’15년 제2차 형법 해설

김　형　진

문1. 【정답】 ②

【해설】

② 옳은 것은 ㉠, ㉡, ㉢ 3개이다.

㉠ 옳다. **<판례의 입장>** 자신의 뇌물수수 혐의에 대한 결백을 주장하기 위하여 제3자로부터 사건 관련자들이 주고받은 이메일 출력물을 교부받아 징계위원회에 제출한 사안에서, 이메일 출력물 그 자체는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에서 말하는 ‘정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는’ 타인의 비밀에 해당하지 않지만, 이를 징계위원회에 제출하는 행위는 ‘정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 비밀’인 이메일의 내용을 ‘누설하는 행위’에 해당한다

☞ 법 제49조는 “누구든지 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있고, 제62조 제6호에서는 “ 제49조의 규정을 위반하여 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설한 자”를 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는바, 여기서 비밀의 ‘누설’이란 비밀을 아직 알지 못하는 타인에게 이를 알려 주는 행위를 말하고, 그 방법에 제한이 있다고 볼 수 없으므로 구두의 고지, 서면에 의한 통지 등 모든 방법이 가능하다.

위 법리 및 기록에 의하여 살펴보면, 이 사건 이메일 출력물이 법 제49조, 제62조 제6호 소정의 ‘정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 비밀’에 해당하지 아니함은 원심 판단과 같으나, 위 공소사실은 피고인 2가 피고인 1로부터 건네받은 이 사건 이메일 출력물을 위 징계위원회에 제출함으로써 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 피해자의 비밀인 위 이메일 ‘협의(1)’의 내용을 누설하였다는 것으로서, 이 사건 이메일 출력물의 제출은 법 제49조, 제62조 제6호 소정의 ‘타인의 비밀’을 누설하는 방법에 불과하므로, 이 사건 이메일 출력물이 법 제49조, 제62조 제6호 소정의 ‘타인의 비밀’에 해당하지 않는다고 하여 피고인 2의 판시 행위가 법 제49조, 제62조 제6호 소정의 ‘정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 비밀’을 누설한 행위에 해당하지 않는다고 볼 수는 없고, 이러한 해석이 죄형법정주의 원칙에 반하는 확장해석이라고 보이지도 않는다.

(대법원 2008.4.24. 선고 2006도8644 판결)

<검토> 『법의 취지를 고려하여 처벌(피고인의 행위를 법문구에 해당된다고 해석해야 처벌할 수 있다.), 불처벌(피고인의 행위를 법문구에 해당되지 않는다고 해석해야 불처벌할 수 있다.)로 암기한다.』는 죄형법정주의 판례 두 번째 원칙을 적용하면 되는 판례이다. 타인이 여러분의 비밀이 담긴 이메일 내용을 누설하면 강력히 처벌해야 한다(피고인의 행위는 법문구에 해당된다.)고 생각하면서 처벌쪽으로 해석하는 판례의 위와 같은 해석은 옳다고 암기한다.

㉡ 옳다. **<판례의 입장>** 군형법 제64조 제1항의 상관면전모욕죄의 구성요건은 ‘상관을 그 면전에서 모욕하는’ 것인데, 여기에서 ‘면전에서’라 함은 얼굴을 마주 대한 상태를 의미하는 것임이 분명하므로, 전화를 통하여 통화하는 것을 면전에서의 대화라고는 할 수 없다.

(대법원 2002.12.27. 선고 2002도2539 판결)

<검토> 『법의 문구(면전)와 행위자의 행위(전화 통화)가 다르면 법을 적용할 수 없다』는 죄형법정주의 첫 번째 원칙을 적용하면 되는 판례이다.

죄형법정주의를 엄격히 적용하여 전화 통화하면서 상관을 모욕한 행위는 상관을 그 면전에서 모욕하는 것을 객관적 구성요건요소로 하는 상관면전모욕죄에 해당되지 않으므로 무죄를 인정한 판례이다.

이런 판례는 구성요건에 규정된 문구(⇒ 면전)과 실제 피고인의 행위에 해당하는 문구(⇒ 전화 통화)의 차이에 포인트를 두어 암기하는 것이 요령이다.

㉢ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 구 약사법 제2조 제1호가 약사법에서 사용되는 ‘약사’의 개념에 대해 정의하면서 ‘판매(수여를 포함한다. 이하 같다)’라고 규정함으로써 구 약사법 제44조 제1항을 포함하여 위 정의규정 이하 조항의 ‘판매’에는 ‘수여’가 포함됨을 명문으로 밝히고 있는 점, 구 약사법은 약사에 관한 일들이 원활하게 이루어질 수 있도록 필요한 사항을 규정하여 국민보건 향상에 기여하는 것을 목적으로 하고(제1조), 약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없도록 하며(제20조 제1항), 의약품은 국민의 보건과 직결되는 것인 만큼 엄격한 의약품 관리를 통하여 의약품이 남용 내지 오용되는 것을 막고 의약품이 비정상적으로 유통되는 것을 막고자 구 약사법 제44조 제1항에서 약국 개설자가 아니면 의약품을 판매하거나 또는 판매 목적으로 취득할 수 없다고 규정한 것인데, 국내에 있는 불특정 또는 다수인에게 무상으로 의약품을 양도하는 수여의 경우를 처벌대상에서 제외한다면 약사법의 위와 같은 입법목적을 달성하기 어려울 것이고, 따라서 이를 처벌대상에서 제외하려는 것이 입법자의 의도였다고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 결국 국내에 있는 불특정 또는 다수인에게 무상으로 의약품을 양도하는 수여행위도 구 약사법 제44조 제1항의 ‘판매’에 포함된다고 보는 것이 체계적이고 논리적인 해석이라 할 것이고, 그와 같은 해석이 죄형법정주의에 위배된다고 볼 수 없다.

[2] 갑 주식회사 임원인 피고인들이 회사 직원들 및 그 가족들에게 수여할 목적으로 전문의약품인 타미플루 39,600정 등을 제약회사로부터 매수하여 취득하였다고 하여 구 약사법 위반죄로 기소된 사안에서, 불특정 또는 다수인에

게 무상으로 의약품을 양도하는 수여행위도 '판매'에 포함되므로 위와 같은 행위가 같은 법 제44조 제1항 위반행위에 해당한다는 전제에서, 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 조각된다는 취지의 피고인들 주장을 배척한 원심의 조치를 정당하다고 한 사례.
(대법원 2011.10.13. 선고 2011도6287 판결)
<검토> 『법의 취지를 고려하여 처벌(피고인의 행위를 법문구에 해당된다고 해석해야 처벌할 수 있다.), 불처벌(피고인의 행위를 법문구에 해당되지 않는다고 해석해야 불처벌할 수 있다.)로 암기한다.』는 죄형법정주의 판례 두 번째 원칙을 적용하면 되는 판례이다.
의약품의 오·남용을 방지하기 위해서 원칙적으로 약사만이 의약품을 취급해야 하므로, 비의사인 피고인이 무상으로 수여할 목적으로 전문의약품을 취득하는 행위는 처벌해야 한다(피고인의 행위는 법문구에 해당된다.)고 생각하면서 처벌쪽으로 해석하는 판례의 위와 같은 해석은 옳다고 암기한다.

㉣ 틀리다. **<판례의 입장>** 일반음식점 영업자인 피고인이 주로 술과 안주를 판매함으로써 구 식품위생법상 준수사항을 위반하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 준수사항 중 '주류만을 판매하는 행위'에 안주류와 함께 주로 주류를 판매하는 행위도 포함된다고 해석하여 유죄를 인정한 원심판결에 죄형법정주의에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례
(대법원 2012.6.28. 선고 2011도15097 판결)
<검토> 『법의 문구(주류만[only]을 판매하는 행위)와 행위자의 행위(안주류와 함께 주로[mostly] 주류를 판매하는 행위)가 다르면 법을 적용할 수 없다』는 죄형법정주의 첫 번째 원칙을 적용하면 되는 판례이다.
이런 판례는 구성요건에 규정된 문구(⇒ 주류만을 판매하는 행위)과 실제 피고인의 행위에 해당하는 문구(⇒ 안주류와 함께 주로 주류를 판매하는 행위)의 차이에 포인트를 두어 암기하는 것이 요령이다.

㉤ 틀리다. **<판례의 입장>** 구 식품위생법 제97조 제1호, 제13조 제1항, 제2항, 구 식품위생법 시행규칙 제8조의 내용을 종합하면, 법 제13조 제1항에서 금지하는 '식품에 관하여 의약품과 혼동할 우려가 있는 광고'란 라디오·텔레비전·신문·잡지·음악·영상·인쇄물·간판·인터넷, 그 밖의 방법으로 식품 등의 품질·영양가·원재료·성분 등에 대하여 질병의 치료에 효능이 있다는 정보를 나타내거나 알리는 행위를 의미한다고 보아야 한다. 따라서 식품 판매자가 식품을 판매하면서 특정 구매자에게 그 식품이 질병의 치료에 효능이 있다고 설명하고 상담하였다고 하더라도 이를 가리켜 법 제13조 제1항에서 금지하는 '광고'를 하였다고 볼 수 없고, 그와 같은 행위를 반복하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다.
(대법원 2014.04.30. 선고 2013도15002 판결)
<검토> 『법의 문구(광고)와 행위자의 행위(설명, 상담)가 다르면 법을 적용할 수 없다』는 죄형법정주의 첫 번째 원칙을 적용하면 되는 판례이다.
이런 판례는 구성요건에 규정된 문구(⇒ 광고)과 실제 피고인의 행위에 해당하는 문구(⇒ 설명, 상담)의 차이에 포인트를 두어 암기하는 것이 요령이다.

문2. 【정답】 ④
【해설】
④ 틀리다. **<법조문> 형법 제271조 제1항** : 노유, 질병 기타 사정으로 인하여 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상 의무있는 자가 유기한 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
<판례의 입장> 현행 형법은 유기죄에 있어서 구법과는 달리 보호법익의 범위를 넓힌 반면에 보호책임 없는 자의 유기죄는 없애고 법률상 또는 계약상의 의무있는 자만을 유기죄의 주체로 규정하고 있어 명문상 사회상규 상의 보호책임을 관념할 수 없다고 하겠으니 유기죄의 죄책을 인정하려면 보호책임이 있게 된 경위 사정관계 등을 설시하여 구성요건이 요구하는 법률상 또는 계약상 보호의무를 밝혀야 하고 설혹 동행자가 구조를 요하게 되었다 하여도 일정거리를 동행한 사실만으로서는 피고인에게 법률상 계약상의 보호의무가 있다고 할 수 없으니 유기죄의 주체가 될 수 없다.
(대판 1977.1.11. 76도3419)
<검토> 유기죄에서 보호의무의 발생근거는 법으로 명확히 규정되어 있으므로 판례가 마음대로 인정할 수 없고, 반드시 법률상 또는 계약상 의무에 한정된다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 형법상 부작위범이 인정되기 위해서는 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과 발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과 발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있고, 여기서 작위의무는 법적인 의무이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 작위의무가 법적인 의무인 한 성문법이건 불문법이건 상관이 없고 또 공법이건 사법이건 불문하므로, 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다.
(대판 1996. 9. 6. 95도2551)
<검토> 상기 ④번 판례와 상기 ①번 판례를 비교해서 알아 두어야 한다. 유기죄에서 보호의무의 발생근거는 법으로 명확히 규정되어 있으므로 법률상 또는 계약상 의무에

한정되지만,
부진정부작위범의 작위의무의 발생근거는 법으로 명확히 규정되어 있지 않아 판례가 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무도 인정하고 있다.
따라서 전자(유기죄 보호의무)가 후자(부진정부작위범의 작위의무)보다 그 범위가 좁다고 볼 수 있다.

② 옳다. **<판례의 입장>** 도로교통법 제50조 제1항(현행 제54조), 제2항이 규정한 교통사고발생시의 구호조치의무 및 신고의무는 차의 교통으로 인하여 사람을 사상하거나 물건을 손괴한 때에 운전자 등으로 하여금 교통사고로 인한 사상자를 구호하는 등 필요한 조치를 신속히 취하게 하고, 또 속히 경찰관에게 교통사고의 발생을 알려서 피해자의 구호, 교통질서의 회복 등에 관하여 적절한 조치를 취하게 하기 위한 방법으로 부과된 것이므로 교통사고의 결과가 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황인 이상 그 의무는 교통사고를 발생시킨 당해 차량의 운전자에게 그 사고발생에 있어서 고의·과실 혹은 유책·위법의 유무에 관계없이 부과된 의무라고 해석함이 상당할 것이므로, 당해 사고에 있어 귀책사유가 없는 경우에도 위 의무가 없다 할 수 없고, 또 위 의무는 신고의무에만 한정되는 것이 아니므로 타인에게 신고를 부탁하고 현장을 이탈하였다고 하여 위 의무를 다한 것이라고 말할 수는 없다.
(대판 2002. 5. 24. 2000도1731)
<검토> 도로교통법상 사상자구호조치의무는 운전자 본인에게 과실이 있든 없든 불문하고 일단 사고를 당한 '사람부터 구하라'라는 인간생명존중의 취지로 부과된 것이라고 이해하면 된다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** 일정한 기간 내에 잘못된 상태를 바로잡으라는 행정청의 지시를 이행하지 않았다는 것을 구성요건으로 하는 범죄는 이른바 진정부작위범으로서 그 의무이행기간의 경과에 의하여 범행이 기수에 이름과 동시에 작위의무를 발생시킨 행정청의 지시 역시 그 기능을 다한 것으로 보아야 한다.
(대법원 1994.4.26. 선고 93도1731 판결)
<검토> 이행하지 '않았다'는 것을 구성요건으로 하는 범죄라 함은 법조문상 '~한' 자를 처벌하는 작위범이 아니라, '~아니한' 자를 처벌하는 진정부작위범을 의미하는 것이다.
또한 의무이행기간까지 이행하지 아니하는 행위가 있으면 속칭 행정지시불이행죄라는 진정부작위범은 완성되었다고 볼 수 있어 의무이행기간의 경과에 의하여 기수에 이르게 되는 것이다.

