

23. 해경 2차 형사법

1. 교사범에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정범의 실행행위가 없더라도 교사범이 성립할 수 있다.
- ② 과실에 의한 교사도 가능하다.
- ③ 범죄현장을 목격하지 못한 선서무능력자에게 범죄현장을 목격한 것처럼 법정에서 허위의 증언을 하도록 부탁하여, 선서무능력자가 실제로 그렇게 증언한 경우 위증죄의 교사죄가 성립한다.
- ④ 교사범이 피교사자에게 자신의 교사행위를 철회한다는 명시적인 의사표시를 하는 것만으로는 교사의 책임이 면제되지 않는다.

[1번 해설] ④

- ① (X) 교사범이 성립하기 위해서는 교사자의 교사행위와 정범의 실행행위가 있어야 하는 것이므로, 정범의 성립은 교사범의 구성요건의 일부를 형성하고 **교사범이 성립함에는 정범의 범죄행위가 인정되는 것이 그 전제요건**이 된다(大判 00. 2. 25. 99도1252).
- ② (X) 교사는 고의로 하여야 하기 때문에 **과실에 의한 교사는 성립할 수 없다**.
- ③ (X) 형법 제155조 제1항에서 타인의 형사사건에 관하여 증거를 위조한다 함은 증거 자체를 위조함을 말하는 것으로서, **선서무능력자로서 범죄 현장을 목격하지도 못한 사람으로 하여금 형사법정에서 범죄 현장을 목격한 양 허위의 증언을 하도록 하는 것은 위 조항이 규정하는 증거위조죄를 구성하지 아니한다**(大判 98. 2. 10. 97도2961).
- ④ (O) 교사범이 그 공범관계로부터 이탈하기 위해서는 피교사자가 범죄의 실행행위에 나아가기 전에 교사범에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의를 해소하는 것이 필요하고, 이때 **교사범이 피교사자에게 교사행위를 철회한다는 의사를 표시하고 이에 피교사자도 그 의사에 따르기로 하거나 또는 교사범이 명시적으로 교사행위를 철회함과 아울러 피교사자의 범죄 실행을 방지하기 위한 진지한 노력을 다하여 당초 피교사자가 범죄를 결의하게 된 사정을 제거하는 등 제반 사정에 비추어 객관적·실질적으로 보아 교사범에게 교사의 고의가 계속 존재한다고 보기 어렵고 당초의 교사행위에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의가 더 이상 유지되지 않는 것으로 평가할 수 있다면**, 설사 그 후 피교사자가 범죄를 저지르더라도 이는 당초의 교사행위에 의한 것이 아니라 새로운 범죄 실행의 결의에 따른 것이므로 교사자는 형법 제31조 제2항에 의한 죄책을 부담함은 별론으로 하고 **형법 제31조 제1항에 의한 교사범으로서의 죄책을 부담하지는 않는다**(大判 12. 11. 15. 2012도7407).

2. 부작위범에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 백화점에서 상품관리와 고객들의 불만사항 확인 등의 업무를 수행하는 직원이 자신이 관리하는 특정 매장에 가짜상표가 새겨진 상품이 진열·판매되고 있다는 사실을 인지하였음에도 불구하고 별다른 조치를 취하지 않는 것은 「상표법」 위반에 대한 방조에 해당한다.
- ② 부진정부작위범이 성립하기 위해서는, 그 부작위가 실행행위로서의 작위와 동일시되어야 한다.
- ③ 법령, 법률행위, 선행행위만이 작위의무의 근거가 된다.
- ④ 의무가 부여된 사람과 부여되지 않은 사람 사이에는 부작위의 공동정범이 성립하지 않는다.

다.

[2번 해설] ③

- ① (O) 백화점 입점점포의 위조상표 부착 상품 판매사실을 알고도 방치한 백화점 직원에 대하여 부작위에 의한 상표법위반 방조 및 부정경쟁방지법위반 방조가 성립한다(大判 97. 3. 14. 96도1639).
- ② (O) 업무방해죄와 같이 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 부진정부작위범이 성립하기 위해서는 부작위를 실행행위로서의 작위와 동일시할 수 있어야 한다(大判 17. 12. 22. 2017도13211).
- ③ (X) 작위의무는 법적인 의무이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 작위의무가 법적인 의무인 한 성문법이건 불문법이건 상관없이 없고 또 공법이건 사법이건 불문하므로, 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다(大判 96. 9. 6. 95도95도2551).
- ④ (O) 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다(大判 08. 3. 27. 2008도89).

3. 낮에 직장상사에게 엄청난 꾸중을 들은 A는 퇴근 후 밤늦은 시간에, 그 분풀이로 자신의 친구 B와 함께 길 가는 사람을 살해하기로 계획하고 지나가던 행인을 살해하였다. 다음 날 신문에 난 기사를 보고 자신이 살해한 사람이 자신의 아버지 C인 것을 알았다. 이 때 A와 B의 죄책에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① A와 B 모두 존속살해죄로 처벌된다.
- ② A와 B 모두 보통살인죄가 성립하고 보통살인죄로 처벌된다.
- ③ A는 존속살해죄, B는 보통살인죄가 성립하지만, A와 B 모두 자신들이 살해한 C가 A의 아버지라는 사실을 몰랐기 때문에 보통살인죄로 처벌된다.
- ④ B는 A와 함께 존속살해죄의 구성요건을 실현하였으나, 보통살인죄로 처벌된다.

[3번 해설] ②

- ② 직계존속임을 인식하지 못하고 살인을 한 경우는 형법 제15조의 '특히 무거운 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위'에 해당하여, 보통살인죄가 성립한다.

형법 제15조(사실의 착오)

- ① 특히 무거운 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 무거운 죄로 별하지 아니한다.
- ② 결과 때문에 형이 무거워지는 죄의 경우에 그 결과의 발생을 예견할 수 없었을 때에는 무거운 죄로 별하지 아니한다.

