

[13~16] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

고대에는 범죄에 대해 개인적이든 집단적이든 사적 제재인 복수가 행하여졌다. 그러나 복수는 일회적인 제재에 그치지 않고 꼬리를 문 복수의 연쇄를 낳는다. 이러한 사적 복수가 공적 형벌로 ㉔ 대치된 것은 인류 문명이 이른 커다란 진보라고 할 수 있다. 그런데 이러한 공적 형벌은 국가가 완전히 독점하게 되었다. 끝없는 피의 복수는 법적 평화를 근본적으로 파괴한다는 점에서 공정한 중립적 권력으로서의 국가가 형벌권을 독점한다는 것은 어느 정도 정당화될 수 있다. 그러나 왜 형벌을 가하는가 하는 문제는 여전히 남는다. 이에 관한 대표적인 관점을 살펴보자.

형벌은 어떤 목적을 달성하기 위한 수단으로서 ㉕ 부과되는 것이 아니라 자기 목적적으로, ‘악에 대한 악’으로서 부과된다는 ‘응보론’이 있다. 이러한 견해를 표명한 대표적인 사람은 칸트이다. 그는 이성적이고 자유로운 인간을 전제로 인간을 수단이 아니라 목적으로 대우하라고 주장하였다. 형벌의 경우에도 인간에게 형벌을 가함으로써 다른 어떤 목적을 추구한다면 그것은 인간을 수단으로 사용하는 것이라며 반대하였다. 따라서 형벌은 자기 목적적이어야 하며, 형벌의 질과 양은 저지른 해악과 똑같은 해악, 즉 응보로서의 ‘동해보복(同害報復)’이어야 한다고 주장하였다.

다음으로 범죄자에게 형벌을 가함으로써 일반인이 두려움을 느껴 범죄로 나아가지 못하게 하기 위하여 형벌은 부과되는 것이라고 보는 ‘일반 예방론’이 있다. 근대적 형태의 일반 예방론은 벤담의 공리주의 사상에 기반을 두고 있다. 벤담은 인간을 쾌를 추구하고 불쾌를 피하는 존재로 ㉖ 상정하고, 쾌와 불쾌의 계산을 통해 쾌가 큰 방향으로 행위를 선택한다고 생각하였다. 범죄와 관련하여서도 ‘범죄를 통하여 얻는 쾌’와 ‘형벌을 통하여 얻는 불쾌’를 비교하여 헤아려 봄으로써 공리 계산을 하는 것이 인간이란 점을 이 이론은 전제로 하고 있다.

마지막으로 형벌은 범죄자 자신이 장래에 다시 범죄를 저지르지 않는 삶을 ㉗ 영위하도록 하기 위하여 부과된다는 ㉘ 특별 예방론이 있다. 플라톤은 죄를 저질렀기 때문에 처벌하는 것이 아니라, 죄를 저지르지 않게 하기 위하여 처벌한다고 하였다. 이렇게 볼 때 형벌은 범죄자 자신의 속죄, 개과천선을 목적으로 부과되는 것이다. 그런데 이 이론의 입장에서 서 있는 사람들은 인간 행동의 결정 인자들은 행위자의 심리적 태도, 행위자를 둘러싼 사회적 환경 등 여러 측면에 의해 결정되어 있다고 보았다. 이를 토대로 이들은 범죄에 대한 대응책은 범죄자로부터 일정한 법익을 박탈하는 형벌이 아니라, 이러한 결정 인자의 제거 내지 개선에 있다고 주장하였다. 이를 위해 범죄자가 갖는 위험성이 개선 불가능한 경우에는 사회에서 영구 격리하고, 개선 가능한 경우에는 범죄자의 심리나 사회적 환경의 교정, 교육과 같은 프로그램을 통한 처방을 내려야 한다고 하였다.

오늘날에는 이 세 가지 관점을 절충하여 형벌을 정당화하고 있다. 우선 응보론은 형벌 부과 대상과 형벌의 상한을 설정해 주는 의미를 갖는다. 그리고 이 상한의 범위 내에서 형벌의 종류와 내용을 구성하는 데는 일반 예방론과 특별 예방론의 관점이 원용되고 있다. 이렇듯 형벌의 목적에 관한 논의는 단순히 관념상의 관심사가 아니라 형사제도를 구성하고 ㉙ 운용하는 데에 중요한 현실적 의미를 갖고 있다.

13. 위 글의 중심 화제로 가장 적절한 것은? (2점)

- ① 형벌 집행의 효과와 부작용
- ② 형벌 이론의 변천 과정과 현황
- ③ 형벌과 범죄 예방과의 상관관계
- ④ 국가에 의한 형벌권의 근거와 정당성
- ⑤ 형벌의 목적에 대한 다양한 견해와 의의

14. 위 글에 <보기>의 내용을 추가하려 할 때, 그 활용 방안으로 가장 적절한 것은? (3점)

<보 기>

형벌은 사람들에게 그 사회의 법질서가 언제나 유지될 수 있다는 믿음을 심어 준다. 비록 범죄로 인하여 법질서가 침해될 당하는 경우가 발생하더라도 형벌은 언제나 이를 바로잡을 수 있다는 인식을 갖게 해 주는 것이다. 다시 말해 형벌은 어떤 범죄를 저지르면 처벌을 받게 된다는 생각이 들게 하여 범죄 욕구를 억제한다는 것이다.

- ① 응보론의 입장에서 그 단점을 보완하는 데 활용한다.
- ② 일반 예방론의 관점을 옹호하면서 그 주장을 강화하는 데 활용한다.
- ③ 특별 예방론의 견해를 다른 측면에서 뒷받침하는 데 활용한다.
- ④ 기존의 이론과 상반된 새로운 견해를 보여주는 데 활용한다.
- ⑤ 기존의 이론을 절충했을 때 얻을 수 있는 효과를 제시하는 데 활용한다.

15. <보기>에 대한 반응 중, ㉠과 관련이 깊은 것은? (3점)

<보 기>

15세인 오○○는 소년 가장이다. 2년 전 그의 부모님이 뺑소니 교통사고로 사망했기 때문이다. 그는 노환으로 몸이 불편한 할머니와 두 동생과 함께 단칸방에서 살고 있는데, 국가에서 지급하는 생활 보조금으로는 할머니의 약값을 대기도 버거웠다. 어느 날 그는 배가 고프다고 조르던 동생들의 모습이 떠올라 자기도 모르게 가게에서 빵을 훔쳤다. 주인에게 발각된 그는 결국 법정에서 서게 되었다. 이 이야기가 기사화 되자 소년을 돕겠다는 도움의 손길이 줄을 이었다.

- ① 법의 적용에 예외를 두는 것은 옳지 않으므로, 소년이 범한 죄에 상응하는 형량을 부과해야 한다.
- ② 가게 주인이 입은 손해에 해당하는 만큼을 소년이 보상하게 하는 정도에서 서로 합의하게 해야 한다.
- ③ 다른 사람이 비슷한 범죄를 저지르는 것을 막기 위해서라도 소년은 법에 규정된 대로 심판을 받게 해야 한다.
- ④ 불우한 환경에서 생계형 범죄를 저질렀을 뿐 아니라, 주위의 도움이 있어 재범의 우려도 없으므로 훈방 조치해야 한다.
- ⑤ 소년과 같은 처지에 있는 사람들이 많지만, 그렇다고 모두 범죄를 저지르는 것은 아니므로 소년으로 하여금 죄의 대가를 치르게 해야 한다.

16. ㉠~㉥의 사전적 의미로 적절하지 않은 것은? (2점)

- ① ㉠ : 다른 것으로 바꾸어 놓음.
- ② ㉡ : 일정한 책임이나 일을 부담하여 맡게 함.
- ③ ㉢ : 사물을 분별하고 판단하여 앎.
- ④ ㉣ : 일을 꾸려 나감.
- ⑤ ㉤ : 무엇을 움직이게 하거나 부리어 씬.

◆ 22-6평 10~13번

[10~13] 다음 글을 읽고 물음에 답하십시오.

1764년에 발간된 체사레 베카리아의 『범죄와 형벌』은 커다란 반향을 일으켰다. 형벌에 관한 논리 정연하고 새로운 주장들에 유럽의 지식 사회가 매료된 것이다. 자유와 행복을 추구하는 이성적인 인간을 상정하는 당시 계몽주의 사조에 베카리아는 충실히 호응하여, 이익을 저울질할 줄 알고 그에 따라 행동하는 존재로서 인간을 전제하였다. 사람은 대가 없이 공익만을 위하여 자유를 내어놓지는 않는다. 끊임없는 전쟁과 같은 상태에서 벗어나기 위하여 자유의 일부를 떼어 주고 나머지 자유의 몫을 평온하게 ㉠ 누리기로 합의한 것이다. 저마다 할애한 자유의 총합이 주권을 구성하고, 주권자가 이를 위탁받아 관리한다. 따라서 사회의 형성과 지속을 위한 조건이라 할 법은 저마다의 행복을 증진시킬 때 가장 잘 준수되며, 전체 복리를 위해 법 위반자에게 설정된 것이 형벌이다. 이런 논증으로 베카리아는 형벌권의 행사는 양도의 범위를 벗어날 수 없다는 출발점을 세웠다.

베카리아가 볼 때, 형벌은 범죄가 일으킨 결과를 되돌려 놓을 수 없다. 또한 인간을 괴롭히는 것 자체가 그 목적인 것도 아니다. 형벌의 목적은 오로지 범죄자가 또다시 피해를 끼치지 못하도록 억제하고, 다른 사람들이 그 같은 행위를 하지 못하도록 예방하는 데 있을 뿐이다. 이는 범죄로 얻을 이득, 곧 공익이 입게 되는 그만큼의 손실보다 형벌이 가하는 손해가 조금이라도 크기만 하면 달성된다. 그리고 이러한 손익 관계를 누구나 알 수 있도록 처벌 체계는 명확히 성문법으로 규정되어야 하고, 그 집행의 확실성도 갖추어져야 한다. 결국 범죄를 ㉡ 가로막는 방벽으로 형벌을 바라보는 것이다. 이 ㉢ 올타리의 높이는 살인인지 절도인지 등에 따라 달리해야 한다. 공익을 훼손한 정도에 비례해야 하는 것이다. 그것을 넘어서는 처벌은 폭압이며 불필요하다. 베카리아는 말한다. 상이한 피해를 일으키는 두 범죄에 동일한 형벌을 적용한다면 더 무거운 죄에 대한 억지력이 상실되지 않겠는가.

