

형법 기출해설

해설 - 진용은 교수(KG패스원 법원검찰학원)

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.

1. 정답 ①

- ① 대판 98도2816 전원합의체
- ② ... 제한적 유추를 통하여 처벌 범위를 실정법 이상으로 확대한 것으로서 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석 금지의 원칙에 위반된다(대판 96도1167).
- ③ 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(대판 2009도11448).
- ④ 판례는 보호관찰, 전자감시(발찌), 신상정보의 공개명령 및 고지명령에 대해 소급효를 인정하는 입장이다.

[평가] 모든 형법 교과서에 수록된 평범한 판례를 토대로 출제한 기본적 수준의 문제라고 볼 수 있다.

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

2. 정답 ④

- ① 기대가능성이 낮아서 처벌이 가벼운 경우이다.

② 기대가능성이 없어서 책임이 조각되어 처벌되지 않는 경우이다.

③ 기대가능성이 낮아서 처벌이 가벼운 경우이다.

④ 이는 정당행위에 해당하여 위법성이 조각되는 경우이다.

[평가] 기대가능성과 관련된 조문 및 이론을 반영한 평범한 수준의 문제로 볼 수 있다.

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 간접정범의 형태로 범할 수 없는 범죄이다.
- ④ 부진정신분범은 신분이 범죄의 성립에 영향을 미치지 않지만 형의 경중에 영향을 미치는 범죄이다.

3. 정답 ③

③ 지문의 거동범을 자수범으로 변경해야 올바른 내용이 된다. 거동범은 일정한 행위만으로 기수로 되는 범죄로서 형식범이라고도 한다. 거동범에 대하여는 간접정범이 성립할 수 있다.

[평가] 범죄의 유형과 관련해 오랜만에 출제된 문제로서 중급 난도라고 볼 수 있다.

문 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 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 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.

4. 정답 ④

④ 차량의 운전자로서는 횡단보도의 신호가 적색인 상태에서 반대 차선 상에 정지하여 있는 차량의 뒤로 보행자가 건너오지 않을 것이라고 신뢰하는 것이 당연하고 그렇지 아니할 사태까지 예상하여 그에 대한 주의의무를 다하여야 한다고는 할 수 없다(대판 1993.2.23, 92도2077).

[평가] 신뢰의 원칙에 관한 기본적인 판례와 관련된 기본적 수준의 문제라고 볼 수 있다.

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 침해상태를 부작위에 의해 유지하였더라도 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이다.
- ② 익사직전의 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.

5. 정답 ③

③ 형법상 부작위범에서의 작위의무는 법적인 의무이어야 하므로, 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 작위의무가 법적인 의무인 한 성문범이건 불문범이건 상관없이 없고 또 공범이건 사범이건 불문하므로, 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리의 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다.(대판1996.9.6, 96도2551)

[평가] 부작위범의 판례에 관한 기본적 수준의 문제라고 볼 수 있다.

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 구성요건요소)에 해당한다.

6. 정답 ③

③ 사문서위조죄는 목적범이며, 목적범에서의 목적은 고의를 초과하여 요구되는 초과 주관적 구성요건요소로 본다.

[평가] 주관적 불법요소의 유형에 대한 문제이다. 얼핏 어려워 보일 수 있으나 자세히 보면 매우 쉬운 문제이다. 지문 2번을 보면 3번이 틀렸음을 쉽게 알 수 있다. 평범한 수준의 문제이다.

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 추징

해야 한다.

- ② 甲이 A로 하여금 사기도박에 참여하도록 유인하기 위하여 고액의 수표를 제시해 보았다면 그 수표를 직접적으로 도박자금으로 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.

7. 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 없다.... 뇌물로 약속된 위 승용차 대금 명목의 금품은 특정되지 않아 이를 몰수할 수 없었으므로 그 가액을 추징할 수 없는 것임에도 이를 간과하고 추징한 원심판결은 위법하다(대판 96도221).

