



「2021년 제1차 경찰공무원(순경) 시험」

형법 기출문제 및 해설(2)

| 오상훈 교수 | 박문각남부경찰학원

오상훈 경찰 형법

- ▶ 오상훈 형사법 기본이론 단과(3개월)
 - 개강 : 2021/10/13
 - 시간 : [수목] 09:00~13:00
- ▶ 오상훈 형사법 문제풀이 단과(3개월)
 - 개강 : 2021/10/11
 - 시간 : [월화] 09:00~13:00

03. 위법성조각사유에 대한 아래 ㉠부터 ㉣까지의 설명 중 옳고 그름의 표시(O, X)가 모두 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉠ 정당방위상황은 존재하지만 방위사 없이 행위한 경우, 위법성조각사유의 요건에 있어 주관적 정당화요소가 필요없다고 보는 견해에서는 여전히 행위반가치는 존재하므로 이를 불능미수범으로 취급하여야 한다고 본다.

㉡ 위법하지 않은 정당한 침해에 대한 정당방위는 인정되지 않는다.

㉢ 수급인 소속 근로자의 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 일어나 도급인의 형법상 보호되는 법익을 침해한 경우, 사용자인 수급인에 대한 관계에서 쟁의행위의 정당성을 갖추었다면 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서도 법령에 의한 정당한 행위로서 위법성이 조각된다.

㉣ 사용자가 당해 사업과 관계없는 자를 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 채용 또는 대체하는 경우, 쟁의행위에 참가한 근로자들이 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 정당행위로서 위법성이 조각된다.

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

[정답] ▶ ①

[해설]

㉠ X : 우연방위사례이다. 위법성조각사유의 요건에 있어 주관적 정당화요소가 필요없다고 보는 견해(불요설)에 의하면 방위사 없이 행위한 경우라도 정당방위상황은 존재하므로 결과 반가치가 상쇄되어 위법성이 조각된다고 본다(위법성조각설, 무죄설). 행위반가치는 존재하므로 이를 불능미수범으로 취급하여야 한다고 보는 견해는 불능미수범설이다. 테마노트 37p.

㉡ O : 어떠한 행위가 정당방위로 인정되려면 그 행위가 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 것으로서 상당성이 있어야 하므로, 위법하지 않은 정당한 침해에 대한 정당방위는 인정되지 않는다(대판 2017.3.15., 2013도2168).

㉢ X : <사내하청업체 소속 근로자들이 사용자인 하청업체를 상대로 한 쟁의행위의 일환으로 원청업체 사업장에서 집회·시위를 하고, 대체 투입된 근로자의 업무를 방해한 사건> 도급인은 원칙적으로 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니므로, 수급인 소속 근로자의 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 일어나 도급인의 형법상 보호되는 법익을 침해한 경우에는 사용자인 수급인에 대한 관계에서 쟁의행위의 정당성을 갖추었다는 사정만으로 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서까지 법령에 의한 정당한 행위로서 법익 침해의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다(대판 2020.9.3., 2015도1927). 3개년 최신판례집 106.

㉣ O : <사내하청업체 소속 근로자들이 사용자인 하청업체를 상대로 한 쟁의행위의 일환으로 원청업체 사업장에서 집회·시위를 하고, 대체 투입된 근로자의 업무를 방해한 사건> 피고인들이 대체근로자들의 작업을 방해한 것은 위법한 대체근로자 투입에 대항하기 위해 상당한 범위 내에서 실력 행사가 이루어진 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다(대판 2020.9.3., 2015도1927). 3개년 최신판례집 106.

04. 책임능력에 대한 다음 설명 중 적절한 것만을 고른 것은 모두 몇 개인가?

㉠ 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력 또는 의사를 결정할 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다.

㉡ 심신장애의 유무 및 정도에 관한 판단은 전문감정인의 의견에 구속되며, 법원이 독자적으로 이를 판단하여서는 안 된다는 것이 판례의 태도이다.

㉢ 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 근거를 원인설정행위에서 찾아 원인행위 시를 실행의 착수시기로 파악하는 견해에 대해서는, 책임능력과 행위의 동시존재의 원칙이 인정될 수 없다는 비판이 제기되고 있다.

