

2010년 검찰 7급 형법 기출문제 및 해설

1. 책임능력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 평소 간질병 증세가 있더라도 범행당시에는 간질병이 발작하지 않았다면 심신상실 또는 심신미약에 해당한다고 볼 수 없다.
- ② 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 정신병질이 아니기 때문에 그 정도를 불문하고 심신장애에 해당되지 않는다.
- ③ 정신분열증으로 인하여 피해자를 사탄이라고 생각하고 그를 죽여야만 천당에 갈 수 있다고 믿고 피해자를 살해한 경우 심신상실 상태에 있었다고 볼 수 있다.
- ④ 심신장애의 유무판단에 있어서 법원은 반드시 전문 감정인의 감정결과에 기속되는 것은 아니고 독자적으로 심신장애유무를 판단할 수 있다.

해설

② 자신의 충동을 억제하지 못하여 범죄를 저지르게 되는 현상은 정상인에게서도 얼마든지 찾아볼 수 있는 일로서, 특단의 사정이 없는 한 위와 같은 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고는 할 수 없으므로, 원칙적으로 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하지만, 그 이상으로 사물을 변별할 수 있는 능력에 장애를 가져오는 원래의 의미의 정신병이 도벽의 원인이라거나 혹은 도벽의 원인이 충동조절장애와 같은 성격적 결함이라 할지라도 그것이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 있는 경우에는 그로 인한 절도 범행은 심신장애로 인한 범행으로 보아야 한다(대법원2002.5.24, 2002도1541).

LOGOS 형법 p.226

① 피고인이 평소 간질병 증세가 있었더라도 범행 당시에는 간질병이 발작하지 아니하였다면 이는 책임감면사유인 심신장애 내지는 심신미약의 경우에 해당하지 아니한다(대법원1983.10.11, 83도1897). LOGOS 형법 p.261

③ 범행당시 정신분열증으로 심신장애의 상태에 있었던 피고인이 피해자를 살해한다는 명확한 의식이 있었고 범행의 경위를 소상하게 기억하고 있다고 하여 범행당시 사물의 변별능력이나 의사결정능력이 결여된 정도가 아니라 미약한 상태에 있었다고 단정할 수는 없는 것인바, 피고인이 피해자를 살해할 만한 다른 동기가 전혀 없고, 오직 피해자를 "사탄"이라고 생각하고 피해자를 죽여야만 피고인. 자신이 천당에 갈 수 있다고 믿어 살해하기에 이른 것이라면, 피고인은 범행당시 정신분열증에 의한 망상에 지배되어 사물의 선악과 시비를 구별할 만한 판단능력이 결여된 상태에 있었던 것으로 볼 여지가 없지 않다(대법원1990.8.14, 90도1328). LOGOS 형법 p.263

④ 피고인의 범행 동기나 수법, 범행의 전후 과정에서 보인 태도, 범행 당시 음주정도, 피고인의 성장배경·학력·가정환경·사회경력 등을 통하여 추단되는 피고인의 지능정도나 인성 등에 비추어 볼 때, 피고인이 강간살인 범행을 저지를 당시 자기 통제력이나 판단력, 사리분별력이 저하된 어떤 심신장애의 상태가 있었던 것은 아닌가 하는 의심이 드는데

도 전문가에게 피고인의 정신상태를 감정시키는 등의 방법으로 심신장애 여부를 심리하지 아니한 채 선고한 원심판결을 심리미진과 심신장애에 관한 법리오해의 위법이 있다는 이유로 파기한다(대법원2002.11.8, 2002도5109). LOGOS 형법 p.263

정답:②

2. 결과적 가중범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 특수공무집행방해치상죄는 상해의 결과에 대한 고의가 있는 경우에도 성립하는 부진정 결과적 가중범이다.
- ② 강간의 공동정범 중 1인이 강간의 기회에 피해자를 상해한 경우, 다른 공동정범은 그 상해의 결과에 대한 고의가 없었더라도 그 결과를 예견할 수 있었다면 강간상해죄의 책임을 진다.
- ③ 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체 침해 행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립하고, 사망의 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없다.
- ④ 구타행위로 상해를 입은 피해자가 정신을 잃고 빈사상태에 빠지자 사망한 것으로 오인하고 자살한 것처럼 가장하기 위하여 베란다 아래의 바닥으로 떨어뜨려 사망케 한 경우 상해치사죄가 성립한다.

해설

②공동정범의 경우에 공모자 전원이 일정한 일시, 장소에 집합하여 모의하지 아니하고 공범자중 수인을 통하여 범의의 연락이 있고 그 범의내용에 대하여 포괄적 또는 개별적인 의사연락이나 그 인식이 있었다면 그들 전원이 공모관계에 있다 할 것이고, 이와 같이 공모한 후 공범자중의 1인이 실사 범죄실행에 직접 가담하지 아니하였다 하더라도 다른 공모자가 분담실행한 공모자가 실행한 행위에 대하여 공동정범의 책임이 있다 할 것이며, 공범자 중 수인이 강간의 기회에 상해의 결과를 야기하였다면 다른 공범자가 그 결과의 인식이 없었더라도 강간치상죄의 책임이 없다고 할 수 없다(대법원1984.2.14. 83도3120). LOGOS 형법 p.439

①특수공무방해치사상과 같은 이른바 부진정결과적가중범은 예견가능한 결과를 예견하지 못한 경우뿐만 아니라 그 결과를 예견하거나 고의가 있는 경우까지도 포함하는 것이므로, 공무집행을 방해하는 집단행위의 과정에서 일부 집단원이 고의행위로 살상을 가한 경우에도 다른 집단원에게 그 사상의 결과가 예견가능한 것이었다면 다른 집단원도 그 결과에 대하여 특수공무방해치사상의 책임을 면할 수 없다(대법원1990.6.26. 90도765). LOGOS 형법 p.1518

③결과적가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요없다 할 것이므로 패싸움중 한 사람이 칼로 찔러 상대방을 죽게한 경우에 다른 공범자가 그 결과 인식이 없다 하여 상해치사죄의 책임이 없다고 할 수 없다(대법원1978.1.17, 77도2193). LOGOS 형법 p.540

④(낙산비치호텔 판례) 피고인이 피해자에게 우측 흉골골절 및 늑골골절상과 이로 인한 우측 심장벽좌상과 심낭내출혈 등의 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 좌측 측두부 분쇄함몰골절에

의한 뇌손상 및 뇌출혈 등으로 사망에 이르게 하였다면, 피고인의 행위는 포괄하여 단일의 상해치사죄에 해당한다고 한 사례(대법원1994.11.4. 선고 94도2361). LOGOS 형법 p142
정답:②

3. 부작위범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 작위의무가 법적 의무인 한 성문범이건 불문범이건 상관없이 없고 또 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적 작위의무가 인정된다.
- ② 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다.
- ③ 어떠한 범죄가 적극적 작위나 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에, 행위자가 자신의 신체적 활동을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에 이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이다.
- ④ 경찰관이 압수물을 범죄 혐의의 입증에 사용하도록 하는 등의 적절한 조치를 취하지 아니하고 피압수자에게 돌려주어 증거를 인멸한 경우 증거인멸죄 이외에 부작위범인 직무유기죄도 성립한다.

