2014년 국가직
형법 기출문제해설

1. 예비.음모죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 형법상 음모와 관련하여 범죄실행의 합의가 있다고 하기 위하여는 범죄결심을 외부에 표시.전달하는 것만으로는 부족하고, 적어도 특정한 범죄의 실행을 위한 준비행위라는 것이 객관적으로 명백히 인식되어야 한다.

② 미수범과 달리 "예비·음모는 이를 처벌한다."라는 규정형식은 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

③ 형법 각칙상 예비죄 규정은 죄형법정주의 원칙상 기본적 구성요건과는 별개의 독립된 구성요건이라고 볼 수 없다.

④ 예비죄의 공동정범은 물론 예비죄의 종범도 인정된다.

해설

① (O) 대판 1999.11.12, 99도3801

② (O) 부정선거관련자처벌법 제5조 제4항에 동법 제5조 제1항의 '예비.음모는 이를 처벌한다'고만 규정하고 있을 뿐이고 그 형에 관하여 따로 규정하고 있지 아니한 이상, 죄형법정주의의 원칙상 예비.음모를 처벌할 수 없다(대판 1977.6.28, 77도251).

③ (O) 형법각칙의 예비죄를 처단하는 규정을 바로 독립된 구성요건 개념에 포함시킬 수는 없다(대판 1976.5.25, 75도1549).

④ (X) 종범이 처벌되기 위하여는 정범의 실행의 착수가 있는 경우에만 가능하고 정범이 실행의 착수에 이르지 아니한 예비의 단계에 그친 경우에는 이에 가공하는 행위가 예비의 공동정범이 되는 경우를 제외하고는 이를 종범으로 처벌할 수 없다(대판 1976.5.25, 75도1549).

※ 판례는 예비죄의 공동정범은 인정하나, 예비죄의 종범은 부정한다.

정답 ④

2. 甲이 乙에게 A를 살해하라고 교사하자 乙은 이를 승낙했다. 이틀 후 乙은 마음이 바뀌어 甲이 예상한 바와 전혀 달리 A의 자동차만 야구방망이로 부수고 돌아왔다. 甲과 乙의 형사책임은?

① 甲 - 불가벌
乙 - 손괴죄

② 甲 - 살인죄의 예비
乙 - 손괴죄

③ 甲 - 살인죄의 예비, 乙 - 살인죄의 예비와 손괴죄의 실체적 경합

④ 甲 - 살인죄의 예비와 손괴죄의 교사범의 실체적 경합
乙 - 살인죄의 예비와 손괴죄의 실체적 경합

해설

[1] **甲의 죄책** : 甲이 乙에게 A를 살해하라고 교사하여 이를 승낙하였으므로 A의 살인에 대하여 실행의 착수에 이르지 않았으므로 효과없는 교사에 해당한다. 효과없는 교사는 예비.음모에 준하여 처벌하므로, 甲은 살인예비죄로 처벌된다.

[2] **乙의 죄책** : A에 대해서는 살인의 승낙을 한 후에 실행의 착수에 이르지 않았으므로 효과없는 교사에 해당하여 피교사자(정범)인 乙 역시 A에 대한 살인예비죄로 처벌된다. 그리고 자동차를 손괴하였으므로 손괴죄가 성립하고, 두 죄는 실체적 경합관계에 있다.

정답 ③

3. 집행유예에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 집행유예의 요건 중 '3년 이하의 징역 또는 금고의 형'이라 함은 법정형이 아닌 선고형을 의미한다.

② 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 두 개의 범죄에 대하여 하나의 판결로 두 개의 자유형을 선고하는 경우, 하나의 징역형에 대하여는 실형을 선고하면서 다른 징역형에 대하여 집행유예를 선고할 수 있다.

③ 형법 제62조 제2항의 문리해석상 하나의 형의 일부에 대해서도 집행유예가 가능하다.

④ 집행유예 기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효.취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고가 가능하다.

해설

① (O) 3년 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(제62조 제1항).
※ '3년 이하의 징역 또는 금고의 형'이라 함은 법정형이 아닌 선고형을 의미한다.

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

③ (X) 하나의 자유형 중 일부에 대해서는 실형을, 나머지에 대해서는 집행유예를 선고하는 것은 허용되지 않는다(대판 2007.2.22, 2006도8555). ※ 예를 들면 1년의 징역형 중 8개월의 징역형은 집행유예하고 4개월의 징역형만 선고하는 것은 허용되지 않는다.

④ (O) 집행유예기간 중에 범한 죄에 대해서는 다시 집행유예를 할 수 없는 것이 원칙이나, 집행유예기간 중에 범한 범죄라 하더라도 그 재판 도중에 집행유예가 실효.취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우라면 이에 대해 다시 집행유예를 선고할 수 있다(대판 2007.2.8, 2006도6196).