그는 인간이 감각적인 존재라는 사실에 맞추어 제도가 운용될 것을 역설한다. 가장 잔혹한 형벌도 계속 시행되다 보면 사회 일반은 그에 ㉣ 무디어져 마침내 그런 것을 봐도 옥살이에 대한 공포 이상을 느끼지 못한다. 인간의 정신에 ㉤ 크나큰 효과를 끼치는 것은 형벌의 강도가 아니라 지속이다. 죽는 장면의 목격은 무시무시한 경험이지만 그 기억은 일시적이고, 자유를 박탈당한 인간이 속죄하는 고통의 모습을 오랫동안 대하는 것이 더욱 강력한 억제 효과를 갖는다는 주장이다. 더욱 중요한 것을 지키기 위해 희생한 자유에는 무엇보다도 값진 생명이 포함될 수 없다고도 말한다. 이처럼 베카리아는 잔혹한 형벌을 반대하여 휴머니스트로, 최대 다수의 최대 행복을 말하여 공리주의자로, 자유로운 인간들 사이의 합의를 바탕으로 논의를 전개하여 사회 계약론자로 이해된다. 형법학에서도 형벌로 되갚아 준다는 응보주의를 탈피하여 장래의 범죄 발생을 방지한다는 일반 예방주의로 나아가는 토대를 ㉥ 세웠다는 평가를 받는다.

10. 윗글에서 베카리아의 관점으로 보기 어려운 것은?

- ① 공동체를 이루는 합의가 유지되는 데는 법이 필요하다.
- ② 사람은 이성적이고 타산적인 존재이자 감각적 존재이다.
- ③ 개개인의 국민은 주권자로서 형벌을 시행하는 주체이다.
- ④ 잔혹함이 주는 공포의 효과는 시간이 흐르면서 감소한다.
- ⑤ 형벌권 행사의 범위는 양도된 자유의 총합을 넘을 수 없다.

11. ㉠에 대한 설명으로 적절하지 않은 것은?

- ① 재범을 방지하는 역할을 수행한다.
- ② 법률로 엮어 뚜렷이 알아볼 수 있도록 해야 한다.
- ③ 범죄가 유발하는 손실에 따라 높낮이를 정해야 한다.
- ④ 손익을 저울질하는 인간의 이성을 목적 달성에 활용한다.
- ⑤ 지키려는 공익보다 높게 설정할수록 방어 효과가 증가한다.

12. 윗글을 바탕으로 베카리아의 입장을 추론한 내용으로 가장 적절한 것은? [3점]

- ① 형벌이 사회적 행복 증진을 저해한다고 보는 공리주의의 입장에서 사형을 반대한다.
- ② 사형은 범죄 예방의 효과가 없으므로 일반 예방주의의 입장에서 폐지되어야 한다고 주장한다.
- ③ 사형은 사람의 기억에 영구히 각인되는 잔혹한 형벌이어서 휴머니즘의 입장에서 인정하지 못한다.
- ④ 가장 큰 가치를 내어주는 합의가 있을 수 없다는 이유로 사회 계약론의 입장에서 사형을 비판한다.
- ⑤ 피해 회복의 관점으로 형벌을 바라보는 형법학의 입장에서 사형을 무기 징역으로 대체하는 데 찬성하지 않는다.

13. 문맥상 ㉠~㉥와 바꿔 쓰기에 적절하지 않은 것은?

- ① ㉠: 향유(享有)하기로
- ② ㉡: 단절(斷絶)하는
- ③ ㉢: 둔감(鈍感)해져
- ④ ㉤: 지대(至大)한
- ⑤ ㉥: 수립(樹立)하였다는

◆ 21 LEET 언어이해 10~12번

[10~12] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

살피보건대, ㉠ 상고 시대 법에서 오형(五刑)은 중죄인에 대하여 이마에 글자를 새기고(목형) 코나 팔꿈치, 생식기를 베어 내고(의형, 비형, 궁형), 죽이는(대벽) 형벌이었다. 다만 정상이 애처롭거나 신분과 공로가 높은 경우에는 예외적으로 오형 대신 유배형을 적용하였다. 나머지 경죄는 채찍이나 회초리를 쳤는데 따져볼 여지가 있는 경우에는 돈으로 대속할 수 있도록, 곧 속전(贖錢)할 수 있도록 하였다. 또 과실로 저지른 행위는 유배나 속전 할 것 없이 처벌하지 않았다. 그러나 배경을 믿고 범행을 저질렀거나 재범한 경우에는 유배나 속전 할 사유에 해당하더라도 형을 집행하였다.

형법은 선왕들이 통치에서 전적으로 믿고 의지하는 도구는 아니었지만 교화를 돕는 수단이었고, 백성들이 그른 짓을 하지 않도록 역할을 해 왔다. 그렇다면 신체를 상하게 하여 악을 징계한 것도 당시에는 고심 끝에 차마 어쩔 수 없이 행하는 하나의 통치였던 것이다. ㉡ 지금의 법을 보면, 유배형과 노역형이 간악한 이를 효과적으로 막지 못하고 있다. 그렇다고 해서 그보다 더 무거운 형벌로 과도하게 적용하면 죽이지 않아도 될 범죄자를 죽일 수 있어 적당하지 않다. 따라서 예전처럼 의형, 비형을 적용한다면, 신체는 다쳐도 목숨은 보전될 뿐만 아니라 뒷사람에게 경계도 되니 선왕의 뜻과 시의에 알맞은 일이다.

지금은 살인과 상해에 대하여도 속전할 수 있도록 하여, 재물 있는 이들이 사람을 죽이거나 다치게 하도록 만드니, 무고한 피해자에게는 이보다 더 큰 불행이 있겠는가? 그리고 살인자가 마을에서 편안히 살고 있으면, 부모의 원수를 갚으려는 효자가 어떻게 그대로 보겠는가? 변방으로의 유배를 그대로 집행하는 것이 양쪽을 모두 보전하는 일이다. 선왕들이 중죄인에 대하여 죽이거나 베면서 조금도 용서하지 않은 것은 그 죄인도 또한 피해자에게 잔혹히 했기 때문이니, 그 형벌의 시행이 매우 참혹해 보이지만 실상은 마땅히 해야 할 일을 집행한 것이다.

어떤 이가 말하기를, 신체에 가하는 형벌인 육형(肉刑)으로 오형만 있었던 상고 시대에 순임금이 그 참혹함을 차마 볼 수 없어서 유배, 속전, 채찍, 회초리의 형벌을 만들었다고 한다. 그렇다고 하면 요임금 때까지는 채찍이나 회초리에 해당하는 죄에도 목형이나 의형을 집행했다는 말인가? 그러니 오형에 처하던 것을 순임금이 법을 바로잡아 속전할 수 있도록 하였다는 말은 옳지 않다. 의심스럽다든가 해서 중죄를 속전할 수 있도록 한다면, 부자들은 처벌을 면하고 가난한 이들만 형벌을 받을 것이다.

지금의 사법기관은 응보에 따라 화복(禍福)이 이루어진다는 말을 잘못 알고서, 죄의 적용을 자의적으로 하여 복된 보답을 구하려는 경향이 있다. 죄 없는 이가 억울함을 풀지 못하고 죄 지은 자가 되려 풀려나게 하는 것은 악을 행하는 일일 뿐이니 무슨 복을 받겠는가? 지금의 사법관들은 죄수를 신중히 살핀다는 흠휰(欽恤)을 잘못 이해하여서, 사람의 죄를 관대하게 다루어 법 적용을 벗어나도록 해 주는 것으로 안다. 그리하여 죽여야 할 이들을 여러 구실을 들어 대부분 감형되도록 한다. 참형에 해당하는 것이 유배형이 되고, 유배될 것이 노역형이 되고, 노역할 것이 곤장형이 되고, 곤장 맞을 것을 회초리로 맞게 되니, 이는 뇌물을 받아 법을 가지는 것이지 어찌 흠휰이겠는가?

인명은 지극히 중한 것이다. 만약 무고한 사람이 살해되었다면,

법관은 마땅히 자세히 살피고 분명히 조사하여 더는 의심의 여지가 없게 해야 할 것이다. 그리고 이렇게 한 뒤에는 반드시 목숨으로 갚도록 해야 한다. 이로써 죽은 자의 원통한 혼령을 위로할 뿐 아니라, 과부와 고아가 된 이가 원수 갚고자 하는 마음을 위로할 수 있으며, 또한 천리를 밝히고 나라의 기강을 떨치는 일이다. 보는 이들의 마음을 통쾌하게 할 뿐 아니라 후대의 징계도 되니, 또한 좋지 않겠는가.

지금은 교화가 쇠퇴하여 인심이 거짓을 일삼으며, 저마다 자신의 잇속만 챙기면서 풍속도 모두 무너졌다. 극악한 죄인은 죄를 받지 않고, 선량한 백성들은 자의적인 형벌의 적용을 면치 못하기도 한다. 또 강자에게는 법을 적용하지 않고 약자에게는 잔인하게 적용한다. 권문세가에는 너그럽고 한미한 집에는 각박하다. 똑같은 일에 법을 달리하고 똑같은 죄에 논의를 달리하여, 간사한 관리들이 법조문을 농락하고 기회를 잡아 장사하니, 그것은 단지 살인자를 죽이지 않고 형벌을 방기하는 잘못에 그치는 일이 아니다. 이 통탄스러움을 이루 말로 다할 수 있겠는가.

