법학전문대학원협의회 연구용역 과제 보고서

변호사시험의 자격시험을 위한 형법표준판례연구

< 표준판례 543선 >

본 과제는 법학전문대학원협의회에서
변호사시험의 자격시험화를 위한 방안의 일환으로
교육 및 시험용 표준판례 선정작업을 시행하기로 함에 따라
“한국형사법학회”에 의뢰하여 25개교 법학전문대학원 교수가
참여하여 개발된 연구결과물입니다.

목 차

형법총론

제1편 서론

I. 죄형법정주의

1. 법률주의, 위임입법(1)(헌법재판소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 전원재판부) ····· 3
2. 법률주의, 위임입법(2)(대법원 2013. 6. 13. 선고 2013도1685 판결) ····· 4
3. 명확성의 원칙(헌법재판소 2006.7.27. 선고 2005헌바19 전원재판부) ····· 4
4. 유추적용금지(1)(대법원 1997. 3. 20. 선고 96도1167 전원합의체 판결) ····· 5
5. 유추적용금지(2)(대판 2017. 12. 21. 2015도8335 전원합의체 판결) ····· 6
6. 형벌불소급의 원칙(1)(대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3349 판결) ····· 7
7. 형벌불소급의 원칙(2)(대법원 2008.7.24. 자 2008어4 결정) ····· 8
8. 책임주의(헌법재판소 2007.11.29. 선고 2005헌가10 전원재판부) ····· 9

II. 형법의 적용범위

9. 시간적 적용범위(대법원 2014. 4. 24. 선고 2012도14253 판결) ····· 9
10. 장소적 적용범위(대법원 2011. 8. 25. 선고 2011도6507 판결) ····· 10
11. 외국에서 받은 형의 산입(대법원 2017. 8. 24. 선고 2017도5977 전원합의체 판결) ····· 11

제2편 범죄론

제1장 구성요건

I. 범죄의 주체와 범죄의 유형

12. 법인의 범죄능력(대법원 1984. 10. 10. 선고 82도2595 전원합의체 판결) ····· 13
13. 법인의 형벌능력과 양벌규정(헌법재판소 2009.7.30. 선고 2008헌가14 전원재판부) ····· 14
14. 대표자의 위법과 법인의 처벌(헌법재판소 2010.7.29. 선고 2009헌가25,29, 36,2010헌가6,25(병합) 전원재판부) ····· 14
15. 즉시범(상태범)과 계속범의 구별(대법원 2009. 4. 16. 선고 2007도6703 전원합의체 판결 [농지법위반]) ····· 15

II. 인과관계

16. 교통사고와 인과관계(대법원 2012. 3. 15. 선고 2011도17117 판결) ····· 16
17. 허약체질과 인과관계(1)(대법원 1986. 9. 9. 선고 85도2433 판결) ····· 17
18. 허약체질과 인과관계(2)(대법원 1978. 11. 28. 선고 78도1961 판결) ····· 18
19. 피해자의 과실과 인과관계(대법원 1994.3.22. 선고 93도3612 판결) ····· 18
20. 피난행위와 인과관계(대법원 1995.5.12. 선고 95도425 판결) ····· 18
21. 주의의무위반과 결과의 관련성(대법원 1990.12.11. 선고 90도694 판결) ····· 19
22. 독성물질과 인과관계(대법원 2018. 1. 25. 선고 2017도12537 판결) ····· 20

III. 고의범

23. 미필적 고의(1)(대법원 1994. 3. 22, 93도3612 판결) ····· 21
24. 미필적 고의(2) (대법원 1987. 1. 20. 85도221 판결) ····· 22
25. 미필적 고의(3)(대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결) ····· 22
26. 미필적 고의(4)(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도10029 판결) ····· 23
27. 사실의 착오(대법원 1984. 1. 24. 선고 83도2813 판결) ····· 24
28. 개괄적 고의(대법원 1988. 6. 28 선고 88도650 판결) ····· 25

IV. 과실범

29. 과실의 종류와 판단기준(대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3007 판결) ····· 25
30. 과실의 판단기준(1)(대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도10104 판결) ····· 26
31. 과실의 판단기준(2)(대법원 2008. 8. 11. 선고 2008도3090 판결) ····· 27
32. 과실의 판단기준(3)(대법원 2003. 1. 10. 선고 2001도3292 판결) ····· 28
33. 신뢰의 원칙(1)(대법원 1998. 9. 22. 선고 98도1854 판결) ····· 28
34. 신뢰의 원칙(2)(대법원 2003. 8. 19. 선고 2001도3667 판결) ····· 29
35. 신뢰의 원칙의 한계(대법원 1984. 4. 10. 선고 84도79 판결) ····· 30

V. 결과적 가중범

36. 예견가능성과 인과관계의 구별(대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1596 판결) ····· 30
37. 중한 결과의 예견가능성(대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도2680 판결) ····· 31
38. 인과관계(대법원 1994. 11. 4. 선고 94도2361 판결) ····· 32
39. 부진정결과적 가중범과 죄수(1)(대법원 1983. 1. 18. 선고 82도2341 판결) ····· 32
40. 부진정결과적 가중범과 죄수(2)(대법원 1996. 4. 26. 선고 96도485 판결) ····· 34
41. 부진정결과적 가중범과 죄수(3)(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7311 판결) ····· 34

VI. 부작위범

42. 작위와 부작위의 구별(대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결) ····· 35
43. 부작위범의 성립요건(대법원 1992. 2. 11. 선고 91도2951 판결) ····· 36
44. 부작위범의 성립요건과 미필적 고의(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결) ····· 36

제2장 위법성

I. 정당방위

45. 정당방위의 성립요건(1)(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결) ····· 38
46. 정당방위의 성립요건(2)(대법원 1983. 9. 13. 선고 83도1467 판결) ····· 38
47. 정당방위의 성립요건(3)(대법원 1966. 3. 5. 선고 66도63 판결) ····· 39
48. 정당방위의 성립요건(4)(대법원 1992. 12. 22. 선고 92도2540 판결) ····· 40
49. 정당방위의 상당성 요건(1)(대법원 2001. 5. 15. 선고 2001도1089 판결) ····· 40
50. 정당방위의 상당성 요건(2)(대법원 1989. 8. 8. 선고 89도358 판결) ····· 41
51. 타인을 위한 방위(대법원 2017. 3. 15. 선고 2013도2168 판결) ····· 42
52. 싸움과 정당방위(1)(대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도228 판결) ····· 43
53. 싸움과 정당방위(2)(대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도1794 판결) ····· 44
54. 싸움과 정당방위(3)(대법원 1968. 5. 7. 선고 68도370 판결) ····· 44
55. 경찰관의 무기사용(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도3842 판결) ····· 46

II. 긴급피난

56. 긴급피난의 성립요건(대법원 1987. 1. 20. 선고 85도221 판결) ····· 47
57. 긴급피난의 상당성(대법원 2006. 4. 13. 선고 2005도9396 판결) ····· 48
58. 자초한 위난(대법원 1995. 1. 12. 선고 94도2781 판결) ····· 49

III. 자구행위

59. 자구행위의 성립요건(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도8081 판결) ····· 49

IV. 피해자의 승낙

60. 피해자의 승낙의 성립요건(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도9606 판결) ····· 50
61. 의사의 설명의무와 유효한 승낙(대법원 1993. 7. 27. 선고 92도2345 판결) ····· 51
62. 추정적 승낙(대법원 1989. 9. 12. 선고 89도889 판결) ····· 51

V. 정당행위

63. 정당행위의 요건(대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3029 판결) ····· 52
64. 상관의 위법 내지 불법한 명령(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결) ····· 53
65. 단전, 단수(대법원 2007. 9. 20. 선고 2006도9157 판결) ····· 53
66. 소극적 저항(대법원 1996. 5. 28. 선고 96도979 판결) ····· 54
67. 민간의료시술(대법원 2000. 4. 25. 98도2389 판결) ····· 55

제3장 책임

I. 책임능력

68. 책임능력의 의의와 판단기준(대법원 1968. 4. 30. 선고 68도400 판결) ····· 56
69. 심신장애의 의의와 성격장애(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도7900 판결) ····· 57
70. 원인에 있어서 자유로운 행위(1) - 고의범(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도857 판결) ····· 58
71. 원인에 있어서 자유로운 행위(2) - 과실범(대법원 1992. 7. 28. 선고 92도999 판결) ····· 58

II. 위법성의 인식과 착오

72. 위법성의 인식의 내용(대법원 1987. 3. 24. 선고 86도2673 판결) ····· 59
73. 무단이탈과 위법성의 착오(대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1406 판결) ····· 60
74. 법률의 부지와 착오(대법원 1985. 4. 9. 선고 85도25 판결) ····· 60
75. 법률의 착오와 정당한 이유(1)(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결) ····· 61
76. 법률의 착오와 정당한 이유(2)(대법원 1983. 2. 22. 선고 81도2763 판결) ····· 62

III. 적법행위의 기대가능성

77. 강요된 행위(대법원 1990. 3. 27. 선고 89도1670 판결) ····· 63
78. 기대가능성의 판단기준(대법원 2008. 10. 23. 선고 2005도10101 판결) ····· 63

제4장 미수론

I. 예비·음모죄

79. 예비죄(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도7150 판결) ····· 64
80. 음모죄(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결) ····· 65

II. 미수론 일반

81. 강제추행죄의 실행의 착수 시기(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6980 판결) ····· 66
82. 현존건조물방화죄의 실행의 착수시기(대법원 2002. 3. 26. 선고 2001도6641 판결) ····· 68
83. 야간주거침입절도죄의 실행의 착수시기(대법원 2003. 10. 24. 선고 2003도4417 판결) ···· 69
84. 특수강도죄의 실행의 착수시기(1)(대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결) ····· 69
85. 특수강도죄의 실행의 착수시기(2)(대법원 1991. 11. 22. 선고 91도2296 판결) ····· 70
86. 주거침입죄의 기수시기(대법원 1995. 9. 15. 선고 94도2561 판결) ····· 71
87. 절도죄의 기수시기(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도6080 판결) ····· 72
88. 타인의 수목(樹木)에 대한 횡령죄의 기수시기
(대법원 2012. 8. 17. 선고 2011도9113 판결) ····· 73
89. 직권남용죄의 기수시기(대법원 1978. 10. 10. 선고 75도2665 판결) ····· 74
90. 배임죄의 기수시기(대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결) ····· 75
91. 미수범처벌규정의 존재(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도8767 판결) ····· 76
92. 결과적 가중범의 미수범의 처벌(대법원 2013. 8. 22. 선고 2013도7138 판결) ····· 77

III. 중지범

93. 자의에 의한 중지인지의 판단기준(대법원 1993. 10. 12. 선고 93도1851 판결) ····· 78
94. 예비의 중지(대법원 1991. 6. 25. 선고 91도436 판결) ····· 79
95. 공범의 중지(대법원 1986. 3. 11. 선고 85도2831 판결) ····· 80

IV. 불능범

96. 실행의 수단 또는 대상의 착오
(대법원 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결) ····· 81
97. 결과발생의 불가능(대법원 1984. 2. 14. 선고 83도2967 판결) ····· 83
98. 위험성의 판단기준(대법원 2005. 12. 8. 선고 2005도8105 판결) ····· 84

제5장 공범론

I. 공동정범

99. 공동가공의 의사(1)(대법원 1985. 5. 14. 선고 84도2118 판결) ····· 85
100. 공동가공의 의사(2)(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결) ····· 87
101. 공동가공의 의사(3)(대법원 1994. 3. 11. 선고 93도2305 판결) ····· 88
102. 공동 실행의 사실(대법원 1982. 10. 26. 선고 82도1818 판결) ····· 89
103. 공모공동정범(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도3544 판결) ····· 89
104. 공동정범의 책임범위(대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도428 판결) ····· 91

105. 과실범의 공동정범(대법원 1962.3.29. 선고 4294형상598 판결) ····· 92
106. 부작위범의 공동정범(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결) ····· 94
107. 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 공모관계에서 이탈한 경우
(대법원 1986. 1. 21. 선고 85도2371 판결) ····· 95
108. 공모를 주도한 자에게 공모관계로부터의 이탈이 인정되기 위한 요건
(대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1274 판결) ····· 96
109. 공동정범 성립의 시간적 한계(대법원 1995. 9. 5. 선고 95도577 판결) ····· 97
110. 승계적 공동정범의 책임범위(대법원 1982.11.23. 선고 82도2024 판결) ····· 97
111. 공범 중의 1인이 공모하지 아니한 범죄를 실행한 경우 다른 공범자의 죄책
(대법원 1988. 9. 13. 선고 88도1114 판결) ····· 99
112. 결과적가중범의 공동정범(대법원 1997. 10. 10. 선고 97도1720 판결) ····· 100

II. 교사범

113. 교사의 수단·방법과 범행의 특정정도(대법원 1991. 5. 14. 선고 91도542 판결) ····· 101
114. 교사행위와 범행결의 사이의 인과관계(대법원 2013. 9. 12. 선고 2012도2744 판결) ···· 102
115. 교사자의 공범관계로부터의 이탈(대법원 2012. 11. 15. 선고 2012도7407 판결) ····· 103
116. 교사의 내용과 정범의 실행행위가 일치하지 않는 경우
(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002도4089 판결) ····· 104

III. 종범

117. 공동정범과 종범의 구별(대법원 2011. 11. 10. 선고 2010도11631 판결) ····· 105
118. 방조행위(대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결) ····· 106
119. 방조의 고의(대법원 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결) ····· 107
120. 부작위에 의한 방조(대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결) ····· 108
121. 예비단계에 있어서의 종범의 성립여부(대법원 1976. 5. 25. 선고 75도1549 판결) ····· 109
122. 종범성립의 시간적 한계(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6027 판결) ····· 110

IV. 간접정범

123. 간접정범의 본질(대법원 1988. 9. 13. 선고 88도1114 판결) ····· 111
124. 피해자의 행위를 이용한 간접정범(대법원 1970. 9. 22. 선고 70도1638 판결 ····· 113
125. 고의 없는 자의 행위를 이용한 간접정범(대법원 1984. 11. 27. 선고 84도1862 판결) ·· 114
126. 목적 없는 자의 행위를 이용한 간접정범
(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결) ····· 115
127. 위법성이 조각되는 행위를 이용한 간접정범
(대법원 2006. 5. 25. 선고 2003도3945 판결) ····· 116
128. 간접정범의 이용행위(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도7204 판결) ····· 116
129. 범죄행위의 결과 발생(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011도14441 판결) ····· 117

130. 자수범(대법원 2018. 2. 8. 선고 2016도17733 판결) ····· 119
131. 비신분자에 의한 진정신분범의 간접정범(1)
(대법원 1992. 1. 17. 선고 91도2837 판결) ····· 120
132. 비신분자에 의한 진정신분범의 간접정범(2)
(대법원 1992. 11. 10. 선고 92도1342 판결) ····· 120

V. 공범과 신분

133. 신분의 개념(대법원 1994. 12. 23. 선고 93도1002 판결) ····· 122
134. 신분없는 자에 의한 진정신분범의 공동정범
(대법원 1992. 12. 24. 선고 92도2346 판결) ····· 123
135. 작위의무없는 자에 의한 부작위범의 공동정범
(대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도89 판결) ····· 125
136. 부진정신분범에 가담한 비신분자의 처벌
(대법원 2018. 8. 30. 선고 2018도10047 판결) ····· 126
137. 소극적 신분과 공범(대법원 1986. 7. 8. 선고 86도749 판결) ····· 127

VI. 필요적 공범

138. 직접 실행에 가담하지 않는 자에 대한 합동범의 공동정범 인정여부
(대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도2021 판결) ····· 128
139. 편면적 대향범에 가담한 자의 처벌(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도3642 판결) ····· 129

제3편 죄수론

I. 법조경합

140. 특별관계(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7311 판결) ····· 131
141. 보충관계(대법원 1965. 9. 28. 선고 65도695 판결) ····· 132
142. 흡수관계_불가벌적 수반행위(1)(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도1895 판결) ····· 132
143. 흡수관계_불가벌적 사후행위(2)
(대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결) ····· 134
144. 흡수관계_불가벌적 사후행위(3)(대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도3498 판결) ····· 135

II. 포괄일죄

145. 결합범(대법원 2015. 10. 15. 선고 2015도8169 판결) ····· 136
146. 계속범(대법원 2018. 2. 28. 선고 2017도21249 판결) ····· 137

147. 접속범(대법원 1979. 10. 10. 선고 79도2093 판결) ····· 138
148. 연속범 (1)(대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1375 판결) ····· 139
149. 연속범 (2)(대법원 1996. 4. 9. 선고 95도2466 판결) ····· 140
150. 상습범(대법원 2004. 9. 16. 선고 2001도3206 전원합의체 판결) ····· 141
151. 영업범(대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도10467 판결) ····· 142

III. 상상적 경합

152. 상상적 경합과 법조경합의 구별
(대법원 2002. 7. 18. 선고 2002도669 전원합의체 판결) ····· 143
153. 상상적 경합범과 포괄일죄의 구별(대법원 2015. 4. 23. 선고 2014도16980 판결) ····· 145
154. 상상적 경합과 실체적 경합의 구별 (1)(대법원 1991. 6. 25. 선고 91도643 판결) ····· 146
155. 상상적 경합과 실체적 경합의 구별 (2)(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도4380 판결) ··· 147
156. 연결효과에 의한 상상적 경합(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도1216 판결) ····· 148
157. 상상적 경합의 처벌(대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3160 판결) ····· 148

IV. 실체적 경합

158. 실체적 경합의 의의(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도7143 판결) ····· 149
159. 포괄일죄, 상상적 경합 그리고 실체적 경합의 비교
(대법원 1989. 11. 28. 선고 89도1309 판결) ····· 150
160. 동시적 경합범의 처벌(대법원 1985. 4. 23. 선고 84도2890 판결) ····· 152
161. 사후적 경합범의 성립범위(대법원 2014. 3. 27. 선고 2014도469 판결) ····· 152
162. 사후적 경합범의 처벌(1)(대법원 2008. 9. 11. 선고 2006도8376 판결) ····· 153
163. 사후적 경합범의 처벌(2)(대법원 2019. 4. 18. 선고 2017도14609 전원합의체 판결) ···· 154

제4편 형벌론

164. 몰수와 추징(1) - 범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하는 물건
(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5586 판결) ····· 156
165. 몰수와 추징(2) - 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건
(대법원 2006. 9. 14. 선고 2006도4075 판결) ····· 156
166. 몰수와 추징(3) - 범죄행위로 인하여 생하였거나 이로 인하여 취득한 물건
(대법원 2007. 12. 14. 선고 2007도7353 판결) ····· 157
167. 몰수·추징의 방법(대법원 1975. 4. 22. 선고 73도1963 판결) ····· 158
168. 누범가중(1)(대법원 2002. 10. 22. 선고 2002감도39 판결) ····· 159
169. 누범가중(2)(대법원 1976. 9. 14. 선고 76도2071 판결) ····· 160
170. 상습범가중(1)(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도7150 판결) ····· 160

171. 상습범가중(2)(대법원 2017. 6. 29. 선고 2016도18194 판결) ····· 161
172. 자수로 인한 형의 감경(대법원 1994. 10. 14. 선고 94도2130 판결) ····· 162
173. 선고유예(1)(대법원 2012. 6. 28. 선고 2011도10570 판결) ····· 162
174. 선고유예(2)(대법원 2007. 6. 28.자 2007모348 결정) ····· 163
175. 집행유예(1)(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001도3579 판결) ····· 164
176. 집행유예(2)(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도6196 판결) ····· 165
177. 집행유예(3)(대법원 1998. 4. 24. 선고 98도98 판결) ····· 165

형법각론

제1편 개인적 법익에 대한 죄

제1장 생명신체에 대한 죄

I. 살인의 죄

178. 사람의 시기(진통설 또는 분만개시설)(대법원 2007.06.29. 선고 2005도3832 판결) ····· 169
179. 부작위 살인(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결) ····· 170
180. 살인 예비죄(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도7150 판결) ····· 171
181. 존속살해죄의 합헌성(헌재 2013. 7. 25. 2011헌바267) ····· 172
182. 입양과 존속살해죄(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도8333,2007감도22 판결) ····· 173
183. 영아살해죄의 주체로서 직계존속(대법원 1970.03.10. 선고 69도2285 제2부판결) ····· 174
184. 살인죄의 간접정범, 위계에 의한 살인, 자살교사·방조죄의 구별
(대법원 1987. 1. 20. 선고 86도2395 판결) ····· 174

II. 상해와 폭행의 죄

185. 상해와 신체손상의 개념(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도8247 판결) ····· 175
186. 상해의 판단기준(대법원 1996. 12. 10. 선고 96도2529 판결) ····· 175
187. 상해죄의 고의(1)(대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결) ····· 176
188. 상해죄의 고의(2)(대법원 1984. 10. 5. 선고 84도1544 판결) ····· 177
189. 중상해(대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도7527 판결) ····· 177
190. 상해치사죄의 인과관계(대법원 1996. 5. 10. 선고 96도529 판결) ····· 178
191. 포괄하여 단일의 상해치사죄(대법원 1994. 11. 4. 선고 94도2361 판결) ····· 179
192. 동시범의 특례(1)(대법원 2000. 7. 28. 선고 2000도2466 판결) ····· 179
193. 동시범의 특례(2)(대법원 1984. 4. 24. 선고 84도372 판결) ····· 180
194. 폭행의 개념(1)(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결) ····· 180
195. 폭행의 개념(2)(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016도9302 판결) ····· 181
196. 특수 폭행의 위험한 물건(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10256 판결) ····· 182

III. 과실치사상의 죄

197. 과실의 존부판단(신뢰의 원칙)(대법원 1992. 3. 10. 선고 91도3172 판결) ····· 183
198. 과실치상죄의 정당화사유로 사회적 상당성(운동경기와 상해) ····· 184
(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도6940 판결)
199. 업무상 과실치사상죄의 업무(대법원 2017. 12. 5. 선고 2016도16738 판결) ····· 184

Ⅳ. 낙태의 죄

200. 낙태죄의 기수시기 및 살인죄와 관계(대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결) ····· 185
201. 낙태와 임산부에 대한 상해죄의 성부(대법원 2007. 6. 29. 선고 2005도3832 판 ····· 186

Ⅴ. 유기와 학대의 죄

202. 법률상 보호의무자의 범위(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도3952 판결) ····· 187
203. 계약상 보호의무자의 범위(대법원 2011. 11. 24. 선고 2011도12302 판결) ····· 187
204. 강간치상범의 유기죄 주체성(대법원 1980. 6. 24. 선고 80도726 판결) ····· 189
205. 학대의 의미(대법원 2000. 4. 25. 선고 2000도223 판결) ····· 189
206. 학대죄의 법적 성격(대법원 1986. 7. 8. 선고 84도2922 판결) ····· 190
207. 유기치사죄의 상당인과관계 판단방법(대법원 1967. 10. 31. 선고 67도1151 판결) ····· 190

제2장 자유에 대한 죄

Ⅰ. 협박의 죄

208. 협박죄의 법적 성격과 성립요건으로 공포심
(대법원 2007. 9. 28. 선고 2007도606 전원합의체 판결) ····· 191
209. 협박의 상대방과 해악발생의 대상, 그리고 법인에 대한 협박 가능성
(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도1017 판결) ····· 192

Ⅱ. 강요죄

210. 군상관의 명령과 강요죄(대법원 2012. 11. 29. 선고 2010도1233 판결) ····· 193
211. 범죄를 범한 부하에 대한 단순한 사직권유와 강요죄의 성부
(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7018 판결) ····· 195

Ⅲ. 체포와 감금의 죄

212. 감금죄의 객체로 정신병자(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002도4315 판결) ····· 195
213. 감금의 의미 (대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도102 판결) ····· 196
214. 감금과 강도상해죄의 죄수(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도4380 판결) ····· 197
215. 감금치사죄의 중한 결과에 대한 예견가능성과 인과성
(대법원 1991. 10. 25. 선고 91도2085 판결) ····· 197

IV. 약취, 유인 및 인신매매의 죄

216. 미성년자 약취, 유인죄의 보호법익(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도7115 판결) ····· 198
217. 미성년자약취죄의 주체(대법원 2013. 6. 20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결) ····· 199
218. 유인의 의미(대법원 2007. 5. 11. 선고 2007도2318 판결) ····· 200
219. 미성년자 약취 후 강간목적 상해, 강간 및 살인미수를 범한 경우의 죄수
(대법원 2014. 2. 27. 선고 2013도12301,2013전도252,2013치도2 판결) ····· 201
220. 인신매매(부녀매매)죄의 주체 · 객체 및 성립요건
(대법원 1992. 1. 21. 선고 91도1402 전원합의체 판결) ····· 201

IV. 강간과 추행의 죄

221. 성전환자의 성 결정기준(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결) ····· 202
222. 아내 강간죄(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788,2012전도252 전원합의체 판결) · 204
223. 강간죄의 실행의 착수시기(대법원 1991. 4. 9. 선고 91도288 판결) ····· 205
224. 강간죄와 강도(강간)죄 · 특수강도강간죄의 구별기준
(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도9630 판결) ····· 206
225. '추행'의 의미(대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도8805 판결) ····· 207
226. 준강간죄의 심신상실과 항거불능상태(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도2001 판결) ····· 208
227. 준강간죄의 불능미수(대법원 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결) ····· 209
228. 강간치상죄의 상해(대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도1039 판결) ····· 211
229. 강간치상죄의 예견가능성(대법원 1993. 4. 27. 선고 92도3229 판결) ····· 212
230. 강간치상죄의 공동정범(대법원 1984. 2. 14. 선고 83도3120 판결) ····· 213
231. 위계의 의미(대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도2029 판결) ····· 213

제3장 명예와 신용에 대한 죄

I. 명예에 관한 죄

232. 명예훼손죄와 모욕죄의 보호법익(대법원 1987. 5. 12. 선고 87도739 판결) ····· 214
233. 집합명칭에 의한 명예훼손(대법원 2000. 10. 10. 선고 99도5407 판결) ····· 215
234. 명예훼손죄의 고의와 공연성의 의미(대법원 2018. 6. 15. 선고 2018도4200 판결) ····· 215
235. 이미 사회 일부에서 다루어진 소문을 적시한 경우의 공연성
(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도2422 판결) ····· 216
236. 일대일 비밀대화의 공연성(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도8155 판결) ····· 217
237. 기자에 대한 사실적시와 공연성(대법원 2000. 5. 16. 선고 99도5622 판결) ····· 218
238. 비방의 목적과 공공의 이익(대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도10864 판결) ····· 219
239. 명예훼손죄의 종료시기(대법원 2007. 10. 25. 선고 2006도346 판결) ····· 220
240. 제310조 위법성 조각의 적용 범위(대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결) ····· 221

241. 오로지 공공의 이익에 관한 증명책임(대법원 2007. 5. 10. 선고 2006도8544 판결) ····· 222
242. '기타 출판물'의 의미(대법원 2000. 2. 11. 선고 99도3048 판결) ····· 223
243. 제309조 제2항의 간접정범(대법원 2009. 11. 12. 선고 2009도8949 판결) ····· 224
244. 집단표시에 의한 모욕죄(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011도15631 판결) ····· 224

II. 신용, 업무와 경매에 관한 죄

245. 신용의 의미(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도5549 판결) ····· 226
246. 허위사실 유포의 의미(대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도1313 판결) ····· 226
247. 사실과 가치판단, 사실과 미래(대법원 1983. 2. 8. 선고 82도2486 판결) ····· 227
248. 보호대상으로 업무(대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도7081 판결) ····· 228
249. 업무방해죄와 공무집행방해죄의 차이
(대법원 2009. 11. 19. 선고 2009도4166 전원합의체 판결) ····· 229
250. 컴퓨터 등 장애 업무방해죄의 구성요건(대법원 2012. 5. 24. 선고 2011도7943 판결) ·· 230
251. 업무방해의 결과를 초래할 위험(대법원 2012. 5. 24. 선고 2011도7943 판결) ····· 232
252. 정보처리에 장애 발생과 업무방해의 결과 발생 위험 ····· 232
(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008도11978 판결)
253. 쟁의행위와 업무방해(대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결) ····· 233
254. 업무방해죄와 폭행죄 간의 죄수(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도1895 판결) ····· 234
255. 입찰방해죄의 법적 성격 및 성립요건(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도4940 판결) ··· 235
256. 입찰방해죄의 전제로서 입찰의 존재(대법원 2008. 5. 29. 선고 2007도5037 판결) ····· 236
257. 무모한 출혈방지와 입찰의 공정(대법원 1971. 4. 20. 선고 70도2241 판결) ····· 237
258. 단독입찰가장행위(대법원 2003. 9. 26. 선고 2002도3924 판결) ····· 238

제4장 사생활의 평온에 대한 죄

I. 비밀침해의 죄

259. 비밀장치가 되어 있는 문서의 의미(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도9071 판결) ····· 239

II. 주거침입의 죄

260. '사람의 주거'의 의미(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도4335 판결) ····· 240
261. 거주자의 의사와 주거침입죄의 성립(대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도2595 판결) ····· 241
262. 위요지 침입과 사실상의 평온 침해(대법원 2001. 4. 24. 선고 2001도1092 판결) ····· 241
263. 부부의 일방의 의사에 반하는 출입허용과 주거침입죄
(대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결) ····· 242
264. 주거침입의 실행의 착수시기(대법원 1995. 9. 15. 선고 94도2561 판결) ····· 243
265. 주거침입죄의 실행의 착수시기(대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1464 판결) ····· 244
266. 퇴거불응의 의미(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도6990 판결) ····· 244

제5장 재산에 대한 죄

I. 절도죄

267. 영득범으로서 절도죄(대법원 1965. 2. 24. 선고 64도795 판결) ····· 245
268. 절도죄의 객체로서 정보(대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도745 판결) ····· 246
269. 복사문서의 절도(대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도5183 판결) ····· 247
270. 재물의 가치(대법원 1976. 1. 27. 선고 74도3442 판결) ····· 248
271. 사자의 생전점유(대법원 1993. 9. 28. 선고 93도2143 판결) ····· 248
272. 재물을 교부받은 권리와 점유의 차이(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도9338 판결) ····· 249
273. 절취와 사취의 구별(처분행위)(대법원 1996. 10. 15. 선고 96도2227,96감도94 판결) ··· 249
274. 신임관계와 절도·횡령죄(대법원 1986. 8. 19. 선고 86도1093 판결) ····· 250
275. 상속과 사실상 점유(대법원 2012. 4. 26. 선고 2010도6334 판결) ····· 250
276. 재물에 대한 교부여부와 절도죄의 성부(책략절도)
(대법원 1994. 8. 12. 선고 94도1487 판결) ····· 252
277. 주거침입절도죄의 실행의 착수시기
(대법원 2003. 6. 24. 선고 2003도1985,2003감도26 판결) ····· 252
278. 불법영득의사의 내용(대법원 2012. 7. 12. 선고 2012도1132 판결) ····· 253
279. 예금통장의 절도(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009도9008 판결) ····· 254
280. 절취한 신용카드를 이용한 현금인출의 죄책
(대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도2440 판결) ····· 255
281. 야간주거침입절도죄의 유형(대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도300,2011감도5 판결) ····· 256
282. 절도죄의 기수시기(대법원 1991. 4. 23. 선고 91도476 판결) ····· 257
283. 흉기휴대 합동절도의 실행의 착수시기(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도9667 판결) ·· 258
284. 합동절도(대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체 판결) ····· 258
285. 자동차등 불법사용죄(대법원 2002. 9. 6. 선고 2002도3465 판결) ····· 260
286. 상습절도의 범위(대법원 2017. 7. 11. 선고 2017도4044 판결) ····· 260
287. 절도와 컴퓨터사용사기죄의 피해자와 친족상도례의 적용범위
(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도2704 판결) ····· 261
288. 점유자와 소유자가 다른 경우의 친족상도례의 적용
(대법원 1980. 11. 11. 선고 80도131 판결) ····· 262

II. 강도죄

289. 재산상 이익강도(강제이득죄)에서 재산상 이익의 의미
(대법원 1994. 2. 22. 선고 93도428 판결) ····· 263
290. 강도강간범의 성립요건(1)(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도9630 판결) ····· 265
291. 강도살인죄의 성립요건(2)(대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도1098 판결) ····· 266
292. 강도예비와 준강도(대법원 2006. 9. 14. 선고 2004도6432 판결) ····· 267
293. (준)강도와 공무집행방해죄 간의 죄수(대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결) ····· 268

294. 강취한 현금카드를 이용한 현금인출의 죄수
(대법원 2007. 4. 13. 선고 2007도1377 판결) ····· 269
295. 예금통장 강취와 예금 환급 행위간의 죄수(대법원 1990. 7. 10. 선고 90도1176 판결) · 269
296. 준강도의 주체(대법원 2003. 10. 24. 선고 2003도4417 판결) ····· 270
297. 준강도의 절도의 기회(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도5022 판결) ····· 270
298. 준강도의 기수와 미수의 구별기준
(대법원 2004. 11. 18. 선고 2004도5074 전원합의체 판결) ····· 271
299. (준)강도상해죄의 공동정범(대법원 1991. 11. 26. 선고 91도2267 판결) ····· 272

III. 사기죄

300. 사기죄의 객체로서 성행위의 대가(대법원 2001. 10. 23. 선고 2001도2991 판결) ····· 272
301. 재산상 이익으로서 경제적 이익을 기대할 수 있는 지위 또는 권한
(대법원 2012. 9. 27. 선고 2011도282 판결) ····· 273
302. 역무의 사기죄 대상여부(대법원 1999. 6. 25. 선고 98도3891 판결) ····· 274
303. 기망의 유형 및 손해발생의 필요 여부(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결) ····· 275
304. 이른바 서명사취와 사기죄의 성부
(대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결) ····· 276
305. 재물편취(사기)와 편취액 산정방법(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7470 판결) ····· 278
306. 순차적 인과관계(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도14423 판결) ····· 279
307. 재물과 재산상 이익의 구별기준(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도6256 판결) ····· 280
308. 부작위의 기망(대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도967 판결) ····· 281
309. 잔전(거스름돈)사기와 점유이탈물횡령죄(대법원 2004. 5. 27. 선고 2003도4531 판결) ·· 282
310. 사기도박의 실행의 착수시기(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도10948 판결) ····· 283
311. 피해자가 법인인 사기죄(대법원 2017. 9. 26. 선고 2017도8449 판결) ····· 284
312. 처분권한설과 지위설(대법원 1994. 10. 11. 선고 94도1575 판결) ····· 285
313. 사자를 상대로 한 소송사기(대법원 2002. 1. 11. 선고 2000도1881 판결) ····· 286
314. 제3자 취득 사기(대법원 2012. 5. 24. 선고 2011도15639 판결) ····· 287
315. 차용사기죄의 범의 판단 기준과 시점(대법원 2016. 4. 28. 선고 2012도14516 판결) ··· 287
316. 사기죄와 배임죄 간의 죄수(대법원 2002. 7. 18. 선고 2002도669 전원합의체 판결) ···· 288
317. 절취한 타인 신용카드를 이용한 현금인출과 계좌이체의 죄책
(대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도2440 판결) ····· 289
318. 위임을 초과한 현금인출과 컴퓨터등사용사기죄
(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3516 판결) ····· 290
319. 컴퓨터등사용사기죄의 성립요건으로 정보처리와 피해자처분행위의 상응성
(대법원 2014. 3. 13. 선고 2013도16099 판결) ····· 291
320. 보험계약의 실행의 착수와 기수시기(대법원 2019. 4. 3. 선고 2014도2754 판결) ····· 292
321. 편의시설부정이용죄(대법원 2001. 9. 25. 선고 2001도3625 판결) ····· 293
322. 알박기와 부당이득죄(대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도778 판결) ····· 294

Ⅳ. 공갈죄

323. 공갈죄의 협박과 정당한 권리행사의 판단기준
(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018도19493 판결) ····· 295
324. 소비자 불매운동의 죄책(대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도13774 판결) ····· 296
325. 공갈피해자의 부작위의 처분행위(대법원 2012. 1. 27. 선고 2011도16044 판결) ····· 297
326. 소위 '삼각공갈'(대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도4738 판결) ····· 298

Ⅴ. 횡령의 죄

327. 보이스피싱과 송금된 금원의 사용과 관련한 죄책
(대법원 2018. 7. 19. 선고 2017도17494 전원합의체 판결) ····· 299
328. 횡령죄의 주체인 보관자의 지위 발생근거
(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009도13751 판결) ····· 301
329. 차량의 보관자(대법원 2015. 6. 25. 선고 2015도1944 전원합의체 판결) ····· 302
330. 비자금의 조성과 활용의 죄책(대법원 2017. 5. 30. 선고 2016도9027 판결) ····· 303
331. 위탁물의 판매대금의 귀속과 횡령죄(대법원 2013. 3. 28. 선고 2012도16191 판결) ··· 304
332. 보관자의 이중처분 행위의 죄책
(대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결) ····· 305
333. 고문위촉, 급여지급과 횡령죄(대법원 2013. 6. 27. 선고 2012도4848 판결) ····· 306
334. 가장납입과 횡령죄(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012도15585 판결) ····· 306
335. 착오송금과 횡령죄 혹은 점유이탈물횡령죄
(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도891 판결) ····· 308
336. 2자간 명의신탁과 횡령죄(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009도5547 판결) ····· 308
337. 중간생략등기형 명의신탁과 횡령죄
(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결) ····· 309
338. 계약명의신탁과 횡령죄(대법원 2016. 8. 24. 선고 2014도6740 판결) ····· 311

Ⅵ. 배임의 죄

339. 기업경영에서 배임의 고의(대법원 2019. 6. 13. 선고 2018도20655 판결) ····· 312
340. 은행직원의 예금관리의 법적 성격(대법원 2017. 8. 24. 선고 2017도7489 판결) ····· 313
341. 전환사채 발행과 배임죄(대법원 2015. 12. 10. 선고 2012도235 판결) ····· 314
342. 배임죄의 손해발생의 의미(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6745 판결) ····· 315
343. 대표이사의 어음발행행위의 배임죄 성부
(대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결) ····· 316
344. 권리질권설정자의 배임죄의 성부(대법원 2016. 4. 29. 선고 2015도5665 판결) ····· 318
345. 부동산 이중매매와 배임죄(대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결) ···· 319
346. 채권에 대한 동산 양도담보설정자의 동산 매각행위와 배임죄
(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결) ····· 321

347. 업무상배임죄의 재산상 손해의 의미, 판단관점 등
(대법원 2015. 11. 26. 선고 2014도17180 판결) ····· 324
348. 채권담보를 위한 대물변제예약의 자기사무성
(대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결) ····· 325
349. 배임죄의 기수시기(대법원 2017. 9. 21. 선고 2014도9960 판결) ····· 326
350. 공무원의 국가에 대한 배임죄(대법원 2013. 9. 27. 선고 2013도6835 판결) ····· 326
351. 소극적 손해(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011도6798 판결) ····· 327
352. 질권설정과 불가벌적 사후행위(대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10980 판결) ····· 329
353. 배임수재죄의 재물취득시점(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도11564 판결) ····· 329
354. 장래에 담당할 사무에 대한 배임죄(대법원 2013. 10. 11. 선고 2012도13719 판결) ····· 330
355. 필요적 공범으로 배임수증재죄에서 처벌의 개별성
(대법원 2011. 10. 27. 선고 2010도7624 판결 ····· 331

VII. 장물에 관한 죄

356. 장물죄의 본범의 가벌성 판단의 준거법
(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도15350 판결) ····· 332
357. 현금, 자기앞수표와 대체장물(대법원 2000. 3. 10. 선고 98도2579 판결) ····· 333
358. 장물알선죄의 의미 및 성립요건(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도1203 판결) ····· 334
359. 장물에 대한 인식시점에 따른 범죄의 유형결정 및 점유할 권한과 보관죄의 성부
(대법원 2006. 10. 13. 선고 2004도6084 판결) ····· 335
360. 불가벌적 사후행위로 취득한 물건의 장물성과 대체장물
(대법원 2004. 4. 16. 선고 2004도353 판결) ····· 335

VIII. 손괴의 죄

361. 재물손괴의 객체로서 재물의 가치(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도8473 판결) ····· 336
362. 손괴의 의미(대법원 2007. 6. 28. 선고 2007도2590 판결) ····· 337
363. 자기명의 문서에 대한 손괴죄(대법원 1987. 4. 14. 선고 87도177 판결) ····· 338
364. '경계'와 '침범'의 의미(대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도8973 판결) ····· 338

IX. 권리행사를 방해하는 죄

365. 권리행사방해죄의 객체와 공범의 소유물에 대한 권리행사방해죄
(대법원 2017. 5. 30. 선고 2017도4578 판결) ····· 339
366. 권리행사 방해죄의 성립요건(대법원 2016. 11. 10. 선고 2016도13734 판결) ····· 340
367. 권리행사방해죄에서 타인의 점유의 의미
(대법원 2010. 10. 14. 선고 2008도6578 판결) ····· 341

제2편 사회적 법익에 대한 죄

제1장 공공의 안전과 평온에 대한 죄

I. 공안(公安)을 해하는 죄

368. 형법 114조 소정 범죄단체조직죄의 성립요건
(대법원 1981.11.24. 선고 81도2608 판결) ····· 343
369. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조가 정한 '범죄단체'의 의미
(대법원 2004. 7. 8. 선고 2004도2009 판결) ····· 343
370. 범죄단체조직죄의 성격(대법원 1975.9.23. 선고 75도2321 판결) ····· 344
371. 범죄단체 구성죄와 그 단체의 구성원으로 활동하면서 범한 범죄의 관계(1)
(대법원 2015.09.10. 선고 2015도7081 판결) ····· 344
372. 범죄단체 구성죄와 그 단체의 구성원으로 활동하면서 범한 범죄의 관계(2)
(대법원 2017. 10. 26. 선고 2017도8600 판결) ····· 345
373. 공무원자격사칭죄의 성립요건(대법원 1981. 9. 8. 선고 81도1955 판결) ····· 345

II. 폭발물에 관한 죄

374. 폭발물의 의미(대법원 2012. 4. 26. 선고 2011도17254 판결) ····· 346
375. 고의로 폭발물을 사용하여 살인 등을 한 경우의 죄수관계(1)
(서울고등법원 1973. 4.20. 선고 73노179 판결) ····· 347
376. 고의로 폭발물을 사용하여 살인 등을 한 경우의 죄수관계(2)
(서울고등법원 1972. 2. 1. 선고 71노901 판결) ····· 347

III. 방화와 실화의 죄

377. 방화죄에서 건조물의 의미(대법원 2013.12.12. 선고 2013도3950 판결) ····· 348
378. 방화죄에서 실행의 착수시기(대법원 2002. 3.26. 선고 2001도6641 판결) ····· 348
379. 방화죄의 기수시기(대법원 1970. 3. 24. 선고 70도330 판결) ····· 349
380. 방화죄와 다른 범죄의 죄수관계(대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3416 판결) ····· 349
381. 일반물건방화죄에서 '일반물건'의 의미(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7421 판결) · 350
382. 실화죄의 객체(대법원 1994.12.20. 선고 94모32 결정) ····· 350
383. 중실화죄에서 중과실의 판단(대법원 1989. 1. 17. 선고 88도643 판결) ····· 351
384. 과실폭발성물건파열에서 과실과 인과관계 판단
(대법원 2001. 6. 1. 선고 99도5086 판결) ····· 352

Ⅳ. 일수와 수리에 관한 죄

385. 수리방해죄의 성립 요건(대법원 2001. 6.26. 선고 2001도404 판결) ····· 352
386. 수리권의 근거(대법원 1968. 2.20. 선고 67도1677 판결) ····· 353

Ⅴ. 교통방해의 죄

387. 일반교통방해죄의 성립요건(1)(대법원 2019. 4. 23. 선고 2017도1056 판결) ····· 353
388. 일반교통방해죄가 성립하기 위한 요건(2)
(대법원 2018. 5. 11. 선고 2017도9146 판결) ····· 354
389. 교통방해치사상죄의 성격(대법원 2014.7.24. 선고 2014도6206 판결) ····· 354
390. 형법 제187조 선박파괴죄에서 말하는 '파괴'의 의미
(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도11921 판결) ····· 355
391. 형법 제189조의 성립요건(대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1740 판결) ····· 355
392. 업무상과실기차추락에서 업무상 과실의 인정
(대법원 1991. 11. 12. 선고 91도1278 판결) ····· 356

제2장 공공의 신용에 대한 죄

Ⅰ. 통화에 관한 죄

393. 통화위조죄에 있어서의 '위조'의 정도(대법원 1979. 8. 28. 선고 79도639 판결) ····· 357
394. 통화변조죄에 있어서의 '변조'의 정도(1)
(대법원 2002. 1. 11. 선고 2000도3950 판결) ····· 357
395. 통화변조죄에 있어서의 '변조'의 정도(2)
(대법원 2002. 1. 11. 선고 2000도3950 판결) ····· 358
396. 통화위조변조죄에 있어서의 '통용'과 '유통'의 의미(1)
(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도3340 판결) ····· 358
397. 통화위조변조죄에 있어서의 '통용'과 '유통'의 의미(2)
(대법원 2004. 5. 14. 선고 2003도3487 판결) ····· 359
398. 위조통화행사죄의 객체가 될 수 있는지 여부(1)
(대법원 1985. 4. 23. 선고 85도570 판결) ····· 359
399. 위조통화행사죄의 객체가 될 수 있는지 여부(2)
(대법원 1986. 3. 25. 선고 86도255 판결) ····· 360
400. 위조통화행사죄의 객체가 될 수 있는지 여부(3)
(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012도2249 판결) ····· 360
401. 통화위조죄에서 '행사할 목적'의 의미(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011도7704 판결) ····· 361
402. 통화위조에서 실행의 착수시기(대법원 1966.12. 6. 선고 66도1317 판결) ····· 361
403. 통화죄와 다른 죄의 죄수관계(대법원 1979. 7. 10. 선고 79도840 판결) ····· 362

II. 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄

404. 유가증권의 의미(1)(대법원 1995. 3. 14. 선고 95도20 판결) ····· 362
405. 유가증권의 의미(2)(대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2483 판결) ····· 363
406. 유가증권의 의미(3)(대법원 1998. 11. 24. 선고 98도2967 판결) ····· 363
407. 유가증권의 의미(4)(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도8480 판결) ····· 364
408. 유가증권의 의미(5)(대법원 2010. 5. 13. 선고 2008도10678 판결) ····· 364
409. 유가증권의 의미와 판단방법(대법원 2001. 8. 24. 선고 2001도2832 판결) ····· 364
410. 유가증권위조에서 작성명의인의 실재 여하(1)
(대법원 1971. 7. 27. 선고 71도905 판결) ····· 365
411. 유가증권위조에서 작성명의인의 실재 여하(2)
(대법원 2011. 7. 14. 선고 2010도1025 판결) ····· 365
412. 유가증권위조에서 작성명의인의 실재 여하(3)
(대법원 1982. 9. 28. 선고 82도296 판결) ····· 366
413. 유가증권 작성권한의 유무(1)(대법원 2015. 11. 27. 선고 2014도17894 판결) ····· 367
414. 유가증권 작성권한의 유무(2)(대법원 1991. 2. 26. 선고 90도577 판결) ····· 367
415. 유가증권위조의 의미(대법원 1972. 6. 13. 선고 72도897 판결) ····· 368
416. 유가증권변조의 의미(1)(대법원 2012. 9. 27. 선고 2010도15206 판결) ····· 368
417. 유가증권변조의 의미(2)(대법원 2006. 1. 26. 선고 2005도4764 판결) ····· 369
418 유가증권변조의 의미(3)(대법원 2012. 9. 27. 선고 2010도15206 판결) ····· 370
419. 허위유가증권작성죄에서 허위의 의미(1)(대법원 2005. 10. 27. 선고 판결) ····· 370
420. 허위유가증권작성죄에서 허위의 의미(2)(대법원 2000. 5. 30. 선고 판결) ····· 371
421. 허위유가증권작성죄에서 허위의 의미(3)(대법원 1986. 6. 24. 선고 84도547 판결) ····· 371
422. 행사의 의미와 범위(1)(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도12553 판결) ····· 371
423. 행사의 의미와 범위(2)(대법원 1989. 4. 11. 선고 88도1105 판결) ····· 372

III. 문서에 관한 죄

424. 문서에 관한 죄에서 '문서'의 의미(1)(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도6068 판결) ····· 373
425. 문서에 관한 죄에서 '문서'의 의미(2)(대법원 2005. 2. 24. 선고 전원합의체 판결) ····· 373
426. 문서에 관한 죄에서 '문서'의 의미(3)(대법원 2000. 9. 5. 선고 판결) ····· 374
427. 문서에 관한 죄에서 '문서'의 의미(4)(대법원 1993. 7. 27. 선고 93도1435 판결) ····· 374
428. 문서죄의 보호법익(대법원 1998. 4. 10. 선고 98도164, 98감도12 판결) ····· 375
429. 문서에 관한 죄에서 객체인 문서의 해당여하(1)
(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7018 판결) ····· 375
430. 문서에 관한 죄에서 객체인 문서의 해당여하(2)
(대법원 2016. 10. 13. 선고 2015도17777 판결) ····· 376
431. 문서에 관한 죄에서 객체인 문서의 해당여하(3)
(대법원 2016. 7. 14. 선고 2016도2081 판결) ····· 376

432. 문서에 관한 죄에서 객체인 문서의 해당여하(4)
(대법원 1986. 11. 11. 선고 86도1984 판결) ····· 377
433. 문서에 관한 죄에서 객체인 문서의 해당여하(5)
(대법원 1987. 4. 14. 선고 87도177 판결) ····· 377
434. 공문서에 관한 죄에서 주체인 '작성명의인'의 해당여하(1)
(대법원 2017. 5. 17. 선고 2016도13912 판결) ····· 378
435. 공문서에 관한 죄에서 주체인 '작성명의인'의 해당여하(2)
(대법원 2008. 1. 17. 선고 2007도6987 판결) ····· 379
436. 문서에 관한 죄에서 주체인 '작성권한자'의 해당여하(3)
(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008도93 판결) ····· 379
437. 문서 위조 및 변조의 의미(1)(대법원 1985.1.22. 선고 84도2422 판결) ····· 380
438. 문서 위조 및 변조의 의미(2)(대법원 2015. 11. 26. 선고 2014도781 판결) ····· 380
439. 문서 위조 및 변조의 의미(3)(대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도1545 판결) ····· 381
440. 전자기록 위작 변작의 의미(1)(대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도1415 판결) ····· 381
441. 전자기록 위작 변작의 의미(2)(대법원 2003. 10. 9. 선고 2000도4993 판결) ····· 382
442. 허위문서의 작성(1)(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도3844 판결) ····· 383
443. 허위문서의 작성(2)(대법원 2006. 3. 23. 선고 2004도3360 판결) ····· 383
444. 허위문서의 작성(3)(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7762 판결) ····· 384
445. 부정행사의 의미(1)(대법원 1998. 8. 21. 선고 98도1701 판결) ····· 384
446. 부정행사의 의미(2)(대법원 2007.03.30. 선고 2007도629 판결) ····· 385
447. 부정행사의 의미(3)(대법원 2003. 2. 26. 선고 2002도4935 판결) ····· 385
448. 자격모용에 의한 문서작성죄의 성립요건(1)(대법원 2008.2.14. 선고 2007도9606 판결) 386
449. 자격모용에 의한 문서작성죄의 성립요건(2)(대법원 1993. 7. 27. 선고 93도1435 판결) 386
450. 문서에 관한 죄에서 주관적 성립요건(1)(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도9987 판결) · 387
451. 문서에 관한 죄에서 주관적 성립요건(2)(대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도788 판결) ·· 387
452. 문서에 관한 죄에서 주관적 성립요건(3)(대법원 2008. 4. 24. 선고 2008도294 판결) ··· 388
453. 공정증서원본불실기재죄의 성립(1)(대법원 2010. 6. 10. 선고 2010도3232 판결) ····· 388
454. 공정증서원본불실기재죄의 성립(2)(대법원 2005. 7. 15. 선고 2003도6934판결) ····· 389
455. 공정증서원본불실기재죄의 성립(3)(대법원 2018. 6. 19. 선고 2017도21783 판결) ····· 390

IV. 인장에 관한 죄

456. 인장과 문서의 구별 방법(대법원 1995. 9. 5. 선고 95도1269 판결) ····· 390
457. 공인 등 위조와 판단방법(1)(대법원 2016. 4. 29. 선고 2015도1413 판결) ····· 391
458. 사인 등 위조와 판단방법(2)(대법원 2011. 3. 10. 선고 2011도503 판결) ····· 392
459. 사인 등 위조와 판단방법(3)(대법원 1984. 2. 28. 선고 82도2064 판결) ····· 392
460. 행사와 부정사용의 의미(1)(대법원 1997. 7. 8. 선고 96도3319 판결) ····· 393
461. 행사와 부정사용의 의미(2)(대법원 1992. 10. 27. 선고 92도1578 판결) ····· 393
462. 행사와 부정사용의 의미(3)(대법원 2014. 9. 26. 선고 2014도9213 판결) ····· 394
463. 행사와 부정사용의 의미(4)(대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도5233 판결) ····· 394

제3장 공중의 건강에 관한 죄

I. 음용수에 관한 죄

464. 형법 제195조 수도불통죄의 법리(1)(대법원 1977. 11. 22. 선고 77도103 판결) ····· 395
465. 형법 제195조 수도불통죄의 법리(2)(대법원 1957. 2. 1. 선고 4289형상317 판결) ····· 395

제4장 사회의 도덕에 관한 죄

I. 신앙에 관한 죄

466. 장례식방해죄의 성립 요건(대법원 2013. 2. 14. 선고 판결) ····· 396
467. 분묘발굴행위와 위법성 조각(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도8131 판결) ····· 397

II. 성풍속에 관한 죄

468. 음행매개와 성립요건(대법원 1955. 7. 8. 선고 4288형상37 판결) ····· 397
469. 음란의 의미와 음란성의 판단기준(1)(대법원 1995. 6. 16. 선고 94도1758 판결) ····· 398
470. 음란의 의미와 음란성의 판단기준(2)(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013도9228 판결) ····· 398
471. 음란의 의미와 음란성의 판단기준(3)(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2889 판결) ····· 399
472. “음란"의 최종적인 판단주체(대법원 1995. 2. 10. 선고 94도2266 판결) ····· 399
473. 공연음란죄에서의 ‘음란한 행위’의 의미(1)
(대법원 2006. 1. 13. 선고 2005도1264 판결) ····· 400
474. 공연음란죄에서의 ‘음란한 행위’의 의미(2)
(대법원 2004. 3. 12. 선고 2003도6514 판결) ····· 400
475. 공연음란죄에서의 ‘음란한 행위’의 의미(3)
(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도980 판결) ····· 401

III. 도박과 복표에 관한 죄

476. 도박과 일시오락의 구분(대법원 1983. 3. 22. 선고 82도2151 판결) ····· 402
477. 도박행위의 요건인 ‘우연성’의 의미(1)(대법원 2008. 10. 23. 선고 2006도736 판결) ···· 402
478. 도박행위의 요건인 ‘우연성’의 의미(2)(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도9330 판결) ···· 403
479. 도박행위의 위법성조각 판단(대법원 2017. 4. 13. 선고 2017도953 판결 ····· 403
480. 도박과 타죄와의 관계(대법원 2014. 3. 13. 선고 2014도212 판결) ····· 404
481. 도박개장죄의 성립 요건(1)(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도14725 판결) ····· 404
482. 도박개장죄의 성립 요건(2)(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도3970 판결) ····· 405
483. 도박개장죄의 성립 요건(3)(대법원 2018. 5. 30. 선고 2018도3619 판결) ····· 405
484. 복표의 개념요소 및 판단 기준(대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도5433 판결) ····· 406

제3편 국가적 법익에 대한 죄

제1장 국가의 존립과 권위에 대한 죄

I. 내란의 죄

485. 내란죄의 성립요소(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결) ····· 408
486. 내란에서 국헌문란의 목적 의미와 판단(대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결) ····· 409
487. 내란죄에서 예비·음모와 실행의 착수시기 구분, 선동·선전의 의미
(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결) ····· 409

II. 외환의 죄

488. 간첩과 간첩행위의 의미(대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11 전원합의체 판결) ····· 413
489. 공지의 사실과 비밀의 구분(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009도320 판결) ····· 413

III. 국기에 관한 죄

490. 형법 제105조의 위헌여부(헌법재판소 2019. 12. 27 자 2016헌바96 결정) ····· 414
491. 국기·국장 비방죄에서 비방의 의미(대법원 1975. 7. 22 선고 74도213 판결) ····· 415

IV. 국교에 관한 죄

492. '외교상의 기밀'의 개념(대법원 1995. 12. 5 선고 94도2379 판결) ····· 416

제2장 국가의 기능에 대한 죄

I. 공무원의 직무에 관한 죄

493. 공무원의 의미(대법원 1997. 3. 11. 선고 96도1258 판결) ····· 417
494. 직무유기죄의 성격과 직무유기의 의미(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도675 판결) ····· 417
495. 직무유기의 의미와 위법한 직무 집행(대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도15257 판결) ··· 418
496. 직무유기의 성격과 타죄와의 관계(1)법원 1996. 5. 10. 선고 96도51 판결) ····· 418
497. 직무유기의 성격과 타죄와의 관계(2)법원 1997. 2. 28. 선고 96도2825 판결) ····· 419
498. 직무유기의 성격과 타죄와의 관계(3)법원 1984. 7. 24. 선고 84도705 판결) ····· 419
499. 공무상비밀누설죄에서 '법령에 의한 직무상 비밀'의 의미
(대법원 1996. 5. 10. 선고 95도780 판결) ····· 420

500. 공무상비밀누설죄에서 '누설행위'의 의미와 판단
(대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도5561 판결) ····· 421
501. 직권남용권리행사방해죄의 성립요건(1)(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결) ··· 421
502. 직권남용권리행사방해죄의 성립요건(2)(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결) · 422
503. 직권남용권리행사방해죄의 성립요건(3)(대법원 2008. 12. 24. 선고 2007도9287 판결) · 422
504. 불법체포·감금죄에서 불법의 의미와 판단(대법원 2018. 5. 2. 자 2015모3243 결정) ···· 423
505. 폭행·가혹행위죄의 성립요건
(서울남부지방법원 2010. 12. 30. 선고 2010고합331 판결) ····· 424
506. 뇌물의 의미(1)(대법원 2018. 5. 15. 선고 2017도19499 판결) ····· 424
507. 뇌물의 의미(2)(대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도13792 전원합의체 판결) ····· 425
508. 뇌물죄의 보호법익과 직무의 범위(대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2962 판결) ····· 426
509. 뇌물죄에서 직무의 의미와 판단(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도970 판결) ····· 426
510. 제3자뇌물수수죄에서 '제3자'의 의미(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19659 판결) ···· 427
511. 제3자뇌물제공죄에서 '부정한 청탁'의 의미
(대법원 2014. 9. 4. 선고 2011도14482 판결) ····· 427
512. 알선수뢰죄의 성립요건(대법원 1992. 5. 8. 선고 92도532 판결) ····· 428
513. 뇌물죄의 성립요소(대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도13792 전원합의체 판결) ····· 428

II. 공무방해의 죄

514. 공무집행방해죄에서 공무집행의 적법성에 대한 판단기준(1)
(대법원 1991. 5. 10. 선고 판결) ····· 431
515. 공무집행방해죄에서 공무집행의 적법성에 대한 판단기준(2)
(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도10305 판결) ····· 431
516. 공무집행방해죄의 성립요건(대법원 2018. 3. 29. 선고 2017도21537 판결) ····· 432
517. 공무집행방해죄와 업무방해죄의 관계
(대법원 2009. 11. 19. 선고 2009도4166 전원합의체 판결) ····· 432
518. 위계공무집행방해죄에서 위계의 의미(대법원 2008. 3. 13. 선고 2007도7724 판결) ····· 434
519. 인권옹호직무방해죄의 성립요건 및 죄수관계
(대법원 2010. 10. 28. 선고 2008도11999 판결) ····· 434
520. 공무상비밀표시무효의 주관적 성립요소(대법원 1970. 9. 22. 선고 70도1206 판결) ····· 435
521. 특수공무방해치상죄의 성격(대법원 1995. 1. 20. 선고 94도2842 판결) ····· 436

III. 도주와 범인은닉의 죄

522. 단순도주죄의 성격(대법원 1991. 10. 11. 선고 91도1656 판결) ····· 436
523. 공범을 도피하게 하는 행위와 범인도피죄의 성립
(대법원 2018. 8. 1. 선고 2015도20396 판결) ····· 437
524. 범인의 자기도피 교사행위의 죄책(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013도152 판결) ····· 438
525. 범인도피죄의 기수시기와 공범의 성립(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6027 판결) ···· 438

526. 범인은닉과 친족간의 특례(대법원 2006. 12. 7. 선고 2005도3707 판결) ····· 439

IV. 위증과 증거인멸의 죄

527. 증언거부권 불고지와 위증죄의 성부(1)
(대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도942 전원합의체 판결) ····· 439
528. 증언거부권 불고지와 위증죄의 성부(2)
(대법원 2013. 5. 23. 선고 2013도3284 판결) ····· 440
529. 위증죄에서 '허위의 진술'의 의미(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11007 판결) ····· 441
530. 자기사건에서의 위증교사(대법원 2004. 1. 27. 선고 2003도5114 판결) ····· 441
531. 모해위증죄의 성격(대법원 1994. 12. 23. 선고 93도1002 판결) ····· 442
532. 허위감정·통역·번역죄에서 허위의 의미와 고의
(대법원 2000. 11. 28. 선고 2000도1089 판결) ····· 443
533. 자기의 형사사건에 대한 증거인멸의 교사
(대법원 1965. 12. 10. 선고 65도826 전원합의체 판결) ····· 443
534. 공범자의 형사사건과 증거인멸(대법원 1995. 9. 29. 선고 94도2608 판결) ····· 443
535. 증거인멸죄에서 위조의 의미
(대법원 2013. 12. 26. 선고 2013도8085,2013전도165 판결) ····· 444
536. 공범자의 증인도피 (대법원 2003. 3. 14. 선고 2002도6134 판결) ····· 445
537. 자기사건의 증거은닉교사와 방어권 행사의 한계
(대법원 2016. 7. 29. 선고 2016도5596 판결) ····· 445

V. 무고의 죄

538. 무고죄의 성립요건과 허의의 사실 신고(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도2614 판결) ·· 446
539. 무고의 고의와 인식의 정도(1)(대법원 2003. 1. 24. 선고 2002도5939 판결) ····· 447
540. 무고의 고의와 인식의 정도(2)(대법원 1991. 12. 13. 선고 91도2127 판결) ····· 447
541. 자기무고의 교사와 승낙무고(대법원 2005. 9. 30. 선고 판결) ····· 448
542. 무고의 목적인 징계처분의 대상범위(대법원 2014. 7. 24. 선고 2014도6377 판결) ····· 448
543. 형법 제157조에서 자백의 범위 (대법원 2018. 8. 1. 선고 2018도7293 판결 ····· 449

형 법 총 론

제1편 서론
제2편 범죄론
제1장 구성요건
제2장 위법성
제3장 책임
제4장 미수론
제5장 공범론
제3편 죄수론
제4편 형벌론

제 1 편 서 론

Ⅰ. 죄형법정주의

1. 법률주의, 위임입법(1)

(헌법재판소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 전원재판부)

〈쟁점〉

죄형법정주의의 의의와 위임입법의 한계

〈결정요지〉

'법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다'라는 말로 표현되는 죄형법정주의는 이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙으로서 이는 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측가능한 형식으로 정하도록 하여 개인의 법적 안정성을 보호하고 성문의 형벌법규에 의한 실정법질서를 확립하여 국가형벌권의 자의적(恣意的) 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가 형법의 기본원칙이다.

형벌법규에서 위임입법은 죄형법정주의의 법률주의에 반하는지, 허용된다면 어떤 범위에서 허용되는지 문제된다. 형벌법규는 국민의 자유와 권리에 심각한 효과를 주므로, 형벌법규에서 법률의 위임은 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.

복표발행, 현상기타사행행위단속법(福票發行 懸賞其他射倖行爲團束法)(1991.3.8. 법률 제4339호 사행행위(射倖行爲)등규제법으로 개정되기 전의 것) 제9조는 벌칙규정이면서도 형벌만을 규정하고 범죄의 구성요건의 설정은 완전히 각령(閣令)에 백지위임(白紙委任)하고 있는 것이나 다름없어 위임입법(委任立法)의 한계를 규정한 헌법 제75조와 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 위반(違反)된다.

〈선정이유〉

죄형법정주의의 의의와 위임입법의 한계에 대하여 명확하게 판단한 최초의 결정. 이와 유사하게, 법률이 정한 형사처벌의 대상을 확장하는 내용의 법규는 법률이나 법률의 구체적 위임에 의한 명령 등에 의하지 않으면 아니 된다고 할 것이므로, 결국 모법의 위임에 의하지 아니한 시행령은 죄형법정주의의 원칙에 위배되고 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효이라고 하는 판례로는 헌재 1995.9.28. 93헌바50; 대법원 1998. 10. 15. 98도1759 전원합의체; 2017. 2. 16. 2015도16014 전원합의체 등 참조.

2. 법률주의, 위임입법(2)

(대법원 2013. 6. 13. 선고 2013도1685 판결)

〈쟁점〉

공공기관의 운영에 관한 법률 제53조가 공기업의 임직원으로서 공무원이 아닌 사람은 형법 제129조의 적용에서는 이를 공무원으로 본다고 규정하고 있을 뿐 구체적인 공기업의 지정에 관하여는 하위규범인 기획재정부장관의 고시에 의하도록 규정한 것이 죄형법정주의에 위배되거나 위임입법의 한계를 일탈한 것인지 여부

〈판결이유〉

공공기관의 운영에 관한 법률(이하 '법'이라고 한다) 제4조, 제5조 제1항, 제2항, 제3항 제1호 (가)목, 제53조, 공공기관의 운영에 관한 법률 시행령(이하 '시행령'이라고 한다) 제7조의 취지와 내용에 더하여 법의 입법 목적과 경제상황이나 정책상 목적에 따라 공공기관의 사업 내용이나 범위 등이 계속적으로 변동할 수밖에 없는 현실, 국회가 공공기관의 재정상태와 직원 수의 변동, 수입액 등을 예측하기 어렵고 그러한 변화에 대응하여 그때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 아니한 점 등을 감안할 때 공무원 의제규정의 적용을 받는 공기업 등의 정의규정을 법률이 아닌 시행령이나 고시 등 그 하위규범에서 정하는 것에 부득이한 측면이 있고, 법 및 시행령상 '시장형 공기업'의 경우 자산규모가 2조 원 이상으로 직원 정원이 50인 이상인 공공기관으로서 총수입액 중 자체수입액이 85% 이상인 기업을 의미하는 것으로 명시적으로 규정되어 있어서 법령에서 비교적 구체적으로 요건과 범위를 정하여 공공기관 유형의 지정 권한을 기획재정부장관에게 위임하고 있는 것으로 볼 수 있으며, 특히 종래 '기타공공기관'으로 지정되어 있다가 기획재정부장관 고시에 의하여 '시장형 공기업'으로 지정된 기관의 임직원은 고시를 통하여 그 기관이 '시장형 공기업'으로 지정되었는지 여부를 확인할 수 있고, 시장형 공기업의 임직원이라는 의미가 불명확하다고 볼 수도 없는 점 등에 비추어 보면, 법 제53조가 공기업의 임직원으로서 공무원이 아닌 사람은 형법 제129조의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다고 규정하고 있을 뿐 구체적인 공기업의 지정에 관하여는 그 하위규범인 기획재정부장관의 고시에 의하도록 규정하였다 하더라도 죄형법정주의에 위배되거나 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 볼 수 없다.

〈선정이유〉

법률에서 비교적 구체적으로 요건과 범위를 정하여 공공기관 유형의 지정 권한을 장관에게 위임하고 이에 따라 하위규범인 장관의 고시에 의하여 구체적인 사항을 규정하였다고 하여도 죄형법정주의에 위배되거나 위임입법의 한계에 위반하지 않는다는 판결이다.

3. 명확성의 원칙

(헌법재판소 2006.7.27. 선고 2005헌바19 전원재판부)

〈쟁점〉

사람의 궁박한 상태를 이용하여 현저하게 부당한 이익을 취득한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 형법 제349조 제1항(부당이득죄) 중 '궁박', '현저하게 부당한 이익' 등의 용어들이 불명확한 개념으로서 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되는지 여부

〈결정요지〉

처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법권자가 모두 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다.

'궁박'이나 '현저하게 부당한 이익'이라는 개념도 형법상의 '지려천박(知慮淺薄)', '기망', '임무에 위배' 등과 같이 범죄구성요건을 형성하는 개념 중 구체적 사안에 있어서 일정한 해석을 통하여 적용할 수 있는 일반적, 규범적 개념의 하나로서, '궁박한 상태를 이용하여 현저하게 부당한 이익을 취득'하였는지 여부는 사회통념 또는 건전한 상식에 따라 거래당사자의 신분과 상호 간의 관계, 피해자가 처한 상황의 절박성의 정도, 계약의 체결을 둘러싼 협상과정 및 피해자의 이익, 피해자가 그 거래를 통해 추구하고자 한 목적을 달성하기 위한 다른 적절한 대안의 존재 여부 등 제반 상황을 종합한다면 합리적으로 판단할 수 있다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 지니는 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석 작용에 의하여 충분히 보완될 수 있고 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 금지되는 행위가 무엇인지를 예측할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다.

〈선정이유〉

명확성의 원칙에 관하여 형법범인 부당이득죄에 관하여 판단기준을 제시한 기본적 판례이다. 노동쟁의조종법 제13조에 관하여는 헌재 1990. 1. 15. 89헌가103; 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조에 관하여는 헌재 1996. 12. 26. 93헌바65; 국가보안법 제13조의 위헌에 관하여는 헌재 2002. 11. 28. 2002헌가5; 직무유기죄(형법 제122조)가 명확성의 원칙에 위배되지 않는다는 판례는 헌재 2005. 9. 29. 2003헌바52 참조.

4. 유추적용금지(1)

(대법원 1997. 3. 20. 선고 96도1167 전원합의체 판결 [공직선거및선거부정방지법위반])

〈쟁점〉

범행발각이나 지명수배 여부와 관계없이 체포 전에만 자수하면 공직선거및선거부정방지법 제262조의 자수에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견] 형벌법규의 해석에 있어서 법규정 문언의 가능한 의미를 벗어나는 경우에는 유추해석으로서 죄형법정주의에 위반하게 된다. 그리고 유추해석금지의 원칙은 모든 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용되는데, 위법성 및 책임의 조각사유나 소추조건, 또는 처벌조각사유인 형면제 사유에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용하게 되면 행위자의 가벌성의 범위는 확대되어 행위자에게 불리하게 되는바, 이는 가능한 문언의 의미를 넘어 범죄구성요건을 유추적용하는 것과 같은 결과가 초래되므로 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반하여 허용될 수 없다. 한편 형법 제52조나 국가보안법 제16조 제1호에서도 공직선거법 제262조에서와 같이 모두 '범행발각 전'이라는 제한 문언 없이 "자수"라는 단어를 사용하고 있는데 형법 제52조나 국가보안법 제16조 제1호의 "자수"에는 범행이 발각되고 지명수배된 후의 자진출두도 포함되는 것으로 판례가 해석하고 있으므로 이것이 "자수"라는 단어의 관용적 용례라고 할 것인바, 공직선거법 제262조의 "자수"를 '범행발각 전에 자수한 경우'로 한정하는 풀이는 "자수"라는 단어가 통상 관용적으로 사용되는 용례에서 갖는 개념 외에 '범행발각 전'이라는 또다른 개념을 추가하는 것으로서 결국은 '언어의 가능한 의미'를 넘어 공직선거법 제262조의 "자수"의 범위를 그 문언보다 제한함으로써 공직선거법 제230조 제1항 등의 처벌범위를 실정법 이상으로 확대한 것이 되고, 따라서 이는 단순한 목적론적 축소해석에 그치는 것이 아니라, 형면제 사유에 대한 제한적 유추를 통하여 처벌범위를 실정법 이상으로 확대한 것으로서 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반된다.

〈선정이유〉

자수는 형벌감면사유로서 그 해석범위는 피고인의 가벌성에 영향을 미치는 바, 이처럼 위법성조각사유나 책임조각사유의 경우에는 언어의 가능한 의미를 넘어 제한적으로 해석하면 유추해석금지에 해당한다고 판시한 판결이다.

5. 유추적용금지(2)

(대법원 2017. 12. 21. 선고 2015도8335 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

승객이 탑승한 후 항공기의 모든 문이 닫힌 때부터 내리기 위하여 문을 열 때까지 항공기가 지상에서 이동하는 경로가 항공보안법 제42조에서 정한 ‘항로’’에 포함되는지 여부

〈판결요지〉

항공보안법 제42조는 “위계 또는 위력으로써 운항 중인 항공기의 항로를 변경하게 하여 정상 운항을 방해한 사람은 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정하고 있다. 같은 법 제2조 제1호는 ‘운항 중’을 ‘승객이 탑승한 후 항공기의 모든 문이 닫힌 때로부터 내리기 위하여 문을 열 때까지’로 정의하였다. 그러나 항공보안법에 ‘항로’가 무엇인지에 관하여 정의한 규정은 없다.

죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄

와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다. 그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 해석하는 것은 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지에 따라 허용되지 아니한다. 법률을 해석할 때 입법 취지와 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 제한될 수밖에 없다. 죄형법정주의 원칙이 적용되는 형벌법규의 해석에서는 더욱 그러하다.

법령에서 쓰인 용어에 관해 정의규정이 없는 경우에는 원칙적으로 사전적인 정의 등 일반적으로 받아들여진 의미에 따라야 한다. 국립국어원의 표준국어대사전은 항로를 '항공기가 통행하는 공로(공로)'로 정의하고 있다. 국어학적 의미에서 항로는 공중의 개념을 내포하고 있음이 분명하다. 항공기 운항과 관련하여 '항로'가 지상에서의 이동 경로를 가리키는 용어로 쓰인 예를 찾을 수 없다.

본죄의 객체는 '운항 중'의 항공기이다. 그러나 위계 또는 위력으로 변경할 대상인 '항로'는 별개의 구성요건요소로서 그 자체로 죄형법정주의 원칙에 부합하게 해석해야 할 대상이 된다. 항로가 공중의 개념을 내포한 말이고, 입법자가 그 말뜻을 사전적 정의보다 넓은 의미로 사용하였다고 볼 자료가 없다. 지상의 항공기가 이동할 때 '운항 중'이 된다는 이유만으로 그때 다니는 지상의 길까지 '항로'로 해석하는 것은 문언의 가능한 의미를 벗어난다.

지상에서 이동하는 항공기의 경로를 함부로 변경하는 것은 다른 항공기나 시설물과 충돌할 수 있어 위험성이 큰 행위임이 분명하다. 그러나 처벌의 필요성만으로 죄형법정주의 원칙을 후퇴시켜서는 안 된다. 그런 행위는 기장에 대한 업무방해죄로 처벌할 수 있을 뿐만 아니라, 많은 경우 폭행·협박 또는 위계를 수반할 것이므로 10년 이하의 징역으로 처벌 가능한 직무집행방해죄(항공보안법 제43조) 등에 해당할 수 있어 처벌의 공백이 생기는 것도 아니다.

〈선정이유〉

소위 〈땅콩회항 사건〉에서 문리해석의 허용범위인 법문의 가능한 의미를 목적적, 역사적, 논리적, 체계적 해석과 관련하여 판단한 판결이다. 법규정의 가능한 의미범위에 대한 최초의 판례는 대법원 1994. 12. 20. 자 94모32 전원합의체 결정 참조.

6. 형벌불소급의 원칙(1)

(대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3349 판결)

〈쟁점〉

행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 아니었던 행위를 판례의 변경에 따라 처벌하는 것이 평등의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 반하는지 여부

〈판결요지〉

형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니고, 형법 조항에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼

수는 없으므로, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 헌법상 평등의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

판례는 법률이 아니고 법률의 해석이므로 행위자에게 불리하게 판례는 변경하여도 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니한다는 판결이다.

7. 형벌불소급의 원칙(2)

(대법원 2008. 7. 24. 선고 2008어4 결정[보호처분에 대한 재항고])

〈쟁점〉

가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 사회봉사명령의 법적 성질 및 형벌불소급원칙의 적용 여부

〈결정요지〉

가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 정한 보호처분 중의 하나인 사회봉사명령은 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 목적으로 하는 것으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이 사실이다. 그러나 한편으로 이는 가정폭력범죄행위에 대하여 형사처벌 대신 부과되는 것으로서, 가정폭력범죄를 범한 자에게 의무적 노동을 부과하고 여가시간을 박탈하여 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되므로, 이에 대하여는 원칙적으로 형벌불소급의 원칙에 따라 행위시법을 적용함이 상당하다.

가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 사회봉사명령을 부과하면서, 행위시법상 사회봉사명령 부과시간의 상한인 100시간을 초과하여 상한을 200시간으로 올린 신법을 적용한 것은 위법하다고 한 사례.

〈선정이유〉

사회봉사명령을 형벌에 준하는 제재로 보고 형벌불소급의 원칙을 적용한 판결이다. '특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률' 제9조 제1항 단서에서 정한 전자장치 부착기간 하한가중 규정이 같은 법 시행 전에 19세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우에도 소급적용은 허용되지 않는다(대법원 2013. 7. 26, 2013도6220; 2013. 9. 12. 2013도6424, 2013전도134).

이에 반하여, 형법상의 보호관찰(1997. 6. 13. 97도703), 「특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률」에 의한 위치추적전자장치 부착(2010. 12. 23. 2010도11996, 2010전도86), 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」에 정한 신상공개명령(2011. 03. 24. 2010도14393, 2010전도120) 등의 경우에는 형벌이 아닌 보안처분으로써 행위자에게 불리한 소급입법이 허용된다고 한다.

형사소송법적 조건인 공소시효가 아직 완성되지 않은 상태에서 진행중인 공소시효를 연장하는 법률(이른바 부진정소급입법)은 공소시효제도에 근거한 개인의 신뢰와 공소시효의 연장을 통하여 달성하려는 공익을 비교형량하여 공익이 개인의 신뢰보호이익에 우선하는 경우에는 헌법상 정당화될 수 있고, 공소시효가 완성된 상태의 진정소급입법의 경우에는, 기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 적어 개인의 신뢰이익을 관철하는 것이 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다고 판단한 사건은 헌법재판소 1996. 2. 16. 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 참조.

8. 책임주의

(헌법재판소 2007.11.29. 선고 2005헌가10 전원재판부)

〈쟁점〉

종업원의 위반행위에 대하여 양벌조항으로서 개인인 영업주에게도 동일하게 무기 또는 2년 이상의 징역형의 법정형으로 처벌하도록 규정하고 있는 '보건범죄단속에 관한 특별조치법' 제6조 중 제5조에 의한 처벌 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 형사법상 책임원칙에 반하는지 여부

〈결정요지〉

이 사건 법률조항이 종업원의 업무 관련 무면허의료행위가 있으면 이에 대해 영업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부와는 관계없이 자동적으로 영업주도 처벌하도록 규정하고 있고, 그 문언상 명백한 의미와 달리 "종업원의 범죄행위에 대해 영업주의 선임감독상의 과실(기타 영업주의 귀책사유)이 인정되는 경우"라는 요건을 추가하여 해석하는 것은 문리해석의 범위를 넘어서는 것으로서 허용될 수 없으므로, 결국 위 법률조항은 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써, 법정형에 나아가 판단할 것 없이, 형사법의 기본원리인 '책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다'는 책임주의에 반한다.

〈선정이유〉

종업원의 위법행위에 대하여 영업주의 책임여부를 불문하고 처벌하도록 한 양벌규정은 책임주의에 반하여 위헌이라고 판시한 사례. 이후 2009. 7. 30. 2008헌가14 등에서 법인에 대한 양벌규정도 면책사유를 규정하지 않는 한 위헌이라고 판단하였다.

Ⅱ. 형법의 적용범위

9. 시간적 적용범위

(대법원 2014. 4. 24. 선고 2012도14253 판결)

〈쟁점〉

'위계에 의한 간음죄'를 규정한 구 형법 제304조의 삭제가 범죄 후의 법령개폐로 범죄를 구성하지 않게 되어 형이 폐지되었을 때에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

구 형법 제304조(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)는 '혼인을 빙자하거나 기타 위계로써 음행의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다'라고 규정하고 있었으나, 2012. 12. 18. 법률 제11574호로 형법이 개정되면서 삭제되었다.

위 개정에 앞서 구 형법 제304조 중 혼인빙자간음죄 부분은 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58 등 결정에 의하여 위헌으로 판단되었고, 또한 위 개정 형법 부칙 등에서 그 시행 전의 행위에 대한 벌칙의 적용에 관하여 아무런 경과규정을 두지 아니하였다. 이러한 사정 등에 비추어 보면, 구 형법 제304조의 삭제는 법률이념의 변천에 따라 과거에 범죄로 본 음행의 상습없는 부녀에 대한 위계간음 행위에 관하여 현재의 평가가 달라짐에 따라 이를 처벌대상으로 삼는 것이 부당하다는 반성적 고려에서 비롯된 것으로 봄이 타당하므로, 이는 범죄 후의 법령개폐로 범죄를 구성하지 않게 되어 형이 폐지되었을 때에 해당한다. 그렇다면 구 형법 제304조에 해당하는 위계간음 행위는 형사소송법 제326조 제4호에 의하여 면소판결의 대상이 될 뿐이다.

〈선정이유〉

신법의 형벌이 구법보다 경하거나 범죄가 폐지된 경우, 법률이념의 변천에 따라 종전의 처벌조치가 부당하다는 데에서 나온 반성적 조치인 때에는 형법 제1조 제2항에 따라 신법을 적용한다는 기본적 판결이다. 이러한 판례의 동기설은 대법원 2018. 6. 28. 2015도2390 등에서도 반복되고 있다.

10. 장소적 적용범위

(대법원 2011. 8. 25. 선고 2011도6507 판결)

〈쟁점〉

형법 제6조 본문에서 정한 '대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 죄를 범한 때'의 의미와 제6조 단서에서 정한 '외국법규의 존재'에 대한 증명의 정도와 증명책임의 소재

〈판결요지〉

형법 제5조, 제6조의 각 규정에 의하면, 외국인이 외국에서 죄를 범한 경우에는 형법 제5조 제1호 내지 제7호에 열거된 죄를 범한 때와 형법 제5조 제1호 내지 제7호에 열거된 죄 이외에 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 죄를 범한 때에만 대한민국 형법이 적용되어 우리나라에 재판권이 있게 되고, 여기서 '대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 죄를 범한 때'라 함은 대한민국 또는 대한민국 국민의 법익이 직접적으로 침해되는 결과를 야기하는 죄를 범한 경우를 의미한다.

그런데 형법 제234조의 위조사문서행사죄는 형법 제5조 제1호 내지 제7호에 열거된 죄에 해당하지 않고, 위조사문서행사 행위를 형법 제6조의 대한민국 또는 대한민국 국민의 법익을 직접적으로 침해하는 행위라고 볼 수도 없으므로, 이 사건 공소사실 중 캐나다 시민권자인 피고인이 캐나다에서 위조사문서를 행사한 행위에 대하여는 우리나라에 재판권이 없다고 할 것이다.

형법 제6조 본문에 의하여 외국인이 대한민국 영역 외에서 대한민국 국민에 대하여 범죄를 저지른 경우 우리 형법이 적용되지만, 같은 조 단서에 의하여 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 우리 형법을 적용하여 처벌할 수 없고, 이 경우 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하는지 여부에 대해서는 엄격한 증명에 의하여 검사가 이를 입증하여야 한다(대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4085 판결 등 참조).

그런데 기록에 의하면, 이 부분 공소사실 중에는 캐나다 시민권자인 피고인이 캐나다에 거주하는 대한민국 국민을 기망하여 캐나다에서 직접 또는 현지 은행계좌로 투자금을 수령한 경우가 다수 포함되어 있음을 알 수 있으므로, 이 경우에 해당하는 공소사실은 외국인이 대한민국 영역 외에서 대한민국 국민에 대하여 범죄를 저지른 경우에 해당한다. 따라서 원심으로서는 이 경우에 해당하는 공소사실이 행위지인 캐나다 법률에 의하여 범죄를 구성하는지 여부 및 소추 또는 형의 집행이 면제되는지 여부를 심리하여 해당 부분 공소사실이 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하고 그에 대한 소추나 형의 집행이 면제되지 않는 경우에 한하여 우리 형법을 적용하였어야 할 것이다.

〈선정이유〉

형법 제6조의 의미와 입증책임의 소재를 명확하게 판단한 판결이다. 또한 내국 법인의 대표자인 외국인이 내국 법인이 외국에 설립한 특수목적법인에 위탁해 둔 자금을 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용한 데 따른 횡령죄의 피해자는 당해 금전을 위탁한 내국 법인이다. 따라서 그 행위가 외국에서 이루어진 경우에도 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우가 아니라면 그 외국인에 대해서도 우리 형법이 적용되어(형법 제6조), 우리 법원에 재판권이 있다는 판결도 같은 취지이다(대법원 2017. 3. 22. 선고 2016도17465 판결).

11. 외국에서 받은 형의 산입

(대법원 2017. 8. 24. 선고 2017도5977 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

형법 제7조의 취지 및 동조에서 정한 '외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람'에 형사사건으로 외국 법원에 기소되었다가 무죄판결을 받기까지 상당 기간 미결구금된 사람이 이에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

형법 제7조는 "죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람에 대해서는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입한다."라고 규정하고 있다. 이 규정의 취지는, 형사판결은 국가주권의 일부분인 형벌권 행사에 기초한 것이어서 피고인이 외국에서 형사처벌을 과하는 확

정판결을 받았더라도 그 외국 판결은 우리나라 법원을 기속할 수 없고 우리나라에서는 기판력도 없어 일사부재리의 원칙이 적용되지 않으므로, 피고인이 동일한 행위에 관하여 우리나라 형벌법규에 따라 다시 처벌받는 경우에 생길 수 있는 실질적인 불이익을 완화하려는 것이다. 그런데 여기서 '외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람'이란 문언과 취지에 비추어 '외국 법원의 유죄판결에 의하여 자유형이나 벌금형 등 형의 전부 또는 일부가 실제로 집행된 사람'을 말한다고 해석하여야 한다.

따라서 형사사건으로 외국 법원에 기소되었다가 무죄판결을 받은 사람은, 설령 그가 무죄판결을 받기까지 상당 기간 미결구금되었더라도 이를 유죄판결에 의하여 형이 실제로 집행된 것으로 볼 수는 없으므로, '외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람'에 해당한다고 볼 수 없고, 그 미결구금 기간은 형법 제7조에 의한 산입의 대상이 될 수 없다.

〈선정이유〉

외국에서 집행된 형의 전부, 일부는 우리나라의 형에 산입하여야 한다는 헌법재판소 2015. 5. 28. 2013헌바129결정을 반영하여 2016.12.20. 개정된 형법 제7조의 해석에 관한 판결이다. 이에 의하면, 형법 제7조의 적용범위에 외국에서 집행된 미결구금은 포함되지 않는다고 한다.

제 2 편 범죄론

제1장 구성요건

I. 범죄의 주체와 범죄의 유형

12. 법인의 범죄능력

(대법원 1984. 10. 10. 선고 82도2595 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

타인의 사무를 처리할 의무의 주체가 법인인 경우 그 법인의 대표기관이 배임죄의 주체가 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형법 제355조 제2항의 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리할 의무의 주체가 법인이 되는 경우라도 법인은 다만 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없는 것이며 그 타인의 사무는 법인을 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없어 그 대표기관은 마땅히 법인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무내용 대로 사무를 처리할 임무가 있다 할 것이므로 법인이 처리할 의무를 지는 타인의 사무에 관하여는 법인이 배임죄의 주체가 될 수 없고 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 바로 타인의 사무를 처리하는 자 즉 배임죄의 주체가 된다.

〈선정이유〉

형법상 의무의 주체가 법인인 경우, 그 법인의 대표자의 위법행위에 대하여 대표자는 법인이 아니므로 의무의 주체가 아니어서 범죄의 주체가 될 수 있는지 문제된다. 이 판결은 그러한 경우 법인 자체는 범죄능력이 없어서 범죄의 주체가 될 수 없고, 그 법인의 대표자인 자연인이 의무의 주체가 되어서 범죄의 주체가 될 수 있다고 한 중요한 판결이다.

이후 법인격 없는 사단과 같은 단체도 법인과 마찬가지로 사법상의 권리의무의 주체가 될 수 있음은 별론으로 하더라도 법률에 명문의 규정이 없는 한 그 범죄능력은 없고 그 단체의 업무는 단체를 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없다고 하여, 그 대표자의 건축법위반을 인정한 판례도 같은 맥락이다(대법원 1997. 1. 24. 96도524; 2017. 4. 7. 2016도21283).

13. 법인의 형벌능력과 양벌규정

(헌법재판소 2009.7.30. 선고 2008헌가14 전원재판부)

〈쟁점〉

사행행위 등 규제 및 처벌특례법'(2006. 3. 24. 법률 제7901호로 개정된 것) 제31조 중 "법인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제30조 제2항 제1호의 위반행위(무허가 사행행위영업)를 한 때에는 그 법인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다"는 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 책임주의에 반하여 헌법에 위반되는지 여부

〈결정요지〉

이 사건 법률조항은 법인이 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 같은 법 제30조 제2항 제1호를 위반한 범죄행위를 저지른 사실이 인정되면, 법인이 그와 같은 종업원 등의 범죄에 대해 어떠한 잘못이 있는지를 전혀 묻지 않고 곧바로 그 종업원 등을 고용한 법인에게도 종업원 등에 대한 처벌조항에 규정된 벌금형을 과하도록 규정하고 있는바, 오늘날 법인의 반사회적 법익침해활동에 대하여 법인 자체에 직접적인 제재를 가할 필요성이 강하다 하더라도, 입법자가 일단 "형벌"을 선택한 이상, 형벌에 관한 헌법상 원칙, 즉 법치주의와 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙이 준수되어야 한다. 그런데 이 사건 법률조항에 의할 경우 법인이 종업원 등의 위반행위와 관련하여 선임·감독상의 주의의무를 다하여 아무런 잘못이 없는 경우까지도 법인에게 형벌을 부과될 수밖에 없게 되어 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙에 반하므로 헌법에 위반된다.

〈선정이유〉

법인은 범죄능력은 없지만 형벌능력은 있어서 법률에 법인을 처벌하는 별도의 양벌규정이 있는 경우 처벌된다는 것이 일반적 견해이다. 그런데 이 결정 이전에는 양벌규정이 이 사건의 규정과 같이 대부분 무과실책임처럼 규정되어 있어서 법인이 감독의무를 충실히 이행했는지를 불문하고 법인에 대한 처벌이 긍정되었다. 이에 이 결정은 법인이 종업원 등의 위반행위와 관련하여 선임·감독상의 주의의무를 다하여 아무런 잘못이 없는 경우까지도 법인에게 형벌을 부과하는 것은 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙에 반하므로 헌법에 위반된다고 판단하였다. 이후에도 이와 유사한 조항에 대하여 연이어 위헌결정하였다. 그 결과 현재 법인에 대한 양벌규정은 "다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니하였을 경우에는 그러하지 아니하다."고 하는 면책규정을 추가하게 되었다.

14. 대표자의 위법과 법인의 처벌

(헌법재판소 2010.7.29. 선고 2009헌가25,29,36,2010헌가6,25(병합) 전원재판부)

〈쟁점〉

구 농산물품질관리법(2002. 12. 26. 법률 제6816호로 개정되고, 2009. 6. 9. 법률 제9759호로 개정되기 전의 것) 제37조 중 "법인의 대표자가 그 법인의 업무에 관하여 제34조의2의 위반행위를 한 때에는 그 법인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다."는 부분(이하 '대표자 관련부분' 이라 한다)이 책임주의에 반하여 헌법에 위반되는지 여부

〈결정요지〉

법인은 기관을 통하여 행위하므로 법인이 대표자를 선임한 이상 그의 행위로 인한 법률효과는 법인에게 귀속되어야 하고, 법인 대표자의 범죄행위에 대하여는 법인 자신이 자신의 행위에 대한 책임을 부담하여야 하는바, 법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 법인의 직접책임으로서, 대표자의 고의에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 고의에 의한 책임을, 대표자의 과실에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 과실에 의한 책임을 부담하는 것이다. 따라서, 법인의 '대표자' 관련 부분은 대표자의 책임을 요건으로 하여 법인을 처벌하므로 책임주의원칙에 반하지 아니한다.

〈선정이유〉

법인의 종업원의 위반행위에 대하여 법인을 처벌하려고 할 때에는 법인에게 선임감독상의 의무위반이 인정되어야 하는 것과 달리, 법인의 대표자의 위법행위에 대하여는 법인에게 선임감독상의 주의의무위반 여부와 관계 없이 법인에게 형벌을 부과할 수 있다는 결정이다.

한편, 일반적인 양벌규정은 법인격 없는 사단에 대하여서도 위 양벌규정을 적용할 것인가에 관하여는 아무런 명문의 규정을 두고 있지 아니하므로, 죄형법정주의의 원칙상 법인격 없는 사단의 종업원이 범죄행위를 한 경우, 법인격 없는 사단에 대한 명문의 규정이 없는 한 일반적인 양벌규정을 근거로 하여 법인격 없는 사단의 개개인을 처벌할 수는 없다(대법원 1995. 7. 28. 94도3325 판결).

15. 즉시범(상태범)과 계속범의 구별

(대법원 2009. 4. 16. 선고 2007도6703 전원합의체 판결 [농지법위반])

〈쟁점〉

농지법상 '농지의 전용'의 유형과 즉시범, 계속범의 구별

〈판결요지〉

[다수의견] 구 농지법(2005. 1. 14. 법률 제7335호로 개정되기 전의 것) 제2조 제9호에서 말하는 '농지의 전용'이 이루어지는 태양은, 첫째로 농지에 대하여 절토, 성토 또는 정지를 하거나 농지로서의 사용에 장해가 되는 유형물을 설치하는 등으로 농지의 형질을 외형상으로뿐만 아니라 사실상 변경시켜 원상회복이 어려운 상태로 만드는 경우가 있고, 둘째로 농지에 대하여 외부적 형상의 변경을 수반하지 않거나 외부적 형상의 변경을 수반하더라도 사회통념상 원상회복이 어려운 정

도에 이르지 않은 상태에서 그 농지를 다른 목적에 사용하는 경우 등이 있을 수 있다. 전자의 경우와 같이 농지전용행위 자체에 의하여 당해 토지가 농지로서의 기능을 상실하여 그 이후 그 토지를 농업생산 등 외의 목적으로 사용하는 행위가 더 이상 '농지의 전용'에 해당하지 않는다고 할 때에는, 허가 없이 그와 같이 농지를 전용한 죄는 그와 같은 행위가 종료됨으로써 즉시 성립하고 그와 동시에 완성되는 즉시범이라고 보아야 한다. 그러나 후자의 경우와 같이 당해 토지를 농업생산 등 외의 다른 목적으로 사용하는 행위를 여전히 농지전용으로 볼 수 있는 때에는 허가 없이 그와 같이 농지를 전용하는 죄는 계속범으로서 그 토지를 다른 용도로 사용하는 한 가벌적인 위법행위가 계속 반복되고 있는 계속범이라고 보아야 한다.

농지에 잡석 등을 깔아 정지작업이 이루어져 사실상 원상회복이 어렵게 된 토지를 전용하였다는 공소사실에 대하여, 공소 범행 당시 농지로서의 현상을 상실한 토지를 사용한 것이 농지전용죄를 구성하는지 여부를 먼저 살펴본 다음 공소시효의 기산점을 판단하여야 한다는 이유로, 정지작업의 종료시점을 공소시효의 기산점으로 보아 공소시효가 완성되었다고 본 원심판결을 파기한 사례.

〈선정이유〉

이 판결은 농지법상 '농지의 전용'에 관한 것이지만, 대법원이 즉시범(상태범)과 계속범을 구별하고, 그 실익을 공소시효의 기산점에서 찾은 판결이다. 즉시범은 구성요건적 행위가 종료됨으로써 즉시 성립하고 그와 동시에 완성되는 범죄이고, 계속범은 가벌적인 위법행위가 계속 반복되는 범죄이다. 예를 들어, 허가받지 아니한 업체에 건설폐기물을 위탁하여 처리하는 행위는 계속범이라고 한다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도8607 판결).

한편, 군형법 제79조에 규정된 무단이탈죄는 즉시범으로서 허가없이 근무장소 또는 지정장소를 일시 이탈함과 동시에 완성되고 그 후의 사정인 이탈 기간의 장단 등은 무단이탈죄의 성립에 아무런 영향이 없다고 한 판결(대법원 1983. 11. 8. 선고 83도2450 판결), 학대죄는 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위가 있음과 동시에 범죄가 완성되는 상태범 또는 즉시범이라고 한 판결(대법원 1986. 7. 8. 선고 84도2922 판결), 도주죄는 즉시범으로서 범인이 간수자의 실력적 지배를 이탈한 상태에 이르렀을 때에 기수가 되어 도주행위가 종료한다는 판결(대법원 1991. 10. 11. 선고 91도1656 판결), 내란죄는 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭행·협박행위를 하면 기수가 되고, 이때 이미 내란의 구성요건은 완전히 충족된다고 할 것이어서 상태범으로 봄이 상당하다는 판결(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결) 등이 있다.

Ⅱ. 인과관계

16. 교통사고와 인과관계

(대법원 2012. 3. 15. 선고 2011도17117 판결)

〈쟁점〉

택시 운전자인 피고인이 교통신호를 위반하여 진행한 과실로 교차로 내에서 갑이 운전하는 승용차와 충돌하여 갑 등으로 하여금 상해를 입게 한 경우, 인과관계 여부

〈판결요지〉

택시 운전자인 피고인이 교통신호를 위반하여 4거리 교차로를 진행한 과실로 교차로 내에서 갑이 운전하는 승용차와 충돌하여 갑 등으로 하여금 상해를 입게 하였다고 하여 교통사고처리 특례법 위반으로 기소된 사안에서, 피고인의 택시가 차량 신호등이 적색 등화임에도 횡단보도 앞 정지선 직전에 정지하지 않고 상당한 속도로 정지선을 넘어 횡단보도에 진입하였고, 횡단보도에 들어선 이후 차량 신호등이 녹색 등화로 바뀌자 교차로로 계속 직진하여 교차로에 진입하자마자 교차로를 거의 통과하였던 갑의 승용차 오른쪽 뒤 문짝 부분을 피고인 택시 앞 범퍼 부분으로 충돌한 점 등을 종합할 때, 피고인이 적색 등화에 따라 정지선 직전에 정지하였더라면 교통사고는 발생하지 않았을 것임이 분명하여 피고인의 신호위반행위가 교통사고 발생의 직접적인 원인이 되었다고 보아야 하는데도, 이와 달리 보아 공소를 기각한 원심판결에 신호위반과 교통사고의 인과관계에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

택시를 운전하던 피고인이 적색 등화에 따라 정지선 직전에 정지하였더라면 교통사고는 발생하지 않았을 것임이 분명하여 피고인의 신호위반행위가 교통사고 발생의 직접적인 원인이 되었다고 본 판결이다.

17. 특이체질과 인과관계(1)

(대법원 1986. 9. 9. 선고 85도2433 판결)

〈쟁점〉

심장질환이 있는 자에 대하여 폭행을 가함으로써 그 충격으로 사망케 한 경우, 위 폭행과 그 사망간의 인과관계 유무

〈판결요지〉

피해자를 2회에 걸쳐 두 손으로 힘껏 밀어 땅바닥에 넘어뜨리는 폭행을 가함으로써 그 충격으로 인한 쇼크성 심장마비로 사망케 하였다면 비록 위 피해자에게 그 당시 심관성동맥경화 및 심근섬유화 증세등의 심장질환의 지병이 있었고 음주로 만취된 상태였으며 그것이 피해자가 사망함에 있어 영향을 주었다고 해서 피고인의 폭행과 피해자의 사망 간에 상당인과 관계가 없다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

결과가 발생한 데 있어서 피해자의 허약체질이 일부 영향을 주었다고 하여도 상당인과관계를 부정할 수 없다는 판결이다.

18. 특이체질과 인과관계(2)

(대법원 1978. 11. 28. 선고 78도1961 판결)

〈쟁점〉

피해자가 허약체질인 경우 폭행과 사망과의 사이에 인과관계의 존재여부

〈판결요지〉

고등학교 교사가 제자의 잘못을 징계코자 왼쪽뺨을 때려 뒤로 넘어지면서 사망에 이르게 한 경우 위 피해자는 두께0.5미리밖에 안되는 비정상적인 얇은 두개골이었고 또 뇌수송을 가진 심신허약자로서 좌측뺨을 때리자 급성뇌성압상승으로 넘어지게 된 것이라면 위 소위와 피해자의 사망 간에는 이른바 인과관계가 없는 경우에 해당한다.

〈선정이유〉

피해자가 허약체질인 경우, 폭행과 사망 간의 인과관계를 부정한 흔하지 않은 판결이다.

19. 피해자의 과실과 인과관계

(대법원 1994.3.22. 선고 93도3612 판결)

〈쟁점〉

살인의 실행행위와 사망 사이의 인과관계 유무의 판단기준

〈판결요지〉

살인의 실행행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생하게 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이어야만 되는 것은 아니므로, 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 다른 사실이 개재되어 그 사실이 치사의 직접적인 원인이 되었다고 하더라도 그와 같은 사실이 통상 예견할 수 있는 것에 지나지 않는다면 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 인과관계가 있는 것으로 보아야 한다.

〈선정이유〉

어떠한 범죄행위와 결과의 중간에 다른 사실이 개제되어 있다고 하여도 인과관계가 인정될 수 있다고 하는 판례이다.

20. 피난행위와 인과관계

(대법원 1995.5.12. 선고 95도425 판결)

〈쟁점〉

강간하려는 행위와 이를 피하려다 사상에 이르게 된 사실 사이에 상당인과관계를 인정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

폭행이나 협박을 가하여 간음을 하려는 행위와 이에 극도의 흥분을 느끼고 공포심에 사로잡혀 이를 피하려다 사상에 이르게 된 사실과는 이른바 상당인과관계가 있어 강간치사상죄로 다스릴 수 있다. 피고인이 자신이 경영하는 속셈학원의 강사로 피해자를 채용하고 학습교재를 설명하겠다는 구실로 유인하여 호텔 객실에 감금한 후 강간하려 하자, 피해자가 완강히 반항하던 중 피고인이 대실시간 연장을 위해 전화하는 사이에 객실 창문을 통해 탈출하려다가 지상에 추락하여 사망한 사안에서, 피고인의 강간미수행위와 피해자의 사망과의 사이에 상당인과관계가 있다고 보아 피고인을 강간치사죄로 처단한 원심의 판단을 수긍한 사례.

〈선정이유〉

범죄에서 벗어나기 위하여 피난행위를 하다가 사망한 경우에도 범행과 결과 간에 상당인과관계가 인정될 수 있다고 한 판결이다.

21. 주의의무위반과 결과의 관련성

(대법원 1990.12.11. 선고 90도694 판결)

〈쟁점〉

수술주관의사 또는 마취담당의사가 할로테인을 사용한 전신마취에 의하여 난소종양절제수술을 함에 앞서 혈청의 생화학적 반응에 의한 간기능검사로 환자의 간 상태를 정확히 파악하지 아니한 채 개복수술을 시행하여 환자가 급성전격성간염으로 인하여 사망한 경우, 혈청의 생화학적 반응에 의한 간기능검사를 하지 않거나 이를 확인하지 아니한 의사들의 과실과 수술 후 환자의 사망 사이의 인과관계의 유무

〈판결요지〉

전신마취에 의한 개복수술은 간부전을 일으키고 간성혼수에 빠지게 하기도 하는데 특히 급만성 간염이나 간경변 등 간기능에 이상이 있는 경우에는 90% 이상이 간기능이 중악화하고 심한 경우에는 사망에 이르게 하는 것으로 알려져 있어 개복수술 전에 간의 이상 유무를 검사하는 것은 필수적이고, 피해자의 수술시에 사용된 마취제 할로테인은 드물게는 간에 해독을 끼치고 특히 이미 간장애가 있는 경우에는 간장애를 격화시킬 위험이 있으므로 이러한 환자에 대하여는 그 사용을 주의 또는 회피하여야 한다고 의료계에 주지되어 있으며 이 사건 사고당시 의료계에서는 개복수술 환자의 경우 긴급한 상황이 아닌 때에는 혈청의 생화학적 반응에 의한 간기능검사를 하는 것이 보편적이었다면, 응급환자가 아닌 난소종양환자의 경우에 있어서 수술주관의사 또는 마취담당의사인 피고인들로서는 난소종양절제수술에 앞서 혈청의 생화학적 반응에 의한 검사 등으로 종합적인 간

기능검사를 철저히 하여 피해자가 간손상 상태에 있는지의 여부를 확인한 후에 마취 및 수술을 시행하였어야 할 터인데 피고인들은 시진, 문진 등의 검사결과와 정확성이 떨어지는 소변에 의한 간검사 결과만을 믿고 피해자의 간상태를 정확히 파악하지 아니한 채 할로테인으로 전신마취를 실시한 다음 이 사건 개복수술을 감행한 결과 수술 후 22일만에 환자가 급성전격성간염으로 인하여 사망한 경우에는 피고인들에게 업무상과실이 있다 할 것이다.

이 경우 혈청에 의한 간기능검사를 시행하지 않거나 이를 확인하지 않은 피고인들의 과실과 피해자의 사망 간에 인과관계가 있다고 하려면 피고인들이 수술 전에 피해자에 대한 간기능검사를 하였더라면 피해자가 사망하지 않았을 것임이 입증되어야 할 것인데도(수술 전에 피해자에 대하여 혈청에 의한 간기능검사를 하였더라면 피해자의 간기능에 이상이 있었다는 검사결과가 나왔으리라는 점이 증명되어야 할 것이다) 원심은 피해자가 수술당시에 이미 간손상이 있었다는 사실을 증거 없이 인정함으로써 채증법칙위반 및 인과관계에 관한 법리오해의 위법을 저지른 것이다.

〈선정이유〉

과실행위와 결과 간에 인과관계를 인정하려면, 적법한 행위를 했을 경우에 결과가 발생하지 않았을 것인지가 인정되어야 한다는 판결이다. 통상적으로 학설은 이러한 경우를 객관적 귀속 중 주의의무위반관련성의 문제로 다루고 있으나, 이 판결은 인과관계의 영역에서 해결하고 있음. 이러한 태도는 이후에도 이어지고 있다(대법원 1996. 11. 8. 95도2710 등).

22. 독성물질과 인과관계

(대법원 2018. 1. 25. 선고 2017도12537 판결)

〈쟁점〉

유해성이 명확하게 밝혀지지 않았던 물질 PHMG와 소비자의 사망 간의 인과관계 여부

〈판결요지〉

피고인 1의 흡입독성시험 미실시로 인한 주의의무 위반과 결과 발생 사이의 인과관계 관련 상고이유 주장에 관하여

원심은 다음과 같은 이유로, '(제품명 1 생략)을 출시한 2000. 10.경 또는 그 이후에 급성 흡입독성시험을 실시하였다고 하더라도, 흡입독성이 없다는 결과가 나왔을 가능성이 높기 때문에, 급성 흡입독성시험을 실시하지 않은 업무상과실과 사상의 결과 사이에 인과관계가 인정되지 않는다'는 취지의 피고인의 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다. ① 피고인 1이 (제품명 1 생략)의 주원료를 변경하는 과정에서 흡입독성이 없는 것으로 확인되는 살균제 성분을 원료물질로 사용하거나, PHMG를 원료물질로 사용하더라도 흡입독성시험을 실시하는 등으로 흡입독성에 관한 객관적 자료를 확인하여 인체에 무해한 농도로 권장사용량을 정하였다면, (제품명 1 생략)을 사용한 피해자들이 폐질환으로 사망하거나 상해를 입는 결과가 발생하지 않았을 것으로 판단된다. ② (제품명 1 생략)의 제조·판매가 중단된 이후 안전성평가연구소에서 실시한 PHMG에 대한 급성 흡입독성시험 결과, 고농도 노출군 전부 및 중농도 노출군 중 일부가 사망하고, 폐사한 중농도·고농도 노출군의

폐에서 염증세포 병소, 포말대식세포 축적, 기관지상피 변성·재생, 섬유증 등의 병변이 관찰된 점, (제품명 1 생략)의 제조·판매가 중단된 이후 1심 공동피고인 5 회사에서 연구원(영문 명칭 2 생략)에 의뢰하여 실시된 PHMG를 주성분으로 하는 SKYBIO1125에 대한 급성 흡입독성시험에서도, 고농도 노출군의 대부분이 사망하고, 중농도·고농도 노출군에서 시험물질에 의한 폐포벽 비후, 대식세포 탐식, 염증세포 증가 등이 관찰된 점 등에 비추어 볼 때, 피고인 1이 2000. 10.경 또는 그 이후에 급성 흡입독성시험을 실시하였다면, 위와 유사한 결과가 나왔을 것이라고 충분히 인정할 수 있다.

원심판결의 이유 설시에 다소 미흡한 부분이 있지만, 이러한 원심의 판단은, 피고인 1이 2000. 10.경 또는 그 이후에 급성 흡입독성시험을 실시하였다면, (제품명 1 생략)의 유해성을 확인할 수 있었을 것이므로, 위 피고인이 급성 흡입독성시험을 실시하지 않은 업무상과실과 사상의 결과 사이에 인과관계가 인정된다는 취지로 볼 수 있고, 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 증거재판주의, 인과관계에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

〈선정이유〉

2000년 가습기 살균제를 제조·판매하면서 제품에 들어간 독성 화학물질 폴리헥사메틸렌구아니딘(PHMG)의 안전성을 검증하지 않아 사망자 73명 등 181명의 피해자를 낸 〈가습기 살균제 사건〉의 판결이다. 독성물질의 사용과 표시 등과 사망, 상해라고 하는 결과 간의 인과관계를 인정하였다.

Ⅲ. 고의범

23. 미필적 고의(1)

(대법원 1994. 3. 22 선고 93도3612 판결)

〈쟁점〉

살인의 미필적 고의 인정여부

〈판결요지〉

가. 살인죄의 범의는 자기의 행위로 인하여 피해자가 사망할 수도 있다는 사실을 인식·예견하는 것으로 족하지 피해자의 사망을 희망하거나 목적으로 할 필요는 없고, 또 확정적인 고의가 아닌 미필적 고의로도 족한 것인바(당원 1987.7.21. 선고 87도1091 판결; 1988.6.14. 선고 88도692 판결 등 참조), 사실관계가 원심이 유지한 제1심판결이 적법하게 확정한 바와 같다면, 피해자들에 대한 가해행위를 분담하여 직접 실행한 피고인 1· 3· 5· 6 등이 소론과 같이 피해자들의 머리나 가슴 등 치명적인 부위를 낫이나 칼로 찌르지는 않았다고 하더라도, 쇠파이프와 각목으로 피해자들의 머리와 몸을 마구 때리고 낫으로 팔과 다리를 난자한 이상(그로 인하여 피해자 1은 10일이 지나도록 의식조차 회복하지 못하였고, 피해자 2는 16주 내지 18주의 치료를 요하는 상해를 입었다. 수사기록 37장 및 154장 참조), 위 피고인들이 소론과 같이 자기들의 가해행위로 인하여 피해자들

이 사망할 수도 있다는 사실을 인식하지 못하였다고 볼 수 없고(오히려 살인의 미필적 고의가 있었다고 볼 수 있다), 또 여관의 안내실에서 종업원을 감시한 피고인 4로서도 위와 같은 경위로 집단적인 보복을 할 목적으로 낫과 쇠파이프 등을 가지고 여관으로 들어간 위 피고인들이 피해자들을 살해할 수도 있다는 사실을 인식하였을 것이므로, 피고인 1· 3· 5· 6은 물론 피고인 4에게도 살인의 범의가 있었다고 본 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 원심판결에 소론과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 이 점을 비난하는 논지는 이유가 없다.

〈선정이유〉

살인의 미필적 고의와 인과관계 등에 관하여 명시적으로 언급하면서 미필적 고의에 의한 고의를 인정한 판례이다.

24. 미필적 고의(2)

(대법원 1987. 1. 20. 선고 85도221 판결)

〈쟁점〉

재물손괴의 미필적 고의 인정여부

〈판결요지〉

피고인들이 피조개양식장에 피해를 주지 아니하도록 할 의도에서 선박의 닻줄을 7샤클(175미터)에서 5샤클(125미터)로 감아놓았고 그 경우에 피조개양식장까지의 거리는 약 30미터까지 근접한다는 것이므로 닻줄을 50미터 더 늘여서 7샤클로 묘박하였다면 선박이 태풍에 밀려 피조개양식장을 침범하여 물적 손해를 입히리라는 것은 당연히 예상되는 것이고, 그럼에도 불구하고 태풍에 대비한 선박의 안전을 위하여 선박의 닻줄을 7샤클로 늘여 놓았다면 이는 피조개양식장의 물적피해를 인용한 것이라 할 것이어서 재물손괴의 점에 대한 미필적 고의를 인정할 수 있다.

〈선정이유〉

미필적 고의의 내용으로 결과발생의 가능성을 예상하고 이를 인용한 것임을 판시한 판례이다.

25. 미필적 고의(3)

(대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결)

〈쟁점〉

미필적 고의의 내용

〈판결요지〉

[1] 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의라 함은 범죄사실의 발생 가능성을 불확실한 것으로 표상하면서 이를 용인하고 있는 경우를 말하고, 미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하며, 그 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 행위자의 진술에 의존하지 아니하고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 당해 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 하고, 이와 같은 경우에도 공소가 제기된 범죄사실의 주관적 요소인 미필적 고의의 존재에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이며, 한편, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.

[2] 대구지하철화재 사고 현장을 수습하기 위한 청소 작업이 한참 진행되고 있는 시간 중에 실종자 유족들로부터 이의제기가 있었음에도 대구지하철공사 A이 즉각 청소 작업을 중단하도록 지시하지 아니하였고 수사기관과 협의하거나 확인하지 아니하였다고 하여 위 A에게 그러한 청소 작업으로 인하여 증거인멸의 결과가 발생할 가능성을 용인하는 내심의 의사까지 있었다고 단정하기는 어렵다고 한 사례.

〈선정이유〉

미필적 고의의 내용을 명확하게 판시한 판례로서, 미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다고 설시한다. 또한 고의의 유무는 행위자의 진술에 의존하지 아니하고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 당해 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다고 판시한다. 같은 취지로는 대법원 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결[준강간미수]) 참조.

26. 미필적 고의(4)

(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도10029 판결)

〈쟁점〉

미필적 고의의 인정여부

〈판결요지〉

청소년유해업소의 업주는 청소년을 고용하여서는 아니됨에도 피고인이 자신이 운영하는 유흥주점에 청소년인 갑(17세)을 종업원으로 고용하였다는 청소년보호법 위반의 공소사실에 대하여, 업주인 피고인이 갑을 직접 고용하였다고 볼 수 없고 위 주점의 지배인이 갑을 고용한 것으로 보일 뿐

이라는 이유로 피고인에게 무죄를 선고한 원심판결에 같은 법 제24조의 '고용'의 해석 및 그 적용에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

공소외 1이 면접 당시 지배인 공소외 2로부터 주민등록증을 보여달라는 요구를 받고도 이를 제시하지 않고 자신의 나이를 속였음에도(공판기록 제50면) 피고인이 채용을 보류하거나 거부하지 아니하였고, 그 후 공소외 1이 2주 동안 위 유흥주점에서 일하였는데도 그의 신분과 연령을 확인하지 아니한 이상 피고인에게는 청소년임에도 불구하고 공소외 1을 고용한다는 점에 관하여 미필적 고의가 있었다고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

청소년의 고용과 관련한 미필적 고의를 인정한 판결이다. 청소년이 주민등록증을 보여달라는 요구를 받고도 이를 제시하지 않고 자신의 나이를 속였음에도 채용을 보류하거나 거부하지 아니하고 채용한 경우 미필적 고의를 인정하였다.

27. 사실의 착오

(대법원 1984. 1. 24. 선고 83도2813 판결)

〈쟁점〉

타격의 착오 또는 방법의 착오의 취급

〈판결요지〉

피고인이 먼저 피해자 1을 향하여 살의를 갖고 소나무 몽둥이(길이 85센티미터 직경 9센티미터)를 양손에 집어들고 힘껏 후려친 가격으로 피를 흘리며 마당에 고꾸라진 동녀와 동녀의 등에 업힌 피해자 2의 머리부분을 위 몽둥이로 내리쳐 피해자 2를 현장에서 두개골절 및 뇌좌상으로 사망케 한 소위를 살인죄로 의율한 원심조처는 정당하게 긍인되며 소위 타격의 착오가 있는 경우라 할지라도 행위자의 살인의 범의성립에 방해가 되지 아니한다.

〈선정이유〉

방법의 착오에서 고의기수를 인정한 판결이다. 같은 취지의 판례로, "갑"을 살해할 목적으로 총을 발사한 이상 그것이 목적하지 아니한 "을" 에게 명중되어 "을"이 사망한 경우에 "을"에 대한 살인의 고의를 인정한 판결(대법원 1975. 4. 22. 선고 75도727판결), 갑이 을등 3명과 싸우다가 힘이 달리자 식칼을 가지고 이들 3명을 상대로 휘두르다가 이를 말리면서 식칼을 뺏으려던 피해자 병에게 상해를 입혔다면 갑에게 상해의 범의가 인정되며 상해를 입은 사람이 목적한 사람이 아닌 다른 사람이라 하여 과실상해죄에 해당한다고 할 수 없다고 한 사례(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1745 판결) 등이 있다.

28. 개괄적 고의

(대법원 1988. 6. 28 선고 88도650 판결)

〈쟁점〉

개괄적 고의의 인정 여부

〈판결요지〉

피고인 등은 순간적으로 분노가 폭발하여 피해자를 살해하기로 마음먹고 피고인 신○○은 피해자의 배위에 올라타 가로 20센티미터, 세로 10센티미터의 돌멩이(증제1호)로 피해자의 가슴을 2회 내려치고, 피고인 이○○도 이에 합세하여 가로 13센티미터, 세로 7센티미터의 돌멩이(증제2호)로 피해자의 머리를 2회 내려친 후 다시 피해자를 일으켜 세워 피고인 이○○가 피해자의 복부를 1회 때려 뒤로 넘어지게 하여 피해자가 뇌진탕 등으로 정신을 잃고 축 늘어지자 그가 죽은 것으로 오인하고 그 사체를 몰래 파묻어 증거를 인멸할 목적으로 피해자를 그 곳에서부터 약 150미터 떨어진 개울가로 끌고가 삽으로 웅덩이를 파고 피해자를 매장하여 피해자로 하여금 질식하여 사망에 이르게 한 사실을 인정하고 있는바, 기록에 대조하여 살펴보면 위 인정은 정당하고 거기에 논지가 주장하는 바와 같은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 위법이 없으며, 또한 사실관계가 위와 같이 피해자가 피고인들이 살해의 의도로 행한 구타 행위에 의하여 직접 사망한 것이 아니라 죄적을 인멸할 목적으로 행한 매장행위에 의하여 사망하게 되었다 하더라도 전과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국은 실현된 것으로서 피고인들은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다 할 것이므로 같은 취지에서 피고인들을 살인죄로 의율한 제1심 판결을 유지한 원심의 조치는 정당하고 거기에 아무런 잘못도 없다.

〈선정이유〉

제1행위시에는 살인의 고의가 있었으나 이로 인하여 사망하지 않고, 제2행위인 매장행위시에는 살인의 고의가 없는 상태에서 고의로 사람을 매장하여 비로소 사망의 결과가 발생한 경우, 살인의 기수를 인정할 것인지 문제된다. 학설과 판례는 이에 대하여 다툼이 있다. 학설은 대체로 객관적 귀속론을 적용하거나, 인과과정의 착오설로 해결한다. 이에 반하여 판례는 전과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국은 실현된 것으로서 살인기수를 인정한바, 개괄적 고의를 인정한 것으로 볼 수 있다.

Ⅳ. 과실범

29. 과실의 종류와 판단기준

(대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3007 판결)

〈쟁점〉

인식 없는 과실의 책임근거

〈판결요지〉

호텔의 사장 또는 영선과장인 피고인들에게는 화재가 발생하면 불이 확대되지 않도록 계단과 복도등을 차단하는 갑종방화문은 항상 자동개폐되도록 하며, 숙박업들이 신속하게 탈출대피할 수 있도록 각층의 을종방화문(비상문)은 언제라도 내부에서 외부로의 탈출방향으로 밀기만 하면 그대로 열려지도록 설비관리하고, 화재시에는 즉시 전층 각객실에 이를 알리는 감지기, 수신기, 주경종, 지구경종을 완벽하게 정상적으로 작동하도록 시설관리하여야 할 업무상의 주의의무가 있다 할 것이다.

호텔의 사장 또는 영선과장인 피고인들이 오보가 잦다는 이유로 자동화재조기탐지 및 경보시설인 수신기의 지구경종스위치를 내려 끈 채 봉하고, 영업상 미관을 해친다는 이유로 각층에 설치된 갑종방화문을 열어두게 하고 옥외피난계단으로 통하는 을종방화문은 도난방지등의 이유로 고리를 끼워 피난구로서의 역할을 다하지 못하게 하였다면, 이와 같은 피고인들의 주의의무 해태는 결과적으로 건물의 화재발생시에 있어서 숙박객 등에게 신속하게 화재를 알릴 수 없게 되고 발화지점에서의 상하층에의 연소방지를 미흡하게 하고 또 숙박객 등을 비상구를 통해 신속하게 옥외로 대피시키지 못하게 하는 것임은 경험상 명백하다 할 것이므로, 이 사건 화재로 인한 숙박객 등의 사상이라는 결과는 충분히 예견가능한 것이라고 할 것이다.

소위 과실범에 있어서의 비난가능성의 지적 요소란 결과발생의 가능성에 대한 인식으로서 인식있는 과실에는 이와 같은 인식이 있고, 인식없는 과실에는 이에 대한 인식자체도 없는 경우이나, 전자에 있어서 책임이 발생함은 물론, 후자에 있어서도 그 결과발생을 인식하지 못하였다는 데에 대한 부주의 즉 규범적 실재로서의 과실책임이 있다고 할 것이다.

〈선정이유〉

과실의 내용에 대하여 상세히 판시한 판결이다. 과실범에 있어서의 과실, 즉 비난가능성의 지적 요소를 결과발생의 가능성에 대한 인식이 있는 '인식있는 과실'과 결과발생의 가능성에 대한 인식이 없는 '인식없는 과실'로 나누어 설명한다.

30. 과실의 판단기준(1)

(대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도10104 판결)

〈쟁점〉

과실의 판단기준

〈판결요지〉

[1] 의료사고에서 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과발생을 예견할 수 있었음에도 이를 예견하지 못하였고 결과발생을 회피할 수 있었음에도 이를 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 과실의 유무를 판단할 때에는 같은 업무와 직무에 종사하는 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며, 여기에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 하고, 이러한 법리는 한의사의 경우에도 마찬가지이다.

[2] 한의사인 피고인이 피해자에게 문진하여 과거 봉침을 맞고도 별다른 이상반응이 없었다는 답

변을 듣고 알레르기 반응검사(skin test)를 생략한 채 환부인 목 부위에 봉침시술을 하였는데, 피해자가 위 시술 직후 아나필락시 쇼크반응을 나타내는 등 상해를 입은 사안에서, 피고인에게 과거 알레르기 반응검사 및 약 12일 전 봉침시술에서도 이상반응이 없었던 피해자를 상대로 다시 알레르기 반응검사를 실시할 의무가 있다고 보기는 어렵고, 설령 그러한 의무가 있다고 하더라도 제반 사정에 비추어 알레르기 반응검사를 하지 않은 과실과 피해자의 상해 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵다는 이유로, 같은 취지의 원심판단을 수긍한 사례.

[3] 의사가 설명의무를 위반한 채 의료행위를 하여 피해자에게 상해가 발생하였다고 하더라도, 업무상 과실로 인한 형사책임을 지기 위해서는 피해자의 상해와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙 취득 과정의 잘못 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하고, 이는 한의사의 경우에도 마찬가지이다.

〈선정이유〉

과실의 인정기준으로 주의의무위반여부는 같은 업무와 직무에 종사하는 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 한다는 판결이다. 이러한 논지는 이후에도 여러 판례에서 반복된다.

31. 과실의 판단기준(2)

(대법원 2008. 8. 11. 선고 2008도3090 판결)

〈쟁점〉

과실의 판단과 의사의 재량

〈판결요지〉

의료과오사건에 있어서 의사의 과실을 인정하려면 결과 발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었음에도 이를 하지 못한 점을 인정할 수 있어야 하고, 위 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이때 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다(대법원 2006. 10. 26. 선고 2004도486 판결 등 참조). 또한, 의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결 등 참조).

소아외과 의사가 5세의 급성 림프구성 백혈병 환자의 항암치료를 위하여 쇄골하 정맥에 중심정맥도관을 삽입하는 수술을 하는 과정에서 환자의 우측 쇄골하 부위를 주사바늘로 10여 차례 찔러 환자가 우측 쇄골하 혈관 및 흉막 관통상에 기인한 외상성 혈흉으로 인한 순환혈액량 감소성 쇼크로 사망한 사안에서, 담당 소아외과 의사에게 형법 제268조의 업무상 과실이 없다고 본 사례

〈선정이유〉

의사의 과실을 판단할 때에는 진료방법에 있어서 재량의 여지가 있음을 인정한 판결이다.

32. 과실의 판단기준(3)

(대법원 2003. 1. 10. 선고 2001도3292 판결)

〈쟁점〉

과실의 판단과 신뢰의 원칙

〈판결요지〉

[1] 의료사고에 있어서 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 하고, 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다.

[2] 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 업무상과실을 부정한 사례.

〈선정이유〉

의사의 과실의 유무를 판단할 때, 다른 전문의와의 협의진료 결과를 신뢰한 때에는 과실을 인정할 수 없다는 판결이다.

33. 신뢰의 원칙(1)

(대법원 1998. 9. 22. 선고 98도1854 판결)

〈쟁점〉

과실의 판단에서 신뢰의 원칙

〈판결요지〉

녹색등화에 따라 왕복 8차선의 간선도로를 직진하는 차량의 운전자는 특별한 사정이 없는 한 왕복 2차선의 접속도로에서 진행하여 오는 다른 차량들도 교통법규를 준수하여 함부로 금지된 좌회전을 시도하지는 아니할 것으로 믿고 운전하면 족하고, 접속도로에서 진행하여 오던 차량이 아예 허용되지 아니하는 좌회전을 감행하여 직진하는 자기 차량의 앞을 가로질러 진행하여 올 경우까지 예상하여 그에 따른 사고발생을 미리 방지하기 위하여 특별한 조치까지 강구할 주의의무는 없다 할 것이고, 또한 운전자가 제한속도를 지키며 진행하였더라면 피해자가 좌회전하여 진입하는 것을 발견한 후에 충돌을 피할 수 있었다는 등의 사정이 없는 한 운전자가 제한속도를 초과하여 과속으

로 진행한 잘못이 있다 하더라도 그러한 잘못과 교통사고의 발생 사이에 상당인과관계가 있다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

과실의 판단과 신뢰의 원칙에 관한 판결이다. 녹색등을 보고 직진하는 운전자는 타인도 교통법규를 준수할 것을 신뢰하면 족하고, 사고발생을 미리 방지하기 위하여 특별한 조치까지 강구할 주의의무는 없다는 것이다. 같은 취지의 판결로, 신호등에 의하여 교통정리가 행하여지고 있는 ㅏ자형 삼거리의 교차로를 녹색등화에 따라 직진하는 차량의 운전자는 특별한 사정이 없는 한 다른 차량들도 교통법규를 준수하고 충돌을 피하기 위하여 적절한 조치를 취할 것으로 믿고 운전하면 족하고, 대향차선 위의 다른 차량이 신호를 위반하고 직진하는 자기 차량의 앞을 가로질러 좌회전할 경우까지 예상하여 그에 따른 사고발생을 미리 방지하기 위한 특별한 조치까지 강구하여야 할 업무상의 주의의무는 없고, 위 직진차량 운전자가 사고지점을 통과할 무렵 제한속도를 위반하여 과속운전한 잘못이 있었다 하더라도 그러한 잘못과 교통사고의 발생과의 사이에 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다고 한 사례가 있다(대법원 1993. 1. 15. 선고 92도2579 판결).

34. 신뢰의 원칙(2)

(대법원 2003. 8. 19. 선고 2001도3667 판결)

〈쟁점〉

간호실습생의 과실과 의사의 주의의무

〈판결요지〉

[1] 간호사가 '진료의 보조'를 함에 있어서는 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도·감독하여야 한다고 할 수는 없고, 경우에 따라서는 의사가 진료의 보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 족한 경우도 있을 수 있다 할 것인데, 여기에 해당하는 보조행위인지 여부는 보조행위의 유형에 따라 일률적으로 결정할 수는 없고 구체적인 경우에 있어서 그 행위의 객관적인 특성상 위험이 따르거나 부작용 혹은 후유증이 있을 수 있는지, 당시의 환자 상태가 어떠한지, 간호사의 자질과 숙련도는 어느 정도인지 등의 여러 사정을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다.

[2] 간호사가 의사의 처방에 의한 정맥주사(Side Injection 방식)를 의사의 입회 없이 간호실습생(간호학과 대학생)에게 실시하도록 하여 발생한 의료사고에 대한 의사의 과실을 부정한 사례.

〈선정이유〉

간호실습생의 과실에 대하여 의사의 과실을 부장한 판결로서, 과실의 범위를 제한한 사례이다.

35. 신뢰의 원칙의 한계

(대법원 1984. 4. 10. 선고 84도79 판결)

〈쟁점〉

신뢰의 원칙은 상대방 교통관여자가 도로교통의 제반법규를 지켜 도로교통에 임하리라고 신뢰할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 그 적용이 배제된다고 할 것인바 본사건의 사고지점이 노폭 약 10미터의 편도 1차선 직선도로이며 진행방향 좌측으로 부락으로 들어가는 소로가 정(J)자형으로 이어져 있는 곳이고 당시 피해자는 자전거 짐받이에 생선상자를 적재하고 앞서서 진행하고 있었다면 피해자를 추월하고자 하는 자동차운전사는 자전거와 간격을 넓힌 것만으로는 부족하고 경적을 울려서 자전거를 탄 피해자의 주의를 환기시키거나 속도를 줄이고 그의 동태를 주시하면서 추월하였어야 할 주의의무가 있다고 할 것이고 그같은 경우 피해자가 도로를 좌회전하거나 횡단하고자 할 때에는 도로교통법의 규정에 따른 조치를 취하리라고 신뢰하여도 좋다고 하여 위 사고발생에 대하여 운전사에게 아무런 잘못이 없다고 함은 신뢰의 원칙을 오해한 위법이 있다.

〈선정이유〉

신뢰의 원칙이 제한되는 경우를 설명한 판결이다. 도로교통에서 신뢰의 원칙 및 인과관계와 관련하여, ① 자동차간 교통사고(83도3086, 91도1746, 92도934, 92도2579), ② 자동차와 자전거간 교통사고(80도1446, 82도2617, 84도240 등), ③ 자동차와 보행자간 교통사고(2000도2671, 84도1572, 85도1893 등)에도 유사한 법리가 적용된다.

Ⅴ. 결과적 가중범

36. 예견가능성과 인과관계의 구별

(대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1596 판결)

〈쟁점〉

공장에서 동료 사이에 말다툼을 하던 중 피고인의 삿대질을 피하려고 뒷걸음치던 피해자가 장애물에 걸려 넘어져 두개골절로 사망한 경우 사망의 결과에 대한 예견가능성 유무(소극)

〈판결요지〉

폭행치사죄는 이른바 결과적 가중범으로서 폭행과 사망의 결과 사이에 인과관계가 있는 외에 사망의 결과에 대한 예견가능성 즉 과실이 있어야 하고 이러한 예견가능성의 유무는 폭행의 정도와 피해자의 대응상태 등 구체적 상황을 살펴서 엄격하게 가려야 하며, 만연히 예견가능성의 범위를 확대해석함으로써 형법 제15조 제2항이 결과적 가중범에 책임주의의 원칙을 조화시킨 취지를 몰각하여 과실책임의 한계를 벗어나 형사처벌을 확대하는 일은 피하여야 할 것이다.

이 사건에서 피고인이 물건을 손에 들고 피해자의 면전에서 삿대질을 하여 두어 걸음 뒷걸음치게 만든 행위는 피해자에 대한 유형력의 행사로서 폭행에 해당하므로 피해자가 뒤로 넘어지면서

시멘트 바닥에 머리를 부딪쳐 두개골골절 등의 상해를 입고 사망하였다면 위 폭행과 사망의 결과 사이에 인과관계가 있다고 할 수 있다.

그러나 그 사망의 결과에 대하여 피고인에게 폭행치사의 죄책을 물으려면 피고인이 위와 같은 사망의 결과발생을 예견할 수 있었음이 인정되어야 할 것인바, 피고인이 피해자에게 상당한 힘을 가하여 넘어뜨린 것이 아니라 단지동료 사이에 말다툼을 하던 중 피고인이 삿대질하는 것을 피하고자 피해자 자신이 두어 걸음 뒷걸음치다가 장애물에 걸려 넘어진 정도라면, 당시 피해자가 서있던 바닥에 원심판시와 같은 장애물이 있어서 뒷걸음치면 장애물에 걸려 넘어질 수 있다는 것까지는 예견할 수 있었다고 하더라도, 그 정도로 넘어지면서 머리를 바닥에 부딪쳐 두개골절로 사망한다는 것은 이례적인 일이어서 통상적으로 일반인이 예견하기 어려운 결과라고 하지 않을 수 없다.

원심은 피해자가 술에 취한 데다가 고령이어서 중심을 잃고 넘어지기 쉬웠다는 것을 예견가능성의 근거로 설시하고 있으나, 우선 피해자는 사고 당시 만 53세에 불과하였으므로 고령이라고 보기 어려울 뿐 아니라, 기록을 살펴 보아도 피해자가 몸의 중심을 잃기 쉬울 정도로 술에 취하였었다고 인정할 만한 자료를 찾아볼 수 없으므로 위 원심 설시부분은 근거가 없다.

〈선정이유〉

결과적 가중범인 폭행치사죄의 성립요건을 명확하게 설명한 판례이다. 중한 결과인 사망과 폭행 사이에 인과관계가 요구될 뿐 아니라(형법 제17조 참조) 중한 결과, 즉 사망에 대한 예견가능성도 필요하다는 입장이다. 중한 결과에 대한 예견가능성의 판단기준은 일반인을 기준으로 삼고 있다. 이 판례에서 보듯이, 인과관계가 인정되더라도 예견가능성이 부정되면 결과적 가중범은 인정되지 않는다.

37. 중한 결과의 예견가능성

(대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도2680 판결)

〈쟁점〉

폭행과 사망 간에 인과관계는 인정되지만 폭행 당시 피해자의 사망을 예견할 수 없었던 경우 폭행치사가 인정되는지 여부

〈판결요지〉

폭행치사죄는 결과적 가중범으로서 폭행과 사망의 결과 사이에 인과관계가 있는 외에 사망의 결과에 대한 예견가능성 즉 과실이 있어야 하고, 이러한 예견가능성의 유무는 폭행의 정도와 피해자의 대응상태 등 구체적 상황을 살펴서 엄격하게 가려야 한다(대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1596 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면 원심은, 비록 피고인의 폭행과 피해자의 사망 간에 인과관계는 인정되지만 판시와 같은 폭행의 부위와 정도, 피고인과 피해자의 관계, 피해자의 건강상태 등 제반 사정을 고려하여 볼 때 피고인이 폭행 당시 피해자가 사망할 것이라고 예견할 수 없었다는 이유로 피고인에 대한 공소사실 중 폭행치사의 점은 범죄의 증명이 없는 경우로서 무죄라고 판단하였는바,

원심이 들고 있는 제반 사정을 위 법리에 비추어 보면 원심의 위와 같은 판단은 옳은 것으로서 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같은 폭행치사죄의 성립 내지 예견가능성에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.

속칭 '생일빵'을 한다는 명목 하에 피해자를 가격하여 사망에 이르게 한 사안에서, 폭행과 사망 간에 인과관계는 인정되지만 폭행 당시 피해자의 사망을 예견할 수 없었다는 이유로 폭행치사의 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판단을 수긍한 사례

〈선정이유〉

앞의 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1596 판결과 연장선상에서 중한 결과에 대한 예견가능성이 부정되면, 결과적 가중범은 성립하지 않는다. 다만, 기본범죄인 폭행죄는 성립될 수 있다.

38. 인과관계

(대법원 1994. 11. 4. 선고 94도2361 판결)

〈쟁점〉

피고인의 구타행위로 상해를 입은 피해자가 정신을 잃고 빈사상태에 빠지자 사망한 것으로 오인하고, 자신의 행위를 은폐하고 피해자가 자살한 것처럼 가장하기 위하여 피해자를 베란다 아래의 바닥으로 떨어뜨려 사망케 한 경우, 상해치사죄의 성부

〈판결이유〉

피고인이 피해자에게 우측 흉골골절 및 늑골골절상과 이로 인한 우측 심장벽좌상과 심낭내출혈 등의 상해를 가함으로써, 피해자가 바닥에 쓰러진 채 정신을 잃고 빈사상태에 빠지자, 피해자가 사망한 것으로 오인하고, 피고인의 행위를 은폐하고 피해자가 자살한 것처럼 가장하기 위하여 피해자를 베란다로 옮긴 후 베란다 밑 약 13m 아래의 바닥으로 떨어뜨려 피해자로 하여금 현장에서 좌측 측두부 분쇄함몰골절에 의한 뇌손상 및 뇌출혈 등으로 사망에 이르게 하였다면, 피고인의 행위는 포괄하여 단일의 상해치사죄에 해당한다고 한 사례.

〈선정이유〉

구성요건적 착오에서 개괄적 고의가 문제된다면, 비슷한 사안이 결과적 가중범에서도 문제된다. 본 판례는 이러한 경우 포괄하여 상해치사가 성립된다고 보았다.

39. 부진정결과적 가중범과 죄수(1)

(대법원 1983. 1. 18. 선고 82도2341 판결)

〈쟁점〉

가. 살인이나 상해의 고의로 현주건조물을 소훼하여 사람을 사상에 이르게 한 경우, 형법 제164조 후단 소정의 현주건조물 방화치사상죄의 성립여부

나. 현주건조물에 방화하여 동 건조물에서 탈출하려는 사람을 막아 소사케 한 경우, 현주건물방화죄와 살인죄와의 관계

〈판결요지〉

가. 형법 제164조 후단이 규정하는 현주건조물 방화치사상죄는 그 전단에 규정하는 죄에 대한 일종의 가중처벌규정으로서 불을 놓아 사람의 주거에 사용하거나 사람이 현존하는 건조물을 소훼함으로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 때에 성립되며 동 조항이 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역의 무거운 법정형을 정하고 있는 취의에 비추어 보면 과실이 있는 경우 뿐만 아니라 고의가 있는 경우도 포함된다고 볼 것이므로, 현주건조물내에 있는 사람을 강타하여 실신케 한 후 동건조물에 방화하여 소사케 한 피고인을 현주건조물에의 방화죄와 살인죄의 상상적 경합으로 의율할 것은 아니다.

나. 형법 제164조 전단의 현주건조물에의 방화죄는 공중의 생명, 신체, 재산 등에 대한 위험을 예방하기 위하여 공공의 안전을 그 제1차적인 보호법익으로 하고 제2차적으로는 개인의 재산권을 보호하는 것이라고 할 것이나, 여기서 공공에 대한 위험은 구체적으로 그 결과가 발생됨을 요하지 아니하는 것이고 이미 현주건조물에의 점화가 독립연소의 정도에 이르면 동 죄는 기수에 이르러 완료되는 것인 한편, 살인죄는 일신전속적인 개인적 법익을 보호하는 범죄이므로, 이 사건에서와 같이 불을 놓은 집에서 빠져 나오려는 피해자들을 막아 소사케 한 행위는 1개의 행위가 수개의 죄명에 해당하는 경우라고 볼 수 없고, 위 방화행위와 살인행위는 법률상 별개의 범의에 의하여 별개의 법익을 해하는 별개의 행위라고 할 것이니, 현주건조물방화죄와 살인죄는 실체적 경합관계에 있다.

〈선정이유〉

결과적 가중범은 진정결과적 가중범과 부진정결과적 가중범으로 구별된다. 이 판례는 현주건조물방화치사상죄와 같은 부진정결과적 가중범은 중한 결과에 대하여 과실뿐 아니라 고의가 있어도 성립된다고 명시하고, 그 이유를 설시하였다. 아울러 이 죄의 경우, 중한 결과, 즉 사망에 대한 고의로 방화를 한 경우 살인죄가 별도로 성립할 수 있는지 검토하였다. 판례는 형량을 비교하는 실용적인 접근방법을 취하고 있다. 중한 결과에 대한 고의범의 법정형이 부진정결과적 가중범의 형령보다 중하지 않을 때에는 결과적 가중범만 성립하고, 고의범은 그에 흡수된다는 것이다.

이와 달리 불을 피해 탈출하려는 피해자들을 막아 소사케 한 행위는 방화와는 별개의 행위이므로 별도의 살인죄가 성립한다고 보았다. 이때에는 현주건조물방화죄와 살인죄의 실체적 경합인 것이다. 이 판결은 부진정결과적 가중범의 성립과 다른 고의범과의 죄수관계를 다룬 중요한 사례이다.

40. 부진정결과적 가중범과 죄수

(대법원 1996. 4. 26. 선고 96도485 판결)

〈쟁점〉

현주건조물방화치사상죄와 살인죄 및 존속살인죄의 죄수관계

〈판결요지〉

형법 제164조 후단이 규정하는 현주건조물방화치사상죄는 그 전단이 규정하는 죄에 대한 일종의 가중처벌 규정으로서 과실이 있는 경우뿐만 아니라, 고의가 있는 경우에도 포함된다고 볼 것이므로 사람을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우에는 현주건조물방화치사죄로 의율하여야 하고 이와 더불어 살인죄와의 상상적경합범으로 의율할 것은 아니며, 다만 존속살인죄와 현주건조물방화치사죄는 상상적경합범 관계에 있으므로, 법정형이 중한 존속살인죄로 의율함이 타당하다.

〈선정이유〉

앞의 판결과 같은 맥락에서 부진정결과적 가중범의 성립요건 및 고의범과의 죄수관계를 다른 판례이다. 고의범의 법정형이 부진정결과적 가중범의 형량보다 중할 때에는 양죄는 상상적 경합의 관계에 있다고 판시하였다.

41. 부진정결과적 가중범과 죄수(3)

(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7311 판결)

〈쟁점〉

부진정결과적가중범에서 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위를 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우, 결과적가중범과 고의범의 죄수관계

〈판결요지〉

기본범죄를 통하여 고의로 중한 결과를 발생하게 한 경우에 가중 처벌하는 부진정결과적가중범에 있어서, 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위가 별도의 구성요건에 해당하고 그 고의범에 대하여 결과적가중범에 정한 형보다 더 무겁게 처벌하는 규정이 있는 경우에는 그 고의범과 결과적가중범이 상상적 경합관계에 있다고 보아야 할 것이지만(대법원 1995. 1. 20. 선고 94도2842 판결, 대법원 1996. 4. 26. 선고 96도485 판결 등 참조), 위와 같이 고의범에 대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는 결과적가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있다고 해석되므로 결과적가중범만 성립하고 이와 법조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성한다고 볼 수 없다. 따라서 직무를 집행하는 공무원에 대하여 위험한 물건을 휴대하여 고의로 상해를 가한 경우에는 특수공무집행방해치상죄만 성립할 뿐, 이와는 별도로 폭력행위 등 처벌에 관한 법률

위반(집단·흉기 등 상해)죄를 구성한다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

앞에서 부진정결과적 가중범에서 중한 결과에 대하여도 고의가 있는 경우, 양죄가 상상적 경합이나 법조경합이 될 수 있음을 보았다. 이 판결은 어떠한 기준으로 죄수관계가 달라지는지 명확하게 판시한 사례이다.

Ⅵ. 부작위범

42. 작위와 부작위의 구별

(대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결)

〈쟁점〉

이른바 부진정부작위범에 있어서 부작위범의 보충성

〈판결요지〉

어떠한 범죄가 적극적 작위에 의하여 이루어질 수 있음은 물론 결과의 발생을 방지하지 아니하는 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에, 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에 이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이고, 작위에 의하여 악화된 법익 상황을 다시 되돌이키지 아니한 점에 주목하여 이를 부작위범으로 볼 것은 아니며, 나아가 악화되기 이전의 법익 상황이, 그 행위자가 과거에 행한 또 다른 작위의 결과에 의하여 유지되고 있었다 하여 이와 달리 볼 이유가 없다.

이 사건의 경우 피고인들은 피고인 3에게 피해자를 집으로 후송하고 호흡보조장치를 제거할 것을 지시하는 등의 적극적 행위를 통하여 원심공동피고인의 부작위에 의한 살인행위를 도운 것이므로, 이를 작위에 의한 방조범으로 본 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들이 상고이유로 주장하는 바처럼 형법상 작위와 부작위의 구별 및 방조행위의 성립에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

〈선정이유〉

부작위범과 작위범의 관계에 대하여 판시한 중요한 사례이다. 작위와 부작위는 인식적으로는 서로 대응하는 행위유형이다. 하지만, 실제에 있어서는 작위적 요소와 부작위적 요소가 혼재되어 있는 사안이 있을 수 있는바, 이러한 경우 작위와 부작위 중 무엇을 먼저 검토해야 하는지 문제된다. 본 판례는 이러한 경우, 어떠한 범죄가 적극적 작위에 의하여 이루어질 수 있음은 물론 결과의 발생을 방지하지 아니하는 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에, 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에 이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이라고 하여, 작위를 우선하였다.

43. 부작위범의 성립요건

(대법원 1992. 2. 11. 선고 91도2951 판결)

〈쟁점〉

부작위에 의한 작위범의 요건

〈판결요지〉

가. 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 불작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다고 할 것이다.

나. 피고인이 조카인 피해자(10세)를 살해할 것을 마음먹고 저수지로 데리고 가서 미끄러지기 쉬운 제방 쪽으로 유인하여 함께 걷다가 피해자가 물에 빠지자 그를 구호하지 아니하여 피해자를 익사하게 한 것이라면 피해자가 스스로 미끄러져서 물에 빠진 것이고, 그 당시는 피고인이 살인죄의 예비 단계에 있었을 뿐 아직 실행의 착수에는 이르지 아니하였다고 하더라도, 피해자의 숙부로서 익사의 위험에 대처할 보호능력이 없는 나이 어린 피해자를 익사의 위험이 있는 저수지로 데리고 갔던 피고인으로서는 피해자가 물에 빠져 익사할 위험을 방지하고 피해자가 물에 빠지는 경우 그를 구호하여 주어야 할 법적인 작위의무가 있다고 보아야 할 것이고, 피해자가 물에 빠진 후에 피고인이 살해의 범의를 가지고 그를 구호하지 아니한 채 그가 익사하는 것을 용인하고 방관한 행위(부작위)는 피고인이 그를 직접 물에 빠뜨려 익사시키는 행위와 다름없다고 형법상 평가될 만한 살인의 실행행위라고 보는 것이 상당하다.

〈선정이유〉

부작위에 의한 작위범이라고도 하는 부진정부작위범의 성립요건을 명시한 중요판례이다. 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다는 논지는 이후에도 자주 인용된다.

44. 부작위범의 성립요건과 미필적 고의

(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

특정한 행위를 하지 아니하는 부작위가 형법적으로 부작위로서의 의미를 갖는 경우
부진정 부작위범에서 부작위로 인한 법익침해가 범죄의 실행행위로 평가될 수 있는 경우 및 여기서의 작위의무는 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정

되는지 여부(적극)

부진정 부작위범의 고의의 내용 및 이때 작위의무자에게 고의가 있었는지 판단하는 기준

〈판결요지〉

범죄는 보통 적극적인 행위에 의하여 실행되지만 때로는 결과의 발생을 방지하지 아니한 부작위에 의하여도 실현될 수 있다. 형법 제18조는 "위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다."라고 하여 부작위범의 성립 요건을 별도로 규정하고 있다.

자연적 의미에서의 부작위는 거동성이 있는 작위와 본질적으로 구별되는 무(無)에 지나지 아니하지만, 위 규정에서 말하는 부작위는 법적 기대라는 규범적 가치판단 요소에 의하여 사회적 중요성을 가지는 사람의 행태가 되어 법적 의미에서 작위와 함께 행위의 기본 형태를 이루게 되므로, 특정한 행위를 하지 아니하는 부작위가 형법적으로 부작위로서의 의미를 가지기 위해서는, 보호법익의 주체에게 해당 구성요건적 결과발생의 위험이 있는 상황에서 행위자가 구성요건의 실현을 회피하기 위하여 요구되는 행위를 현실적·물리적으로 행할 수 있었음에도 하지 아니하였다고 평가될 수 있어야 한다.

나아가 살인죄와 같이 일반적으로 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 이른바 부진정 부작위범의 경우에는 보호법익의 주체가 법익에 대한 침해위협에 대처할 보호능력이 없고, 부작위행위자에게 침해위협으로부터 법익을 보호해 주어야 할 법적 작위의무가 있을 뿐 아니라, 부작위행위자가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 지배하고 있어 작위의무의 이행으로 결과발생을 쉽게 방지할 수 있어야 부작위로 인한 법익침해가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것으로서 범죄의 실행행위로 평가될 수 있다. 다만 여기서의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다.

또한 부진정 부작위범의 고의는 반드시 구성요건적 결과발생에 대한 목적이나 계획적인 범행 의도가 있어야 하는 것은 아니고 법익침해의 결과발생을 방지할 법적 작위의무를 가지고 있는 사람이 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음을 예견하고도 결과발생을 용인하고 이를 방관한 채 의무를 이행하지 아니한다는 인식을 하면 족하며, 이러한 작위의무자의 예견 또는 인식 등은 확정적인 경우는 물론 불확정적인 경우이더라도 미필적 고의로 인정될 수 있다. 이때 작위의무자에게 이러한 고의가 있었는지는 작위의무자의 진술에만 의존할 것이 아니라, 작위의무의 발생근거, 법익침해의 태양과 위험성, 작위의무자의 법익침해에 대한 사태지배의 정도, 요구되는 작위의무의 내용과 이행의 용이성, 부작위에 이르게 된 동기와 경위, 부작위의 형태와 결과발생 사이의 상관관계 등을 종합적으로 고려하여 작위의무자의 심리상태를 추인하여야 한다.

〈선정이유〉

본 판결은 우리 사회에 큰 충격과 파장을 가져온 〈세월호 사건〉의 대법원 전원합의체 판결이다. 부작위의 행위성에 관하여 사회적 행위론의 입장을 취했다고 보이며, 결과발생의 방지의무의 발생근거, 부작위범에서 고의의 인정기준 등에 대하여 중요한 사항을 판시한다.

미필적 고의와 관련하여서는, 법익침해의 결과발생을 방지할 법적 작위의무를 가지고 있는 사람이 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음을 예견하고도 결과발생을 용인하고 이를 방관한 채 의무를 이행하지 아니한다는 인식을 하면 미필적 고의가 인정된다고 한다. 방관한

채 의무를 이행하지 않는 경우에도 고의로 볼 수 있는 것이다.

제2장 위법성

I. 정당방위

45. 정당방위의 성립요건(1)

(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

정당한 직무집행에 대하여 정당방위가 가능한지 여부

〈판결요지〉

정당방위가 성립하기 위하여는 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위이어야 할 것인데, 앞서 본 바와 같이 W 차장의 부대출동명령이나 그 출동준비명령과 X 수경사령관의 피고인들에 대한 공격준비행위는 피고인들의 불법공격에 대비하거나 반란을 진압하기 위한 정당한 직무집행으로서, 이를 가리켜 현재의 부당한 침해행위라고 볼 수는 없으므로, 이에 대항한 피고인들의 병력동원행위가 정당방위에 해당한다고 할 수 없다.

그리고 긴급피난이 성립하기 위하여는 행위자에게 피난의 의사가 있어야 할 것인데, 기록에 의하면, 피고인들이 병력을 동원한 것은 위난을 피할 의사에 의한 것은 아니고 반란목적을 달성할 의도에 의한 것이라고 보이므로, 피고인들에게 피난의 의사가 있었다고도 할 수 없다.

〈선정이유〉

1979년부터 1980년에 있었던 신군부의 12.12 쿠데타와 광주민주화운동진압에 대한 대법원의 판결이다. 소위 '성공한 쿠데타'의 처벌여부, 공소시효의 문제, 내란죄의 성격 등 많은 쟁점이 다루어졌다. 이 중 정당방위와 관련하여, 정당방위는 현재의 부당한 침해를 방어하기 위하여 허용되는 것이므로, 부당한 침해가 존재하지 않는 경우에는 정당방위가 성립되지 아니한다는 판결이다. 또한 긴급피난에 관하여 피난의사가 요구된다고 판시하였는바, 이는 정당방위 등 다른 위법성조각사유에서도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다.

46. 정당방위의 성립요건(2)

(대법원 1983. 9. 13. 선고 83도1467 판결)

〈쟁점〉

피해자를 살해하려고 먼저 가격한 경우에 있어서 피해자의 반격과 정당방위 성립여부

〈판결요지〉

피고인이 피해자를 살해하려고 먼저 가격한 이상 피해자의 반격이 있었더라도 피해자를 살해한 소위가 정당방위에 해당한다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

행위자가 타인에 대하여 먼저 공격을 개시한 때에는 반격에 대하여 정당방위가 제한된다고 하는 판례이다. 학설은 이러한 자초한 정당방위상황의 경우, 방어행위를 구별하여, 공격적 정당방위는 부정하고 수비적 정당방위는 허용하기도 한다.

47. 정당방위의 성립요건(3)

(대법원 1966. 3. 5. 선고 66도63 판결)

〈쟁점〉

방어행위의 보충성 요부 및 정당방위의 상당성

〈판결요지〉

원심판결은 피고인의 정당방위의 주장에 대하여, 피고인이 나보고 그러느냐 하면서 자동차에서 내리자, 부락민들이 계속하여 피고인에게 투석을 하고, 피해자 공소외인은 수족으로 피고인의 안면, 복부등을 구타하므로 피고인은 상처를 입고 순간적으로 분개한 나머지 마침 소지하고 있든 칼을 흔들어 공소외인의 우측 유방 하부에 자상을 입힌 사실을 인정할 수 있으므로, 일응 정당방위에 있어서와 같이 자기 신체에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위라 할 수 있겠으나, 당시,그 차에 탔던 사람들은 그대로 통과하여 모두 무사히 위험을 모면하였던 점이 기록상 명백하므로, 피고인 역시 그의 행동여하에 따라서는 침해를 용이하게 피할 수 있었음에도 불구하고 그 소란스런 분위기 속에서 일련의 연속적 공격방위의 투쟁행위를 예견하면서 이를 피하지 않고 수많은 부락민에게 마치 대항이라도 할 듯이 차에서 내린 끝에 봉변을 당하고 일시 분개하여 칼을 휘둘렀다 함은, 결국 침해를 방위키 위한 상당한 행위라 할 수 없다고 판시하여 피고인의 주장을 배척하였으나, 정당방위에 있어서는 긴급피난의 경우와 같이 불법한 침해에 대해서 달리 피난방법이 없었다는 것을 반드시 필요로 하는 것이 아니므로 본건의 경우, 피고인이 다중의 가해를 피할 수 있었다는 한가지 이유만을 들어 피고인의 주장을 배척한 것은 결국, 정당방위에 관한 법리를 오해하여 법률적용을 그릇친 것이라고 함에 있다.

그러나 무릇, 정당방위가 성립하려면 침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 또 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등, 일체의 구체적 사정을 참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이었다고 인정할 수 있는 것이라야 하는 것인바, 본건의 경우에 있어서 피고인이 취한 행위는 객관적으로 보아 자기 신체에 대한 침해를 방위하기 위한 상

당한 방법이었다고 볼 수 없으므로 이를 정당방위에 해당하지 않는다고 본 원심판단은 정당한 것이고, 논지는 이유없다.

〈선정이유〉

정당방위에서는 긴급피난과 달리 보충성을 요하지 않는다고 해석하고 있는바 이를 판단한 사례이다. 아울러 판례는 정당방위의 상당성을 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 또 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등, 일체의 구체적 사정을 참작하고 있는데, 본 판례도 그러하다.

48. 정당방위의 성립요건(4)

(대법원 1992. 12. 22. 선고 92도2540 판결)

〈쟁점〉

정당방위의 성립요건으로서 현재성과 상당성의 인정여부

〈판결요지〉

가. 정당방위가 성립하려면 침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이어야 하고, 정당방위의 성립요건으로서의 방어행위에는 순수한 수비적 방어뿐 아니라 적극적 반격을 포함하는 반격방어의 형태도 포함되나, 그 방어행위는 자기 또는 타인의 법익침해를 방위하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있어야 한다.