㉣ 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 근거를 원인행위와 실행행위의 불가분적 연관에서 찾아 실행행위를 심신장애 상태에서의 행위로 파악하는 견해에 대해서는, 실행행위의 정형성을 무시하여 예비행위와의 구별이 곤란하다는 비판이 제기되고 있다.

- ① 1개 ② 2개
- ③ 3개 ④ 없음

[정답] ▶ ④

[해설]

- ㉠ X : 심신미약은 **임의적 감경사유**이다. 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력 또는 의사를 결정할 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다(제10조 제2항). <개정 2018. 12. 18.>
- ㉡ X : 제10조에 규정된 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 구속되어야 하는 것은 아니고, 정신질환의 종류와 정도, 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 반성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다(대판 1999.8.24, 99도1194).
- ㉢ X : 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 근거를 원인설정행위에서 찾아 원인행위를 실행의 착수시기로 파악하는 견해(일치설)는 책임능력과 행위의 동시존재의 원칙을 유지할 수 있다. 책임능력과 행위의 동시존재의 원칙이 인정될 수 없다는 비판을 받는 견해는 예외설이다. 테마노트 36p.
- ㉣ X : 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 근거를 원인행위와 실행행위의 불가분적 연관에서 찾아 실행행위를 심신장애 상태에서의 행위로 파악하는 견해는 예외설을 말하는데, 실행행위의 정형성을 무시하여 예비행위와의 구별이 곤란하다는 비판을 받는 견해는 일치설이다. 테마노트 36p.

05. 다음 사례에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (재물손괴죄는 논외로 함)

경찰관 甲은 가정폭력이 있다는 112 신고를 받고 현장에 출동하였다. 甲은 해당 주소를 확인하고 초인종을 수차례 눌렀으나 아무런 반응이 없었고, 집안에서 '살려달라'는 비명소리가 크게 들렸으며 신고자와의 통화도 연결되지 않았다. 사태의 급박함을 감지한 甲은 피해자를 구조하기 위하여 「경찰관 직무집행법」 제7조제1항 및 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제5조에 따라 해당 주소의 집 출입문을 강제로 개방하고 집안으로 진입하였다. 그런데 비명소리는 평소 귀가 어둡던 A가 즐겨보는 드라마에서 나오던 것으로 실제 가정폭력은 없었던 것으로 확인되었다.

- ① 甲에게 위법성의 인식이 없어 고의가 조각된다고 보는 견해에 따르면, 甲의 행위는 불가벌이다.
- ② 위의 사안을 법률의 착오(금지착오)의 문제로 파악하는 견해에 따르면, 甲의 오인에 정당한 이유가 있으면 벌하지 아니한다.
- ③ 고의의 이중적 지위를 인정하는 견해에 따르면, 甲에게 심정반가치적 요소가 없어 책임고의는 탈락되지만 구성요건적 고의는 인정되므로 주거침입죄가 성립한다고 본다.
- ④ 판례는 甲이 위와 같은 착오를 일으킨 경우, 그 오인에 정당한 이유가 있다면 위법성이 조각된다는 입장을 취하고 있다.

[정답] ▶ ③

[해설]

테마노트 40p., 42p.

* 위법성조각사유전제사실의 착오사례이다. 가정폭력이 없었음에도 있었던 것으로 오인하여 피해자를 구조하기 위하여 법령에 의하여 주거침입행위를 한 경우이므로 오상방위 내지 오상정당행위에 해당한다.

