

◎ 제15회 변호사시험 형법 사례형 문제 총평

1. 출제된 내용 분석

(1) 사례형 문제는 제1문 100점(형법 60점, 형소법 40점), 제2문 100점(형법 60점, 형소법 40점) 총 200점 분량으로 2문제 모두 형법과 형사소송법의 통합형으로 출제되었습니다. 변호사시험에서 제2문 배점이 형법 60점, 형사소송법 40점인 경우는 제3회, 제6회, 제7회, 제10회에 이어 5번째입니다.

(2) 지난 제1~제8회 시험까지는 형법과 형사소송법을 전체를 하나의 틀로 출제하는 방식이었는데, 제9회 시험부터는 쟁점을 나누어서 물어보는 방식으로 출제형태가 변화되었고, 지난 제13회+제14회 시험에 이어서 이번 제15회 시험에서도 더 세분화되어 이러한 출제방식이 완전한 틀로 자리 잡은 것을 알 수 있었습니다. 그리고 [제1문]이나 [제2문] 아래 <문제>에서 또다시 위의 본 문제의 ‘스핀오프’ 버전의 문제를 출제하는 방식은 확실하게 고정된 형태로 보입니다.

(3) 지난 제14회 시험에서 공무집행방해죄에 있어 ‘적법성’의 착오와 준강도죄의 공동정범의 성립을 비판하는 다수설의 입장을 서술하는 쟁점이 출제되었습니다. 이번 제15회 시험에서도 ① 부진정부작위범에 있어 ‘보증인지위의 착오’에 관한 ‘구성요건요소설’과 ‘이분설’의 입장을 물어보는 쟁점이나 ② 형사미성년자를 이용한 범죄에 대한 간접정범 또는 교사범의 성립 여부 ③ 그리고 자기 범죄의 범인은닉·도피교사나 무고교사, 위증교사, 증거인멸교사에 대하여 무죄를 인정하는 다수설의 입장 등 기존의 ‘위법성조각사유의 전제사실의 착오’나 ‘우연방위’를 넘어서서 형법이론의 저 깊숙한 곳에 있는 쟁점들이 출제되었습니다.

(4) 지난 제14회 시험에 이어 이번 제15회 시험에서도 총론상의 형법이론쟁점의 본질적인 내용이 더 많이 더 넓게 출제되고, 각론에서도 판례의 태도에 대응하는 다수설의 입장을 물어보는 출제가 폭 넓게 이루어졌습니다. 또한 객관식 문제에서 ① 행위불법(행위반가치)이나 결과불법(결과반가치)를 물어보는 문제나 ② 위법성조각사유의 근거원리를 ‘이익형량’과 ‘이익흡결’로 나누는 견해 등도 제15회 시험에서 처음 출제된 것으로 형법이론의 깊숙한 영역에 해당한다고 할 것입니다. 향후 제16회 시험을 대비해서도 단순히 형법암기장 수준을 넘어서는 폭 넓은 형법내용의 학습이 불가결할 것이라고 사료됩니다.

2. 제1문 출제 쟁점

(1) 제1문 (1)과 (3)에서 甲의 죄책과 관련하여 ① A 주식회사 대표이사 甲의 A회사에 대한 업무상 배임죄의 성부 ② 근저당권자인 대한민국에 대한 부동산 이중저당(근저당+가등기)에 대한 배임죄의 성부 ③ A회사 이사회 회의록 기재내용과 관련한 사문서위조죄의 성부 등이 출제되었습니다.

① A 주식회사 대표이사 甲이 자신의 개인채무(사안에서는 ‘상속세’)를 담보하기 위하여 회사 소유의 부동산에 대하여 근저당권설정등기(대한민국이 근저당권자)를 마쳐 주어 업무상 배임죄가 성립한 이후에 그 부동산에 대하여 새로운 담보권을 설정해 주는 행위는 별도의 업무상 배임죄를 구성합니다(대판 2005.10.28. 2005도4915). → 피해자 A회사(A회사 소유의 시가 100억 상당 S건물)에 대하여 ㉠ 대한민국에 대한 근저당설정행위(채권최고액 40억)와 ㉡ 丁 명의로 소유권이전등기청구권 가등기(40억 차용금 담보명목)를 마친 행위에 대하여 2개의 업무상 배임죄가 성립합니다. ㉢ 물론 피해액이 5억원이 넘으므로 특경법 제3조 제1항에 의하여 가중처벌됩니다.

