

행위자에 유리 - 소급하용 예외 적용
③ [1] 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 형벌조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에 당해 법조를 적용하여 기소한 형사사건은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당하므로, 결국 이 부분 공소사실은 무죄라 할 것이다(大判 1999. 12. 24. 99도3003; 大判 2006. 6. 9. 2006도1955; 大判 2014. 7. 24. 2009도8586; 大判 2015. 3. 12. 2015도921; 大判 2015. 3. 12. 2014도12101; 大判 2019. 4. 25. 2017도584). <주> 형벌조항에 대한 위헌결정은 처음으로 소급하여 무죄가 되므로 무죄판결을 한다. ♥ [2] 이러한 법리는 그 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 대통령령에 형벌법규를 위임한 경우 그 대통령령의 위임 근거인 법률 또는 법률조항이 위헌결정으로 인하여 소급하여 효력을 상실하고, 대통령령에 규정된 형벌법규 또한 소급하여 그 효력을 상실한 때에도 마찬가지로 적용된다(大判 2011.5.13. 2009도9949). [3] 재심이 개시된 사건에서 형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 폐지가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 형사소송법 제325조 전단이 규정하는 '범죄로 되지 아니한 때'의 무죄사유에 해당하는 것이지, 형사소송법 제326조 제4호에서 정한 면소사유에 해당한다고 할 수 없다(大判 2013.5.16. 2011도2631 전합; 大判 2018. 11. 29. 2016도14781). <주> 당초부터 위헌이므로 처음부터 무죄였던 사안이다. ♥ ④ [1] 헌법재판소의 헌법불합치결정은 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 위헌결정에 해당하므로 당해 조항을 적용하여 공소가 제기된 피고사건은 범죄로 되지 아니한 때에 해당하고, 법원은 이에 대하여 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄를 선고하여야 한다(大判 2011.6.23. 2008도7562 전합).♥ [2] 형벌조항에 대하여 이른바 잠정적용형 헌법불합치결정이 선고된 후 개선시한까지 개선입법이 이루어졌으나 그 경과규정은 없는 경우, 헌법불합치결정의 소급효가 인정되는 병행 형사사건에서, 위 헌법불합치결정이 단순 위헌결정과 동일한 효력이 있다고 볼 수 있다(大判 2018. 10. 25. 2015도17936). [3] 헌법재판소는 집회 및 시위에 관한 법률 규정에 대하여 2019. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용한다는 헌법불합치 결정을 선고하였는데, 시한이 경과되도록 법률조항을 개정하지 않았다. 위 헌법불합치결정은 형벌 조항에 대한 위헌결정이므로 소급하여 효력을 상실하므로, 법원은 당해 조항이 적용되어 공소가 제기된 피고사건에 대하여 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄를 선고하여야 한다(大判 2020.11.26. 2019도9694). ⑤ 헌법재판소법 제47조 제3항 단서는 형벌에 관한 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다고 정하여 소급효를 제한하고 있다. 따라서 종전 간통죄 합헌결정일 이전에 선고된 재심대상판결에 대하여 간통죄 위헌결정일 이후 재심개시결정이 확정된 경우 법원으로서서는 형사소송법 제326조 제4호에 해당하는 것으로 보아 면소판결을 선고하여야 한다(大判 2019. 12. 24. 2019도15167). <주> 합헌 결정일까지는 유효했으나 위헌결정으로 합헌결정일 다음 날부터 무죄가 되므로, 형벌 규정이 유효하여 유효했다가 형의 폐지로 무죄가 되는 경우와 유사하다. 따라서 무죄판결이 아니라 면소판결을 한다.

기타 - 소급금지원칙과 무관
① [1] 도로교통법 제148조의2 제1항 제1호에서 정하고 있는 ' 도로교통법 제44조 제1항을 2회 이상 위반한' 것에 개정된 도로교통법이 시행된 2011. 12. 9. 이전에 구 도로교통법 제44조 제1항을 위반한 음주운전 전과까지 포함되는 것으로 해석하는 것이 형벌불소급의 원칙이나 일사부재리의 원칙 또는 비례의 원칙에 위배된다고 할 수 없다(大判 2012.11.29. 2012도10269). <주> 법 시행 이전의 행위를 벌하는 것이 아니라 그 행위를 참고만 하는 경우이다. 과거에는 음주운전 3전아웃이었으나, 현재는 2전아웃으로 개정되었다. ♥ [2] '도로교통법 제44조 제1항 또는 제2항을 2회 이상 위반한 사람'에 위와 같이 개정된 도로교통법이 시행된 2019. 6. 25. 이전에 구 도로교통법 제44조 제1항 또는 제2항을 위반한 전과가 포함된다고 보아야 한다. 이와 같이 해석하더라도 형벌불소급의 원칙이나 일사부재리의 원칙에 위배되지 않는다(大判 2020. 8. 20. 2020도7154). ③ 대한주택공사와 철거업체들 간의 도급계약이 처벌규정 신설 전에 체결되었다 하더라도, 그에 따른 건설폐기물의 처리행위가 처벌규정의 신설 후에도 종료되지 않고 계속적으로 이루어진 이상, 처벌규정 신설 후에 이루어진 무허가 처리업체에 의한 건설폐기물의 위탁처리행위를 처벌하는 것은 형벌법규의 소급효금지원칙에 위배되지 않는다(大判 2009.1.30. 2008도8607). <주> 건설폐기물 처리행위는 즉시범이 아니라 계속범이다. 따라서 법 시행 이후에도 계속되는 폐기물처리행위를 처벌하는 것은 소급효금지원칙 위반이 아니다. ♥

p.30 판레이론 (ㄷ) 추가하고, (ㄷ)(ㄷ)은 (ㄷ)(ㄷ)으로 번호를 변경합니다.

(ㄷ) 1995년 개정 형사소송법 시행 당시 **공소시효가 완성되지 아니한** 외국환관리법위반죄에 대한 공소시효가 위 법률이 개정되면서 피고인이 **외국에 있는 기간 동안 정지**되었고, 이와 같이 공소시효가 정지된 기간을 제외할 경우 위 범죄행위가 종료한 때로부터 공소가 제기된 날까지 공소시효의 기간이 경과되지 아니하였음은 명백하다면, 이는 형사소송법 제326조 제3호에 규정된 '공소의 시효가 완성되었을 때'에 해당한다고 할 수 없다(大判 2003.11.27. 2003도4327).♥

p.36 ④ <주> 추가하고, ⑤ 추가하고, ⑤ ⑥ 은 ⑥ ⑦ 로 번호 변경합니다.

06 전화 채팅 카메라

- ④ 개정 전후의 의료법 조항은 어느 것이나 스스로 진찰을 하지 않고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 규정이다. 따라서 죄형법정주의 원칙, 특히 유추해석금지의 원칙상 **전화 진찰**을 하였다는 사정만으로 '자신이 진찰'하거나 '**직접 진찰**'을 한 것이 아니라고 볼 수는 없다(大判 2013.4.11. 2010도1388). <주> 예전에 대면진찰을 한 후에 동일한 내용의 처방전을 발급한 사안이다. ♥♥♥
- ⑤ 전화 통화만으로 환자에게 전문의약품을 처방한 처방전을 작성하여 교부한 경우, 피고인이 위 **전화 통화 이전에** 환자를 **대면하여 진찰한 적이 단 한 번도 없고**, 전화 통화 당시 환자의 특성 등에 대해 알고 있지도 않았다면 피고인이 환자에 대하여 **진찰**을 하였다고 할 수 없다(大判 2020. 5. 14. 2014도9607).

p.37 ③ <주> 삭제합니다.

07 매매 기부

- ③ 제공된 경품을 **재매입**하는 행위가 구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률에서 '문화관광부장관이 정하여 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 **제공**하는 행위'에 해당한다고 보는 것은 형벌법규를 지나치게 유추 또는 확장해석하여 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용될 수 없다(大判 2007.6.28. 2007도873).♥

p.38 ④ 중복된 내용이므로 삭제합니다.

그 뒤 ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨를 ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧로 번호만 수정합니다.

08 대여

- ④ 폐기물관리법에서는 법률행위에 의한 '**양도**'와 법률에 의한 '**경매**' 또는 '압류재산의 매각' 등의 개념이 구분되므로, 폐기물처리시설 부지를 공매절차에서 취득한 피고인이 위 폐기물처리시설까지 인수한 것이라고 하더라도 그 인수 당시 시행 중이던 폐기물관리법에서 말하는 폐기물처리시설의 양수인에 해당한다고 볼 수 없다(大判 2017.10.31. 2017도9582).

p.40 ④ <주> 추가합니다.

10 도로교통 환경보전

- ④ 「도로교통법」 제43조 해석상 '**운전면허를 받지 아니하고**'라는 법률문언의 통상적 의미에 '운전면허를 받았으나 그 후 **운전면허의 효력이 정지된** 경우'가 당연히 포함된다고는 해석할 수 없다(大判 2011.8.25. 2011도7725). <주> 자동차는 무면허와 면허정지를 모두 범하지만, 원동기장치자전거는 무면허만 처벌하였다. 현재는 법이 개정되어 원동기장치자전거 면허정지된 사람도 처벌한다. 그러나 법 개정과 관계없이 무면허와 면허정지가 다른 것이라는 점은 동일하므로, 위 판례는 효력을 유지한다. ♥

p.41 ④ 키워드 변경하고, 비교판례 변경합니다.

11 경력 광고 명의 제공

- ④ 의료기관을 개설할 **자격이 있는 의료인**이 비영리법인 등 의료법에 따라 의료기관을 개설할 자격이 있는 자로부터 **명의를 빌려 의료기관을 개설**하는 행위는 의료법 제33조 제2항에서 금지하는 의료기관을 개설할 자격이 없는 자의 의료기관 개설행위에 포함되지 않는다(大判 2014.9.25. 2014도7217). <주> 자격 있는 자에게 명의를 대여하여 의료기관을 개설하게 하는 행위는 별하지 않는다. ♥

Ⅱ 비교판례 Ⅰ 면허증 대여의 상대방 즉 차용인이 무자격자인 경우는 물론이요 **자격 있는 의사**인 경우에도, 그 대여 이후 면허증 차용인에 의하여 대여인 명의로 개설된 약국 등 업소에서 대여인이 직접 약사로서의 업무를 행하지 아니한 채 차용인에게 **약국의 운영을 일임**하고 맡았다면 약사면허증을 대여한 데 해당한다(大判 2003.6.24. 2002도6829). <주> 자격 있는 약사에게 명의를 대여하여 약국을 운영하게 하는 행위는 처벌한다. ♥

Ⅱ 비교판례 Ⅱ 의료법 제66조 제1호에서 금하고 있는 **면허증의 대여**는 면허증 대여의 상대방이 무자격자인 경우뿐만 아니라 **자격 있는 의료인**인 경우도 포함한다고 해석하는 것은 유추해석이 아니다. 따라서 면허증을 대여한 피고인은 의료행위를 함이 없이 면허대여료만 받고 면허를 차용한 사람이 대여인인 것처럼 **의료행위**를 하였다면 의료법에서 금지하는 면허증 대여에 해당한다(大判 2005.7.22. 2005도3468). <주> 자격 있는 의사에게 명의를 대여하여 의료행위를 하게 하는 행위는 처벌한다. ♥♥

p.42 ⑧ “금품 등” 띄워쓰기 변경합니다.

⑧ 청탁금지법의 위와 같은 입법목적, 금품 등 수수 금지 및 그 처벌규정의 내용과 체계, 처벌규정의 **소극적 구성요건**에 관한 제8조 제3항 제1호의 규정 내용 등을 종합하여 보면, 제8조 제3항 제1호에서 정한 “**상급 공직자** 등”이란 금품 등 제공의 상대방보다 높은 직급이나 계급의 사람으로서 금품 등 제공 상대방과 직무상 상하관계에 있고 그 상하관계에 기초하여 사회통념상 위로·격려·포상 등을 할 수 있는 지위에 있는 사람을 말하고, 금품 등 제공자와 그 상대방이 직무상 명령·복종이나 **지휘감독관계**에 있어야만 이에 해당하는 것은 아니다(大判 2018. 10. 25. 2018도7041). <주> 직접적인 지휘감독을 하지 않는 검사장이 검사들의 만찬 비용을 결제한 행위를 무죄로 보았다.

p.p.44~45 ⑫ 추가하고, 12~23을 13~24로 번호 변경하고,
24번 뒤에 25, 26번 판례 추가합니다.

⑫ 적법한 신고 없이 집회를 개최하려던 사회단체 회원 등이 집회예정장소가 사전봉쇄되자 인근 **교회에 잠시 머문** 것이 구 집회 및 시위에 관한 법률상 해산명령의 대상인 ‘**집회**’에 해당하지 않는다(大判 2008.6.26. 2008도3014).♥

㉓ 의료인 면허를 받지 아니한 피고인이 베트남에서 실리프팅 시술 등 의료행위를 하여 의료법 위반죄로 기소된 사안에서, 의료법은 대한민국 영역 내에서 이루어지는 의료행위를 규율하기 위한 것이므로 **대한민국 영역 외**에서 이루어진 의료행위의 경우 **의료법**위반의 구성요건해당성이 없다(大判 2020. 4. 29. 2019도19130).

㉔ 현직 경기도지사인 피고인이 자신의 친형에 대한 정신병원 강제입원과 관련하여 상대 후보자가 후보자 토론회에서 한 질문에 대해 피고인이 이를 **부인**하면서 일부 사실을 **진술하지 않은 답변**을 공직선거법 제250조 제1항에서 정한 **허위사실공표죄**에 해당한다고 볼 수는 없다(大判 2020. 7. 16. 2019도13328 전합). <주> 이재명 경기도지사 사건이다.

p.47 판례 15번 뒤에 16번 추가합니다.

⑮ 보육교사인 피고인이 강압적이고 부정적인 태도를 보이며 4세인 피해아동을 **높이 78cm**에 이르는 교구장 위에 약 40분 동안 앉혀놓는 행위를 한 것이 아동복지법상 피해아동에 대한 **정서적 학대**에 해당한다(大判 2020. 3. 12. 2017도5769).

p.69 참고조문에 <주> 추가하고, 맨 아래 판례이론 아래 내용으로 대체합니다.

[참고조문] 형법 제57조(판결선고전 구금일수의 통산)

① 판결선고 전의 구금일수는 그 전부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다. <주> “또는 일부” 부분은 위헌결정을 받고 삭제되었다.

판례이론

(ㄱ) 형사사건으로 **외국** 법원에 기소되었다가 무죄판결을 받은 사람은, 설령 그가 무죄판결을 받기까지 상당 기간 **미결구금**되었다라도 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 제7조**에 의한 산입의 대상이 될 수 없다(大判 2017.8.24. 2017도5977 전합).♥♥♥

(ㄴ) **외국**에서 무죄판결을 받고 석방되기까지의 **미결구금**은, 우리나라 형벌법규에 따른 공소의 목적을 달성하기 위하여 필수불가결하게 이루어진 강제처분으로 볼 수 없다. 따라서 외국에서 이루어진 미결구금을 **형법 제57조 제1항**에서 규정한 ‘본형에 당연히 산입되는 미결구금’과 같다고 볼 수 없다(大判 2017.8.24. 2017도5977 전합).♥

p.70 판례 ③ 추가합니다.

제7조 적용

③ 피고인이 필리핀에서 살인죄를 범하였다가 무죄 취지의 재판을 받고 석방된 후 국내에서 다시 기소되어 제1심에서 징역 10년을 선고받게 된 경우 피고인이 **필리핀**에서 **미결 상태로 구금**된 5년여의 기간에 대하여 ‘외국에서 집행된 형의 산입’ 규정인 형법 제7조가 적용될 수 없다(大判 2017.8.24. 2017도5977 전합).♥

p.72 판례이론 (ㄱ) 추가합니다.

판례이론

(ㄱ) ‘1개의 죄가 본법 시행 전후에 걸쳐서 행하여진 때에는 본법 시행 전에 범한 것으로 간주한다’고 규정한 **형법 부칙** 제4조 제1항은 **신구형법 사이**의 관계가 아닌 **다른 법률 사이**의 관계에서는 적용되거나 유추적용 되지 않는다(大判 1992.12.8. 92도407).♥

(ㄴ) 일반적으로 **특별법이 일반법**에 우선하고 **신법이 구법**에 우선한다는 원칙은 동일한 형식의 성문법규인 법률이 상호 모순·저촉되는 경우에 적용된다. 이때 법률이 상호 모순·저촉되는지는 법률의 입법목적, 규정사항 및 적용범위 등을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다(大判 2016.11.25. 2014도14166).♥

p.78 중간에 있는 판례이론 (ㄷ) 아래에 (ㄹ) 추가합니다.

판례이론

- (ㄹ) (1) 반사불벌죄에서 처벌을 희망하는 의사표시의 철회 또는 처벌을 희망하지 않는 의사표시는 **제1심 판결 선고 전까지** 할 수 있다(형사소송법 제232조 제1항, 제3항). 처벌불원의 의사표시의 부존재는 소극적 소송조건으로서 **직권조사사항**에 해당하므로 당사자가 항소이유로 주장하지 않았더라도 원심은 이를 직권으로 조사·판단하여야 한다.
- (2) 피해자의 **변호사는 피해자를 대리**하여 피고인에 대한 처벌을 희망하는 의사표시를 철회하거나 처벌을 희망하지 않는 의사표시를 할 수 있다(大判 2019. 12. 13. 2019도10678).

p.78 맨 아래 판례이론 (ㄴ) 아래에 (ㄷ) 추가합니다.

판례이론

- (ㄷ) 음주운전과 관련한 도로교통법 위반죄의 범죄수사를 위하여 **미성년자인 피의자의 혈액채취**가 필요한 경우에도 피의자에게 의사능력이 있다면 **피의자 본인만**이 혈액채취에 관한 유효한 동의할 수 있고, 피의자에게 의사능력이 없는 경우에도 명문의 규정이 없는 이상 **법정대리인**이 피의자를 **대리**하여 동의할 수는 없다(大判 2014.11.13. 2013도1228).♥

p.83 표에서 맨 아래 칸 죄명 변경합니다.

즉시범	상태범	계속범
범죄가 기수가 되면 범죄도 종료하고 위법상태도 종료한다.	범죄가 기수가 되면 범죄는 종료되지만 위법상태는 유지된다.	범죄가 기수가 되어도 범죄와 위법상태가 계속 유지된다.
기수 이후 정당방위, 공범 不可 수개의 범행은 경합범으로 처리	기수 이후 정당방위, 공범 不可 종료 전의 별개 범죄는 불가벌	기수 이후 정당방위, 공범 가능 수개의 범행도 포괄일죄로 처리
종료시부터 공소시효 기산	종료시부터 공소시효 기산	종료시부터 공소시효 기산
살인, 범죄단체조직, 도주 등	재산죄, 학대, 내란 등	체포, 주거침입, 약취유인, 직무유기

p.p.90~91 맨 아래 판례 ① 추가하고,
그 뒤의 판례번호를 1~6에서 2~7로 변경합니다.

양벌규정 적용 인정

- ① 객관적 외형상으로 영업주의 업무에 관한 행위이고 종업원이 그 영업주의 업무를 수행함에 있어서 위법행위를 한 것이라면 그 위법행위의 동기가 **종업원 기타 제3자의 이익**을 위한 것에 불과하고 영업주의 영업에 이로운 행위가 아니라 하여도 영업주는 그 감독해태에 대한 책임을 면할 수 없다(大判 1987.11.10. 87도1213).♥

p.115 맨 아래 ④ 판례 중복되어 삭제합니다.

규범의 보호목적 이론

- ④ ~~피고인의 택시가 '나' 자형 삼거리~~를 과속으로 통과하던 중 ~~오른쪽 접속도로에서 갑자기 급차~~ 된 ~~좌회전을 시도하던 승용차와 충돌한 경우~~ 피고인이 사고발생을 미리 방지하기 위한 특별한 조치까지 강구할 의무상 주의의무는 없고, 위 직진차량 운전자가 사고지점을 통과할 무렵 제한속도를 위반하여 과속운전한 잘못이 있었다 하더라도 그러한 잘못과 교통사고의 발생과의 사이에 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다(大判 1993.1.15. 92도2579).♥

p.p.123~124 (ㄷ) 판례 번호 다 삭제하고 하나만 남깁니다.

- (ㄷ) 고의는 내심적 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 **간접사실을 증명**하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이 때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다(大判 2018.9.13. 2018도7658 등 다수 판례).♥

p.126 ② 판례 [2] 추가합니다.

무면허운전

- ② [1] 무면허운전죄는 유효한 운전면허가 없음을 알면서도 자동차를 운전하는 경우에만 성립하는, 이른바 **고의범**이므로, 기존의 운전면허가 취소된 상태에서 자동차를 운전하였더라도 운전자가 면허취소사실을 **인식하지 못한** 이상 도로교통법위반죄에 해당한다고 볼 수 없다.♥
- [2] 운전면허증 앞면에 적성검사기간이 기재되어 있고 뒷면 하단에 **검고** 문구가 있다는 점만으로도 피고인이 정기적성검사 미필로 면허가 취소된 사실을 미필적으로나마 인식하였다고 판단하기 어렵다(大判 2004.12.10. 2004도6480).♥

p.128 “회장을” 오타 수정

I 고의의 종류

2. 3분설

오스트리아 형법은 고의를 의도적 고의, 지정고의, 미필적 고의로 셋으로 나눈다. 차량에 탑승하는 대기업 회장을 살해하려고 차량에 폭탄을 설치한 경우, 차량 뒷자리에 승차하는 회장에 대해서는 살인의 **의도적 고의**가 인정된다. 그러나 항상 앞자리에서 운전하는 운전사에 대해서는 살인의 **지정고의**가 인정되며, 만일 회장의 처가 우연히 함께 차를 타다가 사망할 가능성을 인식하였다면 **미필적 고의**가 인정된다.

p.142 판례 ⑨ “정신질환자에 대하여” 삭제하고, <주>를 변경합니다.

⑨ 목사와 집사가 매일 한차례 **안수기도**를 하던 중 주먹과 손바닥으로 가슴과 배를 누르거나 때려 사망케 한 경우 비록 안수기도의 방법으로 행하여졌다고 하더라도 신체에 대하여 유형력을 행사한다는 인식과 의사가 있으면 폭행에 대한 인식과 의사 즉 고의가 있는 것이며, 이를 적법한 행위라고 오인했다고 하더라도 그 오인에 정당성을 발견할 수 없다(大判 1994.8.23. 94도1484). <주> 신체 건강한 “정신질환자”를 안수기도 한 사안으로 폭행치사죄가 성립하였다. ♥

p.147 맨 위의 빨간판례 [3][4][2]를 [2][3][4]로 번호만 변경합니다.

③ [1] 버스운전자는 차내의 승차자가 차의 진행중에 **개문 하차**하리라고 예상하여 승차자의 동정을 주의 깊게 살펴야 할 주의의무가 있다고는 볼 수 없을 뿐만 아니라 갑자기 하차하려는 사람을 모르고 차를 운행한데 과실이 없다(大判 1977.6.28. 77도523).
[2] 버스 운전사가 정류소에서 승객을 태운 후 출발하려다가 **4세 어린이의 장난감**이 버스 뒷바퀴 밑으로 굴러들어가자 이를 주우려고 뒷바퀴 쪽으로 들어가는 것을 발견치 못하고 출발하여 뒷바퀴로 어린이를 치어 즉사하게 한 경우 운전사가 미쳐 이를 발견하지 못한 점에 과실이 있다고는 할 수 없다(大判 1984.7.10. 84도6870).
[3] 버스정류장에서 버스를 타려고 뛰어가던 **행인끼리 충돌**하여 넘어지면서 순간적으로 막 출발하려는 버스의 앞바퀴와 뒷바퀴 사이로 머리가 들어가 사고가 발생한 경우, 위 버스운전사에게는 과실이 없다(大判 1986.8.19. 86도1123).♥
[4] 안내원이 없는 시내버스의 운전사인 피고인이 버스정류장에서 일단의 승객을 하차시킨 후 통상적으로 버스를 출발시키던 중 뒤늦게 **버스 뒷편 좌석**에서 일어나 앞쪽으로 걸어 나오던 피해자가 균형을 잃고 넘어져 상해를 입은 경우, 버스 운전사에게 과실이 없다(大判 1992.4.28. 92도56).

p.147 ② 중복판례로 삭제하고, 그 뒤로 3~7을 2~6으로 번호 수정합니다.

의료사고 - 과실 인정

② **연탄가스 중독**환자가 퇴원시 의사가 아무런 **요양방법**을 지도하여 주지 아니하여 병명을 알지 못한 환자가 퇴원 즉시 처음 사고 난 방에서 다시 자다가 재차 연탄가스에 중독된 경우 의사의 **과실과 재차의 일산화탄소 중독과의 사이에 인과관계가 있다고 보아야 한다**(大判 1991.2.12. 90도2547).♥

p.150 판례 ⑤ 추가하고, ⑤ 는 ⑥ 으로 번호를 변경합니다.

추상적 감독의무 - 과실 부정

⑤ 일반적으로 대학병원의 진료체계상 **과장**은 **병원행정상의 직급**으로서 **다른 교수나 전문의가 진료**하고 있는 환자의 진료까지 책임지는 것은 아니고, 소속 교수 등이 진료시간을 요일별 또는 오전, 오후 등 시간별로 구분하여 각자 외래 및 입원 환자를 관리하고 진료에 대한 책임을 맡게 된다. 따라서 구강악안면외과 과장이라는 이유만으로 외래담당의사 및 담당 수련의들의 처치와 치료결과를 주시하고 적절한 수술방법을 지시하거나 담당의사 대신 직접 수술을 하고, 농배양을 지시·감독할 주의의무가 있다고 단정할 수 없다(大判 1996.11.8. 95도2710).♥
⑥ 검사자들의 혈액 검사의 오류로 인하여 부적격 혈액이 출고됨으로써 피해자들이 수혈감염에 의한 상해를 입은 경우, 부적격 혈액의 출고를 방지하여야 할 책임이 있는 **혈액원장**은 업무상 과실치상죄가 성립하나, 행정업무만을 처리하는 **검사과장**은 업무상과실치상죄 성립하지 않는다(大判 2007.5.10. 2006도6178).♥

p.152 아래 판례 ② 추가하고 ② ③ 은 ③ ④ 로 번호 변경합니다.

비전문가에게 도급위임 - 원칙 과실 인정

② 호텔오락실의 경영자가 그 오락실 천정에 형광등을 설치하는 공사를 하면서 그 호텔의 전기보안담당자에게 아무런 통고를 하지 아니한 채 **무자격전기기술자로 하여금** 전기공사를 하게 하였더라도, 전기에 관한 전문지식이 없는 오락실경영자로서는 부실공사로 인하여 전선의 합선에 의한 방화가 발생할 것 등을 쉽게 예견할 수 있었다고 보기는 어려우므로 위 오락실경영자에게 위와 같은 과실이 있었다라도 사회통념상 이를 화제발생에 관한 중대한 과실이라고 평가하기는 어렵다(大判 1989.10.13. 89도204).♥

p.154 ③ [4] 추가하고, [4][5][5]를 [5][6][7]로 번호만 변경합니다.

- ③ [4] 신호등이 있는 교차로를 녹색등화에 따라 직진하는 운전자에게 대향차선의 차량이 신호를 위반하여 자기 앞을 **가로질러 좌회전**할 경우까지 예상하여 특별한 조치를 강구하여야 할 업무상 주의의무는 없고, 위 직진차량 운전자가 과속운전한 잘못이 있었다고 하더라도 그러한 잘못과 교통사고의 발생과의 사이에 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다(大判 1990.2.9. 89도 1774; 大判 1993.1.15. 92도2579).♥
- [5] **중앙선이 표시되어 있지 아니한** 비포장도로라고 하더라도 도로를 정상적으로 진행하고 있는 자동차의 운전자로서는 마주 오는 차도 교통법규를 지켜 도로의 중앙으로부터 우측부분을 통행할 것으로 신뢰하는 것이 보통이다(大判 1992.7.28. 92도1137).<주> 피고인 과실이 부정된다. ♥
- [6] 승용차를 운전하는 피고인이 횡단보도에서 갑자기 무단 횡단하던 오토바이 운전자를 치어 사망하게 한 경우 위 피해자 운전의 오토바이가 **신호를 무시**하고 갑자기 위 횡단보도를 무단 횡단할 경우까지를 예상하여 사고예방을 위한 필요한 조치를 위하여야 할 업무상 주의의무는 없다(大判 1994.4.26. 94도548).
- [7] 반대차선에 연결된 소로에서 주도로로 진입하는 차량이 있다고 하더라도 그 차량이 법률상 금지된 **중앙선을 침범**하여 자기가 진행하는 차선에 진입하는 범법행위까지를 예상하여 자기가 운전하는 차량을 서행하거나 일일이 그 차량의 동태를 예의주시할 의무가 있다고 할 수 없다(大判 1995.7. 1. 95도382).♥

p.155 판례이론(ㄴ) 추가하고, 그 아래 판례 ① 내용 변경합니다.

판례이론

- (ㄴ) 신뢰의 원칙은 상대방 교통 관여자가 도로교통의 제반법규를 지켜 도로교통에 임하리라고 신뢰할 수 없는 **특별한 사정**이 있는 경우에는 그 적용이 배제된다고 할 것이다(大判 1984.4.10. 84도79).
- (ㄴ) (1) 자동차의 대향운전시 상호충돌을 피하기 위하여 교통법규를 준수하여 운전할 것이라고 신뢰할 수 있으므로 통상의 경우 **상대방이 도로의 중앙선을 침범**하여 운전할 경우까지 예상하여 이에 대비할 업무상 주의의무는 없으나,
(2) 상대방이 도로중앙선을 넘어 자기의 진로에 따라 자동차를 운행하고 있거나 이와 같은 사정이 **예상되는 객관적 사정이 있는 때에는 그와 같은 신뢰는 기대할 수 없기 때문에** 그 대향운전자로서도 경적을 울린다거나 감속서행, 일단정지, 또는 가능한 한 도로의 우측으로 피하여 자동차를 운행하는 등의 적절한 조치를 취함으로써 상호간의 충돌을 방지할 업무상 주의의무가 있다(大判 1984.3.13. 83도1859).♥

자동차와 자동차 - 예외적으로 신뢰원칙 적용×

- ① 피해자가 도로의 중앙선을 침범하여 화물자동차를 운행하였으나 그 대향운전자이던 피고인은 시속 30킬로미터의 속도로 자기의 자동차를 운전하면서 피해자가 위와 같이 도로의 중앙선을 넘어 자동차를 운행하고 있다는 사정을 **50미터 전방에서 미리 발견**하였음에도 피해자의 화물자동차가 자기의 차선으로 되돌아 갈 것으로만 믿고 이에 요구되는 제반조치를 취함이 없이 그대로 자동차를 운행하다가 피해자의 자동차와 근접하였을 때 비로소 급정거를 하였기 때문에 교통사고가 발생한 경우 피고인에게도 업무상 과실이 인정된다(大判 1984.3.13. 83도1859).♥

p.185 판례 ⑦ <주> 추가합니다.

