

임종희 형법각론 추록(최종 12월 5일)
(파란색 부분을 추가 또는 수정하였습니다)

구 교재 p. 4.

(1) 살해의 태양

살인죄의 간접정범

피고인이 7세, 3세 남짓된 어린자식들에 대하여 함께 죽자고 권유하여 물속에 따라 들어오게 하여 결국 익사하게 하였다면 비록 피해자들을 물속에 직접 밀어서 빠뜨리지는 않았다고 하더라도 자살의 의미를 이해할 능력이 없고 피고인의 말이라면 무엇이나 복종하는 어린 자식들을 권유하여 익사하게 한 이상 살인죄의 범의는 있었음이 분명하다(대판1987.1.20. 86도2395). 사안의 경우, 형법 제253조의 위계에 의한 살인죄가 아니라 형법 제250조 제1항의 살인죄가 성립한다. 즉, 살인죄의 간접정범이 성립한다. 23. 1차 경찰채용

주관적 구성요건요소

살인의 고의가 있어야 한다. 살인죄의 고의는 자기의 행위로 인하여 피해자가 사망할 수도 있다는 사실을 인식, 예견하는 것으로 족하고 피해자의 사망을 희망하거나 목적으로 할 필요는 없고, 또 확정적인 고의가 아닌 미필적인 고의로도 족하다(대판 2006.4.14.2006도734). 즉, 살인죄의 고의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 하는 것은 아니고 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 위험이 있음을 예견·용인하면 족하며 그 주관적 예견 등은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이더라도 미필적 고의로서 살인의 범의는 인정될 수 있다(대법원2011. 12. 22. 선고2011도12927판결). 23. 경찰승진

구 교재 p. 8.

제4항 **영아살해죄 (전부삭제)**

~~제251조(영아살해) 직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 분만 중 또는 분만직후의 영아를 살해한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.~~
~~☞ 영아살해죄를 폐지함으로써 저항 능력이 없거나 현저히 부족한 사회적 약자인 영아를 범죄로부터 두텁게 보호하게 되었다[삭제 2023. 8. 8.] [시행일: 2024. 2. 9.]~~

구 교재 p. 9.

2. 착오(행위자가 인식한 사실대로 해결한다.)

- ① 촉탁·승낙이 없었는데, 있다고 오인한 경우(경한 죄인 촉탁·승낙살인죄의 고의로 중한 죄인 보통살인죄를 범한 경우) : 이 경우는 촉탁·승낙살인의 고의로 보통살인의 결과가 발생한 경우로 제15조 제1항이 적용되어 촉탁·승낙에 의한 살인죄가 성립한다(제15조 제1항).

甲이 애인인 乙이 일시 흥분하여 죽여달라고 애원하자, 갑은 乙이 정말 죽고 싶은 것으로 오인하고 음식물에 독약을 타서 乙을 살해한 경우 ⇨ 甲은 촉탁에 의한 살인죄 성립

- ② 촉탁·승낙이 있었는데, 없었다고 오인한 경우(촉탁·승낙이 있었다는 사실을 모르고 보통 살인의 고의로 살해한 경우) : 이 경우는 보통살인의 고의로 촉탁·승낙에 의한 살인의 결과가 발생한 경우로 보통살인죄의 기수범이 성립한다(다수설). 이외에도 촉탁·승낙살인죄 기수와 보통살인죄 미수의 상상적 경합이 성립한다는 견해, 보통살인죄의 불능미수가 성립한다는 견해, 보통살인죄의 미수와 촉탁·승낙살인죄 상상적 경합이 성립한다는 견해 등이 대립되고 있다.

구 교재 p. 14. 추가

제8항 미수범

제254조(미수범) 제250조(살인죄와 존속살해죄), 제252조(촉탁·승낙죄와 자살교사·방조죄) 및 제253조(위계·위력에 의한 살인죄)의 미수범은 처벌한다.[전문개정 2023. 8. 8.] [시행일: 2024. 2. 9.]

살인죄, 존속살해죄, 촉탁·승낙죄, 자살교사·방조죄, 위계·위력에 의한 살인죄는 모두 미수범의 처벌규정을 두고 있다.

제9항 살인예비·음모죄

제255조(예비·음모) 제250조와 제253조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

본죄는 목적범이므로 본죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 자체에 대한 고의 이외에 기본범죄인 살인죄(제250조 또는 제253조)의 구성요건을 실현하려는 목적이 있어야 한다. 목적에 대한 인식은 단순한 미필적 인식으로는 부족하고 적어도 살해할 대상자가 구체적으로 특정되어야 본죄가 성립한다.

구 교재 p. 17.

생리적 기능훼손설과 신체의 완전성침해설에 입각한 사례

[1] 강간치상죄나 강제추행치상죄에 있어서의 상해는 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것, 즉 피해자의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 것을 말하는 것으로, 여기서의 생리적 기능에는 육체적 기능뿐만 아니라 정신적 기능도 포함된다.

[2] 수면제와 같은 약물을 투약하여 피해자를 일시적으로 수면 또는 의식불명 상태에 이르게 한 경우에도 약물로 인하여 피해자의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되었다면 자연적으로 의식을 회복하거나 외부적으로 드러난 상처가 없더라도 이는 강간치상죄나 강제추행치상죄에서 말하는 상해에 해당한다. 그리고 피해자에게 이러한 상해가 발생하였는지는 객관적, 일률적으로 판단할 것이 아니라 피해자의 연령, 성별, 체격 등 신체·정신상의 구체적인 상태, 약물의 종류와 용량, 투약방법, 음주 여부 등 약물의 작용에 미칠 수 있는 여러 요소를 기초로 하여 약물 투약으로 인하여 피해자에게 발생한 의식장애나 기억장애 등 신체·정신상의 변화와 내용 및 정도를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 24. 경찰간부

[3] 피해자(여, 40세)는 평소 건강에 별다른 이상이 없었던 사람으로 피고인으로부터 졸피뎀 성분의 수면제(성인 권장용량의 1.5배 내지 2배 정도에 해당하는 양)가 섞인 커피를 받아 마신 다음 곧바로 정신을 잃고 깊이 잠들었다가 약 4시간 뒤에 깨어났는데, 피해자는 그때마다 잠이 든 이후의 상황에 대해서 제대로 기억하지 못하였고, 가끔 정신이 희미하게 든 경우도 있었으나 자신의 의지대로 생각하거나 행동하지 못한 채 곧바로 기절하다시피 다시 깊은 잠에 빠졌다. 피고인은 13회에 걸쳐 이처럼 피해자를 항거불능 상태에 빠뜨린 후 피해자를 강간하거나 강제로 추행하였다. 피해자가 의식을 회복한 다음 그때마다 특별한 치료를 받지 않았으나, 결국 피고인의 반복된 약물 투약과 그에 따른 강간 또는 강제추행 범행으로 외상 후 스트레스 장애까지 입은 것으로 보인다. 결국, 피해자는 약물 투약으로 항거가 불가능하거나 현저히 곤란해진 데에서 더 나아가 건강상태가 나쁘게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 피해를 입었다고 할 것이므로, 이는 강간치상죄나 강제추행치상죄에서 말하는 상해에 해당한다(대판2017.6.29. 2017도3196). 결국, 강간범죄로 인하여 피해자가 겪은 불안, 불면, 악몽, 자책감, 우울감, 대인관계 회피, 일상생활에 대한 무관심, 흥미상실 등의 증상은 의학적으로는 특수한 정신과적 증상인 외상 후 스트레스 장애에 해당하여 강간치상죄의 상해에 포함된다.

구 교재 p. 17. G. 추가

▶ 자연적 치유와 상해(= 원칙적으로 상해 부정, 예외적으로 G.는 상해 인정한 판례 있음)

F. 피해자를 강간하려다가 미수에 그치고 그 과정에서 피해자에게 경부 및 전흉부 피하출혈, 통증으로 약 7일 간의 가료를 요하는 상처가 발생한 경우, 그 상처가 굳이 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없고 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있는 정도라면 그로 인하여 신체의 완전성이 손상되고 생활기능에 장애가 왔거나 건강상태가 불량하게 변경되었다고 보기는 어려워 강간치상죄의 상해에 해당하지 않는다(대판

1994.11.4. 94도1311).

G. 피고인이 강간하려고 피해자의 반항을 억압하는 과정에서 주먹으로 피해자의 얼굴과 머리를 몇 차례 때려 피해자가 코피를 흘리고(흘린 코피가 이불에 손바닥 만큼의 넓이로 묻었음)콧등이 부었다면 비록 병원에서 치료를 받지 않더라도 일상생활에 지장이 없고 또 자연적으로 치료될 수 있는 것이라 하더라도 강간치상죄에 있어서의 상해에 해당한다(대법원1991. 10. 22.선고91도1832판결). 대부분 판례에서는 일상생활에 지장이 없고 또 자연적으로 치료될 수 있는 것이라면 상해에 해당하지 않는다고 보았으나, 주먹으로 때려 코피를 흘리고 콧등이 부은 사건에서는 강간치상죄의 상해를 인정하였다. 24. 경찰간부

구 교재 p. 22. 추가

제7항 상해죄의 동시범 특례

제263조(동시범) 독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의한다.

판례는 형법상 상해죄의 동시범의 특례규정(제263조)의 적용을 상해죄에 한정하고 않고 폭행치상죄, 상해치사죄, 폭행치사죄에도 적용을 긍정한다. 다만 강간치상과 강도치상에는 적용을 배제하였다. 23. 2차 경찰채용

특례규정이 적용되는 경우	특례규정이 적용되지 않는 경우
① 상해죄, 폭행치상죄 ② 폭행치사죄, 상해치사죄	① 강간치상죄 ② 강도치상죄

이시의 독립된 상해행위가 경합한 경우에도 동시범 특례 적용여부(= 긍정)

[1] 이시의 독립된 상해행위가 경합하여 사망의 결과가 일어난 경우에 그 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의하여야 한다.

[2] 甲은 술에 취해있던 피해자의 어깨를 주먹으로 1회 때리고 쇠스랑 자루로 머리를 2회 강타하고 가슴을 1회 밀어 땅에 넘어뜨렸고, 그후 3시간 가량 지나서 乙이 위 피해자의 목살을 잡아 평상에 얹혀놓고 피해자의 얼굴을 2회 때리고 손으로 2,3회 피해자의 가슴을 밀어 땅에 넘어뜨린 다음, 나일론 슬리퍼로 피해자의 얼굴을 수회 때렸는데 위와 같은 갑과 을 두 사람의 이시적인 상해행위로 인하여 피해자가 그로부터 6일 후에 뇌출혈을 일으켜 사망하기에 이르렀다면, 위 피해자의 사인이 갑과 을의 행위 중 누구의 행위에 기인한 것인지를 판별할 수 없는 경우에 해당한다고 하여 형법 제263조의 규정에 의한 공동정범의 예에 따라 피고인에게 책임을 지우고 있는 것이라고 할 것이다(대법원1981. 3. 10.선고80도3321판결). 결국, 갑과 을은 상해치사죄가 성립한다. 23. 1차 경찰채용

구 교재 p. 23. 추가

제9항 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(약칭: 특정범죄가중법)

제5조의10(운행 중인 자동차 운전자에 대한 폭행 등의 가중처벌) ① 운행 중(「여객자동차 운수사업법」 제2조 제3호에 따른 여객자동차운송사업을 위하여 사용되는 자동차를 운행하는 중 운전자가 여객의 승차·하차 등을 위하여 일시 정차한 경우를 포함한다)인 자동차의 운전자를 폭행하거나 협박한 사람은 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.<개정 2015. 6. 22.>
② 제1항의 죄를 범하여 사람을 상해에 이르게 한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처하고, 사망에 이르게 한 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

의의 및 성격

운행 중인 자동차의 운전자를 폭행 또는 협박하거나 이로 인하여 운행 중인 자동차의 운전자를 상해 또는 사망에 이르게 한 경우에는 형을 가중하는 범죄이다.

운행 중인 오토바이 운전자에게 상해를 입힌 경우, 특정범죄가중법 위반(운전자폭행등)죄가 성립하지 않고, 형법 제257조의 상해죄가 인정된다는 판례

[1] 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특정범죄가중법’이라 한다) 제5조의10 제1항은 “운행 중(운전자가 여객의 승차·하차 등을 위하여 일시 정차한 경우를 포함한다)인 자동차의 운전자를 폭행하거나 협박한 사람은 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.”, 제2항은 “제1항의 죄를 범하여 사람을 상해에 이르게 한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처하고, 사망에 이르게 한 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.”라고 규정하여 운행 중인 자동차의 운전자를 폭행·협박하거나 이로 인하여 상해 또는 사망에 이르게 한 경우를 가중처벌하고 있다. 특정범죄가중법 제5조의10의 문언 형식, 입법 취지 및 보호법익, 특정범죄가중법상 다른 자동차 등 관련 범죄의 가중처벌 규정과의 체계적 해석 등을 종합하면, 특정범죄가중법 제5조의10의 ‘자동차’는 도로교통법상의 자동차를 의미하고 도로교통법상 원동기장치자전거는 ‘자동차’에 포함되지 않는다.

[2] 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중법 위반(운전자폭행 등) 부분(이하 ‘이 부분 공소사실’이라 한다)의 요지는, 피고인이 운행 중인 오토바이 운전자인 피해자를 폭행하여 피해자에게 상해를 가하였다는 것이다. 이 사건 규정이 정한 ‘자동차’의 범위에 도로교통법상 원동기장치자전거가 포함되지 않고, 피해자가 운행 중인 오토바이가 원동기장치자전거가 아니라 자동차에 해당한다는 사실에 대한 증거가 없으므로 특정범죄가중법 위반(운전자폭행등)죄가 성립하지 않고, 형법 제257조의 상해죄가 인정된다(대법원2022. 4. 28.선고2022도1013판결).

제10항 단순 폭행죄

구 교재 p. 27. 추가

3. 군형법 제60조의6(군인등에 대한 폭행죄, 협박죄의 특례)

군형법 제60조의6 제1호가 적용되는 군사기지에서 벌어진 군인의 군인에 대한 폭행죄에 해당하므로, 형법상 반의사불벌죄(형법 제260조 제3항)가 적용되지 않는다.

군사기지에서 벌어진 군인 사이의 폭행죄가 반의사불벌죄 여부(= 부정)

[1] 군형법 제60조의6(군인등에 대한 폭행죄, 협박죄의 특례) 군인등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 장소에서 군인등을 폭행 또는 협박한 경우에는 「형법」 제260조 제3항(폭행죄의 반의사불벌죄) 및 제283조 제3항(협박죄의 반의사불벌죄)을 적용하지 아니한다.

1. 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조 제1호의 군사기지
2. 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조 제2호의 군사시설

[2] 피고인과 피해자가 소속된 부대는 주한미군을 지원하는 작전을 수행하는 대한민국의 국군부대로 그 본부가 주한미군기지 안에 위치하고, 부대장인 피고인과 부대원인 피해자 모두 위 주한미군기지에서 임무를 수행하고 있는 것으로 보이는바, 이 사건 범행 장소는 대한민국 국군이 군사작전을 수행하기 위한 근거지에 해당한다고 볼 여지가 크므로, 비록 외국군의 군사기지라고 하더라도, 그곳에서 일어난 이 사건 범행은 군형법 제60조의6 제1호가 적용되는 군사기지에서 벌어진 군인의 군인에 대한 폭행죄에 해당하므로, 형법상 반의사불벌죄(형법 제260조 제3항)가 적용되지 않는다(대법원2023.6.15.선고 2020도927판결). 결국, 주한미군기지에서 발생한 대한민국 군인 사이의 폭행에 군형법 제60조의6 제1호(군사기지에서 발생한 군인등 사이의 폭행죄에 반의사불벌에 관한 형법 제260조 제3항의 적용을 배제하는 규정)가 적용되므로 형법상 반의사불벌죄(형법 제260조 제3항)가 적용되지 않는다.

제11항 존속폭행죄

제260조(존속폭행) ② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 700만원이하의 벌금에 처한다.

자기 또는 배우자의 직계존속의 신체에 대하여 폭행을 가함으로써 성립하는 범죄로, 행위자의 신분으로 말미암아 단순폭행죄에 비하여 책임이 가중되는 부진정신분범이다.

▶ 의사·간호사의 주의의무를 부정한 사례(= 업무상과실치사상죄 불성립)

- ㉠ 산부인과 의사가 제왕절개분만 수술을 하면서 수혈용 혈액을 미리 준비하지 않았는데, 수술 도중 산모가 갑자기 출혈을 하여 결국 출혈과다로 사망한 경우(대판 1997.4.8. 96도3082)
- ㉡ 요추 척추후궁절제 수술도중에 수술용 메스가 부러지자 담당의사가 부러진 메스조각(3×5mm)을 찾아 제거하기 위한 최선의 노력을 다하였으나 찾지 못하여 부러진 메스조각을 그대로 둔 채 수술부위를 봉합한 경우 ⇨ 수술과정에서 메스 끝이 부러지는 일이 흔히 있고, 무리하게 제거하려고 하면 부가적인 손상을 줄 우려가 있어 일단 봉합한 후에 재수술을 통하여 제거하고 있는 점에 비추어 담당의사의 과실을 인정할 수 없다(대판 1999.12.10. 99도3711).
- ㉢ 내과의사가 신경과 전문의에 대한 협의진료 결과 피해자의 증세와 관련하여 신경과 영역에서 이상이 없다는 회신을 받았고, 그 회신 전후의 진료 경과에 비추어 그 회신 내용에 의문을 품을 만한 사정이 있다고 보이지 않자 그 회신을 신뢰하여 뇌혈관계통 질환의 가능성을 염두에 두지 않고 내과 영역의 진료 행위를 계속하다가 피해자의 증세가 호전되기에 이르자 퇴원하도록 조치한 경우, 피해자의 지주막하출혈을 발견하지 못한 데 대하여 내과의사의 업무상과실은 부정된다(대판2003.1.10. 2001도3292).

24. 경찰간부

- ㉠ 대학병원 구강악안면외과 과장인 의사가 사랑니 1개를 뺀 후 환부가 붓고 열이 심하여 병원에 입원한 환자가 패혈증으로 사망하기까지 외래담당의사 및 담당수련의의 진료에 대해 적극적으로 농배양 등을 지시·감독하지 아니한 경우(대판 1996.11.8. 95도2710)
- ㉡ 마취의사 乙이 수술후 환자 丙의 자발호흡만 확인하고는 의식이 회복되었는지 분명하지도 않은 상태에서 특정 간호사에게 확실한 인계조치나 구체적인 지시도 하지 않은 채 자리를 떠난 뒤에, 회복실에 혼자 남아 자기 환자를 간호하고 있던 간호사 甲은 인계받지 않은 환자 丙의 호흡이 중단된 사실을 미처 발견치 못하고 방치함으로써 사망케 한 경우 ⇨ 간호사 甲의 업무상 과실 부정, 乙만 업무상 과실치사죄의 죄책을 짐(대판 1994.4.26. 92도3283)
- ㉢ 주치의 甲은 뇌수술을 받은 환자에게 항생제, 소염진통제 등을 정맥에 투여할 것을 당직간호사에게 지시하였는데 간호사는 간호실습생에게 실시하도록 하였고, 간호실습생은 다른 튜브에 주사액을 주입하여 결국 환자가 뇌압상승에 의한 호흡중추마비로 같은 날 사망한 경우 ⇨ 甲에게 현장에 입회하여 간호사의 주사행위를 직접 감독할 업무상 주의의무가 있다고 할 수 없어 업무상 과실치사죄 불성립, 간호사와 간호실습생은 업무상과실치사죄가 성립(대판 2003.8.19. 2001도3667)
- ㉣ 야간 당직간호사가 담당 환자의 심근경색 증상을 당직의사에게 제대로 보고하지 않음으로써 당직의사가 필요한 조치를 취하지 못한 채 환자가 사망한 경우, 병원의 야간당직 운영체계상 당직간호사에게 환자의 사망을 예견하거나 회피하지 못한 업무상 과실이 있고, 당직의사에게는 업무상 과실을 인정하기 어렵다(대법원2007. 9. 20.선고2006도294판결). 23. 2차 경찰채용
- ㉤ 간호사가 의사의 처방에 의한 정맥주사(Side Injection 방식)를 의사의 입회 없이 간호실습생(간호학과 대학생)에게 실시하도록 하여 발생한 의료사고에 대한 의사의 과실은 부정된다(대법원 2003. 8. 19.선고2001도3667판결). 24. 경찰간부
- ㉥ [1] 의료사고가 발생한 경우에 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과 발생을 예견할

수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 예견하지 못하였고, 그 결과 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 한다. 의사의 이와 같은 주의의무의 내용과 정도 및 과실의 유무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되 그 의료수준은 같은 업무와 직무에 종사하는 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 의학의 수준, 진료환경과 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다.

[2] 어떠한 의료행위가 의사들 사이의 분업적인 진료행위를 통하여 이루어지는 경우에도 그 의료행위 관련 임상의학 분야의 현실과 수준을 포함하여 구체적인 진료환경 및 조건, 해당 의료행위의 특수성 등을 고려한 규범적인 기준에 따라 해당 의료행위에 필요한 주의의무의 준수 내지 위반이 있었는지 여부가 판단되어야 함은 마찬가지이다. 따라서 의사가 환자에 대하여 주된 의사의 지위에서 진료하는 경우라도, 자신은 환자의 수술이나 시술에 전념하고 마취과 의사로 하여금 마취와 환자 감시 등을 담당토록 하거나, 특정 의료영역에 관한 진료 도중 환자에게 나타난 문제점이 자신이 맡은 의료영역 내지 전공과목에 관한 것이 아니라 그에 선행하거나 병행하여 이루어진 다른 의사의 의료영역 내지 전공과목에 속하는 등의 사유로 다른 의사에게 그 관련된 협의진료를 의뢰한 경우처럼 서로 대등한 지위에서 각자의 의료영역을 나누어 환자 진료의 일부를 분담하였다면, 진료를 분담받은 다른 의사의 전적인 과실로 환자에게 발생한 결과에 대하여는 주된 의사에게 과실책임을 인정할 수 없다.

[3] 수련병원의 전문의와 전공의 등의 관계처럼 의료기관 내의 직책상 주된 의사의 지위에서 지휘·감독 관계에 있는 다른 의사에게 특정 의료행위를 위임하는 수직적 분업의 경우에는, 그 다른 의사에게 전적으로 위임된 것이 아닌 이상 주된 의사(전문의)는 자신이 주로 담당하는 환자에 대하여 다른 의사(전공의)가 하는 의료행위의 내용이 적절한 것인지 여부를 확인하고 감독하여야 할 업무상 주의의무가 있고, 만약 의사가 이와 같은 업무상 주의의무를 소홀히 하여 환자에게 위해가 발생하였다면 주된 의사는 그에 대한 과실 책임을 면할 수 없다.

[4] 갑은 강남 세브란스병원 소화기내과 위장관 파트의 임상조교수로서, 소속 전공의 乙을 지휘·감독하는 의사이고, 을은 위 병원 내과 2년차 전공의로서 소화기내과 위장관 파트에서 근무하면서 갑의 지휘·감독하에 환자를 진료하던 의사이다. 이 사건 장정결제(쿨프랩) 투여 과정에서 을은 “검사 전날 저녁 쿨프랩 1L, 검사 당일 아침 쿨프랩 1L를 각 투여하도록 총 2L를 처방하였어야 하나 착오로 총 4L 투여 처방이 내려졌다(과다처방).”하여 환자를 쿨프랩 투여로 인한 부작용인 장천공 등에 따른 다발성 장기 부전으로 사망에 이르게한 경우, 갑이 乙을 지휘·감독하는 지위에 있다는 사정만으로 직접 수행하지 않은 장정결제 처방과 장정결로 발생할 수 있는 위험성에 관한 설명에 대하여 책임이 있다고 단정할 수 없다(대법원2022. 12. 1. 선고2022도 1499판결). 결국, 서로 대등한 지위에서 각자의 의료행위를 분담한 경우, 진료를 분담받은 다른 의사의 전적인 과실로 환자에게 발생한 결과에 대하여는 주된 의사에게 과실책임을 인정할 수 없다. 따라서 신뢰의 원칙에 따라 주된 의사의 업무상과실이 없다. 23. 2차 경찰채용

구 교재 p. 56. 삭제 및 수정

제4항 영아유기죄

~~제272조(영아유기) 직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 영아를 유기한 때에는 2년이하의 징역 또는 300만원이하의 벌금에 처한다.~~
~~☞ 영아유기죄를 폐지함으로써 저항 능력이 없거나 현저히 부족한 사회적 약자인 영아를 범죄로부터 두텁게 보호하게 되었다[삭제 2023. 8. 8.] [시행일: 2024. 2. 9.]~~

제5항 유기치사상죄 · 존속유기치사상죄

제275조(유기등 치사상) ① 제271조(유기죄, 존속유기죄, 중유기죄) 또는 제273조(학대죄, 존속학대죄)의 죄를 범하여 사람을 상해에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.[개정 2023. 8. 8.] [시행일: 2024. 2. 9.]
② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제271조 또는 제273조의 죄를 범하여 상해에 이르게 한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

구 교재 p. 66. 추가

고의

협박의 고의는 해악을 가할 것을 고지함으로써 상대방으로 하여금 공포심을 갖게 한다는 의사이다. 고지한 해악을 실제로 발생케 하겠다는 의사는 필요하지 않다. 협박죄에 있어서의 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니한다(대법원1991. 5. 10. 선고90도2102판결). 23. 경찰승진

구 교재 p. 67. 추가

▶ 사회상규에 반하지 않는 사례(= 위법성 조각)

- ㉠ 자기 남편과 불륜관계에 빠진 여자의 집에 찾아가 그녀의 가족에게 “남편을 유혹하여 부정한 행위를 한 데에 대하여 사과하게 하라”고 요구하면서 그러지 않으면 “간통죄로 고소하겠다”고 하면서 “시집가는 데에 방해한다”고 말한 경우 ⇨ 남편을 유혹하여 부정한 행위를 한 데에

대하여 사과하게 하라는 뜻을 강조하기 위하여 한 언사에 불과(대판 1998.3.10. 98도70)

- ⑥ 계약금과 잔금을 지불하였는데 여관을 명도받지 못하자 “여관을 명도해 주던가 명도소송비용을 내놓지 않으면 고소하여 구속시키겠다”고 말한 경우 ⇨ 매수인으로서 정당한 권리행사라 할 것이며, 위협적인 말은 사회통념상 용인될 정도의 것임(대판 1984.6.26. 84도648).

- ⑦ [1] 협박죄에서 ‘협박’은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하고, 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식·용인하는 것을 내용으로 하는바, 협박죄가 성립하려면 고지된 해악의 내용이 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 친숙의 정도 및 지위 등의 상호관계 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 볼 때에 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키기에 충분한 것이어야 한다.

[2] 권리행사의 일환으로 상대방에게 일정한 해악을 고지한 경우에도, 그러한 해악의 고지가 사회의 관습이나 윤리관념 등에 비추어 사회통념상 용인할 수 있는 정도이거나 정당한 목적을 위한 상당한 수단에 해당하는 등 사회상규에 반하지 아니하는 때에는 협박죄가 성립하지 아니한다.

[3] 피고인들을 비롯한 직원들의 임금이 체불되고 사무실 임대료를 내지 못할 정도로 재정 상태가 좋지 않는 등의 이유로 이 사건 회사의 경영상황이 우려되고 대표이사 겸 최대주주인 甲의 경영능력이 의심받던 상황에서, 직접적 이해당사자인 피고인들이 동료 직원들과 함께 甲을 만나 ‘사임제안서’만 전달하였을 뿐 별다른 말을 하지 않았고, 압도 약 5분 동안 이를 읽은 후 바로 그 자리를 떠난 경우, 피고인들의 ‘사임제안서’ 전달 행위를 협박죄에서의 ‘협박’으로 볼 수 없고, 설령 ‘협박’에 해당하더라도 사회통념상 용인할 수 있는 정도이거나 이 사건 회사의 경영 정상화라는 정당한 목적을 위한 상당한 수단에 해당하여 사회상규에 반하지 아니한다고 봄이 타당하다(대법원2022. 12. 15. 선고2022도9187판결). 결국, 피고인들은 협박죄가 성립하지 아니한다.

23. 2차 경찰채용

구 교재 p. 79. 추가

▶ 감금에 해당하는 사례(= 감금죄 성립)

- ① 피고인들이 대한상이군경회원 80여명과 공동으로 호텔 출입문을 봉쇄하며 피해자들의 출입을 방해한 경우(대판 1983. 9.13. 80도277)
- ② 여관에 8일 정도 갇혀 있는 동안 처와 만나고 동료와 함께 술을 마시는 등 특정지역 안에서 일정한 자유가 허용되어 불일로 시내에 나갔다고도 한 경우(대판 1984.5.15. 84도655)
- ③ 감금기간 중 폭력단체의 구성원들과 술집에서 술을 마시고 아는 사람들이나 검찰청에 전화를 걸기도 하고 새벽에 한증막에 갔다가 잠을 자고 돌아오기도 한 경우(대판 2000.3.24. 2000도102)
- ④ 피해자가 만약 도피하는 경우에는 생명·신체에 심한 해를 당할지도 모른다는 공포감에서 도피하기를 단념하고 있는 상태 하에서 그를 호텔로 데리고 가서 함께 유숙한 후 그와 함께 항공기로 국외에 나간 경우(대판 1991.8.27. 91도1604)

- ㉔ 구속영장 없이 경찰서에서 조사를 받으면서 사무실에서 직장동료인 피의자들과 어울려 함께 식사도 하고 사무실 내외를 자유로이 통행한 경우 ⇨ 경찰서 밖으로 나가지 못하도록 그 신체의 자유를 제한하는 유형·무형의 억압이 있었다고 보아야 할 것임(대결1991.12.30. 91도5)
- ㉕ [1] 감금죄에 있어서의 감금행위는 사람으로 하여금 일정한 장소 밖으로 나가지 못하도록 하여 신체의 자유를 제한하는 행위를 가리키는 것이고, 그 방법은 반드시 물리적, 유형적 장애를 사용하는 경우뿐만 아니라 심리적, 무형적 장애에 의하는 경우도 포함되는 것이므로, 설사 그 장소가 경찰서 내 대기실로서 일반인과 면회인 및 경찰관이 수시로 출입하는 곳이고 여닫이 문만 열면 나갈 수 있도록 된 구조라 하여도 경찰서 밖으로 나가지 못하도록 그 신체의 자유를 제한하는 유형, 무형의 억압이 있었다면 이는 감금에 해당한다. 23. 경찰승진
- [2] 형사소송법이나 경찰관직무집행법 등의 법률에 정하여진 구금 또는 보호유치 요건에 의하지 아니하고는 즉결심판 피의자라는 사유만으로 피의자를 구금, 유치할 수 있는 아무런 법률상 근거가 없고, 경찰 업무상 그러한 관행이나 지침이 있었다 하더라도 이로써 원칙적으로 금지되어 있는 인신구속을 행할 수 있는 근거로 할 수 없으므로, 즉결심판 피의자의 정당한 귀가요청을 거절한 채 다음날 즉결심판법정이 열릴 때까지 피의자를 경찰서 보호실에 강제유치시키려고 함으로써 피의자를 경찰서 내 즉결피의자 대기실에 10-20분 동안 있게 한 행위는 형법 제124조 제1항의 불법감금죄에 해당하고, 이로 인하여 피의자를 보호실에 밀어넣으려는 과정에서 상해를 입게 하였다면 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의2 제1항 위반죄(체포·감금 등의 가중처벌)에 해당한다(대법원1997. 6. 13. 선고97도877판결).
- ㉖ 구 정신보건법(2015. 1. 28. 법률 제13110호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제23조 제2항은 ‘정신의료기관의 장은 자의로 입원 등을 한 환자로부터 퇴원 신청이 있는 경우에는 지체 없이 퇴원을 시켜야 한다’고 정하고 있다(2016. 5. 29. 법률 제14224호로 전부 개정된 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제41조 제2항은 ‘정신의료기관 등의 장은 자의입원 등을 한 사람이 퇴원 등을 신청한 경우에는 지체 없이 퇴원 등을 시켜야 한다’고 정하고 있다). 따라서 정신의료기관의 장이 자의(自意)로 입원 등을 한 환자로부터 퇴원 요구가 있는데도 구 정신보건법에 정해진 절차를 밟지 않은 채 방치한 경우, 위법한 감금행위에 해당한다(대판2017.8.18. 2017도7134). ⇨ 감금죄가 성립한다. 24. 경찰간부

구 교재 p. 84. 추가

제04절 약취와 유인 및 인신매매의 죄

제1항 서설

약취·유인의 죄는 사람을 보호받는 상태에서부터 이탈시켜 자기 또는 제3자의 실력적 지배 하에 두는 범죄이고, 인신매매죄는 사람을 매매함으로써 성립하는 범죄이다.

【약취와 유인 및 인신매매의 죄 체계도】

1. 추행 등 목적 약취·약취 등

- 1) 미성년자 약취·유인죄(제287조) : 10년 이하
- 2) 추행·간음·결혼·영리 **목적** 약취·유인죄(제288조 제1항) : 1년 이상 10년 이하
- 3) 노동력착취·성매매와 성적 착취·장기적출 **목적** 약취·유인죄(제288조 제2항)
: 2년 이상 10년 이하
- 4) 국외이송 **목적** 약취·유인죄+피약취·유인된 자 국외이송죄(제288조 제3항): 2년 이상 10년 이하

2. 인신매매죄

- 1) 사람을 매매한 죄(인신매매죄) (제289조 제1항) : 7년 이하
- 2) 추행·간음·결혼·영리 **목적** 사람을 매매한 죄(제288조 제2항) : 1년 이상 10년 이하
- 3) 노동력착취·성매매와 성적 착취·장기적출 **목적** 사람을 매매한 죄(제289조 제3항)
: 2년 이상 10년 이하
- 4) 국외이송 **목적** 사람매매죄 + 매매된 자 국외이송죄(제289조 제4항): 2년 이상 10년 이하

3. 기타

- 1) 약취·유인·매매·이송 등 상해·치상죄(제290조)
- 2) 약취·유인·매매·이송 등 살해·치사죄(제291조)
- 3) 약취·유인·매매·이송된 자의 수수·은닉죄(제292조 제1항)
- 4) 약취·유인 또는 인신매매 목적으로 사람을 모집·운송·전달한 죄(제292조 제2항)
- 5) 미수범(제294조)
- 6) **형의 감경(제295조의2)**
제287조부터 제290조까지, 제292조와 제294조의 죄를 범한 사람이 약취, 유인, 매매 또는 이송된 사람을 안전한 장소로 풀어준 때에는 그 형을 감경할 수 있다.
- 7) 예비, 음모(예비, 음모)
- 8) **세계주의(제296조의2)**
제287조부터 제292조까지 및 제294조는 대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 외국인 에게도 적용한다. 예) 미국인이 프랑스에서 일본인 미성년자를 약취한 경우, 우리 형법을 적용할 수는 있다. 23. 1차 경찰채용

제2항 미성년자약취·유인죄

구 교재 p. 89. 추가

주관적 구성요건

미성년자의 약취·유인에 대한 인식과 의사가 있어야 하며, 목적범이 아니므로 약취·유인의 동기나 목적은 불문한다.