4. 실체적 경합에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 1심에서 별도로 판결된 수개의 죄가 항소심에서 병합심리된 경우 이들 범죄는 동시적 경합범의 관계에 있지 않다.
- ② 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄는 사후적 경합의 관계에 있다.

③ 경합범에서 '확정판결'이란 '선고된 판결'을 말한다.

④ 경합범의 관계에 있는 횡령죄(법정형: 5년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금)와 학대죄(법정형: 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금)의 처단형은 7년이다.

[4번 해설] ④

① (X) 1심에서 별도로 판결된 수죄일지라도 항소심에서 병합심리할 경우 동시적 경합범이 된다(大判 72. 5. 9. 72도597).

② (X) 제37조

형법 제37조(경합범)

판결이 확정되지 아니한 수 개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄를 경합범으로 한다.

③ (X) 형법 제37조 후단의 경합범 즉 "판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄"에 있어서 "판결확정" 전의 의미는 판결이 상소 등 통상의 불복방법에 의하여 다룰 수 없게 된 상태를 말한다(大判 83. 7. 12. 83도1200).

④ (O) 횡령죄와 학대죄의 법정형은 '같은 종류의 형(동종)'에 해당하고 가장 무거운 형의 장기(5년)에 2분의1을 가중하면 7년 6개월이 되지만, 각 죄에 대하여 정한 형의 장기를 합산한 형기(5+2년)를 초과할 수 없으므로 처단형은 7년이다.

형법 제38조(경합범과 처벌례)

① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형이 사형, 무기징역, 무기금고인 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형으로 처벌한다.

2. 각 죄에 대하여 정한 형이 사형, 무기징역, 무기금고 외의 같은 종류의 형인 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형의 장기 또는 다액(多額)에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 대하여 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 다만, 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과(併科)할 수 있다.

3. 각 죄에 대하여 정한 형이 무기징역, 무기금고 외의 다른 종류의 형인 경우에는 병과한다.

② 제1항 각 호의 경우에 징역과 금고는 같은 종류의 형으로 보아 징역형으로 처벌한다.

5. 야간주거침입절도죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 야간주거침입절도죄는 야간에 타인의 재물을 절취함으로서 성립한다.

② 이 죄에 있어 야간이란 행위지의 일몰 후 다음 날 일출 전까지를 말한다.

③ 주간에 주거에 침입하여 야간에 절취한 경우 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다.

④ 야간에 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 생각으로 아파트 베란다 철제난간까지 올라가 유리창문을 열려고 한 경우, 야간주거침입절도죄의 실행의 착수가 긍정된다.

[5번 해설] ①

① (X)

형법 제330조(야간주거침입절도)

야간에 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실(房室)에 침입하여 타인의 재물을 절취(竊取)한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

② (O) 야간은 일몰 후 ~ 다음날 일출 전까지를 의미한다.

③ (O) 형법은 제329조에서 절도죄를 규정하고 곧바로 제330조에서 야간주거침입절도죄를 규정하고 있을 뿐, 야간절도죄에 관하여는 처벌규정을 별도로 두고 있지 아니다. 이러한 형법 제330조의 규정형식과 그 구성요건의 문언에 비추어 보면, 형법은 야간에 이루어지는 주거침입행위의 위험성에 주목하여 그러한 행위를 수반한 절도를 야간주거침입절도죄로 중하게 처벌하고 있는 것으로 보아야 하고, 따라서 주거침입이 야간에 이루어진 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다(大判 11. 4. 14. 2011도300).

④ (O) 야간에 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 의도하에 아파트의 베란다 철제난간까지 올라 유리창문을 열려고 시도하였다면 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다(大判 03. 10. 24. 2003도4417).

6. 중지미수에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 자의로 실행행위를 중지한 공범은 다른 공동정범이 결과를 발생시킨 것에 대해 공동정범으로서 책임을 지지 않는다.

② 장롱 안에 있는 옷가지에 불을 놓아 건물을 소훼하려 하였으나 불길에 치솟는 것을 보고 놀라 물을 부어 불을 끈 경우, 자의에 의한 중지미수가 성립한다.

③ 예비행위 후 자의로 실행의 착수를 포기한 경우에 대해 중지미수 규정을 유추 적용할 수 있다.

④ 공동정범의 관계에 있는 공범의 일부가 자의로 결과발생을 방지한 경우에는 자의성이 없는 나머지 공범은 장애미수로 처벌된다.

[6번 해설] ④

① (X) 행위자 상호간에 범죄의 실행을 공모하였다면 다른 공모자가 이미 실행에 착수한 이후에는 그 공모관계에서 이탈하였다고 하더라도 공동정범의 책임을 면할 수 없는 것이므로 피고인 등이 금품을 강취할 것을 공모하고 피고인은 집 밖에서 망을 보기로 하였으나, 다른 공모자들이 피해자의 집에 침입한 후 담배를 사기 위해서 망을 보지 않았다고 하더라도, 피고인은 판시 강도상해죄의 공동정범의 죄책을 면할 수가 없다(大判 84. 1. 31. 83도2941).

② (X) 피고인이 장롱 안에 있는 옷가지에 불을 놓아 건물을 소훼하려 하였으나 불길에 치솟는 것을 보고 겁이 나서 물을 부어 불을 끈 것이라면, 위와 같은 경우 치솟는 불길에 놀라거나 자신의 신체안전에 대한 위해 또는 범행 발각시의 처벌 등에 두려움을 느끼는 것은 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 이를 자의에 의한 중지미수라고는 볼 수 없다(大判 97. 6. 13. 97도957).

③ (X) 중지범은 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것이고, 실행의 착수가 있기 전인 예비음모의 행위를 처벌하는 경우에 있어서는 중지범의 관념은 이를 인정할 수 없다(大判 91. 6. 25. 91도436).