- 윤기, 「논형법(論刑法)」 -

10. 글쓴이의 입장과 일치하는 것은?

- ① 교화를 중시하고 형벌의 과도한 적용을 삼가야 한다고 생각한다.
- ② 살인을 저지른 중죄인이 유배되는 일은 없어야 한다고 주장한다.
- ③ 인명이 소중하므로 사형과 같은 참혹한 형벌의 폐지에 찬성한다.
- ④ 형벌로 보복을 대신하려고 하는 응보적인 경향에 대해 반대한다.
- ⑤ 무고하게 살해된 피해자를 고려하면 의형은 합당한 처벌이라고 본다.

11. 윗글에 따라 ㉠, ㉡을 설명한 것으로 가장 적절한 것은?

- ① ㉠에서는 경미한 죄에도 오형을 적용하도록 되어 있었다.
- ② ㉠에서는 중죄에 대한 형벌을 육형으로 하는 것이 원칙이었다.
- ③ ㉡에서는 유배형도 정식의 형벌이므로 속전의 대상이 되지 않는다.
- ④ ㉠에서 오형에 해당하지 않는 형벌은 ㉡에서도 집행하지 않는다.
- ⑤ ㉠에서의 오형은 잔혹한 형벌이라 하여 ㉡에서는 모두 사라지게 되었다.

12. 윗글과 <보기>를 비교 평가한 것으로 적절하지 않은 것은?

<보 기>

상고 시대에 유배형은 육형을 가해서는 안 되는 관료에게 베푸는 관용의 수단으로서 공식적인 형벌이 아니라 임시방편과 같은 것이었다. 또 속전은 의심스러운 경우에 적용한 것이지 꼭 가벼운 형벌에만 해당했던 것도 아니었다. 여기서 속은 있는대[續]는 데서 따다가 대속한다[贖]는 의미로 된 것이니, 육형으로 끊어진 팔꿈치를 다시 붙일 수 없는 참혹함을 받아들이지 못하는 어진 정치에서 비롯한 것임을 알 수 있다. 지금의 법에서 속전은 정황이 의심스럽거나 사면에 해당하는 경우에만 비로소 허용된다. 그에 해당하는 경우가 아니라면 부유함으로 처벌을 요행히 면해서는 안 되며, 해당하는 경우이면 가난뱅이는 속전도 필요 없다. 죽여야 할 사람을 끝없이 살리려고만 한다면 어찌 덕이 되겠는가. 흠뻑은 한 사람이라도 죄 없는 자를 죽이지 않으려는 것이지 살리기만 좋아하는 것이 아니다.

- ① 법을 엄격하게 집행해야 한다고 보는 점은 두 글이 같은 태도이다.
- ② 속전의 남용에 대해 흠뻑을 오해한 소치로 보는 점은 두 글이 같은 태도이다.
- ③ 상고 시대에 중죄를 속전할 수 있었는지에 대해서는 두 글이 서로 달리 보고 있다.
- ④ 중죄에 대한 속전이 부자들의 전유물이므로 폐지하지는 것에 대해서는 두 글이 다른 태도를 보일 것이다.
- ⑤ 유배의 효과가 없을 때 의형이나 비형을 되살릴 수 있다는 것에 대해서는 두 글이 같은 태도를 보일 것이다.

[37~41] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

인간은 집단생활을 하기 때문에 분쟁이 발생할 수밖에 없다. 그래서 문제가 발생하는 것을 예방하거나 문제를 원만히 해결하기 위해 규칙을 만든다. 여러 규칙 중 사회 구성원들의 합의에 따라 만들어지고 강제성을 가진 규칙을 **법**이라고 한다. 이때 강제성은 공공의 이익을 실현하기 위해 사회 구성원들이 동의할 때만 발휘될 수 있다. 이러한 법은 몇 가지 특징이 있는데 먼저 법은 행동의 결과를 중시한다. 왜냐하면 다른 사람이 행동을 평가할 수 있고 그 변화도 확인할 수 있어야 하기 때문이다. 그리고 법은 국민의 자유와 권리를 보호한다. 만약 법이 없다면 권력자나 국가 기관이 멋대로 권력을 휘둘러 수 있을 것이다. 마지막으로 법은 최소한의 간섭만 한다. 개인이 처리해도 되는 일까지 법이 간섭한다면 사람들은 숨이 막혀 평온하게 살기 힘들 것이다.

대표적인 법에는 ㉠ 민법과 형법이 있다. 민법은 국가 기관이 아닌, 사람들 간의 권리관계를 다루는 법률로서 재산 관계와 가족 관계로 구성되어 있다. 근대 사회에서 형성된 민법의 원칙은 오늘날까지도 중요하게 여겨지고 있다. 중요 원칙 중 하나는 개인의 사유 재산에 대해 절대적 지배를 인정하고 국가를 비롯한 단체나 개인은 다른 사람의 사유 재산 행사에 간섭하지 못한다는 것이다. 그리고 다른 사람에게 끼친 손해는 그 행위가 위법이고 동시에 고의나 과실에 의한 경우에만 책임을 진다는 원칙도 있다. 그런데 이 원칙들은 경제적 강자가 경제적 약자를 지배하는 수단으로 악용되기도 하여 20세기에 들면서 제한이 생겼다. 그 결과 개인의 사유 재산에 대한 지배는 여전히 보장되지만 공공복리에 적합하도록 행사해야 한다는 것과 같은 수정된 원칙들이 적용되고 있다.

반면, 형법은 범죄와 형벌을 규정하는 법률로서 ㉡ ‘죄형법정주의’라는 기본 원칙이 있다. 죄형법정주의는 범죄의 행위와 그 범죄에 대한 처벌을 미리 법률로 정해 두어야 한다는 것이다. 그래서 범죄 발생 당시에는 없었던 법이 나중에 생겨도 그것을 소급해서 적용할 수 없다. 또한 민법과 달리 어떤 사항을 직접 규정한 법규가 없을 때, 그와 비슷한 사항을 규정한 법규를 유추하여 적용할 수도 없다.

형법을 위반한 범죄가 발생하면, 먼저 수사 기관이 수사를 한다. 수사를 개시하는 단서로는 고소, 고발, 인지가 있는데, 이 중 고소는 피해자가 하는 반면 고발은 제3자가 한다. 일반적으로 범죄는 수사기관이 인지하는 것만으로도 수사를 시작할 수 있다. 하지만 명예훼손죄, 폭행죄 등은 수사를 진행했다라도 피해자가 원하지 않으면 처벌하지 않는다. 수사 결과 피의자*가 죄를 범했다고 의심할 만한 충분한 이유가 있다면 구속 영장을 받아 체포해 구속한다. 만약 범죄를 실행 중인 경우는 구속 영장 없이 체포 가능한데, 이 경우 48시간 이내에 구속 영장을 신청해야 하고, 법원은 신청서가 접수된 시간으로부터 48시간 이내에 구속 영장의 발부 여부를 결정해야 한다. 수사 결과 범죄 혐의가 인정되면 검사는 재판을 청구하는데 이를 기소라고 한다. 이때 검사는 피의자의 나이, 환경, 동기 등을 참작하여 기소를 하지 않을 수 있다. 기소로 재판 절차가 시작되면 법원은 사건을 심리*하여 범죄 사실이 확인된 경우 유죄를 선고한다. 유죄가 인정되면 법원이 형을 선고하고 집행 절차에 들어간다.

[A]

그런데 만약 동물이 위법한 행동을 하여 다른 사람에게 손해를 끼치면 어떻게 될까? 결론부터 말하면 동물은 아무런 책임이 없다. 법에서는 인간 이외의 것들은 생명의 유무와 상관없이 모두 물건으로 보는데 물건에는 법적 권리가 없다. 법적 권리가 없는 것은 의무와 책임도 없다. 그러므로 동물은 민, 형법상의 책임을 지지 않아도 된다. 다만 손해를 입은 사람은 민법에 따라 동물의 점유자*에게 배상을 받을 수 있다.

- * 피의자: 수사 기관으로부터 범죄의 의심을 받게 되어 수사를 받고 있는 자.
- * 심리: 재판의 기초가 되는 사실이나 법률적 판단을 심사하는 행위.
- * 점유자: 어떤 물건을 소유하고 사실상 지배하는 사람.

37. **법**에 관한 설명으로 적절하지 않은 것은?

- ① 문제가 발생하는 것을 예방하기 위해 사회 구성원의 의사를 반영하여 만든다.
- ② 권력자의 권력 행사를 제한하여 국민들의 자유와 권리를 지키는 역할을 한다.
- ③ 법의 간섭이 지나치게 커지게 되면 개인이 삶을 평온하게 유지하기 힘들 것이다.
- ④ 다른 사람들이 행동을 평가하고 그 변화를 확인할 수 있어야 하므로 결과를 중시한다.
- ⑤ 목적이 공익과 무관하더라도 사회 구성원의 동의가 있다면 강제성이 발휘될 수 있다.

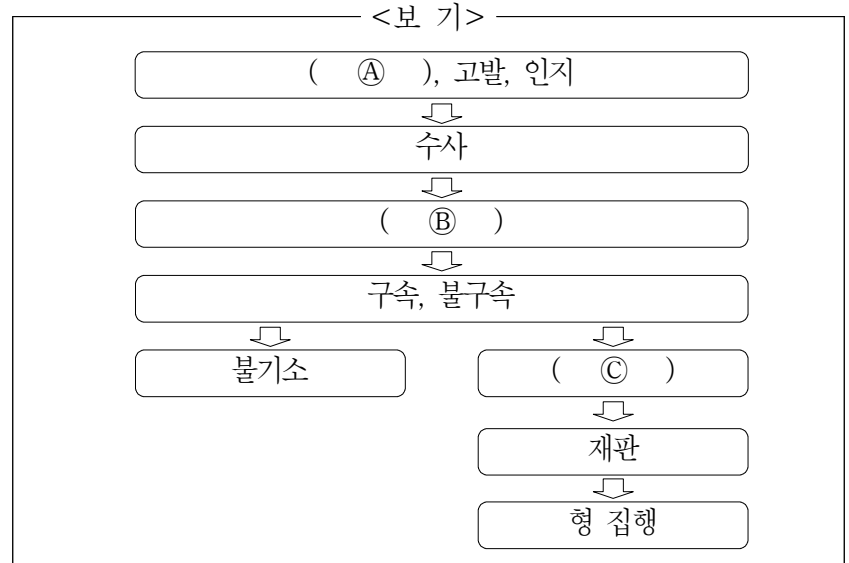
38. ㉠에 대한 설명으로 적절하지 않은 것은?