나. 의붓아버지의 강간행위에 의하여 정조를 유린당한 후 계속적으로 성관계를 강요받아 온 피고인이 상피고인과 사전에 공모하여 범행을 준비하고 의붓아버지가 제대로 반항할 수 없는 상태에서 식칼로 심장을 찔러 살해한 행위는 사회통념상 상당성을 결여하여 정당방위가 성립하지 아니한다고 본 사례.

〈선정이유〉

형법 제21조가 규정하는 정당방위에 관한 중요한 판결이다. 정당방위의 요건으로서 현재성에 관하여는 일부 인정할 수 있는 여지를 남기고 있으나, 방어행위의 상당성을 부정한 사례이다. 판례는 정당행위의 상당성을 엄격하게 판단하는 경향이 있다.

49. 정당방위의 상당성 요건(1)

(대법원 2001. 5. 15. 선고 2001도1089 판결)

〈쟁점〉

이혼소송중인 남편이 찾아와 가위로 폭행하고 변태적 성행위를 강요하는 데에 격분하여 처가 칼로 남편의 복부를 찔러 사망에 이르게 한 경우 정당방위의 인정여부

〈판결요지〉

이혼소송중인 남편이 찾아와 가위로 폭행하고 변태적 성행위를 강요하는 데에 격분하여 처가 칼로 남편의 복부를 찔러 사망에 이르게 한 경우, 피고인이 이와 같이 피해자로부터 먼저 폭행·협박을 당하다가 이를 피하기 위하여 피해자를 칼로 찔렀다고 하더라도, 피해자의 폭행·협박의 정도에 비추어 피고인이 칼로 피해자를 찔러 즉사하게 한 행위는 피해자의 폭력으로부터 자신을 보호하기 위한 방위행위로서의 한도를 넘어선 것이라고 하지 않을 수 없고, 따라서 이러한 방위행위는 사회통념상 용인될 수 없는 것이므로, 자기의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있는 경우라거나, 방위행위가 그 정도를 초과한 경우에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 피고인의 이 사건 범행은 정당방위 또는 과잉방위에 해당하지 아니한다.

〈선정이유〉

정당방위의 상당성을 부정한 다른 사례이다. 대법원 1983. 9. 27. 83도1906 등에서도 구타행위로 말미암아 유발된 행위라고 해도 살해한 경우에는 이를 정당방위로 보지 않는다.

또한 상당성과 관련하여, 정당방위는 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방지하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있음을 요하므로 위법한 법익침해행위가 있다고 하더라도 긴박성이 결여되거나 또는 방위행위가 상당성을 결여한 때에는 정당방위의 요건을 갖추었다고 볼 수 없는 것인바, 원심판시 사실에 의하면 피고인은 피고인 소유의 밤나무 단지에서 피해자 가 밤 18개를 푸대에 주워 담는 것을 보고 푸대를 뺏으려다가 반항하는 그녀의 뺨과 팔목을 때려 그 판시와 같은 상처를 입혔다는 것이므로 위와 같은 피고인의 행위가 비록 피해자의 절취행위를 방지하기 위한 것이었다고 하여도 긴박성과 상당성을 결여하여 정당방위를 부정한 판결도 있다(대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1611 판결).

50. 정당방위의 상당성 요건

(대법원 1989. 8. 8. 선고 89도358 판결)

〈쟁점〉

강제추행범의 혀를 깨물어 절단한 행위가 정당방위에 해당되는지 여부

〈판결요지〉

갑과 을이 공동으로 인적이 드문 심야에 혼자 귀가중인 병여에게 뒤에서 느닷없이 달려들어 양팔을 붙잡고 어두운 골목길로 끌고 들어가 담벽에 쓰러뜨린 후 갑이 음부를 만지며 반항하는 丙女의 옆구리를 무릎으로 차고 억지로 키스를 함으로 丙女가 정조와 신체를 지키려는 일념에서 엉겁결에 갑의 혀를 깨물어 설절단상을 입혔다면 丙女의 범행은 자기의 신체에 대한 현재의 부당한 침

해에서 벗어나려고 한 행위로서 그 행위에 이르게 된 경위와 그 목적 및 수단, 행위자의 의사 등 제반사정에 비추어 위법성이 결여된 행위이다.

〈선정이유〉

정조와 신체를 지키려는 일념에서 엉겁결에 갑의 혀를 깨물어 설절단상을 입혔다면 정당방위의 상당성, 현재성 등을 충족하여 위법하지 않다고 한 판례이다.

51. 타인을 위한 방위

(대법원 2017. 3. 15. 선고 2013도2168 판결)

〈쟁점〉

정당방위의 성립요건

타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위도 상당한 이유가 있으면 정당방위에 해당하여 위법성이 조각되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

어떠한 행위가 정당방위로 인정되려면 그 행위가 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 것으로서 상당성이 있어야 하므로, 위법하지 않은 정당한 침해에 대한 정당방위는 인정되지 않는다. 이때 방위행위가 사회적으로 상당한 것인지는 침해행위에 의해 침해되는 법익의 종류와 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급, 방위행위에 의해 침해될 법익의 종류와 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 판단하여야 한다. 또한 자기의 법익뿐 아니라 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위도 상당한 이유가 있으면 형법 제21조의 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다.

피고인은 ◇◇의 노동위원회 위원장으로서 2009. 6. 22. □□노동조합 위원장으로부터 '○○자동차지부 파업투쟁으로 대량 연행자가 발생할 경우 변호사 접견이 신속하게 이루어질 수 있도록 적절한 조치를 취해 줄 것을 부탁한다'는 요청을 받았다. 그 후 피고인은 2009. 6. 26. 이 사건 현장을 방문하여 위 조합원들이 불법적으로 체포되는 것을 목격하고 이에 항의하면서 전투경찰대원들의 불법 체포 행위를 제지하였으며, 전투경찰대원들은 방패로 피고인을 강하게 밀어내었다. 전투경찰대원들이 공소외 1 등 6명의 조합원을 체포한 행위는 형사소송법에서 정한 체포 절차를 준수하지 못한 것으로서 위법하다.

피고인은 전투경찰대원들의 위와 같은 유형력 행사에 저항하여 전투경찰대원인 공소외 2와 공소외 3이 들고 있던 방패를 당기고 밀어 공소외 2와 공소외 3에게 상해를 입혔다. 비록 공소외 3이 입은 상해의 정도가 가볍지는 않지만, 피고인이 공소외 2와 공소외 3에게 행사한 유형력은 전투경찰대원들의 불법 체포 행위로 위 조합원들의 신체의 자유가 침해되는 것을 방위하기 위한 수단으로 그 정도가 전투경찰대원들의 피고인에 대한 유형력의 정도에 비해 크다고 보이지 않는다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 피고인이 유형력을 행사한 경위와 동기, 상해가 발생하게 된 경위, 상해를 입은 부위 등을 비롯하여 원심판결에서 알 수 있는 여러 사정에 비추어 피

고인의 행위가 정당방위에 해당한다는 원심의 판단은 정당하다.

〈선정이유〉

타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 행위도 정당방위가 인정된다고 하는 판례이다.

52. 싸움과 정당방위(1)

(대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도228 판결)

〈쟁점〉

싸움 중에 이루어진 가해행위가 정당방위 또는 과잉방위행위에 해당할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

피고인이 1996. 8. 19. 10:00경 서울 강서구 공항동 소재 피고인의 처남인 피해자의 집에서 피해자의 왼쪽 허벅지를 길이 21㎝ 가량의 과도로 1회 찔러 피해자에게 약 14일간의 치료를 요하는 좌측대퇴외측부 심부자상 등을 가하였지만, 피해자가 술에 만취하여 누나인 공소외인과 말다툼을 하다가 공소외인의 머리채를 잡고 때렸으며, 당시 공소외인의 남편이었던 피고인이 이를 목격하고 화가 나서 피해자와 싸우게 되었는데, 그 과정에서 몸무게가 85㎏ 이상이나 되는 피해자가 62㎏의 피고인을 침대 위에 넘어뜨리고 피고인의 가슴 위에 올라타 목부분을 누르자 호흡이 곤란하게 된 피고인이 안간힘을 쓰면서 허둥대다가 그 곳 침대 위에 놓여있던 과도로 피해자에게 상해를 가한 사실을 인정한 다음, 위와 같은 이 사건의 발생경위와 그 진행과정을 고려하여 피고인의 행위는 피고인의 신체에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위가 그 정도를 초과한 경우인 과잉방위행위에 해당한다고 판단하였다.

그러나 사실관계가 위와 같다 하더라도, 피고인의 행위는 피해자의 부당한 공격을 방위하기 위한 것이라기 보다는 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대항하여 가해하게 된 것이라고 봄이 상당하고, 이와 같은 싸움의 경우 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 정당방위 또는 과잉방위행위라고 볼 수 없다(대법원 1971. 4. 30. 선고 71도527 판결, 1993. 8. 24. 선고 92도1329 판결 등 참조).

〈선정이유〉

형법상 정당방위가 성립하기 위해서는 주관적 요건으로 방위의사가 요구된다. 그런데 상호싸움의 경우에는 공격과 방어의 의사가 교차되는 등 공격의사가 강하므로 정당방위가 인정되지 않는다고 한다. 이러한 취지의 판례로는 대법원 2004. 6. 25. 2003도4934 등도 있다.

하지만, 외관상 싸움인 것처럼 보여도 서로 격투를 한 당사자 중 일방의 유형력의 행사가 타방의 일방적인 불법 폭행에 대하여 자신을 보호하고 이를 벗어나기 위한 저항수단으로서 소극적인 방어의 한도를 벗어나지 않는 때에는 정당방위 또는 정당행위로서 위법성이 조각된다고 할 수 있다(대법원 1999. 10. 12. 99도3377).

53. 싸움과 정당방위(2)

(대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도1794 판결)

〈쟁점〉

피고인이 피해자와 말다툼을 하다가 건초더미에 있던 낫을 들고 반항하는 피해자로부터 낫을 빼앗아 그 낫으로 피해자를 수차례 찔러 사망하게 한 경우, 미필적 고의와 정당방위의 성부

〈판결요지〉

원심은 그 채택 증거들을 종합하여, 피고인이 피해자와 말다툼을 하다가 건초더미에 있던 낫을 들고 반항하는 피해자로부터 낫을 빼앗아 그 낫으로 피해자의 가슴, 배, 등, 뒤통수, 목, 왼쪽 허벅지 부위 등을 10여 차례 찔러 피해자로 하여금 다발성 자상에 의한 기흉 등으로 사망하게 하였다는 사실을 인정한 다음, 이에 비추어 보면, 피고인에게는 이 사건 범행 당시 적어도 살인의 미필적 고의는 있었다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배 또는 심리미진으로 인한 사실오인이나 미필적 고의에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

형법 제21조 소정의 정당방위가 성립하려면 침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이어야 한다 (대법원 1992. 12. 22. 선고 92도2540 판결, 2005. 9. 30. 선고 2005도3940, 2005감도15 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피해자가 피고인에게 한 가해의 수단 및 정도, 그에 비교되는 피고인의 행위의 수단, 방법과 행위의 결과 등 제반 사정에 비추어, 피고인의 이 사건 범행행위가 피해자의 피고인에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하거나 그러한 침해를 예방하기 위한 행위로 상당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 또 피고인의 이 사건 범행행위는 방위행위가 그 정도를 초과한 때에 해당하거나 정도를 초과한 방위행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에 해당한다고 볼 수도 없다고 판단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 조치는 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 정당방위 및 과잉방위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

살인죄에서 미필적 고의에 대한 판단과 싸움 상황에서 상대방의 흉기를 빼앗아 살인한 경우, 정당방위의 현재성과 상당성을 부정하여, 정당방위를 인정하지 않은 사례이다.

54. 싸움과 정당방위(3)

(대법원 1968. 5. 7. 선고 68도370 판결)

〈쟁점〉

싸움을 함에 있어서 격투를 하는 자 중의 한사람의 공격이 그 격투에서 당연히 예상할 수 있는 정도를 초과하여 살인의 흉기 등을 사용하는 경우, 정당방위의 인정여부

〈판결요지〉

피고인은(피고인은 상병이다) 소속대의 경비병으로 복무를 하고 있는 자로서 1967.7.28. 오후 10시부터 동일 오후 12시까지 소속 연대장숙소 부근에서 초소근무를 하라는 명령받고 근무중, 그 이튿날인 1967.7.27. 오전 1시30분경 동소에서 다음번 초소로 근무를 하여야 할 상병 공소외인과 교대시간이 늦었다는 이유로 언쟁을 하다가 피고인이 동인을 구타하자 공소외인(22세)은 소지하고 있던 카빙소총을 피고인의 등뒤에 겨누며 실탄을 장전하는등 발사할 듯이 위협을 하자 피고인은 당황하여 먼저 동인을 사살치 않으면 위험하다고 느낀 피고인은 뒤로 돌아서면서 소지하고 있던 카빙소총을 동인의 복부를 향하여 발사하므로서 동인을 사망케 하였다는 것이다.

그렇다면 피고인과 공소외인과의 사이에 언쟁을 하고, 피고인이 동인을 구타하는 등의 싸움을 하였다 하여도, 다른 특별한 사정이 없는 한, 구타를 하였음에 불과한 피고인으로서는 공소외인이 실탄이 장전되어 있는(초소 근무인만큼 실탄이 장전되어 있다) 카빙소총을 피고인의 등뒤에 겨누며 발사할 것 같이 위협하는 방위 행위는 위와 같은 싸움에서 피고인이 당연히 예상하였던 상대방의 방위행위라고는 인정할 수 없으므로 이는 부당한 침해라고 아니할 수 없고, 원심이 인정한 바와 같이 피고인이 동인을 먼저 사살하지 않으면 피고인의 생명이 위험하다고 느낀 나머지 뒤로 돌아서면서 소지중인 카빙총을 발사하였다는 행위는 현재의 급박하고도 부당한 침해를 방위하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있는 행위라고 아니할 수 없고, 만일 공소외인이 피고인의 등뒤에서 카빙총의 실탄을 발사하였다면, 이미 그 침해행위는 종료되고 따라서 피고인의 정당방위는 있을 수 없을 것임에도 불구하고, 원심이 위와 같은 사실을 인정하면서 피고인이 발사를 할 때까지는 공소외인이 발사를 하지 아니한 점으로 보아, 동인에게 피고인을 살해 할 의사가 있다고는 볼 수 없으므로 피고인의 생명에 대한 현재의 위험이 있다고는 볼 수 없다는 취지로 판시하므로서, 위와 같은 피고인의 행위를 정당방위가 아니라는 취지로 판시하였음은 정당방위에 관한 법의를 오해한 위법이 있다고 아니할 수 없을 뿐 아니라, 가사 피해자인 공소외인에게 피고인을 상해할 의사가 없고 객관적으로 급박하고 부당한 침해가 없었다고 가정하더라도 원심이 인정한 사실자체로 보아도 피고인으로서는 현재의 급박하고도 부당한침해가 있는 것으로 오인하는데 대한 정당한 사유가 있는 경우(기록에 의하면 공소외인은 술에 취하여 초소를 교대하여야 할 시간보다 한시간반 늦게 왔었고, 피고인의 구타로 동인은 코피를 흘렸다는 것이며, 동인은 코피를 닦으며 흥분하여 "월남에서는 사람 하나 죽인 것은 파리를 죽인 것이나 같았다. 너 하나 못 죽일 줄 아느냐"라고 하면서 피고인의 등뒤에 카빙총을 겨누었다고 한다)에 해당된다고 아니할 수 없음에도 불구하고, 원심이 위와 같은 이유로서 피고인의 정당방위의 주장을 배척하였음은 역시 오상방위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고도 아니할 수 없으므로 원판결은 부당하다 하여 파기하기로 한다.

〈선정이유〉

싸움 상황에서도 통상 싸움에서 예상되는 정도를 초과하여 살인의 흉기 등을 사용하여 공격하는 경우에는 이를 부당한 침해로 보아 정당방위가 인정된다는 판례이다. 본 판결이 특이한 점은 사람의 생명을 침해했음에도 불구하고 상당성을 인정했다는 점이다. 또한 오상방위에 관하여도 판시하

였다는 점에 주목할 필요가 있다.

55. 경찰관의 무기사용

(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도3842 판결)

〈쟁점〉

경찰관 무기사용의 요건 및 그 판단 방법

〈판결요지〉

경찰관직무집행법 제10조의4 제1항 에 의하면, 경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있되, 다만 형법에 규정한 정당방위나 긴급피난에 해당하는 때, 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하거나 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 체포, 도주의 방지나 항거의 억제를 위하여 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때를 제외하고는 무기 사용으로 인하여 사람에게 위해를 주어서는 안된다고 규정하고 있고, 경찰관의 무기 사용이 위와 같은 요건을 충족하는지 여부는 범죄의 종류, 죄질, 피해법익의 경중, 위해의 급박성, 저항의 강약, 범인과 경찰관의 수, 무기의 종류, 무기 사용의 태양, 주변의 상황 등을 고려하여 사회통념상 상당하다고 평가되는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 특히 사람에게 위해를 가할 위험성이 큰 권총의 사용에 있어서는 그 요건을 더욱 엄격하게 판단하여야 할 것임은 원심이 판시하고 있는 바와 같다. (중략)

상대파출소 근무자인 김재웅으로부터 ' 공소외 1이 술집에서 맥주병을 깨 다른 사람의 목을 찌르고 현재 자기집으로 도주하여 칼로 아들을 위협하고 있다.'는 상황을 고지받고 현장에 도착한 피고인으로서는, 공소외 1이 칼을 소지하고 있는 것으로 믿었고 또 그렇게 믿은 데에 정당한 이유가 있었다고 할 것이므로, 피고인과 김종하가 공소외 1과의 몸싸움에 밀려 함께 넘어진 상태에서 칼을 소지한 것으로 믿고 있었던 공소외 1과 다시 몸싸움을 벌인다는 것은 피고인 자신의 생명 또는 신체에 위해를 가져올 수도 있는 위험한 행동이라고 판단할 수밖에 없을 것이고, 따라서 피고인이 공포탄 1발을 발사하여 경고를 하였음에도 불구하고 공소외 1이 김종하의 몸 위에 올라탄 채 계속하여 김종하를 폭행하고 있었고, 또 그가 언제 소지하고 있었을 칼을 꺼내어 김종하나 피고인을 공격할지 알 수 없다고 피고인이 생각하고 있던 급박한 상황에서 김종하를 구출하기 위하여 공소외 1을 향하여 권총을 발사한 것이므로, 이러한 피고인의 권총 사용이, 경찰관직무집행법 제10조의4 제1항의 허용범위를 벗어난 위법한 행위라거나 피고인에게 업무상과실치사의 죄책을 지울 만한 행위라고 선뜻 단정할 수는 없다(다만 민사상으로 공무원인 피고인의 위와 같은 행위에 관하여 국가가 국가배상책임을 질 것인지 여부는 이와 별도의 관점에서 검토되어야 할 것이며, 이 점은 별론으로 한다).

그럼에도 불구하고, 원심은 이와 달리 피고인이 공소외 1을 향하여 실탄을 발사한 행위가 경찰관의 무기 사용의 허용범위를 벗어난 위법행위라고 판단하였으니, 거기에는 경찰관직무집행법 제10조의4 제1항 소정의 경찰관 무기 사용의 허용범위 및 정당방위 등에 관한 법리를 오해하여 판

결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

〈선정이유〉

경찰관이 무기를 사용하여 상대방을 사망에 이르게 한 경우, 업무상과실치사죄가 성립할 수 있으나, 이 판결은 경찰관직무집행법과 정당방위의 법리를 원용하여 정당방위가 성립될 수 있다고 한 것이다.

Ⅰ. 긴급피난

56. 긴급피난의 성립요건

(대법원 1987. 1. 20. 선고 85도221 판결)

〈쟁점〉

다른 안전한 해상으로 이동하지 못하고 있는 사이 태풍을 만나자 선박과 선원의 안전을 위하여 선박의 닻줄을 7샤클(175미터)로 늘려 타인의 피조개양식장을 침범하여 물적 손해를 입힌 경우, 긴급피난의 성립여부

〈판결요지〉

선박이동에도 새로운 공유수면점용허가가 있어야 하고 휴지선을 이동하는 데는 예인선이 따로 필요한 관계로 비용이 많이 들어 다른 해상으로 이동을 하지 못하고 있는 사이에 태풍을 만나게 되었다면 피고인들로서는 그와 같은 위급한 상황에서 선박과 선원들의 안전을 위하여 사회통념상 가장 적절하고 필요불가결하다고 인정되는 조치를 취하였다면 형법상 긴급피난으로서 위법성이 없어서 범죄가 성립되지 아니한다고 보아야 하고 미리 선박을 이동시켜 놓아야 할 책임을 다하지 아니함으로써 위와 같은 긴급한 위난을 당하였다는 점만으로는 긴급피난을 인정하는데 아무런 방해가 되지 아니한다.

이 사건에서 원심이 태풍내습시 금성호에는 태풍에 대비하여 7,8명의 선원이 타고 있었고, 피고인들이 태풍으로 인한 선박의 조난이나 전복을 피하기 위하여 선박의 양쪽에 두개의 닻을 내리고, 한쪽의 닻줄의 길이를 175미터(7샤클)로 늘여 놓은 것이 사고지점에서 태풍의 내습에 대비한 가장 적절하고 필요한 조치로 인정된다는 취지에서 피고인들의 소위를 긴급피난행위로 보아 재물손괴의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 긴급피난의 법리를 오해하였거나 심리미진의 위법을 찾아볼 수 없다. 결국 원심의 미필적 고의에 대한 판단에는 잘못이 있으나 긴급피난을 인정한 점에 잘못이 없으므로 위에서와 같은 잘못은 판결에 영향이 없어 논지는 받아들일 수 없다.

〈선정이유〉

긴급피난의 성립요건에 관해 판단한 중요한 판결이다. 태풍 속에서 선원의 생명, 신체와 재산을 구하기 위하여 어민의 피조개양식장을 훼손한 경우, 상당성요건 등을 충족하여 긴급피난이 성립한다. 미리 선박을 이동시켜 놓아야 할 책임을 다하지 아니함으로써 위와 같은 긴급한 위난을 당하

였다는 점만으로는 긴급피난을 인정하는데 아무런 방해가 되지 아니한다고 한 점도 주목된다.

57. 긴급피난의 상당성

(대법원 2006. 4. 13. 선고 2005도9396 판결)

〈쟁점〉

형법 제22조 제1항의 긴급피난에서 '상당한 이유 있는 행위'에 해당하기 위한 요건

〈판결요지〉

형법 제22조 제1항의 긴급피난이란 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 상당한 이유 있는 행위를 말하고, 여기서 '상당한 이유 있는 행위'에 해당하려면, 첫째 피난행위는 위난에 처한 법익을 보호하기 위한 유일한 수단이어야 하고, 둘째 피해자에게 가장 경미한 손해를 주는 방법을 택하여야 하며, 셋째 피난행위에 의하여 보전되는 이익은 이로 인하여 침해되는 이익보다 우월해야 하고, 넷째 피난행위는 그 자체가 사회윤리나 법질서 전체의 정신에 비추어 적합한 수단일 것을 요하는 등의 요건을 갖추어야 한다.

원심은, 이 사건 당시 피고인이 경기동부방송의 시험방송 송출로 인하여 위성방송의 수신이 불가능하게 되었다는 민원을 접수한 후 경기동부방송에 시험방송 송출을 중단해달라는 요청도 해보지 아니한 채 시험방송이 송출된 지 약 1시간 30여 분 만에 곧바로 경기동부방송의 방송안테나를 절단하도록 지시한 점, 그 당시 (아파트 이름 생략)아파트 전체 815세대 중 140여 세대는 경기동부방송과 유선방송이용계약을 체결하고 있었던 점 등 그 행위의 내용이나 방법, 법익침해의 정도 등에 비추어 볼 때, 당시 피고인이 다수 입주민들의 민원에 따라 입주자대표회의 회장의 자격으로 위성방송 수신을 방해하는 경기동부방송의 시험방송 송출을 중단시키기 위하여 경기동부방송의 방송안테나를 절단하도록 지시하였다고 할지라도 피고인의 위와 같은 행위를 긴급피난 내지는 정당행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 설시에 다소 부족한 점이 있다고 하더라도 그 결론은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 정당행위나 긴급피난에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

긴급피난의 상당성요건을 상술한 판례이다. 긴급피난의 '상당한 이유 있는 행위'에 해당하려면, 첫째 피난행위는 위난에 처한 법익을 보호하기 위한 유일한 수단이어야 하고, 둘째 피해자에게 가장 경미한 손해를 주는 방법을 택하여야 하며, 셋째 피난행위에 의하여 보전되는 이익은 이로 인하여 침해되는 이익보다 우월해야 하고, 넷째 피난행위는 그 자체가 사회윤리나 법질서 전체의 정신에 비추어 적합한 수단일 것을 요하는 등의 요건을 갖추어야 한다.

58. 자초한 위난

(대법원 1995. 1. 12. 선고 94도2781 판결)

〈쟁점〉

스스로 야기한 강간범행의 와중에서 피해자가 손가락을 깨물며 반항하자 물린 손가락을 비틀며 잡아 뽑다가 피해자에게 치아결손의 상해를 입힌 소위를 긴급피난행위라 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

피고인이 스스로 야기한 강간범행의 와중에서 피해자가 피고인의 손가락을 깨물며 반항하자 물린 손가락을 비틀며 잡아 뽑다가 피해자에게 치아결손의 상해를 입힌 소위를 가리켜 법에 의하여 용인되는 피난행위라 할 수 없다.

〈선정이유〉

긴급피난이 성립되기 위해서 위난이 존재하여야 하는데, 이러한 위난 자체가 행위자의 범죄행위 등 스스로 자초한 경우에는 피난행위를 인정할 수 없다는 판례이다.

Ⅱ. 자구행위

59. 자구행위의 성립요건

(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도8081 판결)

〈쟁점〉

채권자들이 채무자인 피해자에 대한 채권을 우선적으로 확보할 목적으로 피해자의 물건을 무단으로 취거한 경우, 자구행위의 인정여부

〈판결요지〉

형법상 자구행위라 함은 법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불능한 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 상당한 행위를 말하는 것인바(대법원 1984. 12. 26. 선고 84도2582, 84감도397 판결 참조), 이 사건에서 피고인들에 대한 채무자인 피해자가 부도를 낸 후 도피하였고 다른 채권자들이 채권확보를 위하여 피해자의 물건들을 취거해 갈 수도 있다는 사정만으로는 피고인들이 법정절차에 의하여 자신들의 피해자에 대한 청구권을 보전하는 것이 불가능한 경우에 해당한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 또한 피해자 소유의 가구점에 관리종업원이 있음에도 불구하고 위 가구점의 시정장치를 쇠톱으로 절단하고 들어가 가구들을 무단으로 취거한 행위가 피고인들의 피해자에 대한 청구권의 실행불능이나 현저한 실행곤란을 피하기 위한 상당한 이유가 있는 행위라고도 할 수 없다.

원심이 같은 취지에서 피고인들의 자구행위 내지 과잉자구행위 주장을 배척한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 자구행위 내지 과잉자구행위에 관한 법

리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

추정적 승낙이란 피해자의 현실적인 승낙이 없었다고 하더라도 행위 당시의 모든 객관적 사정에 비추어 볼 때 만일 피해자가 행위의 내용을 알았더라면 당연히 승낙하였을 것으로 예견되는 경우를 말하는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 사정을 인정한 다음 피고인들이 피해자의 가구들을 취거할 당시 피해자의 추정적 승낙이 있다고 볼 수 없다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 추정적 승낙에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

형법 제23조가 규정한 자구행위는 법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불능한 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 상당한 행위를 말하는바, 이때 청구권을 직접 실현하면 자구행위가 되지 않는다. 청구권을 보전하기 위한 최소한의 행위만 허용된다. 이 점을 명확히 한 사례이다. 같은 취지로는 대법원 1984. 12. 26. 84도2582 등이 있다.

Ⅲ. 피해자의 승낙

60. 피해자의 승낙의 성립요건

(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도9606 판결)

〈쟁점〉

갑이 을과 공모하여 보험사기를 목적으로 을에게 상해를 가한 사안에서 상해가 피해자의 승낙으로 위법성이 조각될 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

형법 제24조의 규정에 의하여 위법성이 조각되는 피해자의 승낙은 개인적 법익을 훼손하는 경우에 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙이어야 할 뿐만 아니라 그 승낙이 윤리적·도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다 (대법원 1985. 12. 10. 선고 85도1892 판결 등 참조).

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인이 피해자와 공모하여 교통사고를 가장하여 보험금을 편취할 목적으로 피해자에게 상해를 가하였다면 피해자의 승낙이 있었다고 하더라도 이는 위법한 목적에 이용하기 위한 것이므로 피고인의 행위가 피해자의 승낙에 의하여 위법성이 조각된다고 할 수 없다고 판단하였다. 앞서 본 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 피해자 승낙에 관한 법리를 오해하였거나 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되는 위법이 없다.

〈선정이유〉

형법 제24조는 피해자의 승낙이 있으면 위법성이 조각된다고 규정한다. 하지만 판례와 학설은 피해자의 승낙은 사회상규에 반하지 않아야 한다고 본다. 이 판례는 그러한 취지의 판결이다. 또한 대법원 1985. 12. 10. 85도1892도 피해자의 몸에서 잡귀를 물리친다면서 뺨 등을 때리고 팔과

다리를 붙잡고 배와 가슴을 손과 무릎으로 힘껏 누르고 밟는 등 하여 그로 하여금 우측간 저면파열, 복강내출혈로 사망에 이르게 하였다면 피해자의 승낙은 범죄성립에 아무런 장애가 될 수 없는 윤리적, 도덕적으로 허용될 수 없는 즉 사회상규에 반하는 것이라고 할 것이므로 피고인 등의 행위가 피해자의 승낙에 의하여 위법성이 조각된다는 상고논지는 받아들일 수가 없다고 하였다.

61. 의사의 설명의무와 유효한 승낙

(대법원 1993. 7. 27. 선고 92도2345 판결)

〈쟁점〉

수술승낙이 의사의 부정확 또는 불충분한 설명에 의한 것인 경우의 효력

〈판결요지〉

산부인과 전문의 수련과정 2년차인 의사가 자신의 시진, 촉진결과 등을 과신한 나머지 초음파검사 등 피해자의 병증이 자궁외 임신인지, 자궁근종인지를 판별하기 위한 정밀한 진단방법을 실시하지 아니한 채 피해자의 병명을 자궁근종으로 오진하고 이에 근거하여 의학에 대한 전문지식이 없는 피해자에게 자궁적출술의 불가피성만을 강조하였을 뿐 위와 같은 진단상의 과오가 없었으면 당연히 설명받았을 자궁외 임신에 관한 내용을 설명받지 못한 피해자로부터 수술승낙을 받았다면 위 승낙은 부정확 또는 불충분한 설명을 근거로 이루어진 것으로서 수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

피해자의 승낙에 의하여 위법성이 조각되려면 그러한 승낙이 유효하여야 한다. 특히 의료사고에 있어서 피해자가 충분한 정보를 가진 상태에서 승낙을 해야 그러한 승낙이 유효하다. 의사의 불충분한 설명에 기초하여 피해자가 승낙을 한 경우, 설사 승낙 자체가 존재하여도 유효한 승낙으로 보지 않고 피해자의 승낙에 의한 위법성조각을 부정한 중요한 판결이다.

62. 추정적 승낙

(대법원 1989. 9. 12. 선고 89도889 판결)

〈쟁점〉

가옥소유자의 침입에 대한 피해자의 추정적 승낙 인정 여부

〈판결요지〉

건물의 소유자라고 주장하는 피고인과 그것을 점유관리하고 있는 피해자 사이에 건물의 소유권에 대한 분쟁이 계속되고 있는 상황이라면 피고인이 그 건물에 침입하는 것에 대한 피해자의 추정

적 승낙이 있었다거나 피고인의 이 사건 범행이 사회상규에 위배되지 않는다고 볼 수 없다고 한 원심의 조치는 정당하다.

〈선정이유〉

통상 추정적 승낙이라고 하면 피해자의 승낙이 현실적으로는 불가능하지만 추정될 수 있어서 위법성이 조각되는 경우를 말한다. 그런데 판례는 '추정적 승낙'이라는 용어를 널리 구성요건이 배제되는 경우에도 사용하고 있다. 본 판례도 주거침입죄에 대하여 추정적 승낙이라고 하였지만, 이는 사실 침입의 성립을 배제하는 '양해'의 문제로 보아야 할 것이다. 용어의 부정확에도 불구하고 추정적 승낙에 의하여 위법성 또는 구성요건해당성이 부정될 수 있음은 물론이다.

사문서위조죄의 경우에도 추정적 승낙에 의하여 범죄성립이 부정될 수 있다. 이와 관련된 판례로는 대법원 1993. 3. 9. 선고 92도3101 판결, 대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1741 판결 참조.

Ⅳ. 정당행위

63. 정당행위의 요건

(대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3029 판결)

〈쟁점〉

피고인의 차를 손괴하고 도망하려는 피해자를 도망하지 못하게 멱살을 잡고 흔들어 피해자에게 전치 14일의 흉부찰과상을 가한 경우, 정당행위에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 어떠한 행위가 위법성 조각사유로서 정당행위가 되는지의 여부는 구체적인 경우에 따라 합목적적, 합리적으로 가려져야 할 것인바, 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호법익과 침해법익의 균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성의 요건을 모두 갖추어야 할 것이다.

[2] 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있으므로 사인의 현행범인 체포는 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것인데, 현행범인 체포의 요건으로서는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접착성, 범인·범죄의 명백성 외에 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려가 있을 것을 요한다.

[3] 적정한 한계를 벗어나는 현행범인 체포행위는 그 부분에 관한 한 법령에 의한 행위로 될 수 없다고 할 것이나, 적정한 한계를 벗어나는 행위인가 여부는 결국 정당행위의 일반적 요건을 갖추었는지 여부에 따라 결정되어야 할 것이지 그 행위가 소극적인 방어행위인가 적극적인 공격행위인가에 따라 결정되어야 하는 것은 아니다.

[4] 피고인의 차를 손괴하고 도망하려는 피해자를 도망하지 못하게 멱살을 잡고 흔들어 피해자에게 전치 14일의 흉부찰과상을 가한 경우, 정당행위에 해당한다고 본 사례.

〈선정이유〉

형법 제20조의 정당행위는 위법성이 조각되는 경우로서 법령에 의한 행위, 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위를 열거하고 있다. 이중 사인의 현행범 체포는 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각되는 경우이다. 본 판례는 이에 대하여 상세히 판시하여 의미가 크다.

64. 상관의 위법 내지 불법한 명령

(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

상관의 위법 내지 불법한 명령에 따른 하관의 범죄행위의 위법성 조각 여부(소극)

〈판결요지〉

상관의 적법한 직무상 명령에 따른 행위는 정당행위로서 형법 제20조에 의하여 그 위법성이 조각된다고 할 것이나, 상관의 위법한 명령에 따라 범죄행위를 한 경우에는 상관의 명령에 따랐다고 하여 부하가 한 범죄행위의 위법성이 조각될 수는 없다 고 할 것이다.

피고인 H가 피고인 A의 지시를 받고 병력을 이끌고 가서 S 총장을 체포한 행위나 피고인 J가 제3공수여단장인 피고인 E의 지시를 받고 병력을 이끌고 가서 AF 특전사령관을 체포한 행위 및 피고인 K가 수도경비사령부 헌병단장 AN의 지시를 받고 병력을 이끌고 가서 X 수경사령관을 체포한 행위는 앞서 본 바와 같이 모두 상관의 위법한 명령에 따라서 범죄행위를 한 것이므로, 위 피고인들이 각자의 직근상관의 명령에 따라 위와 같은 행위를 하였다고 하여 위 피고인들의 행위가 정당행위가 된다고 할 수는 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

형법 제20조에 의하면, 법령에 의한 행위는 정당행위로서 위법성이 조각된다. 이때 공무원이 상관의 위법한 명령에 복종한 경우, 정당행위로서 위법성이 조각될 수 있는지 문제된다. 판례는 일관되게 위법성이 조각되지 않는다고 판단한다. 같은 취지로는 대법원 1988. 2. 23. 87도2358; 대법원 1999. 4. 23. 99도636; 대법원 2013. 11. 28. 2011도5329 등이 있다.

65. 단전, 단수

(대법원 2007. 9. 20. 선고 2006도9157 판결)

〈쟁점〉

호텔 내 주점의 임대인이 임차인의 차임 연체를 이유로 계약서상 규정에 따라 이 주점에 대하여 단전, 단수조치를 취한 경우, 정당행위의 성립여부

〈판결요지〉

호텔 내 주점의 임대인이 임차인의 차임 연체를 이유로 계약서상 규정에 따라 위 주점에 대하여 단전·단수조치를 취한 경우, 약정 기간이 만료되었고 임대차보증금도 차임연체 등으로 공제되어 이미 남아있지 않은 상태에서 미리 예고한 후 단전·단수조치를 하였다면 형법 제20조의 정당행위에 해당하지만, 약정 기간이 만료되지 않았고 임대차보증금도 상당한 액수가 남아있는 상태에서 계약해지의 의사표시와 경고만을 한 후 단전·단수조치를 하였다면 정당행위로 볼 수 없다고 한 사례

〈선정이유〉

임대인이 임차인의 차임연체 등을 이유로 계약서상 규정에 따라 업소에 대하여 단전, 단수를 한 경우, 업무방해죄가 성립할 수 있는데, 이때 정당행위로서 위법성이 조각될 수 있는지 문제된다. 이 판결은 인정될 수 있는 경우와 인정될 수 없는 경우를 구분하여 판시한 중요한 판결이다. 이와 유사한 사례로는 대법원 2004. 8. 20. 2003도4732(시장번영회 회장이 이사회의 결의와 시장번영회의 관리규정에 따라서 관리비 체납자의 점포에 대하여 실시한 단전조치는 정당행위로서 업무방해죄를 구성하지 아니한다고 한 사례), 대법원 1994. 4. 15. 93도2899(시장관리규정에 따른 단전조치가 업무방해죄의 조각사유로서의 정당행위에 해당한다고 한 사례); 대법원 2006. 4. 27. 2005도8074(사무실 임차인이 임대차계약 종료 후 갱신계약 여부에 관한 의사표시나 명도의무를 지체하고 있다는 이유로 임대인이 단전조치를 취하여 업무방해죄로 기소된 사안에서, 피해자의 승낙, 정당행위, 법률의 착오 주장을 모두 배척한 사례) 등이 있다.

66. 소극적 저항

(대법원 1996. 5. 28. 선고 96도979 판결)

〈쟁점〉

목이 졸린 상태에서 벗어나기 위한 소극적 저항행위가 정당행위에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

피해자가 양손으로 피고인의 넥타이를 잡고 늘어져 후경부피하출혈상을 입을 정도로 목이 졸리게 된 피고인이 피해자를 떼어놓기 위하여 왼손으로 자신의 목 부근 넥타이를 잡은 상태에서 오른손으로 피해자의 손을 잡아 비틀면서 서로 밀고 당기고 하였다면, 피고인의 그와 같은 행위는 목이 졸린 상태에서 벗어나기 위한 소극적인 저항행위에 불과하여 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당하여 죄가 되지 아니한다고 본 원심판결을 수긍한 사례.

〈선정이유〉

소극적 저항행위는 정당행위로서 위법성이 조각된다는 판결이다. 법리상으로는 정당방위라고 보아도 무방하지만, 판례는 정당방위 또는 정당행위로서 위법성이 조각된다는 판시를 종종 한다. 같은 취지의 판례로는 대법원 1986. 7. 22. 86도751; 대법원 1990. 1. 23. 89도1328; 대법원 1992. 3. 10. 92도37 등이 있다.

67. 민간의료시술

(대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389 판결)

〈쟁점〉

[1] 형법 제20조 소정의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'의 의미 및 정당행위의 성립 요건

[2] 수지침 시술행위가 의료법에서 금지하고 있는 무면허 의료행위에 해당하는지 여부(적극) 및 수지침 시술행위가 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당하기 위한 요건

〈판결요지〉

형법 제20조 소정의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 할 것인바, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다.

수지침의 전문가로서 고려수지요법학회의 춘천시지회를 운영하면서 일반인들에게 수지침요법을 보급하고, 수지침을 통한 무료의료봉사활동을 하여 오면서, 지인이 스스로 수지침(침의 총길이 1.9~2.3㎝, 침만의 길이 약 0.7~1㎜) 한 봉지를 사 가지고 피고인을 찾아와서 수지침 시술을 부탁하므로, 피고인은 아무런 대가를 받지 아니하고 이 사건 시술행위를 한 경우, 수지침은 시술부위나 시술방법 등에 있어서 예로부터 동양의학으로 전래되어 내려오는 체침의 경우와 현저한 차이가 있고, 일반인들의 인식도 이에 대한 관용의 입장에 기울어져 있으므로, 이러한 사정과 함께 시술자의 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 경우에 있어서 개별적으로 보아 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에는 형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다.

〈선정이유〉

형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각되는 사유에는 “사회상규에 위배되지 아니하는 행위”가 있다. 이 판결은 민간수술로서 수지침 시술행위가 사회상규에 반하지 않아 위법하지 않다고 판단한 사례이다. 한편, 대법원 2004.10.28. 2004도3405 판결에서는 부항 시술행위가 보건위생상 위해가 발행할 우려가 전혀 없다고 볼 수 없는 데다가, 피고인이 한의사 자격이나 이에 관한 어떠한 면허도 없이 영리를 목적으로 위와 같은 치료행위를 한 것이고, 단순히 수지침 정도의 수준에 그치지 아니하고 부항침과 부항을 이용하여 체내의 혈액을 밖으로 배출되도록 한 것이므로, 위법하다고 보았고, 대법원 2002. 12. 26. 2002도5077도 체침의 경우 위법성을 긍정하였다.

제3장 책임

I. 책임능력

68. 책임능력의 의의와 판단기준

(대법원 1968. 4. 30. 선고 68도400 판결)

〈쟁점〉

책임능력의 의의와 판단기준

〈판결요지〉

원래 형법 제10조에서 말하는 사물을 변별할 능력 또는 의사를 결정할 능력은 자유의사를 전제로 한 의사결정의 능력에 관한 것으로서, 그 능력의 유무와 정도는 감정사항에 속하는 사실문제라 할 지라도 그 능력에 관한 확정된 사실이 심신상실 또는 심신미약에 해당 되는 여부는 법률문제에 속하는 것인 바, 원판결이 채택한 피고인에 대한 정신감정서와 감정의사의 증언 중에 본건 범행당시 피고인의 정신상태가 심신미약 상태에 해당되는 것으로 사료한다는 취지의 기재 또는 진술부분이었기는 하나, 그것은 피고인의 정신상태를 감정한 감정의사로서 그 감정결과인 인격해리 상태에 대하여 자신의 법률적 평가를 개진 하였음에 불과하는 것이었은 즉, 이는 그 정신상태에 관한 판단의 자료가 될 수 없는 것이었음에 반하여 그 감정서의 내용과 그에 관한 증언을 검토함으로서 피고인의 본건 범행당시의 정신상태는 그 감정서 (4)및 6항에 기술한 소견이나 진단과 같은 것이어서 정신 의학상 인격해리 상태에 속하는 것이라 할 것이었으며 그 상태하에서는 극적으로 좁은 의미의 의식을 떠나고 무의식상태가 됨으로 (그 상태가 살아지면 의식을 회복하게 된다),그의 동작은 수면중의 동작과 같아서 그 동작의 선악은 구별할 수 없게 된다 할 것이고(기록 303,307장 참조) 그러한 무의식상태 하에서도 무의식적이나마 약간의 분별능력이 있었던 것으로 볼 수는 있는 것이나 그 분별을 사후에 추상치 못하는 것이니 그것을 기억상실 상태였다고 할 것(기록 146,146장참조)이었음을 알아 차릴 수 있는 바인즉, 원판결이 위 증거들에 의하여 본건 범행 당시 피고인의 정신상태는 심신미약정도에 지나지 않는 것이었다고 단정 하였음은 증거의 내용 및 가치의 판단을 그릇하여 그 내용에 상치되는 사항을 단정한 위법을 면치 못할 것이다.

그리고 위 감정서의 (4)(6)항의 기재사항에 제1심 판결이 인정설시한 본건범행 수개월전의 동리 사람들에 대한 피고인의 전술한 바와 같은 비정상적인 행패의 사태나 피고인이 상고이유 중 에서 자진하는 그의 뇌막염의 기왕증에 관한 사항에 비추어 본건 범행 당시의 피고인은 심신을 자극할 염려가 있는 음주같은 일을 엄금하여야 할 처지에 있었음을 알 수 있는 바인즉, 원심으로서는 의당 피고인이 본건 범행당일 제1심판결이 인정 설시한 바와 같이 음주함에 있어 주취 후, 그의 정신상태에 이상적인 변화가 생길 것을 예견하였다거나 또는 예견할 수 있었던 것인가의 여부를 심리하여 본건 범행에 대한 형법 제10조 제3항의 적응 여부를 결정하여야 할 것이었음에도 불구하고 원판결 중에서는 위 사실에 관한 아무런 심리와 판단의 흔적을 찾아 볼 수 없는 바이니, 이점에 있어 그 판결은 심리미진의 위법을 면치 못할 것이다.

〈선정이유〉

형법상 책임의 기초로서 책임능력이 자유의지를 전제하고 있다고 하면서 책임능력의 의의와 내용을 판시한 중요한 판결이다. 한편, 심신장애의 판단은 상당히 어려운 전문적인 문제이다. 형법 제10조 제1항, 제2항에 규정된 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신분열증의 종류와 정도, 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 반성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있고(대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3812 판결), 전문감정인의 정신감정 결과가 중요한 참고자료가 되기는 하나, 법원으로서는 반드시 그 의견에 기속을 받는 것은 아니고, 그러한 감정 결과뿐만 아니라 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 피고인의 행동 등 기록에 나타난 제반 자료 등을 종합하여 단독적으로 심신장애의 유무를 판단하여야 한다(대법원 1995. 2. 24. 선고 94도3163 판결).

69. 심신장애의 의의와 성격장애

(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도7900 판결)

〈쟁점〉

소아기호증이 있다는 자체만으로 심신장애에 해당하는지 여부(소극) 및 소아기호증으로 인해 심신장애에 이르렀다고 보기 위한 기준

〈판결요지〉

[1] 형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다.

[2] 특단의 사정이 없는 한 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고는 할 수 없으므로, 사춘기 이전의 소아들을 상대로 한 성행위를 중심으로 성적 흥분을 강하게 일으키는 공상, 성적 충동, 성적 행동이 반복되어 나타나는 소아기호증은 성적인 측면에서의 성격적 결함으로 인하여 나타나는 것으로서, 소아기호증과 같은 질환이 있다는 사정은 그 자체만으로는 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하고, 다만 그 증상이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병이 있는 사람과 동등하다고 평가할 수 있거나, 다른 심신장애사유와 경합된 경우 등에는 심신장애를 인정할 여지가 있으며, 이 경우 심신장애의 인정 여부는 소아기호증의 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 빛의 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변소의 방법과 태도, 소아기호증 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다.

[3] 범행 당시 소아기호증의 정도 및 내용 등 여러 사정에 관하여 구체적으로 심리·검토하지 않은 상태에서 심신미약의 상태에 있었다고 판단한 원심판결을 파기한 사례.

〈선정이유〉

소아기호증은 원래적 의미의 정신병과 동등하다고 평가할 수 있을 정도로 중한 경우에 심신장애에 의한 범행으로 볼 수 있다는 판결이다. 같은 취지로는 대법원 2002. 5. 24. 2002도1541(충동조절장애), 대법원 2013. 1. 24. 2012도12689(성주물성애증) 등이 있다.

70. 원인에 있어서 자유로운 행위(1) - 고의범

(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도857 판결)

〈쟁점〉

대마초 흡연시에 이미 범행을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 경우 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 대마초 흡연시에 이미 범행을 예견하고도 자의로 심신장애를 야기한 경우 형법 제10조 제3항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다고 본 사례.

[2] 피해자를 범행장소로 유인하여 잔인한 방법으로 살해하여 매장한 다음, 곧이어 위 살인범행을 숨기기 위하여 위 피해자의 행방을 찾고 있던 피해자의 애인을 최초의 범행장소 부근으로 유인하여 참혹하게 살해하여 매장한 점 등 기록에 나타난 여러 양형조건 등에 비추어 보면 피고인들에 대하여 사형을 선고한 제1심을 유지한 원심의 양형이 심히 부당하다고 볼 수 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

형법 제10조 제3항이 규정하는 원인에 있어서 자유로운 행위를 적용하여 고의범으로 처벌할 수 있는 사례를 명시한 중요한 판결이다. 심신장애를 야기하는 원인행위(음주, 마약복용 등)시에 이중의 고의가 있어야 한다는 점도 보여준다.

71. 원인에 있어서 자유로운 행위(2) - 과실범

(대법원 1992. 7. 28. 선고 92도999 판결)

〈쟁점〉

음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으킨 경우 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

형법 제10조 제3항은 "위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다"고 규정하고 있는 바, 이 규정은 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위만이 아니라 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함하는 것으로서 위험의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용 대상이 된다고 할 것이어서, 피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면 피고인은 음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 위 법조항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다.

〈선정이유〉

원인에 있어서 자유로운 행위가 과실의 경우에도 적용될 수 있다고 판시한 사례이다.

Ⅱ. 위법성의 인식과 착오

72. 위법성의 인식의 내용

(대법원 1987. 3. 24. 선고 86도2673 판결)

〈쟁점〉

범죄의 성립에 있어서의 위법성의 인식정도

〈판결요지〉

피고인이 판시 봉양면사무소 호병계장으로 재직하고 있음을 기화로 피고인과 피고인의 동거여인인 공소외 1과의 사이에 출생한 공소의 2를 피고인과 피고인의 법률상 처인 공소외 3 사이에서 출생한 것처럼 호적부에 허위의 기재를 한 후 그 정을 모르는 면장으로 하여금 이에 날인케 하여 허위내용의 호적부를 작성한 원심판시 소위는 형법 제260조 제1항의 허위공문서작성죄의 구성요건을 충족함이 뚜렷하고 나아가 범죄의 성립에 있어서 위법의 인식은 그 범죄사실이 사회정의와 조리에 어긋난다는 것을 인식하는 것으로서 족하고 구체적인 해당 법조문까지 인식할 것을 요하는 것은 아니므로 설사 피고인이 소론과 같이 위의 판시 소위가 형법상의 허위공문서작성죄에 해당되는 줄 몰랐다고 가정하더라도 그와 같은 사유만으로서는 피고인에게 위법성의 인식이 없었다고 할 수 없으므로 원심이 피고인의 판시 소위를 허위공문서작성죄로 다스린 조치는 정당하다.

〈선정이유〉

도의적 책임개념에 의하면 행위자의 위법행위를 비난하기 위하여는 위법성의 인식이 있어야 한다. 그런데, 이때 범죄의 성립에 있어서 위법의 인식은 그 범죄사실이 사회정의와 조리에 어긋난다는 것을 인식하는 것으로서 족하고 구체적인 해당 법조문까지 인식할 것을 요하는 것은 아니다. 본 판결은 이를 명확히 한 것으로 의미 있다.

73. 무단이탈과 위법성의 착오

(대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1406 판결)

〈쟁점〉

소속 중대장의 당번병이 그 임무범위 내에 속하는 일로 오인하고 한 무단이탈 행위와 위법성 여부

〈판결요지〉

소속 중대장의 당번병이 근무시간 중은 물론 근무시간 후에도 밤늦게 까지 수시로 영외에 있는 중대장의 관사에 머물면서 집안일을 도와주고 그 자녀들을 보살피며 중대장 또는 그 처의 심부름을 관사를 떠나서까지 시키는 일을 해오던 중 사건당일 중대장의 지시에 따라 관사를 지키고 있던 중 중대장과 함께 외출나간 그 처로부터 24:00경 비가 오고 밤이 늦어 혼자 귀가할 수 없으니 관사로부터 1.5킬로미터 가량 떨어진 지점까지 우산을 들고 마중을 나오라는 연락을 받고 당번병으로서 당연히 해야 할 일로 생각하고 그 지점까지 나가 동인을 마중하여 그 다음날 01:00경 귀가하였다면 위와 같은 당번병의 관사이탈 행위는 중대장의 직접적인 허가를 받지 아니 하였다 하더라도 당번병으로서의 그 임무범위내에 속하는 일로 오인하고 한 행위로서 그 오인에 정당한 이유가 있어 위법성이 없다고 볼 것이다.

〈선정이유〉

판례는 위법한 행위를 하는 행위자가 그러한 위법성에 대한 인식이 없었고 그러한 오인에 정당한 이유가 있다면, 위법성이 조각된다고 보고 있다. 전술한 대법원 1968. 5. 7. 선고 68도370 판결도 마찬가지의 입장이다.

이와 관련하여, 무전취식을 한 학생이라고 오인하고 폭행한 경우, 범죄가 형식적인 기수에 이르렀어도 법익침해가 현장에서 계속되는 상태에 있으면 현재의 침해가 될 수 있으므로, 위법성조각사유의 전제사실의 착오에 해당하는지 검토해야 한다는 헌법재판소 결정도 있다(헌재 2010. 10. 28. 2008헌마629결정).

74. 법률의 부지와 착오

(대법원 1985. 4. 9. 선고 85도25 판결)

〈쟁점〉

유흥접객업소의 업주가 경찰당국의 단속에서 제외되어 있어 만 18세 이상의 미성년자는 출입이 허용되는 줄 안 것이 법률의 착오에 해당되는지 여부

〈판결요지〉

형법 제16조에 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는바, 이는 단순한 법률의 무

지의 경우를 말하는 것이 아니고, 일반적으로는 범죄가 되는 행위이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 있어서 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지로 풀이할 것이다.

이 사건에 있어서 위에서 본 바와 같이 피고인은 유흥접객업소내에 출입시키거나 주류를 판매하여서는 아니되는 대상을 18세 미만자 또는 고등학생에 한정되고, 20세 미만의 미성년자 전부가 이에 해당된다는 미성년자보호법의 규정을 알지 못하였다는 것이므로 이는 단순한 법률의 부지에 해당한다 할 것이고 피고인의 소위가 특히 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 적극적으로 그릇 인정한 경우는 아니므로 범죄의 성립에 아무런 지장이 될 바 아니고 또 미성년자보호법 제4조 제1, 2항에 위반되는 이상 경찰당국이 당시 미성년자의 유흥접객업소 출입단속대상에서 고등학생이 아닌 18세 이상의 미성년자를 제외하였다 하여 그로 인하여 그 범죄의 성립에 어떠한 영향을 미친다고는 할 수 없을 것이므로 피고인이 이를 믿었다고 하여 법령에 저촉되지 않는 것으로 오인함에 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다고도 할 수 없을 것이다.

〈선정이유〉

단순한 법률의 부지는 형법 제16조의 법률의 착오에 해당되지 않는다는 판례이다. 같은 취지의 판례는 많다(대법원 1991. 10. 11. 91도1566; 대법원 1992. 10. 13. 92도1267; 대법원 2006. 3. 24. 2005도3717; 대법원 2017. 3. 15. 2014도12773 등). 하지만 학설은 대체로 비판적인 입장이다.

75. 법률의 착오와 정당한 이유(1)

(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결)

〈쟁점〉

법률의 착오에 관한 형법 제16조의 규정 취지 및 정당한 이유가 있는지 여부의 판단 방법

〈판결요지〉

형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다.

국회의원이 의정보고서를 발간하는 과정에서 선거법규에 저촉되지 않는다고 오인한 것에 형법

제16조의 정당한 이유가 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

법률의 착오가 있으면 곧바로 처벌을 면하는 것이 아니라 그러한 착오에 '정당한 이유'가 있어야 한다(형법 제16조 참조). 이 판결은 정당한 이유의 판단기준을 학설을 수용하여 명확하게 설시한 중요한 사례이다. 이후에는 같은 취지의 판결이 많다(대법원 2009. 12. 24. 2007도1915; 대법원 2017. 11. 29. 2015도18253; 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도4592 판결).

자신의 행위의 적법성에 대한 직접적인 자료가 되지 않는 사항을 관할관청에 질의회신하여 피고인이 이러한 질의회신에 따라 자기의 행위가 죄가 되지 아니한다고 오인하였다고 하더라도, 이는 위 질의회신을 자기에게 유리하게 잘못 해석한 것에 불과하여 정당한 이유가 있는 법률의 착오에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도8607 판결).

76. 법률의 착오와 정당한 이유(2)

(대법원 1983. 2. 22. 선고 81도2763 판결)

〈쟁점〉

형법 제16조 소정의 정당한 이유가 있다고 본 사례

〈판결요지〉

가. 식품위생법 제1조, 제2조 제1항 및 동법의 기타 규정취지를 종합고찰하여 보면 동법 제44조 제1항, 제23조 제1항, 제22조, 동법시행령(1981.4.2. 대통령령 제10268호로 개정되기 전의 것) 제9조 제36호 등에서 가리키는 식품이란 의약으로 섭취하는 것을 제외한 모든 음식물을 말한다고 해석하여야 할 것인바, 미싯가루를 만들어서 소비하고자 하는 사람들이 물에 씻어 오거나 볶아온 쌀, 보리, 콩 등을 빻아서 미싯가루를 만들어 준 피고인의 소위는 식품위생법 제22조 제1항 및 동법시행령 제9조 제36호 소정의 식품가공업에 해당한다.

나. 피고인이 1975.4.1자 서울특별시 공문, 1975.12.3자 동시의 식품제조허가지침, 동시의 1976.3.29자 제분업소허가권 일원화에 대한 지침 및 피고인이 가입되어 있는 서울시 식용유협동조합 도봉구 지부의 질의에 대한 도봉구청의 1977.9.1자 질의회시 등의 공문이 곡물을 단순히 볶아서 판매하거나 가공위탁자로부터 제공받은 고추, 참깨, 들깨, 콩등을 가공할 경우 양곡관리법 및 식품위생법상의 허가대상이 아니라는 취지이어서 사람들이 물에 씻어 오거나 볶아온 쌀 등을 빻아서 미싯가루를 제조하는 행위에는 별도의 허가를 얻을 필요가 없다고 믿고서 미싯가루 제조행위를 하게 되었다면, 피고인은 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 않는 것으로 오인하였고 또 그렇게 오인함에 어떠한 과실이 있음을 가려낼 수 없어 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다.

〈선정이유〉

정당한 이유를 인정한 흔하지 않은 사례이다. 같은 취지의 판례로는 대법원 1993. 4. 13. 92도2309; 대법원 1995.8.25. 95도717 참조.

Ⅲ. 적법행위의 기대가능성

77. 강요된 행위

(대법원 1990. 3. 27. 선고 89도1670 판결)

〈쟁점〉

성장교육과정을 통하여 형성된 관념으로 인하여 행위자의 의사결정이 사실상 강제되는 경우가 형법 제12조 소정의 강요된 행위에 포함되는지 여부

〈판결요지〉

형법 제12조에서 말하는 강요된 행위는 저항할 수 없는 폭력이나 생명, 신체에 위해를 가하겠다는 협박 등 다른 사람의 강요행위에 의하여 이루어진 행위를 의미하는 것이지 어떤 사람의 성장교육과정을 통하여 형성된 내재적인 관념 내지 확신으로 인하여 행위자 스스로의 의사결정이 사실상 강제되는 결과를 낳게 하는 경우까지 의미한다고 볼 수 없다.

피고인이 그 성장교육과정과 그후 밀봉교육에서의 사상주입으로 사실상 인간도구화된 하수인이 되었고, 귀국후 참회하고 있으며, 이 사건 진상을 증명할 수 있는 유일한 생존 증인이더라도 다수의 승객, 승무원들이 탑승, 운항중인 국제민간항공기를 이른바 "남조선 해방과 조국통일"이라는 정치적 목적달성을 위하여 폭파, 희생시킨 범행의 실행에 직접 가담하여 실질적인 임무를 분담, 수행하고 그로 인하여 귀국중이었던 다수의 해외 근로자와 항공기 승무원 등 115명의 인명이 살해되었다면 이는 극단의 비윤리적 행위로서 국제협약에서도 이를 엄중한 형벌로 다스리도록 되어 있으며, 결국 대한민국의 존립, 발전 또는 기능을 침해 내지 위협하기 위한 것이었음에 비추어 피고인에게 사형을 선고한 제1심판결의 양형이 너무 무거워 부당하다고 인정되지 않는다.

〈선정이유〉

본 판결은 〈KAL기 폭파사건〉에 대한 것으로서, 형법 제12조의 강요된 행위가 어떤 사람의 성장교육과정을 통하여 형성된 내재적인 관념 내지 확신으로 인하여 행위자 스스로의 의사결정이 사실상 강제되는 결과를 가져오는 경우를 포함하지 않고, 외적 강요나 강제상황만을 전제로 함을 명확히 하여 의미 있다.

78. 기대가능성의 판단기준

(대법원 2008. 10. 23. 선고 2005도10101 판결)

〈쟁점〉

유죄판결이 확정된 피고인이 공범의 형사사건에서 사실대로 자신의 범행을 시인하는 증언을 할 것이라는 기대가능성이 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 피고인에게 적법행위를 기대할 가능성이 있는지 여부를 판단하기 위하여는 행위 당시의 구체적인 상황하에 행위자 대신에 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 그 기대가능성 유무를 판단하여야 한다. 또한, 자기에게 형사상 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리가 결코 적극적으로 허위의 진술을 할 권리를 보장하는 취지는 아니며, 이미 유죄의 확정판결을 받은 경우에는 일사부재리의 원칙에 의해 다시 처벌되지 아니하므로 증언을 거부할 수 없는바, 이는 사실대로의 진술 즉 자신의 범행을 시인하는 진술을 기대할 수 있기 때문이다. 이러한 점 등에 비추어 보면, 이미 유죄의 확정판결을 받은 피고인은 공범의 형사사건에서 그 범행에 대한 증언을 거부할 수 없을 뿐만 아니라 나아가 사실대로 증언하여야 하고, 설사 피고인이 자신의 형사사건에서 시종일관 그 범행을 부인하였다 하더라도 이러한 사정은 위증죄에 관한 양형참작사유로 볼 수 있음은 별론으로 하고 이를 이유로 피고인에게 사실대로 진술할 것을 기대할 가능성이 없다고 볼 수는 없다.

[2] 자신의 강도상해 범행을 일관되게 부인하였으나 유죄판결이 확정된 피고인이 별건으로 기소된 공범의 형사사건에서 자신의 범행사실을 부인하는 증언을 한 사안에서, 피고인에게 사실대로 진술할 기대가능성이 있으므로 위증죄가 성립한다고 판단한 사례.

〈선정이유〉

적법한 행위에 대한 기대가능성의 판단기준은 사회적 평균인이라고 하는 판결이다. 같은 취지의 판결로는 대법원 2015. 11. 12. 2015도6809 전원합의체 〈세월호 사건〉; 대법원 2016. 5. 12. 2013도15616; 대법원 2018. 2. 28. 선고 2017도16725 등이 있다. 적법행위를 기대할 수 없다고 하여 무죄를 선고한 흔치 않은 판례로는 대법원 1966. 3. 22. 65도1164 [업무방해]를 참조하면 된다.

제4장 미수론

Ⅰ. 예비·음모죄

79. 예비죄

(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도7150 판결)

〈쟁점〉

피고인이 피해자를 살해하기 위하여 사람을 고용하면서 그들에게 대가의 지급을 약속한 경우, 피고인에게는 살인죄를 범할 목적 및 살인의 준비에 관한 고의뿐만 아니라 살인죄의 실현을 위한 준비행위를 하였음을 인정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형법 제255조, 제250조의 살인예비죄가 성립하기 위하여는 형법 제255조에서 명문으로 요구하

는 살인죄를 범할 목적 외에도 살인의 준비에 관한 고의가 있어야 하며, 나아가 실행의 착수까지에는 이르지 아니하는 살인죄의 실현을 위한 준비행위가 있어야 한다. 여기서의 준비행위는 물적인 것에 한정되지 아니하며 특별한 정형이 있는 것도 아니지만, 단순히 범행의 의사 또는 계획만으로는 그것이 있다고 할 수 없고 객관적으로 보아서 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적 행위를 필요로 한다.

이 사건에서 피고인 1은 피해자를 살해하기 위하여 피고인 2과 공소외인을 고용하였고 그들에게 살인의 대가를 지급하기로 약정하였으므로, 피고인 1에게는 살인죄를 범할 목적 및 살인의 준비에 관한 고의가 인정될 뿐 아니라 그가 살인죄의 실현을 위한 준비행위를 하였음을 인정할 수 있고, 따라서 피고인 1에 대하여 살인예비죄가 성립한다.

〈선정이유〉

예비란 실행의 착수까지에는 이르지 아니하는 범죄의 실현을 위한 준비행위를 말한다. 다만 예비로 인정되기 위해서는 단순히 범행의 의사 또는 계획만으로는 그것이 있다고 할 수 없고 객관적으로 보아서 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적 행위일 것을 요한다. 위 판례는 '예비행위'의 개념 내지는 예비죄의 인정요건을 명확히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

80. 음모죄

(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

특정 정당 소속의 국회의원 피고인 甲 및 지역위원장 피고인 乙을 비롯한 피고인들이, 이른바 조직원들과 회합을 통하여 회합 참석자 130여 명과 한반도에서 전쟁이 발발하는 등 유사시에 상부 명령이 내려지면 바로 전국 각 권역에서 국가기간시설 파괴 등 폭동할 것을 통모한 것이 내란음모에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

음모는 실행의 착수 이전에 2인 이상의 자 사이에 성립한 범죄실행의 합의로서, 합의 자체는 행위로 표출되지 않은 합의 당사자들 사이의 의사표시에 불과한 만큼 실행행위로서의 정형이 없다. 그런데 어떤 범죄를 실행하기로 막연하게 합의한 경우나 특정한 범죄와 관련하여 단순히 의견을 교환한 경우까지 모두 범죄실행의 합의가 있는 것으로 보아 음모죄가 성립한다고 한다면 음모죄의 성립범위가 과도하게 확대되어 국민의 기본권인 사상과 표현의 자유가 위축되거나 그 본질이 침해되는 등 죄형법정주의 원칙이 형해화될 우려가 있으므로, 음모죄의 성립범위도 이러한 확대해석의 위험성을 고려하여 엄격하게 제한하여야 한다.

내란음모가 성립하였다고 하기 위해서는 개별 범죄행위에 관한 세부적인 합의가 있을 필요는 없으나, 공격의 대상과 목표가 설정되어 있고, 그 밖의 실행계획에 있어서 주요 사항의 윤곽을 공통적으로 인식할 정도의 합의가 있어야 한다. 나아가 합의는 실행행위로 나아간다는 확정적인 의미를 가진 것이어야 하고, 단순히 내란에 관한 생각이나 이론을 논의한 것으로는 부족하다. 또한 내란음

모죄에 해당하는 합의가 있다고 하기 위해서는 단순히 내란에 관한 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고 객관적으로 내란범죄의 실행을 위한 합의라는 것이 명백히 인정되고, 그러한 합의에 실질적인 위험성이 인정되어야 한다.

특정 정당 소속의 국회의원 피고인 1 및 지역위원장 피고인 2를 비롯한 피고인들이, 이른바 조직원들과 회합을 통하여 회합 참석자 130여 명과 한반도에서 전쟁이 발발하는 등 유사시에 상부 명령이 내려지면 바로 전국 각 권역에서 국가기간시설 파괴 등 폭동을 할 것을 통모함으로써 내란의 죄를 범할 목적으로 음모하였다는 내용으로 기소되었는바, 당시의 한반도 정세, 회합의 내용 및 경위, 회합 참석자들의 성향·구성 및 피고인들과 관계, 피고인들의 경력과 범죄전력, 피고인들이 회합에서 맡은 역할과 발언 내용, 회합 참석자들의 강연 청취태도 및 발언 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 피고인들을 비롯한 회합 참석자들이 전쟁 발발시 대한민국의 체제를 전복하기 위하여 구체적인 물질적 준비방안을 마련하라는 피고인 1의 발언에 호응하여 선전전, 정보전, 국가기간시설 파괴 등을 논의하기는 하였으나, 1회적인 토론의 정도를 넘어서 내란의 실행행위로 나아가겠다는 확정적인 의사의 합치에 이르렀다고 보기 어려워 형법상 내란음모죄 성립에 필요한 '내란범죄 실행의 합의'를 하였다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

예비와 더불어 실행의 착수의 전단계 행위로서 음모란 실행의 착수 이전에 2인 이상의 자 사이에 성립한 범죄실행의 합의를 말한다. 다만 음모죄에 해당하는 합의가 있다고 하기 위해서는 단순히 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고 객관적으로 범죄의 실행을 위한 합의라는 것이 명백히 인정되고, 그러한 합의에 실질적인 위험성이 인정되어야 한다. 이 판례는 음모의 개념 내지는 음모죄의 성립요건을 명확히 하였다는 점과 특히 내란음모죄가 내포하고 있는 사상과 표현의 자유의 위축, 죄형법정주의 원칙의 형해화 우려를 지적하고 내란음모죄가 성립하기 위해서는 단순히 토론의 정도를 넘어서 내란의 실행행위로 나아가겠다는 확정적인 의사의 합치에 이르러야 함을 분명히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

Ⅱ. 미수론 일반

81. 강제추행죄의 실행의 착수 시기

(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6980 판결)

〈쟁점〉

피고인이 밤에 술을 마시고 배회하던 중 버스에서 내려 혼자 걸어가는 피해자를 발견하고 마스크를 착용한 채 뒤따라가다가 인적이 없고 외진 곳에서 가까이 접근하여 껴안으려 하였으나, 피해자가 뒤돌아보면서 소리치자 그 상태로 몇 초 동안 쳐다보다가 다시 오던 길로 되돌아갔다고 하여 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반으로 기소된 사안에서, 피고인의 행위가 강제추행미수죄에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

피고인은 밤에 술을 마시고 배회하던 중 버스에서 내려 혼자 걸어가는 피해자를 발견하고 마스크를 착용한 채 뒤따라가다가 인적이 없고 외진 곳에서 가까이 접근하여 껴안으려 하였으나, 피해자가 뒤돌아보면서 소리치자 그 상태로 몇 초 동안 쳐다보다가 다시 오던 길로 되돌아갔다고 하여 강제추행미수죄로 기소되었는바, 피고인과 피해자의 관계, 피해자의 연령과 의사, 행위에 이르게 된 경위와 당시 상황, 행위 후 피해자의 반응 및 행위가 피해자에게 미친 영향 등을 고려하여 보면, 피고인은 피해자를 추행하기 위해 뒤따라간 것으로 추행의 고의를 인정할 수 있고, 피고인이 가까이 접근하여 갑자기 뒤에서 껴안는 행위는 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 행위여서 그 자체로 이른바 '기습추행' 행위로 볼 수 있으므로, 피고인의 팔이 피해자의 몸에 닿지 않았더라도 양팔을 높이 들어 갑자기 뒤에서 껴안으려는 행위는 피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사로서 폭행행위에 해당하며, 그때 '기습추행'에 관한 실행의 착수가 있는데, 마침 피해자가 뒤돌아보면서 소리치는 바람에 몸을 껴안는 추행의 결과에 이르지 못하고 미수에 그쳤으므로, 피고인의 행위는 강제추행미수죄에 해당한다.

〈판결요지〉

아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 3항의 강제추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되는 것이며, 이 경우에 있어서의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다. 한편 위 강제추행죄는 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 개시한 때에 실행의 착수가 있다고 볼 것이나, 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우에는 폭행행위를 한 때에 그 실행의 착수가 있다고 보아야 한다.

피고인은 밤중에 회사 기숙사에서 나온 후, 피해자가 버스정류소에서 혼자 걸어가는 것을 보고, 마스크로 얼굴을 상당 부분 가린 채 200m 정도 피해자를 뒤따라 간 사실, 피고인은 점점 피해자와 사이의 거리를 좁혀 약 1m 이내의 간격으로까지 접근하면서 자신의 양팔을 높이 들어서 벌린 자세를 취하였으나, 위 팔이 피해자의 몸에 닿지는 아니한 사실, 그 순간 피해자가 인기척을 느껴 뒤돌아보며 '왜 이러세요?'라고 소리치자, 그 상태로 몇 초 동안 피해자를 빤히 쳐다보다가 다시 오던 길로 되돌아간 사실을 각 인정할 수 있다. 앞서 본 법리에 비추어 위 사실관계를 보면, 이 사건은 이른바 기습추행에 해당하지 아니하므로(그 행위 자체로 피해자에 대한 추행행위에 해당하는 폭행행위가 존재하지 아니한다), 피고인이 피해자의 반항을 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 개시하였을 때에 강제추행죄의 실행의 착수가 있다고 보아야 한다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같은 피고인이 피해자를 뒤따라 가다가 1m 정도 간격을 두고 양팔을 높이 들어 벌린 자세를 취한 행위나 몇 초 동안 피해자를 빤히 쳐다본 행위만으로는 피해자의 항거를 곤란하게 하는 정도의 폭행이나 협박이라고 보기 어렵고, 달리 이러한 폭행·협박을 인정할 증거도 없다. 따라서 피고인의 위 행위만으로 강제추행의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다

〈선정이유〉

이 판결은 이른바 기습추행이 강제추행죄를 구성하는지 여부 그리고 이 사건에서 강제추행죄의

수단인 폭행 또는 협박이 있는지 여부에 관한 대표적인 판례이다. 원심판결(서울고등법원 2015. 4. 24. 선고 2015노226 판결)은 “피고인의 행위 자체로 피해자에 대한 추행행위에 해당하는 폭행행위가 존재하지 아니한다”고 판시하였다. 이에 반해 대법원은 “피고인이 가까이 접근하여 갑자기 뒤에서 껴안는 행위는 그 자체로 이른바 ‘기습추행’ 행위로 볼 수 있[다]고 판시하였다.

82. 현존건조물방화죄의 실행의 착수시기

(대법원 2002. 3. 26. 선고 2001도6641 판결)

〈쟁점〉

피고인이 방화의 의사로 뿌린 휘발유가 인화성이 강한 상태로 주택주변과 피해자의 몸에 적지 않게 살포되어 있는 사정을 알면서도 라이터를 켜 불꽃을 일으킴으로써 피해자의 몸에 불이 붙은 경우, 비록 외부적 사정에 의하여 불이 방화 목적물인 주택 자체에 옮겨 붙지는 아니하였다 하더라도 현존건조물방화죄의 실행의 착수가 인정되는지 여부

〈판결요지〉

매개물을 통한 점화에 의하여 건조물을 소훼함을 내용으로 하는 형태의 방화죄의 경우에, 범인이 그 매개물에 불을 켜서 붙였거나 또는 범인의 행위로 인하여 매개물에 불이 붙게 됨으로써 연소작용이 계속될 수 있는 상태에 이르렀다면, 그것이 곧바로 진화되는 등의 사정으로 인하여 목적물인 건조물 자체에는 불이 옮겨 붙지 못하였다고 하더라도, 방화죄의 실행의 착수가 있었다고 보아야 할 것이고, 구체적인 사건에 있어서 이러한 실행의 착수가 있었는지 여부는 범행 당시 피고인의 의사 내지 인식, 범행의 방법과 태양, 범행 현장 및 주변의 상황, 매개물의 종류와 성질 등의 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 피고인이 방화의 의사로 뿌린 휘발유가 인화성이 강한 상태로 주택주변과 피해자의 몸에 적지 않게 살포되어 있는 사정을 알면서도 라이터를 켜 불꽃을 일으킴으로써 피해자의 몸에 불이 붙은 경우, 비록 외부적 사정에 의하여 불이 방화 목적물인 주택 자체에 옮겨 붙지는 아니하였다 하더라도 현존건조물방화죄의 실행의 착수가 있었다고 봄이 상당하다

〈선정이유〉

어떤 범죄의 실행의 착수는 당해 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고 구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하다(대법원 2003. 10. 24. 선고 2003도4417 판결 참조). 본 판결은 이러한 법리를 적용하여 방화의 목적물인 현존건조물이 아니라 매개물에 불이 붙은 경우에도 현존건조물방화죄의 실행의 착수가 인정한 판결이다.

83. 야간주거침입절도죄의 실행의 착수시기

(대법원 2003. 10. 24. 선고 2003도4417 판결)

〈쟁점〉

야간에 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 의도로 아파트의 베란다 철제난간까지 올라가 유리창문을 열려고 시도한 경우 야간주거침입절도죄의 실행에 착수가 인정되는지 여부

〈판결요지〉

야간에 타인의 재물을 절취할 목적으로 사람의 주거에 침입한 경우에는 주거에 침입한 단계에서 이미 형법 제330조에서 규정한 야간주거침입절도죄라는 범죄행위의 실행에 착수한 것이라고 보아야 하며, 주거침입죄의 경우 주거침입의 범의로써 예컨대, 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작하였다면 주거침입죄의 실행의 착수는 있었다고 보아야 한다. 또 주거침입죄의 실행의 착수는 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위 즉 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고, 구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하다고 할 것이므로 피고인이 202호 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 의도로 202호 아파트의 베란다 철제난간까지 올라가 유리창문을 열려고 시도하였다면 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적 위험성을 포함하는 구체적인 행위를 한 것으로 볼 수 있다.

〈선정이유〉

이 판결의 원심판결은" 피고인이 아파트 1층 베란다 난간을 이용하여 2층 베란다 난간을 잡고 미리 준비한 소형손전등을 202호 아파트의 창문에 비추면서 창문이 잠겨져 있는지를 살피던 중 아파트 경비원에게 발각되었을 뿐이므로, 이러한 피고인의 행위만으로는 야간주거침입절도죄의 예비단계에 불과할 뿐, 나아가 피고인이 주거에 침입하기 위한 구체적인 행위를 시작하여 야간주거침입절도죄의 실행에 착수하였다고 단정할 수는 없다.“고 판시한데 반하여, 대법원은 ”피고인이 202호 아파트에 침입하여 물건을 훔칠 의도로 202호 아파트의 베란다 철제난간까지 올라가 유리창문을 열려고 시도하였다면 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적 위험성을 포함하는 구체적인 행위를 한 것으로 볼 수 있다“고 판시하고 있다. 원심이 인정한 사실관계와 대법원이 인정한 사실관계에 차이가 있는데, 특히 이 판례에서는 사실관계에 따라 야간주거침입절도죄의 실행의 착수여부가 달리 결정된다는 점에 주의해야 한다.

84. 특수강도죄의 실행의 착수시기(1)

(대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결)

〈쟁점〉

형법 제334조 제1항 소정의 야간주거침입강도죄는 주거침입과 강도의 결합범으로서 시간적으로

주거침입행위가 선행되는 것이므로 주거침입을 한 때에 본죄의 실행에 착수한 것으로 볼 것인지 여부

〈판결요지〉

형법 제334조 제1항 소정의 야간주거침입강도죄는 주거침입과 강도의 결합범으로서 시간적으로 주거침입행위가 선행되는 것이므로 주거침입을 한 때에 본죄의 실행에 착수한 것으로 볼 것인바, 같은 조 제2항 소정의 흉기휴대 합동강도죄에 있어서도 그 강도행위가 야간에 주거에 침입하여 이루어지는 경우에는 주거침입을 한 때에 실행에 착수한 것으로 보는 것이 타당하다. 이 사건 피고인들이 야간에 피해자 1의 집에 이르러 재물을 강취할 의도로 피고인 1이 출입문 옆 창살을 통하여 침입하고 피고인 2는 부엌방충망을 뜯고 들어 가다가 피해자 시아버지의 헛기침에 발각된 것으로 알고 도주함으로써 뜻을 이루지 못하였고, 피고인들이 야간에 피해자 2의 집에 이르러 피고인 1이 담을 넘어 들어가 대문을 열고 피고인 2가 피해자 2의 집에 들어가 부엌에서 식칼을 들고 방안에 들어가는 순간 비상벨이 울려 도주함으로써 뜻을 이루지 못했다는 것이므로, 피고인들이 위와 같이 야간에 주거에 침입한 이상 특수강도죄의 실행에 착수한 것으로서 그 미수범으로서 처단되어야 한다.

〈선정이유〉

이 판결은 야간주거침입강도죄는 주거침입과 강도의 결합범으로서 시간적으로 주거침입행위가 선행되는 것이므로 주거침입을 한 때에 본죄의 실행에 착수한 것으로 본다. 이 판결은 같은 해에 선고된 아래의 대법원 1991. 11. 22. 선고 91도2296 판결과 일치하지 아니한다.

85. 특수강도죄의 실행의 착수시기(2)

(대법원 1991. 11. 22. 선고 91도2296 판결)

〈쟁점〉

형법 제334조 제1항 소정의 야간주거침입강도죄는 주거침입과 강도의 결합범으로서 시간적으로 주거침입행위가 선행되는 것이므로 주거침입을 한 때에 본죄의 실행에 착수한 것으로 볼 것인지 여부

〈판결요지〉

원심은 피고인이 야간에 타인의 재물을 강취하기로 마음먹고 흉기인 칼을 휴대한 채 시정되어 있지 않은 피해자 1의 집 현관문을 열고 마루까지 침입하여 동정을 살피던 중 마침 혼자서 집을 보던 피해자 1의 손녀 피해자 2(14세)가 화장실에서 용변을 보고 나오는 것을 발견하고 갑자기 욕정을 일으켜 칼을 피해자 2의 목에 들이대고 방안으로 끌고 들어가 밀어 넘어뜨려 반항을 억압한 다음 강제로 1회 간음하여 피해자 2를 강간하였다는 범죄사실에 대하여 구 특정범죄가중법(1989.3.25. 법률 제4090호) 제5조의6 제1항, 형법 제334조 제2항, 제1항, 제297조를 적용 처단

하였다.

형법 제334조 제1, 2항 소정의 특수강도의 실행의 착수는 어디까지나 강도의 실행행위 즉 사람의 반항을 억압할 수 있는 정도의 폭행 또는 협박에 나아갈 때에 있다 할 것이고, 위와 같이 야간에 흉기를 휴대한 채 타인의 주거에 침입하여 집안의 동정을 살피는 것만으로는 동 법조에서 말하는 특수강도의 실행에 착수한 것이라고 할 수 없으므로 위의 특수강도에 착수하기도 전에 저질러진 위와 같은 강간행위가 구 특정범죄가중법 제5조의6 제1항 소정의 특수강도강간죄에 해당한다고 판단한 원심판결에는 특수강도강간죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 하지 않을 수 없다.

〈선정이유〉

이 판결은 구 특정범죄가중법(1989.3.25. 법률 제4090호) 제5조의6 제1항[현행 성폭력처벌법 제3조 제2항]의 특수강도강간죄의 성립여부와 관련하여 형법 제334조 제1항 및 제2항의 특수강도강간죄의 실행의 착수시기는 주거침입시가 아니라 폭행 또는 협박시를 기준으로 해야 한다고 본 판례이다. 앞의 판결(대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결)와 상치되는 측면이 있기도 하거니와, 특수강도죄의 특수성을 감안하여 그 실행의 착수시기를 언제로 할 것인지를 검토해 볼 수 있는 유용한 판례이다.

86. 주거침입죄의 기수시기

(대법원 1995. 9. 15. 선고 94도2561 판결)

〈쟁점〉

야간에 타인의 집 창문을 열고 얼굴을 들이미는 등의 행위에 관하여 주거침입죄의 기수를 인정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것이므로 반드시 행위자의 신체의 전부가 범행의 목적인 타인의 주거 안으로 들어가야만 성립하는 것이 아니라 신체의 일부만 타인의 주거 안으로 들어갔다고 하더라도 거주자가 누리는 사실상의 주거의 평온을 해할 수 있는 정도에 이르렀다면 범죄구성요건을 충족하는 것이라고 보아야 할 것이고, 따라서 주거침입죄의 범의는 반드시 신체의 전부가 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있어야만 하는 것이 아니라 신체의 일부라도 타인의 주거 안으로 들어 간다는 인식이 있으면 족하다고 할 것이고, 이러한 범의로써 예컨대 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작하였다면 주거침입죄의 실행의 착수는 있었다고 보아야 하고, 신체의 극히 일부분이 주거 안으로 들어갔지만 사실상 주거의 평온을 해하는 정도에 이르지 아니하였다면 주거침입죄의 미수에 그친다고 할 것이다. 그러므로 타인의 집의 창문을 열고 집 안으로 얼굴을 들이미는 등의 행위를 하였다면 피고인이 자신의 신체의 일부가 집 안으로 들어간다는 인식 하에 하였더라도 주거침입죄의 범의는 인정되고, 또한 비록 신체의 일부만이 집 안으로 들어갔다고 하더라도 사실상 주거의 평온을

해하였다면 주거침입죄는 기수에 이르렀다고 할 것이다.

〈선정이유〉

본 판례는 주거침입죄의 기수시기, 즉 실행의 종료시기에 관한 대표적인 판례로서, 신체의 극히 일부분이 주거 안으로 들어갔다고 하더라도 도 사실상 주거의 평온을 해하였다면 주거침입죄는 기수에 이르렀다고 보아야 한다는 법리를 제시하였다는 점에 그 의의가 있다.

87. 절도죄의 기수시기

(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도6080 판결)

〈쟁점〉

입목에 대한 절도죄가 기수에 이르기 위해 입목을 절취하기 위하여 이를 캐낸 다음 이를 운반하거나 반출하는 등의 행위는 필요로 하는지 여부

〈판결요지〉

입목을 절취하기 위하여 이를 캐낸 때에는 그 시점에서 이미 소유자의 입목에 대한 점유가 침해되어 범인의 사실적 지배하에 놓이게 됨으로써 범인이 그 점유를 취득하게 되는 것이므로, 이때 절도죄는 기수에 이르렀다고 할 것이고, 이를 운반하거나 반출하는 등의 행위는 필요로 하지 않는다고 할 것이다. 원심이 확정한 사실관계에 의하더라도, 피고인 2는 피고인 1이 영산홍을 땅에서 완전히 캐낸 이후에 비로소 범행장소로 와서 피고인 1과 함께 위 영산홍을 승용차까지 운반하였다는 것인바, 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인 1이 영산홍을 땅에서 캐낸 그 시점에서 이미 피해자의 영산홍에 대한 점유가 침해되어 그 사실적 지배가 피고인 1에게 이동되었다고 봄이 상당하므로, 그때 피고인 1의 영산홍 절취행위는 기수에 이르렀다고 할 것이고, 이와 같이 보는 이상 그 이후에 피고인 2가 영산홍을 피고인 1과 함께 승용차까지 운반하였다고 하더라도 그러한 행위가 다른 죄에 해당하는지의 여부는 별론으로 하고, 피고인 2가 피고인 1과 합동하여 영산홍 절취행위를 하였다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

본 판례는 입목에 대한 절도죄는 입목을 절취하기 위하여 이를 캐낸 시점에 기수에 이르고 이를 운반하거나 반출하는 등의 행위는 필요로 하지 않음을 명확히 하였다는 점에 그 의의가 있다. 이러한 법리에 의할 경우 피고인 1이 영산홍을 땅에서 완전히 캐낸 이후에 비로소 피고인 2가 범행장소로 와서 피고인 1과 함께 위 영산홍을 승용차까지 운반한 경우 피고인 1과 피고인 2는 특수절도죄로 의율할 것이 아니라, 피고인 1은 절도죄 그리고 피고인 2는 장물운반죄로 의율하여야 한다.

88. 타인의 수목(樹木)에 대한 횡령죄의 기수시기

(대법원 2012. 8. 17. 선고 2011도9113 판결)

〈쟁점〉

피고인이 보관하던 수목을 함부로 제3자에 매도하는 계약을 체결하고 계약금을 수령·소비한 경우 횡령죄가 기수에 이르렀다고 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

원심판결 이유를 관련 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인이 보관하던 이 사건 수목을 함부로 제3자에 매도하는 계약을 체결하고 계약금을 수령·소비하여 이 사건 수목을 횡령하였다는 공소사실에 관하여 횡령미수죄를 인정한 조치는 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 횡령죄의 기수시기에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

〈판결요지〉

형법 제355조 제1항은 "타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 처벌한다."라고 규정하고 있는바, 횡령죄는 다른 사람의 재물에 관한 소유권 등 본권을 그 보호법익으로 하고 본권이 침해될 위험성이 있으면 그 침해의 결과가 발생하지 아니하더라도 성립하는 이른바 '위험범'에 해당하며, 나아가 횡령행위라고 함은 위탁관계에 의하여 재물을 보관하는 자가 대외적으로 불법영득의사를 표현 내지 실현하거나, 또는 자신이 보관하는 재물을 소유자의 의사와 관계없이 임의로 제3자에게 처분함으로써 정당한 소유자의 본권(本勸) 침해에 관한 구체적인 재산상 위험을 초래하는 유형의 범죄행위를 지칭한다.

피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 횡령의 점의 요지는, 피고인은 이 사건 수목 40그루를 피해자 C를 위하여 보관하던 중, 위 피해자로부터 이 사건 수목을 처분하여도 좋다는 허락을 받지 않았음에도 불구하고, 2008. 4. 8. D와 E에게 이 사건 수목을 대금 1억 9,000만 원에 매도하는 매매계약을 체결하고, 즉석에서 계약금 명목으로 5,000만 원을 교부받아 이를 임의로 사용함으로써 피고인은 시가 1,200만 원 상당의 피해자 C 소유의 이 사건 수목 40그루를 임의로 처분하여 횡령하였다는 것이다.

위 인정사실에 의하면, 피고인이 이 사건 수목에 관하여 합유자인 피해자 C를 배제한 채, 피고인의 단독소유인 것처럼 행세하면서 매매계약을 체결함으로써 "횡령의 불법영득의사가 표현되었다"라고 볼 소지가 있고, 따라서 피고인이 횡령죄의 "실행의 착수"에 나아갔다고 볼 수는 있으나, 더 나아가 합유자인 피해자 C의 소유권 침해에 대한 구체적인 위험발생에까지 이르렀다고는 선뜻 단정하기 어렵다.

왜냐하면, 부동산의 매매계약이라고 함은, 매수인 측에 특별한 잘못이 없다고 하더라도 매도인 측에서 계약금의 배액을 상환하는 방법으로 언제든지 해약할 수 있는 것이고, 특히 무권한자의 계약행위에 대하여는 소유자가 거래상대방에게 무권한자의 사기행위라는 점을 밝힘으로써 부동산 전체의 소유권 상실 위험에서는 손쉽게 벗어날 수 있는 것이며, 실제로 이 사건의 경우에 있어서 피해자 C가 위와 같은 조치를 취함으로써 이 사건 수목 전체에 대한 소유권 상실의 위험에까지는 다다르지 않았던 것으로 보이기 때문이다. 그리고 이 사건 수목은 피해자 C가 임차한 제3자의 토지

에 정착된 부동산으로서(민법 제99조 제1항), 피고인이 '금전', '동산' 등에서와 같은 맥락의 형법적 측면의 직접적인 점유에까지는 다다르지 못한 상태에 있었으며, 이 사건 수목에 관하여 피고인 또는 부동산매수인 명의의 명인방법 등의 조치를 취한 적도 없었고, 피고인이 이 사건 수목을 토지에서 분리 · 보관하거나, 분리 · 반출한 사실도 발견되지 아니한다. 따라서 단순히 피고인이 이 사건 수목에 관한 매매계약을 체결하고 계약금을 수령한 사실만으로는 횡령죄의 '실행의 착수'의 단계를 넘어 더 나아가 '기수범'에 이르렀다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

〈선정이유〉

본 판례는 횡령죄의 본질과 횡령죄의 실행행위인 횡령행위의 종료시기를 명확히 하였다는 점에 그 의의가 있다. 판례가 제시한 법리에 따를 때 피고인이 수목에 관한 매매계약을 체결하고 계약금을 수령하기만 하였을 뿐 수목에 관하여 명의의 명인방법 등의 조치를 취하거나 수목을 토지에서 분리·보관하거나, 분리·반출한 경우가 아닌 한 횡령죄는 미수에 그친다고 보아야 한다.

89. 직권남용죄의 기수시기

(대법원 1978. 10. 10. 선고 75도2665 판결)

〈쟁점〉

정보관계를 담당한 순경이 지구당집행위원회에서 쓸 회의장소에 몰래 설시 도청기를 마련해 놓았다가 회의 개최 전에 들켜 뜯기고 이 때문에 회의 열릴시간이 10분 늦어진 경우 직권남용죄가 기수에 이르렀다고 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형법 제123조의 죄가 기수에 이르려면 의무없는 일을 시키는 행위 또는 권리를 방해하는 행위가 있었다는 것만으로는 부족하고, 지금 당장에 피해자의 의무없는 행위가 이룩된 것 또는 권리방해의 결과가 발생한 것을 필요로 한다고 해석하여야 법문에 충실한 해석이라 하겠다. 따라서 공무원의 직권남용이 있다 하여도 현실적으로 권리행사의 저해가 없다면 본죄의 기수를 인정할 수 없다.

이 사건에 있어서 원판결이 증거에 의하여 확정한 사실을 피고인이 정보관계를 담당한 순경으로서 증거수집을 위하여 원설시 정당의 설시 지구당집행위원회에서 쓸 회의장소에 몰래 설시 도청기를 마련해 놓았다가 회의 개최 전에 들켜 뜯겼다는 것이며 이 때문에 회의 열릴시간이 10분 늦어졌다는 것이고, 원심은 이 회의에 대한 구체적인 사정에 비추어 회의경과에 대한 증거를 삼기 위하여 도청장치를 마련한다는 것은 정당한 목적으로 적법한 범위에서 한 일로는 볼 수 없다고 하였으며, 여기에 대하여 피고인의 범의가 없다고는 할 수 없다는 취지로 판단하여 그의 고의를 인정하고 도청장치를 마련한 사실이 회의전에 회의측에 알려져 뜯겼(도청은 못했다)지만 도청장치 때문에 회의가 예정보다 10분 늦어 시작되었으니 권리행사가 방해된 것이라는 판단으로 본조의 죄의 성립을 인정하였다.

그러나 피고인이 도청기를 설치함으로써, 자유롭게 정당활동을 하고 동 회의의 의사를 진행하며,

회의진행을 도청당하지 아니하고 기타 비밀을 침해당하지 아니하는 권리를 침해당한 것이라는 공소사실에 비추어 회의가 10분 늦어진 사실은 공소범위를 벗어난 것으로 인정될 수 있고, 원심이 확정사실과 같이 도청장치를 하였다가 뜯겨서 도청을 못하였다면 회의진행을 도청당하지 아니할 권리(기타 권리)가 침해된 현실적인 사실은 없다 할 것이므로 직권남용죄의 기수로 논할 수 없음이 뚜렷하고, 미수의 처벌을 정한 바 없으니 도청을 걸었으나 뜻을 못이룬 피고인의 행위는 다른 죄로는 몰라도 형법 제123조를 적용하여 죄책을 지울 수는 없다

〈선정이유〉

본 판례는 기수에 이르려면 의무없는 일을 시키는 행위 또는 권리를 방해하는 행위가 있었다는 것만으로는 부족하고, 지금 당장에 피해자의 의무없는 행위가 이룩된 것 또는 권리방해의 결과가 발생한 것을 필요로 함을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다. 대법원은 이러한 법리를 이유로 도청장치를 하였다가 뜯겨서 도청을 못하였다면 회의진행을 도청당하지 아니할 권리가 침해된 현실적인 사실은 없다고 보아 직권남용죄의 기수에 이르렀다고 볼 수 없다고 판시하였다.

90. 배임죄의 기수시기

(대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

갑 주식회사 대표이사인 피고인이, 자신이 별도로 대표이사를 맡고 있던 을 주식회사의 병 은행에 대한 대출금채무를 담보하기 위해 병 은행에 갑 회사 명의로 약속어음을 발행하여 준 경우 배임죄가 기수에 이르는지 여부

〈판결요지〉

형법 제355조 제2항은 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 배임죄가 성립한다고 규정하고 있고, 형법 제359조는 그 미수범은 처벌한다고 규정하고 있다. 이와 같이 형법은 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 할 것과 그러한 행위로 인해 행위자나 제3자가 재산상 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가할 것을 배임죄의 객관적 구성요건으로 정하고 있으므로, 타인의 사무를 처리하는 자가 배임의 범의로, 즉 임무에 위배하는 행위를 한다는 점과 이로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한다는 점에 대한 인식이나 의사를 가지고 임무에 위배한 행위를 개시한 때 배임죄의 실행에 착수한 것이고, 이러한 행위로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한 때 기수에 이른다.

주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 회사 명의로 의무를 부담하는 행위를 하더라도 일단 회사의 행위로서 유효하고, 다만 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다. 따라서 상대방이 대표권남용 사실을 알았거나 알 수 있었던 경우 그 의무부담행위는 원칙적으로 회사에 대하여 효력이 없고, 경제적 관점에서 보아도 이러한 사실만으로는 회사에 현실적인 손해가 발생하였다거나 실해 발생의 위험이 초래되었다

고 평가하기 어려우므로, 달리 그 의무부담행위로 인하여 실제로 채무의 이행이 이루어졌다거나 회사가 민법상 불법행위책임을 부담하게 되었다는 등의 사정이 없는 이상 배임죄의 기수에 이른 것은 아니다. 그리고 상대방이 대표권남용 사실을 알지 못하였다는 등의 사정이 있어 그 의무부담행위가 회사에 대하여 유효한 경우에는 회사의 채무가 발생하고 회사는 그 채무를 이행할 의무를 부담하므로, 이러한 채무의 발생은 그 자체로 현실적인 손해 또는 재산상 실해 발생의 위험이라고 할 것이어서 그 채무가 현실적으로 이행되기 전이라도 배임죄의 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 약속어음 발행을 한 행위가 배임죄에 해당하는지도 원칙적으로 위에서 살펴본 의무부담행위와 마찬가지로 보아야 한다. 다만 약속어음 발행의 경우 어음법상 발행인은 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못하므로(어음법 제17조, 제77조), 어음발행이 무효라 하더라도 그 어음이 실제로 제3자에게 유통되었다면 회사로서는 어음채무를 부담할 위험이 구체적·현실적으로 발생하였다고 보아야 하고, 따라서 그 어음채무가 실제로 이행되기 전이라도 배임죄의 기수범이 된다. 그러나 약속어음 발행이 무효일 뿐만 아니라 그 어음이 유통되지도 않았다면 회사는 어음발행의 상대방에게 어음채무를 부담하지 않기 때문에 특별한 사정이 없는 한 회사에 현실적으로 손해가 발생하였다거나 실해 발생의 위험이 발생하였다고도 볼 수 없으므로, 이때에는 배임죄의 기수범이 아니라 배임미수죄로 처벌하여야 한다.

〈선정이유〉

본 판례는 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는바, 주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 회사 명의로 의무를 부담하는 행위를 한 경우 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 되므로, 그 의무부담행위로 인하여 실제로 채무의 이행이 이루어졌다거나 회사가 민법상 불법행위책임을 부담하게 되었다는 등의 사정이 없는 이상 배임죄의 기수에 이른 것은 아님을 명시한 데 그 의의가 있다. 이러한 법리에 따라 주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 약속어음 발행하였더라도 약속어음 발행이 무효일 뿐만 아니라 그 어음이 유통되지도 않았다면 배임죄의 기수가 아니라 미수범으로 처벌되어야 한다고 판시하였다.

91. 미수범처벌규정의 존재

(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도8767 판결)

〈쟁점〉

여신전문금융업법위반상 신용카드부정사용죄의 기수시기

〈판결요지〉

여신전문금융업법 제70조 제1항은 분실 또는 도난된 신용카드 또는 직불카드를 판매하거나 사용한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있는바, 위 부정사용죄

의 구성요건적 행위인 신용카드의 사용이라 함은 신용카드의 소지인이 신용카드의 본래 용도인 대금결제를 위하여 가맹점에 신용카드를 제시하고 매출전표에 서명하여 이를 교부하는 일련의 행위를 가리키므로 단순히 신용카드를 제시하는 행위만으로는 신용카드부정사용죄의 실행에 착수한 것이라고 할 수는 있을지언정 그 사용행위를 완성한 것으로 볼 수 없고, 신용카드를 제시한 거래에 대하여 카드회사의 승인을 받았다고 하더라도 마찬가지라 할 것이다.

피고인이 절취한 신용카드로 대금을 결제하기 위하여 신용카드를 제시하고 카드회사의 승인까지 받았으나 나아가 매출전표에 서명을 한 사실을 인정할 증거는 없고, 카드가 없어진 사실을 알게 된 피해자에 의해 거래가 취소되어 최종적으로 매출취소로 거래가 종결된 사실이 인정된다면, 피고인의 행위는 신용카드 부정사용의 미수행위에 불과하다 할 것인데 여신전문금융업법에서 위와 같은 미수행위를 처벌하는 규정을 두고 있지 아니한 이상 피고인을 위 법률위반죄로 처벌할 수 없다.

〈선정이유〉

형법 제29조는 “미수범을 처벌할 죄는 각 본조에 정한다.”고 규정하고 있다. 따라서 어떤 행위가 “범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때”에 해당한다고 하더라도 미수범 처벌규정이 없는 때에는 그 행위를 처벌할 수 없다. 이 판례는 여신전문금융업법위반상 신용카드부정사용죄는 신용카드의 소지인이 신용카드의 본래 용도인 대금결제를 위하여 가맹점에 신용카드를 제시하고 매출전표에 서명하여 이를 교부하는 일련의 행위를 가리키고, 본죄에 대해서는 미수범 처벌규정이 없으므로 단순히 신용카드를 제시하는 행위만으로는 신용카드부정사용죄(의 미수범)로 처벌할 수 없음을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다.

92. 결과적 가중범의 미수범의 처벌

(대법원 2013. 8. 22. 선고 2013도7138 판결)

〈쟁점〉

피고인이 자신이 근무하는 회사의 여성근로자인 피해자가 자고 있는 기숙사 방에 흉기를 휴대하고 들어가 甲을 위협하며 강간을 시도하였는데, 반항을 제압하는 과정에서 피해자에게 상해를 입히고 강간행위는 미수에 그친 경우 성폭력처벌법위반(강간등치상)의 미수범으로 처벌할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

구 성폭력처벌법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되기 전의 것) 제14조에서 정한 같은 법 제8조 제1항에 대한 미수범처벌규정은 제8조 제1항에서 특수강간치상죄와 함께 규정된 특수강간상해죄의 미수에 그친 경우, 즉 특수강간의 죄를 범하거나 미수에 그친 자가 피해자에 대하여 상해의 고의를 가지고 피해자에게 상해를 입히려다가 미수에 그친 경우 등에 적용될 뿐, 같은 법 제8조 제1항에서 정한 특수강간치상죄에는 적용되지 않는다.

〈판결요지〉

성폭력처벌법상 특수강간치상죄에 관하여 미수범 처벌규정이 있는 이상 그 미수를 인정할 수 있고, 다양한 형태의 결과적 가중범들의 통일적 규율이라는 관점이나 결과적 가중범에 관한 일반이론에 근거하여 미수 처벌규정을 사문화(死文化)시키는 것은 죄형법정주의나 엄격해석 원칙 등에 비추어 타당하지 않으며, 형법과 성폭력처벌법에서 결과적 가중범에 대한 미수 처벌규정을 둔 점, 행위관련적 결과적 가중범에서 미수의 개념을 인정할 이론적 근거가 있는 점, 특례법상 특수강간치상에서 기본범죄인 특수강간이 결과인 상해 발생보다 중하다고 할 수 있는 점, 결과적 가중범에 대한 미수범 처벌규정의 체계론적 관점에서 보더라도 개별적으로 미수범 처벌규정을 둠으로써 결과적 가중범의 미수를 인정할 수 있는 점, 경미한 상해로 인한 결과적 가중범에 대하여 사안에 맞는 적절한 형을 부과할 필요가 있는 점, 성폭력처벌법에 의한 특수강간치상죄의 미수범을 인정하더라도 형법의 강간치상죄와 사이에 큰 불균형이 예상되지 않고 오히려 특수강도강간범이 기본범죄는 미수에 그치고 상해의 결과를 발생한 경우와 처벌의 균형을 맞출 필요가 있는 점 등을 종합할 때, 성폭력처벌법 제14조에 따라 성폭력처벌법 제8조 제1항에 따른 특수강간치상죄의 미수범을 인정하는 것이 타당하다.

〈선정이유〉

이른바 결과적 가중범에서 기본범죄가 미수에 그치고 중한 결과가 발생한 경우 결과적가중범의 미수범으로 처벌할 수 있는지 여부에 관하여 대법원은 이를 부정하는 입장을 취해 왔다(대법원 2008. 4. 24. 선고 2007도10058 판결 참조). 이 사건에서는 원심이 기존의 대법원의 입장에 반대하면서 결과적가중범의 미수범을 인정하는 것이 타당함을 주장하였으나 대법원은 기존의 입장을 고수하고 있다.

Ⅲ. 중지범

93. 자의에 의한 중지인지의 판단기준

(대법원 1993. 10. 12. 선고 93도1851 판결)

〈쟁점〉

피고인이 피해자를 강간하려다가 피해자의 다음 번에 만나 친해지면 응해 주겠다는 취지의 간곡한 부탁으로 인하여 그 목적을 이루지 못한 후 피해자를 자신의 차에 태워 집에까지 데려다 준 것이 자의에 의한 중지인지의 여부

〈판결요지〉

범죄의 실행행위에 착수하고 그 범죄가 완수되기 전에 자기의 자유로운 의사에 따라 범죄의 실행행위를 중지한 경우에 그 자의에 의한 중지가 일반사회통념상 장애에 의한 미수라고 보여지는 경우가 아니면 이는 중지미수에 해당한다고 할 것이다. 피고인은 피해자를 강간하려고 하다가 피해자가 다음 번에 만나 친해지면 응해 주겠다는 취지의 간곡한 부탁으로 인하여 그 목적을 이루지 못했다는 것이며, 기록에 의하면 그 후 피고인은 피해자를 자신의 차에 태워 집에까지 데려다 준

사실이 엿보이는바, 위 사실에 의하면 피고인은 자의로 피해자에 대한 강간행위를 중지한 것이고 피해자가 다음에 만나 친해지면 응해 주겠다는 취지의 간곡한 부탁은 사회통념상 범죄실행에 대한 장애라고 여겨지지는 아니하므로 이 사건 피고인의 행위는 중지미수에 해당한다고 할 것이다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결 : 피고인들이 강도행위를 하던 중 피해자를 강간하려고 작은 방으로 끌고 가 팬티를 강제로 벗기고 음부를 만지던 중 피해자가 수술한 지 얼마 안 되어 배가 아프다면서 애원하는 바람에 그 뜻을 이루지 못하였다면, 강도행위의 계속 중 이미 공포상태에 빠진 피해자를 강간하려고 한 이상 강간의 실행에 착수한 것이고, 피고인들이 간음행위를 중단한 것은 피해자를 불쌍히 여겨서가 아니라 피해자의 신체조건상 강간을 하기에 지장이 있다고 본 데에 기인한 것이므로, 이는 일반의 경험상 강간행위를 수행함에 장애가 되는 외부적 사정에 의하여 범행을 중지한 것에 지나지 않는 것으로서 중지범의 요건인 자의성을 결여하였다.

(2) 대법원 1997. 6. 13. 선고 97도957 판결 : 피고인이 장롱 안에 있는 옷가지에 불을 놓아 건물을 소훼하려 하였으나 불길이 치솟는 것을 보고 겁이 나서 물을 부어 불을 끈 것이라면, 위와 같은 경우 치솟는 불길에 놀라거나 자신의 신체안전에 대한 위해 또는 범행 발각시의 처벌 등에 두려움을 느끼는 것은 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 이를 자의에 의한 중지미수라고는 볼 수 없다.

(3) 대법원 1999. 4. 13. 선고 99도640 판결 : 피고인이 피해자를 살해하려고 그의 목 부위와 왼쪽 가슴 부위를 칼로 수회 찔렀으나 피해자의 가슴 부위에서 많은 피가 흘러나오는 것을 발견하고 겁을 먹고 그만두는 바람에 미수에 그친 것이라면, 위와 같은 경우 많은 피가 흘러나오는 것에 놀라거나 두려움을 느끼는 것은 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 이를 자의에 의한 중지미수라고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

본 판례는 “범죄의 실행행위에 착수하고 그 범죄가 완수되기 전에 자기의 자유로운 의사에 따라 범죄의 실행행위를 중지한 경우에 그 자의에 의한 중지가 사회통념상 장애에 의한 미수라고 보여지는 경우가 아니면 이는 중지미수에 해당한다.”고 하여 중지미수의 요건인 자의성의 판단기준을 제시하였다는 점에 그 의의가 있다.

94. 예비의 중지

(대법원 1991. 6. 25. 선고 91도436 판결)

〈쟁점〉

예비행위를 한 후 자의로 실행행위로 나아가지 않은 경우 중지범에 관한 규정은 준용하여 그 형을 감면할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

중지범은 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것이고, 실행의 착수가 있기 전인 예비·음모의 행위를 처벌하는 경우에 있어서는 중지범의 관념은 이를 인정할 수 없다.

〈선정이유〉

중지범도 미수범의 한 유형이므로 중지범에 관한 규정은 원칙적으로 예비·음모단계를 넘어서 실행의 착수 이후 단계에 적용된다. 대법원은 예비·음모행위를 한 후 자의로 실행의 착수로 나아가지 않은 경우 중지범에 관한 규정(형법 제27조)를 준용하여 예비·음모죄의 형을 감면할 수 있는지에 관하여 이를 부정하는 입장을 취하고 있다. 이에 반해 학계에서는 중지미수가 자의에 의해 범행을 중지한 자에게 형의 감면이라는 법적 효과를 부여함으로써 범죄가 완성되는 것을 방지하려는 데 그 의의가 있음을 고려해 볼 때, 예비 또는 음모행위를 한 후 자의로 실행의 착수로 나아가지 않은 경우에는 중지미수 규정은 준용하여 그 형을 감면하는 것이 타당하다는 주장이 제기되고 있다.

95. 공범의 중지

(대법원 1986. 3. 11. 선고 85도2831 판결)

〈쟁점〉

공범에서 중지미수가 인정되기 위한 요건

〈판결요지〉

다른 공범의 범행을 중지하게 하지 아니한 이상 자기만의 범의를 철회, 포기하여도 중지미수로는 인정될 수 없는 것인바, 기록에 의하면, 피고인 1은 피고인 2와 합동하여 피해자를 텐트 안으로 끌고 간 후 피고인 2, 피고인 1의 순으로 성관계를 하기로 하고 피고인 1은 위 텐트 밖으로 나와 주변에서 망을 보고 피고인 2는 피해자의 옷을 모두 벗기고 피해자의 반항을 억압한 후 피해자를 1회 간음하여 강간하고, 이어 피고인 1이 위 텐트 안으로 들어가 피해자를 강간하려 하였으나 피해자가 반항을 하며 강간을 하지 말아 달라고 사정을 하여 강간을 하지 않았다는 것이므로, 앞서 본 법리에 비추어 보면 피고인 2가 피고인 1의 공모하에 강간행위에 나아간 이상 비록 피고인 1이 강간행위에 나아가지 않았다 하더라도 중지미수에 해당하지는 않는다고 할 것이다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 1984. 1. 31. 선고 83도2941 판결 : 행위자 상호간에 범죄의 실행을 공모하였다면 다른 공모자가 이미 실행에 착수한 이후에는 그 공모관계에서 이탈하였다고 하더라도 공동정범의 책임을 면할 수 없는 것이므로 피고인 등이 금품을 강취할 것을 공모하고 피고인은 집 밖에서 망을 보기로 하였으나, 다른 공모자들이 피해자의 집에 침입한 후 담배를 사기 위해서 망을 보지 않았다고 하더라도, 피고인은 강도상해죄의 공동정범의 죄책을 면할 수가 없다.

(2) 대법원 1986. 3. 11. 선고 85도2831 판결 : 피고인 1은 피고인 2와 함께 피해자가 경영하

는 사무실의 금품을 절취하기로 공모하여 피고인 1은 그 부근 포장마차에 있고 피고인 2는 위 사무실의 열려진 출입문을 통하여 안으로 들어가 물건을 물색하고 있는 동안 피고인 1은 자신의 범행전력 등을 생각하여 가책을 느낀 나머지 스스로 결의를 바꾸어 피해자에게 피고인 2의 침입사실을 알려 그와 함께 피고인 2를 체포하여서 그 범행을 중지하여 결과발생을 방지하였다는 것이므로 피고인 1의 소위는 중지미수의 요건을 갖추었다고 할 것이다.

〈선정이유〉

이 판례는 공범에서 중지미수로 인정되기 위해서는 자기만의 범의를 철회, 포기하는 것으로는 족하지 않고 다른 공범의 범행을 중지하게 하여야 함을 분명히 하였다는 점에 그 의의가 있다. 같은 이유에서 행위자 상호간에 범죄의 실행을 공모하였다면 다른 공모자가 이미 실행에 착수한 이후에는 그 공모관계에서 이탈하였다고 하더라도 공동정범의 책임을 면할 수 없다.

Ⅳ. 불능범

96. 실행의 수단 또는 대상의 착오

(대법원 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우 준강간죄의 불능미수 성립을 인정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견] 형법 제300조는 준강간죄의 미수범을 처벌한다. 또한 형법 제27조는 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라고 규정하여 불능미수범을 처벌하고 있다. 따라서 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간죄에서 규정하고 있는 구성요건적 결과의 발생이 처음부터 불가능하였고 실제로 그러한 결과가 발생하였다고 할 수 없다. 피고인이 준강간의 실행에 착수하였으나 범죄가 기수에 이르지 못하였으므로 준강간죄의 미수범이 성립한다. 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었으므로 준강간죄의 불능미수가 성립한다.

피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사를 가지고 간음하였으나, 실행의 착수 당시부터 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않았다면, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 준강간죄의 기수에 이를 가능성이 처음부터 없다고 볼 수 있다. 이 경우 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 정신적·신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람의

성적 자기결정권을 침해하여 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었다면 불능미수가 성립한다.

[반대의견] 형법 제27조의 입법취지는, 행위자가 의도한 대로 구성요건을 실현하는 것이 객관적으로 보아 애당초 가능하지 않았기 때문에 원칙적으로 미수범으로도 처벌의 대상이 되지 않을 것이지만 규범적 관점에서 보아 위험성 요건을 충족하는 예외적인 경우에는 미수범으로 보아 형사처벌을 가능하게 하자는 데 있다. 그렇기 때문에 형법 제27조에서 말하는 결과 발생의 불가능 여부는 실행의 수단이나 대상을 착오한 행위자가 아니라 그 행위 자체의 의미를 통찰력이 있는 일반인의 기준에서 보아 어떠한 조건 하에서도 결과 발생의 개연성이 존재하지 않는지를 기준으로 판단하여야 한다. 따라서 일정한 조건 하에서는 결과 발생의 개연성이 존재하지만 특별히 그 행위 당시의 사정으로 인해 결과 발생이 이루어지지 못한 경우는 불능미수가 아니라 장애미수가 될 뿐이다.

다수의견은 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간의 결과 발생이 불가능하였고 실제로 준강간죄의 구성요건에 해당하는 결과는 발생하지 않았지만 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 객관적으로 일반인의 판단으로 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었으므로 준강간죄의 불능미수가 성립한다고 한다. 그러나 준강간죄의 행위객체는 사람이므로, 이 사건에서 애당초 구성요건실현의 대상이 될 수 없다는 의미에서의 대상의 착오는 존재하지 않는다. 나아가 피고인이 피해자를 간음의 대상으로 삼은 데에 객체의 동일성에 관한 착오도 없었다. 다수의견은 피고인에게 '실행의 수단의 착오'도 있었던 것처럼 설시하고 있으나, 이 사건에서 어떠한 점에서 실행의 수단의 착오가 있다는 것인지 설명이 없다. 다수의견에서 이 사건이 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간의 결과 발생, 즉 간음으로 인한 피해자의 성적 자기결정권 침해가 불가능한 경우에 해당한다고 본 것은 잘못이다.

〈참조판례〉

대법원 2015. 8. 13. 선고 2015도7343 판결 : 피해자는 피고인 및 피해자의 남자친구 등과 함께 술을 마시다가 만취하여 남자친구의 등에 업혀 피고인의 집에 가게 된 사실, 피해자는 남자친구와 피고인의 집 안방 침대에 같이 누워 있었는데, 피고인은 열려 있던 안방 문 앞에 계속 서 있다가 피해자에게 다가가서 피해자를 툭툭 쳐보고, 이불을 들추어 속옷이 들어난 피해자를 한참 쳐다보았으나 피해자가 아무런 반응을 하지 않았던 사실, 이에 피고인은 이불을 덮은 후 이불 속으로 손을 넣어 피해자의 엉덩이와 다리를 만지고, 팬티 위로 음부를 만지다가 팬티 속으로 손을 넣어 음부에 손가락을 집어넣은 사실, 피해자는 피고인이 안방 문 앞에 서 있을 때부터 음부에 손가락을 집어넣을 때까지 자지 않고 깨어 있었음에도 피해자가 G에 있는 미용실 중 한 곳에 미용사로 이직하는 것을 고려하고 있는 입장에서 피고인이 G에서 미용실을 운영하고 있을 뿐만 아니라, 남자친구가 피고인이 운영하는 미용실의 직원으로 근무하고 있는 점 때문에 어떻게 대처해야 할지 고민하다가 피고인의 위와 같은 행위에 대해 아무런 대응을 하지 않고 잠을 자는 척하고 있었던 사실을 알 수 있다.

위와 같은 사실에 의하면, 피고인은 피해자가 심신상실의 상태에 있다고 인식한 채 이를 이용하여 피해자의 성기에 손가락을 넣겠다는 의사로 위와 같은 행위를 하여 피고인은 준유사강간의 고의를 가지고 있었다고 할 것이고, 비록 피고인이 피해자의 의사에 반하여 피해자의 성기에 손가락을 넣었으나. 피해자가 실제로는 심신상실의 상태에 있지 않음으로써 대상의 착오로 인하여 유사강간 결과의 발생이 불가능하였으며, 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 객관적으로 일반인의

판단으로 보았을 때 유사강간의 결과가 발생할 위험성도 있다고 할 것이므로, 결국 피고인의 위와 같은 행위는 준유사강간죄의 불능미수에 해당할 여지가 많다.

〈선정이유〉

불능미수의 법리에 관해서는 그동안 주목할만한 판례가 없었는데, 이 판례는 불능미수의 본질, 성립요건 그리고 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우를 불능미수로 볼 것인가 또는 장애미수로 볼 것인가에 대한 판단을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다. 다수의견은 이 사건을 불능미수에 해당한다고 본 반면, 반대의견은 이 사건은 일정한 조건 하에서는 결과 발생의 개연성이 존재하지만 특별히 그 행위 당시의 사정으로 인해 결과 발생이 이루어지지 못한 경우로서 불능미수에 해당한다고 볼 수 없다고 보았다.

97. 결과발생의 불가능

(대법원 1984. 2. 14. 선고 83도2967 판결)

〈쟁점〉

피고인이 치사량에 현저히 미달하는 농약으로 피해자를 독살하려 하였으나 동인이 토함으로써 그 목적을 이루지 못한 경우가 장애미수에 해당하는지 또는 불능미수에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

원심은 피고인이 남편인 피해자를 살해할 것을 결의하고 배추국 그릇에 농약인 종자소독약 유제 3호 8ml 가량을 탄 다음 피해자에게 먹게 하여 동인을 살해하고자 하였으나 이를 먹던 피해자가 국물을 토함으로써 그 목적을 이루지 못하고 미수에 그친 사실을 인정하고 피고인에 대하여 형법 제254조, 제250조 제1항, 제25조, 제55조 등을 적용하여 처단하고 있다. 그러나 위 농약유제 3호는 동물에 대한 경구치사량에 있어서 엘디(LD) 50이 kg당 1.590mg이라고 되어 있어서 피고인이 사용한 양은 그 치사량에 현저히 미달한 것으로 보이고, 한편 형법은 범죄의 실행에 착수하여 결과가 발생하지 아니한 경우의 미수와 실행수단의 착오로 인하여 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 경우의 미수와는 구별하여 처벌하고 있으므로 원심으로서는 이 사건 종자소독약 유제 3호의 치사량을 좀 더 심리한 다음 피고인의 소위가 위의 어느 경우에 해당하는지를 가렸어야 할 것임에도 불구하고 원심이 이를 심리하지 아니한 채 그 판시와 같은 사유만으로 피고인에게 형법 제254조, 제250조 제1항, 제25조의 살인미수의 죄책을 인정하였음은 장애미수와 불능미수에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다 할 것이다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3687 판결 : 불능범은 범죄행위의 성질상 결과발생 또는 법익침해의 가능성이 절대로 있을 수 없는 경우를 말하는 것이다. 기록에 의하면 초우뿌리나 부자(附子)는 만성관절염 등에 효능이 있으나 유독성 물질을 함유하고 있어 과거 사약(死藥)으로 사용된

약초로서 그 독성을 낮추지 않고 다른 약제를 혼합하지 않은 채 달인 물을 복용하면 용량 및 체질에 따라 다르나 부작용으로 사망의 결과가 발생할 가능성을 배제할 수 없는 사실을 알 수 있는바, 원심이 그 설시 증거를 종합하여 피고인이 원심 공동피고인과 공모하여 일정량 이상을 먹으면 사람이 사망에 이를 수도 있는 초우뿌리 또는 부자 달인 물을 피해자(원심 공동피고인의 남편)에게 마시게 하여 피해자를 살해하려고 하였으나 피해자가 이를 토해버림으로써 미수에 그친 행위를 불능범이 아닌 살인미수죄로 본 제1심의 판단을 유지한 것은 정당하고 거기에 불능범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

(2) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3331 판결 : 이 사건 농약의 치사추정량이 쥐에 대한 것을 인체에 대하여 추정하는 극히 일반적 추상적인 것이어서 마시는 사람의 연령, 체질, 영양 기타의 신체의 상황 여하에 따라 상당한 차이가 있을 수 있는 것이라면 피고인이 요구르트 한 병마다 섞은 농약 1.6cc가 그 치사량에 약간 미달한다 하더라도 이를 마시는 경우 사망의 결과발생 가능성을 배제할 수는 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

불능미수는 실행의 수단 또는 대상의 착오가 있는 모든 경우가 아니라 그로 인해 결과발생이 불가능한 경우에 성립하는바, 여기서 결과발생이 불가능하다고 함을 의미하는바(대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3687 판결), 사망의 결과가 발생할 가능성을 배제할 수 없는 '초우뿌리' 또는 '부자' 달인 물로 피해자를 살해하려다 미수에 그친 경우는 불능미수가 아니라 장애미수로 처벌된다. 치사량에 약간 미달하는 양의 농약도 사망의 결과발생 가능성을 배제할 수는 없으므로 치사량에 약간 미달하는 양의 농약으로 사람을 살해하려다 미수에 그친 때에는 장애미수로 처벌해야 한다. 이와는 달리 치사량에 미달하는 농약으로 사람을 살해하려다 미수에 그친 경우 그것이 현저하게 치사량에 미달하는 때에는 장애미수가 아니라 불능미수로 처벌해야 한다. 위 판례는 실행의 수단 또는 대상의 착오가 있는 경우 그것이 장애미수에 해당하는지 또는 불능미수에 해당하는지에 관한 판단기준을 분명히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

98. 위험성의 판단기준

(대법원 2005. 12. 8. 선고 2005도8105 판결)

〈쟁점〉

소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기한 경우가 사기죄의 불능미수에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

불능범의 판단 기준으로서 위험성 판단은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 있느냐를 따져야 하고, 한편 민사소송법상 소송비용의 청구는 소송비용액 확정절차에 의하도록 규정하고 있으므로, 위 절차에 의하지 아니하고 손해배상금 청구의 소 등으로 소송비용의 지급을 구하는 것은 소의 이익이 없는 부적법한 소로

서 허용될 수 없다고 할 것이다. 따라서 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기하였다고 하더라도 이는 객관적으로 소송비용의 청구방법에 관한 법률적 지식을 가진 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 없어 위험성이 인정되지 않는다고 할 것이다.

피고인이 공소외 1로부터 소송비용 명목으로 공소외 2를 통하여 100만 원을 이미 송금받았음에도 불구하고 공소외 1을 피고로 하여 종전에 피고인이 공소외 1을 상대로 제기하였던 여러 소와 관련한 소송비용 상당액의 지급을 구하는 손해배상금 청구의 소를 제기하였다가 담당 판사로부터 소송비용의 확정은 소송비용액 확정절차를 통하여 하라는 권유를 받고 위 소를 취하한 경우, 피고인이 제기한 이 사건 손해배상금 청구의 소는 소의 이익이 흠결된 부적법한 소로서 각하를 면할 수 없어 피고인이 승소할 수 없고, 그렇다면 피고인의 이 부분 소송사기 범행은 실행 수단의 착오로 인하여 결과 발생이 불가능할 뿐만 아니라 위험성도 없다 할 것이어서 소송사기죄의 불능미수에 해당한다.

〈참조판례〉

대법원 1978. 3. 28. 선고 77도4049 판결 : 불능범의 판단기준으로서 위험성 판단은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있느냐를 따져야 하므로 히로뽕제조를 위하여 에페트린에 빙초산을 혼합한 행위가 불능범이 아니라고 인정하려면 위와 같은 사정을 놓고 객관적으로 제약방법을 아는 과학적 일반인의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있어야 한다.

〈선정이유〉

불능미수로 처벌되기 위해서는 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과발생이 불가능해야 할 뿐만 아니라 위험성이 인정되어야 한다. 위험성의 판단과 관련해서는 행위자가 인식한 사정만을 기준으로 할 것인가 또는 행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식한 사정을 모두 기준으로 할 것인가 그리고 순수한 의미의 일반인을 기준으로 할 것인가 또는 해당분야에 과학적 또는 법률적 지식을 가진 일반인을 기준으로 할 것인가가 문제된다. 위 판례는 불능범의 성립요건으로서 위험성은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 법률적 지식을 가진 일반인 또는 과학적 일반인의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있느냐를 따져야 한다는 점을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다.

제5장 공범론

Ⅰ. 공동정범

99. 공동가공의 의사(1)

(대법원 1985. 5. 14. 선고 84도2118 판결)

〈쟁점〉

우발적으로 수인의 피고인이 피해자를 연달아 폭행한 경우 공동정범이 인정되는지 여부

〈판결요지〉

이 사건 범행 당시 피고인은 피고인 2, 원심 상피고인, 공소외인 등과 뱃놀이를 하면서 술을 마셔 만취된 상태에서 술을 더 마시자고 의논이 되어 사건 현장 술집에 가게 되었는데 피고인과 피고인 2가 앞서 가다가 피고인이 마루에 걸터앉아 있던 피해자 앞을 지나면서 그의 발을 걸은 것이 발단이 되어 시비가 일어나자, (1) 화가 난 피고인이 손으로 피해자의 멱살을 잡아 흔들다 뒤로 밀어버려 피해자로 하여금 그곳 토방 시멘트바닥에 넘어져 나무기둥에 뒷머리를 부딪치게 하였고, (2) 이때 뒤따라 들어오던 원심 상피고인이 그 장면을 보고 들고 있던 쪽대(고기망태기)를 마당에 집어던지고 욕설을 하면서 피해자에게 달려들어 양손으로 멱살을 잡고 수회 흔들다가 밀어서 피해자를 뒤로 넘어뜨려 피해자로 하여금 뒷머리를 토방 시멘트바닥에 또다시 부딪치게 하였으며, (3) 원심 상피고인은 이에 이어서 그곳 부엌 근처에 있던 삽을 손에 들고 피해자의 얼굴 우측부위를 1회 때려 동인으로 하여금 넘어지면서 뒷머리를 장독대 모서리에 부딪치게 하여, 그 결과 피해자로 하여금 뇌저부경화동맥파열상을 입게 하여 사망에 이르게 하였다는 사실을 인정하고, 위 인정 범죄사실에 대하여 피고인과 원심 상피고인을 상해치사죄의 공동정범으로 처단하고 있다.

그러나, 공동정범은 행위자 상호 간에 범죄행위를 공동으로 한다는 공동가공의 의사를 가지고 범죄를 공동실행하는 경우에 성립하는 것으로서, 여기에서의 공동가공의 의사는 공동행위자 상호간에 있어야 하며 행위자 일방의 가공의사만으로는 공동정범 관계가 성립할 수 없다 할 것인바, 원심이 인정한 싸움의 경위와 내용에 의하면 피고인과 원심 상피고인의 각 범행은 우연한 사실에 기하여 우발적으로 발생한 독립적인 것으로 보일 뿐 양인 간에 범행에 관한 사전모의가 있었던 것으로는 보여지지 않고, 또 원심 상피고인이 피고인의 범행을 목격하고 이에 가세한 것으로는 인정되나 피고인이 원심 상피고인의 가세 사실을 미리 인식하였거나 의욕하였던 것으로 보기 어려우며, 범행내용에 있어서도 피고인의 위 (1) 범행에는 원심 상피고인이 가담한 사실이 없고, 원심 상피고인의 위 (2), (3) 범행에는 피고인이 이에 가담한 사실이 없을 뿐만 아니라(기록에 의하면 피고인은 원심 상피고인의 폭행 내지 상해행위를 말린 사실이 인정될 뿐 함께 폭행 내지 상해에 가담한 사실은 인정되지 아니한다) 그 과정에서 피고인과 원심 상피고인 사이에 암묵적으로라도 공동실행의 의사가 형성된 것으로 보기도 어려우니, 그 판시내용과 같은 범죄사실을 인정하여 피고인을 상해치사죄의 공동정범으로 본 원심판단에는 공동정범의 법리를 오해하여 법률적용을 잘못한 위법이 있다고 할 것이다.

〈선정이유〉

이 판례는 수인을 공동정범으로 처벌하기 위해서는 행위자 상호간에 범죄행위를 공동으로 한다는 공동가공의 의사를 가지고 범죄를 공동실행한 사실이 인정되어야 하고, 공동가공의 의사는 공동행위자 상호간에 있어야 하며 행위자 일방의 가공의사만으로는 공동정범 관계가 성립할 수 없음을 분명히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

100. 공동가공의 의사(2)

(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결)

〈쟁점〉

있는지 여부

〈판결요지〉

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 하고, 이와 같은 공동가공의 의사는 이른바 공모공동정범의 경우에 있어서도 마찬가지로 요구된다.

피고인은 자신의 강간 상대방으로 정해졌다는 공소외 1을 강간하거나, 원심 공동피고인 2 및 원심 공동피고인 1의 범행에 공동가공하여 피해자들을 폭행하거나 협박하는 등으로 실행행위를 한 바가 전혀 없다는 것이고, 나아가 원심 공동피고인 1의 경찰에서의 진술에 의하면, 원심 공동피고인 2의 제의에 따라 원심 공동피고인 1은 피해자 2를, 원심 공동피고인 2는 피해자 1을 각 강간하기로 하였으나, 피고인은 아무런 말도 하지 않았다는 것이며, 원심 공동피고인 2의 진술에 의하면, 피고인은 처음부터 처벌이 두려워 강간할 마음이 없었던 것으로 알고 있다는 것이고, 공소외 1의 진술에 의하면, 원심 공동피고인 2와 원심 공동피고인 1이 피해자들을 강간하기 위하여 숲 속으로 끌고 갈 때 피고인은 야산 입구에 앉은 채 "우리 그대로 가만히 앉아 있자"고 하면서 자신의 몸에 손도 대지 않았고, 이에 피고인 옆에 앉아 서로 각자 가지고 있던 담배를 피우면서 피고인의 물음에 대하여 "현재 이모집에서 살고 있고, 미용실에 근무하고 있다."라고 말하였고, 자신의 휴대폰으로 수 차 전화를 걸어 온 피해자 2의 남자친구인 공소외 2와 통화를 하기까지 하였는데, 그때 피고인이 통화를 제지하지도 아니하였고, 자신이 피해를 당하고 있는 친구들에게 데려다 달라고 하거나, 피고인이 자신의 팔을 잡아 만류한 적은 없고 다만, 친구들이 애처로워 피고인에게 "우리 친구들을 좀 보내주면 안 되느냐"고 부탁하자, 피고인은 아무런 대꾸도 없이 그 자리에 앉아 있었다는 것인바, 이와 같은 전후 사정을 종합하여 볼 때, 피고인이 원심 공동피고인 2 및 원심 공동피고인 1로부터 피해자 일행을 강간하자는 제의를 받고 가부 간에 아무런 의사표시를 하지 아니한 채 가만히 있었다는 점만으로는 피고인이 원심 공동피고인 2 및 원심 공동피고인 1과 강간범행을 공모한 것으로 보기는 어렵고, 이와는 달리 피고인과 사이에 강간범행을 공모하였다는 취지의 원심 공동피고인 2 및 원심 공동피고인 1의 수사기관에서의 일부 진술은 위와 같은 피고인의 태도가 강간범행에 참여하겠다는 의사로 비추어진 데에 기인하는 것으로 보이고, 처음에는 강간할 마음이 있었다는 피고인의 경찰에서의 일부 진술은, 심야에 젊은 남녀가 각기 3명씩 함께 어울려 드라이브를 하는 상황에서 피고인이 다른 일행들과 마찬가지로 욕정을 느꼈을 수도 있고, 다른 일행들의 강간 제의에 피고인으로서도 내심 자신의 욕정을 강간을 통하여서라도 해소하고 싶은 마음이 들었을 수도 있는데, 피고인이 경찰의 집요한 추궁에 이러한 심리상태에 대하여 진술한 것으로 보이고, 어쩔 수 없이 함께 강간하기로 모의하기는 하였다는 취지의 피고인의 진술은, 피고인이 사건 발생

당시 가석방 중이었던 관계로 가중 처벌될 것이 두렵기도 하는 등 내키지는 않았으나, 분위기 때문에 가부 간에 의사표시도 하지 못한 채 소극적으로 따라간 행동(당시는 야간이었을 뿐만 아니라 피고인으로서는 원심 공동피고인 1이 운전하는 승용차에 동승하여 시외 한적한 곳으로 나와 있던 관계로 일행들을 따라다니는 외에는 달리 행동을 취할 수도 없었다)에 대하여 위와 같이 진술한 것으로 볼 수 있고, 특히 앞서 본 모의의 경위라든가 그 후의 진행경과 등에 비추어 볼 때, 이 정도의 심리상태나 행동만으로는 피고인이 원심 공동피고인 2 및 원심 공동피고인 1과 함께 피해자 일행을 강간하기로 모의하였다고 단정하기는 어렵고, 피고인이 원심 공동피고인 2 및 원심 공동피고인 1이 피해자들을 강간하려는 것을 보고도 이를 제지하지 아니하고 용인하였다고 하여 이들의 범행에 공동으로 가공할 의사가 있었다고 볼 수도 없다.

〈선정이유〉

이 판례는 공동정범의 성립요건인 공동가공의 의사가 있다고 하기 위해서는 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 함을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다.

101. 공동가공의 의사(3)

(대법원 1994. 3. 11. 선고 93도2305 판결)

〈쟁점〉

비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 의사의 연락이 있는 경우 공동가공의 의사가 있다고 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

피고인들이 대학교 교무처장 등에게 자녀들의 부정입학을 청탁하면서 그 대가로 위 대학교측에 기부금명목의 금품을 제공하고 이에 따라 위 교무처장 등이 그들의 실제 입학시험성적을 임의로 고쳐 그 석차가 모집정원의 범위 내에 들도록 사정부를 허위로 작성한 다음 이를 그 정을 모르는 위 대학교 입학사정위원들에게 제출하여 그들로 하여금 그 사정부에 따라 입학사정을 하게 함으로써 위 자녀들을 합격자로 사정처리하게 한 것이라면, 이는 위계로써 위 입학사정위원들의 사정업무를 방해하였다고 할 것이므로 것이다.

또한 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계에 있어 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사의 연락이 있으면 족한 것으로, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 의사의 연락이 있으면 공동정범이 성립될 수 있다 할 것인바, 위 피고인들과 그들로부터 부정입학을 알선 의뢰받은 교수나 실제로 부정입학을 주도한 위 교무처장 등과의 사이에 서로 암묵적인 의사의 연락에 의한 순차 공모관계가 있다고 할 것이므로 피고인들에게 업무방해죄의 공동정범으로서의 죄책을 인정한 조치는 정당하다.

〈선정이유〉

이 판례는 공동정범의 성립요건으로 공동가공의 의사는 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사의 연락이 있으면 족한 것으로, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 의사의 연락이 있으면 공동정범이 성립될 수 있음을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다.

102. 공동 실행의 사실

(대법원 1982. 10. 26. 선고 82도1818 판결)

〈쟁점〉

범행을 공모한 후 실행을 분담하지 아니하고 단순히 망을 본 경우에도 공동정범이 성립하는지 여부

〈판결요지〉

공동정범이 성립하기 위하여는 반드시 공범자간에 사전 모의가 있어야 하는 것은 아니며, 암묵리에 서로 협력하여 공동의 범의를 실현하려는 의사가 상통하면 공모가 있다 할 것이고 공모가 있는 이상 반드시 각 범행의 실행을 분담할 것을 요하지 아니하고, 단순히 망을 보았어도 공범의 책임을 면할 수 없다 할 것인바, 피고인 2가 피고인 1과 강간을 모의한 후 피해자 1을 강간하고 있는 동안에 피고인 1이 위 강간으로 항거불능 상태에 있는 피해자 1을 넥타이로 팔을 묶고 동녀의 딸 피해자 2를 살해하고 피고인 2가 강간행위를 끝내고 마루로 나가 망을 보고 있는 사이에 피고인 1은 후환이 두려워 증거를 남기지 않기 위하여 커피포트의 전선을 끊어 피해자 1의 팔, 다리를 묶고 기저귀로 목을 묶어 움직이지 못하게 한 후 이불 등을 씌우고 석유곤로의 석유를 쏟아 뿌린 뒤 불을 놓아 현주건조물을 방화하고 이로 인하여 동녀를 일산화탄소 중독으로 사망하게 하여 살해하였음을 알 수 있고 피고인 2는 위 강간 이후의 범행에 대하여도 피고인 1과 암묵적인 의사의 연락이 있었다고 보여지며, 피고인 2는 망을 보는 등의 일련의 협력관계에서 저질러진 이 사건 살인죄 및 현주건조물 방화죄에 대하여도 그 죄책을 면할 수 없다.

〈선정이유〉

이 판례는 공모가 있는 이상 반드시 각 범행의 실행을 분담할 것을 요하지 아니하므로 단순히 망을 본 경우에도 범행이 암묵적인 의사의 연락하에 일련의 협력관계에서 저질러진 경우에는 공동정범의 죄책을 면할 수 없음을 분명히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

103. 공모공동정범

(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도3544 판결)

〈쟁점〉

구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 공모자가 공모공동정범으로 인정되기 위한 요건

〈판결요지〉

형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하므로, 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 위 요건의 충족 여부에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있다. 한편 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 공모자가 공모공동정범으로 인정되기 위하여는 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위·역할이나 범죄경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합하여 그가 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되어야 한다.

조경공사·토목건축공사·전기공사 등을 하는 종합건설 등의 업체를 보유하여 경영하고 있는 피고인은 종합건설 명의로 2003. 4. 25. A지방해양항만청에서 발주한 A항 파제제(波除堤) 축조공사(이하 'A공사'라고 한다)를 100여억 원에, 2006. 10. 18. 한국토지공사에서 발주한 'B지구택지개발사업 조경공사'(이하 'B공사'라고 한다)를 109억 6,000여만 원에, 2007. 9. 20. 대한주택공사에서 발주한 'C택지개발사업 조경공사'(이하 'C공사'라고 한다)를 110억 9,000여만 원에 각 수주받아 시공하였다.

A공사의 현장소장인 공소외 5는 A지방해양항만청 소속 직원들에게 공사 시공과 관련한 편의제공 등을 부탁하는 취지로 2004. 12. 7.부터 2008. 12. 18.까지 53회에 걸쳐 금품과 향응 등 26,622,500원 상당을 제공하였다(다만 그 중 2006. 9. 1.자 공소외 10에 대한 40만 원 상당의 향응제공은 피고인이 직접 하였다). B공사의 현장소장인 공소외 6은 한국토지공사 직원들에게 공사감독을 함에 있어 편의제공 등을 부탁하는 취지로 2006. 12. 21.부터 2008. 6. 27.까지 13회에 걸쳐 금품과 향응 등 17,417,000원 상당을 제공하였다(다만 그 중 2007. 2. 28.자 공소외 7에 대한 300만 원의 현금제공은 피고인이 직접 하였다). C공사의 현장소장 공소외 8은 현장감독관인 대한주택공사 직원 공소외 9에게 공사감독을 함에 있어 편의를 제공해 달라는 취지로 008. 1. 31.부터 2009. 1. 21.까지 3회에 걸쳐 시가불상의 개소주를 제공하고, 4회에 걸쳐 현금 980만 원을 교부하거나 공여의 의사표시를 하였다.

한편 피고인은 현장감독관 등에 대한 식대, 명절 선물비 등으로 지출되는 '대관(對官)업무비'의 예산편성을 주도 또는 후원하였을 뿐만 아니라 위 현장소장들이 각자의 판단에 따라 '대관업무비'를 지출한 후 매월 그 상세내역을 보고하면 사후에 이를 확인한 후 결재를 하여 주었으며 그 금액이 과다하다고 생각되면 그 금액을 삭감하기도 하였고, 한편 현장소장이 피고인에게 보고한 대관업무비 내역서에는 사용내역과 상대방, 그 금액까지 구체적으로 기재되어 있었다. 이상과 같은 지출 및 보고·결재는 앞서 본 바와 같이 4년 이상의 기간 동안 이루어졌다. 또한 피고인은 앞서 본 바와 같이 뇌물을 직접 교부하기도 하였다.

위 사실관계에서 보는 바와 같이 피고인이 위 회사를 유일하게 지배하는 자로서 회사 대표의 지위에서 장기간에 걸쳐 현장소장들의 뇌물공여행위를 보고받고 이를 확인·결재하는 등의 방법으로 현장소장들의 뇌물공여행위에 관여하였다면, 비록 피고인이 사전에 현장소장들에게 구체적인 대상 및 액수를 정하여 뇌물공여를 지시하지 아니하였다고 하더라도 이 사건 뇌물공여의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 현장소장들의 뇌물공여행위에 본질적 기여를 함으로써 기능적 행위지배를 하였다고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

위 판례는 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족한 경우에는 이른바 공모공동정범으로 처벌될 수 있음을 명시하고, 나아가 건설회사의 경영자가 현장감독관을 통해 공무원 등에 뇌물을 공여한 경우 공모공동정범으로 처벌될 수 있음을 보여주고 있다는 점에 그 의의가 있다.

104. 공동정범의 책임범위

(대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도428 판결)

〈쟁점〉

공모자들이 그 공모한 범행을 수행하거나 목적 달성을 위해 나아가는 도중에 부수적인 다른 범죄가 파생되리라고 예상하거나 충분히 예상할 수 있는데도 그러한 가능성을 외면한 채 이를 방지하기에 족한 합리적인 조치를 취하지 아니하고 공모한 범행에 나아갔다가 결국 그와 같이 예상되던 범행들이 발생한 경우 공동정범의 죄책을 지울 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 일부가 구성요건 행위 중 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 경우라 할지라도 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정된다면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다. 그리고 이 경우, 범죄의 수단과 태양, 가담하는 인원과 그 성향, 범행 시간과 장소의 특성, 범행과정에서 타인과의 접촉 가능성과 예상되는 반응 등 제반 상황에 비추어, 공모자들이 그 공모한 범행을 수행하거나 목적 달성을 위해 나아가는 도중에 부수적인 다른 범죄가 파생되리라고 예상하거나 충분히 예상할 수 있는데도 그러한 가능성을 외면한 채 이를 방지하기에 족한 합리적인 조치를 취하지 아니하고 공모한 범행에 나아갔다가 결국 그와 같이 예상되던 범행들이 발생하였다면, 비록 그 파생적인 범행 하나하나에 대하여 개별적인 의사의 연락이 없었다 하더라도 당초의 공모자들 사이에 그 범행 전부에 대하여 암묵적인 공모는 물론 그에 대한 기능적 행위지배가 존재한다고 보아야 할 것이다.

쟁의행위를 결의한 노조의 조합원 중 약 2,500명은 단체교섭에서 기도한 목적을 달성하기 위하여 조합장 또는 집행부 간부들인 피고인들의 주도 아래 포스코의 출입 통제, 포스코 본사 건물 점거를 행한 점, 그 과정에서 조합원들이 다중의 위력을 이용하여 감금, 시설물 손괴, 진입 경찰 등에 대한 폭행 및 상해 등의 범죄행위를 저지른 점, 피고인들은 노조의 집행부 간부들로서 위와 같은 출입 통제, 포스코 본사 건물 점거 등의 집단행동들을 결정하여 조합원들에게 지시하고, 그 지시의 이행 상황을 체계적으로 조직화된 지휘 계통을 통하여 지휘·통제해 왔던 점, 참여 인원의 규모나 과열된 당시의 분위기 등을 감안할 때 피고인들로서는 노조원들과 검문검색에 불응하는 출입

자들 사이의 분쟁, 집단적인 점거농성 과정에서 표출될 노조원들의 과격한 행동, 진압을 위한 경찰과의 물리적 충돌과 그에 따른 집단적 폭행, 상해 및 손괴 행위가 뒤따를 것을 충분히 예상할 수 있었다고 보임에도, 이를 방지하기에 충분한 합리적이고 적절한 조치도 없이 오히려 위 집단행동들을 독려하고 감행한 점과 그밖에 위 집단행동들의 성격과 경위, 그 규모와 형태, 구체적인 방법과 진행과정, 그 과정에서 피고인들의 지위 및 역할, 쟁의행위 중인 노동조합이라는 조직화된 단체에서 지휘계통을 통한 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등에 비추어 보면, 피고인들은 비록 노조 조합원들의 각 감금, 손괴, 폭행, 상해 등 범죄행위들 중 일부에 대하여 구체적으로 모의하거나 이를 직접 분담하여 실행한 바가 없었다 하더라도, 위 각 범행에 대한 암묵적인 공모는 물론 그 범행들에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 자들로 인정된다 할 것이므로, 노조 조합원들이 행한 위 각 범행에 대한 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없다.

〈선정이유〉

이 판례는 제반 상황에 비추어, 공모자들이 그 공모한 범행을 수행하거나 목적 달성을 위해 나아가는 도중에 부수적인 다른 범죄가 파생되리라고 예상하거나 충분히 예상할 수 있는데도 그러한 가능성을 외면한 채 이를 방지하기에 족한 합리적인 조치를 취하지 아니하고 공모한 범행에 나아갔다가 결국 그와 같이 예상되던 범행들이 발생하였다면, 비록 그 파생적인 범행 하나하나에 대하여 개별적인 의사의 연락이 없었다 하더라도 당초의 공모자들 사이에 그 범행 전부에 대하여 암묵적인 공모가 존재한다고 보아야 함을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다.

105. 과실범의 공동정범

(대법원 1962.3.29. 선고 4294형상598 판결)

〈쟁점〉

과실범에 있어서도 공동정범이 성립할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

피고인 1은 피고인 2가 운전하는 화물자동차를 빌려서 산판(山板)에서 구입한 장작을 반출증 없이 적재하여 가지고 오다가 검문소 앞에 이르러, 정복순경인 피해자가 도로 중앙에서 전지를 들고 정지신호를 하자 피고인 2는 일응 정차하는 것처럼 감속을 하였고 이에 피해자는 검문을 위해 피고인 2가 운전하는 화물자동차에 접근하였다. 그런데 이를 본 피고인1이 검문을 피할 목적으로 피고인 2에게 "그대로 가자"고 지시하였고 이에 피고인 2는 정차하지 아니한 채 속력을 높여 달렸다. 그 순간 피해자는 피고인들이 알지 못하는 사이에 검문을 위하여 화물자동차에 일단 올라와 있었는데, 화물자동차가 속도를 내어 달리자 150여 미터 가량 매달려가다가 떨어져 화물자동차 뒷바퀴에 치어 5시간 후에 사망하였다.

원심은 과실범에 있어 운전수 또는 조수가 아닌 피고인 1을 공동정범으로 기소한 자체가 부당할 뿐 아니라 피고인 1에게 과실 또는 인식있는 과실조차 인정할 수 없다는 이유로 본건은 범죄가 되지 아니하거나 또는 범죄의 증명이 없음에 귀착된다 하여 피고인에게 무죄를 선고하였다. 그러나

형법 제30조에 '공동하여 죄를 범한 때'의 '죄'는 고의범이고 과실범이고를 불문한다고 해석하여야 할 것이고 따라서 공동정범의 주관적 요건인 공동의 의사도 고의를 공동으로 가질 의사임을 필요로 하지 않고 고의 행위이고 과실 행위이고 간에 그 행위를 공동으로 할 의사이면 족하다고 해석하여야 할 것이므로 2인 이상이 서로의 의사연락 아래 어떠한 과실행위를 하여 범죄되는 결과를 발생케 한 것이라면 과실범의 공동정범이 성립되는 것이다. 본건 사고는 경찰관의 검문에 응하지 않고 트럭을 질주함으로써 야기된 것인 바, 피고인 1은 피고인 2와 서로 의사를 연락하여 경찰관의 검문에 응하지 않고 트럭을 질주케 하였던 것임을 충분히 인정할 수 있으므로 피고인은 본건 과실치사죄의 공동정범이 된다고 할 것이다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 1979.8.21. 선고 79도1249 판결 : 형법 제30조에 '공동하여 죄를 범한 때' 의 '죄'라 함은 고의범이고 과실범이고를 불문한다고 할 것이고, 따라서 두 사람 이상이 어떠한 과실행위를 서로의 의사연락 하에 이룩하여 범죄되는 결과를 발생케 한 것이라면 여기에 과실범의 공동정범이 성립된다고 볼 것이므로, 피고인 1은 운전병인 피고인 2가 운전하던 이 사건 짚차의 선임탑승자로서 피고인 2의 안전운행을 감독하여야 할 책임이 있는 것이므로 피고인 2가 차량운행 중 음주를 한다면 이를 적극 제지하여야 할 뿐만 아니라, 동인이 안전운행을 할 수 있는 정도로 술에서 깰 때까지는 운전을 하지 못하도록 할 주의의무가 있음에도 불구하고, 오히려 피고인 2를 데리고 주점에 들어가서 각각 소주2홉 이상을 마신 다음 이를 운전케 한 결과, 피고인 2는 음주로 인하여 취한 탓으로 차량의 전조등에 현기를 느껴 전후좌우를 제대로 살피지 못한 결과 본건 사고가 발생하였는바 피고인들은 과실범의 공동정범의 죄책을 진다.

(2) 대법원 1997.11.28. 선고 97도1740 판결 : 이 사건 성수대교와 같은 교량이 그 수명을 유지하기 위해서는 건설업자의 완벽한 시공, 감독공무원들의 철저한 제작시공상의 감독 및 유지·관리를 담당하고 있는 공무원들의 철저한 유지·관리라는 조건이 합치되어야 하는 것이므로, 각 단계에서의 과실 그것만으로 붕괴원인이 되지 못한다고 하더라도…피고인들의 트러스 제작상, 시공 및 감독의 과실과 감독공무원들의 감독상의 과실이 합쳐져서 이 사건 사고의 원인이 되었으며, 한편 피고인들은 이 사건 성수대교를 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다고 보아야 할 것이므로, 피고인들 사이에는 이 사건 업무상과실치사상죄 등에 대하여 공동정범의 관계가 성립된다.

〈선정이유〉

과실범에 있어서는 죄의 성립요소인 사실에 대한 인식이나 이를 실현할 의사가 없다는 점에서 공동정범이 성립할 수 있는지 여부에 대해서는 논란이 있다. 본 판례는 형법 제30조에 '공동하여 죄를 범한 때' 의 '죄'라 함은 고의범이고 과실범이고를 불문하고, 두 사람 이상이 어떠한 과실행위를 서로의 의사연락 하에 범죄의 결과를 발생하게 한 때에는 과실범의 공동정범으로 처벌될 수 있음을 분명히 하고 있다는 점에 그 의의가 있다.

106. 부작위범의 공동정범

(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

항해 중이던 선박이 기울어져 멈춘 후 침몰하고 있는 상황에서 그 선박의 1등 항해사와 2등 항해사가 승객이 안내방송 등을 믿고 대피하지 않은 채 선내에 대기하고 있음에도 아무런 구조조치를 취하지 않고 퇴선함으로써 선박에 남아있던 피해자들을 익사하게 한 경우 선장과 더불어 부작위에 의한 살인죄의 공동정범의 죄책을 지는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견] 항해 중이던 선박의 선장 피고인 1, 1등 항해사 피고인 2, 2등 항해사 피고인 3이 배가 좌현으로 기울어져 멈춘 후 침몰하고 있는 상황에서 피해자인 승객 등이 안내방송 등을 믿고 대피하지 않은 채 선내에 대기하고 있음에도 아무런 구조조치를 취하지 않고 퇴선함으로써, 배에 남아있던 피해자들을 익사하게 하고, 나머지 피해자들의 사망을 용인하였으나 해경 등에 의해 구조되었다고 하여 살인 및 살인미수로 기소되었는바, 피고인 2와 3은 간부 선원이기는 하나 나머지 선원들과 마찬가지로 선박침몰과 같은 비상상황 발생 시 각자 비상임무를 수행할 현장에 투입되어 선장의 퇴선명령이나 퇴선을 위한 유보갑판으로의 대피명령 등에 대비하다가 선장의 실행지휘에 따라 승객들의 이동과 탈출을 도와주는 임무를 수행하는 사람들로서, 임무의 내용이나 중요도가 선장의 지휘 내용이나 구체적인 현장상황에 따라 수시로 변동될 수 있을 뿐 아니라 퇴선유도 등과 같이 경우에 따라서는 승객이나 다른 승무원에 의해서도 비교적 쉽게 대체 가능하고, 따라서 승객 등의 퇴선을 위한 선장의 아무런 지휘·명령이 없는 상태에서 피고인 2와 3이 단순히 비상임무 현장에 미리 가서 추가 지시에 대비하지 아니한 채 선장과 함께 조타실에 있었다거나 혹은 기관부 선원들과 함께 3층 선실 복도에서 대기하였다는 사정만으로, 선장과 마찬가지로 선내 대기 중인 승객 등의 사망 결과나 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 저지·촉진하는 등 사태를 지배하는 지위에 있었다고 보기 어려운 점 등 제반 사정을 고려하면, 피고인 2와 3이 간부 선원들로서 선장을 보좌하여 승객 등을 구조하여야 할 지위에 있음에도 별다른 구조조치를 취하지 아니한 채 사태를 방관하여 결과적으로 선내 대기 중이던 승객 등이 탈출에 실패하여 사망에 이르게 한 잘못은 있으나, 그러한 부작위를 작위에 의한 살인의 실행행위와 동일하게 평가하기 어렵고, 또한 살인의 미필적 고의로 피고인 1의 부작위에 의한 살인행위에 공모 가담하였다고 단정하기도 어려우므로, 피고인 2와 3에 대해 부작위에 의한 살인의 고의를 인정하기 어렵다고 한 원심의 조치는 정당하다.

[반대의견] 위 사안에서, 피고인 2와 3은 선박이 조난사고를 당한 비상상황에서 선장을 보좌하여 선원들을 지휘하고 유사시 선장의 직무를 대행할 책임을 지고 있어 조난을 당한 승객 등의 생명·신체의 안전을 보호할 법적 지위와 작위의무에서 선장에 준하는 것으로 평가되는 점, 사고 당시 긴박한 상황 전개와 피고인 1의 모든 대응을 직접 목격함으로써 피고인 1이 승객의 인명구조와 관련된 선장의 역할을 전면적으로 포기·방기하는 비정상적 상황임을 인식한 점, 피고인 2와 3에게는 비상상황에서 선장을 보좌하여 현장을 지휘할 의무 외에도 선장의 직무 포기라는 비정상적 상황이 지속됨으로 인하여 선장을 대행하여 구조조치를 지휘할 의무가 현실적으로 발생한 점, 피고인 2와 3은 당시 상황에 부합하는 자신들의 의무를 이행함으로써 승객 등의 사망이라는 결과발생을 직접

적으로 용이하게 저지할 수 있을 정도로 사태를 지배하고 있었음에도 어떠한 의무도 이행하지 않고 방관한 점, 구조정이 도착한 이후에 승객 등에게 퇴선하라는 아무런 명령·조치도 없이 선내에 그대로 방치한 채 선장 및 다른 갑판부 선원들과 함께 먼저 퇴선함으로써, 그 후 승객 등이 사망할 가능성이 크지만 사망해도 어쩔 수 없다는 의사, 즉 결과발생을 인식·용인하였고, 이러한 피고인 2와 3의 부작위는 작위에 의한 살인의 실행행위와 동일하게 평가할 수 있는 점, 피고인 1의 부작위에 의한 살인행위에 암묵적, 순차적으로 공모 가담한 공동정범이라고 보아야 하는 점 등을 종합할 때, 피고인 2와 3은 부작위에 의한 살인 및 살인미수죄의 공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없다.