- ⑦ 피해자가 **병원유리창을 깨뜨리면서 형을 살려내라며 난동**을 부리자 순경인 피고인과 의경이 출동하였으나 피해자의 기세에 막다른 곳까지 밀리자, 피고인이 당황하여 칼빈 소총을 피해자의 가슴에 발사하여 피해자가 사망하였다면 순경인 피고인 등이 그 위해를 최소한도로 줄일 여지가 있었다고 보여지므로 정당방위가 성립하지 아니한다(大判 1991.9.10. 91타19913). <주> 경찰관의 행위가 위법하므로 피해자의 유족들은 국가에 손해배상을 청구할 수 있다는 민사판결이다. ♥

p.187 초록 판례 아래 판례이론 추가하고, 그 아래 빨간 판례 ② <주> 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) (1) 생명, 신체에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 **상당한 행위**가 있었고,
 (2) 나아가 피해자가 위와 같은 방위행위로 말미암아 뒤로 넘어져 피고인의 몸 아래 깔려 더 이상 침해행위를 계속하는 것이 불가능한 상태에 빠졌음에도 피고인이 피해자의 목을 계속 하여 졸라 누름으로써 결국 질식사하여 사망에 이르게 한 행위는 정당방위의 요건인 **상당성을 결여한 행위**이나, **극히 짧은 시간 내에 계속하여 행하여진 피고인의 일련의 행위**는 이를 전체로서 하나의 행위로 보아야 할 것이므로, 형법 제21조 제2항의 과잉방위에 해당한다 할 것이고,
 (3) 당시 야간에 흉포한 성격에 술까지 취한 피해자가 식칼을 들고 피고인을 포함한 가족들의 생명, 신체를 위협하는 불의의 행패와 폭행을 하여 온 **불안스러운 상태 하에서** 공포, 경악, 흥분 또는 당황 등으로 말미암아 저질러진 것이라고 보아야 할 것이다(大判 1986.11.11. 86도 1862). <주> 정당방위가 과잉방위로 이어지고 책임면제사유가 인정되면 제21조 제3항이 적용된다. ♥

제21조 3항 면책적 과잉방위

- ① 피고인이 (야간에) **처**와 극장구경 후 귀가하는데 술에 취한 피해자가 피고인의 질녀인 소녀들 앞에서 소변을 보고, 피고인의 처를 땅에 깔고 앉아 돌로 때리려 하자, 피고인이 농구화 신은 발로 피해자의 복부를 차서 사망케 한 경우 형법 제21조 제3항이 적용되어 무죄이다(大判 1974.2.26. 73도2380). <주> “야간에”를 생략하고 출제되기도 한다. ♥
- ② 야간에 흉포한 피해자가 만취하여 식칼을 **어머니**에게 들이대자, 피해자의 동생이 칼을 빼앗으려다 도리어 목이 졸리자 이에 피고인인 여동생이 피해자를 밀어 넘어뜨린 후 타고 앉아 정신없이 목을 눌러 사망케 하였다면 제21조 제3항에 의하여 벌할 수 없다(大判 1986.11.11. 86도1862). <주> 정당방위가 과잉방위로 이어지고 면책사유가 인정되었다. ♥
- ③ 야간에 A 등 남자 6명들로부터 별다른 이유 없이 폭행을 당하고 자신의 **처**까지 위협을 당하던 중에 그들의 공격으로부터 벗어나기 위하여 맥주병을 들고 나와서 위협을 하던 중 피고인을 뒤에서 끌어안은 A와 함께 넘어져 뒹구는 과정에서 맥주병이 깨어져 A가 상해를 입은 경우 형법 제21조 제3항에 의하여 벌할 수 없다(大判 2005.7.8. 2005도2807).

p.198 판례 ⑨ 아래 ⑩ 추가합니다.

- ⑩ 인근 상가의 통행로로 이용되고 있는 토지의 사실상 지배권자가 위 토지에 철주와 철망을 설치하고 포장된 **아스팔트를 걷어낼**으로써 통행로로 이용하지 못하게 한 경우, 이는 일반교통방해죄를 구성하고 자기행위에 해당하지 않는다(大判 2007.12.28. 2007도7717).♥

p.200 표 바로 아래 내용부터 p.201 1. 요건 바로 위 내용까지 아래 내용으로 모두 교체합니다.

	개인적 법익 (개인의 처분권 있음)	사회적, 국가적 법익 (개인의 처분권 없음)
원칙	[일반] 개인의 동의는 양해로서 구성요건해당성조각을 판단한다. [특별] 상해, 업무방해 등은 승낙으로서 위법성조각을 판단한다. (판례)	개인의 동의를 받았더라도 사회, 국가 침해 범죄가 성립한다. (예) 위증죄, 무고죄 등은 동의를 받아도 범죄 성립한다.
예외	① 살인, 낙태 피해자의 동의를 받으면 감경적 범죄에 해당한다. (형법) ② 피구금자, 13세미만 간음 동위에 상관없이 유죄이다. (형법)	① 방화 거주자 소유자 동의 감경 (형법) ② 위조 명의자 동의로 무죄 (판례) 공무상표시무효 채권자동의 무죄 (판례)

II 양해

상대방에게 양해를 구하여 동의를 받아서 한 행위는 상대방에 대한 침해가 아니기 때문에 **구성요건해당성이 조각**된다. 그러나 상대방이 의미를 잘 모르고 **착오에 의하여** 동의한 경우가 문제되는데, 절도죄는 성립하지 않지만 주거침입죄는 성립한다(판례).

절도죄 부정

- ① 피고인이 피해자에게 **링크 45마리**에 관하여 자기에게 그 권리가 있다고 주장하면서 이를 가져간 데 대하여 피해자의 묵시적인 동의가 있었다면 피고인의 주장이 후에 허위임이 밝혀졌더라도 피고인의 행위는 절도죄의 절취행위에는 **해당**하지 않는다(大判 1990.8.10. 90도1211).♥
- ② 피고인이 **동거중인 피해자의 지갑**에서 현금을 꺼내가는 것을 피해자가 현장에서 목격하고도 만류하지 아니하였다면 피해자가 이를 허용하는 묵시적 의사가 있었다고 봄이 상당하여 이는 절도죄를 **구성**하지 않는다(大判 1985.11.26. 85도1487). <주> “위법성” 조각이 아니라 “구성요건해당성” 조각이다. ♥

주거침입죄 인정 - 착오에 의한 승낙

- ① 기관장들의 조찬모임에서의 대화내용을 도청하기 위한 **도청장치**를 설치할 목적으로 손님을 가져와서 그 조찬모임 장소인 음식점에 들어간 경우에는 영업주가 그 출입을 허용하지 않았을 것으로 보는 것이 경험칙에 부합하므로, 그와 같은 행위는 주거침입죄가 성립한다(大判 1997.3.28. 95도2674).♥♥
- ② 피고인이 강간의 목적으로 공원의 **여자화장실 내 용변간**을 노크하고 피해자는 자신의 **남편인 줄 알고** 화장실 문을 열어주어 피고인이 들어갔다면, 피고인이 용변 칸으로 들어오는 것을 피해자가 명시적 또는 묵시적으로 승낙하였다고는 볼 수 없다(大判 2003.5.30. 2003도1256).♥♥

③ 피고인이 피해자의 옛 애인 및 '사진 찍은 자'로 **1인 2역**을 수행하면서 설령 그 정을 알지 못하는 피해자로부터 승낙을 얻고 피해자의 주거에 들어갔다고 하더라도, 그 승낙의 의사표시는 **기망 및 협박에 의한** 것으로서 무효이므로 주거침입죄가 성립한다(大判 2007.1.25. 2006도 5979).♥

III 피해자의 승낙

제24조 【피해자의 승낙】 처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.

판례이론

(ㄱ) 형법 제24조의 규정에 의하여 위법성이 조각되는 피해자의 승낙은 개인적 법익을 훼손하는 경우에 법률상 이를 **처분할 수 있는 사람의 승낙**이어야 할 뿐만 아니라 그 승낙이 **윤리적·도덕적**으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다(大判 1985.12.10. 85도1892).♥♥

승낙 있어도 위법성 인정

- ① 피고인이 피해자와 공모하여 교통사고를 가장하여 **보험금을 편취할 목적**으로 피해자에게 상해를 가하였다면 이는 위법한 목적에 이용하기 위한 것이므로 피고인의 행위가 피해자의 승낙에 의하여 위법성이 조각된다고 할 수 없다(大判 2008.12.11. 2008도9606).♥♥
- ② 甲은 A가 먼저 자신을 **때려주면 돈을 주겠다**는 요청을 하여 A를 폭행하였고, 그 과정에서 A가 다발성 좌상 등의 상해를 입게 된 경우 피고인의 요청은 윤리적·도덕적으로 사회상규에 어긋나는 것이어서 위법성 조각사유로서의 피해자의 승낙에 해당한다고 할 수 없다(大判 2010.4.29. 2010도2745).♥
- ③ 폭행이나 협박의 방법에 의하지 않고 **13세 미만**의 미성년자의 동의를 받아서 간음을 한 경우에도 강간죄의 예에 따라 처벌한다(大判 1975.5.13. 75도855).♥

1. 요건

개인은 사회적, 국가적 법익을 처분할 권한이 없으므로 자신이 처분할 수 있는 **개인적 법익**에 대해서만 승낙할 수 있다. 다만 살인죄, 낙태죄 등은 피해자의 승낙이 있어도 형법상 범죄가 되므로 이러한 **처벌규정이 없어야** 한다.

p.206 판례이론 추가합니다.

(2) 학교 교사의 징계

판례이론

(ㄱ) 초·중등교육법령에 따르면 교사는 학교장의 위임을 받아 **교육상 필요**하다고 인정할 때에는 징계를 할 수 있고 징계를 하지 않는 경우에는 그 밖의 방법으로 지도를 할 수 있는데 그 지도에 있어서는 **교육상 불가피**한 경우에만 신체적 고통을 가하는 방법인 이른바 체벌로 할 수 있고 그 외의 경우에는 훈육, 훈계의 방법만이 허용되어 있다(大判 2004.6.10. 2001도 5380).

학교 - 적법

① 중학교 교장직무대리자가 훈계의 목적으로 교칙위반학생에게 **뺨**을 몇 차례 때린 경우 사회상규를 벗어난 것으로는 볼 수 없어 처벌의 대상이 되지 아니한다(大判 1976.4.27. 75도115).♥

p.207 판례이론 (ㄱ) 아래 (ㄴ) 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위해서는 첫째 그 주체가 **단체교섭의 주체**로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 **근로조건의 향상**을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 **찬성결정** 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 **폭력의 행사에 해당되지 아니하여야** 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다(大判 2001.10.25. 99도4837 전합).♥♥
- (ㄴ) 노동조합의 활동이 정당하다고 하려면, 첫째 주체의 측면에서 행위의 성질상 **노동조합**의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 목시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있는 것이어야 하고, 둘째 목적의 측면에서 **근로조건**의 유지·개선과 근로자의 경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 필요하고 근로자들의 단결 강화에 도움이 되는 행위이어야 하며, 셋째 시기의 측면에서 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행이나 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 **원칙적으로 근무시간 외**에 행하여져야 하고, 넷째 수단·방법의 측면에서 **사업장 내 조합활동에서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약**에 따라야 하며 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것이어야 한다(大判 2020.7.29. 2017도2478).

p.210 빨간 판례 ④ 아래 ⑤ 추가합니다.

수단의 정당성 인정 - 적법

- ⑤ 사용자의 직장폐쇄는 근로자의 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 있어야만 사용자의 정당한 쟁의행위로 인정될 수 있고, 그 **직장폐쇄가 정당**한 쟁의행위로 평가받는 경우 사용자는 직장폐쇄 기간 동안의 대상 근로자에 대한 임금지불의무를 면한다(大判 2010.1.28. 2007다 76566).♥

p.p.215~216 판례 ⑤ 추가하고, 5~15를 6~16으로 번호만 변경합니다.

소극적 저항행위 - 적법

- ⑤ 술에 취해 **행패를 부리는 자의 뺨을** 2회 때린 행위가 사회상규에 위반되지 아니하는 행위로서 위법성이 없다(大判 1989.5.23. 88도1376).♥

p.218 판례 ③ 아래 ④ 추가합니다. (p.220 ⑨ 판례가 여기로 자리가동되었습니다.)

선거 - 정당행위 인정

- ④ 공직선거법 제112조 제1항에 해당하는 금품 등 제공행위가 지극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 **사회질서의 범위 안에 있는** 것이라면 의례적 행위나 직무상의 행위로서 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다(大判 2017.4.28. 2015도6008).♥

p.220 ⑨ 판례는 218쪽 ④ 판례로 자리가동 되었으므로 삭제합니다.

- ~~⑨ 공직선거법 제112조 제1항에 해당하는 금품 등 제공행위가 지극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 것이라면 의례적 행위나 직무상의 행위로서 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다(大判 2017.4.28. 2015도6008).♥~~

p.p.222~223 ㉔ 각론에서 중복판례 있으므로 삭제하고
23~27을 22~26으로 번호만 변경하고
판례 ㉔ 추가하고
31 판례 아래 32 판례 추가합니다.

- ㉔ ~~처가 알콜 의존증이 있는 남편을 병원장의 입원결정도 없는 상태에서 정신병원 원무과장에게 부탁하여 강제로 구급차에 실어 정신병원에 입원시켰다면 피해자를 정신의료기관에 강제로 입원시킨 조치라 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되지 아니한다(大判 2001.2.23. 2000도4415).♥♥~~

- ㉔ 아파트 입주자대표회의 회장이 다수 입주민들의 민원에 따라 위성방송 수신을 방해하는 케이블TV방송의 시험방송 송출을 중단시키기 위하여 위 케이블TV방송의 **방송안테나를 절단**하도록 지시한 행위를 긴급피난 내지는 정당행위에 해당한다고 볼 수 없다(大判 2006.4.13. 2005도 9396).♥

- ㉔ **국가정보원의 사이버팀** 직원들이 상부에서 하달된 지시에 따라 정치적인 목적을 가지고 인터넷 게시글과 댓글 작성, 찬반클릭 행위, 트윗과 리트윗 활동을 한 경우 구 「국가정보원법」에 따른 직무범위 내의 정당한 행위로 볼 수 없다(大判 2018.4.19. 2017도14322).♥

p.231 판례이론 (ㄷ) 아래 (ㄹ) 추가합니다.

판례이론

- (ㄷ) 당시 아직 미성년자인 피고인에 대하여 살인죄 등의 소정 형 중에서 각 유기징역형을 선택한 후 경합범가중을 하여 **징역 20년**을 한 것이 소년이 법정형 장기 2년 이상의 유기형에 해당하는 죄를 범한 때에는 장기와 단기를 정하여 하되 장기는 10년, 단기는 5년을 초과할 수 없도록 제한한 소년법 제60조 제1항에 위반된다(大判 1991.3.8. 90도2826). <주> 소년에 대한 정기형은 위법이다.
- (ㄹ) 제1심판결 시 소년에 해당하여 부정기형을 선고받은 피고인만이 항소한 항소심에서 피고인이 성년에 이르러 항소심이 제1심판결을 파기하고 정기형을 선고하여야 하는 경우, 항소심은 **불이익변경금지 원칙**에 따라 제1심에서 선고한 부정기형보다 중한 정기형을 선고할 수 없는데, 이때 **항소심이 선고할 수 있는 정기형의 상한은 부정기형의 장기와 단기의 중간형**을 기준으로 삼는다(大判 2020.10.22. 2020도4140 전합). <주> 제1심판결 당시 소년으로 장기 15년, 단기 7년의 부정기형을 선고받았는데 항소심에서 성년에 이르게 된 경우 정기형으로 징역 11년까지 선고할 수 있다.

p.233 판례 ② ③ 내용 변경 없이, 키워드만 변경합니다.

심신상실 인정 - 책임 부정
② 범행당시 술에 만취하였기 때문에 전혀 기억이 없다 는 취지의 진술은 범행당시 심신상실 또는 심신미약의 상태에 있었다는 주장으로서 형사소송법 제323조 제2항 소정의 법률상 범죄의 성립을 조각하거나 형의 감면의 이유가 되는 사실의 진술에 해당한다(大判 1990. 2. 13. 89도 2364).
③ 피고인이 칼을 던진 행동을 술에 취하여 기억이 없다 고 진술하고 있는 것은 그 진술의 전후 맥락에 비추어 볼 때 칼을 던진 행위에 대하여 심신장애로 인한 형의 감면을 주장하는 취지가 아니라 단순히 범행을 부인하는 취지에 지나지 않는다(大判 1988.9.13. 88도1284).♥

p.236 판례이론 (ㄱ) 아래 (ㄷ) (ㄱ) 추가합니다.

(ㄱ) 행위자가 범죄행위 당시 심신미약 등 정신적 장애상태에 있었다고 하여 일률적으로 그 행위자의 상습성 이 부정되는 것은 아니다(大判 2009.2.12. 2008도11550). <주> 심신미약 상태에서도 상습성이 인정될 수 있다는 뜻이다. ♥
(ㄷ) 치료감호 의 요건이 되는 재범의 위험성 이라 함은 피감호청구인이 장래에 다시 심신장애 의 상태에서 범행을 저지를 상당한 개연성이 있는 경우를 말하고, 그 위험성 유무는 제반 사정을 종합적으로 평가하여 객관적으로 판단하여야 한다(大判 2000.7.4. 2000도1908, 2000감도62). <주> 따라서 심신미약자의 행위에 대해서 반드시 치료감호처분이 부과되는 것은 아니고 법관의 재량을 따라 결정된다. ♥
(ㄱ) 피고인이 정신장애 3급의 장애자로 등록되어 있고 수사기관에서부터 자신의 심신장애 상태를 지속적으로 주장 하여 왔다면, 비록 피고인이 항소이유서에서 명시적으로 심신장애 주장을 하지 않았다고 하더라도, 법원은 직권으로 피고인의 병력을 상세히 확인하여 그 증상을 밝혀보는 등의 방법으로 범행 당시 피고인의 심신장애 여부를 심리하여야 한다(大判 2009.4.9. 2009도870).♥

p.243 ① “범의를 조각” 검은색 키워드 변경하고, 비교판례 추가합니다.

법률의 착오 - 정당한 이유 인정 - 불벌
① 민사소송법 기타의 공범의 해석을 잘못 하여 피고인이 가압류의 효력이 없는 것으로 착오하였거나 또는 봉인 등을 손상 또는 효력을 해할 권리가 있다고 오신한 경우에는 민사법령 기타 공범의 부지에 인한 것으로서 이러한 법령의 부지는 형벌법규의 부지와 구별되어 범의를 조각 한다고 해석할 것이다(大判 1970.9.22. 70도1206).♥
■ 비교판례 ■ 변호사의 자문을 받아 문제가 없다는 말을 듣고 압류물을 집담관의 승인 없이 관찰구역 밖으로 옮긴 경우 변호사 등에게 문의하여 자문을 받았다는 사정만으로는 자신의 행위가 죄가 되지 않는다고 믿는 데에 정당한 이유가 있다고 할 수 없으므로 공무상표시무효죄가 성립한다(大判 1992.5.26. 91도894).♥
■ 비교판례 ■ 공무원이 그 직무에 관하여 실시한 봉인 등의 표시를 손상 또는 은닉 기타의 방법으로 그 효용을 해함에 있어서 그 봉인 등의 표시가 법률상 효력이 없다고 믿은 것 은 법규의 해석을 잘못하여 행위의 위법성을 인식하지 못한 것이라고 할 것이므로 그와 같이 믿은 데에 정당한 이유가 없는 이상, 그와 같이 믿었다는 사정만으로는 공무상표시무효죄의 죄책을 면할 수 없다(大判 2000.4.21. 99도5563).♥♥

p.261 빨간 판례 ④ 아래 판례이론 추가합니다.

강요된 행위 인정
④ 18세 소년이 취직할 수 있다는 감언에 속아 도일하여 조총련 간부들의 감시 내지 감금 하에 강요 에 못 이겨 공산주의자가 되어 북한에 갈 것을 서약한 행위를 한 것이 강요된 행위에 해당한다(大判 1972.5.9. 71도1178).♥

판례이론

(ㄱ) (1) 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 수 있는 방법이 없는 위해에 의하여 범행에 이르렀다 하더라도 이상과 같은 상태는 전혀 예기치 못한 것이어야 하고
(2) 만일 강요된 자가 강요된 상태를 자초하였거나 예기 하였다면 당연히 강요된 행위라고 할 수 없다(大判 1973.1.30. 72도2588).♥

p.266 예비 음모에서 “강간” 추가합니다.

IV 음모예비 처벌규정

1. 음모예비 규정

- ① 사회국가법익 : **내외 폭삭 사(전)방 가스통파열** (실행착수 전 자수특례 적용한다.)
- ② 사회국가법익 : **음용 수 불통 기차 우유 원조** (실행착수 전 자수특례는 없다.)
- ③ 개인적 법익 : **계속살인 약취매매 강도 강간**
- ④ 음모예비를 처벌하는 경우에는 당연히 미수도 처벌하고 기수도 처벌한다.
따라서 음모예비는 처벌하지 않고 미수부터 처벌하는 범죄는 따로 정리한다.
- ⑤ 기도된 교사 ⇒ 효과 없는 교사(제31조 2항) ⇒ **교사자, 피교사자**를 예비·음모로 처벌
실패한 교사(제31조 3항) ⇒ **교사자**만 예비·음모로 처벌

< 선전·선동·음모·예비의 처벌규정 >

		예비단계 자수특례가 있는 경우	예비단계 자수특례가 없는 경우
선전선동 음모예비	국가	내란죄 (내란, 내란목적살인), 외환죄 (외환유치, 간첩, 여적, 이적) [비교] 전시군수계약불이행×	
	사회	폭발물사용죄 [비교] 범죄단체조직×, 다중불해산× 소요×, 전시공수계약불이행×	
음모예비	국가	외국에 대한 사전죄 , [비교] 중립명령위반×	도주 원조 죄, 간수자도주원조죄 [비교] 도주×, 특수도주×
	사회	현주·공용·타인 건조물 방화 죄 가스 ·전기등 방류죄·공급방해죄 통화 위조·변조, 폭발성물건 파열 죄, [비교] 행사×, 허위유가증권작성×, 문서위조·변조×, 인장위조×	음용수 ·수도음용수사용방해죄 현주·공용·타인 건조물 일수 죄 수도불통 죄 기차 교통방해죄 우표 ·인지· 유가 증권 위조·변조 자격모용 유가증권작성
	개인		위계 ·위력살인, 존속살해, 살인 죄 각종 약취 ·유인· 매매 , 강도 , 강간 [비교] 영아살해×, 촉탁·승낙살인× 자살관여×
	< 두문자 >	(간첩이 와서) 내 외 + 폭삭 사(전) 방 가스 통 파열	음용 수 불통 기차 우유 원조 계속살인 약취매매 강도 강간

p.270 강간 예비음모 신설되어 수정합니다.

제32장 강간과 추행
 297(강간) ○○
 297-2(유사강간) ○○
 298(강제추행) ×○
 299(준강간, 준강제추행) ○○
 301(강간 등 상해·치상) ○×
 301-2(강간등 살인·치사) ××
 302(미성년자 간음) ××
 303(임무상위력 간음) ××
 305(미성년자 의제강간추행) ○○

p.275 특수절도 ①을 그 위의 야간 주거침입 절도 ①로 자리이동하고
특수절도 판례 2~5를 1~4로 번호만 변경합니다.

야간 주거침입 절도
① 피고인이 23:50경 피해자의 집에 절도의 목적으로 월당 침입 하여 피해자의 집 마루 밑에 숨어 있다가 발각되어 체포되었다면 야간주거침입절도미수죄가 성립한다(大判 1970.4.24. 70도507).
② 피고인이 22:15경 아파트 신축공사 현장 안에 있는 건축자재 등을 훔칠 생각으로 공법과 함께 위 공사현장 안으로 들어간 후 창문을 통하여 신축 중인 아파트의 지하실 안쪽을 살핀 행위는 특수절도죄의 실행착수에 해당하지 않는다(大判 2010.4.29. 2009도14554). <주> 야간에 주거침입행위가 없어서 특수절도죄의 실행착수가 부정된다. 공사현장은 위요지가 아니고, 안쪽을 살핀 행위는 침입행위가 아니다. ♥

특수절도
① 현실적으로 절취목적물에 접근하지 못하였다 하더라도 야간 에 타인의 주거에 침입하여 건조물의 일부인 방문고리 를 손괴하였다면 형법 제331조의 특수절도죄의 실행에 착수한 것이다(大判 1977.7.26. 77도1802).♥
② 야간 에 부역문에 시정된 자물쇠 를 망치로 부순 경우 주거침입을 위해서 손괴를 하여 특수절도죄의 실행행위에 착수한 것이다(大判 1984.12.26. 84도2433).♥
③ 야간 에 두 사람이 공모 합동하여 타인의 재물을 절취하려고 한 사람은 망을 보고 또 한 사람은 기구를 가지고 출입문의 자물쇠 를 떼어내거나 출입문의 환기창문을 열었다면 특수절도죄의 실행에 착수한 것이다(大判 1986.7.8. 86도843).♥
④ 야간 에 절도의 목적으로 출입문에 장치된 자물통 고리 를 절단하고 출입문을 손괴한 뒤 집안으로 침입하려다가 발각된 것이라면 이는 특수절도죄의 실행에 착수한 것이다(大判 1986.9.9. 86도1273).♥

p.285 판례 ① 추가하고 ① ② 는 ② ③ 으로 번호만 변경합니다.

기수범 성립
① 타인의 재물을 공유하는 자가 공유자의 승낙을 받지 않고 공유대지를 담보에 제공하고 가등기를 경료 한 경우 횡령행위는 기수에 이르고 그 후 가등기를 말소했다고 하여 중지미수에 해당 하는 것이 아니다(大判 1978.11.28. 78도2175).♥♥
② 피고인이 대마 2상자를 사가지고 돌아오다 이 장사를 다시 하게 되면 내 인생을 망치게 된다는 생각이 들어 이를 불태웠다고 하더라도 이는 양형에 참작되는 사유는 될 수 있을지언정 이미 성립한 죄에는 아무 소장이 없어 이를 중지미수에 해당된다 할 수 없다(大判 1983.12.27. 83도 2629). <주> 대마매매죄는 매매로 기수가 된다. ♥
③ 자동차회사 직원이 다른 직원의 아이디와 비밀번호로 회사의 전산망에 접속하여 영업비밀인 도면을 자신의 컴퓨터에 전송받은 경우 이를 자신의 지배영역으로 옮겨와 자신의 것으로 사용할 수 있게 되었으므로, 구 부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률 제18조 제2항의 영업비밀 취득죄가 기수에 이르며, 후에 이를 삭제하였더라도 미수로 평가할 수 없다(大判 2008.12.24. 2008도9169).

p.p.300~301 판례이론 (ㄱ)~(ㄷ) 키워드만 변경하고, (ㄴ) 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) 형법 제357조 제1항의 배임수취죄와 같은 조 제2항의 배임증제죄는 통상 **필요적 공범의 관계**에 있기는 하나, 이것은 반드시 수제자와 증제자가 같이 처벌받아야 하는 것을 의미하는 것은 아니고, **증제자에게는 정당한 업무에** 속하는 청탁이라도 **수제자에게는 부정한 청탁**이 될 수도 있다(大判 1982.7.13. 82도874 ; 大判 1991.1.15. 90도2257 ; 大判 2011.10.27. 2010도7624).♥♥
- (ㄴ) 뇌물공여죄와 뇌물수수죄는 **필요적 공범관계**에 있다고 할 것이나, 필요적 공범이라는 것은 법률상 범죄의 실행이 다수인의 협력을 필요로 하는 것을 가리키는 것으로서 이러한 범죄의 성립에는 **행위의 공동**을 필요로 하는 것에 불과하고 반드시 **협력자 전부가 책임**이 있음을 필요로 하는 것은 아니다(大判 2008.3.13. 2007도10804).♥♥
- (ㄷ) 구 정치자금법 제45조 제1항의 정치자금을 기부한 자와 기부받은 자는 이른바 **대항범**(對向犯)인 **필요적 공범관계**에 있다. 이러한 공범관계는 행위자들이 **서로 대항적 행위**를 하는 것을 전제로 하는데, 각자의 행위가 범죄구성요건에 해당하면 그에 따른 처벌을 받을 뿐이고 반드시 **협력자 전부에 범죄가 성립**해야 하는 것은 아니다. 정치자금을 **기부하는 자**의 범죄가 성립하지 않더라도 정치자금을 **기부받는 자**가 정치자금법이 정하지 않은 방법으로 정치자금을 제공받는다는 의사를 가지고 받으면 정치자금부정수수죄가 성립한다(大判 2017.11.14. 2017도3449).
- (ㄹ) 필요적 공범인 뇌물수수죄의 **대항범**간에는 **형법 총칙상 공범규정**이 적용되지 않는다(大判 1971.3.9. 70도2536).
- (ㄺ) 매도, 매수와 같이 2인 이상의 서로 **대항된 행위의 존재를 필요로 하는 관계**에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 **형법총칙 규정**의 적용이 있을 수 없고, 따라서 매도인에게 따로 처벌규정이 없는 이상 매도인의 매도행위는 그와 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 매수범행에 대하여 **공범이나 방조범**관계가 성립되지 아니한다(大判 2001.12.28. 2001도5158).
- (ㄻ) 거래상대방의 **대항적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄**에 있어서 거래상대방이 배임행위를 교사하거나 그 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 **적극가담**함으로써 그 실행행위자와의 계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 되는 경우 배임죄의 **교사범 또는 공동정범**이 될 수 있다(大判 2005.10.28. 2005도4915). <주> 배임죄는 대항적 행위가 필요한 유형도 있고 필요하지 않은 유형도 있기 때문에, 필요적 공범관계의 범죄가 아니다. ♥

p.302 ⑪ 아래 판례 ⑫ 추가합니다.

- ⑫ 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하는 **사용자에게 채용 또는 대체되는 자**의 행위에 대하여는 (이른바 대항범의 관계이므로) 일반적인 형법 **총칙상의 공범** 규정을 적용하여 공동정범, 교사범 또는 방조범으로 처벌할 수 없다(大判 2020. 6. 11. 2016도3048). <주> 근로자들의 쟁의행위로 사용자 甲이 근로자를 대신하여 乙을 채용하여 업무를 수행하게 하면 甲과 乙이 대항범 관계이다.

p.311 [해설] “위증을” 오타 수정합니다.

판례분석

[사건]

피고인은 위증죄로 처벌되지 아니하는 **선서무능력자**로서 사고 현장을 목격한 일이 없는 사람에게 부탁하여 타인의 형사사건을 재판하는 법정에서 현장을 목격한 것처럼 허위진술을 하게 하였다.

[판례]

형법 제155조 제1항에서 타인의 형사사건에 관하여 증거를 위조한다 함은 증거 자체를 위조함을 말하는 것으로서, 선서무능력자로서 범죄 현장을 목격하지도 못한 사람으로 하여금 형사법정에서 범죄 현장을 목격한 양 **허위의 증언**을 하도록 하는 것은 위 조항이 규정하는 **증거위조죄**를 구성하지 아니한다(大判 1998.2.10. 97도2961).♥♥

[해설]

① 선서무능력자의 선서는 무효이다. 따라서 위증죄의 주체가 되지 않으므로 위증죄의 구성요건 해당성이 없다. ② 위증죄는 자수범인데, 피고인은 타인을 시켰으므로 위증죄의 간접정범이 될 수 없다. ③ **위증을 한** 선서무능력자는 구성요건해당성이 없으므로, 이에 대하여 피고인은 위증죄의 교사범도 성립할 수 없다(제한종속형식; 통설, 판례). ④ 피고인에게 위증죄는 성립하지 않기 때문에 검사는 증거위조죄로 기소한 것이다. 그러나 증거위조죄는 증거 자체를 위조하는 범죄이므로 허위진술의 형태로서는 성립할 수 없다. ⑤ 결국 피고인은 무죄가 된다.

p.320 판례 ② “넌”으로 오타 수정합니다.

승계적 공동정범

② 피고인이 자동차로 **교통사고를 낸** 공동피고인과 함께 부상당한 피해자를 태우고 병원으로 가다가 **도주하자고 공모**하고 사고 장소로부터 6km정도 떨어진 도로변에 피해자를 내려놓고 달아났다면 유기죄의 공동정범이 성립한다(광주고법 1992.10.23. 92노561). <주> 공동피고인은 도주운전죄이고, 피고인은 유기죄이다. ♥

p.324 판례이론 (ㄱ) 키워드 빨간색으로 지정합니다.

판례이론

(ㄱ) 공모에 의한 범죄의 공동실행은 모든 공범자가 **소수로 범죄의 구성요건을 실현**하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 **행위결정을 강화하도록 협력**하는 것으로도 가능하다(大判 2006.12.22. 2006도1623).♥

p.338 (1) 문제 정오 수정합니다.

2. 사례 해결

(1) 문제

甲과 乙은 각각 A에게 **총을** 쏘았는데, A는 한 발의 총을 맞고 사망하였다. 각 경우에 따른 甲과 乙의 죄책은?

p.345 강간 예비음모 신설되어 “공갈”로 변경합니다.

3. 교사내용과 전혀 다른 범죄를 실행한 경우 (질적 초과)

교사한 범죄는 실패한 교사로서 음모예비죄가 성립한다. 다만 교사한 범죄에 대하여 음모예비죄로 처벌하는 규정이 없으면 불가벌이 된다. 예컨대 강도나 살인을 교사했는데 방화를 실행하면 강도예비나 살인예비로 처벌되지만, 상해나 **공갈을** 교사했는데 강도를 실행하면 불가벌이다.

p.p.346~347 강간 예비음모 신설되어 내용을 수정합니다.

II 교사착오의 유형

1. 교사내용보다 적게 실행한 경우

- ① 甲이 강도를 교사했는데 乙이 절도를 실행한 경우, 甲은 강도예비음모죄와 절도교사죄의 상상적 경합범으로 강도예비음모죄로 처벌된다. 乙은 강도교사를 승낙했으면 강도예비음모죄와 절도죄의 경합범이고, 이를 거절했으면 절도죄만 성립한다.
- ② 甲이 살인을 교사했는데 乙이 상해를 실행한 경우, 甲은 살인예비음모죄와 상해교사죄의 상상적 경합범으로 살인예비음모죄로 처벌된다. 乙은 살인교사를 승낙했으면 살인예비음모죄와 상해죄의 경합범이고, 이를 거절했으면 상해죄만 성립한다.
- ③ 甲이 강간을 교사했는데 乙이 강제추행을 실행한 경우, 甲은 강간예비음모죄와 강제추행교사죄의 상상적 경합범이 성립하고 보다 형이 중한 강제추행교사죄로 처벌된다. 乙은 강간교사를 승낙했으면 강간예비음모죄와 강제추행죄의 경합범이고, 이를 거절했으면 강제추행죄만 성립한다.