해설

④경찰서 방범과장이 부하직원으로부터 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 위반 혐의로 오락실을 단속하여 증거물로 오락기의 변조 기관을 압수하여 사무실에 보관중임을 보고받아 알고 있었음에도 그 직무상의 의무에 따라 위 압수물을 수사계에 인계하고 검찰에 송치하여 범죄 혐의의 입증에 사용하도록 하는 등의 적절한 조치를 취하지 않고, 오히려 부하직원에게 위와 같이 압수한 변조 기관을 돌려주라고 지시하여 오락실 업주에게 이를 돌려준 경우, 작위범인 증거인멸죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기(거부)죄는 따로 성립하지 아니한다(대법원2006.10.19, 2005도3909). LOGOS 형법 p.1551

①형법상 부작위범이 인정되기 위해서는 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과 발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과 발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있고, 여기서 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 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다(대법원1996.9.6, 95도2551). LOGOS 형법 p.551

②부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다(대법원 2008.3.27, 2008도89). LOGOS 형법 p.560

③어떠한 범죄가 적극적 작위에 의하여 이루어질 수 있음은 물론 결과의 발생을 방지하지 아니하는 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에, 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써

결국 그 타인의 범익을 침해하기에 이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이고, 작위에 의하여 악화된 범익 상황을 다시 되돌아키지 아니한 점에 주목하여 이를 부작위범으로 볼 것은 아니며, 나아가 악화되기 이전의 범익 상황이, 그 행위자가 과거에 행한 또 다른 작위의 결과에 의하여 유지되고 있었다 하여 이와 달리 볼 이유가 없다(대법원2004.6.24, 2002도995). LOGOS 형법 p543

정답:④

4. 사실의 착오에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 【검찰7급 2010】

- ① 甲을 살해하려고 총을 발사하였으나 甲의 팔을 스치고 뜻하지 않게 지나가던 乙이 맞아 사망한 경우 구체적 부합설에 따르면 甲에 대한 살인미수와 乙에 대한 과실치사의 상상적 경합이 된다.
- ② 아이를 등에 업고 있는 어머니를 살해할 고의로 몽둥이로 내리쳤으나 뜻하지 않게 아이가 머리에 맞아 사망한 경우 법정적 부합설에 따르면 살인죄가 성립한다.
- ③ 甲을 乙로 오인하여 살해한 경우 구체적 부합설과 법정적 부합설에 따르면 甲에 대한 과실치사와 乙에 대한 살인미수의 상상적 경합이 된다.
- ④ 캄캄한 밤중에 자신의 장모를 처로 오인하고 살해한 경우 판례에 따르면 형법 제 15조 제1항에 의하여 보통살인죄로 처벌된다.

해설

구체적 부합설은, 행위자가 인식한 사실과 현실적으로 발생한 사실이 구체적으로 부합하는 경우에만 발생사실에 대해 고의. 기수범이 성립하고 그 외의 경우에는 고의가 조각된다는 견해이고 법정적 부합설은, 행위자가 인식한 사실(범죄)과 현실적으로 발생한 사실(범죄)이 구성요건적으로 부합하면 발생사실에 대한 고의.기수범이 성립하고 그 외의 경우에는 고의가 조각된다는 견해이다. LOGOS 형법 p.151

③구체적 사실의 착오 중 객체의 착오로 구체적 부합설과 법정적 부합설 모두 발생사실의 고의기수를 인정한다

①구체적 사실의 착오 중 방법의 착오로 구체적 부합설에 따를 때 甲에 대한 살인미수와 乙에 대한 과실치사의 상상적 경합

②피고인이 먼저 피해자를 향하여 살의를 갖고 소나무 몽둥이를 양손에 집어 들고 힘껏 후려친 가격으로 피를 흘리며 마당에 고꾸라진 피해자와 피해자의 등에 업힌 피해자의子を 몽둥이로 머리부분을 내리쳐 피해자의子を 현장에서 두개골절 및 뇌좌상으로 사망케 한 소위를 살인죄로 의율한 원심조치는 정당하고, 소위 타격의 착오가 있는 경우라 할지라도 행위자의 살인의 범의성립에 방해가 되지 아니한다(대법원 1984.1.24, 83도2813).

④중환죄에 대한 고의가 없으므로 제15조 1항에 의해 보통살인으로 처벌된다.

정답:③

5. 피해자의 승낙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 공문서의 작성권자가 직접 이에 서명하지 않고 피고인에게 지시하여 그의 서명을 흉내 내어 대신 서명케 한 경우 피고인의 행위는 작성권자의 지시 또는 승낙에 의한 것으로서 공문서 위조죄의 구성요건해당성이 조각된다.
- ② 피무고자의 승낙을 받아 허위사실을 기재한 고소장을 제출한 경우 무고죄가

성립하지 않는다.

- ③ 개인적 법익을 훼손하는 경우에 피해자의 승낙은 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙을 말할 뿐만 아니라 그 승낙이 윤리적, 도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다.
- ④ 건물의 소유자로 주장하는 피고인과 건물을 점유관리하고 있는 피해자 사이에 소유권에 대한 분쟁이 계속되고 있다면 피고인이 그 건물에 침입하는 것에 대한 피해자의 추정적 승낙이 있다고 볼 수 없다.

해설

② 무고죄는 국가의 형사사법권 또는 징계권의 적정한 행사를 주된 보호법익으로 하고 다만, 개인의 부당하게 처벌 또는 징계받지 아니할 이익을 부수적으로 보호하는 죄이므로, 설사 무고에 있어서 피무고자의 승낙이 있었다고 하더라도 무고죄의 성립에는 영향을 미치지 못한다(대법원 2005.9.30, 2005도2712). LOGOS 형법 p.1564

① 공문서의 위조라 함은 행사할 목적으로 공무원 또는 공무소의 문서를 정당한 작성권한 없는 자가 작성권한 있는 자의 명의로 작성하는 것을 말하므로, 공문서인 기안문서의 작성권한자가 직접 이에 서명하지 않고 피고인에게 지시하여 자기의 서명을 흉내내어 기안문서의 결재란에 대신 서명케 한 경우라면 피고인의 기안문서 작성행위는 작성권자의 지시 또는 승낙에 의한 것으로서 공문서위조죄의 구성요건해당성이 조각된다(대법원 1983.5.24, 82도1426). LOGOS 형법 p.1319

③ 형법 제24조의 규정에 의하여 위법성이 조각되는 피해자의 승낙은 개인적 법익을 훼손하는 경우에 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙을 말할 뿐만 아니라 그 승낙이 윤리적, 도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다(대법원 1985.12.10, 85도1892). LOGOS 형법 p.204

