

제1장 선택형 문제 및 해설

1. 포괄위임금지원칙에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 국회입법에 대한 헌법 제40조와 행정입법에 대한 헌법 제75조 및 제95조의 의미를 체계적으로 살펴보면, 포괄위임금지원칙은 입법부와 행정부 사이의 권력배분의 문제이므로 법률이 대법원규칙에 입법을 위임할 경우 포괄위임금지원칙은 적용되지 않는다.
- ㄴ. 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 부령을 발할 수 있는데, 법률이 부령에 입법을 위임하는 경우 대통령령에 위임하는 경우와 마찬가지로 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하여야 한다.
- ㄷ. 지방의회는 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 헌법이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다.
- ㄹ. 행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로 위임입법이 제한적으로 인정되지만, 위임이 불가피하게 인정되는 경우 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 하는 것은 아니다.

- | | |
|--------------------------|--------------------------|
| ① ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×) | ② ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(○) |
| ③ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○) | ④ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(×) |
| ⑤ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×) | |

해설

- ㄱ. (×) “헌법 제75조에서 근거한 포괄위임금지원칙은 법률에 이미 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 하위법규에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하는데, 위임입법이 대법원규칙인 경우에도 수권법률에서 이 원칙을 준수하여야 하는 것은 마찬가지이다.”(헌재 2014. 10. 30. 2013헌바368).
- ㄴ. (○) “우리 헌법은 제75조와 제95조에서 위임입법의 근거를 마련하는 한편 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다. 법률로 부령에 위임을 하는 경우라도 적어도 법률의 규정에 의하여 부령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정함으로써 누구라도 당해 법률로부터 부령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하여야 할 것이다.”(헌재 2004. 11. 25. 2004헌가15).
- ㄷ. (○) “조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 헌법이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때 조례 제정권에 대한 지나친 제약은 바람직하지 않으므로 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고 할 것이다.”(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264).
- ㄹ. (×) “행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로, 기본권을 제한하는

직접투표로 선출하는 조합장선거(농업협동조합법 제51조 제4항)와 교육위원 및 교육감선거(지방교육 자치에 관한 법률 제51조 제1항)의 경우에도 그 선거사무를 관리하고 있는 점을 고려하면, 교육공무원법 제24조의3 제1항이 매우 자의적인 것으로서 합리적인 입법한계를 일탈하였거나 대학의 자율의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다.”(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047).

- ④ (O) “사법적인 성격을 지니는 농협의 조합장선거에서 조합장을 선출하거나 조합장으로 선출될 권리, 조합장선거에서 선거운동을 하는 것은 헌법에 의하여 보호되는 선거권의 범위에 포함되지 않는다.” (헌재 2012. 2. 23. 2011헌바154).
- ⑤ (X) ‘과잉금지원칙’이 아니라 ‘과소보호금지원칙’에 위반된다고 판단하였다. “국가가 국민의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아야 한다. 공직선거법에는 확장장치를 사용함에 있어 자동차에 부착하는 확장장치 및 휴대용 확장장치의 수는 ‘시·도지사선거는 후보자와 구·시·군 선거연락소마다 각 1대·각 1조, 지역구지방의회의원선거 및 자치구·시·군의 장 선거는 후보자마다 1대·1조를 넘을 수 없다’는 규정만 있을 뿐 확장장치의 최고출력 내지 소음 규제기준이 마련되어 있지 아니하다. 기본권의 과소보호금지원칙에 부합하면서 선거운동을 위해 필요한 범위 내에서 합리적인 최고출력 내지 소음 규제기준을 정할 필요가 있다.”(헌재 2019. 12. 27. 2018헌마730)(헌법불합치, 잠정적용). 정답 ⑤

3. 헌법재판의 가치분배에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 가치분심판에서 6명의 재판관이 출석하여 4명의 재판관이 인용의견을 냈다면 가치분심판 인용결정이 내려진다.
- ② 「헌법재판소법」은 정당해산심판과 권한쟁의심판에 대해서 명문으로 가치분제도를 두고 있다.
- ③ 헌법재판소는 가치분심판의 인용결정을 전원재판부에서만 하였다.
- ④ 본안심판이 부적법하거나 이유 없음이 명백한 경우에는 가치분을 인용할 수 없다.
- ⑤ 법령의 효력을 정지시키는 가치분은 비록 일반적인 보전의 필요성이 인정된다고 하더라도 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 때에는 인용되어서는 아니 된다.