④ (O) 공동정범 중 일부가 결과를 방지하면 자의로 중지한 자는 중지미수가 되고, 다른 공동정범은 장애미수가 된다.

7. 검증에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인이 아닌 사람의 신체검사는 증거가 될 만한 흔적을 확인할 수 있는 단순한 사유가 있는 것만으로도 할 수 있다.
- ② 분묘발굴이 긴급을 요하는 때에는 미리 유족에게 통지하지 않아도 된다.
- ③ 일몰 전에 검증을 착수하였더라도 일몰이 되면 중단해야 한다.
- ④ 사법경찰관이 작성한 검증조서가 적법한 절차와 방법에 따라 작성된 경우라면, 공판준비나 공판기일에 그 작성자의 진술에 의해 그 내용의 진정이 증명됨이 없이 단지 그 성립의 진정이 증명되는 것만으로도 증거로 사용할 수 있다.

[7번 해설] ④

① (X)

형소법 제141조(신체검사에 관한 주의)

- ① 신체의 검사에 관하여는 검사를 받는 사람의 성별, 나이, 건강상태, 그 밖의 사정을 고려하여 그 사람의 건강과 명예를 해하지 아니하도록 주의하여야 한다.
- ② 피고인 아닌 사람의 신체검사는 증거가 될 만한 흔적을 확인할 수 있는 현저한 사유가 있는 경우에만 할 수 있다.

② (X)

형소법 제141조(신체검사에 관한 주의)

- ④ 시체의 해부 또는 분묘의 발굴을 하는 때에는 예(禮)에 어긋나지 아니하도록 주의하고 미리 유족에게 통지하여야 한다.

③ (X)

형소법 제143조(시각의 제한)

- ① 일출 전, 일몰 후에는 가주, 간수자 또는 이에 준하는 자의 승낙이 없으면 검증을 하기 위하여 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에 들어가지 못한다. 단, 일출 후에는 검증의 목적을 달성할 수 없을 염려가 있는 경우에는 예외로 한다.
- ② 일몰 전에 검증에 착수한 때에는 일몰 후라도 검증을 계속할 수 있다.

④ (O)

형소법 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)

- ⑥ 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에서의 작성자의 진술에 따라 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.

8. 압수·수색에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있을 경우 판례에 의함)

- ① 압수목적 달성 여부와 관계없이 컴퓨터용 디스크와 그 밖의 정보저장매체가 압수의 목적 물일 때에는 그 전체를 압수할 수 있다.

- ② 공무상 비밀임을 신고한 공무소는 그것의 압수를 예외없이 거부할 수 있다.
- ③ 압수 또는 수색영장을 집행함에 있어 급속을 요하는 때에는 검사, 피고인, 변호인에게 통지하지 않아도 된다.
- ④ 수사기관이 압수·수색영장의 사본을 팩스로 피압수·수색 당사자에게 송신한 후, 이메일을 압수·수색한 것은 위법하지 않다.

[8번 해설] ③

① (X)

형소법 제106조(압수)

③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 “정보저장매체등”이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체 등을 압수할 수 있다.

② (X)

형소법 제111조(공무상 비밀과 압수)

① 공무원 또는 공무원이었던 자가 소지 또는 보관하는 물건에 관하여는 본인 또는 그 당해 공무소가 직무상의 비밀에 관한 것임을 신고한 때에는 그 소속 공무소 또는 당해 감독관공서의 승낙 없이 압수하지 못한다.

② 소속 공무소 또는 당해 감독관공서는 국가의 중대한 이익을 해하는 경우를 제외하고는 승낙을 거부하지 못한다.

③ (O)

형소법 제121조(영장집행과 당사자의 참여)

검사, 피고인 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다.

제122조(영장집행과 참여권자에의 통지)

압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 단, 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다.

④ (X)

수사기관의 압수·수색은 법관이 발부한 압수수색영장에 의하여야 하는 것이 원칙이고, 그 영장에는 피의자의 성명, 압수할 물건, 수색할 장소·신체·물건과 압수수색의 사유 등이 특정되어야 하며, 영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시되어야 하고 압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다.

따라서 수사기관이 압수수색영장을 집행하면서 甲 회사에 팩스로 영장 사본을 송신하기만 하고 영장 원본을 제시하거나 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 피압수·수색 당사자에게 교부하지도 않은 채 피고인의 이메일을 압수한 후 이를 증거로 제출한 사안에서, 위와 같은 방법으로 압수된 이메일은 증거능력이 없다(大判 17. 9. 7. 2015도10648).

9. 긴급체포에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피의자에게 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 것만으로도 긴급체포할 수 있다.
- ② 긴급체포에서 '긴급을 요한다' 함은 '체포영장을 발부받을 시간적 여유가 없을 때'를 말한다.
- ③ 긴급체포된 자가 소유, 소지 또는 보관하는 물건을 긴급히 압수할 필요가 있을 때에는 체포한 때로부터 24시간 이내에는 영장없이 압수 또는 수색할 수 있다.
- ④ 장기 3년 이상의 징역에 해당하는 죄와 관련하여, 참고인 조사를 받는 줄 알고 검찰청에 자진 출석한 사람을 긴급체포할 수 없다.

[9번 해설] ①

① (X) ② (O)

형소법 제200조의3(긴급체포)

① 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 **사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우**에 긴급을 요하여 **지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는** 그 사유를 알리고 영장없이 피의자를 체포할 수 있다. 이 경우 **긴급을 요한다 함은 피의자를 우연히 발견한 경우등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를** 말한다.

- 1. 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있는 때
- 2. 피의자가 도망하거나 도망할 우려가 있는 때

③ (O)

형소법 제217조(영장에 의하지 아니하는 강제처분)

① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 **24시간 이내에** 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.

