

1. 리프트 탑승권 위조, 절취 등에 대한 평가

【 설 문 】

아래 사례를 읽고 구체적 사실을 들어 甲과 乙의 죄책을 논하시오.

甲은 2005.10.경 주식회사 S개발(이하 S개발이라 한다)에서 운영하는 M리조트에 입사하여 전산팀에서 컴퓨터시스템의 각종 서버를 관리하는 직원으로 근무하던 중, 2010.12.27. 16:00경 M리조트매표소에 설치된 컴퓨터를 점검하다가 매표소직원이 잠깐 자리를 비운 틈을 타서 리프트탑승권 발매기를 임의로 조작한 다음 S개발 명의의 회원용 리프트탑승권 100장을 부정발급하여 몰래 가지고 나온 것을 비롯하여 그 때부터 2011.1.6. 11:00경까지 사이에 위와 같은 방법으로 연속하여 모두 5회에 걸쳐 S개발 명의의 회원용 리프트탑승권 1,000여장을 부정발급하여 몰래 가지고 나왔다. 그리고 甲은 2010.12.27. 20:00경 M리조트 호텔 뒤에서 리프트이용자들에게 판매할 목적을 가진 乙에게 부정발급한 회원용 리프트탑승권 100장을 대금 2,790,000원을 매도한 것을 비롯하여 그 때부터 2011.1.6. 12:00경까지 사이에 모두 5회에 걸쳐 회원용 리프트탑승권 1,000여장을 대금 27,430,000원에 매도하였고, 乙은 회원용 리프트탑승권이 甲이 부정발급한 것이라는 사실을 알면서도 甲으로부터 이를 매입하였다.

또한 甲은 M리조트 노동조합의 사무국장직을 맡아 활동하면서 경영진과 자주 마찰을 일으켰는데, M리조트 노동조합은 2011.2.10. 노사협회가 결렬되었음을 이유로 그 다음날 1300부터 파업에 들어가기로 결정하였고, 이를 알게 된 M리조트는 노조원들의 방해로 컴퓨터시스템에 장애가 발생할 것을 우려하여 그 다음날인 2011.2.11. 경영진과 자주 마찰을 빚어온 甲을 시설팀으로 전보시키는 인사명령을 내었고, 같은 날 21:00경 노동조합 조합장을 통하여 자신이 시설과 로 전보된 사실을 알게 된 甲은 인사명령에 대해 불만을 품고 그 다음날인 2011.2.12. 08:30경 위M리조트 전산팀 사무실에 그대로 출근하여 자신이 사용하던 컴퓨터 단말기로 M리조트의 웹서버에 접속하여 기존의 홈페이지 관리자의 아이디와 비밀번호를 변경하여 놓은 다음 같은 날 09:00경 위 전산팀을 떠나 파업에 참여하였다. 같은 날 16:30경 전산팀 직원들이 컴퓨터시스템의 다른 문제점을 해결하는 과정에서 홈페이지 관리자의 아이디와 비밀번호가 변경된 것을 알고 甲에게 연락을 하여 변경된 아이디와 비밀번호를 알려 줄 것을 요구하였으나, 甲이 자신은 모르는 일이라고 발뺌하자 전산실 직원은 컴퓨터시스템

을 초기화하여 甲이 입력시킨 아이디와 비밀번호를 무력화시킨 후 새로 아이디와 비밀번호를 설정하여 이를 복구하였다(그 사이 홈페이지와 관련하여 특별한 장애는 발생하지 않았다).

한편 乙은 M리조트 재무팀에서 아르바이트생으로 근무하고 있던 중 2011.2.11. 12:30경 재무팀 사무실에서 다른 직원들이 점심식사를 위해 모두 자리를 비운 틈을 타 다른 직원의 책상서랍에 보관 중이던 S개발 명의의 N은행 예금통장을 몰래 가지고 나와 근처에 설치된 N은행 현금자동지급기에 이전부터 알고 있던 비밀번호를 입력하여 예금 100만 원을 인출한 후 통장을 다시 제자리에 갖다 놓았고, 2011.2.14. 12:15경 같은 사무실에서 다시 S개발 명의의 J은행 예금통장과 법인도장을 몰래 가지고 나와 근처의 J은행 지점으로 가서 그곳에 비치된 예금청구서의 금액란에 '일천만원 정', 성명란에 'S개발 주식회사'라고 기재한 후 위 법인도장을 찍어 위 예금청구서를 작성한 후 그 사실을 모르는 J은행 지점의 직원에게 이를 제시하여 그 직원으로 하여금 자기명의의 N은행 예금계좌로 1,000만 원을 송금하게 한 후 예금통장과 법인 도장을 다시 제자리에 갖다 놓았다.

#### ☞ 출제의도

위 문제는 대법원 1998.11.24. 선고 98도2967 판결【절도·장물취득】과 대법원 2006.3.10. 선고 2005도382 판결【컴퓨터장애업무방해】을 토대로 구성한 것으로 유가증권위조죄(제214조제1항)·위조유가증권행사죄(제217조), 절도죄(제329조), 업무방해죄(제314조제1항)와 컴퓨터장애업무방해죄(제314조제2항), 사기죄(제347조)와 컴퓨터등사용사기죄(제348조) 그리고 사문서위조죄(제231조)와 위조사문서행사죄(제234조)에 관한 쟁점이 복합되어 있다.

지난해와 올해 두 차례에 걸쳐 법무부 주관으로 변호사시험 모의고사가 실시되었고, 올해 7월 초에는 법학전문대학원협의회가 주관하는 모의고사가 예정되어 있다. 이들 모의고사에서는 기존의 사법시험과는 달리 구체적인 사실관계가 주어지고 그와 관련한 죄책을 정확하게 논증해 낼 것을 요구하고 있다. 변호사시험에서는 사실관계가 구체적으로 주어지고 관련된 죄책도 한 두 개가 아니므로 답안을 이론적으로 서술 해서도 안 되고 또 그렇게 할 만한 시간적 여유도 없다. 이 점에서 기존의 사법시험에서 간단한 사실관계를 주고 주로 이론이나 학설 위주로 답안지를 서술한 것과 큰 대조를 보인다.

이러한 변호사시험의 출제경향은 법조실무가의 양성이라는 큰 방향에서 보면 바람직한 것이라고 하지 않을 수 없고, 앞으로 사법시험의 출제경향도 변호사시험과 유사해질 것으로 본다. 위 문제는 이러한 최근의 출제경향을 반영하여 단순한 이론의 나열이 아니라 수험생들이 얼마나 주어진 사안을 잘 활용하여 관련된 죄책을 정확하게

논증해 낼 수 있는가를 염두에 두면서 출제하였다.