정답 ③

4. 개인적 법익 침해범죄에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 장물죄의 본범의 행위에 관한 가벌성 평가는 그 행위에 대하여 우리 형법 이 적용되지 아니하는 경우에도 우리 형법을 기준으로 하여야 한다. ㄴ. 주간에 주거에 침입하였더라도 야간에 절취행위를 하였다면 야간주거침입절도죄가 성립한다. ㄷ. 근로자들이 집단적으로 근로제공을 거부하여 사용자의 정상적인 업무운영을 저해하고 손해를 발생하게 하는 행위라도 그 자체가 바로 업무방해죄의 '위력'에 해당하는 것은 아니다. ㄹ. 사실혼 부부 사이에도 강간죄는 성립한다.

① ㄱ, ㄴ ② ㄴ, ㄷ, ㄹ
③ ㄱ, ㄹ ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ

해설

ㄱ. (O) 대판 2011.4.28, 2010도15350
ㄴ. (X) 주간에 사람의 주거에 침입하여 야간에 타인의 재물을 절취한 경우에 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다(대판 2011.4.14, 2011도300)
ㄷ. (O) 쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다(대판 2011.3.17, 2007도482 전원합의체).
※ 종래 대법원은 근로자들의 집단적 파업은 당연히 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건에 해당되고 다만 법령에 의한 행위 등으로 위법성이 조각될 수 있다고 하였다. 하지만 이러한 종래의 견해를 변경하여 예외적으로 집단적 파업이 위력에 의한 업무방해죄에 해당한다고 하였다
ㄹ. (O) [1] 결혼관계가 정상적으로 유지되는 상태에서의 법률상의 처도 강간죄의 객체가 될 수 있다. [2] 실질적인 부부관계가 유지되고 있는 경우에는 남편이 처를 폭행.협박하여 강제로 성관계를 맺은 경우에 강간죄가 성립한다(대판 2013.5.16, 2012도14788 전원합의체).

정답 ④

5. 중지미수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 중지미수의 법적 성격에 대한 책임감소.소멸설은 형의 면제효과를 설명하기 어렵다는 비판을 받는다.
② 중지미수의 자의성에 대한 주관설은 자의성의 개념을 지나치게 확대한다는 비판을 받는다.
③ 공동정범의 경우 다른 공동정범 전원의 실행을 중지시키거나 모든 결과의 발생을 방지하지 않는 한 중지미수가 인정되지 않는다.
④ 범죄의 예비.음모 단계에서는 자의로 예비.음모행위를 중지한 경우에도 중지미수를 인정할 수 없다.

해설

① (O) 책임감소.소멸설은 중지미수는 자기 행위의 가치를 부정하는 중지행위에 나타난 행위자의 인격적 태도로 인하여 책임이 감소.소멸된다는 견해로, 책임의 감소만으로 형의 면제를 설명하기 어렵다는 비판을 받는다.
② (X) 주관설은 후회.동정.연민.양심의 가책 등 윤리적 동기로 인하여 범죄를 완성하지 못한 경우는 중지미수이고, 그 이외의 사정으로 인하여 범죄를 완성하지 못한 경우는 장애미수라는 견해로, 중지미수를 인정하는 범위가 지나치게 좁다는 비판을 받는다.
③ (O) 공동정범의 경우 자신의 행위를 중지한 것만으로는 중지미수가 성립할 수 없고, 다른 가담자의 행위까지 중지케 하여 결과발생을 방지한 때에 한하여 중지미수가 성립한다.
④ (O) 중지범은 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것이고, 실행의 착수가 있기 전인 예비.음모의 행위를 처벌하는 경우에 있어서는 중지범의 관념은 이를 인정할 수 없는 것이다(대판 1999.4.9, 99도424). ※ 예비단계에서 범행을 자의로 중지한 경우에 판례는 예비의 중지미수를 부정한다.

정답 ②

6. 범죄의 성질에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 위험범이다.
② 학대죄는 자기의 보호.감독을 받는 사람에게 육체적 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위가 있음과 동시에 완성되는 상태범이다.
③ 직무유기죄는 직무수행의 의무가 있음에도 불구하고 직무를 버린다는 인식 하에 그 의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 진정부작위범이다.
④ 내란죄는 국토참절 또는 국헌문란의 목적으로 다수인이 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭행・협박행위를 하였을 때 기수가 되는 상태범이다.

