

2014년 검찰직 9급 형법 기출문제

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

- ① ‘형법’상 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 중범도 인정된다.

정답]④

 **해설** ④ 형법 32조 1항(중범규정) 소정 타인의 범죄란 정범이 범죄의 실현에 착수한 경우를 말하는 것이므로 중범이 처벌되기 위하여는 정범의 실행의 착수가 있는 경우에만 가능하고 형법 전체의 정신에 비추어 정범이 실행의 착수에 이르지 아니한 예비의 단계에 그친 경우에는 이에 가공하는 행위가 예비의 공동정범이 되는 경우를 제외하고는 중범의 성립을 부정하고 있다고 보는 것이 타당하다.(대법원 1976. 5.25. 75도1549)

① 형법상 음모죄가 성립하는 경우의 음모란 2인 이상의 자 사이에 성립한 범죄실행의 합의를 말하는 것으로, 범죄실행의 합의가 있다고 하기 위하여는 단순히 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고, 객관적으로 보아 특정한 범죄의 실행을 위한 준비행위라는 것이 명백히 인식되고, 그 합의에 실질적인 위험성이 인정될 때에 비로소 음모죄가 성립한다. 피고인 1와 피고인 3이 수회에 걸쳐 '총을 훔쳐 전역 후 은행이나 현금수송차량을 털어 한탕 하자'는 말을 나눈 정도만으로는 강도음모를 인정하기에 부족하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 강도음모죄의 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다(대법원 1999.11.12. 99도3801)

② 부정선거관련자처벌법 제5조 제4항에동법 제5조 제1항의 예비음모는 이를 처벌한다고만 규정하고 있을 뿐이고 그 형에 관하여 따로 규정하고 있지 아니한 이상 죄형법정주의의 원칙상 위 예비음모를 처벌할 수 없다. 형법 제28조에 의하면 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 처벌하지 아니한다고 규정하고 있어 범죄의 음모 또는 예비는 원칙으로 벌하지 아니하되 예외적으로 법률에 특별한 규정이 있을때 다시 말하면 음모 또는 예비를 처벌한다는 취지와 그 형을 함께 규정하고 있을때에 한하여 이를 처벌할 수 있다고 할 것이므로 위 부정선거 관련자 처벌법 제5조 4항에 예비, 음모는 이를 처벌한다라고 규정하였다 하더라도 예비, 음모는 미수범의 경우와 달라서 그 형을 따로 정하여 놓지 아니한 이상 처벌할 형을 함께 규정한 것이라고는 볼 수 없고 또 동법 제5조 4항의 입법취지가 동법 제5조 1항의 예비, 음모죄를 처벌한 의도이었다 할지라도 그 예비, 음모의 형에 관하여 특별한 규정이 없는 이상 이를 본범이나 미수범에 준하여 처벌한다고 해석함은 피고인의 불이익으로 돌아가는 것이므로 이는 죄형법정주의의 원칙상 허용할 수 없다 할 것이다.(대법원 1977.6.28. 77도251)

③ 형법 제28조에 의하면 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다고 규정하여 예비죄의 처벌이 가져올 범죄의 구성요건을 부당하게 유추 내지 확장해석하는 것을 금지하고 있기 때문에 형법 각칙의 예비죄를 처단하는 규정을 바로 독립된 구성요건개념에 포함시킬 수는 없다고 하는 것이 죄형법정주의의 원칙에도 합당하는 해석이라 할 것이다.(대법원 1976. 5.25. 75도1549)

2. 甲이 乙에게 A를 살해하라고 교사하자 乙은 이를 승낙했다. 이를 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·음모
乙 - 손괴죄
- ③ 甲 - 살인죄의 예비·음모
乙 - 살인죄의 예비·음모와 손괴죄의 실체적 경합
- ④ 甲 - 살인죄의 예비·음모와 손괴죄 교사범의 실체적 경합
乙 - 살인죄의 예비·음모와 손괴죄의 실체적 경합

정답]③

 ③ 먼저 살인죄에 대해 판단해보면 甲은 살인교사를 했으나 정범인 乙이 승낙하고 착수에 나가지 않았으므로 효과없는 교사(형법 제 31조 제2항)에 해당하여 교사자 甲과 피교사자 乙 모두 살인죄의 예비·음모가 성립한다.

그리고 손괴죄 부분은 정범인 乙은 독자적사로 손괴죄를 범했으므로 손괴죄가 성립하고 살인·예비·음모와 별개의 행위이므로 실체적 경합관계가 될 것이고, 甲의 경우 살인을 교사했으나 정범이 전혀 다른 죄인 손괴죄를 범한 경우로(추상적 사실의 착오 중 질적착오)로 초과부분인 손괴죄에 대해서는 책임지지 않고 의도한 살인죄의 기도된 교사로 예비책임만 진다.

