

특별기획

제29회(2011년) 법원행시 제1차 기출문제와 해설 헌법 민법 형법

【편집자 주】

지난 2011년 8월 6일(토) 제29회 법원행시가 서울, 부산 등 전국 5개 고사장에서 실시되었다. 법원사무직렬은 총 4,500명이 출원, 이 중 2,832명이 응시하여 62.93%를, 등기사무직렬은 총 384명이 출원, 이 중 230명이 응시하여 59.90%를 기록하였다. 한편 올해 법원행정고시 1차 시험의 전체 응시율은 62.69%로 파악됐다.

1차 합격선은 법원사무직렬의 경우는 90점(지난해 88.333점), 등기사무직렬은 89.1666(지난해 87.5점)을 기록하였다. 제2차 시험은 10월 26일부터 27일까지 실시될 예정이다.

헌 법

해설/고시계 편집국

【문 1】 국민의 기본의무에 대한 서술 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- 가. 헌법 제38조는 국민이 납세의 의무를 진다고 규정하고 있으므로, 외국인은 우리나라와 해당 국가와 사이에 과세할 수 있는 근거 조약이 체결되지 않는 한 우리나라에 대하여 납세의 의무를 지지 않는다.
- 나. 원칙적으로 조세의 부과·징수는 국민의 납세의무에 기초하는 것으로서 재산권의 침해가 되지 않으나 그에 관한 법률조항이 조세법률주의에 위반되고 이로 인한 자의적인 과세처분권 행사에 의하여 납세의무자의 사유재산에 관한 이용·수익·처분권이 중대한 제한을 받게 되는 경우에는 예외적으로 재산권의 침해가 될 수 있다.
- 다. 헌법 제39조 제2항은 누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다고 규정하고 있는데, 여기서 불이익한 처우란 법적인 불이익뿐만 아니라 사실상·경제상 불이익을 모두 포함한다.

라. 과세요건법정주의는 헌법 제59조에서 규정하고 있는 조세법률주의의 핵심적인 내용 중의 하나로서, 과세는 국민의재산권을 침해하는 것이 되므로 납세의무를 성립시키는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 과세기간, 세율 등의 모든 과세요건과 조세의 부과·징수절차는 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하여야 한다는 것이다.

마. 조세채권은 그 납부기한으로부터 1년 이내에 설정된 전세권·질권·저당권에 의해 담보된 채권보다 우선하여 징수한다는 내용의 국세기본법 규정은 조세의 합형평성의 원칙등에 위배된다.

- ① 가, 다
- ② 가, 나, 다
- ③ 나, 다
- ④ 나, 다, 마
- ⑤ 다, 라, 마

정답 ①

가. (X). 납세의무는 자연인이면 내·외국인(내·외법인 포함)도 국내에 재산이 있거나 과세대상이 되는 행위를 한 경우에는 납세의무를 부담한다는데 이론이 없다. 다만 치외법권자는 제외된다.

다. (X). 헌법 제39조 제2항은 병역의무를 이행한 사람에게 보상조치를 취할 의무를 국가에게 지우는 것이 아니라, 법문 그대로 병역의무의 이행을 이유로 불이익한 처우를 하는 것을 금지하고 있을 뿐이다. 그리고 이 조항에서 금지하는 ‘불이익한 처우’라 함은 단순한 사실상, 경제상의 불이익을 모두 포함하는 것이 아니라 법적인 불이익을 의미하는 것으로 이해하여야 한다(헌재결 헌재 2003.06.26, 2002헌마484).

마. (○). 국세기본법 제35조 제1항 제3호 중 “으로부터 1년”이라는 부분은 헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것으로서 헌법 전문, 제1조, 제10조, 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항 단서, 제38조, 제59조의 규정에 위반된다(헌재 1990.09.03, 89헌가95)

【문 2】 헌법소원의 요건으로서 기본권침해의 직접성에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소결정례에 의함)

- ① 지방자치단체의 폐지(廢置)·분합(分合)에 관한 것은 대상지역주민들이 그로 인하여 인간다운 생활공간에서 살 권리, 평등권, 거주이전의 자유, 선거권, 공무담임권, 사회보장·사회복지수급권 및 환경권 등을 침해받게 될 수도 있다는 점에서 기본권과 관련이 있어 헌법소원의 대상이 될 수 있다.
- ② 조세법령의 경우에는 과세관청의 부과처분에 의하여 조세채무가 확정되는 부과

과세 방식이나 납세의무자가 스스로 과세표준과 세액을 신고함으로써 조세채무를 확정시키는 신고납세 방식을 불문하고 그 자체로 직접 기본권을 침해하여 직접성이 인정된다.

- ③ 1999학년도까지는 대학입학의 전형자료로 절대평가와 상대평가를 병행하도록 한 교육부장관의 '종합생활기록부제도개선보완시행지침'과 대학입학전형에서 그 지침의 영향을 받게되는 고등학교 재학생과의 관계는 직접성이 인정된다.
- ④ 심판대상조항이 훈시규정으로 해석되는 한, 180일 심판기간이 경과한 이후까지도 중국결정이 선고되지 않는 경우가 발생할 수 있다는 내용이 심판대상조항 자체에 이미 내재되어 청구인의 법적 지위에 영향을 미치고 있다고도 볼 수 있으므로 심판대상조항에 대하여 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 있다.
- ⑤ 어느 과목이든 4할 이상을 득점하지 못하면 사법시험에 합격될 수 없는 이상, 사법시험법 시행규칙에 따라 영점처리된 청구인은 사후 집행행위의 유무나 내용에 상관없이 불합격처분을 면할 수 없으므로, 위 시행규칙으로 인한 권리침해의 직접성이 인정된다.

정답 ②

② (X). 양도소득세는 신고납부 형식에 의한 조세인바, 신고납부 형식에 의한 조세의 경우에도 신고납부를 하지 아니하거나 신고납부세액이 세법에 의하여 신고납부하여야 할 세액에 미달될 때에는 부과징수의 방법에 의하여 징수하도록 되어 있어, 신고납부의 형식에 의한 조세의 경우에도 부과징수의 형식에 의한 조세의 경우와 같이 중국적으로 과세처분이라는 집행행위를 통하여 기본권 침해가 현실화되는 것이라 할 것이므로, 신고납세방식의 과세법령에 대하여 기본권침해의 직접성을 인정할 수 없다[헌재결 2009. 10. 29. 2008헌마239·368·434(병합) 전원재판부]

① (○). 헌재결 1994.12.29, 94헌마201

③ (○). 교육법 제111조의2 및 교육시행령 제71조의2에 의하여 대학이 학생선발권을 가지고 있으므로 학생 선발에 있어서 학생부의 반영방법도 대학이 자율적으로 결정하는 것이나, 국·공립대학의 경우 교육법시행령 제71조의3 제1항에 의하여 학생 선발에 있어서 학생부의 기록을 필수입학전형자료로 활용하여야 하고 1999학년도 학생선발에 있어서는 이 사건 제도개선 시행지침에 의하여 학생부에 대하여 절대평가와 상대평가를 병행·활용하여야 하므로, 그 상대평가에 의하여 불이익을 입을 수 있는 청구인들이 국·공립대학에 진학할 경우 이 사건 제도개선 시행지침에 의하여 바로 영향을 받을 수 있다. 따라서 이 사건 제도개선 시행지침은 기본권침해의 직접성이 인정된다(헌재결 1997.07.16, 97헌마38).

④ (○). 헌재결 2009.07.30, 2007헌마732

⑤ (○). 헌재결 2008.10.30, 2007헌마1281

【문 3】 적법절차의 원칙과 관련한 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 적법절차의 원칙은 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로 해석되어야 한다는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다.
- ② 범죄의 피의자로 입건된 사람이 경찰공무원이나 검사의 신문을 받으면서 자신의 신원을 밝히지 않고 지문채취에 불응하는 경우 그로 하여금 벌금, 과료, 구류의 형사처벌을 받도록 하고 있는 구 경범죄처벌법의 조항은 적법절차원칙에 위배된다.
- ③ 검사가 법원의 증인으로 채택된 수감자를 그 증언에 이르기까지 거의 매일 검사실로 하루 종일 소환하여 피고인측 변호인이 접근하는 것을 차단하고 검찰에서의 진술을 반복하는 증언을 하지 않도록 회유, 협박하는 것은 적법절차에 위배된다.
- ④ 국회의 탄핵소추절차는 국회와 대통령이라는 헌법기관간의 문제이고 국회의 탄핵소추의결에 의하여 국가기관으로서의 대통령의 권한행사가 정지되는 것이므로 국가기관이 국민과의 관계에서 공권력을 행사함에 있어서 준수해야 할 법원칙으로서 형성된 적법절차원칙은 직접 적용될 수 없다.
- ⑤ 법무부장관이 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 판결이 확정될 때까지 업무정지를 명하도록 한 구 변호사법 제15조는 직업선택의 자유와 무죄추정의 원칙 등에 위배된다.

【정답】 ②

② (X). 범죄의 피의자로 입건된 사람들로 하여금 경찰공무원이나 검사의 신문을 받으면서 자신의 신원을 밝히지 않고 지문채취에 불응하는 경우 벌금, 과료, 구류의 형사처벌을 받도록 하고 있는 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 위반되는지 여부(소극) : 이 사건 법률조항은 피의자의 신원확인을 원활하게 하고 수사활동에 지장이 없도록 하기 위한 것으로, 수사상 피의자의 신원확인은 피의자를 특정하고 범죄경력을 조회함으로써 타인의 인적 사항 도용과 범죄 및 전과사실의 은폐 등을 차단하고 형사사법제도를 적정하게 운영하기 위해 필수적이라는 점에서 그 목적은 정당하고, 지문채취는 신원확인을 위한 경제적이고 간편하면서도 확실성이 높은 적절한 방법이다. 또한 이 사건 법률조항은 형벌에 의한 불이익을 부과함으로써 심리적·간접적으로 지문채취를 강제하고 그것도 보충적으로만 적용하도록 하고 있어 피의자에 대한 피해를 최소화하기 위한 고려를 하고 있으며, 지문채취 그 자체가 피의자에게 주는 피해는 그리 크지 않은 반면 일단 채취된 지문은 피의자의 신원을 확인하는 효과적인 수단이 될 뿐 아니라 수사절차에서 범인을 검거하는 데에 중요한 역할을 한다. 한편, 이 사건 법률조항에 규정되어 있는 법정형은 형법상의 제재로서는 최소한에 해당되므로 지나치게 가혹하여 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 필요한 정도를 일탈하였다고 볼 수도 없다[헌재결 2004. 9. 23. 2002헌가17·18(병합)].

① (○). 현행 헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는

한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다고 할 것이다. 따라서 적법절차의 원칙은 헌법조항에 규정된 형사절차상의 제한된 범위내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권제한과 관련되는 관련되지 않은 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하여야 할 것이고, 나아가 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로 이해하여야 하는 것이다(헌재결 헌재 1992.12.24, 92헌가8).

③ (○). 헌재결 2001.8.30. 99헌마496

④ (○). 헌재결 2004.5.14, 2004헌나1

⑤ (○). 헌재결 1990.11.19, 90헌가48

【문 4】 소급입법금지의 원칙에 대한 서술 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정례에 의함)

- 가. 현재 진행중인 사실관계 또는 법률관계에 작용케 하는 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다.
- 나. 기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 반하는 것으로서 어떤 경우에도 허용될 수 없다.
- 다. 친일재산에는 취득 당시 반사회적 가치 내지 범죄성이 내재하고 있었고, 과거사 청산절차를 밟지 못한 우리나라에서는 그 반사회성 및 범죄성이 현재까지도 지속되고 있으므로, 친일재산을 그 취득·증여 등 원인행위시에 국가의 소유로 하는 친일재산귀속법 규정은 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 작용하는 부진정소급입법으로서 허용된다.
- 라. 양도소득세 비과세 대상인 자산을 취득한 후 그 자산을 양도하기 전에 법률 개정이 이루어져 양도 당시에는 양도소득세 과세 대상이 되는 경우 소급과세금지의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

① 가, 나

② 나, 다

③ 다, 라

④ 가, 나, 다

⑤ 나, 다, 라

정답 ②

가. (○). 헌재결 2003.9.25, 2001헌마194

나. (X). 진정소급입법은 항상 부정되는 것이 아니라, 일정한 경우 예외적으로 허용된다는 것이 헌법재판소의 입장이다(헌재결 1998.9.30, 97헌바38: 기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이며, 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우로는 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등을 들 수 있다.

다. (X). 친일재산을 그 취득·증여 등 원인행위시에 국가의 소유로 하도록 규정한 친일재산귀속법 제3조 제1항 본문(2005. 12. 29. 법률 제7769호로 제정된 것, 이하 ‘이 사건 귀속조항’이라 한다)이 진정소급입법으로서 헌법 제13조 제2항에 반하는지 여부(소극) : 이 사건 귀속조항은 진정소급입법에 해당하지만, 진정소급입법이라 할지라도 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었던 경우와 같이 소급입법이 정당화되는 경우에는 허용될 수 있다. 친일재산의 취득 경위에 내포된 민족배반적 성격, 대한민국임시정부의 법통 계승을 선언한 헌법 전문 등에 비추어 친일반민족행위자측으로서는 친일재산의 소급적 박탈을 충분히 예상할 수 있었고, 친일재산 환수 문제는 그 시대적 배경에 비추어 역사적으로 매우 이례적인 공동체적 과업이므로 이러한 소급입법의 합헌성을 인정한다고 하더라도 이를 계기로 진정소급입법이 빈번하게 발생할 것이라는 우려는 충분히 불식될 수 있다. 따라서 이 사건 귀속조항은 진정소급입법에 해당하나 헌법 제13조 제2항에 반하지 않는다(헌재결 2011.03.31, 2008헌바141).

【문 5】 헌법재판과 관련한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 위헌으로 결정된 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 효력을 상실한다.
- ② 탄핵소추의 의결을 받은 자는 헌법재판소의 심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다.
- ③ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 국무회의의 의결을 거쳐 헌법재판소에 정당해산심판을 청구할 수 있다.
- ④ 권한쟁의의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다.
- ⑤ 권한쟁의의 심판에서 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.

정답 ③

① (○). 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항

은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.

- ② (○). 헌법 제65조 제3항 참조
- ③ (X). 국무회의의 의결사항이 아니라 심의사항이다(헌법 제89조 제14호).
- ④ (○). 헌법재판소법 제63조 제1항 참조
- ⑤ (○). 헌법재판소법 제67조 제2항 참조

【문 6】 헌법재판소 판례의 태도와 일치하지 않는 것은?

- ① 수사기록에 대한 법원의 열람·등사허용결정이 있음에도 검사가 열람·등사를 거부하는 경우 수사서류 각각에 대하여 검사가 열람·등사를 거부할 정당한 사유가 있는지를 심사할 필요없이 그 거부행위 자체로써 청구인의 기본권을 침해한다.
- ② 피해자의 고소가 아닌 수사기관의 인지 등에 의하여 수사가 개시된 피의사건에서 검사의 불기소처분이 이루어진 경우, 고소하지 아니한 피해자가 그 불기소처분의 취소를 구하기 위해 별도의 고소 없이 곧바로 헌법소원을 청구할 수 있다.
- ③ 협의수용을 양도로 보고 양도소득세를 과세하는 것과 환지처분을 양도로 보지 않아 양도소득세를 비과세하는 것은 본질적으로 다른 것을 다르게 취급하는 것으로서 차별이 존재한다고 볼 수 없다.
- ④ 공무원연금법 제64조 제1항 제1호는 공무원이 재직중의 사유로 인하여 금고 이상의 형을 받은 때에 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 규정하고 있으나, 이는 공무원제도의 특성에 기인한 것으로 국민연금법상의 사업장 가입자 또는 근로기준법상의 근로자에 비하여 지나친 차별에 해당하지 않는다.
- ⑤ 재개발조합의 임원에게는 공무원에 버금가는 고도의 청렴성과 업무의 불가매수성을 요구하고 있으므로, 재개발조합의 임원을 형법상 뇌물죄의 벌칙 적용에 있어서 공무원으로 의제하는 것은 실질적 평등의 원칙에 위배되지 않는다.

정답 ④

④ (X). 공무원 또는 공무원이었던 자가 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 한 공무원연금법 제64조 제1항 제1호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 재산권을 침해하고 평등의 원칙에 위배되는지 여부(적극): 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것은, 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직중 성실히 근무하도록 유도하는 입법 목적을 달성하는 데 적합한 수단이라고 볼 수 없다. 그리고 특히 과실범의 경우에는 공무원이기 때문에 더 강한 주의의무 내지 결과발생에 대한 가중된 비난가능성이 있다고 보기 어려우므로, 퇴직급여 등의 제한이 공무원으로서의 직무상 의무를 위반하지 않도록 유도 또는 강제하는 수단으로서 작용한다고 보기 어렵다. 입법자로서는 입법 목적을 달성함에 반드시 필요한 범죄의 유형과 내용 등으로 그 범위를 한정하여 규정함이 최소침해성의 원칙에 따른 기본권 제한의 적절한 방식이다. 단지 금고 이상의 형을 받았다는

이유만으로 이미 공직에서 퇴출당할 공무원에게 더 나아가 일률적으로 그 생존의 기초가 될 퇴직급여 등까지 반드시 감액하도록 규정한다면 그 법률조항은 침해되는 사익에 비해 지나치게 공익만을 강조한 입법이라고 아니할 수 없다. 나아가 이 사건 법률조항은 퇴직급여에 있어서는 국민연금법상의 사업장 가입자에 비하여, 퇴직수당에 있어서는 근로기준법상의 근로자에 비하여 각각 차별대우를 하고 있는바, 이는 자의적인 차별에 해당한다. 이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되나, 단순위헌선언으로 그 효력을 즉시 상실시킬 경우에는 여러 가지 혼란과 부작용이 발생할 우려가 있고, 또한 이미 급여를 감액당한 다른 퇴직공무원과의 형평성도 고려하여야 한다. 그러므로 입법자는 합리적인 방향으로 법률을 개선하여야 하고 그때까지 일정 기간 동안은 위헌적인 법규정을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있으므로 헌법불합치결정을 하는 것이다(헌재결 2007. 3. 29. 2005헌바33).

① (○). 헌재결 2010. 6. 24. 2009헌마257 참조

[판시사항]

1. 수사서류 열람·등사 허용 결정의 효력과 이에 따르지 아니한 검사의 거부행위가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부(적극)
2. 법원의 수사서류 열람·등사 허용결정에도 불구하고 검사가 열람·등사를 거부하는 경우, 수사서류 각각에 대한 열람·등사 거부의 정당한 이유가 있는지 여부를 판단할 필요성(소극)

[결정요지]

1. 형사소송법 제266조의4 제5항은 검사가 수사서류의 열람·등사에 관한 법원의 허용 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류 등에 대한 증거신청을 할 수 없도록 규정하고 있다. 그런데 이는 검사가 그와 같은 불이익을 감수하기만 하면 법원의 열람·등사 결정을 따르지 않을 수도 있다는 의미가 아니라, 피고인의 열람·등사권을 보장하기 위하여 검사로 하여금 법원의 열람·등사에 관한 결정을 신속히 이행하도록 강제하는 한편, 이를 이행하지 아니하는 경우에는 증거신청상의 불이익도 감수하여야 한다는 의미로 해석하여야 할 것이므로, 법원이 검사의 열람·등사 거부처분에 정당한 사유가 없다고 판단하고 그러한 거부처분이 피고인의 헌법상 기본권을 침해한다는 취지에서 수사서류의 열람·등사를 허용하도록 명한 이상, 법치국가와 권력분립의 원칙상 검사로서는 당연히 법원의 그러한 결정에 지체 없이 따라야 할 것이다. 그러므로 법원의 열람·등사 허용 결정에도 불구하고 검사가 이를 신속하게 이행하지 아니하는 경우에는 해당 증인 및 서류 등을 증거로 신청할 수 없는 불이익을 받는 것에 그치는 것이 아니라, 그러한 검사의 거부행위는 피고인의 열람·등사권을 침해하고, 나아가 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리까지 침해하게 되는 것이다.

2. 신속하고 실효적인 구제절차를 형사소송절차 내에 마련하고자 열람·등사에 관한 규정을 신설한 입법취지와, 검사의 열람·등사 거부처분에 대한 정당성 여부가 법원에 의하여 심사된 마당에 헌법재판소가 다시 열람·등사 제한의 정당성 여부를 심사하게 된다면 이는 법원의 결정에 대한 당부의 통제가 되는 측면이 있는 점 등을 고려하여 볼 때, 이 사건과 같이 수사서류에 대한 법원의 열람·등사 허용 결정이 있음에도 검사가 열람·등사를 거부하는 경우 수사서류 각각에 대하여 검사가 열람·등사를 거부할 정당한 사유가 있는지를 심사할 필요 없이 그 거부행위 자체로써 청구인들의 기본권을 침해한다.

② (○). 피해자의 고소가 아닌 수사기관의 인지 등에 의해 수사가 개시된 피의사건에서 검사의 불기소처분이 이루어진 경우, 고소하지 아니한 피해자로 하여금 별도의 고소 및 이에 수반되는 권리구제절차를 거치게 하는 방법으로는 종래의 불기소처분 자체의 취소를 구할 수 없고 당해 수사처분 자체의 위법성도 치유될 수 없다는 점에서 이를 본래 의미의 사전 권리구제절차라고 볼 수 없고, 고소하지 아니한 피해자는 검사의 불기소처분을 다룰 수 있는 통상의 권리구제수단도 경유할 수 없으므로, 그 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원의 사전 권리구제절차라는 것은 형식적·실질적 측면에서 모두 존재하지 않을 뿐만 아니라, 별도의 고소 등은 그에 수반되는 비용과 권리구제가능성 등 현실적인 측면에서 볼 때에도 불필요한 우회절차를 강요함으로써 피해자에게 지나치게 가혹할 수 있으므로, 고소하지 아니한 피해자는 예외적으로 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원심판을 곧바로 청구할 수 있다(헌재결 2010.06.24, 2008헌마716).

③ (○). 헌재결 2007.04.26, 2006헌바71

⑤ (○). 헌재결 1997.04.24, 96헌가3, 헌재결 2007.10.25, 2006헌마30

【문 7】 대통령의 법률집행에 관한 권한에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.
- ② 헌법 제75조는 위임입법의 헌법상 근거를 마련함과 동시에 위임은 구체적으로 범위를 정하여 하도록 하여 그 한계를 제시한 것으로, 법률의 명확성원칙이 행정입법에 관하여 구체화된 특별규정이다.
- ③ 급부행정 영역에서는 기본권침해 영역보다는 위임의 요건과 범위에 대한 구체성의 요구가 다소 약화되어도 무방하다고 해석되며 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건이 완화된다.
- ④ 법률의 시행령은 모법인 법률에 의하여 위임받은 사항이나 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐, 법률에 의한 위임이 없는 한 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수는 없다.
- ⑤ 헌법 제95조는 ‘...행정각부의 장은 소관사무에 관하여...대통령령의 위임...으로...부령을 발할 수 있다’라고 규정하면서 대통령령의 경우와는 달리 ‘구체적으로 범위를 정하여’라는 제한을 규정하고 있지 아니하므로 대통령령으로 위임받은 사항을 그대로 재위임할 수 있다.

정답 ⑤

① (○). 헌법 제75조 참조

② (○). 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에, 위임은 구체적으로 범위를 정하여 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다. 이는 행정부에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성 원칙에 관한 것으로서, 법률의 명확성 원칙이 행정입법에 관하여 구체화된 특별규정이라고 할 수 있다(헌재결 1999.04.29, 94헌바37).

③ (○). 헌재결 2004.08.26, 2003헌바26

⑤ (X). 법률에 의하여 위임된 입법권의 전부 또는 일부를 다시 위임하는 재위임은, 헌법에 명문규정은 없지만, 전면적 재위임은 복위임금지의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령의 제정 및 개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 허용되지 않는다고 본다. 헌법재판소도 “법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 이위임금지(履委任禁止)의 법리(法吏)에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령(部令)의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령(部令)의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이므로 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다(헌재결 1996.02.29, 94헌마213).”라고 판시하고 있다.

【문 8】 다음 중 헌법 전문에 명문으로 직접 규정하고 있는 것은 몇 개인가?

- | |
|--|
| A. 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부
B. 4·19민주이념의 계승
C. 개인의 존엄과 양성의 평등
D. 항구적인 세계평화와 인류공영
E. 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정
F. 평화적 통일의 사명
G. 자율과 조화를 바탕으로 한 자유민주적 기본질서
H. 전통문화의 계승·발전 |
|--|

① 4개 ② 5개 ③ 6개 ④ 7개 ⑤ 8개

정답 ②

헌법전문에 있는 것으로 A. 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부, B. 4·19민주이념의 계승, D. 항구적인 세계평화와 인류공영, F. 평화적 통일의 사명, G. 자율과 조화를 바탕으로 한 자유민주적 기본질서이므로, 정답은 ②(5개)이다.

<헌법전문>

유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 <3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부>의

법통과 불의에 항거한 <4·19민주이념을 계승>하고, 조국의 민주개혁과 <평화적 통일의 사명>에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고, 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며, <자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서>를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여, 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 <항구적인 세계평화와 인류공영>에 이바지함으로써 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다.

【문 9】 평등권에 대한 헌법재판소의 판시 내용과 가장 거리가 먼 것은?

- ① 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소하지 못하도록 규정한 형사소송법 제224조는 ‘효’라는 우리 고유의 전통규범을 수호하기 위하여 비속이 존속을 고소하는 행위의 반윤리성을 억제하고자 이를 제한하는 것으로 합리적인 근거가 있는 차별이라고 할 수 있으므로 평등원칙에 위반되지 아니한다.
- ② 친고죄에 있어서 고소 취소가 가능한 시기를 제1심 판결선고전까지로 제한한 형사소송법 제232조 제1항이 항소심 단계에서 고소 취소된 사람을 자의적으로 차별하는 것이라고 할 수는 없으므로 평등의 원칙에 위배되지 아니한다.
- ③ 음주음전자와 도주차량운전자에 대하여는 임의적 면허취소를 규정하고 있으면서 음주측정거부자에 대하여는 필요적 면허취소를 규정한 도로교통법 조항은 평등원칙에 위반된다.
- ④ 국가인권위원회의 인권위원은 퇴직 후 2년간 교육공무원이 아닌 공무원으로 임명되거나 공직선거 및 선거부정방지법에 의한 선거에 출마할 수 없도록 규정한 국가인권위원회법 제11조는 인권위원을 합리적 이유없이 다른 공직자와 차별대우하는 것으로 평등의 원칙에 위배된다.
- ⑤ 누진과세제도 하에서 혼인한 부부에게 조세부담의 증가를 초래하는 부부자산소득합산과세를 규정한 소득세법 조항은 혼인한 부부를 비례의 원칙에 반하여 사실혼관계의 부부나 독신자에 비하여 차별하는 것으로서 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

【정답】 ③

① (○). 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소하지 못하도록 규정한 형사소송법 제224조(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 비속을 차별 취급하여 평등권을 침해하는지 여부(소극) : 범죄피해자의 고소권은 형사절차상의 법적인 권리에 불과하므로 원칙적으로 입법자가 그 나라의 고유한 사법문화와 윤리관, 문화전통을 고려하여 합목적적으로 결정할 수 있는 넓은 입법형성권을 갖는다. 가정의 영역에서는 법률의 역할보다 전통적 윤리의 역할이 더 강조되고, 그 윤리에는 인류 공통의 보편적인 윤

리와 더불어 그 나라와 사회가 선택하고 축적해 온 고유한 문화전통과 윤리의식이 강하게 작용할 수밖에 없다. 우리는 오랜 세월동안 유교적 전통을 받아들이고 체화시켜 이는 현재에 이르기까지 일정한 부분 엄연히 우리의 고유한 의식으로 남아 있다. 이러한 측면에서 ‘효’라는 우리 고유의 전통규범을 수호하기 위하여 비속이 존속을 고소하는 행위의 반윤리성을 억제하고자 이를 제한하는 것은 합리적인 근거가 있는 차별이라고 할 수 있다. 따라서, 이 사건 법률조항은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위반되지 아니한다(헌재결 2011. 2. 24. 2008헌바56).

② (○). 친고죄에 있어서 고소 취소가 가능한 시기를 제1심 판결선고전까지로 제한한 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제232조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 평등권을 침해하는지 여부(소극) : 친고죄의 고소 취소를 인정할 것인지의 문제 및 이를 인정한다고 하더라도 형사소송절차 중 어느 시점까지 이를 허용할 것인지의 문제는 국가형벌권과 국가소추주의에 대한 국민 일반의 가치관과 법감정, 범죄피해자의 이익보호 등을 종합적으로 고려하여 정할 수 있는 입법정책의 문제이다. 이 사건 법률조항은 고소인과 피고소인 사이에 자율적인 화해가 이루어질 수 있도록 어느 정도의 시간을 보장함으로써 국가형벌권의 남용을 방지하는 동시에 국가형벌권의 행사가 전적으로 고소인의 의사에 의해 좌우되는 것 또한 방지하는 한편, 가급적 고소 취소가 제1심 판결선고전에 이루어지도록 유도함으로써 남상소를 막고, 사법자원이 효율적으로 분배될 수 있도록 하는 역할을 한다. 또한, 경찰·검찰의 수사단계에서부터 제1심 판결선고전까지의 기간이 고소인과 피고소인 상호간에 숙고된 합의를 이루어낼 수 없을 만큼 부당하게 짧은 기간이라고 하기 어렵고, 현행 형사소송법상 제1심과 제2심이 모두 사실심이기는 하나 제2심은 제1심에 대한 항소심인 이상 두 심급이 근본적으로 동일하다고 볼 수는 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 항소심 단계에서 고소 취소된 사람을 자의적으로 차별하는 것이라고 할 수는 없다(헌재결 2011. 2. 24. 2008헌바40).

③ (X). 술에 취한 상태에서 운전한 자에 대한 행정제재의 경우 그 음주정도와 경위, 교통사고 유무 등 구체적·개별적 사정에 비추어 면허의 정지 또는 취소 여부를 결정할 필요가 상당하고, 또한 이미 교통사고로 사람을 사상한 도주차량운전자의 경우 그 불법에 상응하는 정도의 제재를 가할 필요성 못지않게 피해자에 대한 실질적 구제가 중요하므로 탄력적인 행정제재를 통하여 사고운전자의 자진신고를 유도하여 원활한 피해배상이 이루어지도록 행정제재에 재량의 여지를 둘 필요가 적지 않은 점 등에 비추어 보면, 음주운전자와 도주차량운전자에 대하여 임의적 면허취소를 규정하고 있다고 하여 음주측정거부자에 대해 필요적 면허취소를 규정한 이 사건 법률조항이 법상 면허취소·정지 사유 간의 체계를 파괴할 만큼 형평성에서 벗어나 평등권을 침해한다고 볼 수도 없다(헌재결 2007. 12. 27. 2005헌바95).

④ (○). 헌재결 2004.01.29, 2002헌바788

⑤ (○). 헌재결 2002.08.29, 2001헌바82

【문10】 공무원의 노동3권과 관련된 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 우리 헌법은 제33조 제1항에서 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정하여 근로자의 자주적인 노동3권을 보장하고 있다.

- ② 우리 헌법 제33조 제2항에서 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정하여 공무원인 근로자에 대하여는 일정한 범위의 공무원에 한하여서만 노동3권을 향유할 수 있도록 함으로써 기본권의 주체에 관한 제한을 두고 있다.
- ③ 공무원인 근로자 중 법률이 정하는 자 이외의 공무원에게는 그 권리행사의 제한 뿐만 아니라 금지까지도 할 수 있는 법률제정의 가능성을 헌법에서 직접 규정하고 있다는 점에서 헌법 제33조 제2항은 특별한 의미가 있다.
- ④ 헌법 제33조 제2항이 직접 ‘법률이 정하는 자’만이 노동3권을 향유할 수 있다고 규정하고 있어서 ‘법률이 정하는 자’ 이외의 공무원은 노동3권의 주체가 되지 못한다고 하더라도 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙은 적용이 된다고 보아야 할 것이다.
- ⑤ 국회는 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 광범위한 입법형성의 자유를 가진다.

정답 ④

- ① (○). 헌재결 1998.2.27. 94헌바13·26
- ② (○). 우리 헌법은 제33조 제1항에서 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정하여 근로자의 자주적인 노동3권을 보장하고 있으면서도, 같은 조 제2항에서는 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 규정하여 공무원인 근로자에 대하여는 일정한 범위의 공무원에 한하여서만 노동3권을 향유할 수 있도록 함으로써 기본권의 주체에 관한 제한을 두고 있다(헌재결 2008. 12. 26. 2005헌마971·1193, 2006헌마198(병합)).
- ③ (○). 헌재결 2007.8.30. 2003헌바51, 2005헌가
- ④ (X). 헌법 제33조 제2항이 직접 ‘법률이 정하는 자’만이 노동3권을 향유할 수 있다고 규정하고 있어서 ‘법률이 정하는 자’ 이외의 공무원은 노동3권의 주체가 되지 못하므로, ‘법률이 정하는 자’ 이외의 공무원에 대해서도 노동3권이 인정됨을 전제로 하여 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 적용할 수는 없는 것이다(헌재결 2007.08.30. 2003헌바51).
- ⑤ (○). 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 국회가 광범위한 입법형성권을 가지는지 여부(적극): 헌재결 2008. 12. 26. 2005헌마971

【문11】 헌법재판소가 거주이전의 자유에 포함된다고 선언하지 않은 것은 몇 개인가?

- | |
|--|
| <p>A. 국적을 이탈하거나 변경하는 것</p> <p>B. 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 거주지와 체류지를 결정할 수 있는 것</p> |
|--|

- C. 외국에서 체류 또는 거주하기 위하여 우리나라를 떠날 수 있는 것
- D. 외국체류 또는 거주를 중단하고 다시 대한민국으로 돌아올 수 있는 것
- E. 해외여행을 하는 것
- F. 무국적자가 되는 것
- G. 해외이주를 하는 것
- H. 법인 등 경제주체가 본점이나 사무소를 어디에 둘 것인지 결정하는 것

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

【정답】 ①

F. 무국적자가 되는 것은 헌법재판소가 명시적으로 선언한 적이 없어 학설이 대립한다. 거주·이전의 자유는 국가의 간섭없이 자유롭게 거주와 체류지를 정할 수 있는 자유로서 정치·경제·사회·문화 등 모든 생활영역에서 개성신장을 촉진함으로써 헌법상 보장되고 있는 다른 기본권들의 실효성을 증대시켜주는 기능을 한다. 구체적으로는 국내에서 체류지와 거주지를 자유롭게 정할 수 있는 자유영역뿐 아니라 나아가 국외에서 체류지와 거주지를 자유롭게 정할 수 있는 ‘해외여행 및 해외 이주의 자유’를 포함하고 덧붙여 대한민국의 국적을 이탈할 수 있는 ‘국적변경의 자유’ 등도 그 내용에 포섭된다고 보아야 한다. 따라서 해외여행 및 해외이주의 자유는 필연적으로 외국에서 체류 또는 거주하기 위해서 대한민국을 떠날 수 있는 “출국의 자유”와 외국체류 또는 거주를 중단하고 다시 대한민국으로 돌아올 수 있는 ‘입국의 자유’를 포함한다(헌재 2004.10.28, 2003헌가18),

A. 국적변경의 자유 B. 국내거주이전의 자유 C. 출국의 자유 D. 입국의 자유 E. 해외여행의 자유 G. 해외이주의 자유
H. 헌재 2000.12.14, 98헌바104,

【문12】 국회의 조약에 대한 동의권 등에 대한 서술 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 국회는 중요한 국제조직에 관한 조약, 주권의 제약에 관한 조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.
- ② 국회는 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역 안에서의 주류(駐留)에 대한 동의권을 가진다.
- ③ 1992. 2. 19. 발효된 '남북사이의화해와불가침및교류협력에관한합의서'는 국가간의 조약에 준하는 것이므로 국회의 동의를 필요하다.
- ④ 「대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정」은 국회의 관여없이 체결되는 행정협정처럼 보이기도 하나 우리나라의 입장에서 볼 때에는 외국군대의 지위

에 관한 것이고, 국가에게 재정적 부담을 지우는 내용과 입법사항을 포함하고 있으므로 국회의 동의를 요하는 조약에 해당한다.

- ⑤ 대통령이 국회의 동의 없이 조약을 체결·비준하였다 하더라도 국가기관의 부
기관이 자신의 이름으로 소속기관의 권한을 주장할 수 있는 ‘제3자 소송담당’을
명시적으로 허용하는 법률의 규정이 없는 현행법 체계하에서는 국회의 구성원
인 국회의원이 국회의 조약에 대한 체결·비준 동의권의 침해를 주장하는 권한쟁
의심판을 청구할 수는 없다.

정답 ③

- ① (○). 헌법 제60조 제1항 참조
② (○). 헌법 제60조제2항 참조
③ (X). 헌재 1997.01.16, 92헌바6, 남북합의서는 남북관계를 “나라와 나라 사이의 관계
가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”(전문 참조)임을 전제로
하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의
합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준
하는 성격을 가짐에 불과하다. 따라서 남북합의서의 채택·발효 후에도 북한이 여전히 적화
통일의 목표를 버리지 않고 각종 도발을 자행하고 있으며 남·북한의 정치, 군사적 대결이
나 긴장관계가 조금도 해소되지 않고 있음이 엄연한 현실인 이상, 북한의 반국가단체성이나
국가보안법의 필요성에 관하여는 아무런 상황변화가 있었다고 할 수 없다.
④ (○). 2006.2.23. 2005헌마268
⑤ (○). 2007.7.26. 2005헌라8

【문13】 재판의 전제성과 관련한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법
재판소 결정례에 의함)

- ① 당해 소송에서 보전을 구하는 손해가 심판대상 법률조항의 위헌에 기인한 것이
아니라 그 조항에 근거한 구체적인 처분내용의 위법·부당으로 인한 것인 경우에
도 재판의 전제성이 있다.
② 재판의 전제가 된다고 함은 문제되는 법률이나 법률조항이 당해 소송사건의 재
판에 적용되는 것이어야 하며, 그 법률이나 법률조항의 위헌여부에 따라 재판의
주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를
말한다.
③ 당해 사건이 재심사건인 경우, 심판대상조항이 재심청구 자체의 적법 여부에 대
한 재판에 적용되는 법률조항이 아니라 본안 사건에 대한 재판에 적용될 법률조
항이라면, 재심청구가 적법하고 재심의 사유가 인정되는 경우에 한하여 재판의
전제성이 인정될 수 있다.
④ 당해 사건에서 승소하였고 그 판결이 대법원에서 최종 확정된 경우 헌법재판소

가 관련 조항에 대하여 위험결정을 한다하더라도 당해 사건 재판의 결론이나 주문에 영향을 미치는 것도 아니므로 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.

- ⑤ 당해 사건 법원의 주된 판단이 대법원에서 그대로 확정된 이상 이와 양립할 수 없는 사실관계를 전제로 한 당해 사건 법원의 가정적 판단이 주된 판단으로 바뀔 가능성은 없어졌으므로, 이 경우 재판의 전제성은 없다.

정답 ①

① (X). 현재 2005.12.22, 2003헌바109. 법 제43조, 제44조 및 제50조는 일반 환지계획에 관하여 환지처분, 환지처분의 인가 및 환지처분의 효과 등을 규정한 내용이어서 이 사건에 적용되는 것이긴 하지만 청구인은 이 조항의 위헌성으로 인하여 청구인을 포함한 당해 소송의 원고들이 손해를 보았다는 것이 아니라 이 조항에 근거한 구체적인 환지처분의 내용이 위법하거나 부당하다는 것이므로 이 조항의 위헌 여부는 당해 사건의 재판과 관계가 없는 것이므로 재판의 전제성이 없다.

② (○). 현재 2006.2.23.2005헌가7등

③ (○). 현재 2007.12.27, 2006헌바73

④ (○). 현재 2001.11.29, 2000헌바49

⑤ (○). 현재 2010.09.30, 2008헌바100

【문14】 기본권의 주체에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 외국인의 국가배상청구권은 상호의 보증이 있는 때에 한하여 인정된다.
 ② 농지개량조합은 사법인적인 성격도 없지 아니하나 공익적 목적을 위하여 설립되어 활동하는 공법인이므로 기본권의 주체가 되지 아니한다.
 ③ 상공회의소법에 따른 규율을 받는 상공회의소는 특수한 공법인에 해당하므로 결사의 자유의 주체가 될 수 없다.
 ④ 헌법재판소는 영화법 제12조 등에 대한 헌법소원 사건에서 대표자의 정함이 있고 독립된 사회적 조직체로 활동하는 비법인사단 자체의 기본권주체성을 인정하였다.
 ⑤ 국회의 일부조직인 국회노동위원회는 국가기관의 일부이므로 기본권의 주체로서 헌법소원심판청구를 할 수 있는 자격이 없다.

정답 ③

① (○). 헌법제29조 제2항. 국가배상법 제7조

② (○). 현재 2000.11.30, 99헌마190

③ (X). 현재 2006.05.25, 2004헌가1. 상공회의소는 상공업자들의 사적인 단체이기는 하나, 설립·회원·기관·의결방법·예산편성과 결산 등이 상공회의소법에 의하여 규율되고, 단체결성·가입·탈퇴에 상당한 제한이 있는 조직이며 다른 결사와 달리 일정한 공적인 역할을 수행하면서 지방자치단체의 행정지원과 자금지원 등의 혜택을 받고 있는 법인이므로,

이 사건 법률조항에 의한 결사의 자유 제한이 과잉금지원칙에 위배되는지 판단할 때에는, 순수한 사적인 임의결사에 비해서 완화된 기준을 적용할 수 있다.

④ (○). 현재 1991. 6. 3. 90헌마56

⑤ (○). 현재 1994.12.29, 93헌마120

【문15】 재외국민과 관련한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 국제협력요원이 병역의무를 이행하기 위하여 개발도상국 등에 파견되어 일정한 봉사업무에 종사하던 중 사망한 경우 국가유공자법에 의하여 보상하여야 하는지에 관련된 사건에 관하여 국가의 재외국민 보호의무의 보호법익이 그대로 적용된다고 보기 어렵다.
- ② 구 상속세법이 비거주자에 대하여 상속세 인적공제 적용을 배제하였다면 이는 국가의 재외국민 보호의무에 위배된다.
- ③ 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대해서만 부재자신고를 허용함으로써 재외국민과 단기해외체류자 등 국외거주자 전부의 국정선거권을 부인하고 있는 구 공직선거 및 선거부정방지법의 규정은 정당한 입법목적에 갖추지 못한 것으로 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국외거주자의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.
- ④ 국내거주 재외국민에 대해 그 체류기간을 불문하고 지방선거선거권을 전면적·확립적으로 박탈하는 구 공직선거 및 선거부정방지법의 규정은 국내거주 재외국민의 평등권과 지방의회 의원선거권을 침해한다.
- ⑤ 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 국민투표권 행사를 전면적으로 배제하고 있는 구 국민투표법의 규정은 재외국민의 국민투표권을 침해한다.

【정답】 ②

① (○). 현재 2010.07.29, 2009헌가13

② (X). 현재 2001.12.20, 2001헌바25 헌법 제2조 제2항에서 정한 국가의 재외국민 보호의무에 의하여 재외국민이 거주국에 있는 동안 받게 되는 보호는, 조약 기타 일반적으로 승인된 국제법규와 당해 거주국의 법령에 의하여 누릴 수 있는 모든 분야에서 정당한 대우를 받도록 거주국과의 관계에서 국가가 하는 외교적 보호와 국외 거주 국민에 대하여 정치적인 고려에서 특별히 법률로써 정하여 베푸는 법률·문화·교육 기타 체면영역에서의 지원을 뜻하는 것이므로, 위 제11조 제1항 부분에 대한 관계에서 이러한 헌법규정의 보호법익은 그대로 적용된다고 보기 어려워, 위 법률조항이 비거주자에 대하여 상속세 인적공제 적용을 배제하였다 하더라도 국가가 재외국민을 보호할 의무를 행하지 않은 경우라고는 볼 수 없다. 또한, 인적공제에 관하여 국내에 주소를 둔 피상속인과 두지 아니한 피상속인 사이에 달리 규정한 것에 합리적인 근거가 있음은 위에서 살핀 바와 같으므로, 위 법률규정은 평등권에 반하지 않는다.

- ③ (○). 헌재 2007.06.28, 2004헌마644
- ④ (○). 헌재 2007.06.28, 2004헌마643
- ⑤ (○). 헌재 2007.06.28, 2004헌마644

【문16】 재판청구권에 대한 헌법재판소의 결정과 합치되지 않는것은?

