

# 형사법 기출 사례 100선

## 고득점 완벽 대비

신 광 은 편저

경찰 채용 · 승진 · 간부

해경 채용 · 승진 · 간부

법원직 · 검찰직 \_\_\_\_\_

변시 · 법행 \_\_\_\_\_

 미래인재  
컴퍼니

# 머리말

---

그동안의 경찰시험은 기출지문의 반복출제, 단순한 판례의 결론을 묻는 지문이 주를 이루었지만 2022년 8월에 있었던 제2차 경찰시험은 이해와 논리에 바탕을 둔 문제들이 대거 출제되면서 경찰 수험가에 새로운 방향을 제시해 주었습니다.

출제방향의 변화는 수험생들뿐만 아니라 교수들에게도 태도의 변화를 요구하고 있습니다. 수험생들에게는 그동안의 암기 위주의 학습방법에서 탈피하고 이해 위주의 공부를 할 것을 요구하고 있고 교수들에게는 요령을 위한 강의가 아닌 기본에 충실하고 깊이 있는 실력을 갖게 해줄 수 있는 강의를 요구하고 있습니다.

저는 그동안 기본에 충실하여야 한다는 강의 철학으로 이해를 바탕으로 한 암기를 추구하며 수험생들의 실력 향상을 위해 많은 노력을 해왔습니다. 그래서 최근 수험생들이 사례문제에 대하여 어려움을 느끼고 있는 현실과 사례문제만 모은 수험서의 부재에 고민하던 끝에 조금이나마 수험생들에게 도움이 되고자 **'형사법 기출 사례 100선'**을 선보이게 되었습니다.

**'형사법 기출 사례 100선'**은 그동안 여러 시험영역에서 출제되었던 사례문제들 중에서 반드시 수험생들이 풀어야 할 문제들을 각 진도별로 엄선하였고 특히 최근 형법과 형사소송법의 내용들을 망라한 종합문제가 출제되는 경향에 미리 대비하고자 종합 사례형 기출문제도 준비하였습니다.

**'형사법 기출 사례 100선'**은 판례가 어떻게 사례문제로 출제되는지, 어떤 유형의 사례문제가 출제되는지, 사례문제를 어떻게 풀어 나가야 하는지에 대한 지침서로서 역할을 할 것이며, 특히 실력 향상 및 고득점을 완벽하게 대비하는 수험서로서 부족함이 없을 것입니다.

이 책을 보는 모든 수험생에게 합격의 영광이 있기를 바랍니다.

편저자 신 광 은

# 목 차

## 제1편 형법 총칙 사례

제1장 범죄론 및 구성요건 .....	6
제2장 위법성 .....	7
제3장 책임 .....	13
제4장 미수범 .....	23
제5장 공범론 .....	25

## 제2편 형법 각론 사례

제1장 개인적 법익에 대한 죄 .....	28
제2장 사회적 법익에 대한 죄 .....	46
제3장 국가적 법익에 대한 죄 .....	49

## 제3편 수사 증거 사례

제1장 수사 .....	54
제2장 증거 .....	77

## 제4편 형사법 종합 사례 .....

102

신의 한 수  
형사법 기출 사례 100선

---

# 1편



# 형법 총칙 사례

제1장 범죄론 및 구성요건

제2장 위법성

제3장 책임

제4장 미수범

제5장 공범론



001

甲은 乙에게 A를 살해하라고 교사하였다. 甲의 청부를 받아들인 乙은 A라고 생각되는 사람이 골목길에 들어서는 것을 보고 그가 집에 들어가려는 순간을 기다려 총을 쏘았다. 사망을 확인하기 위하여 다가가서 보니 죽은 사람은 A가 아니라 A와 꼭 닮은 동생 B였다. 이 사례에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[22.순경1차]

- ① 乙의 착오를 객체의 착오로 보고 구체적 부합설을 따르는 견해에 의하면 乙에게는 살인미수죄와 과실치사죄의 상상적 경합이 인정된다.
- ② 만일 乙이 A가 오는 것을 보고 총을 쏘았으나 빗나가서 그 옆에 있던 C소유의 자전거에 맞고 자전거의 일부가 손괴된 경우, 乙의 행위는 발생사실인 과실재물손괴죄로 처벌된다.
- ③ 乙의 착오를 객체의 착오로 보고 이에 기반을 둔 甲의 착오도 객체의 착오로 보는 경우, 구체적 부합설을 따르는 견해에 의하면 甲에게는 살인미수죄와 과실치사죄의 상상적 경합이 인정된다.
- ④ 乙의 착오를 객체의 착오로 보고 이에 기반을 둔 甲의 착오를 방법의 착오로 보는 경우, 법정적 부합설을 따르는 견해에 의하면 甲은 살인죄의 교사범으로 처벌된다.

## 해설

- ① (X) 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오에 해당한다. 구체적 부합설에 의하면 발생사실의 고의 기수범이 성립하므로 B에 대한 살인기수가 성립한다.(사람 - 사람, 명중)
- ② (X) 추상적 사실의 착오(방법의 착오)에 해당한다. 판례(법정적 부합설)에 의하면 인식사실에 대한 미수와 발생사실에 대한 과실범의 상상적 경합이 성립하므로, A에 대한 살인미수가 성립한다.(사람 - 물건)  
※ 과실손괴는 처벌규정이 없으므로 처벌되지 않는다.
- ③ (X) 교사범 甲의 착오를 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오로 보는 경우, 구체적 부합설에 의하면 甲에게는 B에 대한 살인기수가 성립한다.(사람 - 사람, 명중)
- ④ (O) 교사범 甲의 착오를 구체적 사실의 착오 중 방법의 착오로 보는 경우, 법정적 부합설(판례)에 의하면 甲에게는 살인죄의 교사범이 성립한다.(사람 - 사람)

정답 ④



002

甲은 평소 미워하던 乙과 우연히 마주치자 상해의 의사로 乙의 얼굴을 주먹으로 강타하여 코피가 나게 하였는데, 마침 그때 乙은 甲을 살해하려고 칼로 甲을 공격하려던 순간이었음이 밝혀졌다. 이에 대한 설명으로 옳은 것끼리 짝지어진 것은? [19.9급국가-개론]

보기

- ㉠ 위법성 조각사유에 있어서는 주관적 정당화요소가 요구되지 않는다는 견해에 따르면, 甲의 행위는 정당방위로서 위법성이 조각될 수 있다.
- ㉡ 판례에 따르면 정당방위가 성립하기 위하여는 행위자에게 방위의사가 있어야 하고 그 방위행위가 상당성이 있어야 하므로, 甲의 행위는 정당방위가 될 수 없다.
- ㉢ 위법성 조각사유에 있어서는 주관적 정당화요소가 요구되지만 위 사례에서는 결과반가치가 부정된다는 견해에 따르면, 甲은 상해죄의 불능미수로 처벌될 수 있다.

