

정답 및 해설

문 1] 정답 ①

- ① (O) 대판 2009.11.19, 2009도6058 전원합의체
- ② (X) 피고인에게 불리한 법률을 소급하여 적용한 위법이 있다고 할 수 없다(대판 2009.12.10, 2009도11448)
- ③ (X) 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 정한 보호처분 중의 하나인 사회봉사명령은 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 목적으로 하는 것으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이 사실이다. 그러나 한편으로 이는 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(대결 2008.7.24, 2008어4)
- ④ (X) 과거에 이미 행한 범죄에 대하여 공소시효를 정지시키는 법률이라 하더라도 그 사유만으로 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 규정한 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 언제나 위배되는 것으로 단정할 수는 없다(헌재 1996.2.16, 96헌가2)

문 2] 정답 ③

- ① (O) 대판 1997.3.20, 96도1167 전원합의체
- ② (O) 대판 2012.12.13, 2012도11505
- ③ (X) 구 약사법 제2조 제1호가 약사법에서 사용되는 '약사'의 개념에 대해 정의하면서 '판매(수여를 포함한다. 이하 같다)'라고 규정함으로써 구 약사법 제44조 제1항을 포함하여 위 정의규정 이하 조항의 '판매'에는 '수여'가 포함됨을 명문으로 밝히고 있는 점 등을 종합하면, 결국 국내에 있는 불특정 또는 다수인에게 무상으로 의약품을 양도하는 수여행위도 구 약사법 제44조 제1항의 '판매'에 포함된다고 보는 것이 체계적이고 논리적인 해석이라 할 것이고, 그와 같은 해석이 죄형법정주의에 위배된다고 볼 수 없다(대판 2011.10.13, 2011도6287)
- ④ (O) 대판 2017.12.21, 2015도8335 전원합의체

문 3] 정답 ④

- ① (O) 대판 2017.2.16, 2015도16014 전원합의체
- ② (O) 대판 2013.6.13, 2013도1685
- ③ (O) 대판 2013.4.11, 2010도1388
- ④ (X) 죄형법정주의로부터 파생된 유추해석금지 원칙과 국가보안법 제1조 제2항, 제7조 제1항, 제5항에 비추어 볼 때, '블로그', '미니 홈페이지', '카페' 등의 이름으로 개설된 사적(사적) 인터넷 게시공간의 운영자가 사적 인터넷 게시공간에 게시된 타인의 글을 삭제할 권한이 있는데도 이를 삭제하지 아니하고 그대로 두었다는 사정만으로 사적 인터넷

게시공간의 운영자가 타인의 글을 국가보안법 제7조 제5항에서 규정하는 바와 같이 '소지'하였다고 볼 수는 없다(대판 2012.1.27, 2010도8336).

문 4] 정답 ②

- ① (O) 대판 2008.4.24, 2006도8644
- ② (X) 위와 같은 통신매체를 이용하지 아니한 채 '직접' 상대방에게 말, 글, 물건 등을 도달하게 하는 행위까지 포함하여 위 규정으로 처벌할 수 있다고 보는 것은 범문의 가능한 의미의 범위를 벗어난 해석으로서 실정법 이상으로 처벌 범위를 확대하는 것이다(대판 2016.03.10, 2015도17847)
- ③ (O) 대판 2002.12.27, 2002도2539
- ④ (O) 대판 2017.12.28, 2017도17762

문 5] 정답 ③

- ① (O) 대판 2010.9.30, 2008도4762
- ② (O) 대판 1977.6.28, 77도251
- ③ (X) '특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률'(이하 '전자장치부착법'이라 한다) 제5조 제1항 제3호는 검사가 전자장치 부착명령을 법원에 청구할 수 있는 경우 중의 하나로 '성폭력범죄를 2회 이상 범하여(유죄의 확정판결을 받은 경우를 포함한다) 그 습벽이 인정된 때'라고 규정하고 있는데, 이 규정 전단은 문언상 '유죄의 확정판결을 받은 전과사실을 포함하여 성폭력범죄를 2회 이상 범한 경우'를 의미한다고 해석된다. 따라서 피부착명령청구자가 소년법에 의한 보호처분(이하 '소년보호처분'이라고 한다)을 받은 전력이 있다고 하더라도, 이는 유죄의 확정판결을 받은 경우에 해당하지 아니함이 명백하므로, 피부착명령청구자가 2회 이상 성폭력범죄를 범하였는지를 판단할 때 소년보호처분을 받은 전력을 고려할 것이 아니다.
- ④ (O) 대판 2018.2.13, 2017도17809

