

# 2008년 검찰직 형법 기출문제와 해설

## 남부 고시학원 강산 교수 제공

1. 책임능력에 대한 형법의 태도로 적절한 것은?

- ① 형사미성년자의 책임능력은 생물학적 심리적·혼합방법으로 판단한다.
- ② 심신상실자는 면책되고 심신미약자의 행위는 형을 감경할 수 있다.
- ③ 행위자가 귀머거리이면서 병어리라면 그 형을 감경한다.
- ④ 심신미약자에게도 사형을 선고할 수 있다.

정답 ③ 농아자 제10조3항 : 필요적 감경

- ①형사미성년자는 생물학적 방법으로만 판단.
- ②심신미약자의 행위는 필요적 감경(제10조2항)
- ④심신미약자는 필요적 감경의 대상이므로 사형을 선고할 수 없다.

2. 부작위범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ①작위의무는 법률상의 의무이어야 하므로 신의성실의 원칙이나 조리상의 작위의무는 이에 해당하지 않는다.
- ②진정부작위범의 성립에 보증인의 지위와 의무가 필요한 것은 아니다.
- ③부진정부작위범의 성립에는 부작위에 의한 법익침해가 작위에 의한 경우와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어야 한다.
- ④부작위에 의한 방조범도 성립한다.

정답 ① 작위의무는 법적인 의무이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 작위의무가 법적인 의무인 한 성문범이건 불문범이건 상관없이, 또 공범이건 사범이건 불문하므로 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다. (대법원 1996. 9. 6. 선고 95도2551 판결)

3. 위법성조각사유에 관한 진술 중 형법이론상으로 옳은 것(O), 옳지 않은 것(X)을 바르게 표시한 것은?

ㄱ. 정당방위에 대하여 정당방위는 인정될 수 없다.
ㄴ. 정당방위에 대하여 긴급피난은 인정될 수 있다.
ㄷ. 긴급피난에 대하여 정당방위는 인정될 수 없다.
ㄹ. 긴급피난에 대하여 긴급피난은 인정될 수 있다.

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

정답 ①

정당방위에 대해서는 **정**이므로 정당방위는 인정될 수 없고 긴급피난만 가능하다.  
 긴급피난에 대해서는 **정**이므로 정당방위는 인정될 수 없고 긴급피난만 가능하다.

4. 강요된 행위(제12조)와 관련된 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ①저항할 수 없는 폭력에는 절대적 폭력 외에 강제적 폭력 내지 심리적 폭력도 포함된다.
- ②방어할 방법이 없는 협박의 내용이 생명·신체 이외의 법익에 대한 위해일 경우에는 초범규적 책임조각사유

# 2008년 검찰직 형법 기출문제와 해설

## 남부 고시학원 강산 교수 제공

의 문제가 될 수 있다.

③자의로 북한으로 탈출하였다도 그 구성원과 회합한 행위는 강요된 행위에 해당한다.

④강요된 행위에 대하여는 정당방위가 인정되지 않는다.

정답 ②

①절대적 폭력은 제외

③자초한 강제상태는 강요된 행위 부정

④강요된 행위도 위법은 한 행위이므로 (부정) 정당방위는 가능하다.

5. 경합범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

①상상적 경합에서 법정형의 경중을 비교하는 경우 징역과 금고는 동종의 형으로 간주하여 징역형으로 처단한다.

②상상적 경합의 경우에도 경한 죄에 병과형 또는 부가형이 있을 때에는 이를 병과한다.

③경합범을 가중처벌하는 경우에 가장 중한 죄에 정한 형의 단기 보다 다른 죄에 정한 형의 단기가 중한 때에는 그 중한 단기를 하한으로 해야 한다.

④경합범 중 판결을 받지 아니한 죄는 판결이 확정된 죄와 동시에 재판할 경우와 형평을 고려하여 형을 선고한다.

정답 ①-a 상상적 경합에서 법정형경중은 제50조에 의한다.

-b 경합범 처벌시 징역과 금고는 동종의 형으로 간주하여 징역형으로 처벌하도록 하는  
형법 제38조2항은 준용여부에 대해 판례는 부정(75도1543)

②옳음

③전체적 대조주의

④제39조1항

6. 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

①기대불가능성의 판단기준과 관련하여 평균인표준설을 취하고 있다.

②법률의 부지는 형법 제16조의 적용대상이 아니다.

③법적 견해의 변경이 없는 한시법의 효력상실은 형법 제1조 2항에서 말하는 법률의 변경이 아니다.

④양벌규정이 있는 경우에 법인의 범죄능력을 인정한다.

