

2021. 4. 17.(토) 시행 국가직 9급 형법총론 해설

에듀윌 형법 전임 장진 교수

〈빨간색 문제는 형법과 동일한 문제임-번호도 동일함〉

- 문 1. 부작위범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 선행행위로 인한 부작위범의 경우 선행행위에 대한 고의과실 혹은 유책위범이 없는 경우에도 작위의무는 발생할 수 있다.
 - ② 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고, 그 의무를 공동으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다.
 - ③ 부진정부작위범의 성립요건으로서 작위의무는 법적 작위의무이어야 하므로, 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에는 인정되지 않는다.
 - ④ 사기죄에 있어서 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니하는 것을 말한다.
- 문 2. 「형법」상 범죄와 그 범죄의 유형을 바르게 연결한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 배임죄 - 침해범
 - ② 범인도피죄 - 즉시범
 - ③ 모해위증죄 - 부진정 신분범
 - ④ 일반교통방해죄 - 구체적 위험범
- 문 3. 피해자의 승낙 또는 추정적 승낙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 회사의 임원이 임무위배행위로 재산상 이익을 취득하여 회사에 손해를 가한 경우, 그 임무위배행위에 대하여 사실상 대주주의 양해를 얻었다고 하더라도 업무상배임죄가 성립한다.
 - ② 명의자 이외의 자의 의뢰로 사문서를 작성하는 경우에 명의자의 명시적인 승낙이 없다는 것을 알았지만 명의자가 사문서 작성 사실을 알았다면 승낙하였을 것이라고 작성자가 기대하거나 예측한 것만으로도 승낙은 추정된다.
 - ③ 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.
 - ④ 피해자의 승낙이 객관적으로 존재하지 않음에도 불구하고 행위자는 그것이 존재한다고 오신한 때에는 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오의 문제가 된다.

문 4. 「형법」 제10조에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병이나 정신박약 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 것만으로도 인정된다.
- ② 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 사실적 판단이므로 법원으로서 전문감정인의 의견에 기속되어야 한다.
- ③ 「형법」 제10조제3항은 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위를 포함하고 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위는 포함하지 않는다.
- ④ 무생물인 옷 등을 성적 각성과 희열의 자극제로 믿고 이를 성적 흥분을 고취시키는 데 쓰는 성주물성애증이라는 정신질환의 경우, 그 증상이 매우 심각하여 정신병이 있는 사람과 동등하다고 평가할 수 있으면 심신장애를 인정할 수 있다.

문 5. 죄형법정주의에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「형법」상 내란선동죄에서 ‘선동’은 단지 언어적인 표현행위일 뿐이므로 그 행위에 대한 평가 여하에 따라서는 적용범위가 무한히 확장될 가능성이 있어 죄형법정주의 원칙에 반한다.
- ㄴ. 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 않다.
- ㄷ. 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항은 구체적이고 분명하게 규정되어 있어야 하므로, 법률이나 상위명령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강만을 예측할 수 있는 경우에는 죄형법정주의 원칙에 반한다.
- ㄹ. 형법법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의 원칙에 반한다.

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄴ, ㄹ
- ④ ㄷ, ㄹ

문 6. 위법성 인식과 법률의 착오에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 위법성 인식의 체계적 지위에 관한 학설 중 고의설에 따르면 법률의 착오와 사실의 착오 모두 고의가 조각된다.

- ② 위법성 인식에 필요한 노력의 정도는 행위자 개인의 인식능력의 문제이므로 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어서는 안 된다.
- ③ 「형법」 제16조의 법률의 착오는 처벌규정의 존재를 인식하지 못한 법률의 부지뿐만 아니라 일반적으로 범죄가 되는 행위이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용되는 행위로 오인한 경우를 말한다.
- ④ 「형법」 제16조에 따르면 법률의 착오에 있어서 오인에 정당한 이유가 있으면 벌하지 않으며 정당한 이유가 없는 경우에는 형을 감경할 수 있다.

