

2017년 국가직 9급 형법 총평

1. 출제 범위

총론 12문 / 각론 8문으로 총론 비중이 다소 높은 기존의 출제경향과 동일합니다.

총론	기본이론	① 죄형법정주의 ② 자수범의 개념
	구성요건	① 주관적 불법요소 ② 부작위범 ③ 과실범 ④ 인과관계
	위법성·책임	① 기대가능성 ② 원인에 있어서 자유로운 행위
	미수론	① 음모의 개념
	공범론	① 공모관계 이탈
	죄수론	① 연결효과에 의한 상상적 경합
	형벌론	① 몰수·추징
각론	개인적 법익	① 강제추행죄 ② 명예훼손죄
	재산죄	① 횡령죄 ② 사기죄
	사회적 법익	① 공연음란죄
	국가적 법익	① 뇌물죄 ② 공무상비밀누설죄 ③ 증거위조죄

2. 이론/판례의 비중

원인에 있어서 자유로운 행위와 연결효과에 의한 상상적 경합과 같이 이론을 묻는 문제가 2문항이 있고, 자수범의 개념이나 주관적 불법요소와 같이 기본적인 개념을 묻는 문제도 2문항이 출제되었습니다. 2~3문제의 이론부분의 출제와 나머지 판례 위주의 출제는 기존의 경향과 큰 차이가 없습니다.

3. 난이도

수험생의 체감난이도는 판례보다 이론 쪽의 출제가 더 어렵게 느껴지는 것 같습니다. 순수하게 판례의 사실관계에 기초한 결론을 묻는 문제보다는 범죄 구성요건의 해석론이나 범죄론 중 이론적 기초에 해당하는 개념 정의를 정확하게 숙지하고 있는가를 묻는 문제가 많은 편이라 작년보다 1~2문 정도는 난이도가 높지 않았나 생각됩니다. 이해가 전제되어 있지 않는 상태에서 단순히 판례를 암기만으로 극복하려고 하는 공부방식은 큰 낭패를 겪을 수 있으므로 이에 대한 대비를 철저히 해야 할 것입니다. 80점대라면 선방이라고 생각되며 70점 미만은 곤란하다고 생각됩니다. 그 동안 고생한 만큼 오늘 하루만큼은 꼭 쉬시고 합격의 행운이 깃들기를 진심으로 기원합니다.

2017. 4. 8. 이 재 영 올림

문 1. 죄형법정주의에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 형벌법규를 하위법령에 위임할 때 처벌법규의 기본사항에 관하여 구체적 기준이나 범위를 정함이 없이 포괄적으로 하위법령에 위임하였다면 명확성의 원칙에 위배되어 죄형법정주의에 반한다.
- ② 구성요건에 대한 확장적 유추해석은 금지되지만 위법성 및 책임의 조각사유나 소추조건 또는 처벌조각사유인 형면제 사유에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추해석하는 것은 허용된다.
- ③ 죄형법정주의의 핵심적 내용의 하나인 소급처벌금지의 원칙은 대법원 양형위원회가 설정한 양형기준에도 적용되므로, 그 양형기준이 발효하기 전에 이미 공소가 제기된 범죄에 대하여는 그 양형기준을 참고하여 형을 양정할 수 없다.
- ④ 보안처분 중 신상정보공개명령, 위치추적전자장치부착명령에는 소급처벌금지의 원칙이

적용된다.

정답 1

① (○) 현재 2000.7.20. 99헌가15

② (×) 유추해석금지의 원칙은 모든 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용되는데, 위법성 및 책임의 조각사유나 소추조건, 또는 처벌조각사유인 형면제 사유에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용하는 것은 허용되지 않는다(대판 1997.3.20. 96도1167 전원합의체).

③ (×) 대법원 양형위원회의 양형기준은 법적 구속력을 가지지 아니하고, 단지 법관의 양형에 있어서 그 준중이 요구되는 것일 뿐이다. 대법원 양형위원회가 설정한 ‘양형기준’이 발효하기 전에 공소가 제기된 범죄에 대하여 위 ‘양형기준’을 참고하여 형을 양정한 경우, 피고인에게 불리한 법률을 소급하여 적용한 위법이 있다고 할 수 없다(대판 2009.12.10. 2009도11448).

④ (×) 신상정보 공개·고지명령은 형벌과는 구분되는 비형벌적 보안처분으로서 어떠한 형벌적 효과나 신체의 자유를 박탈하는 효과를 가져오지 아니하므로 소급처벌금지원칙이 적용되지 아니한다(현재 2016.12.29. 2015헌바196). 범죄행위 당시에 없었던 위치추적 전자장치 부착명령을 출소예정자에게 소급 적용할 수 있도록 한 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’ 부칙 조항은 소급처벌금지원칙에 위배되는 것이 아니다(현재 2015.9.24. 2015헌바35).