해설

- ① (X) 7명 이상의 재판관 출석과 재판관 과반수의 찬성이 있어야 인용결정이 내려진다. [헌법재판소법 제23조(심판정족수) ① 재판부는 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리한다. ② 재판부는 종국심리(終局審理)에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 재판관 6명 이상의 찬성이 있어야 한다.]
- ② (O) [헌법재판소법 제57조(가치분) 헌법재판소는 정당해산심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 피청구인의 활동을 정지하는 결정을 할 수 있다.] [헌법재판소법 제65조(가치분) 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받았을 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 심판 대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.]
- ③ (O) 헌법재판소법에서는 ‘헌법소원심판’에 대해서만 지정재판부의 사전심사를 규정하고 있을 뿐이다. [헌법재판소법 제72조(사전심사) ① 헌법재판소장은 헌법재판소에 재판관 3명으로 구성되는 지정재판부를 두어 헌법소원심판의 사전심사를 담당하게 할 수 있다.]
- ④ (O) “가치분결정은 헌법소원심판에서 다루어지는 ‘공권력 행사 또는 불행사’의 현상을 그대로 유지

및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 이에 해당한다.”(헌재 2007. 10. 4. 2004헌바36).

- ③ (X) 과잉금지원칙을 적용한다. “의료에 관한 광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현 행위와는 차이가 있으며, 직업수행의 자유는 직업선택의 자유에 비해 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니다. 그러므로 의료에 관한 광고의 규제에 대한 과잉금지원칙 위배 여부를 심사함에 있어, 피해의 최소성 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한 인지를 심사하기 보다는 ‘입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화하는 것이 상당하다.”(헌재 2014. 3. 27. 2012헌바293).
- ④ (X) [언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제16조(반론보도청구권) ① 사실적 주장에 관한 언론보도 등으로 인하여 피해를 입은 자는 그 보도 내용에 관한 반론보도를 언론사등에 청구할 수 있다. ② 제1항의 청구에는 언론사등의 고의·과실이나 위법성을 필요로 하지 아니하며, 보도 내용의 진실 여부와 상관없이 그 청구를 할 수 있다.]
- ⑤ (X) “헌법 제21조에서 보장하고 있는 표현의 자유는, 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하고 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것이고, 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등의 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유이다. 이러한 ‘자유로운’ 표명과 전파의 자유에는 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유도 그 보호영역에 포함된다고 할 것이다.”(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324). 정답 ①

5. 공무원의 정당가입과 집단 행위 금지 등에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(x)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 초·중등 교원인 교육공무원에 대하여 정당의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 것을 전면적으로 금지함으로써 얻어지는 공무원의 정치적 중립성 또는 교육의 정치적 중립성은 명백하거나 구체적이지 못한 반면, 그로 인하여 초·중등 교원인 교육공무원이 받게 되는 정당 설립의 자유, 정당가입의 자유에 대한 제약과 민주적 의사형성과정의 개방성 및 이를 통한 민주주의의 발전이라는 공익에 발생하는 피해는 매우 크므로, 법익의 균형성을 인정할 수 없다.
- ㄴ. 「국가공무원법」 제65조 제1항에서 초·중등 교원인 교육공무원의 가입 등이 금지되는 ‘정치단체’는 ‘특정 정당이나 특정 정치인을 지지·반대하는 단체로서 그 결성에 관여하거나 가입하는 경우 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 높은 단체’로 한정할 수 있으므로, ‘정치단체’의 의미 내지 범위가 지나치게 광범위하다거나 법관의 해석에 의하여 무한히 확대될 위험이 있다고 보기 어렵다.
- ㄷ. 공무원의 집단 행위를 금지하고 있는 「국가공무원법」 제66조 제1항 본문의 ‘공무 외의 일을 위한 집단 행위’ 부분은, 특정 정당을 지지하거나 반대하는 등 정파성을 강하게 띤 표현 행위 등을 한정적으로 규제하는 것이 아니라 헌법질서의 수호유지를 위한 정치적 의사표현까지도 집단적으로 이루어지기만 하면 공익에 반하는 행위로 전제하고 이를 모두 금지하므로, 과잉금지원칙에 위배된다.
- ㄹ. 공무원의 정당가입이 허용된다면, 공무원의 정치적 행위가 직무 내의 것인지 직무 외의 것

