

2019년 국가직 9급형법 시험 총평입니다.

힘든 시험 보느라 수고하셨습니다.

올해의 형법 문제는 한 문제 자체를 놓고 총론 문제냐 각론 문제냐 판단하기 어려울 정도로 총론과 각론을 아울러 대부분 평이하고 중요한 부분에서 출제되었다고 생각됩니다.

조금 생각을 요하는 지문도 다른 지문과의 관계에서 쉽게 답이 골라지는 형태여서 1년 동안 꾸준히 공부해 오신 분이라면 무난하게 고득점(오답 2개 이하)도 가능하다고 봅니다.

이론을 묻는 문제는 전통적으로 많이 나오는 오상방위와 우연방위에서 출제되었고 나머지는 대부분 판례를 묻는 문제였습니다.

형법 고득점을 위해서는 판례학습이 중요합니다. 단순히 판례의 결론만 외우는데 그치는 공부하는 CASE를 박스형태로 던져 주는 문제에 취약할 수 있습니다. 우리는 다소 난이도가 있는 문제도 모두 맞힐 수 있도록 항상 기본에 충실하면서 판례의 이유와 쟁점을 생각하면서 공부하셔야 되겠습니다.

각 출제 분야에 대한 검토와 해설은 아래의 같습니다.

그동안 열심히 공부한 만큼 좋은 성적으로 꼭 합격하시기를 기원합니다.

2019. 4.

이 재 영 올림

범위	목 차	내 용	출제분야		
			판례	조문	이론
총 론	죄형법정주의				
	형법의 적용범위	① 형법의 시간적 적용범위	판례		
	범죄의 개념·종류				
	구성요건론	① 법인의 범죄능력 - 양벌규정	판례		
	위법성론	① 문서위조·변조죄와 추정적 승낙 ② 우연방위	판례		이론
	책임론	① 적법행위에 대한 기대가능성 ② 오상방위	판례		이론
	미수론	① 미수·기수 판단 문제	판례		
	공범론				
	죄수론	① 제3자뇌물수수, 직권남용권리행사방해	판례		
	형벌론	① 미결구금일수 산입, 선고유예, 작량감경	판례	조문	
각 론	생명·신체	① 상해죄의 동시범 ② 상해의 개념 ③ 중과실 범죄	판례 판례 판례		
	자유	① 간접정범 - 강제추행	판례		
	명예·신용업무				
	재산죄	① 친족상도례 - 고의의 대상X ② 친족상도례 ③ 준강도 - 강도상해 ④ 동산 이중양도담보 ⑤ 사기죄 - 기망자와 피기망자가 동일인	판례 판례 판례 판례 판례		
	사회적 법익				
	국가적 법익	① 자기사건의 증인도피 ② 알선수뢰죄	판례 판례		

문 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.

해 설

- ① (○) 대판 2000.7.28. 2000도2466 ⇨ 상해치사죄나 폭행치사죄에서도 상해죄의 동시범 특례가 적용된다.
- ② (○) 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로 공동가공의 의사를 그 주관적 요건으로 하며 이 공동가공의 의사는 상호적임을 요하나 이는 상호 공동가공의 인식이 있으면 족하고 사전에 어떤 모의 과정이 있어야 하는 것은 아니다(대판 1985.12.10. 85도1892). ⇨ 연락을 받고 그 곳에 차례로 온 피고인들이 같이 참여하여 상호 공동가공의 의사가 있었으므로 공동정범이 성립하고 따라서 동시범의 문제가 발생하지 않는다.
- ③ (×) 동시범에 대한 특례는 독립행위가 경합하여 상해의 결과가 발생한 경우에는 원인행위가 밝혀지지 아니한 불이익을 피고인이 부담하도록 함으로써 인과관계에 관한 입증책임을 피고인에게 전가하는 것이며, 피고인도 자신의 행위와 상해의 결과 사이에 개별 인과관계가 존재하지 않음을 입증하여 상해의 결과에 대한 책임에서 벗어날 수 있다(헌재 2018.3.29. 2017헌가10).
- ④ (○) 대판 1984.4.24. 84도372

정답 ③

문 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 정진에 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, 실령 명의자가 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되더라도 사문서변조죄가 성립한다.