④ (O) **검사가 참고인 조사를 받는 줄 알고 검찰청에 자진출석한 변호사 사무실 사무장을 합리적 근거 없이 긴급체포하자 그 변호사가 이를 제지하는 과정에서 위 검사에게 상해를 가한 것이 정당방위**에 해당한다(大判 06. 9. 8. 2006도148).

10. 폭행에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피해자에게 근접하여 욕설을 하면서 때릴 듯이 손발을 휘두르거나 물건을 던지는 행위는 직접 피해자의 신체에 접촉하지 않더라도 이는 피해자에 대한 불법한 유형력의 행사로서 폭행에 해당한다.
- ② 피고인이 피해자에게 욕설을 한 것만을 가지고 당연히 폭행을 한 것이라고 할 수는 없을 것이고, 피해자 집의 대문을 발로 찬 것이 막바로 또는 당연히 피해자의 신체에 대하여 유형력을 행사한 경우에 해당한다고 할 수도 없다.
- ③ 공무원의 직무수행에 대한 비판이나 시정을 요구하는 집회·시위 과정에서 일시적으로 상당한 소음이 발생하였다는 사정만으로도 공무집행방해죄에서의 음향으로 인한 폭행이 인

정된다.

④ 거리상 멀리 떨어져 있는 사람에게 전화기를 이용하여 전화하면서 고성을 내거나 그 전화 대화를 녹음한 후 듣게 하더라도 수화자의 청각기관을 자극하여 그 수화자로 하여금 고통스럽게 느끼게 할 정도의 음향이 아닌 경우에는 신체에 대한 유형력의 행사를 한 것으로 보기 어렵다.

[10번 해설] ③

① (O) 피해자에게 근접하여 욕설을 하면서 때릴 듯이 손발이나 물건을 휘두르거나 던지는 행위는 직접 피해자의 신체에 접촉하지 않았다고 하여도 피해자에 대한 불법한 유형력의 행사로서 폭행에 해당한다(大判 90. 2. 13. 89도1406).

② (O) 형법 제260조에서 말하는 폭행이란 사람의 신체에 대하여 유형력을 행사하는 것을 의미하는 것으로서 피고인이 피해자에게 욕설을 한 것만을 가지고 당연히 폭행을 한 것이라고 할 수는 없을 것이고, 피해자 집의 대문을 발로 찬 것이 막바로 또는 당연히 피해자의 신체에 대하여 유형력을 행사한 경우에 해당한다고 할 수도 없다(大判 91. 1. 29. 90도2153).

③ (X) 공무원의 직무 수행에 대한 비판이나 시정 등을 요구하는 집회·시위 과정에서 일시적으로 상당한 소음이 발생하였다는 사정만으로는 이를 공무집행방해죄에서의 음향으로 인한 폭행이 있었다고 할 수는 없다. 그러나 의사전달수단으로서 합리적 범위를 넘어서 상대방에게 고통을 줄 의도로 음향을 이용하였다면 이를 폭행으로 인정할 수 있을 것인바, 구체적인 상황에서 공무집행방해죄에서의 음향으로 인한 폭행에 해당하는지 여부는 음향의 크기나 음의 높이, 음향의 지속시간, 종류, 음향발생 행위자의 의도, 음향발생원과 직무를 집행 중인 공무원과의 거리, 음향발생 당시의 주변 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(大判 09. 10. 29. 2007도3584).

④ (O) 피해자의 신체에 공간적으로 근접하여 고성으로 폭언이나 욕설을 하거나 동시에 손발이나 물건을 휘두르거나 던지는 행위는 직접 피해자의 신체에 접촉하지 아니하였다 하더라도 피해자에 대한 불법한 유형력의 행사로서 폭행에 해당될 수 있는 것이지만, 거리상 멀리 떨어져 있는 사람에게 전화기를 이용하여 전화하면서 고성을 내거나 그 전화 대화를 녹음 후 듣게 하는 경우에는 특수한 방법으로 수화자의 청각기관을 자극하여 그 수화자로 하여금 고통스럽게 느끼게 할 정도의 음향을 이용하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 신체에 대한 유형력의 행사를 한 것으로 보기 어렵다(大判 03. 1. 10. 2000도5716).

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

① 공증 담당 변호사가 법무사의 직원으로부터 인증촉탁서류를 제출받은 후, 법무사가 공증 사무실에 출석하여 사서증서의 날인이 당사자 본인의 것임을 확인한 바 없지만, 업계의 관행에 따라 그러한 확인을 한 것처럼 인증서에 기재한 경우에는 허위공문서작성죄가 성립하지 아니한다.

② '직무에 관한 문서'라 함은 공무원이 직무권한 내에서 작성하는 문서를 말하며, 법률뿐 아니라 명령, 내규 또는 관례에 의한 직무집행의 권한으로 작성하는 경우도 포함된다.

③ 공무원이 고의로 법령을 잘못 적용하여 공문서를 작성하였더라도 그 법령적용의 전제가 된 사실관계에 대한 내용에 거짓이 없다면 허위공문서작성죄가 성립하지 않는다.

④ 자동차 운전자가 경찰공무원에게 다른 사람의 운전면허증을 촬영한 이미지파일을 휴대전화 화면으로 보여주는 행위는 공문서부정행사죄에 해당하지 않는다.

