

2019년 국가직 9급

형법 기출문제 해설

**한국경찰학원
장재혁 교수**

*총평

안녕하세요. 한국경찰학원 형법 장재혁입니다. 2019년 4월 6일 시행된 국가직 9급 시험 중 형법에 대한 해설입니다. 잘 참고하셔서 여러분의 수험에 도움이 되길 기원합니다.

이번 시험에서도 판례를 중심으로 조문과 이론(학설 등)이 출제되는 기본 틀은 유지되었습니다. 다만 몇 가지 특징적 부분이나 수험생 여러분들이 참고하셔야 할 사항들이 있기에 아래에 간략히 정리해 드리겠습니다.

1. 난이도 높은 학설 문제가 출제되었습니다.

반전된 위법성조각사유의 전제사실의 착오(우연방위)와 위법성조각사유의 전제사실의 착오(오상방위)가 각각 개별 문제로 출제되어 어렵게 느끼셨으리라 봅니다. 또한 구성요건적 착오 등 형법상의 '착오' 관련 지문을 한 문제로 모아서 출제된 것도 까다롭게 느껴졌을 것입니다. 형법상 착오에 관련된 학설과 판례를 명확히 이해하지 않는다면 고득점은 어렵습니다. 공부를 열심히 했음에도 이 부분을 제대로 이해하지 못한 수험생이라면 지금도 늦지 않았으니 본인에게 잘 맞는 교재와 강의를 찾으셔서 착오 부분을 확실히 정복하는 것을 목표로 하시기 바랍니다.

2. 난이도 높은 사례 문제가 출제되었습니다.

한 개 판례를 기초로 만든 기초적인 사례문제(부진정 사례문제)가 아니라, 여러 판례의 쟁점을 연결해 만든 진정 사례문제가 출제되었습니다. 특히 특수공무집행방해치상죄 성립여부로 함정을 파 놓은 지문을 볼 때 형법에 대한 깊은 이해를 확인하고자 하는 출제위원의 의도가 드러납니다. 형법을 제대로 이해하는 것을 공부의 목표로 삼으시기 바랍니다. (다만 해당 문제(19번) 지문 중 문제의 소지가 보이는 것이 있으니 아래의 해설을 참고하십시오)

3. 기타

- 2018년 최신판례 지문 3개, 2017년 최신판례 지문 3개가 출제되었습니다. 시험 직전에 최신 판례는 반드시 정리하시기 바랍니다. 천연하자면 시험일 기준으로 최근 3개년 판례를 잘 정리하시기 바랍니다.
- 법조문을 묻는 지문도 3개 출제되었습니다. 기본적 조문은 완전히 숙지하시기 바랍니다.
- 중과실을 인정한 판례를 묻는 문제가 출제되었습니다. 중과실 인정한 판례, 뇌물죄의 직무관련성을 부정한 판례 등 각 영역별 특징적 판례에 대한 암기를 요합니다.

***해설** (판례 그대로 출제된 경우에는 판례번호만 기재함)

1. 「형법」 제263조(동시범)에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 시간적 차이가 있는 독립된 상해행위나 폭행행위가 경합하여 사망의 결과가 일어나고 그 사망의 원인된 행위가 판명되지 아니한 경우에는 공동정범의 예에 의하여 처벌한다.
- ② 처음에는 甲이, 그 다음에는 甲의 연락을 받고 온 乙과 丙이 함께 잡귀를 물리친다면서 피해자의 팔과 다리를 붙잡고 배와 가슴을 손과 무릎으로 힘껏 누르고 밟아 피해자가 복강내출혈로 사망에 이르렀으나 원인행위가 판명되지 아니한 경우에는 동시범의 문제가 발생하지 않는다.
- ③ 피고인은 자신의 행위와 상해의 결과 사이에 개별 인과관계가 존재하지 않음을 입증하더라도 상해의 결과에 대한 책임에서 벗어날 수 없다.
- ④ 「형법」 제263조는 상해와 폭행죄에 관한 특별규정으로서 그 보호법익을 달리하는 강간치상죄에는 적용할 수 없다.

정답 ③

① O - 제263조의 상해죄 동시범 특례는 상해죄, 폭행치상죄 뿐 아니라 상해치사죄, 폭행치사죄의 경우에도 적용된다. (2000도2466)

② O - 공모가 인정되므로 공동정범으로 규율할 사안이지 동시범의 문제가 아니다.

2인 이상이 상호의사의 연락없이 동시에 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였을 때에는 원칙적으로 각인에 대하여 그 죄를 논하여야 하나 그 결과 발생의 원인이 된 행위가 분명하지 아니한 때에는 각 행위자를 미수범으로 처벌하고(독립행위의 경합), 이 독립행위가 경합하여 특히 상해의 결과를 발생하게 하고 그 결과발생의 원인이 된 행위가 밝혀지지 아니한 경우에는 공동정범의 예에 따라 처단(동시범)하는 것이므로 공범관계에 있어 공동가공의 의사가 있었다면 이에는 도시(도저하) 동시범등의 문제는 제기될 여지가 없다. (85도1892)

③ X - 상해죄 동시범 특례 도향은 인과관계가 판명되지 아니할 때 비로소 적용 가능하다. (제263조, 2017헌가10)

④ O - (84도372)

2. 위법성조각사유에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정당방위는 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 것으로서 상당성이 있어야 하므로, 정당한 침해에 대한 정당방위는 인정되지 않는다.
- ② 긴급피난에 해당하려면 피난행위가 위난에 처한 법익을 보호하기 위한 유일한 수단이어야 하고, 피해자에게 가장 경미한 손해를 주는 방법을 택하여야 하며, 피난행위로 보전되는 이익은 이로 인해 침해되는 이익보다 우월해야 하고, 피난행위는 그 자체가 사회윤리나 법질서 전체의 정신에 비추어 적합한 수단이어야 한다.
- ③ 점유할 권리 없는 자의 점유라고 하더라도 그 주거의 사실상의 평온은 보호되어야 하므로, 권리자가 그 권리실행으로서 자력구제의 수단으로 건조물에 침입한 경우에도 주거침입죄가 성립한다.
- ④ 사문서를 수정할 당시 명의자가 현실적으로 승낙하지 않았다면, 설정 명의자가 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되더라도 사문서변조죄가 성립한다.

정답 ④

① O - 부당한 침해에 대해서만 가능하다.

제21조 (정당방위) ①자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다.