따라서 甲은 살인죄의 예비·음모가 乙은 살인죄의 예비·음모와 손괴죄의 실체적 경합이 성립한다.

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' 제 37조 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' 제 62조 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.

정답]③

 ③ 하나의 자유형에 대한 일부집행유예에 관하여는 그 요건, 효력 및 일부 실형에 대한 집행의 시기와 절차, 방법 등을 입법에 의해 명확하게 할 필요가 있어, 그 인정을 위해서는 별도의 근거 규정이 필요하므로 하나의 자유형 중 일부에 대해서는 실형을, 나머지에 대해서는 집행유예를 선고하는 것은 허용되지 않는다.(대법원 2007.2.22. 2006도8555)

① 집행유예의 요건을 규정하고 있는 형법 제62조소정의 '3년 이하의 징역 또는 금고의 형'이란 함은 법정형이 아닌 선고형을 의미하는 것이다.(대법원 1989.11.28. 89도780)

따라서 살인죄등을 저지른 사람도 감경 후 집행유예가 가능하다.

② 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.(대법원 2001.10.12. 2001도3579)

④ 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는, 형의 선고가 이미 그 효력을 잃게 되어 '금고 이상의 형을 선고'한 경우에 해당한다고 보기 어려울 뿐 아니라, 집행의 가능성이 더 이상 존재하지 아니하여 집행종료나 집행면제의 개념도 상정하기 어려우므로 위 단서 소정의 요건에 해당하지 않는다고 할 것이므로, 집행유예 기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효·취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고가 가능하다(대법원 2007.2.8. 2006도6196)

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

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

- ① ㉠㉡
 ② ㉡㉢
 ③ ㉠㉢
 ④ ㉠㉢㉣
 정답]④

 해설 ④ ㉠㉢㉣

- ㉠(○) '장물'이라 함은 재산적인 범죄행위에 의하여 영득된 물건을 말하는 것으로서 절도·강도·사기·공갈·횡령 등 영득죄에 의하여 취득된 물건이어야 한다. 여기에서의 범죄행위는 절도죄 등 본범의 구성요건에 해당하는 위법한 행위일 것을 요한다. 그리고 본범의 행위에 관한 법적 평가는 그 행위에 대하여 우리 형법이 적용되지 아니하는 경우에도 우리 형법을 기준으로 하여야 하고 또한 이로써 충분하므로, 본범의 행위가 우리 형법에 비추어 절도죄 등의 구성요건에 해당하는 위법한 행위라고 인정되는 이상 이에 의하여 영득된 재물은 장물에 해당한다. 대한민국 국민 또는 외국인이 미국 캘리포니아주에서 미국 리스회사와 미국 캘리포니아주의 법에 따라 차량 이용에 관한 리스계약을 체결하면서 준거법에 관하여는 별도로 약정하지 아니하였는데, 이후 자동차수입업자인 피고인이 리스기간 중 위 리스이용자들이 임의로 처분한 리스계약의 목적물인 차량들을 수입한 사안에서, 국제사법에 따라 위 리스계약에 적용될 준거법인 미국 캘리포니아주의 법에 의하면, 위 차량들의 소유권은 리스회사에 속하고, 리스이용자는 일정 기간 차량의 점유·사용의 권한을 이전받을 뿐이어서(미국 캘리포니아주 상법 제10103조 제a항 제10호도 참조), 리스이용자들은 리스회사에 대한 관계에서 위 차량들에 관한 보관자로서의 지위에 있으므로, 위 차량들을 임의로 처분한 행위는 형법상 횡령죄의 구성요건에 해당하는 위법한 행위로 평가되고 이에 의하여 영득된 위 차량들은 장물에 해당한다는 이유로, 피고인에게 장물취득죄를 인정한 원심판단의 결론을 정당하다.(대법원 2011.04.28 2010도15350)
- ㉡(X) 야간주거침입절도죄는 주거에 침입한 단계에서 이미 실행에 착수한 것으로 보아야 한다는 것이 대법원의 확립된 판례인바, 만일 주간에 주거에 침입하여 야간에 재물을 절취한 경우에도 야간주거침입절도죄의 성립을 인정한다면, 적절히 지적하고 있는 바와 같이 행위자가 주간에 주거에 침입하여 절도의 실행에는 착수하지 않은 상태에서 발각된 경우 야간에 절취할 의사였다고 하면 야간주거침입절도의 미수죄가 되고 주간절도를 계획하였다고 하면 주거침입죄만 인정된다는 결론에 이르는데, 결국 행위자의 주장에 따라 범죄의 성립이 좌우되는 불합리한 결과를 초래하게 된다. 위와 같은 여러 점들을 종합하여 보면, 주간에 사람의 주거 등에 침입하여 야간에 타인의 재물을 절취한 행위는 형법 제330조의 야간주거침입절도죄를 구성하지 않는 것으로 봄이 상당하다.(대법원 2011. 4 14 2011도300)
- ㉢(○) 쟁의행위로서의 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 그 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 봄이 상당하다.(대법원 2011.3 17 2007도482 전원합의체)
- ㉣(○) 사실혼관계, 법률혼관계, 혼인관계 파탄 여부와 상관없이 강간죄가 성립한다.