② A 주식회사 대표이사 甲이 ㉠ A회사 소유의 부동산(S건물)에 대하여 근저당권설정등기(대한민국이 근저당권자)를 마쳐 준 다음, 다시 丁 명의로 소유권이전등기청구권 가등기를 마친 행위에 대하여 선순위저당권자인 대한민국에 대하여 배임죄가 성립하는지 문제됩니다. 이는 바로 ‘부동산 이중저당’의 문제입니다. ㉡ 판례는(대판 2020.6.18. 2019도14340 전원합의체) 부동산 이중저당의 경우, 채무자의 근저당권설정의무는 근저당권설정계약에 따른 채무자 자신의 사무일 뿐, 타인의 사무가 아니므로 배임죄가 성립하지 않는다는 입장입니다.

③ A회사 대표이사 甲이 허위내용의 이사회 회의록을 작성한 행위 → ㉠ 이사회의 출석 및 의결에 관한 권한을 위임하고 불참한 이사들이 이사회에 참석하여 의결권을 행사한 것처럼 이사회회의록을 작성한 경우, 사문서위조죄는 성립하지 않습니다(대판 1985.10.22. 85도 1732). ㉡ 대표이사는 주식회사 이사회 회의록을 작성할 수 있는 작성권한이 있기 때문에 사안은 ‘사문서의 무형위조’가 되어 사문서위조죄가 성립하지 않습니다. ㉢ 다만 이사 X가 이미 사임하였기 때문에 X 이사 명의로 서명날인한 행위는 사인위조죄나 사서명위조죄에 해당할 수 있으나, 甲은 X 이사가 사임한 사실을 알지 못하므로 위조의 고의가 조각되어 사인위조죄 등이 성립할 수 없습니다.

(2) 제1문 (2)에서는 ① 대표이사의 대표권 남용과 업무상 배임죄의 성부 ② 가중적 신분과 공범의 성부 ③ 배임수증재죄의 성부가 쟁점이 됩니다.

① B주식회사 대표이사 丙이 B회사에 대한 업무상 배임죄의 정범(주범)이 되고, 甲과 乙이 공범이 됩니다. ㉠ 丙이 A회사에 지급능력이 없다는 것을 알면서도 A회사 발행의 액면가 3억원의 약속어음에 B회사 명의로 배서를 한 행위는 대표이사의 대표권 남용에 해당하여 B회사에게 타인에 대한 지급보증 채무를 부담지우는 것이므로 B회사에 대한 업무상 배임행위가 됩니다. ㉡ 그리고 약속어음에 배서를 함으로써 통상적으로 제3자에게 유통될 것이 확실하므로 업무상 배임죄는 기수가 됩니다. 물론 이러한 논거는 확실히 기술해야 할 것입니다. ㉢ 甲과 乙은 B회사에 대한 업무상 배임죄에 대하여는 비신분자이므로 ‘가중적 신분과 공범’이 쟁점이 되며, 제15회 변시까지 사례형 5번째 출제입니다. ㉣ 甲과 乙이 丙에게 어음배서라는 ‘부정한 청탁’을 하며, 사례금을 준 행위는 배임증재죄의 공동정범, 丙은 배임수재죄가 되며, 배임수재죄와 업무상 배임죄는 실제적 경합입니다(판례).

(3) 제1문 (3)에서는 丁이 甲에게 가동기 설정을 요구한 행위가 업무상 배임죄의 공범이 될 수 있는지 여부가 쟁점입니다.