정답 ④ 양벌규정이 있는 경우에도 법인의 범죄능력부정(判例)

7. 원인에 있어서 자유로운 행위(제10조 제3항)와 관련된 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

①원인에 있어서 자유로운 행위는 심신상실뿐만 아니라 심신미약의 경우에도 적용된다.

②자의로 심신장애상태를 야기하고 그 상태에서 자신이 구성요건적 행위를 실현할지도 모른다고 예견할 수 있었던 경우는 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위이다.

③책임비난의 근거를 원인설정행위에서 구하는 견해에 의하면 원인에 있어서 자유로운 행위에도 행위와 책임의 동시존재의 원칙이 유지된다.

④책임비난의 근거를 원인행위와 실행행위의 불가분적 연관에서 구하는 견해는 실행의 착수시기를 원인행위에서 인정한다.

정답 ④ 책임비난의 근거를 원인행위와 실행행위의 불가분적 연관에서 구하는 견해는 실행행위는 구성요건적 행위라고 봄으로 실행의 착수 시기는 실행행위(구성요건적 행위)를 개시할 때이다.

# 2008년 검찰직 형법 기출문제와 해설

## 남부 고시학원 강산 교수 제공

8. 공동정범에 대한 판례의 태도와 일치하지 않는 것은?

- ① 공동정범은 고의범이나 과실범을 불문하고 의사의 연락이 있는 경우이면 그 성립을 인정할 수 있다.
- ② 승계적 공동정범의 경우에 후행자는 그 가담 이후의 범행에 대해서만 공동정범으로서의 책임을 진다.
- ③ 공모공동정범에 있어서 다른 공모자가 실행에 착수한 이후에 그 공모관계에서 이탈한 공모자는 공동정범으로서의 책임을 지지 않는다.
- ④ 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립하고, 사망의 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없다.

정답 ③ 공모공동정범에 있어서 다른 공모자의 실행의 착수 이후가 아니라 실행의 착수 이전에 그 공모관계에서 이탈해야 공모자는 공동정범의 책임을 지지 않는다.

9. 공범의 처벌근거에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 책임가담설은 극단적 종속형식에 기초한 학설로 공범의 처벌 근거를 정범의 유책한 범죄행위를 야기한다는 점에서 찾는다.
- ② 불법가담설은 공범이 정범으로 하여금 범행을 저지르게 하여 법적 평화를 침해하였다는 점에서 공범처벌의 근거를 찾는다.
- ③ 순수야기설은 정범의 구성요건적 법익침해를 야기하였다는 점에서 공범의 처벌근거를 구하고 있다.
- ④ 혼합야기설은 공범불범의 일부는 정범의 행위에서, 일부는 공범의 독자적인 법익침해에서 도출되는 것으로 본다.

정답 ③ 순수 야기설이 아니라 종속 야기설에 대한 설명이다.

10. 집행유예에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 과실로 범한죄로 금고이상의 실행을 선고받아 그 판결이 확정된 경우에도 그 집행유예의 선고는 효력을 잃는다.
- ② 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간을 무사히 경과한 자에 대하여는 선고유예를 선고할 수 있다.
- ③ 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간을 무사히 경과한 자에 대하여는 집행유예를 선고할 수 있다.
- ④ 형의 집행을 유예하면서 보호관찰을 명하는 경우 그 보호관찰 기간은 그 유예기간을 초과할 수 없다.

정답 ④ 제62조의 2항

① 고의범이어야 한다.

② 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간을 무사히 경과한 자에 대하여는 집행유예선고의 사실은 남으므로 선고유예 결정 사유가 된다.

③ 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간을 무사히 경과한 자에 대하여는 집행유예를 선고할 수 있다.(判例) 집행유예기간 중에 범한 죄에 대하여 형을 선고할 때에, 집행유예의 결정사유를 정하는 현행 형법 제62조 제1항 단서 소정의 요건에 해당하는 경우란, 이미 집행유예가 실효 또는 취소된 경우와 그 선고 시점에 미쳐 유예기간이 경과하지 아니하여 형 선고의 효력이 실효되지 아니한 채로 남아 있는 경우로 국한되고, 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 위 단서 소정의 요건에 해당하지 않으므로, 집행유예기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해서 집행유예의 선고가 가능하다. 대법원 2007.7.27. 선고 2007도768

11. 형법의 규범적 성격에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행위규범 - 형법은 일정한 행위를 금지 또는 명령하는 규범으로 살인죄는 명령규범, 퇴거불응죄는 금지규범의 형식을 취하고 있다.

