

## 2017년 검찰직 9급 형법 기출문제

1. 최근 각론이 출제범위에 포함되면서 다른 시험과 유사하게 출제되던 것과 달리 올해는 용어나 기본 개념을 묻는 지문들이 상대적으로 많이 출제되었음
2. 난이도 자체는 그리 높지 않으나 판례를 그대로 내지 않고 취지를 변형하거나, 자주 출제되지 않은 지문들이 많이 나와 판례 결론 중심으로 공부한 학생들은 조금 피곤하게 느낄 수 있었을것이나 내용을 이해하고 공부한 경우라면 해결이 가능한 문제들이었음.
3. 판례결론만을 암기하는 것이 아니라 기본개념을 확실히 정리하고 내용을 이해하는 방식으로 공부하는 것이 필요함.

### 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 죄형 법정주의에 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

 **해설** ① “약국을 관리하는 약사 또는 한약사는 보건복지부령으로 정하는 약국관리에 필요한 사항을 준수하여야 한다”는 약사법 제19조 제4항의 규정 위반자를 200만원 이하의 벌금에 처하도록 한 약사법 제77조 제1호 중 제19조 제4항 부분은 법률조항은 ‘약국관리에 필요한 사항’이라는 처벌법규의 구성요건 부분에 관한 기본사항에 관하여 보다 구체적인 기준이나 범위를 정함이 없이 그 내용을 모두 하위법령인 보건복지부령에 포괄적으로 위임함으로써, 약사로 하여금 광범위한 개념인 ‘약국관리’와 관련하여 준수하여야 할 사항의 내용이나 범위를 구체적으로 예측할 수 없게 하고, 나아가 헌법이 예방하고자 하는 행정부의 자의적인 행정입법을 초래할 여지가 있으므로, 헌법상 포괄위임입법금지 원칙 및 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다.(헌법재판소 2000.7.20. 99헌가15)

② 형벌법규의 해석에 있어서 법규정 문언의 가능한 의미를 벗어나는 경우에는 유추해석으로서 죄형법정주의에 위반하게 된다. 그리고 유추해석금지의 원칙은 모든 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용되는데, 위법성 및 책임의 조각사유나 소추조건 또는 처벌조각사유인 형면제 사유에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용하게 되면 행위자의 가벌성의 범위는 확대되어 행위자에게 불리하게 되는바, 이는 가능한 문언의 의미를 넘어 범죄구성요건을 유추적용하는 것과 같은 결과가 초래되므로 죄형법정주의의 과생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반하여 허용될 수 없다.(대법원 1997.3.20. 96도1167 전원합의체)

③ 법원조직법 제81조의2 이하의 규정에 의하여 마련된 대법원 양형위원회의 양형기준은 법관이 합리적인 양형을 정하는 데 참고할 수 있는 구체적이고 객관적인 기준으로 마련된 것이다. 위 양형기준은 법적 구속력을 가지지 아니하고, 단지 위와 같은 취지로 마련되어 그 내용의 타당성에 의하여 일반적인 설득력을 가지는 것으로 예정되어 있으므로 법관의 양형에 있어서 그 존중이 요구되는 것일 뿐이다. 대법원 양형위원회가 설정한 ‘양형기준’이 발효하기 전에 공소가 제기된 범죄에 대하여 위 ‘양형기준’을 참고하여 형을 양정한 사안에서, 피고인에게 불리한 법률을 소급하여 적용한 위법이 있다고 할 수 없다.(대법원 2009.12.10. 2009도11448)

④ 신상정보공개명령, 위치추적전자장치부착명령은 형벌이 아니라 보안처분이므로 원칙적으로 소급처벌금지의 원칙이 적용되지 않는다.