해설

① (O) 대판 2007.9.28, 2007도606 전원합의체
② (O) 학대죄는 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위가 있음과 동시에 범죄가 완성되는 상태범 또는 즉시범이라 할 것이다(대판 1986.7.8, 84도2922).
③ (X) 직무유기죄는 이른바 부진정부작위범으로서 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것이다(대판 1983.3.22, 82도3065)
④ (O) 대판 1997.4.17, 96도3376 전원합의체

정답 ③

7. 甲은 자기 부인을 희롱하는 乙을 살해의 고의로 돌로 내리쳤다. 乙이 뇌진탕 등으로 인하여 정신을 잃고 축 늘어지자 甲은 乙이 죽은 것으로 오인하고 증거를 인멸할 목적으로 乙을 개울가로 끌고 가 웅덩이를 파고 땅에 파묻었다. 그러나 부검 결과 乙의 사망은 질식에 의한 것임이 밝혀졌다. 사례의 해결에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 이른바 '개괄적 고의'의 개념을 이용하여 사례를 해결하려는 견해에 의하면, 제1행위와 제2행위를 개괄하는 단일한 고의가 인정되어 甲에게는 살인기수죄가 인정된다.

② 이 경우를 인과관계 착오의 한 형태로 보는 견해에 의하면, 인과과정의 차이가 본질적이지 않다고 인정되는 경우 甲에게는 살인기수죄가 인정된다.
③ 전 과정을 개괄적으로 보면 乙의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국 실현된 것으로서 甲은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다는 것이 판례의 입장이다.
④ 제1행위와 제2행위의 독립적 성격을 강조하는 견해에 의하면, 甲에게는 살인미수죄와 사체유기죄의 경합범이 인정된다.

해설

① (O) 옳음
② (O) 옳음
③ (O) 피해자가 피고인들의 살해의 의도로 행한 구타행위에 의하여 직접 사망한 것이 아니라 죄적을 인멸할 목적으로 행한 매장행위에 의하여 사망하게 되었다 하더라도 전 과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국은 실현된 것으로서 피고인들은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다(대판 1988.6.28, 88도650).
④ (X) 제1행위와 제2행위는 고의를 달리하는 별개의 행위이기 때문에 각각 독자적으로 판단하여야 하므로 제1행위의 미수와 제2행위의 과실의 실체적 경합범이 된다는 견해에 의하면, 甲은 살인미수죄와 과실치사죄의 실체적 경합이 된다.

정답 ④

8. 고의에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 피고인이 고의를 부인하는 경우에는 그 내심과 상당한 관련이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수 있다.
ㄴ. 강도가 베개로 피해자의 머리 부분을 약 3분간 누르던 중, 피해자가 저항을 멈추고 사지가 늘어졌음에도 계속하여 눌렀다면 살인의 미필적 고의가 인정된다.
ㄷ. 살인죄의 범의는 자기의 행위로 인하여 피해자가 사망할 수도 있다는 사실을 인식·예견하는 것으로는 부족하고, 피해자의 사망을 희망하거나 목적하여야 한다.
ㄹ. 자신이 성인이라는 청소년의 말을 믿고 그 청소년이 제시한 타인의 건강진단결과서만을 확인한 채 청소년을 청소년유해업소에 고용한 업주에게는 청소년 고용에 관한 미필적 고의가 인정된다.

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

해설

ㄱ. (O) 대판 2005.4.29, 2003도6056
ㄴ. (O) 대판 2002.2.8, 2001도6425
ㄷ. (X) 살인죄의 범의는 자기의 행위로 인하여 피해자가 사망할 수도 있다는 사실을 인식, 예견하는 것으로 족하지 피해자의 사망을 희망하거나 목적으로 할 필요는 없고, 확정적인 고의가 아닌 미필적 고의로도 족하다(대판 2002.10.25, 2002도4089)
ㄹ. (O) 대판 2002.6.28, 2002도2425

정답 ②

9. 결과적 가중범에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 甲이 음주단속을 피하기 위하여 경찰관의 하차요구에 불응하고 승용차를 계속 진행하는 과정에서 단속경찰관이 자동차 범퍼에 부딪혀 전치 6주의 상해를 입었다면, 甲에게는 특수공무집행방해치상죄와 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단.흉기 등 상해)죄의 상상적 경합범이 성립한다.
ㄴ. 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우, 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 수 없는 때라도 상해치사죄의 책임을 진다.
ㄷ. 폭행치사죄는 결과적 가중범으로서 사망의 결과에 대한 예견가능성 즉 과실이 있어야 하는 것 외에, 폭행과 사망의 결과 사이에 인과관계가 있어야 한다.
ㄹ. 강간이 미수에 그쳤으나 그 과정에서 상해의 결과가 발생하였다면 강간치상죄의 기수가 성립한다.