- ㉠ O : 위법성의 인식이 없어 고의가 조각된다고 보는 견해(엄격고의설)에 따르면, 甲의 행위는 주관적 정당화요소는 있었으므로 위법성인식이 없어 주거침입죄의 고의가 조각되고, 과실범 처벌규정도 없으므로 불가벌이다.
- ㉡ O : 법률의 착오(금지착오)의 문제로 파악하는 견해(엄격책임설)에 따르면, 오인의 정당한 이유 여부에 따라 고의기수가 되거나 고의는 인정되나 책임이 조각된다. 甲의 오인에 정당한 이유가 있으면 주거침입죄의 고의는 인정되나 책임이 조각되므로 벌하지 아니한다(제16조).
- ㉢ X : 고의의 이중적 지위를 인정하는 견해는 제한책임설을 말하고, 이에는 유추적응설과 법효과제한적 책임설이 있다. 유추적응설은 사실의 착오(구성요건적 착오)를 유추적응하는 견해이므로 甲의 행위는 행위반가치가 없어 구성요건적 고의가 조각되므로 주거침입죄가 성립하지 않고, / 법효과 제한적 책임설에 의하면 甲의 행위는 구성요건적 고의는 인정되나, 심정반가치가 없어 책임고의는 조각되므로 주거침입죄가 성립하지 않는다.
- ㉣ O : 판례는 위법성조각사유전제사실의 착오의 경우, 그 오인에 정당한 이유가 있다면 위법성이 조각된다는 입장을 취하고 있다. [여우고개사건] 중대장의 당번병 甲이 평소 근무시간 후에도 중대장 처의 심부름으로 관사 외의 일을 해 오던 중, 어느 날 밤 중대장 처의 연락을 받고 관사로부터 1.5km 떨어진 곳으로 중대장의 처를 마중 나가 새벽 01:00경 귀가한 경우 당번병 甲의 무단이탈행위는 임무범위 내에 속하는 일로 오인한 행위로서 그 오인에 정당한 이유가 있어 위법성이 없다(대판 1986.10.28, 86도1406). * 이른바 오상정당행위

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

- ① 불능미수와 장애미수는 모두 형을 감경 또는 면제할 수 있다.
- ② 범행이 발각될 것이 두려워 범행을 중지한 경우, 자의에 의한 중지미수로 볼 수 없다.
- ③ 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기한 경우, 이는 객관적으로 소송비용의 청구방법에 관한 법률적 지식을 가진 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 있어 위험성이 인정되므로 사기죄의 불능미수로 볼 수 있다.
- ④ 예비행위를 자의로 중지한 경우 중지미수의 규정을 준용하여 형을 감경 또는 면제한다.

[정답] ▶ ②

[해설]

- ① X : 불능미수는 임의적 감면이지만(제27조), 장애미수는 임의적 감경이다(제25조 제2항).
- ② O : 피고인이 갑에게 위조한 예금통장 사본 등을 보여주면서 외국회사에서 투자금을 받았다고 거짓말하며 자금 대어를 요청하였으나, 갑과 함께 그 입금 여부를 확인하기 위해 은행에 가던 중 은행 입구에서 차용을 포기하고 돌아간 경우, 피고인이 범행이 발각될 것이 두려워 범행을 중지한 것으로서 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당하여 자의에 의한 중지미수로 볼 수 없다(대판 2011.11.10, 2011도10539).
- ③ X : [소송비용편취사건] 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기 하였다고 하더라도 이는 객관적으로 소송비용의 청구방법에 관한 법률적 지식을 가진 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 없어 위험성이 인정되지 않는다(대판 2005.12.8, 2005도8105). ⇨ 사기죄의 불능미수 X, 불능범 O
- ④ X : 중지범은 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것이고 실행의 착수가 있기 전인 예비음모의 행위를 처벌하는 경우에 있어서 중지범의 개념은 이를 인정할 수 없다(대판 1999.4.9, 99도424; 대판1991.6.25. 91도436).

07. 과실범에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 의사가 설명의무를 위반한 채 의료행위를 하였다가 환자에게 사망의 결과가 발생한 경우, 의사에게 업무상 과실로 인한 형사책임을 지우기 위해서는 의사의 설명의무 위반과 환자의 사망 사이에 상당인과관계가 존재할 필요는 없다.
- ② 농배양을 하지 않은 의사의 과실과 피해자의 사망 사이에 인과관계를 인정하려면, 농배양을 하였더라면 피고인이 투약해 온 항생제와 다른 어떤 항생제를 사용하게 되었을 것이라거나 어떤 다른 조치를 취할 수 있었을 것이고, 따라서 피해자가 사망하지 않았을 것이라는 점이 인정되어야 한다.
- ③ 과실이 있는 경우, 결과가 발생하지 않거나 과실과 결과 사이에 인과관계가 부정될 때에는 과실미수범으로 처벌된다.
- ④ 의사들의 주의의무 위반과 처방체계상의 문제점으로 인하여 수술 후 회복과정에 있는 환자에게 인공호흡 준비를 갖추지 않은 상태에서는 사용할 수 없는 약제가 잘못 처방되었고, 종합병원의 간호사로서 환자에 대한 투약 과정 및 그 이후의 경과 관찰 등의 직무 수행을 위하여 처방 약제의 기본적인 약효나 부작용 및 주사 투약에 따르는 주의사항 등을 미리 확인·숙지하였다면 과실로 처벌된 것임을 알 수 있었음에도 그대로 주사하여 환자가 의식불명 상태에 이르게 된 사안에서, 간호사에게는 업무상과실치상의 형사책임을 인정되지 않는다.

