2012.8.30, 2012도6157

정답 ④

13 사기와 공갈의 죄에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ㉠ 비트코인은 경제적인 가치를 디지털로 표상하여 전자적으로 이전, 저장과 거래가 가능하도록 한 가상자산의 일종으로 사기죄의 객체인 재산상 이익에 해당한다.
- ㉡ 피해자 A는 드라이버를 구매하기 위해 특정 매장에 방문하였다가 지갑을 떨어뜨렸는데, 10분 쯤 후 甲이 같은 매장에서 우산을 구매하고 계산을 마친 뒤, 지갑을 발견하여 습득한 매장 주인 B로부터 “이 지갑이 선생님 지갑이 맞느냐?”라는 질문을 받자 “내 것이 맞다.”라고 대답한 후 이를 교부받아 가지고 간 경우, 甲에게 사기죄가 아닌 절도죄가 성립한다.
- ㉢ 소송사기가 성립하기 위하여는 제소 당시에 그 주장과 같은 채권이 존재하지 아니한다는 것만으로는 부족하고 그 주장의 채권이 존재하지 아니하는 사실을 잘 알면서도 허위의 주장과 증명으로써 법원을 기망한다는 인식을 하고 있어야만 한다.
- ㉣ 재산상 이익의 취득으로 인한 공갈죄가 성립하려면 폭행 또는 협박과 같은 공갈행위로 인하여 피공갈자가 재산상 이익을 공여하는 처분행위가 있어야 하므로, 피공갈자가 외포심을 일으켜 묵인하고 있는 동안에 공갈자가 직접 재산상의 이익을 탈취한 경우에는 공갈죄가 성립할 수 없다.

- ① ㉠, ㉢ ② ㉠, ㉣ ③ ㉡, ㉢ ④ ㉢, ㉣

해설 ㉠ ○ : 대판 2021.11.11, 2021도9855

㉡ × : 절도죄 ×, 사기죄 ○(대판 2022.12.29, 2022도12494 ∵ 甲을 위하여 이를 처분할 수 있는 권능을 갖거나 그 지위에 있으므로, 乙의 행위는 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당하고 피고인의 행위를 절취행위로 평가할 수 없다.)

㉢ ○ : 대판 2004.3.12, 2003도333

㉣ × : ~ (3줄) 탈취한 경우에도 공갈죄가 성립할 수 있다(대판 1960.2.29, 4292형상997 ∵ 처분행위는 반드시 작위에 한하지 않고 부작위로도 가능함).

정답 ㉠

p.334 상단 4째줄에 이어서 추가

횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정함이 타당하다(대판 2021.2.18, 2016도18761 전원합의체). 21. 법원직·수사경과, 22. 경찰간부·순경 1차·2차, 23. 경력채용 위탁관계는 사실상의 관계이면 족하고 위탁자에게 유효한 처분을 할 권한이 있는지 또는 수탁자가 법률상 그 재물을 수탁할 권리가 있는지 여부를 불문하는 것이다(대판 2005.6.24, 2005도2413). 20. 수사경과 위탁관계가 있는지는 재물의 보관자와 소유자 사이의 관계, 재물을 보관하게 된 경위 등에 비추어 볼 때 보관자에게 재물의 보관 상태를 그대로 유지해야 할 의무를 부과하여 그 보관 상태를 형사법적으로 보호할 필요가 있는지 등을 고려하여 규범적으로 판단해야 한다(대판 2022.6.30, 2017도21286).

p.339 상단 “1. 재물” “▶” 3. 교체

3. 상법상 주식은 자본구성의 단위 또는 주주의 지위(주주권)를 의미하고, 주주권을 표창하는 유가증권인 주권과는 구분된다. 주권은 유가증권으로서 재물에 해당되므로 횡령죄의 객체가 될 수 있으나, 자본의 구성단위 또는 주주권을 의미하는 주식은 재물이 아니므로 횡령죄의 객체가 될 수 없다. 따라서 예탁결제원에 예탁되어 계좌 간 대체 기재의 방식에 의하여 양도되는 주권은 유가증권으로서 재물에 해당되므로 횡령죄의 객체가 될 수 있으나, 주권이 발행되지 않은 상태에서 주권불소지 제도, 일괄예탁 제도 등에 근거하여 예탁결제원에 예탁된 것으로 취급되어 계좌 간 대체 기재의 방식에 의하여 양도되는 주식은 재물이 아니므로 횡령죄의 객체가 될 수 없다(대판 2023.6.1, 2020도2884). 15. 경찰간부·순경 3차, 18. 경찰승진, 21. 해경승진, 22. 해경간부, 24. 법원행시

p.355 문제 17번 다음에 추가

18 횡령죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 7급 검찰

- ① 익명조합의 경우에는 익명조합원이 영업을 위하여 출자한 금전 기타의 재산은 상대방인 영업자의 재산이 되므로, 그 영업자는 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있지 않아 영업이익금 등을 임의로 소비하였더라도 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ② 사기범행에 이용되리라는 사정을 알고서 자신 명의 계좌의 접근매체를 양도함으로써 사기범행을 방조한 종범이 사기이용계좌로 송금된 피해자의 자금을 임의로 인출한 경우, 그 종범에게 횡령죄가 성립한다.
- ③ 乙이 범죄수익 등의 은닉을 위해 甲에게 교부한 무기명 양도성예금증서가 불법원인급여물에 해당한다면, 甲이 이를 현금으로 교환하여 임의로 소비한 행위에 대해서는 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ④ 부동산을 공동으로 상속한 자들 중 1인이 부동산을 혼자 점유하다가 다른 공동상속인의 상속지분을 임의로 처분하여도 그에게는 그 처분권능이 없어 횡령죄가 성립하지 않는다.

해설 ① 대판 1971.12.28, 71도2032

② × : 사기죄의 종범 ○, 횡령죄 ×(대판 2017.5.31, 2017도3894)

③ 대판 2017.10.26, 2017도9254

④ 대판 2000.4.11, 2000도565

정답 ②

p.358 중간 6번 판례 아래 추가(7~8)

- 7. 소개인인 甲이 매매잔대금조로 교부받아 보관하던 약속어음을 현금으로 할인한 자체가 불법영득의사의 실현인 경우, 횡령액은 **어음을 할인한 현금액**이 아니라 횡령한 약속어음의 **액면금 상당액**인 것이다(대판 1983.11.8, 83도2346). **23. 법원행시**
- 8. 주주나 대표이사 또는 그에 준하여 회사 자금의 보관이나 운용에 관한 사실상의 사무를 처리하는 자가 회사 소유 재산을 제3자의 자금조달을 위하여 담보로 제공하는 등 **사적인 용도로 임의처분**하였다면, 그 처분에 관하여 **주주총회나 이사회**의 결의가 있었는지 여부와는 관계없이 횡령죄의 죄책을 면할 수 없다(대판 2012.6.28, 2012도2628). **24. 순경 1차**

p.374 문제 16번 다음에 추가

17 횡령의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

- ① 횡령죄의 본질에 관한 영득행위설에 따르면, 보관하는 재물을 위탁의 취지에 반하여 일시사용 · 손괴 · 은닉의 목적으로 처분하는 등 불법영득의 의사가 없는 경우, 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ② 보관자도 업무자도 아닌 甲이 위탁받은 재물의 보관자인 동시에 업무자인 乙의 업무상 횡령죄를 방조한 경우, 甲에게는 업무상 횡령죄의 방조범이 성립한다.
- ③ 주주나 대표이사 또는 그에 준하여 회사 자금의 보관이나 운용에 관한 사실상의 사무를 처리하는 자가 회사 소유 재산을 제3자의 자금조달을 위하여 담보로 제공하는 등 사적인 용도로 임의 처분한 경우 횡령죄가 성립하지만, 그 처분에 관하여 주주총회나 이사회 결의가 있었다면 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ④ 건물의 임차인 甲이 임대인 A에 대한 임대차보증금반환채권을 B에게 양도하였는데도 A에게 채권양도 통지를 하지 않고 A로부터 남아 있던 임대차보증금을 반환받아 보관하던 중 개인적인 용도로 사용한 경우, 별도의 약정이나 그 밖의 특별한 사정이 인정되지 않는 한 甲에게는 횡령죄가 성립하지 않는다.

해설 ① 옳다.

② 대판 1965.8.24, 65도493(甲에게는 형법 제33조 본문에 의하여 업무상 횡령죄의 방조범이 성립하고, 형법 제33조 단서에 의하여 (단순) 횡령죄의 방조범으로 처벌된다.)

③ × : ~ (3줄) 용도로 임의처분하였다면, 그 처분에 관하여 주주총회나 이사회 결의가 있었는지 여부와는 관계없이 횡령죄의 죄책을 면할 수 없다(대판 2012.6.28, 2012도2628).

④ 대판 2022.6.23, 2017도3829 전원합의체

정답 ③

[각론 II]

p.19 중간 4번 판례 아래 추가

5. 회사직원이 영업비밀을 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 무단으로 반출한 때 **업무상 배임죄의 기수**에 이르렀다고 할 것이고, 그 **이후에** 위 직원과 접촉하여 영업비밀을 취득하려고 한 자는 업무상 배임죄의 **공동정범이 될 수 없다**(대판 2003.10.30, 2003도4382).
18. 경찰간부, 22. 해경간부, 23. 경찰승진, 24. 해경승진

p.28 하단 2번 판례 “ 비교판례” 아래 추가

3. 전환사채 **발행**을 위한 **이사회 결의**에는 **하자가 있었다** 하더라도 실권된 전환사채를 **제3자에게 배정**하기로 의결한 이사회 결의에는 **하자가 없는 경우, 전환사채의 발행절차를 진행한 것이** 재산보호의무 위반으로서의 임무위배에 해당하지 않는다(대판 2009.5.29, 2007도4949 전원합의체).
24. 해경승진

p.32 하단 3번 판례 아래 추가(4~5)

4. 타인을 위하여 도급계약을 체결할 임무가 있는 자가 부당하게 높은 가격으로 도급계약을 체결하여 타인에게 부당하게 많은 채무를 부담하게 하였다면 그로써 곧바로 업무상 배임죄가 성립하고, 그 경우 **배임액은 도급계약의 도급금액 전액에서 정당한 도급금액을 공제한 금액**으로 보아야 한다(대판 1999.4.27, 99도883). 23. 법원행시
5. 부동산 매도인이 매수인 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 주기 전에 제3자로부터 금원을 차용하고 그 담보로 근저당권을 설정해 준 경우 매수인이 입은 손해는 그 근저당권이 설정될 당시의 부동산 교환가치 중 **근저당권에 이용되어 상실된 담보가치 상당**이다. 그리고 배임죄에 있어서 **손해액이 구체적으로 명백하게 산정되지 않았더라도 배임죄의 성립에는 영향이 없다**고 할 것이나, 발생한 손해액을 구체적으로 산정하여 인정하는 경우 이를 **잘못 산정**하는 것은 **위법**하다(대판 2018.7.11, 2015도12692).

p.34 중간 12번 판례 아래 추가

13. 甲주식회사가 도시개발사업의 시행자인 乙조합으로부터 기성금 명목으로 체비지를 지급받은 다음 이를 다시 丙에게 매도하였는데, 乙조합의 조합장인 丁이 환지처분 전 체비지대장에 소유권 취득자로 등재된 甲회사와 丙의 명의를 임의로 말소한 경우 丁의 행위는 배임죄를 구성한다고 볼 수 없다(대판 2022.10.14, 2018도13604 ∵ 丙이 매매계약에 따라 취득한 권리를 행사하는 것은 체비지대장의 기재 여부와는 무관하므로 체비지대장상 취득자란의 甲명의로 말소되었더라도 丙의 甲회사에 대한 권리가 침해되거나 재산상 실해 발생의 위험이 있다고 볼 수 없음). 24. 법원행시

p.50 문제 20번 다음에 추가(문제 21~22)

21 다음 중 배임죄에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 해경승진

- ① 甲은 A중공업 직원 乙이 영업비밀인 선박부품 설계도면을 해외로 유출하기 위하여 무단 반출하였다는 사실을 알고 몇 개월 후 乙에게 접근하여 설계도면을 취득하려고 하였다면 업무상 배임죄의 공동정범이 될 수 없다.
- ② 퇴사한 회사직원이 반환하거나 폐기하지 아니한 영업비밀 등을 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용하였을지라도 따로 업무상 배임죄를 구성하지는 않는다.
- ③ 업무상 배임죄는 부작위에 의해서도 성립할 수 있는데, 이때 행위자는 부작위 당시 자신에게 주어진 임무를 위반한다는 점만 인식하면 족하고, 그 부작위로 인해 손해가 발생할 위험이 있다는 점을 인식할 필요는 없다.
- ④ 비상장법인의 대표이사가 주식의 시가보다 현저히 낮은 금액을 전환가액으로 한 전환사채를 지분비율에 따라 인수할 기회를 주주들에게 주었음에도 불구하고 주주들이 인수를 포기하자 그 전환사채를 제3자에게 동일한 발행조건으로 배정하여 발행한 경우, 업무상 배임죄는 성립하지 않는다.

해설 ① 대판 2003.10.30, 2003도4382

② 대판 2017.6.29, 2017도3808

③ × : ~ (2줄) 위반한다는 점과, 그 부작위로 인해 손해가 발생할 위험이 있다는 점을 인식하였어야 한다(대판 2021.5.27, 2020도15529).

④ 대판 2009.5.29, 2007도4949 전원합의체

정답 ③

22 배임의 죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

- ① 채무자 甲이 자신의 금전채무를 담보하기 위하여 채권자 A와 자신 소유의 자동차에 관한 양도담보설정계약을 체결한 후, A에게 양도담보설정계약에 따른 의무를 다하지 않고 이를 B에게 처분한 경우, 甲에게는 배임죄의 기수범이 성립한다.
- ② 수분양권 매도인 甲이 수분양권 매매계약에 따라 매수인 A에게 수분양권을 이전할 의무를 이행하지 않고, 수분양권 또는 이에 근거하여 향후 소유권을 취득하게 될 목적물을 미리 B에게 처분한 경우, 특별한 사정이 없는 한 甲에게는 배임죄의 기수범이 성립한다.
- ③ A주식회사의 대표이사인 甲이 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 A주식회사 명의의 약속어음을 발행하고 그 사정을 모르는 B에게 이를 교부하였으나 아직 어음채무가 실제로 이행되기 전인 경우, 甲에게는 배임죄의 기수범이 성립한다.
- ④ 甲이 A로부터 18억원을 차용하면서 담보로 甲소유의 아파트에 A명의로 4순위 근저당권을 설정해 주기로 약정하였음에도 B에게 채권최고액을 12억원으로 하는 4순위 근저당권을 설정해 준 경우, 甲에게는 배임죄의 기수범이 성립한다.

- 해설** ① × : 배임죄 ×(대판 2022.12.22, 2020도8682 전원합의체 ∴ 양도담보설정계약에 따른 의무는 채무자 자신의 급부义务 ⇒ 채무자를 채권자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 할 수 없다.)
 ② × : 배임죄 ×(대판 2021.7.8, 2014도12104 ∴ 수분양권을 이전할 의무는 매도인 자신의 사무 ⇒ 매수인에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 할 수 없다.)
 ③ ○ : 대판 2017.7.20, 2014도1104 전원합의체
 ④ × : 배임죄 ×(대판 2020.6.18, 2019도14340 전원합의체 ∴ 저당권설정계약에 따른 저당권을 설정할 의무행 ⇒ 채무자 자신의 사무 ○ ⇒ 타인(채권자)의 사무를 처리하는 자 ×]

정답 ③

p.55 문제 07번 다음에 추가(문제 08~10)

08 횡령과 배임의 죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 9급 검찰·마약수사

- ① 타인의 재물을 보관하는 사람이 단순히 반환을 거부한 사실만으로 횡령죄가 성립하는 것은 아니며, 반환거부의 이유 및 주관적인 의사 등을 종합하여 반환거부행위가 횡령행위와 같다고 볼 수 있을 정도이어야만 횡령죄가 성립할 수 있다.
- ② 저당권설정계약에 따라 채권자에게 저당권설정의무를 부담하는 채무자가 제3자에게 먼저 담보물에 관한 저당권을 설정하거나 담보물을 양도하는 등으로 채권자의 채권실현에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.
- ③ 건물의 임차인이 임대인에 대한 임대차보증금반환채권을 제3자에게 양도하였는데도 임대인에게 채권양도 통지를 하지 않고 임대인으로부터 남아 있던 임대차보증금을 반환받아 보관하던 중 이를 개인적인 용도로 사용하면, 채권을 양수한 제3자를 피해자로 하는 횡령죄가 성립한다.
- ④ 주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 회사 명의로 의무를 부담하는 행위를 하더라도 상대방이 대표권남용 사실을 알았거나 알 수 있었던 경우, 그 의무부담행위로 인하여 실제로 채무의 이행이 이루어졌다거나 회사가 민법상 불법행위 책임을 부담하게 되었다는 등의 사정이 없는 이상 배임죄의 기수에 이른 것은 아니다.

- 해설** ① 대판 2008.12.11, 2008도8279
 ② 대판 2020.6.18, 2019도14340 전원합의체
 ③ × : ~ (3줄) 개인적인 용도로 사용한 경우 횡령죄가 성립하지 않는다(대판 2022.6.23, 2017도3829 전원합의체).
 ④ 대판 2017.7.20, 2014도1104 전원합의체

정답 ③

09 횡령과 배임의 죄에 관한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ㉠ 건물의 임차인 甲이 임대인 A에 대한 임대차 보증금반환채권을 B에게 양도하고, 이를 A에게 통지하지 않고, A로부터 남아있던 임대차보증금을 반환받아 甲이 소비한 경우 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ㉡ 직무발명에 대한 권리를 사용자 등에게 승계한다는 취지를 정한 약정 또는 근무규정의 적용을 받는 종업원 등이 직무발명의 완성 사실을 사용자 등에게 통지하지 아니한 채 그에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 제3자에게 이중으로 양도하여 제3자가 특허권 등록까지 마치도록 하는 등으로 발명의 내용이 공개되도록 한 경우, 배임죄가 성립한다.
- ㉢ 채무자가 본인 소유의 동산을 채권자에게 동산·채권 등의 담보에 관한 법률에 따른 동산담보로 제공한 경우, 채무자가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실행에 위협을 초래하더라도 배임죄는 성립하지 않는다.
- ㉣ 甲이 범죄수익 등의 은닉을 위해 乙로부터 교부받은 무기명 양도성예금증서를 현금으로 교환하여 임의로 소비하였다면 횡령죄가 성립한다.

① 1개

② 2개

③ 3개

④ 4개

해설 ㉠ ○ : 대판 2022.6.23, 2017도3829 전원합의체

㉡ ○ : 대판 2012.11.15, 2012도6676

㉢ ○ : 대판 2020.8.27, 2019도14770 전원합의체

㉣ × : 횡령죄 × (대판 2017.10.26, 2017도9254 ∵ 범죄수익 등의 은닉을 위해 교부받은 무기명 양도성예금증서는 불법원인급여 물건 ○ ∴ 소유권은 甲에게 귀속됨.)