① ㉠, ㉡

② ㉡, ㉢

③ ㉠, ㉢

④ ㉠, ㉡, ㉢

해설

**객관적 정당화요소는 있으나 주관적 정당화요소가 없는 우연방위와 관련된 사례이다.**

- ㉠ (○) 위법성 조각에 있어서 주관적 정당화요소가 요구되지 않는다는 견해(결과반가치론)에 의하면, 우연방위는 주관적 정당화요소는 없지만 객관적 정당화요소가 존재하기 때문에 위법성이 조각될 수 있다.
- ㉡ (○) 판례는 위법성이 조각되기 위해서는 주관적 정당화요소가 필요하다는 입장이다.[대법원 80도306]
- ㉢ (○) 위법성 조각에 있어서는 주관적 정당화요소가 요구되지만 결과반가치가 부정된다는 견해(불능미수범설)에 의하면 결과반가치는 배제되지만 행위반가치는 그대로 존재하므로 불능미수의 규정을 유추적용해야 한다고 본다.

정답 ④ (㉠㉡㉢)



003

甲은 자기 집 2층에서 아래를 내려다보던 중 乙이 자신의 집 정원에서 어슬렁거리는 것을 보았다. 甲은 乙과 원수지간으로 그렇지 않아도 乙을 살해할 생각을 가지고 있던 터라 옆에 있던 사냥용 업총으로 정조준하여 乙을 향해 발사하여 즉사케 하였다. 그런데 나중에 알고 보니 乙도 甲을 살해하기 위해 甲의 집에 폭탄을 설치하고 폭발시키려던 순간이었다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은?

[17.9급개론]

- ① 정당방위의 성립요건 중 방위의사 필요설에 따르면 甲에게는 방위의사가 없었으므로 정당방위가 성립하지 않고 과실치사죄가 성립한다.
- ② 정당방위의 성립요건 중 현재성을 갖추고 있지 못하므로 甲은 살인죄로 처벌된다.
- ③ 정당방위의 성립요건 중 방위의사 불요설에 따르면 甲에게는 방위 의사가 없었더라도 정당방위는 성립하여 위법성이 조각된다.
- ④ 이 사례의 구조를 불능미수와 유사하다고 보는 입장에서는 甲의 행위는 위법성이 없는 것으로 보아 불가벌로 취급한다.

**해설**

**객관적 정당화요소는 있으나 주관적 정당화요소가 없는 우연방위와 관련된 사례이다.**

- ① (X) 정당방위의 성립요건 중 방위의사, 즉 주관적 정당화요소 필요설에 따르면 甲에게는 방위의사가 없었으므로 정당방위가 성립하지 않고, 살인죄 기수범(기수범설) 또는 살인죄 불능미수범(불능미수범설)이 성립한다.
- ② (X) 乙도 甲을 살해하기 위해 甲의 집에 폭탄을 설치하고 폭발시키려던 순간이었으므로 정당방위의 성립요건 중 현재성(객관적 정당화상황)은 갖추고 있다. 다만, 주관적 정당화요소가 없기 때문에 위법성이 조각되지 않아 살인죄로 처벌된다.
- ④ (X) 불능미수범설에 의할 때 甲의 행위는 위법성이 있는 것으로 판단되므로 살인죄의 불능미수범으로 처벌된다.
- ③ (O) 정당방위의 성립요건 중 방위의사, 즉 주관적 정당화요소 불요설(결과반가치론)에 따르면 주관적 정당화요소가 없는 우연방위도 위법성이 조각된다.

**정답 ③**

004

甲은 A를 골탕 먹일 생각으로 A의 집 창문을 향해 돌을 던져 창문을 깨뜨렸다. 하지만 마침 연탄가스에 중독되어 위험한 상태였던 A는 甲이 창문을 깨뜨리는 바람에 생명을 구할 수 있었다. 이에 대한 설명으로 옳은 것으로만 짝지어진 것은? [20.7급국가]

보기

- ㉠ 위법성 조각사유를 검토함에 있어 주관적 정당화요소가 필요하지 않다는 입장에 따르면 甲의 행위는 불가벌이다.
- ㉡ 고의범의 위법성 조각사유에는 주관적 정당화요소가 필요하다는 입장은 구성요건 해당 행위의 결과반가치와 행위반가치 모두가 상쇄되어야 위법성이 조각될 수 있다는 점을 근거로 한다.
- ㉢ 행위반가치는 인정되나 객관적 정당화 상황의 존재로 인해 결과반가치가 인정되지 않으므로 甲에게 불능미수 규정을 유추 적용하자는 견해에 따르는 경우, 甲의 행위는 불가벌이다.
- ㉣ 구성요건적 결과가 발생한 이상 결과반가치가 인정되므로 甲에게 재물손괴죄의 기수를 인정해야 한다는 입장에 대하여는, 객관적 정당화 상황이 존재함에도 존재하지 않는 경우와 동일하게 평가하는 것은 문제라는 비판이 있다.

① ㉠, ㉡, ㉣

② ㉠, ㉡, ㉢

③ ㉡, ㉢, ㉣

④ ㉠, ㉢, ㉣

해설

객관적 정당화요소는 있으나 주관적 정당화요소가 없는 우연피난과 관련된 사례이다.