〈선정이유〉

본 판결은 작위의무가 있는 자가 다른 작위의무자와 공동으로 죄를 범한 경우에는 부작위범의 공동정범으로 처벌될 수 있고, 부작위범의 공동정범으로 처벌되기 위해서는 부작위범의 성립요건과 공동정범의 성립요건을 모두 갖추어야 하므로 피고인의 부작위가 작위에 의한 살인의 실행행위와 동일하게 평가할 수 있어야 하고 나아가 부작위에 의한 범행에 공모가담한 사실이 인정되어야 함을 명확히 하였다는 점에 그 의의가 있다. 다만 본 판결에서는 피고인 2와 3의 행위를 작위에 의한 살인의 실행행위와 동일하게 평가할 수 있는지 그리고 피고인 2와 3이 피고인 1의 범행에 공모가담한 사실이 인정되는지에 대한 판단에서 다수의견과 반대의견이 일치하지 않고 있다.

107. 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 공모관계에서 이탈한 경우

(대법원 1986. 1. 21. 선고 85도2371 판결)

〈쟁점〉

공모공동정범에 있어서 그 공모자 중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 공동정범으로서의 책임을 지는지 여부

〈판결요지〉

소위 공모공동정범에 있어서는 범죄행위를 공모한 이상 그 후 그 실행행위에 직접 가담하지 아니하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 공모자의 분담실행행위에 대하여 공동정범의 죄책을 면할 수 없다 함은 소론과 같다. 그러나 공모자 중 의 어떤 사람이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다고 할 것이고 그 이탈의 표시는 반듯이 명시임을 요하지 않는다고 할 것이다.

원심이 확정한 사실에 의하면 구체적인 살해방법이 확정되어 피고인을 제외한 나머지 공범들이 피해자의 팔, 다리를 묶어 저수지 안으로 던지는 순간에 피해자에 대한 살인행위의 실행의 착수가 있다 할 것이고 따라서 피고인은 살해모의에는 가담하였으나 다른 공모자들이 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈하였다 할 것이고 그렇다면 피고인이 위 공모관계에서 이탈한 이후의

다른 공모자의 행위에 관하여는 공동정범으로서의 책임을 지지 않는다고 할 것이다.

〈선정이유〉

공동정범에 있어서는 범죄행위를 공모한 이상 그 후 그 실행행위에 직접 가담하지 아니하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 공모자의 분담실행행위에 대하여 공동정범의 죄책을 면할 수 없는에, 본 판례는 공모자 중 의 어떤 사람이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 공동정범으로서의 책임은 지지 않음을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다.

108. 공모를 주도한 자에게 공모관계로부터의 이탈이 인정되기 위한 요건

(대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1274 판결)

〈쟁점〉

공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 경우 공모관계로부터의 이탈이 인정되기 위해 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여는 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다 할 것이나, 공모관계에서의 이탈은 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다.

다른 3명의 공모자들과 강도 모의를 하면서 삽을 들고 사람을 때리는 시늉을 하는 등 그 모의를 주도한 피고인이 함께 범행 대상을 물색하다가 다른 공모자들이 강도의 대상을 지목하고 뒤쫓아 가자 단지 “어?”라고만 하고 비대한 체격 때문에 뒤따라가지 못한 채 범행현장에서 200m 정도 떨어진 곳에 앉아 있었으나 위 공모자들이 피해자를 쫓아가 강도상해의 범행을 한 사안에서, 피고인에게 공동가공의 의사와 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 인정되므로 강도상해죄의 공모관계에 있고, 다른 공모자가 강도상해죄의 실행에 착수하기까지 범행을 만류하는 등으로 그 공모관계에서 이탈하였다고 볼 수 없으므로 강도상해죄의 공동정범으로서의 죄책을 진다.

〈선정이유〉

본 판례는 공모관계에서의 이탈로 인정되기 위해서 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요로 하고, 특히 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을

제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없음을 분명히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

109. 공동정범 성립의 시간적 한계

(대법원 1995. 9. 5. 선고 95도577 판결)

〈쟁점〉

공범자의 범인도피 행위의 도중에 그 범행을 인식하면서 그와 공동의 범의를 가지고 기왕의 범인도피 상태를 이용하여 스스로 범인도피 행위를 계속한 경우 범인도피죄의 공동정범의 죄책을 지는지 여부

〈판결요지〉

범인도피죄는 범인을 도피하게 함으로써 기수에 이르지만 범인도피 행위가 계속되는 동안에는 범죄행위도 계속되고 행위가 끝날 때 비로소 범죄행위가 종료된다고 할 것이고, 공범자의 범인도피 행위의 도중에 그 범행을 인식하면서 그와 공동의 범의를 가지고 기왕의 범인도피 상태를 이용하여 스스로 범인도피 행위를 계속한 자에 대하여는 범인도피죄의 공동정범이 성립한다고 할 것이다. 피고인 2, 원심 공동피고인 1,2가 서로 공모하여 원심 공동피고인 2가 이 사건 사고를 낸 운전사인 양 수사관서에 허위신고한 후 진범인 원심 공동피고인 3이 자수하기 전에, 피고인 1이 이러한 사실을 인식하면서, 원심 공동피고인 2와 3을 만나 범인을 도피하게 하는 행위를 계속 하였다면, 비록 동 피고인이 다른 공범자들과 사전에 범인도피의 공모를 하지 아니하였다고 하더라도 그들과 공동의 범인도피의 범의를 가지고 기왕의 범인도피상태를 이용하여 스스로 범인도피의 실행행위를 계속한 것으로서 범인도피죄의 공동정범이 성립된다.

〈선정이유〉

다른 공범자의 실행행위 도중에 그와 공동하여 실행행위를 계속함으로써 성립하는 공동정범의 한 유형을 승계적 공동정범이라고 한다. 범인도피죄는 범인을 도피하게 함으로써 기수에 이르지만 범인도피행위가 계속되는 동안에는 범죄행위도 계속되고 행위가 끝날 때 비로소 범죄행위가 종료되는 이른바 계속범이다. 본 판례는 이와 같은 계속범에서는 범죄가 기수에 이른 이후에도 실행행위가 계속되는 한 공동정범이 성립할 수 있음을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다.

110. 승계적 공동정범의 책임범위

(대법원 1982.11.23. 선고 82도2024 판결)

〈쟁점〉

미성년자의 부모 기타 그 미성년자의 안전을 염려하는 자의 우려를 이용하여 재물이나 재산상의

이익을 취득할 목적으로 미성년자를 약취·유인한 자와 공모하여 부모 기타 그 미성년자의 안전을 염려하는 자의 우려를 이용하여 재물이나 재산상의 이익을 취득한 경우 특정범죄가중법 제5조의2 제2항 제1호 위반죄의 공범의 죄책을 지는지 여부

〈판결요지〉

변호인은 특정범죄가중법 제5조의2 제1항 제1호는 형법 제287조 약취유인죄를 범한 자가 약취·유인된 미성년자 부모 등의 우려를 이용하여 재물을 취득하거나 요구하는 행위를 구성요건으로 하고 있으므로 기본적 행위인 약취·유인에 행위자를 가중처벌하려는 규정인바, 피고인 2는 기본적 행위인 약취·유인에는 전혀 가담한 바 없이 피고인 1이 피해자를 유인하여 사망에 이르게 한 후 피고인 2는 중학교 2년 당시 이미 피고인 1에게 정조를 유린당하였고 또 16세의 어린 나이로 피해자 누나의 유괴사건에 이미 가담되어 있는 등 사정으로 심리적으로 억압·강요되어 있는 상태에서 피고인 1이 시키는 대로 수동적으로 전화와 편지를 한 것에 불과하므로 피고인 2의 위와 같은 행위는 특정범죄가중법 제2조의2 제2항 제1호의 방조로 의율할 수 없고 형법 제33조의 규정에 의하여 공갈미수로 의율되어야 정당하다고 주장한다.

그러나 특정범죄가중법 제5조의2 제2항 제1호 소정의 죄는 형법 제287조의 미성년자 약취·유인행위와 약취 또는 유인한 미성년자의 부모 기타 그 미성년자의 안전을 염려하는 자의 우려를 이용하여 재물이나 재산상의 이익을 취득하거나 이를 요구하는 행위가 결합된 단순일죄의 범죄라고 봄이 상당하므로, 비록 타인이 미성년자를 약취, 유인한 행위에는 가담한 바 없다 하더라도 사후에 그 사실을 알면서 약취·유인한 미성년자의 부모 기타 그 미성년자의 안전을 염려하는 자의 우려를 이용하여 재물이나 재산상의 이익을 취득하거나 요구하는 타인의 행위에 가담하여 이를 방조한 때에는 단순히 재물 등 요구행위의 종범이 되는데 그치는 것이 아니라 결합범인 위 특정범죄가중법 제5조의2 제2항 제1호 위반죄의 종범으로 의율함이 상당하다.

〈원심판결요지〉

특정범죄가중법 제5조의2 제2항 제1호는 형법 제287조의 약취, 유인죄를 범한 자가 약취·유인된 미성년자 부모 등의 우려를 이용하여 제물을 취득하거나 요구하는 행위를 구성요건으로 하고 있는 결합범의 형태로 규정하고 있어 위 특정범죄가중법 제5조의2 제2항 제1호 위반죄의 공동정범이 성립하려면 기본적 행위인 약취, 유인에 대한 인식이 있어야 하고 그에 대한 고의를 결하고 있는 자에게는 위 법조위반죄에 대한 책임을 지울 수는 없다고 하겠는바, … 피고인 2는 피해자를 유인하는 행위에는 주관적으로나 객관적으로나 일체 관여한 바 없고 다만 피고인 1이 피해자를 유인하여 살해까지 한 후에 피해자의 부모에 대한 금원요구행위 일부에만 관여하였음이 명백하여 피고인 2를 위 죄의 공동정범으로 처단할 수 없다. 다만 피고인 2가 피고인 1과 공동하여 피해자를 유인하고 그의 안전을 우려하는 피해자의 부모에 대하여 금 4,000만원을 요구하였다는 공소사실에는 피고인 1이 피해자를 유인하고 그 부모에 대하여 금원을 요구하는 범행을 피고인 2가 방조하였다는 사실도 포함되어 소추되었다고 하겠으므로 피고인 2에 대해서는 위 방조사실을 유죄로 인정한다.

〈선정이유〉

본 판례는 미성년자의 부모 기타 그 미성년자의 안전을 염려하는 자의 우려를 이용하여 재물이

나 재산상의 이익을 취득할 목적으로 미성년자를 약취·유인한 자(피고인 1)와 공모하여 부모 기타 그 미성년자의 안전을 염려하는 자의 우려를 이용하여 재물이나 재산상의 이익을 취득한 자(피고인 2)는 공갈죄의 공범이 아니라 특정범죄가중법 제5조의2 제2항 제1호 위반죄의 공범의 죄책을 진다는 점을 명확히 하였다는 점에 그 의의가 있다. 본 판례에서는 비록 피고인 2에게 종범의 죄책을 인정하였으나 기능적 행위지배가 인정됨을 전제로 한다면 공동정범의 죄책을 인정할 수 있다는 점에서, 승계적 공동정범의 책임범위에 관한 판례로 소개한다.

111. 공범 중의 1인이 공모하지 아니한 범죄를 실행한 경우 다른 공범자의 죄책

(대법원 1988. 9. 13. 선고 88도1114 판결)

〈쟁점〉

강도를 공모하고 강도의 실행에 착수한 후 공범의 일부가 피해자를 강간한 경우 다른 공모자에 대해서 강도강간죄의 공동정범의 죄책을 지울 수 있는지 여부

〈판결요지〉

피고인은 원심 공동피고인 1, 2와 함께 지하실 창문으로 피해자의 집에 들어간 다음 피고인과 원심 공동피고인 2가 그 집 안방으로 들어가 미리 준비한 과도를 피해자인 아주머니에게 들이대고 꼼짝 말라고 조용히 하라고 위협한 다음 피고인이 전화선을 잘라 피해자의 손을 뒤로 하여 묶고 다시 양발을 묶은 다음 피고인은 장농을 뒤지고 있는데 원심 공동피고인 1이 피해자를 묶어놓은 채로 피해자의 반바지와 팬티를 벗겨 강간하였으며 당시 원심 공동피고인 1이 강간할 때 원심 공동피고인 2는 아주머니 머리 위에서 아주머니를 붙잡고 있다가 이불로 얼굴을 가렸으며 그곳에서 장농 등을 뒤져 금반지 등을 빼앗아 가지고 나오면서 신고를 하면 죽여버린다고 위협한 후 빼앗은 물건 등을 가지고 창문을 넘어 도망하였다.

이로써 본다면 피고인은 원심 공동피고인의 강간사실을 알게 된 것은 이미 실행의 착수가 이루어지고 난 다음이었음이 명백하고 강간사실을 알고 나서도 암묵리에 그것을 용인하여 그로 하여금 강간하도록 할 의사로 강간의 실행범인 원심 공동피고인 1과 피해자의 머리 등을 잡아준 원심 공동피고인 2와 함께 일체가 되어 원심 공동피고인들의 행위를 통하여 자기의 의사를 실행하였다고는 볼 수 없다 할 것이고 따라서 결국 강도강간의 공모사실을 인정할 증거가 없다고 하지 않을 수 없다.

〈선정이유〉

본 판례는 강도를 공모하고 강도의 실행에 착수한 후 공범의 일부가 피해자를 강간한 경우 강간사실을 알고 나서도 암묵리에 그것을 용인하여 그로 하여금 강간하도록 한 경우가 아닌 한 다른 공모자에 대해서 강도강간죄의 공동정범의 죄책을 지을 수 없음을 분명히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

112. 결과적가중범의 공동정범

(대법원 1997. 10. 10. 선고 97도1720 판결)

〈쟁점〉

기본범죄를 범할 것을 공모한 자에게 중한 결과에 대하여 예견가능성이 있는 경우 결과적가중범의 공동정범의 죄책을 지울 수 있는지 여부

〈판결요지〉

공모공동정범의 경우에 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것은 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립한다 할 것이고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공범자의 행위에 대하여 공동정범으로서 형사책임을 지는 것이며, 또 결과적가중범의 공동정범은 기본행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립하고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없으며, 나아가 특수공무집행방해치사상죄는 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하고 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행, 협박을 하여 공무원을 사상에 이르게 한 경우에 성립하는 결과적가중범으로서 행위자가 그 결과를 의도할 필요는 없고 그 결과의 발생을 예견할 수 있으면 족하다 할 것이다.

종합관 지휘부에 속하는 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 종합관 농성학생들을 지휘하면서 옥상 사수대의 편성 및 배치 등에 관여하고, 피고인 5는 옥상 사수대의 총지휘자로서 사수대원들로 하여금 종합관으로 진입하는 경찰관들을 향하여 돌 등을 던지도록 지시하고, 피고인 6은 사수대원으로서 직접 돌 등을 던진 사실이 인정되는 이상, 피고인들과 옥상에 위치한 사수대원들 사이에는 순차적 또는 암묵적으로 의사가 상통하여 이 사건 특수공무집행방해의 범행에 대한 공모관계가 성립하였다 할 것이고, 따라서 피해자인 의경의 사망 당시 옥상에 있지 아니하였거나 그를 향하여 돌을 던지는 등의 실행행위를 직접 분담하지 아니하였다 하더라도 다른 공범자의 행위에 대하여 공동정범으로서 책임을 진다 할 것이며, 나아가 이 사건 종합관 옥상 사수대가 경찰 진입 시 투척을 위하여 옥상에 쇠파이프, 보도블록, 벽돌 등을 미리 준비하고 있었던 사실을 잘 알고 있었던 피고인들로서는 6층 옥상에 위치한 사수대원들이 종합관으로 진입하는 경찰관들에게 준비된 보도블록, 벽돌 등을 던지리라는 점과 그로 인하여 종합관으로 진입하려는 경찰관이 맞아 사망에 이를 수도 있으리라는 점을 충분히 예견할 수 있었다 할 것이므로, 피고인들은 모두 다른 공범자의 한 사람인 사수대원이 보도블록을 던짐으로써 피해자가 그에 맞아 사망에 이른 이상 특수공무방해치사의 죄책을 면할 수 없다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 1996. 4. 12. 선고 96도215 판결 : 형법 제164조 후단이 규정하는 현존건조물방화치상죄와 같은 이른바 부진정결과적가중범은 예견가능한 결과를 예견하지 못한 경우뿐만 아니라 그 결과를 예견하거나 고의가 있는 경우까지도 포함하는 것이므로 이 사건에서와 같이 사람이 현존하는 건조물을 방화하는 집단행위의 과정에서 일부 집단원이 고의행위로 살상을 가한 경우에도

다른 집단원에게 그 사상의 결과가 예견 가능한 것이었다면 다른 집단원도 그 결과에 대하여 현존건조물방화치사상의 책임을 면할 수 없는 것인바, 피고인을 비롯한 집단원들이 당초 공모시 쇠파이프를 소지한 방어조를 운용하기로 한 점에 비추어 보면 피고인으로서는 이 사건 건물을 방화하는 집단행위의 과정에서 상해의 결과가 발생하는 것도 예견할 수 있었다고 보이므로, 이 점에서도 피고인을 현존건조물방화치상죄로 의율할 수 있다.

(2) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91도2156 판결 : 강도살인죄는 고의범이고 강도치사죄는 이른바 결과적가중범으로서 살인의 고의까지 요하는 것이 아니므로, 수인이 합동하여 강도를 한 경우 그 중 1인이 사람을 살해하는 행위를 하였다면 그 범인은 강도살인죄의 기수 또는 미수의 죄책을 지는 것이고 다른 공범자도 살해행위에 관한 고의의 공동이 있었으면 그 또한 강도살인죄의 기수 또는 미수의 죄책을 지는 것이 당연하다 하겠으나, 고의의 공동이 없었으면 피해자가 사망한 경우에는 강도치사의, 강도살인이 미수에 그치고 피해자가 상해만 입은 경우에는 강도상해 또는 치상의, 피해자가 아무런 상해를 입지 아니한 경우에는 강도의 죄책만 진다고 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

본 판례는 수인이 공모하여 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하고 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박을 하던 중 공범 중의 1인이 피해자를 사상에 이르게 한 경우 다른 공범도 사상의 결과를 예견할 수 있었다면 특수공무집행방해치사상의 죄책을 짐을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다. 그리고 참조판례에서 볼 수 있듯이 이러한 법리는 현존건조물방화치사상죄나 강도치사상죄와 같은 다른 결과적가중범에 대해서도 적용될 수 있다.

Ⅱ. 교사범

113. 교사의 수단·방법과 범행의 특정정도

(대법원 1991. 5. 14. 선고 91도542 판결)

〈쟁점〉

교사범이 성립하기 위하여는 범행의 일시, 장소, 방법 등의 세부적인 사항까지를 특정하여 교사하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

(1) 교사범이란 타인(정범)으로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립하는 것이고 피교사자는 교사범의 교사에 의하여 범죄실행을 결의하여야 하는 것이므로, 피교사자가 이미 범죄의 결의를 가지고 있을 때에는 교사범이 성립할 여지가 없다.

(2) 막연히 "범죄를 하라"거나 "절도를 하라"고 하는 등의 행위만으로는 교사행위가 되기에 부족하다 하겠으나, 타인으로 하여금 일정한 범죄를 실행할 결의를 생기게 하는 행위를 하면 되는 것으로서 교사의 수단·방법에 제한이 없다 할 것이므로, 교사범이 성립하기 위하여는 범행의 일시, 장소, 방법 등의 세부적인 사항까지를 특정하여 교사할 필요는 없는 것이고, 정범으로 하여금 일정한 범죄의 실행을 결의할 정도에 이르게 하면 교사범이 성립된다. 피고인이 甲, 乙, 丙이 절취하여

온 장물을 상습으로 19회에 걸쳐 시가의 3분의1 내지 4분의 1의 가격으로 매수하여 취득하여 오다가, 甲과 乙에게 일제 도라이바 1개를 사주면서 "丙이 구속되어 도망 다니려면 돈도 필요할 텐데 열심히 일을 하라(도둑질을 하라)"고 말하였다면, 그 취지는 종전에 丙과 같이 하던 범위의 절도를 다시 계속하면 그 장물은 매수하여 주겠다는 것으로서 절도의 교사가 있었다고 보아야 한다.

(3) 교사범의 교사가 정범이 죄를 범한 유일한 조건일 필요는 없으므로, 교사행위에 의하여 정범이 실행을 결의하게 된 이상 비록 정범에게 범죄의 습벽이 있어 그 습벽과 함께 교사행위가 원인이 되어 정범이 범죄를 실행한 경우에도 교사범의 성립에 영향이 없다.

〈선정이유〉

본 판례는 (1)이미 범죄의 결의를 가지고 있는 자에 대하여 교사범이 성립할 수 있는지 여부, (2) 교사범이 성립하기 위하여 범행의 일시, 장소, 방법이 특정되어야 하는지 여부 그리고 (3) 교사 이외에 정범의 범죄습벽이 함께 원인이 되어 정범이 범죄를 실행한 경우 교사범이 성립하는지 여부에 법리를 제시한데 그 의의가 있다.

114. 교사행위와 범행결의 사이의 인과관계

(대법원 2013. 9. 12. 선고 2012도2744 판결)

〈쟁점〉

피교사자가 교사자의 교사행위 당시에는 범행을 승낙하지 않았으나 이후 그 교사행위에 의하여 범행을 결의한 것으로 인정되는 경우 교사범이 성립하는지 여부

〈판결요지〉

교사범이란 정범인 피교사자로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립하므로, 교사자의 교사행위에도 불구하고 피교사자가 범행을 승낙하지 아니하거나 피교사자의 범행결의가 교사자의 교사행위에 의하여 생긴 것으로 보기 어려운 경우에는 이른바 실패한 교사로서 형법 제31조 제3항에 의하여 교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌할 수 있을 뿐이다. 그러나 피교사자가 범죄의 실행에 착수한 경우 그 범행결의가 교사자의 교사행위에 의하여 생긴 것인지는 교사자와 피교사자의 관계, 교사행위의 내용 및 정도, 피교사자가 범행에 이르게 된 과정, 교사자의 교사행위가 없더라도 피교사자가 범행을 저지를 다른 원인의 존부 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사건의 전체적 경과를 객관적으로 판단하는 방법에 의하여야 하고, 이러한 판단 방법에 의할 때 피교사자가 교사자의 교사행위 당시에는 일응 범행을 승낙하지 아니한 것으로 보여진다 하더라도 이후 그 교사행위에 의하여 범행을 결의한 것으로 인정되는 이상 교사범의 성립에는 영향이 없다.

피고인이 결혼을 전제로 교제하던 여성 甲의 임신 사실을 알고 수회에 걸쳐 낙태를 권유하였다가 거부당하자, 甲에게 출산 여부는 알아서 하되 더 이상 결혼을 진행하지 않겠다고 통보하고, 이후에도 아이에 대한 친권을 행사할 의사가 없다고 하면서 낙태할 병원을 물색해 주기도 하였는데, 그 후 甲이 피고인에게 알리지 아니한 채 자신이 알아본 병원에서 낙태시술을 받은 사안에서, 피고

인은 甲에게 직접 낙태를 권유할 당시뿐만 아니라 출산 여부는 알아서 하라고 통보한 이후에도 계속 낙태를 교사하였고, 甲은 이로 인하여 낙태를 결의·실행하게 되었다고 보는 것이 타당하며, 甲이 당초 아이를 낳을 것처럼 말한 사실이 있다는 사정만으로 피고인의 낙태교사행위와 甲의 낙태결의 사이에 인과관계가 단절되는 것은 아니므로 피고인에게 낙태교사죄를 인정한 원심판단을 정당하다.

〈선정이유〉

본 판례는 교사자의 교사행위에도 불구하고 피교사자가 범행을 승낙하지 아니하거나 피교사자의 범행결의가 교사자의 교사행위에 의하여 생긴 것으로 보기 어려운 경우는 이른바 실패한 교사로서 형법 제31조 제3항에 의하여 교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌할 수 있을 뿐이나 피교사자가 교사자의 교사행위 당시에는 일응 범행을 승낙하지 아니한 것으로 보인다고 하더라도 이후 그 교사행위에 의하여 범행을 결의한 것으로 인정되는 경우에는 교사범의 죄책을 면할 수 없음을 명확히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

115. 교사자의 공범관계로부터의 이탈

(대법원 2012. 11. 15. 선고 2012도7407 판결)

〈쟁점〉

교사자가 공범관계로부터 이탈하여 교사범의 죄책을 부담하지 않기 위한 요건

〈판결요지〉

교사범이란 정범인 피교사자로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립하는 것이고, 교사범을 처벌하는 이유는 이와 같이 교사범이 피교사자로 하여금 범죄 실행을 결의하게 하였다는 데에 있다. 따라서 교사범이 그 공범관계로부터 이탈하기 위해서는 피교사자가 범죄의 실행행위에 나아가기 전에 교사범에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의를 해소하는 것이 필요하고, 이때 교사범이 피교사자에게 교사행위를 철회한다는 의사를 표시하고 이에 피교사자도 그 의사에 따르기로 하거나 또는 교사범이 명시적으로 교사행위를 철회함과 아울러 피교사자의 범죄 실행을 방지하기 위한 진지한 노력을 다하여 당초 피교사자가 범죄를 결의하게 된 사정을 제거하는 등 제반 사정에 비추어 객관적·실질적으로 보아 교사범에게 교사의 고의가 계속 존재한다고 보기 어렵고 당초의 교사행위에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의가 더 이상 유지되지 않는 것으로 평가할 수 있다면, 설사 그 후 피교사자가 범죄를 저지르더라도 이는 당초의 교사행위에 의한 것이 아니라 새로운 범죄 실행의 결의에 따른 것이므로 교사자는 형법 제31조 제2항에 의한 죄책을 부담함은 별론으로 하고 형법 제31조 제1항에 의한 교사범으로서의 죄책을 부담하지는 않는다고 할 수 있다.

피고인은 위 범행을 교사하기는 하였으나 피교사자인 공소외인이 범죄의 실행에 착수하기 전에 범행을 중지시켰고, 그 이후의 공소외인의 실행행위는 공소외인의 독자적 판단하에 이루어진 단독범행이므로 피고인의 교사는 공소외인의 공갈행위와 인과관계가 인정되지 않고, 또 피고인은 공범

관계에서 이탈한 것이라고 주장한 데 대하여, 원심은 피고인의 교사행위로 인하여 공소외인이 범행의 결의를 가지게 되었고, 그 후 공갈의 실행행위에 착수하여 피해자로부터 500만 원을 교부받음으로써 범행이 기수에 이르렀으므로 피고인의 교사행위와 공소외인의 범행 결의 및 실행행위 사이에 인과관계가 인정되고, 또 피고인이 전화로 범행을 만류하는 취지의 말을 한 것만으로는 피고인의 교사행위와 공소외인의 실행행위 사이에 인과관계가 단절되었다거나 피고인이 공범관계에서 이탈한 것으로 볼 수 없다

〈선정이유〉

본 판례는 교사범이 그 공범관계로부터 이탈하기 위해서는 피교사자가 범죄의 실행행위에 나아가기 전에 교사범에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의를 해소하여야 하고, 제반 사정에 비추어 교사범에게 교사의 고의가 계속 존재한다고 보기 어렵고 당초의 교사행위에 의하여 형성된 피교사자의 범죄 실행의 결의가 더 이상 유지되지 않는 것으로 평가할 수 있어야 함을 분명히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

116. 교사의 내용과 정범의 실행행위가 일치하지 않는 경우

(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002도4089 판결)

〈쟁점〉

교사자가 피교사자에 대하여 상해 또는 중상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우 교사자의 책임

〈판결요지〉

교사자가 피교사자에 대하여 상해 또는 중상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우에, 일반적으로 교사자는 상해죄 또는 중상해죄의 죄책을 지게 되는 것이지만 이 경우에 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 죄책을 지울 수 있는 것이다.

피고인 1가 상 피고인 3,4,5 및 원심 공동피고인 7에게 피고인과 사업관계로 다툼이 있었던 피해자를 혼내 주되, 평생 후회하면서 살도록 허리 아래 부분을 찌르고, 특히 허벅지나 종아리를 찔러 병신을 만들라는 취지로 이야기 하면서 차량과 칼 구입비 명목으로 경비 90만 원 정도를 주어 범행에 이르게 한 사실, 피고인 2는 위와 같이 1가 상 피고인들에게 범행을 지시할 때 그들에게 연락하여 모이도록 하였으며, " 피고인 1을 좀 도와 주어라" 등의 말을 하였고, 그 결과 상피고인들이 공소사실 기재와 같이 피해자의 종아리 부위 등을 20여 회나 칼로 찔러 살해하였다면, 그 당시 상황으로 보아 피고인 2 역시 공모관계에 있고, 피고인 1와 2는 피해자가 죽을 수도 있다는 점을 예견할 가능성이 있었다고 할 것이므로 피고인을 상해치사죄로 의율한 조치는 위 법리에 따른 것으로 정당하다.

〈선정이유〉

본 판례는 교사자가 피교사자에 대하여 상해 또는 중상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 죄책을 짐을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다.

Ⅲ. 종범

117. 공동정범과 종범의 구별

(대법원 2011. 11. 10. 선고 2010도11631 판결)

〈쟁점〉

영업활동에 지배적으로 관여하지 아니한 채 단순히 영업자의 직원으로 일하거나 영업을 위하여 보조하거나 영업자에게 영업장소 등을 임대하고 사용대가를 받은 자를 공동정범으로 처벌할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

게임산업진흥에 관한 법률 제26조 제2항, 제45조 제2호의 규정형식 및 취지에 비추어 볼 때, 같은 법 제45조 제2호 위반죄는 청소년게임제공업 등을 영위하고자 하는 자가 등록의무를 이행하지 아니하였다는 것만으로 구성요건이 실현되는 것은 아니고, 나아가 영업을 하였다는 요건까지 충족되어야 비로소 구성요건이 실현되는 것이므로 이를 진정부작위범으로 볼 것은 아니다. 그리고 게임산업진흥에 관한 법률 제26조 제2항에서 '청소년게임제공업 등을 영위하고자 하는 자'란 청소년게임제공업 등을 영위함으로 인한 권리의무의 귀속주체가 되는 자(이하 '영업자'라고 한다)를 의미하므로, 영업활동에 지배적으로 관여하지 아니한 채 단순히 영업자의 직원으로 일하거나 영업을 위하여 보조한 경우, 또는 영업자에게 영업장소 등을 임대하고 사용대가를 받은 경우 등에는 같은 법 제45조 위반에 대한 본질적인 기여를 통한 기능적 행위지배를 인정하기 어려워, 이들을 방조범으로 처벌할 수 있는지는 별론으로 하고 공동정범으로 처벌할 수는 없다.

〈참조판례〉

대법원 1996. 1. 26. 선고 95도2461 판결 : 피고인 2가 상피고인 1의 요청을 받아들여 상피고인 1 및 원심 공동피고인를 특정 고사실의 감독관으로 배치하여 주었을 때 상피고인 1이 특정 응시자가 다른 응시자의 답안을 보는 정도의 부정행위를 눈감아 주는 정도의 행위를 할 것으로 인식하였음은 인정할 수 있으나, 상피고인 1은 검찰 이래 원심 법정에 이르기까지 특정 고사실에 자신 및 원심 공동피고인를 배치하여 줄 것을 요구하는 이유를 묻는 피고인 2에 대하여 자신이 계획한 범행 내용을 은폐하면서 친구가 시험에 응시하는데 마음 편하게 시험을 볼 수 있도록 자신이 감독관으로 들어가려는 것이라고만 대답하였고, 피고인 2과 사이에 범행을 공모한 바는 없다고 진술하고 있으며, 달리 상피고인 1이 다른 고사실에서 다른 응시자의 답안지를 빼내는 방법으로 범행을 저지를 것임을 피고인 2가 알고 있었다는 점을 인정할 증거는 전혀 없는바, 그렇다면 피고인 2는 상피고인 1이 특정 응시자의 경미한 부정행위(다른 응시자의 답안을 몰래 보고 쓰는 정도의 행위 등)를 눈감아 주는 위계공무집행방해 행위를 방조할 의사로 상피고인 1의 요구대로 상피고인 1 및

원심 공동피고인을 특정 고사실의 감독관으로 배치하여 준 것에 불과하고, 피고인 2에게 상피고인 1과 공동으로 일체가 되어 상피고인 1의 행위를 이용하여 자신의 의사를 실행에 옮긴다는 의사가 있었다고 볼 수는 없으므로 피고인 2는 위계공무집행방해의 공동정범에 해당한다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요한데, 주관적 요건으로서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 저지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다. 위 판례들은 본질적인 기여를 통한 기능적 행위지배를 인정하기 어렵거나(대법원 2011. 11. 10. 선고 2010도11631 판결) 공동가공의 의사가 있다고 하기 어려우므로(대법원 1996. 1. 26. 선고 95도2461 판결), 공동정범이 아닌 종범으로 처벌한 사례이다.

118. 방조행위

(대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결)

〈쟁점〉

인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자에게서 이용 허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷 이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 등의 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹페이지 등에 직접 연결되는 경우, 그러한 링크 행위 또는 링크 행위의 공간을 제공하였다거나 그러한 링크를 삭제하지 않고 방치하는 행위가 저작재산권 침해행위의 방조행위에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

형법상 방조행위는 정범의 실행을 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것인데, 링크를 하는 행위 자체는 위와 같이 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지 등의 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자로부터 이용 허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷 이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 등의 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹페이지 등에 직접 연결된다고 하더라도 그 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없으므로, 이러한 링크 행위만으로는 위와 같은 저작재산권 침해행위의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다.

피고인은 이 사건 사이트를 관리·운영하는 사람인데, 이 사건 사이트의 일부 회원들이 그 사이트의 게시판에, 저작권자로부터 이용 허락을 받지 아니한 일본 만화 등 디지털콘텐츠를 게시하여 인터넷 이용자가 이를 열람 또는 다운로드(download) 할 수 있도록 하는 외국 블로그(blog)에 연결되는 링크 글을 게재하였음에도 피고인이 이를 삭제하지 않고 방치하였음을 알 수 있다.

이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 사이트의 일부 회원들이 위와 같이 링크를 하는 행위는 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 아니하여 이로써 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하였다고 할 수 없다. 또한 비록 외국 블로그에서 이 사건 디지털콘텐츠에 관한 복제권이나 공중송신권 등의 저작재산권을 침해하고 있고 인터넷 이용자가 위 링크 부분을 클릭함으로써 그러한 외국 블로그에 직접 연결된다고 하더라도, 그러한 링크 행위만으로는 위와 같은 저작재산권 침해의 방조행위에 해당한다고 볼 수도 없다.

따라서 피고인이 이 사건 사이트를 관리·운영하면서 저작권법위반죄 또는 그 방조죄로 처벌할 수 없는 위와 같은 링크 행위의 공간을 제공하였다거나 그러한 링크를 삭제하지 않고 방치하였다고 하더라도 저작권법위반의 방조죄가 성립한다고 할 수 없다. 그리고 피고인이 그 외에, 외국 블로그를 운영하거나 외국 블로그에 이 사건 디지털콘텐츠를 게시하는 등의 행위를 한 사람들과 어떠한 관련을 맺는 등의 방법으로 외국 블로그의 저작재산권 침해행위를 방조하였다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

본 판례는 형법상 방조행위는 정범의 실행을 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키지만, 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지 등의 위치 정보나 경로를 나타내는 링크 행위를 하는 행위는 물론 링크 행위의 공간을 제공하였다거나 그러한 링크를 삭제하지 않고 방치하는 행위가 인터넷이용자의 저작재산권 침해행위에 대한 방조가 되지 않음을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다.

119. 방조의 고의

(대법원 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결)

〈쟁점〉

방조범이 성립하기 위해 정범의 실행을 방조한다는 데 대한 인식 이외에 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는지 여부

〈판결요지〉

저작권법이 보호하는 복제권의 침해를 방조하는 행위란 정범의 복제권 침해를 용이하게 해주는 직접·간접의 모든 행위로서, 정범의 복제권 침해행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론, 복제권 침해행위에 착수하기 전에 장래의 복제권 침해행위를 예상하고 이를 용이하게 해주는 경우도 포함하며, 정범에 의하여 실행되는 복제권 침해행위에 대한 미필적 고의가 있는 것으로 충분하고 정범의 복제권 침해행위가 실행되는 일시, 장소, 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며, 나아가 정범이 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다.

P2P 프로그램을 이용하여 음악파일을 공유하는 행위가 대부분 정당한 허락 없는 음악파일의 복제임을 예견하면서도 MP3 파일 공유를 위한 P2P 프로그램인 소리바다 프로그램을 개발하여 이를 무료로 널리 제공하였으며, 그 서버를 설치·운영하면서 프로그램 이용자들의 접속정보를 서버에 보

관하여 다른 이용자에게 제공함으로써 이용자들이 용이하게 음악 MP3 파일을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터 공유폴더에 담아 둘 수 있게 하고, 소리바다 서비스가 저작권법에 위배된다는 경고와 서비스 중단 요청을 받고도 이를 계속한 경우, MP3 파일을 다운로드 받은 이용자의 행위는구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정되기 전의 것) 제2조 제14호의 복제에 해당하고, 소리바다 서비스 운영자의 행위는 구 저작권법상 복제권 침해행위의 방조에 해당한다.

〈참조판례〉

대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 : 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 행위를 말하므로, 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다.

〈선정이유〉

위 판례들은 방조범이 성립하기 위해서는 정범의 실행을 방조한다는 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족함을 분명히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

120. 부작위에 의한 방조

(대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결)

〈쟁점〉

방조범이 부작위에 의해서도 성립할 수 있는지 여부 및 부작위에 의한 방조범이 성립하기 위한 요건

〈판결요지〉

형법상 방조행위는 정범의 실행을 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 작위에 의한 경우뿐만 아니라 부작위에 의하여도 성립되는 것이다. 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있고, 여기서 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다.

파고인 1은 유무선 전기통신사업 등을 사업목적으로 하는 공소외 주식회사의 인터넷 포털서비스

사이트 내 오락채널을 총괄하는 팀장이고, 피고인 2는 위 오락채널 내 만화사업을 책임지고 운영하는 직원으로서, 위 사이트를 무료사이트에서 유료사이트로 전환하기 위하여 그 수익사업의 일환으로 성인만화방을 개설하고, 유료사이트 전환이라는 목적을 달성하기 위하여 그로 인한 수익에 지대한 관심을 가지고 영리의 목적으로 성인만화방 등을 비롯한 성인대상 채널을 중점적으로 관리하였으며, 공소외 주식회사는 콘텐츠 제공업체들과 사이에 위 성인만화방에 게재되는 만화 콘텐츠 이용자들로부터 그 이용료를 받아 그 수익금의 40-50%는 공소외 주식회사가, 50-60%는 콘텐츠 제공업체들이 나누어 갖는 공동사업을 하는 내용의 계약을 체결하고 그 계약에 따라 콘텐츠 제공업체들은 위 성인만화방에 게재될 만화 콘텐츠의 수집, 가공, 개발, 입력, 갱신의 업무를 수행하고, 공소외 주식회사는 위 인터넷 사이트 이용자들이 만화 콘텐츠에 접근·이용할 수 있도록 하는 온라인 시스템의 유지 관리 및 운영 업무를 수행하기로 하되, 각자의 분담 업무에 관하여 상호 협의하기로 하고, 이에 따라 공소외 주식회사의 담당직원인 피고인들은 사전에 콘텐츠 제공업체들과 협의를 함으로써 위 성인만화방에 대체로 어떠한 내용의 콘텐츠가 게재될 것인가를 사전에 예상하였고 그 콘텐츠의 뷰잉(viewing) 프로그램을 개발하여 제공하는 등 게재의 편의를 적극적으로 도모하였으며, 사후에 콘텐츠의 실제 게재 여부 및 정상 서비스 여부에 관하여 확인하였을 뿐만 아니라 만화 콘텐츠가 저장된 서버에 대한 시스템상 사용 및 보안권한 설정권을 보유하는 등 일반적 통제권한을 보유하여 콘텐츠의 내용을 실시간에 지속적으로 쉽게 검색·파악할 수 있었고, 공소외 주식회사는 콘텐츠 제공업체들과 사이에 제공업체들은 콘텐츠에 사회윤리를 침해하는 내용의 정보를 담아서는 안 되며 이러한 의무를 불이행할 경우 계약을 해지할 수 있다고 약정하였는데 피고인 2는 이러한 해지권을 근거로 실제 일부 만화들에 대하여 직접 삭제를 하거나 콘텐츠 제공업체에 요구하여 삭제하게 하였으며, 피고인 2는 이 사건 만화들 중 일부가 게재된 것을 알았고, 피고인 1도 성인만화방에서 어떤 내용의 만화가 게재되어 제공되고 있는지 알았으며 직접 검색을 하여 문제가 되는 만화는 피고인 2에게 삭제조치를 취하도록 지시하고 음란성의 수위를 조절하도록 지시하면서도 이 사건 만화들은 안이하게 생각하여 방치하였다.

이러한 사실관계에 비추어 보면, 공소외 주식회사의 담당직원인 피고인들은 콘텐츠 제공업체들이 위 성인만화방에 게재하는 만화 콘텐츠를 관리·감독할 권한과 능력을 갖고 있었고, 따라서 이 사건 음란만화들이 지속적으로 게재되고 있다는 사실을 안 이상 이를 게재한 콘텐츠 제공업체들에게 그 삭제를 요구할 조리상의 의무가 있었다고 할 것이므로, 피고인들에게 위와 같은 작위의무가 있다고 판단하여 피고인들을 구 전기통신기본법 제48조의2 위반 방조죄로 처벌한 조치는 정당하다.

〈선정이유〉

본 판례는 부작위에 의해서도 방조범이 성립할 수 있다는 것과 부작위에 의한 방조범의 성립하기 위한 요건을 명확히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

121. 예비단계에 있어서의 종범의 성립여부

(대법원 1976. 5. 25. 선고 75도1549 판결)

〈쟁점〉

예비행위를 방조한 경우 예비죄의 종범으로 처벌할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형법 제32조 제1항의 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다는 규정의 타인의 범죄란 정범이 범죄를 실현하기 위하여 착수한 경우를 말하는 것이라고 할 것이므로 종범이 처벌되기 위하여는 정범의 실행의 착수가 있는 경우에만 가능하고 정범이 실행의 착수에 이르지 아니한 예비의 단계에 그친 경우에는 이에 가공하는 행위가 예비의 공동정범이 되는 경우를 제외하고는 이를 종범으로 처벌할 수 없다고 할 것이다.

왜냐하면 범죄의 구성요건 개념상 예비죄의 실행행위는 무정형 무한정한 행위이고 종범의 행위도 무정형 무한정한 것이고 형법 제28조에 의하면 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다고 규정하여 예비죄의 처벌이 가져올 범죄의 구성요건을 부당하게 유추 내지 확장해석하는 것을 금지하고 있기 때문에 형법각칙의 예비죄를 처단하는 규정을 바로 독립된 구성요건 개념에 포함시킬 수는 없다고 하는 것이 죄형법정주의의 원칙에도 합당하는 해석이라 할 것이기 때문이 다. 따라서 형법전체의 정신에 비추어 예비의 단계에 있어서는 그 종범의 성립을 부정하고 있다고 보는 것이 타당한 해석이라고 할 것이다.

〈선정이유〉

본 판례는 죄형법정주의 원칙상 방조의 대상인'타인의 범죄'는 정범의 실행행위를 말하고 정범이 실행에 착수하기 이전에 행한 예비행위를 방조한 때에는 종범이 성립하지 않음을 명확히 한 판례이다. 이와는 달리 2인 이상이 공동하여 죄를 범함으로써 성립하는 공동정범에서 '죄'에는 예비죄가 포함되므로 수인이 예비행위를 공동으로 한 때에는 이들 모두가 예비죄로 처벌될 수 있다. 그리고 정범의 예비행위를 방조한 다음 그 정범이 실행의 착수로 나아간 때에는 결국 정범의 실행행위를 방조한 결과가 되므로 정범의 실행행위에 대한 방조의 죄책을 지울 수 있다.

122. 종범성립의 시간적 한계

(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6027 판결)

〈쟁점〉

정범이 기수에 이른 후에도 범죄의 실행행위가 계속되는 동안 방조범이 성립할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

범인도피죄는 범인을 도피하게 함으로써 기수에 이르지만, 범인도피행위가 계속되는 동안에는 범죄행위도 계속되고 행위가 끝날 때 비로소 범죄행위가 종료된다. 따라서 공범자의 범인도피행위 도중에 그 범행을 인식하면서 그와 공동의 범의를 가지고 기왕의 범인도피상태를 이용하여 스스로 범인도피행위를 계속한 경우에는 범인도피죄의 공동정범이 성립하고, 이는 공범자의 범행을 방조한 종범의 경우도 마찬가지이다.

甲이 수사기관 및 법원에 출석하여 乙 등의 사기 범행을 자신이 저질렀다는 취지로 허위자백하였는데, 그 후 甲의 사기 피고사건 변호인으로 선임된 피고인이 甲과 공모하여 진범 乙 등을 은폐하는 허위자백을 유지하게 함으로써 범인을 도피하게 하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인

이 변호인으로서 단순히 甲의 이익을 위한 적절한 변론과 그에 필요한 활동을 하는 데 그치지 아니하고, 甲과 乙 사이에 부정한 거래가 진행 중이며 甲 피고사건의 수임과 변론이 거래의 향배와 불가결한 관련이 있을 것임을 분명히 인식하고도 乙에게서 甲 피고사건을 수임하고, 그들의 합의가 성사되도록 도왔으며, 스스로 합의금의 일부를 예치하는 방안까지 용인하고 합의서를 작성하는 등으로 甲과 乙의 거래관계에 깊숙이 관여한 행위를 정당한 변론권의 범위 내에 속한다고 평가할 수 없고, 나아가 변호인의 비밀유지의무는 변호인이 업무상 알게 된 비밀을 다른 곳에 누설하지 않을 소극적 의무를 말하는 것일 뿐 진범을 은폐하는 허위자백을 적극적으로 유지하게 한 행위가 변호인의 비밀유지의무에 의하여 정당화될 수 없으며, 피고인의 행위는 정범인 甲에게 결의를 강화하게 한 방조행위로 평가될 수 있다

〈참조판례〉

(1) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 : 종범은 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만 아니라, 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립한다.

(2) 대법원 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결 : 저작권법이 보호하는 복제권의 침해를 방조하는 행위란 정범의 복제권 침해를 용이하게 해주는 직접·간접의 모든 행위로서, 정범의 복제권 침해행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론, 복제권 침해행위에 착수하기 전에 장래의 복제권 침해행위를 예상하고 이를 용이하게 해주는 경우도 포함하며

〈선정이유〉

위 판례들은 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만 아니라, 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 한 경우에도 방조범이 성립할 수 있음을 명확히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

Ⅳ. 간접정범

123. 간접정범의 본질

(대법원 1988. 9. 13. 선고 88도1114 판결)

〈쟁점〉

외국인에게 국가를 모독하는 유인물을 배포하는 행위를 형법 제104조의2 제2항 위반죄로 처벌할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견] 형법 제34조 제1항이 정하는 간접정범은 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생케 하는 것으로 이 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자는 시비를 판별할 능력이 없거나 강제에 의하여 의사의 자유를 억압당하고 있는 자, 구성요건적 범의가 없는 자와 목적범이거나 신분범일 때 그 목적이나

신분이 없는 자, 형법상 정당방위, 정당행위, 긴급피난 또는 자구행위로 인정되어 위법성이 없는 자 등을 말하는 것으로 이와 같은 책임무능력자, 범죄사실의 인식이 없는 자, 의사의 자유를 억압당하고 있는 자, 목적범, 신분범인 경우 그 목적 또는 신분이 없는 자 위법성이 조각되는 자 등을 마치 도구나 손발과 같이 이용하여 간접으로 죄의 구성요소를 실행한 자를 간접정범으로 처벌하는 것이므로 형법 제104조의2 제2항의 외국인이나 외국단체 등은 범죄의 대상이 … 될 수 있을지언정 이를 간접정범에서의 도구나 손발처럼 이용하는 것은 원천적으로 불가능하다 하겠으므로…이 규정을 들어 간접정범을 정한 취지라고 해석할 학리적 이유가 없다. 한편 형법 제104조의2 제2항은 '전항의 행위'라고 하여 그 행위는 '대한민국 또는 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 모욕 또는 비방하거나 그에 관한 사실을 왜곡 또는 허위사실을 유포하거나 기타의 방법으로 대한민국의 안전·이익 또는 위신을 해하거나 해할 우려가 있게 한 행위' 로서 [그 자체가] 구성요소적 행위이며 형법 제104조의2의 국가모독죄는 위태범이므로…그 행위 시에 이미 범죄는 기수가 되며, 형법 제104조의2의 국가모독죄에 미수범처벌규정을 마련하지 않은 것은 바로 이와 같은 이유에 연유하는 것이라고 풀이된다. 그리고 형법 제104조의2의 규정은 그 제1항의 내국인의 국외에서의 행위와 그 제2항의 내국인의 국내에서의 외국인 또는 외국단체 등에 대한 행위로 나누어 규정하였으나 이는 어디까지나 대한민국의 안전 이익 또는 위신의 대외적 보호를 위한 규정일 뿐 그 장소적 의미를 따로 해석할 아무런 이유가 없다.

그렇다면 위 형법 제104조의2 제2항의 규정 중 '이용하여'라는 말에 집착한 나머지 형법 제104조의2 제2항의 죄가 성립하려면 내국인이 외국인을 이용하는 행위와 이용당한 그 외국인이 국외에서 대한민국 및 그 헌법기관을 비방하는 등의 행위가 있어야 성립된다는 전제 아래 피고인에게 무죄를 선고한 원심조치에는 판결에 영향을 미침이 분명한 형법 제104조의2 제2항의 국가모독죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있어 원심판결을 파기하여 원심으로 환송하기로 한다.

[반대의견] 형법 제104조의2 제1항은 국외에서 내국인이 동항 소정의 모독행위(이하 국가모독행위라 한다)를 한 경우만을 처벌대상으로 규정하고, 동조 제2항은 국내에서 국가모독행위를 한 경우에는 원칙적으로 처벌의 대상으로 하지 아니하되 다만 '외국인이나 외국단체 등을 이용하여' 모독행위를 한 때에 한하여 이를 처벌대상으로 규정하고 있다. 여기에서 '이용하여'라 함은 외국인이나 외국단체 등을 교사 또는 방조하는 등 이들의 행위를 통하여 국가모독행위를 하는 것을 말한다고 풀이함이 타당하다. 즉 내국인이 국내에서 한 국가모독행위는 원칙적으로 처벌대상이 되지 않으나 다만, 국내에서 외국인을 교사 또는 방조하는 등 이들의 행위를 통하여 국가모독행위를 한 경우에는 그것이 외국인 등의 행위라는 점에서 국가 또는 헌법기관에 대한 해외에서의 여론·신뢰를 저해하거나 저해할 위험성이 크다고 할 것이므로, 비록 국내에서 행하여진 모독행위라고 할지라도 이를 이용한 내국인을 처벌하고자 하는 것이 위 제2항의 취지라고 보아야 할 것이다.

그러므로 내국인이 국내에서 한 국가모독행위에 관한 형법 제104조의2 제2항의 규정은 이를 함부로 확장해석할 것이 아니라 문리대로 외국인 등의 행위를 이용하여 한 경우만을 처벌대상으로 삼은 것이라고 해석함이 타당하고,…이 사건 공소사실과 같이 피고인이 외국인에게 유인물을 배포한 것만으로는 외국인의 행위를 이용하여 모독행위를 하였다고 볼 수 없으므로 무죄를 선고한 원심결론을 결국 정당하다.

〈관련조문〉

형법 [1988.12.31. 법률 제4040호로 개정되기 전의 것] 제104조의2 ① 내국인이 국외에서 대한민국 또는 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 모욕 또는 비방하거나 그에 관한 사실을 왜곡 또는

허위사실을 유포하거나 기타 방법으로 대한민국의 안전, 이익 또는 위신을 해하거나, 해할 우려가 있게 한 때에는 7년 이하의 징역이나 금고에 처한다.
② 내국인이 외국인이나 외국단체 등을 이용하여 국내에서 전항의 행위를 한 때에도 전항의 형과 같다.

〈선정이유〉

판례는 1975.3.25. 신설되었다가 1988.12.31. 폐지된 이른바 국가모독죄(제104조의2)의 법적 성격을 어떻게 볼 것인가에 관한 것으로 판례가 간접정범의 본질을 어떻게 이해하고 있는지를 엿볼 수 있는 대표적인 판례라고 할 수 있다. 형법 제104조의2 제2항은 "내국인이 외국인이나 외국단체 등을 이용하여 국내에서 전항의 행위를 한 때에도 전항의 형과 같다."고 규정하고 있다. 형법 제104조의2 제2항의 법적 성격과 관련하여 반대의견은 형법 제104조의2 제2항의 법적 성격을 간접정범과 동일하게 보고, 외국인이나 외국단체 등을 교사 또는 방조하는 등 이들의 행위를 통하여 국가모독행위를 한 경우에만 형법 제104조의2 제2항을 적용할 수 있고 외국인에게 유인물을 배포한 것만으로는 외국인의 행위를 이용하여 모독행위를 하였다고 볼 수 없는 경우에는 형법 제104조의2 제2항을 적용할 수 없다고 보았다. 이에 반하여 다수의견은 형법 제104조의2 제2항을 간접정범과는 다른 범죄유형으로 파악하고 외국인이나 외국단체 등을 범죄의 대상으로 한 범죄유형으로 파악하고 외국인에게 유인물을 배포하는 행위 자체가 형법 제104조의2 제2항을 위반하는 행위라고 보았다. 비록 다수의견과 반대의견은 판례는 형법 제104조의2 제2항의 법적 성격을 다르게 파악하고 있으나, 다수의견과 반대의견 모두 간접정범을 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자를 이용하여 간접으로 죄의 구성요소를 실행한 자를 의미한다고 보고 있다는 점에서는 차이가 없다.

124. 피해자의 행위를 이용한 간접정범

(대법원 1970. 9. 22. 선고 70도1638 판결)

〈쟁점〉

피해자를 강요하여 자상(自傷)하게 한 경우 (중)상해죄의 간접정범이 성립하는지 여부

〈판결요지〉

피고인은 동거한 사실이 있는 피해자에게 피고인을 탈영병이라고 헌병대에 신고한 이유와 다른 남자와 정을 통한 사실들을 추궁한 바, 이를 부인하자 하숙집 뒷산으로 데리고 가 계속 부정을 추궁하면서 상대 남자를 말하자 대답을 하지 못하고 당황하던 피해자에게 소지 중인 면도칼 1개를 주면서 "네가 네 코를 자르지 않을 때는 돌로서 죽인다"는 등 위협을 가해 자신의 생명에 위험을 느낀 피해자는 자신의 생명을 보존하기 위하여 위 면도칼로 콧등을 길이 2.5cm, 깊이 0.56cm 절단하므로서 피해자에게 전치 3개월을 요하는 상처를 입혀 안면부 불구가 되게 하였는바, 피고인에게 피해자의 상해 결과에 대한 인식이 있고 또 그 여인에게 대한 협박정도가 그의 의사결정의 자유를 상실케 함에 족한 것인 이상 피고인에게 중상해 사실을 인정하고 피해자 여인의 자상행위로 인정하지 아니한 원판결 판단에 소론 위법이 없다.

〈선정이유〉

사람이 스스로 자신의 신체를 상해하거나 자살을 감행하다 미수에 그친 경우 그 사람을 상해죄 또는 살인미수죄로 처벌하는 것은 허용되지 않는다. 상해죄 또는 살인죄에서 말하는 '사람'이란 자기 자신 이외의 타인을 말하기 때문이다. 그러나 타인에게 자살을 강요하여 그로 하여금 사망하게 한 경우에는 위계·위력자살결의죄(제253조)로 처벌되고, 타인에게 자상을 강요하여 그로 하여금 스스로 (중)상해를 입게 한 경우에는 (중)상해죄의 간접정범으로 처벌된다.

125. 고의 없는 자의 행위를 이용한 간접정범

(대법원 1984. 11. 27. 선고 84도1862 판결)

〈쟁점〉

타인의 신용카드를 자신의 카드인양 제시하여 상점 점원으로 하여금 금액난을 정정. 기재케 한 경우 유가증권변조죄의 간접정범이 성립하는지 여부

〈판결요지〉

형법 제214조의 유가증권이란 증권상에 표시된 재산상의 권리의 행사와 처분에 그 증권의 점유를 필요로 하는 것을 총칭하는 것이므로 그것이 유통성을 반드시 가질 필요는 없는 것이나 재산권이 증권에 화체된다는 것과, 그 권리의 행사처분에 증권의 점유를 필요로 한다는 두가지 요소를 갖추어야 하는 것이고, 위 두 가지 요소 중 어느 하나를 갖추지 못한 경우에는 형법 제214조에서 말하는 유가증권이라 할 수 없다 할 것인바, 한국외환은행 소비조합이 그 소속조합원에게 발행한 신용카드는 그 카드에 의해서만 신용구매의 권리를 행사할 수 있는 점에서 재산권이 증권에 화체되었다고 볼 수 있으므로 유가증권이라 할 것이다.

유가증권변조죄에 있어서 변조라 함은 진정으로 성립된 유가증권의 내용에 권한없는 자가 그 유가증권의 동일성을 해하지 않는 한도에서 변경을 가하는 것을 말하고, 설사, 진실에 합치하도록 변경한 것이라 하더라도 권한없이 변경한 경우에는 변조로 되는 것이고 정을 모르는 제3자를 통하여 간접정범의 형태로도 범할 수 있는 것인 바, 신용카드를 제시받은 상점점원이 그 카드의 금액란을 정정기재하였다 하더라도 그것이 카드소지인이 위 점원에게 자신이 위 금액을 정정기재 할 수 있는 권리가 있는 양 기망하여 이루어졌다면 이는 간접정범에 의한 유가증권변조로 봄이 상당하다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 2000. 6. 13. 선고 2000도778 판결 : 명의인을 기망하여 문서를 작성케 하는 경우는 서명, 날인이 정당히 성립된 경우에도 기망자는 명의인을 이용하여 서명 날인자의 의사에 반하는 문서를 작성케 하는 것이므로 사문서위조죄가 성립한다.

(2) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2006도3591 판결 : 자기에게 유리한 판결을 얻기 위하여 소송상의 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백하거나 증거가 조작되어 있다는 정을 인식하지 못하는 제3자를 이용하여 그로 하여금 소송의 당사자가 되게 하고 법원을 기망하여 소송 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하려 하였다면 간접정범의 형태에 의한 소송사기죄가 성립하게 된다.

〈선정이유〉

형법 제34조 제1항에서 '어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자'란 시비를 판별할 능력이 없거나 강제에 의하여 의사의 자유를 억압당하고 있는 자, 구성요건적 범의가 없는 자와 목적범이거나 신분범일 때 그 목적이나 신분이 없는 자, 형법상 정당방위, 정당행위, 긴급피난 또는 자구행위로 인정되어 위법성이 없는 자 등을 말하는데, 이 판례는 유가증권변조의 고의가 없는 자를 이용하여 유가증권의 내용을 변경한 경우에는 유가증권변조죄의 간접정범이 인정됨을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다.

126. 목적 없는 자의 행위를 이용한 간접정범

(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

목적범에서 목적없는 자를 이용한 경우 간접정범이 성립하는지 여부

〈판결요지〉

범죄는 '어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자'를 이용하여서도 이를 실행할 수 있으므로(형법 제34조 제1항), 내란죄의 경우 '국헌문란의 목적'을 가진 자가 그러한 목적이 없는 자를 이용하여 이를 실행할 수도 있다고 할 것이다. 피고인들은 12·12군사반란으로 군의 지휘권을 장악한 후, 국정 전반에 영향력을 미쳐 국권을 사실상 장악하는 한편, 헌법기관인 국무총리와 국무회의의 권한을 사실상 배제하고자 하는 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여, 비상계엄을 전국적으로 확대하는 것이 전군지휘관회의에서 결의된 군부의 의견인 것을 내세워 그와 같은 조치를 취하도록 대통령과 국무총리를 강압하고, 병기를 휴대한 병력으로 국무회의장을 포위하고 외부와의 연락을 차단하여 국무위원들을 강압 외포시키는 등의 폭력적 불법수단을 동원하여 비상계엄의 전국확대를 의결·선포하게 하였음을 알 수 있다. 사정이 이와 같다면, 위 비상계엄 전국확대가 국무회의의 의결을 거쳐 대통령이 선포함으로써 외형상 적법하였다고 하더라도, 이는 피고인들에 의하여 국헌문란의 목적을 달성하기 위한 수단으로 이루어진 것이므로 내란죄의 폭동에 해당하고, 또한 이는 피고인들에 의하여 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 그러한 목적이 없는 대통령을 이용하여 이루어진 것이므로 피고인들이 간접정범의 방법으로 내란죄를 실행한 것으로 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

목적범이거나 신분범에서 그 목적이나 신분이 없을 경우 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였더라도 그 행위를 처벌할 수 없다. 본 판례를 목적범이거나 신분범에서 그 목적이나 신분이 없는 자를 이용하여 범죄의 결과를 발생시킨 경우 그 이용자는 간접정범이 성립할 수 있음을 명시한 데 그 의의가 있다.

127. 위법성이 조각되는 행위를 이용한 간접정범

(대법원 2006. 5. 25. 선고 2003도3945 판결)

〈쟁점〉

간접정범의 형태로 직권남용감금죄를 범할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

감금죄는 간접정범의 형태로도 행하여질 수 있는 것이므로, 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 피해자를 구속하기 위하여 진술조서 등을 허위로 작성한 후 이를 기록에 첨부하여 구속영장을 신청하고, 진술조서 등이 허위로 작성된 정을 모르는 검사와 영장전담판사를 기망하여 구속영장을 발부받은 후 그 영장에 의하여 피해자를 구금하였다면 형법 제124조 제1항의 직권남용감금죄가 성립한다.

피고인들이 상해죄만으로는 구속되기 어려운 공소외 3에 대하여 허위의 진술조서를 작성하고, 공소외 3의 혐의없음이 입증될 수 있는 유리한 사실의 확인결과, 참고자료 및 공용서류인공소외 4에 대한 참고인 진술조서 등을 구속영장신청기록에 누락시키는 한편, 공소외 3에게 사문서위조 및 동행사, 360만 원 상당의 신용카드대금 편취, 200만 원 갈취, 4,000만 원 상당의 PC방 갈취의 혐의가 인정된다는 허위내용의 범죄인지보고서를 작성한 다음, 2001. 8. 8. 위와 같은 범죄사실로 구속영장을 신청하여 그 정을 모르는 담당 검사로 하여금 구속영장을 청구하게 하고, 같은 해 8. 9. 수사서류 등이 허위작성되거나 누락된 사실을 모르는 부산지방법원 영장전담판사로부터 구속영장을 발부받아 같은 날부터 공소외 3이 검사의 구속취소에 의하여 석방된 같은 해 9. 4.까지 구속·수감되게 함으로써 직권을 남용하여 공소외 3을 감금하였다는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 유지하였는바, 앞서 본 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 이러한 원심의 조치는 옳고, 거기에 직권남용감금죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

본 판례는 구성요건에 해당하는 행위를 하였으나 그러한 행위가 정당방위, 정당행위, 긴급피난 또는 자구행위로 인정되어 위법성이 조각되는 경우 그러한 행위를 한 자는 '어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자'에 해당하고 그러한 자의 행위를 이용한 자는 간접정범으로 처벌됨을 명확히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

128. 간접정범의 이용행위

(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도7204 판결)

〈쟁점〉

처벌되지 아니하는 타인의 행위를 적극적으로 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현 하였으나 그 과정에서 타인의 의사를 부당하게 억압하지 아니한 경우에도 간접정범의 죄책을 지는지 여부

〈판결요지〉

형법 제34조 제1항은 "어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다."고 규정하고 있으므로, 처벌되지 아니하는 타인의 행위를 적극적으로 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현한 자는 위 법조항이 정하는 간접정범으로서의 죄책을 지게 되고, 그 과정에서 타인의 의사를 부당하게 억압하여야만 간접정범에 해당하게 되는 것은 아니다.

이 사건 주식회사의 대표이사 겸 회장인 피고인 2가 위 회사의 제2공장을 신설하는 것과 관련하여 그곳 지역구 국회의원인 피고인 1의 주선으로 시장 등과의 간담회를 가지고 피고인 1에게 도시계획변경 및 일반지방산업단지지정에 관하여도 시장의 협조를 구해 달라고 부탁한 사실, 이와 관련하여 피고인 2는 피고인 1에게 후원금을 제공하기로 마음먹고, 위 회사의 경영진과 조직을 통하여 전국에 산재한 위 회사 지점 및 영업소 직원들에게 피고인 1을 소개하면서 그에 대한 후원금 기부를 권고하고 후원한 직원들의 명단까지 파악하는 등 후원금 기부를 적극적으로 유도하여, 이전에는 피고인 1에 대한 후원금 기부를 생각조차 하지 않던 전국 각지의 위 회사 직원들 중 무려 542명으로 하여금 불과 14일 동안 10만 원씩 모두 5,420만 원의 후원금을 피고인 1의 후원회에 집중적으로 기부하도록 함으로써 피고인 2 및 위 회사 임원 등의 후원금을 합하여 합계 5,560만 원을 기부한 사실, 피고인 1의 후원회는 형식적으로는 위 피고인과 별도로 구성되어 있기는 하나, 그 활동이 미미하고, 후원금 관리계좌가 위 피고인 명의로 개설되어 있으며, 그 통장 및 도장을 위 피고인의 변호사사무실 여직원 겸 국회의원 정치자금 회계책임자가 위 피고인의 국회의원 정치자금 통장 및 도장과 함께 보관하면서 위 피고인의 국회의원 보좌관 겸 후원회 회계책임자의 구체적 지시·감독 아래 이를 관리하여 왔고, 위 피고인은 그 보좌관 겸 후원회 회계책임자로부터 위 통장의 입·출금 내역 등 관리 상황을 수시로 보고받아 왔으며, 이 사건 후원금 입금에 관하여도 위와 같은 방법으로 보고받고 그 직후 피고인 2에게 직접 감사하다는 취지의 인사말까지 한 사실을 알 수 있다.

위와 같은 사실을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 비록 형식적으로는 위 후원금이 후원회에 기부된 것이라고 하더라도 실질적으로는 후원회의 회계를 사실상 지배·장악하고 있던 피고인 1 본인이 바로 후원금을 기부받은 것으로 볼 수 있어 정치자금법 제32조 제3호가 금지하는 공무원이 담당·처리하는 사무에 관하여 청탁 또는 알선하는 일과 관련하여 정치자금을 수수한 것이라 할 것이고, 피고인 2는 자세한 내막을 알지 못하여 정치자금법 위반죄를 구성하지 않는 직원들의 기부행위를 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현한 것이어서 간접정범으로서의 죄책을 면할 수 없다 할 것이다.

〈선정이유〉

본 판례는 간접정범이 성립하기 위해서는 처벌되지 아니하는 타인의 행위를 적극적으로 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현하면 족하고 그 과정에서 타인의 의사를 부당하게 억압하여야만 간접정범에 해당하게 되는 것은 아님을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다.

129. 범죄행위의 결과 발생

(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011도14441 판결)

〈쟁점〉

간접정범을 통한 위조문서행사 범행에서 도구로 이용된 자에게 행사한 경우 위조문서행사죄가 성립하는지 여부

〈대법원 판결요지〉

위조문서행사죄에 있어서 행사는 위조된 문서를 진정한 것으로 사용함으로써 문서에 대한 공공의 신용을 해칠 우려가 있는 행위를 말하므로 그 행사의 상대방에는 아무런 제한이 없고, 다만 문서가 위조된 것임을 이미 알고 있는 공범자 등에게 행사하는 경우에는 위조문서행사죄가 성립할 수 없으나 간접정범을 통한 위조문서행사범행에 있어 도구로 이용된 자라고 하더라고 문서가 위조된 것임을 알지 못하는 자에게 행사한 경우에는 위조문서행사죄가 성립한다. 이 사건 피고인은 위조한 전문건설업등록증 등의 컴퓨터 이미지 파일을 공사 수주에 사용하기 위하여 발주자인 공소외 1과 공소외 2에게 이메일로 송부하였고, 공소외 1과 공소외 2는 피고인으로부터 이메일로 송부받은 컴퓨터 이미지 파일을 프린터로 출력할 당시 그 이미지 파일이 위조된 것임을 알지 못하였던 사실을 알 수 있으므로, 피고인의 위와 같은 행위는 형법 제229조의 위조·변조공문서행사죄를 구성한다고 보아야 할 것이다.

〈원심판결요지〉

피고인은 위조·변조문서를 행사하는 행위도 파일을 출력한 공소외 1과 2를 통하여 하였다고 볼 수밖에 없는데, 이는 범행의 도구가 범행의 상대방이 된다는 결론에 이르게 된다. 간접정범을 통한 범행에서 피이용자는 간접정범의 의사를 실현하는 수단으로서의 지위를 갖는 점을 고려할 때, 위조문서 행사범행의 피이용자가 위조문서를 인식할 수 있게 되었다고 하더라도 이는 피고인과 동일시할 수 있는 자에게 문서를 보인 것과 마찬가지여서 그것만으로는 아직 위조문서가 피고인의 영역을 벗어났다고 보기 어렵다. 따라서 위조문서 행사의 도구를 행사의 상대방으로 하는 위조문서행사죄는 성립할 수 없다.

〈선정이유〉

컴퓨터 모니터 화면에 나타나는 이미지는 이미지 파일을 보기 위한 프로그램을 실행할 경우에 그때마다 전자적 반응을 일으켜 화면에 나타나는 것에 지나지 않아서 계속적으로 화면에 고정된 것으로는 볼 수 없으므로 형법상 문서에 관한 죄에서의 문서에는 해당되지 않으므로(대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1013 판결 참조), 이 사건에서 피고인이 이미지파일을 위조하여 공소외 1과 공소외 2에게 보내는 것을 공문서의 위조 및 행사라고 할 수 없다. 그러나 위조한 이미지 파일을 출력함으로써 문서의 요건을 갖춘 형태로 만들고 이를 다른 사람이 인식할 수 있는 상태에 놓을 경우에는 문서위조 및 행사죄로 의율할 수 있는바, 이 사건에서는 피고인이 공소외 1과 2에게 이미지파일을 전송하고 이들로 하여금 그 파일을 출력하고 이를 인식할 수 있는 상태에 놓이게 한 것을 공문서의 위조 및 행사로 볼 수 있는가가 문제되었다.

이 사건에서 피고인이 공소외 1과 2에게 공문서의 이미지파일을 전송하고 그들로 하여금 이를 출력하게 하여 문서의 형태로 완성시킴으로써 각종 공문서들을 위조하였다고 볼 수 있다. 피고인이 위조문서를 행사하였다고 볼 수 있는지와 관련하여 원심은 “접정범을 통한 범행에서 피이용자는 간접정범의 의사를 실현하는 수단으로서의 지위를 갖는 점을 고려할 때 피이용자가 위조문서를 인

식할 수 있게 되었다고 하더라도 그것만으로는 아직 위조문서가 피고인의 영역을 벗어났다고 보기 어렵다"는 이유로 행사죄가 성립되지 않는다고 본 반면, 대법원은 "위조문서행사죄가 성립할 수 없으나 간접정범을 통한 위조문서행사범행에 있어 도구로 이용된 자라고 하더라고 문서가 위조된 것임을 알지 못하는 자에게 행사한 경우에는 위조문서행사죄가 성립한다"는 이유로 행사죄가 성립한다고 보았다.

130. 자수범

(대법원 2018. 2. 8. 선고 2016도17733 판결)

〈쟁점〉

강제추행죄를 간접정범의 형태로 범할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

강제추행죄는 사람의 성적 자유 내지 성적 자기결정의 자유를 보호하기 위한 죄로서 정범 자신이 직접 범죄를 실행하여야 성립하는 자수범이라고 볼 수 없으므로, 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로도 범할 수 있다. 여기서 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에는 피해자도 포함될 수 있다고 봄이 타당하므로, 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우에도 강제추행죄의 간접정범에 해당할 수 있다.

피고인이 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, 그 행위의 내용과 경위에 비추어 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위라고 볼 여지가 충분하다. 따라서 피고인의 위와 같은 행위들은 피해자들을 이용하여 강제추행의 범죄를 실현한 것으로 평가할 수 있고, 피고인이 직접 위와 같은 행위들을 하지 않았다거나 피해자들의 신체에 대한 직접적인 접촉이 없었다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

〈선정이유〉

범죄의 주체와 실행행위가 극히 밀접하게 관련되어 있어 그 실현에 있어서 반드시 정범자 자신이 직접적인 실행행위가 요구되는 범죄를 자수범이라고 한다. 어떤 범죄가 자수범인지에 대해서는 견해가 대립하고 있으나 대개 (1) 준강간·준강제추행죄와 같이 범죄자 자신의 직접적인 신체활동을 통하여 범할 것이 요구되는 범죄, (2) 성매매알선죄와 같이 행위자의 인격적 태도가 표출될 것이 요구되는 범죄, (3) 위증죄, 도주죄 등과 같이 일정한 신분을 가진자 만이 범할 수 있는 범죄를 자수범으로 본다(삼유형설). 본 판례는 강제추행죄가 자수범이 아니며 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우에도 강제추행죄의 간접정범이 성립할 수 있음을 명확히 하고 있다는 점에 그 의의가 있다.

131. 비신분자에 의한 진정신분범의 간접정범(1)

(대법원 1992. 1. 17. 선고 91도2837 판결)

〈쟁점〉

공무원 아닌 자가 공문서작성을 보좌하는 공무원과 공모하여 허위의 문서초안을 상사에게 제출하여 결재케 함으로써 허위 공문서를 작성케 한 경우 간접정범의 공범으로서의 죄책을 지는지 여부

〈판결요지〉

공문서의 작성권한이 있는 공무원의 직무를 보좌하는 자가 그 직위를 이용하여 행사할 목적으로 허위의 내용이 기재된 문서초안을 그 정을 모르는 상사에게 제출하여 결제하도록 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.

피고인 1은 1990.4.7.자 향토예비군훈련을 받은 사실이 없음에도 불구하고 소속 예비군동대 방위병인 피고인 2에게 위 날짜에 예비군훈련을 받았다는 내용의 확인서를 발급하여 달라고 부탁하자, 피고인 2는 작성권자인 예비군 동대장에게 그 사실을 보고하여 그로부터 피고인이 예비군훈련에 참가한 여부를 확인한 후 확인서를 발급하도록 지시를 받고서는 미리 예비군 동대장의 직인을 찍어 보관하고 있던 예비군훈련확인서용지에 피고인 1의 성명 등 인적사항과 위 부탁받은 훈련일자 등을 기재하여 피고인 1에게 교부하였다. 이 사건 피고인 2는 공문서작성권한이 있는 공무원을 보좌하는 자신의 직위를 이용하여 정을 모르는 그 작성권자로 하여금 허위의 공문서를 작성하게 함으로써 허위공문서작성죄의 간접정범인 죄책을 지게 되었다 할 것이고, 그와 공모한 피고인 1로서도 신분이 공무원인지 여부에 관계없이 그 공범으로서의 죄책을 면할 수 없다.

〈선정이유〉

허위공문서작성죄는 공문서의 작성권한 있는 공무원이 범할 수 있는 진정신분범이나 본 판례는 공무원 아닌 자가 공문서작성을 보좌하는 공무원과 공모하여 허위의 문서초안을 상사에게 제출하여 결재케 함으로써 허위 공문서를 작성케 한 경우 허위공문서작성의 간접정범의 죄책을 지고 그와 공모한 자는 공무원인지 여부에 관계없이 공범의 죄책을 진다는 점을 명확히 하고 있다는 점에 그 의의가 있다.

132. 비신분자에 의한 진정신분범의 간접정범(2)

(대법원 1992. 11. 10. 선고 92도1342 판결)

〈쟁점〉

발행인이 아닌 자는 허위신고의 고의없는 발행인을 이용하여 간접정범의 형태로 허위신고죄를

범할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

허위신고로 인한 부정수표단속법위반의 점에 대하여 부정수표단속법의 목적이 부정수표 등의 발행을 단속처벌함에 있고(제1조), 허위신고죄를 규정한 부정수표단속법 제4조가 "수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면하게 할 목적"이 아니라 "수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목적"을 요건으로 하고 있는데 수표금액의 지급책임을 부담하는 자 또는 거래정지처분을 당하는 자는 오로지 발행인에 국한되는 점에 비추어 볼 때 그와 같은 발행인 아닌 자는 부정수표단속법 제4조가 정한 허위신고죄의 주체가 될 수 없고, 발행인이 아닌 자는 허위신고의 고의없는 발행인을 이용하여 간접정범의 형태로 허위신고죄를 범할 수도 없다는 취지에서 이 사건 수표의 발행인이 아닌 피고인에 대한 허위신고죄는 범죄로 되지 아니한다고 판단하여 이 부분에 관하여 무죄의 선고를 하였는 바, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.

〈관련조문〉

부정수표단속법 제4조(거짓 신고자의 형사책임) 수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목적으로 금융기관에 거짓 신고를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금에 처한다.

〈참조판례〉

대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도7815 판결 : 원심은, 이 사건 공소사실 중 피고인이 허위의 보증서를 작성하였다는 점에 대하여 부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법 제13조 제1항 제3호에 정한 허위보증서작성죄의 주체는 작성명의인인 보증인에 한정되고 보증인이 아닌 피고인은 허위 보증서 작성의 고의 없는 보증인들을 이용하여 간접정범의 형태로 허위 보증서 작성의 범행을 할 수 없다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 그러나 보증인이 아니라고 하더라도 허위보증서작성의 고의 없는 보증인들로 하여금 허위의 보증서를 작성하게 한 경우에는 간접정범이 성립한다고 할 것이므로(대법원 1997. 7. 11. 선고 97도1180 판결 참조), 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심은 위 특별조치법 제13조 제1항 제3호에 정한 허위보증서작성죄 및 간접정범에 관한 법리를 오해한 잘못을 저질렀다고 할 것이다.

〈선정이유〉

부정수표단속법 제4조가 정한 허위신고죄는 발행인만이 그 주체가 될 수 있다는 점에서 진정신분범이라고 할 수 있다. 본 판례는 진정신분범인 부정수표단속법상 허위신고죄의 주체는 발행인에 한정되고, 발행인이 아닌 자는 허위신고의 고의없는 발행인을 이용하여 간접정범의 형태로 허위신고죄를 범할 수도 없다고 한 데 그 의의가 있다. 그러나 〈참조판례〉에서는 그 주체가 작성명의인인 보증인에 한정되는 부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법상 허위보증서작성죄에서는 보증인이 아닌 자가 허위 보증서 작성의 고의 없는 보증인들을 이용하여 간접정범의 형태로 허위보증서작성죄를 범할 수 있다고 보고 있다. 여러 가지 판결들을 고려해 볼 때 판례가 비신분자에 의한 진정신분범의 간접정범의 성립을 부정하고 있다고 단정하기는 곤란하다.

V. 공범과 신분

133. 신분의 개념

(대법원 1994. 12. 23. 선고 93도1002 판결)

〈쟁점〉

모해할 목적으로 위증을 교사하였다면 그 정범에게 모해의 목적이 없다 하더라도 모해위증교사죄로 처단할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형법 제33조 소정의 이른바 신분관계라 함은 남녀의 성별, 내 외국인의 구별, 친족관계, 공무원인 자격과 같은 관계뿐만 아니라 널리 일정한 범죄행위에 관련된 범인의 인적관계인 특수한 지위 또는 상태를 지칭하는 것인 바, 형법 제152조 제1항과 같은 조 제2항은 위증을 한 범인이 형사사건의 피고인 등을 '모해할 목적'을 가지고 있었는가 아니면 그러한 목적이 없었는가 하는 범인의 특수 한 상태의 차이에 따라 범인에게 과할 형의 경중을 구별하고 있으므로, 이는 바로 형법 제33조 단서 소정의 “신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우”에 해당한다고 봄이 상당하다. 따라서 피고인이 피해자를 모해할 목적으로 공소외인에게 위증을 교사 한 이상, 가사 정범인 공소외인에게 모해의 목적이 없었다고 하더라도, 형법 제33조 단서의 규정에 의하여 피고인을 모해위증교사죄로 처단할 수 있다고 할 것이므로 이와 같은 취지로 보여지는 원심의 판단은 정당하고, 거기에 소론과 같이 교사범 및 공범과 신분에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 '타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다'고 규정한 형법 제31조 제1항은 협의의 공범의 일종인 교사범이 그 성립과 처벌에 있어서 정범에 종속한다는 일반적인 원칙을 선언한 것에 불과하고, 따라서 이 사건과 같이 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에 신분이 있는 자가 신분이 없는 자를 교사하여 죄를 범하게 한 때에는 형법 제33조 단서가 위 제31조 제1항에 우선하여 적용됨으로써 신분이 있는 교사범이 신분이 없는 정범보다 중하게 처벌된다고 할 것이므로, 이와 달리 정범이 단순 위증죄로 처벌된 이상 위 형법 제31조 제1항에 따라 피고인도 단순 위증죄의 동일한 형으로 처벌할 수밖에 없다는 소론은 위에서 설시한 법리와 상치되는 독자적 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.

〈참조판례〉

대법원 1984. 4. 24. 선고 84도195 판결 : 상습도박의 죄나 상습도박방조의 죄에 있어서의 상습성은 행위의 속성이 아니라 행위자의 속성으로서 도박을 반복해서 거듭하는 습벽을 말하는 것인 바, 도박의 습벽이 있는 자가 타인의 도박을 방조하면 상습도박방조의 죄에 해당하는 것이며, 도박의 습벽이 있는 자가 도박을 하고 또 도박방조를 하였을 경우 상습도박방조의 죄는 무거운 상습도박의 죄에 포괄시켜 1죄로서 처단하여야 한다.

〈선정이유〉

본 판례는 형법 제33조 소정의 신분관계의 개념을 정의하고 모해목적이 형법 제33조 소정의 신

분관계에 해당하며 교사자가 모해목적으로 모해목적을 가지지 않은 정범을 교사한 경우 교사자를 정범과 동일한 형으로 처벌한다고 규정하고 있는 형법 제31조 제1항이 아니라 제33조 단서를 우선 적용하여 신문이 있는 교사범을 신분이 없는 정범보다 중하게 처벌해야 함을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다. 참조판례도 같은 논리로 상습도박죄에서 상습성은 신분관계에 해당하고, 도박의 습벽이 있는 자가 타인의 도박을 방조하면 상습도박방조죄로 처벌된다고 판시하고 있다.

134. 신분없는 자에 의한 진정신분범의 공동정범

(대법원 1992. 12. 24. 선고 92도2346 판결)

〈쟁점〉

군인이나 군무원 등에 해당되지 아니하는 비신분자가 신분자의 군형법 제41조 위반죄에 대하여 공범이 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

피고인에 대한 공소사실은 공소외인과 공모하여 군형법 제41조 위반죄를 범하였다는 것이므로, 피고인은 군인이나 군무원 등 군인에 준하는 자에 해당되지 아니한다 할지라도 공소외인이 범행 당시 그와 같은 신분을 가지고 있었다면 형법 제8조, 군형법 제4조의 규정에 따라 형법 제33조가 적용되어 공범으로서의 죄책을 면할 수 없다.

군형법 제1조 제2항에 의하면, 군형법 피적용자로서의 군인에 대하여, 현역에 복무하는 장교, 준사관, 하사관 및 전임중인 병을 제외한 병을 말한다고 하고 있고, 군인사법 제2조 제1호는 현역군인을 장교, 준사관, 하사관 및 병으로 구분하고 있으며, 같은 법 제3조 제4항은 병은 병장, 상등병, 일등병 및 이등병으로 한다고 하고 있고, 병역법 제17조 제1항, 제2항은 입영부대의 장은 현역병 입영대상자가 입영한 때에는 입영한 날로부터 5일 이내에 신체검사를 하여야 하며, 그 결과 현역복무에 부적합하거나 질병 또는 심신장애로 15일 이상의 치료기간이 필요하다고 인정되는 자에 대하여는 신체등위 또는 치료기간을 명시하여 귀향시킬 수 있도록 규정하고 있다. 한편 병역법 시행령 제28조 제1항은 현역병의 복무기간은 입영한 날로부터 기산하며, 입영한 날에 이등병이 되고, 다만 입영부대에서 귀향된 자는 입영하기 전의 신분으로 복귀한다고 하였다.

기록에 의하면, 위 B는 1990.7.10. 의정부시 소재 육군 제306보충대에 입영하였다가 7.12. 국군창동병원에서 실시된 신체검사결과 귀향조치된 사실을 알 수 있다. 따라서 위 B는 위 보충대에 입영함으로써 군인으로서의 신분을 취득하였다가 귀향조치를 받음으로 인하여 현역입영대상자의 신분으로 복귀하였다고 할 수 있다.

이 사건 공소사실은 피고인들이 위 B와 공모하여 피고인 C가 피고인 A, 위 B에게 알려준대로 위 B가 국군창동병원에서 실시한 신체검사장에서 일부러 줄을 잘못 서고 다른 행동을 하는 등 정신이상자 행세를 함으로써 담당군의관으로부터 3개월 후 재검을 받으라는 판정을 받고 일단 귀향조치된 후, 위 B의 행동이 불량하고 정신이상증세가 있음을 보증한다는 6인의 인우보증서를 작성받아 광주시 소재 광주지방병무청에 제출하고, 1990.10.18. 실시된 재검에서 또 다시 같은 방법으로 정신이상자 행세를 함으로써 같은 날 5급(제2국민역) 판정을 받음으로써 군무를 기피할 목적으로 위계한 것이라는 내용인바, 위 B가 귀향조치 후 병무청에서 실시한 신체재검사 당시는 군인으

로서의 신분을 가지고 있지 아니하여 군형법 제41조 위반 행위의 주체가 될 수 없는 것이고, 따라서 귀향조치 후의 행위는 병역법 제75조 위반의 죄가 됨은 몰라도 위 군형법위반죄는 구성하지 아니한다고 할 것이다.

〈관련조문〉

군형법 제41조(근무 기피 목적의 사술) ① 근무를 기피할 목적으로 신체를 상해한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 적전인 경우: 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역
2. 그 밖의 경우: 3년 이하의 징역

② 근무를 기피할 목적으로 질병을 가장하거나 그 밖의 위계(위계)를 한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 적전인 경우: 10년 이하의 징역
2. 그 밖의 경우: 1년 이하의 징역

구 병역법 제75조 (도망·잠닉등) 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적으로 도망·잠닉·신체훼손 또는 사위행위를 한 자는 1년 이상 3년 이하의 징역에 처한다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 1999. 8. 20. 선고 99도1557 판결 : 특가법 제4조 제2항, 같은 법 시행령 제3조 제1호 소정의 정부관리기업체의 간부직원이 아닌 직원도 다른 간부직원인 직원과 함께 뇌물수수죄의 공동정범이 될 수 있다.

(2) 대법원 2003. 10. 24. 선고 2003도4027 판결 : 동업으로 인한 배임죄의 신분관계가 있음을 전제로 배임죄의 공범으로 기소된 자에 대하여 심리 결과 동업관계는 인정되지 아니하나 동업관계가 없는 자가 비신분자로서 신분이 있는 자와 공모하여 배임죄를 저지른 사실이 인정되는 경우…비신분자에 대하여 형법 제33조 본문에 의하여 배임죄의 공범으로 처단할 수 있다.

(3) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010도14409 판결 : 형법 제33조 본문은 “신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전3조의 규정을 적용한다.”고 규정하고 있으므로, 비신분자라 하더라도 신분범의 공범으로 처벌될 수 있다. 그리고 구 지방공무원법(2011. 5. 23. 법률 제10700호로 개정되기 전의 것) 제58조 제1항 본문이 주체를 지방공무원으로 제한하고 있기는 하지만, 위 법조항에 의하여 금지되는 ‘노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단행위’의 태양이 행위자의 신체를 수단으로 하여야 한다거나 행위자의 인격적 요소가 중요한 의미를 가지는 것은 아니므로, 위 행위를 처벌하는 같은 법 제82조가 지방공무원이 스스로 위 행위를 한 경우만을 처벌하려는 것으로 볼 수는 없다. 따라서 지방공무원의 신분을 가지지 아니하는 사람도 구 지방공무원법 제58조 제1항을 위반하여 같은 법 제82조에 따라 처벌되는 지방공무원의 범행에 가공한다면 형법 제33조 본문에 의해서 공범으로 처벌받을 수 있다.

〈선정이유〉

위 참조판례들에서 볼 수 있듯이 판례는 비신분자라고 할지라도 신분이 있는 자와 공모하여 범죄를 저지른 경우에는 신분범의 공범으로 처벌될 수 있다고 본다. 군형법위반죄는 군인 또는 군무원만이 범할 수 있는 신분범이나 신분범이 없는 자도 군인 또는 군무원과 공모하여 군형법위반죄

를 범한 때에는 군형법위반죄의 공범으로 처벌된다. 다만 위 판례에서는 피고인이 군인 또는 군무원의 신분을 갖고 있지 않으므로 피고인의 행위에 가담한 자는 공범으로 처벌할 수 없다고 보았다. 다만 이 사건에서는 피고인에 대해서 병역법 제75조 위반의 죄책을 물 수 있고 피고인의 행위에 가담한 자도 병역법위반죄의 공범으로 처벌할 수 있다는 점에 유의하여야 한다.

135. 작위의무없는 자에 의한 부작위범의 공동정범

(대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도89 판결)

〈쟁점〉

신고의무없는 자가 신고의무 위반으로 인한 공중위생관리법위반죄의 공동정범이 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

공중위생관리법 제3조 제1항 전단은 "공중위생영업을 하고자 하는 자는 공중위생영업의 종류별로 보건복지부령이 정하는 시설 및 설비를 갖추고 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다"고 규정하고 있고, 제20조 제1항 제1호는 ' 제3조 제1항 전단의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 자'를 처벌한다고 규정하고 있는바, 그 규정 형식 및 취지에 비추어 신고의무 위반으로 인한 공중위생관리법 위반죄는 구성요건이 부작위에 의하여서만 실현될 수 있는 진정부작위범에 해당한다고 할 것이고, 한편 부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다고 할 것이다. 그리고 공중위생영업의 신고의무는 '공중위생영업을 하고자 하는 자'에게 부여되어 있고, 여기서 '영업을 하는 자'라 함은 영업으로 인한 권리의무의 귀속주체가 되는 자를 의미하므로, 영업자의 직원이나 보조자의 경우에는 영업을 하는 자에 포함되지 않는다고 해석함이 상당하다.

원심은 이 사건 회사 각 지점의 실장직에 있었던 피고인들은 위 회사의 근로소득자에 불과하고 영업상의 권리의무의 귀속주체가 아니라는 이유로 위 규정에 의한 신고의무를 부담하는 자에 해당하지 않고, 나아가 피고인들에게 공통된 신고의무가 부여되어 있지 않은 이상 부작위범인 신고의무 위반으로 인한 공중위생관리법 위반죄의 공동정범도 성립할 수 없다고 판단하였는바, 앞서 본 법리에 비추어 위와 같은 원심의 판단은 옳다.

〈참조판례〉

대법원 1997. 4. 22. 선고 95도748 판결 : 직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것이고, 또 그 직무를 유기한 때라 함은 공무원이 법령, 내규 등에 의한 추상적인 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우를 이르는 것이 아니고, 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 그것이 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 야기시킬 가능성이 있는 경우를 말하는 것이므로, 병가 중인 자의 경우 구체적인 작위의무 내지 국가기능의 저해에 대한 구체적인 위험성이 있다고 할 수 없어 본죄의 주체로 될 수는 없다. 다만 신분이 없는 자라 하더라도 신분이 있는 자의 행위에 가공하는 경우 본죄의 공동정범이 성립하는 것이고, 이 사건 기록상 병가 중

인 피고인들과 나머지 피고인들 사이에 직무유기의 공범관계가 인정되는 터이므로 병가 중인 피고인들도 어차피 직무유기죄의 공동정범으로 처벌받아야 할 것이다.

〈선정이유〉

판례는 "부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다"는 법리를 취하고 있으므로, 작위의무 없는 자가 작위의무자와 공동으로 죄를 범하였다고 하여 작위의무 없는 자가 부작위범의 공동정범으로 처벌되는 것은 아니다. 그런데 참조판례에서 볼 수 있듯이 판례 중에는 이러한 법리와 달리 판시한 사례가 있다.

136. 부진정신분범에 가담한 비신분자의 처벌

(대법원 2018. 8. 30. 선고 2018도10047 판결)

〈쟁점〉

업무상의 임무라는 신분관계가 없는 자가 신분관계 있는 자와 공모하여 업무상배임죄를 범한 경우 신분관계가 없는 공범에 대하여는 형법 제33조 단서에 따라 단순배임죄에서 정한 형으로 처단하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 지위에 있는 사람이 그 임무를 위반하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 입힌 때에 성립한다. 이는 타인의 사무를 처리하는 지위라는 점에서 보면 단순배임죄에 대한 가중규정으로서 신분관계로 형의 경중이 있는 경우라고 할 것이다. 따라서 그와 같은 업무상의 임무라는 신분관계가 없는 자가 그러한 신분관계 있는 자와 공모하여 업무상배임죄를 저질렀다면, 그러한 신분관계가 없는 공범에 대하여는 형법 제33조 단서에 따라 단순배임죄에서 정한 형으로 처단하여야 한다. 이 경우에는 신분관계 없는 공범에게도 같은 조 본문에 따라 일단 신분범인 업무상배임죄가 성립하고 다만 과형에서만 무거운 형이 아닌 단순배임죄의 법정형이 적용된다. 이 사건 공소사실은 피고인이 피해자 공소외 2에 대하여 업무상 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있는 공소외 1의 업무상배임행위에 공모하였다는 것이므로, 업무상의 임무라는 신분관계가 없는 피고인에 대하여는 형법 제33조 본문에 따라 일단 신분범인 업무상배임죄가 성립하지만, 과형에서는 형법 제33조 단서에 따라 단순배임죄의 법정형을 적용하여야 한다.

〈선정이유〉

신분관계가 없는 자가 신분관계 있는 자와 공모하여 부진정신분범(예컨대 업무상배임죄)을 범한 경우 형법 제33조 단서를 곧바로 적용하여 신분관계 없는 자에게 단순배임죄가 성립한다고 해야 하는가 또는 형법 제33조 본문을 적용하여 업무상배임죄가 성립한다고 한 다음 다시 형법 제33조 단서를 적용하여 단순배임죄에서 정한 형으로 처단하여야 하는가를 놓고 견해가 대립하고 있다. 판례는 후자의 견해를 채택하고 "업무상의 임무라는 신분관계가 없는 피고인에 대하여는 형법 제

33조 본문에 따라 일단 신분범인 업무상배임죄가 성립하지만, 과형에서는 형법 제33조 단서에 따라 단순배임죄의 법정형을 적용해야 한다"고 본다.

137. 소극적 신분과 공범

(대법원 1986. 7. 8. 선고 86도749 판결)

〈쟁점〉

치과의사가 기공사에게 진료행위를 하도록 지시한 것이 무면허의료행위의 교사에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

의료행위라고 함은 질병의 예방이나 치료행위를 말하는 것으로서 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로서 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등의 행위를 말하는 것이고, 여기에서 진찰이라 함은 환자의 용태를 듣고 관찰하여 병상 및 병명을 규명판단하는 것으로서 이와 같은 행위는 사람의 생명이나 또는 공중위생에 위해를 발생케 할 수 있는 것이므로 의료법은 이러한 위해를 방지하기 위하여 의사가 아닌 자의 의료행위를 규제하고 있다. 이 사건 피고인 2는 국민학교 4년을 중퇴한 학력밖에 없으면서 단지 치과병원에 조수로서 종사해온 사실로 간호보조원의 자격을 갖고 있는데 불과한바 피고인 2는 의사의 면허나 자격이 없음에도 치과의사인 피고인 1 경영의 병원에서 그의 지시를 받아 1983.9.3경부터 1985.9.4까지 매일 평균 20명, 연인원 1,300명의 치과환자에게 그 환부의 엑스레이를 촬영하여 이를 판독하는등 초진을 하고 발치, 주사, 투약 등 독자적으로 진료행위를 하였음이 분명하다.

그리고 교사범이라 함은 타인으로 하여금 범죄를 결의케 하여 실행케 함을 말하는 것이므로 피고인 1은 환자의 대량유치를 위해 피고인 2 외에 당시 같은 치과병원에 치과기공사로 근무하였던 피고인 3, 4 등에게도 내원환자들에게 진료행위를 하도록 지시하였고, 이에 따라 위에 설시한 바와 같이 그들이 각 단독으로 진료행위를 하였음을 인정한 원심의 조치는 수긍이 가고 거기에 소론과 같은 교사범의 법리를 오해한 위법이 없다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도20 판결 : 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당한다고 보아야 한다.

(2) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2005도3707 판결 : 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당하는바, 이 경우 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족, 호주 또는 동거 가족에 해당한다 하여 달리 볼 것은 아니라 할 것이다.

〈선정이유〉

신분으로 인해 범죄의 성립이나 형벌이 조각되는 경우 그러한 신분을 소극적 신분(비구성적 신분)이라고 한다. 소극적 신분을 가진 자의 행위는 원칙적으로 처벌되지 않으나 소극적 신분을 가진

자가 그러한 신분을 갖지 아니한 자의 범죄행위에 가담한 경우에는 공범으로서의 죄책을 면할 수 없다. 본 판례는 치과의사(피고인 1)가 직접 진료를 하지 아니하고 간호보조원(피고인 2)이나 치과기공사(피고인 3, 4) 등에게 지시하여 진료행위를 한 경우에는 의료법위반죄의 교사범으로 처벌될 수 있음을 명확히 하였다는 점에 그 의의가 있다. 그리고 참조판례 (1)과 (2)에서 볼 수 있듯이 범인이 스스로 도피한 때에는 처벌을 받지 않으나 타인으로 하여금 자신을 도피하게 한 때에는 범인도피죄의 교사범으로 처벌되며, 이 때 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 등에 해당하더라도 교사범의 죄책을 면할 수 없다.

Ⅵ. 필요적 공범

138. 직접 실행에 가담하지 않는 자에 대한 합동범의 공동정범 인정여부

(대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도2021 판결)

〈쟁점〉

3인 이상이 합동절도를 모의한 후 2인 이상이 범행을 실행한 경우, 직접 실행행위에 가담하지 않은 자에 대한 공모공동정범 인정 여부

〈판결요지〉

3인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인이 범행 현장에서 시간적, 장소적으로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 경우에, 그 공모에는 참여하였으나 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인에 대하여도 그가 현장에서 절도 범행을 실행한 위 2인 이상의 범인의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있는 한 공동정범의 일반 이론에 비추어 그 다른 범인에 대하여 합동절도의 공동정범으로 인정할 수 있다. 한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 일부가 구성요건 행위 중 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 경우라 할지라도 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정된다면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없다.

피고인이 비록 망을 본 일이 없다고 하더라도, 피고인이 합동절도의 범행을 현장에서 실행한 원심 공동피고인 1 및 2와 공모하였고, 이 사건 범행을 직접 실행할 원심 공동피고인 2를 원심 공동피고인 1에게 소개하여 주었으며, 원심 공동피고인 2에게 이 사건 범행 도구인 면장갑과 쇼핑백을 구입하여 건네 주었고, 원심 공동피고인 1과 2가 이 사건 범행을 종료할 때까지 기다려 그들과 함께 절취한 현금을 운반한 후 그 중 일부를 분배받은 것만으로도 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 이 사건 범행에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 하였다고 할 것이고, 따라서 피고인이 원심 공동피고인 1과 2의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가될 수 있는 정범성의 표지를 갖추었다고 할 것이므로, 원심 공동피고인 1과 2의 위 합동절도의 범행에 대하여 공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없다.

〈참조판례〉

대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체 판결 : 3인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인이 범행 현장에서 시간적, 장소적으로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 경우에는 공동정범의 일반 이론에 비추어 그 공모에는 참여하였으나 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인에 대하여도 그가 현장에서 절도 범행을 실행한 위 2인 이상의 범인의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있다고 보여지는 한 그 다른 범인에 대하여 합동절도의 공동정범의 성립을 부정할 이유가 없다고 할 것이다. 형법 제331조 제2항 후단의 규정이 위와 같이 3인 이상이 공모하고 적어도 2인 이상이 합동절도의 범행을 실행한 경우에 대하여 공동정범의 성립을 부정하는 취지라고 해석할 이유가 없을 뿐만 아니라, 만일 공동정범의 성립가능성을 제한한다면 직접 실행행위에 참여하지 아니하면서 배후에서 합동절도의 범행을 조종하는 수괴는 그 행위의 기여도가 강력함에도 불구하고 공동정범으로 처벌받지 아니하는 불합리한 현상이 나타날 수 있다. 그러므로 합동절도에서도 공동정범과 교사범·종범의 구별기준은 일반원칙에 따라야 하고, 그 결과 범행현장에 존재하지 아니한 범인도 공동정범이 될 수 있으며, 반대로 상황에 따라서는 장소적으로 협동한 범인도 방조만 한 경우에는 종범으로 처벌될 수도 있다.

〈선정이유〉

과거 판례(대법원 1976. 7. 27. 선고 75도2720 판결)는 형법 331조 2항 후단 소정 합동절도에는 주관적 요건으로서 공모 외에 객관적 요건으로서 시간적으로나 장소적으로 협동관계가 있는 실행행위의 분담이 있어야 하므로 시간적으로나 장소적으로 절취행위와 협동관계가 있다고 할 수 없는 공범은 합동절도죄로 문의할 수는 없고 단지 일반 절도죄의 공동정범 또는 합동절도방조의 죄책을 지울 수 있을 따름이는 입장을 취하고 있었다. 그러다가 대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체 판결에서 “3인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인이 범행 현장에서 시간적, 장소적으로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 경우 그 공모에는 참여하였으나 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인에 대하여도 그가 현장에서 절도 범행을 실행한 위 2인 이상의 범인의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 는 한 그 다른 범인에 대하여 합동절도의 공동정범의 성립을 부정할 이유가 없다.”는 입장으로 변경하였다.

139. 편면적 대향범에 가담한 자의 처벌

(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도3642 판결)

〈쟁점〉

공무원 등의 직무상 비밀 누설행위와 대향범 관계에 있는 ‘비밀을 누설받은 행위’에 대하여 공범에 관한 형법총칙 규정을 적용할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 대향범에 대하여는 공범에 관한 형법총칙

규정이 적용될 수 없다. 공무원인 피고인 1이 직무상 비밀을 누설한 행위와 피고인 2가 그로부터 그 비밀을 누설받은 행위는 대향범 관계에 있다고 할 것인데, 형법 제127조는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설하는 행위만을 처벌하고 있을 뿐 직무상 비밀을 누설받은 상대방을 처벌하는 규정이 없는 점에 비추어, 직무상 비밀을 누설받은 자에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다고 봄이 상당하다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3994 판결 : 변호사 아닌 자가 변호사를 고용하여 법률사무소를 개설·운영하는 행위에 있어서는 변호사 아닌 자는 변호사를 고용하고 변호사는 변호사 아닌 자에게 고용된다는 서로 대향적인 행위의 존재가 반드시 필요하고, 나아가 변호사 아닌 자에게 고용된 변호사가 고용의 취지에 따라 법률사무소의 개설·운영에 어느 정도 관여할 것도 당연히 예상되는바, 이와 같이 변호사가 변호사 아닌 자에게 고용되어 법률사무소의 개설·운영에 관여하는 행위는 위 범죄가 성립하는 데 당연히 예상될 뿐만 아니라 범죄의 성립에 없어서는 아니 되는 것인데도 이를 처벌하는 규정이 없는 이상, 그 입법 취지에 비추어 볼 때 변호사 아닌 자에게 고용되어 법률사무소의 개설·운영에 관여한 변호사의 행위가 일반적인 형법 총칙상의 공모, 교사 또는 방조에 해당된다고 하더라도 변호사를 변호사 아닌 자의 공범으로서 처벌할 수는 없다.

(2) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도6287 판결 : 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 대향범에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없는데, 구 의료법(2007. 7. 27. 법률 제8559호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항 본문은 의료업에 종사하고 직접 진찰한 의사가 아니면 처방전을 작성하여 환자 등에게 교부하지 못한다고 규정하면서 제89조에서는 위 조항 본문을 위반한 자를 처벌하고 있을 뿐, 위와 같이 작성된 처방전을 교부받은 상대방을 처벌하는 규정이 따로 없는 점에 비추어, 위와 같이 작성된 처방전을 교부받은 자에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다고 보아야 한다.

(3) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도6969 판결 : 금품 등의 수수와 같이 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없다. 따라서 금품 등을 공여한 자에게 따로 처벌규정이 없는 이상, 그 공여행위는 그와 대향적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 범행에 대하여 공범관계가 성립되지 아니하고, 오로지 금품 등을 공여한 자의 행위에 대하여만 관여하여 그 공여행위를 교사하거나 방조한 행위도 상대방의 범행에 대하여 공범관계가 성립되지 아니한다.

〈선정이유〉

판례는 “2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 대향범에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다”는 입장을 취하고 있다. 공무상비밀누설죄 뿐만 아니라 의료법위반죄, 변호사법위반죄와 같이 상대방을 처벌하는 규정이 따로 없는 대향범에서는 상대방의 범행에 가담한 자에 대하여 형법총칙을 적용하여 경우 공범으로 처벌할 수가 없다. 특가법 제3조는 “공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품이나 이익을 수수·요구 또는 약속한 사람은 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있고, 뇌물죄와는 달리 공무원의 직무에 속한 사항을 알선하는 자에게 금품이나 이익을 공여·공여의사표시 또는 약속한 사람을 처벌하는 규정을 따로 두고 있지 않다. 따라서 참조판례 (3)에서 볼 수 있듯이 공무원의 직무에 속한 사항을 알선하는 자에게 금품이나 이익을 공여한 자는 알선수재죄의 공범으로 처벌할 수 없다.

제 3 편 죄수론

Ⅰ. 법조경합

140. 특별관계

(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7311 판결)

〈쟁점〉

직무를 집행하는 공무원에 대하여 위험한 물건을 휴대하여 고의로 상해를 가한 경우, 특수공무집행방해치상죄 외에 폭력행위처벌법위반(집단·흉기등상해)죄를 구성하는지 여부

〈판결요지〉

기본범죄를 통하여 고의로 중한 결과를 발생하게 한 경우에 가중 처벌하는 부진정결과적가중범에서 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위가 별도의 구성요건에 해당하고 그 고의범에 대하여 결과적 가중범에 정한 형보다 더 무겁게 처벌하는 규정이 있는 경우에는 그 고의범과 결과적 가중범이 상상적 경합관계에 있지만, 위와 같이 고의범에 대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는 결과적 가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 결과적 가중범만 성립하고 이와 법조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다. 따라서 직무를 집행하는 공무원에 대하여 위험한 물건을 휴대하여 고의로 상해를 가한 경우에는 특수공무집행방해치상죄만 성립할 뿐, 이와는 별도로 폭력행위처벌법위반(집단·흉기등상해)죄를 구성하지 않는다.

〈참조판례〉

대법원 1996. 4. 26. 선고 96도485 판결 : 형법 제164조 후단이 규정하는 현주건조물방화치사상죄는 그 전단이 규정하는 죄에 대한 일종의 가중처벌 규정으로서 과실이 있는 경우뿐만 아니라, 고의가 있는 경우에도 포함된다고 볼 것이므로 사람을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우에는 현주건조물방화치사죄로 의율하여야 하고 이와 더불어 살인죄와의 상상적 경합범으로 의율할 것은 아니며, 다만 존속살해죄와 현주건조물방화치사죄는 상상적 경합범 관계에 있으므로, 법정형이 중한 존속살해죄로 의율함이 타당하다.

〈선정이유〉

본 판례는 부진정결과적가중범에서 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위를 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우 결과적 가중범과 고의범의 죄수관계에 관한 법리를 제시하였다는 점에 그 의의가 있다. 다만 2016. 1. 6. 법률 제13718호로 집단·흉기등상해죄를 규정하고 있던 폭력행위처벌법 제3조 제1항이 삭제되고 같은 날 법률 형법 제13719호로 형법이 개정되어 특수상해죄(제258조의2)가 신설되었고, 1995.12.13. 법률 제5057호로 형법이 개정되어(1997.1.1.부터 시행) 존속살

해죄의 형이 '사형 또는 무기징역'에서 '사형, 무기 또는 7년 이상의 징역'으로 감경되었다는 점에 유의하여야 한다.

141. 보충관계

(대법원 1965. 9. 28. 선고 65도695 판결)

〈쟁점〉

단일한 살인의 범의하에 동일인에 대하여 수 회의 예비 및 공격행위로서 살인한 경우와 죄수

〈판결요지〉

살해의 목적으로 동일인에게 일시 장소를 달리하고 수 차에 걸쳐 단순한 예비행위를 하거나 또는 공격을 가하였으나 미수에 그치다가 드디어 그 목적을 달성한 경우에 그 예비행위 내지 공격행위가 동일한 의사발동에서 나왔고 그 사이에 범의의 갱신이 없는 한 각 행위가 같은 일시 장소에서 행하여 졌거나 또는 다른 장소에서 행하여 졌거나를 막론하고 또 그 방법이 동일하거나 여부를 가릴 것 없이 그 살해의 목적을 달성할 때까지의 행위는 모두 실행행위의 일부로서 이를 포괄적으로 보고 단순한 한 개의 살인기수죄로 처단할 것이지 살인예비 내지 미수죄와 동 기수죄의 경합죄로 처단할 수 없는 것이다.

〈참조판례〉

대법원 2003. 3. 28. 선고 2003도665 판결 : 상습강도죄를 범한 범인이 그 범행 외에 상습적인 강도의 목적으로 강도예비를 하였다가 강도에 이르지 아니하고 강도예비에 그친 경우에도 그것이 강도상습성의 발현이라고 보여지는 경우에는 강도예비행위는 상습강도죄에 흡수되어 상습강도죄의 1죄만을 구성하고 이 상습강도죄와 별개로 강도예비죄를 구성하지 아니한다.

〈선정이유〉

본 판례는 살해의 목적으로 동일인에게 일시 장소를 달리하고 수 차에 걸쳐 단순한 예비행위를 하거나 또는 공격을 가하였으나 미수에 그치다가 드디어 그 목적을 달성한 경우 그 살해의 목적을 달성할 때까지의 일련의 행위는 포괄하여 하나의 살인죄로 처벌된다는 것을 명확히 하고 있다는 데 그 의의가 있다. 이러한 법리는 상습강도죄를 범한 범인이 그 범행 외에 상습적인 강도의 목적으로 강도예비를 하였다가 강도에 이르지 아니하고 강도예비에 그친 경우에도 적용된다.

142. 흡수관계_불가벌적 수반행위(1)

(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도1895 판결)

〈쟁점〉

동일한 피해자에 대한 폭행행위가 업무방해죄의 수단이 된 경우, 폭행행위가 이른바 '불가벌적 수반행위'에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있는지 여부

〈판결요지〉

이른바 '불가벌적 수반행위'란 법조경합의 한 형태인 흡수관계에 속하는 것으로서, 행위자가 특정한 죄를 범하면 비록 논리 필연적인 것은 아니지만 일반적·전형적으로 다른 구성요건을 충족하고 이때 그 구성요건의 불법이나 책임의 내용이 주된 범죄에 비하여 경미하기 때문에 처벌이 별도로 고려되지 않는 경우를 말한다.

업무방해죄와 폭행죄는 그 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 업무방해죄의 성립에 일반적·전형적으로 사람에 대한 폭행행위를 수반하는 것은 아니며, 폭행행위가 업무방해죄에 비하여 별도로 고려되지 않을 만큼 경미한 것이라고 할 수도 없으므로, 설령 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다고 하더라도 그러한 폭행행위가 이른바 '불가벌적 수반행위'에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다. 이 사건 피고인들이 피해자들의 택시 운행업무를 방해하기 위하여 이루어진 폭행행위가 피해자들에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다 하더라도 그와 같은 폭행행위가 업무방해죄의 성립에 일반적·전형적으로 수반되는 것이 아닐 뿐 아니라 그 폭행행위가 업무방해죄에 비하여 별도로 고려되지 않을 만큼 경미한 것이라고 할 수도 없으므로, 피고인들의 폭행행위가 업무방해죄에 흡수되어 별도의 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없다. 다만 피고인들의 공동폭행이라는 1개의 행위가 폭력행위처벌법위반(공동폭행)죄와 업무방해죄의 구성요건을 충족하는 경우에 해당한다 할 것이어서 양죄는 상상적 경합의 관계에 있다고 보아야 할 것이다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 1984. 8. 21. 선고 84도1550 판결 : 강간죄의 성립에는 언제나 필요한 수단으로 감금행위를 수반하는 것은 아니므로 감금행위가 강간죄의 목적을 달하려고 일정한 장소에 인치하기 위한 수단이 되었다 하여 그 감금행위가 강간죄에 흡수되어 범죄를 구성하지 않는다고 할 수 없다.

(2) 대법원 1982. 6. 22. 선고 82도705 판결 : 감금을 하기 위한 수단으로서 행사된 단순한 협박행위는 감금죄에 흡수되어 따로 협박죄를 구성하지 아니한다.

(3) 대법원 1996. 9. 24. 선고 96도2151 판결 : 공갈죄의 수단으로서 한 협박은 공갈죄에 흡수될 뿐 별도로 협박죄를 구성하지 않는다.

〈선정이유〉

본 판례는 동일한 피해자에 대한 폭행행위가 업무방해죄의 수단이 된 경우, 폭행행위가 이른바 '불가벌적 수반행위'에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있는지 여부에 관한 법리를 제시하고 있다는 점에 그 의의가 있다. 폭행이 업무방해의 수단이 되거나 감금이 강간의 수단이 된 경우 각각 폭행죄와 감금죄가 별도로 성립하는데 반하여[참조판례 (1)]. 협박을 수단으로 하여 감금을 하거나 공갈을 한 때에는 감금죄나 공갈죄와는 별도로 협박죄가 성립하지 않는다[참조판례 (2), (3)].

143. 흡수관계_불가벌적 사후행위(2)

(대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

피해자로부터 토지를 명의신탁받아 보관 중이던 피고인이 개인 채무 변제에 사용할 돈을 차용하기 위해 위 토지에 근저당권을 설정하였는데 그 후 피고인이 위 토지를 타인에게 매도한 경우 피고인의 토지 매도행위가 별도의 횡령죄를 구성하는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견] 횡령죄는 다른 사람의 재물에 관한 소유권 등 본권을 보호법익으로 하고 법익침해의 위험이 있으면 침해의 결과가 발생되지 아니하더라도 성립하는 위험범이다. 그리고 일단 특정한 처분행위(이를 '선행 처분행위'라 한다)로 인하여 법익침해의 위험이 발생함으로써 횡령죄가 기수에 이른 후 종국적인 법익침해의 결과가 발생하기 전에 새로운 처분행위(이를 '후행 처분행위'라 한다)가 이루어졌을 때, 후행 처분행위가 선행 처분행위에 의하여 발생한 위험을 현실적인 법익침해로 완성하는 수단에 불과하거나 그 과정에서 당연히 예상될 수 있는 것으로서 새로운 위험을 추가하는 것이 아니라면 후행 처분행위에 의해 발생한 위험은 선행 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험에 포함되는 것이므로 후행 처분행위는 이른바 불가벌적 사후행위에 해당한다. 그러나 후행 처분행위가 이를 넘어서서, 선행 처분행위로 예상할 수 없는 새로운 위험을 추가함으로써 법익침해에 대한 위험을 증가시키거나 선행 처분행위와는 무관한 방법으로 법익침해의 결과를 발생시키는 경우라면, 이는 선행 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험의 범위를 벗어나는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 별도로 횡령죄를 구성한다고 보아야 한다.

따라서 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 근저당권설정등기를 경료함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다 하더라도 그 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하여 새로운 법익침해의 위험을 추가함으로써 법익침해의 위험을 증가시키거나 해당 부동산을 매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 법익침해의 결과를 발생시켰다면, 이는 당초의 근저당권 실행을 위한 임의경매에 의한 매각 등 그 근저당권으로 인해 당연히 예상될 수 있는 범위를 넘어 새로운 법익침해의 위험을 추가시키거나 법익침해의 결과를 발생시킨 것이므로 특별한 사정이 없는 한 불가벌적 사후행위로 볼 수 없고, 별도로 횡령죄를 구성한다.

[반대의견] 형법 제355조 제1항에서 규정한 횡령죄는 재물의 영득을 구성요건적 행위로 삼는다는 점에서 재산상의 이익을 대상으로 하는 같은 조 제2항의 배임죄와 구분되는데, 재물에 대한 불법영득의사는 피해자의 소유권 등 본권에 대한 전면적 침해를 본질적 내용으로 하므로 그러한 불법영득의사에 기한 횡령행위가 있을 경우 이미 그에 의한 법익침해의 결과나 위험은 그 소유권 등의 객체인 재물의 전체에 미친다고 볼 수밖에 없고, 따라서 일단 위와 같은 횡령죄가 성립한 후에는 재물의 보관자에 의한 새로운 처분행위가 있다고 하여 별도의 법익침해의 결과나 위험이 발생할 수 없음은 당연한 논리적 귀결이다. 타인의 부동산을 보관 중인 자가 그 부동산의 일부 재산상 가치를 신임관계에 반하여 유용하는 행위로서, 즉 배임행위로서 제3자에게 근저당권을 설정한 것이 아니라, 아예 해당 부동산을 재물로서 불법적으로 영득할 의사로, 즉 횡령행위로서 근저당권을 설정한 것이라면, 이러한 횡령행위에 의한 법익침해의 결과나 위험은 그때 이미 위 부동산에 관한 소유권 전체에 미치게 되고, 이 경우 후행 처분행위에 의한 추가적 법익침해의 결과나 위험은 법

논리상 불가능하다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

일단 특정한 처분행위(선행 처분행위)로 인하여 법익침해의 위험이 발생함으로써 횡령죄가 기수에 이른 후 종국적인 법익침해의 결과가 발생하기 전에 새로운 처분행위(후행 처분행위)가 이루어졌을 때, 그 후행 처분행위가 선행 처분행위에 의하여 발생한 위험을 현실적인 법익침해로 완성하는 수단에 불과하거나 그 과정에서 당연히 예상될 수 있는 것으로서 새로운 위험을 추가하는 것이 아니라면 후행 처분행위에 의해 발생한 위험은 선행 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험에 포함되는 것이라 할 것이므로 그 후행 처분행위는 이른바 불가벌적 사후행위에 해당한다." 본 판례는 불가벌적 사후행위의 법리를 제시하고, 이 법리를 타인의 부동산을 보관 중인 자가 그 부동산에 근저당권설정등기를 마침으로써 횡령행위가 기수에 이른 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하거나 해당 부동산을 매각한 경우에 적용하여 그에 대한 판단을 보여주고 있다는 점에 그 의의가 있다.

144. 흡수관계_불가벌적 사후행위(3)

(대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도3498 판결)

〈쟁점〉

예금주인 피고인이 제3자에게 편취당한 송금의뢰인으로부터 자신의 은행계좌에 계좌송금된 돈을 출금한 경우 은행을 피해자로 한 사기죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

계좌이체 또는 현금으로 계좌송금이 되었지만 예금원장에 입금의 기록이 된 때에 예금이 된다고 예금거래기본약관에 정하여져 있을 뿐이고, 수취인과 은행 사이의 예금계약의 성립 여부를 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체 등의 원인인 법률관계가 존재하는지 여부에 의하여 좌우되도록 별도로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없다면, 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체 등의 원인인 법률관계가 존재하는지 여부에 관계없이 수취인과 은행 사이에는 계좌이체금액 상당의 예금계약이 성립하고, 수취인은 은행에 대하여 위 금액 상당의 예금채권을 취득한다. 그리고 위와 같이 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체 등의 원인이 되는 법률관계가 존재하지 않음에도 불구하고, 계좌이체에 의하여 수취인이 계좌이체금액 상당의 예금채권을 취득한 경우에, 송금의뢰인은 수취인에 대하여 위 금액 상당의 부당이득반환청구권을 가지게 되지만, 은행은 이익을 얻은 것이 없으므로 은행에 대하여는 부당이득반환청구권을 가지지 않는다. 그렇다면 위와 같이 송금의뢰인이 수취인의 예금계좌에 계좌이체 등을 한 이후, 수취인이 은행에 대하여 예금반환을 청구함에 따라 은행이 수취인에게 그 예금을 지급하는 행위는 계좌이체금액 상당의 예금계약의 성립 및 그 예금채권 취득에 따른 것으로서 은행이 착오에 빠져 처분행위를 한 것이라고 볼 수 없으므로, 결국 이러한 행위는 은행을 피해자로 한 형법 제347조의 사기죄에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도8776 판결 : 절취란 타인이 점유하고 있는 재물을 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말한다. 피고인이 발급받아 제3자에게 교부하여 준 속칭 '대포통장'의 명의인으로서, 그 계좌로 송금되어 온 금전을 인출하기 위하여 일단 위 통장의 분실신고를 하여 계좌거래를 정지시킨 다음 위 통장을 재발급받는 방법으로 위 금전의 인출한 행위는 자신의 명의로 된 은행계좌를 이용한 것이어서 애초 예금계좌를 개설한 은행의 의사에 반한다고 볼 수 없으므로 절취행위에 해당하지 않는다.

(2) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2017도3045 판결 : 전기통신금융사기(이른바 보이스피싱 범죄)의 범인이 피해자를 기망하여 피해자의 돈을 사기이용계좌로 송금·이체받았다면 이로써 편취행위는 기수에 이른다. 따라서 범인이 피해자의 돈을 보유하게 되었더라도 이로 인하여 피해자와 사이에 어떠한 위탁 또는 신임관계가 존재한다고 할 수 없는 이상 피해자의 돈을 보관하는 지위에 있다고 볼 수 없으며, 나아가 그 후에 범인이 사기이용계좌에서 현금을 인출하였더라도 이는 이미 성립한 사기범행의 실행행위에 지나지 아니하여 새로운 법익을 침해한다고 보기도 어려우므로, 위와 같은 인출행위는 사기의 피해자에 대하여 따로 횡령죄를 구성하지 아니한다. 그리고 이러한 법리는 사기범행에 이용되리라는 사정을 알고서도 자신 명의 계좌의 접근매체를 양도함으로써 사기범행을 방조한 종범이 사기이용계좌로 송금된 피해자의 돈을 임의로 인출한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

〈선정이유〉

본 판례는 예금주인 피고인이 제3자에게 편취당한 송금의뢰인으로부터 자신의 은행계좌에 계좌송금된 돈을 출금한 경우 은행을 피해자로 한 사기죄가 성립하지 않음을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다. 그리고 참조판례 (1)에서 볼 수 있듯이 통장을 재발급받는 방법으로 위 금전의 인출한 경우 은행에 대해 절도죄가 성립하지 않고, 참조판례 (2)에서 볼 수 있듯이 사기죄의 피해자에 대해서 횡령죄도 성립하지 않는다. 이처럼 은행에 대한 관계에서 별도의 사기죄나 절도죄가 성립하지 않고 사기죄의 피해자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 않는 것은 이미 성립한 사기범행의 실행행위에 지나지 아니하여 새로운 법익을 침해한다고 보기도 어렵기 때문인데, 이는 앞에서 설명한 불가불적 사후행위의 법리가 적용된 사례라고 할 수 있다.

Ⅱ. 포괄일죄

145. 결합범

(대법원 2015. 10. 15. 선고 2015도8169 판결)

〈쟁점〉

형법 제332조에 규정된 상습절도죄를 범한 범인이 범행의 수단으로 주간에 주거침입을 한 경우 주간 주거침입행위가 별개로 주거침입죄를 구성하는지 여부

〈판결요지〉

형법 제330조에 규정된 야간주거침입절도죄 및 형법 제331조 제1항에 규정된 특수절도(야간손괴침입절도)죄를 제외하고 일반적으로 주거침입은 절도죄의 구성요건이 아니므로 절도범인이 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 주거침입행위는 절도죄에 흡수되지 아니하고 별개로 주거침입죄를 구성하여 절도죄와는 실체적 경합의 관계에 서는 것이 원칙이다. 또 형법 제332조는 상습으로 단순절도(형법 제329조), 야간주거침입절도(형법 제330조)와 특수절도(형법 제331조) 및 자동차 등 불법사용(형법 제331조의2)의 죄를 범한 자는 그 죄에 정한 각 형의 2분의 1을 가중하여 처벌하도록 규정하고 있으므로, 위 규정은 주거침입을 구성요건으로 하지 않는 상습단순절도와 주거침입을 구성요건으로 하고 있는 상습야간주거침입절도 또는 상습특수절도(야간손괴침입절도)에 대한 취급을 달리하여, 주거침입을 구성요건으로 하고 있는 상습야간주거침입절도 또는 상습특수절도(야간손괴침입절도)를 더 무거운 법정형을 기준으로 가중처벌하고 있다. 따라서 상습으로 단순절도를 범한 범인이 상습적인 절도범행의 수단으로 주간(낮)에 주거침입을 한 경우에 주간 주거침입행위의 위법성에 대한 평가가 형법 제332조, 제329조의 구성요건적 평가에 포함되어 있다고 볼 수 없다. 그러므로 형법 제332조에 규정된 상습절도죄를 범한 범인이 범행의 수단으로 주간에 주거침입을 한 경우 주간 주거침입행위는 상습절도죄와 별개로 주거침입죄를 구성한다. 또 형법 제332조에 규정된 상습절도죄를 범한 범인이 그 범행 외에 상습적인 절도의 목적으로 주간에 주거침입을 하였다가 절도에 이르지 아니하고 주거침입에 그친 경우에도 주간 주거침입행위는 상습절도죄와 별개로 주거침입죄를 구성한다.

〈선정이유〉

형법 제330조에 규정된 야간주거침입절도죄 및 형법 제331조 제1항에 규정된 특수절도(야간손괴침입절도)죄에서 절도범인이 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 주거침입행위는 절도죄에 흡수되고 별개로 주거침입죄를 구성하지 아니한다. 이에 반하여 주거침입을 구성요건으로 하지 않는 상습단순절도죄를 범한 범인이 범행의 수단으로 주간에 주거침입을 한 경우 주간 주거침입행위는 상습절도죄와 별개로 주거침입죄를 구성한다. 본 판례는 주거침입을 범죄의 수단으로 하고 있는 경우와 그렇지 않는 경우 범죄의 수단으로 주거침입을 한 행위가 별도로 주거침입죄를 구성하는지 여부에 관한 법리를 제시하고 있다는 점에 그 의의가 있다.

146. 계속범

(대법원 2018. 2. 28. 선고 2017도21249 판결)

〈쟁점〉

체포죄가 계속범인지 여부

〈판결요지〉

형법 제276조 제1항의 체포죄에서 말하는 '체포'는 사람의 신체에 대하여 직접적이고 현실적인 구속을 가하여 신체활동의 자유를 박탈하는 행위를 의미하는 것으로서 그 수단과 방법을 불문한다.

체포죄는 계속범으로서 체포의 행위에 확실히 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속이 있어야 하나, 체포의 고의로써 타인의 신체적 활동의 자유를 현실적으로 침해하는 행위를 개시한 때 체포죄의 실행에 착수하였다고 볼 것이다.

〈참조판례〉

서울북부지방법원 2008. 9. 2. 선고 2008노777 판결 : 주거침입죄는 사람의 신체의 전부 또는 일부가 주거에 들어가 사실상 주거의 평온을 해하면 기수에 이르나 이른바 계속범으로서 주거침입으로 인한 위법상태가 계속되는 한 일시적인 중단으로 범행이 종료되거나 재침입으로 별개의 범죄를 이루는 것이 아니라, 하나의 행위로 포괄하여 1죄를 구성한다.

〈선정이유〉

구성요건을 실현하는 행위가 있음으로서 범죄는 기수에 이르나 그러한 위법행위가 계속되는 범죄행위가 종료되지 않는 유형의 범죄를 계속범이라고 한다. 참조판례에서 볼 수 있듯이 계속범에서는 위법행위가 계속되었다고 볼 수 있는 한 범행이 일시적으로 중단되었다가 범행이 재개되었다고 하여 별개의 범죄가 성립하지 않고 일련의 행위를 포괄하여 하나의 범죄로 처벌된다.

147. 접속범

(대법원 1979. 10. 10. 선고 79도2093 판결)

〈쟁점〉

특수강도의 소위가 동일한 장소에서 동일한 방법에 의하여 시간적으로 접착된 상황에서 이루어진 것이기는 하나 피해자가 여러 사람인 경우의 죄수

〈판결요지〉

원심은 이 사건 피고인들의 특수강도의 소위가 동일한 장소에서 동일한 방법에 의하여 시간적으로 접착된 상황에서 이루어진 것이기는 하나 피해자가 여러 사람이므로 단순일죄가 아니고 경합범이 된다는 판시하고 있다. 그러나 당원은 일찍이 단일한 범의로써 절취한 시간과 장소가 접착되어 있고 같은 사람의 관리 하에 있는 방안에서 소유자가 다른 물건을 여러 가지 절취한 경우에는 단순일죄가 성립한다고 판시한 바 있는데(1970.7.21 선고 70도1133 판결)이는 이 사건과 같은 강도죄의 경우에도 적용이 되는 것이라 함이 상당하고 또 절도나 강도죄와 같은 도죄의 죄수를 정하는 표준이 반드시 법익 침해의 개수에만 의거하지 않는 경우가 있다는 것을 말한 것이라 할 것이라 할 것이다. 그렇다면 원심이 이 사건에 있어서 죄수에 관하여 설시한 것은 당원의 판례 취지에도 반하고 나아가 판결 결과에 영향을 미친 법률의 위반이 있는 경우에 해당한 것이라 하지 않을 수 없다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001도3447 판결 : 원심은 피고인이 2001. 2. 2. 01:50경 지

하주차장에서 피해자 소유의 승합차의 조수석 문을 열고 안으로 들어가 공구함을 뒤지던 중 위 차에 설치된 도난경보장치의 경보음을 듣고 달려 온 피해자에게 발각되는 바람에 절취의 뜻을 이루지 못한 채 미수에 그친 후 피해자 1의 신고를 받고 출동한 대전경찰서 소속 경장 공소외 1, 2가 자신을 붙잡으려고 하자 체포를 면탈할 목적으로 팔꿈치로 공소외 1의 얼굴을 1회 쳐 공소외 1을 폭행하고, 발로 공소외 2의 정강이를 1회 걷어 차 공소외 2에게 약 2주간의 치료를 요하는 우측하퇴부좌상 등을 가한 사실을 인정하고, 공소외 1에 대하여는 준강도죄를, 공소외 2에 대하여는 강도상해죄의 죄책을 따로 인정한 후 이를 실체적 경합범으로 처단하였다. 그러나 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 체포하려는 여러 명의 피해자에게 같은 기회에 폭행을 가하여 그 중 1인에게만 상해를 가하였다면 피고인의 이러한 행위는 포괄하여 하나의 강도상해죄만 성립한다고 할 것이므로, 이 점에서 원심판결은 위법을 면하지 못한다고 할 것이므로, 이 점에서 원심판결은 위법을 면하지 못한다고 할 것이다.

(2) 대법원 1989. 8. 8. 선고 89도664 판결 : 절도범이 공소외 1의 집에 침입하여 그 집의 방안에서 그 소유의 재물을 절취하고 그 무렵 그 집에 세들어 사는 공소외 2의 방에 침입하여 재물을 절취하려다 미수에 그쳤다면 위 두 범죄는 그 범행장소와 물품의 관리자를 달리하고 있어서 별개의 범죄를 구성한다.

(3) 대법원 1987. 5. 26. 선고 87도527 판결 : 강도가 한 개의 강도범행을 하는 기회에 수명의 피해자에게 각 폭행을 가하여 각 상해를 입힌 경우에는 각 피해자별로 수개의 강도상해죄가 성립하며 이들은 실체적 경합범의 관계에 있다

〈선정이유〉

단일의 범의 하에 수회의 접속된 행위로서 동일법익을 침해한 경우에 있어서는 포괄적으로 평가하여 이를 1개의 범죄행위로 보는데. 이를 접속범이라고 한다(대법원 1960. 3. 9. 선고 4292형상573 판결). 위 판례들에서 볼 수 있듯이 특수강도의 소위가 동일한 장소에서 동일한 방법에 의하여 시간적으로 접착된 상황에서 이루어진 경우나 절도범이 체포를 면탈할 목적으로 체포하려는 여러 명의 피해자에게 같은 기회에 폭행을 가하여 그 중 1인에게만 상해를 가한 경우[참조판례 (1)]에는 포괄하여 하나의 범죄만 성립한다. 이와는 달리 절도범이 공소외 1의 집에 침입하여 그 집의 방안에서 그 소유의 재물을 절취하고 그 무렵 그 집에 세들어 사는 공소외 2의 방에 침입하여 재물을 절취한 경우[참조판례 (2)]나 강도가 한 개의 강도범행을 하는 기회에 수명의 피해자에게 각 폭행을 가하여 각 상해를 입힌 경우[참조판례 (3)]에는 각 피해자별로 수개의 강도상해죄가 성립한다.

148. 연속범 (1)

(대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1375 판결)

〈쟁점〉

갈취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 행위가 공갈죄와 별도로 절도죄를 구성하는지 여부 및 강취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 행위가 강도죄와 별도로 절도죄를 구성하는지 여부

〈판결요지〉

예금주인 현금카드 소유자를 협박하여 그 카드를 갈취한 다음 피해자의 승낙에 의하여 현금카드를 사용할 권한을 부여받아 이를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위는 모두 피해자의 예금을 갈취하고자 하는 피고인의 단일하고 계속된 범의 아래에서 이루어진 일련의 행위로서 포괄하여 하나의 공갈죄를 구성하므로, 현금자동지급기에서 피해자의 예금을 인출한 행위를 현금카드 갈취행위와 분리하여 따로 절도죄로 처단할 수는 없다. 왜냐하면 위 예금 인출 행위는 하자 있는 의사표시이기는 하지만 피해자의 승낙에 기한 것이고, 피해자가 그 승낙의 의사표시를 취소하기까지는 현금카드를 적법, 유효하게 사용할 수 있으므로, 은행으로서도 피해자의 지급정지 신청이 없는 한 그의 의사에 따라 그의 계산으로 적법하게 예금을 지급할 수밖에 없기 때문이다.

이와는 달리 강도죄는 공갈죄와는 달리 피해자의 반항을 억압할 정도로 강력한 정도의 폭행·협박을 수단으로 재물을 탈취하여야 성립하므로, 피해자로부터 현금카드를 강취하였다고 인정되는 경우에는 피해자로부터 현금카드의 사용에 관한 승낙의 의사표시가 있었다고 볼 여지가 없다. 따라서 강취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 행위는 피해자의 승낙에 기한 것이라고 할 수 없으므로, 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되어서 강도죄와는 별도로 절도죄를 구성한다.

〈선정이유〉

동일죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범위 항 일정기간 계속해서 행하고 그 피해법익도 동일하여 각 행위를 포괄하여 하나의 범죄로 처벌하는 경우를 연속범이라고 한다. 본 판례는 예금주인 현금카드 소유자를 협박하여 그 카드를 갈취한 다음 피해자의 승낙에 의하여 현금카드를 사용할 권한을 부여받아 이를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위는 포괄하여 하나의 공갈죄로 처벌할 수 있는데 반하여, 강취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출하는 행위는 강도죄와는 별도로 절도죄를 구성한다고 보았다.

149. 연속범 (2)

(대법원 1996. 4. 9. 선고 95도2466 판결)

〈쟁점〉

대출금을 정상적으로 결제할 의사나 능력 없이 자기 명의 신용카드를 사용하여 현금서비스를 받거나 가맹점으로부터 물품을 구입한 경우의 죄책 및 그 죄수

〈판결요지〉

신용카드의 거래는 신용카드회사로부터 카드를 발급받은 사람이 위 카드를 사용하여 카드가맹점으로부터 물품을 구입하면 그 카드를 소지하여 사용하는 사람이 카드회사로부터 카드를 발급받은 정당한 소지인인 한 카드회사가 그 대금을 가맹점에 결제하고, 카드회사는 카드사용자에 대하여 물품구입대금을 대출해 준 금전채권을 가지는 것이고, 또 카드사용자가 현금자동지급기를 통해서 현금서비스를 받아 가면 현금대출관계가 성립되게 되는 것인바, 이와 같은 카드사용으로 인한 카드회

사의 금전채권을 발생케 하는 카드사용 행위는 카드회사로부터 일정한 한도 내에서 신용공여가 이루어지고, 그 신용공여의 범위 내에서는 정당한 소지인에 의한 카드사용에 의한 금전대출이 카드발급시에 미리 포괄적으로 허용되어 있는 것인바, 현금자동지급기를 통한 현금대출도 결국 카드회사로부터 그 지급이 미리 허용된 것이고, 단순히 그 지급방법만이 사람이 아닌 기계에 의해서 이루어지는 것에 불과하다. 그렇다면 피고인이 카드사용으로 인한 대금결제의 의사와 능력이 없으면서도 있는 것 같이 가장하여 카드회사를 기망하고, 카드회사는 이에 착오를 일으켜 일정 한도 내에서 카드사용을 허용해 줌으로써 피고인은 기망당한 카드회사의 신용공여라는 하자 있는 의사표시에 편승하여 자동지급기를 통한 현금대출도 받고, 가맹점을 통한 물품구입대금 대출도 받아 카드발급회사로 하여금 같은 액수 상당의 피해를 입게 함으로써, 카드사용으로 인한 일련의 편취행위가 포괄적으로 이루어지는 것이다. 따라서 카드사용으로 인한 카드회사의 손해는 그것이 자동지급기에 의한 인출행위이든 가맹점을 통한 물품구입행위이든 불문하고 모두가 피해자인 카드회사의 기망당한 의사표시에 따른 카드발급에 터잡아 이루어지는 사기의 포괄일죄이다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 1995. 7. 28. 선고 95도997 판결 : 피해자 명의의 신용카드를 부정사용하여 현금자동인출기에서 현금을 인출하고 그 현금을 취득까지 한 행위는 신용카드업법 제25조 제1항의 부정사용죄에 해당할 뿐 아니라 그 현금을 취득함으로써 현금자동인출기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되므로 별도로 절도죄를 구성하고, 위 양 죄의 관계는 그 보호법익이나 행위태양이 전혀 달라 실체적 경합관계에 있는 것으로 보아야 한다.

(2) 대법원 2006. 7. 27. 선고 2006도3126 판결 : 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드의 번호와 그 비밀번호를 이용하여 ARS 전화서비스나 인터넷 등을 통하여 신용대출을 받는 방법으로 재산상 이익을 취득하는 행위 역시 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아닌 이상, 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이익을 취득하는 행위로서 컴퓨터등사용사기죄에 해당한다.

〈선정이유〉

대출금을 정상적으로 결제할 의사나 능력 없이 자기 명의 신용카드를 사용하여 현금서비스를 받거나 가맹점으로부터 물품을 구입한 경우에는 포괄하여 하나의 사기죄가 성립한다. 이에 대하여 절취한 타인의 신용카드나 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현급자동지급기에서 현금을 인출하거나 ARS 전화서비스나 인터넷 등을 통하여 신용대출을 받은 경우에는 각각 절도죄와 컴퓨터 등 사용사기죄가 별도로 성립한다.

150. 상습범

(대법원 2004. 9. 16. 선고 2001도3206 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

상습으로 저질러진 수개의 범죄의 죄수관계

〈판결요지〉

[다수의견] 상습성을 갖춘 자가 여러 개의 죄를 반복하여 저지른 경우에는 각 죄를 별죄로 보아 경합범으로 처단할 것이 아니라 그 모두를 포괄하여 상습범이라고 하는 하나의 죄로 처단하는 것이 상습범의 본질 또는 상습범 가중처벌규정의 입법취지에 부합한다.

[별개의견] 원래 '상습성'이란 '행위자의 속성'이라는 점에는 학설·판례상 이론이 없고 다수의견도 이를 받아들이고 있는바, 이는 곧 단 한번 저질러진 범행이라도 그것이 상습성의 발현에 의한 것이라면 상습범이 된다는 것이어서 상습범이 성립하기 위하여는 반드시 수개의 범행이 반복될 것을 그 구성요건요소로 하거나 예정하고 있는 것은 아니므로 상습성이 발현된 수개의 범행이 있는 경우에 각개의 범행 상호간에 보호법익이나 행위의 태양과 방법, 의사의 단일 또는 갱신 여부, 시간적·장소적 근접성 등 일반의 포괄일죄 인정의 기준이 되는 요소들을 전혀 고려함이 없이 오로지 '상습성'이라는 하나의 표지만으로 곧 모든 범행을 하나로 묶어 포괄하여 일죄라고 할 수는 없으므로 수개의 상습사기 범행은 원칙으로 수개의 죄로 보아야 한다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 2016. 11. 24. 선고 2016도13885 판결 : 단순절도, 특수절도의 범행이 동일한 절도습벽의 발현에 의한 것으로 인정되는 경우, 그중 법정형이 더 중한 상습특수절도죄에 나머지 행위들을 포괄시켜 하나의 죄만이 성립한다고 봄이 상당하다.

(2) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017도10956 판결 : 피고인이 상습으로 갑을 폭행하고, 어머니을을 폭행하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인에게 폭행 범행을 반복하여 저지르는 습벽이 있고 이러한 습벽에 의하여 단순폭행, 존속폭행 범행을 저지른 사실이 인정된다면 단순폭행, 존속폭행의 각 죄별로 상습성을 판단할 것이 아니라 포괄하여 그중 법정형이 가장 중한 상습존속폭행죄만 성립한다.

〈선정이유〉

대법원 2004. 9. 16. 선고 2001도3206 전원합의체 판결에서 [다수의견]은 상습성을 갖춘 자가 여러 개의 죄를 반복하여 저지른 경우 그 모두를 포괄하여 하나의 상습범으로 처벌해야 한다고 본 반면, [별개의견]은 상습성이 발현된 수개의 범행이 있는 경우에 각개의 범행 상호간에 보호법익이나 행위의 태양과 방법, 의사의 단일 또는 갱신 여부, 시간적·장소적 근접성 등 일반의 포괄일죄 인정의 기준이 되는 요소들이 구비되지 아니하는 한 수개의 상습사기 범행은 원칙으로 수개의 죄로 보아야 한다고 보았다. 판례의 입장에 따르면 참조판례 (1)과 (2)에서 볼 수 있듯이 상습으로 수개의 절도행위를 하거나 수개의 폭행행위를 한 때에는 모두를 포괄하여 그 중 법정형이 가장 중한 죄의 상습범으로만 처벌된다.

151. 영업범

(대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도10467 판결)

〈쟁점〉

각 사설 사이트를 운영한 사무실의 위치, 사설 사이트 운영자, 회원들과의 입출금 방식이 서로

다른 경우 도박개장죄의 포괄일죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위를 단일하고 계속된 범의로 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이나, 수 개의 범행에서 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않다면 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다. 약식명령이 확정된 범죄와 이 부분사건 사실의 범죄 사이에는 각 사설 사이트를 운영한 사무실의 위치, 사설 사이트 운영자, 회원들과의 입출금 방식이 서로 다른 점, 약식명령이 확정된 사건에서는 피고인이 단독범으로 기소되었으나 이 사건 공소사실에서는 피고인이 공동정범으로 기소된 점 등 여러 사정에 비추어 보면, 약식명령이 확정된 범죄사실과 이 사건 공소사실은 양자 사이에 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하고 범행방법도 동일하지 아니하여 포괄일죄에 해당하지 아니한다.

〈참조판례〉

대법원 2012. 5. 10. 선고 2011도12131 판결 : 저작재산권 침해행위는 저작권자가 같더라도 저작물별로 침해되는 법익이 다르므로, 각각의 저작물에 대한 침해행위는 원칙적으로 각 별개의 죄를 구성한다. 2개의 인터넷 파일공유 웹스토리지 사이트를 운영하는 피고인들이 이를 통해 저작재산권 대상인 디지털 콘텐츠가 불법 유통되고 있음을 알면서도 다수의 회원들로 하여금 수만 건에 이르는 불법 디지털 콘텐츠를 업로드하게 한 후 이를 수십만 회에 걸쳐 다운로드하게 함으로써 저작재산권 침해를 방조한 경우, 피고인들에게 '영리 목적의 상습성'이 인정된다고 하더라도 피고인들의 각 방조행위는 원칙적으로 서로 경합범 관계에 있으므로 위 사이트를 통해 유통된 다수 저작권자의 다수 저작물에 대한 피고인들의 범행 전체가 하나의 포괄일죄를 구성한다고 본 원심판결에는 저작권법 위반죄의 죄수에 관한 법리오해의 위법이 있다.

〈선정이유〉

본 판결은 동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위를 단일하고 계속된 범의로 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이나, 수 개의 범행에서 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않다면 각 범행은 실체적 경합범에 해당함을 명확히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

Ⅲ. 상상적 경합

152. 상상적 경합과 법조경합의 구별

(대법원 2002. 7. 18. 선고 2002도669 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

1개의 행위에 관하여 사기죄와 업무상배임죄 또는 단순배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 경

우의 죄수 관계

〈판결요지〉

상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 수 개의 구성요건을 충족하는 경우를 말하고 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수 개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다.

업무상배임행위에 사기행위가 수반된 때의 죄수 관계에 관하여 보면, 사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하는 것을 구성요건으로 하는 범죄로서 임무위배를 그 구성요소로 하지 아니하고 사기죄의 관념에 임무위배 행위가 당연히 포함된다고 할 수도 없으며, 업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무상의 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는 것을 구성요건으로 하는 범죄로서 기망적 요소를 구성요건의 일부로 하는 것이 아니어서 양 죄는 그 구성요건을 달리하는 별개의 범죄이고 형법상으로도 각각 별개의 장(章)에 규정되어 있어, 1개의 행위에 관하여 사기죄와 업무상배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 때에는 양 죄를 법조경합 관계로 볼 것이 아니라 상상적 경합관계로 봄이 상당하다.

〈참조판례〉

대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10690 판결 : 본인에 대한 배임행위가 본인 이외의 제3자에 대한 사기죄를 구성한다 하더라도 그로 인하여 본인에게 손해가 생긴 때에는 사기죄와 함께 배임죄가 성립하고 두 죄는 실체적 경합관계에 있다. 피고인이 이 사건 각 건물에 관하여 전세임대차계약을 체결할 권한이 없음에도 임차인들을 속이고 전세임대차계약을 체결하여 그 임차인들로부터 전세보증금 명목으로 돈을 교부받은 행위는 건물주가 민사적으로 임차인들에게 전세보증금반환채무를 부담하는지 여부와 관계없이 사기죄에 해당하고, 이 사건 각 건물에 관하여 전세임대차계약이 아닌 월세임대차계약을 체결하여야 할 업무상 임무를 위반하여 전세임대차계약을 체결하여 그 건물주인 피해자로 하여금 전세보증금반환채무를 부담하게 한 행위는 위 사기죄와 별도로 업무상배임죄에 해당한다. 그리고 나아가 위 각 죄는 서로 구성요건 및 그 행위의 태양과 보호법익을 달리하고 있어 상상적 경합범의 관계가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것이다.

〈선정이유〉

법조경합은 1개의 행위가 외관상 수 개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우인데 반해 상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 수 개의 구성요건을 충족하는 경우이다. 본 판례는 1개의 행위에 관하여 사기죄와 업무상배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 때에는 양 죄를 법조경합 관계로 볼 것이 아니라 상상적 경합관계로 봄이 타당하다고 보고 있다. 다만 사기죄와 배임죄가 상상적 경합에 있다는 것은 본인에 대한 관계에서 적용되는 법리이고, 참조판례에서 볼 수 있듯이 타인의 사무를 처리하는 자가 제3자를 기망하여 재물 또는 재산상 이익을 취득하고 그로 인하여 본인에게 재산상 손해를 가한 때에는 배임죄와 사기죄가 모두 성립하고 이들 죄는 상상적 경합이 아니라 실체적 경합의 관계에 있다는 점에 유의하여야 한다.

153. 상상적 경합범과 포괄일죄의 구별

(대법원 2015. 4. 23. 선고 2014도16980 판결)

〈쟁점〉

다수의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재산상 이익을 편취한 경우 피해자별로 독립한 사기죄가 성립하는지 여부 및 피해자들에 대한 각각의 사기죄의 관계

〈판결요지〉

다수의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재산상 이익을 편취한 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄일죄로 파악할 수 없고 피해자별로 독립한 사기죄가 성립된다. 다만 피해자들이 하나의 동업체를 구성하는 등으로 피해 법익이 동일하다고 볼 수 있는 사정이 있는 경우에는 피해자가 복수이더라도 이들에 대한 사기죄를 포괄하여 일죄로 볼 수도 있을 것이다. 그리고 1개의 기망행위에 의하여 다수의 피해자로부터 각각 재산상 이익을 편취한 경우에는 피해자별로 수 개의 사기죄가 성립하고, 그 사이에는 상상적 경합의 관계에 있는 것으로 보아야 한다

기록에 의하면 피해자 공소외 2, 공소외 1과 공소외 5는 1962. 5. 29. 이 사건 부동산에 관하여 1962. 5. 10. 매매를 원인으로 각 3분의 1 지분에 관한 소유권이전등기를 마치고, 피해자 공소외 3은 2009. 9. 24. 이 사건 부동산에 관한 공소외 5의 위 3분의 1 지분에 관하여 2002. 7. 5. 협의분할에 의한 상속을 원인으로 지분이전등기를 마쳤으며, 피해자들은 법무사 사무실에서 함께 피고인 1 등을 만나 이 사건 부동산에 관하여 매매대금을 14억 3,000만 원으로 하여 매매계약을 체결하였고, 매매계약서 및 근저당권설정계약서 등에 피해자들별로 각각 서명·날인하였고, 피해자 공소외 1은 검찰에서 '피해자 공소외 1에게 도와달라고 부탁하여 근저당권설정해지 서류를 피해자들에게 작성해 주지 않기로 하였다'는 원심 공동피고인 2의 변명에 대하여 '이 사건 부동산은 3명이 공동명의로 되어 있어 혼자 허락할 수도 없는 상황이었다'라고 진술하며 원심 공동피고인 2의 변명에 대하여 반박하였다.

이와 같이 피해자들이 이 사건 부동산에 대한 각 공유지분을 취득한 경위와 피해자들이 함께 피고인 1을 만나 각자 자신의 공유지분에 대한 처분권을 행사한 점, 달리 피해자들이 하나의 동업체를 구성하는 등 피해법익이 동일하다고 볼만한 사정이 없는 점 등을 종합하여 보면, 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 피해자별로 독립한 사기죄가 성립하고, 피고인 1 등이 같은 일시, 장소에서 피해자들로부터 각 재산상 이익을 편취한 행위는 사회관념상 1개의 행위로 평가할 수 있으므로 위 각 사기죄 사이에는 상상적 경합의 관계에 있다 할 것이다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645 판결 : 사기죄에 있어서 동일한 피해자에 대하여 수회에 걸쳐 기망행위를 하여 금원을 편취한 경우, 그 범의가 단일하고 범행 방법이 동일하다면 사기죄의 포괄일죄만이 성립한다. 이 사건 각 범행은 위 피고인들이 자산관리위탁계약서상의 약정 및 계약금 지급의 유예 사실을 숨기는 한편 분양 계약금이 입금된 것처럼 가장하여 피해 저축은행들로부터 10여 일의 짧은 기간 동안에 수백 회에 걸쳐 중도금 대출 명목으로 금원을 편취한 것으

로, 단일한 범의하의 동일한 수법의 범행이므로 피해 저축은행 별로 사기죄의 포괄일죄가 성립된다.

(2) 대법원 1997. 6. 27. 선고 97도508 판결 : 사기죄에 있어 동일한 피해자에 대하여 수회에 걸쳐 기망행위를 하여 금원을 편취한 경우 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다면 사기죄의 포괄일죄만이 성립한다고 할 것이나, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다.

〈선정이유〉

다수의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재산상 이익을 편취한 경우 피해자별로 독립한 사기죄가 성립하나 같은 일시, 장소에서 수인의 피해자들로부터 각 재산상 이익을 편취한 행위는 사회관념상 1개의 행위로 평가할 수 있어 각 사기죄는 상상적 경합의 관계에 있다(대법원 2015. 4. 23. 선고 2014도16980 판결). 사기죄에 있어서 동일한 피해자에 대하여 수회에 걸쳐 기망행위를 하여 금원을 편취한 경우 그 범의가 단일하고 범행 방법이 동일하다면 사기죄의 포괄일죄만이 성립한다[참조판례(1)]. 그러나 동일한 피해자에 대하여 수회에 걸쳐 기망행위를 하여 금원을 편취한 경우 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다[참조판례(2)].

154. 상상적 경합과 실체적 경합의 구별 (1)

(대법원 1991. 6. 25. 선고 91도643 판결)

〈쟁점〉

강도가 동일한 장소에서 동일한 방법으로 시간적으로 접착된 상황에서 수인의 피해자들에게 폭행 또는 협박을 가하여 그들로부터 각기 점유관리하고 있는 재물을 각각 강취한 경우의 죄수

〈판결요지〉

강도가 동일한 장소에서 동일한 방법으로 시간적으로 접착된 상황에서 수인의 재물을 강취하였다고 하더라도, 수인의 피해자들에게 폭행 또는 협박을 가하여 그들로부터 그들이 각기 점유관리하고 있는 재물을 각각 강취하였다면, 피해자들의 수에 따라 수 개의 강도죄를 구성하는 것이고, 다만 강도범인이 피해자들의 반항을 억압하는 수단인 폭행·협박행위가 사실상 공통으로 이루어졌기 때문에, 법률상 1개의 행위로 평가되어 상상적 경합으로 보아야 될 경우가 있는 것은 별문제이다.

피고인이 여관에서 종업원을 칼로 찔러 상해를 가하고 객실로 끌고 들어가는 등 폭행·협박을 하고 있던 중, 마침 다른 방에서 나오던 여관의 주인도 같은 방에 밀어 넣은 후, 주인으로부터 금품을 강취하고, 1층 안내실에서 종업원 소유의 현금을 꺼내 갔다면, 여관 종업원과 주인에 대한 각 강도행위가 각별로 강도죄를 구성하되 피고인이 피해자인 종업원과 주인을 폭행·협박한 행위는 법률상 1개의 행위로 평가되는 것이 상당하므로 위 2죄는 상상적 경합범관계에 있다고 할 것이다.

강도가 서로 다른 시기에 다른 장소에서 수인의 피해자들에게 각기 폭행 또는 협박을 하여 각 그 피해자들의 재물을 강취하고, 그 피해자들 중 1인을 상해한 경우에는, 각기 별도로 강도죄와 강

도상해죄가 성립하는 것임은 물론, 법률상 1개의 행위로 평가되는 것도 아닌 바, 피고인이 여관에 들어가 1층 안내실에 있던 여관의 관리인을 칼로 찔러 상해를 가하고, 그로부터 금품을 강취한 다음, 각 객실에 들어가 각 투숙객들로부터 금품을 강취하였다면, 피고인의 위와 같은 각 행위는 비록 시간적으로 접착된 상황에서 동일한 방법으로 이루어지기는 하였으나, 포괄하여 1개의 강도상해죄만을 구성하는 것이 아니라 실체적 경합범의 관계에 있는 것이라고 할 것이다.

〈선정이유〉

본 판례는 수 개의 범죄가 동일한 장소에서 동일한 방법으로 시간적으로 접착된 상황에서 행해져 법률상 1개의 행위로 평가되어 상상적 경합범으로 처벌되는 경우와 수개의 범죄가 비록 시간적으로 접착된 상황에서 동일한 방법으로 이루어지기는 하였으나 실체적 경합범으로 처벌되는 경우를 대비하여 보여주고 있다는 점에 그 의의가 있다.

155. 상상적 경합과 실체적 경합의 구별 (2)

(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도4380 판결)

〈쟁점〉

감금행위가 단순히 강도상해 범행의 수단이 되는 데 그치지 아니하고 강도상해의 범행이 끝난 뒤에도 계속된 경우 감금죄와 강도상해죄의 관계

〈판결요지〉

감금행위가 단순히 강도상해 범행의 수단이 되는 데 그치지 아니하고 강도상해의 범행이 끝난 뒤에도 계속된 경우에는 1개의 행위가 감금죄와 강도상해죄에 해당하는 경우라고 볼 수 없고, 이 경우 감금죄와 강도상해죄는 경합범 관계에 있다고 보아야 한다.

이 사건에서 보면, 피고인은 공소외 1 등과 피해자로부터 돈을 빼앗자고 공모한 다음 그를 강제로 승용차에 태우고 가면서 공소사실과 같이 돈을 빼앗고 상해를 가한 뒤에도 계속하여 상당한 거리를 진행하여 가다가 교통사고를 일으켜 감금행위가 중단되었는데, 이와 같이 감금행위가 단순히 강도상해 범행의 수단이 되는 데 그치지 아니하고 그 범행이 끝난 뒤에도 계속되었으므로, 피고인이 저지른 감금죄와 강도상해죄는 경합범 관계에 있다고 보아야 한다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 1983. 4. 26. 선고 83도323 판결 : 강간죄의 성립에 언제나 직접적으로 또 필요한 수단으로서 감금행위를 수반하는 것은 아니므로 감금행위가 강간미수죄의 수단이 되었다 하여 감금행위는 강간미수죄에 흡수되어 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없는 것이고, 그때에는 감금죄와 강간미수죄는 일개의 행위에 의하여 실현된 경우로서 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다.