미성년자약취죄의 고의를 부정한 사례

[1] 미성년자가 혼자 머무는 주거에 침입하여 그를 감금한 뒤 폭행 또는 협박에 의하여 부모의 출입을 봉쇄하거나, 미성년자와 부모가 거주하는 주거에 침입하여 부모만을 강제로 퇴거시키고 독자적인 생활관계를 형성하기에 이르렀다면 비록 장소적 이전이 없었다 할지라도 형법 제287조의 미성년자약취죄에 해당함이 명백하다.

[2] 그러나 미성년자 혼자 머무는 주거에 침입하여 강도 범행을 하는 과정에서 미성년자와 그 부모에게 폭행·협박을 가하여 일시적으로 부모와의 보호관계가 사실상 침해·배제되었다라도, 미성년자가 기존의 생활관계로부터 완전히 이탈되었다거나 새로운 생활관계가 형성되었다고 볼 수 없고 범인의 의도도 위와 같은 생활관계의 이탈이 아니라 단지 금품 강취를 위한 반항 억압에 있었으므로, 형법 제287조의 미성년자약취죄가 성립하지 않는다(대판2008.1.17. 2007도8485).(대판 2008.1.17. 2007도8485). 23. 1차 경찰채용

구 교재 p. 93. 추가

제05절 강간과 추행의 죄

제1항 서설

의의와 보호법익

강간과 추행의 죄는 개인의 성적 자유를 침해하는 범죄로서 보호법익은 개인의 성적 자기결정의 자유(소극적 자유)이고, 보호의 정도는 침해범이다.

【(형법상) 강간과 추행의 죄 체계도】

1. 강간죄(제297조)
2. 유사강간죄(제297조의 2)
3. 강제추행죄(제298조)
4. 준강간죄·준강제추행죄(제299조)
5. 미수범(제300조)
6. 강간등 상해죄·치상죄(제301조)

7. 강간등 살인죄·치사죄(제301조의2)
8. 미성년자·심신미약자 간음죄(제302조)
9. 업무상위력 등에 의한 간음죄(제303조 제1항)
10. 피구금자간음죄(제303조 제2항)
11. ~~혼인방자간음죄(제304조)~~ (삭제: 2012.12.18. 위헌결정)
12. 미성년자의제강간죄·의제강제추행죄(제305조)
13. 상습범(제305조의2)
14. 예비·음모죄(제305조의3)
- 1) 규정 ○ : 강간죄(제297조), 유사강간죄(제297조의 2), 준강간죄(제299조), 강간등상해죄(제301조), 미성년자의제강간죄·의제강제추행죄(제305조)
- 2) 규정 X : 강제추행죄(제298조), 준강제추행죄(제299조), 강간 등치상죄(제301조), 강간등살인죄·치사죄(제301조의2), 미성년자등에 대한 간음죄(제302조), 업무상위력 등에 의한 간음죄(제303조 제1항)

제2항 강간죄

구 교재 p. 93. 추가

3. 실행행위

실행행위는 폭행 또는 협박으로 추행을 하는 것이다.

(1) 폭행 또는 협박

- ① 폭행·협박의 정도 : 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’은 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도로 강력할 것이 요구되지 아니하고, 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)하는 것이다(대법원 2023. 9. 21. 선고 2018도13877 전원합의체 판결).

강제추행죄의 폭행과 협박의 정도(대법원 2023. 9. 21. 선고 2018도13877 전원합의체 판결)

[1] 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’은 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도로 강력할 것이 요구되지 아니하고, 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)하는 것이라고 보아야 한다.

[2] 어떠한 행위가 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’에 해당하는지 여부는 행위의 목적과 의도, 구체적인 행위태양과 내용, 행위의 경위와 행위 당시의 정황, 행위자와 상대방과의 관계, 그 행위가 상대방에게 주는 고통의 유무와 정도 등을 종합하여 판단하여야 한다.

[3] 이와 달리 강제추행죄의 폭행 또는 협박이 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도일 것을 요한다고 본 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도8805 판결을 비롯하여 같은 취지의 종전 대법원판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다.

⇒ 종전 대법원은 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’의 의미에 관하여 이를 두 가지 유형으로 나누어, 폭행행위 자체가 곧바로 추행에 해당하는 경우(이른바 기습추행형)에는 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다고 판시하는 한편, 폭행 또는 협박이 추행보다 시간적으로 앞서 그 수단으로 행해진 경우(이른바 폭행·협박 선행형)에는 상대방의 항거를 곤란하게 하는 정도의 폭행 또는 협박이 요구된다고 판시하여 왔음(대법원 2011도8805 판결 등, 이하 폭행·협박 선행형 관련 판례 법리를 ‘종래의 판례 법리’)

⇒ 그러나 대법원은 본 전합 판결(2018도13877 전원합의체 판결)에서 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’의 의미를 다시 정의하였다. 즉, 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’은 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도로 강력할 것이 요구되지 아니하고, 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)하는 것이라고 다시 정의하였다.

구 교재 p. 102. 추가

(2) 추행

추행이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것인데, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다(대판 2002.4.26. 2001도2417/대판 2008.3.13. 2007도10050).

▶ 추행에 해당하는 판례

- ㉠ 직장 상사가 등 뒤에서 피해자의 의사에 명백히 반하여 어깨를 주무른 경우(대판 2004.4.16. 2004도52)
- ㉡ 골프장 여종업원들이 거부의를 밝혔음에도, 골프장 사장과의 친분관계를 내세워 함께 술을 마시지 않을 경우 신분상의 불이익을 가할 것처럼 협박하여 이른바 리브샷의 방법으로 술을 마시게 한 경우(대판 2008.3.13. 2007도10050)
- ㉢ 피고인이 엘리베이터 안에서 피해자들을 칼로 위협하는 등으로 꼼짝하지 못하도록 한 다음 자신의 자위행위 모습을 보여 주고 피해자들로 하여금 이를 외면하거나 피할 수 없게 한 경우(대판 2010.2.25. 2009도13716)
- ㉣ [1] 추행이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다. 그리고 강제추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건요소는 고의만으로 충분하고, 그 외에 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적까지 있어야 하는 것은 아니다. 23. 2차 경찰채용
[2] 피고인은 2018. 5. 3. 18:45경 서울 강남구 '○○○' 음식점에서 자신이 대표이사로서 있는 회사의 직원인 피해자(여, 27세) 등과 함께 회식을 하며 피해자의 결혼 여부 등에 관하여 이야기 하던 중 갑자기 왼팔로 피해자의 머리를 감싸고 피고인의 가슴 쪽으로 끌어당겨 피해자의 머리가 피고인의 가슴에 닿게 하고 주먹으로 피해자의 머리를 2회 쳤다. 이후 피고인은 다른 대화를 하던 중 "이년을 어떻게 해야 계속 붙잡을 수 있지. 머리끄덩이를 잡고 붙잡아야 되나."라고 하면서 갑자기 손가락이 피해자의 두피에 닿도록 양손으로 피해자의 머리카락을 잡고 흔들고, 이후 갑자기 피해자의 어깨를 수회 치며 피해자를 강제로 추행하였다(대법원2020. 12. 24. 선고 2020도7981판결). 결국, 피고인의 행동은 강제추행죄의 추행에 해당한다.
- ㉤ [1] 추행이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것으로, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다. 성적 자유를 침해당했을 때 느끼는 성적 수치심은 부끄럽고 창피한 감정만으로 나타나는 것이 아니라 다양한 형태로 나타날 수 있다. 추행행위에 해당하기 위해서는 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 할 만한 행위로서 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위를 행위자가 대상자를 상대로 실행하는 것으로 충분하고, 그 행위로 말미암아

대상자가 성적 수치심이나 혐오감을 받드시 실제로 느껴야 하는 것은 아니다.

[2] 피고인은 처음 보는 여성인 피해자의 뒤로 몰래 접근하여 성기를 드러내고 피해자를 향한 자세에서 피해자의 등 쪽에 소변을 보았다고 할 것인바, 그 행위를 앞서 본 법리에 비추어 평가하면 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 추행행위에 해당한다고 볼 여지가 있다. 피고인의 행위가 객관적으로 추행행위에 해당한다면 그로써 행위의 대상이 된 피해자의 성적 자기결정권은 침해되었다고 보아야 할 것이고, 행위 당시에 피해자가 이를 인식하지 못하였다고 하여 추행에 해당하지 않는다고 볼 것은 아니다(대법원2021. 10. 28. 선고2021도7538판결). 결국, 피고인은 아파트 놀이터에서 나무의자에 앉아 휴대전화로 통화를 하고 있는 피해자(여, 18세)의 등 뒤로 몰래 다가가 피해자의 머리카락 및 입고 있는 후드티와 패딩점퍼 위에 소변을 본 경우, 객관적으로 추행행위에 해당하므로 행위 당시에 피해자가 성적 수치심이나 혐오감을 받드시 실제로 느끼지 못하였거나 주관적으로 이를 인식하지 못하였더라도 강제추행죄가 성립한다. 24. 경찰간부

강제추행죄는 간접정범의 형태로도 범할 수 있다(= 강제추행죄의 간접정범)

[1] 강제추행죄는 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로도 범할 수 있다. 여기서 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에는 피해자도 포함될 수 있으므로, 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우에도 강제추행죄의 간접정범에 해당할 수 있다. 23. 경찰승진

[2] 값은 스마트폰 채팅 애플리케이션을 통하여 알게 된 피해자들로부터 은밀한 신체 부위가 드러난 사진을 전송받은 사실이 있고, 피해자들의 개인정보나 피해자들의 지인에 대한 인적사항을 알게 된 것을 기회로 피해자들에게 시키는 대로 하지 않으면 기존에 전송받았던 신체 사진과 개인정보 등을 유폐하겠다고 하는 방법으로 피해자들을 협박하여 겁을 먹은 피해자들로 하여금 어쩔 수 없이 나체나 속옷만 입은 상태가 되게 하여 스스로를 촬영하게 하거나, 성기에 이물질을 삽입하거나 자위를 하는 등의 행위를 하게 하였다면, 이러한 행위는 피해자들을 도구로 삼아 피해자들의 신체를 이용하여 그 성적 자유를 침해한 행위로서, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반(강제추행죄)의 간접정범에 해당한다(대판2018.2.8. 2016도17733).

구 교재 p. 119. 추가

카메라이용촬영죄의 인정 여부

- G. [1] 구 성폭력처벌법 제14조 제2항에서 ‘촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니한 경우에도 사후에 그 촬영물 또는 복제물을 촬영대상자의 의사에 반하여 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자’를 처벌하는 규정이 있다. ‘공공연한 전시’란 불특정 또는 다수인이 촬영물 등을 인식할 수 있는 상태에 두는 것을 의미하고, 촬영물 등의 ‘공공연한 전시’로 인한 범죄는 불특정 또는 다수인이 전시된 촬영물 등을 실제 인식하지 못했다고 하더라도 촬영물 등을 위와 같은 상태에 둬으로써 성립한다.
- [2] 피고인은 자신이 운영하는 네이버 밴드를 누구든지 볼 수 있는 전체공개로 전환한 다음 이 사건

촬영물을 피해자의 의사에 반하여 게시한 사실이 인정된다. 이 사건 촬영물은 피고인이 이 사건 밴드를 전체공개로 전환한 이후에는 해당 애플리케이션 등에 대한 별도의 가입절차 없이 인터넷을 사용하는 누구라도 접근할 수 있는 상태에 놓이게 되었으므로 피고인이 이 사건 밴드에 이 사건 촬영물을 게시한 것은 이 사건 촬영물을 공공연하게 전시한 행위에 해당하고, 피고인에게 그러한 고의도 인정된다.

[3] 피고인은 피해자와 교제하다가 헤어진 사이인데, 피고인이 단독으로 운영하고 있는 네이버 밴드 어플리케이션 ○○○○ 페이지에 들어가 누구든지 볼 수 있는 ‘전체공개’로 전환한 다음, 이전 피해자 동의하에 촬영했던 피해자의 신체 부분을 피해자의 의사에 반해 게시하였다. 이로써 피고인은 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 신체 부위를 촬영한 촬영물을 피해자의 의사에 반해 공공연하게 전시한 경우, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영·반포등)죄가 성립한다 (대법원2022. 6. 9. 선고2022도1683판결). 23. 2차 경찰채용

H. [1] 피고인이 휴대전화를 이용하여 인터넷 커뮤니티사이트에 ‘한국야동’이라는 제목의 글과 함께 불상의 남녀가 나체모습으로 침대에 앉아있는 모습을 촬영한 사진 파일 1개를 게시한 경우, 촬영대상자의 신원이 파악되지 않는 등 촬영대상자의 의사를 명확히 확인할 수 없는 경우에도 촬영대상자의 의사에 반하여 반포등을 하였다고 볼 수 있으므로, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조 제2항 위반죄(카메라등이용촬영·반포등 죄)가 성립한다.

[2] 이 사건 사진은 남녀의 성관계를 촬영한 원본동영상 중 일부를 캡처한 것인데 원본동영상은 남성이 여성의 동의 없이 몰래 촬영한 것으로 보이고 이 사건 사진에서도 촬영 각도, 남녀의 자세 및 시선 등을 통해 그러한 사정을 확인할 수 있는 점, 이 사건 사진의 내용은 나체의 남성과 짧은 치마를 입고 있는 여성이 침대 위에 나란히 앉아 있는 것으로 남성의 나신과 여성의 허벅지 부분이 적나라하게 드러나 있고 성관계 직전 또는 직후를 암시하는 모습을 담고 있어 상당한 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 점, 이 사건 사진에 나타난 남녀의 얼굴이나 신체적 특징으로 촬영대상자들의 특징이 가능하므로 이 사건 사진이 이들의 의사에 반하여 반포될 경우 피해와 고통을 야기할 가능성이 상당한 점, 피고인은 이 사건 사진에 등장하는 남녀를 전혀 알지 못하고 이들로부터 위 사진의 반포에 관하여 어떠한 동의나 양해를 받은 사실도 없이 인터넷 검색을 통해 위 사진을 취득한 다음 불특정다수인이 쉽게 접근할 수 있는 인터넷 사이트에 이를 게시하였던 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 사진의 촬영대상자들, 적어도 여성이 그 반포에 동의하리라고는 도저히 기대하기 어려우므로, 피고인의 이 사건 사진 반포는 촬영대상자들의 의사에 반하여 이루어졌고 피고인도 그러한 사정을 인식하고 있었다고 볼 여지가 충분하다(대법원2023.6.15. 선고 2022도15414판결). 결국, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조 제2항 위반죄에서 촬영대상자의 신원이 파악되지 않는 등 촬영대상자의 의사를 명확히 확인할 수 없는 경우에도 촬영대상자의 의사에 반하여 반포등을 하였다고 볼 수 있으므로, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영·반포등)가 성립한다.

구 교재 p. 120. 추가

기타 판례

H. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2020.5.19. 법률 제17264호로 개정된 것) 제3조 제1항 중 ‘형법 제319조 제1항(주거침입)의 죄를 범한 사람이 같은 법 제298조(강제추행), 제299조(준강제추행) 가운데 제298조의 예에 의하는 부분의 죄를 범한 경우에는 무기징역 또는 7년 이상의 징역에 처한다.’는 부분은 헌법에 위반된다. 심판대상조항은 그 법정형이 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였고, 각 행위의 개별성에 맞추어 그 책임에 알맞은 형을 선고할 수 없을 정도로

과중하므로, 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배된다(헌재2023.2.23. 2021헌가9). 결국, 성폭법상 주거침입강제추행죄와 주거침입준강제추행죄의 법정형이 무기징역 또는 7년 이상의 징역형이어서 법정형의 하한이 너무 중하고, 집행유예제도를 활용할 수도 없어 책임원칙에도 반하고 비례원칙에도 반한다.

I. 피고인이 모텔 객실의 문이 살짝 열려 있는 것을 발견하고 객실에 침입한 후 불을 끈 상태로 침대에 누워 있던 甲(女)의 가슴, 허리 및 엉덩이를 만져 甲을 강제추행하였다는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다) 위반(주거침입강제추행)의 공소사실에 대하여, 원심이 성폭력처벌법 제3조 제1항, 형법 제319조 제1항, 제298조를 적용하여 유죄로 인정하였는데, 원심판결 선고 후 헌법재판소가 성폭력처벌법(2020. 5. 19. 법률 제17264호로 개정된 것) 제3조 제1항 중 ‘형법 제319조 제1항(주거침입)의 죄를 범한 사람이 같은 법 제298조(강제추행), 제299조(준강제추행) 가운데 제298조의 예에 의하는 부분의 죄를 범한 경우에는 무기징역 또는 7년 이상의 징역에 처한다.’는 부분에 대하여 위헌결정을 선고한 사안에서, 위 법률조항 부분은 헌법재판소법 제47조 제3항 본문에 따라 소급하여 효력을 상실하였고, 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 효력을 상실한 경우 해당 법조를 적용하여 기소한 피고사건은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다(대법원2023.4.13. 선고 2023도162판결). 결국, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입강제추행)에 해당하지 아니한다.

J. [1] 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(주거침입강제추행)죄는 형법 제319조 제1항의 주거침입죄 내지 건조물침입죄와 형법 제298조의 강제추행죄의 결합범이므로, 위 죄가 성립하려면 형법 제319조가 정한 주거침입죄 내지 건조물침입죄에 해당하여야 한다.

[2] 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트와 같은 공동주택 내부의 엘리베이터, 공용 계단, 복도 등 공용 부분도 그 거주자들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있으므로 주거침입죄의 객체인 ‘사람의 주거’에 해당한다.

[3] 일반인의 출입이 허용된 상가 등 영업장소에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 영업장소에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았다면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 영업장소에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다.

[4] 교복 치마 안 추행사건(3개)

1) 피고인은 피해자 갑(여, 17세)을 추행하기로 마음먹고 갑을 뒤따라가 갑의 주거지인 아파트에 들어간 다음, 위 아파트 1층 계단을 오르는 을의 뒤에서 갑자기 을의 교복 치마 안으로 손을 넣어 피해자의 음부와 허벅지를 만졌다.

2) 피고인은 피해자 乙(여, 16세)을 추행하기로 마음먹고, 乙을 뒤따라가 프라자 상가 1층에 들어가, 그곳에서 엘리베이터를 기다리는 을의 뒤에서 갑자기 을의 교복 치마 안으로 손을 넣어 피해자의 음부를 만졌다.

3) 피고인은 아파트 인근에서, 피해자 병(여, 17세)을 발견하고 병을 추행하기로 마음먹고, 병을 뒤따라가 위 아파트 1층 현관으로 들어간 뒤, 그곳에서 엘리베이터를 기다리던 병의 뒤에서 갑자기 병의 교복 치마 안으로 손을 넣어 피해자의 음부를 만졌다.

[5] 결론

▶ 위 1) 3)의 경우 피고인이 아파트의 1층 공동현관 내 계단과 엘리베이터 앞에서 갑과 병을 강제추행한 사안에서, 피고인이 위 피해자들을 포함한 이 사건 각 아파트에 대한 거주주들이나 관리자의 사실상

평온상태를 해치는 행위태양으로 이 사건 각 아파트의 공동현관 내 계단 또는 엘리베이터 앞 부분까지 침입하여 위 피해자들을 각 강제로 추행하였다고 인정되므로 성폭력처벌법 위반(주거침입강제추행) 죄가 성립한다.

▶ 위 2)의 경우, 상가 1층 엘리베이터 앞까지 乙을 뒤따라 들어가 강제추행한 사안에서, 피고인은 야간에 일반인의 출입이 허용되는 이 사건 상가 건물 1층의 열려져 있는 출입문을 통하여 통상적인 출입방법으로 들어간 사실을 알 수 있고, 피고인의 출입 당시 모습 등에 비추어 이 사건 상가 건물에 대한 관리자의 사실상 평온상태가 침해되었다고 볼 만한 사정이 보이지 않는다. 이 사건 상가 건물 1층에 CCTV가 설치되어 있으나 이 사건 상가 건물의 용도와 성질 등에 비추어 상가 건물의 일반적인 관리를 위한 것이라고 보이고 외부인의 출입을 통제·감시하기 위한 것이라고 단정하기는 어렵다. 따라서 피고인이 야간에 위 피해자를 뒤따라 들어가 이 사건 상가 건물 1층에 출입하였다고 하더라도 건물 침입행위가 있었다고 단정하기 어려우므로 성폭력처벌법 위반(주거침입강제추행)죄가 성립하지 않는다(대법원2022. 8. 25. 선고2022도3801판결)

K. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제6조(장애인에 대한 강간, 강간추행등)에서 정하는 ‘정신적인 장애가 있는 사람’이란 ‘정신적인 기능이나 손상 등의 문제로 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 사람’을 가리킨다. 장애인복지법에 따른 장애인 등록을 하지 않았거나 그 등록 기준을 충족하지 못하더라도 여기에 해당할 수 있다(대법원2021. 10. 28. 선고2021도9051판결).

L. [1] [다수의견] 균형법 제92조의6의 문언, 개정 연혁, 보호법익과 헌법 규정을 비롯한 전체 법질서의 변화를 종합적으로 고려하면, 위 규정은 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다고 봄이 타당하다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 현행 균형법 제92조의6은 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 것으로서 “제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람(이하 ‘군인 등’이라 한다)에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”라고 정하고 있다(이하 ‘현행 규정’이라 한다). 현행 규정은 구 균형법(2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 균형법’이라 한다) 제92조의5규정과 달리 ‘계간’ 대신 ‘항문성교’라는 표현을 사용하고 행위의 객체를 균형법이 적용되는 군인 등으로 한정하였다. 현행 규정의 문언만으로는 동성 군인 간의 성행위 그 자체를 처벌하는 규정이라는 해석이 당연히 도출될 수 없고, 별도의 규범적인 고려 또는 법적 평가를 더해야만 그러한 해석이 가능하다.

(나) 성적 자기결정권은 균형법의 적용 대상인 군인에게도 당연히 인정되는 보편적 권리로서, 군인의 신분에 수반되는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 범위 내에서 법률로 이를 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용은 침해될 수 없다. 위에서 본 동성 간 성행위에 대한 법규범적 평가에 비추어 보면, 동성 군인 간 합의에 의한 성행위로서 그것이 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해하지 않는 경우에만 형사처벌을 하는 것은 헌법을 비롯한 전체 법질서에 비추어 허용되지 않는다고 보아야 한다. 이를 처벌하는 것은 합리적인 이유 없이 군인이라는 이유만으로 성적 자기결정권을 과도하게 제한하는 것으로서 헌법상 보장된 평등권, 인간으로서의 존엄과 가치, 그리고 행복추구권을 침해할 우려가 있다. 특히 현행 규정은 장교나 부사관 등 직업군인에게도 적용되는데, 직업군인의 경우 장기간 동안 균형법의 적용을 받게 되므로 기본권 제한의 정도가 매우 크다. 그리고 군인 간의 합의에 의한 항문성교 그 밖의 성행위가 사적 공간에서 은밀히 이루어진 경우 이를 처벌하기 위해서는 지극히 사생활 영역에 있는 행위에 대한 수사가 필수적인데, 이러한 수사는 군인의 사생활의 비밀과 자유를 과도하게 제한하는 것으로 허용되기 어렵다(대법원 2022.4.21. 선고2019도3047 전원합의체 판결). ⇨ 군인인 피고인 갑은 자신의

독신자 숙소에서 군인 을과 서로 키스, 구강성교나 항문성교를 하는 방법으로 추행하고, 군인인 피고인 병은 자신의 독신자 숙소에서 동일한 방법으로 피고인 갑과 추행하였다고 하여 군형법 위반으로 기소된 사안에서, 피고인들과 을은 모두 남성 군인으로 당시 피고인들의 독신자 숙소에서 휴일 또는 근무시간 이후에 자유로운 의사를 기초로 한 합의에 따라 항문성교나 그 밖의 성행위를 한 점 등에 비추어 피고인들의 행위는 군형법 제92조의6에서 처벌대상으로 규정한 ‘항문성교나 그 밖의 추행’에 해당하지 않는다.

M. [1] 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률(이하 ‘스토킹처벌법’이라 한다)의 문언, 입법 목적 등을 종합하면, 피고인이 전화를 걸어 피해자의 휴대전화에 벨소리가 울리게 하거나 부재중 전화 문구 등이 표시되도록 하여 상대방에게 불안감이나 공포심을 일으키는 행위는 실제 전화통화가 이루어졌는지와 상관없이 스토킹처벌법 제2조 제1호 (다)목에서 정한 스토킹행위에 해당한다.

[2] 피고인이 피해자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 전화를 걸어 피해자와 전화통화를 하여 말을 도달하게 한 행위는, 전화통화 내용이 불안감 또는 공포심을 일으키는 것이었음이 밝혀지지 않더라도, 피고인과 피해자의 관계, 지위, 성향, 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 전화통화 행위가 피해자의 불안감 또는 공포심을 일으키는 것으로 평가되면, 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률 제2조 제1호 (다)목 스토킹행위에 해당하게 된다. 설령 피고인이 피해자와의 전화통화 당시 아무런 말을 하지 않아 ‘말을 도달하게 하는 행위’에 해당하지 않더라도 피해자의 수신 전 전화 벨소리가 울리게 하거나 발신자 전화번호가 표시되도록 한 것까지 포함하여 피해자에게 불안감이나 공포심을 일으킨 것으로 평가된다면 ‘음향, 글 등을 도달하게 하는 행위’에 해당하므로 마찬가지로 위 조항 스토킹행위에 해당한다(대법원2023. 5. 18.선고2022도12037판결).

구 교재 p. 129. 추가

▶ 공연성(전파가능성)을 부정한 사례

㉠ 피고인이 자신의 아들 등에게 폭행을 당하여 입원한 피해자 A의 병실로 찾아가 A의 모 B와 대화하던 중 B의 이웃 C 및 피고인의 일행 D 등이 있는 자리에서 “학교에 알아보니 피해자에게 원래 정신병이 있었다고 하더라.”라고 허위사실을 말한 경우(대판 2011.9.8. 2010도7497)

㉡ [1] 공연성은 명예훼손죄와 모욕죄의 구성요건으로서, 명예훼손이나 모욕에 해당하는 표현을 특정 소수에게 한 경우 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 전파될 가능성에 관해서는 검사의 엄격한 증명 필요하다. 명예훼손죄와 모욕죄에서 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로, 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 위협을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다.

[2] ① 친밀하고 사적인 관계뿐만 아니라 공적인 관계에서도 조직 등의 업무와 관련하여 사실의 확인 또는 규명 과정에서 발언하게 된 것이거나, ② 상대방의 가해에 대하여 대응하는 과정에서 발언하게 된 경우와 ③ 수사·소송 등 공적인 절차에서 당사자 사이에 공방을 하던 중 발언하게 된 경우 등이라면 발언자의 전파가능성에 대한 인식과 위협을 용인하는 내심의 의사를 인정하는 것은 신중하여야 한다. 공연성의 존부는 발언자와 상대방 또는 피해자 사이의 관계나 지위, 대화를 하게 된 경위와 상황, 사실적시의 내용, 적시의 방법과 장소 등 행위 당시의 객관적 사정에 관하여 심리한 다음, 그로부터 상대방이 불특정인 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지를 검토하여 종합적으로 판단해야 한다.

[3] 빌라를 관리하고 있는 피고인들이 빌라 아랫집에 거주하는 갑으로부터 누수 문제로 공사 요청을 받게 되자, 갑과 전화통화를 하면서 빌라를 임차하여 거주하고 있는 피해자들에 대하여

누수 공사 협조의 대가로 과도하고 부당한 요구를 하거나 막말과 욕설을 하였다는 취지로 발언하고, ‘무식한 것들’, ‘이중인격자’ 등으로 말하여 명예훼손죄와 모욕죄로 기소된 사안에서, 위 발언들은 신속한 누수 공사 진행을 요청하는 갑에게 임차인인 피해자들의 협조 문제로 공사가 지연되는 상황을 설명하는 과정에서 나온 것으로서, 이에 관한 피고인들의 진술내용을 종합해 보더라도 피고인들이 전파가능성에 대한 인식과 위험을 용인하는 내심의 의사에 기하여 위 발언들을 하였다고 단정하기 어려운 점, 위 발언들이 불특정인 또는 다수인에게 전파되지 않은 것은 비록 위 발언들 이후의 사정이기는 하지만 공연성여부를 판단할 때 소극적 사정으로 고려될 수 있는 점, 위 발언들이 피해자 본인에게 전달될 가능성이 높다거나 실제 전달되었다는 사정만으로는 불특정인 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있었다고 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인들이 갑(특정소수=1명)에게 한 위 발언들이 불특정인 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있었고 피고인들에게 이에 대한 인식과 위험을 용인하는 내심의 의사가 있었다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다(대법원2022. 7. 28. 선고2020도8336판결). 결국, 위 사안의 경우에는 공연성 내지 전파가능성에 대한 미필적고의도 없고 전파가능성이 없어 공연성도 없으므로 명예훼손죄나 모욕죄가 성립할 수 없다. 23. 2차 경찰채용

구 교재 p. 137. 추가

명예훼손의 고의가 부정되는 경우

- ④ [1] 작업장의 책임자인 피고인이 갑으로부터 작업장에서 발생한 성추행 사건에 대해 보고받은 사실이 있음에도, 직원 5명이 있는 회의 자리에서 상급자로부터 경과보고를 요구받으면서 과태료 처분에 관한 책임을 추궁받자 이에 대답하는 과정에서 ‘같은 성추행 사건에 대해 애초에 보고한 사실이 없다. 그런데도 이를 수사기관 등에 신고하지 않았다고 과태료 처분을 받는 것은 억울하다.’는 취지로 발언함으로써 허위사실을 적시하여 갑의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인이 발언을 하게 된 경위는 상급자인 을로부터 경과보고를 요구받으면서 과태료 처분에 관한 책임을 추궁받자 이에 대답하는 과정에서 갑과 관련한 언급을 하게 된 것임을 알 수 있는바, 그 발설의 내용과 경위·동기 및 상황에 비추어 피고인이 갑의 명예를 훼손한다는 고의를 가지고 그와 같은 발언을 하였다고 보기는 을의 질문에 대하여 피고인 자신의 책임에 대한 변명을 겸하여 단순한 확인 취지의 답변을 소극적으로 하는 과정에서 ‘과태료 부과 처분을 받게 된 상황이 억울하다.’는 취지의 주관적 심경이나 감정을 표출하였다고 보는 것이 합리적이므로, 이와 같은 대답을 명예훼손죄에서 말하는 사실의 적시라고 단정할 수 없다.

[2] 형법 제307조의 명예훼손죄가 성립하려면 주관적 요소로서 타인의 명예를 훼손한다는 고의를 가지고, 사람의 사회적 평가를 저하시키는 데 충분한 구체적 사실을 적시하는 행위를 할 것이 요구되는데, 위와 같이 회의 자리에서 상급자로부터 책임을 추궁당하며 질문을 받게 되자 이에 대답하는 과정에서 타인의 명예를 훼손하는 듯한 사실을 발설하게 된 것이라면, 그 발설 내용과 경위·동기 및 상황 등에 비추어 명예훼손의 고의를 인정하기 어려울 수 있고, 또한 질문에 대하여 단순한 확인 취지의 답변을 소극적으로 한 것에 불과하다면 이를 명예훼손에서 말하는 사실의 적시라고 단정할 수도 없다(대법원2022. 4. 14. 선고2021도17744판결). 결국, 피고인은 명예훼손죄가 성립하지 않는다(무죄).

개인의 사적인 신상에 관한 사실을 적시한 사례

A. [1] 개인의 사적인 신상에 관하여 적시된 사실도 그 적시의 주요한 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 위와 같은 의미에서 형법 제310조 소정의 공공의 이익에 관한 것으로 볼 수 있는 경우가 있다.

[2] 신학대학교의 교수가 출판물 등을 통하여 종교단체인 구원파를 이단으로 비판하는 과정에서 특정인을 그 실질적 지도자로 지목하여 명예를 훼손하는 사실을 적시하였으나 비방의 목적에서라기보다는 공공의 이익을 위하여 한 행위라고 보아야 한다(대판 1996.4.12. 94도 3309).

B. [1] 형법 제310조는 “형법 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”라고 정한다. 여기서 ‘진실한 사실’이란 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실이라는 의미로 세부에서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있더라도 무방하다.