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

- ① 중지미수의 법적 성격에 대한 책임감소·소멸설은 형의 면제 효과를 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.

정답]②



② 중지미수의 자의성에 대한 주관설은 자의성과 윤리성을 혼동하여 자의성의 개념을 지나치게 축소한다는 비판을 받는다

- ① 우리형법은 중지미수를 필요적감면사유로 하고 있는데 책임이 감소되는 것만으로 형 면제를 설명하기에 부족하고 특히 책임이 소멸된다면 무죄를 선고해야 하므로 책임감소·소멸설은 형의 면제 효과를 설명하기 어렵다는 비판을 받는다.
- ③ 공동정범의 경우 다른 공동정범 전원의 실행을 중지시키거나 모든 결과의 발생을 방지하여야 하고, 자신의 행위는 중지했어도 다른 공범자가 결과를 발생하면 전원이 기수책임을 진다.
- ④ 대법원 1991.6.25. 91도436

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 국토침탈 또는 국헌문란의 목적으로 다수인이 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭행·협박행위를 하였을 때 기수가 되는 상태범이다.

정답]③



③ 형법 제122조 소정의 직무유기죄는 이른바 부진정부작위범으로서 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니한 사실이 있어야 하고 또 그 직무를 유기한 때라 함은 공무원이 법령대규 또는 지시 및 통첩에 의한 추상적인 충근의 의무를 대만하는 일체의 경우를 이르는 것이 아니고 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 그것이 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 야기시킬 가능성이 있는 경우를 말하는 것으로 해석 할 것이다.(대법원 1983.03.22. 82도3065)

- ① 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 위험범으로서, 그 미수범 처벌 조항은 해약의 고지가 현실적으로 상대방에게 도달하지 아니한 경우나, 도달은 하였으나 전혀 지각하지 못한 경우, 혹은 고지된 해약의 의미를 상대방이 인식하지 못한 경우 등에 적용될 뿐이다.(대법원 2007.9.20 2007도606 전원합의체)
- ② 학대죄는 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위가 있음과 동시에 범죄가 완성되는 상태범 또는 즉시범이라 할 것이고 비록 수습회에 걸쳐서 계속되는 일련의 폭행행위가 있었다 하더라도 그중 친권자로서의 징계권의 범위에 속하여 위 위법성이 조각되는 부분이 있다면 그 부분을 따로 떼어 무죄의 판결을 할 수 있다.(대법원 1986.7.8, 84도2922)
- ④ 내란죄는 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 행위로서, 다수인이 결합하여 위와 같은 목적으로 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭행·협박행위를 하면 기수가 되고, 그 목적의 달성 여부는 이와 무관한 것으로 해석되므로, 다수인이 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동을 하였을 때 이미 내란의 구성요건은 완전히 충족된다고 할 것이어서 상태범으로 봄이 상당하다.(대법원 1997.4.17. 96도3376 전원합의체)

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 끌고가 웅덩이를 파고 땅에 파묻었다. 그러나 부검 결과 乙의 사망은 질식에 의한 것이 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.

정답]④



④ 제1행위와 제2행위의 독립적 성격을 강조하는 견해에 의하면, 甲에게는 제1행위의 살인미수죄와 제2행위의 과실치사죄의 경합범이 인정된다.

- ① 이른바 ‘개괄적 고의’의 개념을 이용하여 사례를 해결하려는 견해에 의하면, 제1행위와 제2행위를 개괄하는 단일한 고의가 인정되어 甲에게는 살인기수죄가 인정된다고 보게되어 법치국가적 요구에 반하는 고의의 확장위험을 내포하고 있다.
- ② 통설인 인과관계 착오의 한 형태로 보는 견해에 의하면, 인과과정의 차이가 본질적이지 않다고 인정되는 경우 甲에게는 살인기수죄가 인정된다.
- ③ 피고인측은 상고이유로서 제1행위 부분은 살인미수이고 제2행위는 사체유기의 불능미수와 과실치사의 상상적 경합에 해당한다고 주장하나 사실관계가 위와 같이 피해자가 피고인들이 살해의 의도로 행한 구타행위에 의하여 직접 사망한 것이 아니라 죄책을 인멸할 목적으로 행한 매장행위에 의하여 사망하게 되었다 하더라도 전과정을 概括적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국은 실현된 것으로서 피고인들은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다.(대법원 1988. 6.28. 88도650)