문 7. 과실범과 결과적 가중범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.
- ② 의료과오사건에서 의사의 과실이 있는지는 같은 업무 또는 분야에 종사하는 평균적인 의사가 보통 갖추어야 할 통상의 주의의무를 기준으로 판단하여야 한다.
- ③ 「형법」상 결과적 가중범의 기본범죄에는 고의범·과실범뿐만 아니라 기수·미수도 포함된다.
- ④ 부진정결과적 가중범에서 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위가 별도의 구성요건에 해당하고 그 고의범에 대하여 결과적 가중범에 정한 형보다 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우, 결과적 가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 결과적 가중범만 성립한다.

문 8. 미수·기수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공동정범 중 1인이 다른 공범의 범행을 중지하게 하지 아니하고 자기만의 범의를 철회, 포기한 경우 중지·미수로 인정될 수 없다.
- ② 불능범과 구별되는 불능·미수의 성립요건인 ‘위험성’은 행위자가 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다.
- ③ 甲이 A에게 위조한 예금통장 사본 등을 보여주면서 외국회사에서 투자금을 받았다고 거짓말하며 자금 대역을 요청한 후 A와 함께 그 입금 여부를 확인하기 위해 은행에 가던 중 범행이 발각될 것이 두려워 은행 입구에서 그 차용을 포기하고 돌아간 경우 사기죄의 장애·미수에 해당한다.
- ④ 甲이 타인의 명의를 빌려 예금계좌를 개설한 후 통장과 도장은 명의인에게 보관시키고 자신은 위 계좌의 현금인출카드를 소지한 채 명의인을 기망하여 위 계좌로 돈을 송금하게 하였지만 그 돈을 인출하지 않고 있던 중 명의인이 이를 인출한 경우, 甲은 사기죄의 장애·미수에 해당한다.

문 9. 포괄일죄에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 수인의 피해자에 대하여 각 피해자별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에도 그 범의가 단일하고 범행방법이 동일한 경우에는 사기죄의 포괄일죄가 성립한다.
- ② 동일한 저작권자의 여러 개의 저작물에 대한 침해행위가 단일하고 동일한 범의 아래 행하여졌다면 「저작권법」 위반의 포괄일죄가 성립한다.
- ③ 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제4조제1항에서는 그 법에 규정된 범죄행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입하는 행위 또는 구성원으로 활동하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있으므로, 범죄단체를 구성하거나 이에 가입한 자가 나아가 구성원으로 활동하는 경우에는 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 위반의 포괄일죄가 성립한다.
- ④ 비의료인이 의료기관을 개설하여 운영하는 도중 개설자 명의를 다른 의료인으로 변경한 경우에는 그 범의가 단일하고 범행방법이 종전과 동일하므로 「의료법」 위반의 포괄일죄가 성립한다.

문 10. 인과관계에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 부작위범에 있어서 작위의무를 이행하였다면 결과가 발생하지 않았을 것이라는 관계가 인정될 경우 부작위와 그 결과 사이에 인과관계가 있다.
- ㄴ. 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리고 처분행위를 유발하여 재물을 교부받거나 재산상 이익을 얻음으로써 성립하는 것으로, 기망행위와 상대방의 착오 및 재물의 교부 또는 재산상 이익의 공여 사이에 순차적인 인과관계가 있어야 한다.
- ㄷ. 의사가 설명의무를 위반한 채 의료행위를 하였다가 환자에게 상해의 결과가 발생한 경우, 의사에게 업무상과실로 인한 형사책임을 지우기 위해서는 의사의 설명의무 위반과 환자의 상해 사이에 상당인과관계가 존재하여야 한다.
- ㄹ. 선행 교통사고와 후행 교통사고 중 어느 쪽이 원인이 되어 피해자가 사망에 이르게 되었는지 밝혀지지 않은 경우, 후행 교통사고를 일으킨 사람의 과실과 피해자의 사망 사이에 인과관계가 인정되기 위해서는 후행 교통사고를 일으킨 사람이 주의의무를 게을리하지 않았다면 피해자가 사망에 이르지 않았을 것이라는 사실이 입증되어야 한다.

- ① ㄱ, ㄷ
- ② ㄱ, ㄴ, ㄹ
- ③ ㄴ, ㄷ, ㄹ
- ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

문 11. 위법성조각사유에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 A를 강간하던 중 A가 손가락을 깨물며 반항하자, 甲이 물린 손가락을 비틀어 잡아 뽑다가 A에게 치아결손을 가한 행위는 긴급피난에 해당한다.
- ② 경찰관이 현행범인으로서의 요건을 갖추지 못한 甲을 체포하려고 하자, 甲이 체포를

면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 행위는 정당방위에 해당한다.