④ 건물의 소유자라고 주장하는 피고인과 그것을 점유관리하고 있는 피해자 사이에 건물의 소유권에 대한 분쟁이 계속되고 있는 상황이라면 피고인이 그 건물에 침입하는 것에 대한 피해자의 추정적 승낙이 있었다거나 피고인의 이 사건 범행이 사회상규에 위배되지 않는다고 볼 수 없다(대법원 1989.9.12, 89도889). LOGOS 형법 p.953

정답:②

6. 위법성이 조각되는 경우가 아닌 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 자신의 배우자가 상간자의 방에서 간통을 할 것이라고 추측하고 이혼소송에 사용할 증거자료 수집을 목적으로 그들의 간통현장을 직접 목격하고 그 사진을 촬영하기 위하여 상간자의 주거에 침입한 경우
- ② 피해자가 양손으로 자신의 넥타이를 잡고 늘어져 후경부피하출혈상을 입을 정도로 목이 졸리게 되자 피해자를 떼어내기 위하여 왼손으로 자신의 넥타이를 잡은 상태에서 오른손으로 피해자의 손을 잡아 비틀면서 서로 밀고 당긴 경우
- ③ 경찰관이 임의동행을 요구하며 자신의 손목을 잡고 뒤로 꺾어 올리는 등 제압하자 거기에서 벗어나려고 몸싸움을 하는 과정에서 경찰관에게 경미한 상해를 입힌 경우
- ④ 피해자가 갑자기 달려 나와 정당한 이유 없이 자신의 멱살을 잡고 파출소로 가자면서 계속하여 끌어당기므로 피해자의 행위를 제지하기 위하여 그의 양팔부분의

옷자락을 잡고 밀친 경우

해설

①형법 제20조 소정의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 범질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다. 간통 현장을 직접 목격하고 그 사진을 촬영하기 위하여 상간자의 주거에 침입한 행위는 정당행위에 해당하지 않는다(대법원 2003.9.26, 2003도3000). LOGOS 형법 p.240

②피해자가 양손으로 피고인의 넥타이를 잡고 늘어서 후경부피하출혈상을 입을 정도로 목이 졸리게 된 피고인이 피해자를 떼어놓기 위하여 왼손으로 자신의 목 부근 넥타이를 잡은 상태에서 오른손으로 피해자의 손을 잡아 비틀면서 서로 밀고 당기고 하였다면, 피고인의 그와 같은 행위는 목이 졸린 상태에서 벗어나기 위한 소극적인 저항행위에 불과하여 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당하여 죄가 되지 아니한다(대법원 1996.5.28, 96도979). LOGOS 형법 p.233

③경찰관이 임의동행을 요구하며 손목을 잡고 뒤로 꺾어 올리는 등으로 제압하자 거기에서 벗어나려고 몸싸움을 하는 과정에서 경찰관에게 경미한 상해를 입힌 경우, 위법성이 결여된 행위로 보아야 한다(대법원 1999.12.28, 98도138). LOGOS 형법 p.1478

④피해자가 갑자기 달려나와 정당한 이유없이 피고인의 먹살을 잡고 파출소로 가자면서 계속하여 끌어당기므로 피고인이 그와 같은 피해자의 행위를 제지하기 위하여 그의 양팔부분의 옷자락을 잡고 밀친 것이라면 이러한 피고인의 행위는 먹살을 잡힌데서 벗어나기 위한 소극적인 저항행위에 불과하고 그 행위에 이른 경위 등에 비추어 볼 때 사회통념상 허용될만한 정도의 상당성이 있는 행위로서 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당한다(대법원1990.1.23, 89도1328). LOGOS 형법 p.232

정답:①

7. 괄호 안의 범죄와 관련하여 적법행위에 대한 기대가능성이 부정되는 것은?

(관례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 입학시험에 응시한 수험생이 우연한 기회에 미리 출제될 시험문제를 알게 되어 그에 대한 답을 암기하고 해당문제가 출제되자 암기한 답을 답안지에 기재한 경우 (업무방해죄)
- ② 상호저축은행 직원이 상사의 부당한 대출지시에 대하여 반대 의견을 표시하였지만 상사가 지시에 따를 것을 명령하자 어쩔 수 없다고 생각하고 대출업무를 처리해 준 경우 (업무상배임죄)
- ③ 자신이 믿고 있는 종교적 교리와 신앙적 양심에 따라 병역 의무를 거부한 경우 (병역법위반)
- ④ 자신의 강도상해 범행을 일관하여 부인하였으나 유죄판결이 확정된 후 별건으로

기소된 공범의 형사사건에서 자신의 범행사실을 부인하는 증언을 한 경우 (위증죄)

해설

①입학시험에 응시한 수험생으로서 자기 자신이 부정한 방법으로 탐지한 것이 아니고 우연한 기회에 미리 출제될 시험문제를 알게 되어 그에 대한 답을 암기하였을 경우 그 암기한 답에 해당된 문제가 출제되었다 하여도 위와 같은 경위로서 암기한 답을 그 입학시험 답안지에 기재하여서는 아니된다는 것을 그 일반수험생에게 기대한다는 것은 보통의 경우 도저히 불가능하다 할 것이다(대법원 1966.3.22, 65도1164). LOGOS 형법 p.301

②직장 상사의 범법행위에 가담한 부하에 대하여 직무상 지휘·복종관계에 있다는 이유만으로 범법행위에 가담하지 않을 기대가능성이 없다고는 할 수 없다(대법원 2005.7.29, 2004도5685). 피고인 甲이 피고인 乙 등과 공모하여 기재 각 대출이 출자자 등에 대하여 이루어지는 것으로서 합리적인 채권보전조치 없이 이루어지는 것임을 잘 알면서도 그 대출업무를 취급한 사실을 인정한 후, 피고인 乙이 그 대출의 최초 심사과정에서 다소 반대 의견을 표시하였다 하더라도 부실대출이라는 사정을 잘 알면서 그 대출 업무를 처리하는 데 관여하고 상당부분 동의한 이상 공범으로서의 형사책임을 면할 수 없다고 판단한 조치는 정당하다(대법원 2007.5.11, 2007도1373).