(2) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결 : 절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행 협박을 가한 때에는 준강도죄와 공무집행방해죄를 구성하고 양 죄는 상상적 경합관계에 있으나, 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄

는 실체적 경합 관계에 있고 상상적 경합 관계에 있는 것이아니다.

〈선정이유〉

본 판례는 감금행위가 단순히 강도 범행의 수단이 된 경우에는 감금죄와 강도죄는 상상적 경합 관계에 있으나 본 판례와 같이 감금행위가 단순히 강도 범행의 수단이 되는 데 그치지 아니하고 강도의 범행이 끝난 뒤에도 계속된 경우에는 감금죄와 강도죄는 실체적 경합의 관계에 있다고 보아야 한다는 법리를 제시하고 있다는 점에 그 의의가 있다. 같은 이유에서 절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행 협박을 가한 때에는 준강도죄와 공무집행방해죄의 상상적 경합범으로 처벌되나 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄의 실체적 경합범으로 처벌된다[참조판례 (2)].

156. 연결효과에 의한 상상적 경합

(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도1216 판결)

〈쟁점〉

공무원이 수뢰후 행한 부정행위가 공도화변조 및 동행사인 경우 수뢰후부정처사죄와 공도화변조 및 동행사죄의 관계

〈판결요지〉

형법 제131조 제1항의 수뢰후부정처사죄에 있어서 공무원이 수뢰후 행한 부정행위가 공도화변조 및 동행사죄와 같이 보호법익을 달리하는 별개 범죄의 구성요건을 충족하는 경우에는 수뢰후부정처사죄 외에 별도로 공도화변조 및 동행사죄가 성립하고 이들 죄와 수뢰후부정처사죄는 각각 상상적 경합 관계에 있다고 할 것인바, 이와 같이 공도화변조죄와 동행사죄가 수뢰후부정처사죄와 각각 상상적 경합범 관계에 있을 때에는 공도화변조죄와 동행사죄 상호간은 실체적 경합범 관계에 있다고 할지라도 상상적 경합범 관계에 있는 수뢰후부정처사죄와 대비하여 가장 중한 죄에 정한 형으로 처단하면 족한 것이고 따로 경합범 가중을 할 필요가 없다.

〈선정이유〉

공도화변조 및 동행사죄는 실체적 경합관계에 있으나 이들 두 죄는 수뢰후부정처사죄와는 상상적 경합관계에 있는데, 본 판례는 공도화변조 및 동행사죄를 따로 경합범 가중을 할 필요없이 수뢰후부정처사죄와 대비하여 가장 중한 죄에 정한 형으로 처단하면 족하다는 법리를 제시하고 있다. 이처럼 원래 실체적 경합관계에 있는 수죄를 경합범 가중을 하지 않고 이들 죄와 상상적 경합관계에 있는 중한 죄에 정한 형으로 처벌하는 경우를 '연결효과에 의한 상상적 경합'이라고 한다.

157. 상상적 경합의 처벌

(대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3160 판결)

〈쟁점〉

상상적 경합에 있어서 중한 죄의 하한이 다른 법조의 최하한의 형보다 경한 경우의 처단형

〈판결요지〉

형법 제40조가 규정하는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우에는 "가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다"고 함은 그 수 개의 죄명 중 가장 중한 형을 규정한 법조에 의하여 처단한다는 취지와 함께 다른 법조의 최하한의 형보다 가볍게 처단할 수는 없다는 취지 다시 말하면 수 개의 죄에 대하여 형을 정함에 있어서는 각 법조 중의 상한과 하한을 모두 중한 형의 범위 내에서 처단한다는 것을 포함하는 것으로 새겨야 할 것이다. 이 사건에 있어서와 같이 1개의 행위가 강도강간미수의 죄와 강도상해의 죄에 해당하여 무거운 강도강간미수죄에 정한 형으로 처벌하기로 하여 소정형 중 유기징역형을 선택한 다음 형법 제25조 제2항에 의한 미수감경과 형법 제53조에 의한 작량감경을 하여 그 처단형의 범위를 정함에 있어서는 먼저 강도상해죄가 기수이므로 강도상해죄 소정의 유기징역형의 하한의 범위 내에서 강도강간미수죄 소정의 유기징역형을 미수감경한 다음 작량감경을 한 형기범위에 의하여야 할 것이다.

〈선정이유〉

상상적 경합은 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌되는데, 이 때 중한 죄에 정한 형의 하한이 경한 죄에 정한 형의 하한보다 낮은 경우 처단형의 하한은 중한 죄가 아니하 경한 죄를 기준으로 하여야 한다는 법리를 제시하고 있다는 데 그 의의가 있다.

Ⅳ. 실체적 경합

158. 실체적 경합의 의의

(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도7143 판결)

〈쟁점〉

음주로 인한 특가법위반(위험운전치사상)죄와 도로교통법위반(음주운전)죄가 모두 성립하는 경우 두 죄가 실체적 경합관계에 있는지 여부

〈판결요지〉

원래 도로교통법은 도로에서 일어나는 교통상의 위험과 장해를 방지하고 제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보함을 목적으로 하는 것이어서(도로교통법 제1조), 불특정다수의 사람 또는 차마의 통행을 위한 도로에서의 자동차 운전 등의 통행행위만을 법의 적용대상으로 삼고 도로 이외의 장소에서의 통행행위는 적용대상으로 하지 않고 있다(도로교통법 제2조 제1호, 제24호). 반면, 음주로 인한 특정범죄가중법위반(위험운전치사상)죄는 입법 취지와 그 문언에 비추어 볼 때, 주취상태에서의 자동차 운전으로 인한 교통사고가 빈발하고 그로 인한 피해자의 생명·신체에 대한 피해가 중대할 뿐만 아니라 사고발생 전 상태로의 회복이 불가능하거나 쉽지 않은 점 등의 사정을 고려하

여, 형법 제268조에서 규정하고 있는 업무상과실치사상죄의 특례를 규정하여 가중처벌함으로써 피해자의 생명·신체의 안전이라는 개인적 법익을 보호하기 위한 것이어서, 그 적용범위가 도로에서의 자동차 운전으로 인한 경우뿐만 아니라 도로 이외 장소에서의 자동차 운전으로 인한 경우도 역시 포함되는 것으로 본다.

한편, 도로교통법위반(음주운전)죄는 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하는 행위를 처벌하면서, 술에 취한 상태를 인정하는 기준을 운전자의 혈중 알코올농도 0.05% 이상이라는 획일적인 수치로 규정하여, 운전자가 혈중 알코올농도의 최저기준치를 초과한 주취상태에서 자동차 등을 운전한 경우에는 구체적으로 정상적인 운전이 곤란한지 여부와 상관없이 이를 처벌대상으로 삼고 있는 바, 이는 위와 같은 혈중 알코올농도의 주취상태에서의 운전행위로 인하여 추상적으로 도로교통상의 위험이 발생한 것으로 봄으로써 도로에서 주취상태에서의 운전으로 인한 교통상의 위험과 장해를 방지하고 제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보하는데 그 목적이 있다. 반면, 음주로 인한 특정범죄가중법위반(위험운전치사상)죄는 도로교통법 위반(음주운전)죄의 경우와는 달리 형식적으로 혈중 알코올농도의 법정 최저기준치를 초과하였는지 여부와는 상관없이 운전자가 음주의 영향으로 실제 정상적인 운전이 곤란한 상태에 있어야만 하고 그러한 상태에서 자동차를 운전하다가 사람을 상해 또는 사망에 이르게 한 행위를 처벌대상으로 하고 있는 바, 이는 음주로 인한 특정범죄가중법위반(위험운전치사상)죄는 업무상과실치사상죄의 일종으로 구성요건적 행위와 그 결과 발생 사이에 인과관계가 요구되기 때문이다.

위와 같이 음주로 인한 특정범죄가중법위반(위험운전치사상)죄와 도로교통법위반(음주운전)죄는 입법 취지와 보호법익 및 적용 영역을 달리하는 별개의 범죄로서 양 죄가 모두 성립하는 경우 두 죄는 실체적 경합관계에 있는 것으로 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

특정범죄가중법위반(위험운전치사상)죄는“음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차나 원동기장치자전거를 운전하여 사람을 사상에 이르게 함으로써 성립하는 범죄인바, 본죄가 성립할 경우 도로교통법상 음주운전 또는 약물운전이 별도로 성립하는가와 관련하여 대법원은 입법 취지와 보호법익 및 적용 영역을 달리한다는 이유로 양 죄는 실체적 경합관계에 있다고 본데 그 의의가 있다.

159. 포괄일죄, 상상적 경합 그리고 실체적 경합의 비교

(대법원 1989. 11. 28. 선고 89도1309 판결)

〈쟁점〉

동일한 피해자에 대한 수 회 금원편취 행위의 죄수

〈판결요지〉

단일하고 계속된 범의 하에 동종의 범행을 일정기간 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 각 범행을 통틀어 포괄일죄라고 볼 것이나 이러한 범의의 단일성이나 계속성을 인정할 수

없을 때에는 각 범행마다 별개의 죄가 성립한다고 할 것인데 피고인이 피해자로부터 3회에 걸쳐 돈을 편취함에 있어서 그 시간적 간격이 1985.3.25.과 그해 5.30. 그해 8.4. 로 각 2개월 이상이 되고 그 기망방법에 있어서도 처음에는 경매보증금을 마련하여 시간을 벌어주면 경매목적물을 처분하여 갚겠다고 거짓말을 하였고 두 번째는 한 번 만 더 시간을 벌면 위 부동산이 처분될 수 있다고 하여 돈을 빌려주게 하고 마지막에는 돈을 빌려주지 않으면 두 번에 걸쳐 빌려준 돈도 갚을 수 없게 되었다고 거짓말을 함으로써 피해자로 하여금 부득이 그 돈을 빌려주지 않을 수 없는 상태에 놓이게 한 사실이 인정되는 바, 이와 같은 범행의 시간적 간격과 범행의 수단에 미루어보면 피고인에게 범의의 단일성과 계속성이 있었다고 보여지지 아니하므로 이를 실체적 경합범으로 다스린 것은 정당하다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645 판결 : 사기죄에 있어서 동일한 피해자에 대하여 수 회에 걸쳐 기망행위를 하여 금원을 편취한 경우, 그 범의가 단일하고 범행 방법이 동일하다면 사기죄의 포괄일죄만이 성립하는바, 이 사건 각 범행은 위 피고인들이 자산관리위탁계약서상의 약정 및 계약금 지급의 유예 사실을 숨기는 한편 분양 계약금이 입금된 것처럼 가장하여 피해 저축은행들로부터 10여 일의 짧은 기간 동안에 수백 회에 걸쳐 중도금 대출 명목으로 금원을 편취한 것으로, 단일한 범의 하의 동일한 수법의 범행이므로 피해 저축은행 별로 사기죄의 포괄일죄가 성립된다고 할 것이다.

(2) 대법원 1993. 6. 22. 선고 93도743 판결 : 수인의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄 1죄로 파악할 수 없고 피해자별로 독립한 사기죄가 성립된다.

(3) 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도9330 판결 : 피고인 등이 사기도박에 필요한 준비를 갖추고 그러한 의도로 피해자들에게 도박에 참가하도록 권유한 때 또는 늦어도 그 정을 알지 못하는 피해자들이 도박에 참가한 때에는 이미 사기죄의 실행에 착수하였다고 할 것이므로, 피고인 등이 그 후에 사기도박을 숨기기 위하여 얼마간 정상적인 도박을 하였더라도 이는 사기죄의 실행행위에 포함되는 것이어서 피고인에 대하여는 피해자들에 대한 사기죄만이 성립하고 도박죄는 따로 성립하지 아니한다. 그리고 피고인 등이 피해자들을 유인하여 사기도박으로 도금을 편취한 행위는 사회관념상 1개의 행위로 평가하는 것이 타당하므로 피해자들에 대한 각 사기죄는 상상적 경합의 관계에 있다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

동일한 피해자에 대하여 수 회에 걸쳐 기망행위를 하여 금원을 편취한 경우 그 범의가 단일하고 범행 방법이 동일하다면 사기죄의 포괄일죄가 성립하나[참조판례 (1)], 범의의 단일성이나 계속성을 인정할 수 없을 때에는 각 범행마다 별개의 죄가 성립된다(대법원 1989. 11. 28. 선고 89도1309 판결). 이와는 달리 수인의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 피해자별로 독립한 사기죄가 성립하나[참조판례 (2)], 다만 그것이 사회관념상 1개의 행위의 행위에 의한 경우 각각의 사기죄는 상상적 경합의 관계에 있다[참조판례 (3)].

160. 동시적 경합범의 처벌

(대법원 1985. 4. 23. 선고 84도2890 판결)

〈쟁점〉

동시적 경합범에서 가장 중한 죄 아닌 죄에 정한 형의 단기가 가장 중한 죄에 정한 형의 단기보다 중한 경우 처단형의 하한

〈판결요지〉

경합범의 처벌에 관하여 형법 제38조 제1항 제2호 본문은 각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고 이외의 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하도록 규정하고 그 단기에 대하여는 명문을 두고 있지 않고 있으나 가장 중한 죄 아닌 죄에 정한 형의 단기가 가장 중한 죄에 정한 형의 단기보다 중한 때에는 위 본문 규정취지에 비추어 그 중한 단기를 하한으로 한다고 새겨야 할 것이다.

〈참조판례〉

대법원 2004. 2. 13. 선고 2003도3090 판결 : 공직선거법 제18조 제3항은 "선거범과 다른 죄의 경합범에 대하여는 형법 제38조의 규정에 불구하고 이를 분리 심리하여 따로 선고하여야 한다."고 규정하고 있는바, 그 취지는 선거범이 아닌 다른 죄가 선거범의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화하기 위하여 형법상 경합범 처벌례에 관한 조항의 적용을 배제하고 분리 심리하여 형을 따로 선고하여야 한다는 것이다.

〈선정이유〉

판결이 확정되지 아니한 수 개의 죄는 동시적 경합범이라고 하는데(형법 제37조 제1항), 동시적 경합범은 우선 i) 가장 중한 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고인 때에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌하고, ii) 각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고 이외의 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하며(다만 각 죄에 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과할 수 있다), iii) 각 죄에 정한 형이 무기징역이나 무기금고 이외의 이종의 형인 때에는 병과한다(형법 제38조 제1항). 본 판례는 ii)의 경우 형을 가중하는 방법에 관한 법리를 제시하고 있다. 다만 〈참조판례〉에서 볼 수 있듯이 선거범죄, 정치자금위반(정치자금부정수수 등)죄 및 형법과 특가법상 수뢰죄와 다른 죄의 경합범은 형을 분리하여 선고하여야 한다(공직선거법 제18조 제3항 참조).

161. 사후적 경합범의 성립범위

(대법원 2014. 3. 27. 선고 2014도469 판결)

〈쟁점〉

아직 판결을 받지 아니한 수 개의 죄가 판결 확정을 전후하여 저질러지고 판결 확정 전에 범한 죄를 이미 판결이 확정된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경우 그 수 개의 죄 사이에 형법 제37조 전단 경합범 관계가 인정되는지 여부

〈판결요지〉

형법 제37조 후단 및 제39조 제1항의 문언, 입법 취지 등에 비추어 보면, 아직 판결을 받지 아니한 죄가 이미 판결이 확정된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경우에는 형법 제37조 후단의 경합범 관계가 성립할 수 없고 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형을 선고하거나 그 형을 감경 또는 면제할 수도 없다고 해석함이 상당하다. 한편 아직 판결을 받지 아니한 수개의 죄가 판결 확정을 전후하여 저질러진 경우 판결 확정 전에 범한 죄를 이미 판결이 확정된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경우라고 하여 마치 확정된 판결이 존재하지 않는 것처럼 그 수개의 죄 사이에 형법 제37조 전단의 경합범 관계가 인정되어 형법 제38조가 적용된다고 볼 수도 없으므로, 판결 확정을 전후한 각각의 범죄에 대하여 별도로 형을 정하여 선고할 수밖에 없다.

〈선정이유〉

본 판례는 사후적 경합범은 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정 전에 범한 죄에 대해서만 성립할 수 있고, 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정 후에 범한 죄는 사후적 경합범의 관계에 있지 않으며 나아가 판결 확정 전에 범한 죄와 판결 확정 후에 범한 죄를 동시적 경합범으로 보아 하나의 형을 선고할 수 없음을 명확히 한데 그 의의가 있다.

162. 사후적 경합범의 처벌(1)

(대법원 2008. 9. 11. 선고 2006도8376 판결)

〈쟁점〉

무기징역의 판결이 확정된 죄와 형법 제37조 후단 경합범의 관계에 있는 죄에 대하여 공소가 제기된 경우 형을 필요적으로 면제하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

형법 제37조 후단 경합범에 대하여 심판하는 법원은 판결이 확정된 죄와 후단 경합범의 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 후단 경합범의 처단형의 범위 내에서 후단 경합범의 선고형을 정할 수 있는 것이고, 그 죄와 판결이 확정된 죄에 대한 선고형의 총합이 두 죄에 대하여 형법 제38조를 적용하여 산출한 처단형의 범위 내에 속하도록 후단 경합범에 대한 형을 정하여야 하는 제한을 받는 것은 아니며, 후단 경합범에 대한 형을 감경 또는 면제할 것인지는 원칙적으로 그 죄에 대하여 심판하는 법원이 재량에 따라 판단할 수 있는 것이다. 그러므로 무기징역에 처하는 판결이 확정된 죄와 후단 경합범의 관계에 있는 죄에 대하여 공소가 제기된 경우에도 법원은 두 죄

를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 후단 경합범에 대한 처단형의 범위 내에서 후단 경합범에 대한 선고형을 정할 수 있고, 형법 제38조 제1항 제1호가 전단 경합범 중 가장 중한 죄에 정한 처단형이 무기징역인 때에는 흡수주의를 취하였다고 하여 뒤에 공소제기된 후단 경합범에 대한 형을 필요적으로 면제하여야 하는 것은 아니다.

〈선정이유〉

형법 제39조 제1항은 "경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다."고 규정하고 있다. 본 사건에서는 무기징역의 판결이 확정된 죄와 형법 제37조 후단 경합범의 관계에 있는 죄에 대하여 공소가 제기된 경우 형을 필요적으로 면제하여야 하는지 여부가 문제되었다. 동시적 경합범의 처벌에 관한 형법 제38조 제1항 제1호는 "가장 중한 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고인 때에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다."고 규정하고 있는데, 이 규정에 비추어 볼 때 어느 한 죄에 대하여 사형 또는 무기형을 선택한 경우 다른 죄에 대해서는 그 형을 면제하는 것이 타당해 보인다. 그런데 본 판례는 판결이 확정된 죄의 법정형은 사형 또는 무기징역이었으나 그 판결 당시에는 무기징역이 적절한 양형으로 판단되어 무기징역을 선택하여 선고하였던 것인데 후단 경합범의 법정형에는 사형이 포함되어 있지 않지만 중대한 범죄로서 죄질과 범정이 무거워 이들을 동시에 판결한다면 판결이 확정된 죄의 법정형 중 사형을 선택하여 선고하는 것이 책임에 상응하는 양형으로 평가되는 경우나 무기징역에 처하는 판결이 확정된 죄의 법정형에는 사형이 포함되어 있지 않았는데 후단 경합범의 법정형에는 사형이 포함되어 있고 이들을 동시에 판결한다면 사형을 선택하여 선고하는 것이 책임에 상응하는 양형으로 평가되는 경우에도 형을 필요적으로 면제하여야 한다고 해석하는 것은 책임에 상응하는 합리적이고 적절한 선고형의 결정이 불가능하거나 현저히 곤란하게 되는 상황을 초래한다고 지적하면서, 법원이 재량에 따라 그 형을 감경 또는 면제할 것인지를 결정할 수 있다고 판시하였다.

163. 사후적 경합범의 처벌(2)

(대법원 2019. 4. 18. 선고 2017도14609 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

법정형에 하한이 설정된 형법 제37조 후단 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항 후문에 따라 형을 감경할 때에는 형법 제55조 제1항을 적용하지 아니하고 유기징역의 형기를 2분의 1 미만으로도 감경할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견] 형의 감경에는 법률상 감경과 재판상 감경인 작량감경이 있다. 작량감경 외에 법률의 여러 조항에서 정하고 있는 감경은 모두 법률상 감경이라는 하나의 틀 안에 놓여 있다. 따라서 형법 제39조 제1항 후문에서 정한 감경도 당연히 법률상 감경에 해당한다. 형법 제39조 제1항 후문의 "그 형을 감경 또는 면제할 수 있다."라는 규정 형식도 다른 법률상의 감경 사유들과 다르지 않

다. 이와 달리 형법 제39조 제1항이 새로운 감경을 설정하였다고 하려면 그에 대하여 일반적인 법률상의 감경과 다른, 감경의 폭이나 방식이 제시되어야 하고 감경의 순서 또한 따로 정했어야 할 것인데 이에 대하여는 아무런 정함이 없다. 감경의 폭이나 방식, 순서에 관해 달리 정하고 있지 않은 이상 후단 경합범에 대하여도 법률상 감경 방식에 관한 총칙규정인 형법 제55조, 제56조가 적용된다고 보는 것이 지극히 자연스럽다. 따라서 형법 제37조 후단 경합범(이하 '후단 경합범'이라 한다)에 대하여 형법 제39조 제1항에 의하여 형을 감경할 때에도 법률상 감경에 관한 형법 제55조 제1항이 적용되어 유기징역을 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1 미만으로는 감경할 수 없다.

[반대의견] 후단 경합범에 관한 조항을 해석할 때 가장 중요한 원칙은 판결이 확정된 죄와 후단 경합범을 동시에 판결할 경우와 비교하여 피고인이 별개의 절차에서 심판받는다는 이유만으로 불이익을 받아서는 안 된다는 것이다. 범죄와 형벌 사이에 적정한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형의 원칙과 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙은 형사책임의 기본원칙이다. 후단 경합범에 관한 이례적이고 독자적인 규정 형식은 후단 경합범을 심판하는 법원이 판결이 확정된 죄와 후단 경합범을 동시에 판결할 경우와 비교하여 단지 별개의 절차에서 심판받는다는 이유만으로 불이익을 받지 않도록 후단 경합범을 처벌할 때 죄형 균형의 원칙과 책임주의 원칙에 합당한 형을 발견하라는 요청에 따른 것이다. 이러한 독자적인 규정 형식과 내용, 입법취지에 비추어 보면, '형평을 고려하여 형을 선고한다.'는 것은 형평을 고려하여 적절한 범위에서 형을 감경하여 선고형을 정하거나 형을 면제할 수 있다는 것이고, 이때 형법 제55조 제1항은 적용되지 않는다고 보아야 한다.

감경'과 '면제'가 함께 규정된 경우에 '감경 또는 면제'는 분절적인 의미가 아니라 일체로서의 단일한 개념으로 이해되어야 한다. 따라서 '감경 또는 면제'에 의한 처단형의 범위는 그 하한은 '0'이 되고, 그 상한은 장기나 다액의 2분의 1로 되며, 달리 그 중간에 공백의 여지는 없다. 법정형에 하한이 설정된 경우 '감경 또는 면제'의 법률효과를 위와 같이 일체로서의 단일한 개념으로 이해하여 처단형이 '0'부터 상한까지 연속되는 것으로 보지 않고, 다수의견과 같이 '감경 또는 면제'를 분절적 의미로 이해하게 되면 '0'부터 형법 제55조 제1항에 따라 감경된 하한 사이에 처단형의 공백이 생기는 결과를 초래하여 부당하다.

〈선정이유〉

형법 제39조 제1항은 사후적 경합범의 처벌과 관련하여 "경합범중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다."고 규정하고 있다. 본 판결에서 다수의견은 법정형에 하한이 설정된 사후적 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항에 따라 형을 감경할 때에는 형법 제55조 제1항이 적용되지 아니하여 유기징역의 경우 그 형기의 2분의 1 미만으로도 감경할 수 없다고 보았다. 이에 대하여 반대의견은 형법 제39조 제1항의 규정 형식과 내용, 입법 취지에 비추어 보면, '형평을 고려하여 형을 선고한다.'는 것은 형평을 고려하여 적절한 범위에서 형을 감경하여 선고형을 정하거나 형을 면제할 수 있다는 것이고, 이때 형법 제55조 제1항은 적용되지 않는다고 보아야 한다고 주장하였다.

제 4 편 형벌론

164. 몰수와 추징(1) - 범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하는 물건

(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5586 판결)

〈쟁점〉

유죄의 죄책을 지지 않는 공범자의 소유물을 몰수할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형법 제48조 제1항의 '범인'에는 공범자도 포함되므로 피고인의 소유물은 물론 공범자의 소유물도 그 공범자의 소추 여부를 불문하고 몰수할 수 있고, 여기에서의 공범자에는 공동정범, 교사범, 방조범에 해당하는 자는 물론 필요적 공범관계에 있는 자도 포함된다. 형법 제48조 제1항의 '범인'에 해당하는 공범자는 반드시 유죄의 죄책을 지는 자에 국한된다고 볼 수 없고 공범에 해당하는 행위를 한 자이면 족하므로 이러한 자의 소유물도 형법 제48조 제1항의 '범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하는 물건'으로서 이를 피고인으로부터 몰수할 수 있다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 1990. 10. 10. 선고 90도1904 판결 : 강도상해의 범행에 사용된 자동차에 관하여 피고인은 피고인의 처 소유라고 진술하고 있고 실제로도 처 명의로 등록되어 있는데도 그 의미가 분명하지 아니한 '제 소유 자동차'라는 피고인이 경찰에서 범행방법에 관한 진술시에 한 표현을 근거로 위 자동차가 피고인 이외의 자에 속하지 아니하는 것으로 단정하여 이를 몰수한 것은 위법하다.

(2) 대법원 1983. 6. 14. 선고 83도808 판결 : 군 피엑스(PX)에서 공무원인 군인이 그 권한에 의하여 작성한 월간판매실적보고서의 내용에 일부 허위기재된 부분이 있더라도 이는 공무소인 소관 육군부대의 소유에 속하는 것이므로 이를 허위공문서작성의 범행으로 인하여 생긴 물건으로 누구의 소유도 불허하는 것이라는 이유로 형법 제48조 제1항 제1호를 적용하여 몰수하였음은 부당하다.

〈선정이유〉

위 판례는 몰수의 요건으로 '범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하는 물건'의 개념을 정의하고 참조판례는 그 적용사례를 보여주고 있다는 데 그 의의가 있다.

165. 몰수와 추징(2) - 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건

(대법원 2006. 9. 14. 선고 2006도4075 판결)

〈쟁점〉

실행행위의 착수 전의 행위 또는 실행행위의 종료 후의 행위에 사용한 물건도 범죄행위에 제공한 물건에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

형법 제48조 제1항 제1호의 '범죄행위에 제공한 물건'은 가령 살인행위에 사용한 칼 등 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건에만 한정되는 것이 아니며, 실행행위의 착수 전의 행위 또는 실행행위의 종료 후의 행위에 사용한 물건이더라도 그것이 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 한 위 법조 소정의 제공한 물건에 포함된다. 피고인은 대형할인매장을 1회 방문하여 범행을 할 때마다 1~6개 품목의 수십만 원어치 상품을 절취하여 이를 자신의 승용차에 싣고 갔고, 그 물품의 부피도 전기밥솥·해머드릴·소파커버·진공포장기·안마기·전화기·DVD플레이어 등 상당한 크기의 것이어서 대중교통수단을 타고 운반하기에 곤란한 수준이었으므로, 이 사건 승용차는 단순히 범행장소에 도착하는 데 사용한 교통수단을 넘어서 이 사건 장물의 운반에 사용한 자동차라고 보아야 할 것이며, 따라서 형법 제48조 제1항 제1호 소정의 범죄행위에 제공한 물건이라고 볼 수 있다.

〈선정이유〉

본 판례는 형법 제48조 제1항 제1호의 '범죄행위에 제공하거나 제공하려고 한 물건'의 의미와 적용사례를 보여준 데 그 의의가 있다.

166. 몰수와 추징(3) - 범죄행위로 인하여 생하였거나 이로 인하여 취득한 물건

(대법원 2007. 12. 14. 선고 2007도7353 판결)

〈쟁점〉

부동산 미등기 전매계약에 의하여 제3자로부터 받은 대금을부동산등기 특별조치법 제8조 제1호 위반 행위와 관련하여 취득한 것으로 보아 몰수·추징할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

부동산의 소유권을 이전받을 것을 내용으로 하는 계약(1차 계약)을 체결한 자가 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약(전매계약)을 체결한 것이 부동산등기 특별조치법 제8조 제1호 위반행위에 해당하는 경우, 전매계약에 의하여 제3자로부터 받은 대금은 위 조항의 처벌대상인 '1차 계약에 따른 소유권이전등기를 하지 않은 행위'로 취득한 것이 아니므로 형법 제48조에 의한 몰수나 추징의 대상이 될 수 없다.

〈참조판례〉

대법원 1976. 9. 28. 선고 75도3607 판결 : 수뢰의 목적이 금전소비대차계약에 의한 금융이익이어서 그 금융이익이 뇌물이 되는 경우 소비대차의 목적인 금원 그 자체는 뇌물이 아니므로 대여

로 받은 그 금원 자체는 형법 제134조에 의하여 몰수 또는 추징할 수 없고 이는 범죄행위로 인하여 취득한 물건으로서 피고인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하므로 형법 제48조 제1항 제2호에 의하여 몰수 또는 추징할 수 있다.

〈선정이유〉

본 판례는 형법 제48조 제1항 제2호의 '범죄행위로 인하여 생하였거나 이로 인하여 취득한 물건'의 의미와 적용사례를 보여준 데 그 의의가 있다.

167. 몰수·추징의 방법

(대법원 1975. 4. 22. 선고 73도1963 판결)

〈쟁점〉

수인이 공모하여 뇌물을 수수한 경우에 몰수불능으로 그 가액을 추징하는 경우 그 추징의 방법

〈판결요지〉

수인이 공모하여 뇌물을 수수한 경우에 몰수불능으로 그 가액을 추징하려면 개별적으로 추징하여야 하고 수수금품을 개별적으로 알 수 없을 때에는 평등하게 추징하여야 한다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 1999. 1. 29. 선고 98도3584 판결 : 수뢰자가 자기앞수표를 뇌물로 받아 이를 소비한 후 자기앞수표 상당액을 증뢰자에게 반환하였다 하더라도 뇌물 그 자체를 반환한 것은 아니므로 이를 몰수할 수 없고 수뢰자로부터 그 가액을 추징하여야 할 것이다.

(2) 대법원 1996. 10. 25. 선고 96도2022 판결 : 뇌물로 받은 돈을 은행에 예금한 경우 그 예금행위는 뇌물의 처분행위에 해당하므로 그 후 수뢰자가 같은 액수의 돈을 증뢰자에게 반환하였다 하더라도 이를 뇌물 그 자체의 반환으로 볼 수 없으니 이러한 경우에는 수뢰자로부터 그 가액을 추징하여야 한다.

(3) 대법원 1986. 11. 25. 선고 86도1951 판결 : 피고인들이 뇌물로 받은 돈을 그 후 다른사람에게 다시 뇌물로 공여하였다 하더라도 그 수뢰의 주체는 어디까지나 피고인들이고 그 수뢰한 돈을 다른 사람에게 공여한 것은 수뢰한 돈을 소비하는 방법에 지나지 아니하므로 피고인들로부터 그 수뢰액 전부를 각 추징하여야 한다.

(4) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1283 판결 : 형법 제134조의 규정에 의한 필요적 몰수 또는 추징은, 범인이 취득한 당해 재산을 범인으로부터 박탈하여 범인으로 하여금 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있는 것으로서, 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 받고 그 금품 중의 일부를 받은 취지에 따라 청탁과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물로 공여하거나 다른 알선행위자에게 청탁의 명목으로 교부한 경우에는 그 부분의 이익은 실질적으로 범인에게 귀속된 것이 아니어서 이를 제외한 나머지 금품만을 몰수하거나 그 가액을 추징하여야 한다.

〈선정이유〉

수인이 공모하여 뇌물을 수수한 경우에 몰수·추징하는 경우에는 개별적으로 몰수·추징하여야 하고 수수금품을 개별적으로 알 수 없을 때에는 평등하게 몰수·추징하여야 한다. 그리고 수뢰자가 뇌물을 소비한 후 반환하거나[참조판례 (1)], 뇌물로 받은 금원을 은행에 예치하였다가 반환하거나[참조판례 (2)], 뇌물로 받은 금원을 다시 다른 사람에게 뇌물로 제공한 때에는 [참조판례 (3)] 수뢰자로부터 그 전부를 추징하여야 한다. 이에 반하여 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 받고 그 금품 중의 일부를 받은 취지에 따라 청탁과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물로 공여하거나 다른 알선행위자에게 청탁의 명목으로 교부한 경우에는 그 부분을 제외한 나머지 금품만을 몰수·추징하여야 한다[참조판례 (4)].

168. 누범가중(1)

(대법원 2002. 10. 22. 선고 2002감도39 판결)

〈쟁점〉

형이 실효된 경우 그 전과를 특가법 제5조의4 제5항 소정의 징역형의 선고를 받은 경우로 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형실효법에 의하여 형이 실효된 경우에는 형의 선고에 의한 법적 효과가 장래에 향하여 소멸되므로 형이 실효된 후에는 그 전과를 금고이상의 형의 선고를 받은 경우로 볼 수는 없다.

〈참조판례〉

(1) 대법원 2016. 6. 23. 선고 2016도5032 판결 : 징역형의 실효기간이 경과하기 전에 별도의 집행유예 선고가 있었으나 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간이 경과하였고 그 무렵 집행유예 전에 선고되었던 징역형도 자체의 실효기간이 경과한 경우, 그 징역형은 금고이상의 형을 받은 경우라고 할 수 없다.

(2) 대법원 1964. 3. 31. 선고 64도34 판결 : 일반사면에 의하여 형의 선고의 효력이 상실된 범죄를 누범가중 사유로 하여 처벌하였음은 위법이다.

(3) 대법원 1986. 11. 11. 선고 86도2004 판결 : 형의 선고를 받은 자가 특별사면을 받아 형의 집행을 면제받고 또 후에 복권이 되었다 하더라도 형의 선고의 효력이 상실되는 것은 아니므로 실형을 선고받아 복역하다가 특별사면으로 출소한 후 3년 이내에 다시 범죄를 저지른 자에 대한 누범가중은 정당하다.

〈선정이유〉

누범가중은 '금고 이상의 형을 받았을 것'을 요건으로 하는데 형이 실효되거나(대법원 2002. 10. 22. 선고 2002감도39 판결), 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과하거나[참조판례 (1)], 일반사면에 의하여 형이 선고의 효력이 상실된 경우[참조판례 (2)]에는 누범가능을 할

수 없으나, 특별사면은 형의 선고의 효력이 상실되는 것이 아니라 형의 집행이 면제되는데 불과하므로 누범가중을 할 수 있다[참조판례 (3)].

169. 누범가중(2)

(대법원 1976. 9. 14. 선고 76도2071 판결)

〈쟁점〉

잔형기 경과전인 가석방기간 중에 범한 죄에 대하여 형법 35조 소정 형집행종료 후에 죄를 범한 경우에 해당한다고 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형집행종료 후에 죄를 범한 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로 여기에 누범가중을 할 수 없다.

〈참조판례〉

대법원 1983. 8. 23. 선고 83도1600 판결 : 금고 이상의 형을 받고 그 형의 집행유예기간 중에 금고 이상에 해당하는 죄를 범하였다 하더라도 이는 누범가중의 요건을 충족시킨 것이라 할 수 없다.

〈선정이유〉

누범가중은 금고이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 다시 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범하였을 것을 요건으로 하는바, 가석방기간 중(대법원 1976. 9. 14. 선고 76도2071 판결) 또는 집행유예기간 중(대법원 1983. 8. 23. 선고 83도1600 판결)에 다시 죄를 범한 경우는 는‘ 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후’에 해당하지 않으므로 누범가중을 할 수 없다.

170. 상습범가중(1)

(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도7150 판결)

〈쟁점〉

상습성 있는 자가 같은 종류의 죄를 반복하여 저지르고 상습범을 별도의 범죄유형으로 처벌하는 규정이 없는 경우의 죄수 관계

〈판결요지〉

상습범이란 어느 기본적 구성요건에 해당하는 행위를 한 자가 범죄행위를 반복하여 저지르는 습벽, 즉 상습성이라는 행위자적 속성을 갖추었다고 인정되는 경우에 이를 가중처벌 사유로 삼고 있

는 범죄유형을 가리키므로, 상습성이 있는 자가 같은 종류의 죄를 반복하여 저질렀다 하더라도 상습범을 별도의 범죄유형으로 처벌하는 규정이 없는 한 각 죄는 원칙적으로 별개의 범죄로서 경합범으로 처단할 것이다. 저작권법은 제140조 본문에서 저작재산권 침해로 인한 제136조 제1항의 죄를 친고죄로 규정하면서, 제140조 단서 제1호에서 영리를 위하여 상습적으로 위와 같은 범행을 한 경우에는 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있으나, 상습으로 제136조 제1항의 죄를 저지른 경우를 가중처벌한다는 규정은 따로 두고 있지 않다. 따라서 수회에 걸쳐 저작권법 제136조 제1항의 죄를 범한 것이 상습성의 발현에 따른 것이라고 하더라도, 이는 원칙적으로 경합범으로 보아야 하는 것이지 하나의 죄로 처단되는 상습범으로 볼 것은 아니다.

〈선정이유〉

상습범이란 어느 기본적 구성요건에 해당하는 행위를 한 자가 범죄행위를 반복하여 저지르는 습벽을 가진 자가 행한 범죄를 말하는바, 본 판례는 습성이 있는 자가 같은 종류의 죄를 반복하여 저질렀다 하더라도 상습범을 별도의 범죄유형으로 처벌하는 규정이 없는 한 각 죄는 원칙적으로 별개의 범죄로서 경합범으로 처단하여야 함을 밝히고 있다는데 그 의의가 있다.

171. 상습범가중(2)

(대법원 2017. 6. 29. 선고 2016도18194 판결)

〈쟁점〉

형법 제264조는 상습특수상해죄를 범한 때에 형법 제258조의2 제1항에서 정한 법정형의 단기와 장기를 모두 가중하여 1년 6개월 이상 15년 이하의 징역에 처하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

형법은 제264조에서 상습으로 제258조의2의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다고 규정하고, 제258조의2 제1항에서 위험한 물건을 휴대하여 상해죄를 범한 때에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다고 규정하고 있다. 위와 같은 형법 각 규정의 문언, 형의 장기만을 가중하는 형법 규정에서 그 죄에 정한 형의 장기를 가중한다고 명시하고 있는 점, 형법 제264조에서 상습범을 가중처벌하는 입법 취지 등을 종합하면, 형법 제264조는 상습특수상해죄를 범한 때에 형법 제258조의2 제1항에서 정한 법정형의 단기와 장기를 모두 가중하여 1년 6개월 이상 15년 이하의 징역에 처한다는 의미로 새겨야 한다.

〈선정이유〉

형법상 상습도박죄(제246조 제2항)과 상습장물죄(제363조)를 제외하고는 일반적으로 상습범은 그 죄에 정한 형의 2분의1을 가중하는데, 여기서 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다는 것은 그 죄에 정한 법정형의 단기와 장기를 모두 가중한다는 의미이다.

172. 자수로 인한 형의 감경

(대법원 1994. 10. 14. 선고 94도2130 판결)

〈쟁점〉

범죄사실을 부인하거나 죄의 뉘우침이 없는 자수를 형감경사유인 자수라고 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형법 제52조 제1항 소정의 자수란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시로서 이를 형의 감경사유로 삼는 주된 이유는 범인이 그 죄를 뉘우치고 있다는 점에 있으므로 범죄사실을 부인하거나 죄의 뉘우침이 없는 자수는 그 외형은 자수일지라도 법률상 형의 감경사유가 되는 진정한 자수라고는 할 수 없다.

〈참조판례〉

대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도46 판결 : 피고인이 검찰의 소환에 따라 자진 출석하여 검사에게 범죄사실에 관하여 자백함으로써 형법상 자수의 효력이 발생하였다면, 그 후에 검찰이나 법정에서 범죄사실을 일부 부인하였다고 하더라도 일단 발생한 자수의 효력이 소멸하는 것은 아니다.

〈선정이유〉

죄를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 자수를 한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다(형법 제52조). 그러나 죄사실을 부인하거나 죄의 뉘우침이 없는 자수는 자수로 인정되지 않는다. 그러나 수사기관에 자진출석하여 자백을 하였다가 법정에서 범죄사실을 부인하였다고 하여 자수의 효력이 소멸되는 것은 아니다.

173. 선고유예(1)

(대법원 2012. 6. 28. 선고 2011도10570 판결)

〈쟁점〉

형의 집행유예를 선고받은 사람이 그 선고가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과하여 형의 선고가 효력을 상실한 경우 선고유예 결격사유인 '자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자'에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

형법 제59조 제1항 단서에서 정한 "자격정지 이상의 형을 받은 전과"라 함은 자격정지 이상의 형을 선고받은 범죄경력 자체를 의미하는 것이고, 그 형의 효력이 상실된 여부는 묻지 않는 것으로 해석함이 상당하다. 한편 형의 집행유예를 선고받은 사람이 형법 제65조에 의하여 그 선고가 실효 또는 취소됨이 없이 정해진 유예기간을 무사히 경과하여 형의 선고가 효력을 잃게 되었더라

도, 이는 형의 선고의 법적 효과가 없어질 뿐이고 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체까지 없어지는 것은 아니므로, 그는 형법 제59조 제1항 단서에서 정한 선고유예 결격사유인 '자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자'에 해당한다고 보아야 한다.

〈참조판례〉

대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도4869 판결 : 형실효법(1993. 8. 5. 법률 제4569호) 제7조 제1항 제1호가 징역 또는 금고형을 받은 사람이 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 날로부터 10년이 경과한 때에는 그 형은 실효된다고 규정한 취지는 집행유예기간이 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 잃는다고 규정한 형법 제65조와 마찬가지로 그저 형의 선고의 법률적 효과가 없어진다는 의미일 뿐 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체의 모든 효과까지 소멸한다는 뜻은 아니므로, 일단 자격정지 이상의 형을 선고받은 이상 그 후 그 형이 형실효법 제7조에 따라 실효되었다 하여도 이는 형법 제59조 제1항 단행에서 정한 선고유예 결격사유인 '자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는' 경우에 해당한다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

형법 제59조 제1항은 '자격정지 이상의 형을 받은 전과'를 선고유예의 결격사유로 규정하고 있는데, 판례는 집행유예 선고가 실효 또는 취소됨이 없이 정해진 유예기간을 무사히 경과하거나(대법원 2012. 6. 28. 선고 2011도10570 판결), 형실효법에 의하여 형이 실효되었더라도(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도4869 판결) 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체의 모든 효과까지 소멸되는 것은 아니라는 이유로 선고유예의 결격사유에 해당한다고 본다.

174. 선고유예(2)

(대법원 2007. 6. 28.자 2007모348 결정)

〈쟁점〉

선고유예 실효결정에 대한 상소심 진행 중에 유예기간인 2년이 경과한 경우 선고유예 실효 결정을 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형법 제60조, 제61조 제1항, 형사소송법 제335조, 제336조 제1항의 각 규정에 의하면, 형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 자격정지 이상의 형에 처한 판결이 확정되더라도 검사의 청구에 의한 선고유예 실효의 결정에 의하여 비로소 선고유예가 실효되는 것이다. 다만 형의 선고유예의 판결이 확정된 후 2년을 경과한 때에는 형법 제60조가 정하는 바에 따라 면소된 것으로 간주되고, 그와 같이 유예기간이 경과함으로써 면소된 것으로 간주된 후에는 실효시킬 선고유예의 판결이 존재하지 아니하므로 선고유예 실효의 결정(선고유예된 형을 선고하는 결정)을 할 수 없다.

〈선정이유〉

형법 제61조 제1항은 “형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 자격정지 이상의 형에 처한 판결이 확정되거나 자격정지 이상의 형에 처한 전과가 발견된 때에는 유예한 형을 선고한다.”고 규정하고 있는데, 본 판결은 형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 자격정지 이상의 형에 처한 판결이 확정된 경우 선고유예가 실효되기 위해서는 검사의 청구에 의한 선고유예 실효의 결정이 있어야 하고, 유예기간을 경과함으로써 면소된 것으로 간주된 후에는 실효시킬 선고유예의 판결이 존재하지 아니하므로 선고유예 실효의 결정(선고유예된 형을 선고하는 결정)을 할 수 없음을 명시하였다는 점에 그 의의가 있다.

175. 집행유예(1)

(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001도3579 판결)

〈쟁점〉

확정판결 이전 및 이후의 두 개의 범죄에 대하여 하나의 판결로 두 개의 징역형을 선고하는 경우 그 중 하나의 징역형에 대하여만 집행유예를 선고할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 두 개의 범죄에 대하여 하나의 판결로 두 개의 자유형을 선고하는 경우 그 두 개의 자유형은 각각 별개의 형이므로 형법 제62조 제1항에 정한 집행유예의 요건에 해당하면 그 각 자유형에 대하여 각각 집행유예를 선고할 수 있는 것이고, 또 그 두 개의 징역형 중 하나의 징역형에 대하여는 실형을 선고하면서 다른 징역형에 대하여 집행유예를 선고하는 것도 우리 형법상 이러한 조치를 금하는 명문의 규정이 없는 이상 허용되는 것으로 보아야 한다.

〈참조판례〉

대법원 2002. 2. 26. 선고 2000도4637 판결 : 형법이 집행유예기간의 시기(始期)에 관하여 명문의 규정을 두고 있지는 않지만 형사소송법 제459조가 "재판은 이 법률에 특별한 규정이 없으면 확정한 후에 집행한다."고 규정한 취지나 집행유예 제도의 본질 등에 비추어 보면 집행유예를 함에 있어 그 집행유예기간의 시기는 집행유예를 선고한 판결 확정일로 하여야 하고 법원이 판결 확정일 이후의 시점을 임의로 선택할 수는 없다. 따라서 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 죄에 대하여 두 개의 징역형을 선고하면서 하나의 징역형에 대하여만 집행유예를 선고하고 그 집행유예기간의 시기(始期)를 다른 하나의 징역형의 집행종료일로 한 것은 위법하다.

〈선정이유〉

확정판결 이전 및 이후의 두 개의 범죄에 대하여 하나의 판결로 두 개의 징역형을 선고하는 경우 그 중 하나의 징역형에 대하여만 집행유예를 선고할 수 있다(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001도3579 판결). 다만 이 경우 집행유예의 시기(始期)는 집행유예를 선고한 판결 확정일이고 법원이

다른 하나의 징역형의 집행종료일로 정하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2002. 2. 26. 선고 2000도4637 판결).

176. 집행유예(2)

(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도6196 판결)

〈쟁점〉

집행유예 기간 중에 범한 죄에 대하여 공소가 제기된 후 그 재판 도중에 집행유예 기간이 경과한 경우 집행유예 기간 중에 범한 죄에 대하여 다시 집행유예를 선고할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

집행유예 기간 중에 범한 죄에 대하여 형을 선고할 때에 집행유예의 결격사유를 정하는 형법 제62조 제1항 단서 소정의 요건에 해당하는 경우란, 이미 집행유예가 실효 또는 취소된 경우와 그 선고 시점에 미처 유예기간이 경과하지 아니하여 형 선고의 효력이 실효되지 아니한 채로 남아 있는 경우로 국한되고, 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고가 이미 그 효력을 잃게 되어 '금고 이상의 형을 선고'한 경우에 해당한다고 보기 어려울 뿐 아니라, 집행의 가능성이 더 이상 존재하지 아니하여 집행종료나 집행면제의 개념도 상정하기 어려우므로 위 단서 소정의 요건에 해당하지 않는다고 할 것이므로, 집행유예 기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고가 가능하다.

〈판례선정이유〉

형법 제62조 제1항 단서는 '금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때로부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년 까지의 기간에 범한 죄에 대해서 형을 선고하는 경우'에는 집행유예를 선고할 수 없도록 규정하고 있는데, 본 판례는 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고가 이미 그 효력을 잃게 되어 '금고 이상의 형을 선고'한 경우에 해당하지 않으므로 집행유예 기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예를 선고할 수 있다고 본다.

177. 집행유예(3)

(대법원 1998. 4. 24. 선고 98도98 판결)

〈쟁점〉

형법 제62조에 의하여 집행유예를 선고하는 경우에 같은 법 제62조의2 제1항에 규정된 보호관찰과 사회봉사를 동시에 명할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형법 제62조의2 제1항은 "형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있다."고 규정하고 있는바, 그 문리에 따르면, 보호관찰과 사회봉사는 각각 독립하여 명할 수 있다는 것이지, 반드시 그 양자를 동시에 명할 수 없다는 취지로 해석되지는 아니할뿐더러, 소년법 제32조 제3항, 성폭력처벌법 제16조 제2항, 가정폭력처벌법 제40조 제1항 등에는 보호관찰과 사회봉사를 동시에 명할 수 있다고 명시적으로 규정하고 있는바, 일반 형법에 의하여 보호관찰과 사회봉사를 명하는 경우와 비교하여 특별히 달리 취급할 만한 이유가 없으며, 제도의 취지에 비추어 보더라도, 범죄자에 대한 사회복귀를 촉진하고 효율적인 범죄예방을 위하여 양자를 병과할 필요성이 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 형법 제62조에 의하여 집행유예를 선고할 경우에는 같은 법 제62조의2 제1항에 규정된 보호관찰과 사회봉사 또는 수강을 동시에 명할 수 있다고 해석함이 상당하다.

〈선정이유〉

형법 제62조의2 제1항은 "형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있다."고 규정하고 있는데 보호관찰과 함께 사회봉사명령 또는 수강명령을 동시에 부과할 수 있는지와 관련하여 본 판례는 이를 긍정하는 견해를 취하였다. 형벌 법규의 해석은 엄격하여야 하고 명문 규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는다는 점(대법원 1993. 2. 23. 선고 92도3126 판결 등 참조)을 고려해 볼 때 본 판결은 논란의 여지가 크다.

형 법 각 론

제1편 개인적 법익에 대한 죄
제1장 생명신체에 대한 죄
제2장 자유에 대한 죄
제3장 명예와 신용에 대한 죄
제4장 사생활의 평온에 대한 죄
제5장 재산에 대한 죄
제2편 사회적 법익에 대한 죄
제1장 공공의 안전에 평온에 대한 죄
제2장 공공의 신용에 대한 죄
제3장 공중의 건강에 관한 죄
제4장 사회의 도덕에 관한 죄
제3편 국가적 법익에 대한 죄
제1장 국가의 존립과 권위에 대한 죄
제2장 국가의 기능에 대한 죄

제 1 편 개인적 법익에 대한 죄

제1장 생명신체에 대한 죄

Ⅰ. 살인의 죄

178. 사람의 시기(진통설 또는 분만개시설)

(대법원 2007.06.29. 선고 2005도3832 판결)

〈쟁점〉

태아가 사람으로 되는 시기, 특히 제왕절개 수술의 경우 '의학적으로 제왕절개 수술이 가능하였고 규범적으로 수술이 필요하였던 시기(시기)'를 분만의 시기(시기)로 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

사람의 생명과 신체의 안전을 보호법익으로 하고 있는 형법의 해석으로는 규칙적인 진통을 동반하면서 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다고 함은 종래 대법원이 취하여 온 견해이다(대법원 1982. 10. 12. 선고 81도2621 판결, 대법원 1998. 10. 9. 선고 98도949 판결 등 참조). 위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심이 공소외인에게 분만의 개시라고 할 수 있는 규칙적인 진통이 시작된 바 없었으므로 이 사건 태아는 아직 업무상과실치사죄의 객체인 '사람'이 되었다고 볼 수 없다는 이유 등으로 이 부분 공소사실에 관하여 무죄를 선고한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 채증법칙 위배 또는 업무상과실치사죄의 객체에 관한 법리 오해 등의 위법이 없다.

한편 검사는, 제왕절개 수술의 경우 임산부의 상태변화, 의료진의 처치경과 등 제반 사정을 토대로 '의학적으로 제왕절개 수술이 가능하였고 규범적으로 수술이 필요하였던 시기'를 사후적으로 판단하여 이를 분만의 시기로 볼 수 있고, 2001. 8. 11. 00:30경 출산을 위해 피고인의 조산원에 입원할 당시 공소외인은 임신성 당뇨증상 및 이미 두 번의 제왕절개 출산 경험이 있는 37세의 고령의 임산부이었고, 분만예정일을 14일이나 넘겨 이 사건 태아가 5.2㎏까지 성장한 상태이어서 의학적으로 자연분만이 부적절하여 제왕절개 수술이 유일한 출산방법이었으므로 공소외인의 위 입원 시점을 분만의 시기로 볼 수 있다고도 주장하나, '의학적으로 제왕절개 수술이 가능하였고 규범적으로 수술이 필요하였던 시기'는 판단하는 사람 및 상황에 따라 다를 수 있어, 분만개시 시점 즉, 사람의 시기도 불명확하게 된다는 점에서 채용하기 어렵다. 검사의 이 부분 상고이유에 관한 주장은 받아들일 수 없다. 판례)

〈선정이유〉

자연분만 및 제왕절개 수술과 관련하여 형사법적 관점에서 사람이 되는 시기에 대한 대법원의

입장을 재차 확인한 판결이다.

179. 부작위 살인

(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

부작위가 형법적으로 부작위로서의 의미를 갖는 경우, 작위의무의 발생근거, 부진정부작위범의 고의의 내용 및 침몰하는 선박의 선장의 법률상 구조의무, 부작위의 인과관계 등

〈판결요지〉

범죄는 보통 적극적인 행위에 의하여 실행되지만 때로는 결과의 발생을 방지하지 아니한 부작위에 의하여도 실현될 수 있다. 형법 제18조는 "위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다."라고 하여 부작위범의 성립 요건을 별도로 규정하고 있다.

자연적 의미에서의 부작위는 거동성이 있는 작위와 본질적으로 구별되는 무(무)에 지나지 아니하지만, 위 규정에서 말하는 부작위는 법적 기대라는 규범적 가치판단 요소에 의하여 사회적 중요성을 가지는 사람의 행태가 되어 법적 의미에서 작위와 함께 행위의 기본 형태를 이루게 되는 것이므로, 특정한 행위를 하지 아니하는 부작위가 형법적으로 부작위로서의 의미를 가지기 위해서는, 보호법익의 주체에게 해당 구성요건적 결과발생의 위험이 있는 상황에서 행위자가 구성요건의 실현을 회피하기 위하여 요구되는 행위를 현실적·물리적으로 행할 수 있었음에도 하지 아니하였다고 평가될 수 있어야 한다.

나아가 살인죄와 같이 일반적으로 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 이른바 부진정 부작위범의 경우에는 보호법익의 주체가 그 법익에 대한 침해위협에 대처할 보호능력이 없고, 부작위행위자에게 그 침해위협으로부터 법익을 보호해 주어야 할 법적 작위의무가 있을 뿐 아니라, 부작위행위자가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 지배하고 있어 그 작위의무의 이행으로 결과발생을 쉽게 방지할 수 있어야 그 부작위로 인한 법익침해가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것으로서 범죄의 실행행위로 평가될 수 있다. 다만 여기서의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다고 할 것이다(대법원 1992. 2. 11. 선고 91도2951 판결, 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도9354 판결 등 참조).

또한 부진정 부작위범의 고의는 반드시 구성요건적 결과발생에 대한 목적이나 계획적인 범행 의도가 있어야 하는 것은 아니고 법익침해의 결과발생을 방지할 법적 작위의무를 가지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 그 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음을 예견하고도 결과발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한다는 인식을 하면 족하며, 이러한 작위의무자의 예견 또는 인식 등은 확정적인 경우는 물론 불확정적인 경우이더라도 미필적 고의로 인정될 수 있다. 이때 작위의무자에게 이러한 고의가 있었는지는 작위의무자의 진술에만 의존할 것이 아니라, 작위의무의 발생근거, 법익침해의 태양과 위험성, 작위의무자의 법익침해에 대한 사태지배의 정도, 요구되는 작위의무의 내용과 그 이행의 용이성, 부작위에 이르게 된 동기와 경위, 부작위의 형태와

결과발생 사이의 상관관계 등을 종합적으로 고려하여 작위의무자의 심리상태를 추인하여야 할 것이다.

이러한 선장의 권한이나 의무, 해원의 상명하복체계 등에 관한 규정들은 모두 선박의 안전과 선원 관리에 관한 포괄적이고 절대적인 권한을 가진 선장을 수장으로 하는 효율적인 지휘명령체계를 갖추어 항해 중인 선박의 위험을 신속하고 안전하게 극복할 수 있도록 하기 위한 것이므로, 선장은 승객 등 선박공동체의 안전에 대한 총책임자로서 선박공동체가 위험에 직면할 경우 그 사실을 당국에 신고하거나 구조세력의 도움을 요청하는 등의 기본적인 조치뿐만 아니라 위기상황의 태양, 구조세력의 지원 가능성과 그 규모, 시기 등을 종합적으로 고려하여 실현가능한 구체적인 구조계획을 신속히 수립하고 선장의 포괄적이고 절대적인 권한을 적절히 행사하여 선박공동체 전원의 안전이 종국적으로 확보될 때까지 적극적·지속적으로 구조조치를 취할 법률상 의무가 있다고 할 것이다.

또한 선장이나 승무원은 제2의 가.항에서 보는 바와 같이 수난구호법 제18조 제1항 단서에 의하여 조난된 사람에 대한 구조조치의무를 부담하고, 해당 선박의 해상여객운송사업자와 승객 사이의 여객운송계약에 따라 승객의 안전에 대하여 계약상 보호의무를 부담하므로, 모든 승무원은 선박 위험 시 서로 협력하여 조난된 승객이나 다른 승무원을 적극적으로 구조할 의무가 있다고 할 것이다.

따라서 선박침몰 등과 같은 조난사고로 승객이나 다른 승무원들이 스스로 생명에 대한 위협에 대처할 수 없는 급박한 상황이 발생한 경우에는 선박의 운항을 지배하고 있는 선장이나 갑판 또는 선내에서 구체적인 구조행위를 지배하고 있는 선원들은 적극적인 구호활동을 통해 보호능력이 없는 승객이나 다른 승무원의 사망 결과를 방지하여야 할 작위의무가 있다 할 것이므로, 법익침해의 태양과 정도 등에 따라 요구되는 개별적·구체적인 구호의무를 이행함으로써 사망의 결과를 쉽게 방지할 수 있음에도 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 그대로 방관하여 사망의 결과를 초래하였다면, 그 부작위는 작위에 의한 살인행위와 동등한 형법적 가치를 가진다고 할 것이고, 이와 같이 작위의무를 이행하였다면 그 결과가 발생하지 않았을 것이라는 관계가 인정될 경우에는 그 작위를 하지 않은 부작위와 사망의 결과 사이에 인과관계가 있는 것으로 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

부진정 부작위범으로서 살인죄를 둘러싼 다양한 쟁점들(작위와 부작위의 구별, 부작위범의 공동정범의 성립요건, 보증인지위 · 작위의무의 발생근거 등)을 다룬 전원합의체 판결이다.

180. 살인 예비죄

(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도7150 판결)

〈쟁점〉

형법 제255조, 제250조의 살인예비죄가 성립하기 위하여 요구되는 주관적 · 객관적 요건은 무엇인지, 실행의 착수까지에는 이르지 아니하는 살인죄의 실현을 위한 준비행위의 의미 등

〈판결요지〉

형법 제255조, 제250조의 살인예비죄가 성립하기 위하여는 형법 제255조에서 명문으로 요구하

는 살인죄를 범할 목적 외에도 살인의 준비에 관한 고의가 있어야 하며, 나아가 실행의 착수까지에는 이르지 아니하는 살인죄의 실현을 위한 준비행위가 있어야 한다. 여기서의 준비행위는 물적인 것에 한정되지 아니하며 특별한 정형이 있는 것도 아니지만, 단순히 범행의 의사 또는 계획만으로는 그것이 있다고 할 수 없고 객관적으로 보아서 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적 행위를 필요로 한다.

원심은 그 판시와 같은 사정들에 비추어 이 사건 살인예비에 관한 피고인 1의 진술이 신빙성이 있다고 판단하였다. 나아가 위 피고인 1의 진술 및 그 채택증거들을 종합하여 인정되는 판시와 같은 사실들에 비추어 보면 피고인 2는 피해자 5를 살해하기 위하여 피고인 1과 위 공소외인을 고용하였고 그들에게 살인의 대가를 지급하기로 약정하였으므로, 피고인 2에게는 살인죄를 범할 목적 및 살인의 준비에 관한 고의가 인정될 뿐 아니라 그가 살인죄의 실현을 위한 준비행위를 하였음을 인정할 수 있고, 따라서 피고인 2에 대하여 살인예비죄가 성립한다고 판단하였다.

〈선정이유〉

살인예비에 요구되는 주관적·객관적 요소와 실행의 착수와의 구별기준이 무엇인지에 대한 흔치 않은 대법원 판결임.

181. 존속살해죄의 합헌성

(헌재 2013. 7. 25. 2011헌바267)

〈쟁점〉

자기의 직계존속을 살해한 자를 일반 살인죄를 저지른 자에 비하여 가중처벌하는 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제250조 제2항 중 '자기의 직계존속을 살해한 자' 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 평등원칙에 위배되는지 여부

〈결정요지〉

조선시대 이래 현재에 이르기까지 존속살해죄에 대한 가중처벌은 계속되어 왔고, 그러한 입법의 배경에는 우리 사회의 효를 강조하는 유교적 관념 내지 전통사상이 자리 잡고 있는 점, 존속살해는 그 패륜성에 비추어 일반 살인죄에 비하여 고도의 사회적 비난을 받아야 할 이유가 충분한 점, 이 사건 법률조항의 법정형이 종래의 '사형 또는 무기징역'에서 '사형, 무기 또는 7년 이상의 징역'으로 개정되어 기존에 제기되었던 양형에 있어서의 구체적 불균형의 문제도 해소된 점을 고려할 때 이 사건 법률조항이 형벌체계상 균형을 잃은 자의적 입법으로서 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

재판관 이진성, 재판관 서기석의 반대의견

이 사건 법률조항은, 배우자나 직계비속을 살해하는 경우, 또는 법적인 신분관계는 없으나 가해자와 특별한 은인관계에 있는 사람을 살해하는 경우 등은 일반 살인죄로 처벌하고, 심지어 직계존속이 치욕 은폐 등의 동기로 영아를 살해하는 경우는 처벌을 감경하는 것과는 달리, 직계존속을

살해하는 경우 양육이나 보호 여부, 애착관계의 형성 등을 묻지 아니하고 그 형식적 신분관계만으로 가중 처벌하는 것이다. 이는 헌법이 보장하는 민주적인 가족관계와 조화된다고 보기 어렵고, 범행동기 등을 감안하지 않고 일률적으로 형의 하한을 높여 합리적인 양형을 어렵게 하며, 비교법적으로도 그 예를 찾기 어려운 것으로서 차별의 합리성을 인정할 수 없으므로 평등의 원칙에 위반된다.

〈선정이유〉

끊임없이 위헌논쟁의 대상이 되는 존속과 비속의 행위에 대한 차별취급의 정당성에 대한 최근의 헌법재판소의 결정으로 우리 헌법의 가치질서를 어떻게 이해하여야 하는지와 관련하여 의미 있는 결정이다.

182. 입양과 존속살해죄

(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도8333,2007감도22 판결)

〈쟁점〉

입양의 의사로 친생자 출생신고를 하고 자신을 계속 양육하여 온 사람을 살해한 경우, 위 출생신고는 입양신고의 효력이 있는지, 따라서 존속살해죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정되기 전의 것) 제874조 제1항에 의하면 처가 있는 자는 공동으로 함이 아니면 양자를 할 수 없다. 그리고 당사자가 입양의 의사로 친생자 출생신고를 하고 거기에 입양의 실질적 요건이 구비되어 있다면 그 형식에 다소 잘못이 있더라도 입양의 효력이 발생하고, 이 경우의 허위의 친생자 출생신고는 법률상의 친자관계인 양친자관계를 공시하는 입양신고의 기능을 하게 되는 것이다(대법원 2000. 6. 9. 선고 99므1633, 1640 판결, 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004므1484 판결 등 참조). 기록에 의하면, 피해자는 그의 남편인 공소외인과 공동으로 피고인 겸 피치료감호청구인(이하 '피고인'이라 한다)을 입양할 의사로 1978. 3. 16. 피고인을 친생자로 출생신고를 하고 피고인을 양육하여 오다가 위 공소외인이 1984년경 사망한 후에도 계속하여 피고인을 양육하여 온 사실을 알 수 있는바, 그렇다면 위 법률규정과 법리에 비추어 피고인을 친생자로 한 출생신고는 피해자와 피고인 사이에서도 입양신고로서 효력이 있으므로 피고인은 피해자의 양자라고 할 것이고, 피고인이 피해자를 살해한 경우 존속살해죄가 성립한다.

〈선정이유〉

형법의 존속과 비속관련 범죄 구성요건의 해석에 있어서 민사법리의 적용과 그 효과에 대한 비교적 최근의 판결이다.

183. 영아살해죄의 주체로서 직계존속

(대법원 1970.03.10. 선고 69도2285 제2부판결)

〈쟁점〉

동거하는 남자를 영아살해죄의 주체인 직계존속으로 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

피고인의 본건 살인, 사체유기의 범죄사실을 인정하기에 충분하고 원심의 증거취사선택에 채증법칙 위반이 있음을 찾아볼수 없을 뿐 아니라 남녀가 사실상 동거한 관계가 있고 그 사이에 영아가 분만되었다 하여도 그 남자와 영아와의 사이에 법률상 직계존속,비속의 관계가 있다 할수 없음으로 원심이 본건을 보통 살인죄로 처단하였음에 위법이 없다.

〈선정이유〉

법문상 '직계존속'은 법률상 직계존속만으로 이해되어야 하는지, 생부도 포함되는지와 관련하여 대법원의 종래입장의 배후에는 어떤 생각이 있었던 것인지 등 형법 해석론(목적론적 해석, 목적론적 축소해석, 문리적 해석 등)의 의미를 생각해볼 계기가 될 수 있는 판결이다.

184. 살인죄의 간접정범, 위계에 의한 살인, 자살교사·방조죄의 구별

(대법원 1987. 1. 20. 선고 86도2395 판결)

〈쟁점〉

판단능력이 완전치 못한 미성년자(7세 혹은 3세) 자식에게 함께 죽자고 권유하여 익사케 한 행위의 죄책

〈판결요지〉

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 어린자식들을 권유하여 익사하게 한 이상 살인죄의 범의는 있었음이 분명하고 살인죄의 법리를 오해한 위법이 없다.

〈선정이유〉

형법 제250조의 정범으로서의 살인죄, 간접정범으로서 살인죄, 자살교사·방조죄, 위계에 의한 살인죄의 구별기준은 무엇인지에 대한 논의의 자료를 제공하는 판결이다.

Ⅱ. 상해와 폭행의 죄

185. 상해와 신체손상의 개념

(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도8247 판결)

〈쟁점〉

병역법 제86조가 규정하고 있는 병역의무의 기피 또는 감면을 목적으로 한 '신체손상'의 의미와 형법상 상해의 의미

〈판결요지〉

병역법 제86조는 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적으로 도망하거나 행방을 감춘 때 또는 신체손상이나 사위행위를 한 사람을 1년 이상 3년 이하의 징역에 처한다라고 규정하므로, 그 구성요건은 행위자가 병역의무를 기피할 목적이나 그 의무를 감경 또는 면제받을 목적을 가지고 그 목적 달성을 위하여 도망하거나 행방을 감추거나 신체손상을 하거나 사위행위를 한 경우에 충족되는 것으로서, 그 범죄의 실행행위에는 도망하거나 행방을 감추거나 신체손상을 하는 외에 병역의무의 기피 또는 감면의 목적을 가진 그 밖의 사위행위 전부가 포함되도록 규정되어 있음이 분명하다 .

그 구성요건 중의 여러 행위유형들 중 도망하거나 행방을 감추거나 사위행위를 하는 경우 그 행위가 영속적인 경우이거나 일시적인 경우이거나 모두 포함되는 것이며 실제로 그 행위로써 병역의무의 기피 또는 감면의 결과가 발생하여야 하는 것도 아닌 즉성범이라 할 것이니, 그 행위 유형 중의 하나인 '신체손상'의 개념은 신체의 완전성을 해하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 '상해'의 개념과 일치되어야 하는 것은 아니며 병역의무의 기피 또는 감면사유에 해당되도록 신체의 변화를 인위적으로 조작하는 행위까지를 포함하는 개념이라고 볼 것이다.

그리고 병역법 제12조 제4항의 위임을 받은 국방부령인 징병신체검사등검사규칙의 [별표2] "질병·심신장애의 정도 및 평가기준" 중 140항 "문신 또는 자해로 인한 반흔 등"의 규정은 병역법의 위임한계를 벗어난 규정이 아닐 뿐만 아니라 (대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도6286 판결 참조), 가령 그 규정이 일반 국민과 법원을 기속하는 효력이 없다고 하더라도 병역의무의 기피 또는 감면의 목적을 가진 사람이 신체검사 판정의 기준으로 실제 시행되고 있는 그 규정을 이용하여 문신을 함으로써 그 목적을 달성하고자 하였다면 특별한 사정이 없는 한 그로써 병역법 제86조 위반죄가 성립된다 고 하겠다.

〈선정이유〉

형법상 상해죄의 개념과 병역법의 신체손상의 의미내용과 그 차이, 자살과 달리 자상과 자기 신체손상에 대한 현행법의 처벌규정의 특징 및 위임입법이 한계 등을 다루고 있는 판결이다.

186. 상해의 판단기준

(대법원 1996. 12. 10. 선고 96도2529 판결)

〈쟁점〉

오랜 시간 동안의 협박과 폭행을 이기지 못하고 실신하여 범인들이 불러온 구급차 안에서야 정신을 차리게 되었다면, 외부적으로 어떤 상처가 발생하지 않았다고 하더라도 생리적 기능에 훼손을 입어 신체에 대한 상해가 있었다고 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

피고인과 그의 공범들이 피해자를 피고인 경영의 초밥집 에 불러내어 22:00경부터 그 다음날 02:30경까지 사이에 회칼로 죽여버리겠다거나 소주병을 깨어 찌를 듯한 태도를 보이면서 계속하여 협박하다가 손바닥으로 피해자의 얼굴과 목덜미를 수회 때리자, 피해자가 극도의 공포감을 이기지 못하고 기절하였다가 피고인 등이 불러온 119 구급차 안에서야 겨우 정신을 차리고 인근 병원에까지 이송된 사실이 명백히 인정되는바, 이와 같이 오랜 시간 동안의 협박과 폭행을 이기지 못하고 실신하여 범인들이 불러온 구급차 안에서야 정신을 차리게 되었다면, 외부적으로 어떤 상처가 발생하지 않았다고 하더라도 생리적 기능에 훼손을 입어 신체에 대한 상해가 있었다고 봄이 상당하므로, 원심판결에 논하는 바와 같은 채증법칙 위반이나 상해죄에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없고, 또 위와 같은 상해사실이 피해자와 피고인의 공범들의 진술 및 소방서장의 구급활동사항 통보서의 기재에 의하여 충분히 인정되는 이상, 원심이 의사의 진단서에 의하지 아니하고 상해사실을 인정하였다거나 또는 범죄사실에 치료일수가 명시되지 않았다고 하여 위법이라고 할 수도 없다.

〈선정이유〉

폭행과 상해의 구별, 상해의 개념, 치료여부와 상해의 관계, 상처와 상해의 관련성 등에 대한 중요 판결이다.

187. 상해죄의 고의(1)

(대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결)

〈쟁점〉

상해죄의 고의의 내용

〈판결요지〉

원심은 피고인이 공소외 1 등에게 상해를 가하였다는 부분에 관하여, 피고인은 자신을 파출소로 강제로 끌고 가려는 공소외 1 등의 불법한 강제수사로 신체의 자유가 자신의 의사에 반하여 부당하게 침해되는 긴급한 상황에 놓이게 되자, 이를 벗어날 목적으로 그들을 폭행한다고 생각할 겨를도 없이 단지 자신을 강제로 붙잡고 놓아주지 않는 그들의 손에서 벗어나기 위하여 발버둥치는 과정에서 팔꿈치로 그들의 가슴 부분을 밀어 넘어뜨리거나 손으로 밀어낸 것임을 알 수 있어, 피고인에게 폭력행위의 범의가 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 피고인이 그와 같이 반항하게 된 경위와 반항의 정도, 방법 등에 비추어 볼 때, 피고인의 위와 같은 행위는 신체의 자유에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위로서 정당방위에 해당되어 위법성이 조각된다고 판단하였다.

상해죄의 성립에는 상해의 원인인 폭행에 대한 인식이 있으면 충분하고 상해를 가할 의사의 존재까지는 필요하지 아니한 것인바(대법원 1983. 3. 22. 선고 83도231 판결 등 참조), 기록에 의하면, 피고인이 비록 공소외 1 등의 손에서 벗어나기 위해서이기는 하나 그들과 몸싸움을 벌인 것은 분명하고, 피고인이 팔꿈치 또는 손으로 경찰관들을 밀어 넘어뜨렸다면 적어도 폭행에 대한 인식은 있었다고 봄이 상당하므로, 피고인에게 폭력에 대한 범의조차 없다고 본 원심의 판단 부분은 수긍하기 어렵다.

〈선정이유〉

상해죄는 폭행죄와 구별되는 범죄로 이해되고 있으나 대법원은 최근까지 상해를 폭행죄의 결과적 가중범과 같이 이해하는 듯한 태도를 보여주는 판결이다. 아래의 판결에서는 상해와 폭행의 고의는 구별되는 입장에서 출발하고 있음을 보여주고 있어, 비교 검토가치가 있는 판결이다.

188. 상해죄의 고의(2)

(대법원 1984. 10. 5. 선고 84도1544 판결)

〈쟁점〉

상해죄의 고의, 수인이 가벼운 상해 또는 폭행 등의 범의로 범행 중 1인의 소위로 살인의 결과를 발생한 경우 나머지 자들의 죄책

〈판결요지〉

피고인 등은 가벼운 상해 또는 폭행 등의 범의로 피고인 6의 소위로 살인의 결과를 발생케 한 것이나 피고인 등이 상해 또는 폭행죄 등과 결과적 가중범의 관계에 있는 상해치사 또는 폭행치사 등의 죄책은 이를 면할 수 없다고 하더라도 피고인 6의 살인 등 소위는 피고인 등이 전연 예기치 않은 바로서 상피고인의 살인 등 소위에 대하여 피고인 등에게 그 책임을 물을 수는 없다고 할 것이다

〈선정이유〉

대법원의 상해의 고의를 어떻게 이해하고 있는지를 위 판결례와 비교하여 검토할 가치가 있는 판결이다.

189. 중상해

(대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도7527 판결)

〈쟁점〉

중상해죄의 성립요건

〈판결요지〉

형법 제258조 제1항, 제2항에서 정하는 중상해는 사람의 신체를 상해하여 생명에 대한 위험을 발생하게 하거나, 신체의 상해로 인하여 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 한 경우에 성립한다. 그런데 공소사실의 기재에 의하더라도 피고인은 공소외 1에게 "피해자의 다리를 부러뜨려 1~2개월간 입원케 하라."고 말하여 교사하고, 또한 공소외 1로부터 순차 지시를 받은 공소외 2, 공소외 3으로 하여금 칼로 피해자의 우측가슴을 찔러 피해자에게 약 3주간의 치료를 요하는 우측흉부자상 등을 가하였다는 것인데, 1~2개월간 입원할 정도로 다리가 부러지는 상해 또는 3주간의 치료를 요하는 우측흉부자상은 그로 인하여 생명에 대한 위험을 발생하게 한 경우라거나 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 한 경우에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 피고인이 교사한 상해가 중상해에 해당한다거나 피해자가 입은 상해가 중상해에 해당한다고 단정할 자료도 없어 보인다.

〈선정이유〉

중상해가 무엇인지를 다루고 있는 대표적 판례이다.

190. 상해치사죄의 인과관계

(대법원 1996. 5. 10. 선고 96도529 판결)

〈쟁점〉

상해행위를 피하려고 하다가 차량에 치어 사망한 경우 상해행위와 피해자의 사망 사이에 상당인과관계가 있는지 여부

〈판결요지〉

피고인이 이 사건 범행일시경 계속 교제하기를 원하는 자신의 제의를 피해자가 거절한다는 이유로 얼굴을 주먹으로 수회 때리자 피해자는 이에 대항하여 피고인의 손가락을 깨물고 목을 할퀴게 되었고, 이에 격분한 피고인이 다시 피해자의 얼굴을 수회 때리고 발로 배를 수회 차는 등 폭행을 하므로 피해자는 이를 모면하기 위하여 도로 건너편의 추어탕 집으로 도망가 도움을 요청하였으나, 피고인은 이를 뒤따라 도로를 건너간 다음 피해자의 머리카락을 잡아 흔들고 얼굴 등을 주먹으로 때리는 등 폭행을 가하였고, 이에 견디지 못한 피해자가 다시 도로를 건너 도망하자 피고인은 계속하여 쫓아가 주먹으로 피해자의 얼굴 등을 구타하는 등 폭행을 가하여 전치 10일간의 흉부피하출혈상 등을 가하였고, 피해자가 위와 같이 계속되는 피고인의 폭행을 피하려고 다시 도로를 건너 도주하다가 차량에 치여 사망한 사실을 인정한 다음, 위와 같은 사정에 비추어 보면 피고인의 위 상해행위와 피해자의 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 하여 피고인을 상해치사죄로 처단한 제1심의 판단을 유지하고 있는바, 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 피고인의 위 상해행위와 피해자의 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 본 원심의 판단은 모두 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 소론과 같이 필요한 심리를 다하지 아니하여 사실을 오인한 위법이나 상해치사죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

상해와 사망의 결과사이에 인과관계가 있다고 하기 위해서 어떤 요건이 갖추어 져야 하는지를 다루고 있는 중요한 판결이다.

191. 포괄하여 단일의 상해치사죄

(대법원 1994. 11. 4. 선고 94도2361 판결)

〈쟁점〉

피고인의 구타행위로 상해를 입은 피해자가 정신을 잃고 빈사상태에 빠지자 사망한 것으로 오인하고, 자신의 행위를 은폐하고 피해자가 자살한 것처럼 가장하기 위하여 피해자를 베란다 아래의 바닥으로 떨어뜨려 사망케 한 경우 피고인의 죄책

〈판결요지〉

피고인이 1993.10.3. 01:50경 피해자와 함께 낙산비치호텔 325호실에 투숙한 다음 손으로 피해자의 뺨을 수회 때리고 머리를 벽쪽으로 밀어 붙이며 붙잡고 방바닥을 뒹구는 등 하다가 피해자의 어깨를 잡아 밀치고 손으로 우측 가슴부위를 수회 때리고 멱살을 잡아 피해자의 머리를 벽에 수회 부딪치게 하고 바닥에 넘어진 피해자의 우측 가슴부위를 수회 때리고 밟아서 피해자에게 우측 흉골골절 및 우측 제2, 3, 4, 5, 6번 늑골골절상과 이로 인한 우측심장벽좌상과 심낭내출혈 등의 상해를 가함으로써, 피해자가 바닥에 쓰러진 채 정신을 잃고 빈사상태에 빠지자, 피해자가 사망한 것으로 오인하고 피고인의 위와 같은 행위를 은폐하고 피해자가 자살한 것처럼 가장하기 위하여, 같은 날 03:10경 피해자를 베란다로 옮긴 후 베란다 밑 약 13미터 아래의 바닥으로 떨어뜨려 피해자로 하여금 현장에서 좌측 측두부 분쇄함몰골절에 의한 뇌손상 및 뇌출혈 등으로 사망에 이르게 하였다면, 피고인의 판시 소위는 포괄하여 단일의 상해치사죄에 해당한다고 할 것이(다).

〈선정이유〉

행위와 고의(과실)의 동시존재원칙에 대한 해석론의 논의와 대법원의 소위 '상해치사죄의 포괄일죄'라는 접근 방법을 비교 검토해 볼 수 있는 중요한 판결이다.

192. 동시범의 특례(1)

(대법원 2000. 7. 28. 선고 2000도2466 판결)

〈쟁점〉

형법 제263조의 동시범의 특례 적용 범위

〈판결요지〉

시간적 차이가 있는 독립된 상해행위나 폭행행위가 경합하여 사망의 결과가 일어나고 그 사망의 원인된 행위가 판명되지 않은 경우에는 공동정범의 예에 의하여 처벌할 것이므로(대법원 1985. 5. 14. 선고 84도2118 판결 참조), 2시간 남짓한 시간적 간격을 두고 피고인이 두번째의 가해행위인 이 사건 범행을 한 후, 피해자가 사망하였고 그 사망의 원인을 알 수 없다고 보아 피고인을 폭행치사죄의 동시범으로 처벌한 원심판단은 옳고 거기에 동시범의 법리나 상당인과 관계에 관한 법리를 오해한 위법도 없다.

〈선정이유〉

아래 판결과 함께 동시범의 특례의 적용범위가 어디까지 인지를 밝히고 있는 대표적인 판결이다.

193. 동시범의 특례(2)

(대법원 1984. 4. 24. 선고 84도372 판결)

〈쟁점〉

강간치상죄와 동시범 규정 적용 가부

〈판결요지〉

형법 제263조의 동시범은 상해와 폭행죄에 관한 특별규정으로서 동 규정은 그 보호법익을 달리하는 강간치상죄에는 적용할 수 없다.

〈선정이유〉

위 판결과 함께 동시범의 특례의 적용범위가 어디까지 인지를 밝히고 있는 대표적인 판결이다.

194. 폭행의 개념(1)

(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결)

〈쟁점〉

폭행죄에 있어서 유형력의 행사에 신체의 청각기관을 자극하는 음향도 포함되는지 여부

〈판결요지〉

형법 제260조에 규정된 폭행죄는 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 가리키며 (대법원 1991. 1. 29. 선고 90도2153 판결 참조), 그 유형력의 행사는 신체적 고통을 주는 물리력의 작용을 의미하므로 신체의 청각기관을 직접적으로 자극하는 음향도 경우에 따라서는 유형력에 포함될

수 있다 하겠다.

그런데 피해자의 신체에 공간적으로 근접하여 고성으로 폭언이나 욕설을 하거나 동시에 손발이나 물건을 휘두르거나 던지는 행위는 직접 피해자의 신체에 접촉하지 아니하였다 하더라도 피해자에 대한 불법한 유형력의 행사로서 폭행에 해당될 수 있는 것이지만(대법원 1956. 12. 12. 선고 4289형상297 판결, 1990. 2. 13. 선고 89도1406 판결 등 참조), 거리상 멀리 떨어져 있는 사람에게 전화기를 이용하여 전화하면서 고성을 내거나 그 전화 대화를 녹음 후 듣게 하는 경우에는 특수한 방법으로 수화자의 청각기관을 자극하여 그 수화자로 하여금 고통스럽게 느끼게 할 정도의 음향을 이용하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 신체에 대한 유형력의 행사를 한 것으로 보기 어렵다 할 것이다.

이 사건에서 원심은 피고인이 피해자에게 전화를 하여 "강도 같은 년, 표절가수다."라는 등의 폭언을 하면서 욕설을 한 행위 또는 그 전화녹음을 듣게 한 행위에 대하여 폭행죄의 성립을 인정하여 이를 유죄로 인정하였다.

그러나 위에서 본 법리에 따를 때, 사실심이 그 전화 대화를 폭행으로 단정하기 위하여는 사람의 청각기관이 통상적으로 고통을 느끼게 되는 정도의 고음이나 성량에 의한 전화 대화였다는 특별한 사정을 밝혀내는 등의 심리가 선행될 필요가 있다 할 것이다.

〈선정이유〉

음향을 이용하여 폭행죄를 범할 수 있는지, 원거리의 사람에게도 음향으로 폭행죄를 범할 수 있는지에 관한 대법원의 입장을 밝힌 대표적인 판결이다.

(공무집행관련 음향을 통한 폭행죄 성부 : 대법원 2009. 10. 29. 선고 2007도3584 판결)

195. 폭행의 개념(2)

(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016도9302 판결)

〈쟁점〉

폭행죄에서 말하는 '폭행'의 의미와 판단 기준 및 자신의 차를 가로막는 피해자를 부딪칠 듯이 차를 조금씩 전진시키는 것을 반복하는 행위가 '폭행'에 해당하는지 여부(적극

〈판결요지〉

폭행죄에서 말하는 폭행이란 사람의 신체에 대하여 육체적·정신적으로 고통을 주는 유형력을 행사함을 뜻하는 것으로서 반드시 피해자의 신체에 접촉함을 필요로 하는 것은 아니고, 그 불법성은 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 피해자에게 주는 고통의 유무와 정도 등을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4126 판결, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009도6800 판결 등 참조). 따라서 자신의 차를 가로막는 피해자를 부딪친 것은 아니라고 하더라도, 피해자를 부딪칠 듯이 차를 조금씩 전진시키는 것을 반복하는 행위 역시 피해자에 대해 위법한 유형력을 행사한 것이라고 보아야 한다.

원심은, 피고인이 자신의 차를 가로막고 서 있는 피해자를 향해 차를 조금씩 전진시키고 피해자가 뒤로 물러나면 다시 차를 전진시키는 방식의 운행을 반복하였는데, 이는 그 자체로 피해자에 대한 유형력의 행사에 해당하고, 피고인 주장의 사정만으로는 차 앞에 서 있는 사람을 향해 차를 전진시킨 행위가 정당방위나 정당행위에 해당하지 않는다는 이유로 이 사건 변경된 공소사실이 유죄로 인정된다고 판단하였다.

〈선정이유〉

폭행을 의미하는 유형력의 행사가 무엇인지 그 의미를 사안을 통해 정의하고 있는 중요한 판결이다.

196. 특수 폭행의 위험한 물건

(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10256 판결)

〈쟁점〉

폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 '위험한 물건'의 판단 기준

〈판결요지〉

어떤 물건이 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 '위험한 물건'에 해당하는지 여부는 구체적인 사안에서 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 이러한 판단 기준은 자동차를 사용하여 사람의 생명 또는 신체에 위해를 가하거나 다른 사람의 재물을 손괴한 경우에도 마찬가지로 적용된다 (대법원 2009. 3. 26. 선고 2007도3520 판결 등 참조). … 원심이 인정한 사실에 따르면, 피고인은 피해자와 사이에 운전 중 발생한 시비로 한차례 다툼이 벌어진 직후 피해자가 계속하여 피고인이 운전하던 이 사건 자동차를 뒤따라온다고 보고 순간적으로 화가 나 피해자에게 겁을 주기 위하여 이 사건 자동차를 후진하여 피해자가 승차하고 있던 판시 자동차(이하 '피해자 자동차'라고 한다)와 충돌하였고, 피해자는 원심법정에서 이 사건 당시 이 사건 자동차와 피해자 자동차 사이의 거리가 4 내지 5m 가량 되었다고 진술하였음을 알 수 있다. 한편 기록에 의하면, 피해자는 검찰에서 이 사건 자동차와 충돌할 당시의 상황에 대하여, '피고인이 이 사건 자동차를 운행하다가 정차한 후에 급하게 후진을 하였고, 이에 피해자도 급하게 후진기어를 넣고 약 4 내지 5m 이상을 후진하면서 충돌을 피하려고 하였는데, 이 사건 자동차가 워낙 빠른 속도로 후진하여 피하지 못하고 피해자 자동차의 앞 범퍼와 이 사건 자동차의 뒤 범퍼가 부딪쳤다'라는 취지로 진술한 바 있다.

사정이 그러하다면 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 피고인이 피해자에게 겁을 주기 위하여 이 사건 자동차를 후진하다가 피해자 자동차와 충돌한 것이고, 본래 자동차 자체는 살상용, 파괴용 물건이 아닌 점 등을 감안하더라도, 이 사건 자동차와 피해자 자동차의 충돌 당시와 같은 상황하에서는 피해자는 물론 제3자라도 이 사건 자동차와 충돌하면 생명 또는 신체에 살상의 위험을 느꼈을 것이라고 할 것이다. 따라서 피고인이 이 사건 자동차를 이용하여 원심판시와 같이 피해자에게 상

해를 가하고, 피해자 자동차를 손괴한 행위는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항이 정한 '위험한 물건'을 휴대하여 이루어진 범죄라고 봄이 상당하다. 그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 사정만을 들어 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흉기등상해)의 점과 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흉기등재물손괴등)의 점에 관한 공소사실은 범죄의 증명이 없다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항이 정한 '위험한 물건'에 관한 법리를 오해한 나머지 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유는 이유 있다.

〈선정이유〉

형법 제261조의 위험한 물건을 휴대한 폭행죄에서 위험한 물건이 무엇인지에 대한 대법원의 법리를 보여주는 판결로서 그 위험성의 판단주체와 기준이 무엇인지에 대한 대법원의 입장을 잘 보여주는 비교적 최근의 판결이다.

Ⅲ. 과실치사상의 죄

197. 과실의 존부판단(신뢰의 원칙)

(대법원 1992. 3. 10. 선고 91도3172 판결)

〈쟁점〉

함께 술을 마시던 피해자가 갑자기 총을 들어 자신의 머리에 대고 쏘는 소위 "러시안 룰렛" 게임을 하다가 사망한 경우 이를 제지하지 못한 동석자에 대하여 과실(주의의무위반)을 인정할 수 있는지 여부(신뢰의 원칙)

〈판결요지〉

피고인들은 원심상피고인과 피해자가 이 사건 "러시안 룰렛" 게임을 함에 있어 원심상피고인과 어떠한 의사의 연락이 있었다거나 어떠한 원인 행위를 공동으로 한 바가 없고, 다만 위 게임을 제지하지 못하였을 뿐인데 보통사람의 상식으로서는 함께 수차에 걸쳐서 흥겹게 술을 마시고 놀았던 일행이 갑자기 자살행위와 다름없는 소위 "러시안 룰렛" 게임을 하리라고는 쉽게 예상할 수 없는 것이고(신뢰의 원칙), 게다가 이 사건 사고는 피고인들이 "장난치지 말라"며 말로 원심상피고인을 만류하던 중에 순식간에 일어난 사고여서 음주 만취하여 주의능력이 상당히 저하된 상태에 있던 피고인들로서는 미처 물리력으로 이를 제지할 여유도 없었던 것이므로, 경찰관이라는 신분상의 조건을 고려하더라도 위와 같은 상황에서 피고인들이 이 사건 "러시안 룰렛" 게임을 즉시 물리력으로 제지하지 못하였다 한들 그것만으로는 원심상피고인의 과실과 더불어 중과실치사죄의 형사책임을 지울만한 위법한 주의의무위반이 있었다고 평가할 수 없다 .

〈선정이유〉

과실·중과실을 인정하기 위하여 필요한 주의의무위반의 존부 판단에 신뢰의 원칙을 언급하고 있는 판결로서, 과실(주의의무위반)판단에서 대법원은 예견가능성과 신뢰의 원칙을 어떻게 이해하

고 있는지를 알 수 있는 판결이다.

198. 과실치상죄의 정당화사유로 사회적 상당성(운동경기와 상해)

(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도6940 판결)

〈쟁점〉

운동경기 도중 참가자가 제3자에게 상해의 결과를 발생시킨 경우 위법성이 조각되기 위한 요건 및 골프경기 중 골프공으로 경기보조원을 맞혀 상해를 입힌 행위가 이에 해당하는지

〈판결요지〉

골프와 같은 개인 운동경기에 참가하는 자는 자신의 행동으로 인해 다른 사람이 다칠 수도 있으므로, 경기 규칙을 준수하고 주위를 살펴 상해의 결과가 발생하는 것을 미연에 방지해야 할 주의의무가 있고, 이러한 주의의무는 경기보조원에 대하여도 마찬가지이다. 다만, 운동경기에 참가하는 자가 경기규칙을 준수하는 중에 또는 그 경기의 성격상 당연히 예상되는 정도의 경미한 규칙위반 속에 상해의 결과를 발생시킨 것으로서 사회적 상당성의 범위를 벗어나지 아니하는 행위라면 과실치상죄가 성립하지 않는다고 할 것이지만, 골프경기를 하던 중 골프공을 쳐서 아무도 예상하지 못한 자신의 등 뒤편으로 보내어 등 뒤에 있던 경기보조원(캐디)에게 상해를 입힌 경우에는 주의의무를 현저히 위반한 사회적 상당성의 범위를 벗어난 행위로서 과실치상죄가 성립한다.

같은 취지에서 원심이 채용 증거를 종합하여 피고인이 골프장에서 골프경기를 하던 중 피고인의 등 뒤 8m 정도 떨어져 있던 경기보조원을 골프공으로 맞혀 상해를 입힌 사실을 인정하여 과실치상죄를 인정하고, 피해자가 경기보조원으로서 통상 공이 날아가는 방향이 아닌 피고인 뒤쪽에서 경기를 보조하는 등 경기보조원으로서의 기본적인 주의의무를 마친 상태였고, 자신이 골프경기 도중 상해를 입으리라고 쉽게 예견하였을 것으로 보이지 않으므로, 피해자의 명시적 혹은 묵시적 승낙이 있었다고 보기 어렵다는 이유로 위법성이 조각된다는 피고인의 주장을 배척한 것은 사실심 법관의 합리적인 자유심증에 따른 것으로서 정당하고 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반, 법리오해 등의 위법이 없다.

〈선정이유〉

운동경기 중에 발생하는 상해 결과에 대한 형사법적 책임의 판단기준으로 주의의무위반 및 사회적 상당성의 의미를 언급하고 있는 대표적 판결이다.

199. 업무상 과실치사상죄의 업무

(대법원 2017. 12. 5. 선고 2016도16738 판결)

〈쟁점〉

업무상과실치상죄에서 말하는 '업무'의 의미와 범위

〈판결요지〉

업무상과실치상죄의 '업무'란 사람의 사회생활면에서 하나의 지위로서 계속적으로 종사하는 사무를 말한다. 여기에는 수행하는 직무 자체가 위험성을 갖기 때문에 안전배려를 의무의 내용으로 하는 경우는 물론 사람의 생명·신체의 위험을 방지하는 것을 의무의 내용으로 하는 업무도 포함된다(대법원 1988. 10. 11. 선고 88도1273 판결, 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006도3493 판결 등 참조). 그러나 건물 소유자가 안전배려나 안전관리 사무에 계속적으로 종사하거나 그러한 계속적 사무를 담당하는 지위를 가지지 않은 채 단지 건물을 비정기적으로 수리하거나 건물의 일부분을 임대하였다는 사정만으로는 건물 소유자의 위와 같은 행위가 업무상과실치상죄의 '업무'에 해당한다고 보기 어렵다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도1040 판결 참조). … 피고인은 이 사건 3층 건물(이하 '이 사건 건물'이라고 한다)의 8/10 지분을 매수하여 위 건물을 사실상 소유한 사람으로서 위 건물의 각 층을 임대하여 임차인으로 하여금 각 층 임대공간을 사용하도록 하였다. 이 사건 건물의 2층으로 올라가는 계단참의 전면 벽은 아크릴 소재로 만들어진 창문 형태로 되어 있고 실리콘 접착제만으로 고정되어 있을 뿐 별도의 고정장치가 없어 그로 인하여 낙하사고가 발생할 수 있으므로 피고인은 평소 아크릴 벽면의 고정상태를 확인하고 미리 안전바를 설치함으로써 이 사건 건물에 드나드는 사람들이 계단을 통하여 이 사건 건물 2층 등에 출입하는 과정에서 낙하사고가 발생하지 않도록 미연에 방지하여야 할 업무상 주의의무가 있었다. 그런데도 피고인은 위 아크릴 벽면의 실리콘 접착 부분이 부식된 상태인 것을 확인하지 않았고 안전바를 설치하지 않는 등 관리의무를 소홀히 한 과실로, 2015. 10. 11. 04:00경 위 건물 2층 주점에서 나오던 피해자가 신발의 지퍼를 올리기 위하여 아크릴 벽면에 기대는 과정에서 아크릴 벽면이 떨어지고 벽면이 개방되어 피해자로 하여금 약 4m 아래의 1층으로 추락하도록 함으로써 요추 1번 골절로 양 하지가 마비되는 치료일수 불상의 상해를 입게 하였다.… 원심은, 이 사건 건물의 소유자이고 임대인인 피고인이 건물에 대한 수선 등의 관리를 비정기적으로 하였으나 그 이상의 안전배려나 안전관리 사무에 계속적으로 종사하였다고 인정하기 부족하다고 보아 이 사건 업무상과실치상에 관한 공소사실을 이유에서 무죄로 판단하고 축소사실인 과실치상 부분을 유죄로 판단하였다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 업무상과실치상죄의 업무에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

〈선정이유〉

업무상과실치상죄에서의 업무의 의미, 그 특수한 경우로서 건물소유자의 임대와 관련한 주의의무의 내용과 범위에 대한 중요한 판결이다.

Ⅳ. 낙태의 죄

200. 낙태죄의 기수시기 및 살인죄와 관계

(대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결)

〈쟁점〉

낙태시술 결과 태아의 사망 여부가 낙태죄의 성립에 영향이 있는지, 태아가 살아서 출생하자 약

물을 주입하여 사망하게 한 경우 살인죄의 성립여부 등

〈판결요지〉

그 채용 증거들을 종합하여 산부인과 의사인 피고인이 임신 28주 상태인 공소외 1에 대하여 약물에 의한 유도분만의 방법으로 낙태시술을 하였으나, 태아가 살아서 미숙아 상태로 출생하자 그 미숙아에게 염화칼륨을 주입하여 사망하게 한 사실을 인정한 후, 낙태죄는 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하고, 그 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없는 것이므로, 피고인이 살아서 출생한 미숙아에게 염화칼륨을 주입한 것을 낙태를 완성하기 위한 행위에 불과한 것으로 볼 수 없고, 살아서 출생한 미숙아가 정상적으로 생존할 확률이 적다고 하더라도 그 상태에 대한 확인이나 최소한의 의료행위도 없이 적극적으로 염화칼륨을 주입하여 미숙아를 사망에 이르게 한 피고인에게는 미숙아를 살해하려는 범의도 있었던 것으로 보아야 한다고 판단하였다.

〈선정이유〉

낙태죄의 기수시기와 살아서 태어난 영아에 대한 살해행위가 낙태와는 별도의 살인죄로 평가되는지 등에 대한 대법원의 입장이 표현된 판례이다.

201. 낙태와 임산부에 대한 상해죄의 성부

(대법원 2007. 6. 29. 선고 2005도3832 판결)

〈쟁점〉

태아를 사망에 이르게 하는 낙태 행위가 해당 임산부에 대한 상해행위가 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

현행 형법이 사람에 대한 상해 및 과실치사상의 죄에 관한 규정과는 별도로 태아를 독립된 행위객체로 하는 낙태죄, 부동의 낙태죄, 낙태치상 및 낙태치사의 죄 등에 관한 규정을 두어 포태한 부녀의 자기낙태행위 및 제3자의 부동의 낙태행위, 낙태로 인하여 위 부녀에게 상해 또는 사망에 이르게 한 행위 등에 대하여 처벌하도록 한 점, 과실낙태행위 및 낙태미수행위에 대하여 따로 처벌규정을 두지 아니한 점 등에 비추어보면, 우리 형법은 태아를 임산부 신체의 일부로 보거나, 낙태행위가 임산부의 태아양육, 출산 기능의 침해라는 측면에서 낙태죄와는 별개로 임산부에 대한 상해죄를 구성하는 것으로 보지는 않는다고 해석된다. 따라서 태아를 사망에 이르게 하는 행위가 임산부 신체의 일부를 훼손하는 것이라거나 태아의 사망으로 인하여 그 태아를 양육, 출산하는 임산부의 생리적 기능이 침해되어 임산부에 대한 상해가 된다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

산모와 태아의 정체성에 대한 논의를 포함하여 낙태행위가 산모의 건강에 어떠한 영향을 미치는 것인지에 대한 대법원의 입장을 밝힌 대표적인 판결이다.

V. 유기와 학대의 죄

202. 법률상 보호의무자의 범위

(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도3952 판결)

〈쟁점〉

사실혼의 경우에도 유기죄의 성립에 필요한 '법률상 보호의무'의 존재가 인정되는지 여부

〈판결요지〉

단순유기죄를 범하여 사람을 사망에 이르게 하는 유기치사죄가 성립하기 위하여는 먼저 단순유기죄가 성립하여야 하므로, 행위자가 단순유기죄에 관한 형법 제271조 제1항이 정한 바에 따라 "노유, 질병 기타 사정으로 인하여 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상 의무 있는 자"에 해당하여야 할 뿐만 아니라, 요부조자에 대한 보호책임의 발생원인이 된 사실이 존재한다는 것을 인식하고 이에 기한 부조의무를 해태한다는 의식이 있음을 요한다 (대법원 1988. 8. 9. 선고 86도225 판결 참조).

그리고 위 조항에서 말하는 법률상 보호의무 가운데는 민법 제826조 제1항에 근거한 부부간의 부양의무도 포함되며, 나아가 법률상 부부는 아니지만 사실혼 관계에 있는 경우에도 위 민법 규정의 취지 및 유기죄의 보호법익에 비추어 위와 같은 법률상 보호의무의 존재를 긍정하여야 하지만, 이러한 사실혼에 해당되어 법률혼에 준하는 보호를 받기 위하여는 단순한 동거 또는 간헐적인 정교관계를 맺고 있다는 사정만으로는 부족하고, 그 당사자 사이에 주관적으로 혼인의 의사가 있고 객관적으로도 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 존재하여야 한다 (대법원 2001. 1. 30. 선고 2000도4942 판결, 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다52943 판결 참조).

〈선정이유〉

법률상 · 계약상 보호의무자의 범위와 관련하여 사실혼 관계의 경우에도 보호의무가자 되기 위해 어떠한 실질적 요건을 갖추어야 하는지를 제시하고 있는 판결이다.

203. 계약상 보호의무자의 범위

(대법원 2011. 11. 24. 선고 2011도12302 판결)

〈쟁점〉

유기죄에 관한 형법 제271조 제1항의 '계약상 의무'가 계약에 기한 주된 급부의무가 부조를 제공하는 것인 경우에 한정되는지 여부 및 '계약상의 부조의무' 유무를 판단하는 기준

〈판결요지〉

유기죄에 관한 형법 제271조 제1항은 그 행위의 주체를 “노유, 질병 기타 사정으로 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상 의무 있는 자”라고 정하고 있다. 여기서의 ‘계약상 의무’는 간호사나 보모와 같이 계약에 기한 주된 급부의무가 부조를 제공하는 것인 경우에 반드시 한정되지 아니하며, 계약의 해석상 계약관계의 목적이 달성될 수 있도록 상대방의 신체 또는 생명에 대하여 주의와 배려를 한다는 부수적 의무의 한 내용으로 상대방을 부조하여야 하는 경우를 배제하는 것은 아니라고 할 것이다. 그러나 그 의무 위반의 효과로서 주로 손해배상책임이 문제되는 민사영역에서와는 달리 유기죄의 경우에는 당사자의 인적 책임에 대한 형사적 제재가 문제된다는 점 등을 고려하여 보면, 단지 위와 같은 부수의무로서의 민사적 부조의무 또는 보호의무가 인정된다고 해서 위 형법 제271조 소정의 ‘계약상 의무’가 당연히 긍정된다고는 말할 수 없고, 당해 계약관계의 성질과 내용, 계약당사자 기타 관련자들 사이의 관계 및 그 전개양상, 그들의 경제적·사회적 지위, 부조가 필요하기에 이른 전후의 경위, 필요로 하는 부조의 대체가능성을 포함하여 그 부조의 종류와 내용, 달리 부조를 제공할 사람 또는 설비가 있는지 여부 기타 제반 사정을 고려하여 위 ‘계약상의 부조의무’의 유무를 신중하게 판단하여야 한다 .

원심판결 및 기록에 의하면, 피고인이 신정 연휴를 앞둔 2010. 12. 31. 오후에 종전부터 그 운영의 주점에 손님으로 와서 술을 마신 일이 있던 피해자에 대하여 위 주점으로 술 마시러 오도록 권유한 사실, 이에 응하여 피해자가 그 운영의 봉제공장 직원들과 회식을 하여 술에 취한 상태에서 같은 날 22:48경 위 주점에 와서 다른 손님이 없는 채로 술을 마시기 시작하여 2011. 1. 1.부터 2011. 1. 3. 오전까지 계속하여 양주 5병, 소주 8병 및 맥주 30여 병을 마신 사실, 피고인은 그 사이에 피해자가 술에 취하여 잠이 든 틈을 이용하여 피해자의 옷에서 그의 수협 체크카드를 몰래 빼낸 다음 이를 이용하여 은행의 현금인출기에서 2011. 1. 1. 12:05경 현금 100만 원, 다음날인 2011. 1. 2. 10:17경 현금 200만 원, 같은 날 11:56경 현금 100만 원을 인출하여 각 절취한 사실, 피해자는 2011. 1. 1.경부터 두 차례 자신의 의지와 무관하게 옷에 소변을 보는 등 만취한 상태에 있었고, 그 사이에 식사는 한 끼도 하지 아니하였으며, 피해자에 대한 실종신고를 받은 경찰관들이 2011. 1. 3. 19:20경 위 주점에서 피해자를 발견할 당시 피해자는 영하의 추운 날씨에 트레이닝복만 입고 이불이나 담요를 덮지 아니한 채 양말까지 벗은 채로 소파에서 잠을 자면서 정신을 잃은 상태이었던 사실, 피해자는 경찰관들에 의하여 바로 국립중앙의료원으로 후송되어 치료를 받았으나 다음날인 2011. 1. 4. 23:40경 저체온증 및 대사산증으로 사망한 사실 등을 알 수 있다.

사정이 이러하다면, 원심이 피고인이 운영하는 주점의 손님인 피해자가 피고인의 지배 아래 있는 위 주점에서 3일 동안에 걸쳐 과도하게 술을 마셔 추운 날씨에 난방이 제대로 되지 아니한 주점 내 소파에서 잠을 자면서 정신을 잃은 상태에 있었다면 피고인으로서는 위 주점의 운영자로서 피해자에게 생명 또는 신체에 대한 위해가 발생하지 아니하도록 피해자를 위 주점 내실로 옮기거나 인근에 있는 여관에 데려다 주어 쉬게 하거나 피해자의 지인 또는 경찰에 연락하는 등의 필요한 조치를 강구하여야 할 계약상의 부조의무를 부담한다고 판단하여 이 사건 유기치사의 공소사실에 관하여 피고인을 유죄로 인정한 것은 앞서 본 법리에 비추어 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

〈선정이유〉

유기죄의 주체로서 계약상 부조·보호의무의 인정을 위해 어떤 요건이 충족되어야 하는지를 밝히고 있는 중요 판례이다.

204. 강간치상범의 유기죄 주체성

(대법원 1980. 6. 24. 선고 80도726 판결)

〈쟁점〉

실신한 강간치상죄의 피해자를 현장에 그대로 방치한 경우와 유기죄의 성부

〈판결요지〉

강간치상의 범행을 저지른 자가 그 범행으로 인하여 실신형태에 있는 피해자를 구호하지 아니하고 방치하였다 하더라도 그 행위는 포괄적으로 단일의 강간치상죄만을 구성한다고 봄이 상당하다 할 것인 바, 그렇다면 원심이 같은 취지 아래 피고인의 원심판시 강간미수행위로 인하여 동 판시 상해를 입고 의식불명이 된 피해자 공소외인을 그곳에 그대로 방치한 피고인의 소위에 대하여 강간치상죄만이 성립하고 별도로 유기죄는 성립하지 아니한다고 판단한 조치는 정당하(다).

〈선정이유〉

선행범죄의 주체가 그 범죄의 피해자에게 발생한 생명·신체의 완전성에 대한 위험을 방지할 유기죄의 주체가 될 수 있는가에 대한 대법원의 입장을 밝힌 판결이다.

205. 학대의 의미

(대법원 2000. 4. 25. 선고 2000도223 판결)

〈쟁점〉

형법 제273조 제1항에서 말하는 '학대'의 의미

〈판결요지〉

형법 제273조 제1항에서 말하는 '학대'라 함은 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위를 가리키고(대법원 1986. 7. 8. 선고 84도2922 판결 참조), 이러한 학대행위는 형법의 규정체제상 학대와 유기의 죄가 같은 장에 위치하고 있는 점 등에 비추어 단순히 상대방의 인격에 대한 반인륜적 침해만으로는 부족하고 적어도 유기에 준할 정도에 이르러야 한다고 풀이함이 상당한바, 피고인과 피해자가 성 관계를 맺게 된 전후의 경위 등이 원심이 적법하게 확정한 바와 같다면 피고인이 피해자와 성 관계를 가진 행위를 가리켜 위와 같은 의미의 학대행위에 해당한다고 보기는 어렵다

〈선정이유〉

형법상 학대의 의미 및 학대로 인정되기 위해 요구되는 요건은 무엇인지를 밝히고 있는 판결이다.

206. 학대죄의 법적 성격

(대법원 1986. 7. 8. 선고 84도2922 판결)

〈쟁점〉

수회에 걸친 일련의 학대행위의 일부에 대하여 위법성이 조각된다는 이유로 무죄를 선고할 수 있는지 여부 및 학대죄의 법적 성격

〈판결요지〉

학대죄는 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위가 있음과 동시에 범죄가 완성되는 상태범 또는 즉시범이라 할 것이고 비록 수십회에 걸쳐서 계속되는 일련의 폭행행위가 있었다 하더라도 그 중 친권자로서의 징계권의 범위에 속하여 위 위법성이 조각되는 부분이 있다면 그 부분을 따로 떼어 무죄의 판결을 할 수 있다 할 것이다.

원심판결과 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면 피고인에 대한 이 사건 학대의 공소사실중 일부에 대하여 유죄로 인정하고 일부(제1심판결의 별지부분)에 대하여는 피고인이 친권의 정당한 행사라고 볼 수 있는 범위내에서 징계권을 행사한 것이라고 적법히 판시한 다음 그 부분에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하고 있는 바, 거기에 소론과 같은 학대죄 또는 친권자의 징계권행사에 관한 법리를 오해했거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 잘못이 있다 할 수 없다.

〈선정이유〉

학대죄는 즉시범(상태범)이며, 계속된 일련의 학대행위 중 일부에 대해 위법성조각을 인정할 경우 그 해당 행위만을 무죄선고할 수 있다는 판결이다.

207. 유기치사죄의 상당인과관계 판단방법

(대법원 1967. 10. 31. 선고 67도1151 판결)

〈쟁점〉

유기행위와 피해자의 사망과의 사이에 상당인과 관계가 인정되기 위한 요건

〈판결요지〉

원심은, 피고인의 원판시 유기행위와 피해자 공소외 1의 사망사이에는 상당 인과관계가 없다고 판단하는 이유로서, 증거에 의하여 청산가리의 치사량은 0.1내지 0.3그램의 극소량으로서 이것을 음독했을 경우 미처 인체에 흡수되기 전에 지체없이 병원에서 위세척을 하는등 응급치료를 받으면 혹 소생할 가능은 있을지 모르나, 이미 이것이 혈관에 흡수되어 피고인이 위 피해자를 원판시 변소에서 발견했을때의 피해자의 증상처럼 환자의 안색이 변하고, 의식을 잃었을 때에는 우리의 의학

기술과 의료시설로서는 그 치료가 불가능하여 결국 사망하게 되는 것이고 또 일반적으로 병원에서 음독환자에게 위세척 호흡촉진제 강심제 주사등으로 응급가료를 하나, 이것이 청산가리 음독인 경우에는 아무런 도움도 되지 못하는 것이라고 판시하고 있는바 논지가 들고있는 증인 공소외 2, 3, 4의 증언중 원판결의 인정하는바와 배치되는 부분은 원심이 이를 채택하지 아니하는 취지임이 원판문에 의하여 충분히 짐작할 수 있으므로 피고인의 원판시 유기행위와 피해자 공소외 1의 사망사이에는 상당 인과 관계가 존재할 수 없다고 볼 것이니, 원심은 인과 관계에 대한 법리를 오해한 잘못은 없다고 할 것이며, 논지중 일본잡지 문예 춘추의 기재내용은 사실심에서 증거조사를 거친바 없는 것이니, 이를 근거로 하여 원심의 사실인정을 논난할 수는 없는 것이다.

〈선정이유〉

유기치사죄를 인정하기 위해서는 보호자의 행위로 사망의 결과를 방지할 수 있는 가능성이 있어야 하고, 그러한 가능성이 존재하지 않는 경우에는 어떤 작위의무도 상당인과성도 인정할 수 없다는 취지의 중요 판결이다.

제2장 자유에 대한 죄

I. 협박의 죄

208. 협박죄의 법적 성격과 성립요건으로 공포심

(대법원 2007. 9. 28. 선고 2007도606 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

협박죄의 기수에 이르기 위하여 상대방이 현실적으로 공포심을 일으킬 것을 요하는지 여부

〈판결요지〉

협박죄에서 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하고, 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식·인용하는 것을 그 내용으로 하는바(대법원 1991. 5. 10. 선고 90도2102 판결, 대법원 2006. 6. 15. 선고 2006도2311 판결 등 참조), 협박죄가 성립되려면 고지된 해악의 내용이 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 친숙의 정도 및 지위 등의 상호관계, 제3자에 의한 해악을 고지한 경우에는 그에 포함되거나 암시된 제3자와 행위자 사이의 관계 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 볼 때에 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 할 것이지만, 상대방이 그에 의하여 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구되는 것은 아니며, 그와 같은 정도의 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 그로써 구성요건은 충족되어 협박죄의 기수에 이르는 것으로 해석하여야 할 것이다.

우리 형법은 제286조에서 협박죄의 미수범을 처벌하는 조항을 두고 있으나 미수범 처벌조항이

있다 하여 반드시 침해범으로 해석할 것은 아니며, 지극히 주관적이고 복합적이며 종종 무의식의 영역에까지 걸쳐 있는 상대방의 정서적 반응을 객관적으로 심리·판단하는 것이 현실적으로 불가능에 가깝고, 상대방이 과거 자신의 정서적 반응이나 감정상태를 회고하여 표현한다 하여도 공포심을 일으켰는지 여부의 의미나 판단 기준이 사람마다 다르며 그 정도를 측정할 객관적 척도도 존재하지 아니하는 점 등에 비추어 보면, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부에 따라 기수 여부가 결정되는 것으로 해석하는 것은 적절치 아니하기 때문이다.

결국, 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 위험범이라 봄이 상당하고, 위 미수범 처벌조항은 해악의 고지가 현실적으로 상대방에게 도달하지 아니한 경우나, 도달은 하였으나 전혀 지각하지 못한 경우, 혹은 고지된 해악의 의미를 상대방이 인식하지 못한 경우 등에 적용될 뿐이라 할 것이다.

위 법리에 비추어 볼 때, 앞서 본 당시 상황에서 피고인이 정보과 소속 경찰관의 지위에 있음을 내세우면서 빨리 변제하지 않으면 상부에 보고하여 문제를 삼겠다고 이야기한 것은, 객관적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 정도의 해악의 고지에 해당한다고 볼 것이므로, 피해자가 그 취지를 인식하였음이 명백한 이상 현실적으로 피해자가 공포심을 일으켰는지 여부와 무관하게 협박죄의 기수에 이르렀다고 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

미수범처벌 규정을 두고 있는 협박죄는 침해범이 아니라 위험범이며, 동죄의 기수시기는 상대방의 현실적인 공포심의 발생이 아님을 적시한 최근의 전원합의체 판결이다.

209. 협박의 상대방과 해악발생의 대상, 그리고 법인에 대한 협박 가능성

(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도1017 판결)

〈쟁점〉

제3자'의 법익을 침해하겠다는 내용의 해악 고지가 피해자 본인에 대한 협박죄를 구성하는지 여부, 위 제3자에 '법인'이 포함되는지 여부, 법인이 협박죄의 객체가 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

협박죄에 있어 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하며(대법원 2007. 9. 28. 선고 2007도606 전원합의체 판결 등 참조), 그 고지되는 해악의 내용, 즉 침해하겠다는 법익의 종류나 법익의 향유 주체 등에는 아무런 제한이 없다. 따라서 피해자 본인이나 그 친족뿐만 아니라 그 밖의 '제3자'에 대한 법익 침해를 내용으로 하는 해악을 고지하는 것이라고 하더라도 피해자 본인과 제3자가 밀접한 관계에 있어 그 해악의 내용이 피해자 본인에게 공포심을 일으킬 만한 정도의 것이라면 협박죄가 성립할 수 있다. 이때 '제3자'에는 자연인뿐만 아니라 법인도 포함된다 할 것인데, 피해자 본인에게 법인에 대한 법익을 침해하겠다는 내용의 해악을 고지한 것이 피해자 본인에 대하여 공포심을 일으킬 만한 정도가 되는지 여부는 고지된 해악의 구체적 내용 및 그 표현방법, 피해자와 법인의 관계, 법인 내에서의 피해자

의 지위와 역할, 해악의 고지에 이르게 된 경위, 당시 법인의 활동 및 경제적 상황 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다.…채권추심업체인 공소외 주식회사의 수원·서경 지사장으로 근무하던 피고인이 위 회사로부터 피고인의 횡령행위에 대한 민·형사상 책임을 추궁당할 지경에 이르자 이를 모면하기 위하여 회사 본사에 '회사의 내부비리 등을 금융감독원 등 관계 기관에 고발하겠다'는 취지의 서면을 보내는 한편, 당시 위 회사 대표이사의 처남으로서 경영지원 본부장이자 상무이사였던 피해자에게 전화를 걸어 자신의 횡령행위를 문제삼지 말라고 요구하면서 위 서면의 내용과 같은 취지로 발언한 행위에 대하여, 원심이 피해자와 회사의 관계, 당시 회사의 상황, 피고인이 위와 같은 행위에 이르게 된 경위 및 동기, 피해자에게 고지한 내용 및 그 표현방법 등을 종합하여, 피해자에 대한 협박죄가 성립한다고 인정한 것은 그 결론에 있어 정당한 판단으로 수긍이 간다. 한편, 원심은 그 판결이유에서 법인은 협박죄의 객체가 될 수 없다고 판단하고 있고, 상고이유에서도 이 부분을 지적하고 있으므로, 이에 관한 법리를 명확히 해 두고자 다음과 같은 판단을 부가한다.

즉, 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 범죄로서 형법규정의 체계상 개인적 법익, 특히 사람의 자유에 대한 죄 중 하나로 구성되어 있는바, 위와 같은 협박죄의 보호법익, 형법규정상 체계, 앞서 본 협박의 행위 개념 등에 비추어 볼 때, 협박죄는 자연인만을 그 대상으로 예정하고 있을 뿐 법인은 협박죄의 객체가 될 수 없다. 그런데 '법인이 협박죄의 객체가 될 수 있는지 여부'는 '피고인의 행위를 협박죄로 인정할 것인지 여부'와는 엄격히 말하자면 논리적으로 그 차원을 달리하는 문제로서, 특히 이 사건에서는 검사가 피해자를 법인으로 본 것이 아니라 피고인으로부터 직접 해악을 고지받은 자연인을 피해자로 보고 공소를 제기한 이상, 피고인의 행위가 협박죄에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 위에서 본 바와 같이 피해자에게 고지한 해악의 내용, 피해자와 실제 가해의 대상이 된 법인의 관계를 어떻게 법률적으로 평가할 것인지의 문제로 다루면 충분하다.

〈선정이유〉

협박죄의 주체, 객체, 해악고지의 대상에 자연인이 아닌 법익이 포함될 수 있는가에 대한 해석론적 논쟁에 대한 대법원의 입장이 제시된 대표적인 판결이다.

Ⅱ. 강요죄

210. 군상관의 명령과 강요죄

(대법원 2012. 11. 29. 선고 2010도1233 판결)

〈쟁점〉

강요죄 구성요건 중 '의무 없는 일'의 의미 및 법률상 의무 있는 일을 하게 한 경우 강요죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

가. 강요죄는 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 하는 것을 말하고, 여기에서 '의무 없는 일'이라 함은 법령, 계약 등에 기하여 발생하는 법률상 의무 없는

일을 말하므로, 법률상 의무 있는 일을 하게 한 경우에는 강요죄가 성립할 여지가 없다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008도1097 판결 등 참조).

군인사법 제47조의2의 위임에 따른 군인복무규율 제7조 제1항은 “군인은 직무에 태만하여서는 아니 되며 직무수행에 있어서 어떠한 위험이나 어려움이 따르더라도 이를 회피함이 없이 성실하게 그 직무를 수행하여야 한다.”고 규정하고, … 제23조 제1항은 “부하는 상관의 명령에 복종하여야 하며, 명령받은 사항을 신속·정확하게 실행하여야 한다.”고 규정하고 있다. 위 각 규정의 내용 및 취지 등에 비추어 보면, 상관이 직무수행을 태만히 하거나 지시사항을 불이행하고 허위보고 등을 한 부하에게 그 근무태도를 교정하고 직무수행을 감독하기 위하여 직무수행의 내역을 일지 형식으로 기재하여 보고하도록 명령하는 행위는 직무권한 범위 내에서 내린 정당한 명령이므로 부하는 그 명령을 실행할 법률상 의무가 있고, 그 명령을 실행하지 아니하는 경우 군인사법 제57조 제2항 소정의 징계처분이 내려진다거나 그에 갈음하여 얼차려의 제재가 부과된다고 하여 그와 같은 명령이 형법 제324조 소정의 강요죄를 구성한다고 볼 수 없다.

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 피고인은 수사기관 이래 원심 법정에 이르기까지 일관되게 공소외 1 일병에게 사생활에 관한 일기를 작성하라고 강요한 것이 아니라, 공소외 1 일병이 업무수행능력과 업무습득의지가 부족하고 업무를 태만히 하며 허위보고 등을 하여 공소외 1 일병의 그릇된 근무태도를 교정하고 글쓰기 등 행정병으로서의 업무능력을 향상시키기 위하여 하루 동안 어떤 업무를 수행하였는지 그 내역을 일지로 작성하라고 지시한 것이라고 주장하고 있다. 행정보급관인 공소외 2 상사도 수사기관과 제1심법정에서 일관되게 피고인이 업무에 적응하지 못하는 공소외 1 일병에게 일기를 작성하도록 지시한 것이 아니라 업무 적응과 업무수행능력 향상을 위하여 하루 동안 어떤 업무를 하였는지를 적어보라고 지시한 것이라고 진술하고 있어 피고인의 위 주장에 부합하고 있다. 반면 피고인이 공소외 1 일병에게 업무수행 내역에 관한 일지가 아닌 사적인 감상과 자기 성찰을 위주로 하는 사생활에 관한 일기를 작성할 것을 지시하였다고 인정할 만한 증거는 찾아보기 어렵다.

피고인의 위 주장대로 중대장인 피고인이 부하인 공소외 1 일병의 그릇된 근무태도를 교정하고 업무수행능력을 향상시키는 한편 그 업무수행을 감독하기 위하여 그에게 하루 일과 중 어떠한 업무를 수행하였는지 그 내역을 일지로 작성하라고 지시한 것이라면, 이는 중대장의 직무권한 범위 내에서 소속 부하에게 내린 정당한 직무상의 지시이므로 공소외 1 일병은 이를 따를 법률상 의무가 있다. 그리고 그와 같은 지시 속에 하루 일과 수행에 대한 자기 평가도 해보라는 취지가 포함되어 있다 하더라도, 그것이 불성실한 근무태도의 교정과 업무수행에 대한 감독을 위하여 이루어진 것이라면 여전히 공적 업무관련성을 갖고 있다고 보아야 하므로, 그러한 지시가 직무상의 권한을 벗어난 부당한 지시라고 단정할 수 없다.

따라서 피고인이 그 주장대로 업무수행 내역에 관한 일지 작성을 지시한 것이 사실이라면 그를 통하여 공소외 1 일병에게 법률상 의무 없는 일을 하게 하였다고 할 수 없고, 그와 같은 지시를 불이행하는 경우 공소외 1 일병에게 얼차려의 제재를 부과하였다고 하여 피고인의 행위가 강요죄를 구성한다고 볼 수 없다. 그렇다면 원심으로서는 피고인이 공소외 1 일병에게 작성하라고 지시한 것이 업무수행 내역에 관한 일지인지 아니면 사생활에 관한 일기인지 여부 및 피고인이 그러한 지시를 할 직무상 권한이 있는지 여부 등에 관하여 심리하여 피고인이 공소외 1 일병에게 법률상 의무 없는 일을 하게 하였다고 볼 수 있는지 여부를 가려야 할 것이다.

〈선정이유〉

법률상 의무있는 일을 하게 한 경우는 강요죄가 성립될 수 있는 경우가 아님을 확인하고 있는 판결이다.

211. 범죄를 범한 부하에 대한 단순한 사직권유와 강요죄의 성부

(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7018 판결)

〈쟁점〉

직장 상사가 범죄행위를 저지른 부하직원에게 사직을 단순히 권유한 것이 강요죄의 협박에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

강요죄라 함은 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 하는 것을 말하고, 여기에서의 협박은 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말하는바(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도763 판결 참조), 직장에서 상사가 범죄행위를 저지른 부하직원에게 징계절차에 앞서 자진하여 사직할 것을 단순히 권유하였다고 하여 이를 강요죄에서의 협박에 해당한다고 볼 수는 없다.

원심은 그 판시와 같이 사실을 인정한 다음, 피고인 3이 공사와 관련하여 부정한 청탁과 함께 거액의 돈을 받은 부하직원인 공소외인에게 단순히 사직을 권유하였을 뿐 협박한 것으로는 보이지 않으므로 강요죄가 성립하지 않는다고 판단하였는바, 위 법리에 따라 살펴보면 원심의 판단은 수긍할 수 있고, 거기에 강요죄의 성립에 관한 법리오해의 위법이 없다.

〈선정이유〉

피고인의 행위가 폭행·협박으로 볼 수 없는 경우는 강요죄가 성립될 수 없다는 사례를 소개하고 있는 판결이다.

Ⅲ. 체포와 감금의 죄

212. 감금죄의 객체로 정신병자

(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002도4315 판결)

〈쟁점〉

정신병자도 감금죄의 객체가 될 수 있는지, 감금행위와 사망사이의 인과성 판단방법

〈판결요지〉

피고인이 피해자를 감금한 기간 등에 관한 원심의 판단에 일부 미흡한 점은 있으나, 피고인이

피해자를 감금하여 사망에 이르게 한 사실은 넉넉히 인정할 수 있고, 또 피고인의 감금의 고의 역시 충분히 인정될 뿐 아니라, 피고인의 위 행위를 정당행위나 긴급피난으로 볼 수도 없으며, 4일 가량 물조차 제대로 마시지 못하고 잠도 자지 아니하여 거의 탈진 상태에 이른 피해자의 손과 발을 17시간 이상 묶어 두고 좁은 차량 속에서 움직이지 못하게 감금한 행위와 묶인 부위의 혈액 순환에 장애가 발생하여 혈전이 형성되고 그 혈전이 폐동맥을 막아 사망에 이르게 된 결과 사이에는 상당인과관계가 있다 할 것이고, 그 경우 피고인에게 사망의 결과에 대한 예견가능성이 없었다고 할 수도 없을 것이며, 정신병자라고 해서 감금죄의 객체가 될 수 없다고 볼 수도 없는 법리이(다)

〈선정이유〉

해석론에서 의견 대립이 있는 감금죄의 객체가 될 수 있는 자의 범위와 관련하여 그 논거가 무엇인지 밝히고 있지는 않지만 정신병자가 감금죄의 대상이 될 수 있음을 밝히고 있는 판결이다.

213. 감금의 의미

(대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도102 판결)

〈쟁점〉

감금된 특정구역 내부에서 일정한 생활의 자유를 허용한 경우, 감금죄의 성립 여부(적극)

〈판결요지〉

감금죄는 사람의 행동의 자유를 그 보호법익으로 하여 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 또는 심히 곤란하게 하는 죄로서 이와 같이 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 심히 곤란하게 하는 그 장해는 물리적, 유형적 장해뿐만 아니라 심리적, 무형적 장해에 의하여서도 가능하고 또 감금의 본질은 사람의 행동의 자유를 구속하는 것으로 행동의 자유를 구속하는 그 수단과 방법에는 아무런 제한이 없으므로 그 수단과 방법에는 유형적인 것이거나 무형적인 것이거나를 가리지 아니하며 감금에 있어서의 사람의 행동의 자유의 박탈은 반드시 전면적이어야 할 필요가 없으므로 감금된 특정구역 내부에서 일정한 생활의 자유가 허용되어 있었다고 하더라도 감금죄의 성립에는 아무 소장이 없다(대법원 1984. 5. 15. 선고 84도655 판결, 대법원 1998. 5. 26. 선고 98도1036 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피해자 1이 감금되었다는 기간 중에 동성로파 사람들과 술집에서 술을 마시고, 아는 사람들이나 검찰청에 전화를 걸고, 새벽에 한증막에 갔다가 잠을 자고 돌아오기도 하였지만, 피해자 1은 위 피고인들이나 그 하수인들과 같은 장소에 있거나 감시되어 행동의 자유가 구속된 상태였음을 인정할 수 있으므로, 원심의 사실인정과 판단에 사실오인이나 감금죄에 관한 법리오해의 위법이 없다.

〈선정이유〉

감금죄가 보호하는 사람의 행동의 자유, 특히 특정지역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 심히 곤란하게 하는 장애의 의미를 구체적으로 보여주는 판례이다.

214. 감금과 강도상해죄의 죄수

(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도4380 판결)

〈쟁점〉

감금행위가 강도상해 범행의 수단에 그치지 아니하고 강도상해의 범행이 끝난 뒤에도 계속된 경우, 감금죄와 강도상해죄의 죄수

〈판결요지〉

감금행위가 단순히 강도상해 범행의 수단이 되는 데 그치지 아니하고 강도상해의 범행이 끝난 뒤에도 계속된 경우에는 1개의 행위가 감금죄와 강도상해죄에 해당하는 경우라고 볼 수 없고, 이 경우 감금죄와 강도상해죄는 형법 제37조의 경합범 관계에 있다 고 보아야 한다.

이 사건에서 보면, 피고인은 공소외 1 등과 피해자로부터 돈을 빼앗자고 공모한 다음 그를 강제로 승용차에 태우고 가면서 공소사실과 같이 돈을 빼앗고 상해를 가한 뒤에도 계속하여 상당한 거리를 진행하여 가다가 교통사고를 일으켜 감금행위가 중단되었는데, 이와 같이 감금행위가 단순히 강도상해 범행의 수단이 되는 데 그치지 아니하고 그 범행이 끝난 뒤에도 계속되었으므로, 피고인이 저지른 감금죄와 강도상해죄는 형법 제37조의 경합범 관계에 있다고 보아야 하고, 따라서 위 감금의 범행에 관한 확정판결의 효력은 이 사건 강도상해의 공소사실에까지 미치지 아니한다.

〈선정이유〉

감금이 강도상해의 수단이 된 경우 감금죄와 강도상해간의 죄수 및 강도상해가 기수에 이른 후에도 강도상해의 피해자를 계속적으로 감금한 경우에 양죄 간의 죄수에 대한 판결로 강도에서의 폭행·협박과 감금과의 죄수 등 죄수판단에서 중요한 판결이다.

215. 감금치사죄의 중한 결과에 대한 예견가능성과 인과성

(대법원 1991. 10. 25. 선고 91도2085 판결)

〈쟁점〉

아파트 안방에 감금된 피해자가 가혹행위를 피하려고 창문을 통하여 아파트 아래 잔디밭에 뛰어내리다가 사망한 경우, 중감금행위와 피해자의 사망 사이에 인과관계가 인정되는지 여부

〈판결요지〉

원심은 피고인이 피해자 (당시 19세) 와 동거하고 있던 아파트에서 피해자가 술집에 다시 나가 일을 하겠다고 한다는 이유로 위 아파트 안방에서 피해자를 데리고 들어가 거실로 통하는 안방문에 못질을 하여 밖으로 나갈 수 없게 감금한 후, 피해자가 술집에 나가기 위하여 준비해 놓은 화장품 및 화장품 휴대용가방 등을 창문 밖으로 던져 버리고, 피해자를 때리고 옷을 벗긴 다음 가위로 모발을 자르는 등 가혹한 행위를 하여 피해자가 이를 피하기 위하여 창문을 통해 밖으로 뛰어

내리려 하자 피고인이 2회에 걸쳐 이를 제지한 바 있는 사실, 이때 피해자가 죽는다고 소리치며 울다가 피고인이 밖에서 걸려온 인터폰을 받으려고 방문에 뚫은 구멍을 통하여 거실로 나오는 사이에 갑자기 안방 창문을 통하여 알몸으로 아파트 아래 잔디밭에 뛰어 내리다가 다발성실질장기파열상 등을 입고 사망한 사실을 인정한 후, 위 인정사실에 의하면 피고인의 중감금행위와 피해자의 사망 사이에는 인과관계가 있고, 피고인에게 그로 인한 결과에 대한 예측가능성도 있었다면서 피고인을 중감금치사죄로 처단한 원심의 유죄판단을 유지하고 있는바, 원심이 인용한 제1심 거시의 증거들을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 수긍이 가고 거기에 소론과 같이 채증법칙위배 또는 감금치사죄의 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없다.

〈선정이유〉

결과적 가중범으로서 감금치사죄의 성립요건 중, 주관적 요건으로 중한 결과에 대한 예견가능성으로서의 과실과 객관적 요건으로 (중)감금행위와 피해자의 사망사이의 상당인과관계가 요구됨을 적시하고 있는 판결이다.

Ⅳ. 약취, 유인 및 인신매매의 죄

216. 미성년자 약취, 유인죄의 보호법익

(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도7115 판결)

〈쟁점〉

미성년자약취죄의 입법 취지와 보호법익 및 피고인이 미성년자의 동의하에 그 부의 감호권을 침해하여 미성년자를 피고인의 사실상 지배하로 옮긴 경우, 미성년자약취죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

형법 제287조에 규정된 미성년자약취죄의 입법 취지는 심신의 발육이 불충분하고 지려와 경험이 풍부하지 못한 미성년자를 특별히 보호하기 위하여 그를 약취하는 행위를 처벌하려는 데 그 입법의 취지가 있으며, 미성년자의 자유 외에 보호감독자의 감호권도 그 보호법익으로 하고 있다는 점을 고려하면, 피고인과 공범들이 피해자(여, 14세)를 보호·감독하고 있던 그 아버지 공소외인의 감호권을 침해하여 그녀를 자신들의 사실상 지배하로 옮긴 이상 미성년자약취죄가 성립한다 할 것이고, 위 약취행위에 피해자의 동의가 있었다 하더라도 본죄의 성립에는 변함이 없다 할 것이다.

〈선정이유〉

미성년자의 약취, 유인죄의 보호법익은 미성년자의 자유외에 미성년자의 보호감독자의 감호권도 포함하며, 미성년자의 동의만으로 정당화될 수 없다는 취지의 판결로 본 죄의 본질을 잘 보여주는 판결이다.

217. 미성년자약취죄의 주체

(대법원 2013. 6. 20. 선고 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

미성년자약취죄, 국외이송약취죄 등의 구성요건 중 '약취'의 의미와 그 판단 기준 및 미성년자를 보호·감독하는 사람이 해당 미성년자에 대한 약취죄의 주체가 될 수 있는지 여부와 미성년 자녀의 부모 일방에 대하여 자녀에 대한 약취죄가 성립하기 위한 요건

〈판결요지〉

형법 제287조의 미성년자약취죄, 제288조 제3항 전단[구 형법(2013. 4. 5. 법률 제11731호로 개정되기 전의 것을 말한다. 이하 같다) 제289조 제1항에 해당한다]의 국외이송약취죄 등의 구성요건요소로서 약취란 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 수단으로 사용하여 피해자를 그 의사에 반하여 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈시켜 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮기는 행위를 의미하고, 구체적 사건에서 어떤 행위가 약취에 해당하는지 여부는 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 수단과 방법, 피해자의 상태 등 관련 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도3816 판결 등 참조).

한편 미성년자를 보호·감독하는 사람이라고 하더라도 다른 보호감독자의 보호·양육권을 침해하거나 자신의 보호·양육권을 남용하여 미성년자 본인의 이익을 침해하는 때에는 미성년자에 대한 약취죄의 주체가 될 수 있는데(대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도8011 판결 등 참조), 그 경우에도 해당 보호감독자에 대하여 약취죄의 성립을 인정할 수 있으려면 그 행위가 위와 같은 의미의 약취에 해당하여야 한다. 그렇지 아니하고 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 사용하여 그 미성년자를 평온하던 종전의 보호·양육 상태로부터 이탈시켰다고 볼 수 없는 행위에 대하여까지 다른 보호감독자의 보호·양육권을 침해하였다는 이유로 미성년자에 대한 약취죄의 성립을 긍정하는 것은 형벌법규의 문언 범위를 벗어나는 해석으로서 죄형법정주의의 원칙에 비추어 허용될 수 없다고 할 것이다.

따라서 부모가 이혼하였거나 별거하는 상황에서 미성년의 자녀를 부모의 일방이 평온하게 보호·양육하고 있는데, 상대방 부모가 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 행사하여 그 보호·양육 상태를 깨뜨리고 자녀를 탈취하여 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮긴 경우, 그와 같은 행위는 특별한 사정이 없는 한 미성년자에 대한 약취죄를 구성한다고 볼 수 있다.

그러나 이와 달리 미성년의 자녀를 부모가 함께 동거하면서 보호·양육하여 오던 중 부모의 일방이 상대방 부모나 그 자녀에게 어떠한 폭행, 협박이나 불법적인 사실상의 힘을 행사함이 없이 그 자녀를 데리고 종전의 거소를 벗어나 다른 곳으로 옮겨 자녀에 대한 보호·양육을 계속하였다면, 그 행위가 보호·양육권의 남용에 해당한다는 등 특별한 사정이 없는 한 설령 이에 관하여 법원의 결정이나 상대방 부모의 동의를 얻지 아니하였다고 하더라도 그러한 행위에 대하여 곧바로 형법상 미성년자에 대한 약취죄의 성립을 인정할 수는 없다고 할 것이다.

…

① 피고인은 베트남 국적의 여성으로서 2006. 2. 16. 공소외 1과 혼인하고 같은 해 4. 30. 입국한 후 2007. 8. 12. 아들 공소외 2를 출산하여 천안시 두정동 소재 주거지에서 거주하며 공소

외 1과 공동으로 공소외 2를 보호·양육하여 온 사실, ② 당시 공소외 1은 직장에 다녔고 피고인이 가사를 전담하였기 때문에 공소외 2에 대한 현실적인 보호·양육을 주로 피고인이 맡아왔던 사실, ③ 피고인은 2008. 8. 30. 수원의 친구에게 놀러 갔다가 늦어져 버스를 놓치는 바람에 다음날 귀가하였는데 화가 난 공소외 1로부터 며칠 동안 집을 나가라는 말을 듣고, 공소외 1이 자신을 이제 필요 없다고 생각하는 것 같아 자존심이 상한 데다 국내에는 마땅히 찾아갈 곳이 없어 생후 약 13개월 된 공소외 2를 데리고 친정인 베트남으로 돌아가기로 마음먹은 사실, ④ 피고인은 2008. 9. 3. 공소외 1이 직장에 출근한 사이 공소외 2를 데리고 집을 나와 항공편으로 출국하여 베트남 친정으로 떠났고, 공소외 2를 데리고 가기 위하여 공소외 1 측에 어떠한 폭행, 협박이나 실력행사를 하지 아니한 사실, ⑤ 피고인은 공소외 2의 양육비를 벌기 위하여 공소외 2를 베트남 친정에 맡겨 둔 채 2008. 9. 17. 다시 우리나라에 입국하였고, 그 사이 피고인의 부모 등이 공소외 2를 베트남에서 계속 보호·양육한 사실, ⑥ 한편 피고인은 2010. 5. 13. 공소외 1과 협의하여 피고인을 공소외 2의 친권자 및 양육자로 정하여 이혼하기로 하고 법원으로부터 그 의사를 확인받았는데, 피고인이 그때까지 공소외 1에게 공소외 2를 돌려주는 대가로 금전 등을 부당하게 요구하거나 이를 협의이혼의 조건으로 내세운 적이 없었고, 협의이혼 후 공소외 2의 양육비도 피고인이 부담하기로 한 사실을 알 수 있다.

위와 같은 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 2를 데리고 베트남으로 떠난 행위는 어떠한 실력을 행사하여 공소외 2를 평온하던 종전의 보호·양육 상태로부터 이탈시킨 것이라기보다 친권자인 모(모)로서 출생 이후 줄곧 맡아왔던 공소외 2에 대한 보호·양육을 계속 유지한 행위라고 할 것이고, 이를 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 사용하여 공소외 2를 자기 또는 제3자의 지배하에 옮긴 약취행위로 볼 수는 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

약취의 의미가 무엇인지, 부부의 일방이 자녀를 약취할 수 있는지에 대한 전원합의체의 판결이다.

218. 유인의 의미

(대법원 2007. 5. 11. 선고 2007도2318 판결)

〈쟁점〉

추행 등 목적 유인죄에서 유인의 의미

〈판결요지〉

형법 제288조에서 말하는 '유인'이란 기망 또는 유혹을 수단으로 사람을 꾀어 그 하자 있는 의사에 따라 그 사람을 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈하게 하여 자기 또는 제3자의 사실적 지배 아래로 옮기는 행위를 말하고 (대법원 1976. 9. 14. 선고 76도2072 판결, 1996. 2. 27. 선고 95도2980 판결 등 참조), 여기서 사실적 지배라고 함은 미성년자에 대한 물리적·실력적인 지배관계를 의미한다고 할 것이다(대법원 1998. 5. 15. 선고 98도690 판결 참조).

앞에서 인정한 바와 같이, 피고인이 11세에 불과한 어린 나이의 피해자를 유혹하여 위 모텔 앞 길에서부터 위 모텔 301호실까지 데리고 간 이상, 그로써 피고인은 피해자를 자유로운 생활관계로부터 이탈시켜 피고인의 사실적 지배 아래로 옮겼다고 할 것이고, 이로써 간음목적유인죄의 기수에 이르른 것으로 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

형법상 유인의 의미에 대해 정의하고 있는 판결이다.

219. 미성년자 약취 후 강간목적 상해, 강간 및 살인미수를 범한 경우의 죄수

(대법원 2014. 2. 27. 선고 2013도12301,2013전도252,2013치도2 판결)

〈쟁점〉

미성년자를 약취한 후 강간 목적으로 상해 등을 가하고 나아가 강간 및 살인미수를 범한 경우, 약취한 미성년자에 대한 상해 등으로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반죄와 미성년자에 대한 강간 및 살인미수행위로 인한 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반죄의 죄수 관계

〈판결요지〉

미성년자인 피해자를 약취한 후에 강간을 목적으로 피해자에게 가혹한 행위 및 상해를 가하고 나아가 그 피해자에 대한 강간 및 살인미수를 범하였다면, 이에 대하여는 약취한 미성년자에 대한 상해 등으로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반죄 및 미성년자인 피해자에 대한 강간 및 살인미수행위로 인한 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반죄가 각 성립하고, 설령 상해의 결과가 피해자에 대한 강간 및 살인미수행위 과정에서 발생한 것이라 하더라도 위 각 죄는 서로 형법 제37조 전단의 실체적 경합범 관계에 있다고 할 것이다.

〈선정이유〉

실제 사례에서 발생하는 구체적인 범행에 적용되는 법률과 그 범죄들간의 죄수관계에 대한 학습에 의미 있는 사례를 제공한 판결이다.

220. 인신매매(부녀매매)죄의 주체 · 객체 및 성립요건

(대법원 1992. 1. 21. 선고 91도1402 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

인신매매죄(부녀매매죄)의 주체 및 객체와 그 성립요건

〈판결요지〉

그러나 부녀매매죄는 부녀자의 신체의 자유를 그 일차적인 보호법익으로 하는 죄로서 건전한 직업소개질서의 확립이라는 행정목적을 주된 보호법익으로하는 직업안정및고용촉진에관한법률의 위 규정을 평면적으로 비교하여 본죄의 해석근거로 삼을 합리적인 이유는 없는 것이며, 본죄의 행위의 객체는 부녀이고, 여자인 이상 그 나이나 성년, 미성년, 기혼여부 등을 불문한다고 보아야 하고, 행위의 주체에는 제한이 없으니 반드시 친권자등의 보호자만이 본죄의 주체가 될 수 있다는 것도 근거없는 해석이라 할 것이다.

요컨대 본죄의 성립여부는 그 주체 및 객체에 중점을 두고 볼것이 아니라 매매의 일방이 어떤 경위로 취득한 부녀자에 대한 실력적 지배를 대가를 받고 그 상대방에게 넘긴다고 하는 행위에 중점을 두고 판단하여야 하므로 매도인이 매매 당시 부녀자를 실력으로 지배하고 있었는가 여부 즉 계속된 협박이나 명시적 혹은 묵시적인 폭행의 위협 등의 험악한 분위기로 인하여 보통의 부녀자라면 법질서에 보호를 호소하기를 단념할 정도의 상태에서 그 신체에 대한 인계인수가 이루어졌는가의 여부에 달려있다고 하여야 할 것이다.

따라서 이 사건 피해부녀자가 18세에 달하여 지각이 있으므로 부녀매매죄의 객체가 될 수 없다고 한 원심의 판단은 부녀매매죄의 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이고 당원의 위 판시견해와 다르게 판시한 1959. 3. 13.선고 4292형상7호 판결과 1971. 3. 9.선고 71도27호 판결은 현재의 사회실정하에서는 유지하기 어려운 것이므로 폐기할 수 밖에 없다.

〈선정이유〉

법 개정전 부녀매매죄에 있어서 부녀의 의미에 대한 해석론이지만 현행 인신매매죄에 있어서도 사람의 한 유형인 부녀의 해석에도 여전히 실효성 있는 기준이 되는 중요한 판례이다.

V. 강간과 추행의 죄

221. 성전환자의 성 결정기준

(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결)

〈쟁점〉

강간죄의 객체인 부녀로 인정하기 위한 법률적 성(성)의 결정 기준, 성전환자가 출생시와 달리 전환된 성을 법률적 성으로 평가받을 수 있는 조건 등

〈판결요지〉

강간죄의 객체는 부녀로서 여자를 가리키는 것이므로(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결 참조), 강간죄의 성립을 인정하기 위하여는 피해자를 법률상 여자로 인정할 수 있어야 한다.

종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나

로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정, 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결 참조).

위와 같이 사람의 성을 결정하는 데에 여러 가지 요소가 존재한다는 것은 위 각 요소들이 일치하지 않는 경우가 발생할 수 있다는 의미이고, 특히 생물학적 측면의 성은 출생시 곧바로 확인될 수 있지만 정신적·사회적 측면에서의 성이 생물학적 측면의 성과 일치하는지 여부는 출생 당시에는 쉽사리 알 수 없다가 출생 후 성장하면서 비로소 개인이 인식하는 성귀속감과 수행하는 성역할이 생물학적인 성과는 전혀 다른 것으로 확인되기도 한다. 성전환증을 가진 사람의 경우에도, 남성 또는 여성 중 어느 한쪽의 성염색체를 보유하고 있고 그 염색체와 일치하는 생식기와 성기가 형성·발달되어 출생하지만 출생 당시에는 아직 그 사람의 정신적·사회적인 의미에서의 성을 인지할 수 없으므로, 사회통념상 그 출생 당시에는 생물학적인 신체적 성징에 따라 법률적인 성이 평가될 것이다. 그러나 출생 후의 성장에 따라 일관되게 출생 당시의 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 위화감·혐오감을 갖고 반대의 성에 귀속감을 느끼면서 반대의 성으로서의 역할을 수행하며 성기를 포함한 신체 외관 역시 반대의 성으로서 형성하기를 강력히 원하여, 정신과적으로 성전환증의 진단을 받고 상당기간 정신과적 치료나 호르몬치료 등을 실시하여도 여전히 위 증세가 치유되지 않고 반대의 성에 대한 정신적·사회적 적응이 이루어짐에 따라 일반적인 의학적 기준에 의하여 성전환수술을 받고 반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추고, 나아가 전환된 신체에 따른 성을 가진 사람으로서 만족감을 느끼며 공고한 성정체성의 인식 아래 그 성에 맞춘 의복, 두발 등의 외관을 하고 성관계 등 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행함으로써 주위 사람들로부터도 그 성으로서 인식되고 있으며, 전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 볼 수 있다면, 이러한 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우가 있다 할 것이며, 이와 같은 성전환자는 출생시와는 달리 전환된 성이 법률적으로도 그 성전환자의 성이라고 평가받을 수 있을 것이다(대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정 참조). … 남성으로 태어난 피해자는 성장기부터 남성에 대한 불일치감과 여성으로서의 귀속감을 나타내면서 따돌림을 당하였고, 사춘기에 이르러 여성으로서의 분명한 성정체성이 형성되기 시작하면서 이를 감당하지 못하여 집을 떠나게 된 사실, 피해자는 24세이던 1974년경 성전환수술을 결심하고 정신과 병원에서 정밀진단과 심리치료, 관찰을 거쳐 성전환증이라는 확진을 받은 다음, 성형외과에서 남성의 성기와 음낭을 제거하고 여성의 질 등 외부성기를 형성하는 수술을 받고 이후 상당기간 호르몬 요법의 시술을 받았으며, 2차로 일본 오사카현 이마사토에 있는 한 성형외과병원에서 가슴형성수술을 받은 바 있고, 3차로는 1998. 2. 부산에 있는 (명칭 생략) 성형외과에서, 2000년경에 이르러 태국의 한 병원에서 각 가슴보강수술과 질확장술을 받은 사실, 피해자는 남성 또는 여성으로서 자녀를 출산한 경험이 없고 생식기능 또한 존재하지 아니하나, 성전환수술 후 여성으로서의 성생활에 전혀 지장이 없으며, 특히 피해자의 사정을 이해하는 남성과 과거 10여 년간 동거하며 지속적으로 성관계를 영위함에 아무런 문제가 없었고, 성적 만족도 또한 이상이 없는 사실, 피해자는 여성으로서의 신체와 외관을 갖추고 있을 뿐만 아니라 여성으로서의 성적 정체성도 확고하고 자신이 여성임에 만족하고 있으며, 피해자의 가족들과도 가출 후 10년이 지나면서부터 소식을 주고받으며 관계가 유지되어 왔고, 현재 살아 있는 가족들이 피해자의 처지와 사정을 잘 이해하여 관계가 개선된 사실, 피해자는 성전환수술 후 30여 년간 여성 무용수로서 국내와 국

외를 오가며 활동하여 왔는데, 피해자가 국내에 거주할 때는 주로 부산시 소재 일정 지역에 30년 가까이 주거를 정하여 살면서 주민들과는 여성으로서 오랜 세월 동안 친분을 유지하여 온 사실을 각 알 수 있는바, 위와 같은 사정을 종합하여 보면, 피해자는 성장기부터 남성에 대한 불일치감과 여성으로의 귀속감을 나타내었고, 성인이 된 후 의사의 진단 아래 성전환수술을 받아 여성의 외부 성기와 신체 외관을 갖추었고, 수술 이후 30여 년간 여성으로 살아오면서 현재도 여성으로서의 성정체성이 확고하여 남성으로 재전환할 가능성이 현저히 낮고, 개인생활이나 사회생활에서도 여성으로 인식되어, 결국 사회통념상 여성으로 평가되는 성전환자에 해당한다고 봄이 상당하고, 이 사건 피고인도 피해자를 여성으로 인식하여 강간범행을 저질렀다.

〈선정이유〉

강간죄의 객체가 부녀였던 구 형법에서의 해석론이지만 현행 법률 아래에서도 사람 중에 남성인지 아니면 여성인지에 따라서 성립되는 범죄가 다를 수 있다는 점에서 중요한 성의 판단기준을 제시하고 있는 전원합의체 판결이다.

222. 아내 강간죄

(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788,2012전도252 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

형법 제297조에서 규정한 강간죄의 객체인 '부녀'에 법률상 처(처)가 포함되는지 여부 및 혼인관계가 실질적으로 유지되고 있는 부부의 일방인 남편이 폭행이나 협박을 가하여 아내를 간음한 경우 강간죄가 성립하는지 여부 등

〈판결요지〉

형법 제297조는 부녀를 강간한 자를 처벌한다고 규정하고 있는데, 형법이 강간죄의 객체로 규정하고 있는 부녀란 성년이든 미성년이든, 기혼이든 미혼이든 불문하며 곧 여자를 가리키는 것이다(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결 참조). 이와 같이 형법은 법률상 처를 강간죄의 객체에서 제외하는 명문의 규정을 두고 있지 않으므로, 문언 해석상으로도 법률상 처가 강간죄의 객체에 포함된다고 새기는 것에 아무런 제한이 없다.

한편 1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 형법은 강간죄를 규정한 제297조를 담고 있는 제2편 제32장의 제목을 '정조에 관한 죄'라고 정하고 있었는데, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 형법이 개정되면서 그 제목이 '강간과 추행의 죄'로 바뀌게 되었다. 이러한 형법의 개정은 강간죄의 보호법익이 현재 또는 장래의 배우자인 남성을 전제로 한 관념으로 인식될 수 있는 '여성의 정조' 또는 '성적 순결'이 아니라, 자유롭고 독립된 개인으로서 여성이 가지는 성적 자기결정권이라는 사회 일반의 보편적 인식과 법감정을 반영한 것으로 볼 수 있다.

민법 제826조 제1항은 부부의 동거의무를 규정하고 있고, 여기에는 배우자와 성생활을 함께 할 의무가 포함된다. 부부의 일방이 정당한 이유 없이 서로 동거하여야 할 부부로서의 의무를 포기하고 다른 일방을 버린 경우에는 재판상 이혼사유인 악의의 유기에 해당할 수 있다(대법원 1986. 5.

27. 선고 86므26 판결, 대법원 1999. 2. 12. 선고 97므612 판결 등 참조). 그러나 부부 사이에 민법상의 동거의무가 인정된다고 하더라도 거기에 폭행, 협박에 의하여 강요된 성관계를 감내할 의무가 내포되어 있다고 할 수 없다. 혼인이 개인의 성적 자기결정권에 대한 포기를 의미한다고 할 수 없고, 성적으로 억압된 삶을 인내하는 과정일 수도 없기 때문이다.

결론적으로, 위와 같은 헌법이 보장하는 혼인과 가족생활의 내용, 가정에서의 성폭력에 대한 인식의 변화, 형법의 체계와 그 개정 경과, 강간죄의 보호법익과 부부의 동거의무의 내용 등에 비추어 보면, 형법 제297조가 정한 강간죄의 객체인 '부녀'에는 법률상 처가 포함되고, 혼인관계가 파탄된 경우뿐만 아니라 혼인관계가 실질적으로 유지되고 있는 경우에도 남편이 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행이나 협박을 가하여 아내를 간음한 경우에는 강간죄가 성립한다고 보아야 한다.

다만 남편의 아내에 대한 폭행 또는 협박이 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이른 것인지 여부는, 부부 사이의 성생활에 대한 국가의 개입은 가정의 유지라는 관점에서 최대한 자제하여야 한다는 전제에서, 그 폭행 또는 협박의 내용과 정도가 아내의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 정도에 이른 것인지 여부, 남편이 유형력을 행사하게 된 경위, 혼인생활의 형태와 부부의 평소 성행, 성교 당시와 그 후의 상황 등 모든 사정을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.

〈선정이유〉

종래 부부관계에서의 강간죄가 성립될 수 있는지에 대해 부정적인 입장을 취하고 있던 대법원(대법원 1970.3.10. 선고 70도29 판결)이 정상적인 부부관계의 일방에 대해서도 강간죄가 성립될 수 있다고 입장을 변경한 전원합의체 판결이다.

223. 강간죄의 실행의 착수시기

(대법원 1991. 4. 9. 선고 91도288 판결)

〈쟁점〉

강간죄의 실행의 착수(폭행, 협박)시기

〈판결요지〉

제1심판결이 증거로 채택한 공소외인의 진술(법정증언과 수사기관에서의 진술 포함) 중에 피고인이 피해자를 간음하려고 하였다는 말을 들었다는 부분이 있고 구정을 쇠러 가족과 함께 본가에 갔던 피고인이 느닷없이 다음날 새벽 4시에 집으로 돌아와 18세 처녀가 혼자 자는 방으로 들어가려고 기도한 것은 명백한 것이므로 그 방실 침입의 목적에 관한 합리적인 변명이 없는 이 사건에서 원심이 그 적시의 증언에 의하여 간음 목적으로 그 방에 침입하려고 하였다고 인정한 것을 위법하다고 할 수 없으며 피고인이 여자를 간음할 목적으로 그 방문 앞에 가서 피해자가 방문을 열어주지 않으면 부수고 들어갈 듯한 기세로 방문을 두드리고 피해자가 위험을 느끼고 창문에 걸터 앉아 가까이 오면 뛰어내리겠다고 하는데도 그 집 베란다를 통하여 창문으로 침입하려고 하였다면 강간

의 수단으로서의 폭행에 착수하였다고 할 수 있으므로 피고인에게 강간의 범의가 없었다거나 아직 강간의 착수가 있었다고 할 수 없다는 상고논지도 받아들일 수 없는 것이다.

〈선정이유〉

강간죄의 구성요건해당 행위인 폭행·협박 중 특히 피해자의 신체에 대한 직접적인 공격이 없음에도 폭행의 착수가 있었다고 할 수 있는 경우는 어떤 경우인지를 잘 보여주는 판결이다.