2. 교사내용보다 초과 실행한 경우 (양적 초과)

- ① 甲이 절도를 교사했는데 乙이 강도를 실행한 경우, 절도치강죄라는 결과적 가중범은 형법에 규정이 없으므로 甲은 강도를 예상할 수 있었든 없었든 불문하고 절도교사죄만 성립한다.
- ② 甲이 상해를 교사했는데 乙이 살인을 경우, 甲은 사망을 예상할 수 있었다면 상해치사죄의 교사범이고, 예견할 수 없었다면 상해죄의 교사범이다. 乙은 살인을 실행한 이상 상해교사를 승낙한 것이며 상해는 살인에 흡수되어 살인죄만 성립한다.
- ③ 甲이 강제추행을 교사했는데 乙이 강간을 실행한 경우, 이에 대한 결과적 가중범 규정이 없으므로 甲은 강제추행교사죄만 성립한다. 乙은 강간을 실행한 이상 강제추행교사를 승낙한 것이며 강제추행은 강간에 흡수되어 강간죄만 성립한다.

3. 교사내용과 전혀 다른 범죄를 실행한 경우 (질적 초과)

강도나 살인을 교사했는데 방화를 실행하면 강도예비나 살인예비로 처벌되지만, 상해나 공갈을 교사했는데 강도를 실행하면 불가벌이다.

p.360 맨 위의 판례 제목 수정합니다

제33조 본문 적용 부정 - 불가벌 - 특별법 또는 판례 우선 적용

p.363 맨 아래 내용 “ 경우” 오타 삭제합니다.

(3) 불법체포감금 (학설대립)

형법 제124조(불법체포, 불법감금) ① 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직권을 남용하여 사람을 체포 또는 감금한 때에는 7년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.

형법 제124조의 불법체포·감금죄를 진정신분범으로 보는 견해(소수설)에 의할 경우, 본죄에 가담한 비신분자는 ① 판례의 입장을 적용하나 ② 통설의 입장을 적용하나 동일하게 제124조의 불법체포·감금죄가 성립하고 제124조의 불법체포·감금죄로 처벌된다.

그러나 경우-형법 제124조의 불법체포·감금죄를 부진정신분범으로 보는 견해(다수설)에 의할 경우, 본죄에 가담한 비신분자는 ① 판례의 입장을 적용하면 제124조의 불법체포·감금죄가 성립하고 제276조의 체포·감금죄로 처벌되지만, ② 통설의 입장을 적용하면 제276조의 체포·감금죄가 성립하고 제276조의 체포·감금죄로 처벌된다.

p.371 판례 ① 추가하고, ① ② 는 ② ③ 으로 번호만 변경합니다.

불가벌적 사후행위 - 유가증권

① 금융기관 발행의 자기앞수표는 그 액면금을 즉시 지급받을 수 있는 점에서 현금에 대신하는 기능을 가지고 있어서 **장물인 자기앞수표를 취득**한 후 이를 **현금 대신 교부**한 행위는 장물취득에 대한 가벌적 평가에 당연히 포함되는 불가벌적 사후행위로서 별도의 범죄를 구성하지 아니한다(大判 1993.11.23. 93도213).♥

② **절취한 자기앞수표**를 음식대금으로 교부하고 거스름돈을 **환불**받은 행위는 절도의 불가벌적 사후처분행위로서 사기죄가 되지 아니한다(大判 1982.7.27. 82도822; 大判 1987.1.20. 86도1728; 大判 1993.11.23. 93도213).♥♥♥

③ **열차승차권을 절취**한 자가 **환불**을 받음에 있어 비록 기망행위가 수반한다 하더라도 절도죄 외에 따로 사기죄가 성립하지 아니한다(大判 1975.8.29. 75도1996).♥♥

p.379 판례 ⑫ 추가하고, ⑫는 ⑬으로 번호만 변경하고, ⑭ 추가합니다.

⑫ 인터넷 파일공유 사이트를 운영하는 피고인들이 이를 통해 저작재산권 대상인 디지털 콘텐츠가 불법 유통되고 있음을 알면서도 회원들로 하여금 불법 디지털 콘텐츠를 업로드하게 한 후 이를 다운로드하게 함으로써 저작재산권 침해를 방조한 경우, 위 사이트를 통해 유통된 다수 저작권자의 **다수 저작물에 대한 범행** 전체가 하나의 포괄일죄를 구성한다고 볼 수는 없다(大判 2012.5.10. 2011도12131). <주> 다수 저작물에 대한 범행은 실제적 경합범이다. ♥

⑬ [1] 저작재산권 침해행위는 저작권자가 같더라도 저작물별로 침해되는 법익이 다르므로 **각각의 저작물**에 대한 침해행위는 원칙적으로 **각 별개의 죄**를 구성한다고 할 것이다. [2] 다만 단 일하고도 계속된 범의 아래 **동일한 저작물**에 대한 침해행위가 일정 기간 반복하여 행하여진 경우에는 포괄하여 하나의 범죄가 성립한다고 볼 수 있다(大判 2013.08.23. 2011도1957).

⑭ [1] 수개의 등록상표에 대하여 상표법 제230조의 상표권 침해 행위가 계속하여 이루어진 경우에는 **등록상표마다** 포괄하여 1개의 범죄가 성립한다. [2] 그러나 **하나의 유사상표** 사용행위로 **수개의 등록상표를 동시에 침해**하였다면 각각의 상표법 위반죄는 상상적 경합의 관계에 있다(大判 2020.11.12. 2019도11688). <주> A라는 하나의 유사상표로 A1 상표와 A2 상표를 동시에 침해한 경우, A1 상표에 대한 수회 침해는 포괄일죄이고 A2 상표에 대한 수회 침해도 포괄일죄이지만, A1 상표 침해와 A2 상표 침해의 관계는 상상적 경합이다.

p.380 판례 ⑦ [2] 추가합니다.

⑦ [1] 약식명령이 확정된 구 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 위반죄의 범죄사실인 '영업으로 성매매에 제공되는 **건물을 제공**하는 행위'와 위 약식명령 발령 전에 행해진 구 성매매알선 등 처벌법 위반의 공소사실인 '영업으로 **성매매를 알선**한 행위'가 서로 독립된 가벌적 행위로서 별개의 죄를 구성한다(大判 2011.5.26. 2010도6090).

[2] **영업이 아닌 단순 성매매장소 제공행위** 범행으로 약식명령이 확정된 후에 그 전에 저질러진 **단순 성매매장소 제공행위** 범행으로 또다시 기소된 경우 그 구성요건의 성질상 동종 행위의 반복이 예상되는 경우라고 볼 수 없다. 따라서 포괄일죄가 아니라 실제적 경합범으로 보아야 한다(大判 2020. 5. 14. 2020도1355).

p.381 판례이론 (ㄱ)에 (2) 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) (1) 형법 제40조가 규정하는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우에는 '가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다'함은 각 법조의 **상한과 하한을 모두 중한 형의 범위 내에서** 차단한다는 것을 포함하는 것으로 새겨야 한다. ♥♥♥
- (2) 상상적 경합의 관계에 있는 사기죄와 변호사법 위반죄에 대하여 형이 더 무거운 사기죄에 정한 형으로 처벌하기로 하더라도, **필요적 몰수추징**에 관한 변호사법 제116조, 제111조에 의하여 추징할 수 있다(大判 2006.1.27. 2005도8704).♥

p.388 판례이론 (ㄷ) 아래 (ㄹ) 추가합니다.

판례이론

(ㄷ) 선행범죄로 **유죄의 확정판결**을 받은 사람이 그 후 별개의 후행범죄를 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 **재심이 개시**된 경우, 후행범죄와 선행범죄는 동시에 판결할 수 없는 경우에 해당하므로 후행범죄가 그 재심대상판결에 대한 재심판결 확정 전에 범하여졌다 하더라도 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄와 재심판결이 확정된 선행범죄 사이에는 형법 제37조 후단 경합범이 성립하지 않는다(大判 2019.7.25. 2016도5479).♥

(ㄹ) 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항 처벌조항 중 '**세 번 이상 징역형**을 받은 사람'은 그 문언대로 형법 제329조 등의 죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사실이 인정되는 사람으로 해석하면 충분하고, 전범 중 일부가 나머지 전범과 사이에 **후단 경합범**의 관계에 있다고 하여 이를 처벌조항에 규정된 **처벌받은 형의 수를 산정**할 때 제외할 것은 아니다(大判 2020. 3. 12. 2019도17381).

p.404 판례이론 (ㄱ)에 (1) 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) (1) 형법 제48조 제1항의 '범인' 속에는 '공범자'도 포함되므로 범인 자신의 소유물은 물론 공범자의 소유물도 그 공범자의 소추 여부를 불문하고 몰수할 수 있다. 그리고 **형벌**은 공범자 전원에 대하여 **각기 별도로 선고**하여야 할 것이므로 공범자 중 1인 소유에 속하는 물건에 대한 **부가형인 몰수**에 관하여도 **개별적으로 선고**하여야 한다. ♥
- (2) 형법 제48조 제1항 제1호에 의한 몰수는 임의적인 것이므로 그 몰수의 요건에 해당되는 물건이라도 이를 몰수할 것인지의 여부는 일용 **법원의 재량**에 맡겨져 있다 할 것이나, 형벌 일반에 적용되는 **비례의 원칙에 의한 제한**을 받으며, 이러한 법리는 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항의 경우에도 마찬가지로 적용된다(大判 2013.5.23. 2012도11586).♥

p.405 판례 ⑤ 마지막 부분 내용 수정합니다.

몰수 불가 - 범인 이외자 소유 (명의 기준)

⑤ 피고인이 뇌물로 받은 주식이 압수되어 있지 않고 **주주명부상 피고인의 배우자 명의**로 등재되어 있으며, 위 배우자는 몰수의 선고를 받은 자가 아니어서 위 주식을 몰수함이 상당하지 아니하다(大判 2005.10.28. 2005도5822).♥

p.407 판례 ⑨ 아래 ⑩ 추가합니다.

- ⑨ [1] 범죄수익은닉규제법에 정한 중대범죄에 해당하는 범죄행위에 의하여 취득한 것으로 재산적 가치가 인정되는 **무형재산**도 몰수할 수 있다. [2] 피고인이 정보통신망법 위반(음란물유통)죄와 도박개장방조죄의 대가로 취득한 **비트코인**이 특정되어 있다면 이를 몰수할 수 있다(大判 2018.5.30. 2018도3619).♥
- ⑩ [1] 피고인들이 오피스텔 호실 여러 개를 임차한 후 여성 종업원을 고용하여 **성매매를 알선**하였다는 공소사실로 기소된 경우 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항에 따라 **오피스텔 임대차보증금반환채권**을 몰수할 수 있다. [2] 원심이 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률에서 정한 몰수의 대상이 되지 않는다고 판단한 것은 잘못이나, 이 사건 임대차보증금반환채권이 임의적 몰수의 대상이라고 보면서 여러 사정을 고려하여 재량권을 행사했다고 볼 수 있으므로, 판결 결과에 영향을 미치지 않는다(大判 2020.10.15. 2020도960).

p.409 판례 ⑤ 아래 ⑥ 추가하고, ⑥은 ⑦로 번호만 변경합니다.

- ⑤ 변호사법 위반의 범행으로 금품을 취득한 경우 그 범행과정에서 지출한 비용은 그 금품을 취득하기 위하여 지출한 부수적 비용에 불과하고, 몰수하여야 할 것은 변호사법 위반의 범행으로 **취득한 금품 그 자체**이므로, 취득한 금품이 이미 처분되어 추정할 금원을 산정할 때 그 금품의 가액에서 위 **지출 비용**을 공제할 수는 없다(大判 2008.10.09. 2008도6944).♥
- ⑥ 甲 주식회사 대표이사인 피고인이 금융기관에 청탁하여 乙 주식회사가 대출을 받을 수 있도록 알선행위를 하고 그 대가로 용역대금 명목의 수수료를 甲 회사 계좌를 통해 송금받아 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(알선수재)죄가 인정된 경우, 수수료에 대한 권리가 **甲 회사에 귀속**된다 하더라도 행위자인 **피고인으로부터** 수수료로 받은 금품을 몰수 또는 추정할 수 있으며, 이는 피고인이 개인적으로 실제 사용한 금품이 없더라도 마찬가지이다(大判 2015.1.15. 2012도7571).♥
- ⑦ 마사지가 유사성교행위와는 별개의 행위로서 범죄를 구성한다 하더라도 피고인이 위와 같은 서비스를 제공하고 취득한 대금에서 유사성교행위의 대가를 갈라내어 **나눌 수 없는** 이상, 그 **전액**이 성매매알선의 범죄로 인하여 취득한 이익에 해당하여 추징액에 포함되어야 한다(大判 2018.2.8. 2014도10051).

p.414 “폭발성물건파열”을 “폭발성물건파열”로 정오 수정합니다.

< 형의 감경, 면제사유 >

각종 면제사유 비교정리	친족간의 범인 은닉 증거 인멸 : 책임을 면제하여 무죄로서 벌하지 아니한다. 직계혈족 등의 관계에서 재산 죄 : 유죄이나 판결로서 형을 면제한다. 범죄후 형을 폐지 : 판결로서 소송을 면제한다. (제1조 2항) 재판확정후 형을 폐지 : 행정처분으로 집행을 면제한다. (제1조 3항)
필요적 감면	실행착수전 자수특례(내란 , 외환 , 폭발물사용 죄, 외국에 대한 사전 , 방화 , 가스 , 통화 , 폭발성물건파열) 재판확정전 자수특례(위증 , 무고 , 허위 감정) 장물범과 본범이 제328조 1항의 친족인때 중지 미수 [두문자] 담배 필거면 내외폭삭 사방가스통파열하니 의무감으로 장본인은 중지하라.
필요적 감경	농아 자, 방조 범 [두문자] 필경 농아 방조
임의적 감면	사후 적 결합범, 과잉 방위·피난·자구행위, 자수 와 자복(총칙), 불능 미수 [두문자] 이같은 사후(예) 과자(먹기가) 불능(해진다).
임의적 감경	장애 미수, 범죄단체 조직 죄, 심신미 약자 , 약취 유인, 인신 매매 , 인질 상해 ·치상죄, 인질 강요 죄 ⇨ 해방 감경규정 있다. [두문자] 임경장의 조직에서 약자를 약취매매하여 인상을 쓰도록 강요했다.

p.424 판레이론 (ㄱ)에 (2) 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) (1) **특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항**의 규정 취지는 같은 법조 제1항, 제3항 또는 제4항에 규정된 죄 또는 그 미수죄로 3회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 이를 범하여 **누범**으로 처벌할 경우에는 **상습성이 인정되지 않은** 경우에도 상습범에 관한 제1항 내지 제4항 소정의 법정형에 의하여 처벌한다는 뜻이다(大判 1994.9.27. 94도1391).
- (2) 피고인이 절도범행으로 3차례 징역형을 받고 다시 누범 기간에 동종 절도범행을 저질러 **특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항** 제1호가 적용되는 경우, 이 사건 법률규정은 형법 제35조(누범) 규정과는 별개로 새로운 구성요건을 창설한 것으로 해석해야 한다. 따라서 이 사건 법률규정에 정한 형에 **다시 형법 제35조의 누범가중**한 형기범위 내에서 처단형을 정하여야 한다(大判 2020. 5. 14. 2019도18947).

p.429 판례이론 첫째줄 “선고” 삽입합니다.

판례이론

(ㄱ) 집행유예기간 중에 범한 피고인의 범죄에 대하여 형을 선고함에 있어 피고인이 그 집행유예기간이 경과하기 전에 보호관찰준수사항 위반 등의 이유로 이미 위 **집행유예의 취소결정이 확정**된 상태라면, 이는 현행 형법 제62조 제1항 단서 소정의 집행유예의 결격사유에 해당된다고 할 것이어서 현행 형법의 규정상 피고인에 대하여 형의 집행유예를 할 수 없다(大判 2007.7.27. 2007도768).♥

p.431 판례이론 (ㄱ)을 아래 내용으로 변경합니다.

판례이론

- (ㄱ) (1) **보호관찰명령**이 보호관찰기간 동안 바른 생활을 영위할 것을 요구하는 추상적 조건의 부과이거나 양행을 하지 말 것을 요구하는 **소극적인 부작위조건**의 부과인 반면, **사회봉사명령**·수강명령은 특정시간 동안의 **적극적인 작위의무**를 부과하는 데 그 특징이 있다는 점 등에 비추어 보면, 사회봉사명령·수강명령 대상자에 대한 특별준수사항은 보호관찰 대상자에 대한 것과 같을 수 없고, 따라서 보호관찰 대상자에 대한 특별준수사항을 사회봉사명령·수강명령 대상자에게 **그대로 적용**하는 것은 적합하지 않다(大判 2009.3.30. 2008도1116).
- (2) 보호관찰법 제32조 제3항이 보호관찰 대상자에게 과할 수 있는 특별준수사항으로 정한 “범죄행위로 인한 **손해를 회복하기 위하여 노력**할 것(제4호)” 등 같은 항 제1호부터 제9호까지의 사항은 **보호관찰** 대상자에 한해 부과할 수 있을 뿐, **사회봉사명령**·수강명령 대상자에 대해서는 부과할 수 없다.
- (3) 한편 이 사건 특별준수사항은 범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위하여 노력할 것을 넘어 **일정 기간 내에 원상회복**할 것을 명하는 것으로서 보호관찰법에서 정한 **보호관찰**의 특별준수사항으로도 허용될 수 없다(大判 2009.3.30. 2008도1116; 大判 2020.11.5. 2017도18291).♥
- (ㄴ) 형법 제62조의2의 규정에 의하여 보호관찰이나 사회봉사 또는 수강을 명한 집행유예를 받은 자가 **준수사항이나 명령을 위반**한 경우에 그 위반사실이 동시에 범죄행위로 되더라도 그 기소나 재판의 확정여부 등 **형사절차와는 별도로** 법원이 집행유예 취소의 요건에 해당하는가를 심리하여 집행유예를 취소할 수 있다(大判 1999.3.10. 99도33).

형법 각론

p.23 판례 ⑥ 아래 ⑦ 추가합니다.

- ⑦ 피해자가 입은 상처가 극히 경미하여 굳이 치료할 필요가 없고 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없으며 시일이 경과함에 따라 **자연적으로 치유**될 수 있는 정도라면, 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되었다거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 **체포치상죄**의 상해에 해당한다고 할 수 없다(大判 2020. 3. 27. 2016도18713).

p.51 판례 ① 아래 ② 추가합니다.

폭행협박 부정

- ② 공무원이 자신의 직무와 관련한 상대방에게 공무원 자신 또는 자신이 지정한 제3자를 위하여 재산적 이익 또는 일체의 유무형의 이익 등을 제공할 것을 요구하고 상대방은 공무원의 지위에 따른 직무에 관하여 어떠한 **이익을 기대하며 그에 대한 대가로서 요구에 응하였다**면, 다른 사정이 없는 한 **공무원의 요구 행위**를 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악의 고지라고 단정하기는 어렵다(2019. 8. 29. 2018도13792 전합).

p.56 맨 위 판례이론 (ㄱ)에 (2) 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) (1) 형법 제276조 제1항의 체포죄에서 말하는 ‘**체포**’는 사람의 신체에 대하여 직접적이고 현실적인 구속을 가하여 신체활동의 자유를 박탈하는 행위를 의미하는 것으로서 수단과 방법을 불문한다. 체포죄는 **계속범**으로서 체포의 행위에 확실히 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속성이 있어야 하나, 체포의 고의로써 **타인의 신체적 활동의 자유를 현실적으로 침해하는 행위를 개시한 때 체포죄의 실행에 착수**하였다고 볼 것이다(大判 2018.2.28. 2017도21249).♥♥
- (2) 체포죄는 **계속범**으로서 체포의 행위에 확실히 사람의 신체의 자유를 구속한다고 인정할 수 있을 정도의 시간적 계속성이 있어야 기수에 이르고, 신체의 자유에 대한 구속이 그와 같은 정도에 이르지 못하고 **일시적인** 것으로 그친 경우에는 **체포죄의 미수범**이 성립할 뿐이다(大判 2020. 3. 27. 2016도18713).

p.68 개정 조문 추가합니다.

III 강간죄

제297조 【강간】 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
제300조 【미수범】 전3조의 미수범은 처벌한다.
제305조의3 【예비, 음모】 제297조, 제297조의2, 제299조(준강간죄에 한정한다), 제301조(강간 등 상해죄에 한정한다) 및 제305조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 사람은 3년 이하의 징역에 처한다.
[본조신설 2020.5.19.]

p.73 개정 조문 추가합니다.

1. 유사강간죄

제297조의2 【유사강간】 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.
제300조 【미수범】 미수범은 처벌한다.
제305조의3 【예비, 음모】 제297조, 제297조의2, 제299조(준강간죄에 한정한다), 제301조(강간 등 상해죄에 한정한다) 및 제305조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 사람은 3년 이하의 징역에 처한다.
[본조신설 2020.5.19.]

p.74 판례 ⑥ 아래 ⑦ 추가합니다.

강제추행죄 인정
⑦ 미용업체인 甲 주식회사를 운영하는 피고인이 甲 회사의 가맹점에서 근무하는 乙(여, 27세)을 비롯한 직원들과 노래방에서 회식을 하던 중 乙을 자신의 옆자리에 앉힌 후 갑자기 乙의 볼에 입을 맞추고, 이에 乙이 ‘**하지 마세요**’라고 하였음에도 계속하여 오른손으로 乙의 오른쪽 **허벅지**를 쓰다듬은 경우 강제추행죄가 성립한다(大判 2020. 3. 26. 2019도15994).

p.75 개정 조문 추가합니다.

3. 준강간·준강제추행죄

제299조 【준강간, 준강제추행】 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 전2조의 예에 의한다.
제300조 【미수범】 전3조의 미수범은 처벌한다.
제305조의3 【예비, 음모】 제297조, 제297조의2, 제299조(준강간죄에 한정한다), 제301조(강간 등 상해죄에 한정한다) 및 제305조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 사람은 3년 이하의 징역에 처한다.
[본조신설 2020.5.19.]

p.76 개정 조문과 해설 추가합니다.

4. 미성년자 의제강간·강제추행죄

제305조 【미성년자에 대한 간음, 추행】 ① 13세 미만의 사람을 간음하거나 13세 미만의 사람에게 추행을 한 자는 제297조, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.
② 13세 이상 16세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 19세 이상의 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다. <신설 2020.5.19.>

13세 미만의 사람에 대한 간음 또는 추행은 14세 이상인 사람은 모두 주체가 되지만, 13세 이상 16세 미만의 사람에 대한 간음 또는 추행은 19세 이상인 사람만 주체가 된다.

피해자의 동의를 받아서 간음해도 본죄가 성립한다. 강간죄로 처벌되므로 미성년자 의제강간죄라고 하고, 강간죄와 동일하게 제300조 미수범 규정을 적용한다(판례).

p.76 개정 조문 추가합니다.

5. 강간상해·치사죄, 강간살인·치사죄

제301조 【강간등 상해·치사】 제297조 내지 제300조의 죄를 범한 자가 사람을 상해하거나 상해에 이르렀을 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
제301조의2 【강간등 살인·치사】 제297조 내지 제300조의 죄를 범한 자가 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다. 사망에 이르렀을 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
제305조의3 【예비, 음모】 제297조, 제297조의2, 제299조(준강간죄에 한정한다), 제301조(강간 등 상해죄에 한정한다) 및 제305조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 사람은 3년 이하의 징역에 처한다.
[본조신설 2020.5.19.]

p.78 제302조 조문 아래 내용부터 ~ p.79 V. 성폭력범죄 처벌 특별법 전까지 모든 내용을 아래 내용으로 교체합니다.

6. 미성년자·심신미약자 간음·추행죄

제302조 【미성년자 등에 대한 간음】 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

13세 미만의 사람에 대한 간음·추행과 13세 이상 16세 미만의 사람에 대한 19세 이상의 간음·추행은 **제305조**에 의하여 중하게 처벌되므로, 본죄는 제305조가 적용되지 않는 미성년자를 대상으로 한다. 또한 심신상실자에 대한 간음·추행은 **제299조**의 준강간·준강제추행죄로 처벌되므로, 본죄는 심신상실의 정도에 이르지 아니한 심신미약자를 대상으로 한다.

기존 판례는 본죄의 위계에 의한 착각을 **간음행위 자체에 대한 착각**만으로 제한하였지만, 최근 전원합의체 판결에 의하여 간음행위와 불가분성이 없는 **다른 조건에 관한 착각**도 피해자가 **성행위를 결심하게 된 중요한 동기**를 이룰 수 있다면 본죄의 착각에 포함될 수 있다고 보았다.

판례이론

- (가) 아동·청소년이 **외관상 성적 결정 또는 동의**로 보이는 언동을 하였더라도, 그것이 타인의 **기망이나 왜곡된 신뢰관계의 이용**에 의한 것이라면, 이를 아동·청소년의 온전한 성적 자기결정권의 행사에 의한 것이라고 평가하기 어렵다.
- (나) 행위자가 간음의 목적으로 피해자에게 **오인, 착각, 부지**를 일으키고 피해자의 그러한 **심적 상태를 이용하여 간음의 목적을 달성**하였다면 위계와 간음행위 사이의 인과관계를 인정할 수 있고, 따라서 위계에 의한 간음죄가 성립한다. 왜곡된 성적 결정에 기초하여 성행위를 하였다면 왜곡이 발생한 지점이 성행위 그 자체인지 성행위에 이르게 된 동기인지는 성적 자기결정권에 대한 침해가 발생한 것은 마찬가지라는 점에서 핵심적인 부분이라고 하기 어렵다. 피해자가 **오인, 착각, 부지에 빠지게 되는 대상은 간음행위 자체일 수도 있고, 간음행위에 이르게 된 동기**이거나 **간음행위와 결부된 금전적·비금전적 대가**와 같은 요소일 수도 있다.
- (다) 다만 행위자의 위계적 언동이 존재하였다는 사정만으로 위계에 의한 간음죄가 성립하는 것은 아니므로 위계적 언동의 내용 중에 **피해자가 성행위를 결심하게 된 중요한 동기**를 이룰 만한 사정이 포함되어 있어 피해자의 **자발적인 성적 자기결정권의 행사가 없었다**고 평가할 수 있어야 한다. 이와 같은 인과관계를 판단할 때에는 피해자의 연령 및 행위자와의 관계, 범행에 이르게 된 경위, 범행 당시와 전후의 상황 등 **여러 사정을 종합적으로 고려**하여야 한다.
- (라) 한편 위계에 의한 간음죄가 보호대상으로 삼는 **아동·청소년, 미성년자, 심신미약자, 피보호자·피감독자, 장애인** 등의 성적 자기결정 능력은 그 나이, 성장과정, 환경, 지능 내지 정신기능 장애의 정도 등에 따라 **개인별로 차이**가 있으므로 간음행위와 인과관계가 있는 위계에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 구체적인 범행 상황에 놓인 **피해자의 입장과 관점이 충분히 고려**되어야 하고, **일반적·평균적 판단능력을 갖춘 성인** 또는 **충분한 보호와 교육을 받은 또래의 시각**에서 인과관계를 쉽사리 부정하여서는 안 된다.
- (로) 위계에 의한 간음죄에서 행위자가 간음의 목적으로 상대방에게 일으킨 오인, 착각, 부지는

간음행위 자체에 대한 오인, 착각, 부지를 말하는 것이지 간음행위와 불가분적 관련성이 인정되지 않는 다른 조건에 관한 오인, 착각, 부지를 가리키는 것은 아니라는 취지의 종전 판례 등은 이 판결과 배치되는 부분이 있으므로 그 범위에서 이를 변경하기로 한다(대판 2020.8.27. 2015도9436 전합). <주> 전원합의체 판결로 폐기된 판례들은 2001도5074, 2002도2029, 2007도6190, 2012도9119, 2014도8423 등이다.

미성년자 위계간음죄 인정

- ① 피고인이 스마트폰 채팅 애플리케이션을 통하여 알게 된 14세의 피해자에게 자신을 ‘고등학교 2학년인 **甲**’이라고 거짓으로 소개하고 채팅을 통해 교제하던 중 자신을 **스토킹하는 여성 때문에 힘들다**며 그 여성을 때어내려면 자신의 선배와 성관계를 하여야 한다고 이야기하고, 피고인과 헤어지는 것이 두려워 이를 승낙한 피해자를 마치 자신이 **甲**의 선배인 것처럼 행세하여 간음한 경우 제302조 위계에 의한 간음죄가 성립한다(대판 2020.8.27. 2015도9436 전합).

7. 업무상위력에 의한 간음죄 (피감호, 피구금)

제303조 【업무상위력 등에 의한 간음】 ① 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.
② 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 간음한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.

업무상위력간음죄

- ① 피고인이 **미장원 주인의 남편**인 여자 종업원(21세)에게 말을 듣지 않으면 **해고**하겠다고 하면서 피해자를 간음한 경우에 피고인에게 업무상 위력에 의한 간음죄가 성립한다(대판 1976.2.10. 74도1519).♥

8. 강간 등의 예비음모죄

제305조의3 【예비, 음모】 제297조, 제297조의2, 제299조(준강간죄에 한정한다), 제301조(강간 등 상해죄에 한정한다) 및 제305조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 사람은 3년 이하의 징역에 처한다. [본조신설 2020.5.19.]

강간죄, 유사강간죄, 준강간죄, 강간등상해죄, 미성년자의제강간죄, 미성년자의제강제추행죄를 범할 목적의 예비 또는 음모를 처벌한다. 반면에 강제추행죄, 준강제추행죄, 강간등치상죄, 강간등살인·치사죄 등은 예비 또는 음모를 벌하지 않는다.

p.79 제13조와 제14조 내용을 수정합니다.

V 성폭력범죄 처벌 특례법

13조	통신매체이용음란 : 자기 또는 타인의 성적욕망을 유발 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 글, 그림 등을 도달
14조	① 카메라 등을 이용하여 성적 욕망 또는 수치심 을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체 를 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영하는 행위 ② 제1항에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자 또는 제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우(자신의 신체를 직접 촬영한 경우를 포함한다)에도 사후에 촬영대상자의 의사에 반하여 반포 등을 하는 행위

p.81 아래 내용 추가합니다.

4. 업무상위력추행죄

업무상위력추행죄

③ 편의점 업주인 피고인이 아르바이트 **구인 광고를 보고 연락한 피해자**를 채용을 빌미로 주점으로 불러내 의사를 확인하는 등 면접을 하고, 이어서 피해자를 피고인의 집으로 유인하여 피해자의 성기를 만지고 피해자에게 피고인의 성기를 만지게 한 경우 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제10조 제1항의 업무상 위력 등에 의한 추행죄가 성립할 수 있다(大判 2020. 7. 9. 2020도5646). <주> 채용 절차에서 구직자를 추행해도 업무상 위력이 인정될 수 있다.

5. 공중밀집장소추행죄

(ㄱ) 성폭력처벌법 위반(공중밀집장소에서의추행)죄가 **기수**에 이르기 위해서는 **객관적**으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 할 만한 행위로서 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위를 행위자가 대상자를 상대로 실행하는 것으로 충분하고, 행위자의 행위로 말미암아 대상자가 성적 수치심이나 혐오감을 반드시 **실제로** 느껴야 하는 것은 아니다(大判 2020. 6. 25. 2015도7102)

공중밀집장소추행죄

① **핍질방 수면실**에서 옆에 누워 있던 피해자의 가슴 등을 손으로 만진 행위는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제13조에서 정한 공중밀집장소에서의 추행행위에 해당한다(大判 2009.10.29. 2009도5704).♥
② 피고인이 지하철 내에서 甲(여)의 등 뒤에 밀착하여 무릎을 굽힌 후 **성기를 甲의 엉덩이** 부분에 붙이고 앞으로 내미는 행위를 하였다면 甲이 성적 수치심이나 혐오감을 실제로 느끼지 않았더라도 공중밀집장소추행죄는 **기수**에 이르렀다(大判 2020.6.25. 2015도7102).

p.82 아래 빨간 판례 ③ “제2항”으로 정오 수정합니다.

카메라이용촬영죄 부정

③ 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 신체를 의사에 반하여 촬영한 후 이를 **피해자 본인에게 전송**하는 행위는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 **제14조 제2항**의 ‘**제공**’에 해당하지 않는다(大判 2018.08.03. 2018도1481). <주> 촬영의 대상이 된 피해자 본인은 ‘제공’의 상대방인 ‘특정한 1인 또는 소수의 사람’에 포함되지 않는다.

p.p.83 ~ 84 아청법 조문 표 아래 모든 내용을 아래 내용으로 교체합니다.
(목차 1과 2를 통합하였습니다.)