③양심적 병역거부자에게 그의 양심상의 결정에 반한 행위를 기대할 가능성이 있는지 여부를 판단하기 위해서는, 행위 당시의 구체적 상황하에 행위자 대신에 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 그 기대가능성 유무를 판단하여야 할 것인바, 양심적 병역거부자의 양심상의 결정이 적법행위로 나아갈 동기의 형성을 강하게 압박할 것이라고 보이기는 하지만 그렇다고 하여 그가 적법행위로 나아가는 것이 실제로 전혀 불가능하다고 할 수는 없다고 할 것인바, 범규범은 개인으로 하여금 자기의 양심의 실현이 헌법에 합치하는 법률에 반하는 매우 드문 경우에는 뒤로 물러나야 한다는 것을 원칙적으로 요구하기 때문이다(대법원 2004.7.15, 2004도2965). LOGOS 형법 p.308

④피고인에게 적법행위를 기대할 가능성이 있는지 여부를 판단하기 위하여는 행위 당시의 구체적인 상황하에 행위자 대신에 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 그 기대가능성 유무를 판단하여야 한다. 또한, 자기에게 형사상 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리가 결코 적극적으로 허위의 진술을 할 권리를 보장하는 취지는 아니며, 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. 이러한 점 등에 비추어 보면, 이미 유죄의 확정판결을 받은 피고인은 공범의 형사사건에서 그 범행에 대한 증언을 거부할 수 없을 뿐만 아니라 나아가 사실대로 증언하여야 하고, 설사 피고인이 자신의 형사사건에서 시종일관 그 범행을 부인하였다 하더라도 이러한 사정은 위증죄에 관한 양형참작사유로 볼 수 있음은 별론으로 하고 이를 이유로 피고인에게 사실대로 진술할 것을 기대할 가능성이 없다고 볼 수는 없다(대법원 2008.10.23, 2005도10101). LOGOS 형법 p.308

정답:①

8. 형법의 시간적 적용범위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

(판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 상의 사회봉사명령을 부과하면서 행위시 법상 사회봉사명령 부과시간의 상한인 100시간을 초과하여 상한을 200시간으로 올린 신법을 적용하더라도 형벌불소급의 원칙에 반하지 않는다.
- ② 「군형법」 제79조(무단이탈)의 개정으로 법정형이 ‘1년 이하의 징역이나 금고’에서 ‘1년 이하의 징역이나 금고 또는 300만원이하의 벌금’으로 변경된 것은 「형법」 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때’에 해당한다.
- ③ 범죄 후 법률의 개정에 의하여 법정형이 가벼워진 경우에는 「형법」 제1조 제2항에 의하여 당해 범죄사실에 적용될 가벼운 법정형(신법의 법정형)이 공소시효기간의 기준이 된다.
- ④ 「형법」 제62조의2 제1항의 개정으로 도입된 보호관찰은 형벌이 아니라 보안처분의 성격을 가지므로 개정 형법 시행 이전에 죄를 범한 자에 대하여도 보호관찰을 명할 수 있다.

해설

- ①가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 정한 보호처분 중의 하나인 사회봉사명령은 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 목적으로 하는 것으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이 사실이다. 그러나 한편으로 이는 가정폭력범죄행위에 대하여 형사처벌 대신 부과되는 것으로서, 가정폭력범죄를 범한 자에게 의무적 노동을 부과하고 여가시간을 박탈하여 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되므로, 이에 대하여는 원칙적으로 형벌불소급의 원칙에 따라 행위시법을 적용함이 상당하다. 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 사회봉사명령을 부과하면서, 행위시법상 사회봉사명령 부과시간의 상한인 100시간을 초과하여 상한을 200시간으로 올린 신법을 적용한 것은 위법하다 (대법원 2008.7.24, 2008어4). LOGOS 형법 p.18
- ②구 군형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제79조는 “허가 없이 근무장소 또는 지정장소를 일시이탈하거나 지정한 시간 내에 지정한 장소에 도달하지 못한 자는 1년 이하의 징역이나 금고에 처한다”고 규정하였으나, 원심판결 선고 후 시행된 군형법 제79조는 “허가 없이 근무장소 또는 지정장소를 일시적으로 이탈하거나 지정한 시간까지 지정한 장소에 도달하지 못한 사람은 1년 이하의 징역이나 금고 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하여 벌금형이 법정형으로 추가되었는바, 그 취지는 무단이탈의 형태와 동기가 다양함에도 불구하고 죄질이 경미한 무단이탈에 대하여도 반드시 징역형 내지 금고형으로 처벌하도록 한 종전의 조치가 과중하다는 데에서 나온 반성적 조치라고 보아야 할 것이어서, 이는 형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때’에 해당한다(대법원 2010.3.11, 2009도12930).
- ③범죄후 법률의 개정에 의하여 법정형이 가벼워진 경우에는 형법 제1조에 의하여 당해 범죄사실에 적용될 가벼운 법정형(신법의 법정형)이 공소시효기간의 기준으로 된다(대법원 1987.12.22, 87도84). LOGOS 형법 p.42
- ④개정 형법 제62조의2 제1항에 의하면 형의 집행을 유예를 하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있고, 같은 조 제2항에 의하면 제1항의 규정에 의한 보호관찰의 기간은 집행을 유예한 기간으로 하고, 다만 법원은 유예기간의 범위 내에서 보호관찰의 기간

을 정할 수 있다고 규정되어 있는바, 위 조항에서 말하는 보호관찰은 형벌이 아니라 보안처분의 성격을 갖는 것으로서, 과거의 불법에 대한 책임에 기초하고 있는 제재가 아니라 장래의 위험성으로부터 행위자를 보호하고 사회를 방위하기 위한 합목적적인 조치이므로, 그에 관하여 반드시 행위 이전에 규정되어 있어야 하는 것은 아니며, 재판시의 규정에 의하여 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다고 보아야 할 것이고, 이와 같은 해석이 형벌불소급의 원칙 내지 죄형법정주의에 위배되는 것이라고 볼 수 없다(대법원 1997.6.13, 97도703). LOGOS 형법 p.18

정답:①

9. 다음 설명 중 옳은 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 甲과 乙이 강도할 것을 공모하고 A를 협박하던 중 甲은 양심의 가책을 느끼고 현장을 떠난 후 乙이 단독으로 A의 금품을 강취한 경우, 甲은 강도죄의 중지미수 죄책을 진다.
- ② 甲이 乙, 丙과의 강도 공모에 주도적으로 참여하여 乙과 丙의 실행에 영향을 미친 때에는, 乙과 丙이 실행에 착수하기까지 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 않는 한 강도의 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다.
- ③ 甲이 포괄일죄인 무면허 영업을 하던 도중에 乙이 가담하여 공동으로 무면허 영업을 계속한 경우, 乙은 자신이 참여하기 이전의 甲의 행위에 대하여도 공동정범으로서의 죄책을 진다.
- ④ 甲이 A를 강간하고 떠난 후 우연히 그 곳을 지나가던 乙이 A를 다시 강간하였는데 그 과정에서 A가 입은 상해가 누구의 행위에 의한 것인지 판명되지 않은 경우, 甲과 乙은 강간치상죄의 공동정범의 죄책을 진다.