224. 강간죄와 강도(강간)죄·특수강도강간죄의 구별기준

(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도9630 판결)

〈쟁점〉

강간의 실행행위 계속 중에 강도행위를 한 경우 '강도강간죄'를 구성하는지 여부 및 특수강간범이 강간행위 종료 전에 특수강도의 행위를 한 경우 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제2항에 정한 '특수강도강간죄'로 의율할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

강간범이 강간행위 후에 강도의 범의를 일으켜 그 부녀의 재물을 강취하는 경우에는 강도강간죄가 아니라 강간죄와 강도죄의 경합범이 성립될 수 있을 뿐이지만, 강간행위의 종료 전 즉 그 실행행위의 계속 중에 강도의 행위를 할 경우에는 이때에 바로 강도의 신분을 취득하는 것이므로 이후에 그 자리에서 강간행위를 계속하는 때에는 강도가 부녀를 강간한 때에 해당하여 형법 제339조 소정의 강도강간죄를 구성하고 (대법원 1988. 9. 9. 선고 88도1240 판결 참조), 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10258호 성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률로 개정되기 전의 것) 제5조 제2항은 형법 제334조(특수강도) 등의 죄를 범한 자가 형법 제297조(강간) 등의 죄를 범한 경우에 이를 특수강도강간 등의 죄로 가중하여 처벌하는 것이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 특수강간범이 강간행위 종료 전에 특수강도의 행위를 한 이후에 그 자리에서 강간행위를 계속하는 때에도 특수강도가 부녀를 강간한 때에 해당하여 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제2항에 정한 특수강도강간죄로 의율할 수 있다 (대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도3594 판결 참조).

또한, 강도죄는 재물탈취의 방법으로 폭행, 협박을 사용하는 행위를 처벌하는 것이므로 폭행, 협박으로 타인의 재물을 탈취한 이상 피해자가 우연히 재물탈취 사실을 알지 못하였다고 하더라도 강도죄는 성립하고, 폭행, 협박당한 자가 탈취당한 재물의 소유자 또는 점유자일 것을 요하지도 아니하며(대법원 1967. 6. 13. 선고 67도610 판결, 대법원 1979. 9. 25. 선고 79도1735 판결 등 참조), 강간범인이 부녀를 강간할 목적으로 폭행, 협박에 의하여 반항을 억업한 후 반항억압 상태가 계속 중임을 이용하여 재물을 탈취하는 경우에는 재물탈취를 위한 새로운 폭행, 협박이 없더라도 강도죄가 성립한다(대법원 1985. 10. 22. 선고 85도1527 판결 참조).

원심이 피해자 공소외 1에 대한 판시 강간행위 도중 범행현장에 있던 피해자 공소외 2 소유의 핸드백을 가져간 피고인의 행위를 포괄하여 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률

위반(특수강도강간등)죄에 해당한다고 판단한 조치는 위와 같은 법리에 따른 것으로 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 채증법칙 위배로 인한 사실오인 및 법리오해의 위법은 없다.

〈선정이유〉

성범죄는 다수의 다양한 법률에 다양한 행위형태로 규정되어 있고, 개별 구체적 사안에서 특정 행태가 어떤 법률의 어떤 구성요건을 충족시킨 것인지를 판단하는데 주의가 필요하고, 최종적으로 어떤 범죄가 성립되었다고 할 것인지를 학습하는데 의미 있는 사안을 제공하는 판결이다.

225. '추행'의 의미

(대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도8805 판결)

〈쟁점〉

강제추행죄 구성요건 중 '추행'의 의미 및 '폭행·협박'의 정도와 그 판단 기준

〈판결요지〉

형법 제298조는 "폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행을 한 자"를 강제추행죄로 벌할 것을 정한다. 그런데 강제추행죄는 개인의 성적 자유라는 개인적 법익을 침해하는 죄로서, 위 법규정에서의 '추행'이란 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위인 것만으로는 부족하고 그 행위의 상대방인 피해자의 성적 자기결정의 자유를 침해하는 것이어야 한다 .

따라서 건전한 성풍속이라는 일반적인 사회적 법익을 보호하려는 목적을 가진 형법 제245조의 공연음란죄에서 정하는 '음란한 행위'(또는 이른바 과다노출에 관한 경범죄처벌법 제1조 제41호에서 정하는 행위)가 특정한 사람을 상대로 행하여졌다고 해서 반드시 그 사람에 대하여 '추행'이 된다고 말할 수 없고, 무엇보다도 문제의 행위가 피해자의 성적 자유를 침해하는 것으로 평가될 수 있어야 한다. 그리고 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사·성별·연령, 행위자와 피해자의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황 등을 종합적으로 고려하여 정하여진다 (대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도13716 판결 등 참조).

또한 강제추행죄는 폭행 또는 협박을 가하여 사람을 추행함으로써 성립하는 것으로서 그 폭행 또는 협박이 항거를 곤란하게 할 정도일 것을 요한다. 그리고 그 폭행 등이 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행 등의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 추행 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도5979 판결 등 참조).

…

피고인과 피해자는 처음 본 사이이었고, 범행장소가 사람들이 왕래하는 골목길이기는 하나 주차된 차량들 사이이며, 범행시간이 저녁 8시경이었던 점 등에 비추어 보면, 피고인이 자신의 성기를 피해자에게 보여준 행위는 일반인에게 성적 수치심과 혐오감을 일으키는 한편 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 추행에 해당되므로 피고인의 위와 같은 행위

는 강제추행죄를 구성한다고 판단하였다.

3. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 아래와 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

기록에 의하면, 다음과 같은 사정을 알 수 있다. ① 피해자는 48세의 여자로 부산 동래구 온천1동 (지번 생략) 소재 건물 2층에서 ' ○○○○○○' 지점을 운영하고 있는데 그 건물 1층에서 식당을 운영하는 공소외인과 분쟁이 있었다. ② 피고인은 그 식당에서 술을 마시면서 평소 알고 지내던 공소외인으로부터 피해자와의 분쟁에 관한 이야기를 들었고, 마침 피해자가 내려오자 피해자에게 말을 걸었다. ③ 피해자는 피고인의 말을 무시하고 위 식당 앞 도로에 주차하여 둔 자신의 차량으로 걸어갔고 이에 피고인은 피해자의 뒤를 쫓아가면서 공소사실과 같이 욕을 하고 바지를 벗어 성기를 피해자에게 보였다. ④ 그곳은 허심청 온천 뒷길로 식당 및 편의점 등이 있어서 저녁 8시 무렵에도 사람 및 차량의 왕래가 빈번한 도로이고 피해자는 당시 위 식당 옆 도로변에 차를 주차하여 둔 상태이었다.

이상에서 본 피해자의 성별·연령, 이 사건 행위에 이르게 된 경위 및 피고인은 자신의 성기를 꺼내어 일정한 거리를 두고 피해자에게 보였을 뿐 피해자에게 어떠한 신체적 접촉도 하지 아니한 점, 위 행위장소는 피해자가 차량을 주차하여 둔 사무실 근처의 도로로서 사람 및 차량의 왕래가 빈번한 공중에게 공개된 곳이었고, 피해자로서는 곧바로 피고인으로부터 시선을 돌림으로써 그의 행위를 쉽사리 외면할 수 있었으며 필요하다면 주위의 도움을 청하는 것도 충분히 가능하였던 점, 피고인은 피해자를 위 행위장소로 이끈 것이 아니라 피해자의 차량으로 가는 피해자를 따라가면서 위와 같은 행위에 이르게 된 점, 피고인이 피해자에 대하여 행하여서 협박죄를 구성하는 욕설은 성적인 성질을 가지지 아니하는 것으로서 '추행'과 관련이 없는 점, 그 외에 피해자가 자신의 성적 결정의 자유를 침해당하였다고 볼 만한 사정은 이를 찾을 수 없는 점 기타 제반 사정을 고려하여 보면, 단순히 피고인이 바지를 벗어 자신의 성기를 피해자에게 보여준 것만으로는 그것이 비록 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위라고 할 수 있을지 몰라도 피고인이 폭행 또는 협박으로 '추행'을 하였다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

강제추행죄의 성립요건으로 폭행과 협박, 추행의 의미와 정도에 대한 대법원의 법리를 제시하고 있는 판결이다.

226. 준강간죄의 심신상실과 항거불능상태

(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도2001 판결)

〈쟁점〉

준강간·강제추행죄에서 '항거불능의 상태'의 의미

〈판결요지〉

형법 제299조는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자를 형법 제297조, 제298조의 강간 또는 강제추행의 죄와 같이 처벌하도록 규정하고 있다. 여기서 항거불능의 상태라 함은 형법 제297조, 제298조와의 균형상 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적

또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다 (대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결 등 참조).

원심은, 그 판시와 같은 사정들에 비추어 보면 위 피해자의 진술에 신빙성이 있다고 인정하고, 이에 배치되는 공소외 1, 2, 3, 4 등의 진술은 그 신빙성을 배척하였다. 나아가 위와 같이 신빙성이 있는 위 피해자의 진술 및 그 채택증거들에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 위 피해자가 피고인에 대하여 갖고 있던 믿음과 경외감, 추행 당시의 피고인 및 피해자의 행위 내용과 태도, 그 당시 피해자를 둘러싼 제반 환경과 피해자의 심리상태, 연령, 지적능력 등에 비추어 보면, 피고인에 대한 종교적 믿음이 무너지는 정신적 충격을 받으면서 피고인의 행위가 종교적으로 필요한 행위로서 이를 용인해야 하는지에 관해 판단과 결정을 하지 못한 채 곤혹과 당황, 경악 등 정신적 혼란을 겪어 피고인의 행위를 거부하지 못하는 한편, 피고인의 행위를 그대로 용인하는 다른 신도들이 주위에 있는 상태에서 위와 같은 정신적 혼란이 더욱 가중된 나머지, 피고인의 행위가 성적(성적) 행위임을 알면서도 이에 대한 반항이 현저하게 곤란한 상태에 있었다고 판단하고, 피고인의 위 피해자에 대한 이 사건 준강제추행의 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심 판결을 파기하고 유죄를 인정하였다. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 사실심 법관의 합리적인 자유심증에 따른 것으로 정당하다.

〈선정이유〉

준강간, 준강제추행죄에서의 항거불능한 상태의 의미에 대한 대법원의 개념 정의와 그 적용의 실례를 보여주는 판례이다.

227. 준강간죄의 불능미수

(대법원 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

준강간죄에서 '고의'의 내용, 준강간죄의 객체, 그리고 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우, 준강간죄의 불능미수가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

형법 제297조는 "폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다."라고 규정하고, 제299조는 "사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2 및 제298조의 예에 의한다."라고 규정하고 있다. 형법은 폭행 또는 협박의 방법이 아닌 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음한 행위를 강간죄에 준하여 처벌하고 있으므로, 준강간의 고의는 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다는 것과 그러한 상태를 이용하여 간음한다는 구성요건적 결과 발생의 가능성을 인식하고 그러한 위험을 용인하는 내심의 의사를 말한다.

…

가. 형법 제300조는 준강간죄의 미수범을 처벌한다. 또한 형법 제27조는 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라고 규정하여 불능미수범을 처벌하고 있다.

따라서 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간죄에서 규정하고 있는 구성요건적 결과의 발생이 처음부터 불가능하였고 실제로 그러한 결과가 발생하였다고 할 수 없다. 피고인이 준강간의 실행에 착수하였으나 범죄가 기수에 이르지 못하였으므로 준강간죄의 미수범이 성립한다. 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었으므로 준강간죄의 불능미수가 성립한다(대법원 2005. 12. 8. 선고 2005도8105 판결, 대법원 2015. 8. 13. 선고 2015도7343 판결 등 참조).

나. 구체적인 이유는 다음과 같다.

1) 형법 제27조에서 규정하고 있는 불능미수는 행위자에게 범죄의사가 있고 실행의 착수라고 볼 수 있는 행위가 있지만 실행의 수단이나 대상의 착오로 처음부터 구성요건이 충족될 가능성이 없는 경우이다. 다만 결과적으로 구성요건의 충족은 불가능하지만, 그 행위의 위험성이 있으면 불능미수로 처벌한다. 불능미수는 행위자가 실제로 존재하지 않는 사실을 존재한다고 오인하였다는 측면에서 존재하는 사실을 인식하지 못한 사실의 착오와 다르다.

2) 형법은 제25조 제1항에서 “범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다.”라고 하여 장애미수를 규정하고, 제26조에서 “범인이 자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에는 형을 감경 또는 면제한다.”라고 하여 중지미수를 규정하고 있다. 장애미수 또는 중지미수는 범죄의 실행에 착수할 당시 실행행위를 놓고 판단하였을 때 행위자가 의도한 범죄의 기수가 성립할 가능성이 있었으므로 처음부터 기수가 될 가능성이 객관적으로 배제되는 불능미수와 구별된다.

3) 형법 제27조에서 정한 ‘실행의 수단 또는 대상의 착오’는 행위자가 시도한 행위방법 또는 행위객체로는 결과의 발생이 처음부터 불가능하다는 것을 의미한다. 그리고 ‘결과 발생의 불가능’은 실행의 수단 또는 대상의 원시적 불가능성으로 인하여 범죄가 기수에 이를 수 없는 것을 의미한다고 보아야 한다.

한편 불능범과 구별되는 불능미수의 성립요건인 ‘위험성’은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다(대법원 1978. 3. 28. 선고 77도4049 판결, 대법원 2005. 12. 8. 선고 2005도8105 판결 등 참조).

4) 형법 제299조에서 정한 준강간죄는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음함으로써 성립하는 범죄로서, 정신적·신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람의 성적 자기결정권을 보호법익으로 한다(대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결 등 참조). 심신상실 또는 항거불능의 상태는 피해자인 사람에게 존재하여야 하므로 준강간죄에서 행위의 대상은 ‘심신상실 또는 항거불능의 상태에 있는 사람’이다. 그리고 구성요건에 해당하는 행위는 그러한 ‘심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음’하는 것이다. 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있는 사람에 대하여 그 사람의 그러한 상태를 이용하여 간음행위를 하면 구성요건이 충족되어 준강간죄가 기수에 이른다.

피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여

간음할 의사를 가지고 간음하였으나, 실행의 착수 당시부터 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않았다면, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 준강간죄의 기수에 이를 가능성이 처음부터 없다고 볼 수 있다. 이 경우 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 정신적·신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람의 성적 자기결정권을 침해하여 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었다면 불능미수가 성립한다.

다. 원심판결 이유를 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건은 피고인이 준강간의 고의로 피해자를 간음하였으나, 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않아 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간의 결과 발생이 불가능한 경우에 해당하고, 피고인이 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 결과 발생의 가능성이 있으므로 위험성이 인정된다. 원심판결 이유에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나 준강간죄의 불능미수를 유죄로 인정한 원심의 결론은 정당하다. 원심판단에 상고이유 주장과 같이 준강간죄의 불능미수에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

〈선정이유〉

준강간죄의 객체, 고의, 불능미수의 성립요건 등 다양한 문제점에 대한 대법원 전원합의체 판결이다.

228. 강간치상죄의 상해

(대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도1039 판결)

〈쟁점〉

강간치상죄에 있어서 상해의 판단기준

〈판결요지〉

강간행위에 수반하여 생긴 상해가 극히 경미한 것으로서 굳이 치료할 필요가 없어서 자연적으로 치유되며 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없는 경우에는 강간치상죄의 상해에 해당되지 아니한다고 할 수 있을 터이나, 그러한 논거는 피해자의 반항을 억압할 만한 폭행 또는 협박이 없어도 일상생활 중 발생할 수 있는 것이거나 합의에 따른 성교행위에서도 통상 발생할 수 있는 상해와 같은 정도임을 전제로 하는 것이므로 그러한 정도를 넘는 상해가 그 폭행 또는 협박에 의하여 생긴 경우라면 상해에 해당된다고 할 것이며, 피해자의 건강상태가 나쁘게 변경되고 생활기능에 장애가 초래된 것인지는 객관적, 일률적으로 판단될 것이 아니라 피해자의 연령, 성별, 체격 등 신체, 정신상의 구체적 상태를 기준으로 판단되어야 한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도4606 판결 참조).

기록에 의하면, 피해자는 이 사건 사고 당일 16:00경 병원을 방문하여 팔꿈치 부위에 대한 X-Ray 촬영과 무릎부분의 치료를 하였고, 위 병원에서 발부한 상해진단서에 의하면, 피해자의 상해부위는 '우측 슬관절 부위 찰과상 및 타박상, 우측 주관절 부위 찰과상'이고, 예상치료기간은 수상일로부터 2주이며, 입원 및 향후 치료(정신과적 치료를 포함)가 필요할 수도 있는 사실, 피해자

는 만 14세의 중학교 3학년 여학생으로 154㎝의 신장에 40㎏의 체구인데, 이러한 피해자가 40대의 건장한 군인인 피고인과 소형승용차의 좁은 공간에서 밖으로 빠져나오려고 실랑이를 하고 위 차량을 벗어난 후에는 다시 타지 않으려고 격렬한 몸싸움을 하는 과정에서 적지 않은 물리적 충돌로 인하여 위와 같은 상해를 입게 된 사실을 알 수 있는바, 이러한 사실들을 위의 법리에 비추어 보면, 피해자가 입은 위 상해의 정도가 일상생활에 지장이 없고 단기간 내에 자연치유가 가능한 극히 경미한 상처라고 할 수 없고, 그러한 정도의 상처로 인하여 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래된 것이 아니라고 단정하기도 어렵다고 할 것이다.

〈선정이유〉

결과적 가중범인 강간치상(상해)죄에서 상해발생을 인정하기 위해서는 어떤 관점에서 어떤 결과에 주목해야하는지에 대한 대법원의 입장을 밝히고 있는 대표적인 판결이다.

229. 강간치상죄의 예견가능성

(대법원 1993. 4. 27. 선고 92도3229 판결)

〈쟁점〉

강간을 모면하기 위하여 4층 여관방의 창문을 넘어 뛰어내리다가 피해자가 상해를 입은 경우 강간치상죄의 성립여부 등

〈판결요지〉

결과로 인하여 형이 중한 죄에 있어서 그 결과의 발생을 예견할 수 없었을 때에는 중한 죄로 벌할 수 없는 것인 바(형법 제15조 제2항), 이 사건에 있어서 원심이 판시한 바에 의하더라도, 피해자가 피고인과 만나 함께 놀다가 큰 저항 없이 여관방에 함께 들어갔으며, 피고인이 강간을 시도하면서 한 폭행 또는 협박의 정도가 강간의 수단으로는 비교적 경미하였고, 피해자가 여관방 창문을 통하여 아래로 뛰어내릴 당시에는 피고인이 소변을 보기 위하여 화장실에 가 있는 때이어서 피해자가 일단 급박한 위해상태에서 벗어나 있었을 뿐 아니라, 무엇보다도 4층에 위치한 위 방에서 밖으로 뛰어내리는 경우에는 크게 다치거나 심지어는 생명을 잃는 수도 있는 것인 점을 아울러 본다면, 이러한 상황 아래에서 피해자가 강간을 모면하기 위하여 4층에서 창문을 넘어 뛰어내리거나 또는 이로 인하여 상해를 입기까지 되리라고는 예견할 수 없다고 봄이 경험칙에 부합한다 할 것인 바, 원심이 판시 증거만에 의하여 피고인이 이 사건 당시 피해자의 상해를 예견할 수 있었다고 보아 강간치상죄로 처단한 것은 결과적 가중범에 있어서의 예견가능성에 관한 법리오해 또는 채증법칙위배의 위법의 소치라 할 것이고, 이 점을 지적하는 상고논지는 이유 있다

〈선정이유〉

결과적 가중범의 책임을 묻기 위해서는 인과성은 물론, 결과발생에 대한 피고인의 예견가능성이 필요하고, 구체적인 사안에서 예견가능성의 판단 기준으로 경험칙의 의미를 부각시키고 있는 판결이다.

230. 강간치상죄의 공동정범

(대법원 1984. 2. 14. 선고 83도3120 판결)

〈쟁점〉

범죄실행에 직접 가담하지 않은 강간공모자와 강간치상죄의 공동정범의 죄책

〈판결요지〉

공동정범의 경우에 공범자 전원이 일정한 일시, 장소에 집합하여 모의하지 아니하고 공범자중의 수인을 통하여 범의의 연락이 있고 그 범의내용에 대하여 포괄적 또는 개별적인 의사연락이나 그 인식이 있었다면 그들 전원이 공모관계에 있다 할 것이고, 이와 같이 공모한 후 공범자중의 1인이 설사 범죄실행에 직접 가담하지 아니하였다 하더라도 다른 공모자가 분담실행한 공모자가 실행한 행위에 대하여 공동정범의 책임이 있다 할 것이며, 공범자 중 수인이 강간의 기회에 상해의 결과를 야기하였다면 다른 공범자가 그 결과의 인식이 없었더라도 강간치상죄의 책임이 없다고 할 수 없는 것인바(당원 1981.7.7. 선고 80도2544 판결; 1981.7.28. 선고 81도1590 판결 참조) 원심이 피고인과 원심 및 제1심에서의 공동피고인이었던 다른 공범들이 피해자를 강간한 사실을 충분히 인정할 수 있다고 판시하고, 가사 피고인이 직접 위 피해자와 성행위를 한 바 없다고 하더라도 피고인이 위 공범들과 위 피해자를 강간할 것을 공모한 후 다른 공범자들이 위 피해자를 강간하였고 그 기회에 위 피해자에게 제1심 판시와 같은 상해를 입힌 사실이 충분히 인정되므로 피고인도 강간치상죄에 공동정범의 죄책을 면할 수 없다하여 피고인을 강간치상죄의 공동정범으로 처단한 제1심판결을 유지하고 있다. 기록에 의하여 원심이 사실인정 증거를 검토하여 보아도 공소외 1, 2가 피해자들을 데려가 두 사람을 각 별로 강간하자는 제의를 하여 피고인이 피해자들을 범행장소로 유인하여 피해자 공소외 3을 강간하였고, 공범자들이 피해자 공소외 4를 판시와 같이 윤간한 사실을 인정하기에 넉넉하므로 설사 피고인이 공소외 4를 직접 강간하지 않았다 하더라도(피고인이 검찰에서의 진술에 의하면 공소외 3을 간음한 다음 공소외 4를 다시 간음하려고 눕혀놓고 입을 맞추자 술김에 구역질이 나서 중단하였다는 것이다) 강간치상의 결과에 대한 책임을 면할 수 없다.

〈선정이유〉

강간죄가 자수범인지 여부와 강간행위에 나아가지 않은 (공모)공동정범의 공동범행에 대한 죄책에 대한 대법원의 입장을 제시한 대표적인 판결이다.

231. 위계의 의미

(대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도2029 판결)

〈쟁점〉

형법 제302조 소정의 위계에 의한 심신미약자간음죄에 있어서 '위계'의 의미

〈판결요지〉

형법 제302조 소정의 위계에 의한 심신미약자간음죄에 있어서 위계라 함은 행위자가 간음의 목적으로 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키고는 상대방의 그러한 심적 상태를 이용하여 간음의 목적을 달성하는 것을 말하는 것이고, 여기에서 오인, 착각, 부지란 간음행위 자체에 대한 오인, 착각, 부지를 말하는 것이지, 간음행위와 불가분적 관련성이 인정되지 않는 다른 조건에 관한 오인, 착각, 부지를 가리키는 것은 아니라 할 것이다 (대법원 2001. 12. 24. 선고 2001도5074 판결 참조).

그런데 이 사건에서는 피고인이 공소외 1에게 남자를 소개시켜 주겠다고 거짓말을 하였다는 점 외에는 달리 공소외 1을 간음하기 위하여 어떠한 위계를 하였음을 인정할 다른 증거가 없는바, 피고인이 공소외 1을 여관으로 유인하기 위하여 위와 같은 거짓말을 하고 공소외 1이 이에 속아 여관으로 오게 되었고 거기에서 성관계를 하게 되었다 할지라도, 그녀가 여관으로 온 행위와 성교행위 사이에는 불가분의 관련성이 인정되지 아니하는 만큼 이로 인하여 공소외 1이 간음행위 자체에 대한 착오에 빠졌다거나 이를 알지 못하였다고 할 수는 없다 할 것이어서, 피고인의 위 행위는 역시 형법 제302조 소정의 위계에 의한 심신미약자간음죄에 있어서 위계에 해당하지 아니한다 할 것이다.

〈선정이유〉

미성년자 등에 대한 위계 간음죄에서 위계의 의미가 무엇인지에 대한 대법원의 개념정의를 보여주는 판결이다.

제3장 명예와 신용에 대한 죄

I. 명예에 관한 죄

232. 명예훼손죄와 모욕죄의 보호법익

(대법원 1987. 5. 12. 선고 87도739 판결)

〈쟁점〉

명예훼손죄 및 모욕죄의 보호법익과 그 구별의 기준

〈판결요지〉

명예훼손죄와 모욕죄의 보호법익은 다같이 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 이른바 외부적 명예인 점에서는 차이가 없으나 다만 명예훼손은 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 구체적 사실의 적시를 하여 명예를 침해함을 요하는 것으로서 구체적 사실이 아닌 단순한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현으로서 사회적 평가를 저하시키는 모욕죄에 비하여 그 형을 무겁게 하고 있다.

기록에 비추어 보면, 피고인이 피해자 에 대하여 말하였다는 판시와 같은 발언내용은 그 자체가 위 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 만한 구체적 사실의 적시라기 보다는 피고인이 피해자의 도

덕성에 관하여 경멸적인 감정표현을 과장되게 강조한 욕설에 불과한 것이 아닌가 의문이 간다.

〈선정이유〉

명예훼손죄와 모욕죄의 보호법익, 양자의 차이점 등에 대한 대법원의 입장을 제시하고 있는 중요 판례이다.

233. 집합명칭에 의한 명예훼손

(대법원 2000. 10. 10. 선고 99도5407 판결)

〈쟁점〉

피해자를 집합적 명사로 표현한 경우, 명예훼손죄가 성립하기 위한 조건

〈판결요지〉

명예훼손죄는 어떤 특정한 사람 또는 인격을 보유하는 단체에 대하여 그 명예를 훼손함으로써 성립하는 것이므로 그 피해자는 특정한 것임을 요하고, 다만 서울시민 또는 경기도민이라 함과 같은 막연한 표시에 의해서는 명예훼손죄를 구성하지 아니한다 할 것이지만, 집합적 명사를 쓴 경우에도 그것에 의하여 그 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백하면, 이를 각자의 명예를 훼손하는 행위라고 볼 수 있다고 할 것이다.

원심은 그 채용증거에 의하여, 피고인이 작성하여 배포한 보도자료에는 피해자의 이름을 직접적으로 적시하고 있지는 않으나, 3.19 동지회 소속 교사들이 학생들을 선동하여 무단하교를 하게 하였다고 적시하고 있는 사실, 이 사건 고등학교의 교사는 총 66명으로서 그 중 약 37명이 3.19 동지회 소속 교사들인 사실, 위 학교의 학생이나 학부모, 교육청 관계자들은 3.19 동지회 소속 교사들이 누구인지 알고 있는 사실을 인정한 다음, 그렇다면 3.19 동지회는 그 집단의 규모가 비교적 작고 그 구성원이 특정되어 있으므로 피고인이 3.19 동지회 소속 교사들에 대한 허위의 사실을 적시함으로써 3.19 동지회 소속 교사들 모두에 대한 명예가 훼손되었다고 할 것이고, 따라서 3.19 동지회 소속 교사인 피해자의 명예 역시 훼손되었다고 보아야 할 것이라고 판단하였는바, 이를 기록 및 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면 수긍이 가고, 거기에 명예훼손죄에 있어서 피해자의 특정성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

집합명칭에 의한 명예훼손죄가 성립할 수 있는지, 성립하려면 어떤 요건이 충족되어야 하는지에 관련한 중요 판례이다.

234. 명예훼손죄의 고의와 공연성의 의미

(대법원 2018. 6. 15. 선고 2018도4200 판결)

〈쟁점〉

불미스러운 소문의 진위를 확인하고자 질문을 하는 과정에서 타인의 명예를 훼손하는 발언을 한 경우, 명예훼손의 고의를 인정할 수 있는지 여부와 공연성의 의미 등

〈판결요지〉

명예훼손죄가 성립하기 위해서는 주관적 구성요소로서 타인의 명예를 훼손한다는 고의를 가지고 사람의 사회적 평가를 저하시키는 데 충분한 구체적 사실을 적시하는 행위를 할 것이 요구된다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010도2877 판결 참조). 따라서 불미스러운 소문의 진위를 확인하고자 질문을 하는 과정에서 타인의 명예를 훼손하는 발언을 하였다면 이러한 경우에는 그 동기에 비추어 명예훼손의 고의를 인정하기 어렵다(대법원 1985. 5. 28. 선고 85도588 판결 참조).

또한 명예훼손죄의 구성요건인 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 말한다. 비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하였다고 하더라도 그로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족하지만 이와 달리 전파될 가능성이 없다면 특정한 한 사람에 대한 사실의 유포는 공연성이 없다고 할 것이다(대법원 2000. 5. 16. 선고 99도5622 판결, 대법원 2011. 9. 8. 선고 2010도7497 판결 등 참조). 한편 위와 같이 전파가능성을 이유로 명예훼손죄의 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다. 그 행위자가 전파가능성을 용인하고 있었는지 여부는 외부에 나타난 행위의 형태와 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인이라면 그 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 할 것이다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004도8914 판결, 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010도2877 판결 등 참조).

〈선정이유〉

명예훼손죄의 고의를 인정하기 어려운 경우와 공연성의 의미에 대한 대법원의 입장을 요약하고 있는 판결이다.

235. 이미 사회 일부에서 다루어진 소문을 적시한 경우의 공연성

(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도2422 판결)

〈쟁점〉

적시한 사실이 이미 사회의 일부에서 다루어진 소문인 경우, 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제61조 제2항 명예훼손죄의 공연성을 인정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 법'이라고만 한다) 제61조 제2항에 규정된 정보통신망을 이용한 명예훼손죄에 있어서의 사실의 적시란 반드시 사실을 직접적으로 표현한 경우에 한정할 것은 아니고, 간접적이고

우회적인 표현에 의하더라도 그 표현의 전 취지에 비추어 그와 같은 사실의 존재를 암시하고, 또 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도의 구체성이 있으면 족한 것인데 (대법원 1991. 5. 14. 선고 91도420 판결, 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다37647 판결 등 참조), 원심판결 이유와 원심이 인용한 제1심판결의 채용 증거들에 의하면, 피고인은 인터넷 포탈사이트의 피해자에 대한 기사란에 그녀가 재벌과 사이에 아이를 낳거나 아이를 낳아준 대가로 수십억 원을 받은 사실이 없음에도 불구하고, 그러한 사실이 있는 것처럼 댓글이 붙어 있던 상황에서, 추가로 "지고지순이 뜻이 뭔지나 아니? 모 재벌님하고의 관계는 끝났나?"라는 내용의 댓글을 게시하였다는 것인바, 위와 같은 댓글이 이루어진 장소, 시기와 상황, 그 표현의 전 취지 등을 위 법리에 비추어 보면, 피고인의 위와 같은 행위는 간접적이고 우회적인 표현을 통하여 위와 같은 허위 사실의 존재를 구체적으로 암시하는 방법으로 사실을 적시한 경우에 해당한다고 하지 않을 수 없으므로, 피고인의 위 주장은 받아들여질 수 없는 것이다.

…

피고인은 자신이 게시한 내용은 연예정보를 다루는 모든 방송, 신문, 잡지 등에서 다루어진 내용이기에 공연성이 없는 것이라고도 주장하나, 피고인의 위 주장 또한 피고인이 제1심판결에 대하여 항소하면서 그와 같은 사유를 항소이유로 삼은 바 없음이 기록상 명백하고, 원심판결이 위 상고이유에 관하여 직권으로 심판대상으로 삼은 바도 없으므로 앞서 본 법리에 비추어 적법한 상고이유가 될 수 없다.

나아가 직권으로 살펴보더라도, 구 법 제61조 제2항 위반죄에 있어서 공연성이란 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하는 것인바 (대법원 2004. 6. 25. 선고 2003도4934 판결, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도8155 판결 등 참조), 적시된 사실이 이미 사회의 일부에서 다루어진 소문이라고 하더라도 이를 적시하여 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 행위를 한 때에는 명예훼손에 해당한다 할 것이고(대법원 1994. 4. 12. 선고 93도3535 판결 참조), 원심판결 이유와 원심이 인용한 제1심판결의 채용 증거들에 의하면, 피고인이 게시한 댓글은 해당 인터넷 포탈사이트를 이용하는 불특정 다수의 이용자들이 쉽게 그 내용을 확인할 수 있는 것이었음을 알 수 있으므로, 피고인이 위와 같이 인터넷 포탈사이트의 기사란에 댓글을 게재한 행위는 당연히 공연성이 있는 것이라고 할 것이다. 따라서 피고인의 위 주장 또한 받아들여질 수 없는 것이다.

〈선정이유〉

사회의 일부에 이미 알려진 사실에 대해서도 명예훼손의 공연성이 인정될 수 있는지, 사실의 적시는 반드시 직접적인 사실 표현이어야 하는지 등에 대한 대법원의 입장을 제시한 판결이다.

236. 일대일 비밀대화의 공연성

(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도8155 판결)

〈쟁점〉

개인 블로그의 비공개 대화방에서 일대일 비밀대화로 사실을 적시한 경우에도 명예훼손죄의 요건인 공연성을 인정할 여지가 있는지 여부

〈판결요지〉

원심은, 피고인이 ○○이라는 아이디를 사용하는 자(이하 ‘ ○○’이라고 한다)와 사이에 나눈 공소사실과 같은 대화는 피고인의 인터넷 블로그(http: 이하 URL 생략)에서 이루어진 일대일 비밀대화로서 공연성이 없으므로 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 정보통신망을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 경우에 해당하지 아니한다고 판단하였다.

그러나 명예훼손죄의 구성요건인 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하므로 비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하였다 하더라도 그로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족한다 할 것이다(대법원 1985. 4. 23. 선고 85도431 판결, 대법원 1990. 7. 24. 선고 90도1167 판결 등 참조).

그런데 원심판결 이유와 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거에 의하면, 원심이 판시한 위 일대일 비밀대화란 피고인이 ○○의 인터넷 블로그의 비공개 대화방에서 ○○과 사이에 일대일로 대화하면서 그로부터 비밀을 지키겠다는 말을 듣고 한 대화를 일컫는 것으로 보이는데, 위 대화가 인터넷을 통하여 일대일로 이루어졌다는 사정만으로 그 대화 상대방이 대화내용을 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 없다고 할 수는 없는 것이고, 또 ○○이 비밀을 지키겠다고 말하였다고 하여 그가 당연히 대화내용을 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 없다고 할 수도 없는 것이므로, 원심이 판시한 위와 같은 사정만으로 위 대화가 공연성이 없다고 할 수는 없다.

그러므로 원심으로서는 피고인과 ○○이 위 대화를 하게 된 경위, ○○과 피고인 및 피해자 사이의 관계, 그 대화 당시의 상황, 위 대화 이후 ○○의 태도 등 제반 사정에 관하여 나아가 심리한 다음, 과연 ○○이 피고인으로부터 들은 내용을 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 여부에 대하여 검토하여 공연성의 존부를 판단하였어야 할 것이다.

〈선정이유〉

대법원의 선택하고 있는 공연성의 다른 개념으로 전파가능성의 의미를 잘 설명해 주고 있는 판결이다.

237. 기자에 대한 사실적시와 공연성

(대법원 2000. 5. 16. 선고 99도5622 판결)

〈쟁점〉

보통 사람에게 사실을 적시할 경우와 기자를 통해 사실을 적시하는 경우 전파가능성 판단시점과 판단기준의 이동

〈판결요지〉

명예훼손죄의 구성요건인 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하고(대법원 1991. 6. 25. 선고 91도347 판결 등 참조), 비록 개별적으로 한사람에 대하여 사실을 유포하였다고 하더라도 그로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족하지만 이와 달리 전파될 가능성이 없다면 특정한 한 사람에 대한 사실의 유포는 공연성을 결한다

고 할 것이다(대법원 1992. 5. 26. 선고 92도445 판결, 1996. 7. 12. 선고 96도1007 판결 등 참조).

한편, 통상 기자가 아닌 보통 사람에게 사실을 적시할 경우에는 그 자체로서 적시된 사실이 외부에 공표되는 것이므로 그 때부터 곧 전파가능성을 따져 공연성 여부를 판단하여야 할 것이지만, 그와는 달리 기자를 통해 사실을 적시하는 경우에는 기사화되어 보도되어야만 적시된 사실이 외부에 공표된다고 보아야 할 것이므로 기자가 취재를 한 상태에서 아직 기사화하여 보도하지 아니한 경우에는 전파가능성이 없다고 할 것이어서 공연성이 없다고 봄이 상당하다.

기록에 의하면, 피고인이 주간신문 충청리뷰의 기자 공소외 권혁상과의 전화인터뷰에서 공소외 4 및 망 공소외 1에 관하여 이 사건 명예훼손 및 사자명예훼손의 점에 관한 공소사실 기재와 같은 취지의 이야기를 하였지만, 권혁상이 이러한 피고인의 진술을 기사화하여 보도하지는 아니한 사실을 인정할 수 있으므로, 같은 취지에서 이 사건 명예훼손 및 사자명예훼손의 점에 관한 공소사실에 대하여는 공연성이 없다고 판단하여 무죄를 선고한 제1심판결을 유지한 원심의 판단은 수긍할 수 있고 거기에 명예훼손죄에 있어서의 공연성에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 검사의 상고도 받아들일 수 없다.

〈선정이유〉

사실의 적시가 공연성이 있는가를 판단하는 기준으로 대법원의 전파가능성이 보통사람에게 사실을 적시한 경우와 기자에게 사실을 적시한 경우가 다르다고 판단하고 있는 대법원의 법리가 표현되고 있는 판결이다.

238. 비방의 목적과 공공의 이익

(대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도10864 판결)

〈쟁점〉

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조에서 정한 '사람을 비방할 목적' 유무의 판단 기준 및 '공공의 이익'을 위한 것과의 관계

〈판결요지〉

법 제70조 제1, 2항에서 정한 '사람을 비방할 목적'이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로, 사람을 비방할 목적이 있는지 여부는 당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·형량하여 판단되어야 한다. 또한 비방할 목적이란 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있으므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다고 봄이 상당하고, 여기에서 '적시한 사실이 공공의 이익에 관한 경우'라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하는데, 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기

타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함하는 것이다. 나아가 그 적시된 사실이 이러한 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 당해 명예훼손적 표현으로 인한 피해자가 공무원 내지 공적 인물과 같은 공인(공인)인지 아니면 사인(사인)에 불과한지 여부, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지 여부, 피해자가 그와 같은 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지 여부, 그리고 그 표현에 의하여 훼손되는 명예의 성격과 그 침해의 정도, 그 표현의 방법과 동기 등 제반 사정을 고려하여 판단하여야 하고, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다

〈선정이유〉

행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다는 대법원의 법리를 보여주는 비교적 최근 판결이다.

239. 명예훼손죄의 종료시기

(대법원 2007. 10. 25. 선고 2006도346 판결)

〈쟁점〉

(정보통신망을 이용한) 명예훼손의 경우 범죄행위의 종료시기

〈판결요지〉

원심판결 이유에 의하면 원심은, 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에도 게재행위의 종료만으로 범죄행위가 종료하는 것이 아니고 원래 게시물이 삭제되어 정보의 송수신이 불가능해지는 시점을 범죄의 종료시기로 보아서 이 때부터 공소시효를 기산하여야 한다는 검사의 주장을 배척하고, 이 경우도 게재행위 즉시 범죄가 성립하고 종료한다고 판단하였다.

살피건대, 서적·신문 등 기존의 매체에 명예훼손적 내용의 글을 게시하는 경우에 그 게시행위로써 명예훼손의 범행은 종료하는 것이며 그 서적이나 신문을 회수하지 않는 동안 범행이 계속된다고 보지는 않는다는 점을 고려해 보면, 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에, 게시행위 후에도 독자의 접근가능성이 기존의 매체에 비하여 좀 더 높다고 볼 여지가 있다 하더라도 그러한 정도의 차이만으로 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에 범죄의 종료시기가 달라진다고 볼 수는 없다. 따라서 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

명예훼손죄의 종료시기, 특히 정보통신망 등 전파력이 강한 매체를 이용한 명예훼손죄의 경우에

도 동일하게 사실의 게시, 게재행위로서 범행이 종료한다고 보는 판례의 입장을 보여주는 판결이다.

240. 제310조 위법성 조각의 적용 범위

(대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결)

〈쟁점〉

형법 제310조 소정의 '진실한 사실'의 의미, 형법 제309조 제1항과 제310조와의 관계 및 형법 제310조 소정의 '오로지 공공의 이익에 관한 때'의 의미 및 그 판단 기준

〈판결요지〉

형법은 명예에 관한 죄에 대하여 제307조 및 제309조에서 적시한 사실이 진실인지 허위인지에 따라 법정형을 달리 규정하고 제310조에서 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니하다고 규정하고 있는바, 여기서 진실한 사실이란 그 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실이라는 의미로서 세부(세부)에 있어 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있더라도 무방하다고 할 것이다.

기록에 의하여 살펴보면, 피고인이 1995. 6. 15.경 실시된 서울특별시 개인택시운송사업조합(이하 이 사건 조합이라고 한다) 이사장 선거에 출마하여 경쟁 후보자였던 피해자과 당선 경쟁을 하면서 선거운동을 하던 중 조합원들에게 배포한 이 사건 인쇄물에서 적시한 사실은 '이 사건 조합의 전(전) 이사장이 대의원총회에서 불신임당하고 업무상의 비리로 인하여 구속된 사실', '피해자가 조합을 상대로 소송을 제기한 사실', '피해자가 전 이사장과 같은 친목회에 소속하여 있는 등 친밀한 관계를 유지하고 있었던 사실', '피고인이 합동유세를 공개 제의하였는데 피해자가 반응을 보이지 않다가 선거일에 임박해서야 반박한 사실' 등 그 중요한 부분이 객관적 사실과 합치하고, 그 문맥 중에 "탄생시킨 주역", "추종", "저의", "조합원을 기만하고 우롱하는 행위" 등의 다소 감정적이고 과격한 표현방법이 사용되었다 하여 그 적시한 사실이 전체적으로 보아 허위라고 보기 어렵다.

…

형법은 제309조 제1항에서 '사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조 제1항의 죄를 범한 자'를 제307조 제1항의 명예훼손죄보다 가중 처벌하는 규정을 두고 있는바, 형법 제309조 제1항 소정의 출판물에의한명예훼손죄의 구성요건에 해당하기 위하여는 주관적 요건으로서 비방 목적 및 객관적 요건으로서 출판물 등의 방법에 의할 것을 모두 구비하여야 하고 그 중 하나라도 결한 때에는 위 죄는 성립하지 않는 것이다. 여기의 '기타 출판물'에 해당한다고 하기 위하여는, 사실적시의 방법으로서 출판물 등을 이용하는 경우 그 성질상 다수인이 견문할 수 있는 높은 전파성과 신뢰성 및 장기간의 보존가능성 등 피해자에 대한 법익침해의 정도가 더욱 크다는 데 그 가중처벌의 이유가 있는 점에 비추어 보면, 그것이 등록·출판된 제본 인쇄물이나 제작물은 아니라고 할지라도 적어도 그와 같은 정도의 효용과 기능을 가지고 사실상 출판물로 유통·통용될 수 있는 외관을 가진 인쇄물로 볼 수 있어야 할 것이다(대법원 1997. 8. 26. 선고 97도133 판결 참조). 또한 여기의 '사람을 비방할 목적'이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에

있다고 할 것이므로, 형법 제310조의 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다는 규정은 사람을 비방할 목적이 있어야 하는 형법 제309조 제1항 소정의 행위에 대하여는 적용되지 아니하고 그 목적을 필요로 하지 않는 형법 제307조 제1항의 행위에 한하여 적용되는 것이고(대법원 1960. 10. 26. 선고 4293형상823 판결, 1984. 9. 11. 선고 84도1547 판결 등 참조), 반면에 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방 목적은 부인된다고 봄이 상당하므로 이와 같은 경우에는 형법 제307조 제1항 소정의 명예훼손죄의 성립 여부가 문제될 수 있고 이에 대하여는 다시 형법 제310조에 의한 위법성 조각 여부가 문제로 될 수 있다고 할 것이다.

그리고 형법 제310조에서 '오로지 공공의 이익에 관한 때'라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하는 것인데, 여기의 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함하는 것이고(대법원 1997. 4. 11. 선고 97도88 판결 참조), 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 하며, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없는 것이다(대법원 1989. 2. 14. 선고 88도899 판결, 1995. 11. 10. 선고 94도1942 판결, 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결 등 참조).

〈선정이유〉

명예훼손죄에 있어서 특수한 위법성조각사유인 형법 제310조의 적용대상이 무엇인지에 대한 대법원의 법리를 잘 보여주는 대표적인 판결이다.

241. 오로지 공공의 이익에 관한 증명책임

(대법원 2007. 5. 10. 선고 2006도8544 판결)

〈쟁점〉

형법 제310조의 위법성조각사유에 해당하기 위한 요건 및 그 증명 책임의 소재

〈판결요지〉

방송 등 언론매체가 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우 형법 제310조에 의하여 처벌되지 않기 위해서는 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 될 뿐만 아니라, 그 적시된 사실이 진실한 것이거나 적어도 행위자가 그 사실을 진실한 것으로 믿었고, 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있어야 할 것이며 (대법원 2002. 9. 24. 선고 2002도3570 판결 등 참조), 한편 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점은 행위자가 증명하여야 한다(대법원 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결 등 참조).

위와 같은 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 14개 교육·시민단체가 시교육청 기자실에서 학교급식제도 개선촉구를 위한 공동기자회견을 열어 배포한 기자회견문 중 제11항의 '공산품 관련 모 업체는 학교 급식업체 선정 과정에서 5%의 리베이트를 주는 조건을 제시하여 6개 학교에서 선정되었으며, 그 중 1개 학교에서는 그 리베이트로 간식을 넣어주고 있다'라는 사실이 진실한 것이 아님에도 불구하고, 언론기관 소속 보도기자인 피고인이 위 교육·시민단체의 담당자 또는 위 '공산품 관련 모 업체'로 지목된 (상호 생략)유통을 상대로 진위 확인을 위한 조사를 제대로 하지 아니한 채 기자회견문 및 그 질의응답과정에서 알려진 추가적 사실만을 기초로 하여 마치 독자적인 취재에 의하여 (상호 생략)유통이 6개 학교에 리베이트를 제공한 대가로 급식 납품업체로 선정된 것을 확인한 것처럼 단정적인 기사를 작성·보도하였는바, 이 사건에서 신속한 보도가 요구되거나 취재원의 신빙성이 담보되는 등의 특단의 사정이 없는 한 피고인이 교육·시민단체가 제공한 기자회견문의 내용이 진실하다고 믿은 데에 상당한 이유가 있다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

〈선정이유〉

그 법적 성격이 무엇인지에 대한 논의의 대상이 되는 제310조의 위법성 조각사유에서 오로지 공공의 이익에 관한 것임을 증명해야할 책임이 피고인에게 전환되었음을 명시하고 있는 판결이다.

242. '기타 출판물'의 의미

(대법원 2000. 2. 11. 선고 99도3048 판결)

〈쟁점〉

형법 제309조 제1항 소정의 '기타 출판물'에 해당하기 위한 요건

〈판결요지〉

형법이 출판물 등에 의한 명예훼손죄를 일반 명예훼손죄보다 중벌하는 이유는 사실적시의 방법으로서의 출판물 등의 이용이 그 성질상 다수인이 견문할 수 있는 높은 전파성과 신뢰성 및 장기간의 보존가능성 등 피해자에 대한 법익침해의 정도가 더욱 크다는 데 있는 점에 비추어 보면, 형법 제309조 제1항 소정의 '기타 출판물'에 해당한다고 하기 위하여는 그것이 등록·출판된 제본인쇄물이나 제작물은 아니라고 할지라도 적어도 그와 같은 정도의 효용과 기능을 가지고 사실상 출판물로 유통·통용될 수 있는 외관을 가진 인쇄물로 볼 수 있어야 한다(대법원 1997. 8. 26. 선고 97도133 판결, 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결 등 참조).

위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 원심이 피고인이 작성하여 우송 또는 교부한 이 사건 유인물은 컴퓨터 워드프로세서로 작성되고 프린트된 A4용지 7쪽 분량의 인쇄물로서 보통편지봉투에 넣어 우송될 수 있을 정도에 불과한 것으로, 그 외관이나 형식 및 그 작성경위 등에 비추어 볼 때, 그것이 등록된 간행물과 동일한 정도의 높은 전파성, 신뢰성, 보존가능성 등을 가지고 사실상 유통·통용될 수 있는 출판물이라고 보기 어렵다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 출판물에의한명예훼손죄에 있어서 출판물에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

기타 출판물에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 효용과 기능의 측면에서 사실상 출판물로 유통·통용될 수 있는 외관을 갖춘 경우여야 한다는 기준을 제시한 대표적인 판결이다.

243. 제309조 제2항의 간접정범

(대법원 2009. 11. 12. 선고 2009도8949 판결)

〈쟁점〉

허위 사실을 알지 못하는 신문사 기자에게 허위 기사를 제공하여 이를 기사화한 경우 형법 제309조 제2항의 (간접)정범의 성립여부

〈판결요지〉

형법 제309조 제2항 소정의 '사람을 비방할 목적'이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로, 사람을 비방할 목적이 있는지 여부는 당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교, 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도4850 판결 참조). 그리고 타인을 비방할 목적으로 허위사실인 기사의 재료를 신문기자에게 제공한 경우에 그 기사를 신문지상에 게재하느냐의 여부는 오로지 당해 신문의 편집인의 권한에 속한다고 할 것이나, 그 기사를 편집인이 신문지상에 게재한 이상 그 기사의 게재는 기사재료를 제공한 자의 행위에 기인한 것이므로, 그 기사재료를 제공한 자는 형법 제309조 제2항 소정의 출판물에 의한 명예훼손죄의 죄책을 면할 수 없는 것이다(대법원 1994. 4. 12. 선고 93도3535 판결 참조).

원심은 그 채택증거들을 종합하여 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 피고인이 스포츠서울닷컴의 기자인 공소외인에게 연예인인 송일국의 실명을 거론하면서 송일국으로부터 폭행을 당하여 상해를 입었다는 취지의 허위사실을 적시함으로써 피해자를 비방할 목적으로 이 사건 기사의 자료를 제공하여 그 내용이 진실한 것으로 오신한 기자로 하여금 허위기사를 작성하게 하고 피고인의 용인 아래 그 기사가 공표된 이상 피고인이 출판물에 의한 명예훼손죄의 죄책을 면할 수 없다고 판단하였다.

〈선정이유〉

허위사실 적시 출판물등에 의한 명예훼손죄를 기자가 아닌 자가 정을 모르는 기자를 이용해서 범할 수 있는지에 대한 대법원의 입장을 밝힌 판결이다.

244. 집단표시에 의한 모욕죄

(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011도15631 판결)

〈쟁점〉

집단표시에 의한 모욕이 집단 구성원 개개인에 대한 모욕죄를 구성하는 경우 및 구체적인 판단 기준

〈판결요지〉

모욕죄는 특정한 사람 또는 인격을 보유하는 단체에 대하여 사회적 평가를 저하시킬 만한 경멸적 감정을 표현함으로써 성립하는 것이므로 그 피해자는 특정되어야 한다.

그리고 이른바 집단표시에 의한 모욕은, 모욕의 내용이 그 집단에 속한 특정인에 대한 것이라고는 해석되기 힘들고, 집단표시에 의한 비난이 개별구성원에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어 구성원 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 아니한 경우에는 구성원 개개인에 대한 모욕이 성립되지 않는다고 봄이 원칙이고, 그 비난의 정도가 희석되지 않아 구성원 개개인의 사회적 평가를 저하시킬 만한 것으로 평가될 경우에는 예외적으로 구성원 개개인에 대한 모욕이 성립할 수 있다. 한편 구성원 개개인에 대한 것으로 여겨질 정도로 구성원 수가 적거나 당시의 주위 정황 등으로 보아 집단 내 개별구성원을 지칭하는 것으로 여겨질 수 있는 때에는 집단 내 개별구성원이 피해자로서 특정된다고 보아야 할 것인데, 그 구체적인 기준으로는 집단의 크기, 집단의 성격과 집단 내에서의 피해자의 지위 등을 들 수 있다(대법원 2003. 9. 2. 선고 2002다63558 판결, 대법원 2013. 1. 10. 선고 2012도13189 판결 등 참조).

…

기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 피고인을 수사기관에 고소한 여성 아나운서는 154명이고, △△△△△△연합회에 등록된 여성 아나운서의 수는 295명에 이르며, 피고인의 발언 대상인 '여성 아나운서'라는 집단은 직업과 성별로만 분류된 집단의 명칭으로서 그 중에는 이 사건 고소인들이 속한 공중파 방송 아나운서들로 구성된 △△△△△△연합회에 등록된 사람뿐만 아니라 유선방송에 소속되어 있거나 그 밖의 다양한 형태로 활동하는 여성 아나운서들이 존재하므로 '여성 아나운서'라는 집단 자체의 경계가 불분명하고 그 조직화 및 결속력의 정도 또한 견고하다고 볼 수 없는 점, ② 피고인의 발언 대상이 그 중 피고인을 고소한 여성 아나운서들이 속한 △△△△△△연합회만을 구체적으로 지칭한다고 보기도 어려운 점, ③ 피고인의 이 사건 발언은, 비록 그 발언 내용이 매우 부적절하고 저속하기는 하지만, 앞서 본 여성 아나운서 집단의 규모와 조직 체계, 대외적으로 구성원의 개성이 부각되는 정도에 더하여 그 발언의 경위와 상대방, 발언 당시의 상황, 그 표현의 구체적 방식과 정도 및 맥락 등을 고려해 보면 위 발언으로 인하여 곧바로 피해자들을 비롯한 여성 아나운서들에 대한 기존의 사회적 평가를 근본적으로 변동시킬 것으로 보이지는 아니하는 점, ④ 피해자들을 비롯한 여성 아나운서들은 방송을 통해 대중에게 널리 알려진 사람들이어서 그 생활 범위 내에 있는 사람들이 문제된 발언과 피해자들을 연결시킬 가능성이 있다는 이유만으로 곧바로 그 집단 구성원 개개인에 대한 모욕이 된다고 평가하게 되면 모욕죄의 성립 범위를 지나치게 확대시킬 우려가 있는 점 등을 종합해 보면, 피고인의 이 사건 발언은 여성 아나운서 일반을 대상으로 한 것으로서 그 개별구성원인 피해자들에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어 피해자 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에까지는 이르지 아니하므로 형법상 모욕죄에 해당한다고 보기는 어렵다고 볼 여지가 충분하다.

〈선정이유〉

집단명칭에 의한 모욕죄의 가능성을 다룬 대법원의 흔치 않은 판결이다.

Ⅱ. 신용, 업무와 경매에 관한 죄

245. 신용의 의미

(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도5549 판결)

〈쟁점〉

신용훼손죄에서 '신용'의 의미

〈판결요지〉

형법 제313조에 정한 신용훼손죄에서의 '신용'은 경제적 신용, 즉 사람의 지불능력 또는 지불의사에 대한 사회적 신뢰를 의미한다 (대법원 1969. 1. 21. 선고 68도1660 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도6264 판결 등 참조).

원심은, 이 사건 퀵서비스의 주된 계약내용이 신속하고 친절한 배달이라 하더라도, 그와 같은 사정만으로 허위의 사실을 유포하여 손님들로 하여금 불친절하고 배달을 지연시킨 사업체가 피해자 운영의 퀵서비스 업체인 것처럼 인식하게 한 피고인의 행위가 피해자의 경제적 신용, 즉 지불능력이나 지불의사에 대한 사회적 신뢰를 저해하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다는 이유로 이 사건 주위적 공소사실이 신용훼손죄에 해당하지 아니한다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같이 형법 제313조에 정한 신용훼손죄에서의 '신용'의 의미에 관한 법리오해의 위법이 없다.

〈선정이유〉

형법 제313조 신용훼손죄에서의 '신용'의 의미를 정의하고 있는 판결이다.

246. 허위사실 유포의 의미

(대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도1313 판결)

〈쟁점〉

신용훼손죄와 업무방해죄에 있어서 허위사실의 유포의 의미 및 전파가능성을 이유로 허위사실의 유포를 인정하는 경우, 주관적 요소로서 고의의 내용과 고의 유무의 판단 방법

〈판결요지〉

형법 제313조에 정한 신용훼손죄에서의 '신용'은 경제적 신용, 즉 사람의 지불능력 또는 지불의사에 대한 사회적 신뢰를 말하는 것이다(대법원 1969. 1. 21. 선고 68도1660 판결 참조). 그리고 같은 조에 정한 '허위의 사실을 유포한다'고 함은 실제의 객관적인 사실과 다른 사실을 불특정 또는 다수인에게 전파시키는 것을 말하는데, 이러한 경우 그 행위자에게 행위 당시 자신이 유포한 사실이 허위라는 점을 적극적으로 인식하였을 것을 요한다고 할 것이며 대법원 1994. 1. 28. 선고

93도1278 판결 참조), 이와 같이 전파가능성을 이유로 허위사실의 유포를 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하고, 그 행위자가 전파가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 그 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 할 것이다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2004도340 판결 참조). 이는 같은 행위를 구성요건으로 하는 업무방해죄의 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.

〈선정이유〉

형법 제313조의 '허위의 사실을 유포한다'는 법문의 의미를 정의하고 있는 판결이다.

247. 사실과 가치판단, 사실과 미래

(대법원 1983. 2. 8. 선고 82도2486 판결)

〈쟁점〉

단순한 의견이나 가치판단의 표시가 신용훼손죄 소정의 허위사실의 유포에 해당하는지, 미래사실도 허위사실에 해당할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

피고인은 가정주부로서 피해자에게 1980.1.20부터 8.20까지 사이에 4차에 걸쳐 도합 금 9,000,000원을 대여하고, 그 밖에 계관계로 동녀에게 금 5,874,000원의 채권을 가지게 되어 피고인의 동녀에 대한 채권은 1981.5.22 현재 위 대여금에 대한 이자 금 1,190,000원을 합하여 모두 금 16,664,000원에 이르게 된 사실, 피해자는 8년전부터 남편없이 3자녀를 데리고 많은 계를 조직운영하면서 생계를 꾸려왔으나 계원들의 계금불입상황이 원활하지 못하여 앞서 본 바와 같이 피고인으로부터 다액의 채무를 부담하게 되자 1980.9.9경 동녀 소유의 아파트 1채 금 7,400,000원 상당과 가재도구 일체를 피고인에게 담보로 제공하고 동녀가 계운영관계 등으로부터 갖게 된 공소외 16인에 대한 채권을 피고인에게 양도하게 된 사실, 피해자가 운영하던 낙찰계 2개와 번호계 7개는 계원들의 불입금 납입상황이 불량하여 대부분 중도에서 파계된 사실을 인정할 수 있다.

1. 먼저 피고인에 대한 신용훼손의 공소사실에 관하여 살피건대, 원심은 피고인이 피해자 운영의 계운영권 일체를 인수받아 운영하기로 마음먹고 1980.12. 하순경 및 1981.1.15.13:00경 계원 수명이 모인자리에서 " 피해자는 집도 없고 남편도 없는 과부이며, 계주로서 계불입금을 모아서 도망가더라도 어느 한 사람 책임지고 도와줄 사람없는 알몸이니 피해자에게 불입금을 주지말고 나에게 달라." " 나는 1억원 상당의 집이 있고, 남편도 공무원이므로 안심하고, 계불입금을 주면 책임지고 계를 잘 운영하겠다." 라는 취지로 말하여 피해자가 계원들의 계불입금을 모아 당장이라도 도망갈 것처럼 허위의 사실을 유포하여 피해자의 신용을 훼손하였다고 판단하여 동 공소사실에 대하여 유죄를 선고한 제1심판결을 유지하고 있다.

…

형법상 신용훼손죄는 허위사실의 유포 기타 위계로써 사람의 신용을 훼손할 것을 요하고, 여기서 허위사실의 유포라 함은 객관적으로 보아 진실과 부합하지 않는 과거 또는 현재의 사실을 유포하는 것으로서(미래의 사실도 증거에 의한 입증이 가능할 때에는 여기의 사실에 포함된다고 할 것이다.) 피고인의 단순한 의견이나 가치판단을 표시하는 것은 이에 해당하지 않는다고 할 것인바, 피해자의 경위서(수사기록 제108면), 동인에 대한 진술조서(수사기록 제112면, 제171면 이하, 제340면 이하)의 각 기재에 의하면, 피해자는 8년전부터 남편없이 3자녀를 데리고 생계를 꾸려왔을 뿐 아니라 앞서 본 바와 같이 피고인에 대한 다액의 채무를 담보하기 위해 동녀의 아파트와 가재도구까지를 피고인에게 제공한 사실이 인정되니 위 피해자가 집도, 남편도 없는 과부라고 말한 것이 허위사실이 될 수 없고, 또 피해자가 계주로서 계불입금을 모아서 도망가더라도 책임지고 도와줄 사람이 없다는 취지의 피고인의 말은 피고인의 피해자 계주에 대한 개인적 의견이나 평가를 진술한 것에 불과하여 이를 허위사실의 유포라고 볼 수 없음에도 불구하고 피고인의 신용훼손사실을 유죄로 단정한 제1심 판결을 유지한 원심판결에는 형법상 허위사실의 유포에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 .(그 밖에 피고인이 피해자의 신용을 훼손할 목적을 감추고 그 목적을 달성하려는 위계를 쓴 사실을 뒷받침할 자료도 기록상 찾아볼 수 없다)

〈선정이유〉

허위사실이 아니라 단순한 의견표명이나 가치판단인 경우에는 신용훼손이 될 수 없고, 미래의 사실이라도 그것이 증명 가능하다면 신용훼손이 가능하다는 법리를 제시하고 있는 판결이다.

248. 보호대상으로 업무

(대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도7081 판결)

〈쟁점〉

업무방해죄 보호대상인 '업무'의 의미

〈판결요지〉

형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 '업무'라 함은 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 업무방해죄의 보호대상이 되는 '업무'에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2001. 11. 30. 선고 2001도2015 판결, 대법원 2007. 1. 12. 선고 2006도6599 판결 등 참조).

한편 구 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10261호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다)은 제2조 제1항 제2호에서 성매매알선 등 행위에 해당하는 행위로 '성매매를 알선·권유·유인 또는 강요하는 행위', '성매매의 장소를 제공하는 행위' 등을 규정하고, 그 제4조 제2호 및 제4호에서는 성매매알선행위와 성을 파는 행위를 하게 할 목적으로 타인을 고용·모집하는 행위를 금지하고, 이에 위반하여 성매매알선 등 행위를 한 자 및 그 미수범을 형사처벌하도록 규정하고 있으므로(법 제19조 제1항 제1호, 제19조 제2항 1호, 제23조 등 참조), 성매매알

선 등 행위는 법에 의하여 원천적으로 금지된 행위로서 형사처벌의 대상이 되는 중대한 범죄행위일 뿐 아니라 정의관념상 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠는 경우에 해당하므로 이는 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무라고 볼 수 없다 .

이러한 법리를 기록에 비추어 살펴보면, 피해자 공소외 1은 2005. 4.경부터 3년간 수원역 인근 사창가 골목에서 윤락녀를 고용하여 성매매업소를 운영하여 온 사실 등을 알 수 있고, 위 성매매업소 운영에는 성매매를 알선·권유하거나 성매매장소를 제공하는 행위 등이 필연적으로 수반되는 것이어서 그 업소의 운영자는 법 제19조 제1항 제1호의 성매매알선 등 행위를 한 자 또는 법 제19조 제2항 제1호의 영업으로 성매매알선 등 행위를 한 자에 해당하므로, 이 부분 공소사실에 적시된 위 피해자의 성매매업소 운영업무는 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무라고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

업무방해죄를 통해 보호하고자 하는 업무에 포함될 수 없는 경우는 어떤 경우인지에 대한 기준을 제시하고 있는 판결이다.

249. 업무방해죄와 공무집행방해죄의 차이

(대법원 2009. 11. 19. 선고 2009도4166 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

공무원이 직무상 수행하는 '공무'를 방해하는 행위를 업무방해죄로 의율할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

1. 형법상 업무방해죄는 허위의 사실을 유포하거나 기타 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해하거나(제314조 제1항), 컴퓨터 등 정보처리장치 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 때에(제314조 제2항) 성립하는 범죄이다. 업무방해죄의 보호법익은 업무를 통한 사람의 사회적·경제적 활동을 보호하려는 데 있으므로, 그 보호대상이 되는 '업무'라 함은 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업을 말하고, 여기서 '사무' 또는 '사업'은 단순히 경제적 활동만을 의미하는 것이 아니라 널리 사람이 그 사회생활상의 지위에서 계속적으로 행하는 일체의 사회적 활동을 의미한다고 보아야 한다.

그런데 형법은 업무방해죄와는 별도로 '공무방해에 관한 죄'(제2편 제8장)의 하나로서 폭행, 협박 또는 위계로써 공무원의 직무집행을 방해하는 행위를 공무집행방해죄로 규정하고 있다(제136조 제1항, 제137조). 공무집행방해죄에서의 '직무의 집행'이란 널리 공무원이 직무상 취급할 수 있는 사무를 행하는 것을 의미하는데, 이 죄의 보호법익이 공무원에 의하여 구체적으로 행하여지는 국가 또는 공공기관의 기능을 보호하고자 하는 데 있는 점을 감안할 때, 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 공무집행방해죄가 성립하고, 여기에서 적법한 공무집행이라고 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것으로 보아야 한다 (대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결 등 참조).

이와 같이 업무방해죄와 공무집행방해죄는 그 보호법익과 보호대상이 상이할 뿐만 아니라 업무방해죄의 행위유형에 비하여 공무집행방해죄의 행위유형은 보다 제한되어 있다. 즉 공무집행방해죄는 폭행, 협박에 이른 경우를 구성요건으로 삼고 있을 뿐 이에 이르지 아니하는 위력 등에 의한 경우는 그 구성요건의 대상으로 삼고 있지 않다. 또한 형법은 공무집행방해죄 외에도 직무강요죄(제136조 제2항), 법정 또는 국회회의장모욕죄(제138조), 인권옹호직무방해죄(제139조), 공무상 비밀표시무효죄(제140조), 부동산강제집행효용침해죄(제140조의2), 공용서류등 무효죄(제141조 제1항), 공용물파괴죄(제141조 제2항), 공무상 보관물무효죄(제142조) 및 특수공무방해죄(제144조) 등과 같이 여러 가지 유형의 공무방해행위를 처벌하는 규정을 개별적·구체적으로 마련하여 두고 있으므로, 이러한 처벌조항 이외에 공무의 집행을 업무방해죄에 의하여 보호받도록 하여야 할 현실적 필요가 적다는 측면도 있다.

그러므로 형법이 업무방해죄와는 별도로 공무집행방해죄를 규정하고 있는 것은 사적 업무와 공무를 구별하여 공무에 관해서는 공무원에 대한 폭행, 협박 또는 위계의 방법으로 그 집행을 방해하는 경우에 한하여 처벌하겠다는 취지라고 보아야 할 것이고, 따라서 공무원이 직무상 수행하는 공무를 방해하는 행위에 대해서는 업무방해죄로 의율할 수는 없다고 해석함이 상당하다.

…

피고인들이 충남지방경찰청 1층 민원실에서 자신들이 진정한 사건의 처리와 관련하여 지방경찰청장의 면담 등을 요구하면서 이를 제지하는 경찰관들에게 큰소리로 욕설을 하고 행패를 부린 행위가 경찰관들의 수사관련 업무를 방해한 것이라는 이유로 업무방해죄를 인정하였는바, 위에서 살펴본 법리에 비추어 볼 때 원심의 판단은 업무방해죄의 성립범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

〈선정이유〉

처벌필요성을 근거로, 공공기관 민원실에서 민원인들이 위력에 해당하는 소란을 피운 행위에 대하여 공무집행방해죄로 처벌할 수 없으면 업무방해죄로 처벌할 수 있다는 논리를 거부한 대법원 전원합의체 판결이다.

250. 컴퓨터 등 장애 업무방해죄의 구성요건

(대법원 2012. 5. 24. 선고 2011도7943 판결)

〈쟁점〉

형법 제314조 제2항의 컴퓨터 등 장애 업무방해죄 구성요건 중 '컴퓨터 등 정보처리장치', '손괴', '허위의 정보 또는 부정한 명령의 입력', '기타 방법'의 의미

〈판결요지〉

가. 형법 제314조 제1항의 업무방해죄는 위계 또는 위력으로 사람의 업무를 방해한 경우에 성립하고, 여기에서 '위력'이라 함은 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 유형·무형의 세력으로서 폭행·협박은 물론 사회적·경제적·정치적 지위와 권세에 의한 압박 등이 포함되며, 그러한

위력은 반드시 업무에 종사 중인 사람에게 직접 가해지는 것이 아니더라도 일정한 물적 상태를 만들어 그 결과 사람으로 하여금 자유롭고 정상적인 업무수행 활동을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 행위를 포함한다.

한편 형법 제314조 제2항의 컴퓨터 등 장애에 의한 업무방해죄는, 컴퓨터 등 정보처리장치 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리장치에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 경우에 성립하는데, 여기에서 '컴퓨터 등 정보처리장치'란 자동적으로 계산이나 데이터처리를 할 수 있는 전자장치로서 하드웨어와 소프트웨어를 모두 포함하고 (대법원 2004. 7. 9. 선고 2002도631 판결 참조), '손괴'란 유형력을 행사하여 물리적으로 파괴·멸실시키는 것뿐 아니라 전자기록의 소거나 자력에 의한 교란도 포함하며, '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 가해수단으로서 컴퓨터의 작동에 직접·간접으로 영향을 미치는 일체의 행위를 말한다.

공소외 1 조합의 감사 공소외 2가 조합장인 피고인을 공금횡령 등의 이유로 탄핵하기 위하여 2009. 7. 24. 통합조합의 이사회에서 조합장 탄핵결의안을 배포하는 등 피고인에 대한 탄핵을 주도한 사실, 이러한 사실을 알게 된 피고인은 감사 공소외 2가 자신을 탄핵하는 것을 저지하기 위하여 2009. 8. 14. 조합사무실에 있던 컴퓨터 중 경리 여직원이 사용하던 컴퓨터에 자신만이 아는 비밀번호를 설정하고, 조합업무 담당자 공소외 3이 사용하던 컴퓨터의 하드디스크를 분리하여 사무실 금고에 보관한 사실, 감사 공소외 2는 피고인이 위 컴퓨터에 작성하여 둔 각종 자료들을 출력하여 피고인에 대한 탄핵자료로 활용하려 하였으나, 피고인이 위와 같이 컴퓨터에 비밀번호를 설정하고 하드디스크를 분리하여 은닉하는 바람에 탄핵자료를 수집하지 못한 사실 등을 인정한 다음, 피고인이 위와 같이 컴퓨터에 비밀번호를 설정하고 하드디스크를 분리·보관함으로써 조합의 업무를 방해한 것은 형법 제314조 제1항의 위력에 의한 업무방해죄에 해당한다고 보아, 공소사실을 유죄로 인정하였다.

…

그런데 원심이 인정한 사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 컴퓨터와 하드디스크는 형법 제314조 제2항에 규정된 '컴퓨터 등 정보처리장치'에 해당하고, 업무수행을 위해서가 아니라 담당직원의 정상적인 업무수행을 방해할 의도에서 그 담당 직원의 의사와는 상관없이 함부로 컴퓨터에 비밀번호를 설정한 행위는 같은 항의 '허위의 정보 또는 부정한 명령의 입력'에 해당하며 컴퓨터의 하드디스크를 분리·보관한 행위는 같은 항의 '손괴'에 해당하므로, 피고인이 컴퓨터에 비밀번호를 설정하고 하드디스크를 분리·보관함으로써 조합의 정보처리에 관한 업무를 방해한 행위는 형법 제314조 제2항의 컴퓨터 등 장애 업무방해죄에 해당한다고 할 것이다. 그렇다면 원심이 이를 형법 제314조 제1항의 업무방해행위로 본 것은 잘못이라고 하겠으나, 형법 제314조 제1항의 죄와 제2항의 죄는 그 법정형에 차이가 없어 이러한 법령적용의 잘못은 판결 결과에 영향을 미쳤다고 할 수 없으므로(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도741 판결 참조), 피고인이 컴퓨터에 비밀번호를 설정하고 하드디스크를 분리·보관하여 조합의 업무를 방해하였다고 본 원심의 판단은 결론에 있어 결국 정당하다.

〈선정이유〉

컴퓨터 등 장애 업무방해죄의 구성요건에 대한 대법원의 해석론을 종합적으로 설시하고 있는 대

표적인 판례이다.

251. 업무방해의 결과를 초래할 위험

(대법원 2012. 5. 24. 선고 2011도7943 판결)

〈쟁점〉

업무방해죄 성립에 필요한 '고의'의 내용

〈판결요지〉

업무방해죄의 성립에 있어서 업무방해의 결과가 실제로 발생하여야만 하는 것은 아니고 업무방해의 결과를 초래할 위험이 있으면 충분하므로(대법원 1992. 4. 10. 선고 91도3044 판결 등 참조), 고의 또한 반드시 업무방해의 목적이나 계획적인 업무방해의 의도가 있어야만 하는 것은 아니고 자기의 행위로 인하여 타인의 업무가 방해될 가능성 또는 위험에 대한 인식이나 예견으로 충분하며, 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로 인정된다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도9410 판결 등 참조).

〈선정이유〉

업무방해죄의 성립에 있어서 업무방해의 결과의 의미와 고의의 정도에 대한 대법원의 입장을 보여주는 판결이다.

252. 정보처리에 장애 발생과 업무방해의 결과 발생 위험

(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008도11978 판결)

〈쟁점〉

컴퓨터 등 정보처리장치 등에 대한 업무방해죄의 성립요건

〈판결요지〉

형법 제314조 제2항은 '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 규정하고 있는바, 위 죄가 성립하기 위해서는 위와 같은 가해행위 결과 정보처리장치가 그 사용목적에 부합하는 기능을 하지 못하거나 사용목적과 다른 기능을 하는 등 정보처리에 장애가 현실적으로 발생하였을 것을 요한다고 할 것이나 (대법원 2004. 7. 9. 선고 2002도631 판결 참조), 정보처리에 장애를 발생하게 하여 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생한 이상, 나아가 업무방해의 결과가 실제로 발생하지 않더라도 위 죄가 성립하는 것이다.

따라서 포털사이트 운영회사의 통계집계시스템 서버에 허위의 클릭정보를 전송하여 검색순위 결정 과정에서 위와 같이 전송된 허위의 클릭정보가 실제로 통계에 반영됨으로써 정보처리에 장애가 현실적으로 발생하였다면, 그로 인하여 실제로 검색순위의 변동을 초래하지는 않았다 하더라도 컴퓨터 등 장애 업무방해죄가 성립하는 것이다.

…

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거들을 종합하여 판시 사실들을 인정한 다음, 포털사이트 운영회사의 통계집계시스템 서버에 허위의 클릭정보를 전송한 피고인의 행위는 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력한 것에 해당하고, 피고인이 전송한 허위의 클릭정보가 통계에 반영된 이상 정보처리의 장애가 현실적으로 발생하였고 그로 인하여 피해자들의 검색서비스 제공업무는 방해된 것으로 보아야 한다는 이유로, 피고인에 대한 컴퓨터 등 장애 업무방해의 각 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

〈선정이유〉

컴퓨터 등 정보처리장치 등에 대한 업무방해죄가 성립하려면 우선 정보처리에 장애를 발생하게 할 것이 필요하지만, 업무방해의 결과가 초래될 필요는 없으며, 단지 결과발생을 초래할 위험이 발생하면 된다는 대법원의 법리를 확인하고 있는 판례이다.

253. 쟁의행위와 업무방해

(대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

쟁의행위로서 파업이 업무방해죄의 '위력'에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

업무방해죄는 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 경우에 성립한다(형법 제314조 제1항). 위력이라 함은 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력을 말한다.

근로자가 그 주장을 관철할 목적으로 근로의 제공을 거부하여 업무의 정상적인 운영을 저해하는 쟁의행위로서의 파업(노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제6호)도, 단순히 근로계약에 따른 노무의 제공을 거부하는 부작위에 그치지 아니하고 이를 넘어서 사용자에게 압력을 가하여 근로자의 주장을 관철하고자 집단적으로 노무제공을 중단하는 실력행사이므로, 업무방해죄에서 말하는 위력에 해당하는 요소를 포함하고 있다.

그런데 근로자는, 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등의 공익상의 이유로 제한될 수 있고 그 권리의 행사가 정당한 것이어야 한다는 내재적 한계가 있어 절대적인 권리는 아니지만, 원칙적으로는 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다 (헌법 제33조 제1항).

그러므로 쟁의행위로서의 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운

영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 그 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 봄이 상당하다.

이와 달리, 근로자들이 집단적으로 근로의 제공을 거부하여 사용자의 정상적인 업무운영을 저해하고 손해를 발생하게 한 행위가 당연히 위력에 해당함을 전제로 하여 노동관계 법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한 업무방해죄를 구성한다는 취지로 판시한 대법원 1991. 4. 23. 선고 90도2771 판결, 대법원 1991. 11. 8. 선고 91도326 판결, 대법원 2004. 5. 27. 선고 2004도689 판결, 대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3450 판결, 대법원 2006. 5. 25. 선고 2002도5577 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경한다.

〈선정이유〉

쟁의행위로서의 파업이 업무방해죄에 해당할 수 있는 조건에 대해 대법원의 입장을 밝힌 전원합의체 판결이다.

254. 업무방해죄와 폭행죄 간의 죄수

(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도1895 판결)

〈쟁점〉

동일한 피해자에 대한 폭행행위가 업무방해죄의 수단이 된 경우, 폭행행위가 이른바 '불가벌적 수반행위'에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있는지 여부

〈판결요지〉

1. 상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 수개의 구성요건을 충족하는 경우를 말하고, 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다(대법원 2003. 4. 8. 선고 2002도6033 판결, 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6503 판결 등 참조). 그리고 이른바 '불가벌적 수반행위'란 법조경합의 한 형태인 흡수관계에 속하는 것으로서, 행위자가 특정한 죄를 범하면 비록 논리 필연적인 것은 아니지만 일반적·전형적으로 다른 구성요건을 충족하고 이때 그 구성요건의 불법이나 책임의 내용이 주된 범죄에 비하여 경미하기 때문에 처벌이 별도로 고려되지 않는 경우를 말한다.

업무방해죄와 폭행죄는 그 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 업무방해죄의 성립에 일반적·전형적으로 사람에 대한 폭행행위를 수반하는 것은 아니며, 폭행행위가 업무방해죄에 비하여 별도로 고려되지 않을 만큼 경미한 것이라고 할 수도 없으므로, 설령 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다고 하더라도 그러한 폭행행위가 이른바 '불가벌적 수반행위'에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다.

2. 가. 원심은, 피고인들이 피해자 1, 2의 택시운행을 방해하는 과정에서 이 부분 공소사실 기재와 같이 피해자들에 대한 폭행행위가 있었고, 이는 업무방해죄의 행위 태양인 '위력으로써 업무를

방해하는 행위'의 일부를 구성하는 것으로서 업무방해죄에 흡수되므로 업무방해죄 1죄만이 성립할 뿐 별도로 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동폭행)죄가 성립하지 않는다는 등 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인들에 대한 이 사건 공소사실 중 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동폭행)의 점을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

나. 그러나 원심판결 이유를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인들이 피해자들의 택시 운행업무를 방해하기 위하여 이루어진 폭행행위가 피해자들에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다 하더라도 그와 같은 폭행행위가 업무방해죄의 성립에 일반적·전형적으로 수반되는 것이 아닐 뿐 아니라 그 폭행행위가 업무방해죄에 비하여 별도로 고려되지 않을 만큼 경미한 것이라고 할 수도 없으므로, 피고인들의 폭행행위가 업무방해죄에 흡수되어 별도의 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없다.

한편 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 피고인들이 공동폭행의 방법으로 피해자들의 택시 운행업무를 방해한 사실은 있으나 그 외의 방법으로 택시 운행업무를 방해한 사정은 보이지 아니하므로, 피고인들의 공동폭행이라는 1개의 행위가 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동폭행)죄와 업무방해죄의 구성요건을 충족하는 경우에 해당한다 할 것이어서 양죄는 상상적 경합의 관계에 있다고 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

업무방해의 수단으로 보일 수도 있는 폭행행위, 그 양자 간의 죄수문제에 대한 대법원의 입장을 보여주는 판결이다.

255. 입찰방해죄의 법적 성격 및 성립요건

(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도4940 판결)

〈쟁점〉

입찰방해죄가 '위태범'인지, 입찰방해 행위에 가격결정 외에 적법하고 공정한 경쟁방법을 해하는 행위도 포함되는지, 입찰자들 상호간에 특정업체가 낙찰받기로 하는 담합이 이루어진 상태에서 일부 입찰자가 자신이 낙찰받기 위하여 당초의 합의에 따르지 아니한 채 낙찰받기로 한 특정업체보다 저가로 입찰한 경우, 입찰방해죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

입찰방해죄는 위태범으로서 결과의 불공정이 현실적으로 나타나는 것을 요하는 것이 아니고, 그 행위에는 가격을 결정하는 데 있어서 뿐 아니라, 적법하고 공정한 경쟁방법을 해하는 행위도 포함된다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2002도3924 판결 참조). 한편, 입찰자들 상호간에 특정업체가 낙찰받기로 하는 담합이 이루어진 상태에서 그 특정업체를 포함한 다른 입찰자들은 당초의 합의에 따라 입찰에 참가하였으나 일부 입찰자는 자신이 낙찰받기 위하여 당초의 합의에 따르지 아니한 채 오히려 낙찰받기로 한 특정업체보다 저가로 입찰하였다면, 이러한 일부 입찰자의 행위는 위와 같은 담합을 이용하여 낙찰을 받은 것이라는 점에서 적법하고 공정한 경쟁방법을 해한 것이 되고,

따라서 이러한 일부 입찰자의 행위 역시 입찰방해죄에 해당한다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거들을 종합하여 ① 피고인은 공소외 1 주식회사의 대표이사, 공소외 2는 공소외 3 주식회사의 대표이사, 공소외 4는 공소외 5 주식회사의 대표이사, 공소외 6은 공소외 7의 이사로서 위 각 회사를 운영하면서 시각장애인용 음성유도기 등을 제조·판매하여 온 점, ② 피고인, 공소외 2, 4, 6은 2005. 7.경 이 사건 입찰에 관하여 공소외 3 주식회사가 낙찰을 받고, 공소외 3 주식회사는 위 나머지 3사에게 1,000만 원씩을 지급하며 다음 입찰부터는 순차로 낙찰을 받자는 내용의 담합이 논의되었지만, 피고인이 이를 거절하여 합의에 이르지 못한 점, ③ 그런데 이 사건 입찰 전날인 2005. 8. 22. 피고인이 공소외 6에게 전화를 한 것이 계기가 되어 공소외 6, 2, 4 사이에 전화통화가 이어지면서 다시 담합이 논의된 점, ④ 이 사건 입찰 당일인 2005. 8. 23.에도 피고인, 공소외 2, 4, 6 사이에 전화통화가 계속 이어지면서, 특히 입찰금액과 관련하여 구체적으로 공소외 4가 공소외 2로부터 " 공소외 3 주식회사를 제외한 나머지 3사는 입찰금액을 무조건 1억 원 이상으로 해 달라"는 요구를 받고, 피고인에게 전화하여 "1억 원 이상으로 입찰하라"고 한 점, ⑤ 이에 따라 입찰금액에 관하여 공소외 3 주식회사는 9,970만 원, 공소외 7은 1억 1,077만 원, 공소외 5 주식회사는 1억 600만 원으로 각 입찰을 하였지만, 공소외 1 주식회사는 제일 늦게 입찰금액을 9,200만 원으로 하여 입찰을 한 점, ⑥ 만약 피고인이 그 주장과 같이 공소외 4와의 위 전화통화에서 최종적으로 담합을 거절하였다면, 공소외 4가 그 사실을 공소외 2에게 알리지 아니한 채 위 담합에 따라 공소외 2, 6으로 하여금 입찰을 하도록 하였을 리가 없는 점 등의 사정을 인정한 다음, 위와 같은 사정들에 비추어 보면 피고인이 이 사건 공소사실 기재와 같이 공소외 2, 4, 6과 사이에 이 사건 입찰에 관하여 담합한 것이라고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이와 같은 인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 간다. 한편 피고인이 담합에 가담하기로 하였다가 자신이 낙찰받기 위하여 당초의 합의에 따르지 아니한 채 공소외 3 주식회사보다 저가로 입찰하였다고 하더라도 이러한 피고인의 행위 역시 앞서 본 법리에 따라 입찰방해죄에 해당하는 것이므로, 같은 취지에서 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 조치는 정당하다.

〈선정이유〉

입찰방해죄의 법적 성격 및 입찰담합에 가담하기로 하였다가 당초 합의에서 이탈한 자에게도 입찰방해죄가 성립한다는 대법원의 법리를 보여주는 판결이다.

256. 입찰방해죄의 전제로서 입찰의 존재

(대법원 2008. 5. 29. 선고 2007도5037 판결)

〈쟁점〉

입찰절차가 아니라 경제주체의 임의의 선택에 따른 계약체결의 과정에서 공정한 경쟁을 해하는 행위를 한 경우, 입찰방해죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

형법 제315조의 입찰방해죄는 위계 또는 위력 기타의 방법으로 입찰의 공정을 해하는 경우에

성립하는 위태범으로서, 여기서 '입찰의 공정을 해하는 행위'란 공정한 자유경쟁을 통한 적정한 가격형성에 부당한 영향을 주는 상태를 발생시키는 것으로, 그 행위에는 가격결정뿐 아니라 적법하고 공정한 경쟁방법을 해하는 행위도 포함된다 할 것이지만, 이러한 입찰방해 행위가 있다고 하기 위해서는 그 방해의 대상이 되는 입찰절차가 존재하여야 할 것인바 (대법원 2005. 3. 25. 선고 2004도5731 판결, 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006도8070 판결 등 참조), 따라서 위와 같이 공정한 자유경쟁을 통한 적정한 가격형성을 목적으로 하는 입찰절차가 아니라 공적·사적 경제주체의 임의의 선택에 따른 계약체결의 과정에 공정한 경쟁을 해하는 행위가 개재되었다 하여 입찰방해죄로 처벌할 수는 없다 할 것이다.

위 법리와 기록에 비추어 보면, 한국토지공사 전북지역본부에서 이 사건 중고자동차매매단지를 조성·분양함에 있어서 사전에 그 분양가격을 9,020,256,000원으로 확정 공고한 다음, 그 수분양 자격요건인 지역 내 중고자동차매매업 면허 소지자로서 분양신청금 4억 5천만 원을 예치한 신청자들을 대상으로 무작위 공개추첨의 방식으로 1인의 당첨자를 선정하는 것에 불과한 이 사건 분양절차는, 앞서 본 공정한 자유경쟁을 통한 적정한 가격형성을 목적으로 하는 입찰절차에 해당한다고 볼 수 없다 할 것이다.

원심이 비록 그 이유의 설시에 있어 다소 적절하지 아니한 부분은 있으나 이 사건 분양절차가 형법 제315조 입찰방해죄의 '입찰'에 해당하지 아니하여 그 구성요건해당성이 없다는 이유로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 이 부분 공소사실에 대해 무죄를 선고한 결론은 정당하다 할 것이다.

〈선정이유〉

입찰방해죄가 성립하기 위해서는 방해의 대상인 입찰이 존재해야하므로, 입찰절차로 볼 수 없는 경우에는 동 죄의 성립이 불가능하다는 대법원의 입장이 표현된 판례이다.

257. 무모한 출혈방지와 입찰의 공정

(대법원 1971. 4. 20. 선고 70도2241 판결)

〈쟁점〉

주문자의 예정가격내에서 무모한 경쟁을 방지하고자 담합한 경우, 담합자끼리 금품의 수수가 있었다 하더라도 입찰자체의 공정을 해하였다고는 볼 수 없는지 여부

〈판결요지〉

원심판결 이유에 의하면 원심은 피고인 송유도는 이 사건 입찰에 응하기에 앞서 부산시 동구 범일동 소재 보림 다방에서 피고인 이도선의 주선아래 유일한 경쟁자인 피고인 조수형과 회동하여 피고인 조수형의 요청에 따라 그로부터 도합 30만원 중 고날 15만원을 교부 받고 같은해 1. 13. 나머지 15만원을 교부 받기로 하고 입찰을 양도 하기로 하여 미리 낙찰자와 낙찰가격을 담합한 다음 형식상 경쟁자로서 입찰에 참가하여 피고인 조수형은 입찰 액 5,614,100원 피고인 송유도는 5,693,500원으로 응찰하여 철도국 입찰예정 가격 5,874,700원 범위 내에서 최저가격 입찰자인 피고인 조수형에게 낙찰케 하였다는 사실을 인정하고 이 사실을 실질적으로 피고인 조수형의 단독

입찰을 경쟁입찰인 듯이 가장 함으로써 그 입찰 가격에 낙찰 하도록 조작 하였다고 판시하여 입찰의 본질인 경쟁방법을 해 하였다고 인정 하였다.

그러나 원심이 인정한 사실 자체로 보아 피고인 2의 응찰행위는 본인의 의사이고 가장 경쟁자를 꾸며, 그 입찰에 소요되는 서류를 허위로 작성한 것이라고 보여지지 아니하므로 이 사건 입찰이 주문자가 미리 예정가격을 내정하여 그 예정가격내에서 최저가격으로 입찰한 자를 낙찰자로 하는 것임이 기록에 의하여 분명한 이상, 피고인 1, 2, 3의 담합의 목적이 세탁물 단가 가격을 올려 주문자의 이익을 해하려는 것이 아니고, 주문자의 예정가격 내에서 무모한 경쟁을 방지하려고 함에 있다고 보아야 할 것이고, 이러한 경우에 담합자끼리 금품의 수수가 있었다고 하더라도 입찰자체의 공정을 해하였다고는 볼 수 없다고 할 것이니(대법원 1969.7.22. 선고 65도1166 판결 참조), 원심은 필경 인정사실에 대하여 법률적 평가를 잘못한 것이 아니면, 입찰방해에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이고 논지는 이유 있다

〈선정이유〉

구 건설업법 제59조 제1호에서는 입찰행위를 방해한 자를 처벌하지만, 입찰의 공정을 해할 것을 구성요건요소로 하고 있지 않은 것과 달리 형법의 입찰방해죄는 입찰의 공정을 해할 것을 요구하므로, 주문자의 예정가격내에서 무모한 경쟁을 방지하고자 담합한 경우는 입찰방해죄로 볼 수 없다는 대법원의 입장을 보여주는 판결이다.

258. 단독입찰가장행위

(대법원 2003. 9. 26. 선고 2002도3924 판결)

〈쟁점〉

동종업자 사이의 무모한 출혈경쟁을 방지하기 위한 수단으로 실질적으로 단독입찰을 하면서 경쟁입찰인 것같이 가장한 경우, 입찰방해죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

입찰방해죄는 위태범으로서 결과의 불공정이 현실적으로 나타나는 것을 요하는 것이 아니고, 그 행위에는 가격을 결정하는 데 있어서뿐 아니라, 적법하고 공정한 경쟁방법을 해하는 행위도 포함되므로, 그 행위가 설사 동종(동종)업자 사이의 무모한 출혈경쟁을 방지하기 위한 수단에 불과하여 입찰가격에 있어 입찰실시자의 이익을 해하거나 입찰자에게 부당한 이익을 얻게 하는 것이 아니었다 하더라도 실질적으로는 단독입찰을 하면서 경쟁입찰인 것같이 가장하였다면 그 입찰가격으로써 낙찰하게 한 점에서 경쟁입찰의 방법을 해한 것이 되어 입찰의 공정을 해한 것으로 되었다 할 것이다(대법원 1994. 11. 8. 선고 94도2142 판결 등 참조).

이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이, 피고인이 '97 덕봉정사 보수공사' 등 원심판결 [별지 1] 범죄일람표 기재내용과 같은 19회의 문화재보수·정비공사와 관련한 입찰에서 사전에 동신건설 주식회사(이하 '동신건설'이라 한다)와 그 공사를 자신이 관리하고 있는 주식회사 유성건설(이하 '유성건설'이라 한다)에서 낙찰받기로 약속하고 유성건설의 직원인 현상욱으로 하여금 동신건

설의 입찰대리인으로 참가시켜 낙찰가능성이 없는 높은 금액으로 응찰하게 하여 유성건설이 낙찰받는 방법으로 입찰의 공정을 해하였다고 판단하여 이를 유죄로 인정한 조치는 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 심리미진으로 사실을 오인하거나 입찰방해죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

대법원 1967.12.29. 선고 67도1195 판결 이후 대법원이 일관되게 입찰방해죄의 성립을 인정하고 있는 단독입찰가장행위에 대한 판결이다.

제4장 사생활의 평온에 대한 죄

Ⅰ. 비밀침해의 죄

259. 비밀장치가 되어 있는 문서의 의미

(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도9071 판결)

〈쟁점〉

형법 제316조 제1항 비밀침해죄에서 '비밀장치가 되어 있는 문서'의 의미 및 2단 서랍의 아랫칸에 잠금장치가 되어 있는 경우 형법 제316조 제1항의 '비밀장치'에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

원심은 형법 제316조 제1항의 비밀침해죄는 봉함 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서 또는 도화를 개봉하는 행위를 처벌하는 죄이고, 이때 '봉함 기타 비밀장치가 되어 있는 문서'란 '기타 비밀장치'라는 일반 조항을 사용하여 널리 비밀을 보호하고자 하는 위 규정의 취지에 비추어 볼 때, 반드시 문서 자체에 비밀장치가 되어 있는 것만을 의미하는 것은 아니고, 봉함 이외의 방법으로 외부 포장을 만들어서 그 안의 내용을 알 수 없게 만드는 일체의 장치를 가리키는 것으로, 잠금장치 있는 용기나 서랍 등도 포함한다고 할 것인바, 이 사건과 같이 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, 피해자가 아랫칸에 잠금장치를 하였고 통상적으로 서랍의 윗칸을 빼어 잠금장치 된 아랫칸 내용물을 볼 수 있는 구조라거나 그와 같은 방법으로 볼 수 있다는 것을 예상할 수 없어 객관적으로 그 내용물을 쉽게 볼 수 없도록 외부에 의사를 표시하였다면, 형법 제316조 제1항의 규정 취지에 비추어 아랫칸은 윗칸에 잠금장치가 되어 있는지 여부에 관계없이 그 자체로서 형법 제316조 제1항에 규정하고 있는 비밀장치에 해당한다고 할 것이고, 이 사건 기록에 나타난 증거들에 의하면, 봉함 기타 비밀장치의 효과를 제거하여 아랫칸 내용물들을 개봉한다는 피고인의 인식을 충분히 인정할 수 있다는 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심의 결론을 유지하였는바, 기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로

수긍이 (간다)

〈선정이유〉

문서 자체를 봉함하는 경우 외에도 타인이 객관적으로 쉽게 볼 수 없도록 피해자가 외부에 의사를 표현한 경우라면, 피해자가 예상하지 못한 방법으로 쉽게 문서에 접근할 수 있다고 하더라도 비밀장치한 문서로 이해해야한다는 것으로 '비밀장치'의 의미에 대한 구체적 적용예를 보여주는 판결이다.

Ⅱ. 주거침입의 죄

260. '사람의 주거'의 의미

(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도4335 판결)

〈쟁점〉

다가구용 단독주택이나 공동주택 내부에 있는 엘리베이터, 공용 계단과 복도가 주거침입죄의 객체인 '사람의 주거'에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

주거침입죄에 있어서 주거라 함은 단순히 가옥 자체만을 말하는 것이 아니라 그 정원 등 위요지를 포함하는 것인바(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1363 판결, 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001도1092 판결 등 참조), 다가구용 단독주택이나 다세대주택 · 연립주택 · 아파트 등 공동주택 안에서 공용으로 사용하는 엘리베이터, 계단과 복도는 주거로 사용하는 각 가구 또는 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로서 그 거주자들에 의하여 일상생활에서 감시 · 관리가 예정되어 있고 사실상의 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분이므로, 다가구용 단독주택이나 다세대주택 · 연립주택 · 아파트 등 공동주택의 내부에 있는 엘리베이터, 공용 계단과 복도는 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체인 '사람의 주거'에 해당하고, 위 장소에 거주자의 명시적, 묵시적 의사에 반하여 침입하는 행위는 주거침입죄를 구성한다.

위 법리에 비추어 보면, 피고인이 피해자를 강간할 목적으로 피해자를 따라 피해자가 거주하는 아파트 내부의 공용부분에 들어온 행위는 주거침입행위이므로, 피고인이 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제1항 소정의 주거침입범의 신분을 가지게 되었음은 분명하다.

〈선정이유〉

다양한 주거의 형태와 관련하여 주거 침입의 대상, 주거침입의 시점 등을 판단할 수 있는 일반적인 기준을 제시한 판결이다.

261. 거주자의 의사와 주거침입죄의 성립

(대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도2595 판결)

〈쟁점〉

평소 그 건조물에 출입이 허용된 사람이라 하더라도 주거에 들어간 행위가 거주자나 관리자의 명시적 또는 추정적 의사에 반함에도 불구하고 감행된 것이라면 주거침입죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것이므로 그 거주자 또는 관리자가 건조물 등에 거주 또는 관리할 권한을 가지고 있는가 여부는 범죄의 성립을 좌우하는 것이 아니고, 그 거주자나 관리자와의 관계 등으로 평소 그 건조물에 출입이 허용된 사람이라 하더라도 주거에 들어간 행위가 거주자나 관리자의 명시적 또는 추정적 의사에 반함에도 불구하고 감행된 것이라면 주거침입죄는 성립하며, 출입문을 통한 정상적인 출입이 아닌 경우 특별한 사정이 없는 한 그 침입 방법 자체에 의하여 위와 같은 의사에 반하는 것으로 보아야 한다(대법원 1995. 9. 15. 선고 94도3336 판결 등 참조).

원심은, 피고인은 회장으로서 피해 회사의 업무처리를 위해 이 사건 사무실을 사용하였던 것이고, 피해 회사와는 무관하게 개인적인 용도에 사용한 것은 아니므로, 피고인이 공소외 2와 결별하고 사실상 피해 회사를 퇴사한 이상 피고인은 더 이상 피해 회사의 승낙 없이는 위 사무실을 출입할 수 없게 되었다고 봄이 상당하고, 이후 위 사무실에 나타나지 않다가 약 20일이 지나서 피해 회사의 명시적인 의사에 반하여 비정상적인 방법으로 위 사무실에 들어간 행위는 방실침입죄에 해당한다고 판단하였는바, 위의 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배나 방실침입죄에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

주거침입죄의 보호법익, 주거자 또는 관리자의 의사와 주거침입죄의 성부에 관한 대법원의 해석을 보여주는 판결이다.

262. 위요지 침입과 사실상의 평온 침해

(대법원 2001. 4. 24. 선고 2001도1092 판결)

〈쟁점〉

이미 수일 전에 2차례에 걸쳐 피해자를 강간하였던 피고인이 대문을 몰래 열고 들어와 담장과 피해자가 거주하던 방 사이의 좁은 통로에서 창문을 통하여 방안을 엿본 경우, 주거침입죄를 인정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것으로 거주자가 누리는 사실상의 주거의 평온을 해할 수 있는 정도에 이르렀다면 범죄구성요건을 충족하는 것이라고 보아야 하고(대법원 1995. 9. 15. 선고 94도2561 판결), 주거침입죄에 있어서 주거라 함은 단순히 가옥 자체만을 말하는 것이 아니라 그 위요지를 포함한다 할 것이므로(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1363 판결), 이미 수일 전에 2차례에 걸쳐 피해자를 강간하였던 피고인이 대문을 몰래 열고 들어와 담장과 피해자가 거주하던 방 사이의 좁은 통로에서 창문을 통하여 방안을 엿보던 상황이라면 피해자의 주거에 대한 사실상 평온상태가 침해된 것으로, 원심이 같은 취지에서 피고인의 위와 같은 행위를 주거침입죄에 해당한다고 본 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 주거침입죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

단순히 가옥 자체가 아니라 위요지를 포함한다는 이유를 잘 알 수 있는 판결이다.

263. 부부의 일방의 의사에 반하는 출입허용과 주거침입죄

(대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결)

〈쟁점〉

거주자중 1인의 승낙은 있으나 타거주자의 의사에 반하여 주거에 출입하는 경우 주거침입죄의 성부, 특히 남편의 부재중 간통의 목적으로 처의 승낙하에 주거에 들어간 경우 주거침입죄의 성부(복수주거자의 주거의 평온침해)

〈판결요지〉

형법상 주거침입죄의 보호법익은 주거권이라는 법적 개념이 아니고 사적 생활관계에 있어서의 사실상 주거의 자유와 평온으로서 그 주거에서 공동생활을 하고 있는 전원이 평온을 누릴 권리가 있다함은 원판시 해석과 같으나 복수의 주거권자가 있는 경우 한 사람의 승낙이 다른 거주자의 의사에 직접, 간접으로 반하는 경우에는 그에 의한 주거에의 출입은 그 의사에 반한 사람의 주거의 평온 즉 주거의 지배, 관리의 평온을 해치는 결과가 되므로 주거침입죄가 성립한다 할 것이며, 동거자중의 1인이 부재중인 경우라도 주거의 지배 관리관계가 외관상 존재하는 상태로 인정되는 한 위 법리에는 영향이 없다고 볼 것이다. 따라서 남편이 일시 부재중 간통의 목적하에 그 처의 승낙을 얻어 주거에 들어간 경우라도 남편의 주거에 대한 지배 관리관계는 여전히 존속한다고 봄이 옳고 사회통념상 간통의 목적으로 주거에 들어오는 것은 남편의 의사에 반한다고 보여지므로 처의 승낙이 있었다 하더라도 남편의 주거의 사실상의 평온은 깨어졌다 할 것이므로 이러한 경우에는 주거침입죄가 성립한다고 하여야 할 것이다.

그런데 원심은 피고인이 간통의 목적으로 피해자가 아직 집에 돌아오기 전에 간통의 목적으로 동인의 처인 공소외인의 의사에 반함이 없이 동인의 주거에 들어간 사실을 확정하면서도 당원과 다른 견해에서 그 처의 승낙을 얻어 들어간 이상 주거의 평온을 해치는 것이 아니므로 주거침입죄

가 성립되지 않는다고 판단하고 있는바, 이는 복수주거자의 주거의 평온의 침해에 관한 법리를 오해하여 당원과 다른 견해를 취함으로써 판결의 결과에 영향을 미쳤다 할 것이므로 결과적으로 논지는 이유있다.

〈선정이유〉

공동주거자(관리자)의 일방의 의사에 반하는 주거의 출입허가는 상대방에 대한 주거침입죄가 될 수 있다는 법리를 제시한 대법원 판결이다.

264. 주거침입의 실행의 착수시기

(대법원 1995. 9. 15. 선고 94도2561 판결)

〈쟁점〉

주거침입죄의 실행의 착수와 미수범

〈판결요지〉

주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것이므로(대법원 1984.4.24. 선고 83도1429 판결; 1987.5.12. 선고 87도3 판결; 1987.11.10. 선고 87도1760 판결 등 참조), 반드시 행위자의 신체의 전부가 범행의 목적인 타인의 주거 안으로 들어가야만 성립하는 것이 아니라 신체의 일부만 타인의 주거 안으로 들어갔다고 하더라도 거주자가 누리는 사실상의 주거의 평온을 해할 수 있는 정도에 이르렀다면 범죄구성요건을 충족하는 것이라고 보아야 할 것이고, 따라서 주거침입죄의 범의는 반드시 신체의 전부가 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있어야만 하는 것이 아니라 신체의 일부라도 타인의 주거 안으로 들어 간다는 인식이 있으면 족하다고 할 것이고, 이러한 범의로써 예컨대 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작하였다면 주거침입죄의 실행의 착수는 있었다고 보아야 하고, 신체의 극히 일부분이 주거 안으로 들어갔지만 사실상 주거의 평온을 해하는 정도에 이르지 아니하였다면 주거침입죄의 미수에 그친다고 할 것이다.

그러므로 공소사실 기재와 같이 야간에 타인의 집의 창문을 열고 집 안으로 얼굴을 들이미는 등의 행위를 하였다면 피고인이 자신의 신체의 일부가 집 안으로 들어간다는 인식 하에 하였더라도 주거침입죄의 범의는 인정되고, 또한 비록 신체의 일부만이 집 안으로 들어 갔다고 하더라도 사실상 주거의 평온을 해하였다면 주거침입죄는 기수에 이르렀다고 할 것이다.

따라서, 이와는 달리 주거침입미수죄가 성립하기 위하여서는 신체의 전부가 목적물에 들어간다는 인식을 요한다고 하여 피고인에게 피해자의 방 안에 들어간다는 인식이나 의사가 없었으므로 주거침입죄의 실행의 착수가 없었다고 본 원심의 판단은 주거침입죄에 있어서의 범의 및 실행의 착수에 관한 법리오해의 위법을 저질렀다고 할 것이므로 이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

〈선정이유〉

주거침입죄의 실행의 착수와 관련한 다수의 판결례 중에서 상대적으로 그 논거를 상세하게 설시

하고 있는 판결이다.

265. 주거침입죄의 실행의 착수시기

(대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1464 판결)

〈쟁점〉

침입 대상인 아파트에 사람이 있는지 확인하기 위해 초인종을 누른 행위가 주거침입죄의 실행의 착수에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

주거침입죄의 실행의 착수는 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위, 즉 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하다고 할 것이나(대법원 2003. 10. 24. 선고 2003도4417 판결, 대법원 2006. 9. 14. 선고 2006도2824 판결 등 참조), 침입 대상인 아파트에 사람이 있는지를 확인하기 위해 그 집의 초인종을 누른 행위만으로는 침입의 현실적 위험성을 포함하는 행위를 시작하였다거나, 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 없다 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면 원심은, 아파트의 초인종을 누르다가 사람이 없으면 만능키 등을 이용하여 문을 열고 안으로 들어가 물건을 훔치기로 모의한 피고인들이 함께 다니다가 피고인 A는 C의 집 초인종을 누르면서 “자장면 시키지 않았느냐”라고 말하였으나 집 안에 있던 C가 “시킨 적 없다”고 대답하자 계단을 이용하여 아래층으로 이동한 이 사건 사안에 대하여, 피고인들이 주거침입의 실행의 착수에 해당하는 행위를 하였다고 볼 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였는바, 기록에 대조하여 본 즉 원심의 사실인정 과정에 아무런 잘못을 찾아볼 수 없고 또 위 판단은 앞서 본 법리에도 부합하는 것으로서 거기에 상고이유에서 주장하는 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

침입할 것인지 여부를 최종결정하기 위해 주거 내에 사람이 있는지를 확인하는 행위만으로는 아직 주거침입의 실행의 착수가 아니라고 본 판결이다.

266. 퇴거불응의 의미

(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도6990 판결)

〈쟁점〉

퇴거불응죄에서 ‘퇴거’의 의미

〈판결요지〉

주거침입죄와 퇴거불응죄는 모두 사실상의 주거의 평온을 그 보호법익으로 하고, 주거침입죄에서의 침입이 신체적 침해로서 행위자의 신체가 주거에 들어가야 함을 의미하는 것과 마찬가지로 퇴거불응죄의 퇴거 역시 행위자의 신체가 주거에서 나감을 의미하므로, 피고인이 이 사건 건물에 가재도구 등을 남겨두었다는 사정은 퇴거불응죄의 성부에 영향이 없(다).

〈선정이유〉

주거침입이나 퇴거불응은 행위자의 신체를 기준으로 판단하는 것임을 밝힌 판결이다.

제5장 재산에 대한 죄

Ⅰ. 절도의 죄

267. 영득범으로서 절도죄

(대법원 1965. 2. 24. 선고 64도795 판결)

〈쟁점〉

절도죄의 성립요건으로 불법영득의사의 의의

〈판결요지〉

육군 고등군법회의 검찰부 검찰관의 상고 이유에 대하여 절도죄의 성립에 있어 영구적으로 그 물건의 경제적 이익을 보지할 의사가 필요치는 아니하여도 단순한 점유의 침해만으로서는 절도죄가 구성될 수 없고 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사 즉 목적물의 물질을 영득할 의사나 또 물질의 가치만을 영득할 의사이든 적어도 그 재물에 대한 영득의 의사가 있어야 할 것인바, 원판결이 인정한 사실에 의하면 피고인은 자신이 잃어버린 총을 보충하기 위하여 같은 소속대 3화기중대 공소외인 소지 군용 칼빙 소총 1정을 무단 가지고 나온데 불과하고 영득의 의사가 없었다는 것이며 이는 피고인의 소위가 자기의 물건과 동양으로 그 경제적 용법에 따라 이를 이용 또는 처분하여 권리자 (본건에 있어서는 국가)를 배제할 의사를가지고 한 것이 아니므로 피고인에게 영득의 의사가 있었다고 볼 수 없다는 판단 취의로서 원판결의 이러한 판단이 소론판례에 위반된 것이라고 인정할 수 없다.

〈선정이유〉

형법에서 명문으로 불법영득의사(이득의사)를 요구하지 않은 관계로 재산범죄에서 영득(이득)의사가 필요한지에 대한 논의가 있으나, 명시적으로 이러한 의사가 필요하다는 대법원의 입장을 제시한 판결이다.

268. 절도죄의 객체로서 정보

(대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도745 판결)

〈쟁점〉

컴퓨터에 저장된 정보가 절도죄의 객체로서 재물에 해당하는지 여부, 이를 복사하거나 출력해 간 경우 절도죄를 구성하는지 여부

〈판결요지〉

1. 이 사건 공소사실의 요지는, 2000. 10. 초순경 피고인 2 가 피고인 1에게 피해자 주식회사 하이켐텍(이하 '피해 회사'라고 한다)에 보관되어 있는 직물원단고무코팅시스템의 설계도면과 공정도를 빼내오도록 요구하고, 피고인 1은 이를 승낙한 후, 피고인 1이 2000. 10. 14. 15:00경 피해 회사 연구개발실에서 그 곳 노트북 컴퓨터에 저장되어 있는 위 시스템의 설계도면을 A2용지에 2장을 출력하여 가지고 나와 이를 절취하였다는 것이다.

에 대하여 원심은, 위 노트북 컴퓨터는 피해 회사가 그 직원인 피고인 지태선에게 업무용으로 지급한 것이고, 위 컴퓨터에 저장되어 있는 위 시스템의 설계도면은 피해 회사의 업무로서 피고인 1이 작성한 것인 사실, 위 시스템은 피해 회사가 독자적으로 개발하였고, 당시 피해 회사 외부에는 알려져 있지 아니하여 피해 회사의 입장에서 경제적 가치를 가지고 있는 것이며, 피해 회사는 상당한 노력을 기울여 이를 비밀로서 관리하여 온 사실을 인정한 다음, 위 인정 사실에 의하면 피고인 지태선이 위 컴퓨터에서 출력한 위 시스템의 설계도면은 절도죄의 객체인 '타인의 재물'에 해당하고, 피고인들이 위와 같은 행위를 함에 있어서는 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의사가 있었다고 보여진다고 판단하여, 피고인들에 대하여 절도죄의 유죄를 선고한 제1심판결을 유지하고, 피고인들의 항소를 각 기각하였다.

2. 그러나 원심이 위와 같이 위 시스템의 설계도면이 절도죄의 객체인 '타인의 재물'에 해당한다고 보아 피고인들에 대하여 절도죄의 유죄를 인정한 것은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

가. 우선 절도죄의 객체는 관리가능한 동력을 포함한 '재물'에 한한다 할 것이고, 또 절도죄가 성립하기 위해서는 그 재물의 소유자 기타 점유자의 점유 내지 이용가능성을 배제하고 이를 자신의 점유하에 배타적으로 이전하는 행위가 있어야만 할 것인바, 컴퓨터에 저장되어 있는 '정보' 그 자체는 유체물이라고 볼 수도 없고, 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다 할 것이며, 또 이를 복사하거나 출력하였다 할지라도 그 정보 자체가 감소하거나 피해자의 점유 및 이용가능성을 감소시키는 것이 아니므로 그 복사나 출력 행위를 가지고 절도죄를 구성한다고 볼 수도 없다 할 것인바, 위 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 만약 이 사건 공소사실이 위 컴퓨터에 저장되어 있는 위 시스템의 설계 자료를 절취하였다는 것이라면, 이는 절도죄의 객체가 될 수 없는 '정보'를 절취하였다는 것이 되어 절도죄를 구성하지 아니한다 할 것이다.

나. 다음으로 이 사건 공소사실이 위 컴퓨터에 저장되어 있는 위 시스템을 종이에 출력하여 생성된 '설계도면'을 절취한 것으로 본다면, 이 사건 공소사실 자체에 의하더라도 피고인 지태선이 위 시스템의 설계도면을 빼내가기 위하여 위 컴퓨터에 내장되어 있던 위 설계도면을 A2용지에 2장을 출력하여 가지고 나왔다는 것이어서, 이와 같이 피고인 1에 의하여 출력된 위 설계도면은 피해 회사의 업무를 위하여 생성되어 피해 회사에 의하여 보관되고 있던 문서가 아니라, 피고인 1이 가지고 갈 목적으로 피해 회사의 업무와 관계없이 새로이 생성시킨 문서라 할 것이므로, 이는 피

해 회사 소유의 문서라고 볼 수는 없다 할 것이어서, 이를 가지고 간 행위를 들어 피해 회사 소유의 설계도면을 절취한 것으로 볼 수는 없다 할 것이다(검사의 이 사건 공소사실은 피고인 지태선이 위 설계도면을 가지고 가 이를 절취한 사실을 문제삼는 것이 명백하다 할 것이고, 위 설계도면을 생성시키는 데 사용된 용지 자체를 절취하였다고 기소한 것으로는 보이지 않는다).

다. 그렇다면 이 사건 공소사실은 그 자체로서 절도죄를 구성하지 아니한다 할 것이므로 원심으로서는 피고인들에 대하여 무죄를 선고하였어야 할 것임에도 불구하고, 원심이 그러하지 아니한 채 위 시스템의 설계도면이 절도죄의 객체인 '타인의 재물'에 해당한다고 판단하여 피고인들에 대하여 절도죄의 유죄를 선고한 것은, 절도죄의 구성요건인 '타인의 재물'에 관한 법리를 오해하여 판결결과에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 보아야 할 것이다

〈선정이유〉

이른바 정보절도의 가능성에 대해 동력이 아닌 정보 자체는 절도죄의 객체가 될 수 없음을 명백히 한 판결이다.

269. 복사문서의 절도

(대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도5183 판결)

〈쟁점〉

원주주명부를 복사하여 놓은 복사본이 절도죄의 객체가 되는 재물에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

절도죄의 객체인 재물은 반드시 객관적인 금전적 교환가치를 가질 필요는 없고 소유자, 점유자가 주관적인 가치를 가지고 있음으로써 족하다고 할 것이고, 이 경우 주관적, 경제적 가치의 유무를 판별함에 있어서는 그것이 타인에 의하여 이용되지 않는다고 하는 소극적 관계에 있어서 그 가치가 성립하더라도 관계없다(대법원 1996. 5. 10. 선고 95도3057 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거를 종합하여, 피고인이 절취한 주주명부가 기재된 용지 70장은 피해자 회사에 비치되어 있던 그 소유의 복사용지를 이용하여 전산출력된 사실, 설령 피고인이 가지고 나왔다는 위 서류들이 비록 원주주명부를 복사하여 놓은 복사본이었다 하더라도, 위 서류들은 피해자 회사의 주주명단을 기재하여 놓은 문서들로서 주주명단을 정리할 당시 위 서류들에 기재된 인적사항 등이 외부에 유출되는 것을 방지하기 위하여 피해자 회사에서는 회의실 밖에 위치해 있던 분쇄기를 이용하여 명단을 폐기해 온 사실을 인정할 수 있는바, 그렇다면 위 서류들은 피해자 회사에 있어서는 소유권의 대상으로 할 수 있는 주관적 가치뿐만 아니라 그 경제적 가치도 있다 할 것이어서, 절도죄의 객체가 되는 재물에 해당한다고 판단하였다.

〈선정이유〉

복사문서가 절도죄의 객체인 재물에 해당하는 것은 금전적 교환가치는 없더라도 주관적, 경제적 가치가 인정되기 때문이라는 이유를 밝힌 판결이다.

270. 재물의 가치

(대법원 1976. 1. 27. 선고 74도3442 판결)

〈쟁점〉

발행자가 회수하여 세 조각으로 찢어 버림으로서 객관적 가치가 경미하여 교환가격을 갖지 않는 약속어음의 소지를 침해한 경우에 절도죄의 성부

〈판결요지〉

재산죄의 객체인 재물은 반드시 객관적인 금전적 교환가치를 가질 필요는 없고 소유자, 점유자가 주관적인 가치를 가지고 있음으로서 족하다고 볼 것이므로 그것이 제3자에 대한 관계에 있어서 객관적 가치가 경미하여 교환 가격을 갖지 않는다 하더라도 당사자간에 있어서 경제적 가치가 상당한 것이라면 재물인 성질을 잃지 않는 것이고 주관적 경제적 가치의 유무를 판별함에 있어서는 그것이 타인에 의하여 이용되지 않는다고 하는 소극적 관계에 있어서 그 가치가 성립하는 경우가 있을 수 있는 것이니만치 본건에 있어서 발행자가 회수한 약속어음을 세조각으로 찢어버림으로서 폐지로 되어 쓸모없는 것처럼 보인다 하더라도 그것이 타인에 의하여 조합되어 하나의 새로운 어음으로 이용되지 않는 것에 대하여 소극적인 경제적 가치를 가지는 것이므로 피고인이 그 소지를 침해하여 이를 가져 갔다면 절도죄가 성립한다고 해석함이 상당하다 할 것이다. 논지 이유없다.

〈선정이유〉

절도죄의 객체인 재물은 금전적 가치가 있는 경우로 제한되는 것이 아니라, 이른바 주관적 가치, 주관적 가치, 경제적 가치, 소극적 관계에서의 가치가 있는 경우까지 포함된다고 하는 대법원의 일관된 해석론을 보여주는 판결이다.

271. 사자의 생전점유

(대법원 1993. 9. 28. 선고 93도2143 판결)

〈쟁점〉

살해된 피해자의 재물에 대한 점유와 절도 가능성

〈판결요지〉

위 증거들에 의하면 피고인이 피해자를 살해한 방에서 사망한 피해자 곁에 4시간 30분쯤 있다가 그 곳 피해자의 자취방 벽에 걸려있던 피해자가 소지하는 원심판시 물건들을 영득의 의사로 가지고 나온 사실이 인정되는바, 이와 같은 경우에 피해자가 생전에 가진 점유는 사망 후에도 여전히 계속되는 것으로 보아 이를 보호함이 법의 목적에 맞는 것이라고 할 것이고(당원 1968.6.25. 선고 68도590 판결 참조), 따라서 피고인의 위 행위는 피해자의 점유를 침탈한 것으로서 절도죄에 해당하므로, 원심판결에 채증법칙을 위반하여 점유이탈물횡령의 범행을 절도로 오인한 잘못이나 절

도죄의 고의에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 논지는 받아들일 수 없다.

〈선정이유〉

죽은 자의 점유는 불가능하므로 죽은 자가 살아 있을 때 가진 점유가 일정 시간 지속된다고 하는 논리를 보여주는 대표적인 대법원의 판결이다.

272. 재물을 교부받은 권리와 점유의 차이

(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도9338 판결)

〈쟁점〉

피씨방에 두고 간 다른 사람의 핸드폰을 취한 행위가 절도인지, 점유이탈물 횡령인지

〈판결요지〉

피해자가 피씨방에 두고 간 핸드폰은 피씨방 관리자의 점유하에 있어서 제3자가 이를 취한 행위는 절도죄를 구성한다고 할 것이므로(대법원 1988. 4. 25. 선고 88도409 판결 참조), 이 점에 관한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 절도죄에 관한 법령적용의 착오가 있다고도 할 수 없다.

〈선정이유〉

당구장, 피씨방에 흘린 피해자의 물건에 대한 점유와 고속버스, 지하철 등에 놓고 간 피해자의 물건에 대한 점유를 달리 보는 대법원의 여러 판결 중 비교적 최근의 판결이다.

273. 절취와 사취의 구별(처분행위)

(대법원 1996. 10. 15. 선고 96도2227,96감도94 판결)

〈쟁점〉

예식장 축의금 접수대에서 접수인인 것처럼 행세하여 축의금을 교부받아 가로챈 행위의 처단죄명

〈판결요지〉

피해자가 결혼예식장에서 신부측 축의금 접수인인 것처럼 행세하는 피고인에게 축의금을 내어놓자 이를 교부받아 간 원심 판시와 같은 사건에서 피해자의 교부행위의 취지는 신부측에 전달하는 것일 뿐 피고인에게 그 처분권을 주는 것이 아니므로, 이를 피고인에게 교부한 것이라고 볼 수 없고 단지 신부측 접수대에 교부하는 취지에 불과하므로 피고인이 위 돈을 가져간 것은 신부측 접수처의 점유를 침탈하여 범한 절취행위라고 보는 것이 정당하다.

〈선정이유〉

전달해달라는 취지의 축의금 제시는 처분권을 주는 교부행위가 아니라는 대법원의 판단기준을 보여주는 판결이다.

274. 신임관계와 절도 · 횡령죄

(대법원 1986. 8. 19. 선고 86도1093 판결)

〈쟁점〉

피해자 소유의 오토바이를 타고 심부름을 가다가 마음이 변하여 그대로 타고 가버린 경우의 죄책

〈판결요지〉

피해자가 그 소유의 오토바이를 타고 심부름을 다녀오라고 하여서 그 오토바이를 타고 가다가 마음이 변하여 이를 반환하지 아니한 채 그대로 타고 가버렸다면 횡령죄를 구성함은 변론으로 하고 적어도 절도죄를 구성하지는 아니한다 할 것이다.

원심판결을 기록에 의하여 살펴보니 원심은 이 사건 오토바이는 다방 주인인 오길자의 소유인데 그 열쇠는 언제나 그 다방의 주방장인 유덕근이가 갖고 있으면서 차를 배달하는데 사용하고 있었던 사실과 이 사건 범행당시 위 유덕근이가 피고인에게 오토바이 열쇠를 주면서 그 오토바이를 타고 가서 수표를 현금으로 바꾸어 오라고 시키자 피고인이 이를 응락하고 그 오토바이를 타고 간 사실을 적법히 인정한 다음 달리 피고인이 위 오토바이를 절취하였다고 인정할만한 증명이 없음을 들어 이 부분에 관하여 피고인에게 무죄를 선고하였는바 거기에 절도죄의 법리를 오해하였거나 채증법칙을 어긴 잘못이 없다.

또 소론과 같이 피고인이 피해자의 승락을 받고 그의 심부름으로 오토바이를 타고가서 수표를 현금으로 바꾼 뒤에 마음이 변하여 그 오토바이를 반환하지 아니한 채 그대로 타고 가버렸다 하더라도 그것은 피고인과 피해자사이에 오토바이의 보관에 따른 신임관계를 위배한 것이 되어 횡령죄를 구성함은 변론으로 하고 적어도 절도죄는 구성하지 않는다 할 것이다

〈선정이유〉

사실상의 점유가 누구에게 있는가를 판단하는 기준을 제시하고 있는 판결이다.

275. 상속과 사실상 점유

(대법원 2012. 4. 26. 선고 2010도6334 판결)

〈쟁점〉

절도죄의 성립요건 중 타인의 '점유'의 의미와 판단 기준 및 재물을 점유하는 소유자의 사망에

따라 소유권을 취득한 상속인이 그 점유를 취득하여 상속인에 대한 절도죄가 성립할 수 있는 시기

〈판결요지〉

피고인은 공소외 1과 사실혼관계에 있으면서 의정부시 민락동 576 민락1차 청구아파트 (동호수 생략)(이하 '이 사건 아파트'라고 한다)에서 공소외 1과 동거하였다. 공소외 1이 2005. 8. 23.경 갑작스럽게 사망하자 피고인은 같은 달 26일경 이 사건 아파트에서 동두천시 지행동 소재 부동산, 동두천시 송내동 소재 부동산 지분 및 이 사건 아파트 등에 관한 등기권리증 3장, 양주시 소재 현진에버빌 아파트에 관한 분양계약서 1장, 서울 중구 남창동 소재 삼익패션타운상가에 관한 임대차계약서 1장 및 공소외 2에 대한 차용증 1장이 들어 있는 가방(이하 '이 사건 가방'이라고 한다)을 가지고 갔다. 그러나 위의 서류들이 들어 있는 이 사건 가방은 피해자 공소외 3 및 공소외 4가 공소외 1로부터 상속받아 그들의 소유에 속하게 된 것으로서, 위와 같이 하여 피고인은 그가 이 사건 가방을 절취하였다는 것이다.

2. 이에 대하여 원심은 다음과 같은 이유로 피고인의 절도죄를 인정하였다.

즉, 형법상 점유의 상속은 인정되지 아니한다. 그러나 공소외 1의 사망으로 이 사건 가방이 있던 이 사건 아파트의 소유권이 상속인들에게 이전되어 상속인들이 이 사건 아파트에 관한 지배·관리권을 취득한 이상, 상속인들이 그 안에 있던 위 가방의 존재를 구체적으로 인식하지 못하였더라도 위 가방을 점유하게 되었다고 봄이 상당하다. 결국 피고인이 이 사건 가방을 가지고 간 행위는 상속인들의 소유권뿐만 아니라 그 점유를 침해한 것으로서 절도죄에 해당한다는 것이다.

3. 그러나 원심의 판단은 수긍할 수 없다.

가. 절도죄란 재물에 대한 타인의 점유를 침해함으로써 성립하는 것이다. 여기서의 '점유'라고 함은 현실적으로 어떠한 재물을 지배하는 순수한 사실상의 관계를 말하는 것으로서, 민법상의 점유와 반드시 일치하는 것이 아니다. 물론 이러한 현실적 지배라고 하여도 점유자가 반드시 직접 소지하거나 항상 감수(감수)하여야 하는 것은 아니고, 재물을 위와 같은 의미에서 사실상으로 지배하는지 여부는 재물의 크기·형상, 그 개성의 유무, 점유자와 재물과의 시간적·장소적 관계 등을 종합하여 사회통념에 비추어 결정되어야 한다(대법원 1981. 8. 25. 선고 80도509 판결 등 참조).

그렇게 보면 종전 점유자의 점유가 그의 사망으로 인한 상속에 의하여 당연히 그 상속인에게 이전된다는 민법 제193조는 절도죄의 요건으로서의 '타인의 점유'와 관련하여서는 적용의 여지가 없고, 재물을 점유하는 소유자로부터 이를 상속받아 그 소유권을 취득하였다고 하더라도 상속인이 그 재물에 관하여 위에서 본 의미에서의 사실상의 지배를 가지게 되어야만 이를 점유하는 것으로서 그때부터 비로소 상속인에 대한 절도죄가 성립할 수 있다.

나. 기록에 의하면, 피고인이 공소외 1과 내연관계에 있어 그의 사망 전부터 이 사건 아파트에서 공소외 1과 함께 거주한 사실, 공소외 1이 그 전처 공소외 5와의 사이에 얻은 자식인 공소외 3 및 공소외 4는 이 사건 아파트에서 전혀 거주한 일이 없고 공소외 5와 같이 다른 곳에서 거주·생활하여 왔으나, 공소외 1의 사망으로 이 사건 아파트 등의 소유권을 상속한 사실, 공소외 3 및 공소외 4가 공소외 1이 사망한 후 피고인이 이 사건 아파트로부터 이 사건 가방을 가지고 가기까지 그들의 소유권 등에 기하여 이 사건 아파트 또는 그곳에 있던 이 사건 가방의 인도 등을 요구한 일이 전혀 없는 사실, 다만 공소외 1의 형인 공소외 6이 피고인에게 이 사건 아파트의 문을 열어 달라고 요구하였다가 거부당하자 2005. 8. 29.경 이 사건 아파트 현관문의 열쇠를 교체한 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 피고인이 이 사건 아파트에서 이 사건 가방을 들고 나온 2005. 8. 26.경에 공소외 3

및 공소외 4가 이 사건 아파트에 있던 이 사건 가방을 사실상 지배하여 이를 점유하고 있었다고 볼 수 없고, 따라서 그렇다면 피고인이 이 사건 가방을 가지고 간 행위가 공소외 3 등의 이 사건 가방에 대한 점유를 침해하여 절도죄를 구성한다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

민사상의 상속과 형법상의 사실상의 점유취득이라는 차이점이 절도죄의 성부에 미치는 영향을 잘 보여주는 판례이다.

276. 재물에 대한 교부여부와 절도죄의 성부(책략절도)

(대법원 1994. 8. 12. 선고 94도1487 판결)

〈쟁점〉

금방에서 마치 귀금속을 구입할 것처럼 가장하여 순금목걸이 등을 건네받은 다음 화장실에 갔다 오겠다는 핑계를 대고 도주한 경우 절도죄의 성부

〈판결요지〉

사실이 원심이 확정한 바와 같이, 피고인이 피해자 경영의 금방에서 마치 귀금속을 구입할 것처럼 가장하여 피해자로부터 순금목걸이 등을 건네받은 다음 화장실에 갖다 오겠다는 핑계를 대고 도주한 것이라면 위 순금목걸이 등은 도주하기 전까지는 아직 피해자의 점유하에 있었다고 할 것이므로(당원 1983.2.22. 선고 82도3115 판결 참조), 이를 절도죄로 의율 처단한 원심의 조처는 정당하고, 거기에 소론과 같은 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

이른바 책략절도 사례로서, 피해자의 재물교부가 없었다는 이유로 사기죄가 아닌 절도죄의 성립을 인정한 대표적인 판례이다.

277. 주거침입절도죄의 실행의 착수시기

(대법원 2003. 6. 24. 선고 2003도1985,2003감도26 판결)

〈쟁점〉

주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입한 경우, 절도죄의 실행의 착수시기

〈판결요지〉

2002. 8. 21. 18:30 무렵 구리시 수택동(이하 생략) 다세대주택 2층에 있는 피해자의 집에 재물을 훔치기 위하여 열려있는 현관문을 통하여 방 안에 들어가 뒤지던 중 집안으로 들어오던 피해

자에게 발각되자 체포를 면탈할 목적으로 피해자를 밀어 1층 난간으로 떨어뜨리고, 다시 피해자가 일어나 피고인의 목덜미를 붙잡자 주먹으로 피해자의 얼굴을 1회 때려 피해자에게 6주간의 치료가 필요한 우측요골골두골절상 등을 가하였고 재범의 위험성이 있다는 요지의 이 사건 주위적 공소사실 및 감호청구원인사실에 대하여, 피고인을 징역 1년 9월 및 보호감호에 처한 제1심판결을 파기하고, 피고인이 피해자의 집에 들어가 재물을 물색하기 시작하였다고 인정하기에 부족하고 달리 절도범행의 실행에 착수하였다고 인정할 증거가 없으므로 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 하여 주위적 공소사실을 무죄로 판단하면서 보호감호청구도 기각하였다.

…

2. 그러나 피고인이 절도범행의 실행에 착수하지 아니하였다는 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 받아들일 수 없다.

야간이 아닌 주간에 절도의 목적으로 다른 사람의 주거에 침입하여 절취할 재물의 물색행위를 시작하는 등 그에 대한 사실상의 지배를 침해하는 데에 밀접한 행위를 개시하면 절도죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다.

이 사건에서 보면, 피고인은 범행 당일 피해자가 빨래를 걷으러 옥상으로 올라 간 사이에 피해자의 다세대주택에 절취할 재물을 찾으려고 신발을 신은 채 거실을 통하여 안방으로 들어가 여기저기를 둘러보고는 절취할 재물을 찾지 못하고 다시 거실로 나와서 두리번거리고 있다가 피해자가 현관문을 통하여 거실로 들어가다가 마주치게 된 사실을 인정할 수 있다. 이와 같이 피고인이 방 안으로 들어가다가 곧바로 피해자에게 발각되어 물색행위 등을 할 만한 시간적 여유가 없었던 경우가 아니고 피고인이 방 안까지 들어갔다가 절취할 재물을 찾지 못하고 거실로 돌아 나온 경우라면 피고인이 절도의 목적으로 침입한 이상 물색행위를 하는 등 재물에 대한 피해자의 사실상의 지배를 침해하는 데 밀접한 행위를 하였던 것으로 보아야 한다.

〈선정이유〉

야간주거침입절도죄와 주거침입죄와 절도죄의 경합범에서 실행의 착수시기(물색설)의 차이점을 비교 검토할 수 있는 자료가 되는 판결이다.

278. 불법영득의사의 내용

(대법원 2012. 7. 12. 선고 2012도1132 판결)

〈쟁점〉

절도죄에서 '불법영득의사'의 의미 및 일시 사용의 목적으로 타인의 점유를 침탈한 경우에도 불법영득의사가 인정되는 경우

〈판결요지〉

1. 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사라 함은 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 이용, 처분할 의사를 말하고, 영구적으로 그 물건의 경제적 이익을 보유할 의사임은 요치 않으며, 일시 사용의 목적으로 타인의 점유를 침탈한 경우에도 그 사용으로 인하여 물건 자

체가 가지는 경제적 가치가 상당한 정도로 소모되거나 또는 상당한 장시간 점유하고 있거나 본래의 장소와 다른 곳에 유기하는 경우에는 이를 일시 사용하는 경우라고는 볼 수 없으므로 영득의 의사가 없다고 할 수 없다(대법원 2002. 9. 6. 선고 2002도3465 판결, 대법원 2006. 3. 9. 선고 2005도7819 판결 등 참조).

…

원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거들에 의하면, ① 피고인은 피해자의 허락 없이 피해자가 운영하는 ‘ ○○스포츠피부’ 영업점 내에 있는 이 사건 휴대전화를 가지고 나와 승용차를 운전하고 가다가 신원미상의 여자 2명을 승용차에 태운 후 그들에게 이 사건 휴대전화를 사용하게 한 사실, ② 피고인이 이 사건 휴대전화를 가지고 나온 약 1~2시간 후 피해자에게 아무런 말을 하지 않고 위 영업점 정문 옆에 있는 화분에 이 사건 휴대폰을 놓아두고 간 사실을 알 수 있다.

사실관계가 이와 같다면, 피고인은 이 사건 휴대전화를 자신의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용하다가 본래의 장소와 다른 곳에 유기한 것에 다름 아니므로 피고인에게 불법영득의 의사가 있었다고 할 것이다.

〈선정이유〉

불법영득의사의 내용, 불법영득의사의 존부판단의 기준 등에 대한 대법원의 입장이 표현된 대표적인 판결이다.

279. 예금통장의 절도

(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009도9008 판결)

〈쟁점〉

타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 바로 예금통장을 반환한 경우, 예금통장에 대한 절도죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

타인의 재물을 점유자의 승낙 없이 무단사용하는 경우에 있어서, 그 사용으로 인하여 재물 자체가 가지는 경제적 가치가 상당한 정도로 소모되거나 또는 그 사용 후 재물을 본래의 장소가 아닌 다른 곳에 버리거나 곧 반환하지 아니하고 장시간 점유하고 있었다면 그 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해할 의사가 있다고 보아 불법영득의 의사를 인정할 수 있다(대법원 1987. 12. 8. 선고 87도1959 판결, 대법원 1992. 4. 24. 선고 92도118 판결 등 참조).

한편, 예금통장은 예금채권을 표창하는 유가증권이 아니고 그 자체에 예금액 상당의 경제적 가치가 화체되어 있는 것도 아니지만, 이를 소지함으로써 예금채권의 행사자격을 증명할 수 있는 자격증권으로서 예금계약사실 뿐 아니라 예금액에 대한 증명기능이 있고 이러한 증명기능은 예금통장 자체가 가지는 경제적 가치라고 보아야 하므로, 예금통장을 사용하여 예금을 인출하게 되면 그 인출된 예금액에 대하여는 예금통장 자체의 예금액 증명기능이 상실되고 이에 따라 그 상실된 기능에 상응한 경제적 가치도 소모된다고 할 수 있다. 그렇다면 타인의 예금통장을 무단사용하여 예

금을 인출한 후 바로 예금통장을 반환하였다 하더라도 그 사용으로 인한 위와 같은 경제적 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미한 경우가 아닌 이상, 예금통장 자체가 가지는 예금액 증명기능의 경제적 가치에 대한 불법영득의 의사를 인정할 수 있으므로 절도죄가 성립한다.

이러한 법리에 비추어 보면, 이 사건 통장 자체가 가지는 예금액 증명기능의 경제적 가치는 피고인이 이 사건 통장을 무단사용하여 예금 1,000만 원을 인출함으로써 상당한 정도로 소모되었다고 할 수 있으므로, 피고인이 그 사용 후 바로 이 사건 통장을 제자리에 갖다 놓았다 하더라도 그 소모된 가치에 대한 불법영득의 의사가 인정된다. 그리고 피고인이 피해자로부터 자신의 월급 등을 제대로 받지 못할 것을 염려하여 이 사건 통장을 무단사용하게 되었다고 하여 달리 볼 수 없다.

〈선정이유〉

신용카드와 달리 예금통장의 경우에는 사용하고 이를 제자리에 반환하더라도 절도죄가 성립된다는 대법원의 종래 입장을 다시 확인한 최근 판결이다.

280. 절취한 신용카드를 이용한 현금인출의 죄책

(대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도2440 판결)

〈쟁점〉

절취한 타인의 신용카드를 이용하여 현금지급기에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체시킨 후 현금을 인출한 행위가 절도죄를 구성하는지 여부

〈판결요지〉

가. 이 부분 공소사실의 요지는, '피고인은, 2005. 10. 6. 인천 연수구 옥연동 284-3 소재 우리은행에서, 피해자 공소외 2 몰래 가져간 피해자의 국민카드를 그곳 현금지급기에 넣어 피해자의 국민은행 통장에 입금되어 있는 500만 원을 피고인 명의의 우리은행 통장으로 이체시켜 인출하는 방법으로 가져가 이를 절취하였다'는 것인바, 원심은 이를 유죄로 인정하였다.

나. 절도죄에 있어서의 절취란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말하고(대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도2963 판결 등 참조), 절취한 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우, 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되어 절도죄를 구성하나(대법원 1995. 7. 28. 선고 95도997 판결 등 참조), 위 공소사실 기재 행위 중 피고인이 공소외 2의 신용카드를 이용하여 현금지급기에서 계좌이체를 한 행위는 컴퓨터등사용사기죄에 있어서의 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 한 행위에 해당함은 별론으로 하고 이를 절취행위라고 볼 수는 없고, 한편 피고인이 위 계좌이체 후 현금지급기에서 현금을 인출한 행위는 자신의 신용카드나 현금카드를 이용한 것이어서 이러한 현금인출이 현금지급기 관리자의 의사에 반한다고 볼 수 없으므로, 이 또한 절취행위에 해당하지 아니하는바, 결국 위 공소사실 기재 행위는 절도죄를 구성하지 않는다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

절취한 타인의 신용카드를 사용하여 CD기에서 현금을 인출한 행위와 계좌이체한 행위의 죄책에 대한 대법원의 해석론을 보여주는 대표적인 판결이다.

281. 야간주거침입절도죄의 유형

(대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도300,2011감도5 판결)

〈쟁점〉

'주간에' 사람의 주거 등에 침입하여 '야간에' 타인의 재물을 절취한 행위를 형법 제330조의 야간주거침입절도죄로 처벌할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

이 사건 공소사실 중 야간방실침입절도의 점의 요지는, "피고인은 2010. 6. 16. 15:40경 피해자가 운영하는 서울 동대문구 장안동 (이하 생략) ○○○ 모텔에 이르러, 피해자가 평소 비어 있는 객실의 문을 열어둔다는 사실을 알고 그곳 202호 안까지 들어가 침입한 다음, 같은 날 21:00경 그곳에 설치되어 있던 피해자 소유의 LCD모니터 1대 시가 3만 원 상당을 가지고 나와 절취하였다."는 것이다

…

형법은 제329조에서 절도죄를 규정하고 곧바로 제330조에서 야간주거침입절도죄를 규정하고 있을 뿐, 야간절도죄에 관하여는 처벌규정을 별도로 두고 있지 아니하다. 이러한 형법 제330조의 규정형식과 그 구성요건의 문언에 비추어 보면, 형법은 야간에 이루어지는 주거침입행위의 위험성에 주목하여 그러한 행위를 수반한 절도를 야간주거침입절도죄로 중하게 처벌하고 있는 것으로 보아야 한다. 따라서 주거침입이 주간에 이루어진 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다고 해석함이 상당하다.

이와 달리 만일 주거침입의 시점과는 무관하게 절취행위가 야간에 이루어지면 야간주거침입절도죄가 성립한다고 해석하거나, 주거침입 또는 절취 중 어느 것이라도 야간에 이루어지면 야간주거침입절도죄가 성립한다고 해석한다면, 이는 이 사건과 같이 주간에 주거에 침입하여 야간에 재물을 절취한 경우에도 야간주거침입절도죄의 성립을 인정하여 결국 야간절도를 주간절도보다 엄하게 처벌하는 결과가 되는바, 앞서 본 바와 같이 현행법상 야간절도라는 이유만으로 주간절도보다 가중하여 처벌하는 규정은 없을 뿐만 아니라, 재산범죄 일반에 관하여 야간에 범죄가 행하여졌다고 하여 가중처벌하는 규정이 존재하지 아니한다. 또한 절도행위가 야간에 이루어졌다고 하여 절도행위 자체만으로 주간절도에 비하여 피해자의 심리적 불안감이나 피해 증대 등의 위험성이 커진다고 보기도 어렵다. 나아가, 예컨대 일몰 전에 주거에 침입하였으나 시간을 지체하는 등의 이유로 절취행위가 일몰 후에 이루어진 경우 야간주거침입절도죄로 가중처벌하는 것은 주거침입이 일몰 후에 이루어진 경우와 그 행위의 위험성을 비교하여 볼 때 가혹하다 할 것이다.

한편 야간주거침입절도죄는 주거에 침입한 단계에서 이미 실행에 착수한 것으로 보아야 한다는 것이 대법원의 확립된 판례인바(대법원 2006. 9. 14. 선고 2006도2824 판결 등 참조), 만일 주

간에 주거에 침입하여 야간에 재물을 절취한 경우에도 야간주거침입절도죄의 성립을 인정한다면, 원심이 적절히 지적하고 있는 바와 같이 행위자가 주간에 주거에 침입하여 절도의 실행에는 착수하지 않은 상태에서 발각된 경우 야간에 절취할 의사였다고 하면 야간주거침입절도의 미수죄가 되고 주간절도를 계획하였다고 하면 주거침입죄만 인정된다는 결론에 이르는데, 결국 행위자의 주장에 따라 범죄의 성립이 좌우되는 불합리한 결과를 초래하게 된다.

위와 같은 여러 점들을 종합하여 보면, 주간에 사람의 주거 등에 침입하여 야간에 타인의 재물을 절취한 행위는 형법 제330조의 야간주거침입절도죄를 구성하지 않는 것으로 봄이 상당하다.

따라서 원심이 이 사건 공소사실 중 야간방실침입절도의 점을 무죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지한 조치는 앞서 본 법리에 비추어 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 야간방실침입절도죄의 성립에 관한 법리오해의 잘못이 없다.

〈선정이유〉

야간주거침입절도죄가 성립하기 위해 야간에 이루어져야할 행위가 무엇인지에 대한 대법원의 견해를 알 수 있는 판결이다.

282. 절도죄의 기수시기

(대법원 1991. 4. 23. 선고 91도476 판결)

〈쟁점〉

야간에 까페에서 그 곳 내실에 침입하여 장식장 안에 들어 있던 정기적금통장등을 꺼내 들고 까페로 나오던 중 발각되어 돌려 준 경우 야간주거침입절도의 기수 여부

〈판결요지〉

피고인의 제1심법정에서의 진술이나 원심증인 나광원의 증언에 의하면 피고인은 피해자 나광원 경영의 "새로나" 까페에서, 야간에 아무도 없는 그 곳 내실에 침입하여 장식장 안에 들어 있던 정기적금통장, 도장, 현금 20,000원을 꺼내서 들고 까페로 나오던 중 발각되어 돌려 주었다는 것이므로, 이에 따르면 피고인은 피해자 나광원의 재물에 대한 소지(점유)를 침해하고, 일단 피고인 자신의 지배 내에 옮겼다고 볼 수 있으니 절도의 미수에 그친 것이라고 할 수 없다.(당원 1964.4.21. 선고 64도112 판결 참조)

〈선정이유〉

피해자의 주거를 벗어나지 않은 상태에서도 절도죄의 기수가 가능한 경우의 한 예로 대법원의 절도죄의 기수시기에 대한 판단기준을 알 수 있는 판례이다.

283. 흉기휴대 합동절도의 실행의 착수시기

(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도9667 판결)

〈쟁점〉

형법 제331조 제2항의 특수절도에서 절도범인이 그 범행수단으로 주거에 침입한 경우, 특수절도죄와 주거침입죄와의 죄수관계(=실체적 경합) 및 특수절도죄의 실행의 착수 시기(=물색행위시)

〈판결요지〉

형법 제331조 제2항의 특수절도에 있어서 주거침입은 그 구성요건이 아니므로, 절도범인이 그 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 그 주거침입행위는 절도죄에 흡수되지 아니하고 별개로 주거침입죄를 구성하여 절도죄와는 실체적 경합의 관계에 있게 되고 (대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7820 판결 참조), 2인 이상이 합동하여 야간이 아닌 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였다 하여도 아직 절취할 물건의 물색행위를 시작하기 전이라면 특수절도죄의 실행에는 착수한 것으로 볼 수 없는 것이어서 그 미수죄가 성립하지 않는다(대법원 1992. 9. 8. 선고 92도1650, 92감도80 판결 참조).

위 법리에 비추어 보면, 원심이 주간에 피해자의 아파트 출입문 시정장치를 손괴하다가 마침 귀가하던 피해자에게 발각되어 도주한 피고인들에 대하여 형법 제331조 제2항에 정한 특수절도죄의 실행의 착수가 없었다는 이유로 무죄를 선고한 조치는 옳고, 주장과 같은 법리오해의 위법이 없다.

〈선정이유〉

주거침입을 구성요건행위로 하지 않은 특수절도(흉기휴대)의 실행의 착수시기에 대한 대법원의 입장을 보여주는 판결이다.

284. 합동절도

(대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

3인 이상이 합동절도를 모의한 후 2인 이상이 범행을 실행한 경우, 직접 실행행위에 가담하지 않은 자에 대한 공모공동정범의 인정 여부

〈판결요지〉

나. 한편 2인 이상이 공동의 의사로서 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로가 다른 사람의 행위를 이용하여 각자 자기의 의사를 실행에 옮기는 내용의 공모를 하고, 그에 따라 범죄를 실행한 사실이 인정되면 그 공모에 참여한 사람은 직접 실행행위에 관여하지 아니하였더라도 다른 사람의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 범죄를 하였다는 점에서 자기가 직접 실행행위를 분담한 경우와 형사책임의 성립에 차이를 둘 이유가 없는 것인바(형법 제30조), 이와 같은 공동정

범 이론을 형법 제331조 제2항 후단의 합동절도와 관련하여 살펴보면, 2인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 1인의 범인만이 단독으로 절도의 실행행위를 한 경우에는 합동절도의 객관적 요건을 갖추지 못하여 합동절도가 성립할 여지가 없는 것이지만, 3인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인이 범행 현장에서 시간적, 장소적으로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 경우에는 위와 같은 공동정범의 일반 이론에 비추어 그 공모에는 참여하였으나 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인에 대하여도 그가 현장에서 절도 범행을 실행한 위 2인 이상의 범인의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있다고 보여지는 한 그 다른 범인에 대하여 합동절도의 공동정범의 성립을 부정할 이유가 없다고 할 것이다(대법원 1956. 5. 1. 선고 4289형상35 판결, 1960. 6. 15. 선고 4293형상60 판결 등 참조).

형법 제331조 제2항 후단의 규정이 위와 같이 3인 이상이 공모하고 적어도 2인 이상이 합동절도의 범행을 실행한 경우에 대하여 공동정범의 성립을 부정하는 취지라고 해석할 이유가 없을 뿐만 아니라, 만일 공동정범의 성립가능성을 제한한다면 직접 실행행위에 참여하지 아니하면서 배후에서 합동절도의 범행을 조종하는 수괴는 그 행위의 기여도가 강력함에도 불구하고 공동정범으로 처벌받지 아니하는 불합리한 현상이 나타날 수 있다. 그러므로 합동절도에서도 공동정범과 교사범·종범의 구별기준은 일반원칙에 따라야 하고, 그 결과 범행현장에 존재하지 아니한 범인도 공동정범이 될 수 있으며, 반대로 상황에 따라서는 장소적으로 협동한 범인도 방조만 한 경우에는 종범으로 처벌될 수도 있다.

…

원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심이 채택한 증거들을 인용하여 피고인에 대하여 1997. 4. 18. 04:08경 삼성동 소재 엘지마트 편의점에서 범한 특수절도죄를 유죄로 인정하였다. 그런데 원심이 인용한 제1심판결이 채택한 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면, 속칭 삐끼주점의 지배인인 피고인이 피해자 오건수로부터 신용카드를 강취하고 신용카드의 비밀번호를 알아낸 후 현금자동지급기에서 인출한 돈을 삐끼주점의 분배관례에 따라 분배할 것을 전제로 하여 원심 공동피고인 1(삐끼), 2(삐끼주점 업주) 및 공소외 인(삐끼)과 피고인은 삐끼주점 내에서 피해자를 계속 붙잡아 두면서 감시하는 동안 원심 공동피고인 1, 2 및 공소외인은 피해자의 위 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하기로 공모하였고, 그에 따라 원심 공동피고인 1, 2 및 공소외인이 1997. 4. 18. 04:08경 서울 강남구 삼성동 소재 엘지마트 편의점에서 합동하여 현금자동지급기에서 현금 4,730,000원을 절취한 사실을 인정하기에 넉넉한바, 비록 피고인이 범행 현장에 간 일이 없다 하더라도 위와 같은 사실관계하에서라면 피고인이 합동절도의 범행을 현장에서 실행한 원심 공동피고인 1, 2 및 공소외인과 공모한 것만으로서도 그들의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가될 수 있는 합동절도 범행의 정범성의 표지를 갖추었다고 할 것이고, 따라서 위 합동절도 범행에 대하여 공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없다

〈선정이유〉

합동절도에 있어서도 이른바 공모공동정범형태의 가담자를 공동정범으로 처벌할 수 있는 근거를 제공한 전원합의체 판결이다.

285. 자동차등 불법사용죄

(대법원 2002. 9. 6. 선고 2002도3465 판결)

〈쟁점〉

형법 제331조의2 소정의 자동차등불법사용죄의 적용 요건 및 절도죄에 있어서 불법영득의 의사

〈판결요지〉

형법 제331조의2에서 규정하고 있는 자동차등불법사용죄는 타인의 자동차 등의 교통수단을 불법영득의 의사 없이 일시 사용하는 경우에 적용되는 것으로서 불법영득의사가 인정되는 경우에는 절도죄로 처벌할 수 있을 뿐 본죄로 처벌할 수 없다 할 것이며, 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사라 함은 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 이용, 처분할 의사를 말하고 영구적으로 그 물건의 경제적 이익을 보유할 의사임은 요치 않으며 일시사용의 목적으로 타인의 점유를 침탈한 경우에도 이를 반환할 의사 없이 상당한 장시간 점유하고 있거나 본래의 장소와 다른 곳에 유기하는 경우에는 이를 일시 사용하는 경우라고는 볼 수 없으므로 영득의 의사가 없다고 할 수 없다 할 것이다(대법원 1984. 12. 26. 선고 84감도392, 1988. 9. 13. 선고 88도917 판결 등 참조).

기록과 원심판결이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 피고인이 강도상해 등의 범행을 저지르고 도주하기 위하여 피고인이 근무하던 인천 중구 항동7가 소재 연안아파트 상가 중국집 앞에 세워져 있는 오토바이를 소유자의 승낙 없이 타고가서 신흥동 소재 뉴스타호텔 부근에 버린 다음 버스를 타고 광주로 가버렸다는 것이므로 피고인에게 위 오토바이를 불법영득할 의사가 없었다고 할 수 없어, 원심이 이를 형법 제331조의2의 자동차등불법사용죄가 아닌 절도죄로 의율한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 절도죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

자동차등불법사용죄의 법적 성질을 결정하는 중요 개념들을 정의하고 있는 판결이다.

286. 상습절도의 범위

(대법원 2017. 7. 11. 선고 2017도4044 판결)

〈쟁점〉

(특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제6항에 규정된) 상습절도 등 죄를 범한 범인이 그 범행의 수단으로 주거침입을 한 경우, 주거침입행위가 별개로 주거침입죄를 구성하는지 여부 등

〈판결요지〉

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정범죄가중법'이라 한다) 제5조의4 제6항에 규정된

상습절도 등 죄를 범한 범인이 그 범행의 수단으로 주거침입을 한 경우에 주거침입행위는 상습절도 등 죄에 흡수되어 위 조문에 규정된 상습절도 등 죄의 1죄만이 성립하고 별개로 주거침입죄를 구성하지 않으며, 또 위 상습절도 등 죄를 범한 범인이 그 범행 외에 상습적인 절도의 목적으로 주거침입을 하였다가 절도에 이르지 아니하고 주거침입에 그친 경우에도 그것이 절도상습성의 발현이라고 보이는 이상 주거침입행위는 다른 상습절도 등 죄에 흡수되어 위 조문에 규정된 상습절도 등 죄의 1죄만을 구성하고 상습절도 등 죄와 별개로 주거침입죄를 구성하지 않는다.

그런데도 원심은 피고인이 주간에 주거에 침입하여 상습으로 타인의 재물을 절취하거나 재물이 없어 절취하지 못하였다는 공소사실에 대하여 특정범죄가중법 제5조의4 제6항 위반죄 외에 주거침입죄가 별도로 성립한다고 판단하여, 주거침입죄 부분을 이유무죄로 판단한 제1심판결을 파기하고 공소사실 전부를 유죄로 판단하였다. 이러한 원심판결에는 특정범죄가중법 제5조의4 제6항 위반죄에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.

[참고] 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4

⑥ 상습적으로 「형법」 제329조부터 제331조까지의 죄나 그 미수죄 또는 제2항의 죄로 두 번 이상 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 면제된 후 3년 이내에 다시 상습적으로 「형법」 제329조부터 제331조까지의 죄나 그 미수죄 또는 제2항의 죄를 범한 경우에는 3년 이상 25년 이하의 징역에 처한다.

〈선정이유〉

상습절도로 인정할 수 있는 범행의 범위는 그 상습절도가 어떤 행태를 포함하고 있는지 근거 규범의 규정에 따라 결정된다는 원리를 제시하고 있는 판결이다.

287. 절도와 컴퓨터사용사기죄의 피해자와 친족상도례의 적용범위

(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도2704 판결)

〈쟁점〉

절취한 친족 소유의 예금통장을 현금자동지급기에 넣고 조작하여 예금 잔고를 다른 금융기관의 자기 계좌로 이체하는 방법으로 저지른 컴퓨터등사용사기죄에 있어서의 피해자와 친족상도례의 적용대상

〈판결요지〉

컴퓨터 등 정보처리장치를 통하여 이루어지는 금융기관 사이의 전자식 자금이체거래는 금융기관 사이의 환거래관계를 매개로 하여 금융기관 사이나 금융기관을 이용하는 고객 사이에서 현실적인 자금의 수수 없이 지급·수령을 실현하는 거래방식인바, 피고인이 권한 없이 컴퓨터 등 정보처리장치를 이용하여 예금계좌 명의인이 거래하는 금융기관의 계좌 예금 잔고 중 일부를 피고인이 거래하는 다른 금융기관에 개설된 그 명의 계좌로 이체한 경우, 예금계좌 명의인의 거래 금융기관에 대한 예금반환 채권은 이러한 행위로 인하여 영향을 받을 이유가 없는 것이므로, 거래 금융기관으로서는 예금계좌 명의인에 대한 예금반환 채무를 여전히 부담하면서도 환거래관계상 다른 금융기

관에 대하여 자금이체로 인한 이체자금 상당액 결제채무를 추가 부담하게 됨으로써 이체된 예금 상당액의 채무를 이중으로 지급해야 할 위험에 처하게 된다.