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

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

① ㉠㉡㉢

② ㉠㉡㉣

③ ㉡㉢㉣

④ ㉠㉢㉣

정답]②



② ㉠㉡㉣

㉠(○) 고의는 내심적 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이 때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사

실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다.(대법원 2005.4.29. 2003도6056)

㉠(O) 대법원 2002.2.8. 2001도6425

㉡(X) 살인의 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로 인정되는 것인바, 피고인이 범행 당시 살인의 범의는 없었고 단지 상해 또는 폭행의 범의만 있었을 뿐이라고 다투는 경우에 피고인에게 범행 당시 살인의 범의가 있었는지 여부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생 가능성 정도 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없는 것이다.(대법원 2009.2.26. 2008도9867)

㉢(O) 대법원 2006.3.23. 2006도477

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

- ㉠ 甲이 음주단속을 피하기 위하여 경찰관의 하차요구에 불응하고 승용차를 계속 진행하는 과정에서 단속 경찰관이 자동차 범퍼에 부딪혀 전치 6주의 상해를 입었다면, 甲에게는 특수공무집행방해치상죄와 ‘폭력행위등처벌에관한법률’위반(집단·흉기등 상해)죄의 상상적 경합범이 성립한다.
- ㉡ 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.
- ㉢ 폭행치사죄는 결과적 가중범으로서 사망의 결과에 대한 예견가능성 즉 과실이 있어야 하는 것 외에, 폭행과 사망의 결과 사이에 인과관계가 있어야 한다.
- ㉣ 강간이 미수에 그쳤으나 그 과정에서 상해의 결과가 발생하였다면 강간치상죄의 기수가 성립한다.

① ㉠㉡

② ㉡㉢

③ ㉢㉣

④ ㉠㉣

정답]③

 해설 ③ ㉢㉣

㉠(X) 승용차를 운전중 음주단속을 피하기 위해 위험한 물건인 승용차를 이용하여 경찰관에게 상해를 가한 경우 특수공무집행방해치상죄만 성립할 뿐, 이와는 별도로 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(흉기 등상해)죄를 구성하는 것으로 볼 수 없다.(대법원 2008.11.27. 2008도7311)

㉡(X) 결과적 가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해 행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없으며, 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 상해치사의 죄책을 면할 수 없다.(대법원 2000. 5.12. 2000도745)

㉢(O) 대법원 2010.5.27. 2010도2680

㉣(O) 대법원 1988.11. 8. 88도1628

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 ㉠㉢㉣㉣

정답]④

 ④ ㉠㉢㉣㉣

- ㉠(O) 대법원 1996.9.6. 95도2551
 ㉢(O) 대법원 1996.9.6. 95도2551
 ㉣(O) 대법원 1996.9.6. 95도2551
 ㉣(O) 대법원 2004.6.24. 2002도995

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

- ① 형법 제1조 제2항의 ‘법률의 변경’은 법률이념의 변경에 따라 과거에 범죄로 인정하고 처벌한 자체가 부당하였거나 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 형벌법 규를 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.

정답]②

 ② 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.(대법원 1998.2.24. 97도183)

- ① 대법원 2003.10.10. 2003도2770
 ③ 대법원 1999. 7. 9. 99도1695
 ④ 대법원 1998.11.27. 98도2734

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

- ① 협박죄에서의 고의는 해악을 고지하여 상대방에게 공포심을 일게 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.

정답]②

 ② 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 범죄로서 형법 규정의 체계상 개인적 법익, 특히 사람의 자유에 대한 죄 중 하나로 구성되어 있는바, 위와 같은 협박죄의 보호법익, 형법규정상 체계, 앞서 본 협박의 행위 개념 등에 비추어 볼 때, 협박죄는 자연인만을 그 대상으로 예정하고 있을 뿐 법인은 협박죄의 객체가 될 수 없다.(대법원 2010.7.15. 2010도1017)

- ① 협박죄에 있어서의 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고

지한다는 것을 인식. 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니하고, 다만 행위자의 언동이 단순한 감정적인 욕설 내지 일시적 분노의 표시에 불과하여 주위사정에 비추어 가해의 의사가 없음이 객관적으로 명백한 때에는 협박행위 내지 협박의 의사를 인정할 수 없으나 위와 같은 의미의 협박행위 내지 협박의사가 있었는지의 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 주위상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다.(대법원 1991. 5.10. 90도2102)