① ㄱ, ㄴ ② ㄴ, ㄷ ③ ㄷ, ㄹ ④ ㄱ, ㄹ

해설

ㄱ. (X) 직무를 집행하는 공무원에 대하여 위험한 물건을 휴대하여 고의로 상해를 가한 경우에는 특수공무집행방해치상죄만 성립할 뿐, 이와는 별도로 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흉기 등 상해)죄를 구성하지 않는다(대판 2008.11.27, 2008도7311). ※ 특수공무집행방해치상죄는 3년 이상의 유기징역, 폭처법위반(집단흉기 등 상해)죄는 3년 이상의 유기징역
ㄴ. (X) 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 수 없는 때가 아닌 한 상해치사죄의 책임을 면할 수 없다(판례 1993.8.24, 93도1674). ※ 사망에 대한 예견가능성이 없을 때에는 상해치사죄의 책임을 지지 않는다.
ㄷ. (O) 대판 1990.9.25, 90도1596
ㄹ. (O) 대판 1999.4.9, 99도519

정답 ③

10. 부작위범에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

형법 제18조의 부작위범이 되기 위해서는 ㉠ 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, ㉡ 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어야 하며, ㉢ 법적인 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다. 한편 ㉣ 어떤 행위가 작위적 성격과 부작위적 성격을 동시에 갖는 경우에는 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이다.

① ㉠, ㉡ ② ㉢, ㉣
③ ㉣ ④ ㉠, ㉡, ㉢, ㉣

해설

㉠ (O), ㉢ (O) 형법상 부작위범이 인정되기 위한 작위의무는 법적인 의무이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나, 작위의무가 법적인 의무인 한 성문법이건 불문법이건 상관이 없고 또 공법이건 사법이건 불문하므로, 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다(대판 1996.9.6, 95도2551).

㉡ (O) 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범행의 실행행위로 평가할 만한 것이라면 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다(대판 1992.1.11, 91도2951).

㉣ (O) 어떠한 범죄가 적극적 작위에 의하여 이루어질 수 있음은 물론 결과의 발생을 방지하지 아니하는 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에 이르렀다면 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이다(대판 2004.6.24. 2002도995).

정답 ④

11. 형법의 적용 및 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 형법 제1조 제2항의 '법률의 변경'은 법률이념의 변천에 따라 과거에 범죄로 인정하고 처벌한 자체가 부당하였다거나 또는 형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 개폐하였을 경우를 의미한다.

② 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신.구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 경한 법을 적용한다.

③ 신법의 형을 종전보다 가볍게 개정하면서 그 부칙에서 개정법 시행 전의 범죄에 대하여 종전의 형벌법규를 적용하도록 규정하는 것은 형벌불소급의 원칙이나 신법우선주의에 반하지 않는다.

④ 속지주의를 규정한 형법 제2조에서 '죄를 범한'이란 범죄의 행위 또는 결과 어느 것이라도 대한민국 영역 내에서 발생한 것을 의미하며, 기국주의를 규정한 형법 제4조 또한 이러한 속지주의의 확장으로 이해될 수 있다.

해설

① (O) 형법 제1조 제2항의 규정은 형벌법령 제정의 이유가 된 법률이념의 변천에 따라 과거에 범죄로 보던 행위에 대하여 그 평가가 달라져 이를 범죄로 인정하고 처벌한 그 자체가 부당하였거나 또는 과형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 개폐하였을 경우에 적용하여야 한다(대판 1997.12.9, 97도2682).

② (X) 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다(대판 1998.2.24, 97도183).

③ (O) 대결 1999.4.13, 99초76

④ (O) 옳음

정답 ②

12. 협박의 죄에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 협박죄에서의 고의는 해악을 고지하여 상대방에게 공포심을 일으키게 할 의사 및 그 해악을 실현시킬 의사를 포함한다.

② 협박죄의 보호법익 및 형법 규정의 체계 등에 비추어 볼 때 법인은 협박행위의 객체가 될 수 없다.

③ 甲정당의 국회 예산안 강행처리에 화가 나서 경찰서에 전화를 걸어 경찰관에게 관할구역 내에 있는 甲정당의 당사를 폭파하겠다고 말한 행위는 공무집행방해죄뿐만 아니라 그 경찰관에 대한 협박죄를 구성한다.

④ 협박이란 그 상대방이 된 사람으로 하여금 공포심을 일게 하기에 충분한 정도의 해악을 고지하는 것으로서, 그 해악이 제3자의 법익을 침해하는 것을 내용으로 하는 때에는 협박죄가 성립될 여지가 없다.

해설

① (X) 협박죄의 고의는 행위자가 해악을 고지한다는 것을 인식.인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 않는다(대판 1991.5.10, 90도2102).

② (O) 협박죄는 자연인만을 그 대상으로 예정하고 있을 뿐 법인은 협박죄의 객체가 될 수 없다.(대판 2010.7.15, 2010도1017).