제2장 사례형 문제 및 해설

제 1 문

- (1) 甲은 평소 좋아하던 A(여, 20세)로부터 A의 은밀한 신체 부위가 드러난 사진을 전송받은 사실이 있다. 甲은 A와 영상 통화를 하면서 A에게 시키는 대로 하지 않으면 기존에 전송받은 신체 사진을 유포하겠다고 A를 협박하여 이에 겁을 먹은 A로 하여금 가슴과 음부를 스스로 만지게 하였다. 그 후 甲은 A에게 여러 차례 만나자고 하였으나 A가 만나 주지 않자 A를 강간하기로 마음먹고 A가 거주하는 아파트 1층 현관 부근에 숨어 있다가 귀가하는 A를 발견하고 A가 엘리베이터를 타자 따라 들어가 주먹으로 A의 얼굴을 2회 때리고 5층에서 내린 다음 계단으로 끌고 가 미리 준비한 청테이프로 A의 양손을 묶어 반항을 억압한 후 A를 간음하려 하였으나 A가 그만두라고 애원하자 자신의 행동을 누우치고 범행을 단념하였다. 그런데 A는 계단으로 끌려가는 과정에서 甲의 손을 뿌리치다가 넘어져 3주간의 치료가 필요한 발목이 골절되는 상해를 입었다.
- (2) 甲은 마침 현장에 도착한 A의 아버지 B를 발견하고 체포될까 두려워 도망치다가 아파트 후문 노상에서 B에게 잡히자 B를 때려눕히고 발로 복부를 수 회 걷어찬 다음 도망갔다. 약 2시간 후 甲의 친구 乙이 평소에 감정이 좋지 않던 B가 쓰러진 것을 우연히 발견하고 화가 나서 발로 B의 복부를 수 회 걷어쳤다. 며칠 후 B는 장 파열로 사망하였는데, 부검결과 甲과 乙 중 누구의 행위로 인하여 사망하였는지 판명되지 않았다.
- (3) 甲은 자신의 위 범행에 대해 사법경찰관 丙의 수사를 받던 중 乙도 입건될 것 같다는 생각이 들자, 丙에게 “乙을 입건하지 않으면 좋겠다. 내가 전부 책임지겠다.”라고 말하고, 평소 丙과 친분이 있던 丁에게 이러한 사정을 말하면서 丙에게 4,000만 원을 전달해 달라고 부탁하였다. 丁은 甲으로부터 丙에게 전달할 4,000만 원을 받자 욕심이 생겨 1,000만 원은 자신이 사용하고 나머지 3,000만 원만 丙에게 교부하였다. 돈을 전달받은 丙은 乙을 입건하지 않았다. 甲은 乙에게 “丁의 도움으로 입건되지 않을 것 같다. 담당 경찰 丙에게 적지 않은 금액으로 인사 해 뵙다.”라고 말하였다.