문 6] 정답 ②

- ① (X) 가맹점주인 피고인이 판매하여 보관 중인 물품판매 대금은 피고인의 소유라 할 것이어서 피고인이 이를 임의 소비한 행위는 프랜차이즈 계약상의 채무불이행에 지나지 아니하므로 결국 횡령죄는 성립하지 아니한다(대판 1998.4.14, 98도292)
- ② (O) 대판 2010.6.24, 2007도5899
- ③ (X) 위와 같은 예금인출동의행위는 이미 배임행위로서 이루어진 질권설정행위의 불가벌적 사후행위에 해당한다(대판 2012.11.29, 2012도10980)
- ④ (X) 계좌명의인은 피해자와 사이에 아무런 법률관계 없이 송금·이체된 사기피해금 상당의 돈을 피해자에게 반환하여야 하므로, 피해자를 위하여 사기피해금을 보관하는 지위에 있다고 보아야 하고, 만약 계좌명의인이 그 돈을 영득할 의사로 인출하면 피해자에 대한 횡령죄가 성립한다. 이때 계좌명의인이 사기의 공범이라면 자신이 가담한 범행의 결과 피해금을 보관하게 된 것일 뿐이어서 피해자와 사이에 위탁관계가 없고, 그가 송금·이체된 돈을 인출하더라도 이는 자신이 저지른 사기범행의 실행행위에 지나지 아니하여 새로운 법익을 침해한다고 볼 수 없으므로 사기죄 외에 별도로

횡령죄를 구성하지 않는다(대판 2018.7.19, 2017도17494 전원합의체)

문 7] 정답 ③

- ㉠ (×) 피고인들이 토지를 매도한 행위는 별도의 횡령죄를 구성한다(대판 2013.2.21, 2010도10500 전원합의체)
- ㉡ (○) 대판 2002. 7.26, 2001도5459
- ㉢ (○) 대판 1999.9.17, 98도2036
- ㉣ (○) 대판 2013.10.31, 2013도10020

문 8] 정답 ③

- ① (X) 중간생략등기형 명의신탁의 경우, 명의신탁자로서는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 가질 뿐 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의수탁자 역시 명의신탁자에 대하여 직접 신탁부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하지는 아니하므로, 신탁부동산의 소유자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 명의수탁자가 횡령죄에서 말하는 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위에 있다고 볼 수는 없다(대판 2016.5.19, 2014도6992 전원합의체).
- ② (X) 중간생략등기형 명의신탁을 한 경우, 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다(대판 2016.5.19, 2014도6992 전원합의체).
- ③ (○) 명의신탁 사실과 관련하여 신의칙상 고지의무가 있거나 기망행위가 있었다고 볼 수도 없어서 그 제3자에 대한 사기죄가 성립될 여지가 없고, 나아가 그 처분시 매도인(명의수탁자)의 소유라는 말을 하였다고 하더라도 역시 사기죄가 성립하지 않는다(대판 2007.1.11, 2006도4498).
- ④ (X) 계약명의신탁에서 수탁자가 신탁부동산을 임의처분한 경우에 횡령죄나 배임죄가 성립하지 않는다(대판 2000.3.24, 98도4347 ; 대판 2001.9.25, 2001도2722).

문 9] 정답 ②

- ㉠ (×) 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다고 할 것이다(대판 1999.7.9, 98도4088).
- ㉡ (○) 대판 2015.06.25, 2015도1944 전원합의체
- ㉢ (○) 무효인 차용증을 작성하여 준 것만으로는 회사에 재산상 손해가 발생하였거나 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 없어 업무상배임죄가 성립하지 않는다고 한 사례(대판 2010.5.27, 2010도1490).
- ㉣ (×) 재산상 손해가 발생하였다고 평가될 수 있는 재산상 실해 발생의 위험이란 본인에게 손해가 발생할 막연한 위험이 있는 것만으로는 부족하고 경제적인 관점에서 보아 본인에게 손해가 발생한 것과 같은 정도로 구체적인 위험이 있는 경우를 의미한다(대판 2015.9.10, 2015도6745).

문 10] 정답 ①

- ① (X) 담보권자가 담보권을 실행하기 위하여 담보목적물을 처분함에 있어 시가에 따른 적절한 처분을 하여야 할 의무는

담보계약상의 민사채무일 뿐 그와 같은 형법상의 의무가 있는 것은 아니므로 그에 위반한 경우 배임죄가 성립된다고 할 수 없다(대판 1997.12.23, 97도2430)

- ② (○) 대판 1999.9.17, 97도3219
- ③ (○) 대판 2000.4.11, 99도334
- ④ (○) 대판 2005.12.9, 2005도5962