③ (X) 피고인이 혼자 술을 마시던 중 A정당이 국회에서 예산안을 강행처리하였다는 것에 화가 나서 공중전화를 이용하여 경찰서에 여러 차례 전화를 걸어 전화를 받은 각 경찰관에게 경찰서 관할구역 내에 있는 A정당의 당사를 폭파하겠다는 말을 한 사안에서, 피고인은 A정당에 관한 해악을 고지한 것이므로 각 경찰관 개인에 관한 해악을 고지하였다고 할 수 없고, 다른 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 A정당에 대한 해악의 고지가 각 경찰관 개인에게 공포심을 일으킬 만큼 서로 밀접한 관계에 있다고 보기 어려운데도, 이와 달리 피고인의 행위가 각 경찰관에 대한 협박죄를 구성한다고 본 원심판결에 협박죄에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(대판 2012.8.17, 2011도10451)

④ (X) 협박죄에서 협박이란 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하며, 그 고지되는 해악의 내용, 즉 침해하겠다는 법익의 종류나 법익의 향유 주체 등에는 아무런 제한이 없다. 따라서 피해자 본인이나 그 친족뿐만 아니라 그 밖의 '제3자'에 대한 법익 침해를 내용으로 하는 해악을 고지하는 것이라고 하더라도 피해자 본인과 제3자가 밀접한 관계에 있어 그 해악의 내용이 피해자 본인에게 공포심을 일으킬 만한 정도의 것이라면 협박죄가 성립할 수 있다(대판 2010.7.15, 2010도1017).

정답 ②

13. 판례의 태도에 대한 설명으로 옳은 것은?

① 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우, 그 현금인출행위에 대하여 절도죄가 성립하지 않음은 물론 그 인출된 현금은 장물에 해당하지도 않는다.

② 현금카드 소유자를 협박하여 그 카드를 강취한 다음 이를 이용하여 현금자동지급기에서 피해자 소유의 예금을 인출한 경우, 현금인출행위를 현금카드에 대한 강취행위와 분리하여 따로 절도죄로 처단할 수 없다.

③ 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드로 ARS 전화 서비스를 이용하여 신용대출을 받은 경우, 대출금융기관에 대한 컴퓨터등사용사기죄가 성립하는 외에 카드회사에 대한 사기죄가 별도로 성립한다.

④ 대금결제를 위하여 가맹점에 절취한 신용카드를 제시하고 매출전표에 서명하여 이를 교부한 경우, 신용카드부정사용죄가 성립하는 외에 사문서위조 및 동행사죄가 별도로 성립한다.

해설

① (O) 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 처분행위도 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).

② (X) 강취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 행위는 피해자의 승낙에 기한 것이라고 할 수 없으므로 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되어서 강도죄와는 별도로 절도죄를 구성한다(대판 2007.5.10, 2007도1375)

③ (X) [1] 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드의 번호와 그 비밀번호를 이용하여 ARS 전화서비스나 인터넷 등을 통하여 신용대출을 받는 방법으로 재산상 이익을 취득하는 행위 역시 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아닌 이상, 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이익을 취득하는 행위로서 컴퓨터 등 사용사기죄에 해당한다.
[3] 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 ARS 전화서비스 등으로 신용대출을 받은 행위를 포괄적으로 카드회사에 대한 사기죄가 된다고 판단한 원심판결을 파기한 사례(대판 2006.7.27, 2006도3126).

④ (X) 여신전문금융업법상의 신용카드부정사용죄가 성립한 때에는 매출전표에 서명하여 교부하는 행위는 별도로 사문서위조죄 및 동행사죄를 구성하지 않는다(대판 1992.6.9, 92도77).

정답 ①

14. 문서에 관한 죄에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 허위공문서작성죄와 허위진단서작성죄가 성립하며, 양 죄는 상상적 경합의 관계에 있다.

② 등기 경료 당시에는 실체권리관계에 부합하지 아니한 등기라 하더라도 사후에 이해관계인들의 동의 또는 추인 등의 사정으로 실체권리관계에 부합하게 된다면 공정증서원본부실기재죄는 성립하지 않는다.

③ 위조문서행사죄에 있어 행사의 상대방에는 아무런 제한이 없으므로 행사의 상대방이 문서가 위조된 것임을 이미 알고 있는 공범자라 하더라도 위조문서행사죄가 성립한다.

④ 타인의 주민등록증을 가족의 것이라고 제시하면서 그 주민등록증상의 명의로 이동전화 가입신청을 한 경우, 이는 타인의 주민등록증을 본래의 사용용도인 신분확인용으로 사용한 것이라고 볼 수 없어 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다.

해설

① (X) 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 허위공문서작성죄만이 성립하고 허위진단서작성죄는 별도로 성립하지 않는다(대판 2004.4.9, 2003도7762).

② (X) 등기 경료 당시에는 실체권리관계에 부합하지 아니한 등기인 경우에는 사후에 이해관계인들의 동의 또는 추인 등의 사정으로 실체권리관계에 부합하게 된다 하더라도 공정증서원본부실기재 및 동행사죄의 성립에는 아무런 영향이 없다(대판 2001.11.9, 2001도3959).

