

## 형법중론

지문의 내용에 대해 학설의 대립 등 다툼이 있는 경우 판례에 의함

### 1. 「형법」 제1조제2항에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 범죄 후 법률의 변경이 있더라도 형의 변경이 없는 경우에는 「형법」 제1조제1항에 따라 행위시법을 적용해야 한다.
- ② 형의 경중의 비교는 원칙적으로 법정형을 표준으로 하고, 처단형이나 선고형에 의할 것은 아니다.
- ③ 범죄 후 형벌법규의 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 된 경우, 종전 법령이 범죄로 정하여 처벌한 것이 부당하였다는 반성적 고려에 따라 변경된 경우에 한하여 「형법」 제1조제2항이 적용된다.
- ④ 행위 시 양벌규정에는 법인에 대한 면책규정이 없었으나 법률 개정으로 면책규정이 추가된 경우, 법원은 「형법」 제1조제2항에 따라 피고인에게 개정된 양벌규정을 적용해야 한다.

### 2. 정당행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 음란물이 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 표현 등과 결합되어 음란 표현의 해악이 상당한 방법으로 해소되거나 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의해 해소될 수 있는 정도에 이르렀다면, 이러한 결합표현물에 의한 표현행위는 「형법」 제20조에 정하여진 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’에 해당한다.
- ② 문언송신금지를 명한 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 임시보호명령을 위반하여 피고인이 피해자에게 문자메시지를 보낸 경우 문자메시지 송신을 피해자가 양해 내지 승낙하였다면 「형법」 제20조의 정당행위에 해당한다.
- ③ 신문기자인 피고인이 고소인에게 2회에 걸쳐 증여세 포탈에 대한 취재를 요구하면서, 이에 응하지 않으면 자신이 취재한 내용대로 보도하겠다고 협박한 것은 특별한 사정이 없는 한 사회상규에 반하지 않는 행위이다.
- ④ 의료인이 아닌 자가 찜질방 내에서 부항과 부항침을 놓고 일정한 금액을 받은 행위는 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 사회상규에 위배되지 않는 행위로 보기는 어렵다.

### 3. 강요된 행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 강요된 자가 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명·신체에 대한 위해를 방어할 수 있는 방법이 없는 위해의 상태를 자초하였거나 예기하였다면 강요된 행위라고 할 수 없다.
- ② 상사의 지시에 의한 것이라 하여도 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명·신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 상당한 것이라고 인정되지 않는 이상 강요된 행위라고 할 수 없다.
- ③ 강요된 행위에서 ‘저항할 수 없는 폭력’이란 심리적인 의미에 있어서 육체적으로 어떤 행위를 절대적으로 하지 아니할 수 없게 되는 경우와 윤리적 의미에 있어서 강압된 경우를 말한다.
- ④ 어떤 사람의 성장교육과정을 통하여 형성된 내재적인 관념 내지 확신으로 인하여 행위자 스스로의 의사결정이 사실상 강제되는 결과를 낳게 하는 경우는 강요된 행위라고 할 수 있다.

### 4. 형벌에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 형을 가중·감경할 사유가 경합하는 경우에는 각칙 조문에 따른 가중, 「형법」 제34조제2항에 따른 가중, 누범 가중, 경합범 가중, 법률상 감경, 정상참작감경의 순으로 한다.
- ② 판결선고전의 구금일수는 그 전부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다.
- ③ 형을 병과할 경우에도 형의 전부 또는 일부에 대하여 선고를 유예할 수 있다.
- ④ 형의 선고를 유예하는 경우에 재범방지를 위하여 지도 및 원호가 필요한 때에는 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다.