해설

②형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 저지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003.3.28, 2002도7477). 그리고 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(대법원 1995.7.11, 95도955), 공모관계에서의 이탈은 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈되었다고 할 수 없다(대법원 2008.4.10, 2008도1274). LOGOS 형법 p.432

①행위자 상호간에 범죄의 실행을 공모하였다면 다른 공모자가 이미 실행에 착수한 이후에는 그 공모관계에서 이탈하였다 하더라도 공동정범의 책임은 면할 수 없다는 것이 판례의 입장이다(대법원 1984.1.31, 83도2941). LOGOS 형법 p.431

③포괄일죄의 범행 도중에 가담한 자는-비록 가담 이전의 선행자의 범행부분을 인식하고 있다 하더라도-가담한 이후의 부분에 대해서만 공동정범의 책임을 진다는 입장이다. 따라서 만일 甲이 포괄일죄인 무면허 영업을 수년간 하고 있던 중 乙과 공동으로 무면허 영업을 계속한 경우, 乙은 자신이 영업에 참여하기 이전의 甲의 행위에 대해서는 공동정범으로서의 책임을 지지 않게 된다(대법원 1997.6.27, 97도163). LOGOS 형법 p.425

④제 263조는 각칙상 규정이며 그 적용범위는 제25장 상해와 폭행의 죄로 제한시켜 적용되어야 한다. 따라서 강간치상죄, 강도치상죄에는 적용될 수 없다. 판례도 같은 입장을 취하고 있다(대법원 1984.4.24, 84도 372). LOGOS 형법 p.446

정답:②

10. 실행의 착수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 제1차 매수인으로부터 계약금 및 중도금 명목의 금원을 교부 받은 후 제2차 매수인에게 부동산을 매도하기로 하고 계약금만을 지급받은 뒤 더 이상의 계약 이행에 나아가지 않았다면 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.
- ② 강간할 목적으로 피해자의 집에 침입하여 안방에 들어가 자고있는 피해자의 가슴과 엉덩이를 만지면서 간음을 기도하였다는 사실만으로 강간죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없다.
- ③ 야간에 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 의도로 아파트의 베란다 철제난간까지 올라가 유리창문을 열려고 시도하였다면 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다.
- ④ 출입문이 열려 있는 집에 들어가 재물을 절취하기로 마음먹고 다세대주택에 들어가 그 중 한 가구의 출입문을 당겨보는 행위만으로는 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없다.

해설

④출입문이 열려 있으면 안으로 들어가겠다는 의사 아래 출입문을 당겨 보는 행위는 바로 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 있어 본죄의 실행에 착수한 것으로 보아야한다(대법원 2006.9.14, 2006도 2824). LOGOS 형법 p.1002

①매도인이 제 2매수인과 매매계약을 체결하고 계약금과 중도금을 수령한 때에 배임죄의 실행의 착수가 있다는 견해와 매도인이 후매수인을 위한 등기 이전에 착수한 행위를 한때라고 보는 견해가 대립하고 있다. 판례는 전자를 따르고 있는 입장이다(대법원 1983.10.11, 83도2057). LOGOS 형법 p.1178

②강간죄의 실행의 착수가 있었다고 하려면 강간의 수단으로서 폭행이나 협박을 한 사실이 있어야 할 터인데 피고인이 강간할 목적으로 피해자의 집에 침입하였다 하더라도 안방에 들어가 누워 자고 있는 피해자의 가슴과 엉덩이를 만지면서 간음을 기도하였다는 사실만으로는 강간의 수단으로 피해자에게 폭행이나 협박을 개시하였다고 하기는 어렵다(대법원 1990.5.25, 90도607). LOGOS 형법 p.338

③아파트의 베란다 철제 난간까지 올라가 유리창문을 열려고 시도하였다는 것은 바로 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 있어 본죄의 실행에 착수한 것으로 보아야한다(대법원 2003.10.24, 2003도4417). LOGOS

형법 p.1002

정답:④

11. 공문서부정행사죄가 성립하지 않는 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 습득한 타인의 주민등록증을 가족의 것이라고 제시하면서 그 주민등록증상의 명의로 이동전화가입신청을 하였다.
- ② 자동차를 임차하는 과정에서 자동차 대여업체의 직원으로부터 운전면허증의 제시를 요구받자 습득하여 소지하고 있던 타인의 자동차운전면허증을 자신의 것인 양 제시 하였다.
- ③ 다른 사람인 양 허위신고하여 자신의 사진과 지문이 찍힌 타인명의의 주민등록증을 발급받은 후 이를 검문경찰관에게 제시하였다.
- ④ 경찰서에서 조사를 받는 과정에서 인적 사항을 확인하는 경찰관에게 자신의 것인 양 타인의 운전면허증을 제시하였다.

해설

① 피고인이 기왕에 습득한 타인의 주민등록증을 피고인 가족의 것이라고 제시하면서 그 주민등록상의 명의 또는 가명으로 이동전화가입신청을 한 경우 본죄가 성립하지 않는다. 이는 타인의 주민등록증을 본래의 사용용도인 신분확인용으로 사용한 것이라고 볼 수 없기 때문이다(대법원 2003.2.26, 2002도4935). LOGOS 형법 p.1249

② 대법원 1998.8.21, 98도 1701.

③ 대법원 1982.9.28, 82도 1297.

④ 대법원 2001.4.19, 2000도 1985.

정답:①

12. 포괄일죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 하나의 사건에 관하여 한번 선서한 증인이 같은 기일에 여러 가지 사실에 관하여 기억에 반하는 허위의 진술을 한 경우에는 하나의 범죄의사에 의하여 계속하여 허위의 진술을 한 것으로서 포괄하여 1개의 위증죄가 성립한다.
- ② 수인의 피해자에 대하여 각 피해자별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에는 그 범의가 단일하고 범행수법이 동일하므로 포괄하여 1개의 사기죄가 성립된다.
- ③ 수개의 업무상 배임행위가 있더라도 피해법익이 단일하고 범죄의 태양이 동일할 뿐만 아니라 그 수개의 배임행위가 단일한 범의에 기한 일련의 행위라고 볼 수 있을 경우에는 포괄하여 1개의 업무상배임죄가 성립한다.
- ④ 직계존속인 피해자를 폭행하고 상해를 가한 것이 존속에 대한 동일한 폭력습벽의 발현에 의한 것으로 인정되는 경우에는 포괄하여 1개의 상습존속상해죄가 성립한다.