정답 ③

10 횡령과 배임의 죄에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ㉠ 채권양도인이 채무자에게 채권양도 통지를 하는 등으로 채권양도의 대항요건을 갖추어 주지 않은 채 채무자로부터 채권을 추심하여 수령한 경우, 원칙적으로 그 금전은 채권양수인을 위하여 수령한 것으로서 채권양수인의 소유에 속하므로 채권양도인이 위 금전을 임의로 처분한 경우 횡령죄가 성립한다.
- ㉡ 피고인이 송금 절차의 착오로 인하여 피고인 명의의 은행 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당하지만, 만일 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없었다면 피고인에게 위탁관계에 의한 보관자의 지위가 인정된다고 볼 수 없으므로 위와 같은 피고인의 행위는 횡령죄가 아닌 점유이탈물횡령죄를 구성할 뿐이다.
- ㉢ 예탁결제원에 예탁되어 계좌 간 대체 기재의 방식에 의하여 양도되는 주권은 유가증권으로서 재물에 해당되므로 횡령죄의 객체가 될 수 있으나, 주권이 발행되지 않은 상태에서 주권불소지 제도, 일괄예탁 제도 등에 근거하여 예탁결제원에 예탁된 것으로 취급되어 계좌간 대체 기재의 방식에 의하여 양도되는 주식은 재물이 아니므로 횡령죄의 객체가 될 수 없다.
- ㉣ 甲주식회사가 도시개발사업의 시행자인 乙조합으로부터 기성금 명목으로 체비지를 지급받은 다음 이를 다시 丙에게 매도하였는데, 乙조합의 조합장인 丁이 환지처분 전 체비지대장에 소유권 취득자로 등재된 甲회사와 丙의 명의를 임의로 말소한 경우 丁의 행위는 배임죄를 구성한다고 보아야 한다.
- ㉤ A새마을금고의 임원인 B가 새마을금고의 여유자금 운용에 관한 규정을 위반하여 금융기관으로부터 원금 손실의 위험이 있는 금융상품을 매입함으로써 A새마을금고에 액수 불상의 재산상 손해를 가하고 금융기관에 수수료 상당의 재산상 이익을 취득하게 한 경우 위 수수료 상당의 이익은 배임죄에서의 재산상 이익에 해당한다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개
④ 3개 ⑤ 4개

해설 ㉠ × : 횡령죄 ×(대판 2022.6.23, 2017도3829 전원합의체 ∵ 특별한 사정이 없는 한 금전의 소유권은 채권양수인이 아니라 채권양도인에게 귀속하고 채권양도인이 채권양수인을 위하여 양도 채권의 보전에 관한 사무를 처리하는 신임관계가 존재한다고 볼 수 없다. 따라서 채권양도인이 위와 같이 양도한 채권을 추심하여 수령한 금전에 관하여 채권양수인을 위해 보관하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다.)
 ㉡ × : ~ (2줄) 소비한 행위는 횡령죄에 해당하고, 이는 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없다고 하더라도 마찬가지이다(대판 2010.12.9, 2010도891).
 ㉢ ○ : 대판 2023.6.1, 2020도2884
 ㉣ × : ~ (3줄) 배임죄를 구성한다고 볼 수 없다(대판 2022.10.14, 2018도13604 ∵ 丙이 매매계약에 따라 취득한 권리를 행사하는 것은 체비지대장의 기재 여부와는 무관하므로 체비지대장상 취득자란의 甲명의로 말소되었더라도 丙의 甲회사에 대한 권리가 침해되거나 재산상 손해 발생의 위험이 있다고 볼 수 없음).
 ㉤ × : ~ (3줄) 재산상 이익을 취득하게 한 경우 ⇨ 업무상 배임죄 ×(대판 2021.11.25, 2016도3452 ∵ 피고인의 임무위배행위로 A새마을금고에 액수 불상의 재산상 손해가 발생하였더라도 금융기관이 취득한 수수료 상당의 이익을 그와 관련성 있는 재산상 이익이라고 인정할 수 없고, 또한 위 수수료 상당의 이익은 배임죄에서의 재산상 이익에 해당한다고 볼 수도 없다.)

정답 ⑤

p.61 하단 해설 기출표기 다수 추가

해설

- ㉠ ○ : 대판 1986.9.9, 86도1273 14. 경찰간부, 17. 경찰승진, 22. 해경간부
- ㉡ × : 장물인 수입자동차를 신규등록하였다고 하여 그 최초 등록명의인이 해당 수입자동차를 원시 취득하게 된다면 그 장물양도행위가 범죄가 되지 않는다고 볼 수는 없다(대판 2011.5.13, 2009도3552). 17. 순경 1차, 19. 경찰승진, 21. 해경간부
- ㉢ × : 물리적인 동일성은 상실되었지만 금전적 가치에는 아무런 변동이 없으므로 장물로서의 성질은 그대로 유지된다(대판 2004.4.16, 2004도353). 19. 순경 1차, 20. 7급 검찰, 21. 경찰승진, 22. 경찰간부, 23. 법원직 · 경력채용
- ㉣ × : 장물취득죄 ×(대판 2004.4.16, 2004도353 ∵ 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. 16. 사시, 22 · 24. 경찰승진 · 해경승진 그러나 ㉢의 경우는 별도로 절도죄나 사기죄의 구성요건에 해당하지 않는다 할 것이고, 그 결과 그 인출된 현금은 재산범죄에 의하여 취득한 재물이 아니므로 장물이 될 수 없다.)
- ㉤ × : 甲이 회사 자금으로 乙에게 주식매각 대금조로 금원을 지급한 경우, 그 금원은 단순히 횡령행위에 제공된 물건이 아니라 횡령행위에 의하여 영득된 장물에 해당한다(대판 2004.12.9, 2004도5904). 18. 법원직, 19. 순경 2차, 20. 7급 검찰, 21. 경찰간부 · 경찰승진, 23. 9급 검찰 · 마약수사, 24. 변호사시험
- ㉥ ○ : 대판 1975.12.9, 74도2804 14. 변호사시험, 15. 경찰간부

p.62 하단 해설 기출표기 다수 추가

해설

- ㉠ × : 장물취득죄에서 '취득'이라고 함은 점유를 이전받음으로써 그 장물에 대하여 사실상의 처분권을 획득하는 것을 의미하는 것이므로, 단순히 보수를 받고 본범을 위하여 장물을 일시 사용하거나 그와 같이 사용할 목적으로 장물을 건네받은 것만으로는 장물을 취득한 것으로 볼 수 없다(대판 2003.5.13, 2003도1366). 19. 순경 2차, 21. 경찰간부, 22. 수사경과, 23. 법원행시, 24. 경찰승진 · 해경승진
- ㉡ × : 장물취득죄 ×(대판 2010.12.9, 2010도6256 ∵ 송금된 돈은 '장물'(재물 ○, 재산상 이익 ×)에 해당하나, 예금인출행위는 예금명의자로서 은행에 예금반환을 청구한 결과일 뿐 본범으로부터 위 돈에 대한 점유를 이전받아 사실상 처분권을 획득한 것이 아니므로 '취득'이 아님) 16. 사시, 17. 9급 검찰 · 마약수사, 19. 변호사시험
- ㉢ × : ~ 구성한다. 이 경우에도 점유할 권한이 있는 때에는 장물보관죄가 성립하지 않는다(대판 2006.10.13, 2004도6084). 19. 순경 1차, 21. 경찰승진, 23. 경찰간부, 24. 해경승진
- ㉣ × : 장물인 정을 알면서, 장물을 취득 · 양도 · 운반 · 보관하려는 당사자 사이에서 양측을 연결하여 장물의 취득 · 양도 등의 행위를 중개하거나 편의를 도모하였다면, 그 알선에 의하여 당사자 사이에 실제로 장물의 취득 · 양도 · 운반 · 보관에 관한 계약이 성립하지 아니하였거나 장물의 점유가 현실적으로 이전되지 아니한 경우라도 장물알선죄가 성립한다(대판 2009.4.23, 2009도1203). 17. 법원행시, 22. 변호사시험 · 수사경과 · 7급 검찰, 23. 법원직, 24. 경찰승진 · 해경승진
- ㉤ ○ : 대판 1995.1.20, 94도1968 15. 경찰승진 · 순경 3차, 21. 법원직 · 해경승진, 22. 수사경과

p.69 문제 12번 다음에 추가(문제 13~14)

13 장물죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 9급 검찰·마약수사

- ① 횡령죄의 교사범이 피교사자가 횡령한 물건을 그 사정을 알면서 취득하면 별도로 장물취득죄가 성립한다.
- ② 보수를 받고 본범을 위하여 일시 사용할 목적으로 장물을 건네받은 경우에는 장물을 취득한 것으로 볼 수 없다.
- ③ 재산범죄를 저지른 이후에 별도의 재산범죄의 구성요건에 해당하는 사후행위가 있었다면, 비록 그 행위가 불가벌적 사후행위로서 처벌의 대상이 되지 않는다 할지라도 그 사후행위로 인하여 취득한 물건은 장물이 될 수 있다.
- ④ 장물죄에 있어서 본범의 국적·주소, 물건 소재지, 행위지 등이 외국과 관련되어 있어 그 행위에 대하여 우리 형법이 적용되지 아니하는 경우, 본범의 행위에 관한 법적 평가는 국제사법에 따른 준거법을 기준으로 하여야 한다.

해설 ① 대판 1969.6.24, 69도692

② 대판 2003.5.13, 2003도1366

③ 대판 2004.4.16, 2004도353

④ × : ~ (2줄) 아니하는 경우에도, 본범의 행위에 관한 법적 평가는 우리 형법을 기준으로 하여야 한다(대판 2011.4.28, 2010도15350).

정답 ④

14 장물죄에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 경찰승진

- ㉠ 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.
- ㉡ 단순히 보수를 받고 본범을 위하여 장물을 일시 사용하거나 그와 같이 사용할 목적으로 장물을 건네받은 것만으로도 장물을 '취득'한 것으로 볼 수 있다.
- ㉢ 장물인 정을 알면서 장물을 매매하는 계약을 중개하였더라도 실제로 매매계약이 성립하지 아니하였거나 장물의 점유가 현실적으로 이전되지 아니하였다면, 장물알선죄는 성립하지 않는다.
- ㉣ 장물죄에 있어서 장물범과 피해자 간에 동거친족의 신분관계가 있는 때에는 형이 감경 또는 면제되지만, 장물범과 본범 간에 동거친족의 신분관계가 있는 때에는 형이 면제된다.

① ㉠

② ㉠, ㉡

③ ㉡, ㉢

④ ㉡, ㉢, ㉣

해설 ㉠ ○ : 대판 2004.4.16, 2004도353

㉡ × : ~ 볼 수 없다(대판 2003.5.13, 2003도1366).

㉢ × : 장물알선죄 ○(대판 2009.4.23, 2009도1203).

㉣ × : ~ (2줄) 면제되지만, 장물범과 본범 간에 동거친족의 신분관계가 있는 때에는 형이 감경 또는 면제된다(제365조 제2항).

정답 ①

p.71 하단 해설 기출표기 다수 추가

해설

- ㉠ × : ~ 훼손하였다고 하더라도 재물손괴죄가 성립되지 않는다(대판 1996.2.23, 95도2754). 13. 법원행시, 21. 경찰승진, 22. 7급 검찰
- ㉡ ○ : 대판 1987.4.14, 87도177 16. 경찰승진, 18. 경찰간부, 22. 해경간부 · 수사경과
- ㉢ ○ : 대판 1982.7.27, 82도223 13. 법원행시, 14. 경찰승진
- ㉣ × : ~ 물건이라고 할 수 없어 재물손괴죄의 객체가 된다(대판 2007.9.20, 2007도5207). 18. 법원행시 · 경찰간부, 21. 법원직, 22. 변호사시험, 23. 해경승진, 24. 경찰승진
- ㉤ ○ : 대판 2016.11.25, 2016도9219(∵ 재물손괴죄에서 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해하는 경우에는 물질적인 파괴행위로 물건 등을 본래의 목적에 사용할 수 없는 상태로 만드는 경우뿐만 아니라 일시적으로 물건 등의 구체적 역할을 할 수 없는 상태로 만들어 효용을 떨어뜨리는 경우도 포함된다.) 17. 7급 검찰, 18. 경찰간부, 20. 9급 검찰 · 마약수사, 23. 경찰승진 · 법원직
- ㉥ × : 해고노동자 등이 복직을 요구하는 집회를 개최하던 중 래커 스프레이를 이용하여 회사건물 외벽과 1층 벽면 등에 낙서한 행위는 건물의 효용을 해한 것으로 볼 수 있어 재물손괴죄가 성립하나, 이와 별도로 계란 30여 개를 건물에 투척한 행위는 건물의 효용을 해하는 정도의 것에 해당하지 않아 재물손괴죄에 해당하지 않는다(대판 2007.6.28, 2007도2590). 18. 법원행시, 20. 9급 검찰 · 마약수사, 22. 수사경과, 23. 경찰승진
- ㉦ ○ : 대판 1993.12.7, 93도2701 23. 경찰승진

p.72 하단 6번 판례 교체, 아래 7번 판례 추가

6. 다른 사람의 소유물을 본래의 용법에 따라 무단으로 사용 · 수익하는 행위는 소유자를 배제한 채 물건의 이용가치를 영득하는 것이고, 그 때문에 소유자가 물건의 효용을 누리지 못하게 되었더라도 효용 자체가 침해된 것이 아니므로 재물손괴죄에 해당하지 않는다(대판 2022.11.30, 2022도1410)
- 예) 피고인이 타인 소유 토지에 권원 없이 건물을 신축한 경우, 피고인의 행위는 이미 대지화된 토지에 건물을 새로 지어 부지로서 사용 · 수익함으로써 그 소유자로 하여금 효용을 누리지 못하게 한 것일 뿐 토지의 효용을 해하지 않았으므로, 재물손괴죄가 성립하지 않는다. 23. 법원직 · 순경 1차 · 2차
7. 피고인은 피해자 甲이 乙로부터 매수한 토지의 경계 부분에 매수 전 자신이 식재하였던 수목(웅아나무) 5그루를 전기톱을 이용하여 절단한 경우 ⇨ 특수재물손괴죄 × [대판 2023.11.16, 2023도11885 ∵ 제반 사정에 비추어 피고인이 수목을 식재할 당시 토지의 전 소유자 乙로부터 명시적 또는 묵시적으로 승낙 · 동의를 받았거나 적어도 토지 중 수목이 식재된 부분에 관하여는 무상으로 사용할 것을 허락받았을 가능성을 배제하기 어렵고, 이는 민법 제256조에서 부동산에의 부합의 예외사유로 정한 ‘권원’(지상권, 전세권, 임차권 등과 같이 타인의 부동산에 자기의 동산을 부속시켜서 그 부동산을 이용할 수 있는 권리)에 해당한다고 볼 수 있어 수목은 토지에 부합하지 않고 이를 식재한 피고인에게 소유권이 귀속된다.]

p.76 문제 06번 다음에 추가(문제 07~10)

07 다음 사례 중 재물손괴죄가 성립하지 않는 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 22. 순경 2차

- ① 타인 소유의 광고용 간판을 백색페인트로 도색하여 광고문안을 지워버린 행위
- ② 자동문을 수동으로만 개폐가 가능하게 하여 자동잠금장치로서 역할을 할 수 없도록 한 행위
- ③ 甲이 A의 차량 앞에는 철근콘크리트 구조물을, 뒤에는 굴삭기 크리서를 바짝 붙여 놓아 A의 차량을 17~18시간 동안 운행할 수 없게 한 행위
- ④ A주식회사 직원인 甲과 乙이 유색 페인트와 래커 스프레이를 이용하여 A회사 소유의 도로바닥에 직접 문구를 기재하거나 도로 위에 놓인 현수막 천에 문구를 기재하여 페인트가 바닥으로 배어나와 도로에 배게 한 행위

해설 • 재물손괴죄 ○ : ① 대판 1991.10.22, 91도2090 ② 대판 2016.11.25, 2016도9219 ③ 대판 2021.5.7, 2019도13764(∵ 차량 앞뒤에 쉽게 제거하기 어려운 구조물 등을 붙여 놓은 행위는 차량에 대한 유형력 행사로 보기에 충분하고, 차량 자체에 물리적 훼손이나 기능적 효용의 멸실 내지 감소가 발생하지 않았더라도 甲이 위 구조물로 인해 차량을 운행할 수 없게 됨으로써 일시적으로 본래의 사용목적에 이용할 수 없게 된 이상 차량 본래의 효용을 해한 경우임.)
• 재물손괴죄 × : ④ 대판 2020.3.27, 2017도20455(∵ 피고인들이 위와 같은 방법으로 도로 바닥에 여러 문구를 써놓은 행위가 위 도로의 효용을 해하는 정도에 이른 것이라고 보기 어렵다.)

정답 ④

08 손괴의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 피고인이 피해 차량의 앞뒤에 쉽게 제거하기 어려운 철근콘크리트 구조물 등을 바짝 붙여 놓아 차량을 운행할 수 없게 하였더라도 피해 차량 자체에 물리적 훼손이나 기능적 효용의 멸실 내지 감소가 발생하지 않았으므로 재물 본래의 효용을 해한 것이라고 볼 수 없다.
- ② 재건축사업으로 철거예정이고 그 입주자들이 모두 이사하여 아무도 거주하지 않은 채 비어 있는 아파트라 하더라도, 그 객관적 성상이 본래 사용 목적인 주거용으로 쓰일 수 없는 상태가 아니었고 그 소유자들이 신탁등기 등의 방법으로 계속 소유권을 행사하고 있다면, 재물로서의 이용가치나 효용이 없는 물건이라고도 할 수 없어 재물손괴죄의 객체가 된다.
- ③ 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.
- ④ 포도주 원액이 부패하여 포도주 원료로서의 효용가치는 상실되었으나, 그 산도가 1.8도 내지 6.2도에 이르고 있어서 식초의 제조 등 다른 용도에 사용할 수 있다면, 이 포도주 원액은 재물손괴죄의 객체가 될 수 있다.

해설 ① × : ~ (2줄) 운행할 수 없게 한 경우, 피해 차량 자체에 물리적 훼손이나 기능적 효용의 멸실 내지 감소가 발생하지 않았더라도 일시적으로 본래의 사용목적에 이용할 수 없게 된 이상 재물 본래의 효용을 해한 것이라고 볼 수 있다(대판 2021.5.7, 2019도13764).

- ② 대판 2010.2.25, 2009도8473
- ③ 대판 2018.7.24, 2017도18807
- ④ 대판 1979.7.24, 78도2138

정답 ①

09 손괴에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 9급 검찰 · 마약수사

- ㉠ 재물을 절취하기 위해 야간에 피해자들이 운영하는 식당의 창문과 방충망을 물리적 훼손 없이 창틀에서 분리하여 놓고 침입한 행위는 특수절도죄의 손괴에 해당한다.
- ㉡ 다른 기관에 접수되어 있는 자기명의의 문서에 대하여 함부로 이를 무효화시켜 그 용도에 사용하지 못하게 하였다면 문서손괴죄의 손괴에 해당한다.
- ㉢ 자동문을 자동으로 작동하지 않고 수동으로만 개폐가 가능하게 하여 일시적으로 자동잠금장치로서 역할을 할 수 없게 한 경우에는 재물손괴죄의 손괴에 해당한다.
- ㉣ 주차되어 있는 차량의 앞에 철근콘크리트 구조물을, 뒤에 굴삭기 크러셔를 바짝 붙여 놓아 해당 차량의 차주가 17~18시간 동안 차량을 운행할 수 없게 한 행위는 재물손괴죄의 '재물의 효용을 해한 경우'에 해당한다.

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

해설 ㉠ × : ~ 손괴에 해당하지 않는다(대판 2015.10.29, 2015도7559 ∵ 창문과 방충망을 창틀에서 분리하였을 뿐 물리적으로 훼손하여 효용을 상실하게 한 것은 아님).

㉡ ○ : 대판 1987.4.14, 87도177

㉢ ○ : 대판 2016.11.25, 2016도9219

㉣ ○ : 대판 2021.5.7, 2019도13764

정답 ④

10 손괴의 죄에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 법원행시

- ① 재건축조합이 조합원들을 상대로 재건축사업 대상 아파트에 관한 소유권이전등기 및 인도 청구소송을 제기하여 제1심에서 가집행선고부 승소판결이 선고되었고, 위 조합의 조합장 등이 제1심판결에 기하여 위 아파트에 관한 부동산인도집행을 완료한 후 이를 철거한 경우 그 철거 전에 관할구청장에게 신고를 하지 않았다고 하더라도 이는 형법 제20조에서 정한 정당행위로서 재물손괴의 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당한다.
- ② 甲이 乙로부터 전세금을 받고 영수증을 작성·교부한 다음 乙에게 위 전세금을 반환하겠다고 말하여 乙로부터 위 영수증을 교부받고 나서 전세금을 반환하기 전에 이를 찢어버렸다고 하더라도 위 영수증은 甲의 점유하에 있었으므로, 문서손괴죄가 성립하지 않는다.
- ③ 재건축사업으로 철거 예정이고 입주자들이 모두 이사하여 아무도 거주하지 않은 채 비어있는 아파트라고 하더라도, 그 객관적 성상이 본래 사용 목적인 주거용으로 쓰일 수 없는 상태라거나 재물로서의 이용가치나 효용이 없는 물건이라고 할 수 없는 이상 재물손괴죄의 객체가 될 수 있다.