② O - 형법 제22조 제1항의 긴급피난이란 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 상당한 이유 있는 행위를 말하고, 여기서 '상당한 이유 있는 행위'에 해당하려면, 첫째 피난행위는 위난에 처한 법익을 보호하기 위한 유일한 수단이어야 하고, 둘째 피해자에게 가장 경미한 손해를 주는 방법을 택하여야 하며, 셋째 피난행위에 의하여 보전되는 이익은 이로 인하여 침해되는 이익보다 우월해야 하고, 넷째 피난행위는 그 자체가 사회윤리나 법질서 전체의 정신에 비추어 적합한 수단일 것을 요하는 등의 요건을 갖추어야 한다. (2014도2477)

③ O - (83도1429)

④ X - 현실적 승낙(명서적 승낙 또는 묵시적 승낙)이 없었더라도, 행위 당시를 기준으로 피해자가 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정된다면 유효한 승낙으로 인정한다. <추정적 승낙>

사문서의 위·변조죄는 작성권한 없는 자가 타인 명의를 모용하여 문서를 작성하는 것을 말하는 것이므로 사문서를 작성·수정함에 있어 그 명의자의 명시적이거나 묵시적인 승낙이 있었다면 사문서의 위·변조죄에 해당하지 않고, 한편 행위 당시 명의자의 현실적인 승낙은 없었지만 행위 당시의 모든 객관적 사정을 종합하여 명의자가 행위 당시 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되는 경우 역시 사문서의 위·변조죄가 성립하지 않는다. (2007도9987)

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

- ① 부동산 매도인이 매수인으로부터 중도금을 지급받은 후 그 부동산을 제3자에게 이중으로 양도하였다면 배임죄가 성립한다.
- ② 채권담보를 위한 대물변제예약의 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다면 배임죄가 성립하는 것은 아니다.
- ③ 동산매매계약에서 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 제3자에게 처분하였다면 배임죄가 성립하는 것은 아니다.
- ④ 채무자가 채권자 A와 B에게 순차적으로 그 소유의 동산에 대하여 점유개정의 방식으로 이중의 양도담보 설정계약을 체결한 후 그 목적물을 임의로 제3자에게 처분하였다면 A는 물론 B에 대한 관계에서도 배임죄가 성립한다.

정답 ④

① O - 부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있다. 그러나 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 없다. 따라서 이러한 단계에 이른 때에 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 된다. 그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 보아야 한다. 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주기 전에 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 행위는 매수인의 부동산 취득 또는 보전에 지장을 초래하는 행위이다. 이는 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다. (2017도4027 전합)

② O - (가) 채무자가 채권자에 대하여 소비대차 등으로 인한 채무를 부담하고 이를 담보하기 위하여 장래에 부동산의 소유권을 이전하기로 하는 내용의 대물변제예약에서, 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 '자기의 사무'에 해당하는 것이 원칙이다. (나) 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 예약 당시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 채무자가 차용금을 제때에 반환하지 못하여 채권자가 예약완결권을 행사한 후에야 비로소 문제가 되고, 채무자는 예약완결권 행사 이후라도 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 의무에서 벗어날 수 있다. 한편 채권자는 당해 부동산을 특정물 자체보다는 담보물로서 가치를 평가하고 이로써 기존의 금전채권을 변제받는 데 주된 관심이 있으므로, 채무자의 채무불이행으로 인하여 대물변제예약에 따른 소유권등기를 이전받는 것이 불가능하게 되는 상황이 초래되어도 채권자는 채무자로부터 금전적 손해배상을 받음으로써 대물변제예약을 통해 달성하고자 한 목적을 사실상 이룰 수 있다. 이러한 점에서 대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이어서 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 '타인의 사무'에 해당한다고 볼 수는 없다. (2014도3363 전합)

③ O - 매매의 목적물이 동산일 경우, 매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다. 동산매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다. (2008도10479 전합)

④ X - 제2채권자인 B는 담보권을 취득하지 못했으므로 B에 대해서는 배임죄가 성립하지 아니한다.

금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하되 점유개정에 의하여 채무자가 이를 계속 점유하기로 한 경우 특별한 사정이 없는 한 동산의 소유권은 신탁적으로 이전됨에 불과하여 채권자와 채무자 사이의 대내적 관계에서 채무자는 의연히 소유권을 보유하나 대외적인 관계에 있어서 채무자는 동산의 소유권을 이미 채권자에게 양도한 무권리자가 되는 것이어서 다시 다른 채권자와 사이에 양도담보 설정계약을 체결하고 점유개정의 방법으로 인도를 하더라도 선의취득이 인정되지 않는 한 나중에 설정계약을 체결한 채권자는 양도담보권을 취득할 수 없는데, 현실의 인도가 아닌 점유개정으로선 선의취득이 인정되지 아니하므로, 결국 뒤의 채권자는 양도담보권을 취득할 수 없고, 따라서 이와 같이 채무자가 그 소유의 동산에 대하여 점유개정의 방식으로 채권자들에게 이중의 양도담보 설정계약을 체결한 후 양도담보 설정자가 목적물을 임의로 제3자에게 처분하였다면 양도담보권자라 할 수 없는 뒤의 채권자에

대한 관계에서는, 설정자인 채무자가 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수 없어 배임죄가 성립하지 않는다. (2004도1751)

4. 형법의 시간적 적용범위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 특수상해죄(「형법」 제258조의2제1항)를 신설하면서 그 법정형을 구 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제3조제1항보다 낮게 규정한 것은 종전의 형벌규정이 과중하다는 데에서 나온 반성적 조치로서 「형법」 제1조제2항의 '범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때에 해당한다'.
- ② 피해자의 의사에 상관없이 처벌할 수 있었던 근로기준법위반죄가 반의사불벌죄로 개정되었으나 부칙에는 그 적용과 관련한 경과규정이 없다면, 개정 전의 행위에 대해서는 「형법」 제1조제1항에 의하여 행위시의 법률이 적용되어야 한다.
- ③ 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄 실행 종료시의 법인 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다.
- ④ 형의 경중의 비교는 원칙적으로 법정형을 표준으로 하고, 병과형 또는 선택형이 있을 때에는 그중 가장 중한 형을 기준으로 하여 다른 형과 경중을 정하는 것이 원칙이다.