문 2. 적법행위에 대한 기대가능성 법리의 구체화로 볼 수 없는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 위조통화취득 후 지정행사죄의 법정형이 위조통화행사죄보다 현저히 낮은 것

② 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 과잉방위를 벌하지 아니하는 것

③ 도주죄의 법정형이 도주원조죄보다 현저히 낮은 것

④ 사회통념상 허용될 만한 소극적 저항행위를 처벌하지 않는 것

정답 4

①②③ (○) 강요된 행위(제12조), 과잉방위(제21조 제3항) 및 과잉피난(제22조 제3항)은 총칙이 규정하고 있는 기대불가능성을 이유로 한 책임조각사유이다. 제21조 제2항의 과잉방위와 제23조 제2항의 과잉자구행위도 기대불가능성과 기대가능성의 감소를 이유로 한 책임의 조각 내지 감경사유이다. 각칙이 규정하고 있는 것으로는 친족간의 범인은닉과 증거인멸(제151조 제2항, 제155조 제4항)이 책임이 조각되는 경우이고, 단순도주죄(제145조)가 도주원조죄(제147조)보다 법정형이 경하고 위조통화취득후의 지정행사죄(제210조)가 위조통화행사죄(제207조, 제4항)보다 형이 경한 것은 기대가능성의 감소를 이유로 책임이 감경되는 경우이다.

④ (×) 사회통념상 허용될 만한 소극적인 저항행위는 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다(대판 1996.5.28. 96도979).

문 3. 구성요건의 유형에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 상태범은 행위자의 행위가 위법상태를 한 번 야기함으로 기수가 되고 동시에 종료되는 범죄로, 이미 야기한 위법상태에 포섭되는 기수 후의 행위는 불가벌적 사후행위가 된다.
- ② 구체적 위험범은 법익 침해의 결과 발생을 요하지는 않지만 법익 침해의 현실적 위험이 발생하여야 하는 범죄이다.
- ③ 거동범은 행위자가 직접 거동을 하여야 하는 범죄로 간접 정범의 형태로 범할 수 없는 범죄이다.
- ④ 부진정신분범은 신분이 범죄의 성립에 영향을 미치지 않지만 형의 경중에 영향을 미치는 범죄이다.

정답 3

- ① (○) 살인죄(제250조), 절도죄(제329조)와 같이 구성요건적 결과가 발생하여 기수가 된
과 동시에 범죄도 완성·종료되는 범죄를 즉시범 또는 상태범이라고 한다.
- ② (○) 침해범과 대비되는 범죄유형이 위험범이다. 구체적 위험범에서는 기수가 되기 위하
서는 현실적 위험의 발생을 요하며, 추상적 위험범은 일반적·추상적인 위험성만 있으면 충
분하다.
- ③ (×) 행위자가 자신이 직접 실행해야 정범이 될 수 있고 간접정범의 형태로 범할 수 없
는 범죄는 자수범이다. 거동범은 형식범이라고도 하며 무고죄(제156조)와 같이 법에 규정된
행위를 함으로써 구성요건이 충족되며, 구성요건적 행위 이외에 결과 발생을 요하지 않는
범죄를 말한다.
- ④ (○) 진정신분범이란 일정한 신분 있는 자만 범죄 주체가 될 수 있는 범죄이며, 수뢰죄
(제129조)가 여기에 속한다. 부진정신분범이란 신분의 유무에 따라 형이 가중되거나 감경되
는 범죄를 말하며, 존속살해죄(제250조 제2항)가 여기에 속한다.

문 4. 과실범에서 신뢰의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례
에 의함)

- ① 중앙선 표시가 있는 직선도로에서 특별한 사정이 없는 한 그 대향차선상의 차량이 중앙
선을 넘어 반대차선에 진입하지 않으리라고 믿는 것이 우리의 경험칙에 합당하다.
- ② 약사가 의약품을 판매하거나 조제함에 있어서 특별한 사정이 없는 한 그 약의 포장상의
표시를 신뢰하고 이를 사용한 경우에는 과실이 없다.
- ③ 의사가 환자에 대하여 다른 의사와 의료행위를 분담하는 경우에 다른 의사의 전공과목에
전적으로 속하는 사항에 대하여는 다른 의사가 하는 의료행위의 내용이 적절한 것인지의 여
부를 확인하고 감독하여야 할 업무상 주의의무가 없다.
- ④ 횡단보도의 보행자 신호등이 적색으로 표시된 경우에도 운전자는 보행자가 적색신호를
무시하고 갑자기 뛰어나올 가능성에 대비하여 운전하여야 할 업무상의 주의의무가 있다.

정답 4

- ① (○) 대판 1995.7.11. 95도382
- ② (○) 대판 1976.2.10. 74도2046
- ③ (○) 대판 2007.2.22. 2005도9229
- ④ (×) 교통이 빈번한 간선도로에서 횡단보도의 보행자 신호등이 적색으로 표시된 경우, 자
동차운전자에게 보행자가 동 적색신호를 무시하고 갑자기 뛰어나오리라는 것까지 미리 예견

하여 운전하여야 할 업무상의 주의의무까지는 없다(대판 1985.11.12. 85도1893).