- ③ 친권자 甲이 스스로의 감정을 이기지 못하고 야구방망이로 때릴 듯이 자녀 A에게 “죽여 버린다”고 말하여 협박한 행위는 정당행위에 해당한다.
- ④ 정당 당직자 甲이 국회 상임위원회 회의장 앞 복도에서 출입이 봉쇄된 회의장 출입구를 뚫을 목적으로 회의장 출입문 및 그 안쪽에 쌓여있던 집기를 손상한 행위는 정당행위에 해당한다.

문 12. 방조범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 사기 범행에 이용되리라는 사정을 알고서도 A에게 자신의 명의로 된 은행 예금 계좌의 접근매체를 양도함으로써 A가 B를 속여 B로 하여금 현금을 위 계좌로 송금하게 한 경우, 甲은 사기죄의 방조범이 된다.
- ② 은행지점장 甲이 정범인 부하직원들의 은행에 대한 배임행위를 인식하면서도 이를 방치한 경우 업무상배임죄의 방조범이 성립한다.
- ③ 방조죄는 정범의 범죄에 종속하여 성립하는 것으로서, 방조의 대상이 되는 정범의 실행행위의 착수가 없으면 방조죄만 독립하여 성립할 수 없다.
- ④ 정범의 실행행위 전이나 실행행위 중에 정범을 방조하여 그 실행행위를 용이하게 하는 것뿐만 아니라 정범의 범죄종료 후의 이른바 사후방조도 방조범으로 볼 수 있다.

문 13. 형법의 적용에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <국가9급 총론 2021>

- ① 도박죄를 처벌하지 않는 외국의 카지노에서 우리나라 국민이 도박을 한 경우 우리나라 형법이 적용된다.
- ② 외국인이 외국에 소재한 우리나라 영사관 내에서 외국인 명의의 사문서를 위조한 경우 우리나라 형법이 적용되지 않는다.
- ③ 외국인이 우리나라 공무원에게 알선한다는 명목으로 금품을 수수한 행위의 장소가 우리나라라면 금품수수의 명목이 된 알선행위의 장소가 외국인 경우에도 우리나라 형법이 적용된다.
- ④ 외국의 영공을 지나고 있는 우리나라 국적기 안에서 외국인이 다른 외국인을 상해한 경우 우리나라 형법이 적용되지 않는다.

해설/정답 ④

- ① (○) 형법 제3조는 ‘본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다’고 하여 형법의 적용 범위에 관한 속인주의를 규정하고 있는바, 필리핀에서 카지노의 외국인 출입이 허용되어 있다 하여도, 형법 제3조에 따라, 필리핀에서 도박을 한 피고인에게 우리 나라 형법이 당연히 적용된다(대판 2001.9.25. 99도3337).
- ② (○) 형법의 적용에 관하여 같은 법 제2조는 대한민국 영역 내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게

적용한다고 규정하고 있으며, 같은 법 제6조 본문은 대한민국 영역 외에서 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 같은 법 제5조에 기재한 이외의 죄를 범한 외국인에게 적용한다고 규정하고 있는바, 중국 북경시에 소재한 대한민국 영사관 내부는 여전히 중국의 영토에 속할 뿐 이를 대한민국의 영토로서 그 영역에 해당한다고 볼 수 없을 뿐 아니라, 사문서위조죄가형법 제6조의 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 범한 죄에 해당하지 아니함은 명백하다. 따라서 원심이 내국인이 아닌 피고인이 위 영사관 내에서 공소 외인 명의의 여권발급신청서 1장을 위조하였다는 취지의 공소사실에 대하여 외국인의 국외범에 해당한다는 이유로 피고인에 대한 재판권이 없다고 판단한 것은 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 재판권에 관한 법리오해 등의 잘못은 없다. 상고이유는 받아들일 수 없다.(대판 2006.9.22. 2006도5010).