- ㉠ (X) 불능미수범설의 견해로, 이에 따르면 손괴죄의 미수가 성립한다.
- ㉡ (O) 위법성 조각에 있어서 주관적 정당화요소가 요구되지 않는다는 견해(결과반가치론)에 의하면, 우연방위는 주관적 정당화요소는 없지만 객관적 정당화요소가 존재하기 때문에 위법성이 조각될 수 있다.
- ㉢ (O) 위법성 조각에 있어서 주관적 정당화요소가 요구된다는 견해에 의하면 해당 행위의 결과반가치와 행위반가치 모두가 상쇄되어야 위법성이 조각될 수 있다.(이원적 인적불법론, 기수범설, 불능미수범설)
- ㉣ (O) 기수범설의 견해로, 기수범설은 위법성조각의 객관적 요건과 주관적 요건을 모두 충족할 때만 위법성이 조각되므로, 주관적 요건이 결여되면 위법하고, 객관적인 정당화상황이 존재한다고 하여 결과반가치를 부정할 수 없다고 본다. 따라서 객관적 정당화 상황이 존재함에도 존재하지 않는 경우와 동일하게 평가하는 것은 문제라는 비판을 받는다.(불능미수범설의 입장에서 비판)

정답 ① ㉠㉡㉣



005

甲은 층간소음문제로 평소 다툼이 있던 아파트 위층에 양값음을 할 마음으로 돌을 던져 유리창을 깨트렸다. 그런데 위층에 살던 A는 빛 독촉에 시달리다 자살하기로 마음먹고 창문을 닫은 채 연탄불을 피운 결과, 연탄가스에 중독되어 쓰러져 있던 상태였다. 유리창을 깨트린 甲의 행위로 인하여 A는 구조되었다. 이 사례에서 甲이 무죄라는 견해에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?

[22.순경1차]

- ① 범죄성립에 있어서 결과반가치만을 고려하는 입장에서 주장될 수 있다.
- ② 객관적으로 존재하는 정당화요건은 기수범 처벌에 대한 감경가능성으로만 고려될 수 있다.
- ③ 객관적 정당화사정의 존재가 행위자에게 유리하게 작용하는 경우이다.
- ④ 주관적 정당화사정이 있는 경우와 없는 경우를 동일하게 취급한다는 비판이 가능하다.

**해설**

**객관적 정당화요소는 있으나 주관적 정당화요소가 없는 우연피난과 관련된 사례이다.**

- ② (X) 기수범설의 견해로 우연방위는 주관적 정당화요소가 없으므로 위법성이 조각되지 않고 따라서 기수범에 해당한다. 다만, 양형과정에서 행위상황의 특수성을 고려하여 형을 감경하면 된다고 본다.
- ① (O) 무죄설은 불법은 객관적 구성요건요소만의 실현에 의하여 인정(결과반가치만으로 구성)되므로 위법성을 조각시키기 위해서 주관적 정당화요소는 필요하지 않다는 입장이다.
- ③ (O) 객관적 정당화사정의 존재만으로 위법성이 조각되어 행위자에게 유리하게 작용한다.
- ④ (O) 무죄설에 의할 경우 주관적 정당화요소가 없는 경우에도 주관적 정당화요소가 있는 경우와 마찬가지로 위법성이 조각되므로 이를 동일하게 취급한다는 비판을 받는다.

**정답 ②**





007

경찰관 甲은 순찰도중 잠깐 휴식을 취하기 위해 장전된 권총을 잠시 길 위에 놓아두었는데, 그 옆을 지나가던 정신병자 乙이 갑자기 권총을 집어 들고 甲과 지나가는 사람을 겨냥하면서 “꼼짝마. 움직이면 쏜다!”라고 말하고 있다. 이에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? [13.9급개론]

- ① 객관적 위법성론에 따르면 乙의 행위는 위법하므로 甲은 乙에 대하여 정당방위를 할 수 있다.
- ② 주관적 위법성론에 따르면 乙의 행위는 위법하지 않으므로 甲은 乙에 대하여 정당방위를 할 수 없다.
- ③ 사회윤리적 관점에서 정당방위를 제한하는 견해에 따르면 乙과 같은 책임무능력자의 침해에 대해서는 정당방위가 제한된다.
- ④ 乙의 행위는 의도적으로 도발된 침해에 해당하므로 정당방위가 허용되지 않는다.

**해설**

**위법성론, 정당방위와 관련된 사례이다.**

- ④ (X) 정당방위 상황을 이용하여 공격자를 침해할 목적으로 공격을 유발하는 경우(목적에 의한 의도적 도발) 정당방위가 성립할 수 없으나 사례는 의도적 도발에 해당하지 않는다. 그리고 乙은 책임능력이 없는 자이지만 그 행위는 위법하므로 정당방위를 할 수 있다.
- ① (O) 형법을 법익을 침해하는 행위는 나쁘다고 평가하는 평가규범으로 이해하고 위법성을 평가규범위만으로 보는 객관적 위법성론에 의하면, 위법성 판단에서 행위자를 고려하지 않으므로 **모든 사람이 규범의 수명자**가 되고, 따라서 책임무능력자의 행위도 위법성이 인정된다. 따라서 乙의 행위는 위법하고, 甲은 乙에 대하여 정당방위를 할 수 있다.
- ② (O) 형법을 사회공동체 일원으로서 금지되는 행위를 하지 말라는 의사결정규범으로 이해하고 위법성을 의사결정규범으로 보는 주관적 위법성론에 의하면, 위법성 판단에서 행위자를 고려하여 규범에 따라 **의사결정을 할 능력이 있는 책임능력자만이 수명자**가 되고, 따라서 책임무능력자의 행위는 위법하지 않게 된다. 따라서 乙의 행위는 위법하지 않게 되고, 甲은 乙에 대하여 정당방위를 할 수 없다.
- ③ (O) 사회윤리적 제한이란 정당방위는 법질서를 수호하기 위한 제도이므로 법질서 전체에서 허용·요구되지 않는(법질서 수호의 이익이 없는)정당방위는 제한되는 것을 의미한다. 따라서 유아, 정신병자, 명정자 등에 대해서는 정당방위가 제한되어 정당방위는 공격을 회피할 수 없을 때에만 허용되고, 이때도 보호방위에 그쳐야 한다.

**정답 ④**



008

다음 사례에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?

[22.경간]

## 사례

甲과 乙은 A를 살해하기로 공모한 후에 범죄실행의 용기를 내기 위해 만취상태에 가까울 정도로 술을 마신 후에 심신미약 상태에서 A를 찾아갔다.