- ① 대한변호사협회 변호사징계위원회나 법무부변호사징계위원회의 징계결정은 비록 그 징계위원 중 일부로 법관이 참여한다고 하더라도 이를 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판이라고 할 수 없다.
- ② 발송송달의 특례를 금융기관에만 인정하고 일반 채권자에게는 인정하지 않는 것은 강제경매에서는 금융기관인 경매신청인과 금융기관이 아닌 경매신청인을 합리적인 이유 없이 차별대우하는 것이어서 평등원칙에 위반된다.
- ③ 채소기간과 같은 불변기간은 헌법상의 재판청구권과 직접 관련되는 사항이므로 재판청구권 행사의 예측가능성을 보장하기 위해 일반국민들이 알아보기 쉽고 명확하게 규정하여야 한다.
- ④ 재판을 정당한 이유 없이 지연하는 것은 당사자의 법적 지위를 불안정한 상태에 놓이게 하므로, 헌법 제27조 제3항의 모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다라는 규정에 의하여 신속한 재판을 위한 직접적, 구체적인 청구권이 발생한다.
- ⑤ 어떤 사유를 특별항고사유로 정하여 특별항고를 허용할 것인가는 기본적으로 입법자가 법적 안정성과 법원의 업무부담등을 고려하여 결정하여야 할 입법정책의 문제이다.

정답 ④

- ① (○). 헌재 1999.05.27, 98헌마357
- ② (○). 헌재 1998.09.30, 98헌가7
- ③ (○). 헌재 1993.12.23, 92헌가12
- ④ (X). 헌재 1999.09.16, 98헌마75 헌법 제27조 제3항 제1문은 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있다. 그러나 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하며, 다른 사법절차적 기본권에 비하여 폭넓은 입법재량이 허용된다. 특히 신속한 재판을 위해서 적절한 판결선고기일을 정하는 것은 법률상 쟁점의 난이도, 개별사건의 특수상황, 접수된 사건량 등 여러 가지 요소를 복합적으로 고려하여 결정되어야 할 사항인데, 이때 관할 법원에게는 광범위한 재량권이 부여된다. 따라서 법률에 의한 구체적 형성없이 신속한 재판을 위한 어떤 직접적이고 구체적인 청구권이 발생하지 아니한다.

⑤ (○). 헌재 2007.11.29, 2005헌바12

【문17】 지방교육자치제도와 관련된 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 국민주권의 원리는 공권력의 구성·행사·통제를 지배하는 우리 통치질서의 기본원리이므로, 공권력의 일종인 지방자치권과 국가교육권도 이 원리에 따른 국민적 정당성기반을 갖추어야만 한다.
- ② 문화적 권력이라고 하는 국가교육권의 특수성이 존재한다고 하더라도, 교육부문에 있어서의 국민주권·민주주의의 요청도 정치부문과는 다른 모습으로 구현되어서는 안된다.
- ③ 지방교육자치는 ‘민주주의·지방자치·교육자주’라고 하는 세가지의 헌법적 가치를 골고루 만족시킬 수 있어야만 하는 것이다.
- ④ 지방교육자치는 지방자치권 행사의 일환으로 보장되는 것으로서 중앙권력에 대한 지방적 자치로서의 속성을 지니고 있지만, 동시에 그것은 헌법 제31조 제4항이 보장하고 있는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 구현하기 위한 것이다.
- ⑤ 중앙권력에 대한 지방자치와 정치권력에 대한 문화적 자치라는 ‘이중의 자치’의 요청으로 말미암아 지방교육자치의 민주적 정당성 요청은 어느 정도 제한이 불가피하다.

정답 ②

① (○). 헌재 2002.03.28, 2000헌마283

② (X). ③ (○). 헌재 2008.06.26, 2007헌마1175 국민주권의 원리는 공권력의 구성·행사·통제를 지배하는 우리 통치질서의 기본원리이므로, 공권력의 일종인 지방자치권이나 국가교육권(교육입법권·교육행정권·교육감독권 등)도 이 원리에 따른 국민적 정당성 기반을 갖추어야만 한다. 그런데 국민주권·민주주의 원리는 그 작용영역, 즉 공권력의 종류와 내용에 따라 구현방법이 상이할 수 있는바, 특히 교육 부문에 있어서의 국민주권·민주주의의 요청은 문화적 권력이라고 하는 국가교육권의 특수성으로 말미암아 정치 부문과는 다른 모습으로 구현될 수 있다.

④ (○). 헌재 2008. 6. 26. 2007헌마1175

⑤ (○). 헌재 2003.03.27, 2002헌마573

【문18】 최형법정주의의 명확성원칙과 관련된 다음 설명 중 옳지않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 법치국가 원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법

에 대하여 요구되는 것이다.

- ② 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다.
- ③ 처벌을 규정하고 있는 법률조항이 구성요건이 되는 행위를 같은 법률조항에서 직접 규정하지 않고 다른 법률조항에서 이미 규정한 내용을 인용하였다고 해서 그 법률조항이 불명확해진다고 볼 수는 없다.
- ④ 법률조항이 규율하고자 하는 내용 중 일부를 괄호 안에 규정하는 경우 일반 국민은 법률조항을 해석함에 있어서 괄호 안에 기재된 내용은 중요한 의미를 갖지 않는 것으로 받아들일 수 밖에 없다.
- ⑤ 죄형법정주의의 명확성원칙은 법률조항의 의미가 불명확하여 그 조항이 금지되고 처벌하는 행위가 무엇인지 알 수 없는 경우에 문제되는 것이지, 금지하고 있는 내용이 명확함에도 그 내용이 죄명(罪名)이나 구성요건에 사용된 문언의 일반적인 개념과 어울리지 않는 경우에까지 문제되는 것은 아니다.

정답 ④

- ① (○). 헌재 2003.10.30, 2001헌마700
- ② (○). 헌재 2004.02.26, 2001헌마75
- ③ (○). 헌재 2010.03.25, 2009헌마121
- ④ (X). 헌재 2010.03.25, 2009헌마121 법률조항이 규율하고자 하는 내용 중 일부를 괄호 안에 규정하는 것 역시 단순한 입법기술상의 문제에 불과할 뿐, 괄호 안에 규정되어 있다는 사실만으로 그 내용이 중요한 의미를 가지는 것이 아니라고 볼 아무런 근거가 없으며 일반 국민이 법률조항을 해석함에 있어서도 괄호 안에 기재된 내용은 중요한 의미를 갖지 않는 것으로 받아들일 것이라는 주장은 객관적인 사실과 자료들에 의해 전혀 뒷받침되지 못하여 받아들이기 어렵다.
- ⑤ (○). 헌재 2010.03.25, 2009헌마121

【문19】 평등권과 관련된 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 평등원칙의 위반 여부를 심사하는 경우 그 강도가 항상 동일한 것이 아니라 차별근거와 규율영역의 특성 등에 따라 엄격한 심사기준과 완화된 심사기준으로 나누어진다.
- ② 자의금지원칙에 의한 심사는 차별을 정당화하는 합리적 이유가 있는지를 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적의 발견, 확인에 그친다.
- ③ 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 기간이 경과한 후 2년을 경과하지 아

니한 자는 변호사가 될 수 없다고 규정한 것은 평등원칙에 위배되지 않는다.

- ④ 교원징계 재심위원회의 재심결정에 대하여 재심청구를 한 교원만 행정소송을 제기할 수 있을 뿐 학교법인은 이를 제기할 수 없도록 한 것은 평등원칙에 위배된다.
- ⑤ 파산절차에서 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 의한 과징금 및 가산금 채권을 특별히 취급하여 다른 일반파산채권보다 국가가 먼저 변제받게 하는 것은 평등원칙에 위배되지 않는다.

정답 ⑤

- ① (○). 헌재 2009.02.26, 2006헌마626등
- ② (○). 헌재 2007.06.28, 2005헌마1179등
- ③ (○). 헌재 2009.10.29, 2008헌마432
- ④ (○). 헌재 2006.02.23, 2005헌가7
- ⑤ (X). 헌재 2009.11.26, 2008헌가9 법률조항은 일반 파산채권자를 과징금 등 채권자인 국가에 비하여 차별취급하고 있으나 위와 같은 차별을 정당화할 합리적 이유가 없으므로 평등원칙에 위반된다.

【문20】 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 서술 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- 가. 우리 헌법은 변호인의 조력을 받을 권리가 불구속 피의자에게 포괄적으로 인정되는지 여부에 관하여 명시적으로 규율하고 있지는 않지만, 불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 우리 헌법에 나타난 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용이다.
- 나. 법원은 피고인의 연령·지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피고인의 명시적 의사에 반하더라도 피고인을 위하여 변호인을 선정하여야 한다.
- 다. 변호인은 구속 피의자·피고인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으나 단순히 변호인이 되려는 자는 그렇지 아니하다.
- 라. 피고인이 미성년자인 때, 70세 이상인 때, 심신장애의 의심이 있는 때는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다.
- 마. 공소제기 전의 변호인선임은 제1심에도 그 효력이 있다.

- ① 가, 나
- ② 라, 마
- ③ 가, 나, 마
- ④ 나, 다
- ⑤ 나, 다, 마

정답 ④

가.(○) 헌재 2004.09.23, 2000헌마138

나.(X) 형사소송법 제33조 3항. 법원은 피고인의 연령·지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위 안에서 변호인을 선정하여야 한다.

다.(X) 형사소송법 제34조(피고인, 피의자와의 접견, 교통, 수진) 변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.

라.(○). 형사소송법 제33조(국선변호인) 제1항

마.(○). 형사소송법 제32조

【문21】 다음 중 국무총리에 대한 서술로 옳은 것은 모두 몇 개인가?

- 가. 국무총리는 국정에 관하여 대통령을 보좌하고, 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할한다.
- 나. 군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무총리로 임명될 수 없다.
- 다. 국무총리는 대통령에게 국무위원과 행정각부의 장의 임명을 제청하고, 국무위원의 해임을 건의할 수 있다.
- 라. 대통령의 국법상 행위는 문서로써 하며, 이 문서에는 국무총리와 관계 국무위원이 부서(副署)한다.
- 마. 국무총리는 소관사무에 관하여 총리령을 발할 수 있으나 이경우 반드시 법률이나 대통령령의 위임이 있어야 하고, 위임 없이 직권으로 총리령을 발할 수는 없다.
- 바. 국무총리는 중앙행정기관의 장의 명령이나 처분이 위법 또는 부당하다고 인정될 경우에는 대통령의 승인을 받아 이를 중지 또는 취소할 수 있다.

① 2개 ② 3개 ③ 4개 ④ 5개 ⑤ 6개

정답 ④

가. (○). 헌법 제86조 제2항.

나. (○). 헌법 제86조 제3항.

다. (○). 헌법 제87조 제1항, 제3항. 헌법 제94조.

라. (○). 헌법 제82조.

마. (X). 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다(헌법 제82조).

바. (○). 정부조직법 제16조 제2항.

【문22】 집회 및 시위에 대한 서술 중 옳지 않은 것은?

- ① 여러 사람이 번갈아 참여하는 1인 릴레이 시위는 집회 및 시위에 관한 법률상의 시위에 해당하지 않는다.
- ② 국무총리 공관으로부터 100미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니되지만 행진은 할 수 있다.
- ③ 관할경찰관서장은 대통령령으로 정하는 주요 도시의 주요 도로에서의 집회 또는 시위로 인하여 해당 도로와 주변 도로의 교통 소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통 불편을 줄 우려가 있으면 집회 또는 시위의 주최자가 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에도 집회 또는 시위를 금지할 수 있다.
- ④ 관할경찰관서장은 일정 수준 이상의 소음을 발생시키는 확성기, 북, 징, 팽과리 등의 사용 중지를 명할 수 있다.
- ⑤ 경찰관은 집회, 시위의 질서유지를 위하여 집회 또는 시위의 장소에 정복을 입고 자유롭게 출입할 수 있으며, 집회 또는 시위의 주최자에게 알릴 필요는 없다.

【정답】 ⑤

- ① (○). “시위”란 여러 사람이 공동의 목적을 가지고 도로, 광장, 공원 등 일반인이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 행진하거나 위력(威力) 또는 기세(氣勢)를 보여, 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압(制壓)을 가하는 행위를 말한다(집회 및 시위에 관한 법률 제2조 제2호).
- ② (○). 집회 및 시위에 관한 법률 제11조 제3호.
- ③ (○). 집회 및 시위에 관한 법률 제12조 (교통 소통을 위한 제한) (제1항) 관할경찰관서장은 대통령령으로 정하는 주요 도시의 주요 도로에서의 집회 또는 시위에 대하여 교통 소통을 위하여 필요하다고 인정하면 이를 금지하거나 교통질서 유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다. (제2항) 집회 또는 시위의 주최자가 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에는 제1항에 따른 금지를 할 수 없다. 다만, 해당 도로와 주변 도로의 교통 소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통 불편을 줄 우려가 있으면 제1항에 따른 금지를 할 수 있다.
- ④ (○). 집회 및 시위에 관한 법률 제14조 (확성기등 사용의 제한) (제1항) 집회 또는 시위의 주최자는 확성기, 북, 징, 팽과리 등의 기계·기구를 사용하여 타인에게 심각한 피해를 주는 소음으로서 대통령령으로 정하는 기준을 위반하는 소음을 발생시켜서는 아니 된다. (제2항) 관할경찰관서장은 집회 또는 시위의 주최자가 제1항에 따른 기준을 초과하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주는 경우에는 그 기준 이하의 소음 유지 또는 확성기 등의 사용 중지를 명하거나 확성기 등의 일시보관 등 필요한 조치를 할 수 있다.
- ⑤ (X). 집회 및 시위에 관한 법률 제19조 (경찰관의 출입) (제1항) 경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 알리고 그 집회 또는 시위의 장소에 정복(正服)을 입고 출입할 수 있다. 다만, 옥내집회 장소에 출입하는 것은 직무 집행을 위하여 긴급한 경우에만 할 수 있다.

【문23】 재판청구권과 관련하여 헌법재판소가 판시한 내용과 일치하지 않는 것은?

- ① 보상금 등의 지급결정에 동의한 때에는 특수임무수행 등으로 인하여 입은 피해에 대하여 재판상 화해가 성립된 것으로 보는 것은 재판청구권을 침해하지 않는다.
- ② 형사보상의 청구에 대하여 한 보상의 결정에 대하여는 불복을 신청할 수 없도록 규정한 것은 청구인들의 재판청구권을 침해하지 않는다.
- ③ 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 친일반민족행위자가 취득한 재산을 친일행위의 대가로 취득한 재산으로 추정하는 것은 재판청구권을 침해하지 않는다.
- ④ 유류분 반환청구권의 소멸시효기간을 ‘반환하여야 할 증여를 한 사실을 안 때로부터 1년’으로 정한 것은 유류분 권리자의 재판청구권을 침해하지 않는다.
- ⑤ 현역병의 군대 입대 전 범죄에 대한 군사법원의 재판권을 규정하고 있는 것은 재판청구권을 침해하지 않는다.

정답 ②

- ① (○). 이 사건 재판상 화해조항으로 인하여 청구인들의 동의 과정에 실체법상 무효 또는 취소사유가 있더라도 재심절차 이외에는 더 이상 재판을 청구할 수 있는 길이 막히게 된다고 하더라도, 위 재판상 화해조항이 합리적인 범위를 벗어나 청구인들의 재판청구권을 과도하게 제한하였다고 보기는 어렵다(헌재 2009.04.30, 2006헌마1322).
- ② (X). 보상액의 산정에 기초되는 사실인정이나 보상액에 관한 판단에서 오류나 불합리성이 발견되는 경우에도 그 시정을 구하는 불복신청을 할 수 없도록 하는 것은 형사보상청구권 및 그 실현을 위한 기본권으로서의 재판청구권의 본질적 내용을 침해하는 것이라 할 것이고, 나아가 법적안정성만을 지나치게 강조함으로써 재판의 적정성과 정의를 추구하는 사법제도의 본질에 부합하지 아니하는 것이다. 또한, 불복을 허용하더라도 즉시항고는 절차가 신속히 진행될 수 있고 사건수도 과다하지 아니한데다 그 재판내용도 비교적 단순하므로 불복을 허용한다고 하여 상급심에 과도한 부담을 줄 가능성은 별로 없다고 할 것이어서, 이 사건 불복금지조항은 형사보상청구권 및 재판청구권을 침해한다고 할 것이다(헌재 2010.10.28, 2008헌마514).
- ③ (○). 친일재산의 국가귀속이 해방 이후 오랜 시간이 경과한 상황에서 이루어지고 있어서 친일재산 여부를 국가측이 일일이 입증하는 것은 곤란한 반면, 일반적으로 재산의 취득자측은 취득내역을 잘 알고 있을 개연성이 높다. 또한 이 사건 추정조항이 친일반민족행위자측에 전적으로 입증책임을 전가한 것도 아니고, 행정소송을 통해 추정을 반복할 수 있는 방도도 마련되어 있으며, 가사 처분청 또는 법원이 이러한 추정의 반복을 쉽게 인정하지 않는다 할지라도 이는 처분청 또는 법원이 추정조항의 취지를 충분히 실현하지 못한 결과이지 추정조항을 활용한 입법적 재량이 일탈·남용되었다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 추정조항이 재판청구권을 침해한다거나 적법절차원칙에 반한다고 할 수 없다(헌재 2011.03.31, 2008헌바141).
- ④ (○). 유류분 반환청구는 피상속인이 생전에 한 유효한 증여라도 그 효력을 잃게 하는 것이어서 권리관계의 조속한 안정과 거래안전을 도모할 필요가 있고 이 사건 법률조항이 1년의 단기소멸시효를 정한 것은 이러한 필요에 따른 것으로 그 목적의 정당성이 인정되며 유

류분 권리자가 상속이 개시되었다는 사실과 증여가 있었다는 사실 및 그것이 반환하여야 할 것임을 안 때로부터 위 기간이 기산되므로 그 기산점이 불합리하게 책정되었다고 할 수 없는 점, 유류분 반환청구는 반드시 재판상 행사해야 하는 것이 아니고 그 목적물을 구체적으로 특정해야 하는 것도 아니어서 행사의 방법도 용이한 점 등에 비추어 보면 수단의 적정성, 피해의 최소화 및 법익의 균형성을 모두 갖추고 있으므로 위 법률조항은 유류분 권리자의 재산권을 침해하지 않는다(헌재 2010.12.28, 2009헌바20).

⑤ (○). 군대는 각종 훈련 및 작전수행 등으로 인해 근무시간이 정해져 있지 않고 집단적 병영(兵營) 생활 및 작전위수(衛戍)구역으로 인한 생활공간적인 제약 등, 군대의 특수성으로 인하여 일단 군인신분을 취득한 군인이 군대 외부의 일반법원에서 재판을 받는 것은 군대 조직의 효율적인 운영을 저해하고, 현실적으로도 군인이 수감 중인 상태에서 일반법원의 재판을 받기 위해서는 상당한 비용·인력 및 시간이 소요되므로 이러한 군의 특수성 및 전문성을 고려할 때 군인신분 취득 전에 범한 죄에 대하여 군사법원에서 재판을 받도록 하는 것은 합리적인 이유가 있다. 나아가 군사법원의 상고심은 대법원에서 관할하고 군사법원에 관한 내부규율을 정함에 있어서도 대법원이 종국적인 관여를 하고 있으므로 이 사건 법률조항이 군사법원의 재판권과 군인의 재판청구권을 형성함에 있어 그 재량의 헌법적 한계를 벗어났다고 볼 수 없다(헌재 2009.07.30, 2008헌바162).

【문24】 다음 중 헌법 제89조에 명시적으로 규정된 국무회의의 심의대상인 것은 몇 개인가?

A. 대통령령안	B. 영전수여
C. 감사위원 임명	D. 국무위원 임명
E. 검찰총장 임명	F. 행정각부간의 권한의 획정
G. 대통령의 긴급명령	H. 대사의 임명
I. 감사원장의 임명	J. 대법원장의 임명
K. 헌법재판소장의 임명	

① 6개 ② 7개 ③ 8개 ④ 9개 ⑤ 10개

【정답】 ①

국무회의의 심의대상인 것(헌법 제89조) : A. 대통령령안(헌법 제89조 제3호), B. 영전수여(제8호), E. 검찰총장 임명(제16호), F. 행정각부간의 권한의 획정(제10호), G. 대통령의 긴급명령(제5호), H. 대사의 임명(제16호).

【문25】 헌법재판소가 직업의 자유를 침해하지 않는다고 본 것을 모두 고른 것은?

- 가. 변호사의 개업지를 제한한 변호사법 조항
 나. 국세관련 경력공무원에 대하여 세무사자격을 부여하지 않도록 개정된 세무사법 조항
 다. 자동차운전전문학원을 졸업하고 운전면허를 받은 사람 중 교통사고를 일으킨 비율이 대통령이 정하는 비율을 초과하는 때에는 운전전문학원의 등록을 취소하거나 운영정지를 명할 수 있도록 한 도로교통법 조항
 라. 대학의 정화구역 내에서 극장시설 및 영업을 금지하는 학교보건법 조항
 마. 고소고발장의 작성을 법무사에게만 허용하고 일반행정사에게는 허용하지 않은 법무사법 조항

- ① 나, 마 ② 가, 나, 다 ③ 나, 라
 ④ 다, 라, 마 ⑤ 라, 마

정답 ①

가. 변호사법(辯護士法) 제10조 제2항은 직업선택(職業選擇)의 자유(自由)를 제한(制限)함에 있어서 비례(比例)의 원칙(原則)에 벗어난 것이고, 합리적(合理的)인 이유(理由)없이 변호사(辯護士)로 개업(開業)하고자 하는 공무원(公務員)을 차별하고 있으며, 병역의무(兵役義務)의 이행(履行)을 위하여 군법무관(軍法務官)으로 복무(服務)한 후 개업(開業)하는 경우에는 병역의무(兵役義務)의 이행(履行)으로 불이익(不利益)한 처우(處遇)를 받게 되어 헌법(憲法) 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항, 제39조 제2항에 각 위반(違反)된다(헌재 1989.11.20, 89헌가102).

나. 직업선택의 자유는 특정인에게 배타적·우월적인 직업선택권이나 독점적인 직업활동의 자유까지 보장하는 것은 아니므로, 국세관련 경력공무원에 대한 세무사자격의 부여 여부는 정책적 판단에 따라 결정될 입법정책의 과제이다. 따라서 자격제도를 시행함에 있어서 자격요건의 구체적인 내용은 업무의 내용과 제반 여건 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항이다. 다만 그것이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 경우에만 비로소 위헌의 문제가 생길 수 있는바, 국세관련 경력공무원에 대하여 세무사자격을 부여하지 않도록 개정된 세무사법 제3조는 그 목적의 정당성이 인정되고, 그 내용이나 방법에 있어서 합리성을 결여한 것도 아니다. 따라서 위 법률조항이 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하는 것은 아니다(헌재 2001.09.27, 2000헌마152).

다. 운전교육과 기능검정이 철저하더라도 교통사고는 우연적 사정과 운전자 개인의 부주의로 발생할 수 있다는 것을 감안하면, 교통사고를 예방하고 운전교육과 기능검정을 철저히 하도록 한다는 입법목적은 이 사건 조항으로 인하여 효과적으로 달성된다고 할 수 없다. 운전교육 및 기능검정의 내실화 및 이를 통한 교통사고 예방은 이 사건 조항이 아니더라도 운전전문학원의 지정 요건과 교육내용, 기능검정 등에 관하여 마련되어 있는 도로교통법과 동법시행령·시행규칙의 구체적이고 자세한 규정들이 제대로 집행된다면 가능하다. 이 사건 조항은 입법 목적을 달성하기 위한 수단으로서 부적절하며, 운전전문학원의 영업 내지 직업의 자유를 필요 이상으로 제약하는 것이다(헌재 2005.07.21, 2004헌가30).

라. 대학의 정화구역에 관하여는 학교보건법 제6조 제1항 단서에서 규율하는 바와 같은 예

외조항의 유무와 상관없이 극장에 대한 일반적 금지를 둘 필요성을 인정하기 어렵다. 결국, 대학의 정화구역 안에서 극장시설을 금지하는 이 사건 법률조항은 극장운영자의 직업수행의 자유를 필요·최소한 정도의 범위에서 제한한 것이라고 볼 수 없어 최소침해성의 원칙에 반한다(헌재 2004.05.27, 2003헌가1).

마. 법무사법이 정하는 요건을 갖추어 법무사가 된 자의 경우에는 법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류로 고소고발장의 작성업무에 종사할 만한 법률소양을 구비한 것으로 볼 수 있는 반면, 행정사법이 정하는 요건을 갖추어 일반행정사가 된 자의 경우에는 이러한 법률소양을 갖추었다는 보장을 할 수 없다. 따라서 고소고발장의 작성을 법무사에게만 허용하고 일반행정사에 대하여 이를 하지 못하게 한 것은, 국민의 법률생활의 편의와 사법제도의 건전한 발전이라는 공익의 실현에 필요·적정한 수단으로서 그 이유에 합리성이 있으므로, 일반행정사의 직업 선택의 자유나 평등권 등을 침해하는 것이라고 볼 수 없다(헌재 2000.07.20, 98헌마52).

【문26】 무죄추정의 원칙과 관련한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 지방자치단체의 장이 공소제기된 후 구금상태에 있는 경우 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 것은 무죄추정의 원칙에 위반되지 않는다.
- ② 미결구금기간 중 일부를 형기에 산입하지 않는 것은 적법절차의 원칙 및 무죄추정의 원칙에 반한다.
- ③ 형사사건으로 기소된 국가공무원을 직위해제할 수 있도록 규정한 것은 무죄추정의 원칙에 반하지 않는다.
- ④ 교도소·구치소에 수용 중인 자를 기초생활보장급여의 지급대상에서 제외시키는 것은 무죄추정의 원칙에 반한다.
- ⑤ 사업자단체의 독점규제 및 공정거래법 위반행위가 있을 때 공정거래위원회가 당해 사업자 단체에 대하여 범위반사실의 공표를 명할 수 있도록 한 것은 무죄추정의 원칙에 반한다.

정답 ④

① (○). 지방자치단체의 장이 ‘공소 제기된 후 구금상태에 있는 경우’ 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 지방자치법 제111조 제1항 제2호가, 자치단체장인 청구인의 공무담임권을 제한함에 있어 과잉금지원칙에 위반되지 않고 무죄추정의 원칙에 위반되지 않는다(헌재 2011.04.28, 2010헌마474).

② (○). 헌법상 무죄추정의 원칙에 따라 유죄판결이 확정되기 전에 피의자 또는 피고인을 죄 있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 불이익을 주어서는 아니되고, 특히 미결구금은 신체의 자유를 침해받는 피의자 또는 피고인의 입장에서 보면 실질적으로 자유형의 집행과 다를 바 없으므로, 인권보호 및 공평의 원칙상 형기에 전부 산입되어야 한다. 따라서 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부 부분”은 헌법상 무죄추정의 원칙

및 적법절차의 원칙 등을 위배하여 합리성과 정당성 없이 신체의 자유를 침해한다(헌재 2009.06.25, 2007헌바25).

③ (○). 이 사건 법률조항이 임용권자로 하여금 구체적인 경우에 따라 개별성과 특수성을 판단하여 직위해제 여부를 결정하도록 한 것이지 직무와 전혀 관련이 없는 범죄나 지극히 경미한 범죄로 기소된 경우까지 임용권자의 자의적인 판단에 따라 직위해제를 할 수 있도록 허용하는 것은 아니고, 기소된 범죄의 법정형이나 범죄의 성질에 따라 그 요건을 보다 한정적, 제한적으로 규정하는 방법을 찾기 어렵다는 점에서 이 사건 법률조항이 필요최소한도를 넘어 공무원임권을 제한하였다고 보기 어렵다. 그리고 이 사건 법률조항에 의한 공무원임권의 제한은 잠정적이고 그 경우에도 공무원의 신분은 유지되고 있다는 점에서 공무원에게 가해지는 신분상 불이익과 보호하려는 공익을 비교할 때 공무원집행의 공정성과 그에 대한 국민의 신뢰를 유지하고자 하는 공익이 더욱 크다. 따라서 이 사건 법률조항은 공무원임권을 침해하지 않는다(헌재 2006.05.25, 2004헌바12).

④ (X). ‘국민기초생활 보장법’상의 수급권자가 구치소에 수감되어 형이 확정되지 않은 상황에서 개별가구에서 제외되는 것은 그 사람을 유죄로 취급하여 어떠한 불이익을 주기 위한 것이 아니라 ‘국민기초생활 보장법’의 보충급여의 원칙에 따라 다른 법령에 의하여 생계유지의 보호를 받게 되는 경우, 중복적인 보장을 피하기 위해 개별가구에서 제외시키는 것으로 이를 ‘유죄인정의 효과’로서의 불이익이라고 볼 수 없으며, 이 사건 조항이 무죄추정의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다(헌재 2011.03.31, 2009헌마617).

⑤ (○). 공정거래위원회의 고발조치 등으로 장차 형사절차내에서 진술을 해야 할 행위자에게 사전에 이와 같은 범위반사실의 공표를 하게 하는 것은 형사절차내에서 범위반사실을 부인하고자 하는 행위자의 입장을 모순에 빠뜨려 소송수행을 심리적으로 위축시키거나, 법원으로 하여금 공정거래위원회 조사결과와 신뢰성 여부에 대한 불합리한 예단을 촉발할 소지가 있고 이는 장차 진행될 형사절차에도 영향을 미칠 수 있다. 결국 범위반사실의 공표명령은 공소제기조차 되지 아니하고 단지 고발만 이루어진 수사의 초기단계에서 아직 법원의 유무죄에 대한 판단이 가려지지 아니하였는데도 관련 행위자를 유죄로 추정하는 불이익한 처분이 된다(헌재 2002.01.31, 2001헌바43).

【문27】 국회의원의 의결정족수에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 국회의원의 제명의결은 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.
- ② 국무총리에 대한 탄핵소추의결은 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야 한다.
- ③ 국회의원의 체포동의는 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 국회의 임시회는 국회재적의원 4분의 1 이상의 요구에 의하여 집회된다.
- ⑤ 본회의는 피심위원의 자격이 없는 것을 의결함에는 재적의원 과반수 이상의 찬성이 있어야 한다.

정답 ⑤

① (○). 헌법 제64조 제3항.

- ② (○). 탄핵소추는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의가 있어야 하며, 그 의결은 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야 한다(헌법 제65조 제2항).
- ③ (○). 국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다(헌법 제49조).
- ④ (○). 헌법 제47조 제1항.
- ⑤ (X). 본회의는 피심의원의 자격의 유무를 의결로 결정하되 그 자격이 없는 것을 의결함에는 재적의원 3분의 2이상의 찬성이 있어야 한다(국회법 제142조 제3항).

【문28】 국회의 상임위원회와 그 소관사항을 연결한 것으로 옳지 않은 것은?

- ① 국회운영위원회 - 대통령실 소관에 속하는 사항
- ② 정무위원회 - 공정거래위원회 소관에 속하는 사항
- ③ 기획재정위원회 - 금융위원회 소관에 속하는 사항
- ④ 행정안전위원회 - 중앙선거관리위원회 사무에 관한 사항
- ⑤ 법제사법위원회 - 감사원 소관에 속하는 사항

정답 ③

- ① (○). 국회법 제37조 제1항 1호.
- ② (○). 국회법 제37조 제1항 3호.
- ③ (X). ‘금융위원회 소관에 속하는 사항’은 정무위원회의 소관사항이다(국회법 제37조 제1항 3호).
- ④ (○). 국회법 제37조 제1항 7호.
- ⑤ (○). 국회법 제37조 제1항 2호.

【문29】 다음 중 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하는 대상은 모두 몇인가?(제청 절차는 논외로 함)

대법원장	대법관
헌법재판소장	헌법재판소 재판관
국무총리	국무위원
감사원장	중앙선거관리위원회 위원장

- ① 4 ② 5 ③ 6 ④ 7 ⑤ 8

정답 ②

대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다(헌법 제104조 제1항). 대법관은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다(헌법 제104조 제2항). 헌법재판소의 장은 국회의 동의를 얻어 재판관중에서 대통령이 임명한다(헌법 제111조 제4항). 국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다(헌법 제86조 제1항). 감사원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있다(헌법 제98조 제2항). 헌법재판소 재판관, 국무위원, 중앙선거관리위원회 위원장은 해당하지 않는다.

【문30】 다음 공직후보자들 중 인사청문회를 거쳐야 하는 대상은 모두 몇인가?

중앙선거관리위원회 위원	검찰총장
방송통신위원회 위원장	국세청장
감사위원	합동참모의장
경찰청장	

- ① 3 ② 4 ③ 5 ④ 6 ⑤ 7

【정답】 ④

‘감사위원’은 해당하지 않는다. 국회법 제65조의2 참조

[관련법률]

국회법 제65조의2(인사청문회) (제2항) 상임위원회는 다른 법률에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공직후보자에 대한 인사청문 요청이 있는 경우 인사청문을 실시하기 위하여 각각 인사청문회를 연다.

1. 대통령이 각각 임명하는 헌법재판소 재판관·중앙선거관리위원회 위원·국무위원·방송통신위원회 위원장·국가정보원장·국세청장·검찰총장·경찰청장 또는 합동참모의장의 후보자
2. 대통령당선인이 「대통령직인수에 관한 법률」 제5조제1항에 따라 지명하는 국무위원후보자
3. 대법원장이 각각 지명하는 헌법재판소 재판관 또는 중앙선거관리위원회 위원의 후보자

【문31】 지방자치제도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 제도적 보장으로서 주민자치권은 원칙적으로 개별 주민들에게 인정된 권리라 볼 수 없으며, 헌법상 주민자치의 범위는 법률에 의하여 형성된다.
- ② 조례 자체로 인하여 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다.
- ③ 조례에 대한 법률의 위임은 포괄적으로 할 수 없으며, 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 구체적으로 범위를 정하여야 할 필요가 있다.
- ④ 지방자치단체의 중층구조 또는 지방자치단체로서 특별시·광역시 및 도와 함께

사·군 및 구를 계속하여 존속하도록 할 지 여부는 입법자의 입법형성권의 범위에 들어가는 것으로 보아야 한다.

- ⑤ 구 지방자치법 제13조의2에서 규정한 주민투표권은 그 성질상 선거권, 공무담임권, 국민투표권 등과는 달리 헌법상 보장되는 참정권이라고 할 수 없다.

정답 ③

① (○). 제도적 보장으로서 주민의 자치권은 원칙적으로 개별 주민들에게 인정된 권리라 볼 수 없으며, 청구인들의 주장을 주민들의 지역에 관한 의사결정에 참여 내지 주민투표에 관한 권리침해로 이해하더라도 이러한 권리를 헌법이 보장하는 기본권인 참정권이라고 할 수 없는 것이다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1439-1440). 즉, 헌법상의 주민자치의 범위는 법률에 의하여 형성되고, 핵심영역이 아닌 한 법률에 의하여 제한될 수 있는 것이다(헌재 2006.02.23, 2005헌마403).

② (○). 조례(條例)는 지방자치단체(地方自治團體)가 그 자치입법권(自治立法權)에 근거하여 자주적으로 지방의회(地方議會)의 의결을 거쳐 제정한 법규(法規)이기 때문에 조례(條例) 자체로 인하여 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 조례(條例)에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다(헌재 1995.04.20, 92헌마264).

③ (X). 조례(條例)의 제정권자인 지방의회(地方議會)는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민(住民)의 대표기관(代表機關)이고 헌법이 지방자치단체(地方自治團體)에 포괄적(包括的)인 자치권(自治權)을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례(條例)에 대한 법률(法律)의 위임(委任)은 법규명령(法規命令)에 대한 법률(法律)의 위임(委任)과 같이 반드시 구체적(具體的)으로 범위(範圍)를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적(包括的)인 것으로 족하다(헌재 1995.04.20, 92헌마264).

④ (○). 헌법 제117조 제2항은 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 규정하고 있을 뿐 지방자치단체의 종류 및 구조를 명시하고 있지 않으므로 이에 관한 사항은 기본적으로 입법자에게 위임된 것으로 볼 수 있다. 헌법상 지방자치제도보장의 핵심영역 내지 본질적 부분이 특정 지방자치단체의 존속을 보장하는 것이 아니며 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장하는 것이므로, 현행법에 따른 지방자치단체의 중층구조 또는 지방자치단체로서 특별시·광역시 및 도와 함께 시·군 및 구를 계속하여 존속하도록 할지 여부는 결국 입법자의 입법형성권의 범위에 들어가는 것으로 보아야 한다. 같은 이유로 일정구역에 한하여 당해 지역 내의 지방자치단체인 시·군을 모두 폐지하여 중층구조를 단층화하는 것 역시 입법자의 선택범위에 들어가는 것이다(헌재 2006.04.27, 2005헌마1190).

⑤ (○). 우리 헌법은 법률이 정하는 바에 따른 ‘선거권’과 ‘공무담임권’ 및 국가안위에 관한 중요정책과 헌법개정에 대한 ‘국민투표권’만을 헌법상의 참정권으로 보장하고 있으므로, 지방자치법 제13조의2에서 규정한 주민투표권은 그 성질상 선거권, 공무담임권, 국민투표권과 전혀 다른 것이어서 이를 법률이 보장하는 참정권이라고 할 수 있을지언정 헌법이 보장하는 참정권이라고 할 수는 없다(헌재 2001.06.28, 2000헌마735).

【문32】 헌법소원의 보충성 요건과 관련한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 불기소처분에 대하여 관할 고등법원에 재정신청을 하여 그 당부를 다룰 수 있음에도 그 구제절차를 거치지 아니한 채 제기한 심판청구는 부적법하다.
- ② 불기소사건기록 열람등사청구의 거부처분이나 수사기록의 등사신청 거부처분에 대하여 행정심판 및 행정소송을 제기하지 않고 바로 헌법소원심판을 청구하더라도 부적법하지 않다.
- ③ 일회적(一回的)인 선거방송토론에의 참여를 배제하는 결정의 경우 사실상 선거방송토론에 참여할 기회를 부여하는 집행정지절차나 초청대상 후보자로서의 임시지위를 정하는 가처분절차로 권리구제가 가능하므로 보충성의 예외가 인정되지 아니한다.
- ④ 검사의 형집행처분에 대하여 형사소송법에 의한 구제방법인 이의신청을 함이 없이 헌법소원을 곧바로 제기하였다고 하여 보충성의 요건에 반한다고 할 수 없다.
- ⑤ 선거관리위원회 위원장의 현수막철거 이행명령에 대하여는 비록 행정소송의 변론종결시에는 이미 설치예정기간이 도과할 가능성이 크다고 하더라도 행정소송 등의 구제절차를 거치지 않은 이상 직접 헌법소원을 제기할 수 없다.

정답 ①

- ① (○). 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의하면, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라 하더라도 다른 법률이 정한 구제절차를 모두 거친 후에야 비로소 헌법소원심판을 청구할 수 있는데, 개정 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되어 2008. 1. 1.부터 시행된 것) 제260조 제1항, 제2항에 의하면, 고소권자로서 고소를 한 자는 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 검찰청법에 따른 항고를 거친 후 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있으므로, 그와 같은 구제절차를 거치지 않고 불기소처분에 대하여 헌법소원심판청구를 하는 것은 보충성 요건을 흠결하여 부적법하다(헌재 2010.03.02, 2010헌마49).
- ② (X). 열람등사청구의 거부처분에 대하여 행정소송 등의 구제절차를 거치지 아니하고 제기한 이 부분 헌법소원심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서가 정한 다른 법률의 구제절차를 거치지 아니한 청구로서 부적법하다고 할 것이다(헌재 2004.10.28, 2003헌마417).
- ③ (X). 이 사건 결정과 같이 일회적(一回的)인 선거방송토론에의 참여를 배제하는 결정의 경우 청구인에게 사실상 선거방송토론에 참여할 기회를 부여하는 집행정지절차나 초청대상 후보자로서의 임시지위를 정하는 가처분절차로도 충분히 행정소송에서의 종국판결과 실질적으로 동일한 효과를 가질 수 있지만, 집행정지결정으로 당연히 선거방송토론에 참여할 수 있는 법적 지위가 부여된다고 단정할 수 없고, 실무관행상 취소소송 등 행정소송에 민사소송법상의 가처분절차가 준용된다고 보기도 어려워, 이들 절차 역시 직접적이고 실효적인 권리구제수단이라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 결정에 대하여는 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 기본권 침해에 당한 자에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않아 보충성의 예외를 인정한다(헌재 2006.06.29, 2005헌마415).
- ④ (X). 청구인이 위헌확인을 구하는 공권력의 행사는 검사의 형집행기간 산정에 관한 처분

인데(형사소송법 제460조 참조), 그러한 집행을 받는 자는 집행에 관한 검사의 처분이 부당할 경우 그 재판을 선고한 법원에 이의신청을 할 수 있다(형사소송법 제489조). 따라서 검사의 위 형집행처분에 대하여 형사소송법에 의한 이의신청을 함이 없이 곧바로 이루어진 이 사건 헌법소원심판청구는 보충성의 요건을 갖추지 아니한 것으로서 부적법하다(헌재 2011.08.30, 2011헌마454).

⑤ (X). 피청구인의 현수막철거 이행명령에 대하여는 행정소송법 및 행정심판법에 의하여 행정소송이나 행정심판이 가능할 것이나, 청구인이 피청구인의 행위에 대하여 그의 취소를 구하는 행정소송을 제기한다 하더라도 현수막의 설치기간이 옥외광고물등관리법시행령 제8조 제3호 별표에 의하여 15일 이내로 되어 있어, 행정쟁송절차에 소요되는 기간을 감안할 때 행정소송의 변론종결시에는 이미 설치예정기간이 도과하여 청구인으로서의 신고에 따른 설치목적 달할 수 없기 때문에, 피청구인의 처분의 취소를 구할 법률적 이익이 부정되어 각하될 가능성이 많다. 따라서 이와 같이 취소소송을 통하여는 침해된 권익의 구제가 불가능하다면, 행정청의 공권력행사에 의하여 국민의 권익이 침해될 것이 예상되는 경우 미리 그 예상되는 침익적 처분을 저지하는 것을 목적으로 하여 ‘예방적 부작위소송’을 제기하는 것을 고려해 볼 수 있으나, 법원은 현행 소송법상 법정된 행정소송의 유형 이외의 소송을 원칙적으로 인정하지 않는다는 입장을 취하고 있으므로, 예방적 부작위소송을 제기한다 하더라도 ‘행정소송에서 허용되지 아니하는 것’이라는 이유로 부적법하여 각하될 것으로 보인다. 따라서 이 사건 헌법소원은 구제절차가 있다고 하더라도 그로 인하여 권리가 구제될 가능성이 없어 청구인에게 그 절차의 선이행을 요구할 기대가능성이 없는 경우에 해당한다 할 것이므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 불구하고 구제절차를 거치지 아니하고 직접 헌법소원을 제기할 수 있는 예외적인 경우의 하나로 보아야 할 것이다(헌재 2002.07.18, 99헌마592).

【문33】 공무담임권과 관련된 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 정부투자기관의 임직원에 대한 지방의회의원선거에서의 입후보제한은 그 합리적 필요성이 있고, 이를 공무담임권의 과도한 제한이라고 볼 수 없다.
- ② 공무담임권이란 입법부, 집행부, 사법부는 물론 지방자치단체등 국가, 공공단체의 구성원으로서 그 직무를 담당할 수 있는 권리를 말한다.
- ③ 공무담임권의 보호영역에는 공직취임의 기회와 자의적인 배제 뿐만 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈도 포함된다.
- ④ 검찰총장 퇴임 후 2년 이내에는 모든 공직에의 임명을 금지하는 것은 그 입법목적에 비추어 볼 때 그 제한이 필요 최소한의 범위를 벗어난 것으로서 공무담임권을 침해하는 것이다.
- ⑤ 향토예비군 지휘관이 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 직에서 당연 해임하도록 하는 것은 공무담임권을 침해한다.

