



# 「2021년 제2차 경찰공무원(순경) 시험대비」 형법 모의고사 및 해설(4)

| 오상훈 교수 | 박문각남부경찰학원

오상훈 경찰 형법

- ▶ 21년 2차 대비 오상훈 형법 FINAL 특강 [3개년 최신판례 - 21년 상반기 최신판례]
- 개강 : 2021/08/03
- 시간 : [화] 09:00~13:00

## 12. 강간과 추행의 죄에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형법」상 '강간과 추행의 죄'는 개인의 성적 자유를 침해하는 것을 내용으로 하는데, 여기에서 '성적 자유'는 적극적으로 성행위를 할 수 있는 자유가 아니라 소극적으로 원치 않는 성행위를 하지 않을 자유를 말한다.
- ② 위계에 의한 간음죄에서 행위자가 간음의 목적으로 상대방에게 일으킨 오인, 착각, 부지는 간음행위 자체에 대한 오인, 착각, 부지를 말하는 것이지 간음행위와 불가분적 관련성이 인정되지 않는 다른 조건에 관한 오인, 착각, 부지를 가리키는 것은 아니다.
- ③ 강제추행죄는 사람의 성적 자유 내지 성적 자기결정의 자유를 보호하기 위한 죄로서 정범 자신이 직접 범죄를 실행하여야 성립하는 자수범이라고 볼 수 있으므로, 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로는 범할 수 없다.
- ④ 준강간·준강제추행죄의 구성요건인 항거불능의 상태는 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능한 경우를 의미하고, 반항이 현저히 곤란한 경우는 여기에 해당하지 아니한다.

12. [정답] ① [해설] 개인적 법익에 대한 죄 ♣ 난이도 중

- ① O : 대판 2019.6.13, 2019도3341
- ② X : 「위계에 의한 간음죄에서 위계의 의미」 위계에 의한 간음죄에서 '위계'란 행위자의 행위목적 달성을 위하여 피해자에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말한다. 피해자가 오인, 착각, 부지에 빠지게 되는 대상은 ① 간음행위 자체일 수도 있고, ② 간음행위에 이르게 된 동기이거나 ③ 간음행위와 결부된 금전적·비금전적 대가와 같은 요소일 수도 있다(대판 2020.8.27, 2015도9436 전원합의체).
- ③ X : 강제추행죄는 사람의 성적 자유 내지 성적 자기결정의 자유를 보호하기 위한 죄로서 정범 자신이 직접 범죄를 실행하여야 성립하는 자수범이라고 볼 수 없으므로, 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로도 범할 수 있다. 여기서 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에는 피해자도 포함될 수 있으므로, 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우에도 강제추행죄의 간접정범에 해당할 수 있다(대판 2018.2.8, 2016도17733).
- ④ X : 「준강간죄의 불능미수사건」 [만취했다고 오인한 사건] 준강간죄에서의 항거불능의 상태라 함은 강간죄와의 균형상 심신상실 이외의 원인때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다(대판 2019.3.28, 2018도16002 전원합의체).

## 13. 업무방해죄에 대한 설명 중 옳고 그름의 표시(O, X)가 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 업무방해죄에서 '허위사실의 유포'라고 함은 객관적으로 진실과 부합하지 않는 사실을 유포하는 것으로서 단순한 의견이나 가치판단을 표시하는 것은 이에 해당하지 아니한다.
- ㉡ 업무방해죄의 구성요건인 '허위사실의 유포'에서 허위사실은 기본적 사실이 허위여야만 하는 것이고, 기본적 사실이 허위가 아니라면 이에 허위사실을 상당 정도 부가시킴으로써 타인의 업무를 방해할 위험이 있는 경우라도 포함되지 않는다.
- ㉢ 직업이나 사회생활상의 지위에 기한 것이라고 보기 어려운 단순한 개인적인 일상생활의 일환으로 행하여지는 사무는 업무방해죄의 보호대상인 업무에 해당한다고 볼 수 없다.
- ㉣ 비록 공사대금을 받을 목적으로 건축자재를 치우지 않았더라도, 자신의 공사를 위하여 쌓아 두었던 건축자재를 공사 완료 후에 단순히 치우지 않은 행위는 부작위에 의한 업무방해죄에 해당하지 않는다.

- ① ㉠(O) ㉡(X) ㉢(O) ㉣(O)
- ② ㉠(O) ㉡(X) ㉢(O) ㉣(X)
- ③ ㉠(O) ㉡(O) ㉢(X) ㉣(O)
- ④ ㉠(O) ㉡(O) ㉢(X) ㉣(X)

13. [정답] ① [해설] 개인적 법익에 대한 죄 ♣ 난이도 중

- ㉠ O ㉡ X : 업무방해죄에서 '허위사실의 유포'라고 함은 객관적으로 진실과 부합하지 않는 사실을 유포하는 것으로서 단순한 의견이나 가치판단을 표시하는 것은 이에 해당하지 아니한다. 그리고 여기서 허위사실은 기본적 사실이 허위여야만 하는 것은 아니고, 기본적 사실은 허위가 아니라도 이에 허위사실을 상당 정도 부가시킴으로써 타인의 업무를 방해할 위험이 있는 경우도 포함된다. 그러나 그 내용의 전체 취지를 살펴볼 때 중요한 부분은 객관적 사실과 합치되는데 단지 세부적인 사실에 약간 차이가 있거나 다소 과장된 정도에 불과하여 타인의 업무를 방해할 위험이 없는 경우는 이에 해당하지 않는다(대판 2017.4.13, 2016도19159).
- ㉢ O : 대판 2017.11.9, 2014도3270
- ㉣ O : 대판 2017.12.22, 2017도13211