- ① 甲과 乙이 A를 살해하였다면, 甲과 乙의 행위는 심신미약 상태에서 이루어진 것이므로 형법 제10조 제2항에 따라 심신미약의 규정이 적용된다.
- ② 원인에서 자유로운 행위를 '행위와 책임 동시존재 원칙의 예외'로 파악하는 견해에 따르면, 甲과 乙이 A의 집 앞까지 갔다가 후회하여 다시 돌아온 경우에 실행의 착수가 없으므로 불가벌이다.
- ③ 원인에서 자유로운 행위를 간접정범과 유사한 구조로 보고, 원인행위부터 실행행위로 보아 가벌성의 근거를 원인행위에 있다고 하는 견해에 따르면, 甲과 乙이 A의 집 앞까지 갔다가 후회하여 다시 돌아온 경우에 살인죄의 예비, 음모로 처벌할 수 있다.
- ④ 원인에서 자유로운 행위의 실행의 착수시기를 심신장애상태에서 실행행위로 파악하는 견해에 따르면, 위 사례에서 살인죄의 실행의 착수가 원인에서 자유로운 행위의 실행의 착수이므로, 甲과 乙이 A의 집 앞까지 갔다가 후회하여 다시 돌아온 경우에 甲과 乙의 실행의 착수를 인정하지 않는다.

## 해설

**원인에 있어서의 자유로운 행위와 관련된 사례이다.**

- ① (X) 형법 제10조 제1항은 '심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다'고 규정하고 있으며, 형법 제10조 제2항은 '심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다'고 규정하고 있다. 그러나 형법 제10조 제3항은 '위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전 2항의 규정을 적용하지 아니한다'라고 규정하여 **원인에 있어서의 자유로운 행위는 책임능력과 동일하게 처벌**하고 있다. 따라서 甲과 乙은 제10조 제2항의 심신미약 규정이 적용되지 않고 책임능력과 동일하게 처벌받는다.
- ② (X) 예외설(불가분적 연관설, 실행행위시설)은 심신장애 상태에서의 구성요건적 행위가 실행행위이므로 **구성요건적 실행행위를 한 때 실행의 착수가 인정**된다. 사례에서 甲과 乙은 A의 집 앞까지 갔다가 후회하여 다시 돌아온 경우이므로 구성요건적 행위를 착수했다고 볼 수 없다. 다만, **살인의 예비·음모죄**로 처벌 될 수 있으므로 불가벌인 것은 아니다.
- ③ (X) 일치설(간접정범유사설, 원인행위시설)은 **원인설정행위시에 실행의 착수가 인정**된다. 사례에서 甲과 乙은 술을 마셨을 때에 실행의 착수한 것으로 볼 수 있으므로 **살인죄의 미수**가 된다.
- ④ (O) 예외설(불가분적 연관설, 실행행위시설)은 심신장애상태하에서의 실행행위를 실행의 착수로 보는 바 실행의 착수 전에 되돌아 왔으므로 옳은 지문이다.

정답 ④



009

남편이 출장을 가고 혼자 잠을 자고 있던 주부 甲은 새벽녘 누군가 문을 열고 들어오는 소리를 듣고 이를 강도로 생각하여 폭행하였다. 그러나 불을 켜고 확인한 결과 그는 출장을 갔다가 일찍 돌아온 남편이었다. 甲이 남편을 강도로 오인한 점에 대하여 과실이 있었던 경우, 옳은 설명은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [14.7급국가]

- ① 엄격책임설에 따르면 금지착오로 본다. 따라서 甲에게 오인에 정당한 이유가 있더라도 고의는 조각되지 않고 폭행죄로 처벌된다.
- ② 소극적 구성요건요소이론에 따르면 구성요건적 착오가 되어 고의가 조각된다. 따라서 甲은 과실폭행으로 처벌된다.
- ③ 제한적 책임설 중 구성요건적 착오의 규정을 유추적용하자는 견해에 따르면 甲에게 구성요건적 고의가 조각되어 고의범으로 처벌할 수 없으며, 과실폭행으로 처벌된다.
- ④ 법효과제한과 책임설은 고의의 이중적 기능을 인정하는 견해로 구성요건적 고의는 인정되지만 책임고의가 탈락된다. 따라서 甲은 무죄가 된다.

**해설**

**객관적 정당화 상황이 존재하지 않으나 행위자에게 위법성인식이 없는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오(오상방위)에 관한 사례이다.**

- ① (X) 엄격책임설은 위법성 인식을 고의와는 분리된 독자적인 책임요소로 이해하고, 위법성 인식이 없는 오상방위도 금지착오에 해당한다고 본다. 따라서 **오상방위의 경우 고의에는 영향이 없고, 정당한 이유가 있는 경우에 책임이 조각될 수 있고** 정당한 이유가 없는 경우 고의범으로 처벌된다고 본다. 사례에서 甲에게 오인에 정당한 이유가 있다면 책임이 조각되어 무죄가 된다.
- ② (X) 소극적 구성요건요소이론은 **위법성조각사유를 소극적 구성요건요소로 이해**하고, 위법성을 조각시키는 상황에 대한 착오도 구성요건적 착오가 된다고 본다. 따라서 **오상방위의 경우 구성요건적 착오규정이 직접 적용되어 고의가 조각되어 과실범이 문제된다.** 사례에서 甲은 과실폭행이 되나 폭행은 과실범을 처벌하지 않으므로 무죄가 된다.
- ③ (X) 제한적 책임설 중 유추적용설은 행위자에게 구성요건적 불법을 실현하려는 의사가 결여되어 행위반가치를 부정해야 하기 때문에 구성요건적 착오규정을 유추적용하여야 한다고 본다. 따라서 **오상방위의 경우 구성요건적 고의가 조각되어 과실범이 문제된다.** 사례에서 甲은 과실폭행이 되나 폭행은 과실범을 처벌하지 않으므로 무죄가 된다.
- ④ (O) 제한적 책임설 중 법효과제한적 책임설은 고의의 이중적 지위를 인정하는 견해로 행위자에게 객체를 침해한다는 인식과 의사가 있으므로 구성요건적 고의는 인정되지만 착오로 인하여 행위자에게 심정반가치를 인정할 수 없으므로 책임고의가 탈락된다고 본다. 따라서 **오상방위의 경우 구성요건적 고의는 조각되지 않고 책임고의가 조각되어 과실범이 문제된다.** 사례에서 甲은 과실폭행이 되나 폭행은 과실범을 처벌하지 않으므로 무죄가 된다.