### 5. 결과적 가중범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 부진정결과적 가중범의 경우에 중한 결과에 대한 고의범과 결과적 가중범의 법정형이 같은 경우에는 결과적 가중범만 성립하지만, 중한 결과에 대한 고의범의 법정형이 결과적 가중범보다 중한 경우에는 결과적 가중범과 중한 결과에 대한 고의범은 상상적 경합관계에 있다.
- ② 사람이 현존하는 건조물을 방화하는 집단행위의 과정에서 일부 집단원만이 고의행위로 살상을 가한 경우, 다른 집단원이 그 결과를 예견할 수 있었다더라도 현존건조물방화치사상죄의 죄책을 인정할 수 없다.
- ③ 결과적 가중범에 있어서 중한 결과를 같이 발생시킬 의사가 없었더라도 행위를 공동으로 할 의사가 있고 중한 결과가 예견 가능한 것이었다면 결과적 가중범의 공동정범이 성립한다.
- ④ 조문형식상 결과적 가중범에 대한 미수범처벌규정이 있더라도 이는 결합범에만 적용되고, 결과적 가중범의 경우에는 중한 결과가 발생한 이상 기본범죄가 미수에 그쳐도 결과적 가중범의 기수범이 된다.

### 6. 구성요건요소에 대한 착오사례가 아닌 것은?

- ① 甲이 성명불상자 3명과 싸우다가 힘이 달리자 옆 차에서 식칼을 가지고 나와 이들 3명을 상대로 휘두르다가 이를 말리던 A에게 상해를 입힌 경우
- ② 甲이 6층 호텔방에서 상해의 의사로 A를 구타하여 A가 정신을 잃고 쓰러지자 사망한 것으로 착각하고, A가 자살한 것으로 위장하기 위해 6층 아래로 떨어뜨려 사망케 한 경우
- ③ 甲이 저작권 침해물 링크사이트를 운영하던 중 그러한 링크행위가 범죄에 해당하지 않는다는 대법원 판결이 선고되자 자신의 행위는 죄가 되지 않는다고 생각하고 계속 운영한 경우
- ④ 甲이 살해의도로 피해자 A를 몽둥이로 내리쳤으나 A의 등에 업힌 피해자 B가 맞아 현장에서 두개골절 및 뇌좌상으로 사망한 경우

### 7. 미필적 고의에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?

- ㄱ. “결과가 발생할지도 몰라. 하지만 그래도 할 수 있지.”라고 생각했으면 미필적 고의가 인정되지만, “결과가 발생할지도 몰라. 그러나 괜찮을 거야.”라고 생각한 경우는 인식 없는 과실에 해당한다.
- ㄴ. 경찰관이 차량 약 30cm 전방에 서서 교통차단의 이유를 설명하고 있는데 운전자가 신경질적으로 갑자기 좌회전하여 우측 앞 범퍼 부분으로 해당 경찰관의 무릎을 들이받은 경우, 이는 경찰관을 충격한다는 결과의 발생을 용인하는 내심의 의사가 있었다고 봄이 경험칙상 당연하다.
- ㄷ. 대구지하철 화재 사고 현장을 수습하기 위한 청소 작업이 한참 진행되고 있는 시간 중에 실종자 유족들로부터 이의제기가 있었음에도 즉각 청소작업을 중단하도록 지시하지 않고 수사기관과 협의하거나 확인하지 않은 경우, 그러한 청소작업으로 인한 증거인멸의 결과가 발생할 가능성을 용인하는 내심의 의사가 있었다고 단정하기는 어렵다.
- ㄹ. 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지는 행위자의 진술에 의존하지 않고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인이라면 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인지를 고려하면서 객관적 제3자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다.

① ㄱ, ㄴ

② ㄱ, ㄷ

③ ㄴ, ㄷ

④ ㄴ, ㄷ, ㄹ

8. 위법성조각사유의 주관적 정당화요소에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?

- ㄱ. 위법성조각을 위해 주관적 정당화요소가 필요하다고 보는 견해에 의하면, 「형법」 제21조제1항에서 ‘방위하기 위하여 한’은 정당방위의 주관적 정당화요소를 규정한 것으로 해석된다.
- ㄴ. 판례는 위법성조각을 위해 방위의사나 피난의사와 같은 주관적 정당화요소가 요구된다고 본다.
- ㄷ. 위법성조각을 위해 주관적 정당화요소가 필요 없다고 보는 견해에 의하면, 행위자가 행위 당시 존재하는 객관적 정당화사정을 인식하지 못한 채 범죄의 고의만으로 행위를 한 경우 고의기수범이 성립한다.
- ㄹ. 위법성 판단에 행위반가치와 결과반가치가 모두 요구된다고 보는 이원적·인적 불법론의 입장에서는 주관적 정당화요소가 결여된 경우 행위반가치가 부정되므로 불능미수가 된다고 본다.