## 【답안구성 예】

### I. 문제의 제기

### II. 甲의 죄책

1. M리조트 대표소에서 리프트탑승권을 부정발급받아 乙에게 매도한 점
  - (1) 유가증권위조죄(제214조 제1항)의 성립여부
  - (2) 위조유가증권행사죄(제217조)의 성립여부
2. 위조한 리프트탑승권을 1,000여장을 대표소에서 가지고 나온 점
3. M리조트서버에 접속하여 관리자 아이디와 비밀번호를 무단으로 변경한 점
  - (1) 컴퓨터장애업무방해죄(제314조 제2항)의 성립여부
  - (2) 업무방해죄(제314조 제1항)의 성립여부

### III. 乙의 죄책

1. 甲이 위조·질취한 리프트탑승권을 취득한 점
2. 사무실에서 N은행 예금통장을 가지고 나와 100만을 인출하고 되돌려 놓은 점
  - (1) N은행 예금통장에 대한 절도죄(제329조)의 성립여부
  - (2) N은행 현금자동지급기에서 인출한 현금에 대한 절도죄(제329조)의 성립여부
3. 사무실에서 J은행 예금통장과 법인도장을 가지고 나와 J은행 지점에서 1,000만을 자기의 예금계좌로 송금하고 되돌려 놓은 점
  - (1) J은행 예금통장과 법인도장에 대한 절도죄(제329조)의 성립여부
  - (2) J은행 직원을 기망하여 자신의 예금계좌로 1,000만원을 송금하게 한 행위에 대한 사기죄(제347조)의 성립여부
  - (3) 사문서위조(제231조) 및 위조사문서행사죄(제234조)의 성립여부

### IV. 결 론

## IV. 결 론

(1) 우선 甲은 ① 대표소에서 발매기를 임의조작하여 리프트탑승권 1,000여장을 부정발급받아 그것을 乙에게 매도한 점에 대해서는 부정발급한 리프트탑승권의 수단류 유가증권위조죄(제214조제1항) 및 위조유가증권행사죄(제217조)의 죄책을, ② 5회에 걸쳐 부정발급받은 회원용 리프트탑승권을 가지고 나온 점에 대해서는 포괄하여 하나의 절도죄(제329조)의 죄책을 그리고 ③ M리조트서버에 접속하여 관리자 아이디와 비밀번호를 무단으로 변경해 놓고 전산팀 직원이 이를 알려 줄 것을 요구하였음에도 불구하고 모르는 일이라고 발뺌함으로써 전산실 직원으로 하여금 컴퓨터시스템을 초기화하여 새로운 아이디와 비밀번호를 설정하도록 한 점에 대해서는 업무방해죄(제314조 제1항)의 죄책을 진다. 한편 이들 죄는 모두 실제적 경합(제37조)의 관계에 있다.

(2) 그리고 乙은 ① 甲이 대표소에서 부정발급받아 가지고 나온 1,000여장의 리프트탑승권을 5회에 걸쳐 매입한 점에 대해서는 포괄하여 하나의 장물취득죄(제362조 제

1항)의 죄책을, ② 사무실에서 다른 직원이 보관 중인 S개발명의 N은행 예금통장을 몰래 가지고 나와 N은행 현금자동지급기에서 100만원을 인출하고 제자리에 갖다 놓은 점에 대해서는 N은행 현금자동지급기에서 인출한 현금에 대한 절도죄(제329조)의 죄책을, 그리고 ③ S개발명의 J은행 예금통장을 몰래 가지고 나와 J은행 지점으로 가서 S개발 명의의 예금청구서를 작성하고 이를 직원에게 제출하여 1,000만원을 자기의 예금계좌로 송금하게 한 점에 대해서는 사문서위조죄(제231조) 및 위조사문서행사죄(제234조)와 사기죄(제347조)의 죄책을 진다. 한편 이들 죄는 모두 실제적 경합(제37조)의 관계에 있다.

2011년 7월호 고시계  
전북대학교 법학전문대학원 교수 김태명

## 2. 형법 제263조의 적용범위 및 결과적 가중범에 대한 공범의 성립과 죄책여하

### 【설 문】

甲은 저녁 8시경에 丙과 丁에게 자기와 사업관계로 다툼이 있었던 A를 혼내 주되, “이 일을 평생 후회하면서 살도록 허벅지나 종아리를 찢러 병신을 만들어라”라는 취지로 말하면서 범행에 사용할 처량과 칼 구입비 명목으로 현금 90만 원 정도를 주었다.

한편 乙은, 같은 날 저녁 6시경에 甲의 부탁을 받고 丙과 丁에게 8시에 시내 모처로 모이라고 연락을 하였고, 甲이 위와 같이 丙과 丁에게 범행을 지시할 때 그 옆에서 “너희들이 甲을 좀 도와주어라” 등의 말을 하였다. 이에 丙과 丁은 밤늦게 귀가하고 있는 A를 붙잡아 A의 종아리 부위를 3회 칼로 찌르고 차를 타고 달아났다.

다른 한편으로 乙의 소개로 丙과 丁을 시내 모처에서 만나 위와 같은 범행을 지시 하였지만, 甲은 그들이 이 일을 잘 처리할 수 있을 것이라는 믿음이 가지 않았다. 그래서 그들과 헤어진 같은 날 저녁 10시 경에 甲은 평소 사업차 알고 지내던 戊에게 전화를 걸어 “A가 자기와 다툼 것을 평생 후회하면서 살도록 허벅지나 종아리를 찢러 병신이 될 정도로 혼내주라”는 취지로 말하면서 사례금으로 100만원을 약속하였다.

이에 戊는 늦은 밤 丙과 丁의 공격을 받고서 도움을 요청하기 위하여 취한 듯 비를 거리며 간신히 걸어오고 있는 A를 보고서 그의 허벅지 부위를 2회 칼로 찢었다.

허벅지와 종아리에 여러 차례 칼 공격을 받은 A는 범행 장소인 어두운 뒷골목에서 과다실혈로 인하여 다음 날 죽은 채로 발견되었다.

이 경우 甲, 乙, 丙, 丁, 戊의 죄책을 논하시오(50점).

## 출제지도

먼저 정범자인 丙·丁과 戊의 죄책과 관련하여, 상해치사죄(제259조)에도 상해죄에 대한 동시범의 특례(제263조)가 적용되는지를 묻고자 하였다. 대법원판례의 입장을 상해치사죄(제259조)에 대하여 동시범의 특례가 적용되는 것으로 판독하는 것은 오히려 상해치사라는 결과적 가중범에 대한 공동정범의 성립을 인정한 판시를 오독한 것은 아닐까라는 의문이 있기 때문이다.