[정답] ▶ ②

[해설]

- ① X : 의사가 설명의무를 위반한 채 의료행위를 하였다가 환자에게 상해 또는 사망의 결과가 발생한 경우 의사에게 업무상 과실로 인한 형사책임을 지우기 위해서는 의사의 설명의무 위반과 환자의 상해 또는 사망 사이에 상당인과관계가 존재하여야 한다(대판 2015.6.24, 2014도11315).
- ② O : 피고인이 농배양을 하지 않은 과실이 피해자의 사망에 기여한 인과관계 있는 과실이 된다고 하려면, 농배양을 하였더라면 피고인이 투약해 온 항생제와 다른 어떤 항생제를 사용하게 되었을 것이라거나 어떤 다른 조치를 취할 수 있었을 것이고, 따라서 피해자가 사망하지 않았을 것이라는 점을 심리·판단하여야 한다(대판 1996.11.8, 95도2710).
- ③ X : 과실(행위)이 있더라도 결과가 발생하지 않거나 결과와 인과관계가 부정되면 미수범이 성립하나, 현행 형법상 과실범의 미수를 처벌하는 규정은 존재하지 않고, 이론적으로도 미수는 고의범을 전제하는 개념이므로 과실미수범으로 처벌할 수 없다.
- ④ X : 피고인이 경력이 오래된 간호사라 하더라도 단지 잘 모르는 약제가 처방되었다는 등의 사유만으로 그 처방의 적정성을 의심하여 의사에게 이를 확인하여야 할 주의의무까지 있다고 보기는 어렵다 할 것이지만, / 환자에 대한 투약 과정 및 그 이후의 경과를 관찰·보고하고 환자의 요양에 필요한 간호를 수행함을 그 직무로 하고 있는 종합병원의 간호사로서는 그 직무 수행을 위하여 처방 약제의 투약 전에 미리 그 기본적인 약효나 부작용 및 주사 투약에 따르는 주의사항 등을 확인·숙지하여야 할 의무가 있다(대판 2009.12.24, 2005도8980). [사실관계] 의사들의 주의의무 위반과 처방체계상의 문제점으로 인하여 수술 후 회복과정에 있는 환자에게 인공호흡 준비를 갖추지 않은 상태에서는 사용할 수 없는 약제가 잘못 처방되었고, 종합병원의 간호사로서 환자에 대한 투약 과정 및 그 이후의 경과 관찰 등의 직무 수행을 위하여 처방 약제의 기본적인 약효나 부작용 및 주사 투약에 따르는 주의사항 등을 미리 확인·숙지하였다면 과실로 처벌된 것임을 알 수 있었음에도 그대로 주사하여 환자가 의식불명 상태에 이르게 된 사안에서, 간호사에게 업무상 과실치상의 형사책임을 인정할 사례

08. 부작위범에 대한 다음 설명 중 적절한 것만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 작위는 물론 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 범죄의 경우, 행위자가 자신의 신체 적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에 이르렀다면 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원 칩이다.
- ㉡ 부진정부작위범의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우에 발생하고 사회상규 혹은 조리로부터는 법적 작위의무가 발생하지 않는다.
- ㉢ 부진정부작위범에서의 고의는 자신의 부작위가 작위와 동치하다는 점에 대한 인식을 필요로 하므로, 작위의무자의 예견 또는 인식 등이 불확정적인 미필적 고의로는 부진정부작위범의 고의가 인정되지 않는다.
- ㉣ 「형법」상 방조는 작위에 의하여 정범의 실행을 용이하게 하는 경우는 물론, 직무상의 의무가 있는 자가 정범의 범죄행위를 인식하면서도 그것을 방지하여야 할 제반 조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 정범의 실행행위를 용이하게 하는 경우에도 성립된다.