## 14. 절도의 죄에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 야간에 피해자들이 운영하는 식당의 창문과 방충망을 창틀에서 분리하고 침입하여 현금을 절취하였다면 형법 제331조 제1항의 특수절도(야간손괴후주거침입절도)가 성립한다.
- ② 피고인이 일반적인 드라이버로 택시 운전석 창문을 파손한 후 택시 안에 있는 재물을 절취한 경우에는 흥기를 휴대하여 타인의 재물을 절취한 경우에 해당하므로 특수절도죄가 성립한다.
- ③ 甲이 밍크 45마리에 관하여 자기에게 그 권리가 있다고 주장하면서 이를 가져간 데 대해 밍크 소유자인 乙의 묵시적 동의를 있었다면 그 주장이 후에 허위임이 밝혀졌더라도 위법성이 조각되어 甲은 절도죄의 죄책을 지지 않는다.

- ④ 제332조에 규정된 상습절도죄를 범한 범인이 그 범행 외에 상습적인 절도의 목적으로 주간(주간)에 주거침입을 하였다가 절도에 이르지 아니하고 주거침입에 그친 경우에도 주간 주거침입행위는 상습절도죄와 별개로 주거침입죄를 구성한다.

14. [정답] ④ [해설] 개인적 법익에 대한 죄 ♣ 난이도 중

- ① X : [1] 형법 제331조 제1항에 정한 '손괴'의 의미 : 형법 제331조 제1항은 야간에 문호 또는 장벽 기타 건조물의 일부를 손괴하고 형법 제330조의 장소에 침입하여 타인의 재물을 절취한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다고 규정하고 있다. 형법 제331조 제1항에 정한 '손괴'는 물리적으로 문호 또는 장벽 기타 건조물의 일부를 훼손하여 그 효용을 상실시키는 것을 말한다. [2] 피고인이 야간에 피해자들이 운영하는 식당의 창문과 방충망을 손괴하고 침입하여 현금을 절취하였다는 내용으로 형법 제331조 제1항의 특수절도로 기소된 사안에서, 피고인은 창문과 방충망을 창틀에서 분리하였을 뿐 물리적으로 훼손하여 효용을 상실하게 한 것은 아니라는 이유로 무죄를 인정한 사례(대판 2015.10.29., 2015도7559).
- ② X : [드라이버 택시창문파손절취사건] 흥기는 본래 살상용·파괴용으로 만들어진 것이거나 이에 준할 정도의 위험성을 가진 것으로 봄이 상당하고, 그러한 위험성을 가진 물건에 해당하는지 여부는 그 물건의 본래의 용도, 크기와 모양, 개조 여부, 구체적 범행 과정에서 그 물건을 사용한 방법 등 제반 사정에 비추어 사회통념에 따라 객관적으로 판단할 것이다. \* 이 사건 드라이버는 일반적인 드라이버와 동일한 것으로 특별히 개조된 바는 없는 것으로 보이고, 그 크기와 모양 등 제반 사정에 비추어 보더라도 피고인이 이 사건 범행이 흥기를 휴대하여 타인의 재물을 절취한 경우에 해당한다고 보기는 어렵다고 본 사례(대판 2012.6.14, 2012도4175).
- ③ X : [밍크45마리사건] 피고인이 피해자에게 이 사건 밍크 45마리에 관하여 자기에게 그 권리가 있다고 주장하면서 이를 가져간 데 대하여 피해자의 묵시적인 동의가 있었다면 피고인의 주장이 후에 허위임이 밝혀졌더라도 피고인의 행위는 절도죄의 절취행위에는 해당하지 않는다(대판 1990.8.10, 90도1211). ∴ 절도죄에서의 '피해자의 동의'는 구성요건해당성 자체를 조각하는 '양해'에 해당하고 하자있는 양해도 유효하므로
- ④ O : [상습절도와 주간주거침입] 형법 제330조에 규정된 야간주거침입절도 및 형법 제331조 제1항에 규정된 특수절도(야간손괴후침입절도)를 제외하고 일반적으로 주거침입은 절도죄의 구성요건이 아니므로 <절도범인이 범행수단으로 주거침입을 한 경우>에 주거침입행위는 절도죄에 흡수되지 아니하고 별개로 주거침입죄를 구성하여 절도죄와는 실제적 경합의 관계에서 것이 원칙이다. 또 형법 제332조에 규정된 상습절도죄를 범한 범인이 그 범행 외에 상습적인 절도의 목적으로 주간(주간)에 주거침입을 하였다가 절도에 이르지 아니하고 주거침입에 그친 경우에도 주간 주거침입행위는 상습절도죄와 별개로 주거침입죄를 구성한다(대판 2015.10.15, 2015도8169).

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