해 설

- ① (○) 대판 2017.3.15. 2013도2168
- ② (○) 대판 2016.1.28. 2014도2477
- ③ (○) 점유할 권리없는 자의 점유라고 하더라도 그 주거의 평온은 보호되어야 할 것이므로, 권리자가 그 권리실행으로서 자력구제의 수단으로 건조물에 침입한 경우에도 주거침입죄가 성립한다(대판 1985.3.26. 85도122).

- ④ (x) 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 않는다고 할 것이다(대판 2008.4.10. 2007도9987).

정답 ④

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

해설

- ① (○) 대판 2018.5.17.2017도4027 전합
- ② (○) 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(대판 2014.8.21. 2014도3363 전합).
- ③ (○) 동산매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다(대판 2011.1.20. 2008도10479 전원합의체).
- ④ (x) 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(대판 2004.6.25. 2004도1751).

정답 ④

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 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 포괄죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 불 필요도 없이 범죄 실행 종료시의 법인 신법을 적용하여 포괄죄로 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.

해 설

- ① (○) 대판 2016.1.28. 2015도18280
- ② (×) 이른바 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시의 부존재는 소극적 소송조건으로서 직권조사사항이라 할 것이며, 종전에는 피해자의 의사에 상관없이 처벌할 수 있었던 근로기준법 위반죄가 반의사불벌죄로 개정되었고, 부칙에는 그 적용과 관련한 경과규정이 없지만 개정법률이 피고인에게 더 유리할 것이므로 형법 제1조 제2항에 의하여 피고인에 대하여는 개정법률이 적용되어야 할 것이다(대판 2005.10.28. 2005도4462).
- ③ (○) 대판 1998.2.24. 97도183
- ④ (○) 대판 1992.11.13. 92도2194

정답 ②

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 공법인이므로 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 법인에 해당한다.

해 설

- ① (○) 대판 1997.1.24. 96도524
- ② (○) 양벌규정에 의하여 사용자인 법인을 처벌하는 것은 형벌의 자기책임원칙에 비추어 위법행위가 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 없다(대판 2018.8.1. 2015도10388).
- ③ (○) 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(대판 2007.8.23. 2005도4471).
- ④ (×) 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 처리하게 하는 기관위임사무의 경우 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있고, 해당 지방자치단체가 양벌규정에 따른 처벌대상이 될 수 없지만, 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인으로서 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 법인에 해당한다(대판 2009.6.11. 2008도6530).

정답 ④

문 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 위법 명령에 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 | ○ | ○ | × | ○ |
| ② | ○ | ○ | × | × |
| ③ | ○ | × | × | ○ |
| ④ | × | ○ | ○ | × |

해설

- ㄱ. (○) 이미 유죄의 확정판결을 받은 경우에는 일사부재리의 원칙에 의해 다시 처벌되지 아니하므로 증언을 거부할 수 없는바, 이는 사실대로의 진술 즉 자신의 범행을 시인하는 진술을 기대할 수 있기 때문이다(대판 2008.10.23. 2005도10101).
- ㄴ. (○) 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(대판 1983.3.8. 82도2873).
- ㄷ. (×) 대공수사단 직원은 상관의 명령에 절대 복종하여야 한다는 것이 불문율로 되어 있다 할지라도 고문치사와 같이 중대하고도 명백한 위법명령에 따른 행위가 정당한 행위에 해당하거나 강요된 행위로서 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우에 해당하게 되는 것이라고는 볼 수 없다(대판 1988.2.23. 87도2358).
- ㄹ. (○) 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 위반으로 기소된 피고인에게 적법행위의 기대가능성이 없다고 볼 수는 없다(대판 2010.11.11. 2007도8645).

정답 ①

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 위하여는 행위자에게 방위의사가 있어야 하고 그 방위 행위가 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

해설

사례는 주관적으로는 방위의사 없이 공격의사로 행위를 하였는데 객관적으로는 객관적 정당화상황이 존재하는 경우, 즉 우연방위에 해당하는 사례이다.

