

[4.7 국가직 9급 공채 필기시험]

형법 (인)책형

해설 - 진용은 교수

문 1. 사회적 법익에 관한 죄 중 목적범에 해당하지 않는 것은?

- ① 위조통화취득죄 (「형법」 제208조)
- ② 자격모용에 의한 유가증권 작성죄 (「형법」 제215조)
- ③ 허위진단서 등의 작성죄 (「형법」 제233조)
- ④ 사전자기복위작·변작죄 (「형법」 제232조의2)

문 1. 답 ③

통화에 관한 죄와 유가증권에 관한 죄, 문서에 관한 죄는 모두 형법상의 목적범에 해당하지만 문서에 관한 죄 중 ③ 허위진단서작성죄(제233조)는 목적범이 아니다.

문 2. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 사기범행에 이용되리라는 사정을 알고서도 자신명의의 계좌를 乙에게 양도하고, 乙이 丙을 속여 丙으로 하여금 현금을 甲의 계좌로 송금하게 한 경우, 甲이 자신의 계좌로 송금된 돈 중 일부를 인출한 행위는 장물취득죄가 성립한다.
- ② 피해 신고를 받고 출동한 두 명의 경찰관에게 욕설을 하면서 순차로 폭행을 하여 정당한 직무집행을 방해한 사안에서, 위 공무집행방해죄가 상상적 경합의 관계에 있다.
- ③ ‘보전처분 단계에서의 가압류채권자의 지위’ 자체는 원칙적으로 「민사집행법」상 강제집행 또는 보전처분의 대상이 될 수 없어 강제집행면탈죄의 객체에 해당한다고 볼 수 없다.
- ④ 진정한 문서의 사본을 전자복사기를 이용하여 복사하면서 일부 조작을 가하여 그 사본 내용과 전혀 다르게 만드는 행위는 문서위조행위에 해당한다.

문 2. 답 ①

- ① 대판 2010. 12. 9. 선고 2010도6256

장물취득죄에서 ‘취득’이라 함은 장물의 점유를 이전받음으로써 그 장물에 대하여 사실상 처분권을 획득하는 것을 의미하는데, 이 사건의 경우 본범의 사기행위는 피고인이 예금계좌를 개설하여 본범에게 양도한 방조행위가 가공되어 본범에게 편취금이 귀속되는 과정 없이 피고인이 피해자로부터 피고인의 예금계좌로 돈을 송금 받아 취득함으로써 종료되는 것이고, 그 후 피고인이 자신의 예금계좌에서 위 돈을 인출하였다 하더라도 이는 예금명의자로서 은행에 예금환출을 청구한 결과일 뿐 본범으로부터 위 돈에 대한 점유를 이전받아 사실상 처분권을 획득한 것은 아니므로, 피고인의 위와 같은 인출행위를 장물취득죄로 벌할 수는 없다고 하여 장물취득죄의 성립을 부정한 사례.

- ② 대판 2009. 6. 25. 선고 2009도3505

③ 대판 2008. 9. 11. 선고 2006도8721

④ 대판 2000. 9. 5. 선고 2000도2855

문 3. 「형법」 제27조의 불능범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 치사량에 약간 미달하는 농약 1.6 cc를 마시게 한 경우 살인죄의 불능범은 성립하지 않는다.
- ② 히로뽕 제조를 위하여 에페트린에 빙초산을 혼합한 행위의 위험성 판단은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있느냐를 따져야 한다.
- ③ 「형법」 제27조의 규정에는 행위의 주체에 대한 착오로 결과발생이 불가능한 경우는 포함되어 있지 않다.
- ④ 피고인의 제소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 이와 같은 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하므로 사기죄의 불능미수로 처벌된다.

문 3. 답 ④

① 대판 1984. 2. 28. 선고 83도3331

② 대판 1978. 3. 28. 선고 77도4049

③ 행위의 주체에 대한 착오, 즉 신분 없는 자가 신분 있는 것으로 오인하고 진정신분범을 범한 주체의 불가능성의 경우에는 긍정설과 부정설, 이분설이 대립하고 있는데, 다수설은 진정신분범에서 신분을 결여한 경우에는 미수범으로서의 행위반가치가 부정되고, 주체의 착오에 제27조를 적용하는 것은 불리한 유추해석에 해당되므로 불능미수가 될 수 없다는 부정설이다.

④ 대판 2002. 1. 11. 선고 2000도1881

소송사기에 있어서 피기망자인 법원의 재판은 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니하는 경우에는 착오에 의한 재물의 교부행위가 있다고 할 수 없어서 사기죄는 성립되지 아니한다고 할 것이므로, 피고인의 제소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 이와 같은 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하고 따라서 사기죄를 구성한다고 할 수 없다고 하여 사망한 자를 상대로 한 제소에 소송사기의 성립을 인정하지 않은 사례.