일반적인 이해와 달리 대법원판례의 진의가 후자의 입장이라면, 위 사안의 경우에 있어서는 丙·丁과 戊에게 상해치사죄의 공동정범의 성립을 인정할 수 있는지를 논의해야 할 것이다. 이는 결과적 가중범에 대한 공동정범을 인정하기 위한 요건이 무엇인지가 문제되고, 이와 관련해서는 일부실행·전부책임의 공동정범의 법리와 중한 결과에 대한 책임주의와의 조화 문제를 고려해야 한다. 대법원 판례의 태도는 이 경우 중한 결과의 발생을 예견할 수 없는 때가 아닌 한 결과적 가중범의 죄책을 면할 수 없다고 판시하고 있다.

다음으로 甲과 乙의 각 죄책과 관련하여, 피교사자가 교사자의 교사내용을 초과하여 실행한 경우에 교사자의 형사책임은 어디까지 부담해야 하는지를 묻고자 하였다. 그리고 위 사안과 같이 그 초과실행이 결과적 가중범의 유형에 해당되는 경우라면, 결과적 가중범에 대한 교사범으로서의 죄책을 인정할 수 있는 요건은 무엇인지도 문제된다. 더 나아가 교사범의 성립에 공동교사 내지 간접교사도 인정되는지, 교사의 방조와 교사의 공동의 구분도 생각해 볼 문제이다.

## 【답안구성 예】

### I. 논점의 정리

#### II. 丙과 丁, 戊의 죄책과 관련하여 - 상해치사죄의 공동정범의 성립여부

1. 상해치사죄의 의의와 문제의 소재
2. 상해치사죄에 대한 상해죄의 동시범 특례규정 적용여부
  - (1) 형법 제263조의 적용범위
  - (2) 판례의 입장에 대한 분석과 “공동정범의 예에 의한다.”의 의미
2. 상해치사죄에 대한 공동정범의 성립 인정여부
3. 중한 결과발생에 대한 과실 및 형법상의 인과관계 인정여부
  - (1) 기본행위와 중한 결과 사이의 인과관계 문제
  - (2) 중한 결과에 대한 예견가능성(과실)
4. 소결 - 丙·丁 및 戊의 죄책

#### III. 甲과 乙의 죄책에 대하여

1. 甲의 죄책 - 결과적 가중범의 교사범 인정여부
2. 乙의 죄책 - 공동의 교사와 방조의 구별 문제

#### IV. 결 - 사안의 해결

#### IV. 결 - 사안의 해결

위 사안에서 정범인 丙과 丁의 행위는 중상해죄의 공동정범으로 처벌된다. 이와 독립하여 경합하는 戊의 행위는 중상해죄에 해당한다. 상해죄의 동시범의 특례를 규정하고 있는 제263조는 대법원판례의 명시적 판시에도 불구하고 상해치사죄에는 적용되지 않으며, 위에서 검토한 것처럼 丙·丁 및 戊에게 중한 결과의 발생에 대한 예견가능성을 인정할 특별한 사정도 존재하지 않는 것으로 판단하였기 때문이다.

한편 공범인 甲의 행위에 대해서는 甲에게 A의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 경우이므로 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 지울 수 있다. 甲의 교사에 적극 가담한 乙의 행위는 중상해죄의 교사범에 해당하고 乙은 중상해죄에 대한 교사범으로서 죄책을 부담해야 한다.

2011년 8월호 고시계  
숙명여자대학교 법대 교수 이경렬

### 3. 집합명칭에 의한 명예훼손과 형법 제310조의 적용범위

#### 【 설 문 】

甲은 못믿을 사람의 1순위가 정치가들이라고 생각하지만 그래도 최근 '시민당'은 자신같은 서민을 위해서 노력하는 정당이라고 생각하고 시민당을 지지하는 선량한 시민이다. 특히 최근 서민을 위해서 많은 노력을 하고 있는 A의원에 대하여는 많은 호감을 가지고 있다. 어느 날 '청빈당'의 지지자인 甲의 동생 乙은 甲과 절친한 친구 X와 저녁식사를 하게 되었다. 乙은 극비사항이니까 비밀을 지켜야 한다고 신신당부하면서 형인 甲의 '시민당' 지지철회를 위하여 甲이 지지하는 A의원을 포함한 시민당 소속 국회의원 A, B, C,가 사립학교 '고구려'의 K재단으로부터 수억원의 금품을 받고 사립학교 재단의 권한을 강화시킬 법률의 제정을 약속했다는 얘기를 했다. 그러나 乙은 그런 소문은 있지만 '청빈당' 당무원인 친구 Y에게서 금품을 받은 것으로 의심되는 것이 '시민당'의원들이 아니라는 사실을 알고 있었고, 실제 K재단이 아니라는 것도 인식하고 있었다.

청목회 사건과 저축은행 로비사건 이후 가뜩이나 기득권층에 대한 불신과 의혹을 갖고 있던 甲은 화가 치밀대로 치밀어 자신이 지지하던 국회의원 A에게 항의전화를 건다는 것이 번호를 잘못 눌렀는데 우연히도 '미래뉴스' 정치부기자 丙의 전화번호였다. 이를 알지못한 甲은 상대방 丙의 "어보세요"라는 목소리에 "돼지만도 못한 놈! 니가 K재단 돈을 묵었재? K재단은 니들 매수해가고 대학을 맘대로 해묵을라고 했던기라. 니하고 한패거리인 B, C도 같이 묵었재? 그러면서

국민의 대표? 지랄한다. 국회가 전부 썩은노무 집단이지, 안글나?"라고 쓰아왔다. 이를 다 듣고 나서 조용히 전화를 끊은 기자 丙은 특종을 잡았다고 생각하고 "믿을만한 소식통에 의하면 이름을 밝힐 수 없는 '시민당' 소속 국회의원 3명이 뇌물수수사건에 연루되어 있으며 ..."라고 들은 대로 정리하여 다음날 신문에 공개하였고 그 문맥중에는 '시민당'의원들이 국민을 기만하고 우롱했다는 다소 감정적이고 과격한 표현들도 담겨있었다. 이에 발끈한 '시민당' 소속 국회의원 33명은 검찰에 기자 丙을 고소하였고, 국회의장, '시민당' 원내총무 및 사립학교 K재단도 丙을 고소하였다. 그러나 검찰수사와 재판결과 '청빈당' 소속 국회의원 D, E, F가 사립학교 '지상'의 P재단으로부터 위와 같은 목적으로 거액의 뇌물을 받았고, 국회의원 A, B, C와 P재단은 아무런 관련이 없는 점이 밝혀졌고, K재단의 뇌물공여혐의는 입증되지 못하였다.

甲, 乙, 丙의 형사책임은?

(단, 사안에서 '시민당'에 대한 명예훼손의 문제는 논외로 한다.)