1. 사실관계 (1)과 관련하여,

(가) 甲의 죄책을 논하시오. (25점)

(나) 피해자 A가 甲의 집에 몰래 들어가 범행에 사용된 청테이프를 절취하여 증거로 제출하였다면 위 청테이프를 증거로 사용할 수 있는가? (10점)

(다) 만약, 사법경찰관 P가 甲을 적법하게 긴급체포한 후 지체 없이 2km 떨어진 甲의 집으로 가 범행에 사용된 청테이프를 압수하여 그 압수조서를 작성하고 그 청테이프를 사진 촬영한 다음 사후영장을 발부받았다면, 위 청테이프와 그 압수조서 및 사진을 증거로 사용할 수 있는가? (5점)

(라) 피해자 A는 甲과 영상 통화할 당시 甲이 A에게 “시키는 대로 하지 않으면 기존에 전송받은 신체 사진을 유폐하겠다.”라고 말한 내용을 몰래 음성 녹음한 후 수사기관에 제출하였다. 공판정에서 甲이 범행을 부인하자 검사는 A가 제출한 위 녹음물을 증거로 제출하였는데, 甲의 변호인이 부동의하였다. 위 녹음물 중 甲이 말한 부분은 증거능력이 있는가? (10점)

2. 사실관계 (2)와 관련하여, 甲, 乙의 죄책을 논하시오. (10점)

3. 사실관계 (3)과 관련하여,

(가) 甲, 丙, 丁의 죄책을 논하시오. (25점)

(나) 검사는 甲과 丙에 대한 혐의사실과 관련하여 증인으로 乙을 신청하였고, 증인으로 출석한 乙이 공판절차에서 “甲으로부터 ‘丁의 도움으로 입건되지 않을 것 같다. 담당 경찰 丙에게 적지 않은 금액으로 인사 해 댄다’고 들었습니다.”라고 증언한 경우, 甲과 丙에 대하여 乙의 증언은 증거능력이 있는가? (8점)

(다) 丙은 제1심 유죄 판결에 불복하여 항소하면서 항소이유를 사실오인 및 양형부당으로 적시하고, 항소이유서는 추후 제출한다고 하였는데, 항소심은 항소이유서 제출기간이 경과하기 전에 변론을 진행·종결하고 항소를 기각하였다. 항소심의 판단은 적법한가? (7점)

목 차

[문 1의 (가)] 사실관계 (1)에서 甲의 죄책

- I. 논점의 정리
- II. 강제추행죄의 간접정범(제298조, 제34조 제1항)의 성부
- III. 주거침입강간치상죄(성폭법 제8조, 제3조 제1항)의 성부
 - 1. 문제점
 - 2. 주거침입강간중지미수죄(성폭 제15조, 제8조 제1항, 제3조 제1항, 형법 제26조)의 성부
 - (1) 문제점
 - (2) '주거' 침입 여부
 - (3) 강간중지미수 여부
 - (4) 소 결
 - 3. 주거침입강간치상죄(성폭법 제8조 제1항, 제3조 제1항)의 성부
 - (1) 문제점
 - (2) 주거침입강간행위와 A의 상해 사이에 인과 관계 인부
 - (3) A의 상해에 대한 고의 또는 예견가능성 여부
 - (4) 주거침입강간치상죄의 미수 여부
 - 4. 소 결
- IV. 사안의 해결

[문 1의 (나)]

- I. 문제점
- II. 사인의 위수증과 위법수집증거배제법칙 적용여부
 - 1. 학 설
 - 2. 판 례
 - 3. 검 토
- III. 문제의 해결

[문 1의 (다)]

- I. 문제점
- II. 영장 없는 압수의 적법성
 - 1. 체포현장에서의 압수·수색(제216조 제1항 제2호) 해당 여부
 - 2. 긴급체포시의 압수·수색(제217조 제1항) 해당 여부
- III. 문제의 해결

[문 1의 (라)]

- I. 문제점
- II. 대화당사자의 비밀녹음의 적법성
 - 1. 통신비밀보호법 위반여부

- 2. 사인에 의하여 위법하게 수집된 증거의 위수증법칙 적용여부

III. 진술녹음의 증거능력

- 1. 전문법칙의 적용여부와 적용규정
- 2. 제313조 제1항 단서의 ‘피고인의 진술을 기재한 서류’