① 丁이 무죄인 논거: 대법원 판례의 입장 → ㉠ [대판 2005.10.28. 2005도4915. → 위의 근저당설정에 의한 업무상 배임죄 성립과 동일한 판례임] 거래상대방의 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄에 있어서 거래상대방으로서는 기본적으로 배임행위의 실행행위자와는 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임한다는 점을 감안할 때, 거래상대방이 배임행위를 교사하거나 그 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극가담함으로써 그 실행행위자와의 계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 되는 경우 배임죄의 교사범 또는 공동정범이 될 수 있음은 별론으로 하고, 관여의 정도가 거기에까지 이르지 아니하여 법질서 전체적인 관점에서 살펴볼 때 사회적 상당성을 갖춘 경우에 있어서는 비록 정범의 행위가 배임행위에 해당한다는 점을 알고 거래에 임하였다는 사정이 있어 의견상 방조행위로 평가될 수 있는 행위가 있었다 할지라도 범죄를 구성할 정도의 위법성은 없다고 봄이 상당하다. ㉡ 적극가담의 정도에 이르지 못하였으므로 방조도 성립할 수 없다는 취지입니다.

② 丁이 유죄인 논거: 위 사안의 고등법원 입장 → ㉢ 그럼에도 불구하고, 원심(부산고법 2005. 6. 22. 선고 2004노889 판결)은 피고인 丁이 이 사건 가동기를 설정받은 행위가 배임방조죄를 구성한다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 배임방조죄에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다. ㉣ 적극 가담의 정도에 이르렀으면 공동정범이고, 그 정도에 이르지 못하였어도 최소한 중범으로는 처벌할 수 있다는 취지입니다.

③ 10점 분량이니만큼 무죄 또는 유죄의 논거만 정확하고 간결하게 전달하면 될 것입니다.

(4) 제1문 (4)에서는 변호사 戊에 대하여 ① 위계 공무집행방해죄와 ② 건조물침입죄의 성부가 쟁점입니다.

① 판례(대판 2022.3.31. 2018도15213)는 ㉤ 녹음·녹화 등을 할 수 있는 전자장비를 비수용자가 감시·단속을 피하여 교정시설 안으로 반입하는 것을 공무원이 적발하지 못하였다면 이는 공무원이 감시·단속이라는 직무를 소홀히 한 결과일 뿐 위계로 공무집행을 방해한 것이라고 볼 수 없다는 입장입니다. ㉥ 다만 변호사가 접견을 핑계로 수용자를 위하여 휴대전화 등을 구치소 내로 몰래 반입하여 이용하게 한 행위가 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성한다는 판례(대판 2005.8.25. 2005도1731)도 있으나, 이는 교도관에 대하여 그가 충실히 직무를 수행한다고 하더라도 통상적인 업무처리과정하에서는 사실상 적발이 어려운 위계를 적극적으로 사용한 경우입니다. ㉦ 사안에서는 교도관 Y가 몸수색을 소홀히 하였다는 내용이 설시되어 있는 만큼 위계 공무집행방해죄는 성립 불가입니다.

② 그리고 변호사 戊는 접견신청이라는 통상적인 출입방법으로 공공장소인 구치소에 들어간 것이므로 건조물침입죄는 성립하지 않습니다.

2. 제2문 출제 쟁점

(1) 제2문 (1)과 (2)에서는 ① 절도죄의 간접정범 또는 교사범의 성부와 친족상도례 ② 부진정부작위범의 성립에 있어 ‘보증인지위의 착오’에 대한 구성요건요소설과 이분설 ③ 연쇄장물의 장물성 등이 출제되었습니다.