#### 출제의도

위 사례는 집합명칭에 의한 명예훼손과 형법 제310조의 적용범위에 대한 문제이다. 본래 공연성도 객관적 구성요건요소이고, 전파가능성을 공연성으로 해석한다면 이론적으로는 당연히 전파가능성에 대하여도 주관적으로 고의가 있어야 하지만, 기존의 판례는 이러한 점에 대한 언급이 없었다. 그러나 최근의 판례들은 전파가능성에 대하여도 고의가 필요하다는 입장에 있으므로 이에 대하여도 알아둘 필요가 있다. 또한 교과서들이 명예의 주체성을 법인격 없는 사단에는 인정되지 않고, 법인에 한한다고 소개하는 판례는 이미 50년이 지난 것으로 대법원이 아직 그러한 입장을 취할 것인지에 대해서도 고민해볼 필요가 있다.

최근의 변호사시험 모의고사 문제의 출제경향에 비추어, 실제 시험에서도 깊은 이론적인 내용보다는 기본적인 논점들이 많이 포함되어 있는 문제가 출제될 가능성이 높아 보인다. 그리고 실제 시험에서 작성할 수 있을 정도의 분량과 설명으로 답안을 작성하였다. 위 문제는 이러한 관점에서 명예훼손죄와 관련하여 문제가 될 수 있는 총칙의 논점들을 혼합하여 출제하였다.

### 【답안구성 예】

#### I. 논점의 제기

#### II. 乙의 죄책 - 제307조 제2항 명예훼손죄 성립여부

#### III. 丙의 죄책

1. 제309조 제2항의 출판물에 의한 명예훼손죄 성립여부
2. 제307조 제2항의 명예훼손죄 성립여부

3. 제307조 제1항의 명예훼손죄 성립여부

- (1) 국회의원, 시민당 소속 의원들에 대한 집합명칭에 의한 명예훼손 여부
- (2) 위법성 및 책임 - 형법 제310조의 적용 여부

4. 소 결

IV. 甲의 죄책 - 제307조 제2항 및 제1항 명예훼손죄 성립여부

V. 사안의 해결

## V. 사안의 해결

(1) 乙은 국회의원 A, B, C의 비리에 대한 허위사실을 발설하였으나, 직접인식가능 성설에 따라 공연성이 부정되므로 乙의 국회의원 A, B, C와 K재단에 대한 제307조 제2항의 명예훼손죄의 구성요건해당성이 부정된다. 따라서 乙은 무죄이다.

(2) 기자 丙의 신문 기사화 행위는 비방의 목적을 인정할 수 없으므로 제309조는 적용될 수 없고, 허위의 사실에 대한 인식이 있다고 볼 수 없으므로 제307조 제2항에도 해당하지 않는다. 결국 시민당소속 국회의원들과 재단K에 대한 제307조 제1항의 명예훼손죄의 성립이 문제되나 형법 제310조의 적용에 있어서 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오설 중 다수설인 제한적 책임설에 따라 고의범으로 처벌할 수 없고, 명예훼손죄는 과실범 처벌규정도 없으므로 기자 丙에게 있어서 재단K 및 시민당 소속 국회의원들에 대한 제307조 제1항의 명예훼손죄의 성립은 부정된다. 따라서 丙은 무죄이다.

(3) 甲은 국회의원 A에게 전화를 한다는 것이 기자 丙에게 걸었던 행위는 허위의 사실에 대한 인식도 없었고, 공연성에 대한 인식도 인정할 수 없으므로 제307조 제1항 및 제2항 명예훼손죄의 성립이 모두 부정된다. 따라서 甲은 무죄이다.

2011년 10월호 고시계  
단국대학교 법대 교수 이석배



#### 4. 교통사고에 있어서의 특별법 적용여부 및 죄수 관계

##### 【설문】

평소 음주운전의 습관이 있던 회사 소프트웨어 개발팀 팀장인 甲은, 마침 개발 중이던 프로젝트가 끝나자 흥분한 마음에 개발팀 팀원들과 함께 술을 곁들인 회식을 하였고 이어 술도 깰 겸 2차로 노래방도 다녀왔다. 이후 자정이 넘어 노래방을 나온 甲은 한동네에 사는 같은 팀 팀원이자 학교 후배인 乙에게 자신이 운전해 집에 바래다줄테니 같이 타고 가자고 하였다. 乙은 甲의 음주운전이 걱정되기는 하였으나, 甲이 “내가 이 길을 훤히 아는데 평소에 단속 잘 안하고, 나 오늘은 얼마 마시지도 않았고, 또 노래방에서 술 다 깬다”라고 하여, 마침 출기도 하여서 동승하였다.

그러나 프로그램 개발에 며칠을 밤을 새우다 시피 한 甲은 취기가 약간 오른 상태였다(혈중알콜농도는 0.06%로 가정함). 하지만 짧은 거리에 괜찮겠지 하면서 운전대를 잡았고 앞서던 丙의 화물차를 뒤따라 운전을 하였다. 그러나 잠이 조금 밀려오기 시작하면서, 화물차와의 안전거리를 확보하지 못했음은 물론, 전방도 제대로 주시하지 못하였다. 그러다가 丙이 차선변경을 하고자 우측 깜빡이를 키고 서행하고 있었으나, 甲은 졸음운전에 이를 미처 알아차리지 못하여 운전하다가 丙의 화물차 뒷범퍼를 들이받아 파손을 입혔으며 丙은 또한 전치 8주의 치료를 요하는 상해를 입혔다.

차의 부딪힌 충격에 잠결에 깨어 크게 놀란 甲은 자신의 승용차 안에서 화물차의 파손과 움직임이 없던 丙을 보고는 사고가 크게 발생한 것으로 생각되어 그대로 달아났다.

甲과 乙의 형사책임을 논하시오.

만일 밤새 양심에 가책을 느낀 甲이 다음날 일찍 경찰서로 가서 새벽에 발생한 교통사고의 운전자라고 자수하고, 병원에 입원해있는 丙에게 찾아가 사죄를 하여, 이에 丙이 甲의 처벌을 원하지 않을 경우, 甲의 죄책을 논하시오.

##### ☞ 출제의도

위의 사안은 ‘도로교통법’ 및 ‘특정범죄가중처벌등에 관한 법률’의 적용여부와 그리고 각 위법죄 사이의 죄수관계와 함께 음주운전에 대한 동승자의 책임을 쟁점으로 하고 있다. 내년 1월에 처음 시행되는 변호사시험에서는 형사법(형법 및 형사소송법 분야의 과목) 분야의 시험출제범위로 20여개의 형사특별법을 포함하고 있다. 그 중에서도 빈번하게 발생하는 교통사고와 관련해서는 ‘도로교통법’과 ‘특정범죄가중처벌등에 관한 법률(이하 특가법)’의 위반여부 및 죄수관계가 문제되는데, 교통사고 관련 쟁점은 기록형 시험의 쟁점으로서 출제가능성이 높다. 따라서 위의 사안을 통해서 교

통범죄 관련하여 형법과 도로교통법 및 특가법 등의 법률이 어떻게 적용되며, 어떻게 죄수관계를 정리해야 하는지 살펴볼 필요가 있다.