1. 청소년이용음란물 제작, 전시

판례이론

- (ㄱ) (1) **아동·청소년의 동의**가 있거나 **개인적인 소지·보관**을 1차적 목적으로 제작하더라도 청소년 정보보호법 제11조 제1항의 ‘아동·청소년이용음란물의 **제작**’에 해당한다고 보아야 한다.
(2) 피고인이 직접 아동·청소년의 면전에서 촬영행위를 하지 않았더라도 아동·청소년이용음란물을 만드는 것을 기획하고 타인으로 하여금 촬영행위를 하게 하거나 만드는 과정에서 **구체적인 지시**를 하였다면, 특별한 사정이 없는 한 아동·청소년이용음란물 **‘제작’**에 해당한다.
(3) 이러한 촬영을 마쳐 재생이 가능한 형태로 **저장이 된 때**에 **제작**은 **기수**에 이르고 반드시 피고인이 그와 같이 제작된 아동·청소년이용음란물을 재생하거나 피고인의 기기로 재생할 수 있는 상태에 이르러야만 하는 것은 아니다.
(4) 이러한 법리는 피고인이 **아동·청소년으로 하여금 스스로 자신을 대상으로 하는 음란물**을 촬영하게 한 경우에도 마찬가지이다(大判 2018.9.13. 2018도9430). <주> 카톡으로 돈을 주겠다고 말하여 피해자의 스마트폰 카메라로 자위행위를 촬영하여 “저장”하도록 지시하였고, 그 파일을 전송받은 사안이다.
- (ㄴ) 구 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률 제11조 제2항에서 규정하는 ‘**영리의 목적**’이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말하는 것으로서 반드시 아동·청소년이용음란물 배포 등 위반행위의 **직접적인 대가**가 아니라 위반행위를 통하여 **간접적으로 얻게 될 이익**을 위한 경우에도 영리의 목적이 인정된다(大判 2020.9.24. 2020도8978).

청소년이용음란물 전시 - 영리 목적 인정

- ① 사설 인터넷 도박사이트를 운영하는 사람이, 먼저 카카오톡 **오픈채팅방**을 개설하여 아동·청소년이용 **음란 동영상**을 게시하여 불특정다수를 오픈채팅방 회원으로 가입시킨 다음, 전화를 걸어 도박사이트 가입을 유도하고 도박을 하게 하였다면, **영리를 목적으로** 도박공간을 개설한 행위가 인정됨은 물론, 나아가 **영리를 목적으로** 아동·청소년이용음란물을 공연히 전시한 행위도 인정된다(大判 2020.9.24. 2020도8978).

2. 성매매 권유, 알선영업

판례이론

- (ㄱ) 피고인이 인터넷 채팅사이트를 통하여, **이미 성매매 의사를 가지고** 성매수 행위를 할 자를 물색하고 있던 청소년 甲과 성매매 장소, 대가 등에 관하여 구체적 합의에 이른 다음 약속장소 인근에 도착하여 甲에게 전화로 요구 사항을 지시한 경우, ‘아동·청소년에게 **성을 팔도록 권유하는 행위**’에 해당한다(大判 2011.11.10. 2011도3934).
- (ㄴ) **아동·청소년의 성을 사는 행위를 알선하는 행위**를 업으로 하여 청소년정보보호법 제15조 제1항 제2호의 위반죄가 성립하기 위해서는 **알선행위를 업으로 하는 사람**이 아동·청소년을 알선의 대상으로 삼아 그 성을 사는 행위를 알선한다는 것을 **인식**하여야 하지만, 이에 더하여 알선행위로 아동·청소년의 **성을 사는 행위를 한 사람**이 행위의 상대방이 아동·청소년임을 **인식**하여야 한다고 볼 수는 없다(大判 2016.2.18. 2015도15664).♥

p.85 조문의 분석표에서 “사실”로 수정합니다.

II 조문의 분석

307조	명예훼손죄	공연허○	사실적시○	① <u>사실○</u> , ② 허위○	외적 명예훼손
308조	사자명예훼손죄	공연허○	사실적시○	<u>진실x</u> , 허위○	사자의 명예훼손
309조	출판물명예훼손죄	공연허x	사실적시○	① <u>사실○</u> , ② 허위○	출판 + 비방목적
311조	모욕죄	공연허○	<u>사실적시x</u>	진실, 허위 구별 不可	외적 명예훼손

p.86 맨 아래 판례 ② 아래 ③ 추가합니다.

피해자 특정

- ③ 학교폭력 피해학생의 모(母)인 피고인이 자신의 카카오톡 계정 프로필 상태메시지에 ‘**학교폭력범은 집속금지!!!**’라는 글과 주먹 모양의 그림말 세 개를 게시한 행위는 피해자의 학교폭력 사건에 대해 기재함으로써 피해자의 사회적 가치나 평가를 저하시키기에 충분한 구체적인 사실을 드러냈다고 볼 수 없다(大判 2020. 5. 28. 2019도12750). <주> 누구의 어떤 사건을 지칭하였는지 알 수 없는 표현이다.

p.87 판례 [불특정] 바로 위에 판례이론 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) 대법원은 명예훼손죄의 공연성에 관하여 개별적으로 소수의 사람에게 사실을 적시하였더라도 그 상대방이 **불특정 또는 다수인에게** 적시된 사실을 **전파할 가능성**이 있는 때에는 공연성이 인정된다고 일관되게 판시하여, 이른바 전파가능성 이론은 공연성에 관한 확립된 법리로 정착되었다. 공연성에 관한 전파가능성 법리는 대법원이 오랜 시간에 걸쳐 발전시켜 온 것으로서 현재에도 여전히 법리적으로나 현실적인 측면에 비추어 타당하므로 **유지되어야 한다**.
- (ㄴ) 전파가능성 법리에 따르면 위와 같은 **객관적 기준**에 따라 전파가능성을 판단할 수 있고, 행위자도 발언 당시 공연성 여부를 충분히 예견할 수 있으며, **상대방의 전파의사만으로** 전파가능성을 판단하거나 **실제 전파되었다는 결과**를 가지고 책임을 묻는 것이 아니다.
- (ㄷ) **추상적 위험범**으로서 명예훼손죄는 개인의 명예에 대한 사회적 평가를 진위에 관계없이 보호함을 목적으로 하고, 적시된 사실이 특정인의 사회적 평가를 침해할 가능성이 있을 정도로 **구체성**을 띠어야 하나, 위와 같이 **침해할 위험**이 발생한 것으로 족하고 **침해의 결과**를 요구하지 않으므로, 다수의 사람에게 사실을 적시한 경우뿐만 아니라 소수의 사람에게 발언하였다고 하더라도 그로 인해 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 초래한 경우에도 공연히 발언한 것으로 해석할 수 있다.
- (ㄹ) 전파가능성 법리는 **정보통신망** 등 다양한 유형의 명예훼손 처벌규정에서의 공연성 개념에 부합한다고 볼 수 있다. 정보통신망을 이용한 명예훼손은 '행위 상대방' 범위와 경계가 불분명해지고, 명예훼손 내용을 소수에게만 보냈음에도 행위 자체로 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 형성하는 경우가 다수 발생하게 된다. 따라서 정보통신망을 이용한 명예훼손행위에 대하여, 상대방이 직접 인식하여야 한다면, 특정된 소수의 상대방으로는 공연성을 충족하지 못한다는 법리를 내세운다면 해결기준으로 기능하기 어렵게 된다. 오히려 특정 소수에게 전달한 경우에도 그로부터 불특정 또는 다수인에 대한 **전파가능성** 여부를 가려 개인의 사회적 평가가 침해될 일반적 위험성이 발생하였는지를 검토하는 것이 **실질적인 공연성 판단에 부합**되고, 공연성의 범위를 제한하는 구체적인 기준이 될 수 있다(大判 2020.11.19. 2020도5813 전합). <주> 전파가능성 이론을 전면 폐기하자는 소수의견에 대하여, 다수의견은 여전히 유지해야 한다고 보았다.

불특정

- ① 명예훼손의 발언(피해자들이 전파가 많다는 내용)을 들은 사람들이 피해자들과는 **일면식이 없다**거나 이미 피해자들의 전과사실을 알고 있었다고 하더라도 공연성 즉 발언이 전파될 가능성이 없다고 볼 수 없다(大判 1993.3.23. 92도455).♥♥♥
- ② 피고인의 말을 들은 사람은 한 사람씩에 불과하였으나 그들은 피고인과 특별한 **친분관계가 있는 자가 아니라면**, 피고인의 판시 범행은 행위 당시에 이미 공연성을 갖추었다고 볼 수 있다(大判 1996.7.12. 96도1007).♥

p.90 판례이론 (ㄴ) 추가합니다.

- ② 사회적 평가를 저하시킬 만한 구체적인 사실을 적시하여야 하는데, 간접적이고 우회적인 표현도 그 전체 취지에 비추어 사실을 유추할 수 있다면 사실의 적시에 해당한다.

판례이론

- (ㄱ) 명예훼손죄에 있어서의 **사실의 적시**는 그 사실의 적시자가 스스로 **실험**한 것으로 적시하던 타인으로부터 **전문**한 것으로 적시하던 불문한다(大判 1985.4.23. 85도431).
- (ㄴ) 명예훼손죄에 있어서의 사실의 적시는 사실을 직접적으로 표현한 경우에 한정될 것은 아니고, **간접적이고 우회적인 표현**에 의하더라도 그 표현의 전취지에 비추어 그와 같은 사실의 존재를 암시하고, 또 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도의 **구체성**이 있으면 족한 것이다.(大判 1991.5.14. 91도420). <주> 교수가 학생들 앞에서 피해자의 이성관계를 암시하는 발언을 한 사안이다. ♥

p.97 판례 ③ 추가하고, ③ ④ ⑤ 는 ④ ⑤ ⑥ 으로 번호 변경합니다.

인터넷

- ③ 사이버대학교 법학과 학생인 피고인이, 법학과 학생들만 회원으로 가입한 **네이버밴드**에 **머이 총학생회장 출마자격**에 관하여 **조언**을 구한다는 글을 게시하자 이에 대한 댓글 형식으로 직전 연도 총학생회장 선거에 입후보하였다가 중도 사퇴한 乙의 실명을 거론하며 '상대방 후보를 비방하고 학과를 분열시키고 개인적인 감정을 표한 사례가 있다.'고 언급한 경우 피고인에게 乙을 비방할 목적이 있다고 보기 어렵다(大判 2020. 3. 2. 2018도15868).

p.99 이론 내용 수정하고 판례이론 추가합니다.

(1) 신문·잡지·라디오·기타 출판물

신문·잡지·라디오 이외의 기타 출판물은 적어도 **제본**되었거나 이와 같은 정도의 외관을 갖추어야 한다. 따라서 프린트나 낱장의 인쇄물은 출판물에서 제외된다.

인터넷, 전자게시판 등 정보통신망을 통하여 사람을 비방할 목적으로 명예를 훼손하면 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조가 적용된다.

- (ㄱ) 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 **제본인쇄물**이나 제작물은 아니라고 할지라도 적어도 **그와 같은 정도의 효용과 기능**을 가지고 사실상 출판물로 유통·통용될 수 있는 외관을 가진 인쇄물로 볼 수 있어야 한다(大判 2000.2.11. 99도3048).♥

p.111 위의 판례이론 (ㄴ)에서 (1) 추가하고, (1)(2)은 (2)(3)로 번호 변경합니다.
아래 판례이론 키워드 변경합니다.

3. 업무방해 행위

업무방해의 행위형태는 허위사실유포, 위계, 위력이다. 업무담당자가 불충분하게 심사했다면 피고인에게 업무방해의 위험이 없다고 보고, 업무담당자가 **충분하게 심사**했다면 피고인에게 업무방해의 위험이 있다고 본다(추상적 위험범; 판례).

판례이론

- (ㄱ) 업무방해죄의 성립에 있어서 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하는 것은 아니고 **업무방해의 결과를 초래할 위험**이 발생하면 족하다고 할 것이며, 업무를 '방해한다'함은 **업무의 집행 자체**를 방해하는 것은 물론이고 널리 **업무의 경영**을 저해하는 것도 포함하고, 널리 **업무수행의 원활한 진행**을 저해하는 것도 포함한다(大判 2012.5.24. 2009도4141; 大判 2010.4.8. 2007도6754; 大判 2008.5.29. 2007도5037; 大判 2005.4.15. 2004도8701; 大判 2002.03.29. 2000도3231).♥
- (ㄴ) (1) 상대방으로부터 신청을 받아 상대방이 일정한 **자격요건 등을 갖춘 경우에 한하여 그에 대한 수용 여부를 결정하는 업무**에 있어서는 신청서에 기재된 사유가 사실과 부합하지 않을 수 있음을 전제로 그 자격요건 등을 심사·판단하는 것이므로,
(2) 그 업무담당자가 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 신청인이 제출한 허위의 신청 소명자료를 가법계 믿고 수용하였다면 이는 업무담당자의 **불충분한 심사**에 기인한 것으로서 신청인의 위계가 업무방해의 위험성을 발생시켰다고 할 수 없어 위계에 의한 업무방해죄를 구성하지 않지만,
(3) 신청인이 업무담당자에게 허위의 소명자료를 제출한 경우 업무담당자가 나름대로 **충분히 심사**를 하였으나 신청사유 및 소명자료가 허위임을 발견하지 못하여 그 신청을 수리하게 될 정도에 이르렀다면 위계에 의한 업무방해죄가 성립된다(大判 2010.3.25. 2008도4228; 大判 2020.9.24. 2017도19283).♥

(1) 허위사실유포

허위사실유포는 업무자 아닌 사람들에게 거짓말을 전파하는 것이다. 위계는 업무자에게 거짓말을 하는 행위라는 점에서 구별된다.

판례이론

- (ㄱ) 허위사실을 **유포**하는 방법에 의하여 타인의 업무를 방해함으로써 성립하는 업무방해죄에 있어, 허위사실을 유포한다고 함은 실제의 객관적 사실과 서로 다른 사항을 내용으로 하는 사실을 불특정 다수인에게 **전파**시키는 것을 말하고, 특히 이러한 경우 그 행위자에게 행위 당시 자신이 유포한 사실이 **허위**라는 점을 **적극적으로 인식**하였을 것을 요한다(大判 1994.1.28. 93도1278).

p.112 판례 ③ “등” 추가합니다.

허위사실유포 인정

- ③ 前 소방사업부장인 피고인이 직원들에게 회사에서 **소방사업부를 정리**하기로 하였으며 자신이 독립하여 운영하기로 하였다고 말하고 소방사업부 직원들로부터 집단사표를 제출받았다면 허위사실유포 등에 의한 업무방해죄가 성립한다(大判 2002.3.29. 2000도3231).♥

p.p.114~115 판례 ⑨ 변경하고, 판례 ⑪ 아래 ⑫ 추가합니다.

- ⑨ 특정 회사가 제공하는 게임사이트에서 정상적인 포커게임을 하고 있는 것처럼 가장하면서 통상적인 업무처리 과정에서 **적발해 내기 어려운** 사실 프로그램 ('한도우미 프로그램')을 이용하여 약관상 양도가 금지되는 포커머니를 약속된 상대방에게 이전해 준 경우, 이는 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에서 정한 '악성프로그램'이나 형법 제314조 제2항에 정한 '부정한 명령의 입력'에 해당하지는 않지만, 회사의 정상적인 게임사이트 운영 업무를 방해한 것이므로 위계에 의한 업무방해죄를 구성한다(大判 2009.10.15. 2007도9334).♥

- ⑫ 사립고등학교 학생이 실제로 봉사활동을 한 사실이 없음에도 부모가 외부기관으로부터 허위의 봉사활동 확인서를 발급받아 학교에 제출하여 **봉사상**을 받도록 한 경우, 학교장의 봉사상 심사 및 선정업무 방해의 결과를 초래할 위험이 발생하였고, 위 업무는 봉사상 수여에 관한 **자격요건을 심사하는 업무로 볼 수 없으므로**, 위계에 의한 업무방해죄가 성립한다(大判 2020.9.24. 2017도19283).

p.115 판례 ⑥ 아래 ⑦ 추가합니다.

기타 부정

- ⑦ 피해 회사가 사용하기로 한 이 사건 **서비스표**를 피고인이 **먼저 출원**하여 특허청에 등록된 사정만으로 피해 회사에 대한 위계에 해당한다고 단정할 수 없고 특허청 심사관에게 적극적 기망을 하였다는 사정도 인정되지 않으므로 위계에 의한 업무방해죄가 성립하지 않는다(大判 2020.11.12. 2017도7236).

p.120 판례 ④ 수정합니다.

5. 타죄관계

타죄관계
④ 피고인이 허위사실이 기재된 현수막을 설치하고 허위사실을 기재한 유인물을 불특정 다수인에게 배포함으로써 공연히 허위사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하고 피해자의 병원 운영무를 방해한 경우, 허위사실을 유포한 1개의 행위가 형법 제314조 제1항의 허위사실 유포에 의한 업무방해죄 뿐 아니라 형법 제307조 제2항의 허위사실적시에 의한 명예훼손죄 에도 해당하므로 두개의 죄는 상상적 경합관계에 있다(大判 2007.11.15. 2007도7140).

p.130 판례 ⑧ 아래 ⑨ 추가합니다.

⑧ 병원 외부 사이에 문이나 담이 설치되어 있지 아니하고 관리자가 일반인의 출입을 제한하고 있지는 아니하나, 병원의 건물들과 화단들 이 둘러싸고 있으면서 병원 외부와의 경계 역할 을 하고 있다면, 이는 병원 건물의 위요지로서 퇴거불응죄의 건조물에 포함된다(大判 2010.3.11. 2009도12609).
⑨ 구 롯데성주골프장 부지에 설치된 사드기지가 2중 철조망에 의하여 외부인의 출입이 통제되고 있었고, 기지 내 건물(골프장으로 이용될 당시의 클럽하우스, 골프텔 등의 건축물)에 기지 운용을 위한 병력이 주둔하고 있었다면, 사드기지의 부지 는 기지 내 건물의 위요지에 해당한다(大判 2020. 3. 12. 2019도16484). <주> 사드(THAAD)는 고고도 미사일 방어 체계이다.
❏ 비교판례 ❏ 피고인들이 공사현장에 컨테이너 박스 등으로 가설된 현장사무실 또는 경비실 자체에 들어가지 아니하였다면, 피고인들이 위 공사현장 의 구내에 들어간 행위는 주거침입죄가 성립하지 않는다(大判 2005.10.7. 2005도5351).♥
❏ 비교판례 ❏ 차량 통행이 빈번한 도로에 바로 접하여 있고, 도로에서 시설로 들어가는 입구에 인적·물적 설비가 전혀 없고 누구나 통로를 통하여 축사 앞 공터 까지 자유롭게 드나들 수 있었던 경우, 차를 몰고 진입하여 축사 앞 공터까지 들어간 행위는 주거침입에 해당하지 않는다(大判 2010.4.29. 2009도14643).♥

p.136 판례 ② 아래 ③ 추가합니다.

방실수색죄, 방실침입죄
③ 甲 주식회사 감사인 피고인이 회사 경영진과의 불화로 한 달 가까이 결근하다가 자신의 출입 카드가 정지 되어 있는데도 이른 아침에 경비원에게서 출입증을 받아 컴퓨터 하드디스크를 절취하기 위해 회사 감사실에 들어간 경우, 방실침입 행위는 정당행위에 해당하지 않는다(大判 2011.8.18. 2010도9570).♥

p.148 오타 3군데 수정합니다.

판례분석

[해설]
① 甲의 사망으로 甲의 소유권과 점유는 부정된다. ② 형법상 소유권은 상속인에게 이전되지만, 형법상 점유는 상속인에게 이전되지 않는다. ③ 따라서 피고인은 점유자 없는 타인소유물을 취득하여 점유이탈물횡령죄가 성립한다. ④ 다만 상속인이 피고인에게 가방의 인도를 요구하여 상속인의 점유가 인정되는 상황이었다면 피고인의 가방 취득행위는 절도죄에 해당한다.

p.168 이론 내용 추가합니다.

1. 준강도의 요건

(1) 주체 - 절도

준강도의 주체는 단순절도, 야간주거침입절도, 특수절도, 상습절도가 모두 포함된다. 다만 절도죄의 정범만 준강도죄의 정범이 될 수 있고, 절도죄의 교사범은 준강도죄의 정범이 될 수 없다.

절도의 실행착수가 있어야 하며, 기수 미수는 불문한다. 주거침입절도의 경우 주간에는 물색으로, 야간에는 주거침입의 착수로 절도의 실행착수가 인정된다(판례).

p.p.179~180 판례 ③ 추가하고, 3~6은 4~7로 번호 변경합니다.

사기죄의 객체로서 재산 인정
① 약속어음은 그 자체가 재산적 가치를 지닌 유가증권으로서 만기에 지급장소에서 어음금이 지급되지 아니하는 때라도 소지인은 배서인, 발행인 기타 어음채무자에 대하여 소구권을 행사할 수 있어서 그 효용이 소멸된 것이 아니므로 발행인의 자금부족으로 지급장소에서 지급되지 아니하는 약속어음 이라도 사기죄의 객체가 된다(大判 1985.3.9. 85도951).♥
② 약속어음공정증서에 증서를 무효 로 하는 사유가 존재하더라도 증서 자체에 무효로 하는 사유의 기재 없고 외형상 권리의무를 증명 함에 족한 체계를 구비하고 있는 한 그 증서는 형법상의 제물로서 사기죄의 객체이다(大判 1995.12.22. 94도3013).♥
③ 유동적 무효의 상태 인 부동산 매매계약이라 하더라도 매수인이 제3자로부터 금전을 융자받을 목적으로 매도인을 기망하여 매도인 소유의 부동산에 제3자 앞으로 근저당권을 설정하게 함으로써 재산상 이익을 취득하였다면 사기죄가 성립한다(大判 2008.2.14. 2007도10658).♥

p.180 판례 아래 판례이론 추가합니다.

사기죄의 객체로서 재산 부정
① 보험가입사실증명원 은 그 증명에 의하여 사기죄에서 말하는 재물이나 재산상의 이익이 침해된 것으로 볼 것은 아니어서 사기죄의 객체가 되지 아니한다(大判 1997.3.28. 96도2625).♥
② 주유소 운영자가 농·어민 등에게 조세제한특별법에 정한 면세유를 공급한 것처럼 위조한 면세유류공급확인서로 정유회사를 기망하여 면세유를 공급받음 으로써 면세유와 정상유의 가격 차이 상당의 이득을 취득한 경우, 정유회사 에 대하여 사기죄를 구성하는 것은 별론으로 하고, 국가 또는 지방자치단체 를 기망하여 국제 및 지방세의 환급세액 상당을 편취한 것으로 볼 수 없다(大判 2008.11.27. 2008도7303).♥
■ 비교판례 ■ 주유소 운영자가 농민들에게 면세유를 공급한 것처럼 부당하게 발급받은 면세유류공급확인서로 석유정제업자를 기망하여 부가가치세 등에 상당한 석유류를 취득한 경우, 석유정제업자 에게 현실적인 재산상 손해 가 없더라도 사기죄가 성립한다(大判 2009.1.15. 2006도6687). <주> 예컨대 편의점 직원이 미성년자에게 속아서 담배를 판매해도 사기당한 것이다.

판례이론

- (ㄱ) (1) 기망행위에 의하여 **국가적 또는 공공적 법익을 침해**하는 경우라도 그와 동시에 형법상 사기죄의 보호법익인 **재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가**할 수 있는 때에는 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌 규정을 별도로 두고 있지 않는 한 사기죄가 성립할 수 있다.
- (2) 그런데 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 등 법률에 따라 금전적 부담의 부과권을 부여받은 자가 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 **특정 공익사업과 관련하여 권력작용으로 부담금을 부과**하는 것은 일반 국민의 재산권을 제한하는 침해행정에 속한다. 이러한 침해행정 영역에서 일반 국민이 담당 공무원을 기망하여 권력작용에 의한 재산권 제한을 면하는 경우에는 부과권자의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로, 행정법규에서 그러한 행위에 대한 처벌규정을 두어 처벌함은 별론으로 하고, 사기죄는 성립할 수 없다(大判 2019. 12. 24. 2019도2003). <주> 피고인이 담당 공무원을 기망하여 납부부수가 있는 농지보전부담금을 면제받은 경우 사기죄의 성립을 부정한 사안이다.
- (ㄴ) (1) 공사도급계약에서 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 **계약 당시를 기준으로** 피고인에게 **공사를 완성할 의사나 능력이 없음에도** 피해자에게 공사를 완성할 것처럼 거짓말을 하여 피해자로부터 공사대금 등을 편취할 고의가 있었는지 여부에 의하여 판단하여야 한다.
- (2) 사기죄의 보호법익은 재산권이므로, 기망행위에 의하여 **국가적 또는 공공적 법익이 침해되었다는 사정만으로** 사기죄가 성립한다고 할 수 없다. 따라서 공사도급계약 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가자격, 계약절차 등에 관한 **규정을 위반한 사정이 있더라도 그러한 사정만으로** 공사도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정해서는 안 되고,
- (3) 그 위반으로 말미암아 **계약 내용대로 이행되더라도 공사의 완성이 불가능하였다고** 평가할 수 있을 만큼 그 위반이 **공사의 내용에 본질적인** 것인지 여부를 심리·판단하여야 한다(大判 2019. 12. 27. 2015도10570; 大判 2020. 2. 6. 2015도9130).

p.182 판례 ① 추가하고 1~8은 2~9로 번호 변경합니다.

판례 ⑨는 자리가동 되었으므로 삭제합니다.

기망행위 인정
① 채권자에게 채권을 추심하여 줄 것 같이 속여 채권의 추심승낙을 받아 그 채권을 추심하여 이를 취득하였다면 이는 채권자의 착오에 기한 재산처분행위라고 할 것이므로 이는 사기죄를 구성한다 할 것이다(大判 1983.10.25. 83도1520).♥
④ 유동적 무효의 상태인 부동산 매매계약이라 하더라도 매수인이 제3자로부터 금전을 용자받을 목적으로 매도인을 기망하여 매도인 소유의 부동산에 제3자 앞으로 근저당권을 설정하게 함으로써 재산상 이익을 취득하였다면 사기죄가 성립한다(大判 2008.2.14. 2007도10658).♥

p.187 판례 ⑦ 아래 ⑧ 추가합니다.

고지의무 부정 <두문자> 할 명수 채 식 특정 이중 전매 그림
⑦ 부동산중개업자인 피고인이 아파트 입주권 을 매도하면서 그 입주권을 2억 5,000만 원에 확보하여 2억 9,500만 원에 전매 한다는 사실을 매수인에게 고지하지 않은 경우, 피해자로서는 입주권 가격에 대하여 아무런 문의도 하지 않고 매매계약을 체결한 이상, 피고인이 피해자를 기망하여 차액 4,500만 원을 편취한 것으로 보기는 어렵다(大判 2011.1.27. 2010도5124).♥
⑧ 피고인이 화가 甲에게 돈을 주고 자신의 기존 콜라주 작품이나 자신의 추상적인 아이디어를 甲이 회화로 표현하게 한 다음 자신의 서명을 하여 그림 을 완성한다는 사실을 고지하지 아니하고 그림을 판매하고 대금을 받은 경우, 피해자들이 피고인의 친작으로 착오한 상태에서 구매한 것이라고 단정하기 어려우므로 사기죄가 성립하지 않는다(大判 2020.6.25. 2018도13696). <주> 조영남 미술작품 사건으로, 콜라주는 신문지나 벽지 등을 풀로 붙이는 미술기법이다.

p.190 판례 ④ 아래 ⑤ 추가합니다.

사기죄의 기수 인정
⑤ 피고인의 보험계약 체결행위와 보험금 청구행위가 乙회사를 착오에 빠뜨려 처분행위를 하게 만드는 일련의 기망행위에 해당하여 乙회사가 그에 따라 보험금을 지급하였을 때 사기죄는 기수에 이르며, 그 전에 乙회사의 해지권 또는 취소권이 소멸 되었더라도 마찬가지이다(大判 2019. 4. 3. 2014도2754).

p.p.193~194 판례 ⑥ 추가하고 ⑥ ⑦ 은 ⑦ ⑧ 로 번호변경하고
p.194 ⑧ 판례 중복되는 내용이므로 삭제합니다.

착오와 처분에 인과관계 부정
⑤ 예금주인 피고인이 제3자에게 편취당한 송금의뢰인으로부터 자신의 은행계좌에 계좌송금된 돈을 출금한 경우, 피고인은 예금주로서 은행에 대하여 예금반환을 청구할 수 있는 권한을 가진 자이므로, 위 은행을 피해자로 한 사기죄는 성립하지 않는다(大判 2010.5.27. 2010도3498). <주> 은행은 착오에 빠진 처분행위를 한 것이 아니다. ♥♥♥ ⑥ 甲이 금융기관에 피고인 명의로 예금을 하면서 자신만이 이를 인출할 수 있게 해달라고 요청하여 금융기관 직원이 예금관련 전산시스템에 ‘甲이 예금, 인출 예정’이라고 입력하였고 피고인도 이의를 제기하지 않았는데, 그 후 피고인이 금융기관을 상대로 예금 지급을 구하는 소를 제기하였다가 금융기관의 변제공탁으로 패소한 경우, 피고인에게 사기미수죄가 성립하지 않는다(大判 2011.5.13. 2009도5386). <주> 자기 명의의 예금 청구는 사기죄가 아니다. ♥ ⑦ 甲 주식회사 운영자인 피고인이 회사 운영이 어려워 돈을 차용하거나 투자를 받더라도 값을 의사나 능력이 없는데도 피해자들로부터 회사 운영자금 명목으로 돈을 차용한 경우, 피고인의 기망행위로 인하여 피해자들이 착오에 빠져 재산적 처분행위를 하였다고 볼 수 없다면 사기죄는 성립하지 않는다(大判 2011.10.13. 2011도8829).♥ ⑧ 어린이집 운영자가 허위로 지출을 증액하여 재무회계를 하여 보고하여 기본보육료를 지급받았더라도 회계보고에 허위가 개입되어 있다는 사정이 기본보육료의 지급에 관한 의사결정에 영향을 미쳤다고 볼 수 없다면 사기죄에 해당하지 않는다(大判 2016.12.29. 2015도3394). ⑨ 피해자 범인이나 단체의 대표자 등 기망의 상대방이 기망행위자와 동일인이거나 기망행위자와 공모하는 등 기망행위를 알고 있었다면 경우에는 기망의 상대방에게 기망행위로 인한 착오가 있다고 볼 수 없으므로, 업무상횡령죄 또는 업무상배임죄 등이 성립하는 것은 별론으로 하고 사기죄가 성립한다고 보기 어렵다(大判 2017.8.29. 2016도18986).♥♥♥

p.195 판례 ④ 아래 ⑤ 추가합니다.

재산상 이익 취득 부정
④ 자기의 채권자에 대한 채무이행으로 채권을 양도하였다 하더라도 위 채권이 존재하지 않는다면 위 채권의 양도로써 재산상의 이익을 취하였다고는 볼 수 없으므로 사기죄는 성립하지 않는다(大判 1985.3.12. 85도74).<주> 기망은 있으나 채무는 면제되지 않는다. ♥ ⑤ 부동산 소유권이전등기 등에 관한 특별조치법에 의거하여 임야의 사실상의 양수자가 확인서 발급 신청을 하자 피고인이 위조된 계약서 사본을 첨부하여 위 임야의 소유자라고 허위 주장하여 이의신청을 한 결과 위 확인서발급신청이 기각되었다 하더라도 위 임야를 편취하려는 기망행위에 나아간 것이라고 보기 어렵다(大判 1982.3.9. 81도2767). <주> 예컨대 친일파에게 재산이 귀속되지 못하게 하려고 기각을 유도한 사건으로서, 재산취득의 고의가 없다. ♥

p.199 판례이론 <주> 추가합니다.

판례이론

(ㄱ) 통화위조죄와 사기죄는 **그 보호법익을 달리**하고 있으므로 위조통화를 행사하여 재물을 불법 영득한 때에는 **위조통화행사죄와 사기죄**의 양죄가 성립한다(大判 1979.7.10. 79도840). <주> 판례는 1개의 행위이더라도 보호법익이 다른 경우에는 1/2 가중처벌을 위하여 실제적 경합범이라고 하는데, 학설의 비판을 받는다. ♥♥

p.202 판례이론 (ㄴ) 아래 (ㄸ) 추가합니다.