정답 ①

① (X). 정부투자기관(政府投資機關)의 “임원(任員)”이나 정부투자기관관리기본법시행령 제13조 제1항에서 정하는 “집행간부(執行幹部)”에 대한 지방의회의원선거(地方議會議員選舉)에서의 입후보 제한은 그 합리적 필요성이 있고 이를 공무담임권(公務擔任權)의 과도한 제한이라고 볼 수 없다 할 것이나, 정부투자기관(政府投資機關)의 경영(經營)에 관한 결정이나 집행(執行)에 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위(地位)에 있다고 볼 수 없는 직원(職員)을 임원(任員)이나 집행간부(執行幹部)들과 마찬가지로 취급하여 지방의회의원직(地方議會議員職)에 입후보를 하지 못하도록 하고 있는 구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 제35조 제1항 제6호의 입후보금지 규정은 정부투자기관(政府投資機關)의 직원(職員)이라는 사회적(社會的) 신분(身分)에 의하여 합리적인 이유 없이 청구인(請求人)들을 차별하는 것이어서 헌법(憲法) 제10조의 평등원칙(平等原則)에 위배되고, 헌법(憲法) 제37조 제2항의 비례(比例)의 원칙(原則)에 어긋나서 청구인들의 기본적(基本的)인 공무담임권을 침해하는 것이므로 헌법(憲法)에 위반(違反)된다(헌재 1995.05.25, 91헌마67).

② (○). 공무담임권이란 국가, 공공단체의 구성원으로서 그 직무를 담당할 수 있는 권리이므로 주된 선거방송 대담·토론회의 참가가 제한되어 사실상 선거운동의 자유가 일부 제한되는 측면이 있다고 하여 그로써 바로 국가기관의 공직에 취임할 수 있는 권리가 직접 제한된다고 보기는 어렵다고 할 것인바, 이 사건 법률조항은 공무담임권을 제한하는 것이라고 볼 수 없다(헌재 1996. 3. 28. 96헌마9등 참조).

③ (○). 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”고 하여 공무담임권을 보장하고 있고, 공무담임권의 보호영역에는 공직취임의 기회와 자의적인 배제 뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈도 포함되는 것이다(헌재 2002.08.29, 2001헌마788).

④ (○). 檢察廳法 제12조 제4항은 검찰총장 퇴임후 2년 이내에는 법무부장관과 내부부장관직 뿐만 아니라 모든 공직에의 임명을 금지하고 있으므로 심지어 國·公立大學校 總·學長, 敎授 등 학교의 경영과 학문연구직에의 임명도 받을 수 없게 되어 있다. 그 입법목적에 비추어 보면 그 제한은 必要 最小限의 범위를 크게 벗어나 職業選擇의 자유와 公務擔任權을 침해하는 것으로서 헌법상 허용될 수 없다(헌재 1997.07.16, 97헌마26).

⑤ (○). 향토예비군 지휘관이 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 그 직에서 당연 해임하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 금고 이상의 선고유예의 판결을 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정하고 있을 뿐 아니라, 심지어 오늘날 누구에게나 위험이 상존하는 교통사고 관련 범죄 등 과실범의 경우마저 당연해임의 사유에서 제외하지 않고 있으므로 최소 침해성의 원칙에 반한다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 공무담임권을 침해하는 조항이라고 할 것이다(헌재 2005.12.22, 2004헌마947).

【문34】 개인정보자기결정권과 관련된 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

① 헌법재판소는 개인정보자기결정권을 헌법상의 기본권으로 인정하며, 그 헌법적 근거는 독자적인 기본권으로서 헌법상 명시되지 않은 기본권에 해당한다고 본

다.

- ② 개인정보는 반드시 개인의 내밀한 영역이거나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함하고, 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.
- ③ 지문날인제도는 주민등록증 발급대상자에 대하여 열 손가락의 지문날인의무를 부과하는 것으로 신체의 안정성을 저해한다거나 신체의 자유의 침해가능성은 없다.
- ④ 전 국민을 대상으로 하는 지문정보는 구체적인 범죄수사를 위해서뿐 아니라 범죄정보수집, 범죄예방을 병자한 특정한 개인에 대한 행동의 감시에 남용될 수 있어 법익균형성이 상실될 우려가 있다.
- ⑤ 경찰청장은 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률에 의하여 지문정보의 보관과 지문정보를 개인정보파일로 변환하는 전산화를 할 수 있으므로, 업무수행상의 필요에 의하여 적법하게 보유하고 있는 지문정보를 전산화할 수 있다.

정답 ④

① (○). 개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인권권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한 두개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다(헌재 2005.05.26, 99헌마513).

② (○). 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등).

③ (○). 이 사건 시행령조항이 주민등록증 발급대상자에 대하여 열 손가락의 지문을 날인할 의무를 부과하는 것만으로는 신체의 안정성을 저해한다거나 신체활동의 자유를 제약한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 시행령조항에 의한 신체의 자유의 침해가능성은 없다고 할 것이다(헌재 2005.05.26, 99헌마513).

④ (X). 이 사건 지문날인제도로 인하여 정보주체가 현실적으로 입게 되는 불이익에 비하여 경찰청장이 보관·전산화하고 있는 지문정보를 범죄수사활동, 대형사건사고나 변사자가 발생한 경우의 신원확인, 타인의 인적사항 도용 방지 등 각종 신원확인의 목적을 위하여 이용함으로써 달성할 수 있게 되는 공익이 더 크다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 지문날인제도

는 법익의 균형성의 원칙에 위배되지 아니한다(헌재 2005.05.26, 99헌마513).

⑤ (○). 경찰청장은 개인정보화일의 보유를 허용하고 있는 공공기관의개인정보보호에 관한 법률 제5조에 의하여 자신이 업무수행상의 필요에 의하여 적법하게 보유하고 있는 지문정보를 전산화할 수 있고, 지문정보의 보관은 범죄수사 등의 경우에 신원확인을 위하여 이용하기 위한 것이므로, 경찰청장이 지문정보를 보관하는 행위의 법률적 근거로서 거론되는 법률조항들은 모두 경찰청장이 지문정보를 범죄수사목적에 이용하는 행위의 법률적 근거로서 원용될 수 있다(헌재 2005.05.26, 99헌마513).

【문35】 양심의 자유와 관련한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 국가의 법질서와 개인의 내적·윤리적 결정인 양심이 서로 충돌하는 경우 헌법은 국가로 하여금 개인의 양심을 보호할 것을 규정하고 있다.
- ② 양심상의 결정이 양심의 자유에 의하여 보장되기 위해서는 어떠한 종교관·세계관 또는 그 외의 가치체계에 기초하고 있어야 한다.
- ③ 소수의 국민이 양심의 자유를 주장하여 다수에 의하여 결정된 법질서에 대하여 복종을 거부한다면 국가의 법질서와 개인의 양심 사이의 충돌은 항상 발생할 수 있다.
- ④ 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 권리인 양심실현의 자유는 법질서에 위배되거나 타인의 권리를 침해할 수 있기 때문에 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유이다.
- ⑤ 인간의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법상의 기본권체계 내에서 양심의 자유의 기능은 개인적 인격의 정체성과 동질성을 유지하는 데 있다.

【정답】 ②

- ① (○). 국가의 법질서와 개인의 내적·윤리적 결정인 양심이 서로 충돌하는 경우 헌법은 국가로 하여금 개인의 양심을 보호할 것을 규정하고 있다(헌재 2004.08.26, 2002헌가1).
- ② (X). 양심상의 결정이 어떠한 종교관·세계관 또는 그 외의 가치체계에 기초하고 있는가와 관계없이, 모든 내용의 양심상의 결정이 양심의 자유에 의하여 보장된다(헌재 2004.08.26, 2002헌가1).
- ③ (○). 소수의 국민이 양심의 자유를 주장하여 다수에 의하여 결정된 법질서에 대하여 복종을 거부한다면, 국가의 법질서와 개인의 양심 사이의 충돌은 항상 발생할 수 있다(헌재 2004.08.26, 2002헌가1).
- ④ (○). 양심의 자유 중 양심형성의 자유는 내심에 머무르는 한, 절대적으로 보호되는 기본권이라 할 수 있는 반면, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 권리인 양심실현의 자유는 법질서에 위배되거나 타인의 권리를 침해할 수 있기 때문에 법률에 의하여 제한될

수 있는 상대적 자유라 할 것이다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바35).

⑤ (○). 인간의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법상의 기본권체계 내에서 양심의 자유의 기능은 개인적 인격의 정체성과 동질성을 유지하는데 있다(헌재 2004.08.26, 2002헌가1).

【문36】 언론·출판의 자유와 관련된 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 의사표현의 매개체를 의사표현을 위한 수단이라고 전제할때, 이러한 의사표현의 매개체는 언론·출판의 자유의 보호대상이 된다.
- ② 의사표현·전파의 자유에는 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다.
- ③ 영화도 의사형성적 작용을 하는 한 의사의 표현·전파의 형식의 하나로 인정되며, 결국 언론·출판의 자유에 의해서 보호되는 의사표현의 매개체라는 점은 의문의 여지가 없다.
- ④ 검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것은 아니고, 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것이다.
- ⑤ 검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한 경우 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라 하더라도 검열기관은 행정기관이 아니라고 보아야 한다.

정답 ⑤

① (○). 헌법 제21조 제1항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 규정하여 언론·출판의 자유를 보장하고 있는바, 의사표현의 자유는 바로 언론·출판의 자유에 속한다. 따라서 의사표현의 매개체를 의사표현을 위한 수단이라고 전제할 때, 이러한 의사표현의 매개체는 헌법 제21조 제1항이 보장하고 있는 언론·출판의 자유의 보호대상이 된다고 할 것이다(헌재 2008.10.30, 2004헌가18).

② (○). 의사표현·전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없다고 하는 것이 우리 재판소의 확립된 견해이다. 즉, 담화, 연설, 토론, 연극, 방송, 음악, 영화, 가요 등과 문서, 소설, 시가, 도화, 사진, 조각, 서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다고 할 것이다(헌재 1993. 5. 13. 91헌바17).

③ (○). 이 사건에서 문제가 되고 있는 영화도 의사형성적 작용을 하는 한 의사의 표현·전파의 형식의 하나로 인정되며, 결국 언론·출판의 자유에 의해서 보호되는 의사표현의 매개체라는 점은 의문의 여지가 없다(헌재 2001.08.30, 2000헌가9).

④ (○). 검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것은 아니고, 의사표현

의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것이다. 그리고 검열은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 이에 해당하는 것이다(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등).

⑤ (X). 영상물등급위원회가 행정기관인가의 여부는 기관의 형식에 의하기보다는 그 실질에 따라 판단되어야 할 것이다. 예를 들면 검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한다고 하더라도 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 보아 검열기관은 행정기관이라고 보아야 한다(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등).

【문37】 행복추구권 내지 일반적 행동자유권에 관하여 헌법재판소 판례와 다른 것은?

- ① 무면허의료행위라 할지라도 지속적인 소득활동이 아니라 취미, 일시적 활동 또는 무상의 봉사활동으로 삼는 경우에는 일반적 행동자유권의 보호영역에 포함된다.
- ② 결혼식 하객들에게 주류와 음식물을 접대하는 행위는 인류의 오래된 보편적인 사회생활의 한 모습으로서 일반적 행동자유권의 보호대상이다.
- ③ 장래 가족의 구성원이 될 태아의 성별정보에 대한 접근을 국가로부터 방해받지 않을 부모의 권리는 헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에 의하여 보호된다.
- ④ 주세법에 의한 자도소주 구입명령제도는 소주판매업자의 직업의 자유는 물론 소주제조업자의 경쟁 및 기업의 자유와 소비자의 행복추구권에서 파생된 자기결정권을 지나치게 침해하여 위헌이다.
- ⑤ 기부금품의 모집이나 기부행위 자체는 사회적으로 해로운 행위가 아니고 기부금품 모집과정에서의 위법행위는 형법 등으로 규제되므로, 기부금품의 모집에 허가를 받도록 한 것은 위헌이다.

【정답】 ⑤

① (○). 청구인이 의료행위를 지속적인 소득활동이 아니라 취미, 일시적 활동 또는 무상의 봉사활동으로 삼는 경우에는 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동의 자유를 제한하는 규정이다(헌재 2002.12.18, 2001헌마370).

② (○). 결혼식 등의 당사자가 자신을 축하하러 온 하객들에게 주류와 음식물을 접대하는 행위는 인류의 오래된 보편적인 사회생활의 한 모습으로서 개인의 일반적 행동의 자유 영역에 속하는 행위이므로 이는 헌법 제37조 제1항에 의하여 경시되지 아니하는 기본권이며 헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에 포함되는 일반적 행동자유권으로서 보호되어야 할 기본권이다(헌재 1998.10.15, 98헌마168).

③ (○). 헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 각 개인이 그 삶을 사적으로 형성할 수 있는 자율영역에 대한 보장이 포함되어 있음을 감안할 때, 장래 가족의 구성원이 될

태아의 성별 정보에 대한 접근을 국가로부터 방해받지 않을 부모의 권리는 이와 같은 일반적 인격권에 의하여 보호된다고 보아야 할 것인바, 이 사건 규정은 일반적 인격권으로부터 나오는 부모의 태아 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 제한하고 있다고 할 것이다(헌재 2008.07.31, 2004헌마1010).

④ (○). 구입명령제도는 소주판매업자의 직업의 자유는 물론 소주제조업자의 경쟁 및 기업의 자유, 즉 직업의 자유와 소비자의 행복추구권에서 파생된 자기결정권을 지나치게 침해하는 위헌적인 규정이다(헌재 1996.12.26, 96헌가18).

⑤ (X). 이 사건 허가조항은 기부금품의 과잉모집이나 적정하지 못한 사용을 방지하기 위한 것으로서 정당한 목적달성을 위한 적합한 수단이 된다. 또한 지속적인 기부금품 모집허가를 규정하고, 기부금품 모집을 허가해야 할 사업의 범위를 넓게 규정하면서 일반조항을 통하여 대부분의 공익사업에 대한 기부금품 모집이 가능하도록 하고 있는 점 등을 고려할 때 기본권의 최소침해성원칙이나 법익균형성원칙에 반한다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 허가조항은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반하여 기부금품을 모집할 일반적 행동의 자유를 침해하지 않는다. 또한 이 사건 처벌조항은 입법재량의 범위를 넘어 과도한 제재를 과하는 것이라 볼 수 없다(헌재 2010.02.25, 2008헌바83).

【문38】 선거권 및 공무담임권 등과 관련된 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 재외국민(대한민국 국적을 가지고 외국의 영주권을 가지고 있는 자 포함)의 선거권을 전면적으로 부정한 것은 헌법 제37조 제2항에 위반되어 재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.
- ② 범죄자의 선거권을 제한함에 있어 ‘ 금고 이상의 형을 선고받은 자로서 그 형의 집행을 마치지 아니한 자’라는 기준을 설정하여 일률적으로 수형자의 선거권을 제한한 것은 침해의 최소성의 원칙에 위반되어 위헌이다.
- ③ 경찰대학의 학사운영에 관한 규정에서 입학 자격을 만 17세이상 21세 미만으로 규정한 것은 공무담임권을 침해하는 것이 아니다.
- ④ 법률로써 선거일 전 일정기간 동안 관할구역 내에 거주하거나 주민등록이 되어 있을 것을 피선거권 부여의 요건으로 정한 것은 헌법에 위반되지 않는다.
- ⑤ 대통령선거의 후보자등록요건으로 5억 원의 기탁금을 납부하게 한 것은 위헌이지만, 국회의원선거에 1,500만 원의 기탁금을 부담시킨 것은 공무담임권의 침해가 아니다.

【정답】 ②

① (○). 단지 주민등록이 되어 있는지 여부에 따라 선거인명부에 오를 자격을 결정하여 그에 따라 선거권 행사 여부가 결정되도록 함으로써 엄연히 대한민국의 국민임에도 불구하고 주민등록법상 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 부정하고 있는 법 제37조 제1항은 어떠한 정당한 목적도 찾기 어려우므로 헌법 제37조 제2항에 위반하여

재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다(헌재 2007.06.28, 2004헌마644).

② (X). 선거일 현재 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자는 선거권이 없다고 규정하고 있는 공직선거법 제18조 제1항 중 제2호 전단 부분은 과잉금지원칙에 위반함으로써 수형자인 청구인의 선거권 등 기본권을 침해하지 않는다(헌재 2009.10.29, 2007헌마1462).

③ (O). 경찰대학에 연령제한을 둔 목적은 젊고 유능한 인재를 확보하고 이들에게 필요한 교육 훈련을 일관적이고 체계적으로 실시하여 국민에게 전문적이고 질 높은 행정 서비스를 제공하기 위한 것이므로, 이를 위하여 경찰대학 입학에 일정한 상한연령을 규정하는 것은 정당한 목적에 대한 적절한 수단이다. 또한, 고등학교 졸업 후 2-3회의 입학 기회를 부여하고 있는 점, 경찰대학 외에 경찰간부가 될 수 있는 별도의 제도가 마련되어 있는 점 등을 볼 때 이 심판 대상 규정으로 확보되는 우수한 경찰간부 양성을 통한 경찰행정서비스의 향상이라는 입법목적은 달성하기 위하여 공무담임권을 보다 적게 제한할 방법은 찾기 어려우므로, 피해최소성의 원칙에 위배되지 아니한다. 그러므로 이 사건 심판대상 규정은 청구인의 공무담임권을 침해하지 아니한다(헌재 2009.07.30, 2007헌마991).

④ (O). 이 사건 법률조항은 헌법이 보장한 주민자치를 원리로 하는 지방자치제도에 있어서 지역적 관계를 고려하여 당해 지역사정을 잘 알거나 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 당해 지역행정에 대한 관심과 애항심이 많은 사람에게 피선거권을 부여함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모함과 아울러 우리나라 지방자치제도의 정착을 위한 규정으로서 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 공무담임권을 제한하고 있다고 볼 수 없다(헌재 2004.12.16, 2004헌마376).

⑤ (O). 현행 선거법 하에서 대통령선거의 기탁금 액수가 종전과 같이 3억 원이 되어야 할 필요성은 오히려 약해졌는데도 기탁금이 5억으로 증가되어 있고, 또 기탁금이 반환되는 유효투표총수의 득표율은 더 높아졌다. 결국, 이 사건 조항은 개인에게 현저하게 과다한 부담을 초래하며, 이는 고액 재산의 다과에 의하여 공무담임권 행사기회를 비합리적으로 차별하므로, 청구인의 공무담임권을 침해한다(헌재 2008.11.27, 2007헌마1024). 지역구국회의원선거의 기탁금을 1,500만원으로 정한 것이 청구인들의 공무담임권 등을 침해하지 않는다(헌재 2003.08.21, 2001헌마687).

【문39】 지방자치에 대한 서술 중 옳지 않은 것은?

- ① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권이거나 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.
- ② 지방자치단체장의 재의요구에 대하여 재의한 결과 재적의원과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.
- ③ 지방자치단체의 장은 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되면 대법원에 소를 제기할 수 있으나 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할

수는 없다.

- ④ 시·도의회에 교육·학예에 관한 의안과 청원 등을 심사·의결하기 위하여 교육위원회를 두고, 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관으로 시·도에 교육감을 둔다.
- ⑤ 교육감은 교육·학예에 관한 시·도의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.

정답 ③

- ① (○). 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의요구를 받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다(지방자치법 제172조 제1항).
- ② (○). 지방자치법 제172조 제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다(지방자치법 제172조 제2항).
- ③ (X). 지방자치단체의 장은 제2항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되면 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다(지방자치법 제172조 제3항).
- ④ (○). 시·도의회에 교육·학예에 관한 의안과 청원 등을 심사·의결하기 위하여 상임위원회(이하 “교육위원회”라 한다)를 둔다(지방교육자치에 관한 법률 제4조). 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관으로 시·도에 교육감을 둔다(지방교육자치에 관한 법률 제18조 제1항).
- ⑤ (○). 교육감은 제11조제2항의 규정에 따른 교육위원회의 의결 또는 교육·학예에 관한 시·도의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다(지방교육자치에 관한 법률 제28조 제1항).

【문40】 법원조직법에서 대법관회의의 의결사항으로 규정한 것이 아닌 것은?

- ① 관례의 수집·간행에 관한 사항
- ② 예산요구, 예비금지출과 결산에 관한 사항
- ③ 대법원규칙의 제정과 개정 등에 관한 사항
- ④ 판사의 임명, 연임 및 정계에 대한 동의
- ⑤ 특히 중요하다고 인정되는 사항으로 대법원장이 부의한 사항

정답 ④

‘판사의 임명, 연임 및 정계에 대한 동의’는 대법관회의의 의결사항에 해당하지 않는다.

법원조직법 제17조(대법관회의의 의결사항) 다음 각호의 사항은 대법관회의의 의결을 거친다.

1. 판사의 임명 및 연임에 대한 동의
2. 대법원규칙의 제정과 개정등에 관한 사항
3. 관례의 수집·간행에 관한 사항
4. 예산요구, 예비금지출과 결산에 관한 사항
5. 다른 법령에 의하여 대법관회의의 권한에 속하는 사항
6. 특히 중요하다고 인정되는 사항으로서 대법원장이 부의한 사항

민 법
해설/ 고시계 편집국

【문 1】 이행불능의 귀책사유나 위험부담에 관한 다음의 설명중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 관례에 의한)

- ① 매매 목적물이 경매절차에서 매각됨으로써 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이행불능에 이르러 매매계약이 종료된 사안에서, 위험부담의 법리에 따라 매도인은 이미 지급받은 계약금을 반환하여야 하고 매수인은 목적물을 점유·사용함으로써 취득한 임료 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다.
- ② 부동산 매수인이 매매목적물에 설정된 근저당권의 피담보채무에 관하여 그 이행을 인수한 경우 매수인이 그 변제를 게을리하여 근저당권이 실행됨으로써 매도인이 매매목적물에 관한 소유권을 상실하였다면, 특별한 사정이 없는 한 이는 매수인에게 책임 있는 사유로 인하여 소유권이전등기의무가 이행불능으로 된 경우에 해당한다.
- ③ 근로자가 무효인 부당전직에 불응하여 전직명령의 효력을 다투면서 전직발령지에서 근로를 제공하지 아니하는 경우 이는 부당한 전직명령을 한 사용자의 귀책사유로 말미암은 것이므로, 근로자는 전직명령시부터 원직복귀시까지의 기간 동안 중전 근무지에서 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금의 지급을 청구할 수 있다.
- ④ 영상물 제작공급계약상 수급인의 채무가 도급인과 협력하여 그 지시감독을 받으면서 영상물을 제작하여야 하는데 도급인의 영상물제작에 대한 협력의 거부로 수급인이 독자적으로 성의껏 제작하여 납품한 영상물이 도급인의 의도에 부합되지 아니하게 된 경우, 이는 계약상의 협력의무의 이행을 거부한 도급인의 귀책사유로 인한 것이므로 수급인은 약정대금 전부의 지급을 청구할 수 있다.

- ⑤ 교환계약의 목적물인 양 토지가 이후 공공사업의 시행자에게 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법에 따라 모두 협의취득되었다면, 쌍방은 각각의 토지에 관한 소유권이전등기의무의 이행불능에 대하여 모두 귀책사유가 없다.

정답 ⑤

- ① (○). 대법원 2009.5.28. 선고 2008다98655,98662 판결 참조
 ② (○). 대법원 2009.5.14. 선고 2009다5193 판결 참조
 ③ (○). 근로자가 무효인 부당전직에 불응하여 전직명령의 효력을 다투면서 전직발령지에서 근로를 제공하지 아니하는 경우 이는 부당한 전직명령을 한 사용자의 귀책사유로 말미암은 것이므로, 근로자는 전직명령시부터 원직복귀시까지의 기간 동안 종전 근무지에서 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금의 지급을 청구할 수 있다(대법원 2006.9.14. 선고 2006다33531 판결).
 ④ (○). 대법원 1996.7.9. 선고 96다14364,14371 판결
 ⑤ (X). 교환계약의 대상인 양 토지에 대하여 공공용지의취득및손실보상에관한특별법에 따른 협의취득이 이루어진 경우, 쌍방의 소유권이전등기의무의 이행불능에 대한 귀책사유 유무(적극): 공공사업의 시행자가 공공용지의취득및손실보상에관한특별법에 따라 그 사업에 필요한 토지를 협의취득하는 행위는 토지수용의 경우와는 달리 사경제주체로서 하는 사법상의 법률행위에 지나지 아니하여, 토지 소유자는 그 협의매수의 제의에 반드시 응하여야 할 의무가 있는 것은 아니므로, 교환계약의 목적물인 양 토지가 이후 공공사업의 시행자에게 공공용지의취득및손실보상에관한특별법에 따라 각 협의취득되었다면, 쌍방은 그 각 토지에 관한 소유권이전등기의무의 이행불능에 대하여 각 귀책사유가 없다고 단정할 수 없다(대법원 1996. 6. 25. 선고 95다6601).

【문 2】 계약금에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 매수인이 계약의 이행에 착수하기 전에는 매도인이 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제할 수 있으나, 이 해제는 통고로써 즉시 효력을 발생하는 것이 아니라 매도인이 수령한 계약금의 배액을 매수인에게 상환하거나 적어도 그 이행제공을 하여야 한다.
 ② 국토이용관리법상의 토지거래허가를 받지 않아 유효적 무효상태인 매매계약에서도 매도인은 계약금의 배액을 상환하고 계약을 적법하게 해제할 수 있다.
 ③ 매매계약의 체결 이후 시가 상승이 예상되자 매도인이 구두로 구체적인 금액의 제시 없이 매매대금의 증액요청을 하였고, 매수인은 이에 대하여 응답하지 않은 상태에서 중도금을 이행기 전에 제공하였는데, 그 이후 매도인이 계약금의 배액을 공탁하여 해제권을 행사한 경우, 특별한 사정이 없는 한 위 계약해제는 적법하다.
 ④ 유상계약을 체결함에 있어서 계약금이 수수된 경우 계약금은 해약금의 성질을 가지고 있어서, 이를 위약금으로 하기로 하는 특약이 없는 이상 계약이 당사자

일방의 귀책사유로 인하여 해제되었다 하더라도 상대방은 계약불이행으로 입은 실제 손해만을 배상받을 수 있을 뿐 계약금이 위약금으로서 상대방에게 당연히 귀속되는 것은 아니다.

- ⑤ 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 정한 토지거래계약에 관한 허가구역으로 지정된 구역 안의 토지에 관하여 매매계약이 체결된 후 계약금만 수수한 상태에서 당사자가 토지거래

허가신청을 하고 이에 따라 관할관청으로부터 그 허가를 받았다 하더라도, 아직 이행의 착수가 있다고 볼 수 없으므로 매도인으로서 민법 제565조에 의하여 계약금의 배액을 상환하고 매매계약을 해제할 수 있다.

정답 ③

- ① (○). 매수인이 계약의 이행에 착수하기 전에는 매도인이 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제할 수 있으나, 이 해제는 통고로써 즉시 효력을 발생하고 나중에 계약금 배액의 상환 의무만 지는 것이 아니라 매도인이 수령한 계약금의 배액을 매수인에게 상환하거나 적어도 그 이행제공을 하지 않으면 계약을 해제할 수 없다(대법원 1992.7.28. 선고 91다33612 판결).

- ② (○). 대법원 1997.6.27. 선고 97다9369 판결 참조

- ③ (X). 대법원 2006.2.10. 선고 2004다11599 판결 【소유권이전등기】

"매매계약의 체결 이후 시가 상승이 예상되자 매도인이 구두로 구체적인 금액의 제시 없이 매매대금의 증액요청을 하였고, 매수인은 이에 대하여 응답하지 않은 상태에서 중도금을 이행기 전에 제공하였는데, 그 이후 매도인이 계약금의 배액을 공탁하여 해제권을 행사한 사안에서, 시가 상승만으로 매매계약의 기초적 사실관계가 변경되었다고 볼 수 없고, 이행기 전의 이행의 착수가 허용되어서는 안 될 만한 불가피한 사정이 있는 것도 아니므로 매도인은 위의 해제권을 행사할 수 없다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례"

- ④ (○). 대법원 1996.6.14. 선고 95다54693 판결 참조

- ⑤ (○). 대법원 2009.4.23. 선고 2008다62427 판결 【소유권이전등기】

"국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 정한 토지거래계약에 관한 허가구역으로 지정된 구역 안에 위치한 토지에 관하여 매매계약이 체결된 경우 당사자는 그 매매계약이 효력이 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있지만, 이러한 의무는 그 매매계약의 효력으로서 발생하는 매도인의 재산권이전의무나 매수인의 대금지급의무와는 달리 신의칙상의 의무에 해당하는 것이어서 당사자 쌍방이 위 협력의무에 기초해 토지거래허가신청을 하고 이에 따라 관할관청으로부터 그 허가를 받았다 하더라도, 아직 그 단계에서는 당사자 쌍방 모두 매매계약의 효력으로서 발생하는 의무를 이행하였거나 이행에 착수하였다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그 단계에서 매매계약에 대한 이행의 착수가 있다고 보아 민법 제565조의 규정에 의한 해제권 행사를 부정하게 되면 당사자 쌍방 모두에게 해제권의 행사 기한을 부당하게 단축시키는 결과를 가져올 수도 있다. 그러므로 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 정한 토지거래계약에 관한 허가구역으로 지정된 구역 안의 토지에 관하여 매매계약이 체결된 후 계약금만 수수한 상태에서 당사자가 토지거래허가신청을 하고 이에 따라 관할관청으로부터 그 허가를 받았다 하더라도, 그러한 사정만으로는 아직 이행의 착수가 있다고 볼 수 없

어 매도인으로서 민법 제565조에 의하여 계약금의 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다.”

【문 3】 비법인사단에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 종중총회의 소집통지가 총회일 5일 전에 이루어져 총회의 소집은 1주간 전에 통지를 발하고 기타 정관에 정한 방법에 의하여야 한다고 규정한 민법 제71조의 규정에 위반된 경우, 위 종중총회에서 결의는 특별한 사정이 없는 한 무효이다.
- ② 민법상 비법인사단의 이사회 혹은 대의원회의의 결의에 자격없는 자가 참가한 하자가 있다 하더라도 그 의사의 경과, 자격 없는 자의 표결을 제외하더라도 그 결의가 성립함에 필요한 정족수를 충족하는 점 등 제반 사정에 비추어 그 하자가 결의의 결과에 영향을 미치지 않았다고 인정되는 때에는 그 하자는 결의취소 사유가 되는 데 그치고 이를 결의무효사유로 볼 것은 아니다.
- ③ 사단법인의 하부조직인 지역지부는 단일한 권리주체인 사단법인을 구성하는 부분이나 기관에 불과하므로 사단법인으로부터 독립하여 별개의 권리주체가 될 수 없다.
- ④ 비법인사단이 총유물에 관하여 체결한 매매계약에 따라 소유권이전등기의무가 존재하고 있음을 시인하는 것은 그에 따라 소멸시효 중단사유로서 승인의 효과가 발생하므로 총유물의 관리·처분행위에 해당하여 사원총회의 결의를 거치지 않으면 효력이 없다.
- ⑤ 공동주택의 입주자대표회의는 입주자 전원을 구성원으로 하는 단체이고 동별대표자는 그 입주자들에 의하여 선출되는 기관에 불과하므로 새로운 동별대표자 선출과정에서 동별대표자 전원이 교체되었다고 하더라도 입주자대표회의의 단체로서의 동일성에는 지장이 없다.

정답 ①

① (○). 종중원인 갑을 비롯한 10명의 종원이 1991.9.3. 연락 가능한 종원들에게 임시총회 소집통지를 한 다음 1991.9.8. 13:00경 종중총회를 개최하여 갑을 종중의 대표자로 선출하였다면, 그 종중총회의 소집절차는 "총회의 소집은 1주간 전에 통지를 발하고 기타 정관에 정한 방법에 의하여야 한다."고 규정한 민법 제71조의 규정에 위반되어, 특별한 사정이 없는 한 그 종중총회의 결의는 그 효력이 없다(대법원 1995.11.7. 선고 94다7669 판결).

② (X). 사안과 같은 경우 대법원은 유효로 평가하였다(대법원 1997. 5. 30. 선고 96다 23375-> 비법인사단의 이사회 혹은 대의원회의의 결의에 자격 없는 자가 참가한 하자가 있다 하더라도 그 의사의 경과, 자격 없는 자의 표결을 제외하더라도 그 결의가 성립함에 필요한 정족수를 충족하는 점 등 제반 사정에 비추어 그 하자가 결의의 결과에 영향을 미치지

않았다고 인정되는 때에는 그 결의를 무효라고 볼 것은 아니다(재건축조합 대의원회의의 임원선임 결의에 조합원이 아니어서 대의원 자격이 없는 자들이 참가하여 표결한 사안에서, 그들이 그 회의에서 아무런 발언 없이 찬성의 의사표시만을 하였을 뿐이고 또한 그들을 제외하더라도 결의 성립에 필요한 정족수를 충족하고 있으므로 그 대의원 결의는 무효가 아니라고 본 사례).

③ (X). 사단법인의 하부조직의 하나라 하더라도 스스로 단체로서의 실체를 갖추고 독자적인 활동을 하고 있다면 사단법인과는 별개의 독립된 비법인사단으로 볼 수 있다(대법원 2009.1.30. 선고 2006다60908 판결).

④ (X). 비법인사단의 사원총회가 그 총유물에 관한 매매계약의 체결을 승인하는 결의를 하였다면, 통상 그러한 결의에는 그 매매계약의 체결에 따라 발생하는 채무의 부담과 이행을 승인하는 결의까지 포함되었다고 봄이 상당하므로, 비법인사단의 대표자가 그 채무에 대하여 소멸시효 중단의 효력이 있는 승인을 하거나 그 채무를 이행할 경우에는 특별한 사정이 없는 한 별도로 그에 대한 사원총회의 결의를 거칠 필요는 없다고 보아야 한다(대법원 2009.11.26. 선고 2009다64383).

⑤ (X). 공동주택의 입주자대표회의는 동별세대수에 비례하여 선출되는 “동별대표자를 구성원”으로 하는 법인 아닌 사단이고, 그 동별대표자는 각 동별 입주자가 선출하는 것이므로, 동별대표자가 적법하게 선출되어 입주자대표회의가 적법하게 구성된 이후에 있어서는, 후임 동별대표자를 선출하는 것은 비법인사단으로서의 입주자대표회의가 동일성을 잃지 아니한 채 그대로 존속하면서 단순히 그 구성원을 변경하는 것에 지나지 아니하므로, 새로운 동별대표자의 선출절차가 위법하여 효력이 없다면 그 동별대표자는 입주자대표회의의 구성원으로서의 지위를 취득할 수 없고 종전의 동별대표자가 여전히 입주자대표회의의 구성원으로서의 지위를 가지고, 동별대표자 또는 입주자대표회의의 회장 등이 변경될 때마다 종전과는 별개, 독립의 새로운 비법인사단이 구성, 성립되는 것으로 볼 것은 아니며, 입주자대표회의가 비법인사단인 이상 그 존속기간의 정함이 있는 것으로 볼 수도 없다(대법원 2007.6.15. 선고 2007다6307).

【문 4】 강행법규 위반 등 반사회질서의 법률행위에 관한 다음의 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위는 반사회질서의 법률행위로 볼 수 없다.
- ② 의료법 제33조 제2항에 위반하여 의료인이 비의료인과 동업하여 의료기관을 개설하기로 한 약정은 반사회질서의 법률행위로서 무효이고, 의료인이 이러한 사정을 알고서 위 동업계약에 이르렀으면서도 사후에 위 동업계약의 무효를 주장하더라도 신의칙 또는 금반언의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.
- ③ 민사소송의 증인에게는 법정 일당 및 여비가 지급되므로 증인이 위와 같은 일당이나 여비 등 외에 소송의 일방 당사자로부터 증언을 조건으로 돈을 받기로 약정하는 것은 그 금액의 다과와 실비변상 등 명목을 묻지 않고 반사회적 법률행위로서 무효이다.

- ④ 신용협동조합이 여신규정상 대출이 제한된 유흥주점 업주를 상대로 대출을 하면서 그 대출금이 종업원들에 대한 선불금으로 사용되고 대출금의 상환 역시 종업원들이 윤락행위를 통해 얻은 수익으로 상환할 것이 예정된 경우, 신용협동조합의 유흥업소 업주에 대한 위 대출약정이 반사회질서의 법률행위로서 무효일 뿐만 아니라 위 선불금을 실제 사용한 당사자로서 위 대출에 연대보증한 종업원에 대하여도 보증채무의 이행을 구할 수 없다.
- ⑤ 다수의 문화재를 보유하고 있는 전통사찰의 주지직을 거액의 금품을 대가로 양도·양수하기로 하는 약정이 있음을 알고도 이를 묵인 혹은 방조한 상태에서 한 종교법인의 주지임명행위라고 하여 반사회질서의 법률행위라고 볼 수 없다.

정답 ③

- ① (○). 대법원 2004.5.28. 선고 2003다70041 판결
- ② (○). 대법원 2003.4.22. 2003다2390 판결
- ③ (X). 급부의 내용이 통상적으로 용인될 수 있는 수준을 넘어서, 어느 당사자가 그 증언이 필요함을 기화로 증언하여 주는 대가로 용인될 수 있는 정도를 초과하는 급부를 제공받기로 한 약정의 경우에만 반사회질서위반행위로서 무효가 된다(동지판례->어떠한 사실을 알고 있는 사람과의 사이에 소송에서 사실대로 증언하여 줄 것을 조건으로 어떠한 급부를 할 것을 약정한 경우, 증인은 법률에 의하여 증언거부권이 인정되지 않는 한 진실을 진술할 의무가 있는 것이고, 이러한 당연한 의무의 이행을 조건으로 상당한 정도의 급부를 받기로 하는 약정은 증인에게 부당하게 이익을 부여하는 것이라고 할 것이고, 그러한 급부의 내용이 통상적으로 용인될 수 있는 수준(예컨대 증인에게 일당 및 여비가 지급되기는 하지만 증인이 증언을 위하여 법원에 출석함으로써 입게되는 손해에는 미치지 못하는 경우 그러한 손해를 전보하여 주는 경우 정도)을 넘어서, 어느 당사자가 그 증언이 필요함을 기화로 증언하여 주는 대가로 용인될 수 있는 정도를 초과하는 급부를 제공받기로 한 약정은 반사회질서적인 금전적 대가가 결부된 경우로 그러한 약정은 민법 제103조 소정의 반사회질서행위에 해당하여 무효로 된다(대법원 1994.3.11. 선고 93다40522 판결).
- ⑤ (○). 전통사찰의 주지직을 거액의 금품을 대가로 양도·양수하기로 하는 약정이 있음을 알고도 이를 묵인 혹은 방조한 상태에서 한 종교법인의 주지임명행위가 민법 제103조 소정의 반사회질서의 법률행위에 해당하지 않는다고 한 사례(대법원 2001.2.9. 선고 99다38613).

【문 5】 임대차에 관한 다음의 설명 중 옳은 것을 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 소액 주택임차인이 전세권설정등기를 마친 상태에서 임차보증금을 반환받지 못한 채 주민등록을 이전한 경우 주택임대차보호법 제3조의3 제1항에

서 규정한 임차권등기명령에 의한 임차권등기를 마친 것이나 다른없으므로 소액보증금 최우선변제권이 그대로 유지된다.

- ㉠ 금융기관이 대출금의 회수를 위하여 주택임대차보호법상 우선변제권을 가진 임차인으로부터 임차보증금반환채권을 양수한 경우 주택의 경매절차에서 우선변제권이 인정된다.
- ㉡ 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 주택의 인도와 주민등록이라는 우선변제의 요건은 그 우선변제권 취득시에만 구비하면 족한 것이 아니고, 반드시 민사집행법상 배당요구의 종기까지 계속 존속하고 있어야 한다.
- ㉢ 상가건물을 임차하고 사업자등록을 마친 사업자가 임차 건물을 제3자에게 전대하여 당해 사업을 개시하지 않은 경우 임차인인 사업자의 사업자등록은 상가건물 임대차보호법이 상가임대차의 공시방법으로 요구하는 적법한 사업자등록이라고 볼 수 없다.
- ㉣ 임차인은 정확한 지번과 동, 호수로 주민등록 전입신고서를 작성·제출하였는데 담당공무원이 착오로 수정을 요구하여, 잘못된 지번으로 수정하고 동, 호수 기재를 삭제한 주민등록전입신고서를 다시 작성·제출하여 그대로 주민등록이 되었다면 그 주민등록이 잘못된 데에 임차인의 과실이 있다고 볼 수 없으므로 주택임대차보호법에 따른 보호를 잃지 않는다.

① ㉡, ㉠

② ㉠, ㉡

③ ㉡, ㉢

④ ㉢, ㉣

⑤ ㉠, ㉣

정답 ③

㉠ (X). 주택임차인이 그 지위를 강화하고자 별도로 전세권설정등기를 마쳐더라도 주택임대차보호법상 주택임차인으로서의 우선변제를 받을 수 있는 권리와 전세권자로서 우선변제를 받을 수 있는 권리는 근거 규정 및 성립요건을 달리하는 별개의 것이라는 점, 주택임대차보호법 제3조의3 제1항에서 규정한 임차권등기명령에 의한 임차권등기와 동법 제3조의4 제2항에서 규정한 주택임대차등기는 공통적으로 주택임대차보호법상의 대항요건인 ‘주민등록일자’, ‘점유개시일자’ 및 ‘확정일자’를 등기사항으로 기재하여 이를 공시하지만 전세권설정등기에는 이러한 대항요건을 공시하는 기능이 없는 점, 주택임대차보호법 제3조의4 제1항에서 임차권등기명령에 의한 임차권등기의 효력에 관한 동법 제3조의3 제5항의 규정은 민법 제621조에 의한 주택임대차등기의 효력에 관하여 이를 준용한다고 규정하고 있을 뿐 주택임대차보호법 제3조의3 제5항의 규정을 전세권설정등기의 효력에 관하여 준용할 법적 근거가 없는 점 등을 종합하면, 주택임차인이 그 지위를 강화하고자 별도로 전세권설정등기를 마쳐더라도 주택임차인이 주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건을 상실하면 이미 취득한 주택임대차보호법상의 대항력 및 우선변제권을 상실한다(대법원 2007.6.28. 선고 2004다69741 판결).

㉡ (X). 비록 채권양수인이 우선변제권을 행사할 수 있는 주택임차인으로부터 임차보증금반환채권을 양수하였다고 하더라도 임차권과 분리된 임차보증금반환채권만을 양수한 이상 그

채권양수인이 주택임대차보호법상의 우선변제권을 행사할 수 있는 임차인에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 위 채권양수인은 임차주택에 대한 경매절차에서 주택임대차보호법상의 임대보증금 우선변제권자의 지위에서 배당요구를 할 수 없고, 이는 채권양수인이 주택임차인으로부터 다른 채권에 대한 담보목적으로 임대보증금반환채권을 양수한 경우에도 마찬가지이다. 다만, 이와 같은 경우에도 채권양수인이 일반 금전채권자로서의 요건을 갖추어 배당요구를 할 수 있음을 물론이다(대법원 2010.5.27. 2010다10276판결).

㉞ (○). 대법원 1997.10.10. 선고 95다44597 참조

㉞ (○). [1] 상가건물의 임차인이 임대차보증금 반환채권에 대하여 상가건물 임대차보호법 제3조 제1항 소정의 대항력 또는 같은 법 제5조 제2항 소정의 우선변제권을 가지려면 임대차의 목적인 상가건물의 인도 및 부가가치세법 등에 의한 사업자등록을 구비하고, 관할세무서장으로부터 확정일자를 받아야 하며, 그 중 사업자등록은 대항력 또는 우선변제권의 취득요건일 뿐만 아니라 존속요건이기도 하므로, 배당요구의 종기까지 존속하고 있어야 한다. [2] 부가가치세법 제5조 제4항, 제5항의 규정 취지에 비추어 보면, 상가건물을 임차하고 사업자등록을 마친 사업자가 임차 건물의 전대차 등으로 당해 사업을 개시하지 않거나 사실상 폐업한 경우에는 그 사업자등록은 부가가치세법 및 상가건물 임대차보호법이 상가임대차의 공시방법으로 요구하는 적법한 사업자등록이라고 볼 수 없고, 이 경우 임차인이 상가건물 임대차보호법상의 대항력 및 우선변제권을 유지하기 위해서는 건물을 직접 점유하면서 사업을 운영하는 전자인이 그 명의로 사업자등록을 하여야 한다(대법원 2006.1.13. 선고 2005다64002 판결).

㉞ (X). 정확한 지번과 동, 호수로 주민등록 전입신고서를 작성·제출하였는데 담당공무원이 착오로 수정을 요구하여, 잘못된 지번으로 수정하고 동, 호수 기재를 삭제한 주민등록 전입신고서를 다시 작성·제출하여 그대로 주민등록이 된 경우 그 주민등록은 임대차의 공시방법으로서 유효하지 않다(대법원 2009.1.30. 선고 2006다17850 판결).