문 4. 유추해석금지의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 유추해석금지의 원칙은 모든 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용된다.
- ② 형벌법규의 해석에서 위법성 및 책임의 조각사유나 소추조건 또는 처벌조각사유인 형면제 사유에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용하게 되면 행위자의 가벌성의 범위는 축소된다.
- ③ 형벌법규에 대한 체계적·논리적 해석방법은 그 규정의 본질적 내용에 가장 접근한 해석을 위한 것으로서 죄형법정주의의 원칙에 부합한다.
- ④ 강제통용력을 가지지 아니하는 지폐는 그것이 비록 일반인의 관점에서 통용할 것이라고 오인할 가능성이 있다고 하더라도 「형법」 제207조 제3항에서 정한 외국에서

통용하는 외국의 지폐에 해당한다고 할 수 없다.

문 4. 답 ②

① 대판 1997. 3. 20. 선고 96도1167 전원합의체

② 대판 2010. 9. 30. 선고 2008도4762

형벌법규의 해석에서 법규정 문언의 가능한 의미를 벗어나는 경우에는 유추해석으로서 죄형법정주의에 위반하게 되고, 이러한 유추해석금지의 원칙은 모든 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용되는데, **위법성 및 책임의 조각사유나 소추조건 또는 처벌조각사유인 형면제 사유에 관하여도 그 범위를 제한적으로 유추적용하게 되면 행위자의 가벌성의 범위는 확대되어 행위자에게 불리하게 되는바, 이는 가능한 문언의 의미를 넘어 범죄구성요건을 유추적용하는 것과 같은 결과가 초래되므로 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반하여 허용될 수 없다고 한 사례.**

③ 대판 2007. 6. 14. 선고 2007도2162

④ 대판 2004. 5. 14. 선고 2003도3487

문 5. 「형법」 제263조의 상해죄의 동시범특례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 동시범의 특례가 적용되기 위해서는 독립행위가 경합하여 상해의 결과가 발생하였지만 원인된 행위가 판명되지 아니한 경우이어야 한다.
- ② 강간치상죄의 경우에도 동시범의 특례가 적용된다.
- ③ 이시(異時)의 독립행위가 경합한 경우에도 동시범의 특례가 적용된다.
- ④ 폭행치사와 상해치사뿐만 아니라 상해행위나 폭행행위가 경합하여 사망의 결과가 발생한 때에도 동시범의 특례가 적용된다.

문 5. 답 ②

① 형법 제263조.

② 대판 1984. 4. 24. 선고 84도372

형법 제263조의 동시범은 상해와 폭행죄에 관한 특별규정으로서 동 규정은 그 보호법익을 달리하는 강간치상죄에는 적용할 수 없다고 한 사례.

③ 대판 2000.7.28. 2000도2466

시간적 차이가 있는 독립된 상해행위나 폭행행위가 경합하여 사망의 결과가 일어나고 그 사망의 원인된 행위가 판명되지 않은 경우에는 공동정범의 예에 의하여 처벌할 것이라고 하여 동시범의 특례 적용을 긍정한 사례.

④ 대판 2000.7.28. 2000도2466

문 6. 다음의 경우에서 甲의 죄책은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

조산사인 甲은 출산을 위해 자신의 조산원에 입원한 37세의 임산부 乙의 자연분만을 시도하다가 업무상의 과실로 그 태아(丙)를 사망에 이르게 하였다. 사고당시 乙은 진통은 없었으나

분만예정일을 14일이나 넘겨 태아(丙)가 5.2 kg까지 성장한 상태이어서 의학적으로 자연분만이 부적절하여 제왕절개 수술이 유일한 출산방법이었다.

- ① 무죄
- ② 乙에 대한 상해죄
- ③ 丙에 대한 업무상과실치사죄
- ④ 丙에 대한 업무상과실치사죄와 乙에 대한 상해죄의 상상적 경합

문 6. 답 ①

- 대판 2004. 3. 26. 선고 2003도6570

피해자는 37세로서 임신부로서는 고령이고 제왕절개의 방법으로 두 딸을 출산하였을 뿐 자연분만의 경험이 없는데다가 당초부터 당뇨증상 및 양수과다증상이 있었으며, 이 사건 당시에도 이미 출산예정일을 2주나 경과한데다가 태아가 이미 5.2Kg의 거대아로 성장하여 있었다는 것이므로, 피해자로서는 피고인의 과실 유무와 관계없이 태아의 출산 등을 위하여는 어차피 제왕절개수술을 받을 수밖에 없었던 사정을 엿볼 수 있어 피고인의 과실과 제왕절개수술에 의한 상해 사이에 상당인과관계가 있다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 피해자의 자궁에서 사망한 태아를 반출하기 위한 제왕절개수술은 그 수술 자체가 피해자의 생리적 기능 또는 신체의 완전성을 해하는 것으로서 상해에 해당된다고 볼 수는 있지만, 그 수술은 피해자의 생명과 신체의 안전을 위하여 의사가 하는 치료행위로서 정당행위에 해당하는 것이므로, 설사 피고인의 과실과 수술에 의한 상해 사이에 인과관계가 있고 또 피고인이 수술에 의한 상해의 발생을 예견할 수 있었다 하더라도, 수술에 의한 상해와 관련하여서는 피고인에게 업무상과실치사의 죄책을 물을 수 없다 할 것이라고 한 사례.