[11번 해설] ①

- ① (X) 공증담당 변호사가 법무사의 직원으로부터 인증촉탁서류를 제출받았을 뿐 법무사가 공증사무실에 출석하여 사서증서의 날인이 당사자 본인의 것임을 확인한 바 없음에도 마치 그러한 확인을 한 것처럼 인증서에 기재한 경우, 인증촉탁 대리인이 법무사일 경우 그 직원이 공증사무실에 촉탁서류를 제출할 뿐 법무사 본인이 사서증서의 날인 또는 서명이 당사자 본인의 것임을 확인하지 아니하는 것이 업계의 관행이라고 할지라도 그와 같은 업계의 관행이 정당하다고 볼 수 없어 허위공문서작성죄가 성립한다(大判 07. 1. 25. 2006도3844).
- ② (O) 형법 제227조 허위공문서작성죄에 있어서의 직무에 관한 문서라는 것은 그 직무권한이 널리 명령, 내규 또는 관례에 의한 직무집행의 권한으로 작성하는 경우를 포함한다(大判 78. 12. 13. 76도3467).
- ③ (O) 허위공문서작성죄란 공문서에 진실에 반하는 기재를 하는 때에 성립하는 범죄이므로, 고의로 법령을 잘못 적용하여 공문서를 작성하였다고 하더라도 그 법령적용의 전제가 된 사실관계에 대한 내용에 거짓이 없다면 허위공문서작성죄가 성립될 수 없는바 당사자로부터 뇌물을 받고 고의로 적용하여서는 안 될 조항을 적용하여 과세표준을 결정하고 그 과세표준에 기하여 세액을 산출하였다고 하더라도, 그 세액계산서에 허위내용의 기재가 없다면 허위공문서작성죄에는 해당하지 않는다(大判 96. 5. 14. 96도554).
- ④ (O) 자동차 등의 운전자가 경찰공무원에게 다른 사람의 운전면허증 자체가 아니라 이를 촬영한 이미지파일을 휴대전화 화면 등을 통하여 보여주는 행위는 운전면허증의 특정된 용법에 따른 행사라고 볼 수 없는 것이어서 그로 인하여 경찰공무원이 그릇된 신용을 형성할 위험이 있다고 할 수 없으므로, 이러한 행위는 결국 공문서부정행사죄를 구성하지 아니한다(大判 19. 12. 12. 2018도2560).

12. 자수에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형법」상 피해자의 의사에 반하여 처벌할 수 없는 죄에 있어서 피해자에게 자복한 경우에는 필요적 감면사유에 해당한다.
- ② 범행이 발각된 후라 하더라도 범인이 자발적으로 자기의 범죄 사실을 수사기관에 신고한 경우에는 이를 자수로 보아야 한다.
- ③ 자수서를 소지하고 수사기관에 자발적으로 출석하였으나 자수서를 제출하지 아니하고 범행사실도 부인하였다면 자수가 성립하지 아니하고, 그 이후 구속까지 된 상태에서 자수서를 제출하고 범행사실을 시인한 것을 자수에 해당한다고 인정할 수 없다.
- ④ 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수가 되는 것은 아니다.

[12번 해설] ①

① (X)

형법 제52조(자수, 자복)

- ① 죄를 지은 후 수사기관에 자수한 경우에는 형을 감경하거나 면제할 수 있다.
- ② 피해자의 의사에 반하여 처벌할 수 없는 범죄의 경우에는 피해자에게 죄를 자복(自服)하였을 때에도 형을 감경하거나 면제할 수 있다.

- ② (O) 범죄사실과 범인이 누구인가가 발각된 후라 하더라도 범인이 자발적으로 자기의 범죄사실을 수사기관에 신고한 경우에는 이를 자수로 보아야 한다(大判 65. 10. 5. 65도597).
- ③ (O) 자수서를 소지하고 수사기관에 자발적으로 출석하였으나 자수서를 제출하지 아니하고 범행사실도 부인하였다면 자수가 성립하지 아니하고, 그 이후 구속까지 된 상태에서 자수서를 제출하고 범행사실을 시인한 것을 자수에 해당한다고 인정할 수 없다(大判 04. 10. 14. 2003도3133).
- ④ (O) 범인이 스스로 수사책임이 있는 관서에 자기의 범행을 자발적으로 신고하고 그 처분을 구하는 의사표시이므로 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 않는다(大判 02. 6. 25. 2002도1893).

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

- ① 「밀항단속법」 제4조 제3항의 취지와 동법의 입법 목적에 비추어 보면, 「밀항단속법」상 몰수와 추징은 일반 형사법과 달리 범죄사실에 대한 징벌적 제재의 성격을 띠고 있으므로, 여러 사람이 공모하여 죄를 범하고도 몰수대상인 수수 또는 약속한 보수를 몰수할 수 없을 때에는 공범자 전원에 대하여 그 보수액 전부를 추징해야 한다.
- ② 추징의 가액산정은 재판선고시의 가격을 기준으로 하므로 경우에 따라 추징하여야 할 가액이 몰수의 선고로 받았더라면 잃게 될 이득상당액을 초과하는 것도 가능하다.
- ③ 몰수는 범죄에 의한 이득을 박탈하는데 그 취지가 있고 추징도 이러한 몰수의 취지를 관철하기 위한 것이라는 점에서 추징가액의 산정은 재판선고시의 가격이 기준이 된다.
- ④ 「마약류 관리에 관한 법률」 제67조의 몰수나 추징을 선고하기 위하여는 몰수나 추징의 요건이 공소가 제기된 범죄사실과 관련되어 있어야 하므로, 법원은 범죄사실에서 인정되지 아니한 사실에 관하여는 몰수나 추징을 선고할 수 없다.