② 대판 2002도3589

③ 대판 83도2783

④ 대판 91도352

[평가] 뇌물죄의 몰수, 추징에 관한 판례를 토대로 한 문제이다. 정답인 1번 지문은 사례로 나와서 다소 생소해 보이지만 나머지 지문이 모두 평범하여 쉽게 답을 고를 수 있는 평범한 수준의 문제로 볼 수 있다.

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 불참하였음에도 불구하고 참석한 것처럼 예비군 중대학급편성부에 ‘참’이라는 도장을 찍어 허위공문서를 작성하고 이를 예비군중대 사무실에 비치한 경우, 甲에게는 수뢰후부정치사죄, 허위공문서작성죄, 허위작성공문서행사죄가 성립한다.

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

8. 정답 4

④ 예비군 중대장이 훈련불참자로부터 돈을 받고 참석했다는 허위공문서를 작성, 비치한 경우, **허위공문서작성죄와 동행사죄는 실체적 경합관계**에 있다 할지라도, 이들 죄와 **수뢰후 부정치사죄는 각각 상상적 경합관계**에 있으므로 수뢰후 부정치사죄와 대비하여 가장 중한 죄의 형으로 처단되면 되고 별도로 경합범가중을 할 필요는 없다(대판 83도1378). 이 사례는 이른바 연결적 효과에 의한 상상적 경합을 인정한 대법원 판례로서 매우 자주 소개되는 판례이다.

[평가] 이 문제는 사례 형으로 출제되어서 이런 유형의 출제에 대비하지 못한 수험생들은 쉽지 않았을 수 있으나 이 판례를 자주 접하여 이해한 수험생들에게는 매우 쉬운 문제로 볼 수 있다. ⇨ 우리 마무리자료의 1단계 262쪽에 기재되어 있고, 평소 강의시간에 매우 자주 강조하여 설명한 판례임

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·전달하는 것만으로도 음모죄가 성립한다.
- ④ 계속범의 경우 기수에 이르렀어도 범죄가 종료되지 않은 경우에는 그 범죄에 대한 방조와 정당방위의 성립이 가능하다.

9. 정답 ③

③ ... 내란음모가 성립하였다고 하기 위해서는 개별 범죄행위에 관한 세부적인 합의가 있을 필요는 없으나, 공격의 대상과 목표가 설정되어 있고, 그 밖의 실행계획에 있어서 주요 사항의 윤곽을 공통적으로 인식할 정도의 합의가 있어야 한다..... 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 2014도10978 전원합의체).

[평가] 예비·음모, 미수에 관한 문제로서 최신판례를 토대로 출제한 평범한 수준의 문제이다.

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.

10. 정답 ③

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 할 것이나, 공모관계에서의 이탈은 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모

자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다 (대판 2008도1274).

[평가] 공동정범에 관한 판례의 내용을 묻는 문제로서 평범한 수준이라고 볼 수 있다.

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 인정되기 때문에 손님이 잃어버린 물건은 점유이탈물이 되지 않고 주인의 점유가 인정된다.

11. 정답 ②

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 해당하고, 이는 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없다고 하더라도 마찬가지이다(대판 2010도891).

[평가] 형법상의 점유와 관련해 횡령죄와 점유이탈물횡령죄의 성립 여부를 묻는 판례 문제이다. 정상적으로 공부한 수험생이라면 누구든지 어렵지 않게 답을 고를 수 있는 평범한 수준의 문제이다.

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 벌할 뜻이 명확한 경우를 제외하고는 고의가 있어야 벌할 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.

12. 정답 ③

③ 형법 제245조 소정의 ‘음란한 행위’라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 할 것이고, 이 죄는 주관적으로 성욕의 흥분 또는 만족 등의 성적인 목적이 있어야 하는 것은 아니고, 그 행위의 음란성에 대한 의미의 인식이 있으면 성립한다(대판 2003도6514).

[평가] 형법상의 고의와 목적의 인식 정도에 관한 판례 문제로서, 정상적으로 공부한 수험생이라면 누구든지 어렵지 않게 답을 고를 수 있는 평범한 수준의 문제이다.