문 7. 오상방위와 같은 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오와 관련된 설명으로 옳은 것은?

- ① 제한책임설에 따르면 오상방위는 금지착오의 유형에 해당하며, 그 착오에 정당한 이유가 없으면 고의기수범으로 처벌된다.
- ② 엄격책임설에 따르면 오상방위는 사실의 착오를 유추적용하여 고의가 조각된다.
- ③ 제한책임설 중 법효과제한책임설에 따르면 오상방위에 빠진 경우에는 구성요건적 고의의 조각이 인정된다.
- ④ 판례는 현재의 급박하고도 부당한 침해가 있는 것으로 오인하는데 대한 정당한 사유가 있는 경우임에도 불구하고 피고인의 정당방위의 주장을 배척하는 것은 오상방위의 법리를 오해한 위법이 있다는 입장이다.

문 7. 답 ④

- ① 제한책임설은 오상방위와 같은 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오에 대하여 그 법적 효과에 있어서 구성요건적 착오와 동일하다는 견해를 취하므로, **불법고의**(유추적용설; 협의의 제한책임설에 의할 때) 또는 **책임고의**(법효과제한적 책임설에 의할 때)가 **조각되어 과실범의 책임을 진다**는 결론을 내린다.
- ② 엄격책임설은 오상방위와 같은 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 성격에 대하여 금

지착오라는 입장을 취하므로 고의가 인정되고, 다만 정당한 이유가 있으면 책임이 조각되어 무죄가 된다는 학설이다.

③ 제한책임설 중 법효과제한책임설에 따르면 오상방위에 빠진 경우에 **책임고의의 조각**이 인정된다.

④ 대판 1968. 5. 7. 68도370

이른바 연대장 숙소 경비초소 사건을 통해 판시한 내용.

문 8. 다음의 경우에서 피고인의 죄책은? (판례에 의함)

다른 3명의 공모자들과 강도 모의를 하면서 삽을 들고 사람을 때리는 시늉을 하는 등 그 모의를 주도한 피고인이 함께 범행 대상을 물색하다가 다른 공모자들이 강도의 대상을 지목하고 뒤쫓아 가자 단지 “어?”라고만 하고 비대한 체격 때문에 뒤따라가지 못한 채 범행현장에서 200 m 정도 떨어진 곳에 앉아 있었으나 위 공모자들이 피해자를 쫓아가 강도상해의 범행을 저질렀다.

① 강도의 예비죄

② 강도상해의 장애미수

③ 강도의 공동정범

④ 강도상해의 공동정범

문 8. 답 ④

대판 2008. 4. 10. 선고 2008도1274

다른 3명의 공모자들과 강도 모의를 하면서 삽을 들고 사람을 때리는 시늉을 하는 등 그 모의를 주도한 피고인이 함께 범행 대상을 물색하다가 다른 공모자들이 강도의 대상을 지목하고 뒤쫓아 가자 단지 “어?”라고만 하고 비대한 체격 때문에 뒤따라가지 못한 채 범행현장에서 200m 정도 떨어진 곳에 앉아 있었으나 위 공모자들이 피해자를 쫓아가 강도상해의 범행을 한 사안에서, 피고인에게 공동가공의 의사와 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 인정되므로 강도상해죄의 공모관계에 있고, 다른 공모자가 강도상해죄의 실행에 착수하기까지 범행을 만류하는 등으로 그 공모관계에서 이탈하였다고 볼 수 없으므로 **강도상해죄의 공동정범**으로서의 죄책을 진다고 한 사례.

문 9. 인과관계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 임차인이 자신의 비용으로 설치사용하던 가스설비의 휴즈콕크를 아무런 조치 없이 제거하고 이사를 간 후 주밸브가 열려져 가스가 유입되어 폭발사고가 발생한 경우 임차인의 과실과 가스폭발사고 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는다.

② 선행차량에 이어 甲의 운전 차량이 피해자를 연속하여 역과하는 과정에서 피해자가 사망한 경우에 甲 운전 차량의 역과와 피해자의 사망 사이에 인과관계가 인정된다.

③ 운전자가 상당한 거리에서 보행자의 무단횡단을 미리 예상할 수 없는 야간에 고속도로를 무단횡단하는 보행자를 충격하여 사망에 이르게 한 운전자의 과실과 사고 사이

에는 상당인과관계가 인정되지 않는다.

- ④ 甲은 주점도우미인 乙과 윤락행위 도중 시비 끝에 피해자 乙을 이불로 덮어씌우고 폭행한 후 이불 속에 들어 있는 乙을 두고 나가다가 우발적으로 탁자 위의 乙의 손가방 안에서 현금을 가져간 경우에 폭행과 절취행위 사이에 인과관계가 인정되지 않는다.