해설

② 수인의 피해자에 대하여 각 별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄1죄로 파악할 수 없고 피해자별로 독립한 사기죄가 성립한다(대법원 2000.7.7, 2000도 1899). LOGOS 형법 p.1369

①하나의 사건에 관하여 한번 선서한 증인이 같은 기일에 여러 가지 사실에 관하여 기억에 반하는 허위의 진술을 한 경우, 이는 하나의 범죄의사에 의하여 계속하여 허위의 진술을 할 것으로 포괄하여 1개의 위증죄를 구성하는 것이고 각 진술마다 수개의 위증죄를 구성하는 것이 아니다. 마찬가지로 같은 민사소송사건의 같은 심급에서 변론기일을 달리하여 수차 증인으로 나가 수개의 허위진술을 하더라도 최소한 선서의 효력을 유지시킨 후 증언한 이상 1개의 위증죄를 구성함에 그친다(대법원 2005.3.25, 2005도60). LOGOS 형법 p.1545

③판례도 “단일 또는 계속된 범의의 연속이 있으면 범의의 단일성을 인정하는 입장이다(대법원 1984.8.14, 84도1139;1984.5.15,84도233). LOGOS 형법 p.596

④직계존속인 피해자를 폭행하고, 상해를 가한 것이 존속에 대한 동일한 폭력습벽의 발현에 의한 것으로 인정되는 경우, 그 중 법정형이 더 중한 상습존속상해죄에 나머지 행위들을 포괄시켜 하나의 죄만이 성립한다(2003.2.28, 2002도7335). LOGOS 형법 p.605

정답:②

13. 甲이 피해자 乙을 자동차에서 내릴 수 없는 상태를 이용하여 강간하려고 결의하고 주행 중인 자동차에서 탈출 불가능하게 하여 외포케 하고 50킬로미터를 운행하여 여관 앞까지 강제로 연행한 후 강간하려다 미수에 그친 경우, 甲의 죄책은?

【검찰7급 2010】

- ① 감금죄의 일죄
- ② 강간미수죄의 일죄
- ③ 감금죄와 강간미수죄의 상상적 경합
- ④ 감금죄와 강간미수죄의 실제적 경합

해설

감금행위가 강간미수죄의 수단인 경우에 감금죄의 성부 및 죄수에 관해서는 대법원 1983.4.26, 83도323 판결이 있다 : “강간죄의 성립에 언제나 직접적으로 또 필요한 수단으로서 감금행위를 수반하는 것은 아니므로 감금행위가 강간미수죄의 수단이 되었다 하여 감금행위는 강간미수죄에 흡수되어 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없는 것이고, 그때에 감금죄와 강간미수죄는 일개의 행위에 의하여 실현된 경우로서 형법 제 40조의 상상적 경합관계에 있다(피고인이 피해자가 자동차에서 내릴 수 없는 상태에 있음을 이용하여 강간하려고 결의하고, 주행 중인 자동차에서 탈출불가능하게 하여 외포케 하고 50킬로미터를 운행하여 여관 앞까지 강제연행한 후 강간하려다 미수에 그친 경우 위 협박은 감금죄의 실행의 착수임과 동시에 강간미수죄의 실행의 착수라고 할 것이다). 또한 형법 제40조의 소위 상상적 경합은 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우에는 과형상 일죄로서 처벌한다는 것이고, 또 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다는 것은 경한 죄는 중한 죄에 정한 형으로 처단된다는 것이지, 경한 죄는 그 처벌을 면한다는 것은 아니므로, 이 사건에서 중한 강간미수죄가 친고죄로서 고소가 취소되었다 하더라도 경한 감금죄(폭력행위등처벌에 관한 법률 위반)에 대하여는 아무런 영향을 미치지 않는다. LOGOS 형법 p.615

정답:③

14. 甲과 乙은 소매치기를 공모하고 만일에 대비하여 식칼 1자루씩을 나누어 가진 후 합동하여 A의 손지갑을 절취하다가 그 범행이 발각되어 두 갈래로 나누어 도주 하던 중, 甲은 B의 그리고 乙은 C의 추격을 받게 되자 甲은 체포를 면탈할 목적으로 소지 중인 식칼을 B를 향하여 휘두르고 벽돌을 던져 상해를 가하였다. 乙이 甲의 폭행과 그로인한 B의 상해를 전연 예기치 못한 것으로는 볼 수 없다면 甲과 乙의 죄책은?

【검찰7급 2010】

- ① 甲은 준강도죄, 乙은 특수절도죄
- ② 甲은 강도상해죄, 乙은 특수절도죄
- ③ 甲과 乙은 준강도죄의 공동정범
- ④ 甲과 乙은 강도상해죄의 공동정범

해설

이 사건의 경우에 있어서는 피고인 甲이 위와 같이 공범자인 乙·丙과 공모합동하여 소매치기를 하고 발각되어 도망할 때에 乙이 그를 추격하는 피해자 Y에게 체포되지 아니하려고 위와 같이 폭행할 것을 ‘전연 예기치 위와 것으로는 볼 수 없다 할 것’ 이므로, 그 폭행의 결과로 발생한 상해에 관하여 원심이 피고인 甲에 대하여도 형법 제 337조의 강도상해죄가 성립한다고 판단한 조치는 정당하다고 할 것이다(대법원 1984.10.10, 84도 1887). 위 판례는 상해에 대한 예견가능성이 있다면 -강도치상이 아니라- 강도상해의 공동정범으로 보고 있다. 그 이유는 아마도 제337조에서 강도상해와 강도치상죄의 법정형이 동일하게 규정되어 있기 때문이 아닌가 추측된다. 이러한 판례의 입장은 이론적으로 문제가 있다. 이와는 달리, 강도를 공모한 공범자 중 1인이 살인을 한 경우에는 다른 공범자는 강도치사죄가 성립한다는 판례(대법원 1990.11.27, 90도2262)도 있다. 이는 제338조에서 강도살인과 강도치사죄의 법정형이 서로 다르게 규정되어 있기 때문일 것이다. LOGOS 형법 p.339

정답:④

15. 절도죄에 대한 설명으로 옳은 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 타인의 연구소에 식재된 영산홍을 절취하기 위해 땅에서 캐낸 것만으로는 절취행위가 기수에 이르지 않고, 영산홍을 자신의 승용차까지 운반함으로써 비로소 절취행위가 기수에 이른다.
- ② 야간에 다세대주택에 침입하여 물건을 절취하기 위하여 가스배관을 타고 오르다, 경찰관에게 발각되자 그냥 뛰어내려 도주한 경우 야간주거침입절도죄의 미수가 성립한다.
- ③ 절도범인이 혼자 입목을 땅에서 완전히 캐낸 후에 비로소 제3자가 가담하여 함께 입목을 운반하였다더라도 합동하여 절취행위를 하였다고 볼 수 있으므로 특수절도죄가 성립한다.
- ④ 2인 이상이 합동하여 주간에 절도의 목적으로 아파트 출입문 잠금장치를 손괴하다가 발각되어 도주한 경우라면 특수절도죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없다.