[13번 해설] ②

- ① (O) 밀항단속법 제4조 제3항의 취지와 위 법의 입법 목적에 비추어 보면, 밀항단속법상의 몰수와 추징은 일반 형사법과 달리 범죄사실에 대한 징벌적 제재의 성격을 띠고 있으므로, 여러 사람이 공모하여 죄를 범하고도 몰수대상인 수수 또는 약속한 보수를 몰수할 수 없을 때에는 공범자 전원에 대하여 그 보수액 전부의 추징을 명하여야 한다(大判 08. 10. 9. 2008도7034).
- ② (X) 몰수의 취지가 범죄에 의한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이고 추징도 이러한 몰수의 취지를 관철하기 위한 것이라는 점을 고려하면 몰수하기 불능한 때에 추징하여야 할 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 몰수의 선고를 받았더라면 잃게 될 이득상당액을 의미하므로, 추징하여야 할 가액이 몰수의 선고를 받았더라면 잃게 될 이득상당액을 초과하여서는 아니 된다(大判 17. 9. 21. 2017도8611).
- ③ (O) 몰수는 범죄에 의한 이득을 박탈하는 데 그 취지가 있고, 추징도 이러한 몰수의 취지를 관철하기 위한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 몰수할 수 없는 때에 추징하여야 할 가액

은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 물수의 선고를 받았더라면 잃었을 이득상당액을 의미하므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 가액산정은 **재판선고시의 가격을 기준**으로 하여야 한다(大判 08. 10. 9. 2008도6944).

④ (O) 마약류 관리에 관한 법률 제67조의 물수나 추징을 선고하기 위하여는 물수나 추징의 요건이 공소가 제기된 범죄사실과 관련되어 있어야 하므로, 법원으로서 범죄사실에서 인정되지 아니한 사실에 관하여는 물수나 추징을 선고할 수 없다(大判 16. 12. 15. 2016도 16170).

14. 현행범체포에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 현행범을 체포한 경찰관의 진술이라 하더라도 범행을 목격한 부분에 관하여는 어느 목격자의 진술과 다름없이 증거능력이 있으며, 다만 그 증거의 신빙성만 문제가 될 뿐이다.
- ② 甲과 乙이 주차문제로 다투던 중 乙이 112신고를 하였고, 甲이 출동한 경찰관에게 폭행을 가하여 공무집행방해죄의 현행범으로 체포된 경우, 甲이 파출소에 도착한 이후에도 경찰관의 신분증 제시 요구에 20여 분 동안 응하지 아니하면서 인적 사항을 밝히지 않았다면, 甲에게는 현행범체포 당시에 도망 또는 증거인멸의 염려가 있었다고 할 수 있다.
- ③ 전투경찰대원들이 공장에서 점거농성 중이던 조합원들을 체포하는 과정에서 체포의 이유 등을 제대로 고지하지 않다가 30 ~ 40분이 지난 후 체포된 조합원 등의 항의를 받고 나서야 체포의 이유 등을 고지한 것은 현행범체포의 적법한 절차를 준수한 것이 아니므로 적법한 공무집행이라고 볼 수 없다.
- ④ 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있도록 규정한 「형사소송법」 제216조 제3항의 요건 중 어느 하나라도 갖추지 못한 경우 압수·수색 또는 검증은 잠정적으로 위법하지만, 사후에 법원으로부터 영장을 발부받을 경우 그 위법성은 소급하여 치유될 수 있다.

[14번 해설] ④

- ① (O) 현행범을 체포한 경찰관의 진술이라 하더라도 범행을 목격한 부분에 관하여는 어느 목격자와 다름없이 증거능력이 있고, 다만 그 증거의 신빙성만 문제되는 것이라 할 것이며, 위와 같은 경찰관의 체포행위를 도운 자가 범인의 범행을 목격하였다는 취지의 진술은 그 사람이 경찰정보원이라 하더라도 그 증거능력을 부인할 아무런 이유가 없다(大判 95. 5. 9. 95도353).
- ② (O) 현행범인으로 체포하려면 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적·접착성, 범인·범죄의 명백성 외에 체포의 필요성, 즉 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 하는데, 이러한 현행범인 체포의 요건을 갖추었는지는 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이다. 따라서 체포 당시의 상황에서 보아 그 요건에 관한 수사주체의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성이 없다고 인정되지 않는 한 수사주체의 현행범인 체포를 위법하다고 단정할 것은 아니다.
당시 피고인과 공소외 1의(피해자) 언쟁으로 분위기가 험악한 상태였고, 피고인이 손으로 공소외 2의(경찰관) 가슴을 세게 밀치기 직전 공소외 2에게 욕을 하기도 하였다. 이러한 행위 당시의 정황과 태양 등을 고려하면 폭행의 정도가 경미하다고 볼 여지가 없으며, 112에 신고한 것은 피고인이 아닌 공소외 1이고, 피고인이 현행범으로 체포되어 파출소에 도착한 이

후에도 경찰관의 신분증 제시 요구에 응하지 아니하면서 인적 사항을 밝히지 아니한 점 등을 고려하면, 현행범 체포 당시 피고인에게 도망 또는 증거인멸의 염려가 있었다(大判 18. 3. 29. 2017도21537).

③ (O) 전투경찰대원들이 위 조합원들을 체포하는 과정에서 체포의 이유 등을 제대로 고지하지 않다가 30~40분이 지난 후 피고인 등의 항의를 받고 나서야 비로소 체포의 이유 등을 고지한 것은 형사소송법상 현행범인 체포의 적법한 절차를 준수한 것이 아니므로 적법한 공무집행이라고 볼 수 없다(大判 17. 3. 15. 2013도2168).

④ (X) 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원 판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있으나, 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다. 형사소송법 제216조 제3항의 요건 중 어느 하나라도 갖추지 못한 경우에 그러한 압수·수색 또는 검증은 위법하며, 이에 대하여 사후에 법원으로부터 영장을 발부받았다고 하여 그 위법성이 치유되지 아니한다(大判 17. 11. 29. 2014도16080).

15. 준강도죄에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 준강도죄는 목적범이다.
- ② 이 죄의 폭행·협박은 절도의 기회에 행해져야 한다.
- ③ 준강도죄의 폭행·협박은 강도죄와 같이, 상대방의 반항을 억압할 정도일 것을 요하지 않는다.
- ④ 절도범인이 자신을 추적하는 경찰관에게 폭행·협박을 가한 때에는 준강도죄와 공무집행 방해죄가 성립하며, 양죄는 상상적 경합범의 관계에 있다.