[2] 사실적시의 내용이 사회 일반의 일부 이익에만 관련된 사항이라도 다른 일반인과 공동생활에 관계된 사항이라면 공익성을 지니고, 나아가 개인에 관한 사항이더라도 공공의 이익과 관련되어 있고 사회적인 관심을 획득하거나 획득할 수 있는 경우라면 직접적으로 국가·사회 일반의 이익이나 특정한 사회집단에 관한 것이 아니라는 이유만으로 형법 제310조의 적용을 배제할 것은 아니다. 사인이라도 그가 관계하는 사회적 활동의 성질과 사회에 미칠 영향을 헤아려 공공의 이익에 관련되는지 판단해야 한다. 23. 2차 경찰채용

[3] 갑 대학교 총학생회장인 피고인이 총학생회 주관의 농활 사전답사 과정에서 을을 비롯한 학생회 임원진의 음주 및 음주운전 사실이 있었음을 계기로 음주운전 및 이를 묵인하는 관행을 공론화하여 ‘총학생회장으로서 음주운전을 끝까지 막지 못하여 사과드립니다.’라는 제목의 글을 써 페이스북 등에 게시함으로써 음주운전자로 특정된 을의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 게시글의 전체적인 취지·내용에 비추어 중요한 부분은 ‘을이 술을 마신 상태에서 음주운전을 하였고 피고인도 이를 끝까지 제지하지 않았으며, 피고인 역시 음주운전 차량에 동승하였다.’는 점으로서 객관적 사실과 합치되므로, 비록 을이 마신 술의 종류·양과 같은 세부적 부분이 객관적 사실과 정확히 일치하지 않더라도 게시글의 중요한 부분은 ‘진실한 사실’에 해당하는 점, 피고인은 사회적으로 음주운전에 엄격해진 분위기와 달리 농활 과정의 관성적인 음주운전 문화가 해당 개인은 물론 농활에 참여한 학내 구성원 등의 안전을 위협하고 이로 인해 총학생회의 자치활동에마저 부정적인 사회적 인식을 초래할 수 있다는 문제의식 아래 게시글을 올린 것으로 보이므로, 게시글은 주된 의도·목적의 측면에서 공익성이 충분히 인정되는 점, 게시글을 올린 시점이 을의 음주운전 행위일로부터 약 4개월이 경과되었고, 을의 갑 대학교 단과대학 학생회장 출마 시점으로부터 약 2주일 전이라는 점에서 그 의도·목적상 을의 출마와 관련성이 있다고 볼 여지도 있으나, 게시글의 주요 부분은 객관적인 사실로서 을의 준법의식·도덕성·윤리성과 직결되는 부분이어서 단과대학 학생회장으로서의 적격 여부와 상당한 관련성이 있을 뿐만 아니라 단과대학 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 사항에 해당하는 점 등을 종합하면, 피고인의 행위는 형법 제310조에 따라 위법성이 조각된다고 봄이 타당하다(대법원 2023. 2. 23. 2022도13425 판결). 결국, 국립대학교 총학생회장인

피고인이 농활 답사 과정에서 자신을 포함한 학생회 임원진의 음주운전 및 목인 관행에 대해 글을 써 페이스북 등에 게시함으로써 음주운전자로 특정된 피해자에 대한 명예훼손죄로 기소된 사안에서, 이 사건 게시 글의 중요한 부분이 ‘진실한 사실’에 해당하고 주된 의도·목적 측면에서 공공의 이익을 위한 것임이 충분히 인정되므로 형법 제310조의 위법성조각사유에 해당한다.

구 교재 p. 149. 추가

▶ 비방의 목적이 부정되는 사례

㉞ [1] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(정보통신망법) 제70조 제1항은 “사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 정한다. 이 규정에 따른 범죄가 성립하려면 사람을 비방할 목적이 있어야 한다. ‘비방할 목적’은 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도라는 방향에서 상반되므로, 드러낸 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부정된다. 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 그 밖에 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다. 행위자의 주요한 동기와 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 포함되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다.

[2] 피고인이 고등학교 동창인 갑으로부터 사기 범행을 당했던 사실과 관련하여 같은 학교 동창 10여 명이 참여하던 단체 채팅방에서 ‘갑이 내 돈을 갚지 못해 사기죄로 감방에서 몇 개월 살다가 나왔다. 집에서도 포기한 애다. 너희들도 조심해라.’라는 내용의 글을 게시함으로써 갑의 명예를 훼손하였다고 하여 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)으로 기소된 사안에서, 피고인이 드러낸 사실의 내용, 게시 글의 작성 경위와 동기 등 제반 사정을 종합하면, ㉠ 게시 글은 채팅방에 참여한 고등학교 동창들로 구성된 사회집단의 이익에 관한 사항으로 볼 수 있고, ㉡ 피고인이 게시 글을 채팅방에 올린 동기나 목적에는 자신에게 재산적 피해를 입힌 갑을 비난하려는 목적도 포함되었다고 볼 수 있으나, ㉢ 갑으로 인하여 동창 2명이 재산적 피해를 입은 사실에 기초하여 갑과 교류 중인 다른 동창생들에게 주의를 당부하려는 목적이 포함되어 있고, 실제로 게시 글의 말미에 그러한 목적을 표시하였으므로, 피고인의 주요한 동기와 목적은 공공의 이익을 위한 것으로 볼 여지가 있고 피고인에게 갑을 비방할 목적이 있다는 사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 볼 수 없다(대법원2022. 7. 28.선고2022도4171판결). 결국, 피고인은 정보통신망법상 명예훼손죄가 성립하지 않는다.

구 교재 p. 149. 추가

▶ 불쾌할 수 있는 무례하고 저속한 표현, 예의에 벗어난 표현만으로는 모욕죄의 구성요건에 해당하지 않는다는 판례

- ㉔ [1] 형법 제311조 모욕죄는 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 ‘외부적 명예’를 보호법익으로 하는 범죄로서, 여기서 ‘모욕’이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 외부적 명예를 침해할 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 의미한다. 어떠한 표현이 개인의 인격권을 심각하게 침해할 우려가 있는 것이거나 상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설이 아니라 ㉕ 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 예의에 벗어난 정도이거나 ㉖ 상대방에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정을 나타내면서 경미한 수준의 추상적 표현이나 욕설이 사용된 경우 등이라면 특별한 사정이 없는 한 외부적 명예를 침해할 만한 표현으로 볼 수 없어 모욕죄의 구성요건에 해당된다고 볼 수 없다.

[2] 우체국 사업소 소장인 피고인이 직원들(3명)에게 갑이 관리하는 다른 사업소의 문제를 지적하는 내용의 카카오톡 문자메시지를 발송하면서 “갑은 정말 야비한 사람인 것 같습니다.”라고 표현하여 갑을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인과 갑의 관계, 문자메시지의 전체적 맥락 안에서 위 표현의 의미와 정도, 표현이 이루어진 공간 및 전후의 정황, 갑의 인격권으로서의 명예와 피고인의 표현의 자유의 조화로운 보호 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 위 표현은 피고인의 갑에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정이 담긴 경미한 수준의 추상적 표현에 불과할 뿐 갑의 외부적 명예를 침해할 만한 표현이라고 단정하기 어렵다(대법원2022. 8. 31. 선고2019도7370판결). ⇨ 피고인은 갑에 대한 모욕죄가 성립하지 않는다(구성요건해당성이 배제된다). (“정말 야비한 사람인 것 같다.” 사건)

- ㉕ [1] 형법 제311조의 모욕죄는 사람의 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 외부적 명예를 보호법익으로 하는 범죄로서, 모욕죄에서 말하는 모욕이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 의미한다. 따라서 어떠한 표현이 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이 아니라면 설령 그 표현이 다소 무례한 방법으로 표시되었다 하더라도 이를 두고 모욕죄의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다.

[2] 모욕의 수단과 방법에는 제한이 없으므로 언어적 수단이 아닌 비언어적·시각적 수단만을 사용하여 표현을 하더라도 그것이 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 전달하는 것이라면 모욕죄가 성립한다. 최근 영상 편집·합성 기술이 발전함에 따라 합성 사진 등을 이용한 모욕 범행의 가능성이 높아지고 있고, 시각적 수단만을 사용한 모욕이라 하더라도 그 행위로 인하여 피해자가 입는 피해나 범행의 가벌성 정도는 언어적 수단을 사용한 경우와 비교하여 차이가 없다.

[3] 피고인이 유튜브 채널에 피해자의 방송 영상을 게시하면서 피해자의 얼굴에 ‘개’ 얼굴을 합성하는 방법으로 표현하여 모욕죄로 기소된 사안에서, 영상의 전체적인 내용을 살펴볼 때, 피고인이 피해자의 얼굴을 가리는 용도로 동물 그림을 사용하면서 피해자에 대한 부정적인 감정을 다소 해학적으로 표현하려 한 것에 불과하다고 볼 여지도 상당하므로, 해당 영상이 피해자를 불쾌하게 할 수 있는 표현이기는 하지만 객관적으로 피해자의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 표현을 한 경우에 해당한다고 단정하기는 어렵다(대법원 2023. 2. 2. 선고 2022도4719 판결). 결국, 시각적 수단을 사용한 이 사건 ‘개’ 얼굴을 합성하는 표현행위는 모욕죄가 성립하지 않는다고 하였다. (‘개’ 얼굴 합성사진 사건) 23. 2차 경찰채용

▶ 보호가치 있는 업무로 업무방해죄가 성립하는 사례

⑥ [1] 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’라 함은 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업을 말하는 것으로서 타인의 위법한 행위에 의한 침해로부터 보호할 가치가 있는 것이면 되고, 그 업무의 기초가 된 계약 또는 행정행위 등이 반드시 적법하여야 하는 것은 아니므로, 법률상 보호할 가치가 있는 업무인지 여부는 그 사무가 사실상 평온하게 이루어져 사회적 활동의 기반이 되고 있느냐에 따라 결정되는 것이고, 그 업무의 개시나 수행과정에 실체상 또는 절차상의 하자가 있다고 하더라도 그 정도가 반사회성을 띠는 데까지 이르지 아니한 이상 업무방해죄의 보호대상이 된다고 보아야 한다.

[2] 의료인이나 의료법인이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 행위는 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무에 해당하지 않는다(대법원 2001. 11. 30. 선고 2001도2015 판결 참조). 그러나 무자격자에 의해 개설된 의료기관에 고용된 의료인이 환자를 진료한다고 하여 그 진료행위 또한 당연히 반사회성을 띠는 행위라고 볼 수는 없다. 이때 의료인의 진료업무가 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무인지는 의료기관의 개설·운영 형태, 해당 의료기관에서 이루어지는 진료의 내용과 방식, 피고인의 행위로 인하여 방해되는 업무의 내용 등 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

[3] 무자격자가 의료기관을 개설하여 운영하는 행위는 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무에 해당하지 않더라도 고용된 의료인이 환자를 진료하는 행위는 업무방해죄의 보호대상이 될 수 있으므로, 의료기관의 개설·운영 형태, 해당 의료기관에서 이루어지는 진료의 내용과 방식, 피고인의 행위로 인하여 방해되는 업무의 내용 등 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다 (대판2023.3.16. 2021도16482). 결국, 무자격자가 개설한 의료기관(사무장 병원)에 고용된 의료인(의사)이 환자를 진료하는 업무는 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무가 될 수 있다. 사무장의 병원업무를 방해하였다면 업무방해죄가 성립하지 아니하나, 고용된 의사의 환자 진료업무를 방해하였다면 업무방해죄가 성립한다. 24. 경찰간부

▶ 보호가치 없는 업무로 업무방해죄가 성립하지 않는 사례

⑦ [1] 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’란 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업으로서 타인의 위법한 침해로부터 형법상 보호할 가치가 있는 것이어야 하므로, 어떤 사무나 활동 자체가 위법의 정도가 중하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠는 경우에는 업무방해죄 보호대상이 되는 ‘업무’에 해당한다고 볼 수 없다.

[2] 폭력조직 간부인 피고인이 직원들과 공모하여 갑이 운영하는 성매매업소 앞에 속칭 ‘병풍’을 치거나 차량을 주차해 놓는 등 위력으로써 업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 갑은 사창가 골목에서 유흥녀를 고용하여 성매매업소를 운영하여 왔는데, 성매매업소 운영에는 성매매를 알선·권유하거나 성매매장소를 제공하는 행위 등이 필연적으로 수반되

고 따라서 업소 운영자는 구 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10261호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항 제1호의 '성매매알선 등 행위를 한 자' 또는 같은 법 제19조 제2항 제1호의 '영업으로 성매매알선 등 행위를 한 자'에 해당하므로, 갑의 성매매업소 운영업무는 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무라고 볼 수 없다(대법원2011. 10. 13. 선고2011도7081판결). 23. 경찰승진

구 교재 p. 173. 추가

(2) 허위의 정보 또는 부정한 명령의 입력

진실에 반하는 정보나 해당 사무처리의 성질상 입력해서는 안 되는 명령을 입력하는 것을 말한다. 컴퓨터 바이러스를 유포하여 타인의 업무에 관한 전자기록을 삭제하는 행위

아이디와 비밀번호를 무단으로 변경한 사례(= 컴퓨터등장애업무방해죄 성립)

대학의 컴퓨터시스템 서버를 관리하던 피고인이 전보발령을 받아 더 이상 웹서버를 관리 운영할 권한이 없는 상태에서, 웹서버에 접속하여 홈페이지 관리자의 아이디와 비밀번호를 무단으로 변경한 행위는, 피고인이 웹서버를 관리 운영할 정당한 권한이 있는 동안 입력하여 두었던 홈페이지 관리자의 아이디와 비밀번호를 단지 후임자 등에게 알려 주지 아니한 행위와는 달리, 정보처리 장치에 부정한 명령을 입력하여 정보처리에 현실적 장애를 발생시킴으로써 피해 대학에 업무방해의 위험을 초래하는 행위에 해당하여 컴퓨터 등 장애 업무방해죄를 구성한다(대판 2006.3.10. 2005도382).

야놀자 회사의 숙박업소 정보를 수집한 경우(= 컴퓨터등장애업무방해죄 불성립)

[1] 형법 제314조 제2항(컴퓨터등장애업무방해죄)은 '컴퓨터 등 정보처리장치 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 자'를 처벌하도록 정하고 있다. 여기에서 '허위의 정보 또는 부정한 명령의 입력'이란 객관적으로 진실에 반하는 내용의 정보를 입력하거나 정보처리장치를 운영하는 본래의 목적과 상이한 명령을 입력하는 것이고, '기타 방법'이란 컴퓨터의 정보처리에 장애를 초래하는 가해수단으로 컴퓨터의 작동에 직접·간접으로 영향을 미치는 일체의 행위를 말한다. 한편 위 죄가 성립하기 위해서는 위와 같은 가해행위 결과 정보처리장치가 그 사용목적에 부합하는 기능을 하지 못하거나 사용목적과 다른 기능을 하는 등 정보처리에 장애가 현실적으로 발생하여야 한다. 24. 경찰간부

[2] 피고인들은 피해자 주식회사 야놀자의 '바로예약 애플리케이션'(이하 '이 사건 앱'이라고 한다)과 통신하는 API(Application Programming Interface) 서버의 URL과 API 서버로 정보를 호출하는 명령구문들을 알아내어, 자체 개발한 '야놀자 크롤링 프로그램'을 사용하여 API 서버에 명령구문을 입력하는 방식으로 야놀자 회사의 숙박업소 정보를 수집한 경우, 위 API 서버의 URL이나 명령구문은 피해자 회사가 적극적으로 공개하지는 않았지만 누구나도 간단한 기술조작이나 통상 사용되는 소위 '패킷캡처 프로그램' 등을 통해 쉽게 알아낼 수 있는 정보이다. 일반 이용자들은 이 사건 앱을 통해 API 서버에 회원 가입 후 또는 회원 가입 없이 자유롭게 접근할

수 있었고, 이 사건 앱이나 API 서버로의 접근을 막는 별도의 보호조치는 없었으므로 컴퓨터등장애업무방해죄가 성립하지 않는다(대법원2022. 5. 12. 선고2021도1533판결). 결국, 자체 개발한 ‘야놀자 크롤링 프로그램’을 사용하여 API 서버에 명령구문을 입력하는 방식으로 야놀자 회사의 숙박업소 정보를 수집한 경우, 정보처리장치에 부정한 명령을 입력하여 장애가 발생하게 하였다고 보기 어렵다는 이유로 컴퓨터등장애업무방해죄가 성립하지 않는다(무죄)고 하였다.

구 교재 p. 181. 추가

비밀장치가 되어 있는 문서의 의미

- [1] 형법 제316조 제1항의 비밀침해죄의 ‘기타 비밀장치’는 반드시 문서 자체에 비밀장치가 되어 있는 것만을 의미하는 것은 아니고, 봉합 이외의 방법으로 외부 포장을 만들어서 그 안의 내용을 알 수 없게 만드는 일체의 장치를 가리키는 것으로, 잠금장치 있는 용기나 서랍 등도 포함한다고 할 것이다.
- [2] 서랍이 2단으로 되어 있어 그 중 아랫칸의 윗부분이 막혀 있지 않아 윗칸을 밖으로 빼내면 아랫칸의 내용물을 쉽게 볼 수 있는 구조로 되어 있는 서랍이라고 하더라도, 형법 제316조 제1항의 규정 취지에 비추어 아랫칸은 윗칸에 잠금장치가 되어 있는지 여부에 관계없이 그 자체로서 형법 제316조 제1항에 규정하고 있는 비밀장치에 해당한다고 할 것이다.
- [3] 회사원 乙이 업무상 보안을 유지해야 할 문서들을 서랍이 2단으로 되어 있어 그 중 아랫칸의 윗부분이 막혀 있지 않아 윗칸을 밖으로 빼내면 아랫칸의 내용물을 쉽게 볼 수 있는 구조로 되어 있는 책상서랍 아랫칸에 보관하고 잠금장치를 하였는데, 다른 부서에 근무하는 직원 甲이 乙 몰래 서랍의 잠금장치를 풀고 문서철을 꺼내 보려다가 乙에게 발각된 경우, 비밀침해죄의 기수가 성립한다(대판 2008.11.27. 2008도9071).

비밀장치가 된 것으로 볼 수 없는 이상, 이 사건 아이디 등을 위 프로그램을 이용하여 알아냈더라도 전자기록등내용탐지죄가 성립하지 않는다는 판례

- [1] 1995. 12. 29. 개정된 형법은 산업화·정보화의 추세에 따른 컴퓨터범죄 등 신종범죄에 효율적으로 대처하기 위해 제316조 제2항을 신설하여 ‘봉합 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서, 도화 또는 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자’를 처벌하는 규정을 두었고, 그 외 전자기록 등 특수매체기록을 행위의 객체로 하는 업무방해(제314조 제2항), 공·사전자기록의 위작·변작(제227조의2, 제232조의2) 및 동 행사(제229조, 제234조) 등 컴퓨터관련범죄를 신설하고, 재물손괴죄 등(제366조)에 전자기록 등 특수매체기록을 행위의 객체로 추가하였다.

- [2] 여기서 전자기록 등 특수매체기록이란 일정한 저장매체에 전자방식이나 자기방식 또는 광기술 등 이에 준하는 방식에 의하여 저장된 기록을 의미한다. 특히 전자기록은, 그 자체로는 물적 실체를 가진 것이 아니어서 별도의 표시·출력장치를 통하지 아니하고는 보거나 읽을 수 없고, 그 생성 과정에 여러 사람의 의사나 행위가 개재됨은 물론 추가 입력한 정보가 프로그램에 의하여 자동으로 기존의 정보와 결합하여 새로운 전자기록을 작출하는 경우도 적지 않으며, 그 이용 과정을 보아도 그 자체로서 객관적·고정적 의미를 가지면서 독립적으로 쓰이는 것이 아니라 개인 또는 법인이 전자적 방식에 의한 정보의 생성·처리·저장·출력을 목적으로 구축하여 설치·운

영하는 시스템에서 쓰임으로써 예정된 증명적 기능을 수행한다. 따라서 그 자체로서 객관적·고정적 의미를 가지면서 독립적으로 쓰이는 것이 아니라 개인 또는 법인이 전자적 방식에 의한 정보의 생성·처리·저장·출력을 목적으로 구축하여 설치·운영하는 시스템에서 쓰임으로써 예정된 증명적 기능을 수행하는 것은 전자기록에 포함된다.

[3] 이처럼 개정 형법이 전자기록 등 특수매체기록을 위 각 범죄의 행위 객체로 신설·추가한 입법 취지, 전자기록등내용탐지죄의 보호법익과 그 침해행위의 태양 및 가벌성 등에 비추어 볼 때, 이 사건 아이디 등은 전자방식에 의하여 피해자의 노트북 컴퓨터에 저장된 기록으로서 형법 제316조 제2항의 ‘전자기록 등 특수매체기록’에 해당한다. 따라서 특정인의 의사가 표시되지 않았다는 점만을 들어 이 사건 아이디 등을 전자기록 등에서 제외한 원심의 판단은 잘못이다.

[4] 한편 형법 제316조 제2항 소정의 전자기록등내용탐지죄는 불합 기타 비밀장치한 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자를 처벌하는 규정인바, 전자기록 등 특수매체기록에 해당하더라도 불합 기타 비밀장치가 되어 있지 아니한 것은 이를 기술적 수단을 동원해서 알아냈더라도 전자기록등내용탐지죄가 성립하지 않는다.

[5] 피고인이 사무실에서 직장 동료인 피해자의 노트북 컴퓨터에 ‘spytector’라는 프로그램을 몰래 설치한 사실, 위 프로그램은 그것이 설치된 컴퓨터의 사용자가 키보드로 입력하는 내용이나 방문한 웹사이트 등을 탐지해 이를 텍스트 파일 형식으로 저장한 후 이메일 등의 방법으로 프로그램 설치자에게 전송해 주는 속칭 ‘키로그’ 프로그램인 사실, 피고인은 위 프로그램을 사용함으로써 피해자가 네이트온, 카카오톡, 구글 계정에 접속하는 과정에서 컴퓨터 키보드에 입력한 이 사건 아이디 등을 알아낸 사실을 알 수 있는바, 위 사실만으로는 이 사건 아이디 등 혹은 그 내용이 기록된 텍스트 파일에 불합 기타 비밀장치가 되어 있는 것으로 볼 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 피해자의 노트북 컴퓨터 그 자체에는 비밀번호나 화면보호기 등 별도의 보안장치가 설정되어 있지 않았던 것으로 보일 뿐이다. 결국 이 사건 아이디 등이 형법 제316조 제2항에 규정된 전자기록 등 특수매체기록에는 해당하더라도 이에 대하여 별도의 보안장치가 설정되어 있지 않은 등 비밀장치가 된 것으로 볼 수 없는 이상, 이 사건 아이디 등을 위 프로그램을 이용하여 알아냈더라도 전자기록등내용탐지죄가 성립하지 않는다(대법원 2022. 3. 31. 선고2021도8900판결). 23. 2차 경찰채용

구 교재 p. 159. 추가

▶ 주거자의 사실상의 평온을 침해하는 사례(= 주거침입죄 성립)

- ㉮ [1] 종전 점유자가 건조물침입 범죄 행위 등 불법적으로 점유를 개시한 현 점유자의 점유를 탈환하기 위하여 다수의 사람을 동원하고 폭력적인 방법을 사용하여 건조물에 들어가 건조물의 경비관리 업무를 수행하던 현 점유자를 쫓아내어 특수건조물침입죄 및 업무방해죄 등으로 기소된 사안에서, 관리자가 건조물을 관리할 법률상 정당한 권한을 가지고 있는지는 범죄의 성립을 좌우하는 것이 아니고 관리자가 건조물을 사실상 점유관리하는 경우라면 설령 정당한 권원이 없는 사법상 불법점유이더라도 적법한 절차에 의하여 점유를 풀지 않는 한 그에 따른 사실상

평온은 보호되어야 하므로 사법상 권리자라 하더라도 정당한 절차에 의하지 아니하고 건조물에 침입한 경우에는 건조물침입죄가 성립하고, 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 '업무'란 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업으로서 타인의 위법한 행위에 의한 침해로부터 보호할 가치가 있으면 되고 반드시 그 업무가 적법하거나 유효할 필요는 없으므로 피고인들은 특수건조물침입죄 및 업무방해죄가 성립한다.

[2] ○○백화점 공사 시행사에 대하여 PF 대출을 한 금융기관이 A회사에게 PF대출채권을 양도하였고, A회사는 공사 현장 부동산 소유자인 신탁회사(수탁자)로부터 1순위 우선수익자로서 건축물의 관리권을 위탁까지 받아 위 공사현장을 점유·관리해왔다. 한편, B회사는 위 시행사로부터 위 백화점 공사 사업권을 양수한 후, 위 공사현장의 A회사의 점유를 침탈하여 점유를 확보하고 관할경찰서장으로부터 집단민원현장 경비원배치 허가 등을 받아 경비원을 배치하는 등의 방법으로 약 65일 간 B회사가 위 공사현장을 점유·관리하였다. 이에 A회사의 대표이사인 피고인 등은 위 공사현장에 대한 점유를 재탈환하기 위하여 용역직원 80~100 여명을 동원하여 쇠파이프 등 위험한 물건을 휴대한 채 위 공사현장에 들어가 경비 업무를 수행하고 있던 B회사 측 직원들을 외부로 끌어내어 위 공사현장을 탈환·점거하였다. 이로써 피고인 등의 위 공사현장 재탈환 행위와 관련하여 특수건조물침입죄 및 업무방해죄, 특수상해죄 등 혐의로 기소된 경우, 피해자들 측이 불법적으로 이 사건 공사현장을 점거하였지만 관할 경찰서로부터 집단민원현장 경비원배치신고 및 관련 허가를 받아 약 65일간 경비원을 상주시키면서 점유·관리하여 온 상황에서 피고인들이 정당하고 적법한 절차에 의하지 않고 이 사건 공사현장 및 건조물에 침입한 이상 건조물침입죄가 성립하고, 피해자들이 이 사건 공사현장 및 건조물을 관리하는 업무는 법률상 보호가치 있는 업무로서 피고인들이 그 업무를 방해한 행위는 업무방해죄에 해당하므로 피고인들은 특수건조물침입죄와 업무방해죄가 성립한다(대법원 2023. 2. 2. 선고 2022도5940 판결). 결국, 기존 점유자가 불법적으로 점유를 개시한 현 점유자의 점유를 탈환하기 위하여 폭력적인 방법을 사용하여 건조물에 들어가 건조물의 경비·관리 업무를 수행하던 현 점유자를 쫓아낸 행위에 대하여, 특수건조물침입죄 및 업무방해죄가 인정된다.

구 교재 p. 186. 추가

주거의 위요지에 해당하는 판례 (= 주거나 건조물에 포함)

- A. 주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것으로 거주자가 누리는 사실상의 주거의 평온을 해할 수 있는 정도에 이르렀다면 범죄구성요건을 충족하는 것이라고 보아야 하고, 주거침입죄에 있어서 주거라 함은 단순히 가옥 자체만을 말하는 것이 아니라 그 위요지를 포함한다. 따라서 이미 수일 전에 2차례에 걸쳐 피해자를 강간하였던 피고인이 대문을 몰래 열고 들어와 담장과 피해자가 거주하던 방 사이의 좁은 통로에서 창문을 통하여 방안을 엿본 경우, 주거침입죄에 해당한다(대판 2001.4.24. 2001도1092).
- B. 피고인들(사드반대단체회원들)이 골프장 부지에 설치된 사드(THAAD : 고고도 미사일 방어 체계)기지 외곽 철조망을 미리 준비한 각목과 장갑을 이용해 통과하여 300m 정도 진행하다가 내곽 철조망에 도착하자 미리 준비한 모포와 장갑을 이용해 통과하여 사드기지 내부 1km 지점까지 진입함으로써 대한민국 육군과 주한미군이 관리하는 건조물에 침입하였다고 하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동주거침입 : 형의 2분의 1까지 가중한다)으로 기소된 사안에서, 위 사드기지의 부지는 기지 내 건물의 위요지에 해당한다는 이유로, 이와 달리 보아 피고인들에게 무죄를 선고한 원심판결에 주거침입죄의 위요지에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다(대판

2020.3.12. 2019도16484). ⇨ 사드기지의 부지는 기지 내 건물의 위요지에 해당하므로, 공동주거침입죄가 성립한다.

위요지에 해당하지 않는다는 판례 (= 건조물 요건을 갖춘 구조물이 존재하지 않은 토지)

[1] 건조물침입죄에서 침입행위의 객체인 '건조물'은 건조물침입죄가 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하는 점에 비추어 엄격한 의미에서의 건조물 그 자체뿐만이 아니라 그에 부속하는 위요지를 포함한다고 할 것이나, 여기서 위요지라고 함은 건조물에 인접한 그 주변의 토지로서 외부와의 경계에 담 등이 설치되어 그 토지가 건조물의 이용에 제공되고 또 외부인이 함부로 출입할 수 없다는 점이 객관적으로 명확하게 드러나야 한다.

[2] 그러나 관리자가 일정한 토지와 외부의 경계에 인적 또는 물적 설비를 갖추고 외부인의 출입을 제한하고 있더라도 그 토지에 인접하여 건조물로서의 요건을 갖춘 구조물이 존재하지 않는다면 이러한 토지는 건조물침입죄의 객체인 위요지에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다.

[3] 이 사건 타워는 석유화학제품을 만드는 공정에서 촉매제로 사용된 백금을 다시 세척하여 재활용하기 위하여 사용되는 석유정제시설 중 하나인 개질시설(연료의 품질을 높이는 시설)로서 사람이 기거하거나 출입을 목적으로 사용되는 장소가 아니다. 당시 이 사건 타워는 아직 신축 중인 상태의 철골구조물로 기둥과 계단 외에 벽이나 천정이라고 볼 수 있는 시설은 갖추어지지 않았고, 그에 대한 접근이나 출입을 제한하는 시설도 없는 상태였다. 한편 이 사건 공사현장에는 현장사무실이나 경비실 외에 별도의 건조물은 없었던 것으로 보이는데, 이 사건 공사현장이 현장사무실이나 경비실의 이용을 위하여 제공된 토지라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 당시 피고인들은 그 현장사무실이나 경비실에 출입하지도 않았다. 따라서 이 사건 타워는 건조물침입죄의 객체인 건조물로서의 요건을 갖추었다고 볼 수 없고, 이에 따라 이 사건 공사현장도 이러한 건조물의 이용을 위하여 제공되는 토지, 즉 위요지라고 볼 수 없으므로, 피고인들이 이 사건 공사현장에 출입한 행위는 건조물침입죄가 성립할 수 없다(대법원2017. 12. 22. 선고2017도 690판결). 23. 1차 경찰채용

구 교재 p. 159. 추가

⑤ 통상적인 출입방법으로 들어갔다면, 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 그 건조물에 들어갔다고 볼 수 없으므로 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다.

일반적으로 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 침입행위에 해당하지 않는다는 사례

A. [1] 일반인의 출입이 허용된 음식점에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 음식점에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 음식점에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다.

[2] 피고인들이 공모하여, 갑, 을이 운영하는 각 음식점에서 인터넷 언론사 기자 병을 만나 식사를 대접하면서 병이 부적절한 요구를 하는 장면 등을 확보할 목적으로 녹음·녹화장치를 설치하거나 장치의 작동 여부 확인 및 이를 제거하기 위하여 각 음식점의 방실에 들어감으로써 갑, 을의 주거에 침입하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인들이 각 음식점 영업주로부터 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 각 음식점의 방실에 들어간 것은 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 아니하고, 설령 다른 손님인 병과의 대화 내용과 장면을 녹음·녹화하기 위한 장치를 설치하거나 장치의 작동 여부 확인 및 이를 제거할 목적으로 각 음식점의 방실에 들어갔더라도, 그러한 사정만으로는 피고인들에게 주거침입죄가 성립하지 않는다(대법원2022. 3. 24. 선고2017도18272 전원합의체 판결). > 영업주 의사에 반하여 몰래 카메라(불법 녹음·녹화장치)를 설치하기 위하여 음식점에 출입한 경우에도 주거침입죄가 성립하지 않는다. 23. 1차 경찰채용

B. [1] 일반적으로 출입이 허용되어 개방된 건조물에 관리자의 출입 제한이나 제지가 없는 상태에서 통상적인 방법으로 들어갔다면, 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 그 건조물에 들어갔다고 볼 수 없으므로 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다.

[2] 마트산업노동조합 간부와 조합원인 피고인들이 공동하여, 대형마트 지점에 방문한 대표이사 등에게 해고와 전보 인사발령에 항의하기 위하여 지점장 갑의 의사에 반하여 정문을 통해 지점 2층 매장으로 들어감으로써 건조물에 침입하였다고 하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동주거침입)으로 기소된 사안에서, 피고인들이 들어간 지점 2층 매장은 영업시간 중에는 출입자격 등의 제한 없이 일반적으로 개방되어 있는 장소인 점, 피고인들은 영업시간에 손님들이 이용하는 정문과 매장 입구를 차례로 통과하여 2층 매장에 들어가면서 보안요원 등에게 제지를 받거나 보안요원이 자리를 비운 때를 노려 몰래 들어가는 등 특별한 조치를 취하지도 아니한 점에 비추어 보면, 일반적으로 출입이 허용되어 개방된 지점 매장에 관리자의 출입 제한이나 제지가 없는 상태에서 통상적인 방법으로 들어간 이상 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 들어갔다고 볼 수 없어 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않으며, 지점 관리자의 명시적 출입 금지 의사는 확인되지 않고, 설령 피고인들이 지점 매장에 들어간 행위가 그 관리자의 추정적 의사에 반하였더라도, 그러한 사정만으로는 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 출입하였다고 평가할 수 없으므로 피고인들에 대하여 건조물침입죄가 성립하지 않는다(대법원2022. 9. 7. 선고2021도9055판결). 결국, 피고인들이 대형마트에 들어가 당시 매장에서 현장점검을 하던 피해자(점장)와 대표이사 등 간부들을 약 30분간 따라 다니면서 피켓 시위를 한 경우, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반죄(공동주거침입)와 위력에 의한 업무방해죄에 해당하지 아니한다.

C. [1] 관리자에 의해 출입이 통제되는 건조물에 관리자의 승낙을 받아 건조물에 통상적인 출입방법으로 들어갔다면, 이러한 승낙의 의사표시에 기망이나 착오 등의 하자가 있더라도 특별한 사정이 없는 한 형법 제319조 제1항에서 정한 건조물침입죄가 성립하지 않는다.