문3. 【정답】 ②
【해설】

② 틀리다. **<판례의 입장>** 초지조성공사를 도급받은 수급인이 불경운작업(산불작업)을 하도급을 준 이후에 계속하여 그 작업을 감독하지 아니한 잘못이 있다 하더라도 이는 도급자에 대한 도급계약상의 책임이지 위 하수급인의 과실로 인하여 발생한 산림실화에 상당인과관계가 있는 과실이라고는 할 수 없다.
(대법원 1987.04.28. 선고 87도297 판결)
<참고판례> 공사도급계약의 경우 원칙적으로 도급인에게는 수급인의 업무와 관련하여 사고방지에 필요한 안전조치를 취할 주의의무가 없으나, 법령에 의하여 도급인에게 수급인의 업무에 관하여 구체적인 관리·감독의무 등이 부여되어 있거나 도급인이 공사의 시공이나 개별 작업에 관하여 구체적으로 지시·감독하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 도급인에게도 수급인의 업무와 관련하여 사고방지에 필요한 안전조치를 취할 주의의무가 있다고 할 것이다
(대법원 2010.12.23. 선고 2010도1448 판결)
<검토> '도급 사건'이다. 도급인은 비전문가이고 수급인은 전문가이므로, 돈을 지급하고 수급인에게 전문적인 일의 완성을 완전히 떠 맡기는 것이 도급이다.
따라서 수급인의 잘못에 대해서 원칙적으로 도급인은 책임을 지지 않는다. 다만 참고판례에서 알 수 있듯이 예외적으로 도급인에게 법령으로 수급인을 관리감독할 의무가 부여된 경우나 도급인이 수급인을 구체적으로 지시감독한 경우는 책임을 진다.
지문의 경우는 원칙적인 '도급 사건'으로 피고인이 하도급을 준 경우로 하도급인(하수급인과의 관계에서는 도급인의 입장이 된다.)이 원칙적으로 하수급인의 과실에 책임을 지지 않는다는 취지의 판례이다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 피고인들이 공동하여 피해자를 폭행하여 당구장 3층에 있는 화장실에 숨어 있던 피해자를 다시 폭행하려고 피고인 갑은 화장실을 지키고, 피고인 을은 당구치는 기구로 문을 내려쳐 부수자 위협을 느낀 피해자가 화장실 창문 밖으로 숨으려다가 실족하여 떨어짐으로써 사망한 경우에는 피고인들의 위 폭행행위와 피해자의 사망 사이에는 인과관계가 있다고 할 것이므로 폭행치사죄의 공동정범이 성립된다.
(대법원 1990.10.16. 선고 90도1786 판결)
<검토> '당구장 화장실 사건'이다. 보통 피고인의 행위를 피해자가 (피하)려다가 와 유사한 표현이 있으면 인과관계가 인정됨을 유념한다. 또한 당구치는 기구로 문을 내려쳐라는 hard한 표현에서도 인과관계가 인정됨을 간파하여야 한다.
이 판례는 인과관계가 인정된다는 점과 함께 폭행치사죄의 공동정범이 된다는 점 또한 알아 두어야 한다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** 피고인의 강타로 인하여 임신 7개월의 피해자가 지상에 넘어져서 4일후에 낙태하고 위

낙태로 유발된 심근경색증으로 죽음에 이르게 된 경우 피고인의 구타행위와 피해자의 사망간에는 인과관계가 있다.
(대법원 1972.03.28. 선고 72도296 판결)
<검토> '강타'가 키워드이다. 『HOT(?)의 강타 = hard = 처벌 = 인과관계가 인정』이라는 점과 범죄명이 상해치사죄라는 점을 알아 두면 되는 판례이다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 임차인이 자신의 비용으로 설치·사용하던 가스설비의 휴즈콕크를 아무런 조치 없이 제거하고 이사를 간 후 가스공급을 개별적으로 차단할 수 있는 주밸브가 열려져 가스가 유입되어 폭발사고가 발생한 경우, 구 액화석유가스의안전및사업관리법상의 관련 규정 취지와 그 주밸브가 누군가에 의하여 개폐될 가능성을 배제할 수 없다는 점 등에 비추어 그 휴즈콕크를 제거하면서 그 제거부분에 아무런 조치를 하지 않고 방치하면 주밸브가 열리는 경우 유입되는 가스를 막을 아무런 안전장치가 없어 가스 유출로 인한 대형사고의 가능성이 있다는 것은 평균인의 관점에서 객관적으로 볼 때 충분히 예견할 수 있다는 이유로 임차인의 과실과 가스폭발사고 사이의 상당인과관계를 인정한 사례.
(대법원 2001.06.01. 선고 99도5086 판결)
<검토> '휴즈콕크'가 키워드이다. 휴즈콕크(중간밸브)를 제거하면 일반인이라면 누구든지 가스가 새어 나와 사고가 발생할 수 있다는 점을 알 수 있으므로 휴즈콕크를 제거한 과실과 가스폭발사고와 인과관계가 인정된다.

문4. 【정답】 ③
【해설】
③ 틀리다. **<판례의 입장>** 명예훼손죄의 주관적 구성요건으로서의 범의는 행위자가 피해자의 명예가 훼손되는 결과를 발생케 하는 사실을 인식하므로 족하다 할 것이나 새로 목사로서 부임한 피고인이 전임목사에 관한 교회내의 불미스러운 소문의 진위를 확인하기 위하여 이를 교회집사들에게 물어보았다면 이는 경험칙상 충분히 있을 수 있는 일로서 명예훼손의 고의없는 단순한 확인에 지나지 아니하여 사실의 적시라고 할 수 없다 할 것이므로 이 점에서 피고인에게 명예훼손의 고의 또는 미필적 고의가 있을 수 없다고 할 수 밖에 없다.
(대법원 1985.05.28. 선고 85도588 판결)
<검토> '새로 목사' '전임 목사' '소문 확인' 이 키워드이다. 『불미스러운 전임목사를 조사하는 신임목사 = good man = 불처벌 = 고의 부정』으로 암기하거나, 『소문 확인 = soft = 불처벌 = 고의 부정』으로 암기하면 되는 판례이다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 유흥업소의 업주로서는 다른 공적 증명력 있는 증거를 확인해 봄이 없이 단순히 건강진단결과서상의 생년월일 기재만을 확인하는 것으로는 청소년보호를 위한 연령확인의무이행을 다한 것으로 볼 수 없고, 따라서 이러한 의무이행을 다하지 아니한 채 대상자가 성인이라는 말만 믿고 타인의 건강진단결과서만을 확인한 채 청소년을 청소년유해업소에 고용한 업주에게는 적어도 청소년 고용에 관한 미필적 고의가 있음을 인정한 사례.
(대법원 2002.06.28. 선고 2002도2425 판결)
<검토> '말만 믿고' '청소년유해'가 키워드이다. '말만 믿고'라는 경솔함이 묻어나는 표현과, 청소년을 유해업소로부터 보호해야 한다는 사명감으로 피고인의 행위는 『처벌 = 고의 인정』으로 암기하면 되는 판례이다.

② 옳다. **<판례의 입장>** 공무집행방해죄에 있어서의 범의는 상대방이 직무를 집행하는 공무원이라는 사실, 그리고 이에 대하여 폭행 또는 협박을 한다는 사실을 인식하는 것을 그 내용으로 하고, 그 인식은 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의가 있다고 보아야 하며, 그 직무집행을 방해할 의사를 필요로 하지 아니하고 이와 같은 범의는 피고인이 이를 자백하고 있지 않고 있는 경우에는 그것을 입증함에 있어서는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의할 수밖에 없는 것이나, 그때에 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 것 외에 다른 방법은 없다.
(대법원 1995.01.24. 선고 94도1949 판결)
<법조문> 형법 제136조(공무집행방해) ❶ 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
<비교판례> 위계에 의한 공무집행방해의 죄가 성립되려면 자기의 위계행위로 인하여 공무집행을 방해하려는 의사가 있어야 한다.
(대법원 1970.01.27. 선고 69도2260 판결)
<비교법조문> 형법 제137조(위계에 의한 공무집행방해) 위계로써 공무원의 직무집행을 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
<검토> 어떤 범죄의 고의가 성립하기 위해서는 그 범죄의 객관적 구성요건요소에 대한 인식과 의사가 있어야 한다는 당연한 법리를 설시한 판례이다.
1. 공무집행방해죄의 경우 고의가 성립하기 위해서 법조문에 규정되어 있는 '직무를 집행하는 공무원', '폭행 또는 협박'은 객관적 구성요건요소이므로 당연히 인식할 필요가 있지만, 법조문에 규정되어 있지 않은 '직무집행을 방해'는 객관적 구성요건요소가 아니므로 인식을 할 필요가 없다는 취지이다.
2. 위계에 의한 공무집행방해죄의 경우 고의가 성립하기 위해서 법조문에 규정되어 있는 '공무원의 직무집행을 방해'는 객관적 구성요건요소이므로 당연히 인식할 필요가 있다는 취지이다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 제1종 운전면허 소지자인 피고인

이 정기적성검사기간 내에 적성검사를 받지 아니하였다고 하여 구 도로교통법 위반으로 기소된 사안에서, 운전면허증 소지자가 운전면허증만 꺼내 보아도 쉽게 알 수 있는 정도의 노력조차 기울이지 않는 것은 적성검사기간 내에 적성검사를 받지 못하게 되는 결과에 대한 방임이나 용인의 의사가 존재한다고 봄이 타당한 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 적성검사기간 도래 여부에 관한 확인을 게을리 하여 기간이 도래하였음을 알지 못하였더라도 적성검사기간 내에 적성검사를 받지 않는 데 대한 미필적 고의는 있었다.

☞ 운전면허증 소지자가 운전면허증만 꺼내 보아도 쉽게 확인할 수 있는 정도의 노력조차 기울이지 않는 것은 적성검사기간 내에 적성검사를 받지 못하게 되는 결과에 대한 방임이나 용인의 의사가 존재한다고 봄이 상당하다.

(대법원 2014.04.10. 선고 2012도8374 판결)

<비교판례Ⅰ> 운전면허증 앞면에 적성검사기간이 기재되어 있고, 뒷면 하단에 경고 문구가 있다는 점만으로 피고인이 정기적성검사 미필로 면허가 취소된 사실을 미필적으로나마 인식하였다고 추단하기 어렵다

(대법원 2004.12.10. 선고 2004도6480 판결)

<비교판례Ⅱ> 면허증에 그 유효기간과 적성검사를 받지 아니하면 면허가 취소된다는 사실이 기재되어 있고, 이미 적성검사 미필로 면허가 취소된 전력이 있는데도 면허증에 기재된 유효기간이 5년 이상 지나도록 적성검사를 받지 아니한 채 자동차를 운전하였다면 비록 적성검사 미필로 인한 운전면허 취소사실이 통지되지 아니하고 공고되었다 하더라도 면허취소사실을 알고 있었다고 보아야 하므로 무면허운전죄가 성립한다고 한 사례.

(대법원 2002.10.22. 선고 2002도4203 판결)

<검토> '게을리'가 키워드이다. 출제된 지문은 『게을리 = 처벌 = 고의 인정』으로 암기하면 되는 판례이다.

아울러 '적성검사미필 사건' 중 한번은 봐주지만(비교판례Ⅰ), 두 번은 안봐주는(비교판례Ⅱ) 판례도 있음을 비교해서 알아 두도록 한다.

문5. 【정답】 ①

【해설】

① 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적·합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

[2] '회사의 직원이 회사의 이익을 빼돌린다'는 소문을 확인할 목적으로, 비밀번호를 설정함으로써 비밀장치를 한 전자기록인 피해자가 사용하던 '개인용 컴퓨터의 하드디스크'를 떼어내어 다른 컴퓨터에 연결한 다음 의심이 드는 단어로 파일을 검색하여 메신저 대화 내용, 이메일 등을 출력한 사안에서, 피해자의 범죄 혐의를 구체적이고 합리적으로 의심할 수 있는 상황에서 피고인이 긴급히 확인하고 대처할 필요가 있었고, 그 열람의 범위를 범죄 혐의와 관련된 범위로 제한하였으며, 피해자가 입사시 회사 소유의 컴퓨터를 무단 사용하지 않고 업무 관련 결과물을 모두 회사에 귀속시키겠다고 약정하였고, 검색 결과 범죄행위를 확인할 수 있는 여러 자료가 발견된 사정 등에 비추어, 피고인의 그러한 행위는 사회통념상 허용될 수 있는 상당성이 있는 행위로서 형법 제20조의 '정당행위'라고 본 원심의 판단을 수긍한 사례.

(대법원 2009.12.24. 선고 2007도6243 판결)

<검토> '소문 확인'이 키워드이다. 『소문 확인 = soft = 불처벌 = 정당행위 인정』으로 암기하면 되는 판례이다.

② 옳다. **<판례의 입장>** [1] 신문은 헌법상 보장되는 언론자유의 하나로서 정보원에 대하여 자유로이 접근할 권리와 취재한 정보를 자유로이 공표할 자유를 가지므로, 종사자인 신문기자가 기사 작성을 위한 자료를 수집하기 위해 취재활동을 하면서 취재원에게 취재에 응해줄 것을 요청하고 취재한 내용을 관계 법령에 저촉되지 않는 범위 내에서 보도하는 것은 신문기자의 일상적 업무 범위에 속하는 것으로서, 특별한 사정이 없는 한 사회통념상 용인되는 행위라고 보아야 한다.