[15번 해설] ③

- ① (O) 준강도죄는 목적범이고 진정신분범이다.
- ② (O)

형사소송법 제335조(준강도)

절도가 재물의 탈환에 항거하거나 체포를 면탈하거나 범죄의 흔적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박한 때에는 제333조 및 제334조의 예에 따른다.

③ (X) 강도죄, 준강도죄의 폭행은 '최협의의 폭행'에 해당되며, 상대방의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력의 행사를 뜻한다. 준강도죄에 있어서의 폭행이나 협박은 상대방의 반항을 억압하는 수단으로서 일반적 객관적으로 가능하다고 인정하는 정도의 것이면 되고 반드시 현실적으로 반항을 억압하였음을 필요로 하는 것은 아니다(大判 81. 3. 24. 81도409).

④ (O) 절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행 협박을 가한 때에는 준강도죄와 공무집행방해죄를 구성하고 양죄는 상상적 경합 관계에 있다(大判 92. 7. 28. 92도917).

16. 「형사소송법」상 수사의 종결처분에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 사법경찰관은 고소·고발 사건을 포함하여 범죄를 수사한 때에는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우, 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부

하여야 한다.

- ② 사법경찰관은 고소·고발 사건을 포함하여 범죄를 수사한 때에는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우를 제외한 그 밖의 경우, 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다.
- ③ 사법경찰관은 수사한 사건을 불송치할 경우, 관계 서류 등을 지체 없이 검사에게 송부하여야 하고, 검사는 송부받은 날로부터 '60일' 이내에 사법경찰관에게 반환하여야 한다.
- ④ 사법경찰관은 수사한 사건을 불송치할 경우, 관계 서류 등을 지체없이 검사에게 송부한 날부터 '7일' 이내에 서면으로 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인에게 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지하여야 한다.

[16번 해설] ③

- ① (O) ② (O) ③ (X)

형소법 제245조의5(사법경찰관의 사건송치 등)

사법경찰관은 고소·고발 사건을 포함하여 범죄를 수사한 때에는 다음 각 호의 구분에 따른다.

- 1. 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다.
- 2. 그 밖의 경우에는 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다. 이 경우 검사는 송부받은 날부터 90일 이내에 사법경찰관에게 반환하여야 한다.

- ④ (O) 제245조의6

형소법 제245조의6(고소인 등에 대한 송부통지)

사법경찰관은 제245조의5 제2호의 경우에는 그 송부한 날부터 7일 이내에 서면으로 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다)에게 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지하여야 한다.

17. 「형법」 제16조의 정당한 이유가 있는 경우에 해당하는 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 변호사의 자문을 받고 압류물을 집달관의 승인 없이 임의로 관할구역 밖으로 옮긴 경우
- ② 약 23년 간의 근무 경력을 가진 경찰공무원이 검사의 수사지휘만 받으면 허위로 공문서를 작성하더라도 괜찮다고 생각하고 허위공문서를 작성한 경우
- ③ 공무원이 직무상 실시한 봉인 등의 표시가 법률상 효력이 없다고 믿고서 그 표시를 손상 또는 은닉한 경우
- ④ 초등학교 교장이 도교육위원회의 지시에 따라 교과내용으로 되어 있는 꽃양귀비를 교과 식물로 비치하기 위해 양귀비 종자를 사서 교무실 앞 화단에 심은 경우

[17번 해설] ④

- ① (X) 압류물을 집달관의 승인 없이 임의로 그 관할구역 밖으로 옮긴 경우에는 압류집행의 효용을 해하게 된다고 할 것이므로 공무원상비밀표시무효죄의 고의가 없다고 할 수 없고 피고인이 그와 같은 행위를 하기에 앞서 개인적으로 법률유관기관에 자문을 구했다 해서 그 행위가 죄가 되지 않는다고 믿는 데에 정당한 이유가 없다(大判 92. 5. 26. 91도894).

② (X) 약 23년간 경찰공무원으로 근무하여 왔고, 이 사건 범행 당시에는 관악경찰서 형사와 형사계 G로 근무하고 있는 사람으로서 일반인들보다도 형벌법규를 잘 알고 있으리라 추단이 되고 이러한 피고인이 검사의 수사지휘만 받으면 허위로 공문서를 작성하여도 죄가 되지 아니하는 것으로 그릇 인식하였다는 것은 납득이 가지 아니하고, 가사 피고인이 그러한 그릇된 인식이 있었다 하여도 피고인의 직업 등에 비추어 그러한 그릇된 인식을 함에 있어 정당한 이유가 없다(大判 95. 11. 10. 95도2088).

③ (X) 공무원이 그 직무에 관하여 실시한 봉인 등의 표시를 손상 또는 은닉 기타의 방법으로 그 효용을 해함에 있어서 그 봉인 등의 표시가 법률상 효력이 없다고 믿은 것은 법규의 해석을 잘못하여 행위의 위법성을 인식하지 못한 것이라고 할 것이므로 그와 같이 믿은 데에 정당한 이유가 없는 이상, 그와 같이 믿었다는 사정만으로는 공무상표시무효죄의 죄책을 면할 수 없다(大判 00. 4. 21. 99도556).

④ (O) 국민학교 교장이 도 교육위원회의 지시에 따라 교과내용으로 되어 있는 꽃양귀비를 교과식물로 비치하기 위하여 양귀비 종자를 사서 교무실 앞 화단에 심은 것이라면 이는 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위로서 그 오인에 정당한 이유가 있다(大判 72. 3. 31. 72도64).

18. 함정수사에 대한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 수사기관이 피의자의 범죄사실을 인지하고도 바로 체포하지 않고 추가 범행을 지켜보고 있다가 범죄사실이 많이 늘어난 뒤에야 피의자를 체포하였더라도 위법한 함정수사에 해당하지 않는다.