**정답 ④**

010

甲은 늦은 밤 귀가하던 중 자신의 뒤편에서 다가오는 사람을 평소 자신을 살해하겠다고 협박하던 사람으로 오인하고, 이를 방위하기 위하여 소지하고 있던 전기충격기로 공격하여 상해를 가하였는데, 쓰러진 사람을 확인해보니 자신을 마중하러 나온 아버지였다. 이 경우 옳은 설명끼리 묶은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [20.법학특채]

보기

- ㉠ 위법성의 인식을 고의의 요소로 파악하는 엄격고의설에 의하면 위법성의 인식이 결여되어 고의가 탈락되므로 과실범 성립 여부만이 문제된다.
- ㉡ 엄격책임설에 의하면 고의는 조각되지 않고 오인에 정당한 이유가 있는지에 따라 책임조각의 유무만이 문제된다.
- ㉢ 제한적 책임설 중 유추적용설에 의하면 구성요건적 고의가 부정되므로 구성요건적 착오규정을 유추적용하여 오인에 정당한 이유가 있는 경우에 책임을 부정하게 된다.
- ㉣ 법효과제한적(전환적) 책임설은 고의가 구성요건요소인 동시에 책임요소이기도 하다는 ‘고의의 이중적 지위’를 인정하는 것을 이론적 배경으로 하고 있다.

- ① ㉠, ㉡, ㉢                      ② ㉠, ㉡, ㉣                      ③ ㉡, ㉢, ㉣                      ④ ㉠, ㉢, ㉣

해설

객관적 정당화 상황이 존재하지 않으나 행위자에게 위법성인식이 없는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오(오상방위)에 관한 사례이다.

- ㉠ (X) 제한적 책임설 중 유추적용설은 행위자에게 구성요건적 불법을 실현하려는 의사가 결여되어 행위반가치를 부정해야 하기 때문에 구성요건적 착오규정을 유추적용하여야 한다고 본다. 따라서 오상방위의 경우 구성요건적 고의가 조각되어 과실범이 문제된다. 따라서 행위자에게 과실이 있고 과실범 처벌규정이 있는 경우에 과실범이 성립한다. 오인에 정당한 이유가 있는 경우에 책임을 부정하는 견해는 엄격책임설이다.
- ㉡ (O) 엄격고의설은 위법성인식은 고의의 한 내용으로 사실의 인식과 위법성의 인식 모두가 있어야 고의가 인정된다고 이해한다. 따라서 오상방위의 경우 고의가 조각되어 과실책임 여부가 문제된다.
- ㉢ (O) 엄격책임설은 위법성 인식을 고의와는 분리된 독자적인 책임요소로 이해하고, 위법성 인식이 없는 오상방위도 금지착오에 해당한다고 본다. 따라서 오상방위의 경우 고의에는 영향이 없고, 정당한 이유가 있는 경우에 책임이 조각될 수 있고 정당한 이유가 없는 경우 고의범으로 처벌된다고 본다. 사례에서 甲에게 오인에 정당한 이유가 있다면 책임이 조각되어 무죄가 된다.
- ㉣ (O) 제한적 책임설 중 법효과제한적 책임설은 고의의 이중적 지위를 인정하는 견해로 행위자에게 객체를 침해한다는 인식과 의사가 있으므로 구성요건적 고의는 인정되지만 착오로 인하여 행위자에게 심정반가치를 인정할 수 없으므로 책임고의가 탈락된다고 본다. 따라서 오상방위의 경우 구성요건적 고의는 조각되지 않고 책임고의가 조각되어 과실범이 문제된다.

정답 ② (㉠㉡㉣)



# 011

乙은 지인들과 함께 등산하다가 야생동물에게 쫓겨 급히 도망치며 달리던 중 마침 甲의 전원주택을 발견하고 그 집으로 뛰어 들어가 몸을 숨겨 위기를 모면하였다. 이때 집주인 甲은 乙을 도둑으로 오인하여, 그를 쫓아내려는 의도로 “도둑이야!”라고 외쳤다. 乙은 甲에게 자초지종을 설명하려 다가가자 甲은 乙이 자신을 공격하려는 것으로 오인하여 乙의 가슴을 힘껏 밀어 넘어뜨렸다. 이 경우 옳은 설명은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [21.해경승진]

- ① 위 사례는 오상방위에 해당하며, 판례에 따르면 오인에 정당한 이유가 있는 경우 책임이 조각된다.
- ② 위 사례는 허용구성요건의 착오에 해당하며, 법효과제한적 책임설에 따르면 甲에게 폭행의 구성요건적 고의가 인정되나 책임고의가 부정되어 폭행죄는 성립하지 않는다.
- ③ 위 사례는 우연방위에 해당하며, 甲에게는 주관적 정당화 요소가 결여되어 있으므로 불능미수 유추설에 따르면 폭행죄가 성립되지 않으며 미수범으로 처벌된다.
- ④ 위 사례는 법률의 착오 중 포섭의 착오에 해당하며, 판례에 따르면 오인에 정당한 이유가 있는 경우 책임이 조각된다.

## 해설

**객관적 정당화 상황이 존재하지 않으나 행위자에게 위법성인식이 없는 위법성 조각사유의 전제사실에 관한 착오(오상방위)에 관한 사례이다.**

- ① (X) 판례는 오상방위와 관련하여 “그 오인에 정당한 이유가 있을 때에는 위법성이 조각된다”는 입장이다.
  - ※ 소속 중대장의 당번병이 근무시간 중은 물론 근무시간 후에도 밤늦게 까지 수시로 영외에 있는 중대장의 관사에 머물면서 집안일을 도와주고 그 자녀들을 보살피며 중대장 또는 그 처의 심부름을 관사를 떠나서까지 시키는 일을 해오던 중, 사건당일 중대장의 지시에 따라 관사를 지키고 있던 중 중대장과 함께 외출하던 그 처로부터 24:00경 비가 오고 밤이 늦어 혼자 귀가할 수 없으니 관사로부터 1.5킬로미터 가량 떨어진 지점까지 우산을 들고 마중을 나오라는 연락을 받고 당번병으로서 당연히 해야 할 일로 생각하고 그 지점까지 나가 동인을 마중하여 그 다음날 01:00경 귀가하였다면 위와 같은 당번병의 관사이탈 행위는 중대장의 직접적인 허가를 받지 아니 하였다 하더라도 **당번병으로서의 그 임무범위 내에 속하는 일로 오인하고 한 행위로서 그 오인에 정당한 이유가 있어 위법성이 없다고** 볼 것이다. (대법원 86도1406)
- ③ (X) 사례는 오상방위에 관한 사례이다. 주관적 정당화 요소가 결여되어 있으므로 불능미수 규정을 유추적용하여야 한다는 견해는 우연방위에 관한 불능미수범설의 견해이다.
- ④ (X) 오상방위는 포섭의 착오가 아니라 **위법성 조각사유의 전제사실에 관한 착오**에 해당한다. 오상방위를 엄격책임설은 법률의 착오로 보지만, 제한적 책임설은 법률의 착오가 아니라고 본다. 판례는 오상방위와 관련하여 “그 오인에 정당한 이유가 있을 때에는 **위법성이 조각된다**”는 입장이다. (대법원 86도1406)
- ② (O) 허용구성요건적 착오란 위법성 조각사유의 전제사실에 대한 착오를 의미하며 법효과제한적 책임설은 **고의의 이중적 지위를 인정**하는 견해로 행위자에게 객체를 침해한다는 인식과 의사가 있으므로 구성요건적 고의는 인정되지만 착오로 인하여 행위자에게 심정반가치를 인정할 수 없으므로 책임고의가 탈락된다고 본다. 따라서 **오상방위의 경우 구성요건적 고의는 조각되지 않고 책임고의가 조각되어 과실범이 문제된다.** 사례에서 甲은 과실폭행이 되나 폭행은 과실범을 처벌하지 않으므로 무죄가 된다.