정답 ②

- ① O - (2013도16192)
- ② X - 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시의 부존재는 소극적 소송조건으로서 직권조사사항이라 할 것이고, 2005. 3. 31. 법률 제7465호로 개정되어 2005. 7. 1.부터 시행된 근로기준법 제112조 제2항에 의하면, 종전에는 피해자의 의사에 상관없이 처벌할 수 있었던 근로기준법 제112조 제1항, 제36조 위반죄가 반의사불벌죄로 개정되었고, 부칙에는 그 적용과 관련한 경과규정이 없지만 개정법률이 피고인에게 더 유리할 것이므로 형법 제1조 제2항에 의하여 피고인에 대하여는 개정법률이 적용되어야 할 것인바, 기록에 의하면, 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4는 이 사건 공소제기 전인 2004. 1. 9. 전주지방노동사무소에서 피고인에 대한 처벌을 원하지 아니한다고 진술한 사실을 알 수 있으므로, 위 피해자들에 대한 부분에는 개정법률에 따라 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반된다고 하여 공소기각의 판결을 선고하여야 할 것임에도, 이에 대하여 종전의 규정을 적용한 원심판결에는 결국 형사소송법 제383조 제2호 소정의 "판결 후 형의 변경이 있는 때"에 준하는 사유가 있다고 보아야 할 것이어서 파기를 면할 수 없다. (2005도4462)
- ③ O - (93도1166)
- ④ O - 행위시법인 구 변호사법(1982.12.31 개정전의 법률) 제54조에 규정된 형은 징역 3년이고 재판시법인 현행 변호사법 제78조에 규정된 형은 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금으로서 신법에서는 벌금형의 선택이 가능하다 하더라도 법정형의 경중은 병과형 또는 선택형 중 가장 중한 형을 기준으로 하여 다른 형과 경중을 정하는 것이므로 행위시법인 구법의 형이 더 경하다. (83도2499)

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

- ① 법인격 없는 사단과 같은 단체는 법인과 마찬가지로 사법상의 권리의무의 주체가 될 수 있음은 별론으로 하더라도 법률에 명문의 규정이 없는 한 범죄능력은 없다.
- ② 특별한 근거규정이 없는 한 법인이 설립되기 이전에 자연인이 한 행위에 대해서는 양벌규정을 적용하여 법인을 처벌할 수 없다.
- ③ 합병으로 인하여 소멸한 법인이 그 종업원 등의 위법행위에 대해 양벌규정에 따라 부담하던 형사책임은 합병으로 인하여 존속하는 법인에 승계되지 않는다.
- ④ 지방자치단체가 국가로부터 위임받은 사무를 처리하는 경우에도 지방자치단체는 국가기관과는 별도의 독립한 공법인이므로 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 법인에 해당한다.

정답 ④

- ① O - 법인격 없는 사단과 같은 단체는 법인과 마찬가지로 사법상의 권리의무의 주체가 될 수 있음은 별론으로 하더라도 법률에 명문의 규정이 없는 한 그 범죄능력은 없고 그 단체의 업무는 단체를 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없는바, 구 건축법제26조 제1항의 규정에 의하여 건축물의 유자·관리의무를 지는 '소유자 또는 관리자'가 법인격 없는 사단인

경우에는 자연인인 대표기관이 그 업무를 수행하는 것이므로, 같은 법 제79조 제4호에서 같은 법 제26조 제1항의 규정에 위반한 자라 함은 법인적 없는 사단의 대표기관인 자연인을 의미한다. (96도524)

② O - 일반적으로 자연인이 법인의 기관으로서 범죄행위를 한 경우에도 행위자인 자연인이 그 범죄행위에 대한 형사책임을 지는 것이고, 다만 법률이 그 목적을 달성하기 위하여 특별히 규정하고 있는 경우에만 행위자를 벌하는 외에 법률효과가 귀속되는 법인에 대하여도 벌금형을 과할 수 있는 것인 만큼, 법인이 설립되기 이전에 어떤 자연인이 한 행위의 효과가 설립 후의 법인에게 당연히 귀속된다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 양벌규정에 의하여 사용자인 법인을 처벌하는 것은 형벌의 자기책임원칙에 비추어 위헌행위가 발생한 그 업무와 관련하여 사용자인 법인이 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리한 선임감독상의 과실을 이유로 하는 것인데, 법인이 설립되기 이전의 행위에 대하여는 법인에게 어떠한 선임감독상의 과실이 있다고 할 수 없으므로, 특별한 근거규정이 없는 한 법인이 설립되기 이전에 자연인이 한 행위에 대하여 양벌규정을 적용하여 법인을 처벌할 수는 없다고 봄이 타당하다. (대법원 2018.8.1. 2015도10388)

③ O - (2015도13946)

④ X - [1] 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 처리하게 하는 기관위임사무의 경우 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있고, 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인으로서 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 법인에 해당한다. 또한, 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 하고 있는 사무가 자치사무인지, 기관위임사무에 해당하는지 여부를 판단하는 때에는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 하며, 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단하여야 한다. [2] 지방자치단체 소속 공무원이 지정항만순찰 등의 업무를 위해 관할관청의 승인 없이 개조한 승합차를 운행함으로써 구 자동차관리법(2007. 10. 17. 법률 제8658호로 개정되기 전의 것)을 위반한 사안에서, 지방자치법, 구 항만법(2007. 8. 3. 법률 제8628호로 개정되기 전의 것), 구 항만법 시행령(2007. 12. 31. 대통령령 제20506호로 개정되기 전의 것) 등에 비추어 위 항만순찰 등의 업무가 지방자치단체의 장이 국가로부터 위임받은 기관위임사무에 해당하여, 해당 지방자치단체가 구 자동차관리법 제83조의 양벌규정에 따른 처벌대상이 될 수 없다고 한 사례. (2008도6530)

6. 기대가능성에 대한 설명으로 옳은 것(O)과 옳지 않은 것(X)을 바르게 표시한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 이미 유죄의 확정판결을 받은 피고인이 설사 자신의 형사사건에서 시종일관 그 범행을 부인하였다 하더라도, 이를 이유로 피고인에게 공범의 형사사건에서 사실대로 증언할 것을 기대할 가능성이 없다고 볼 수는 없다.
- ㄴ. 피고인이 주종관계에 있는 공동피고인의 지시를 거절할 수가 없어 뇌물을 공여하였더라도 그와 같은 사정만으로 피고인에게 뇌물공여 이외의 반대행위를 기대할 수 없는 경우라고 볼 수는 없다.
- ㄷ. 상관의 명령에 절대 복종하여야 한다는 것이 불문율로 되어있다면, 고문행위와 같은 중대하고도 명백한 위법명령에 따른 행위라도 강요된 행위로서 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우에 해당한다.
- ㄹ. 영업정지처분에 대한 집행정지 결정이 잠정적으로 받아들여졌다는 사정만으로는 구 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」 위반으로 기소된 피고인에게 적법행위의 기대가능성이 없다고 볼 수는 없다.

