

형 법

[문제분석]

I. 출제 유형 분석

형법총론/각론	이론/조문/판례문제	선택형/박스형/사례형문제
(13/7)	(4/1/15)	(14/3/3)

II. 총평 및 소회

- 이번 시험은 최근 3년 내에 가장 교과서적으로 출제되었습니다. 형법총론 중에서 어렵다는 착오문제가 4문제나 출제되고, 사례형 문제도 3문제가 출제되어 이론정리가 덜된 수험생들은 상당히 어렵거나 까다롭게 느꼈으리라 생각됩니다. 그러나 늘 출제되는 부분이었고 지문자체도 새로운 내용이나 형태는 없었으므로 교과서를 중심으로 기본문제와 기출문제를 잘 공부하신 분이면 어렵지 않게 해결했으리라 생각합니다. 전체적인 난이도는 중상으로 예년보다 많은 시간이 소요되었으리라고 봅니다. 검찰직 시험과목 중 가장 직무적합성이 높고 기대와 관심이 큰 핵심과목이므로 확실한 전략과목이 되도록 밀도 있는 공부를 하셔야 하겠습니다. 분명한 것은 검찰직은 경찰시험과는 다른 내용과 형태를 물어보므로 이에 맞는 준비가 필요합니다.
- 초급수험생들은 기출문제 및 교과서 기본 판례를 빨리 정리하실 수 있으면 80점은 문제없겠습니다. 숙련된 수험생들은 누구나 중요하다고 말하는 부분은 정확히 빠짐없이 보셔야 100점을 얻을 수 있을 것 같습니다. 매번 나오는 부분에서만 난이도를 달리하며 출제가 됩니다.
- 공부를 많이 한 학생들도 실제로 95점, 100점을 못 맞고 터무니 없는 실수를 하는 걸 봅니다. 여러분 우리가 잘 아는 문제를 실수하던가요? 우리의 실수는 실력이 부족하기 때문입니다. 오래된 수험생일수록 결손하게 기본부터 다시 한 번, 시작하는 수험생들은 '나는 된다, 금방 할 수 있다'는 자신감으로 5월을 향해 매진하시기 바랍니다.

[기출해설]

문 1.

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

- 시간적 차이가 있는 독립된 상해행위나 폭행행위가 경합하여 사망의 결과가 일어나고 그 사망의 원인된 행위가 판명되지 아니한 경우에는 공동정범의 예에 의하여 처벌한다.
- 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.
- 피고인은 자신의 행위와 상해의 결과 사이에 개별 인과관계가 존재하지 않음을 입증하더라도 상해의 결과에 대한 책임에서 벗어날 수 없다.
- 「형법」 제263조는 상해와 폭행죄에 관한 특별규정으로서 그 보호법익을 달리하는 강간치상죄에는 적용할 수 없다.

|正解| ③

형법총론 - 공범론 : 공동정범 - 난이도 : 하

- ① ○ : 시간적 차이가 있는 독립된 상해행위나 폭행행위가 경합하여 사망의 결과가 일어나고 그 사망의 원인된 행위가 판명되지 않은 경우에는 공동정범의 예에 의하여 처벌할 것이다.(2000. 7. 28. 2000도2466)
- ② ○ : 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 동시범등의 문제는 제기될 여지가 없다.(1985. 12. 10. 85도1892)

③ × : 신체에 대한 가해행위는 그 자체로 상해의 결과를 발생시킬 위험을 내포하고 있으므로, 독립한 가행행위가 경합하여 상해가 발생한 경우 상해의 발생 또는 악화에 전혀 기여하지 않은 가해행위의 존재라는 것은 상정하기 어렵고, 각 가해행위가 상해의 발생 또는 악화에 어느 정도 기여하였는지를 계량화할 수 있는 것도 아니다. 이에 입법자는 피해자의 법익 보호와 일반예방적 효과를 높일 필요성을 고려하여 다른 독립행위가 경합하는 경우에 구분하여 심판대상조항을 마련한 것이다. 심판대상조항을 적용하기 위하여 검사는 실제로 발생한 상해를 야기할 수 있는 구체적인 위험성을 가진 가해행위의 존재를 입증하여야 하므로 이를 통하여 상해의 결과에 대하여 아무런 책임이 없는 피고인이 심판대상조항으로 처벌되는 것을 막을 수 있고, 피고인도 자신의 행위와 상해의 결과 사이에 개별 인과관계가 존재하지 않음을 입증하여 상해의 결과에 대한 책임에서 벗어날 수 있다. 또한 법관은 피고인이 가해행위에 이르게 된 동기, 가해행위의 태양과 폭력성의 정도, 피해 회복을 위한 피고인의 노력 정도 등을 모두 참작하여 피고인의 행위에 상응하는 형을 선고하므로, 가해행위자는 자신의 행위를 기준으로 형사책임을 부담한다. 이러한 점을 종합하여 보면, 심판대상조항은 책임주의원칙에 반한다고 볼 수 없다.[상해죄의 동시범 특례(263조) [현재 2018.3. 9., 2017현가10]]