문 9. 답 ①

- ① 대판 2001. 6. 1. 선고 99도5086

임차인이 자신의 비용으로 설치·사용하던 가스설비의 휴즈콕크를 아무런 조치 없이 제거하고 이사를 간 후 가스공급을 개별적으로 차단할 수 있는 주밸브가 열려져 가스가 유입되어 폭발사고가 발생한 경우, 구 액화석유가스의안전및사업관리법상의 관련 규정 취지와 그 주밸브가 누군가에 의하여 개폐될 가능성을 배제할 수 없다는 점 등에 비추어 그 휴즈콕크를 제거하면서 그 제거부분에 아무런 조치를 하지 않고 방치하면 주밸브가 열리는 경우 유입되는 가스를 막을 아무런 안전장치가 없어 가스 유출로 인한 대형사고의 가능성이 있다는 것은 **평균인의 관점에서 객관적으로 볼 때 충분히 예견할 수 있다는 이유로 임차인의 과실과 가스폭발사고 사이의 상당인과관계를 인정한 사례.**

- ② 대판 2001. 12. 11. 선고 2001도5005

- ③ 대판 2000. 9. 5. 선고 2000도2671

- ④ 대판 2009. 1. 30. 선고 2008도10308

문 10. 「형법」 제33조의 공범과 신분에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형법」 제33조 소정의 이른바 신분관계라 함은 남녀의 성별, 내·외국인의 구별, 친족관계, 공무원의 자격과 같은 관계뿐만 아니라 널리 일정한 범죄행위에 관련된 범인의 인적 관계인 특수한 지위 또는 상태를 지칭하는 것이다.
- ② 신분관계가 없는 자가 신분관계가 있는 자와 공모하여 업무상배임죄를 저질렀다면 그러한 신분관계가 없는 자에 대하여는 「형법」 제33조 단서에 의하여 단순배임죄에 정한 형으로 처단하여야 할 것이다.
- ③ 공무원이 아닌 자는 「형법」 제228조의 경우를 제외하고는 허위공문서작성죄의 간접정범으로 처벌할 수 없으므로, 공무원이 아닌 자가 공무원과 공동하여 허위공문서작성죄를 범한 때에도 허위공문서작성죄의 공동정범으로 처벌할 수 없다.
- ④ 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에 신분이 있는 자가 신분이 없는 자를 교사하여 죄를 범하게 한 때에는 「형법」 제33조 단서가 「형법」 제31조 제1항에 우선하여 적용됨으로써 신분이 있는 교사범이 신분이 없는 정범보다 중하게 처벌된다.

문10. 답 ③

- ① 대판 1994. 12. 23. 선고 93도1002

- ② 대판 1999. 4. 27. 선고 99도883

- ③ 대판 1971. 6. 8. 선고 71도795

허위공문서작성죄에 신분 없는 자가 가공한 경우에 그 가공이 공동하여 죄를 범한 것인 때에

- 는 그 죄에 대한 공동정범이 성립될 수 있다고 한 사례.
- ④ 대판 1994. 12. 23. 선고 93도1002

문 11. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공동정범 중의 1인이 다른 공동정범을 도피하게 한 경우에도 범인도피죄가 성립한다.
- ② 공동피고인 중 1인이 타범죄로 조사를 받는 과정에서 사법경찰관 및 검사의 신문에 따라 다른 공동피고인의 범죄사실을 허위로 진술한 경우에도 무고죄가 인정된다.
- ③ 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 그가 범행을 하였다는 내용으로 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 한 경우 범인도피교사죄가 성립한다.
- ④ 甲이, 수감되어 있던 병원에서 간수자를 폭행하고 탈주에 성공한 자신의 동생에게 보다 멀리 서울로 도피할 수 있도록 승용차를 제공하였더라도 甲에게는 도주원조죄가 성립하지는 않는다.

문11. 답 ②

- ① 대판 1958.1.14. 선고 4290형상393
- ② 대법원 1985. 7. 26. 자 85도14 결정
무고죄는 당국의 주문을 받음이 없이 자진하여 타인으로 하여금 형사처분 등을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 경우에 성립되는 것이므로 공동피고인중 1인이 타 범죄로 조사를 받는 과정에서 사법경찰관 및 검사의 심문에 따라 다른 공동피고인의 범죄사실을 진술한 경우라면 가사 위 진술내용이 허위라 하더라도 이를 무고라고는 할 수 없다고 한 사례.
- ③ 대판 2000.3.24. 선고 2000도20
- ④ 대판 1991. 10. 11. 선고 91도1656

문 12. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲을 살해한다는 것이 비슷한 외모에 착오를 일으켜 丙을 甲으로 오인하여 살해한 경우에는 丙에 대한 살인기수의 책임을 진다.
- ② 자수를 권유하기 위해 뒤따라오는 자신의 장모를 자신을 추적하는 경찰관으로 착각하여 살해한 경우에는 자신의 장모에 대한 보통(일반)살인죄의 책임을 진다.
- ③ 상대방을 살해할 의사로 둔기로 가격하여 상대방이 기절하자 그가 사망한 것으로 착각하여 시체를 은닉하기 위해 옹덩이를 파고 매장하였으나, 실은 상대방이 매장으로 인해 질식사한 경우에는 상대방에 대한 살인기수의 책임을 진다.
- ④ 택시 승객이 택시요금을 면하기 위하여 택시운전사를 폭행하고 도주한 경우 택시운전사의 처분행위가 없었더라도 재산상 이익실현의 장애가 발생하였다면 공갈죄의 기수범이 성립한다.