[2] 신문기자인 피고인이 고소인에게 2회에 걸쳐 증여세 포탈에 대한 취재를 요구하면서 이에 응하지 않으면 자신이 취재한 내용대로 보도하겠다고 말하여 협박하였다는 취지로 기소된 사안에서, 피고인이 취재와 보도를 빙자하여 고소인에게 부당한 요구를 하기 위한 취지는 아니었던 점, 당시 피고인이 고소인에게 취재를 요구하였다가 거절당하자 인터뷰 협조요청서와 서면질의 내용을 그 자리에 두고 나왔을 뿐 폭언을 하거나 보도하지 않는 데 대한 대가를 요구하지 않은 점, 관할 세무서가 피고인의 제보에 따라 탈세 여부를 조사한 후 증여세를 추징하였다고 피고인에게 통지한 점, 고소인에게 불리한 사실을 보도하는 경우 기자로서 보도에 앞서 정확한 사실 확인과 보도 여부 등을 결정하기 위해 취재 요청이 필요했으리라고 보이는 점 등 제반 사정에 비추어, 위 행위가 설령 협박죄에서 말하는 해악의 고지에 해당하더라도 특별한 사정이 없는 한 기사 작성을 위한 자료를 수집하고 보도하기 위한 것으로서 신문기자의 일상적 업무 범위에 속하여 사회상규에 반하지 아니하는 행위라고 보는 것이 타당한데도, 이와 달리 본 원심판단에 정당행위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

(대법원 2011.07.14. 선고 2011도639 판결)

<검토> '취재요구 사건'이다. 기자가 돈을 요구한 것이 아니라 기자의 본연의 임무인 취재를 요구하였기 때문에 『불처벌 = 정당행위 인정』으로 암기하면 되는 판례이다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** 국회의원인 피고인이, 구 국가안

전기획부 내 정보수집팀이 대기업 고위관계자와 중앙일간지 사주 간의 사적 대화를 불법 녹음한 자료를 입수한 후 그 대화내용과, 위 대기업으로부터 이른바 떡값 명목의 금품을 수수하였다는 검사들의 실명이 게재된 보도자료를 작성하여 자신의 인터넷 홈페이지에 게재하였다고 하여 통신비밀보호법 위반으로 기소된 사안에서, 피고인이 국가기관의 불법 녹음 자체를 고발하기 위하여 불가피하게 위 녹음 자료에 담겨 있던 대화 내용을 공개한 것이 아니고, 위 대화가 피고인의 공개행위시로부터 8년 전에 이루어져 이를 공개하지 아니하면 공익에 대한 중대한 침해가 발생할 가능성이 현저한 경우로서 비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우에 해당한다고 보기 어려우며, 전파성이 강한 인터넷 매체를 이용하여 불법 녹음된 대화의 상세한 내용과 관련 당사자의 실명을 그대로 공개하여 방법의 상당성을 결여하였고, 위 게재행위와 관련된 사정을 종합하여 볼 때 위 게재에 의하여 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익 및 가치를 초월한다고 볼 수 없으므로, 피고인이 위 녹음 자료를 취득하는 과정에 위법이 없었더라도 위 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 볼 수 없는데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.
(대법원 2011.05.13. 선고 2009도14442 판결)
<검토> '불법 녹음'이 키워드이다.『불법 녹음 = hard = 처벌 = 정당행위 부정』으로 암기하면 되는 초간단 판례이다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 2인 이상이 하나의 공간에서 공동생활을 하고 있는 경우에는 각자 주거의 평온을 누릴 권리가 있으므로, 사용자가 제3자와 공동으로 관리·사용하는 공간을 사용자에 대한 쟁의행위를 이유로 관리자의 의사에 반하여 침입·점거한 경우, 비록 그 공간의 점거가 사용자에 대한 관계에서 정당한 쟁의행위로 평가될 여지가 있다 하여도 이를 공동으로 관리·사용하는 제3자의 명시적 또는 추정적인 승낙이 없는 이상 위 제3자에 대하여서까지 이를 정당행위라고 하여 주거침입의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다.
[2] 근로자들이 사용자인 (주)코스콤 이외에도 (주)한국증권선물거래소가 병존적으로 관리·사용하는 빌딩 로비에 쟁의행위를 이유로 침입하여, 그 중 일부를 점거하며 10여일간 숙식하면서 선전전, 강연, 토론 등의 방법으로 농성한 사안에서, 위 행위가 제3자인 (주)한국증권선물거래소에 대한 관계에서도 정당하다고 하여 무죄로 인정한 원심판결에 쟁의행위의 위법성 조각 등에 관한 법리오해 또는 심리미진의 위법이 있다는 이유로 파기한 사례.
(대법원 2010.03.11. 선고 2009도5008 판결)
<검토> '공동 거주 사건'이다. 주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는데, 공동으로 거주하는 공간에는 공동거주자 모두의 사실상 주거의 평온이 존재하므로, 공동주거자 중 일부의 승낙을 얻어 공동으로 거주하는 공간에 들어갔다고 하여도 나머지 공동주거자의 승낙이 없다면 그 나머지 공동주거자의 사실상 주거의 평온이 깨질 수 있으므로 처벌이 된다는 취지의 판례이다.
『의사에 반하여 = hard = 처벌 = 정당행위 부정』으로 요령껏 정리해도 되는 판례이다.

문6. 【정답】 ②
【해설】
② 틀리다. **<판례의 입장>** 일본 영주권을 가진 재일교포가 영리를 목적으로 관세물품을 구입한 것이 아니라거나 국내 입국시 관세신고를 하지 않아도 되는 것으로 착오하였다는 등의 사정만으로는 형법 제16조의 법률의 착오에 해당하지 않는다고 한 사례.
(대법원 2007.05.11. 선고 2006도1993 판결)
<검토> '관세'가 키워드이다. 판례는 상기 사건을 법률의 착오가 아니라 법률의 부지로 보아 처벌쪽으로 결론을 내렸는데, 수험생 입장에서는 우리나라의 재정 확보를 위해 관세포탈하는 놈들은 처벌해야 한다고 생각하면서 『관세(포탈) = hard = 처벌』로 암기하면 되는 판례이다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 형법 제16조에서 "자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다."고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고, 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이며, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력, 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다
(대법원 2008.10.23. 선고 2008도5526 판결)
<검토> 피고인들이 무조건 위법성의 인식이 없다(법률의 착오)라고 우기면서 무죄를 주장할 때, 판사들은 그 주장에 정당한 이유가 부정되는지 인정되는지 판단한 후 유·무죄를 결정한다.
상기 판례는 형법 제16조 법률의 착오인 경우 정당한 이유 판단기준을 설시한 것인데, 심사숙고, 조회, 진지한 노력 등 현란한 문구를 나열하고 있지만 결국 피고인이 위법성의 인식에 필요한 정상적인 주의를 다하였는가를 의미하는 문구들이다.
이런 문구들은 복사 붙여넣기 식으로 가끔씩 출제되므로 수험생들은 이런 문구를 치열하게 암기할 필요는 없고, 눈

으로 익혀 두는 정도로 족하다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** 피고인이 경제기획원 발행의 서비스업통계조사지침서와 통계청 발행의 총사업체통계조사보고서에 탐지, 감시 등을 업으로 하는 탐정업이 적시되어 있는 것을 보고 민원사무담당 공무원에게 문의하여 탐정업이 인·허가 또는 등록사항이 아니라는 대답을 얻었으며 세무서에 탐정업 및 심부름 대행업에 관한 사업자등록을 하였다 하더라도, 신용조사업법에서 금지하고 있는 특정인의 소재를 탐지하거나 사생활을 조사하는 행위 등을 제외하더라도 탐정업이 하나의 사업으로 존재할 수 있는 것이므로 탐정업이 정부기관에 의하여 하나의 업종으로 취급되고 있다거나 세무서에서 사업자등록을 받아 주었다고 하여 그것이 위 법률에서 금지하는 행위까지를 할 수 있다는 취지는 아님이 분명하고 그렇다면 피고인이 특정인 소재탐지, 사생활조사 등의 행위가 죄가 되지 않는다고 믿은 데에 정당한 이유가 있었다고는 할 수 없다.
(대법원 1994.08.26. 선고 94도780 판결)
<검토> '소재탐지' '사생활조사'가 키워드이다. 탐정이라도 법에서 금지하는 소재탐지, 사생활조사는 할 수 없는 것이다. 『소재탐지, 사생활조사 = hard = 처벌 = 정당한 이유 부정』으로 암기하면 되는 판례이다.

④ 옳다. **<법조문> 형법 제16조(법률의 착오)** 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.
<검토> 형법 제16조 법조문을 그대로 베낀 전형적인 법조문 문제이다. 법조문 문제로서 자주 출제되는 대표적 법조문들이 몇 개 있는데, 이런 것들은 수고스럽게 따로 암기할 것이 아니라, 기본강의 수강시 법조문을 이해할 때 눈에 익혀 두도록 한다.
참고로 '자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위'란 간단히 말해 위법성의 인식이 없는 경우를 뜻한다.

문7. 【정답】 ③
【해설】
③ 틀리다. **<판례의 입장>** 노상에 세워 놓은 자동차 안에 있는 물건을 훔칠 생각으로 자동차의 유리창을 통하여 그 내부를 손전등으로 비추어 본 것에 불과하다면 비록 유리창을 따기 위해 면장갑을 끼고 있었고 칼을 소지하고 있었다 하더라도 절도의 예비행위로 볼 수는 있겠으나 타인의 재물에 대한 지배를 침해하는데 밀접한 행위를 한 것이라고는 볼 수 없어 절취행위의 착수에 이른 것이었다고 볼 수 없다.
(대법원 1985.04.23. 선고 85도464 판결)
<비교판례> 야간에 손전등과 박스 포장용 노끈을 이용하여 도로에 주차된 차량의 문을 열고 현금 등을 훔치기로 마음먹고, 차량의 문이 잠겨 있는지 확인하기 위해 양손으로 운전석 문의 손잡이를 잡고 열려고 하던 중 경찰관에게 발각된 사안에서, 절도죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다고 한 사례
(대법원 2009.09.24. 선고 2009도5595 판결)
<검토> '손전등 사건'이다. 판례는 어떤 공간 내부에 있는 재물에 대해서는 외부에서 살피는 행위만으로는 절도죄의 실행의 착수를 부정하고, 내부에 들어가기 위한 구체적인 action(비교판례의 운전석 문의 손잡이를 잡고 열려고 하는 행위)이 있을 때 실행의 착수를 인정하는 경향이 있다.
간단히 발전등(hard)이 아니라 『손전등 = soft = 불처벌 = 실행의 착수 부정』으로 암기해도 되는 판례이다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 장애인단체의 지회장이 지방자치단체로부터 보조금을 더 많이 지원받기 위하여 허위의 보조금 정산보고서를 제출한 경우, 보조금 정산보고서는 보조금의 지원 여부 및 금액을 결정하기 위한 참고자료에 불과하고 직접적인 서류라고 할 수 없다는 이유로 보조금 편취범행(기망)의 실행에 착수한 것으로 보기 어렵다고 한 사례.
(대법원 2003.06.13. 선고 2003도1279 판결)
<검토> '장애인보조금 사건'이다. 장애인이 제출한 허위의 보조금 정산보고서는 이를 제출하였다고 하여 바로 보조금이 지급되는 직접적인 자료가 아니라, 보조금을 결정하기 위한 참고자료일 뿐이므로, 이를 제출하는 행위를 기망행위를 개시한 것으로 볼 수 없다는 취지의 판례인데,
복잡하게 생각할 것 없이 수험생 입장에서는 장애인이라서 좀 봐주었다(장애인을 폄하하려는 의도는 전혀 없다.)고 생각하고 『불처벌 = 실행의 착수 부정』으로 암기하면 되는 판례이다.

② 옳다. **<판례의 입장>** 소매치기의 경우 피해자의 양복상의 주머니로부터 금품을 절취하려고 그 호주머니에 손을 뻗쳐 그 겉을 더듬은 때에는 절도의 범행은 예비단계를 지나 실행에 착수하였다고 봄이 상당하다.
(대법원 1984.12.11. 선고 84도2524 판결)
<검토> '더듬은'이 키워드이다. 소매치기의 경우 주로 손의 감각으로 피해자의 주머니 안에 금품이 있는지 확인을 하므로 손으로 그 겉을 더듬은 때 물색행위가 있다고 볼 수 있다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 도박이란 2인 이상의 자가 상호간에 재물을 도(도)하여 우연한 승패에 의하여 그 재물의 득실을 결정하는 것이므로, 이른바 사기도박과 같이 도박당사자의 일방이 사기의 수단으로써 승패의 수를 지배하는 경우에는 도박에서의 우연성이 결여되어 사기죄만 성립하고 도박죄는 성립하지 아니한다.
[2] 사기죄는 편취의 의사로 기망행위를 개시한 때에 실행에 착수한 것으로 보아야 하므로, 사기도박에서도 사기적

인 방법으로 도금을 편취하려고 하는 자가 상대방에게 도박에 참가할 것을 권유하는 등 기망행위를 개시한 때에 실행의 착수가 있는 것으로 보아야 한다.
[3] 피고인 등이 사기도박에 필요한 준비를 갖추고 그러한 의도로 피해자들에게 도박에 참가하도록 권유한 때 또는 늦어도 그 정을 알지 못하는 피해자들이 도박에 참가한 때에는 이미 사기죄의 실행에 착수하였다고 할 것이므로, 피고인 등이 그 후에 사기도박을 숨기기 위하여 얼마간 정상적인 도박을 하였더라도 이는 사기죄의 실행행위에 포함되는 것이어서 피고인에 대하여는 피해자들에 대한 사기죄만이 성립하고 도박죄는 따로 성립하지 아니함에도, 이와 달리 피해자들에 대한 사기죄 외에 도박죄가 별도로 성립하는 것으로 판단하고 이를 유죄로 인정한 원심판결에 사기도박에 있어서의 실행의 착수시기 등에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.
[4] 피고인 등이 피해자들을 유인하여 사기도박으로 도금을 편취한 행위는 사회관념상 1개의 행위로 평가하는 것이 타당하므로, 피해자들에 대한 각 사기죄는 상상적 경합의 관계에 있다고 보아야 함에도, 위 각 죄가 실체적 경합의 관계에 있는 것으로 보고 경합범 가중을 한 원심판결에 사기죄의 죄수에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.
(대법원 2011.1.13. 선고 2010도9330 판결)
<검토> 도박죄의 실행의 착수시기는 도박행위를 시작할 때이다 즉, 화투도박, 카드도박일 경우 화투장을 배부할 때, 카드를 배부할 때이다.
그러나 사기도박의 경우 우연성이 없어(타짜는 100% 따고, 호구들은 100% 잃음) 도박죄가 아니라 사기죄이므로 기망행위를 개시한 때(상대방에게 사기도박에 참가할 것을 권유할 때) 실행의 착수가 인정되는 것이다.