- ① ㉠㉡
- ② ㉠㉢
- ③ ㉡㉣
- ④ ㉢㉣

[정답] ▶ ②

[해설]

- ㉠ O : [보라매병원사건] 대판 2004.6.24, 2002도995
- ㉡ X : <세월호사건> 부진정 부작위범의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다(대판 2015.11.12, 2015도 6809 전원합의체).
- ㉢ X : <세월호사건> 부진정 부작위범의 고의는 반드시 구성요건적 결과발생에 대한 목적이나 계획적인 범행 의도가 있어야 하는 것은 아니고 법익침해의 결과발생을 방지할 법적 작위의무를 가지고 있는 사람이 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음을 예견하고도 결과발생을 용인하고 이를 방관한채 의무를 이행하지 아니한다는 인식을 하면 족하며, 이러한 작위의무자의 예견 또는 인식 등은 확정적인 경우는 물론 불확정적인 경우이라도 미필적 고의로 인정될 수 있다(대판 2015.11.12, 2015도6809 전원합의체).
- ㉣ O : 대판 1984.11.27, 84도1906

09. 정범과 공범에 대한 아래 ㉠부터 ㉣까지의 설명 중 옳고 그름의 표시(O, X)가 모두 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 제한적 종속형식의 입장을 취하게 되면, 정범의 책임이 조각되는 경우 공범이 성립할 수 없다는 결론에 이른다.
- ㉡ 교사자가 피교사자에 대하여 상해 또는 중상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 한 경우, 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 고의가 없더라도 살인죄의 교사범이 된다.
- ㉢ 공범관계에 있어 공모는 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사의 연락이 있으면 족하고, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 의사의 연락이 있으면 공동정범이 성립될 수 있다.
- ㉣ 실행의 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우, 정범이 그 실행행위에 나아갔다면 종범이 성립할 수 있다.
- ㉤ 목적범에 있어서 목적 없는 고의 있는 도구를 이용한 경우, 피이용자에 대한 의사지배가 인정되지 않으므로 간접정범이 성립할 수 없다.

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

[정답] ▶ ③

[해설]

- ㉠ X : 제한적 종속형식의 입장에서는 정범의 실행행위가 구성요건에 해당하고 위법하기만 하면 공범이 성립할 수 있다고 보므로 정범의 책임이 조각되는 경우라도 공범이 성립할 수 있다.
- ㉡ X : [병신을 만들어라 사건] 교사자가 피교사자에 대하여 상해 또는 중상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우에, 일반적으로 교사자는 상해죄 또는 중상해죄의 죄책을 지게 되는 것이지만 이 경우에 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 죄책을 지을 수 있다(대판 2002.10.25, 2002도4089).
- ㉢ O : 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계에 있어서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족한 것으로, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 의사의 연락(의사의 결합)이 있으면 공동정범이 성립될 수 있다(대판 1994.3.11, 93도2305 ; 대판 1993.7.13, 92도2832).
- ㉣ O : 대판 1997.4.17, 96도3377 전원합의체
- ㉤ X : 목적범에 있어서 목적 없는 고의 있는 도구를 이용한 경우에도, 피이용자에 대한 의사지배가 인정되면 간접정범이 성립할 수 있다. 목적범, 신분범인 경우 그 목적 또는 신분이 없는 자위범성이 조각되는 자 등을 마치 도구나 손발과 같이 이용하여 간접으로 죄의 구성요소를 실행한 자를 간접정범으로 처벌하는 것이다(대판 1983.6.14, 83도 515 전원합의체). [동지판례] [12·12군사반란사건] (비상계엄전국확대내란죄사건) 내란죄의 경우에도 '국헌문란의 목적'을 가진 자가 그러한 목적이 없는 자를 이용하여 이를 실행할 수 있다(대판 1997.4.17, 96 도3376 전원합의체).