나아가 교통사고에서는, 처벌의 특례로서 반의사불벌죄 및 보험가입특례를 규정하고 있는 ‘교통사고처리특례법’의 적용여부가 문제된다. 특히 변호사시험에서는 실체법과 절차법의 쟁점을 함께 묻는 통합형문제가 제시된다. 따라서 형사법 사안형 문제에서도 이제는 행위자의 형사책임은 묻는 문제와 함께, 관련 법률의 특별한 소송조건도 놓쳐서는 안되는 기본적인 쟁점이 된다.

덧붙여 동승자가 있는 음주운전사고에 있어서, 판례는 동승자도 음주운전에 형사책임이 있는 것으로 일관된 태도를 견지하고 있다. 위의 사안을 통해 동승자의 음주운전죄책의 범위도 함께 살펴봄으로써 교통사고 관련한 시험문제를 총괄적으로 해결할 수 있도록 출제하였다.

## 【답안구성 예】

### I. 문제제기

### II. 甲의 죄책

#### 1. 도로교통법 위반죄 성립여부

- (1) 음주운전죄(제148조의2 제1호, 제44조 제1항)
- (2) 과로운전죄(제154조 제3호, 제45조)
- (3) 안전운전의무위반죄(제156조, 제48조 제1항)
- (4) 미조치죄(제148조, 제54조 제1항)
- (5) 미신고죄(제154조 제4호, 제54조 제2항)
- (6) 업무상 과실손괴죄(제151조)
- (7) 죄수관계

#### 2. 업무상 과실치상죄와 유기죄 성립여부

- (1) 업무상 과실치상죄 성립여부
- (2) 유기죄 성립여부

#### 3. 특가법 위반죄(도주차량죄) 성립여부 및 죄수관계

- (1) 도주차량죄와 미조치죄
- (2) 도주차량죄와 업무상 과실치상죄 및 업무상 과실손괴죄와의 죄수관계

#### 4. 교통사고처리특례법 처벌특례 적용여부

#### 5. 결론

### III. 乙의 죄책

1. 음주운전죄 방조책임
2. 과로운전죄의 방조책임
3. 안전운전의무위반죄의 방조책임
4. 미조치죄의 방조책임
5. 미신고죄의 방조책임
6. 업무상 과실손괴죄의 방조책임

- 7. 업무상 과실치상죄 및 유기죄, 도주차량죄의 방조책임
- 8. 결론

## II. 甲의 죄책

### 5. 결론

甲은 도교법상의 음주운전죄, 과로운전죄, 안전운전의무위반죄, 미조치죄, 미신고죄, 업무상 과실손괴죄가, 특가법상에서는 도주차량죄가, 그리고 형법상 유기죄가 성립한다. 이때 형법상의 유기죄는 특별법인 특가법상의 도주차량죄로 흡수되어, 결국 甲은 도교법상의 각각 위반죄, 그리고 특가법 위반인 도주차량죄 성립이 인정되고, 양 죄는 실제적 경합관계에 있다.

## III. 乙의 죄책

### 8. 결론

결론적으로 단순동승자인 乙에게는 甲의 음주운전죄 및 과로운전죄에 대해 방조의 책임만 물을 수 있다.

2011년 12월호 고시계  
원광대학교 법학전문대학원 교수 홍승희

## 5. 야간주거침입절도죄에서 야간 상황이 요구되는 시점과 실행의 착수시기

### 【 설 문 】

교육목적상 필요한 경우에는 상당한 정도의 체벌로써 징계하는 것이 허용되는 것으로 오인한 고등학교 교사인 甲은 학생 乙이 학교에서 실시한 기말시험에서 부정행위를 한 것으로 오인하여 乙에게 체벌을 가하였다.

한편 평소 학교생활에 적응하지 못하고 있던 乙에 이번 체벌사건으로 자존심에 많은 상처를 입은 乙은 학교를 그만두고 가출하기로 마음먹고, 가출 후 정착할 때까지의 생활비를 마련하기 위하여 학교 인근에 있는 어느 사장의 주택을 털기로 결심하고는 그 집의 동태를 몇 일간 살폈다. 매일 오전 10시 경 운동하러 나가는 사장부인을 위하여 가정부가 지하 주차장에 있는 자동차를 대문 앞에 대

기시키는 등 준비를 하는 약 30여 분간 대문은 물론이고 집안의 현관문 등이 잠겨 있지 않은 상태가 지속된다는 허점을 이용하기로 하였다. 乙은 사장이 귀가하지 않은 날을 골라 새벽 4시경에 그 주택에 침입하여 오전까지 잠복하고 있었다. 오전 10시경 가정부가 사장부인의 외출을 준비하기 위하여 대문을 나서는 순간, 乙은 2층에 있는 사장의 서재에 침입하기 위하여 옥외에 설치된 계단을 오르기 시작하였으나, 자동차의 키를 가지러 다시 들어오던 가정부에게 발각되고 말았다. 乙은 “넌 누구야”하며 자기를 붙잡으려 달려드는 가정부를 심하게 밀쳐 쓰러뜨리고는 열린 대문을 통하여 도주하였다. 甲과 乙의 죄책을 검토하시오.

### 【답안구성 예】

#### I. 사안의 논점

#### II. 甲의 죄책

1. 문제의 소재
2. 甲의 죄책

#### III. 乙의 죄책

1. 문제의 소재
2. 준강도(미수)죄의 성립 여부
  - (1) 야간주거침입절도죄에서 야간 상황이 요구되는 시점
  - (2) 야간주거침입절도죄의 실행의 착수시기
  - (3) 절도 미수범이 준강도의 주체가 되는지의 여부
3. 폭행죄의 성립 여부

#### IV. 결 론

1. 甲의 죄책
2. 乙의 죄책

### IV. 결 론

#### 1. 甲의 죄책

학생 乙에 대한 甲의 체벌은 정당한 이유가 없는 금지착오에서 행한 폭행행위로서 형법 제260조 제1항의 폭행죄에 해당한다.

#### 2. 乙의 죄책

乙의 죄책은 야간주거침입절도죄의 야간 상황이 요구되는 시점, 야간주거침입절도죄의 실행의 착수시기, 그리고 준강도죄의 주체에 절도미수범이 포함되는지의 여부 등에 대한 견해에 따라서 다양한 결론에 이를 수 있는데, 이들 결론들은 이미 각 논점들에 대한 중간 결론들을 조합하면 정리될 수 있다. 지면 관계상 판례의 입장과 필자의 입장

에 따른 결론만 제시한다.