③ (X) 문서가 위조.변조.허위작성되었다는 정을 아는 공범자등에게 제시.교부하는 경우 등에 있어서는 위조문서행사죄가 성립할 여지가 없다(대판 1986.2.25, 85도2798)

④ (O) 피고인이 기왕에 습득한 타인의 주민등록증을 피고인 가족의 것이라고 제시하면서 그 주민등록증상의 명의 또는 가명으로 이동전화 가입신청을 한 경우, 타인의 주민등록증을 본래의 사용용도인 신분확인용으로 사용한 것이라고 볼 수 없어 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다(대판 2003.2.26, 2002도4935).

정답 ④

15. 판례의 태도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 아파트 등 공동주택의 내부에 있는 공용 계단과 복도는 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체인 '사람의 주거'에 해당하고, 위 장소에 거주자의 의사에 반하여 침입하는 행위는 주거침입죄를 구성한다.

② 공무상비밀누설죄는 공무상 비밀의 누설행위만을 처벌하고 있을 뿐 이와 대향범 관계에 있는 '비밀을 누설받은 행위'에 대해서는 처벌규정이 없으므로 이에 대해서는 공범에 관한 형법 총칙 규정이 적용될 수 없고, 따라서 일반인이 공무원을 교사하여 직무상 비밀을 누설받은 경우 공무상비밀누설교사죄는 성립하지 않는다.

③ 계약상 부수의무로서의 민사적 부조의무 또는 보호의무가 인정되는 경우 형법상 유기죄의 '계약상 의무'는 당연히 긍정되므로, 자신이 운영하는 주점에서 수일 동안 계속하여 술을 마시고 만취한 피해자를 방치하여 저체온증으로 사망에 이르게 한 경우, 주점 주인에게는 계약상 부조의무가 인정되어 유기치사죄가 성립한다.

④ 형사소송절차에서 증인이 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립을 부정하여야 한다.

해설

① (O) 대판 2009.8.20, 2009도3452

② (O) 대판 2009.6.23, 2009도544

③ (X) 유기죄에 관한 형법 제271조 제1항은 그 행위의 주체를 "노유, 질병 기타 사정으로 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상 의무 있는 자"라고 정하고 있다. 여기서의 '계약상 의무'는 간호사나 보모와 같이 계약에 기한 주된 급부의무가 부조를 제공하는 것인 경우에 반드시 한정되지 아니하며, 계약의 해석상 계약관계의 목적이 달성될 수 있도록 상대방의 신체 또는 생명에 대하여 주의와 배려를 한다는 부수적 의무의 한 내용으로 상대방을 부조하여야 하는 경우를 배제하는 것은 아니라고 할 것이다. 그러나 그 의무 위반의 효과로서 주로 손해배상책임이 문제되는 민사영역에서와는 달리 유기죄의 경우에는 당사자의 인적 책임에 대한 형사적 제재가 문제된다는 점 등을 고려하여 보면, 단지 위와 같은 부수의무로서의 민사적 부조의무 또는 보호의무가 인정된다고 해서 형법 제271조 소정의 '계약상 의무'가 당연히 긍정된다고는 말할 수 없고, 당해 계약관계의 성질과 내용, 계약당사자 기타 관련자들 사이의 관계 및 그 전개양상, 그들의 경제적·사회적 지위, 부조가 필요하기에 이른 전후의 경위, 필요로 하는 부조의 대체가능성을 포함하여 그 부조의 종류와 내용, 달리 부조를 제공할 사람 또는 설비가 있는지 여부 기타 제반 사정을 고려하여 위 '계약상의 부조의무'의 유무를 신중하게 판단하여야 한다(대판 2011.11.24, 2011도12302)

④ (O) 대판 2010.1.21, 2008도942 전원합의체

정답 ③

16. 공무방해에 관한 죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 공무집행방해죄에서의 협박은 공무를 집행하는 공무원으로 하여금 객관적으로 공포심을 느끼게 하는 것만으로는 부족하고, 현실로 공포심을 일으킬 것까지 요구되는 것이다.

② 형법이 업무방해죄와는 별도로 공무집행방해죄를 규정하고 있는 것은 공무에 관해서는 폭행.협박 또는 위계의 방법으로 그 집행을 방해하는 경우에 한하여 처벌하겠다는 취지이며, 따라서 공무집행을 방해하는 행위에 대해서는 업무방해죄로 의율할 수 없다.

③ 행정청이 당사자의 신청에 따라 인.허가처분을 함에 있어 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 신청인이 제출한 사실과 다른 신청사유나 소명자료를 믿고 인.허가를 한 경우에는 위계에 의한 공무집행방해죄는 성립하지 않는다.

④ 범죄신고를 받고 출동한 두 명의 경찰관에게 욕설을 하면서 폭행을 한 경우에는 공무를 집행하는 경찰관의 수에 따라 공무집행방해죄가 성립한다.