[참고판례]

1. **신상정보 공개·고지명령**의 근본적인 목적은 **재범방지와 사회방위**이고, 심판대상조항 및 신상정보 공개·고지조항은 ‘재범의 위험성’을 명시적으로 규정하고 있지 않지만, 법원은 ‘신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정’이 있는지 여부를 재범의 위험성을 고려하여 공개·고지명령을 선고하고 있다. 결국, 신상정보 공개·고지제도는 사회방위를 목적으로 하면서 행위자의 ‘재범의 위험성’도 고려하고 있으므로 그 실질에 있어서는 형벌이 아니라 보안처분이다. **신상정보 공개·고지명령은 형벌과는 구분되는 비형벌적 보안처분**으로서 어떠한 형벌적 효과나 신체의 자유를 박탈하는 효과를 가져오지 아니하므로 **소급처벌금지원칙이 적용되지 아니한다**. 그렇다면, **성폭력처벌법 시행 당시 신상정보 공개·고지명령의 대상에 포함되지 않았던 사람들을 이후 소급하여 신상정보 공개·고지명령의 대상이 되도록 하였다**라도 **소급처벌금지원칙에 위배되는 것은 아니다**.(헌법재판소 2016. 12.29 2015헌바196)
2. **특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률에 의한 전자감시제도**는, 성폭력범죄자의 재범방지와 성행교정을 통한 재사회화를 위하여 그의 행적을 추적하여 위치를 확인할 수 있는 전자장치를 신체에 부착하게 하는 부가적인 조치를 취함으로써 성폭력범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 하는 일종의 **보안처분**이다. 이러한 전자감시제도의 목적과 성격, 그 운영에 관한 위 법률의 규정 내용 및 취지 등을 종합해 보면, 전자감시제도는 **범죄행위를 한 자에 대한 응보를 주된 목적으로 그 책임을 추궁하는 사후적 처분인 형벌과 구별되어 그 본질을 달리하는 것으로서 형벌에 관한 소급입법금지의 원칙이 그대로 적용되지 않으므로, 위 법률이 개정되어 부착명령 기간을 연장하도록 규정하고 있더라도 그것이 소급입법금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없다**.(대법원 2010. 12. 23 2010도11996, 전도86)

## 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

 ④ 사회통념상 허용될 만한 소극적 저항행위를 처벌하지 않는 것은 기대가능성이 없어 책임이 조각되는 사유가 아니라 형법 20조의 사회상규에 위반되지 않는 위법성조각사유이다.

- ① 위조통화취득후 지정행사죄는 위조통화임을 모르고 취득후 알고 행사한 때 성립하는 범죄로 동기에 있어서 유혹적이며 기대가능성이 적다는 것을 고려 위조통화취득죄 보다 가볍게 처벌하고 있다.
- ② 21조 3항의 야간등의 과잉방위는 기대가능성이 없어 책임조각사유이다.
- ③ 도주죄는 구금된 자는 도주하지 않을 것을 기대할 가능성이 없다고 보아 형을 낮게 규정하고 있어 도주죄의 방조범을 따로 도주원조죄로 규정하여 정범인 도주죄보다 무겁게 처벌하고 있다.

## 3. 구성요건의 유형에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 상태범은 행위자의 행위가 위법상태를 한 번 야기함으로써 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

 ③ 거동범은 구성요건의 내용이 결과발생을 요하지 않고 구성요건에 규정된 행위를 하면 구성요건을 충족하여 기수가 되는 범죄로, 행위자가 직접 실행을 하여야 하는 범죄로 간접 정범의 형태로 범할 수 없는 범죄는 자수범이다.

- ① 상태범이란 구성요건적 실행행위에 의하여 범익침해가 발생함으로써 범죄는 기수에 이르고, 그 위법상태는 기수 이후에도 존속하는 범죄를 말한다. 구성요건적 결과발생(범익침해)과 동시에 곧 범죄가 기수에 이르고, 종료는 즉시범과 같은 의미로 이해하기도 한다. 상태범은 사후의 위법상태가 그 구성요건에 의하여 충분히 평가되어 있으므로 범죄 이후의 사후행위가 별도의 범죄를 구성하지 않는다.
- ② 구체적 위험범은 범익침해의 현실적인 위험의 발생을 구성요건에 명시하고 있는 위험범으로 위험의 발생이 구성요건요소로 위험의 발생의 인식도 고의의 내용이다.
- ④ 부진정신분범은 신분없는 자에 의하여도 범죄가 성립할 수는 있지만 신분있는 자가 죄를 범한 때에는 형이 가중되거나 감경되는 범죄로, 여기서의 신분은 가감적 신분이다.