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

- ① 어떤 범죄가 작위와 동시에 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우, 행위자가 작위에 의하여 타인의 법익을 침해하고 침해 상태를 부작위에 의해 유지하였더라도 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이다.
- ② 의사직전의 아이에 대한 보증인 지위가 인정되더라도 구조가 불가능한 상황에서는 부작위범이 성립할 수 없다.
- ③ 부작위범에 있어서 작위의무는 윤리적 의무가 아니라 법적 의무이므로 사회상규 혹은 조리에 의한 작위의무는 발생하지 않는다.
- ④ 기망행위라는 특정한 행위방법을 요건으로 하는 사기죄의 경우에는 부작위에 의한 기망행위가 작위의 기망행위와 동등한 의미를 가진다고 판단될 때 부작위에 의한 사기죄가 성립된다.

정답 3

- ① (○) 대판 2004.6.24. 2002도995
- ② (○) 행위자가 규범적으로 요구되는 작위를 할 수 있는 개별적인 행위가능성이 있어야 부작위범의 구성요건에 해당한다. 예컨대 아들의 의사현장에서 부(父)가 구조행위를 하지 않았다 하더라도 그가 전혀 수영을 할 줄 모르고 구조방법이 없었을 경우 부작위범의 구성요건에 해당하지 않는다.
- ③ (×) 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다(대판 1996.9.6. 95도2551).
- ④ (○) 구성요건적 결과가 일정한 행위태양에 의하여 발생될 것을 요하는 범죄(행태의존적 결과범)에 있어서는 부작위가 그 구성요건이 요구하는 수단과 방법에 의하여 행하여질 것을 요한다. 이를 행위정형의 동가치성이라 하며 부진정부작위범의 성립요건이 된다.

문 6. 주관적 불법요소에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 고의는 일반적 주관적 불법요소로서 인적 행위불법의 핵심적 요소에 해당한다.
- ② 목적범에서 ‘목적’은 범죄성립을 위하여 고의 외에 요구되는 초과주관적 위법요소이다.
- ③ 사문서위조죄는 행위자가 ‘행사할 목적’으로 사문서를 위조할 것을 규정하고 있으므로 여기서의 목적은 일반적 주관적 불법요소에 해당한다.
- ④ 불법영득의사는 과실범에서는 있을 수 없고 고의범에서만 있을 수 있는 특수한 주관적 불법요소(초과 주관적 구성요건 요소)에 해당한다.

정답 3

- ①② (○) 모두 옳은 내용이다.
- ③ (×) 목적범에서의 목적은 초과주관적 불법요소로서 일반적 주관적 불법요소인 고의 외에 별도로 요구되는 것이다.
- ④ (○) 불법영득의사란 영득죄에 있어서 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라서 이용하고 처분할 의사를 말하며 초과주관적 구성요건 요

소로 보는 것이 통설이다.

문 7. 몰수와 추징에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 공무원 A에게 승용차 대금 명목으로 1,400만 원을 뇌물로 제공하기로 약속하였다면 甲으로부터 그 뇌물로 제공하기로 약속된 승용차 대금 명목의 금품을 추징해야 한다.
- ② 甲이 A로 하여금 사기도박에 참여하도록 유인하기 위하여 고액의 수표를 제시해 보였다면 그 수표를 직접적으로 도박 자금으로 사용하지 않았더라도 몰수할 수 있다.
- ③ 수뢰자가 증뢰자로부터 뇌물을 교부받아 그대로 보관하였다가 증뢰자에게 뇌물 그 자체를 반환한 경우에는 증뢰자로부터 몰수 또는 추징한다.
- ④ 몰수의 취지가 범죄에 의한 이득의 박탈을 그 목적으로 하는 것이고 추징도 이러한 몰수의 취지를 관철하기 위한 것인 경우에는 추징가액의 산정은 재판선고시의 가격을 기준으로 하여야 한다.

정답 1

- ① (×) 몰수는 특정된 물건에 대한 것이고 추징은 본래 몰수할 수 있었음을 전제로 하는 것임에 비추어 뇌물에 공할 금품이 특정되지 않았던 것은 몰수할 수 없고 그 가액을 추징할 수도 없다고 보아야 할 것이다. 뇌물로 약속된 위 승용차대금 명목의 금품은 특정되지 않아 이를 몰수할 수 없었으므로 그 가액을 추징할 수 없는 것이다(대판 1996.5.8. 96도221).
- ② (○) 위 수표가 직접적으로 도박자금으로 사용되지 아니하였다 할지라도, 위 수표가 피해자로 하여금 사기도박에 참여하도록 만들기 위한 수단으로 사용된 이상, 이를 몰수할 수 있다(대판 2002.9.24. 2002도3589).
- ③ (○) 대판 1999.1.29. 98도3584
- ④ (○) 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 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 몰수의 선고를 받았더라면 잃었을 이득상당액을 의미하므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 가액산정은 재판선고시의 가격을 기준으로 하여야 한다(대판 2008.10.9. 2008도6944).