[2] 언론인 피고인들은 취재할 목적으로 교정시설 수용자의 지인으로 가장하여 접견신청인으로서 서울구치소의 관리자인 서울구치소장으로부터 구치소에 대한 출입관리를 위탁받은 교도관의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 서울구치소 내 민원실과 접견실에 들어갔으므로, 관리자의 의사에 반하여 사실상의 평온상태를 해치는 모습으로 서울구치소에 들어갔다고 볼 수 없다. 이 사건에서 피고인들은 서울구치소에 수용 중인 사람을 취재하고자 서울구치소장의 허가 없이 접견내용을 촬영·녹음할 목적으로 명함지갑 모양으로 제작된 녹음·

녹화장비를 몰래 소지하고 서울구치소에 들어갔다. 서울구치소장이나 교도관이 이러한 사실을 알았다더라면 피고인들이 이를 소지한 채 서울구치소에 출입하는 것을 승낙하지 않았을 것이다. 그러나 이러한 사정은 승낙의 동기가 착오가 있는 것에 지나지 않아 피고인들이 서울구치소장이나 교도관의 의사에 반하여 구치소에 출입하거나 사실상의 평온상태를 해치는 모습으로 서울구치소 내 민원실이나 접견실에 침입한 것으로 평가할 수 없다. 따라서 피고인들의 행위는 건조물침입죄에 해당하지 않는다(대법원2022. 3. 31. 선고2018도15213 판결). 결국, SBS의 시사프로그램 “그것이 알고싶다”의 PD 등이 신분을 가장하고 구치소에 들어가 수용자들을 몰래카메라로 취재 한 사안에서, 교도관의 현실적 승낙을 받아 통상적인 방법으로 들어간 경우이므로 건조물침입죄가 성립하지 않는다.

D. 피고인이 연인관계에 있는 피해자로부터 안방에 TV를 설치하여 달라는 요청을 받아 통상적인 출입방법에 따라 피해자의 안방에 들어간 후 피해자가 있는 자리에서 TV를 설치한 사실, 피해자도 이 사건 당시 피고인의 행위가 주거침입은 아니라고 인식하고 있었던 사실을 알 수 있고 달리 피해자의 사실상 평온상태가 침해되었다고 볼 만한 사정이 없다. 그렇다면 앞서 본 법리에 비추어 피고인의 출입이 비록 범죄 등의 목적을 숨기고 한 것이라도 주거침입죄가 성립한다고 단정할 수 없다. 전원합의체 판결로 변경되기 전의 법리에 따라 이 사건 공소사실 중 주거침입 부분을 유죄로 판단한 원심판결에는 주거침입죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다(대법원2022. 4. 28. 선고2022도1717판결). 23. 2차 경찰채용

E. 갑은 PC방에 들어가 컴퓨터를 이용하는 을녀와 병녀의 몸을 훔쳐볼 생각으로 맞은 편 자리에 앉아 다리를 40여분 간 훔쳐보는 등 건조물에 침입한 혐의로 기소된 사안에서 일반인의 출입이 허용된 영업장소에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않고 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 영업장소에 출입했거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았다더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 영업장소에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 아니한다. 따라서 설령 갑이 컴퓨터를 이용하는 여성의 몸을 훔쳐볼 목적으로 PC방에 들어간 것이어서 건물관리자가 이러한 사정을 알았다더라면 피고인의 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 건조물침입죄가 성립하지 않는다(대법원 2022.6.9. 선고 2022도4239판결). ⇨ 컴퓨터를 이용하는 여성의 몸을 훔쳐볼 목적으로 PC방에 들어갔다하더라도 통상적 방법으로 출입했다면 건조물침입죄가 성립하지 아니한다.

구 교재 p. 195. 추가

Ⅰ 사례 甲이 乙녀를 강간하기 위해 乙녀가 혼자서 잠자고 있는 방의 창문을 열고 집 밖에서 담벽에 발을 딛고 문안으로 얼굴을 들이밀었다가 乙녀가 소리치는 바람에 목적을 이루지 못한 경우

학설	내용	사례해결
전부침입설 (통설)	신체의 전부가 주거에 들어간 때 기수가 되고, 신체의 일부만 침입한 경우에는 미수가 된다는 견해	甲 : 주거침입죄의 미수
일부침입설 (판례)	신체의 일부만 타인의 주거에 들어갔더라도 거주자의 사실상의 주거의 자유를 해할 수 있는 정도에 이르렀다면 기수가 된다는 견해(대판 1995.9.15. 94도2561)	甲 : 주거침입죄의 기수

주거침입죄의 기수와 미수여부(=사실상 주거의 평온을 해하였는가에 따라 판단)

[1] 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. 23. 경찰승진

[2] 야간에 타인의 집의 창문을 열고 집 안으로 얼굴을 들이키는 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(대법원1995. 9. 15. 선고94도2561판결).

▶ 위법성이 조각되는 사례

A. [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. 23. 경찰승진

[2] 사용자의 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 인정되지 아니하는 때에는 다른 특별한 사정이 없는 한 근로자가 평소 출입이 허용되는 사업장 안에 들어가는 행위가 주거침입죄를 구성하지 아니한다(대법원2002. 9. 24. 선고2002도2243판결).

B. 해고된 근로자라도 상당한 기간 내에 그 해고의 효력을 다투는 자에 대하여는 근로자 또는 조합원으로서의 지위를 인정하여야 할 것이므로, 해고근로자가 조합원의 자격으로서 회사 내 노조사무실에 들어가는 것은 정당한 행위로서 회사측에서도 이를 제지할 수 없는 것이므로 노조사무실 출입목적으로 경비원의 제지를 뿌리치고 회사내로 들어가는 것은 건조물침입죄로 별할 수 없다(대판 1991.11.8. 91도326).

구 교재 p. 205. 수정

제3항 형법상의 점유

의의

점유란 재물에 대하여 사실상의 지배를 하고 있는 상태를 말하는 것으로서 형법상의 점유는 순수한 사실상의 개념이라는 점에서, 규범적 개념인 민법상의 점유와 구별된다.

〈형법상 점유와 민법상 점유의 비교〉

구분	민법상의 점유	형법상의 점유
간접점유	○	×
점유개정	○	×
법인의 점유	○	×
점유의 상속	○	×
점유보조자의 점유	×	○

구 교재 p. 225. 수정

동업(조합)의 경우, 절도죄의 성부

- A. 피고인이 피고인과 피해자의 동업자금으로 구입하여 피해자가 관리하고 있던 다이아포크레인 1대를 그의 허락 없이 공소외인으로 하여금 운전하여 가도록 한 행위는 절도죄를 구성한다 (대판 1990.9.11. 90도1021).
- B. [1] 두 사람으로 된 동업관계 즉, 조합관계에 있어 그 중 1인이 탈퇴하면 조합관계는 해산됨이 없이 종료되어 청산이 뒤따르지 아니하며 조합원의 합유에 속한 조합재산은 남은 조합원의 단독소유에 속하고, 탈퇴자와 남은 자 사이에 탈퇴로 인한 계산을 하여야 한다.
- [2] 두 사람으로 된 생강농사 동업관계에 불화가 생겨 그중 1인이 나오지 않자, 남은 동업인이 혼자 생강 밭을 경작하여 생강을 반출한 행위가 절도죄를 구성하지 않는다(대법원2009. 2. 12. 선고2008도11804판결). 결국, 경작한 생강은 남은 동업인의 단독소유이므로하여 자기 것 자기가 가져갔기 때문에 절도죄를 구성하지 않는다. 23. 1차 경찰채용

구 교재 p. 226. 추가

점유자의 의사에 반하지 않는 경우(= 절도죄 불성립)

피고인이 동거중인 피해자의 지갑에서 현금을 꺼내가는 것을 피해자가 현장에서 목격하고도 만류하지 아니하였다면 피해자가 이를 허용하는 묵시적 의사가 있었다고 봄이 상당하여 이는 절도죄를 구성하지 않는다(대판 1985.11.26. 85도1487).

절취와 불법영득의사의 개념 및 객체

형법상 절취란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말한다. 그리고 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사란 타인의 물건을 그 권리자를 배제하고 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용·처분하고자 하는 의사를 말하는 것으로서, 단순히 타인의 점유만을 침해하였다고 하여 그로써 곧 절도죄가 성립하는 것은 아니나, 재물의 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사가 있으면 되고 반드시 영구적으로 보유할 의사가 필요한 것은 아니며, 그것이 물건 자체를 영득할 의사인지 물건의 가치만을 영득할 의사인지를 불문한다. 따라서 어떠한 물건을 점유자의 의사에 반하여 취거하는 행위가 결과적으로 소유자의 이익으로 된다는 사정 또는 소유자의 추정적 승낙이 있다고 볼 만한 사정이 있다고 하더라도, 다른 특별한 사정이 없는 한 그러한 사유만으로 불법영득의 의사가 없다고 할 수는 없다(대법원2014. 2. 21. 선고2013도14139판결).

23. 1차 경찰채용

구 교재 p. 265. 수정

▶ 기망행위에 해당하지 않는 사례(= 사기죄 불성립)

㉔ [1] 사기죄의 보호법익은 재산권이므로, 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익이 침해되었다는 사정만으로 사기죄가 성립한다고 할 수 없다. 따라서 도급계약 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가자격, 계약절차 등에 관한 규정을 위반한 사정이 있더라도 그러한 사정만으로 도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정해서는 안 되고, 그 위반으로 말미암아 계약 내용대로 이행되더라도 일의 완성이 불가능하였다고 평가할 수 있을 만큼 그 위법이 일의 내용에 본질적인 것인지 여부를 심리·판단하여야 한다.

[2] 피고인은 2013. 3. 14.경 산림사업법인인 주식회사 한국임업(이하 ‘한국임업’이라고 한다)을 인수하면서 ‘산림자원법’이 정한 산림사업 법인등록요건중 인력요건을 외형상 갖추기 위하여 관련 자격증 소지자들로부터 자격증을 대여받았다. 한국임업은 보유 인력과 현지에서 고용한 전문인력을 통해 병해충 방제 또는 숲가꾸기 공사계약에서 정한 공사를 모두 완성하였고 시공 내용에 관해서도 별목 수량 산정에 관한 발주처 기준에 일부 미달한 사항이 있는 것을 제외하고 어떠한 하자가 있었다고 보기도 어렵다. 따라서 산림사업법인설립 또는 법인인수 과정에서 자격증 대여가 있었다는 사정만으로는 피고인에게 병해충 방제 또는 숲가꾸기 공사를 완성할 의사나 능력이 없었다고 단정하기 어렵다. 또한 피고인이 운영하는 한국임업은 이러한 공사 완성의

대가로 발주처로부터 공사대금을 지급받은 것이므로, 설령 피고인이 발주처에 대하여 기술자격 증 대여 사실을 숨기는 등의 행위를 하였다고 하더라도 그 행위와 공사대금 지급 사이에 상당인과 관계를 인정하기도 어렵다. 이 사건에서 올주군이 지급한 공사대금은 사전 작성된 작업원 운영계획서나 직접시공계획서의 기술 내용이 아닌 실제 수행한 작업량에 따라 사후 정산하는 방식으로 산정되었다. 따라서 피고인이 위 각 서류에 일부 허위의 사실을 기재하였다는 사정만으로는 발주처 계약 담당 공무원에 대하여 계약이행능력이나 공사대금 산정에 관하여 기망행위를 하였다고 보기 어렵다(대법원2022. 7. 14. 선고2017도20911판결). 결국, 피고인에게 사기죄가 성립하지 않는다.

- ⑨ [1] 도급계약에서 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 계약 당시를 기준으로 피고인에게 일을 완성할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 일을 완성할 것처럼 거짓말을 하여 피해자로부터 일의 대가 등을 편취할 고의가 있었는지 여부에 의하여 판단하여야 한다. 이때 법원으로서는 도급계약의 내용, 체결 경위 및 계약의 이행과정이나 결과 등을 종합하여 판단하여야 한다.
- [2] 피고인이 설립한 갑 주식회사는 설립 자본금을 가장납입하고, 자격증 대여자를 보유 건설기술자로 등록하는 등 자본금 요건과 기술자 보유 요건을 가장하여 전문건설업을 부정 등록한 무자격 건설업자로 전문공사를 하도급받을 수 없음에도, 이를 바탕으로 공사 발주기관을 기망하여 특허 사용협약을 체결하고, 해당 공사를 낙찰받은 건설회사 담당자를 기망하여 하도급 계약을 체결한 후, 각 계약들에 따른 공사대금을 지급받아 편취하였다는 이유로 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기) 및 사기죄로 기소된 사안에서, 갑 회사가 시공 또는 납품한 교량 가설공사는 모두 정상적으로 준공되었고, 이들이 특허권을 취득하는 과정에 문제가 있다는 점이 밝혀지지는 아니한 점에 비추어, 갑 회사의 설립 또는 사업분야 확장 과정에서 자본금 납입을 가장하였다거나, 국가기술자격증을 대여받아 전문건설업 등록을 하였다는 사정만으로는 피고인에게 각 공사를 완성할 의사나 능력이 없었다고 단정하기 어렵고, 교량 가설공사에 관하여 피고인이 발주기관의 주무 사무관으로부터 개략 견적가에 관한 정보를 전해 듣고 가격을 수정하였다는 사정만으로는 발주기관 계약 담당 공무원에 대하여 계약이행능력에 관한 기망행위를 하였다고 보기 어려워, 피고인이 발주기관 또는 건설회사들로부터 공사대금을 지급받은 행위가 사기죄에서의 기망행위로 인한 재물의 편취에 해당한다고 보기 어렵다(대법원2023. 1. 12. 선고 2017도14104판결). 결국, 피고인은 사기죄가 성립하지 않는다.

구 교재 p. 272. 수정

(5) 기망의 상대방

(가) 상대방

기망의 상대방은 반드시 피해자일 필요는 없다. 그러나 기망의 상대방은 피해자의 재산을 사실상 처분 할 수 있는 지위에 있는 자(사실상의 지위설)이어야 한다. 불특정인도 기망의 상대방이 될 수 있다(광고사기).

수취인이 송금의뢰인으로부터 계좌이체 받은 후 출금한 경우, 은행에 대한 사기죄 성부(= 은행에 대한 사기죄 불성립)

송금의뢰인이 수취인의 예금구좌에 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. 수취인이 송금의뢰인과 사이에 원인관계가 없음에도 계좌이체를 받은 후 출금을 한 경우 은행에 대한 사기죄는 성립하지 않는다(대판 2010.5.27. 2010도3498).

보이스 피싱 사기에서 송금한 피해자에 대한 사기죄가 성립한 경우, 도구로 이용된 타인에 대하여 사기죄가 별도로 성립하는지 여부(= 도구에 대한 사기죄 불성립)

간접정범을 통한 범행에서 피이용자는 간접정범의 의사를 실현하는 수단으로서의 지위를 가질 뿐이므로, 피해자(A)에 대한 사기범행을 실현하는 수단으로서 타인(피이용자 B)을 기망하여 그를 피해자로부터 편취한 재물이나 재산상 이익을 전달하는 도구로서만 이용한 경우에는 편취의 대상인 재물 또는 재산상 이익에 관하여 피해자(A)에 대한 사기죄가 성립할 뿐 도구로 이용된 타인(B)에 대한 사기죄가 별도로 성립한다고 할 수 없다(대법원2017. 5. 31. 선고2017도3894 판결). 결국, 갑은 금융감독원이나 검찰 직원을 사칭하여 피해자인 A에게 B의 계좌에 입금하게 하고, 도구로 이용된 피이용자 B에게는 피해자 A로부터 송금받은 돈을 갑에게 전달하게 한 경우, 갑은 A에게만 사기죄가 성립할 뿐이고, 도구로 이용되어 갑에게 돈 전달한 B에게는 사기죄가 성립하지 않는다. 23. 1차 경찰채용

구 교재 p. 276. 수정

(1) 요건

처분행위로 직접 재산상 손해가 발생해야 하며(처분효과의 직접성), 처분행위는 자유의사로 이루어져야 한다(처분행위의 자의성). 문제는 사기죄의 성립에 이러한 처분의사가 필요한가에 대하여 견해가 대립하고 있으나, 다수설과 판례는 필요설의 입장이다. 사기죄에서 피기망자의 처분의사는 기망행위로 착오에 빠진 상태에서 형성된 하자 있는 의사이므로 불완전하거나 결함이 있을 수밖에 없다. 처분행위의 법적 의미나 경제적 효과 등에 대한 피기망자의 주관적 인식과 실제로 초래되는 결과가 일치하지 않는 것이 오히려 당연하고, 이 점이 사기죄의 본질적 속성이다. 따라서 처분의사는 착오에 빠진 피기망자가 어떤 행위를 한다는 인식이 있으면 충분하고, 그 행위가 가져오는 결과에 대한 인식까지 필요하다고 볼 것은 아니다(대판 2008.1.24. 2007도9417).

처분행위자와 피기망자는 동일인이어야 한다. 그러나 재산상의 피해자와 일치할 것은 요하지 않는다(삼각사기). 한편 사기죄가 성립하려면 피기망자가 착오에 빠져 어떠한 재산상의 처분행위를 하도록 유발하여 재산적 이득을 얻을 것을 요하고, 피기망자와 재산상의 피해자가 같은 사람이 아닌 경우에는 피기망자가 피해자를 위하여 그 재산을 처분할 수 있는 권능을 갖거나 그 지위에 있어야 한다(대법원 2022. 12. 29. 선고 2022도12494판결). 23. 2차 경찰채용

구 교재 p. 304. 수정 및 추가

④ 신용카드부정사용죄의 성부 : 여신전문금융업법 제70조 제1항 제4호(신용카드부정사용)에

서는 ‘강취·횡령하거나, 사람을 기망하거나 공갈하여 취득한 신용카드나 직불카드를 판매하거나 사용한 자’를 처벌하도록 규정하고 있는데, 여기에서 ‘사용’은 강취·횡령, 기망 또는 공갈로 취득한 신용카드나 직불카드를 진정한 카드로서 본래의 용법에 따라 사용하는 경우를 말한다.

피해자들과 합의에 따라 신용카드로 물품을 구입한 경우(=신용카드부정사용죄 불성립)

[1] 유흥주점 업주가 과다한 술값 청구에 항의하는 피해자들을 폭행 또는 협박하여 피해자들로부터 일정 금액을 지급받기로 합의한 다음, 피해자들이 결제하라고 건네준 신용카드로 합의에 따라 현금서비스를 받거나 물품을 구입한 경우, 신용카드에 대한 피해자들의 점유가 피해자들의 의사에 기하지 않고 이탈하였거나 배제되었다고 보기 어려워 여신전문금융업법상의 신용카드 부정사용에 해당하지 않는다.

[2] 편의점 업주가 인근 유흥주점 업주의 부탁을 받고 유흥주점 손님인 피해자들의 신용카드로 술값을 결제하도록 하고 결제대금 상당의 물품을 제공하여 유흥주점 업주가 이를 다른 사람들에게 정상가격이나 할인가격으로 처분한 경우, 실제로 신용카드에 의한 물품거래가 있었으며 그 매출금액대로 매출전표가 작성된 이상 편의점 업주의 행위는 여신전문금융업법상 물품의 판매 또는 용역의 제공 등을 가장한 행위라고 보기 어렵다(대판 2006.7.6. 2006도654).

강취한 신용카드로 물품을 구입한 경우(= 신용카드부정사용죄 성립)

강취한 신용카드를 가지고 자신이 그 신용카드의 정당한 소지자인양 가맹점의 점주를 속이고 그에 속은 점주로부터 주류 등을 제공받아 이를 취득한 것이라면 신용카드부정사용죄와 별도로 사기죄가 성립한다(대판 1997.1.21. 96도2715).

기망하여 취득한 신용카드로 결제한 경우(= 신용카드부정사용죄 성립)

[1] 법률을 해석할 때 입법취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석 방법을 사용할 수 있으나, 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 이러한 해석 방법은 활용할 필요가 없거나 제한되어야 한다.

[2] 여신전문금융업법 제70조 제1항 제4호에서는 ‘강취·횡령하거나, 사람을 기망하거나 공갈하여 취득한 신용카드나 직불카드를 판매하거나 사용한 자’를 처벌하도록 규정하고 있는데, 여기에서 ‘사용’은 강취·횡령, 기망 또는 공갈로 취득한 신용카드나 직불카드를 진정한 카드로서 본래의 용법에 따라 사용하는 경우를 말한다. 그리고 ‘기망하거나 공갈하여 취득한 신용카드나 직불카드’는 문언상 ‘기망이나 공갈을 수단으로 하여 다른 사람으로부터 취득한 신용카드나 직불카드’라는 의미이므로, ‘신용카드나 직불카드의 소유자 또는 점유자를 기망하거나 공갈하여 그들의 자유로운 의사에 의하지 않고 점유가 배제되어 그들로부터 사실상 처분권을 취득한 신용카드나 직불카드’라고 해석되어야 한다.

[3] 갑은 교도소에 수용 중인 피해자 乙을 기망(‘피해자의 항소심 재판을 위해 변호인을 선임했는데 성공사례비를 먼저 주어야 한다. 며칠 뒤 큰돈이 나오니 영치된 피해자 명의의 신용카드로 성공사례비를 지불한 뒤 카드대금을 금방 갚겠다.’ 등)하여 乙의 신용카드를 교부받은 뒤, 20여

회에 걸쳐 갑의 의사에 따라 이 사건 신용카드를 사용하였으므로, 을은 갑으로부터 기망당함으로 써 을의 자유로운 의사에 의하지 않고 이 사건 신용카드에 대한 점유를 상실하였고, 갑은 이 사건 신용카드에 대한 사실상 처분권을 취득하였다고 보아야 한다. 따라서 이 사건 신용카드는 갑이 소유자인 을을 기망하여 취득한 신용카드에 해당하고, 이를 사용한 갑의 행위는 기망하여 취득한 신용카드 사용으로 인한 여신전문금융업법 위반죄에 해당한다(대법원2022. 12. 16. 선고 2022도10629판결). 결국, 갑은 을을 기망하여 취득한 신용카드로 총 23회에 걸쳐 합계 29,997,718원 상당을 결제하여 사용한 경우, 사기죄와 별도로 여신전문금융업법상 신용카드부정사용죄가 성립한다.

구 교재 p. 327. 추가

횡령죄가 성립하기 위해 자동차의 보관자가 등록명의자여야 하는지의 여부(=부정)

[1] 횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 사람이 재물을 횡령하거나 반환을 거부한 때에 성립한다(형법 제355조 제1항). 횡령죄에서 재물의 보관은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하며, 횡령행위는 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말한다. 따라서 소유권의 취득에 등록이 필요한 타인 소유의 차량을 인도받아 보관하고 있는 사람이 이를 사실상 처분하면 횡령죄가 성립하며, 보관 위임자나 보관자가 차량의 등록명의자일 필요는 없다. 그리고 이와 같은 법리는 지입회사에 소유권이 있는 차량에 대하여 지입회사에서 운행관리권을 위임 받은 지입차주가 지입회사의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분하거나 지입차주에게서 차량 보관을 위임받은 사람이 지입차주의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

[2] 이와 달리 소유권의 취득에 등록이 필요한 차량에 대한 횡령죄에서 타인의 재물을 보관하는 사람의 지위는 일반 동산의 경우와 달리 차량에 대한 점유 여부가 아니라 등록에 의하여 차량을 제3자에게 법률상 유효하게 처분할 수 있는 권능 유무에 따라 결정하여야 한다는 취지의 대법원 1978. 10. 10. 선고 78도1714 판결, 대법원 2006. 12. 22. 선고 2004도3276 판결등은 이 판결과 배치되는 범위에서 이를 변경하기로 한다(대법원2015. 6. 25. 선고2015도1944전원합의체 판결). 결국, 이제는 소유권 취득에 등록이 필요한 차량에 대한 횡령죄에서는 타인의 재물을 보관하는 사람의 지위는 등록에 의하여 차량을 제3자에게 법률상 유효하게 처분할 수 있는 권능유무에 따라 결정되는 것이 아니다(등록명의자일 필요도 없고 사실상 처분만 하면 횡령죄가 된다).

자동차의 매매약정이 있었다면 대내적으로는 매수인에게 소유권 있음(=횡령죄 불성립)

피고인이 이 사건 차량에 관한 매매약정에 따라 정당한 법률상 지위·권리를 보유한 채 이를 사용한 것일 뿐 피해자와의 위탁관계를 전제로 이 사건 차량을 보관하고 있었다고 보기 어렵고, 피해자 측이 피고인에게 이 사건 차량의 등록명의 이전과 무관하게 사용을 승낙한 것으로 볼 여지가 있어 판시 횡령의 점을 선불리 유죄로 단정할 수도 없으며, 적어도 피고인·피해자 측 사이의 대내적 관계에서는 이 사건 차량의 등록명의에 관계없이 이 사건 차량에 관한 소유권을 매수인 측인 피고인이나 이 사건 회사가 보유하기로 정한 것이라고 볼 여지가 크므로 횡령죄가 성립하지 않는다(대법원2023.6.1.선고 2023도1096판결). 결국, 이 사건의 자동차매매계약에 서는 횡령죄가 성립하지 않는다고 보았다.

구 교재 p. 327. 추가

2. 객체

횡령죄의 객체는 자기가 보관하는 타인의 재물, 즉 타인소유·자기점유의 재물이다.

(1) 재물

관리가능한 재물 또는 동력으로서 동산·부동산을 불문한다.

광업권과 주주권을 의미하는 주식의 횡령죄 객체 여부(= 부정)

- A. 광업권은 재물인 광물을 취득할 수 있는 권리에 불과하지 재물 그 자체는 아니므로 횡령죄의 객체가 된다고 할 수 없고, 횡령죄의 객체가 된다고 할 수는 없다(대판 1994.3.8. 93도2272).
- B. 상법상 주식은 자본구성의 단위 또는 주주의 지위(주주권)를 의미하고, 주주권을 표창하는 유가증권인 주권과는 구분된다. 주권은 유가증권으로서 재물에 해당되므로 횡령죄의 객체가 될 수 있으나, 자본의 구성단위 또는 주주권을 의미하는 주식은 재물이 아니므로 횡령죄의 객체가 될 수 없다. 따라서 예탁결제원에 예탁되어 계좌 간 대체 기재의 방식에 의하여 양도되는 주권은 유가증권으로서 재물에 해당되므로 횡령죄의 객체가 될 수 있으나, 주권이 발행되지 않은 상태에서 주권불소지 제도, 일괄예탁 제도 등에 근거하여 예탁결제원에 예탁된 것으로 취급되어 계좌 간 대체 기재의 방식에 의하여 양도되는 주식은 재물이 아니므로 횡령죄의 객체가 될 수 없다(대법원2023. 6. 1.선고2020도2884판결).

구 교재 p. 331. 추가

㉡ 판례

- ① 원칙 : 소극설의 입장에서 급여를 받은 상대방에게 소유권이 귀속되므로 횡령죄가 성립하지 않는다고 한다.

불법원인급여물에 대한 횡령죄의 성부(= 소극설)

- D. 피고인이, 갑 등이 금융다단계 사기 범행을 통하여 취득한 범죄수익 등인 무기명양도성예금증서 7장을 을로부터 건네받아 현금으로 교환한 후 임의로 소비하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)으로 기소된 사안에서, 피고인이 을로부터 범죄수익 등의 은닉을 위해 교부받은 무기명양도성예금증서는 불법의 원인으로 급여한 물건에 해당하여 소유권이 피고인에게 귀속되므로, 피고인이 무기명양도성예금증서를 교환한 현금을 임의로 소비하였더라도 횡령죄가 성립하지 않는다(대법원2017. 10. 26. 선고2017도9254판결). 24. 경찰간부
- E. [1] 형법 제355조 제1항이 정한 횡령죄에서 보관이란 위탁관계에 따라 재물을 점유하는 것을 뜻하므로, 횡령죄가 성립하려면 재물의 보관자와 재물의 소유자(또는 그 밖의 본권자) 사이에 위탁관계가 존재해야 한다. 이러한 위탁관계는 사용대차·임대차·위임 등의 계약뿐만 아니라 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있으나, 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 위탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정함이 타당하다. 재물의 위탁행위가 범죄의 실행행위나 준비행위 등과 같이 범죄 실현의 수단으로서 이루어진 경우 그 행위 자체가 처벌 대상인자와 상관없이 그러한 행위를 통해 형성된 위탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이 아니라고 봄이 타당하다.
- [2] 이 사건 금원은 의료기관을 개설할 자격이 없는 자(이하 '무자격자'라 한다)의 의료기관 개설·운영이라는 범죄의 실현을 위해 교부되었으므로, 해당 금원에 관하여 피고인과 피해자 사이에 횡령죄로 보호할 만한 신임에 의한 위탁관계는 인정되지 않는다. 무자격자가 의료법 제33조 제2항을 위반하여 의료기관을 개설하거나 운영하는 행위는 의료법 제87조에 따라 10년 이하의 징역이나 1억 원 이하의 벌금으로 처벌되는 범죄행위이다.
- [3] 피고인은 커피숍에서 노인요양병원 설립에 필요한 자금으로 갑으로 6억 원, 피해자로부터 2억 원을 각 투자받기로 협의하고, 피해자로부터 피고인의 A은행 계좌로 3,000만 원을 송금받아 피해자를 위하여 보관하다가 피고인의 B저축은행 대출원리금채무를 상환하는 방법으로 이를 횡령한 사안에서 원심은 피고인에게 타인의 재물을 보관하는 자의 지위가 인정된다고 보아 위 공소사실을 횡령죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(대법원2022. 6. 30. 선고2017도21286판결). 결국, 피고인이 피해자로부터 불법원인급여로 받은 금 3,000만원을 자신의 대출금 채무를 상환하는데 사용하였다하더라도 횡령죄가 성립하지 않는다.

구 교재 p. 327. 추가

▶ 반환거부에 해당하지 않는 사례(= 정당한 이유가 있어 횡령죄 불성립)

- ㉔ [1] 형법 제355조 제1항(횡령죄)에서 정하는 '반환의 거부'란 보관물에 대하여 소유자의 권리를 배제하는 의사표시를 하는 행위를 뜻하므로, '반환의 거부'가 횡령죄를 구성하려면 타인의 재물을 보관하는 자가 단순히 반환을 거부한 사실만으로는 부족하고 반환거부의 이유와 주관적인 의사들을 종합하여 반환거부행위가 횡령행위와 같다고 볼 수 있을 정도이어야 한다. 횡령죄에서 불법영득의 의사는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 취지에 반하여 정당한 권원 없이 스스로 소유권자와 같이 이를 처분하는 의사를 말하므로 비록 반환을 거부하였더라도 반환거부에 정당한 이유가 있다면 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없다.

[2] 주류업체 갑 주식회사의 사내이사인 피고인이 피해자를 상대로 주류대금 청구소송을 제기한 민사 분쟁 중 피해자가 착오로 피고인이 관리하는 갑 회사 명의 계좌로 금원을 송금하여 피고인이 이를 보관하게 되었는데, 피고인은 피해자로부터 위 금원이 착오송금된 것이라는 사정을 문자메시지를 통해 고지받아 위 금원을 반환해야 할 의무가 있었음에도, 피해자와 상계 정산에 관한 합의 없이 피고인이 주장하는 주류대금 채권액을 임의로 상계 정산한 후 반환을 거부하여 횡령죄로 기소된 사안에서, 피고인이 피해자의 착오로 갑 회사 명의 계좌로 송금된 금원 중 갑 회사의 피해자에 대한 채권액에 상응하는 부분에 관하여 반환을 거부한 행위는 정당한 상계권의 행사로 볼 여지가 있고 불법영득의사가 인정되지 아니하므로 횡령죄가 성립하지 아니한다(대법원2022. 12. 29. 선고2021도2088판결). 결국, 피고인이 비록 반환을 거부하였더라도 반환거부에 정당한 이유가 있다면 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없으므로 횡령죄가 성립하지 않는다(무죄). 23. 2차 경찰채용

구 교재 p. 350. 추가

② 용도가 엄격히 제한되거나 항목유용자체가 위법한 목적을 가지고 있는 경우

타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하거나 항목유용자체가 위법한 목적을 가지고 있는 경우에는 불법영득의사를 인정할 수 있으므로 본인을 위한 면이 있더라도 횡령죄가 성립된다.

용도가 엄격히 제한되거나 항목유용자체가 위법한 목적을 가지고 있는 경우(= 횡령죄 성립)

- A. 사립학교의 교비회계에 속하는 수입을 적법한 교비회계의 세출에 포함되는 용도 즉, 당해 학교의 교육에 직접 필요한 용도가 아닌 다른 용도에 사용하였다면 그 사용행위 자체로서 불법영득의사를 실현하는 것이 되어 그로 인한 죄책을 면할 수 없다(대판 2008.2.29. 2007도 9755).
- B. 구 사립학교법상 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고 학교회계 중 특히, 교비회계에 속하는 수입은 학교가 학생으로부터 징수하는 입학금·수업료 등으로 이루어지는 결과 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도를 엄격히 제한하고 있으므로, 학교법인의 법인회계에서 지출하여야 할 것을 교비회계에서 지출할 수는 없고, 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론, 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립하는바, 교비회계에 속하는 수입은 위와 같이 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도가 엄격히 제한되어 있으므로, 사립학교의 교비회계에 속하는 수입을 적법한 교비회계의 세출에 포함되는 용도, 즉 당해 학교의 교육에 직접 필요한 용도가 아닌 다른 용도에 사용하였다면 그 사용행위 자체로서 불법영득의사를 실현하는 것이 되어 그로 인한 죄책을 면할 수 없다(대법원2010. 3. 11. 선고2009도6482판결). 결국, 교비회계를 다른 용도로 사용하면 횡령죄가 성립한다. 23. 경찰승진

구 교재 p. 369. 추가

영업비밀 누설행위가 배임죄를 구성하는지의 여부

- A. 회사 관련 파일에 관한 보안준수서약서 또는 비밀유지서약서, 고용계약에 따른 부수적 의무 내지 신의칙상 퇴사시 위 파일들을 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있고, 업무상 필요가 있는 경우에 한하여 업무용 자료의 반출을 용인하고 있음에도 회사직원이 회사의 승낙을 받지 않은 채 위 파일들을 반출하고, 퇴사시에 위 사실을 고지하지 않은 채 위 파일들을 폐기하지 않고 계속 보관하여 위 파일들 중 일부를 경쟁업체에 반출한 경우, 위 파일들이 회사의 영업비밀 또는 영업상 주요한 자산에 해당한다면, 위 파일들의 각 반출행위 또는 파일들의 미반환·미폐기 행위는 업무상배임죄를 구성한다(대판 2008.4.24. 2006도9089).
- B. [1] 회사직원이 재직 중에 영업비밀 또는 영업상 주요한 자산을 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 무단으로 반출하였다면 타인의 사무를 처리하는 자로서 업무상의 임무에 위배하여 유출 또는 반출한 것이어서 유출 또는 반출 시에 업무상배임죄의 기수가 된다.
- [2] 회사직원이 영업비밀 등을 적법하게 반출하여 반출행위가 업무상배임죄에 해당하지 않는 경우라도, 퇴사 시에 영업비밀 등을 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있음에도 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 이를 반환하거나 폐기하지 아니하였다면, 이러한 행위 역시 퇴사 시에 업무상배임죄의 기수가 된다.
- [3] 그러나 회사직원이 퇴사한 후에는 특별한 사정이 없는 한 퇴사한 회사직원은 더 이상 업무상배임죄에서 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다.
- [4] 따라서 위와 같이 반환하거나 폐기하지 아니한 영업비밀 등을 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용하였다면 이는 이미 성립한 업무상배임 행위의 실행행위에 지나지 아니하므로, 그 유출 내지 이용행위가 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 위반(영업비밀누설등)죄에 해당하는지는 별론으로 하더라도, 따로 업무상배임죄를 구성할 여지는 없다.
- [5] 그리고 위와 같이 퇴사한 회사직원에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자의 지위를 인정할 수 없는 이상 제3자가 위와 같은 유출 내지 이용행위에 공모·가담하였다면 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다는 등의 사정이 없는 한 업무상배임죄의 공범 역시 성립할 수 없다(대판2017.6.29. 2017도3808). 결국, 이미 퇴사시에 업무상배임죄의 기수가 된 이상 그 후에 유출 내지 이용행위가 따로 업무상배임죄를 구성할 여지는 없다. 23. 2차 경찰채용

구 교재 p. 378. 추가

▶ 재산상 이익의 취득이 없는 사례(= 배임죄 불성립)

- ㉮ [1] 회사 직원이 경쟁업체 또는 스스로의 이익을 위하여 이용할 의사로 무단으로 자료를 반출한 행위가 업무상배임죄에 해당하기 위하여는, 그 자료가 반드시 영업비밀에 해당할 필요까지는 없다고 하겠지만 적어도 그 자료가 불특정 다수인에게 공개되어 있지 않아 보유자를 통하지 아니하고는 이를 통상 입수할 수 없고 그 보유자가 자료의 취득이나 개발을 위해 상당한 시간,

노력 및 비용을 들인 것으로서, 그 자료의 사용을 통해 경쟁상의 이익을 얻을 수 있는 정도의 영업상 주요한 자산에는 해당하여야 한다.