③ 형법 제283조에서 정하는 협박죄의 성립에 요구되는 ‘협박’이라고 함은 일반적으로 그 상대방이 된 사람으로 하여금 공포심을 일으키기에 충분한 정도의 해악을 고지하는 것으로서, 그러한 해악의 고지에 해당하는지 여부는 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 관계·지위, 그 친숙의 정도 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 판단되어야 한다. 한편 여기서의 ‘해악’이란 법익을 침해하는 것을 가리키는데, 그 해악이 반드시 피해자 본인이 아니라 그 친족 그 밖의 제3자의 법익을 침해하는 것을 내용으로 하더라도 피해자 본인과 제3자가 밀접한 관계에 있어서 그 해악의 내용이 피해자 본인에게 공포심을 일으킬 만한 것이라면 협박죄가 성립할 수 있다. 그러나 피고인이 경찰서 지령실에 전화를 걸어 경찰관에게 특정 정당의 경기도당 당사를 폭파하겠다고 말한 행위는, 그 정당에 관한 해악을 고지한 것으로 경찰관에 관한 해악을 고지한 것이 아니고, 그 정당에 대한 해악의 고지가 경찰관 개인에게 공포심을 일으킬 만큼 그와 밀접한 관계에 있다고 보기도 어렵다는 이유로 협박에 해당한다고 볼 수 없다.(대법원 2012. 8.17. 2011도10451)

④ ‘제3자’에 대한 법익침해를 내용으로 하는 해악을 고지하는 것이라고 하더라도 피해자 본인과 제 3자가 밀접한 관계에 있어 그 해악의 내용이 피해자 본인에게 공포심을 일으킬만한 정도의 것이라면 협박죄가 성립할 수 있고 이 때 ‘제3자’에는 자연인뿐만 아니라 법인도 포함된다.(대법원 2010.7.15. 2010도1017)

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, 대출금유기판에 대한 컴퓨터등사용사기죄가 성립하는 외에 카드회사에 대한 사기죄가 별도로 성립한다.
- ④ 대금결제 를 위하여 가맹점에 절취한 신용카드를 제시하고 매출전표에 서명하여 이를 교부한 경우, 신용카드부정사용죄가 성립하는 외에 사문서위조 및 동행사죄가 별도로 성립한다.

정답]①

 **해설** ① 권한 없이 주식회사 신진기획의 아이디와 패스워드를 입력하여 인터넷뱅킹에 접속한 다음 위 회사의 예금계좌로부터 자신의 예금계좌로 함께 180,500,000원을 이체하는 내용의 정보를 입력하여 자신의 예금액을 중액시킴으로서 컴퓨터등사용사기죄의 범행을 저지른 다음 자신의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 사실을 인정할 수 있는바, 이와 같이 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우에는 그것이 비록 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 취득한 예금채권을 인출한 것이라 할지라도 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 없다고 할 것이다.(대법원 2004. 4. 16. 2004도353)

② 강도죄는 공갈죄와는 달리 피해자의 반항을 억압할 정도로 강력한 정도의 폭행·협박을 수단으로 재물을 탈취하여야 성립하므로, 피해자로부터 현금카드를 강취하였다고 인정되는 경우에는 피해자로부터 현금카드의 사용에 관한 승낙의 의사표시가 있었다고 볼 여지가 없다. 따라서 강취한 현금카드를 사용하여 현금자

동지급기에서 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. 따라서 두명이 강취한 현금카드로 현금지급기에서 6회에 걸쳐 인출한 경우 특수강도죄와 특수절도죄의 실체적 경합이 성립한다.(대법원 2007.5.10. 2007도1375)

③ 피고인이 각 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위는 현금자동지급기의 관리자에 대한 절도죄가, ARS 전화서비스 등을 이용하여 신용대출을 받은 행위에 관하여는 대출금용기관에 대한 컴퓨터등사용사기죄가 각 성립할 뿐이며, 이를 카드회사에 대한 사기죄가 된다고 볼 수는 없다. (대법원 2006. 7. 27. 2006도3126)

④ 매출표의 서명 및 교부가 별도로 사문서위조 및 동행사의 죄의 구성요건을 충족한다고 하여도 이 사문서위조 및 동행사의 죄는 위 신용카드부정사용죄에 흡수되어 신용카드부정사용죄의 1죄만이 성립하고 별도로 사문서위조 및 동행사의 죄는 성립하지 않는다.(대법원 1992.6.9. 92도77)

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

- ① 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우 에는 허위공문서작성죄와 허위진단서작성죄가 성립하며, 양죄는 상상적 경합의 관계에 있다.
- ② 등기 경료 당시에는 실체권리관계에 부합하지 아니한 등기라 하더라도 사후에 이해관계인들의 동의 또는 주인 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.