- ③ (○) 외국인이 대한민국 공무원에게 알선한다는 명목으로 금품을 수수하는 행위가 대한민국 영역 내에서 이루어진 이상, 비록 금품수수의 명목이 된 알선행위를 하는 장소가 대한민국 영역 외라 하더라도 대한민국 영역 내에서 죄를 범한 것이라고 하여야 할 것이므로, 형법 제2조에 의하여 대한민국의 형벌법규인 구 변호사법(2000. 1. 28. 법률 제6207호로 전문 개정되기 전의 것) 제90조 제1호가 적용되어야 한다(대판 2000.4.21. 99도3403).

- ④ (×) 형법 제4조

제4조(국외에 있는 내국선박 등에서 외국인인 범한 죄)
본법은 대한민국영역외에 있는 대한민국의 선박 또는 항공기내에서 죄를 범한 외국인에게 적용한다.

문 14. 범죄의 처벌조건과 소추조건에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? <국가9급 총론 2021>

- ① 사전수뢰죄(제129조제2항)에 있어서 '공무원 또는 중재인이 된 사실'은 객관적 처벌 조건에 해당한다.
- ② 처벌조건이 결여되어 벌할 수 없는 행위라도 이에 대한 정당방위는 가능하다.
- ③ 폭행죄, 협박죄 등 반의사불벌죄에 있어서 피해자의 처벌불원의사는 인적 처벌조각 사유에 해당한다.
- ④ 「조세범 처벌법」이나 「관세법」 등 일부 특별법의 경우 해당 기관장의 고발이 소 추조건이 되는 경우도 있다.

해설/정답 ③

- ① (○) 객관적 처벌조건은 범죄의 성부와 관계없이 성립한 범죄에 대한 형벌권의 발생을 좌우하는 외부적·객관적 사유를 말한다. 예컨대, 사전수뢰죄에 있어서 공무원 또는 중재인이 된 사실(제129조 제2항)이 여기에 해당한다.
- ② (○) 처벌조건은 범죄가 성립한 경우에 형벌권의 발생을 위하여 필요한 조건이다. 따라서, 이미 성립한 범죄는 위법하므로 이에 대한 정당방위는 가능하다.
- ③ (×) 반의사불벌죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 논할 수 없는 범죄이다. 이는 소추조건인 문제로서 범죄가 성립하고 형벌권이 발생하는 경우라도 그 범죄를 소추하기 위하여 소송법상 필요한 조건을 말한다. 따라서 처벌불원의사는 인적 처벌조각사유가 아니다. 참고로 인적 처벌조각사유는 이미 성립한 범죄에 대하여 행위자의 특수한 신분관계로 인하여 형벌권이 발생하지 않는 경우를 말한다. 예컨대, 친족상도례에 있어서 직계혈족·배우자·동거친족 등의 신분이 이에 해당한다.
- ④ (○) 예시 : 조세범처벌법 제21조

제21조(고발)

이 법에 따른 범칙행위에 대해서는 국세청장, 지방국세청장 또는 세무서장의 고발이 없으면 검사는 공소를 제기할 수 없다.

문 15. 공동정범에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <국가9급 총론 2021>

- ① 다른 공모자가 실행에 착수한 이후에 그 공범관계에서 이탈한 공모자는 자신이 관여하지 않은 부분에 대하여 공동정범으로서 죄책을 부담하지 않는다.
- ② 공동정범은 범행에서의 역할이나 개별적 양형참작사유에도 불구하고 각자를 정범으로서 동일한 선고형으로 벌한다.
- ③ 공동실행의 의사는 범죄행위 시에 존재하면 족하고 반드시 사전에 공모함을 요하지 아니한다.
- ④ 공동정범 가운데 1인이 공모한 내용과 질적으로 다른 내용의 결과발생을 야기할 경우 다른 공동정범은 그 범행에 대한 과실범의 책임을 진다.