[2] 피고인 갑은 피해자 A주식회사의 과장으로 재직하면서 생산, A/S, 장비설치 등의 업무를 담당했던 사람이다. 갑은 A회사가 개발한 치과용 투시장비(“이 제품”이라 한다. 이 제품은 방사선과 투시영상을 이용한 치과용 진단 및 처치 장치, 즉 치과치료 중 실시간으로 환자의 구강 엑스레이 영상을 촬영하여 확인할 수 있게 해주는 장치)의 각 부품의 데이터 자료, 식품의약품안전청의 제조품목허가에 필요한 의료기기 기술문서, 품질규정, 품질절차서, 위 장비를 구동하는 소프트웨어 프로그램 소스데이터 및 작업표준서 등(투시장비의 정보 또는 자료)을 자신의 웹하드에 업로드하는 방법으로 가지고 나왔다하여 업무상배임죄로 기소된 사건이다.

[3] 갑이 반출한 이 제품의 각 부품의 데이터 자료, 의료기기 기술문서, 품질규정, 품질절차서, 위 장비를 구동하는 소프트웨어의 프로그램 소스데이터 및 작업표준서 등에 포함된 정보는 보유자를 통하지 아니하고서는 통상적으로 입수할 수 없다거나 보유자가 자료 취득·개발을 위해 상당한 시간, 노력 및 비용을 들인 것으로 이를 통해 경쟁상 이익을 얻을 수 있는 정도에 이르렀다고 할 수 없으므로 이를 A회사의 ‘영업상 주요한 자산’에 해당한다고 보기 어렵다. 그럼에도 갑이 반출한 자료가 피해자 회사의 영업상 주요한 자산에 해당한다는 전제에서 갑의 행위가 업무상배임죄를 구성한다는 원심의 판단에는 잘못이 있다(대법원2022. 6. 30. 선고2018도4794판결). 결국, 갑이 역설계 등의 방법으로 입수 가능한 상태에 있는 A회사의 정보(치과용 투시장비 자료)는 영업상 주요한 자산에 해당하지 아니하므로 무단으로 반출한 행위는 업무상배임죄에 해당하지 않는다.

(다) 재산상 이익의 취득

‘재산상이익 취득’ 과 ‘재산상손해 발생’ 사이에 일정한 관련성이 인정되어야 한다는 판례

[1] 업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하는 행위를 하고 그러한 임무위배행위로 인하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때 성립한다. 여기서 ‘재산상이익 취득’과 ‘재산상손해 발생’은 대등한 범죄성립요건이고, 이는 서로 대응하여 병렬적으로 규정되어 있다(형법 제356조, 제355조 제2항). 따라서 임무위배행위로 인하여 여러 재산상 이익과 손해가 발생하더라도 재산상이익과 손해 사이에 서로 대응하는 관계에 있는 등 일정한 관련성이 인정되어야 업무상배임죄가 성립한다.

[2] 피고인은 ○○군수이자 사단법인 ○○군교육발전위원회(이하 ‘이 사건 위원회’라 한다)의 이사장으로서 이 사건 위원회 재산을 유지 및 보존, 관리하여야 할 업무상 임무가 있는 사람이다. 피고인은 2016. 12. 16.경 ○○축협 조합원들이 ○○군에서 추진하던 신공항 사업을 반대한다는 이유 등으로 ○○군 총무과장 등 직원들에게 지시하여 이 사건 위원회 명의로 ○○축협에 예치된 20억 원 상당의 정기예금을 중도해지하고 그 돈을 ○○농협에 재예치하도록 함으로써 이 사건 위원회로 하여금 ○○축협의 정기예금 중도해지로 인해 만기 이자 중 25,365,760원을 지급받지 못하게 한 경우, 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하기 위해서는 피고인의 임무위배행위로 인한 재산상 손해와 이익 사이에 대응관계가 있는 등 관련성이 인정되어야 하는데, 이 사건 위원회의 재산상 손해와 ○○농협의 재산상이익 사이에는 위와 같은 관련성이 있다고 볼 수 없다.

[3] ○○농협이 20억 원의 운용기회를 취득한 것은 이 사건 위원회와 정기예금계약을 체결하였

기 때문인데, ○○농협은 정기예금계약에 따라 이 사건 위원회에 이에 따른 이자를 지급하게 된다. 그러나 중도해지한 예금의 재예치 여부는 피고인의 선택에 따른 것이고 반드시 정기예금 중도해지에 수반된 것이라고 볼 수 없으므로, ○○농협이 이 사건 위원회에 통상적인 이율보다 지나치게 낮은 정기예금 이자를 지급하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, ○○농협이 취득한 자금운용의 기회가 곧바로 피고인의 임무위배행위로 인하여 취득한 재산상 이익에 해당한다고 단정하기 어렵다. ○○농협이 이 사건 위원회에 통상적인 이율보다 지나치게 낮은 이자를 지급하여 재산상 이익을 취득하였다는 등의 특별한 사정에 관한 증명책임은 검사에게 있으나, 기록상 이를 인정할 증거를 찾을 수 없다(대법원2022. 8. 25. 선고2022도3717판결). 결국, ○○농협이 20억 원의 자금을 예치받아 이를 운용할 수 있는 기회를 획득한 것은 피고인의 임무위배행위로 인하여 제3자가 취득한 재산상 이익에 해당한다고 볼 수 없으므로, 피고인에게서는 업무상배임죄가 성립하지 않는다. 23. 2차 경찰채용

(3) 착수·기수시기

구 교재 p. 392. 추가

9. 자동차의 이중양도

자동차 이중양도와 이중매매의 배임죄 성부(= 배임죄 불성립)

A. [1] 금전채무의 이행은 어디까지나 채무자가 자신의 급부의무의 이행으로서 행하는 것이므로 이를 두고 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 채무자를 채권자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없다. 위와 같은 법리는, 금전채무를 담보하기 위하여 '공장 및 광업재단 저당법'에 따라 저당권이 설정된 동산을 채무자가 제3자에게 임의로 처분한 사안에도 마찬가지로 적용된다(저당권이 설정된 자동차를 임의처분한 경우).

[2] 동산 매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로('자기의 사무'에 해당하므로), 매도인이 목적물을 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하지 아니한다. 위와 같은 법리는 권리이전에 등기·등록을 요하는 동산에 대한 매매계약에서도 동일하게 적용되므로, 자동차 등의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하여, 매도인이 매수인에게 소유권이전등록을 하지 아니하고 타에 처분하였다고 하더라도 마찬가지로 배임죄가 성립하지 아니한다(자동차 이중매매의 경우). 23. 1차 경찰채용

[3] 갑이 피해자인 A주식회사로부터 버스 2대 구입자금을 각 대출받으면서 위 각 버스에 저당권을 각 설정하였으나, 갑에게 위 각 버스를 담보목적에 맞게 보관하여야 할 임무가 있었음에도, 이를 처분함으로써 재산상 이익을 취득하고 A주식회사에게 재산상 손해를 가하였다하여 배임죄로 기소된 사안이다. 대법원은 갑이 A주식회사에 대한 채무 담보를 목적으로 위 각 버스에 관하여 저당권을 설정하였더라도 갑이 A주식회사와의 신임관계에 기초하여 피해자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없는 이상, 갑을 A주식회사에 대한 관계에서 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 갑이 저당권이 설정된 위 각 버스를 처분하였더라도 배임죄가 성립하지 아니한다.

[4] 갑이 피해자 을에게 버스 1대를 3,600만 원에 매도하기로 하여 그로부터 계약금 및 중도금 명목으로 2,000만 원을 지급받았음에도 위 버스에 관하여 병 금고에게 공동근저당권을 설정하여 주어 병 금고로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하고, 을에게 손해를 입혔다는 이유로 배임죄로 기소된 사안이다. 대법원은 갑이 을에 대하여 위 버스에 관한 소유권이전등록의무를 지고 있더라도 그러한 의무는 위 매매계약에 따른 갑 자신의 사무일 뿐 갑이 을과의 신임관계에 기초하여 을의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없는 이상, 갑을 을에 대한 관계에서 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 갑이 위 버스에 공동근저당권을 설정하였더라도 배임죄가 성립하지 아니한다(대법원 2020.10.22. 선고2020도6258 전원합의체 판결). ⇨ 저당권이 설정된 자동차를 임의처분한 경우에도 배임죄가 성립할 수 없고, 자동차 이중매매의 경우에도 배임죄가 성립하지 않는다.

B. 피고인이 피해자 회사에게 이 사건 자동차를 양도담보로 제공하기로 약정하여 이에 관하여 등록명의를 이전해 주어야 할 의무를 부담함에도 제3자에게 임의로 매도한 행위에 대하여 배임죄로 기소된 사안에서, 자동차 등에 관하여 양도담보설정계약을 체결한 채무자는 채권자에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 채무자가 채권자에게 양도담보설정 계약에 따른 의무를 다하지 아니하고 이를 타에 처분하였다고 하더라도 배임죄가 성립하지 아니한다(대법원2022. 12. 22. 선고 2020도8682 전원합의체판결). ⇨ 자동차 양도담보설정 계약을 체결한 채무자가 채권자에게 소유권이전등록의무를 이행하지 않은 채 제3자에게 담보 목적 자동차를 처분한 행위는 배임죄가 성립하지 않는다. 따라서 종래 자동차의 양도담보의 경우에 배임죄를 인정한 판례(대법원 89도350 판결 등)는 모두 변경한다.

구 교재 p. 394. 추가

12. 요양급여채권의 양도담보

요양급여채권의 양도담보 배임죄 성부(= 배임죄 불성립)

병원장인 피고인이 피해자로부터 금전을 차용하면서 피고인이 국민건강보험공단에 대하여 가지는 요양급여채권을 피해자에게 포괄근담보로 제공하는 채권양도담보계약을 체결한 후, 피고인은 위 계약에 따라 양도담보권자인 피해자를 위해 위 채권을 성실하게 관리하여야 할 임무가 있었음에도 이에 위배하여 위 채권을 친형에게 이중으로 양도하고 국민건강보험공단으로부터 약 7억원을 지급받게 함으로써 피해자에게 위 금액 또는 피고인의 피담보채무액인 약 6억원 상당의 재산상 손해를 가하여 특경법상 배임죄로 기소된 사안에서 피고인이 피해자에게 채권양도담보에 관한 대항요건을 갖추어 주기 전에 담보 목적 채권을 타에 이중으로 양도하고 제3채무자에게 그 채권양도통지를 하였다 하더라도, 피고인이 피해자와의 신임관계에 의하여 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다고 볼 수 없어 배임죄는 성립하지 않는다(대법원2021. 7. 15. 선고2015도5184판결). ⇨ 요양급여채권 이중양도의 경우에도 배임죄가 성립하지 않는다.

13. 특허권의 이중양도

특허권의 이중양도 배임죄 성부(= 배임죄 성립)

직무발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리 등을 사용자등에게 승계한다는 취지를 정한 약정 또는 근무규정의 적용을 받는 종업원 등은 사용자등이 이를 승계하지 아니하기로 확정되기 전까지는 임의로 위와 같은 승계약정 또는 근무규정의 구속에서 벗어날 수 없는 상태에 있는 것이어서, 종업원 등이 그 발명의 내용에 관한 비밀을 유지한 채 사용자등의 특허권 등 권리의 취득에 협력하여야 할 의무는 자기 사무의 처리라는 측면과 아울러 상대방의 재산보전에 협력하는 타인 사무의 처리라는 성격을 동시에 가지게 되므로, 이러한 경우 종업원 등은 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 할 것이다. 따라서 위와 같은 지위에 있는 종업원 등이 임무를 위반하여 직무발명을 완성하고도 그 사실을 사용자등에게 알리지 않은 채 그 발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 제3자에게 이중으로 양도하여 제3자가 특허권 등록까지 마치도록 하는 등으로 그 발명의 내용이 공개되도록 하였다면, 이는 사용자등에게 손해를 가하는 행위로써 배임죄를 구성한다(대법원2012. 11. 15. 선고2012도6676판결). ⇨ A회사 종업원인 갑이 발명에 관한 특허권을 사용자에게 승계한다고 하고서는 몰래 이중양도하였다면 사용자에게 배임죄를 구성한다. 24. 경찰간부

구 교재 p. 395. 추가

3. 객관적 구성요건

(1) 행위의 주체(타인의 사무처리자)

- ① 의의 : 본죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자이다(진정신분범). 타인의 사무를 처리하는 자의 뜻은 배임죄에 있어서와 같다.

'타인의 사무를 처리하는 자'의 의미

A. [1] 형법 제357조 제1항에서 정한 배임수재죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'란 타인과의 대내관계에서 신의성실의 원칙에 비추어 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 의미하고, 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 그 사무에 관한 권한이 존재할 것을 요하지 않으며, 또 사무가 포괄적 위탁사무일 것을 요하는 것도 아니고, 사무처리의 근거, 즉 신임관계의 발생근거는 법령의 규정, 법률행위, 관습 또는 사무관리로도 발생할 수 있으며, '임무에 관하여'란 타인의 사무를 처리하는 자가 위탁받은 사무를 말하는 것이나 이는 본래의 사무뿐만 아니라 그와 밀접한 관계가 있는 범위 내의 사무도 포함되고, 나아가 고유의 권한으로 처리를 하는 자에 한하지 않고 보조기관으로서 직접 또는 간접으로 사무를 담당하는 자도 포함되고, '부정한 청탁'이란 반드시 업무상배임의 정도에 이를 것을 요하지 않으며, 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것이면 족하고, 이를 판단할 때에는 청탁의 내용 및 이에 관련한 대가의 액수, 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며, 청탁이 반드시 명시적일 것을 요하지 않는다.

[2] 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 등을 취득함으로써 성립하는 것이고, 어떠한 임무위배행위나 본인에게 손해를 가할 것을 요건으로 하는 것은 아니다.

[3] 주택조합아파트 시공회사 직원인 피고인들이 조합장으로부터 조합의 이중분양에 관한 민원을 회사에 보고하지 않고 묵인하거나 이중분양에 대한 조치를 강구할 때 조합의 입장을 배려하여 달라는 청탁을 받고 위 아파트 분양권을 취득한 경우, 피고인들은 배임수재죄가 인정된다(대법원 2011. 2. 24. 선고 2010도11784 판결). 23. 1차 경찰채용

B. [1] 배임수재죄 주체로서 '타인의 사무를 처리하는 자'란 타인과 대내관계에서 신의성실의 원칙에 비추어 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 의미하고, 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 사무에 관한 권한이 존재할 것을 요하지 않으며, 또 사무가 포괄적 위탁사무일 것을 요하는 것도 아니고, 사무처리의 근거, 즉 신임관계의 발생근거는 법령의 규정, 법률행위, 관습 또는 사무관리에 의하여도 발생할 수 있다.

[2] 시·도 화물자동차운송사업협회 대표자인 피고인들이 甲으로부터 전국화물자동차운송사업연합회 회장 선거에서 자신을 지지해달라는 취지의 청탁을 받고 돈을 수수한 경우, 구 화물자동차운수사업법 제33조 제1항, 제2항, 제9항, 제35조 제1항 및 연합회와 지역협회 각 정관규정 등에 의하면, 각 지역협회 대표자가 연합회 총회에서 총회의 구성원이 되어 회장 선출에 관한 선거권 내지 의결권을 행사하는 것은 연합회 회원인 각 지역협회 업무집행기관으로서 권한을 행사하는 것에 불과하므로, 이러한 대표자의 권한행사는 자기의 사무를 처리하는 것이 아니라 타인인 '지역협회'의 사무를 처리하는 것으로 보아야 한다(대판 2011.8.25. 2009도5618).

구 교재 p. 422. 추가

(1) 손괴

손괴란 재물 등에 직접 유형력을 행사하여 물체의 상태를 변화시킴으로서 그 이용가치를 해하는 것을 말한다. 반드시 중요부분을 훼손할 필요는 없고 간단히 수리할 수 있는 경미한 정도도 포함된다(자동차 타이어에서 바람을 빼버리는 것). 또한 손괴는 반드시 영구적임을 요하지 않고 일시적이라도 충분하다(금반지를 금니로 만들기 위해 녹이는 행위, 문서에 첨부된 인지를 떼어내는 행위, 냉장고에 든 아이스크림을 꺼내 놓아 녹여버린 행위, 문서의 내용을 일부 말소하는 행위).

일시적 효용침해도 손괴인지 여부(= 손괴죄 성립)

A. 재물손괴죄에 있어서 손괴라 함은 물질적인 파괴행위로 인하여 물건의 본래의 목적에 공할 수 없는 상태로 만드는 경우뿐만 아니라 일시 그 물건의 구체적 역할을 할 수 없는 상태로 하는 경우에도 효용을 해하는 경우에 해당한다(대판 1982.7.13. 82도1057).

B. [1] 문서손괴죄는 타인 소유의 문서를 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해함으로써 성립하고, 문서의 효용을 해한다고 함은 그 문서를 본래의 사용목적에 제공할 수 없게 하는 상태로 만드는 것은 물론 일시적으로 그것을 이용할 수 없는 상태로 만드는 것도 포함한다. [2] 따라서 소유자의 의사에 따라 어느 장소에 게시중인 문서를 소유자의 의사에 반하여 떼어내는 것과 같이 소유자의 의사에 따라 형성된 종래의 이용상태를 변경시켜 종래의 상태에 따른 이용을 일시적으로 불가능하게 하는 경우에도 문서손괴죄가 성립할 수 있다.

[3] 그러나 문서손괴죄는 문서의 소유자가 그 문서를 소유하면서 사용하는 것을 보호하려는 것이므로, 어느 문서에 대한 종래의 사용상태가 문서소유자의 의사에 반하여 또는 문서소유자

의 의사와 무관하게 이루어진 것일 경우에 단순히 그 종래의 사용상태를 제거하거나 변경시키는 것에 불과하고 이를 손괴, 은닉하는 등으로 새로이 문서소유자의 그 문서사용에 지장을 초래하지 않는 경우에는 문서의 효용, 즉 문서소유자의 문서에 대한 사용가치를 일시적으로도 해하였다고 할 수 없어서 문서손괴죄가 성립하지 아니한다(대법원2015. 11. 27. 선고2014도 13083판결). 23. 1차 경찰채용

② 방법

구 교재 p. 423. 추가

▶ 손괴에 해당하지 않는 사례

C. [1] 재물손괴죄(형법 제366조)는 다른 사람의 재물을 손괴 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 경우에 성립하는 범죄로, 행위자에게 다른 사람의 재물을 자기 소유물처럼 그 경제적 용법에 따라 이용·처분할 의사(불법영득의사)가 없다는 점에서 절도, 강도, 사기, 공갈, 횡령 등 영득죄와 구별된다. 다른 사람의 소유물을 본래의 용법에 따라 무단으로 사용·수익하는 행위는 소유자를 배제한 채 물건의 이용가치를 영득하는 것이고, 그 때문에 소유자가 물건의 효용을 누리지 못하게 되었더라도 효용 자체가 침해된 것이 아니므로 재물손괴죄에 해당하지 않는다.

[2] 피고인이 타인 소유 토지에 권원 없이 건물을 신축한 경우, 피고인의 행위는 이미 대지화된 토지에 건물을 새로 지어 부지로서 사용·수익함으로써 그 소유자로 하여금 효용을 누리지 못하게 한 것일 뿐 토지의 효용을 해하지 않았으므로, 재물손괴죄가 성립하지 않는다(대법원2022. 11. 30. 선고2022도1410판결). 결국, 타인의 토지 지상에 건물을 신축행위에 대하여, 토지에 관한 재물손괴죄가 성립하지 않는다. 23. 1차2차 경찰채용

구 교재 p. 436. 추가

(2) 권리행사의 방해

본죄는 취거·은닉 또는 손괴행위를 하여 권리행사를 방해할 우려가 있는 상태에 이르면 기수가 되는 위법범이다(추상적 위법범). 권리행사의 현실적 방해는 요하지 않는다.

4. 공범

(1) 공동정범

형법 제323조 권리행사방해죄는 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건을 취거, 은닉 또는 손괴하여 타인의 권리행사를 방해함으로써 성립하므로 그 취거, 은닉 또는 손괴한 물건이 자기의 물건이 아니라면 권리행사방해죄가 성립할 수 없다. 물건의 소유자가 아닌 사람은 형법 제33조 본문에 따라 소유자의 권리행사방해범행에 가담한 경우에 한하여 그의 공범이 될 수 있을 뿐이다. 그러나 권리행사방해죄의 공범으로 기소된 물건의 소유자에게 고의가 없는 등으로 범죄가 성립하지 않는다면 공동정범이 성립할 여지가 없다. 따라서 공동정범으로 기소된 위 에쿠스 승용차의 소유자인 갑이 무죄인 이상, 소유자가 아닌 을 단독으로는 더 이상 권리행사방해죄의 주체가 될 수 없다(대법원2017. 5. 30. 선고2017도4578판결). 23. 1차 경찰채용

(2) 교사범

[1] 갑은 지상 5층 신축건물의 소유자이고, 병은 나중에 이 건물 및 부지를 매입하기 위하여 갑이 필요한 자금인 7억 원을 대납 조건으로 이 건물 5층에서 약 2개월 동안 병을 포함한 가족들과 함께 임시로 거주하고 있었다. 갑은 병에게 위 돈이 입금되지 않았다면 퇴거를 요구하였으나 받아들여지지 않자, 병의 가족을 내쫓을 목적으로 자신의 아들인 을에게 이 건물 5층 현관문에 설치된 디지털 도어락의 비밀번호를 변경할 것을 지시하였고, 을은 갑의 지시에 따라 도어락의 비밀번호를 변경하였다. 이로써 갑은 병의 점유의 목적이 된 자기의 물건인 이 사건 도어락에 대한 권리행사방해를 교사하였다는 것이다.

[2] 교사범이 성립하려면 교사자의 교사행위와 정범의 실행행위가 있어야 하므로, 정범의 성립은 교사범 구성요건의 일부이고 교사범이 성립하려면 정범의 범죄행위가 인정되어야 한다.

[3] 물건의 소유자가 아닌 사람은 형법 제33조 본문에 따라 소유자의 권리행사방해 범행에 가담한 경우에 한하여 그의 공범이 될 수 있을 뿐이다.

[4] 그러나 이 사건 도어락은 갑의 소유의 물건일 뿐 을 소유의 물건은 아니다. 따라서 을이 자기의 물건이 아닌 이 사건 도어락의 비밀번호를 변경하였다고 하더라도 권리행사방해죄가 성립할 수 없고, 정범인 을에게 권리행사방해죄가 인정되지 않는 이상 교사자인 갑도 권리행사방해죄의 교사죄가 성립할 수 없다(대법원2022. 9. 15. 선고2022도5827판결). 결국, 갑과 을 모두 권리행사방해죄가 성립하지 않는다(무죄) 23. 2차 경찰채용

구 교재 p. 438. 추가

보전처분 단계에서의 가압류채권자의 지위(= 강제집행면탈죄의 객체인 재산에 불해당)

- A. [1] 강제집행면탈죄의 객체는 채무자의 재산 중에서 채권자가 민사집행법상 강제집행 또는 보전처분의 대상으로 삼을 수 있는 것만을 의미하므로, '보전처분 단계에서의 가압류채권자의 지위' 자체는 원칙적으로 민사집행법상 강제집행 또는 보전처분의 대상이 될 수 없어 강제집행면탈죄의 객체에 해당한다고 볼 수 없고, 이는 가압류채무자가 가압류해방금을 공탁한 경우에도 마찬가지이다.
- [2] 채무자가 가압류채권자의 지위에 있으면서 가압류집행해제를 신청함으로써 그 지위를 상실하는 행위는 형법 제327조에서 정한 '은닉, 손괴, 허위양도 또는 허위채무부담' 등 강제집행면탈행위의 어느 유형에도 포함되지 않는 것이므로, 이러한 행위를 처벌대상으로 삼을 수 없다(대판 2008.9.11. 2006도8721).
- B. [1] 형법 제327조의 강제집행면탈죄는 객관적으로 민사소송법에 의한 강제집행 또는가압류, 가처분의 집행을 받을 우려가 있는 상태에서 주관적으로 강제집행을 면탈하려는 목적으로 재산을 은닉, 손괴, 허위양도하거나 허위의 채무를 부담하여 채권자를 해할 위험이 있는 경우에 성립한다.
- [2] 가압류에는 처분금지적 효력이 있으므로 가압류 후에 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자 또는 그 제3취득자에 대한 채권자는 그 소유권 또는 채권으로써 가압류권자에게 대항할 수 없다. 따라서 가압류 후에 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자가 다른 사람에 대한 허위의 채무에 기하여 근저당권설정등기 등을 경료하더라도 이로써 가압류 채권자의 법률상 지위에 어떤 영향을 미치지 않으므로, 강제집행면탈죄에 해당하지 아니한다(대법원2008. 5. 29.선고 2008도2476판결). 23. 1차 경찰채용

구 교재 p. 440. 추가

▶ 강제집행을 받을 상태에 해당하지 않는 사례

- ㉠ 피고인이 발행한 수표들이 부도나기 전 2주일 전에 피고인 소유의 토지를 매각하여 소유권이 전등기를 경료해 준 경우(대판 1981.6.23. 81도588)
- ㉡ 피고인이 채무를 부담하고 있기는 하였으나 이행기가 도과되어 채권자들로부터 채무변제의 독촉을 받고 있는 상태는 아닌 경우(대판 1974.10.8. 74도1798)
- ㉢ [1] 강제집행면탈죄가 성립하려면 행위자의 주관적인 강제집행을 면탈하려는 의도가 객관적으로 강제집행을 당할 급박한 상태하에서 나타나야 한다.
- [2] 피고인이 그 형에게 빚진 것 같이 꾸미고 그 때문에 자기소유 부동산을 그에게 넘긴 것으로 꾸며 가등기하여 줄 때에는 피고인이 발행한 약속어음들의 지급기일이 되기 전이었으며 어음의 부도도 있기 전이었으며 피고인이 어음소지인등으로부터 어음금의 지급요구를 받는 등 채무변제의 독촉을 받았다거나 채권자들이 피고인을 상대로 법적절차를 취하기 위한 준비를 하고 있었다는 사실을 인정한 바도 없으니 피고인이 그 재산을 형에게 빼돌린 일이 그가 강제집행을 당할 급박한 객관적 상태하에서 한 것으로 볼 수 없으므로 강제집행면탈죄가 성립하지 아니한다(대법원1979. 9. 11.

선고79도436판결). 23. 경찰승진

- ㉔ 압류금지채권의 목적물이 채무자의 예금계좌에 입금된 경우에는 그 예금채권에 대하여 더 이상 압류금지의 효력이 미치지 아니하므로 그 예금은 압류금지채권에 해당하지 않지만, 압류금지채권의 목적물이 채무자의 예금계좌에 입금되기 전까지는 여전히 강제집행 또는 보전처분의 대상이 될 수 없으므로, 압류금지채권의 목적물을 수령하는 데 사용하던 기존 예금계좌가 채권자에 의해 압류된 채무자가 압류되지 않은 다른 예금계좌를 통하여 그 목적물을 수령하더라도 강제집행이 임박한 채권자의 권리를 침해할 위험이 있는 행위라고 볼 수 없어 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다(대판 2017.8.18. 2017도6229).
⇒ 압류되지 않은 다른 예금계좌를 통하여 휴업급여를 수령하더라도 강제집행면탈죄가 성립되지 않는다.

구 교재 p. 448. 추가

(2) 단체 또는 집단

단체란 공동목적을 가진 특정다수인의 계속적인 결합체를 말한다. 단체로 인정되기 위해서는 ① 공동의 목적 ② 최소한의 통솔체계 ③ 조직성 ④ 시간적 계속성을 구비하여야 한다. 집단은 합법적인 단체와는 달라 범죄단체의 특성상 단체로서의 계속적인 결집성이 다소 불안정하고 그 통솔체제가 대내외적으로 반드시 명확하지 않은 것처럼 보이더라도 구성원들 간의 관계가 선·후배 혹은 형, 아우로 뭉쳐져 그들 특유의 규율에 따른 통솔이 이루어져 단체나 집단으로서의 위력을 발휘하는 경우를 말한다.(대판 1997.10.10. 97도1829) 단체 결성식이나 가입식과 같은 특별한 절차가 있어야만 성립되는 것은 아니다(대판 2005.9.9. 2005도3857).

단체와 집단의 구별

- [1] 범죄단체·집단의 조직·가입·활동죄는 사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 징역에 해당하는 범죄를 목적으로 하는 단체 또는 집단을 조직하거나 이에 가입 또는 그 구성원으로 활동한 사람은 그 목적인 죄에 정한 형으로 처벌한다. 다만, 형을 감경할 수 있다(제114조).
- [2] 형법 제114조에서 정한 ‘범죄를 목적으로 하는 단체’란 특정 다수인이 일정한 범죄를 수행한다는 공동목적 아래 구성한 계속적인 결합체로서 그 단체를 주도하거나 내부의 질서를 유지하는 최소한의 통솔체계를 갖춘 것을 의미한다.
- [3] 형법 제114조에서 정한 ‘범죄를 목적으로 하는 집단’이란 특정 다수인이 사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 범죄를 수행한다는 공동목적 아래 구성원들이 정해진 역할분담에 따라 행동함으로써 범죄를 반복적으로 실행할 수 있는 조직체계를 갖춘 계속적인 결합체를 의미한다. ‘범죄단체’에서 요구되는 ‘최소한의 통솔체계’를 갖추는 필요는 없지만, 범죄의 계획과 실행을 용이하게 할 정도의 조직적 구조를 갖추어야 한다(대법원 2020.8.20. 선고2019도16263판결). ⇒ 단체는 최소한의 통솔체계를 갖춘 것을 의미하나, 집단은 ‘최소한의 통솔체계’를 갖추는 필요는 없는 것으로서 단체와 집단의 개념을 반드시 구별하여야 한다.(체·통 좀 지키세요).

형법상 범죄단체에 해당한다고 본 판례

[1] 형법 제114조에서 정한 ‘범죄를 목적으로 하는 단체’란 특정 다수인이 일정한 범죄를 수행한다는 공동목적 아래 구성된 계속적인 결합체로서 그 단체를 주도하거나 내부의 질서를 유지하는 최소한의 통솔체계를 갖춘 것을 의미한다.

[2] 피고인들이 불특정 다수의 피해자들에게 전화하여 금융기관 등을 사칭하면서 신용등급을 올려 낮은 이자로 대출을 해주겠다고 속여 신용관리비용 명목의 돈을 송금받아 편취할 목적으로 보이스피싱 사기 조직을 구성하고 이에 가담하여 조직원으로 활동함으로써 범죄단체를 조직하거나 이에 가입·활동하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 보이스피싱 조직은 보이스피싱이라는 사기범죄를 목적으로 구성된 다수인의 계속적인 결합체로서 총책을 중심으로 간부급 조직원들과 상담원들, 현금인출책 등으로 구성되어 내부의 위계질서가 유지되고 조직원의 역할 분담이 이루어지는 최소한의 통솔체계를 갖춘 형법상의 범죄단체에 해당하고, 보이스피싱 조직의 업무를 수행한 피고인들에게 범죄단체 가입 및 활동에 대한 고의가 인정되며, 피고인들의 보이스피싱 조직에 의한 사기범죄 행위가 범죄단체 활동에 해당한다(대법원2017. 10. 26. 선고2017도8600 판결). 23. 경찰승진

형법상 범죄집단에 해당한다고 본 판례

[1] 형법 제114조에서 정한 ‘범죄를 목적으로 하는 집단’이란 특정 다수인이 사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 범죄를 수행한다는 공동목적 아래 구성원들이 정해진 역할분담에 따라 행동함으로써 범죄를 반복적으로 실행할 수 있는 조직체계를 갖춘 계속적인 결합체를 의미한다. ‘범죄단체’에서 요구되는 ‘최소한의 통솔체계’를 갖추는 필요는 없지만, 범죄의 계획과 실행을 용이하게 할 정도의 조직적 구조를 갖추어야 한다. 23. 경찰승진

[2] 피고인 갑은 무등록 중고차 매매상사(외부사무실)를 운영하면서 피해자들을 기망하여 중고차량을 불법으로 판매해 금원을 편취할 목적으로 외부사무실 등에서 범죄집단을 조직·활동하고, 피고인 갑, 을을 제외한 나머지 피고인들은 범죄집단에 가입·활동하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 외부사무실은 특정 다수인이 사기범행을 수행한다는 공동목적 아래 구성원들이 대표, 팀장, 출동조, 전화상담원 등 정해진 역할분담에 따라 행동함으로써 사기범행을 반복적으로 실행하는 체계를 갖춘 결합체, 즉 형법 제114조의 ‘범죄를 목적으로 하는 집단’에 해당한다(대법원 2020. 8. 20. 선고2019도16263판결). 결국, 단체(보이스피싱 조직)는 최소한의 통솔체계를 갖춘 것을 의미하나, 집단(무등록 중고차 매매상사 운영)은 ‘최소한의 통솔체계’를 갖추는 필요는 없는 것으로서 단체와 집단의 개념을 반드시 구별하여야 한다.(체·통 좀 지키세요).

