



「2021년 제2차 경찰공무원(순경) 시험대비」 형법 모의고사 및 해설(2)

| 오상훈 교수 | 박문각남부경찰학원

오상훈 경찰 형법

- ▶ 21년 2차 대비 오상훈 형법 FINAL 특강
 - 개강 : 2021/08/03
 - 시간 : [화] 09:00~13:00
- ▶ 22년 1차 대비 오상훈 형사법
 - 개강 : 2021/07/08
 - 시간 : [목금] 09:00~13:00

05. 과실범에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 약사가 의약품을 판매하거나 조제함에 있어서 특별한 사정이 없는 한 그 약의 포장상의 표시를 신뢰하고 이를 사용한 경우에는 과실이 없다.
- ② 의사에게는 환자의 상황, 당시의 의료수준, 자신의 지식·경험 등에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 폭넓은 재량권이 있으므로, 의사가 특정 진료방법을 선택하여 진료를 하였다면 해당 진료방법 선택과정에 합리성이 결여되어 있다고 볼 만한 사정이 없는 이상 진료의 결과만을 근거로 하여 그 중 어느 진료방법만이 적절하고 다른 진료방법을 선택한 것은 과실에 해당한다고 말할 수 없다.
- ③ 의사 甲이 수술 전에 피해자에 대한 혈청에 의한 간기능검사를 하였더라면 피해자가 사망하지 않았을 것이 입증되지 않더라도 간기능검사를 시행하지 않은 甲의 과실과 피해자의 사망사이에 인과관계가 있다.
- ④ 환자의 명시적인 수혈 거부 의사가 존재하여 수혈하지 아니함을 전제로 환자의 승낙(동의)을 받아 수술하였는데 수술 과정에서 수혈을 하지 않으면 생명에 위험이 발생할 수 있는 응급상태에 이른 경우에, 환자의 생명을 보존하기 위해 불가피한 수혈 방법의 선택을 고려함이 원칙이라 할 수 있지만, 한편으로 환자의 생명 보호에 못지않게 환자의 자기결정권을 존중하여야 할 의무가 대등한 가치를 가지는 것으로 평가되는 때에는 이를 고려하여 진료행위를 하여야 한다. 다만 환자의 생명과 자기결정권을 비교형량하기 어려운 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우에 의사가 자신의 직업적 양심에 따라 환자의 양립할 수 없는 두 개의 가치 중 어느 하나를 존중하는 방향으로 행위하였다면, 이러한 행위는 처벌할 수 없다.

05. [정답] ③ [해설] 범죄론 ♣ 난이도 중

- ① O : [약사 vs. 제약회사] 약사는 의약품을 판매하거나 조제함에 있어서 그 의약품이 그 표시 포장상에 있어서 약사법 소정의 검인 합격품이고 또한 부패 변질 변색되지 아니하고 유효기간이 경과되지 아니함을 확인하고 조제판매한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 관습시험 및 기기시험까지 할 주의의무가 없으므로 그 약의 표시를 신뢰하고 이를 사용한 경우에는 과실이 없다고 볼 수 있다(대판 1976.2.10, 74도2046).
- ② O : 대판 2015.6.24, 2014도11315
- ③ X : [할로테인마취사건] (수술주관 의사 또는 마취담당 의사가 할로테인을 사용한 전신마취에 의하여 난소종양절제수술을 함에 앞서 혈청의 생화학적 반응에 의한 간기능검사로 환자의 간 상태를 정확히 파악하지 아니한 채 개복수술을 시행하여 환자가 급성전격성간염으로 인하여 사망한 경우) 혈청에 의한 간기능검사를 시행하지 않거나 이를 확인하지 않은 피고인들의 과실과 피해자의 사망 간에 인과관계가 있다고 하려면 피고인들이 수술 전에 피해자에 대한 간기능검사를 하였더라면 피해자가 사망하지 않았을 것이 입증되어야 할 것이다(수술 전에 피해자에 대하여 혈청에 의한 간기능검사를 하였더라면 피해자의 간기능에 이

상이 있었다는 검사결과가 나왔으리라는 점이 증명되어야 할 것이다)(대판 1990.12.11, 90도694).

④ O : 대판 2014.6.26, 2009도14407 ⇒ 업무상 과실치사 X

06. 정당방위에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 12살 때 의붓아버지의 강간행위에 의하여 정조를 유린당한 후 계속적으로 성관계를 강요받아 온 피고인이 그의 남자친구와 범행을 준비하고 의붓아버지가 반항할 수 없는 잠든 틈에 식칼로 심장을 찔러 살해한 행위는 정당방위가 성립한다.
- ② 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대항하여 가해하게 된 경우 그 가해행위는 정당방위가 될 여지는 없으나 과잉방위가 될 수는 있다.
- ③ 생명·신체에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 상당한 행위가 있고, 이어서 정당방위의 요건인 상당성을 결여한 행위가 연속적으로 이루어진 경우 극히 짧은 시간 내에 계속하여 행하여진 가해자의 이와 같은 일련의 행위는 이를 전체로서 하나의 행위라고 보아 「형법」 제21조 제2항의 과잉방위가 성립한다고 볼 여지가 있다.
- ④ 경찰관이 적법절차를 준수하지 않은 채 실력으로 현행범인을 연행하려 한 경우 이에 저항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 입힌 행위는 그것이 자신의 신체에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있는 것이었다 하더라도 정당방위가 되지 못한다.