#### 4. 과실범에서 신뢰의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 중앙선 표시가 있는 직선도로에서 특별한 사정이 없는 한 그 대향차선상의 차량이 중앙선을 넘어 반대 차선에 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 여부를 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

 ④ 교통이 빈번한 간선도로에서 횡단보도의 보행자 신호등이 적색으로 표시된 경우, 자동차운전자에게 보행자가 동 적색신호를 무시하고 갑자기 뛰어나오리라는 것까지 미리 예견하여 운전하여야 할 업무상의 주의의무까지는 없다.(대법원 1985. 11. 12. 85도1893)

① 대법원 1986. 2.25. 85도2651

② 약사는 의약품을 판매하거나 조제함에 있어서 그 의약품이 그 표시 포장상에 있어서 약사법 소정의 겸인 합격품이고 또한 부패 변질 변색되지 아니하고 유효기간이 경과되지 아니함을 확인하고 조제판매한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 관능시험 및 기기시험까지 할 주의의무가 없으므로 그 약의 표시를 신뢰하고 이를 사용한 경우에는 과실이 있다고 볼 수 없다.(대법원 1976.2.10. 74도2046)

③ 대법원 2007. 2. 22, 2005도9229

#### 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 유지하였다더라도 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이다.
- ② 역사직전의 아이에 대한 보증인 지위가 인정되었다도 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

 ③ 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.(대법원 1996.9.6. 95도2551)

- ① 어떠한 범죄가 적극적 작위에 의하여 이루어질 수 있음은 물론 결과의 발생을 방지하지 아니하는 소극적 부작용에 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 원칙이고, 작위에 의하여 악화된 법익 상황을 다시 되돌아키지 아니한 점에 주목하여 이를 부작용범으로 볼 것은 아니다.(대법원 2004.6.24. 2002도995)
- ② 역사적전의 아이에 대한 보증인 지위가 인정되더라도 구조가 불가능한 상황에서는 부작용범이 성립할 수 없다. 부작용범이 성립하기 위해서는 개별적 행위가능성이 있어야 하므로 보증인 지위가 인정되더라도 구조가 불가능한 상황(작위가능성이 없는 경우) 부작용범이 성립하지 않는다.
- ④ 기망행위라는 특정한 행위방법을 요건으로 하는 행태의존적 결과범인 사기죄의 경우에는 부작용에 의한 기망행위가 작위의 기망행위와 동등한 의미를 가진다고 판단될 때(동가치성이 인정될 때) 부작용에 의한 사기죄가 성립된다.

## 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

 ③ 목적은 초과 주관적 구성요건요소이다.

①②④ 개념설명으로 옳은 지문이다.

## 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 형법 제134조는 뇌물에 공할 금품을 필요적으로 몰수하고 이를 몰수하기 불가능한 때에는 그 가액을 추징하도록 규정하고 있는바, 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 없다.(대법원 1996. 5. 8. 96도221)

② 대법원 2002. 9.24. 2002도3589

③ 수뢰자가 뇌물을 그대로 보관하였다가 증뢰자에게 반환한 때에는 증뢰자로 부터 몰수·추징할 것이므로 수뢰자로 부터 추징함은 위법하다.(대법원 1984.2.28. 83도2783)

④ 대법원 1991. 5.28. 91도352

## 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 실체적 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 인정 하는 이론이다.

정답] ④

**해설** ④ 독립적인 두개의 범죄를 사실상 연결하고 있는 제3의 범죄가 있을 때, 제3의 범죄의 연결효과에 의하여 독립적인 두개의 범죄 사이에도 상상적 경합의 관계를 인정하자는 이론이 연결효과이론이다.

- ① 허위공문서작성죄와 허위작성공문서행사죄는 수뢰후부정처사죄와 각각 **상상적** 경합관계이다.
- ② 허위공문서작성죄와 허위작성공문서행사죄는 기능적 관점에서 목적과 수단의 관계에 있으나 **실체적** 경합관계이다.
- ③ 가장 중한 죄인 수뢰후부정처사죄로 처벌하면 족하고 경합범가중을 하지 않는다

[참고판례]