- ① ㄱ, ㄴ  
② ㄱ, ㄷ  
③ ㄴ, ㄹ  
④ ㄷ, ㄹ

9. 책임능력에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 심신장애인의 행위인지 여부는 전문가의 감정, 그 행위의 전후 사정이나 기록에 나타난 제반자료를 종합하여 인정하되, 공판정에서의 피고인의 태도를 고려하여서는 안 된다.
- ② 심신장애는 생물학적 요소 외에 심리학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요한다.
- ③ 성적 측면에서의 성격적 결함에 따른 소아기호증은 그 증상이 심각하여 원래의 의미의 정신병이 있는 사람과 동등하다고 평가할 수 있더라도 심신장애를 인정할 여지는 없다.
- ④ 위험의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우는 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 「형법」 제10조제3항의 적용대상이 아니다.

10. 합동범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 합동강도의 공범자 중 1인이 강도의 기회에 피해자를 살해한 경우, 다른 공모자가 살인의 공모를 하지 아니하였다고 하여도 그 살인행위나 치사의 결과를 예견할 수 없었던 경우가 아니면 강도치사죄의 죄책을 면할 수 없다.
- ② 피고인이 다른 피고인들과 택시강도를 하기로 모의한 일이 있다고 하여도 다른 피고인들이 피해자에 대한 폭행에 착수하기 전에 겁을 먹고 미리 현장에서 도주해 버린 것이라면, 피고인을 특수강도의 합동범으로 다스릴 수는 없다.
- ③ 합동절도에서도 공동정범과 교사범·중범의 구별기준은 일반원칙에 따라야 하고, 그 결과 범행현장에 존재하지 아니한 범인도 공동정범이 될 수 있으며, 상황에 따라서는 장소적으로 협동한 범인도 방조만 한 경우에는 중범으로 처벌될 수도 있다.
- ④ 합동범이 성립하기 위한 주관적 요건으로서 공모는 법률상 어떠한 정형을 요구하는 것이 아니어서 공범자 상호 간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동가공의사가 암묵리에 서로 상통하면 되지만, 적어도 그 모의과정은 사전에 있어야 한다.

11. 피해자의 승낙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 甲이 乙과 공모하여 교통사고를 가장하여 보험금을 편취할 목적으로 乙에게 상해를 가하였다면 乙의 승낙이 있었다고 하더라도 이는 위법한 목적에 이용하기 위한 것이므로 甲의 행위는 위법성이 조각된다고 할 수 없다.
- ② 甲이 동거 중인 乙의 지갑에서 현금을 꺼내가는 것을 乙이 현장에서 목격하고 만류하지 아니하였더라도 乙이 甲에게 허용의 의사를 명시적으로 표현하지 않았다면 甲의 행위는 원칙적으로 절도죄에 해당한다.
- ③ 문서위조죄가 공공의 신용을 보호법익으로 하더라도 사문서를 작성함에 있어 그 명의자의 명시적이거나 묵시적인 승낙이 있었다면 문서위조에는 해당한다고 할 수 없다.
- ④ 의사의 진단상의 과오가 없었으면 당연히 설명받았을 자궁외 임신에 관한 내용을 설명받지 못한 피해자가 수술승낙을 하였다면 이 승낙은 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 볼 수 없다.