① 甲의 죄책과 관련하여 ㉠ 17세 소년으로 책임능력자인 甲이 10세 소년인 책임무능력자 A를 사주하여 丁의 사무실에서 무대의상을 훔쳐오게 한 행위에 대하여는 절도죄의 간접정범 또는 절도죄의 교사범의 성부가 문제됩니다. ㉡ 다수설인 간접정범설은 형사미성년자를 이용한 행위이므로 당연히 의사지배가 인정되어 절도죄의 간접정범이 성립한다는 견해입니다(간접정범도 정범이므로 장물취득죄 불성립). ㉢ 교사범설은 10세 정도의 소년에 대하여는 의사지배를 인정할 수 없다고 보면서 A의 절도행위에 대한 책임은 조각되지만 위법성까지는 인정되므로 공범종속형식 중 제한종속형식에 따라 절도죄의 교사범이 성립한다는 견해입니다(장물취득죄 성립). ㉣ 판례는 없고, 어느 견해를 취하든 무방합니다. ㉤ 형법총론 이론에서는 지극히 기초적이고 상식적인 내용이지만, 잘 다루지 않는 내용으로 바로 답안을 작성하기는 쉽지 않았을 것입니다. ㉥ 甲과 절도피해자 丁은 이종사촌의 친족이므로 친고죄로서의 친족상도례를 언급하여야 합니다. 형법시험 당일 수령한 25.12.30일 개정된 내용으로 현출하여야 할 것입니다.

② 乙의 죄책과 관련하여 ㉦ 절취행위를 한 A의 어머니 乙이 우연히 A가 절취하는 행위를 보았으나 A와 닮은 다른 사람으로 생각하고는 그냥 지나친 것은 부진정부작위범의 성립에 있어 ‘보증인지위의 착오’를 일으킨 것입니다. ㉧ 이에 대하여는 ‘구성요건요소설’과 다수설의 입장인 ‘이분설’이 대립하는바, 문제에서는 이분설로 해결해야 할 것이라고 설정되어 있습니다. ㉨ 그런데 ‘보증인지위의 착오’에 대하여는 구성요건요소설이나 이분설 모두 ‘구성요건적 착오(사실의 착오)’로 본다는 점에서는 견해가 일치하기 때문에 고의가 조각되어 부작위에 의한 절도죄의 정범이든 아니면 방조범이든 성립하지 않고 무죄가 됩니다. ㉩ 이 쟁점은 본 강사가 지난 2025년 종합반 제1순환 1회 사례형 문제 1번 쟁점으로 출제한 바 있습니다.

③ 丙에 대하여는 ㉪ 장물취득죄의 성부가 문제되는바, 절도장물인 丁의 신인가수상 트로피는 형사미성년자인 B를 거쳐서 丙으로 이전된 것이므로 연쇄장물의 장물성도(반출 정도) 언급하여야 합니다. 연쇄장물의 장물성은 당연히 인정됩니다(판례 없음). ㉫ 또한 장물은 본범의 행위가 위법성까지만 인정되어도 장물성이 인정된다는 것이 판례의 태도입니다. A와 B의 범행에 대하여는 위법성이 인정됩니다.

(2) 제2문 (3)에서는 무고죄의 성부와 자기 범죄의 무고교사죄의 성부가 쟁점입니다.

① 자기 범죄의 범인은닉·도피교사(제3회, 10회)나 위증교사(제2회)는 이미 출제가 된 바 있고, 증거인멸교사와 무고교사가 제14회까지는 아직 출제되지 않았으나, 이번 제15회에서 자기 범죄의 무고교사가 출제되었습니다.

② 위의 4개의 쟁점은 법리가 모두 동일합니다. ㉠ 판례의 입장인 교사범성립 긍정설은 ‘자기 방어권의 남용’ ㉡ 다수설의 입장인 부정설은 ‘자기 방어권(비호권)의 연장’이 법적인 논거가 됩니다. ㉢ 위낙 자주 보는 쟁점인 만큼 이 부분은 제대로 된 답안현출이 관건입니다. ③ 다만 나머지 3개 쟁점과는 달리 자기 범죄의 무고교사에서 판례에 따라 ‘공범의 종속성’의 법리로 사안을 해결하여도 좋습니다.

(3) 제2문 (4)에서는 ① 공용서류무효죄 ② 허위공문서작성죄 및 동행사죄, 그리고 직무유기죄의 성부와 죄수관계가 쟁점입니다.