따라서 친척 소유 예금통장을 절취한 피고인이 그 친척 거래 금융기관에 설치된 현금자동지급기에 예금통장을 넣고 조작하는 방법으로 친척 명의 계좌의 예금 잔고를 피고인이 거래하는 다른 금융기관에 개설된 피고인 명의 계좌로 이체한 경우, 그 범행으로 인한 피해자는 이체된 예금 상당액의 채무를 이중으로 지급해야 할 위험에 처하게 되는 그 친척 거래 금융기관이라 할 것이고, 거래 약관의 면책 조항이나 채권의 준점유자에 대한 법리 적용 등에 의하여 위와 같은 범행으로 인한 피해가 최종적으로는 예금 명의인인 친척에게 전가될 수 있다고 하여, 자금이체 거래의 직접적인 당사자이자 이중지급 위험의 원칙적인 부담자인 거래 금융기관을 위와 같은 컴퓨터 등 사용사기 범행의 피해자에 해당하지 않는다고 볼 수는 없다. 따라서 위와 같은 경우에는 친족 사이의 범행을 전제로 하는 친족상도례를 적용할 수 없는 것이다.

검사가, 피고인이 절취한 친할아버지 공소외인 소유 고흥 농업협동조합 예금통장을 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 공소외인 명의 위 농업협동조합 계좌의 예금 잔고 중 57만 원을 피고인 명의 국민은행 계좌로 이체한 이 사건 컴퓨터 등 사용사기 범행 부분의 피해자를 고흥 농업협동조합이라고 특정하여 공소 제기한 이 사건에서, 원심이 위 범행의 피해자는 피고인의 친할아버지 공소외인이라는 이유를 들어, 공소사실을 유죄로 인정한 제1심을 파기하고 친족상도례를 적용하여 피고인에게 형 면제를 선고한 조치는, 컴퓨터 등 사용사기죄에 있어서의 피해자 및 친족상도례의 적용범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있고 이는 판결에 영향을 미친 것이 분명하므로 그대로 유지될 수 없다.

〈선정이유〉

다수의 관계인이 등장하는 구체적 사안에서 특정 범죄의 피해자가 누구인지, 친족상도례가 적용되는 사람(단체)은 누구인지를 명확하게 보여주고 있는 판결이다.

288. 점유자와 소유자가 다른 경우의 친족상도례의 적용

(대법원 1980. 11. 11. 선고 80도131 판결)

〈쟁점〉

절도범인이 피해물건의 소유자나 점유자의 어느 일방과의 사이에서만 친족관계가 있는 경우에 친족상도례에 관한 규정의 적용이 있는지 여부

〈판결요지〉

원심은 피고인이 1978. 8. 8. 19 : 00경 서울 종로구 종로 4가 49소재 공소 외 1이 경영하는 금은 세공공장에서 공소외 1이 공소 외 홍상열로부터 가공의뢰를 받아 보관중이던 위 홍상열 소유의 다이아몬드6개 도합 시가 금 138만원 상당을 절취한 사실을 인정한 다음, 공소외 1은 피고인의 생질(피고인의 누이인 공소외 2의 아들)로서 피고인과 공소외 1은 형법 제344조에 의하여 준용되는 같은 법 제328조 제 2 항 소정의 친족관계가 있는 것이고, 위 친족간의 범행에 관한 규정은

피해물건의 소유자와 범인과의 관계에 관하여 규정한 것이 아니라 절도죄의 직접의 피해자인 피해물건의 점유자와 범인과의 관계에 관하여 규정한 것이므로 결국 본건 절도죄는 친족간의 범행에 관한 규정의 적용이 있는 것으로 보아야 할 것인데 피해자인 공소외 1이 피고인을 고소한 바 없으니 본건 공소는 형법 제344조 및 제328조 제 2 항에서 요구하는 고소없이 제기된 공소에 해당된다는 이유로 본건 공소를 기각한 제 1 심판결을 유지하였다.

그러나 절도죄는 재물의 점유를 침탈하므로 인하여 성립하는 범죄이므로 재물의 점유자가 절도죄의 피해자가 되는 것이나 절도죄는 점유자의 점유를 침탈하므로 인하여 그 재물의 소유자를 해하게 되는 것이므로 재물의 소유자도 절도죄의 피해자로 보아야 할 것이다.

그러니 형법 제344조에 의하여 준용되는 형법 제328조 제2항 소정의 친족간의 범행에 관한 조문은 범인과 피해물건의 소유자 및 점유자 쌍방간에 같은 조문 소정의 친족관계가 있는 경우에만 적용되는 것이고, 단지 절도범인과 피해물건의 소유자간에만 친족관계가 있거나 절도범인과 피해물건의 점유자간에만 친족관계가 있는 경우에는 그 적용이 없는 것이라고 보는 것이 타당할 것이다.

그런데 이 사건에 있어서 피고인이 본건 피해물건의 점유자(소지자)인 공소외 1에 대한 관계에서만 위 법조 소정의 친족관계가 있을 뿐이고 본건 피해물건의 소유자인 공소외 홍상열과의 사이에 위 법조 소정의 친족관계가 없는 것이라면 피고인에 대하여 형법 제344조에 의하여 준용되는 형법 제328조 제2항은 적용될 수 없는 것이라고 할 것이니 원심이 피고인에 대하여 위 친족간의 범행에 관한 규정을 적용하여 공소를 기각한 제 1 심판결을 유지한 것은 절도죄의 보호법익 및 친족간의 범행에 관한 법리를 오해하여 판결결과에 영향을 미친 위법을 범하였다고 아니할 수 없다.

〈선정이유〉

절도죄의 객체인 재물의 소유자와 점유자가 동일인이 아닌 경우 친족상도례의 적용을 위해서는 범인이 양자 모두에 대해 친족관계가 있어야 한다는 현재까지 일관(대법원 2014.9.25. 선고 2014도8984 판결)된 대법원의 법리를 밝힌 판결이다.

Ⅱ. 강도의 죄

289. 재산상 이익강도(강제이득죄)에서 재산상 이익의 의미

(대법원 1994. 2. 22. 선고 93도428 판결)

〈쟁점〉

강제이득죄의 요건인 재산상 이익의 의미

〈판결요지〉

형법 제333조 후단의 강도죄, 이른바 강제이득죄의 요건인 재산상의 이익이란 재물이외의 재산상의 이익을 말하는 것으로서 적극적 이익(적극적인 재산의 증가)이든 소극적 이익(소극적인 부채의 감소)이든 상관없는 것이고, 같은법 제337조 소정의 강도상해, 치상죄의 성립에는 강도범행의 기수나 미수 여부도 불문하는 것이다 (당원 1969.9.23. 선고 69도1333 판결; 1986.9.23. 선고 86도1526 판결; 1988.2.9. 선고 87도2492 판결등 참조).

그러므로 피해자에게 반항을 억압할 정도의 폭행, 협박을 가하여 채무를 부담하게 하거나 채권의 포기나 채무면제의 의사표시를 하게 한 경우와 같이 피해자의 자유의사가 결여된 상태하에서 처분행위의 외형을 지니는 행동에 의한 이득도 재산상의 이익에 포함되는 것이고, 이 경우 피해자의 의사표시는 사법상 무효이거나 적어도 강박을 이유로 취소가 가능하겠지만 강제이득죄는 권리의무관계가 외형상으로라도 불법적으로 변동되는 것을 막고자 함에 있는 것으로서 항거불능이나 반항을 억압할 정도의 폭행 협박을 그 요건으로 하는 강도죄의 성질상 그 권리의무관계의 외형상 변동의 사법상 효력의 유무는 그 범죄의 성립에 영향이 없고, 법률상 정당하게 그 이행을 청구할 수 있는 것이 아니라도 강도죄에 있어서의 재산상의 이익에 해당하는 것이며, 따라서 이와 같은 재산상의 이익은 반드시 사법상 유효한 재산상의 이득만을 의미하는 것이 아니고 외견상 재산상의 이득을 얻을 것이라고 인정할 수 있는 사실관계만 있으면 되는 것이다 (당원 1987.2.10. 선고 86도2472 판결 참조).

…

이 사건 공소사실중, 피고인이 1992. 4. 25. 17:30경 당시 피고인이 입원해 있던 안동의료원 311호실에서 자신과 룸싸롱을 동업한 적이 있는 피해자 를 전화로 불러 오게 한 다음 / 가슴에 품고 있던 식칼을 피해자의 목에 들이대고 "위 룸싸롱을 경영하면서 손해를 보았으니 피고인의 채권자인 공소외 엄동수에게 금 20,000,000원을 지급한다는 내용의 지불각서를 쓰라"는 취지로 협박하다가 피해자가 망설인다는 이유로 위 칼로 피해자의 오른쪽 어깨를 1회 찔러 항거를 불능케하고 그로 하여금 위와 같은 취지의 지불각서 1매를 쓰게 한 다음 이를 강취하고, 그로 인해 피해자에게 약 2주간의 치료를 요하는 우측견갑부열상을 입힌 것이라는 강도상해의 점에 대하여,

… 만일 원심이 인정한 바와 같이 피고인이 피해자를 강요하여 판시와 같은 지불각서를 작성하게 하였다면 이는 특별한 사정이 없는 한 피해자로 하여금 거기에 쓰여진 내용의 의사표시를 하게 한 것이 되어 외형상은 그 서면에 따른 채무부담의 의사표시를 한 것이 되는 것이고, 이 서면이 동시에 그 의사표시에 관한 증거서류가 되는 것 뿐이며, 의사표시나 채무부담행위의 존재를 전제로 하지 아니하는 증거서류만을 만들어 낸다는 것은 의미가 없는 것이다. 검사작성의 피고인에 대한 피의자신문조서에 의하면, 피고인은 위 엄동수에게 위 지불각서를 주면서 피해자로부터 돈을 받으라고 하였다고 기재되어 있고, 검사작성의 피해자에 대한 진술조서에 의하면 피고인은 지불각서 작성후 피해자로 하여금 집(피해자의 처)으로 전화하여 사람을 보내면 돈을 주도록 하라고 하였다고 기재되어 있는 바, 이것이 사실이라면 이는 피해자의 채무부담의 의사표시의 존재를 전제로 한 것이라고 볼 여지가 있으므로 원심으로서는 이 부분의 사실관계도 살펴보아 피해자가 피고인에게 위 지불각서를 작성 교부한 것이 피고인의 엄동수에 대한 채무를 인수한다는 의사표시를 한 것으로 볼 수 있는 것인지, 이에 의하여 권리의무관계의 외형적인 불법적 변동이나 피고인의 재산상의 이익의 취득이 있었다고 볼 수 있을 것인지 여부를 판단하여야 할 것이다.

〈선정이유〉

재산상의 이익은 반드시 사법상 유효한 재산상의 이득만을 의미하는 것이 아니고 외견상 재산상의 이득을 얻을 것이라고 인정할 수 있는 사실관계만 있으면 인정된다는 대법원의 법리를 보여주는 판결이다.

290. 강도강간범의 성립요건(1)

(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도9630 판결)

〈쟁점〉

강간의 실행행위 계속 중에 강도행위를 한 경우 '강도강간죄'를 구성하는지 여부, 강도죄에서 '폭행, 협박'과 '재물의 탈취'와의 관계, 강도피해자가 재물탈환의 사실을 인식해야하는지 및 강간범인이 폭행, 협박에 의한 반항억압 상태가 계속 중임을 이용하여 재물을 탈취하는 경우 새로운 폭행, 협박을 요하는지 여부

〈판결요지〉

강간범이 강간행위 후에 강도의 범의를 일으켜 그 부녀의 재물을 강취하는 경우에는 강도강간죄가 아니라 강간죄와 강도죄의 경합범이 성립될 수 있을 뿐이지만, 강간행위의 종료 전 즉 그 실행행위의 계속 중에 강도의 행위를 할 경우에는 이때에 바로 강도의 신분을 취득하는 것이므로 이후에 그 자리에서 강간행위를 계속하는 때에는 강도가 부녀를 강간한 때에 해당하여 형법 제339조 소정의 강도강간죄를 구성하고 (대법원 1988. 9. 9. 선고 88도1240 판결 참조), 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10258호 성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률로 개정되기 전의 것) 제5조 제2항은 형법 제334조(특수강도) 등의 죄를 범한 자가 형법 제297조(강간) 등의 죄를 범한 경우에 이를 특수강도강간 등의 죄로 가중하여 처벌하는 것이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 특수강간범이 강간행위 종료 전에 특수강도의 행위를 한 이후에 그 자리에서 강간행위를 계속하는 때에도 특수강도가 부녀를 강간한 때에 해당하여 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제2항에 정한 특수강도강간죄로 의율할 수 있다 (대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도3594 판결 참조).

또한, 강도죄는 재물탈취의 방법으로 폭행, 협박을 사용하는 행위를 처벌하는 것이므로 폭행, 협박으로 타인의 재물을 탈취한 이상 피해자가 우연히 재물탈취 사실을 알지 못하였다고 하더라도 강도죄는 성립하고, 폭행, 협박당한 자가 탈취당한 재물의 소유자 또는 점유자일 것을 요하지도 아니하며(대법원 1967. 6. 13. 선고 67도610 판결, 대법원 1979. 9. 25. 선고 79도1735 판결 등 참조), 강간범인이 부녀를 강간할 목적으로 폭행, 협박에 의하여 반항을 억업한 후 반항억압 상태가 계속 중임을 이용하여 재물을 탈취하는 경우에는 재물탈취를 위한 새로운 폭행, 협박이 없더라도 강도죄가 성립한다(대법원 1985. 10. 22. 선고 85도1527 판결 참조).

원심이 피해자 공소외 1에 대한 판시 강간행위 도중 범행현장에 있던 피해자 공소외 2 소유의 핸드백을 가져간 피고인의 행위를 포괄하여 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 위반(특수강도강간등)죄에 해당한다고 판단한 조치는 위와 같은 법리에 따른 것으로 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 채증법칙 위배로 인한 사실오인 및 법리오해의 위법은 없다.

〈선정이유〉

강도강간범을 둘러싼 다양한 쟁점들을 다루고 있는 판결이다.

291. 강도살인죄의 성립요건(2)

(대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도1098 판결)

〈쟁점〉

채무를 면탈할 의사로 채권자를 살해하였으나 일시적으로 채권자측의 추급을 면한 것에 불과한 경우, 강도살인죄의 성립 여부

〈판결요지〉

원심은, 그 채용 증거에 의하여 피고인이 피해자와 채무 변제기의 유예 여부 등을 놓고 언쟁을 벌이다가 순간적으로 피해자를 살해하여 피해자에 대한 채무의 지급을 면하기로 마음먹고, 마침 바닥에 떨어져 있던 망치로 피해자의 뒷머리 부분을 수회 때리는 등의 방법으로 피해자를 살해한 다음, 피해자의 상의 주머니 안에서 피해자 소유의 현금 120만 원과 신용카드 등이 들어 있는 지갑 1개를 꺼내어 가 이를 강취하였다고 판단하여, 피고인을 강도살인죄로 처단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

2. 그러나 원심의 이러한 판단은 수긍할 수 없다.

가. 강도살인죄가 성립하려면 먼저 강도죄의 성립이 인정되어야 하고, 강도죄가 성립하려면 불법영득(또는 불법이득)의 의사가 있어야 하며(대법원 1986. 6. 24. 선고 86도776 판결 참조), 형법 제333조 후단 소정의 이른바 강제이득죄의 성립요건인 '재산상 이익의 취득'을 인정하기 위하여는 재산상 이익이 사실상 피해자에 대하여 불이익하게 범인 또는 제3자 앞으로 이전되었다고 볼 만한 상태가 이루어져야 하는데, 채무의 존재가 명백할 뿐만 아니라 채권자의 상속인이 존재하고 그 상속인에게 채권의 존재를 확인할 방법이 확보되어 있는 경우에는 비록 그 채무를 면탈할 의사로 채권자를 살해하더라도 일시적으로 채권자측의 추급을 면한 것에 불과하여 재산상 이익의 지배가 채권자측으로부터 범인 앞으로 이전되었다고 보기는 어려우므로, 이러한 경우에는 강도살인죄가 성립할 수 없다고 보아야 한다.

그런데 이 사건 기록에 의하면, 피해자와 피고인 사이에 언쟁이 일어난 원인과 범행 경위 등에 비추어 피고인이 자신의 차용금 채무를 면탈할 목적으로 피해자를 살해한 것이라고 단정하기 어렵고 오히려 그보다는 피고인의 주장처럼, 피해자가 피고인의 변제기 유예 요청을 거부하면서 피고인을 심히 모욕하는 바람에 격분을 일으켜 억제하지 못하고 살해의 범행에 이르렀다고 보는 것이 타당할 뿐 아니라, 피고인과 피해자 사이에 차용증서가 작성되지는 않았지만 피해자의 그 상속인 중 한 사람인 정영자(피해자의 처)가 피해자로부터 전해 들어 이미 피고인에 대한 대여금 채권의 존재를 알고 있었던 것으로 보이므로, 가사 피고인이 그 차용금 채무를 면탈할 목적으로 피해자를 살해하였다고 하더라도 이 경우에는 일시적으로 피해자측의 추급을 면한 것에 불과할 것이어서, 이러한 사정만으로 곧바로 강도살인죄가 성립한다고 볼 수는 없을 것이다.

나. 한편, 피고인이 피해자를 살해한 후 피해자의 재물을 강취하였다고 단정하기도 어렵다.

기록에 의하면, 피고인은 살해 직후 피해자가 운전하고 온 차량의 적재함에 피해자의 시체를 싣고 보니 마침 그 상의 조끼에 지갑이 있는 것을 발견하고, 장차 시체가 발견될 때 피해자의 신원이 밝혀지는 게 두려워 이를 숨기기 위하여 지갑을 꺼내 그 차량의 사물함에 통째로 넣어두었다가(따라서 이 때까지는 피고인에게 지갑 속의 재물에 대한 불법영득의 의사를 인정하기 어렵다), 그로부터 15시간 가량 지난 후인 그 다음날 10:00경 범행현장에 다시 왔을 때 지갑 속에 들어 있던 돈과 피해자의 바지주머니에 별도로 들어 있던 10만 원 가량의 돈을 꺼냈다가, 지갑 속의 돈은 피

에 젖어 사용할 수 없을 것으로 생각하여 며칠 후 월악산 계곡에다 지갑째로 버리고, 다만 바지주머니에서 꺼낸 돈을 유류대금과 담배값 등으로 사용하였음을 알 수 있다.

강도살인죄는 강도범인이 강도의 기회에 살인행위를 함으로써 성립하는 것이므로, 강도범행의 실행중이거나 그 실행 직후 또는 실행의 범의를 포기한 직후로서 사회통념상 범죄행위가 완료되지 아니하였다고 볼 수 있는 단계에서 살인이 행하여짐을 요건으로 하는데(대법원 1996. 7. 12. 선고 96도1108 판결 참조), 피고인이 피해자 소유의 돈과 신용카드에 대하여 불법영득의 의사를 갖게 된 것은 살해 후 상당한 시간이 지난 후로서 살인의 범죄행위가 이미 완료된 후의 일로 보이므로, 살해 후 상당한 시간이 지난 후에 별도의 범의에 터잡아 이루어진 재물 취거행위를 그보다 앞선 살인행위와 합쳐서 강도살인죄로 처단할 수는 없다.

다. 그럼에도 불구하고, 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인을 강도살인죄로 처단한 제1심판결을 그대로 유지하였으니, 거기에는 채증법칙 위배로 인한 사실오인 또는 강도살인죄의 성립에 관한 법리오해의 위법이 있다고 아니할 수 없다.

〈선정이유〉

채무면탈 목적의 강도살인죄의 미수와 기수의 구별기준, 피해자의 사망 후 생전 점유가 미치는 시기, 고의 등 다양한 풍부한 논점들을 다루고 있는 판결이다.

292. 강도예비와 준강도

(대법원 2006. 9. 14. 선고 2004도6432 판결)

〈쟁점〉

강도를 할 목적에 이르지 않고 준강도할 목적이 있음에 그치는 경우에 강도예비·음모죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

강도예비·음모죄에 관한 형법 제343조는 “강도할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.”고 규정하고 있는바, 그 법정형이 단순 절도죄의 법정형을 초과하는 등 상당히 무겁게 정해져 있고, 원래 예비·음모는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 처벌의 대상이 된다는 점(형법 제28조)을 고려하면, 강도예비·음모죄로 인정되는 경우는 위 법정형에 상당한 정도의 위법성이 나타나는 유형의 행위로 한정함이 바람직하다 할 것이다.

그런데 준강도죄에 관한 형법 제335조는 “절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에는 전2조의 예에 의한다.”라고 규정하고 있을 뿐 준강도를 항상 강도와 같이 취급할 것을 명시하고 있는 것은 아니고, 절도범이 준강도를 할 목적을 가진다고 하더라도 이는 절도범으로서는 결코 원하지 않는 극단적인 상황인 절도 범행의 발각을 전제로 한 것이라는 점에서 본질적으로 극히 예외적이고 제한적이라는 한계를 가질 수밖에 없으며, 형법은 흉기를 휴대한 절도를 특수절도라는 가중적 구성요건(형법 제331조 제2항)으로 처벌하면서도 그 예비행위에 대한 처벌조항은 마련하지 않고 있는데, 만약 준강도를 할 목적을 가

진 경우까지 강도예비로 처벌할 수 있다고 본다면 흉기를 휴대한 특수절도를 준비하는 행위는 거의 모두가 강도예비로 처벌받을 수밖에 없게 되어 형법이 흉기를 휴대한 특수절도의 예비행위에 대한 처벌조항을 두지 않은 것과 배치되는 결과를 초래하게 된다는 점 및 정당한 이유 없이 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하는 행위 자체를 처벌하는 조항을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조에 따로 마련하고 있다는 점 등을 고려하면, 강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 행위자에게 미필적으로라도 '강도'를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 그에 이르지 않고 단순히 '준강도'할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다고 봄이 상당하다.

기록에 의하여 인정되는 피고인의 전력 등에 의하면, 피고인이 휴대 중이던 등산용 칼을 그 주장하는 바와 같이 뜻하지 않게 절도 범행이 발각되었을 경우 체포를 면탈하는데 도움이 될 수 있을 것이라는 정도의 생각에서 더 나아가, 타인으로부터 물건을 강취하는 데 사용하겠다는 생각으로 준비하였다고 단정하기는 어렵고, 이와 같이 피고인에게 준강도할 목적이 인정되는 정도에 그치는 이상 피고인에게 강도할 목적이 있었다고 볼 수 없으므로 강도예비죄의 죄책을 인정할 수는 없다 할 것이다.

〈선정이유〉

형법 제343조의 강도할 목적의 예비·음모죄에 준강도 목적도 포함시키게 되면 강도죄의 중한 형을 규정한 입법의 취지에 위반한다는 점에서 동 조항은 애당초 강도를 목적한 경우에만 제한적으로 적용하여야 한다는 판례이다.

293. (준)강도와 공무집행방해죄 간의 죄수

(대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결)

〈쟁점〉

강도행위가 야간에 주거에 침입하여 이루어지는 특수강도죄의 실행의 착수시기. 절도범인 또는 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행(협박)을 가한 경우 준강도죄 또는 강도죄와 공무집행방해죄의 죄수

〈판결요지〉

절도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행 협박을 가한 때에는 준 강도죄와 공무집행방해죄를 구성하고 양죄는 상상적 경합관계에 있으나, 강도범인이 체포를 면탈할 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 때에는 강도죄와 공무집행방해죄는 실체적 경합관계에 있고 상상적 경합관계에 있는 것이 아니다.

〈선정이유〉

공무집행방해의 수단인 폭행·협박이 준강도의 수단인지, 강도의 수단인지에 따라 공무집행방해죄와의 죄수 판단이 달라지는 구조를 다룬 판결이다.

294. 강취한 현금카드를 이용한 현금인출의 죄수

(대법원 2007. 4. 13. 선고 2007도1377 판결)

〈쟁점〉

강취한 직불카드를 사용하여 현금자동인출기에서 현금을 인출한 경우, 절도죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

범인이 피해자로부터 직불카드 등을 강취한 경우에는, 이를 갈취 또는 편취한 경우와는 달리, 피해자가 그 직불카드 등의 사용권한을 범인에게 부여하였다고 할 수 없고, 따라서 그와 같이 강취한 직불카드를 사용하여 현금자동인출기에서 현금을 인출하여 가진 경우에는 그 현금자동인출기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되므로 절도죄가 별도로 성립한다고 할 것이다(대법원 1995. 7. 28. 선고 95도997 판결 참조).

그럼에도 불구하고 원심은, 피고인이 피해자로부터 직불카드를 강취한 이 사건에서, 피해자가 그 직불카드의 사용권한을 피고인에게 부여한 것으로 보아 그 직불카드를 사용하여 현금자동인출기에서 현금을 인출한 행위는 그 직불카드 등을 강취한 행위와 포괄하여 하나의 강도죄가 성립할 뿐 따로 절도죄가 성립하는 것은 아니라고 판단하고 말았으니, 원심판결에는 직불카드를 강취한 후 이를 사용하여 현금을 인출한 경우에 있어서의 강도죄와 절도죄의 관계에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다

〈선정이유〉

갈취·사취와 강취는 피해자의 교부행위가 있었는지 여부에서 차이가 있기 때문에 선·후의 행위간의 죄수판단이 달라진다는 대법원의 법리가 표현된 판결이다.

295. 예금통장 강취와 예금 환급 행위간의 죄수

(대법원 1990. 7. 10. 선고 90도1176 판결)

〈쟁점〉

강취한 은행예금통장을 이용하여 은행직원을 기망하여 예금환급 명목으로 금원 인출함이 불가벌적 사후행위인지 여부

〈판결요지〉

영득죄에 의하여 취득한 장물을 처분하는 것은 재산죄에 수반하는 불가벌적 사후행위에 불과하므로 다른 죄를 구성하지 않는다 하겠으나 강취한 은행예금통장을 이용하여 은행직원을 기망하여 진실한 명의인이 예금의 환급을 청구하는 것으로 오신케 함으로써 예금의 환급 명목으로 금원을 편취하는 것은 다시 새로운 법익을 침해하는 행위이므로 여기에 또 다시 범죄의 성립을 인정해야 하고 이것으로써 장물의 단순한 사후처분과 같게 볼 수는 없는 것이다.

〈선정이유〉

예금통장 강취 후 은행직원을 기망하여 예금 환급청구를 하는 경우 후행 행위에는 별도의 사기죄가 성립되며, 장물처분과 같은 사후행위가 아니라는 법리를 밝히고 있는 판결이다.

296. 준강도의 주체

(대법원 2003. 10. 24. 선고 2003도4417 판결)

〈쟁점〉

준강도의 주체로서 절도의 의미 및 야간주거침입절도죄의 실행의 착수시기

〈판결요지〉

준강도의 주체는 절도 즉 절도범인으로, 절도의 실행에 착수한 이상 미수이거나 기수이거나 불문하고(대법원 1973. 11. 13. 선고 73도1553 전원합의체 판결, 대법원 1990. 2. 27. 선고 89도2532 판결 등 참조), 야간에 타인의 재물을 절취할 목적으로 사람의 주거에 침입한 경우에는 주거에 침입한 단계에서 이미 형법 제330조에서 규정한 야간주거침입절도죄라는 범죄행위의 실행에 착수한 것이라고 보아야 하며 (대법원 1999. 4. 13. 선고 99도689 판결 등 참조), 주거침입죄의 경우 주거침입의 범의로써 예컨대, 주거로 들어가는 문의 시정장치를 부수거나 문을 여는 등 침입을 위한 구체적 행위를 시작하였다면 주거침입죄의 실행의 착수는 있었다고 보아야 한다(대법원 1995. 9. 15. 선고 94도2561 판결 참조).

〈선정이유〉

준강도의 주체에 대한 대법원의 유권해석을 보여주는 판결이다.

297. 준강도의 절도의 기회

(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도5022 판결)

〈쟁점〉

준강도죄에서 말하는 '절도의 기회'의 의미

〈판결요지〉

준강도는 절도범인이 절도의 기회에 재물탈환의 항거 등의 목적으로 폭행 또는 협박을 가함으로써 성립되는 것으로서, 여기서 절도의 기회라고 함은 절도범인과 피해자 측이 절도의 현장에 있는 경우와 절도에 잇달아 또는 절도의 시간·장소에 접착하여 피해자 측이 범인을 체포할 수 있는 상황, 범인이 죄적인멸에 나올 가능성이 높은 상황에 있는 경우를 말하고, 그러한 의미에서 피해자 측이 추적태세에 있는 경우나 범인이 일단 체포되어 아직 신병확보가 확실하다고 할 수 없는 경우

에는 절도의 기회에 해당한다(대법원 2001. 10. 23. 선고 2001도4142, 2001감도100 판결 참조). 한편, 강도상해죄에 있어서의 상해는 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 것을 말한다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2003도2313 판결 등 참조).

〈선정이유〉

준강도의 시간적·장소적 접착성의 의미가 무엇인지를 풀이하고 있는 판결이다.

298. 준강도의 기수와 미수의 구별기준

(대법원 2004. 11. 18. 선고 2004도5074 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

준강도죄의 미수·기수의 판단 기준

〈판결요지〉

1. 형법 제335조에서 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 준강도로서 강도죄의 예에 따라 처벌하는 취지는, 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재물탈취와 폭행·협박 사이에 시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐 실질적으로 위법성이 같다고 보기 때문이다 .

그러므로 피해자에 대한 폭행·협박을 수단으로 하여 재물을 탈취하고자 하였으나 그 목적을 이루지 못한 자가 강도미수죄로 처벌되는 것과 마찬가지로, 절도미수범인이 폭행·협박을 가한 경우에도 강도미수에 준하여 처벌하는 것이 합리적이라 할 것이다. 만일 강도죄에 있어서는 재물을 강취하여야 기수가 됨에도 불구하고 준강도의 경우에는 폭행·협박을 기준으로 기수와 미수를 결정하게 되면 재물을 절취하지 못한 채 폭행·협박만 가한 경우에도 준강도죄의 기수로 처벌받게 됨으로써 강도미수죄와의 불균형이 초래된다.

위와 같은 준강도죄의 입법 취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다고 봄이 상당하다.

이와 달리 절도미수범이 체포를 면탈하기 위하여 폭행을 가한 경우에 준강도미수로 볼 수 없다고 한 대법원 1964. 11. 20. 선고 64도504 판결, 1969. 10. 23. 선고 69도1353 판결 등은 위의 법리에 저촉되는 범위에서 이를 변경하기로 한다.

2. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거를 종합하여, 피고인이 공소외인과 합동하여 양주를 절취할 목적으로 장소를 물색하던 중, 2003. 12. 9. 06:30경 부산 부산진구 부전2동 522-24 소재 5층 건물 중 2층 피해자 1이 운영하는 주점에 이르러, 공소외인은 1층과 2층 계단 사이에서 피고인과 무전기로 연락을 취하면서 망을 보고, 피고인은 위 주점의 잠금장치를 뜯고 침입하여 위 주점 내 진열장에 있던 양주 45병 시가 1,622,000원 상당을 미리 준비한 바구니 3개에 담고 있던 중, 계단에서 서성거리고 있던 공소외인을 수상히 여기고 위 주점 종업원 피해자 2, 이윤룡이 주점으로 돌아오려는 소리를 듣고서 양주를 그대로 둔 채 출입문을 열고 나오다가 피해자 2 등이 피고인을 붙잡자, 체포를 면탈할 목적으로 피고인의 목을 잡고 있던 피해자의 오른손을 깨

무는 등 폭행한 사실을 인정한 다음, 피고인을 준강도미수죄로 의율·처단하였다. 위에서 본 법리에 비추어 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해의 위법이 없다.

〈선정이유〉

준강도의 기수와 미수의 구별기준을 절도의 기수와 미수 시기로 변경한 전원합의체 판결이다.

299. (준)강도상해죄의 공동정범

(대법원 1991. 11. 26. 선고 91도2267 판결)

〈쟁점〉

합동절도범행 도중에, 공범 중 1인이 체포면탈의 목적으로 피해자를 폭행하여 상처를 입게 함으로써 추적을 할 수 없게 한 경우의 강도상해의 성부

〈판결요지〉

피고인과 원심공동피고인 1, 2, 3 등은 봉고승합차량을 타고 다니면서 행인의 재물을 탈취할 것을 공모하고 합동하여 원심판시 범행일시 및 장소에서 그 곳을 지나가는 피해자 유금순을 범행대상으로 지목하고 위 차량을 세운 후 원심 공동피고인 1, 2는 위 차량안에서 대기하거나 위 차량주위에서 망을 보고 피고인과 원심 공동피고인 3은 위 차량에서 내려 위 피해자에게 다가가서 원심 공동피고인 3이 위 피해자가 들고 있던 가방을 나꿔채고 피고인은 위 피해자를 힘껏 떠밀어 콘크리트바닥에 넘어져 상처를 입게 함으로써 추적을 할 수 없게 한 사실 이 인정되는바, 피고인들 사이에 사전에 피해자를 밀어 넘어뜨려서 반항을 억압하기로 하는 구체적인 의사연락이 없었다고 하여도 합동하여 절도범행을 하는 도중에 피고인이 체포를 면탈할 목적으로 위 피해자에게 폭행을 가하여 상처를 입혔고 그 폭행의 정도가 피해자의 추적을 억압할 정도의 것이었던 이상 피고인들은 강도상해의 죄책을 면할 수 없는 것이다.

〈선정이유〉

절도의 공범 중 1인의 준강도 행위와 그로 인한 피해자의 상해결과야기가 예기치 못한 것으로 볼 수 없으면 나머지 일방도 강도치사·상해죄의 죄책을 져야 한다는 대법원의 일관된 입장을 표현하고 있는 판례 중 하나이다.

Ⅲ. 사기의 죄

300. 사기죄의 객체로서 성행위의 대가

(대법원 2001. 10. 23. 선고 2001도2991 판결)

〈쟁점〉

금품 등을 받을 것을 전제로 성행위를 하는 부녀를 기망하여 성행위 대가의 지급을 면하는 경우, 사기죄의 성립 여부

〈판결요지〉

이 사건 공소사실 중 피고인이 대가를 지급하기로 하고 술집 여종업원과 성관계를 가진 뒤 절취한 신용카드로 그 대금을 결제하는 방법으로 그 대가의 지급을 면하여 재산상의 이익을 취득하였다는 부분에 관하여, 정조는 재산권의 객체가 될 수 없을 뿐만 아니라 이른바, 화대란 정조 제공의 대가로 지급받는 금품으로서 이는 선량한 풍속에 반하여 법률상 보호받을 수 없는 경제적 이익이므로, 피고인이 기망의 방법으로 그 지급을 면하였다 하더라도 사기죄가 성립하지 아니한다고 판단하였다.

일반적으로 부녀와의 성행위 자체는 경제적으로 평가할 수 없고, 부녀가 상대방으로부터 금품이나 재산상 이익을 받을 것을 약속하고 성행위를 하는 약속 자체는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효이다. 그러나 사기죄의 객체가 되는 재산상의 이익이 반드시 사법(私法)상 보호되는 경제적 이익만을 의미하지 아니하고, 부녀가 금품 등을 받을 것을 전제로 성행위를 하는 경우 그 행위의 대가는 사기죄의 객체인 경제적 이익에 해당하므로, 부녀를 기망하여 성행위 대가의 지급을 면하는 경우 사기죄가 성립한다.

〈선정이유〉

사기죄가 보호하는 재산상 이익은 무엇을 말하는지에 대한 대법원의 개념정의와 그 적용예를 보여주는 판결이다.

301. 재산상 이익으로서 경제적 이익을 기대할 수 있는 지위 또는 권한

(대법원 2012. 9. 27. 선고 2011도282 판결)

〈쟁점〉

경제적 이익을 기대할 수 있는 자금운용의 권한 내지 지위를 획득하는 것이 사기죄의 객체인 재산상 이익에 포함되는지 여부

〈판결요지〉

경제적 이익을 기대할 수 있는 자금운용의 권한 내지 지위의 획득도 그 자체로 경제적 가치가 있는 것으로 평가할 수 있다면 사기죄의 객체인 재산상의 이익에 포함된다 할 것이다.

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 자신이 개발한 주식운용프로그램을 이용하여 상당한 수익을 낼 수 있고 만일 손해가 발생하더라도 원금과 은행 정기예금 이자 상당은 그 반환을 보장하겠다는 취지로 기망하여 이 사건 주식계좌의 사용권한을 부여받은 사실이 넉넉히 인정된다고 하였다. 나아가 원심은, 피고인이 피해자의 자금이 예치된 피해자 명의 주식계좌에 대한 비밀번호와 아이디를 전달받음으로써 적어도 주식거래 자체에 있어서는 자금주인 피해자와 동일한 거래

상 지위와 권능을 부여받은 점, 그 결과 피고인은 아무런 금융비용도 부담하지 아니한 채 독자적으로 위 주식계좌를 운영할 수 있었던 점, 주식운용 자체에 대한 보수 약정이 있었던 것은 아니나 주식운용에 따른 수익금이 발생할 경우 그 중 1/2에 해당하는 금원을 매월 지급받기로 약정한 점 등을 종합하여, 피고인이 이 사건 주식계좌의 사용권한을 부여받은 것은 그 운용 결과에 따라 수익금 중 1/2에 대한 분배청구권을 취득한 것으로 평가될 수 있어 그 자체로서 사기죄에서 정한 재산상 이익에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 보면, 피고인은 원심판시와 같이 장래의 수익 발생을 조건으로 한 수익분배청구권을 취득하였을 뿐 아니라 그러한 경제적 이익을 기대할 수 있는 자금운용의 권한과 지위를 획득하였고, 이는 주식거래의 특성 등에 비추어 충분히 경제적 가치가 있다고 평가할 수 있는 것이므로 피해자를 기망하여 그러한 권한과 지위를 획득한 것 자체로 사기죄의 객체인 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수 있다 할 것이다. 따라서 피고인이 피해자를 기망하여 재산상의 이익을 취득한 경우에 해당한다고 본 원심판단의 결론은 정당한 것으로 수긍할 수 있(다).

〈선정이유〉

현실의 이익이 아니라, 경제적 이익을 기대할 수 있는 권한과 지위의 취득도 사기죄의 객체인 재산상 이익으로 볼 수밖에 없는 근거를 제시하고 있는 판결이다.

302. 역무의 사기죄 대상여부

(대법원 1999. 6. 25. 선고 98도3891 판결)

〈쟁점〉

타인의 일반전화를 무단 이용하여 전화통화를 한 경우, 사기죄의 성립 여부

〈판결요지〉

사기죄가 성립하기 위하여는 기망행위와 이에 기한 피해자의 처분행위가 있어야 할 것인바, 타인의 일반전화를 무단으로 이용하여 전화통화를 하는 행위는 전기통신사업자인 한국전기통신공사가 일반전화 가입자인 타인에게 통신을 매개하여 주는 역무를 부당하게 이용하는 것에 불과하여 한국전기통신공사에 대한 기망행위에 해당한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 이에 따라 제공되는 역무도 일반전화 가입자와 한국전기통신공사 사이에 체결된 서비스이용계약에 따라 제공되는 것으로서 한국전기통신공사가 착오에 빠져 처분행위를 한 것이라고 볼 수 없으므로, 결국 위와 같은 행위는 형법 제347조의 사기죄를 구성하지 아니한다 할 것이고, 이는 형법이 제348조의2를 신설하여 부정한 방법으로 대가를 지급하지 아니하고 공중전화를 이용하여 재산상 이익을 취득한 자를 처벌하는 규정을 별도로 둔 취지에 비추어 보아도 분명하다 할 것이다.

〈선정이유〉

사기죄의 처분행위성, 재물성 등의 요건이 결여되어 사기죄가 성립될 수 없는 사안을 다루고 있는 판결이다.

303. 기망의 유형 및 손해발생의 필요 여부

(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결)

〈쟁점〉

사기죄의 요건으로서의 기망의 의미 및 법률상 고지의무가 인정되는 경우 및 피해자의 현실적 손해발생이 사기죄의 구성요건인지 여부

〈판결요지〉

사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다(대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2828 판결, 1996. 7. 30. 선고 96도1081 판결, 1999. 2. 12. 선고 98도3549 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고인은 대출광고를 보고 찾아온 공소외 2 내지 5(이하 '대출의뢰인들'이라고 한다)으로부터 대출 요청을 받고, 대출의뢰인들에게 자동차할부금융대출을 받아 금원을 융통하여 주겠다고 하면서 대출의뢰인들로부터 자동차할부금융에 필요한 서류를 받아 자동차판매회사의 영업사원을 통하여 할부금융회사에 제출하고, 할부금융회사로부터 대출의뢰인들 명의로 자동차할부금융대출을 받아 그 대출금으로 자동차 대금을 지급한 다음(자동차 대금은 할부금융회사가 할부금융대출금으로 자동차판매회사에게 직접 지급함) 자동차판매회사로부터 자동차를 인수하여 대출의뢰인들 명의로 등록한 후 즉시 처분하여 그 대금으로 대출의뢰인들에게 금원을 융통해 주거나 자신이 지출한 비용을 회수하는 방법으로 사채업을 영위해 온 사실을 인정할 수 있는데, 대출의뢰인들은 당초부터 금원을 융통하려는 의사만 있었을 뿐, 할부금융대출의 방법으로 자동차를 구입할 의사는 전혀 없었고(수사기록 15면 내지 25면, 43면 내지 48면, 83면 내지 88면, 111면 내지 115면), 피고인도 대출의뢰인들이 할부금융대출의 방법으로 자동차를 구입할 의사가 전혀 없음을 알면서도 대출의뢰인들 명의로 자동차할부금융대출을 신청하여 그 대출금으로 자동차 대금을 지급한 후 자동차를 인수하여 즉시 중고시장에 매각하여 자금을 마련함으로써, 외형상으로는 할부금융의 방법으로 자동차를 구입하는 형식을 취하기는 하였으나 실제로는 자동차할부금융대출을 단지 자금 융통을 위한 수단으로 이용한 것에 불과한 사실(수사기록 238면 내지 247면), 한편, 할부금융회사는 자동차할부금융 신청인이 할부금융대출의 방법으로 자동차를 구입할 의사 없이 단지 자금을 융통할 목적으로 할부금융대출신청을 하는 것을 안다면 할부금융대출을 실시하지 않으며(수사기록 6면 내지 12면), 피고인도 그러한 사정을 알고 있었던 사실(수사기록 238면 내지 247면)을 인정할 수 있다.

사정이 위와 같다면, 할부금융회사로서는 피고인이 할부금융의 방법으로 대출의뢰인들 명의로 자동차를 구입하여 보유할 의사 없이 단지 자동차할부금융대출의 형식을 빌려 자금을 융통하려는 의

도로 할부금융대출을 신청하였다는 사정을 알았더라면 할부금융대출을 실시하지 않았을 것이므로, 피고인으로서는 신의성실의 원칙상 사전에 할부금융회사에게 자동차를 구입하여 보유할 의사 없이 자동차할부금융대출의 방법으로 자금을 융통하려는 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 채 대출의뢰인들 명의로 자동차할부금융을 신청하여 그 대출금을 지급하도록 한 행위는 고지할 사실을 묵비함으로써 거래상대방인 할부금융회사를 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다고 볼 것이고, 이 사건 대출금이 곧바로 자동차판매회사에 입금됨으로써 자동차들이 이 사건 대출의뢰인들 명의로 실제 출고되었고, 할부금융회사가 자체 기준에 따른 심사 결과 하자가 없다고 판단하여 대출의뢰인들을 채무자로 하여 신용대출을 해 주었다는 점은 피고인의 기망행위에 대한 범의를 인정하는 데에 아무런 지장이 없다.

또한, 사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이득을 취득함으로써 성립되는 범죄로서 그 본질은 기망행위에 의한 재산이나 재산상 이익의 취득에 있는 것이고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 요건으로 하지 아니하므로(대법원 1985. 11. 26. 선고 85도490 판결, 1998. 11. 10. 선고 98도2526 판결 등 참조), 대출의뢰인들이 그들 명의의 예금통장에서 자동이체 방법으로 대출원리금을 전액 납부하였거나 비교적 장기간에 걸쳐 여러 차례 납부하였다는 점도 사기죄의 성립에 아무런 지장이 없다.

〈선정이유〉

대법원의 분류하는 기망의 유형 중 묵비를 통한 기망의 의미, 사기죄에서 재물이나 재산상 이익 취득 외에 피해자에 대한 현실적 손해발생이 필요없다는 법리가 표현된 여러 판결 중 하나이다.

304. 이른바 서명사취와 사기죄의 성부

(대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못하였으나 피기망자의 작위 또는 부작위가 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위로 평가되고, 이러한 작위 또는 부작위를 피기망자가 인식하고 한 경우, 사기죄의 처분행위에 상응하는 처분의사가 인정되는지 여부

〈판결요지〉

가. 사기죄에서 처분행위는 행위자의 기망행위에 의한 피기망자의 착오와 행위자 등의 재물 또는 재산상 이익의 취득이라는 최종적 결과를 중간에서 매개·연결하는 한편, 착오에 빠진 피해자의 행위를 이용하여 재산을 취득하는 것을 본질적 특성으로 하는 사기죄와 피해자의 행위에 의하지 아니하고 행위자가 탈취의 방법으로 재물을 취득하는 절도죄를 구분하는 역할을 한다. 처분행위가 갖는 이러한 역할과 기능을 고려하면, 피기망자의 의사에 기초한 어떤 행위를 통해 행위자 등이 재물 또는 재산상의 이익을 취득하였다고 평가할 수 있는 경우라면 사기죄에서 말하는 처분행위가 인정된다.

나. 그런데 이 같은 처분행위에 관하여 종래 대법원은 주관적으로 피기망자에게 처분의사 즉 처

분결과에 대한 인식이 있고, 객관적으로 이러한 의사에 지배된 행위가 있어야 한다고 판시하여 왔다(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1042 판결, 대법원 1999. 7. 9. 선고 99도1326 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도769 판결 등 참조). 이에 따르면 피해자가 기망을 당하여 자신에게 재산상 손해를 초래하는 행위를 하였다고 하더라도 그로써 생겨나는 결과에 대한 인식이 없으면 처분행위가 인정될 수 없기 때문에 사기죄는 성립하지 않는다.

그러나 사기죄는 본래 행위자가 기망행위를 수단으로 피기망자를 착오에 빠뜨려 피기망자로 하여금 자신의 행위가 어떤 결과를 가져올지 잘 모르는 상태에서 처분행위를 하도록 만드는 범죄이다. 피기망자가 자신의 행위가 가져올 결과를 정확하게 인식하였다면 그것은 결국 기망을 당하지 않았거나 기망행위로 착오에 빠지지 않았다는 것을 의미하므로 사기죄가 성립할 수 없다. 따라서 처분결과에 대한 피기망자의 인식이 있어야 처분의사를 인정할 수 있다는 종전의 견해는 재검토할 필요가 있다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

(1) 사기죄는 피기망자의 하자 있는 의사에 따른 처분행위로 재산이 이전되는 경우에 성립한다. 따라서 처분행위는 피기망자의 행위에 의한 것이어야 할 뿐만 아니라 하자 있는 의사라 하더라도 피기망자의 의사에 의한 것이어야 하므로, 의사무능력자의 행위나 무의식 상태에서 이루어진 행위는 처분행위가 될 수 없다. 이 점에서 처분의사는 처분행위의 주관적 요소라고 할 수 있다.

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.

(2) 사기죄의 성립요소로서 기망행위는 널리 거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말하고, 착오는 사실과 일치하지 않는 인식을 의미하는 것으로, 사실에 관한 것이든, 법률관계에 관한 것이든, 법률효과에 관한 것이든 상관없다(대법원 1984. 2. 14. 선고 83도2995 판결, 대법원 2006. 1. 26. 선고 2005도1160 판결 등 참조). 또한 사실과 일치하지 않는 하자 있는 피기망자의 인식은 처분행위의 동기, 의도, 목적에 관한 것이든, 처분행위 자체에 관한 것이든 제한이 없다. 따라서 피기망자가 기망당한 결과 자신의 작위 또는 부작위가 갖는 의미를 제대로 인식하지 못하여 그러한 행위가 초래하는 결과를 인식하지 못하였다고 하더라도 그와 같은 착오 상태에서 재산상 손해를 초래하는 행위를 하기에 이르렀다면 피기망자의 처분행위와 그에 상응하는 처분의사가 있다고 보아야 한다.

이와 달리 피기망자에게 자신의 행위로 인한 결과에 대한 인식이 있는 경우에만 처분의사를 인정할 수 있다고 한다면, 행위자가 교묘하고 지능적인 수법을 사용하는 바람에 피기망자가 자신의 행위가 낳을 결과를 인식하지 못할 정도로 심하게 착오에 빠질수록 오히려 처분의사가 부정될 가능성이 높아지게 될 것이다. 이는 수긍하기 어려운 것이다.

…

피해자의 처분행위에 처분의사가 필요하다고 보는 근거는 처분행위를 피해자가 인식하고 한 것이라는 점이 인정될 때 그 처분행위를 피해자가 한 행위라고 볼 수 있기 때문이다. 다시 말하여 사기죄에서 피해자의 처분의사가 갖는 기능은 피해자의 처분행위가 존재한다는 객관적 측면에 상응하여 이를 주관적 측면에서 확인하는 역할을 하는 것일 뿐이다. 따라서 처분행위라고 평가되는 어떤 행위를 피해자가 인식하고 한 것이라면 피해자의 처분의사가 있다고 할 수 있다. 결국 피해자가 처분행위로 인한 결과까지 인식할 필요가 있는 것은 아니다.

다. 결론적으로 사기죄의 본질과 그 구조, 처분행위와 그 의사적 요소로서 처분의사의 기능과 역할, 기망행위와 착오의 의미 등에 비추어 보면, 비록 피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못하였다고 하더라도, 피기망자의 작위 또는 부작위가 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위로 평가되고, 이러한 작위 또는 부작위를 피기망자가 인식하고 한 것이라면 처분행위에 상응하는 처분의사는 인정된다. 다시 말하면 피기망자가 자신의 작위 또는 부작위에 따른 결과까지 인식하여야 처분의사를 인정할 수 있는 것은 아니다.

이와 달리 사기죄에서 말하는 처분행위가 인정되려면 피기망자에게 처분결과에 대한 인식이 있어야 한다고 판시한 대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1042 판결, 대법원 1999. 7. 9. 선고 99도1326 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도769 판결 등은 이 판결과 배치되는 범위에서 이를 변경하기로 한다.

…

(1) 이 사건에서 문제가 된 이른바 '서명사취' 사기는 기망행위에 의해 유발된 착오로 인하여 피기망자가 내심의 의사와 다른 처분문서에 서명 또는 날인함으로써 재산상 손해를 초래한 경우이다. 여기서는 행위자의 기망행위 태양 자체가 피기망자가 자신의 처분행위의 의미나 내용을 제대로 인식할 수 없는 상황을 이용하거나 피기망자로 하여금 자신의 행위로 인한 결과를 인식하지 못하게 하는 것을 핵심적인 내용으로 하고, 이로 말미암아 피기망자는 착오에 빠져 처분문서에 대한 자신의 서명 또는 날인행위가 초래하는 결과를 인식하지 못하는 특수성이 있다. 피기망자의 하자 있는 처분행위를 이용하는 것이 사기죄의 본질인데, 서명사취 사안에서는 그 하자가 의사표시 자체의 성립과정에 존재하는 것이다.

(2) 이러한 서명사취 사안에서 피기망자가 처분문서의 내용을 제대로 인식하지 못하고 처분문서에 서명 또는 날인함으로써 내심의 의사와 처분문서를 통하여 객관적·외부적으로 인식되는 의사가 일치하지 않게 되었다고 하더라도, 피기망자의 행위에 의하여 행위자 등이 재물이나 재산상 이익을 취득하는 결과가 초래되었다고 할 수 있는 것은 그러한 재산의 이전을 내용으로 하는 처분문서가 피기망자에 의하여 작성되었다고 볼 수 있기 때문이다. 이처럼 피기망자가 행위자의 기망행위로 인하여 착오에 빠진 결과 내심의 의사와 다른 효과를 발생시키는 내용의 처분문서에 서명 또는 날인함으로써 처분문서의 내용에 따른 재산상 손해가 초래되었다면 그와 같은 처분문서에 서명 또는 날인을 한 피기망자의 행위는 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당한다. 아울러 비록 피기망자가 처분결과, 즉 문서의 구체적 내용과 그 법적 효과를 미처 인식하지 못하였다고 하더라도, 어떤 문서에 스스로 서명 또는 날인함으로써 그 처분문서에 서명 또는 날인하는 행위에 관한 인식이 있었던 이상 피기망자의 처분의사 역시 인정된다.

〈선정이유〉

이른바 서명사취로 표현되는 사안에서 처분행위성을 인정할 것인지에 대한 대법원 전원합의체의 판결이다.

305. 재물편취(사기)와 편취액 산정방법

(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7470 판결)

〈쟁점〉

재물편취를 내용으로 하는 사기죄에서 그 대가가 일부 지급된 경우의 편취액(=교부받은 재물 전부)과 재물을 편취한 후 현실적인 자금의 수수 없이 형식적으로 기왕에 편취한 금원을 새로이 장부상으로만 재투자하는 것으로 처리한 경우, 재투자금액이 편취액에 포함되는지 여부

〈판결요지〉

재물편취를 내용으로 하는 사기죄에 있어서는 기망으로 인한 재물교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 이로써 곧 사기죄가 성립하는 것이고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없으므로 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부라 할 것이니(대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5774 판결 등 참조), 이 사건 피해자들이 지급받은 각 수당액이 각 피해자별 편취액으로부터 공제되어야 한다는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

한편, 재물을 편취한 후 현실적인 자금의 수수 없이 형식적으로 기왕에 편취한 금원을 새로이 장부상으로만 재투자하는 것으로 처리한 경우에는 그 재투자금액은 이를 편취액의 합산에서 제외하여야 하는 것임은 상고이유의 주장과 같다 할 것이나(대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5774 판결 등 참조), 기록에 의하면 이 부분 공소사실의 편취액에는 피해자들이 피고인 3 주식회사로부터 현금으로 지급받지 않은 채 전자지갑(e-wallet)의 데이터 형식으로만 지급받은 것처럼 처리된 수당액을 이용하여 물품을 재구매한 부분은 포함되어 있지 않음을 알 수 있으므로, 결국 전자지갑의 수당액을 이용한 재구매 부분이 편취액에서 제외되어야 한다는 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

〈선정이유〉

재물편취의 사기죄에서 범죄의 기수시기와 편취액에 관한 대법원의 일관된 기준을 보여주는 판례의 하나이다.

306. 순차적 인과관계

(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도14423 판결)

〈쟁점〉

사기죄가 성립하기 위하여 기망행위와 상대방의 착오 및 재물의 교부 또는 재산상 이익의 공여 사이에 순차적인 인과관계가 있어야 하는지 여부

〈판결요지〉

원심은 다음과 같은 내용의 제1심판결을 그 판시와 같은 이유로 수긍하였다. 제1심은 피고인들의 2013. 7. 2.자 ○○아파트 담보대출과 피고인 1의 2013. 12. 3.자 주유소 담보대출에 관하여 피해은행이 각 담보 부동산에 관한 감정평가를 거쳐 담보가치를 평가한 후 이에 대한 담보대출 가

능 범위를 산정하여 대출한 사실, 피해은행이 위 각 대출을 정상적인 담보대출로 보고 피고인들을 사기 혐의로 고소하지 않은 채 근저당권설정등기가 임의로 말소된 것에 대하여 고소한 사실을 인정한 다음, 피고인들이 담보대출금의 사용 목적에 관하여 고지하여야 할 의무가 있는 것으로 볼 수 없고 피해은행이 피고인들의 대출금 변제 의사, 능력과 피고인 3의 직업 등에 관해 착오를 일으켜 대출해 주었다고 인정하기 어려우므로, 피고인들의 행위와 피해은행의 재산적 처분행위 사이에 인과관계가 없다는 이유로 이 사건 공소사실 중 위 각 대출금 편취 부분에 대하여 무죄를 선고하였다.

사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리고 처분행위를 유발하여 재물을 교부받거나 재산상 이익을 얻음으로써 성립하는 것으로, 기망행위와 상대방의 착오 및 재물의 교부 또는 재산상 이익의 공여 사이에 순차적인 인과관계가 있어야 한다(대법원 1979. 8. 14. 선고 78도1808 판결, 대법원 2009. 6. 23. 선고 2008도1697 판결 등 참조).

이 사건 공소사실 중 위 각 편취 부분에 관하여 피고인들이 기망하였다는 내용은, 피고인들이 부동산을 담보로 대출받더라도 그 대출금을 변제할 의사나 능력이 없었고 각 담보 부동산에 관하여 마친 근저당권설정등기를 임의로 말소하여 사기대출에 이용할 생각임에도 이를 숨겼으며 피고인 3의 직업에 관하여 거짓말을 하였다는 것이다. 피고인들이 실제로 그와 같은 동기에서 대출을 받았고 그 대출금을 변제할 의사나 능력이 없었다면, 피해은행이 그러한 사실을 알고도 대출을 실행하지는 않았을 것이라고 보는 것이 경험칙에 부합하므로, 피고인들의 행위와 피해은행의 재산적 처분행위 사이에는 인과관계가 있다고 볼 것이다.

그럼에도 원심은 피고인들이 위와 같은 행위를 하였는지 여부, 그러한 행위가 기망행위에 해당하는지 여부를 심리·판단하지 않은 채 그 판시와 같은 이유만으로 피고인들의 행위와 피해은행의 재산적 처분행위 사이에 인과관계가 존재하지 않는다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하고 말았다. 거기에는 사기죄의 인과관계, 기망행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 취지의 상고이유는 정당하다.

〈선정이유〉

사기죄의 기수책임을 묻기 위해서 요구되는 인과사슬(이른바 '순차적 인과관계')에 대한 대법원의 입장을 알 수 있는 판결이다.

307. 재물과 재산상 이익의 구별기준

(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도6256 판결)

〈쟁점〉

사기 범행의 피해자로부터 현금을 예금계좌로 송금받은 경우, 그 사기죄의 객체가 '재물'인지 또는 '재산상의 이익'인지 여부와 본인 명의의 예금계좌를 양도하는 방법으로 본범의 사기 범행을 용이하게 한 방조범이 본범의 사기행위 결과 그의 예금계좌에 입금된 돈을 인출한 경우, '장물취득죄'가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

원심은 자신의 통장이 사기 범행에 이용되리라는 사정을 알고서도 그 명의로 새마을금고 예금계좌를 개설한 다음 성명불상자에게 이를 양도함으로써 성명불상자가 피해자를 속여 피해자로 하여금 1,000만 원을 위 계좌로 송금하게끔 한 사기 범행을 방조한 피고인이 위 예금계좌로 송금된 1,000만 원 중 140만 원을 인출하여 성명불상자가 취득한 장물을 취득하였다는 공소사실에 대하여, 본범이 사기죄로 취득한 것은 예금채권으로서 재물이 아니라 재산상 이익이어서 피고인이 자신 명의의 예금계좌에서 돈을 인출하였더라도 장물취득죄가 성립하지 않는다는 이유로 무죄를 선고하였다.

그러나 이 사건의 경우 피해자는 본범인 성명불상자의 기망행위에 속아 현금 1,000만 원을 피고인의 예금계좌로 송금하였고, 이는 재물에 해당하는 현금을 교부받는 방법이 예금계좌로 송금하는 형식으로 이루어진 것에 불과하다

…

즉, 사기죄의 객체는 타인이 점유하는 '타인의' 재물 또는 재산상의 이익이므로, 피해자와의 관계에서 살펴보아 그것이 피해자 소유의 재물인지 아니면 피해자가 보유하는 재산상의 이익인지에 따라 재물이 객체인지 아니면 재산상의 이익이 객체인지 구별하여야 하는 것으로서, 이 사건과 같이 피해자가 피고인 명의의 새마을금고 예금계좌로 돈을 송금한 경우 피해자의 새마을금고에 대한 예금채권은 당초 발생하지 않는다.

위 법리에 의하면, 본범이 사기 범행으로 취득한 것은 재산상 이익이어서 장물에 해당하지 않는다는 원심의 판시는 사기죄의 객체 및 장물취득죄에 있어서의 장물의 의미 등에 관한 법리오해에서 비롯된 것으로서 적절하지 아니하다.

다만, 장물취득죄에 있어서 '취득'이라 함은 장물의 점유를 이전받음으로써 그 장물에 대하여 사실상 처분권을 획득하는 것을 의미하는데(대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도1366 판결 참조), 이 사건의 경우 본범의 사기행위는 피고인이 예금계좌를 개설하여 본범에게 양도한 방조행위가 가공되어 본범에게 편취금이 귀속되는 과정 없이 피고인이 피해자로부터 피고인의 예금계좌로 돈을 송금받아 취득함으로써 종료되는 것이고, 그 후 피고인이 자신의 예금계좌에서 위 돈을 인출하였다 하더라도 이는 예금명의자로서 은행에 예금반환을 청구한 결과일 뿐 (대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결 참조) 본범으로부터 위 돈에 대한 점유를 이전받아 사실상 처분권을 획득한 것은 아니므로, 피고인의 위와 같은 인출행위를 장물취득죄로 벌할 수는 없다.

〈선정이유〉

송금방식의 편취범행에 있어서 재물과 재산상 이익의 구별에 관한 대법원의 판단기준을 제기한 것으로 관련 논의와 판례분석에서 의미 있는 판결이다.

308. 부작위의 기망

(대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도967 판결)

〈쟁점〉

사기죄의 요건으로서 부작위에 의한 기망의 의미

〈판결요지〉

사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이고, 이러한 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니함을 말하는 것으로서(대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645 판결 등 참조), 특정 질병을 앓고 있는 사람이 보험회사가 정한 약관에 그 질병에 대한 고지의무를 규정하고 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니한 채 그 사실을 모르는 보험회사와 그 질병을 담보하는 보험계약을 체결한 다음 바로 그 질병의 발병을 사유로 하여 보험금을 청구하였다면 특별한 사정이 없는 한 사기죄에 있어서의 기망행위 내지 편취의 범의를 인정할 수 있고, 보험회사가 그 사실을 알지 못한 데에 과실이 있다거나 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해제할 수 있다고 하여 사기죄의 성립에 영향이 생기는 것은 아니다.

〈선정이유〉

사기죄 관련 쟁점의 하나인 기망의 태양과 관련하여 부작위의 기망이 무엇인지에 대해 대법원의 입장을 표현하고 있는 판례중의 하나이다.

309. 잔전(거스름돈)사기와 점유이탈물횡령죄

(대법원 2004. 5. 27. 선고 2003도4531 판결)

〈쟁점〉

사기죄의 요건으로서의 부작위에 의한 기망의 의미 및 매도인이 매수인으로부터 매매잔금을 지급 받음에 있어 매수인이 착오에 빠져 지급해야 할 금액을 초과하여 교부한 돈을 수령한 행위가 부작위에 의한 사기죄를 구성하는 경우

〈판결요지〉

1. 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이고, 그 중 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 그 사실을 고지하지 아니함을 말하는 것으로서, 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다 할 것인바(대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결 참조), 피해자가 피고인에게 매매잔금을 지급함에 있어 착오에 빠져 지급해야 할 금액을 초과하는 돈을 교부하는 경우, 피고인이 사실대로 고지하였다면 피해자가 그와 같이 초과하여 교부하지 아니하였을 것임은 경험칙상 명백하므로, 피고인이 매매잔금을 교부받기 전 또는 교부받던 중에 그 사실을 알

게 되었을 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피고인으로서는 피해자에게 사실대로 고지하여 피해자의 그 착오를 제거하여야 할 신의칙상 의무를 지므로 그 의무를 이행하지 아니하고 피해자가 건네주는 돈을 그대로 수령한 경우에는 사기죄에 해당될 것이지만, 그 사실을 미리 알지 못하고 매매잔금을 건네주고 받는 행위를 끝마친 후에야 비로소 알게 되었을 경우에는 주고 받는 행위는 이미 종료되어 버린 후이므로 피해자의 착오 상태를 제거하기 위하여 그 사실을 고지하여야 할 법률상 의무의 불이행은 더 이상 그 초과된 금액 편취의 수단으로서의 의미는 없으므로, 교부하는 돈을 그대로 받은 그 행위는 점유이탈물횡령죄가 될 수 있음은 별론으로 하고 사기죄를 구성할 수는 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

부작위의 기망의 한 예로서 이른바 '잔전사기'에 대한 형사법적 죄책에 대한 대법원의 입장이 표현된 판결이다.

310. 사기도박의 실행의 착수시기

(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도10948 판결)

〈쟁점〉

사기도박에서 실행의 착수 시기(=사기도박을 위한 기망행위를 개시한 때) 및 실행의 착수 후에 사기도박을 숨기기 위하여 한 정상적인 도박이 사기죄의 실행행위에 포함되는지 여부

〈판결요지〉

사기죄는 편취의 의사로 기망행위를 개시한 때에 실행에 착수한 것으로 보아야 하므로, 사기도박에서도 사기적인 방법으로 도금을 편취하려고 하는 자가 상대방에게 도박에 참가할 것을 권유하는 등 기망행위를 개시한 때에 실행의 착수가 있는 것으로 보아야 하고, 그 후에 사기도박을 숨기기 위하여 정상적인 도박을 하였더라도 이는 사기죄의 실행행위에 포함된다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도9330 판결 참조). 한편 사기죄에서 동일한 피해자에 대하여 수회에 걸쳐 기망행위를 하여 금원을 편취한 경우에 그 범의가 단일하고 범행 방법이 동일하다면 사기죄의 포괄일죄만이 성립한다(대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도2029 판결, 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645 판결 등 참조). 따라서 피해자의 도박이 피고인들의 기망행위에 의하여 이루어졌다면 그로써 사기죄는 성립하며, 이로 인하여 피고인들이 취득한 재물이나 재산상 이익은 도박 당일 피해자가 잃은 도금 상당액이라 할 것이다.

…

① 피고인들이 사기도박에 필요한 준비로서 일명 '약' 카드세트와 밑장빼기가 가능한 카드분배기 등을 갖추고 블랙딜러를 투입하여 피해자들에게 도박에 참가하도록 한 때에는 이미 사기죄의 실행에 착수하였고, ② 블랙딜러가 딜링하는 게임에 '약' 카드세트가 투입된 경우에, 밑장빼기를 하였는지 여부에 관계없이 게임의 우연성이 흠결된 것으로 블랙딜러가 승패를 지배하고 있다고 볼 수 있어 사기죄의 기망행위에 해당하며, ③ 블랙딜러인 피고인 6이 실시한 '원바이원셔플'의 경우에도

게임의 우연성을 현저히 손상시키는 것으로 볼 수 있어 사기죄의 기망행위에 해당하고, (2) 나아가 ① 피해자가 이 사건 카지노에 들어와 게임테이블에 앉아 바카라 게임을 시작한 후 최종적으로 종료할 때까지 그날의 편취행위를 포괄일죄로 봄이 타당하므로, 게임의 일부분에 '시스템카드'가 투입되거나 '원바이원셔플', '컷팅', '버닝' 등이 행해졌다고 하더라도 그 부분이 이 사건 편취액에서 제외되어서는 아니 되고, 그날의 게임을 통하여 피해자가 잃은 금액 전부에 대하여 사기죄가 성립하며, ② '5%의 뱅커 커미션' 부분은 정상적인 바카라 게임의 경우에 적용될 수 있을 뿐이고, 사기도박에 해당하는 경우에도 고객이 '5%의 뱅커 커미션'을 지급해야 할 의무가 있다고 볼 수 없으므로, 이 사건 편취액에서 피해자들이 이 사건 카지노에 지급한 뱅커 커미션에 해당하는 금액을 제외할 것은 아니라고 판단하였다. 그리고 원심은 판시와 같은 이유를 들어 이러한 제1심의 판단이 정당하다고 인정하여, 이에 관한 사실오인 내지 법리오해의 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다.

〈선정이유〉

사기도박의 실행의 착수시기와 기수시기, 동종의 고의로 반복된 경우의 죄수 판단에 대한 대법원의 법리를 담은 판례이다.

311. 피해자가 법인인 사기죄

(대법원 2017. 9. 26. 선고 2017도8449 판결)

〈쟁점〉

사기죄의 피해자가 법인이나 단체인 경우, 기망행위로 인한 착오, 인과관계 등이 있었는지 판단하는 기준이 되는 자(=대표 등 최종 의사결정권자 또는 내부적인 권한 위임 등에 따라 실질적으로 법인의 의사를 결정하고 처분을 할 권한을 가지고 있는 사람)

〈판결요지〉

사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리고 그로 인하여 피기망자(기망행위의 상대방)가 처분행위를 하도록 유발하여 재물 또는 재산상의 이익을 얻음으로써 성립하는 범죄이다. 따라서 사기죄가 성립하려면 행위자의 기망행위, 피기망자의 착오와 그에 따른 처분행위, 그리고 행위자 등의 재물이나 재산상 이익의 취득이 있고, 그 사이에 순차적인 인과관계가 존재하여야 한다(대법원 2000. 6. 27. 선고 2000도1155 판결 등 참조). 그리고 사기죄의 피해자가 법인이나 단체인 경우에 기망행위로 인한 착오, 인과관계 등이 있었는지 여부는 법인이나 단체의 대표 등 최종 의사결정권자 또는 내부적인 권한 위임 등에 따라 실질적으로 법인의 의사를 결정하고 처분을 할 권한을 가지고 있는 사람을 기준으로 판단하여야 한다.

따라서 피해자 법인이나 단체의 대표자 또는 실질적으로 의사결정을 하는 최종결재권자 등이 기망행위자와 동일인이거나 기망행위자와 공모하는 등 기망행위임을 알고 있었던 경우에는 기망행위로 인한 착오가 있다고 볼 수 없고, 재물 교부 등의 처분행위가 있었다고 하더라도 기망행위와 인과관계가 있다고 보기 어렵다. 이러한 경우에는 사안에 따라 업무상횡령죄 또는 업무상배임죄 등이 성립하는 것은 별론으로 하고 사기죄가 성립한다고 볼 수 없다(대법원 2017. 8. 29. 선고 2016도

18986 판결 등 참조).

반면에 피해자 법인이나 단체의 업무를 처리하는 실무자인 일반 직원이나 구성원 등이 기망행위임을 알고 있었다고 하더라도, 피해자 법인이나 단체의 대표자 또는 실질적으로 의사결정을 하는 최종결재권자 등이 기망행위임을 알지 못한 채 착오에 빠져 처분행위에 이른 경우라면, 피해자 법인에 대한 사기죄의 성립에 영향이 없다.

〈선정이유〉

법인이 피해자인 사기죄에서도 인간의 판단, 의사결정이 필요한 경우에는 실질적으로 법인의 의사를 결정할 처분권한을 가진 자를 기준으로 사기죄의 성립여부를 판단해야한다는 취지의 판례로 법인에 대한 사기죄를 다룬 흔치 않은 판결이다.

312. 처분권한설과 지위설

(대법원 1994. 10. 11. 선고 94도1575 판결)

〈쟁점〉

사기죄에서 피기망자와 피해자가 다른 경우, 피기망자에게 요구되는 피해자의 재산을 처분할 수 있는 권능이나 지위가 반드시 사법상의 위임이나 대리권의 범위와 일치하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

사기죄가 성립되려면 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 하는 것이지만(당원 1991.1.11. 선고 90도2180 판결; 당원 1989.7.11. 선고 89도346 판결 등 참조), 여기에서 피해자를 위하여 재산을 처분할 수 있는 권능이나 지위라 함은 반드시 사법상의 위임이나 대리권의 범위와 일치하여야 하는 것은 아니고 피해자의의사에 기하여 재산을 처분할 수 있는 서류 등이 교부된 경우에는 피기망자의 처분행위가 설사 피해자의 진정한 의도와 어긋나는 경우라고 할지라도 위와 같은 권능을 갖거나 그 지위에 있는 것으로 보아야 할 것이므로 사기죄의 성립에는 아무런 영향이 없다고 할 것이다.

원심판결 이유에 의하더라도, 피해자 정원례가 이 사건 토지를 매각하여 자신의 딸 홍기옥과 사위 김현태의 사업자금에 사용하도록 하기 위하여 그 인감도장을 이들에게 주었으며, 이들은 다시 공소외 현순욱에게 그 매각을 위임하면서 위 인감도장을 교부하였다는 사실은 이를 배척하지 아니하고 있고, 기록에 의하면 피기망자인 위 임병용은 위 현순욱으로부터 교부받은 피해자의 인감도장을 사용하여 이 사건 근저당권설정서류를 마련하였다는 것이므로, 피해자 등이 위 현순욱에게 이 사건 토지에 관한 매도권한만을 위임한 바 있으나 동인 등 이 사건 관계인들을 거치는 사이에 위임의 취지가 변질되어 근저당권이 설정되기에 이르렀다고 하더라도, 이를 들어 피기망자인 위 임병용이 피해자를 위하여 이 사건 토지를 처분할 권능을 갖지 아니하거나 지위에 있지 아니하였다고 단정할 것이 아니다.

원심은 사기죄의 성립에 있어 피기망자와 피해자가 다른 경우 요구되는 피기망자가 재산을 처분할 수 있는 권능이나 지위에 관한 법리를 오해한 나머지, 이 사건 근저당권이 설정된 경위에 대하여 더 심리하여 피기망자가 사실상 근저당권을 설정할 지위에 있었는지의 여부를 가려 보지 아니한 채 앞에서 본 바와 같은 이유로 그 범죄의 성립을 부정한 위법이 있고, 이는 판결의 결과에 영향을 미쳤다고 할 것이므로, 이 점을 지적하는 취지의 논지는 이유가 있다.

〈선정이유〉

처분권한설(1981.7.26. 선고 81도529 판결 등)은 물론 지위설도 활용하고 있는 대법원의 입장을 보여주는 대표적인 판결이다.

313. 사자를 상대로 한 소송사기

(대법원 2002. 1. 11. 선고 2000도1881 판결)

〈쟁점〉

사망한 자를 상대로 한 제소의 소송사기 성부

〈판결요지〉

소송사기에 있어서 피기망자인 법원의 재판은 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니하는 경우에는 착오에 의한 재물의 교부행위가 있다고 할 수 없어서 사기죄는 성립되지 아니한다고 할 것이므로, 피고인의 제소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 이와 같은 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하고 따라서 사기죄를 구성한다고는 할 수 없다(대법원 1986. 10. 28. 선고 84도2368 판결, 1987. 12. 22. 선고 87도852 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 피고인이 사실은 창원시 완암동 산 20-2 소재 임야 381,124㎡(이하 '이 사건 임야'라 한다)의 공유자인 공소외 망 김윤이 등 25명으로부터 이 사건 임야를 매수한 사실이 없음에도 불구하고 위 김윤이 등이 전원 사망하였고 피고인 앞으로 이 사건 임야에 대한 종합토지세가 부과되는 점을 기화로 소송을 통하여 승소판결을 받은 후 피고인 앞으로 소유권이전등기를 하는 방법으로 이 사건 임야를 편취할 것을 결의하고, 1994. 12. 29. 창원지방법원에 "1965. 2. 7. 원고(피고인)가 피고(위 김윤이 등 25명)로부터 이 사건 임야를 275,000원에 매수하였으니 피고들은 원고에게 이 사건 임야에 대해 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라"는 취지의 소유권이전등기청구의 소를 제기하면서 피고들의 주소를 허위로 기재한 후 변론기일 소환장 및 선고기일 소환장 중 일부는 피고인이 본인을 사칭하여 수령하고 일부는 집배원에게 "대신 전해 주겠다"고 거짓말하고 수령하여 전달치 않는 방법으로 위 법원 담당재판부를 기망하고 이에 속은 담당재판부로부터 1995. 5. 4. 피고인(원고)의 승소 판결을 받아 같은 해 8. 17. 피고인 명의로 이 사건 임야에 관한 소유권이전등기를 경료함으로써 위 김윤이 등의 상속인인 피해자 김성규 등 소유의 이 사건 임야 시가 2억 원 상당을 편취하였다는 공소사실에 대하여 그 판시 증거에 의하면 이 사건 임야의 공유자들이 피고인의 위 소 제기시인 1994. 12. 29. 이전에 이미

모두 사망한 사실을 알 수 있으므로, 피고인이 비록 위 민사소송에서 승소판결을 받았다 하더라도 그 판결의 효력은 이 사건 임야의 공유자들의 재산상속인들에게 미치지 아니한다 할 것이어서 사기죄를 구성한다고는 할 수 없다는 이유로, 위 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

기록과 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 나아가 이 사건에서의 피고인의 행위가 소송사기죄의 불능미수에 해당한다고 볼 수도 없으므로, 원심판결에는 주장과 같은 소송사기죄의 불능미수 및 법관의 자유재량에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다

〈선정이유〉

사자를 상대로 한 소송사기를 불능범으로 보는 대법원의 견해를 확인하는 최근의 판결이다.

314. 제3자 취득 사기

(대법원 2012. 5. 24. 선고 2011도15639 판결)

〈쟁점〉

기망행위를 통해 스스로 재물을 취득하지 않고 제3자에게 재물을 교부받게 한 경우, 사기죄가 성립하기 위한 요건

〈판결요지〉

범인이 기망행위에 의해 스스로 재물을 취득하지 않고 제3자로 하여금 재물의 교부를 받게 한 경우에 사기죄가 성립하려면, 그 제3자가 범인과 사이에 정을 모르는 도구 또는 범인의 이익을 위해 행동하는 대리인의 관계에 있거나, 그렇지 않다면 적어도 불법영득의사와의 관련상 범인에게 그 제3자로 하여금 재물을 취득하게 할 의사가 있어야 한다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도9985 판결 등 참조).

〈선정이유〉

제3자에게 재물 또는 재산상 이익을 취득하게 하는 제3자 취득사기의 경우 피고인과 제3자 사이에는 어떤 관계가 필요한 것인지에 대한 대법원의 입장을 알 수 있는 판결이다.

315. 차용사기죄의 범의 판단 기준과 시점

(대법원 2016. 4. 28. 선고 2012도14516 판결)

〈쟁점〉

사기죄가 성립하는지 판단하는 기준 시점(=행위 당시) 및 차주가 돈을 빌릴 당시에 변제할 의사와 능력을 가지고 있었으나 그 후 변제하지 않고 있는 경우, 사기죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리고 그 처분행위를 유발하여 재물을 교부받거나 재산상 이익을 얻음으로써 성립하는 것으로서, 기망, 착오, 재산적 처분행위 사이에 인과관계가 있어야 한다(대법원 2000. 6. 27. 선고 2000도1155 판결 등 참조). 어떠한 행위가 타인을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는지 및 그러한 기망행위와 재산적 처분행위 사이에 인과관계가 있는지 여부는 거래의 상황, 상대방의 지식, 성격, 경험, 직업 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적·객관적으로 판단하여야 한다(대법원 1988. 3. 8. 선고 87도1872 판결 등 참조). 또한 이러한 기망행위에 대한 고의로서 편취의 범의는, 피고인이 자백하지 아니하는 한, 범행 전후의 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정, 피해자와의 관계 등과 같은 객관적인 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 1996. 3. 26. 선고 95도3034 판결 참조).

그리고 위와 같은 요건들을 갖추어 사기죄가 성립하는지 여부는 그 행위 당시를 기준으로 판단하여야 하므로, 소비대차 거래에서 차주가 돈을 빌릴 당시에는 변제할 의사와 능력을 가지고 있었다면 비록 그 후에 변제하지 않고 있다 하더라도 이는 민사상의 채무불이행에 불과하며 형사상 사기죄가 성립하지는 아니한다.

따라서 소비대차 거래에서, 대주와 차주 사이의 친척·친지와 같은 인적 관계 및 계속적인 거래관계 등에 의하여 대주가 차주의 신용 상태를 인식하고 있어 장래의 변제 지체 또는 변제불능에 대한 위험을 예상하고 있었거나 충분히 예상할 수 있는 경우에는, 차주가 차용 당시 구체적인 변제의사, 변제능력, 차용 조건 등과 관련하여 소비대차 여부를 결정지을 수 있는 중요한 사항에 관하여 허위 사실을 말하였다는 등의 다른 사정이 없다면, 차주가 그 후 제대로 변제하지 못하였다는 사실만을 가지고 변제능력에 관하여 대주를 기망하였다거나 차주에게 편취의 범의가 있었다고 단정할 수 없다.

〈선정이유〉

행위와 고의의 동시존재원칙에 따를 때 사기의 범의는 행위 당시의 변제능력과 의사를 기준으로 판단할 수밖에 없으나, 내심의 의사는 직접증명이 불가능하기 때문에 외부사실에 의한 추단으로 증명할 수밖에 없음을 잘 보여주는 판결이다.

316. 사기죄와 배임죄 간의 죄수

(대법원 2002. 7. 18. 선고 2002도669 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

1개의 행위에 관하여 사기죄와 업무상배임죄 또는 단순배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 경우의 죄수 관계

〈판결요지〉

제1심 판시 제2의 라의 (3)(나) 및 (3)(라)항, 제2의 마의 (3)의 별지 범죄일람표 (3) 기재 순번 1, 9 내지 18, 20 내지 25번, 제2의 사의 (3)항의 각 업무상배임의 점에 대하여, 타인의 사무를

처리하는 자가 그 사무처리상 임무에 위배하여 본인을 기망하고 착오에 빠진 본인으로부터 재물을 교부받은 경우에는 사기죄가 성립될 뿐, 설사 배임죄의 구성요건이 충족되어도 별도로 배임죄를 구성하는 것이 아니라 할 것이므로, 신용협동조합의 전무인 피고인이 조합의 담당직원을 기망하여 예금인출금 또는 대출금 명목으로 금원을 교부받은 위 각 행위는 각 사기죄만이 성립된다고 판단하여 제1심판결을 파기·자판하면서, 위 각 사기의 점에 대하여만 유죄를 선고하고, 위 각 업무상배임의 점에 대하여는 무죄로 인정하되 위 각 사기죄와 일죄의 관계에 있는 것으로 보아 주문에서 따로 무죄의 선고를 하지 아니하였다.

…

그러나 상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 수개의 구성요건을 충족하는 경우를 말하고 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다고 할 것인바(대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결, 2001. 3. 27. 선고 2000도5318 판결 등 참조), 이 사건과 같이 업무상배임행위에 사기행위가 수반된 때의 죄수 관계에 관하여 보면, 사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하는 것을 구성요건으로 하는 범죄로서 임무위배를 그 구성요소로 하지 아니하고 사기죄의 관념에 임무위배 행위가 당연히 포함된다고 할 수도 없으며, 업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무상의 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는 것을 구성요건으로 하는 범죄로서 기망적 요소를 구성요건의 일부로 하는 것이 아니어서 양 죄는 그 구성요건을 달리하는 별개의 범죄이고 형법상으로도 각각 별개의 장(장)에 규정되어 있어, 1개의 행위에 관하여 사기죄와 업무상배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 때에는 양 죄를 법조경합 관계로 볼 것이 아니라 상상적 경합관계로 봄이 상당하다 할 것이고, 나아가 업무상배임죄가 아닌 단순배임죄라고 하여 양 죄의 관계를 달리 보아야 할 이유도 없다.

이와 달리 위와 같은 경우 사기죄와 배임죄의 관계에서 사기죄만이 성립하고 별도로 배임죄를 구성하지 아니한다는 견해를 표명한 대법원 1983. 7. 12. 선고 82도1910 판결은 이와 저촉되는 한도 내에서 이를 변경하기로 한다.

〈선정이유〉

타인의 사무를 처리하는 자가 그 사무처리상 임무에 위배하여 본인을 기망하고 착오에 빠진 본인으로부터 재물을 교부받은 경우에는 사기죄가 성립될 뿐이라는 종래의 판결을 변경, 배임죄도 성립하고 양 죄는 상상적 경합임을 근거지우고 있는 판결이다.

317. 절취한 타인 신용카드를 이용한 현금인출과 계좌이체의 죄책

(대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도2440 판결)

〈쟁점〉

절취한 타인의 신용카드를 이용하여 현금지급기에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체시킨 후 현금을 인출한 행위가 절도죄를 구성하는지 여부

〈판결요지〉

절도죄에 있어서의 절취란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말하고(대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도2963 판결 등 참조), 절취한 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우, 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되어 절도죄를 구성하나(대법원 1995. 7. 28. 선고 95도997 판결 등 참조), 위 공소사실 기재 행위 중 피고인이 공소외 2의 신용카드를 이용하여 현금지급기에서 계좌이체를 한 행위는 컴퓨터등사용사기죄에 있어서의 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 한 행위에 해당함은 별론으로 하고 이를 절취행위라고 볼 수는 없고, 한편 피고인이 위 계좌이체 후 현금지급기에서 현금을 인출한 행위는 자신의 신용카드나 현금카드를 이용한 것이어서 이러한 현금인출이 현금지급기 관리자의 의사에 반한다고 볼 수 없으므로, 이 또한 절취행위에 해당하지 아니하는바, 결국 위 공소사실 기재 행위는 절도죄를 구성하지 않는다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

컴퓨터등사용사기죄 도입 이후에도, 타인의 신용카드를 이용한 현금인출은 ATM기 관리자의 의사에 반한 절도, 계좌이체는 예금청구권의 증감이라는 재산상 이익을 취득하는 범죄라는 대법원의 사고 도식을 표현하는 전형적인 판결이다.

318. 위임을 초과한 현금인출과 컴퓨터등사용사기죄

(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3516 판결)

〈쟁점〉

예금주인 현금카드 소유자로부터 일정액의 현금을 인출해 오라는 부탁과 함께 현금카드를 건네받아 그 위임받은 금액을 초과한 현금을 인출한 행위가 컴퓨터 등 사용사기죄를 구성하는지 여부

〈판결요지〉

예금주인 현금카드 소유자로부터 일정한 금액의 현금을 인출해 오라는 부탁을 받으면서 이와 함께 현금카드를 건네받은 것을 기화로 그 위임을 받은 금액을 초과하여 현금을 인출하는 방법으로 그 차액 상당을 위법하게 이득할 의사로 현금자동지급기에 그 초과된 금액이 인출되도록 입력하여 그 초과된 금액의 현금을 인출한 경우에는 그 인출된 현금에 대한 점유를 취득함으로써 이 때에 그 인출한 현금 총액 중 인출을 위임받은 금액을 넘는 부분의 비율에 상당하는 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수 있으므로 이러한 행위는 그 차액 상당액에 관하여 형법 제347조의2(컴퓨터등사용사기)에 규정된 '컴퓨터등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득'하는 행위로서 컴퓨터 등 사용사기죄에 해당된다고 할 것이다.

따라서 이 사건 피고인이 위 일시경 위 장소에서 공소외 공소외인으로부터 그 소유의 농협현금카드로 20,000원을 인출하여 오라는 부탁과 함께 현금카드를 건네받게 된 것을 기화로, 위 지점에

설치되어 있는 피해자 충주농업협동조합이 관리하는 현금자동지급기에 위 현금카드를 넣고 인출금액을 50,000원으로 입력하여 이를 인출한 것도 그 차액 상당에 관하여 우선 컴퓨터 등 사용사기죄에 해당된다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

사기, 횡령, 배임, 절도, 컴퓨터등사용사기죄, 무죄설까지 다양한 해석론의 대상이 되는 위임초과 금원 인출사안에서 대법원의 입장(컴퓨터등사용사기죄)을 보여주는 판결이다.

319. 컴퓨터등사용사기죄의 성립요건으로 정보처리와 피해자처분행위의 상응성

(대법원 2014. 3. 13. 선고 2013도16099 판결)

〈쟁점〉

형법 제347조의2의 규정 취지 및 컴퓨터등사용사기죄에서 '정보처리', '재산상 이익 취득'의 의미

〈판결요지〉

가. 형법 제347조의2는 컴퓨터 등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 권한 없이 정보를 입력·변경하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하는 행위를 처벌하고 있다. 이는 재산변동에 관한 사무가 사람의 개입 없이 컴퓨터 등에 의하여 기계적·자동적으로 처리되는 경우가 증가함에 따라 이를 악용하여 불법적인 이익을 취하는 행위도 증가하였으나 이들 새로운 유형의 행위는 사람에 대한 기망행위나 상대방의 처분행위 등을 수반하지 않아 기존 사기죄로는 처벌할 수 없다는 점 등을 고려하여 신설한 규정이다. 여기서 '정보처리'는 사기죄에 있어서 피해자의 처분행위에 상응하는 것이므로 입력된 허위의 정보 등에 의하여 계산이나 데이터의 처리가 이루어짐으로써 직접적으로 재산처분의 결과를 초래하여야 하고, 행위자나 제3자의 '재산상 이익 취득'은 사람의 처분행위가 개재됨이 없이 컴퓨터 등에 의한 정보처리과정에서 이루어져야 한다.

…

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 피고인 1, 2, 3, 4, 7이 관여한 각 시설공사의 전자입찰은 모두 적격심사를 거치게 되어 있는 사실, 적격심사 대상공사에 대한 전자입찰은 입찰공고, 예비가격 작성, 투찰, 개찰, 적격심사, 낙찰자 선정, 계약의 순서로 이루어지는데, ① 먼저 발주처의 재무관이 입찰공고를 한 다음, ② 개찰 전까지 인증된 재무관용 컴퓨터를 통하여 조달청 서버에서 공사기초금액의 ±3% 범위 내에서 15개의 예비가격을 생성하되, 각 예비가격과 이에 대응하는 추첨번호는 임의로 섞여 재무관의 인증서와 함께 암호화되어 조달청 서버에 전송·저장되고, ③ 입찰자는 입찰기간 중 인증된 입찰자용 컴퓨터를 이용하여 입찰금액을 입력한 다음 예비가격이 표시되지 않는 15개의 추첨번호 중 임의로 2개를 선택하여 조달청 서버에 그 값을 전송·저장하며, ④ 개찰시 시스템에서 자동으로 입찰자들이 선택한 예비가격 추첨번호 중 가장 많이 선택된 상위 4개의 번호에 대응하는 예비가격을 평균하여 공사예정금액을, 여기에 투찰율을 곱한 낙찰하한가를 산정하게 되

고, ⑤ 재무관은 낙찰하한가 이상 공사예정가격 이하로서 낙찰하한가에 가장 근접한 입찰금액으로 투찰한 입찰자 순서대로 계약이행경험, 기술능력, 재무상태, 신인도 등을 종합적으로 심사하는 적격심사를 거쳐 일정 점수 이상인 자를 낙찰자로 결정하는 사실, 피고인 1 등은 공소사실 기재와 같은 악성프로그램을 운용하여 15개의 예비가격과 그 추첨번호를 미리 알아내고, 입찰자가 선택한 2개의 추첨번호가 미리 지정한 4개의 추첨번호 중에서 선택되어 저장되도록 함으로써 사전에 낙찰하한가를 알아내어 이를 토대로 특정 건설사에 낙찰가능성이 높은 입찰금액을 알려준 사실 등을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 적격심사를 거치게 되어 있는 이 사건 각 시설공사의 전자입찰에 있어서 특정 건설사가 낙찰하한가에 대한 정보를 사전에 알고 투찰할 경우 그 건설사가 낙찰자로 결정될 가능성이 높은 것은 사실이나, 낙찰하한가에 가장 근접한 금액으로 투찰한 건설사라고 하더라도 적격심사를 거쳐 일정 기준 이상이 되어야만 낙찰자로 결정될 수 있는 점 등을 감안할 때, 피고인 1 등이 조달청의 국가종합전자조달시스템에 입찰자들이 선택한 추첨번호가 변경되어 저장되도록 하는 등 권한 없이 정보를 변경하여 정보처리를 하게 함으로써 직접적으로 얻은 것은 낙찰하한가에 대한 정보일 뿐, 위와 같은 정보처리의 직접적인 결과 특정 건설사가 낙찰자로 결정되어 낙찰금액 상당의 재산상 이익을 얻게 되었다거나 그 낙찰자 결정이 사람의 처분행위가 개재됨이 없이 컴퓨터 등의 정보처리과정에서 이루어졌다고 보기 어렵다

〈선정이유〉

기계와 인간의 차이로 인해 도입된 컴퓨터등사용사기죄도 사기죄에서 파생된 구성요건으로 피해자의 처분행위와 같은 컴퓨터의 처분행위가 있어야 한다는 취지의 대법원의 해석론은 보여주는 판결이다.

320. 보험계약의 실행의 착수와 기수시기

(대법원 2019. 4. 3. 선고 2014도2754 판결)

〈쟁점〉

보험계약자가 고지의무를 위반하여 보험회사와 보험계약을 체결한 경우, 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위를 인정하기 위한 요건 및 이때 사기죄의 기수시기

〈판결요지〉

(1) 보험계약자가 고지의무를 위반하여 보험회사와 보험계약을 체결한다 하더라도 그 보험금은 보험계약의 체결만으로 지급되는 것이 아니라 보험계약에서 정한 우연한 사고가 발생하여야만 지급되는 것이다. 상법상 고지의무를 위반하여 보험계약을 체결하였다는 사정만으로 보험계약자에게 미필적으로나마 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위가 있었다고 단정하여서는 아니 되고, 더 나아가 보험사고가 이미 발생하였음에도 이를 묵비한 채 보험계약을 체결하거나 보험사고 발생의 개연성이 농후함을 인식하면서도 보험계약을 체결하는 경우 또는 보험사고를 임의로 조작하려는 의도를 갖고 보험계약을 체결하는 경우와 같이 그 행위가 '보험사고의 우연성'과 같은 보험의 본질을

해할 정도에 이르러야 비로소 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위를 인정할 수 있다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2010도6910 판결 등 참조). 피고인이 위와 같은 고의의 기망행위로 보험계약을 체결하고 위 보험사고가 발생하였다는 이유로 보험회사에 보험금을 청구하여 보험금을 지급받았을 때 사기죄는 기수에 이른다.

(2) 앞에서 본 이 사건 공소사실을 위 법리에 비추어 살펴보면 피고인의 이 사건 각 보험계약 체결행위와 보험금 청구행위는 피해자 공소외 1 회사를 착오에 빠뜨려 처분행위를 하게 만드는 일련의 기망행위에 해당하고 피해자 공소외 1 회사가 그에 따라 보험금을 지급하였을 때 사기죄는 기수에 이르며, 그 전에 피해자 공소외 1 회사의 해지권 또는 취소권이 소멸되었다 하더라도 마찬가지이다.

그럼에도 이와 달리 원심은 이 사건 각 보험계약이 체결되고 최초 보험료가 납입된 때 또는 피해자 공소외 1 회사가 이 사건 각 보험계약을 더 이상 해지할 수 없게 되었을 때 또는 고지의무 위반 사실을 알고 보험금을 지급하거나 지급된 보험금을 회수하지 않았을 때 이 사건 공소사실 사기죄가 기수에 이르렀다고 인정하고, 이를 전제로 피고인의 이 사건 공소사실 전부에 대하여 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소를 선고하였다. 이러한 원심판결에는 보험금 편취를 목적으로 하는 사기죄의 기수시기에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

〈선정이유〉

보험사기에서의 기망의 시기와 기수시기에 대한 대법원의 법리를 표현하고 있는 비교적 최근의 판결이다.

321. 편의시설부정이용죄

(대법원 2001. 9. 25. 선고 2001도3625 판결)

〈쟁점〉

타인의 전화카드(한국통신의 후불식 통신카드)를 절취하여 전화통화에 이용한 행위가 형법 제348조의2 소정의 편의시설부정이용의 죄에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

원심판결의 이유에 의하면, 원심은, 피고인이 절취한 피해자 소유의 케이티전화카드를 이용하여 전화통화를 함으로써 금 647,522원 상당의 재산상의 이득을 취득하였다는 사실을 인정한 다음, 이를 형법 제348조의2에서 규정하는 편의시설부정이용의 죄로 처단하고 있음을 알 수 있다.

그러나 편의시설부정이용의 죄는 부정한 방법으로 대가를 지급하지 아니하고 자동판매기, 공중전화 기타 유료자동설비를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하는 행위를 범죄구성요건으로 하고 있는데, 이 사건과 같이 타인의 케이티전화카드(한국통신의 후불식 통신카드)를 절취하여 전화통화에 이용한 경우에는 통신카드서비스 이용계약을 한 피해자가 그 통신요금을 납부할 책임을 부담하게 되므로, 이러한 경우에는 피고인이 '대가를 지급하지 아니하고' 공중전화를 이용한 경우

에 해당한다고 볼 수 없어 편의시설부정이용의 죄를 구성하지 않는다고 할 것이다.

〈선정이유〉

편의시설부정이용죄의 성립요건 중 '대가를 지급하지 아니한'의 의미를 풀어쓰고 있는 판결이다.

322. 알박기와 부당이득죄

(대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도778 판결)

〈쟁점〉

개발사업의 부지 일부의 매매와 관련된 이른바 '알박기' 사건에서 부당이득죄가 성립하기 위한 요건

〈판결요지〉

형법상 부당이득죄에 있어서 궁박이라 함은 '급박한 곤궁'을 의미하고, '현저하게 부당한 이익의 취득'이라 함은 단순히 시가와 이익과의 배율로만 판단할 것이 아니라 구체적·개별적 사안에 있어서 일반인의 사회통념에 따라 결정하여야 하는 것으로서, 피해자가 궁박한 상태에 있었는지 여부 및 급부와 반대급부 사이에 현저히 부당한 불균형이 존재하는지 여부는 거래당사자의 신분과 상호 간의 관계, 피해자가 처한 상황의 절박성의 정도, 계약의 체결을 둘러싼 협상과정 및 거래를 통한 피해자의 이익, 피해자가 그 거래를 통해 추구하고자 한 목적을 달성하기 위한 다른 적절한 대안의 존재 여부, 피고인에게 피해자와 거래하여야 할 신의칙상 의무가 있는지 여부 등 여러 상황을 종합하여 구체적으로 판단하되, 특히 우리 헌법이 규정하고 있는 자유시장경제질서와 여기에서 파생되는 사적 계약자유의 원칙을 고려하여 그 범죄의 성립을 인정함에 있어서는 신중을 요한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도1246 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도1246 판결 등 참조).

한편, 개발사업 등이 추진되는 사업부지 중 일부의 매매와 관련된 이른바 '알박기' 사건에서 부당이득죄의 성립 여부가 문제되는 경우에도 위와 같은 여러 상황을 종합하여 구체적으로 판단하되, 그 범죄의 성립을 인정하기 위하여는 피고인이 피해자의 개발사업 등이 추진되는 상황을 미리 알고 그 사업부지 내의 부동산을 매수한 경우이거나 피해자에게 협조할 듯한 태도를 취하여 사업을 추진하도록 한 후에 협조를 거부하는 경우 등과 같이 피해자가 궁박한 상태에 빠지게 된 데에 피고인이 적극적으로 원인을 제공하였거나 상당한 책임을 부담하는 정도에 이르러야 한다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도8577 판결 참조).

〈선정이유〉

이른바 '알박기'가 부당이득죄가 되는 경우와 그렇지 않은 경우를 구별하여 설명하고 있는 판례이다.

IV. 공갈의 죄

323. 공갈죄의 협박과 정당한 권리행사의 판단기준

(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018도19493 판결)

〈쟁점〉

협박이 정당한 권리의 실현 수단으로 사용된 경우, 공갈죄의 실행에 착수한 것인지 판단하는 기준

〈판결요지〉

공갈죄의 수단인 협박은 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말한다. 고지하는 내용이 위법하지 않은 것인 때에도 해악이 될 수 있고, 해악의 고지는 반드시 명시의 방법에 의할 필요는 없으며 언어나 거동에 의하여 상대방으로 하여금 어떠한 해악에 이르게 할 것이라는 인식을 가지게 하는 것이면 된다. 또한 이러한 해악의 고지가 비록 정당한 권리의 실현 수단으로 사용된 경우라 하여도 그 권리실현의 수단·방법이 사회통념상 허용되는 정도나 범위를 넘는다면 공갈죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다. 여기서 어떠한 행위가 구체적으로 사회통념상 허용되는 정도나 범위를 넘는지는 그 행위의 주관적인 측면과 객관적인 측면, 즉 추구한 목적과 선택한 수단을 전체적으로 종합하여 판단한다(대법원 1995. 3. 10. 선고 94도2422 판결, 대법원 2017. 7. 11. 선고 2015도18708 판결 등 참조).

…

가. 피고인이 피해자 회사들과 체결한 하도급 계약서에 따르면 쌍방이 계약 이행이 곤란하다고 인정하는 경우 하도급 계약을 해제·해지할 수 있지만, 위와 같은 사유 없이 부득이한 사유로 거래를 정지하고자 할 때에는 상대방에게 부당한 피해가 없도록 상당 기간의 거래 정지 유예기간을 두어 이를 미리 상대방에게 통보하도록 정하고 있다.

나. 피고인은 피해자 회사들에 6~8일간의 유예기간을 두고 돈을 요구하면서 그때까지 돈이 지급되지 않으면 자동차 부품 생산라인을 중단하여 자동차 부품 공급 중단으로 큰 손실을 입게 만들겠다는 태도를 보였다. 이러한 언행은 피해자 회사들의 자유로운 의사결정을 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도에 이르는 해악의 고지에 해당한다.

다. 피고인은 이와 같은 해악의 고지로 두려움을 느낀 피해자 공소외 1 주식회사로부터 손실비용 등 명목으로 합계 110억 원을 받고, 피해자 공소외 2 주식회사로부터 4,299,986,069원을 받아 이를 갈취하였다.

라. 피고인 운영 회사는 계속적인 재정 악화 등으로 회사 운영에 어려움을 겪었고 그로 인해 피해자 회사들이 피고인으로부터 금형 이관 절차를 검토하는 등으로 피고인 운영 회사가 절박한 상황에 있었다. 그러나 피고인이 합법적인 방법으로 피해자 회사들과 갈등을 해결하려고 시도하지 않고 곧바로 생산라인을 중단하겠다고 협박한 것은 피고인의 법익을 보호하기 위한 유일한 수단이라거나 적합한 수단이었다고 볼 수 없으므로 위법성이 조각되지 않는다.

〈선정이유〉

강도보다는 약하지만 피해자의 의사결정의 자유를 제한하거나 방해할 정도의 해악 고지를 통한 재물 또는 재산상 이익을 갈취하는 공갈죄의 수단과 위법성 조각의 일반적 요건들을 설명하고 있는 판례이다.

324. 소비자 불매운동의 죄책

(대법원 2013. 4. 11. 선고 판결)

〈쟁점〉

소비자불매운동 과정에서 이루어진 어떠한 행위가 강요죄나 공갈죄의 수단인 '협박'에 해당하는지 판단하는 기준

〈판결요지〉

가. 강요죄나 공갈죄의 수단인 협박은 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말하는데, 해악의 고지는 반드시 명시적인 방법이 아니더라도 말이나 행동을 통해서 상대방으로 하여금 어떠한 해악에 이르게 할 것이라는 인식을 갖게 하는 것이면 족하고, 피공갈자 이외의 제3자를 통해서 간접적으로 할 수도 있으며, 행위자가 그의 직업, 지위 등에 기하여 불법한 위세를 이용하여 재물의 교부나 재산상 이익을 요구하고 상대방으로 하여금 그 요구에 응하지 않을 때에는 부당한 불이익을 당할 위험이 있다는 위구심을 일으키게 하는 경우에도 해악의 고지가 된다(대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도709 판결, 대법원 2005. 7. 15. 선고 2004도1565 판결 등 참조).

한편 소비자가 구매력을 무기로 상품이나 용역에 대한 자신들의 선호를 시장에 실질적으로 반영하기 위한 집단적 시도인 소비자불매운동은 본래 '공정한 가격으로 양질의 상품 또는 용역을 적절한 유통구조를 통해 적절한 시기에 안전하게 구입하거나 사용할 소비자의 제반 권익을 증진할 목적'에서 행해지는 소비자보호운동의 일환으로서 헌법 제124조를 통하여 제도로서 보장되나, 그와는 다른 측면에서 일반 시민들이 특정한 사회, 경제적 또는 정치적 대의나 가치를 주장·옹호하거나 이를 진작시키기 위한 수단으로 소비자불매운동을 선택하는 경우도 있을 수 있고, 이러한 소비자불매운동 역시 반드시 헌법 제124조는 아니더라도 헌법 제21조에 따라 보장되는 정치적 표현의 자유나 헌법 제10조에 내재된 일반적 행동의 자유의 관점 등에서 보호받을 가능성이 있으므로, 단순히 소비자불매운동이 헌법 제124조에 따라 보장되는 소비자보호운동의 요건을 갖추지 못하였다는 이유만으로 이에 대하여 아무런 헌법적 보호도 주어지지 아니한다고 단정하여서는 아니 된다.

다만 대상 기업에 특정한 요구를 하면서 이에 응하지 않을 경우 불매운동의 실행 등 대상 기업에 불이익이 되는 조치를 취하겠다고 고지하거나 공표하는 것과 같이 소비자불매운동의 일환으로 이루어지는 것으로 볼 수 있는 표현이나 행동이 정치적 표현의 자유나 일반적 행동의 자유 등의 관점에서도 전체 법질서상 용인될 수 없을 정도로 사회적 상당성을 갖추지 못한 때에는 그 행위 자체가 강요죄나 공갈죄에서 말하는 협박의 개념에 포섭될 수 있으므로, 소비자불매운동 과정에서 이루어진 어떠한 행위가 강요죄나 공갈죄의 수단인 협박에 해당하는지 여부는 해당 소비자불매운

동의 목적, 불매운동에 이르게 된 경위, 대상 기업의 선정이유 및 불매운동의 목적과의 연관성, 대상 기업의 사회·경제적 지위와 거기에 비교되는 불매운동의 규모 및 영향력, 대상 기업에 고지한 요구사항과 불이익 조치의 구체적 내용, 그 불이익 조치의 심각성과 실현가능성, 고지나 공표 등의 구체적인 행위 태양, 그에 대한 상대방 내지 대상 기업의 반응이나 태도 등 제반 사정을 종합적·실질적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도410 판결 참조).

〈선정이유〉

소비자의 정당한 권리행사와 공갈(강요)을 구분하는 기준은 무엇인지에 대해 구체적인 사안을 배경으로 그 판단기준을 제시하고 있는 판결이다.

325. 공갈피해자의 부작위의 처분행위

(대법원 2012. 1. 27. 선고 2011도16044 판결)

〈쟁점〉

피공갈자가 재산상 이익을 공여하는 처분행위는 부작위로도 가능한 것인지 여부

〈판결요지〉

가.… 피고인은 2011. 4. 3. 00:10경 울산 울주군 언양읍에 있는 구언양파출소 앞길에서 피해자 공소외인(45세)이 운전하는 (차량번호 생략) 개인택시에 승차하였다. 피고인은 같은 날 00:30경 같은 군 범서읍 천상리 ○○초등학교 앞 도로에 이르러 택시요금의 지급을 면할 목적으로 "상북 천전리에 가자고 하였다"고 하면서 차량에서 내려가는 것을 피해자가 따라가서 택시요금을 달라고 한다고 피해자의 목을 잡고 주먹으로 얼굴을 4-5회 때리고는 도주하여 택시요금 14,000원의 지급을 면하여 재산상 이익을 취득하였다는 것이다.

나. 재산상 이익의 취득으로 인한 공갈죄가 성립하려면 폭행 또는 협박과 같은 공갈행위로 인하여 피공갈자가 재산상 이익을 공여하는 처분행위가 있어야 한다. 물론 그러한 처분행위는 반드시 작위에 한하지 아니하고 부작위로도 족하여서, 피공갈자가 외포심을 일으켜 묵인하고 있는 동안에 공갈자가 직접 재산상의 이익을 탈취한 경우에도 공갈죄가 성립할 수 있다. 그러나 폭행의 상대방이 위와 같은 의미에서의 처분행위를 한 바 없고, 단지 행위자가 법적으로 의무 있는 재산상 이익의 공여를 면하기 위하여 상대방을 폭행하고 현장에서 도주함으로써 상대방이 행위자로부터 원래라면 얻을 수 있었던 재산상 이익의 실현에 장애가 발생한 것에 불과하다면, 그 행위자에게 공갈죄의 죄책을 물을 수 없다.

다. 기록에 의하면, 피고인이 위 공소사실의 내용과 같이 택시를 타고 간 후 같은 군 범서읍 천상리 ○○초등학교 앞 도로에 이르러 택시요금의 지급을 면할 목적으로 "상북 천전리에 가자고 하였다"고 하면서 차량에서 내린 사실, 이에 피해자는 피고인을 따라가면서 거기까지의 택시요금 14,000원의 지급을 요구한 사실, 그러자 피고인은 피해자의 목을 잡고 주먹으로 얼굴을 여러 차례 때린 다음 현장에서 달아난 사실, 그러자 피해자는 피고인으로부터 택시요금을 받기 위하여 피고인이 가자고 하였던 위 울주군 상북면 천전리 입구까지 쫓아가 피고인을 기다린 사실, 피해자는 그

곳에서 같은 날 01:10경 택시에 타고 있던 피고인을 발견하고 택시요금의 지급을 요구한 사실, 그러자 피고인이 다시 피해자의 얼굴 등을 주먹으로 때리고 달아난 사실(이 부분 폭행행위가 이 사건 공소사실 중 폭행의 점을 이룬다)을 인정할 수 있다. 그렇다면 피해자는 피고인에게 계속해서 택시요금의 지급을 요구하였으나 피고인이 이를 면하고자 피해자를 폭행하고 달아났을 뿐이고, 피해자가 피고인으로부터 폭행을 당하여 외포심을 일으켜 피고인이 택시요금을 지급하지 아니하는 것을 묵인하는 등으로 택시요금의 지급에 관하여 수동적·소극적으로라도 피고인이 이를 면하는 것을 용인하여 그 이익을 공여하는 처분행위를 하였다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

피공갈자의 처분행위가 부작위로도 가능한 것인지에 대한 대법원의 입장을 알 수 있는 판결이다.

326. 소위 '삼각공갈'

(대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도4738 판결)

〈쟁점〉

주점의 종업원에게 신체에 위해를 가할 듯한 태도를 보여 이에 겁을 먹은 위 종업원으로부터 주류를 제공받은 경우에 있어 공갈죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

공갈죄에 있어서 공갈의 상대방은 재산상의 피해자와 동일함을 요하지는 아니하나, 공갈의 목적이 된 재물 기타 재산상의 이익을 처분할 수 있는 사실상 또는 법률상의 권한을 갖거나 그러한 지위에 있음을 요한다고 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 그 채용 증거들에 의하여, 피고인 1, 3, 7 등이 공동하여, 판시 각 일시에 피해자 공소외 2가 종업원으로 일하고 있던 랑데부룸살롱(공소외 4가 건물주로부터 임차하여 공소외 3에게 운영을 위임하였다.)에서 위 피해자에게 은근히 조직폭력배임을 과시하면서 "이 새끼들아 술 내놔."라고 소리치고, 피고인 1 등은 험악한 인상을 쓰면서 "너희들은 공소외 3이 깡패도 아닌데 왜 따라 다니며 어울리냐."라고 말하는 등의 방법으로 신체에 위해를 가할 듯한 태도를 보여 이에 겁을 먹은 위 피해자로부터 판시와 같이 주류를 제공받아 이를 각 갈취하였다는 범죄사실을 유죄로 인정한 제1심을 그대로 유지하면서, 위 피고인들로부터 협박을 당한 공소외 2는 위 주류에 대한 사실상의 처분권자이므로 공소외 2를 공갈죄의 피해자라고 봄이 상당하다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 공갈죄에 있어서의 피해자에 관한 법리오해, 공소시효 완성 및 범행방법에 관한 공소사실의 특정에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

피공갈자와 피해자는 동일인이 아니더라도 처분행위자는 피공갈자와 동일인이어야 한다는 소위 삼각공갈의 요건을 제시하고 있는 판결이다.

V. 횡령의 죄

327. 보이스피싱과 송금된 금원의 사용과 관련한 죄책

(대법원 2018. 7. 19. 선고 2017도17494 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

송금의뢰인이 다른 사람의 예금계좌에 자금을 송금·이체하여 송금의뢰인과 계좌명의인 사이에 송금·이체의 원인이 된 법률관계가 존재하지 않음에도 송금·이체에 의하여 계좌명의인이 그 금액 상당의 예금채권을 취득한 경우, 계좌명의인이 그와 같이 송금·이체된 돈을 그대로 보관하지 않고 영득할 의사로 인출하면 횡령죄가 성립하는지 여부(적극) / 계좌명의인이 개설한 예금계좌가 전기통신금융사기 범행에 이용되어 그 계좌에 피해자가 사기피해금을 송금·이체한 경우, 계좌명의인이 그 돈을 영득할 의사로 인출하면 피해자에 대한 횡령죄가 성립하는지 여부(한정 적극) 및 이때 계좌명의인의 인출행위가 전기통신금융사기의 범인에 대한 관계에서도 횡령죄가 되는지 여부

〈판결요지〉

형법 제355조 제1항이 정한 횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자라야 하고, 여기에서 보관이란 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 뜻하므로 횡령죄가 성립하기 위하여는 그 재물의 보관자와 재물의 소유자(또는 기타의 본권자) 사이에 위탁관계가 있어야 한다. 이러한 위탁관계는 사실상의 관계에 있으면 충분하고 피고인이 반드시 민사상 계약의 당사자일 필요는 없다. 위탁관계는 사용대차·임대차·위임·임치 등의 계약에 의하여 발생하는 것이 보통이지만 이에 한하지 않고 사무관리와 같은 법률의 규정, 관습이나 조리 또는 신의성실의 원칙에 의해서도 발생할 수 있다(대법원 1985. 9. 10. 선고 84도2644 판결, 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003도2077 판결 등 참조). 그러나 횡령죄의 본질이 위탁받은 타인의 재물을 불법으로 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 그 위탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치가 있는 것으로 한정된다(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결 등 참조). 위탁관계가 있는지 여부는 재물의 보관자와 소유자 사이의 관계, 재물을 보관하게 된 경위 등에 비추어 볼 때 보관자에게 재물의 보관 상태를 그대로 유지하여야 할 의무를 부과하여 그 보관 상태를 형사법적으로 보호할 필요가 있는지 등을 고려하여 규범적으로 판단하여야 한다.

나. 송금의뢰인이 다른 사람의 예금계좌에 자금을 송금·이체한 경우 특별한 사정이 없는 한 송금의뢰인과 계좌명의인 사이에 그 원인이 되는 법률관계가 존재하는지 여부에 관계없이 계좌명의인(수취인)과 수취은행 사이에는 그 자금에 대하여 예금계약이 성립하고, 계좌명의인은 수취은행에 대하여 그 금액 상당의 예금채권을 취득한다. 이때 송금의뢰인과 계좌명의인 사이에 송금·이체의 원인이 된 법률관계가 존재하지 않음에도 송금·이체에 의하여 계좌명의인이 그 금액 상당의 예금채권을 취득한 경우 계좌명의인은 송금의뢰인에게 그 금액 상당의 돈을 반환하여야 한다(대법원

2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결 등 참조). 이와 같이 계좌명의인이 송금·이체의 원인이 되는 법률관계가 존재하지 않음에도 계좌이체에 의하여 취득한 예금채권 상당의 돈은 송금의뢰인에게 반환하여야 할 성격의 것이므로, 계좌명의인은 그와 같이 송금·이체된 돈에 대하여 송금의뢰인을 위하여 보관하는 지위에 있다고 보아야 한다. 따라서 계좌명의인이 그와 같이 송금·이체된 돈을 그대로 보관하지 않고 영득할 의사로 인출하면 횡령죄가 성립한다(대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5975 판결, 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도891 판결 등 참조).

이러한 법리는 계좌명의인이 개설한 예금계좌가 전기통신금융사기 범행에 이용되어 그 계좌에 피해자가 사기피해금을 송금·이체한 경우에도 마찬가지로 적용된다. 계좌명의인은 피해자와 사이에 아무런 법률관계 없이 송금·이체된 사기피해금 상당의 돈을 피해자에게 반환하여야 하므로(대법원 2014. 10. 15. 선고 2013다207286 판결 참조), 피해자를 위하여 사기피해금을 보관하는 지위에 있다고 보아야 하고, 만약 계좌명의인이 그 돈을 영득할 의사로 인출하면 피해자에 대한 횡령죄가 성립한다. 이때 계좌명의인이 사기의 공범이라면 자신이 가담한 범행의 결과 피해금을 보관하게 된 것일 뿐이어서 피해자와 사이에 위탁관계가 없고, 그가 송금·이체된 돈을 인출하더라도 이는 자신이 저지른 사기범행의 실행행위에 지나지 아니하여 새로운 법익을 침해한다고 볼 수 없으므로 사기죄 외에 별도로 횡령죄를 구성하지 않는다(대법원 2017. 5. 31. 선고 2017도3045 판결 등 참조).

다. 한편 계좌명의인의 인출행위는 전기통신금융사기의 범인에 대한 관계에서는 횡령죄가 되지 않는다.

(1) 계좌명의인이 전기통신금융사기의 범인에게 예금계좌에 연결된 접근매체를 양도하였다 하더라도 은행에 대하여 여전히 예금계약의 당사자로서 예금반환청구권을 가지는 이상 그 계좌에 송금·이체된 돈이 그 접근매체를 교부받은 사람에게 귀속되었다고 볼 수는 없다. 접근매체를 교부받은 사람은 계좌명의인의 예금반환청구권을 자신이 사실상 행사할 수 있게 된 것일 뿐 예금 자체를 취득한 것이 아니다. 판례는 전기통신금융사기 범행으로 피해자의 돈이 사기이용계좌로 송금·이체되었다면 이로써 편취행위는 기수에 이른다고 보고 있는데(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도6256 판결, 대법원 위 2017도3045 판결 등 참조), 이는 사기범이 접근매체를 이용하여 그 돈을 인출할 수 있는 상태에 이르렀다는 의미일 뿐 사기범이 그 돈을 취득하였다는 것은 아니다.

(2) 또한 계좌명의인과 전기통신금융사기의 범인 사이의 관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치가 있는 위탁관계가 아니다. 사기범이 제3자 명의 사기이용계좌로 돈을 송금·이체하게 하는 행위는 그 자체로 범죄행위에 해당한다. 그리고 사기범이 그 계좌를 이용하는 것도 전기통신금융사기 범행의 실행행위에 해당하므로 계좌명의인과 사기범 사이의 관계를 횡령죄로 보호하는 것은 그 범행으로 송금·이체된 돈을 사기범에게 귀속시키는 결과가 되어 옳지 않다.

…

피고인들은 2017. 2. 12. 성명불상의 보이스피싱 조직원에게 피고인 1이 SC제일은행에 자신의 명의로 개설한 예금계좌(이하 '이 사건 계좌'라 한다)의 예금통장과 위 계좌에 연결된 체크카드 1개, OTP카드 1개 등을 교부하여 전자금융거래에 관한 접근매체를 양도하였다. 이후 성명불상의 보이스피싱 조직원은 2017. 2. 13. 09:00경 공소외인에게 전화하여 검사를 사칭하면서 "당신 명의로 은행 계좌가 개설되어 범죄에 이용되었다. 명의가 도용된 것 같으니 추가 피해 예방을 위해 금융기관에 있는 돈을 해약하여 금융법률 전문가인 피고인 1에게 송금하면 범죄 연관성을 확인 후 돌려주겠다."라고 거짓말을 하였다. 이에 속은 공소외인은 2017. 2. 14. 11:20경 이 사건 계좌에 613만 원(이하 '이 사건 사기피해금'이라 한다)을 송금하였는데, 피고인들은 같은 날 11:50경 별도

로 만들어 소지하고 있던 이 사건 계좌에 연결된 체크카드를 이용하여 그중 300만 원을 임의로 인출하였다.

이로써 피고인들은 공모하여 ① 이 사건 계좌의 접근매체를 양도함으로써 보이스피싱 조직원의 공소외인에 대한 사기범행을 방조하고, ② 이 사건 사기피해금 중 300만 원을 임의로 인출함으로써 주위적으로는 이 사건 계좌의 접근매체를 양수한 보이스피싱 조직원의 재물을, 예비적으로는 공소외인의 재물을 횡령하였다.

…

위와 같은 법리를 바탕으로 이 사건에 관하여 살펴보면, 피고인들에게 사기방조죄가 성립하지 않는 이상 이 사건 사기피해금 중 300만 원을 임의로 인출한 행위는 피해자 공소외인에 대한 횡령죄가 성립한다고 보아야 한다. 따라서 원심이 이 사건 공소사실 중 횡령의 점에 관하여 보이스피싱 조직원을 피해자로 삼은 주위적 공소사실을 무죄로 판단한 것은 정당하다. 그러나 이와 달리 공소외인을 피해자로 삼은 예비적 공소사실도 무죄로 판단한 데에는 횡령죄에서의 위탁관계 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

〈선정이유〉

보이스피싱과 착오송금과 관련한 사기죄와 횡령죄의 성립여부과 그 요건에 관한 최근의 전원합의체 판결이다.

328. 횡령죄의 주체인 보관자의 지위 발생근거

(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009도13751 판결)

〈쟁점〉

업무상횡령죄에서 '업무'의 의미 및 횡령죄에서 재물 보관에 관한 위탁관계가 사실상 관계로 충분한지 여부

〈판결요지〉

업무상횡령죄에 있어 '업무'는 법령, 계약에 의한 것뿐만 아니라 관례를 좇거나 사실상의 것이거나를 묻지 않고 같은 행위를 반복할 지위에 따른 사무를 가리키며, 횡령죄에 있어 재물 보관에 관한 위탁관계는 사실상의 관계에 있으면 충분하다(대법원 2001. 7. 10. 선고 2000도5597 판결, 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도9632 판결 참조).

원심판결에 의하면, 원심은, 피고인이 공소외 1 학교법인의 이사장으로서 공소외 1 학교법인이 설치·운영하는 ○○대학과 ○○대학 산학협력단(이하 '산학협력단'이라 한다)의 운영에 직·간접적으로 영향력을 행사하고, ○○대학 교비나 산학협력단 자금에 관하여 입출금을 지시하기도 하였던 점 등의 사정을 종합하여 피고인이 ○○대학 교비회계자금 및 산학협력단 자금에 관하여도 사실상 보관자의 지위에 있었다고 판단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 업무상횡령죄의 주체에 관한 법리오해의 잘못이 없다

〈선정이유〉

타인의 재물을 보관하는 자라는 지위가 어떤 근거에서 발생해야하는지에 대한 대법원의 일관된 입장이 표현된 판결이다.

329. 차량의 보관자

(대법원 2015. 6. 25. 선고 2015도1944 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

소유권의 취득에 등록이 필요한 타인 소유 차량을 인도받아 보관하고 있는 사람이 이를 사실상 처분한 경우, 보관 위임자나 보관자가 차량의 등록명의자가 아니라도 횡령죄가 성립하는지 및 지입회사에 소유권이 있는 차량에 대하여 지입회사에서 운행관리권을 위임받은 지입차주 또는 지입차주에게서 차량 보관을 위임받은 사람이 지입회사 또는 지입차주의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분한 경우에도 같은 법리가 적용되는지 여부

〈판결요지〉

가. 횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 사람이 그 재물을 횡령하거나 반환을 거부한 때에 성립한다(형법 제355조 제1항). 횡령죄에서 재물의 보관은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하며(대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1778 판결 등 참조), 횡령행위는 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말한다(대법원 2004. 12. 9. 선고 2004도5904 판결 등 참조). 따라서 소유권의 취득에 등록이 필요한 타인 소유의 차량을 인도받아 보관하고 있는 사람이 이를 사실상 처분하면 횡령죄가 성립하며, 그 보관 위임자나 보관자가 차량의 등록명의자일 필요는 없다. 그리고 이와 같은 법리는 지입회사에 소유권이 있는 차량에 대하여 지입회사로부터 운행관리권을 위임받은 지입차주가 지입회사의 승낙 없이 그 보관 중인 차량을 사실상 처분하거나 지입차주로부터 차량 보관을 위임받은 사람이 지입차주의 승낙 없이 그 보관 중인 차량을 사실상 처분한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

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 판결 등은 이 판결과 배치되는 범위에서 이를 변경하기로 한다.

나. 기록에 의하면, 공소외 1 주식회사가 지입한 4대의 차량은 등록명의자인 각 지입회사 소유이고 나머지 2대의 차량은 공소외 1 주식회사의 소유임을 전제로 하여 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 2가 보관하다가 사실상 처분하는 방법으로 횡령한 위 차량들을 피고인이 구입하여 장물을 취득하였다는 이 부분 공소사실에 대하여, 원심은 이를 유죄로 인정한 제1심의 결론을 유지하였다.

〈선정이유〉

일반 동산과 달리 등록이 필요한 차량의 경우 등록명의자가 보관자라고 본 기존의 대법원 입장

을 변경한 전원합의체 판결이다.

330. 비자금의 조성과 활용의 죄책

(대법원 2017. 5. 30. 선고 2016도9027 판결)

〈쟁점〉

법인의 운영자나 관리자가 회계로부터 분리시켜 별도로 관리하는 '비자금'이 법인을 위한 목적이 아니라 법인의 자금을 빼내어 착복할 목적으로 조성한 것임이 명백히 밝혀진 경우, 조성행위 자체로써 불법영득의사가 실현된 것으로 볼 수 있는지, 피고인들이 회사의 비자금을 보관·관리하고 있다가 사용한 사실은 인정하면서도 회사를 위하여 인출·사용하였다고 주장하는 경우, 불법영득의사를 인정할 수 있는지 판단하는 방법

〈판결요지〉

1) 횡령죄가 성립하려면 보관하고 있는 타인의 재물을 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 임무에 위배하여 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 불법영득의 의사가 있어야 한다. 법인의 회계장부에 올리지 않고 법인의 운영자나 관리자가 회계로부터 분리시켜 별도로 관리하는 이른바 비자금은, 법인을 위한 목적이 아니라 법인의 자금을 빼내어 착복할 목적으로 조성한 것임이 명백히 밝혀진 경우에는 조성행위 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것으로 볼 수 있다(대법원 2006. 6. 27. 선고 2005도2626 판결 등). 또한 보관·관리하던 비자금을 인출·사용하였음에도 그 자금의 행방이나 사용처를 제대로 설명하지 못하거나 당사자가 주장하는 사용처에 그 비자금이 사용되었다고 볼 수 있는 자료는 현저히 부족하고 오히려 개인적인 용도에 사용하였다는 신빙성 있는 자료가 훨씬 많은 것과 같은 경우에는 비자금의 사용행위가 불법영득의 의사에 의한 횡령에 해당하는 것으로 추단할 수 있을 것이다.

하지만 이와 달리 피고인들이 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 비자금의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 제시한 경우에는 피고인들이 보관·관리하고 있던 비자금을 일단 다른 용도로 소비한 다음 그만한 돈을 별도로 입금 또는 반환한 것이라는 등의 사정이 인정되지 않는 한, 함부로 그 비자금을 불법영득의사로 인출·사용함으로써 횡령하였다고 단정할 것은 아니다(대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도5459 판결 등 참조). 그러므로 피고인들이 회사의 비자금을 보관·관리하고 있다가 사용한 사실은 인정하면서도 회사를 위하여 인출·사용하였다고 주장하는 경우에 불법영득의사를 인정할 수 있는지 여부는, 비자금의 조성 동기, 방법, 규모, 기간, 보관 및 관리방식 등에 비추어 비자금이 조성된 후에도 법인이 보유하는 자금의 성격이 유지되었는지 여부, 그 비자금의 사용이 사회통념이나 거래관념상 회사의 운영 및 경영상의 필요에 따른 것으로 회사가 비용부담을 하는 것이 상당하다고 볼 수 있는 용도에 지출되었는지 여부, 비자금 사용의 구체적인 시기, 대상, 범위, 금액 등이 상당한 정도의 객관성과 합리성이 있는 기준에 의하여 정해졌는지 여부를 비롯하여 비자금을 사용한 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 그 비자금 사용의 주된 목적이 개인적인 용도를 위한 것이라고 볼 수 있는지에 따라 신중하게 판단하여야 한다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도4784 판결 등 참조).

그리고 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있었다는 점은, 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 확신을 가지게 하는 증명력이 있는 엄격한 증거에 의하여 증명하여야 하고, 그만한 증거가 없다면 설령 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인들의 이익으로 판단하여야 한다.

한편 형법 제355조 제1항의 횡령죄 및 제356조의 업무상 횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 재물을 횡령하거나 반환을 거부함으로써 성립하고 재물의 가액이 얼마인지는 양형 판단에서 고려할 사유가 될 뿐이다. 반면 횡령으로 인한 특정경제범죄법 위반죄는 횡령한 재물의 가액이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상일 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌도 가중되어 있다. 그러므로 범죄와 형벌 사이에 적정한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형의 원칙, 그리고 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 하려면, 횡령한 재물의 가액이 특정경제범죄법의 적용 기준이 되는 하한 금액을 초과한다는 점도 다른 구성요건 요소와 마찬가지로 엄격한 증거에 의하여 증명되어야 한다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2013도2857 판결 등 참조).

〈선정이유〉

비자금의 보관자체가 이미 횡령으로 평가되는 경우, 비자금의 활용이 횡령으로 평가되는 경우, 비자금의 사용에서 불법영득의사를 인정할 수 있는 경우과 그렇지 않은 경우등 다양한 쟁점을 다룬 판례이다.

331. 위탁물의 판매대금의 귀속과 횡령죄

(대법원 2013. 3. 28. 선고 2012도16191 판결)

〈쟁점〉

위탁매매에서 위탁매매인이 위탁품이나 판매대금을 임의로 사용·소비한 경우, 횡령죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

위탁매매에 있어서 위탁품의 소유권은 위임자에게 있고 그 판매대금은 이를 수령함과 동시에 위탁자에게 귀속한다 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 위탁매매인이 위탁품이나 그 판매대금을 임의로 사용·소비한 때에는 횡령죄가 성립한다고 할 것이다(대법원 1990. 3. 27. 선고 89도813 판결 등).

원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 금은방을 운영하던 피고인이 피해자에게 금을 맡겨 주면 시세에 따라 사고파는 방법으로 운용하여 매달 일정한 이익금을 지급하여 주고, 피해자의 요청이 있으면 언제든지 보관 중인 금과 현금을 반환해 주겠다고 제안한 사실, 피해자는 피고인에게 공소사실 기재와 같이 2005. 9. 5.경부터 2007. 7. 27.경까지 5회에 걸쳐 일정량의 금 또는 그에 상응하는 현금을 맡겼고, 피고인은 이에 대하여 피해자에게 매달 약정한 이익금을 지급하여 온 사실, 피고인은 경제사정이 악화되자 피해자를 위하여 보관하던 금과 현금을 개인채무 변제 등에 사용한 사실 등을 알 수 있다.

사실관계가 이러하다면, 피해자는 금은방을 운영하는 피고인의 경험과 지식을 활용함에 따른 이

익을 노리고 자신 소유의 금을 피고인에게 맡겨 사고팔게 하였다고 할 것인데, 이를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피해자가 피고인에게 매매를 위탁하거나 피고인이 그 결과로 취득한 금이나 현금은 모두 피해자의 소유이고, 피고인이 이를 개인채무의 변제 등에 사용한 행위는 횡령죄를 구성한다고 할 것이다.

〈선정이유〉

위탁받은 금전, 위탁물의 판매대금으로 수령한 금원, 금전수수를 수반한 사무처리를 위임받은 자가 수령한 금전 등을 임의소비한 자에 대한 횡령죄 성립을 인정하는 판례의 하나이다.

332. 보관자의 이중처분 행위의 죄책

(대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

선행 처분행위로 횡령죄가 기수에 이른 후 이루어진 후행 처분행위가 별도로 횡령죄를 구성하는지 여부 및 타인의 부동산을 보관 중인 자가 그 부동산에 근저당권설정등기를 마침으로써 횡령행위가 기수에 이른 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하거나 해당 부동산을 매각한 행위가 별도로 횡령죄를 구성하는지 여부

〈판결요지〉

1. 횡령죄는 다른 사람의 재물에 관한 소유권 등 본권을 그 보호법익으로 하고 그 법익침해의 위험이 있으면 그 침해의 결과가 발생되지 아니하더라도 성립하는 위험범이다(대법원 2002. 11. 13. 선고 2002도2219 판결 참조).

그리고 일단 특정한 처분행위(이를 '선행 처분행위'라 한다)로 인하여 법익침해의 위험이 발생함으로써 횡령죄가 기수에 이른 후 종국적인 법익침해의 결과가 발생하기 전에 새로운 처분행위(이를 '후행 처분행위'라 한다)가 이루어졌을 때, 그 후행 처분행위가 선행 처분행위에 의하여 발생한 위험을 현실적인 법익침해로 완성하는 수단에 불과하거나 그 과정에서 당연히 예상될 수 있는 것으로서 새로운 위험을 추가하는 것이 아니라면 후행 처분행위에 의해 발생한 위험은 선행 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험에 포함되는 것이라 할 것이므로 그 후행 처분행위는 이른바 불가벌적 사후행위에 해당한다.

그러나 후행 처분행위가 이를 넘어서서, 선행 처분행위로 예상할 수 없는 새로운 위험을 추가함으로써 법익침해에 대한 위험을 증가시키거나 선행 처분행위와는 무관한 방법으로 법익침해의 결과를 발생시키는 경우라면, 이는 선행 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험의 범위를 벗어나는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 별도로 횡령죄를 구성한다고 보아야 한다.

따라서 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 근저당권설정등기를 경료함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다 하더라도 그 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하여 새로운 법익침해의 위험을 추가함으로써 법익침해의 위험을 증가시키거나 해당 부동산을 매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 법익침해의 결과를 발생시켰다면 이는 당초의

근저당권 실행을 위한 임의경매에 의한 매각 등 그 근저당권으로 인해 당연히 예상될 수 있는 범위를 넘어 새로운 법익침해의 위험을 추가시키거나 법익침해의 결과를 발생시킨 것이므로 특별한 사정이 없는 한 불가벌적 사후행위로 볼 수 없고, 별도로 횡령죄를 구성한다 할 것이다.

〈선정이유〉

동일한 보관물에 대한 이중의 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험의 범위를 벗어나는 위험이 발생한 것으로 평가된다면 특별한 사정이 없는 한 별도로 횡령죄를 구성한다고 기존의 견해를 바꾼 전원합의체 판결이다.

333. 고문위촉, 급여지급과 횡령죄

(대법원 2013. 6. 27. 선고 2012도4848 판결)

〈쟁점〉

회사의 운영자나 대표 등이 내부 절차를 거쳐 고문 등을 위촉하고 급여를 지급한 행위가 업무상 횡령으로 인정되기 위한 요건과 판단 기준

〈판결요지〉

가. 회사 운영자나 대표 등이 그 내부 절차를 거쳐 고문 등을 위촉하고 급여를 지급한 행위가 업무상횡령으로 인정되기 위해서는 그와 같이 고문 등을 위촉할 필요성이나 정당성이 명백히 결여되거나 그 지급되는 급여가 합리적인 수준을 현저히 벗어나는 경우이어야 할 것이다. 그리고 그에 해당하는지를 판단하기 위해서는 고문 등으로 위촉된 자의 업무수행능력뿐만 아니라, 고문 등의 위촉 경위와 동기, 고문 등으로 위촉된 자와 회사 사이의 관계, 그가 회사 발전에 기여한 내용 및 정도, 고문 등으로 위촉되어 담당하기로 한 업무의 내용 및 중요성, 회사 규모와 당시의 경제적 상황, 고문 등의 위촉으로 인하여 회사가 얻을 것으로 예상되는 유·무형의 이익, 관련 업계의 관행 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

〈선정이유〉

고문위촉과 급여지급에 있어서 횡령죄의 성립여부를 판단하기 위해서는 고문으로 위촉된 자의 능력을 비롯한 다양한 요소들을 고려하여 종합적으로 그 적정성을 판단하여야만 한다는 판결이다.

334. 가장납입과 횡령죄

(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012도15585 판결)

〈쟁점〉

주식회사의 설립업무 또는 증자업무를 담당한 자와 주식인수인이 사전 공모하여 제3자로부터 차

용한 돈으로 주금을 납입하고 설립등기 또는 증자등기 후 바로 인출하여 차용금 변제에 사용하는 경우, 업무상횡령죄가 성립하는지 여부 및 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여할 때 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 경우, 업무상배임죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

주식회사의 설립업무 또는 증자업무를 담당한 사람과 주식인수인이 사전 공모하여 주금납입취급은행 이외의 제3자로부터 납입금에 해당하는 금액을 차입하여 주금을 납입하고 납입취급은행으로부터 납입금보관증명서를 교부받아 회사의 설립등기절차 또는 증자등기절차를 마친 직후 이를 인출하여 위 차용금채무의 변제에 사용하는 경우, 위와 같은 행위는 실질적으로 회사의 자본을 증가시키는 것이 아니고 등기를 위하여 납입을 가장하는 편법에 불과하여 주금의 납입 및 인출의 전 과정에서 회사의 자본금에는 실제 아무런 변동이 없다고 보아야 할 것이므로 그들에게 회사의 돈을 임의로 유용한다는 불법영득의 의사가 있다고 보기 어렵다 할 것이고, 따라서 회사 자본이 실질적으로 증가함을 전제로 한 업무상횡령죄가 성립한다고 할 수 없다(대법원 2004. 6. 17. 선고 2003도7645 전원합의체 판결, 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도10096 판결 등 참조).

원심은 양도성예금증서의 자금 출처인 36억 원은 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'이라고 한다)의 계좌에 입금되기 전에 이미 즉시 인출될 것이 예정되어 실질적으로 가장된 방법에 의한 대위변제에 불과하여 공소외 1 회사의 자금으로서 실체를 형성한 바가 없으므로, 그 입금 전에 이미 즉시 인출이 예정된 위 36억 원을 약정에 따라 공소외 2에게 양도성예금증서 형태로 제공한 위 피고인들에게 공소외 1 회사 소유의 돈을 불법영득한다는 의사가 존재한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

…

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 사람이 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는바, 여기서 그 '임무에 위배하는 행위'는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하고, '재산상의 손해를 가한 때'는 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함하므로, 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 정을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 회사의 이사는 단순히 그것이 경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없다(대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결 등 참조).

원심은 그 판시와 같은 대여 경위 및 시기, 형식적으로 제공된 담보 제공 형태 및 담보 가치 등 여러 사정을 종합하여, 피고인 1, 피고인 3이 상대방의 자산현황, 채권회수 가능성 등에 관하여 조사를 하거나 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고 합리적인 채권회수조치 없이 공소외 6 주식회사에 3억 원, 공소외 7 주식회사에 10억 원, 공소외 8 주식회사에 3회에 걸쳐 합계 12억 5,000만 원의 공소외 1 회사의 자금을 대여함으로써 위 회사들에 위 금액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고 피해자 공소외 1 회사에 같은 금액 상당의 손해를 가하였다고 판단하였다.

〈선정이유〉

가장납입과 자금대여를 둘러싼 기업경영에서의 횡령죄와 배임죄 성립여부를 다룬 판결이다.

335. 착오송금과 횡령죄 혹은 점유이탈물횡령죄

(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도891 판결)

〈쟁점〉

착오로 송금되어 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위가 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없는 경우에도 횡령죄에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

어떤 예금계좌에 돈이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우에는 그 예금주와 송금인 사이에 신의칙상 보관관계가 성립한다고 할 것이므로, 피고인이 송금 절차의 착오로 인하여 피고인 명의의 은행 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당하고(대법원 1968. 7. 24. 선고 1966도1705 판결, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5975 판결, 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006도3929 판결 등 참조), 이는 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없다고 하더라도 마찬가지이다.

원심이 유지한 제1심판결은, 그 채택 증거를 종합하여 피고인은 2008. 6. 4.경 피해자 공소외 주식회사에 근무하는 이름을 알 수 없는 직원이 착오로 피고인 명의의 홍콩상하이(HSBC)은행 계좌로 잘못 송금한 300만 홍콩달러(한화 약 3억 9,000만 원 상당)를 그 무렵 임의로 인출하여 사용한 사실을 인정하였다. 이를 위 법리에 비추어 살펴보면, 피고인의 행위는 횡령죄에 해당한다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 이와 달리 피고인이 피해자인 공소외 주식회사와 사이에 아무런 거래관계가 없었다는 등의 그 판시와 같은 이유만으로 피고인의 위 행위가 횡령죄에 해당하지 아니한다고 보아 이 사건 주위적 공소사실인 횡령의 점에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였는바, 이러한 원심판결에는 횡령죄에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

〈선정이유〉

거래관계가 전혀 없었던 자(단체)로부터 착오송금된 금원을 인출하여 사용한 경우, 무죄설, 점유이탈물횡령죄설 등이 있으나, 횡령죄를 인정하는 것이 타당하다는 판결이다.

336. 2자간 명의신탁과 횡령죄

(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009도5547 판결)

〈쟁점〉

부동산 소유자가 그 중 일부 지분을 제3자를 위하여 대외적으로만 보유하는 관계에 관한 약정을 맺은 경우, 그 법률관계(2자간 등기명의신탁관계)에서 수탁자의 임의처분의 죄책여부

〈판결요지〉

'부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률'(이하 '부동산실명법'이라 한다) 제2조 제1호 본문, 제2호, 제3호를 종합하면, 같은 법에서의 명의신탁약정이란 "부동산에 관한 소유권 기타 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자(명의신탁자)가 타인(명의수탁자)과의 사이에서 대내적으로는 명의신탁자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 명의수탁자 명의로 하기로 하는 약정(위임·위탁매매의 형식에 의하거나 추인에 의한 경우를 포함한다)"을 말한다.

위 내용으로부터 알 수 있듯이, 명의신탁관계의 성립에 명의수탁자 앞으로의 새로운 소유권이전등기가 행하여지는 것이 반드시 필요한 것은 아니므로, 명의수탁자가 소유하는 부동산에 관하여도 명의신탁자와 사이의 사후적인 명의신탁약정에 의하여 등기명의신탁관계가 성립할 수 있다. 따라서 부동산 소유자가 그 중 일부 지분을 제3자(명의신탁자)를 위하여 '대외적으로만' 보유하는 관계에 관한 약정(명의신탁약정)을 맺으면, 그 지분에 관하여 이른바 2자간 등기명의신탁관계가 성립한다.

…

원심판결 이유에 의하면, 원심은 비록 피고인과 피해자 사이의 명의신탁약정에 관하여 그 유형을 구체적으로 명시하지 않았으나, 피고인을 이 사건 지분의 보관자로 인정하고 후에 피고인이 수령한 이 사건 토지에 관한 도시개발사업보상금 중 이 사건 지분 부분에 관하여 피해자의 반환요구를 거부한 행위를 횡령죄로 인정한 점 등에 비추어 피고인과 피해자 사이에 이른바 2자간 등기명의신탁약정이 성립하였음을 전제로 판단하였음을 알 수 있다.

〈선정이유〉

이른바 2자가 명의신탁에 있어서 수탁자의 부동산 처분이나 반환거부는 횡령죄로 평가된다는 대법원의 견해를 유지하고 있는 판결이다.

337. 중간생략등기형 명의신탁과 횡령죄

(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

명의신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 이른바 중간생략등기형 명의신탁을 한 경우, 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자인지 및 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하면 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

형법 제355조 제1항이 정한 횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자라야 하고, 타인의 재물인지 아닌지는 민법, 상법, 기타의 실체법에 따라 결정하여야 한다(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결, 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009도1373 판결 등 참조). 횡령죄에서 보관이란 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 뜻하므로 횡령죄가 성립하기 위하여는 그 재물의 보관자와 재물의 소유자(또는 기타의 본권자) 사이에 법률상 또는 사실상의 위탁신임관계가 존재하여야 한다(대법원 2005. 9. 9. 선고 2003도4828 판결, 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9242 판결 등 참조). 이러한 위탁신임관계는 사용대차·임대차·위임 등의 계약에 의하여서뿐만 아니라 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있으나(대법원 2006. 1. 12. 선고 2005도7610 판결 등 참조), 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 그 위탁신임관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정함이 타당하다.

그런데 부동산을 매수한 명의신탁자가 자신의 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인으로부터 바로 명의수탁자에게 중간생략의 소유권이전등기를 마친 경우, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다) 제4조 제2항 본문에 의하여 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고, 신탁부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 된다. 따라서 명의신탁자로서는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 가질 뿐 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의수탁자 역시 명의신탁자에 대하여 직접 신탁부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하지는 아니하므로, 신탁부동산의 소유자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 명의수탁자가 횡령죄에서 말하는 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위에 있다고 볼 수는 없다. 명의신탁자가 매매계약의 당사자로서 매도인을 대위하여 신탁부동산을 이전받아 취득할 수 있는 권리 기타 법적 가능성을 가지고 있기는 하지만, 명의신탁자가 이러한 권리 등을 보유하였음을 이유로 명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자로 보아 민사상 소유권이론과 달리 횡령죄가 보호하는 신탁부동산의 소유자라고 평가할 수는 없다. 명의수탁자에 대한 관계에서 명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자라고 형법적으로 평가하는 것은 부동산실명법이 명의신탁약정을 무효로 하고 있음에도 불구하고 무효인 명의신탁약정에 따른 소유권의 상대적 귀속을 인정하는 것과 다름이 없어서 부동산실명법의 규정과 취지에 명백히 반하여 허용될 수 없다.

그리고 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있는 부동산실명법의 입법 취지와 아울러, 명의신탁약정에 따른 명의수탁자 명의의 등기를 금지하고 이를 위반한 명의신탁자와 명의수탁자 쌍방을 형사처벌까지 하고 있는 부동산실명법의 명의신탁관계에 대한 규율 내용 및 태도 등에 비추어 볼 때, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 그 위탁신임관계를 근거 지우는 계약인 명의신탁약정 또는 이에 부수한 위임약정이 무효임에도 불구하고 횡령죄 성립을 위한 사무관리·관습·조리·신의칙에 기초한 위탁신임관계가 있다고 할 수는 없다. 또한 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것도 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다.

그러므로 명의신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인으로부터 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 이른바 중간생

략등기형 명의신탁을 한 경우, 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계를 인정할 수도 없다. 따라서 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로, 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다.

〈선정이유〉

부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 형사처벌규정과 해석의 조화를 확보하고자 하는 등의 목적으로, 중간생략형명의신탁에서 대상 재물의 임의처분 등의 수탁자를 횡령죄로 처벌하던 기존의 입장을 변경하여 형사법적 규제의 대상이 아니라고 한 전원합의체 판결이다.

338. 계약명의신탁과 횡령죄

(대법원 2016. 8. 24. 선고 2014도6740 판결)

〈쟁점〉

명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁약정을 맺고, 명의수탁자가 이러한 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산 매매계약을 체결한 후 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 한 경우, 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 타인의 재물을 보관하는 자인지 여부

〈판결요지〉

1) 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁약정을 맺고, 이에 따라 명의수탁자가 이러한 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산 매매계약을 체결한 후 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 한 경우, 명의수탁자는 명의신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 소유권을 취득하므로 타인의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없다(대법원 2000. 3. 24. 선고 98도4347 판결 등 참조). 이러한 경우 소유자가 계약명의신탁약정이 있음을 알고 있었다면 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고, 부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하고 있으므로, 명의수탁자는 부동산 취득을 위한 계약의 당사자도 아닌 명의신탁자의 재물을 보관하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다(대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결 등 참조). 또한, 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 중간생략등기형 명의신탁약정을 맺고 소유자와 매매계약을 체결한 경우에도, 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계를 인정할 수 없으므로, 명의수탁자는 매도인에 대하여 소유권이전등기청구권을 가질 뿐인 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없다(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결 참조).

2) 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 1이 피고인에게 이 사건 광산 토지의 소유권이전등기 명의를 신탁하였는데, 피고인이 농업협동조합중앙회에 대한 대출금 채무에 대한 담보로 위 토지에 관하여 저당권을 설정해 주어 이를 횡령하였다고 판단하였다.

3) 그러나 앞서 본 법리에 따르면, 피고인이 공소외 1로부터 이 사건 광산 토지에 관한 소유이전등기 명의를 신탁받았다고 하더라도 그 명의신탁약정의 내용에 따라서는 횡령죄에서의 타인의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로, 원심으로서는 피고인과 공소외 1의 명의신탁약정이 어떠

한 유형에 해당하는지를 더 심리한 후에 횡령죄의 성립 여부에 관하여 판단하였어야 했다. 그런데도 이에 이르지 아니한 채 유죄로 판단한 원심에는 명의신탁약정과 횡령죄의 성립에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다.

〈선정이유〉

계약명의신탁의 경우 소유권 귀속 등의 법률관계 및 형사법적 죄책의 인정여부에 대한 대법원의 입장을 밝힌 판결이다.

VI. 배임의 죄

339. 기업경영에서 배임의 고의

(대법원 2019. 6. 13. 선고 2018도20655 판결)

〈쟁점〉

경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 판단하는 기준

〈판결요지〉

경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증방법과 마찬가지의 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업가 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2007도10415 판결 등 참조).

한편 비상장주식을 거래한 경우에 있어서 그 시가는 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 만약 그러한 거래사례가 없는 경우에는 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여 적절한 평가방법을 선택하여야 할 것이다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결, 대법원 2007. 3. 15. 선고

2004도5742 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 공소외 10 회사와 공소외 2 회사 사이의 긴밀한 거래관계 및 사업적 관련성, 공소외 2 회사의 공소외 10 회사 지분 1차 인수의 진행 경과 및 목적, 그 결과로서 형성된 공소외 2 회사의 공소외 10 회사에 대한 지배관계, 피고인 2에 의한 2차 인수 제안의 경위, 1차 인수 후 2차 인수 당시까지 공소외 10 회사의 실적 개선 현황 및 자회사로서의 이용가치, 2차 인수를 위한 주식인수가격 산정의 방법, 주식인수가격 산정 자료가 된 '비전 2020'의 작성 경위 및 내용, 2차 인수 당시 이사회결의 등 절차적 요건 준수 여부 등에 관한 상세한 사실을 인정한 다음, 제1심 및 검사가 든 사정만으로는 피고인 1이 대표이사로서 경영상의 필요성이 없음에도 피고인 2 등에게 재산상 이익을 줄 의도로 판시 공소외 10 회사 지분에 관한 2차 인수를 결정하고 적정한 가치에 비하여 부당하게 높은 수준에서 주식인수가격을 산정하여 인수대금을 지급하게 함으로써 임무를 위배하여 피해자 공소외 2 회사에 재산상의 손해를 가하였다고 단정할 수는 없고, 이는 경영상의 판단에 따른 것으로서 그러한 판단이 현저하게 합리성을 결여한 것이라고 볼 수 없다고 인정하여, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같은 주식 인수와 관련된 업무상배임죄의 성립요건, 경영상의 판단, 공모관계의 성립 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

〈선정이유〉

경영판단과 관련한 (업무상)배임죄의 성립을 가능한 제한하기 위해서 엄격한 고의해석의 원칙을 활용해야한다는 대법원의 입장이 제시된 판결이다.

340. 은행직원의 예금관리의 법적 성격

(대법원 2017. 8. 24. 선고 2017도7489 판결)

〈쟁점〉

금융기관의 임직원이 예금주와의 사이에서 그의 재산관리에 관한 사무를 처리하는 자의 지위에 있는지 여부

〈판결요지〉

1. 예금은 은행 등 법률이 정하는 금융기관을 수치인으로 하는 금전의 소비임치계약으로서, 그 예금계좌에 입금된 금전의 소유권은 금융기관에 이전되고, 예금주는 그 예금계좌를 통한 예금반환채권을 취득하므로, 금융기관의 임직원은 예금주로부터 예금계좌를 통한 적법한 예금반환 청구가 있으면 이에 응할 의무가 있을 뿐 예금주와의 사이에서 그의 재산관리에 관한 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 할 수 없다(대법원 2008. 4. 24. 선고 2008도1408 판결 등 참조).

2. 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 피고인은 2014. 2. 3.경부터 2015. 6. 23.경까지 공소외 주식회사(이하 '공소외 은행'이라

한다)에서 여신 업무를 담당하는 직원으로 근무하였다.

나. 직접 고객을 방문하여 은행 업무를 처리해주는 외부영업제도(Business Development Consultant)에 따라, 피고인은 원심판시 9명의 피해자들을 직장이나 거주지 주변에서 직접 만나 피해자들로부터 대출신청을 받고 신용대출거래약정서 등 대출신청에 필요한 서류를 교부받아 공소외 은행에 피해자들 명의로 대출신청을 하였다.

다. 그런데 피고인은 대출금을 입금받을 용도로 피해자들이 새로 개설을 의뢰한 예금계좌의 통장을 발급하고도 피해자들에게 전달하지 않거나 이미 개설되어 있는 피해자들 명의 예금계좌의 통장과 현금카드를 피해자들의 허락 없이 새로 발급하여 소지하고 있으면서 이를 이용하여 위 예금계좌에 입금된 대출금을 인출하거나 이체하는 방법으로 2014. 5. 21.경부터 2015. 5. 12.경까지 사이에 38회에 걸쳐 피해자들 명의 예금계좌에 입금된 대출금 합계 516,764,315원을 임의로 소비하였다.

3. 위와 같은 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피해자들 명의 예금계좌에 입금된 대출금은 공소외 은행의 소유이고, 그 직원인 피고인이 위 대출금을 관리하고 또한 공소외 은행이 발행하는 예금계좌의 통장을 예금주에게 교부하는 것은 공소외 은행의 업무에 속하며 예금주인 피해자들의 사무에 속한다고 볼 수 없으므로, 피고인이 피해자들과의 사이에서 피해자들의 재산관리에 관한 사무를 처리하는 지위에 있다고 할 수 없다. 따라서 피고인이 피해자들 명의 예금계좌에 입금된 대출금을 임의로 인출하였다 하더라도 피해자들에 대한 관계에서 업무상배임죄가 성립한다고 할 수 없다.

그뿐 아니라, 공소외 은행 직원인 피고인이 피해자들 명의 예금계좌에 입금된 대출금을 권한 없이 인출한 이상 피해자들의 예금채권은 소멸하지 않고 그대로 존속하며 피해자들은 여전히 공소외 은행에 대하여 그 반환을 구할 수 있으므로(대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다613 판결 등 참조), 피고인의 대출금 인출로 인하여 피해자들에게 재산상의 손해가 발생하였다고 할 수도 없다.

〈선정이유〉

은행직원이 고객의 예금을 관리하는 것은 은행의 소유인 금원에 대한 은행의 업무에 관한 것으로 예금주인 고객의 사무를 처리하는 것이 아님을 명확히 한 판결이다.

341. 전환사채 발행과 배임죄

(대법원 2015. 12. 10. 선고 2012도235 판결)

〈쟁점〉

실질적으로 전환사채 인수대금이 납입되지 않았음에도 전환사채를 발행한 경우, 전환사채 발행업무를 담당하는 사람이 업무상배임죄의 죄책을 지는지 여부 및 이때 전환사채 인수인이 전환사채를 처분하여 대금 중 일부를 회사에 입금하였거나 전환사채를 주식으로 전환하였다는 사후적인 사정이 이미 성립된 업무상배임죄에 영향을 주는지 여부

〈판결요지〉

1. 전환사채는 발행 당시에는 사채의 성질을 갖는 것으로서 사채권자가 전환권을 행사한 때에

비로소 주식으로 전환된다. 전환사채의 발행업무를 담당하는 자와 전환사채 인수인이 사전 공모하여 제3자로부터 전환사채 인수대금에 해당하는 금액을 차용하여 전환사채 인수대금을 납입하고 전환사채 발행절차를 마친 직후 이를 인출하여 위 차용금채무의 변제에 사용하는 등 실질적으로 전환사채 인수대금이 납입되지 않았음에도 전환사채를 발행한 경우에, 그와 같은 전환사채의 발행이 주식 발행의 목적을 달성하기 위한 수단으로 이루어졌고 실제로 그 목적대로 곧 전환권이 행사되어 주식이 발행됨에 따라 실질적으로 신주인수대금의 납입을 가장하는 편법에 불과하다고 평가될 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8112 판결 참조), 전환사채의 발행업무를 담당하는 사람은 회사에 대하여 전환사채 인수대금이 모두 납입되어 실질적으로 회사에 귀속되도록 조치할 업무상의 임무를 위반하여, 전환사채 인수인으로 하여금 인수대금을 납입하지 않고서도 전환사채를 취득하게 하여 인수대금 상당의 이득을 얻게 하고, 회사로 하여금 사채상환의무를 부담하면서도 그에 상응하여 취득하여야 할 인수대금 상당의 금전을 취득하지 못하게 하여 같은 금액 상당의 손해를 입게 하였으므로, 이로써 업무상배임죄의 죄책을 진다. 그리고 그 후 전환사채의 인수인이 전환사채를 처분하여 그 대금 중 일부를 회사에 입금하였거나 또는 사채로 보유하는 이익과 주식으로 전환할 경우의 이익을 비교하여 전환권을 행사함으로써 전환사채를 주식으로 전환하였더라도, 이러한 사후적인 사정은 이미 성립된 업무상배임죄에 영향을 주지 못한다.

〈선정이유〉

전환사채 발행이 왜 회사에 손해를 입게 하는 것인지, 업무상배임죄의 기수시기, 사후 전환권행사가 가지는 의미 등 여러 쟁점을 다루고 있는 비교적 최근의 판결이다.

342. 배임죄의 손해발생의 의미

(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6745 판결)

〈쟁점〉

업무상배임죄에서 '재산상의 손해'의 의미와 판단 기준(=경제적 관점) 및 재산상 손해가 발생하였다고 평가될 수 있는 '재산상 실해 발생의 위험'의 의미

〈판결요지〉

(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 성립하는바, 여기서 재산상의 손해에는 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단에 의하지 않고 경제적 관점에서 파악하여야 한다(대법원 1995. 11. 21. 선고 94도1375 판결 등 참조). 그런데 재산상 손해가 발생하였다고 평가될 수 있는 재산상 실해 발생의 위험이라 함은 본인에게 손해가 발생할 막연한 위험이 있는 것만으로는 부족하고 경제적인 관점에서 보아 본인에게 손해가 발생한 것과 같은 정도로 구체적인 위험이 있는 경우를 의미한다(대법원

2008. 6. 19. 선고 2006도4876 전원합의체 판결 등 참조). 따라서 재산상 실해 발생의 위험은 구체적·현실적인 위험이 야기된 정도에 이르러야 하고 단지 막연한 가능성이 있다는 정도로는 부족하다(대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10139 판결 참조).