- ④ 형법 제370조에서 말하는 경계는 반드시 법률상의 정당한 경계를 말하는 것이 아니고 비록 법률상의 정당한 경계에 부합되지 아니하는 경계라고 하더라도 이해관계인들의 명시적 또는 묵시적 합의에 의하여 정하여진 것이라면 이는 이 법조에서 말하는 경계라고 할 것이다.
- ⑤ 자동문을 자동으로 작동하지 않고 수동으로만 개폐가 가능하게 하여 자동잠금장치로서 역할을 할 수 없도록 한 경우에도 재물손괴죄가 성립한다.

해설 ① 대판 2010.2.25, 2009도8473

② × : ~ (2줄) 전에 이를 찢어버린 경우, 문서손괴죄의 객체는 타인(乙)소유의 문서이며 피고인(甲) 자신이 점유하에 있는 문서라 할지라도 타인소유인 이상 이를 손괴하는 행위는 문서손괴죄에 해당한다(대판 1984.12.26, 84도2290).

③ 대판 2007.9.20, 2007도5207

④ 대판 2003.6.13, 2003도1691

⑤ 대판 2016.11.25, 2016도9219

정답 ②

p.79 하단 “ 관련판례” 1번 판례 추가

1. 피고인이 차량을 구입하면서 피해자로부터 차량 매수대금을 차용하고 **담보로 차량에 피해자 명의의 저당권을 설정**해 주었는데, 그 후 대부업자로부터 돈을 차용하면서 차량을 대부업자에게 담보로 제공하여 이른바 ‘**대포차**’로 **유통**되게 한 경우 ⇨ 권리행사방해죄 ○(대판 2016.11.10, 2016도13734 ∴ 자동차의 소재를 파악하는 것을 현저하게 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 행위(은닉)에 해당함) 20. 법원행시, 21. 7급 검찰

p.82 하단 해설 기출표기 다수 추가

해설

㉠ × : ‘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(대판 2008.9.11, 2006도8721). 17. 순경 1차, 18. 법원직, 20. 변호사시험·경찰승진, 22. 해경간부

㉡ ○ : 대판 2001.11.27, 2001도4759 17. 경찰승진, 18. 법원직, 21. 해경승진

㉢ ○ : 대판 2009.5.28, 2009도875 17. 순경 1차, 23. 경찰간부·법원직, 24. 경찰승진·해경승진

㉣ × : **가압류에는 처분금지적 효력**이 있으므로 가압류 후에 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자가 다른 사람에 대한 허위의 채무에 기하여 근저당권설정등기 등을 경료하더라도 이로써 가압류채권자의 법률상 지위에 어떤 영향을 미치지 않으므로, 강제집행면탈죄에 해당하지 아니한다(대판 2008.5.29, 2008도2476). 15. 사시, 23. 순경 1차

㉤ × : 타인의 재물을 보관하는 자가 보관하고 있는 재물을 영득할 의사로 은닉하였다면 이는 **횡령죄**를 구성하는 것이고 채권자들의 강제집행을 면탈하는 결과를 가져온다 하여 이와 별도로 **강제집행면탈죄**를 구성하는 것은 아니다(대판 2000.9.8, 2000도1447). 15. 사시, 19. 경찰승진, 21. 법원행시

㉥ ○ : 대판 1986.10.28, 86도1553 17·20. 변호사시험

p.94 문제 08번 다음에 추가

09 권리행사를 방해하는 죄에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ㉠ 피고인들이 공모하여 렌트가 회사인 甲주식회사를 설립한 다음 乙주식회사 등의 명의로 저당권등록이 되어 있는 다수의 차량들을 사들여 甲 회사 소유의 영업용 차량으로 등록한 후 자동차대여사업자등록 취소처분을 받아 차량등록을 직권말소시켜 저당권 등이 소멸되게 하였다는 사정만으로는 위 각 차량을 은닉하였다고 단정할 수 없으므로 위 각 차량에 대한 권리행사 방해가 성립하지 않는다.
- ㉡ 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우 만일 명의신탁자가 조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 명의신탁을 함으로써 명의신탁이 무효로 되는 경우에는 말할 것도 없고, 그러한 목적이 없어서 유효한 명의신탁이 되는 경우에도 제3자인 부동산의 임차인에 대한 관계에서는 명의신탁자는 소유자가 될 수 없으므로, 어느 모로 보나 신탁한 부동산이 권리행사방해죄에서 말하는 '자기의 물건'이라고 할 수 없다.
- ㉢ 국세징수법에 의한 체납처분을 면탈할 목적으로 재산을 은닉하는 등의 행위는 형법 제327조에서 정한 강제집행면탈죄의 규율 대상에 포함되지 않는다.
- ㉣ 민사집행법 제3편의 적용 대상인 '담보권 실행 등을 위한 경매'를 면탈할 목적으로 재산을 은닉하는 등의 행위는 형법 제327조에서 정한 강제집행면탈죄의 규율 대상에 포함되지 않는다.
- ㉤ 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 없으므로 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다.

① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개 ⑤ 4개

해설 ㉠ × : 권리행사방해죄 ○ [대판 2017.5.17, 2017도2230 ∴ 자동차의 소재를 파악하는 것을 현저하게 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 행위(은닉)에 해당함]

- ㉡ ○ : 대판 2005.9.9, 2005도626
- ㉢ ○ : 대판 2012.4.26, 2010도5693
- ㉣ ○ : 대판 2015.3.26, 2014도14909
- ㉤ ○ : 대판 2017.8.18, 2017도6229

정답 ②

p.104 문제 17번 다음에 추가(문제 18~22)

18 재산범죄에 대한 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 경찰간부

- ㉠ 甲이 야외 결혼식장에서 신부 측 축의금 접수인인 것처럼 행세하면서 하객이 신부 측 접수대에 축의금을 교부하자 이를 가져간 경우, 사기죄가 성립하지 아니하고 절도죄가 성립한다.
- ㉡ 甲이 노상에 주차된 차 안의 현금을 절취하기로 마음먹고 물색하다가 A의 승합차 안에 있는 지갑을 발견하고 차 문이 잠겨 있는지 확인하기 위해 양손으로 운전석 문의 손잡이를 잡아당겼다면, 절도죄의 실행에 착수한 것이다.
- ㉢ 甲과 乙이 수회에 걸쳐서 “총을 훔쳐 전역 후 은행이나 현금수송차량을 털어 한탕하자”는 말만 나눈 경우, 강도음모죄가 성립하지 아니한다.
- ㉣ 장물취득죄에서 ‘취득’이라 함은 점유를 이전받음으로써 그 장물에 대하여 사실상의 처분권을 획득하는 것을 의미하고, 취득 당시 장물인 정을 알면서 이를 취득하여야 장물취득죄가 성립한다.
- ㉤ 강제집행면탈죄는 채권자를 해하는 결과가 야기되거나 이로 인하여 행위자가 일정한 이득을 취하여야 성립한다.

- ① 2개 ② 3개 ③ 4개 ④ 5개

해설 ㉠ ○ : 대판 1996.12.20, 96도2227

㉡ ○ : 대판 2009.9.24, 2009도5595

㉢ ○ : 대판 1999.11.12, 99도3801

㉣ ○ : 대판 2003.5.13, 2003도1366

㉤ × : ~ 이득을 취하여야 성립하는 것은 아니다(대판 1999.2.12, 98도2474 ∴ 강제집행면탈죄는 위험범임).

정답 ③

19 재산죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 순경 2차

- ① 사기죄의 보호법익은 재산권이므로 도급계약이나 물품구매 조달 계약 체결 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가자격, 계약절차 등에 관한 규정을 위반한 사정이 있더라도 그러한 사정만으로 도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정해서는 안 된다.
- ② 예금주인 현금카드 소유자를 협박하여 그 카드를 갈취한 다음 피해자의 승낙에 의하여 현금카드를 사용할 권한을 부여받아 이를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위는 현금카드 갈취행위와 분리하여 따로 절도죄로 처단할 수는 없다.
- ③ 자동차를 절취한 후 자동차등록번호판을 떼어내는 행위는 새로운 법익의 침해로 보아야 하므로 이와 같은 번호판을 떼어내는 행위가 절도범행의 불가별적 사후행위가 되는 것은 아니다.
- ④ 절도범인으로부터 장물보관 의뢰를 받은 자가 그 정을 알면서 이를 인도받아 보관하고 있다가 그 보관 장물을 임의로 처분하였다면 장물보관죄 외에 별도로 횡령죄가 성립한다.

해설 ① 대판 2023.1.12, 2017도14104

② 대판 1996.9.20, 95도1728

③ 대판 2007.9.6, 2007도4739

④ × : ~ 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다(대판 2004.4.9, 2003도8219).

정답 ④

20 재산죄에 관한 설명으로 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

- ㉠ 회사직원이 퇴사한 후에는 특별한 사정이 없는 한 더 이상 업무상 배임죄에서 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없어, 퇴사한 회사직원이 반환하거나 폐기하지 아니한 영업비밀 등을 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용하더라도 그 유출 내지 이용행위에 대하여는 따로 업무상 배임죄를 구성할 여지는 없다.
- ㉡ A는 드라이버를 구매하기 위해 특정 매장에 방문하였다가 자신의 지갑을 떨어뜨렸는데, 10분 쯤 후 甲이 같은 매장에서 우산을 구매하고 계산을 마친 뒤, 그 지갑을 발견하여 습득한 매장 주인 B로부터 “이 지갑이 선생님 지갑이 맞느냐?”라는 질문을 받자 “내 것이 맞다.”라고 대답한 후 이를 교부받아 가지고 갔다면 甲에게는 절도죄가 아니라 사기죄가 성립한다.
- ㉢ 업무상 배임죄에 있어 ‘재산상 이익취득’과 ‘재산상 손해발생’은 대등한 범죄성립요건이고, 따라서 임무위배행위로 인하여 여러 재산상 이익과 손해가 발생하더라도 재산상 이익과 손해 사이에 서로 대응하는 관계에 있는 등 일정한 관련성이 인정되어야 업무상 배임죄가 성립한다.
- ㉣ 주류회사 이사인 甲은 A를 상대로 주류대금 청구소송을 제기한 민사분쟁 중에 A의 착오로 위 주류회사 명의계좌로 송금된 4,700,000원을 보관하게 되었고, 이후 A로부터 해당 금액이 착오송금된 것이라는 사정을 문자메시지를 통해 고지받았음에도 불구하고, 甲 본인이 주장하는 채권액인 1,108,310원을 임의로 상계 정산하여 반환을 거부하였다면, 설령 나머지 금액을 반환하고 상계권 행사의 의사를 충분히 밝혔 하더라도 甲에게는 횡령죄가 성립한다.

① 0개

② 1개

③ 2개

④ 3개

해설 ㉠ ○ : 대판 2017.6.29, 2017도3808

㉡ ○ : 대판 2022.12.29, 2022도12494(∵ B는 지갑을 습득하여 진정한 소유자에게 돌려주어야 하는 지위에 있으므로 甲을 위하여 이를 처분할 수 있는 권능을 갖거나 그 지위에 있었으며, 이러한 처분 권능과 지위에 기초하여 지갑의 소유자라고 주장하는 피고인에게 지갑을 교부하였고 이를 통해 피고인이 지갑을 취득하여 자유로운 처분이 가능한 상태가 되었으므로, 乙의 행위는 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당하고 피고인의 행위를 절취행위로 평가할 수 없다.)

㉢ ○ : 대판 2021.11.25, 2016도3452

㉣ × : ~ (4줄) 반환을 거부한 행위는 정당한 상계권의 행사로 볼 여지가 있으므로, 피고인의 반환거부행위가 횡령행위와 같다고 볼 수 없어 불법영득의사를 인정할 수 없다(대판 2022.12.29, 2021도2088 ∴ 횡령죄 ×).

정답 ②

21 다음 중 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

- ① 甲은 건물의 소유자로, 해당 건물을 매입하기 위한 소요자금을 대납하는 조건으로 해당 건물에서 약 2개월 동안 거주하고 있던 A가 위 금액을 입금하지 않자, A를 내쫓을 목적으로 아들인 乙에게 A가 거주하는 곳의 현관문에 설치된 디지털 도어락의 비밀번호를 변경할 것을 지시하고, 이에 따라 乙이 그 도어락의 비밀번호를 변경하였다면 甲에게는 권리행사방해교사죄가 성립한다.
- ② 甲이 타인소유 토지의 이용을 방해할 목적으로 권한 없이 건물을 신축하였다면, 이는 다른 사람의 소유물을 본래의 용법에 따라 무단으로 사용·수익하는 행위로 소유자를 배제한 채 물건의 이용가치를 영득하는 것이고 그 결과 소유자가 물건의 효용을 누리지 못하게 된 것으로 볼 수 있어 이와 같은 甲의 행위는 재물손괴죄에 해당한다.
- ③ 건물의 임차인인 甲이 임대인 A에 대한 임대차보증금반환채권을 B에게 양도하였는데도 A에게 채권양도 통지를 하지 않고 A로부터 남아 있던 임대차보증금을 반환받아 보관하던 중 개인적인 용도로 사용하였다면 甲에게는 횡령죄가 성립한다.
- ④ 甲은 PC방에 게임을 하러 온 A로부터 20,000원을 인출해 오라는 부탁과 함께 현금카드를 건네받게 되자, 위법하게 이득할 의사로 권한 없이 그 위임받은 금액을 초과한 50,000원을 인출한 후 그중 20,000원만 A에게 건네주고 30,000원을 취득하였다면, 甲의 행위는 그 차액 상당액에 관하여 컴퓨터 등 사용사기죄에 해당한다.

해설 ① × : 대판 2022.9.15, 2022도5827(甲(정범) : 권리행사방해죄 ×(∵ 도어락은 乙소유의 물건 ○, 甲소유의 물건 ×), 乙 : 권리행사방해죄의 교사범 ×(∵ 교사범이 성립하려면 정범의 범죄행위가 인정되어야 한다.))

② × : ~ (3줄) 영득하는 것이고, 그 때문에 소유자가 물건의 효용을 누리지 못하게 되었더라도 효용 자체가 침해된 것이 아니므로 재물손괴죄에 해당하지 않는다(대판 2022.11.30, 2022도1410).

③ × : 횡령죄 ×(대판 2022.6.23, 2017도3829 전원합의체 ∵ 특별한 사정이 없는 한 금전의 소유권은 채권양수인이 아니라 채권양도인에게 귀속하고 채권양도인이 채권양수인을 위하여 양도 채권의 보전에 관한 사무를 처리하는 신임관계가 존재한다고 볼 수 없다.)

④ ○ : 대판 2006.3.24, 2005도3516

정답 ④

22 재산죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 변호사시험

- ㉠ 지입회사에 소유권이 있는 차량에 대하여 지입회사로부터 운행관리권을 위임받은 지입차주
甲이 지입회사의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분하더라도 법률상 처분권한이 없기
때문에 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ㉡ 甲이 피해자 경영의 금고에서 마치 귀금속을 구입할 것처럼 가장하여 피해자로부터 금목걸
이를 건네받은 다음 화장실에 갔다 오겠다는 핑계를 대고 도주한 행위는 절도죄에 해당한다.
- ㉢ 甲이 토지의 소유자이자 매도인 A에게 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여 근저당권설
정계약서 등에 서명·날인하게 하고 인감증명서를 교부받은 다음, 이를 이용하여 A 소유 토
지에 甲을 채무자로 한 근저당권을 B에게 설정하여 주고 돈을 차용한 경우에도 A의 처분의사
가 인정되므로 사기죄에 해당한다.
- ㉣ 甲이 A에게 자신의 자동차를 양도담보로 제공하기로 약정한 후 B에게 임의로 매도하고 B
명의로 이전등록을 해 준 경우, 등록을 요하는 재산인 자동차 등에 관하여 양도담보설정계약
을 체결한 채무자는 채권자에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위가 인정되어 그 임무에 위배
하여 이를 타에 처분하였다면 배임죄가 성립한다.
- ㉤ 甲이 권리자의 착오나 가상자산 운영 시스템의 오류 등으로 법률상 원인관계 없이 자신의 전
자지갑에 이체된 가상자산을 반환하지 않고 자신의 또 다른 전자지갑에 이체하였다면 착오송
금의 법리가 적용되어 배임죄가 성립한다.

① ㉠, ㉡, ㉢

② ㉠, ㉡, ㉣

③ ㉠, ㉢, ㉤

④ ㉡, ㉣, ㉤

⑤ ㉢, ㉣, ㉤

해설 ㉠ × : ~ (2줄) 차량을 사실상 처분한 경우, 법률상 처분권한이 없어도 횡령죄가 성립한다(대판 2015.6.25, 2015도1944 전원합의체).

㉡ ○ : 대판 1994.8.12, 94도1487

㉢ ○ : 대판 2017.2.16, 2016도13362 전원합의체

㉣ × : 권리이전에 등기·등록을 요하는 동산(자동차 등)에 관하여 양도담보설정계약을 체결한 채무자는 채권자에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 채무자가 채권자에게 양도담보설정계약에 따른 의무를 다하지 아니하고 이를 타에 처분하였다고 하더라도 배임죄가 성립하지 아니한다(대판 2022.12.22, 2020도8682 전원합의체).

㉤ × : ~ (2줄) 다른 지갑에 이체한 경우, 착오송금의 법리가 적용되지 않아 배임죄가 성립하지 않는다(대판 2021.12.16, 2020도9789).

정답 ③

p.110 문제 02번 아래 최신판례 추가

최신판례

① 범죄단체 구성원으로서의 ‘활동’이란 범죄단체의 내부 규율 및 통솔 체계에 따른 조직적·집단적 의사결정에 기초하여 행하는 범죄단체의 존속·유지를 지향하는 적극적인 행위를 의미한다. ② 범죄단체 등에 소속된 조직원이 저지른 **폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 공동강요)죄 등의 개별적 범행과 폭력행위처벌법 위반(단체 등의 활동)죄**는 구성요건을 달리하는 별개의 범죄로서 그 보호법익이 일치한다고 볼 수 없다. 또한 폭력행위처벌법 위반(단체 등의 구성·활동)죄와 위 개별적 범행은 특별한 사정이 없는 한 법률상 1개의 행위로 평가되는 경우로 보기 어려워 **상상적 경합이 아닌 실체적 경합관계에 있다고 보아야 한다**(대판 2022.9.7, 2022도6993).

p.111 문제 01번 해설 ㉠ 일부수정, ㉡ 교체

해설 ㉠ × : 일반건조물이나 일반물건에 대한 방화죄에서 자기소유물과 타인소유물로 구분하고 법정형에 차등을 두고 있으나(제166조, 제167조), ‘무주물’은 ‘자기소유의 물건’에 준하는 것으로 보아 자기소유 일반물건방화죄로 처벌한다(대판 2009.10.15, 2009도7421).

㉡ ○ : 자기소유 일반건조물방화죄(제166조 제2항), 일반물건방화죄(제167조) 및 이들에 대한 실화죄(제170조 제2항)

㉢ × : 자기소유물에 대한 현주건조물방화죄나 공용건조물방화죄 ⇨ 추상적 위험범, 자기소유물에 대한 일반건조물방화죄나 일반물건방화죄 ⇨ 구체적 위험범

㉣ × : 제13장에 규정된 구체적 위험범 중 자기소유 일반건조물방화죄와 일반물건방화죄는 미수범 규정이 없고, 폭발성물건파열죄와 가스·전기 등 방류죄 및 가스·전기 등 공급방해죄는 미수범 규정이 있다(제174조).