④ ○ : 형법 제263조의 동시범은 상해와 폭행죄에 관한 특별규정으로서 동 규정은 그 보호법익을 달리하는 강간치상죄에는 적용할 수 없다.(1984. 4. 24. 84도372)

문 2.

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

- 정당방위는 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 것으로서 상당성이 있어야 하므로, 정당한 침해에 대한 정당방위는 인정되지 않는다.
- 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.
- 점유할 권리 없는 자의 점유라고 하더라도 그 주거의 사실상의 평온은 보호되어야 하므로, 권리자가 그 권리실행으로서 자력구제의 수단으로 건조물에 침입한 경우에도 주거침입죄가 성립한다.
- 사문서를 수정할 당시 명의자가 현실적으로 승낙하지 않았다면, 설령 명의자가 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되더라도 사문서변조죄가 성립한다.

|正解| ④

형법총론 - 위법성론 - 난이도 : 하

① ○ : 어떠한 행위가 정당방위로 인정되려면 그 행위가 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 것으로서 상당성이 있어야 하므로, 위법하지 않은 정당한 침해에 대한 정당방위는 인정되지 않는다. 이때 행위행위가 사회적으로 상당한 것인지는 침해행위에 의해 침해되는 법익의 종류와 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급, 방위행위에 의해 침해될 법익의 종류와 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 판단하여야 한다. 또한 자기의 법익뿐 아니라 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위도 상당한 이유가 있으면 형법 제21조의 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다.(2017. 3. 15. 2013도2168)

② ○ : 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, 세째 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(2006. 4. 13. 2005도9396).

③ ○ : 타인이 인도받아 점유하고 있는 자신의 소유의 비닐하우스의 열쇠를 손괴하고 그 안에 들어간 행위가 재물손괴죄 및 주거침입죄에 해당한다(2007. 3. 15. 2006도7044)

④ × : 사문서변조죄는 권한 없는 자가 이미 진정하게 성립된 타인 명의의 사문서 내용을 동일성을 해하지 않을 정도로 변경하여 새로운 증명력을 만드는 경우에 성립한다. 그러므로 사문서를 수정할 때 명의자가 명시적이거나 목식적으로 승낙을 하였다면 사문서변조죄가 성립하지 않고, 행위 당시 명의자가 현실적으로 승낙하지는 않았지만 명의자가 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되는 경우에도 사문서변조죄가 성립하지 않는다(2011. 9. 29. 2010도14587).(2015. 11. 26. 2014도781)

문 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 처분하였더라도 배임죄가 성립하는 것은 아니다.
- ③ 동산매매계약에서 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 제3자에게 처분하였더라도 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.

【正解】 ④

형법각론 - 개인적 범익에 관한 죄 - 난이도 : 중

- ① ○ : 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.(2018. 5. 17. 2017도4027)

- ② ○ : 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 소유권이 전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 의무에서 벗어날 수 있다. 한편 채권자는 당해 부동산을 특정물 자체보다는 담보물로서 가치를 평가하고 이로써 기준의 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 대물변제 예약의 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. 그러므로 채권담보를 위한 대물변제예약 시안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다.(2014. 8. 21. 2014도3363 전원합의체)

- ③ ○ : 매매와 같이 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약의 경우(민법 제563조), 쌍방이 그 계약의 내용에 죽은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 '자기의 사무'에 해당하는 것이 원칙이다. 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. 동산매매계약에 서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다.(2011. 1. 20. 2008도10479 전원합의체 판결)

- ④ × : 금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하되 점유개정에 위하여 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 것이라서 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 점유개정으로는 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.(2004. 6. 25. 2004도1751)

문 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 때」에 해당한

다.

- ② 피해자의 의사에 상관없이 처벌할 수 있었던 근로기준법위반죄가 반의사 불법죄로 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 신·구법의 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.