문 8. 다음 사례에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

예비군중대장 甲이 예비군훈련을 받지 않게 해주는 대가로 乙로부터 180,000원을 교부받고 乙이 예비군훈련에 불참 하였음에도 불구하고 참석한 것처럼 예비군 중대학급편성부에 '참'이라는 도장을 찍어 허위공문서를 작성하고 이를 예비군 중대 사무실에 비치한 경우, 甲에게는 수뢰후부정처사죄, 허위공문서작성죄, 허위작성공문서행사죄가 성립한다.

- ① 허위공문서작성죄와 허위작성공문서행사죄는 수뢰후부정처사죄와 각각 실제적 경합관계이다.
- ② 허위공문서작성죄와 허위작성공문서행사죄는 기능적 관점에서 목적과 수단의 관계에 있으므로 상상적 경합관계이다.
- ③ 가장 중한 죄인 수뢰후부정처사죄를 경합범가중하여 처벌해야 한다.
- ④ 연결효과이론은 위 3가지 죄 모두를 상상적 경합관계로 인정하는 이론이다.

정답 4

- ① (×) 허위공문서를 작성하고 이를 행사하는 행위는 수뢰후부정처사죄에서의 ‘부정한 행위’로서 행위동일성이 인정된다. 따라서 허위공문서작성죄와 허위작성공문서행사죄는 수뢰후부정처사죄와 각각 상상적 경합관계가 된다.
- ② (×) 허위공문서를 작성하는 행위와 이를 행사하는 행위는 별개로 보아야 하므로 실체적 경합관계이다.
- ③ (×) 허위공문서작성죄와 동행사죄가 수뢰후 부정처사죄와 각각 상상적 경합관계에 있을 때에는 허위공문서작성죄(A죄)와 동행사죄(B죄) 상호간은 실체적 경합범관계에 있다고 할지라도 상상적 경합범관계에 있는 수뢰후 부정처사죄(C죄)와 대비하여 가장 중한 죄에 정한 형으로 처단하면 족한 것이고 따로이 경합가중을 할 필요가 없다(대판 1983.7.26. 83도 1378).
- ④ (○) 경합범관계에 있는 두 개의 독자적인 범죄가 제3의 범죄와 각각 상상적 경합의 관계에 있을 때 모든 범죄 사이에 상상적 경합관계를 인정할 수 있다는 견해가 있다.

문 9. 범죄의 실현단계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 미수범은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 처벌된다.
- ② 범죄의 결심은 원칙적으로 처벌하지 않지만, 교사 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행에 착수하지 않았다면 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.
- ③ 음모란 2인 이상이 범죄의 의사를 공유하는 것으로, 2인 이상이 일정한 범죄의 실행에 대한 결심을 외부에 표시·전달 하는 것만으로도 음모죄가 성립한다.
- ④ 계속범의 경우 기수에 이르렀어도 범죄가 종료되지 않은 경우에는 그 범죄에 대한 방조와 정당방위의 성립이 가능하다.

정답 3

- ① (○) 미수범을 처벌할 죄는 각 본조에 정한다(형법 제29조).
- ② (○) 형법 제31조 제2항
- ③ (×) 내란음모죄에 해당하는 합의가 있다고 하기 위해서는 단순히 내란에 관한 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고 객관적으로 내란범죄의 실행을 위한 합의라는 것이 명백히 인정되고, 그러한 합의에 실질적인 위험성이 인정되어야 한다(대판 2015.1.22. 2014도10978 전원합의제).
- ④ (○) 맞는 내용이다. 체포감금죄(제276조), 주거침입죄(제319조 제1항)와 같이 기수 후에도 법익침해상태(위법상태)가 계속되는 동안 범죄도 완성·종료되지 않는 범죄를 계속범이라 한다.

문 10. 공동정범에 대한 판례의 태도를 설명한 것으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 최근에 “공모자가 공모공동정범으로 인정되기 위해서는 그가 단순히 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하여야 한다”고 하여 공모공동정범의 성립범위를 제한하는 경향을 보이고 있다.
- ② 이른바 ‘승계적 공동정범’의 경우 비록 그 범행에 가담할 때에 이미 종전의 범행을 알았다 하더라도 자신이 가담하기 이전에 타인이 행한 부분에는 죄책을 지지 않는다.
- ③ 공범자 중의 한 사람이 실행의 착수 이전에 공모관계에서 이탈하였더라도 그 이후 다른 공모자에 의하여 범행이 이루어졌다면 그 이탈자는 공동정범의 죄책을 진다.