㉤ ○ : 옳다(제168조).

㉥ ○ : 대판 2023.3.9, 2022도16120(㉤) 피고인들이 분리수거장 방향으로 담배꽂초를 던져 버리고 현장을 떠난 후 화재가 발생한 경우 ⇨ 피고인들 각자의 실화죄 ○)

p.114 문제 07번 지문 ⑤ 추가, 해설 ⑤ 추가

⑤ 지붕과 문짝, 창문이 없고 담장과 일부 벽체가 붕괴된 철거 대상 건물로서 사실상 기거·취침에 사용할 수 없는 상태인 폐가의 외부에 쓰레기를 모아놓고 태워 그 불길로 폐가의 벽을 일부 그을리게 한 정도인 경우, 타인소유 일반건조물방화죄 미수가 성립한다.

해설

⑤ × : 타인소유 일반건조물방화죄의 미수 ×(이 사건 폐가는 건조물 ×, 일반물건 ○), 일반물건방화죄의 기수 ×(∵ 폐가의 벽을 일부 그을리게 하는 정도), 일반물건방화죄의 미수범의 처벌규정 × ∴ 무죄(대판 2013.12.12, 2013도3950)

p.117 문제 13번 다음에 추가

14 방화죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 순경 1차

- ① 甲이 지붕과 문짝, 창문이 없고 담장과 일부 벽체가 붕괴된 철거 대상 건물로서 사실상 기거 · 취침에 사용할 수 없는 폐가의 내부와 외부에 쓰레기를 모아놓고 태워 그 불길이 폐가 주변 수목 4~5그루를 태우고 폐가의 벽을 일부 그을리게 한 경우, 甲은 일반물건방화죄의 미수범으로 처벌된다.
- ② 甲이 A의 집에 불을 놓은 후 불이 붙은 집에서 탈출하려는 A를 막아 탈출하지 못하게 함으로써 A가 결국 불에 타 사망한 경우, 甲에게는 현주건조물방화죄와 살인죄의 상상적 경합범이 성립한다.
- ③ 노상에서 전봇대 주변에 놓인 쓰레기에 불을 놓아 태움으로써 공공의 위험을 발생케 한 경우 자기소유 일반물건방화죄가 성립한다.
- ④ 형법 제167조의 일반물건방화죄는 형법 제166조의 일반건조물 등 방화죄에 대한 관계에서 법조경합 중 특별관계에 있으므로, 형법 제166조의 일반건조물 등 방화죄가 성립하는 경우에는 형법 제167조의 일반물건방화죄는 성립하지 않는다.

해설 ① × : 일반건조물방화죄 × (이 사건 폐가는 건조물 ×, 일반물건 ○), 일반물건방화죄의 기수 × (∵ 폐가의 벽을 일부 그을리게 하는 정도), 일반물건방화죄의 미수범의 처벌규정 × ∴ 무죄(대판 2013.12.12, 2013도3950)

② × : ~ (2줄) 살인죄의 실제적 경합범(상상적 경합범 ×)이 성립한다(대판 1983.1.18, 82도2341).

③ ○ : 대판 2009.10.15, 2009도7421

④ × : ~ (2줄) 법조경합 중 보충관계(특별관계 ×)에 있으므로, 형법 제166조의 일반건조물 등 방화죄가 성립하는 경우에는 형법 제167조의 일반물건방화죄는 성립하지 않고, 일반건조물 등 방화죄(제166조)가 성립하지 않는 경우에 일반물건방화죄(제167조)가 보충적으로 성립한다.

정답 ③

p.122 문제 07번 해설 ㉔ 뒷부분 추가

㉔ ○ : 대판 2009.4.23, 2008도11921(∵ 형법 제187조에서 정한 '파괴'란 교통기관으로서의 기능 · 용법의 전부나 일부를 불가능하게 할 정도의 파손을 의미하고, 그 정도에 이르지 아니하는 단순한 손괴는 포함되지 않는다.)

p.123 문제 09번 지문 ⑤ 추가, 해설 ⑤ 추가

- ⑤ 수도불통죄의 대상이 되는 '수도 기타 시설'이란 공중의 음용수 공급을 주된 목적으로 설치된 것에 한정되는 것은 아니고, 설령 다른 목적으로 설치된 것이더라도 불특정 또는 다수인에게 현실적으로 음용수를 공급하고 있는 것이면 충분하며 소유관계에 따라 달리 볼 것도 아니다.

해설 ⑤ 대판 2022.6.9, 2022도2817

p.123 문제 09번 다음에 추가

10 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ① 일반교통방해죄는 일반 공중의 교통안전을 보호법익으로 하는 범죄로서 육로 등을 손괴 또는 불통하게 하는 경우뿐만 아니라 그 밖의 방법으로 교통을 방해하여 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 일체의 행위를 처벌하는 것을 목적으로 하는데, 여기에서 ‘육로’라 함은 일반 공중의 왕래에 공용된 장소, 즉 특정인에 한하지 않고 불특정 다수인 또는 차마가 자유롭게 통행할 수 있는 공공성을 지닌 장소를 말한다.
- ② 집회와 시위의 자유는 헌법상 보장된 국민의 기본권이므로 형법상 일반교통방해죄를 집회와 시위의 참석자에게 적용할 경우에는 집회와 시위의 자유를 부당하게 제한하는 결과가 발생할 우려가 있으므로, 도로에서 집회와 시위를 하는 과정에서 일반 공중의 교통안전을 침해하는 등 교통방해행위를 수반하였더라도 일반교통방해죄는 성립할 수 없다.
- ③ 일반교통방해죄는 이른바 추상적 위험범으로서 교통이 불가능하거나 또는 현저히 곤란한 상태가 발생하면 바로 기수가 되고 교통방해의 결과가 현실적으로 발생하여야 하는 것은 아니다.
- ④ 현주건조물방화죄는 화력이 매개물을 떠나 목적물인 건조물 스스로 연소할 수 있는 상태에 이룸으로써 기수가 된다.
- ⑤ 피고인들이 피해자들의 재물을 강취한 후 그들을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우 피고인들의 위 행위는 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄에 모두 해당하고 그 두 죄는 상상적 경합범관계에 있다.

해설 ① 대판 2017.4.7, 2016도12563

② × : 집회와 시위의 자유는 헌법상 보장된 국민의 기본권이므로 형법상 일반교통방해죄를 집회와 시위의 참석자에게 적용할 경우에는 집회와 시위의 자유를 부당하게 제한하는 결과가 발생할 우려가 있다. 그러나 일반교통방해죄에서 교통을 방해하는 방법을 위와 같이 포괄적으로 정하고 있는 데다가 도로에서 집회와 시위를 하는 경우 일반 공중의 교통안전을 직접적으로 침해할 위험이 있는 점을 고려하면 집회나 시위의 경우에도 교통방해행위를 수반한다면 특별한 사정이 없는 한 일반교통방해죄가 성립할 수 있다(대판 2019.4.23, 2017도1056).

③ 대판 2018.5.11, 2017도9146

④ 대판 2007.3.16, 2006도9164

⑤ 대판 1998.12.8, 98도3416

정답 ②

p.125 상단 해설 기출표기 다수 추가

해설

- ① ○ : 대판 1985.4.23, 85도570 17. 경찰간부, 18. 경찰승진, 20. 수사경과 · 해경승진, 21. 해경 2차
- ② × : 통화변조죄 × (대판 2002.1.11, 2000도3950 ∴ 진정한 통화에 대한 가공행위로 인하여 기존 통화의 명목가치나 실질가치가 변경되었다거나 객관적으로 보아 일반인으로 하여금 기존 통화와 다른 진정한 화폐로 오신하게 할 정도의 새로운 물건을 만들어 낸 것으로 볼 수 없다면 통화변조죄가 성립하지 않는다.) 16. 순경 1차, 17. 경찰간부, 21. 경찰승진 · 해경 2차
- ③ × : 내국유통외국통화 × (대판 2003.1.10, 2002도3340 ∴ 지급수단이 아니라 외국환거래의 대상임 ⇒ 내국유통 ×) 12. 경찰간부, 13. 수사경과
- ④ × : 이러한 해석은 죄형법정주의의 원칙(유추해석 내지 확장해석 금지의 원칙)에 위배된다(대판 2004.5.14, 2003도3487 ∴ 외국에서 통용하는 지폐 ×). 16. 순경 1차, 18. 경찰승진 · 수사경과, 21. 해경 2차
- ⑤ × : 그 교부행위 자체가 통화에 대한 공공의 신용 또는 거래의 안전을 해할 위험이 있으므로 위조통화행사죄가 성립한다(대판 2003.1.10, 2002도3340). 16. 순경 1차, 17. 경찰간부, 20. 수사경과
- ⑥ × : 위조통화행사죄와 사기죄의 실제적 경합(대판 1979.7.10, 79도840) 19. 법원행시, 20. 수사경과, 21. 경찰간부, 22. 경찰승진

p.131 표 “위조” “사례” ⑤ 교체

구분	위 조	변 조
의 의	유가증권위조란 ~	유가증권 변조란 ~
사 례	① 찢어서 폐지로 된 타인의 약속어음을 짜맞추어 어음의 외형을 갖춘 경우(대판 1976.1.27, 74도3442) ② 백지어음에 대하여 취득자가 발행자와의 합의에 의해 정해진 보충권의 한도를 넘어 보충을 한 경우(대판 1989.12.12, 89도1264) 14. 경찰간부, 17. 법원행시 ③ 타인이 위조한 백지의 약속어음을 완성한 경우(대판 1982.6.22, 82도677) 13. 경찰승진 · 순경 3차, 18. 순경 1차, 20. 법원직 ④ 다른 공중전화카드의 자기기록 부분에 전자정보를 기록하여 사용가능한 공중전화카드를 만든 경우(대판 1998.2.27, 97도2483) 10. 경찰승진, 15. 순경 2차 ⑤ 약속어음의 위조는 적어도 행사할 목적으로 외형상 <u>일반인으로 하여금 진정하게 작성된 유가증권이라고 오신케 할 수 있을 정도로 작성된 것이라면 그 발행명의인이 가령 실재하지 않은 사자 또는 허무인이라 하더라도 그 위조죄가 성립된다</u>(대판 2011.7.14, 2010도1025). 17. 법원행시, 22. 수사경과 ⑥ 리프트탑승권 발매기를 전산조작하여 위조한 탑승권을 발매기에서 뜯어간 후 타인에게 매도한 경우 ⇒ 유가증권위조죄 + 절도죄 + 위조유가증권행사죄(대판 1998.11.24, 98도2967) 17. 7급 검찰	① 직장소비조합이 그 소속조합원에게 직번 · 구입상품명 등을 기재하여 교부한 신용카드의 소지인이 자신이 카드의 금액란을 정정기재할 수 있는 권리가 있는 것처럼 상점점원을 기망하여 그 점원으로 하여금 그 금액란을 정정기재하게 한 경우(대판 1984.11.27, 84도1862) ⇒ 간접정범의 방법에 의한 변조 ② 이미 타인에 의하여 위조된 약속어음의 기재사항을 권한 없이 변경하였다고 하더라도 유가증권변조죄는 성립하지 아니한다. 그리고 위조된 약속어음의 액면금액을 권한 없이 변경하는 것이 당초의 위조와는 별개의 새로운 유가증권위조로 된다고 할 수도 없다(대판 2008.12.24, 2008도9494). 15. 순경 2차, 18. 순경 1차, 19. 경찰승진, 20. 법원직, 22. 수사경과, 23. 해경승진 ③ 설사 진실에 합치하도록 변경한 것이라 하더라도 권한 없이 변경한 경우 ⇒ 변조 ○ (대판 1984.11.27, 84도1862) 19. 법원행시

p.138 문제 07번 다음에 추가

08 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 법원행시

- ㉠ 구 부정수표 단속법(2010. 3. 24. 법률 제10185호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 부정수표 단속법’이라 한다) 제5조에서 처벌하는 행위는 수표의 발행에 관한 위조·변조를 말하고, 수표의 배서를 위조·변조한 경우에는 수표의 권리의무에 관한 기재를 위조·변조한 것으로서, 형법 제214조 제2항에 해당하는지 여부는 별론으로 하고 구 부정수표 단속법 제5조에는 해당하지 않는다.
- ㉡ 유가증권변조죄에서 ‘변조’는 진정하게 성립된 유가증권의 내용에 권한 없는 자가 유가증권의 동일성을 해하지 않는 한도에서 변경을 가하는 것을 의미하므로, 유가증권의 내용 중 권한 없는 자에 의하여 이미 변조된 부분을 다시 권한 없이 변경하였다고 하더라도 유가증권변조죄는 성립하지 않는다.
- ㉢ 자기앞수표의 발행인이 수표의뢰인으로부터 수표자금을 입금받지 아니한 채 자기앞수표를 발행하더라도 그 수표의 효력에는 아무런 영향이 없으므로 허위유가증권작성죄가 성립하지 아니한다.
- ㉣ 주식회사 대표이사로 재직하던 피고인이 대표이사가 타인으로 변경되었음에도 불구하고 이 전부터 사용하여 오던 피고인 명의로 된 위 회사 대표이사의 명판을 이용하여 여전히 피고인을 위 회사의 대표이사로 표시하여 약속어음을 발행, 행사한 경우 만일 약속어음을 작성, 행사함에 있어 후임 대표이사의 승낙을 얻었다거나 위 회사의 실질적인 대표이사로서의 권한을 행사하는 피고인이 은행과의 당좌계약을 변경하는 데에 시일이 걸려 잠정적으로 전임 대표이사인 그의 명판을 사용한 것이라는 사정이 인정된다면 자격모용유가증권작성 및 동행사죄는 성립하지 않는다.
- ㉤ 위조우표취득죄 및 위조우표행사죄에 관한 형법 제219조 및 제218조 제2항 소정의 “행사”라 함은 위조된 대한민국 또는 외국의 우표를 진정한 우표로서 사용하는 것으로 반드시 우편요금의 납부용으로 사용하는 것에 한정되지 않고 우표수집의 대상으로서 매매하는 경우도 이에 해당된다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개
 ④ 3개 ⑤ 4개

해설 ㉠ ○ : 대판 2019.11.28, 2019도12022

㉡ ○ : 대판 2012.9.27, 2010도15206

㉢ ○ : 대판 2005.10.27, 2005도4528

㉣ × : ~ (3줄) 약속어음을 발행, 행사한 경우 설사 약속어음을 작성, 행사함에 있어 후임 대표이사의 승낙을 얻었다거나 위 회사의 실질적인 대표이사로서의 권한을 행사하는 피고인이 은행과의 당좌계약을 변경하는 데에 시일이 걸려 잠정적으로 전임 대표이사인 그의 명판을 사용한 것이라 하더라도, 이는 합법적인 대표이사로서의 권한행사라 할 수 없어 자격모용유가증권작성 및 동행사죄에 해당한다(대판 1991.2.26, 90도577).

㉤ ○ : 대판 1989.4.11, 88도1105

정답 ②

p.142 상단 “ 유사판례 ” 교체

- ▶ 유사판례 : 작성명의인이 허무인이라고 하더라도 일반인으로 하여금 공무원 또는 공무소의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿을 수 있는 형식과 외관을 구비한 문서라면 공문서위조죄의 공문서가 된다(대판 1976.9.14, 76도1767). 18. 변호사시험, 23. 경력채용 · 7급 검찰, 24. 해경간부

p.142 중간 ② 일부 수정 · 추가

- ② 사문서 : 사인의 명의(내국인 · 외국인 불문, 법인이나 법인격 없는 단체 등 불문)로 작성된 문서 중에서 권리 · 의무 또는 사실증명에 관한 것에 한정된다. 권리 · 의무에 관한 문서라 함은 권리의 무의 발생 · 변경 · 소멸에 관한 사항이 기재된 것을 말하며, 사실증명에 관한 문서는 권리 · 의무에 관한 문서 이외의 문서로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서를 의미한다(대판 2012.5.9, 2010도2690). 그리고 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서는, 직접적인 법률관계에 단지 간접적으로 연관된 의사표시 내지 권리 · 의무의 변동에 사실상으로 영향을 줄 수 있는 의사표시를 내용으로 하는 문서도 사문서위조죄의 객체가 될 수 있지만(대판 2009.4.23, 2008도8527), 17. 변호사시험, 19. 경찰승진, 23. 해경 3차, 24. 해경승진 문서의 주된 취지가 단순히 개인적 · 집단적 의견의 표현에 불과한 것이어서는 아니 되고, 적어도 실체법 또는 절차법에서 정한 구체적인 권리 · 의무와의 관련성이 인정되는 경우이어야 한다(대판 2024.1.4, 2023도1178).

p.147 하단 ③ 교체

- ③ 신탁자에게 아무런 부담이 지워지지 않은 채 재산이 수탁자에게 명의신탁된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 재산의 처분 기타 권한행사에 관해서 수탁자가 자신의 명의사용을 포괄적으로 신탁자에게 허용하였다고 보아야 하므로, 신탁자가 수탁자 명의로 신탁재산의 처분에 필요한 서류를 작성할 때에 수탁자로부터 개별적인 승낙을 받지 않았더라도 사문서위조 · 동행사죄가 성립하지 않는다(23. 법원직(원칙 예) 주식을 명의신탁한 피고인이 명의수탁자를 변경하기 위해 제3자에게 주식을 양도한 후 수탁자 명의의 증권거래세 과세표준신고서를 작성하여 관할세무서에 제출한 경우 ⇨ 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄 ×). 이에 비하여 수탁자가 명의신탁 받은 사실을 부인하여 신탁자와 수탁자 사이에 신탁재산의 소유권에 관하여 다툼이 있는 경우 또는 수탁자가 명의신탁 받은 사실 자체를 부인하지 않더라도 신탁자의 신탁재산 처분권한을 다투는 경우에는 신탁재산에 관한 처분 기타 권한행사에 관해서 신탁자에게 부여하였던 수탁자 명의사용에 대한 포괄적 허용을 철회한 것으로 볼 수 있어 명의사용이 허용되지 않는다(대판 2022.3.31, 2021도17197).

p.161 중간 6번 판례 교체

6. 작성자가 ‘행사할 목적’으로 자격을 모용하여 문서를 작성한 이상 문서행사의 상대방이 자격모용 사실을 알았다거나, 작성자가 그 문서에 모용한 자격과 무관한 직인을 날인하였다는 등의 사정이 있었다고 하더라도 자격모용에 의한 사문서작성죄의 범의와 행사의 목적은 인정된다(대판 2022.6.30, 2021도17712). 23. 순경 2차

p.168 하단 5번 판례 아래 추가(6~7)

6. 자생식물원 조성공사의 책임감리원(甲)이 감독공무원(乙)과 공모하여 허위내용의 준공검사조서를 작성한 다음 준공검사결과보고서에 첨부하여 乙에게 제출하여 공무원들의 결재를 받아 사무실에 비치한 경우 ⇨ 乙 : 허위공문서작성죄의 간접정범, 甲 : 허위공문서작성죄의 간접정범의 공범 (대판 2010.4.29, 2010도875)
7. 군청 산림과 소속 공무원인 甲이 허위의 '산지 이용구분 내역 통보'를 군청 민원봉사과에 보내어, 그 정을 모르는 민원봉사과 소속 공무원 乙로 하여금 군수 명의의 위 각 임야에 대한 토지이용계획확인서를 작성·발급하게 한 경우 ⇨ 허위공문서작성죄의 간접정범 × (대판 2010.1.14, 2009도9963 ∴ 甲이 乙의 업무를 보조하는 직무나 해당 문서의 작성을 기안하는 업무에 종사하는 지위 × ∴ 무죄) 24. 해경승진

p.172 문제 05번 다음에 추가(문제 06~07)

06 허위공문서작성죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

21. 9급 검찰·마약수사, 22. 해경 2차

- ① 객체가 되는 문서는 문서상 작성명의인이 명시되어 있지 않더라도 문서의 형식, 내용 등 문서 자체에 의하여 누가 작성하였는지를 추지할 수 있을 정도의 것이면 된다.
- ② '직무에 관한 문서'라 함은 공무원이 직무권한 내에서 작성하는 문서를 말하며, 법률뿐 아니라 명령, 내규 또는 관례에 의한 직무집행의 권한으로 작성하는 경우도 포함된다.
- ③ 공중담당 변호사가 법무사의 직원으로부터 인증촉탁서류를 제출받은 후, 법무사가 공중사무실에 출석하여 사서증서의 날인이 당사자 본인의 것임을 확인한 바 없지만, 업계의 관행에 따라 그러한 확인을 한 것처럼 인증서에 기재한 경우에는 허위공문서작성죄가 성립하지 아니한다.
- ④ 공무원이 고의로 법령을 잘못 적용하여 공문서를 작성한 경우에도 그 법령적용의 전제가 된 사실관계에 대한 내용에 거짓이 없다면 허위공문서작성죄가 성립하지 않는다.