문 11] 정답 ④

- ① (○) 대판 2011.03.24, 2010도17396
- ② (○) 대판 2017.6.29, 2017도3808
- ③ (○) 대판 2000.4.11, 2000도565
- ④ (X) 건물관리인이 건물주로부터 월세임대차계약 체결업무를 위임받고도 임차인들을 속여 전세임대차계약을 체결하고 그 보증금을 편취한 경우, 사기죄와 업무상배임죄의 실체적 경합이 된다(대판 2010.11.11, 2010도10690)

문 12] 정답 ①

- ① (○) 대판 2004.7.9, 2004도810
- ② (×) 업무상배임죄의 실행으로 인하여 이익을 얻게 되는 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자를 배임의 실행행위자와 공동정범으로 인정하기 위해서는 실행행위자의 행위가 피해자인 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 것을 알면서도 소극적으로 그 배임행위에 편승하여 이익을 취득한 것만으로는 부족하고, 실행행위자의 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담할 것을 필요로 한다(대판 1999.7.23, 99도1911).
- ③ (×) 배임죄가 성립한다(대판 2012.9.13, 2010도11665)
- ④ (X) 업무상배임죄가 성립한다고 할 수 없다(대판 2005.4.29, 2005도856)

문 13] 정답 ②

- ① (×) 채권 담보를 위한 대물변제계약 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다(대판 2014.08.21, 2014도3363 전원합의체)
- ② (○) 대판 2020.6.18, 2019도14340 전원합의체
- ③ (×) 배임죄의 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자가 배임행위를 교사하거나 그 배임행위의 전과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담한 경우에 한하여 배임죄의 공동정범이나 교사범이 성립할 수 있다(대판 2003.10.30, 2003도4382).
- ④ (×) 약속어음 발행의 경우 어음법상 발행인은 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못하므로(어음법 제17조, 제77조), 어음발행이 무효라 하더라도 그 어음이 실제로 제3자에게 유통되었다면 회사로서는 어음채무를 부담할 위험이 구체적·현실적으로 발생하였다고 보아야 하고, 따라서 그 어음채무가 실제로 이행되기 전이라도 배임죄의 기수범이 된다. 그러나 약속어음 발행이 무효일 뿐만 아니라 그 어음이 유통되지도 않았다면 회사는 어음발행의 상대방에게 어음채무를 부담하지 않기 때문에 특별한 사정이 없는 한 회사에 현실적으로 손해가

발생하였거나 실해 발생의 위험이 발생하였다고도 볼 수 없으므로, 이때에는 배임죄의 기수범이 아니라 배임미수죄로 처벌하여야 한다(대판 2017.7.20, 2014도1104 전원합의체).

문 14] 정답 ②

- ① (X) 배임수재죄에 있어서는 본인에게 손해가 발생하였는지의 여부는 그 죄의 성립에 영향이 없다(대판 1984.8.21, 83도2447)
- ② (O) 대판 2003.2.26, 2002도6834
- ③ (X) 수재자가 증재자로부터 받은 재물을 그대로 가지고 있다가 증재자에게 반환하였다면 증재자로부터 이를 몰수하거나 그 가액을 추징하여야 한다(대판 2017.4.7, 2016도18104)
- ④ (X) 배임수재죄에서 말하는 '재산상 이익의 취득'이라 함은 현실적인 취득만을 의미하므로 단순한 요구 또는 약속만을 한 경우에는 배임수재죄의 기수로 처벌하지 못한다(대판 1999.1.29, 98도4182)

문 15] 정답 ④

- ① (O) 대판 1986.9.9, 85도2297
- ② (O) 대판 1987.7.21, 87도564
- ③ (O) 대판 2004.4.9, 2003도7762
- ④ (X) 이러한 건축허가에 그 요건을 구비하지 못한 잘못이 있고 이에 담당 공무원의 위법행위가 개입되었다 하더라도 그 위법행위에 대한 책임을 추궁하는 것은 별론으로 하고 위 건축허가서를 작성한 행위를 허위공문서작성죄로 처벌할 수는 없다(대판 2000.6.27, 2000도1858)

문 16] 정답 ③

- ① (X) 위조문서행사죄에 있어서의 행사는 위조된 문서를 진정한 것으로 사용함으로써 문서에 대한 공공의 신용을 해칠 우려가 있는 행위를 말하므로 행사의 상대방에는 아무런 제한이 없고 위조된 문서의 작성 명의인이라고 하여 행사의 상대방이 될 수 없는 것은 아니며, 다만 문서가 위조된 것임을 이미 알고 있는 공범자 등에게 행사하는 경우에는 위조문서행사죄가 성립될 수 없다(대판 2005.1.28, 2004도4663)
- ② (X) 공무원 아닌 자가 공무원을 기망하여 허위내용의 증명서를 작성케 한 후 행사하였다고 하더라도 허위공문서작성 및 동행사죄는 성립되지 않는다(대판 1976.8.24, 76도151)
- ③ (O) 대판 2008.10.23, 2008도5200
- ④ (X) 부동산의 거래당사자가 거래가액을 시장 등에게 거짓으로 신고하여 신고필증을 받은 뒤 이를 기초로 사실과 다른 내용의 거래가액이 부동산등기부에 등재되도록 하였다면, '공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률'에 따른 과태료의 제재를 받게 됨은 별론으로 하고, 형법상의 공전자기록등부실기재죄 및 부실기재공전자기록등행사죄가 성립하지는 아니한다(대판 2013.1.24, 2012도12363)