④ 실행행위가 종료함과 동시에 범죄가 기수에 이르는 이른바 ‘즉시범’에서는 범죄가 기수에 이르기 이전에 가담하는 경우에만 공동정범이 성립하고 범죄가 기수에 이른 이후에는 공동정범이 성립될 수 없다.

정답 3

① (○) 대판 2007.4.26. 2007도428

② (○) 포괄일죄의 범행 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 비록 그가 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 진다(대판 1997.6.27. 97도163).

③ (×) 공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여는 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다(대판 2008.4.10. 2008도1274).

④ (○) 대판 2003.10.30. 2003도4382

문 11. 점유이탈물횡령죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 점유이탈물횡령죄는 위탁관계에 의한 신뢰배반이 없다는 점에서 횡령죄와 구별된다.

② 타인이 송금절차의 착오로 인해 잘못 송금하여 자신의 계좌에 입금된 돈은 점유이탈물에 해당한다.

③ 착오로 인하여 점유한 물건이나 타인이 놓고 간 물건, 일실한 가축도 점유이탈물에 포함될 수 있다.

④ 여관이나 목욕탕, PC방 등에서는 주인의 배타적 지배가 인정 되기 때문에 손님이 잃어버린 물건은 점유이탈물이 되지 않고 주인의 점유가 인정된다.

정답 2

① (○) 점유이탈물횡령죄는 위탁관계에 의하여 타인의 재물을 보관할 것을 요하지 않고, 따라서 신임관계의 배반을 내용으로 하지 않는 점에서 횡령죄와 구별된다.

② (×) 어떤 예금계좌에 돈이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우에는 그 예금주와 송금인 사이에 신의칙상 보관관계가 성립한다고 할 것이므로, 피고인이 송금 절차의 착오로 인하여 피고인 명의의 은행 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당한다(대판 2010.12.9. 2010도891).

③ (○) 점유이탈물이란 착오로 놓고 간 물건, 바람에 날려 들어온 세탁물 등과 같이 점유자의 의사에 의하지 않고 그 점유를 떠난 물건을 말한다.

④ (○) 대판 1988.4.25. 88도409, 대판 2007.3.15. 2006도9338

문 12. 주관적 구성요건요소에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 행정상의 단속을 주안으로 하는 법규라 하더라도 명문규정이 있거나 해석상 과실범도 별할 뜻이 명확한 경우를 제외하고는 고의가 있어야 별할 수 있다.

② 목적범에서의 목적은 목적내용에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식까지는 요하지 않고 미필적 인식으로도 족하다.

③ 공연음란죄는 행위의 음란성에 대한 의미의 인식 이외에 주관적으로 성욕의 흥분 또는 만족 등의 성적인 목적이 있어야 성립한다.

④ 부진정부작위범의 고의는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적 작위의무를 가지고 있는 사람이 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음을 예견하고도 결과발생을 용인하고 이를 방관한 채 의무를 이행하지 아니한다는 인식을 하면 족하며, 이러한 작위의 무자의 예견 또는 인식 등이 불확정적인 경우이더라도 미필적 고의로 인정될 수 있다.

정답 3

① (○) 행정상의 단속을 주안으로 하는 법규라 하더라도 ‘명문규정이 있거나 해석상 과실 범도 벌할 뜻이 명확한 경우’를 제외하고는 형법의 원칙에 따라 ‘고의’가 있어야 벌할 수 있다(대판 2010.2.11. 2009도9807).

② (○) 대판 1997.12.12. 97도2368

③ (×) 공연음란죄에서의 ‘음란한 행위’라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 행위를 가리키는 것이고, 그 행위가 반드시 성행위를 묘사하거나 성적인 의도를 표출할 것을 요하는 것은 아니다(대판 2006.1.13. 2005도1264).

④ (○) 대판 2015.11.12. 2015도6809 전원합의체

문 13. 실행의 착수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 야간에 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 의도하에 아파트의 베란다 철제난간까지 올라가 유리창문을 열려고 시도하였다면 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다.

② 사기죄는 편취의 의사로 기망행위를 개시한 때에 실행에 착수한 것으로 보아야 하므로, 사기도박에서도 사기적인 방법으로 도금을 편취하려고 하는 자가 상대방에게 도박에 참가할 것을 권유하는 등 기망행위를 개시한 때에 실행의 착수가 있는 것으로 보아야 한다.

③ 제1차 매수인으로부터 계약금 및 중도금 명목의 금원을 교부받은 후 제2차 매수인에게 부동산을 매도하기로 하고 계약금만을 지급받은 뒤 더 이상의 계약 이행에 나아가지 않았다면 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

④ 양팔을 높이 들어 갑자기 뒤에서 껴안으려는 행위를 하는 경우 행위자의 팔이 피해자의 몸에 닿지 않으면 강제추행죄의 실행의 착수를 인정할 수 없다.