**예비군 중대장**이 그 소속예비군으로부터 금원을 교부받고 그 예비군이 예비군훈련에 불참하였음에도 불구하고 참석한 것처럼 **허위내용의 중대학급편성명부를 작성, 행사한 경우라면 수뢰후 부정처사죄 외에 별도로 허위공문서작성 및 동행사죄가 성립하고 이들 죄와 수뢰후 부정처사죄는 각각 상상적 경합관계에 있다고 할 것이다. 허위공문서작성죄와 동행사죄가 수뢰후 부정처사죄와 각각 상상적 경합관계에 있을 때에는 허위공문서작성죄와 동행사죄 상호간은 실체적 경합범관계에 있다고 할지라도 상상적 경합범관계에 있는 수뢰후 부정처사죄와 대비하여 가장 중한 죄에 정한 형으로 처단하면 족한 것이고 따로이 경합가중을 할 필요가 없다.**(대법원 1983.7.26. 83도1378)

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 경우 예는 그 범죄에 대한 방조와 정당방위의 성립이 가능하다.

정답] ③

**해설** ③ 음모란 2인 이상이 범죄의 의사를 공유하는 것으로, 2인 이상이 일정한 범죄의 실행에 대한 결심을 외부에 표시·전달 하는 것만으로도 음모죄가 성립한다.

- ① 제29조 【미수범의 처벌】 미수범을 처벌할 죄는 **각 본조에** 정한다.
- ② 범죄의 결심은 외부로 드러나지 않은 이상 도덕이나 종교가 해결할 문제이지 법이 개입하지 않는다. 그리고 교사 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행에 착수하지 않았다면 효과없는교사로 형법 31조 제2항에 따라 교사자와 피교사자 모두를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.
- ④ 계속범은 기수이후에도 종료전까지는 여전히 위법상태가 유지되므로, 기수이후에도 종료전까지는 공범 성립이 가능하고 정당방위도 가능하다.

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 성립 범위를 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 이탈하였다라도 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

**해설** ③ 공모자중의 어떤 사람이 다른 공모자가 실행행위에 이르기전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다고 할 것이고 그 이탈의 표시는 반드시 명시입을 요하지 않는다고 할 것이다. 원심이 확정된 사실에 의하면 구체적인 살해방법이 확정되어 피고인을 제외한 나머지 공범들이 피해자의 팔, 다리를 묶어 저수지 안으로 던지는 순간에 피해자에 대한 살인행위의 실행의 착수가 있다 할 것이고 따라서 피고인은 살해도미에는 가담하였으나 다른 공모자들이 실행행위에 이르기전에 그 공모관계에서 이탈하였다 할 것이고 그렇다면 피고인이 위 공모관계에서 이탈한 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여는 공동정범으로서의 책임을 지지 않는다고 할 것이다.(대법원 1986.1.21. 85도2371, 85감도347)

① **형법 제30조의 공동정범**은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것이기는 하나, 이를 위해서는 **전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 경우**여야 한다.(대법원 2010.7.15. 2010도3544)

② **연속된 히로뿡제조행위 도중에 관여**하여 포괄죄의 일부에 공동정범으로 가담한 자는 비록 그가 그때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하여도 그 **가담 이후의 범행에 대해서만 공동정범으로서 책임을 진다**.(대법원 1982.6.8. 82도884)

④ 피고인 갑은 처음부터 삼성전자의 영업비밀을 다른 벤처기업에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 그 영업비밀을 씨디롬과 디스켓에 담아두었던 것이므로 **피고인 갑이 그 중 씨디롬을 2000. 5.경 삼성전자 밖으로 반출하여 집으로 가져와 보관한 때에 이미 위 씨디롬에 담긴 삼성전자의 영업비밀에 관한 피고인 갑의 업무상배임의 범의가 외부에 표출되고 삼성전자의 재산상 손해발생의 위험이 현실화되어 업무상배임죄의 기수에 이르렀다고 할 것이고, 피고인 을은 그 이후에 피고인 갑과 접촉하여 위 씨디롬에 담긴 삼성전자의 영업비밀을 취득하려 하였던 것이므로 그 행위가 다른 죄에 해당하는지의 여부는 별론으로 하고 피고인 을이 위 씨디롬에 담긴 영업비밀에 관한 피고인 갑의 업무상배임죄의 공동정범이 될 수는 없다고 할 것이다**.(대법원 2003. 10. 30. 2003도4382)