정답]④

 ④ 사용권한자와 용도가 특정되어 있는 공문서를 사용권한 없는 자가 사용한 경우에도 그 공문서 본래의 용도에 따른 사용이 아닌 경우에는 형법 제230조의 공문서부정행사죄가 성립되지 아니한다. 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 공문서부정행사죄는 성립하지 않는다.(대법원 2003. 2.26. 2002도4935)

① 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.(대법원 2004. 4. 9. 2003도7762)

② 등기 경료 당시에는 실체권리관계에 부합하지 아니한 등기인 경우에는 사후에 이해관계인들의 동의 또는 주인 등의 사정으로 실체권리관계에 부합하게 된다 하더라도 공정증서원본부실기재 및 동행사죄의 성립에는 아무런 영향이 없다.(대법원 2001.11. 9. 2001도3959)

③ 행사란 위조 또는 변조된 문서를 진정한 것 또는 그 내용이 진실한 것으로 각 사용하는 것을 말하는 것이므로 그 문서가 위조, 변조, 허위작성되었다는 정을 아는 공범자등에게 제시, 교부하는 경우등에 있어서는 행사죄가 성립할 여지가 없다(대법원 1986.2.25.85도 2798)

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 대항범 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 부주의무로서의 민사적 부주의무 또는 보호의무가 인정되는 경우 형법 상 유기죄의 ‘계약상 의무’는 당연히 긍정 되므로, 자신이 운영하는 주점에서 수일 동안 계속하여 술을 마시고 만취한 피해자를 방치하여 저체온증으로 사망에 이르게 한 경우, 주점 주인에게는 계약상 부주의무가 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.

정답]③

 ③ 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 부모와 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 부주의무로서의 민사적 부주의무 또는 보호의무가 인정된다고 해서 형법 제271조 소정의 ‘계약상 의무’가 당연히 긍정된다고 할 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 부주의무’의 유무를 신중하게 판단하여야 한다.

피고인이 자신이 운영하는 주점에 손님으로 와서 수일 동안 식사는 한 끼도 하지 않은 채 계속하여 술을 마시고 만취한 피해자를 주점 내에 그대로 방치하여 저체온증 등으로 사망에 이르게 하였다는 내용으로 예비적으로 기소된 사안에서, 피해자가 피고인의 지배 아래 있는 주점에서 3일 동안 과도하게 술을 마시고 추운 날씨에 난방이 제대로 되지 아니한 주점 내 소파에서 잠을 자면서 정신을 잃은 상태에 있었다면, 피고인은 주점의 운영자로서 피해자의 생명 또는 신체에 대한 위해가 발생하지 아니하도록 피해자를 주점 내 실로 옮기거나 인근에 있는 여관에 데려다 주어 쉬게 하거나 피해자의 지인 또는 경찰에 연락하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 계약상의 부주의무를 부담한다고 판단하여 유기치사죄를 인정한 원심판결을 수긍한 사례.(2011. 11. 24. 2011도12302)

① 대법원 2009. 8.20 2009도3452

② 2인 이상 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 대항범에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없는데, 형법 제127조는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설하는 행위만을 처벌하고 있을 뿐 직무상 비밀을 누설받은 상대방을 처벌하는 규정이 없는 점에 비추어, 직무상 비밀을 누설받은 자에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다고 보는 것이 타당하다. 변호사 사무실 직원인 피고인 갑이 법원공무원인 피고인 을에게 부탁하여, 수사 중인 사건의 체포영장 발부자 53명의 명단을 누설받은 사안에서, 피고인 을이 직무상 비밀을 누설한 행위와 피고인 갑이 이를 누설받은 행위는 대항범 관계에 있으므로 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없는데도, 피고인 갑의 행위가 공무상비밀누설교사죄에 해당한다고 본 원심판단에 법리오해의 위법이 있다.(대법원 2011.4.28. 2009도3642)

④ 대법원 2010. 1. 21. 2008도942 전원합의체

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 방해하

는 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.

정답]①



① 공무집행방해죄에서 협박이란 상대방에게 공포심을 일으킬 목적으로 해악을 고지하는 행위를 의미하는 것으로서 고지하는 해악의 내용이 그 경위, 행위 당시의 주위 상황, 행위자의 성향, 행위자와 상대방과의 친숙함의 정도, 지위 등의 상호관계 등 행위 당시의 여러 사정을 종합하여 객관적으로 상대방으로 하여금 공포심을 느끼게 하는 것이어야 하고, 그 협박이 경미하여 상대방이 전혀 개의치 않을 정도인 경우에는 협박에 해당하지 않는다.(대법원 2011.2.10. 2010도15986)