12. 중지미수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 결과발생이 가능한 범죄의 실행행위에 착수하고 그 범죄가 완수되기 전에 자기의 자유로운 의사에 따라 범죄의 실행행위를 중지한 경우에 그 중지가 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 의한 것이 아니라면 이는 중지미수에 해당한다.
- ② 장롱 안에 있는 옷가지에 불을 놓아 건물을 소훼하려 하였으나 불길에 치솟는 것을 보고 겁이 나서 물을 부어 불을 끈 것이라면, 이는 자의에 의한 중지미수에 해당한다.
- ③ 강간하려고 하였으나 잠자던 피해자의 어린 딸이 깨어 우는 바람에 도주하였거나, 피해자가 시장에 간 남편이 곧 돌아온다고 하면서 임신 중이라고 말하자 도주하였다면 자의로 강간행위를 중지하였다고 볼 수는 없다.
- ④ 피해자를 살해하려고 칼로 수회 찔렀으나 피해자의 가슴 부위에서 많은 피가 흘러나오는 것을 발견하고 겁을 먹고 그만두는 바람에 미수에 그친 것은 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당한다.

13. 예비죄에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 정범이 실행의 착수에 이르지 아니한 예비단계에서 가공한 자는 예비죄의 공동정범은 물론 예비죄의 중범으로도 처벌할 수 없다.
- ② 살인죄를 범할 목적이 있다면 살인의 준비에 관한 고의가 인정되지 않아도 살인예비죄는 성립할 수 있다.
- ③ 중지범은 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것으로 실행의 착수가 있기 전인 예비·음모의 행위를 처벌하는 경우에는 중지범의 관념을 인정할 수 없다.
- ④ 간첩이 불특정 다수인인 경찰관으로부터의 체포 기타 방해를 배제하기 위하여 무기를 휴대하였다면 살인예비죄가 성립한다.

14. 공범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 피교사자의 범행이 당초의 교사행위와 무관한 새로운 범죄 실행의 결의에 따른 것이라면, 교사자는 예비·음모에 준하는 죄책을 부담함은 별론으로 피교사자에 대한 교사범으로서의 죄책을 부담하지는 않는다.
- ② 피교사자가 교사자의 교사행위 당시에는 범행을 승낙하지 아니한 것으로 보여진다 하더라도 이후 그 교사행위에 의하여 범행을 결의한 것으로 인정된다면, 교사범의 성립에 영향이 없다.
- ③ 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행 행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 점에서 방조행위와 정범의 범죄 실현 사이에 반드시 인과관계를 필요로 하는 것은 아니다.
- ④ 정범의 실행의 착수 이전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하기 위하여 방조한 경우에도 그 후 정범이 실행행위에 나아갔다면 중범이 성립할 수 있다.

## 15. 공범과 신분에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 물건의 소유자가 아닌 사람이 소유자의 권리행사방해 범행에 가담한 경우에는 절도죄가 성립할 뿐, 권리행사방해죄의 공범이 성립할 여지가 없다.
- ② 업무자라는 신분관계가 없는 자가 그러한 신분관계 있는 자와 공모하여 업무상배임죄를 저질렀다면, 그러한 신분관계가 없는 공범에 대하여는 단순배임죄에서 정한 형으로 처단하여야 한다.
- ③ 간호사가 주도적으로 실시한 무면허의료행위에 의사가 간호사와 함께 공모하여 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배가 있었다면, 의사도 무면허의료행위의 공동정범으로서의 죄책을 진다.
- ④ 「형법」 제33조 소정의 신분이라 함은 남녀의 성별, 내·외국인의 구별, 친족관계, 공무원인 자격과 같은 관계뿐만 아니라 널리 일정한 범죄행위에 관련된 범인의 인적관계인 특수한 지위 또는 상태를 지칭한다.

## 16. 몰수와 추징에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 공범자의 소유물도 몰수할 수 있지만, 적어도 그 공범자가 소추되어야만 가능하다.
- ② 몰수는 반드시 압수되어 있는 물건에 대하여만 하는 것이 아니므로 몰수대상물건이 압수되어 있는가 하는 점 및 적법한 절차에 의하여 압수되었는가 하는 점은 몰수의 요건이 아니다.
- ③ 몰수를 선고하기 위해서는 몰수의 요건이 공소가 제기된 공소사실과 관련되어 있어야 하고, 공소가 제기되지 않은 별개의 범죄사실을 법원이 인정하여 그에 관하여 몰수나 추징을 선고하는 것은 허용되지 않는다.
- ④ 몰수하기 불가능한 때에 추징하여야 할 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 몰수의 선고를 받았더라면 잃게 될 이득상당액을 초과하여서는 아니 된다.