- ㄱ. (○) 주관적 정당화요소 불요설에 의하면 주관적 정당화요소가 없는 경우에도 위법성조각사유에 해당하여 위법성이 조각된다.
- ㄴ. (○) 우연방위에 해당하는 직접적인 판례는 없으나, 판례가 정당방위의 성립요건으로 방위의사를 요한다는 점은 명백하다. 이를 객관적 정당화상황이 있는 경우에도 관찰하면 갑에게는 정당방위가 인정될 수 없다. ≡ 정당방위가 인정될 수 없다는 전제에서 기수범설과 불능미수 유추적용설 등이 대립된다.
- ㄷ. (○) 객관적 정당화상황의 존재로 말미암아 결과반가치는 부정되나 행위반가치는 인정되기 때문에 불능미수의 규정(형법 제27조)이 유추적용되어야 한다는 견해이다.

정답 ④

문 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 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.

해설

- ① (×) 존재하지 않는 형벌법규를 존재하는 것으로 오인하고 행위를 한 경우 이른바 환각범으로서 처음부터 구성요건해당성이 없으므로 형법상 문제되지 않는다.
- ② (○) 친족상도례는 범죄 성립요건(구성요건, 위법성, 책임)이 아니라 처벌조건이나 소추조건에 해당하는 문제이다. 따라서 친족관계는 객관적으로 존재하면 족하고 행위자가 인식할 것을 요하지 않는다. 인적처벌조각사유는 고의의 대상이 되지 않고 친족관계에 대한 착오는 고의에 영향이 없다.
- ③ (×) B에 대한 살인교사의 죄책을 진다는 것은 법정적 부합설의 결론이다. 방법의 착오로 볼 경우 구체적 부합설에 따르면 해결하기가 쉽지 않은 문제가 된다. 甲에게 B에 대한 고의를 인정할 수 없고 과실범에 대한 교사범은 부정되므로 A에 대한 살인미수교사(공범)와 B에 대한 과실치사(정범)의 상상적 경합이

된다는 것이 하나의 결론이다. 이외에도 구체적 부합설에서는 학설이 갈린다.

- ④ (×) 피고인이 피해자에게 상해를 가함으로써, 피해자가 바닥에 쓰러진 채 정신을 잃고 빈사상태에 빠지자, 피해자가 사망한 것으로 오인하고, 피고인의 행위를 은폐하고 피해자가 자살한 것처럼 가장하기 위하여 피해자를 베란다로 옮긴 후 베란다 밑 약 13m 아래의 바닥으로 떨어뜨려 피해자로 하여금 현장에서 뇌손상 및 뇌출혈 등으로 사망에 이르게 하였다면, 피고인의 행위는 포괄하여 단일의 상해치사죄에 해당한다(대판 1994.11.4. 94도2361).

◀ 정답 ▶ ②

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 하였다면 A가 뒤돌아보면서 소리치는 바람에 A를 껴안지 못하였더라도 甲은 A에 대한 강제추행 기수의 죄책을 진다.

해설

사례는 정당방위 상황이 존재하는 줄 알고 주관적으로는 정당방위 의사로 행위를 하였으나 객관적으로는 객관적 정당화상황이 존재하지 않는 경우, 즉 오상방위의 사례에 해당한다.

- ① (×) 애인을 놀라게 하려고 껴안는 행위는 추행의 고의가 없는 행위이므로 강제추행죄의 죄책을 지지 않는다.
- ② (×) 법효과제한적 책임설은 고의의 이증기능을 인정함을 전제로 구성요건적 고의를 조각하는 것은 아니지만 책임고의를 조각하여 법효과에 있어서 구성요건적 착오와 같이 취급해야 한다는 견해이다. 이 견해에 의하면 乙에게 과실이 있을 경우 과실치상죄에 해당될 뿐이다.
- ③ (○) 엄격책임설은 모든 위법성조각사유의 착오를 금지의 착오라고 해석한다. 이 견해에 의하면 구성요건적 고의는 배제될 수 없으며 다만 정당한 이유가 있을 경우 책임이 조각될 수 있다.
- ④ (×) 추행의 의사로 껴안으려는 행위는 A의 의사에 반하는 유형력의 행사로서 폭행행위에 해당하며, 그때 '기습추행'에 관한 실행의 착수가 있는데, 마침 A가 뒤돌아보면서 소리치는 바람에 몸을 껴안는 추행의 결과에 이르지 못하고 미수에 그쳤으므로, 강제추행미수죄에 해당한다(대판 2015.9.10. 2015도6980).