문8. 【정답】 ④
【해설】
④ 틀리다. **<판례의 입장>** 공동정범이 성립하기 위하여는 반드시 공범자간에 사전에 모의가 있어야 하는 것은 아니며, 우연히 만난 자리에서 서로 협력하여 공동의 범의를 실현하려는 의사가 암묵적으로 상통하여 범행에 공동가공하더라도 공동정범은 성립된다.
(대법원 1984.12.26. 선고 82도1373 판결)
<검토> 공모가 실행행위 이전에 미리 성립한 것이 아니라 실행행위시 우연히 성립한 경우를 우연적 공동정범이라고 하는데, 『형법의 표준시는 행위시이다.』라는 원칙만 기억한다면 행위시에 공모가 존재하는 우연적 공동정범도 공동정범이 성립함을 쉽게 알 수 있다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 형법 제30조의 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였을 것이 필요하고, 여기서 공동가공의 의사란 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지함이 없이 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다
(대법원 2013.01.10. 선고 2012도12732 판결)
<검토> 장황한 표현으로 서술되어 있지만, 간단히 공동정범은 정범이므로 공동정범이 성립하기 위해서는 타인의 범죄라고 생각하면 안되고('타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지함이 없이 용인하는 것만으로는 부족'), 자기의 범죄라고 생각해야 된다('일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것')라는 취지이다.
이런 문구들은 복사 붙여넣기 식으로 가끔씩 출제되므로 수험생들은 이런 문구를 치열하게 암기할 필요는 없고, 눈으로 익혀 두는 정도로 족하다.

② 옳다. **<판례의 입장>** [1] 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에 있어서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공범자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다.
[2] 이른바 딱지어음을 발행하여 매매한 이상 사기의 실행행위에 직접 관여하지 아니하였다고 하더라도 공동정범으로서의 책임을 면하지 못하고, 딱지어음의 전전유통경로나 중간 소지인들 및 그 기망방법을 구체적으로 몰랐다고 하더라도 공모관계를 부정할 수는 없다고 본 사례.
(대법원 1997.09.12. 선고 97도1706 판결)
<검토> 공동정범은 모두 각자의 역할분담과 공동작용에 대한 상호이해가 필요하지만, 다른 공동자의 행위내용을 세부적으로 알고 있을 필요는 없고 일반적으로 파악하면 족하다. 세부적으로 알고 있을 필요가 있다고 한다면 공동정범이 성립하는 경우가 현격히 줄어들어 형사정책적으로 문제가 될 수 있을 것이기 때문이다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** 범인도피죄는 범인을 도피하게 함으로써 기수에 이르지만 범인도피행위가 계속되는 동안에는 범죄행위도 계속되고 행위가 끝날 때 비로소 범죄행위가 종료되고, 공범자의 범인도피행위의 도중에 그 범행을 인식하면서 그와 공동의 범의를 가지고 기왕의 범인도피상태를 이용하여 스스로 범인도피행위를 계속한 자에 대하여는 범인도피죄의 공동정범이 성립한다.
(대법원 1995.09.05. 선고 95도577 판결)
<검토> 범인도피죄는 기수시와 종료시가 불일치하는 계속

범인데, 기수시 이후 종료시 이전에 공동의 범의(공모)가 성립할 수 있다는 취지의 판례이다.
종료이전까지는 행위가 계속되고 있으므로 『형법의 표준시는 행위시이다.』라는 원칙에 따라 행위시에 공동의 범의(공모)가 존재하는 경우이므로 판례의 태도는 타당하다. 다만, 승계적 공동정범의 법리에 따라 가담 이후 부분에 대해서만 책임을 질 것이다.

문9. 【정답】 ④
【해설】
④ 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 동일한 공무를 집행하는 여럿의 공무원에 대하여 폭행·협박 행위를 한 경우에는 공무를 집행하는 공무원의 수에 따라 여럿의 공무집행방해죄가 성립하고, 위와 같은 폭행·협박 행위가 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 것으로서 사회관념상 1개의 행위로 평가되는 경우에는 여럿의 공무집행방해죄는 상상적 경합의 관계에 있다.
[2] 범죄 피해 신고를 받고 출동한 두 명의 경찰관에게 욕설을 하면서 차례로 폭행을 하여 신고 처리 및 수사 업무에 관한 정당한 직무집행을 방해한 사안에서, 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 폭행 행위는 사회관념상 1개의 행위로 평가하는 것이 상당하다는 이유로, 위 공무집행방해죄는 형법 제40조에 정한 상상적 경합의 관계에 있다고 한 사례.
(대법원 2009.06.25. 선고 2009도3505 판결)
<검토> 판례는 공무집행방해죄의 죄수에 관하여 공무의 수가 아니라, 공무원의 수를 기준으로 결정한다.
따라서 일단 사안의 경우 두 명의 경찰관에게 폭행을 하였으므로 2개의 공무집행방해죄가 성립하고, 피고인의 순차로 폭행한 행위를 slow video로 보면 2개의 행위로 보이지만, 순식간에 후다닥 일어난 것이라 1개 행위로 취급하여 '2개의 공무집행방해죄의 상상적 경합'이 된다고 이해하면 된다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 직계존속인 피해자를 폭행하고, 상해를 가한 것이 존속에 대한 동일한 폭력습벽의 발현에 의한 것으로 인정되는 경우, 그 중 법정형이 더 중한 상습존속상해죄에 나머지 행위들을 포괄시켜 하나의 죄만이 성립한다.
(대법원 2003.02.28. 선고 2002도7335 판결)
<검토> 상습범 죄수 케이스는 가장 중한 범죄의 상습범이 black hole 이라고 생각하면 쉽게 해결될 것이다.
즉, 동종의 경미한 범죄를 black hole인 가장 중한 범죄의 상습범이 모조리 다 흡수해 버리므로 가장 중한 범죄의 상습범 하나만 성립한다고 이해해 둔다.

② 옳다. **<판례의 입장>** 통화위조죄에 관한 규정은 공공의 거래상의 신용 및 안전을 보호하는 공공적인 법익을 보호함을 목적으로 하고 있고, 사기죄는 개인의 재산법익에 대한 죄이어서 양죄는 그 보호법익을 달리하고 있으므로 위조통화를 행사하여 재물을 불법영득한 때에는 위조통화행사죄와 사기죄의 양죄가 성립된다.
(대법원 1979.7.10. 선고 79도840 판결)
<검토> 판례는 위와 같은 근거로 양죄가 성립된다고 하여 실체적 경합을 인정하였는데, 통설은 상상적 경합을 주장한다. 행사와 사기를 물리적으로 보면 1개의 행위인데, 법적으로 보면 '2개의 행위'로 보이나 보다. 물리학이 아닌 형법을 배우는 수험생들은 판례와 같이 법적으로 보아 실체적 경합을 인정해야 한다. 『행-사-실』로 단순 무식하게 알고 있어도 된다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** 피고인이 예금통장을 강취하고 예금자 명의의 예금청구서를 위조한 다음 이를 은행원에게 제출행사하여 예금인출금 명목의 금원을 교부받았다면 강도, 사문서위조, 동행사, 사기의 각 범죄가 성립하고 이들은 실체적 경합관계에 있다 할 것이다.
(대법원 1991.09.10. 선고 91도1722 판결)
<검토> 그 유명한 진품 '4시간30분 사건'의 짝퉁 버전이다. '4시간30분 사건'의 결론은 살인죄, 절도죄, 사문서위조죄, 동행사죄, 사기죄 5개 범죄의 실체적 경합이고,
지문의 짝퉁 버전은 강도죄, 사문서위조죄, 동행사죄, 사기죄 4개 범죄의 실체적 경합이다.
진품이든 짝퉁이든 실체적 경합이 인정됨은 동일하다. 이 점 기억하자.

문10. 【정답】 ②
【해설】
② 옳다. **<판례의 입장>** 1 ~ 2개월간 입원할 정도로 다리가 부러진 상해 또는 3주간의 치료를 요하는 우측흉부자상이 중상해에 해당하지 않는다고 한 사례.
(대법원 2005.12.09. 선고 2005도7527 판결)
<검토> 형법 제258조 제1항, 제2항에서 정하는 중상해는 사람의 신체를 상해하여 생명에 대한 위험을 발생하게 하거나, 신체의 상해로 인하여 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 한 경우에 성립한다.
1~2개월 정도 치료가 필요한 다시 붙을 '부러진 다리'와 3주간의 치료를 요하는 다시 아물 우측흉부자상이 중상해죄의 객관적 구성요건요소인 생명에 대한 위험, 불구, 불치, 난치의 질병이라고 할 수 없어, 중상해에 해당하지 않는다.

① 틀리다. **<판례의 입장>** 상해죄의 성립에는 상해의 원인인 폭행에 대한 인식이 있으면 충분하고 상해를 가할 의사의 존재까지는 필요하지 않다.
(대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결)
<검토> 상해죄 성립에 당연히 객관적 구성요건인 상해에 대한 인식·의사가 필요한 것이 당연한데 상해를 가할 의사의 존재까지는 필요하지 않다고 한 논리적으로 문제가

있는 판례이지만, 이렇게 출제가 가끔 되고 있으므로 이런 비논리적 판례가 아직도 존재한다는 것은 기억해 둘 필요가 있다.

③ 틀리다. **<판례의 입장>** 피고인이 피해자에게 ~ 상해를 가함으로써 피해자가 바닥에 쓰러진 채 정신을 잃고 빈사상태에 빠지자, 피해자가 사망한 것으로 오인하고, 피고인의 행위를 은폐하고 피해자가 자살한 것처럼 가장하기 위하여 피해자를 베란다로 옮긴 후 베란다 밑 약 13m 아래의 바닥으로 떨어뜨려 피해자로 하여금 현장에서 ~ 사망에 이르게 하였다면, 피고인의 행위는 포괄하여 단일의 상해치사죄에 해당한다. (대판 1994.11.4, 94도2361)
<검토> '낙산비치호텔 사건'이다. 이 사건은 반드시 범죄명을 암기하고 있어야 하는 사건으로, '빈사상태'와 '베란다'라는 2개의 키워드로 낙산비치호텔 사건임을 간파하고 범죄명 '상해치사죄'를 떠올려야 한다.
이론적으로 '낙산비치호텔 사건'은 행위자가 예견한 인과관계의 진행과정과 실제로 진행된 인과과정이 다른 경우로 이를 인과과정의 착오 또는 인과관계의 착오라고 한다.

④ 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 산부인과 전문의 수련과정 2년차인 의사가 자신의 시진, 촉진결과 등을 과신한 나머지 초음파검사 등 피해자의 병증이 자궁외 임신인지, 자궁근종인지를 판별하기 위한 정밀한 진단방법을 실시하지 아니한 채 피해자의 병명을 자궁근종으로 오진하고 이에 근거하여 의학에 대한 전문지식이 없는 피해자에게 자궁적출술의 불가피성만을 강조하였을 뿐 위와 같은 진단상의 과오가 없었으면 당연히 설명 받았을 자궁외 임신에 관한 내용을 설명 받지 못한 피해자로부터 수술승낙을 받았다면 위 승낙은 부정확 또는 불충분한 설명을 근거로 이루어진 것으로서 수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 볼 수 없다.
[2] 난소의 제거로 이미 임신불능 상태에 있는 피해자의 자궁을 적출했다 하더라도 그 경우 자궁을 제거한 것이 신체의 완전성을 해한 것이 아니라거나 생활기능에 아무런 장애를 주는 것이 아니라거나 건강상태를 불량하게 변경한 것이 아니라고 할 수 없고 이는 업무상 과실치상죄에 있어서의 상해에 해당한다.
(대법원 1993.07.27. 선고 92도2345 판결)
<검토> '자궁적출 사건'이다. 이 사건은 2가지 쟁점이 있다.
하나는 자궁적출이 업무상과실치상죄의 '상해'에 해당된다는 것이다. 이것은 너무 쉬운 쟁점이다.
또 하나는 의사인 피고인의 자궁적출술에 대하여 형식적으로 피해자의 승낙은 받았으나, 이 승낙은 피고인의 '부정확 또는 불충분한 설명'을 근거로 이루어진 것으로서 수술의 위법성을 조각할 '유효한 승낙'이 있다고 볼 수 '없어', 업무상과실치상죄가 성립한다는 것이다.
의사의 수술행위는 피해자의 승낙 또는 업무로 인한 정당행위로 위법성이 조각되는데, 피해자의 승낙으로 위법성이 조각되기 위해서는 그 승낙이 유효해야 한다.
근데 승낙이 유효하기 위해서는 전제조건이 있다. 의사가 환자에게 환자의 상태에 대해 '정확한 또는 충분한 설명'을해야 된다는 것이다.
그런데 이 사건에서 이 돌팔이 의사가 오진으로 '부정확 또는 불충분한 설명'을 하고 수술 승낙을 받았으므로 위법성을 조각할 유효한 피해자의 승낙이 없다고 본 것이다.