판례이론

(ㄴ) **피해자가 피고인의 신용상태를 인식**하고 있어 장래의 변제지체 또는 변제불능에 대한 **위험을 예상**하고 있거나 예상할 수 있었다면, 피고인이 구체적인 변제의사, 변제능력, 거래조건 등 거래 여부를 결정지을 수 있는 **중요한 사항을 허위로 말하였다**는 등의 사정이 **없는 한**, 피고인이 그 후 제대로 **변제하지 못하였다**는 사실만 가지고 변제능력에 관하여 피해자를 기망하였다고나 사기죄의 고의가 있었다고 단정할 수 없다(大判 2016.06.09. 2015도18555).♥♥♥

(ㄸ) **전문적으로 대출을 취급**하면서 차용인에 대한 체계적인 신용조사를 행하는 금융기관이 금원을 대출한 경우에는, 비록 대출 신청 당시 차용인에게 변제기 안에 대출금을 변제할 능력이 없었고, 자체 신용조사 결과에는 관계없이 ‘변제기 안에 대출금을 변제하겠다’는 취지의 **차용인 말만을 그대로 믿고** 대출하였다면 차용인의 기망행위와 금융기관의 대출행위 사이에 인과관계를 인정할 수 없다(大判 2000.6.27. 2000도1155).♥♥

p.206 판례이론 추가합니다.

사기죄가 성립하기 위해서 **피기망자와 처분행위자는 동일인**이어야 하지만, 처분행위자와 피해자는 동일인일 필요는 없다. 이때 처분행위자에게 피해자의 재산을 처분할 **법적 권한 또는 지위**가 있다면 삼각사기가 된다. 부동산은 **등기명**의자에게 법적 처분권한이 인정되고, **등기서류** 소지자에게는 사실상 처분할 지위가 인정된다. 처분권 있는 국가기관으로서는 **법원**이 대표적이기 때문에 삼각사기의 대표적 형태는 **소송사기**이다.

판례이론

(ㄱ) 사기죄가 성립하려면 피기망자가 착오에 빠져 어떠한 재산상의 처분행위를 하도록 유발하여 재산적 이익을 얻을 것을 요하고, 피기망자와 재산상의 피해자가 같은 사람이 아닌 경우에는 피기망자가 피해자를 위하여 그 **재산을 처분할 수 있는 권능을 갖거나 그 지위에** 있어야 하지만, 여기에서 피해자를 위하여 재산을 처분할 수 있는 권능이나 지위라 함은 반드시 사법상의 위임이나 대리권의 범위와 일치하여야 하는 것은 아니고 피해자의 의사에 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 한다(大判 1994.10.11. 94도1575).♥

p.210 자리 이동되었으므로 아래 판례 내용을 삭제합니다.
(3.0 2쇄에서 이미 반영된 경우에는 수정하지 않아도 됩니다.)

실행착수 부정 - 기타의 경우
① 부동산 소유권이전등기 등에 관한 특별조치법에 의거하여 임야의 사실상의 양수자가 확인사 발급 신청을 하자 피고인이 위조된 계약서 사본을 첨부하여 위 임야의 소유자라고 허위 주장 하여 이의신청을 한 결과 위 확인사발급신청이 기각되었다 하더라도 위 임야를 편취하려는 가 망행위에 나아간 것이라고 보기 어렵다(大判 1982.3.9. 81도2767). <주> 예컨대 원일파에게 재산이 귀속되지 못하게 하려고 기각을 유도한 사건으로서, 재산취득의 고의가 없다. ♥ ② 甲이 금융기관에 피고인 명의로 예금을 하면서 자신만이 이를 인출할 수 있게 해달라고 요청하여 금융기관 직원이 예금관련 전산시스템에 ‘甲이 예금, 인출 예정’이라고 입력하였고 피고인도 이의를 제기하지 않았는데, 그 후 피고인이 금융기관을 상대로 예금 지급을 구하는 소를 제기하였다가 금융기관의 변제공탁으로 패소한 경우, 피고인에게 사기미수죄가 성립하지 않는다(大判 2011.5.13. 2009도5386). <주> 자기 명의의 예금 청구는 사기죄가 아니다. ♥

p.232 맨 위 판례 위에 판례이론 추가합니다.

판례이론

- (㉠) (1) 횡령죄의 객체가 타인의 재물에 속하는 이상 구체적으로 **누구의 소유인지**는 횡령죄의 성립 여부에 영향이 없다.
(2) 법인격 부인 또는 남용 범리는 회사가 법인격을 남용했다고 볼 수 있는 예외적인 경우에 회사에 법인격이 있더라도 이를 무시하고 그 뒤에 있는 배후자에게 책임을 추궁하는 것이다. 피고인들이 피해 회사의 자회사 계좌를 이용하여 피해 회사의 납품대금을 횡령한 이 사건에서 **법인격 부인 여부에** 따라 횡령죄의 성립이 좌우되는 것도 아니다.
(3) **주식회사는 주주와 독립된 별개의 권리주체**로서 그 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로, 주주나 대표이사 또는 그에 준하여 회사 자금의 보관이나 운용에 관한 사실상의 사무를 처리하는 자가 회사 소유의 재산을 사적인 용도로 함부로 처분하였다면 횡령죄가 성립한다(大判 2019. 12. 24. 2019도9773).

대표이사 - 회사의 재물 보관자 - 횡령죄 인정
① 주식회사는 주주와 독립된 별개의 권리주체로서 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로, 주주나 대표이사가 회사 소유 재산을 제3자의 자금 조달을 위하여 담보로 제공하는 등 사적인 용도로 임의 처분하였다면 그 처분에 관하여 주주총회나 이사회의 결의가 있었는지 여부와는 관계없이 횡령죄의 죄책을 면할 수는 없다(大判 1990.2.23. 89도2466).♥

p.246 (㉠) 추가하고, (㉠)(㉡)(㉢)은 (㉡)(㉢)(㉣)으로 번호 변경합니다.

판례이론

- (㉠) 횡령죄는 다른 사람의 재물에 관한 소유권 등 본권을 그 보호법익으로 하고 본권이 침해될 **위험성**이 있으면 그 침해의 결과가 발생되지 아니하더라도 성립하는 이른바 **위태법**이다(大判 2002.11.13. 2002도2219).♥
- (㉡) 피고인이 자기의 점유 하에 있는 피해자 소유의 원사에 대하여 불법영득의 의사로 연사의 가공행위를 한 이상 그 불법영득의 의사가 객관적으로 **외부에 표현**된 것이라고 보겠으므로 이로써 횡령죄는 기수가 된다(大判 1981.5.26. 81도673). <주> 표현설로 평가된다.
- (㉢) (1) 타인소유의 부동산을 보관중인 명의수탁자가 신탁관계에 위반하여 이를 담보로 제공하고 근저당권을 설정하는 경우에는 후에 이를 반환하였는지 여부에 관계없이 위 부동산에 관한 **근저당권설정등기**를 마치는 때에 위 부동산에 관한 횡령죄의 기수가 된다(大判 1985.9.10. 85도86).
(2) 미등기건물의 관리를 위임받아 보관하고 있는 자가 임의로 건물에 대하여 자신의 명의로 **보존등기**를 한 때 이미 횡령죄는 완성되었다(大判 1993.03.09. 92도2999). <주> 실현설로 평가된다.
- (㉣) (1) 업무상횡령죄에서 불법영득의 의사라 함은, 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같이 처분하는 의사를 말하고 **사후에 이를 반환하거나 변상, 보전하는 의사**가 있다 하더라도 이를 인정하는 데는 지장이 없다. ♥
(2) 또한 업무상횡령죄는 위와 같은 불법영득의 의사가 확정적으로 외부에 표현되었을 때 성립하는 것이므로, 횡령의 범행을 한 자가 물건의 **소유자에 대하여 별도의 금전채권**을 가지고 있었다 하더라도 **횡령 범행 전에 상계 정산**하였다는 등 특별한 사정이 없는 한 그러한 사정만으로 이미 성립한 업무상횡령죄에 영향을 미칠 수는 없다(大判 2012. 6. 14. 2010도9871).♥

p.251 ⑦ ⑧ 추가하고, ⑦ 은 ⑨ 로 번호 변경합니다.

- ⑦ 주식회사는 주주 등과 독립된 별개의 권리주체로서 그 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로 주주총회나 이사회 의결권에는 스스로 한계가 있는바, **주주 등이 주식회사 소유 자금을** 차용금이라는 명목으로 함부로 인출하여 개인채무 변제 등 사적인 용도로 사용하였다면 이는 주식회사 제도의 목적에 비추어 볼 때 **주주총회나 이사회 의결에 관계없이** 횡령죄를 구성할 수 있다(大判 2007.10.11. 2007도6012; 2011.3.24. 2010도17396).♥
- ⑧ ‘장흥군 사회단체보조금 지원에 관한 조례’ 등의 규정에 비추어 위 조례상의 보조금은 그 **용도가 엄격히 제한된 자금**으로 보아야 하고, 위와 같은 보조금을 집행할 직책에 있는 자가 자기 자신의 이익을 위한 것이 아니고 **경비부족을 메우기 위하여** 보조금을 전용하였다면, 업무상횡령죄의 ‘불법영득의사’를 부인할 수 없다(大判 2010.9.30. 2010도987).♥
- ⑨ 회사의 이사 등이 업무상의 임무에 위배하여 보관 중인 **회사의 자금으로 뇌물을 공여**하였다면 이는 오로지 회사의 이익을 도모할 목적이라고 볼 수 없으므로, 그 이사 등은 회사에 대하여 업무상횡령죄의 죄책을 면하지 못한다(大判 2013.04.25. 2011도9238). <주> 적법하게 보관 중인 회사의 자금으로 업무상 임무에 위배하여 뇌물로 공여한 사건이다. ♥

p.255 ③을 추가하고, ③ ④ 는 ④ ⑤ 로 번호 변경합니다.

(2) 기타의 죄수관계

죄수관계
③ 동일한 기회에 동일한 범죄의 태양으로 수회에 걸친 예금인출행위로 수인의 피해자 에 대해 업무상횡령행위를 행한 경우에는 그 피해범의 단일하다고 할 수 없으므로 업무상횡령죄 포괄 일죄의 성립을 인정하기 어렵다(大判 2011.2.24. 2010도13801). <주> 실체적 경합범이다. ♥
④ 甲 주식회사가 지식경제부 산하 여러 기관들과 각각 다른 시기에 서로 다른 내용의 협약을 체결하여 정부과제사업 9건을 부여받고 각 과제별로 정부출연금 을 교부받았는데 甲 회사의 대표 이사 또는 자금담당 임원인 피고인들이 위탁 취지에 반하여 자금을 처분한 경우, 피고인들의 행위는 과제별로 별개인 위탁신탁금계를 침해한 것이다(大判 2011.7.28. 2009도8265). <주> 실체적 경합범이다. ♥
⑤ 甲이 A주식회사 로부터 렌탈(임대차)하여 컴퓨터 본체, 모니터 등을 받아 보관하였고, B주식회사 로부터 리스(임대차)하여 컴퓨터 본체, 모니터, 그래픽카드, 마우스 등을 보관하다가, 같은 날 성명불상의 업체에 한꺼번에 처분 하여 횡령한 경우, 피해자들에 대한 각 횡령죄는 상상적 경합관계에 있다(大判 2013.10.31. 2013도10020).♥

p.258 판례이론 (ㄱ) 아래 (ㄴ) 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) (1) **금전의 수수를 수반하는 사무처리**를 위임받은 자가 그 행위에 기하여 위임자를 위하여 제3자로부터 **수령한 금전**은, 목적이나 **용도를 한정**하여 위탁된 금전과 마찬가지로, 달리 특별한 사정이 없는 한 그 수령과 동시에 **위임자의 소유**에 속하고, 위임을 받은 자는 이를 위임자를 위하여 보관하는 관계에 있다(大判 2003.6.24. 2003도1741).♥
- (2) 따라서 그 위임의 취지대로 사용하지 않고 마음대로 피고인의 **위임자에 대한 채권에 상계충당**함은, 상계정산하기로 하였다는 특별한 약정이 없는 한, 당초 위임한 취지에 반하는 것으로서 **횡령죄**를 구성한다(大判 2007. 2. 22. 2006도8939).♥
- (ㄴ) (1) 통상 위탁판매의 경우에 위탁판매인이 위탁물을 매매하고 수령한 금원은 위탁자의 소유에 속하여 위탁판매인이 함부로 이를 소비하거나 인도를 거부하는 때에는 횡령죄가 성립한다고 할 것이나,
- (2) 위탁판매인과 위탁자간에 판매대금에서 각종 **비용이나 수수료 등을 공제한 이익을 분배**하기로 하는 등 그 대금처분에 관하여 **특별한 약정이 있는** 경우에는 이에 관한 정산관계가 밝혀지지 않는 한 위탁물을 판매하여 이를 소비하거나 인도를 거부하였다 하여 곧바로 횡령죄가 성립한다고는 할 수 없다(大判 1990.3.27. 89도813).♥

p.263 이론 추가합니다.

II 횡령죄와 배임죄의 관계

제355조 【배임】 ② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.
제359조 【미수범】 제355조 내지 제357조의 미수범은 처벌한다.

타인의 사무를 처리하는 자가 상대방과 거래를 하면서 자기 또는 제3자가 이익을 취득하고 타인에게 손해를 가하는 범죄이다. 사무처리자와 상대방이 거래 주체이고, 타인은 거래 현장에 없는 3인칭으로서 본인이라고 표현한다. 즉 타인사무의 **타인**과 본인에게 손해의 **본인**은 동일인이다.

타인소유의 재물에 대하여 타인을 배신한 행위는 횡령죄에 해당한다. 그러나 **자기소유의 재물**에 대하여 타인을 배신한 행위는 횡령죄에 해당하지 않고 배임죄에 해당한다. 배임죄는 타인소유 또는 자기소유를 불문하고 타인을 위한 사무처리자가 주체이기 때문이다.

민사**계약**을 위반하는 것은 단순위법으로 형사처벌하지 않는 것이 원칙이다. 다만 배신의 정도가 중대한 때에만 불법으로 취급하여 형사처벌하는데, 판례는 타인사무의 **대행**의무자와 타인재산보전의 **협력**의무자를 배임죄의 주체로 본다.

p.264 판례 ④ 삭제하고, 그 아래 새로 판례박스 추가합니다.

고용계약 - 대행의무 인정
④ 공무원이 그 임무에 위배되는 행위로써 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득하게 하여 국가에 손해를 가한 경우에 업무상배임죄가 성립한다(大判 2013.09.27. 2013도6835). <주> 공무원도 국가의 재산(개인적 법익)을 관리하는 자로서 배임죄 주체가 된다.♥

공무원 - 배임죄 주체 인정
① 면사무소 개발계장인 피고인이 국가 예산으로 추진되 는 댐 주변 정리사업의 대상지 선정업무 등을 보조하면서 피고인 소유의 토지에 관한 이용 효율성을 높이기 위한 목적으로 그 진입로를 정비하고 이 사건 교량을 설치하는 공사 등이 진행될 수 있도록 자의적인 업무처리를 한 경우, 업무상배임죄가 성립한다(大判 2007.6.1. 2005도9288). <주> 공무원의 배임죄이다.
② 공무원인 피고인이 대통령의 퇴임 후 사용할 사저부지 와 그 경호부지 를 일괄 매수하는 사무 를 처리하면서 매매계약 체결 후 그 매수대금을 대통령의 아들과 국가에 배분함에 있어, 감정평가 결과와 전혀 다르게 상대적으로 사저부지 가격을 낮게 평가하고 경호부지 가격을 높게 평가하여 매수대금을 배분한 경우, 국가사무를 처리하는 자로서의 임무위배행위에 해당한다(大判 2013.9.27. 2013도6835). <주> 공무원의 배임죄이다.

p.265 과판판례 ⑤ 아래 ⑥ 추가합니다.

위임계약 - 대행의무 인정
⑤ 甲 주식회사와 가맹점 관리대행계약 등을 체결하고 그 대리점으로서 가맹점 관리업무 등을 수행하는 乙 주식회사 대표이사인 피고인이 甲 회사의 가맹점을 다른 경쟁업체 가맹점으로 임의로 전환한 경우, 업무상 배임죄가 성립한다(大判 2012.5.10. 2010도3532).♥♥
⑥ 타인 소유의 특허권을 명의신탁받아 관리하는 업무를 수행해 오다가 제3자로부터 특허권을 이전에 달라는 제의를 받고 대금을 지급받고는 그 타인의 승낙도 받지 않은 채 제3자 앞으로 특허권을 이전등록한 경우에는 업무상배임죄가 성립한다(大判 2016.10.13. 2014도17211). <주> 특허권은 재산상 이익이며, 이를 관리하는 업무는 대행자로서 배임죄의 주체가 된다. ♥

p.269 판례 ① 추가하고, 123은 234로 번호 변경합니다.

배임행위 무효 - 원칙 손해 없음 - 배임죄 부정
① 대표이사가 대표권을 남용하여 자신의 개인채무에 대하여 회사 명의의 차용증 을 작성하여 주었고, 그 상대방도 이와 같은 진의를 알았거나 알 수 있었던 사안에서, 무효인 차용증을 작성하여 준 것만으로는 회사에 재산상 손해가 발생하였다거나 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 없어 업무상배임죄가 성립하지 않는다(大判 2010.5.27. 2010도1490).♥
② 甲 주식회사의 실질적 경영자인 피고인이 자신의 개인채무를 담보하기 위하여 甲 회사 소유 부동산에 乙 앞으로 근저당권설정등기 를 마친 경우, 乙이 피고인이 개인채무를 담보하기 위하여 근저당권을 설정한다는 사정을 알고 있었다면 甲 회사에 재산상 실해 발생의 위험이 초래된 것으로 볼 수 없으므로 업무상 배임죄가 성립하지 않는다(大判 2012.2.23. 2011도15857). <주> 대표권남용을 거래상대방이 알고 있다면 거래행위는 무효가 된다.
③ 甲 주식회사 대표이사인 피고인이 甲 회사의 이익과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 자신의 채권자들에게 회사 명의의 금전소비대차 공정증서 등을 작성하는 대표권 남용행위를 하였고 상대방들도 이를 알았거나 충분히 알 수 있었다면 업무상 배임죄가 성립하지 않는다(大判 2012.5.24. 2012도2142).♥
④ 주식회사의 주주총회결의에서 자신이 대표이사로 선임된 것으로 주주총회의사록 등을 위조한 자가 회사를 대표하여 대물변제 등의 행위를 한 경우, 대물변제 등의 행위는 법률상 효력이 없어 그로 인하여 회사에 어떠한 손해가 발생한다고 할 수 없으므로, 회사에 대한 배임죄를 구성하지 않는다(大判 2013.03.28. 2010도7439).♥

p.270 ① 내용 변경하고, ② ③ ④ 는 키워드 색깔만 바꿉니다.

(5) 계열사 부당지원 - 배임죄 인정

계열사 부당지원 - 배임죄 인정
① 甲계열회사의 대표이사이자 甲계열회사가 속해있는 그룹의 회장이 그룹의 명예 손상 등을 방지한다는 이유로 乙계열회사의 재무구조를 잘 알고 있으면서 甲계열회사의 자금으로 만성적인 적자로 인한 자본잠식 등으로 재무구조가 상당히 불량한 상태에 있는 乙 계열회사 가 발행하는 신주를 액면가격으로 인수 한 경우 업무상 배임죄로 처벌할 수 있다(大判 2004.6.24. 2004도520).♥
② 재벌그룹 소속 주식회사가 골프장 건설 사업을 진행 중인 비상장회사의 주식 전부를 보유하고 그 회사를 위하여 수백억 원의 채무보증을 한 상태에서 회사의 대표이사와 이사들이 주식 전부를 주당 1원으로 계산 하여 그룹 회장인 위 대표이사와 그룹 계열사 에 매도한 경우, 위 주식회사에 주식의 적정한 거래가격과 매도가격의 차액 상단에 해당하는 손해를 가한 배임행위에 해당한다(大判 2008.5.15. 2005도7911).♥
③ 재벌그룹 회장과 그룹 구조조정추진본부 임원들이 다른 계열사들을 특정 계열사의 유상증자에 동원 하여 참여시킴으로써 다른 계열사들에 손해를 입힌 경우 업무상배임죄가 성립한다(大判 2008.5.29. 2005도4640).♥
④ 甲 주식회사의 대표이사인 피고인들이, 자력으로는 거액의 채무를 변제할 수 없는 상황에 처한 乙 주식회사가 대출받아 기존채무 변제에 사용하지 않고 이익실행 여부가 불확실할 뿐만 아니라 원금손실의 우려까지 있는 주식투자에 사용한다는 사실을 알면서도 乙 회사 로 하여금 대출을 받을 수 있도록 甲 회사의 예금을 담보로 제공 한 것은, 甲 회사에 대한 배임행위에 해당하고 그 범의도 인정된다(大判 2010.11.25. 2009도9144). <주> 甲·乙 회사는 계열사 관계이다.

p.270 판례 ① <주> 추가합니다.

(6) 이사회 또는 주주총회의 결의가 있는 경우 - 배임죄 인정

이사, 주주, 사원의 동의 - 배임죄 인정
① 대표이사가 임무에 배임하는 행위를 함으로써 주주 또는 회사채권자에게 손해가 될 행위를 하였다면 그 회사의 이사회 또는 주주총회의 결의 가 있었다고 하여 그 배임행위가 정당화될 수는 없다(大判 1989.10.13. 89도1012). <주> 회사에 손해를 주어 배임죄가 되고, 이로 인하여 간접적으로 주주에게도 손해가 되었던 사안이다. ♥♥♥

p.271 자리 이동된 2개 판례 삭제합니다.

(7) 기타의 경우

공무원의 배임죄 인정

① 면사무소 개발계장인 피고인이 **국가 예산으로 추진되는** 담 주변 정리사업의 대상지 선정업무 등을 보조하면서 피고인 소유의 토지에 관한 이용 효율성을 높이기 위한 목적으로 그 건입료를 정박하고 이 사건 교량을 설치하는 공사 등이 진행될 수 있도록 자의적인 업무처리를 한 경우, 업무상배임죄가 성립한다(大判 2007.6.1. 2005도9288). <주> 공무원의 배임죄이다.

② 공무원인 피고인이 대통령의 퇴임 후 사용할 **사저부지와 그 경호부지를 일괄 매수하는 사무**를 처리하면서 매매계약 체결 후 그 매수대금을 대통령의 아들과 국가에 배분함에 있어, 감정평가 결과와 전혀 다르게 상대적으로 사저부지 가격을 낮게 평가하고 경호부지 가격을 높게 평가하여 매수대금을 배분한 경우, 국가사무를 처리하는 자로서의 임무위배행위에 해당한다(大判 2013.9.27. 2013도6835). <주> 공무원의 배임죄이다.

p.273 판례이론 (ㄷ)(ㄱ)(ㄴ) 추가하고, (ㄷ)은 (ㄱ)으로 번호 변경합니다.

판례이론

(ㄷ) 금융기관이 금원을 대출함에 있어 대출금 중 선이자를 공제한 나머지만 교부하거나 약속어음을 할인함에 있어 만기까지의 선이자를 공제한 경우 금융기관으로서의 대출금채무의 변제거나 약속어음의 만기에 선이자로 공제한 금원을 포함한 대출금 전액이나 약속어음 액면금 상당액을 취득할 것이 기대된다 할 것이므로 배임행위로 인하여 금융기관이 입는 손해는 **선이자를 공제한 금액**이 아니라 **선이자로 공제한 금원을 포함한 대출금 전액**이나 약속어음 액면금 상당액으로 보아야 한다(大判 2003.10.10. 2003도3516).♥

(ㄱ) 피고인이 그 업무상 임무에 위배하여 **부당한 외상 거래행위**를 함으로써 업무상 배임죄가 성립하는 경우, 담보물의 가치를 초과하여 외상 거래한 금액이나 **실제로 회수가 불가능**하게 된 외상거래 금액만이 아니라 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해 발생의 위험이 있는 **외상 거래대금 전액**을 그 손해액으로 보아야 할 것이다(大判 2000.4.11. 99도334). ♥♥

(ㄴ) 업무상배임죄에서 재산상 손해의 유무에 관한 판단은 **법률적 판단**에 의하지 아니하고 **경제적 관점**에서 실질적으로 판단하여야 하는데, 여기에는 재산의 처분 등 직접적인 재산의 감소, 보증이나 담보제공 등 채무 부담으로 인한 재산의 감소와 같은 **적극적 손해**를 야기한 경우는 물론, 객관적으로 보아 취득할 것이 충분히 기대되는데도 임무위배행위로 말미암아 이익을 얻지 못한 경우, 즉 **소극적 손해**를 야기한 경우도 포함된다(大判 2013.4.26. 2011도6798).♥

- (ㄱ) (1) 회사의 대표이사가 제3자의 채무를 담보하기 위하여 회사 명의의 백지약속어음을 제공하는 **배임행위를 한 후** 법적 효력이 **더 확실한 채무보증을 위해** 이를 회수하고 대신 다른 회사가 발행한 **새로운 약속어음을 배서·교부**한 경우, 위 담보교체행위로 선행 담보제공으로 인한 기존의 위험과는 별개로 회사에 새로운 손해발생의 위험을 초래하였다고 보기 어렵다. ♥
- (2) **기왕에 한 담보제공행위**로 인하여 이미 재산상의 손해발생 위험이 발생하였다면 그 후에 그 담보물을 다른 담보물로 교체한다 하여도 **새로 제공하는 담보물**의 가치가 기존 담보물의 가치보다 **더 작거나 동일**하다면 회사에 새로운 손해발생의 위험이 발생하였다고 볼 수 없으며, 이러한 법리는 제공된 전후의 담보방법이 다소 다른 경우에도 같다. ♥
- (3) 따라서 동일 채무를 위해 기존의 담보방법을 새로운 담보방법으로 교체하는 행위를 배임죄로 처단하려면 **새로운 담보물**의 가치가 기존의 담보물에 비해 **더 크거나** 선행 담보제공에 의해 발생한 기존의 손해발생의 위험이 어떤 사유로 소멸하고 그 담보교체로 인해 기존의 손해발생의 위험과는 다른 **새로운 손해발생의 위험**이 발생하였다고 평가할 수 있는 사정이 있어야 한다(大判 2008.5.8. 2008도484).♥

p.273 파관판례 ② 아래 내용으로 교체합니다.

재산상 손해 인정

① 신용금고의 대표이사인 피고인이 예금이 실제로 입금되지 아니하였음에도, 그 예금이 **입금된 듯이 입금전표와 거래원장을 작성**하고 전산입력까지 마친 다음 예금통장을 명의자들에게 교부한 것이라면, 그 허위의 예금은 언제든지 인출될 수 있는 상태에 있게 됨으로써 이미 신용금고에게 재산상 실효 발생의 위험을 초래하였다고 볼 수 있다(大判 1996.9.6. 96도1606).

② [1] 협동조합의 이사장이던 피고인이 조합 명의로 조합의 자본금을 현저히 초과하는 액수의 건물을 매입함으로써 받을 채권이 소멸되고 오히려 채무를 부담하게 되어 그만큼 조합의 자금을 그 본래의 목적인 금융업무에 사용할 수 없게 되는 **유동성의 장애가 발생**한 경우 재산상 손해를 인정할 수 있어 업무상배임죄가 성립한다. [2] 다만 이러한 재산상 손해는 그 액수를 구체적으로 산정할 수 없기 때문에 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률로 의율할 수 없다(大判 2001.11.13. 2001도3531).♥

p.276 전합 판결로 아래 이론 수정합니다.

IV 주체 - 협력자 (매도등기, 계주, 공법상 채권)

타인에게 재산을 이전하기로 한 약정을 위반하여 이를 제3자에게 이전한 경우에는 원칙적으로 민사채무를 부담할 뿐 형사책임을 부담하지는 않는다(계약자유의 원칙). 다만 타인의 재산보전을 위한 협력의무가 있는 경우에 한해서 배임죄의 죄책을 진다.

부동산 매도인의 등기의무, 계주가 계금을 지급할 의무, 공법상 채권의 이전의무 등은 협력의무로서 배임죄의 주체가 된다. 그러나 매매대금의 지급의무, 동산의 점유이전의무, 사법상 채권의 이전의무 등은 협력의무가 아니므로 배임죄의 주체가 아니다.

p.278 전합으로 변경되었고, 중복된 내용이므로 판례 ② 삭제합니다.

배임죄 인정 - 부동산 계약 유효

① 농지매매에 관하여 소재지관서의 **증명이 없는** 경우에는 매매에 의한 물건변동의 효과, 즉 소유권이전의 효과를 발생할 수는 없으나 농지매매 당사자 사이에 채권계약으로서의 매매계약은 유효히 성립할 수 있는 것이므로, **농지를 이종으로 매도**한 경우에 먼저의 농지매매에 관하여 소재지관서의 증명이 없다는 이유만으로는 배임죄의 성립을 부정할 수 없다(大判 1991.7.9. 91도846). <주> 유효적 유효이다.

② ~~피해자를 기망하여 부동산에 근저당권설정을 약정하여 금원을 편취한 후, 그 약정이 취소되지 않은 상태에서 그 부동산에 관하여 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마친 경우, 사기죄와 별도로 배임죄는 성립한다(大判 2008.3.27. 2007도9328):♥♥♥~~

p.280 (2) 채무자의 변제기 전 처분부터 ~ p.283 (4) 채권자의 취거 전까지 아래 내용으로 교체합니다.

(2) 부동산 담보설정자의 변제기 전 처분

2020년에 담보제공자의 처분에 대하여 민사상 의무를 부담할 뿐, 형법상 배임죄의 주체인 타인사무 처리자로서의 의무를 부정한 전원합의체 판결이 4개가 나왔다.

판례이론

(ㄱ) (1) **채무자**가 금전채무를 담보하기 위한 **저당권설정**계약에 따라 채권자에게 그 소유의 **부동산**에 관하여 저당권을 설정할 의무를 부담하게 되었다고 하더라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서 이루어지는 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 채무자가 제3자에게 먼저 담보물에 관한 저당권을 설정하거나 담보물을 양도하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 채권실현에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.
(2) 위와 같은 법리는, **채무자**가 금전채무에 대한 담보로 **부동산**에 관하여 **양도담보설정**계약을 체결하고 이에 따라 채권자에게 소유권이전등기를 해 줄 의무가 있음에도 제3자에게 그 부동산을 처분한 경우에도 적용된다(大判 2020. 6. 18. 2019도14340 전합). ♥♥♥

부동산 담보제공자의 처분 - 배임죄 부정

- ① 피고인이甲으로부터 18억 원을 차용하면서 담보로 **피고인 소유의 아파트**에 甲 명의의 4순위 **근저당권을 설정해 주기로 약정**하였음에도 **제3자에게** 채권최고액을 12억 원으로 하는 4순위 **근저당권을 설정**하여 준 경우, 피고인은 甲에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하지 않는다(大判 2020.6.18. 2019도14340 전합).♥
- ② **부동산**에 피해자 명의의 **근저당권을 설정**하여 줄 의사가 없음에도 피해자를 속이고 근저당권설정을 약정하여 금원을 편취한 경우라 할지라도, 이러한 약정은 사기 등을 이유로 취소되지 않는 한 여전히 유효하여 피해자 명의의 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 발생하는 것이고, 그럼에도 불구하고 임무에 위배하여 그 부동산에 관하여 **제3자 명의로 근저당권설정등기**를 마친 경우, 이러한 배임행위는 금원을 편취한 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 사기 범행의 불가벌적 사후행위가 된다(大判 2008.3.27. 2007도9328). (大判 2020. 6. 18. 2019도14340 전합으로 변경) ♥
- ③ [1] 채권 **담보**를 위한 **대물변제계약** 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 **부동산**을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다. [2] 채무자인 피고인이 채권자 甲에게 차용금을 변제하지 못할 경우 자신의 어머니 소유 부동산에 대한 유증상속분을 **대물변제하기로 약정**한 후 유증을 원인으로 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 제3자에게 매도한 경우 피고인이 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다(大判 2014.08.21. 2014도3363 전합). <주> 정식계약이 아닌 예약 단계이므로 언제든 갺 수 있다. ♥♥

④ 피고인이 甲 새마을금고로부터 특정 **토지 위에 건물을 신축**하는 데 필요한 공사자금을 대출받으면서 이를 담보하기 위하여 乙 신탁회사를 수탁자, 甲 금고를 우선수익자, 피고인을 위탁자 겸 수익자로 한 **담보신탁계약** 및 자금관리대리사무계약을 체결하였고 계약 내용에 따라 건물이 준공된 후 乙 회사에 신탁등기를 이행하여 甲 금고의 우선수익권을 보장할 임무가 있음에도 이에 위배하여 **丙 앞으로 건물의 소유권보존등기**를 마쳐준 경우, 피고인은 배임죄에서의 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하지 않는다(大判 2020. 4. 29. 2014도9907).