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

- ① 야간에 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 의도하여 아파트의 베란다 철제난간까지 올라 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.

13. 정답 ④

④ 강제추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되며, 이 경우의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것일 필요는 없다. 그리고 추행의 고의로 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사, 즉 폭행행위를 하여 그 실행행위에 착수하였으나 추행의 결과에 이르지 못한 때에는 강제추행미수죄가 성립하며, 이러한 법리는 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 이른바 '기습추행'의 경우에도 마찬가지로 적용된다....실제로 피고인의 팔이 피해자의 몸에 닿지는 않았다 하더라도 양팔을 높이 들어 갑자기 뒤에서 피해자를 껴안으려는 행위는 피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사로서 폭행행위에 해당하고, 그 때에 이른바 '기습추행'에 관한 실행의 착수가 있다고 볼 수 있다. 그런데 마침 피해자가 뒤돌아보면서 '왜 이러세요?'라고 소리치는 바람에 피해자의 몸을 껴안은 추행의 결과에 이르지 못하고 미수에 그친 것이므로, 피고인의 위와 같은 행위는 아동·청소년에 대한 강제추행미수죄에 해당한다(대판 2015도6980).

[평가] 강제추행죄의 실행의 착수에 관한 최신판례를 토대로 한 문제이다. 거의 모든 책에서는 이 판례를 다루고 있으므로 역시 평범한 수준의 문제라고 볼 수 있다.

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

甲의 보이즈피싱에 속은 乙가 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 보이즈피싱에 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 인출하

였다.

- 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.

14. 정답 ③

② 을은 갑이 사기범행을 범할 것을 알면서 통장을 양도하였으니 사기죄의 방조범으로 된다.

③④ 대판 2010. 12. 9. 2010도6256

[판시사항]

- [1] 사기 범행의 피해자로부터 현금을 예금계좌로 송금받은 경우, 그 사기죄의 객체가 ‘채물’인지 또는 ‘재산상의 이익’인지 여부(=채물)
- [2] 본인 명의의 예금계좌를 양도하는 방법으로 본범의 사기 범행을 용이하게 한 방조범이 본범의 사기행위 결과 그의 예금계좌에 입금된 돈을 인출한 경우, ‘장물취득죄’가 성립하는지 여부(소극)
- [3] 사기 범행에 이용되리라는 사정을 알고서도 자신의 명의로 은행 예금계좌를 개설하여 甲에게 이를 양도함으로써 甲이 乙을 속여 乙로 하여금 현금을 위 계좌로 송금하게 한 사기 범행을 방조한 피고인이 위 계좌로 송금된 돈 중 일부를 인출하여 甲이 편취한 장물을 취득하였다는 공소사실에 대하여, 위 ‘장물취득’ 부분을 무죄로 선고한 원심판단을 정당하다고 한 사례

[평가] 사기죄 및 장물죄에 관한 판례를 토대로 출제된 문제이다. 사례 형으로 출제되어 이런 유형에 익숙하지 못한 수험생들은 당황할 수 있는 문제이다. 그런 점에서 비교적 높은 수준의 문제로 볼 수 있다. 하지만 이 판례를 익히 알고 있는 수험생들에게는 어렵지 않았을 것이다. 점수 차이는 결국 이런 문제에서 드러난다고 생각한다.

⇒ 우리 마무리자료 2단계 177쪽에 수록된 판례임. 강의시간에 이것이 재산상의 이익이 아니라 ‘채물’이라고 여러 번 강조하였음.

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.

15. 정답 ②

① 원인설정행위 자체에서 가벌성의 근거를 찾는 견해는 실행의 착수시기를 원인설정행위시로 본다.

② 따라서 이 이론에 의하면 원인설정행위를 실행행위로 보게 되므로, 실행행위의 정형성을 무시하여 가벌성을 확장할 위험이 있어서 죄형법정주의에 반할 위험이 있다.