◀ 정답 ▶ ③

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 초래하지 아니한 이상 강제추행치상죄에서의 상해에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ 오랜 시간 동안의 협박과 폭행을 이기지 못하고 실신하여 범인들이 불러온 구급차 안에서야 정신을 차리게 되었다고 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.

해 설

- ① (○) 대판 1982.12.28. 82도2588
- ② (○) 강제추행치상죄에 있어서의 상해는 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 것을 말하는 것으로서, 신체의 외모에 변화가 생겼다고 하더라도 신체의 생리적 기능에 장애를 초래하지 아니하는 이상 상해에 해당한다고 할 수 없다(대판 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 인정된다(대판 1996.12.10. 96도2529).
- ④ (○) 대판 1969.3.11. 69도161

정답 ③

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 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.

해 설

- ① (○) 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(대판 1997.1.24. 96도1731).
- ② (○) 손자가 할아버지 소유 농업협동조합 예금통장을 절취하여 이를 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 예금 잔고를 자신의 거래 은행 계좌로 이체한 경우, 위 농업협동조합이 컴퓨터 등 사용사기 범행 부분의 피해자이므로 친족상도례를 적용할 수 없다(대판 2007.3.15. 2006도2704).
- ③ (○) 친족상도례는 친족관계가 있는 자에 대하여만 적용되고 친족관계가 없는 공범에게는 적용되지 않는다(형법제328조 제3항 단서).
- ④ (×) 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 대하여 형법 제328조 제1항을 준용하여 형을 면제하여야 한다(대판 1976.4.13. 75도781).

정답 ④

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 세계 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 무자격 전기기술자로 하여금 전기공사를 하게 하여 화재가 발생한 경우

- ① ㄱ, ㄷ ② ㄴ, ㄷ ③ ㄱ, ㄴ, ㄹ ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ

해 설

- ㄱ. (○) 담뱃불이 완전히 꺼졌는지 여부를 확인하지 않은 채 불이 붙기 쉬운 휴지를 재떨이에 버리고 잠깐 과실로 담뱃불이 휴지와 옆에 있던 침대시트에 옮겨 붙게 함으로써 화재가 발생하였고, 이러한 피고인의 과실은 중대한 과실에 해당한다(대판 2010.1.14. 2009도12109). ☞ 중실화죄 성립
- ㄴ. (×) 임차인이 사용하던 방문에 약간의 틈이 있다거나 연통 등 가스배출시설에 결함이 있는 정도의 하자는 임대차 목적물인 위 방을 사용할 수 없을 정도의 파손상태라고 볼 수 없고 이는 임차인의 통상의 수선 및 관리의무에 속하는 것이므로 임차인이 그 방에서 연탄가스에 중독되어 사망하였더라도 위 사고는 임차인이 그 의무를 게을리 함으로써 발생한 것으로서 임대인에게 중과실치사의 죄책을 물을 수 없다(대판 1986.6.24. 85도2070).
- ㄷ. (○) 약간의 주의만 하더라도 쉽게 예견할 수 있을 것임에도 불구하고, 그와 같은 예견될 수 있는 결과에 대해서 주의를 다하지 않아 사람을 죽음으로까지 가게 한 행위는 중과실치사죄에 해당한다(대판 1997.4.22. 97도538).
- ㄹ. (×) 호텔오락실의 경영자가 그 오락실 천정에 형광등을 설치하는 공사를 하면서 그 호텔의 전기보안담당자에게 아무런 통고를 하지 아니한 채 무자격전기기술자로 하여금 전기공사를 하게 하였더라도, 전기에 관한 전문지식이 없는 오락실경영자로서는, 시공자가 조인터박스를 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 합선에 의한 방화가 발생할 것등을 쉽게 예견할 수 있었다고 보기는 어려우므로 위 오락실경영자에게 위와 같은 과실이 있었다라도 사회통념상 이를 화재발생에 관한 중대한 과실이라고 평가하기는 어렵다(대판 1989.10.13. 89도204).