(2) 기록에 의하면, 공소외 2 주식회사의 영업부 대리인 공소외 3은 2011. 10. 20. 주식회사 ○○은행 △△△△지점 지점장실에서 공소외 1 주식회사의 실질적 경영자인 공소외 4, 제1심 공동피고인 1과 함께 피고인 1을 만났고, 그곳에서 피고인 1로부터 보증상대처 '공소외 2 주식회사', 채무자 '공소외 1 주식회사', 보증종류 및 내용 '물품대금지급보증', 보증금액 '1,000,000,000(일십억원)', 보증기일 '2011. 10. 20.부터 2012. 10. 19.까지'인 ○○은행 △△△△지점 지점장 명의의 지급보증서를 발급받은 사실, 공소외 2 주식회사의 관리부는 공소외 3이 피고인 1로부터 받은 지급보증서가 정상적으로 발급된 것이 아님을 확인하고 공소외 1 주식회사를 통하여 석유를 주문하였던 공소외 5 등에게 석유를 공급하지 않았고, 이로 인하여 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사에 대하여 아무런 물품대금 채무를 부담하지 않게 된 사실을 알 수 있다.

(3) 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인 1이 위와 같이 피해자 주식회사 ○○은행을 대리하여 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사에 대하여 장래 부담하게 될 물품대금 채무에 대하여 지급보증을 하였다고 하더라도, 공소외 2 주식회사가 공소외 1 주식회사와 거래를 개시하지도 않았고, 이에 따라 지급보증의 대상인 물품대금 지급채무 자체가 현실적으로 발생하지 않은 이상, 보증인인 피해자 주식회사 ○○은행에 경제적인 관점에서 손해가 발생한 것과 같은 정도로 구체적인 위험이 발생하였다고 평가할 수는 없으므로, 위 피고인을 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)죄로 처벌할 수는 없다.

〈선정이유〉

배임죄의 성립요건인 재산상 손해발생의 판단기준과 재산상 실해발생의 위험이 무엇인지를 설명하고 있는 판결이다.

343. 대표이사의 어음발행행위의 배임죄 성부

(대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 임무에 위배하여 약속어음 발행을 한 행위가 배임죄의 기수 또는 미수에 해당하는지 판단하는 기준

〈판결요지〉

가. 형법 제355조 제2항은 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 배임죄가 성립한다고 규정하고 있고, 형법 제359조는 그 미수범은 처벌한다고 규정하고 있다. 이와 같이 형법은 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 할 것과 그러한 행위로 인해 행위자나

제3자가 재산상 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가할 것을 배임죄의 객관적 구성요건으로 정하고 있으므로, 타인의 사무를 처리하는 자가 배임의 범의로, 즉 임무에 위배하는 행위를 한다는 점과 이로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한다는 점에 대한 인식이나 의사를 가지고 임무에 위배한 행위를 개시한 때 배임죄의 실행에 착수한 것이고, 이러한 행위로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한 때 기수에 이르는 것이다.

종래 대법원은 배임죄에서 '본인에게 손해를 가한 때'라 함은 재산적 가치의 감소를 뜻하는 것으로서 이는 재산적 실해를 가한 경우뿐만 아니라 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함하는 것이고, 손해액이 구체적으로 명백하게 확정되지 않았다고 하더라도 배임죄의 성립에는 영향이 없다고 일관되게 해석하여 왔다(대법원 1973. 11. 13. 선고 72도1366 판결, 대법원 1980. 9. 9. 선고 79도2637 판결, 대법원 1987. 7. 21. 선고 87도546 판결, 대법원 1990. 10. 16. 선고 90도1702 판결, 대법원 1997. 5. 30. 선고 95도531 판결 등 참조). 또한 재산상 손해의 유무는 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 않고 경제적 관점에서 파악하여야 한다는 입장을 택하여, 법률적 판단에 의하여 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당된다고 보았다. 다만 재산상 실해 발생의 위험은 경제적 관점에서 재산상 손해가 발생한 것과 사실상 같다고 평가될 정도에 이르렀다고 볼 수 있을 만큼 구체적·현실적인 위험이 야기된 경우를 의미하고 단지 막연한 가능성이 있다는 정도로는 부족하므로, 배임행위가 법률상 무효이기 때문에 본인의 재산 상태가 사실상으로도 악화된 바가 없다면 현실적인 손해가 없음은 물론이고 실해가 발생할 위험도 없는 것이므로 본인에게 재산상의 손해를 가한 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다(대법원 1987. 11. 10. 선고 87도993 판결, 대법원 1992. 5. 26. 선고 91도2963 판결, 대법원 1995. 11. 21. 선고 94도1375 판결, 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000도142 판결, 대법원 2008. 6. 19. 선고 2006도4876 전원합의체 판결, 대법원 2014. 2. 3. 선고 2011도16763 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6745 판결 등 참조).

이러한 대법원판례에도 불구하고, 배임죄로 기소된 형사사건의 재판실무에서 배임죄의 기수시기를 심리·판단하기란 쉽지 않은 일이다. 타인의 사무를 처리하는 자가 형식적으로는 본인을 위한 법률행위를 하는 외관을 갖추고 있지만 그러한 행위가 실질적으로는 배임죄에서의 임무위배행위에 해당하는 경우, 이러한 행위는 민사재판에서 반사회질서의 법률행위(민법 제103조 참조) 등에 해당한다는 사유로 무효로 판단될 가능성이 적지 않은데, 형사재판에서 배임죄의 성립 여부를 판단할 때에도 이러한 행위에 대한 민사법상의 평가가 경제적 관점에서 피해자의 재산 상태에 미치는 영향 등을 충분히 고려하여야 하기 때문이다. 결국 형사재판에서 배임죄의 객관적 구성요건요소인 손해 발생 또는 배임죄의 보호법익인 피해자의 재산상 이익의 침해 여부를 판단할 때에는 위 대법원 판례를 기준으로 하되 구체적 사안별로 타인의 사무의 내용과 성질, 그 임무위배의 중대성 및 본인의 재산 상태에 미치는 영향 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.

나. (1) 주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 회사 명의로 의무를 부담하는 행위를 하더라도 일단 회사의 행위로서 유효하고, 다만 그 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다(대법원 1997. 8. 29. 선고 97다18059 판결, 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다34045 판결 등 참조). 따라서 상대방이 대표권남용 사실을 알았거나 알 수 있었던 경우 그 의무부담행위는 원칙적으로 회사에 대하여 효력이 없고, 경제적 관점에서 보아도 이러한 사실만으로는 회사에 현실적인 손해가 발생하였다거나 실해 발생의 위험이 초래되었다고 평가하기 어려우므로, 달리 그 의무부담행위로 인하여 실제로 채무의 이행이 이

루어졌다거나 회사가 민법상 불법행위책임을 부담하게 되었다는 등의 사정이 없는 이상 배임죄의 기수에 이른 것은 아니다. 그러나 이 경우에도 대표이사로서는 배임의 범의로 임무위배행위를 함으로써 실행에 착수한 것이므로 배임죄의 미수범이 된다.

리고 상대방이 대표권남용 사실을 알지 못하였다는 등의 사정이 있어 그 의무부담행위가 회사에 대하여 유효한 경우에는 회사의 채무가 발생하고 회사는 그 채무를 이행할 의무를 부담하므로, 이러한 채무의 발생은 그 자체로 현실적인 손해 또는 재산상 실해 발생의 위험이라고 할 것이어서 그 채무가 현실적으로 이행되기 전이라도 배임죄의 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

(2) 주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 약속어음 발행을 한 행위가 배임죄에 해당하는지도 원칙적으로 위에서 살펴본 의무부담행위와 마찬가지로 보아야 한다. 다만 약속어음 발행의 경우 어음법상 발행인은 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못하므로(어음법 제17조, 제77조), 어음발행이 무효라 하더라도 그 어음이 실제로 제3자에게 유통되었다면 회사로서는 어음채무를 부담할 위험이 구체적·현실적으로 발생하였다고 보아야 하고, 따라서 그 어음채무가 실제로 이행되기 전이라도 배임죄의 기수범이 된다. 그러나 약속어음 발행이 무효일 뿐만 아니라 그 어음이 유통되지도 않았다면 회사는 어음발행의 상대방에게 어음채무를 부담하지 않기 때문에 특별한 사정이 없는 한 회사에 현실적으로 손해가 발생하였다거나 실해 발생의 위험이 발생하였다고도 볼 수 없으므로, 이때에는 배임죄의 기수범이 아니라 배임미수죄로 처벌하여야 한다.

이와 달리 대표이사의 회사 명의 약속어음 발행행위가 무효인 경우에도 그 약속어음이 제3자에게 유통되지 아니한다는 특별한 사정이 없는 한 재산상 실해 발생의 위험이 초래된 것으로 보아야 한다는 취지의 대법원 2012. 12. 27. 선고 2012도10822 판결, 대법원 2013. 2. 14. 선고 2011도10302 판결 등은 배임죄의 기수 시점에 관하여 이 판결과 배치되는 부분이 있으므로 그 범위에서 이를 변경하기로 한다.

〈선정이유〉

대표이사의 약속어음발행이 무효인 경우에도 특별한 사정이 없는 한 배임기수로 보던 종래의 판결을 변경하여, 발행이 무효일 뿐만 아니라 유통되지도 않은 경우라면 오히려 특별한 사정이 없는 한 현실적인 손해발생이나 실해발생의 위험을 부정하여야 한다고 한 전원합의체 판결이다.

344. 권리질권설정자의 배임죄의 성부

(대법원 2016. 4. 29. 선고 2015도5665 판결)

〈쟁점〉

타인에 대한 채무의 담보로 제3채무자에 대한 채권에 대하여 권리질권을 설정하고, 질권설정자가 제3채무자에게 질권설정의 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙한 상태에서, 질권설정자가 질권자의 동의 없이 제3채무자에게서 질권의 목적인 채권의 변제를 받은 경우, 질권자에 대한 관계에서 배임죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

타인에 대한 채무의 담보로 제3채무자에 대한 채권에 대하여 권리질권을 설정한 경우 질권설정자는 질권자의 동의 없이 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다(민법 제352조). 또한 질권설정자가 제3채무자에게 질권설정의 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙한 때에는 제3채무자가 질권자의 동의 없이 질권의 목적인 채무를 변제하더라도 이로써 질권자에게 대항할 수 없고, 질권자는 여전히 제3채무자에 대하여 직접 그 채무의 변제를 청구하거나 변제할 금액의 공탁을 청구할 수 있다(민법 제353조 제2항, 제3항). 그러므로 이러한 경우 질권설정자가 질권의 목적인 채권의 변제를 받았다고 하여 질권자에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자로서 그 임무에 위배하는 행위를 하여 질권자에게 어떤 손해를 가하거나 손해 발생의 위험을 초래하였다고 할 수 없고, 배임죄가 성립하지도 않는다고 보아야 한다.

…

(1) 우선 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거들에 의하면, 다음의 사실을 알 수 있다.

① 피고인은 2011. 7. 15.경 피해자로부터 1억 2,000만 원의 전세자금 대출을 받으면서 피해자에게 그 담보로 피고인의 임대인 공소외 1에 대한 1억 6,000만 원의 전세보증금반환채권 전부에 관하여 담보한도금액을 1억 5,600만 원으로 한 근질권을 설정하여 주었다.

② 임대인 공소외 1은 그 무렵 '피고인이 위 전세보증금반환채권에 대하여 대출채권자 겸 질권자인 피해자에게 질권을 설정함에 있어 이의 없이 이를 승낙한다'는 내용의 질권설정승낙서를 작성하여 피해자에게 교부하였다.

③ 그 후 피고인은 2013. 9. 2. 임대인 공소외 1로부터 전세보증금 명목으로 합계 1억 4,000만 원을 수령하여 소비하였다.

(2) 위 사실관계에 의하면, 임대인 공소외 1이 위와 같이 질권설정승낙서를 작성하여 피해자에게 교부하여 질권설정에 대하여 승낙함에 따라 위 전세보증금반환채권에 대한 근질권자인 피해자가 대항요건을 갖추게 된 이상, 임대인 공소외 1이 피해자의 동의 없이 피고인에게 전세보증금을 변제하더라도 이로써 피해자에게 대항할 수 없으므로 피해자는 여전히 임대인 공소외 1에 대하여 질권자로서의 권리를 행사할 수 있다. 결국 질권설정자인 피고인이 질권의 목적인 전세보증금반환채권의 변제를 받았다고 하여 질권자인 피해자에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자로서 그 임무에 위배하는 행위를 하여 피해자에게 어떤 손해를 가하거나 손해 발생의 위험을 초래하였다고 할 수 없으므로 피고인의 위 행위로써 배임죄가 성립하지는 않는다.

〈선정이유〉

질권설정자가 피해자(질권자)의 동의없이 채무자로부터 변제를 받았다고 하더라도 질권자는 여전히 권리를 행사할 수 있으므로, 질권설정자가 타인의 사무를 처리하는 자로서 그 임무에 위배하는 행위를 하여 피해자에게 어떤 손해를 가하거나 손해 발생의 위험을 초래하였다고 할 수 없으므로 배임죄는 성립하지 않는다는 판결이다.

345. 부동산 이중매매와 배임죄

(대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

부동산 매매계약에서 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 경우, 그 때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하는지 여부 및 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주기 전에 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 경우, 배임죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

2. 부동산을 이중으로 매도한 매도인에게 배임죄가 성립하는지

가. 형법 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 하여 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때 성립하는 범죄이다. 그 본질은 신임관계에 기초한 타인의 신뢰를 저버리는 행위를 하여 그 타인에게 재산상 손해를 입히는 데에 있다. 따라서 배임죄의 주체로서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 타인과의 내부적인 관계에서 신의성실의 원칙에 비추어 타인의 사무를 처리할 신임관계에 있게 되어 그 신임관계에 기초하여 타인의 재산적 이익을 보호·관리하는 것이 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 되는 지위에 있는 사람이어야 한다. 그 사무의 처리가 오로지 타인의 이익을 보호·관리하는 것만을 내용으로 할 필요는 없고, 자신의 이익을 도모하는 성질을 아울러 가진다고 하더라도 타인을 위한 사무로서의 성질이 부수적·주변적인 의미를 넘어서 중요한 내용을 이루는 경우에는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다(대법원 2005. 3. 25. 선고 2004도6890 판결, 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도3532 판결 등 참조).

배임죄의 구성요건행위인 '그 임무에 위배하는 행위'란 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 하여 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말한다(대법원 2000. 3. 14. 선고 99도457 판결 등 참조).

나. 부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있다. 그러나 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 없다. 따라서 이러한 단계에 이른 때에 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 된다. 그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 보아야 한다. 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주기 전에 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 행위는 매수인의 부동산 취득 또는 보전에 지장을 초래하는 행위이다. 이는 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다(대법원 1975. 12. 23. 선고 74도2215 판결, 대법원 1983. 10. 11. 선고 83도2057 판결, 대법원 1985. 1. 29. 선고 84도1814 판결 등 참조).

다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 앞서 본 바와 같이 배임죄는 타인과 그 재산상 이익을 보호·관리하여야 할 신임관계에 있는 사람이 신뢰를 저버리는 행위를 함으로써 타인의 재산상 이익을 침해할 때 성립하는 범죄이다. 계약관계에 있는 당사자 사이에 어느 정도의 신뢰가 형성되었을 때 형사법에 의해 보호받는 신임관계가 발생한다고 볼 것인지, 어떠한 형태의 신뢰위반 행위를 가벌적인 임무위배행위로 인정할 것인

지는 계약의 내용과 그 이행의 정도, 그에 따른 계약의 구속력의 정도, 거래의 관행, 신임관계의 유형과 내용, 신뢰위반의 정도 등을 종합적으로 고려하여 타인의 재산상 이익 보호가 신임관계의 전형적·본질적 내용이 되었는지, 해당 행위가 형사법의 개입이 정당화될 정도의 배신적인 행위인지 등에 따라 규범적으로 판단해야 한다. 이와 같이 배임죄의 성립 범위를 확정함에 있어서는 형벌법규로서의 배임죄가 그 본연의 기능을 다하지 못하게 되어 개인의 재산권 보호가 소홀해지지 않도록 유의해야 한다.

(2) 우리나라에서 부동산은 국민의 기본적 생활의 터전으로 경제활동의 근저를 이루고 있고, 국민 개개인이 보유하는 재산가치의 대부분을 부동산이 차지하는 경우도 상당하다. 이렇듯 부동산이 경제생활에서 차지하는 비중이나 이를 목적으로 한 거래의 사회경제적 의미는 여전히 크다.

(3) 부동산 매매대금은 통상 계약금, 중도금, 잔금으로 나뉘어 지급된다. 매수인이 매도인에게 중도금을 지급하면 당사자가 임의로 계약을 해제할 수 없는 구속력이 발생한다(민법 제565조 참조). 그런데 매수인이 매도인에게 매매대금의 상당부분에 이르는 계약금과 중도금까지 지급하더라도 매도인의 이중매매를 방지할 보편적이고 충분한 수단은 마련되어 있지 않다. 이러한 상황에서도 매수인은 매도인이 소유권이전등기를 마쳐 줄 것으로 믿고 중도금을 지급한다. 즉 매수인은 매도인이 소유권이전등기를 마쳐 줄 것이라는 신뢰에 기초하여 중도금을 지급하고, 매도인 또한 중도금이 그러한 신뢰를 바탕으로 지급된다는 것을 인식하면서 이를 받는다. 따라서 중도금이 지급된 단계부터는 매도인이 매수인의 재산보전에 협력하는 신임관계가 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 된다. 이러한 신임관계에 있는 매도인은 매수인의 소유권 취득 사무를 처리하는 자로서 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하게 된다. 나아가 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 소유권을 이전하기 전에 고의로 제3자에게 목적부동산을 처분하는 행위는 매매계약상 혹은 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 행위로서 배임죄에서 말하는 임무위배행위로 평가할 수 있다.

(4) 대법원은 오래전부터 부동산 이중매매 사건에서, 매도인은 매수인 앞으로 소유권이전등기를 마칠 때까지 협력할 의무가 있고, 매도인이 중도금을 지급받은 이후 목적부동산을 제3자에게 이중으로 양도하면 배임죄가 성립한다고 일관되게 판결함으로써 그러한 판례를 확립하여 왔다(대법원 1975. 12. 23. 선고 74도2215 판결, 대법원 1983. 10. 11. 선고 83도2057 판결, 대법원 1985. 1. 29. 선고 84도1814 판결, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5713 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3766 판결, 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011도1651 판결, 대법원 2012. 1. 26. 선고 2011도15179 판결 등 참조). 이러한 판례 법리는 부동산 이중매매를 억제하고 매수인을 보호하는 역할을 충실히 수행하여 왔고, 현재 우리의 부동산 매매거래 현실에 비추어 보더라도 여전히 타당하다. 이러한 법리가 부동산 거래의 왜곡 또는 혼란을 야기하는 것도 아니고, 매도인의 계약의 자유를 과도하게 제한한다고 볼 수도 없다. 따라서 기존의 판례는 유지되어야 한다.

〈선정이유〉

부동산이중매매의 경우 매도인에게 제1매수인에 대한 배임죄가 성립한다는 기존의 판례를 유지하는 전원합의체 판결이다.

346. 채권에 대한 동산 양도담보설정자의 동산 매각행위와 배임죄

(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도담보로 제공함으로써 채권자인 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되는 경우, 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 있는지, 따라서 채무자를 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 있는지 여부 및 그 채무자가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실현에 위험을 초래한 경우 배임죄의 성부

〈판결요지〉

채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도담보로 제공함으로써 채권자인 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되었더라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 채무자를 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없고, 그가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실현에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

1) 배임죄는 '타인의 사무를 처리하는 자'라는 신분을 요하는 진정신분범이다. 따라서 배임죄의 성립을 인정하기 위해서는 피고인의 행위가 타인의 신뢰를 위반한 것인지, 그로 인한 피해가 어느 정도인지를 따지기에 앞서 당사자 관계의 본질을 살펴 그가 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하는지를 판단하여야 한다. 채무자가 계약을 위반하여 그 의무를 이행하지 않는 등 채권자의 기대나 신뢰를 저버리는 행위를 하고, 그로 인한 채권자의 재산상 피해가 적지 않아 비난가능성이 높다거나, 채권자의 재산권 보호를 위하여 처벌의 필요성이 크다는 이유만으로 배임죄의 죄책을 묻는 것은 죄형법정주의 원칙에 반한다.

2) 금전채권채무 관계에서 채권자가 채무자의 급부이행에 대한 신뢰를 바탕으로 금전을 대여하고 채무자의 성실한 급부이행에 의해 채권의 만족이라는 이익을 얻게 된다 하더라도, 채권자가 채무자에 대한 신임을 기초로 그의 재산을 보호 또는 관리하는 임무를 부여하였다고 할 수 없고, 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(대법원 2011. 4. 28. 선고 2011도3247 판결 등 참조).

채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 경우에도 마찬가지이다.

채무자가 양도담보설정계약에 따라 부담하는 의무, 즉 동산을 담보로 제공할 의무, 담보물의 담보가치를 유지·보전하거나 담보물을 손상, 감소 또는 멸실시키지 않을 소극적 의무, 담보권 실행 시 채권자나 그가 지정하는 자에게 담보물을 현실로 인도할 의무와 같이 채권자의 담보권 실행에 협조할 의무 등은 모두 양도담보설정계약에 따라 부담하게 된 채무자 자신의 급부의무이다. 또한 양도담보설정계약은 피담보채권의 발생을 위한 계약에 종된 계약으로, 피담보채무가 소멸하면 양도

담보설정계약상의 권리의무도 소멸하게 된다. 양도담보설정계약에 따라 채무자가 부담하는 의무는 담보목적의 달성, 즉 채무불이행 시 담보권 실행을 통한 채권의 실현을 위한 것이므로 담보설정계약의 체결이나 담보권 설정 전후를 불문하고 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 여전히 금전채권의 실현 내지 피담보채무의 변제에 있다. 따라서 채무자가 위와 같은 급부의무를 이행하는 것은 채무자 자신의 사무에 해당할 뿐이고, 채무자가 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리한다고 볼 수 없으므로 채무자를 채권자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 할 수 없다.

3) 채무자가 그 소유의 동산을 점유개정 방식으로 양도담보로 제공하는 경우 채무자는 그의 직접점유를 통하여 양도담보권자에게 간접점유를 취득하게 하는 것이므로, 채무자가 담보목적물을 점유하는 행위에는 '보관자'로서 담보목적물을 점유한다는 측면이 있고, 채무자는 그 과정에서 담보물을 처분하거나 멸실·훼손하는 등의 행위를 하여서는 아니 될 의무를 부담한다. 그러나 그와 같은 의무는 점유매개관계가 설정되는 법률관계에서 직접점유자에게 공통적으로 인정되는 소극적 의무에 불과하다. 이러한 소극적 의무가 있다는 사정만으로는 직접점유자에게 신임관계에 기초하여 간접점유자의 재산상 이익을 보호·관리할 의무가 있고 그러한 보호·관리의무가 당사자 관계의 전형적·본질적 내용을 이루는 것이라고 볼 수 없다. 점유매개관계를 설정한 직접점유자가 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있는지를 판단하기 위해서는 그 점유매개관계의 기초가 되는 계약관계 등의 내용을 살펴보아야 하고, 점유매개관계의 기초가 되는 계약관계 등의 내용상 직접점유자의 주된 급부의무 내지 전형적·본질적 급부의무가 타인의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 것이어야 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 할 수 있다.

앞서 본 바와 같이 양도담보설정계약에서 당사자 관계의 전형적·본질적인 내용은 채무자의 채무불이행 시 처분정산의 방식이든 귀속정산의 방식이든 담보권 실행을 통한 금전채권의 실현에 있다. 채무자 등이 채무담보 목적으로 그 소유의 물건을 양도한 경우 반대의 특약이 없는 한 그 물건의 사용수익권은 양도담보설정자에게 있다(대법원 1996. 9. 10. 선고 96다25463 판결, 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다40213 판결 등 참조). 동산을 점유개정 방식으로 양도담보에 제공한 채무자는 양도담보 설정 이후에도 여전히 남아 있는 자신의 권리에 기하여, 그리고 자신의 이익을 위하여 자신의 비용 부담 하에 담보목적물을 계속하여 점유·사용하는 것이지, 채권자인 양도담보권자로부터 재산관리에 관한 임무를 부여받았기 때문이 아니다. 따라서 이러한 측면에서도 채무자가 양도담보권자의 재산을 보호·관리하는 사무를 위탁받아 처리하는 것이라고 할 수 없다.

다. 위와 같은 법리는, 채무자가 동산에 관하여 양도담보설정계약을 체결하여 이를 채권자에게 양도할 의무가 있음에도 제3자에게 처분한 경우에도 적용되고, 주식에 관하여 양도담보설정계약을 체결한 채무자가 제3자에게 해당 주식을 처분한 사안에도 마찬가지로 적용된다.

라. 이와 달리 채무담보를 위하여 동산이나 주식을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 채무자가 채권자인 양도담보권자의 사무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 채무자가 담보목적물을 처분한 경우 배임죄가 성립한다고 한 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1829 판결, 대법원 1998. 11. 10. 선고 98도2526 판결, 대법원 2007. 6. 15. 선고 2006도3912 판결, 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도13187 판결, 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010도11293 판결, 대법원 2011. 11. 22. 선고 2010도7923 판결을 비롯한 같은 취지의 대법원 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다.

〈선정이유〉

채무담보를 위해 동산이나 주식을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 채무자는 채권자의 양도담보권자의 사무를 처리하는 자에 해당하고, 그 채무자의 담보목적물의 처분행위는 배임죄가 성립된다고 본 대법원의 기존 판결을 변경한 최근 전원합의체 판결이다.

347. 업무상배임죄의 재산상 손해의 의미, 판단관점 등

(대법원 2015. 11. 26. 선고 2014도17180 판결)

〈쟁점〉

업무상배임죄에서 '재산상의 손해를 가한 때'의 의미 및 재산상 손해의 유무는 경제적 관점에서 실질적으로 판단하여야 하는지 여부, 그리고 피해가 회복되었다는 사정이 배임죄 성립에 영향을 주는지 여부

〈판결요지〉

가. 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 임무위배행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 맺은 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말한다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011도16763 판결 등 참조).

업무상배임죄에서 재산상의 손해를 가한 때라 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우를 말하고, 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 손해발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다. 그리고 이러한 재산상 손해의 유무에 관한 판단은 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 실질적으로 판단되어야 하고, 일단 손해의 위험을 발생시킨 이상 나중에 피해가 회복되었다고 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결, 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014도12619 판결 등 참조). 또한 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가하고 그로 인하여 자기 또는 제3자의 재산상 이득을 취한다는 의사와 그러한 손익의 초래가 자신의 임무에 위배된다는 인식이 결합되어 성립하는 것이다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2014도753 판결 등 참조).

〈선정이유〉

업무상배임죄의 손해발생의 의미, 이를 판단하는 기준, 범행후 손해회복이 범죄성립등에 미치는 영향 등 중요한 기본개념들에 관한 대법원의 법리를 정리하고 있는 판결이다.

348. 채권담보를 위한 대물변제예약의 자기사무성

(대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

채권 담보 목적으로 부동산에 관한 대물변제예약을 체결한 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 쟁점〉제3자에게 처분한 경우, 배임죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

채무자가 채권자에 대하여 소비대차 등으로 인한 채무를 부담하고 이를 담보하기 위하여 장래에 부동산의 소유권을 이전하기로 하는 내용의 대물변제예약에서, 그 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 '자기의 사무'에 해당하는 것이 원칙이다.

채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 그 예약 당시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 채무자가 차용금을 제때에 반환하지 못하여 채권자가 예약완결권을 행사한 후에야 비로소 문제가 되는 것이고, 채무자는 예약완결권 행사 이후라도 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 그 의무에서 벗어날 수 있다. 한편 채권자는 당해 부동산을 특정물 그 자체보다는 담보물로서의 가치를 평가하고 이로써 기존의 금전채권을 변제받는 데 주된 관심이 있으므로, 채무자의 채무불이행으로 인하여 대물변제예약에 따른 소유권등기를 이전받는 것이 불가능하게 되는 상황이 초래되어도 채권자는 채무자로부터 금전적 손해배상을 받음으로써 대물변제예약을 통해 달성하고자 한 목적을 사실상 이룰 수 있는 것이다. 이러한 점에서 대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 그 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이어서 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 '타인의 사무'에 해당한다고 볼 수는 없다.

그러므로 채권 담보를 위한 대물변제예약 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다.

이와 달리 채권 담보를 위한 대물변제예약 사안에서 배임죄의 성립을 인정한 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000도4293 판결 등은 이를 폐기하기로 한다.

원심은, 피고인이 공소외인에게 차용금 3억 원을 변제하지 못할 경우 피고인의 어머니 소유의 이 사건 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정하였고, 그 후 피고인은 유증을 원인으로 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 누나와 자형에게 매도함으로써 이 사건 부동산의 실제 재산상 가치인 1억 8,500만 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 공소외인에게 동액 상당의 손해를 입혔다는 이 사건 공소사실에 대하여, 피고인에 대하여 유죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 대물변제예약에 따라 공소외인에게 이 사건 부동산의 소유권이전등기를 마쳐 줄 의무는 민사상의 채무에 불과할 뿐 타인의 사무라고 할 수 없으므로 피고인이 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 볼 수 없다. 그런데도 원심은 피고인이 이에 해당된다고 전제하여 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 배임죄에 있어서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 의미에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

〈선정이유〉

기존 대법원 입장과 달리 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 '타인의 사무'에 해당한다고 볼 수 없어, 배임죄가 성립할 수 없다고 견해를 바꾼 전원합의체 판결이다.

349. 배임죄의 기수시기

(대법원 2017. 9. 21. 선고 2014도9960 판결)

〈쟁점〉

배임죄의 실행의 착수시기와 기수시기 및 형사재판에서 배임죄의 객관적 구성요건요소인 손해 발생 또는 배임죄의 보호법익인 피해자의 재산상 이익의 침해 여부를 판단하는 기준

〈판결요지〉

가. 타인의 사무를 처리하는 자가 배임의 범의로, 즉 임무에 위배하는 행위를 한다는 점과 이로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한다는 점에 대한 인식이나 의사를 가지고 임무에 위배한 행위를 개시한 때 배임죄의 실행에 착수한 것이고, 이러한 행위로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한 때 배임죄는 기수가 된다(형법 제355조 제2항). 그런데 타인의 사무를 처리하는 자의 임무위배행위는 민사재판에서 법질서에 위배되는 법률행위로서 무효로 판단될 가능성이 적지 않고, 그 결과 본인에게도 아무런 손해가 발생하지 않는 경우가 많다. 이러한 때에는 배임죄의 기수를 인정할 수 없다. 그러나 그 의무부담행위로 인하여 실제로 채무의 이행이 이루어지거나 본인이 민법상 불법행위책임을 부담하게 되는 등 본인에게 현실적인 손해가 발생하거나 실해 발생의 위험이 생겼다고 볼 수 있는 사정이 있는 때에는 배임죄의 기수를 인정하여야 한다. 다시 말하면, 형사재판에서 배임죄의 객관적 구성요건요소인 손해 발생 또는 배임죄의 보호법익인 피해자의 재산상 이익의 침해 여부는 구체적 사안별로 타인의 사무의 내용과 성질, 그 임무위배의 중대성 및 본인의 재산 상태에 미치는 영향 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다(대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결 참조).

〈선정이유〉

배임죄의 기수시기에 대한 대법원의 법리를 정리하고 있는 판결 중 하나이다.

350. 공무원의 국가에 대한 배임죄

(대법원 2013. 9. 27. 선고 2013도6835 판결)

〈쟁점〉

공무원이 임무에 위배되는 행위로써 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하여 국가에 손해를 가한 경우, 업무상배임죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

공무원이 그 임무에 위배되는 행위로써 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득하게 하여 국가에 손해를 가한 경우에 업무상배임죄가 성립한다(대법원 2008. 6. 26. 선고 2006도2222 판결). 그리고 업무상배임죄에서 '임무에 위배되는 행위'는 당해 사무의 내용·성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 또는 신의성실의 원칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 말아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인에 대한 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말하고, 그럼으로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 본인에게 손해를 가한 이상 그에 관한 고의 내지 불법이득의사가 인정된다고 할 것이다(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도3840 판결, 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도14464 판결 등 참조).

원심은, 공무원인 피고인 1, 2가 공소외 1 대통령의 퇴임 후 사용할 사저부지와 그 경호부지를 일괄 매수하는 사무를 처리하면서 매매계약 체결 후 그 매수대금을 공소외 1 대통령의 아들 공소외 2와 국가에 배분함에 있어, 사저부지 가격을 높게 평가하면 경호부지 가격이 내려가고 경호부지 가격을 높게 평가하면 사저부지 가격이 내려가는 관계에 있으므로, 이러한 경우 다른 특별한 대체수단이 없는 이상 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에서 정한 복수의 감정평가업자의 평가액의 산술평균액을 기준으로 하여 그 비율을 정하여 배분하는 것이 가장 합리적이고 객관적인 방법이라 할 것인데, 이미 복수의 감정평가업자에게 감정평가를 의뢰하여 그 결과를 통보받았음에도 굳이 이를 무시하면서 인근 부동산업자들이나 인터넷, 지인 등으로부터의 불확실한 정보를 가지고 감정평가결과와 전혀 다르게 상대적으로 사저부지 가격을 낮게 평가하고 경호부지 가격을 높게 평가하여 매수대금을 배분한 것은 국가사무를 처리하는 자로서의 임무위배행위에 해당하고 위 피고인들에게 배임의 고의 및 불법이득의사도 인정된다고 판단하였다.

〈선정이유〉

공무원의 국가에 대한 업무상 배임죄를 인정한 대법원 판결이다.

351. 소극적 손해

(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011도6798 판결)

〈쟁점〉

업무상배임죄에서 재산상 손해 유무를 판단하는 기준 및 '소극적 손해'의 유무와 범위 산정 방법

〈판결요지〉

'재산상의 손해를 가한 때'라 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우를 말하고, 현실적인 손해를 가한 경우뿐 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우를 포함한다. 이러한 재산상 손해의 유무에 관한 판단은 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 실질

적으로 판단되어야 하는데, 여기에는 재산의 처분 등 직접적인 재산의 감소, 보증이나 담보제공 등 채무 부담으로 인한 재산의 감소와 같은 적극적 손해를 야기한 경우는 물론, 객관적으로 보아 취득할 것이 충분히 기대되는데도 임무위배행위로 말미암아 이익을 얻지 못한 경우, 즉 소극적 손해를 야기한 경우도 포함된다(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결, 대법원 2008. 5. 15. 선고 2005도7911 판결 등 참조). 이러한 소극적 손해는 재산증가를 객관적·개연적으로 기대할 수 있음에도 임무위배행위로 이러한 재산증가가 이루어지지 않은 경우를 의미하는 것이므로 임무위배행위가 없었다면 실현되었을 재산 상태와 임무위배행위로 말미암아 현실적으로 실현된 재산 상태를 비교하여 그 유무 및 범위를 산정하여야 할 것이다(대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결 참조).

…

가. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고인이 2008. 1. 2. 피해자 회사의 부사장 직책으로 대외적 영업활동을 하여 그 활동 및 계약을 피해자 회사에 귀속시키기로 하고, 피해자 회사에 귀속된 금형제작·납품계약을 이행하기 위한 금형제작물량 중 50%는 피고인이 운영하던 공소외 1 주식회사에서, 나머지 50%는 피해자 회사에서 제작하여 그 수익을 1/2씩 나누기로 하는 이 사건 약정을 체결하였음에도, 피해자 회사에 알리지 않고 피고인 자신이 피해자 회사의 대표인 것처럼 가장하거나 피고인이 별도로 설립한 공소외 2 주식회사 명의로 원심판결 별지 범죄일람표 기재와 같이 5회에 걸쳐 합계 163,600,000원의 금형제작·납품계약을 체결한 후, 그 납품대금으로 합계 105,697,880원을 수령하고 피해자 회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 보아 이 부분에 관하여는 업무상배임죄가 성립한다고 판단하고, 위 금형제작·납품계약 체결 후 받지 못한 미수금 및 거래상대방의 해지에 의하여 받지 못하게 된 나머지 계약대금에 관하여는 재산상 손해를 인정할 수 없다고 보아 무죄로 판단하였다.

나. 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 피해자 회사의 재산상 손해는 피고인의 위와 같은 임무위배행위로 인하여 피해자 회사의 금형제작·납품계약 체결기회가 박탈됨으로써 발생함을 알 수 있다.

그렇다면 이러한 재산상 손해는 피고인이 위와 같은 임무위배행위로 금형제작·납품계약을 체결한 때에 발생되는 것이므로, 원칙적으로 그 임무위배행위로 위 금형제작·납품계약을 체결한 때를 기준으로 위 금형제작·납품계약 대금에 기초하여 산정하여야 할 것이며, 따라서 위 금형제작·납품계약 대금 중에서 사후적으로 발생되는 미수금이나 계약의 해지로 인해 받지 못하게 되는 나머지 계약대금 등은 특별한 사정이 없는 한 위 금형제작·납품계약 대금에서 공제할 것이 아니다. 그럼에도 원심은, 이 사건 금형제작·납품계약 대금 중 미수금 및 계약의 해지로 인해 받지 못하게 된 부분은 피고인의 배임행위로 인한 재산상 손해로 인정할 수 없다고 보아 그 판시와 같은 재산상 손해액에 대하여만 피고인에게 업무상배임죄가 성립한다고 보고 나머지 부분에 대하여는 무죄로 판단하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 업무상배임죄에서의 재산상 손해에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다.

〈선정이유〉

재산상 손해에는 객관적으로 보아 취득할 것이 충분히 기대되는데도 임무위배행위로 말미암아 이익을 얻지 못한 경우, 즉 소극적 손해를 야기한 경우도 포함된다는 판결이다.

352. 질권설정과 불가벌적 사후행위

(대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10980 판결)

〈쟁점〉

대표이사가 자신의 채권자에게 차용금에 대한 담보로 회사명의 정기예금에 질권을 설정하여 준 후 채권자가 대표이사의 동의하에 해당 자금을 전액 인출한 경우, 위 예금인출동의행위는질권설정이라는 배임행위의 불가벌적 사후행위인지, 별도로 횡령죄까지 성립하는지 여부

〈판결요지〉

원심이 유지한 제1심판결의 채용 증거들에 의하면, 피고인은 피해자 회사의 대표이사로서 2011. 4. 7. 자신의 채권자인 공소외인에게 차용금 60억 원에 대한 담보로 피해자 회사 명의의 정기예금 60억 원에 질권을 설정하여 준 사실, 공소외인은 위 차용금과 정기예금의 변제기가 모두 도래한 이후인 2011. 7. 11. 피고인의 동의하에 위 정기예금 계좌에 입금되어 있던 60억 원을 전액 인출한 사실을 알 수 있는바, 제1심은 피고인의 위 질권설정행위를 피해자 회사에 대한 배임행위로 인정하는 한편, 예금인출동의행위를 피고인 자신이 행한 예금인출행위와 동시하여 피해자 회사에 대한 횡령행위로 인정하면서 위 배임죄와 횡령죄는 각각 별개로 성립한다고 판단하였고, 원심은 제1심 판결을 그대로 유지하였다.

그러나 민법 제353조에 의하면, 질권자는 질권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있으므로, 피고인의 위와 같은 예금인출동의행위는 이미 배임행위로써 이루어진 질권설정행위의 사후조처에 불과하여 새로운 법익의 침해를 수반하지 않는 이른바 불가벌적 사후행위에 해당하고, 따라서 별도의 횡령죄를 구성하지 않는다고 할 것이다.

그런데도 피고인에 대하여 질권설정으로 인한 배임죄와 별도로 예금인출로 인한 횡령죄까지 성립한다고 판단한 원심판결에는 불가벌적 사후행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이는 판결결과에 영향을 미쳤음이 분명하므로, 이 부분은 파기를 면할 수 없는바, 원심이 이 부분을 피고인의 나머지 범죄사실과 실체적 경합범의 관계에 있는 것으로 보아 하나의 형을 선고한 이상 원심판결 전부를 파기할 수밖에 없다.

〈선정이유〉

회사의 정기예금에 대한 질권을 설정한 후, 그 질권의 실현에 동의하는 행위가 이어진 경우 후행 행위는 새로운 법익침해가 없는 불가벌적 사후행위라고 판단한 판결이다.

353. 배임수재죄의 재물취득시점

(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도11564 판결)

〈쟁점〉

타인의 사무를 처리하는 자가 증재자(증재자)로부터 돈이 입금된 계좌의 예금통장이나 이를 인출

할 수 있는 현금카드나 신용카드를 교부받은 경우, 예금된 돈을 취득한 것으로 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

(1) 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하면 배임수재죄가 성립한다(형법 제357조 제1항). 타인의 사무를 처리하는 자가 증재자(증재자)로부터 돈이 입금된 계좌의 예금통장이나 이를 인출할 수 있는 현금카드나 신용카드를 교부받아 이를 소지하면서 언제든지 위 예금통장 등을 이용하여 예금된 돈을 인출할 수 있어 예금통장의 돈을 자신이 지배하고 입금된 돈에 대한 실질적인 사용권한과 처분권한을 가지고 있는 것으로 평가될 수 있다면, 예금된 돈을 취득한 것으로 보아야 한다.

원심은 피고인 1이 적어도 묵시적으로 공소외 2와 공소외 3으로부터 이 부분 공소사실 기재와 같은 부정한 청탁을 받고 그 대가로 공소외 2로부터 합계 1억 9,800만 원, 공소외 3으로부터 합계 68,413,821원을 취득한 사실을 인정하고, 공소외 2로부터 공소사실 기재 금액이 입금된 통장 등을 교부받고 공소외 3으로부터 예금 인출 기능이 있는 신용카드를 교부받음으로써 예금 금액에 해당하는 재물을 취득하였다고 판단하였다. 원심판결 이유를 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 재물의 취득 시기와 취득액, 추징금 산정, 배임수재죄의 부정한 청탁에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

〈선정이유〉

배임수증재로 입금된 돈을 인출할 수 있는 상태가 되면 그 돈에 대한 실질적인 사용·처분권한이 인정되고 따라서 예금된 돈을 취득한 것으로 볼 수 있다는 판결이다.

354. 장래에 담당할 사무에 대한 배임죄

(대법원 2013. 10. 11. 선고 2012도13719 판결)

〈쟁점〉

장래에 담당할 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상 이익을 취득한 후 그 임무를 현실적으로 담당하게 된 경우, 배임수재죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

타인의 사무를 처리하는 자가 그 신임관계에 기한 사무의 범위에 속한 것으로서 장래에 담당할 것이 합리적으로 기대되는 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상 이익을 취득한 후 그 청탁에 관한 임무를 현실적으로 담당하게 되었다면 이로써 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성은 훼손되는 것이어서 배임수재죄의 성립을 인정할 수 있다(대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도4791 판결 등 참조).

원심은 이 사건 2차 사업을 발주한 공소외 4 주식회사에서 평가위원 위촉 관련 업무를 담당하였던 공소외 5의 제1심에서의 진술 등 채택증거에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 이유로, 설사 피고인이 공소외 1로부터 위 청탁을 받을 당시 아직 정식으로 평가위원에 선정되었다는 통보를 받지는 않았다고 하더라도 위촉될 것이 사실상 확정된 상태였으므로, 피고인은 공소외 4 주식회사와의 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 위치에 있었다고 판단하였다. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 거기에 상고이유로 주장하는 배임수재죄의 요건인 '타인의 사무를 처리하는 자'에 관한 법리오해나 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 있다 할 수 없다.

〈선정이유〉

청탁 당시는 아직 타인사무처리자가 아니라고 하더라도 사실상 확정된 상태였다는 특수한 사정이 인정되는 경우라면, 그 후 실제로 임무를 담당하게 된 시점에서 배임수재죄가 성립한다는 판결이다.

355. 필요적 공범으로 배임수증재죄에서 처벌의 개별성

(대법원 2011. 10. 27. 선고 2010도7624 판결)

〈쟁점〉

증재자에게는 '정당한 업무에 속하는 청탁'이 수재자에게 '부정한 청탁'이 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

배임수재죄에 있어서 '부정한 청탁'이라 함은 반드시 업무상배임의 내용이 되는 정도에 이를 것을 요하지 않으며, 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 것이면 족하고, 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용 및 이에 관련한 대가의 액수, 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며, 그 청탁이 반드시 명시적임을 요하는 것은 아니다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도6987 판결 등 참조). 또한 형법 제357조 제1항의 배임수재죄와 같은 조 제2항의 배임증재죄는 통상 필요적 공범의 관계에 있기는 하나, 이것은 반드시 수재자와 증재자가 같이 처벌받아야 하는 것을 의미하는 것은 아니고 증재자에게는 정당한 업무에 속하는 청탁이라도 수재자에게는 부정한 청탁이 될 수도 있는 것이다 (대법원 1991. 1. 15. 선고 90도2257 판결 등 참조).

피고인 2가 공소외 3 주식회사가 추진하는 사업의 더 큰 손실을 피하기 위하여 가처분 취하의 대가로 4억 4,000만 원을 피고인 1이 지정하는 공소외 1 주식회사 명의 계좌로 송금한 점, 피고인 2로서는 4억 4,000만 원이 궁극적으로 공소외 2 주식회사에 귀속될 것인지 피고인 1에게 귀속될 것인지에 관한 분명한 인식이 있었다는 자료를 찾아 볼 수 없는 점 등 기록에 나타난 사정을 위와 같은 법리에 비추어 보면, 피고인 2가 가처분 취하의 대가로 4억 4,000만 원을 교부한 행위는 사회상규에 위배된다고 보이지 아니하므로 결국 배임증재죄를 구성할 정도의 위법성은 없다고 봄이 상당하다.

따라서 원심이 피고인 2의 배임증재의 점에 대하여 무죄로 판단한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

〈선정이유〉

배임수증재죄가 필요적 공범인 것과 수재자와 증재자가 필수적으로 함께 처벌받아야 하는 것은 아니라는 대법원의 일관된 입장을 확인하고 있는 판결이다.

VII. 장물에 관한 죄

356. 장물죄의 본범의 가벌성 판단의 준거법

(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도15350 판결)

〈쟁점〉

장물죄에서 본범이 되는 범죄행위에 대하여 우리 형법이 적용되지 않는 경우, 그에 관한 법적 평가 기준 및 '장물'에 해당하기 위한 요건

〈판결요지〉

(1) 장물이라 함은 재산죄인 범죄행위에 의하여 영득된 물건을 말하는 것으로서 절도·강도·사기·공갈·횡령 등 영득죄에 의하여 취득된 물건이어야 한다(대법원 2004. 12. 9. 선고 2004도5904 판결 등 참조). 여기에서의 범죄행위는 절도죄 등 본범의 구성요건에 해당하는 위법한 행위일 것을 요한다. 그리고 본범의 행위에 관한 법적 평가는 그 행위에 대하여 우리 형법이 적용되지 아니하는 경우에도 우리 형법을 기준으로 하여야 하고 또한 이로써 충분하므로, 본범의 행위가 우리 형법에 비추어 절도죄 등의 구성요건에 해당하는 위법한 행위라고 인정되는 이상 이에 의하여 영득된 재물은 장물에 해당한다.

…

(2) 원심판결 이유와 기록에 의하면, 이 사건 차량들은 대한민국 국민 또는 외국인이 미국 캘리포니아주에서 미국 리스회사와 미국 캘리포니아주의 법에 따라 체결한 리스계약의 목적물인데, 위 리스계약에 따르면 리스회사는 기간을 정하여 리스이용자에게 차량을 사용하게 하고 그 대가로 리스이용자로부터 매달 일정액의 리스료를 지급받도록 되어 있고, 준거법에 관하여는 별도의 약정을 두고 있지 아니한 사실, 리스이용자들이 리스기간 중에 이 사건 차량들을 임의로 처분하고 피고인은 이를 수입한 사실을 알 수 있다.

위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 위 리스계약상 리스이용자가 대한민국 국민인 경우 그 법률관계는 국제사법 제1조 소정의 "외국적 요소"가 있어 국제사법의 규정에 따라 준거법을 정하여야 할 것이다. 그런데 국제사법 제26조는 제1항에서 "외국적 요소가 있는 법률관계에서 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의하여야 한다"고 규정하고, 제2항 제2호에서 '이용계약'의 준거법은 물건 또는 권리를 이용하도록 하는 당사자의 계약체결 당시의 주된 사무소 등의 소재지법을 가장 밀접한 관련이 있는 법으로 추정하고 있다. 그렇다면 앞서 본 대로 리스계약의 당사자가 준거법을 선택하지 아니하였고 준

거법의 결정에 있어서 달리 고려되어야 할 사정을 기록상 찾을 수 없는 이 사건에서 리스회사의 소재지법인 미국 캘리포니아주의 법이 위 리스계약과 가장 밀접한 관련이 있는 법으로서 준거법이 된다고 할 것이므로, 이에 따라 위 리스계약의 내용과 효력을 판단하여야 한다. 또한 리스이용자가 외국인인 경우에도 그 계약당사자나 행위지 모두가 우리나라와 아무런 관련이 없어 우리 민사법이 적용될 여지가 없으므로, 마찬가지로 리스계약 당사자의 소재지이자 리스계약이 행하여진 미국 캘리포니아주의 법에 좇아 위 리스계약의 내용과 효력을 판단하여야 할 것이다. 그런데 미국 캘리포니아주의 법에 따라 체결된 위 리스계약에 의하면, 이 사건 차량들의 소유권은 리스회사에 속하고, 리스이용자는 일정 기간 차량의 점유·사용의 권한을 이전받을 뿐(a transfer of right to possession and use of goods for a term)이며(미국 캘리포니아주 상법 제10103조 제a항 제10호도 참조), 피고인의 주장과 같이 위 리스계약을 환매특약부 매매 내지 소유권유보부 매매로 볼 것은 아니다.

그렇다면 리스이용자들은 리스회사에 대한 관계에서 이 사건 차량들에 관한 보관자로서의 지위에 있었다고 할 것이므로, 리스이용자들이 이 사건 차량들을 임의로 처분한 행위는 형법상 횡령죄의 구성요건에 해당하는 위법한 행위로 평가되어서 이에 의하여 영득된 이 사건 차량들은 장물에 해당한다.

〈선정이유〉

장물범의 본범의 행위에 대한 평가는 본범의 행위지가 외국인 경우에도 우리 형법을 기준으로 판단해야한다는 취지의 판례로 형법의 적용범위와 관련한 논의의 재료가 될 수 있는 판결이다.

357. 현금, 자기앞수표와 대체장물

(대법원 2000. 3. 10. 선고 98도2579 판결)

〈쟁점〉

장물인 현금과 자기앞수표를 금융기관에 예치하였다가 현금으로 인출한 경우, 인출한 현금의 장물성 상실 여부

〈판결요지〉

장물이라 함은 재산범죄로 인하여 취득한 물건 그 자체를 말하고, 그 장물의 처분대가는 장물성을 상실하는 것이지만(대법원 1972. 6. 13. 선고 72도971 판결, 1972. 2. 22. 선고 71도2296 판결 등 참조), 금전은 고도의 대체성을 가지고 있어 다른 종류의 통화와 쉽게 교환할 수 있고, 그 금전 자체는 별다른 의미가 없고 금액에 의하여 표시되는 금전적 가치가 거래상 의미를 가지고 유통되고 있는 점에 비추어 볼 때, 장물인 현금을 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 동일한 액수의 현금을 인출한 경우에 예금계약의 성질상 인출된 현금은 당초의 현금과 물리적인 동일성은 상실되었지만 액수에 의하여 표시되는 금전적 가치에는 아무런 변동이 없으므로 장물로서의 성질은 그대로 유지된다고 봄이 상당하고(대법원 1999. 9. 17. 선고 98도2269 판결 참조), 자기앞수표도 그 액면금을 즉시 지급받을 수 있는 등 현금에 대신하는 기능을 가지고

거래상 현금과 동일하게 취급되고 있는 점(대법원 1993. 11. 23. 선고 93도213 판결 등 참조)에서 금전의 경우와 동일하게 보아야 할 것이다.

따라서 제1심 공동피고인이 장물인 자기앞수표와 현금을 그의 명의의 예금계좌에 예치하였다가 현금으로 인출하였다고 하여 인출된 현금이 장물로서의 성질을 상실하였다고 볼 수는 없고, 피고인들이 그 정을 알고서 이를 보관 또는 취득하였다면 장물죄가 성립한다.

〈선정이유〉

대체장물의 장물성을 부정하는 취지와 현금과 자기앞수표의 거래교통에서의 의미 등을 음미할 수 있는 판결이다.

358. 장물알선죄의 의미 및 성립요건

(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도1203 판결)

〈쟁점〉

형법 제362조 제2항의 장물알선죄에서 '알선'의 의미 및 그 성립요건

〈판결요지〉

형법 제362조 제2항에 정한 장물알선죄에서 '알선'이란 장물을 취득·양도·운반·보관하려는 당사자 사이에 서서 이를 중개하거나 편의를 도모하는 것을 의미하므로, 장물인 정을 알면서, 장물을 취득·양도·운반·보관하려는 당사자 사이에 서서 서로를 연결하여 장물의 취득·양도·운반·보관행위를 중개하거나 편의를 도모하였다면, 그 알선에 의하여 당사자 사이에 실제로 장물의 취득·양도·운반·보관에 관한 계약이 성립하지 아니하였거나 장물의 점유가 현실적으로 이전되지 아니한 경우라도 장물알선죄가 성립한다.

원심판결 및 원심이 적법하게 조사한 증거 등에 의하면, ① 피고인은 판시 일시, 장소에서 원심공동피고인 2· 원심공동피고인 3으로부터 그들이 절취하여 온 합계 467만 원 상당의 귀금속을 매도하여 달라는 부탁을 받은 사실, ② 피고인은 위 귀금속이 장물이라는 정을 알면서도 위 요구를 수락하고 위 귀금속을 매수하기로 한 공소외인에게 전화하여 피고인과 위 공소외인이 판시 노래연습장에서 만나기로 약속한 사실, ③ 피고인은 위 원심공동피고인 2· 원심공동피고인 3으로부터 건네받은 귀금속을 가지고 판시 일시 경 판시 노래연습장에 들어갔다가 미처 위 공소외인을 만나기도 전에 피고인을 추적중이던 경찰관에 의하여 체포된 사실을 알 수 있다.

앞서 본 법리에 비추어 보면, 위와 같이 피고인이 장물인 귀금속을 매도하려는 위 원심공동피고인 2· 원심공동피고인 3과 이를 매수하려는 위 공소외인 사이를 연결하여 위 귀금속의 매매를 중개함으로써 장물알선죄는 성립하고, 위 원심공동피고인 2· 원심공동피고인 3과 위 공소외인 사이에 실제로 매매계약이 성립하지 않았다거나 위 귀금속의 점유가 위 공소외인에게 현실적으로 이전되지 아니하였다 하더라도 장물알선죄의 성립은 방해받지 않는다고 할 것이다.

〈선정이유〉

장물알선죄에서 알선의 의미를 풀이하고 있는 판결이다.

359. 장물에 대한 인식시점에 따른 범죄의 유형결정 및 점유할 권한과 보관죄의 성부

(대법원 2006. 10. 13. 선고 2004도6084 판결)

〈쟁점〉

장물인 정을 모르고 장물을 보관하였다가 그 후에 장물인 정을 알고서도 이를 계속하여 보관하는 행위가 장물보관죄를 구성하는지 여부

〈판결요지〉

장물죄에 있어서 장물의 인식은 확정적 인식임을 요하지 않으며 장물일지도 모른다는 의심을 가지는 정도의 미필적 인식으로서도 충분하고, 장물인 정을 알고 있었느냐의 여부는 장물 소지자의 신분, 재물의 성질, 거래의 대가 기타 상황을 참작하여 이를 인정할 수밖에 없다 할 것인바…

장물취득죄는 취득 당시 장물인 정을 알면서 재물을 취득하여야 성립하는 것이므로 피고인이 재물을 인도받은 후에 비로소 장물이 아닌가 하는 의구심을 가졌다고 하여 그 재물수수행위가 장물취득죄를 구성한다고 할 수 없고(대법원 1971. 4. 20. 선고 71도468 판결 참조), 장물인 정을 모르고 장물을 보관하였다가 그 후에 장물인 정을 알게 된 경우 그 정을 알고서도 이를 계속하여 보관하는 행위는 장물죄를 구성하는 것이나 이 경우에도 점유할 권한이 있는 때에는 이를 계속하여 보관하더라도 장물보관죄가 성립한다고 할 수 없다 (대법원 1986. 1. 21. 선고 85도2472 판결 참조).

〈선정이유〉

고의와 행위의 동시존재원칙, 장물보관죄에서 점유할 권한 있는 자의 행위는 장물죄가 될 수 없다는 장물범 해석의 몇몇 기본원칙을 보여주는 판결이다.

360. 불가벌적 사후행위로 취득한 물건의 장물성과 대체장물

(대법원 2004. 4. 16. 선고 2004도353 판결)

〈쟁점〉

장물죄에 있어서 '장물'의 의미 및 재산범죄의 불가벌적 사후행위로 인하여 취득한 물건이 장물이 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

형법 제41장의 장물에 관한 죄에 있어서의 '장물'이라 함은 재산범죄로 인하여 취득한 물건 그

자체를 말하므로, 재산범죄를 저지른 이후에 별도의 재산범죄의 구성요건에 해당하는 사후행위가 있었다면 비록 그 행위가 불가벌적 사후행위로서 처벌의 대상이 되지 않는다 할지라도 그 사후행위로 인하여 취득한 물건은 재산범죄로 인하여 취득한 물건으로서 장물이 될 수 있다.

그러나 기록에 의하면, 공소외인은 권한 없이 주식회사 신진기획의 아이디와 패스워드를 입력하여 인터넷뱅킹에 접속한 다음 위 회사의 예금계좌로부터 자신의 예금계좌로 합계 180,500,000원을 이체하는 내용의 정보를 입력하여 자신의 예금액을 증액시킴으로서 컴퓨터등사용사기죄의 범행을 저지른 다음 자신의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 사실을 인정할 수 있는바, 이와 같이 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우에는 그것이 비록 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 취득한 예금채권을 인출한 것이라 할지라도 현금카드 사용권한 있는 자의 정당한 사용에 의한 것으로서 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하거나 기망행위 및 그에 따른 처분행위도 없었으므로, 별도로 절도죄나 사기죄의 구성요건에 해당하지 않는다 할 것이고, 그 결과 그 인출된 현금은 재산범죄에 의하여 취득한 재물이 아니므로 장물이 될 수 없다고 할 것이다.

또 장물인 현금 또는 수표를 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 동일한 액수의 현금 또는 수표를 인출한 경우에 예금계약의 성질상 그 인출된 현금 또는 수표는 당초의 현금 또는 수표와 물리적인 동일성은 상실되었지만 액수에 의하여 표시되는 금전적 가치에는 아무런 변동이 없으므로, 장물로서의 성질은 그대로 유지되지만(대법원 1999. 9. 17. 선고 98도2269 판결, 2000. 3. 10. 선고 98도2579 판결, 2002. 4. 12. 선고 2002도53 판결 등 참조), 공소외인이 컴퓨터등사용사기죄에 의하여 취득한 예금채권은 재물이 아니라 재산상 이익이므로, 그가 자신의 예금구좌에서 6,000만 원을 인출하였더라도 장물을 금융기관에 예치하였다가 인출한 것으로 볼 수 없다.

같은 취지에서 원심이 피고인이 공소외인으로부터 교부받은 6,000만 원은 장물이 아니라는 이유로 피고인에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 주장과 같은 장물에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

〈선정이유〉

재물과 재산상 이익의 차이, 재물이 재산상 이익으로 변할 수 없다는 점, 불가벌적 사후행위도 선행 행위와 독립적으로 볼 때 가벌적 행위여야 한다는 점 등을 명확히 해주는 판결이다.

Ⅷ. 손괴의 죄

361. 재물손괴의 객체로서 재물의 가치

(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도8473 판결)

〈쟁점〉

‘재건축사업으로 철거가 예정되어 있고 그 입주자들이 모두 이사하여 아무도 거주하지 않는 아파트’가 재물손괴죄의 객체가 되는지 여부

〈판결요지〉

재건축사업으로 철거가 예정되어 있었고 그 입주자들이 모두 이사하여 아무도 거주하지 않은 채 비어 있는 아파트라 하더라도, 그 아파트 자체의 객관적 성상이 본래 사용목적인 주거용으로 사용될 수 없는 상태가 아니었고, 더욱이 그 소유자들이 재건축조합으로의 신탁등기 및 인도를 거부하는 방법으로 계속 그 소유권을 행사하고 있는 상황이었다면 위와 같은 사정만으로는 위 아파트가 재물로서의 이용가치나 효용이 없는 물건으로 되었다고 할 수 없으므로, 위 아파트는 재물손괴죄의 객체가 된다고 할 것이다(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007도5207 판결 참조).

〈선정이유〉

재물손괴죄의 객체가 되기 위한 요건으로 재물로서의 이용가치나 효용이 있는지의 여부를 판단하는 기준을 제시하는 판결이다.

362. 손괴의 의미

(대법원 2007. 6. 28. 선고 2007도2590 판결)

〈쟁점〉

건조물의 벽면에 낙서를 하거나 게시물을 부착 또는 오물을 투척하는 행위가 재물손괴죄에 해당하는지 여부의 판단 기준

〈판결요지〉

형법 제366조 소정의 재물손괴죄는 타인의 재물을 손괴 또는 은닉하거나 기타의 방법으로 그 효용을 해하는 경우에 성립하는바, 여기에서 재물의 효용을 해한다고 함은 사실상으로나 감정상으로 그 재물을 본래의 사용목적에 공할 수 없게 하는 상태로 만드는 것을 말하며, 일시적으로 그 재물을 이용할 수 없는 상태로 만드는 것도 여기에 포함된다 (대법원 1971. 11. 23. 선고 71도1576 판결, 1992. 7. 28. 선고 92도1345 판결, 1993. 12. 7. 선고 93도2701 판결 등 참조).

특히, 건조물의 벽면에 낙서를 하거나 게시물을 부착하는 행위 또는 오물을 투척하는 행위 등이 그 건조물의 효용을 해하는 것에 해당하는지 여부는, 당해 건조물의 용도와 기능, 그 행위가 건조물의 채광·통풍·조망 등에 미치는 영향과 건조물의 미관을 해치는 정도, 건조물 이용자들이 느끼는 불쾌감이나 저항감, 원상회복의 난이도와 거기에 드는 비용, 그 행위의 목적과 시간적 계속성, 행위 당시의 상황 등 제반 사정을 종합하여 사회통념에 따라 판단하여야 할 것이다.

위와 같은 법리에 비추어 기록에 나타난 제반 사정을 살펴보면, 시내버스 운수회사로부터 해고당한 피고인이 민주노동조합총연맹 전국해고자투쟁특별위원회 회원들과 함께 위 회사에서 복직 등을 요구하는 집회를 개최하던 중 2006. 3. 10. 래커 스프레이를 이용하여 회사 건물 외벽과 1층 벽면, 식당 계단 천장 및 벽면에 '자본똥개, 원직복직, 결사투쟁' 등의 내용으로 낙서를 함으로써 이를 제거하는데 약 341만 원 상당이 들도록 한 행위는 그로 인하여 건물의 미관을 해치는 정도와 건물 이용자들의 불쾌감 및 원상회복의 어려움 등에 비추어 위 건물의 효용을 해한 것에 해당한다고 볼 수 있으나, 같은 해 2. 16. 계란 30여 개, 같은 해 3. 2. 계란 10여 개를 위 회사 건물

에 각 투척한 행위는, 비록 그와 같은 행위에 의하여 50만 원 정도의 비용이 드는 청소가 필요한 상태가 되었고 또 유리문이나 유리창 등 건물 내부에서 외부를 관망하는 역할을 수행하는 부분 중 일부가 불쾌감을 줄 정도로 더럽혀졌다는 점을 고려해 보더라도, 그 건물의 효용을 해하는 정도의 것에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다.

그럼에도 불구하고, 원심은 위 낙서행위 외에 각 계란투척행위까지 재물손괴죄에 해당하는 것으로 판단하였으니, 이 부분 원심판결에는 재물손괴죄에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

〈선정이유〉

손괴의 다양한 의미를 해석론으로 제시하고 있는 판결이다.

363. 자기명의 문서에 대한 손괴죄

(대법원 1987. 4. 14. 선고 87도177 판결)

〈쟁점〉

타인(타기관)에 접수되어 있는 자기명의의 문서를 무효화시킨 경우 문서손괴죄의 성부

〈판결요지〉

원심판결이 확정한 바에 의하면, 피고인이 제기한 이 사건 고소의 내용은 피고소인인 학교장 김관성이 합법적인 절차에 따라 결재하여 서울특별시교육회에 이미 제출, 접수시킨 추천서를 피추천인인 피고인에게 아무런 양해도 구함이 없이 임의로 무효화시킴으로써 일본방문에 필요한 서류인 위 추천서를 그 용도에 사용할 수 없게 하였다는 것인바, 위 고소의 내용과 같이, 비록 자기명의의 문서라 할지라도 이미 타인(타기관)에 접수되어 있는 문서에 대하여 함부로 이를 무효화시켜 그 용도에 사용하지 못하게 하였다면 일응 형법상의 문서손괴죄를 구성한다 할 것이므로 그러한 내용의 범죄될 사실을 허위로 기재하여 수사기관에 고소한 이상 무고죄의 죄책을 면할 수 없다 할 것이다.

〈선정이유〉

합법적 절차에 의해 타인(타기관)에게 제출된 문서를 임의로 무효화시킨 경우는 비록 자신 명의의 문서라도 문서손괴죄가 성립된다는 취지의 판결로 재물(문서)손괴죄에 있어서 문서의 '타인성'의 판단 기준을 제시하고 있는 판결이기도 하다.

364. '경계'와 '침범'의 의미

(대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도8973 판결)

〈쟁점〉

경계침범죄에서 '경계'의 의미 및 법률상의 정당한 경계를 침범하는 행위가 있더라도 토지의 사실상의 경계에 대한 인식불능의 결과가 발생하지 않는 한 경계침범죄가 성립하지 아니하는지 여부

〈판결요지〉

「형법」제370조의 경계침범죄는 토지의 경계에 관한 권리관계의 안정을 확보하여 사권을 보호하고 사회질서를 유지하려는 데 그 목적이 있는 것으로서, 단순히 경계표를 손괴, 이동 또는 제거하는 것만으로는 부족하고 위와 같은 행위나 기타 방법으로 토지의 경계를 인식불능하게 함으로써 비로소 성립된다 할 것인데, 여기에서 말하는 경계는 법률상의 정당한 경계인지 여부와는 상관없이 종래부터 경계로서 일반적으로 승인되어 왔거나 이해관계인들의 명시적 또는 묵시적 합의가 존재하는 등 어느 정도 객관적으로 통용되어 오던 사실상의 경계를 의미한다 할 것이므로, 설령 법률상의 정당한 경계를 침범하는 행위가 있었다 하더라도 그로 말미암아 위와 같은 토지의 사실상의 경계에 대한 인식불능의 결과가 발생하지 않는 한 경계침범죄가 성립하지 아니한다 할 것이다 (대법원 1991. 9. 10. 선고 91도856 판결, 대법원 1992. 12. 8. 선고 92도1682 판결 등 참조).

원심은, 그 채택 증거에 의하여 적법하게 확정한 사실관계를 토대로, 비록 피고인이 인접한 피해자 소유의 토지를 침범하여 나무를 심고 도랑을 파내는 등의 행위를 하였다 하더라도, 피고인과 피해자 소유의 토지는 이전부터 경계구분이 되어 있지 않았고 피고인의 행위로 인하여 새삼스럽게 토지경계에 대한 인식불능의 결과를 초래하였다고 볼 수 없는 이상, 그 판시 2007년 2월 중순경 경계침범의 점은 그 범죄의 증명이 없다는 이유로 무죄를 선고하였는바, 원심판결의 이유 설시에 다소 적절하지 아니한 부분이 있기는 하지만, 위 공소사실을 무죄로 본 원심의 결론 자체는 앞서 본 법리 및 기록에 비추어 정당하다.

〈선정이유〉

경계침범죄의 구성요건요소들에 대한 대법원의 해석론을 보여주는 판결이다.

IX. 권리행사를 방해하는 죄

365. 권리행사방해죄의 객체와 공범의 소유물에 대한 권리행사방해죄

(대법원 2017. 5. 30. 선고 2017도4578 판결)

〈쟁점〉

자기의 소유가 아닌 물건이 권리행사방해죄의 객체가 될 수 있는지 여부, 특히 권리행사방해죄의 공범으로 기소된 물건의 소유자에게 고의가 없는 등으로 범죄가 성립하지 않는 경우, 물건의 소유자가 아닌 사람이 권리행사방해죄의 공동정범이 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

(1) 형법 제323조의 권리행사방해죄는 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건을 취거,

은닉 또는 손괴하여 타인의 권리행사를 방해함으로써 성립하는 것이므로 그 취거, 은닉 또는 손괴한 물건이 자기의 물건이 아니라면 권리행사방해죄가 성립할 수 없다(대법원 2003. 5. 30. 선고 2000도5767 판결, 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005도6604 판결 등 참조).

물건의 소유자가 아닌 사람은 형법 제33조 본문에 따라 소유자의 권리행사방해 범행에 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.

(2) 원심판결에 의하면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

(가) 이 사건 권리행사방해의 공소사실에서 문제 된 에쿠스 승용차는 피고인과 사실혼 관계에 있던 공소외인 명의로 등록되어 있다.

(나) 공소외인은 피고인과 함께 이 사건 권리행사방해의 공동정범으로 공소 제기되었다가 제1심에서 2015. 12. 14. 분리 선고되면서 유죄가 인정되어 벌금 200만 원을 선고받고 항소하였다. 항소심(대전지방법원 2016노42)에서 이 사건 권리행사방해 범행은 피고인이 공소외인의 동의 없이 임의로 저지른 것이고, 공소외인이 피고인과 공모하였다는 점에 관한 증명이 부족하다는 이유로 무죄판결을 받았고 이후 위 판결이 확정되었다.

(3) 원심은, 공동정범으로 기소된 위 에쿠스 승용차의 소유자인 공소외인이 무죄인 이상, 피고인 단독으로는 더 이상 권리행사방해죄의 주체가 될 수 없고, 달리 피고인이 위 에쿠스 승용차의 소유자임을 인정할 증거가 없다고 판단하여 위 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

(4) 원심의 판단은 위 법리에 비추어 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 권리행사방해죄에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

〈선정이유〉

물건의 소유자의 권리행사방해 범행에 가담한 자의 경우 형법 제33조 본문의 적용으로 정범이 되려면 소유자에게 권리행사방해죄가 성립해야한다는 취지의 판결로서 공범론 분야에서도 의미있는 판결이다.

366. 권리행사 방해죄의 성립요건

(대법원 2016. 11. 10. 선고 2016도13734 판결)

〈쟁점〉

권리행사방해죄에서 '은닉'의 의미 및 권리행사방해죄가 성립하기 위하여 현실로 권리행사가 방해되었을 것이 필요한지 여부

〈판결요지〉

형법 제323조의 권리행사방해죄는 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건 또는 전자기록 등 특수매체기록을 취거, 은닉 또는 손괴하여 타인의 권리행사를 방해함으로써 성립한다. 여

기서 '은닉'이란 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기 물건 등의 소재를 발견하기 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란한 상태에 두는 것을 말하고, 그로 인하여 권리행사가 방해될 우려가 있는 상태에 이르면 권리행사방해죄가 성립하고 현실로 권리행사가 방해되었을 것까지 필요로 하는 것은 아니다(대법원 1994. 9. 27. 선고 94도1439 판결 참조).

원심은 그 채택 증거에 의하여, 피고인이 2011. 5. 9.경 체어맨 승용차 1대를 구입하면서 피해자로부터 차량 매수대금 2,000만 원을 차용하고 그 담보로 위 차량에 피해자 명의의 저당권을 설정해 주었음에도, 2011. 12.경 대부업자로부터 400만 원을 차용하면서 위 차량을 대부업자에게 담보로 제공하여 이른바 '대포차'로 유통되게 한 사실을 인정하고, 피고인이 피해자의 권리의 목적이 된 피고인의 물건을 은닉하여 권리행사를 방해하였다고 판단하였다.

〈선정이유〉

권리행사방해죄의 행위 태양 중 은닉의 의미와 은닉으로 인한 권리행사방해죄의 기수(성립)시점을 밝힌 판결이다.

367. 권리행사방해죄에서 타인의 점유의 의미

(대법원 2010. 10. 14. 선고 2008도6578 판결)

〈쟁점〉

타인의 점유의 의미

〈판결요지〉

권리행사방해죄에서의 보호대상인 '타인의 점유'는 반드시 점유할 권원에 기한 점유만을 의미하는 것은 아니고, 일단 적법한 권원에 기하여 점유를 개시하였으나 사후에 점유권원을 상실한 경우의 점유, 점유권원의 존부가 외관상 명백하지 아니하여 법정절차를 통하여 권원의 존부가 밝혀질 때까지의 점유, 권원에 기하여 점유를 개시한 것은 아니나 동시이행항변권 등으로 대항할 수 있는 점유 등과 같이 법정절차를 통한 분쟁해결시까지 잠정적으로 보호할 가치있는 점유는 모두 포함된다고 볼 것이며, 다만 절도범인의 점유와 같이 점유할 권리없는 자의 점유임이 외관상 명백한 경우는 포함되지 아니한다(대법원 2006. 3. 23. 선고 2005도4455 판결 등 참조).

원심은, 그 채택 증거들에 의하여 피고인이 원심 공동피고인 1 등과 공모하여 지입차주인 피해자들이 점유하는 각 차량 또는 번호판을 피해자들의 의사에 반하여 무단으로 취거함으로써 피해자들의 차량운행에 관한 권리행사를 방해한 사실을 인정하면서, 이러한 행위가 지입료 등이 연체된 경우 계약의 일방해지 및 차량의 회수처분이 가능하도록 하고 있는 위수탁계약에 따른 것으로서 위법성이 없다는 취지의 피고인의 주장을 배척하였는바, 위 법리와 기록에 비추어 검토하여 보면 원심의 사실인정과 판단은 정당하여 수긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하였거나 권리행사방해죄의 법리를 오해한 위법 등이 있다고 할 수 없다.

또한, 피고인 등이 법적 절차에 의하지 아니하고 일방적으로 지입차량 등을 회수하지 않으면 안 될 급박한 필요성이 있다고 볼 만한 자료를 기록상 찾아볼 수 없고, 그 밖에 기록에 나타난 그 경

위, 수단, 방법 등에 비추어 보아도 피고인의 이 사건 무단 취거 행위는 형법에 정한 정당행위에 해당한다고 할 수 없으므로, 이와 관련한 상고이유의 주장은 모두 받아들일 수 없다. 상고이유에서 들고 있는 대법원판결은 사안이 달라 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

〈선정이유〉

권리행사방해죄의 보호대상인 타인의 점유가 반드시 점유할 권원에 기한 점유만을 의미하지 않는다는 법리의 논거를 제공하고 있는 판결이다.

제 2 편 사회적 법익에 대한 죄

제1장 공공의 안전과 평온에 대한 죄

I. 공안(公安)을 해하는 죄

368. 형법 114조 소정 범죄단체조직죄의 성립요건

(대법원 1981.11.24. 선고 81도2608 판결)

〈쟁점〉

형법 114조 소정 범죄단체조직죄의 성립요건

〈판결요지〉

형법 제114조 제1항 소정의 '범죄를 목적으로 하는 단체'라 함은 특정다수인이 일정한 범죄를 수행한다는 공동목적 아래 이루어진 계속적인 결합체로서 단순한 다중의 집합과는 달라 단체를 주도하는 최소한의 통솔체제를 갖추고 있어야 함을 요하는바, 피고인들이 각기 소매치기의 범죄를 목적으로 그 실행행위를 분담하기로 약정하였으나 위에서 본 계속적이고 통솔체제를 갖춘 단체를 조직하였거나 그와 같은 단체에 가입하였다고 볼 증거가 없다는 이유로 무죄를 선고한 조치는 정당하다.

〈판례선정이유〉

범죄단체조직죄는 범죄를 목적으로 하는 다수인의 계속적이고 통솔체제를 갖춘 단체를 조직하였거나 그런 단체에 가입해야 성립한다는 판결이다.

369. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조가 정한 '범죄단체'의 의미

(대법원 2004. 7. 8. 선고 2004도2009 판결)

〈쟁점〉

폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조가 정한 '범죄단체'의 의미

〈판결요지〉

폭력행위등처벌에관한법률 제4조 소정의 범죄단체는 같은 법 소정의 범죄를 한다는 공동목적하에 특정 다수인에 의하여 이루어진 계속적이고도 최소한의 통솔체제를 갖춘 조직화된 결합체를 의

미한다 할 것이므로, 특정 다수인에 의하여 이루어진 계속적이고 통솔체제를 갖춘 조직화된 결합체라 하더라도 그 구성원이 같은 법 소정의 범죄에 대한 공동목적을 갖고 있지 아니하는 한 그 단체를 같은 법 소정의 범죄단체로 볼 수는 없다.

〈판례선정이유〉

범죄단체조직의 성립요소인 기본개념에 대한 기초적인 판례로서 범죄를 목적으로 하는 다수인의 계속적이고 통솔체제를 갖춘 단체를 조직하였거나 그런 단체에 가입해야 범죄단체조직죄가 성립한다는 판결이다.

370. 범죄단체조직죄의 성격

(대법원 1975.9.23. 선고 75도2321 판결)

〈쟁점〉

형법 114조 소정 범죄단체조직죄의 성립요건

〈판결요지〉

형법 제114조 소정 범죄단체조직죄는 범죄를 목적으로 하는 단체를 조직함으로써 성립하는 것이고 그 후 목적한 범죄의 실행행위를 하였는가 여부는 위 죄의 성립에 영향이 없다.

〈판례선정이유〉

범죄단체조직죄의 성립에는 그 범죄단체가 목적한 범죄를 이후에 수행할 필요가 없다는 판결이다.

371. 범죄단체 구성죄와 그 단체의 구성원으로 활동하면서 범한 범죄의 관계(1)

(대법원 2015.09.10. 선고 2015도7081 판결)

〈쟁점〉

범죄단체의 구성 및 가입한 행위와 더 나아가 구성원으로 활동한 경우의 죄수관계

〈퍈결요지〉

폭력행위 등 처벌에 관한 법률' 제4조 제1항은 그 법에 규정된 범죄행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입하는 행위 또는 구성원으로 활동하는 행위를 처벌하도록 정하고 있는데, 이는 구체적인 범죄행위의 실행 여부를 불문하고 그 범죄행위에 대한 예비·음모의 성격이 있는 범죄단체의 생성 및 존속 자체를 막으려는 데 입법 취지가 있다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도2337 판결 참조). 또한 위 조항에서 말하는 범죄단체 구성원으로서의 활동이란 범죄단체의 내부

규율 및 통솔 체계에 따른 조직적·집단적 의사 결정에 기초하여 행하는 범죄단체의 존속·유지를 지향하는 적극적인 행위를 일컫는다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도10177 판결 등 참조).

그런데 범죄단체의 구성이나 가입은 범죄행위의 실행 여부와 관계없이 범죄단체 구성원으로서의 활동을 예정하는 것이고, 범죄단체 구성원으로서의 활동은 범죄단체의 구성이나 가입을 당연히 전제로 하는 것이므로, 양자는 모두 범죄단체의 생성 및 존속·유지를 도모하는, 범죄행위에 대한 일련의 예비·음모 과정에 해당한다는 점에서 그 범의의 단일성과 계속성을 인정할 수 있을 뿐만 아니라 피해법익도 다르지 않다.

따라서 범죄단체를 구성하거나 이에 가입한 자가 더 나아가 구성원으로 활동하는 경우 이는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 타당하다.

〈판례선정이유〉

범죄단체의 구성 및 가입한 행위와 더 나아가 그 구성원으로 활동한 행위는 포괄일죄의 관계에 있다는 판결이다.

372. 범죄단체 구성죄와 그 단체의 구성원으로 활동하면서 범한 범죄의 관계(2)

(대법원 2017. 10. 26. 선고 2017도8600 판결)

〈쟁점〉

범죄단체의 구성 및 가입한 행위와 더 나아가 구성원으로 활동한 경우의 죄수관계

〈판결요지〉

피고인이 보이스피싱 사기 범죄단체에 가입한 후 사기범죄의 피해자들로부터 돈을 편취하는 등 그 구성원으로서 활동하였다는 내용의 공소사실이 유죄로 인정된 사안에서, 범죄단체 가입행위 또는 범죄단체 구성원으로서 활동하는 행위와 사기행위는 각각 별개의 범죄구성요건을 충족하는 독립된 행위이고 서로 보호법익도 달라 법조경합 관계로 목적된 범죄인 사기죄만 성립하는 것은 아니라고 본 원심판단을 수긍한 사례

〈판례선정이유〉

범죄단체의 구성 및 가입한 행위와 더 나아가 그 구성원으로 활동한 사기행위는 각각 별개의 범죄구성요건을 충족하는 독립된 행위이고 보호법익도 달라 법조경합 관계에 있지 않다는 판결이다.

373. 공무원자격사칭죄의 성립요건

(대법원 1981. 9. 8. 선고 81도1955 판결)

〈쟁점〉

위임받은 채권을 추심하는 방편으로 합동수사반원임을 사칭하고 협박한 경우에 공무원자격사칭죄의 성부(소극)

〈판결요지〉

공무원자격사칭죄가 성립하려면 어떤 직권을 행사할 수 있는 권한을 가진 공무원임을 사칭하고 그 직권을 행사한 사실이 있어야 하는바, 피고인들이 그들이 위임받은 채권을 용이하게 추심하는 방편으로 합동수사반원임을 사칭하고 협박한 사실이 있다고 하여도 위 채권의 추심행위는 개인적인 업무이지 합동수사반의 수사업무의 범위에는 속하지 아니하므로 다른 사정이 엿보이지 않는 이 사건에 있어서 이를 공무원자격사칭죄로 처벌할 수 없다.

〈판례선정이유〉

공무원자격사칭죄가 성립하려면 특정 권한을 지닌 공무원임을 사칭하고 그 공무원의 직권을 행사한 사실이 있어야 한다는 판결이다.

II. 폭발물에 관한 죄

374. 폭발물의 의미

(대법원 2012. 4. 26. 선고 2011도17254 판결])

〈쟁점〉

형법 제119조 폭발물사용죄에서 '폭발물'의 의미 및 어떠한 물건이 폭발물에 해당하는지 판단하는 기준

〈판결요지〉

형법 제119조 제1항에서 규정한 폭발물사용죄는 폭발물을 사용하여 공안을 문란하게 함으로써 성립하는 공공위험범죄로서 개인의 생명, 신체 등과 아울러 공공의 안전과 평온을 보호법익으로 하는 것이고, 법정형이 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역으로 범죄의 행위 태양에 해당하는 생명, 신체 또는 재산을 해하는 경우에 성립하는 살인죄, 상해죄, 재물손괴죄 등의 범죄를 비롯한 유사한 다른 범죄에 비하여 매우 무겁게 설정되어 있을 뿐 아니라, 형법은 제172조에서 '폭발성 있는 물건을 파열시켜 사람의 생명, 신체 또는 재산에 대하여 위험을 발생시킨 자'를 처벌하는 폭발성물건파열죄를 별도로 규정하고 있는데 그 법정형은 1년 이상의 유기징역으로 되어 있다. 이와 같은 여러 사정을 종합해 보면, 폭발물사용죄에서 말하는 폭발물이란 폭발작용의 위력이나 파편의 비산 등으로 사람의 생명, 신체, 재산 및 공공의 안전이나 평온에 직접적이고 구체적인 위험을 초래할 수 있는 정도의 강한 파괴력을 가지는 물건을 의미한다. 따라서 어떠한 물건이 형법 제119조에 규정된 폭발물에 해당하는지는 폭발작용 자체의 위력이 공안을 문란하게 할 수 있는 정도로 고도의 폭발성능을 가지고 있는지에 따라 엄격하게 판단하여야 한다.

〈판례선정이유〉

폭발물의 의미 및 어떠한 물건이 폭발물에 해당하는지 판단하는 기준을 제시하는 기본적인 판결이다.

375. 고의로 폭발물을 사용하여 살인 등을 한 경우의 죄수관계(1)

(서울고등법원 1973. 4.20. 선고 73노179 판결[)

〈쟁점〉

폭발물을 사용하여 살인 등 행위를 한 경우 살인 등 죄와 폭발물 사용죄와의 관계 = 법조경합

〈판결요지〉

형법 119조 소정의 폭발물사용죄는 폭발물을 사용하여 사람의 생명, 신체 또는 재산을 해하거나 기타 공안을 문란케 하는 죄로서 단순히 폭발물을 사용하여 사람의 생명, 신체 또는 재산을 해하거나 기타 공안을 문란케 하는 죄로서 단순히 폭발물을 사용하는 행위로서는 본죄가 성립하지 않고 폭발물을 사용하여 사람의 생명, 신체 또는 재산을 해하거나 기타 공안을 문란케 하는 결과가 발생하여야 비로소 본죄가 성립되는 만큼 폭발물을 사용하여 살인, 상해 또는 재물손괴 등의 결과가 발생하였을 때에는 살인, 상해, 재물손괴 등의 행위는 모두 폭발물사용죄에 흡수되는 법조경합 관계에 있다.

〈판례선정이유〉

폭발물을 사용하여 살인행위를 한 경우 살인죄와 폭발물사용죄와 법조경합의 관계에 있기 때문에 폭발물사용죄가 성립한다는 하급심 판결이다.

376. 고의로 폭발물을 사용하여 살인 등을 한 경우의 죄수관계(2)

(서울고등법원 1972. 2. 1. 선고 71노901 판결)

〈쟁점〉

살해의 의사로 폭발물을 사용하였을 경우 별도로 폭발물사용죄의 성립여부 = 상상적 경합관계

〈판결요지〉

형법 119조 1항 소정의 폭발물사용죄는 폭발물을 사용하여 사람의 생명, 신체, 재산을 해하는 행위가 있으면 그 자체가 공안문란행위라 할 것이며 이로서 동죄의 구성요건에 해당하는 것이라고 봄이 상당하다 할 것이므로 사람을 살해할 목적으로 방실에서 다이나마이트를 폭발케 하여 사람에게 상해를 입히고 나아가 가재를 손괴하였다면 살인미수죄 이외에 폭발물사용죄가 성립된다.

〈판례선정이유〉

고의로 폭발물을 사용하여 살인 등을 한 경우의 죄수관계에 대한 상반된 하급심의 판단을 소개함으로써 폭발물 사용죄와 그 목적한 범죄의 죄수관계를 판단하게 하려고 선정하였다.

III. 방화와 실화의 죄

377. 방화죄에서 건조물의 의미

(대법원 2013.12.12. 선고 2013도3950 판결)

〈쟁점〉

방화죄의 객체인 '건조물'의 개념

〈판결요지〉

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.

원심은, 이 사건 폐가는 지붕과 문짝, 창문이 없고 담장과 일부 벽체가 붕괴된 철거 대상건물로서 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 주변 수목 4~5그루를 태우고 폐가의 벽을 일부 그을리게 하는 정도만으로는 방화죄의 기수에 이르렀다고 보기 어려우며, 일반물건방화죄에 관하여는 미수범의 처벌 규정이 없다는 이유로 제1심의 유죄판결을 파기하고 피고인에게 무죄를 선고하였다.

위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 방화죄에 있어 건조물에 관한 개념을 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

〈판례선정이유〉

방화죄의 대상인 건조물의 의미에 대한 판단기준을 제시하고 이 사건 폐가는 일반물건에 해당하며 일반물건방화죄에는 미수범의 처벌규정이 없어 무죄라는 취지의 판결이다.

378. 방화죄에서 실행의 착수시기

(대법원 2002. 3.26. 선고 2001도6641 판결)

〈쟁점〉

매개물을 통한 현존건조물방화죄의 실행의 착수시기 및 그 판단 방법

〈판결요지〉

매개물을 통한 점화에 의하여 건조물을 소훼함을 내용으로 하는 형태의 방화죄의 경우에, 범인이 그 매개물에 불을 켜서 붙였거나 또는 범인의 행위로 인하여 매개물에 불이 붙게 됨으로써 연소작용이 계속될 수 있는 상태에 이르렀다면, 그것이 곧바로 진화되는 등의 사정으로 인하여 목적물인 건조물 자체에는 불이 옮겨 붙지 못하였다고 하더라도, 방화죄의 실행의 착수가 있었다고 보아야 할 것이고, 구체적인 사건에 있어서 이러한 실행의 착수가 있었는지 여부는 범행 당시 피고인의 의사 내지 인식, 범행의 방법과 태양, 범행 현장 및 주변의 상황, 매개물의 종류와 성질 등의 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

〈판례선정이유〉

방화죄에서 실행의 착수시기에 관한 기본적인 판결이다.

379. 방화죄의 기수시기

(대법원 1970. 3. 24. 선고 70도330 판결)

〈쟁점〉

방화죄의 기수시기

〈판결요지〉

방화죄는 화력이 매개물을 떠나 스스로 연소할 수 있는 상태에 이르렀을 때에 기수가 된다.

〈판례선정이유〉

방화죄의 기수시기에 대한 독립연소설의 입장을 취하고 있는 판결이다.

380. 방화죄와 다른 범죄의 죄수관계

(대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3416 판결)

〈쟁점〉

재물을 강취한 후 피해자를 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우, 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄의 관계(=상상적 경합)

〈판결요지〉

피고인들이 피해자들의 재물을 강취한 후 그들을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우, 피고인들의 행위는 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄에 모두 해당하고 그 두 죄는 상상적 경합범관계에 있다.

〈판례선정이유〉

현주건조물방화치사죄가 부진정결과적 가중범이며, 이 죄와 강도살인죄는 상상적 경합관계에 있다는 중요 판결이다.

381. 일반물건방화죄에서 '일반물건'의 의미

(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7421 판결)

〈쟁점〉

불을 놓아 '무주물'을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 경우, 형법 제167조 제2항을 적용하여 처벌할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

형법 제167조 제2항은 방화의 객체인 물건이 자기의 소유에 속한 때에는 같은 조 제1항보다 감경하여 처벌하는 것으로 규정하고 있는바, 방화죄는 공공의 안전을 제1차적인 보호법익으로 하지만 제2차적으로는 개인의 재산권을 보호하는 것이라고 볼 수 있는 점, 현재 소유자가 없는 물건인 무주물에 방화하는 경우에 타인의 재산권을 침해하지 않는 점은 자기의 소유에 속한 물건을 방화하는 경우와 마찬가지인 점, 무주의 동산을 소유의 의사로 점유하는 경우에 소유권을 취득하는 것에 비추어(민법 제252조) 무주물에 방화하는 행위는 그 무주물을 소유의 의사로 점유하는 것이라고 볼 여지가 있는 점 등을 종합하여 보면, 불을 놓아 무주물을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 경우에는 '무주물'을 '자기 소유의 물건'에 준하는 것으로 보아 형법 제167조 제2항을 적용하여 처벌하여야 한다.

〈판례선정이유〉

무주물이더라도 이를 자기의 범행에 사용하면 무주물선점의 소유권 법리에 따라 자기물건 일반물건방화죄에 해당한다는 중요 판결이다.

382. 실화죄의 객체

(대법원 1994.12.20. 선고 94모32 결정)

〈쟁점〉

형법 제170조 제2항 소정의 '자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건'의 해석과 죄형법정주의 원칙

〈판결요지〉

[다수의견] 형법 제170조 제2항에서 말하는 '자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기

재한 물건'이라 함은 '자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 자기의 소유에 속하든, 타인의 소유에 속하든 불문하고 제167조에 기재한 물건'을 의미하는 것이라고 해석하여야 하며, 제170조 제1항과 제2항의 관계로 보아서도 제166조에 기재한 물건(일반건조물 등) 중 타인의 소유에 속하는 것에 관하여는 제1항에서 규정하고 있기 때문에 제2항에서는 그중 자기의 소유에 속하는 것에 관하여 규정하고, 제167조에 기재한 물건에 관하여는 소유의 귀속을 불문하고 그 대상으로 삼아 규정하고 있는 것이라고 봄이 관련조문을 전체적, 종합적으로 해석하는 방법일 것이고, 이렇게 해석한다고 하더라도 그것이 법규정의 가능한 의미를 벗어나 법형성이나 법창조행위에 이른 것이라고는 할 수 없어 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 유추해석이나 확장해석에 해당한다고 볼 수는 없을 것이다.

[반대의견] 형법 제170조 제2항은 명백히 '자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건'이라고 되어 있을 뿐 '자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 제167조에 기재한 물건'이라고는 되어 있지 아니하므로, 우리말의 보통의 표현방법으로는 '자기의 소유에 속하는'이라는 말은 '제166조 또는 제167조에 기재한 물건'을 한꺼번에 수식하는 것으로 볼 수밖에 없고, 같은 규정이 '자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는, 아무런 제한이 따르지 않는 단순한, 제167조에 기재한 물건'을 뜻하는 것으로 볼 수는 없다.

〈판례선정이유〉

형법 제170조 제2항 소정의 '자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건'의 죄형법정주의에 합당한 해석의 원칙을 제시하는 중요 판결이다.

383. 중실화죄에서 중과실의 판단

(대법원 1989. 1. 17. 선고 88도643 판결)

〈쟁점〉

중실화죄에 있어서의 "중대한 과실"의 판단기준

〈판결요지〉

연탄아궁이로부터 80센티미터 떨어진 곳에 쌓아둔 스폰지요, 솜 등이 연탄아궁이 쪽으로 넘어지면서 화재현장에 의한 화재가 발생한 경우라고 하더라도 그 스폰지요, 솜 등을 쌓아두는 방법이나 상태 등에 관하여 아주 작은 주의만 기울였더라면 스폰지요나 솜 등이 넘어지고 또 그로 인하여 화재가 발생할 것을 예견하여 회피할 수 있었음에도 불구하고 부주의로 이를 예견하지 못하고 스폰지와 솜 등을 쉽게 넘어질 수 있는 상태로 쌓아둔 채 방치하였기 때문에 화재가 발생한 것으로 판단되어야만, "중대한 과실"로 인하여 화재가 발생한 것으로 볼 수 있다.

〈판례선정이유〉

중실화죄에 있어서의 "중대한 과실"의 판단기준을 제시하고 있는 판결이다.

384. 과실폭발성물건파열에서 과실과 인과관계 판단

(대법원 2001. 6. 1. 선고 99도5086 판결)

〈쟁점〉

임차인이 자신의 비용으로 설치·사용하던 가스설비의 휴즈콕크를 아무런 조치 없이 제거하고 이사를 간 후 가스공급을 개별적으로 차단할 수 있는 주밸브가 열려져 가스가 유입되어 폭발사고가 발생한 경우, 임차인의 과실과 가스폭발사고 사이의 상당인과관계를 인정한 사례

〈판결요지〉

임차인이 자신의 비용으로 설치·사용하던 가스설비의 휴즈콕크를 아무런 조치 없이 제거하고 이사를 간 후 가스공급을 개별적으로 차단할 수 있는 주밸브가 열려져 가스가 유입되어 폭발사고가 발생한 경우, 구 액화석유가스의안전및사업관리법상의 관련 규정 취지와 그 주밸브가 누군가에 의하여 개폐될 가능성을 배제할 수 없다는 점 등에 비추어 그 휴즈콕크를 제거하면서 그 제거부분에 아무런 조치를 하지 않고 방치하면 주밸브가 열리는 경우 유입되는 가스를 막을 아무런 안전장치가 없어 가스 유출로 인한 대형사고의 가능성이 있다는 것은 평균인의 관점에서 객관적으로 볼 때 충분히 예견할 수 있다는 이유로 임차인의 과실과 가스폭발사고 사이의 상당인과관계를 인정한 사례.

〈판례선정이유〉

과실폭발성물건파열에서 과실 판단은 평균인의 관점에서 객관적으로 판단하고 그 과실과 가스폭발사고 사이에는 상당인과관계를 인정한 판결이다.

IV. 일수와 수리에 관한 죄

385. 수리방해죄의 성립 요건

(대법원 2001. 6.26. 선고 2001도404 판결)

〈쟁점〉

형법 제184조 수리방해죄에 있어 '수리(水利)'와 '수리를 방해'의 의미 및 수리방해죄의 성립요건

〈판결요지〉

형법 제184조는 '제방을 결궤(決潰, 무너뜨림)하거나 수문을 파괴하거나 기타 방법으로 수리를 방해'하는 것을 구성요건으로 하여 수리방해죄를 규정하고 있는바 여기서 수리(水利)라 함은, 관개용·목축용·발전이나 수차 등의 동력용·상수도의 원천용 등 널리 물이라는 천연자원을 사람의 생활에 유익하게 사용하는 것을 가리키고(다만, 형법 제185조의 교통방해죄 또는 형법 제195조의 수도

불통죄의 경우 등 다른 규정에 의하여 보호되는 형태의 물의 이용은 제외될 것이다), 수리를 방해한다 함은 제방을 무너뜨리거나 수문을 파괴하는 등 위 조문에 예시된 것을 포함하여 저수시설, 유수로(流水路)나 송·인수시설 또는 이들에 부설된 여러 수리용 장치를 손괴·변경하거나 효용을 해침으로써 수리에 지장을 일으키는 행위를 가리키며, 나아가 수리방해죄는 타인의 수리권을 보호법익으로 하므로 수리방해죄가 성립하기 위하여는 법령, 계약 또는 관습 등에 의하여 타인의 권리에 속한다고 인정될 수 있는 물의 이용을 방해하는 것이어야 한다.

〈판례선정이유〉

수리방해죄의 성립요건에 대한 기본 판례로서 구성요건상의 기본 개념에 대한 의미를 판시하고 있는 판결이다.

386. 수리권의 근거

(대법원 1968. 2.20. 선고 67도1677판결)

〈쟁점〉

관습에 의한 수리권의 발생여부

〈판결요지〉

몽리민들이 계속하여 20년 이상 평온 공연하게 본건 유지의 물을 사용하여 소유농지를 경작하여 왔다면 그 유지의 물을 사용할 권리가 있다고 할 것이므로 그 권리를 침해하는 행위는 수리방해죄를 구성한다 할 것이다.

〈판례선정이유〉

관습형법은 금지되나 성문형법의 해석에 관습의 사용은 허용된다는 취지의 판결이다..

V. 교통방해의 죄

387. 일반교통방해죄의 성립요건(1)

(대법원 2019. 4. 23. 선고 2017도1056 판결)

〈쟁점〉

도로에서의 집회나 시위가 교통방해행위를 수반할 경우, 일반교통방해죄가 성립하는지 여부(원칙적 적극)

〈판결요지〉

일반교통방해죄는 이른바 추상적 위험범으로서 교통이 불가능하거나 또는 현저히 곤란한 상태가

발생하면 바로 기수가 되고 교통방해의 결과가 현실적으로 발생하여야 하는 것은 아니다(대법원 2005. 10. 28. 선고 2004도7545 판결 등 참조). 또한 일반교통방해죄에서 교통방해행위는 계속범의 성질을 가지는 것이어서 교통방해의 상태가 계속되는 한 위법상태는 계속 존재한다. 따라서 교통방해를 유발한 집회에 참가한 경우 참가 당시 이미 다른 참가자들에 의해 교통의 흐름이 차단된 상태였다고 하더라도 교통방해를 유발한 다른 참가자들과 암묵적·순차적으로 공모하여 교통방해의 위법상태를 지속시켰다고 평가할 수 있다면 일반교통방해죄가 성립한다(대법원 2018. 1. 24. 선고 2017도11408 판결, 대법원 2018. 5. 11. 선고 2017도9146 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

일반교통방해죄의 성격이 추상적 위험범이고 또 계속범이라고 선언하는 판결이다.

388. 일반교통방해죄가 성립하기 위한 요건(2)

(대법원 2018. 5. 11. 선고 2017도9146 판결)

〈쟁점〉

집회 및 시위에 관한 법률에 따른 신고 없이 이루어진 집회에 참석한 참가자들이 차로 위를 행진하는 등으로 도로 교통을 방해함으로써 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 경우, 일반교통방해죄가 성립하는지 여부(적극) 및 이때 참가자에게 일반교통방해죄가 성립하기 위한 요건

〈판결요지〉

집회 및 시위에 관한 법률에 따른 신고 없이 이루어진 집회에 참석한 참가자들이 차로 위를 행진하는 등으로 도로 교통을 방해함으로써 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 경우에 일반교통방해죄가 성립한다. 그러나 이 경우에도 참가자 모두에게 당연히 일반교통방해죄가 성립하는 것은 아니고, 실제로 참가자가 집회·시위에 가담하여 교통방해를 유발하는 직접적인 행위를 하였거나, 참가자의 참가 경위나 관여 정도 등에 비추어 참가자에게 공모공동정범의 죄책을 물을 수 있는 경우라야 일반교통방해죄가 성립한다.

〈판례선정이유〉

집회의 자유 허용한계와 도로교통방해죄의 판단 기준에 관한 중요 판례이다.

389. 교통방해치사상죄의 성격

(대법원 2014.7.24. 선고 2014도6206 판결)

〈쟁점〉

교통방해치사상죄의 성립 요건 및 교통방해 행위와 사상의 결과 사이에 상당인과관계를 인정할

수 있는 경우

〈판결요지〉

형법 제188조에 규정된 교통방해에 의한 치사상죄는 결과적 가중범이므로, 위 죄가 성립하려면 교통방해 행위와 사상의 결과 사이에 상당인과관계가 있어야 하고 행위 시에 결과의 발생을 예견할 수 있어야 한다. 그리고 교통방해 행위가 피해자의 사상이라는 결과를 발생하게 한 유일하거나 직접적인 원인이 된 경우만이 아니라, 그 행위와 결과 사이에 피해자나 제3자의 과실 등 다른 사실이 개재된 때에도 그와 같은 사실이 통상 예견될 수 있는 것이라면 상당인과관계를 인정할 수 있다.

〈판례선정이유〉

교통방해 행위와 치사상의 결과 발생 사이에 상당인과관계를 인정할 수 있는 경우를 구별할 수 있게 하는 판결이다.

390. 형법 제187조 선박파괴죄에서 말하는 '파괴'의 의미

(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도11921 판결)

〈쟁점〉

선박파괴죄에서 말하는 '파괴'의 의미

〈판결요지〉

형법이 제187조를 교통방해의 죄 중 하나로서 그 법정형을 높게 정하는 한편 미수, 예비·음모까지도 처벌 대상으로 삼고 있는 사정에 덧붙여 '파괴' 외에 다른 구성요건 행위인 전복, 매몰, 추락 행위가 일반적으로 상당한 정도의 손괴를 수반할 것이 당연히 예상되는 사정 등을 고려해 볼 때, 형법 제187조에서 정한 '파괴'란 다른 구성요건 행위인 전복, 매몰, 추락 등과 같은 수준으로 인정할 수 있을 만큼 교통기관으로서의 기능·용법의 전부나 일부를 불가능하게 할 정도의 파손을 의미하고, 그 정도에 이르지 아니하는 단순한 손괴는 포함되지 않는다.

〈판례선정이유〉

선박파괴죄에서 말하는 '파괴'의 의미와 그 정도를 설시하고 단순손괴는 이에 포함되지 않는다는 취지의 판결이다.

391. 형법 제189조의 성립요건

(대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1740 판결)

〈쟁점〉

성수대교 붕괴사고에서 교량 건설회사의 트러스 제작 책임자, 교량공사현장감독, 발주 관청의 공사감독 공무원 등에게 업무상과실치사상,업무상과실일반교통방해, 업무상과실자동차추락죄 등의 유죄를 인정한 사례

〈판결요지〉

[1] 구형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정되기 전의 것) 제189조 제2항, 제185조에서 업무상과실일반교통방해의 한 행위태양으로 규정한 '손괴'라고 함은 물리적으로 파괴하여 그 효용을 상실하게 하는 것을 말하므로, 이 사건 성수대교의 건설 당시의 부실제작 및 부실시공행위 등에 의하여 트러스가 붕괴되는 것도 위 '손괴'의 개념에 포함된다.

[2] 구형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정되기 전의 것) 제189조 제2항에서 말하는 '업무상과실'의 주체는 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기나 기타 일반의 '교통왕래에 관여하는 사무'에 직접·간접으로 종사하는 자이어야 할 것인바, 성수대교는 차량 등의 통행을 주된 목적으로 하여 건설된 교량이므로, 그 건설 당시 제작, 시공을 담당한 자도 '교통왕래에 관여하는 사무'에 간접적으로 관련이 있는 자에 해당한다고 본 사례.

[3] 업무상과실로 인하여 교량을 손괴하여 자동차의 교통을 방해하고 그 결과 자동차를 추락시킨 경우에는 구형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정되기 전의 것) 제189조 제2항, 제185조 소정의 업무상과실일반교통방해죄와 같은 법 제189조 제2항, 제187조 소정의 업무상과실자동차추락죄가 성립하고, 위 각 죄는 형법 제40조 소정의 상상적 경합관계에 있다.

〈판례선정이유〉

이른바 '성수대교 붕괴사건'에 대한 판단으로 업무상과실치사상에 관한 중요 판례이다.

392. 업무상과실기차추락에서 업무상 과실의 인정

(대법원 1991. 11. 12. 선고 91도1278 판결)

〈쟁점〉

업무상과실기차추락에서 업무상 과실의 인정

〈판결요지〉

열차 기관사는 운전개시 전 차장으로부터 차장실의 공기압력계 점검결과 등을 무전으로 수신하는 등으로 열차의 제동장치 이상 유무를 확인하여야 할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리 하였다 하여 업무상 과실을 인정한 사례.

〈판례선정이유〉

업무상 과실의 인정에 관한 기본 판례이다.

제2장 공공의 신용에 대한 죄

I. 통화에 관한 죄

393. 통화위조죄에 있어서의 '위조'의 정도

(대법원 1979. 8. 28. 선고 79도639 판결)

〈쟁점〉

통화위조죄에 있어서의 위조의 정도

〈판결요지〉

한국은행권 10원짜리 주화의 표면에 하얀 약칠을 하여 100원짜리 주화와 유사한 색채를 갖도록 색채의 변경만을 한 경우 이는 일반인으로 하여금 진정한 통화로 오신케 할 정도의 새로운 화폐를 만들어 낸 것이라고 볼 수 없다.

〈판례선정이유〉

통화에 관한 죄에서 기본개념인 되는 '위조'의 의미와 정도를 판단하게 하는 기본 판결이다.

394. 통화변조죄에 있어서의 '변조'의 정도(1)

(대법원 2002. 1. 11. 선고 2000도3950 판결)

〈쟁점〉

일본국의 자동판매기 등에 투입하여 일본국의 500¥짜리 주화처럼 사용하기 위하여 한국은행발행 500원짜리 주화의 표면 일부를 깎아내어 손상을 가한 경우, 통화변조에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

피고인들이 한국은행발행 500원짜리 주화의 표면 일부를 깎아내어 손상을 가하였지만 그 크기와 모양 및 대부분의 문양이 그대로 남아 있어, 이로써 기존의 500원짜리 주화의 명목가치나 실질가치가 변경되었다거나, 객관적으로 보아 일반인으로 하여금 일본국의 500¥짜리 주화로 오신케 할 정도의 새로운 화폐를 만들어 낸 것이라고 볼 수 없고, 일본국의 자동판매기 등이 위와 같이 가공된 주화를 일본국의 500¥짜리 주화로 오인한다는 사정만을 들어 그 명목가치가 일본국의 500¥으로 변경되었다거나 일반인으로 하여금 일본국의 500¥짜리 주화로 오신케 할 정도에 이르렀다고 볼 수도 없다.

〈판례선정이유〉

통화에 관한 죄에서 기본개념인 '변조'의 의미와 정도를 판단하게 하는 기본 판결이다.

395. 통화변조죄에 있어서의 '변조'의 정도(2)

(대법원 2002. 1. 11. 선고 2000도3950 판결)

〈쟁점〉

통화변조에 해당하기 위한 요건

〈판결요지〉

진정한 통화에 대한 가공행위로 인하여 기존 통화의 명목가치나 실질가치가 변경되었다거나 객관적으로 보아 일반인으로 하여금 기존 통화와 다른 진정한 화폐로 오신하게 할 정도의 새로운 물건을 만들어 낸 것으로 볼 수 없다면 통화가 변조되었다고 볼 수 없다

〈판례선정이유〉

통화에 관한 죄에서 기본개념인 '변조'의 의미와 정도를 판단하게 하는 기본 판결이다.

396. 통화위조변조죄에 있어서의 '통용'과 '유통'의 의미(1)

(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도3340 판결)

〈쟁점〉

형법 제207조 제2항 소정의 내국에서 '유통하는'의 의미

〈판결요지〉

[1] 형법 제207조 제2항 소정의 내국에서 '유통하는'이란, 같은 조 제1항, 제3항 소정의 '통용하는'과 달리, 강제통용력이 없이 사실상 거래 대가의 지급수단이 되고 있는 상태를 가리킨다.

[2] 위조통화임을 알고 있는 자에게 그 위조통화를 교부한 경우에 피교부자가 이를 유통시키리라는 것을 예상 내지 인식하면서 교부하였다면, 그 교부행위 자체가 통화에 대한 공공의 신용 또는 거래의 안전을 해할 위험이 있으므로 위조통화행사죄가 성립한다.

〈판례선정이유〉

통화에 관한 죄에서 기본개념인 '통용과 유통'의 의미를 판단하게 하는 기본 판결이다.

397. 통화위조변조죄에 있어서의 '통용'과 '유통'의 의미(2)

(대법원 2004. 5. 14. 선고 2003도3487 판결)

〈쟁점〉

일반인의 관점에서 통용할 것이라고 오인할 가능성이 있는 외국의 지폐가 형법 제207조 제3항에서 규정한 '외국에서 통용하는 외국의 지폐'에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

형법 제207조 제3항은 "행사할 목적으로 외국에서 통용하는 외국의 화폐, 지폐 또는 은행권을 위조 또는 변조한 자는 10년 이하의 징역에 처한다."고 규정하고 있는바, 여기에서 외국에서 통용한다고 함은 그 외국에서 강제통용력을 가지는 것을 의미하는 것이므로 외국에서 통용하지 아니하는 즉, 강제통용력을 가지지 아니하는 지폐는 그것이 비록 일반인의 관점에서 통용할 것이라고 오인할 가능성이 있다고 하더라도 위 형법 제207조 제3항에서 정한 외국에서 통용하는 외국의 지폐에 해당한다고 할 수 없고, 만일 그와 달리 위 형법 제207조 제3항의 외국에서 통용하는 지폐에 일반인의 관점에서 통용할 것이라고 오인할 가능성이 있는 지폐까지 포함시키면 이는 위 처벌조항을 문언상의 가능한 의미의 범위를 넘어서까지 유추해석 내지 확장해석하여 적용하는 것이 되어 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로 허용되지 않는다.

〈판례선정이유〉

통화에 관한 죄에서 기본개념인 '통용과 유통'의 의미를 판단하게 하는 기본 판결이다.

398. 위조통화행사죄의 객체가 될 수 있는지 여부(1)

(대법원 1985. 4. 23. 선고 85도570 판결)

〈쟁점〉

객관적으로 진정한 통화로 오인될 염려가 없어도 위조통화행사죄의 객체가 될 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

위조통화행사죄의 객체인 위조통화는 객관적으로 보아 일반인으로 하여금 진정통화로 오신케 할 정도에 이른 것이면 족하고 그 위조의 정도가 반드시 진물에 흡사하여야 한다거나 누구든지 쉽게 그 진부를 식별하기가 불가능한 정도의 것일 필요는 없으나, 이 사건 위조지폐인 한국은행 10,000원권과 같이 전자복사기로 복사하여 그 크기와 모양 및 앞뒤로 복사되어 있는 점은 진정한 통화와 유사하나 그 복사된 정도가 조잡하여 정밀하지 못하고 진정한 통화의 색채를 갖추지 못하고 흑백으로만 되어 있어 객관적으로 이를 진정한 것으로 오인할 염려가 전혀 없는 정도의 것인 경우에는 위조통화행사죄의 객체가 될 수 없다.

〈판례선정이유〉

위조통화행사죄의 객체는 위조된 통화이고, 객관적으로 보아 일반인으로 하여금 진정통화로 오신케 할 정도에 이른 것이면 족하다는 판결이다.

399. 위조통화행사죄의 객체가 될 수 있는지 여부(2)

(대법원 1986. 3. 25. 선고 86도255 판결)

〈쟁점〉

통화의 앞 뒤면을 전자복사기로 복사하여 같은 크기로 자른 것이 통화위조죄 및 위조통화행사죄의 객체가 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

통화위조죄와 위조통화행사죄의 객체인 위조통화는 그 통화과정에서 일반인이 진정한 통화로 오인할 정도의 외관을 갖추어야 할 것이므로, 한국은행발행 일만원권 지폐의 앞.뒷면을 전자복사기로 복사하여 비슷한 크기로 자른 정도의 것은 객관적으로 진정한 통화로 오인할 정도에 이르지 못하여 통화위조죄 및 위조통화행사죄의 객체가 될 수 없다.

〈판례선정이유〉

위조통화행사죄의 객체는 위조된 통화인데, 객관적으로 진정한 통화로 오인할 정도에 이르지 못한 때에는 통화위조죄 및 위조통화행사죄의 객체가 될 수 없다는 판례이다.

400. 위조통화행사죄의 객체가 될 수 있는지 여부(3)

(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012도2249 판결)

〈쟁점〉

위조된 외국의 화폐, 지폐 또는 은행권이 외국에서 강제통용력이 없고 국내에서 사실상 거래 대가의 지급수단이 되지 않는 경우, 그 화폐 등을 행사한 행위가 위조통화행사죄를 구성하는지 여부(소극) 및 이 경우 위조사문서행사죄 또는 위조사도화행사죄로 의율할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

형법상 통화에 관한 죄는 문서에 관한 죄에 대하여 특별관계에 있으므로 통화에 관한 죄가 성립하는 때에는 문서에 관한 죄는 별도로 성립하지 않는다. 그러나 위조된 외국의 화폐, 지폐 또는 은행권이 강제통용력을 가지지 않는 경우에는 형법 제207조 제3항에서 정한 '외국에서 통용하는 외국의 화폐 등'에 해당하지 않고, 나아가 그 화폐 등이 국내에서 사실상 거래 대가의 지급수단이 되고 있지 않는 경우에는 형법 제207조 제2항에서 정한 '내국에서 유통하는 외국의 화폐 등'에도 해

당하지 않으므로, 그 화폐 등을 행사하더라도 형법 제207조 제4항에서 정한 위조통화행사죄를 구성하지 않는다고 할 것이고, 따라서 이러한 경우에는 형법 제234조에서 정한 위조사문서행사죄 또는 위조사도화행사죄로 의율할 수 있다고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

통화위조죄 및 위조통화행사죄의 객체가 될 수 있는 위조통화의 의미와 정도에 관한 판단기준을 제시하는 판결이다.

401. 통화위조죄에서 '행사할 목적'의 의미

(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011도7704 판결)

〈쟁점〉

형법 제207조 통화위조죄 등에서 '행사할 목적'의 의미 및 자신의 신용력을 증명하기 위하여 타인에게 보일 목적으로 통화를 위조한 경우, 행사할 목적이 인정되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

형법 제207조에서 정한 '행사할 목적'이란 유가증권위조의 경우와 달리 위조·변조한 통화를 진정한 통화로서 유통에 놓겠다는 목적을 말하므로, 자신의 신용력을 증명하기 위하여 타인에게 보일 목적으로 통화를 위조한 경우에는 행사할 목적이 있다고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

통화위조죄에서 '행사할 목적'의 행사는 진정한 통화를 유통에 놓겠다는 것을 의미하므로 타인에게 자신의 신용력을 과시할 목적으로 위조한 경우는 이에 해당되지 않는다고 판시한 판결이다.

402. 통화위조에서 실행의 착수시기

(대법원 1966.12. 6. 선고 66도1317 판결)

〈쟁점〉

통화위조의 착수에 이르렀다고 볼 수 없는 사례

〈판결요지〉

피고인이 행사할 목적으로 미리 준비한 물건들과 옵세트인쇄기를 사용하여 한국은행권 100원권을 사진찍어 그 필름 원판 7매와 이를 확대하여 현상한 인화지 7매를 만들었음에 그쳤다면 아직 통화위조의 착수에는 이르지 아니하였고 그 준비단계에 불과하다.

〈판례선정이유〉

통화위조에서 실행의 착수시기를 제시하는 판결이다.

403. 통화죄와 다른 죄의 죄수관계

(대법원 1979. 7. 10. 선고 79도840 판결)

〈쟁점〉

위조통화를 행사한 경우 사기죄가 성립되는지 여부

〈판결요지〉

통화위조죄에 관한 규정은 공공의 거래상의 신용 및 안전을 보호하는 공공적인 법익을 보호함을 목적으로 하고 있고, 사기죄는 개인의 재산법익에 대한 죄이어서 양죄는 그 보호법익을 달리하고 있으므로 위조통화를 행사하여 재물을 불법영득한 때에는 위조통화행사죄와 사기죄의 양죄가 성립된다.

〈판례선정이유〉

위조통화행사죄와 그 행사와 관련이 있는 다른 죄의 죄수관계 판단기준을 제시하고 있는 판결이다.

II. 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄

404. 유가증권의 의미(1)

(대법원 1995. 3. 14. 선고 95도20 판결)

〈쟁점〉

형법 제214조 소정의 유가증권의 의의

〈판결요지〉

형법 제214조의 유가증권이란 증권상에 표시된 재산상의 권리의 행사와 처분에 그 증권의 점유를 필요로 하는 것을 총칭하는 것으로서 그 명칭에 불구하고 재산권이 증권에 화체된다는 것과 그 권리의 행사와 처분에 증권의 점유를 필요로 한다는 두 가지 요소를 갖추면 족하고, 반드시 유통성을 가질 필요도 없다.

〈판례선정이유〉

형법 제214조의 유가증권에는 재산권이 증권에 화체된다는 점과 그 권리의 행사와 처분에 증권의 점유를 필요로 한다는 두 가지 요소를 갖추어야 한다는 판결이다.

405. 유가증권의 의미(2)

(대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2483 판결)

〈쟁점〉

공중전화카드가 유가증권인지 여부

〈판결요지〉

형법 제214조에서 유가증권이라 함은, 증권상에 표시된 재산상의 권리의 행사와 처분에 그 증권의 점유를 필요로 하는 것을 총칭하는 것인바, 공중전화카드는 그 표면에 전체 통화가능 금액과 발행인이 문자로 기재되어 있고, 자기(자기)기록 부분에는 당해 카드의 진정성에 관한 정보와 잔여 통화가능 금액에 관한 정보가 전자적 방법으로 기록되어 있어, 사용자가 카드식 공중전화기의 카드 투입구에 공중전화카드를 투입하면 공중전화기에 내장된 장치에 의하여 그 자기정보가 해독되어 당해 카드가 발행인에 의하여 진정하게 발행된 것임이 확인된 경우 잔여 통화가능 금액이 공중전화기에 표시됨과 아울러 그 금액에 상당하는 통화를 할 수 있도록 공중전화기를 작동하게 하는 것이어서, 공중전화카드는 문자로 기재된 부분과 자기기록 부분이 일체로써 공중전화 서비스를 제공받을 수 있는 재산상의 권리를 화체하고 있고, 이를 카드식 공중전화기의 카드 투입구에 투입함으로써 그 권리를 행사하는 것으로 볼 수 있으므로, 공중전화카드는 형법 제214조의 유가증권에 해당한다.

〈판례선정이유〉

공중전화카드는 형법 제214조의 유가증권에 해당한다고 한 판결이다.

406. 유가증권의 의미(3)

(대법원 1998. 11. 24. 선고 98도2967 판결)

〈쟁점〉

스키장의 리프트탑승권이 형법상 유가증권이라고 본 사례

〈판결요지〉

[1] 스키장의 리프트탑승권이 형법상 유가증권이라고 본 사례.

[2] 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.

〈판례선정이유〉

스키장의 리프트탑승권은 형법 제214조 소정의 유가증권에 해당한다고 한 판결이다.

407. 유가증권의 의미(4)

(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도8480 판결)

〈쟁점〉

허위작성유가증권행사죄 또는 위조유가증권행사죄에서 유가증권의 의미

〈판결요지〉

허위작성유가증권행사죄 또는 위조유가증권행사죄에 있어서의 유가증권이라 함은 허위작성 또는 위조된 유가증권의 원본을 말하는 것이지 전자복사기 등을 사용하여 기계적으로 복사한 사본은 이에 해당하지 않는다(대법원 1998. 2. 13. 선고 97도2922 판결)

〈판례선정이유〉

허위작성유가증권행사죄 또는 위조유가증권행사죄에 있어서의 유가증권은 허위작성 또는 위조된 유가증권의 원본을 말하는 것이지, 기계적으로 복사한 사본은 해당하지 않는다는 판결이다.

408. 유가증권의 의미(5)

(대법원 2010. 5. 13. 선고 2008도10678 판결)

〈쟁점〉

사본의 유가증권성 여하

〈판결요지〉

피고인이 은행에 제출한 위조 선하증권의 사본이 위조유가증권행사죄에서 말하는 유가증권에 해당하지 않는다

〈판례선정이유〉

위조된 선하증권의 사본은 위조유가증권행사죄의 객체에 해당하지 않는다는 판결이다.

409. 유가증권의 의미와 판단방법

(대법원 2001. 8. 24. 선고 2001도2832 판결)

〈쟁점〉

형법 제214조 소정의 '유가증권'의 개념 및 그 판단 방법

〈판결요지〉

형법 제214조의 유가증권이란 증권상에 표시된 재산상의 권리의 행사와 처분에 그 증권의 점유를 필요로 하는 것을 총칭하는 것으로서 재산권이 증권에 화체된다는 것과 그 권리의 행사와 처분에 증권의 점유를 필요로 한다는 두 가지 요소를 갖추면 족하지 반드시 유통성을 가질 필요는 없고, 또한 위 유가증권은 일반인이 진정한 것으로 오신할 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 되므로 증권이 비록 문방구 약속어음 용지를 이용하여 작성되었다고 하더라도 그 전체적인 형식·내용에 비추어 일반인이 진정한 것으로 오신할 정도의 약속어음 요건을 갖추고 있으면 당연히 형법상 유가증권에 해당한다.

〈판례선정이유〉

형법 제214조 소정의 '유가증권'은 일반인이 진정한 것으로 오신할 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 족하다는 판결이다.

410. 유가증권위조에서 작성명의인의 실재 여하(1)

(대법원 1971. 7. 27. 선고 71도905 판결)

〈쟁점〉

허무인 명의의 유가증권

〈판결요지〉

허무인 명의의 유가증권이라 할지라도 적어도 그것이 행사할 목적으로 작성되었고 외형상 일반인으로 하여금 진정하게 작성된 유가증권이라고 오신케 할 수 있을 정도라면 그 위조죄가 성립된다고 해석함이 상당하다.

〈판례선정이유〉

허무인 명의의 유가증권도 유가증권위조죄의 객체가 된다는 취지의 판결이다.

411. 유가증권위조에서 작성명의인의 실재 여하(2)

(대법원 2011. 7. 14. 선고 2010도1025 판결)

〈쟁점〉

사자 명의의 유가증권

〈판결요지〉

[1] 약속어음과 같이 유통성을 가진 유가증권의 위조는 일반거래의 신용을 해하게 될 위험성이

매우 크다는 점에서 적어도 행사할 목적으로 외형상 일반인으로 하여금 진정하게 작성된 유가증권이라고 오신케 할 수 있을 정도로 작성된 것이라면 그 발행명의인이 가령 실재하지 않은 사자 또는 허무인이라 하더라도 그 위조죄가 성립된다고 해석함이 상당하다(대법원 1971. 7. 27. 선고 71도905 판결 참조).

[2] 사자 명의로 된 약속어음을 작성함에 있어 사망자의 처로부터 사망자의 인장을 교부받아 생존 당시 작성한 것처럼 약속어음의 발행일자를 그 명의자의 생존 중의 일자로 소급하여 작성한 때에는 발행명의인의 승낙이 있었다고 볼 수 없다(대법원 1983. 10. 25. 선고 83도1520 판결, 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도4658 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

사자 명의의 유가증권도 유가증권위조죄의 객체가 된다는 취지의 판결이다.

412. 유가증권위조에서 작성명의인의 실재 여하(3)

(대법원 1982. 9. 28. 선고 82도296 판결)

〈쟁점〉

피고인이 망부의 사망 후 그 명의를 거래상 자기를 표시하는 명칭으로 사용하여 온 경우 그 망부 명의의 어음발행이 타인명의를 모용한 어음의 위조에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

어음에 기재되어야 할 어음행위자의 명칭은 반드시 어음행위자의 본명에 한하는 것은 아니고 상호, 별명 그 밖의 거래상 본인을 가리키는 것으로 인식되는 칭호라면 어느 것이나 다 가능하다고 볼 것이므로 비록 그 칭호가 타인의 명칭이라도 통상 그 명칭은 자기를 표시하는 것으로 거래상 사용하여 그것이 그 행위자를 지칭하는 것으로 인식되어 온 경우에는 그것을 어음상으로도 자기를 표시하는 칭호로 사용할 수 있다 할 것이므로 피고인이 그 망부의 사망 후 그의 명의를 거래상 자기를 표시하는 명칭으로 사용하여 온 경우에는 피고인에 의한 망부 명의의 어음발행은 피고인 자신의 어음행위라고 볼 것이고 이를 가리켜 타인의 명의를 모용하여 어음을 위조한 것이라고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

피고인이 그 망부의 사망 후 그의 명의를 거래상 자기를 표시하는 명칭으로 사용하여 온 경우에는 피고인에 의한 망부 명의의 어음발행은 피고인 자신의 어음행위라고 볼 것이고 타인의 명의를 모용하여 어음을 위조한 것이라고 할 수 없다는 판결이다.

413. 유가증권 작성권한의 유무(1)

(대법원 2015. 11. 27. 선고 2014도17894 판결)

〈쟁점〉

[1] 주식회사의 대표이사가 대표 자격을 표시하는 방식으로 문서를 작성한 행위가 위조에 해당하는지 판단하는 기준(=작성권한의 유무) 및 대표이사가 허위로 또는 대표권을 남용하여 주식회사 명의의 문서를 작성한 경우, 자격모용사문서작성죄 또는 사문서위조죄에 해당하는지 여부(소극)

[2] 이러한 법리는 대표이사가 대표 자격을 표시하는 방식으로 약속어음 등 유가증권을 작성하는 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 주식회사의 대표이사가 그 대표 자격을 표시하는 방식으로 작성한 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(대법원 2008. 12. 24. 선고 2008도7836 판결 참조).

[2] 주식회사의 적법한 대표이사는 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로, 대표이사가 직접 주식회사 명의의 문서를 작성하는 행위는 자격모용사문서작성 또는 위조에 해당하지 않는 것이 원칙이다. 이는 그 문서의 내용이 진실에 반하는 허위이거나 대표권을 남용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 작성된 경우에도 마찬가지이다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2010도1040 판결 참조). 이러한 법리는 주식회사의 대표이사가 대표 자격을 표시하는 방식으로 약속어음 등 유가증권을 작성하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.

〈판례선정이유〉

주식회사의 적법한 대표이사는 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로, 대표이사가 직접 주식회사 명의의 문서를 작성하는 행위는 자격모용사문서작성 또는 위조에 해당하지 않는다는 취지의 판결이다.

414. 유가증권 작성권한의 유무(2)

(대법원 1991. 2. 26. 선고 90도577 판결)

〈쟁점〉

주식회사의 전임 대표이사가 대표이사의 권한을 실질적으로 행사하는 자로서 후임 대표이사의 승낙을 얻어 잠정적으로 이전부터 사용하여 오던 자기 명의로 된 위 회사 대표이사의 명판을 이용하여 자신을 위 회사의 대표이사로 표시하여 약속어음을 발행 행사한 경우 자격모용 유가증권 작

성 및 동행사죄에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

주식회사 대표이사로 재직하던 피고인이 대표이사가 타인으로 변경되었음에도 불구하고 이전부터 사용하여 오던 피고인 명의로 된 위 회사 대표이사의 명판을 이용하여 여전히 피고인을 위 회사의 대표이사로 표시하여 약속어음을 발행, 행사하였다면, 설사 약속어음을 작성, 행사함에 있어 후임 대표이사의 승낙을 얻었다거나 위 회사의 실질적인 대표이사로서의 권한을 행사하는 피고인이 은행과의 당좌계약을 변경하는데에 시일이 걸려 잠정적으로 전임 대표이사인 그의 명판을 사용한 것이라 하더라도 이는 합법적인 대표이사로서의 권한 행사라 할 수 없어 자격모용유가증권작성 및 동행사죄에 해당한다.

〈판례선정이유〉

주식회사의 전임 대표이사가 약속어음을 작성, 행사함에 있어 후임 대표이사의 승낙을 얻었다거나 위 회사의 실질적인 대표이사로서의 권한을 행사하는 등 그 명판을 사용하는 거은 합법적인 대표이사로서의 권한 행사라 할 수 없어 자격모용유가증권작성 및 동행사죄에 해당한다는 판결이다.

415. 유가증권위조의 의미

(대법원 1972. 6. 13. 선고 72도897 판결)

〈쟁점〉

약속어음의 액면금액란에 자의로 합의된 금액의 한도를 엄청나게 넘는 금액을 기입한 경우

〈판결요지〉

약속어음의 액면금액란에 자의로 합의된 금액의 한도를 엄청나게 넘는 금액을 기입하는 것은 백지보충권의 범위를 초월하여 서명날인 있는 약속어음 용지를 이용한 새로운 약속어음의 발행에 해당하는 것으로서 그 소위가 유가증권위조죄를 구성한다.

〈판례선정이유〉

약속어음의 액면금액란에 자의로 합의된 금액의 한도를 엄청나게 넘는 금액을 기입한 경우는 새로운 약속어움의 발행에 해당하는 것으로서 유가증권위조죄를 구성한다고 한 판결이다.

416. 유가증권변조의 의미(1)

(대법원 2012. 9. 27. 선고 2010도15206 판결)

〈쟁점〉

유가증권의 내용 중 이미 변조된 부분을 다시 권한 없이 변경한 경우, 유가증권변조죄가 성립하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

유가증권변조죄에서 '변조'는 진정하게 성립된 유가증권의 내용에 권한 없는 자가 유가증권의 동일성을 해하지 않는 한도에서 변경을 가하는 것을 의미하고, 이와 같이 권한 없는 자에 의해 변조된 부분은 진정하게 성립된 부분이라 할 수 없다. 따라서 유가증권의 내용 중 권한 없는 자에 의하여 이미 변조된 부분을 다시 권한 없이 변경하였다고 하더라도 유가증권변조죄는 성립하지 않는다.

〈판례선정이유〉

유가증권의 내용 중 권한 없는 자에 의하여 이미 변조된 부분을 다시 권한 없이 변경하였다고 하더라도 유가증권변조죄는 성립하지 않는다고 판시하여 변조의 의미와 범위를 판사하고 있는 판결이다.

417. 유가증권변조의 의미(2)

(대법원 2006. 1. 26. 선고 2005도4764 판결)

〈쟁점〉

위조 유가증권에 대한 유가증권변조죄의 성립 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 유가증권변조죄에 있어서 변조라 함은 진정으로 성립된 유가증권의 내용에 권한 없는 자가 그 유가증권의 동일성을 해하지 않는 한도에서 변경을 가하는 것을 말하므로, 이미 타인에 의하여 위조된 약속어음의 기재사항을 권한 없이 변경하였다고 하더라도 유가증권변조죄는 성립하지 아니한다.

[2] 약속어음의 액면금액을 권한 없이 변경하는 것은 유가증권변조에 해당할 뿐 유가증권위조는 아니므로, 약속어음의 액면금액을 권한 없이 변경하는 행위가 당초의 위조와는 별개의 새로운 유가증권위조로 된다고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

유가증권변조죄는 진정으로 성립된 유가증권을 대상으로 하므로 위조된 유가증권에 대한 유가증권변조죄는 성립하지 않는다는 취지를 판시하고 있는 판결이다.

418. 유가증권변조의 의미(3)

(대법원 2012. 9. 27. 선고 2010도15206 판결)

〈쟁점〉

유가증권의 내용 중 이미 변조된 부분을 다시 권한 없이 변경한 경우, 유가증권변조죄가 성립하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

유가증권변조죄에서 '변조'는 진정하게 성립된 유가증권의 내용에 권한 없는 자가 유가증권의 동일성을 해하지 않는 한도에서 변경을 가하는 것을 의미하고, 이와 같이 권한 없는 자에 의해 변조된 부분은 진정하게 성립된 부분이라 할 수 없다. 따라서 유가증권의 내용 중 권한 없는 자에 의하여 이미 변조된 부분을 다시 권한 없이 변경하였다고 하더라도 유가증권변조죄는 성립하지 않는다.

〈판례선정이유〉

유가증권변조죄는 진정으로 성립된 유가증권을 대상으로 하므로 위조된 유가증권에 대한 유가증권변조죄는 성립하지 않는다는 취지를 판시하고 있는 판결이다.

419. 허위유가증권작성죄에서 허위의 의미(1)

(대법원 2005. 10. 27. 선고 판결)

〈쟁점〉

자기앞수표의 발행인이 수표의뢰인으로부터 수표자금을 입금 받지 아니한 채 자기앞수표를 발행한 경우, 허위유가증권작성죄의 성립 여부(소극)

〈판결요지〉

형법 제216조 전단의 허위유가증권작성죄는 작성권한 있는 자가 자기 명의로 기본적 증권행위를 함에 있어서 유가증권의 효력에 영향을 미칠 기재사항에 관하여 진실에 반하는 내용을 기재하는 경우에 성립하는바, 자기앞수표의 발행인이 수표의뢰인으로부터 수표자금을 입금받지 아니한 채 자기앞수표를 발행하더라도 그 수표의 효력에는 아무런 영향이 없으므로 허위유가증권작성죄가 성립하지 아니한다.

〈판례선정이유〉

자기앞수표의 발행인이 수표의뢰인으로부터 수표자금을 입금 받지 않은 채 자기앞수표를 발행하더라도 그 수표의 효력에는 아무런 영향이 없으므로 허위유가증권작성죄가 성립하지 않는다고 한 판결이다.

420. 허위유가증권작성죄에서 허위의 의미(2)

(대법원 2000. 5. 30. 선고 판결)

〈쟁점〉

은행을 통하여 지급이 이루어지는 약속어음의 발행인이 그 발행을 위하여 은행에 신고된 것이 아닌 발행인의 다른 인장을 날인한 경우, 허위유가증권작성죄의 성립 여부(소극)

〈판결요지〉

은행을 통하여 지급이 이루어지는 약속어음의 발행인이 그 발행을 위하여 은행에 신고된 것이 아닌 발행인의 다른 인장을 날인하였다 하더라도 그것이 발행인의 인장인 이상 그 어음의 효력에는 아무런 영향이 없으므로 허위유가증권작성죄가 성립하지 아니한다.

〈판례선정이유〉

유가증권에 관한 죄 중 기본적 구성요건요소의 의미에 대해 판단하는 판결이다.

421. 허위유가증권작성죄에서 허위의 의미(3)

(대법원 1986. 6. 24. 선고 84도547 판결)

〈쟁점〉

어음배서인의 주소를 허위기재 한 것이 허위유가증권작성죄에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

배서인의 주소기재는 배서의 요건이 아니므로 약속어음 배서인의 주소를 허위로 기재하였다고 하더라도 그것이 배서인의 인적 동일성을 해하여 배서인이 누구인지를 알 수 없는 경우가 아닌 한 약속어음상의 권리관계에 아무런 영향을 미치지 않는다 할 것이고, 따라서 약속어음상의 권리에 아무런 영향을 미치지 않는 사항은 그것을 허위로 기재하더라도 형법 제216조 소정의 허위유가증권작성죄에 해당되지 않는다.

〈판례선정이유〉

유가증권에 관한 죄 중 기본적 구성요건요소의 의미에 대해 판단하는 판결이다.

422. 행사의 의미와 범위(1)

(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도12553 판결)

〈쟁점〉

유가증권위조죄의 공범 사이에서의 위조유가증권 교부행위가 위조유가증권행사죄에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 위조유가증권행사죄의 처벌목적은 유가증권의 유통질서를 보호하는 데 있는 만큼 단순히 문서의 신용성을 보호하고자 하는 위조공·사문서행사죄의 경우와는 달리 교부자가 진정 또는 진실한 유가증권인 것처럼 위조유가증권을 행사하였을 때뿐만 아니라 위조유가증권임을 알고 있는 자에게 교부하였더라도 피교부자가 이를 유통시킬 것임을 인식하고 교부하였다면, 그 교부행위 그 자체가 유가증권의 유통질서를 해할 우려가 있어 처벌의 이유와 필요성이 충분히 있으므로 위조유가증권행사죄가 성립한다고 보아야 할 것이지만, 위조유가증권의 교부자와 피교부자가 서로 유가증권위조를 공모하였거나 위조유가증권을 타에 행사하여 그 이익을 나누어 가질 것을 공모한 공범의 관계에 있다면, 그들 사이의 위조유가증권 교부행위는 그들 이외의 자에게 행사함으로써 범죄를 실현하기 위한 전단계의 행위에 불과한 것으로서 위조유가증권은 아직 범인들의 수중에 있다고 볼 것이지 행사되었다고 볼 수는 없다.

〈판례선정이유〉

유가증권위조죄의 공범간에 위조유가증권 교부행위는 위조유가증권행사죄에 해당하지 않는다고 하는 판결이다.

423. 행사의 의미와 범위(2)

(대법원 1989. 4. 11. 선고 88도1105 판결)

〈쟁점〉

[1] 형법 제218조 및 제219조의 "행사"의 의미와 위조우표를 수집의 대상으로 매매하는 경우를 포함하는지 여부(적극)

[2] 위조우표를 그 정을 아는 자에게 교부한 경우와 "행사할 목적"

〈판결요지〉

[1] 위조우표취득죄 및 위조우표행사죄에 관한 형법 제219조 및 제218조 제2항 소정의 "행사"라 함은 위조된 대한민국 또는 외국의 우표를 진정한 우표로서 사용하는 것으로 반드시 우편요금의 납부용으로 사용하는 것에 한정되지 않고 우표수집의 대상으로서 매매하는 경우도 이에 해당된다.

[2] 위조된 우표를 그 정을 알고 있는 자에게 교부하더라도 그 자가 이를 진정하게 발행된 우표로서 사용할 것이라는 정을 인식하면서 교부한다면 위조우표행사죄의 "행사할 목적"에 해당된다.

〈판례선정이유〉

유가증권에 관한 죄의 기본 요소의 의미와 내용에 대한 판단기분을 제시하는 판결이다.

III. 문서에 관한 죄

424. 문서에 관한 죄에서 '문서'의 의미(1)

(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도6068 판결)

〈쟁점〉

컴퓨터 모니터에 나타나는 이미지가 형법상 '문서'에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

형법상 문서에 관한 죄에 있어서 문서라 함은, 문자 또는 이에 대신할 수 있는 가독적 부호로 계속적으로 물체상에 기재된 의사 또는 관념의 표시인 원본 또는 이와 사회적 기능, 신용성 등을 동일시할 수 있는 기계적 방법에 의한 복사본으로서 그 내용이 법률상, 사회생활상 주요 사항에 관한 증거로 될 수 있는 것을 말하고(대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도788 판결 참조), 컴퓨터 모니터 화면에 나타나는 이미지는 이미지 파일을 보기 위한 프로그램을 실행할 경우에 그때마다 전자적 반응을 일으켜 화면에 나타나는 것에 지나지 않아서 계속적으로 화면에 고정된 것으로는 볼 수 없으므로, 형법상 문서에 관한 죄에 있어서의 문서에는 해당되지 않는다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도7480 판결, 대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1013 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

컴퓨터 모니터에 나타나는 이미지는 프로그램을 실행할 때마다 전자적 반응을 일으켜 화면에 나타나는 것에 지나지 않아서 계속적으로 화면에 고정된 것으로는 볼 수 없으므로, 형법상 문서죄에서 말하는 문서에 해당되지 않는다고 하는 판결이다.

425. 문서에 관한 죄에서 '문서'의 의미(2)

(대법원 2005. 2. 24. 선고 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

허무인·사망자 명의의 사문서를 위조한 경우, 사문서위조죄의 성립 여부(적극)

〈판결요지〉

문서위조죄는 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 그 보호법익으로 하는 것이므로 행사할 목적으로 작성된 문서가 일반인으로 하여금 당해 명의인의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿게 할 수 있는 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 문서위조죄가 성립하는 것이고, 위와 같은 요건을 구비한 이상 그 명의인이 실재하지 않는 허무인이거나 또는 문서의 작성일자 전에 이미 사망하였다고 하더라도 그러한 문서 역시 공공의 신용을 해할 위험성이 있으므로 문서위조죄가 성립한다고 봄이

상당하며, 이는 공문서뿐만 아니라 사문서의 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

허무인·사망자 명의의 문서를 위조한 경우에도 그러한 문서 역시 공공의 신용을 해할 위험성이 있으므로 문서위조죄가 성립한다고 봄이 상당하며, 이는 공문서뿐만 아니라 사문서의 경우에도 마찬가지이다.

426. 문서에 관한 죄에서 '문서'의 의미(3)

(대법원 2000. 9. 5. 선고 판결)

〈쟁점〉

전사복사기 등을 사용하여 복사한 문서의 사본을 다시 복사한 문서의 재사본이 문서위조죄 및 동 행사죄의 객체인 문서에 해당하는지 여부(적극) 및 진정한 문서의 사본을 전자복사기를 이용하여 복사하면서 일부 조작을 가하여 그 사본 내용과 전혀 다르게 만드는 행위가 문서위조행위에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 형법 제237조의2에 따라 전자복사기, 모사전송기 기타 이와 유사한 기기를 사용하여 복사한 문서의 사본도 문서원본과 동일한 의미를 가지는 문서로서 이를 다시 복사한 문서의 재사본도 문서위조죄 및 동 행사죄의 객체인 문서에 해당한다 할 것이고, 진정한 문서의 사본을 전자복사기를 이용하여 복사하면서 일부 조작을 가하여 그 사본 내용과 전혀 다르게 만드는 행위는 공공의 신용을 해할 우려가 있는 별개의 문서사본을 창출하는 행위로서 문서위조행위에 해당한다.

〈판례선정이유〉

문서의 사본을 다시 복사한 문서의 재사본이더라도 그러한 문서 역시 공공의 신용을 해할 위험성이 있으므로 문서위조죄 및 행사죄의 객체인 문서에 해당한다고 본 판결이다.

427. 문서에 관한 죄에서 '문서'의 의미(4)

(대법원 1993. 7. 27. 선고 93도1435 판결)

〈쟁점〉

도화사본이 도화변조의 객체가 되는지 여부

〈판결요지〉

문서위조 또는 변조 및 동행사죄의 보호법익은 문서 자체의 가치가 아니고 문서에 대한 공공의

신용이므로 문서위조 또는 변조의 객체가 되는 문서는 반드시 원본에 한한다고 보아야 할 근거는 없고 문서의 사본이라도 원본과 동일한 의식내용을 보유하고 증명수단으로서 원본과 같은 사회적 기능과 신용을 가지는 것으로 인정된다면 이를 위 문서의 개념에 포함시키는 것이 상당하다 할 것이고, 나아가 광의의 문서의 개념에 포함되는 도화의 경우에 있어서도 마찬가지로 해석하여야 한다.

〈판례선정이유〉

문서에 관한 죄에서 '문서'의 의미에는 문서의 사본도 포함된다고 한 판결이다.

428. 문서죄의 보호법익

(대법원 1998. 4. 10. 선고 98도164, 98감도12 판결)

〈쟁점〉

문서죄의 보호법익

〈판결요지〉

문서위조죄는 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 그 보호법익으로 하는 것이므로, 피고인이 위조하였다는 국제운전면허증이 그 유효기간을 경과하여 본래의 용법에 따라 사용할 수는 없게 되었다고 하더라도, 이를 행사하는 경우 그 상대방이 유효기간을 쉽게 알 수 없도록 되어 있거나 위 문서 자체가 진정하게 작성된 것으로서 피고인이 명의자로부터 국제운전면허를 받은 것으로 오신하기에 충분한 정도의 형식과 외관을 갖추고 있다면 피고인의 행위는 문서위조죄에 해당한다.

〈판례선정이유〉

문서죄의 보호법익은 문서의 진정에 대한 공공의 신용이라고 판시하고 있는 판결이다.

429. 문서에 관한 죄에서 객체인 문서의 해당여하(1)

(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7018 판결)

〈쟁점〉

사문서위조죄에서 '사실증명에 관한 타인의 문서'의 의미

〈판결요지〉

"형법상 사문서위조죄는 행사할 목적으로 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 위조한 경우에 성립하고, 여기에서 사실증명에 관한 타인의 문서는 권리의무에 관한 문서 이외의 문서로서 법률상 또는 사회생활상 중요한 사실을 증명하는 문서를 말한다(대법원 2000. 2. 11. 선고 99도4819 판결 참조)."

〈판례선정이유〉

사문서위조죄에서 '사실증명에 관한 타인의 문서'의 의미를 설시하고 있는 기본적 판례이다.

430. 문서에 관한 죄에서 객체인 문서의 해당여하(2)

(대법원 2016. 10. 13. 선고 2015도17777 판결)

〈쟁점〉

사문서위조죄의 객체가 되는 문서의 진정한 작성명의자가 누구인지 판단하는 기준

〈판결요지〉

사문서위조죄의 객체가 되는 문서의 진정한 작성명의자가 누구인지는 문서의 표제나 명칭만으로 이를 판단하여서는 아니 되고, 문서의 형식과 외관은 물론 문서의 종류, 내용, 일반 거래에서 그 문서가 가지는 기능 등 제반 사정을 종합적으로 참작하여 판단하여야 한다(대법원 1996. 2. 9. 선고 94도1858 판결, 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도11777 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

사문서위조죄의 객체가 되는 문서의 진정한 작성명의자가 누구인지 판단하는 기준을 제시하고 있는 기본적 판례이다.

431. 문서에 관한 죄에서 객체인 문서의 해당여하(3)

(대법원 2016. 7. 14. 선고 2016도2081 판결)

〈쟁점〉

'문서가 원본인지 여부'가 중요한 거래에서 문서 사본을 진정한 원본인 것처럼 행사할 목적으로 다른 조작을 가함이 없이 문서 원본을 그대로 컬러복사기로 복사한 후 복사한 문서 사본을 원본인 것처럼 행사한 행위가 사문서위조죄 및 동행사죄에 해당하는지 여부(적극) / 사문서위조죄가 성립하기 위한 위조의 정도

〈판결요지〉

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, 수사

기관 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.

〈판례선정이유〉

복사한 문서 사본을 원본인 것처럼 행사한 행위가 사문서위조죄 및 동행사죄에 해당하는가의 판단은 일반인이 이를 명의자의 진정한 사문서로 오신하기에 충분한 정도의 형식과 외관을 갖추었는가에 따라 한다고 기본적인 판결이다.

432. 문서에 관한 죄에서 객체인 문서의 해당여하(4)

(대법원 1986. 11. 11. 선고 86도1984 판결)

〈쟁점〉

허위로 작성된 공문서도 공문서변조죄의 객체가 되는지 여부

〈판결요지〉

공문서변조라 함은 권한없이 이미 진정하게 성립된 공무원 또는 공무소명의의 문서내용에 대하여 그 동일성을 해하지 아니할 정도로 변경을 가하는 것을 말한다 할 것이므로 이미 허위로 작성된 공문서는 형법제225조 소정의 공문서변조죄의 객체가 되지 아니한다.

〈판례선정이유〉

허위로 작성된 공문서는 형법제225조 소정의 공문서변조죄의 객체가 되지 않는다고 판시한 판결이다.

433. 문서에 관한 죄에서 객체인 문서의 해당여하(5)

(대법원 1987. 4. 14. 선고 87도177 판결)

〈쟁점〉

타인(타기관)에 접수되어 있는 자기명의의 문서를 무효화시킨 경우 문서손괴죄의 성부

〈판결요지〉

비록 자기명의의 문서라 할지라도 이미 타인(타기관)에 접수되어 있는 문서에 대하여 함부로 이

를 무효화시켜 그 용도에 사용하지 못하게 하였다면 일응 형법상의 문서손괴죄를 구성한다 할 것이므로 그러한 내용의 범죄될 사실을 허위로 기재하여 수사기관에 고소한 이상 무고죄의 죄책을 면할 수 없다.

〈판례선정이유〉

타인(타기관)에 접수되어 있는 자기명의의 문서를 무효화시킨 경우에는 문서손괴죄를 구성할지언정 문서죄의 객체인 문서에는 해당하지 않는다고 판시한 판결이다.

434. 공문서에 관한 죄에서 주체인 '작성명의인'의 해당여하(1)

(대법원 2017. 5. 17. 선고 2016도13912 판결)

〈쟁점〉

[1] 공무원의 문서작성을 보조하는 직무에 종사하는 공무원이 허위공문서를 기안하여 임의로 작성권자의 직인 등을 부정 사용함으로써 공문서를 완성한 경우, 공문서위조죄가 성립하는지 여부(적극)

[2] 공문서의 작성권한 없는 사람이 허위공문서를 기안하여 공문서를 완성한 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

[3] 공문서의 작성권한 없는 공무원 등이 작성권자의 결재를 받지 않고 직인 등을 보관하는 담당자를 기망하여 작성권자의 직인을 날인하도록 하여 공문서를 완성한 경우, 공문서위조죄가 성립하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 허위공문서작성죄의 주체는 문서를 작성할 권한이 있는 명의인인 공무원에 한하고 그 공무원의 문서작성을 보조하는 직무에 종사하는 공무원은 허위공문서작성죄의 주체가 될 수 없다.

[2] 보조 직무에 종사하는 공무원이 허위공문서를 기안하여 허위임을 모르는 작성권자의 결재를 받아 공문서를 완성한 때에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 될 것이지만, 이러한 결재를 거치지 않고 임의로 작성권자의 직인 등을 부정 사용함으로써 공문서를 완성한 때에는 공문서위조죄가 성립한다. 이는 공문서의 작성권한 없는 사람이 허위공문서를 기안하여 작성권자의 결재를 받지 않고 공문서를 완성한 경우에도 마찬가지이다.

[3] 작성권자의 직인 등을 보관하는 담당자는 일반적으로 작성권자의 결재가 있는 때에 한하여 보관 중인 직인 등을 날인할 수 있을 뿐이다. 이러한 경우 다른 공무원 등이 작성권자의 결재를 받지 않고 직인 등을 보관하는 담당자를 기망하여 작성권자의 직인을 날인하도록 하여 공문서를 완성한 때에도 공문서위조죄가 성립한다.

〈판례선정이유〉

공문서의 작성권한 없는 공무원이 작성권자의 결재를 받지 않고 직인을 보관하는 담당자를 기망하여 작성권자의 직인을 날인하도록 하여 공문서를 완성한 경우에는 공문서위조죄가 성립한다고

한 판결이다.

435. 공문서에 관한 죄에서 주체인 '작성명의인'의 해당여하(2)

(대법원 2008. 1. 17. 선고 2007도6987 판결)

〈쟁점〉

[1] 공문서의 작성권한 없는 자가 공무원의 자격을 모용하여 공문서를 작성한 경우의 죄책(=자격모용공문서작성죄)

[2] 계약 등에 의하여 공무와 관련되는 업무를 일부 대행하는 자가 작성한 문서가 공문서위조·변조죄의 객체가 될 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 공문서위조죄는 공문서의 작성권한 없는 자가 공무소, 공무원의 명의를 이용하여 문서를 작성하는 것을 말하고, 공문서의 작성권한 없는 자가 공무원의 자격을 모용하여 공문서를 작성하는 경우에는 자격모용공문서작성죄가 성립한다.

[2] 형법 제225조의 공문서변조나 위조죄의 객체인 공문서는 공무원 또는 공무소가 그 직무에 관하여 작성하는 문서이고, 그 행위주체가 공무원과 공무소가 아닌 경우에는 형법 또는 기타 특별법에 의하여 공무원 등으로 의제되는 경우를 제외하고는 계약 등에 의하여 공무와 관련되는 업무를 일부 대행하는 경우가 있다 하더라도 공무원 또는 공무소가 될 수는 없다(대법원 1996. 3. 26. 선고 95도3073 판결 참조).

〈판례선정이유〉

계약 등에 의하여 공무와 관련되는 업무를 일부 대행하는 자가 작성한 문서는 형법 제225조의 공문서변조나 위조죄의 객체인 공문서에 해당하지 않는다고 한 판결이다.

436. 공문서에 관한 죄에서 주체인 '작성명의인'의 해당여하(3)

(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008도93 판결)

〈쟁점〉

처벌법규의 개정으로 형법상 뇌물 관련 범죄에서만 공무원으로 의제되는 영상물등급위원회 임직원이 허위공문서작성죄 및 동행사죄의 주체인지 여부(소극)

〈판결요지〉

허위공문서작성죄 및 그 행사죄는 "공무원"만이 그 주체가 될 수 있는 신분범이라 할 것이므로, 신분상 공무원이 아님이 분명한 피고인들을 허위공문서작성죄 및 그 행사죄로 처벌하려면 그에 관

한 특별규정이 있어야 할 것이고, 그들의 업무가 국가의 사무에 해당한다거나, 그들이 소속된 영상물등급위원회의 행정기관성이 인정된다는 사정만으로는 피고인들을 위 죄로 처벌할 수 없다.

〈판례선정이유〉

(공)문서에 관한 죄에서 주체인 '작성명의인'과 '작성권한자'의 의미와 그 해당여하를 판단하는 중요한 판결이다.

437. 문서 위조 및 변조의 의미(1)

(대법원 1985.1.22. 선고 84도2422 판결)

〈쟁점〉

변조된 문서의 내용이 명의인의 의사와 합치하는 경우 문서변조죄의 성부

〈판결요지〉

사문서변조에 있어서 그 변조 당시 명의인의 명시적, 묵시적 승낙 없이 한 것이면 변조된 문서가 명의인에게 유리하여 결과적으로 그 의사에 합치한다 하더라도 사문서변조죄의 구성요건을 충족한다.

〈판례선정이유〉

변조된 문서의 내용이 명의인의 의사와 합치하는 경우에도 문서변조죄가 성립한다는 기본적인 판례이다.

438. 문서 위조 및 변조의 의미(2)

(대법원 2015. 11. 26. 선고 2014도781 판결)

〈쟁점〉

[1] 사문서변조죄의 성립요건

[2] 명의자의 명시적·묵시적 승낙이 있거나 승낙이 추정되는 경우, 사문서변조죄가 성립하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 사문서변조죄는 권한 없는 자가 이미 진정하게 성립된 타인 명의의 사문서 내용을 동일성을 해하지 않을 정도로 변경하여 새로운 증명력을 만드는 경우에 성립한다.

[2] 사문서를 수정할 때 명의자가 명시적이거나 묵시적으로 승낙을 하였다면 사문서변조죄가 성립하지 않고, 행위 당시 명의자가 현실적으로 승낙하지는 않았지만 명의자가 그 사실을 알았다면

당연히 승낙했을 것이라고 추정되는 경우에도 사문서변조죄가 성립하지 않는다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2010도14587 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

명의자의 명시적·묵시적 승낙이 있거나 승낙이 추정되는 경우에는 사문서변조죄가 성립하지 않는다는 기본적인 판례이다.

439. 문서 위조 및 변조의 의미(3)

(대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도1545 판결)

〈쟁점〉

문서작성권한을 위임받은 경우, 사문서위조죄의 성립 여부

〈판결요지〉

문서의 위조라고 하는 것은 작성권한 없는 자가 타인 명의를 모용하여 문서를 작성하는 것을 말하는 것이므로 사문서를 작성함에 있어 그 명의자의 명시적이거나 묵시적인 승낙 내지 위임이 있었다면 이는 사문서위조에 해당한다고 할 수 없을 것이지만, 문서 작성권한의 위임이 있는 경우라고 하더라도 그 위임을 받은 자가 그 위임받은 권한을 초월하여 문서를 작성한 경우는 사문서위조죄가 성립하고, 단지 위임받은 권한의 범위 내에서 이를 남용하여 문서를 작성한 것에 불과하다면 사문서위조죄가 성립하지 아니한다고 할 것이다(대법원 1983. 10. 25. 선고 83도2257 판결; 2005. 10. 28. 선고 2005도6088 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

문서작성권한을 위임받은 경우, 그 위임을 받은 자가 그 위임받은 권한을 초월하여 문서를 작성한 경우는 사문서위조죄가 성립하고, 단지 위임받은 권한의 범위 내에서 이를 남용하여 문서를 작성한 것에 불과하다면 사문서위조죄가 성립하지 아니한다고 문서에 관한 죄의 행위태양인 위조의 의미를 판단한 중요한 판결이다.