해설 ① 대판 2019.3.14, 2018도18646

② 대판 2015.10.29, 2015도9010(허위공문서작성죄에 있어서 직무에 관한 문서라 함은 공무원이 직무권한 내에서 작성하는 문서를 말하고, 그 문서는 대외적인 것이거나 내부적인 것을 구별하지 아니하며, 그 직무권한이 반드시 법률상 근거가 있음을 필요로 하는 것이 아니고 명령, 내규 또는 관례에 의한 직무집행의 권한으로 작성하는 경우라도 포함되는 것이다.)

③ × : ~ 기재한 경우에도 허위공문서작성죄가 성립한다(대판 2007.1.25, 2006도3844 ∴ 업계의 관행이 정당하다고 볼 수 없음).

④ 대판 1996.5.14, 96도554

정답 ③

07 허위공문서작성죄에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

22. 법원직

- ① 피의자신문조서 말미에 작성자의 서명·날인이 없으나, 첫머리에 작성 사법경찰리와 참여 사법경찰리의 직위와 성명을 적어 넣은 것이 있다면 그 문서 자체에 의하여 작성자를 추지할 수 있으므로, 그러한 피의자신문조서는 허위공문서작성죄의 객체가 되는 공문서로 볼 수 있다.
- ② 공무원이 아닌 피고인이 건축물조사 및 가옥대장 정리업무를 담당하는 공무원을 교사하여 무허가건물을 허가받은 건축물인 것처럼 가옥대장 등에 등재케 하여 허위공문서 등을 작성케 한 사실이 인정된다면, 허위공문서작성죄의 교사범으로 처벌할 수 있다.
- ③ 등기공무원이 소유권이전등기와 근저당권설정등기의 신청이 동시에 이루어지고 그와 함께 등본의 교부신청이 있었음에도 고의로 일부를 누락하여 소유권이전등기만 기입하고 근저당권설정등기는 기입하지 않은채 등기부등본을 발급한 경우 본죄가 성립한다.
- ④ 공무원인 甲이 문서작성자에게 전화로 문의하여 원본과 상이 없다는 사실을 확인하였고, 실제 그 사본이 원본과 다른 점이 없다면, 실제 원본과 대조함이 없이 공무원 甲이 그 직무에 관하여 사문서 사본에 “원본 대조필 토목 기사 甲”이라 기재하고 甲의 도장을 날인한 행위만으로는 허위공문서작성죄가 성립한다고 단정할 수 없다.

해설 ① 대판 2019.3.14, 2018도18646(·: 허위공문서작성죄의 객체가 되는 문서는 문서상 작성명의인이 명시된 경우뿐 아니라 작성명의인이 명시되어 있지 않더라도 문서의 형식, 내용 등 문서 자체에 의하여 누가 작성하였는지를 추지할 수 있을 정도의 것이면 된다.)

② 대판 1983.12.13, 83도1458

③ 대판 1996.10.15, 96도1669

④ × : ~ (2줄) 원본과 다른 점이 없다고 하더라도, 실제 원본과 ~ (4줄) 도장을 날인한 행위만으로도 허위공문서작성죄가 성립한다(대판 1981.9.22, 80도3180).

정답 ④

p.178 하단 ⑥ 교체

- ⑥ 공전자기록 등 부실기재죄(형법 제228조 제1항)의 구성요건인 ‘부실의 사실기재’는 **당사자의 허위신고**에 의하여 이루어져야 하므로, **법원의 촉탁에 의하여 등기를 마친 경우에는** 그 전제절차에 허위적 요소가 있더라도 위 죄가 **성립하지 않는다**(대판 2022.1.13, 2021도11257). 23. 법원행시·순경 2차

- 예 1. 실제로는 채권 채무관계가 존재하지 아니함에도 허위의 주장입증으로 확정판결을 받아 **법원의 촉탁에 의한 부실의 등기**가 이루어진 경우(대판 1983.12.27, 83도2442) 19. 경찰간부
2. 甲이 허위의 공정증서에 기재 乙의 부동산에 대한 강제경매신청을 하였고, 이에 의해 동 부동산에 대해 **법원의 강제경매 개시결정**을 원인으로 하는 **경매신청등기**가 **경료된 경우**(대판 1976.5.25, 74도568) 17. 경찰간부, 18. 수사경과, 19. 변호사시험
3. 甲은 乙로부터 돈을 빌린 적이 없고 丙이 그 채무를 연대보증한 사실도 없는데, 乙과 공모하여 허위 내용이 적힌 차용증을 작성하고 甲소유 토지에 관하여 **가압류신청**을 하여 등기소 직원으로 하여금 乙을 채권자, 丙을 채무자로 한 **가압류등기**를 **마치게 한 경우**(대판 2022.1.13, 2021도11257)

p.185 문제 11번 다음에 추가(문제 12~13)

12 공정증서원본부실기재죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 허위의 소유권이전등기를 경료한 자가 그 부동산에 관하여 자신의 채권자와의 합의로 근저당권설정등기를 경료한 경우 공정증서원본부실기재죄 및 동행사죄가 성립한다.
- ② 종종 소유의 토지를 자신의 개인 소유로 신고하여 토지대장에 올린 경우 공정증서원본부실기재죄가 성립한다.
- ③ 법원에 허위 내용의 조정신청서를 제출하여 판사로 하여금 조정조서에 부실의 사실을 기재하게 한 경우 공정증서원본부실기재죄가 성립한다.
- ④ 어떤 부동산에 관하여 피상속인에게 실체상의 권리가 없었음에도 불구하고 재산상속인이 상속을 원인으로 한 소유권이전등기를 경료한 경우 공정증서원본부실기재죄가 성립한다.

해설 ① ○ : 대판 1997.7.25, 97도605

② × : 토지대장 ⇨ 공정증서원본 ×(대판 1988.5.24, 87도2696)

③ × : 조정조서 ⇨ 공정증서원본 ×(대판 2010.6.10, 2010도3232)

④ × : 공정증서원본부실기재죄 ×(대판 1987.7.14, 85도2661 ∵ 실체권리관계에 부합한 유효한 등기)

정답 ①

13 공정증서원본부실기재죄 또는 공전자기록 등 부실기재죄에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ① 주식회사의 발기인 등이 상법 등 법령에 정한 회사설립의 요건과 절차에 따라 회사설립 등기를 함으로써 회사가 성립하였다고 볼 수 있는 경우 회사설립등기와 그 기재 내용은 특별한 사정이 없는 한 공정증서원본부실기재죄나 공전자기록 등 부실기재죄에서 말하는 부실의 사실에 해당하지 않는다.
- ② 공전자기록 등 부실기재죄(형법 제228조 제1항)의 구성요건인 '부실의 사실기재'는 당사자의 허위신고에 의하여 이루어져야 하므로, 법원의 촉탁에 의하여 등기를 마친 경우에는 그 전제 절차에 허위적 요소가 있더라도 위 죄가 성립하지 않는다.
- ③ 재건축조합 임시총회의 소집절차나 결의방법이 법령이나 정관에 위반되어 임원개임결의가 사법상 무효라고 하더라도, 실제로 재건축조합의 조합총회에서 그와 같은 내용의 임원개임결의가 이루어졌고 그 결의에 따라 임원변경등기를 마쳤다면 공정증서원본부실기재죄 또는 공전자기록 등 부실기재죄가 성립하지 않는다.
- ④ 부동산의 거래당사자가 거래가액을 시장 등에게 거짓으로 신고하여 신고필증을 받은 뒤 이를 기초로 사실과 다른 내용의 거래가액이 부동산등기부에 등재되도록 한 경우 공정증서원본부실기재죄 또는 공전자기록 등 부실기재죄가 성립한다.

- ⑤ 부동산 매수인이 매도인과 사이에 부동산의 소유권이전에 관한 물권적 합의가 없는 상태에
서, 소유권이전등기신청에 관한 대리권이 없이 단지 소유권이전등기에 필요한 서류를 보관
하고 있을 뿐인 법무사를 기망하여 매수인 명의의 소유권이전등기를 신청하게 하여 그
등기를 마친 경우 공정증서원본부실기재죄 또는 공전자기록 등 부실기재죄가 성립한다.

해설 ① 대판 2020.2.27, 2019도9293

② 대판 2022.1.13, 2021도11257

③ 대판 2004.10.15, 2004도3584

④ × : ~ (3줄) 공전자기록 등 부실기재죄가 성립하지 않는다(대판 2013.1.24, 2012도12363).

⑤ 대판 2006.3.10, 2005도9402

정답 ④

p.187 상단 **아미박스 교체**

- 형법 제230조의 **공문서부정행사죄**는 공문서의 사용에 대한 공공의 신용을 보호법익으로 하는 범죄로
서 **추상적 위험범**이다(대판 2022.9.29, 2021도14514).
- 본죄는 사용권한자와 용도가 특정되어 작성된 공문서 또는 공도화를 ① 그 사용권한이 없는 자가 사용
권한이 있는 것처럼 가장하여 그 문서의 용도에 따라 사용하거나, ② 권한 있는 자라도 정당한 용법에
반하여 부정하게 행사하는 경우에 성립한다(대판 2019.12.12, 2018도2560). 따라서 ①의 경우에 그
공문서의 본래의 용도 이외 사용일 때에는 본죄에 해당하지 않는다(대판 2022.9.29, 2021도14514).
②의 경우 사용권한 있는 자의 용도 이외의 사용이 부정행사에 해당하는가에 관해 긍정설(판례)과
부정설이 대립한다. **15. 경찰간부, 22. 순경 1차, 23. 순경 2차**

p.198 문제 14번 **해설** ④ **판례번호 추가**

④ ○ : 대판 2008.11.27, 2006도9194 ; 대판 2008.11.27, 2006도2016

p.201 문제 18번 다음에 추가(문제 19~20), 최신판례 추가

19 문서에 관한 죄에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

- ① 형법 제228조 제1항 공전자기록 등 부실기재죄의 구성요건인 '부실의 사실기재'는 당사자의 허위신고에 의하여 이루어져야 하므로, 법원의 촉탁에 의하여 등기를 마친 경우에는 그 전제 절차에 허위적 요소가 있더라도 위 죄가 성립하지 않는다.
- ② 작성자가 '행사할 목적'으로 타인의 자격을 모용하여 문서를 작성하였다 하더라도, 문서행사의 상대방이 자격모용 사실을 알았다거나, 작성자가 그 문서에 모용한 자격과 무관한 직인을 날인하였다는 등의 사정이 있었다면 자격모용에 의한 사문서작성죄의 범의와 행사의 목적은 인정되지 않는다.
- ③ 명의인을 기망하여 문서를 작성케 하는 경우에는, 서명·날인이 정당히 성립된 경우라도 기망자는 명의인을 이용하여 서명 날인자의 의사에 반하는 문서를 작성케 하는 것이므로 사문서위조죄가 성립한다.
- ④ 사용권한자와 용도가 특정되어 있는 공문서를 사용권한 없는 자가 사용한 경우에도 그 공문서 본래의 용도에 따른 사용이 아닌 경우에는 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다.

해설 ① 대판 2022.1.13, 2021도11257

② × : ~ (1줄) 문서를 작성한 이상 문서행사의 상대방이 자격모용 사실을 알았다거나, 작성자가 그 문서에 모용한 자격과 무관한 직인을 날인하였다는 등의 사정이 있었다고 하더라도 자격모용에 의한 사문서작성죄의 범의와 행사의 목적은 인정된다(대판 2022.6.30, 2021도17712).

③ 대판 2000.6.13, 2000도778

④ 대판 2022.9.29, 2021도14514

정답 ②

20 문서에 관한 죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 7급 검찰

- ① 작성명의인이 허무인이라고 하더라도 일반인으로 하여금 공무원 또는 공무소의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿을 수 있는 형식과 외관을 구비한 문서라면 공문서위조죄의 공문서가 된다.
- ② 자동차운전자가 운전 중에 경찰관으로부터 도로교통법 제92조 제2항에 따라 운전면허증의 제시를 요구받아 다른 사람의 운전면허증을 촬영한 이미지 파일을 휴대전화 화면을 통하여 보여 주는 경우, 자동차운전자에게 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다.
- ③ 인터넷을 통하여 열람·출력한 등기사항전부증명서 하단의 열람 일시 부분을 수정 테이프 지우고 복사한 행위는 등기사항전부증명서가 나타내는 권리·사실관계와 다른 새로운 증명력을 가진 문서를 만든 것에 해당하므로 공문서위조죄가 성립한다.
- ④ 위조된 공문서를 스캐너 등을 통해 이미지화한 다음 이를 전송하여 컴퓨터 화면상에서 보게 하는 경우에는 위조공문서행사죄가 성립한다.

해설 ① 대판 1976.9.14, 76도1767

② 대판 2019.12.12, 2018도2560

③ × : ~ (3줄) 해당하므로 공문서변조죄(공문서위조죄 ×)가 성립한다(대판 2021.2.25, 2018도19043).

④ 대판 2020.12.24, 2019도8443

정답 ③

최신판례

1. 형법 제229조, 제228조 제2항에 정한 부실기재 여권행사죄에서 '허위신고'는 진실에 반하는 사실을 신고하는 것이고, '부실(不實)의 사실'은 '권리의무관계에 중요한 의미를 갖는 사항이 객관적인 진실에 반하는 것'을 말한다. 여권 등 공정증서원본에 기재된 사항이 존재하지 않거나 외관상 존재하더라도 무효사유에 해당하는 흠이 있다면 부실기재에 해당한다. 그러나 기재된 사항이나 원인된 법률행위가 객관적으로 존재하고 취소사유에 해당하는 흠이 있을 뿐이라면 취소되기 전에 공정증서원본에 기재된 사항은 부실기재에 해당하지 않는다(대판 2022.4.28, 2020도12239 예 외국인 여자가 대한민국에 입국하여 취업 등을 하기 위한 방편으로 대한민국 국민인 남자와 혼인신고를 하였더라도 위와 같은 혼인의 합의가 없다면 구 국적법 제3조 제1호에서 정한 '대한민국 국민의 처가 된 자'에 해당하지 않으므로 대한민국 국적을 취득할 수 없어, 대한민국 국적을 취득하지 않았는데도 대한민국 국적을 취득한 것처럼 인적 사항을 기재하여 대한민국 여권을 발급받은 다음 이를 출입국심사 담당공무원에게 제출하였다면 위계로써 출입국심사업무에 관한 정당한 직무를 방해함과 동시에 부실의 사실이 기재된 여권을 행사한 것으로 볼 수 있다. ∴ 위계에 의한 공무집행방해죄 및 부실기재 여권행사죄 ○).
2. 형법상 인장에 관한 죄에서 인장은 사람의 동일성을 표시하기 위하여 사용하는 일정한 상형을 의미하고, 기호는 물건에 압날하여 사람의 인격상 동일성 이외의 일정한 사항을 증명하는 부호를 의미한다. 그리고 형법 제238조의 공기호는 해당 부호를 공무원 또는 공무소가 사용하는 것만으로는 부족하고, 그 부호를 통하여 증명을 하는 사항이 구체적으로 특정되어 있고 해당 사항은 그 부호에 의하여 증명이 이루어질 것이 요구된다(대판 2024.1.4, 2023도11313).

p.205 문제 06번 다음에 추가

07 다음 중 **甲**에게 **팔호 안의 범죄가 성립되지 않는** 경우는 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 순경 1차

- ㉠ 甲이 인터넷을 통해 등기사항전부증명서를 열람 출력한 후 행사할 목적으로 그 증명서 하단의 열람 일시 부분을 수정 테이프로 지우고 복사해 둔 경우 (공문서변조죄)
- ㉡ 甲과 乙은 乙이 甲으로부터 1,000만원을 차용하는 것처럼 가장하여 乙의 연인 A로 하여금 이를 변제하도록 협박하기로 공모한 후, A를 보증인으로 하는 차용증을 작성하는 자리에서 甲이 위조된 100만원권 자기앞수표 10장이 들어 있는 봉투를 乙에게 교부하면서 그 자기앞수표 자체를 봉투에서 꺼내거나 그 자기앞수표의 위조 사실을 모르는 A에게 보여주지 않은 경우 (위조유가증권행사죄)
- ㉢ 甲이 1995년에 미국에서 진정하게 발행된 미화 1달러권 지폐와 2달러권 지폐를 화폐수집가들이 수집하는 희귀화폐인 것처럼 만들어 행사할 목적으로 발행연도 '1995'를 빨간색으로 '1928'로 고치고, 발행번호와 미국 재무부를 상징하는 문양 및 재무부장관의 사인 부분을 지운 후 빨간색으로 다시 가공한 경우 (외국통용외국통화변조죄)
- ㉣ 甲은 A종중의 적법한 대표자가 아님에도 A종중 소유의 토지가 소유권보존등기가 되어 있지 않은 점을 이용하여 자신이 A종중의 대표자인 것처럼 중중규약과 회의록을 허위로 작성한 후 이를 근거로 그 토지에 대하여 A종중을 소유자로 甲을 A종중의 대표자로 소유권보존등기를 경료하여, 부동산 등기부상 자신을 A종중의 대표자로 등재되도록 한 경우 (공정증서원본부실기재죄)
- ㉤ 사법경찰관 甲은 검사로부터 '교통사고 피해자들로부터 사고 경위에 대해 구체적 진술을 청취하여 운전자의 도주 여부에 대해 재수사할 것'을 요청받고는, 행사할 목적으로 재수사결과서를 작성하면서 피해자들로부터 실제 진술을 청취하지 않고도 그 재수사 결과서의 '재수사 결과'란에 자신의 독자적인 의견이나 추측에 불과한 것을 마치 피해자들로부터 직접 들은 진술인 것처럼 기재한 경우 (허위공문서작성죄)

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

- 해설** • **팔호 안의 범죄가 성립되는 경우** : ㉠ 대판 2021.2.25, 2018도19043 ㉢ 대판 2006.1.13, 2005도4790 ㉣ 대판 2023.3.30, 2022도6886
- **팔호 안의 범죄가 성립되지 않는 경우** : ㉡ 대판 2010.12.9, 2010도12553(∴ 공범의 관계에 있는 甲이 乙에게 위 봉투를 A의 면전에서 교부한 행위는 위조된 자기앞수표가 아직 범인들의 수중에 있다고 볼 것이지 위조된 자기앞수표가 행사되었다고 볼 수 없음.) ㉣ 대판 2004.3.26, 2003도5640(∴ 진정한 통화인 미화 1달러 및 2달러 지폐의 발행연도, 발행번호, 미국 재무부를 상징하는 문양, 재무부장관의 사인, 일부 색상을 고친 것만으로는 통화가 변조되었다고 볼 수 없다.)