문11. 【정답】 ①
【해설】
① 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 4일 가량 물조차 제대로 마시지 못하고 잠도 자지 아니하여 거의 탈진 상태에 이른 피해자의 손과 발을 17시간 이상 묶어 두고 좁은 차량 속에서 움직이지 못하게 감금한 행위와 묶인 부위의 혈액순환에 장애가 발생하여 혈전이 형성되고 그 혈전이 폐동맥을 막아 사망에 이르게 된 결과 사이에는 상당인과관계가 있다고 인정한 사례.
[2] 정신병자도 감금죄의 객체가 될 수 있다.
(대법원 2002.10.11. 선고 2002도4315 판결)
<검토> 체포·감금죄의 보호법익이 잠재적 신체적 활동의 자유임을 고려한다면 정신병자도 잠재적 신체적 활동의 자유를 가지고 있으므로 감금죄의 객체가 될 수 있다는 판례의 태도는 타당하다.
그리고 젖먹이 영아에 대한 판례는 없지만 잠재적 신체적 활동의 자유조차도 없는 젖먹이 영아는 감금죄 객체가 될 수 없다고 보는 것이 통설이다.

② 옳다. **<판례의 입장>** [1] 감금죄는 사람의 행동의 자유를 그 보호법익으로 하여 사람이 특정한 구역에서 벗어나는 것을 불가능하게 하거나 또는 매우 곤란하게 하는 죄로서 그 본질은 사람의 행동의 자유를 구속하는 데에 있다. 이와 같이 행동의 자유를 구속하는 수단과 방법에는 아무런 제한이 없고, 사람이 특정한 구역에서 벗어나는 것을 불가능하게 하거나 매우 곤란하게 하는 장애는 물리적·유형적 장애뿐만 아니라 심리적·무형적 장애에 의하여서도 가능하므로 감금죄의 수단과 방법은 유형적인 것이거나 무형적인 것이거나를 가리지 아니한다. 또한 감금죄가 성립하기 위하여 반드시 사람의 행동의 자유를 전면적으로 박탈할 필요는 없고, 감금된 특정한 구역 범위 안에서 일정한 생활의 자유가 허용되어 있었다고 하더라도 유형적이거나 무형적인 수단과 방법에 의하여 사람이 특정한 구역에서 벗어나는 것을 불가능하게 하거나 매우 곤란하게 한 이상 감금죄의 성립에는 아무런 지장이 없다.
[2] 미성년자를 유인한 자가 계속하여 미성년자를 불법하게 감금하였을 때에는 미성년자유인죄 이외에 감금죄가 별도로 성립한다.
(대법원 1998.05.26. 선고 98도1036 판결)
<검토> 법대로 판단하면 된다. 일단 법조문상으로 특별한

수단·방법을 규정하고 있지 않다면 원칙적으로 아무런 제한이 없는 것이다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** 감금을 하기 위한 수단으로서 행사된 단순한 협박행위는 감금죄에 흡수되어 따로 협박죄를 구성하지 아니한다.
(대법원 1982.06.22. 선고 82도705 판결)
<검토> 일반적으로 부드럽고 상냥하게 말하면서 감금을 하는 경우는 없을 것이다. 즉, 감금을 할 때 단순한 협박이 필히 수반될 수 밖에 없으므로 단순한 협박은 감금에 흡수되어 별도로 협박죄가 성립하지 않는 것이다.
『단순한 = soft = 불처벌 = 협박죄 불성립』으로 알아 두는 것도 요령이다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 수용시설에 수용중인 부랑인들의 야간도주를 방지하기 위하여 그 취침시간중 출입문을 안에서 시정조치한 행위가 형법 제20조의 정당행위에 해당되어 위법성이 조각된다고 한 사례
(대법원 1988.11.08. 선고 88도1580 판결)
<검토> '형제복지원 사건'이다. 선량한 이들을 보호하기 위해 부랑인들의 도주는 방지해야 하므로 감금행위는 불처벌쪽으로 암기하면 되는 판례이다.

문12. 【정답】 ②
【해설】
② 옳은 것은 ㉡, ㉣ 2개이다.
㉠ 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 형법이 업무방해죄와는 별도로 공무집행방해죄를 규정하고 있는 것은 사적 업무와 공무를 구별하여 공무에 관해서는 공무원에 대한 폭행, 협박 또는 위계의 방법으로 그 집행을 방해하는 경우에 한하여 처벌하겠다는 취지라고 보아야 할 것이고, 따라서 공무원이 직무상 수행하는 공무를 방해하는 행위에 대해서는 업무방해죄로 의율할 수는 없다
[2] 지방경찰청 민원실에서 민원인들이 진정사건의 처리와 관련하여 지방경찰청장과의 면담 등을 요구하면서 이를 제지하는 경찰관들에게 큰소리로 욕설을 하고 행패를 부린 행위에 대하여, 경찰관들의 수사 관련 업무를 방해한 것이라는 이유로 업무방해죄의 성립을 인정한 원심판결에, 업무방해죄의 성립범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례.
(대법원 2011.07.28. 선고 2009도11104 판결)
<검토> 업무방해죄의 업무는 사무로서 공무집행방해죄의 공무와는 다르다는 단순한 사실만 알고 있으면 되는 판례이다.

㉡ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 위계에 의한 업무방해죄에서 '위계'란 행위자가 행위목적을 달성하기 위하여 상대방에게 오인·착각 또는 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말하고, 업무방해죄의 성립에는 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하지 않고 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생하면 족하며, 업무수행 자체가 아니라 업무의 적정성 내지 공정성이 방해된 경우에도 업무방해죄가 성립한다.
[2] 수산업협동조합의 신규직원 채용에 응시한 갑과 을이 필기시험에서 합격선에 못 미치는 점수를 받게 되자, 채점 업무 담당자들이 조합장인 피고인의 지시에 따라 점수조작행위를 통하여 이들을 필기시험에 합격시킴으로써 필기시험 합격자를 대상으로 하는 면접시험에 응시할 수 있도록 한 사안에서, 위 점수조작행위에 공모 또는 양해하였다고 볼 수 없는 일부 면접위원들이 조합의 신규직원 채용업무로서 수행한 면접업무는 위 점수조작행위에 의하여 방해되었다고 보아야 함에도, 이와 달리 무죄로 판단한 원심판결에 위계에 의한 업무방해죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례.
(대법원 2010.03.25. 선고 2009도8506 판결)
<검토> 지문은 업무방해죄의 일반론으로 복사 붙여넣기식으로 가끔씩 출제되므로 수험생들은 이런 문구를 치열하게 암기할 필요는 없고, 눈으로 익혀 두는 정도로 족하다.
판례는 특별한 근거도 없이 업무방해 결과의 위험이 있으면 기수를 인정하는데 보호법익인 업무가 사회에서 차지하는 비중, 결과발생시 피해 회복의 어려움 등을 고려한 것으로 추측된다.
그리고 '업무수행 자체'를 방해한다는 것은 토익시험장에서 난동을 부려 토익시험자체를 시행하지 못하게 하는 경우, '업무의 적정성 내지 공정성'을 방해한다는 것은 대리응시하는 경우를 각각 그 예로써 알고 눈으로 익혀 두면 된다.

㉢ 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 형법 제314조 소정의 업무방해죄에 있어서의 업무라 함은, 직업 또는 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업을 말하는 것인바, 여기에서 말하는 사무 또는 사업은 그것이 사회생활적인 지위에 기한 것이면 족하고 경제적인 것이어야 할 필요는 없으며, 또 그 행위 자체는 1회성을 갖는 것이라고 하더라도 계속성을 갖는 본래의 업무수행의 일환으로서 행하여지는 것이라면, 업무방해죄에 의하여 보호되는 업무에 해당된다.
[2] 종중정기총회를 주재하는 종중 회장의 의사진행업무 자체는 1회성을 갖는 것이라고 하더라도 그것이 종중 회장으로서의 사회적인 지위에서 계속적으로 행하여 온 종중업무수행의 일환으로 행하여진 것이라면, 그와 같은 의사진행업무도 형법 제314조 소정의 업무방해죄에 의하여 보호되는 업무에 해당되고, 또 종중 회장의 위와 같은 업무는 종중원들에 대한 관계에서는 타인의 업무라고 한 사례.
[3] 형법 제314조의 업무방해죄의 구성요건의 일부인 "위력"이라 함은 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비

추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 세력을 말하는 것이고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압된 것을 요하는 것은 아니다.
(대법원 1995.10.12. 선고 95도1589 판결)
<검토> 판례에서 문제되는 회의(~총회, ~회)들은 원칙적으로 평온하여 보호해야 할 대상이고, 이런 회의(~총회, ~회)들을 방해하는 자들은 처벌쪽으로 기억하면 된다.

㉣ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 위계에 의한 업무방해죄에서 '위계'란 행위자가 행위목적을 달성하기 위하여 상대방에게 오인, 착각 또는 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말하고, 업무방해죄의 성립에는 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하지 않고 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생하면 족하며, 업무수행 자체가 아니라 업무의 적정성 내지 공정성이 방해된 경우에도 업무방해죄가 성립한다. 나아가 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보를 입력하는 등의 행위가 그 입력된 정보 등을 바탕으로 업무를 담당하는 사람의 오인, 착각 또는 부지를 일으킬 목적으로 행해진 경우에는 그 행위가 업무를 담당하는 사람을 직접적인 대상으로 이루어진 것이 아니라고 하여 위계가 아니라고 할 수는 없다.
[2] 갑 정당의 제19대 국회의원 비례대표 후보자 추천을 위한 당내 경선과정에서 피고인들이 선거권자들로부터 인증번호만을 전달받은 뒤 그들 명의로 특정 후보자에게 전자투표를 함으로써 위계로써 갑 정당의 경선관리 업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 국회의원 비례대표 후보자 명단을 확정하기 위한 당내 경선은 정당의 대표자나 대의원을 선출하는 절차와 달리 국회의원 당선으로 연결될 수 있는 중요한 절차로서 직접투표의 원칙이 그러한 경선절차의 민주성을 확보하기 위한 최소한의 기준이 된다고 할 수 있는 점 등 제반 사정을 종합할 때, 당내 경선에도 직접·평등·비밀투표 등 일반적인 선거원칙이 그대로 적용되고 대리투표는 허용되지 않는다는 이유로 피고인들에게 유죄를 인정한 사례.
(대법원 2013.11.28. 선고 2013도5117 판결)
<검토> '대리투표 사건'이다. 헌법에 보, 평, 직, 비 라는 선거에 관한 4대 원칙이 규정되어 있다. 즉, 보통선거원칙, 평등선거원칙, 직접선거원칙(선거인 본인이 대표자를 직접 선출해야 한다는 원칙), 비밀선거원칙이 그것이다. 피고인들의 '대리'투표는 헌법상 '직접선거원칙'에 위배한 것이므로 판례가 처벌쪽으로 평가하였다고 이해하면 된다.
참고로 정당은 국가기관이나 공공단체가 아니라, 사적 단체에 불과하다. 따라서 정당의 업무는 공무가 될 수 없어 업무방해죄가 문제된 것이다.

문13. 【정답】 ③
【해설】
③ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 사용자의 직장폐쇄는 사용자와 근로자의 교섭태도와 교섭과정, 근로자의 쟁의행위의 목적과 방법 및 그로 인하여 사용자가 받는 타격의 정도 등 구체적인 사정에 비추어 근로자의 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 있어야만 사용자의 정당한 쟁의행위로 인정될 수 있다.
[2] 사용자의 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 인정되지 아니하는 때에는 다른 특별한 사정이 없는 한 근로자가 평소 출입이 허용되는 사업장 안에 들어가는 행위가 주거침입죄를 구성하지 아니한다.
(대법원 2002.09.24. 선고 2002도2243 판결)
<비교판례> [1] 적법하게 직장폐쇄를 단행한 사용자로부터 퇴거요구를 받고도 불응한 채 직장점거를 계속한 행위는 퇴거불응죄를 구성한다.
[2] 사용자가, 적법한 직장폐쇄 기간 중 일방적으로 업무에 복귀하겠다고 하면서 자신의 퇴거요구에 불응한 채 계속하여 사업장 내로 진입을 시도하는 해고 근로자를 폭행, 협박한 것이 사업장 내의 평온과 노동조합의 업무방해행위를 방지하기 위한 정당방위 내지 정당행위에 해당한다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례
(대법원 2005.06.09. 선고 2004도7218 판결)
<검토> '직장폐쇄 사건'이다. 직장폐쇄 사건은 크게 2가지로 구분하여 알아 두면 된다.
1. 『적법한 직장폐쇄 = 사용자 good = 근로자 bad = 근로자 처벌』
2. 『부적법한 직장폐쇄 = 사용자 bad = 근로자 good = 근로자 불처벌』로 기억한다.

① 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것이므로, 반드시 행위자의 신체의 전부가 범행의 목적인 타인의 주거 안으로 들어가야만 성립하는 것이 아니라 신체의 일부만 타인의 주거 안으로 들어갔다고 하더라도 거주자가 누리는 사실상의 주거의 평온을 해할 수 있는 정도에 이르렀다면 범죄구성요건을 충족하는 것이라고 보아야 하고, 따라서 주거침입죄의 범의는 반드시 신체의 전부가 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있어야만 하는 것이 아니라 신체의 일부라도 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있으면 족하다.
[2] [1]항의 범의로써 예컨대 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작하였다면 주거침입죄의 실행의 착수는 있었다고 보아야 하고, 신체의 극히 일부분이 주거 안으로 들어갔지만 사실상 주거의 평온을 해하는 정도에 이르지 아니하였다면 주거침입죄의 미수에 그친다.
[3] 야간에 타인의 집의 창문을 열고 집 안으로 얼굴을 들이미는 등의 행위를 하였다면 피고인이 자신의 신체의 일부가 집 안으로 들어간다는 인식하에 하였더라도 주거침입죄의 범의는 인정되고, 또한 비록 신체의 일부만이 집 안으로 들어갔다고 하더라도 사실상 주거의 평온을 해하였다면 주거침입죄는 기수에 이르렀다.