440. 전자기록 위작 변작의 의미(1)

(대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도1415 판결)

〈쟁점〉

[1] 공전자기록등위작죄에서 '위작' 및 '허위의 정보'의 의미

[2] 공전자기록등불실기재죄에서 '허위의 신고'의 의미

〈판결요지〉

[1] 형법 제227조의2에서 정하는 전자기록의 '위작'이란 전자기록에 관한 시스템을 설치·운영하는 주체와의 관계에서 전자기록의 생성에 관여할 권한이 없는 사람이 전자기록을 작출하거나 전자기록의 생성에 필요한 단위 정보의 입력을 하는 경우는 물론이고, 시스템의 설치·운영 주체로부터 각자의 직무 범위에서 개개의 단위 정보의 입력 권한을 부여받은 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 경우도 포함한다. 이 때 '허위의 정보'라 함은 진실에 반하는 내용을 의미하는 것으로서, 관계 법령에 의하여 요구되는 자격을 갖추지 못하였음에도 불구하고 고의로 이를 갖춘 것처럼 단위 정보를 입력하였다고 하더라도 그 전제 또는 관련된 사실관계에 대한 내용에 거짓이 없다면 허위의 정보를 입력하였다고 볼 수 없다.

[2] 형법 제228조 제1항이 규정하는 공전자기록등불실기재죄는 공무원에게 허위의 신고를 하여 공전자기록에 불실의 사실을 기록하게 함으로써 성립하고, '허위의 신고'란 진실에 반하는 사실을 신고하는 것을 말한다.

〈판례선정이유〉

형법 제227조의2 및 제228조 제1항이 규정하는 개념의 의미를 설명하는 기본적인 판결이다.

441. 전자기록 위작 변작의 의미(2)

(대법원 2003. 10. 9. 선고 2000도4993 판결)

〈쟁점〉

[1] 컴퓨터의 기억장치 중 하나인 램(RAM, Random Access Memory)에 올려진 전자기록이 형법 제232조의2의 사전자기록위작·변작죄에서 말하는 권리의무 또는 사실증명에 관한 타인의 전자기록 등 특수매체기록에 해당하는지 여부(적극)

[2] 원본파일의 변경까지 초래하지는 아니하였으나 램에 올려진 전자기록에 허구의 내용을 권한 없이 수정입력한 경우, 그 자체로 사전자기록변작죄의 기수에 이르렀다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 형법 제232조의2의 사전자기록위작·변작죄에서 말하는 권리의무 또는 사실증명에 관한 타인의 전자기록 등 특수매체기록이라 함은 일정한 저장매체에 전자방식이나 자기방식에 의하여 저장된 기록을 의미한다고 할 것인데, 비록 컴퓨터의 기억장치 중 하나인 램(RAM, Random Access Memory)이 임시기억장치 또는 임시저장매체이기는 하지만, 형법이 전자기록위·변작죄를 문서위·변조죄와 따로 처벌하고자 한 입법취지, 저장매체에 따라 생기는 그 매체와 저장된 전자기록 사이의 결합강도와 각 매체별 전자기록의 지속성의 상대적 차이, 전자기록의 계속성과 증명적 기능과의 관계, 본죄의 보호법익과 그 침해행위의 태양 및 가벌성 등에 비추어 볼 때, 위 램에 올려진 전자기록 역시 사전자기록위작·변작죄에서 말하는 전자기록 등 특수매체기록에 해당한다.

[2] 램에 올려진 전자기록은 원본파일과 불가분적인 것으로 원본파일의 개념적 연장선상에 있는

것이므로, 비록 원본파일의 변경까지 초래하지는 아니하였더라도 이러한 전자기록에 허구의 내용을 권한 없이 수정입력한 것은 그 자체로 그러한 사전자기록을 변작한 행위의 구성요건에 해당된다고 보아야 할 것이며 그러한 수정입력의 시점에서 사전자기록변작죄의 기수에 이르렀다고 한 사례.

〈판례선정이유〉

컴퓨터의 기억장치 중 하나인 램(RAM, Random Access Memory)에 올려진 전자기록은 사전자기록위작·변작죄에서 말하는 전자기록 등 특수매체기록에 해당하며, 이에 허구의 내용을 권한 없이 수정입력한 것은 그 자체로 사전자기록을 변작한 행위의 구성요건에 해당된다고 보아야 할 것이라고 판시한 판결이다.

442. 허위문서의 작성(1)

(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도3844 판결)

〈쟁점〉

공증인이 사서증서 인증서를 작성함에 있어, 당사자가 공증인의 면전에서 사서증서에 서명 또는 날인을 하거나 당사자 본인이나 그 대리인으로 하여금 사서증서의 서명 또는 날인이 본인의 것임을 확인하게 한 바가 없음에도 불구하고 마치 그렇게 한 것처럼 인증서에 기재한 경우, 허위공문서작성죄의 성립 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 사서증서 인증을 촉탁 받은 공증인이 사서증서 인증서를 작성함에 있어, 당사자가 공증인의 면전에서 사서증서에 서명 또는 날인을 하거나 당사자 본인이나 그 대리인으로 하여금 사서증서의 서명 또는 날인이 본인의 것임을 확인하게 한 바가 없음에도 불구하고, 당사자가 공증인의 면전에서 사서증서에 서명 또는 날인을 하거나 본인이나 그 대리인이 사서증서의 서명 또는 날인이 본인의 것임을 확인한 것처럼 인증서에 기재하였다면, 허위공문서작성죄의 죄책을 면할 수 없다.

〈판례선정이유〉

공증인이 사서인증을 촉탁 받아 사서증서 인증서를 작성하면서 사실과 다르게 사서증서의 서명 또는 날인이 본인의 것임을 확인한 것처럼 인증서에 기재하면 허위작성에 해당한다고 하는 판결이다.

443. 허위문서의 작성(2)

(대법원 2006. 3. 23. 선고 2004도3360 판결)

〈쟁점〉

허위진단서작성죄의 성립요건

〈판결요지〉

형법 제233조의 허위진단서작성죄가 성립하기 위하여는 진단서의 내용이 실질상 진실에 반하는 기재여야 할 뿐 아니라 그 내용이 허위라는 의사의 주관적 인식이 필요하고, 의사가 주관적으로 진찰을 소홀히 한다던가 착오를 일으켜 오진한 결과로 객관적으로 진실에 반한 진단서를 작성하였다면 허위진단서작성에 대한 인식이 있다고 할 수 없으므로 허위진단서작성죄가 성립하지 아니한다(대법원 1976. 2. 10. 선고 75도1888 판결, 1990. 3. 27. 선고 89도2083 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

형법 제233조의 허위진단서작성죄가 성립하기 위해서는 그 진단서의 내용이 실질상 진실에 반하는 기재여야 하고 그 내용이 허위라는 의사의 주관적 인식이 필요하다는 판결이다.

444. 허위문서의 작성(3)

(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7762 판결)

〈쟁점〉

공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우의 죄책

〈판결요지〉

[1] 형법이 제225조 내지 제230조에서 공문서에 관한 범죄를 규정하고, 이어 제231조 내지 제236조에서 사문서에 관한 범죄를 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 형법 제233조 소정의 허위진단서작성죄의 대상은 공무원이 아닌 의사가 사문서로서 진단서를 작성한 경우에 한정되고, 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 허위공문서작성죄만이 성립하고 허위진단서작성죄는 별도로 성립하지 않는다.

〈판례선정이유〉

공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 허위공문서작성죄가 성립하고 허위진단서작성죄는 별도로 성립하지 않는다고 판시한 판결이다.

445. 부정행사의 의미(1)

(대법원 1998. 8. 21. 선고 98도1701 판결)

〈쟁점〉

공문서부정행사죄의 성립요건

〈판결요지〉

공문서부정행사죄는 사용권한자와 용도가 특정되어 작성된 공문서 또는 공도화를 사용권한 없는 자가 사용권한이 있는 것처럼 가장하여 부정한 목적으로 행사하거나 또는 권한 있는 자라도 정당한 용법에 반하여 부정하게 행사하는 경우에 성립되는 것이다.

〈판례선정이유〉

공문서부정행사죄의 성립요건인 부정행사의 판단기준을 제시하고 있는 기본적인 판결이다.

446. 부정행사의 의미(2)

(대법원 2007.03.30. 선고 2007도629 판결)

〈쟁점〉

사문서부정행사죄의 성립요건

〈판결요지〉

형법 제236조 소정의 사문서부정행사죄는 사용권한자와 용도가 특정되어 작성된 권리의무 또는 사실증명에 관한 타인의 사문서 또는 사도화를 사용권한 없는 자가 사용권한이 있는 것처럼 가장하여 부정한 목적으로 행사하거나 또는 권한 있는 자라도 정당한 용법에 반하여 부정하게 행사하는 경우에 성립한다.

〈판례선정이유〉

사문서부정행사죄의 성립요건인 부정행사의 판단기준을 제시하고 있는 기본적인 판결이다.

447. 부정행사의 의미(3)

(대법원 2003. 2. 26. 선고 2002도4935 판결)

〈쟁점〉

사용권한자와 용도가 특정되어 있는 공문서 본래의 용도에 따른 사용이 아닌 경우, 공문서부정행사죄의 성립 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 사용권한자와 용도가 특정되어 있는 공문서를 사용권한 없는 자가 사용한 경우에도 그 공문서 본래의 용도에 따른 사용이 아닌 경우에는 형법 제230조의 공문서부정행사죄가 성립되지 아니한다.

[2] 피고인이 기왕에 습득한 타인의 주민등록증을 피고인 가족의 것이라고 제시하면서 그 주민등

록증상의 명의 또는 가명으로 이동전화 가입신청을 한 경우, 타인의 주민등록증을 본래의 사용용도인 신분확인용으로 사용한 것이라고 볼 수 없어 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다고 한 사례.

〈판례선정이유〉

문서에 관한 죄의 행위태양인 부정행사의 의미에 대하여, 사용권한자와 용도가 특정되어 있는 공문서를 그 본래의 용도에 따라 사용하지 아니한 경우에는 공문서부정행사죄의 성립하지 않는다고 판단한 판결이다.

448. 자격모용에 의한 문서작성죄의 성립요건(1)

(대법원 2008.2.14. 선고 2007도9606 판결)

〈쟁점〉

자격모용에 의한 사문서작성죄의 성립요건

〈판결요지〉

자격모용에 의한 사문서작성죄는 문서위조죄와 마찬가지로 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 그 보호법익으로 하는 것으로서, 행사할 목적으로 타인의 자격을 모용하여 작성된 문서가 일반인으로 하여금 당해 명의인의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿게 할 수 있는 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 성립하는 것이고, 자격모용에 의한 사문서작성죄에서의 '타인'에는 자연인뿐만 아니라 법인, 법인격 없는 단체를 비롯하여 거래관계에서 독립한 사회적 지위를 갖고 활동하고 있는 존재로 취급될 수 있으면 여기에 해당된다.

〈판례선정이유〉

자격모용에 의한 사문서작성죄의 성립요건을 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

449. 자격모용에 의한 문서작성죄의 성립요건(2)

(대법원 1993. 7. 27. 선고 93도1435 판결)

〈쟁점〉

자격모용에 의한 공문서작성죄의 성립요건

〈판결요지〉

정당한 대표권이나 대리권이 없는 자가 마치 대표권이나 대리권이 있는 것처럼 가장하여 타인의 자격을 모용하여 문서를 작성하는 경우 자격모용에 의한 문서작성죄가 성립한다고 할 것이므로, 피고인이 부동산매매계약서와 영수증을 작성함에 있어 매도인란 또는 영수인란에 "국방부 합참자료실

장 이사관 피고인"이라는 이름을 기재하고 그 옆에 위 피고인의 도장을 압날한 다음 그 상단에 '국방부장관'이라는 고무인을 압날함으로써 마치 위 피고인이 국방부장관으로부터 적법한 문서작성권한을 부여받아 그 문서를 작성할 자격이 있는 것처럼 이를 모용하여 위 부동산매매계약서와 영수증을 작성하고 이를 행사하였다고 인정하고 이를 자격모용에 의한 공문서작성 및 동행사죄로 의율처단한 것은 정당하고, 거기에 자격모용에 의한 공문서작성 및 동행사죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

정당한 대표권이나 대리권이 없는 자가 마치 대표권이나 대리권이 있는 것처럼 가장하여 타인의 자격을 모용하여 문서를 작성하는 경우 자격모용에 의한 문서작성죄가 성립한다고 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

450. 문서에 관한 죄에서 주관적 성립요건(1)

(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도9987 판결)

〈쟁점〉

법무사가 위임인이 문서명의자로부터 문서작성권한을 위임받지 않았음을 알면서도 법무사법 제25조에 따른 확인절차를 거치지 아니하고 권리의무에 중대한 영향을 미칠 수 있는 문서를 작성한 경우, 사문서위조 및 동행사죄의 고의를 인정할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

법무사법 제25조에 의하면 법무사가 사건의 위임을 받은 경우에는 주민등록증·인감증명서 등 법령에 의하여 작성된 증명서의 제출이나 제시 기타 이에 준하는 확실한 방법으로 위임인이 본인 또는 그 대리인임을 확인하여야 하는바, 법무사가 타인의 권리의무에 중대한 영향을 미칠 수 있는 문서를 작성함에 있어 이 규정에 위반하여 문서명의자 본인의 동의나 승낙이 있었는지에 대한 아무런 확인절차를 거치지 아니하고 오히려 명의자 본인의 동의나 승낙이 없음을 알면서도 권한 없이 문서를 작성한 경우에는 사문서위조 및 동행사죄의 고의를 인정할 수 있다.

〈판례선정이유〉

사문서위조 및 동행사죄의 성립에 필요한 고의의 인정여부를 판단하고 있는 기본적 판결이다.

451. 문서에 관한 죄에서 주관적 성립요건(2)

(대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도788 판결)

〈쟁점〉

문서변조죄에 있어서 '행사할 목적'의 인식정도

〈판결요지〉

문서변조죄에 있어서 행사할 목적이란 변조된 문서를 진정한 문서인 것처럼 사용할 목적을 말하는 것으로 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하다.

〈판례선정이유〉

문서의에 관한 죄에 있어서 '행사할 목적'의 인식정도로는 미필적 인식이 있으면 족하다고 하는 기본적 판결이다.

452. 문서에 관한 죄에서 주관적 성립요건(3)

(대법원 2008. 4. 24. 선고 2008도294 판결)

〈쟁점〉

사전자기록위작·변작죄에서 '사무처리를 그르치게 할 목적'의 의미

〈판결요지〉

형법 제232조의2는 "사무처리를 그르치게 할 목적으로 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 전자기록 등 특수매체기록을 위작 또는 변작한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다"고 규정하고 있는데, 여기에서 전자기록은 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 것이므로, "사무처리를 그르치게 할 목적"이란 위작 또는 변작된 전자기록이 사용됨으로써 위와 같은 시스템을 설치·운영하는 주체의 사무처리를 잘못되게 하는 것을 말한다 (대법원 2005. 6. 9. 선고 2004도6132 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

문서에 관한 죄에서 주관적 성립요건인 '사무처리를 그르치게 할 목적'의 의미를 설명하는 기본적인 판결이다.

453. 공정증서원본불실기재죄의 성립(1)

(대법원 2010. 6. 10. 선고 2010도3232 판결)

〈쟁점〉

민사조정법상의 조정절차에서 작성되는 '조정조서'가 공정증서원본 불실기재죄의 객체인 '공정증서원본'에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 형법 제228조 제1항이 규정하는 공정증서원본 불실기재죄는 공무원에 대하여 진실에 반하는 허위신고를 하여 공정증서원본에 그 증명하는 사항에 관하여 실체관계에 부합하지 아니하는 불실의 사실을 기재하게 함으로써 성립하는 범죄로서, 위 죄의 객체인 공정증서원본은 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서이어야 한다고 할 것인바, 민사조정법상 조정신청에 의한 조정제도는 원칙적으로 조정신청인의 신청 취지에 구애됨이 없이 조정담당판사 등이 제반 사정을 고려하여 당사자들에게 상호 양보하여 합의하도록 권유·주선함으로써 화해에 이르게 하는 제도인 점에 비추어, 그 조정절차에서 작성되는 조정조서는 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서로 볼 수 없어 공정증서원본에 해당하는 것으로 볼 수 없다.

〈판례선정이유〉

공정증서원본 불실기재죄의 객체인 '공정증서원본'의 의미를 설명하고 민사조정법상의 조정절차에서 작성되는 '조정조서'는 그 성질상 허위신고에 의해 불실한 사실이 그대로 기재될 수 있는 공문서로 볼 수 없어 공정증서원본에 해당하지 않는다고 판단한 판결이다.

454. 공정증서원본불실기재죄의 성립(2)

(대법원 2005. 7. 15. 선고 2003도6934 판결)

〈쟁점〉

사업자등록증이 형법 제228조 제2항에 정한 '등록증'에 해당하지 않는다.

〈판결요지〉

형법 제228조는 공무원이 아닌 자가 그 정을 모르는 공무원을 이용하여 공문서에 허위의 사실을 기재하게 하는 이른바 간접적 무형위조를 처벌하면서 모든 공문서를 객체로 하지 않고 '공정증서원본 또는 이와 동일한 전자기록 등 특수매체기록'(제1항), '면허증, 허가증, 등록증 또는 여권'(제2항)으로 그 객체를 제한하고 있는바, 그 취지는 공문서 중 일반사회생활에 있어서 특별한 신빙성을 요하는 공문서에 대한 공공의 신용을 보장하고자 하는 것이므로 위 형법 제228조 제2항의 '등록증'은 공무원이 작성한 모든 등록증을 말하는 것이 아니라, 일정한 자격이나 요건을 갖춘 자에게 그 자격이나 요건에 상응한 활동을 할 수 있는 권능 등을 인정하기 위하여 공무원이 작성한 증서를 말한다.

〈판례선정이유〉

사업자등록증은 형법 제228조 제2항에 정한 '등록증'에 해당하지 않는다고 판단한 기본적인 판결이다.

455. 공정증서원본불실기재죄의 성립(3)

(대법원 2018. 6. 19. 선고 2017도21783 판결)

〈쟁점〉

공정증서원본에 기재된 사항이 부존재하거나 외관상 존재하더라도 무효에 해당하는 하자가 있는 경우, 공정증서원본불실기재죄가 성립하는지 여부(적극) / 공정증서원본에 기재된 사항이나 그 원인된 법률행위가 객관적으로 존재하고 거기에 취소사유인 하자가 있는 경우, 공정증서원본불실기재죄가 성립하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

공정증서원본불실기재죄는 공무원에 대하여 허위신고를 함으로써 공정증서원본에 불실의 사실을 기재하게 하는 경우에 성립한다. 공정증서원본에 기재된 사항이 부존재하거나 외관상 존재한다고 하더라도 무효에 해당되는 하자가 있다면, 그 기재는 불실기재에 해당한다. 그러나 기재된 사항이나 그 원인된 법률행위가 객관적으로 존재하고, 다만 거기에 취소사유인 하자가 있을 뿐인 경우, 취소되기 전에 공정증서원본에 기재된 이상, 그 기재는 공정증서원본의 불실기재에 해당하지는 않는다.

〈판례선정이유〉

공정증서원본에 기재된 사항이 부존재하거나 외관상 존재하더라도 무효에 해당하는 하자가 있는 경우에는 그 기재가 공정증서원본불실기재죄에서 말하는 불실기재에 해당한다는 공정증서원본불실기재죄의 성립요건에 대한 기본적 판례이다.

IV. 인장에 관한 죄

456. 인장과 문서의 구별 방법

(대법원 1995. 9. 5. 선고 95도1269 판결)

〈쟁점〉

[1] 형법상 문서에 관한 죄에 있어서 문서의 개념

[2] "소인"을 문서로 본 사례

〈판결요지〉

[1] 형법상 문서에 관한 죄에 있어서 문서라 함은 문자 또는 이에 대신할 수 있는 가독적 부호로 계속적으로 물체 상에 기재된 의사 또는 관념의 표시인 원본 또는 이와 사회적 기능, 신용성 등을 동시할 수 있는 기계적 방법에 의한 복사본으로서 그 내용이 법률상, 사회 생활상 주요 사항에 관한 증거로 될 수 있는 것을 말하는 것으로, 사람의 동일성을 표시하기 위하여 사용되는 일정한 상형인 인장이나, 사람의 인격상의 동일성 이외의 사항에 대해서 그 동일성을 증명하기 위한 부호인 기호와는 구분되며, 이른바 생략문서도 그것이 사람 등의 동일성을 나타내는 데에 그치지 않고 그 이외의 사항도 증명, 표시하는 한 인장이나 기호가 아니라 문서로서 취급하여야 한다.

[2] 구청 세무계장 명의의 소인을 세금 영수필 통지서에 날인하는 의미는 은행 등 수납기관으로부터 그 수납기관에 세금이 정상적으로 입금되었다는 취지의 영수필 통지서가 송부되어 와서 이에 기하여 수납부 정리까지 마쳤으므로 이제 그 영수필 통지서는 보관하면 된다는 점을 확인함에 있는데, 소인이 가지는 의미가 위와 같은 것이라면 이는 하나의 문서로 보아야 한다고 한 사례.

〈판례선정이유〉

형법상 문서의 의미와 문서와 인장의 구별기준에 대하여 판단하고 있는 기본적인 판결이다.

457. 공인 등 위조와 판단방법(1)

(대법원 2016. 4. 29. 선고 2015도1413 판결)

〈쟁점〉

행사할 목적으로 자동차등록번호판을 위조한 경우, 공기호위조죄가 성립하는지 여부(적극) 및 이때 '행사할 목적'의 의미

〈판결요지〉

형법 제238조 제1항에 의하면 행사할 목적으로 공기호인 자동차등록번호판을 위조한 경우에 공기호위조죄가 성립하고, 여기서 '행사할 목적'이란 위조한 자동차등록번호판을 마치 진정한 것처럼 그 용법에 따라 사용할 목적을 말한다. 또한 '위조한 자동차등록번호판을 그 용법에 따라 사용할 목적'이란 위조한 자동차등록번호판을 자동차에 부착하여 운행함으로써 일반인으로 하여금 자동차의 동일성에 관한 오인을 불러일으킬 수 있도록 하는 것을 말한다(대법원 1997. 7. 8. 선고 96도3319 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

위조공기호행사죄에서 '행사할 목적'이란 위조한 자동차등록번호판을 마치 진정한 것처럼 그 용법에 따라 사용할 목적을 말한다거 판시한 판결이다.

458. 사인 등 위조와 판단방법(2)

(대법원 2011. 3. 10. 선고 2011도503 판결)

〈쟁점〉

[1] 사서명 등 위조죄의 성립 요건 및 일반인이 특정인의 진정한 서명 등으로 오신하기에 충분한 정도인지 판단하는 방법

[2] 완성되지 않은 문서에 권한 없는 자가 타인의 서명 등을 기재한 경우, 문서 완성과 상관없이 서명 등 위조죄가 성립하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 사서명 등 위조죄가 성립하기 위하여는 그 서명 등이 일반인으로 하여금 특정인의 진정한 서명 등으로 오신하게 할 정도에 이르러야 할 것이고, 일반인이 특정인의 진정한 서명 등으로 오신하기에 충분한 정도인지 여부는 그 서명 등의 형식과 외관, 작성경위 등을 고려하여야 할 뿐만 아니라 그 서명 등이 기재된 문서에 있어서의 서명 등 기재의 필요성, 그 문서의 작성경위, 종류, 내용 및 일반거래에 있어서 그 문서가 가지는 기능 등도 함께 고려하여 판단하여야 할 것이다.

[2] 어떤 문서에 권한 없는 자가 타인의 서명 등을 기재하는 경우에는 그 문서가 완성되기 전이라도 일반인으로서는 그 문서에 기재된 타인의 서명 등을 그 명의인의 진정한 서명 등으로 오신할 수도 있으므로, 일단 서명 등이 완성된 이상 문서가 완성되지 아니한 경우에도 서명 등의 위조죄는 성립한다.

〈판례선정이유〉

완성되지 않은 문서에 권한 없는 자가 타인의 서명 등을 기재한 경우, 그 문서 완성과 상관없이 일단 서명 등이 완성된 이상 문서가 완성되지 아니한 경우에도 서명 등의 위조죄는 성립한다고 판단한 판결이다.

459. 사인 등 위조와 판단방법(3)

(대법원 1984. 2. 28. 선고 82도2064 판결)

〈쟁점〉

사망자 명의의 인장을 위조, 행사한 경우 사인위조 동행사죄 성부(소극)

〈판결요지〉

이미 사망한 사람 명의의 문서를 위조하거나 이를 행사하더라도 사문서위조나 동행사죄는 성립하지 않는다는 문서위조죄의 법리에 비추어 이와 죄질을 같이하는 인장위조죄의 경우에도 사망자 명의의 인장을 위조, 행사하는 소위는 사인위조 및 동행사죄가 성립하지 않는다고 해석함이 상당하다.

〈판례선정이유〉

사망자 명의의 문서를 위조하거나 이를 행사하더라도 사문서위조나 동행사죄는 성립하지 않는다는 문서위조죄의 법리에 따라 사망자 명의의 인장을 위조, 행사한 경우에도 사인위조 및 동행사죄가 성립하지 않는다고 해석한 판결이다.

460. 행사와 부정사용의 의미(1)

(대법원 1997. 7. 8. 선고 96도3319 판결)

〈쟁점〉

[1] 공기호부정사용과 부정사용공기호행사의 의미

[2] 절취한 자동차번호판을 다른 차량에 부착하고 운행한 것이 부정사용공기호행사죄에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 형법 제238조 제1항에서 규정하고 있는 공기호인 자동차등록번호판의 부정사용이라 함은 진정하게 만들어진 자동차등록번호판을 권한 없는 자가 사용하든가, 권한 있는 자라도 권한을 남용하여 부당하게 사용하는 행위를 말하는 것이고, 같은 조 제2항에서 규정하고 있는 그 행사죄는 부정사용한 공기호인 자동차등록번호판을 마치 진정한 것처럼 그 용법에 따라 사용하는 행위를 말하는 것으로 그 행위개념을 달리하고 있다.

[2] 부정사용한 공기호인 자동차등록번호판의 용법에 따른 사용행위인 행사라 함은 이를 자동차에 부착하여 운행함으로써 일반인으로 하여금 자동차의 동일성에 관한 오인을 불러일으킬 수 있는 상태 즉 그것이 부착된 자동차를 운행함을 의미한다고 할 것이고, 그 운행과는 별도로 부정사용한 자동차등록번호판을 타인에게 제시하는 등 행위가 있어야 그 행사죄가 성립한다고 볼 수 없다.

〈판례선정이유〉

공기호부정사용과 부정사용공기호행사의 의미를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

461. 행사와 부정사용의 의미(2)

(대법원 1992. 10. 27. 선고 92도1578 판결)

〈쟁점〉

명의인의 승낙을 얻어 명의인의 문서를 작성하는 데 사용할 의도로 인장을 조각하였으나 승낙을 얻지 못하여 사용하지 않고 명의인에게 돌려 준 경우 인장위조죄의 성부

〈판결요지〉

형법 제239조 제1항 소정의 인장위조죄는 그 명의인의 의사에 반하여 위법하게 행사할 목적이 인정되어야 하며, 타인의 인장을 조각할 당시에는 미처 그 명의인의 승낙을 얻지 아니하였다고 하더라도 인장을 조각하여 그 명의인의 승낙을 얻어 그 명의인의 문서를 작성하는 데 사용할 의도로 인장을 조각하였으나 그 명의인의 승낙을 얻지 못하여 이를 사용하지 아니하고 명의인에게 돌려주었다면, 특별한 사정이 없는 한 행사의 목적이 있었다고 인정할 수 없다.

〈판례선정이유〉

명의인의 승낙을 얻어 명의인의 문서를 작성하는 데 사용할 의도로 인장을 조각하였으나 승낙을 얻지 못하여 이를 사용하지 않고 명의인에게 돌려 준 경우 인장위조죄의 성립에 필요한 '행사할 목적'을 인정할 수 없어 인장위조죄가 성립하지 않는다고 판단한 판결이다.

462. 행사와 부정사용의 의미(3)

(대법원 2014. 9. 26. 선고 2014도9213 판결)

〈쟁점〉

타인의 인장을 조각할 당시에 명의자로부터 명시적이거나 묵시적인 승낙 내지 위임을 받은 경우, 인장위조죄가 성립하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

형법 제239조 제1항의 사인위조죄는 그 명의인의 의사에 반하여 위법하게 행사할 목적으로 권한 없이 타인의 인장을 위조한 경우에 성립하므로, 타인의 인장을 조각할 당시에 그 명의자로부터 명시적이거나 묵시적인 승낙 내지 위임을 받았다면 인장위조죄가 성립하지 않는다고 할 것이다.

〈판례선정이유〉

타인의 인장을 조각할 당시에 그 명의자로부터 명시적이거나 묵시적인 승낙 내지 위임을 받았다면 인장위조죄가 성립하지 않는다고 판시하고 있는 중요한 판결이다.

463. 행사와 부정사용의 의미(4)

(대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도5233 판결)

〈쟁점〉

어떤 자동차의 등록번호판을 다른 자동차에 부착하는 행위 자체만으로 자동차등록번호판의 부정사용에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

자동차관리법 제71조에 규정하고 있는 자동차등록번호판의 부정사용이라 함은 진정하게 만들어진 자동차등록번호판을 권한 없는 자가 사용하든가, 권한 있는 자라도 권한을 남용하여 부당하게 사용하는 행위를 말하는 것으로서 (대법원 1997. 7. 8. 선고 96도3319 판결 참조), 어떤 자동차의 등록번호판을 다른 자동차에 부착하는 것은 그로 말미암아 일반인으로 하여금 자동차의 동일성에 관한 오인을 불러일으키는 행위이므로 그 자체만으로 자동차등록번호판의 부정사용에 해당한다 할 것이다.

〈판례선정이유〉

인장에 관한 죄에서 행위태양인 행사와 부정사용의 의미를 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

제3장 공중의 건강에 관한 죄

I. 음용수에 관한 죄

464. 형법 제195조 수도불통죄의 법리(1)

(대법원 1977. 11. 22. 선고 77도103 판결)

〈쟁점〉

형법 제195조 수도불통죄의 법리

〈판결요지〉

사설수도를 설치한 시장 번영회가 수도요금을 체납한 회원에 대하여 사전 경고까지 하고 한 단수행위에는 위법성이 있다고 볼 수 없다.

〈판례선정이유〉

수도불통죄에 대한 기본적인 판례로서 피고인의 행위에 대한 위법성을 부정하고 있는 판결이다.

465. 형법 제195조 수도불통죄의 법리(2)

(대법원 1957. 2. 1. 선고 4289형상317 판결)

〈쟁점〉

수도불통죄와 부정수도

〈판결요지〉

비록 적법한 절차를 밟지 아니한 수도라 할지라도 그것이 현실로 공중생활에 필요한 음용수를 공급하고 있는 시설로 되어있는 이상 당해시설을 불법하게 손괴하여서 수도를 불통케 하였을때에는 수도불통으로 봄이 타당하다

〈판례선정이유〉

부적법한 수도이더라도 실제로 공중생활에 필요한 음용수를 공급하고 있는 시설로 되어있는 이상 수도불통죄의 대상인 수도에 해당한다고 판시한 기본적인 판결이다.

제4장 사회의 도덕에 관한 죄

I. 신앙에 관한 죄

466. 장례식방해죄의 성립 요건

(대법원 2013. 2. 14. 선고 판결)

〈쟁점〉

장례식방해죄의 성립 요건 및 장례식의 절차와 평온을 저해할 위험이 초래된 방해행위가 있었다는 사실에 대한 증명책임 소재(=검사)

〈판결요지〉

장례식방해죄는 장례식의 평온과 공중의 추모감정을 보호법익으로 하는 이른바 추상적 위험범으로서 범인의 행위로 인하여 장례식이 현실적으로 저지 내지 방해되었다고 하는 결과의 발생까지 요하지 않고 방해행위의 수단과 방법에도 아무런 제한이 없으며 일시적인 행위라 하더라도 무방하나, 적어도 객관적으로 보아 장례식의 평온한 수행에 지장을 줄 만한 행위를 함으로써 장례식의 절차와 평온을 저해할 위험이 초래될 수 있는 정도는 되어야 비로소 방해행위가 있다고 보아 장례식방해죄가 성립한다고 할 것이다.

한편 형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이므로, 장례식방해죄에 있어서 장례식의 절차와 평온을 저해할 위험이 초래된 방해행위가 있었음에 대해서도 그 입증책임은 검사에게 있다고 할 것이다.

〈판례선정이유〉

장례식방해죄의 성립 요건 및 장례식의 절차와 평온을 저해할 위험이 초래된 방해행위가 있었다는 사실에 대한 거증책임은 검사에게 있다는 기본적인 판결이다.

467. 분묘발굴행위와 위법성 조각

(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도8131 판결)

〈쟁점〉

분묘발굴행위의 위법성이 조각되기 위한 요건

〈판결요지〉

분묘발굴죄는 그 분묘에 대하여 아무런 권한 없는 자나 또는 권한이 있는 자라도 사체에 대한 종교적 양속에 반하여 함부로 이를 발굴하는 경우만을 처벌대상으로 삼는 취지라고 보아야 할 것이므로, 법률상 그 분묘를 수호, 봉사하며 관리하고 처분할 권한이 있는 자 또는 그로부터 정당하게 승낙을 얻은 자가 사체에 대한 종교적, 관습적 양속에 따른 존숭의 예를 갖추어 이를 발굴하는 경우에는 그 행위의 위법성은 조각된다고 할 것이고, 한편 분묘에 대한 봉사, 수호 및 관리, 처분권은 종중이나 그 후손들 모두에게 속하여 있는 것이 아니라 오로지 그 분묘에 관한 호주상속인에게 전속한다(대법원 1995. 2. 10. 선고 94도1190 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

분묘발굴행위의 위법성이 조각되기 위한 요건을 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

II. 성풍속에 관한 죄

468. 음행매개와 성립요건

(대법원 1955. 7. 8. 선고 4288형상37 판결)

〈쟁점〉

미성년자에 대한 음행매개죄와 그 성립 요건

〈판결요지〉

형법 제242조 소정 미성년자에 대한 음행매개죄의 성립에는 그 미성년자가 음행의 상습이 있거나 그 음행에 자진 동의한 사실은 하등 영향을 미치는 것이 아니다

〈판례선정이유〉

미성년자에 대한 음행매개죄의 성립에 그 미성년자가 음행에 자진 동의한 사실이나 음행의 상습이 인정되는 사실 등은 하등 영향을 미치지 않는다고 판시하고 있는 기본적 판결이다.

469. 음란의 의미와 음란성의 판단기준(1)

(대법원 1995. 6. 16. 선고 94도1758 판결)

〈쟁점〉

음란한 도화의 개념과 음란성의 판단기준

〈판결요지〉

형법 제243조의 음화등의반포등죄 및 제244조의 음화등의제조등죄에 규정한 음란한 도화라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리키고, 도화의 음란성의 판단에 있어서는 당해 도화의 성에 관한 노골적이고 상세한 표현의 정도와 그 수법, 당해 도화의 구성 또는 예술성 ·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 도화를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되느냐의 여부 등을 검토하는 것이 필요하고 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가의 여부를 결정하여야 한다.

〈판례선정이유〉

음란한 도화의 개념과 음란성의 판단은 일반 보통인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 판단하여야 한다는 기준을 제시하고 있는 기본적 판결이다.

470. 음란의 의미와 음란성의 판단기준(2)

(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013도9228 판결)

〈쟁점〉

'음란'의 의미 및 '음란한 물건'으로 평가되기 위한 표현의 정도

〈판결요지〉

형법 제243조에서 규정하고 있는 '음란'이란 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 뜻한다. 따라서 어떠한 물건을 음란하다고 평가하려면 그 물건을 전체적으로 관찰하여 볼 때 단순히 저속하다는 느낌을 주는 정도를 넘어 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적으로 사람의 특정 성적 부위 등을 적나라하게 표현 또는 묘사하는 것이어야 할 것이다.

〈판례선정이유〉

형법 제243조에서 규정하고 있는 '음란'의 의미 및 '음란한 물건'으로 평가되기 위한 표현의 정

도를 판시하고 있는 기본적 판결이다.

471. 음란의 의미와 음란성의 판단기준(3)

(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2889 판결)

〈쟁점〉

음란한 도화의 개념과 음란성의 판단기준

〈판결요지〉

형법 제243조에 규정된 '음란한 도화'라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 할 것이고, 이는 당해 도화의 성에 관한 노골적이고 상세한 표현의 정도와 그 수법, 당해 도화의 구성 또는 예술성, 사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 도화를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐의 여부 등을 검토, 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 판단하여야 할 것이며, 예술성과 음란성은 차원을 달리하는 관념이므로 어느 예술작품에 예술성이 있다고 하여 그 작품의 음란성이 당연히 부정되는 것은 아니라 할 것이고, 다만 그 작품의 예술적 가치, 주제와 성적 표현의 관련성 정도 등에 따라서는 그 음란성이 완화되어 결국은 형법이 처벌대상으로 삼을 수 없게 되는 경우가 있을 수 있을 뿐이다.

〈판례선정이유〉

형법 제243조에서 규정하고 있는 '음란한 도화'의 의미와 음란성의 판단기준을 제시하고 있는 기본적 판결이다.

472. "음란"의 최종적인 판단주체

(대법원 1995. 2. 10. 선고 94도2266 판결)

〈쟁점〉

형법 제243조 소정 "음란"의 판단 규준과 최종적인 판단의 주체

〈판결요지〉

형법 제243조 소정의 "음란"이라는 개념 자체가 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적이고도 유동적인 것이고, 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것이므로 결국 구체적인 판단에 있어서는 사회통념상 일반 보통인의 정서를 그 판단의 규준으로 삼을 수밖에 없다고 할지라도, 이는 법관이 일정한 가치판단에 의하여 내릴 수 있는 규범적인 개념이라 할 것이어서 그 최종적인 판단의 주체는 어디까지나 당해 사건을 담당하는 법관

이라 할 것이니, 음란성을 판단함에 있어 법관이 자신의 정서가 아닌 일반 보통인의 정서를 규준으로 하여 이를 판단하면 족한 것이지 법관이 일일이 일반 보통인을 상대로 과연 당해 문서나 도화 등이 그들의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하거나 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것인지의 여부를 묻는 절차를 거쳐야만 되는 것은 아니라고 할 것이다.

〈판례선정이유〉

형법 제243조 소정 “음란"의 판단 규준과 최종적인 판단의 주체는 어디까지나 당해 사건을 담당하는 법관이라고 판시하고 있는 판결이다.

473. 공연음란죄에서의 ‘음란한 행위’의 의미(1)

(대법원 2006. 1. 13. 선고 2005도1264 판결)

〈쟁점〉

형법 제245조 공연음란죄에서의 ‘음란한 행위’의 의미

〈판결요지〉

형법 제245조 소정의 ‘음란한 행위’라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 행위를 가리키는 것이고, 그 행위가 반드시 성행위를 묘사하거나 성적인 의도를 표출할 것을 요하는 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

공연음란죄에서의 ‘음란한 행위’의 의미를 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

474. 공연음란죄에서의 ‘음란한 행위’의 의미(2)

(대법원 2004. 3. 12. 선고 2003도6514 판결)

〈쟁점〉

신체의 노출행위가 단순히 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 주는 정도에 불과하다고 인정되는 경우, 형법 제245조 소정의 음란행위에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 형법 제245조 소정의 '음란한 행위'라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 할 것이고, 위 죄는 주관적으로 성욕의 흥분, 만족 등의 성적인 목적이 있어야 성립하는 것은 아니고 그 행위의 음란성에 대한 의미의 인식이 있으면 족하다.

[2] 경범죄처벌법 제1조 제41호가 '여러 사람의 눈에 뜨이는 곳에서 함부로 알몸을 지나치게 내놓거나 속까지 들여다 보이는 옷을 입거나 또는 가려야 할 곳을 내어 놓아 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준 사람'을 처벌하도록 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 신체의 노출행위가 있었다고 하더라도 그 일시와 장소, 노출 부위, 노출 방법·정도, 노출 동기·경위 등 구체적 사정에 비추어, 그것이 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하는 것이 아니라 단순히 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 주는 정도에 불과하다고 인정되는 경우 그와 같은 행위는 경범죄처벌법 제1조 제41호에 해당할지언정, 형법 제245조의 음란행위에 해당한다고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

형법 제245조 소정의 음란행위에 해당하는지 여부를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

475. 공연음란죄에서의 '음란한 행위'의 의미(3)

(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도980 판결)

〈쟁점〉

[1] 연극공연행위의 음란성 판단 기준

[2] 연극공연행위의 음란성 유무가 행위자의 주관적 의사에 따라 좌우되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 형법 제245조의 공연음란죄에 규정한 음란한 행위라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리키는바, 연극공연행위의 음란성의 판단에 있어서는 당해 공연행위의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사·서술의 정도와 그 수법, 묘사·서술이 행위 전체에서 차지하는 비중, 공연행위에 표현된 사상 등과 묘사·서술과의 관련성, 연극작품의 구성이나 전개 또는 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 공연행위를 전체로서 보았을 때 주로 관람객들의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가 여부에 따라 결정되어야 한다.

[2] 연극공연행위의 음란성의 유무는 그 공연행위 자체로서 객관적으로 판단해야 할 것이고, 그 행위자의 주관적인 의사에 따라 좌우되는 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

공연음란죄에서의 '음란한 행위'의 의미를 설명하고 연극공연행위의 음란성 유무는 공연행위 자체로서 객관적으로 판단해야 할 것이고, 그 행위자의 주관적인 의사에 따라 좌우되는 것은 아니라고 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

III. 도박과 복표에 관한 죄

476. 도박과 일시오락의 구분

(대법원 1983. 3. 22. 선고 82도2151 판결)

〈쟁점〉

[1] 일시 오락정도에 불과한 도박행위를 처벌하지 아니하는 이유
[2] 일시 오락정도에 불과한 오락행위의 기준

〈판결요지〉

[1] 형법 제246조 도박죄를 처벌하는 이유는 정당한 근로에 의하지 아니한 재물의 취득을 처벌함으로써 경제에 관한 건전한 도덕법칙을 보호하기 위한 것인바, 그 처벌은 헌법이 보장하는 국민의 행복추구권이나 사생활의 자유를 침해할 수 없고, 동조의 입법취지가 건전한 근로의식을 배양 보호함에 있다면 일반 서민대중이 여가를 이용하여 평소의 심신의 긴장을 해소하는 오락은 이를 인정함이 국가정책적 입장에서 보더라도 허용된다 할 것으로, 일시 오락에 불과한 도박행위를 처벌하지 아니하는 이유가 여기에 있다.

[2] 속칭 민화투놀이에 저한 재물이 바로 그 즉시 예정된 방법에 따라 소비되지 아니하고 어느 일방이 승패에 따라 그 재물을 차지하였다 하더라도 그 재물의 득실이 승패결정의 흥미를 북돋우기 위한 것이고 그 재물의 경제적 가치가 근소(매회 1인당 100원식 걸어 합께 300원중 100원은 술값으로 적립하고 200원만 승자소유가 되며 20여회만 하였음)하여 건전한 근로의식을 침해하지 않을 정도라면 일시오락의 정도에 불과하다.

〈판례선정이유〉

도박죄에서 일시오락의 정도에 불과한 오락행위의 기준을 제시하여 도박과 일시오락의 구별기준을 제시하고 있는 중요한 판결이다.

477. 도박행위의 요건인 '우연성'의 의미(1)

(대법원 2008. 10. 23. 선고 2006도736 판결)

〈쟁점〉

형법 제246조의 도박행위의 요건인 '우연성'의 의미

〈판결요지〉

[1] 형법 제246조에서 도박죄를 처벌하는 이유는 정당한 근로에 의하지 아니한 재물의 취득을 처벌함으로써 경제에 관한 건전한 도덕법칙을 보호하는 데 있다. 그리고 도박은 '재물을 걸고 우연

에 의하여 재물의 득실을 결정하는 것'을 의미하는바, 여기서 '우연'이란 주관적으로 '당사자에 있어서 확실히 예견 또는 자유로이 지배할 수 없는 사실에 관하여 승패를 결정하는 것'을 말하고, 객관적으로 불확실할 것을 요구하지 아니한다. 따라서, 당사자의 능력이 승패의 결과에 영향을 미친다고 하더라도 다소라도 우연성의 사정에 의하여 영향을 받게 되는 때에는 도박죄가 성립할 수 있다.

〈판례선정이유〉

도박행위의 요건인 '우연성'의 의미를 설명하고 당사자의 능력이 승패의 결과에 영향을 미친다고 하더라도 다소라도 우연성의 사정에 의하여 영향을 받게 되는 때에는 도박죄가 성립할 수 있다고 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

478. 도박행위의 요건인 '우연성'의 의미(2)

(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도9330 판결)

〈쟁점〉

이른바 '사기도박'의 경우 사기죄 외에 도박죄가 별도로 성립하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

도박이란 2인 이상의 자가 상호간에 재물을 도(도)하여 우연한 승패에 의하여 그 재물의 득실을 결정하는 것이므로, 이른바 사기도박과 같이 도박당사자의 일방이 사기의 수단으로써 승패의 수를 지배하는 경우에는 도박에서의 우연성이 결여되어 사기죄만 성립하고 도박죄는 성립하지 아니한다.

〈판례선정이유〉

이른바 '사기도박'의 경우에는 도박행위의 요건인 '우연성'이 결여되어 사기죄만 성립하고 도박죄는 성립하지 않는다고 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

479. 도박행위의 위법성조각 판단

(대법원 2017. 4. 13. 선고 2017도953 판결)

〈쟁점〉

[1] 상습도박죄에서 '상습성'의 의미 및 상습성 유무를 판단하는 기준

[2] 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로 도박행위의 위법성이 조각되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 상습도박죄에 있어서의 상습성이라 함은 반복하여 도박행위를 하는 습벽으로서 행위자의 속성을 말하는데, 이러한 습벽의 유무를 판단함에 있어서는 도박의 전과나 도박횟수 등이 중요한 판단자료가 되나, 도박전과가 없다 하더라도 도박의 성질과 방법, 도금의 규모, 도박에 가담하게 된 태양 등의 제반 사정을 참작하여 도박의 습벽이 인정되는 경우에는 상습성을 인정할 수 있다(대법원 1995. 7. 11. 선고 95도955 판결, 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도5645 판결 등 참조).

[2] 형법 제3조는 "본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다."라고 하여 형법의 적용 범위에 관한 속인주의를 규정하고 있고, 또한 국가 정책적 견지에서 도박죄의 보호법익보다 좀 더 높은 국가이익을 위하여 예외적으로 내국인의 출입을 허용하는 폐광지역 개발 지원에 관한 특별법 등에 따라 카지노에 출입하는 것은 법령에 의한 행위로 위법성이 조각된다고 할 것이나, 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로 그 위법성이 조각된다고 할 수 없(다)(대법원 2004. 4. 23. 선고 2002도2518 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로는 도박죄의 위법성이 조각되지 않는다고 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

480. 도박과 타죄와의 관계

(대법원 2014. 3. 13. 선고 2014도212 판결)

〈쟁점〉

도박행위가 공갈죄의 수단이 된 경우, 공갈죄에 흡수되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

공갈죄와 도박죄는 그 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 공갈죄의 성립에 일반적·전형적으로 도박행위를 수반하는 것은 아니며, 도박행위가 공갈죄에 비하여 별도로 고려되지 않을 만큼 경미한 것이라고 할 수도 없으므로, 도박행위가 공갈죄의 수단이 되었다 하여 그 도박행위가 공갈죄에 흡수되어 별도의 범죄를 구성하지 않는다고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

도박행위가 그 구성요건과 보호법익을 달리하고 있는 공갈죄의 수단이 된 경우, 공갈죄와 도박죄는 별도로 성립한다고 판시하여 도박죄와 타죄와의 관계를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

481. 도박개장죄의 성립 요건(1)

(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도14725 판결)

〈쟁점〉

형법 제247조 도박개장죄의 성립 요건

〈판결요지〉

형법 제247조의 도박개장죄는 영리의 목적으로 스스로 주재자가 되어 그 지배하에 도박장소를 개설함으로써 성립하는 도박죄와는 별개의 독립된 범죄이고, '도박'이라 함은 참여한 당사자가 재물을 걸고 우연한 승부에 의하여 재물의 득실을 다투는 것을 의미하며, '영리의 목적'이란 도박개장의 대가로 불법한 재산상의 이익을 얻으려는 의사를 의미하는 것이다(대법원 2002. 4. 12. 선고 2001도5802 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

형법 제247조의 도박개장죄의 성립 요건을 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

482. 도박개장죄의 성립 요건(2)

(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도3970 판결)

〈쟁점〉

피시방 운영자가 손님들로 하여금 컴퓨터에 접속하여 인터넷 도박게임을 하고 게임머니의 충전과 환전을 하도록 하면서 게임머니의 일정 금액을 수수료 명목으로 받은 행위를 도박개장죄로 인정한 사례

〈판결이유〉

[1] 형법 제247조의 도박개장죄는 영리의 목적으로 스스로 주재자가 되어 그 지배하에 도박장소를 개설함으로써 성립하는 것으로 도박죄와는 별개의 독립된 범죄이다. '도박'이란 참여한 당사자가 재물을 걸고 우연한 승부에 의하여 재물의 득실을 다투는 것을 의미하며, '영리의 목적'이란 도박개장의 대가로 불법한 재산상의 이익을 얻으려는 의사를 의미하고, 반드시 도박개장의 직접적 대가가 아니라 도박개장을 통하여 간접적으로 얻게 될 이익을 위한 경우에도 영리의 목적이 인정되며, 또한 현실적으로 그 이익을 얻었을 것을 요하지는 않는다.

〈판례선정이유〉

형법 제247조의 도박개장죄의 성립 요건인 '영리의 목적'의 의미를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

483. 도박개장죄의 성립 요건(3)

(대법원 2018. 5. 30. 선고 2018도3619 판결)

〈쟁점〉

피고인이 음란물유포 인터넷사이트를 운영하면서 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(음란물유포)죄와 도박개장방조죄에 의하여 비트코인(Bitcoin)을 취득한 사안에서, 피고인의 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(음란물유포)죄와 도박개장방조죄는 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률에 정한 중대범죄에 해당하며, 비트코인은 재산적 가치가 있는 무형의 재산이라고 보아야 하고, 몰수의 대상인 비트코인이 특정되어 있다는 이유로, 피고인이 취득한 비트코인을 몰수할 수 있다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례

〈판결요지〉

피고인이 음란물유포 인터넷사이트를 운영하면서 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라 한다) 위반(음란물유포)죄와 도박개장방조죄에 의하여 비트코인(Bitcoin)을 취득한 사안에서, 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다) [별표] 제1호 (사)목에서는 형법 제247조의 죄를, [별표] 제24호에서는 정보통신망법 제74조 제1항 제2호의 죄를 중대범죄로 규정하고 있어 피고인의 정보통신망법 위반(음란물유포)죄와 도박개장방조죄는 범죄수익은닉규제법에 정한 중대범죄에 해당하며, 비트코인은 경제적인 가치를 디지털로 표상하여 전자적으로 이전, 저장 및 거래가 가능하도록 한, 이른바 '가상화폐'의 일종인 점, 피고인은 위 음란사이트를 운영하면서 사진과 영상을 이용하는 이용자 및 음란사이트에 광고를 원하는 광고주들로부터 비트코인을 대가로 지급받아 재산적 가치가 있는 것으로 취급한 점에 비추어 비트코인은 재산적 가치가 있는 무형의 재산이라고 보아야 하고, 몰수의 대상인 비트코인이 특정되어 있다는 이유로, 피고인이 취득한 비트코인을 몰수할 수 있다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

〈판례선정이유〉

도박개장죄의 성립 요건을 설명하고 비트코인 등 이른바 '가상화폐'도 몰수의 대상이 된다고 판시하고 있는 중요한 판결이다.

484. 복표의 개념요소 및 판단 기준

(대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도5433 판결)

〈쟁점〉

형법 제248조가 규정하는 복표의 개념요소 및 판단 기준

〈판결요지〉

형법은 각칙 제23장에서 '도박과 복표에 관한 죄'라는 제목 아래 도박죄와 함께 복표발매죄 등을 규정하고 있는바, 복표도 우연에 의하여 승패가 결정된다는 의미에서 도박에 유사한 측면이 있으므로, 건전한 국민의 근로관념과 사회의 미풍양속을 보호하려는 데에 그 발매 등의 행위를 제한하고 처벌할 이유가 있는 것이고, 여기에다가 사행행위등규제및처벌특례법 제2조 제1항 제1호 (가)

목의 규정 취지를 종합하여 보면, 형법 제248조가 규정하는 복표의 개념요소는 ① 특정한 표찰일 것, ② 그 표찰을 발매하여 다수인으로부터 금품을 모을 것, ③ 추첨 등의 우연한 방법에 의하여 그 다수인 중 일부 당첨자에게 재산상의 이익을 주고 다른 참가자에게 손실을 줄 것의 세 가지로 파악할 수 있으며, 이 점에서 경제상의 거래에 부수하는 특수한 이익의 급여 내지 가격할인에 불과한 경품권이나 사은권 등과는 그 성질이 다른 것이지만, 어떠한 표찰이 형법 제248조 소정의 복표에 해당하는지 여부는 그 표찰 자체가 갖는 성질에 의하여 결정되어야 하고, 그 기본적인 성질이 위와 같은 개념요소를 갖추고 있다면, 거기에 광고 등 다른 기능이 일부 가미되어 있는 관계로 당첨되지 않은 참가자의 손실을 그 광고주 등 다른 사업주들이 대신 부담한다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 복표로서의 성질을 상실하지는 않는다.

〈판례선정이유〉

형법 제248조가 규정하는 복표의 개념요소 및 판단 기준을 제시하고 있는 기본적인 판결이다.

제 3 편 국가적 법익에 대한 죄

제1장 국가의 존립과 권위에 대한 죄

I. 내란의 죄

485. 내란죄의 성립요소

(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

내란죄의 구성요건인 '폭동'의 의미와 정도 및 내란행위자들에 의하여 이루어진 비상계엄 전국확대조치의 폭동성 여부(적극)

〈판결요지〉

내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행 또는 협박은 일체의 유형력의 행사나 외포심을 생기게 하는 해악의 고지를 의미하는 최광의의 폭행·협박을 말하는 것으로서, 이를 준비하거나 보조하는 행위를 전체적으로 파악한 개념이며, 그 정도가 한 지방의 평온을 해할 정도의 위력이 있음을 요한다.

그런데 1980. 5. 17. 당시 시행되고 있던 계엄법 등 관계 법령에 의하면, '비상계엄의 전국확대'는 필연적으로 국민의 기본권을 제약하게 되므로, 비상계엄의 전국확대 그 사실 자체만으로도 국민에게 기본권이 제약될 수 있다는 위협을 주는 측면이 있고, 민간인인 국방부장관은 지역계엄실시와 관련하여 계엄사령관에 대하여 가지고 있던 지휘감독권을 잃게 되므로, 군부를 대표하는 계엄사령관의 권한이 더욱 강화됨은 물론 국방부장관이 계엄업무로부터 배제됨으로 말미암아 계엄업무와 일반국정을 조정 통할하는 국무총리의 권한과 이에 대한 국무회의의 심의권마저도 배제됨으로써, 헌법기관인 국무총리와 국무위원들이 받는 강압의 효과와 그에 부수하여 다른 국가기관의 구성원이 받는 강압의 정도가 증대된다고 할 것이며, 따라서 비상계엄의 전국확대조치의 그와 같은 강압적 효과가 법령과 제도 때문에 일어나는 당연한 결과라고 하더라도, 이러한 법령이나 제도가 가지고 있는 위협적인 효과가 국헌문란의 목적을 가진 자에 의하여 그 목적을 달성하기 위한 수단으로 이용되는 경우에는 비상계엄의 전국확대조치가 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 협박행위가 되므로 이는 내란죄의 폭동에 해당하고, 또한 그 당시 그와 같은 비상계엄의 전국확대는 우리나라 전국의 평온을 해하는 정도에 이르렀음을 인정할 수 있다.

〈판례선정이유〉

5·18민주화운동에 대한 폭동적 시위진압행위가 국헌문란에 해당하는지 여부(적극)와 형법 제91조 제2호 소정의 '국헌문란'의 의미, 내란죄의 구성요건인 '폭동'의 의미와 정도 등 내란죄 성립요

건 전반에 걸친 전원합의체 판결이다.

486. 내란에서 국헌문란의 목적 의미와 판단

(대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결)

〈쟁점〉

내란죄에 있어서의 국헌문란의 목적의 의미와 인식

〈판결요지〉

[다수의견] 내란죄에 있어서의 국헌문란의 목적은 현행의 헌법 또는 법률이 정한 정치적 기본조직을 불법으로 파괴하는 것을 말하고 구체적인 국가기관인 자연인만을 살해하거나, 그 계승을 기대하는 것은 이에 해당되지 않으나 반드시 초법규적인 의미는 아니라고 할 것이며, 공산, 군주 또는 독재제도로 변경하여야 하는 것은 더욱 아니고, 그 목적은 엄격한 증명사항에 속하고 직접적임을 요하나 결과발생의 희망, 의욕임을 필요로 한다고 할 수는 없고, 또 확정적 인식임을 요하지 아니하며, 다만 미필적 인식이 있으면 족하다 할 것이다.

[소수의견 1] 피고인들이 유신체제를 강압변혁하려는 목적하에서 대통령을 비롯한 사람들을 살해한 것이라면, 그 뒤 개헌에 대한 전국적인 합의가 있은 후에 재판함에 있어서는 범행시의 체제가 재판시의 그것과 달라졌다는 정치상황이 바로 초법규적으로 처벌할 수 없는 사유가 된다 할 것이므로 내란죄로는 처벌할 수 없다.

[소수의견 2] 국헌문란의 목적이라 함은 헌법 또는 법률의 기능을 불법으로 철폐, 소멸시키고 국가의 기본조직인 통치기구 기타 헌법기관을 폭력으로 파괴, 전복하는 것을 말하고, 국가에 변란을 초해라는 쿠테타를 일으키는 것을 알고 가담하였다고 하더라도 거사목적 기타에 관한 별다른 지시를 받은 것이 없는 이상 쿠테타를 일으키는 것이 바로 국헌문란의 목적을 말하는 것으로 인정할 근거도 없을 뿐 아니라, 대통령직에 있는 자연인을 살해하는 범행에 가담실행한 것이 대통령이라는 헌법기관 그 자체를 폭력으로 전복하고 그 권한행사를 불가능하게 하는 국헌문란의 목적의 살해범행에 가담실행한 것으로 인정되어야 한다는 견해는 우리의 경험칙 및 논리칙상 비약된 이론이라 할 것이다.

〈판례선정이유〉

내란죄에 있어서의 국헌문란의 목적의 의미와 인식정도를 판시하고 있는 전원합의체 판결이다.

487. 내란죄에서 예비·음모와 실행의 착수시기 구분, 선동·선전의 의미

(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

내란선동죄와 내란음모죄의 성립요건

〈판결요지〉

[다수의견] 음모는 실행의 착수 이전에 2인 이상의 자 사이에 성립한 범죄실행의 합의로서, 합의 자체는 행위로 표출되지 않은 합의 당사자들 사이의 의사표시에 불과한 만큼 실행행위로서의 정형이 없고, 따라서 합의의 모습 및 구체성의 정도도 매우 다양하게 나타날 수밖에 없다. 그런데 어떤 범죄를 실행하기로 막연하게 합의한 경우나 특정한 범죄와 관련하여 단순히 의견을 교환한 경우까지 모두 범죄실행의 합의가 있는 것으로 보아 음모죄가 성립한다고 한다면 음모죄의 성립범위가 과도하게 확대되어 국민의 기본권인 사상과 표현의 자유가 위축되거나 그 본질이 침해되는 등 죄형법정주의 원칙이 형해화될 우려가 있으므로, 음모죄의 성립범위도 이러한 확대해석의 위험성을 고려하여 엄격하게 제한하여야 한다.

한편 내란죄의 주체는 국토를 참절하거나 국헌을 문란할 목적을 이룰 수 있을 정도로 조직화된 집단으로서 다수의 자이어야 하고, 그 역할도 수괴, 중요한 임무에 종사한 자, 부화수행한 자 등으로 나뉜다(형법 제87조 각 호 참조). 또한, 실행행위인 폭동행위는 살상, 파괴, 약탈, 단순 폭동 등 여러 가지 폭력행위가 혼합되어 있고, 그 정도가 한 지방의 평온을 해할 정도의 위력이 있음을 요한다.

2인 이상의 자 사이에 어떠한 폭동행위에 대한 합의가 있는 경우에도 공격의 대상과 목표가 설정되어 있지 않고, 시기와 실행방법이 어떠한지를 알 수 없으면 그것이 '내란'에 관한 음모인지를 알 수 없다. 따라서 내란음모가 성립하였다고 하기 위해서는 개별 범죄행위에 관한 세부적인 합의가 있을 필요는 없으나, 공격의 대상과 목표가 설정되어 있고, 그 밖의 실행계획에 있어서 주요 사항의 윤곽을 공통적으로 인식할 정도의 합의가 있어야 한다.

나아가 합의는 실행행위로 나아간다는 확정적인 의미를 가진 것이어야 하고, 단순히 내란에 관한 생각이나 이론을 논의한 것으로는 부족하다. 또한, 내란음모가 단순히 내란에 관한 생각이나 이론을 논의 내지 표현한 것인지 실행행위로 나아간다는 확정적인 의미를 가진 합의인지를 구분하기가 쉽지 않다는 점을 고려하면, 내란음모죄에 해당하는 합의가 있다고 하기 위해서는 단순히 내란에 관한 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고 객관적으로 내란범죄의 실행을 위한 합의라는 것이 명백히 인정되고, 그러한 합의에 실질적인 위험성이 인정되어야 한다.

그리고 내란음모가 실질적 위험성이 있는지 여부는 합의 내용으로 된 폭력행위의 유형, 내용의 구체성, 계획된 실행시기와의 근접성, 합의 당사자의 수와 합의 당사자들 사이의 관계, 합의의 강도, 합의 당시의 사회정세, 합의를 사전에 준비하였는지 여부, 합의의 후속 조치가 있었는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

[대법관 신영철, 대법관 민일영, 대법관 고영한, 대법관 김창석의 반대의견] 내란음모죄에서 실질적 위험성이 있는 합의인지는 단순히 합의된 내용이나 그 구체성만을 놓고 판단할 것이 아니라, 내란 모의에 이르게 된 경위, 모의에 참가한 자들의 경력과 지위, 정치적·이념적 성향과 과거의 활동 전력, 참가자 집단의 규모와 결속 정도, 참가자들이 동원할 수 있는 각종 유·무형의 수단, 모의 과정에서 나온 발언의 진지함이나 내란 실행에 대한 의지, 모의를 위한 정보수집 등 준비행위의 유무, 외부 적대 세력과의 연계 가능성과 모의 당시의 국내외 정세 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

위와 같이 내란의 모의가 일반적·추상적인 합의를 넘는 실질적 위험성이 있는 합의인지는 단순

히 합의의 내용뿐만 아니라 그 합의를 둘러싸고 있는 여러 사정도 함께 고려하여 종합적으로 판단하여야 하는 것이므로, 일정한 시기에 내란을 실행하자는 내용의 의사합치는 이루어졌으나 구체적인 공격의 대상과 목표, 방법 등에 관하여는 확정적인 합의에 이르지 못하고 논의하는 데 그쳐 합의의 구체성이 다소 떨어지는 경우라고 하더라도, 모의 참가자들이 합의한 일정한 시기에 자신들이 논의했던 방법이나 그와 유사한 방식으로 내란의 실행행위로 나아갈 개연성이 크다고 인정되면, 이는 일반적·추상적 합의를 넘어서는 실질적 위험성이 있는 내란 실행에 관한 합의로서 내란음모죄를 구성한다. 따라서 내란음모죄의 성립에 반드시 구체적인 공격의 대상과 목표, 방법 등이 설정되어 있어야 할 필요는 없다.

나아가 내란 실행에 관한 합의가 내란음모죄에서 요구하는 정도의 구체성을 갖추었는지를 판단함에 있어 앞서 본 실질적 위험성 외에도 내란죄가 갖는 특수성을 고려하여야 한다. 즉 내란은 그 피해의 정도가 살인이나 강도 등과는 비교할 수 없을 정도로 중대할 뿐만 아니라, 범행의 구도나 윤곽이 비교적 단순한 살인이나 강도 등과는 달리 한 지방의 평온을 해할 정도의 것이기만 하면 파업이나 시위는 물론 살인, 상해, 강도, 손괴, 방화 등도 포함되는 광범위한 개념이며, 그 전개 양상도 주변 상황에 따라 가변적이고 불확실할 수밖에 없으므로, 내란음모죄에서 요구되는 합의의 구체성을 살인음모죄나 강도음모죄 등의 그것과 동일선상에서 파악할 수는 없다.

[다수의견] (가) 내란선동죄는 내란이 실행되는 것을 목표로 선동함으로써 성립하는 독립한 범죄이고, 선동으로 말미암아 피선동자들에게 반드시 범죄의 결의가 발생할 것을 요건으로 하지 않는다. 즉 내란선동은 주로 내란행위의 외부적 준비행위에도 이르지 않은 단계에서 이루어지지만, 다수인의 심리상태에 영향을 주는 방법으로 내란의 실행욕구를 유발 또는 증대시킴으로써 집단적인 내란의 결의와 실행으로 이어지게 할 수 있는 파급력이 큰 행위이다. 따라서 내란을 목표로 선동하는 행위는 그 자체로 내란예비·음모에 준하는 불법성이 있다고 보아 내란예비·음모와 동일한 법정형으로 처벌되는 것이다.

(나) 내란선동죄에서 '국헌을 문란할 목적'이란 "헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것(형법 제91조 제1호)" 또는 "헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것(같은 조 제2호)"을 말한다. 국헌문란의 목적은 범죄 성립을 위하여 고의 외에 요구되는 초과주관적 위법요소로서 엄격한 증명사항에 속하나, 확정적 인식임을 요하지 아니하며, 다만 미필적 인식이 있으면 족하다. 그리고 국헌문란의 목적이 있었는지 여부는 피고인들이 이를 자백하지 않는 이상 외부적으로 드러난 피고인들의 행위와 그 행위에 이르게 된 경위 등 사물의 성질상 그와 관련성 있는 간접사실 또는 정황사실을 종합하여 판단하면 되고, 선동자의 표현 자체에 공격대상인 국가기관과 그를 통해 달성하고자 하는 목표, 실현방법과 계획이 구체적으로 나타나 있어야만 인정되는 것은 아니다.

또한, 형법상 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행 또는 협박은 일체의 유형력의 행사나 외포심을 생기게 하는 해악의 고지를 의미하는 최광의의 폭행·협박을 말하는 것으로서, 이를 준비하거나 보조하는 행위를 전체적으로 파악한 개념이며, 그 정도가 한 지방의 평온을 해할 정도의 위력이 있음을 요한다.

내란선동이란 내란이 실행되는 것을 목표로 하여 피선동자들에게 내란행위를 결의, 실행하도록 충동하고 격려하는 일체의 행위를 말한다. 내란선동은 주로 언동, 문서, 도화 등에 의한 표현행위의 단계에서 문제되는 것이므로 내란선동죄의 구성요건을 해석함에 있어서는 국민의 기본권인 표현의 자유가 위축되거나 본질이 침해되지 아니하도록 죄형법정주의의 기본정신에 따라 엄격하게 해석하여야 한다. 따라서 내란을 실행시킬 목표를 가지고 있다 하여도 단순히 특정한 정치적 사상

이나 추상적인 원리를 옹호하거나 교시하는 것만으로는 내란선동이 될 수 없고, 그 내용이 내란에 이를 수 있을 정도의 폭력적인 행위를 선동하는 것이어야 하고, 나아가 피선동자의 구성 및 성향, 선동자와 피선동자의 관계 등에 비추어 피선동자에게 내란 결의를 유발하거나 증대시킬 위험성이 인정되어야만 내란선동으로 볼 수 있다. 언어적 표현행위는 매우 추상적이고 다의적일 수 있으므로 그 표현행위가 위와 같은 내란선동에 해당하는지를 가림에 있어서는 선동행위 당시의 객관적 상황, 발언 등의 장소와 기회, 표현 방식과 전체적인 맥락 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.

다만 선동행위는 선동자에 의하여 일방적으로 행해지고, 그 이후 선동에 따른 범죄의 결의 여부 및 그 내용은 선동자의 지배영역을 벗어나 피선동자에 의하여 결정될 수 있으며, 내란선동을 처벌하는 근거가 선동행위 자체의 위험성과 불법성에 있다는 점 등을 전제하면, 내란선동에 있어 시기와 장소, 대상과 방식, 역할분담 등 내란 실행행위의 주요 내용이 선동 단계에서 구체적으로 제시되어야 하는 것은 아니고, 또 선동에 따라 피선동자가 내란의 실행행위로 나아갈 개연성이 있다고 인정되어야만 내란선동의 위험성이 있는 것으로 볼 수도 없다.

[대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신의 반대의견] (가) 형법 제90조 제2항이 규정한 내란선동죄에서의 '선동'은 '불특정 다수인에 대하여 감정적인 자극을 주어 내란범죄의 실행을 결의하게 하거나 이미 존재하는 결의를 북돋우는 행위'를 말한다. 이러한 내란선동은 내란범죄의 실행행위에 이르지 아니함은 물론 준비행위에도 이르지 아니한 것으로서 단지 언어적인 표현행위일 뿐이므로 내란음모죄와 마찬가지로 그 행위에 대한 평가 여하에 따라서는 적용범위가 무한히 확장될 가능성이 있고, 그러한 경우에는 표현의 자유를 위축시키고 죄형법정주의 원칙에도 위배될 우려가 크다. 더욱이 내란음모죄와 달리 '2인 이상의 합의'를 필요로 하지 아니하는 내란선동죄에서의 선동은 선동자가 일방적으로 한 언어적 표현행위에 불과하고 피선동자가 현실적으로 영향을 받을 것을 요건으로 하지도 아니한다는 측면에서 내란선동죄는 내란음모죄보다도 성립범위가 지나치게 확장될 우려가 더 크다. 아울러 내란선동은 대개 내란음모의 전 단계에 위치하는 것으로서 내란음모보다 내란의 직접적인 실현가능성이 높지 아니함에도 형법은 내란선동죄를 내란음모죄와 동일한 법정형으로 규정하고 있는 점에서도, 내란선동죄는 내란음모죄에 상응한 정도의 위험성이 있는 경우에 한하여 범죄 성립을 인정하여야 하고, 이를 위하여는 구성요건을 객관적인 기준에 의하여 더욱 엄격하게 해석·적용할 필요가 있다.

(나) 따라서 내란선동죄에서도 내란음모죄와 마찬가지로 객관적으로 보아 내란의 주요한 부분, 즉 시기, 대상, 수단 및 방법, 실행 또는 준비에 관한 역할분담 등 윤곽에 관하여 어느 정도 개략적으로 특정된 선동이라는 것이 명백히 인정되고 이러한 선동에 따라 피선동자가 내란으로 나아갈 실질적인 위험성이 인정되는 경우에 한하여 범죄가 성립한다고 보아야 한다. 내란선동에 실질적인 위험성이 있는지를 판단할 때에는 표현의 내용 자체가 가장 중요하겠지만, 이와 함께 선동자의 경력과 지위, 회합의 개최 경위와 진행 과정 등 해당 표현을 하게 된 경위, 당시의 객관적인 정세, 청중의 수와 인적 구성, 청중의 반응, 해당 표현 전후에 내란의 실행을 위한 객관적 준비행위가 있었는지 등도 종합적으로 고려하여야 한다.

〈판례선정이유〉

특정 정당 소속의 국회의원 및 지역당위원장의 이른바 〈내란음모에 관한 사건〉에 대한 최근의 전원합의체 판결이다.

II. 외환의 죄

488. 간첩과 간첩행위의 의미

(대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

형법 제98조 제1항에서 '간첩'의 의미 및 간첩이 이미 탐지·수집하여 지득하고 있는 사항을 타인에게 보고·누설하는 행위가 간첩행위인지 여부(소극)

〈판결요지〉

형법 제98조 제1항에서 간첩이라 함은 적국에 제보하기 위하여 은밀한 방법으로 우리나라의 군사상은 물론 정치, 경제, 사회, 문화, 사상 등 기밀에 속한 사항 또는 도서, 물건을 탐지·수집하는 것을 말하고, 간첩행위는 기밀에 속한 사항 또는 도서, 물건을 탐지·수집한 때에 기수가 되므로 간첩이 이미 탐지·수집하여 지득하고 있는 사항을 타인에게 보고·누설하는 행위는 간첩의 사후행위로서 위 조항에 의하여 처단의 대상이 되는 간첩행위 자체라고 할 수 없다.[1)]

〈판결선정이유〉

형법 제98조 제1항 '간첩' 및 '간첩행위'의 의미에 관한 기본적인 판결이다.

489. 공지의 사실과 비밀의 구분

(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009도320 판결)

〈쟁점〉

국가보안법 제4조 제1항 제2호 (나)목에서 정한 '기밀'의 개념과 판단 기준

〈판결요지〉

국가보안법 제4조 제1항 제2호 (나)목에서 정하고 있는 기밀은 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관하여 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익이 되는 모든 사실, 물건 또는 지식으로서, 그것들이 국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일반인에게 널리 알려진 공지의 사실, 물건 또는 지식에 속하지 아니한 것이어야 하고, 또 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위험을 초래할 우려가 있어 기밀로 보호할 실질가치를 갖춘 것이어야 한다. 다만 국가보안법 제4조가 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 목적수행 행위를 처벌하는 규정이므로 그것들이 공지되었다고 하기 위하여는 신문, 방송 등 대중매체나 통신수단 등의 발달 정

1) 이른바 '진보당사건'에 관한 재심판결. 재심대상판결은 대법원 1959. 2. 27. 선고 4291형상559 판결(조봉암 사건)이다.

도, 독자 및 청취의 범위, 공표의 주체 등 여러 사정에 비추어 보아 반국가단체 또는 그 지령을 받은 자가 더 이상 탐지·수집이나 확인·확증의 필요가 없는 것이라고 볼 수 있어야 할 것이고, 누설할 경우 실질적 위험성이 있는지 여부는 그 기밀을 수집할 당시의 대한민국과 북한 또는 기타 반국가단체와의 대치현황과 안보사항 등이 고려되는 건전한 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 할 것이며, 그 기밀이 사소한 것이라 하더라도 누설될 경우 반국가단체에는 이익이 되고 대한민국에는 불이익을 초래할 위험성이 명백하다면 이에 해당한다 할 것이다(대법원 1997. 7. 16. 선고 97도985 전원합의체 판결 참조).

〈판례선정이유〉

공지의 사실과 비밀의 구분 및 '기밀'의 개념과 판단 기준을 제시하고 있는 기본적인 판결이다.

III. 국기에 관한 죄

490. 형법 제105조의 위헌여부

(헌법재판소 2019. 12. 27 자 2016헌바96 결정)

〈쟁점〉

대한민국을 모욕할 목적으로 국기를 손상, 제거 또는 오욕한 자를 처벌하는 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제105조 중 국기에 관한 부분(이하 '심판대상조항'이라 하며, 이에 해당하는 범죄를 '국기모독죄'라 한다)이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

〈결정요지〉

[다수의견] 가. 대한민국은 독자적 기능을 가지고 일정한 의사를 형성할 수 있는 하나의 국가공동체로서 국민 개인이 가지는 명예·권위와 구별되는 고유의 명예와 권위를 가진다. '대한민국을 모욕'한다는 것은 '국가공동체인 대한민국의 사회적 평가를 저해할 만한 추상적 또는 구체적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것'을 의미한다. 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 심판대상조항이 금지·처벌하는 행위가 무엇인지 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있으며, 심판대상조항이 지닌 약간의 불명확성은 법관의 통상적·보충적 해석으로 보완될 수 있다. 따라서 심판대상조항은 명확성원칙에 위반되지 않는다.

나. 국기는 국가의 역사와 국민성, 이상 등을 응축하고 헌법이 보장하는 질서와 가치를 담아 국가의 정체성을 표현하는 국가의 대표적 상징물이다. 심판대상조항은 국기를 존중, 보호함으로써 국가의 권위와 체면을 지키고, 국민들이 국기에 대하여 가지는 존중의 감정을 보호하려는 목적에서 입법된 것이다.

심판대상조항은 국기가 가지는 고유의 상징성과 위상을 고려하여 일정한 표현방법을 규제하는 것에 불과하므로, 국기모독 행위를 처벌한다고 하여 이를 정부나 정권, 구체적 국가기관이나 제도에 대한 비판을 허용하지 않거나 이를 곤란하게 하는 것으로 볼 수 없다. 만약 표현의 자유만을 강조하여 국기모독 행위를 금지·처벌하지 않는다면, 국기가 상징하는 국가의 권위와 체면이 훼손되고 국민이 국기에 대하여 가지는 존중의 감정이 손상되며 국민을 극단적 대립과 갈등 상황으로

몰아넣을 수 있다. 국기모독 행위를 경범죄로 취급하거나 형벌 이외의 다른 수단으로 제재하여서는 입법목적을 효과적으로 달성하기 어렵다. 형법 제정 이후 국기모독죄로 기소되거나 처벌된 사례가 거의 없으며, 심판대상조항의 법정형은 법관이 구체적 사정을 고려하여 합리적으로 양형할 수 있도록 규정되어 있다.

그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없고, 표현의 자유의 본질적 내용을 침해한다고도 할 수 없다.

[재판관 이영진, 재판관 문형배의 일부위헌의견]

국기가 상징하는 국가의 권위와 체면이 훼손되고 국민이 국기에 대하여 가지는 존중의 감정이 손상되는 것은 막아야 하겠지만, 표현의 자유가 가지는 중요성을 고려할 때 국가 상징물로서 특별히 중요한 지위에 있다고 할 수 있는 '공용에 공하는 국기'의 모독 행위만을 처벌하고, 그 밖의 국기에 대한 손상, 제거, 오욕 행위는 처벌하지 않는 것이 타당하다.

'공용에 공하는 국기'는 국가기관이나 공무소에서 사용하는 국기를 의미하는바, 국가기관이나 공무소는 국가의 목적과 기능을 실현하는 매개가 되는 점 등을 고려하면, 이는 그 밖의 국기와 비교하여 상징성과 위상이 뚜렷하다. 형법 제109조가 외국 국기에 대한 모독행위를 처벌하면서도 그 대상을 '그 나라의 공용에 공하는 국기'로 제한한 것도 공용에 공하는 국기의 뚜렷한 상징성과 위상을 고려한 것이다.

[재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선의 위헌의견]

국기를 훼손하는 행위는 어떠한 정치적인 사상이나 의견을 표현하기 위한 수단으로 이루어지는 경우가 일반적이고, 심판대상조항이 '대한민국을 모욕할 목적'이 있는 경우를 처벌대상으로 삼고 있는 점에 비추어 볼 때, 심판대상조항은 표현의 내용을 규제하는 것으로 보아야 한다.

심판대상조항은 '대한민국을 모욕할 목적'이라는 초과주관적 요소를 범죄 성립요건으로 규정하고 있다. 그러나 '모욕' 개념이 광범위하여 다소 경멸적인 표현이 수반된 '비판'도 '모욕'으로 평가될 수 있고 국가의 정책을 주도하는 특정 집권세력에 대한 모욕을 의도한 것이 국가에 대한 모욕으로 평가될 여지도 있다. 또한 목적범에서의 목적은 미필적 인식으로도 충분하다는 것이 확립된 대법원 판례인 점을 고려하면, '대한민국을 모욕할 목적'이 범죄 성립범위를 대폭 축소하는 기능을 수행하는 데는 한계가 있고, 심판대상조항에 따른 규제 범위가 확대될 위험이 있다.

국민의 국가에 대한 정치적 의사의 표현은 국가공동체의 지향점 설정 및 정부 주요 정책 결정과 같은 국가의 의사 형성 과정에서 중요한 역할을 하므로, 정치적 의사 표현에 수반되는 경멸적인 표현으로 국가의 권위와 체면이 훼손될 수 있다고 하더라도, 정치적 의사의 표현행위에 대한 규제는 가능한 한 최소화할 필요가 있다.

〈판례선정이유〉

국기모독죄의 위헌성에 대한 최신의 헌법재판소의 결정으로 국기모독죄의 성립요건에 대한 의미를 설명하고 있다.

491. 국기·국장 비방죄에서 비방의 의미

(대법원 1975. 7. 22 선고 74도213 판결)

〈쟁점〉

국기에 대한 존중과 경의의 표시방법

〈판결요지〉

피고인들이 국기에 대한 존중과 경의의 표시방법으로 주목함으로써 하는 것을 받아들이는 이상 그들이 교리상 국기에 대하여 절을 해서는 안된다는 말을 했다 해서 바로 피고인들에게 국기를 비기할 고의나 국기를 모독할 목적이 있었다고 볼 수 없다.

〈판례선정이유〉

국기비방죄에서 비방의 의미에 관하여 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

IV. 국교에 관한 죄

492. '외교상의 기밀'의 개념

(대법원 1995. 12. 5 선고 94도2379 판결)

〈쟁점〉

'외교상의 기밀'의 개념과 외국에 이미 널리 알려진 사항이 이에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 형법 제113조 제1항 소정의 외교상의 기밀이라 함은, 외국과의 관계에서 국가가 보지해야 할 기밀로서, 외교정책상 외국에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익이 되는 모든 정보자료를 말한다.

[2] 외국에 이미 널리 알려져 있는 사항은 특단의 사정이 없는 한 이를 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 외교정책상의 이익이 된다고 할 수 없는 것이어서 외교상의 기밀에 해당하지 아니한다.

[3] 외국 언론에 이미 보도된 바 있는 우리나라의 외교정책이나 활동에 관련된 사항들에 관하여 정부가 이른바 보도지침의 형식으로 국내언론기관의 보도 여부 등을 통제하고 있다는 사실을 알리는 것이 외교상의 기밀을 누설한 경우에 해당하지 않는다고 한 사례.

〈판례선정이유〉

공지의 사실과 외교상 기밀의 구분에 관한 기본적인 판결로서

외국에 이미 널리 알려진 사항은 특단의 사정이 없는 한 '외교상의 기밀'의 개념에 해당하지 않는다고 판시하여 공지의 사실과 외교상 기밀의 구분기준을 제시하고 있는 기본적인 판결이다.

제2장 국가의 기능에 대한 죄

I. 공무원의 직무에 관한 죄

493. 공무원의 의미

(대법원 1997. 3. 11. 선고 96도1258 판결)

〈쟁점〉

지방의회의원이 형법상 공무원에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

일반적으로 공무원이라 함은 광의로는 국가 또는 공공단체의 공무를 담당하는 일체의 자를 의미하며, 협의로는 국가 또는 공공단체와 공법상 근무관계에 있는 모든 자를 말하는바, 지방자치법 제32조에 의하면 지방의회의원은 명예직으로서 의정활동비와 보조활동비, 회기 중 출석비를 지급받도록 규정하고 있을 뿐 정기적인 급여를 지급받지는 아니하나, 지방공무원법 제2조 제3항에 의하면 특수경력직 공무원 중 정무직 공무원으로 '선거에 의하여 취임하는 자'를 규정하고 있고, 지방자치법 제35조 이하에 의하면 지방의회의원은 여러 가지 공적인 사무를 담당하도록 규정하고 있으며, 공직자윤리법에 의하면 지방의회의원도 공직자로 보아 재산등록 대상자로 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 비록 지방의회의원이 일정한 비용을 지급받을 뿐 정기적인 급여를 지급받지는 아니한다고 하더라도 공무를 담당하고 있는 이상 지방의회의원은 형법상 공무원에 해당한다.

〈판례선정이유〉

형법상 공무원에 해당하는지 여부에 관한 판단 기준의 제시하고서 정기적인 급여를 지급받지는 아니한다고 하더라도 공무를 담당하고 있는 이상 형법상 공무원에 해당한다고 판시하고 있다.

494. 직무유기죄의 성격과 직무유기의 의미

(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도675 판결)

〈쟁점〉

[1] 직무유기죄에 있어서 '직무를 유기한 때'의 의미

[2] 직무유기죄가 즉시범인지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 형법 제122조 후단 소정의 공무원이 정당한 이유 없이 직무를 유기한 때라 함은 직무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니한 경우를 의미하는 것이

므로 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 아니한다.

[2] 직무유기죄는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있는바, 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위상태가 계속되는 한 가벌적 위법상태는 계속 존재하고 있다고 할 것이며 형법 제122조 후단은 이를 전체적으로 보아 1죄로 처벌하는 취지로 해석되므로 이를 즉시범이라고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

직무유기죄의 성격이 즉시범이라도 판단한 기본적인 판결이다.

495. 직무유기의 의미와 위법한 직무 집행

(대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도15257 판결)

〈쟁점〉

공무원이 직무집행의 의사로 직무를 수행하였으나 직무집행의 내용이 위법한 경우, 직무유기죄가 성립하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

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(대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1390 판결, 대법원 2011. 7. 28. 선고 2011도1739 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

직무유기죄의 성립요건에 대한 판단 기준을 제시하고 있는 기본적인 판결이다.

496. 직무유기의 성격과 타죄와의 관계(1)

(대법원 1996. 5. 10. 선고 96도51 판결)

〈쟁점〉

검사로부터 범인을 검거하라는 지시를 받은 경찰관이 범인을 도피케 한 경우에 범인도피죄 외에 직무유기죄가 따로 성립하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

피고인이 검사로부터 범인을 검거하라는 지시를 받고서도 그 직무상의 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 아니하고 오히려 범인에게 전화로 도피하라고 권유하여 그를 도피케 하였다는 범죄사실만으로는 직무위배의 위법상태가 범인도피행위 속에 포함되어 있는 것으로 보아야 할 것이므로, 이와 같은 경우에는 작위범인 범인도피죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다.

〈판례선정이유〉

검사로부터 범인을 검거하라는 지시를 받은 경찰관이 범인을 도피케 한 경우에는 작위범인 범인도피죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 않는다고 판시한 중요한 판결이다.

497. 직무유기의 성격과 타죄와의 관계(2)

(대법원 1997. 2. 28. 선고 96도2825 판결)

〈쟁점〉

위계공무집행방해죄와 직무유기죄의 관계

〈판결요지〉

피고인이, 출원인이 어업허가를 받을 수 없는 자라는 사실을 알면서도 그 직무상의 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 않고 오히려 부하직원으로 하여금 어업허가 처리기안문을 작성하게 한 다음 피고인 스스로 중간결재를 하는 등 위계로써 농수산국장의 최종결재를 받았다면, 직무위배의 위법상태가 위계에 의한 공무집행방해행위 속에 포함되어 있는 것이라고 보아야 할 것이므로, 이와 같은 경우에는 작위범인 위계에 의한 공무집행방해죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다.

〈판례선정이유〉

작위범인 위계에 의한 공무집행방해죄만이 성립하느 경우에는 부작위범인 직무유기죄가 별도로 성립하지 아니한다고 판시하여 위계공무집행방해죄와 직무유기죄의 관계를 설명하고 있다.

498. 직무유기의 성격과 타죄와의 관계(3)

(대법원 1984. 7. 24. 선고 84도705 판결)

〈쟁점〉

산림법 위반의 범죄수사에 종사하는 공무원이 직무에 위배하여 허위공문서 등을 작성 행사한 경우 특수직무유기죄의 성부

〈판결요지〉

[1] 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제15조(특수직무유기)는 형법 제122조의 직무유기죄와는 달리 새로운 범죄유형을 정하고 그에 대한 법정형을 규정한 것이라고 할 것이다.

[2] 공무원이 그 직무상의 의무에 위배하여 허위공문서를 작성 행사한 경우 직무위배의 위법 상태는 허위공문서작성당시부터 그 속에 포함되어 별도로 형법 제122조의 직무유기죄가 성립되지 않는다는 당원 1982.12.28 선고 82도2210 판결은 형법 제122조의 직무유기죄와는 별도의 범죄인 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제15조의 특수직무유기죄에는 적절한 것이 될 수 없다 할 것이므로, 사법경찰리 직무취급을 겸하여 산림법위반의 범죄수사에 종사하는 공무원이 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반의 범죄사실을 인지하고도 필요한 조치를 취하지 아니하고 그 범죄사실을 은폐하기 위하여 그 직무에 관한 허위의 공문서를 작성행사하였다면 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제15조의 특수직무유기죄가 성립한다 할 것이다.

〈판례선정이유〉

특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제15조(특수직무유기)는 형법 제122조의 직무유기죄와는 달리 새로운 범죄유형을 정하고 그에 대한 법정형을 규정한 것으로 별도의 범죄이다.

499. 공무상비밀누설죄에서 '법령에 의한 직무상 비밀'의 의미

(대법원 1996. 5. 10. 선고 95도780 판결)

〈쟁점〉

공무상비밀누설죄의 객체와 보호법익

〈판결요지〉

형법 제127조는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설하는 것을 구성요건으로 하고 있고, 동조에서 법령에 의한 직무상 비밀이란 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 포함하는 것이나, 동 조에서 말하는 비밀이란 실질적으로 그것을 비밀로서 보호할 가치가 있다고 인정할 수 있는 것이어야 할 것이다. 그리고 본죄는 기밀 그 자체를 보호하는 것이 아니라 공무원의 비밀엄수의무의 침해에 의하여 위험하게 되는 이익, 즉 비밀의 누설에 의하여 위협받는 국가의 기능을 보호하기 위한 것이다.

〈판례선정이유〉

공무상비밀누설죄의 성립요건인 '법령에 의한 직무상 비밀'의 의미를 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

500. 공무상비밀누설죄에서 '누설행위'의 의미와 판단

(대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도5561 판결)

〈쟁점〉

검찰의 고위 간부가 특정 사건에 대한 수사가 계속 진행중인 상태에서 해당 사안에 관한 수사책임자의 잠정적인 판단 등 수사팀의 내부 상황을 확인한 뒤 그 내용을 수사 대상자 측에 전달한 행위가 형법 제127조에 정한 공무상 비밀누설에 해당한다.

〈판결요지〉

[1] 검찰 등 수사기관이 특정 사건에 대하여 수사를 진행하고 있는 상태에서, 수사기관이 현재 어떤 자료를 확보하였고 해당 사안이나 피의자의 죄책, 신병처리에 대하여 수사책임자가 어떤 의견을 가지고 있는지 등의 정보는, 그것이 수사의 대상이 될 가능성이 있는 자 등 수사기관 외부로 누설될 경우 피의자 등이 아직까지 수사기관에서 확보하지 못한 자료를 인멸하거나, 수사기관에서 파악하고 있는 내용에 맞추어 증거를 조작하거나, 허위의 진술을 준비하는 등의 방법으로 수사기관의 범죄수사 기능에 장애를 초래할 위험이 있는 점에 비추어 보면, 해당 사건에 대한 종국적인 결정을 하기 전까지는 외부에 누설되어서는 안 될 수사기관 내부의 비밀에 해당한다.

[2] 검찰의 고위 간부가 특정 사건에 대한 수사가 계속 진행중인 상태에서 해당 사안에 관한 수사책임자의 잠정적인 판단 등 수사팀의 내부 상황을 확인한 뒤 그 내용을 수사 대상자 측에 전달한 행위가 형법 제127조에 정한 공무상 비밀누설에 해당한다고 한 사례.

〈판례선정이유〉

공무상비밀누설죄의 성립요건인 '누설행위'의 의미를 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

501. 직권남용권리행사방해죄의 성립요건(1)

(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결)

〈쟁점〉

직권남용권리행사방해죄에서 '직권남용' 및 '의무'의 의미

〈판결요지〉

직권남용권리행사방해죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하

거나 사람의 권리행사를 방해한 때에 성립하는 범죄이다. 여기에서 '직권남용'이란 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 하는 경우를 의미하고, 공무원이 직무와는 상관없이 단순히 개인적인 친분에 근거하여 문화예술 활동에 대한 지원을 권유하거나 협조를 의뢰한 것에 불과한 경우까지 직권남용에 해당한다고 할 수는 없다. 그리고 직권남용죄에서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고, 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다.

〈판례선정이유〉

직권남용권리행사방해죄에서 '직권남용' 및 '의무'의 의미를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

502. 직권남용권리행사방해죄의 성립요건(2)

(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결)

〈쟁점〉

직권남용권리행사방해죄에서 '의무 없는 일을 하게 한 때'의 의미

〈판결요지〉

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.

〈판례선정이유〉

직권남용권리행사방해죄에서 '의무 없는 일을 하게 한 때'의 의미를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

503. 직권남용권리행사방해죄의 성립요건(3)

(대법원 2008. 12. 24. 선고 2007도9287 판결)

〈쟁점〉

직권남용권리행사방해죄에서 '권리행사 방해'의 의미 및 기수시기

〈판결요지〉

[1] 형법 제123조가 규정하는 직권남용권리행사방해죄에서 권리행사를 방해한다 함은 법령상 행사할 수 있는 권리의 정당한 행사를 방해하는 것을 말한다고 할 것이므로 이에 해당하려면 구체화된 권리의 현실적인 행사가 방해된 경우라야 할 것이고, 따라서 공무원의 직권남용행위가 있었다 할지라도 현실적으로 권리행사의 방해라는 결과가 발생하지 아니하였다면 본죄의 기수를 인정할 수 없다 (대법원 2006. 2. 9. 선고 2003도4599 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

직권남용권리행사방해죄에서 '권리행사 방해'의 의미를 설명하고 그 기수시기를 판단하고 있는 기본적인 판결이다.

504. 불법체포·감금죄에서 불법의 의미와 판단

(대법원 2018. 5. 2. 자 2015모3243 결정)

〈쟁점〉

영장주의에 위반한 불법체포·감금과 재심사유

〈판결요지〉

형사재판에서의 재심은 유죄의 확정판결에 중대한 하자가 있는 경우 피고인의 이익을 위하여 이를 바로잡기 위한 비상구제절차이다.

형사소송법 제420조 제7호는 재심사유의 하나로서 "원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때"를 들고 있다. 형법 제124조의 불법체포·감금죄는 위 재심사유가 규정하는 대표적인 직무범죄로서 헌법상 영장주의를 관철하기 위한 것이다. 헌법 제12조 제3항은 영장주의를 천명하고 있는데, 이는 강제처분의 남용으로부터 신체의 자유 등 국민의 기본권을 보장하기 위한 핵심 수단이 된다.

수사기관이 영장주의에 어긋나는 체포·구금을 하여 불법체포·감금의 직무범죄를 범하는 상황은 일반적으로 영장주의에 관한 합헌적 법령을 따르지 아니한 경우에 문제 된다. 이와 달리 영장주의를 배제하는 위헌적 법령이 시행되고 있는 동안 수사기관이 그 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 하였다면 법체계상 그러한 행위를 곧바로 직무범죄로 평가하기는 어렵다. 그러나 이러한 경우에도 영장주의를 배제하는 법령 자체가 위헌이라면 결국 헌법상 영장주의에 위반하여 영장 없는 체포·구금을 한 것이고 그로 인한 국민의 기본권 침해 결과는 수사기관이 직무범죄를 저지른 경우와 다르지 않다. 즉, 수사기관이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 체포·구금을 한 경우 비록 그것이 형식상 존재하는 당시의 법령에 따른 행위라고 하더라도 그 법령 자체가 위헌이라면 결과적으로 그 수사에 기초한 공소제기에 따른 유죄의 확정판결에는 수사기관이 형법 제124조의 불법체포·감금죄를 범한 경우와 마찬가지의 중대한 하자가 있다고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

불법체포·감금죄에서 불법의 의미와 판단기분을 제시하고 있는 기본적인 판례이다.

505. 폭행·가혹행위죄의 성립요건

(서울남부지방법원 2010. 12. 30. 선고 2010고합331 판결)

〈쟁점〉

수사기관 피의자 수사의 허용한계

〈판결요지〉

인신구속에 관한 직무를 행하거나 이를 보조하는 자로서 경찰서 강력팀 소속 경찰공무원인 피고인들(5명)이 특수절도 등 각 범죄 혐의로 체포된 형사피의자들을 수사하면서 그들이 범행을 부인하거나 공범 및 여죄를 자백하지 않는다는 등의 이유로 피의자였던 피해자 21명을 폭행하고, 대부분의 피해자들에 대하여 소리를 지르지 못하도록 입에 휴지나 수건 등을 집어넣고 접착테이프로 입과 머리 주위를 감은 후 뒤로 수갑이 채워진 양팔을 위로 꺾어 올려 어깨 부위 등에 고통을 가하는 이른바 '날개꺾기'라는 가혹행위를 하였으며, 그로 인하여 일부 피해자들을 상해에 이르게 한 사안에서, 피고인들 전원에 대하여 유죄를 선고한 사례.

〈판례선정이유〉

하급심 판결이지만 수사기관 피의자 수사의 허용한계를 설시하고 있는 중요한 판결이다.

506. 뇌물의 의미(1)

(대법원 2018. 5. 15. 선고 2017도19499 판결)

〈쟁점〉

뇌물죄에서 직무관련성과 뇌물성 및 공무원이 얻는 이익이 뇌물에 해당하는지 판단하는 기준

〈판결요지〉

뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있고, 직무에 관한 청탁이나 부정한 행위를 필요로 하는 것은 아니므로, 수수한 금품의 뇌물성을 인정하는 데 특별한 청탁이 있어야만 하는 것은 아니다. 또한 금품이 직무에 관하여 수수된 것으로 족하고 개개 직무행위와 대가관계에 있을 필요는 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다(대법원 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결 등 참조). 공무원이 그 직무의 대상이 되는 사람으로부터 금품 기타 이익을 받은 때에는 그것이 그 사람이 종전에 공무원으로부터 접대 또는 수수한 것을 갚는 것으로서 사회상규에 비추어 볼 때 의례상 대가에 불과한 것이라고 여겨지거

나, 개인적인 친분관계가 있어서 교분상 필요에 의한 것이라고 명백하게 인정할 수 있는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 직무와 관련성이 있다고 볼 수 있다. 그리고 공무원의 직무와 관련하여 금품을 주고받았다면 비록 사교적 의례의 형식을 빌려 금품을 주고받았다고 하더라도 그 수수한 금품은 뇌물이 된다. 공무원이 얻는 어떤 이익이 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익으로서 뇌물에 해당하는지 또는 사회상규에 따른 의례상 대가 혹은 개인적 친분관계에 따른 교분상 필요에 의한 것으로서 직무와 관련성이 없는 것인지는 당해 공무원의 직무 내용, 직무와 이익 제공자의 관계, 이익 수수 경위와 시기 등 사정과 아울러 제공된 이익의 종류와 가액도 함께 참작하여 이를 판단하여야 한다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도15470 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

뇌물죄에서 직무관련성과 뇌물성 및 공무원이 얻는 이익이 뇌물에 해당하는지 판단하는 기준을 제시하고 있는 중요한 판결이다.

507. 뇌물의 의미(2)

(대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도13792 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

뇌물죄에서 뇌물의 내용인 이익의 의미 / 뇌물수수죄에서 말하는 '수수'의 의미 및 뇌물에 대한 법률상 소유권을 취득하여야 하는지 여부(소극) / 뇌물수수자가 뇌물로 제공된 물건에 대한 법률상 소유권 취득의 요건을 갖추지 않았더라도 그 물건 자체를 뇌물로 받은 것으로 볼 수 있는 경우 / 뇌물수수자가 뇌물공여자에 대한 내부관계에서 물건에 대한 실질적인 사용·처분권한을 취득하였으나 뇌물수수 사실을 은닉하거나 뇌물공여자가 계속 그 물건에 대한 비용 등을 부담하기 위하여 소유권 이전의 형식적 요건을 유보하는 경우, 뇌물수수죄가 성립하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

뇌물죄에서 뇌물의 내용인 이익은 금전, 물품 그 밖의 재산적 이익과 사람의 수요 욕망을 충족시키기에 충분한 일체의 유형·무형의 이익을 포함한다. 뇌물수수죄에서 말하는 '수수'란 받는 것, 즉 뇌물을 취득하는 것이다. 여기에서 취득이란 뇌물에 대한 사실상의 처분권을 획득하는 것을 의미하고, 뇌물인 물건의 법률상 소유권까지 취득하여야 하는 것은 아니다. 뇌물수수자가 법률상 소유권 취득의 요건을 갖추지는 않았더라도 뇌물로 제공된 물건에 대한 점유를 취득하고 뇌물공여자 또는 법률상 소유자로부터 반환을 요구받지 않는 관계에 이른 경우에는 그 물건에 대한 실질적인 사용·처분권한을 갖게 되어 그 물건 자체를 뇌물로 받은 것으로 보아야 한다.

뇌물수수자가 뇌물공여자에 대한 내부관계에서 물건에 대한 실질적인 사용·처분권한을 취득하였으나 뇌물수수 사실을 은닉하거나 뇌물공여자가 계속 그 물건에 대한 비용 등을 부담하기 위하여 소유권 이전의 형식적 요건을 유보하는 경우에는 뇌물공여자와 뇌물수수자 사이에서는 소유권을 이전받은 경우와 다르지 않으므로 그 물건을 뇌물로 받았다고 보아야 한다. 뇌물수수자가 교부받은 물건을 뇌물공여자에게 반환할 것이 아니므로 뇌물수수자에게 영득의 의사도 인정된다.

〈판례선정이유〉

뇌물죄의 성립요건이 되는 기본 개념의 의미를 설시하고 있는 기본적인 판결이다.

508. 뇌물죄의 보호법익과 직무의 범위

(대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2962 판결)

〈쟁점〉

뇌물죄의 보호법익과 직무의 범위

〈판결요지〉

뇌물죄는 직무집행의 공정과 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있으므로, 뇌물성은 의무위반행위의 유무와 청탁의 유무 및 수수시기가 언제인지를 가리지 아니하는 것이고, 따라서 과거에 담당하였거나 장래 담당할 직무 및 사무분장에 따라 현실적으로 담당하지 아니하는 직무라 하더라도 뇌물죄에 있어서의 직무에 해당할 수 있다.

〈판례선정이유〉

뇌물죄의 보호법익과 직무의 판단범위를 설시하고 있는 기본적인 판결이다.

509. 뇌물죄에서 직무의 의미와 판단

(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도970 판결)

〈쟁점〉

공무원이 얻은 이익이 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익으로서 뇌물에 해당하는지 여부의 판단 기준 및 뇌물죄에 있어서 직무의 의미

〈판결요지〉

공무원이 얻은 어떤 이익이 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익으로서 뇌물에 해당하는지 여부는 그 공무원의 직무내용·직무와 이익제공자와의 관계·쌍방간에 특수한 사적 친분관계가 존재하는지 여부·이익의 다과·이익을 수수한 경위와 시기 등 모든 사정을 참작하여 결정되어야 하고, 뇌물죄가 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰를 그 보호법익으로 하고 있음에 비추어 공무원이 그 이익을 수수하는 것으로 인하여 사회일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 여부도 뇌물죄 성부의 판단 기준이 되어야 하며, 뇌물죄에서 말하는 직무에는 공무원이 법령상 관장하는 직무 그 자체뿐만 아니라 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 관여하는 직무행위도 포함된다.

〈판례선정이유〉

뇌물죄에서 보호법익과 직무의 범위 및 판단에 관한 기본적인 판례이다.

510. 제3자뇌물수수죄에서 '제3자'의 의미

(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19659 판결)

〈쟁점〉

제3자뇌물수수죄에서 '제3자'의 의미 / 공무원 또는 중재인이 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 제공하게 하고 제3자가 그러한 공무원 또는 중재인의 범죄행위를 알면서 방조한 경우, 제3자뇌물수수방조죄가 성립하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

제3자뇌물수수죄에서 제3자란 행위자와 공동정범 이외의 사람을 말하고, 교사자나 방조자도 포함될 수 있다. 그러므로 공무원 또는 중재인이 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 제공하게 하고 제3자가 그러한 공무원 또는 중재인의 범죄행위를 알면서 방조한 경우에는 그에 대한 별도의 처벌규정이 없더라도 방조범에 관한 형법총칙의 규정이 적용되어 제3자뇌물수수방조죄가 인정될 수 있다.

〈판례선정이유〉

제3자뇌물수수죄에서 '제3자'의 의미를 설시하고 있는 기본적인 판결이다.

511. 제3자뇌물제공죄에서 '부정한 청탁'의 의미

(대법원 2014. 9. 4. 선고 2011도14482 판결)

〈쟁점〉

제3자뇌물제공죄에서 '부정한 청탁'의 의미 및 묵시적 의사표시에 의한 부정한 청탁이 있다고 하기 위한 요건

〈판결요지〉

형법 제130조의 제3자뇌물제공죄에서 '청탁'이란 공무원에 대하여 일정한 직무집행을 하거나 하지 않을 것을 의뢰하는 행위를 말하고, '부정한' 청탁이란 의뢰한 직무집행 자체가 위법하거나 부당한 경우 또는 의뢰한 직무집행 그 자체는 위법하거나 부당하지 아니하지만 당해 직무집행을 어떤 대가관계와 연결시켜 그 직무집행에 관한 대가의 교부를 내용으로 하는 경우 등을 의미한다. 그런데 제3자뇌물제공죄에서 공무원이 '그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받을 것'을 요건으로 하는 취지는 처벌의 범위가 불명확해지지 않도록 하기 위한 것으로서, 이러한 부정한 청탁은 명시적 의

사표시에 의해서뿐만 아니라 묵시적 의사표시에 의해서도 가능하지만, 묵시적 의사표시에 의한 부정한 청탁이 있다고 하려면 청탁의 대상이 되는 직무집행의 내용과 제3자에게 제공되는 이익이 그 직무집행에 대한 대가라는 점에 대하여 공무원과 이익 제공자 사이에 공통의 인식이나 양해가 있어야 한다. 따라서 그러한 인식이나 양해 없이 막연히 선처하여 줄 것이라는 기대나 직무집행과는 무관한 다른 동기에 의하여 제3자에게 금품을 공여한 경우에는 묵시적 의사표시에 의한 부정한 청탁이 있다고 볼 수 없다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도12313 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

제3자뇌물제공죄에서 '부정한 청탁'의 의미를 설명하고 묵시적 의사표시에 의한 부정한 청탁이 있다고 하기 위한 요건을 설시하고 있는 기본적인 판결이다.

512. 알선수뢰죄의 성립요건

(대법원 1992. 5. 8. 선고 92도532 판결)

〈쟁점〉

알선수뢰죄에 있어서 '공무원이 그 지위를 이용한다'함과 '다른 공무원의직무에 속한 사항의 알선행위'의 의미

〈판결요지〉

알선수뢰죄에 있어서 "공무원이 그 지위를 이용한다"함은 다른 공무원이 취급하는 사무처리에 영향을 줄 수 있는 관계에 있으면 족하고, 반드시 상하관계, 협동관계, 감독관계 등의 특수한 지위에 있음을 요하지 아니하고, "다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선행위"는 그 공무원의 직무에 속하는 사항에 관한 것이면 되는 것이지 그것이 반드시 부정행위라거나 그 직무에 관하여 결재권한이나 최종결정권한을 갖고 있어야 하는 것이 아니다.

〈판례선정이유〉

알선수뢰죄의 성립요건인 '공무원이 그 지위를 이용한다'함과 '다른 공무원의직무에 속한 사항의 알선행위'의 의미를 설시하고 있는 기본적인 판결이다.

513. 뇌물죄의 성립요소

(대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도13792 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

[1] 공무원과 공무원이 아닌 사람(비공무원)에게 뇌물수수죄의 공동정범이 성립하기 위한 요건 /

공무원이 뇌물공여자로 하여금 공무원과 뇌물수수죄의 공동정범 관계에 있는 비공무원에게 뇌물을 공여하게 한 경우, 제3자뇌물수수죄가 성립하는지 여부(소극) / 금품이나 이익 전부에 관하여 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한 이후 뇌물이 실제로 공동정범인 공무원 또는 비공무원 중 누구에게 귀속되었는지가 이미 성립한 뇌물수수죄에 영향을 미치는지 여부(소극)

[2] 뇌물죄에서 뇌물의 내용인 이익의 의미 / 뇌물수수죄에서 말하는 '수수'의 의미 및 뇌물에 대한 법률상 소유권을 취득하여야 하는지 여부(소극) / 뇌물수수자가 뇌물로 제공된 물건에 대한 법률상 소유권 취득의 요건을 갖추지 않았더라도 그 물건 자체를 뇌물로 받은 것으로 볼 수 있는 경우 / 뇌물수수자가 뇌물공여자에 대한 내부관계에서 물건에 대한 실질적인 사용·처분권한을 취득하였으나 뇌물수수 사실을 은닉하거나 뇌물공여자가 계속 그 물건에 대한 비용 등을 부담하기 위하여 소유권 이전의 형식적 요건을 유보하는 경우, 뇌물수수죄가 성립하는지 여부(적극)

[3] 제3자뇌물수수죄에서 '뇌물'과 '부정한 청탁'의 의미 및 직무와 관련된 뇌물에 해당하는지 또는 부정한 청탁이 있었는지 판단하는 기준

〈판결요지〉

[1] [다수의견] 신분관계가 없는 사람이 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 경우에는 신분관계가 있는 사람과 공범이 성립한다(형법 제33조 본문 참조). 이 경우 신분관계가 없는 사람에게 공동가공의 의사와 이에 기초한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행이라는 주관적·객관적 요건이 충족되면 공동정범으로 처벌한다. 공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 한다. 따라서 공무원이 아닌 사람(이하 '비공무원'이라 한다)이 공무원과 공동가공의 의사와 이를 기초로 한 기능적 행위지배를 통하여 공무원의 직무에 관하여 뇌물을 수수하는 범죄를 실행하였다면 공무원이 직접 뇌물을 받은 것과 동일하게 평가할 수 있으므로 공무원과 비공무원에게 형법 제129조 제1항에서 정한 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한다.

형법은 제130조에서 제129조 제1항 뇌물수수죄와는 별도로 공무원이 그 직무에 관하여 뇌물공여자로 하여금 제3자에게 뇌물을 공여하게 한 경우에는 부정한 청탁을 받고 그와 같은 행위를 한 때에 뇌물수수죄와 법정형이 동일한 제3자뇌물수수죄로 처벌하고 있다. 제3자뇌물수수죄에서 뇌물을 받는 제3자가 뇌물임을 인식할 것을 요건으로 하지 않는다. 그러나 공무원이 뇌물공여자로 하여금 공무원과 뇌물수수죄의 공동정범 관계에 있는 비공무원에게 뇌물을 공여하게 한 경우에는 공동정범의 성질상 공무원 자신에게 뇌물을 공여하게 한 것으로 볼 수 있다. 공무원과 공동정범 관계에 있는 비공무원은 제3자뇌물수수죄에서 말하는 제3자가 될 수 없고, 공무원과 공동정범 관계에 있는 비공무원이 뇌물을 받은 경우에는 공무원과 함께 뇌물수수죄의 공동정범이 성립하고 제3자뇌물수수죄는 성립하지 않는다.

뇌물수수죄의 공범들 사이에 직무와 관련하여 금품이나 이익을 수수하기로 하는 명시적 또는 암묵적 공모관계가 성립하고 공모 내용에 따라 공범 중 1인이 금품이나 이익을 주고받았다면, 특별한 사정이 없는 한 이를 주고받은 때 그 금품이나 이익 전부에 관하여 뇌물수수죄의 공동정범이 성립하고, 금품이나 이익의 규모나 정도 등에 대하여 사전에 서로 의사의 연락이 있거나 금품 등의 구체적 금액을 공범이 알아야 공동정범이 성립하는 것은 아니다.

금품이나 이익 전부에 관하여 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한 이후에 뇌물이 실제로 공동정범인 공무원 또는 비공무원 중 누구에게 귀속되었는지는 이미 성립한 뇌물수수죄에 영향을 미치지 않는다. 공무원과 비공무원이 사전에 뇌물을 비공무원에게 귀속시키기로 모의하였거나 뇌물의 성질

상 비공무원이 사용하거나 소비할 것이라고 하더라도 이러한 사정은 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한 이후 뇌물의 처리에 관한 것에 불과하므로 뇌물수수죄가 성립하는 데 영향이 없다.

[대법관 조희대, 대법관 안철상, 대법관 이동원의 별개의견] 공무원과 비공무원이 공동가공의 의사와 이를 기초로 한 기능적 행위지배를 통하여 공무원의 직무에 관하여 뇌물을 수수하는 범죄를 실행하였다면 공무원과 비공무원에게 형법 제129조 제1항에서 정한 뇌물수수죄의 공동정범이 성립할 수 있다. 그러나 공무원과 비공무원이 뇌물을 받으면 뇌물을 비공무원에게 귀속시키기로 미리 모의하거나 뇌물의 성질에 비추어 비공무원이 전적으로 사용하거나 소비할 것임이 명백한 경우에 공무원이 증뢰자로 하여금 비공무원에게 뇌물을 공여하게 하였다면 형법 제130조의 제3자뇌물수수죄의 성립 여부가 문제 될 뿐이며, 공무원과 비공무원에게 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한다고 할 수는 없다.

[대법관 박상옥의 별개의견] 다수의견의 논리 중 공무원과 비공무원 사이의 뇌물수수죄의 공동정범 성립에 관한 일반론 부분에 대하여는 동의하지만, 뇌물을 비공무원에게 전적으로 귀속시키기로 모의하거나 뇌물의 성질상 비공무원이 사용하거나 소비할 것인데도 비공무원이 뇌물을 받은 경우까지 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한다고 하는 부분에 대하여는 동의하지 않는다. 우리 형법이 제129조 제1항의 뇌물수수죄와 별도로 제130조에서 제3자뇌물수수죄를 규정하고 있는 이상 공무원이 아닌 비공무원인 제3자가 뇌물을 수수한 경우에는 뇌물의 귀속주체와 성질이 어떠한지에 따라 그 뇌물수수죄 또는 제3자뇌물수수죄가 성립하는지를 달리 평가하여야 한다.

[2] 뇌물죄에서 뇌물의 내용인 이익은 금전, 물품 그 밖의 재산적 이익과 사람의 수요 욕망을 충족시키기에 충분한 일체의 유형·무형의 이익을 포함한다. 뇌물수수죄에서 말하는 '수수'란 받는 것, 즉 뇌물을 취득하는 것이다. 여기에서 취득이란 뇌물에 대한 사실상의 처분권을 획득하는 것을 의미하고, 뇌물인 물건의 법률상 소유권까지 취득하여야 하는 것은 아니다. 뇌물수수자가 법률상 소유권 취득의 요건을 갖추지는 않았더라도 뇌물로 제공된 물건에 대한 점유를 취득하고 뇌물공여자 또는 법률상 소유자로부터 반환을 요구받지 않는 관계에 이른 경우에는 그 물건에 대한 실질적인 사용·처분권한을 갖게 되어 그 물건 자체를 뇌물로 받은 것으로 보아야 한다.

뇌물수수자가 뇌물공여자에 대한 내부관계에서 물건에 대한 실질적인 사용·처분권한을 취득하였으나 뇌물수수 사실을 은닉하거나 뇌물공여자가 계속 그 물건에 대한 비용 등을 부담하기 위하여 소유권 이전의 형식적 요건을 유보하는 경우에는 뇌물공여자와 뇌물수수자 사이에서는 소유권을 이전받은 경우와 다르지 않으므로 그 물건을 뇌물로 받았다고 보아야 한다. 뇌물수수자가 교부받은 물건을 뇌물공여자에게 반환할 것이 아니므로 뇌물수수자에게 영득의 의사도 인정된다.

[3] 형법 제130조 제3자뇌물수수죄는 공무원 또는 중재인이 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하는 행위를 구성요건으로 한다. 여기에서 뇌물이란 공무원의 직무에 관하여 부정한 청탁을 매개로 제3자에게 교부되는 위법·부당한 이익을 말하고, 형법 제129조 뇌물죄와 마찬가지로 직무관련성이 있으면 인정된다.

'부정한 청탁'이란 청탁이 위법·부당한 직무집행을 내용으로 하는 경우는 물론, 청탁의 대상이 된 직무집행 그 자체는 위법·부당하지 않더라도 직무집행을 어떤 대가관계와 연결시켜 직무집행에 관한 대가의 교부를 내용으로 하는 경우도 포함한다. 청탁의 대상인 직무행위의 내용을 구체적으로 특정할 필요도 없다. 부정한 청탁의 내용은 공무원의 직무와 제3자에게 제공되는 이익 사이의 대가관계를 인정할 수 있을 정도로 특정하면 충분하고, 이미 발생한 현안뿐만 아니라 장래 발생될 것으로 예상되는 현안도 위와 같은 정도로 특정되면 부정한 청탁의 내용이 될 수 있다. 부정한 청탁은 명시적인 의사표시가 없더라도 청탁의 대상이 되는 직무집행의 내용과 제3자에게 제공되는

금품이 직무집행에 대한 대가라는 점에 대하여 당사자 사이에 공통의 인식이나 양해가 있는 경우에는 묵시적 의사표시로 가능하다.

제3자뇌물수수죄에서 직무와 관련된 뇌물에 해당하는지 또는 부정한 청탁이 있었는지를 판단할 때에는 직무와 청탁의 내용, 공무원과 이익 제공자의 관계, 이익의 다과, 수수 경위와 시기 등의 여러 사정과 아울러 직무집행의 공정, 이에 대한 사회의 신뢰와 직무수행의 불가매수성이라고 하는 뇌물죄의 보호법익에 비추어 이익의 수수로 말미암아 사회 일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 등이 기준이 된다.

〈판례선정이유〉

뇌물죄의 다양한 성립요건에 대한 전원합의체의 판결이다.

II. 공무방해의 죄

514. 공무집행방해죄에서 공무집행의 적법성에 대한 판단기준(1)

(대법원 1991. 5. 10. 선고 판결)

〈쟁점〉

공무집행방해죄의 전제가 되는 공무집행의 적법성에 대한 판단기준

〈판결요지〉

공무집행방해죄는 공무원의 적법한 공무집행이 전제로 된다 할 것이고, 그 공무집행이 적법하기 위하여는 그 행위가 당해 공무원의 추상적 직무 권한에 속할 뿐 아니라 구체적으로도 그 권한 내에 있어야 하며 또한 직무행위로서의 중요한 방식을 갖추어야 한다고 할 것이며, 추상적인 권한에 속하는 공무원의 어떠한 공무집행이 적법한지 여부는 행위 당시의 구체적 상황에 기하여 객관적 합리적으로 판단하여야 하고 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니라고 할 것이다.

〈판례선정이유〉

공무집행방해죄의 전제가 되는 공무집행의 적법성에 대한 판단기준을 제시하고 있는 기본적인 판결이다.

515. 공무집행방해죄에서 공무집행의 적법성에 대한 판단기준(2)

(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도10305 판결)

〈쟁점〉

적법성이 결여된 직무행위를 하는 공무원에게 대항하여 폭행이나 협박을 가한 경우, 공무집행방

해죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

형법 제136조가 정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하는 것으로, 이러한 적법성이 결여된 직무행위를 하는 공무원에게 대항하여 폭행이나 협박을 가하였다고 하더라도 이를 공무집행방해죄로 다스릴 수는 없다. 이때 적법한 공무집행이라 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리킨다(대법원 2005. 10. 28. 선고 2004도4731 판결 참조).

〈판례선정이유〉

공무집행방해죄의 전제가 되는 공무집행의 적법성에 대한 판단기준을 제시하고 있는 기본적인 판결이다.

516. 공무집행방해죄의 성립요건

(대법원 2018. 3. 29. 선고 2017도21537 판결)

〈쟁점〉

공무집행방해죄에서 말하는 '폭행'의 의미 및 구체적으로 직무집행의 방해라는 결과발생을 요하는지 여부와 공무집행방해죄에서 말하는 '직무를 집행하는'의 의미와 판단 방법

〈판결요지〉

형법 제136조에서 정한 공무집행방해죄는 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 경우에 성립하는 범죄로서 여기서의 폭행은 사람에 대한 유형력의 행사로 족하고 반드시 그 신체에 대한 것임을 요하지 아니하며, 또한 추상적 위험범으로서 구체적으로 직무집행의 방해라는 결과발생을 요하지도 아니한다. 한편 공무집행방해죄에서 '직무를 집행하는'이란 공무원이 직무수행에 직접 필요한 행위를 현실적으로 행하고 있는 때만을 가리키는 것이 아니라 공무원이 직무수행을 위하여 근무 중인 상태에 있는 때를 포괄하고, 직무의 성질에 따라서는 직무수행의 과정을 개별적으로 분리하여 부분적으로 각각의 개시와 종료를 논하는 것이 부적절하고 여러 종류의 행위를 포괄하여 일련의 직무수행으로 파악함이 상당한 경우가 있다.

〈판례선정이유〉

공무집행방해죄의 성립요건과 그 판단 방법을 제시하고 있는 기본적인 판결이다.

517. 공무집행방해죄와 업무방해죄의 관계

(대법원 2009. 11. 19. 선고 2009도4166 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

공무원이 직무상 수행하는 공무를 방해하는 행위를 업무방해죄로 의율할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견] 형법상 업무방해죄의 보호법익은 업무를 통한 사람의 사회적·경제적 활동을 보호하려는 데 있으므로, 그 보호대상이 되는 '업무'란 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업을 말하고, 여기서 '사무' 또는 '사업'은 단순히 경제적 활동만을 의미하는 것이 아니라 널리 사람이 그 사회생활상의 지위에서 계속적으로 행하는 일체의 사회적 활동을 의미한다. 한편, 형법상 업무방해죄와 별도로 규정한 공무집행방해죄에서 '직무의 집행'이란 널리 공무원이 직무상 취급할 수 있는 사무를 행하는 것을 의미하는데, 이 죄의 보호법익이 공무원에 의하여 구체적으로 행하여지는 국가 또는 공공기관의 기능을 보호하고자 하는 데 있는 점을 감안할 때, 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 공무집행방해죄가 성립하고, 여기에서 적법한 공무집행이란 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것으로 보아야 한다. 이와 같이 업무방해죄와 공무집행방해죄는 그 보호법익과 보호대상이 상이할 뿐만 아니라 업무방해죄의 행위유형에 비하여 공무집행방해죄의 행위유형은 보다 제한되어 있다. 즉 공무집행방해죄는 폭행, 협박에 이른 경우를 구성요건으로 삼고 있을 뿐 이에 이르지 아니하는 위력 등에 의한 경우는 그 구성요건의 대상으로 삼고 있지 않다. 또한, 형법은 공무집행방해죄 외에도 여러 가지 유형의 공무방해행위를 처벌하는 규정을 개별적·구체적으로 마련하여 두고 있으므로, 이러한 처벌조항 이외에 공무의 집행을 업무방해죄에 의하여 보호받도록 하여야 할 현실적 필요가 적다는 측면도 있다. 그러므로 형법이 업무방해죄와는 별도로 공무집행방해죄를 규정하고 있는 것은 사적 업무와 공무를 구별하여 공무에 관해서는 공무원에 대한 폭행, 협박 또는 위계의 방법으로 그 집행을 방해하는 경우에 한하여 처벌하겠다는 취지라고 보아야 한다. 따라서 공무원이 직무상 수행하는 공무를 방해하는 행위에 대해서는 업무방해죄로 의율할 수는 없다고 해석함이 상당하다.

[반대의견] 공무원이 직무상 수행하는 공무 역시 공무원이라는 사회생활상의 지위에서 계속적으로 종사하는 사무이므로 업무방해죄의 '업무'의 개념에 당연히 포섭되고, 업무방해죄의 업무에 공무를 제외한다는 명문의 규정이 없는 이상 공무도 업무방해죄의 업무에 포함된다. 뿐만 아니라 업무방해죄는 일반적으로 사람의 사회적·경제적 활동의 자유를 보호법익으로 하는 것인데, 공무원 개인에 대하여도 자신의 업무인 공무수행을 통한 인격발현 및 활동의 자유는 보호되어야 하므로 단순히 공무원이 영위하는 사무가 공무라는 이유만으로 업무방해죄의 업무에서 배제되어서는 아니 된다. 따라서 공무의 성질상 그 집행을 방해하는 자를 배제할 수 있는 강제력을 가지지 않은 공무원에 대하여 폭행, 협박에 이르지 않는 위력 등에 의한 저항 행위가 있는 경우에는 일반 개인에 대한 업무방해행위와 아무런 차이가 없으므로 업무방해죄로 처벌되어야 한다. 그리고 형법이 컴퓨터 등 정보처리장치에 대한 손괴나 데이터의 부정조작의 방법에 의한 업무방해죄의 규정을 신설하면서 같은 내용의 공무집행방해죄를 따로 규정하지 않은 것은 컴퓨터 등 정보처리장치에 대한 손괴나 데이터의 부정조작의 방법에 의한 업무방해죄의 규정에 의하여 이러한 방법에 의한 공무방해행위를 처벌할 수 있기 때문이라고 보아야 한다. 한편, 다수의견처럼 공무에 대하여는 업무방해죄가 성립하지 아니한다고 보게 되면 입법자가 예상하지 아니한 형벌의 불균형을 초래하고 현실적으로 공공기관에서 많은 민원인들의 감정적인 소란행위를 조장하는 결과를 초래하게 될 위험이 있다. 따라서 업무방해죄에 있어 '업무'에는 공무원이 직무상 수행하는 공무도 당연히 포함되는 것으로서

직무를 집행하는 공무원에게 폭행 또는 협박의 정도에 이르지 않는 위력을 가하여 그의 공무 수행을 방해한 경우에는 업무방해죄가 성립한다고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

공무집행방해죄와 업무방해죄의 관계에 대하여 판단하고 있는 전원합의체 판결이다.

518. 위계공무집행방해죄에서 위계의 의미

(대법원 2008. 3. 13. 선고 2007도7724 판결)

〈쟁점〉

위계공무집행방해죄의 성립요건인 '위계'의 의미

〈판결요지〉

위계에 의한 공무집행방해죄에 있어서 위계라 함은 행위자의 행위목적을 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 그 오인, 착각, 부지를 이용하는 것을 말하는 것으로 상대방이 이에 따라 그릇된 행위나 처분을 하였다면 이 죄가 성립되는 것이고(대법원 1983. 9. 27. 선고 83도1864 판결, 대법원 1995. 5. 9. 선고 94도2990 판결 등 참조), 담당자가 아닌 공무원이 출원인의 청탁을 들어줄 목적으로 자신의 업무 범위에 속하지도 않는 업무에 관하여 그 일부를 담당공무원을 대신하여 처리하면서 위계를 써서 담당공무원으로 하여금 오인, 착각, 부지를 일으키게 하고 그 오인, 착각, 부지를 이용하여 인·허가 처분을 하게 하였다면 이는 허가관청의 불충분한 심사가 그의 원인이 된 것이 아니라 담당자가 아닌 공무원의 위계행위가 원인이 된 것이어서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 것이다.

〈판례선정이유〉

위계공무집행방해죄에서 위계의 의미에 대한 기본적인 판례이다.

519. 인권옹호직무방해죄의 성립요건 및 죄수관계

(대법원 2010. 10. 28. 선고 2008도11999 판결)

〈쟁점〉

[1] 형법 제139조에 규정된 '인권옹호에 관한 검사의 명령'의 의미와 요건

[2] 형법 제139조 인권옹호직무명령불준수죄와 형법 제122조 직무유기죄의 죄수 관계(=상상적 경합)

〈판결요지〉

[1] 형법 제139조의 입법 취지 및 보호법익, 그 적용대상의 특수성 등을 고려하면 여기서 말하는 '인권'은 범죄수사 과정에서 사법경찰관리에 의하여 침해되기 쉬운 인권으로서, 주로 헌법 제12조에 의한 국민의 신체의 자유 등을 그 내용으로 한다. 인권의 내용을 이렇게 볼 때 형법 제139조에 규정된 '인권옹호에 관한 검사의 명령'은 사법경찰관리의 직무수행에 의하여 침해될 수 있는 인신 구속 및 체포와 압수수색 등 강제수사를 둘러싼 피의자, 참고인, 기타 관계인에 대하여 헌법이 보장하는 인권 가운데 주로 그들의 신체적 인권에 대한 침해를 방지하고 이를 위해 필요하고도 밀접 불가분의 관련성 있는 검사의 명령 중 '그에 위반할 경우 사법경찰관리를 형사처벌까지 함으로써 준수되도록 해야 할 정도로 인권옹호를 위해 꼭 필요한 검사의 명령'으로 보아야 하고 나아가 법적 근거를 가진 적법한 명령이어야 한다 (헌법재판소 2007. 3. 29. 선고 2006헌바69 전원재판부 결정 참조).

[2] 형법 제139조에 규정된 인권옹호직무명령불준수죄와 형법 제122조에 규정된 직무유기죄의 각 구성요건과 보호법익 등을 비교하여 볼 때, 인권옹호직무명령불준수죄가 직무유기죄에 대하여 법조경합 중 특별관계에 있다고 보기는 어렵고 양 죄를 상상적 경합관계로 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

형법 제139조 인권옹호직무명령불준수죄와 형법 제122조 직무유기죄의 죄수 관계는 상상적 경합이라고 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

520. 공무상비밀표시무효의 주관적 성립요소

(대법원 1970. 9. 22. 선고 70도1206 판결)

〈쟁점〉

공무상비밀표시무효와 고의의 내용

〈판결요지〉

형법 제140조 제1항의 규정은 봉인 또는 압류 기타 강제처분의 표시가 효력을 잃기 전에 권리없이 이를 손상 또는 은닉하였거나 기타 방법으로 그 효용을 해케 한 행위를 구성요소로 하는 취지이며, 민사소송법 기타 공법의 규정에 의하여 가압류의 효력이 없다고 해석되는 경우 또는 봉인 등의 형식이 있으나 이를 손상할 권리가 있다고 인정되는 경우에는 본죄의 구성요소를 충족하지 못한다고 봐야 할 것이다.

그러므로 민사소송법 기타의 공법의 해석을 잘못하여 피고인이 가압류의 효력이 없는 것이라 하여 가압류가 없는 것으로 착오하였거나 또는 봉인 등을 손상 또는 효력을 해할 권리가 있다고 오신한 경우에는 민사법령 기타 공법의 부지에 인한 것으로서 이러한 법령의 부지는 형벌법규의 부지와 구별되어 범의를 조각한다고 해석할 것이다.

〈판례선정이유〉

공무상비밀표시무효와 고의의 내용을 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

521. 특수공무방해치상죄의 성격

(대법원 1995. 1. 20. 선고 94도2842 판결)

〈쟁점〉

특수공무집행방해치상죄가 중한 결과에 대한 고의가 있는 경우까지도 포함하는 부진정결과적가중범인지 여부

〈판결요지〉

[1] 특수공무집행방해치상죄는 원래 결과적가중범이기는 하지만, 이는 중한 결과에 대하여 예견가능성이 있었음에 불구하고 예견하지 못한 경우에 벌하는 진정결과적가중범이 아니라 그 결과에 대한 예견가능성이 있었음에도 불구하고 예견하지 못한 경우뿐만 아니라 고의가 있는 경우까지도 포함하는 부진정결과적가중범이다.

[2] 고의로 중한 결과를 발생케 한 경우에 무겁게 벌하는 구성요건이 따로 마련되어 있는 경우에는 당연히 무겁게 벌하는 구성요건에서 정하는 형으로 처벌하여야 할 것이고, 결과적가중범의 형이 더 무거운 경우에는 결과적가중범에 정한 형으로 처벌할 수 있도록 하여야 할 것이므로, 기본범죄를 통하여 고의로 중한 결과를 발생케 한 부진정결과적가중범의 경우에 그 중한 결과가 별도의 구성요건에 해당한다면 이는 결과적가중범과 중한 결과에 대한 고의범의 상상적 경합관계에 있다고 보아야 할 것이다.

〈판례선정이유〉

특수공무집행방해치상죄는 중한 결과에 대한 고의가 있는 경우까지 포함하는 부진정결과적가중범이명, 부진정결과적가중범을 긍정하는 대법원의 입장을 제시하려고 선정한 판결이다.

III. 도주와 범인은닉의 죄

522. 단순도주죄의 성격

(대법원 1991. 10. 11. 선고 91도1656 판결)

〈쟁점〉

도주죄의 기수시기 및 도주행위가 기수에 이른 후에 도주죄의 범인의 도피를 도와주는 행위가 도주원조죄에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

도주죄는 즉시범으로서 범인이 간수자의 실력적 지배를 이탈한 상태에 이르렀을 때에 기수가 되어 도주행위가 종료하는 것이고, 도주원조죄는 도주죄에 있어서의 범인의 도주행위를 야기시키거나 이를 용이하게 하는 등 그와 공범관계에 있는 행위를 독립한 구성요건으로 하는 범죄이므로, 도주죄의 범인이 도주행위를 하여 기수에 이르른 이후에 범인의 도피를 도와주는 행위는 범인도피죄에 해당할 수 있을 뿐 도주원조죄에는 해당하지 아니한다.

〈판례선정이유〉

도주죄와 도주원조죄의 관계를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

523. 공범을 도피하게 하는 행위와 범인도피죄의 성립

(대법원 2018. 8. 1. 선고 2015도20396 판결)

〈쟁점〉

[1] 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'의 의미

[2] 공범을 도피하게 하는 경우에 범인도피죄가 성립할 수 있는지 여부(적극) 및 범인 스스로 도피하는 행위도 처벌되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 형법 제151조가 정한 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'란 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판, 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 일체의 행위를 말한다.

[2] 범인도피죄는 타인을 도피하게 하는 경우에 성립할 수 있는데, 여기에서 타인에는 공범도 포함되나 범인 스스로 도피하는 행위는 처벌되지 않는다. 또한 공범 중 1인이 그 범행에 관한 수사 절차에서 참고인 또는 피의자로 조사받으면서 자기의 범행을 구성하는 사실관계에 관하여 허위로 진술하고 허위 자료를 제출하는 것은 자신의 범행에 대한 방어권 행사의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다. 이러한 행위가 다른 공범을 도피하게 하는 결과가 된다고 하더라도 범인도피죄로 처벌할 수 없다. 이때 공범이 이러한 행위를 교사하였더라도 범죄가 될 수 없는 행위를 교사한 것에 불과하여 범인도피교사죄가 성립하지 않는다.

〈판례선정이유〉

범인의 자기도피 교사행위의 죄책은 자기방어권 행사의 남용으로 교사범이 성립한다. 범인의 자기도피가 다른 공범을 도피하게 하는 결과를 초래하더라도 범인도피죄로 처벌할 수 없다고 판시하는 중요한 판결이다.

524. 범인의 자기도피 교사행위의 죄책

(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013도152 판결)

〈쟁점〉

형법 제151조 제1항에서 정한 '죄를 범한 자'가 자신을 위하여 타인으로 하여금 범인도피죄를 범하게 하는 경우, 범인도피교사죄가 성립하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

형법 제151조의 범인도피죄는 수사, 재판 및 형의 집행 등에 관한 국권의 행사를 방해하는 행위를 처벌하려는 것이므로 형법 제151조 제1항에서 정한 '죄를 범한 자'는 범죄의 혐의를 받아 수사 대상이 되어 있는 사람이면 그가 진범인지 여부를 묻지 않고 이에 해당한다(대법원 1960. 2. 24. 선고 4292형상555 판결, 대법원 1982. 1. 26. 선고 81도1931 판결, 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006도9139 판결 참조). 그리고 형법 제151조 제1항에서 정한 '죄를 범한 자'가 자신을 위하여 타인으로 하여금 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당한다(대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도20 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도7647 판결 등 참조).

〈판례선정이유〉

범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 범인도피죄를 범하게 하는 경우, 범인도피교사죄가 성립한다고 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

525. 범인도피죄의 기수시기와 공범의 성립

(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6027 판결)

〈쟁점〉

공범자의 범인도피행위 도중에 기왕의 범인도피상태를 이용하여 스스로 범인도피행위를 계속한 경우 범인도피죄의 공동정범이 성립하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

범인도피죄는 범인을 도피하게 함으로써 기수에 이르지만, 범인도피행위가 계속되는 동안에는 범죄행위도 계속되고 행위가 끝날 때 비로소 범죄행위가 종료된다. 따라서 공범자의 범인도피행위 도중에 그 범행을 인식하면서 그와 공동의 범의를 가지고 기왕의 범인도피상태를 이용하여 스스로 범인도피행위를 계속한 경우에는 범인도피죄의 공동정범이 성립하고, 이는 공범자의 범행을 방조한 종범의 경우도 마찬가지이다.

〈판례선정이유〉

범인도피죄의 기수시기와 공범의 성립 여하에 대한 판단을 하고 기본적인 판결이다.

526. 범인은닉과 친족간의 특례

(대법원 2006. 12. 7. 선고 2005도3707 판결)

〈쟁점〉

범인이 자신을 위하여 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 등으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 경우, 범인도피교사죄의 성립 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당하는바, 이 경우 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족, 호주 또는 동거 가족에 해당한다 하여 달리 볼 것은 아니다.

[2] 무면허 운전으로 사고를 낸 사람이 동생을 경찰서에 대신 출두시켜 피의자로 조사받도록 한 행위는 범인도피교사죄를 구성한다.

〈판례선정이유〉

범인의 자기도피 교사와 친족간의 특례 적용에 관한 기본적인 판결이다.

IV. 위증과 증거인멸의 죄

527. 증언거부권 불고지와 위증죄의 성부(1)

(대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도942 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

[1] 위증죄의 구성요건인 '법률에 의하여 선서한 증인'의 의미

[2] 증인신문절차에서 법률에 규정된 증인 보호 규정이 지켜진 것으로 인정되지 않은 경우, 허위 진술을 한 증인을 위증죄로 처벌할 수 있는지 여부(원칙적 소극)

[3] 증언거부사유가 있음에도 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우 위증죄 성립 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 위증죄와 형사소송법의 취지, 정신과 기능을 고려하여 볼 때, 형법 제152조 제1항에서 정한 '법률에 의하여 선서한 증인'이라 함은 '법률에 근거하여 법률이 정한 절차에 따라 유효한 선서를

한 증인'이라는 의미이고, 그 증인신문은 법률이 정한 절차 조항을 준수하여 적법하게 이루어진 경우여야 한다고 볼 것이다.

[2] 위증죄의 의의 및 보호법익, 형사소송법에 규정된 증인신문절차의 내용, 증언거부권의 취지 등을 종합적으로 살펴보면, 증인신문절차에서 법률에 규정된 증인 보호를 위한 규정이 지켜진 것으로 인정되지 않은 경우에는 증인이 허위의 진술을 하였다고 하더라도 위증죄의 구성요건인 "법률에 의하여 선서한 증인"에 해당하지 아니한다고 보아 이를 위증죄로 처벌할 수 없는 것이 원칙이다. 다만, 법률에 규정된 증인 보호 절차라 하더라도 개별 보호절차 규정들의 내용과 취지가 같지 아니하고, 당해 신문 과정에서 지키지 못한 절차 규정과 그 경위 및 위반의 정도 등 제반 사정이 개별 사건마다 각기 상이하므로, 이러한 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 볼 때, 당해 사건에서 증인 보호에 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 없는 경우에까지 예외 없이 위증죄의 성립을 부정할 것은 아니라고 할 것이다.

[3] 증언거부권 제도는 증인에게 증언의무의 이행을 거절할 수 있는 권리를 부여한 것이고, 형사소송법상 증언거부권의 고지 제도는 증인에게 그러한 권리의 존재를 확인시켜 침묵할 것인지 아니면 진술할 것인지에 관하여 심사숙고할 기회를 충분히 부여함으로써 침묵할 수 있는 권리를 보장하기 위한 것임을 감안할 때, 재판장이 신문 전에 증인에게 증언거부권을 고지하지 않은 경우에도 당해 사건에서 증언 당시 증인이 처한 구체적인 상황, 증언거부사유의 내용, 증인이 증언거부사유 또는 증언거부권의 존재를 이미 알고 있었는지 여부, 증언거부권을 고지 받았더라도 허위진술을 하였을 것이라고 볼 만한 정황이 있는지 등을 전체적·종합적으로 고려하여 증인이 침묵하지 아니하고 진술한 것이 자신의 진정한 의사에 의한 것인지 여부를 기준으로 위증죄의 성립 여부를 판단하여야 한다. 그러므로 헌법 제12조 제2항에 정한 불이익 진술의 강요금지 원칙을 구체화한 자기부죄거부특권에 관한 것이거나 기타 증언거부사유가 있음에도 증인이 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립을 부정하여야 할 것이다.

〈판례선정이유〉

위증죄의 구성요건에 대한 기본적인 판결이다.

528. 증언거부권 불고지와 위증죄의 성부(2)

(대법원 2013. 5. 23. 선고 2013도3284 판결)

〈쟁점〉

증언거부사유가 있음에도 증언거부권을 고지받지 못하여 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우, 위증죄가 성립하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

형사소송법에 규정된 증언거부권 제도는 증인에게 증언의무의 이행을 거절할 수 있는 권리를 부여한 것이고, 증언거부권의 고지 제도는 증인에게 그러한 권리의 존재를 확인시켜 침묵할 것인지

아니면 진술할 것인지에 관하여 심사숙고할 기회를 충분히 부여함으로써 침묵할 수 있는 권리를 보장하기 위한 것임을 감안할 때, 재판장이 신문 전에 증인에게 증언거부권을 고지하지 않은 경우에도 당해 사건에서 증언 당시 증인이 처한 구체적인 상황, 증언거부사유의 내용, 증인이 증언거부사유 또는 증언거부권의 존재를 이미 알고 있었는지, 증언거부권을 고지받았더라도 허위진술을 하였을 것이라고 볼 만한 정황이 있는지 등을 전체적·종합적으로 고려하여 증인이 침묵하지 아니하고 진술한 것이 자신의 진정한 의사에 의한 것인지를 기준으로 위증죄의 성립 여부를 판단하여야 한다. 그러므로 헌법 제12조 제2항에 정한 불이익 진술의 강요금지 원칙을 구체화한 자기부죄거부특권에 관한 것이거나 기타 증언거부사유가 있음에도 증인이 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립을 부정하여야 할 것이다(대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도942 전원합의체 판결 참조).

〈판례선정이유〉

증언거부사유가 있음에도 증언거부권을 고지 받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우 위증죄 성립 여부에 대한 전원합의체의 판결이다.

529. 위증죄에서 '허위의 진술'의 의미

(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11007 판결)

〈쟁점〉

증인의 진술이 법률적·주관적 평가나 의견인 경우 위증죄의 요건인 '허위의 진술'에 해당하는지 여부(소극) 및 그 내용에 다소의 오류나 모순이 있는 경우 위증죄가 성립하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

위증죄는 법률에 의하여 선서한 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(대법원 2007. 9. 20. 선고 2005도9590 판결 등 참조), 경험한 객관적 사실에 대한 증인 나름의 법률적·주관적 평가나 의견을 부연한 부분에 다소의 오류나 모순이 있더라도 위증죄가 성립하는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 2001. 3. 23. 선고 2001도213 판결 참조).

〈판례선정이유〉

위증죄 '허위의 진술'에서 허위의 의미를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

530. 자기사건에서의 위증교사

(대법원 2004. 1. 27. 선고 2003도5114 판결)

〈쟁점〉

자기의 형사피고사건에 관하여 타인을 교사하여 위증하게 한 경우, 위증교사죄의 성립 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 피고인이 자기의 형사사건에 관하여 허위의 진술을 하는 행위는 피고인의 형사소송에 있어서의 방어권을 인정하는 취지에서 처벌의 대상이 되지 않으나, 법률에 의하여 선서한 증인이 타인의 형사사건에 관하여 위증을 하면 형법 제152조 제1항의 위증죄가 성립되므로 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증죄를 범하게 하는 것은 이러한 방어권을 남용하는 것이라고 할 것이어서 교사범의 죄책을 부담케 함이 상당하다.

〈판례선정이유〉

자기의 형사피고사건에 관하여 타인을 교사하여 위증하게 한 경우, 위증교사죄가 성립 한다고 판시한 기본적인 판결이다.

531. 모해위증죄의 성격

(대법원 1994. 12. 23. 선고 93도1002 판결)

〈쟁점〉

위증죄와 모해위증죄가 형법 제33조 단서 소정의 '신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우'에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 형법 제152조 제1항과 제2항은 위증을 한 범인이 형사사건의 피고인 등을 '모해할 목적'을 가지고 있었는가 아니면 그러한 목적이 없었는가 하는 범인의 특수한 상태의 차이에 따라 범인에게 과할 형의 경중을 구별하고 있으므로, 이는 바로 형법 제33조 단서 소정의 "신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우"에 해당한다고 봄이 상당하다.

[2] 피고인이 갑을 모해할 목적으로 을에게 위증을 교사한 이상, 가사 정범인 을에게 모해의 목적이 없었다고 하더라도, 형법 제33조 단서의 규정에 의하여 피고인을 모해위증교사죄로 처단할 수 있다.

[3] 형법 제31조 제1항은 협의의 공범의 일종인 교사범이 그 성립과 처벌에 있어서 정범에 종속한다는 일반적인 원칙을 선언한 것에 불과하고, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에 신분이 있는 자가 신분이 없는 자를 교사하여 죄를 범하게 한 때에는 형법 제33조 단서가 형법 제31조 제1항에 우선하여 적용됨으로써 신분이 있는 교사범이 신분이 없는 정범보다 중하게 처벌된다.

〈판례선정이유〉

모해의 '목적'을 '신분'으로 이해하는 문제 있는 판결이다.

532. 허위감정·통역·번역죄에서 허위의 의미와 고의

(대법원 2000. 11. 28. 선고 2000도1089 판결)

〈쟁점〉

허위감정죄에 있어서 감정내용의 허위성에 대한 인식을 요하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

허위감정죄는 고의범이므로, 비록 감정내용이 객관적 사실에 반한다고 하더라도 감정인의 주관적 판단에 반하지 않는 이상 허위의 인식이 없어 허위감정죄로 처벌할 수 없다.

〈판례선정이유〉

허위감정죄에 있어서 허위의 의미와 고의의 인식 정도를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

533. 자기의 형사사건에 대한 증거인멸의 교사

(대법원 1965. 12. 10. 선고 65도826 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

자기의 형사피고사건에 관한 증거의 인멸을 타인에게 교사한 경우에 증거인멸죄 교사범의 죄책을 인정할 것인가 여부

〈판결요지〉

본법 제155조 제1항의 증거인멸죄는 국가형벌권의 행사를 저해하는 일체의 행위를 처벌의 대상으로 하고 있으나 범인 자신이 한 증거인멸의 행위는 피고인의 형사소송에 있어서의 방어권을 인정하는 취지와 상충하므로 처벌의 대상이 되지 아니한다. 그러나 타인이 타인의 형사사건에 관한 증거를 그 이익을 위하여 인멸하는 행위를 하면 본법 제155조 제1항의 증거인멸죄가 성립되므로 자기의 형사사건에 관한 증거를 인멸하기 위하여 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자에 대하여도 교사범의 죄책을 부담케 함이 상당할 것이다.

〈판례선정이유〉

자기의 형사피고사건에 관한 증거의 인멸을 타인에게 교사한 경우에 증거인멸죄 교사범의 죄책을 인정한다고 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

534. 공범자의 형사사건과 증거인멸

(대법원 1995. 9. 29. 선고 94도2608 판결)

〈쟁점〉

피고인 자신을 위한 증거인멸행위가 동시에 피고인의 공범자 아닌 자의 증거를 인멸한 결과가 되는 경우, 증거인멸죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

증거인멸죄는 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸하는 경우에 성립하는 것으로서, 피고인 자신이 직접 형사처분이나 징계처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 그 증거가 될 자료를 인멸하였다면, 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증거를 인멸한 결과가 된다고 하더라도 이를 증거인멸죄로 다스릴 수 없고, 이러한 법리는 그 행위가 피고인의 공범자가 아닌 자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증거를 인멸한 결과가 된다고 하더라도 마찬가지이다.

〈판례선정이유〉

피고인 자신을 위한 증거인멸행위가 동시에 피고인의 공범자 아닌 자의 증거를 인멸한 결과가 되는 경우에는 증거인멸죄가 성립하지 않는다고 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

535. 증거인멸죄에서 위조의 의미

(대법원 2013. 12. 26. 선고 2013도8085,2013전도165 판결)

〈쟁점〉

참고인이 타인의 형사사건 등에 관하여 제3자와 대화를 하면서 허위로 진술하고 그 진술이 담긴 대화 내용을 녹음한 녹음파일 또는 이를 녹취한 녹취록을 만들어 수사기관 등에 제출하는 행위가 증거위조죄를 구성하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

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. 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 해당한다고 봄이 상당하다. 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 구성한다.

〈판결선정이유〉

증거인멸죄의 성립요건인 위조의 의미를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

536. 공범자의 증인도피

(대법원 2003. 3. 14. 선고 2002도6134 판결)

〈쟁점〉

피고인 자신을 위해 증인을 도피하게 한 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증인을 도피하게 한 결과로 되는 경우, 증인도피죄의 성립 여부(소극)

〈판결요지〉

형법 제155조 제2항 소정의 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 없다.

〈판례선정이유〉

피고인 자신을 위해 증인을 도피하게 한 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증인을 도피하게 한 결과로 되는 경우, 증인도피죄성립하지 않는다고 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

537. 자기사건의 증거은닉교사와 방어권 행사의 한계

(대법원 2016. 7. 29. 선고 2016도5596 판결)

〈쟁점〉

증거은닉죄의 성립요건 / 자신의 형사사건에 관한 증거은닉을 위하여 타인에게 도움을 요청하는 행위가 증거은닉교사죄에 해당하는 경우 및 판단 기준

〈판결요지〉

증거은닉죄는 타인의 형사사건이나 징계사건에 관한 증거를 은닉할 때 성립하고 자신의 형사사건에 관한 증거은닉 행위는 형사소송에 있어서 피고인의 방어권을 인정하는 취지와 상충하여 처벌

의 대상이 되지 아니하므로 자신의 형사사건에 관한 증거은닉을 위하여 타인에게 도움을 요청하는 행위 역시 원칙적으로 처벌되지 아니하나, 다만 그것이 방어권의 남용이라고 볼 수 있을 때는 증거은닉교사죄로 처벌할 수 있다. 방어권 남용이라고 볼 수 있는지 여부는, 증거를 은닉하게 하는 것이라고 지목된 행위의 태양과 내용, 범인과 행위자의 관계, 행위 당시의 구체적인 상황, 형사사법작용에 영향을 미칠 수 있는 위험성의 정도 등을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013도12079 판결 참조).

〈판례선정이유〉

자신의 형사사건에 관한 증거은닉을 위하여 타인에게 도움을 요청하는 행위가 증거은닉교사죄에 해당하는 경우 및 판단 기준을 제시하고 있는 기본적인 판결이다.

V. 무고의 죄

538. 무고죄의 성립요건과 허의의 사실 신고

(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도2614 판결)

〈쟁점〉

무고죄의 성립요건 / 신고사실의 진실성을 인정할 수 없다는 소극적 증명만으로 그 신고사실을 허위로 단정하여 무고죄를 인정할 수 있는지 여부 / 신고내용에 일부 객관적 진실에 반하는 내용이 포함되어 있으나 단지 신고사실의 정황을 과장하는 데 불과한 경우, 무고죄가 성립하는지 여부

〈판결요지〉

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.

〈판례선정이유〉

무고죄의 성립요건과 허의의 사실 신고 등 기본적 구성요건요소의 의미를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

539. 무고의 고의와 인식의 정도(1)

(대법원 2003. 1. 24. 선고 2002도5939 판결)

〈쟁점〉

무고죄에 있어서 고소사실의 허위성에 대한 인식 요부(적극) 및 고소내용이 사실에 기초하여 그 정황을 다소 과장한 경우, 무고죄의 성립 여부(소극)

〈판결요지〉

무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고하는 때에 성립하는 것인데, 여기에서 허위사실의 신고라 함은 신고사실이 객관적 사실에 반한다는 것을 확정적이거나 미필적으로 인식하고 신고하는 것을 말하는 것으로서, 설령 고소사실이 객관적 사실에 반하는 허위의 것이라 할지라도 그 허위성에 대한 인식이 없을 때에는 무고에 대한 고의가 없다 할 것이고, 고소내용이 터무니없는 허위사실이 아니고 사실에 기초하여 그 정황을 다소 과장한 데 지나지 아니한 경우에는 무고죄가 성립하지 아니한다.

〈판례선정이유〉

무고죄의 성립요건인 신고사실의 허위성의 의미를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

540. 무고의 고의와 인식의 정도(2)

(대법원 1991. 12. 13. 선고 91도2127 판결)

〈쟁점〉

무고죄에 있어서의 “형사처분을 받게 할 목적”의 의미 및 범의의 내용

〈판결요지〉

무고죄에 있어서의 형사처분을 받게 할 목적이란 허위신고를 함으로써 다른 사람이 그로 인하여 형사처분을 받게 될 것이라는 인식이 있으면 족하고 그 결과 발생을 희망하는 것까지는 필요치 않으며, 또 무고죄에 있어서의 범의는 반드시 확정적 고의임을 요하지 아니하므로 신고자가 진실하다는 확신 없는 사실을 신고함으로써 무고죄는 성립하고 그 신고사실이 허위라는 것을 확신할 것까지는 없다.

〈판례선정이유〉

무고의 고의와 그 인식의 정도 및 형사처분을 받게 할 목적”의 의미를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

541. 자기무고의 교사와 승낙무고

(대법원 2005. 9. 30. 선고 판결)

〈쟁점〉

피무고자의 승낙이 있는 경우 무고죄의 성립 여부(적극) 및 무고죄에 있어서 '형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적'의 의미

〈판결요지〉

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.

〈판례선정이유〉

무고에 있어서 피무고자의 승낙이 있는 경우 무고죄가 성립한다고 판시하고 있는 기본적인 판결이다.

542. 무고의 목적인 징계처분의 대상범위

(대법원 2014. 7. 24. 선고 2014도6377 판결)

〈쟁점〉

형법 제156조에서 정한 '징계처분'의 의미 / 학교법인 등의 사립학교 교원에 대한 인사권의 행사로서 징계 등 불리한 처분의 성격(=사법적 법률행위) 및 사립학교 교원에 대한 학교법인 등의 징계처분이 형법 제156조의 '징계처분'에 포함되는지 여부

〈판결요지〉

형법 제156조는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자를 처벌하도록 정하고 있다. 여기서 '징계처분'이란 공법상의 감독관계에서 질서유지를 위하여 과하는 신분적 제재를 말한다.

그런데 사립학교 교원은 학교법인 또는 사립학교경영자가 임면하고(사립학교법 제53조, 제53조의2), 그 임면은 사법상 고용계약에 의하며, 사립학교 교원은 학생을 교육하는 대가로 학교법인 등으로부터 임금을 지급받으므로 학교법인 등과 사립학교 교원의 관계는 원칙적으로 사법상 법률관계에 해당한다. 비록 임면자가 사립학교 교원의 임면에 대하여 관할청에 보고하여야 하고, 관할청

은 일정한 경우 임면권자에게 해직 또는 징계를 요구할 수 있는 등(사립학교법 제54조) 학교법인 등에 대하여 국가 등의 지도·감독과 지원 및 규제가 행해지고, 사립학교 교원의 자격, 복무 및 신분을 공무원인 국·공립학교 교원에 준하여 보장하고 있지만, 이 역시 이들 사이의 법률관계가 사법상 법률관계임을 전제로 신분 등을 교육공무원의 그것과 동일하게 보장한다는 취지에 다름 아니다. 따라서 학교법인 등의 사립학교 교원에 대한 인사권의 행사로서 징계 등 불리한 처분은 사법적 법률행위의 성격을 가진다.

한편 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는다.

위와 같은 법리를 종합하여 보면, 사립학교 교원에 대한 학교법인 등의 징계처분은 형법 제156조의 '징계처분'에 포함되지 않는다고 해석함이 옳다.

〈판례선정이유〉

학교법인 등의 사립학교 교원에 대한 인사권의 행사로서 징계 등 불리한 처분의 성격(=사법적 법률행위) 및 사립학교 교원에 대한 학교법인 등의 징계처분이 형법 제156조의 '징계처분'에 포함되는지 여부를 설명하고 있는 기본적인 판결이다.

543. 형법 제157조에서 자백의 범위

(대법원 2018. 8. 1. 선고 2018도7293 판결)

〈쟁점〉

무고죄의 경우 재판확정 전의 자백을 필요적 감경 또는 면제사유로 정한 형법 제157조, 제153조에서 자백의 범위

〈판결요지〉

형법 제157조, 제153조는 무고죄를 범한 자가 그 신고한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다고 하여 이러한 재판확정 전의 자백을 필요적 감경 또는 면제사유로 정하고 있다. 위와 같은 자백의 절차에 관해서는 아무런 법령상의 제한이 없으므로 그가 신고한 사건을 다루는 기관에 대한 고백이나 그 사건을 다루는 재판부에 증인으로 다시 출석하여 전에 그가 한 신고가 허위의 사실이었음을 고백하는 것은 물론 무고 사건의 피고인 또는 피의자로서 법원이나 수사기관에서의 신문에 의한 고백 또한 자백의 개념에 포함된다.

〈판례선정이유〉

무고죄의 경우 형법 제157조, 제153조에서 자백의 범위에 대한 판시를 하고 있는 기본적인 판결이다.