정답 ②

p.208 하단 “최신판례” 2~3번 추가

최신판례

1. 풍속영업의 규제에 관한 법률에서 금지하고 있는 음란행위를 ‘알선’하였다고 함은 풍속영업을 하는 자가 음란행위를 하려는 당사자 사이에 서서 이를 중개하거나 편의를 도모하는 것을 의미한다. 따라서 음란행위의 ‘알선’이 되기 위하여 반드시 그 알선에 의하여 음란행위를 하려는 당사자가 실제로 음란행위를 하여야만 하는 것은 아니고, 음란행위를 하려는 당사자들의 의사를 연결하여 더 이상 알선자의 개입이 없더라도 당사자 사이에 음란행위에 이를 수 있을 정도의 주선행위만 있으면 족하다 [대판 2020.4.29, 2017도16995 ㉠ 유흥주점의 업주인 피고인 甲과 종업원인 피고인 乙이 공모하여, 위 주점에 여성용 원피스를 비치해 두고 여성종업원들로 하여금 그곳을 찾아온 남자 손님 3명에게 이를 제공하여 갈아입게 한 다음接客행위를 하도록 하는 방법으로 음란행위를 알선한 경우 ⇨ 풍속영업의 규제에 관한 법률위반죄(음란행위알선죄) ○].
2. 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률(성매매처벌법) 제2조 제1항 제2호가 규정하는 ‘성매매알선’은 성매매를 하려는 당사자 사이에 서서 이를 중개하거나 편의를 도모하는 것을 의미하므로, 성매매의 알선이 되기 위하여는 반드시 그 알선에 의하여 성매매를 하려는 당사자가 실제로 성매매를 하거나 서로 대면하는 정도에 이르러야만 하는 것은 아니고, 성매매를 하려는 당사자들의 의사를 연결하여 더 이상 알선자의 개입이 없더라도 당사자 사이에 성매매에 이를 수 있을 정도의 주선행위만 있으면 족하다. 그리고 성매매처벌법 제19조에서 정한 성매매알선죄는 성매매죄 정범에 종속되는 종범이 아니라 성매매죄 정범의 존재와 관계없이 그 자체로 독자적인 정범을 구성하므로, 알선자가 위와 같은 주선행위를 하였다면 성매매수자에게 실제로는 성매매에 나아가려는 의사가 없었다고 하더라도 위법에서 정한 성매매알선죄가 성립한다(대판 2023.6.29, 2020도3626).
3. 형법 제243조(음화반포 등)는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자에 대한 처벌 규정으로서 컴퓨터 프로그램파일은 위 규정에서 규정하고 있는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없다. 이는 형법 제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자를 처벌하는 규정인 형법 제244조(음화제조 등)의 ‘음란한 물건’의 해석에도 그대로 적용된다(대판 2023.12.14, 2020도1669 ∴ 컴퓨터 프로그램파일 ⇨ 음화제조죄의 객체 ×).

p.211 문제 05번 다음(최신판례 위)에 추가

06 도박과 복표에 관한 죄에 대한 설명으로 옳고 그름의 표시(○, ×)가 바르게 된 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 경찰승진

- ㉠ 도박은 '재물을 걸고 우연에 의하여 재물의 득실을 결정하는 것'을 의미하는바, 당사자의 능력이 승패의 결과에 영향을 미친다면 다소간 우연성의 영향을 받는다고 하여도 도박죄는 성립하지 않는다.
- ㉡ 유료낚시터에서 입장료 명목으로 요금을 받은 후 낚인 물고기에 부착된 시상번호에 따라 경품을 지급한 경우 도박개장죄가 성립한다.
- ㉢ 국가 정책적 견지에서 도박죄의 보호법익보다 좀 더 높은 국가이익을 위하여 예외적으로 내국인의 출입을 허용하는 폐광지역 개발 지원에 관한 특별법 등에 따라 카지노에 출입하는 것은 법령에 의한 행위로 위법성이 조각되는 것처럼 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서 도박을 하였다면 그 위법성이 조각된다.
- ㉣ 피고인 등이 피해자들을 유인하여 사기도박을 하여 도금을 편취한 행위는 사회관념상 1개의 행위로 평가함이 상당하므로 피해자들에 대한 각 사기죄는 상상적 경합의 관계에 있다.

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

해설 ㉠ × : 당사자의 능력이 승패의 결과에 영향을 미친다고 하더라도 다소라도 우연성의 사정에 의하여 영향을 받게 되는 때에는 도박죄가 성립할 수 있다(대판 2008.10.23, 2006도736).
 ㉡ ○ : 대판 2009.2.26, 2008도10582
 ㉢ × : ~ (3줄) 위법성이 조각되지만, 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서 도박을 하였다면 그 위법성이 조각되지 아니한다(대판 2004.4.23, 2002도2518).
 ㉣ ○ : 대판 2011.1.13, 2010도9330

정답 ①

p.223 중간 5번 판례 아래 추가

6. 지방자치단체의 **교육기관의 장**이 수사기관으로부터 징계사유를 통보받고도 징계요구를 하지 아니하여 **주무부장관으로부터 징계요구를 하라는 직무이행명령**을 받았다 하더라도 그에 대한 **이의의 소를 제기한 경우**, 수사기관으로부터 통보받은 자료 등으로 보아 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백한 경우 등 **특별한 사정이 없는 한** 징계사유를 통보받은 날로부터 1개월 내에 징계요구를 하지 않았다는 것만으로 **곧바로 직무를 유기한 것에 해당하지 않는다**(대판 2013.6.27, 2011도797). 24. 순경 1차

p.230 판례 아래 문제 01번 추가, p.231 문제 01번을 문제 02로 수정

01 공무원의 직무에 관한 죄에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 순경 2차

- ① 공무원이 태만이나 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 않은 경우 또는 직무를 소홀하게 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 데 지나지 않는 경우에는 직무유기죄가 성립하지 않는다.
- ② 경찰공무원이 지명수배 중인 범인을 발견하고도 직무상 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 아니하고 오히려 범인을 도피하게 하는 행위를 하였다면, 범인도피죄만 성립하고 직무유기죄는 따로 성립하지 않는다.
- ③ 공무상 비밀누설죄는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설하는 것을 구성요건으로 하고 있는바, 여기서 '법령에 의한 직무상 비밀'이란 법령에 의하여 비밀로 규정되었거나 비밀로 분류 명시된 사항에 한정된다.
- ④ 통고처분이나 고발을 할 권한이 없는 세무공무원이 그 권한자에게 범칙사건 조사 결과에 따른 통고처분이나 고발조치를 건의하는 등의 조치를 취하지 않았다고 하더라도, 구체적 사정에 비추어 그것이 직무를 성실히 수행하지 못한 것이라고 할 수 있을지언정 그 직무를 의식적으로 방임 내지 포기하였다고 볼 수 없다.

- 해설** ① 대판 2022.6.30, 2021도8361
 ② 대판 2017.3.15, 2015도1456
 ③ × : ~ (3줄) 명시된 사안에 국한되지 않는다(대판 1996.5.10, 95도780).
 ④ 대판 1997.4.11, 96도2753

정답 ③

p.233 하단 3번 판례 아래 “▶ 비교판례” 추가

▶ **비교판례** : 대통령비서실장 및 정무수석비서관실 소속 공무원들인 피고인들이, 특정 정치성향 시민단체들에 대한 자금지원을 요구하고 그로 인하여 전국경제인연합회 부회장 甲으로 하여금 해당 단체들에 자금지원을 하도록 한 경우 ⇨ 직권남용권리행사방해죄 ○(대판 2020.2.13, 2019도5186
 ∴ 피고인들이 자금지원을 요구한 행위는 대통령비서실장과 정무수석비서관실의 일반적 직무권한에 속하는 사항임.)

p.234 중간 3번 판례 아래 추가(4~5)

4. 공무원이 직무관련자에게 제3자와 계약을 체결하도록 요구하여 계약 체결을 하게 한 행위가 제3자 뇌물수수죄의 구성요건과 직권남용권리행사방해죄의 구성요건에 모두 해당하는 경우에는 제3자 뇌물수수죄와 직권남용권리행사방해죄가 각각 성립하고, 위 두 죄는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다(대판 2017.3.15, 2016도19659). 17. 7급 검찰, 20. 경찰간부, 23. 법원행시
5. 대통령비서실 소속 비서관들이 피고인 甲과 피고인 乙이 4·16세월호참사 특별조사위원회 설립준비 관련 업무를 담당하거나 설립팀장으로 지원근무 중이던 해양수산부 소속 공무원들에게 ‘세월호 특별조사위 설립준비 추진경위 및 대응방안 문건’을 작성하게 하고, 피고인 甲이 소속 비서관실 행정관 또는 해양수산부 공무원들에게 세월호 특별조사위원회의 동향을 파악하여 보고하도록 지시한 경우, 피고인 甲과 피고인 乙이 해당 공무원들에게 문건을 작성하거나 동향을 보고하게 함으로써 직무수행의 원칙과 기준 등을 위반하여 업무를 수행하게 하여 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 볼 여지가 있다(대판 2023.4.27, 2020도18296).

p.234 하단 2번 판례 교체, 3번 판례 삭제

2. 직권남용권리행사방해죄는 단순히 공무원이 직권을 남용하는 행위를 하였다는 것만으로 곧바로 성립하는 것이 아니다. 직권을 남용하여 현실적으로 다른 사람이 법령상 의무 없는 일을 하게 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사를 방해하는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과의 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다[대판 2020.1.30, 2018도2236 전원합의체 ㉠ 국방부장관 甲이 乙로 하여금 수사본부의 丙에 대한 수사상황과 구속영장 신청 필요 여부에 관하여 청와대 민정비서관에게 보고하고 그 의견에 따라 丙에 대한 피의사건을 불구속 상태에서 송치하도록 한 경우 ⇨ 직권남용권리행사방해죄 ×(대판 2022.10.27, 2020도15105) ∴ 甲이 법령에 위반하여 乙에게 의무 없는 일을 하게 한 것으로 볼 수 없어 직권을 남용하여 乙의 수사권 행사를 방해한 것이 아님]. 20. 법원직·법원행시, 23. 7급 검찰, 24. 경찰승진·순경 1차

p.240 문제 09번 다음에 추가

10 직권남용권리행사방해죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 ‘권리’는 공법상의 권리인지 사법상의 권리인지를 묻지 않는다.
- ② 공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 직권남용죄에서 말하는 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ 직권남용권리행사방해죄는 추상적 위험범으로 공무원이 직권을 남용하는 행위를 하면 곧바로 성립하고, 직권을 남용하여 현실적으로 다른 사람이 법령상 의무 없는 일을 하게 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사를 방해하는 결과가 발생하여야 하는 것은 아니다.
- ④ 직권남용권리행사방해죄에서 공무원이 직무와는 상관없이 단순히 개인적인 친분에 근거하여 문화예술 활동에 대한 지원을 권유하거나 협조를 의뢰한 것에 불과한 경우에는 직권남용에 해당하지 않는다.

해설 ① 대판 2010.1.28, 2008도7312

② 대판 2019.3.14, 2018도18646

③ × : 직권남용권리행사방해죄는 단순히 공무원이 직권을 남용하는 행위를 하였다는 것만으로 곧바로 성립하는 것이 아니다. 직권을 남용하여 현실적으로 다른 사람이 법령상 의무 없는 일을 하게 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사를 방해하는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과의 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다(대판 2020.1.30, 2018도2236 전원합의체).

④ 대판 2009.1.30, 2008도6950

정답 ③

p.261 문제 04번 다음에 추가(문제 05~06)

05 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 법원직

- ① 공무원이 직무와 관련하여 뇌물수수를 약속하고 퇴직 후 이를 수수하는 경우에는, 뇌물약속과 뇌물수수가 시간적으로 근접하여 연속되어 있다고 하더라도, 뇌물약속죄 및 사후수취죄가 성립할 수 있음은 별론으로 하고, 뇌물수수죄는 성립하지 않는다.
- ② 제3자뇌물수수죄는 공무원 또는 중재인이 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하는 행위를 구성요건으로 하고 있고, 그중 부정한 청탁은 명시적인 의사표시뿐만 아니라 묵시적인 의사표시로도 가능하며 청탁의 대상인 직무행위의 내용도 구체적일 필요가 없다.
- ③ 형법 제129조 제1항 뇌물수수죄는 공무원이 직무에 관하여 뇌물을 수수한 때에 적용되는 것으로서, 공무원이 직접 뇌물을 받지 아니하고 중뢰자로 하여금 다른 사람에게 뇌물을 공여하도록 한 경우라도 다른 사람이 공무원의 사자 또는 대리인으로서 뇌물을 받은 경우 등과 같이 사회통념상 다른 사람이 뇌물을 받은 것을 공무원이 직접 받은 것과 같이 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 형법 제129조 제1항 뇌물수수죄가 성립한다.

- ④ 제3자뇌물수수죄에서 제3자란 행위자와 공범관계에 있지 않은 사람을 말한다. 그러므로 공무원 또는 중재인이 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 제공하게 하고 제3자가 그러한 공무원 또는 중재인의 범죄행위를 알면서 방조한 경우, 별도의 처벌규정이 없는 이상 제3자에게 제3자뇌물수수방조죄는 성립할 수 없다.

해설 ① 대판 2008.2.1, 2007도5190

② 대판 2019.8.29, 2018도2738 전원합의체

③ 대판 2002.4.9, 2001도7056

④ × : 제3자뇌물수수죄에서 제3자란 행위자와 공동정범 이외의 사람을 말하고, 교사자나 방조자도 포함될 수 있다. 그러므로 공무원 또는 중재인이 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 제공하게 하고 제3자가 그러한 공무원 또는 중재인의 범죄행위를 알면서 방조한 경우에는 그에 대한 별도의 처벌규정이 없더라도 방조범에 관한 형법총칙의 규정이 적용되어 제3자뇌물수수방조죄가 인정될 수 있다(대판 2017.3.15, 2016도19659).

정답 ④

06 뇌물죄에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 9급 검찰·마약수사

- ㉠ 뇌물죄에서 뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요·욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유형·무형의 이익을 포함하며, 제공된 것이 성적 욕구의 충족이라고 하여 달리 볼 것이 아니다.
- ㉡ 법령에 기한 임명권자에 의하여 임용되어 공무에 종사하여 온 사람이 나중에 임용결격자이었음이 밝혀져 당초의 임용행위가 무효인 경우, 그가 임용행위라는 외관을 갖추어 실제로 공무를 수행하고 그 직무에 관하여 대가성 있는 재물을 수수하였다 하더라도 수뢰죄로 처벌할 수 없다.
- ㉢ 수의계약을 체결하는 공무원이 해당 공사업자와 적정한 금액 이상으로 계약금액을 부풀려서 계약하고 부풀린 금액을 자신이 되돌려받기로 사전에 약정한 다음 그에 따라 수수한 돈은 성격상 뇌물이 아니고 횡령금에 해당한다.
- ㉣ 형법 제130조의 제3자뇌물제공죄에 있어서 '부정한 청탁'은 묵시적 의사표시에 의해서도 가능하므로, 당사자 사이에 청탁에 대한 공통의 인식 없이 막연히 선처하여 줄 것이라는 기대로 제3자에게 금품을 공여한 경우에도 묵시적 의사표시에 의한 부정청탁이 있다고 보아야 한다.

① ㉠, ㉢

② ㉠, ㉡

③ ㉠, ㉡, ㉢

④ ㉡, ㉢, ㉣

해설 ㉠ ○ : 대판 2014.1.29, 2013도13937

㉡ × : ~ (3줄) 재물을 수수하였다면 수뢰죄로 처벌할 수 있다(대판 2014.3.27, 2013도111357).

㉢ ○ : 대판 2007.10.12, 2005도7112

㉣ × : ~ (1줄) 묵시적 의사표시에 의해서도 가능하나, 당사자 사이에 청탁에 대한 공통의 인식 없이 막연히 선처하여 줄 것이라는 기대로 제3자에게 금품을 공여한 경우에는 묵시적 의사표시에 의한 부정청탁이 있다고 보기 어렵다(대판 2009.1.30, 2008도6950).

정답 ①

p.270 문제 01번 다음에 추가

02 뇌물죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

16. 경찰간부

- ① 형법 제133조 제2항의 제3자뇌물취득죄는 제3자가 중죄자로부터 교부받은 금품을 수뢰할 사람에게 전달하였는지의 여부에 관계없이 제3자가 그 정을 알면서 금품을 교부받음으로써 성립한다.
- ② 뇌물을 여러 차례에 걸쳐 수수함으로써 그 행위가 여러 개이더라도 그것이 단일하고 계속적 범의에 의하여 이루어지고 동일법익을 침해한 때에는 포괄일죄로 처벌함이 상당하다.
- ③ 병역면제를 위해 1억원의 뇌물을 받은 현병수사관 甲이 독자적 판단에 따라 군의관 乙에게 5천만원을 공여한 경우 甲에게 추정하여야 할 금액은 5천만원이다.
- ④ 피고인이 향응을 제공받는 자리에 피고인 스스로 제3자를 초대하여 함께 접대를 받은 경우 그 제3자가 피고인과는 별도의 지위에서 접대를 받는 공무원이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 제3자의 접대에 요한 비용도 피고인의 수뢰액으로 보아야 한다.

해설 ① 대판 1985.1.22, 84도1033 ② 대판 2000.1.21, 99도4940

③ × : 금품 중의 일부를 받은 취지에 따르지 않고 독자적인 판단에 따라 경비로 사용한 경우 ⇒ 수뢰자(甲)로부터 전액(1억원) 추정(대판 2002.6.14, 2002도1283)

④ 대판 2001.10.12, 99도5294

정답 ③

p.277 문제 11번 다음에 추가, 최신판례 추가

12 뇌물죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 변호사시험

- ㉠ 뇌물죄에서 뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요·욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유형·무형의 이익을 포함하므로, 제공된 것이 성적 욕구의 충족이라고 하여 달리 볼 것이 아니다.
- ㉡ 제3자뇌물수수죄의 제3자란 행위자와 공동정범자 이외의 사람을 말하는 것이므로, 공무원이 자신이 실질적으로 장악하고 있는 A회사 명의의 계좌로 뇌물을 받은 경우 제3자뇌물수수죄가 성립한다.
- ㉢ 뇌물을 수수함에 있어서 공여자를 기망한 경우 뇌물을 수수한 공무원에 대하여는 뇌물죄와 사기죄가 성립하는바 보호법익을 달리하는 양 죄는 실체적 경합범으로 처단하여야 한다.
- ㉣ 뇌물에 공할 금품에 대한 몰수는 특정된 물건에 대한 것이고 형법 제134조 단서는 이를 몰수할 수 없을 경우에는 그 가액을 추정하도록 규정하고 있는바, 뇌물에 공할 금품이 특정되지 않은 경우에는 그 가액을 추정하여야 한다.
- ㉤ 甲이 공무원 A에게 뇌물공여의 의사표시를 하였다가 거절된 후 상당한 기간이 지난 뒤에 다시 A에게 별개의 행위로 평가될 수 있는 다른 명목으로 뇌물을 제공하여 A가 이를 수수한 경우, 甲의 전자의 뇌물공여의사표시죄는 후자의 뇌물공여죄에 흡수된다.

① ㉠, ㉡, ㉤

② ㉡, ㉢, ㉣

③ ㉡, ㉢, ㉤

④ ㉡, ㉢, ㉤

⑤ ㉡, ㉢, ㉣, ㉤

해설 ㉠ ○ : 대판 2014.1.29, 2013도13937

㉡ × : 제3자뇌물수수죄 ×, 단순수뢰죄 ○(대판 2011.11.24, 2011도9585)

㉢ × : 뇌물죄와 사기죄의 상상적 경합범 ○(실체적 경합범 ×)(대판 1977.6.7, 77도1069)

㉣ × : 물수는 특정된 물건에 대한 것이고 추징은 본래 몰수할 수 있었음을 전제로 하는 것임에 비추어 뇌물에 공할 금품이 특정되지 않았던 것은 몰수할 수 없고 그 가액을 추징할 수도 없다(대판 1996.5.8, 96도221).

㉤ × : ~ (3줄) 후자의 뇌물공여죄에 흡수된다고 볼 수 없다(∴ 뇌물공여의사표시죄와 뇌물공여죄의 실체적 경합 ○).