해설/정답 ③

- ① (×) 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부를 실행한 후 공범관계에서 이탈하였으나 다른 공범자에 의하여 나머지 범행이 이루어진 경우, 피고인이 관여하지 않은 부분에 대하여도 죄책을 부담한다. 피고인이 甲 투자금융회사에 입사하여 다른 공범들과 특정 회사 주식의 시세조정 주문을 내기로 공모한 다음 시세조정행위의 일부를 실행한 후 甲 회사로부터 해고를 당하여 공범관계로부터 이탈하였고, 다른 공범들이 그 이후의 나머지 시세조정행위를 계속한 사안에서, 피고인이 다른 공범들의 범죄실행을 저지하지 않은 이상 그 이후 나머지 공범들이 행한 시세조정행위에 대하여도 죄책을 부담함에도, 피고인이 해고되어 甲 회사를 퇴사함으로써 기존의 공모관계에서 이탈하였다는 사정만으로 피고인이 이미 실행한 시세조정행위에 대한 기능적 행위지배가 해소되었다고 보아 그 이후의 각 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 위반의 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에 공모공동정범에 관한 법리오해의 위법이 있다(대판 2011.1.13. 2010도9927, 실행착수 후 이탈).
- ② (×) 형법 제30조 : 각 죄의 정범으로 처벌한다는 의미이므로 범행에서의 역할이나 개별적 양형참작사유에 따라 선고형은 달라질 수 있다.

제30조(공동정범)
2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

- ③ (○) 공동정범이 성립함에 있어 필요한 범죄를 공동실행할 의사는 범죄행위시에 존재하면 족하고 반드시 사전 공모함을 요하지 아니한다(대판 1970.1.27. 69도2225).
- ④ (×) 공동정범에 있어서 추상적 사실의 착오란 공동실행하기로 한 의사와 공동 실행한 사실 사이의 불일치가 '서로 다른' 구성요건에 걸쳐서 발생한 경우이다. 이 중 질적 착오의 경우 즉, 죄질이 서로 다른 구성요건에 걸쳐서 착오가 있는 경우에는 초과부분에 대하여는 당연히 공동정범의 성립을 부정하게 된다. 다만 공동실행하기로 한 의사의 부분에 한하여 '음모 또는 예비'의 책임을 지게 되는 것은 별개의 문제이다. 예컨대 갑과 을이 A의 재물을 절취하기로 하였는데 을이 그만 A를 보자 흑심이 생겨 강간한 경우에 갑은 을의 강간죄에 대하여 공동정범이 되지 않는다.

문 16. 교사범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <국가9급 총론 2021>

- ① 피교사자가 이미 교사한 범죄와 동일한 범죄의 결의를 가지고 있을 때에는 교사범이 성립할 여지가 없다.
- ② 甲이 乙에게 A를 살해할 것을 교사하고 乙이 이를 승낙하고도 실행의 착수에 이르지 아니하였다면 甲은 처벌되지 아니한다.
- ③ 甲이 乙에게 乙의 어머니 물건을 훔치도록 교사한 경우 정범인 乙이 처벌되지 아니하더라도 甲은 절도죄의 교사범으로 처벌된다.
- ④ 자기의 지휘·감독을 받는 자를 교사하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액의 2분의 1까지 가중한다.

해설/정답 ②

① (○) 교사범이란 타인(정범)으로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립하는 것이고 피교사자는 교사범의 교사에 의하여 범죄실행을 결의하여야 하는 것이므로, 피교사자가 이미 범죄의 결의를 가지고 있을 때에는 교사범이 성립할 여지가 없다(대판 1991.5.14. 91도542).

② (×) 형법 제31조 제2항 : 살인예비죄 성립

제31조(교사범)
 ② 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.

③ (○) 乙은 乙의 어머니의 물건을 절도하였으나, 친족상도례의 적용으로 처벌되지 않는다. 친족상도례는 정범과 공범에 적용되나, 정범과 공범은 물론 수인의 공범에 대하여도 친족상도례는 친족관계가 있는 자에게만 적용된다(제328조 제3항, 제365조 제2항 단서). 따라서, 甲은 절도죄의 교사범으로 처벌된다.

④ (○) 형법 제34조 제2항

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중)
 ② 자기의 지휘·감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.

문 17. 「형법」상 형(刑)에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 판결선고 후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정하여야 한다. 단, 선고한 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 후에는 예외로 한다.
- ② 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 벌금 이상의 형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다.
- ③ 가석방의 처분을 받은 자가 감시에 관한 규칙을 위배하거나 보호관찰의 준수사항을 위반한 때에는 가석방처분을 취소한다.
- ④ 징역 또는 금고의 집행을 종료하거나 집행이 면제된 자가 피해자의 손해를 보상하고 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 7년을 경과한 때에는 본인 또는 검사의 신청에 의하여 그 재판의 실효를 선고할 수 있다.