◀ 정답 ▶ ①

문 13. 미수·기수에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

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

해설

- ① (○) 대판 1985.2.8. 84도2215
- ② (×) 피고인이 격분하여 피해자를 살해할 것을 마음먹고 밖으로 나가 낫을 들고 피해자에게 다가서려고 하였으나 제3자 이를 제지하여 그틈을 타서 피해자가 도망함으로써 살인의 목적을 이루지 못한 경우, 피고인이 낫을 들고 피해자에게 접근함으로써 살인의 실행행위에 착수하였다고 할 것이므로 이는 살인미수에 해당한다(대판 1986.2.25. 85도2773).
- ③ (×) 강도강간죄는 강도범인이 강도의 기회에 강간행위를 한 경우에 성립되는 것으로서 강도가 실행에 착수하였으나 아직 강도행위를 완료하기 전에 강간을 한 경우도 이에 포함되는 것이다(대판 1984.10.10. 84도1880).
- ④ (×) 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다(대판 2004.11.18. 2004도5074 전합).

정답 ①

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.

해설

- ① (○) 대판 1965.12.10. 65도826 전합
- ② (○) 대판 2006.12.7. 2005도3707
- ③ (×) 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(대판 2003.3.14. 2002도6134).
- ④ (○) 대판 2004.1.27. 2003도5114

정답 ③

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

- ㄱ. 형법 상 몰수의 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

해설

- ㄱ. (x) 형법 제48조 제1항 제1호의 “범죄행위에 제공한 물건”은, 가령 살인행위에 사용한 칼 등 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건에만 한정되는 것이 아니며, 실행행위의 착수 전의 행위 또는 실행행위의 종료 후의 행위에 사용한 물건이더라도 그것이 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 한 위 범조 소정의 제공한 물건에 포함된다(대판 2006.9.14. 2006도4075).
- ㄴ. (x) 하나의 범죄로 징역형과 벌금형을 병과하여야 할 경우에는 특별한 규정이 없는 한 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 않는 것은 위법하다(대판 1997.8.26. 96도3466).
- ㄷ. (o) 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 개선의 정상이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다. 단, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 예외로 한다(형법 제59조 제1항).
- ㄹ. (x) 판결선고전의 구금일수는 그 전부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다(형법 제57조 제1항).

정답 ③

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.

해설

- ① (o) 대판 2008.9.11. 2007도7204
- 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(대판 2018.2.8. 2016도17733).

- ③ (○) 대판 2011.5.13. 2011도1415
- ④ (○) 대판 2007.9.6. 2006도3591

정답 ②

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 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.

해설

- ① (○) 대판 2001.10.12. 99도5294
- ② (○) 대판 2009.7.23. 2009도3924
- ③ (×) 알선뇌물요구죄가 성립하려면 알선할 사항이 다른 공무원의 직무에 속하는 사항으로서 뇌물요구의 명목이 그 사항의 알선에 관련된 것임이 어느 정도 구체적으로 나타나야 한다. 단지 상대방으로 하여금 뇌물을 요구하는 자에게 잘 보이면 그로부터 어떤 도움을 받을 수 있다거나 손해를 입을 염려가 없다는 정도의 막연한 기대감을 갖게 하는 정도에 불과하고, 뇌물을 요구하는 자 역시 상대방이 그러한 기대감을 가질 것이라고 짐작하면서 뇌물을 요구하였다는 정도의 사정만으로는 알선뇌물요구죄가 성립한다고 볼 수 없다(대판 2009.7.23. 2009도3924).
- ④ (○) 대판 2006.4.27. 2006도735

정답 ③

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 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 직권남용권리행사방해죄에 모두 해당하는 경우 양죄는 실체적 경합관계에 있다.