【正解】 ②

형법총론 - 서론 : 형법의 적용범위 - 난이도 : 하

- ① ○ : 2016.3.24., 2016도1131
 ② × : 이른바 반의사불법죄에 있어서 처벌불원의 의사표시의 부존재는 소극적 소송조건으로서 직권조사사항이라 할 것이고(대법원 2002. 3. 15. 선고 2002도158 판결 참조), 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 반의사불법죄로 개정되었고, 부칙에는 그 적용과 관련한 경과규정이 없지만 개정법률이 피고인에게 더 유리할 것이므로 형법 제1조 제2항에 의하여 피고인에 대하여는 개정법률이 적용되어야 할 것인바~(2005. 10. 28. 2005도4462)

- ③ ○ : 2009.4.9., 2009도321

- ④ ○ : 1992.11.13., 92도2194

문 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 공법인으로 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 법인에 해당한다.

【正解】 ④

형법총론 - 구성요건론 - 난이도 : 하

- ① ○ : 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 없다.(2017. 4. 7. 2016도21283)
 ② ○ : 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.(2018. 8. 1. 2015도10388)
 ③ ○ : 회사합병이 있는 경우 피합병회사의 권리의무는 사법상의 관계나 공법상의 관계를 불문하고 모두 합병으로 인하여 존속하는 회사에 승계되는 것이 원칙이지만, 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것은 승계의 대상에서 제외되어야 한다. 양벌규정에 의한 법인의 처벌은 어디까지나 형별의 일종으로서 행정적 제재처분이나 민사상 불법행위책임과는 성격을 달리하는 점, 형사소송법 제328조가 '피고인인 법인이 존속하지 아니하게 되었을 때'를 공소기각결정의 사유로 규정하고 있는 것은 형사책임이 승계되지 않음을 전제로 한 것이라고 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 법인이 형사처벌을 면탈하기 위한 방편으로 합병제도 등을 남용하는 경우 이를 처벌하거나 형사책임을 승계시킬 수 있는 근거규정을 특별히 두고 있지 않은 현행법에서는 합병으로 인하여 소멸한 법인이 그 종업원 등의 위법행위에 대해 양벌규정에 따라 부담하던 형사책임은 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것으로서 합병으로 인하여 존속하는 법인에 승계되지 않는다.(2009. 12. 24. 2008도7012).
 ④ × : 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.(2009. 6. 11. 2008도6530)

문 6.

기대가능성에 대한 설명으로 옳은 것(0)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.

그	느	드	르
① O	O	X	O
② O	O	X	X
③ O	X	X	O
④ X	O	O	X

【正解】 ①

형법총론 - 책임론 - 난이도 : 중

- ① ○ : 자기에게 형사상 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리가 결코 적극적으로 허위의 진술을 할 권리를 보장하는 취지는 아니며, 이미 유죄의 확정판결을 받은 경우에는 일사부재의 원칙에 의해 다시 처벌되지 아니하므로 증언을 거부할 수 없는바, 이는 사실대로의 진술 즉 자신의 범행을 시인하는 진술을 기대할 수 있기 때문이다.(2008. 10. 23. 2005도10101)
- ⑤ ○ : 피고인이 비서라는 특수신분때문에 주종관계에 있는 공동피고인들의 지시를 거절할 수 없어 뇌물을 공여한 것이었다 하더라도 그와 같은 사정만으로는 피고인에게 뇌물공여 이외의 반대행위를 기대할 수 없는 경우였다고 볼 수 없다.(1983. 3. 8. 82도2873)
- ⑤ ✗ : 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 상관은 하관에 대하여 범죄행위 등 위법한 행위를 하도록 명령할 직권이 없는 것이고, 하관은 소속상관의 적법한 명령에 복종할 의무는 있으나 그 명령이 참고인으로 소환된 사람에게 가혹행위를 가하리는 등과 같이 명백한 위법 내지 불법한 명령인 때에는 이는 별씨 직무상의 지시명령이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 의무는 없다.(1988. 2. 23. 87도2358)
- ⑥ ○ : 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 없다고 한 원심판단을 수긍한 사례.(2010. 11. 11. 2007도8645)

문 7.

甲은 평소 미워하던 乙과 우연히 마주치자 상해의 의사로 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 위하여 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

【正解】 ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ

형법총론 - 위법성론 - 난이도 : 상

- 사례는 우연방위에 관한 것이다.
- ⑦ ○ : 주관적 정당화사유불요설(결과반가지 일원론)에 의하면 객관적정당화상황은 존재함으로써 결과반가치는 상쇄되어 다행스러운 결과로 평가되므로 정당방위로 되어 위법성이 조각된

다.