- ① 경제적 강자로부터 경제적 약자를 보호하기 위해 원칙이 수정되었다.
- ② 국가 기관이 아닌 사람들 간의 권리관계에 문제가 생겼을 경우 적용한다.
- ③ 위법한 행위가 발생했을 때 의도적으로 잘못을 한 경우에만 책임을 물을 수 있다.
- ④ 20세기에 들면서 공공복리에 적합하지 않을 경우 개인의 재산권 행사를 제한할 수 있게 되었다.
- ⑤ 개인이 재산을 사용하는 것에 대해 국가나 타인이 간섭하지 못한다는 원칙이 근대 사회에서 형성되었다.

39. ㉡과 관련 있는 말로 적절한 것은?

- ① 착한 사람은 법이 필요 없고 나쁜 사람은 법망을 피해 간다.
- ② 법의 생명은 논리에 있는 것이 아니라 경험에 있다.
- ③ 형법의 반은 이익보다는 해를 끼칠지 모른다.
- ④ 법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다.
- ⑤ 철학 없는 법학은 출구 없는 미궁이다.

40. [A]를 바탕으로 <보기>를 이해한 내용으로 적절한 것은?



- ① ㉠은 범죄의 피해자와 연관이 있는 제3자가 한다.
- ② 명예훼손죄, 폭행죄는 ㉠이 없어도 수사를 진행할 수 있다.
- ③ 범죄를 실행 중인 범인을 ㉡하였을 경우 48시간 이내에 구속 영장을 발부받아야 한다.
- ④ 범죄 혐의가 인정될 경우 반드시 ㉢를 해야 한다.
- ⑤ 재판에서 심리를 담당하는 주체가 ㉢의 여부를 결정한다.

41. 윗글과 <보기 1>을 참조하여 <보기 2>를 이해한 내용으로 적절하지 않은 것은? [3점]

<보 기 1>

민법 제759조(동물의 점유자의 책임)
 ① 동물의 점유자는 그 동물이 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다.

형법 제257조(상해, 존속상해)
 ① 사람의 신체를 상해한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

<보 기 2>

A는 사고로 몸의 대부분을 기계로 대체해 로봇같이 보이지만 여전히 직장생활을 하고 세금을 내는 등 이전과 같은 생활을 하고 있다. B는 C가 구입한 로봇으로 행동과 걸모습이 인간과 구별이 안 된다. 그런데 만약 A와 B가 사람을 때려 다치게 하였다면 법적으로 어떻게 해야 할까?

- ① 민법 제759조 ①에 따르면 B는 동물과 같이 물건이므로 법적 책임이 없다.
- ② 민법 제759조 ①을 유추하여 적용한다면 B의 점유자인 C에게 손해 배상 책임을 물을 수 있다.
- ③ 형법 제257조 ①에 따르면 A는 '사람의 신체를 상해한 자'에 해당하므로 형법에 따른 책임을 져야 한다.
- ④ 형법 제257조 ①을 유추하여 적용한다면 C는 징역이나 벌금에 처해질 수 있다.
- ⑤ 형법 제257조에 향후 B가 사람을 다치게 한 행위에 관한 조항이 추가되더라도 이번 사건에 대해서는 B를 처벌할 수 없다.

증거능력을 배제해야 하는 조건을 위법수집증거배제법칙, 자백 배제법칙, 전문법칙 등의 세 가지 원칙으로 명문화하고 있다. ① 이 원칙들의 공통적인 목적은 피의자, 피고인의 권리를 보장하여 공평한 재판을 실현하는 데에 있다.

위법수집증거배제법칙은 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거의 ① 증거능력을 부정하는 원칙으로, 형사사법기관의 위법한 증거수집을 억제하는 데에 그 목적이 있다. 위법하게 수집한 증거를 통해 알게 된 사실을 바탕으로 수집한 파생증거, 곧 2차 증거의 증거능력도 위법수집증거배제법칙에 따라 배제된다. 이를 독수과실이론이라 하는데, 위법하게 수집된 1차 증거가 독에 오염된 나무라면 그로부터 수집된 2차 증거는 그 나무에 달린 독 열매에 해당한다는 것이다. 예컨대 영장 없이 위법하게 체포한 상태에서 얻은 진술이라면 그 진술의 증거능력은 물론, 그 진술의 도움으로 찾아낸 물증의 증거능력도 인정되지 않는다. 다만 위법하게 수집된 1차 증거와 2차 증거 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되었다고 판단될 때는 2차 증거의 증거능력이 인정될 수 있다.

자백배제법칙은 수사 기관이나 법원이 진술자의 자백을, 임의성을 제한하는 방식으로 얻어낸 경우에 그 증거능력을 부정하는 원칙이다. 자백은 중요한 증거이지만, 수사 방법이 ㉔ 자백을 얻어 내는 데에만 의존하게 되면 인권 침해의 우려가 커지며 때로는 진실을 밝히기 어려워질 수도 있다. 이에 자백배제법칙은 자백의 주체가 신체적, 정신적 압박 없이 임의로 한 자백만 증거능력을 인정하게 하여, 자백을 강요하는 것을 금지한다.

전문법칙은 전문증거는 증거능력이 없다는 원칙이다. 전문 증거란 피고인, 증인 등 사안을 체험한 자가 구두로 진술한 진술증거 가운데 법정에서 직접 이루어지지 않고 다른 사람에게 의해 간접적으로 전해진 것을 말한다. 이러한 전문증거에는 구두로 전하는 전문진술과 서류인 전문서류가 있다.

전문증거는 진술증거를 전하는 사람에 의한 편집, 조작의 우려가 있다는 점, 전문증거에 대해서는 피고인이 법정에서 증인에 대한 반대신문을 할 수 없다는 점, 전문증거에 대해서는 법관이 법정에서 진술자에게 직접 묻고 답을 듣지 못하기 때문에 정확한 언어적 정보를 획득할 수 없다는 점 등이 ④ 전문법칙의 근거로 꼽힌다. 다만 전문증거임에도 피고인이 증거로 사용할 수 있다는 데에 동의하면 증거능력을 인정하는데, 이를 '증거동'이라고 한다.

한편 증명력은 증거능력과는 달리 증거자료가 사실의 판단에 기여할 수 있는 정도, 즉 증거의 실질적인 가치로서의 신빙성을 뜻한다. 증명력 평가는 증거가치가 크고 작은 정도의 차이를 따지는 것으로, 증거능력 평가가 증거능력의 유무만을 가리는 것과는 구별된다. ① 증거능력이 있다고 해서 증명력이 있는 것이 아니고, 증명력이 있다고 해서 증거능력이 있는 것도 아니다.

증명력 평가는 법관의 자유 판단에 맡겨져 있는데, 이러한 원칙을 ㉕ 자유심증주의라 한다. 증거능력이 있는 증거가 제출되면 증거가치에 대한 판단은 법관의 자유 판단에 따른다. 이때 법관의 판단은 합당한 근거를 배경으로 해야 하며, ㉖ 단순한 자의적 판단은 정당화되지 않는다. 자유심증주의에 따라 법관은 자유롭게 증거를 취사선택할 수 있고, 모순되는 증거가 있는 경우에 어느 증거를 믿는지도 법관의 자유 판단에 맡겨진다. 신빙성이 없는 증인의 증언이라 할지라도 법관은 일정 부분의 증언을 골라내어 믿을 수도 있다.

*임의: 자기 의사대로 처리하는 일.

◆ 21년 4월 고3 5~10번

[5 ~ 10] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

형사소송법은 범죄사실은 증거에 의해 인정되어야 하며 범죄 사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다고 규정하고 있는데, 이를 증거재판주의라 한다. 이는 법관의 자의적인 사실 인정이 허용될 수 없다는 것으로, 공평하고 객관적인 형사재판을 가능하게 하는 전제가 된다고 할 수 있다. 그래서 증거는 형사소송법 체계에서 핵심적인 위치를 차지한다. 형사소송법은 증거의 증거능력과 증명력을 구별하고 있다.

먼저 증거능력이란 어떤 증거가 증명의 자료로 사용될 수 있는 법률상의 자격을 말한다. 증거능력이 있는 증거는 법정에서 주요한 사실 인정의 자료로 이용되어 이를 바탕으로 유죄 판결이 내려질 수 있다. 증거능력이 없는 증거는 원칙적으로 사실 인정의 자료로 쓰일 수 없다.

증거능력의 요건은 법률에 의해 규정되어 있다. 형사소송법은

5. 밑글에서 다루고 있는 내용으로 적절하지 않은 것은?

- ① 증명력 판단의 주체
- ② 증거재판주의의 의의
- ③ 자백배제법칙의 종류
- ④ 독수과실이론의 적용 사례
- ⑤ 위법수집증거배제법칙의 목적

6. ㉠을 보여 주는 사례로 가장 적절한 것은?