문12. 답 ④

- ① 지문은 구성요건의 착오에 관련하여 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오로써, 판례의 입장인 법정적 부합설에 의하면 발생사실에 대한 기수책임이 발생하므로 피고인은 피해자 丙에 대한 살인기수의 책임을 진다.
- ② 대판 1960.10.31. 선고 4293형상494 변형
직계존속임을 인식치 못하고 살인을 한 경우는 형법 제15조 소정의 특히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위에 해당한다고 한 사례. 자수를 권하기 위해 뒤따라오는 장모를 자신을 추적하는 경찰관으로 착각하여 살해한 지문은 경한 보통살인죄를 인식하고 중한 존속살해를 범한 경우로, 경한 보통살인죄가 성립한다.
- ③ 대판 1988. 6. 28. 선고 88도650
피해자가 피고인들이 살해의 의도로 행한 구타 행위에 의하여 직접 사망한 것이 아니라 죄책을 인멸할 목적으로 행한 매장행위에 의하여 사망하게 되었다 하더라도 전 과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국은 실현된 것으로서 피고인들은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다고 한 사례.
- ④ 대판 1964. 9. 8. 선고 64도310 변형
채무면탈의 목적을 가지고 살해행위에 착수하였다가 미수에 그친 경우에는 강도살인미수죄가 성립한다는 판례;
- 사안의 경우에는 적어도 처분행위를 본질로 하는 공갈죄의 기수범이 성립하지는 않는다 할 것이다.
강도죄의 성립을 위해서는 피해자의 처분행위가 필요한가에 대해서는 경제적 이익을 위하여 살인한 경우에 전부 강도살인죄를 인정하는 것은 부당하므로 재산상 이익의 취득은 피해자의 일정한 의사표시·처분행위에 의한 것이어야 한다는 적극설과, 재산상 이익의 취득은 상대방의 의사를 억압한 상태에서 이루어지는 것이므로 재산상 이익의 취득은 피해자의 일정한 의사표시·처분행위에 의한 것일 필요는 없다는 소극설(통설)이 대립되어 있다.

문 13. 다음 (가) ~ (다)의 경우에 甲에게 성립되는 죄책으로 바르게 연결한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의하며, 주거침입의 논점은 제외함)

- (가) 甲과 乙이 A를 살해하기로 공모하고 甲이 망을 보고 있는 사이 乙이 A를 향해 총을 발사했으나 실제로 총을 맞아 사망한 사람은 A가 아니라 B였다.
- (나) 甲과 乙이 A의 집에 침입하여 강도를 하기로 공모하고 甲이 망을 보고 있는 사이 乙이 A의 집에 침입하였으나, 마침 혼자 집에 있던 A의 부인을 강간하였다.
- (다) 甲과 乙이 A의 집에 침입하여 강도를 하기로 공모하고 甲이 망을 보고 있는 사이 乙이 A의 집에 침입하여 A를 폭행협박하여 재물을 강취하는 과정에서 A를 살해하였다. (이 때 甲에게 A의 사망에 대한 예견가능성이 있었다)

	(가)	(나)	(다)
①	B에 대한 살인죄	강도예비음모죄	강도치사죄
②	B에 대한 살인죄	강도미수죄	강도살인죄
③	A에 대한 살인미수죄와 B에 대한 과실치사죄	강도예비음모죄	강도치사죄
④	A에 대한 살인미수죄와 B에 대한 과실치사죄	강도미수죄	강도살인죄

문13. 답 ①

－ 문제의 지문들은 공동정범의 착오와 관련된 사안이다.

(가) 甲과 乙이 공모하는 과정에서 인식한 사실은 A의 살해이지만, 실제로 발생한 사실은 B의 사망이었다. 이는 동가치적 객체간의 착오라는 점에서 **구체적 사실의 착오**에 해당하며, 그 중에서도 행위객체의 동일성에 대한 착오라는 점에서 **객체의 착오**에 해당한다. 판례의 입장인 **법정적 부합설**에 의할 때, 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오에 대해서는 **발생사실인 B의 사망에 대한 고의기수**가 성립하므로 甲의 죄책은 **B에 대한 살인죄**이다.

(나) 甲과 乙이 공모하는 과정에서 인식한 사실은 A에 대한 강도행위이지만, 실제로 발생한 사실은 A의 부인에 대한 강간이었다. 이는 이가치적 객체간의 착오라는 점에서 추상적 사실의 착오에 해당하며, 그 중에서도 행위자가 인식한 객체에 대해서 결과가 발생하지 않았다는 점에서 방법의 착오에 해당한다. 을이 강도의 실행의 착수에 이르지 않고 강간만 하였으니 갑에게도 강도의 실행의 착수는 인정되지 않으며, 따라서 갑은 강도예비 음모로 될 뿐이다.

(다) 갑과 을이 강도를 공행하고 실행의 착수를 하였는데, 그 과정에서 을이 살인을 행한 경우, 공범인 갑에게는 사망에 대한 예견가능성이 있었으므로 갑은 강도치사죄로 된다(대판 1991.11.12, 91도2156).

