



「2022년 제1차 경찰공무원 시험」 형사법 기출문제 및 해설(1)

| 오상훈 교수 | 박문각 경찰학원



01. 죄형법정주의에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 법규범의 문언은 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없는 것이기 때문에 기본적으로 최소한이 아닌 최대한의 명확성을 요구한다.
- ㉡ 유추해석금지의 원칙은 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용되므로 형벌법규의 적용 대상이 행정법규가 규정한 사항을 내용으로 하고 있는 경우에 그 행정법규의 규정을 해석하는 데에도 마찬가지로 적용된다.
- ㉢ 대법원 양형위원회가 설정한 '양형기준'이 발효하기 전에 공소가 제기된 범죄에 대하여 위 '양형기준'을 참고하여 형을 양정한 경우, 소급효금지의 원칙에 위반된다.
- ㉣ 알 수 없는 경우로 가상자산을 이체받은 자가 가상자산을 사용·처분한 경우 이를 형사처벌하는 명문의 규정이 없다고 하더라도 착오송금 시 횡령죄 성립을 긍정한 판례를 유추하여 신의칙을 근거로 배임죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반하지 않는다.
- ㉤ 「형법」 제258조의2 특수상해죄의 신설로 형법 제262조, 제261조의 특수폭행치상죄에 대하여 그 문언상 특수상해죄의 예에 의하여 처벌하는 것이 가능하게 되었다는 이유만으로 「형법」 제258조의2 제1항의 예에 따라 처벌할 수 있다고 하는 것은 죄형법정주의에 반한다.

- ① ㉠㉡㉢
- ② ㉠㉢㉤
- ③ ㉠㉣㉤
- ④ ㉡㉢㉤

[정답] ②

[해설]

- ㉠ X: 명확성의 원칙이란 구성요건과 그에 대한 형사제재, 즉 범죄와 형벌을 가능한 한(→ 최대한 X, 최소한 O) 명확하게 규정해야 한다는 원칙이다. 법규범의 문언은 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없는 것이기 때문에 명확성의 원칙이란 기본적으로 **최대한이 아닌 최소한의 명확성**을 요구하는 것으로서, 그 문언이 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인할 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다(대결 2008.10.23., 2008초기264). 기출문제집 형법총론 기본문제 01 ②
- ㉡ O: 대판 2011.7.14, 2009도7777 기출문제집 형법총론 기본문제 17 ㉡
- ㉢ X: 대법원 양형위원회가 설정한 '양형기준'이 발효하기 전에 공소가 제기된 범죄에 대하여 위 '양형기준'을 참고하여 형을 양정한 경우, 피고인에게 불리한 법률을 소급하여 적용한 위법이 있다고 할 수 없다(대판 2009.12.10, 2009도11448). 기출문제집 형법총론 기본문제 07 ②
- ㉣ X: <피고인이 알 수 없는 경우로 피해자의 비트코인을 자신의 계정으로 이체 받은 후 자신의 다른 계정으로 이체한 사건> 원인불명으로 재산상 이익인 가상자산을 이체 받은 자가 가상자산을 사용·처분한 경우 이를 형사처벌하는 명문의 규정이 없는 현재의 상황에서 착오송금 시 횡령죄 성립을 긍정한 판례(대법원 2010.12.9. 선고 2010도891 판결 등 참조)를 유추하여 신의칙을 근거로 피고인을 배임죄로 처벌

하는 것은 죄형법정주의에 반한다. 이 사건 비트코인이 법률상 원인관계 없이 피해자로부터 피고인 명의의 전자지갑으로 이체되었다고 피고인이 신임관계에 기초하여 피해자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없는 이상, 피고인을 피해자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없다(대판 2021.12.16, 2020도9789). 최신판례집 119. 120.

㉤ O: 대판 2018.7.24, 2018도3443 기출문제집 형법총론 기본문제 37 ④

02. 「형법」의 시간적 적용범위에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 구법에 규정된 형이 '3년 이하의 징역'이고 신법에 규정된 형이 '5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금'이라면 벌금형이 병과되었다는 점에서 형이 경하게 변경된 것이므로 「형법」 제1조 제2항에 따라 신법을 적용하여야 한다.
- ㉡ 법률이념의 변경에 의한 것이 아니라 다른 사정의 변천에 따라 그때 그때의 특수한 필요에 대처하기 위하여 법령이 개폐된 경우라 하더라도 「형법」 제1조 제2항이 적용된다.
- ㉢ 법원이 인정하는 범죄사실이 공소사실과 차이가 없이 동일한 경우에는 비록 검사가 재판시법인 신법의 적용을 구하였더라도 그 범행에 대한 형의 경중의 차이가 없으면 공소장변경절차를 거치지 않아도 구법을 적용할 수 있다.
- ㉣ 포괄일죄에 관한 기존 처벌법규에 대하여 그 표현이나 형량과 관련한 개정을 하는 경우가 아니라 애초에 죄가 되지 아니하던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우에는 신설된 포괄일죄 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여도 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 있다.