정답 4

① (○) 대판 2003.10.24. 2003도4417

② (○) 대판 2011.1.13. 2010도9330

③ (○) 대판 2003.3.25. 2002도7134

④ (×) 피고인의 팔이 갑의 몸에 닿지 않았더라도 양팔을 높이 들어 갑자기 뒤에서 껴안으려는 행위는 갑의 의사에 반하는 유형력의 행사로서 폭행행위에 해당하며, 그때 ‘기습추행’에 관한 실행의 착수가 인정된다(대판 2015.9.10. 2015도6980).

문 14. 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하며, 특별법 위반은 논외로 함)

甲의 보이스피싱에 속은 V가 자신의 현금 1,000만 원을 甲이 양도받아 가지고 있던 乙 명의의 통장으로 송금하였고 乙이 현금 140만 원을 인출하였는데, 이 통장은 乙이 누군가의 보이스피싱에 사용될 것임을 알면서 자기 명의로 발급받아 현금카드 및 비밀번호와 함께 돈을 받고 판 것이었고, 통장 발급 금융기관에서 SMS 문자서비스로 계좌에 1,000만 원이 입금되었음을 알려주자 乙이 직불카드를 이용하여 甲보다 먼저 인출하였다.

- ① 甲에게는 사기죄가 성립한다.
- ② 乙에게는 사기죄의 방조범이 성립한다.
- ③ 이 사례에서 사기범행으로 취득된 것은 乙의 통장에 입금된 1,000만 원이라는 재산상 이익이다.
- ④ 乙에게는 장물취득죄가 성립하지 않는다.

정답 3

- ① (○) 甲의 보이스피싱 행위는 상대방을 기망하여 재물을 교부받는 행위로서 사기죄에 해당한다.
- ② (○) 乙은 보이스피싱에 사용될 것임을 알면서도 소위 대포통장을 교부한 자로서 사기죄의 방조범에 해당한다.
- ③ (×) 사기죄의 객체는 타인이 점유하는 ‘타인의’ 재물 또는 재산상의 이익이므로, 피해자와의 관계에서 살펴보면 그것이 피해자 소유의 재물인지 아니면 피해자가 보유하는 재산상의 이익인지에 따라 ‘재물’이 객체인지 아니면 ‘재산상의 이익’이 객체인지 구별하여야 하는 것으로서, 이 사건과 같이 피해자가 본범의 기망행위에 속아 현금을 피고인 명의의 은행 예금계좌로 송금하였다면, 재산상 이익이 아니라 재물에 대한 사기죄가 된다(대판 2010.12.9. 2010도6256).
- ④ (○) 피고인이 자신의 예금계좌에서 위 돈을 인출하였다 하더라도 이는 예금명의자로서 은행에 예금반환을 청구한 결과일 뿐 본범으로부터 위 돈에 대한 점유를 이전받아 사실상 처분권을 획득한 것은 아니므로, 피고인의 위와 같은 인출행위를 장물취득죄로 벌할 수는 없다.(대판 2010.12.9. 2010도6256).

문 15. 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성 근거를 원인설정행위 자체에서 찾는 견해가 있다. 이 견해에 대한 설명 또는 비판으로 옳은 것은?

- ① 책임능력 결함상태에서 구성요건 해당행위를 시작한 때에 실행의 착수가 있는 것으로 본다.
- ② 실행의 착수에 구성요건적 행위정형성이 결여되어 죄형법정주의에 반할 위험이 있다.
- ③ 행위와 책임의 동시존재 원칙의 예외를 인정하는 결과가 되어 책임주의에 반할 위험이 있다.
- ④ 이 견해에 의하면 살인의 의사로 음주하여 만취하였으나 살해행위로 나아가지 않았다면 살인미수는 인정되지 않는다.

정답 2

- ① (×) 가벌성 근거를 원인설정행위 자체에서 찾는 견해는 자신을 도구로 이용하는 형태로써 간접정범과 유사하므로, 원인행위가 바로 실행행위 또는 그 착수행위로 보고 원인설정행

위가 책임능력상태에서 이루어진 이상 벌할 수 있다고 하는 견해이다.

② (○) 예컨대 살인의 의사로 음주하였다고 하여 음주행위를 살인행위 또는 그 일부라고 할 수는 없다는 비판이 가능하다.

③ (×) 가벌성 근거를 원인설정행위 자체에서 찾는 견해는 행위와 책임의 동시존재의 원칙의 예외를 인정하는 것이 아니라 이를 관철하고자 하는 입장이다.

④ (×) 살인의 의사로 음주하여 만취하였으나 살해행위로 나아가지 않았더라도 음주행위를 실행의 착수로 보는 이상 살인미수에 해당된다.

문 16. 증거위조죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 피의자에 대한 모해목적의 증거위조죄에서 ‘피의자’에는 수사 개시 이전의 단계에서 장차 형사입건될 가능성이 있는 대상자도 포함된다.