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

**해설** ② 학설은 믿고 맡기는 신임관계에 따른 위탁이 없으므로 점유이탈물횡령이 된다고 보지만 판례는 횡령죄를 인정한다. [참고판례] 어떤 예금계좌에 돈이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우에는 그 예금주와

송금인 사이에 신의척상 보관관계가 성립한다고 할 것이므로, 피고인이 **송금 절차의 착오로 인하여 피고인 명의의 은행 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당**하고, 이는 **송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없다고 하더라도 마찬가지**이다.(대법원 2010.12. 9. 2010도891)

- ① 점유이탈물횡령죄는 위탁관계에 의하여 자기가 보관하는 타인의 재물을 영득하는 것이 아니라, 즉 신임관계의 배반을 내용으로 하지 않는다는 점에서 횡령죄나 업무상 횡령죄와는 그 성질을 달리하는 독립된 별개의 범죄이다.
- ③ 착오로 인하여 점유한 물건이나 타인이 놓고 간 물건, 일실한 가축도 사안에 따라 점유이탈물에 포함될 수 있다.
- ④ 피해자가 피씨방에 두고 간 핸드폰은 **피씨방 관리자의 점유하에 있어서** 제3자가 이를 취한 행위는 **절도죄**를 구성한다.(대법원 2007.3.15. 2006도9338)(피씨방 관리자의 새로운 점유를 침해한 절도죄)

## 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 작위의무자의 예견 또는 인식 등이 불확정적인 경우이더라도 미필적 고의로 인정될 수 있다.

정답] ③

 ③ 형법 제245조 소정의 '음란한 행위'라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치를 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 할 것이고, 위 죄는 **주관적으로 성욕의 흥분 또는 만족 등의 성적인 목적이 있어야 성립하는 것은 아니지만 그 행위의 음란성에 대한 의미의 인식이 있으면 족하다**.(대법원 2000.12.22. 2000도4372)

- ① 대법원 2010.2.11. 2009도9807
- ② 목적의 인식정도에 대해 구성요건적 행위만 있으면 목적이 달성되는 단절된결과범(내란죄등)은 확정적 인식을 요하고, 구성요건적 행위 이외에 목적달성을 위한 자기 또는 타인의 추가 행위가 있어야 목적이 달성되는 단축된 이행위범(무고죄등)은 미필적 인식으로 족하다는 견해가 있으나 판례는 둘다 미필적 인식으로 족하다고 한다.
- ④ 2015. 11. 12. 2015도6809 전원합의체

## 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

 ④ 추행의 고의로 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사, 즉 폭행행위를 하여 실행행위에 착수하였으나 추행의 결과에 이르지 못한 때에는 강제추행미수죄가 성립하며, 이러한 법리는 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 이른바 ‘기습추행’의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 피고인이 밤에 술을 마시고 배회하던 중 버스에서 내려 혼자 걸어가는 피해자 갑(여, 17세)을 발견하고 마스크를 착용한 채 뒤따라가다가 인적이 없고 외진 곳에서 가까이 접근하여 껴안으려 하였으나, 갑이 뒤돌아보면서 소리치자 그 상태로 몇 초 동안 쳐다보다가 다시 오던 길로 되돌아갔다 하여 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반으로 기소된 사안에서, 피고인과 갑의 관계, 갑의 연령과 의사, 행위에 이르게 된 경위와 당시 상황, 행위 후 갑의 반응 및 행위가 갑에게 미친 영향 등을 고려하여 보면, 피고인은 갑을 추행하기 위해 뒤따라간 것으로 추행의 고의를 인정할 수 있고, 피고인이 가까이 접근하여 갑자기 뒤에서 껴안은 행위는 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 갑의 성적 자유를 침해하는 행위여서 그 자체로 이른바 ‘기습추행’ 행위로 볼 수 있으므로, 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 있는데, 마침 갑이 뒤돌아보면서 소리치는 바람에 몸을 껴안은 추행의 결과에 이르지 못하고 미수에 그쳤으므로, 피고인의 행위는 아동·청소년에 대한 강제추행미수죄에 해당한다.(대법원 2015.09.10. 2015도6980)