기존의 범죄단체를 이용하여 새로운 범죄단체를 구성하는 경우

A. 기존의 범죄단체를 이용하여 새로운 범죄단체를 구성하는 경우는 기존의 범죄단체가 이미 해체 내지 와해된 상태에 있어 그 조직을 재건하는 경우, 기존의 범죄단체에서 분리되어 나와 별도의 범죄단체를 구성하는 경우, 현재 활동중인 범죄단체가 다른 범죄단체를 흡수하거나, 그와 통합하는 경우 등으로 그 조직이 완전히 변경됨으로써 기존의 범죄단체와 동일성이 없는 별개의 단체로 인정될 수 있을 정도에 이른 경우를 말한다(대판 2004.1.16. 2003도 5882).

B. 기존 범죄단체의 두목이 바뀌고 활동 영역과 태양이 변화하였으나 그 조직이 완전히 변경됨

로써 기존의 범죄단체와 동일성이 없는 별개의 단체로 인정될 수 있을 정도에 이르렀다고 볼 수 없는 경우에는 폭력행위등처벌에관한법률 제4조 제1항 소정의 범죄단체의 구성에 해당하지 않는다(대판 2000.3.24. 2000도102).

구 교재 p. 467. 추가

무주물을 자기소유의 물건에 준하는 것으로 보아 자기소유 일반물건방화죄로 처벌할 수 있는지 여부(= 긍정)

[1] 불을 놓아 무주물을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 경우에는 ‘무주물’을 ‘자기 소유의 물건’에 준하는 것으로 보아 형법 제167조 제2항을 적용하여 처벌하여야 한다.

[2] 노상에서 진봇대 주변에 놓인 재활용품과 쓰레기 등에 불을 놓아 소훼한 경우, 그 재활용품과 쓰레기 등은 ‘무주물’로서 형법 제167조 제2항에 정한 ‘자기 소유의 물건’에 준하는 것으로 보아야 하므로, 여기에 불을 붙인 후 불상의 가연물을 집어넣어 그 화염을 키움으로써 전선을 비롯한 주변의 가연물에 손상을 입히거나 바람에 의하여 다른 곳으로 불이 옮겨붙을 수 있는 공공의 위험을 발생하게 하였다면, 일반물건방화죄가 성립한다(대판 2009.10.15. 2009도7421).

폐가의 경우, 제166조의 건조물이 아니라 제167조 물건에 해당한다는 판례

[1] 형법상 방화죄의 객체인 건조물은 토지에 정착되고 벽 또는 기둥과 지붕 또는 천장으로 구성되어 사람이 내부에 기거하거나 출입할 수 있는 공작물을 말하고, 반드시 사람의 주거용이어야 하는 것은 아니라도 사람이 사실상 기거·취침에 사용할 수 있는 정도는 되어야 한다.

[2] 이 사건 폐가는 지붕과 문짝, 창문이 없고 담장과 일부 벽체가 붕괴된 철거 대상 건물로서 사실상 기거·취침에 사용할 수 없는 상태의 것이므로 형법 제166조의 건조물이 아닌 형법 제167조의 물건에 해당하고, 피고인이 이 사건 폐가의 내부와 외부에 쓰레기를 모아놓고 태워 그 불길이 이 사건 폐가 주변수목 4~5그루를 태우고 폐가의 벽을 일부 그을리게 하는 정도만으로는 방화죄의 기수에 이르렀다고 보기 어려우며, 일반물건방화죄에 관하여는 미수범의 처벌 규정이 없으므로 일반물건방화죄도 성립하지 않는다(대법원2013. 12. 12. 선고2013도3950판결). ⇨ 피고인은 무죄이다. 24. 경찰간부

구 교재 p. 472. 추가

제12항 방화 등 예비·음모죄

제175조(예비·음모) 제164조 제1항(현주건조물 등 방화죄), 제165조(공용건조물 등 방화죄), 제166조 제1항(타인소유일반건조물 등 방화죄), 제172조 제1항(폭발성물건파열죄), 제172조의 2 제1항(가스·전기 등 방류죄), 제173조 제1항과 제2항의 죄(가스·전기 등 공급방해죄)를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 5년 이하의 징역에 처한다. 단 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 형을 감경 또는 면제한다.

죄를 지은 후 수사기관에 자수한 경우에는 형법 제52조(자수규정)가 적용되므로, 형을 감경하거나 면제할 수 있다(임의적 감면). 그러나 제164조 제1항(현주건조물 등 방화죄), 제165조(공용건조물 등 방화죄), 제166조 제1항(타인소유일반건조물 등 방화죄), 제172조 제1항(폭발성물건파열죄), 제172조의 2 제1항(가스·전기 등 방류죄), 제173조 제1항과 제2항의 죄(가스·전기 등 공급방해죄)를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 5년 이하의 징역에 처한다. 단 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에(예비, 음모단계) 자수한 때에는 형을 감경 또는 면제한다(필요적 감면). 23. 1차 경찰채용

(참고) 예비·음모죄 중 자수한 경우, 필요적감면 규정이 있는 범죄는 범죄는 다음과 같다.
 ㉠ 내란의 죄(제90조) ㉡ 외환의 죄(제101조) ㉢ 외국에 대한 사전죄(제111조 제3항) ㉣ 폭발물사용죄(제120조 제1항) ㉤ 폭발성물건파열죄(제172조), 가스·전기 등 방류죄(제172조의 2 제1항), 가스·전기 등 공급방해죄(제173조 제1항과 제2항의 죄) ㉥ 현주건조물방화죄(제164조), 공용건조물방화죄(제165조), 일반건조물등방화죄(제166조) ㉦ 통화위조죄(제213조) 등
 (암기) 부부 내.외가 서로 사.통해서 서로 폭발하여 방화하였다.

구 교재 p. 499. 추가

유가증권의 개념요소

A. 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, 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(대판 2001.8.24. 2001도2832).

B. [1] 형법상 유가증권이라 함은 증권상에 표시된 재산상의 권리의 행사와 처분에 그 증권의 점유를 필요로 하는 것을 총칭하는 것이다.

[2] 스키장의 리프트탑승권은 형법상 유가증권이다.

[3] 유가증권도 그것이 정상적으로 발행된 것은 물론 비록 작성권한 없는 자에 의하여 위조된 것이라고 하더라도 절차에 따라 몰수되기까지는 그 소지자의 점유를 보호하여야 한다는 점에서 형법상 재물로서 절도죄의 객체가 된다. 24. 경찰간부

[4] 리프트탑승권 발매기를 전산조작하여 위조한 탑승권을 발매기에서 뜯어 간 행위는 탑승권 위조행위와 위조탑승권 절취행위가 결합된 것이라는 이유로, 위조탑승권의 장물성을 인정

한다. 따라서 갑이 위 위조한 리프트탑승권을 절취하고, 을이 그 정을 알면서 갑으로부터 절취한 리프트탑승권을 매수하였다면 을의 행위는 위조된 유가증권인 리프트탑승권에 대한 장물취득죄를 구성한다(대법원1998. 11. 24. 선고98도2967판결). 결국, 갑은 유가증권위조와 동행사 및 절도죄의 실제적 경합관계에 있고, 을은 장물취득죄가 성립한다.

구 교재 p. 526. 추가

- ② 포괄적 위임을 받은 자는 원칙적으로 사문서위조죄가 성립하지 아니하나, 위임범위를 초월하거나 위임의 본지에 반하여 문서를 작성한 경우에는 위조가 성립할 수 있다.

▶ 포괄적 권한을 위임받거나 허용되는 경우(= 사문서위조죄 불성립)

A. 매수인으로부터 매도인과의 토지매매계약체결에 관하여 포괄적 권한을 위임받은 자는 위임자 명의로 토지매매계약을 작성할 권한이 있다 할 것이므로, 매수인으로부터 그 권한을 위임받은 피고인이 실제 매수가격 보다 높은 가격을 매매대금으로 기재하여 매수인 명의의 매매계약을 작성하였다 하여도 그것은 작성권한 있는 자가 허위내용의 문서를 작성한 것일 뿐 사문서위조죄가 성립될 수는 없다(대판 1984.7.10. 84도1146).

B. [1] 신탁자에게 아무런 부담이 지워지지 않은 채 재산이 수탁자에게 명의신탁된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 재산의 처분 기타 권한행사에 관해서 수탁자가 자신의 명의사용을 포괄적으로 신탁자에게 허용하였다고 보아야 하므로, 신탁자가 수탁자 명의로 신탁재산의 처분에 필요한 서류를 작성할 때에 수탁자로부터 개별적인 승낙을 받지 않았더라도 사문서위조·동행사죄가 성립하지 않는다.

[2] 주식을 명의신탁한 피고인이 명의수탁자를 변경하기 위해 제3자에게 주식을 양도한 후 수탁자 명의의 증권거래세 과세표준신고서를 작성하여 관할세무서에 제출함으로써 과세표준신고서를 위조하고 이를 행사하였다는 공소사실로 기소된 사안에서, 신탁자에게 아무런 부담이 지워지지 않은 채 재산이 수탁자에게 명의신탁된 경우 특별한 사정이 없는 한 수탁자는 신탁자에게 자신의 명의사용을 포괄적으로 허용했다고 보는 것이 타당하므로, 사법행위와 공법행위를 구별하여 신탁재산의 처분등과 관련한 사법상 행위에 대하여만 명의사용을 승낙하였다고 제한할 수는 없고, 특히 명의신탁된 주식의 처분 후 수탁자 명의의 과세표준신고를 하는 것은 법령에 따른 절차로서 신고를 하지 않는다면 오히려 수탁자에게 불이익할 수 있다는 점까지 고려한다면, 명의수탁자가 명의신탁 주식의 처분을 허용하였음에도 처분 후 과세표준 등의 신고행위를 위한 명의사용에 대하여는 승낙을 유보하였다고 볼 특별한 사정이 존재하지 않는 한 허용된 범위에 속한다고 보아야 하므로, 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄가 성립한다고 볼 수 없다(대법원2022. 3. 31. 선고2021도17197판결).

구 교재 p. 527 추가

대표이사가 위임이나 승낙을 받지 않고 전 대표이사를 표시하여 회사 명의의 문서를 작성

한 경우(= 본죄 불성립)

[1] 주식회사의 대표이사가 그 대표 자격을 표시하는 방식으로 작성된 문서에 표현된 의사 또는 관념이 귀속되는 주체는 대표이사 개인이 아닌 주식회사이므로, 그 문서의 명의자는 주식회사라고 보아야 한다. 따라서 위와 같은 문서 작성행위가 위조에 해당하는지는 그 작성자가 주식회사 명의의 문서를 적법하게 작성할 권한이 있는지에 따라 판단하여야 하고, 문서에 대표이사로 표시되어 있는 사람으로부터 그 문서 작성에 관하여 위임 또는 승낙을 받았는지에 따라 판단할 것은 아니다.

[2] 원래 주식회사의 적법한 대표이사는 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로, 대표이사가 직접 주식회사 명의 문서를 작성하는 행위는 자격모용사문서 작성 또는 위조에 해당하지 않는 것이 원칙이다. 이는 그 문서의 내용이 진실에 반하는 허위이거나 대표권을 남용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 작성된 경우에도 마찬가지이다.

[3] 그리고 주식회사 대표이사의 대표권도 정관이나 주주총회 또는 이사회 결의 등에 의하여 적법하게 제한할 수 있는 것이지만, 회사의 운영을 실질적으로 장악·통제하고 있는 1인 주주가 적법한 대표이사의 권한 행사를 사실상 제한하고 있다는 것만으로는 대표이사의 대표권에 적법한 제한이 설정되었다고 할 수 없고, 대표이사가 권한을 행사하는 과정에서 단순히 그 1인 주주의 위임 또는 승낙을 받지 않았다고 하여 그 대표권 행사가 권한을 넘어서는 행위가 되는 것은 아니다.

[4] 주식회사의 대표이사가 실질적 운영자인 1인 주주의 구체적인 위임이나 승낙을 받지 않고 이미 퇴임한 전 대표이사를 대표이사로 표시하여 회사 명의의 문서를 작성한 경우, 문서위조죄는 성립하지 않는다(대법원2008. 11. 27. 선고2006도9194판결).

구 교재 p. 528. 추가

▶ 새로운 문서의 작성에 해당하여 문서위조죄가 성립하는 사례

A. 주취운전자 적발보고서 및 주취운전자 정황진술보고서의 각 운전자란에 타인의 서명을 한 다음 이를 경찰관에게 제출한 것은 사문서위조 및 동행사죄에 해당한다(대판 2004.12.23. 2004도6483).

B. 임원의 사임서나 이에 따른 이사사임등기는 위와 같은 주주총회나 이사회 결의 또는 1인주주의 의사와는 무관하고 오로지 당해 임원의 의사에 따라야 하는 것이므로 당해 임원의 의사에 기하지 아니한 사임서의 작성이나 이에 기한 등기부의 기재를 하였다면 이는 사문서위조 및 공정증서원본불실기재의 죄책을 면할 수 없다(대판 1992. 9.14. 92도1564).

C. [1] 문서위조 및 동행사죄의 보호법익은 문서에 대한 공공의 신용이므로 ‘문서가 원본인지 여부’가 중요한 거래에서 문서의 사본을 진정한 원본인 것처럼 행사할 목적으로 다른 조작을 가함이 없이 문서의 원본을 그대로 컬러복사기로 복사한 후 복사한 문서의 사본을 원본인 것처럼 행사한 행위는 사문서위조죄 및 동행사죄에 해당한다. 또한 사문서위조죄는 명의자가 진정으로 작성한 문서로 볼 수 있을 정도의 형식과 외관을 갖추어 일반인이 명의자의 진정한 사문서로 오신하기에 충분한 정도이면 성립한다.

[2] 변호사인 피고인이 대량의 저작권법 위반 형사고소 사건을 수임하여 피고소인 30명을 각 형사고소하기 위하여 20건 또는 10건의 고소장을 개별적으로 수사관서에 제출하면서 각 하나의

고소위임장에만 소속 변호사회에서 발급받은 진정한 경유증표 원본을 첨부한 후 이를 일체로 하여 컬러복사기로 20장 또는 10장의 고소위임장을 각 복사한 다음 고소위임장과 일체로 복사한 경유증표를 고소장에 첨부하여 접수한 사안에서, 변호사회가 발급한 경유증표는 증표가 첨부된 변호사선임서 등이 변호사회를 경유하였고 소정의 경유회비를 납부하였음을 확인하는 문서이므로 법원, 수사기관 또는 공공기관에 이를 제출할 때에는 원본을 제출하여야 하고 사본으로 원본에 갈음할 수 없으며, 각 고소위임장에 함께 복사되어 있는 변호사회 명의의 경유증표는 원본이 첨부된 고소위임장을 그대로 컬러 복사한 것으로서 일반적으로 문서가 갖추어야 할 형식을 모두 구비하고 있고, 이를 주의 깊게 관찰하지 아니하면 그것이 원본이 아닌 복사본임을 알아차리기 어려울 정도이므로 일반인이 명의자의 진정한 사문서로 오신하기에 충분한 정도의 형식과 외관을 갖추었다는 이유로, 피고인의 행위가 사문서위조죄 및 동행사죄에 해당한다고 한 사례(대판 2016.7.14. 2016도2081). 23. 경찰승진

구 교재 p. 337. 추가

주관적 구성요건

본죄는 목적범으로서 고의 이외에 행사의 목적이 있어야 한다.

행사할 목적과 고의의 의미

A. [1] 자격모용에 의한 사문서작성죄의 ‘행사할 목적’이라 함은 다른 사람으로 하여금 그 문서가 정당한 권한에 기하여 작성된 것으로 오신하게 할 목적을 말하므로, 사문서를 작성하는 자가 다른 사람의 대리인 또는 대표자로서의 자격을 모용하여 문서를 작성한다는 것을 인식·용인하면서 이를 진정한 문서로서 어떤 효용에 쓸 목적으로 사문서를 작성하였다면, 자격모용에 의한 사문서작성죄의 행사의 목적과 고의가 있다.

[2] 재건축조합의 조합장이 아닌 사람이 재건축조합 조합장의 직함을 사용하여 재건축사업에 관한 계약서를 작성하였다면, 계약의 상대방이 자격모용사실을 알고 있었다거나 그 계약서에 조합장의 직인이 아닌 다른 인장을 날인하였더라도 자격모용에 의한 사문서작성죄의 범의와 행사의 목적이 인정된다(대판 2007.7.27. 2006도2330).

B. [1] 자격모용사문서작성죄는 문서위조죄와 마찬가지로 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 보호법익으로 하는 것으로, 행사할 목적으로 타인의 자격을 모용하여 작성된 문서가 일반인으로 하여금 명의인의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿게 할 수 있는 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 성립하므로, 주식회사의 대표 자격으로 계약을 하는 경우 피고인 자신을 위한 행위가 아니고 작성명의인인 회사를 위하여 법률행위를 한다는 것을 인식할 수 있을 정도의 표시가 있으면 대표관계의 표시라고 할 수 있다.

[2] 자격모용사문서작성죄에서의 ‘행사할 목적’이라 함은 그 문서가 정당한 권한에 기하여 작성된 것처럼 다른 사람으로 하여금 오신하도록 하게 할 목적을 말한다고 할 것이므로, 사문서를 작성하는 자가 주식회사의 대표로서의 자격을 모용하여 문서를 작성한다는 것을 인식, 용인하면서 그 문서를 진정한 문서로서 어떤 효용에 쓸 목적으로 사문서를 작성하였다면, 자격모용에 의한 사문서작성죄의 행사의 목적과 고의를 인정할 수 있다. 작성자가 ‘행사할

목적'으로 자격을 모용하여 문서를 작성한 이상 문서행사의 상대방이 자격모용 사실을 알았다거나, 작성자가 그 문서에 모용한 자격과 무관한 직인을 날인하였다는 등의 사정이 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다(자격모용에 의한 사문서작성죄의 행사의 목적과 고의를 인정할 수 있다). 23. 2차 경찰채용

[3] 이 사건 도급계약서의 형식과 외관, 위 계약서의 작성 경위, 종류, 내용, 거래에서 위 계약서가 가지는 기능 등 여러 가지 사정을 종합하면, 도급계약서를 수령한 乙로서는 이 사건 도급계약서가 '○○○○'의 대표이사 또는 '○○○○'과 '◇◇◇◇◇◇◇◇'의 총괄대표이사의 자격을 가진 피고인에 의해 ○○○○ 및 ◇◇◇◇◇◇◇◇ 명의로 작성된 문서라고 믿게 할 수 있는 정도의 형식과 외관을 갖추고 있다고 볼 수 있다. 이 사건 도급계약서에 ○○○○ 대표이사의 직인이 아닌 ◇◇◇◇◇◇◇◇ 대표이사의 직인이 날인되었다거나 을에게 피고인이 ○○○○의 대표이사가 아니란 사실을 알고 있었다는 사정은 위와 같은 결론에 영향을 주지 않는다. 따라서 피고인이 이 사건 도급계약서를 작성한 행위는 자격모용 사문서작성죄에 해당된다(대법원2022. 6. 30. 선고2021도17712판결).

구 교재 p. 346 추가

▶ 허위에 해당하는 사례(= 허위공문서작성죄 성립)

G. 사법경찰관인 피고인이 검사로부터 '교통사고 피해자들로부터 사고 경위에 대해 구체적인 진술을 청취하여 운전자 甲의 도주 여부에 대해 재수사할 것'을 요청받고, 재수사 결과서의 '재수사 결과'란에 피해자들로부터 진술을 청취하지 않았음에도 진술을 듣고 그 진술내용을 적은 것처럼 기재함으로써 허위공문서를 작성하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 재수사 결과서의 작성 경위나 구성형태에 비추어 재수사 결과란의 기재는 피고인이 재수사 요청 취지에 따라 피해자들로부터 구체적인 진술을 듣고 진술내용을 적었음을 의미하는데 피고인은 피해자들로부터 진술을 청취하지 않았고, 특히 피고인은 피해자들이 진술한 바 없는 내용으로 자신의 독자적인 의견이나 추측에 불과한 것을 마치 피해자들로부터 직접 들은 진술인 것처럼 기재하였으므로, 피해자들 진술로 기재된 내용 중 일부가 결과적으로 사실과 부합하는지, 재수사 요청을 받은 사법경찰관이 검사에 의하여 지목된 참고인이나 피의자 등에 대한 재조사 여부와 재조사 방식 등에 대해 재량을 가지는지 등과 무관하게 피고인의 행위는 허위공문서작성죄를 구성하며, 피고인이 피해자들의 진술에 신빙성이 부족하다는 이유에서 자신의 판단에 따라 기재하는 내용이 객관적인 사실에 부합할 것이라고 생각하였다 하여 범의를 부정할 수 없다(대법원2023.3.30. 선고 2022도6886 판결). 결국, 피고인은 허위공문서작성죄가 성립한다.

구 교재 p. 549 추가

▶ 허위공문서작성의 고의가 부정되는 사례

- ㉔ [1] 공무소 또는 공무원이 그 직무에 관하여 진실에 반하는 허위 내용의 문서를 작성할 경우 허위공문서작성죄가 성립하고, 이는 공문서에 특별한 증명력과 신용력이 인정되기 때문에 성립의 진정뿐만 아니라 내용의 진실까지 보호하기 위함이다. 따라서 허위공문서작성죄의 허위는 표시된 내용과 진실이 부합하지 아니하여 그 문서에 대한 공공의 신용을 위태롭게 하는 경우여야 하고, 그 내용이 허위라는 사실에 관한 피고인의 인식이 있어야 한다.
- [2] 피고인 갑이 세월호 침몰사고 진상규명을 위한 국정조사특별위원회의 국정조사(이하 ‘국조 특위’라고 한다)절차에서 대통령비서실장으로서 증언한 후 국회의원으로부터 대통령 대면보고 시점 등에 관한 추가 서면질의를 받고, 실무 담당 행정관으로 하여금 ‘비서실에서는 20~30분 단위로 간단없이(끊어짐없이) 유·무선으로 보고를 하였기 때문에, 대통령은 직접 대면보고 받는 것 이상으로 상황을 파악하고 있었다고 생각합니다.’라는 내용의 서면답변서(이하 ‘답변서’라고 한다)를 작성하여 국회에 제출하도록 한 경우, 허위내용도 없고 허위에 대한 인식도 없으므로 허위공문서작성 및 그 행사죄에 해당하지 않는다(무죄)(대법원2022. 8. 19. 선고2020도9714 판결). 결국, 대통령비서실장인 피고인이 국회의원 서면질의에 대하여 답변서를 작성·제출한 행위가 허위내용도 없고 허위에 대한 인식도 없으므로 허위공문서작성 및 그 행사죄에 해당하지 않는다(무죄).

구 교재 p. 550 추가

비공무원과 작성권자의 허위공문서작성죄의 공범(= 공정)

- A. 피고인이 건축물조사 및 가옥대장 정리업무를 담당하는 지방행정서기를 교사하여 무허가 건물을 허가받은 건축물인 것처럼 가옥대장 등에 등재케하여 허위공문서 등을 작성케 한 사실이 인정된다면, 허위공문서작성죄의 교사범으로 처단한 것은 정당하다(대판 1983.12.13. 83도1458).
- B. [1] 공문서의 작성권한이 있는 공무원의 직무를 보좌하는 자가 그 직위를 이용하여 행사할 목적으로 허위의 내용이 기재된 문서 초안을 그 정을 모르는 상사에게 제출하여 결재하도록 하는 등의 방법으로 작성권한이 있는 공무원으로 하여금 허위의 공문서를 작성하게 한 경우에는 간접정범이 성립되고 이와 공모한 자 역시 그 간접정범의 공범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이고, 여기서 말하는 공범은 반드시 공무원의 신분이 있는 자로 한정되는 것은 아니라고 할 것이다. 24. 경찰간부
- [2] 갑이 향토예비군훈련을 받은 사실이 없음에도 불구하고 소속 예비군동대 방위병인 을에게 위 낱짜에 예비군훈련을 받았다는 내용의 확인서를 발급하여 달라고 부탁하자, 을은 작성권자인 예비군 동대장 병에게 그 사실을 보고하여 그로부터 피고인이 예비군 훈련에 참가한 여부를 확인한 후 확인서를 발급하도록 지시를 받고서는 미리 예비군 동대장의 직인을 찍어 보관하고 있던 예비군훈련확인서 용지에 갑의 성명등 인적사항과 위 부탁받은 훈련일자 등을 기재하여 갑에게 교부한 경우, 을은 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립하고 ㅁ은 허위공문서작성죄의 간접정범의 공범이 인정된다(대법원1992. 1. 17. 선고91도2837판결).

구 교재 p. 555 추가

- ① 중요부분의 부실기재 : 부실기재는 기재사항·내용의 중요부분에 있어서 진실에 반하는 기재를 의미한다.

중요부분이 아닌 경우(= 공정증서원본불실기재죄 불성립)

공정증서의 권리의무에 관한 사항에 관계없는 것이고 아무런 의미가 없는 상태하에 있는 예고등기는 이를 말소한다 할지라도 공정증서원본부실기재죄가 성립하지 아니한다(대판 1972.10.31. 72도1966).

불실의 등기가 법원의 촉탁에 의한 경우(= 공정증서원본불실기재죄 불성립)

형법 228조 1항소정의 공정증서원본불실기재죄에 있어서 불실의 사실기재는 당사자의 허위신고에 의하여 이루어져야 할 것이니 불실의 등기가 법원의 촉탁에 의한 경우에는 그 전제절차에 허위적 요소가 있다고 하더라도 이는 법원의 촉탁에 의하여 이루어진 것이지 당사자의 허위신고에 의하여 이루어진 것이 아니므로 위 공정증서원본불실기재죄를 구성하지 아니한다(대법원 1976. 5. 25. 선고 74도 568 판결). 23. 2차 경찰채용

구 교재 p. 565 추가

(1) 부정행사의 의의

부정행사라 함은 이미 진정하게 성립한 진실한 내용의 공문서를 사용할 권한이 없는 자가 사용할 권한이 있는 것처럼 가장하여 사용하는 것을 말한다.

권한자의 본래 용도에 따른 사용(= 공문서부정행사죄 불성립)

어떤 선박이 사고를 낸 것처럼 허위로 사고신고를 하면서 그 선박의 선박국적증서와 선박검사증서를 함께 제출하였다고 하더라도, 선박국적증서와 선박검사증서는 위 선박의 국적과 항행할 수 있는 자격을 증명하기 위한 용도로 사용된 것일 뿐 그 본래의 용도를 벗어나 행사된 것으로 보기는 어려우므로, 이와 같은 행위는 공문서부정행사죄에 해당하지 않는다(대판 2009. 2.26. 2008도10851).

권한없는 자의 본래 용도에 따른 사용이 아닌 경우(= 공문서부정행사죄 불성립)

[1] 형법 제230조의 공문서부정행사죄는 공문서의 사용에 대한 공공의 신용을 보호법익으로 하는 범죄로서 추상적 위협범이다. 형법 제230조는 본죄의 구성요건으로 단지 ‘공무원 또는 공무소의 문서 또는 도화를 부정행사한 자’라고만 규정하고 있어, 자칫 처벌범위가 지나치게 확대될 염려가 있으므로 본죄에 관한 범행의 주체, 객체 및 태양을 되도록 엄격하게 해석하여 처벌범위를 합리적인 범위 내로 제한하여야 한다. 사용권한자와 용도가 특정되어 있는 공문서를 사용권한 없는 자가 사용한 경우에도 그 공문서 본래의 용도에 따른 사용이 아닌 경우에는

공문서부정행사죄가 성립되지 아니한다.

[2] 따라서 장애인사용자동차표지를 사용할 권한이 없는 사람이 장애인전용주차구역에 주차하는 등 장애인사용자동차에 대한 지원을 받을 것으로 합리적으로 기대되는 상황이 아니라면 단순히 이를 자동차에 비치하였다도 장애인사용자동차표지를 본래의 용도에 따라 사용했다고 볼 수 없어 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다(대법원2022. 9. 29. 선고2021도14514판결). 결국, 장애인전용주차구역에 주차하지 않고, 단순히 비치만으로는 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다. 따라서 단순히 표지 비치만으로는 무죄, 장애인전용 주차구역에 주차하면 공문서부정행사죄가 성립한다. 23. 경찰승진

구 교재 p. 579 추가

(3) 정도

일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 수치심을 해할 정도가 되어야 한다. 따라서 단순히 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 주는 정도에 불과하다고 인정되는 경우에는 경범죄처벌법에 해당할 뿐 본죄는 성립하지 않는다.

구 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제1호에 정한 ‘음란행위’의 의미

A. 유흥주점 여종업원들이 옷을 벗고 브래지어만 착용하거나 치마를 허벅지가 다 드러나도록 걷어 올리고 가슴이 보일 정도로 어깨끈을 밑으로 내린 채 손님을 접대한 경우, 위 종업원들의 행위와 노출 정도가 형사법상 규제의 대상으로 삼을 만큼 사회적으로 유해한 영향을 끼칠 위험성이 있다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위를 노출하거나 성적 행위를 표현한 것이라고 단정하기에 부족하므로, 구 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제1호에 정한 ‘음란행위’에 해당한다고 볼 수 없다(대판 2009.2.26. 2006도3119).

B. 나이트클럽(이하 ‘클럽’이라 한다)의 운영자 피고인 甲, 연예부장 피고인 乙, 남성무용수 피고인 丙이 공모하여 클럽 내에서 성행위를 묘사하는 공연을 하는 등 음란행위 영업을 하여 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반으로 기소되었는데, 당시 경찰관들이 클럽에 출입하여 피고인 丙의 공연을 촬영한 영상물 및 이를 캡처한 영상사진이 증거로 제출된 사안에서, 경찰관들은 국민신문고 인터넷사이트에 ‘클럽에서 남성무용수의 음란한 나체쇼가 계속되고 있다.’는 민원이 제기되자 그에 관한 증거수집을 목적으로 클럽에 출입한 점, 클럽은 영업시간 중에는 출입자격 등의 제한 없이 성인이라면 누구나 출입이 가능한 일반적으로 개방되어 있는 장소인 점, 경찰관들은 클럽의 영업시간 중에 손님들이 이용하는 출입문을 통과하여 출입하였고, 출입 과정에서 보안요원 등에게 제지를 받거나 보안요원이 자리를 비운 때를 노려 몰래 들어가는 등 특별한 사정이 발견되지 않는 점, 피고인 丙은 클럽 내 무대에서 성행위를 묘사하는 장면이 포함된 공연을 하였고, 경찰관들은 다른 손님들과 함께 객석에 앉아 공연을 보면서 불특정 다수의 손님들에게 공개된 피고인 丙의 모습을 촬영한 점에 비추어 보면, 위 촬영물은 경찰관들이 피고인들에 대한 범죄 혐의가 포착된 상태에서 클럽 내에서의 음란행위 영업에 관한 증거를 보전하기 위하여, 불특정 다수에게 공개된 장소인 클럽에 통상적인 방법으로 출입하여 손님들에게 공개된 모습을 촬영한 것이므로, 영상 없이 촬영이 이루어졌더라도 위 촬영물과 이를 캡처한 영상사진은 증거능력이 인정되므로, 풍속영업의규

제에관한법률위반에 해당한다(대법원2023.4.27.선고 2018도8161 판결). 결국, 풍속영업의 규제에관한법률위반에 해당한다.

구 교재 p. 614 수정

(3) 직무유기

직무유기란 직무를 의식적으로 방임하거나 포기하는 행위를 말한다. 따라서 공무원이 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우에는 본죄가 성립하지 않는다(대판 1983.1.18. 82도2624).

의식적인 방임이나 포기에 해당하는지의 여부

[1] 형법 제122조에서 정하는 직무유기죄에서 '직무를 유기한 때'란 공무원이 법령, 내규 등에 의한 추상적 성실의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니라 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 가능성이 있는 경우를 가리킨다. 그리하여 일단 직무집행의 의사로 자신의 직무를 수행한 경우에는 ㉠ 그 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 것은 아니고, ㉡ 공무원이 태만·분망 또는 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 ㉢ 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행한 탓으로 적절한 직무수행에 이르지 못한 것에 불과한 경우에도 직무유기죄는 성립하지 아니한다. 23. 경찰승진

[2] 교육기관 등의 장이 징계의결을 집행하지 못할 법률상·사실상의 장애가 없는데도 징계의결서를 통보받은 날로부터 법정 시한이 지나도록 그 집행을 유보하는 모든 경우에 직무유기죄가 성립하는 것은 아니고, 그러한 유보가 직무에 관한 의식적인 방임이나 포기에 해당한다고 볼 수 있는 경우에 한하여 직무유기죄가 성립한다고 보아야 한다.