- ① 피고인을 강요하여 얻은 자백이 사건의 진실을 그대로 담고 있는 내용인 경우
- ② 수사 기관에 의해 수집된 증거가 법정에서 결국 유죄 판결의 핵심적인 근거로 이용된 경우
- ③ 적법한 절차에 따라 확보한 문서이지만 그 내용이 사건과 관련이 없다고 법원이 판단한 경우
- ④ 불법적인 수단으로 목격자의 진술을 억지로 얻어냈지만 결국 진술 내용이 허위 사실로 밝혀진 경우
- ⑤ 증거동의를 받은 전문증거가 객관적 사실을 밝히는 결정적인 단서를 담고 있다고 법원에 인정된 경우

7. <보기>는 밑글을 이해하기 위한 학습지의 일부이다. 밑글을 읽은 학생이 <보기>에 대해 보인 반응으로 적절하지 않은 것은? [3점]

— < 보 기 —

- 사건 요지
피고인은 소지가 금지된 화약류를 허가 없이 소지하여 현행법 위반으로 기소됨.
- 수사 기관이 법정에 제출한 증거

[증거 1] 유효한 압수수색영장 없이 압수한 화약류
 [증거 1-1] 증거 1을 기초로 획득한 압수물 사진
 [증거 2] 법정에서 이루어진 피고인의 자백 진술
 [증거 3] 법정에서 이루어진 목격자 증인의 진술
- 법원 판결 요약
[증거 1]은 사실 인정의 자료로 쓰일 수 없고, 이에 [증거 1-1] 또한 유죄의 증거로 사용할 수 없음. 그 외 [증거 2], [증거 3] 등의 적법하게 수집되어 사실 인정의 자료로 쓰일 수 있는 증거들만으로는 공소사실을 인정하기에 부족하므로 피고인에게 무죄를 선고함.

- ① 법원은 [증거 1]과 [증거 1-1] 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 않았다고 판단했겠군.
- ② 법원은 합리적인 의심이 없는 정도로 범죄사실이 증명되었는지를 판단하는 데 [증거 1]과 [증거 1-1]을 자료로 사용했겠군.
- ③ 법원은 위법수집증거배제법칙을 적용하여 [증거 1-1]을 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 결정했겠군.
- ④ 법원은 [증거 2]가 신체적, 정신적 압박이 없는 상태에서 임의로 이루어진 것이라고 인정했겠군.
- ⑤ 법원은 진술증거인 [증거 2]와 [증거 3]을 전문증거가 아니라고 보았겠군.

8. [A]를 바탕으로 다음의 ㉠과 ㉡에 대해 추론한 내용으로 가장 적절한 것은? [3점]

형사소송법은 전문법칙의 예외를 규정하고 있다. 우선 진술 당시와 그 이후의 정황에 비추어 원래의 진술이 고스란히 법정에 전달 되었을 것으로 믿을 수 있을 때, 그 전문증거의 증거능력을 인정한다. 예컨대 ㉠ 공판기일에 피고인이 법정에서 한 진술이 기재된 조서에 대해서는 증거능력이 인정된다. 그리고 원래의 진술 및 그와 동일한 수준의 증거를 확보할 수 없어서 불가피하게 전문증거라도 사용할 필요가 있을 때에 전문증거의 증거능력이 인정된다. ㉡ 진술을 필요로 하는 자가 사망, 질병, 행방불명 등으로 법정에서 진술할 수 없는 경우에 그 진술을 담은 전문증거가 이에 해당된다.

- ① ㉠은 정확한 정보를 확인할 수 있는 원래의 진술이 담긴 전문진술이기 때문에 전문법칙의 예외로 인정되는 것이겠군.
- ② ㉡가 전문법칙의 예외로 인정되는 것은 원래의 진술이 법정에 전달될 때 다른 사람에 의해 편집, 조작되지 않았을 것이라고 믿을 수 있기 때문이겠군.
- ③ ㉠은 피고인이 법정에서 증인에 대한 반대신문을 할 수 있기 때문에 전문법칙의 예외로 인정되는 것이겠군.
- ④ ㉡가 전문법칙의 예외로 인정되는 것은 법원이 진술자와의 문답을 통해 원래의 진술과 동일한 수준의 증거를 확보할 필요가 있기 때문이겠군.
- ⑤ ㉠과 ㉡는 모두 피고인의 동의가 있더라도 증거능력이 인정되지 않기 때문에 전문법칙의 예외로 인정되는 것이겠군.

9. 자유집중주의에 대한 설명으로 적절하지 않은 것은?

- ① 증거가 사실의 판단에 기여할 수 있는 정도는 법원의 자유 판단에 따른다.
- ② 법원은 신빙성 없는 증인에 의한 증언도 증거가치가 있다고 판단할 수 있다.
- ③ 법원은 증거능력이 있는 증거 중에서 범죄사실을 판단하는 데 활용할 증거를 선택할 수 있다.
- ④ 증거가치가 크고 작은 정도에 대한 법원의 판단은 합당한 근거 없이 자의적으로 이루어져서는 안 된다.
- ⑤ 법원에 의해 서로 모순된다고 판단된 증거들은 어느 쪽도 증거의 실질적인 가치로서의 신빙성을 인정받을 수 없다.

10. 밑글을 읽은 과정에서 문맥을 고려할 때, ㉠ ~ ㉣를 이해한 것으로 적절하지 않은 것은?

- ① ㉠: 증거능력을 배제해야 하는 조건에 대해 규정한 법칙들의
- ② ㉡: 증명 자료로서 필요한 법률상 자격을
- ③ ㉢: 진술자의 임의성을 지키는 데에만 의존하게 되면
- ④ ㉣: 전문증거의 증거능력을 부정하는 근거로
- ⑤ ㉤: 단순히 자의적으로 증거가치를 판단하는 것은

- 출전: 배종대 외 공저. 《형사소송법》

- 정답: 5. ③ 6. ③ 7. ② 8. ② 9. ⑤ 10. ③

◆ 21년 10월 고3 16~21번

[16~21] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

(가)

법 원리주의에서는 법 규범을 법 규칙과 법 원리로 나누어 파악한다. 법 규칙은 확정적 규범 내용을 갖는 반면 법 원리는 이념적 당위로서, 주어진 상황에서 무언가를 최대한 실현할 것을 요청하는 규범 내용을 갖는다. 법 원리는 법 규칙의 존재와 내용을 파악하는 데 배경적 근거가 된다.

법 규칙은 구성 요건과 그에 따른 법률 효과의 발생이 확정적으로 규정된 법 규범이다. 즉 법 규칙은 법 규범이 정하는 요건이 사실로 발생하면 그에 대응하는 법률 효과가 반드시 발생한다. 법 규칙을 해석하여 적용하는 과정은 논리적 작동의 수행으로 이루어진다. 통상 법적 삼단논법이라고 부르는 이 논리적 작동의 수행은 법 적용을 두 가지 전제로부터 연역되는 자명한 추론으로 ㉠ 간주한다. 이때 대전제는 법 규범이고 소전제는 법 규범의 적용 조건으로 확인된 사실이다. 적용 조건의 확인은 조사를 거친 사실이 법률상의 구성 요건을 충족하고 있다는 판단을 통해 이루어진다. 법적 결론은 사실 관계에 법 규범을 적용하여 ㉡ 도출한다. 만약 동일한 행위에 대해 각각 반대되는 법률 효과를 규정하고 있어 충돌하는 법 규칙들이 있다면 특별법 우선의 원칙, 신법(新法) 우선의 원칙 등을 적용하여 어느 하나의 법 규칙만이 유효하다고 선언하거나 예외 조항을 두는 방법으로 해결한다.

법 원리는 법률 효과의 발생이 주어진 조건 아래에서 가능한 최대로 실현되는 형식을 가지는 법 규범이다. 즉 법 원리는 법에서 정한 요건이 충족될 경우 발생하는 법률 효과가 확정되어 있지 않다. 만약 어떤 구체적인 사안에서 법 원리들이 충돌할 경우 이익 형량을 통해 해결된다. 이익 형량이란 어떤 구체적 사안에서 충돌하는 법 원리들로부터 나오는 법률 효과들 중 어떤 것이 적용되어야 하는지 선택하는 판단을 ㉢ 칭한다. 그러므로 법 원리 사이의 충돌은 법 규칙과 달리 어느 법 원리가 더 큰 비중을 가지고 있는가 하는 차원에서 다루어진다. 이때 상충하는 이익들의 비중을 측정하는 방식으로는 이익 실현의 최적화를 살피는 방법 등이 있다.

법 원리주의에서는 이익 형량의 산물이 법 규칙이라고 본다. 이익 형량의 결과로 획득된 법 규범은 특정 사안에 적용할 수 있을 정도로 구체적인 요건과 법률 효과를 갖춘 법 규칙의 형식을 띠는 것이기 때문이다. 이러한 맥락에서 법 원리는 법 규칙의 존재와 내용을 파악하는 데 배경적 근거가 된다.

(나)

죄형 법정주의란 어떠한 행위가 범죄이고 그 범죄를 어떻게 처벌할 것인지 미리 성문의 법률로 규정하여야 한다는 원칙이다. 조선의 형법은 처벌의 기준을 명시한 성문화된 체계를 가지고 있었다. 이와 관련하여 ㉣ 조선 시대 형법에서 죄형 법정주의를 발견할 수 있다는 입장과, 그럼에도 불구하고 ㉤ 조선 시대 형법에서 죄형 법정주의를 발견하기 어렵다는 입장이 있다.

조선 시대 형법은 범죄의 종류, 범죄자나 피해자의 신분 등을 개별적으로 구분하고 이에 따라 형량이 결정되는 정형주의적 형식을 따랐다. 조선 시대 형법의 일반법으로 적용되었던 대명률의 '단죄인율령조'에 따르면 죄명을 확정할 때는 반드시 율령*을 따르고, 이를 ㉥ 위반할 경우 벌을 준다고 하였다. 이러한 규정은 법관이 외부의 압력으로부터 영향을 받지 않도록 함과 동시에 법관이 임의적으로 판단해 범죄의 여부를 결정할 수 없도록 했다는 점에서 죄형 법정주의와 동일한 원리가 작

동했다고 할 수 있다.