	ㄱ	ㄴ	ㄷ	ㄹ
①	O	O	X	O
②	O	O	X	X
③	O	X	X	O
④	X	O	O	X

정답 ①

ㄱ O - (2005도10101)

ㄴ O - (82도2873)

ㄷ X - [박종철고문치사 사건] 적법행위 기대가능성이 있다. (87도2358)

ㄹ O - 영업정지처분에 대한 집행정지 결정은 피고인이 제기한 영업정지처분 취소사건의 본안판결 선고시까지 그 처분의 효력을 정지한 것으로서 행정청의 처분의 위법성을 확정적으로 선언하지도 않았으므로, 위 집행정지 신청이 잠정적으로 받아들여졌다는 사정만으로는, 구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호로 폐지) 위반으로 기소된 피고인에게 적법행위의 기대가능성이

없다고 볼 수는 없다. (2007도8645)

7. 甲은 평소 미워하던 乙과 우연히 마주치자 乙의 얼굴을 주먹으로 강타하여 코피가 나게 하였는데, 마침 그때 乙은 甲을 살해하려고 칼로 甲을 공격하려던 순간이었음이 밝혀졌다. 이에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?

- ㄱ. 위법성조각사유에 있어서는 주관적 정당화요소가 요구되지 않는다는 견해에 따르면, 甲의 행위는 정당방위로서 위법성이 조각될 수 있다.
- ㄴ. 판례에 따르면 정당방위가 성립하기 위하여는 행위자에게 방위의사가 있어야 하고 그 방위행위가 상당성이 있어야 하므로, 甲의 행위는 정당방위가 될 수 없다.
- ㄷ. 위법성조각사유에 있어서는 주관적 정당화요소가 요구되지만 위 사례에서는 결과반가치가 부정된다는 견해에 따르면, 甲은 상해죄의 불능미수로 처벌될 수 있다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄷ ③ ㄴ, ㄷ ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ

정답 ④

사안은 주관적 정당화의사가 없는 경우, 즉 반전된 위법성조각사유의 전제사실의 착오 사안이다. (우연방위)

ㄱ ○ - 결과반가치 일원론의 입장이다. 이는 행위의 위법성을 조각시키기 위해 객관적 정당화상황만 필요할 뿐 주관적 정당화의사는 필요 없다는 견해이므로 지문은 옳다.

ㄴ ○ - 판례는 객관적 정당화상황 뿐 아니라 주관적 정당화의사까지 있어야 한다는 입장이므로 이 사안에서 위법성이 조각될 수 없다. (96도3376 전합)

ㄷ ○ - 이원적 인적 불법론의 입장이다. 이는 행위의 위법성을 조각시키기 위해 객관적 정당화상황과 주관적 정당화의사 모두 필요하다는 견해이므로 지문은 옳다. 사안의 경우 행위자가 야기한 객관적 불법성은 객관적 정당화상황에 의해 상쇄되나, 행위자가 지닌 주관적 불법성은 주관적 정당화의사가 없어 상쇄되지 아니하고 남는다. 이 것은 불능미수의 불법구조와 유사하므로(범죄 고의를 가지고 실행에 착수했으나 법익침해 결과를 발생시킬 가능성이 없어 결과가 불발생한 사안) 불능미수로 처벌하는 것이 적절하다고 본다.

8. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 존재하지 않는 형벌법규를 존재하는 것으로 오인하고 행위한 때에도 그 행위에 위법성이 있으면 불능미수로 처벌할 수 있다.
- ② 형이 면제되는 친족관계가 있다고 오인하고 절도하였더라도 절도죄의 성립은 물론이고 처벌에도 아무런 영향이 없다.
- ③ 피고사자의 객체의 착오는 교사자에게 방법의 착오가 된다는 견해가 방법의 착오에 관한 구체적 부합설을 취하면, 甲이 乙에게 A를 살해할 것을 교사하였으나 乙이 B를 A로 오인하여 B를 살해한 경우 甲은 B에 대한 살인교사의 죄책을 진다.
- ④ 甲이 乙의 고의로 A를 구타하여 A가 정신을 잃자 사망한 것으로 오인하고, A가 자살한 것처럼 가장하기 위하여 A를 베란다 아래로 떨어뜨려 사망하게 한 경우에는 포괄하여 하나의 살인죄가 성립한다.

정답 ②

① X - 환각법, 즉 객관적으로 자기행위가 적법한데 행위자는 위법하다고 인식한 경우이다. (반전된 금지착오) 환각법은 위법성 여부를 판단할 필요 없이 불가벌이다.

② ○ - 친족상도제는 가벌요건으로 구성요건적 고의의 인식대상이 아니다. 친족상도제의 친족관계는 객관적으로 존재하는지에 따라 처리되고 이에 대한 착오는 범죄 성립과 처벌에 영향을 주지 아니한다. (66도104)

③ X - 구체적 사실의 착오 중 방법의 착오에 대해 '법정적 부합설'은 발생사실에 대한 고의기수범을 인정하나 '구체적 부합설'은 인식사실에 대한 (고의)미수범과 발생사실에 대한 과실(기수)범의 상상적 경합을 인정한다. 따라서 사안은 구체적 부합설에 따른 결론이 아니다.

④ X - 피고인의 구타행위로 상해를 입은 피해자가 정신을 잃고 빈사상태에 빠지자 사망한 것으로 오인하고, 자신의 행위를 은폐하고 피해자가 자살한 것처럼 가장하기 위하여 피해자를 베란다 아래의 바닥으로 떨어뜨려 사망케 하였다면, 피고인의 행위는 포괄하여 단일의 상해치사죄에 해당한다. (94도2361)

9. 甲은 乙의 애인 A를 자신의 애인 B로 오인하여 놀라게 할 생각으로 뒤에서 그녀의 어깨를 껴안았는데, 乙은 甲을 성폭행범으로 오인하고 甲을 주먹으로 때려 전치 4주의 타박상을 입혔다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 A를 B로 오인하였다고 하더라도 강제추행의 고의는 부정되지 않으므로 甲은 A에 대한 강제추행의 죄책을 진다.
- ② 乙이 甲을 성폭행범으로 오인하였다고 하더라도 乙이 의도적으로 甲을 때려 상해를 입힌 이상, 법효과제한적 책임설에 따르면 乙은 상해의 죄책을 진다.
- ③ 엄격책임설에 따르면 乙이 甲을 성폭행범으로 오인하는데 정당한 이유가 인정된다면 상해죄의 구성요건해당성은 인정되나 책임이 부정되어 상해죄는 성립하지 않는다.
- ④ 만약 甲이 추행의 의사로 A를 뒤에서 팔을 벌려 껴안으려 했다면 A가 뒤돌아보면서 소리치는 바람에 A를 껴안지 못하였더라도 甲은 A에 대한 강제추행 기수의 죄책을 진다.

정답 ③

사안은 위법성조각사유의 전제사실의 착오 사안이다. (오상방위) 乙의 행위는 상해죄의 구성요건에 해당하고, 성폭행범에 대항한다는 주관적 정당화의사는 있었으나, 성폭행범의 침해라는 객관적 정당화상황은 존재하지 않았다.