② 대법원 2009.11.19. 2009도4166 전원합의체

③ 대법원 2008.6.26. 2008도2537

④ 동일한 공무를 집행하는 여럿의 공무원에 대하여 폭행·협박 행위를 한 경우에는 공무를 집행하는 공무원의 수에 따라 여럿의 공무집행방해죄가 성립하고, 위와 같은 폭행·협박 행위가 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 것으로서 사회관념상 1개의 행위로 평가되는 경우에는 여럿의 공무집행방해죄는 상상적 경합의 관계에 있다. 범죄 피해 신고를 받고 출동한 두 명의 경찰관에게 욕설을 하면서 차례로 폭행을 하여 신고 처리 및 수사 업무에 관한 정당한 직무집행을 방해한 사안에서, 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 폭행 행위는 사회관념상 1개의 행위로 평가하는 것이 상당하다는 이유로, 위 공무집행방해죄는 형법 제40조에 정한 상상적 경합의 관계에 있다.(대법원 2009.6.25. 2009도3505)

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

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

㉠ ㉡ ㉢ ㉣ ㉤

- ① ○ × × ○ ×
- ② × × × ○ ×
- ③ ○ × ○ ○ ○
- ④ × ○ ○ × ○

정답]①



①

㉠(○) 단일정범개념은 결과발생에 조건을 준 자는 모두 동일한 가치의 정범이라고 보는 확장정범개념에서 나오는 것으로 이에 따르면 모두 정범으로 처벌하게 되어 정범공범구별형식보다 가벌성의 확대를 초래한다는 비판이 있다.

㉡(X) 제한적 정범개념에 의하면 정범이 아닌 공범도 처벌하는 공범규정은 형벌을 공범에 까지 넓힌 형벌 확장사유가 된다.

㉢(X) 공범종속성설은 정범이 행위로 나가지 않았음에도 공범을 처벌하는 ‘기도된 교사’를 규정한 형법 제31조 제2항과 제3항을 설명하기 어려우므로 이 규정은 특별·예외규정으로 본다.

㉤(○) 책임가담설은 극단종속형식에 기초한 학설로 공범의 처벌근거를 정범의 유책한 범죄행위를 야기한다

는 점에서 찾는 입장으로 책임의 연대성을 인정하므로 개인책임의 원칙에 반한다는 비판이 있다.

- ㉔(X) 극단적 종속형식에 의하면, 공범의 성립을 위해서는 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하고 책임까지 인정되어야 한다.

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

- ㉑ 사기도박의 실행에 착수한 후에 사기도박을 숨기기 위하여 얼마간 정상적인 도박을 한 경우, 사기죄만이 성립하고 도박죄는 따로 성립하지 않는다.
- ㉒ 도박에 참여한 수인의 피해자로부터 사기도박으로 도금을 편취한 경우 피해자들에 대한 각 사기죄는 실체적 경합의 관계에 있다.
- ㉓ 도박행위를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 내국인의 도박에 대해서는, 내국인의 폐광지역 카지노 출입을 허용하는 국내법을 유추적용하여 위법성이 조각되는 것으로 보아야 한다.
- ㉔ 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.
- ㉕ 도박의 습벽이 있는 자가 타인의 도박을 방조하면 상습도박방조의 죄가 성립한다.
- ㉖ 유료낙시터에서 입장료 명목으로 요금을 받은 후 낙인 물고기에 부착된 시상번호에 따라 경품을 지급한 경우 도박개장죄가 성립한다.

- ① ㉑㉒㉓
② ㉒㉓㉕
③ ㉑㉒㉓㉕
④ ㉑㉒㉓㉕

정답]①

 해설 ① ㉑㉒㉓

- ㉑(O) 피고인 등이 사기도박에 필요한 준비를 갖추고 그러한 의도로 피해자들에게 도박에 참가하도록 권유한 때 또는 늦어도 그 정을 알지 못하는 피해자들이 도박에 참가한 때에는 이미 사기죄의 실행에 착수하였다고 할 것이므로, 피고인 등이 그 후에 사기도박을 숨기기 위하여 얼마간 정상적인 도박을 하였더라도 이는 사기죄의 실행행위에 포함되는 것이어서 피고인에 대하여는 피해자들에 대한 사기죄만이 성립하고 도박죄는 따로 성립하지 아니함에도, 이와 달리 피해자들에 대한 사기죄 외에 도박죄가 별도로 성립하는 것으로 판단하고 이를 유죄로 인정한 원심판결에 사기도박에 있어서의 실행의 착수시기 등에 관한 법리오해의 위법이 있다.(대법원 2011. 1.13. 2010도9330)

- ㉒(X) 1개의 기망행위에 의하여 여러 피해자로부터 각각 재물을 편취한 경우에는 피해자별로 수개의 사기죄가 성립하고, 그 사이에는 상상적 경합의 관계에 있는 것으로 보아야 한다.(대법원 2011. 1.13. 2010도9330)