- ① 대법원 2003. 10. 24. 2003도4417
- ② 대법원 2011. 1.13. 2010도9330
- ③ 대법원 2003. 3. 25. 2002도7134

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

甲의 보이스포싱에 속은 V가 자신의 현금 1,000만 원을 甲이 양도받아 가지고 있던 乙명의 통장으로 송금하였고 乙이 현금 140만 원을 인출하였는데, 이 통장은 乙이 누군가의 보이스포싱에 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

 ③ 사기죄의 객체는 타인이 점유하는 ‘타인의’ 재물 또는 재산상의 이익이므로, 피해자와의 관계에서 살펴보면 그것이 피해자 소유의 재물인지 아니면 피해자가 소유하는 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, 이는 재물에 해당하는 현금을 교부하는 방법이 예금계좌로 송금하는 형식으로 이루어진 것에 불과하여, 피해자의 은행에 대한 예금채권은 당초 발생하지 않는다.(재산상 이익이 아니라 재물이다)

①②④ 장물취득죄에서 ‘취득’이라 함은 장물의 점유를 이전받음으로써 그 장물에 대하여 사실상 처분권을 획득하는 것을 의미하는데, 이 사건의 경우 본범의 사기행위는 피고인이 예금계좌를 개설하여 본범에게 양도한 방조행위가 가공되어 본범에게 편취금이 귀속되는 과정 없이 피고인이 피해자로부터 피고인의 예금계좌로 돈을 송금받아 취득함으로써 종료되는 것이고, 그 후 피고인이 자신의 예금계좌에서 위 돈을 인출하였다 하더라도 이는 예금명의자로서 은행에 예금환을 청구한 결과일 뿐 본범으로부터 위 돈에 대한 점유를 이전받아 사실상 처분권을 획득한 것은 아니므로, 피고인의 위와 같은 인출행위를 장물취득죄로 별할

수는 없다. 사기 범행에 이용되리라는 사정을 알고서도 자신의 명의로 새마을금고 예금계좌를 개설하여 갑에게 이를 양도함으로써 갑이 을을 속여 을로 하여금 1,000만 원을 위 계좌로 송금하게 한 사기 범행을 방조한 피고인이 위 계좌로 송금된 돈 중 140만 원을 인출하여 갑이 편취한 장물을 취득하였다는 공소사실에 대하여, 갑이 사기 범행으로 취득한 것은 재산상 이익이어서 장물에 해당하지 않는다는 원심판단은 적절하지 아니하지만, 피고인의 위와 같은 인출행위를 장물취득죄로 벌할 수는 없으므로, 위 ‘장물취득’ 부분을 무죄로 선고한 원심의 결론을 정당하다.(대법원 2010.12.9. 2010도6256)

### 15. 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성 근거를 원인설정행위자체에서 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

 ② 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성 근거를 원인설정행위자체에서 찾는 견해는 실행의 착수에 구성요건적 행위정형성이 결여되어 죄형법정주의에 반할 위험이 있다.

- ① 책임능력 결함상태에서 구성요건 해당행위를 시작한 때에 실행의 착수가 있는 것으로 보는 견해는 원인행위와 실행행위의 불가분적 연관에서 책임의 근거를 인정하는 입장이다.
- ③ 행위와 책임의 동시존재 원칙의 예외를 인정하는 결과가 되어 책임주의에 반할 위험이 있는 이론은 원인행위와 실행행위의 불가분적 연관에서 책임의 근거를 인정하는 견해이다.
- ④ 살인의 의사로 음주하여 만취하였으나 살해행위로 나아가지 않았다면 살인미수가 인정되지 않는다는 견해는 실행행위시설 또는 원인행위와 실행행위의 불가분적 연관에서 책임의 근거를 인정하는 견해이다.

### 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 법률행위 당시에는 존재하지 아니하였던 처분문서를 사후에 그 작성일을 소급하여 작성하는 것은 증거위조죄를 구성한다.