- ⑤ ○ : 판례는 주관적 정당화사유 필요설의 입장과 동일하므로 정당방위가 성립하기 위하여는 방위의사가 있어야하며, 그 수단과 방법등에 상당성이 있어야 할 것으로 본 사례에서 정당방위는 성립되지 않는다.
- ⑥ ○ : 이원적 인적불법론의 입장은 위법성이 조각되기 위하여는 주관적 정당화요소가 있어야 하고, 본 사례에서 존재하는 객관적정당화상황으로 인하여 결과반가치는 상쇄되었으나 이를 인식하지 못하고 행한 경우이므로 주관적정당화요소는 존재하지 않아 행위반가치는 존재하므로 불능미수에 관한 제27조를 유추적용하여 불능미수로 처벌하여야 한다고 본다.

문 8.

다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 존재하지 않는 형벌법규를 존재하는 것으로 오인하고 행위한 때에도 그 행위에 위험성이 있으면 불능미수로 처벌할 수 있다.
- ② 형이 면제되는 친족관계가 있다고 오인하고 절도하였더라도 절도죄의 성립은 물론이고 처벌에도 아무런 영향이 없다.
- ③ 피교사자의 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 상해의 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.

【正解】 ②

형법총론 - 착오종합문제 - 난이도 : 중

- ① ✗ : 환각범에 관한 설명으로 위험성의 유무와 관계없이 처벌규정이 없으므로 처벌할 수 없다.
- ② ○ : 법 제328조의 친족상도례는 처벌조건에 관한 것으로 이에 대한 착오는 고의범의 성립과는 무관하다. 즉 이런 경우에도 절도죄 고의범은 성립하고 다만 객관적으로 친족관계가 없으므로 제328조를 적용할 수 없어 처벌된다.
- ③ ✗ : 정범의 객체의 착오는 공범에게는 방법의 착오가 된다는 것이 다수설이고, 이에 위하면 구체적부합설의 경우 인식사실의 미수와 발생사실의 과실의 상상적경합법의 교사범의 성립한다.
- ④ ✗ : 이른바 개괄적 과실에 해당하는 사례로 판례에 의하면 상해치사죄 포괄일죄가 된다.(94도236 1)

문 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.

【正解】 ③

형법총론 - 책임론 - 난이도 : 상

- 본 사례는 착오 甲은 사실의 착오에, 乙은 오상방위에 해당되는 경우이다.
- ① ✗ : 甲이 A를 애인B로 오인하고 애정의 표현으로 껴안은 행위는 강제추행의 인식이 없으므로 착오문제가 아니다. 인식자체가 구성요건에 해당하지 않는 경우는 착오가 아니므로 고의범이 성립될 수도 범죄에 해당하지도 않는다. 단순 과실범이 될 수는 있으나 강제추행죄는 과실범이 없으므로 이는 문제되지 않는다.
- ② ✗ : 법효과제한적 책임설에 따르면 오상방위는 책임고의가 탈락하여 과실범의 책임만 부담하므로

- 乙의 인식에 과실이 있는 경우에 한하여 과실치상죄의 책임을 진다.
- ③ ○ : 엄격책임설은 위법성의 인식에 관한 모든 착오는 법률의 착오로 해결하므로 본 사례의 경우도 법률의 착오가 되고 이에 정당한 이유가 있다면 상해죄의 책임이 조각되어 무죄가 된다.
- ④ × : 피고인이 가까이 접근하여 갑자기 뒤에서 껴안는 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 껴안는 추행의 결과에 이르지 못하고 미수에 그쳤으므로, 피고인의 행위는 아동·청소년에 대한 강제추행미수죄에 해당한다(2015. 9. 10. 2015도6980, 2015도2524).

문 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 초하지 아니한 이상 강제추행치상죄에서의 상해에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ 오랜 시간 동안의 협박과 폭행을 이기지 못하고 실신하여 범인들이 불러온 구급차 안에서야 정신을 차리게 되었더라도 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 장해를 일으킨 때에는 외관상 상처가 없더라도 상해를 입힌 경우에 해당한다.

【正解】 ③

- 형법각론 - 개인적 법익에 관한 죄 - 난이도 : 하
- ① ○ : 상해죄의 성립에는 상해의 고의와 신체의 완전성을 해하는 행위 및 이로 인하여 발생하는 인과관계 있는 상해의 결과가 있어야 하므로 상해죄에 있어서는 신체의 완전성을 해하는 행위와 그로 인한 상해의 부위와 정도가 증거에 의하여 명백하게 확정되어야 하고, 상해부위의 관시없는 상해죄의 인정은 위법하다.(1982. 12. 28. 82도2588)

- ② ○ : 음모는 성적 성숙함을 나타내거나 치부를 가려주는 등의 시각적·감각적인 기능 이외에 특별한 생리적 기능이 없는 것으로, 피해자의 음모의 모근(모근) 부분을 남기고 모간(모간) 부분만을 일부 잘라냄으로써 음모의 전체적인 외관에 변형만이 생겼다면, 이로 인하여 피해자에게 수치심을 야기하기는 하겠지만, 병리적으로 보아 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되거나 생활기능에 장애가 초래되었다고 할 수는 없을 것으로, 그것이 폭행에 해당할 수 있음을 별론으로 하고 강제추행치상죄의 상해에 해당한다고 할 수는 없다.(2000. 3. 23. 99도3099)

- ③ × : 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 있었다(1996. 12. 10. 96도2529).