(대법원 1995.09.15. 선고 94도2561 판결)

<검토> 주거침입죄 기수시점은 신체의 전부가 들어가는 시점이 아니라, 사실상 주거의 평온을 해하는 시점임을 잊지 말자.

② 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 야간에 타인의 재물을 절취할 목적으로 사람의 주거에 침입한 경우에는 주거에 침입한 단계에서 이미 형법 제330조에서 규정한 야간주거침입절도죄라는 범죄행위의 실행에 착수한 것이라고 보아야 한다.

[2] 주거침입죄의 실행의 착수는 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위, 즉 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하므로, 출입문이 열려 있으면 안으로 들어가겠다는 의사 아래 출입문을 당겨보는 행위는 바로 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 있어 그것으로 주거침입의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다.

(대법원 2006.9.14. 선고 2006도2824 판결)

<검토> 주거침입죄의 실행의 착수는 구성요건의 일부(신체가 들어가는 것)를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고 보호법익인 '사실상의 주거의 평온'에 대한 '현실적 위험성'이 있는 행위(출입문을 당겨보는 행위)를 개시하는 것으로 족하다.

④ 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것이므로, 그 주거자 또는 간수자가 건조물 등에 거주 또는 간수할 권리를 가지고 있는가의 여부는 범죄의 성립을 좌우하는 것이 아니며, 점유할 권리 없는 자의 점유라 하더라도 그 주거의 평온은 보호되어야 할 것이므로, 권리자가 그 권리를 실행함에 있어 법에 정하여진 절차에 의하지 아니하고 그 건조물 등에 침입한 경우에는 주거침입죄가 성립한다.

[2] 다른 사람의 주택에 무단 침입한 범죄사실로 이미 유죄판결을 받은 사람이 그 판결이 확정된 후에도 퇴거하지 않은 채 계속하여 당해 주택에 거주한 사안에서, 위 판결확정 이후의 행위는 별도의 주거침입죄를 구성한다고 한 사례.

(대법원 2008.05.08. 선고 2007도11322 판결)

<검토> 이 사건에는 2가지의 쟁점이 있다.

1. 판결확정 전의 행위와 판결확정 후의 행위는 엄연히 다른 2개의 행위이므로 실체적 경합이 되어 판결확정 이후의 행위는 별도의 주거침입죄를 구성한다는 점이고,

2. '퇴거하지 않은 채 계속하여 당해 주택에 거주'한 행위는 퇴거불응죄가 아니라 주거침입죄를 구성한다는 점이다. 판례가 '퇴거'라는 표현을 사용하여 함정에 빠지기 쉬운데 실제로는 별도의 주거침입행위를 한 경우이므로 주의하자.

문14. 【정답】 ③

【해설】

③ 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 절취란 타인이 점유하고 있는 재물을 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말하고, 어떤 물건이 타인의 점유하에 있는지 여부는, 객관적인 요소로서의 관리범위 내지 사실적 관리가능성 외에 주관적 요소로서의 지배의사를 참작하여 결정하되 궁극적으로는 당해 물건의 형상과 그 밖의 구체적인 사정에 따라 사회통념에 비추어 규범적 관점에서 판단하여야 한다.

[2] 임차인이 임대계약 종료 후 식당건물에서 퇴거하면서 종전부터 사용하던 냉장고의 전원을 켜 둔 채 그대로 두었다가 약 1개월 후 철거해 가는 바람에 그 기간 동안 전기가 소비된 사안에서, 임차인이 퇴거 후에도 냉장고에 관한 점유·관리를 그대로 보유하고 있었다고 보아야 하므로, 냉장고를 통하여 전기를 계속 사용하였다고 하더라도 이는 당초부터 자기의 점유·관리하에 있던 전기를 사용한 것일 뿐 타인의 점유·관리하에 있던 전기가 아니어서 절도죄가 성립하지 않는다고 한 사례.

(대법원 2008.07.10. 선고 2008도3252 판결)

<검토> '냉장고 전기 사건'이다.

전기도 관리할 수 있는 동력으로 재물임은 다 아는 사실이다. 그러나 사안의 전기는 피고인이 점유, 관리하고 있는 냉장고가 소비하는 전기로서 피고인이 점유하고 있는 것이다. 즉, 타인점유의 전기가 아니므로 절도죄가 성립하지 않는다.

① 옳다. **<판례의 입장>** [1] 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사란 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 이용·처분할 의사를 말하고, 영구적으로 물건의 경제적 이익을 보유할 의사임은 요하지 않으며, 일시 사용의 목적으로 타인의 점유를 침탈한 경우에도 사용으로 인하여 물건 자체가 가지는 경제적 가치가 상당한 정도로 소모되거나 또는 상당한 장시간 점유하고 있거나 본래의 장소와 다른 곳에 유기하는 경우에는 이를 일시 사용하는 경우라고는 볼 수 없으므로 영득의 의사가 없다고 할 수 없다.

[2] 피고인이 갑의 영업점 내에 있는 갑 소유의 휴대전화를 허락 없이 가지고 나와 이를 이용하여 통화를 하고 문자메시지를 주고받은 다음 약 1~2시간 후 갑에게 아무런 말을 하지 않고 위 영업점 정문 옆 화분에 놓아두고 감으로써 이를 절취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인이 갑의 휴대전화를 자신의 소유물과 같이 경제적 용법에 따라 이용하다가 본래의 장소와 다른 곳에 유기한 것이므로 피고인에게 불법영득의사가 있었다고 할 것인데도, 이와 달리 보아 무죄를 선고한 원심판결에 절도죄의 불법영득의사에 관한 법리오해의 위법이 있다

(대법원 2012.7.12. 선고 2012도1132 판결)

<검토> '영업점 내'와 '영업점 정문 옆 화분'이 키워드이다. '영업점 내'와 '영업점 정문 옆 화분'은 분명 다른 장소이므로 피고인은 반환한 것으로 볼 수도 없다. 따라서 불법영득의사가 인정된다.

② 옳다. **<판례의 입장>** [1] 당사자 사이에 자동차의 소유권을 등록명의자 아닌 자가 보유하기로 약정한 경우, 약정당사자 사이의 내부관계에서는 등록명의자 아닌 자가 소유권을 보유하게 된다고 하더라도 제3자에 대한 관계에서는 어디까지나 등록명의자가 자동차의 소유자라고 할 것이다.

[2] 피고인이 자신의 모 갑 명의로 구입·등록하여 갑에게 명의신탁한 자동차를 을에게 담보로 제공한 후 을 몰래 가져가 절취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 을에 대한 관계에서 자동차의 소유자는 갑이고 피고인은 소유자가 아니므로 을이 점유하고 있는 자동차를 임의로 가져간 이상 절도죄가 성립한다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

(대법원 2012.04.26. 선고 2010도11771 판결)

<비교판례> [1] 자동차나 중기(또는 건설기계)의 소유권의 득실변경은 등록을 함으로써 그 효력이 생기고 그와 같은 등록이 없는 한 대외적 관계에서는 물론 당사자의 대내적 관계에 있어서도 그 소유권을 취득할 수 없는 것이 원칙이지만, 당사자 사이에 그 소유권을 그 등록 명의자 아닌 자가 보유하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 그 내부관계에 있어서는 그 등록 명의자 아닌 자가 소유권을 보유하게 된다.

[2] 자동차 명의신탁관계에서 제3자가 명의수탁자로부터 승용차를 가져가 매도할 것을 허락받고 인감증명 등을 교부받아 위 승용차를 명의신탁자 몰래 가져간 경우, 위 제3자와 명의수탁자의 공모·가공에 의한 절도죄의 공모공동정범이 성립한다고 한 사례.

(대법원 2007.01.11. 선고 2006도4498 판결)

<검토> '자동차 명의신탁 사건'이다. 자동차 명의신탁 사건은 크게 아래와 같이 2가지로 구분하여 알아 두면 좀 수월할 것이다.

1. 명의신탁에 신탁자와 수탁자 아닌 제3자가 개입되지 않은 경우(비교판례 매그너스 사건) = 자동차는 신탁자 소유 = 피고인(수탁자)[사안의 제3자는 수탁자와 공모한 경우이므로 제3자가 아니라 수탁자 취급]가 신탁자 점유의 자동차를 가져가면 타인소유타인점유 재물이므로 절도죄(절도죄의 공모공동정범)

2. 명의신탁에 신탁자와 수탁자 아닌 제3자(을)가 개입된 경우(출제판례) = 자동차는 수탁자 소유(자신의 모 갑) = 피고인(신탁자)이 제3자(을) 점유의 자동차를 가져가면 타인소유타인점유 재물이므로 절도죄

2가지 모두 절도죄임도 요령껏 알아 두자.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 피해자가 결혼예식장에서 신부측 축의금 접수인인 것처럼 행세하는 피고인에게 축의금을 내어 놓자 이를 교부받아 가로챈 사안에서, 피해자의 교부행위의 취지는 신부측에 전달하는 것일 뿐 피고인에게 그 처분권을 주는 것이 아니므로, 이를 피고인에게 교부한 것이라고 볼 수 없고 단지 신부측 접수대에 교부하는 취지에 불과하므로 피고인이 그 돈을 가져간 것은 신부측 접수처의 점유를 침탈하여 범한 절취행위라고 보는 것이 정당하다.

(대판 1996. 10. 15. 96도2227,96감도94)

<검토> '축의금 사건'이다. 하객이 피고인에게 축의금을 줄 때 신부에게 소유 및 점유를 이전한다는 의사가 있다고 봄이 타당하므로 피고인의 입장에서 축의금은 타인소유·타인점유 재물이 되므로 이를 가져간 행위는 절도죄에 해당한다.

또한 참고로 이론상 책략절도 쟁점이 있는데 피해자들을 기망을 하였으나 피해자의 처분행위(피고인에게 처분권을 주는 행위)가 없어 사기죄가 성립할 수 없고, 절도죄가 문제된다는 내용이다.

문15. 【정답】 ④

【해설】

④ 옳다. **<판례의 입장>** 절도범인이 처음에는 흉기를 휴대하지 아니하였으나, 체포를 면탈할 목적으로 폭행 또는 협박을 가할 때에 비로소 흉기를 휴대 사용하게 된 경우에는 형법 제334조의 예에 의한 준강도 (특수강도의 준강도)가 된다.

(대법원 1973.11.13. 선고 73도1553 전원합의체 판결)

<검토> 흉기를 휴대하여 '폭행, 협박'하는 특수강도와 절도가 체포면탈 등의 목적으로 '폭행, 협박'할 때 흉기를 휴대하여 사용하는 준강도는 그 위험성이 동일하다고 볼 수 있어, 절도 범인이 처음에는 흉기를 휴대하고 있지 않았으나 체포를 면탈할 목적으로 폭행 또는 협박을 할 때 비로소 흉기를 휴대 사용하게 된 준강도는 특수강도에 준해서 가중처벌하는 것이 타당하다.

① 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 소위 '날치기'와 같이 강제력을 사용하여 재물을 절취하는 행위가 때로는 피해자를 넘어뜨리거나 상해를 입게 하는 경우가 있고, 그러한 결과가 피해자의 반항 억압을 목적으로 함이 없이 점유탈취의 과정에서 우연히 가해진 경우라면 이는 강도가 아니라 절도에 불과하지만, 그 강제력의 행사가 사회통념상 객관적으로 상대방의 반항을 억압하거나 항거 불능케 할 정도의 것이라면 이는 강도죄의 폭행에 해당한다. 그러므로 날치기 수법의 점유탈취 과정에서 이를 알아채고 재물을 빼기지 않으려는 상대방의 반항에 부딪혔음에도 계속하여 피해자를 끌고 가면서 억지로 재물을 빼앗은 행위는 피해자의 반항을 억압한 후 재물을 강취한 것으로서 강도에 해당한다.

[2] 날치기 수법으로 피해자가 들고 있던 가방을 탈취하면

서 가방을 놓지 않고 버티는 피해자를 5m 가량 끌고 감으로써 피해자의 무릎 등에 상해를 입힌 경우, 반항을 억압하기 위한 목적으로 가해진 강제력으로서 그 반항을 억압할 정도에 해당한다고 보아 강도치상죄의 성립을 인정한 사례.
(대법원 2007.12.13. 선고 2007도7601 판결)
<비교판례> 날치기와 같이 강력적으로 재물을 절취하는 행위는 때로는 피해자를 전도시키거나 부상케 하는 경우가 있고, 구체적인 상황에 따라서는 이를 강도로 인정하여야 할 때가 있다 할 것이나, 그와 같은 결과가 피해자의 반항억압을 목적으로 함이 없이 점유탈취의 과정에서 우연히 가해진 경우라면 이는 절도에 불과한 것으로 보아야 한다.
(대법원 2003.07.25. 선고 2003도2316 판결)
<검토> 출제지문은 '날치기 사건' 강도버전이다. '상대방의 반항에 부딪혔음', '억지로 재물을 빼앗은' 이 키워드이다.
재물을 뺏기지 않으려는 상대방의 반항에 부딪혔음에도 계속하여 피해자를 끌고 가면서 억지로 재물을 빼앗은 행위는 폭행으로 강취한 것으로 평가되어 피고인(들)은 (특수)강도에 해당하고, 상해의 결과를 발생시켰으므로 강도치상죄가 성립한다.
비교판례와 같은 '날치기 사건' 절도버전도 있음을 유의하자. '날치기 사건' 절도버전의 경우 '우연히'가 키워드이다. '우연히'라는 말은 재물에 대한 점유탈취의 과정에서 강도죄의 폭행이 없었음을 나타내 주는 문구이다.