정답] ①

 ① 형법 제155조 제1항은 “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”고 하고, 그 제3항은 “**피고인, 피의자 또는 징계혐의자를 모해할 목적으로 제1항의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역에 처한다**”고 규정하고 있는바, 그 문언 내용 및 입법 목적과 형벌법규 엄격해석의 원칙 등에 비추어 보면 **형법 제155조 제3항에서 말하는 ‘피의자’라고 하기 위해서는 수사기관에 의하여 범죄의 인지도 등으로 수사가 개시되어 있을 것을 필요로 하고, 그 이전의 단계에서는 장차 형사입건될 가능성이 크다고 하더라도 그러한 사정만으로 ‘피의자’에 해당한다고 볼 수는 없다.**(대법원 2010. 6. 24. 2008도12127)

② 대법원 1998. 2.10. 97도2961

③ **참고인이 타인의 형사사건 등에 관하여 제3자와 대화를 하면서 허위로 진술하고 위와 같은 허위 진술이**

담긴 대화 내용을 녹음한 녹음파일 또는 이를 녹취한 녹취록은 참고인의 허위진술 자체 또는 참고인 작성의 허위 사실확인서 등과는 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. 따라서 참고인이 타인의 형사사건 등에 관하여 제3자와 대화를 하면서 허위로 진술하고 위와 같은 허위 진술이 담긴 대화 내용을 녹음한 녹음파일 또는 이를 녹취한 녹취록을 만들어 수사기관 등에 제출하는 것은, 참고인이 타인의 형사사건 등에 관하여 수사기관에 허위의 진술을 하거나 이와 다를 바 없는 것으로서 허위의 사실확인서나 진술서를 작성하여 수사기관 등에 제출하는 것과는 달리, 증거위조죄를 구성한다.(대법원 2013.12.26. 2013도8085)

④ 기부금 횡령 사건의 수사가 개시되기 전이라도 장차 형사사건이 될 수 있는 상태에서 풍어제 경비 지출 관련 공문을 허위로 작성한 행위는 위 공문 작성일자로 기재된 날에 실제 존재하지 아니한 문서를 그 당시 존재하는 것처럼 작출하는 것으로서 문서의 작성 명의, 내용의 진위 여부에 불구하고 증거위조 행위에 해당하고, 甲이 자신의 형사사건에 관하여 위 乙 등에게 증거위조 및 위조증거의 사용을 교사한 이상 나중에 기부금 횡령 사건에 관하여 불기소처분을 받았다고 하더라도 증거위조교사죄 및 위조증거사용교사죄가 성립된다.(대법원 2011.2.10. 2010도15986)

## 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

 ④ 뇌물공여죄가 성립하기 위하여는 뇌물을 공여하는 행위와 상대방측에서 금전적으로 가치가 있는 그 물품 등을 받아들이는 행위가 필요할 뿐 반드시 상대방측에서 뇌물수수죄가 성립하여야 함을 뜻하는 것은 아니다.(대법원 2006.2.24. 2005도4737)

- ① 대법원 2003. 6. 13. 2003도1060
- ② 대법원 2001.1.21 99도4940
- ③ 대법원 2002. 11. 26. 2002도3539

## 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 것이더라도 형법 제310조

의 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 것이면 진실한 것이라는 증명이 없다 할지라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 한다.

정답] ②

**해설** ② 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다. 특정 기독교 교단의 목사들이 교단 내 목회자들에게 보낸 유인물에서 다른 목사의 목사안수를 비난한 것은 형법 제310조 소정의 '오로지 공공의 이익에 관한 때'에 해당한다(대법원 1999. 6. 8. 99도1543)