부동산 담보제공자의 처분 - 배임죄 인정
① 자신의 채권자와 부동산 양도담보설정 계약을 체결한 피고인이 그 소유권이전등기 경료 전에 임의로 기존의 근저당권자인 제3자에게 지상권설정등기 를 경료하여 준 경우, 배임죄를 구성한다(大判 1997.6.24. 96도1218). <주> 저당권설정이나 양도가 아니라 지상권을 설정한 사안이라서 전합 판결로 폐기되지 않았다. ♥
② 피해자는 제1순위의 근저당권이 설정될 것으로 알고 금원을 대여하고 그런 내용의 근저당권 설정에 관한 문서작성을 위촉하였는데도 불구하고 피고인이 후순위인 제2 내지 제3번 의 근저당권 설정에 관한 문서를 작성하여 그에 따른 신청으로 등기가 경료되었다면 이는 의뢰자인 본인에게 손해를 가하였다고 볼 것이므로 배임죄가 성립한다(大判 1982.11.9. 81도2501). <주> 1순위를 2 내지 3순위로 문서를 위조하여 근저당권을 설정한 사안이라서 전합 판결로 폐기되지 않았다. ♥
③ 피해자와 주택에 대한 전세권설정 계약을 맺고 전세금의 중도금까지 지급받고도 임의로 타에 근저당권설정등기 를 경료해 줌으로써 전세금반환채무에 대한 담보능력 상실의 위험이 발생되었다고 보여진다면 위 등기 경료행위는 배임죄를 구성한다(大判 1993.9.28. 93도2206). <주> 저당권설정 약속이 아니라 전세권설정을 약속한 사안이라서 전합 판결로 폐기되지 않았다. ♥
④ 과수원에 대한 근저당권설정 자인 피고인이 과수원에 대한 패원신청을 하고 감귤나무를 굴취 함으로써 패원보상비를 취득하고 피해자에게 근저당권의 담보가치가 감소되는 손해를 입도록 하였다면 배임죄가 성립한다(大判 2007.8.23. 2007도3082). <주> 부동산인 과수원을 저당권설정하거나 양도한 것이 아니라 감귤나무를 굴취한 사안이라서 전합 판결로 폐기되지 않았다. ♥

(3) 자동차 또는 공장기계 담보설정자의 변제기 전 처분

판례이론

- (ㄷ) (1) **채무자**가 금전채무를 담보하기 위하여 「**자동차** 등 특정동산 저당법」 등에 따라 그 소유의 동산에 관하여 채권자에게 **저당권을 설정**해 주기로 약정하거나 저당권을 설정한 경우 채무자가 저당권설정계약에 따라 부담하는 의무는 채무자 자신의 사무에 해당할 뿐이다. 그러므로 채무자가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실행에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립하지 아니한다.
- (2) 위와 같은 법리는, 금전채무를 담보하기 위하여 「**공장 및 광업재단 저당법**」에 따라 **저당권이 설정**된 동산을 **채무자**가 제3자에게 임의로 처분한 사안에도 마찬가지로 적용된다.
- (3) 이와 달리 채무 담보를 위하여 채권자에게 동산에 관하여 저당권 또는 공장저당권을 설정한 채무자가 타인의 사무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 채무자가 담보목적물을 처분한 경우 배임죄가 성립한다고 한 대법원 2003.7011. 2003도67 판결, 대법원 2012.9.13. 2010도11665 판결을 비롯한 같은 취지의 대법원판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다(大判 2020.10.22. 2020도6258 전합). ♥♥♥

자동차 저당권 설정자의 처분 - 배임죄 부정
① 자동차 에 대하여 저당권이 설정되는 경우 자동차의 교환가치는 그 저당권에 포섭되고, 저당권 설정자 가 자동차를 매도 하여 그 소유자가 달라지더라도 저당권에는 영향이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 저당권설정자가 단순히 그 저당권의 목적인 자동차를 다른 사람에게 매도한 것만으로는 배임죄가 성립하지 아니한다(大判 2008.8.21. 2008도3651).♥
② 피고인이 자신의 모(母) 명의를 빌려 자동차를 매수하면서 피해자 甲 주식회사에서 필요한 자금을 대출받고 자동차에 저당권을 설정 하였는데, 저당권자인 甲 회사의 동의 없이 이를 성명 불상의 제3자에게 양도담보로 제공 하여 甲 회사의 담보가치를 실질적으로 감소시킨 경우 배임죄가 성립하지 않는다(大判 2012.9.13. 2010도11665). (大判 2020.10.22. 2020도6258 전합으로 변경).♥♥
③ 공장저당권 설정자로부터 그의 금융기관에 대한 피담보 채무를 이행인수 하면서 공장저당법에 의하여 공장저당권이 설정된 공장기계를 함께 양수한 자 는 그 채무 변제시까지 목적물을 담보 목적에 맞게 보관하여야 할 임무가 있더라도 이를 타인사무 처리자라고 할 수 없으므로 공장기계를 제3자에게 임의 매도하였다면 공장저당권자에 대하여 배임죄가 성립하지 않는다(大判 2003.7.11. 2003도67). (大判 2020.10.22. 2020도6258 전합으로 변경). <주> 채무를 이행인수하면서 채무자와 유사한 지위를 가지게 되고 그에 따라 공장기계를 양수하면서 자기소유가 된다. 따라서 공장기계에 대하여 저당권을 설정한 자의 처분과 동일한 구조이다. ♥♥

자동차 양도담보제공자의 처분 - 배임죄 인정
① 양도담보된 동산이 자동차 인 경우 소유권의 득실변경은 등록을 하여야만 효력이 생기지만 그 사용방법에 따라 담보가치에 영향을 주므로 자동차를 양도담보로 설정하고서 점유하는 채무자가 이를 처분하는 등 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에도 역시 배임죄의 죄책을 면할 수 없다(大判 1989.7.25. 89도350). <주> 자동차에 대한 저당권설정 약속이 아니라 자동차 양도담보설정 약속을 위반한 사안이라서 전합 판결로 폐기되지 않았다.

(4) 동산 양도담보설정자의 변제기 전 처분

판례이론

- (ㄱ) (1) **채무자**가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 **동산**을 채권자에게 **양도담보로 제공**함으로써 채권자인 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되었다라도, 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 채권실행에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.
- (2) 위와 같은 법리는, 채무자가 동산에 관하여 양도담보설정계약을 체결하여 이를 채권자에게 양도할 의무가 있음에도 제3자에게 처분한 경우에도 적용되고, **주식**에 관하여 **양도담보설정**계약을 체결한 **채무자**가 제3자에게 해당 주식을 처분한 사안에도 마찬가지로 적용된다(大判 2020. 2. 20. 2019도97567 전합). ♥♥♥

(ㄴ) **채무자**가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 **동산**을 채권자에게 **동산·채권 등의 담보에 관한 법률에 따른 동산담보**로 제공함으로써 채권자인 동산담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 또는 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되었다라도, 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 채권실행에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립하지 아니한다(大判 2020. 8. 27. 2019도14770 전합). ♥

동산 또는 주식 양도담보제공자의 처분 - 배임죄 인정
① 수입업자가 신용장개설은행에게 양도담보로 제공한 수입물품을 신용장대금의 변제 전에 보세창고업자로부터 인도받아 임의 처분한 경우 배임죄를 구성하지 않는다(大判 1998.11.1. 98도2526). (大判 2020. 2. 20. 2019도97567 전합으로 변경).♥♥ ② 금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 점유개정에 의하여 양도한 경우에는 이른바 약한 양도담보가 설정된 것이라고 볼 것이므로, 채무자가 양도담보된 동산을 처분하는 행위는 배임죄가 성립하지 않는다(大判 2010. 11. 25. 2010도11293). (大判 2020. 10. 22. 2020도6258 전합으로 변경).♥♥ ③ [1] 동산에 대하여 점유개정의 방법으로 이중 양도담보를 설정한 경우 처음의 양도담보권자에게 이중으로 양도담보제공을 하지 않기로 특약하였더라도 배임죄를 구성하지 않는다(大判 1989.4.11. 88도1586).♥ [2] 피고인이 그 소유의 에어컨을 피해자에게 양도담보로 제공하고 점유개정의 방법으로 점유하고 있다가 다시 이를 제3자에게 양도담보로 제공하고 역시 점유개정의 방법으로 점유를 계속한 경우, 배임죄를 구성하지 않는다(大判 1990.2.13. 89도1931). <주> 점유개정의 방법으로 채무자가 점유하고 있기 때문에 처음 양도담보권자의 담보권실행에 아무런 지장을 주지 않는다. ♥♥ ④ 채무자가 그 소유의 동산에 대하여 점유개정의 방식으로 채권자들에게 이중의 양도담보 설정계약을 체결한 후 양도담보 설정자가 목적물을 임의로 제3자에게 처분하였다면 양도담보권자라 할 수 없는 뒤의 채권자에 대한 관계에서는, 설정자인 채무자가 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수 없어 배임죄가 성립하지 않는다(大判 2004.6.25. 2004도1751). <주> 동산에 대한 이중 양도담보를 설정하면 민법상 1물1권주의에 의하여 처음의 양도담보권자만 담보권을 취득하고 나중의 양도담보권자는 담보권을 취득하지 못한다. 따라서 동산을 이중양도담보로 제공한 채무자가 담보물인 동산을 처분하여 현실인도하면 처음의 양도담보권자에 대해서는 2020도6258 전합판결에 의하여 배임죄가 성립하지 않고, 나중의 양도담보권자에 대해서는 기존판결에 의하더라도 배임죄가 성립하지 않는다. ⑤ 채무자가 채권자로부터 돈을 차용하면서 담보로 채무자 소유의 주식에 대하여 주권교부의 방법으로 양도담보를 설정하기로 약정하고 아직 채권자에게 주식의 현실 교부가 이루어지지 아니한 상태에서 다시 제3자와 그 주식의 일부 또는 전부에 대하여 양도담보를 설정하기로 약정하고 차용금의 일부 또는 전부를 수령한 경우 배임죄가 성립하지 않는다(大判 2010.2.25. 2009도13187). (大判 2020. 2. 20. 2019도97567 전합으로 변경).

채권 담보제공자의 처분 - 배임죄 인정
① 피고인이 甲에게서 돈을 차용하면서 피고인 소유의 골프회원권을 담보로 제공한 후 이를 제3자에게 임의로 매도한 경우, 피고인은 담보물인 골프회원권을 담보 목적에 맞게 보관·관리할 의무를 부담함으로써 甲의 사무를 처리하는 자의 지위에 있으므로 배임죄가 성립한다(大判 2012.2.23. 2011도16385). <주> 동산 또는 주식이 아니라 채권에 대한 담보제공자의 처분이므로 전합 판결에 의하여 폐기되지 않았다. ♥

채권 담보제공자의 채권 유지의무 - 배임죄 부정
① [1] 채무자가 투자금반환채무의 변제를 위하여 담보로 제공한 임차권을 유지할 계약상 의무가 있다고 하더라도, 타인의 사무에 해당한다고 볼 수 없다. [2] 아울렛 의류매장의 운영과 관련하여 투자자를 받으면서 투자금반환채무의 변제를 위하여 의류매장에 관한 임차인 명의를 변경해 주었음에도 제3자에게 의류매장에 관한 임차인의 지위 등 권리 일체를 양도한 경우 배임죄가 성립하지 않는다(大判 2015.03.26. 2015도1301). <주> 채권인 임차권 유지의무는 민사채무일 뿐이다. ♥

(5) 채권자의 변제기 전 처분

부동산의 소유권이전등기를 경료한 채권자의 처분은 자기소유물 처분으로 **배임죄**가 성립한다(판례; 학설의 비판이 있다). **동산** 양도담보는 내부적으로는 채무자가 소유자이므로 채권자의 처분은 타인소유 재물의 처분으로 **횡령죄**가 성립한다.

채권자의 부동산 처분 - 배임죄 인정
① [1] 매매계약으로 인한 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기권자가 변제기한 전에 채무자의 승낙 없이 이 사건 부동산을 그의 처 앞으로 소유권이전등기를 경료한 경우에는 배임죄가 성립한다(大判 1976.9.14. 76도2069). <주> 가등기는 임시등기를 말한다. 가등기권자는 자기 앞으로 소유권이전등기를 할 권한이 있으므로, 배임죄의 주체가 된다. [2] 담보목적으로 피고인 명의로 가등기가 경료된 피해자 소유의 부동산에 대하여 피해자의 아들로부터 채무가 변제 공탁된 사실을 통고받고서도 피고인 앞으로 본등기를 경료함과 동시에 제3자 앞으로 가등기를 경료하여 준 경우에는 배임죄가 성립된다(大判 1990.8.10. 90도414). <주> 가등기에 따른 본등기는 범죄가 아니다. 또한 본등기로 채권자 자기소유가 되므로 자기소유물에 대하여 타인을 배신한 행위는 배임죄가 성립한다. ♥ ② [1] 채권담보의 목적으로 부동산의 소유권이전등기를 넘겨받은 채권자는 채무자가 변제기까지 그 채무를 변제하면 그 등기를 환원하여 줄 의무가 있는 것이므로 그 변제기일 이전에 그 임무에 위배하여 제3자에게 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기를 하여 주었다면 비록 채무자가 변제기일까지 채무를 변제하지 아니하였더라도 배임죄의 성립에는 아무런 영향이 없다(大判 1988.12.13. 88도184; 大判 1989.11.28. 89도1309; 大判 1992.7.14. 92도753). [2] 채권의 담보를 목적으로 부동산의 소유권이전등기를 마친 채권자가 그 변제기일 이전에 그 임무에 위배하여 제3자에게 근저당권을 경료하여 주었다면 변제기일까지 채무자의 채무변제가 없었다고 하더라도 배임죄는 성립되고, 그와 같은 법리는 채무자에게 한대권을 주는 형식을 취하였다고 하여 다를 바가 없다(大判 1995.5.12. 95도283).♥

채권자의 동산 처분 - 타인소유물 처분 - 횡령죄 인정
① 점유개정에 의한 동산양도담보계약에 의하여 채무자가 점유하던 동산(포목)을 다른 사유로 보관하게 된 채권자 가 처분한 경우 횡령죄가 성립한다(大判 1989.04.11. 88도906). <주> 동산양도 담보에서 내부적으로 채무자가 소유자이다. ♥
② 금전을 대여하면서 채무자로부터 그 담보로 동산 을 교부받은 담보권자 가 실제의 피담보채권 이외에 자신의 제3자에 대한 기존의 채권까지 변제받을 의도로, 타인에게 담보목적물을 매각 하거나 담보로 제공하여 피담보채무 이외의 채권까지도 변제충당한 경우에는 불법영득의 의사가 인정된다(大判 2007.6.14. 2005도7880). <주> 동산양도담보는 내부적으로 채무자가 소유자이다. ♥
❏ 비교판례 ❏ 타인에게 매도담보로 제공한 동산 을 그대로 계속하여 점유하고 있는 경우에 그 동산을 임의로 처분하였다면 횡령죄 가 되는 것이고 권리행사방해죄는 성립되지 않는 것이다 (大判 1962.02.08. 4294형상470). <주> 일반적인 담보와 달리, 동산의 매도담보는 매매로 소유권을 넘기는 담보방식으로서 채무자와 채권자의 내부적 관계에서 채권자의 소유가 된다. 따라서 채무자 입장에서는 타인 소유물의 처분이므로 횡령죄가 성립한다.

p.283 제목 (4) (5)를 (6) (7)로 번호만 변경합니다.

(6) 채권자의 취거 등

채권자의 동산 취거 - 타인소유 타인점유물 취거 - 절도죄 인정

(7) 채권자의 변제기 후 처분

변제기가 경과한 후에 채권자가 담보권의 실행으로 담보물을 처분한 경우에는 정당한 권한 행사이므로 불가벌이며, 정산금을 채무자에게 반환하지 않아도 민사채무위반에 불과하여 형법상 불가벌이다. 다만, 채권 변제와 관련 없이 다른 목적으로 담보물을 처분하면 배임죄가 성립한다.

p.284 아래 내용 전함으로 변경되어 자리가동되었으므로 전체 삭제합니다.

(6) ~~저당권이 설정된 자동차의 처분~~

~~저당권이 설정된 자동차를 제3자에게 매도한 경우에도 등록부에 기재된 저당권자는 자신의 저당권 실행이 가능하므로 피해를 볼 위험이 없어서 무죄이다. 그러나 성명불상자에게 매도하면 저당권자의 권리실행이 불가능하므로 피해를 볼 위험이 발생하여 저당권자에 대한 배임죄가 성립한다.~~

저당권 설정된 자동차의 처분

- ① ~~자동차에 대하여 저당권이 설정되어있는 경우, 특별한 사정이 없는 한 저당권설정자가 단순히 그 저당권의 목적인 자동차를 다른 사람에게 매도한 것만으로는 배임죄가 성립하지 아니한다 (大判 2008.8.21. 2008도3651).♥♥~~
- ② [1] 특별한 사정이 없는 한 ~~저당권설정자가~~ 단순히 저당권의 목적인 자동차를 다른 사람에게 매도한 것만으로는 배임죄에 해당하지 아니하니, 자동차를 담보로 제공하고 점유하는 채무자가 부당히 **담보가치를 감소**시키는 행위를 한 경우 배임죄의 죄책을 면할 수 없다. [2] 채무자가 자신의 모(母) 명의를 빌려 자동차를 매수하면서 甲 주식회사에서 필요한 자금을 대출받고 자동차에 저당권을 설정하였는데, 저당권자인 甲 회사의 동의 없이 이를 **성명불상의 제3자에게 양도담보로 제공한 후** 甲 회사가 저당권을 실행하려 하였으나 소채파악이 되지 않아 집행불능이 되었고, 이권등록에 필요한 조치도 전혀 이루어지지 않았다면 채무자는 배임죄의 죄책을 진다(大判 2012. 9. 13. 2010도11665).♥♥

p.285 판례이론 (ㄴ)추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) (1) 매매와 같이 쌍방이 그 계약의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 **자기의 사무**에 해당하는 것이 원칙이다.
(2) 매매의 목적이 동산일 경우, 매도인에게 자기의 사무인 **동산인도채무** 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다(大判 2011.1.20. 2008도 10479 전합).♥♥♥
- (ㄴ) (1) **동산 매매**계약에서의 **매도인**은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하지 아니한다.
(2) 위와 같은 법리는 권리가전에 등기·**등록**을 요하는 동산에 대한 매매계약에서도 동일하게 적용되므로, **자동차** 등의 **매도인**은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하여, 매도인이 매수인에게 소유권이전등적을 하지 아니하고 타에 처분하였다고 하더라도 마찬가지로 배임죄가 성립하지 아니한다(大判 2020.10.22. 2020도6258 전합). ♥♥♥

p.286 전합으로 내용 변경되어 자리가동되었으므로, 아래 내용 전체 삭제합니다.

(2) 동산의 이중양도담보 — 배임 원칙 부정

동산을 이중으로 양도담보로 제공하면 1물1권주의에 의하여 **처음** 양도담보권자만 권리자로 인정받고, **나중** 양도담보권자에게는 권리가 없다. 동산의 인도방식은 현실인도, 점유개정, 목적물반환청구권의 양도가 있다.

현실인도는 동산을 현실적으로 교부하여 주는 방식이고, 점유개정은 동산을 교부하였다가 다시 빌려서 자신이 점유하는 방식이고, 목적물반환청구권의 양도는 제3자로부터 반환을 청구할 수 있는 권리를 양도하는 방식이다. 동산 양도담보는 보통 **점유개정**으로 인도하기 때문에 채무자가 동산을 점유한다.

동산의 이중양도담보

- ① 피고인이 그 소유의 **에어컨**을 피해자에게 **양도담보**로 제공하고 **점유개정**의 방법으로 점유하고 있다가 다시 이를 제3자에게 **양도담보**로 제공하고 역시 **점유개정**의 방법으로 점유를 계속한 경우, 배임죄를 구성하지 않는다(大判 1990.2.13. 89도1931). <주> 점유개정의 방법으로 채무자가 점유하고 있기 때문에 처음 양도담보권자의 담보권실행에 아무런 지장을 주지 않는다. ♥♥
- ② **동산**에 대하여 **점유개정**의 방법으로 **이중 양도담보**를 설정한 경우 처음의 양도담보권자에게 이중으로 양도담보제공을 하지 않기로 특약하였더라도 배임죄를 구성하지 않는다(大判 1989.4.11. 88도1586).♥

동산의 이중양도담보 후 현실매각

- ① 채무자가 그 소유의 동산에 대하여 점유개정의 방식으로 채권자들에게 **이중의 양도담보 설정계약을 체결한 후** 양도담보 설정자가 목적물을 **임의로 제3자에게 처분**하였다면 양도담보권자라 할 수 없는 **뒤의 채권자에 대한 관계**에서는, 설정자인 채무자가 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수 없어 배임죄가 성립하지 않는다(大判 2004.6.25. 2004도1751). <주> 제3자에게 처분하여 현실인도하면 처음 채권자에 대한 배임죄가 성립하고, 뒤의 채권자에 대한 배임죄는 성립하지 않는다. ♥♥

p.296 (2)로 번호 변경하고, “사법상” 내용 추가합니다.

(2) 채권의 이중양도 - 배임 원칙 부정

사법상 채권의 이중양도는 민사상 채무불이행에 불과하므로 무죄이다. 다만 행정법상 허가 또는 면허를 요하는 공법상 권리의 이중양도는 배임죄가 성립한다.

p.287 판례 ③ 아래 ④ 추가합니다.

사법상 채권의 이중양도 - 배임죄 부정

- ③ **상표권** 양도약정을 체결한 자가 그 상표권이전등록의무를 이행할 거부하고 그 상표를 계속 사용하는 경우 배임죄를 구성하지 않는다(大判 1984.5.29. 83도2930). <주> 상표권 이전등록에 협력할 의무는 자기사무라고 보았다. ♥
- ④ [1] 주권발행 전 주식의 양도는 양도인과 양수인의 의사표시만으로 그 효력이 발생한다. 그 주식양수인은 특별한 사정이 없는 한 양도인의 협력을 받을 필요 없이 단독으로 자신이 주식을 양수한 사실을 증명함으로써 회사에 대하여 그 명의개서를 청구할 수 있다. [2] 따라서 **주권발행 전 주식에 대한 양도** 계약에서의 양도인은 양수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하여, 양도인이 위와 같은 제3자에 대한 대항요건을 갖추어 주지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하지 않는다(大判 2020. 6. 4. 2015도60570).

p.287 (3)으로 번호 변경합니다.

(3) 기타의 계약위반 - 배임 부정

판례이론

(㉠) 단순히 타인에 대하여 **채무를 부담**함에 불과한 경우에는 본인의 사무로 인정될지언정 타인의 사무처리에 해당한다 할 수는 없다(大判 1984.12.26. 84도2127).

p.288 판례 ⑦ 아래 ⑧ 추가합니다.

- ⑦ 피고인이 임차인 甲과 아파트에 관한 임대차계약을 체결하면서 자신이 소유권을 취득하는 즉시 甲에게 알려 甲이 **전입신고**를 하고 확정일자 받기 1순위 근저당권자 다음으로 대항력을 취득할 수 있도록 하기로 약정하였는데, 그 후 甲에게서 전세금 전액을 수령하고 소유권을 취득하였음에도 취득 사실을 고지하지 않고 다른 2, 3순위 근저당권을 설정해 준 경우, 피고인은 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있지 않다(大判 2015.11.26. 2015도4976). <주> 전입신고를 받게 해준다는 약정은 단순 민사채무이다.
- ⑧ 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 채무의 변제를 청구하거나 변제할 금액의 공탁을 청구할 수 있다(민법 제353조 제2항, 제3항). 그러므로 이러한 경우 **질권설정자가 질권의 목적인 채권의 변제를 받았다**고 하여 질권자에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자로서 임무에 위배하는 행위를 하여 질권자에게 손해를 가하거나 손해 발생의 위험을 초래하였다고 할 수 없고, 배임죄가 성립하지도 않는다(大判 2016. 4. 29. 2015도5665).

- p.291 판례 ② 추가하고, ② 는 ③ 으로 번호 변경하고,
 ④ 추가하고, ③ 은 ⑤ 로 번호 변경하여 내용 수정하고,
 ④ ⑤ 는 ⑥ ⑦ 로 번호 변경합니다.

배임죄 고의 인정
① 채무자가 차용원리금을 변제공탁한 것을 채권자가 아무런 이의 없이 이를 수령하고서도 담보물에 대한 경매 절차에 대하여 손을 쓰지 아니하는 바람에 타인에게 경락되게 하고 그 부동산의 경락잔금까지 받아간 경우 배임죄의 미필적 고의가 인정된다(大判 1988.12.13. 88도184).♥
② 재개발조합 조합장이 조합원들의 이주비 차용에 따른 약속어음공증신청을 법무사에게 일괄위임함에 있어 과다한 액수의 수수료 요구를 그대로 받아들여 용역계약을 체결한 경우 업무상 배임의 고의가 인정된다(大判 1997.6.13. 97도618).♥
③ 피고인 등 회사의 경영진이 외부의 회사지배권 쟁탈 기도에 대해 자신들의 주식지분 비율을 높여 회사 경영권을 계속 보전할 목적 으로 회사의 자금으로 경영발전위원회 등에게 자금지원을 하였다면 피고인에게 업무상배임죄가 성립한다(大判 1999.6.25. 99도1141).♥♥♥
④ 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대어함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대어할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대어해 주었다면 회사에 대하여 배임행위가 되고, 회사의 이사는 단순히 그것이 경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없으며, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는다(大判 2000.3.14. 99도4923).♥
⑤ 당해 기업이나 경영자 개인이 정치적인 이유 등으로 곤란 함을 겪고 있는 상황에서 벗어나기 위해서는 비록 경제적인 관점에서 기업에 재산상 손해를 가하는 결과가 초래되더라도 이를 용인할 수밖에 없다는 인식 하에 의도적으로 그와 같은 행위를 하였다면 업무상배임죄의 고의는 있었다고 봄이 상당하다(大判 2007.3.15. 2004도5742).♥
⑥ 증여자가 법인과의 부동산 기부약정에 관하여 적법한 해제사유가 있다고 믿었지만 그 믿음에 정당한 사유가 있지 아니하다 면, 증여자가 증여 부동산들을 제3자에게 매도한 행위가 배임죄를 구성한다(大判 2007.3.29. 2006도6674). <주> 법률의 착오에 정당한 이유가 없으면 고의가 인정된다.
⑦ 회사의 대표이사가 회사가 속한 재벌그룹의 전(前)회장이 부담하여야 할 원천징수 소득세 의 납부를 위하여 다른 회사에 회사자금을 대어한 경우 업무상배임죄가 성립한다(大判 2010.10.28. 2009도1149).♥

p.292 판례이론 (ㄱ) 아래 (ㄴ) 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) 행위자가 본인을 위한다는 의사를 가지고 행위를 하였다고 하더라도 그 목적과 취지가 법령이나 **사회상규에 위반된** 위법한 행위로서 **용인할 수 없는** 경우에는 그 행위의 결과가 일부 본인을 위하는 측면이 있다고 하더라도 이는 본인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄의 성립을 인정함에 영향이 없다(大判 2002.7.22. 2002도1696).♥♥♥
- (ㄴ) 회사의 대표이사는 이사회 또는 주주총회의 결의가 있더라도 그 결의내용이 회사 채권자를 해하는 불법한 목적이 있는 경우에는 이에 맹종할 것이 아니라 **회사를 위하여 성실한 직무** 수행을 할 의무가 있으므로 대표이사가 임무에 배임하는 행위를 함으로써 주주 또는 회사 채권자에게 손해가 될 행위를 하였다면 그 회사의 **이사회 또는 주주총회의 결의**가 있었다고 하여 그 배임행위가 정당화될 수는 없다(大判 2005.10.28. 2005도4915).

- p.294 판례 ② 자리 이동되었으므로 삭제하고,
 ③ ④ ⑤ 를 ② ③ ④ 로 번호만 변경합니다.

타자관계
① 아파트 소유권자인 피고인이 가등기권리자甲에게 아파트에 관한 소유권이전청구권가등기를 말소해 주면 대출은행을 변경한 후 곧바로 다시 가등기를 설정해 주겠다고 속여 가등기를 말소 하게 하여 재산상 이익을 편취한 후, 가등기를 회복해 줄 임무에 위배하여 아파트에 제3자 명의로 근저당권 및 전세권설정등기를 마침 으로써甲에게 손해를 가한 행위는 사기범행에 당연히 예정된 결과에 불과하여 사기죄와 비양립적 관계 에 있는 배임죄는 성립하지 않는다(大判 2017.2.15. 2016도15226). <주> 사기죄와 배임죄의 피해자와 객체가 동일하므로 비양립관계이다. ♥♥
② 피해자를 기망하여 부동산에 근저당권설정을 약정하여 금원을 편취한 경우라 할지라도, 이러한 약정은 사기 등을 이유로 취소되지 않는 한 여전히 유효하여 그 부동산에 관하여 제3자 명의로 근저당권설정을 마친 경우 사기죄와 별도로 배임죄가 성립한다(大判 2008.3.27. 2007도9328). <주> 피해자는 동일하지만 객체가 다르기 때문에 실제적 경합범이다. ♥♥♥
② 신용협동조합의 전무인 피고인이 조합의 담당직원을 기망하여 예금 인출금 또는 대출금 명목으로 금원을 교부받았다면 피고인에게 배임죄와 사기죄의 상상적 경합범의 죄책을 진다(大判 2002.7.18. 2002도669 전합). <주> "타인사부 처리자가 본인을 기망하여 대출금을 교부받은 경우"로 출제되기도 한다. ♥♥
③ 신용협동조합의 전무가 수개의 거래처 로부터 각기 다른 일시에 조합정관상의 1인당 대출한도를 초과하여 대출을 하여 달라는 부탁을 받고 이에 응하여 각기 다른 범의 하에 부당대출을 하여 줌으로써 수개의 업무상 배임행위를 범한 경우, 그것은 포괄일죄에 해당하지 않는다(大判 1997.9.26. 97도1469). <주> 수개 업무상배임죄의 경합범이다. ♥
④ 피고인이 건물에 관하여 전세임대차계약을 체결할 권한이 없음에도 임차인들을 속이고 전세임대차계약을 체결하여 전세보증금 명목으로 돈을 교부받은 행위는 사기죄에 해당하고, 건물에 관하여 월세임대차계약을 체결하여야 할 업무상 임무를 위배하여 전세임대차계약을 체결하여 건물주인 피해자로 하여금 전세보증금반환채무를 부담 하게 한 행위는 별도로 업무상배임죄에 해당한다(大判 2010.11.11. 2010도10690). <주> 피해자가 다르다. 실제적 경합범이다. ♥

p.296 판례 ③ 추가하고, ③ ④ 는 ④ ⑤ 로 번호 변경합니다.

배임수제죄 - 주체 인정
③ 주식회사의 이사는 주주총회에서 선임되며, 회사와 이사의 관계는 위임에 관한 규정을 준용하고, 이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 의무가 있으므로, 주식회사의 이사 는 법률의 규정에 의하여 '타인의 사무를 처리하는 자'로서 배임수제죄의 주체가 될 수 있다(大判 2002.4.9. 99도2165).♥
④ 감정평가법인의 지점 을 독립채산제로 운영하는 자가 위 법인의 명의로 감정평가업무를 수주하여 그 업무를 처리한 경우, 배임수제죄에 있어서의 타인의 사무를 처리한 경우에 해당한다(大判 2004.10.27. 2003도7340).
⑤ A정당의 서울시당 위원장 이 당의 공직후보자 선결과 관련하여 B구청장 후보자로 공천될 수 있도록 해 주는 대가로 제공되는 것임을 알면서도 제3자가 기부하는 물품을 수령한 경우 배임수제죄가 성립한다(大判 2007.4.27. 2006도8136).

p.297 판례 ③ “방송국에서”로 정오 수정합니다.

부정한 청탁 인정
③ 방송국에서 프로그램의 제작연출 등의 사무를 처리하는 프로듀서가 특정 가수의 노래만을 편파적으로 선풍 하여 계속 방송하여 달라는 청탁을 받은 것은 부정한 청탁이라 할 것이다(大判 1991.1.15. 90도2257).♥

p.305 전합 판결로 변경되어 [2] 내용 삭제합니다.