정답 ⑤

최신판례

군수 분야의 고위직 간부로 재직할 경력에 있는 피고인이 방위사업체인 甲주식회사와 경영자문위원 위촉계약을 체결한 후, 甲회사의 현안과 관련된 군 관계자 상대 로비를 요청받고 그 대가로 자문료 및 활동비 명목으로 금원을 지급받은 경우 ⇨ 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(알선수재)죄 ×(대판 2023.12.28, 2017도21248 ∴ 위 계약은 일반적 자문·고문계약이라고 볼 여지가 충분하고, 검사가 제출한 증거만으로는 위 계약이 형식적인 것에 불과하여 피고인이 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 수수한 것이라는 점이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다.)

p.280 문제 05번 다음에 추가

06 공무원의 직무에 대한 죄에 관한 설명 중 옳고 그름의 표시(○, ×)가 바르게 된 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 순경 1차

- ㉠ 지방자치단체의 교육기관의 장이 수사기관으로부터 징계사유를 통보받고도 징계요구를 하지 아니하여 주무부장관으로부터 징계요구를 하라는 직무이행명령을 받았다 하더라도 그에 대한 이의의 소를 제기한 경우, 수사기관으로부터 통보받은 자료 등으로 보아 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백한 경우 등 특별한 사정이 없는 한 징계사유를 통보받은 날로부터 1개월 내에 징계요구를 하지 않았다는 것만으로 곧바로 직무를 유기한 것에 해당하지 않는다.
- ㉡ 공무원이 수수 요구 또는 약속한 금품에 그 직무행위에 대한 대가로서의 성질과 직무 외의 행위에 대한 사례로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우, 그 수수 요구 또는 약속한 금품 전부가 불가분적으로 직무행위에 대한 대가로서의 성질을 가진다.
- ㉢ 법령에 기한 임명권자에 의하여 임용되어 공무에 종사하여 온 사람이 나중에 임용결격자임이 밝혀져 당초의 임용행위가 무효가 된 경우, 그가 임용행위라는 외관을 갖추어 실제로 공무를 수행하였다 하더라도 수뢰죄의 주체인 공무원이 될 수 없다.
- ㉣ 직무유기죄는 공무원이 법령 내규 등에 의한 추상적 충근 의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니므로 어떠한 형태로든 직무집행의 의사로 자신의 직무를 수행한 경우 그 직무집행의 내용이 위법하다고 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 수는 없다.

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

해설 ㉠ ○ : 대판 2013.6.27, 2011도797

㉡ ○ : 대판 2012.1.12, 2011도12642

㉢ × : ~ (2줄) 임용행위가 무효라고 하더라도, 그가 임용행위라는 외관을 갖추어 실제로 공무를 수행하였다면 수뢰죄의 주체인 공무원이 될 수 있다(대판 2014.3.27, 2013도11357).

㉣ ○ : 대판 2007.7.12, 2006도1390

정답 ㉠

p.285 하단 9번 판례 끝에 예 추가

9. 피의사실의 요지 및 변호인선임권 등의 고지나 체포영장의 제시 및 고지 등은 체포를 위한 실력행사에 들어가기 전에 미리 하는 것이 원칙이다. 그러나 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에 적법한 현행범인 체포라고 하려면, 피의자를 붙들거나 제압하는 과정에서 피의사실의 요지 등을 고지하거나, 그것이 여의치 않은 경우에는 일단 붙들거나 제압한 후에 지체 없이 고지하여야 한다(대판 2017.3.15, 2013도2168)
- 예 경찰관들이 甲에 대한 현행범인의 체포 또는 긴급체포 과정에서 미란다 원칙상 고지사항의 일부만 고지하고 신원확인절차를 밟으려는 순간 甲이 유리조각을 쥐고 휘둘러 이를 제압하려는 경찰관들에게 상해를 입힌 경우, 그 제압과정 중이나 후에 지체 없이 미란다 원칙을 고지하면 되는 것이므로 甲은 위 경찰관들의 긴급체포업무에 관한 정당한 직무집행을 방해한 것으로 볼 수 있다(대판 2007.11.29, 2007도7961)). 18. 경찰간부, 19. 변호사시험, 24. 법원행시

p.294 문제 08번 다음에 추가

09 공무방해에 관한 죄에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 해경간부

- ① 단순히 장래의 직무집행을 예상하여 폭행·협박을 가하는 행위는 공무집행방해죄에 해당하지 않는다.
- ② 민원상담 시도 종료 이후 소란을 피우고 있는 민원인을 사무실에서 퇴거시키는 등의 후속조치는 민원안내 업무와 관련된 직무수행이라고 할 수 없다.
- ③ 직무행위의 적법성에 대한 판단은 당해 직무행위 시점에서의 구체적 상황을 토대로 하는 객관적 판단이어야 한다.
- ④ 검사나 사법경찰관이 긴급체포의 요건을 갖추지 못하였음에도 불구하고 수사기관에 자진출석한 자를 실력으로 체포하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없다.

해설 ① 대판 1979.7.24, 79도1201

② × : ~ 직무수행이라고 할 수 있다(대판 2022.3.17, 2021도13883).

③ 대판 2021.10.14, 2018도2993

④ 대판 2006.9.8, 2006도148

정답 ②

p.297 하단 ③에 ㉠ 추가

- ③ 녹음·녹화 등을 할 수 있는 전자장비가 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 금지물품에 해당하여 반입을 금지할 필요가 있는 경우, **수용자가 아닌 사람이 교도관의 검사·단속을 피하여 위와 같은 금지물품을 교정시설 내로 반입한 행위**(㉠ 방송국 프로듀서와 촬영감독이 수용 중인 피의자를 접견하면서 촬영하기 위하여, 피의자의 지인인 것처럼 접견을 허가 받은 후, 반입이 금지되어 있는 명함지갑 모양의 녹음·녹화 장비를 교정시설 내로 반입한 행위)
 ⇒ **위계에 의한 공무집행방해죄** ×(대판 2022.3.31, 2018도15213 ∴ 교도관의 검사·단속을 피하여 단순히 금지규정을 위반하는 행위를 한 것일 뿐임) 23. 법원행시

p.304 문제 09번 다음에 추가

10 공무방해에 관한 죄에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

- ① 불법체류를 이유로 강제출국 당한 중국 동포인 피고인이 중국에서 이름과 생년월일을 변경한 호구부를 발급받아 중국 주재 대한민국 총영사관에 제출하여 입국사증을 받은 다음, 다시 입국하여 외국인등록증을 발급받고 귀화허가신청서까지 제출한 경우, 출원인의 적극적인 위계에 의해 사증 및 외국인등록증이 발급되었던 것이므로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하고, 귀화허가가 이루어지지 아니하였더라도 위 죄의 성립에 아무런 영향이 없다.
- ② 과속단속카메라에 촬영되더라도 불빛을 반사시켜 차량 번호판이 식별되지 않도록 하는 기능이 있는 제품을 차량 번호판에 뿌린 상태로 차량을 운행한 경우, 이는 공무원의 감시·단속업무를 적극적으로 방해한 것으로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다.
- ③ 마약범죄 피의자가 타인의 소변을 마치 자신의 소변인 것처럼 수사기관에 건네주어 필로폰 음성반응이 나오게 한 경우, 위계에 의한 공무집행방해죄는 성립하지 않는다.
- ④ 피의자나 참고인이 아닌 자가 자발적이고 계획적으로 피의자를 가장하여 수사기관에 대하여 허위사실을 진술한 경우 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다.

해설 ① ○ : 대판 2009.2.26, 2008도11862

② × : 위계에 의한 공무집행방해죄 ×(대판 2010.4.15, 2007도8024 ∴ 이는 단순히 공무원의 감시·단속을 피하여 금지규정에 위반하는 행위를 한 것에 불과하지 공무원의 감시·단속업무를 적극적으로 방해한 것으로 볼 수 없음)

③ × : 위계에 의한 공무집행방해죄 ○(대판 2007.10.11, 2007도6101)

④ × : 위계에 의한 공무집행방해죄 ×(대판 1977.2.8, 76도3685)

정답 ①

p.317 문제 06번 다음에 추가(문제 07~10)

07 공무방해에 관한 죄에 대한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

19. 순경 1차

- ① 공무집행방해죄에서 공무원의 공무집행이 적법한지 여부는 행위 당시의 구체적 상황에 기하여 객관적 합리적으로 판단하여야 하고 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니다.
- ② 공무집행방해죄에서 협박이란 상대방에게 공포심을 일으킬 목적으로 해악을 고지하는 행위를 의미하는 것으로서 그 협박이 경미하여 상대방이 전혀 개의치 않을 정도인 경우에는 협박에 해당하지 않는다.
- ③ 부동산강제집행효용침해죄의 객체인 강제집행으로 명도 또는 인도된 부동산에는 강제집행으로 퇴거집행된 부동산은 포함되지 않는다.
- ④ 공무집행방해죄는 추상적 위험범으로서 구체적으로 직무집행의 방해라는 결과발생을 요하지 않는다.

해설 ① 대판 1991.5.10, 91도453

② 대판 2006.1.13, 2005도4799

③ × : ~ 부동산도 포함된다(대판 2003.5.13, 2001도3212).

④ 대판 2018.3.29, 2017도21537

정답 ③

08 공무방해에 관한 죄에 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ① 국민권익위원회 운영지원과 소속 기간제 근로자로서 청사 안전관리 및 민원인 안내 등의 사무를 담당한 A의 공무집행을 甲이 방해한 경우, A는 법령의 근거에 기하여 국가 등의 사무에 종사하는 형법상 공무원으로 보기 어려워, 甲을 공무집행방해죄로 처벌할 수 없다.
- ② 법령에서 일정한 행위를 금지하면서 이를 위반하는 행위에 대한 벌칙을 정하고 공무원 A로 하여금 그 금지규정의 위반 여부를 감시·단속하도록 한 경우, A의 감시·단속을 단순히 피하여 금지규정을 위반한 甲의 행위는 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당한다.
- ③ 甲의 집이 소란스럽다는 주민들의 112신고를 받고 출동한 경찰관 A가 甲에게 인터폰으로 문을 열어달라고 하였으나 욕설을 하고 문을 열어주지 않아, A가 甲을 만나기 위해 전기차단기를 내리자 화가 난 甲이 식칼을 들고 나와 욕설을 하면서 A를 향해 찌를 듯이 협박한 경우, 특수공무집행방해죄에 해당한다.
- ④ 도심광장에 무단설치된 천막에 대해 행정대집행법이 정한 계고 및 대집행영장에 의한 통지절차를 거치지 아니하고 행하는 공무원 A의 철거대집행에 대항하여, 甲이 A에게 폭행·협박을 가한 행위는 특수공무집행방해죄에 해당하지 않는다.

해설 ① 대판 2015.5.29, 2015도3430

② × : ~ 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당한다고 할 수 없다(대판 2022.3.31, 2018도15213).

③ 대판 2018.12.13, 2016도19417

④ 대판 2010.11.11, 2009도11523

정답 ②

09 공무방해에 대한 죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

- ① 위계로써 구체적인 공무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지 이르지 아니하였다 하더라도 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다.
- ② 공무원 甲이 출원인이 어업허가를 받을 수 없는 자라는 사실을 알면서도 그 직무상의 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 않고 오히려 부하직원으로 하여금 어업허가 처리기안문을 작성하게 한 다음 甲 스스로 중간결재를 하는 등 위계로써 결재권자의 최종 결재를 받은 경우, 甲에게는 작위범인 위계에 의한 공무집행방해죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다.
- ③ 甲과 A가 주차문제로 언쟁을 벌이던 중 112신고를 받고 출동한 경찰관 P가 A를 때리려는 甲을 제지하자, 甲이 자신만 제지를 당한 데 화가 나서 손으로 P의 가슴을 밀치고 계속 욕설을 하면서 자신을 현행범으로 체포하며 순찰차 뒷자석에 태우려는 P의 정강이 부분을 수 차례 걷어차는 등 폭행한 경우, 이는 공무집행방해죄의 '폭행'에 해당하지 않는다.
- ④ 형법 제136조의 공무집행방해죄는 침해범으로서 현실적으로 직무집행이 방해되어야 기수에 이른다.

해설 ① × : ~ 이르지 아니한 경우 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다(대판 2003.2.11, 2002도4293).

② ○ : 대판 1997.2.28, 96도2825

③ × : ~ '폭행'에 해당한다(대판 2018.3.29, 2017도21537).

④ × : 형법 제136조의 공무집행방해죄는 추상적 위험범(구체적 위험범 ×, 침해범 ×)으로서 공무원에 대하여 폭행·협박을 하면 기수에 이르며, 구체적으로 직무집행의 방해라는 결과발생을 요하지도 아니한다(대판 2018.3.29, 2017도21537).

정답 ②

10 공무방해에 관한 죄에 관한 다음 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ㉠ 경찰관들이 甲에 대한 현행범인의 체포 또는 긴급체포 과정에서 미란다 원칙상 고지사항의 일부만 고지하고 신원확인절차를 밟으려는 순간 甲이 유리조각을 쥐고 휘둘러 이를 제압하려는 경찰관들에게 상해를 입힌 경우, 그 제압과정 중이나 후에 지체 없이 미란다 원칙을 고지하면 되는 것이므로 甲은 위 경찰관들의 긴급체포업무에 관한 정당한 직무집행을 방해한 것으로 볼 수 있다.
- ㉡ 시청 청사 내 주민생활복지과 사무실에 술에 취한 상태로 찾아가 소란을 피우던 乙을 소속 공무원 A와 B가 제지하며 밖으로 데리고 나가려 하자, 乙이 A와 B의 목살을 잡고 수회 혼든 다음 휴대전화를 휘둘러 A의 뺨을 때린 것은 시청 소속 공무원들의 적법한 직무집행을 방해한 행위에 해당하므로 공무집행방해죄를 구성한다고 보아야 한다.
- ㉢ 피의자가 적극적으로 허위의 증거를 조작하여 제출하고 그 증거 조작의 결과 수사기관이 그 진위에 관하여 나름대로 충실한 수사를 하더라도 제출된 증거가 허위임을 발견하지 못할 정도에 이르렀다면, 이는 위계로 수사기관의 수사행위를 적극적으로 방해한 것으로서 위계 공무집행방해죄가 성립한다.
- ㉣ 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 해당하고, 이는 채무자와 양수인이 가압류된 유체동산을 원래 있던 장소에 그대로 두었더라도 마찬가지이다.
- ㉤ 형법 제141조 제1항이 규정하고 있는 공용서류은닉죄에 있어서의 범의란 피고인에게 공무소에서 사용하는 서류라는 사실과 이를 은닉하는 방법으로 그 효용을 해한다는 사실의 인식을 의미하므로, 경찰이 작성한 진술조서가 미완성이고 작성자와 진술자가 서명·날인 또는 무인한 것이 아니어서 공문서로서의 효력이 없다면 공무소에서 사용하는 서류라고 할 수는 없다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개
④ 4개 ⑤ 5개

해설 ㉠ ○ : 대판 2007.11.29, 2007도7961

㉔ ○ : 대판 2022.3.17, 2021도13883(· 민원상담 시도 종료 이후 소란을 피우고 있는 민원인을 사무실에서 퇴거시키는 등의 후속조치는 민원안내 업무와 관련된 직무수행이라고 할 수 있음. ⇒ 적법한 직무집행 ○)

㉔ ○ : 대판 2003.7.25, 2003도1609

㉔ ○ : 대판 2018.7.11, 2015도5403

㉠ × : ~ (4줄) 공문서로서의 효력이 없다고 하더라도 ‘공무소에서 사용하는 서류’에 해당한다(대판 2006. 5.25. 2003도3945).

정답 ④

p.319 상단 2번 판례 아래 추가

3. 법원이 선고기일에 피고인에 대하여 **실행을 선고하면서 구속영장을 발부**하는 경우 검사가 법정에 재정하여 법원으로부터 구속영장을 전달받아 집행을 지휘하고, 그에 따라 피고인이 **피고인 대기실로 인치**되었다면 다른 특별한 사정이 없는 한 피고인은 형법 제145조 제1항의 **‘법률에 의하여 체포 또는 구금된 자’에 해당**한다(대판 2023.12.28, 2020도12586).

p.327 문제 08번 다음에 추가(문제 09~11)

09 범인도피죄에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 23. 7급 검찰

- ① ‘도피하게 하는 행위’란 은닉을 포함하여 범인에 대한 수사, 재판, 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 일체의 행위를 말한다.
- ② 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당하지만, 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 또는 동거 가족에 해당한다면 범인도피교사죄에 해당하지 않는다.
- ③ **甲이 참고인조사절차에서 자기의 범행을 구성하는 사실관계에 관하여 허위로 진술함으로써 공범 乙을 도피하게 하는 결과가 된다고 하더라도 범인도피죄로 처벌할 수 없으며, 이때 乙이 甲에게 이러한 행위를 교사하였더라도 乙에게는 범인도피교사죄가 성립하지 않는다.**
- ④ 참고인이 수사기관에서 범인에 관하여 조사를 받으면서 그가 알고 있는 사실을 묵비하거나 허위로 진술한 경우, 그것이 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도의 것이라 하더라도 그 참고인에게는 범인도피죄가 성립하지 않는다.

해설 ① × : ‘도피하게 하는 행위’란 은닉 이외의 방법으로(은닉을 포함하여 ×) 범인에 대한 수사, 재판, 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 일체의 행위를 말한다(대판 2013.1.10, 2012도13999).

② × : ~ (2줄) 범인도피교사죄에 해당하는데 이 경우 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 또는 동거 가족에 해당하더라도 범인도피교사죄에 해당한다(대판 2006.12.7, 2005도3707).

③ ○ : 대판 2018.8.1, 2015도20396

④ × : ~ (3줄) 불가능하게 할 정도의 것이라면 그 참고인에게 범인도피죄가 성립한다(대판 2010.2.11, 2009도12164).

정답 ③

10 범인은닉 · 도피죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 법원행시

- ㉠ 범인은닉죄라 함은 죄를 범한 자임을 인식하면서 장소를 제공하여 체포를 면하게 하는 것만으로 성립한다 할 것이고, 죄를 범한 자에게 장소를 제공한 후 동인에게 일정 기간 동안 경찰에 출두하지 말라고 권유하는 언동을 하여야만 범인은닉죄가 성립하는 것이 아니며, 또 그 권유에 따르지 않을 경우 강제력을 행사하여야만 한다거나, 죄를 범한 자가 은닉자의 말에 복종하는 관계에 있어야만 범인은닉죄가 성립하는 것은 더욱 아니다.
- ㉡ 甲이 乙이 기소중지자임을 알고도 乙의 부탁으로 다른 사람의 명의로 대신 임대차계약을 체결해 준 것만으로 甲이 乙을 은닉 내지 도피시키려는 의사가 있었다고 보기 어려우므로 甲에게는 범인도피죄를 인정할 수 없다.
- ㉢ 피고인들이 부정수표단속법 피의자 A가 공소의 B에 대하여 지는 또 다른 노임채무를 인수키로 하는 지불각서를 작성하여 주고 위 B가 A를 수사당국에 인계하는 것을 포기하기로 하는 합의가 이루어져 위 A가 수사당국에 인계되지 않은 경우이면 피고인들에 대하여 범인도피죄의 성립을 인정할 수 있다.
- ㉣ 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당하지만, 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 또는 동거의 가족에 해당할 경우 범인도피교사죄가 성립하지 않는다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개
④ 3개 ⑤ 4개

해설 ㉠ ○ : 대판 2002.10.11, 2002도3332

㉡ × : 범인도피죄 ○(대판 2004.3.26, 2003도8226 ∵ 은닉 내지 도피시키려는 의사 ○)

㉢ × : ~ 범인도피죄의 성립을 인정할 수 없다(대판 1984.2.14, 83도2209).

㉣ × : ~ (3줄) 해당한다 하여 달리 볼 것은 아니다(대판 2006.12.7, 2005도3707 ∵ 범인도피교사죄 ○).