먼저 판례의 입장에 따라 판단하면, 위 사안처럼 야간에 주거에 침입하여 잠복하고 있다가 중간에 절취하는 경우 야간주거침입절도죄에 해당하는지에 대한 판례의 입장이 불분명하므로 각 경우로 나누어 검토한다. 먼저 야간주거침입절도죄에 해당한다고 보는 입장이라고 전제하고, 야간주거침입절도죄의 실행의 착수시점과 준강도죄의 주체 그리고 준강도죄의 기수·미수의 구별기준 등에 대한 판례의 입장에서 판단하면, 乙은 형법 제335조 및 제342조에 의하여 준강도죄의 미수죄에 해당한다. 다음으로 위 사안과 같은 경우 판례가 야간주거침입절도죄에 해당하지 않는다고 보는 입장이라고 전제하면, 乙에게는 형법 제319조의 주거침입죄와 제260조 제1항의 폭행죄가 별도로 성립하고 실제적 경합이 된다.

필자의 입장에 의하면 위 판례의 입장에 따른 판단 중 두 번째 결론과 동일하다.

2012년 1월호 고시계

부산대학교 법학전문대학원 교수 문채규

## 6. 성폭력범죄와 도주운전죄

### 【설문】

<사례 1> 甲은 2010.9.17. 22:00경 친구 乙, 丙과 함께 시내에서 피해자 A(만 17세), B(만 18세), C(만 19세)를 만나 이야기를 나누다가, 乙이 피해자들을 인근 저수지 부근으로 데리고 가 각자 마음에 드는 피해자와 성관계를 맺자고 제의하자 이에 동의하고 피해자들을 자신의 승합차에 태워 23:30경 위 저수지에 도착하였다. 그런 다음 승합차 안에서 피해자 A의 반항을 억압한 다음 간음하고, 乙은 B를 저수지 주변 벤치로 데리고 가 반항을 억압한 다음 간음하고 이로 인하여 피해자 B로 하여금 2주간의 치료를 요하는 요부염좌 및 찰과상 등을 입게 하였으며, 丙은 C를 저수지에서 100m정도 떨어진 야산으로 데리고 가 C의 뺨을 수회 때리고 강간하기 위하여 얼굴을 수회 때렸으나 C가 심하게 반항하는 바람에 미수에 그쳤다. 그 다음날 피해자들은 甲, 乙, 丙을 경찰에 고소하였으나, 피해자들은 며칠 후 甲 등이 사과를 하고 손해배상을 약속한데다 강간피해사실이 알려질 것을 우려하여 고소를 취소하였다.

<사례 2> 丁은 2011.6.13. 01:00경 한적한 아파트 내 주차장에 자신의 승용차를 주차해 놓고 운전석에 앉아 있다가 술에 취한 채 아파트 안으로 들어가는 D(여, 만 20세)를 발견하고 그녀를 강간할 것을 마음먹고 D를 따라가 엘리베이터를 같이 타고 엘리베이터가 9층에 이르렀을 때 갑자기 D를 엘리베이터 구석으로 밀고 주먹으로 얼굴을 수회 때리고 A를 엘리베이터에서 끌어 내린 다음 9~

10층 계단으로 D를 끌고 가 간음하려 하였으나 9층 아파트에서 어떤 아저씨가 현관문을 열고 나오는 바람에 간음을 포기하고 도주하였고, 그로 인하여 A는 약 2주간의 치료를 요하는 좌안 출혈상을 입었다.

丁은 곧바로 자신의 승용차로 돌아와 도주하기 위해 시동을 걸었는데 마침 불법주차를 점검 하던 경비원 E가 승용차의 운전석 뒷문을 두드리자 갑자기 승용차를 후진하여 E의 오른쪽 발 부위를 승용차 좌측 앞바퀴 부분으로 역과하였다. 丁은 승용차에서 내려 E에게 다친 곳에 없는지 물어본 다음 E에게 치료비용으로 5만원을 지급하려고 하였으나, E가 丁에게 크게 다친 것은 아닌 것 같으니 까 명함이나 연락처를 달라고 하자 丁은 차를 타고 그대로 가버렸는데 차량번호를 알기해 둔 E의 신고로 다음날 체포되었다. E는 그 다음날 병원에 가서 진료를 받았는데 당시 오른쪽 발 부위에 약간의 통증과 경미한 붓기가 있는 외에 외관상 별다른 상처가 없어 어떠한 치료도 받지 아니한 채 단지 엑스레이 촬영 후 진단서만을 발급받았고 E는 그 후 병원에서 치료를 받지 아니하였다.

- (1) <사례 1>에서 甲, 乙, 丙이 합동하여 피해자들을 강간하였다고 볼 수 있는지를 검토하고, 합동하여 피해자들을 강간하였다고 보는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 甲, 乙, 丙의 죄책을 논하시오.
- (2) 구체적 사실을 들어 <사례 2>에서 丁의 죄책을 논하시오.

**☞ 출제의도**

위 문제는 형사실무에서 가장 빈번하게 적용되는 성폭력범죄와 도주운전죄에 관한 것이다. 위 사례에 대해서는 「형법」 상의 강간(치상)죄, 업무상과실치사상죄가 아니라 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭법’이라 한다)」 과 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특가법’이라 한다)」 이 적용된다. 주로 「형법」 만을 대상으로 그것도 이론적 대립이 있는 사례만을 접해 온 수험생의 입장에서 생소하고 어렵게 느껴질 것으로 생각된다. 그러나 필자가 이러한 사례를 구성하게 된 데에는 사실상 거의 모든 성폭력범죄와 교통범죄에 대해서 「형법」 이 아니라 성폭법과 「교통사고처리특례법」 이나 특가법이 적용됨에도 불구하고, 여전히 대학에서는 「형법」 만을 가르치고 사법시험이나 변호사시험에서 출제위원들은 여전히 「형법」 만을 출제해야 한다고 고집을 부리고 있는 현실에 조금이나마 경각심을 불러일으키기 위해서이다. 법학전문대학원(로스쿨)제도가 도입·실시된 지 벌써 3년이 지난 마당에 법현실과 교육·시험의 괴리현상을 더 이상 방치해서는 곤란하다. 흔히들 특별법이 어렵다고 하지만 몇 번 접하다 보면 그다지 어렵다는 생각이 들지 않을 것이다. 그리고 특별법과 관련된 문제가 출제된다고 한들 모든 특별법이 아니라 성폭법, 특가법 등 적용빈도가 높은 법률을 중심으로 그리고 그 중에서도 대표적인 범죄유형들이 출제된다. 이 사례가 수험생들이 특별법에 대한 인식을 조금이라도 바꿀 수 있는 계기가 되기를 기대한다.