해설

④형법 제331조2항의 합동절도의 실행의 착수시기는 절취한 물품의 물색행위를 시작한

시점으로 주거침입과 손괴의 행위를 그 실행의 착수로 보아 미수로 처벌할 수 없다(대법원 2009.12.24, 2009도9667). LOGOS 형법 p.1004

①③영산홍과 같은 입목은 이를 절취하기 위하여 캐낸 시점에 이미 소유자의 입목에 대한점유가 침해되고 범인의 사실적 지배하에 놓이게 됨으로써 기수(=종료)에 이른다. 또한, 최근판례에서는 특수절도죄의 합동범과 관련해서 합동실행의 시기는 점유 취득이전에 함께 있어야 한다는 점을 명시하고 있다(대법원 2008.10.23, 2008도6080). LOGOS 형법 p.449

②야간에 다세대 주택에 침입하여 물건을 절취하기 위하여 가스배관을 타고 오르다가 순찰 중이던 경찰관에게 발각되어 그냥 뛰어나려다면,(침입을 위한 구체적인 행위가 없으므로)야간주거침입절도죄의 실행의 착수에 이르지 못했다(대법원 2008.3.27, 2008도917). LOGOS 형법 p.338

정답:④

16. 다음 설명 중 옳은 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 1 ~ 2개월간 입원할 정도로 다리가 부러진 상해 또는 3주간의 치료를 요하는 우측흉부자상은 중상해에 해당한다.
- ② 피해자의 신체에는 접촉하지 않고 단지 피해자에게 근접하여 욕설하면서 때릴 듯이 손발이나 물건을 휘두르거나 던지는 것만으로는 폭행죄가 성립하지 않는다.
- ③ 임신 32주인 피해자를 진료하다가 과실로 태아가 태반조기박리로 사망에 이르게 되었다면 이는 산모인 피해자에 대한 상해가 되므로 업무상과실치상죄가 성립한다.
- ④ 피해자로부터 신용카드를 강취하고 비밀번호를 알아내는 과정에서 피해자에게 입힌 상처가 일상생활에 지장을 초래하지 않았고 그 회족을 위하여 치료행위가 특별히 필요하지 않은 경우에는 강도상해죄의 상해에 해당되지 않는다.

해설

④굳이 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는 데 지장이 없으며, 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있는 정도로 그 상처로 인하여 피해자의 신체의 완전성이 손상되고 생활기능에 장애가 왔다거나 건강상태가 불량하게 변경되었다고 볼 수 없다면 강도상해죄의 상해에 해당하지 않는다(대법원 2002.1.11, 2001도4389). LOGOS 형법 p.1025

①형법 제258조 제1항, 제2항에서 정하는 중상해는 사람의 신체를 상해하여 생명에 대한 위험을 발생하게 하거나, 신체의 상해로 인하여 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 한 경우에 성립한다. 그런데 1~2개월간 입원할 정도로 다리가 부러지는 상해 또는 3주간의 치료를 요하는 우측흉부자상은 그로 인하여 생명에 대한 위험을 발생하게 한 경우라거나 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 한 경우에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 피고인이 교사한 상해가 중상해에 해당한다거나 피해자가 입은 상해가 중상해에 해당한다고 단정할 자료도 없어 보인다(대법원 2005.12.9, 2005도7527). LOGOS 형법 p.792

②폭행죄에서 말하는 폭행은 사람의 신체에 대한 유형력행사로 여기에서 말하는 유형력이란 반드시 육안으로 보이는 힘만 의미하는 것이 아니라 과학적으로 관찰할 때 물리력이 행사되었다고 인정되는 경우에는 인정된다. 피해자의 신체에 공간적으로 근접하여 고정으로 폭언이나 욕설을 하거나 동시에 손발이나 물건을 휘두르거나 던지는 행위는 직접 피해자의 신체에 접촉하지 아니하였다 하더라도 피해자에 대한 불법한 유형력의

행사로서 폭행에 해당한다(대법원 2003.1.10, 2005도5716). LOGOS 형법 p.796

③태아의 사망으로 인해 임산부에 대한 신체, 생리적 기능훼손이 있다면 산모에 대한 업무상과실치상죄가 성립할 수 있지만 태아는 임산부의 신체일부가 아니고, 태아의 사망을 임산부의 신체훼손으로 볼 수 없으므로 태아의 사망이 산모에 대한 상해가 된다고 봐 유죄로 인정한 원심판결에는 태아와 모체의 관계 또는 상해의 개념 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있다(대법원 2009.7.9, 2009도1025). LOGOS 형법 p.789

정답:④

17. 뇌물죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 공무원이 그 직무권한의 행사와 전체적, 포괄적으로 대가관계가 있는 금원을 교부 받았다면 그 금원의 수수가 어느 직무행위와 대가관계에 있는 것인지 특정할 수 없다고 하더라도 수뢰죄가 성립한다.
- ② 뇌물공여자로부터 뇌물인 정을 알면서 금품을 건네받아 공무원에게 전달한 제3자에 대해서는 증뢰물전달죄만 성립하고 별도의 뇌물공여죄는 성립하지 않는다.
- ③ 형법 제132조(알선수뢰)의 알선행위는 단순히 알선자의 직무에 속하는 사항에 관한 것으로는 부족하고 알선자가 그 직무에 관하여 결정권을 가지고 있어야 한다.
- ④ 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 받고 그 일부를 받은 취지에 따라 청탁과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물로 공여한 경우에는 이를 제외한 나머지 금품만을 몰수하거나 그 가액을 추징하여야 한다.

해설

③‘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(대법원 2006.4.27, 2006도735).

LOGOS 형법 p.1470

①개개의 직무행위와 대가적 관계에 있을 필요가 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다(대법원 1997.4.17, 96도3377). LOGOS 형법 p.1443

②제3자의 증뢰물전달죄는 제3자가 증뢰자로부터 교부받은 금품을 수뢰할 사람에게 전달하였는지 여부에 관계없이 제3자가 그 정을 알면서 금품을 교부받음으로써 성립하는 것이며, 나아가 제3자가 그 교부받은 금품을 수뢰할 사람에게 전달하였다고 하여 증뢰물 전달죄 외에 별도로 뇌물공여죄가 성립하는 것은 아니다(대법원 1997.9.5, 97도1572).

LOGOS 형법 p.1470

④금품 중의 일부를 받은 취지에 따라 청탁과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물로 공여하거나 다른 알선행위자에게 청탁의 명목으로 교부한 경우에는 그 부분의 이익은 실질적으로 범인에게 귀속된 것이 아니어서 이를 제외한 나머지 금품만을 몰수하거나 그 가액을 추징하여야 한다(대법원 2002.6.14, 2002도1283). LOGOS 형법 p.1470

정답:③

18. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 甲이 살인범행에 사용할 흉기를 구하고 있다는 사실을 알게 된 乙이 흉기를 구할 수 있도록 甲을 도와주었다면 甲이 실행의 착수로 나아가지 않더라도 乙은 살인예비

죄의 중범의 죄책을 진다.