문 18. 다음 설명 중 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <국가9급 총론 2021>

겨지지는 아니하므로 피고인의 행위는 중지미수에 해당한다(대판 1993.10.12. 93도1851).

문 19. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <국가9급 총론 2021>

- ① 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 다른 사실이 개재된 경우 그 개재된 사실이 치사의 직접적인 원인이 되었다더라도 그와 같은 사실이 통상 예견할 수 있었다면, 살인의 실행행위와 사망과의 사이에 인과관계가 있는 것으로 보아야 한다.
- ② 강요된 자가 강요된 상태를 자신의 책임 있는 사유로 자초하였고 그 강제상태를 예견하였더라도 「형법」 제12조의 강요된 행위에 해당한다.
- ③ 미필적 고의가 인정되려면 결과발생의 가능성에 대한 인식이 있으면 족하고 결과발생을 용인하는 내심의 의사가 있을 것까지 요하는 것은 아니다.
- ④ 이시(異時)의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 동시의 독립행위가 경합한 경우와 달리 각 행위를 기수범으로 처벌한다.

해설/정답 ①

- ① (○) 살인의 실행행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생하게 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이어야만 되는 것은 아니므로, 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 다른 사실이 개재되어 그 사실이 치사의 직접적인 원인이 되었다고 하더라도 그와 같은 사실이 통상 예견할 수 있는 것에 지나지 않는다면 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 인과관계가 있는 것으로 보아야 한다(대판 1994.3.22. 93도3612). **[해설]** 어떠한 범죄행위와 결과의 중간에 다른 사실이 개재되어 있다고 하여도 인과관계가 인정될 수 있다고 한 판례.
- ② (×) 어로저지선을 넘어 어로의 작업을 하면 북괴구 성원에게 납치될 염려가 있으며 만약 납치된다면 대한민국의 각종 정보를 북괴에게 제공하게 된다 함은 일반적으로 예견된다고 하리니 피고인이 그 전에 선원으로 월선조업을 하다가 납북되었다가 돌아온 경험이 있는 자로서 월선하자고 상의하여 월선조업을 하다가 납치되어 북괴의 물음에 답하여 제공한 사실을 강요된 행위라 할 수 없다(대판 1971.2.23. 70도2629).
- ③ (×) 미필적 고의라 함은 결과의 발생이 불확실한 경우 즉 행위자에 있어서 그 결과 발생에 대한 확실한 예견은 없으나 그 가능성은 인정하는 것으로, 이러한 미필적 고의가 있었다고 하려면 결과 발생의 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 결과 발생을 용인하는 내심의 의사가 있음은 요한다(대판 1987.2.10. 86도2338).
- ④ (×) 형법 제19조

제19조(독립행위의 경합)

동시 또는 이시의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 각 행위를 미수범을 처벌한다.

문 20. 판례의 태도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? <국가9급 총론 2021>

- ① 목적범의 성립에 필요한 목적에 대한 인식의 정도는 확정적 인식임을 요한다.

- ② 존속살해죄가 성립하기 위해서는 존속을 살해한다는 인식이 있어야 한다.
- ③ 정당방위과잉방위나 긴급피난과잉피난이 성립하기 위해서는 방위의사나 피난의사가 있어야 한다.
- ④ 구체적 사실에 대한 착오 중 방법(타격)의 착오가 발생한 경우 발생 사실에 대한 고의가 인정된다.