## 17. 괄호 안의 범죄에 대한 불능미수가 성립하는 경우는?

- ① 부동산을 편취할 의사로 이미 사망한 자에 대하여 소유권이전등기 청구의 소를 제기하였다. (사기죄)
- ② 이미 배당금을 수령할 권리를 가진 임차인이 경매배당금을 편취할 의사로 임차인 명의를 처(妻)로 변경하고 경매법원에 배당요구를 하였다. (사기죄)
- ③ 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상금 청구의 소를 제기하였다. (사기죄)
- ④ 피해자를 항거불능상태라고 인식하고 추행하였으나 피해자는 이미 사망한 상태였다. (준강제추행죄)

## 18. 죄형법정주의와 관련하여 위임입법에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이므로 지방의회가 조례로써 주민의 권리 또는 의무에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에 법률의 위임을 받지 않아도 된다.
- ② 「지방자치법」에 따르면, 지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로써 1천만 원 이하의 벌금을 정하여 부과할 수 있다.
- ③ 구「결혼중개업의 관리에 관한 법률」이 형사처벌의 대상인 신상정보 제공의무와 관련하여 단지 “신상정보의 제공 시기 및 절차, 입증방법 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”라고만 규정하고 있는데, 동법 시행령이 ‘이용자와 상대방의 만남 이전’에 신상정보를 제공할 의무를 부과하고 있다면 이는 위임입법의 한계를 일탈한 것이다.
- ④ 구「전기통신사업법」이 형사처벌대상인 금지의 대상을 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신’으로 규정하면서 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상은 대통령령으로 정한다.”라고 규정한 것은 포괄위임 입법금지원칙에 위배된다.

## 19. 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 업무상배임죄가 부작위에 의해서 행해지는 경우 그러한 부작위를 실행의 착수로 볼 수 있기 위해서는 구성요건적 결과 발생의 위험이 구체화한 상황에서 부작위가 이루어져야 한다.
- ② 행정상의 단속을 주된 목적으로 하는 형사처벌 법규라 하더라도 ‘명문규정이 있거나 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우’를 제외하고는 형법의 원칙에 따라 ‘고의’가 있어야 벌할 수 있다.
- ③ 아파트 입주자대표회의 회장이 자신의 승인 없이 동대표들이 관리소장과 함께 게시한 입주자대표회의 소집공고문을 손괴한 행위는 임박한 위법상태를 바로잡기 위한 목적이라 할지라도 사회통념상 허용되지 않는 행위이다.
- ④ 「형법」 제35조에 의한 누범의 성립요건 중 ‘3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄’를 범하였는지는 3년의 기간 내에 실행의 착수가 있는지 여부를 기준으로 할 것이고, 그 기간 내에 기수에까지 이르러야 되는 것은 아니다.

## 20. 부작위범에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 부작위에 의한 기망은 보험계약자가 보험자와 보험계약을 체결하면서 상법상 고지의무를 위반한 경우에도 인정될 수 있지만, 고지의무 위반은 ‘보험사고의 우연성’이라는 보험의 본질을 해할 정도에 이르러야 한다.
- ② 경찰관이 압수된 증거물을 검찰에 송치하여 범죄 혐의의 입증에 사용하도록 하는 등의 적절한 조치를 취하지 않고 오히려 피압수자에게 돌려주어 작위범인 증거인멸죄를 범한 경우, 부작위범인 직무유기죄도 함께 성립한다.
- ③ 범죄가 적극적 작위는 물론 소극적 부작위로도 실현될 수 있는 경우에 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용으로 타인의 법익 상황을 악화시켜 결국 침해에 이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이다.
- ④ 부작위범의 작위의무는 법적인 의무인 한 성문법이건 불문법이건 상관 없이, 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무가 인정된다.