- ④ ○ : 1969.3.11., 69도161

문 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 인지한 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.

【正解】 ④

형법각론 - 개인적 법익에 관한 죄 - 난이도 : 하

- ① ○ : 형법 제344조, 제328조 제1항 소정의 친족간의 범행에 관한 규정이 적용되기 위한 친족관계는 원칙적으로 범행 당시에 존재하여야 하는 것이지만, 부가 혼인 외의 출생자를 인지하는 경우에 있어서는 민법 제860조에 의하여 그 자의 출생시에 소급하여 인지의 효력이 생기는 것이며, 이와 같은 인지의 소급효는 친족상도례에 관한 규정의 적용에도 미친다고 보아야 할 것이므로, 인지가 범행 후에 이루어진 경우라고 하더라도 그 소급효에 따라 형성되는 친족관계를 기초로 하여 친족상도례의 규정이 적용된다.(1997. 1. 24. 96도1731)
- ② ○ : 손자가 할아버지 소유 농업협동조합 예금통장을 절취하여 이를 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 예금 잔고를 자신의 거래 은행 계좌로 이체한 사안에서, 위 농업협동조합이 컴퓨터 등 사용사기 범행 부분의 피해자라는 이유로 친족상도례를 적용할 수 없다고 한 사례(2007. 3. 15. 2006도2704)
- ③ ○ : 제328조 제3항 친족관계의 신분은 인적처벌조각사유로 보는 것이 통설이므로 이에 의하면 신분은 신분 있는 자에게만 미치고 신분 없는 공범은 고의범으로 처벌된다.
- ④ × : 법원을 기망하여 제3자로부터 재물을 편취한 경우에 피기방자인 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(1976. 4. 13. 75도781).

문 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 있다거나 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 하여 화재가 발생한 경우

- ① ㄱ, ㄷ

- ② ㄴ, ㄷ

- ③ ㄱ, ㄴ, ㄹ

- ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ

【正解】 ① ㄱ, ㄷ

형법총론 - 구성요건론 - 난이도 : 하

- ⑦ ○ : 피고인이 성냥불로 담배를 붙인 다음 그 성냥불이 꺼진 것을 확인하지 아니한 채 휴지가 들어 있는 플라스틱 휴지통에 던진 경우 중대한 과실이 있는 때에 해당한다(1993. 7.27. 93도135)

- ⑧ × : 임차인이 사용하던 방문에 약간의 틈이 있다거나 연통 등 까스배출시설에 결함이 있는 정도의 하자는 임대차 목적물인 위 방을 사용할 수 없을 정도의 파손상태라고 볼 수 없고 이는 임차인의 통상의 수선 및 관리의무에 속하는 것으로 임차인이 그 방에서 연탄까스에 중독되어 사망하였더라도 위 사고는 임차인이 그 의무를 게을리 함으로써 발생한 것으로서 임대인에게 중과실치사의 죄책을 물을 수 없다(1986.6.24. 85도2070).

- ⑨ ○ : 고령의 여자 노인이나 나이 어린 연약한 여자아이들은 약간의 물리력을 기하더라도 골절이나 타박상을 당하기 쉽고, 더욱이 배나 가슴 등에 그와 같은 상처가 생기면 치명적 결과가 올 수 있다는 것은 피고인 정도의 연령이나 경험 지식을 가진 사람으로서는 약간의 주의만 하더라도 쉽게 예견할 수 있음에도 그러한 결과에 대하여 주의를 다하지 않아 사람을 죽음으로까지 이르게 한 행위는 중과실치사죄에 해당한다(1997.4.22. 97도538).