문 17] 정답 ④

- ① (X) 공전자기록등부실기재죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없다(대판 2009.9.24, 2009도4998) [
- ② (X) 문서위조 및 동행사죄의 보호법익은 문서에 대한 공공의 신용이므로 '문서가 원본인지 여부'가 중요한 거래에서 문서의 사본을 진정한 원본인 것처럼 행사할 목적으로 다른 조작을 가함이 없이 문서의 원본을 그대로 컬러복사기로 복사한 후 복사한 문서의 사본을 원본인 것처럼 행사한 행위는 사문서위조죄 및 동행사죄에 해당한다(대판 2016.7.14, 2016도2081).
- ③ (X) 공문서부정행사죄가 성립한다(대판 2000.9.5, 2000도2855)
- ④ (O) 공문서위조죄의 간접정범이 성립하지 않는다(대판 2001.3.9, 2000도938)

문 18] 정답 ④

- ① (O) 대판 2005.2.24, 2002도18 전원합의체
- ② (O) 대판 2011.11.10, 2011도10468
- ③ (O) 대판 2008.1.17, 2007도6987
- ④ (X) 공문서인 이혼의사확인서등본을 변조하였다거나 변조된 이혼의사확인서등본을 행사하였다고 할 수 없다(대판 2009.1.30, 2006도7777)

문 19] 정답 ①

- ① (X) 공정증서원본에 기재된 사항이 부존재하거나 외관상 존재한다고 하더라도 무효에 해당되는 하자가 있다면 그 기재는 불실기재에 해당하는 것이나, 기재된 사항이나 그 원인된 법률행위가 객관적으로 존재하고 다만 거기에 취소사유인 하자가 있을 뿐인 경우 취소되기 전에 공정증서원본에 기재된 이상 그 기재는 공정증서원본의 불실기재에 해당하지는 않는다(대판 2004.9.24, 2004도4012).
- ② (O) 대판 2006.5.11, 2006도1663.
- ③ (O) 허위공문서작성죄의 주체는 그 문서를 작성할 권한이 있는 명의인인 공무원에 한하고, 그 공무원의 문서작성을 보조하는 직무에 종사하는 공무원은 위 죄의 주체가 되지 못하므로 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).
- ④ (O) 대판 1999.5.14, 99도202

문 20] 정답 ②

- ① (X) 선박국적증서와 선박검사증서는 위 선박의 국적과 항행할 수 있는 자격을 증명하기 위한 용도로 사용된 것일 뿐 그 본래의 용도를 벗어나 행사된 것으로 보기는 어려우므로, 이와 같은 행위는 공문서부정행사죄에 해당하지 않는다(대판 2009.2.26, 2008도10851)
- ② (O) 문서가 위조된 것임을 이미 알고 있는 공범자 등에게 행사하는 경우에는 위조문서행사죄가 성립할 수 없으나, 간접정범을 통한 위조문서행사범행에 있어 도구로 이용된 자라고 하더라도 문서가 위조된 것임을 알지 못하는 자에게

행사한 경우에는 위조문서행사죄가 성립한다(대판 2012.2.23, 2011도14441)

- ③ (X) 공정증서원본에는 ‘공정증서의 정본’이 포함된다고 볼 수 없으므로, 부실의 사실이 기재된 공정증서의 정본을 그 정을 모르는 법원 직원에게 교부한 행위는 형법 제229조의 부실기재공정증서원본행사죄에 해당하지 아니한다(대판 2002.3.26, 2001도6503)
- ④ (X) 자신의 이름과 나이를 속이는 용도로 사용할 목적으로 주민등록증의 이름·주민등록번호란에 글자를 오려붙인 후 이를 컴퓨터 스캔 장치를 이용하여 이미지 파일로 만들어 컴퓨터 모니터로 출력하는 한편 타인에게 이메일로 전송한 사안에서, 컴퓨터 모니터 화면에 나타나는 이미지는 형법상 문서에 관한 죄의 문서에 해당하지 않으므로 공문서위조 및 위조공문서행사죄를 구성하지 않는다고 한 사례(대판 2007.11.29, 2007도7480)