문 14. 판례에 의할 때 횡령죄가 성립하는 것은?

- ① 주상복합상가의 매수인들로부터 우수상인 유치비 명목으로 금원을 납부받아 보관하던 중 그 용도와 무관하게 일반경비로 사용한 경우
- ② 임야의 진정한 소유자와는 전혀 무관하게 신탁자로부터 임야 지분을 명의신탁받아 지분이전등기를 경료한 수탁자가 신탁받은 지분을 임의로 처분한 경우
- ③ 보험을 유치하면서 특별이익 제공과는 무관한 통상적인 실적급여로서의 시책비를 지급받아 그 중 일부를 개인적인 용도로 사용한 경우
- ④ 사립학교에 있어서 학교교육에 직접 필요한 시설, 설비를 위한 경비 등과 같이 원래 교비회계에 속하는 자금으로 지출할 수 있는 항목에 관한 차입금을 상환하기 위하여 교비회계자금을 지출한 경우

문14. 답 ①

① 대판 2002. 8. 23. 선고 2002도366

횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 피할 목적으로 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의

미하는 것으로, 타인으로부터 **용도가 엄격히 제한된 자금**을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은, 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도, 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 **횡령죄**가 성립한다고 하여, 주상복합상가의 매수인들로부터 우수상인 유치비 명목으로 금원을 납부받아 보관하던 중 그 용도와 무관하게 일반경비로 사용한 경우, **횡령죄를 구성**한다고 한 사례.

② 대판 2007. 5. 31. 선고 2007도1082

임야의 진정한 소유자와는 전혀 무관하게 신탁자로부터 임야 지분을 명의신탁받아 지분이전 등기를 경료한 수탁자가 신탁받은 지분을 임의로 처분한 사안에서, 소유자와 수탁자 사이에 위 임야 지분에 관한 법률상 또는 사실상의 위탁신탁관계가 성립하였다고 할 수 없고, 또한 어차피 원인무효인 소유권이전등기의 명의자에 불과하여 위 임야 지분을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능을 갖지 아니한 수탁자로서는 위 임야 지분을 보관하는 자의 지위에 있다고도 할 수 없으므로, 그 처분행위가 신탁자에 대해서나 또는 소유자에 대하여 위 **임야 지분을 횡령한 것으로 된다고 할 수 없다**고 한 사례.

③ 대판 2006. 3. 9. 선고 2003도6733

피고인들이 보험을 유치하면서 보험회사로부터 지급받은 시책비 중 일부를 개인적인 용도로 사용한 행위가 **횡령죄를 구성하지 않는다**고 본 원심의 판단을 수긍한 사례

④ 대판 2006. 4. 28. 선고 2005도4085

사립학교에 있어서 학교교육에 직접 필요한 시설, 설비를 위한 경비 등과 같이 원래 교비회계에 속하는 자금으로 지출할 수 있는 항목에 관한 차입금을 상환하기 위하여 교비회계 자금을 지출한 경우, 이러한 차입금 상환행위에 관하여 **교비회계 자금을 임의로 횡령하고자 하는 불법영득의 의사가 있다고 보기는 어렵고**, 만일 그 행위자가 이러한 차입을 하거나 지출을 하는 과정에서 사립학교법의 관련 규정을 제대로 준수하지 아니하였다면 이에 대하여 사립학교법에 따른 형사적 제재 등이 부과될 수 있을 뿐이라고 한 사례.

문 15. 죄수관계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 회사의 대표이사가 회사 자금을 횡령한 다음 그 중 일부를 타인에 대한 청탁과 함께 배임증재에 공여한 경우, 횡령의 범행과 배임증재의 범행은 서로 범의 및 행위의 태양과 보호법익을 달리하는 별개의 행위이다.
- ② 수인의 피해자에 대하여 단일한 범의 하에 동일한 방법으로 각 피해자별로 기망행위를 하여 재물을 편취한 경우, 사기죄는 실제적 경합관계가 된다.
- ③ 동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이다.
- ④ 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄는 상상적 경합의 관계에 있다.

문15. 답 ④

① 대판 2010. 5. 13. 선고 2009도13463

회사의 대표이사가 업무상 보관하던 회사 자금을 빼돌려 횡령한 다음 그 중 일부를 더 많은 장비 납품 등의 계약을 체결할 수 있도록 해달라는 취지의 묵시적 청탁과 함께 배임증재에

공여한 사안에서, 위 횡령의 범행과 배임증재의 범행은 서로 범의 및 행위의 태양과 보호법익을 달리하는 별개의 행위라고 보아, 위 횡령의 점에 대하여 약식명령이 확정되었다고 하더라도 그 기관력이 배임증재의 점에는 미치지 아니한다고 본 원심판결을 수긍한 사례.

② 대판 2010. 4. 29. 선고 2010도2810

③ 대판 2007. 1. 11. 선고 2006도6620

④ 대판 1992. 7. 28. 선고 92도917

절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행 협박을 가한 때에는 준강도죄와 공무집행방해죄를 구성하고 양죄는 상상적 경합관계에 있으나, 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄는 실제적 경합관계에 있고 상상적 경합관계에 있는 것이 아니라고 한 사례.