그런데 조선 시대 형법은 구체적이고 개별적인 사안을 하나 하나 열거하는 형식이었기 때문에 어떤 사안에 각 조항을 곧바로 적용하기에는 ㉦ 용이했지만 실제 발생하는 모든 사안을 열거할 수는 없었다. 그래서 어떤 사건을 적용할 때 이에 대응되는 규정이 없어서 법률의 흠결이 생길 경우도 있었다. 이를 보완하고자 단죄인율령조에는 다음과 같은 내용이 있었다. 율령에 기재된 것이 사리(事理)를 모두 규제할 수 없으므로 만약 죄를 결정하는 데 율조가 없으면 율문 중에 가장 가까운 것에 의거하여 더할 것을 더하고 빼어 죄명을 결정하여 형조에 보고하고, 형조는 임금께 아뢰어 처벌하도록 한다는 것이다. 이를 인율비부(引律比附)라고 하는데, 죄명을 결정 후 형조에 보고하고 임금에게 아뢰도록 한 것은 자의적인 판단을 방지하려는 노력이었다. 하지만 죄를 결정할 때 자의적인 유추가 개입할 수 있으므로 조선 시대의 형법은 죄형 법정주의에 위배된다고 보는 입장의 근거가 되기도 한다.

하지만 어떤 이들은 인율비부가 정형주의를 따랐던 조선 시대 형법상 어쩔 수 없는 선택이었다고 본다. 인율비부는 정형주의의 한계를 극복하기 위해 동원된 법 적용 방법으로서 구체적인 법률들을 추상화하는 특수한 해석 방법이라는 것이다. 따라서 조선 시대 형법에서 죄형 법정주의를 발견하려는 이들은 인율비부가 조선 시대 형법상 필연적이었음을 감안해야 한다고 본다.

* 율령: '율'은 범죄자에 대한 처벌과 제재를 규정한 형벌 법규이고, '령'은 행정적 명령이나 금지를 규정한 행정법적 규정임.

16. 다음은 (가)와 (나)를 읽은 학생이 작성한 학습 활동지의 일부이다. ㄱ ~ ㄴ에 들어갈 내용으로 적절하지 않은 것은?

학습 항목	학습 내용	
	(가)	(나)
두 글을 통합적으로 이해하기	ㄱ	
도입 문단의 내용 제시 방식 파악하기	ㄴ	ㄷ
:	:	:
글의 내용 전개 방식 이해하기	ㄹ	ㅁ

- ① ㄱ: 법을 해석하여 적용할 때 서로 충돌하는 가치를 제시하고 이를 서로 비교하였음.
- ② ㄴ: 법 원리주의 관점에서 법 규범을 법 규칙과 법 원리로 구분하였음.
- ③ ㄷ: 죄형 법정주의의 개념을 정의하면서 조선 시대 형법을 바라보는 입장들을 제시하였음.
- ④ ㄹ: 법 규칙과 법 원리의 차이점을 중심으로 그 둘의 관계를 설명하였음.
- ⑤ ㅁ: 죄형 법정주의 측면에서 조선 시대 형법을 바라보는 서로 다른 시각을 대조하였음.

17. <보기>를 바탕으로 (가)와 (나)에 대해 보인 반응으로 적절하지 않은 것은? [3점]

< 보 기 >

동서양을 막론하고 오래전부터 법관의 독립을 강조해 왔다. 이는 법관이 외부의 압력으로부터 자유로워야 한다는 사고의 표현으로, 법관은 오로지 법률에만 복종해야 한다는 생각으로 이어져 법체계의 완결성을 추구하려 했다. 또한 법관의 판결이 논리적 작동의 수행일 수 있도록 하면서 법 적용 시 외부 영향이나 법관 자신의 주관으로 오염되는 것을 방지하여 법 적용의 정당성을 갖추려 했다. 그 결과 법관은 자신의 판결에 대한 정치적 책임 등으로부터 일정 부분 자유로워질 수 있었다.

- ① (가)에서 법관은 법 규칙에 의한 판결의 결과에 대해 정치적 부담감을 덜어낼 수 있다는 것을 알 수 있겠군.
- ② (가)에서 법적 삼단논법은 법관의 판결이 논리적이라는 것을 보장하여 법 적용의 정당성을 확보할 수 있다는 것을 알 수 있겠군.
- ③ (나)에서 율령에 따른 법의 집행은 외부의 압력으로부터 판결이 오염되는 것을 방지할 수 있었다는 것을 알 수 있겠군.
- ④ (가)와 (나) 모두에서 법을 적용할 때 법관의 자의적인 해석을 방지하려 했다는 것을 알 수 있겠군.
- ⑤ (가)와 (나) 모두에서 흠결 없는 법체계를 완성하기 위해 법관의 주관을 중시했다는 것을 알 수 있겠군.

18. ㉠, ㉡의 입장에서 <보기>의 (a), (b)에 대해 판단한 내용으로 가장 적절한 것은? [3점]

< 보 기 >

(a) '율'과 '령'에는 조문이 없으나 이치상 마땅히 해서는 안 되는 것을 한 자는 태 40을 친다. (지은 죄의) 사리(事理)가 무거운 경우에는 장 80을 친다.
- 대명률, 불응위조 -

(b) '령'으로는 금지한 바 있으나 '율'에 죄명이 없는 경우, '령'을 어긴 자는 태 50을 친다.
- 대명률, 위령조 -

- ① ㉠: (a)는 '율'과 '령'에 따라 죄의 경중을 물어 형벌이 달라지고 있으므로 우리의 입장이 부정될 수는 없다.
- ② ㉠: (a)는 처벌할 규정이 전혀 존재하지 않는데도 그 행위를 처벌하고 있으므로 우리의 입장이 부정될 수는 없다.
- ③ ㉡: (a)는 처벌하기 위한 규정이 있지만 그에 대한 형벌이 지나치게 무거우므로 우리의 입장이 부정될 수는 없다.
- ④ ㉠: (b)는 죄명이 없어서 발생하는 처벌의 공백을 메우기 위해 '령'에 의존하고 있으므로 우리의 입장이 부정될 수는 없다.
- ⑤ ㉡: (b)는 처벌하기 위한 규정이 있고 그에 대한 형벌의 내용도 규정하고 있으므로 우리의 입장이 부정될 수는 없다.

19. (가)에 대한 설명으로 적절하지 않은 것은?

- ① 법에서 정한 요건이 충족되지 않았다면 법 규칙과 달리 법 원리는 그에 대응하는 법률 효과가 발생하지 않는다.
- ② 법 규칙들이 서로 맞부딪치면 하나의 규칙만이 채택되어 그에 대응하는 법률 효과가 발생할 수 있다.
- ③ 법 규칙과 달리 법 원리는 이익 형량을 통해 충돌하는 사안을 해결한다.
- ④ 법 원리는 주어진 조건에 따라 다양한 정도로 실현될 수 있다.
- ⑤ 법적 삼단논법에서 법 규범은 대전제로 활용된다.

20. (나)를 이해한 내용으로 가장 적절한 것은?

- ① 조선 시대는 율령에 어긋나더라도 경우에 따라 형벌을 가감하는 사법 제도를 운용하고 있었다.
- ② 조선 시대의 형법이 범죄에 대한 사안을 개별적으로 열거하고 있었기 때문에 인율비부가 사용되었다.
- ③ 조선 시대는 당대의 관습에 따라 범죄 여부와 형량을 판단했기 때문에 성문화된 형법이 존재했다고 보기 어렵다.
- ④ 조선 시대의 형법은 추상적이고 일반적인 규정을 담고 있었기 때문에 어떤 사안을 율령에 곧바로 적용하기에 곤란했다.
- ⑤ 조선 시대의 형법은 정형주의에 따라 범죄자나 피해자의 신분을 고려하지 않고 모든 사람들에게 일률적으로 벌을 내렸다.

21. 문맥상 ㉠ ~ ㉥와 바꿔 쓰기에 적절하지 않은 것은?

- ① ㉠: 여긴다
- ② ㉡: 바로잡는다
- ③ ㉢: 일컫는다
- ④ ㉣: 어길
- ⑤ ㉤: 쉬웠지만

[33~37] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

형법은 범죄와 형벌을 규정한 법률로 어떤 행위가 형법상 범죄 행위로 성립하려면 ‘구성 요건 해당성’, ‘위법성’, ‘책임’이라는 세 가지 요건을 순차적으로 모두 충족해야 한다.

첫 번째 성립 요건인 구성 요건 해당성은 어떤 행위에 대한 구체적인 사실이 형법상 규정된 범죄의 유형에 해당하는 것을 말한다. 이때 구성 요건으로 행위와 결과를 요구하는 경우에는 구성 요건상 행위와 결과 간에 인과관계가 인정되어야 한다. 두 번째 성립 요건인 위법성은 전체 법질서에 위배된다는 가치 판단으로, 어떤 행위가 구성 요건에 해당하는 행위이면 일반적으로 위법성이 추정된다. 하지만 구성 요건에 해당하는 행위이더라도 예외적으로 위법성을 소멸시키는 사유인 위법성 조각 사유에 해당한다면 범죄가 성립하지 않는다. 예를 들어 범죄의 구성 요건에 해당하는 타인에 대한 폭력이 형법에 규정된 위법성 조각 사유 중 하나인 정당방위에 해당한다면 위법성이 조각되어 범죄라고 볼 수 없다는 것이다. 세 번째 성립 요건인 책임은 행위자에 대해 사회적 비난이 가능하다는 성질을 의미한다. 어떤 행위가 구성 요건에 해당하는 위법한 행위라도 행위자에 대한 사회적 비난이 가능하지 않다면 범죄가 되지 않는다. 이때 행위자에 대한 책임을 물을 수 없는 사유인 책임 조각 사유 역시 형법에 규정되어 있는데 그 예로 강요된 행위가 있다.

형법에서 다루는 범죄는 ‘고의범’과 ‘과실범’으로 나눌 수 있다. 고의범은 행위자가 죄를 범할 의사를 가지고 저지르는 범죄로, 범죄 사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄 사실이 발생할 위험을 용인하는 마음속의 의사를 가지고 행동하는 ‘미필적 고의’에 의한 범죄 역시 고의범에 포함하고 있다. 형법에서 다루는 범죄는 고의범이 대부분이지만, 실수로 타인의 생명과 신체를 침해하는 사례가 많아지면서 죄를 범할 의사는 없지만 부주의로 타인에게 상처를 입히는 등의 과실로 인한 범죄인 과실범에 대해서도 특별한 규정을 두어 처벌하고 있다.