② 선서무능력자로서 범죄현장을 목격하지 않은 사람으로 하여금 형사법정에서 범죄현장을 목격한 양 허위의 증언을 하도록 하는 것은 증거위조죄를 구성하지 않는다.

③ 참고인이 타인의 형사사건 등에 관하여 제3자와 대화를 하면서 허위로 진술하고 위와 같은 허위 진술이 담긴 대화 내용을 녹음한 녹음파일 또는 이를 녹취한 녹취록을 만들어 수사기관에 제출하는 것은 증거위조죄를 구성한다.

④ 타인의 형사사건과 관련하여 수사기관이나 법원에 제출하거나 현출되게 할 의도로 법률 행위 당시에는 존재하지 아니하였던 처분문서를 사후에 그 작성일을 소급하여 작성하는 것은 증거위조죄를 구성한다.

정답 1

① (×) 형벌법규 엄격해석의 원칙 등에 비추어 보면 형법 제155조 제3항에서 말하는 ‘피의자’라고 하기 위해서는 수사기관에 의하여 범죄의 인지 등으로 수사가 개시되어 있을 것을 필요로 하고, 그 이전의 단계에서는 장차 형사입건될 가능성이 크다고 하더라도 그러한 사정만으로 ‘피의자’에 해당한다고 볼 수는 없다(대판 2010.6.24. 2008도12127).

② (○) 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 증거위조죄를 구성하지 아니한다(대판 1998.2.10. 97도2961).

③ (○) 녹음파일 또는 이를 녹취한 녹취록은 참고인의 허위진술 자체 또는 참고인 작성의 허위 사실확인서 등과 달리 그 진술내용만이 증거자료로 되는 것이 아니고 녹음 당시의 현장음향 및 제3자의 진술 등이 포함되어 있어 그 일체가 증거자료가 된다고 할 것이므로, 이는 증거위조죄에서 말하는 ‘증거’에 해당한다. 또한 위와 같이 참고인의 허위 진술이 담긴 대화 내용을 녹음한 녹음파일 또는 이를 녹취한 녹취록을 만들어 내는 행위는 무엇보다도 그 녹음의 자연스러움을 뒷받침하는 현장성이 강하여 단순한 허위진술 또는 허위의 사실확인서 등에 비하여 수사기관 등을 그 증거가치를 판단함에 있어 오도할 위험성을 현저히 증대시킨다고 할 것이므로, 이러한 행위는 허위의 증거를 새로이 작출하는 행위로서 증거위조죄에서 말하는 ‘위조’에도 해당한다고 봄이 상당하다(대판 2013.12.26. 2013도8085).

④ (○) 증거위조죄에서의 ‘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 아니

다(대판 2007.6.28. 2002도3600).

문 17. 뇌물죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 뇌물죄에서 말하는 '직무'에는 법령에 정하여진 직무뿐만 아니라 그와 관련 있는 직무, 과거에 담당하였거나 장래에 담당할 직무 외에 사무분장에 따라 현실적으로 담당하지 않는 직무라도 법령상 일반적인 직무권한에 속하는 직무 등 공무원이 그 직위에 따라 공무로 담당할 일체의 직무를 포함한다.
- ② 뇌물죄는 직무집행의 공정성과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있고, 직무에 관한 청탁이나 부정한 행위를 필요로 하는 것은 아니기 때문에 수수된 금품의 뇌물성을 인정하는 데 특별한 청탁이 있어야만 하는 것은 아니다.
- ③ 뇌물죄에서 뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요·욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유형, 무형의 이익을 포함한다고 해석되고, 투기적 사업에 참여할 기회를 얻는 것도 이에 해당한다.
- ④ 뇌물수수죄와 뇌물공여죄는 필요적 공범관계에 있으므로 뇌물공여죄가 성립하기 위해서는 상대방 측에서 뇌물수수죄가 성립되어야 한다.

정답 4

- ① (○) 대판 2003.6.13. 2003도1060
- ② (○) 대판 2014.1.29. 2013도13937
- ③ (○) 대판 2012.8.23. 2010도6504
- ④ (×) 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 18. 명예훼손죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 형법 제307조 제2항을 적용하기 위하여 적시된 사실이 허위의 사실인지 여부를 판단하는 경우, 적시된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되면 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수 없다.
- ② 형법 제310조는 '오로지 공공의 이익에 관한 때'라고 적시되어 있으므로 행위자의 행위에 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있었다면 행위의 주요한 동기가 공공의 이익을 위한 것이라도 형법 제310조의 적용은 배제된다.
- ③ 집합적 명사를 쓴 경우에도 시간적·장소적 관련성 속에서 특정인을 가리키는 것이 명백하면, 이를 각자의 명예를 훼손 하는 행위라고 볼 수 있다.
- ④ 형법 제310조의 적용에서 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이라면 진실한 것이라는 증명이 없다 할지라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 한다.