- ㉓(X) 형법 제3조는 “본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.”고 하여 형법의 적용 범위에 관한 속인주의를 규정하고 있고, 또한 국가 정책적 견지에서 도박죄의 보호법익보다 좀더 높은 국가이익을 위하여 예외적으로 내국인의 출입을 허용하는 폐광지역개발지원에관한특별법 등에 따라 카지노에 출입하는 것은 법령에 의한 행위로 위법성이 조각된다고 할 것이나, 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로 그 위법성이 조각된다고 할 수 없다.(대법원 2004.4.23. 2002도2518)

- ㉔(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. 피고인들이 각자 핸디캡

을 정하고 홀마다 또는 9홀마다 별도의 돈을 걸고 총 26 내지 32회에 걸쳐 내기 골프를 한 행위가 도박에 해당한다.(대법원 2008.10.23. 2006도736)

- ㉔(O) 상습도박의 죄나 상습도박방조의 죄에 있어서의 상습성은 행위의 속성이 아니라 행위자의 속성으로서 도박을 반복해서 거듭하는 습벽을 말하는 것인 바, 도박의 습벽이 있는 자가 타인의 도박을 방조하면 상습도박방조의 죄에 해당하는 것이며, 도박의 습벽이 있는 자가 도박을 하고 또 도박방조를 하였을 경우 상습도박방조의 죄는 무거운 상습도박의 죄에 포괄시켜 1죄로서 처단하여야 한다.(대법원 1984.4.24. 84도195)
- ㉕(O) 대법원 2009.2.26. 2008도10582

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 경우, 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.

정답]④

 ④ 범인이 위탁자가 소유자를 위해 보관하고 있는 물건을 위탁자로부터 보관받아 이를 횡령한 경우에 형법 제361조에 의하여 준용되는 제328조 제2항 소정의 친족간의 범행에 관한 조문은 범인과 피해물건의 소유자 및 위탁자 쌍방 사이에 같은 조문 소정의 친족관계가 있는 경우에만 적용되는 것이고, 단지 횡령범인과 피해물건의 소유자간에만 친족관계가 있거나 횡령범인과 피해물건의 위탁자간에만 친족관계가 있는 경우에는 그 적용이 없다.(대법원 2008. 7.24. 2008도3438)

- ① 친족상도례는 처벌조건으로 고의의 인식대상도 아니고 착오의 대상도 아니므로 친족관계의 존부에 대한 착오는 친족상도례 규정의 적용에 영향이 없다.
- ② 법원을 기망하여 제3자로부터 재물을 편취한 경우에 재물을 편취 당한 제3자와 사기죄를 범한 자가 직계혈족의 관계에 있을 때에는 그 범인에 대하여 사기죄에 준용되는 형법 제328조 제1항에 의하여 그 형을 면제하여야 한다.(대법원 1976. 4.13. 75도781)
- ③ 장물범과 본범 사이에 328조 제 1항의 친족관계가 있는 경우는 필요적 감면규정이 있다.

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 상책으로 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

정답]③

 ③ 응보형주의(죄형균형론에 근거한 응보)는 인간의 자기결정능력을 신뢰하고 국가의 사명을 개인적 자유의 보호에 제한하는 개인주의적·자유주의적 사상의 산물로 국가형벌권의 행사를 책임주의에 의해 제한하는 이론이다.

- ① 형벌론은 왜 형벌을 가하는 지에 대한 형벌부과의 목적과 부과되는 형벌의 정당성의 근거를 찾는 이론이다.
- ② 일반예방주의는 형벌의 목적을 위하에 의하여 일반인 즉 잠재적 범죄인의 위하에 의한 범죄예방에 있다

고 보는 입장으로, 미리 범죄와 형벌을 규정하여 범행에 의하여 기대되는 이익과 형벌에 의하여 기대되는 불이익을 비교하여 취사선택할 수 있는 이성적 인간을 전제로 하고, 범죄를 행함으로써 얻어지는 쾌락보다 더 큰 불쾌로서의 형벌위협은 심리적 강제로서 작용한다는 심리강제설의 영향을 받고 있다.

④ 특별예방주의란 형벌의 목적을 범죄인에 대한 위하와 범죄인의 사회복귀 또는 격리를 통하여 그 범죄인이 다시 범죄를 범하는 것을 방지하는 데 있다고 하는 이론으로 행위보다는 행위자에 관심을 두는 주관주의 범죄이론에서 주장되는 형벌이론이다. 일반인을 기준으로 정기형을 강조하는 객관주의 범죄이론과 달리 개별 범죄인에게 중점을 두고 교정교화를 강조하는 주관주의 범죄이론에서 주장하는 형벌이론이 특별예방주의이고 선고유예제도, 집행유예제도, 가석방제도, 보호관찰제도 등은 특별예방주의의 산물로 볼 수 있다