[3] 시국선언에 참여한 교사들에 대한 형사재판의 진행 경과 및 시국선언 참여행위의 정당성 여부에 관한 찬반양론이 대립하였던 점, 전임 전라북도 교육감이 재직 당시 위 교사들에 대하여 이 사건 징계의결의 집행 유보를 선언하였던 점, 이후 피고인이 이 사건 징계의결의 집행을 유보하게 된 경위와 위 교사들에 대한 형사사건의 대법원판결이 있던 당일 징계의결을 집행한 점, 이 사건 징계의결의 집행 유보로 학생들의 학습권이 침해되었다고 볼 만한 자료가 없는 점 등의 사정을 들어, 피고인이 이 사건 징계의결의 집행을 유보한 행위를 직무의 의식적인 방임이나 포기로 볼 수 없다(대법원2014. 4. 10.선고2013도229판결). 결국, 교육기관의 장인 피고인에게 직무유기죄가 성립하지 않는다(무죄).

구 교재 p. 615 추가

▶ 직무유기죄의 성립을 부정한 사례

A 예비군교관이 교육과목을 다른 과목으로 대체한 경우 의식적인 방임·포기를 인정할 수 없다(대판 1979.3.27. 79도291).

- B. 부대물품출납관이 물품불출청구 후 즉시 불출되지 않은 이유를 확인하지 않은 경우 의식적인 방임·포기를 인정할 수 없다(대판 1966.7.26. 66도121).
- C. 일직사관인 피고인이 순찰 및 검사 등을 하지 아니하고 잠을 잔 것은 근무장소에서 유사시에 즉시 깨어 직무수행에 임할 수 있는 상황에서 잠을 잔 것이므로 피고인이 고의로 일직사관으로서의 직무를 포기하거나 직장을 이탈한 것이라고는 볼 수 없다고 할 것이다(대판 1984.3.27. 83도3260).
- D. [1] 세무서에서 근무하는 공무원이 조세범처벌절차법시행령 제1조에 의하여 그 관할 검찰청 검사장으로부터 범칙사건을 조사할 수 있는 자로 지명을 받지 않은 경우, 범칙사건 조사 결과에 따른 통고처분이나 고발 여부는 국세청장, 지방국세청장 또는 세무서장의 직무에 속할 뿐 범칙사건을 조사한 세무공무원에게는 조세범처벌절차법에 따른 통고처분이나 고발을 할 권한이 없다. [2] 형법 제122조 소정의 공무원이 정당한 이유 없이 직무를 유기한 때라 함은 직무에 관한 의식적인 방임 내지는 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니한 경우를 의미하는 것이므로 공무원이 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우에는 직무유기죄는 성립하지 않는다. [3] 통고처분이나 고발을 할 권한이 없는 세무공무원이 부가가치세액 및 이에 대한 불성실신고가산세를 합한 금액을 추정조치하였으나 그 권한자에게 범칙사건 조사 결과에 따른 통고처분이나 고발조치를 건의하는 등의 조치를 취하지 않았다고 하더라도, 구체적 사정에 비추어 그것이 직무를 성실히 수행하지 못한 것이라고 할 수 있을지언정 그 직무를 의식적으로 방임 내지 포기하였다고 볼 수 없다(대법원1997. 4. 11. 선고96도2753판결). 23. 2차 경찰채용
- E. 지방자치단체장이 전국공무원노동조합이 주도한 파업에 참가한 소속 공무원들에 대하여 관할 인사위원회에 징계의결요구를 하지 아니하고 가담 정도의 경중을 가려 자체 인사위원회에 징계의결요구를 하거나 훈계처분을 하도록 지시한 이상, 직무유기죄를 구성하지 않는다(대판 2007.7.12. 2006도1390).
- F. 교도소 보안과 출정계장과 감독교사가 호송지휘관 및 감독교사로서 호송교도관 5명을 지휘하여 재소자 25명을 전국의 각 교도소로 이감하는 호송업무를 수행함에 있어서, 호송교도관들에게 호송업무 등을 대강 지시한 후에는 그들이 이를 제대로 수행할 것으로 믿고 구체적인 확인, 감독을 하지 아니한 잘못으로 말미암아 피호송자들이 집단도주하는 결과가 발생한 경우, 고의로 호송계호업무를 포기하거나 직무 또는 직장을 이탈한 것이라고는 볼 수 없으므로 형법상 직무유기죄를 구성하지 아니한다(대판 1991.6.11. 91도96).
- G. 사법경찰관리가 직무집행의사로 위법사실을 조사하여 훈방하는 등 어떤 형태로든지 그 직무집행행위를 하였다면 형사피의사건으로 입건수사하지 않았다 하여 곧 직무유기죄가 성립한다고 볼 수는 없다(대판 1982.6.8. 82도117).
- H. [1] 형법 제122조는 직무유기죄에 관하여 “공무원이 정당한 이유 없이 그 직무수행을 거부하거나 그 직무를 유기한 때에는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자격정지에 처한다.”라고 정한다. 이때 직무를 유기한다는 것은 공무원이 법령, 내규 등에 따른 추상적 성실의무를 게을리하는 일체의 경우를 말하는 것이 아니라 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기할 구체적인 가능성이 있는 경우만을 가리킨다. 따라서 공무원이 태만이나 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 않은 경우 또는 직무를 소홀하게 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 데 지나지 않는 경우에는 직무유기죄가 성립하지 않는다. 23. 2차 경찰채용 [2] 무단이탈로 인한 직무유기죄 성립 여부는 결근 사유와 기간, 담당하는 직무의 내용

과 적시 수행 필요성, 결국으로 직무수행이 불가능한지, 결국 기간에 국가기능의 저해에 대한 구체적인 위험이 발생하였는지 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단해야 한다. 특히 근무기간을 정하여 임용된 공무원의 경우(기간제 교원)에는 근무기간 안에 특정 직무를 마쳐야 하는 특별한 사정이 있는지 등을 고려할 필요가 있다.

[3] 중학교 사회과목의 기간제 교원인 피고인은 기간제 임기가 종료된 후에도 3학년 2학기 1회 고사의 답안지와 채점결과를 학교에 인계하지 않았다하여 직무유기죄로 기소된 사안에서,
 (1) 피고인이 채점할 답안지를 받은 날은 2017. 11. 14.이고, 임기 종료일은 그로부터 3일 뒤인 2017. 11. 17.까지였다. 학사일정상 성적 처리에 관한 업무를 최종적으로 마치기로 예정한 날은 2017. 11. 24.까지였다. 이러한 학사일정에 비추어 보면, 반드시 피고인이 근무기간 안에 채점을 마쳐야만 최종적인 성적 산출 업무 처리가 가능했다고 단정하기 어렵다.

(2) 피고인이 무단으로 결근한 날짜는 임기 종료 직전 2일인데, 결근하게 된 사유는 기간제 임기가 종료됨에 따라 다른 기간제 교원 관련 면접을 보려고 했으나 연가가 승인되지 않았기 때문으로 보인다(정당한 사유도 있었다). 또한 근무 마지막 날에 대한 병가신청이 승인되어 이후로는 더 이상 출근이나 업무 수행을 할 의무가 없었다. 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인이 자신의 업무를 의식적으로 방임하거나 포기하려는 것이었다고 단정하기 어렵다.

(3) 피고인이 임기 종료 이후 성적 처리에 관한 최종 업무 종료일인 2017. 11. 24. 이후까지 답안지와 채점결과를 학교 측에 인계하지 않았으나, 이는 피고인의 임기가 종료되어 공무원으로서의 지위를 상실한 이후의 사정으로서 직무유기죄를 구성하는 행위로 평가할 수 없다. 그런데도 원심이 유죄로 판단한 것은 직무유기죄에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(대법원2022. 6. 30.선고2021도8361판결). 결국, 중학교 사회과목의 기간제 교원인 피고인이 무단이탈한 것이 자신의 직무를 성실히 수행하지 못한 것이라고 할 수 있을지언정 직무유기죄에 해당한다고 단정할 수 없으므로 직무유기죄가 성립하지 않는다(무죄).

구 교재 p. 620 수정

(2) 비밀의 범위

본죄의 비밀이 법령에 의해 분류된 비밀에 한정되는지 여부에 관해 통설과 판례의 견해가 대립한다.

① 통설 : 통설은 직무상 비밀은 법령에 의하여 비밀로 분류된 것이어야 한다고 본다.

② 판례 : 형법 제127조(공무상비밀누설죄)는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설하는 것을 구성요건으로 하고, 같은 조에서 ‘법령에 의한 직무상 비밀’이란
 ㉠ 반드시 법령에 의하여 비밀로 규정되었거나 비밀로 분류 명시된 사항에 한하지 아니하고,
 ㉡ 정치, 군사, 외교, 경제, 사회적 필요에 따라 비밀로 된 사항은 물론 ㉢ 정부나 공무소 또는 국민이 객관적, 일반적인 입장에서 외부에 알려지지 않는 것에 상당한 이익이 있는 사항도 포함하나, 실질적으로 그것을 비밀로서 보호할 가치가 있다고 인정할 수 있는 것이어야 하고, 본죄는 비밀 그 자체를 보호하는 것이 아니라 공무원의 비밀엄수의무의 침해에 의하여 위험하게 되는 이익, 즉 비밀 누설에 의하여 위협받는 국가의 기능을 보호하기 위한 것이다(대법원2012. 3. 15.선고2010도14734판결). 23. 2차 경찰채용

구 교재 p. 624 추가

직권남용의 의미

A. [1] 직권남용죄에서 말하는 ‘의무’란 법률상 의무를 가리키고, 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다.

[2] 대통령비서실 정책실장이 기업관계자들에게 기업 메세나(Mecenat) 활동의 일환인 미술관 전시회 후원을 요청하여 기업관계자들이 특정 미술관에 후원금을 지급한 경우, 직권남용권리행사방해죄 및 제3자뇌물공여죄는 성립하지 않는다(대판 2009.1.30. 2008도6950).

B. [1] 직권남용권리행사방해죄는 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권을 행사하는 모습으로 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립한다. ‘직권남용’이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 권한을 위법·부당하게 행사하는 것을 뜻한다. 남용에 해당하는가를 판단하는 기준은 구체적인 공무원의 직무행위가 본래 법령에서 그 직권을 부여한 목적에 따라 이루어졌는지, 직무행위가 행해진 상황에서 볼 때 필요성·상당성이 있는 행위인지, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등을 종합하여 판단하여야 한다.

[2] 직권남용권리행사방해죄는 단순히 공무원이 직권을 남용하는 행위를 하였다는 것만으로 곧바로 성립하는 것이 아니다. 직권을 남용하여 현실적으로 다른 사람이 법령상 의무 없는 일을 하게 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사를 방해하는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과의 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다(대법원2020. 1. 30. 선고2018도2236 전원합의체 판결). 23. 경찰승진

구 교재 p. 625 추가

승진대상자를 결정할 권한이 임용권자인 지방자치단체의 장이 가지고 있기 때문에 직권남용권리행사방해에 해당하지 않는다는 판례(= 직권남용죄 부정)

[1] 지방자치단체의 장이 승진후보자명부 방식에 의한 5급 공무원 승진임용 절차에서 인사위원회의 사전심의·의결 결과를 참고하여 승진후보자명부상 후보자들에 대하여 승진임용 여부를 심사하고서 최종적으로 승진대상자를 결정하는 것이 아니라, 미리 승진후보자명부상 후보자들 중에서 승진대상자를 실질적으로 결정한 다음 그 내용을 인사위원회 간사, 서기 등을 통해 인사위원회 위원들에게 ‘승진대상자 추천’이라는 명목으로 제시하여 인사위원회로 하여금 자신이 특정한 후보자들을 승진대상자로 의결하도록 유도하는 행위는 인사위원회 사전심의 제도의 취지에 부합하지 않다는 점에서 바람직하지 않다고 볼 수 있지만, 그것만으로는 직권남용권리행사방해죄의 구성요건인 ‘직권의 남용’ 및 ‘의무 없는 일을 하게 한 경우’로 볼 수 없다.

[2] 승진후보자명부에 포함된 후보자들 중에서 승진대상자를 결정할 최종적인 권한은 임용권자에게 있다. 임용권자가 인사위원회의 심의·의결 결과와는 다른 내용으로 승진대상자를 결정하여 승진임용을 하는 것이 허용되는 이상, 임용권자가 미리 의견을 조율하는 차원에서 승진대상자 선정에 관한 자신의 의견을 인사위원회에 제시하는 것이 위법하다고 볼 수는 없다. 특히 신분이 보장되는 외부위원이 1/2 이상 참여하는 회의에서 인사위원회가 심도 있는 심의를 하지 않은 채 임용권자가 제시한 특정 후보자들을 그대로 승진대상자로 의결하였다면, 이는 인사위원회 위원들 스스로가

자신들의 권한을 소극적으로 행사한 것일 뿐 '의무 없는 일을 한 것'이라고 볼 수는 없다(대법원 2020.12.10. 선고 2019도17879 판결).

법령상 의무없는 일을 하게 한 것으로서 직권남용권리행사방해에 해당한다는 판례 (= 직권남용죄 인정)

A. [1] 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에서 '직권의 남용'이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 남용에 해당하는가의 판단 기준은 구체적인 공무원의 직무행위가 그 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 제반 요소를 고려하여 결정하여야 한다. 그리고 직권남용권리행사방해죄에서 '의무 없는 일을 하게 한 때'란 '사람'으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하는 때를 의미하는바, 공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없으나, 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차에 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다.

[2] 서울특별시 교육감인 피고인이 인사담당장학관 등에게 지시하여 승진후보자명부상 승진 또는 자격연수 대상이 될 수 없는 특정 교원들을 적격 후보자인 것처럼 추천하거나 임의로 평정점을 조정하는 방법으로 승진임용하거나 그 대상자가 되도록 한 사안에서, 서울특별시 교육청 소속 교육공무원에 대한 인사권은 교육감인 피고인의 일반적인 직무권한에 속하는 사항이지만, 피고인이 승진대상자를 특정한 후 그들을 승진시킬 목적으로 법령에 위반하여 위와 같은 행위를 한 것이라면 그 실질은 정당한 권한 행사를 넘어 직무의 행사에 가탁한 부당한 행위라고 할 것이므로 직권남용에 해당하고, 인사 실무를 담당하는 장학관이나 장학사로 하여금 법령에 위배되는 일을 하게 하여 그들이 이와 같은 역할을 수행한 것은 그들에게 법령상 의무 없는 일을 하게 한 것이므로 피고인에 대한 직권남용권리행사방해죄에 해당한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결).

B. 대통령비서실 소속 비서관들인 피고인 갑과 피고인 을이 4·16세월호참사 특별조사위원회(이하 '위원회'라 한다) 설립준비 관련 업무를 담당하거나 설립팀장으로 지원근무 중이던 해양수산부 소속 공무원들에게 '세월호 특별조사위 설립준비 추진경위 및 대응방안 문건'을 작성하게 하고, 피고인 갑이 소속 비서관실 행정관 또는 해양수산부 공무원들에게 세월호 특별조사위원회의 동향을 파악하여 보고하도록 지시하였다는 직권남용권리행사방해의 공소사실로 기소된 사안에서, 대통령비서실과 해양수산부 사이에 현안의 협의·조정 등을 위해 업무 협조가 필요하여 해당 공무원들이 피고인 갑과 피고인 을의 협조 등 요청에 응하여야 하는 경우도 있으나, 해당 공무원들은 위원회의 정치적 중립성, 업무의 독립성·객관성을 보장할 의무가 있고, 위원회 설립준비팀장으로 지원근무를 하게 된 해당 공무원에게는 파견공무원에 준하는 직무상 독립성이 요구되는 점, 해당 공무원들이 위원회 직원을 통해 위원회 내부 동향을 파악하여 피고인 갑에게 보고하는 행위는 경우에 따라 4·16세월호참사 진상규명 및 안전사회

건설 등을 위한 특별법 제51조 제3항 제1호에 따라 처벌되는 비밀준수의무 위반행위에 가담한 행위로 평가될 수 있는 점 등을 종합하면, 피고인 갑과 피고인 을이 해당 공무원들에게 문건을 작성하거나 동향을 보고하게 함으로써 직무수행의 원칙과 기준 등을 위반하여 업무를 수행하게 하여 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 볼 여지가 있다(대법원2023. 4. 27. 선고2020도18296판결). 결국, 갑과 을은 이른바 세월호 특별조사위원회 설립·활동 방해로 인한 직권남용권리행사방해에 해당한다고 할 것이다.

구 교재 p. 641 추가

한국방송공사의 ‘부사장’ 및 ‘본부장’ 이 공무원으로 의제되는 한국방송공사의 ‘임원’ 에 해당하는지 여부(= 긍정)

특가법 시행령 제2조 제45호, 제3조 제2호(이하 ‘이 사건 시행령 조항’이라고 한다)는 정부관리 기업체인 한국방송공사의 경우 ‘임원’만을 공무원으로 보도록 규정하고 있는데, 이 사건 시행령 조항의 한국방송공사의 ‘임원’은 한국방송공사의 부사장, 본부장을 포함한다고 해석함이 타당하다(대판 2009.10.29. 2009도7569).

나중에 임용결격자임이 밝혀져 당초의 임용행위가 무효여도 공무원 해당 여부(= 긍정)

형법이 뇌물죄에 관하여 규정하고 있는 것은 공무원의 직무집행의 공정과 그에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 보호하기 위한 것이다. 법령에 기한 임명권자에 의하여 임용되어 공무에 종사하여 온 사람이 나중에 그가 임용결격자이었음이 밝혀져 당초의 임용행위가 무효라고 하더라도, 그가 임용행위라는 외관을 갖추어 실제로 공무를 수행한 이상 공무 수행의 공정과 그에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성은 여전히 보호되어야 한다. 따라서 이러한 사람은 형법 제129조에서 규정한 공무원으로 봄이 타당하고, 그가 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 때에는 수뢰죄로 처벌할 수 있다(대법원2014. 3. 27. 선고2013도11357판결).

23. 2차 경찰채용

(2) 중재인

구 교재 p. 669 수정

집회·시위 과정에서 음향을 발생시킨 행위가 공무집행방해죄에서의 폭행에 해당하는지 여부(= 한정 적극)

[1] 민주사회에서 공무원의 직무수행에 대한 시민들의 건전한 비판과 감시는 가능한 한 널리 허용되어야 한다는 점에서 볼 때, 공무원의 직무 수행에 대한 비판이나 시정 등을 요구하는 집회·시위 과정에서 일시적으로 상당한 소음이 발생하였다는 사정만으로는 이를 공무집행방해죄에서의 음향으로 인한 폭행이 있었다고 할 수는 없다. 그러나 의사전달수단으로서 합리적

범위를 넘어서 상대방에게 고통을 줄 의도로 음향을 이용하였다면 이를 폭행으로 인정할 수 있을 것인바, 구체적인 상황에서 공무집행방해죄에서의 음향으로 인한 폭행에 해당하는지 여부는 음향의 크기나 음의 높이, 음향의 지속시간, 종류, 음향발생 행위자의 의도, 음향발생원과 직무를 집행 중인공무원과의 거리, 음향발생 당시의 주변 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

[2] 피고인들은 공모하여 용산구청 소속 공무원들의 불법적인 철거에 방어하기 위하여 2005. 9. 9. 13:00경 용산구청 정문 앞 노상에서 시위를 하던 중 시위용 방송차량을 타고 용산구청 안으로 진입하여 그곳 주차장 출입구에 차량을 주차하여 놓고 시위방송을 하는 등으로 약 5시간 동안 폭력으로써 위 구청의 차량출입을 관리하는 용산구청 소속 공무원 갑의 정당한 직무집행을 방해하고, 2005. 10. 24. 12:00경 위 장소에서 위와 같은 방법으로 위 차량을 정문출입구 앞에 주차하여 놓고 시위방송을 계속하는 등으로 약 1시간 폭력으로써 위 구청의 차량출입을 관리하는 위 갑의 정당한 직무집행을 방해한 경우, 갑에 대한 공무집행방해죄가 성립한다(대법원2009. 10. 29.선고2007도3584판결). 23. 경찰승진

구 교재 p. 671 수정

어떠한 행위가 공무원이 관계 법령에 따라 금지규정 위반행위의 유무를 충분히 감시하여 확인·단속하더라도 이를 발견하지 못할 정도에 이른 경우(= 위계에 의한 공무집행방해죄 불성립)

[1] 법령에서 어떤 행위의 금지를 명하면서 이를 위반하는 행위에 대한 벌칙을 두는 한편, 공무원으로 하여금 그 금지규정의 위반 여부를 감시·단속하게 하고 있는 경우 그 공무원에게는 금지규정 위반행위의 유무를 감시하여 확인하고 단속할 권한과 의무가 있다 할 것인데, 만약 어떠한 행위가 공무원이 관계 법령이 정한 바에 따라 금지규정 위반행위의 유무를 충분히 감시하여 확인하고 단속하더라도 이를 발견하지 못할 정도에 이른 것이라면 이는 위계에 의하여 공무원의 감시·단속업무를 적극적으로 방해한 것으로서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 것이지, 그와 같은 행위가 이에 이르지 않고 단순히 공무원의 감시·단속을 피하여 금지규정에 위반하는 행위를 한 것에 불과하다면 이는 공무원의 불충분한 감시·단속에 기인한 것이지, 행위자 등의 위계에 의하여 공무원의 감시·단속에 관한 직위가 방해되었다고 할 수 없을 것이어서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다.

[2] 과속으로 인하여 과속단속카메라에 촬영되더라도 불빛을 반사시켜 차량 번호판이 식별되지 않도록 하는 기능이 있는 이 사건 ‘파워매직세이프’를 차량 번호판에 뿌린 상태로 차량을 운행한 행위만으로는 경찰청의 교통단속업무를 구체적이고 현실적으로 수행하는 경찰공무원에 대하여 그가 충실히 직무를 수행한다고 하더라도 통상적인 업무처리과정 하에서는 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 그 업무집행을 하지 못하게 한 것이라고 보기 어렵다.

[3] 같은 취지에서 위 ‘파워매직세이프’를 차량 번호판에 뿌린 상태로 차량을 운행한 갑의 행위가 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않는 이상 위 제품을 제조하여 갑에게 판매한 을의 행위 역시 위계에 의한 공무집행방해 방조죄를 구성하지 않는다(대법원2010. 4. 15.선고2007도 8024판결). 23. 2차 경찰채용

구 교재 p. 671 수정

(2) 방법

증거제출의 경우, 본죄가 성립하는 가의 여부

A. [1] 수사기관이 범죄사건을 수사함에 있어서는 피의자 등의 진술 여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 모든 증거를 수집·조사하여야 할 권리와 의무가 있고, 한편 피의자는 진술거부권과 자기에게 유리한 진술을 할 권리와 유리한 증거를 제출할 권리가 있지만 수사기관에 대하여 진실만을 진술하여야 할 의무가 있는 것은 아니다. 따라서 피의자 등이 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하거나 허위의 증거를 제출하였다 하더라도, 수사기관이 충분한 수사를 하지 아니한 채 이와 같은 허위의 진술과 증거만으로 잘못된 결론을 내렸다면, 이는 수사기관의 불충분한 수사에 의한 결과로서 피의자 등의 위계에 의하여 수사가 방해되었다고 볼 수 없어 위계의 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없을 것이다.

[2] 그러나 피의자나 참고인이 적극적으로 허위의 증거를 조작하여 제출하였고 그 증거 조작의 결과 수사기관이 그 진위에 관하여 나름대로 충실한 수사를 하더라도 제출된 증거가 허위임을 발견하지 못하여 잘못된 결론을 내리게 될 정도에 이르렀다면, 이는 위계에 의하여 수사기관의 수사행위를 적극적으로 방해한 것으로서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다. 그리고 헌법에 의하여 누구든지 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니할 특권이 부여되어 있으나, 그렇다고 하여 자기의 형사처벌을 면하기 위하여 위법한 방법으로 허위의 증거를 조작하는 것까지 허용되는 것은 아니다.

[3] 위와 같은 법리를 토대로 이 사건을 살펴보면, 피고인이 타인의 소변을 마치 자신의 소변인 것처럼 건네주어 필로폰 음성반응이 나오게 한 행위는, 단순히 피의자가 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하거나 자신에게 불리한 증거를 은닉하는 데 그친 것이 아니라 수사기관의 착오를 이용하여 적극적으로 피의사실에 관한 증거를 조작한 것이므로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다(대법원2007. 10. 11. 선고2007도6101판결).

23. 1차·2차 경찰채용

B. 형사 피의자와 수사기관이 대립적 위치에서 서로 공격방어를 할 수 있는 취지의 형사소송법의 규정과 법률에 의한 선서를 한 증인이 허위로 진술을 한 경우에 한하여 위증죄가 성립된다는 형법의 규정 취지에 비추어 수사기관이 범죄사건을 수사함에 있어서는 피의자나 피의자로 자처하는 자 또는 참고인의 진술여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반증거를 수집 조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이라고 할 것이므로 피의자나 참고인이 아닌 자가 자발적이고 계획적으로 피의자를 가장하여 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하였다 하여 바로 이를 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다(대법원1977. 2. 8. 선고76도3685판결). 23. 2차 경찰채용

구 교재 p. 672 수정 및 추가

② 신청·신고 등의 경우

본죄의 성립요건(여권 또는 비자 신청의 경우)

A. [1] 그 업무담당자가 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 신청인이 제출한 허위의 신청사유나 소명자료를 가볍게 믿고 이를 수용하였다면, 이는 업무담당자의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않는다. 그러나 신청인이 업무담당자에게 허위의 주장을 하면서 이에 부합하는 허위의 소명자료를 첨부하여 제출한 경우, 그 수리 여부를 결정하는 업무담당자가 관계 규정이 정한 바에 따라 그 요건의 존부에 관하여 나름대로 충분히 심사를 하였으나 신청사유 및 소명자료가 허위임을 발견하지 못하여 그 신청을 수리하게 될 정도에 이르렀다면, 이는 업무담당자의 불충분한 심사가 아니라 신청인의 위계행위에 의한 것으로서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다.

[2] 범죄행위로 인하여 강제출국당한 전력이 있는 사람이 외국 주재 한국영사관에 허위의 호구부 및 외국인등록신청서 등을 제출하여 사증 및 외국인등록증을 발급받은 경우, 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다(대판 2009.2.26. 2008도11862).

B. [1] 외국 주재 한국영사관의 비자발급 업무와 같이, 상대방에게서 신청을 받아 일정한 자격요건 등을 갖춘 경우에 한하여 그에 대한 수용 여부를 결정하는 업무는 신청서에 기재된 사유가 사실과 부합하지 않을 수 있는 것을 전제로 그 자격요건 등을 심사·판단하는 것이므로, 업무담당자가 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 신청인이 제출한 허위의 신청사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 이를 수용하였다면, 이는 업무담당자의 불충분한 심사에 기인한 것이어서 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 아니하지만, 신청인이 업무담당자에게 허위의 주장을 하면서 이에 부합하는 허위의 소명자료를 첨부하여 제출한 경우 수리 여부를 결정하는 업무담당자가 관계 규정에서 정한 바에 따라 요건의 존부에 관하여 나름대로 충분히 심사를 하였으나 신청사유 및 소명자료가 허위인 것을 발견하지 못하여 신청을 수리하게 될 정도에 이르렀다면, 이는 업무담당자의 불충분한 심사가 아니라 신청인의 위계행위에 의한 것이어서 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성한다.

[2] 불법체류를 이유로 강제출국 당한 중국 동포인 피고인이 중국에서 이름과 생년월일을 변경한 호구부를 발급받아 중국 주재 대한민국 총영사관에 제출하여 변경된 명의로 입국사증을 받은 다음, 다시 입국하여 그 명의로 외국인등록증을 발급받고 귀화허가신청서까지 제출한 사안에서, 피고인이 자신과 동일성을 확인할 수 없도록 변경된 호구부를 중국의 담당관청에서 발급받아 위 대한민국 총영사관에 제출하였으므로, 영사관 담당직원 등이 호구부의 기재를 통하여 피고인의 인적사항 외에 강제출국 전력을 확인하지 못하였다라고, 사증 및 외국인등록증의 발급요건 존부에 대하여 충분한 심사를 한 것으로 보아야 하고, 이러한 경우 행정청의 불충분한 심사가 아니라 출원인의 적극적인 위계에 의해 사증 및 외국인등록증이 발급되었던 것이므로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하고, 또한 피고인의 위계행위에 의하여 귀화허가에 관한 공무집행방해 상태가 초래된 것이 분명하므로, 귀화허가가 이루어지지 아니하였던

라도 위 죄의 성립에 아무런 영향이 없으므로, 피고인에게 '위계에 의한 공무집행방해죄'를 인정한다(대법원2011. 4. 28. 선고2010도14696판결). 23. 2차 경찰채용

B. [1] 형법 제137조에 정한 위계에 의한 공무집행방해죄에서 '위계'는 행위자의 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말한다.

[2] 형법 제229조, 제228조 제2항에 정한 불실기재 여권행사죄에서 '허위신고'는 진실에 반하는 사실을 신고하는 것이고, '불실의 사실'은 '권리의무관계에 중요한 의미를 갖는 사항이 객관적인 진실에 반하는 것'을 말한다. 여권 등 공정증서원본에 기재된 사항이 존재하지 않거나 외관상 존재하더라도 무효사유에 해당하는 흠이 있다면 불실기재에 해당한다. 그러나 기재된 사항이나 원인된 법률행위가 객관적으로 존재하고 취소사유에 해당하는 흠이 있을 뿐이라면 취소되기 전에 공정증서원본에 기재된 사항은 불실기재에 해당하지 않는다.

[3] 구 국적법 제3조 제1호는 대한민국 국적의 법정 취득 사유로 '대한민국 국민의 처가 된 자'를 정하고 있다. 여기서 '대한민국 국민의 처가 된 자'에 해당하려면 대한민국 국민인 남자와 혼인한 배우자로서 당사자 사이에 혼인의 합의, 즉 사회관념상 부부라고 인정되는 정신적·육체적 결합을 생기게 할 의사의 합치가 있어야 한다. 그런데 외국인 여자가 대한민국에 입국하여 취업 등을 하기 위한 방편으로 대한민국 국민인 남자와 혼인신고를 하였더라도 위와 같은 혼인의 합의가 없다면 구 국적법 제3조 제1호에서 정한 '대한민국 국민의 처가 된 자'에 해당하지 않으므로 대한민국 국적을 취득할 수 없다. 구 국적법 제3조 제1호에 따라 대한민국 국적을 취득하지 않았는데도 대한민국 국적을 취득한 것처럼 인적 사항을 기재하여 대한민국 여권을 발급받은 다음 이를 출입국심사 담당공무원에게 제출하였다면 위계로써 출입국심사업무에 관한 정당한 직무를 방해(위계에 의한 공무집행방해)함과 동시에 불실의 사실이 기재된 여권을 행사(불실기재여권행사죄)한 것으로 볼 수 있다.

[4] 중국 국적의 조선족인 갑은 중국 흑룡강성에서 대한민국 국적을 취득하기 위하여 마을 이웃인 을에게 대가를 지급하고 인적 사항을 빌린 후, 성명불상의 브로커를 통해 소개받은 대한민국 국민 병에게 300만 원의 대가를 지급하고 위장 결혼하여 을의 인적 사항으로 대한민국 국적을 취득하여 현재까지 대한민국에 거주하고 있다. 갑은 평택시에 있는 평택시청에서 '여권(재)발급 신청서'의 성명란에 을이라고 기재하여 담당공무원에게 제출하고, 외교통상부장관 명의의 여권을 발급받았다. 갑은 인천국제공항을 통하여 중국으로 출국하면서 출국심사 담당공무원에게 부정 발급받은 을명의로의 여권을 제출하여 출국심사를 통과한 것을 비롯하여 수차에 걸쳐 인천국제공항 출국심사 담당공무원에게 여권을 제출하여 공항 출입국심사를 통과하였다. 이로써 갑은 위계로써 인천국제공항 소속 공무원의 출입국심사업무에 관한 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 불실의 사실이 기재된 다른 사람 명의의 여권을 행사하였다(대법원2022. 4. 28. 선고2020도12239판결). 결국, 갑은 위계에 의한 공무집행방해죄와 불실기재여권행사죄 및 여권법위반이 성립한다.

위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않는 규율위반행위

A. 법령에서 교도소 수용자에게는 흡연하거나 담배를 소지·수수·교환하거나 허가 없이 전화 등의 방법으로 다른 사람과 연락하는 등의 규율위반행위를 하여서는 아니될 금지의무가 부과되어 있고, 교도관은 수용자의 규율위반행위를 감시, 단속, 적발하여 상관에게 보고하고 징벌에 회부되도록 하여야 할 일반적인 직무상 권한과 의무가 있다고 할 것인바, 구체적이고 현실적으로 감시, 단속업무를 수행하는 교도관에 대하여 위계를 사용하여 그 업무집행을 못하게 한다면 이에 대하여 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 것이지만, 수용자가 교도관의 감시, 단속을 피하여 규율위반행위를 하는 것만으로는 단순히 금지규정에 위반되는 행위를 한 것에 지나지 아니할 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고는 할 수 없고, 수용자가 아닌 자가 교도관의 검사 또는 감시를 피하여 금지물품을 교도소 내로 반입되도록 하였다거나 하더라도 교도관에게 교도소 등의 출입자와 반출·입 물품을 단속, 검사하거나 수용자의 거실 또는 신체 등을 검사하여 금지물품 등을 회수하여야 할 권한과 의무가 있는 이상, 그러한 수용자 아닌 자의 행위를 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당하는 것으로는 볼 수 없으며, 교도관이 수용자의 규율위반행위를 알면서도 이를 방치하거나 도와주었다거나, 이를 다른 교도관 등에 대한 관계에서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하는 것으로 볼 수는 없다(대판 2003.11.13. 2001도7045).

B. [1] 피고인의 변호인 접견교통권 행사가 한계를 일탈한 규율위반행위에 해당하더라도 그 행위가 위계공무집행방해죄의 ‘위계’에 해당하려면 행위자가 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 그 오인, 착각, 부지를 이용함으로써 상대방이 이에 따라 그릇된 행위나 처분을 하여야만 한다. 만약 그러한 행위가 구체적인 직무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지는 이르지 않은 경우에는 위계에 의한 공무집행방해죄로 처벌할 수 없다.