문 16. 사회적 법익에 대한 범죄와 관련된 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 불을 놓아 무주물의 일반물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 경우에는 「형법」 제167조 제2항의 자기소유 일반물건방화죄가 성립할 수 없다.
- ② 방화목적으로 휘발유를 뿌려 놓고ライター에 불을 켜서 매개물에 불이 붙게 됨으로써 연소작용이 계속될 수 있는 상태에 이르렀으나, 방화 목적물인 주거에는 인화되지 않았다면 현주건조물방화죄의 미수는 인정될 수 없다.
- ③ 휴대전화 신규 가입신청서를 위조한 후 이를 스캔한 이미지 파일을 제3자에게 이메일로 전송하여 컴퓨터 화면상으로 보게 한 행위는, 이미지 파일 자체는 문서에 관한 죄의 ‘문서’에 해당하지 않으므로 위조사문서행사죄가 성립하지 않는다.
- ④ 어떤 선박이 사고를 낸 것처럼 허위로 사고신고를 하면서 그 선박의 선박국적증서와 선박검사증서를 함께 제출하였다고 하더라도, 선박국적증서와 선박검사증서는 위 선박의 국적과 항행할 수 있는 자격을 증명하기 위한 용도로 사용된 것일 뿐 그 본래의 용도를 벗어나 행사된 것으로 보기는 어려우므로, 이와 같은 행위는 공문서부정행사죄에 해당하지 않는다.

문16. 답 ④

① 대판 2009. 10. 15. 선고 2009도7421

형법 제167조 제2항은 방화의 객체인 물건이 자기의 소유에 속한 때에는 같은 조 제1항보다 감경하여 처벌하는 것으로 규정하고 있는바, 방화죄는 공공의 안전을 제1차적인 보호법익으로 하지만 제2차적으로는 개인의 재산권을 보호하는 것이라고 볼 수 있는 점, 현재 소유자가 없는 물건인 무주물에 방화하는 경우에 타인의 재산권을 침해하지 않는 점은 자기의 소유에 속한 물건을 방화하는 경우와 마찬가지로, 무주의 동산을 소유의 의사로 점유하는 경우에 소유권을 취득하는 것에 비추어(민법 제252조)무주물에 방화하는 행위는 그 무주물을 소유의 의사로 점유하는 것이라고 볼 여지가 있는 점 등을 종합하여 보면, **불을 놓아 무주물을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 경우에는 ‘무주물’을 ‘자기 소유의 물건’에 준하는 것으로 보아 형법 제167조 제2항을 적용하여 처벌하여야** 한다고 한 사례.

② 대판 2002. 3. 26. 선고 2001도6641

매개물을 통한 점화에 의하여 건조물을 소훼함을 내용으로 하는 형태의 방화죄의 경우에, **범인이 그 매개물에 불을 켜서 붙였거나 또는 범인의 행위로 인하여 매개물에 불이 붙게 됨**

로써 연소작용이 계속될 수 있는 상태에 이르렀다면, 그것이 곧바로 진화되는 등의 사정으로 인하여 목적물인 건조물 자체에는 불이 옮겨 붙지 못하였다고 하더라도, 방화죄의 실행의 착수가 있었다고 보아야 할 것이고...피고인이 방화의 의사로 뿌린 휘발유가 인화성이 강한 상태로 주택주변과 피해자의 몸에 적지 않게 살포되어 있는 사정을 알면서도 라이터를 켜 불꽃을 일으킴으로써 피해자의 몸에 불이 붙은 경우, 비록 외부적 사정에 의하여 불이 방화 목적물인 주택 자체에 옮겨 붙지는 아니하였다 하더라도 **현존건조물방화죄의 실행의 착수가 있었다고 봄이 상당하다고** 한 사례.

③ 대판 2008. 10. 23. 선고 2008도5200

휴대전화 신규 가입신청서를 위조한 후 이를 스캔한 이미지 파일을 제3자에게 이메일로 전송한 사안에서, **이미지 파일 자체는 문서에 관한 죄의 '문서'에 해당하지 않으나, 이를 전송하여 컴퓨터 화면상으로 보게 한 행위는 이미 위조한 가입신청서를 행사한 것에 해당하므로 위조사문서행사죄가 성립한다고** 한 사례.

④ 대판 2009. 2. 26. 선고 2008도10851

문 17. 협박죄에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 친권자가 야구방망이로 때릴 듯이 피해자에게 “죽여 버린다.”라고 말하는 것은 교양권의 행사에 해당하여 협박죄를 구성하지 않는다.
- ② 공포심을 일으킬만한 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적인 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 기수에 이른다.
- ③ 협박죄의 구성요건적 고지는 행위자가 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하고 고지한 해악을 실제로 실현하겠다는 의사 내지 의도가 필요하다.
- ④ 협박죄에 있어서의 해악을 가할 것을 고지하는 행위는 통상 언어에 의하는 것이므로 한마디 말도 없이 거동에 의하여서는 어떠한 경우에도 해악의 고지가 성립할 수 없다.