- ⑩ × : 호텔오락실의 경영자가 그 오락실 천정에 형광등을 설치하는 공사를 하면서 그 호텔의 전기보안담당자에게 아무런 통고를 하지 아니한 채 무자격 전기기술자로 하여금 전기공사를 하여 있었더라도, 전기에 관한 전문지식이 없는 오락실 경영자로서는, 시공자가 조인티박스를 설치하지 아니하고 형광등을 천정에 바짝 붙여 부착시키는 등 부실하게 공사를 하였거나 또는 전기보안담당자가 전기공사사실을 통고받지 못하여 전기설비에 이상이 있는지 여부를 점검하지 못함으로써 위와 같은 부실공사가 그대로 방치되고 그로 인하여 전선의 핵선에 의한 방화가 발생할 것 등을 쉽게 예견할 수 있었다고 보기는 어려우므로 위 오락실경영자에게 위와 같은 과실이 있었더라도 사회통념상 이를 화재발생에 관한 중대한 과실이라고 평가하기는 어렵다(1989.10.13. 89도204).

문 13.

미수·기수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 허위 내용의 고소장을 경찰관에게 제출하였다며 무고죄는 기수에 이르고

- 그 후 고소장을 되돌려 받았더라도 무고죄의 성립에는 영향이 없다.
- ② 피해자를 살해하려고 낫을 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.

【正解】 ①

형법총론 - 미수론 - 난이도 : 하

- ① ○ : 허위신고가 당해 공무소 등에 도달해야 기수가 된다. 현실적인 접수·열람, 수사개시·공소 제기는 필요 없다. 따라서 도달한 이상 그 후 무고문서를 반환받았다 하여도 본죄의 성립에는 영향이 없다(大判 1985.2.2, 84도2215).
- ② ✕ : 행위자가 살의를 가지고 타인의 생명을 위태롭게 하는 행위를 직접 개시한 때에 실행의 착수가 인정된다. 따라서 피고인이 격분하여 피해자를 살해할 것을 마음먹고 밖으로 나가 낫을 들고 피해자에게 다가서려고 하였으나 제3자가 이를 제지하여 그틈을 타서 피해자가 도망함으로써 살인의 목적을 이루지 못한 경우, 피고인이 낫을 들고 피해자에게 접근함으로써 살인의 실행행위에 착수하였다고 할 것이므로 이는 살인미수에 해당한다(大判 1986.2.25, 85도2773).
- ③ ✕ : 강도강간죄의 미수는 강간행위의 기수·미수에 따라서 정한다. 강도강간죄는 형법 제333조, 제335조, 제336조의 강도죄와 같은법 제297조, 제299조, 제305조의 강간죄와의 결합법으로서 강도가 부녀를 강간함으로서 성립하고 강도가 기수이거나 미수이거나를 가리지 않는다.(1986. 1. 28. 85도2416, 85감도352)
- ④ ✕ : 준강도죄의 입법취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, 준강도죄의 기수여부는 절도행위의 기수여부를 기준으로 판단해야 한다(大判 2004.11.18, 2004도5074).

문 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.

【正解】 ③

형법총론 - 공범론 - 난이도 : 하

- ① ○ : 자기의 형사 사건에 관한 증거를 인멸하기 위하여 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자에 대하여는 증거인멸교사죄가 성립한다.(2000. 3. 24. 99도5275)
- ② ○ : 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당하는바, 이 경우 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족, 호주 또는 동거 가족에 해당한다고 하더라도 이를 증인도피죄로 처벌할 수 없다.(2006. 12. 7. 2005도3707)
- ③ ✕ : 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.(2003. 3. 14. 2002도6134)
- ④ ○ : 피고인이 자기의 형사사건에 관하여 허위의 진술을 하는 행위는 피고인의 형사소송에 있어서의 방어권을 인정하는 취지에서 처벌의 대상이 되지 않으나, 법률에 의하여 선서한 증인이 타인의 형사사건에 관하여 위증을 하면 형법 제152조 제1항의 위증죄가 성립되므로 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증죄를 범하게 하는 것은 이러한 방어권을 남용하는 것이라고 할 것이어서 교사범의 죄책을 부담케 함이 상당하다.(2004. 1. 27. 2003도5114)

문 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 착량감경하고 벌금형에는 착량감경을 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

【正解】 ③

형법총론 - 형벌론 - 난이도 : 중

- ⑦ ✕ : 살인행위에 사용한 칼 등 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건뿐만 아니라 실행행위 착수전 또는 종료후의 행위에 사용한 물건도 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 한 범죄행위에 제공한 물건에 포함되며, 대형할인매장에서 수회 상품을 절취하여 자신의 승용차에싣고 간 경우에 그 승용차를 몰수할 수 있다(2006.9.14, 2006도4075).
- ⑧ ✕ : 하나의 죄에 대하여 징역형과 벌금형을 병과하여야 할 경우에 특별한 규정이 없는 한 징역형에만 착량감경을 하고 벌금형에는 착량감경을 하지 않는 것은 위법하다(1997. 8. 26. 96도3466).
- ⑨ ○ : 형법 제59조 제1항은 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우 같은 법 제51조의 사항을 참작하여 개전의 정상이 현저한 때에는 선고를 유예할 수 있다고 규정하고 있어 형의 선고를 유예할 수 있는 경우는 선고할 형이 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형인 경우에 한하고 구류형에 대하여는 선고를 유예할 수 없다. (1993. 6. 22. 93오1)
- ⑩ ✕ : 제57조 제1항

문 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.