IV. 문제의 해결

[문 2] 사실관계 (2)에서 甲, 乙의 죄책

I. 문제점

II. ‘독립행위’ 경합의 의미

III. ‘상해의 결과발생’의 의미

IV. 사안의 해결

[문 3의 (가)] 사실관계 (3)에서 甲, 丙, 丁의 죄책

I. 논점의 정리

II. 4,000만 원 교부 및 수수행위에 대한 죄책

- 1. 甲과 丁의 증뢰물전달죄(제133조 제2항)의 성부
- 2. 3,000만 원에 대한 丙의 뇌물수수죄(특가법 제2조) 및 丁의 뇌물공여죄(제133조 제1항)의 성부
 - (1) 丙의 뇌물수수죄(특가법 제2조)의 성부
 - (2) 丁의 뇌물공여죄(제133조 제1항)의 성부
- 3. 사용한 1,000만 원에 대한 丁의 횡령죄(제355조 제1항)의 성부
- 4. 소 결

III. 乙을 입건하지 않은 행위에 대한 죄책

1. 丙의 죄책

- (1) 수뢰후부정처사죄(제131조 제1항)의 성부
- (2) 범인도피죄(제151조 제1항) 및 직무유기죄(제122조)의 성부
- (3) 소 결

2. 甲과 丁의 죄책

- (1) 甲과 丁의 가담형태
- (2) 교사범 또는 방조범의 성립범위

IV. 사안의 해결

[문 3의 (나)]

I. 甲에 대한 관계

II. 丙에 대한 관계

- 1. 문제점
- 2. 제316조 제2항의 ‘피고인 아닌 타인’에 공범 등 포함 여부
- 3. 문제의 해결

[문 3의 (다)]

I. 문제점

II. 항소이유서 제출기간 경과 전 항소사건의 심판의 허부

III. 문제의 해결

2021년 제10회 변호사시험 해설 1

소장

전부금 등 청구의 소

청구 취지

청구원인

1. 원고의 피고 임대규에 대한 전부금 청구

1. 원고의 피고 이상주에 대한 피전부채권의 존재

가. 피고 이상주와 피고 임대규와 임대차계약체결과 보증금지급

나. 이 사건 임대차계약의 종료

2. 원고의 피전부채권에 대한 압류전부명령 및 송달과 확정

3. 피고 임대규의 예상되는 주장과 반박

가. 건물의 수리비를 전부명령 받은 부분에서 공제하고 지급하겠다는 주장

1) 피고 임대규의 공제 주장

2) 반박

3) 소결

나. 압류가 경합되어 전부명령이 무효라는 주장

1) 채권가압류로 전부명령의 무효 주장

2) 반박

다. 채권양도된 만큼 공제하겠다는 주장

라. 건물이 임대인의 공유라서 보증금도 1/2만 지급하겠다는 주장

4. 소결

II. 원고의 피고 이상주, 박계호에 대한 말소등기청구 및 피고 최영만에 대한 승낙 의사표시 청구

1. 원고의 상속회복청구로 피고 이상주, 박계호에 대한 말소등기청구

가. 원고의 진정 상속권

1) 피상속인 소외 오혜선의 사망과 상속재산

2) 원고의 상속

나. 참칭상속인 피고 이상주와 박계호의 원고의 상속권리 침해

2. 피고 최영만에 대한 승낙 의사표시 청구

3. 피고들의 예상되는 주장 및 반박

4. 소결

III. 원고의 피고 최영만, 박계호에 대한 매매대금청구

1. 원고와 피고 최영만, 박계호와의 물품공급계약체결

2. 피고들의 연대책무

3. 피고들의 예상되는 주장과 반박

가. 피고 박계호의 일부면제 주장

나. 피고 최영만의 면제 주장

다. 피고 최영만의 상계 주장

1) 피고 최영만의 원고의 손해배상채권

2) 피고 최영만 상계

3) 상계충당

4. 소결