① 사법경찰관 戊가 사건을 무마하고자 丁에 대한 진술조서를 파쇄한 행위는 정당한 권한 없이 공무소에서 사용하는 서류의 효용을 해함으로써 성립하는 범죄인 공용서류무효죄를 구성합니다. ㉠ 이때 戊가 신문담당 수사관으로서 권한 있는 자라는 점에서 진술조서를 파쇄할 권한이 있는 것으로 보이나, 戊가 임의로 진술조서를 불태워서 폐기한 행위는 정당한 처분에 의한 공용서류의 파기에 해당한다고 볼 수 없고, ㉡ 판례(대판 1995.11.10. 95도 1395)는 공무원이 작성하는 공문서는 그것이 작성자의 지배를 떠나 작성자로서도 그 변경삭제가 불가능한 단계에 이르렀다면 작성자의 (자의적인)파기행위 등도 형법 제141조 소정의 공용서류의 효용을 해하는 행위에 해당한다는 입장입니다.

② 사법경찰관 戊가 ㉠ 이미 피해자 진술을 마친 ‘丁이 소환에 불응하여 조사를 할 수 없었다.’는 허위내용으로 ‘불송치 결정서’를 작성하여 수사기록에 편철한 행위는 허위공문서작성죄 및 동행사죄에 해당합니다. ㉡ 戊가 사건을 무마하려고 ‘불송치 결정서’를 작성한 것은 직무유기행위에 해당하나, ㉢ 이는 위법사실을 적극적으로 은폐할 목적으로 허위공문서를 작성, 행사한 경우이므로 판례에 따라 戊에게는 허위공문서작성 및 동행사죄만이 성립하고 직무유기죄는 따로 성립하지 않습니다.

3. 이번 제15회 변호사시험에서 출제된 형법사례문제는 단지 ‘형사미성년자를 이용한 절도죄의 간접정범이나 교사범의 성부’, 그리고 ‘공용서류무효죄’를 제외하고는 모두가 본 강사가 지난 2025년 월비스 한림법학원 종합반 정규과정 1순환~4순환에서 출제한 형법사례쟁점들과 일치하였습니다.

그 중에서도 지난 2025년 월비스 한림 종합반에서 출제한 사례쟁점들 중 3개를 골라서 가감 없이 그대로 올려놓도록 하겠습니다.

1. 종합반 1순환 모의고사 1회 문제 - 보증인지위의 착오

【문제】

(1) 대부업체 직원 甲은 휴일 날 회사에 불려나와 일을 하다가 평소 사이가 좋지 않았던 동료직원인 A와 시비가 붙자 격분하여 둔기로 A를 때려서 상해를 입은 A는 그만 죽은 듯 실신을 하고 말았다. 甲은 A가 입은 부상의 정도가 너무나 심해서 A를 빨리 병원으로 옮기는 등 구조조치를 취하지 않으면 죽을 수도 있다고 생각했으나, A가 맞을 짓을 해서 때린 것이기 때문에 자신의 행동은 정당하고 아무런 잘못이 없으므로 A를 구해주지 않아도 괜찮다고 생각하고는 실신한 A를 그대로 방치하고 사무실을 나가버렸다. 즉시 병원으로 후송되었더라면 얼마든지 살 수 있었던 A는 방치된 탓에 끝내 사망하고 말았다.

1. 사례 (1)에서 甲을 살인죄로 처벌할 수 있는 경우를 논하시오.(35점)