- ① X - 甲은 애인을 껴안는다고 인식했으므로 강제추행의 고의가 없어 강제추행죄는 성립하지 않는다. 한편 강제추행의 고의는 없었으나, 사안의 껴안은 행위가 강제추행행위로 인정된다면 甲은 '과실'로 강제추행을 범한 것이고 강제추행죄는 과실범 처벌규정이 없으므로 불가벌이다.
- ② X - 법효과제한적 책임설은 위법성조각사유의 전제사실의 착오가 발생한 경우 구성요건적 고의는 인정되나, 착오로 인해 심정평가치가 부정되므로 책임 고의가 조각되고, 그 효과는 구성요건적 고의가 조각된 것과 같게 고의범은 성립되지 않는다고 본다. 이 경우 과실 유무에 따라 과실범 혹은 무죄가 될 것이다. 사안의 경우 乙에게 고의범인 상해죄는 성립하지 않고, 甲을 성폭행범으로 오인한 데 과실이 있다고 인정되더라도 과실치상죄의 죄책을 지는 데에 그칠 것이다.
- ③ O - 엄격책임설은 위법성조각사유의 전제사실의 착오가 발생한 경우 구성요건적 사실의 인식은 있으므로 불법고의는 인정되고, 그 착오에 정당한 이유가 있을 때만 책임이 조각된다고 본다. 사안의 경우 乙은 정당한 이유가 인정되므로 상해죄의 책임이 조각된다.
- ④ X - 기습적으로 껴안으려다가 실패한 사안에서 판례는 강제추행미수죄를 인정했다.

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 갑을 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 되돌아갔다고 하여 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반으로 기소된 사안에서, 피고인의 행위가 아동·청소년에 대한 강제추행미수죄에 해당한다고 한 사례 (2015도6980)

10. 상해에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 상해죄가 성립하기 위해서는 상해의 고의와 신체의 완전성을 해하는 행위 및 이로 인하여 발생하는 인과관계 있는 상해의 결과가 있어야 한다.
- ② 신체의 외모에 변화가 생겼다고 하더라도 생리적 기능에 장애를 초래하지 아니한 이상 강제추행치상죄에서의 상해에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ 오랜 시간 동안의 협박과 폭행을 이기지 못하고 실신하여 범인들이 불러온 구급차 안에서야 정신을 차리게 되었다더라도 외부적으로 어떤 상처가 발생하지 않았다면 생리적 기능의 훼손이 있다고 할 수 없으므로 상해가 인정되지 아니한다.
- ④ 타인의 신체에 폭행을 가하여 보행불능, 수면장애, 식욕감퇴 등 기능의 장애를 일으킨 때에는 외관상 상처가 없더라도 상해를 입힌 경우에 해당한다.

정답 ③

- ① O - (82도2588)
- ② O - [음모절단 사건] (99도3099)
- ③ X - 오랜 시간 동안의 협박과 폭행을 이기지 못하고 실신하여 범인들이 불러온 구급차 안에서야 정신을 차리게 되었다면, 외부적으로 어떤 상처가 발생하지 않았다고 하더라도 생리적 기능에 훼손을 입어 신체에 대한 상해가 있었다고 본 사례 (96도2529)
- ④ O - (69도161)

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

- ① 甲이 사실상의 부(父)인 乙의 예금증서를 절취한 후 乙이 甲을 친생자로 인정한 경우에는 친족상도례가 적용되어 형이 면제된다.
- ② 조부(祖父)의 예금통장을 절취하여 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 계좌의 예금잔고 중 57만 원을 자신의 은행계좌로 이체한 손자 甲의 컴퓨터등사용사기 범행에는 친족상도례가 적용되지 않는다.
- ③ 甲이 친구 乙을 교사하여 甲의 아버지 丙의 지갑을 절취하게 한 경우 甲에게만 친족상도례가 적용되어 형이 면제되고 乙은 형이 면제되지 않는다.
- ④ 甲이 법원을 기망하여 乙의 재물을 편취한 경우 甲과 乙이 직계혈족의 관계에 있다고 하더라도 친족상도례가 적용되지 않는다.

정답 ④

- ① O - (96도1731)
- ② O - (2006도2704)
- ③ O - 제328조(친족간의 범행과 고소) ③전 2항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 전 이항을 적용하지 아니한다.
- ④ X - 사기죄의 보호법익은 재산권이라고 할 것이므로 사기죄에 있어서는 재산상의 권리를 가지는 자가 아니면 피해자가 될 수 없다. 그러므로 법원을 기망하여 제3자로부터 재물을 편취한 경우에 피기망자인 법원은 피해자가 될 수 없고 재물을 편취당한 제3자가 피해자라고 할 것이므로 피해자인 제3자와 사기죄를 범한 자가 직계혈족의 관계에 있을 때에는 그 범인에 대하여는 「형법」 제354조에 의하여 준용되는 「형법」 제328조 제1항에 의하여 그 형을 면제하여야 할 것이다. (2014도8076)

12. 다음 사례 중 甲에게 중과실이 인정되는 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 성냥불로 담배에 불을 붙인 다음 그 성냥불이 꺼진 것을 확인하지 아니한 채 휴지가 들어 있는 플라스틱 휴지통에 던져 화재가 발생한 경우
- ㄴ. 임차인이 甲으로부터 임차하여 사용하던 방의 문에 약간의 틈이 있다가 연통 등 가스배출시설에 사소한 결함이 있는 정도의 하자로 인해 임차인이 그 방에서 연탄가스에 중독되어 사망한 경우
- ㄷ. 甲이 84세 노인과 11세 아이를 상대로 안수기도를 하면서 피해자들의 배와 가슴 부분을 세게 때리고 누르는 행위를 노인에게는 약 20분간, 아이에게는 약 30분간 반복하여 사망하게 한 경우
- ㄹ. 전기에 관한 전문지식이 없는 호텔오락실의 경영자 甲이 그 오락실 천정에 형광등을 설치하는 공사를 하면서 그 호텔의 전기보안담당자에게 아무런 통고를 하지 아니한 채 무자격전기기술자로 하여금 전기공사를 하게 하여 화재가 발생한 경우

- ① ㄱ, ㄷ ② ㄴ, ㄷ ③ ㄱ, ㄴ, ㄹ ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ

정답 ①

- ㄱ 중과실 O - (93도135)
- ㄴ 중과실 X - (84도2034)
- ㄷ 중과실 O - (97도538)
- ㄹ 중과실 X - (89도204)

13. 미수기수에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 허위 내용의 고소장을 경찰관에게 제출하였다면 무고죄는 기수에 이르고 그 후 고소장을 되돌려 받았더라도 무고죄의 성립에

는 영향이 없다.