해설

- ① (○) 대판 2001.8.21. 2001도3447
- ② (○) 장물보관죄가 성립되는 때에는 이미 그 소유자의 소유물추구권을 침해하였으므로 그 후의 횡령행위는 불가벌적 사후행위에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다(대판 1976.11.23. 76도3067).

- ③ (○) 피해자 명의의 신용카드를 부정사용하여 현금자동인출기에서 현금을 인출하고 그 현금을 취득까지 한 행위는 신용카드부정사용죄에 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 실제적 경합관계에 있는 것으로 보아야 한다(대판 1995.7.28. 95도997).
- ④ (×) 공무원이 직무관련자에게 제3자와 계약을 체결하도록 요구하여 계약 체결을 하게 한 행위가 제3자녀물수수죄의 구성요건과 직권남용권리행사방해죄의 구성요건에 모두 해당하는 경우에는, 제3자녀물수수죄와 직권남용권리행사방해죄가 각각 성립하되, 이는 사회 관념상 하나의 행위가 수 개의 죄에 해당하는 경우이므로 두 죄는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다(대판 2017.3.15. 2016도19659).

◀ 정답 ▶ ④

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

甲과 乙은 주간(주간)에 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.

▶ 해 설 ▶

- ① (○) 주간(주간)에 절도하려 들어간 경우 주거침입죄는 별도로 성립하며 2인 이상이 함께 침입한 행위는 폭력행위등처벌에관한법률위반(제2조 제2항 제2호, 공동주거침입)죄로 가장 처벌된다.
- ② (○) 2인 이상이 합동하여 야간이 아닌 주간(주간)에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입한 경우 절취할 물건의 물색행위가 있을 때 합동절도의 착수가 인정된다(대판 2009.12.24. 2009도9667).
- ③ (○) 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 준강도죄에 해당된다(형법 제355조). 합동절도의 실행에 착수한 자는 준강도죄의 주체가 될 수 있다.
- ④ (×) 강도상해죄에서 강도는 준강도(미수)를 포함하는 개념이다. 따라서 준강도(미수)가 체포를 면탈하기 위하여 상해를 가하였다면 강도상해죄에 해당된다. 乙은 합동절도의 실행에 착수하였다가 위험한 물건인 각목을 휴대하여 체포를 면탈하기 위하여 상해를 가하였으므로 강도상해죄가 성립한다는 점은 옳다. 그러나 특수공무집행방해치상죄를 구성하지는 않는다. 왜냐하면 乙은 사복 경찰관을 집주인이라고 생각하였으므로 경찰관이 직무집행 중이라는 상황을 인식하지 못하고 있고 따라서 공무집행을 방해한다는 고의가 부정되기 때문이다. 공무집행방해죄가 성립하기 위해서는 공무원이 직무집행 중인 사실을 행위자가 인식하여야 한다.

◀ 정답 ▶ ④

문 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)

해 설

- ① (○) 어린애를 업은 사람을 밀어 넘어뜨려 그 결과 어린애가 사망하였다면 폭행치사죄가 성립된다(대판 1972.11.28. 72도2201).
- ② (×) 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 했다고 하더라도 기망행위와 인과관계가 있다고 보기 어렵다. 이러한 경우에는 사안에 따라 업무상횡령죄 또는 업무상배임죄 등이 성립하는 것은 별론으로 하고 사기죄가 성립한다고 보기 어렵다(대판 2017.8.29. 2016도18986).
- ③ (○) 회사직원이 영업비밀이나 영업상 주요한 자산인 자료를 적법하게 반출하여 그 반출행위가 업무상배임죄에 해당하지 않는 경우라도 퇴사시에 그 영업비밀 등을 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있음에도 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 이를 반환하거나 폐기하지 아니하였다면, 이러한 행위는 업무상배임죄에 해당한다(대판 2008.4.24. 2006도9089).
- ④ (○) 검사가 수사의 대상, 방법 등에 관하여 사법경찰관에게 지휘한 내용을 기재한 수사지휘서의 기재 내용과 이에 관계된 수사상황은 수사기관 내부의 비밀에 해당한다(대판 2018.2.13. 2014도11441).

정답 ②