정답 2

① (○) 대판 2009.3.12. 2009도26

② (×) 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다(대판 2000.2.25. 98도2188).

③ (○) 대판 2003.2.20. 2001도6138 전원합의체

④ (○) 대판 1996.8.23. 94도3191

문 19. 인과관계에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲이 고속도로 2차로를 따라 자동차를 운전하다가 1차로를 진행하던 乙의 차량 앞에 급하게 끼어든 후 곧바로 정차하여 乙의 차량은 급정차하였고 그 뒤를 따라오던 丙의 차량이 乙의 차량과 충돌하여 丙이 사망한 경우, 丙에게 안전거리 미확보의 과실이 인정된다면 甲의 정차행위와 丙의 사망 사이에는 인과관계가 없다.

② 한의사인 甲이 乙에게 문진하여 과거 봉침을 맞고도 별다른 이상반응이 없었다는 답변을 듣고 부작용에 대한 충분한 사전 설명 없이 환부에 봉침시술을 하였는데 乙이 위 시술 직후 쇼크반응을 나타내는 등 상해를 입은 경우, 설명의무를 다하였다 하더라도 乙이 반드시 봉침시술을 거부하였을 것이라고 볼 수 없다면 甲의 설명의무 위반과 乙의 상해 사이에 상당인과관계를 인정하기는 어렵다.

③ 甲이 乙의 뺨을 때리고 오른손으로 목을 쳐 乙이 뒤로 넘어지면서 머리를 땅바닥에 부딪쳐 상해를 입었고 결국 乙은 병원치료를 받다가 합병증으로 사망에 이르게 되었으나 乙이 원래 앓고 있던 간경화 등의 질환이 그 합병증의 유발에 영향을 미친 경우, 甲의 乙에 대한 폭행행위와 乙의 사망 사이에는 인과관계가 없다.

④ 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 다른 사실이 개재되어 그 사실이 치사의 직접적인 원인이 되었다면 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 인과관계를 인정할 수 없다 .

정답 2

① (×) 편도 2차로의 고속도로 1차로 한가운데에 정차한 피고인은 현장의 교통상황이나 일반인의 운전 습관·행태 등에 비추어 고속도로를 주행하는 다른 차량 운전자들이 제한속도 준수나 안전거리 확보 등의 주의의무를 완전하게 다하지 않을 수도 있다는 점을 알았거나 충분히 알 수 있었으므로, 피고인의 정차 행위와 사상의 결과 발생 사이에 상당인과관계가 있고, 사상의 결과 발생에 대한 예견가능성도 인정되므로, 피고인에게 일반교통방해치사죄가 성립한다(대판 2014.7.24. 2014도6206).

② (○) 제반 사정에 비추어 甲이 봉침시술에 앞서 설명의무를 다하였더라도 피해자가 반드시 봉침시술을 거부하였을 것이라고 볼 수 없어, 甲의 설명의무 위반과 피해자의 상해 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵다(대판 2011.4.14. 2010도10104).

③ (×) 乙이 두부 손상을 입은 후 병원에서 입원치료를 받다가 합병증으로 사망에 이르게 되어 피고인의 범행과 乙의 사망 사이에 인과관계를 부정할 수 없고, 사망 결과에 대한 예견가능성이 있었는데도, 이와 달리 보아 상해치사의 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다(대판 2012.3.15. 2011도17648).

④ (×) 살인의 실행행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생하게 한 유일한 원인이거나 직접적인 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 20. 다음 설명 중 옳은 것만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 외교상기밀누설죄는 공무원 또는 공무원이었던 자가 직무와 관련하여 알게 된 외교상 기밀을 누설한 때에 성립하는 신분범이다.
- ㄴ. 직무유기죄에서 ‘직무를 유기한 때’란 공무원이 법령, 내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우를 의미한다.
- ㄷ. 인신구속에 관한 직무를 보조하는 자가 피해자를 구속하기 위하여 진술조서 등을 허위로 작성한 후 검사와 영장전담판사를 기망하여 구속영장을 발부받아 피해자를 구금한 경우 직권남용감금죄가 성립한다.
- ㄹ. 공무상비밀누설죄의 보호법익은 비밀 그 자체가 아니라 비밀의 누설에 의하여 위협받는 국가의 기능이다.

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄴ, ㄷ
- ④ ㄷ, ㄹ

정답 4

ㄱ. (×) 외교상기밀누설죄(제113조 제1항)은 신분범이 아니며, 공무상비밀누설죄(제127조)가 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설한 경우에 성립하는 신분범이다.

ㄴ. (×) 직무유기죄는 공무원이 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니라, 직장의 무단이탈이나 직무의 의식적인 포기 등과 같이 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 구체적 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립하는 것이다(대판 2012.8.30. 2010도13694).

ㄷ. (○) 대판 2006.5.25. 2003도3945

ㄹ. (○) 대판 2003.12.26. 2002도7339