【正解】 ②

형법총론 - 공범론 - 난이도 : 중

- ① ○ : 처벌되지 아니하는 타인의 행위를 적극적으로 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현한 자는 형법 제34조 제1항이 정하는 간접정범의 죄책을 지게 되고, 그 과정에서 타인의 의사를 부당하게 억압하여야만 간접정범에 해당하는 것은 아니다. (2008. 9. 11. 2007도7204)
- ② ✕ : 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.(2018. 2. 8. 2016도17733)

- ③ ○ : 허위공문서작성의 주체는 직무상 그 문서를 작성할 권한이 있는 공무원에 한하고 작성권자를 보조하는 직무에 종사하는 공무원은 허위공문서작성죄의 주체가 되지 못한다. 다만 공문서의 작성권한이 있는 공무원의 직무를 보좌하는 사람이 그 직위를 이용하여 행사할 목적으로 허위의 내용이 기재된 문서 초안을 그 정을 모르는 상사에게 제출하여 결재하도록 하는 등의 방법으로 작성권한이 있는 공무원으로 하여금 허위의 공문서를 작성하게 한 경우에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립한다.(2011. 5. 13. 2011도1415)

- ④ ○ : 자기에게 유리한 판결을 얻기 위하여 소송상의 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백하거나 증거가 조작되어 있다는 정을 인식하지 못하는 제3자를 이용하여 그로 하여금 소송의 당사자가 되게 하고 법원을 기망하여 소송 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하려 하였다면 간접정범의 형태에 의한 소송사기죄가 성립하게 된다.(2007. 9. 6. 2006도3591)

문 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 수수하였다며 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.

【正解】 ③

형법각론 - 국가적 법익에 관한 죄 - 난이도 : 하

- ① ○ : 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 법률상이나 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.(2006. 4. 27. 2006도735)
- ② ○, ③ × : 형법 제132조에서 말하는 '다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수한다고 함은, 다른 공무원의 직무에 속한 사항을 알선한다는 명목으로 뇌물을 수수하는 행위로서 반드시 알선의 상대방인 다른 공무원이나 그 직무의 내용을 구체적으로 특정할 필요까지는 없다. 알선행위는 장래의 것이라도 무방하므로, 뇌물을 수수할 당시 상대방에게 알선에 의하여 해결을 도모하여야 할 현안이 반드시 존재하여야 할 필요는 없지만, 알선뇌물수수죄가 성립하려면 알선할 사항이 다른 공무원의 직무에 속하는 사항으로서 뇌물수수의 명목이 그 사항의 알선에 관련된 것임이 어느 정도는 구체적으로 나타나야 한다. 단지 상대방으로 하여금 뇌물을 수수하는 자에게 잘 보이면 어떤 도움을 받을 수 있다거나 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.(2017. 12. 22. 2017도12346)
- ④ ○ : 자동차를 뇌물로 제공한 경우 자동차등록원부에 뇌물수수자가 그 소유자로 등록되지 않았다고 하더라도 자동차의 사실상 소유자로서 자동차에 대한 실질적인 사용 및 처분권한이 있다면 자동차 자체를 뇌물로 취득한 것으로 보아야 할 것이므로~(2006. 4. 27. 2006도735)

문 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 정을 알면서 장물을 인도 받아 보관하고 있다가 임의 처분한 때에는 장물보관죄가 성립하고 그 후의 횡령행위에 대해서는 횡령죄가 성립하지 않는다.
- ③ 피해자 명의의 신용카드를 부정사용하여 현금자동인출기에서 현금을 인출하고 이를 취득하였다며 신용카드부정사용죄와 절도죄가 성립하고 양 죄는 실체적 경합관계에 있다.
- ④ 공무원이 직무관련자에게 제3자와 계약을 체결하도록 요구하여 계약을 체결하게 한 행위가 제3자뇌물수수죄와 직권남용권리행사방해죄에 모두 해당하는 경우 양죄는 실체적 경합관계에 있다.