【문 6】 점유에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 위법한 강제집행에 의하여 부동산의 명도를 당한 점유자가 강제집행이 종료된 후 2시간만에 자력으로 그 점유를 탈환하였다면 이는 민법 제209조의 자력구제권의 행사로서 정당하다.
- ② 부동산의 명의신탁에 있어서 수탁자명의로 등기된 기간이 10년이 경과하였다고 하더라도 명의수탁자의 등기를 신탁자의 등기로 볼 수 없을 뿐만 아니라 명의수탁자의 등기를 통하여 그 등기명의를 보유하고 있다고 할 수도 없으므로 신탁자에게 위 부동산에 대한 시효취득은 인정될 수 없다.
- ③ 민법 제201조 제1항은 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다고 규정하고 있는데, 여기서 선의의 점유자라고 하기 위해서는 과실수취권을 포함하는 권원이 있다고 오신(誤信)한 것만으로는 부족하고 그와 같은 오신을 할 만한 정당한 근거가 있어야 한다.
- ④ 타인의 소유물을 권원 없이 악의로 점유한 사람이 반환하여야 할 수익의 범위는 민법 제748조 제2항에 따라 정하여져야하고, 민법 제201조 제2항이 그에 대한

특칙으로 우선 적용된다고 볼 수 없다.

- ⑤ 민법 제204조 제3항과 제205조 제2항에 의하면 점유를 침탈당하거나 방해 받은 자의 침탈자 또는 방해자에 대한 청구권은 그 점유를 침탈당한 날 또는 점유의 방해행위가 종료된 날로부터 1년 내에 행사하여야 하는 것으로 규정하고 있는데, 이는 출소기간임을 명시하고 있었던 의용민법과 달리 단순한 제척기간을 정한 것에 불과하므로 재판 외에서 위 청구권을 행사할 수 있다.

정답 ⑤

① (○).

② (○). 대법원 1987.11.10. 선고 85다카1644 판결

③ (○). 대법원 1981.8.20. 선고 80다2587 판결

④ (○). 타인 소유물을 권원 없이 점유함으로써 얻은 사용이익을 반환하는 경우 민법은 선의 점유자를 보호하기 위하여 제201조 제1항을 두어 선의 점유자에게 과실수취권을 인정함에 대하여, 이러한 보호의 필요성이 없는 악의 점유자에 관하여는 민법 제201조 제2항을 두어 과실수취권이 인정되지 않는다는 취지를 규정하는 것으로 해석되는데, 따라서 악의 수익자가 반환하여야 할 범위는 민법 제748조 제2항에 따라 정하여지는 결과 그는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 하며, 위 이자의 이행지체로 인한 지연손해금도 지급하여야 한다(대법원 2003.11.14. 선고 2001다61869 판결).

⑤ (X). 민법 제204조 제3항과 제205조 제2항에 의하면 점유를 침탈 당하거나 방해 받은 자의 침탈자 또는 방해자에 대한 청구권은 그 점유를 침탈 당한 날 또는 점유의 방해행위가 종료된 날로부터 1년 내에 행사하여야 하는 것으로 규정되어 있는데, 여기에서 제척기간의 대상이 되는 권리는 형성권이 아니라 통상의 청구권인 점과 점유의 침탈 또는 방해의 상태가 일정한 기간을 지나게 되면 그대로 사회의 평온한 상태가 되고 이를 복구하는 것이 오히려 평화질서의 교란으로 볼 수 있게 되므로 일정한 기간을 지난 후에는 원상회복을 허용하지 않는 것이 점유제도의 이상에 맞고 여기에 점유의 회수 또는 방해제거 등 청구권에 단기의 제척기간을 두는 이유가 있는 점 등에 비추어 볼 때, 위의 제척기간은 재판외에서 권리행사는 것으로 족한 기간이 아니라 반드시 그 기간 내에 소를 제기하여야 하는 이른바 출소기간으로 해석함이 상당하다(대법원 2002.4.26. 선고 2001다8097,8103 판결).

【문 7】 도급 또는 제작물공급계약에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 건축공사도급계약에 있어서는 공사 도중에 계약이 해제되어 미완성 부분이 있는 경우라도 그 공사가 상당한 정도로 진척되어 원상회복이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하게 되고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 때에는 도급계

약은 미완성 부분에 대해서만 실효된다.

- ② 제작물공급계약에서 당초 예정된 최후의 공정까지 일단 종료되면 일이 완성되어 보수의 지급을 청구할 수 있고, 그 목적물이 통상적인 성능을 발휘하지 못한다고 하더라도 이는 목적물에 하자가 있는 것에 불과하다.
- ③ 제작물공급계약에 의하여 제작 공급하여야 할 물건이 특정 주문자의 수요를 만족시키기 위한 부대채물인 경우에는 당해 물건의 제작이 계약의 주목적이 되어 도급의 성질을 띠게 된다.
- ④ 신축건물이 집합건물로서 여러 사람이 공동으로 건축주가 되어 도급계약을 체결한 경우, 공동 건축주들이 각 전유부분소유권을 개별적으로 원시취득하는 내용으로 약정하더라도 이는 유효하다.
- ⑤ 도급계약에 있어서는 수급인이 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 완성하더라도 도급인과 수급인 사이에 도급인 명의로 건축허가를 받아 소유권보존등기를 하기로 하는 등 완성된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 합의하였다고 불사정이 있는 때에는 그 건물의 소유권은 도급인에게 원시적으로 귀속된다.

정답 ②

① (○). 건축공사도급계약에 있어서는 공사 도중에 계약이 해제되어 미완성 부분이 있는 경우라도 그 공사가 상당한 정도로 진척되어 원상회복이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하게 되고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 때에는 도급계약은 미완성 부분에 대해서만 실효되어 수급인은 해제된 상태 그대로 그 건물을 도급인에게 인도하고, 도급인은 그 건물의 기성고 등을 참작하여 인도받은 건물에 대하여 상당한 보수를 지급하여야 할 의무가 있다(대법원 1997.2.25. 선고 96다43454 판결).

② (X). 도급계약에 있어 일의 완성에 관한 주장·입증책임은 일의 결과에 대한 보수의 지급을 청구하는 수급인에게 있고, 제작물공급계약에서 일이 완성되었다고 하려면 당초 예정된 최후의 공정까지 일단 종료하였다는 점만으로는 부족하고 목적물의 주요구조 부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일반적으로 요구되는 성능을 갖추고 있어야 하므로, 제작물공급에 대한 보수의 지급을 청구하는 수급인으로서 그 목적물 제작에 관하여 계약에서 정해진 최후 공정을 일단 종료하였다는 점뿐만 아니라 그 목적물의 주요구조 부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일반적으로 요구되는 성능을 갖추고 있다는 점까지 주장·입증하여야 한다(대법원 2006.10.13. 선고 2004다21862 판결).

③ (○). 당사자의 일방이 상대방의 주문에 따라 자기 소유의 재료를 사용하여 만든 물건을 공급하기로 하고 상대방이 대가를 지급하기로 약정하는 이른바 제작물공급계약은 그 제작의 측면에서는 도급의 성질이 있고 공급의 측면에서는 매매의 성질이 있어 대체로 매매와 도급의 성질을 함께 가지고 있으므로, 그 적용 범용은 계약에 의하여 제작 공급하여야 할 물건이 대체물인 경우에는 매매에 관한 규정이 적용되지만, 물건이 특정의 주문자의 수요를 만족시키기 위한 부대채물인 경우에는 당해 물건의 공급과 함께 그 제작이 계약의 주목적이 되어 도급의 성질을 띠게 된다(대법원 2006.10.13. 선고 2004다21862 판결).

④⑤ (○). 신축건물의 소유권을 원칙상 자기의 노력과 재료를 들여 이를 건축한 사람이 원시취득하는 것임은 물론이나, 건물신축도급계약에 있어서는 수급인이 자기의 노력과 재료를

들어 건물을 완성하더라도 도급인과 수급인 사이에 도급인 명의로 건축허가를 받아 소유권 보존등기를 하기로 하는 등 완성된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 합의한 경우에는 그 건물의 소유권은 도급인에게 원시적으로 귀속되는데, 이때 신축건물이 집합건물로서 여러 사람이 공동으로 건축주가 되어 도급계약을 체결한 것이라면, 그 집합건물의 각 전유부분 소유권이 누구에게 원시적으로 귀속되느냐는 공동 건축주들의 약정에 따라야 한다 (대법원 2005.11.25. 선고 2004다36352 판결).

【문 8】 등기의 추정력에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 전 등기명의인이 미성년자이고 당해 부동산을 친권자에게 증여하는 행위가 이해상반행위인 경우라면, 친권자에게 이전등기가 경료되었다 하더라도 그 이전 등기에 관하여 필요한 절차를 적법하게 거친 것으로 추정될 수 없다.
- ② 어떤 토지에 대하여 농지분배 절차가 진행되어 상환증서가 발급되고 상환완료를 원인으로 하는 소유권이전등기가 경료되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 토지는 적법하게 농지분배되었다고 추정된다.
- ③ 소유권보존등기 명의인을 상대로 한 소유권보존등기말소청구소송을 제기하여 승소판결을 받은 자가 그 판결에 기하여 기존의 소유권보존등기를 말소한 후 자신의 명의로 소유권보존등기를 경료한 경우, 위 판결이 공시송달 절차에 의하여 선고되었다고 하여도 적법한 등기로 추정된다.
- ④ 멸실회복등기에 있어 전등기의 접수년월일, 접수번호 및 원인일자가 각 불명이라고 기재되었다 하여도 별다른 사정이 없는 한 이는 등기공무원에 의하여 적법하게 수리되고 처리된 것이라고 추정함이 타당하다.
- ⑤ 수인이 공동으로 소유하는 부동산에 관한 멸실회복등기는 공유자 중 1인이 공유자 전원의 이름으로 그 회복등기신청을 할 수 있고, 등기권리자가 사망한 경우에는 상속인의 명의로 아니라 피상속인의 이름으로 회복등기를 하여야 하는 것이므로, 회복등기신청 당시 등기명의인이 이미 사망하였다고 하더라도 그 멸실회복등기의 추정력이 깨어지지 아니한다.

【정답】 ①

- ① (X). 전 등기명의인이 미성년자이고 당해 부동산을 친권자에게 증여하는 행위가 이해상반행위라 하더라도 일단 친권자에게 이전등기가 경료된 이상, 특별한 사정이 없는 한, 그 이전등기에 관하여 필요한 절차를 적법하게 거친 것으로 추정된다고 한 사례(대법원 2002.2.5. 선고 2001다72029 판결).
- ② (○). 대법원 1995.1.24. 선고 94다29065 판결
- ③ (○). 부동산등기법 제130조의 규정과 등기예규 제1026호에 의하면 소유권보존등기 명의인을 상대로 한 소유권보존등기 말소청구 소송을 제기하여 승소판결을 받은 원고가 그 판결에 기하여 기존의 소유권보존등기를 말소한 후 자신의 명의로 마친 소유권보존등기는 일

단 적법한 절차에 따라 마쳐진 소유권보존등기라고 추정하여야 하고, 위 판결이 공시송달 절차에 의하여 선고되었다고 하여 달리 볼 것이 아니다(대법원 2006.9.8. 선고 2006다 17485 판결).

④ (○). 대법원 1997.11.25. 선고 97다34723 판결

⑤ (○). 대법원 2003.12.12. 선고 2003다44615,44622 판결

【문 9】 유치권에 관한 다음의 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공사대금채권에 기하여 유치권을 행사하는 자가 스스로 유치물인 주택에 거주하며 사용하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유치물인 주택의 보존에 도움이 되는 행위로서 유치물의 보존에 필요한 사용에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 차임에 상당한 이득을 소유자에게 반환할 의무가 없다.
- ② 다세대주택의 창호 등의 공사를 완성한 하수급인이 공사대금채권 잔액을 변제받기 위하여 위 다세대주택 중 한 세대를 점유하여 유치권을 행사하는 경우, 하수급인은 다세대주택전체에 대하여 시행한 공사대금채권 전부가 변제될 때까지 위 유치권의 행사를 계속할 수 있다.
- ③ 채무자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 후에 부동산의 점유를 이전받아 유치권을 취득한 채권자는 그 기입등기의 경료사실을 과실 없이 알지 못하였더라도 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.
- ④ 소유자의 동의 없이 유치권자로부터 유치권의 목적물을 임차한 자는 소유자에게 그 임대료의 효력을 주장할 수 없다.
- ⑤ 공매절차에서 점유자의 유치권 신고 사실을 알고 부동산을 매수한 자가 그 점유를 침탈하여 유치권을 소멸시키고 나아가 고의적인 점유이전으로 유치권자의 확정판결에 기한 점유회복조치 곤란하게 하였음에도, 유치권자가 현재까지 점유회복을 하지 못한 사실을 내세워 유치권자를 상대로 적극적으로 유치권부존 재확인을 구하는 것은 권리남용에 해당한다.

정답 ①

① (X). 공사대금채권에 기하여 유치권을 행사하는 자가 스스로 유치물인 주택에 거주하며 사용하는 것이 유치물의 보존에 필요한 사용에 해당하는지 여부(적극) 및 이 경우 차임 상당 이득을 소유자에게 반환할 의무가 있는지 여부(적극): 민법 제324조에 의하면, 유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 하고, 소유자의 승낙 없이 유치물을 보존에 필요한 범위를 넘어 사용하거나 대여 또는 담보제공을 할 수 없으며, 소유자는 유치권자가 위 의무를 위반한 때에는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다고 할 것인바, 공사대금채권에 기하여 유치권을 행사하는 자가 스스로 유치물인 주택에 거주하며 사용하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유치물인 주택의 보존에 도움이 되는 행위로서 유치물의 보존에 필요한 사용에 해당한다고 할 것이다. 그리고 유치권자가 유치물의 보존에 필요한 사용을 한 경우에도

특별한 사정이 없는 한 차임에 상당한 이득을 소유자에게 반환할 의무가 있다(대법원 2009.9.24. 선고 2009다40684 판결).

② (○). 다세대주택의 창호 등의 공사를 완성한 하수급인이 공사대금채권 잔액을 변제받기 위하여 위 다세대주택 중 한 세대를 점유하여 유치권을 행사하는 경우, 그 유치권은 위 한 세대에 대하여 시행한 공사대금만이 아니라 다세대주택 전체에 대하여 시행한 공사대금채권의 잔액 전부를 피담보채권으로 하여 성립한다고 본 사례(대법원 2007.9.7. 선고 2005다16942 판결).

③ (○). 채무자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 후에 부동산의 점유를 이전받아 유치권을 취득한 채권자가 그 기입등기의 경료사실을 과실 없이 알지 못하였다는 사정을 내세워 그 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부(소극): 채무자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채권자가 채무자로부터 위 부동산의 점유를 이전받고 이에 관한 공사등을 시행함으로써 채무자에 대한 공사대금채권 및 이를 피담보채권으로 한 유치권을 취득한 경우, 이러한 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로, 위와 같은 경위로 부동산을 점유한 채권자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없고, 이 경우 위 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 있음을 채권자가 알았는지 여부 또는 이를 알지 못한 것에 관하여 과실이 있는지 여부 등은 채권자가 그 유치권을 매수인에게 대항할 수 없다는 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다(대법원 2006.8.25. 선고 2006다22050 판결).

④ (○). 대법원 2002.11.27. 자 2002마3516 결정

⑤ (○). 대법원 2010.4.15. 선고 2009다96953 판결

【문10】 법률행위의 무효와 취소에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 민법 제146조는 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 행사하여야 한다고 규정하고 있는바, 이 때의 3년이라는 기간은 일반 소멸시효기간이 아니라 제척기간으로서 제척기간이 도과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려하여야 할 사항이다.
- ② 무능력자의 책임을 제한하는 민법 제141조 단서는 부당이득에 있어 수익자의 반환범위를 정한 민법 제748조의 특칙으로서 무능력자의 보호를 위해 그 선의·악의를 묻지 아니하고 반환범위를 현존 이익에 한정시키려는 데 그 취지가 있으므로, 의사능력의 흠결을 이유로 법률행위가 무효가 되는 경우에도 유추적용되어야 한다.
- ③ 조건부 법률행위에 있어 조건의 내용 자체가 불법적인 것이어서 무효일 경우 또는 조건을 붙이는 것이 허용되지 아니하는 법률행위에 조건을 붙인 경우 그 조건만을 분리하여 무효로 할 수 있다.
- ④ 취소할 수 있는 법률행위가 일단 취소된 이상 그 후에는 취소할 수 있는 법률행

위의 추인에 의하여 이미 취소되어 무효인 것으로 간주된 당초의 의사표시를 다시 확정적으로 유효하게 할 수는 없다.

- ⑤ 유동적 무효인 계약이 확정적으로 무효가 된 경우, 그에 관해 귀책사유가 있는 당사자도 계약의 무효를 주장할 수 있다.

정답 ③

① (○). 대법원 1996.9.20. 선고 96다25371 판결

② (○). 무능력자의 책임을 제한하는 민법 제141조 단서는 부당이득에 있어 수익자의 반환 범위를 정한 민법 제748조의 특칙으로서 무능력자의 보호를 위해 그 선의·악의를 묻지 아니하고 반환범위를 현존 이익에 한정시키려는 데 그 취지가 있으므로, 의사능력의 흠결을 이유로 법률행위가 무효가 되는 경우에도 유추적용되어야 할 것이나, 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 그로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 그 취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 금전은 이를 취득한 자가 소비하였는가의 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정되므로, 위 이익이 현존하지 아니함은 이를 주장하는 자, 즉 의사무능력자 측에 입증책임이 있다(대법원 2009.1.15. 선고 2008다58367 판결).

③ (X). 조건부 법률행위에 있어 조건의 내용 자체가 불법적인 것이어서 무효일 경우 또는 조건을 붙이는 것이 허용되지 아니하는 법률행위에 조건을 붙인 경우 그 조건만을 분리하여 무효로 할 수는 없고 그 법률행위 전부가 무효로 된다(대법원 2005.11.8. 자 2005마541 결정).

④ (○). 취소한 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 간주되므로 취소할 수 있는 법률행위가 일단 취소된 이상 그 후에는 취소할 수 있는 법률행위의 추인에 의하여 이미 취소되어 무효인 것으로 간주된 당초의 의사표시를 다시 확정적으로 유효하게 할 수는 없고, 다만 무효인 법률행위의 추인의 요건과 효력으로서 추인할 수는 있으나, 무효행위의 추인은 그 무효 원인이 소멸한 후에 하여야 그 효력이 있고, 따라서 강박에 의한 의사표시임을 이유로 일단 유효하게 취소되어 당초의 의사표시가 무효로 된 후에 추인한 경우 그 추인이 효력을 가지기 위하여는 그 무효 원인이 소멸한 후일 것을 요한다고 할 것인데, 그 무효 원인이란 바로 위 의사표시의 취소사유라 할 것이므로 결국 무효 원인이 소멸한 후란 것은 당초의 의사표시의 성립 과정에 존재하였던 취소의 원인이 종료된 후, 즉 강박 상태에서 벗어난 후라고 보아야 한다(대법원 1997.12.12. 선고 95다38240 판결).

⑤ (○). 대법원 1997.7.25. 선고 97다4357,4364 판결

【문11】 저당권의 물상대위에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 저당목적물인 토지가 수용되어 이에 관한 보상금이 변제공탁되었는데, 저당권자가 물상대위권을 행사하지 아니하여 우선변제권을 상실한 이상 다른 채권자가 그 보상금 또는 이에 관한 변제공탁금으로부터 이득을 얻었다고 하더라도 저당권자는 이를 부당이득으로 반환청구를 할 수 없다.

- ② 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법에 따라 저당권이 설정된 토지의 취득에 관하여 토지소유자와 사업시행자 사이에 협의가 성립된 경우에 동 토지의 저당권자는 토지소유자가 수령할 보상금에 대하여 민법 제370조, 제342조에 의한 물상대위를 할 수 있다.
- ③ 저당권자가 물상대위권의 행사로 금전 또는 물건의 인도청구권을 압류하기 전에 저당목적물 소유자가 그 인도청구권에 기하여 금전 등을 수령한 경우, 저당목적물 소유자는 이를 부당이득으로 반환할 의무가 있다.
- ④ 배당요구의 종기가 지난 후에 물상대위에 기한 채권압류 및 전부명령이 제3채무자에게 송달되었을 경우에는, 물상대위권자는 배당절차에서 우선변제를 받을 수 없다.
- ⑤ 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 이미 제3자가 압류하여 그 금전 또는 물건이 특정된 이상 저당권자는 스스로 이를 압류하지 않고서도 물상대위권을 행사할 수 있다.

정답 ②

①⑤ (○). 민법 제370조, 제342조 단서가 저당권자는 물상대위권을 행사하기 위하여 저당권설정자가 받을 금전 기타 물건의 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다고 규정한 것은 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전함과 동시에 제3자에게 불측의 손해를 입히지 않으려는 데 있는 것이므로, 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 이미 제3자가 압류하여 그 금전 또는 물건이 특정된 이상 저당권자가 스스로 이를 압류하지 않고서도 물상대위권을 행사하여 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수 있으나, 그 행사방법으로는 민사집행법 제273조(구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문 개정되기 전의 것) 제733조)에 의하여 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여 채권압류 및 전부명령을 신청하는 것이거나 민사집행법 제247조 제1항(구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문 개정되기 전의 것) 제580조 제1항)에 의하여 배당요구를 하는 것이므로, 이러한 물상대위권의 행사에 나아가지 아니한 채 단지 수용대상토지에 대하여 담보물권의 등기가 된 것만으로는 그 보상금으로부터 우선변제를 받을 수 없고, 저당권자가 물상대위권의 행사에 나아가지 아니하여 우선변제권을 상실한 이상 다른 채권자가 그 보상금 또는 이에 관한 변제공탁금으로부터 이득을 얻었다고 하더라도 저당권자는 이를 부당이득으로서 반환청구할 수 없다(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다33137 판결).

② (X). 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법에 따라 저당권이 설정된 토지의 취득에 관하여 토지소유자와 사업시행자 사이에 협의가 성립된 경우에 동 토지의 저당권자는 토지소유자가 수령할 보상금에 대하여 민법 제370조 제342조에 의한 물상대위를 할 수 없다(대법원 1981.5.26. 선고 80다2109 판결).

③ (○). 저당권자가 물상대위권의 행사로 금전 또는 물건의 인도청구권을 압류하기 전에 저당목적물 소유자가 그 인도청구권에 기하여 금전 등을 수령한 경우, 저당목적물 소유자는 이를 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

저당권자가 물상대위권의 행사로 금전 또는 물건의 인도청구권을 압류하기 전에 저당목적물 소유자가 그 인도청구권에 기하여 금전 등을 수령한 경우, 저당목적물 소유자가 피담보

채권액 상당의 부당이득을 반환할 의무를 부담하는지 여부(적극):

저당권자는 저당권의 목적이 된 물건의 멸실, 훼손 또는 공용정수로 인하여 저당목적물의 소유자가 받을 저당목적물에 갈음하는 금전 기타 물건에 대하여 물상대위권을 행사할 수 있으나, 다만 그 지급 또는 인도 전에 이를 압류하여야 하며, 저당권자가 위 금전 또는 물건의 인도청구권을 압류하기 전에 저당물의 소유자가 그 인도청구권에 기하여 금전 등을 수령한 경우 저당권자는 더 이상 물상대위권을 행사할 수 없게 된다. 이 경우 저당권자는 저당권의 채권최고액 범위 내에서 저당목적물의 교환가치를 지배하고 있다가 저당권을 상실하는 손해를 입게 되는 반면에, 저당목적물의 소유자는 저당권의 채권최고액 범위 내에서 저당권자에게 저당목적물의 교환가치를 양보하여야 할 지위에 있다가 마치 그러한 저당권의 부담이 없었던 것과 같은 상태에서의 대가를 취득하게 되는 것이므로, 그 수령한 금액 가운데 저당권의 채권최고액을 한도로 하는 피담보채권액의 범위 내에서는 이득을 얻게 된다. 저당목적물 소유자가 얻은 위와 같은 이익은 저당권자의 손실로 인한 것으로서 인과관계가 있을 뿐 아니라, 공평의 관념에 위배되는 재산적 가치의 이동이 있는 경우 수익자로부터 그 이득을 되돌려받아 손실자와 재산상태의 조정을 꾀하는 부당이득제도의 목적에 비추어 보면 위와 같은 이익을 소유권자에게 종국적으로 귀속시키는 것은 저당권자에 대한 관계에서 공평의 관념에 위배되어 법률상 원인이 없다고 봄이 상당하므로, 저당목적물 소유자는 저당권자에게 이를 부당이득으로 반환할 의무가 있다(대법원 2009.5.14. 선고 2008다17656 판결).

④ (○). 저당권자의 물상대위권 행사로서의 압류 및 전부는 그 명령이 제3채무자에게 송달됨으로써 효력이 생기며, 물상대위권의 행사를 제한하는 취지인 '특정성의 유지'나 '제3자의 보호'는 물상대위권자의 압류 및 전부명령이 효력을 발생함으로써 비로소 달성될 수 있는 것이므로, 배당요구의 중기가 지난 후에 물상대위에 기한 채권압류 및 전부명령이 제3채무자에게 송달되었을 경우에는, 물상대위권자는 배당절차에서 우선변제를 받을 수 없다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002다13539 판결).

【문12】 변제의 제공과 채권자지체에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 변제제공의 방법으로는 현실제공과 구두제공의 두 가지가 있다.
- ② 채권자가 수령을 거절할 것이 명백한 경우 채무자는 이행의 제공을 하지 않고 바로 변제공탁할 수 있다.
- ③ 100만 원 차용금채무의 변제를 위하여 이행의 제공을 하였으나 채권자가 수령을 거절하였음을 이유로 그 중 일부인 50만원을 공탁한 경우, 그 공탁한 금액에 한하여 일부변제의 효력이 발생한다.
- ④ 수치인이 임치인에게 보관중인 견고추를 속히 처분하지 않으면 벌레가 먹어 못 쓰게 되니 빨리 처분하든지 인도받아 가라고 요구하였다면 이는 임치계약을 해지하고 임치물의 회수를 최고한 의사표시라고 볼 수 있고, 이에 대하여 임치인이 시세가 싸다는 이유로 그 회수를 거절하였다면 그때부터 수령지체에 빠진다.
- ⑤ 매수인이 계약의 이행에 비협조적인 태도를 취하면서 잔대금의 지급을 미루는 등 소유권이전등기서류를 수령할 준비를 아니한 경우, 매도인이 법무사사무소

에 소유권이전등기에 필요한 대부분의 서류를 작성하여 주었고 미비된 일부 서류들은 잔금지급시에 교부하기로 하였으며, 이들 서류는 매도인이 언제나라도 발급받아 교부할 수 있다면 매도인으로서의 이행의 제공을 마쳤다고 보아야 한다.

정답 ③

- ① (○). 변제제공의 방법으로는 지문과 같이 현실제공과 구두제공이 있다. 그 중 어느 것에 의하느냐는 채권관계의 성질 및 채권자의 행태에 따라 결정된다.
- ② (○). 대법원 1981.9.8. 선고 80다2851 판결
- ③ (X). 채무의 일부 변제제공은 채무의 본지에 따른 이행의 제공이라 할 수 없고 이행제공의 효력이 발생할 수 없는 것이어서 그 채무의 일부를 공탁했다 하더라도 변제의 효력이 발생할 수 없으므로(대법원 1984.9.11. 선고 84다카781), 사안의 경우 50만원에 대해서도 변제의 효력이 발생하지 않는다고 볼 것이다.
- ④ (○). 대법원 1983.11.8. 선고 83다카1476 판결
- ⑤ (○). 대법원 2001.12.11. 선고 2001다36511

【문13】 분묘기지권에 관한 판례의 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 분묘기지권을 시효취득하는 경우 지료를 지급할 필요가 없다.
- ② 기존의 분묘기지권이 미치는 지역적 범위 내에서 부부 합장을 위한 쌍분(雙墳) 형태의 분묘를 새로이 설치할 수 없다.
- ③ 부부 중 일방이 먼저 사망하여 이미 그 분묘가 설치되고 그 분묘기지권이 미치는 범위 내에서 그 후에 사망한 다른 일방을 단분(單墳)형태로 합장하여 분묘를 설치하는 것도 허용되지 않는다.
- ④ 분묘의 기지에 대한 지상권 유사의 물권인 관습상의 법정지상권이 점유를 수반하는 물권으로서 권리자가 의무자에 대하여 그 권리를 포기하는 의사표시를 하는 외에 점유까지도 포기하여야만 그 권리가 소멸하는 것은 아니다.
- ⑤ 종중원은 총유자의 한사람으로서 그 총유물인 종산을 사용수익할 수 있으므로 종중의 결의 없이 종산에 분묘를 설치할 수 있다.

정답 ⑤

- ① (○). 지상권에 있어서 지료의 지급은 그 요소가 아니어서 지료에 관한 약정이없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없는 점에 비추어 보면, 분묘기지권을 시효취득하는 경우에도 지료를 지급할 필요가 없다고 해석함이 상당하다(대법원 1995.2.28. 선고 94다37912 판결).
- ② (○). 분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 권리를 의미하는 것으로서, 분묘기지권에는 그 효력이 미치는 지역의 범위 내라고 할지라도 기존의 분묘 외에 새로운 분묘를 신설할 권능은 포함되지 아니하는 것이므로, 부부 중 일방이 먼저 사망하여 이미 그 분묘가 설치되고 그 분묘기지권이 미치는 범위 내에서 그 후에 사망한 다른 일방의 합장을 위하여 쌍분(雙墳) 형태의 분묘

- 를 설치하는 것도 허용되지 않는다(대법원 1997. 5. 23. 선고 95다29086,29093 판결).
- ③ (○). 분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 권리를 의미하는 것으로서, 이 분묘기지권에는 그 효력이 미치는 지역의 범위 내라고 할지라도 기존의 분묘 외에 새로운 분묘를 신설할 권능은 포함되지 아니하는 것이므로, 부부 중 일방이 먼저 사망하여 이미 그 분묘가 설치되고 그 분묘기지권이 미치는 범위 내에서 그 후에 사망한 다른 일방을 단분형태로 합장하여 분묘를 설치하는 것도 허용되지 않는다(대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다28367 판결).
- ④ (○). 대법원 1992.6.23. 선고 92다14762판결
- ⑤ (X). 종중원은 총유자의 한 사람으로서 그 총유물인 종산을 사용수익할 수 있다 하여도 그 종산에 대한 분묘설치행위는 단순한 사용수익에 불과한 것이 아니고 관습에 의한 지상권 유사의 물권을 취득하게 되는 처분행위에 해당된다 할 것이므로 총유체인 종중의 결의가 필요하다(대법원 1967.7.18. 선고 66다1600).

【문14】 질권 및 저당권에 관한 다음의 설명 중 옳지 않은 것을 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 채권질권자는 질권의 목적이 된 채권과 그에 대한 지연손해금채권을 피담보채권의 범위에 속하는 자기채권액에 대한 부분에 한하여 직접 추심하여 자기채권의 변제에 충당할 수 있다.
- ㉡ 채권담보의 목적으로 채무자 소유의 부동산을 담보로 제공하여 저당권을 설정하는 경우 채권자 아닌 제3자의 명의로 저당권등기를 하는 데 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있더라도 이는 부종성의 관점에서 허용될 수 없으므로 언제나 무효이다.
- ㉢ 저당권은 피담보채권과 분리하여 양도하지 못하더라도 저당권 이전의 물건적 합의 자체는 저당권의 양도·양수받는 당사자 사이에 있으면 족하고 그 외에 채무자나 물상보증인사이에까지 있어야 하는 것은 아니다.
- ㉣ 후순위근저당권자는 민법 제364조(제3취득자의 변제)에 기하여 선순위근저당권의 피담보채무를 변제하고 그 소멸을 청구할 수 없다.
- ㉤ 민법 제365조에 의한 저당지상의 건물에 대한 일괄경매청구권은 저당권설정자가 건물을 축조한 경우에만 적용되므로 제3자가 저당토지에 건물을 축조한 경우에는 적용될 여지가 없다.

- ① ㉠, ㉡ ② ㉡, ㉢ ③ ㉢, ㉤
④ ㉢, ㉤ ⑤ ㉡, ㉤

정답 ⑤

- ㉠ (○). 대법원 2005. 2.25. 선고 2003다40668 판결
- ㉡ (X). 근저당권은 채권담보를 위한 것이므로 원칙적으로 채권자와 근저당권자는 동일인이 되

어야 하고, 다만 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 관하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다(대법원 2007.1.11. 선고 2006다50055, 같은 취지의 판시-> 대법원 전원합의체 2001.3.15, 99다48948, 대법원 2000.12.12, 2000다49879).

㉔ (○). 저당권은 피담보채권과 분리하여 양도하지 못하는 것이어서 저당권부 채권의 양도는 언제나 저당권의 양도와 채권양도가 결합되어 행해지므로 저당권부 채권의 양도는 민법 제186조의 부동산물권변동에 관한 규정과 민법 제449조 내지 제452조의 채권양도에 관한 규정에 의해 규율되므로 저당권의 양도에 있어서도 물권변동의 일반원칙에 따라 저당권을 이전할 것을 목적으로 하는 물권적 합의와 등기가 있어야 저당권이 이전된다고 할 것이나, 이 때의 물권적 합의는 저당권의 양도·양수받는 당사자 사이에 있으면 족하고 그 외에 그 채무자나 물상보증인 사이에까지 있어야 하는 것은 아니라 할 것이고, 단지 채무자에게 채권양도의 통지나 이에 대한 채무자의 승낙이 있으면 채권양도를 가지고 채무자에게 대항할 수 있게 되는 것이다(대법원 2005. 6. 10. 선고 2002다15412,15429).

㉕ (○). 후순위근저당권자가 민법 제364조의 저당권 소멸청구권을 행사할 수 있는 제3취득자에 해당하느니 여부(소극): 민법 제364조는 “저당부동산에 대하여 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자는 저당권자에게 그 부동산으로 담보된 채권을 변제하고 저당권의 소멸을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그러므로 근저당부동산에 대하여 민법 제364조의 규정에 의한 권리를 취득한 제3자는 피담보채무가 확정된 이후에 채권최고액의 범위 내에서 그 확정된 피담보채무를 변제하고 근저당권의 소멸을 청구할 수 있으나, 근저당부동산에 대하여 후순위근저당권을 취득한 자는 민법 제364조에서 정한 권리를 행사할 수 있는 제3취득자에 해당하지 아니하므로 이러한 후순위근저당권자가 선순위근저당권의 피담보채무가 확정된 이후에 그 확정된 피담보채무를 변제한 것은 민법 제469조의 규정에 의한 이해관계 있는 제3자의 변제로서 유효한 것인지 따져볼 수는 있을지언정 민법 제364조의 규정에 따라 선순위근저당권의 소멸을 청구할 수 있는 사유로는 삼을 수 없다(대법원 2006.1.26. 선고 2005다17341).

㉖ (X). 민법 제365조가 토지를 목적으로 한 저당권을 설정한 후 그 저당권설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자가 토지와 건물을 일괄하여 경매를 청구할 수 있도록 규정한 취지는, 저당권은 담보물의 교환가치의 취득을 목적으로 할 뿐 담보물의 이용을 제한하지 아니하여 저당권설정자로서는 저당권설정 후에도 그 지상에 건물을 신축할 수 있는 데, 후에 그 저당권의 실행으로 토지가 제3자에게 경락될 경우에 건물을 철거하여야 한다면 사회경제적으로 현저한 불이익이 생기게 되어 이를 방지할 필요가 있으므로 이러한 이해관계를 조절하고, 저당권자에게도 저당토지상의 건물의 존재로 인하여 생기게 되는 경매의 어려움을 해소하여 저당권의 실행을 쉽게 할 수 있도록 한 데에 있다는 점에 비추어 볼 때, 저당지상의 건물에 대한 일괄경매청구권은 저당권설정자가 건물을 축조한 경우뿐만 아니라 저당권설정자로부터 저당토지에 대한 용익권을 설정받은 자가 그 토지에 건물을 축조한 경우라도 그 후 저당권설정자가 그 건물의 소유권을 취득한 경우에는 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여 경매를 청구할 수 있다(대법원 2003. 4. 11. 선고 2003다3850 판결).

【문15】 임대차계약에 관련된 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 임차인이 임대인의 동의를 받지 않고 제3자에게 임차권을 양도하거나 전대하는 등의 방법으로 임차물을 사용·수익하게 하는 경우, 임대차계약이 종료되지 않았더라도 임대인은 제3자에게 불법점유를 이유로 한 차임상당 손해배상청구를 할 수 있다.
- ② 토지임차인은 임차지상에 해 놓은 시설물에 대한 매수청구권과 보증금반환청구권으로서 임대인에게 임차물인 토지에 대한 유치권을 주장할 수 없다.
- ③ 민법 제651조 제1항은 석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차나 식물, 채엽을 목적으로 하는 토지임대차의 경우를 제한 외에는 임대차의 존속기간이 20년을 넘지 못한다고 규정하고 있는데, 이는 강행 규정이다.
- ④ 임차건물이 화재로 소훼된 경우, 그 화재의 발생원인이 불명인때에도 임차인이 책임을 면하려면 그 임차건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다 하였음을 입증해야 한다.
- ⑤ 임대인이 목적물을 사용·수익하게 할 의무를 불이행하여 임차인이 목적물의 사용·수익에 부분적으로 지장이 있는 경우, 그 지장의 한도 내에서 차임의 지급을 거절할 수 있을 뿐 그 전부의 지급을 거절할 수 없다.

정답 ①

- ① (X). 임차인이 임대인의 동의를 받지 않고 제3자에게 임차권을 양도하거나 전대하는 등의 방법으로 임차물을 사용·수익하게 하더라도, 임대인이 이를 이유로 임대차계약을 해지하거나 그 밖의 다른 사유로 임대차계약이 적법하게 종료되지 않는 한 임대인은 임차인에 대하여 여전히 차임청구권을 가지므로, 임대차계약이 존속하는 한도 내에서는 제3자에게 불법점유를 이유로 한 차임상당 손해배상청구나 부당이득반환청구를 할 수 없다(대법원 2008.2.28. 선고 2006다10323).
- ② (○). 임차인의 부속물매수청구권은 그가 건물 기타 공작물을 임대차한 경우에 생기는 것(민법 제646조)이고, 보증금반환청구권은 본조에서 말하는 그 건물에 관하여 생긴 채권이 아니기 때문에, 토지임차인은 임차지상에 해 놓은 시설물에 대한 매수청구권과 보증금반환청구권으로서 임대인에게 임차물인 토지에 대한 유치권을 주장할 수 없다(대법원 1977.12.13. 선고 77다115 【건물명도등】 [공보불게재]).
- ③ (○). 민법 제651조 제1항은 그 입법 취지가 너무 오랜 기간에 걸쳐 임차인에게 임차물의 이용을 맡겨 놓으면 임차물의 관리가 소홀하여지고 임차물의 개량이 잘 이루어지지 않아 발생할 수 있는 사회경제적인 손실을 방지하는 데 있는 점 및 약정기간이 20년을 넘을 때는 그 기간을 20년으로 단축한다는 규정 형식에 비추어 볼 때, 위 규정은 개인의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 강행규정이라고 봄이 상당하다(대법원 2009.12.24. 선고 2009다40738,40745).
- ④ (○). 대법원 1994.10.14. 선고, 94다38182 판결

⑤ (○). 대법원 1997.4.25, 선고 96다44778 판결

【문16】 부동산물권변동에 관한 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부동산에 대하여 포괄적 유증을 받은 자는 등기를 하여야 부동산 소유권을 취득한다.
- ② 부동산의 경매절차에서 매수인은 매각대금을 납부하고 소유권이전등기를 마칠 때 소유권을 취득한다.
- ③ 소유권이전의 약정을 내용으로 하는 화해조서가 작성된 경우 등기의 유무에 관계없이 소유권을 취득한다.
- ④ 등기는 물권의 효력발생요건이고 효력존속요건이다.
- ⑤ 전세권이 법정갱신된 경우, 전세권자는 등기 없이도 전세권설정자나 그 목적물을 취득한 제3자에 대하여 갱신된 권리를 주장할 수 있다.

정답 ⑤

- ① (X). 민법 제187조는 상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 않는다고 규정하고 있으며, 포괄유증도 상속의 경우와 동일하게 취급되므로(민법 1078조), 등기 없이 수유자는 소유권을 취득한다.
- ② (X). 경매의 경우 매수인이 매각부동산의 매각대금을 모두 낸 때 소유권을 취득한다. 별도로 등기를 요하지 않는다.
- ③ 소유권이전의 약정을 내용으로 하는 화해조서가 작성된 경우 등기의 유무에 관계없이 소유권을 취득한다.
(X). 본조(민법 제187조)에서 이른바 판결이라 함은 판결자체에 의하여 부동산물권취득의 형식적 효력이 발생하는 경우를 말하는 것이고 당사자 사이에 이루어진 어떠한 법률행위를 원인으로 하여 부동산소유권이전등기절차의 이행을 명하는 것과 같은 내용의 판결 또는 소유권이전의 약정을 내용으로 하는 화해조서는 이에 포함되지 않는다(대법원 1965.8.17. 선고 64다1721 판결).
- ④ (X). 등기는 물권의 효력 발생 요건이고 존속 요건은 아니어서 등기가 원인 없이 말소된 경우에는 그 물권의 효력에 아무런 영향이 없고...(대법원 2002. 10. 22. 선고 2000다 59678 판결).
- ⑤ (○). 전세권이 법정갱신된 경우 이는 법률의 규정에 의한 물권의 변동이므로 전세권갱신에 관한 등기를 필요로 하지 아니하고, 전세권자는 등기 없이도 전세권설정자나 그 목적물을 취득한 제3자에 대하여 갱신된 권리를 주장할 수 있다(대법원 2010.3.25. 선고 2009다 35743).

【문17】 대장(臺帳)에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 토지조사부에 토지소유자로 등재되어 있는 자는 재결에 의하여 사정내용이 변경되었다는 등의 반증이 없는 이상 토지소유자로 사정받고 그 사정이 확정된 것으로 추정된다.
- ② 토지의 합병·분할에 의하여 지적공부상의 표시가 달라지게 된 경우에 토지소유자는 자기 소유 토지를 스스로 특정할 수 있더라도 지적공부상 구 지번의 경계를 복원하거나 경계확정의 소에 의한 경계확정절차를 거치지 않고서는 그 소유권을 주장할 수 없다.
- ③ 부동산등기부상 소유자의 주소와 임야대장상 소유자의 주소가 다른 경우에는 등기부에 먼저 소유자에 관한 사항이 변경 또는 경정된 후에 그에 따라 후속적으로 공부의 기재사항이 변경되어야 하고, 이러한 절차를 거쳐 부동산등기부와 대장상의 소유자에 관한 사항이 일치되지 아니하면 당해 부동산에 대하여 다른 등기를 신청할 수 없다.
- ④ 1975. 12. 31. 지적법 개정 전에 복구된 구 토지대장상의 소유자란에 이름이 기재되어 있다고 하더라도 그 기재에는 권리추정력을 인정할 수 없다.
- ⑤ 집합건물의 구분소유가 성립하는 시점은 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 때이다.

정답 ②

- ① (○). 대법원 1990.5.22. 선고 89다카22777 판결
- ② (X). 토지의 합병·분할에 의하여 지적공부상의 표시가 달라지게 되었다 하더라도 합병·분할 전의 토지 자체가 없어지거나 그 토지에 대한 권리관계에 변동이 생기는 것이 아니므로, 토지소유자는 자기 소유 토지를 특정할 수 있는 한 지적공부상 구 지번의 경계를 복원하거나 경계확정의 소에 의한 경계확정절차를 거치지 않고서도 그 소유권을 주장하는 데에는 아무런 지장이 없다(대법원 2002.9.24. 선고 2001다20103 판결).
- ③ (○).
- ④ (○). 대법원 1995.12.26. 선고 95다28601,28618 판결
- ⑤ (○). 집합건물의소유및관리에관한법률 제53조, 제54조, 제56조, 제57조의 규정에 비추어 보면, 집합건물의 어느 부분이 전유부분인지 공용부분인지 여부는 구분소유가 성립한 시점, 즉 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점을 기준으로 판단하여야 하고, 그 후의 건물 개조나 이용상황의 변화 등은 전유부분인지 공용부분인지 여부에 영향을 미칠 수 없다(대법원 1999.9.17. 선고 99다1345 판결).