해설/정답 ①

- ① (×) [1] 위조문서행사죄에 있어서 행사는 위조된 문서를 진정한 것으로 사용함으로써 문서에 대한 공공의 신용을 해칠 우려가 있는 행위를 말하므로 그 행사의 상대방에는 아무런 제한이 없고, 다만 문서가 위조된 것임을 이미 알고 있는 공범자 등에게 행사하는 경우에는 위조문서행사죄가 성립할 수 없다. [2] 문서변조죄에 있어서 행사할 목적이란 변조된 문서를 진정한 문서인 것처럼 사용할 목적을 말하는 것으로 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하다(대판 2005.1.28. 2004도4663). **[해설]** 문서에 관한 죄에 있어서 '행사할 목적'은 미필적 인식이 있으면 족하다고 본 판결.
- ② (○) 존속살해죄가 성립하기 위하여는 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한다는 고의가 있어야 한다. 따라서 자기 또는 배우자의 직계존속임을 인식하지 못한 때에는 본죄가 성립하지 않는다(보통살인죄). <참고 판례> 제분에 이기지 못하여 식도를 휘두르는 피고인을 말리거나 그 식도를 뺏으려고 한 그 밖의 피해자들을 닳치는 대로 찌르는 무차별 횡포를 부리던 중에 그의 부(父)까지 찌르게 된 결과를 빚은 경우 피고인이 칼에 찔려 쓰러진 부를 부축해 데리고 나가지 못하도록 한 일이 있다고 하여 그의 부를 살해할 의사로 식도로 찔러 살해하였다는 사실을 인정하기는 어렵다고 봄이 상당하다(대판 1977.1.11. 76도3871).
- ③ (○) [1] 정당방위가 성립하기 위하여는 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위이어야 할 것인데, 앞서 본 바와 같이 윤성민 차장의 부대출동명령이나 그 출동준비명령과 장태완 수경사령관의 피고인들에 대한 공격준비행위는 피고인들의 불법공격에 대비하거나 반란을 진압하기 위한 정당한 직무집행으로서, 이를 가리켜 현재의 부당한 침해행위라고 볼 수는 없으므로, 이에 대항한 피고인들의 병력동원행위가 정당방위에 해당한다고 할 수 없다. 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙 위반이나 심리미진으로 인한 사실오인 또는 정당방위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. [2] 그리고 긴급피난이 성립하기 위하여는 행위자에게 피난의 의사가 있어야 할 것인데, 기록에 의하면, 피고인들이 병력을 동원한 것은 위난을 피할 의사에 의한 것은 아니고 반란목적 달성을 의도에 의한 것이라고 보이므로, 피고인들에게 피난의 의사가 있었다고도 할 수 없다(대판 1997.4.17. 96도3376 전원합의체). **[해설]** 신군부의 12·12 쿠데타와 광주민주화운동진압에 대한 대법원의 판결. 정당방위는 현재의 부당한 침해를 방어하기 위하여 허용되는 것이므로, 부당한 침해가 존재하지 않는 경우에는 정당방위가 성립되지 아니한다는 사례. 또한 긴급피난에 관하여 피난의사가 요구된다고 판시하였는바, 이는 정당방위 등 다른 위법성조각사유에서도 마찬가지로 적용된다는 판례.
- ④ (○) 기록을 검토하여 보아도 피고인의 소론 심신장애를 인정하지 아니한 원심의 판단에 위법사유 있다 할 수 없을 뿐만 아니라 범죄사실을 부인하므로써 원판결에 사실의 오인이 있다는 것과 원판결의 형의 양정이 과중하다는 주장은 군법회의법 제432조 소정 사유에 해당하지 아니하여 적법한 상고이유가 되지 못하므로 논지는 이유 없고 사람을 살해할 목적으로 총을 발사한 이상 그것이 목적하지 아니한 다른 사람에게 명중되어 사망의 결과가 발생하였다 하더라도 살의를 저각하지 않는 것이라 할 것이니 원심인정과 같이 피고인이 하사 주재훈을 살해할 목적으로 발사한 총탄이 이를 제지하려고 피고인 앞으로 뛰어들던 병장 강제갑에게 명중되어 동 강제갑이 사망한 본건의 경우에 있어서의 동 강제갑에 대한 살인죄가 성립한다 할 것이므로 동 강제갑에 대한 피고인의 살의를 부정하는 논지도 이

유 없다(대판 1975.4.22. 75도727). **[해설]** “갑”을 살해할 목적으로 총을 발사한 이상 그것이 목적하지 아니한 “을”에게 명중되어 “을”이 사망한 경우에 “을”에 대한 살인의 고의를 인정한 판결(방법의 착오에서 고의기수를 인정).