【正解】 ④

형법총론 - 죄수론 - 난이도 : 중

- ① ○ : 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 체포하려는 여러 명의 피해자에게 같은 기회에 폭행을 가하여 그 중 1인에게만 상해를 가하였다면 이러한 행위는 포괄하여 하나의 강도상해죄만 성립한다.(2001. 8. 21. 2001도3447)

- ② ○ : 절도 범인으로부터 장물보관 의뢰를 받은 자가 그 정을 알면서 이를 인도받아 보관하고 있다가 임의 처분하였다 하여도 장물보관죄가 성립하는 때에는 이미 그 소유자의 소유물 추구권을 침해하였으므로 그 후의 횡령행위는 불가별적 사후행위에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다.(2004. 4. 9. 2003도8219)
- ③ ○ : 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 보호법칙이나 행위태양이 전혀 달라 실체적 경합관계에 있는 것으로 보아야 한다.(1995. 7. 28. 95도997)
- ④ × : 공무원이 직무관련자에게 제3자와 계약을 체결하도록 요구하여 계약 체결을 하게 한 행위가 제3자뇌물수수죄의 구성요건과 직권남용권리행사방해죄의 구성요건에 모두 해당하는 경우에는, 제3자뇌물수수죄와 직권남용권리행사방해죄가 각각 성립하되, 이는 사회 관념상 하나의 행위가 수 개의 죄에 해당하는 경우이므로 두 죄는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다.(2017. 3. 15. 2016도19659)

문 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 추적해 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.

【正解】 ④

형법각론 - 개인적 법익에 관한 죄 - 난이도 : 상

- ① ○ : 이는 폭처법 제2조 제2항 제2호의 공동주거침입에 해당한다.
- ② ○ : 제331조 제2항의 합동절도가 주간에 주거침입하여 이루어진 경우 재물을 물색한 경우에 실행의 착수가 있으므로 본건의 경우 이에 해당된다.
- ③ ○ : 실행에 착수한 절도 행위가 체포면탈을 목적으로 사람에게 폭행을 가한 때 준강도죄는 성립하는 것이므로 본 지문은 옳다.
- ④ × : 乙도 동일하게 체포면탈 목적으로 폭행하여 상해한 것이므로 준강도상해죄는 성립하나, 경찰관에게 상해를 가한 행위라도 상대방이 경찰관이라는 사실과 공무중이라는 사실에 대해 인식이 없으므로 특수공무방해치상죄는 성립하지 않는다.

문 20.

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

- ① 채권자가 빚 독촉을 하다가 시비 중 벽살을 잡고 대드는 채무자의 손을 뿌리치고 그를 뒤로 밀어 넘어뜨려 아래로 퉁굴게 하여 그 순간 채무자의 등에 업힌 그의 딸에게 두개골 골절상을 입혀 사망하게 한 경우(폭행치사죄)
- ② 피해자 법인이나 단체의 대표자 또는 실질적으로 의사결정을 하는 최종 결재권자 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)

【正解】 ②

형법각론 - 최신판례종합 - 난이도 : 중

- ① ○ : 어린애를 업은 사람을 밀어 넘어뜨려 그 결과 어린애가 사망하였다며 폭행치사죄가 성립된다.

(1972. 11. 28. 72도2201)

② × : 피해자 범인이나 단체의 대표자 또는 실질적으로 의사결정을 하는 최종결재권자 등이 기망행위자와 동일인이거나 기망행위자와 공모하는 등 기망행위임을 알고 있었던 경우에는 기망행위로 인한 착오가 있다고 볼 수 없고, 재물 교부 등의 처분행위가 있었더라도 기망행위와 인과관계가 있다고 보기 어렵다. 이러한 경우에는 사안에 따라 업무상횡령죄 또는 업무상배임죄 등이 성립하는 것은 별론으로 하고 사기죄가 성립한다고 볼 수 없다.(2017. 9. 26. 2017도8449)

③ ○ : 회사직원이 영업비밀 등을 적법하게 반출하여 반출행위가 업무상배임죄에 해당하지 않는 경우라도, 퇴사 시에 영업비밀 등을 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있음에도 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 이를 반환하거나 폐기하지 아니하였다 면, 이러한 행위 역시 퇴사 시에 업무상배임죄의 기수가 된다.(2017. 6. 29. 2017도3808)

④ ○ : 검사가 수사의 대상, 방법 등에 관하여 사법경찰관에게 지휘한 내용을 기재한 수사지휘서는 당시까지 진행된 수사의 내용뿐만 아니라 향후 수사의 진행방향까지 기술할 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 과악하고 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.(2018. 2. 13. 2014도11441)

이하부터는 여백입니다.