해설

① (X) 공무집행방해죄는 공무원에 대한 폭행.협박이 있으면 족하고 그로써 피해자에게 현실로 공포심을 일으켰거나 피해자의 자유의사가 제압될 것을 요하는 것은 아니다(대판 2006.1.13, 2005도4799).

② (O) 공무원이 직무상 수행하는 공무를 방해하는 행위에 대해서는 업무방해죄로 의율할 수는 없다(대판 2009.11.19, 2009도4166 전원합의체)

③ (O) 행정관청이 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 출원자가 제출한 허위의 출원사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 인가 또는 허가를 하였다면 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 출원자의 위계가 결과발생의 주된 원인이었다고 할 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않는다고 할 것이지만, 출원자가 행정관청에 허위의 출원사유를 주장하면서 이에 부합하는 허위의 소명자료를 첨부하여 제출한 경우 행정관청이 관계법령이 정한 바에 따라 인·허가요건의 존부 여부에 관하여 나름대로 충분히 심사를 하였으나 출원사유 및 소명자료가 허위임을 발견하지 못하여 인·허가처분을 하게 되었다면 이는 행정관청의 불충분한 심사가 그의 원인이 된 것이 아니라 출원인의 위계행위가 원인이 된 것이어서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다(대판 2002.9.4, 2002도2064).

④ (O) 범죄 피해 신고를 받고 출동한 두 명의 경찰관에게 욕설을 하면서 차례로 폭행을 하여 신고처리 및 수사업무에 관한 정당한 직무집행을 방해한 경우에 공무집행방해죄의 상상적 경합이 된다(대판 2009.6.25, 2009도3505).

정답 ①

17. 공범에 대한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 순서대로 바르게 나열한 것은?

ㄱ. 단일정범개념에 대해서는 가벌성의 확대를 초래한다는 비판이 있다.
ㄴ. 제한적 정범개념에 의하면 공범규정은 형벌제한사유가 된다.
ㄷ. 공범종속성설은 유력한 근거로 이른바 '기도된 교사'를 규정한 형법 제31조 제2항과 제3항을 든다.
ㄹ. 책임가담설에 대해서는 책임의 연대성을 인정하므로 개인책임의 원칙에 반한다는 비판이 있다.
ㅁ. 극단적 종속형식에 의하면, 공범의 성립을 위해서는 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하면 족하며 유책할 필요는 없다.

	ㄱ	ㄴ	ㄷ	ㄹ	ㅁ
①	○	×	×	○	×
②	×	×	×	○	×
③	○	×	○	○	○
④	×	○	○	×	○

해설

ㄱ. (O) 단일정범개념은 구성요건실현에 기여한 자들은 모두 정범으로 간주하고 양형단계에서 각자의 구체적인 범죄기여도에 따라 세분화하여 형량을 정하는 것으로, 교사의 미수와 방조의 미수도 정범의 미수에 해당하여 가벌성의 부당한 확대를 초래한다는 비판을 받는다.

ㄴ. (X) 제한적 정범개념에 의하면 형법의 교사범.종범에 대한 처벌규정은 **형벌확장사유**이고, 확장적 정범개념에 의하면 형법의 교사범.종범에 대한 처벌규정은 **형벌축소사유**이다.

ㄷ. (X) 공범독립성설의 입장이다. 즉, 공범독립성설은 정범의 실행의 착수가 없더라도 공범은 성립하므로 미수의 공범은 물론 공범의 미수도 가능하기에 기도된 교사(제31조②,③)는 당연규정으로 본다.

ㄹ. (O) 책임가담설은 공범은 자신에 의하여 야기된 법익침해로 인하여 처벌되는 것이 아니라 정범으로 하여금 유책한 범죄를 저지르게 했기 때문에 처벌된다는 견해로, 이 견해는 책임의 연대성을 인정하여 개인책임의 원칙에 반한다는 비판을 받는다.

ㅁ. (X) 극단적 종속형식에 의하면 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법.유책해야 공범이 성립한다.

정답 ①

18. 도박죄에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 사기도박의 실행에 착수한 후에 사기도박을 숨기기 위하여 얼마간 정상적인 도박을 한 경우, 사기죄만이 성립하고 도박죄는 따로 성립하지 않는다.
ㄴ. 도박에 참여한 수인의 피해자로부터 사기도박으로 도금을 편취한 경우 피해자들에 대한 각 사기죄는 실체적 경합의 관계에 있다.
ㄷ. 도박행위를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 내국인의 도박에 대해서는 내국인의 폐광지역 카지노 출입을 허용하는 국내법을 유추적용하여 위법성이 조각되는 것으로 보아야 한다.
ㄹ. 도박은 '재물을 걸고 우연에 의하여 재물의 득실을 결정하는 것'을 의미하는 바, 당사자의 능력이 승패의 결과에 영향을 미친다면 다소간 우연성의 영향을 받는다고 하여도 도박죄는 성립하지 않는다.
ㅁ. 도박의 습벽이 있는 자가 타인의 도박을 방조하면 상습도박방조의 죄가 성립한다.
ㅂ. 유료낚시터에서 입장료 명목으로 요금을 받은 후 낚인 물고기에 부착된 시상번호에 따라 경품을 지급한 경우 도박장소등개설죄가 성립한다.