【문18】 도급에 있어서 수급인의 담보책임에 대한 다음 설명 중 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 민법상 수급인의 하자담보책임에 관한 기간은 제척기간으로서 재판상 또는 재판 외의 권리행사기간이며 재판상 청구를 위한 출소기간이 아니다.
- ② 수급인의 하자담보책임에 관한 민법 제667조는 법이 특별히 인정한 무과실책임

이므로 손해배상의 범위를 정함에 있어 도급인의 과실은 참작되지 않는다.

- ③ 도급계약에 있어서 완성된 목적물에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 하자의 보수를 청구할 수 있고, 그 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있는바, 이들 청구권은 특별한 사정이 없는 한 수급인의 보수지급청구권과 동시이행의 관계에 있다.
- ④ 도급인이 하자의 보수에 갈음하여 손해배상을 청구하는 경우에는, 수급인이 그 손해배상청구에 관하여 채무이행을 제공할 때까지 그 손해배상의 액에 상응하는 보수의 액에 관하여만 자기의 채무이행을 거절할 수 있을 뿐, 그 나머지 액의 보수에 관하여는 지급을 거절할 수 없다.
- ⑤ 기성고에 따라 공사대금을 분할하여 지급하기로 약정한 경우라도 특별한 사정이 없는 한 하자보수의무와 동시이행관계에 있는 공사대금지급채무는 당해 하자가 발생한 부분의 기성공사대금에 한정되는 것은 아니다.

정답 ②

① (○). 대법원 2000. 6. 9. 선고 2000다15371 판결

② (X). 수급인의 하자담보책임에 관한 민법 제667조는 법이 특별히 인정한 무과실책임으로서 여기에 민법 제396조의 과실상계 규정이 준용될 수는 없다 하더라도 담보책임이 민법의 지도이념인 공평의 원칙에 입각한 것인 이상 하자 발생 및 그 확대에 가공한 도급인의 잘못을 참작하여 손해배상의 범위를 정함이 상당하다(대법원 1999. 7. 13. 선고 99다12888 판결).

③ (○). 도급인의 하자보수청구권 또는 손해배상청구권이 수급인의 보수지급청구권과 동시이행관계에 있는지 여부(적극): 도급계약에 있어서 완성된 목적물에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 하자의 보수를 청구할 수 있고 그 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있는바, 이들 청구권은 특별한 사정이 없는 한 수급인의 공사대금 채권과 동시이행관계에 있는 것이므로, 이와 같이 도급인이 하자보수나 손해배상청구권을 보유하고 이를 행사하는 한에 있어서는 도급인의 공사대금 지급채무는 이행지체에 빠지지 아니하고, 도급인이 하자보수나 손해배상 채권을 자동채권으로 하고 수급인의 공사대금 채권을 수동채권으로 하여 상계의 의사표시를 한 다음날 비로소 지체에 빠진다(대법원 1996. 7. 12. 선고 96다7250,7267 판결).

④ 도급인이 하자의 보수에 갈음하여 손해배상을 청구하는 경우에는, 수급인이 그 손해배상청구에 관하여 채무이행을 제공할 때까지 그 손해배상의 액에 상응하는 보수의 액에 관하여만 자기의 채무이행을 거절할 수 있을 뿐, 그 나머지 액의 보수에 관하여는 지급을 거절할 수 없다.

(○). 도급인이 하자의 보수를 청구하려면 그 하자가 중요한 경우이거나 중요하지 아니한 것이라고 하더라도 그 보수에 과다한 비용을 요하지 아니할 경우이어야 하고, 도급인이 하자의 보수에 갈음하여 손해배상을 청구하는 경우에는 수급인이 그 손해배상청구에 관하여 채무이행을 제공할 때까지 그 손해배상의 액에 상응하는 보수의 액에 관하여만 자기의 채무이행을 거절할 수 있을 뿐, 그 나머지 액의 보수에 관하여는 지급을 거절할 수 없다(대법원 1991.12.10. 선고 91다33056 판결).

⑤ (○). 수급인의 하자보수의무와 동시이행관계에 있는 도급인의 공사대금지급채무는 당해 하자가 발생한 부분의 기성공사대금에 한정되는 것인지 여부(소극): 기성고에 따라 공사대금을 분할하여 지급하기로 약정한 경우라도 특별한 사정이 없는 한 하자보수의무와 동시이행관계에 있는 공사대금지급채무는 당해 하자가 발생한 부분의 기성공사대금에 한정되는 것은 아니라고 할 것이다. 왜냐하면, 이와 달리 본다면 도급인이 하자발생사실을 모른 채 하자가 발생한 부분에 해당하는 기성공사의 대금을 지급하고 난 후 뒤늦게 하자를 발견한 경우에는 동시이행의 항변권을 행사하지 못하게 되어 공평에 반하기 때문이다(대법원 2001. 9. 18. 선고 2001다9304 판결).

【문19】 자녀의 성과 본에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 자녀는 부의 성과 본을 따르되, 부모가 자녀의 출생시에 모의 성과 본을 따르기로 협의한 경우에는 모의 성과 본을 따른다.
- ② 부모를 알 수 없는 자가 미성년자인 경우 후견인이 성과 본의 창설허가를 신청할 수 있다.
- ③ 혼인외의 자가 인지된 경우 자녀는 아버지의 성과 본을 따른다.
- ④ 자녀의 성과 본의 변경허가청구와 관련하여 양부, 양모는 청구권자가 될 수 있으나, 계부나 계모는 청구인적격이 없다.
- ⑤ 성년이 된 자녀도 자신의 복리를 위하여 성과 본의 변경을 청구할 수 있다.

정답 ①

- ① (X). 출생시가 아니라 혼인신고시이다. 민법 제781조(자의 성과 본) ① 자는 부의 성과 본을 따른다. 다만, 부모가 “혼인신고시” 모의 성과 본을 따르기로 협의한 경우에는 모의 성과 본을 따른다.
- ② (○).
- ③ (○). 부의 인지가 있기 전에는 혼인 외의 출생자는 모의 성과 본을 따르는데, 부가 자를 인지한 경우에는 원칙적으로 성의 변경이 일어나게 되는 자는 종전의 성을 버리고 인지한 부의 성을 따라야 한다. 다만 민법 제781조 제5항의 예외를 인정한다. 이 지문에 관해서는 ‘혼인외의 자가 인지된 경우 자녀는 아버지의 성과 본을 따른다’고 단언적으로 표현하고 있어 틀린 지문이라는 이의제기가 있었으나, 시행기관인 법원행정처는 받아들이지 않았다.
- ⑤ (○). 제781조 제6항: 자의 복리를 위하여 자의 성과 본을 변경할 필요가 있을 때에는 부, 모 또는 자의 청구에 의하여 법원의 허가를 받아 이를 변경할 수 있다.

【문20】 대리권에 관한 다음 설명 중 옳은 것은 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- | |
|---|
| ㉠ 본인을 대리하여 매매계약을 체결한 대리인은 특별한 사정이 없는 한 본인을 대리하여 위 매매계약을 해제할 권한은 없다. |
|---|

- ① 없다 ② 1개 ③ 2개
④ 3개 ⑤ 4개

㉠ (○). ㉡ (X). 어떠한 계약의 체결에 관한 대리권을 수여받은 대리인이 수권된 법률행위를 하게 되면 그것으로 대리권의 원인된 법률관계는 원칙적으로 목적을 달성하여 종료하는 것이고, 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸하는 것이므로(민법 제128조), 그 계약을 대리하여 체결하였던 대리인이 체결된 계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다(대법원 2008.6.12. 선고 2008다11276 판결).

㉔ (X). 문제된 사안에서 대법원은 신락자인 건설회사는 위 아파트의 실질적 소유자도 아니고, 자신의 채권에 대한 대물변제를 위하여 아파트 분양계약을 체결할 권한도 없다고 판시한 바 있다. 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다52141 판결 참조

[1] 신탁계약에 의하여 아파트의 소유권이 수탁자에게 대내외적으로 완전히 이전되어 그 분양권도 수탁자에게 귀속되었다고 한 사례

[2] 신탁된 아파트의 분양을 수탁자로부터 위임받은 신탁자가 대물변제를 위하여 분양계약을 체결한 경우, 대리권의 범위 내의 행위는 아니지만 권한을 넘은 표현대리의 성립을 인정한 사례

【판결요지】

[1] 신탁계약에 의하여 아파트의 소유권이 수탁자에게 대내외적으로 완전히 이전되어 그 분양권도 수탁자에게 귀속되었다고 한 사례.

[2] 아파트 분양형 토지신탁계약을 체결하면서 신탁자인 건설회사와 수탁자인 신탁회사가 공동사업주체로서 아파트 분양을 하기로 하고 수탁자인 신탁회사가 신탁자인 건설회사에게 아파트 분양업무를 위임하고 그 분양계약서에 공동사업주체인 신탁자인 건설회사와 수탁자인 신탁회사를 공동매도인으로 기재한 후, 수탁자인 신탁회사가 그 대표이사의 직인이 날인된 분양계약서를 일괄 교부하여 신탁자인 건설회사가 그 계약서를 이용하여 분양계약을 체결하고, 그 분양계약에 수탁자인 신탁회사는 전혀 관여하지 아니하고, 신탁자인 건설회사가 사실상 독자적으로 분양계약을 체결하고 분양대금을 직접 받아왔다면, 신탁자인 건설회사에 대한 채권자로서는 신탁자인 건설회사가 그 채권의 대물변제로 그 아파트를 채권자에게 분양하여 줄 권한이 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 본 사례.

㉠ (○). 대법원 1994.2.8, 93다39379 판결

【문21】 재산분할청구권에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부부 일방이 아직 퇴직하지 아니한 채 직장에 근무하고 있을 경우 그가 장차 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정만으로 그 장래의 퇴직금을 청산의 대상이 되는 재산에 포함시킬 수 없고, 장래 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정은 민법 제839조의2 제2항 소정의 재산분할의 액수와 방법을 정하는 데 필요한 '기타 사정'으로 참작되면 족하다.
- ② 부부 일방이 혼인 중 제3자에게 공동재산의 형성에 수반하여 부담하게 된 채무를 부담하고 있어 총재산가액에서 위 채무액을 공제하면 남는 금액이 없는 경우에는 상대방의 재산분할 청구는 받아들여질 수 없다.
- ③ 법원이 분할대상 재산들을 개별적으로 구분하여 분할비율을 달리 정함으로써 분할할 적극재산의 가액을 임의로 조정하는 것은 허용될 수 없다.
- ④ 분할대상이 되는 재산은 적극재산이거나 소극재산이거나 그 액수가 대략적으로나마 확정되어야 한다.
- ⑤ 이혼하는 부부의 자녀들이 이미 모두 성년에 달한 경우라도, 아버지가 자녀들에게 부양의무를 진다면 이를 부부의 이혼으로 인하여 이혼 배우자에게 지급할 위자료나 재산분할의 액수를 정하는 데 참작할 사정으로 볼 수 있다.

정답 ⑤

① (○). 부부 일방이 아직 퇴직하지 아니한 채 직장에 근무하고 있을 경우 그의 퇴직일과 수령할 퇴직금이 확정되었다는 등의 특별한 사정이 없다면, 그가 장차 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정만으로 그 장래의 퇴직금을 청산의 대상이 되는 재산에 포함시킬 수 없고, 장래 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정은 민법 제839조의2 제2항 소정의 재산분할의 액수와 방법을 정하는 데 필요한 '기타 사정'으로 참작되면 족하다. 박사학위를 소지한 경제학 교수로서의 재산취득능력은 민법 제839조의2 제2항 소정의 재산분할의 액수와 방법을 정하는 데 필요한 '기타 사정'으로 참작함으로써 충분하다(대법원 1998.6.12, 선고, 98므213, 판결).

② (○). 민법 제839조의2 제2항의 취지에 비추어 볼 때, 재산분할비용은 개별재산에 대한 기여도를 일컫는 것이 아니라, 기여도 기타 모든 사정을 고려하여 전체로서의 형성된 재산에 대하여 상대방 배우자로부터 분할받을 수 있는 비율을 일컫는 것이라고 봄이 상당하고, 또한, 부부 일방이 혼인 중 제3자에게 채무를 부담한 경우에 그 채무 중에서 공동재산의 형성에 수반하여 부담하게 된 채무는 청산의 대상이 되는 것이므로, 부부 일방이 위와 같이 청산의 대상이 되는 채무를 부담하고 있어 총재산가액에서 위 채무액을 공제하면 남는 금액이 없는 경우에는 상대방의 재산분할 청구는 받아들여질 수 없다(대법원 2002.9.4, 선고, 2001므718, 판결).

③ (○). 민법 제839조의2 제2항의 취지에 비추어 볼 때, 재산분할비용은 개별재산에 대한 기여도를 일컫는 것이 아니라 기여도 기타 모든 사정을 고려하여 전체로서의 형성된 재산에 대하여 상대방 배우자로부터 분할받을 수 있는 비율을 일컫는 것이라고 봄이 상당하므로, 법원이 합리적 근거 없이 적극재산과 소극재산을 구별하여 분담비율을 달리 정한다거나, 분할대상 재산들을 개별적으로 구분하여 분할비율을 달리 정함으로써 분할할 적극재산의 가액을 임의로 조정하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2006.9.14, 선고, 2005다74900, 판결).

④ (○). 대법원 1999.6.11, 선고 96므1397 판결

⑤ (X). 이혼하는 부부의 자녀들이 이미 모두 성년에 달한 경우, 부(父)가 자녀들에게 부양의무를 진다 하더라도 이는 어디까지나 부(父)와 자녀들 사이의 법률관계일 뿐, 이를 부부의 이혼으로 인하여 이혼 배우자에게 지급할 위자료나 재산분할의 액수를 정하는 데 참작할 사정으로 볼 수는 없다(대법원 2003.8.19, 선고, 2003므941, 판결).

【문22】 자주점유와 타주점유에 관한 설명 중 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 토지를 매수·취득하여 점유를 개시함에 있어 착오로 인접 토지의 일부가 매수·취득한 토지에 속하는 것으로 믿고 점유한 경우, 그 인접토지에 대한 점유를 자주점유로 볼 수 없다.
- ② 공동상속인의 1인이 상속재산인 부동산을 전부 점유한다고 하더라도 달리 특별한 사정이 없는 한 다른 공유자의 지분비율의 범위에서는 타주점유로 보아야 한다.
- ③ 점유의 승계가 있는 경우 전 점유자의 점유가 타주점유라 하여도 점유자의 승계인이 자기의 점유만을 주장하는 경우에는 현 점유자의 점유는 자주점유로 추정

된다.

- ④ 진정 소유자가 자신의 소유권을 주장하여 점유자를 상대로 소유권이전등기의 말소등기청구소송을 제기하여 점유자의 패소로 확정된 경우, 패소판결 확정 후부터는 점유자의 점유가 타주점유로 전환된다.
- ⑤ 토지의 점유자가 소유자를 상대로 소유권이전등기말소청구의 소를 제기하였다가 패소하고 그 판결이 확정된 경우, 자주점유의 추정이 반복되어 타주점유로 전환된다고 할 수 없다.

정답 ①

- ① (X). 토지를 매수·취득하여 점유를 개시함에 있어서 매수인이 인접 토지와와 경계선을 정확하게 확인해 보지 아니하고 착오로 인접 토지의 일부를 그가 매수·취득한 토지에 속하는 것으로 믿고서 점유하고 있다면 인접 토지의 일부에 대한 점유는 소유의 의사에 기한 것으로 보아야 하며, 이 경우 그 인접 토지의 점유 방법이 분묘를 설치·관리하는 것이었다고 하여 점유자의 소유 의사를 부정할 것은 아니다(대법원 2007.6.14, 선고, 2006다84423, 판결).
- ② (○). 대법원 2008.9.25. 선고 2008다31485 판결
- ③ (○). 대법원 2002.2.26, 선고 99다72743 판결
- ④ (○). 진정 소유자가 자신의 소유권을 주장하며 점유자 명의의 소유권이전등기는 원인무효의 등기라 하여 점유자를 상대로 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기의 말소등기청구소송을 제기하여 그 소송사건이 점유자의 패소로 확정되었다면, 점유자는 민법 제197조 제2항의 규정에 의하여 그 소유권이전등기말소등기청구소송의 제기시부터는 토지에 대한 악의의 점유자로 간주된다. 이 경우 토지 점유자가 소유권이전등기말소등기청구소송의 직접 당사자가 되어 소송을 수행하였고 결국 그 소송을 통해 대지의 정당한 소유자를 알게 되었으며, 나아가 패소판결의 확정으로 점유자로서는 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기에 관하여 정당한 소유자에 대하여 말소등기의무를 부담하게 되었음이 확정되었으므로, 단순한 악의점유의 상태와는 달리 객관적으로 그와 같은 의무를 부담하고 있는 점유자로 변한 것이어서 점유자의 토지에 대한 점유는 패소판결 확정 후부터는 타주점유로 전환되었다고 보아야 한다(대법원 1996.10.11. 선고 96다19857 판결).
- ⑤ (○). 타인의 부동산을 점유하는 사람은 일응 소유의 의사로 점유하는 것으로 추정되고 그 추정을 반복할 만한 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 타주점유로 인정할 수 있는바, 토지의 점유자가 이전에 토지 소유자를 상대로 그 토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소하고 그 판결이 확정되었다 하더라도 그 사정만을 들어서는 토지 점유자의 자주점유의 추정이 반복되어 타주점유로 전환된다고 할 수 없다(대법원 2009.12.10, 선고, 2006다19177, 판결).

【문23】 민법의 조합에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 민법 제706조에서는 조합원 3분의 2 이상의 찬성으로 조합의 업무집행자를 선

임하고 조합원 과반수의 찬성으로 조합의 업무집행방법을 결정하도록 규정하고 있는데, 이는 임의규정이다.

- ② 조합계약에서 개괄적으로 조합원 지분의 양도를 인정하고 있는 경우에도 조합원이 다른 조합원 전원의 동의가 없이 그 지분의 일부를 제3자에게 양도하는 것은 허용되지 않는다.
- ③ 조합원 중 1인의 채권자가 그 조합원 개인을 집행채무자로 하여 조합의 채권에 대하여 강제집행을 하는 경우 다른 조합원이 제3자이의의 소를 제기하여 그 강제집행의 불허를 구할 수 있다.
- ④ 동업을 목적으로 하는 조합이 조합재산으로 취득한 부동산에 관하여 합유등기를 하지 아니하고 조합원 1인의 명의로 소유권이전등기를 한 경우, 조합체가 그 조합원에게 명의신탁한 것으로 보아야 한다.
- ⑤ 기본적으로 민법상 조합의 성질을 가지는 건설공동수급체의 구성원인 조합원이 그 출자의무를 불이행한 경우에 특별한 사정이 없는 한 출자의무의 불이행을 이유로 그 조합원에 대한 이익분배를 거부할 수 있다.

정답 ⑤

① (○). 민법 제706조에서는 조합원 3분의 2 이상의 찬성으로 조합의 업무집행자를 선임하고 조합원 과반수의 찬성으로 조합의 업무집행방법을 결정하도록 규정하고 있는바, 여기서 말하는 조합원은 조합원의 출자가액이나 지분이 아닌 조합원의 인원수를 뜻한다. 다만, 위와 같은 민법의 규정은 임의규정이므로, 당사자 사이의 약정으로 업무집행자의 선임이나 업무집행방법의 결정을 조합원의 인원수가 아닌 그 출자가액 내지 지분의 비율에 의하도록 하는 등 그 내용을 달리 정할 수 있고, 그와 같은 약정이 있는 경우에는 그 정한 바에 따라 업무집행자를 선임하거나 업무집행방법을 결정하여야만 유효하다(대법원 2009.4.23, 선고, 2008다4247, 판결).

② (○). 대법원 2009.4.23, 선고 2008다4247 판결

③ (○). 대법원 1997.8.26, 선고 97다4401 판결

④ (○). 민법 제271조 제1항은 "법률의 규정 또는 계약에 의하여 수인이 조합체로서 물건을 소유하는 때에는 합유로 한다. 합유자의 권리는 합유물 전부에 미친다."고 규정하고(이는 물건법상의 규정으로서 강행규정이고, 따라서 조합체의 구성원인 조합원들이 공유하는 경우에는 조합체로서 물건을 소유하는 것으로 볼 수 없다.), 민법 제704조는 "조합원의 출자 기타 조합재산은 조합원의 합유로 한다."고 규정하고 있으므로, 동업을 목적으로 한 조합이 조합체로서 또는 조합재산으로서 부동산의 소유권을 취득하였다면, 민법 제271조 제1항의 규정에 의하여 당연히 그 조합체의 합유물이 되고(이는 민법 제187조에 규정된 '법률의 규정에 의한 물건의 취득'과는 아무 관계가 없다. 따라서 조합체가 부동산을 법률행위에 의하여 취득한 경우에는 물론 소유권이전등기를 요한다.), 다만, 그 조합체가 합유등기를 하지 아니하고 그 대신 조합원들 명의로 각 지분에 관하여 공유등기를 하였다면, 이는 그 조합체가 조합원들에게 각 지분에 관하여 명의신탁한 것으로 보아야 한다(대법원 2002.6.14, 선고, 2000다30622, 판결).

⑤ (X). 건설공동수급체는 기본적으로 민법상 조합의 성질을 가지는 것인데, 건설공동수급

체의 구성원인 조합원이 그 출자의무를 불이행하였다더라도 그 조합원을 조합에서 제명하지 않는 한 건설공동수급체는 조합원에 대한 출자금채권과 그 연체이자채권, 그 밖의 손해배상채권으로 조합원의 이익분배청구권과 직접 상계할 수 있을 뿐이고, 조합계약에서 출자의무의 이행과 이익분배를 직접 연계시키는 특약을 두지 않는 한 출자의무의 불이행을 이유로 이익분배 자체를 거부할 수는 없다(대법원 2006.8.25, 선고, 2005다16959, 판결).

【문24】 공동불법행위에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공동불법행위의 성립에는 공동불법행위자 상호간에 의사(의사)의 공통이나 공동의 인식(인식)이 필요하지 아니하고 객관적으로 그들의 각 행위에 관련공동성이 있으면 족하다.
- ② 교통사고로 인하여 상해를 입은 피해자가 치료를 받던 중 의사의 과실 등으로 인한 의료사고로 증상이 악화되거나 새로운 증상이 생겨 사망에 이르는 등 손해가 확대된 경우, 그와 같은 손해와 교통사고 사이에는 상당인과관계가 있다.
- ③ 다수의 의사가 의료행위에 관여한 경우 그 중 누구의 과실에 의하여 의료사고가 발생한 것인지 특정할 수 없는 때에는 일련의 의료행위에 관여한 의사들 모두가 공동불법행위책임을 부담한다.
- ④ 불법행위의 방조자에게 공동불법행위자로서의 책임을 지우기 위하여는 방조행위와 피방조자의 불법행위 사이에 상당인과관계가 있어야만 한다.
- ⑤ 공동불법행위의 가해자 1인이 다른 가해자에 비하여 불법행위에 가공한 정도가 경미할 경우, 피해자에 대한 관계에서 그 가해자의 책임 범위를 공동불법행위로 인한 손해배상액의 일부로 제한하여 인정할 수 있다.

정답 ⑤

- ① (○). 대법원 1998.9.25, 선고 98다9205 판결
- ② (○). 교통사고로 인하여 상해를 입은 피해자가 치료를 받던 중 치료를 하던 의사의 과실로 인한 의료사고로 증상이 악화되거나 새로운 증상이 생겨 손해가 확대된 경우, 의사에게 중대한 과실이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 확대된 손해와 교통사고 사이에도 상당인과관계가 있고, 이 경우 교통사고와 의료사고가 각기 독립하여 불법행위의 요건을 갖추고 있으면서 객관적으로 관련되고 공동하여 위법하게 피해자에게 손해를 가한 것으로 인정되면 공동불법행위가 성립한다(대법원 1998.11.24, 선고, 98다32045, 판결).
- ③ (○). 다수의 의사가 의료행위에 관여한 경우 그 중 누구의 과실에 의하여 의료사고가 발생한 것인지 분명하게 특정할 수 없는 때에는 일련의 의료행위에 관여한 의사들 모두에 대하여 민법 제760조 제2항에 따라 공동불법행위책임을 물을 수 있다고 봄이 상당하다. 산재사고로 인하여 상해를 입은 피해자가 치료를 받던 중 치료를 하던 의사의 과실 등으로 인한 의료사고로 증상이 악화되거나 새로운 증상이 생겨 손해가 확대된 경우에는, 다른 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 손해와 산재사고 사이에도 상당인과관계가 있다고 보아야 하므로, 산재사고와 의료사고가 각기 독립하여 불법행위의 요건을 갖추고 있으면서 객관적

으로 관련되고 공동하여 위법하게 피해자에게 손해를 가한 것으로 인정된다면, 공동불법행위가 성립되어 공동불법행위자들이 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다(대법원 2005.9.30, 선고, 2004다52576, 판결).

④ (○). 대법원 2007.5.10, 선고 2005다55299 판결

⑤ (X). 공동불법행위책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 그 가해자들이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것이므로, 공동불법행위로 인한 손해배상책임의 범위는 피해자에 대한 관계에서 가해자들 전원의 행위를 전체적으로 함께 평가하여 정하여야 하고, 그 손해배상액에 대하여는 가해자 각자가 그 금액의 전부에 대한 책임을 부담하는 것이며, 가해자의 1인이 다른 가해자에 비하여 불법행위에 가공한 정도가 경미하다고 하더라도 피해자에 대한 관계에서 그 가해자의 책임 범위를 위와 같이 정하여진 손해배상액의 일부로 제한하여 인정할 수 없다(대법원 2005.10.13, 선고, 2003다24147, 판결).

【문25】 부진정연대채무에 관한 다음 설명 중 틀린 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 부진정연대채무자 중 1인이 자신의 채권자에 대한 반대채권으로 상계를 한 경우 그 채무 소멸의 효력은 소멸한 채무전액에 관하여 다른 부진정연대채무자에 대하여도 미친다.
- ㉡ 위 채무 소멸의 효력은 채권자가 상계가 이루어질 당시 다른 부진정연대채무자의 존재를 알았는지 여부에 따라 달라질 수 있다.
- ㉢ 부진정연대채무자 중 1인이 채권자와 상계계약을 체결한 경우에도, 그 채무 소멸의 효력은 소멸한 채무 전액에 관하여 다른 부진정연대채무자에 대하여도 미친다.
- ㉣ 부진정연대채무에 있어 채무자 1인에 대한 이행의 청구가 있으면 다른 채무자에 대하여도 시효중단의 효과가 발생한다.
- ㉤ 부진정연대채무관계는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무라 하더라도 가능하고, 양 채무의 발생원인, 채무의 액수 등이 반드시 서로 동일할 필요는 없다.

① 없다

② 1개

③ 2개

④ 3개

⑤ 4개

정답 ③

㉠ (○). ㉡ (X). ㉢ (○). 부진정연대채무자 중 1인이 자신의 채권자에 대한 반대채권으로 상계를 한 경우에도 채권은 변제, 대물변제, 또는 공탁이 행하여진 경우와 동일하게 현실적으로 만족을 얻어 그 목적을 달성하는 것이므로, 그 상계로 인한 채무소멸의 효력은 소멸한 채무 전액에 관하여 다른 부진정연대채무자에 대하여도 미친다고 보아야 한다. 이는 부진정

연대채무자 중 1인이 채권자와 상계계약을 체결한 경우에도 마찬가지이다. 나아가 이러한 법리는 채권자가 상계 내지 상계계약이 이루어질 당시 다른 부진정연대채무자의 존재를 알았는지 여부에 의하여 좌우되지 아니한다(대법원 2010.9.16, 선고, 2008다97218, 전원합의체 판결).

㉔ (X) 부진정연대채무에 있어 채무자 1인에 대한 이행의 청구는 타 채무자에 대하여 그 효력이 미치지 않으므로, 하천구역으로 편입된 토지의 소유자가 서울특별시장에게 보상금지급 청구를 하였다 하더라도 부진정연대채무관계에 있는 국가에 대하여 시효중단의 효과가 발생한다고 할 수 없다(대법원 1997.9.12, 선고, 95다42027, 판결).

㉕ (O) 부진정연대채무 관계는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무라 하더라도 동일한 경제적 목적을 가지고 있고 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸할 경우 타방의 채무도 소멸하는 관계에 있으면 성립할 수 있고, 반드시 양 채무의 발생원인, 채무의 액수 등이 서로 동일할 것을 요한다고 할 수는 없다(대법원 2009. 3. 26. 선고, 2006다47677, 판결).

【문26】 보증채무에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 보증채무는 채권자와 보증인 간의 보증계약에 의하여 성립하고, 주채무와는 별개 독립의 채무이지만 주채무와 동일한 내용의 급부를 목적으로 함이 원칙이므로, 주채무가 외화채무인 경우 채권자와 보증인 사이에 미리 약정한 환율로 환산한 원화로 보증채무를 이행하기로 따로 약정하는 것은 허용되지 아니한다.
- ② 채무가 특정되어 있는 확정채무에 대하여 보증한 연대보증인은 그의 동의 없이 피보증채무의 이행기가 연장된 경우에도 여전히 연대보증채무를 부담한다.
- ③ 보증인이 임대인의 임대차보증금반환채무를 보증한 후 임대인과 임차인이 임대차계약과 관계없는 다른 채권으로써 연체차임을 상계하기로 약정한 것은 보증인에 대하여 그 효력을 주장할 수 없다.
- ④ 보증계약이 성립한 후에 보증인이 알지 못하는 사이에 주채무의 목적이나 형태가 변경되어 주채무의 실질적 동일성이 상실된 경우, 당초의 주채무는 경개로 인하여 소멸하므로 보증채무도 당연히 소멸한다.
- ⑤ 주채무자에 대한 시효중단 사유가 압류, 가압류 및 가처분인 경우, 이를 보증인에게 통지하여야만 보증인에 대하여 시효중단의 효력이 발생하는 것은 아니다.

【정답】 ①

① (X). 보증채무는 채권자와 보증인 간의 보증계약에 의하여 성립하고, 주채무와는 별개 독립의 채무이지만 주채무와 동일한 내용의 급부를 목적으로 함이 원칙이라고 할 것이나 채권자와 보증인은 보증채무의 내용, 이행의 시기, 방법 등에 관하여 특약을 할 수 있고, 그 특약에 따른 보증인의 부담이 주채무의 목적이나 형태보다 중하지 않는 한 그러한 특약이 무효라고 할 수도 없으므로, 주채무가 외화채무인 경우에도 채권자와 보증인 사이에 미리 약정한 환율로 환산한 원화로 보증채무를 이행하기로 약정하는 것도 허용된다(대법원

2002.8.27, 선고, 2000다9734, 판결).

② (○). 대법원 2002.6.14, 선고 2002다14853 판결

③ (○). 대법원 1999.3.26, 선고 98다22918 판결

④ (○). 보증계약이 성립한 후에 보증인이 알지도 못하는 사이에 주채무의 목적이나 형태가 변경되었다면, 그 변경으로 인하여 주채무의 실질적 동일성이 상실된 경우에는 당초의 주채무는 경개로 인하여 소멸하였다고 보아야 할 것이므로 보증채무도 당연히 소멸하겠지만, 그 변경으로 인하여 주채무의 실질적 동일성이 상실되지 아니하고 동시에 주채무의 부담 내용이 축소·감경된 것에 불과한 경우에는 보증인은 그와 같이 축소·감경된 주채무의 내용에 따라 보증책임을 진다고 할 것이다(대법원 2001.3.23, 선고, 2001다628, 판결).

⑤ (○). 대법원 1994.1.11, 선고 93다21477 판결

【문27】 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 특정물의 매매에서 그 목적물이 매수인에게 인도되지 아니하였으면 매수인이 대금지급을 지체하여도 매도인은 인도가 이루어지기 이전에 발생한 목적물의 관리보존비의 상환을 구할 수 없다.
- ② 대부업 등록을 하지 않고 사실상 대부업을 영위하는 자에 대하여는 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률이 아닌 이자제한법에 따른 최고이율의 제한을 받는다.
- ③ 채권자가 외화채권을 대용급부의 권리를 행사하여 우리나라 통화로 환산하여 청구하는 경우 그 환산기준시는 청구시점이다.
- ④ 보유주식 일정량을 담보로 제공하기로 한 담보제공약정에 기한 채권은 일종의 제한종류채권이다.
- ⑤ 제한종류채권에서 채무자가 이행에 필요한 행위를 하지 아니하거나 지정권자로 된 채무자가 이행할 물건을 지정하지 아니하여 급부목적물이 특정되지 아니하는 경우에는 채권의 기한이 도래한 후 채권자가 상당한 기간을 정하여 지정권이 있는 채무자에게 그 지정을 최고하여도 채무자가 이행할 물건을 지정하지 않으면 지정권이 채권자에게 이전한다.

정답 ③

① (○). 특정물의 매매에 있어서 그 목적물이 매수인에게 인도되지 아니하였으면 매수인이 대금지급을 지체하여도 매도인은 매수인에게 동인도가 이루어지기 이전의 기간 동안의 목적물의 관리보존비의 상환이나 매매대금의 이자상당액의 손해배상청구를 할 수 없다(대법원 1981.5.26, 선고, 80다211, 판결).

② (○). 이자제한법 제2조 제1항, '이자제한법 제2조 제1항의 최고이자율에 관한 규정'에 의하면 금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 30%로 제한되고, 구 이자제한법(2009. 1. 21. 법률 제9344호로 개정되기 전의 것) 제7조는 다른 법률에 따라 인가·허가·등록을 마친 금융업 및 대부업에는 이자제한법을 적용하지 아니한다고 규정하고 있는바, 위 규정의

문언 내용, 국민경제생활의 안정과 경제정의의 실현을 목적으로 하는 이자제한법의 입법 취지, 미등록 대부업체의 등록을 유도하기 위한 입법 경위 등에 비추어 보면, 구 대부업의 등록 및 금융이용자보호에 관한 법률(2009. 1. 21. 법률 제9344호로 개정되기 전의 것) 제3조의 규정에 의한 대부업의 등록을 하지 아니하고 사실상 대부업을 영위하는 자에 대하여는 이자제한법이 적용되어 이러한 대부업자가 대부를 하는 경우의 최고이자율은 연 30%로 제한된다(대법원 2009.6.11, 선고, 2009다12399, 판결).

③ (X). 채권액이 외국통화로 지정된 금전채권인 외화채권을 채권자가 대용금부의 권리를 행사하여 우리나라 통화로 환산하여 청구하는 경우 법원이 채무자에게 그 이행을 명함에 있어서는 채무자가 현실로 이행할 때에 가장 가까운 사실심 변론종결 당시의 외국환시세를 우리나라 통화로 환산하는 기준으로 삼아야 한다(대법원 2007.7.12, 선고, 2007다13640, 판결).

④ (○). 보유주식 일정량을 담보로 제공하기로 한 담보제공약정은 특정한 "주권"에 대한 담보약정이 아니라 기명의 "주식"에 관한 담보약정이고 다만 그 담보약정의 이행으로서 약정한 기명주식을 표창하는 주권을 인도할 의무가 있는 것인데, 주식은 동가성이 있고 상법 등의 규정에 따른 소각, 변환, 병합 등 변화가능성이 있으며 담보약정에 이르게 된 경위 등에 비추어 볼 때, 담보약정 후 주권의 이행제공 전에 갖고 있던 주식에 대한 처분이나 새로운 주식의 취득이 있더라도 약정된 수의 기명주식을 표창하는 주권만 인도하면 되고 인도할 주권의 특성은 쌍방 어느 쪽에서도 할 수 있는 것으로서 담보약정에 기한 채권은 일종의 제한종류채권이다(대법원 1994.8.26, 선고, 93다20191, 판결).

⑤ (○). 대법원 2009.1.30, 선고 2006다37465 판결

【문28】 친자관계에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 처가 부의 자를 포탈할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 때에는, 부는 출생자의 친자관계를 부인하기 위하여 친자관계부존재확인소송을 제기할 수 있다.
- ② 혼인의 출생자의 경우 부자관계는 부의 인지에 의하여서만 발생하는 것이므로, 부가 사망한 경우 생모가 혼인의 출생자를 상대로 혼인의 출생자와 사망한 부 사이의 친생자관계존재확인을 구하는 소는 허용될 수 없다.
- ③ 재판상 인지의 경우에는 그 심판에 대한 재심의 소로서 이를 다투어야 하고, 인지에 대한 이의의 소로서 위 인지심판의 효력을 다툴 수는 없다.
- ④ 타인의 친생추정을 받는 자라 하더라도 인지할 수 있다.
- ⑤ 친생자가 아닌 자에 대하여 한 인지신고는 당연 무효이므로, 무효를 확정하기 위한 판결 기타의 절차에 의하지 아니하고 누구라도 그 무효를 주장할 수 있다.

정답 ④

① (○). 민법 제 844조는 부부가 동거하여 처가 부의 자를 포탈할 수 있는 상태에서 자를 포탈한 경우에 적용되는 것이고 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의

이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동서의 결여로 처가 부의 자를 포탈할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에는 그 추정이 미치지 아니하므로 이 사건에 있어서 처가 가출하여 부와 별거한지 약 2년 2개월 후에 자를 출산하였다면 이에는 동조의 추정이 미치지 아니하여 부는 친생부인의 소에 의하지 않고 친자관계부존재확인소송을 제기할 수 있다(대법원 1983.7.12, 선고, 82므59, 전원합의체 판결).

② (○). 혼인의 출생자의 경우에 있어서 모자관계는 인지를 요하지 아니하고 법률상의 친자관계가 인정될 수 있지만, 부자관계는 부(父)의 인지에 의하여서만 발생하는 것이므로, 부(父)가 사망한 경우에는 그 사망을 안 날로부터 1년 이내에 검사를 상대로 인지청구의 소를 제기하여야 하고, 생모가 혼인의 출생자를 상대로 혼인의 출생자와 사망한 부(父) 사이의 친생자관계존재확인을 구하는 소는 허용될 수 없다(대법원 1997.2.14, 선고, 96므738, 판결).

③ (○). 대법원 1981.6.23, 선고 80므109 판결

④ (X). 법률상 타인의 친생자로 추정되는 자에 대하여서는 그 부모부터 친생부인의 소의 판결이 확정되기 전에는 아무도 인지를 할 수 없다(대법원 1968.2.27, 선고, 67므34, 제1부 판결).

⑤ (○). 친생자가 아닌 자에 대하여 한 인지신고는 당연무효이며 이런 인지는 무효를 확정하기 위한 판결 기타의 절차에 의하지 아니하고도, 또 누구에 의하여도 그 무효를 주장할 수 있는 것이다(대법원 1992.10.23, 선고, 92다29399, 판결).

【문29】 다음 중 채권양도에 대한 설명으로 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 채무자는 제3자가 채권자로부터 채권을 양수한 경우 채권양도금지 특약의 존재를 알고 있는 양수인이나 그 특약의 존재를 알지 못함에 중대한 과실이 있는 양수인에게 그 특약으로써 대항할 수 있고, 제3자의 약의 내지 중과실은 채권양도금지의 특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 이를 주장·증명하여야 한다.
- ② 양도금지 특약이 붙은 채권이 양도된 경우에 채무자는 민법 제487조 후단의 채권자 불확지를 원인으로 하여 변제공탁을 할 수 있다.
- ③ 채권양도통지와 채권가압류결정 정본이 동시에 제3채무자에게 도달된 경우에 양수인의 양수금청구에 대하여 채무자가 채권양도통지와 채권가압류결정 정본을 동시에 송달받은 사실로써 대항할 수 있다.
- ④ 채권양도의 대항요건은 주채권의 이전에 관하여 구비하면 족하고, 별도로 보증채권에 관하여 대항요건을 갖추 필요는 없다.
- ⑤ 지명채권의 양도통지를 한 후 그 양도계약이 해제된 경우에, 양도인이 그 해제를 이유로 다시 원래의 채무자에 대하여 양도채권으로 대항하려면 양수인이 채무자에게 위와 같은 해제사실을 통지하여야 한다.

정답 ③

① (○). 채무자는 제3자가 채권자로부터 채권을 양수한 경우 채권양도금지 특약의 존재를 알고 있는 양수인이나 그 특약의 존재를 알지 못함에 중대한 과실이 있는 양수인에게 그 특

약으로써 대항할 수 있고, 여기서 말하는 ‘중과실’이란 통상인에게 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 그 특약의 존재를 알 수 있음에도 불구하고 그러한 주의조차 기울이지 아니하여 특약의 존재를 알지 못한 것을 말하며, 제3자의 약의 내지 중과실은 채권양도금지의 특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 이를 주장·증명하여야 한다(대법원 2010.5.13, 선고, 2010다8310, 판결).

② (○). 채권양도금지특약에 반하여 채권양도가 이루어진 경우, 그 양수인이 양도금지특약이 있음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였던 경우에는 채권양도는 효력이 없게 되고, 반대로 양수인이 중대한 과실 없이 양도금지특약의 존재를 알지 못하였다면 채권양도는 유효하게 되어 채무자로서는 양수인에게 양도금지특약을 가지고 그 채무이행을 거절할 수 없게 되어 양수인의 선의, 약의 등에 따라 양수채권의 채권자가 결정되는바, 이와 같이 양도금지의 특약이 붙은 채권이 양도된 경우에 양수인의 약의 또는 중과실에 관한 입증책임은 채무자가 부담하지만, 그러한 경우에도 채무자로서는 양수인의 선의 등의 여부를 알 수 없어 과연 채권이 적법하게 양도된 것인지에 관하여 의문이 제기될 여지가 충분히 있으므로 특별한 사정이 없는 한 민법 제487조 후단의 채권자 불확시를 원인으로 하여 변제공탁을 할 수 있다(대법원 2000.12.22, 선고, 2000다55904, 판결).

③ (X). 채권이 이중으로 양도된 경우의 양수인 상호간의 우열은 통지 또는 송달에 붙여진 확정일자 선후에 의하여 결정할 것이 아니라, 채권양도에 대한 채무자의 인식, 즉 확정일자 있는 양도통지가 채무자에게 도달한 일시 또는 확정일자 있는 송달의 일시의 선후에 의하여 결정하여야 할 것이고, 이러한 법리는 채권양수인과 동일 채권에 대하여 가압류명령을 집행한 자 사이의 우열을 결정하는 경우에 있어서도 마찬가지이므로, 확정일자 있는 채권양도 통지와 가압류결정 정본의 제3채무자(채권양도의 경우는 채무자)에 대한 도달의 선후에 의하여 그 우열을 결정하여야 한다.

채권양도 통지, 가압류 또는 압류명령 등이 제3채무자에 동시에 송달되어 그들 상호간에 우열이 없는 경우에도 그 채권양수인, 가압류 또는 압류채권자는 모두 제3채무자에 대하여 완전한 대항력을 갖추었다고 할 것이므로, 그 전액에 대하여 채권양수금, 압류전부금 또는 추심금의 이행청구를 하고 적법하게 이를 변제받을 수 있고, 제3채무자로서는 이들 중 누구에게라도 그 채무 전액을 변제하면 다른 채권자에 대한 관계에서도 유효하게 면책되는 것이며, 만약 양수채권액과 가압류 또는 압류된 채권액의 합계액이 제3채무자에 대한 채권액을 초과할 때에는 그들 상호간에는 법률상의 지위가 대등하므로 공평의 원칙상 각 채권액에 안분하여 이를 내부적으로 다시 정산할 의무가 있다.

채권양도의 통지와 가압류 또는 압류명령이 제3채무자에게 동시에 송달되었다고 인정되어 채무자가 채권양수인 및 추심명령이나 전부명령을 얻은 가압류 또는 압류채권자 중 한 사람이 제기한 급부소송에서 전액 패소한 이후에도 다른 채권자가 그 송달의 선후에 관하여 다시 문제를 제기하는 경우 기관력의 이론상 제3채무자는 이중지급의 위험이 있을 수 있으므로, 동시에 송달된 경우에도 제3채무자는 송달의 선후가 불명한 경우에 준하여 채권자를 알 수 없다는 이유로 변제공탁을 함으로써 법률관계의 불안으로부터 벗어날 수 있다.

채권양도 통지와 채권가압류결정 정본이 같은 날 도달되었는데 그 선후관계에 대하여 달리 입증 없으면 동시에 도달된 것으로 추정한다(대법원 1994.4.26, 선고, 93다24223, 전원합의체 판결).