정답 ②

012

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」 제7조 제1항 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. 이 경우 옳은 것끼리 묶은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [21.순경1차]

보기

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

- ① ㉠, ㉡, ㉣                      ② ㉡, ㉢, ㉣                      ③ ㉠, ㉢, ㉣                      ④ ㉠, ㉡, ㉣

해설

객관적 정당화 상황이 존재하지 않으나 행위자에게 위법성인식이 없는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오(오상정당행위)에 관한 사례이다.

- ㉠ (X) 법효과제한적 책임설은 고의의 이중적 지위를 인정하는 견해로 행위자에게 객체를 침해한다는 인식과 의사가 있으므로 구성요건적 고의는 인정되지만 착오로 인하여 행위자에게 심정반가치를 인정할 수 없으므로 책임고의가 탈락된다고 본다. 따라서 오상정당행위의 경우 구성요건적 고의는 조각되지 않고 책임고의가 조각되어 과실범이 문제된다. 사례에서 甲은 과실 주거침입이 되나 주거침입죄는 과실범을 처벌하지 않으므로 무죄가 된다.
- ㉡ (O) 엄격고의설은 위법성인식은 고의의 한 내용으로 사실의 인식과 위법성의 인식 모두가 있어야 고의가 인정된다고 이해한다. 따라서 오상정당행위의 경우 고의가 조각되어 과실책임여부가 문제된다. 사례에서 甲은 과실 주거침입이 되나 주거침입죄는 과실범을 처벌하지 않으므로 무죄가 된다.
- ㉢ (O) 엄격책임설은 오상정당행위를 법률의 착오로 본다. 엄격책임설은 위법성 인식을 고의와는 분리된 독자적인 책임요소로 이해하고, 위법성 인식이 없는 오상방위도 금지착오에 해당한다고 본다. 따라서 오상방위의 경우 고의에는 영향이 없고, 정당한 이유가 있는 경우에 책임이 조각될 수 있고 정당한 이유가 없는 경우 고의범으로 처벌된다고 본다. 사례에서 甲에게 오인에 정당한 이유가 있다면 책임이 조각되어 무죄가 된다.



## 012

### 해설

㉞ (○) 소속 중대장의 당번병이 근무시간중은 물론 근무시간 후에도 밤늦게 까지 수시로 영외에 있는 중대장의 관사에 머물면서 집안일을 도와주고 그 자녀들을 보살피며 중대장 또는 그 처의 심부름을 관사를 떠나서까지 시키는 일을 해오던 중 사건당일 중대장의 지시에 따라 관사를 지키고 있던중 중대장과 함께 외출나간 그 처로부터 24:00경 비가 오고 밤이 늦어 혼자 귀가할 수 없으니 관사로부터 1.5킬로미터 가량 떨어진 지점까지 우산을 들고 마중을 나오라는 연락을 받고 당번병으로서 당연히 해야 할 일로 생각하고 그 지점까지 나가 동인을 마중하여 그 다음날 01:00경 귀가하였다면 위와 같은 당번병의 관사이탈 행위는 중대장의 직접적인 허가를 받지 아니 하였다 하더라도 **당번병으로서의 그 임무범위 내에 속하는 일로 오인하고 한 행위로서 그 오인에 정당한 이유가 있어 위법성이 없다**고 볼 것이다.(대법원 86도1406)

정답 ④ (㉞㉟㉠)

## 013

다음 사례에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? [22.경간]

### 사례

회사원 甲은 부인에게 일이 밀려 밤샘 작업을 해야 한다고 거짓말을 하고 초등학교 동창을 만나 술을 마신 후 친구와 헤어져 집 앞에 도착하였다. 甲은 술기운 때문에 아파트 현관문 도어락 번호키를 누르다가 계속 오류가 났다. 잠귀가 밝은 甲의 부인 乙은 이미 남편으로부터 일 때문에 집에 오지 못한다는 연락을 받았던 터라 남편이라고는 생각하지 못했고, 더구나 도어락 번호가 계속 오류가 나는 것을 보고 남편이 아니라 도둑이라고 생각했다. 문 뒤에 골프채를 들고 서 있다가 들어오는 남편을 도둑이라고 생각하고 힘껏 내려쳤다. 甲은 피를 흘리며 쓰러졌고, 전치 4주의 상해를 입었다.

- ① 제한적책임설 중 법효과제한적 책임설에 따르면 乙이 甲을 도둑으로 오인하였더라도 상해의 고의는 부정되지 않으므로 특수상해죄의 죄책을 진다.
- ② 엄격책임설에 따르면 乙이 甲을 도둑으로 오인하는데 정당한 이유가 인정되는 경우 특수상해죄의 구성요건해당성은 인정되나 책임이 부정되어 무죄이다.
- ③ 구성요건착오 유추적용설에 따르면 상해에 대한 불법고의가 부정되므로 특수상해죄는 성립하지 않는다.
- ㉞ 엄격고의설에 따르면 상해의 고의가 부정되어 책임이 조각되므로 특수상해죄로 처벌할 수 없다.

객관적 정당화 상황이 존재하지 않으나 행위자에게 위법성인식이 없는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오(오상방위)에 관한 사례이다.