③ [1] 대지의 소유권이 전등기를 하여 줄 임무가 있는 소유자가 이를 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 경유하여 준 경우, 부동산소유자가 배임행위로 인하여 영득한 것은 재산상의 이익이고 배임범죄에 제공 된 대지는 범죄로 인하여 영득한 것 자체는 아니므로 그 취득자에게 배임죄의 가공여부를 논한은 별문제로 하고 장물취득죄로 차단할 수 없다(大判 1975.12.9. 74도2804). <주> 배임죄는 이익죄이다. ♥
[2] 양도담보로 제공한 후 다시 타에 양도한 물건은 배임행위에 제공한 물건이지 배임행위로 인하여 영득한 물건 자체는 아니므로 장물이라고 볼 수 없다(大判 1983.11.8. 82도2119).♥

p.311 판례이론 (ㄴ) 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) 전당포주가 물품을 전당잡고자 할 때는 전당물주의 주소, 성명, 직업, 연령과 그 물품의 출처, 특정 및 전당잡히려는 동기, 그 **신분에 상응한 소지인지의 여부** 등을 알아 보아야 할 업무상의 주의의무가 있다 할 것이고 이를 **게을리 하여** 장물인 정을 모르고 전당잡은 경우에는 비록 **주민등록증을 확인**하였다 하여도 그 사실만으로는 업무상 파실장물취득의 죄책을 면할 수 없다(大判 1985. 2. 26. 84도2732). <주> 장물 매도인의 주소지가 전당포와 멀리 떨어진 장소였고, 20세에 불과하여 로렉스 손목시계를 소지하기에는 부적합한데도, 장물인지 세심하게 살피지 않고 게을리 한 점이 인정된 사안이다. ♥
- (ㄴ) 시계점을 경영하면서 중고시계의 매매도 하고 있는 피고인이 장물로 판정된 시계를 매입함에 있어 매도인에게 그 시계의 구입장소, 구입시기, 구입가격, 매각이유 등을 묻고 비치된 장부에 매입가격 및 주민등록증에 의해 확인된 위 매도인의 인적사항 일체를 **사실대로 기재**하였다면, 그 이상 위 매도인의 신분이나 시계출처 및 소지 경위에 대한 위 **매도인의 설명의 진부에 대하여서까지** 확인하여야 할 주의의무가 있다고는 보기 어렵다(大判 1984.2.14. 83도2982).♥

p.316 판례 ⑤ 키워드 변경하고, 비교판례 추가합니다.

손괴죄 인정
⑤ 해고노동자 등이 복직을 요구하는 집회를 개최하던 중 래커 스프레이 를 이용하여 회사 건물 외벽 에 낙서한 행위는 손괴죄에 해당한다(大判 2007.6.28. 2007도2590).♥
❏ 비교판례 ❏ 해고노동자 등이 복직을 요구하는 집회를 개최하던 중 계란 30여개 를 건물 에 투척한 행위는 손괴죄에 해당하지 않는다(大判 2007.6.28. 2007도2590).♥
❏ 비교판례 ❏ 甲 주식회사의 직원인 피고인들이 유색 페인트와 래커 스프레이 를 이용하여 甲 회사 소유의 도로 바닥 에 직접 문구를 기재하거나 도로 위에 놓인 현수막 천에 문구를 기재하여 페인트가 바닥으로 배어 나와 도로에 배게 한 행위는 특수재물손괴죄가 성립하지 않는다(大判 2020. 3. 27. 2017도20455). <주> 도로의 주된 기능은 사람과 자동차의 통행이고 미관은 그다지 중요하지 않다고 보인다.
⑥ 자동차 를 자동으로 작동하지 않고 수동으로만 개폐 가 가능하게 하여 자동잠금장치로서 역할을 할 수 없도록 한 경우, 재물손괴죄가 성립한다(大判 2016.11.25. 2016도9219).♥

p.317 판례 ④ 추가하고, ④ ⑤ ⑥ 은 ⑤ ⑥ ⑦ 로 번호 변경합니다.

손괴죄 부정
④ 피고인이 임차한 집의 담에 인접한 구석부분에 지름 약 3미터, 깊이 약80센티미터의 구덩이 를 파고 거기에 깨어진 콘크리트조각 50개 가량을 집어 넣은 경우 대지가 갖는 본래의 효용을 해한 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라 그 효용을 해한다는 인식이 있었다고도 볼 수 없다(大判 1989.1.31. 88도1592).♥
⑤ 피고인이 피해자를 좀 더 호젓한 곳으로 대러가려고 피해자의 가방을 빼앗고 따라오라고 하였는데 피해자가 따라오지 아니하고 그냥 돌아가자, 피고인이 가방을 돌려주기 위하여 부근 일대를 돌아다니면서 피해자를 찾아다녔다면 피고인에게 손괴죄가 성립하지 아니한다(大判 1992.7.28. 92도1345).
⑥ 쪽파의 매수인이 명인방법을 갖추지 않은 경우, 쪽파에 대한 소유권을 취득하였다고 볼 수 없어 그 소유권은 여전히 매도인에게 있고 매도인과 제3자 사이에 일정 기간 후 임의처분의 약정이 있었다면 그 기간 후에 제3자가 쪽파를 손괴하였다라도 제물손괴죄가 성립하지 않는다(大判 1996.2.23. 95도2754). <주> 쪽파의 매수인이 풋말을 새워 자신의 소유권을 명확하게 인식시키지 않았으므로, 소유자로 보호받지 못한다. ♥♥
⑦ 피고인이 야간에 피해자들이 운영하는 식당의 창문과 방충망을 손괴하고 침입하여 현금을 절취하였다는 내용으로 형법 제331조 제1항의 특수절도로 기소된 사안에서, 피고인은 창문과 방충망을 창들에서 분리 하였을 뿐 물리적으로 훼손하여 효용을 상실하게 하지 않은 경우 손괴죄가 성립하지 않는다(大判 2015.10.29. 2015도7559).♥

p.318 판례 ② 추가하고, ② 는 ③을 번호 변경합니다.

경계 인정
① 종래 통용 되어 오던 사실상의 경계가 법률상의 정당한 경계인지 여부에 대하여 다툼이 있다고 하더라도 여전히 경계에 해당된다(大判 1992.12.8. 92도1682).♥
② 형법 제370조에서 말하는 경계표는 그것이 어느 정도 객관적으로 통용되는 사실상의 경계를 표시하는 것이라면 영속적인 것이 아니고 일시적인 것이라도 객체에 해당한다(大判 1999.4.9. 99도480).♥
③ 수목이나 유수 등과 같이 종래부터 자연적으로 존재 하던 것이라도 경계표지로 승인된 것이면 여기의 경계표에 해당한다고 할 것이다(大判 2007.12.28. 2007도9181).

p.322 판례 ⑤ ⑥ <주> 수정하고,
빨간 판례 ① 추가하고 ① 은 ② 로 번호 변경합니다.

취거 은닉 손괴 인정
⑤ 피고인 甲이 차량을 구입하면서 피해자 乙로부터 차량 매수대금을 차용하고 담보로 차량에 乙 명의의 저당권을 설정해 주었는데, 그 후 대부업자로부터 돈을 차용하면서 차량을 대부업자에게 담보로 제공 하여 이른바 대포차로 유통 되게 한 경우, 권리행사를 방해하였다고 봄이 타당하다(大判 2016.11.10. 2016도13734). <주> 차를 찾을 수 없게 만들었으므로 '은닉'에 해당한다. ♥
⑥ 피고인들이 공모하여 렌트카 회사인 甲 주식회사를 설립한 다음 乙 주식회사 등의 명의로 저당권등록이 되어 있는 다수의 차량들을 사들여 甲 회사 소유의 영업용 차량으로 등록한 후 자동차대여사업자등록 취소처분을 받아 차량등록을 직권말소 시켜 저당권 등이 소멸되게 하였다면, 이는 자동차의 소재를 파악하는 것을 불가능하게 하는 행위로서 권리행사를 방해하였다고 볼 수 있다(大判 2017.5.17. 2017도2230). <주> 차를 찾을 수 없게 만들었으므로 '은닉'에 해당한다. ♥

등기 또는 편취 - 취거 은닉 부정
① 타인권리의 목적이 된 자기 토지를 제3자에게 매도하여 소유권이전등기 를 해 준 행위는 취거, 은닉 또는 손괴의 어느 것에도 해당될 수 없어 권리행사방해죄가 되지 않는다(大判 1972.6.27. 71도1072). <주> 권리행사방해죄의 은닉이란 물건을 숨기는 행위이므로 소유권이전등기는 은닉이 아니다. 다만 소유권이전등기로 등기명의로 제3자로 변경되면 채무자는 강제집행을 피할 수 있기 때문에 강제집행면탈죄의 은닉에는 해당할 수 있으니 비교하여야 한다. ♥
② 점유자의 의사나 그의 하저있는 의사 에 기하여 점유가 이전된 경우에는 형법 제323조 소정의 권리행사방해죄에 있어서의 취거로 볼 수는 없다(大判 1988.2.23. 87도1952). <주> 하저있는 의사에 기한 점유이전은 편취를 말한다. 자기소유물에 대한 편취는 처벌규정이 없다. ♥♥

p.325 4. 기수시기와 공범관계 바로 위에 새 내용 추가합니다.

(4) 강제 부동산 - 명의자 소유

부동산경매절차에서 부동산을 매수하려는 자와 명의자가 다를 때에는 명의자가 소유권자가 된다. 따라서 매수인은 타인 명의 부동산에 대하여 권리행사방해죄가 성립할 수 없다.

강제경매를 통하여 타인 명의로 매수한 건물 - 타인 소유

① 피고인이, 甲 주식회사가 유치권을 행사 중인 건물을 **강제경매를 통하여 자신의 아들 乙 명의로 매수**한 후 그 잠금장치를 변경하여 점유를 침탈함으로써 甲 회사의 유치권 행사를 방해한 경우, 타인의 명의로 매수한 건물은 피고인의 소유물이 아니므로 권리행사방해죄가 성립하지 않는다(大判 2019. 12. 27. 2019도14623). <주> 부동산경매절차에서 부동산을 매수하려는 사람이 타인과의 명의신탁약정 아래 타인 명의로 매각허가결정을 받아 자신의 부담으로 매수대금을 완납한 때에는 경매목적 부동산의 소유권은 매수대금의 부담 여부와는 관계없이 그 명의인이 취득하게 된다.

4. 기수시기와 공범관계

p.326 판례 ① <주> 수정합니다.

보호되는 채권 인정

① 집행할 채권이 **조건부 채권**이라 하여도 그 채권자는 이를 피보전권리로 하여 보전처분을 함에는 법률상 아무런 장애도 없으므로 이와 같은 보전처분을 면할 목적으로 형법 제327조 소정의 행위를 한 이상 강제집행면탈죄는 성립되며, 그 후 그 조건의 불성취로 채권이 소멸되었다 하여도 일단 성립한 범죄에는 영향을 미칠 수 없다(大判 1984.6.12. 82도1544). <주> 조건의 불성취로 인한 채권 소멸은 소급효가 부정되므로, 소급효가 인정되는 상계의 효력과 비교된다. ♥

p.327 판례이론 (ㄴ) 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) 강제집행을 당할 구체적인 위험이 있는 상태란 채권자가 이행청구의 소 또는 그 보전을 위한 가압류, 가처분신청을 **제기할 태세**를 보인 경우를 말한다(大判 1999.2.9. 96도3141).♥
- (ㄴ) 강제집행면탈죄가 성립되려면 행위자의 주관적인 강제집행을 면탈하려는 의도가 **객관적**으로 강제집행을 당할 급박한 상태 하에서 나타나야 한다(大判 1979.9.11. 79도436). <주> 후일 강제집행을 받을지도 모른다고 생각하는 주관적 생각이 아니라 강제집행을 당할 급박한 객관적 상황이 있어야 한다. ♥

p.327 빨간판례 ① <주> 추가합니다.

강제집행상황 부정

① 채권자들이 피고인을 상대로 법적 절차를 취하기 위한 준비를 하고 있지 않는데도, 피고인이 **어음의 부도가 있기 전에** 강제집행을 면탈하려고 자기의 형에게 허위채무를 부담하고 가등기하여 주었더라도 강제집행면탈죄가 성립하지 아니한다(大判 1979.9.11. 79도436). <주> 강제집행을 당할 객관적 상황이 아니고 후일 강제집행을 당할지 모른다는 주관적 생각이었다. ♥

p.329 파란판례 ① <주> 추가합니다.

허위양도 인정

① 가압류결정 정본이 송달된 날짜와 피고인이 채권을 양도한 날짜가 동일한데도 가압류 결정정본이 **제3채무자에게 송달되기 전에** 피고인이 **채권을 허위로 양도**하였다면 피고인의 행위는 강제집행면탈죄에 해당한다(大判 2012.6.28. 2012도3999). <주> 채무자인 피고인이 채권자 갑의 가압류집행을 면탈할 목적으로 제3채무자 을에 대한 채권을 병에게 허위양도하였다고 하여 강제집행면탈로 기소된 사안에서, 가압류결정 정본이 제3채무자에게 송달된 날짜와 피고인이 채권을 양도한 날짜가 동일하므로 가압류결정 정본이 을에게 송달되기 전에 채권을 허위로 양도하였다면 강제집행면탈죄가 성립하는데도, 가압류결정 정본 송달과 채권양도 행위의 선후에 대해 심리·판단하지 아니한 채 무죄를 선고한 원심판결에 벌리오해 등의 위법이 있다. ♥

p.330 아래 판례이론 (1) (2) 번호만 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) (1) 강제집행면탈죄는 **위태법**이므로 채권자를 해하는 결과가 야기되거나 행위자가 어떤 이득을 취하여야 범죄가 성립하는 것은 아니다(大判 2001.11.27. 2001도4759).♥♥
- (2) 강제집행을 당할 구체적인 위험이 있는 상태에서 재산을 은닉, 손괴, 허위양도 또는 허위채무를 부담하여 채권자를 해할 때 성립하고 반드시 **현실적으로 채권자를 해하는 결과**가 야기되어야만 강제집행면탈죄가 성립하는 것은 아니다(大判 2001. 11. 27. 2001도4759).♥♥

p.336 이론 수정하고, 판례이론 (ㄷ) 추가합니다.

1. 범죄단체조직죄

제114조 【범죄단체 등의 조직】 사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 징역에 해당하는 범죄를 목적으로 하는 단체 또는 집단을 조직하거나 이에 가입 또는 그 구성원으로 활동한 사람은 그 목적한 죄에 정한 형으로 처벌한다. 다만, 형을 감경할 수 있다.

2013년 형법개정으로 장기 4년 이상의 범죄 목적 단체로 '제한'되었고, 단체조직 외에 '집단'조직이나 구성원으로서의 '활동'을 추가로 처벌할 수 있게 되었다.

판례이론

- (ㄱ) 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 소정의 단체 등의 조직죄는 같은 법에 규정된 범죄를 목적으로 한 단체 또는 집단을 구성하거나 가입함으로써 즉시 성립하고 그와 동시에 완성되는 **즉시법**이라 할 것이다(大判 1997.10.10. 97도1829).♥
- (ㄴ) 기존단체의 **조직이 완전히 변경**되어 동일성이 없는 별개의 단체로 인정될 정도에 이르렀다고 **볼 수 없는** 경우에는 범죄단체조직죄는 성립하지 않는다(大判 2000.3.24. 2000도102).♥
- (ㄷ) 범죄단체조직죄는 범죄를 목적으로 하는 **단체를 조직**함으로써 성립하는 것이고 그 후 **목적한 범죄를 실행**하였는지 여부는 범죄단체조직죄의 성립에 영향이 없다(大判 1975.9.23. 75도2321). <주> 살인단체 조직으로 완성되고, 실제로 살인을 할 필요는 없다.
- (ㄹ) (1) 형법 제114조에서 정한 '범죄를 목적으로 하는 **단체**'란 특정 다수인이 일정한 범죄를 수행한다는 공동목적 아래 구성된 계속적인 결합체로서 그 단체를 주도하거나 내부의 결사를 유지하는 최소한의 **통솔체계**를 갖춘 것을 의미한다.
(2) 형법 제114조에서 정한 '범죄를 목적으로 하는 **집단**'이란 '범죄단체'에서 요구되는 '최소한의 **통솔체계**'를 갖춘 필요는 없지만, 범죄의 계획과 실행을 용이하게 할 정도의 **조직적 구조**를 갖추어야 한다.(大判 1985.10.8. 85도1515; 大判 2020. 8. 20. 2019도16263).♥

p.337 판례 ① 삭제하고, ② ③ 은 ① ② 로 번호 변경하고, ③ 추가합니다.

범죄단체 인정
① 형법 제114조 제1항 소정의 범죄를 목적으로 하는 단체라 함은 특정다수인이 일정한 범죄를 수행한다는 공동목적 아래 이루어진 계속적인 결합체로서 그 단체를 주도하는 최소한의 통솔 체계를 갖추고 있음을 요한다 (大判 1985.10.8. 85도1515).♥
① 김포 토박이파 라는 이름하에 조직체계를 갖추어 역할을 분담과 행동강령을 정하고 비상소집에 따라 즉시 대기할 수 있도록 하였으며 경쟁세력과의 싸움에 대비하여 흉기를 준비하였다면 범죄단체조직죄에 해당한다(大判 1996.6.25. 96도923).
② 피고인등이 연주파 라는 단체를 결성하면서 행동강령을 정하여 각 임무분담을 정함과 아울러 단체구성원들 간의 나이 순서에 따른 서열로 확립하고, 또한 합숙소를 마련하여 조직원 양성을 위한 훈련을 실시하고 조직에서 이탈하려는 자들에 대하여는 보복을 감행하는 등으로 폭력을 행사하였다면, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 소정의 범죄단체에 해당한다(大判 1997.10.10. 97도1829).♥
③ 피고인들은 무등록 중고차 매매상사 (외부사무실)를 운영하면서 피해자들을 기망하여 중고차량을 불법으로 판매해 금원을 편취할 목적으로 활동하였는데, 위 외부사무실은 특정 다수인이 사기범행을 수행한다는 공동목적 아래 구성원들이 대표, 팀장, 출동조, 전화상담원 등 정해진 역할분담에 따라 실행하는 체계를 갖춘 결합체로서 형법 제114조의 '범죄를 목적으로 하는 집단 '에 해당한다(大判 2020. 8. 20. 2019도16263). <주> '단체'가 아니라 '집단'이다.

p.340 판례 ① 추가하고 ① 은 ② 로 번호 변경합니다.

폭발물사용죄 부정 (폭발성 있는 물건 가능)
① 소주병이나 위스키병에 휘발유와 모래를 넣어 집화하도록 한 것(이른바 화염병)은 폭발물사용죄에서 말하는 폭발물에 해당하지 않는다(大判 1968.03.05. 66도1056; 高判 2019. 5. 30. 2018제노115). <주> 화염병은 공공의 안전을 해하거나 사람의 신체, 재산을 해하기에 족한 파괴력을 지니지 않아서 폭발물이 아니라고 보았다. 다만 1989년에 제정된 화염병사용 등의 처벌에 관한 법률위반은 가능하다. ♥
② 피고인이 유리꽃병 내부에 휴대용 부탄가스통 을 넣고 그 사이에 화약을 채운 물건을 배낭에 담아 고속버스터미널 등의 물품보관함 안에 넣어 두고 폭발하게 하였다면 현저히 부족한 정도의 파괴력과 위험성만을 가진 물건이므로 형법 제119조 제1항에 규정된 폭발물사용죄에 해당하지 않는다(大判 2012.4.26. 2011도17254). <주> '폭발성 있는 물건'에는 해당될 여지가 있다. ♥

p.344 판례 ① “m2” → “m²” 위 첨자로 변경합니다.

기수시기

① 부모에게 용돈을 요구하였다가 거절당하자 핏김에 자기 집 핏간 지붕에 불을 놓아, **핏간 지붕 60cm²**와 **본채 지붕 1m²**를 태운 경우 현주건조물방화죄의 기수에 해당한다(大判 1970.3.24. 68도102).

p.356 “유방한” → “유발한” 으로 정오 수정합니다.

판례이론

- (가) (1) 일반교통방해죄는 **추상적 위험범**이며 **계속범**의 성질을 가진다.
(2) 따라서 교통방해를 **유발한** 집회에 참가한 경우 이에 대한 **참가자** 모두에게 **당연히** 일반교통방해죄가 성립하는 것은 아니고, 실제로 참가자가 위와 같이 신고 범위를 현저하게 벗어난거나 조건을 중대하게 위반하는 데 가담하여 교통방해를 유발하는 직접적인 행위를 하였거나, 참가자의 참가 경위나 관여 정도 등에 비추어 그 참가자에게 **공모공동정범의 죄책을 물을 수 있는** 경우라야 일반교통방해죄가 성립한다(大判 2018.1.24. 2017도11408; 大判 2018.5.11. 2017도9146). <주> 공동실행이 있다고 평가되어야만 공동정범 책임을 물을 수 있다는 의미이다. ♥

p.363 노란판례 ① <주> 수정합니다.

통화위조죄 부정

① 피고인이 행사할 목적으로 미리 준비한 물건들과 옵세트 인쇄기를 사용하여 한국은행권 100원권을 사진 찍어 그 **필름 원판** 7매와 이를 확대하여 현상한 인화지 7매를 만들었음에 그쳤다면 아직 통화위조의 착수에는 이르지 아니하였고 그 준비단계에 불과하다(大判 1966.12.6. 66도1317). <주> 통화위조는 **예비처벌규정이** 있기 때문에 **통화위조예비죄**가 성립한다. ♥

p.365 판례 추가합니다.

III 기타 범죄

1. 위조·변조통화 행사죄

제207조 【통화의 위조등】 ④ 위조 또는 변조한 전3항 기재의 통화를 행사하거나 행사할 목적으로 수입 또는 수출한 자는 그 위조 또는 변조의 각죄에 정한 형에 처한다.

제212조 【미수범】 제207조, 제208조와 전조의 미수범은 처벌한다.

행사죄는 목적범이 아니고, 수입 수출죄는 목적범이다. 행사죄가 성립하려면 통화로 유통시킬 것을 요하며 단순히 신용력을 보이기 위한 제시는 행사가 아니다.

무상증여 - 행사죄 인정

① 위조통화의 행사는 위조통화를 유통 과정에서 진정한 통화로서 사용하는 것을 말하고 그것이 유상인가 무상인가는 묻지 않는 것이므로 진정한 통화라고 하여 위조통화를 다른 사람에게 **증여**하는 경우에도 위조통화행사죄가 성립한다. 위조통화를 행사하여 재물을 불법영득한 때에는 보호법익이 달라서 위조통화행사죄와 사기죄의 양죄가 성립한다(大判 1979.7.10. 79도840). <주> 행사죄와 사기죄는 실체적 경합범이다. ♥

p.367 판례 ③ ④ ⑤ 에 비교판례 추가합니다.

유가증권 인정
③ 한국의환은행 소비조합 이 그 소속조합원에게 발행한 신용카드 는 그 카드에 의해서만 신용구매의 권리를 행사할 수 있는 점에서 재산권이 증권에 화체되었다고 볼 수 있으므로 유가증권이라 할 것이다(大判 1984.11.27. 84도1862).♥
❗ 비교판례 ❗ 신용카드업자가 발행한 신용카드 는 이를 소지함으로써 신용구매가 가능하고 금융의 편의를 받을 수 있다는 점에서 경제적 가치가 있다 하더라도, 그 자체에 경제적 가치가 화체되어 있거나 특정의 재산권을 표창하는 유가증권이라고 볼 수 없다(大判 1999.7.9. 99도857). <주> 신용카드는 유가증권이 아니라 문서이다. ♥
④ 할부구매전표 가 그 소지인이 판매회사의 영업소에서 그 취급상품을 그 금액의 한도 내에서 구매할 수 있는 권리가 화체된 증권으로서 그 권리의 행사와 처분에 증권의 점유를 필요로 하는 것이임 인정된다면 이를 유가증권으로 봄이 정당하다(大判 1995.3.14. 95도20).♥♥
❗ 비교판례 ❗ 은행의 입출금 전표 는 문서이다(大判 2003.12.12. 2003도3885).
❗ 비교판례 ❗ 회계 전표 는 회사의 자금에 관한 문서이다(大判 2003.10.10. 2003도3516).
❗ 비교판례 ❗ 거래신청서 또는 이자 전표 는 문서이다(大判 1984.8.14. 84도1139).
⑤ 공증전화카드 는 형법 제214조의 유가증권에 해당한다(大判 1998.2.27. 97도2483).♥♥
❗ 비교판례 ❗ 사용자에 관한 각종 정보가 전자기록되어 있는 자기띠 가 카드번호와 카드발행자 등이 문자로 인쇄된 플라스틱 카드에 부착되어 있는 전화카드 의 경우 그 자기띠 부분은 카드의 나머지 부분과 불가분적으로 결합되어 전체가 하나의 문서를 구성한다(大判 2002.6.25. 2002도461). <주> 후불식 전화카드는 체크카드와 유사하여 유가증권이 아니라 문서이다. ♥
⑥ 문방구 약속어음 용지 를 이용하여 작성되었다고 하더라도 일반인이 진정한 것으로 오신할 정도의 약속어음 요건을 갖추고 있으면 당연히 형법상 유가증권에 해당한다(大判 2001.8.24. 2001도2832).♥♥

p.370 표 바로 아래에 내용 추가합니다.

< 위조와 변조의 비교 >

위 조	변 조
권한 없이 세상에 없던 새로운 가치를 창조	권한 없이 진정한 원본의 내용을 변경
신분증의 사진 (위조○) 유가증권의 발행인 이름 (명의)을 변경 (위조○)	유가증권의 액면, 발행일자 변경 (변조○) 배서인 의 인적 사항 중 주소 만 변경 (변조×)
권한 초월하여 백지 어음에 금액 보충 (위조○)	진정한 어음과 다르게 금액 변경 (변조○)
타인이 위조한 백지어음을 완성 (위조○)	위조된 어음 기재사항을 변경 (변조×)
폐기된 공증전화카드를 사용가능하게 변경 (위조○) 유효기간 지난 문서를 사용가능하게 변경 (위조○)	사용가능한 공증전화카드를 변경 (변조○) 유효기간 내인 문서의 사용기간 연장 (변조○)

(3) 기재의 위조·변조

형법 제214조 제1항은 유가증권 **발행에 대한 위조·변조**를 규정하고, 제2항은 유가증권의 권리의무에 관한 **기재에 대한 위조·변조**를 규정하고 있다. 이때 제2항을 기재의 위조·변조라고 하는데, 발행사항이 아닌 배서·인수·보증 등의 권리사항에 대한 위조·변조이다.

권태이론

- (ㄱ) (1) 형법 **제214조는 제1항**에서 “행사할 목적으로 대한민국 또는 외국의 공채증서 기타 유가증권을 위조 또는 변조한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.”라고 정하여 **유가증권의 발행**에 관한 위조·변조행위를 처벌하고, 이와 별도로 **제2항**에서 “행사할 목적으로 유가증권의 권리의무에 관한 기재를 위조 또는 변조한 자도 전항의 형과 같다.”라고 정하여 **유가증권의 배서·인수·보증** 등에 관한 위조·변조행위를 처벌하고 있다.
- (2) **부정수표 단속법**은 부정수표 등의 ‘**발행**’을 단속·처벌함으로써 국민의 경제생활의 안전과 유통증권인 수표의 기능을 보장함을 목적으로 한다(제1조). 수표의 강한 유통성과 거래수단으로서의 중요성을 감안하여 **유가증권 중 수표의 위조·변조**행위에 관하여는 범죄성립요건을 완화하여 초과관적 구성요건인 ‘**행사할 목적**’을 요구하지 않는 한편, 형법 제214조 제1항 위반에 해당하는 다른 유가증권위조·변조행위보다 그 **형을 가중**하여 처벌한다.
- (3) 구 부정수표 단속법 제5조는 유가증권에 관한 형법 제214조 제1항 위반 행위를 가중처벌하려는 규정이므로, 그 처벌범위가 지나치게 넓어지지 않도록 **제한적으로 해석**할 필요가 있다.
- (4) 따라서 구 **부정수표 단속법** 제5조에서 처벌하는 행위는 **수표의 발행에 관한 위조·변조**를 말하고, **수표의 배서를 위조·변조**한 경우에는 수표의 권리의무에 관한 기재를 위조한 것으로서, **형법 제214조 제2항에 해당**하는지 여부는 별론으로 하고 구 부정수표 단속법 제5조에는 해당하지 않는다(大判 2019. 11. 28. 2019도12022).

p.379 아래 판레이론 (ㄴ) 아래 (ㄷ) 추가합니다.

판레이론

- (ㄱ) 사문서위조, 동 행사죄의 객체인 사문서는 **권리·의무** 또는 **사실증명**에 관한 타인의 문서 또는 **도화**를 가리키고, 권리·의무에 관한 문서는 권리의무의 발생·변경·소멸에 관한 사항이 기재된 것을 말하며, 사실증명에 관한 문서는 권리·의무에 관한 문서 이외의 문서로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서를 의미한다(大判 2009.4.23. 2008도8527).♥
- (ㄴ) 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서는, **법률관계**의 발생· 존속·변경·소멸의 전후과정을 증명하는 것이 주된 취지인 문서뿐만 아니라 직접적인 법률관계에 단지 간접적으로만 연관된 의사표시 내지 권리·의무의 변동에 **사실상으로도만 영향**을 줄 수 있는 의사표시를 내용으로 하는 문서도 포함될 수 있다(大判 2012.5.9. 2010도690).♥
- (ㄷ) 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, 사회생활상 **주요 사항에 관한 증거**로 될 수 있는 것을 말한다(大判 2006.1.26. 2004도788; 大判 2009.4.23. 2008도8527).♥

p.380 ① 키워드 지정하고, ② ③ 추가하고,
② 는 키워드 지정하고 ④ 로 번호 변경합니다.

도화 인정

- ① **지적도**는 이해관계인의 **권리**에 관한 사항을 기입한 것으로서 형법 제225조 소정의 공무소가 비치한 도화라고 봄이 상당하다(大判 1980.8.12. 80도1134).
- ② **합의서**가 상인들의 의사에 기하여 **찬성 혹은 반대**의 취지로 서명날인 혹은 서명무인한 서명날인부라면 문서에 해당한다(大判 2006.1.26. 2004도788).♥
- ③ **호소문** 도는 **건의서**가 단순한 정치적 구호나 호소에 그친 것이 아니라 **구체적인 요구사항**을 적시하고 이를 이행하지 않으면 법적·행정적 책임을 물겠다는 의사표시를 밝힌 것이라면 중요한 사실을 증명하는 사실증명에 관한 문서에 해당한다(大判 2009.4.23. 2008도8527).♥
- ④ **담뱃갑**은 적어도 그 담뱃갑 안에 들어 있는 담배가 **특정 제조회사**가 제조한 특정한 종류의 담배라는 사실을 증명하는 기능이 있으므로, 그러한 담뱃갑은 문서 등 위조의 대상인 도화에 해당한다(大判 2010.7.29. 2010도2705).♥

p.381 판례 ④ 추가합니다.

공문서

- ③ **도립대학 교수**가 특성화사업단장의 지위에서 납품검사와 관련하여 작성한 **납품검수조서** 및 물품검수내역서 등은 공무원이 직무권한 내에서 작성한 문서로서 ‘공문서’에 해당한다(大判 2009.9.24. 2007도4785).
- ④ 국가정보원에서 **주 선양 총영사관**에 파견된 영사인 피고인은 공식적으로는 외교부 소속 사건 사고 담당 영사로써, 비공식적으로는 국정원 소속 해외정보관으로 근무하면서, 국정원의 지시에 따라 국정원에서 파견된 영사가 수행하는 직무권한 범위 내에서 공무의 일환으로써 주선양총영사관 피고인 명의로 **확인서** 및 **사실확인서**를 작성하였으므로, 위 각 확인서 등은 허위공문서작성죄의 객체가 되는 공문서에 해당한다(大判 2015.10.29. 2015도9010). <주> 중국 선양지역에 주재한 한국영사관은 공무소이다. ♥

p.381 판레이론 파란 키워드 지정하고, <주> 추가합니다.

판레이론

- (ㄱ) 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 의제**되는 경우를 제외하고는 **계약 등에 의하여 공무와 관련된 업무**를 일부 대행하는 경우가 있다 하더라도 공무원 또는 공무소가 될 수는 없고, 특히 형벌법규의 구성요건을 법률의 규정도 없이 유추 확대해석하는 것은 죄형법정주의원칙에 반한다(大判 1996.3.26. 95도3073). <주> 법에 의하여 공무원으로 의제되는 경우는 머물러 뿐이다. ♥

p.382 ① ② ③ ④ 키워드 새로 지정하고, ⑤ 추가합니다.