② 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 형법 제335조에서 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 준강도로서 강도죄의 예에 따라 처벌하는 취지는, 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재물탈취와 폭행·협박 사이에 시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐 실질적으로 위법성이 같다고 보기 때문인바, 이와 같은 준강도죄의 입법 취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다.
[2] 절도미수범이 체포를 면탈할 목적으로 폭행한 행위에 대하여 준강도미수죄로 의율한 원심판결을 수긍한 사례.
(대법원 2004.11.18. 선고 2004도5074 전원합의체 판결)
<검토> '양주절도 사건'이다.
강도죄나 준강도죄나 본질이 같으므로, 강도죄의 기수기준이 '재물 취득'이라면 당연히 준강도죄의 기수기준도 폭행협박시가 아니라, '재물 취득(절도기수)'이어야 한다.
따라서 '재물 취득 전(절도미수)'인 절도'미수'단계에서 체포면탈할 목적으로 폭행 협박한 경우 '준강도미수'가 되는 것은 당연하다.

③ 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 형법 제335조는 '절도'가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸한 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 준강도가 성립한다고 규정하고 있으므로, 준강도죄의 주체는 절도범인이고, 절도죄의 객체는 재물이다.
[2] 피고인이 술집 운영자 갑으로부터 술값의 지급을 요구받자 갑을 유인·폭행하고 도주함으로써 술값의 지급을 면하여 재산상 이익을 취득하고 상해를 가하였다고 하여 강도상해로 기소되었는데, 원심이 위 공소사실을 '피고인이 갑에게 지급해야 할 술값의 지급을 면하여 재산상 이익을 취득하고 갑을 폭행하였다'는 범죄사실로 인정하여 준강도죄를 적용한 사안에서, 원심이 인정한 범죄사실에는 그 자체로 절도의 실행에 착수하였다는 내용이 포함되어 있지 않음에도 준강도죄를 적용하여 유죄로 인정한 원심판결에 준강도죄의 주체에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.
(대법원 2014.05.16. 선고 2014도2521 판결)
<검토> 준강도죄의 주체는 절도범인이고, 절도죄의 객체는 재물이다. 그런데 사안의 경우 피고인이 취득한 것은 술값(채무)면제라는 재산상 이익이므로 절도범인이 아니므로 준강도죄가 성립하지 않는다는 취지의 판례이다.

문16. 【정답】 ③
【해설】
③ 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 송금의뢰인이 수취인의 예금계좌에 계좌이체 등을 한 이후, 수취인이 은행에 대하여 예금반환을 청구함에 따라 은행이 수취인에게 그 예금을 지급하는 행위는 계좌이체금액 상당의 예금계약의 성립 및 그 예금채권 취득에 따른 것으로서 은행이 착오에 빠져 처분행위를 한 것이라고 볼 수 없으므로, 결국 이러한 행위는 은행을 피해자로 한 형법 제347조의 사기죄에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다.
[2] 예금주인 피고인이 제3자에게 편취당한 송금의뢰인으로부터 자신의 은행계좌에 계좌송금된 돈을 출금한 사안에서, 피고인은 예금주로서 은행에 대하여 예금반환을 청구할 수 있는 권한을 가진 자이므로, 위 은행을 피해자로 한 사기죄가 성립하지 않는다는 원심의 판단을 정당하다고 한 사례.
(대법원 2010.05.27. 선고 2010도3498 판결)
<검토> 어떠한 원인으로 입금이 되었건 지급정지조치가 없는 한 원칙적으로 예금주는 은행에 대해 예금을 인출할 수 있는 권한이 있고, 은행은 인출에 응할 의무가 있으므로 기망, 착오가 있을 수 없어 예금주와 은행은 사기범죄인과 사기피해자의 관계가 될 수 없다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 타인의 폭행으로 상해를 입고 병원에서 치료를 받으면서, 상해를 입은 경위에 관하여 거짓말을 하여 국민건강보험공단으로부터 보험급여 처리를 받아 사기죄로 기소된 사안에서, 위 상해는 '전적으로 또는 주로 피고인의 범죄행위에 기인하여 입은 상해'라고 할 수

없다고 보아 위 공소사실을 무죄로 판단한 원심을 수긍한 사례.
(대법원 2010.06.10. 선고 2010도1777 판결)
<검토> 상해를 입은 사실은 존재하나 경위에 관하여 거짓말을 한 경우인데, 상해를 입은 사실은 중요부분, (중위 아닌)경위는 사소한(가벼운) 부분으로 중요부분은 진실이므로 기망이라고 할 수 없다고 암기하면 되는 판례이다.

② 옳다. **<판례의 입장>** [1] 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 및 소극적 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말하며 사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있고, 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 아니하는바, 일반적으로 상품의 선전, 광고에 있어 다소의 과장, 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 거래상의 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 과장, 허위광고의 한계를 넘어 사기죄의 기망행위에 해당한다.
[2] 식육식당을 경영하는 자가 음식점에서 한우만을 취급한다는 취지의 상호를 사용하면서 광고선전판, 식단표 등에도 한우만을 사용한다고 기재한 경우, '한우만을 판매한다'는 취지의 광고가 식육점 부분에만 한정하는 것이 아니라 음식점에서 조리·판매하는 쇠고기에 대한 광고로서 음식점에서 쇠고기를 먹는 사람들로 하여금 그 곳에서는 한우만을 판매하는 것으로 오인시키기에 충분하므로, 이러한 광고는 진실규명이 가능한 구체적인 사실인 쇠갈비의 품질과 원산지에 관하여 기망이 이루어진 경우로서 그 사술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘는 것이고, 따라서 피고인의 기망행위 및 편취의 범의를 인정하기에 넉넉하다고 본 사례.
(대법원 1997.09.09. 선고 97도1561 판결)
<검토> '한우사기 사건'이다. 판례는 먹거리 가지고 장난치는 놈들 원칙적으로 엄벌에 처한다 라고 생각하며 처벌로 기억하면 되는 단순암기 판례이다.

④ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 재산권에 관한 거래관계에 있어서 일방이 상대방에게 그 거래에 관련한 어떠한 사항에 대하여 고지하지 아니함으로써 장차 계약상의 목적물에 대한 권리를 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서도 이를 상대방에게 고지하지 아니하고 거래관계를 맺어 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 받고, 상대방은 그와 같은 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래관계를 맺지 아니하였을 것임이 경험칙상 명백한 경우에는 그 재물의 수취인은 신의성실의 원칙상 상대방에게 그와 같은 사정에 대한 고지의무가 있다 할 것이고, 재물의 수취인이 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.
[2] 중고자동차 매매에 있어서 매도인의 할부금융회사 또는 보증보험에 대한 할부금 채무가 매수인에게 당연히 승계되는 것이 아니라는 이유로 그 할부금 채무의 존재를 매수인에게 고지하지 아니한 것이 부작위에 의한 기망에 해당하지 아니한다고 본 원심판결을 수긍한 사례.
(대법원 1998.04.14. 선고 98도231 판결)
<검토> '중고자동차 할부금 사건'이다.
할부금 미납된 중고 자동차를 매도하였다 하더라도 매도인이 할부금만 꼬박꼬박 낸다면, 매수인에게 전혀 피해가 없어 사기죄가 불성립한다고 생각하면서 암기한다.

문17. 【정답】 ①
【해설】
① 틀리다. **<판례의 입장>** [1] 이른바 보통예금은 은행 등 법률이 정하는 금융기관을 수치인으로 하는 금전의 소비임치 계약으로서, 그 예금계좌에 입금된 금전의 소유권은 금융기관에 이전되고, 예금주는 그 예금계좌를 통한 예금반환채권을 취득하는 것이므로, 금융기관의 임직원은 예금주로부터 예금계좌를 통한 적법한 예금반환 청구가 있으면 이에 응할 의무가 있을 뿐 예금주와의 사이에서 그의 재산관리에 관한 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 할 수 없다.
[2] 임의로 예금주의 예금계좌에서 5,000만 원을 인출한 금융기관의 임직원에게 업무상배임죄가 성립하지 않는다고 한 사례.
(대법원 2008.04.24. 선고 2008도1408 판결)
<참고판례> 이사가 주식회사의 지배권을 기존 주주의 의사에 반하여 제3자에게 이전하는 것은 기존 주주의 이익을 침해하는 행위일 뿐 지배권의 객체인 주식회사의 이익을 침해하는 것으로 볼 수는 없는데, 주식회사의 이사는 주식회사의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 할 수 있지만 주식회사와 별개인 주주들에 대한 관계에서 직접 그들의 사무를 처리하는 자의 지위에 있는 것은 아니고, 더욱이 경영권의 이전은 지배주식을 확보하는 데 따르는 부수적인 효과에 불과한 것이어서, 회사 지분비율의 변화가 기존 주주 자신의 선택에 기인한 것이라면 지배권 이전과 관련하여 이사에게 임무위배가 있다고 할 수 없다.
(대법원 2009.05.29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결)
<검토> 금융기관의 임직원은 사무처리계약관계가 있는 금융기관의 타인사무처리자이지, 사무처리계약관계가 없는 예금주의 타인사무처리자가 아니다.
마찬가지로 비교판례에서 알 수 있듯이 주식회사의 이사는 사무처리계약관계가 있는 주식회사의 타인사무처리자이지, 사무처리계약관계가 없는 주주들의 타인사무처리자가 아니다.

② 옳다. **<판례의 입장>** [1] 업무상배임죄에서 재산상 손해의 유무에 관한 판단은 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 실질적으로 판단하여야 하는데, 여기에는 재산의 처분 등 직접적인 재산의 감소, 보증이나 담보제공 등 채무 부담으로 인한 재산의 감소와 같은 적극적 손해를 야기한 경우는 물론, 객관적으로 보아 취득할 것이 충분히 기대되는데도 임무위배행위로 말미암아 이익을 얻지 못한 경우, 즉 소극적 손해를 야기한 경우도 포함된다. 이러한 소극적 손해는 재산증가를 객관적·개연적으로 기대할 수 있음에도 임무위배행위로 이러한 재산증가가 이루어지지 않은 경우를 의미하므로 임무위배행위가 없었다면 실현되었을 재산 상태와 임무위배행위로 말미암아 현실적으로 실현된 재산 상태를 비교하여 그 유무 및 범위를 산정하여야 한다.

[2] 피고인이, 갑이 운영하는 을 주식회사의 부사장으로 대외 영업활동을 하여 그 계약 등을 을 회사에 귀속시키기로 갑과 약정하고도 이를 위반하여 을 회사에 손해를 가하였다고 하여 업무상배임으로 기소된 사안에서, 을 회사의 재산상 손해는 원칙적으로 계약을 체결한 때를 기준으로 계약대금에 기초하여 산정하여야 하는데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

(대법원 2013.04.26. 선고 2011도6798 판결)

<검토> 적극적이니 소극적이니 전형적인 독일식 표현에 휘둘리지 말고,『적극적 손해 = 존재하는 현재 재산 상실, 소극적 손해 = 기대되던 장래 재산 상실』로 이해하고 중심을 잡고 있으면 된다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 자동차에 대하여 저당권이 설정되는 경우 자동차의 교환가치는 저당권에 포섭되고, 저당권설정자가 자동차를 매도하여 소유자가 달라지더라도 저당권에는 영향이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 저당권설정자가 단순히 저당권의 목적인 자동차를 다른 사람에게 매도한 것만으로는 배임죄에 해당하지 아니하나, 자동차를 담보로 제공하고 점유하는 채무자가 부당히 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우 배임죄의 죄책을 면할 수 없다.

[2] 피고인이 자신의 모 명의를 빌려 자동차를 매수하면서 피해자 갑 주식회사에서 필요한 자금을 대출받고 자동차에 저당권을 설정하였는데, 저당권자인 갑 회사의 동의 없이 이를 성명불상의 제3자에게 양도담보로 제공하였다고 하여 배임으로 기소된 사안에서, 피고인은 신원을 정확히 알 수 없는 제3자에게서 돈을 차용하고 담보로 자동차를 인도하면서 차량포기각서까지 작성해 주었고, 이후 차용금을 변제하지 아니하였을 뿐만 아니라 갑 회사에 대한 대출금 변제도 중단하였던 점, 갑 회사가 자동차에 대한 저당권을 실행하기 위하여 자동차 인도명령을 받았으나 소재파악이 되지 않아 집행불능에 이르렀던 점, 정상적인 거래관계였다면 마땅히 수반되어야 할 양도인의 인감증명서 교부 등 자동차관리법 기타 관계 법령에 따른 이전등록에 필요한 조치도 전혀 이루어지지 않았던 사정 등을 종합할 때, 피고인의 행위는 적어도 미필적으로나마 갑 회사의 자동차에 대한 추급권 행사가 불가능하게 될 수 있음을 알면서도 그 담보가치를 실질적으로 상실시키는 것으로서 배임죄가 성립되는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 볼 여지가 있는데도, 이와 달리 보아 무죄를 인정한 원심판결에 법리오해 등 위법이 있다고 한 사례.

(대법원 2012.9.13. 선고 2010도11665 판결)

<비교판례> 자동차에 대하여 저당권이 설정되는 경우 자동차의 교환가치는 그 저당권에 포섭되고, 저당권설정자가 자동차를 매도하여 그 소유자가 달라지더라도 저당권에는 영향이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 저당권설정자가 단순히 그 저당권의 목적인 자동차를 다른 사람에게 매도한 것만으로는 배임죄가 성립하지 아니한다.