- ① (X) 제한적 책임설 중 법효과제한적 책임설은 고의의 이중적 지위를 인정하는 견해로 행위자에게 객체를 침해한다는 인식과 의사가 있으므로 구성요건적 고의는 인정되지만 착오로 인하여 행위자에게 심정반가치를 인정할 수 없으므로 책임고의가 탈락된다고 본다. 따라서 오상방위의 경우 구성요건적 고의는 조각되지 않고 책임고의가 조각되어 과실범이 문제된다. 사례에서 乙이 甲을 도둑으로 오인하였다 하더라도 상해를 가한다는 인식과 인용이 있으므로 구성요건적 고의는 조각되지 않지만, 도둑이라는 착오로 인하여 乙의 심정반가치를 인정할 수 없으므로 상해의 불법고의는 인정되지만 상해의 책임고의가 조각되어 법적 효과에 있어서는 구성요건적 착오와 동일하게 취급한다. 따라서 상해의 책임고의가 부정되므로 乙에게는 특수상해죄는 성립하지 않고 과실이 있는 경우에 한하여 과실치상죄로 처벌된다.
- ② (O) 엄격책임설은 위법성 인식을 고의와는 분리된 독자적인 책임요소로 이해하고, 위법성 인식이 없는 오상방위도 금지착오에 해당한다고 본다. 따라서 오상방위의 경우 고의에는 영향이 없고, 정당한 이유가 있는 경우에 책임이 조각될 수 있고 정당한 이유가 없는 경우 고의범으로 처벌된다고 본다. 사례에서 乙에게 오인에 정당한 이유가 있다면 책임이 조각되어 무죄가 된다.
- ③ (O) 제한적 책임설 중 유추적용설은 행위자에게 구성요건적 불법을 실현하려는 의사가 결여되어 행위반가치를 부정해야 하기 때문에 구성요건적 착오규정을 유추적용하여야 한다고 본다. 따라서 오상방위의 경우 구성요건적 고의가 조각되어 과실범이 문제된다. 사례에서 상해에 대한 불법고의가 부정되므로 乙에게는 특수상해죄는 성립하지 않고 과실이 있는 경우에 한하여 과실치상죄로 처벌된다.
- ④ (O) 엄격고의설은 위법성인식은 고의의 한 내용으로 사실의 인식과 위법성의 인식 모두가 있어야 고의가 인정된다고 이해한다. 따라서 오상방위의 경우 고의가 조각되어 과실책임여부가 문제된다. 사례에서 상해에 대한 책임고의가 부정되므로 乙에게는 특수상해죄는 성립하지 않고 과실이 있는 경우에 한하여 과실치상죄로 처벌된다.

정답 ①



# 014

다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것만을 모두 고르면?

[21.7급국가]

### 사례

조직폭력단 두목 甲은 그에게 깜짝 이벤트를 해주기 위하여 한밤중에 甲의 집에 몰래 들어온 여자친구 A를 암살범으로 오인하고 자신의 생명을 보호하기 위하여 골프채로 머리를 힘껏 가격하였다. 이로 인하여 A는 두개골 골절상으로 사망하였다.

- ㉠ 판례에 의하면 객관적 정당화요소가 없으므로 甲에게 위법성이 조각될 여지는 없다.
- ㉡ 고의의 성립에 위법성에 대한 현실적인 인식이 필요하다는 입장에 의하면, 甲에게 살인의 고의가 인정되지 않는다.
- ㉢ 고의의 이중적 기능을 인정하는 입장에 의하면, 甲의 경우 책임고의가 조각되지만, 구성요건적 고의는 인정된다.
- ㉣ 위법성 인식을 책임요소로 보면서도 사례의 경우는 사실의 착오와 같이 해결되어야 한다는 입장에 의하면, 甲에게 고의가 조각되며 과실치사죄가 성립할 가능성은 있다.
- ㉤ 위법성 인식을 예외 없이 독자적 책임요소로 보는 입장에 의하면, 甲에게 항상 책임이 조각되므로 제한적 종속형식에 따르면 악의의 공범이 성립할 수 있다.

① ㉠, ㉡

② ㉠, ㉢

③ ㉢, ㉣

④ ㉠, ㉤

### 해설

**객관적 정당화 상황이 존재하지 않으나 행위자에게 위법성인식이 없는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오(오상방위)에 관한 사례이다.**

- ㉠ (X) 판례는 오상방위와 관련하여 “그 오인에 정당한 이유가 있을 때에는 위법성이 조각된다”는 입장이다.
  - ※ 소속 중대장의 당번병이 근무시간중은 물론 근무시간 후에도 밤늦게 까지 수시로 영외에 있는 중대장의 관사에 머물면서 집안일을 도와주고 그 자녀들을 보살피며 중대장 또는 그 처의 심부름을 관사를 떠나서까지 시키는 일을 해오던 중 사건당일 중대장의 지시에 따라 관사를 지키고 있던중 중대장과 함께 외출나간 그 처로부터 24:00경 비가 오고 밤이 늦어 혼자 귀가할 수 없으니 관사로부터 1.5킬로미터 가량 떨어진 지점까지 우산을 들고 마중을 나오라는 연락을 받고 당번병으로서 당연히 해야 할 일로 생각하고 그 지점까지 나가 동인을 마중하여 그 다음날 01:00경 귀가하였다면 위와 같은 당번병의 관사이탈 행위는 중대장의 직접적인 허가를 받지 아니 하였다 하더라도 **당번병으로서의 그 임무범위 내에 속하는 일로 오인하고 한 행위로서 그 오인에 정당한 이유가 있어 위법성이 없다고 볼 것이다.**(대법원 86도1406)