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

해설

ㄱ. (O) 대판 2011.1.13, 2010도9330

ㄴ. (X) 피고인 등이 동일한 시간과 동일한 장소에 乙, 丙, 丁을 유인하여 사기도박으로 도금을 편취한 경우에 피해자들에 대한 각 사기죄를 구성하고, 각 사기죄는 상상적 경합의 관계에 있다(대판 2011.1.13, 2010도9330).

ㄷ. (X) 내국인의 출입을 허용하는 폐광지역 카지노에 출입하는 것은 법령에 의한 행위로 위법성이 조각되지만, 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박은 위법성이 조각되지 않는다(대판 2004.4.23, 2002도2518).

ㄹ. (X) 형법 제246조에서 도박죄를 처벌하는 이유는 정당한 근로에 의하지 아니한 재물의 취득을 처벌함으로써 경제에 관한 건전한 도덕법칙을 보호하는 데 있다. 그리고 도박은 '재물을 걸고 우연에 의하여 재물의 득실을 결정하는 것'을 의미하는바, 여기서 '우연'이란 주관적으로 '당사자에 있어서 확실히 예견 또는 자유로이 지배할 수 없는 사실에 관하여 승패를 결정하는 것'을 말하고, 객관적으로 불확실할 것을 요구하지 아니한다. 따라서 당사자의 능력이 승패의 결과에 영향을 미친다고 하더라도 다소라도 우연성의 사정에 의하여 영향을 받게 되는 때에는 도박죄가 성립할 수 있다(대판 2008.10.23, 2006도736)

ㅁ. (O) 대판 1984.4.24, 84도195

ㅂ. (O) 대판 2009.2.26, 2008도10582

정답 ①

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

① 친족관계의 존부에 대한 착오는 친족상도례 규정의 적용에 영향이 없다.

② 사기죄에서 피기망자와 재산상의 피해자가 다를 경우에 행위자와 재산상의 피해자 사이에만 친족관계가 있더라도 친족상도례가 적용된다.

③ 장물죄에 대해서는 장물범과 피해자 사이에 친족관계가 있는 경우는 물론이고, 장물범과 본범 사이에 친족관계가 있는 경우에도 친족상도례가 적용된다.

④ 횡령죄에서 친족상도례는 횡령범인과 피해물건의 소유자 또는 보관자 중 어느 한쪽과의 사이에만 친족관계가 있더라도 적용된다.

해설

① (O) 친족상도례는 고의의 인식대상이 아니므로 이에 대한 착오는 범죄의 성립과는 무관하다(대판 1966.6.28, 66도104).

② (O) 법원을 기망하여 제3자로부터 재물을 편취한 경우에 피기망자인 법원은 피해자가 될 수 없고 재물을 편취당한 제3자가 피해자라고 할 것이므로 피해자인 제3자와 사기죄를 범한 자가 직계혈족의 관계에 있을 때에는 그 범인에 대하여 형법 제328조 제1항을 준용하여 형을 면제하여야 한다(대판 1976.4.13, 75도781).

③ (O) [1] 장물범과 피해자 사이에 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자의 신분관계가 있는 때에는 그 형을 면제한다(제365조 제1항).

[2] 장물죄를 범한 자와 본범간에 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자의 신분관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다(제365조 제2항).

④ (X) 횡령범인과 피해물건의 소유자간에만 친족관계가 있거나 횡령범인과 피해물건의 위탁자간에만 친족관계가 있는 경우에는 친족상도례가 적용되지 않는다(대판 2008.7.24, 2008도3438).

정답 ④

20. 형벌이론에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 형벌론은 국가형벌권이 어떻게 정당화될 수 있으며 그 목적이 어디에 있는지를 찾는 이론이다.

② 장래의 범죄를 예방하는 데 형벌의 목적이 있다고 이해하는 일반예방주의는 심리강제설의 영향을 받고 있다.

③ 형벌을 과거의 범죄행위에 대한 책임의 상쇄로 이해하는 응보형주의는 인간의 자기결정능력을 신뢰하는 자유주의 사상의 산물로서 국가형벌권 행사를 확대하는 데 기여하고 있다.

④ 선고유예제도, 집행유예제도, 가석방제도, 보호관찰제도 등은 특별예방주의의 산물로 볼 수 있다.

해설

① (O) 옳음

② (O) 옳음

③ (X) 응보형주의는 형벌권행사를 책임주의에 의하여 제한하여 자유와 권리를 보장한다.

④ (O) 옳음

정답 ③