[정답] ③

[해설]

- ㉠ X: 행위시법인 구 변호사법(1982.12.31 개정전의 법률) 제54조에 규정된 형은 징역 3년이고 재판시법인 현행 변호사법 제78조에 규정된 형은 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금으로서 신법에서는 벌금형의 선택이 가능하다 하더라도 법정형의 경중은 병과형 또는 선택형 중 가장 중한 형을 기준으로 하여 다른 형과 경중을 정하는 것이므로 행위시법인 구법의 형이 더 경하다(대판 1983.11.8, 83도2499). 이론·학설문제 3. ② 해설 [동지판례]; 동형모의고사 제4회 2. ① 관련 정리 ★
- ㉡ X: 제1조 제2항의 규정은 형벌법령 제정의 이유가 된 법률이념의 변천에 따라 과거에 범죄로 보던 행위에 대하여 그 평가가 달라져 이를 범죄로 인정하고 처벌한 그 자체가 부당하였다거나 또는 과형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 개폐하였을 경우에 적용하여야 할 것이고, 이와 같은 법률이념의 변경에 의한 것이 아닌 다른 사정의 변천에 따라 그때 그때의 특수한 필요에 대처하기 위하여 법령을 개폐하는 경우에는 이미 그 전에 성립한 위법행위를 현재에 관찰하여도 행위 당시의 행위로서는 가벌성이 있는 것이어서 그 법령이 개폐되었다 하더라도 그에 대한 형이 폐지된 것이라고 할 수 없다(대판 2003.10.10, 2003도2770). 기출문제집 형법총론 기본문제 34 ①; 이론·학설문제 3. 테마정리 동기설
- ㉢ O: 법원이 인정하는 범죄사실이 공소사실과 차이가 없이 동일한 경우에는 비록 검사가 재판시법인 신법의 적용을 구하였더라도 그 범행에 대한 형의 경중의 차이가 없으면 공소장변경절차를 거치지 않아도 구법을 적용할 수 있다(대판 1992.6.23, 92도954; 대판 2002.4.12, 2000도3350). ★
- ㉣ X: 포괄일죄에 관한 기존 처벌법규에 대하여 그 표현이나 형량과 관련한 개정을 하는 경우가 아니라 애초에 죄가 되지 아니하던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우에는 신설된 포괄일죄 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여는 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 없다(대판 2016.1.28, 2015도15669). 기출문제집 형법총론 보충문제&심화문제 16 ④

- ㉢ O: 법원이 인정하는 범죄사실이 공소사실과 차이가 없이 동일한 경우에는 비록 검사가 재판시법인 개정 후 신법의 적용을 구하였더라도 그 범행에 대한 형의 경중의 차이가 없으면 피고인의 방어권 행사에 실질적으로 불이익을 초래할 우려도 없어 공소장 변경절차를 거치지 않고도 정당하게 적용되어야 할 행위시법인 구법을 적용할 수 있다(대판 1992.6.23, 92도954; 대판 2002.4.12, 2000도3350). ★
- ㉣ X: 포괄일죄에 관한 기존 처벌법규에 대하여 그 표현이나 형량과 관련한 개정을 하는 경우가 아니라 애초에 죄가 되지 아니하던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우에는 신설된 포괄일죄 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여는 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 없다(대판 2016.1.28, 2015도15669). 기출문제집 형법총론 보충문제&심화문제 16 ④

03. (가)와 (나)에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- (가) 일정한 기간 내에 잘못된 상태를 바로 잡으라는 행정청의 지시를 이행하지 않았다는 것을 구성요건으로 하는 범죄
- (나) 「형법」 제250조 제1항의 살인죄와 같이 그 규정 형식으로 보아 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 범죄

- ① (가)와 (나)의 구별에 있어 형식설에 의할 경우, 「형법」 제103조 제1항의 전시군수계약불이행죄와 「형법」 제116조의 다중불해산죄는 (가)의 경우에 해당한다.
- ② 유기죄에서의 보호의무를 법률상 계약상 보호의 무로 국한하는 입장에 따르면 (나)에서의 보호의 무는 유기죄의 보호의무보다 넓게 된다.
- ③ (나)는 고의에 의해서는 물론 과실범 처벌규정이 있는 한 과실에 의해서도 성립가능하다.
- ④ (나)의 요건으로 행위정형의 동가치성을 요구하는 것은 형사처벌을 확장하는 기능을 한다.

[정답] ④

[해설]

- * (가)는 진정부작위범에 대한 설명이고, (나)는 부진정부작위범에 대한 설명이다.
- ① O: 전시군수계약불이행죄와 다중불해산죄는 구성요건 자체가 부작위로 되어 있고, 이를 부작위에 의하여 실행하는 범죄이므로 형식설에 의하면 진정부작위범이다. 기출문제집 형법총론 기본문제 67 ②; 테마노트 15p.
- ② O: 유기죄의 보호의무 "법계" < 부진정부작위범의 작위의무 "법계선조" 기출문제집 형법각론 기본문제 23 ③ 해설; 기본이론서 형법총론 95p. ★
- ③ O: 과실에 의한 부작위범도 성립 가능하다. 이를 망각범이라 한다. 테마노트 15p. ★
- ④ X: 행위태양의 동가치성이 인정되지 않으면 부진정부작위범의 성립요건을 충족하지 못하게 되므로 부진정부작위범의 요건으로 행위태양의 동가치성을 요구하는 것은 부진정부작위범의 형사처벌을 확장하는 기능이 아니라 형사처벌을 제한하는 기능을 한다. 기출문제집 보충문제&심화문제 37 ②; 기본이론서 형법총론 98p.

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