- ② 피해자를 살해하려고 낚을 들고 피해자에게 다가서려고 하였으나 제3자가 이를 제지하여 피해자가 그 틈을 타서 도망함으로써 살인의 목적을 이루지 못했다면 살인미수죄로 처벌할 수 없다.
- ③ 강도의 기회에 강간의 결과가 발생하였더라도 강도가 기수에 이르지 못하였다면 강도강간의 미수에 불과하다.
- ④ 준강도죄의 기수 또는 미수는 구성요건적 행위인 폭행 또는 협박이 종료되었는가의 여부에 따라 결정된다.

정답 ①

- ① O - 84도2215
- ② X - 살인미수죄가 인정된다. (95도2773)
- ③ X - 강도강간죄는 형법 제333조, 제335조, 제336조의 강도죄와 같은법 제297조, 제299조, 제305조의 강간죄와의 결합범으로서 강도가 부녀를 강간함으로써 성립하고 강도가 기수이거나 미수이거나를 가리지 아니한다. (85도2416)
- ④ X - 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 판단하여야 한다. (2004도5074 전합)

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

- ① 자기의 형사사건에 관한 증거를 인멸하도록 타인에게 부탁하여 죄를 범하게 한 경우에는 증거인멸교사죄가 성립한다.
- ② 자기를 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 한 경우에는 범인도피교사죄가 성립한다.
- ③ 증인될 자를 자기를 위하여 도피하게 한 것이 다른 공범자의 증인을 도피하게 하는 결과가 된 경우에는 증인도피죄가 성립한다.
- ④ 자기의 형사사건에 관하여 타인에게 부탁하여 위증하게 한 경우에는 위증교사죄가 성립한다.

정답 ③

- ① O - (99도5275)
- ② O - (2005도3707)
- ③ X - 형법 제155조 제2항 소정의 증인도피죄는 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증인을 은닉·도피하게 한 경우에 성립하는 것으로서, 피고인 자신이 직접 형사처분이나 징계처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 증인이 될 사람을 도피하게 하였다면, 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증인을 도피하게 한 결과가 된다고 하더라도 이를 증인도피죄로 처벌할 수 없다. (2002도6134)
- ④ O - (2003도5114)

15. 다음 설명 중 옳지 않은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「형법」 상 물수의 대상은 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건에만 한정되고, 실행행위 착수 전 또는 실행행위 종료 후의 행위에 사용한 물건은 이에 해당하지 않는다.
- ㄴ. 하나의 죄에 대하여 징역형과 벌금형을 병과하는 경우 특별한 규정이 없더라도 징역형만을 작량감경하고 벌금형에는 작량감경을 하지 않을 수 있다.
- ㄷ. 선고유예는 선고할 형이 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형인 경우에 한하고 구류형에 대하여는 선고를 유예할 수 없다.
- ㄹ. 판결선고 전의 구금일수는 전부 또는 그 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄴ, ㄷ ③ ㄱ, ㄴ, ㄹ ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ

정답 ③

- ㄱ X - 형법 제48조 제1항 제1호의 “범죄행위에 제공한 물건”은, 가령 살인행위에 사용한 칼 등 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건에

만 한정되는 것이 아니며, 실행행위의 착수 전의 행위 또는 실행행위의 종료 후의 행위에 사용한 물건이더라도 그것이 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 한 위 법조 소정의 제공한 물건에 포함된다. (2006도4075)

ㄴ X - 하나의 죄에 대하여 징역형과 벌금형을 병과하여야 할 경우에 특별한 규정이 없는 한 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 이것을 하지 아니한다 함은 잘못이다. (76도2012)

*비고판례 - 수개의 죄에 대하여(경합범). 형법 제38조 제1항 제3호에 의하여 징역형과 벌금형을 병과하는 경우에는 각 형에 대한 범죄의 정상에 차이가 있을 수 있으므로 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 아니하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다. (2006도1076)

ㄷ O - 제59조(선고유예의 요건) ①1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 개전의 정상이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다. 단, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 예외로 한다. (93오1)

ㄹ X - 제7조 (외국에서 받은 형의 집행) 범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

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

- ① 처벌되지 아니하는 타인의 행위를 적극적으로 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현한 자는 간접정범의 죄책을 지고, 그 과정에서 타인의 의사를 부당하게 억압하여야 하는 것은 아니다.
- ② 강제추행죄는 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로도 범할 수 있으나, 이때 피해자는 그 타인에 포함되지 않는다.
- ③ 공문서의 작성권한이 있는 공무원(A)의 직무를 보좌하는 공무원이 행사할 목적으로 그 직위를 이용하여 허위의 내용이 기재된 문서 초안을 그 정을 모르는 A에게 제출하여 결재하도록 한 경우에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립한다.
- ④ 자기에게 유리한 판결을 얻기 위해 증거가 조작되어 있다는 점을 알지 못하는 제3자를 이용하여 그를 소송의 당사자가 되게 하고 법원을 기망하여 소송 상대방의 재물을 취득하였다면 간접정범 형태의 소송사기죄가 성립한다.

정답 ②

① O - 정유회사 경영자의 청탁으로 국회의원인 위 경영자와 지역구 지방자치단체장 사이에 정유공장의 지역구 유치와 관련한 간담회를 주선하고 위 경영자는 정유회사 소속 직원들로 하여금 위 국회의원이 사실상 지배·장악하고 있던 후원회에 후원금을 기부하게 한 사안에서, 국회의원에게는 정치자금법 제32조 제3호 위반죄가, 경영자에게는 정치자금법 위반죄의 간접정범이 성립한다고 한 사례. (2007도 7204)

② X - 강제추행죄는 사람의 성적 자유 내지 성적 자기결정의 자유를 보호하기 위한 죄로서 정범 자신이 직접 범죄를 실행하여야 성립하는 자수범이라고 볼 수 없으므로, 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로도 범할 수 있다. 여기서 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에는 피해자도 포함될 수 있으므로, 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우에도 강제추행죄의 간접정범에 해당할 수 있다. (대법원 2018.2.8. 2016도17733)

③ O - (91도2837)

④ O - 甲이 존재하지 않는 약정자에게 관한 내용을 부가하여 위조한 乙 명의 차용증을 바탕으로 乙에 대한 차용금채권을 丙에게 양도하고, 이러한 사정을 모르는 丙으로 하여금 乙을 상대로 양수금 청구소송을 제기하게 한 사안에서, 甲의 행위는 丙을 도구로 이용한 간접정범 형태의 소송사기죄를 구성한다고 한 사례 (2006도3591)

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

- ① 알선수뢰죄가 성립하기 위해서는 적어도 다른 공무원이 취급하는 사무의 처리에 법률상 또는 사실상으로 영향을 줄 수 있는 관계에 있는 공무원이 그 지위를 이용하는 경우이어야 한다.
- ② 알선수뢰죄가 성립하기 위해서는 뇌물을 수수할 당시 반드시 상대방에게 알선에 의하여 해결을 도모하여야 할 현안이 존재하여야 할 필요는 없다.
- ③ 상대방으로 하여금 뇌물을 수수하는 자에게 잘 보이면 손해를 입을 염려가 없다는 정도의 막연한 기대감을 갖게 하고, 뇌물을 수수하는 자도 상대방이 그러한 기대감을 가질 것이라고 짐작하면서 뇌물을 수수하였다면 알선수뢰죄가 성립한다.