## 【답안구성 예】

### I. 설문 (1)의 검토

1. 甲, 乙, 丙이 합동하여 피해자들을 강간하였다고 볼 수 있는지 여부
2. 합동하여 피해자들을 강간하였다고 보는 경우 甲, 乙, 丙의 죄책
3. 합동하여 피해자들을 강간하였다고 보는 않는 경우 甲, 乙, 丙의 죄책

### II. 설문 (2)의 검토

1. 아파트의 계단에서 D를 강간하려다 미수에 그치고 상해를 입힌 점
2. 승용차로 E를 치어 상해를 입히고 도주한 점
3. 결론

## I. 설문 (1)의 검토

### 2. 합동하여 피해자들을 강간하였다고 보는 경우 甲, 乙, 丙의 죄책

#### (1) A, B, C에 대한 죄책

이 사안에서 甲, 乙, 丙은 합동하여 A를 강간하였으므로 A에 대한 성폭법상 특수강간죄(제4조제1항)의 죄책을 그리고 합동하여 B를 강간하고 상해를 가하였으므로 B에 대해서는 성폭법상 특수강간치상죄(제8조제1항) 끝으로 합동하여 C를 강간하려다 미수에 그쳤으므로 C에 대해서는 성폭법상 특수강간죄의 미수범(제14조, 제8조제1항)의 죄책을 진다. 한편 성폭법상 특수강간죄(제4조제1항), 특수강간치상죄(제8조제1항), 특수강간죄의 미수범(제14조, 제8조제1항)은 경합범의 관계에 있다.

### 3. 합동하여 피해자들을 강간하였다고 보는 않는 경우 甲, 乙, 丙의 죄책

#### (1) 甲의 죄책

A는 만 17세로 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 아동·청소년성보호법이라 한다)상 아동·청소년에 해당한다. 甲은 아동·청소년인 A를 강간하였는바 아동·청소년 성보호법상 아동·청소년에 대한 강간죄(제7조제1항)의 죄책을 진다. 한편 아동·청소년 성보호법상 아동·청소년성에 대한 강간죄는 친고죄가 아니므로 고소취소와 상관없이 처벌이 가능하다.

#### (2) 乙의 죄책

B는 만 18세로 아동·청소년성보호법의 적용대상이 되나 이 사안에서 乙은 B를 강간하고 상해를 가하였는바 乙은 형법상 강간치상죄(제301조)의 죄책을 진다. 형법상 강간치상죄는 친고죄가 아니므로 고소취소와 상관없이 처벌이 가능하다.

#### (3) 丙의 죄책 (2점)

C는 만 19세로서 아동·청소년성보호법이 아니라 형법이 적용된다. 이 사안에서 丙

은 C를 강간하려다 미수에 그쳤는바 형법상 강간죄의 미수범(제300조, 제297조)의 죄책을 진다. 다만 형법상 강간죄는 친고죄인바(제306조), 이 사안에서 C는 丙에 대한 고소를 취소하였으므로 검사는 丙에 대하여 공소제기를 할 수 없다(제306조).

## II. 설문 (2)의 검토

### 3. 결론

丁이 D를 따라 아파트 건물 안으로 들어가 엘리베이터와 계단에서 D를 폭행하고 강간한 점에 대해서는 성폭법상 강간상해·치상죄(제8조제1항)가 성립한다. 그리고 아파트주차장에서 승용차를 후진하다 E의 오른쪽 발을 역과하고 도주한 점에 대해서는 특가법상 도주운전죄가 아니라 교통법위반죄(제3조)의 죄책을 질 따름이다. 그리고 성폭법상 강간상해·치상죄(제8조 제1항)와 교통법위반죄(제3조)는 경합범의 관계에 있다.

(丁이 D를 따라 아파트 건물 안으로 들어가 엘리베이터와 계단에서 D를 폭행하고 강간한 점에 대해서는 성폭법상 강간상해·치상죄(제8조제1항)가 성립한다. 그리고 아파트주차장에서 승용차를 후진하다 E의 오른쪽 발을 역과하여 상해를 입히고 도주한 점에 대해서는 특가법상 도주운전죄의 죄책을 진다. 한편 성폭법상 강간상해·치상죄(제8조 제1항)와 특가법상 도주운전죄(제3조)는 경합범의 관계에 있다.)

2012년 2월호 고시계  
전북대학교 법학전문대학원 교수 김태명

## 7. 양적 과잉방위와 미필적 고의

### 【설문】

甲은 S플라자의 옥외 흡연 장소의 외부계단 아래에서 흡연을 하고 옥내로 돌아가려고 하는데, A가 그의 친구 B, C와 함께 있으면서, “기다려, 할 말이 있다.”라고 甲을 불렀다. 甲은 이전에도 A로부터 폭행을 당한 사실이 있어 이번에도 폭행을 당하는 것이 아닌가 하고 생각하였지만 그의 말에 응하여 함께 위 옥외 흡연 장소의 외부계단 서쪽으로 이동하였다. 甲은 그곳에서 A로부터 갑자기 폭행을 당하여 이에 대응하였지만 허리 부근을 잡혀 부근의 펜스까지 몰렸다. A는 甲을 자기의 몸과 펜스 사이에 두고 양손으로 펜스를 잡고 甲을 펜스로 밀어붙이면서 무릎과 발로 수회 찔기 때문에 甲도 A의 몸을 안으면서 다리를 걸거나 차는 등 대항을 하였다. 그 무렵 둘이 옥신각신하는 현장에 B와 C가 접근하여 오므로, 甲은 1:3이 되면 안 되겠다 싶어서, “나는 특수부대 출신이다.”라고 소리쳐 위협하였다. 그리고



甲을 펜스에 밀어붙이는 A를 떼어내기 위하여 그의 얼굴을 1회 구타하였다. 그러자 A는 그곳에 있던 알루미늄 재떨이(직경 19cm, 높이 60cm의 원주형)를 들어서 甲을 향하여 던졌다. 甲은 이를 피하면서 재떨이를 던지느라고 균형을 잃은 A의 안면을 좌측 손으로 구타하자, A는 머리부터 떨어지는 모양으로 넘어져, 후두부를 타일로 된 지면에 부딪쳐 머리를 하늘로 향한 채 의식을 잃고 움직이지 않았다(제1폭행). 甲은 격분한 나머지 넘어져 있는 A에 대하여 그 상황을 충분히 인식하면서, “나를 만만하게 보지마라, 나를 이기려고 하느냐”라고 말하면서, 그 복부 등을 발로 차고, 발로 밟기도 하고, 나아가 복부를 무릎으로 폭행을 가하였다(제2폭행). A는 제2폭행에 의하여 늑골골절, 비장파열, 장간막파열 등의 상해를 입었고, S플라자 부근의 대학병원에 구급차로 운반되었지만 6시간 정도 지난 후에 두부타박에 의한 경막하출혈로 사망하였는데, 그 사인이 되는 상해는 제1폭행에 의하여 생긴 것이었다.