06. [정답] ③ [해설] 범죄론 ♣ 난이도 중

- ① X : 의붓아버지의 강간행위에 의하여 정조를 유린당한 후 계속적으로 성관계를 강요받아 온 피고인이 상피고인과 사전에 공모하여 범행을 준비하고 의붓아버지가 제대로 반항할 수 없는 상태에서 식칼로 심장을 찔러 살해한 경우, 범행당시 피고인의 신체나 자유 등에 대한 현재의 부당한 침해상태가 있었다고 볼 여지가 없는 것은 아니나, 그 행위는 사회통념상 상당성을 결여하여 정당방위가 성립하지 아니한다(대판 1992.12.22, 92도2540).
 - ② X : 피해자 일행 중 1명의 뺨을 때린 데에서 비롯된 가해자 등의 행위는 피해자 일행의 부당한 공격을 방위하기 위한 것이라기보다는 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대항하여 가해하게 된 것이라고 봄이 상당하고 이와 같은 싸움의 경우 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 정당방위 또는 과잉방위행위라고 볼 수 없다(대판 1993.8.24, 92도1329).
 - ③ O : 피해자가 술에 몹시 취하여 1985.8.28. 24:00경 어머니에게 욕설을 하는 등 난동을 부리다 식칼을 들고 위협하자 피해자의 여동생이 피해자를 밀어 넘어뜨린 후 몸 위에 타고 앉아 목을 계속 졸라 누름으로써 질식사하여 사망하게 한 경우 그 과잉방위가 야간 기타 불안스러운 상태에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 것이어서 벌할 수 없다(대판 1986.11.11., 86도1862).
- [판결이유] 피해자로 하여금 질식사하여 사망에 이르게 한 행위는 정당방위의 요건인 상당성을 결여한 행위라고 보아야 할 것이나, 극히 짧은 시간내에 계속하여 행하여진 피고인의 위와 같은 일련의 행위는 이를 전체로서 하나의 행위로 보아야 할 것이므로, 방위사에서 비롯된 피고

인의 위와 같이 연속된 전후행위는 하나로서 형법 제21조 제2항 소정의 과잉방위에 해당한다 할 것이고, 당시 야간에 흉포한 성격에 술까지 취한 피해자가 식칼을 들고 피고인을 포함한 가족들의 생명, 신체를 위협하는 불의의 행패와 폭행을 하여 온 불안스러운 상태에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황 등으로 말미암아 저질러진 것이라고 보아야 할 것이다.

- ④ X : 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립한다. 이때 적법한 공무집행은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리킨다. 경찰관이 적법절차를 준수하지 않은 채 실력으로 피의자를 체포하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없다. 그리고 경찰관의 체포행위가 적법한 공무집행을 벗어나 불법하게 체포한 것으로 볼 수밖에 없다면, 피의자가 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다(대판 2017.9.21, 2017도10866).

07. 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 근거를 자신을 도구로 이용하는 간접정범으로 이해하여 원인설정행위를 실행행위로 파악하여 원인설정행위시의 책임능력을 기초로 책임을 인정하는 견해는 구성요건의 정형성을 중시하여 죄형법정주의의 보장적 기능을 관철하는데 부합하는 이론이다.
- ② 구성요건적 결과실현행위에 실행의 착수시기를 인정하는 견해에서는 행위와 책임능력의 동시 존재 원칙에 대한 예외를 인정한다.
- ③ 원인에 있어서 자유로운 행위에 있어 실행의 착수시기와 관련하여 원인행위를 실행행위로 보는 견해에 의하면 행위와 책임의 동시존재의 원칙을 유지할 수 있다.
- ④ 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성 근거를 원인행위와 책임능력결합상태에서의 행위의 불가분적 연관관계에서 찾는 견해에 따르면 책임능력 결합상태에서 구성요건 해당행위를 시작한 때에 실행의 착수가 있는 것으로 본다.

07. [정답] ① [해설] 범죄론 ♣ 난이도 중

- ① X : 일치설에 대해서는 구성요건적 행위 정형성을 무시한다는 비판이 제기된다.
- ② O : 예외설은 원인에 있어서 자유로운 행위를 행위와 책임능력의 동시존재의 원칙에 대한 예외로 파악한다.
- ③ O : 원인행위를 실행행위로 보는 견해(일치설, 구성요건모델)에서는 원인설정행위시에는 책임능력이 존재하므로 행위와 책임의 동시존재의 원칙을 유지할 수 있다.
- ④ O : 가벌성의 근거를 원인행위와 책임능력결합상태에서의 행위의 불가분적 연관관계에서 찾는 견해(예외설, 책임모델)에서는 책임능력 결합상태에서 구성요건 해당행위를 시작한 때에 실행의 착수가 있는 것으로 본다.

※ 해당 강의는 박문각온라인(www.pmg.co.kr)에서 확인할 수 있습니다.