- ④ 자동차를 뇌물로 제공한 경우 자동차등록원부에 뇌물수수자가 그 소유자로 등록되지 않았다고 하더라도 자동차의 사실상 소유자로서 실질적인 사용 및 처분권한이 있다면 자동차 자체를 뇌물로 취득한 것으로 보아야 한다.

정답 ③

① O - 알선수뢰죄는 공무원이 그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속하는 것을 그 성립요건으로 하고 있고, 여기서 '공무원이 그 지위를 이용하여'라 함은 친구, 친족관계 등 사적인 관계를 이용하는 경우에는 이에 해당한다고 할 수 없으나, 다른 공무원이 취급하는 사무의 처리에 법률상이거나 사실상으로 영향을 줄 수 있는 관계에 있는 공무원이 그 지위를 이용하는 경우에는 이에 해당하고, 그 사이에 상하관계, 협동관계, 감독권한 등의 특수한 관계가 있음을 요하지 않는다고 할 것이고, '다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선행위'는 그 공무원의 직무에 속하는 사항에 관한 것이면 되는 것이지 그것이 반드시 부정행위라거나 그 직무에 관하여 결재권한이나 최종 결정권한을 갖고 있어야 하는 것이 아니다. (2006도735)

② O - (2012도16277)

③ X - 알선뇌물수수죄가 성립하려면 알선행위인 알선할 사항이 다른 공무원의 직무에 속하는 사항으로서 뇌물수수의 명목이 그 사항의 알선에 관련 된 것임이 어느 정도는 구체적으로 나타나야 한다. 단지 상대방으로 하여금 뇌물을 수수하는 자에게 잘 보이면 어떤 도움을 받을 수 있거나 손해를 입을 염려가 없다는 정도의 막연한 기대감을 갖게 하는 정도에 불과하고, 뇌물을 수수하는 자 역시 상대방이 그러한 기대감을 가질 것이라고 짐작하면서 수수하였다는 사정만으로는 알선뇌물수수죄가 성립하지 않는다.

④ O - (2006도735)

18. 죄수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 자신을 체포하려는 여러 명의 피해자에게 같은 기회에 폭행을 가하여 그 중 1인에게만 상해를 가하였다면 하나의 강도상해죄가 성립한다.
- ② 절도범으로부터 장물보관 의뢰를 받은 자가 그 경을 알면서 장물을 인도받아 보관하고 있다가 임의 처분한 때에는 장물보관죄가 성립하고 그 후의 횡령행위에 대해서는 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ③ 피해자 명의의 신용카드를 부정사용하여 현금자동인출기에서 현금을 인출하고 이를 취득하였다면 신용카드부정사용죄와 절도죄가 성립하고 양죄는 실체적 경합관계에 있다.
- ④ 공무원이 직무관련자에게 제3자와 계약을 체결하도록 요구하여 계약을 체결하게 한 행위가 제3자뇌물수수죄와 직권남용관리행사방해죄에 모두 해당하는 경우 양죄는 실체적 경합관계에 있다.

정답 ④

① O - (2001도3447)

② O - 이미 그 소유자의 소유물 추구권을 침해하였으므로 그 후의 횡령행위는 불가벌적 사후행위에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다. (2003도8219)

③ O - 피해자 명의의 신용카드를 부정사용하여 현금자동인출기에서 현금을 인출하고 그 현금을 취득까지 한 행위는 신용카드업법 제25조 제1항의 부정사용죄에 해당할 뿐 아니라 그 현금을 취득함으로써 현금자동인출기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되므로 별도로 절도죄를 구성하고, 위 양 죄의 관계는 그 보호법익이나 행위태양이 전혀 달라 실체적 경합관계에 있는 것으로 보아야 한다. <여기서 '현금 인출'은 현금서비스, 즉 카드로(대출)를 의미한다> (95도997)

④ X - **상상적 경합범을 인정했다.** (대법원 2017.3.15, 2016도19659)

19. 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

甲과 乙은 주간에 함께 A의 집에 침입하여 도품을 물색하던 중, A에게 발각되어 각자 다른 길로 도주했다. 도주 중 甲은 자신을 추격해 오는 A를 발로 차서 넘어지게 하였다. 한편 乙은 순찰 중에 "도둑이야!"라는 소리를 듣고 범인을 체포하려고 달려온 사복 경찰관을 집주인 A라고 생각하고 체포를 면탈하기 위해 각목을 주워 그의 머리를 내리쳐 전치 8주의 상처를 입혔다.

- ① 甲과 乙이 A의 집에 침입한 행위는 공동주거침입에 해당한다.

- ② 甲과 乙이 A의 집에서 도품을 물색한 행위는 합동절도의 실행의 착수에 해당한다.
- ③ 甲이 자신을 추적해 오는 A를 폭행한 행위는 준강도죄를 구성한다.
- ④ 乙이 경찰관에게 상해를 가한 행위는 강도상해죄와 특수공무집행방해치상죄를 구성한다.

정답 ④ (③도 문제의 소지 있음)

① O - 두간에 합동하여 주거침입을 수단으로 절도를 범한 경우, 두간 주거침입행위는 절도죄와는 별도로 주거침입죄가 성립한다. 또한 주거침입죄의 공동 정범은 폭행법 제2조 제2항에 의해 가중처벌된다.

② O - 합동절도죄의 실행착수시기는 그 행위태양에 따라 단순절도죄, 야간주거침입절도죄, 손괴후 야간주거침입절도죄의 실행 착수시기에 따른다. 사안의 경우 단순절도에 해당하므로 '점유 배제에 밀접한 행위를 개시한 때' 혹은 '물색행위를 개시한 때' 실행 착수를 인정한다. 절도의 목적으로 건조물에 침입한 자가 절취할 물건을 물색하다가 발각되어 미수에 그친 경우에는 건조물침입죄와 절도미수의 죄가 성립한다. (84도71)

③ ? - 준강도죄는 절도의 기회에 체포면탈 등의 목적으로 폭행·협박을 가할 때 성립한다. 단 절도가 미수인 단계에서 폭행이 이루어졌으므로 준강도'미수죄'가 성립한다고 보는 것이 정확하다.