④ (○). 대법원 2002.9.10, 선고 2002다21509 판결

⑤ (○). 대법원 1993.8.27, 선고 93다17379 판결

【문30】 불법행위에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 불법행위 성립요건으로서의 위법성은 관련 행위 전체를 일체로만 판단하여 결정하여야 하는 것은 아니고, 문제가 되는 행위마다 개별적·상대적으로 판단하여야 한다.
- ② 채무불이행으로 인한 손해배상청구권에 대한 소멸시효 항변이 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대한 소멸시효 항변을 포함한 것으로 볼 수는 없다.
- ③ 채무자가 제3자로부터 대여받아 보관하고 있는 물건임을 알면서도 채무자로부터 담보의 의미로 제공받아 이를 보관, 은닉한 행위는 제3자에 대하여 불법행위를 구성한다.
- ④ 불법행위의 성립요건인 과실은 사회평균인으로서의 주의의무를 위반한 경우를 가리키는 것이고, 여기서 사회평균인이라고 하는 것은 추상적인 일반인을 말하는 것이 아니라 그때 그때의 구체적인 사례에 있어서의 보통인을 말한다.
- ⑤ 보전처분의 집행채권자가 본안소송에서 패소·확정된 경우, 그 채권자에게 채무자의 보전처분의 집행으로 인한 손해에 대하여 고의 또는 과실이 있다고 당연히 추정되지는 않는다.

정답 ⑤

- ① (○). 불법행위 성립요건으로서의 위법성은 관련 행위 전체를 일체로만 판단하여 결정하여야 하는 것은 아니고, 문제가 되는 행위마다 개별적·상대적으로 판단하여야 할 것이므로 어느 시설을 적법하게 가동하거나 공용에 제공하는 경우에도 그로부터 발생하는 유해 배출물로 인하여 제3자가 손해를 입은 경우에는 그 위법성을 별도로 판단하여야 하고, 이러한 경우의 판단 기준은 그 유해의 정도가 사회생활상 통상의 수인한도를 넘는 것인지 여부라고 할 것이다(대법원 2001.2.9, 선고, 99다55434, 판결).
- ② (○). 대법원 1998.5.29, 선고 96다51110 판결
- ③ (○). 대법원 1993.6.8, 선고 93다14998 판결
- ④ (○). 대법원 2001.1.19, 선고, 2000다12532, 판결
- ⑤ (X). 가압류나 가처분 등 보전처분은 그 피보전권리가 실재하는지 여부의 확정 본안소송에 맡기고 단지 소명에 의하여 채권자의 책임하에 하는 것이므로, 그 집행 후에 집행채권자가 본안소송에서 패소확정되면 그 보전처분의 집행으로 인하여 채무자가 입은 손해에 대하여 집행채권자에게 고의 또는 과실이 있다고 사실상 추정되지만, '특별한 사정'이 있는 경우에는 위와 같은 고의·과실의 추정이 반복될 수 있다(대법원 2010.2.11, 선고, 2009다82046,82053, 판결).

【문31】 변제충당에 관한 다음의 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 비용, 이자, 원본에 대한 변제충당에 있어서는 원칙적으로 민법 제479조에 따라 비용, 이자, 원본의 순서로 충당하여야 하고, 채무자는 물론 채권자라 할지라도 위 법정 순서와 다르게 일방적으로 충당의 순서를 지정할 수는 없다.

- ② 민법 제479조 제1항의 비용에는 채무자가 부담하여야 하는 변제비용과 소송비용액확정결정 또는 집행비용액확정결정을 받은 소송비용, 집행비용이 모두 포함된다.
- ③ 법정변제충당과 관련하여 변제자가 타인의 채무에 대한 보증인으로서 부담하는 연대보증채무는 변제자 자신의 채무와 변제의 이익이 동등하다고 보아야 한다.
- ④ 주채무자가 변제자인 경우 담보로 제3자가 발행 또는 배서한 약속어음이 교부된 채무와 다른 채무 사이에 변제이익의 점에서 차이가 없다고 보아야 할 것이나, 담보로 주채무자 자신이 발행 또는 배서한 어음이 교부된 채무는 다른 채무보다 변제이익이 많은 것으로 보아야 한다.
- ⑤ 변제자가 주채무자인 경우, 보증인이 있는 채무와 보증인이 없는 채무 사이에 변제이익의 점에서 차이가 없다.

정답 ③

- ① (○).비용, 이자, 원본에 대한 변제충당에 있어서는 민법 제479조에 그 충당 순서가 법정되어 있고 지정 변제충당에 관한 민법 제476조는 준용되지 않으므로 원칙적으로 비용, 이자, 원본의 순서로 충당하여야 하고, 채무자는 물론 채권자라 할지라도 위 법정 순서와 다르게 일방적으로 충당의 순서를 지정할 수는 없다. 그러나 당사자 사이에 특별한 합의가 있는 경우이거나 당사자의 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보이는 경우에는 그 법정충당의 순서와는 달리 충당의 순서를 인정할 수 있다(대법원 2009.6.11, 선고, 2009다12399, 판결).
- ② (○). 채무자가 1개 또는 수개의 채무의 비용 및 이자를 지급할 경우에 변제자가 그 전부를 소멸하게 하지 못한 급여를 한 때에는 비용, 이자, 원본의 순서로 변제에 충당하여야 한다(민법 제479조 제1항). 여기서의 비용은 당사자 사이의 약정이나 법률의 규정 등에 의하여 채무자가 당해 채권에 관하여 부담하여야 하는 비용을 의미한다. 따라서 채무자가 부담하여야 하는 변제비용(민법 제473조 본문)이나, 채권자의 권리실행비용 중에서 소송비용액확정결정이나 집행비용액확정결정에 의하여 채무자가 부담하는 것으로 확정된 소송비용 또는 집행비용 등은 위와 같은 비용의 범주에 속한다(대법원 2008.12.24, 선고, 2008다61172, 판결).
- ③ (X). 특별한 사정이 없는 한 변제자가 타인의 채무에 대한 보증인으로서 부담하는 보증채무(연대보증채무도 포함)는 변제자 자신의 채무에 비하여 변제자에게 그 변제의 이익이 적다고 보아야 한다(대법원 2002.7.12, 선고, 99다68652, 판결).
- ④ (○). 대법원 1999.8.24, 선고 99다22281 판결
- ⑤ (○). 변제자가 주채무자인 경우, 보증인이 있는 채무와 보증인이 없는 채무 사이에 변제이익의 점에서 차이가 없다고 보아야 하므로, 보증기간 중의 채무와 보증기간 종료 후의 채무 사이에서는 변제이익의 점에서 차이가 없고, 따라서 주채무자가 변제한 금원은 이행기가 먼저 도래한 채무부터 법정변제충당하여야 한다(대법원 1999.8.24, 선고, 99다26481, 판결).

【문32】 채권자대위권에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에

의함)

- ① 토지거래허가구역 내의 토지에 관하여, 매수인이 매도인에 대하여 가지는 토지거래허가신청 절차의 협력의무의 이행청구권도 채권자대위권의 행사에 의하여 보전될 수 있는 채권에 해당한다.
- ② 임대인에 대항할 수 없는 임차권의 양수인일지라도, 임대인의 권한을 대위하여 임대차목적물인 점포의 명도를 구할 수 있다.
- ③ 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부와 관련하여, 법원에 현출된 소송자료를 통하여 피보전채권의 존부에 관하여 의심할 만한 사정이 발견되면 법원으로서는 직권으로 추가적인 심리·조사를 통하여 그 존재 여부를 확인하여야 할 의무가 있다.
- ④ 채권자가 대위권을 행사할 당시 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 없다.
- ⑤ 유류분반환청구권은 유류분권리자에게 그 권리행사의 확정적 의사가 있다고 인정되는 경우가 아니라면 채권자대위권의 목적이 될 수 없다.

정답 ②

- ① (○). 민법 제404조에서 규정하고 있는 채권자대위권은 채권자가 채무자에 대한 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 경우에 채무자의 제3자에 대한 권리를 대위행사할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 이때 보전되는 채권은 그 발생원인이 어떠한지 보전의 필요성이 인정되고 이행기가 도래한 것이면 족하다고 할 것인데, 국토이용관리법상의 토지거래허가구역 내의 토지에 관하여 관할관청의 허가 없이 체결된 매매계약이라고 하더라도, 거래 당사자 사이에는 그 계약이 효력 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있어, 그 매매계약의 쌍방 당사자는 공동으로 관할관청의 허가를 신청할 의무가 있고, 이러한 의무에 위배하여 허가신청에 협력하지 않는 당사자에 대하여 상대방은 협력의무의 이행을 청구할 수 있는 것이므로, 매수인과 매도인 사이의 토지거래허가구역 내에 있는 토지에 대한 매매계약이 관할관청의 허가 없이 체결된 것이라고 하더라도, 매수인은 매도인에 대한 토지거래허가신청절차의 협력의무의 이행청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소등기절차이행을 구할 수 있는 것이다(대법원 1994.12.27, 선고, 94다4806, 판결).
- ② (X). 임대인의 동의 없는 임차권의 양도는 당사자 사이에서는 유효하다 하더라도 다른 특약이 없는 한 임대인에게는 대항할 수 없는 것이고 임대인에 대항할 수 없는 임차권의 양수인으로서의 임대인의 권한을 대위행사할 수 없다(대법원 1985.2.8, 선고, 84다카188, 판결).
- ③ (○). 대법원 2009.4.23, 선고 2009다3234 판결
- ④ (○). 채권자대위권은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이어서, 채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 없다(대법원 2009.3.12, 선고, 2008다65839, 판결).
- ⑤ (○). 유류분반환청구권은 그 행사 여부가 유류분권리자의 인격적 이익을 위하여 그의 자

유로운 의사결정에 전적으로 맡겨진 권리로서 행사상의 일신전속성을 가진다고 보아야 하므로, 유류분권리자에게 그 권리행사의 확정적 의사가 있다고 인정되는 경우가 아니라면 채권자대위권의 목적이 될 수 없다(대법원 2010.5.27, 선고, 2009다93992, 판결).

【문33】 위임에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 위임인의 파산 또는 금치산선고로 인하여 위임은 종료한다.
- ② 수임인이 보수를 받을 경우에는 위임사무를 완료한 후가 아니면 이를 청구하지 못한다.
- ③ 수임인이 위임사무의 처리에 관하여 필요비를 지출한 때에는 위임인에 대하여 지출한 날 이후의 이자를 청구할 수 있다.
- ④ 수임인이 가지는 민법 제688조 제2항 전단 소정의 대변제청구권은 통상의 금전채권과는 다른 목적을 갖는 것이므로, 수임인이 이 대변제청구권을 보전하기 위하여 채무자인 위임인의 채권을 대위행사하는 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니한다.
- ⑤ 민법상의 위임계약의 각 당사자는 언제든지 이를 해지할 수 있고 그로 말미암아 상대방이 손해를 입는 일이 있어도 그것을 배상할 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이다.

정답 ①

- ① (X). 민법 제690조 참조. 위임인의 금치산선고는 위임의 종료사유가 아니다.
- ② (○). 민법 제686조
- ③ (○). 민법 제688조
- ④ (○). 수임인이 가지는 민법 제688조 제2항 전단 소정의 대변제청구권은 통상의 금전채권과는 다른 목적을 갖는 것이므로, 수임인이 이 대변제청구권을 보전하기 위하여 채무자인 위임인의 채권을 대위행사하는 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니한다(대법원 2002.1.25, 선고, 2001다52506, 판결).
- ⑤ (○). 민법 제689조 제1항은 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다고 하면서 제2항에는 당사자 일방이 부득이한 사유 없이 상대방의 불리한 시기에 계약을 해지한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다고 규정하고 있는데, 민법상의 위임계약은 그것이 유상계약이든 무상계약이든 당사자 쌍방의 특별한 대인적 신뢰관계를 기초로 하는 위임계약의 본질상 각 당사자는 언제든지 이를 해지할 수 있고 그로 말미암아 상대방이 손해를 입는 일이 있어도 그것을 배상할 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이며, 다만 상대방이 불리한 시기에 해지한 때에는 그 해지가 부득이한 사유에 의한 것이 아닌 한 그로 인한 손해를 배상하여야 하나, 그 배상의 범위는 위임이 해지되었다는 사실로부터 생기는 손해가 아니라 적당한 시기에 해지되었더라면 입지 아니하였을 손해에 한한다고 볼 것이고, 또한 사무처리의 완료를 조건으로 하여 보수를 지급받기로 하는 내용의 계약과 같은 유상위임계약에 있어서는 시기 여하에 불문하고 사무처리 완료 이전에 계약이 해지되면 당연히 그에 대한 보수청구권을 상

실하는 것으로 계약 당시에 예정되어 있어 특별한 사정이 없는 한 해지에 있어서의 불리한 시기란 있을 수 없다 할 것이므로, 수임인의 사무처리 완료 전에 위임계약을 해지한 것만으로 수임인에게 불리한 시기에 해지한 것이라고 볼 수는 없다(대법원 2000.6.9, 선고, 98다 64202, 판결).

【문34】 채권양도에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 양도금지의 특약에 위반해서 채권을 제3자에게 양도한 경우, 약의 또는 중과실의 채권양수인에 대하여는 채권 이전의 효과가 생기지 아니한다.
- ② 채권자에 대한 채무변제를 위하여 다른 채권을 채권자에게 양도한 경우, 특별한 사정이 없는 한 원래의 채권은 소멸되지 않는다.
- ③ 부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 특별한 사정이 없는 이상 그 양도에 반드시 채무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다.
- ④ 채권양도가 다른 채무의 담보조로 이루어진 경우, 양도채권의 채무자는 그 피담보채무가 변제로 소멸된 경우 이를 이유로 채권양수인의 양수금 청구를 거절할 수 있다.
- ⑤ 근로자의 임금채권은 그 양도를 금지하는 법률의 규정이 없으므로 이를 양도할 수 있으나, 양수인이 스스로 사용자에게 대하여 임금의 지급을 청구할 수는 없다.

【정답】 ④

① (O). 당사자의 양도금지의 의사표시로써 채권은 양도성을 상실하며 양도금지의 특약에 위반해서 채권을 제3자에게 양도한 경우에 약의 또는 중과실로 채권양수인에 대하여는 채권 이전의 효과가 생기지 아니하나, 약의 또는 중과실로 채권양수를 받은 후 채무자가 그 양도에 대하여 승낙을 한 때에는 채무자의 사후승낙에 의하여 무효인 채권양도행위가 추인되어 유효하게 되며 이 경우 다른 약정이 없는 한 소급효가 인정되지 않고 양도의 효과는 승낙시부터 발생한다. 이른바 집합채권의 양도가 양도금지특약을 위반하여 무효인 경우 채무자는 일부 개별 채권을 특정하여 추인하는 것이 가능하다(대법원 2009.10.29, 선고, 2009다 47685, 판결).

② (O). 채권자에 대한 채무변제를 위하여 어떤 다른 채권을 위 채권자에게 양도함은 특단의 약정이 없는 한 채무변제를 위한 담보방법으로 양도되는 것이지 채권변제에 갈음하여 양도되어 원채권이 소멸되는 것이라고는 볼 수 없다(대법원 1976.3.9, 선고, 76다12, 판결).

③ (O). 대법원 2001.10.9, 선고 2000다51216 판결

④ (X). 채권양도가 다른 채무의 담보조로 이루어졌으며 또한 그 채무가 변제되었다고 하더라도, 이는 채권 양도인과 양수인 간의 문제일 뿐이고, 양도채권의 채무자는 채권 양도·양수인 간의 채무 소멸 여하에 관계없이 양도된 채무를 양수인에게 변제하여야 하는 것이므로, 설령 그 피담보채무가 변제로 소멸되었다고 하더라도 양도채권의 채무자로서는 이를 이유로 채권양수인의 양수금 청구를 거절할 수 없다(대법원 1999.11.26, 선고, 99다23093, 판결).

⑤ (O). 임금채권은 사용자가 근로자에게 직접 지급하여야 하며, 이는 근로자가 그 임금채권을 제3자에게 양도한 경우라 할지라도 그 지급에 관하여는 같은 원칙이 적용되어 사용자

는 직접 근로자에게 임금을 지급하지 아니하면 안되는 것이고, 그 결과 비록 양수인이라고 할지라도 스스로 사용자에게 대하여 임금의 지급을 청구할 수 없다고 할 것이며, 그 법리는 근로자로부터 임금채권의 추심을 위임받은 자가 사용자의 집행재산에 대하여 배당을 요구하는 경우에도 그대로 적용된다(대법원 1994.5.10, 선고, 94다6918, 판결).

【문35】 지상권 등에 관한 다음의 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 토지 위에 건물을 신축중인 토지소유자가 토지에 관한 근저당권 및 지상권설정등기를 경료하였고 당시 근저당권자 겸 지상권자가 토지소유자의 건물신축을 용인하였다면 소유자로부터 건축주 명의를 이전받아 건물을 신축하는 제3자에 대하여 공사중지를 요구할 수 없다.
- ② 지상권자는 지상권을 유보한 채 지상물 소유권만을 양도할 수도 있고 지상물 소유권을 유보한 채 지상권만을 양도할 수 도 있다.
- ③ 민법상 지상권의 존속기간은 최단기간이 규정되어 있을 뿐 최장기에 관하여는 아무런 제한이 없으므로 지상권의 존속기간을 영구로 약정하는 것도 가능하다.
- ④ 지상권에 있어서 지료에 관한 유상 약정이 없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없다.
- ⑤ 건물에 대한 저당권의 효력은 그 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권에도 미친다.

정답 ①

① (X). 토지에 관하여 저당권을 취득함과 아울러 그 저당권의 담보가치를 확보하기 위하여 지상권을 취득하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 당해 지상권은 저당권이 실행될 때까지 제3자가 용익권을 취득하거나 목적 토지의 담보가치를 하락시키는 침해행위를 하는 것을 배제함으로써 저당 부동산의 담보가치를 확보하는 데에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 그와 같은 경우 제3자가 비록 토지소유자로부터 신축중인 지상 건물에 관한 건축주 명의를 변경받았다 하더라도, 그 지상권자에게 대항할 수 있는 권원이 없는 한 지상권자로서는 제3자에 대하여 목적 토지 위에 건물을 축조하는 것을 중지하도록 요구할 수 있다. 토지 위에 건물을 신축중인 토지소유자가 토지에 관한 근저당권 및 지상권설정등기를 경료한 후 제3자에게 위 건물에 대한 건축주 명의를 변경하여 준 경우, 제3자가 지상권자에게 대항할 수 있는 권원이 없는 한 지상권자는 제3자에 대하여 목적 토지 위에 건물을 축조하는 것을 중지하도록 요구할 수 있다(대법원 2004.3.29, 자, 2003마1753, 결정).

② (○). 지상권자는 지상권을 유보한 채 지상물 소유권만을 양도할 수도 있고 지상물 소유권을 유보한 채 지상권만을 양도할 수도 있는 것이어서 지상권자와 그 지상물의 소유권자가 반드시 일치하여야 하는 것은 아니며, 또한 지상권설정시에 그 지상권이 미치는 토지의 범위와 그 설정 당시 매매되는 지상물의 범위를 다르게 하는 것도 가능하다(대법원 2006.6.15, 선고, 2006다6126, 판결).

③ (○). 대법원 2001.5.29, 선고 99다66410 판결

④ (○). 지상권에 있어서 지료의 지급은 그의 요소가 아니어서 지료에 관한 유상 약정이 없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없다(대법원 1999.9.3, 선고, 99다24874, 판결).

⑤ (○). 민법 제358조 본문은 “저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다.”고 규정하고 있는바, 이 규정은 저당부동산에 중된 권리에도 유추적용되어 건물에 대한 저당권의 효력은 그 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권에도 미친다고 보아야 할 것이다 (대법원 1992.7.14, 선고, 92다527, 판결).

【문36】 자기계약쌍방대리 금지에 관한 판례 중 옳지 않은 것은?

- ① 부동산 입찰절차에서 동일물건에 관하여 이해관계가 다른 2인 이상의 대리인이 된 경우에는 그 대리인이 한 입찰은 무효이다.
- ② 사채알선업자는 어느 일방만의 대리인이 아니고 채권자쪽을 대할 때는 채무자측의 대리인 역할을 하게 되는 것이고, 반대로 돌아서서 채무자 쪽을 대할 때에는 채권자측의 대리인으로서 역할을 하게 된다.
- ③ 본인의 허락이 있는 경우에는 특정한 법률행위에 관한 대리인은 그 법률행위를 위하여 당사자 쌍방을 유효하게 대리할 수 있다.
- ④ 원고의 소송대리인이 원고승계참가인의 소송행위를 대리한 경우 쌍방대리금지의 원칙에 저촉된다.
- ⑤ 채소전 화해의 신청인이 피신청인의 소송대리인을 선임한 것이 피신청인의 위임에 의하여 이루어진 것이라면 그것은 유효한 것이고 쌍방대리금지의 원칙에 따라 무효한 행위였다고 할 수는 없다.

【정답】 ④

① (○). 민법 제124조는 “대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자 쌍방을 대리하지 못한다.”고 규정하고 있으므로 부동산 입찰절차에서 동일물건에 관하여 이해관계가 다른 2인 이상의 대리인이 된 경우에는 그 대리인이 한 입찰은 무효이다(대법원 2004.2.13, 자, 2003마44, 결정).

② (○). 사채알선업자가 사채를 얻으려는 사람으로부터 금전차용을 의뢰받을 시 담보물이 확실하기만 하면 담보관계서류를 받아 두고 사채를 놓을 사람이 금전을 대여하겠다고 하면 위 담보물을 잡게 하고 금전대여를 하도록 알선하는데, 사채를 쓰는 사람이건 놓는 사람이건 상대방이 누구인가를 상관하지 않고 사채알선업자만을 믿고 모든 것을 맡기는 경우에 있어서는 사채알선업자는 어느 일방만의 대리인이 아니고, 채권자쪽을 대할 때에는 그 뒤에 있는 채무자측의 대리인 역할을 하게 되는 것이고, 반대로 채무자쪽을 대할 때에는 그 뒤에 있는 채권자측의 대리인으로서 역할을 하게 된다고 볼 것이다(대법원 1993.1.15, 선고, 92다39365, 판결).

③ (○). 대법원 1973.10.23, 선고 73다437 판결

④ (X). 원고의 소송대리인이 원고승계참가인의 소송행위를 대리하였다 하여 쌍방대리금지의 원칙에 저촉되지 않는다(대법원 1991.1.29, 선고, 90다9520, 판결).

⑤ (○). 대법원 1969.6.24, 선고 69다571 판결

【문37】 소멸시효에 관한 다음 설명 중 타당하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 만기가 기재된 백지 약속어음의 소지인이 그 백지 부분을 보충하지 않고 어음금을 청구한 경우 소멸시효 중단이 효력이 있다.
- ㉡ 민법 제165조의 규정은 단기의 소멸시효에 걸리는 것이라도 확정판결을 받은 권리의 소멸시효를 10년으로 한다는 뜻일 뿐 아니라 10년보다 장기의 소멸시효를 10년으로 단축한다는 의미도 있다.
- ㉢ 소멸시효는 법률행위에 의하여 연장, 가중할 수 없으나 이를 배제할 수 있다.
- ㉣ 면책적 채무인수가 있는 경우, 인수채무의 소멸시효기간은 채무인수와 동시에 이루어진 소멸시효 중단사유, 즉 채무승인에 따라 채무인수일로부터 새로이 진행된다.

① ㉡, ㉢

② ㉢, ㉣

③ ㉡, ㉣

④ ㉡, ㉣

⑤ ㉢, ㉣

【정답】 ②

㉠ (O). 만기는 기재되어 있으나 지급지, 지급을 받을 자 등과 같은 어음요건이 백지인 약속어음의 소지인이 그 백지 부분을 보충하지 않은 상태에서 어음금을 청구하는 것은 어음상의 청구권에 관하여 잠자는 자가 아님을 객관적으로 표명한 것이고 그 청구로써 어음상의 청구권에 관한 소멸시효는 중단된다. 이 경우 백지에 대한 보충권은 그 행사에 의하여 어음상의 청구권을 완성시키는 것에 불과하여 그 보충권이 어음상의 청구권과 별개로 독립하여 시효에 의하여 소멸한다고 볼 것은 아니므로 어음상의 청구권이 시효중단에 의하여 소멸하지 않고 존속하고 있는 한 이를 행사할 수 있다(대법원 2010.5.20, 선고, 2009다48312, 전원합의체 판결).

㉡ (X). 민법 제165조의 규정은 단기의 소멸시효에 걸리는 것이라도 확정판결을 받은 권리의 소멸시효는 10년으로 한다는 뜻일 뿐 10년보다 장기의 소멸시효를 10년으로 단축한다는 의미도 아니고 본래 소멸시효의 대상이 아닌 권리가 확정판결을 받음으로써 10년의 소멸시효에 걸린다는 뜻도 아니다(대법원 1981.3.24, 선고, 80다1888, 판결).

㉢ (X). 민법 제184조 참조.

㉣ (O). 면책적 채무인수라 함은 채무의 동일성을 유지하면서 이를 종래의 채무자로부터 제3자인 인수인에게 이전하는 것을 목적으로 하는 계약으로서, 채무인수로 인하여 인수인은 종래의 채무자와 지위를 교체하여 새로이 당사자로서 채무관계에 들어서서 종래의 채무자와 동일한 채무를 부담하고 동시에 종래의 채무자는 채무관계에서 탈퇴하여 면책되는 것일 뿐이므로, 인수채무가 원래 5년의 상사시효의 적용을 받던 채무라면 그 후 면책적 채무인수에 따라 그 채무자의 지위가 인수인으로 교체되었다고 하더라도 그 소멸시효의 기간은 여전히 5년의 상사시효의 적용을 받는다 할 것이고, 이는 채무인수행위가 상행위나 보조적 상행위에 해당하지 아니한다고 하여 달리 볼 것이 아니다.

면책적 채무인수가 있는 경우, 인수채무의 소멸시효기간은 채무인수와 동시에 이루어진 소멸시효 중단사유, 즉 채무승인에 따라 채무인수일로부터 새로이 진행된다(대법원 1999.7.9, 선고, 99다12376, 판결).

【문38】 법인의 청산에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 청산법인이나 청산인이 청산법인의 목적 범위 외의 행위를 한 때는 무효이다.
- ② 청산종결등기가 경료된 경우에도 청산사무가 종료되지 않은 경우에는 청산법인으로 존속한다.
- ③ 청산법인의 주주총회에서 청산인을 선임하지 아니하고 이사를 선임한 경우 그 선임결의가 그 자체로서 무효가 된다고 볼 수 없다.
- ④ 법인이 해산결의를 하고 사실상 청산사무를 종결한 경우에는 해산등기를 하기 전이라도 제3자에게 해산사실을 대항할 수 있다.
- ⑤ 잔여재산의 귀속권리자를 정관에 지정한 바 없고, 이사 또는 청산인이 주무관청의 허가를 얻어 총회의 결의로 지정하지 않은 경우에는 잔여재산은 국고에 귀속한다.

정답 ④

- ① (O). ② (O). 민법 제80조, 제81조, 제87조와 같은 청산절차에 관한 규정은 모두 제3자의 이해관계에 중대한 영향을 미치기 때문에 소위 강행규정이라고 해석되므로 만일 그 청산법인이나 그 청산인이 청산법인의 목적범위 외의 행위를 한 때는 무효라 아니할 수 없다. 청산종결등기가 경료된 경우에도 청산사무가 종료되었다 할 수 없는 경우에는 청산법인으로 존속한다(대법원 1980.4.8, 선고, 79다2036, 판결).
- ③ (O). 회사가 해산한 경우 합병 또는 파산의 경우 외에는 정관에 다른 규정이 있거나 주주총회에서 따로 청산인을 선임하지 아니하였다면 이사가 당연히 청산인이 되고 이사가 임기만료 되면 새로운 이사를 선임할 수 있다 할 것이므로 청산법인의 주주총회에서 청산인을 선임하지 아니하고 이사를 선임하였다 하여 그 선임결의가 그 자체로서 무효가 된다고 볼 수 없다(대법원 1989.9.12, 선고, 87다카2691, 판결).
- ④ (X). 민법 제54조 제1항, 제85조 제1항의 규정에 따르면 법인이 해산한 경우에 청산인은 파산의 경우를 제외하고 해산등기를 하여야 하고 해산등기를 하기 전에는 제3자에게 해산사실을 대항할 수 없다(대법원 1984.9.25. 선고 84다카493 판결).
- ⑤ (O). 대법원 1995.2.10, 선고, 94다13473, 판결 참조.

【문39】 다음 중 채권자취소권의 행사기간에 대한 설명 중 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 가등기에 기하여 본등기가 경료된 경우 가등기의 원인인 법률행위와 본등기의 원인인 법률행위가 명백히 다른 것이 아닌 한, 사해행위 요건의 구비 여부는 가등기의 원인된 법률행위 당시를 기준으로 하여 판단하여야 한다.

- ② 가등기의 원인행위가 사해행위임을 채권자가 안 때부터 1년내에 가등기의 원인행위에 대하여 취소의 소를 제기하였다면 본등기의 원인행위에 대한 취소 청구는 그 원인행위에 대한 제척기간이 경과한 후 하더라도 적법하다.
- ③ 채권자가 취소원인을 알았다고 하기 위해서는 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 필요는 없다.
- ④ ‘채권자가 취소원인을 안 날’과 관련하여 채권자가 수익자나 전득자의 약의까지 알아야 하는 것은 아니다.
- ⑤ 제척기간의 도과에 관한 입증책임은 채권자취소소송의 상대방에게 있다.

정답 ③

① (O). 가등기에 기하여 본등기가 경료된 경우 가등기의 원인인 법률행위와 본등기의 원인인 법률행위가 명백히 다른 것이 아닌 한, 사해행위 요건의 구비 여부는 가등기의 원인된 법률행위 당시를 기준으로 하여 판단하여야 한다.

채무자가 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 것은 특별한 사정이 없는 한 사해행위가 되고, 사해행위의 주관적 요건인 채무자의 사해의사는 채권의 공동담보에 부족이 생기는 것을 인식하는 것을 말하는 것으로서, 채권자를 해할 것을 기도하거나 의욕하는 것을 요하지 아니하며, 채무자가 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 경우에는 채무자의 사해의사는 추정되므로, 채무자가 유일한 재산인 부동산을 매도한 경우 그러한 사실을 채권자가 알게 된 때에 채권자가 채무자에게 당해 부동산 외에는 별다른 재산이 없다는 사실을 알고 있었다면 그 때 채권자는 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 한 사실을 알게 되었다고 보아야 한다(대법원 1999.4.9, 선고, 99다2515, 판결).

② (O). 가등기의 등기원인인 법률행위와 본등기의 등기원인인 법률행위가 명백히 다른 것이 아닌 한, 가등기 및 본등기의 원인행위에 대한 사해행위 취소 등 청구의 제척기간의 기산일은 가등기의 원인행위가 사해행위임을 안 때라고 할 것인바, 채권자가 가등기의 원인행위가 사해행위임을 안 때부터 1년 내에 가등기의 원인행위에 대하여 취소의 소를 제기하였다면 본등기의 원인행위에 대한 취소 청구는 그 원인행위에 대한 제척기간이 경과한 후 제기하더라도 적법하다.

국가가 채납처분으로 채납자의 제3채무자에 대한 채권을 압류하고 제3채무자에게 압류의 통지를 한 후 제3채무자가 국가를 해함을 알면서 자신의 재산을 타인에게 처분한 경우 채납자가 위 제3채무자의 처분행위에 동의하였다는 사정만을 들어 국가의 사해행위 취소 청구를 배척할 수 없다(대법원 2006.12.21, 선고, 2004다24960, 판결).

③ (X). 채권자취소권의 행사에 있어서 제척기간의 기산점인 채권자가 “취소원인을 안 날”이라 함은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게 된 날을 의미한다. 이는 단순히 채무자가 재산의 처분행위를 한 사실을 아는 것만으로는 부족하고, 구체적인 사해행위의 존재를 알고 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요한다. 한편 그 제척기간의 도과에 관한 입증책임은 채권자취소소송의 상대방에게 있다(대법원 2009.3.26, 선고, 2007다63102, 판결).

④ (O). 채권자취소권 행사에 있어 채권자가 취소원인을 알았다고 하기 위하여서는 단순히

채무자가 재산의 처분행위를 하였다는 사실을 아는 것만으로는 부족하고 구체적인 사해행위의 존재를 알고 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요하나, 나아가 채권자가 수익자나 전득자의 악의까지 알아야 하는 것은 아니다(대법원 2005.6.9, 선고, 2004다17535, 판결).

⑤ (○). 대법원 2009.3.26, 선고 2007다63102 판결

【문40】 공동상속에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공동상속인들의 건물철거의무는 그 성질상 불가분채무이고, 각자 그 지분의 한도 내에서 건물 전체에 대한 철거의무를 부담한다.
- ② 상속재산인 부동산에 관하여 공동상속인 중 1인 명의로 소유권이전등기가 경료된 경우 그 등기가 상속을 원인으로 경료된 것이라면 등기명의인의 의사와 무관하게 경료된 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 등기명의인은 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추고 있는 자로서 참칭상속인에 해당된다.
- ③ 금전채무가 공동상속된 경우 상속재산 분할의 대상이 될 여지가 없다.
- ④ 인지 전에 공동상속인들에 의해 이미 분할되거나 처분된 상속재산은 이를 분할받은 공동상속인이나 공동상속인들의 처분행위에 의해 이를 양수한 자에게 그 소유권이 확정적으로 귀속된다.
- ⑤ 공동상속인 중 일부 상속인의 상속등기만을 경료할 수도 있다.

정답 ⑤

① (○). 대법원 1980.6.24, 선고 80다756 판결

② (○). 상속회복청구의 상대방이 되는 참칭상속인이라 함은 정당한 상속권이 없음에도 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추고 있는 자나 상속인이라고 참칭하여 상속재산의 전부 또는 일부를 점유하고 있는 자를 가리키는 것으로서, 상속재산인 부동산에 관하여 공동상속인 중 1인 명의로 소유권이전등기가 경료된 경우 그 등기가 상속을 원인으로 경료된 것이라면 등기명의인의 의사와 무관하게 경료된 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 등기명의인은 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추고 있는 자로서 참칭상속인에 해당된다.

소유권이전등기에 의하여 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추었는지의 여부는 권리관계를 외부에公示하는 등기부의 기재에 의하여 판단하여야 하므로, 비록 등기의 기초가 된 보증서 및 확인서에 취득원인이 상속으로 기재되어 있다 하더라도 등기부상 등기원인이 때때로 기재된 이상 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추었다고 볼 수 없다(대법원 1997.1.21, 선고, 96다4688, 판결).

③ (○). 금전채무와 같이 급부의 내용이 가분인 채무가 공동상속된 경우, 이는 상속 개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인에게 분할되어 귀속되는 것이므로, 상속재산 분할의 대상이 될 여지가 없다(대법원 1997.6.24, 선고, 97다8809, 판결).

④ (○). 인지 전에 공동상속인들에 의해 이미 분할되거나 처분된 상속재산은 이를 분할받은 공동상속인이나 공동상속인들의 처분행위에 의해 이를 양수한 자에게 그 소유권이 확정적

으로 귀속되는 것이며, 그 후 그 상속재산으로부터 발생하는 과실은 상속개시 당시 존재하지 않았던 것이어서 이를 상속재산에 해당한다 할 수 없고, 상속재산의 소유권을 취득한 자(분할받은 공동상속인 또는 공동상속인들로부터 양수한 자)가 민법 제102조에 따라 그 과실을 수취할 권능도 보유한다고 할 것이며, 민법 제1014조도 ‘이미 분할 내지 처분된 상속재산’ 중 피인지자의 상속분에 상당한 가액의 지급청구권만을 규정하고 있을 뿐 ‘이미 분할 내지 처분된 상속재산으로부터 발생한 과실’에 대해서는 별도의 규정을 두지 않고 있으므로, 결국 민법 제1014조에 의한 상속분상당가액지급청구에 있어 상속재산으로부터 발생한 과실은 그 가액산정 대상에 포함된다고 할 수 없다(대법원 2007.7.26, 선고, 2006므2757, 판결).

⑤ (X). 상속을 증명하는 시, 구, 읍, 면의 장의 서면 또는 이를 증명함에 족한 서면과 관계법령에 기한 상속인의 범위 및 상속지분의 인정은 등기공무원의 형식적 심사권한의 범위 내라고 할 것이므로, 위와 같은 서면과 관계법령에 의하여 인정되는 정당한 상속인의 범위 및 상속지분과 다른 내용으로 상속등기를 신청하였을 경우 등기공무원으로서는 신청 내용이 확정된 판결의 내용과 동일하다고 하더라도 위 등기신청을 각하하여야 한다. 공동상속인 중 일부 상속인의 상속등기만은 경료할 수 없다(대법원 1995.2.22, 자, 94마2116, 결정).

형 법
해설/고시계 편집국

【문 1】 다음 중 괄호 안의 범죄의 간접정범이 성립되는 경우는 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 피해자를 구속하기 위하여 진술조서 등을 허위로 작성한 후 이를 기록에 첨부하여 구속영장을 신청하고, 진술조서 등이 허위로 작성된 정을 모르는 검사와 영장전담판사를 기망하여 구속영장을 발부받은 후 그 영장에 의하여 피해자를 구금한 경우(형법 제124조 제1항의 직권남용감금죄)
- ㉡ 공무원 아닌 자가 관공서에 허위 내용의 증명원을 제출하여 그 내용이 허위인 정을 모르는 담당공무원으로부터 그 증명원 내용과 같은 증명서를 발급받은 경우(공문서위조죄)
- ㉢ 공문서의 작성권한이 있는 공무원의 직무를 보좌하는 자가 그 직위를 이용하여 행사할 목적으로 허위의 내용이 기재된 문서 초안을 그 정을 모르는 상사에게 제출하여 결재하도록 하는 등의 방법으로 작성권한이 있는 공무

- 원으로 하여금 허위의 공문서를 작성하게 한 경우(허위공문서작성죄)
- ㉔ 피고인이 정기문중총회 회의록을 임의로 작성하고는 종중원들을 찾아다니면서 종중원들에게 임야의 등기 및 매도권한을 피고인에게 일임하고 매도금액 3분의 1을 문중에 반납하고 나머지를 피고인에게 소송대행비용으로 준다는 회의록의 내용 등에 관하여 제대로 알려 주지 아니한 채, 단지 이 사건 임야에 관하여 문중명의로 소유권이전등기를 하는 데 필요하다는 정도로만 얘기하면서 회의록에 서명·날인을 받은 경우(사문서위조죄)
- ㉕ 자기에게 유리한 판결을 얻기 위하여, 소송상의 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백하거나 증거가 조작되어 있다는 점을 인식하지 못하는 제3자를 이용하여 그로 하여금 소송의 당사자가 되게 하고 법원을 기망하여 소송상 대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하려 한 경우(소송사기죄)

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개
④ 4개 ⑤ 5개

정답 ④

㉑ (O) 대판 2006.5.25, 2003도3945

㉒ (X) 어느 문서의 작성권한을 갖는 공무원이 그 문서의 기재 사항을 인식하고 그 문서를 작성할 의사로써 이에 서명·날인하였다면, 설령 그 서명·날인이 타인의 기망으로 착오에 빠진 결과 그 문서의 기재사항이 진실에 반함을 알지 못한 데 기인한다고 하여도, 그 문서의 성립은 진정하며 여기에 하등 작성명의를 모용한 사실이 있다고 할 수는 없으므로, 공무원 아닌 자가 관공서에 허위 내용의 증명원을 제출하여 그 내용이 허위인 점을 모르는 담당공무원으로부터 그 증명원 내용과 같은 증명서를 발급받은 경우 공문서위조죄의 간접정범으로 의율할 수는 없다(대판 2001.3.9, 2000도938).

㉓ (O) 대판 1990.10.30, 90도1912

㉔ (O) 대판 2000.6.13, 2000도778

㉕ (O) 대판 2007.9.6, 2006도3591

【문 2】 다음 설명 중 가장 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 뇌물수수죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있고, 직무에 관한 청탁이나 부정한 행위를 필요로 하는 것은 아니다.
- ② 뇌물수수죄에 있어 수수된 금품의 뇌물성을 인정하는 데 특별한 청탁이 있어야만 하는 것은 아니고, 또한 금품이 직무에 관하여 수수된 것으로 족하고 개개의 직무행위와 대가적관계에 있을 필요는 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다.

- ③ 공무원으로 의제되는 정비사업전문관리업자의 임·직원이 직무에 관하여 자신이 아닌 법인인 정비사업전문관리업자에 뇌물을 공여하게 하는 경우, 위 임·직원이 법인인 정비사업전문관리업자를 사실상 1인 회사로서 개인기업과 같이 운영한다면 형법 제130조의 제3자 뇌물제공죄가 아니라 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄가 성립한다.
- ④ 수의계약을 체결하는 공무원이 해당 공사업자와 적정한 금액이상으로 계약금액을 부풀려서 계약하고 부풀린 금액을 자신이 되돌려 받기로 사전에 약정한 다음 그에 따라 수수한 돈은 성격상 뇌물이 아니고 횡령금에 해당한다.
- ⑤ 오로지 공무원을 함정에 빠뜨릴 의사로 직무와 관련되었다는 형식을 빌려 그 공무원에게 금품을 공여한 경우에는 공무원이 그 금품을 직무와 관련하여 수수한다는 의사를 가지고 받아들이더라도 뇌물수수죄가 성립하지 않는다.

정답 ⑤

- ① 대판 2007.4.27, 2005도4204
 ② 대판 2000.1.21, 99도4940
 ③ 대판 2008.9.25, 2008도2590
 ④ 대판 2007.10.12, 20005도7112
 ⑤ 뇌물공여죄와 뇌물수수죄는 필요적 공범관계에 있다고 할 것이나, 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 아니므로, 오로지 공무원을 함정에 빠뜨릴 의사로 직무와 관련되었다는 형식을 빌려 그 공무원에게 금품을 공여한 경우에도 공무원이 그 금품을 직무와 관련하여 수수한다는 의사를 가지고 받아들이면 뇌물수수죄가 성립한다(대판 2008.3.13, 2007도10804).

【문 3】 다음 주거침입과 퇴거불응죄에 관한 설명 중 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 건조물침입죄의 객체인 관리하는 건조물은 주위 벽, 기둥과 지붕 또는 천정으로 구성된 구조물로서 사람이 기거하거나 출입할 수 있는 장소를 말하므로, 물탱크 시설은 이에 해당하지 않는다.
- ② 주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것이므로 그 거주자 또는 관리자가 건조물 등에 거주 또는 관리할 권한을 가지고 있는가 여부는 범죄의 성립을 좌우하는 것이 아니고, 그 거주자나 관리자와의 관계 등으로 평소 그 건조물에 출입이 허용된 사람이라 하더라도 주거에 들어간 행위가 거주자나 관리자의 명시적 또는 추정적 의사에 반함에도 불구하고 감행된 것이라면 주거침입죄는 성립한다.

- ③ 피고인이 야간에 다세대주택 2층의 불이 꺼져있는 것을 보고 물건을 절취하기 위하여 가스배관을 타고 올라가다가, 발은 1층 방범창을 딛고 두 손은 1층과 2층 사이에 있는 가스배관을 잡고 있던 상태에서 순찰 중이던 경찰관에게 발각되자 그대로 뛰어내렸다면 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것이다.
- ④ 적법하게 직장폐쇄를 단행한 사용자로부터 퇴거요구를 받고도 불응한 채 직장점거를 계속한 행위는 퇴거불응죄를 구성한다.
- ⑤ 야간에 타인의 집의 창문을 열고 집 안으로 얼굴을 들이미는 등의 행위를 하였다면 피고인이 자신의 신체의 일부가 집 안으로 들어간다는 인식하에 하였더라도 주거침입죄의 범의는 인정되고, 또한 비록 신체의 일부만이 집 안으로 들어갔다고 하더라도 사실상 주거의 평온을 해하였다면 주거침입죄는 기수에 이른 것이다.

정답 ③

- ① 물탱크시설은 기둥과 지붕 또는 천정으로 구성된 구조물이긴 하나 사람이 기거하거나 출입할 수 없기 때문에 건조물이 아니다(대판 2007.12.13, 2007도7247).
- ② 대판 1997.3.28, 95도2674
- ③ 주거침입죄의 실행의 착수는 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위 즉 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니지만, 주거침입의 범의로 예컨대, 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작함으로써 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시할 것을 요한다. 야간에 다세대주택에 침입하여 물건을 절취하기 위하여 가스배관을 타고 오르다가 순찰 중이던 경찰관에게 발각되어 그냥 뛰어내렸다면, 야간주거침입절도죄의 실행의 착수에 이르지 못했다(대판 2008.3.27, 2008도917).
- ④ 대판 1991.8.13, 91도1324
- ⑤ 대판 1995.9.15, 94도2561

【문 4】 간통죄에 관한 다음 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉮ 고소인이 피고인에 대하여 이혼소송을 제기함과 아울러 피고인을 간통죄로 고소한 다음 협의이혼에 따른 이혼신고를 하였다면, 비록 항소심재판 계속 중 피고인과 다시 혼인하였다고 하더라도, 간통죄의 공소제기절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하지 않는다.
- ㉯ 대한민국 영역 내에서 배우자 있는 자가 간통하여 간통죄가 성립한다고 하더라도, 그 간통죄를 범한 자의 배우자가 간통죄를 처벌하지 아니하는 국가의 국적을 가진 외국인인 경우에는 상호주의의 원칙에 따라 그 외국인

배우자는 우리나라 형사소송법의 규정에 따른 고소권이 없다.