【쟁점추출 포인트】 ① 甲이 위험한 물건인 둔기로 A를 때려서 상해를 입힘. → 특수상해죄 ② A가 입은 부상의 정도가 너무나 심해서 A가 죽을 수도 있다는 것을 알았음. → ㉠ 살인의 고의 인정됨. ㉡ A가 사망한 결과도 발생. ③ 甲에게 A를 구조해야 할 보증인지위가 인정되는 경우 → 부작위에 의한 살인죄 성립 가능. ④ 보증인지위의 발생근거 → 형법 제18조에 따른 위법한 선행행위(특수상해) ⑤ 甲은 자신의 행동은 정당하고 아무런 잘못이 없으므로 A를 구해주지 않아도 괜찮다고 생각하고는 A를 그대로 방치하였음. → 보증인지위가 아니라 보증인의무에 대하여 착오를 일으켰음. ⑥ 구성요건요소설 → ㉠ 보증인의무에 관한 착오도 사실의 착오로 봄. ㉡ 살인죄가 아니라 과실치사죄 성립(형법 제13조 적용). ⑦ 이분설 → ㉠ 보증인의무에 관한 착오는 법률의 착오 ㉡ 다수설인 책임설과 판례에 의할 때 살인죄의 구성요건해당성과 위법성은 일단 인정되므로 살인죄 성립 가능. ⑧ 법률의 착오 → ㉠ 평균적 일반인의 입장에서 형법 제16조 정당한 이유가 있는지를 검토해야 함. ㉡ 책임설과 판례 견해 일치. ⑨ 평균적 일반인의 입장에서 甲의 착오에 ‘정당한 이유’ 인정할 수 없음. → 甲에게 부작위에 의한 살인죄 성립.

2. 종합반 4순환 모의고사 3회 문제

【문제】 (2) 유명 유튜버 丙은 아이돌 그룹 출신 배우 B가 불법마약 투여 혐의로 구치소에 수용 중인 사실을 알게 되자 B와 접견하는 장면을 촬영하여 이를 자신이 운영하는 유튜브에 올리기로 마음먹은 다음 이러한 목적을 숨긴 채 구치소를 찾아가 정문을 통과하여 구치소 안으로 들어갔다. 丙은 구치소 민원실에서 B의 가족인 것처럼 접견신청을 하여 그곳에서 근무하는 교도관으로부터 접견허가를 받은 후 반입이 금지된 명함지갑 모양의 녹음, 녹화장치를 소지하고 접견실로 들어가 B를 접견하면서 그 장면을 촬영하고 대화를 녹음하였다.

3. 사례(2)에서 丙의 죄책을 논하시오.(20점)

[쟁점추출 포인트] 1. ① 주거침입죄 → 주거의 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 타인의 주거에 침입함으로써 성립하는 범죄. ② 구치소와 같이 관리자에 의해 출입이 통제되는 건조물에 관리자의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어간 경우 → ㉠ 관리자가 실제 출입 목적을 알았다면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 주관적 사정이 있음. ㉡ 그러한 사정만으로 주거침입죄 성립하는 것 아님(판례). ③ 乙이 접견신청을 하여 승낙을 받은 통상적인 출입방법으로 구치소에 들어 감. → ㉠ 乙에게 허가 없이 구치소에 수용 중인 사람과의 접견내용을 촬영·녹음할 목적이 있었고, 구치소장이나 담당 교도관이 출입을 승낙하지 않았을 사정이 있더라도 ㉡ 주거침입죄 불성립.

2. 위계에 의한 공무집행방해죄 → ① 단순히 공무원의 감시·단속을 피하여 금지 규정에 위반하는 행위를 한 경우 → 공무집행방해죄의 위계 아님(판례) ② 수용자가 아닌 사람이 금지물품을 교정시설 내로 반입한 경우 → ㉠ 교도관의 검사·단속을 피하여 단순히 금지규정을 위반하는 행위 ㉡ 본죄의 위계 아님(판례) ③ 수용자가 아닌 乙이 교도관의 검사·단속을 피해 금지물품을 교정시설 내로 반입한 행위 → ㉠ 단순히 금지규정을 위반하는 행위에 불과함. ㉡ 乙에게 위계공무집행방해죄가 성립(×)