형법 제335조에서 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 준강도로써 강도죄의 예에 따라 처벌하는 취지는, 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재물탈취와 폭행·협박 사이에 시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐 실질적으로 위법성이 같다고 보기 때문인바, 이와 같은 준강도죄의 입법 취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다. (대법원 2004.11.18. 2004도5074 전합)

'구성한다'의 사전적 의미는 '몇 가지 부분이나 요소들을 모아서 일정한 전체를 짜 이루다.'이므로 범죄의 구성요건을 모두 충족하여 기수가 되었을 때를 의미하는 표현이라고 보아야 한다. 대법원도 '기수'가 성립한 사안에서 '구성한다'라는 표현을 사용한다.

타인 소유의 광고용 간판을 백색페인트로 도색하여 광고문안을 지워버린 행위는 재물손괴죄를 구성한다. (91도2090), 피고인이 피해자로부터 재물을 강취하고 피해자가 운전하는 자동차에 함께 타고 도주하다가 단속 경찰관이 뒤따라오자 피해자를 칼로 찔러 상해를 가하였다면 강도상해죄를 구성한다. (91도2727) 등

③번 지문은 아래 판례의 표현을 활용한 것으로 추정되나 이는 준강도죄의 기수시기를 폭행·협박으로 보던 시절의 판례이므로 현재를 기준으로 한다면 역시 옳은 표현이 아니다.

오토바이를 끌고 가다가 추격하여 온 피해자에게 먹살을 잡히게 되자 체포를 면탈할 목적으로 피해자의 얼굴을 주먹으로 때리고, 놓아주지 아니하면 죽여버리겠다고 협박한 경우에는 그 같은 폭행, 협박은 피해자의 반항을 억압하기 위한 수단으로써 일반적, 객관적으로 가능하다고 인정되는 정도의 폭행, 협박에 해당한다고 볼 수 있으므로 준강도죄를 구성한다. (대법원 1983.3.8. 82도2838)

④ X - 乙은 절도의 기회에 체포면탈 목적으로 각목으로 머리를 내려치는 폭행을 가했으므로 준강도죄가 성립하고 그 과정에서 상처를 입혔으므로 (준)강도상해죄가 인정된다.

피고인이 절취품을 물색중 피해자가 잠에서 깨어나 "도둑이야"고 고함치자 체포를 면탈할 목적으로 그녀에게 이불을 덮어 씌우고 입과 목을 줄라 상해를 입혔다면 절도의 목적달성여부에 관계없이 강도상해죄가 성립한다. (85도682)

한편 경찰관이 체포라는 직무집행을 하던 중에 폭행을 가했으므로 공무집행방해죄가 문제되나, 乙은 자신을 체포하려는 자가 경찰관이 아닌 집주인 A라고 생각했기 때문에 공무집행방해죄의 고의가 없다고 볼 수 있다. 이 경우 과실범은 성립할 수 있으나 공무집행방해죄는 과실범 처벌규정이 없다. 결론적으로 乙에게는 강도상해죄만 인정된다.

20. 다음 사례 중 괄호 안의 범죄가 인정되지 않는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 채권자가 빚 독촉을 하다가 시비 중 먹살을 잡고 대드는 채무자의 손을 뿌리치고 그를 뒤로 밀어 넘어뜨려 아래로 뒹굴게 하여 그 순간 채무자의 등에 업힌 그의 딸에게 두개골 골절상을 입혀 사망하게 한 경우(폭행치사죄)
- ② 피해자 법인이나 단체의 대표자 또는 실질적으로 의사결정을 하는 최종결재권자 등 기망의 상대방이 기망행위자와 동일인이거나 기망행위자와 공모하는 등 기망행위를 알고 있었던 경우(사기죄)
- ③ 회사직원이 영업비밀 등을 적법하게 반출한 후, 퇴사 시에 그 영업비밀 등을 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있음에도 경쟁업체에 유출할 목적으로 이를 반환하거나 폐기하지 아니한 경우(업무상배임죄)
- ④ 사법경찰관이 내사단계에서 수사의 대상, 방법 등에 관하여 검사가 자신에게 지휘한 내용이 기재된 수사지휘서를 잠재적 피의자에게 교부하고 이에 관계된 수사상황을 알려준 경우(공무상비밀누설죄)

정답 ②

① O - (72도2201)

② X - 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨려 재물을 교부받거나 재산상의 이익을 얻음으로써 성립하므로 기망행위의 상대방 또는 피기망자는 재물 또는 재산상 이익을 처분할 권한이 있어야 한다. 사기죄의 피해자가 법인이나 단체인 경우에 기망행위가 있었는지는 법인이나 단체의 대표 등 최종 의사결정권자 또는 내부적인 권한 위임 등에 따라 실질적으로 법인의 의사를 결정하고 처분을 할 권한을 가지고 있는 사람을 기준으로 판단하여야 한다. 피해자 법인이나 단체의 대표자 또는 실질적으로 의사결정을 하는 최종결재권자 등 기망의 상대방이 기망행위자와 동일인이거나 기망행위자와 공모하는 등 기망행위를 알고 있었던 경우에는 기망의 상대방에게 기망행위로 인한 착오가 있다고 볼 수 없고, 기망의 상대방이 재물을 교부하는 등의 처분을 했더라도 기망행위와 인과관계가 있다고 보기 어렵다. 이러한 경우에는 사안에 따라 업무상횡령죄 또는 업무상배임죄 등이 성립하는 것은 별론으로 하고 사기죄가 성립한다고 보기 어렵다. (대법원 2017.8.29. 2016도18986)

③ O - (대법원 2017.6.29. 2017도3808)

④ O - 검사가 수사의 대상, 방법 등에 관하여 사법경찰관에게 지휘한 내용을 기재한 수사지휘서는 당시까지 진행된 수사의 내용뿐만 아니라 향후 수사의 진행방향까지 가능할 수 있게 하는 수사기관의 내부문서이다. 수사기관이 특정 사건에 대하여 내사 또는 수사를 진행하고 있는 상태에서 수사지휘서의 내용이 외부에 알려질 경우 피내사자나 피의자 등이 증거자료를 인멸하거나 수사기관에서 파악하고 있는 내용에 맞추어 증거를 준비하는 등 수사기관의 증거 수집 등 범죄수사 기능에 장애가 생길 위험이 있다. 또한 수사지휘서의 내용이 누설된 경로에 따라서는 사건관계인과의 유착 의혹 등으로 수사의 공정성과 신뢰성이 훼손됨으로써 수사의 궁극적인 목적인 적정한 형벌권 실현에 지장이 생길 우려도 있다. 그러므로 수사지휘서의 기재 내용과 이에 관계된 수사상황은 해당 사건에 대한 종국적인 결정을 하기 전까지는 외부에 누설되어서는 안 될 수사기관 내부의 비밀에 해당한다. (대법원 2018.2.13. 2014도11441)