② 경찰관들이 「경찰관직무집행법」 제4조에 규정된 구호의무에 위반하여 노상에 정신을 잃고 쓰러져 있는 피해자를 이용하여 부축빼기 절도범에 대한 단속 및 수사에 나아가는 것은 경찰의 직분을 도외시하여 범죄수사의 한계를 넘어서는 것으로서 위법한 함정수사에 해당하므로 이에 기초한 공소제기는 무효이다.

③ 수사기관이 이미 범행을 저지른 범인을 검거하기 위해 정보원을 이용하여 범인을 검거장소로 유인한 경우, 함정수사로 볼 수 없다.

④ 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 아니한 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우, 설령 그로 인해 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 않는다.

[18번 해설] ②

① (O) 수사기관이 피고인의 범죄사실을 인지하고도 피고인을 바로 체포하지 않고 추가 범행을 지켜보고 있다가 범죄사실이 많이 늘어난 뒤에야 피고인을 체포하였다는 사정만으로 피고인에 대한 수사과 공소제기가 위법하다거나 함정수사에 해당한다고 할 수 없다(大判 07. 6. 29. 2007도3164).

② (X) 경찰관이 취객을 상대로 한 이른바 부축빼기 절도범을 단속하기 위하여, 공원 인도에 쓰러져 있는 취객 근처에서 감시하고 있다가, 마침 피고인이 나타나 취객을 부축하여 10m 정도를 끌고 가 지갑을 뒤지자 현장에서 체포하여 기소한 경우, 위법한 함정수사에 기한 공소제기가 아니다(大判 07. 5. 31. 2007도1903).

③ (O) 이 사건에 있어서 피고인이 수사기관의 사술이나 계략 등에 의하여 범행을 유발한 것이 아니라, 이미 범행을 저지른 피고인을 검거하기 위하여 수사기관이 정보원을 이용하여 피고인을 검거장소로 유인한 것에 불과하므로, 피고인의 이 사건 범행이 함정수사에 의한 것으로 볼 수도 없다(大判 07. 7. 26. 2007도4532).

④ (O) 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 않은 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐, 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우에는 설령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 않는다(大判 07. 7. 12. 2006도2339).

19. 「형법」의 적용범위에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람에 대해서는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입한다.
- ② 인신매매죄는 대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 외국인에게도 적용된다.
- ③ 재판이 확정된 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 선고를 무효로 한다.
- ④ 「형법」의 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용되지만, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

[19번 해설] ③

① (O) 제7조

형법 제7조 (외국에서 집행된 형의 산입)

죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람에 대해서는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입한다.

② (O)

형법 제296조의2(세계주의)

제287조부터 제292조까지 및 제294조는 대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 외국인에게도 적용한다.

제289조(인신매매)

① 사람을 매매한 사람은 7년 이하의 징역에 처한다.

③ (X)

형법 제1조(범죄의 성립과 처벌)

③ **재판이 확정된 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 된 경우에는 형의 집행을 면제한다.**

④ (O)

형법 제8조(총칙의 적용)

본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

20. 강간과 추행죄에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 처음 보는 여성인 乙의 뒤로 몰래 접근하여 성기를 드러내고 乙을 향한 자세에서 乙의 등 쪽에 소변을 본 행위는 乙의 성적 자기결정권을 침해하는 추행행위로 볼 여지가 있으나, 행위 당시에 乙이 이를 인식하지 못하였다면 추행에 해당하지 않는다.
- ② 기습추행의 경우 추행행위와 동시에 저질러지는 폭행행위는 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있기만 하면 그 힘의 대소강약을 불문한다.
- ③ 협박과 간음 또는 추행 사이에 시간적 간격이 있더라도 협박에 의하여 간음 또는 추행이 이루어진 경우 강간죄 또는 강제추행죄가 성립한다.
- ④ 甲은 乙이 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 乙을 간음하였으나 乙이 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는 준강간죄의 불능미수가 성립한다

[20번 해설] ①

- ① (X) 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕 관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 추행행위에 해당한다고 볼 여지가 있다. 피고인의 행위가 객관적으로 추행행위에 해당한다면 그로써 행위의 대상이 된 피해자의 성적 자기결정권은 침해되었다고 보아야 할 것이고, 행위 당시에 피해자가 이를 인식하지 못하였다고 하더라도 추행에 해당한다(大判 21. 10. 28. 2021도7538).
- ② (O) 기습추행의 경우 추행행위와 동시에 저질러지는 폭행행위는 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있기만 하면 그 힘의 대소 강약을 불문한다(大判 20. 3. 26. 2019도15994).
- ③ (O) 가해자가 폭행을 수반함이 없이 오직 협박만을 수단으로 피해자를 간음 또는 추행한 경우에도 그 협박의 정도가 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것(강간죄)이거나 또는 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것(강제추행죄)이면 강간죄 또는 강제추행죄가 성립하고, 협박과 간음 또는 추행 사이에 시간적 간격이 있더라도 협박에 의하여 간음 또는 추행이 이루어진 것으로 인정될 수 있다면 달리 볼 것은 아니다(大判 07. 1. 25. 2006도5979).
- ④ (O) 형법 제300조는 준강간죄의 미수범을 처벌한다. 또한 형법 제27조는 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라고 규정하여 불능미수범을 처벌하고 있다. 따라서 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간죄에서 규정하고 있는 구성요건적 결과의 발생이 처음부터 불가능하였고 실제로 그러한 결과가 발생하였다고 할 수 없다. 피고인이 준강간의 실행에 착수하였으나 범위가 기수에 이르지 못하였으므로 준강간죄의 미수범이 성립한다. 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었으므로 준강간

죄의 불능미수가 성립한다(大判[全合] 19. 3. 28. 2018도16002).