- ㉔ 남편이 아내를 상대로 제기한 이혼소송의 항소심에서 승소하였으나 아내가 이에 불복 상고하여 그 판결이 확정되지 아니한 상태에 있었다면 아내가 간통을 중용하였다고 볼 수는 없다.
- ㉕ 간통죄에 있어서의 유서(有怨)는 배우자의 일방이 상대방의 간통사실을 알면서도 혼인관계를 지속시킬 의사로 악감정을 포기하고 상대방에게 그 행위에 대한 책임을 묻지 않겠다는 뜻을 표시하는 일방행위로서, 간통의 유서는 명시적으로 할 수 있음은 물론 묵시적으로도 할 수 있는 것이어서 그 방식에 제한이 있는 것은 아니지만, 감정을 표현하는 어떤 행동이나 의사의 표시가 유서로 인정되기 위하여는, 첫째 배우자의 간통사실을 확실하게 알면서 자발적으로 한 것이어야 하고, 둘째 그와 같은 간통사실에도 불구하고 혼인관계를 지속시키려는 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 한다.

① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개 ⑤ 4개

정답 ③

㉔ (X) 형법 제241조 제2항에 의하여 배우자의 고소가 있어야 논할 수 있는 간통죄에 관하여 형사소송법 제229조 제1항은 “혼인이 해소되거나 이혼소송을 제기한 후가 아니면 고소할 수 없다.”고 규정함으로써 혼인관계의 부존재 또는 이혼소송의 계속을 간통고소의 유효조건으로 삼고 있고, 이러한 조건은 공소제기시부터 재판이 종결될 때까지 유지되어야 한다. 따라서 고소인이 피고인과 이혼하였다가 피고인에 대한 간통죄의 재판이 종결되기 전에 다시 피고인과 혼인한 경우 간통고소는 혼인관계의 부존재라는 유효조건을 상실하여 소추조건을 결하게 되므로, 결국 공소제기절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당한다(대판 2009.12.10, 2009도7681).

㉕ (X) 형법 제2조는 형법의 적용범위에 관하여 속지주의 원칙을 채택하고 있는바, 대한민국 영역 내에서 배우자 있는 자가 간통한 이상, 그 간통죄를 범한 자의 배우자가 간통죄를 처벌받지 아니하는 국가의 국적을 가진 외국인이라 하더라도 간통행위자의 간통죄 성립에는 아무런 영향이 없고, 그 외국인 배우자는 형사소송법의 규정에 따른 고소권이 있다(대판 2008.12.11, 2008도3656).

㉖ (O) 대판 2002.7.9, 2002도2312

㉗ (O) 대판 2008.11.27, 2007도4977

【문 5】 다음 중 사기죄에 관한 설명으로 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부동산가압류결정을 받아 부동산에 관한 가압류집행까지 마친 자가 그 가압류를 해제하면 소유자는 가압류의 부담이 없는 부동산을 소유하는 이익을 얻게 되므로, 가압류를 해제하는 것 역시 사기죄에서 말하는 재산적 처분행위에 해당하

나, 그 이후 가압류의 피보전채권이 존재하지 않는 것으로 밝혀졌다면 가압류의 해제로 인한 재산상의 이익이 있었다고 할 수 없다.

- ② 신용보증기금의 신용보증서 발급이 피고인의 기망행위에 의하여 이루어진 이상 그로써 곧 사기죄는 성립하고, 그로 인하여 피고인이 취득한 재산상 이익은 신용보증금액 상당액이다.
- ③ 농어촌구조개선 특별회계기금을 재원으로 하여 임업후계자육성을 위해 이루어지는 정책자금대출로서 그 대출의 조건 및 용도가 임야매수자금으로 한정되어 있는 정책자금을 대출받음에 있어 임야매수자금을 실제보다 부풀린 허위의 계약서를 제출함으로써 대출취급기관을 기망하였다면, 피고인에게 대출받을 자금을 상환할 의사와 능력이 있었는지 여부를 불문하고 편취의 고의가 인정된다.
- ④ 주식거래의 목적물이 증자 전의 주식이 아니라 증자 후의 주식이라는 점은 주식거래 여부나 그 내용을 결정하는 데 중요한 사항이므로 주식매도인인 피고인이 주식매수인인 피해자들에게 이를 고지할 의무가 있는데 피고인이 피해자들에게 이를 제대로 알리지 않았다면 기망행위를 구성한다.
- ⑤ 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법에서 이러한 행위를 처벌하는 규정을 별도로 두고 있으므로 형법상 사기죄는 성립하지 않는다.

정답 ①

① 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하고 그 처분행위를 유발하여 재물이나 재산상의 이익을 얻음으로써 성립하는 것이므로 여기에 처분행위라고 하는 것은 재산적 처분행위를 의미하는 것이라고 할 것인바, 부동산가압류결정을 받아 부동산에 관한 가압류집행까지 마친 자가 그 가압류를 해제하면 가압류의 부담이 없는 부동산을 소유하게 되는 이익을 얻게 되는 것이므로, 가압류를 해제하는 것 역시 사기죄에서 말하는 재산적 처분행위에 해당하고, 그 이후 가압류의 피보전채권이 존재하지 않는 것으로 밝혀졌다고 하더라도 가압류의 해제로 인한 재산상의 이익이 없었던 것으로 볼 수는 없다(대판 2007.9.20, 2007도5507).

② 대판 2007.4.26, 2007도1274

③ 대판 2007.4.27, 2006도7634

④ 증자를 한 후에는 1주당 주가가격이 희석되어 가격이 하락하므로 매도인은 매수인에게 고지할 의무가 있으므로 증자 후 주식이라는 중요한 사실을 고지하지 않은 것은 부작위에 의한 기망행위에 해당한다.

⑤ 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익을 침해한 경우라도 그와 동시에 형법상 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 있는 때에는 당해 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌규정을 별도로 두고 있지 않는 한 사기죄가 성립할 수 있다. 그런데 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법 제9조에서 이러한 행위를 처벌하는 규정을 별도로 두고 있을 뿐만 아니라, 조세를 강제적으로 징수하는 국가 또는 지방자치단체의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호

법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로 조세범처벌법 위반죄가 성립함은 별론으로 하고, 형법상 사기죄는 성립하지 않는다. 주유소 운영자가 농·어민 등에게 조세특례제한법에 정한 면세유를 공급한 것처럼 위조한 면세유류공급확인서로 정유회사를 기망하여 면세유를 공급받음으로써 면세유와 정상유의 가격 차이 상당의 이득을 취득한 사안에서, 정유회사에 대하여 사기죄를 구성하는 것은 별론으로 하고, 국가 또는 지방자치단체를 기망하여 국세 및 지방세의 환급세액 상당을 편취한 것으로 볼 수는 없다(대판 2008.11.27, 2008도7303).

【문 6】 다음 중 정당방위에 관한 설명으로 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 이혼소송 중인 남편이 찾아와 가위로 폭행하고 변태적 성행위를 강요하는 데에 격분하여 처가 칼로 남편의 복부를 찔러 사망에 이르게 한 경우, 그 행위는 방위행위로서의 한도를 넘어선 것으로서 정당방위에 해당하지 않는다.
- ② 의붓아버지의 강간행위에 의하여 정조를 유린당한 후 계속적으로 성관계를 강요받아 온 피고인이 사전에 범행을 준비하고 의붓아버지가 제대로 반항할 수 없는 상태에서 식칼로 심장을 찔러 살해한 행위는 사회통념상 상당성을 결여하여 정당방위가 성립하지 아니한다.
- ③ 甲이 인적이 드문 심야에 혼자 귀가 중인 丙女에게 뒤에서 느닷없이 달려들어 양팔을 붙잡고 어두운 골목길로 끌고 들어가 담벽에 쓰러뜨린 후 음부를 만지며 억지로 키스를 하자, 丙女가 甲의 혀를 깨물어 설(舌)절단상을 입힌 행위는 방위행위의 한도를 넘어선 것으로서 정당방위에 해당하지 않는다.
- ④ 피고인의 아들이 평소 부모에게 행패를 부려오던 중 만취상태로 집에 들어와서는 저녁식사를 하는 피고인의 입에 소주병을 들어부으면서 밥상을 차 옅고, 식도를 들고 행패를 부려 피고인은 밖으로 나왔으나, 아들이 밖으로 따라 나와 피고인에게 달려들므로 주먹으로 아들의 후두부를 1회 강타하였는데, 돌이 많은 지면에 떨어져 두개골파열상으로 사망한 경우 정당방위가 성립한다.
- ⑤ 甲회사가 乙이 점유하던 공사현장에 실력을 행사하여 들어와 현수막 및 간판을 설치하고 담장에 글씨를 쓴 행위는 乙의 시공 및 공사현장의 점유를 방해하는 것으로서 乙의 법익에 대한 현재의 부당한 침해라고 할 수 있으므로 乙이 그 현수막을 찢고 간판 및 담장에 쓰인 글씨를 지운 것은 그 침해를 방어하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있다.

정답 ③

① 과잉방위에도 해당하지 않는다(대판 2001.5.15, 2001도1089)

② 대판 1992.12.22, 92도2540

③ 갑과 을이 공동으로 인적이 드문 심야에 혼자 귀가중인 병여에게 뒤에서 느닷없이 달려들어 양팔을 붙잡고 어두운 골목길로 끌고들어가 담벽에 쓰러뜨린 후 갑이 음부를 만지며

반항하는 병여의 옆구리를 무릎으로 차고 억지로 키스를 함으로 병여가 정조와 신체를 지키려는 일념에서 엉겁결에 갑의 허를 깨물어 설절단상을 입혔다면 병여의 범행은 자기의 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나려고 한 행위로서 그 행위에 이르게 된 경위와 그 목적 및 수단, 행위자의 의사등 제반사정에 비추어 위법성이 결여된 행위이다(대판 1989.8.8, 89도358).

④ 대판 1974.5.14. 73도2401

⑤ 대판 1989.3.14, 87도3674

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

- ① 선행 교통사고와 후행 교통사고 중 어느 쪽이 원인이 되어 피해자가 사망에 이르게 되었는지 밝혀지지 않은 경우, 후행교통사고를 일으킨 사람의 과실과 피해자의 사망 사이에 인과관계가 인정되기 위해서는 후행 교통사고를 일으킨 사람이 주의의무를 게을리하지 않았다면 피해자가 사망에 이르지 않았을 것이라는 사실이 증명되어야 한다.
- ② 상해행위를 피하려고 하다가 차량에 치어 사망한 경우, 상해행위와 피해자의 사망 사이에 상당인과관계가 있을 수 있다.
- ③ 강간을 당한 피해자가 집에 돌아가 음독자살하기에 이른 원인이 강간을 당함으로써 인하여 생긴 수치심과 장래에 대한 절망감 등에 있었다 하더라도 그 자살행위가 바로 강간행위 로 인하여 생긴 당연의 결과라고 볼 수는 없으므로 강간행위와 피해자의 자살행위 사이에 인과관계를 인정할 수는 없다.
- ④ 피해자가 평소 병약한 상태에 있었고 피고인의 폭행으로 그가 사망함에 있어서 지병이 또한 사망 결과에 영향을 주었다고 하여 폭행과 사망 간에 인과관계가 없다고 할 수 없다.
- ⑤ 살인의 실행행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생하게 한 유일한 원인이어야 하는 것은 아니나 직접적인 원인일 것은 요하므로, 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 통상 예견할 수 있는 다른 사실이 개재되어 그 사실이 치사의 직접적인 원인이 되었다면 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 인과관계가 있는 것으로 볼 수 없다.

정답 ⑤

① 대판 2007.10.26, 2005도8822

② 대판 1996.5.10, 96도529

③ 대판 1982.11.23, 선고 82도1446

④ 대판 1989.10.13, 89도556

⑤ 살인의 실행행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생하게 한 유일한 원인이거나 직접적

인 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 있는 것으로 보아야 한다(대판 1994.3.22, 93도3612).

【문 8】 다음 중 횡령죄에 관한 설명으로 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인이 종중의 회장으로부터 담보 대출을 받아달라는 부탁과 함께 종중 소유의 임야를 이전받은 다음 임야를 담보로 금원을 대출받아 임의로 사용하고 자신의 개인적인 대출금 채무를 담보하기 위하여 임야에 근저당권을 설정하였다면 피고인은 임야나 위 대출금에 관하여 사실상 종중의 위탁에 따라 이를 보관하는 지위에 있다고 보아야 할 것이어서 피고인 의 위 행위가 종중에 대한 관계에서 횡령죄를 구성한다.
- ② 원인무효인 소유권이전등기의 명의자는 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ 토지의 일부 지분에 관하여 명의신탁에 의한 소유권이전등기를 경료받아 가지고 있는 사람은 그 지분의 범위 내에서 그 토지를 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능을 가지게 되어 횡령죄의 주체인 보관자의 지위에 있다 할 것이므로 위 명의신탁되었던 지분에 관하여 수용보상금을 수령하여 이를 명의신탁자에게 반환하지 않고 임의 소비한 행위는 횡령죄를 구성한다.
- ④ 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 보관하는 자가 그 자금을 제한된 용도 이외의 목적으로 사용하는 것은 횡령죄가 되는 것이나, 이와 같이 용도나 목적이 특정 되어 보관된 금전이라도 그 보관 도중에 특정의 용도나 목적이 소멸되었다면 이미 보관관계 자체가 소멸되었으므로 횡령죄의 적용에 있어서는 위탁자의 소유물이라고 볼 수 없다.
- ⑤ 부동산의 공유자 중 1인이 다른 공유자의 지분을 임의로 처분하거나 임대하여도 그에게는 그 처분권능이 없어 횡령죄가 성립하지 아니한다.

정답 ④

① 대판 2005.6.24, 2005도2413

② 대판 1989.2.28, 88도1368

③ 대판 1987.2.10, 86도1607

④ 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 보관하는 자가 그 자금을 제한된 용도 이외의 목적으로 사용하는 것은 횡령죄가 되는 것이고, 이와 같이 용도나 목적이 특정 되어 보관된 금전은 그 보관 도중에 특정의 용도나 목적이 소멸되었다고 하더라도 위탁자가 이를 반환받거나 그 임의소비를 승낙하기까지는 횡령죄의 적용에 있어서는 여전히 위탁자의 소유물이라고 할 것이다(대판 2002.11.22, 2002도4291).

⑤ 대판 2000.4.11, 2000도565

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

- ① 직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니하면 성립하는 것이다.
- ② 직무유기죄는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있으므로, 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 곧바로 성립하는 즉시범이다.
- ③ 경찰서 방범과장이 부하직원으로부터 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 위반 혐의로 오락실을 단속하여 증거물로 오락기의 변조 기판을 압수하여 사무실에 보관증임을 보고받아 알고 있었음에도 그 직무상의 의무에 따라 위 압수물을 수사계에 인계하고 검찰에 송치하여 범죄 혐의의 입증에 사용하도록 하는 등의 적절한 조치를 취하지 않고, 오히려 부하직원에게 위와 같이 압수한 변조 기판을 돌려주라고 지시하여 오락실 업주에게 이를 돌려준 경우, 작위범인 증거인멸죄만 이 성립하고 부작위범인 직무유기(거부)죄는 따로 성립하지 아니한다.
- ④ 하나의 행위가 부작위범인 직무유기죄와 작위범인 허위공문서작성·행사죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우, 공소제기권자는 재량에 의하여 작위범인 허위공문서작성·행사죄로 공소를 제기하지 않고 부작위범인 직무유기죄로만 공소를 제기할 수 있다.
- ⑤ 직무유기교사죄는 피교사자인 공무원별로 1개의 죄가 성립된다.

정답 ②

① 대판 2009.3.26, 2007도7725

② 직무유기죄는 계속범이다. 직무유기죄는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있는바, 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위상태가 계속되는 한 가별적 위법상태는 계속 존재하고 있다고 할 것이며 형법 제122조 후단은 이를 전체적으로 보아 1죄로 처벌하는 취지로 해석되므로 이를 즉시범이라고 할 수 없다(대판 1997.8.29, 97도675).

③ 대판 2006.10.19, 2005도3909 전합

④ 대판 2008.2.14, 2005도4202

⑤ 직무유기는 직무를 담당하는 공무원별로 판단하여야 하므로 타당한 지문이다.

【문 10】 다음 미수범에 관한 설명 중 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 일정량 이상을 먹으면 사람이 죽을 수도 있는 ‘초우뿌리’나 ‘부자’ 달인 물을 마시게 하여 피해자를 살해하려다 미수에 그친 행위는 불능범이 아닌 살인미수죄에 해당한다.
- ② 피고인이 강간할 목적으로 피해자의 집에 침입하여 안방에 들어가 누워 자고 있는 피해자의 가슴과 엉덩이를 만지면서 강간하려 하였으나, 피해자가 크게 고향을 치자 피고인이 도망가 버린 경우 강간의 수단으로 폭행이나 협박을 개시한 것이 아니므로 강간미수죄가 성립되지 않는다.
- ③ 피고인이 피해자를 강간하려고 팬티를 강제로 벗기고 음부를 만지던 중 피해자가 수술한 지 얼마 안 되어 배가 아프다면서 애원하는 바람에 그 뜻을 이루지 못하였다면, 피고인이 간음행위를 중단한 것은 피해자를 불쌍히 여겨서가 아니라 피해자의 신체조건상 강간을 하기에 지장이 있다고 본 데에 기인한 것이므로, 중지범에 해당하지 않는다.
- ④ 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기하였다가 소를 취하한 경우, 그 권리가 존재하지 않는다는 사실을 알면서도 법원을 기망한다는 인식을 가지고 소를 제기한 이상 실행의 착수는 있었다고 할 것이므로 소송사기죄의 미수범이 성립한다.
- ⑤ 노상에 세워 놓은 자동차 안에 있는 물건을 훔칠 생각으로 유리창을 따기 위해 면장갑을 끼고 칼을 소지한 채 자동차의 유리창을 통하여 그 내부를 손전등으로 비추어 본 행위는 절도죄의 실행의 착수에 이른 것이라고 볼 수 없다.

정답 ④

- ① 대판 2007.7.26, 2007도3687
- ② 대판 1990.5.25, 90도607
- ③ 대판 1992.7.28, 92도917
- ④ 불능범의 판단 기준으로서 위험성 판단은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 있느냐를 따져야 한다. 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기한 경우, 사기죄의 불능범에 해당한다(대판 2005.12.8, 2005도8105).
- ⑤ 대판 1985.4.23, 85도464

【문11】 다음 중 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 죄(반의사불벌죄)는 모두 몇 개인가?

- ㉠ 과실치상죄(형법 제266조 제1항)
- ㉡ 존속협박죄(형법 제283조 제2항)
- ㉢ 출판물등에의한명예훼손죄(형법 제309조)
- ㉣ 업무방해죄(형법 제314조 제1항)

㉔ 주거침입죄(형법 제319조 제1항)

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개
④ 4개 ⑤ 5개

정답 ③

㉒㉓㉔ 3개만이 반의사불벌죄에 해당한다.

【문 12】 다음 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉑ 상습범은 행위자책임에 형벌가중의 본질이 있고, 누범은 행위책임에 형벌가중의 본질이 있다.
㉒ 상습범 중 일부 범행이 누범기간 내에 이루어진 이상 나머지 범행이 누범기간 경과 후에 이루어졌다고 하더라도 그 행위 전부가 누범관계에 있다.
㉓ 절도행위의 전과가 여러 번 있었다고 하여 반드시 상습성이 인정된다고 볼 수 없고, 그 여러 번의 전과사실과의 관계에서 범행이 절도습성의 발현이라고 인정될 수 있는 경우에만 상습성의 인정이 가능하다.
㉔ 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항(형법제329조부터 제331조까지, 제333조부터 제336조까지 및 제340조·제362조의 죄 또는 그 미수죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사람이 다시 이들 죄를 범하여 누범으로 처벌하는 경우에도 제1항부터 제4항까지의 형과 같은 형에 처한다)의 규정 취지는 같은 법조 제1항, 제3항 또는 제4항에 규정된 죄 또는 그 미수죄로 3회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 이를 범하여 누범으로 처벌할 경우에는 상습성이 인정되지 않은 경우에도 상습범에 관한 제1항 내지 제4항 소정의 법정형에 의하여 처벌한다는 뜻이므로, 제1항 내지 제4항에 정한 형에 다시 누범가중한 형기 범위 내에서 처단형을 정하는 것이 타당하다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개 ⑤ 4개

정답 ⑤

- ㉑ (O) 대판 2007.8.23, 2007도4913
㉒ (O) 대판 1982.5.25, 82도600
㉓ (O) 대판 1984.3.27, 84도69
㉔ (O) 대판 2008.11.27, 2008도7270

【문 13】 다음 설명 중 가장 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무상비밀누설죄는 기밀 그 자체를 보호하는 것이 아니라 공무원의 비밀엄수 의무의 침해에 의하여 위험하게 되는 이익, 즉 비밀의 누설에 의하여 위협받는 국가의 기능을 보호하기 위한 것이다.
- ② 외국 언론에 이미 보도된 바 있는 우리나라의 외교정책이나 활동에 관련된 사항들에 관하여 정부가 이른바 보도지침의 형식으로 국내 언론기관의 보도 여부를 통제하고 있다는 사실을 알리는 것은 외교상의 기밀을 누설한 경우에 해당하지 않는다.
- ③ 공무상비밀누설죄의 직무상 비밀이란 실질적으로 그것을 비밀로서 보호할 가치가 있다고 인정할 수 있는 것이야 한다.
- ④ 검찰 등 수사기관이 특정 사건에 대하여 수사를 진행하고 있는 상태에서, 수사기관이 현재 어떤 자료를 확보하였고 해당사안이나 피의자의 죄책, 신병처리에 대하여 수사책임자가 어떤 의견을 가지고 있는지 등의 정보는 비밀에 해당되지 않는다.
- ⑤ 국가정보원 내부의 감찰과 관련하여 감찰조사 개시시점, 감찰대상자의 소속 및 인적 사항을 일부 누설한 사실만으로 국가정보원의 정상적인 정보수집활동 등의 기능에 지장을 초래할 것도 아니고, 달리 국가 또는 국가정보원의 기능에 위협이 있을 것이라고 볼 수도 없어 위 누설사실들은 비밀로서의 가치가 없다.

정답 ④

①③ 대판 2007.6.14, 2004도5561

② 대판 1995.12.5, 94도2379

④ 검찰 등 수사기관이 특정 사건에 대하여 수사를 진행하고 있는 상태에서, 수사기관이 현재 어떤 자료를 확보하였고 해당 사안이나 피의자의 죄책, 신병처리에 대하여 수사책임자가 어떤 의견을 가지고 있는지 등의 정보는, 그것이 수사의 대상이 될 가능성이 있는 자 등 수사기관 외부로 누설될 경우 피의자 등이 아직까지 수사기관에서 확보하지 못한 자료를 인멸하거나, 수사기관에서 파악하고 있는 내용에 맞추어 증거를 조작하거나, 허위의 진술을 준비하는 등의 방법으로 수사기관의 범죄수사 기능에 장애를 초래할 위험이 있는 점에 비추어 보면, 해당 사건에 대한 중국적인 결정을 하기 전까지는 외부에 누설되어서는 안 될 수사기관 내부의 비밀에 해당한다(대판 2007.6.14, 2004도5561).

⑤ 대판 2003.11.28, 2003도5547

【문 14】 다음 중 불가능한 선고형은 모두 몇 개인가?

- ㉠ 징역 50년
- ㉡ 자격정지 15년
- ㉢ 벌금 3만원

- ㉠ 구류 1일
- ㉡ 과료 2천원

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개 ⑤ 4개

정답 ①

모두 선고가 가능하다.

- ㉢ 징역은 1개월 이상 30년 이하로 한다. 단 형을 가중하는 때에는 50년까지로 한다(형법 제42조).
- ㉣ 자격정지는 1년 이상 15년 이하로 한다(형법 제44조 제1항).
- ㉤ 벌금은 5만원 이상으로 한다. 다만, 감경하는 경우에는 5만원 미만으로 할 수 있다(형법 제45조).
- ㉥ 구류는 1일 이상 30일 미만으로 한다(형법 제46조).
- ㉦ 과료는 2천원 이상 5만원 미만으로 한다(형법 제47조).

【문 15】 다음 설명 중 가장 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 장물인 정을 모르고 장물을 보관하였다가 그 후에 장물인 정을 알게 된 경우 그 정을 알고서도 이를 계속하여 보관하는 행위는 장물죄를 구성하는 것이나 이 경우에도 점유할 권한이 있는 때에는 이를 계속하여 보관하더라도 장물보관죄가 성립하지 않는다.
- ② 재산범죄를 저지른 이후에 별도의 재산범죄의 구성요건에 해당하는 사후행위가 있었다면 비록 그 행위가 불가벌적 사후행위로서 처벌의 대상이 되지 않는다 할 지라도 그 사후행위로 인하여 취득한 물건은 재산범죄로 인하여 취득한 물건으로서 장물이 될 수 있다.
- ③ 갑이 회사 자금으로 을에게 주식매각 대금조로 금원을 지급한 경우, 그 금원은 단순히 횡령행위에 제공된 물건이 아니라 횡령행위에 의하여 영득된 장물에 해당한다.
- ④ 장물인 현금 또는 수표를 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 동일한 액수의 현금 또는 수표를 인출한 경우에 예금계약의 성질상 그 인출된 현금 또는 수표는 당초의 현금 또는 수표와 물리적인 동일성이 상실되었으므로 장물에 해당하지 아니한다.
- ⑤ 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 인출된 현금은 재산범죄에 의하여 취득한 재물이 아니므로 장물이 될 수 없다.

정답 ④

① 대판 1986.1.21, 85도2472

②⑤ 형법 제41장의 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 불가벌적 사후행위로서 처벌의 대상이 되지 않는다 할지라도 그 사후행위로 인하여 취득한 물건은 재산범죄로 인하여 취득한 물건으로서 장물이 될 수 있다. 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우, 현금카드 사용권한 있는 자의 정당한 사용에 의한 것으로서 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하거나 기망행위 및 그에 따른 처분 행위도 없었으므로, 별도로 절도죄나 사기죄의 구성요건에 해당하지 않는다 할 것이고, 그 결과 그 인출된 현금은 재산범죄에 의하여 취득한 재물이 아니므로 장물이 될 수 없다(대판 2004.4.16, 2004도353).

③ 대판 2004.12.9, 2004도5904

④ 장물이라 함은 재산범죄로 인하여 취득한 물건 그 자체를 말하고, 그 장물의 처분 대가는 장물성을 상실하는 것이지만, 금전은 고도의 대체성을 가지고 있어 다른 종류의 통화와 쉽게 교환할 수 있고, 그 금전 자체는 별다른 의미가 없고 금액에 의하여 표시되는 금전적 가치가 거래상 의미를 가지고 유통되고 있는 점에 비추어 볼 때, 장물인 현금을 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 동일한 액수의 현금을 인출한 경우에 예금계약의 성질상 인출된 현금은 당초의 현금과 물리적인 동일성은 상실되었지만 액수에 의하여 표시되는 금전적 가치에는 아무런 변동이 없으므로 장물로서의 성질은 그대로 유지된다고 봄이 상당하고, 자기앞수표도 그 액면금을 즉시 지급받을 수 있는 등 현금에 대신하는 기능을 가지고 거래상 현금과 동일하게 취급되고 있는 점에서 금전의 경우와 동일하게 보아야 한다(대판 2004.3.12, 2004도134).

【문16】 다음 중 불법영득의사가 인정되는 것은 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 피고인이 타인 소유의 버스요금함 서랍 견본 1개를 그에 대한 최초 고안자로서의 권리를 확보하겠다는 생각으로 가지고 나가 변리사에게 의장출원을 의뢰하고 그 도면을 작성한 뒤 당일 이를 원래 있던 곳에 가져다 둔 경우
- ㉡ 피고인이 타인의 인감도장을 그의 책상서랍에서 몰래 꺼내어 가서 그것을 차용금증서의 연대보증인란에 찍고 난 후 곧 제자리에 넣어둔 경우
- ㉢ 은행이 발급한 직불카드를 사용하여 타인의 예금계좌에서 자기의 예금계좌로 돈을 이체시킨 후 직불카드를 반환한 경우 직불카드에 대한 불법영득의사
- ㉣ 피고인이 살인범행의 증거를 인멸하기 위하여, 살해된 피해자의 주머니에서 꺼낸 지갑을 살해도구로 이용한 골프채와 옷 등 다른 증거품들과 함께 자신의 차량에 싣고 가다가 쓰레기 소각장에서 태워버린 경우
- ㉤ 회사의 총무과장이 회사의 물품대금채권을 확보할 목적으로 채무자의 승낙을 받지 아니한 채 그의 의사에 반하여 부산에 있는 채무자의 점포 앞에 세워놓은 채무자 소유의 자동차를 운전하여 광주에 있는 위 회사로 옮겨놓

은 다음, 법원의 가압류결정과 감수보존명령에 따라 집행관이 보존하게 될 때까지 위 회사의 지배하에 둔 경우

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

정답 ①

㉠ (X) 대판 1991.6.11, 91도878

㉡ (X) 대판 1987.12.8, 87도1959

㉢ (X) 직불카드에 대해서는 불법영득의사를 부정, 다만 계좌이체에 대해서는 컴퓨터사용사 기죄가 성립한다(대판 2006.3.9, 2005도7819).

㉣ (X) 대판 2000.10.13. 2000도3655

㉤ (O) 회사의 총무과장이 회사의 물품대금채권을 확보할 목적으로 채무자의 승낙을 받지 아니한 채 그의 의사에 반하여 부산에 있는 그의 점포 앞에 세워놓은 그의 소유인 자동차를 운전하여 광주에 있는 위 회사로 옮겨놓은 다음, 광주지방법원의 가압류결정과 감수보존명령에 따라 집행관이 보존하게 될 때까지 위 회사의 지배하에 두었다면, 위 자동차의 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유인 것과 마찬가지로 그 경제적용법에 따라 이용하거나 처분할 의사로 자동차를 광주로 운전하여 간 것으로 보지 않을 수 없으므로 불법영득의사가 있었다고 볼 수 밖에 없다(대판 1990.5.25, 90도573).

【문 17】 다음 중 강간치상죄 또는 강간상해죄에서의 상해에 해당하는 것은 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 피해자가 성경험을 가진 여자로서 특이체질로 인해 새로 형성된 처녀막이 파열된 경우
 ㉡ 강간 도중 흥분하여 피해자의 왼쪽 어깨를 입으로 빨아서 생긴 동전크기 정도의 반상출혈상
 ㉢ 강간으로 인하여 피해자로 하여금 보행불능, 수면장애, 식욕감퇴 등 기능의 장애를 일으키게 한 경우
 ㉣ 강간 과정에서 피해자의 얼굴과 머리를 때려 피해자가 코피를 흘리고 콧등이 부은 경우
 ㉤ 피고인이 피해자를 강간하려다가 미수에 그치고 그 과정에서 피해자의 왼쪽 손바닥에 약 2센티미터 정도의 굵은 가벼운 상처가 발생한 경우

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

정답 ③

㉠㉡㉢ 3개는 상해로 보았으나, ㉣㉤은 상해로 보지 않았다.

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

- ① 매도인이 매수인으로부터 중도금을 수령한 이후에 매매목적물인 동산을 제3자에게 양도하는 행위는 배임죄에 해당하지 않는다.
- ② 국토이용관리법상의 규제구역 내 토지의 매도인은 토지거래허가절차에 협력할 의무가 있으므로 토지거래허가를 받기 전에도 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다.
- ③ 음식점 임대차계약에 의한 임차인의 지위를 양도한 자는 양도사실을 임대인에게 통지하고 양수인이 갖는 임차인의 지위를 상실하지 않게 할 의무가 있다고 하여도, 이러한 임무는 임차권 양도인으로서 부담하는 채무로서 양도인 자신의 의무일 뿐이지 자기의 사무임과 동시에 양수인의 권리취득을 위한 사무의 일부를 이룬다고 볼 수 없으므로, 양도인을 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자로 볼 수 없다.
- ④ 채무의 담보로 부동산에 관한 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않고 임의로 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마치는 행위는 배임죄를 구성한다.
- ⑤ 부동산의 이중양도에 있어서 매도인이 제2차 매수인으로부터 계약금만을 지급받고 중도금을 수령한 바 없다면 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

정답 ②

- ① 매매와 같이 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약의 경우(민법 제563조), 쌍방이 그 계약의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 ‘자기의 사무’에 해당하는 것이 원칙이다. 매매의 목적물이 동산일 경우, 매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다. 동산매매 계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다(대판 2011.1.20, 2008도10479 전합).
- ② 국토이용관리법 제21조의2 소정의 규제구역 내에 있는 토지를 매도하였으나 같은 법 소정의 거래허가를 받은 바가 없다면, 매도인에게 매수인에 대한 소유권이전등기에 협력할 의무가 생겼다고 볼 수 없고, 따라서 매도인이 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수 없다(대판 1996.8.23, 96도1514).
- ③ 대판 1991.12.10, 91도2184

④ 채무의 담보로 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않고 임의로 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마치는 행위는 배임죄를 구성한다. 부동산에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없음에도 피해자를 속이고 근저당권설정을 약정하여 금원을 편취한 경우라 할지라도, 이러한 약정은 사기 등을 이유로 취소되지 않는 한 여전히 유효하여 피해자 명의의 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 발생하는 것이고, 그럼에도 불구하고 임무에 위배하여 그 부동산에 관하여 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마친 경우, 이러한 배임행위는 금원을 편취한 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 사기 범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것이 아니라 별죄를 구성한다(대판 2008.3.27, 2007도9328).

⑤ 대판 2003.3.25, 2002도7134

【문 19】 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 운전면허가 없는 상태에서 여러 날에 걸쳐 무면허운전행위를 반복한 경우 특별한 사정이 없는 한 포괄하여 1개의 도로교통법위반(무면허운전)죄가 성립한다.
- ㉡ 하나의 사건에 관하여 한 번 선서한 증인이 같은 기일에 여러 가지 사실에 관하여 기억에 반하는 허위의 진술을 한 경우 포괄하여 1개의 위증죄가 성립한다.
- ㉢ 동일한 기회에 2인의 명의로 된 1장의 사문서를 위조한 경우 작성명의인의 수만큼 2개의 사문서위조죄가 성립하고 이때 위 각 사문서위조죄는 실제적 경합범의 관계에 있다.
- ㉣ 절취한 금융기관발행의 자기앞수표를 물품대금으로 현금 대신 교부하고 거스름돈을 환불받은 행위는 절도의 불가벌적사후행위로서 별도로 사기죄를 구성하지 않는다.
- ㉤ 강도가 시간적으로 접촉된 상황에서 가족을 이루는 수인에게 폭행·협박을 가하여 집안에 있는 가족 공동점유의 재물을 탈취한 경우 폭행·협박을 당한 가족 구성원 수만큼 수개의 강도죄가 성립한다.

① ㉠, ㉡

② ㉡, ㉢

③ ㉠, ㉡, ㉢

④ ㉡, ㉢, ㉤

⑤ ㉡, ㉢, ㉤

정답 ②

㉠ (X) 무면허운전으로 인한 도로교통법위반죄에 있어서는 어느 날에 운전을 시작하여 다음 날까지 동일한 기회에 일련의 과정에서 계속 운전을 한 경우 등 특별한 경우를 제외하고는 사회통념상 운전한 날을 기준으로 운전한 날마다 1개의 운전행위가 있다고 보는 것이 상당하므로 운전한 날마다 무면허운전으로 인한 도로교통법위반의 1죄가 성립한다고 보아야 할

것이고, 비록 계속적으로 무면허운전을 할 의사를 가지고 여러 날에 걸쳐 무면허운전행위를 반복하였다 하더라도 이를 포괄하여 일죄로 볼 수는 없다(대판 2002.7.23, 2001도6281).

㉞ (O) 대판 2007.3.15, 2006도9463

㉟ (X) 문서에 2인 이상의 작성명의인이 있을 때에는 각 명의자마다 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(대판 1987.7.21, 87도564).

㊱ (O) 대판 1993.11.23, 93도213

㊲ (X) 강도가 시간적으로 접촉된 상황에서 가족을 이루는 수인에게 폭행·협박을 가하여 집안에 있는 재물을 탈취한 경우 그 재물은 가족의 공동점유 아래 있는 것으로서, 이를 탈취하는 행위는 그 소유자가 누구인지에 불구하고 단일한 강도죄의 죄책을 진다(대판 1996.7.30, 96도1285).

【문 20】 다음과 같은 학생들의 토론을 바르게 설명한 것은?

미나 : 징역 또는 금고의 집행 중에 있는 자가 그 행상이 양호하여 개전의 정이 현저한 때에는 무기에 있어서는 20년, 유기에 있어서는 형기의 3분의 1을 경과한 후 법원의 결정으로 가석방을 할 수 있어.

미진 : 형을 병과할 경우에는 그 형의 일부에 대하여 집행을 유예할 수 있어.

정현 : 벌금형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 선고유예를 할 수 없다고 해.

은정 : 벌금을 납입하지 아니하는 경우에는 노역장에 유치할 수 있지만 과료를 납입하지 아니하는 경우에는 그렇지 않다고 해.

① 미나와 미진은 그르다.

② 미진과 정현은 옳다.

③ 정현과 은정은 그르다.

④ 미나와 은정은 옳다.

⑤ 옳은 사람은 2명이다.

【정답】 ③

미나 : (O) 형법 제72조

미진 : (O) 하나의 형의 일부에 대한 집행유예는 할 수 없다. 그러나 형의 병과시에는 그 일부에 대한 집행유예가 가능하다.

정현 : (X) 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 정상을 참작하여 개전의 정이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다(형법 제59조).

은정 : (X) 벌금을 납입하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하, 과료를 납입하지 아니한 자는 1일 이상 30일 미만의 기간 노역장에 유치하여 작업에 직무하게 한다(형법 제69조 제2항).

【문21】 다음 유가증권에 관한 죄에 대한 설명 중 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 문방구 약속어음 용지를 이용하여 작성되었다고 하더라도 그 전체적인 형식·내용에 비추어 일반인이 진정한 것으로 오신 할 정도의 약속어음 요건을 갖추고 있으면 형법상 유가증권에 해당한다.
- ② 폐공중전화카드의 자기기록 부분에 전자정보를 기록하여 사용가능한 공중전화카드를 만든 행위는 유가증권위조죄에 해당한다.
- ③ 위조된 약속어음임을 알고 있는 자에게 교부한 경우에는 약속어음을 진정 또는 진실한 약속어음인 것처럼 사용한 것이 라고 할 수 없어 위조유가증권행사죄가 성립할 여지가 없다.
- ④ 주식회사 대표이사로 재직하던 피고인이 대표이사가 타인으로 변경되었음에도 이전부터 사용하여 오던 피고인 명의로 된 위 회사 대표이사의 명판을 이용하여 피고인을 위 회사의 대표이사로 표시하여 약속어음을 발행한 경우 후임 대표이사의 승낙을 얻었다고 하더라도 자격모용유가증권작성죄가 성립한다.
- ⑤ 배서인의 주소기재는 배서의 요건이 아니므로 약속어음 배서인의 주소를 허위로 기재하였다고 하더라도 그것이 배서인의 인적 동일성을 해하여 배서인이 누구인지를 알 수 없는 경우가 아닌 한 약속어음상의 권리관계에 아무런 영향을 미치지 않으므로, 그것을 허위로 기재하더라도 허위유가증권작성죄에 해당되지 않는다.

정답 ③

③ 대법원 2010.12.9. 선고 2010도12553 판결 참조

위조유가증권행사죄의 처벌목적은 유가증권의 유통질서를 보호하는 데 있는 만큼 단순히 문서의 신용성을 보호하고자 하는 위조공·사문서행사죄의 경우와는 달리 교부자가 진정 또는 진실한 유가증권인 것처럼 위조유가증권을 행사하였을 때뿐만 아니라 위조유가증권임을 알고 있는 자에게 교부하였더라도 피교부자가 이를 유통시킬 것임을 인식하고 교부하였다면, 그 교부행위 그 자체가 유가증권의 유통질서를 해할 우려가 있어 처벌의 이유와 필요성이 충분히 있으므로 위조유가증권행사죄가 성립한다고 보아야 할 것이지만, 위조유가증권의 교부자와 피교부자가 서로 유가증권위조를 공모하였거나 위조유가증권을 타에 행사하여 그 이익을 나누어 가질 것을 공모한 공범의 관계에 있다면, 그들 사이의 위조유가증권 교부행위는 그들 이외의 자에게 행사함으로써 범죄를 실현하기 위한 전단계의 행위에 불과한 것으로서 위조유가증권은 아직 범인들의 수중에 있다고 볼 것이지 행사되었다고 볼 수는 없다.

- ① 대법원 2001. 8. 24. 선고 2001도2832 판결 참조
- ② 대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2483 판결 참조
- ④ 대법원 1991.2.26. 선고 90도577 판결 참조
- ⑤ 대법원 1986.6.24. 선고 84도547 판결 참조

【문22】 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 것으로 인정되는 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 공동정범으로서의 책임을 지지 않는다.
- ② 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 함으로써 범인도피의 행위를 하게 하였다고 하더라도, 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 또는 동거 가족인 경우에는, 본인의 행위도 범인도피교사죄를 구성하지 않는다.
- ③ 피무고자(被誣告者)의 교사·방조 하에 제3자가 피무고자에 대한 허위의 사실을 신고한 경우 제3자의 행위는 무고죄를 구성하고, 제3자를 교사·방조한 피무고자도 교사·방조범으로 서의 죄책을 부담한다.
- ④ 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 자를 공무상비밀누설죄의 교사범 또는 방조범으로 처벌할 수는 없다.
- ⑤ 포괄일죄의 범행 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 사람은 비록 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 진다.

정답 ②

② 대법원 2008.11.13. 선고 2008도7647 판결 참조

범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당하느냐(대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도20 판결 참조), 이 경우 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족, 호주 또는 동거 가족에 해당한다 하여 달리 볼 것은 아니다 (대법원 2006. 12. 7. 선고 2005도3707 판결 참조).

① 대법원 2010.9.9. 선고 2010도6924 판결 참조

★갑이 을과 공모하여 가출 청소년 병(여, 16세)에게 낙태수술비를 벌도록 해 주겠다고 유인하였고, 을로 하여금 병의 성매매 홍보용 나체사진을 찍도록 하였으며, 병이 중도에 약속을 어길 경우 민형사상 책임을 진다는 각서를 작성하도록 한 후, 자신이 별건으로 체포되어 구치소에 수감 중인 동안 병이 을의 관리 아래 12회에 걸쳐 불특정 다수 남성의 성매수 행위의 상대방이 된 대가로 받은 돈을 병, 을 및 갑의 처 등이 나누어 사용한 사안에서, 병의 성매매 기간 동안 갑이 수감되어 있었다 하더라도 위 갑은 을과 함께 미성년자유인죄, 구 청소년의 성보호에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9765호 아동·청소년의 성보호에 관한 법률로 전부 개정되기 전의 것) 위반죄의 책임을 진다고 한 원심판단을 수긍한 사례.

③ 대법원 2008.10.23. 선고 2008도4852 판결 참조

④ 대법원 2011.4.28. 선고 2009도3642 판결 참조

★변호사 사무실 직원인 피고인 갑이 법원공무원인 피고인 을에게 부탁하여, 수사 중인 사

건의 체포영장 발부자 53명의 명단을 누설받은 사안에서, 피고인 을이 직무상 비밀을 누설한 행위와 피고인 갑이 이를 누설받은 행위는 대항법 관계에 있으므로 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없는데도, 피고인 갑의 행위가 공무상비밀누설교사죄에 해당한다고 본 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

⑤ 대법원 2004. 5. 28. 선고 2004도1465 판결 참조

【문23】 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 신용장에 날인된 시중은행의 접수일부인(接受日附印)은 사서위조죄의 객체인 사문서에 해당한다.
- ㉡ 제조회사와 제품 종류가 표시된 담뱃갑은 사도화위조죄의 객체인 사도화에 해당한다.
- ㉢ 문서로서의 형식과 외관을 갖춘 허무인 명의의 경력증명서는 사문서위조죄의 객체인 사문서에 해당한다.
- ㉣ 자동차운전면허대장은 공정증서원본불실기재죄의 객체인 공정증서원본에 해당한다.
- ㉤ 민사조정법상의 조정절차에서 작성되는 조정조서는 공정증서원본불실기재죄의 객체인 공정증서원본에 해당한다.