乙은 피해자 망 이○○(72세)의 친아들로 乙이 10여 년 전부터 술에 취하여 가족들을 폭행하고 폭언하는 일이 자주 있어 이를 견디지 못한 피해자가 알코올 의존증의 치료를 위해 乙을 약 7년 전부터 정신병원에 강제로 입원시키자 이에 불만을 품고 있던 자로서 2007. 7. 14. 14:30경 체천시 봉양읍 소재 피해자의 집에서 피해자에게 “멀쩡한 나를 정신병원에 입원시키느냐”라고 따지며 피해자의 목살을 잡아 2회에 걸쳐 밀어 넘어뜨리고, 乙을 피해 베란다에 나가 담배를 피우고 있는 피해자를 따라가 피해자를 밀어 넘어뜨리는 등 폭행을 가한 후, 잠시 마음을 진정시키기 위해 위 아파트 상가에 있는 미용실에서 이발을 한 다음 같은 날 17:30경 다시 집에 들어가 피해자와 대화를 나누던 중 피해자에게 “앞으로 잘하겠으니 믿어 달라, 나를 왜 정신병원에 집어넣으려고 하느냐”라며 화를 냈고, 이에 피해자가 “너는 늘 말 뿐이더라, 특하면 성질을 내고 지랄한다”라고 하자, 이를 피해자가 乙을 다시 정신병원에 입원시키겠다는 의사를 표현한 것으로 생각하고 격분하여, 피해자를 손으로 밀쳐 넘어뜨린 후 옆에 있던 선풍기를 휘둘러 피해자의 얼굴, 어깨, 몸통부분 등을 마구 때리고, 쓰러진 피해자의 복부, 얼굴 등 전신을 발로 수십 회 걷어차고 밟아 피해자를 그 자리에서 다발성 장기손상 등으로 사망하게 하였다.

(1) 甲의 변호인은 甲의 A에 대한 제1폭행과 제2폭행은 분단되지 않는 일체의 것으로 평가되어야 하므로 전자에 대하여 정당방위가 성립하는 이상 전체에 대하여 정당방위를 인정하여 무죄를 선고하여야 한다고 주장하고 있다. 수험생이 검사의 입장에서 이러한 변호인의 주장에 대해 반론을 제시하시오.

(2) 乙의 죄책을 논하시오.

## 출제지도

과잉방위란 방위행위가 상당성의 정도를 넘는 때를 말한다. 이러한 과잉방위는 질적 과잉방위(내포적 과잉방위)와 양적 과잉방위(외포적 과잉방위)로 나눌 수 있다. 그런데 양적 과잉방위에 관한 학계에서의 논의가 활발하게 전개되고 있지 못한 실정에서 지난 해 이와 관련된 주목할 만한 논문이 발표되었다. 이에 양적 과잉방위를 인정하지 않은 2008년도의 일본 최고재판소 판례 사안을 중심으로 설문(1)을 재구성함으로써 양적 과잉방위에 관한 수험생의 이해를 돕고자 하였다.

그리고 설문(2)의 사안은 미필적 고의와 인식 있는 과실의 구별에 관한 실제 사례(대전고등법원 2008.9.25. 선고 2008노344)를 통해 이와 관련된 학설의 대립이 교과서상의 죽은 활자가 아니라 실제 사례의 해결에 있어 중요한 의미를 갖고 있음을 보여주기 위하여 문제를 구성해 보았다.

### 【답안구성 예】

#### I. 논점의 정리

#### II. 설문(1)의 해결

1. 甲의 제1폭행에 따른 폭행치사죄(제262조)의 정당방위 성립 여부
  - (1) 의의
  - (2) 정당방위의 성립요건
  - (3) 소결
2. 甲의 제2폭행에 따른 상해죄(제257조 제1항)의 정당방위 성립 여부
3. 甲의 제1폭행과 제2폭행이 양적 과잉방위에 해당하는지 여부: 변호인 주장의 타당성 여부
  - (1) 과잉방위의 의의
  - (2) 과잉방위의 종류: 질적 과잉방위와 양적 과잉방위
  - (3) 소결: 변호인의 무죄 주장의 타당성 여부
4. 사안의 해결

#### III. 설문(2)의 해결: 존속살해죄(제250조 제2항)의 성립 여부

1. 살인죄의 고의 인정방법
2. 존속살해의 미필적 고의 인정 여부
  - (1) 미필적 고의의 개념
  - (2) 미필적 고의와 인식 있는 과실의 구별
3. 사안의 해결

#### IV. 사안의 해결

### IV. 사안의 해결

(1) 설문(1)에서 甲의 제1폭행에 따른 폭행치사죄에 대해서는 정당방위가 인정되어 위법성이 조각된다. 그러나 제2폭행에 따른 상해죄에 대해서는 제1폭행과 단절된 것으

로서 양적 과잉방위에서 요구하는 일체성을 요구할 수 없으므로 과잉방위가 인정되지 않고 책임조각사유도 존재하지 않으므로 상해죄의 죄책을 진다.

(2) 설문(2)에서 乙에게는 자신의 행위가 아버지의 생명을 빼앗게 될지도 모른다는 결과발생의 가능성을 인식하고 이를 내적으로 용인하였거나, 적어도 결과발생을 감수 또는 묵인하였음이 인정되므로 존속상해의 고의와 중한 결과인 사망에 대한 인식 있는 과실이 아닌 존속살해의 미필적 고의를 인정할 수 있다. 따라서 乙은 존속살해죄의 죄책을 진다.

2012년 3월호 고시계  
전남대학교 법학전문대학원 교수 김재윤

## 상 법

### 1. 무면허운전면책 / 보험자대위

#### 【설 문】

2010년 9월 1일 甲화재해상보험주식회사(이하 甲보험회사)는 乙과 乙 소유의 승용차에 대한 만기 1년의 자동차종합보험계약을 체결하였다. 2011년 2월 14일 乙의 아들인 丙은 乙이 외출한 사이에 가방 속에 넣어 둔 승용차 열쇠를 꺼내어 집 대문 앞에 주차되어 있던 승용차에 자신의 여자친구인 丁을 태우고 운행하다가 과실로 중앙선을 침범하여 戊가 운전하던 다른 승용차와 충돌하는 사고를 일으켜 戊를 사망에 이르도록 하였다. 丙은 운전면허가 없는 상태였다.

(1) 甲보험회사는 戊를 사망에 대한 乙의 손해배상책임에 대하여 보험금을 지급하여야 하는가? (판례의 입장을 중심으로 서술하시오)

(2) 만약 甲보험회사가 보험금을 지급하여야 하는 경우 甲보험회사는 불법행위자인 丙에게 乙이 가지는 손해배상청구권을 대위청구할 수 있는가? (판례의 입장을 중심으로 서술하시오)