[2] 피고인이 모두 6명의 집사변호사를 고용하여 총51회에 걸쳐 변호인접견을 가장하여 개인적인 업무와 심부름을 하게 하고 소송서류 외의 문서를 수수함으로써, 위계로써 서울구치소의 변호인 접견업무 담당 교도관의 변호인 접견관리 등에 관한 정당한 직무집행을 방해하였다하여 위계에 의한 공무집행방해죄로 기소된 사안에서, 피고인이 이 사건 접견변호사들에게 지시한 접견이 변호인에 의한 변호 활동이라는 외관만을 갖추었을 뿐 실질적으로는 형사사건의 방어권 행사가 아닌 다른 주된 목적이나 의도를 위한 행위로서 접견교통권 행사의 한계를 일탈한 경우에 해당할 수는 있겠지만, 그 행위가 ‘위계’에 해당한다거나 그로 인해 교도관의 구체적이고 현실적인 직무집행이 방해되었다고 보기 어렵다(대법원2022. 6. 30. 선고2021도244판결). 결국, 피고인이 6명의 집사변호사를 고용하여 총51회에 걸쳐 변호인접견을 가장하여 개인적인 업무와 심부름을 시킨 경우, 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다.

수용자가 아닌 사람(방송국 기자)이 교도관의 검사·단속을 피하여 구치소 내의 금지물품인 녹음·녹화장비를 교정시설 내로 반입한 행위가 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하는지 여부(= 부정)/ 구치소에 수용 중인 사람을 취재하고자 구치소장의 허가 없이 접견내용을 촬영·녹음할 목적으로 명함지갑 모양으로 제작된 녹음·녹화장비를 몰래 소지하고 교도관의 승낙을 받아 구치소에 들어간 행위가 건조물침입죄에 해당하는지의 여부(= 부정)

[1] 법령에서 일정한 행위를 금지하면서 이를 위반하는 행위에 대한 벌칙을 정하고 공무원으로 하여금 금지규정의 위반 여부를 감시·단속하도록 한 경우 구체적이고 현실적으로 감시·단속 업무를 수행하는 공무원에 대하여 위계를 사용하여 업무집행을 못하게 하였다면 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지만, 단순히 공무원의 감시·단속을 피하여 금지규정을 위반한 것에 지나지 않는다면 그에 대하여 벌칙을 적용하는 것은 별론으로 하고 그 행위가 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당한다고 할 수 없다. 피고인이 금지규정을 위반하여 감시·단속을 피하는 것을 공무원이 적발하지 못하였다면 이는 공무원이 감시·단속이라는 직무를 소홀히 한 결과일 뿐 위계로 공무집행을 방해한 것이라고 볼 수 없다.

[2] 녹음·녹화 등을 할 수 있는 전자장비가 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 금지물품에 해당하여 반입을 금지할 필요가 있다면 교도관은 교정시설 등의 출입자와 반출·반입 물품을 검사·단속해야 할 일반적인 직무상 권한과 의무가 있다. 수용자가 아닌 사람이 위와 같은 금지물품을 교정시설 내로 반입하였다면 교도관의 검사·단속을 피하여 단순히 금지규정을 위반하는 행위를 한 것일 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 수는 없다.

[3] 甲 등 피고인들은 방송 제작 과정에서 보이스피싱 조직과 관련된 제보를 받고, 그 신빙성을 확인하기 위하여 수용자인 乙을 접견하면서 촬영 및 녹음을 하였는데, 당시 들은 촬영 및 녹음이 이루어지고 있다는 사실을 알지 못하였다. 갑 등은 乙의 얼굴이나 수감번호 등을 모자이크 처리하고 음성을 변조하여 식별할 수 없는 상태로 방송할 계획이었다. 갑 등의 행위는 乙에게 금지물품을 전달하거나 외부와의 통신을 매개하는 등 乙로 하여금 규율위반행위를 하게 하는 것도 아니었던 점을 고려하면 갑 등이 녹음·녹화 장비를 구치소에 반입하여 촬영 및 녹음을 한 행위는 단순히 금지규정을 위반하는 행위일 뿐이고 접견업무 담당 교도관의 구체적이고 현실적인 직무집행을 방해하였다고 볼 수 없으므로 위계에 의한 공무집행방해죄의 구성요건에 해당하지 아니한다(대법원2022. 3. 31.선고2018도15213판결). SBS의 시사프로그램 “그것이 알고싶다”의 PD 등이 신분을 가장하고 구치소에 들어가 수용자들을 몰래카메라로 취재 한 사안에서, 단순히 금지규정을 위반하는 행위를 한 것일 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 수는 없다.

구 교재 p. 676 추가

④ 법원의 신청절차 또는 경매·입찰절차

⑤ 난민의 지위에 관한 협약

▶ ‘난민의 지위에 관한 협약’ 제31조 제1호의 요건을 갖춘 경우(=형면제판결을 선고해야 한다)

[1] 난민의 불법 입국 또는 체류에 따른 형사처벌과 관련하여, 난민협약 제31조 제1호는 “체약국은 그 생명 또는 자유가 제1조의 의미에 있어서 위협되고 있는 영역으로부터 직접 온 난민으로서 허가 없이 그 영역에 입국하거나 또는 그 영역 내에 있는 자에 대하여 불법으로 입국하거나 또는 불법으로 있는 것을 이유로 형벌을 과하여서는 아니 된다. 다만 그 난민이 지체 없이 당국에 출두하고 또한 불법으로 입국하거나 또는 불법으로 있는 것에 대한 상당한 이유

를 제시할 것을 조건으로 한다.”라고 규정하였다. 위 조항은 난민협약에 가입하고 이를 비준한 우리나라 형사재판에서 형 면제의 근거조항이 된다.

[2] 이때 형 면제 대상이 되는 ‘불법으로 입국하는 것’이란 출입국 관련 법령에서 정한 절차를 위반한 입국 행위 및 이와 직접적·불가분적으로 관련된 행위로서 국가의 출입국관리업무에 지장을 주는 행위를 의미하므로, 출입국관리법에 따른 입국허가·사증 등을 받지 아니한 채 불법적으로 입국하거나 불법적인 방법으로 입국허가·사증 등을 받아 입국함으로써 해당 절차 관련 출입국관리법 위반죄를 구성하는 행위는 물론 이를 구성요건으로 하는 형법상 범죄행위도 이에 포함된다.

[3] 이란 국적의 피고인이 사실은 대한민국에 입국 후 난민신청을 할 계획이었음에도 사업 목적으로 초청된 것처럼 가장하여 사증을 발급받아 입국함으로써 위계로 대한민국 대사관 소속 사증발급 공무원의 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 거짓으로 사증을 신청하여 출입국관리법을 위반하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인은 입국 후 곧바로 출입국사무소에 난민인정신청을 함으로써 그 주장과 같은 사유가 인정되어 난민에 해당한다는 법원 판결이 확정되는 등 난민인정을 받은 사람으로 ‘난민의 지위에 관한 협약’ 제31조 제1호의 요건을 갖추었다. 따라서 위 협약 제31조 제1호에 따라 피고인에 대하여 출입국관리법(2020. 3. 24. 법률 제17089호로 개정되기 전의 것) 제94조 제3호, 제7조의2 제2호 및 형법 제137조 (위계에 의한 공무집행방해죄)에서 정한 형을 면제하는 판결을 선고하여야 한다(대법원 2023. 3. 13. 선고2021도3652판결). 결국, 위계공무집행방해·출입국관리법위반에 대하여 형을 면제하는 판결(유죄판결의 일종)을 선고해야 한다.

구 교재 p. 688 추가 및 수정

특수공무방해죄

단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대한다는 행위방법의 위험성으로 인하여 방법이 가중되는 가중적 구성요건이다.

▶ 특수공무집행죄가 성립하는지 여부

- A. 경찰관들이 피고인의 집에 도착하여 개문 요청을 하였는데도 거부하자 단전을 한 것이고 그러자 피고인이 식칼을 들고 나와 경찰관들에게 휘두른 사실을 인정할 여지가 있고, 경찰관들이 그렇게 단전을 한 것은 경찰관집무집행법에 따른 적법한 직무집행으로 볼 수 있으므로, 피고인은 특수공무집행방해죄가 성립한다(대판2018.12.13. 2016도19417). 24. 경찰간부
- B. 도심광장으로서 ‘서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례’에 의하여 관리되고 있는 ‘서울광장’에서, 서울시청 및 중구청 공무원들이 행정대집행법이 정한 계고 및 대집행영장에 의한 통지절차를 거치지 아니한 채 위 광장에 무단설치된 천막의 철거대집행에 착수하였고, 이에 피고인들을 비롯한 ‘광우병위험 미국산 쇠고기 전면 수입을 반대하는 국민대책회의’ 소속 단체 회원들이 몸싸움을 하거나 천막을 붙잡고 이를 방해한 사안에서, 위 서울광장은 비록 공부상 지목이 도로로 되어 있으나도로법 제65조 제1항소정의 행정대집행의 특례규정이 적용되는 도로

법상 도로라고 할 수 없으므로 위 철거대집행은 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖추지 못한 것으로서 적법성이 결여되었고 따라서 피고인들이 위 공무원들에 대하여 폭행·협박을 가하였더라도 특수공무집행방해죄는 성립되지 않는다(대법원2010. 11. 11. 선고2009도11523판결). 24. 경찰간부

특수공무방해치사상죄

특수공무방해죄에 대한 결과적 가중범으로, 치상죄는 부진정결과적가중범이나 치사죄는 진정결과적 가중범이다.

특수공무집행방해치상죄의 성립을 인정한 사례

피고인은 평소 집에서 심한 고성과 욕설, 시끄러운 음악 소리 등으로 이웃 주민들로부터 수회에 걸쳐 112신고가 있어 왔던 사람인데, 피고인의 집이 소란스럽다는 112신고를 받고 출동한 경찰관 갑, 을이 인터폰으로 문을 열어달라고 하였으나 욕설을 하였고, 경찰관들이 피고인을 만나기 위해 전기차단기를 내리자 화가 나 식칼(전체 길이 약 37cm, 칼날 길이 약 24cm)을 들고 나와 욕설을 하면서 경찰관들을 향해 찌를 듯이 협박함으로써 갑, 을의 112신고 업무 처리에 관한 직무집행을 방해하였다고 하여 특수공무집행방해로 기소된 사안에서, 피고인이 자정에 가까운 한밤중에 음악을 크게 켜놓거나 소리를 지른 것은 경범죄 처벌법 제3조 제1항 제21호에서 금지하는 인근소란행위에 해당하고, 그로 인하여 인근 주민들이 잠을 이루지 못하게 될 수 있으며, 갑과 을이 112신고를 받고 출동하여 눈앞에서 벌어지고 있는 범죄행위를 막고 주민들의 피해를 예방하기 위해 피고인을 만나려 하였으나 피고인은 문조차 열어주지 않고 소란행위를 멈추지 않았던 상황이라면 피고인의 행위를 제지하고 수사하는 것은 경찰관의 직무상 권한이자 의무라고 볼 수 있으므로, 위와 같은 상황에서 갑과 을이 피고인의 집으로 통하는 전기를 일시적으로 차단한 것은 피고인을 집 밖으로 나오도록 유도한 것으로서, 피고인의 범죄행위를 진압·예방하고 수사하기 위해 필요하고도 적절한 조치로 보이고, 경찰관 직무집행법 제1조의 목적에 맞게 제2조의 직무 범위 내에서 제6조에서 정한 즉시강제의 요건을 충족한 적법한 직무집행으로 볼 여지가 있다(대판 2018.12.13. 2016도19417). ⇨ 경찰관들이 피고인의 집에 도착하여 개문 요청을 하였는데도 거부하자 단전을 한 것이고 그러자 피고인이 식칼을 들고 나와 경찰관들에게 휘두른 사실을 인정할 여지가 있고, 경찰관들이 그렇게 단전을 한 것은 경찰관집무집행법에 따른 적법한 직무집행으로 볼 수 있으므로, 피고인은 특수공무집행방해죄가 성립한다.

▶ 특수공무집행방해치사상죄의 공동정범이 성립하는지 여부

- A. 피고인도 그 속에 끼인 단체 또는 다중인 데모대원이 던진 돌에 의하여 공무집행 중이던 경찰관이 상해를 입은 경우 피고인이 던진 돌이 동 피해자에게 맞고 안 맞고를 가리지 않고 특수공무방해치상죄가 성립한다(대판 1979.7.24. 79도451).
- B. 집회 및 시위에 참가한 노동조합원 중 일부가 시위진압 경찰관들과의 몸싸움 과정에서 경찰관들에게 상해를 입게 한 경우, 금속연맹 지역 본부장의 직책을 가지고 그 집회 및 시위에 적극적으로 참가한 피고인에게 특수공무집행방해치상의 공동공동정범으로서의 죄책이 인정된다(대판

2002.4.12. 2000도3485).

C. [1] 특수공무방해치사상과 같은 이른바 부진정 결과적가중범은 예견가능한 결과를 예견하지 못한 경우뿐만 아니라 그 결과를 예견하거나 고의가 있는 경우까지도 포함하는 것이므로, 공무집행을 방해하는 집단행위의 과정에서 일부 집단원이 고의행위로 살상을 가한 경우에도 다른 집단원에게 그 사상의 결과가 예견가능한 것이었다면 다른 집단원도 그 결과에 대하여 특수공무방해치사상의 책임을 면할 수 없다.

[2] 공동정범에 있어서는 범인전원이 일정한 일시, 장소에 집합하여 모의한바 없고 또 일부가 현실적으로 범죄실행에 가담한 일이 없다고 하여도 간접적 또는 순차적으로 범행의 포괄적 또는 개별적인 의사연락이 있으면 전체에 대하여 공동정범이 성립하는 것이고, 또 결과적가중범에 있어서의 공동정범은 행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립하고 결과를 공동으로 할 의사는 필요없다.

[3] 부진정결과적가중범인 특수공무방해치사상죄에 있어서 공무집행을 방해하는 집단행위의 과정에서 일부 집단원이 고의로 방화행위를 하여 사상의 결과를 초래한 경우에 다른 집단원이 그 방화행위로 인한 사상의 결과를 예견할 수 있는 상황이었다면 특수공무방해치사상의 죄책을 면할 수 없으나 그 방화행위 자체에 공모가담한 바 없는 이상 방화치사상죄로 의율할 수는 없다 (대법원1990. 6. 26. 선고90도765판결). 24. 경찰간부

구 교재 p. 710 추가

주관적 평가나 법률적 효력에 관한 진술부분에 다소의 오류나 모순이 있는 경우(= 위증죄 불성립)

A. 위증죄는 법률에 의하여 선언한 증인이 자기의 기억에 반하는 사실을 진술함으로써 성립하는 것이므로, 경험을 통하여 기억하고 있는 사실을 진술한 이상 그 진술이 객관적 사실에 부합되지 아니하거나 경험한 사실에 기초한 주관적 평가나 그 법률적 효력에 관한 견해를 부연한 부분에 다소의 오류나 모순이 있다고 하여 위증죄가 성립하는 것은 아니다(대판 1984.2.14. 83도37).

B. 위증죄는 법률에 의하여 선언한 증인이 사실에 관하여 기억에 반하는 진술을 한 때에 성립하고, 증인의 진술이 경험한 사실에 대한 법률적 평가이거나 단순한 의견에 지나지 아니하는 경우에는 위증죄에서 말하는 허위의 공술이라고 할 수 없으며, 경험한 객관적 사실에 대한 증인 나름의 법률적·주관적 평가나 의견을 부연한 부분에 다소의 오류나 모순이 있더라도 위증죄가 성립하는 것은 아니다(대법원2009. 3. 12. 선고2008도11007판결). 결국, 증인의 진술이 법률적·주관적 평가나 의견인 경우 위증죄의 요건인 '허위의 진술'에 해당하지 않는다. 또한 그 내용에 다소의 오류나 모순이 있는 경우에도 위증죄가 성립하지 않는다.

23. 2차 경찰채용

3. 행위

참고인이 타인의 형사사건 등에 관하여 제3자와 대화를 하면서 허위로 진술하고 그 진술이 담긴 대화내용을 녹음한 녹음파일 또는 녹취한 녹취록을 만들어 수사기관 등에 제출하는 행위가 증거위조죄가 되는지 여부 (= 긍정)

[1] 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 위조한 경우에 성립하는 형법 제155조 제1항의 증거위조죄에서 ‘증거’라 함은 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관하여 수사기관이나 법원 또는 징계기관이 국가의 형벌권 또는 징계권의 유무를 확인하는 데 관계있다고 인정되는 일체의 자료를 의미하고, 타인에게 유리한 것이건 불리한 것이건 가리지 아니하며 또 증거가치의 유무 및 정도를 불문한다. 또 여기서의 ‘위조’란 문서에 관한 죄에 있어서의 위조 개념과는 달리 새로운 증거의 창조를 의미하는 것이다.

[2] 그리하여 참고인이 타인의 형사사건 등에 관하여 제3자와 대화를 하면서 허위로 진술하고 위와 같은 허위 진술이 담긴 대화 내용을 녹음한 녹음파일 또는 이를 녹취한 녹취록은 참고인의 허위진술 자체 또는 참고인 작성의 허위 사실확인서 등과는 달리 그 진술내용만이 증거자료로 되는 것이 아니고 녹음 당시의 현장음향 및 제3자의 진술 등이 포함되어 있어 그 일체가 증거자료가 된다고 할 것이므로, 이는 증거위조죄에서 말하는 ‘증거’에 해당한다.

[3] 또한 위와 같이 참고인의 허위 진술이 담긴 대화 내용을 녹음한 녹음파일 또는 이를 녹취한 녹취록을 만들어 내는 행위는 무엇보다도 그 녹음의 자연스러움을 뒷받침하는 현장성이 강하여 단순한 허위진술 또는 허위의 사실확인서 등에 비하여 수사기관 등을 그 증거가치를 판단함에 있어 오도할 위험성을 현저히 증대시킨다고 할 것이므로, 이러한 행위는 허위의 증거를 새로이 작출하는 행위로서 증거위조죄에서 말하는 ‘위조’에도 해당한다. 23. 2차 경찰채용

[4] 따라서 참고인이 타인의 형사사건 등에 관하여 제3자와 대화를 하면서 허위로 진술하고 위와 같은 허위 진술이 담긴 대화 내용을 녹음한 녹음파일 또는 이를 녹취한 녹취록을 만들어 수사기관 등에 제출하는 것은, 참고인이 타인의 형사사건 등에 관하여 수사기관에 허위의 진술을 하거나 이와 다를 바 없는 것으로서 허위의 사실확인서나 진술서를 작성하여 수사기관 등에 제출하는 것과는 달리, 증거위조죄를 구성한다고 할 것이다.

[5] 피고인 겸 피부착명령청구자(이하 ‘피고인’이라고 한다)가 친딸인 피해자 갑을 강간하였다는 등의 범죄사실로 재판을 받던 중 누나인 을로 하여금 위 갑이 을의 딸인 병과 대화를 하면서 ‘아빠가 때려서 그것 때문에 화나서 아빠가 몸매다 손땀다고 거짓말하였다’는 취지로 허위진술하는 것을 을의 휴대폰에 녹음하게 한 다음 위와 같은 허위진술이 담긴 대화 내용을 녹취한 이 사건 녹취록을 만들어 담당재판부에 증거로 제출하게 하였다면 증거위조교사죄에 해당한다(대법원2013. 12. 26. 선고2013도8085, 2013전도165판결).

타인의 형사사건 또는 징계사건

증거인멸죄와 동일하다. 즉 피고인 자신이 직접 형사처분이나 징계처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 증인이 될 사람을 도피하게 한 경우에는 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증인을 도피하게 한 결과가 된다고 하더라도 이를 증인 도피죄로 처벌할 수 없다(대판 2003.3.14. 2002도6134). 23. 2차 경찰채용

자신을 위해 증인을 도피하게 한 행위가 동시에 다른 공범자의 증인을 도피하게 한 결과로 되는 경우(= 본죄 불성립)

[1] 형법 제155조 제2항에 정하여진 증인도피죄는 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증인을 은닉·도피하게 한 경우에 성립하는 것으로서, 피고인 자신이 직접 형사처분이나 징계처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 증인이 될 사람을 도피하게 하였다면, 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증인을 도피하게 한 결과가 된다고 하더라도 이를 증인도피죄로 처벌할 수 없는 것이다. 23. 2차 경찰채용

[2] 갑, 을은 '○○○○파'를 결성한 후 적대세력인 병에 대한 아킬레스건 절단사건을 계획, 지시한 후 범행실행자 일부만 자수시킴으로써 위 사건을 그들만의 우발적 범행으로 축소시키고 자신들 및 '○○○○파' 조직의 관련성을 은폐하려고 한 점, 그런데 범행현장에 있던 정은 평소 병과 가까운 사이로서 위 사건 2일 전에도 을 및 그 조직원들(위 아킬레스건 절단사건의 범행실행자들이다)로부터 병과 같이 다닌다는 이유로 폭행·협박당하기도 하였던 탓에 위 사건이 조직원들의 개인적, 우발적 범행이 아니라 갑, 을의 지시에 의한 조직적 범죄라고 금방 알 수 있었던 점을 인정할 수 있는바, 이러한 정황에 비추어 보면 갑, 을이 정을 도피하게 한 것은 범행실행자들만을 수사의 전면에 내세우고 '○○○○파'의 우두머리인 자신들은 수사대상에서 빠지기 위하여 그 관련성을 알고 있는 정을 진술을 방해하기 위한 것으로서 위 피고인들 자신이 형사처벌을 받지 않기 위하여 한 행위라고 할 것이므로 증인도피죄로 처벌할 수 없는 경우에 해당한다고 할 것이다(대법원2003. 3. 14. 선고2002도6134판결). ⇨ 폭력조직의 범죄단체(홍성식구파)를 조직한 두목 갑과 을이 적대세력의 두목 병을 제거하기 위하여 조직원들과 공모하여 칼로 병의 양쪽 다리 아킬레스건을 절단하는 범행을 한 후 조직원 1~2명을 경찰에 자수시켜 위 상해가 '홍성식구파'의 계획된 범행이 아니라 마치 자수한 조직원의 우발적인 범행인 것처럼 허위진술하게 함으로써 사건을 축소·은폐하려 하였으나, 범행현장을 목격한 A가 경찰에 출석하여 사실대로 진술할 경우 자칫 범행의 전모는 물론 나아가 범죄단체 구성 사실까지 밝혀질 것을 우려한 나머지 A로 하여금 경찰에 출석하지 못하도록 겁을 주기로 마음먹고, 위 범행 직후 2차례에 걸쳐 A에게 당분간 홍성에 나타나지 말라는 식으로 이야기하여 동인으로 하여금 경찰서에 출석하여 진술하지 못하고 다른 곳으로 도피하도록 함으로써 형사사건에 관한 증인을 도피하게 한 경우(홍성파사건 : 두목 갑과 을은 증인도피죄 불성립, 범인도피죄와 상해죄는 유죄)

구 교재 p. 720 수정

제1항 서설

무고의 죄란 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고함으로써 성립하는 범죄로서 주된 보호법익은 국가의 심판기능이다. 따라서 피무고자의 승낙은 본죄의 성립에 영향을 미치지 못한다. 정도는 추상적 위험범이고 본죄는 목적범이다.

무고죄 보호법익(국가의 형사사법권의 적정한 행사)과 승낙 무고도 무고죄 성립 여부(=긍정)

[1] 무고죄는 국가의 형사사법권 또는 징계권의 적정한 행사를 주된 보호법익으로 하고 다만, 개인의 부당하게 처벌 또는 징계받지 아니할 이익을 부수적으로 보호하는 죄이므로, 설사 무고에 있어서 피무고자의 승낙이 있었다고 하더라도 무고죄의 성립에는 영향을 미치지 못한다 할 것이고, 무고죄에 있어서 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적은 허위신고를 함에 있어서 다른 사람이 그로 인하여 형사 또는 징계처분을 받게 될 것이라는 인식이 있으면 족한 것이고 그 결과발생을 희망하는 것까지를 요하는 것은 아니므로, 고소인이 고소장을 수사기관에 제출한 이상 그러한 인식은 있었다고 보아야 한다.

[2] 피무고자의 승낙을 받아 허위사실을 기재한 고소장을 제출하였다면 피무고자에 대한 형사처분이라는 결과발생을 의욕한 것은 아니라 하더라도 적어도 그러한 결과발생에 대한 미필적인 인식은 있었던 것으로 보아야 한다. 23. 2차 경찰채용

[3] 피고인들은 갑과 그로부터 피해를 당한 사람들과의 합의를 주선하기 위하여 자신들도 피해자인 것처럼 행세하기 위하여 갑의 승낙을 받고 갑으로부터 차용금 피해를 당한 것처럼 허위사실을 기재한 이 사건 고소장을 제출하였다는 것이므로, 갑에 대한 형사처분이라는 결과발생을 의욕한 것은 아니라 하더라도 적어도 그러한 결과발생에 대한 미필적인 인식은 있었던 것으로 보아야 할 것이다(대법원 2005. 9. 30. 선고2005도2712판결).

구 교재 p. 720 추가

객관적 구성요건

1. 행위의 주체

본죄의 주체에는 제한이 없다. 공무원도 본죄의 주체가 될 수 있다. 다만 공무원 신분으로 인하여 그 형의 2분의1까지 가중된다(제135조). 비록 외관상으로는 타인명의로 고소장을 대리하여 작성하고 제출하는 형식으로 고소가 이루어진 경우라 하더라도 그 명의자는 고소의 의사가 없이 이름만 빌려준 것에 불과하고 명의자를 대리한 자가 실제 고소의 의사를 가지고 고소행위를 주도한 경우라면 그 명의자를 대리한 자를 신고자로 보아 무고죄의 주체로 인정하여야 할 것이다(대법원 2007. 3. 30. 선고2006도6017판결). 23. 경찰승진

구 교재 p. 725 추가

- ③ 신고사실은 객관적 진실과 일치하나 법적 평가·죄명을 잘못 적은 경우에는 허위신고라고 할 수 없다.

객관적인 사실관계대로 신고하였으나 주관적인 법률평가가 잘못된 경우(= 무고죄 불성립)

- ㉠ 횡령을 절도라고 기재하여 신고한 경우(대판 1985.9.24. 84도1737)
- ㉡ 피고소인이 피고인 소유의 원목을 절취하였다는 고소사실중 동 원목이 피고인 소유가 아니라 피고소인 소유이어서 절도죄를 구성하지 아니하여도 피고소인의 소위가 권리행사방해죄를 구성하는 경우(대판 1981.6.23. 80도1049)

- ④ 형사책임을 져야 할 자를 잘못 기재하였더라도 신고한 사실이 진실이면 허위신고가 아니다.
- ⑤ 신고사실이 불기소처분 또는 무죄판결이 내려졌다하여 그 자체를 무고죄의 적극적 근거로 삼아서는 안된다.

성폭행 피해 신고사실에 대해 불기소처분이나 무죄판결이 내려졌다하여 그 자체를 무고하였다는 적극적 근거로 삼아 신고내용이 허위라고 단정해서는 안된다는 판례(= 무고죄 불성립)

[1] 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분이나 징계처분을 받게 할 목적으로 신고한 사실이 객관적인 진실에 반하는 허위사실인 경우에 성립하는 범죄이므로, 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실이라는 요건은 적극적 증명이 있어야 하고, 신고사실의 진실성을 인정할 수 없다는 소극적 증명만으로 곧 그 신고사실이 객관적 진실에 반하는 허위의 사실이라 단정하여 무고죄의 성립을 인정할 수는 없으며, 신고내용에 일부 객관적 진실에 반하는 내용이 포함되어 있더라도 그것이 범죄의 성부에 영향을 미치는 중요한 부분이 아니고 단지 신고사실의 정황을 과장하는 데 불과하다면 무고죄는 성립하지 않는다.

[2] 피해자임을 주장하는 자가 성폭행 등의 피해를 입었다고 신고한 사실에 대하여 증거불충분 등을 이유로 불기소처분되거나 무죄판결이 선고된 경우 반대로 이러한 신고내용이 객관적 사실에 반하여 무고죄가 성립하는지 여부를 판단할 때에도 마찬가지로 고려되어야 한다. 따라서 성폭행 등의 피해를 입었다는 신고사실에 관하여 불기소처분 내지 무죄판결이 내려졌다고 하여, 그 자체를 무고를 하였다는 적극적인 근거로 삼아 신고내용을 허위라고 단정하여서는 아니 됨은 물론, 개별적, 구체적인 사건에서 피해자임을 주장하는 자가 처하였던 특별한 사정을 충분히 고려하지 아니한 채 진정한 피해자라면 마땅히 이렇게 하였을 것이라는 기준을 내세워 성폭행 등의 피해를 입었다는 점 및 신고에 이르게 된 경위 등에 관한 변소를 쉽게 배척하여서는 아니 된다. 24. 경찰간부

[3] 강제추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 이른바 기습추행의 경우도 포함되며, 이 경우의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다(대법원2019. 7. 11. 선고2018도2614판결).

(다) 허위사실의 정도

허위사실은 형사처분 또는 징계처분의 원인사실이 될 수 있는 것이어야 한다. 즉 단순히 추상적 사실을 적시한 것만으로는 부족하고, 적어도 수사권 또는 징계권의 발동을 촉구할 수 있는 정도가 되어야 한다.

- ① 신고내용에 범죄구성요건 사실 또는 징계요건 사실을 구체적으로 기재할 필요는 없으며, 법률적 평가를 명시할 필요도 없다.

허위사실 적시의 정도

[1] 무고죄에서의 허위사실 적시의 정도는 수사관서 또는 감독관서에 대하여 수사권 또는 징계권의 발동을 촉구하는 정도의 것이면 충분하고 반드시 범죄구성요건 사실이나 징계요건 사실을 구체적으로 명시하여야 하는 것은 아니다. 23. 경찰승진

[2] 무고죄에서 허위사실의 신고방식은 구두에 의한 서면에 의한 관계가 없고, 서면에 의한 경우에도 그 신고내용이 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적의 허위사실이면 충분하며 그 명칭을 반드시 고소장이라고 하여야만 무고죄가 성립하는 것은 아니다(대법원 2014. 12. 24. 선고2012도4531판결).

구 교재 p. 727 추가

(라) 허위사실의 입증

허위사실의 입증(= 적극적 증명)

무고죄는 타인으로 하여금 형사처분이나 징계처분을 받게 할 목적으로 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실인 경우에 성립되는 범죄이므로 신고한 사실이 객관적 사실에 반하는 허위사실이라는 요건은 적극적인 증명이 있어야 하며, 신고사실의 진실성을 인정할 수 없다는 소극적 증명만으로 곧 그 신고사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실이라고 단정하여 무고죄의 성립을 인정할 수는 없다(대판 2004.1.27. 2003도5114).

(마) 자기무고

형법 제156조에서 정한 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 허위의 사실을 신고하는 것을 구성요건으로 하는 범죄이다. 자기 자신으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 허위의 사실을 신고하는 행위, 즉 자기 자신을 무고하는 행위는 무고죄의 구성요건에 해당하지 않아 무고죄가 성립하지 않는다. 따라서 자기 자신을 무고하기로 제3자와 공모하고 이에 따라 무고행위에 가담하였더라도 이는 자기 자신에게는 무고죄의 구성요건에 해당하지 않아 범죄가 성립할 수 없는 행위를 실현하고자 한 것에 지나지 않아 무고죄의 공동정범으로 처벌할 수 없다(대법원2017. 4. 26. 선고2013도12592판결). 23. 1차 경찰채용

그러나 피무고자의 교사·방조 하에 제3자가 피무고자에 대한 허위의 사실을 신고한 경우에는 제3자의 행위는 무고죄의 구성요건에 해당하여 무고죄를 구성하므로, 제3자를 교사·방조한 피무고자도 교사·방조범으로서의 죄책을 부담한다(대법원2008. 10. 23. 선고2008도4852판결).

23. 경찰승진

주관적 구성요건

무고죄의 범의는 반드시 확정적 고의일 필요가 없고 미필적 고의로도 충분하다.

무고죄의 범의는 미필적 고의로도 충분하다는 판례

[1] 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분이나 징계처분을 받게 할 목적으로 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실인 경우에 성립한다. 무고죄의 범의는 반드시 확정적 고의일 필요가 없고 미필적 고의로도 충분하므로, 신고자가 허위라고 확신한 사실을 신고한 경우뿐만 아니라 진실하다는 확신 없는 사실을 신고하는 경우에도 그 범의를 인정할 수 있다. 또한 무고죄에서 형사처분을 받게 할 목적은 허위신고를 하면서 다른 사람이 그로 인하여 형사처분을 받게 될 것이라는 인식이 있으면 충분하고 그 결과의 발생을 희망할 필요까지는 없으므로, 신고자가 허위 내용임을 알면서도 신고한 이상 그 목적이 필요한 조사를 해 달라는 데에 있다는 등의 이유로 무고의 범의가 없다고 할 수 없다. 또한 신고자가 알고 있는 객관적인 사실관계에 의하더라도 신고사실이 허위라거나 또는 허위일 가능성이 있다는 인식을 하지 못하였다면 무고의 고의를 부정할 수 있으나, 이는 알고 있는 객관적 사실관계에 의하여 신고사실이 허위라거나 허위일 가능성이 있다는 인식을 하면서도 그 인식을 무시한 채 무조건 자신의 주장이 옳다고 생각하는 경우까지 포함하는 것은 아니다. 24. 경찰간부

[2] 약사인 갑이 종업원 을로 하여금 피고인 또는 불특정 다수의 손님들에게 의약품을 판매하도록 지시한 사실이 없었고, 위 을도 위와 같은 지시를 받아 의약품을 처방, 판매한 사실이 없었음에도, 피고인이 허위사실을 신고하여 갑과 을을 무고한 사실을 충분히 인정할 수 있다. 따라서 약사가 무자격자인 종업원으로 하여금 불특정 다수의 환자들에게 의약품을 판매하도록 지시하거나 실제로 자신에게 의약품을 판매하였다는 등의 내용으로 제기된 피고인의 민원은 객관적 사실관계에 반하는 허위사실이고, 미필적으로나마 그 허위 또는 허위의 가능성을 인식한 무고의 고의가 있었다(대법원2022. 6. 30. 선고2022도3413판결). 결국, 피고인에게 무고죄가 인정된다.

자백·자수의 특례

본죄를 범한 자가 그 허위 신고한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다(제153조).

— 수고하셨습니다 —