(대법원 2008.08.21. 선고 2008도3651 판결)

<검토> '자동차 저당권 사건'이다. '자동차 저당권 사건'은 크게 2가지로 구분하여 알아 둔다.

1. 원칙 : 자동차 저당권자(채권자) = 자동차 저당권설정자(채무자)가 자동차 정상인에게 처분 = 강제집행 가능 = 손해 없음 = 배임죄 불성립

2. 예외 : 자동차 저당권자(채권자) = 자동차 저당권설정자(채무자)가 자동차 비정상인(성명불상자)에게 처분 = 강제집행 불가능 = 배임죄 성립.

④ 옳다. **<판례의 입장>** 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 양자 간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산보호 내지 관리의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 것이므로, 배임죄의 성립에 있어 행위자가 대외관계에서 타인의 재산을 처분할 적법한 대리권이 있음을 요하지 아니한다.

(대법원 1999.09.17. 선고 97도3219 판결)

<검토> 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자의 요건에 대해서 법조문상 대리권 등 특별한 제한을 규정하고 있지 않으며, 배임죄의 본질을 신의성실의 의무에 위반하거나 사실상의 신임관계를 침해하여 타인의 재산을 침해하는 것이라고 보는 것이 형사정책적으로 타당하므로 판례의 태도는 옳다.

문18. 【정답】 ①

【해설】

① 틀리다. **<판례의 입장>** 토지의 소유자가 자신의 토지의 한쪽 부분을 일시 공터로 두었을 때 인근주민들이 위 토지의 동서쪽에 있는 도로에 이르는 지름길로 일시 이용한 적이 있다 하여도 이를 일반 공중의 내왕에 공용되는 도로하고 할 수 없으므로 형법 제185조 소정의 육로로 볼 수 없다.

(대법원 1984.11.13. 선고 84도2192 판결)

<검토> '일시'가 키워드이다. 그 토지를 일시 이용했다는 것은 사실상 평온하게 이용되는 그 토지가 공로가 아님을

의미한다.
따라서 그 토지상의 통행을 방해한 경우는 일반교통방해죄가 성립하지 않는다.

② 옳다. **<판례의 입장>** 전국민주노동조합총연맹 준비위원회가 주관한 도로행진시위가 사전에 구 집회 및 시위에 관한 법률에 따라 옥외집회신고를 마쳤어도, 신고의 범위와 위 법률 제12조에 따른 제한을 현저히 일탈하여 주요도로 전차선을 점거하여 행진 등을 함으로써 교통소통에 현저한 장해를 일으켰다면, 일반교통방해죄를 구성한다고 한 사례.
(대법원 2008.11.13. 선고 2006도755 판결)
<검토> 키워드인 '현저히', '주요', '전', '현저한'이란 문구로 hard하다고 생각하면서 처벌쪽으로 결론을 내리면 된다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 형법 제185조의 일반교통방해죄는 일반공중의 교통의 안전을 보호법익으로 하는 범죄로서 여기서의 '육로'라 함은 사실상 일반공중의 왕래에 공용되는 육상의 통로를 널리 일컫는 것으로서 그 부지의 소유관계나 통행권리관계 또는 통행인의 많고 적음 등을 가리지 않는다.
[2] 불특정 다수인의 통행로로 이용되어 오던 도로의 토지 일부의 소유자라 하더라도 그 도로의 중간에 바위를 놓아두거나 이를 파헤침으로써 차량의 통행을 못하게 한 행위는 일반교통방해죄 및 업무방해죄에 해당한다고 한 사례.
(대법원 2002.04.26. 선고 2001도6903 판결)
<검토> 키워드인 '바위', '파헤침'이란 문구로 hard하다고 생각하면서 처벌쪽으로 결론을 내리면 된다.

④ 옳다. **<법조문> 형법 제189조(과실, 업무상과실, 중과실)** ❶ 과실로 인하여 제185조(일반교통방해죄) 내지 제187조의 죄를 범한 자는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
❷ 업무상과실 또는 중대한 과실로 인하여 제185조 내지 제187조의 죄를 범한 자는 3년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
<검토> 성수대교사건에서 업무상과실 일반교통방해죄가 문제되었고, 원칙적으로 과실·업무상과실·중과실은 set로 규정된다는 사실을 알면 쉽게 풀 수 있는 지문이다.

문19. 【정답】 ②
【해설】
② 틀리다. **<판례의 입장>** 형법 제214조의 유가증권이란 증권상에 표시된 재산상의 권리의 행사와 처분에 그 증권의 점유를 필요로 하는 것을 총칭하는 것으로서 재산권이 증권에 화체된다는 것과 그 권리의 행사와 처분에 증권의 점유를 필요로 한다는 두 가지 요소를 갖추면 족하지 반드시 유통성을 가질 필요는 없고, 또한 위 유가증권은 일반인이 진정한 것으로 오신할 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 되므로 증권이 비록 문방구 약속어음 용지를 이용하여 작성되었다고 하더라도 그 전체적인 형식·내용에 비추어 일반인이 진정한 것으로 오신할 정도의 약속어음 요건을 갖추고 있으면 당연히 형법상 유가증권에 해당한다.
(대법원 2001.08.24. 선고 2001도2832 판결)
<검토> 유가증권은 개념상 1. 재산권 2. 점유 두가지 요건을 필요로 한다.
유가증권의 '유'와 유통성의 '유' 글자 같다고 유가증권에 유통성이 필요한 것으로 착각하면 안된다. 유가증권의 유는 있을 有이고 유통성의 유는 흐를 流로 완전히 다른 의미이다.

① 옳다. **<판례의 입장>** [1] 유가증권변조죄에 있어서 변조라 함은 진정으로 성립된 유가증권의 내용에 권한 없는 자가 그 유가증권의 동일성을 해하지 않는 한도에서 변경을 가하는 것을 말하므로, 이미 타인에 의하여 위조된 약속어음의 기재사항을 권한 없이 변경하였다고 하더라도 유가증권변조죄는 성립하지 아니한다.
[2] 약속어음의 액면금액을 권한 없이 변경하는 것은 유가증권변조에 해당할 뿐 유가증권위조는 아니므로, 약속어음의 액면금액을 권한 없이 변경하는 행위가 당초의 위조와는 별개의 새로운 유가증권위조로 된다고 할 수 없다.
(대법원 2006.01.26. 선고 2005도4764 판결)
<검토> 변조는 진정한 것(통화, 유가증권, 문서)을 전제로 함을 잊지 말자.

③ 옳다. **<판례의 입장>** 위조유가증권행사죄의 처벌목적은 유가증권의 유통질서를 보호하고자 함에 있는 만큼 단순히 문서의 신용성을 보호하고자 하는 위조, 공·사문서행사죄의 경우와는 달리 교부자가 진정 또는 진실한 유가증권인 것처럼, 위조유가증권을 행사하였을 때 뿐만 아니라 위조유가증권임을 알고 있는 자에게 교부하였더라도 피교부자가 이를 유통시킬 것임을 인식하고 교부하였다면 그 교부행위 그 자체가 유가증권의 유통질서를 해할 우려가 있어 처벌의 이유와 필요성이 충분히 있다고 할 것이므로 위조유가증권행사죄가 성립한다
(대법원 1983.06.14. 선고 81도2492 판결)
<참고판례> 허위작성된 유가증권을 피교부자가 그것을 유통하게 한다는 사실을 인식하고 교부한 때에는 허위작성유가증권행사죄에 해당하고, 행사할 의사가 분명한 자에게 교부하여 그가 이를 행사한 때에는 허위작성유가증권행사죄의 공동정범이 성립된다.
(대법원 1995.09.29. 선고 95도803 판결)
<검토> 원칙적으로 피교부자가 위조임을 알고 있는 자라면 교부가 위조유가증권을 진실한 것처럼 사용한 것으로 볼 수 없어 위조유가증권행사죄가 성립할 수 없지만,
예외적으로 교부자가 피교부자에게 교부할 때 피교부자가 위조임을 모르는 자에게 유통시킬 것임을 인식하고 교부

하였다면 교부하자마자 피교부자는 위조임을 모르는 자에게 유통할 것이므로, 위조임을 알고 있는 피교부자에게 교부한 것 자체가 곧 위조임을 모르는 자에게 교부한 것으로 평가할 수 있어 위조유가증권행사죄가 성립할 수 있다. 덧붙여 참고판례에서 알 수 있듯이 ‘분명’이란 문구가 있으면 ‘공모’를 한 경우임도 알아 두자.

④ 옳다. **<판례의 입장>** [1] 형법 제214조에서 유가증권이라 함은, 증권상에 표시된 재산상의 권리의 행사와 처분에 그 증권의 점유를 필요로 하는 것을 총칭하는 것인바, 공중전화카드는 그 표면에 전체 통화가능 금액과 발행인이 문자로 기재되어 있고, 자기기록 부분에는 당해 카드의 진정성에 관한 정보와 잔여 통화가능 금액에 관한 정보가 전자적 방법으로 기록되어 있어, 사용자가 카드식 공중전화기의 카드 투입구에 공중전화카드를 투입하면 공중전화기에 내장된 장치에 의하여 그 자기정보가 해독되어 당해 카드가 발행인에 의하여 진정하게 발행된 것임이 확인된 경우 잔여 통화가능 금액이 공중전화기에 표시됨과 아울러 그 금액에 상당하는 통화를 할 수 있도록 공중전화기를 작동하게 하는 것이어서, 공중전화카드는 문자로 기재된 부분과 자기기록 부분이 일체로써 공중전화 서비스를 제공받을 수 있는 재산상의 권리를 화체하고 있고, 이를 카드식 공중전화기의 카드 투입구에 투입함으로써 그 권리를 행사하는 것으로 볼 수 있으므로, 공중전화카드는 형법 제214조의 유가증권에 해당한다.
[2] 폐공중전화카드의 자기기록 부분에 전자정보를 기록하여 사용가능한 공중전화카드를 만든 행위를 유가증권위조죄로 의율한 원심판결을 수긍한 사례.
(대법원 1998.02.27. 선고 97도2483 판결)
<검토> ‘폐공중전화카드 사건’이다.
일단 공중전화카드의 성격에 대해, 판례는 공중전화서비스를 받을 수 있는 ‘재산상의 권리’가 화체되어 있고, 그 권리의 행사에 공중전화카드의 ‘점유’를 필요로 하므로 공중전화카드를 ‘유가증권’으로 본다.
그리고 유가증권변조죄의 ‘변조’란 진정하게 성립된 타인 명의 유가증권에 권한 없는 자가 그 동일성을 해하지 않을 정도로 내용에 변경을 가하는 것을 말하는데,
사안의 경우 피고인은 사용‘불가능’한 폐공중전화카드를 사용‘가능’한 공중전화카드로 만들었으므로, 동일성을 해하는 정도로 내용에 변경을 가한 경우이므로 변조가 아니라, ‘위조’가 된다.
따라서 피고인의 행위는 유가증권위조죄에 해당한다.

문20. 【정답】 ④
【해설】
④ 틀리다. **<판례의 입장>** 공무원이 직무집행의 의사 없이 또는 직무처리와 대가적 관계없이 타인을 공갈하여 재물을 교부하게 한 경우에는 공갈죄만이 성립하고, 이러한 경우 재물의 교부자가 공무원의 해악의 고지로 인하여 외포의 결과 금품을 제공한 것이라면 그는 공갈죄의 피해자가 될 것이고 뇌물공여죄는 성립될 수 없다고 하여야 할 것이다.
(대법원 1994.12.22. 선고 94도2528 판결)
<검토> 공무원의 해악의 고지로 인하여 외포의 결과 금품을 제공한 것이라면 뇌물공여에 대한 고의가 없다고 할 것이다.

① 옳다. **<판례의 입장>** 뇌물죄에서 뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요·욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유형·무형의 이익을 포함하며, 제공된 것이 성적 욕구의 충족이라고 하여 달리 볼 것이 아니다.
☞ 유사성교행위 및 성교행위가 ‘뇌물’에 해당한다
(대법원 2014.01.29. 선고 2013도13937 판결)
<검토> 뇌물죄의 보호법익이 공무원의 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성임을 고려할 때 직무관련해서 성접대를 받거나 제공하면 보호법익이 침해될 수 있으므로 판례의 태도는 타당하다.

② 옳다. **<판례의 입장>** 수의계약을 체결하는 공무원이 해당 공사업자와 적정한 금액 이상으로 계약금액을 부풀려서 계약하고 부풀린 금액을 자신이 되돌려 받기로 사전에 약정한 다음 그에 따라 수수한 돈은 성격상 뇌물이 아니고 횡령금에 해당한다고 한 사례.
(대법원 2007.10.12. 선고 2005도7112 판결)
<검토> ‘부풀린 금액 사건’이다.
부풀린 돈은 공사업자의 지갑에서 나온 것이 아니라 처음부터 공무원이 점유(자기점유)하는 국가 소유(타인소유)의 돈이었으므로 수뢰죄가 아니라 횡령죄가 성립한다.

③ 옳다. **<판례의 입장>** 뇌물죄에 있어서 금품을 수수한 장소가 공개된 장소이고, 금품을 수수한 공무원이 이를 부하직원들을 위하여 소비하였을 뿐 자신의 사리를 취한 바 없다 하더라도 그 뇌물성이 부인되지 않는다.
☞ 직무와 관련하여 받은 뇌물을 개인적인 용도가 아닌 회식비나 직원들의 휴가비로 소비하였다 하여 위법성이 없어지는 것이 아니다.
(대법원 1996.06.14. 선고 96도865 판결)
<검토> 뇌물의 판단기준은 직무관련성 내지 대가성이지 수수장소의 공개성·비공개성, 용도의 공리성·사리성 여부가 아니다. 그리고 뇌물죄 판례들은 공무원이 금품을 수수하면 원칙적으로 처벌쪽임을 유념하고 암기하는 것이 요령이다.