과실은 결과 발생의 위험성에 대한 인식의 유무와 형법상의 과실범 규정에 따라 그 유형을 나눌 수 있다. 먼저 인식의 유무에 따라 과실의 유형을 나누면 ‘인식 없는 과실’과 ‘인식 있는 과실’로 나눌 수 있다. 자동차 운전을 하면서 통화를 하다가 정지신호를 보지 못하고 통과하던 중 교통사고를 ㉠ 일으킨 경우, 운전 중 통화 행위가 사고를 발생시킬 수 있는 위험한 행동이라고 인식하지 못하였다면 운전자의 행위는 인식 없는 과실에 해당한다. 그러나 운전 중 통화 행위가 사고를 발생시킬 수 있는 위험한 행동이라고 인식했지만 주의해서 운전하면 교통사고는 발생하지 않을 것이라고 생각하면서 계속 통화를 하던 중 교통사고를 일으켰다면 운전자의 행위는 인식 있는 과실에 해당한다고 볼 수 있다. 두 과실은 형법상 취급에는 차이가 없고 과실범의 성립 여부에 영향을 주지 않는다. 하지만 ㉡ 두 과실을 구분함으로써 인식 있는 과실을 미필적 고의와 구별할 수 있다.

다음으로 과실은 형법상의 과실범 규정에 따라 ㉢ ‘통상의 과실’, ㉣ ‘업무상 과실’, ㉤ ‘중과실’로 나눌 수 있는데, 이들은 법정형에 차이가 있다. 업무상 과실은 업무가 계속적·반복적인 수행을 요건으로 하기 때문에 결과 발생에 대한 예견가능성이 높다고 할 수 있으므로 일반인에게 통상적으로 요구되는 주

의의무를 위반하는 통상의 과실에 비해 상대적으로 무겁게 처벌한다. 이 경우 업무는 결과 발생 야기 행위의 내용이어야 하며 이와 무관한 업무를 수행하던 중 발생한 결과에 대해서는 업무상 과실을 인정할 수 없다. 중과실은 통상의 과실에 비해 주의의무를 현저히 태만히 한 경우, 즉 극히 근소한 주의만 기울였더라도 결과의 발생을 예견할 수 있었다는 점에서 통상의 과실에 비해 상대적으로 무겁게 처벌한다.

33. 밑줄의 내용에 대한 이해로 적절하지 않은 것은?

- ① 협박에 의해 강요된 행위였다면 위법성이 조각되어 범죄로 볼 수 없다.
- ② 어떤 행위에 대한 결과가 없더라도 그 행위만으로도 구성 요건에 해당할 수 있다.
- ③ 어떤 행위가 형법에 규정된 범죄 행위의 유형에 속하지 않는다면 범죄로 볼 수 없다.
- ④ 어떤 행위가 형법상 범죄로 성립하기 위해서는 범죄 성립의 세 가지 요건을 순차적으로 모두 충족해야 한다.
- ⑤ 범죄의 구성 요건으로 행위와 결과를 요구하는 경우, 구성 요건상 행위와 결과는 인과관계가 인정되어야 한다.

34. ㉡의 이유를 추론한 내용으로 가장 적절한 것은?

- ① 고의는 과실보다 부주의로 인해 죄를 범할 가능성이 상대적으로 낮기 때문이다.
- ② 과실은 행위의 위험성에 대한 인식 유무에 따라 서로 다른 유형으로 나뉘기 때문이다.
- ③ 결과 발생의 위험성에 대한 인식 유무가 고의와 과실을 나누는 중요한 기준이기 때문이다.
- ④ 고의와 과실은 범죄 사실의 발생 가능성에 대한 인식 유무와 그 결과를 용인하는 의사 유무 모두에 차이가 있기 때문이다.
- ⑤ 행위자가 자기 행위로 인하여 발생할 위험을 용인하는 의사의 유무에 따라 그 행위가 고의와 과실로 구별되기 때문이다.

35. ㉢~㉤에 대한 설명으로 적절하지 않은 것은?

- ① ㉢과 ㉣은 업무로 인한 결과 발생 가능성을 얼마만큼 예견했는가에 따라 법정형이 달라진다.
- ② ㉢과 ㉣은 주의의무에 대한 태만의 정도 차이를 기준으로 나뉜다.
- ③ ㉣은 계속적이고 반복적인 수행으로 인해 결과 발생에 대한 예견가능성이 ㉢에 비해 상대적으로 높다.
- ④ ㉣은 조금만 주의를 기울여도 결과의 발생을 피할 수 있다는 점에서 ㉢에 비해 상대적으로 무겁게 처벌한다.
- ⑤ ㉢~㉣은 형법상 과실 행위를 세분화한 것으로 법정형에 차이가 있다.

36. 위글을 참고했을 때, <보기>의 판결문에 대한 반응으로 적절하지 않은 것은? [3점]

— <보 기> —

A 씨(건주)는 자신의 의류 매장에서 반려견을 키우고 있었다. A 씨는 ○월 ○일 11시에 자신의 매장에서 환불을 요구하는 손님과 다툼을 벌였고, 그 과정에서 A 씨의 반려견이 밖으로 나갔다. 이때 지나가던 B 씨에게 A 씨의 반려견이 달려들었고, B 씨는 A 씨의 반려견에게 물려 상해를 입게 되었다. A 씨의 과실 여부를 판단하는 재판 과정에서, A 씨는 자신의 반려견이 매장 밖으로 나가 타인에게 해를 끼칠 수도 있겠다고 생각했지만 손님과의 다툼으로 어쩔 수 없었던 상황이었다고 호소했다. 이에 대한 판결은 다음과 같다.

[판결문]

피고인(A 씨)은 피고인이 운영하는 의류 매장에서 견주로서 반려견에게 목줄을 채우지 않은 채 풀어놓고 출입문의 잠금 상태를 소홀히 한 과실로 피해자(B 씨)에게 상세 불명의 신체 부위에 상처를 입게 하였으므로 피고인을 벌금 150만 원에 처한다.

- ① A 씨가 반려견에 대한 관리를 소홀히 한 사실에 대해 A 씨에 대한 사회적 비난이 가능하다고 판단한 것이겠군.
- ② A 씨가 반려견에 대한 관리를 소홀히 하면 타인에게 해를 끼칠 수 있다고 인식한 점은 과실범의 성립 여부에 영향을 미쳤겠군.
- ③ A 씨가 손님과의 다툼으로 반려견에 대한 관리를 소홀히 할 수밖에 없었다고 주장하는 부분에 대해 책임 조각 사유로 인정하지 않았겠군.
- ④ A 씨가 반려견에 대한 관리를 소홀히 하였고 그로 인해 B 씨가 상해를 입게 된 점을 형법상 규정된 범죄 유형에 해당한다고 판단한 것이겠군.
- ⑤ A 씨가 반려견에 대한 관리 소홀로 타인을 다치게 하여 벌금형을 받은 점은 구성 요건에 해당하는 행위에 위법성이 있다고 판단한 것이겠군.

37. ㉠와 문맥상 의미가 가장 가까운 것은?

- ① 동생이 학교에서 말썽을 일으켰다.
- ② 말이 먼지를 일으키며 달려가고 있다.
- ③ 그는 넘어지자마자 재빨리 몸을 일으켰다.
- ④ 선풍기는 전기를 동력으로 삼아 바람을 일으킨다.
- ⑤ 우리는 무너진 집안을 일으키기 위해 열심히 노력했다.

- 출전: 박상기 저. 《형법학》

- 정답: 33.① 34.⑤ 35.① 36.② 37.①

◆ 17 LEET 언어이해 1~3번

[1~3] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

넓은 바다에서 여러 사람을 태운 배가 난파하였다. 바다에 빠진 선원 A는 바다 위에 떠 있는 널판을 발견하였다. 널판은 한 사람을 겨우 지탱할 만큼밖에 되지 않았다. 선원 A가 널판으로 헤엄쳐 갈 때, 마침 미처 붙잡을 만한 것을 찾지 못한 선원 B도 널판 쪽으로 헤엄쳐 왔다. 선원 A와 선원 B는 동시에 그 널판을 붙잡게 되었다. 두 사람이 계속 붙잡고 있다가는 널판이 가라앉을 것이기 때문에 선원 A는 둘 다 빠져 죽을까 걱정하여 선원 B를 널판에서 밀어내었다. 선원 B는 결국 물에 빠져 죽었고 선원 A는 구조되었다. 이는 고대 그리스의 철학자 카르네아데스가 만든 가상의 사건 ‘카르네아데스의 널’을 바탕으로 재구성한 **사례**이다. 이 사례는 윤리적으로 허용될 수 있는지도 논란거리가 되지만, 형법상 처벌되어야 하는지도 따져 볼 만하다.

범죄는 ‘(1) 구성요건에 해당하고, (2) 위법하며, (3) 유책한 행위’라고 정의된다. 이 세 가지 요소 가운데 하나라도 빠지면 범죄는 성립하지 않는다. 이 중 구성요건이란 형벌을 부과할 대상이 되는 위법한 행위를 형법에 유형화하여 기술해 놓은 것을 말한다. 예를 들면, 형법 제250조 제1항은 “사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.”라고 규정하는데, 여기서 사람을 살해한다는 것이 구성요건이다. 따라서 구체적인 사실이 구성요건에 해당할 때에는 일반적으로 위법하다.