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

정답 ③

㉠, ㉡, ㉢만 옳다

㉠ 대법원 1979. 10. 30. 77도1879, 판결 참조

㉡ 대법원 2010.7.29. 선고 2010도2705 판결 참조

㉢ 대법원 2005. 2. 24. 선고 2002도18 전원합의체 판결 참조

㉣ 대법원 2010.6.10. 선고 2010도1125 판결 참조

도로교통법 시행령 제94조와 같은 법 시행규칙 제38조, 제77조, 제78조, 제80조, 제98조 등의 규정 취지를 종합하여 보면, 자동차운전면허대장은 운전면허 행정사무집행의 편의를 위하여 범칙자, 교통사고유발자의 인적사항·면허번호 등을 기재하거나 운전면허증의 교부 및 재교부 등에 관한 사항을 기재하는 것에 불과하며, 그에 대한 기재를 통해 당해 운전면허 취득자에게 어떠한 권리의무를 부여하거나 변동 또는 상실시키는 효력을 발생하게 하는 것으로 볼 수는 없고, 따라서 자동차운전면허대장은 사실증명에 관한 것에 불과하므로 형법 제228조 제1항에서 말하는 공정증서원본이라고 볼 수 없다.

㉔ 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010도3232 판결 참조

형법 제228조 제1항이 규정하는 공정증서원본 불실기재죄는 공무원에 대하여 진실에 반하는 허위신고를 하여 공정증서원본에 그 증명하는 사항에 관하여 실체관계에 부합하지 아니하는 불실의 사실을 기재하게 함으로써 성립하는 범죄로서, 위 죄의 객체인 공정증서원본은 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서이어야 한다고 할 것인바, 민사조정법상 조정신청에 의한 조정제도는 원칙적으로 조정신청인의 신청 취지에 구애됨이 없이 조정담당판사 등이 제반 사정을 고려하여 당사자들에게 상호 양보하여 합의 하도록 권유·주선함으로써 화해에 이르게 하는 제도인 점에 비추어, 그 조정절차에서 작성되는 조정조서는 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서로 볼 수 없어 공정증서원본에 해당하는 것으로 볼 수 없다.

【문24】 다음 중 자수에 해당하는 것은 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉑ 자수서를 소지하고 수사기관에 자발적으로 출석하였으나 자수서를 제출하지 아니하고 범행사실도 부인하였다가 구속이 된 후 자수서를 제출하고 범행사실을 시인하였다.
- ㉒ 신문지상에 혐의사실이 보도되기 시작한 후 담당 검사에게 전화를 걸어 조사를 받게 해달라고 요청한 다음 자진출석하여 혐의사실을 모두 인정하는 내용의 진술서를 작성하고 검찰 수사과정에서 혐의사실을 모두 자백하였다.
- ㉓ 피고인이 검찰에 자수서를 제출하고 제1회 피의자신문을 받으면서 뇌물로 3,000만 원만을 받았다고 신고하고 이를 초과하는 금원의 수수사실을 부인하였는데, 그 후 검찰의 보강수사와 추궁에 따라 5,000만 원의 뇌물을 받은 사실을 자백하였다(수뢰액 3,000만 원과 5,000만 원은 적용법조와 법정형이 다름).
- ㉔ 경찰관이 피고인의 강도상해 범행에 관하여 수사를 하던 중 증거를 토대로 피고인의 여죄를 추궁하자, 또 다른 강도강간 범행을 자백하였다.
- ㉕ 피고인이 검찰에 자진출석하여 자수서를 제출하고 범행을 자백하였으나, 그 후 검찰 수사 및 재판 과정에서 범행을 부인하였다.

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

정답 ②

㉑, ㉕의 경우에만 자수를 인정하였다.

㉑ 자수불인정 대법원 2004. 10. 14. 선고 2003도3133 판결 참조

피고인 2가 비록 수사기관에 자발적으로 출석하였고, 당시 자수서를 소지하고 있었다고 하더라도, 조사를 받으면서 자수서를 제출하지 않았을 뿐만 아니라 범행사실도 부인하였던 이상 그 단계에서 자수가 성립한다고 인정할 수는 없고, 그 이후 피고인 2가 그와 같은 범죄사

실로 인하여 구속까지 된 상태에서 자수서를 제출하고 제4회 피의자신문 당시 범행사실을 시인한 것을 자수에 해당한다고 인정할 수도 없을 것이다.

㉔ 자수인정 대법원 1994.9.9. 선고 94도619 판결 참조

신문지상에 혐의사실이 보도되기 시작하였는데도 수사기관으로부터 공식소환이 없으므로 자진출석하여 사실을 밝히고 처벌을 받고자 담당 검사에게 전화를 걸어 조사를 받게 해달라고 요청하여 출석시간을 지정받은 다음 자진출석하여 혐의사실을 모두 인정하는 내용의 진술서를 작성하고 검찰 수사과정에서 혐의사실을 모두 자백한 경우 피고인은 수사책임 있는 관서에 자기의 범죄사실을 자수한 것으로 보아야 하고 법정에서 수수한 금원의 직무관련성에 대하여만 수사기관에서의 자백과 차이가 나는 진술을 하였다 하더라도 자수의 효력에는 영향이 없다.

㉕ 자수인정 대법원 1969.7.22. 선고 69도779 판결

범인이 수개의 범죄사실 중의 일부라도 수사기관에 자진 신고한 이상, 그동기가 투명치 않고 그후 공범을 두둔하더라도 그 자수한 부분 범죄사실에 대하여는 자수의 효력이 있다.

㉖ 자수불인정 대법원 2006.9.22. 선고 2006도4883 판결 참조

자수라 함은 범인이 스스로 수사책임이 있는 관서에 자기의 범행을 자발적으로 신고하고 그 처분을 구하는 의사표시를 말하고, 가령 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 않는다.

㉗ 자수불인정 대법원 2004. 10. 14. 선고 2003도3133 판결 참조

자수서를 소지하고 수사기관에 자발적으로 출석하였으나 자수서를 제출하지 아니하고 범행 사실도 부인하였다면 자수가 성립하지 아니하고, 그 이후 구속까지 된 상태에서 자수서를 제출하고 범행사실을 시인한 것을 자수에 해당한다고 인정할 수 없다고 한 사례

【문25】 다음 중 위법성이 조각되지 않는 것은 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉑ 파업실시에 관한 찬반투표를 실시하지는 않았지만 노동조합의 조합원총회를 거쳐 파업을 실시하였고, 파업에 참여한 인원 등에 비추어 조합원 대다수가 파업에 찬성한 것으로 보이는 쟁의행위
- ㉒ 경찰관이 임의동행을 요구하며 손목을 잡고 뒤로 꺾어 올리는 등으로 제압하자 거기에서 벗어나려고 몸싸움을 하는 과정에서 경찰관에게 폭행을 가하여 경찰관 2인에게 각 2주간의 치료를 요하는 상해를 입힌 경우
- ㉓ 간통현장을 촬영하기 위하여 상간자로 의심되는 사람의 주거에 침입한 경우
- ㉔ 시장번영회 회장이 이사회 결의와 시장번영회의 관리규정에 따라서 관리비 체납자의 점포에 대하여 단전조치를 실시한 경우
- ㉕ 피해자가 피고인의 고소로 조사받는 것을 따지기 위하여 야간에 피고인의 집에 침입한 상태에서 문을 닫으려는 피고인과 열려는 피해자 사이의 실랑이가 계속되는 과정에서 문짝이 떨어져 그 앞에 있던 피해자가 넘어져 2주간의 치료를 요하는 요추부염좌 및 우측 제4수지 타박상의 각 상해를 입게 된 경우

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

정답 ②

㉠, ㉡이 위법성이 조각되지 않는 경우에 해당한다.

㉠ 위법성이 조각되지 않음 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결
근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 하는바, 특히 그 절차에 관하여 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 노동조합및노동관계조정법 제41조 제1항의 규정은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로 위의 절차를 위반한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실된다.

㉡ 위법성이 조각됨 대법원 2002. 5. 10. 선고 2001도300 판결 참조
현행범인으로서의 요건을 갖추고 있었다고 인정되지 않는 상황에서 경찰관들이 동행을 거부하는 자를 체포하거나 강제로 연행하려고 하였다면, 이는 적법한 공무집행이라고 볼 수 없고, 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법 체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다.

㉢ 위법성이 조각되지 않음 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 참조
간통 현장을 직접 목격하고 그 사진을 촬영하기 위하여 상간자의 주거에 침입한 행위가 정당행위에 해당하지 않는다고 한 사례.

㉣ 위법성이 조각됨 대법원 2004.8.20, 선고, 2003도4732, 판결 참조
시장변영회의 관리규정에 따라 체납된 관리비를 효율적으로 징수하기 위한 제재수단으로서 이사회의 결의에 따라서 적법하게 실시한 것이고, 그와 같은 관리규정의 내용은 시장변영회를 운영하기 위한 효과적인 규제로서 그 구성원들의 권리를 합리적인 범위를 벗어나 과도하게 침해하거나 제한하는 것으로 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 것으로 보이지 아니하며...(판결이유중에서)

㉤ 위법성이 조각됨 대법원 1995.2.28. 선고 94도2746 판결 참조
분쟁이 있던 옆집 사람이 야간에 술에 만취된 채 시비를 하며 거실로 들어오려 하므로 이를 제지하며 밀어내는 과정에서 2주 상해를 입힌 피고인의 행위를 정당행위로 보아 무죄를 선고한 원심판결을 수긍한 사례

【문26】 형의 감경 또는 면제사유에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경

우 판례에 의함)

- ① 무기징역에 처한 판결이 확정된 죄와 형법 제37조의 후단 경합범의 관계에 있는 죄에 대하여 공소가 제기된 경우, 뒤에 공소제기된 후단 경합범에 대한 형을 필요적으로 면제한다.
- ② 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 경우는 형의 임의적 감경 또는 면제사유에 해당한다.
- ③ 내란죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모하였다가 내란죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 내란예비죄 또는 내란음모죄의 형을 필요적으로 감경 또는 면제한다.
- ④ 위증죄를 범한 사람이 그 허위 진술을 한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 필요적으로 감경 또는 면제한다.
- ⑤ 농아자의 행위에 대하여는 형을 필요적으로 감경한다.

정답 ①

① 대법원 2008.9.11. 선고 2006도8376 판결 참조

무기징역에 처하는 판결이 확정된 죄와 형법 제37조의 후단 경합범의 관계에 있는 죄에 대하여 공소가 제기된 경우, 법원은 두 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 후단 경합범에 대한 처단형의 범위 내에서 후단 경합범에 대한 선고형을 정할 수 있고, 형법 제38조 제1항 제1호가 형법 제37조의 전단 경합범 중 가장 중한 죄에 정한 처단형이 무기징역인 때에는 흡수주의를 취하였다고 하여 뒤에 공소제기된 후단 경합범에 대한 형을 필요적으로 면제하여야 하는 것은 아니다.

② 형법 제7조에 의하여 임의적 감경에 해당한다

★참조 : 임의적 감경에 해당하는 경우

외국에서 형의 전부 또는 일부 집행을 받은 자(§7), 과잉방위(§21②), 과잉피난(§22③), 과잉자구행위(§23②), 장애미수(§25②), 불능미수(§27), 자수자복(§52), 범죄단체 조직(§114), 인취자인질해방(§295의2, §324의6)

③ 형법 제90조 참조

④ 형법 제153조 참조

⑤ 형법 제11조 참조

【문27】 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 어느 사람에게 귀엣말 등 그 사람만 들을 수 있는 방법으로 그 사람 본인의 사회적 평가를 떨어뜨릴 만한 사실을 이야기한 경우에는, 그 사람이 들은 말을 스스로 다른 사람들에게 전파하였다고 하더라도 명예훼손죄가 성립하지 않는다.

- ② 타인에 대한 비방 목적이 인정되어 형법 제309조 제1항의 출판물에 의한 명예훼손 범행이 성립하는 경우에는 형법 제310조의 위법성 조각에 관한 규정이 적용되지 않는다.
- ③ 집합적 명사를 쓴 경우에도 그것에 의하여 그 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백하면 명예훼손죄가 성립할 수 있다.
- ④ 타인을 비방할 목적으로 허위사실인 기사의 재료를 신문기자에게 제공한 경우, 기사를 신문지상에 게재하느냐의 여부는 신문 편집인의 권한에 속하므로, 편집인이 이를 신문에 게재하였다고 하더라도 기사재료를 제공한 사람은 형법 제309조 제2항 소정의 출판물에 의한 명예훼손죄의 죄책을 지지 않는다.
- ⑤ 형법 제313조의 신용훼손죄에서 '신용'은 사람의 지급능력 또는 지급의사에 대한 사회적 신뢰를 의미하므로, 경쟁업체의 서비스 등에 대한 허위사실의 유포만으로는 신용훼손죄에 해당하지 않는다.

정답 ④

④ 대법원 2002.3.29. 2001도2624, 판결 참조

타인을 비방할 목적으로 허위사실인 기사의 자료를 신문기자에게 제공한 경우에 기사를 신문지상에 게재하느냐의 여부는 신문편집인의 권한에 속한다고 할 것이나 이를 편집인이 신문지상에 게재한 이상 기사게재는 기사자료를 제공한 자의 행위에 기인한 것이므로 기사자료의 제공행위는 출판물에 의한 명예훼손죄의 죄책을 면할 수 없다.

① 대법원 2005.12.9. 선고, 2004도2880, 판결 참조

② 대법원 2005.4.29. 선고 2003도2137 판결 참조

★국립대학교 교수가 자신의 연구실 내에서 제자인 여학생을 성추행하였다는 내용의 글을 지역 여성단체가 자신의 인터넷 홈페이지 또는 소식지에 게재한 사안에서, 국립대학교 교수인 피해자의 지위, 적시사실의 내용 및 성격, 표현의 방법, 동기 및 경위 등 제반 사정을 종합하여 볼 때, 비록 성범죄에 관한 내용이었어서 명예의 훼손정도가 심각하다는 점까지를 감안한다 할지라도 인터넷 홈페이지 또는 소식지에 위와 같은 내용을 게재한 행위는 학내 성폭력 사건의 철저한 진상조사와 처벌 그리고 학내 성폭력의 근절을 위한 대책마련을 촉구하기 위한 목적으로 공공의 이익을 위한 것으로서 달리 비방의 목적이 있다고 단정할 수 없다고 한 사례.

③ 대법원 2000.10.10. 선고 99도5407 판결 참조

⑤ 대법원 2011.5.13. 선고 2009도5549 판결 참조

★퀵서비스 운영자인 피고인이 배달업무를 하면서, 손님들의 불만이 예상되는 경우에는 평소 경쟁관계에 있는 피해자 운영의 퀵서비스 명의로 된 영수증을 작성·교부함으로써 손님들로 하여금 불친절하고 배달을 지연시킨 사업체가 피해자 운영의 퀵서비스인 것처럼 인식하게 한 사안에서, 퀵서비스의 주된 계약내용이 신속하고 친절한 배달이라 하더라도, 그와 같은 사정만으로 위 행위가 피해자의 경제적 신용, 즉 지급능력이나 지급의사에 대한 사회적 신뢰를 저해하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다는 이유로, 피고인에 대한 신용훼손의 주위적 공소사실을 무죄로 인정한 원심판단을 수긍한 사례.

【문28】 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 가압류 후에 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자가 다른 사람에 대한 허위의 채무에 기하여 근저당권설정등기 등을 경료하더라도, 가압류채권자에 대하여 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다.
- ② 채무자가 제3자에 대하여 가압류채권자의 지위에 있던 중 가압류집행해제를 신청함으로써 그 지위를 상실하였다고 하더라도, 자신의 채권자에 대한 강제집행면탈죄에 해당하지 않는다.
- ③ 강제집행의 기초가 되는 채권자의 채권의 존재가 인정되지 않을 때에는 강제집행면탈죄가 성립할 여지가 없다.
- ④ 강제집행면탈죄의 성립요건으로서 강제집행을 당할 구체적인 위험이 있는 상태란 채권자가 이행청구의 소 또는 그 보전을 위한 가압류, 가처분신청을 제기하거나 제기할 태세를 보인 경우를 말한다.
- ⑤ 채무자가 채무초과의 상태에서 채권자의 강제집행을 피할 목적으로 재산을 제3자에게 양도하고 그 결과 채권자를 해할 위험이 발생한 경우에는, 비록 채무자의 진의에 의하여 재산을 양도하였다고 하더라도 강제집행면탈죄의 성립에는 영향이 없다.

정답 ⑤

⑤ 대법원 1998.9.8. 선고 98도1949 판결 참조

강제집행면탈죄에 있어서 허위양도라 함은 실제로 양도의 진의가 없음에도 불구하고 표면상 양도의 형식을 취하여 재산의 소유명의를 변경시키는 것이고, 은닉이라 함은 강제집행을 실시하는 자가 채무자의 재산을 발견하는 것을 불능 또는 곤란하게 만드는 것을 말하는데, 진의에 의하여 재산을 양도하였다면 설령 그것이 강제집행을 면탈할 목적으로 이루어진 것으로서 채권자의 불이익을 초래하는 결과가 되었다고 하더라도 강제집행면탈죄의 허위양도 또는 은닉에는 해당하지 아니한다고 보아야 할 것이며, 한편 그와 같은 행위로 인하여 채권자를 해할 위험이 있으면 강제집행면탈죄가 성립하고 반드시 현실적으로 채권자를 해하는 결과가 야기되어야만 강제집행면탈죄가 성립하는 것은 아니다.

- ① 대법원 2008.5.29. 선고 2008도2476 판결 참조
- ② 대법원 2008.9.11. 선고 2006도8721 판결 참조
- ③ 대법원 2010.12.9. 선고 2010도11015 판결 참조
- ④ 대법원 1986.10.28. 선고 86도1553 판결 참조

【문29】 형법상 집행유예에 관한 다음 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 징역형에 대해서만 집행유예를 선고할 수 있다.
- ② 형의 집행을 유예하면서 사회봉사명령 또는 수강명령을 선고하려면 유예기간의

범위 내에서 보호관찰을 받을 것도 함께 명하여야 한다.

- ③ 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 법원은 결정으로 집행유예의 선고를 취소하여야 한다.
- ④ 집행유예 기간 중에 고의로 범한 범죄라도 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고를 할 수 있다.
- ⑤ 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 죄에 대하여 두 개의 징역형을 선고하면서 하나의 징역형에 대해서만 집행유예를 선고할 수 있고, 이때 법원이 그 집행유예기간의 시기(始期)를 다른 하나의 징역형의 집행종료일로 정하는 것도 가능하다.

정답 ④

④ 대법원 2007.2.8. 선고 2006도6196 판결 참조

① 금고에 대해서도 집행유예의 선고는 가능하다

제62조(집행유예의 요건) ①3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다

② 필요적으로 명하여야 하는 것이라 아니라, 임의적으로 명할 수 있다.

제62조의2(보호관찰, 사회봉사·수강명령) ①형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있다.

③ 집행유예의 선고의 실효사유에 해당한다

제63조(집행유예의 실효) 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다.

④ 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000도4637 판결 참조

형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 죄에 대하여 형법 제39조 제1항에 의하여 따로 형을 선고하여야 하기 때문에 하나의 판결로 두 개의 자유형을 선고하는 경우 그 두 개의 자유형은 각각 별개의 형이므로 형법 제62조 제1항에 정한 집행유예의 요건에 해당하면 각각 자유형에 대하여 각각 집행유예를 선고할 수 있는 것이고, 또 그 두 개의 자유형 중 하나의 자유형에 대하여 실형을 선고하면서 다른 자유형에 대하여 집행유예를 선고하는 것도 우리 형법상 이러한 조치를 금하는 명문의 규정이 없는 이상 허용되는 것으로 보아야 한다.

【문30】 다음 중 절도죄가 성립하는 것은 몇 개인가?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 피고인이 종업원으로 종사하던 당구장의 당구대 밑에서 타인이 잃어버린 금반지를 주워서 손가락에 끼고 다니다가 그 소유자가 나타나지 않고 용돈이 궁하여 전당포에 전당잡힌 경우
- ㉡ 피고인이 피해자 경영의 금방에서 마치 귀금속을 구입할 것처럼 가장하여 피해자로부터 순금목걸이 등을 건네받은 다음 화장실에 갔다 오겠다는 핑

계를 대고 도주한 경우

- ㉔ 동사무소의 사환이 동사무소 직원으로부터 시청금고에 입금하도록 교부 받은 현금과 예금에서 찾은 돈을 사생활비에 소비한 경우
- ㉕ 피해자인 점포주인이 종업원인 피고인에게 금고 열쇠와 오토바이 열쇠를 맡기고 가스가 배달되어 오면 금고 안의 돈으로 그 대금을 지급할 것을 지시한 후 외출하였는데, 피고인이 혼자서 점포를 지키다가 금고 안에서 현금을 꺼내어 오토바이를 타고 도주한 경우
- ㉖ 승객이 고속버스 내에 잇고 내린 물건을 고속버스 운전사가 발견하기 전에 다른 승객인 피고인이 가져간 경우

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

정답 ②

㉔, ㉕의 경우에만 절도죄가 성립한다

㉔ 절도죄 성립 대법원 1988.4.25. 선고 88도409 판결

어떤 물건을 잃어버린 장소가 당구장과 같이 타인의 관리 아래 있을 때에는 그 물건은 일용 그 관리자의 점유에 속한다 할 것이고, 이를 그 관리자 아닌 제3자가 취거하는 것은 유실물 횡령이 아니라 절도죄에 해당한다.

㉕ 절도죄 성립 대법원 1994.8.12. 선고, 94도1487, 판결

피고인이 피해자 경영의 금방에서 마치 귀금속을 구입할 것처럼 가장하여 피해자로부터 순금목걸이 등을 건네받은 다음 화장실에 갔다 오겠다는 핑계를 대고 도주한 것이라면 위 순금목걸이 등은 도주하기 전까지는 아직 피해자의 점유하에 있었다고 할 것이므로 이를 절도죄로 의율 차단한 것은 정당하다.

㉖ 횡령죄 성립 대법원 1968.10.29. 선고 68도1222 판결

동회의 사환이 동직원으로부터 시청금고에 입금하도록 교부 받은 현금과 예금에서 찾은 돈을 사생활비에 소비한 경우에는 절도죄가 아니라 횡령죄가 성립된다.

㉔ 횡령죄 성립 대법원 1982.3.9. 81도3396, 판결

점포 주인인 피해자가 점원인 피고인에게 금고 열쇠와 오토바이 열쇠를 맡기고 금고 안의 돈은 배달될 깨스대금으로 지급할 것을 지시한 후 외출한 동안, 피고인이 금고 안에서 현금을 꺼내어 오토바이를 타고 도주한 경우, 절도죄가 아니라 횡령죄에 해당한다.

㉖ 점유이탈물횡령죄 성립 대법원 1993.3.16, 92도3170, 판결

고속버스 운전사는 고속버스의 간수자로서 차내에 있는 승객의 물건을 점유하는 것이 아니고, 승객이 잇고 내린 유실물을 교부받을 권능을 가질 뿐이므로 유 실물을 현실적으로 발견하지 않는 한 이에 대한 점유를 개시하였다고 할 수 없고, 그 사이에 다른 승객이 유실물을 발견하고 이를 가져갔다면 절도에 해당하지 아니하고, 점유이탈물횡령에 해당한다

【문31】 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사기죄를 범한 사람과 피해자가 사둔지간인 경우 친족상도례에 관한 규정이 적용되지 않는다.
- ② 친족 소유의 금융기관 예금통장을 절취하여 이를 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 예금 잔고를 자신의 거래 은행 계좌로 이체한 경우, 위와 같은 컴퓨터등사용사기죄는 친족간의 범행에 해당하여 친족상도례가 적용된다.
- ③ 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하고 공갈죄를 범하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에 의해 가중처벌되는 경우에도 친족상도례 규정이 적용된다.
- ④ 위탁자가 소유자를 위해 보관하고 있는 물건을 위탁자로부터 보관받아 이를 횡령한 경우, 횡령범인이 피해물건의 소유자와는 친족관계가 있으나 피해물건의 위탁자와는 친족관계가 없다면 친족상도례 규정이 적용되지 않는다.
- ⑤ 부(父)가 혼인외의 출생자를 인지하는 경우에 민법 제860조에 의하여 그 자의 출생시에 소급하여 인지의 효력이 생기고, 이와 같은 인지의 소급효는 친족상도례에 관한 규정의 적용에도 미친다.

정답 ②

② 친족상도례 적용불가 대법원 2007.3.15. 선고 2006도2704 판결 참조

[1] 절취한 친족 소유의 예금통장을 현금자동지급기에 넣고 조작하여 예금 잔고를 다른 금융기관의 자기 계좌로 이체하는 방법으로 저지른 컴퓨터등사용사기죄에 있어서의 피해자(= 친족 명의 계좌의 금융기관)

[2] 손자가 할아버지 소유 농업협동조합 예금통장을 절취하여 이를 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 예금 잔고를 자신의 거래 은행 계좌로 이체한 사안에서, 위 농업협동조합이 컴퓨터 등 사용사기 범행 부분의 피해자라는 이유로 친족상도례를 적용할 수 없다고 한 사례

① 대법원 2011.4.28. 선고 2011도2170 판결 참조

[1] 친족상도례가 적용되는 '친족'의 범위 및 사기죄의 피고인과 피해자가 사둔지간인 경우 친족에 해당하는지 여부(소극)

[2] 피고인이 자신과 사둔지간인 피해자를 속여 돈을 편취하였다며 사기로 기소된 사안에서, 피고인과 피해자가 2촌의 인척인 친족이라는 이유로 위 범죄를 친족상도례가 적용되는 친고죄라고 판단한 후 피해자의 고소가 고소기간을 경과하여 부적법하다고 보아 공소를 기각한 원심판결 및 제1심판결을 모두 파기한 사례

③ 대법원 2010.7.29. 선고 2010도5795 판결 참조

④ 대법원 2008.7.24. 선고 2008도3438 판결 참조

⑤ 대법원 1997. 1. 24. 선고 96도1731 판결 참조

【문32】 다음 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 보존등기말소청구의 소를 제기하여 승소확정판결을 받았다고 하더라도, 그 확정판결 자체의 효력에 의

- 해서는 등기명의인의 보존등기가 말소될 뿐 소송 제기자가 어떠한 권리를 취득하거나 의무를 면하는 것은 아니므로 사기죄의 기수에 이르렀다고 할 수 없다.
- ② 소송에서 상대방에게 유리한 증거를 제출하지 않거나 상대방에게 유리한 사실을 진술하지 않는 행위만으로도 소송사기에 있어서 기망이 될 수 있다.
- ③ 민사소송의 피고도 소송사기죄의 주체가 될 수 있다.
- ④ 허위의 내용으로 지급명령신청을 하였으나 상대방이 이의신청을 한 경우, 그 지급명령은 이의의 범위 안에서 효력을 잃게 되므로, 이때는 사기죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.
- ⑤ 허위의 채권을 피보전권리로 삼아 가압류를 한 것은 사기죄의 실행의 착수에 해당한다.

정답 ③

③ 대법원 2004. 3. 12. 선고 2003도333 판결 참조

① 대법원 2006.4.7. 선고 2005도9858 전원합의체 판결 참조

[다수의견] 피고인 또는 그와 공모한 자가 자신이 토지의 소유자라고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 보존등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우 그 소송에서 위 토지가 피고인 또는 그와 공모한 자의 소유임을 인정하여 보존등기 말소를 명하는 내용의 승소확정판결을 받는다면, 이에 더 잡아 언제든지 단독으로 상대방의 소유권보존등기를 말소시킨 후 위 판결을 부동산등기법 제130조 제2호 소정의 소유권을 증명하는 판결로 하여 자기 앞으로의 소유권보존등기를 신청하여 그 등기를 마칠 수 있게 되므로, 이는 법원을 기망하여 유리한 판결을 얻음으로써 '대상 토지의 소유권에 대한 방해를 제거하고 그 소유명의를 얻을 수 있는 지위'라는 재산상 이익을 취득한 것이고, 그 경우 기수시키는 위 판결이 확정된 때이다.

② 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도6851 판결 참조

소송사기는 법원을 속여 자기에게 유리한 판결을 얻음으로써 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하는 범죄로서, 이를 처벌하는 것은 누구든지 자기에게 유리한 주장을 하고 소송을 통하여 권리구제를 받을 수 있는 민사재판제도의 위축을 가져올 수밖에 없으므로, 피고인이 그 범행을 인정한 경우 외에는 그 소송상의 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백한 때 또는 피고인이 그 소송상의 주장이 명백히 거짓인 것을 인식하였거나 증거를 조작하려고 하였음이 인정되는 때와 같이 사기죄가 성립되는 것이 명백한 경우가 아니면 이를 유죄로 인정하여서는 아니 된다.

④ 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도4151 판결 참조

지급명령신청에 대해 상대방이 이의신청을 하면 지급명령은 이의의 범위 안에서 그 효력을 잃게 되고 지급명령을 신청한 때에 소를 제기한 것으로 보게 되는 것이지만 이로써 이미 실행에 착수한 사기의 범행 자체가 없었던 것으로 되는 것은 아니다.

⑤ 대법원 1982.10.26. 선고 82도1529 판결

가압류는 강제집행의 보전방법에 불과하고 그 기초가 되는 허위의 채권에 의하여 실제로 청구의 의사표시를 한 것이라고 할 수 없으므로 소의 제기 없이 가압류신청을 한 것만으로는 사기죄의 실행에 착수한 것이라고 할 수 없다.

【문33】 형법 제35조의 누범에 관한 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 금고이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 사람을 누범으로 처벌한다.
- ㉡ 집행유예 기간 중에 범한 죄에 대하여는 형법 제35조의 누범처벌 규정이 적용되지 않는다.
- ㉢ 형법 제35조는 누범에 대하여 형의 장기 및 단기를 모두 2배까지 가중하도록 규정하고 있다.
- ㉣ 3년의 누범기간 내에 범죄 실행의 착수가 있었으나 기수에 이르지 못했다면 누범으로 처벌할 수 없다.
- ㉤ 판결선고 후 누범인 것이 발각된 때에는 선고한 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 경우가 아니라면 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다.

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

정답 ④

㉠, ㉡, ㉣이 옳다

㉠ 옳음 형법 제35조 제1항 참조

㉡ 옳음 대법원 1983.8.23. 선고 83도1600 판결 참조

금고이상의 형을 받고 그 형의 집행유예기간 중에 금고 이상에 해당하는 죄를 범하였다 하더라도 이는 누범가중의 요건을 충족시킨 것이라 할 수 없다

㉢ 틀림 장기만 2배 가중한다. 형법 제35조 제2항 참조

㉣ 틀림

재범시기는 실행의 착수를 기준으로 한다. 3년 이내에 실행착수가 있는 한 기수나 범죄의 종료는 3년 이후이더라도 누범에 해당한다. i)예비·음모죄가 있는 경우에는 예비·음모행위를 기준으로 한다. ii)포괄일죄의 경우는 첫 번째 행위의 실행착수시기를 기준으로 한다(이재상)

㉤ 옳음 형법 제36조 참조

제36조(판결선고후의 누범발각) 판결선고후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다. 단, 선고한 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 후에는 예외로한다.

【문34】 다음 중 상상적 경합 관계에 있지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인이 피해자들의 재물을 강취한 후 그들을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄
- ② 강도가 재물강취의 뜻을 재물의 부재로 이루지 못한 채 미수에 그쳤으나 그 자리에서 항거불능의 상태에 빠진 피해자를 간음할 것을 결의하고 실행에 착수했으나 역시 미수에 그쳤더라도 반항을 억압하기 위한 폭행으로 피해자에게 상해를 입힌 경우 강도강간미수죄와 강도치상죄
- ③ 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우 허위공문서작성죄와 허위진단서작성죄
- ④ 절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 경우 준강도죄와 공무집행방해죄
- ⑤ 신용협동조합의 전무인 피고인이 그 임무에 위배하여 조합의 담당직원을 기망하고 예금인출금 또는 대출금 명목으로 금원을 교부받은 경우 사기죄와 업무상 배임죄

정답 ③

③ 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7762 판결

형법이 제225조 내지 제230조에서 공문서에 관한 범죄를 규정하고, 이어 제231조 내지 제236조에서 사문서에 관한 범죄를 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 형법 제233조 소정의 허위진단서작성죄의 대상은 공무원이 아닌 의사가 사문서로서 진단서를 작성한 경우에 한정되고, 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 허위공문서작성죄만이 성립하고 허위진단서작성죄는 별도로 성립하지 않는다.

① 대법원 1998.12.8. 선고, 98도3416, 판결 참조

② 대법원 1988.6.28. 선고 88도820 판결 참조

④ 대법원 1992. 7. 28. 92도917, 판결 참조

⑤ 대법원 2002. 7. 18. 선고 2002도669 전원합의체 판결 참조

【문35】 다음 중 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하는 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 수사기관에 대하여 피의자가 허위자백한 경우
- ㉡ 피의자나 참고인이 아닌 자가 피의자를 가장하여 수사기관에 대하여 허위 사실을 진술한 경우
- ㉢ 음주운전을 하다고 교통사고를 야기한 후 형사처벌을 면하기 위하여 타인의 혈액을 자신의 혈액인 것처럼 교통사고조사 경찰관에게 제출하여 감정하도록 한 경우

- ㉔ 민사소송을 제기하면서 피고의 주소를 허위 기재하여 소송서류를 허위주소로 송달케 한 경우
- ㉕ 신청인이 허위의 자료를 첨부하여 비자발급 신청을 하였고, 이에 대하여 업무담당자가 충분히 심사하였으나 신청사유 및 소명자료가 허위인 것을 발견하지 못하여 이를 수리한 경우

- ① ㉔, ㉕
 ② ㉔, ㉕
 ③ ㉔, ㉕
 ④ ㉔, ㉕
 ⑤ ㉔, ㉕

정답 ⑤

㉔, ㉕의 경우에만 성립한다

㉔ 본죄 성립 대법원 2003. 7. 25. 선고 2003도1609 판결

㉕ 본죄 성립 대법원 2011.4.28. 선고 2010도14696 판결

㉔㉕ 본죄 불성립 대법원 1971.3.9. 선고 71도186 판결

수사기관에 대하여 피의자가 허위자백을 하거나 참고인이 허위의 진술을 한 것만으로는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다.

㉔ 본죄 불성립 대법원 1996. 10. 11. 선고 96도312 판결

민사소송을 제기함에 있어 피고의 주소를 허위로 기재하여 법원공무원으로 하여금 변론기일소환장 등을 허위주소로 송달케 하였다는 사실만으로는 이로 인하여 법원공무원의 구체적이고 현실적인 어떤 직무집행이 방해되었다고 할 수는 없으므로, 이로써 바로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 볼 수는 없다.

【문36】 형법 제155조 제1항(타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다)에 관한 설명 중 틀린것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① ‘징계사건’에는 국가의 징계사건에 한정되지 아니하고, 사인간의 징계사건도 포함된다.
- ② ‘증거’가 타인에게 유리한 것이건 불리한 것이건 가리지 아니한다.
- ③ ‘위조’란 문서에 관한 죄에 있어서의 위조 개념과는 달리 새로운 증거의 창조를 의미하는 것이다.
- ④ 증거가 문서의 형식을 갖는 경우에 증거위조죄의 성립 여부가 그 작성권한의 유무나 내용의 진실성에 좌우되는 것은 아니다.

- ⑤ 형법 제155조 제4항은 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 위 죄 등을 범한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하고 있는데, 사실혼관계에 있는 자는 여기서의 친족 등에 해당하지 않는다.

정답 ①

① 대법원 2007.11.30. 선고 2007도4191 판결 참조

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

②③④ 대법원 2007.6.28. 선고 2002도3600 판결 참조

[1] 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 위조한 경우에 성립하는 형법 제155조 제1항의 증거위조죄에서 ‘증거’라 함은 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관하여 수사기관이나 법원 또는 징계기관이 국가의 형벌권 또는 징계권의 유무를 확인하는 데 관계있다고 인정되는 일체의 자료를 의미하고, 타인에게 유리한 것이건 불리한 것이건 가리지 아니하며 또 증거가치의 유무 및 정도를 불문하는 것이고, 여기서의 ‘위조’란 문서에 관한 죄에 있어서의 위조 개념과는 달리 새로운 증거의 창조를 의미하는 것이므로 존재하지 아니한 증거를 이전부터 존재하고 있는 것처럼 작출하는 행위도 증거위조에 해당하며, 증거가 문서의 형식을 갖는 경우 증거위조죄에 있어서의 증거에 해당하는지 여부가 그 작성권한의 유무나 내용의 진실성에 좌우되는 것은 아니다.

[2] 타인의 형사사건과 관련하여 수사기관이나 법원에 제출하거나 현출되게 할 의도로 법률행위 당시에는 존재하지 아니하였던 처분문서, 즉 그 외형 및 내용상 법률행위가 그 문서 자체에 의하여 이루어진 것과 같은 외관을 가지는 문서를 사후에 그 작성일을 소급하여 작성하는 것은, 가사 그 작성자에게 해당 문서의 작성권한이 있고, 또 그와 같은 법률행위가 당시에 존재하였다거나 그 법률행위의 내용이 위 문서에 기재된 것과 큰 차이가 없다 하여도 증거위조죄의 구성요건을 충족시키는 것이라고 보아야 하고, 비록 그 내용이 진실하다 하여도 국가의 형사사법기능에 대한 위협이 있다는 점은 부인할 수 없다.

⑤ 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003도4533 판결 참조

【문37】 범죄의 성립과 처벌에 관한 다음 설명 중 틀린 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 가벼운 경우에는 신법에 의한다.
- ② 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의

- 법이라고 할 수 있는신법을 적용하여 처단하여야 한다.
- ③ 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 아니었던 행위를 판례의 변경에 따라 처벌하는 것이 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수 없다.
 - ④ 형을 종전보다 가볍게 형벌법규를 개정하면서 그 부칙으로 개정된 법의 시행 전의 범죄에 대하여 종전의 형벌법규를 적용하도록 규정한다 하여 헌법상의 형벌 불소급의 원칙이나 신법우선주의에 반한다고 할 수 없다.
 - ⑤ 범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지되었을 때에는 무죄판결을 선고한다.

정답 ⑤

⑤ 대법원 2010.7.15. 선고 2007도7523 판결 참조

범죄 후 법령의 개폐로 그 형이 폐지되었을 경우에는 형사소송법 제326조에 의하여 실체적 재판을 하기에 앞서 면소판결을 하여야 할 것이므로(대법원 1961. 12. 7. 선고 4292형상 705 판결, 대법원 1969. 12. 30. 선고 69도2018 판결 등 참조), 원심이 이에 관하여 무죄로서의 실체적 재판을 한 것은 위법하여 파기를 면할 수 없다.

- ① 형법 제1조 제2항 참조
- ② 대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결 참조
- ③ 대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3349 판결 참조
- ④ 대법원 1995.1.24. 선고 94도2787 판결 참조

【문38】 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 채무를 면탈할 의사로 채권자를 살해하였으나 일시적으로 채권자측의 추급을 면한 것에 불과한 경우에는 강도살인죄가 성립하지 않는다.
- ② 교사자가 피교사자에 대하여 상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우에, 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 죄책을 진다.
- ③ 범인은 협박죄의 객체가 될 수 없다.
- ④ 협박죄의 기수에 이르기 위해서는 상대방이 현실적으로 공포심을 일으킬 것을 요하므로, 객관적으로는 상대방의 공포심을 일으키기에 충분한 해악의 고지가 있었다고 하더라도 상대방이 현실적으로 공포심을 일으키지 않았다면 협박죄의 미수에 해당한다.
- ⑤ 감금행위가 강간죄나 강도죄의 수단이 된 경우에도 감금죄는 강간죄나 강도죄에 흡수되지 아니하고 별죄를 구성한다.

정답 ④

④ 대법원 2007.9.28. 선고 2007도606 전원합의체 판결

협박죄가 성립하려면 고지된 해악의 내용이 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 친숙의 정도 및 지위 등의 상호관계, 제3자에 의한 해악을 고지

한 경우에는 그에 포함되거나 암시된 제3자와 행위자 사이의 관계 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 볼 때에 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 하지만, 상대방이 그에 의하여 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아니며, 그와 같은 정도의 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 그로써 구성요건은 충족되어 협박죄의 기수에 이르는 것으로 해석하여야 한다.

- ① 대법원 2010.9.30. 선고 2010도7405 판결 참조
- ② 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002도4089 판결 참조
- ③ 대법원 2010.1.21. 선고 2008도942 판결 참조
- ⑤ 대법원 1997. 1. 21. 선고 96도2715 판결 참조

【문39】 형법상 몰수에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행위자에게 유죄의 재판을 하지 않을 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다.
- ② 문서, 도화, 전자기록등 특수매체기록 또는 유가증권의 일부가 몰수에 해당하는 때에는 그 부분을 폐기한다.
- ③ 범인 자신의 소유물은 물론 공범자의 소유물도 몰수의 대상이 될 수 있다.
- ④ 어떠한 물건을 ‘범죄행위에 제공하려고 한 물건’으로서 몰수하기 위해서는 그 물건이 유죄로 인정되는 당해 범죄행위에 제공하려고 한 물건임이 인정되어야 한다.
- ⑤ 몰수 대상으로서 ‘범죄행위에 제공한 물건’이라 함은 범죄의 실행행위에 직접 사용된 물건을 의미하므로, 실행행위의 착수 전의 행위 또는 실행행위의 종료 후의 행위에 사용한 물건은 몰수의 대상이 될 수 없다.

정답 ⑤

⑤ 대법원 2006.9.14. 선고 2006도4075 판결 참조
 형법 제48조 제1항 제1호의 “범죄행위에 제공한 물건”은, 가령 살인행위에 사용한 칼 등 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건에만 한정되는 것이 아니며, 실행행위의 착수 전의 행위 또는 실행행위의 종료 후의 행위에 사용한 물건이더라도 그것이 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 한 위 법조 소정의 제공한 물건에 포함된다.

- ① 형법 제49조 참조
- ② 형법 제48조 제3항 참조
- ③ 대법원 2006.11.23. 선고 2006도5586 판결 참조
- ④ 대법원 2008.2.14. 선고 2007도10034 판결 참조

【문40】 다음 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대법원 양형위원회의 양형기준은 법관이 합리적인 양형을 정하는 데 참고할 수 있는 구체적이고 객관적인 기준으로서, 법관은 형의 종류를 선택하고 형량을 정함에 있어서 양형기준을 존중하여야 하나, 그렇다고 양형기준이 법적 구속력을 갖는 것은 아니다.
- ② 형을 가중감경할 사유가 경합된 때에는 형법각칙 본조에 의한 가중, 형법 제34조 제2항의 가중, 누범가중, 법률상감경, 경합범가중, 작량감경의 순서에 의한다.
- ③ 작량감경은 모든 정상을 종합적으로 관찰하여 1회에 한하여 감경할 수 있을 뿐이고 정상 하나하나에 거듭 작량감경을 할 수 있는 것은 아니다.
- ④ 징역형과 벌금형을 병과하여야 할 경우에 특별한 규정이 없는 한 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 않는 것은 위법하다.
- ⑤ 형법 제57조 제1항에 관한 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고2007헌바25 사건의 위헌결정에 따라 판결선고 전 미결구금일수 전부가 본형에 산입되게 되었지만, 병과형 또는 수 개의 형이 선고된 경우에는 정확한 형의 집행을 위하여 어느 형에 미결구금일수를 산입하여 집행할 것인지를 판결에서 정하여야 한다.

정답 ⑤

①⑤ 대법원 2009.12.10. 선고 2009도11448 판결 참고

형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분은 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2007헌바25 사건의 위헌결정으로 효력이 상실되었다. 그리하여 판결선고 전 미결구금일수는 그 전부가 법률상 당연히 본형에 산입하게 되었으므로, 판결에서 별도로 미결구금일수 산입에 관한 사항을 판단할 필요가 없다고 할 것이다.

② 형법 제56조 참조

③ 대법원 1964.4.7. 선고 63도410 판결 참고

④ 대법원 1997.8.26. 선고 96도3466 판결 참조