정답 ④

11 범인도피죄에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 법원행시

- ① 범인도피죄는 범인을 도피하게 함으로써 기수에 이르지만, 범인도피행위가 계속되는 동안에는 범죄행위도 계속되고 행위가 끝날 때 비로소 범죄행위가 종료되므로, 공범자의 범인도피행위 도중에 그 범행을 인식하면서 그와 공동의 범의를 가지고 기왕의 범인도피상태를 이용하여 스스로 범인도피행위를 계속한 경우에는 범인도피죄의 공동정범이 성립한다.
- ② 범인이 자신을 위하여 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 등으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 경우 범인도피교사죄가 성립한다.
- ③ 피고인이 검사로부터 범인을 검거하라는 지시를 받고서도 그 직무상의 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 아니하고 오히려 범인에게 전화로 도피하라고 권유하여 그를 도피하게 한 경우 범인도피죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 않는다.

- ④ 공범 중 1인이 그 범행에 관한 수사절차에서 참고인 또는 피의자로 조사받으면서 자기의 범행을 구성하는 사실관계에 관하여 허위로 진술하고 허위 자료를 제출하는 것은 자신의 범행에 대한 방어권 행사의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 이러한 행위가 다른 공범을 도피하게 하는 결과가 된다고 하더라도 범인도피죄로 처벌할 수 없다.
- ⑤ 도로교통법위반으로 체포된 범인이 타인의 성명을 모용한다는 정을 알면서 신원보증인으로 신원보증서를 작성하여 수사기관에 제출하면서 피의자의 인적 사항을 허위로 기재하였다면 수사기관에 대한 적극적 기망의사나 범인을 석방시킬 의도가 없었다고 하더라도 범인도피죄가 성립한다.

해설 ① 대판 2012.8.30, 2012도6027

② 대판 2006.12.7, 2005도3707

③ 대판 1996.5.10, 96도51

④ 대판 2018.8.1, 2015도20396

⑤ × : ~ (2줄) 인적 사항을 허위로 기재하였다고 하더라도, 그로써 적극적으로 수사기관을 기망한 결과 피의자를 석방하게 하였다는 등 특별한 사정이 없는 한 범인도피죄가 성립하지 않는다(대판 2003.2.14, 2002도5374 ∴ 신원보증서 ⇨ 피의자 석방의 필수적 요건 ×, 법적 효력 ×, 보증인에게 법적으로 진실한 서류를 작성·제출할 의무 ×).

정답 ⑤

p.329 중간 “ 관련판례” 2. ①에 ㉔ 추가

- ① 증거거부사유가 있음에도 증인이 증거거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 **증거거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는** 위증죄의 성립을 부정하여야 할 것이다(대판 2010.1.21, 2008도942 전원합의체 ㉔ 재판장이 선서할 증인에 대하여 선서 전에 위증의 벌을 경고하지 않았다는 등의 사유는 그 증인신문절차에서 증인 자신이 위증의 벌을 경고하는 내용의 선서서를 낭독하고 기명날인 또는 서명한 이상 위증의 벌을 몰랐다고 할 수 없을 것이므로 증인 보호에 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 없고, 따라서 위증죄의 성립에 지장이 없다). 18. 경찰간부·순경 1차, 20. 7급 검찰, 21. 해경승진, 22. 경찰승진, 23. 법원행시

p.331 하단 “ 관련판례” 2번에 이어서 추가

2. 증인의 증언이 기억에 반하는 허위진술인지 여부는 그 증언의 단편적인 구절에 구애될 것이 아니라 당해 신문절차에 있어서의 **증언 전체를 일체로 파악하여 판단**하여야 할 것이므로, **사소한 부분에 관하여 기억과 불일치하더라도** 그것이 신문취지의 **몰이해** 또는 **착오**에 기인한 것이라면 위증이 될 수 없으며(대판 2007.10.26, 2007도5076), 09. 경찰승진, 22. 법원행시 그 진술이 객관적 사실과 부합하지 않는다고 하여 그 증언이 곧바로 기억에 반하는 진술이라고 단정할 수는 없고(대판 1996.8.23, 95도192), 23. 법원직 증언의 의미가 그 자체로 불분명하거나 **다의적으로** 이해될 수 있는 경우에는 언어의 통상적인 의미와 용법, 문제된 증언이 나오게 된 전후 문맥, 신문의 취지, 증언이 행하여진 경위 등을 종합하여 당해 증언의 의미를 명확히 한 다음 허위성을 판단하여야 한다(대판 2001.12.27, 2001도5252). 24. 법원행시

p.338 문제 10번 다음에 추가(문제 11~12)

11 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 법원직

- ① 위증죄에 있어서 증인의 증언이 기억에 반하는 허위진술인지 여부는 그 증언의 단편적인 구절에 구애될 것이 아니라 당해 신문절차에 있어서의 증언 전체를 일체로 파악하여 판단하여야 할 것이고, 그 진술이 객관적 사실과 부합하지 않는다고 하여 그 증언이 곧바로 기억에 반하는 진술이라고 단정할 수는 없다.
- ② 위증죄는 법률에 의하여 선서한 증인이 자기의 기억에 반하는 사실을 진술함으로써 성립하므로, 증인의 진술이 경험한 사실에 대한 법률적 평가이거나 단순한 의견에 지나지 아니하는 경우에는 위증죄에서 말하는 허위의 진술이라고 할 수 없고, 경험한 사실에 기초한 주관적 평가나 법률적 효력에 관한 견해를 부연한 부분에 다소의 오류가 있다 하여도 위증죄가 성립하지 않는다.
- ③ 피고인이 자기의 형사사건에 관하여 허위의 진술을 하는 행위는 피고인의 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 것이어서 교사범의 죄책을 부담한다.
- ④ 민사소송의 당사자는 증인능력이 없으므로 증인으로 선서하고 증언하였다고 하더라도 위증죄의 주체가 될 수 없으나, 민사소송에서의 당사자인 법인의 대표자의 경우에는 증인으로 선서하고 증언하는 것이 가능하므로 위증죄의 주체가 될 수 있다.

해설 ① 대판 1996.8.23, 95도192

② 대판 2009.3.12, 2008도11007

③ 대판 2004.1.27, 2003도5114

④ × : 민사소송에서의 당사자인 법인의 대표자 ⇨ 위증죄의 주체 ×(대판 1998.3.10, 97도1168)

정답 ④

12 위증죄에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ① 자신의 범행을 일관되게 부인하였으나 유죄판결이 확정된 피고인이 별건으로 기소된 공범의 형사사건에서 증인으로 출석한 후 선서하고 증언함에 있어 자신의 기억에 반하는 허위의 진술을 한 경우 위증죄가 성립한다.
- ② 선서한 증인이 일단 기억에 반하는 허위의 진술을 하였다면 위증죄는 기수에 달하고 그 신문이 끝나기 전에 그 진술을 철회 시정한 경우에도 위증죄가 성립한다.
- ③ 피고인이 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증죄를 범하게 한 경우 위증교사죄로 처벌할 수 없다.
- ④ 위증죄에 있어서 허위 진술의 내용은 요증사실에 관한 것이거나 판결에 영향을 미친 것에 한정된다.

해설 ① ○ : 대판 2008.10.23, 2005도10101

② × : 선서한 증인이 일단 기억에 반하는 허위의 진술을 하였더라도 그 신문이 끝나기 전에 그 진술을 철회·시정한 경우 위증이 되지 아니한다(대판 2008.4.24, 2008도1053).

③ × : 위증교사죄 ○(대판 2004.1.27, 2003도5114)

④ × : ~ 영향을 미치는 것이 아니어도 무방하다(대판 1990.2.23, 89도1212).

정답 ①

p.343 문제 04번 다음에 추가

05 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 법원행시

- ① 증거위조죄에서 말하는 ‘증거’라 함은 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관하여 수사기관이나 법원 또는 징계기관이 국가의 형벌권 또는 징계권의 유무를 확인하는 데 관계있다고 인정되는 일체의 자료를 뜻하나, 범죄 또는 징계사유의 성립 여부에 관한 것만이 이에 해당할 뿐, 형 또는 징계의 경중에 관계있는 정상을 인정하는 데 도움이 될 자료는 이에 포함되지 않는다.
- ② 증거위조죄의 ‘위조’란 문서에 관한 죄의 위조 개념과는 달리 새로운 증거의 창조를 의미하나, 사실의 증명을 위해 작성된 문서가 그 사실에 관한 내용이나 작성명의 등에 아무런 허위가 없다면 ‘증거위조’에 해당한다고 볼 수 없다.
- ③ 참고인이 수사기관에서 허위의 진술을 하는 것은 증거위조죄의 위조에 해당하지 않는다.
- ④ 증거가 문서의 형식을 갖는 경우 증거위조죄에 있어서의 증거에 해당하는지 여부가 그 작성권한의 유무나 내용의 진실성에 좌우되는 것은 아니다.
- ⑤ 증거위조죄에서 타인의 형사사건이란 증거위조 행위시에 아직 수사절차가 개시되기 전이라도 장차 형사사건이 될 수 있는 것까지 포함하고, 그 형사사건이 기소되지 아니하거나 무죄가 선고되더라도 증거위조죄의 성립에 영향이 없다.

해설 ① × : ~ (3줄) 일체의 자료를 뜻한다. 따라서 범죄 또는 징계사유의 성립 여부에 관한 것뿐만 아니라 형 또는 징계의 경중에 관계 있는 정상을 인정하는 데 도움이 될 자료까지도 포함된다(대판 2021.1.28, 2020도2642).

② 대판 2021.1.28, 2020도2642

③ 대판 1995.4.7, 94도3412

④ 대판 2007.6.28, 2002도3600

⑤ 대판 2011.2.10, 2010도15986

정답 ①

p.352 중간 2번 판례 교체

2. 무고죄의 범의는 반드시 확정적 고의일 필요가 없고 미필적 고의로도 충분하므로, 신고자가 허위라고 확신한 사실을 신고한 경우뿐만 아니라 진실하다는 확신 없는 사실을 신고하는 경우에도 그 범의를 인정할 수 있다(대판 2022.6.30, 2022도3413). 13. 법원행시, 24. 변호사시험·경찰간부

p.353 중간 ③ ㉠ 교체

- ㉠ 살아 있는 실재인이어야 하므로 사자(死者)나 허무인(虛無人)에 대한 무고 ⇨ 무고죄 × (특정되지 않은 성명불상자에 대한 무고죄는 성립하지 않는다. 공무원에게 무익한 수고를 끼치는 일은 있어도 심판 자체를 그르치게 할 염려가 없으며 피무고자를 해할 수도 없기 때문이다; 대판 2022.9.29, 2020도11754) 22. 법원행시, 24. 경찰승진

p.361 문제 14번 다음에 추가

15 무고죄에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰승진

- ㉠ 무고죄에 있어 타인은 자연인은 물론 법인도 포함하므로 특정되지 않은 이름을 알 수 없는 사람(성명불상자)에 대한 무고죄는 성립한다.
 ㉡ 성폭행 등의 피해를 입었다는 신고사실에 관하여 불기소처분 내지 무죄판결이 내려졌다고 하여, 그 자체를 무고를 하였다는 적극적인 근거로 삼아 신고내용을 허위라고 단정하여서는 아니 된다.
 ㉢ 신고자가 알고 있는 객관적인 사실관계에 의하더라도 신고 사실이 허위라거나 또는 허위일 가능성이 있다는 인식을 하지 못하였다면 무고의 고의를 부정할 수 있다.
 ㉣ 공동피고인 중 1인이 타법죄로 조사를 받는 과정에서 사법경찰관의 신문에 따라 다른 공동피고인의 범죄사실을 진술한 경우에 위 진술내용이 허위라면 이는 무고에 해당한다.

① ㉠, ㉢

② ㉠, ㉡

③ ㉡, ㉢

④ ㉢, ㉣

해설 ㉠ × : 특정되지 않은 성명불상자에 대한 무고죄는 성립하지 않는다. 공무원에게 무익한 수고를 끼치는 일은 있어도 심판 자체를 그르치게 할 염려가 없으며 피무고자를 해할 수도 없기 때문이다(대판 2022.9.29, 2020도11754).

㉡ ○ : 대판 2019.7.11, 2018도2614

㉢ ○ : 대판 2008.5.29, 2006도6347

㉣ × : ~ 진술내용이 허위라 하더라도 이를 무고라고는 할 수 없다(대결 1985.7.26, 85모14).

정답 ②

p.365 문제 06번 다음에 추가(문제 07~09)

07 다음 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

23. 순경 2차

- ㉠ 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 없으나 경험한 객관적 사실에 대한 증인 나름의 법률적·주관적 평가나 의견을 부연한 부분에 다소의 오류나 모순이 있는 경우 위증죄가 성립한다.
- ㉡ 피고인 자신이 직접 형사처분이나 징계처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 그 증거가 될 자료를 인멸하였다면, 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증거를 인멸한 결과가 된다고 하더라도 이를 증거인멸죄로 다스릴 수 없다.
- ㉢ 피고인 자신을 위해 증인을 도피하게 한 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증인을 도피하게 한 결과로 되는 경우 증인도피죄가 성립한다.
- ㉣ 참고인이 타인의 형사사건 등에 관하여 제3자와 대화를 하면서 허위로 진술하고 위와 같은 허위 진술이 담긴 대화 내용을 녹음한 녹음파일 또는 이를 녹취한 녹취록을 만들어 수사 기관 등에 제출하는 것은 증거위조죄를 구성하지 아니한다.
- ㉤ 무고죄는 국가의 형사사법권 또는 징계권의 적정한 행사를 주된 보호법익으로 하고 다만, 개인의 부당하게 처벌 또는 징계받지 아니할 이익을 부수적으로 보호하는 죄이므로, 설사 무고에 있어서 피무고자의 승낙이 있었다고 하더라도 무고죄가 성립한다.

① ㉠, ㉡

② ㉡, ㉣

③ ㉡, ㉤

④ ㉢, ㉤

해설 ㉠ × : ~ (3줄) 허위의 공술이라고 할 수 없으며, 경험한 객관적 사실에 대한 증인 나름의 법률적·주관적 평가나 의견을 부연한 부분에 다소의 오류나 모순이 있더라도 위증죄가 성립하는 것은 아니다 (대판 2009.3.12, 2008도11007).

㉡ ○ : 대판 1995.9.29, 94도2608

㉢ × : 증인도피죄 × (대판 2003.3.14, 2002도6134)

㉣ × : 증거위조죄 ○ (대판 2013.12.26, 2013도8085)

㉤ ○ : 대판 2005.9.30, 2005도2712

정답 ③

08 위증과 무고의 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 경찰간부

- ① 무고죄의 범의는 반드시 확정적 고의일 필요가 없고 미필적 고의로도 충분하다. 이에 신고자가 허위라고 확신한 사실을 신고한 경우와 달리 진실하다는 확신 없는 사실을 신고한 경우에는 무고죄의 범의를 인정할 수 없다.
- ② 모해위증죄에 있어서 ‘모해할 목적’은 허위의 진술을 함으로써 피고인에게 불리하게 될 것이라는 인식이 있으면 충분하고, 그 결과의 발생까지 희망할 필요는 없다.
- ③ 증인신문절차에서 법률에 규정된 증인 보호를 위한 규정이 지켜진 것으로 인정되지 않은 경우라도, 당해 사건에서 증인보호에 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 없는 경우에게 예외없이 위증죄의 성립이 부정되는 것은 아니다.

- ④ 성폭행 등의 피해를 입었다는 신고사실에 관하여 불기소처분 내지 무죄판결이 내려졌다고 하여, 그 자체를 무고를 하였다는 적극적인 근거로 삼아 신고내용을 허위라고 단정하여서는 아니 된다.

해설 ① × : 무고죄의 범의는 반드시 확정적 고의일 필요가 없고 미필적 고의로도 충분하므로, 신고자가 허위라고 확신한 사실을 신고한 경우뿐만 아니라 진실하다는 확신 없는 사실을 신고하는 경우에도 그 범의를 인정할 수 있다(대판 2022.6.30, 2022도3413).

② 대판 2007.12.27, 2006도3575

③ 대판 2010.1.21, 2008도942

④ 대판 2019.7.11, 2018도2614

정답 ①

09 국가의 기능에 대한 죄에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

24. 순경 1차

- ① 범인 스스로 도피하는 행위는 처벌되지 않으므로, 범인이 도피를 위하여 타인에게 도움을 요청하는 행위 역시 도피행위의 범주에 속하는 한 처벌되지 않고, 범인이 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하는 등으로 범인도피죄를 범하게 하는 경우와 같이 그것이 방어권의 남용으로 볼 수 있을 때라 하더라도 범인도피교사죄로 처벌할 수 없다.
- ② 직권남용권리행사방해죄는 단순히 공무원이 직권을 남용하는 행위를 하였다는 것만으로 곧바로 성립하는 것이 아니라, 직권을 남용하여 현실적으로 다른 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사를 방해하는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과의 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다.
- ③ 형법 제151조 제1항의 범인도피죄에서 '죄를 범한 자'라 함은 범죄의 혐의를 받아 수사대상이 되어 있는 자를 포함하고, 나아가 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자라는 것을 인식하면서도 도피하게 한 경우에는 그 자가 당시에 아직 수사 대상이 되어 있지 않았다고 하더라도 범인도피죄가 성립한다.
- ④ 증인의 증언은 그 전부를 일체로 관찰 · 판단하는 것이므로 선서한 증인이 일단 기억에 반하는 허위의 진술을 하였더라도 그 신문이 끝나기 전에 그 진술을 철회 · 시정한 경우 위증이 되지 않는다.

해설 ① × : ~ (4줄) 방어권의 남용으로 볼 수 있을 때에는 범인도피교사죄에 해당할 수 있다(대판 2000.3.24, 2000도20).

② 대판 2020.1.30, 2018도2236 전원합의체

③ 대판 2003.12.12, 2003도4533

④ 대판 2008.4.24, 2008도1053

정답 ①

p.373 문제 13번 다음에 추가

14 주관적 범죄성립요건에 관한 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 24. 변호사시험

- ① 살의를 가지고 피해자를 구타하여(㉠행위) 피해자가 정신을 잃고 축 늘어지자 죽은 것으로 오인하고 증거를 인멸할 목적으로 피해자를 모래에 파묻었는데(㉡행위) 피해자는 ㉡행위로 사망한 것이 판명된 경우, 사망의 직접 원인은 ㉡행위이므로 살인미수죄가 성립한다.
- ② 행위자의 행위가 긴급피난에 해당하기 위해서는 긴급피난상황에 대한 인식만 있으면 족하며, 위난을 피하고자 하는 의사까지 필요한 것은 아니다.
- ③ 모해의 목적을 가지고 모해의 목적을 가지지 않은 사람을 교사하여 위증하게 한 경우, 공범종속성에 따라 모해위증교사죄가 아니라 위증교사죄가 성립한다.
- ④ 증인이 착오에 빠져 자신의 기억에 반한다는 인식 없이 객관적 사실에 반하는 내용의 증언을 한 경우에 위증의 범의를 인정할 수 있다.
- ⑤ 물품대금 청구소송 중인 거래회사로부터 우연히 착오송금을 받은 행위자가 물품대금에 대한 적법한 상계권을 행사한다는 의사로 착오송금된 금원의 반환을 거부한 경우, 횡령죄 요건인 불법영득의사의 성립을 부정할 수 있다.

- 해설** ① × : ~ (3줄) 판명된 경우, 전 과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국 실현된 것으로서 살인죄의 죄책을 면할 수 없다(대판 1988.6.28, 88도650 ∴ 살인기수죄 ○).
- ② × : ~ 긴급피난상황에 대한 인식만으로는 부족하고, 위난을 피하고자 하는 의사(주관적 정당화요소 : 피난의사)가 있어야 한다(대판 1997.4.17, 96도3376).
- ③ × : ~ 경우, 형법 제33조 단서에 따라 모해위증교사죄로 처벌된다(대판 1994.12.23, 93도1002).
- ④ × : ~ 인정할 수 없다(대판 1991.5.10, 89도1748).
- ⑤ ○ : 대판 2022.12.29, 2021도2088

정답 ⑤