구성요건에 해당하더라도 위법하다고 볼 수 없을 때가 있다. 잘 알려진 것으로는 정당방위, 긴급피난에 해당하는 경우가 있다. 정당방위는 자기 또는 타인의 법익을 현재의 위법한 침해로부터 방위하기 위하여 상당한 이유가 있는 행위를 하는 것을 말한다. 여기에는 법이 불법에 양보할 필요가 없다는 전제가 깔려 있다. 긴급피난은 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위하여 상당한 이유가 있는 행위를 하는 것을 말한다. 생명과 같이 대체할 수 없는 큰 법익을 지키기 위해 어쩔 수 없이 재산과 같은 법익을 희생시킨 일을 가지고 사회적인 해악을 일으킨 위법한 행위라 하지 않는 것이다. 긴급피난은 꼭 위법한 침해 행위로 일어난 위난에 대하여만 인정하는 것이 아니라는 점에서 정당방위와 다르다.

앞의 사례에서 선원 A와 선원 B가 동시에 널판을 잡은 행위는 저마다의 생명을 생각할 때 불가피한 일이었다. 이 상황은 선원

A의 입장에서 급박한 위난이었고, 선원 A의 이어진 행위는 위난을 피하는 데 절실한 것이었다. 이러한 선원 A의 행위에 대해 ㉠ 정당방위가 인정된다고 생각하는 이나, ㉡ 긴급피난이 성립하여 위법성이 없다고 파악하는 이가 있을지 모른다. 그러나 그 어느 쪽도 해당하지 않는다고 해야 한다.

우선 정당방위의 요건을 생각할 때 위난에 빠진 선원 B의 행위에 대한 선원 A의 행위를 정당방위로 볼 수는 없으며, 또한 긴급피난이 성립하려면 보호한 법익이 침해한 법익보다 훨씬 커야 하는데 이 사례는 여기에 해당하지 않는다. 그렇다고 해서 곧바로 선원 A에게 범죄가 성립한다고 단정할 수는 없다. 범죄가 성립하기 위해서는 ‘책임’이라고 하는 점도 고려해야 하기 때문이다. 범죄는 유책한 행위, 곧 행위자에게 책임을 물을 수 있는 행위여야 성립할 수 있는 것이다. 따라서 유책하지 않은 행위를 들어 형벌을 부과할 수 없다.

위법성은 개인의 행위를 법질서와의 관계에서 판단하는 것이어서, 행위자 개인의 특수성은 위법성 판단의 기준이 되지 않는다. 형법에서 위법한 행위를 한 행위자 개인을 비난할 수 있는가 하는 것이 바로 책임의 문제이다. 형법상 책임은 행위자에 대한 법적 비난 가능성의 문제인 것이다. 이는 구체적인 상황에서 행위자가 위법한 행위 말고 다른 행위를 할 수 있었겠는가 하는 기대가능성으로 볼 수 있다. 적법한 행위를 할 수 있었는데도 위법한 행위를 한 데에 대하여는 윤리적인 비판뿐만 아니라 법적인 비난이 가해져야 하기 때문이다. ‘카르네아데스의 널’을 재구성한 사례에서 선원 A가 자신의 목숨을 희생하는 쪽을 선택하였다면 승고한 선행임에 틀림없지만, 그렇게 하지 않은 데 대하여 윤리적인 비판은 몰라도 법적인 비난을 하기는 어렵다고 보는 것이 일반적이다.

1. **사례**에 관한 윗글의 이해로 적절한 것은?

- ① 선원 A나 선원 B의 행위는 모두 위난을 벗어나고자 한 것이라 할 수 있다.
- ② 선원 B가 만약 선원 A를 밀어 빠져 죽게 하였다면 그 행위는 범죄가 된다.
- ③ 선원 A와 선원 B의 행위는 형법상 살인죄의 구성요건에 해당하지 않는다.
- ④ 선원 B에 대한 선원 A의 행위는 윤리적으로 타당하기 때문에 형법상 비난받지 않는 것이다.
- ⑤ 선원 A가 선원 B를 살리는 선택을 하였다면 그것을 윤리적으로 드높은 덕행이라 할 수 없다.

2. ㉠, ㉡에 대해 추론한 내용으로 적절하지 않은 것은?

- ① ㉠은 선원 B의 행위가 위법한 침해라고 주장할 것이다.
- ② ㉠은 선원 A의 행위가 현재 자기에게 닥친 침해를 해결하려 한 것이라고 주장할 것이다.
- ③ ㉡은 선원 B의 행위가 위법한 침해라고 주장하지 않아도 된다.
- ④ ㉡은 선원 A의 행위에 대한 범죄 성립 여부는 그의 책임에 대한 문제까지 따져야 결정될 것이라고 볼 것이다.
- ⑤ ㉠과 ㉡은 모두 선원 A의 행위가 현재 직면한 위난을 해결하는 데 상당한 이유가 있는 것이었다고 볼 것이다.

3. 위글에 따를 때, 선원 A의 '책임'에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?

- ① 구성요건에 해당하지 않는 행위는 책임을 따질 필요가 없기 때문에, 선원 A의 책임은 인정되지 않는다.
- ② 형법상 책임이 있다는 것은 적법한 다른 행위를 할 수 있는 상황을 전제하기 때문에, 선원 A는 책임이 있다.
- ③ 선원 A의 책임 유무를 따지는 것은, 자신의 생명에 대한 위난을 피하기 위해 남의 생명을 침해한 행위가 위법하다고 인정되기 때문이다.
- ④ 유책하지 않은 행위에 대하여는 정당방위가 성립할 수 없기 때문에, 선원 A의 행위에 대하여는 정당방위를 따지지 않고 책임의 문제를 검토하는 것이다.
- ⑤ 선원 A의 행위가 위법한지는 따져 보지 않아도 되는 것은, 위법성은 행위에 대한 법규범적 판단인 데 반하여 책임은 행위자에 대한 윤리적인 비난 가능성을 검토하는 것이기 때문이다.

◆ 17년 10월 고3 27~31번

[27 ~ 31] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

㉠ 인공호흡기가 1대밖에 없는 병원에 동등하게 살아남을 기회를 가진 2명의 환자가 동시에 실려 왔다. 한 사람은 출산을 앞둔 여성이고 다른 한 사람은 그녀의 남편이다. 치료 의무가 있는 담당 의사는 인공호흡기가 1대밖에 없기 때문에 그중 한 사람은 치료할 수 없었다. 이렇게 복수의 의무가 서로 충돌하여 행위자가 하나의 의무만을 이행할 수밖에 없는 긴급 상황에서, 하나의 의무를 이행하면 다른 의무를 이행할 수 없는 상호 관계에 있는 경우를 의무 충돌이라 한다. 의무 충돌 상황에서 의무는 법적 의무이어야 하며, 행위자는 의무 충돌 상황을 야기한 책임이 없어야 의무 충돌이 성립한다. 의무는 특정 행위를 해야 할 작위 의무와 하지 말아야 할 부작위 의무로 구분된다. 작위란 행위자가 신체적 힘을 이용해 자연적으로 벌어지는 일들에 변경을 가한 경우를 말하며, 부작위는 변경시킬 수 있지만 아무런 신체적 힘을 투입하지 않고 사건이 벌어질 것을 방치한 것을 말한다. 가령 위의 응급 상황에서 담당 의사가 환자에게 인공호흡기를 연결하지 않는 부작위가 일어났다면 의사는 생명을 보호해야 하는 작위 의무를 위반한 것이다.

의무가 서로 충돌할 수 있는 상황은 부작위 의무 대 부작위 의무, 작위 의무 대 부작위 의무, 작위 의무 대 작위 의무의 충돌 형식을 띠 수 있다. 그러나 위의 세 가지 충돌 형식들이 모두 의무 충돌로 성립되는 것은 아니다. 대다수 형법학자들은 ㉡ 부작위 의무 간의 충돌은 의무 충돌에 해당되지 않는다고 본다. 한편, 작위 의무 대 부작위 의무의 충돌은 견해에 따라 의무 충돌이 아니라 긴급 피난으로 보는 견해도 있다. 긴급 피난이란 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 상당한 이유가 있는 행위이다. 이때 법익이란 법이 보호하는 이익이고, 위난이란 법익에 대한 위협 있는 상태를 말한다. 운전 중 갑자기 나타난 보행자를 ㉢ 피하려 했는데, 좌측은 낭떠러지였기 때문에 급히 핸들을 우측으로 ㉣ 꺾어 건물 일부를 파손하는 행위는 긴급 피난으로 볼 수 있다. 긴급 피난으로 인정되면 벌하지 않는다. 이를 의무 개념으로 설명하자면 타인의 생명을 보호해야 한다는 작위 의무와 타인의 재산을 파괴하면 안 된다는 부작위 의무의 충돌 상황에서 핸들을 꺾는 작위에 의해 부작위 의무를 위반한 것으로 이해할 수 있다. 따라서 작위 의무 대 부작위 의무의 충돌은 긴급 피난과 본질적으로 동일하므로 의무 충돌에서 제외되어야 한다는 견해가 제기되는 것이다.

의무 충돌과 긴급 피난은 모두 긴급 상황에서 한쪽의 법익을 보전하기 위해 다른 한쪽의 법익을 침해하지 않을 수 없다는 점에서 유사점이 있기 때문에 의무 충돌 자체가 긴급 피난과 구별되지 않는다고 보는 견해가 있다. 그러나 의무 충돌과 긴급 피난은 의무의 범위를 작위 의무로 한정하면 그 차이점이 분명해진다. 긴급 피난은 위난을 제3자에게 전가하지 않고 자기 스스로 위난을 감수함으로써 법익 충돌을 해결할 가능성이 있는 것에 반해, 의무 충돌은 그와 같은 가능성이 없다. 즉 앞선 사례에서 운전자는 핸들을 우측으로 꺾지 않고 좌측으로 꺾어 자신의 법익을 희생함으로써 법익 충돌을 해결할 가능성이 있다. 반면, 앞서 언급한 담당 의사에게는 그와 같은 가능성이 없다. 또한 행위자가 적극적인 어떤 활동을 하는 작위에 의해 법익 침해가 이루어지는 긴급 피난과 달리, 의무 충돌은 행위자가 사건이 벌어질 것을 방치하는 부작위에 의해 법익 침해가 이루어진다. 그러므로 의무 충돌은 대개의 경우 작위 의무 간의 충돌을 ㉤ 뜻한다.