014

- ㉔ (X) 위법성 인식을 예외 없이 독자적 책임요소로 보는 견해는 엄격책임설이다. 즉 엄격책임설은 위법성 인식을 고의와는 분리된 독자적인 책임요소로 이해하고, 위법성 인식이 없는 오상방위도 금지착오에 해당한다고 본다. 따라서 **오상방위의 경우 고의에는 영향이 없고, 정당한 이유가 있는 경우에 책임이 조각될 수 있고** 정당한 이유가 없는 경우 고의범으로 처벌된다고 본다. 제한적 종속형식에 의할 때 책임이 조각될 뿐 고의불법은 인정되므로 악의의 공범이 성립할 수 있다. 다만, **정당한 이유가 있는 경우에만 책임이 조각되므로** 항상 책임이 조각된다는 표현은 옳지 않다.
- ㉕ (O) 고의의 성립에 위법성에 대한 현실적인 인식이 필요하다는 입장은 엄격고의설이다. 엄격고의설은 **위법성인식은 고의의 한 내용**으로 사실의 인식과 위법성의 인식 모두가 있어야 고의가 인정된다고 이해한다. 따라서 오상방위의 경우 **고의가 조각되어 과실책임 여부가 문제된다.**
- ㉖ (O) 제한적 책임설 중 법효과제한적 책임설은 **고의의 이종적 지위를 인정**하는 견해로 행위자에게 객체를 침해한다는 인식과 의사가 있으므로 구성요건적 고의는 인정되지만 착오로 인하여 행위자에게 심정반가치를 인정할 수 없으므로 책임고의가 탈락된다고 본다. 따라서 **오상방위의 경우 구성요건적 고의는 조각되지 않고 책임고의가 조각되어 과실범이 문제된다.** 사례에서 무은 과실치사죄가 성립할 수 있다.
- ㉗ (O) 제한적 책임설 중 유추적용설은 행위자에게 구성요건적 불법을 실현하려는 의사가 결여되어 행위반가치를 부정해야 하기 때문에 구성요건적 착오규정을 유추적용하여야 한다고 본다. 따라서 **오상방위의 경우 구성요건적 고의가 조각되어 과실범이 문제된다.** 사례에서 무은 과실치사죄가 성립할 수 있다.

정답 ④ (㉕㉗)

015

새벽에 귀가 중인 **甲**에게 **노숙자 A**가 구걸을 하려고 접근하였다. 그러나 **甲**은 이전에 소위 ‘**퓌치기**’ 강도를 당한 경험 때문에, **A**를 ‘**퓌치기**’ 강도로 오인하였다. 이때 현장에 온 **택시기사 B**이 **A**가 노숙자이고 구걸을 하려는 것을 알면서도, **甲**에게 “**A**가 당신을 공격하려 한다.”라고 말하였다. 이에 **甲**은 그 말을 믿고 **A**를 폭행하였다. **甲**과 **B**의 형사책임에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? [21. 변호사시험]

- ① 소극적 구성요건요소이론에 의하면 **甲**의 착오는 사실의 착오(구성요건적 착오)에 해당하며 폭행죄의 고의가 부정된다.
- ② 엄격책임설에 의하면 **甲**의 착오는 법률의 착오에 해당하여 오인함에 정당한 이유가 없는 경우 폭행죄가 성립한다.
- ③ 구성요건적 착오규정을 유추적용하는 견해에 의하면 **甲**의 고의가 부정되어 폭행죄가 성립하지 않는다.
- ④ 법효과제한적 책임설에 의하면 **甲**에게 고의불법은 인정되지만 고의책임이 배제되어 폭행죄가 성립하지 않는다.
- ⑤ 소극적 구성요건요소이론과 법효과제한적 책임설에 따르면 제한적 종속형식에 의할 때 **乙**은 **甲**의 행위에 대하여 폭행죄의 교사범이 된다.



객관적 정당화 상황이 존재하지 않으나 행위자에게 위법성인식이 없는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오(오상방위)에 관한 사례이다.

- ⑤ (X) 소극적 구성요건요소이론은 위법성조각사유를 소극적 구성요건요소로 이해하고, 위법성을 조각시키는 상황에 대한 착오도 구성요건적 착오가 된다고 본다. 따라서 **오상방위의 경우 구성요건적 착오규정이 직접 적용되어 고의가 조각되어 과실범이 문제된다.** 그리고 공범은 정범이 고의범인 경우에 한하여 성립한다. 그런데 소극적 구성요건표지 이론에 의하면 오상방위의 경우 정범이 과실범으로 처벌되기 때문에 공범이 성립할 수 없게 되고 간접정범의 성립이 가능하다. 따라서 사례에서 乙은 폭행죄의 간접정범이 성립할 수 있다. 다만, **법효과제한적 책임설**은 구성요건적 고의는 조각되지 않고 책임고의만 조각되므로 정범은 **불법에 있어서는 고의범으로 인정되고 따라서 공범 성립이 가능하게 된다.** 그러므로 사례에서 乙은 폭행죄의 교사범이 성립한다.
- ① (O) 소극적 구성요건요소이론은 2단계 범죄구조를 전제로 위법성 조각사유는 소극적 구성요건요소이므로 위법성을 조각시키는 상황에 대한 착오도 구성요건적 착오가 되므로 구성요건적 착오규정(형법 제13조)을 직접 적용하여 고의가 조각된다. 따라서 사안의 경우 폭행죄의 고의가 조각된다.
- ② (O) 엄격책임설은 위법성 인식을 고의와는 분리된 독자적인 책임요소로 이해하고, 위법성 인식이 없는 오상방위도 금지착오에 해당한다고 본다. 따라서 **오상방위의 경우 고의에는 영향이 없고, 정당한 이유가 있는 경우에 책임이 조각될 수 있고** 정당한 이유가 없는 경우 고의범으로 처벌된다고 본다. 사례에서 甲에게 오인에 정당한 이유가 없는 경우 폭행죄가 성립한다.
- ③ (O) 제한적 책임설 중 유추적용설은 행위자에게 구성요건적 불법을 실현하려는 의사가 결여되어 행위반가치를 부정해야 하기 때문에 구성요건적 착오규정을 유추적용하여야 한다고 본다. 따라서 **오상방위의 경우 구성요건적 고의가 조각되어 과실범이 문제된다.** 사례에서 甲은 과실폭행이 되나 폭행은 과실범을 처벌하지 않으므로 무죄가 된다.
- ④ (O) 제한적 책임설 중 법효과제한적 책임설은 **고의의 이중적 지위를 인정**하는 견해로 행위자에게 객체를 침해한다는 인식과 의사가 있으므로 구성요건적 고의는 인정되지만 착오로 인하여 행위자에게 심정반가치를 인정할 수 없으므로 책임고의가 탈락된다고 본다. 따라서 **오상방위의 경우 구성요건적 고의는 조각되지 않고 책임고의가 조각되어 과실범이 문제된다.** 사례에서 甲은 과실폭행이 되나 폭행은 과실범을 처벌하지 않으므로 무죄가 된다.

정답 ⑤