# 2008년 검찰직 형법 기출문제와 해설

## 남부 고시학원 강산 교수 제공

- ②재판규범 - 형법은 법관의 사법활동을 규제하는 기능을 한다.
  - ③의사결정규범 - 형법이 무가치하다고 평가한 불법을 일반 국민이 결의하지 않도록 한다.
  - ④평가규범 - 형법에 규정되어 있는 행위가 가치에 반하고 위법하다는 판단을 하게 한다.
- 정답 ① 살인죄는 금지규범이고 퇴거불응죄는 명령규범이다.

12. 위법성조각사유에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 정당행위에서 말하는 사회상규는 일반적 보충적 위법성조각 사유로 기능하고 있다.
- ②긴급피난의 위난에는 인간에 의한 위난은 포함되지 않는다.
- ③형법은 과잉자구행위가 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 경우에 별하지 아니한다고 명시하고 있다.
- ④형법은 피해자의 승낙에 의한 행위가 상당한 이유가 있는 경우에 별하지 아니한다고 명시하고 있다.

정답 ①

- ② 긴급피난 위난의 원인은 인간 동물 자연현상 모두 포함.
- ③ 책임 조각 과잉자구 행위는 없다.
- ④ 제24조 피해자 승낙에는 상당성이 명문으로 규정되어 있지 않다.

13. 다음 범죄에 규정된 내용 중 불법구성요건요소로 볼 수 없는 것은?

- ①혼인빙자간음죄(제304조)에서 '음행의 상습없는 부녀'
- ②준강제추행죄(제299조)에서 '사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여'
- ③모욕죄(제311조)에서 '공연히'
- ④간통죄(제241조)에서 '배우자가 간통을 종용 또는 유서한 때'

정답 ④ 간통죄(제241조)에서 '배우자가 간통죄를 종용 유서한 때'는 고소권만 상실하므로 소추조건인 문제이지 불법구성요건이 아니다.

14. 과실범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ①고의가 인정되지 않을 경우에 과실범의 성립여부가 고려될 수 있다.
- ②판례는 의료사고에서 과실의 유무를 판단함에 있어 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하고 있다.
- ③형법은 인식 있는 과실을 인식 없는 과실보다 무겁게 처벌하고 있다.
- ④형법에는 과실범의 미수를 처벌하는 규정이 없다.

정답 ③ 인식 없는 과실과 인식 있는 과실은 형법상 불법과 책임이 동일하다.

15. 예비죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ①예비행위는 원칙적으로 그 수단과 방법에 제한이 없는 무한정 무정형한 행위이다.
- ②예비죄는 기본범죄를 범할 목적이 있어야 하는 목적범이다.
- ③예비행위를 처벌하는 경우에도 중지범의 관념을 인정할 수 없다.
- ④정범이 예비죄로 처벌되는 경우 이에 가공하는 행위는 방조범으로 처벌된다.

정답 ④ 예비의 방조인바 예비의 방조는 판례는 부정한다.



# 2008년 검찰직 형법 기출문제와 해설

## 남부 고시학원 강산 교수 제공

19. 벌금형에 대한 형법의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 우리나라는 총액벌금형제도를 채택하고 있다.
- ② 경제력이 약한 범죄인에게 벌금형이 대체자유형으로 전환되는 것을 방지하기 위하여 벌금의 분납을 인정하고 있다.
- ③ 벌금형에 대하여 집행유예는 인정되지 않으나 선고유예는 인정된다.
- ④ 벌금을 선고할 때에는 동시에 그 금액을 완납할 때까지 노역장에 유치할 것을 명할 수 있다.

정답 ② 형법상으로는 벌금의 분납은 인정하고 있지 않다. 즉 실무상으로만 인정되고 있다.

20. 다음 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 무면허운전으로 사람을 다치게 한 경우 무면허운전의 도로 교통법 위반죄와 업무상과실치상죄는 상상적 경합관계에 있다.
- ② 형법은 경합범의 각 죄에 정한 형이 무기징역이나 무기금고 이외의 이종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 형의 장기 또는 다액의 2분의 1까지 가중한다.
- ③ 대마를 절취한 절도범이 이를 흡입할 목적으로 소지한 경우 무허가 대마소지행위는 절도죄의 불가벌적 사후행위가 아니다.
- ④ 사람을 살해한 후에 범행을 은폐하기 위하여 사체를 다른 장소로 옮겨 유기한 경우 사체유기죄는 살인죄에 흡수되어 살인죄가 성립한다.

정답 ③ 즉 절도죄와 무허가 대마소지죄의 실제적 경합

- ① 무면허 운전죄와 업무상 과실치상죄의 실제적 경합
- ② 무기징역이나 무기금고 이외의 이종형이 아니라 동종형이어야 함.(제38조 1항 25)
- ④ 살인죄와 사체유기죄의 실제적 경합