문17. 답 ②

① 대판 2002. 2. 8. 선고 2001도6468

친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있고(민법 제913조) 그 자를 보호 또는 교양하기 위하여 필요한 징계를 할 수 있기는 하지만(민법 제915조) 인격의 건전한 육성을 위하여 필요한 범위 안에서 상당한 방법으로 행사되어야만 할 것인데, 스스로의 감정을 이기지 못하고 야구방망이로 때릴 듯이 피해자에게 "죽여 버린다."고 말하여 협박하는 것은 그 자체로 피해자의 인격 성장에 장애를 가져올 우려가 커서 이를 교양권의 행사라고 보기도 어렵다고 하여 **협박죄의 성립을 긍정한** 사례.

② 대판 2007. 9. 28. 선고 2007도606 전원합의체

협박죄가 성립하려면 고지된 해악의 내용이 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 친숙의 정도 및 지위 등의 상호관계, 제3자에 의한 해악을 고지하는 경우에는 그에 포함되거나 암시된 제3자와 행위자 사이의 관계 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 볼 때에 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 할 것이지만, 상대방이 그에 의하여 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구되는 것은 아니며, 그와 같은 정도의 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 그로써 구성요건은 충족되어 협박죄의

기수에 이르는 것으로 해석하여야 할 것이라고 한 사례; 협박죄의 보호의 정도에 대해서 침해범이라는 통설의 견해와는 달리 **위협범**으로 본 판례이다.

③ 대판 1991. 5. 10. 선고 90도2102

협박죄에 있어서의 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 **행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식. 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니한다**고 한 사례.

④ 대판 1975. 10. 7. 선고 74도2727

협박죄에 있어서의 해악을 가할 것을 고지하는 행위는 통상 언어에 의하는 것이나 경우에 따라서는 한마디 말도 없이 거동에 의하여서도 고지할 수 있는 것이라고 하여, 가위로 찌를 듯이 한 행위에 대하여 협박죄를 인정한 사례.

문 18. 주관적 정당화요소에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 위법성이 조각되기 위해서는 객관적 정당화상황과 더불어 주관적 정당화요소가 필요하다는 견해에 의하면 우연방위는 위법성이 조각되지 않는다.
- ② 순수한 결과반가치론에 의하면 위법성이 조각되기 위해서는 객관적 정당화상황만 있으면 족하고 주관적 정당화요소는 불필요하다고 보기 때문에 우연방위는 위법성이 조각된다.
- ③ 「형법」의 규정에 의하면 우연방위행위가 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 별하지 아니한다.
- ④ 우연방위에 관한 불능미수범설은 우연방위의 경우 객관적으로 존재하는 정당화상황으로 인해 결과반가치는 불능미수의 수준으로 낮아지므로 불능미수에 관한 규정을 유추적용해야 한다고 주장한다.

문18. 답 ③

- ③ 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 별하지 아니한다는 형법 제21조 제3항은 불가벌적 과잉방위에 대한 규정으로, 우연방위에 대한 형법의 직접적인 규정은 없다.

문 19. 다음 중 ()안의 범죄가 성립하는 경우의 개수는? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 강간하려고 폭행을 하였으나 피해 부녀가 다음에 만나 친해지면 응하겠다고 간곡히 부탁하므로 간음을 그만둔 경우 (강간죄의 중지미수)
- 고양이를 빌려가지고 있다가 잃어 버렸는데 다른 사람 소유의 고양이를 자기가 잃어버린 고양이인 줄로 잘못 알고 가지고 가다가 주인이 자기 것이라고 하여 돌려 준 경우(절도죄)
- 동네 친구들과 함께 저녁식사 후 저녁 값을 마련하기 위하여 일시 오락에 불과한 도박을 한 경우 (도박죄)

- ① 1개 ② 2개
③ 3개 ④ 4개

(중감금치사죄 - 성립)

- ① 일반 거래의 경험직상 상대방이 그 사실을 알았다면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다.
- ② 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다.
- ③ 어떠한 범죄가 적극적 작위 또는 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에, 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의

법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에 이르렀다면, 이는 부작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이다.

- ④ 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 부작위범으로 처벌할 수 있다.

문20. 답 ③

① 대판 2006. 2. 23. 선고 2005도8645

② 대판 1996. 9. 6. 선고 95도2551

③ 대판 2004. 6. 24. 선고 2002도995

이른바 보라매병원 사건에서 관례는, '어떠한 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 법익을 침해하기에 이르렀다면, 이는 **작위에 의한 범죄로 봄이 원칙**'이라고 관시함으로써 평가적 관찰방법을 따르는 다수설의 입장과는 달리 **자연적 관찰방법**을 취하였다. 평가적 관찰방법은 그 행위의 사회적 의미의 중점 또는 법적 비난의 초점이 어디에 있는가를 기준으로 구별하는 반면, 자연적 관찰방법은 사람의 의사에 기초한 신체적 활동 또는 적극적인 에너지 투입에 의하여 결과가 발생한 경우에는 작위가 형법적 평가의 대상이 되고, 그렇지 않은 경우에 한하여 부작위가 문제된다는 견해이다.

④ 대판 2006. 4. 28. 선고 2003도4128