3. 종합반 4순환 모의고사 6회 문제(형법+ 형사소송법 통합문제 2회) -

(2) 乙은 시청 건축과에서 건축물관리대장 관리와 무허가 건물 단속 업무를 담당하는 공무원이다. C는 乙에게 2,000만 원을 주기로 약속하고, 자신의 무허가 건물을 허가받은 건물처럼 건축물관리대장에 등재하여 달라고 청탁을 하였다. 乙은 C에게 청탁을 들어주는 조건으로 현금 2,000만 원을 자신의 최고 절친한 친구인 丙에게 전달하라고 하였다. 乙은 평소 돈이 없어서 늘 전전긍긍 하고 있는 丙에게 이 돈을 주어서 어느 정도의 금전적 여유를 가지게 할 마음을 가지고 있었다. 시청에 출근한 乙은 자신의 친구인 丙에게 전화하여 C가 돈을 가져올 터이니 그를 만나서 2,000만 원을 확인한 후 이 돈을 잘 쓰라고 하였다. 丙은 뇌물인 것을 알면서 C에게 전화하여 약속장소와 전달방법을 의논한 후 C로부터 은밀하게 수령한 2,000만 원을 자신의 예금계좌로 입금하였다. 丙의 도움이 있었기 때문에 乙이 C를 시켜서 C로 하여금 뇌물을 공여하게 하는 행위는 수월하게 이루어질 수 있었다.

丙으로부터 2,000만 원을 돈을 수령하였다는 연락을 받은 乙은 C의 건물이 무허가 건물임을 알면서도 이를 단속하거나 시정조치를 하지 아니하고, 이를 은폐하기 위하여 C의 무허가 건물을 허가받은 건물로 등재하는 공문을 기안하여 결재권자인 담당국장 D에게 상신하였다. 담당국장 D는 위와 같은 사실을 모르고 乙이 상신한 공문을 결재하였고, 乙은 결재를 받은 다음 결재 내용대로 건축물관리대장을 작성하여 비치하였다.

2. 사례 (2)에서 乙과 丙의 죄책은? (30점)

[쟁점추출 포인트] (乙의 경우) 1. 수뢰후 부정처사죄 → ① 수뢰후 부정처사죄 → ㉠ 수뢰죄·사전수뢰죄·제3자 뇌물수수죄를 범한 공무원이 부정행위를 한 경우 성립하는 가중적 구성요건. ㉡ 제3자인 丙이 뇌물을 수수하였으므로 공무원 乙에게 우선 제3자 뇌물수수죄가 성립해야 함. ② 제3자 뇌물수수죄 → ㉠ 직무와 관련하여 부정한 청탁을 받고 제3자가 뇌물수수 해야 함. ㉡ 乙이 직무와 관련하여 부정한 청탁을 받고 제3자인 丙이 뇌물수수 하였음. ㉢ 제3자 뇌물수수죄 성립. ③ 乙은 공무원의 직무에 위배되는 ‘부정처사’를 하였음. → 수뢰후 부정처사죄 성립.

2. 허위공문서작성죄와 직무유기죄 → ① 허위공문서작성죄 → 진정신분범 ② 乙은 공문서 작성을 보조하는 공무원(비신분자) → ㉠ 乙이 직접 허위공문서를 작성한 경우 ㉡ 비신분자이므로 허위공문서작성죄가 아니라 공문서위조죄 성립. ③ 공문서 작성보조자가 작성권자의 결재를 거친 경우 → 허위공문서작성죄의 간접정범 성립(판례). ④ 乙이 허위내용의 공문서를 기안하여 담당국장 D의 결재를 받아 위 공문서를 작성 → 乙은 허위공문서작성죄의 간접정범. ⑤ 乙이 직무상의 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 아니한 직무유기행위 → 법조경합에 의하여 별도로 불성립(판례).

3. 죄수 → ① 수뢰후부정처사죄는 실체적 경합관계에 있는 허위공문서작성죄와 동 행사죄와 각 상상적 경합관계에 있음. → ㉠ 乙이 범한 모든 범죄들은 가장 중한 범죄인 수뢰후부정처사죄로 처벌됨(판례). ㉡ 연결효과에 의한 상상적 경합.