① 대법원 2002. 9.24. 2002도3570

③ 대법원 2000.10.10. 99도5407

④ 피고인의 위 취재보도를 형법 제307조 제2항의 허위사실적시명예훼손죄로 의율한 예비적 공소사실에 대하여 피고인이 위 기사내용을 허위라고 인식하였음을 인정할 증거가 없으므로 피고인을 허위사실 적시로 인한 명예훼손죄로 처벌할 수는 없고 다만 형법 제307조 제1항의 죄로 처벌할 여지가 있을 뿐이라고 전제한 다음, 명예훼손죄에 있어서는 개인의 명예보호와 정당한 표현의 자유보장이라는 상충되는 두 법익의 조화를 꾀하기 위하여 형법 제310조를 규정하고 있으므로 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이면 진실한 것이라는 증명이 없다 할지라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것인데, 이내창과 안기부여직원 일행이 거문도에서 함께 동행하고 있는 것을 보았다는 목격자까지 나왔으나 그들이 석연치 않은 이유로 그 진술을 번복하였던 까닭에 피고인이 위 기사내용을 진실이라고 믿고 보도하게 되었던 것이므로 피고인이 그와 같이 믿은 데에는 객관적으로 그럴 만한 상당한 이유가 있었다 할 것이어서 피고인의 행위는 형법 제310조에 따라 처벌할 수 없다고 봄이 상당하다.(대법원 1996. 8.23. 94도3191)

## 19. 인과관계에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에의함)

- 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

**해설** ② 대법원 2011.4.14. 2010도10104

① 피고인이 고속도로 2차로를 따라 자동차를 운전하다가 1차로를 진행하던 갑의 차량 앞에 급하게 끼어든 후 곧바로 정차하여, 갑의 차량 및 이를 뒤따르던 차량 두 대는 연이어 급제동하여 정차하였으나, 그 뒤를 따라오던 을의 차량이 앞의 차량들을 연쇄적으로 추돌케 하여 을을 사망에 이르게 하고 나머지 차량 운

전자 등 피해자들에게 상해를 입힌 사안에서, 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 인정된다.(대법원 2014.07.24. 2014도6206)

③ 피고인의 행위가 피해자를 사망하게 한 직접적 원인은 아니었다 하더라도 이로부터 발생한 다른 간접적 원인이 결합되어 사망의 결과를 발생하게 한 경우 그 행위와 사망 사이에는 인과관계가 있다고 할 것이다. 피고인이 갑의 뺨을 1회 때리고 오른손으로 목을 쳐 갑으로 하여금 뒤로 넘어지면서 머리를 땅바닥에 부딪치게 하여 두개골 골절, 외상성 지주막하 출혈 등의 상해를 가하고 그로 인해 사망에 이르게 하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 갑이 두부 손상을 입은 후 병원에서 입원치료를 받다가 합병증인 폐렴으로 인한 패혈증으로 사망에 이르게 되어 피고인의 범행과 갑의 사망 사이에 인과관계를 부정할 수 없고, 사망 결과에 대한 예견가능성이 있었는데도, 이와 달리 보아 상해치사의 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 법리 오해의 위법이 있다.(대법원 2012.03.15. 2011도17648)

④ 자상 피해자의 급성신부전증발병후 김밥,콜라등을 합부로 섭취해 합병증으로 사망한 사안에서 살인의 실행행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생하게 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이어야만 되는 것은 아니므로, 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 다른 사실(=피해자의 치료소홀등)이 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.(대법원 1994. 3.22. 93도3612)

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

 해설 ④ ㄷ, ㄹ

ㄱ(X) 제113조 【외교상 기밀의 누설】 ①외교상의 기밀을 누설한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.(신분범이 아니다.)

ㄴ(X) 공무원이 직무를 유기한 때라 함은 공무원이 법령 내규 또는 지시 통첩에 의한 추상적인 충근의무를 게을리한 일체의 경우를 지칭하는 것이 아니라 주관적으로 직무집행의사를 포기하고 객관적으로 정당한 이유없이 직무집행을 하지 아니하는 부작위상태가 있어 국가기능을 저해하는 경우를 말한다 할 것인바, 사법 경찰관리가 직무집행의사로 위법사실을 조사하여 훈방하는 등 어떤 형태로든지 그 직무집행행위를 하였다면 형사피의사건으로 입건수사하지 않았다 하여 곧 직무유기죄가 성립한다고 볼 수는 없다.(대법원 1982.6.8. 82도117)

ㄷ(O) 대법원 2006. 5.25. 2003도3945

르(O) 대법원 2012.3.15. 2010도14734

- 2017년 4월 8일 시행