- ② 甲이 乙로부터 丙이 범죄를 저지르도록 해달라는 부탁을 받고 乙의 요청을 丙에게 전달하여 丙으로 하여금 범죄를 결의, 실행하도록 하였다면 乙은 살인예비죄의 중범의 죄책을 진다.
- ③ 甲이 乙에게 피해자를 상해할 것을 교사하였는데 피해자를 살해한 경우, 원칙적으로 甲은 상해죄의 교사범이 되나 甲에게 피해자의 사망에 대하여 과실 또는 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 진다.
- ④ 甲이 절취한 차량을 이용하여 강도행위를 하기 위해 乙에게 그 차량을 운전해 줄 것을 부탁하자 乙이 그 정을 알면서도 차량을 운전해 주었다면 乙은 강도예비죄와 함께 장물운반죄의 죄책을 진다.

해설

①기도된 중범은 기도된 교사와는 달리 처벌규정이 없으므로 처벌할 수 없다. LOGOS 형법 p.477

②교사의 교사에는 1인의 중간교사자 개입된 경우인 간접교사와 수인의 중간교사자가 개입된 경우인 연쇄교사가 있는데 이 경우 모두 교사범으로 처벌된다(대법원 1974.1.29, 73도 3104). LOGOS 형법 p.466

③교사자가 피교사자에 대하여 상해 또는 중상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우 일반적으로 교사자는 상해죄 또는 중상해죄의 교사범이 되지만 이 경우 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 지을 수 있다(대법원 1993.10.8, 93도1873). LOGOS 형법 p.462

④본범자와 공동하여 장물을 운반한 경우에 본범자는 장물죄에 해당하지 않으나 그 외의 자의 행위는 장물운반죄를 구성한다 할 것이므로, 피고인이 승용차가 절취한 차량이라는 정을 알면서도 승용차를 이용하여 강도를 하려 함에 있어 피고인이 승용차를 운전해 달라는 부탁을 받고 위 승용차를 운전하여 간 사실이 인정된다면, 피고인은 강도예비와 아울러 장물운반의 고의를 가지고 위와 같은 행위를 하였다고 봄이 상당하다 할 것이다(대법원 1999. 3.26, 98도3030). LOGOS 형법 p.1204

정답:①

19. 甲은 OO리조트 전산팀에 근무하던 중 권한 없이 매표소의 리프트탑승권 발매기를 임의 조작하여 리프트탑승권 100매를 부정발급한 후 이를 뜯어가 그 정을 아는 乙에게 액면가의 50%에 팔았다. 이 경우 甲과 乙의 죄책에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 甲이 발매기를 임의 조작하여 리프트탑승권을 부정발급한 행위는 유가증권위조죄에 해당한다.
- ② 비록 작성권한 없는 자에 의하여 위조된 리프트탑승권이라고 하더라도 절차에 따라 몰수되기까지는 그 소지자의 점유를 보호하여야 한다는 점에서 이를 뜯어간 甲의 행위는 절도죄를 구성한다.
- ③ 甲이 위조된 리프트탑승권을 乙에게 판 행위는 장물인 위조리프트탑승권을 행사하는 행위는 아니므로 위조유가증권행사죄가 성립하지 않는다.

- ④ 그 정을 알면서 甲으로부터 위조된 리프트탑승권을 매수한 乙의 행위는
장물취득죄를 구성한다.

해설

③ 위조된 리프트탑승권을 판매하는 행위는 일면으로는 위조된 리프트탑승권을 행사하는 행위임과 동시에 절취한 장물인 위조 리프트탑승권의 처분행위에 해당한다 할 것이다(대법원 1998.11.24, 98도2967). LOGOS 형법 p.1289

① 리프트탑승권은 유가증권의 일종에 해당한다.

② 증권도 그것이 정상적으로 발행된 것은 물론 비록 작성권한 없는 자에 의하여 위조된 것이라고 하더라도 절 차에 따라 몰수되기까지는 그 소지자의 점유를 보호하여야 한다는 점에서 형법상 재물로서 절도죄의 객체가 된다.

④ 위조된 리프트탑승권을 판매하는 행위는 절취한 장물인 위조 리프트탑승권의 처분행위에 해당한다 할 것이다. 따라서 위조된 리프트탑승권을 위와 같은 방법으로 취득하였다는 정을 피고인이 알면서 매수하였다면 그러한 피고인의 행위는 위조된 유가증권인 리프트탑승권에 대한 장물취득죄를 구성한다.

정답:③

20. 신용카드와 관련된 범죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

(판례에 의함) 【검찰7급 2010】

- ① 여신전문금융업법 제70조 소정의 신용카드부정사용죄에서 신용카드의 사용은 소지인이 신용카드의 본래 용도인 대금결제를 위하여 가맹점에 신용카드를 제시하고 매출표에 서명하여 이를 교부하는 일련의 행위를 말하므로, 신용카드의 단순한 제시행위는 신용카드부정사용죄의 실행의 착수에 불과하다.
- ② 타인의 신용카드를 절취하여 부정사용하는 경우, 신용카드의 부정사용행위는 새로운 법익의 침해이고 그 법익침해가 절도범행보다 큰 것이 대부분이므로 절도범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것은 아니다.
- ③ 절취한 타인의 신용카드로 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위는 권한 없이 정보를 입력, 변경하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이익을 취득하는 경우로서 컴퓨터등사용사기죄에 해당된다.
- ④ 절취한 타인의 신용카드로 여러 가맹점들로부터 물품을 구입하였다라도 그 일련의 행위가 단일한 범의가 계속된 가운데 동일한 방법으로 반복하여 행하여졌고 그 피해법익도 거래의 안전 및 이에 대한 공중의 신뢰로 모두 동일하다면 신용카드 부정사용죄의 포괄일죄가 성립한다.

해설

③ 형법 제347조의2는 컴퓨터등사용사기죄의 객체를 재물이 아닌 재산상의 이익으로만 한정하여 규정하고 있으므로, 절취한 타인의 신용카드로 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위가 재물에 관한 범죄임이 분명한 이상 이를 위 컴퓨터등사용사기죄로 처벌할 수는 없다(대법원 2003.5.13, 2003도1178). LOGOS 형법 p.1076

① 신용카드를 절취한 사람이 대금을 결제하기 위하여 신용카드를 제시하고 카드회사의 승인까지 받았다고 하더라도 매출전표에 서명한 사실이 없고 도난카드임이 밝혀져 최종적으로 매출취소로 거래가 종결되었다면, 신용카드 부정사용의 미수행위에 불과하다. 신

용카드의 사용이라 함은 신용카드의 소지인이 신용카드의 본래 용도인 대금결제를 위하여 가맹점에 신용카드를 제시하고 매출전표에 서명하여 이를 교부하는 일련의 행위를 가리키므로 단순히 신용카드를 제시하는 행위만으로는 신용카드부정사용죄의 실행에 착수한 것이라고 할 수는 있을지언정 그 사용행위를 완성한 것으로 볼 수 없고, 신용카드를 제시한 거래에 대하여 카드회사의 승인을 받았다고 하더라도 마찬가지라 할 것이다 (대법원 2008.2.14, 2007도8767). LOGOS 형법 p.1088

②대법원 1996.7.12, 96도1181.

④대법원 1996.7.12, 96도1181.