- ③ 원인행위시에 책임능력이 있으므로 행위와 책임의 동시존재의 원칙을 준수하게 된다(일치설).
- ④ 살인의 의사로 음주하여 만취한 때에 살인의 실행의 착수가 인정되므로, 살해행위로 나아가지 않았더라도 결국 살인미수죄로 된다.

[평가] 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 학설의 내용을 묻는 문제이다. 이런 유형의 출제에 대비하여 평소 철저하게 학습한 수험생이라면 어렵지 않게 풀 수 있는 문제이다.

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

- ① 피의자에 대한 모해목적의 증거위조죄에서 '피의자'에는 수사개시 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.

16. 정답 ①

① 형법 제155조 제3항(모해증거인멸죄)에서 말하는 [피의자]라고 하기 위해서는 수사기관에 의하여 범죄의 인지 등으로 수사가 개시되어 있을 것을 필요로 하고, 그 이전의 단계에서는 장차 형사 입건될 가능성이 크다고 하더라도 그러한 사정만으로 [피의자]에 해당한다고 볼 수는 없다(대판 2008도12127).

[평가] 증거위조죄에 관한 판례의 내용을 묻는 문제이다. 정답인 1번 지문의 판례는 평소 공부하지 않는 경우가 많으나 나머지 지문의 판례들이 모두 익숙한 내용이어서 정답을 고르는 데에는 별 어려움이 없으리라고 생각한다. 중급 난도의 문제이다.

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.

17. 정답 ④

④ 뇌물공여죄가 성립하기 위하여는 뇌물을 공여하는 행위와 상대방 측에서 금전적으로 가치가 있는 그 물품 등을 받아들이는 행위가 필요할 뿐 반드시 상대방 측에서 뇌물수수죄가 성립하여야 하는 것은 아니다(대판 2005도 4737).

[평가] 뇌물죄에 관한 판례 문제로서 평범한 수준의 문제이다. 정답을 고름에 망설임이 없었으리라 생각한다.

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 훼손하는 행위라고 볼 수 있다.
- ④ 「형법」 제310조의 적용에서 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이라면 진실한 것이라는 증거가 없다 할지라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 한다.

18. 정답 ②

② ... 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다고 봄이 상당하고, 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함하는 것이고, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다(대판 2008도8812).

[평가] 형법 제310조의 위법성조각사유에 관한 문제로서 평범한 수준의 출제라고 볼 수 있다.

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.

19. 정답 ②

② 한의사인 피고인이 피해자에게 문진하여 과거 봉침을 맞고도 별다른 이상반응이 없었다는 답변을 듣고 부작용에 대한 충분한 사전 설명 없이 환부인 목 부위에 봉침시술을 하였는데, 피해자가 위 시술 직후 쇼크반응을 나타내는 등 상해를 입은 사안에서, 제반 사정에 비추어 피고인이 봉침시술에 앞서 설명의무를 다하였더라도 피해자가 반드시 봉침시술을 거부하였을 것이라고 볼 수 없어, 피고인의 설명의무 위반과 피해자의 상해 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵다(대판 2010도10104).

[평가] 인과관계에 관한 판례를 묻는 문제로서 평범한 수준이므로 대부분의 수험생들이 답을 맞추었을 것으로 생각한다.

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

20. 정답 ④

ㄱ, ㄴ은 옳지 않고, ㄷ, ㄹ은 올바른 내용이다.

ㄱ. 외교상 기밀누설죄는 국교에 관한 범죄로서, 주체에 제한이 없으므로 신분범이 아니다(제113조 참고).
 ㄴ. 직무를 유기한다는 것은 법령, 내규, 통첩 또는 지시 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우를 이르는 것이 아니라 구체적으로 직무의 의식적인 포기 등과 같이 국가의 기능을 해하며 국민에게

피해를 야기시킬 가능성이 있는 경우를 일컫는 것이므로...(대판 82도2624)

[평가] 국가적 법익에 관한 조문과 판례를 섞어서 출제한 문제로서 중급 난도의 문제로 볼 수 있다.