사문서 - 계약에 의한 공무 대행
① 지방세의 수납업무를 일부 관장하는 시중은행의 직원이나 은행이 형법 제225조 소정의 공무원 또는 공무원소가 되는 것은 아니고 세금수납영수증 도 공문서에 해당하지 않는다(大判 1996.3.26. 95도3073). <주> 사문서이다. ♥♥
② 식당의 부식 구입업무를 담당하는 공무원이 계약 등에 의하여 공무원소의 부식 구입업무를 담당하는 조리장·영양사 등의 명의를 위조하여 검수결과보고서 를 작성한 경우 공문서위조죄는 성립하지 않는다(大判 2008.1.17. 2007도6987). <주> 사문서이다. ♥
③ 선박안전기술공단이 해양수산부장관을 대행 하여 이사장 명의로 발급하는 선박검사증서 는 공무원 또는 공무원소가 작성하는 문서라고 볼 수 없으므로 공문서위조죄나 허위공문서작성죄에서의 공문서에 해당하지 아니한다(大判 2016.01.14. 2015도9133). <주> 사문서이다.
④ 구 화물자동차 운수사업법령에 따라 국토해양부장관에게서 '구 화물자동차 운수사업법 제3조 제3항 단서에 따른 허가사항 변경신고'에 관한 업무를 위탁 받은 화물자동차운송사업협회의 임원과 직원은 공문서위조죄나 허위공문서작성죄의 주체인 공무원이 될 수 없고, 위 협회 이사장이 작성한 대폐차수리통보서 는 사문서에 해당한다(大判 2016.03.24. 2015도15842).
⑤ 한국환경공단 이 환경부장관의 위탁 을 받아 건설폐기물 인계·인수에 관한 내용 등의 전산처리를 위한 전자정보처리프로그램인 올바로시스템 을 구축·운영하고 있더라도, 그 업무를 수행하는 한국환경공단 임직원을 공전자기록의 작성권한자인 공무원으로 보거나 한국환경공단을 공무원소로 볼 수는 없다(大判 2020. 3. 12. 2016도19170). <주> 사전자기록이다.
❑ 비교판례 ❑ 지방자치단체의 장 또는 계약담당자가 그 검사를 위임받아 수행 한 전문기관으로부터 검사결과를 검사조서로 작성·보고받고 이를 결재하였다면 그와 같이 결재된 검사조서 는 허위공문서작성죄의 객체인 공문서에 해당한다(大判 2010.4.29. 2010도875). <주> 계약에 의해 위임받아 작성한 문서는 사문서이지만, 공무원의 결재를 받으면서 공문서가 되었다. ♥

p.389 판례이론 (ㄷ) 추가합니다.

판례이론

- (ㄷ) 사문서를 수정할 때 명의자가 **명시적이거나 묵시적으로 승낙**을 하였다면 사문서변조죄가 성립하지 않고, 행위 당시 명의자가 현실적으로 승낙하지는 않았지만 명의자가 그 사실을 알았다면 당연히 **승낙했을 것이라고 추정**되는 경우에도 사문서변조죄가 성립하지 않는다(大判 2015.11.26. 2014도781).
- (ㄹ) 행위 당시 명의자의 현실적인 승낙은 없었지만 행위 당시의 모든 **객관적 사정을 종합**하여 명의자가 행위 당시 그 사실을 알았다면 당연히 **승낙했을 것이라고 추정**되는 경우 역시 사문서의 위·변조죄가 성립하지 않는다고 할 것이나, 명의자의 명시적인 승낙이나 동의가 없다는 것을 알고 있으면서도 명의자가 문서작성 사실을 알았다면 **승낙하였을 것이라고 기대하거나 예측**한 것만으로는 그 승낙이 추정된다고 단정할 수 없다(大判 2011.9.29. 2010도14587).♥

p.392 판례 ③ 아래 비교판례 추가합니다.

공문서위조죄 부정
③ 종량제 쓰레기봉투 에 인쇄할 시장 명의의 문안이 새겨진 필름 을 제조하는 행위에 그친 경우, 실행의 착수에 이르지 아니한 것으로서 공문서위조 및 동행사죄는 성립하지 않는다(大判 2007.2.23. 2005도7430). <주> 공문서위조는 예비처벌 규정이 없어 무죄이다. ♥
❑ 비교판례 ❑ 쓰레기 배출량에 따라 쓰레기처리수수료를 징수하는 종량제를 도입하면서 시장·군수·구청장이 용량별로 제작·배포한 '지방자치단체장 관인의 인장'이 인쇄된 지방자치단체장 명의의 종량제 쓰레기봉투 를 임의로 제작 하여 관급봉투인 양 배포 할 경우 공문서위조죄, 위조공문서행사죄로 처벌 가능하다(大判 2007.2.23. 2005도7430 변형 기출).♥
⑤ 피고인을 대표이사에서 해임하는 주주총회결의를 취소하는 판결이 확정 된 이상, 피고인의 대표이사 자격은 소급하여 회복 되므로, 피고인이 자신을 대표이사로 표시한 변경등기신청서를 작성하여 제출한 행위는 자격모용사문서작성죄 및 동 행사죄를 구성하지 않는다(大判 2018. 11. 29. 2016도15089). <주> 직무집행정지 가처분결정의 취소는 소급하지 않지만, 주주총회결의를 취소하는 판결은 소급효가 인정된다. ♥

p.395 판례 ⑤ 키워드 지정하고<주> 추가합니다.

p.396 이론과 판례이론 추가합니다.

(1) 객체 - 전자기록 등 특수매체기록

판례이론

- (ㄱ) 컴퓨터의 기억장치 중 하나인 램(RAM, Random Access Memory)이 임시기억장치 또는 임시저장매체이기는 하지만, 위 **램에 올려진 전자기록** 역시 사전자기기록 위작·변작죄에서 말하는 전자기록 등 특수매체기록에 해당한다(大判 2003.10.9. 2000도4993).♥♥
- (ㄴ) 램에 올려진 전자기록은 원본파일과 불가분적인 것으로 원본파일의 개념적 연장선상에 있는 것이므로, 비록 **원본파일의 변경까지 초래하지는 아니하였더라도** 이러한 전자기록에 허구의 내용을 권한 없이 **수정입력한 시점**에서 사전자기기록변작죄의 **기수**에 이르렀다(大判 2003.10.9. 2000도4993). <주> 모니터 영상에 나타난 한글을 수정하고 이를 저장하지 않은 상태였던 사안이다. ♥

(2) 행위 - 위작, 변작

위작은 위조와 작성의 합성어이고, 변작은 변조와 작성의 합성어이다. 즉 위작이란 권한 없는 자의 작성행위와 권한 있는 자의 허위작성 행위를 모두 포함한다. 다만 사문서는 허위작성을 벌하지 않는데, 사전자기기록은 허위작성을 벌한다는 점이 다르다.

판례이론

- (ㄱ) **법인이 설치·운영**하는 전산망 시스템에 제공되어 정보의 생성·처리·저장·출력이 이루어지는 전자기록 등 특수매체기록은 그 법인의 **임직원**과의 관계에서 **‘타인의 전자기록’** 등 특수매체기록에 해당한다.
- (ㄴ) 형법 제227조의2의 **공전자기록등위작죄**는 **시스템을 설치·운영하는 주체와의 관계**에서 전자기록의 생성에 관여할 **권한이 없는** 사람이 전자기록을 생성하는 경우는 물론 시스템의 설치·운영 주체로부터 입력 **권한을 부여받은** 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 경우도 전자기록의 ‘위작’에 포함된다. 위 법리는 형법 제232조의2의 **사전자기기록등위작죄**에서 행위의 태양으로 규정한 ‘위작’에 대해서도 **마찬가지로 적용**된다.
- (ㄷ) 형법 제232조의2에서 정한 ‘위작’의 포섭 범위에 **권한 있는** 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 행위를 포함하는 것으로 보더라도, 이러한 해석이 **‘위작’이란 낱말이 가지는 문언의 가능한 의미**를 벗어났다거나, 피고인에게 불리한 유추해석 또는 확장해석을 한 것이라고 볼 수 없다.
- (ㄹ) 사전자기기록등위작죄를 사문서위조죄와 비교해 보면 두 죄는 범행의 목적, 객체, 행위 태양 등 구성요건이 서로 다르다. 이러한 사정을 종합적으로 고려하면, 형법 제232조의2가 정한 사전자기기록등위작죄에서 **‘위작’**의 의미를 작성권한 없는 사람이 행사할 목적으로 타인의 명의를 모용하여 문서를 작성한 경우에 성립하는 사문서위조죄의 **‘위조’와 반드시 동일**하게 해석하여 그 의미를 일치시킬 필요는 없다(大判 2020.8.27. 2019도11294 전합).

p.410 판례 제목 수정하고, 판례 ⑦ 아래 ⑧ 추가합니다.

실체관계에 부합하거나 의사에 합치하는 등기

- ⑦ 소유권보존등기나 소유권이전등기에 절차상 하자가 있거나 **등기원인이 실재와 다르다** 하더라도 그 등기가 실체적 권리관계에 부합하게 하기 위한 것이거나 **실체적 권리관계에 부합**하는 유효한 등기인 경우에는 공정증서원본부실기재 및 동행사죄가 성립되지 않는다(大判 2001.11.9. 2001도3959).♥
- ⑧ 피고인이 유한회사를 설립한 후 회사 명의로 통장을 개설하여 이른바 대표통장을 유통시키려는 **범죄에 이용할 목적**으로 허위의 회사설립등기를 신청하여 상업등기 전산정보처리시스템에 신청 내용을 입력하게 한 경우, 피고인이 **실제 유한회사를 설립하려는 의사**를 가지고 상법이 정하는 유한회사 설립에 필요한 절차를 이행함으로써 유한회사로 성립하였다면 공전자기록 등 부실기재죄에서 말하는 불실의 사실에 해당하지 않는다(大判 2020. 3. 26. 2019도7729).

p.p.412 ~ 413

판례이론 (ㄷ) (ㄹ) 순서 변경 하고, 파란 판례 ④ 추가합니다.

판례이론

- (ㄷ) **위조된 문서 그 자체**를 직접 상대방에게 제시하거나 이를 기계적인 방법으로 복사하여 그 복사본을 제시하는 경우는 물론, 이를 모사전송의 방법으로 제시하거나 컴퓨터에 연결된 **스캐너(scanner)로 읽어 들어 이미지화한 다음 이를 전송**하여 컴퓨터 화면상에서 보게 하는 경우도 행사에 해당하여 위조문서행사죄가 성립한다(大判 2008.10.23. 2008도5200).♥♥
- (ㄹ) **간접정범**을 통한 위조문서행사범행에 있어 **도구로 이용된 자**라고 하더라도 문서가 위조된 것임을 알지 못하는 자에게 행사한 경우에는 위조문서행사죄가 성립한다(大判2012.2.23. 2011도14441).♥

위조사문서행사죄 인정

- ③ 휴대전화 신규 가입신청서를 **위조한 후** 이를 스캔한 이미지 파일을 제3자에게 이메일로 전송한 경우, 이미지 **파일** 자체는 문서에 관한 죄의 ‘문서’에 해당하지 않으나, **이를 전송**하여 컴퓨터 화면상으로 보게 한 행위는 이미 위조한 가입신청서를 행사한 것에 해당하므로 위조사문서행사죄가 성립한다(大判 2008.10.23. 2008도5200). <주> 위조된 문서를 행사하여 죄가 성립한다. 파일은 문서가 아니므로 파일을 행사하여 행사죄가 된다고 보는 것이 아니다. ♥♥
- ④ 피고인이 위조한 전문건설업등록증 등의 컴퓨터 이미지 파일을 공사 수주에 사용하기 위하여 그 위조사실을 **모르는 담당직원에게 이메일로 송부**하여 프린터로 출력하게 한 경우 피고인에게 위조공문서행사죄가 성립한다(大判 2012.02.23. 2011도14441). <주> 피이용자인 담당직원이 피고인과 공범으로서 위조된 사정을 알고 있었다면 행사죄의 상대방이 될 수 없지만, 이 사례에서 담당직원은 위조된 사실을 몰랐기 때문에 행사죄의 상대방이 될 수 있다는 의미이다. ♥

p.414 판례 ⑩ 추가합니다.

문서부정행사죄의 객체 부정
⑨ 실질적인 채권채무관계 없이 당사자 간의 합의로 작성한 ‘차용증 및 이행각서’ 를 법원에 제출하였다고 하더라도 그것이 사문서 부정행사죄에 해당하지 않는다(大判 2007.3.30. 2007도629).
⑩ 음주단속을 하는 경찰관으로부터 자동차운전면허증의 제시를 요구받고, 휴대폰에 저장해 놓은 타인의 자동차운전면허증 이미지파일 을 피고인의 자동차운전면허증인 것처럼 경찰관에게 제시한 행위는 공문서부정행사를 구성하지 않는다(大判 2019. 12. 12. 2018도2560). <주> 이미지 파일 형태는 도로교통법에서 제시의 객체로 규정한 운전면허증에 해당하지 않는다.

p.420 판례이론 (ㄴ) <주> 추가하고, (ㄷ) 추가하고,
(ㄷ)(ㄹ)(ㄱ)은 (ㄹ)(ㄱ)(ㄴ)으로 번호 변경합니다.

(ㄴ) 음란성의 유무는 그 그림 자체로서 객관적 으로 판단해야 할 것이고, 그 제조자나 판매자의 주관적인 의사에 따라 좌우되는 것은 아니라 할 것이며, 그 음화의 제조 내지 판매죄의 범의 성립에 있어서도 그러한 그림이 존재한다는 것과 이를 제조나 판매하고 있다는 것을 인식하고 있으면 되고, 그 이상 더 나가서 그 그림이 음란한 것인가 아닌가를 인식 할 필요는 없다(大判 1970.10.30. 70도1879; 大判 2003.5.16. 2003도988). <주> 객관적으로 음란하다고 평가받은 음화를 제조 또는 판매를 하였다면, 행위자가 주관적으로 음란하지 않다고 생각하였더라도 범죄가 성립한다. ♥
(ㄷ) 음란성을 판단함에 있어 법관이 자신의 정서가 아닌 일반 보통인의 정서를 기준 으로 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 성적도의 관념에 반하는 것인지의 여부를 묻는 절차 를 거쳐야만 되는 것은 아니다(大判 1995.2.10. 94도2266).♥
(ㄹ) (1) 형법 제243조에 규정된 ‘음란한 도화’라 함은 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐의 여부 등을 검토, 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념 에 비추어 판단하여야 한다(大判 1997.8.22. 97도937). (2) 문학작품 이라도 그것이 건전한 성적 풍속이나 성도덕을 침해하는 경우에는 형법규정에 의하여 이를 처벌할 수 있다(大判 1995.6.16. 94도2413).♥ (3) 예술성이 있는 누드작품 이라도 이를 상업적으로 이용한 경우에는 음란한 도화가 될 수 있다(大判 2002.8.23. 2002도2889).
(ㄱ) 문학성 내지 예술성과 음란성은 차원을 달리하는 관념이므로 어느 문학작품이나 예술작품에 문학성 내지 예술성이 있다고 하여 그 작품의 음란성이 당연히 부정될 수 없고 , 다만 그 음란성이 완화되어 결국은 형법이 처벌대상으로 삼을 수 없게 되는 경우가 있을 수 있다(大判 2000.10.27. 98도679).♥
(ㄴ) 공연음란죄에서 공연성 은 불특정 또는 다수인이 음란행위를 인식할 수 있는 가능성만 있으면 충분하고, 현실적으로 불특정 또는 다수인이 음란행위를 인식 할 필요는 없다(大判 2003.7.8. 2001도1335).♥

p.422 판례 ⑤ 추가합니다.

공연음란죄 인정
④ 나이트클럽 무용수인 피고인이 무대에서 공연하면서 겹옷을 모두 벗고 팬티만을 입은 채 성행위 와 유사한 동작을 연출하거나 속옷에 부착되어 있던 모조 성기 를 수차례 노출한 경우, 제반 사정에 비추어 위 공연이 구 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제1호의2에서 정한 음란행위에 해당한다(大判 2011.9.8. 2010도10171).
⑤ 피고인이 자신의 여인을 묘사한 부조가 조각된 참전비 앞길에서 바지와 팬티를 내리고 성기 와 엉덩이를 노출한 채 있었던 경우, 공연음란죄에서의 ‘음란한 행위’는 ‘성행위’로 한정 해석되지 않으므로, 피고인의 행위는 ‘음란한 행위’에 해당한다(大判 2020. 1. 16. 2019도14056).

p.429 빨간 판례 추가합니다.

판례이론
(ㄱ) 형법 제163조의 변사자 라 함은 그 사인이 분명하지 않은 자를 의미하므로, 범죄로 인하여 사망한 것이 명백 한 자의 사체는 변사체검시방해죄의 객체가 될 수 없다(大判 2003.6.27. 2003도1331).♥
사인 명백 - 변사자 부정
① 질병 으로 의사의 치료를 받아오다가 약효가 없어 사망하여 그 사인이 명백 한 자는 변사자라고 할 수 없는 것이므로, 그 사체에 대한 검시를 방해하는 것은 변사체검시방해죄를 구성하지 않는다(大判 1970.2.24. 69도2272).♥

p.450 판레이론 (ㄱ) 추가하고, (ㄱ)(ㄴ)은 (ㄴ)(ㄷ)으로 번호 변경합니다.
(ㄴ) <주> 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) 직권남용죄의 ‘**직권남용**’이란 공무원이 그의 **일반적 권한에 속하는** 사항에 관하여 그것을 불법하게 행사하는 것, 즉 **형식적, 외형적으로는 직무집행**으로 보이나 그 **실질은 정당한 권한 이외의 행위**를 하는 경우를 의미하고, 따라서 직권남용은 공무원이 그의 **일반적 권한에 속하지 않는 행위**를 하는 경우인 지위를 이용한 **불법행위**와는 구별된다(大判 1991.12.27. 90도2800). <주> 예컨대 경찰서장이 순경에게 살인을 지시하면 이는 경찰서장의 권한을 넘어서는 행위로서 직권남용이 아니라 살인교사죄라는 별개의 불법행위가 된다. ♥
- (ㄴ) 직권남용죄는 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립하고, 그 일반적 직무권한은 **반드시 법률상의 강제력**을 수반하는 것임을 요하지 아니한다(大判 2004.5.27. 2002도6251). <주> 반드시 법률상의 강제력을 요하지 않고, 사실상의 강제력도 포함된다는 의미이다. ♥

p.451 (3) 의무 없는 일의 강요의 판레이론 대신 아래 내용을 추가합니다.

(3) 의무 없는 일의 강요

판례이론

- (ㄱ) (1) 직권남용권리행사방해죄는 단순히 공무원이 **직권을 남용**하는 행위를 하였다는 것만으로 곧바로 성립하는 것이 아니다. 직권을 남용하여 현실적으로 다른 사람이 법령상 의무 없는 일을 하게 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사를 방해하는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과의 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다.
- (2) ‘사람으로 하여금 **의무 없는 일**을 하게 한 것’과 ‘사람의 **권리행사를 방해**한 것’은 형법 제 123조가 규정하고 있는 객관적 구성요건요소인 ‘**결과**’로서 **둘 중 어느 하나가 충족**되면 직권남용권리행사방해죄가 성립한다. 이는 ‘공무원이 직권을 남용하여’와 구별되는 **별개의 범죄 성립요건**이다. 따라서 공무원이 한 행위가 직권남용에 해당한다고 하여 그러한 이유만으로 상대방이 한 일이 ‘의무 없는 일’에 해당한다고 인정할 수는 없다. ‘의무 없는 일’에 해당하는지는 직권을 남용하였는지와 별도로 상대방이 그러한 일을 할 법령상 의무가 있는지를 살펴 개별적으로 판단하여야 한다.
- (3) **직권남용 행위의 상대방이 일반 “사인”**인 경우 특별한 사정이 없는 한 직권에 대응하여 따라야 할 의무가 없으므로 그에게 어떠한 행위를 하게 하였다면 ‘**의무 없는 일**을 하게 한 때’에 해당할 수 있다. 그러나 **상대방이 “공무원”**이거나 법령에 따라 일정한 공적 임무를 부여받고 있는 공공기관 등의 임직원인 경우에는 법령에 따라 임무를 수행하는 지위에 있으므로 그가 직권에 대응하여 어떠한 일을 한 것이 의무 없는 일인지 여부는 관계 법령 등의 내용에 따라 **개별적으로 판단**하여야 한다.
- (4) **행정기관의 의사결정과 집행**은 다른 공무원, 부서 또는 유관기관 등과의 **협조**를 거쳐 이루어지는 것이 통상적이다. 결국 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 어떠한 일을 하게 한 때에 **상대방이 공무원** 또는 유관기관의 임직원인 경우에는 그가 한 일이 형식과 내용에 있어 **직무범위 내에 속하는 사항**으로서 법령 그 밖의 관련 규정에 따라 직무수행 과정에서 준수하여야 할 원칙이나 기준, **절차 등을 위반하지 않는다면** 특별한 사정이 없는 한 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 보기 어렵다(大判 2020. 1. 30. 2018도2236 전합).

의무 없는 일

- ① [1] **대통령비서실장** 등이 문화체육관광부 공무원을 통하여 문화예술진흥기금 등 정부의 지원을 신청한 개인·단체의 이념적 성향이나 정치적 견해 등을 이유로 한국문화예술위원회·영화진흥위원회·한국출판문화산업진흥원이 수행한 각종 사업에서 이른바 **좌파에 대한 지원배제**를 지시한 행위는 ‘**직권남용**’에 해당한다.
- [2] 위 지원배제 지시로써 문체부 공무원이 예술위·영진위·출판진흥원 직원들로 하여금 지원배제 방침이 관철될 때까지 **사업진행 절차를 중단**하는 행위, 지원배제 대상자에게 불리한 사정을 부각시켜 **심의위원회에 전달**하는 행위 등을 하게 한 것은 ‘**의무 없는 일**을 하게 한 때’에 해당하나,
- [3] 문화체육관광부 공무원에게 각종 **명단을 송부하게** 한 행위, 공모사업 진행 중 수시로 **심의 진행 상황을 보고하게** 한 행위 부분은 **의무 없는 일**에 해당하기 어렵다(大判 2020. 1. 30. 2018도2236 전합). <주> 박근혜 정부 시절 김기춘 대통령비서실장의 ‘문화계 블랙리스트’ 사건이다.

판례이론

- (ㄱ) 직권남용죄에서 말하는 ‘의무’란 **법률상** 의무를 가리키고, 단순한 **심리적** 의무감 또는 **도덕적** 의무는 이에 해당하지 아니한다(大判 2009.1.30. 2008도6950).♥♥
- (ㄴ) (1) 공무원이 자신의 **직무권한에 속하는** 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 **직무집행을 보조하는 사실행위**를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 할 수 없다.
- (2) 그러나 **직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시**되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 **절차를 위반하여 직무집행을 보조**하게 한 경우에는 ‘의무 없는 일’을 하게 한 때’에 해당한다(大判 2020.1.9. 2019도11698).

p.p.451~452 판례 ⑤ 추가하고, ⑤ ⑥ 은 ⑥ ⑦ 로 번호 변경하고
⑧ 추가하고, ⑦ ⑧ ⑨ 는 ⑨ ⑩ ⑪ 로 번호 변경합니다.

공적 권한 범위 내 부당한 조치
⑤ 검찰의 고위 간부 가 내사 담당 검사로 하여금 내사를 중도에서 그만두고 종결처리토록 한 행위는 직권남용권리행사방해죄에 해당한다(大判 2007.6.14. 2004도5561).♥
⑥ 대통령비서실 정책실장 이 공무원으로 하여금 특별교부세 교부대상이 아닌 특정 사찰의 중·개축 사업을 지원하는 특별교부세 교부신청 및 교부결정을 하도록 하게 한 경우 직권남용권리행사방해죄가 성립한다(大判 2009.1.30. 2008도6950).♥♥
⑦ 서울특별시 교육감 인 甲이 인사담당장학관 등에게 지시하여 승진후보자명부상 승진 또는 자격연수 대상이 될 수 없는 특정 교원들을 적격 후보자인 것처럼 추천하거나 임의로 평정점을 조정하는 방법으로 승진임용한 경우 직권남용권리행사방해죄가 성립한다(大判 2011.2.10. 2010도13766).♥
⑧ 해군본부 법무실장 인 피고인이 국방부 검찰수사관 甲에게 군내 납품비리 수사와 관련한 수사 기밀사항을 보고하게 한 경우 피고인은 법무업무 전반에 관하여 해군참모총장을 보좌하는 자로서 사법처리와 관련된 중요 사항에 관하여 보고를 받을 일반적인 직무권한이 있으나, 甲으로서의 검찰단 내부 수사 내용을 피고인에게 보고할 법률상의 의무가 없었으므로, 피고인에게 직권남용권리행사방해죄가 인정된다(大判 2011.7.28. 2011도1739).♥
⑨ 시장 인 피고인 甲이 자신의 인사관리업무를 보좌하는 피고인 乙과 공동하여, 관련 법령에서 정한 절차에 따라 평정대상 공무원에 대한 평정단위별 서열명부 및 평정순위가 정해졌는데도 평정권자나 실무 담당자 등에게 특정 공무원들에 대한 평정순위 변경을 구체적으로 지시하여 평정단위별 서열명부를 새로 작성하도록 한 경우, 피고인들의 행위는 직권남용권리행사방해죄의 공동정범에 해당한다(大判 2012.1.27. 2010도11884).♥
⑩ 서울특별시 A 구청장 으로 재직 중이던 甲과 B구 주택과장 으로 재직 중이던 乙이 공모하여, C구역 주택재개발정비사업조합으로 하여금 조합원이 아닌 丙에게 보류지 아파트를 조합원 가격으로 배정 분양하게 한 경우, 직권남용권리행사방해죄가 성립한다(大判 2015.03.26. 2013도2444).♥
⑪ 피고인이 인신구속에 관한 직무를 집행하는 사법경찰관으로서 체포 당시 상황을 고려하여 경험칙에 비추어 현저하게 합리성을 잃지 않은 채 판단하면 체포 요건이 충족되지 아니함 을 충분히 알 수 있었는데도, 자신의 제량 범위를 벗어난다는 사실을 인식하고 그와 같은 결과를 용인한 채 사람을 체포하여 권리행사를 방해하였다면, 직권남용체포죄와 직권남용권리행사방해죄가 성립한다(大判 2017. 3. 9. 2013도16162).♥

p.452 판례 ④ 추가합니다.

공무원의 제량 범위 내
③ 정보통신부장관 이 개인휴대통신 사업자선정과 관련하여 서류심사는 완료된 상태에서 청문심사의 배점방식을 변경 함으로써 직권을 남용하였다 하더라도, 구체적인 권리의 현실적 행사가 방해되는 결과가 발생하지는 아니하였다면 직권남용권리행사방해죄가 성립하지 아니한다(大判 2006.2.9. 2003도4599). <주> 미수처벌규정이 없다. ♥
④ 법무부 검찰국장 인 피고인이 검사인사담당 검사 甲으로 하여금 2015년 하반기 검사인사에서 부치지청에 근무하고 있던 경력검사 乙을 다른 부치지청으로 다시 전보시키는 내용의 인사안을 작성하게 한 경우, 검사에 대한 인사권자는 전보인사 의 내용을 결정함에 있어 상당한 재량 을 가지기 때문에 직권남용권리행사방해죄가 성립하지 아니한다(大判 2020.1.9. 2019도11698). <주> 안태근 법무부 검찰국장이 서지현 검사를 성추행한 뒤 이 사실을 숨기기 위해 서검사를 지방으로만 발령한 사안이다. 1심과 2심에서 유죄판결이 있었지만 3심에서 파기환송되었고, 파기환송심에서도 국가공무원인 검사의 전보는 본인의 동의를 전제로 하지 않는다는 이유로 무죄판결이 나왔다. 자치지청은 차장검사가 있는 지청이고, 부치지청은 차장검사는 없고 부장검사만 있는 수도권에서 먼 지청이다.

p.464 판례이론 (ㄷ) 아래 (ㄷ) 추가합니다.

판례이론

- (ㄷ) **뇌물의 약속**은 양 당사자의 뇌물수수의 **합의**를 말하고, 여기에서 ‘합의’란 그 방법에 아무런 제한이 없고 명시적일 필요도 없지만, 장래 뇌물을 주고 받겠다는 양 당사자의 의사표시가 **확정적으로 합치**하여야 한다(大判 2012.11.15. 2012도9417).♥
- (ㄷ) 뇌물죄는 공여자의 출연에 의한 수뢰자의 영득의사의 실현으로서, 공여자의 특정은 직무행위와 관련이 있는 **이익의 부담 주체**라는 관점에서 파악하여야 할 것이므로, 금품이나 재산상 이익 등이 반드시 공여자와 수뢰자 사이에 **직접 수수**될 필요는 없다(大判 2020.9.24. 2017도12389).

p.465 판례 ⑪ 아래 ⑫ 추가합니다.

- ⑪ 공무원 甲이 乙로부터 일정 토지에 관하여 건축허가를 내줄 것을 부탁받고 수천만원권의 차기앞수표가 든 봉투를 건네받았는데, 그 후 乙과 수시로 통화하면서도 이를 즉시 乙에게 돌려주지 않고 **10일이 경과**한 후에 돌려준 경우 뇌물죄의 고의가 인정된다(大判 2012.8.23. 2010도 6504).♥
- ⑫ 뇌물공여자가 공무원인 뇌물수수자가 제공한 명단 기재 대상자들에게 택배를 이용하여 **뇌물수수자의 명의로 새우젓을 선물발송**한 경우 새우젓을 받은 사람들은 보낸 사람을 뇌물수수자로 인식하였으며, 뇌물공여자와 뇌물수수자 사이에 새우젓 제공에 관한 의사합치가 존재하므로 이로써 뇌물공여자의 새우젓 출원에 의하여 뇌물수수자의 영득의사가 실현되어 **단순뇌물 공여죄 및 수수죄**가 성립한다(大判 2020.9.24. 2017도12389).

p.466 판례 ② [2] 내용 수정하고, 판례 사건번호와 기출표시 추가합니다.

- 뇌물수수죄 부정
- ② [1] 공무원이 공소외인과 사전 공모하여 밀수행위를 함으로써 관세포탈의 공동정범이 된 경우 위 공소외인으로부터 금품을 수수한 것은 위 **공동정범들간의 이익분배**에 지나지 아니하여 뇌물수수가 될 수 없다(大判 1980.2.26. 79도3095).
- [2] 국가정보원장들이 일정기간 동안 대통령에게 특별사업비를 교부하고 이를 대통령이 교부받은 것이, 횡령금을 국가정보원장들과 대통령 사이의 **공모에 따라 내부적으로 분배**한 것에 지나지 않는다면 별도로 그 돈의 수수행위에 관하여 뇌물죄가 성립하는 것은 아니다(大判 1997.2.25. 94도3346; 大判 2019. 11. 28. 2019도1056; 大判 2019. 11. 28. 2019도11766; 大判 2019. 11. 28. 2018도20832).♥

p.470 판례이론 (ㄷ)에서 내용변경 없이 키워드만 변경합니다.
최신 기출지문이 나왔기 때문에 변경합니다.

- (ㄷ) 제3자뇌물수수죄에서 **제3자란** 행위자와 **공동정범** 이외의 사람을 말하고, **교사자나 방조자**도 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 **제3자뇌물수수방조죄**가 인정될 수 있다(大判 2017.3.15. 2016도19659). <주> 제3자는 대항범의 외부인이므로, 총칙상 공범규정을 적용할 수 있다. ♥♥♥

p.473 판례이론 (ㄱ) 아래 (ㄴ) 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) (1) 뇌물의 수수 등을 할 당시 **이미 공무원의 지위를 떠난** 경우에는 제129조 제1항의 **수취죄**로는 처벌할 수 없고 **사후수취죄**의 요건에 해당할 경우에 한하여 그 죄로 처벌할 수 있을 뿐이다.
- (2) 공무원이 직무와 관련하여 뇌물수수를 약속하고 **퇴직 후** 이를 수수하는 경우에는 뇌물약속과 뇌물수수가 시간적으로 근접하여 연속되어 있다고 하더라도, 뇌물약속죄 및 **사후수취죄**가 성립할 수 있음은 별론으로 하고 **뇌물수수죄**는 성립하지 않는다(大判 2008.2.1. 2007도 5190).♥♥
- (ㄴ) 국가공무원이 지방자치단체의 업무에 관하여 전문가로서 **위원 위촉을 받아 한시적으로** 직무를 수행하는 경우와 같이 공무원이 그 **고유의 직무와 관련이 없는** 일에 관하여 별도의 위촉절차 등을 거쳐 다른 직무를 수행하게 된 경우에는 그 **위촉이 종료**되면 그 위원 등으로서 새로 보유했던 공무원 지위는 소멸한다고 보아야 하므로, 그 이후에 **종전에 위촉받아 수행한 직무에 관하여** 금품을 수수하더라도 이는 **사후수취죄**에 해당할 수 있음은 별론으로 하고 **일반수취죄**로 처벌할 수는 없다(大判 2013.11.28. 2013도10011).♥

p.487 판례 ⑨ 내용 변경 없이 키워드만 지정합니다.

- ⑨ [1] 경찰관들이 새벽 1시에 마스터키로 모텔방문을 열고 방안으로 들어가 피고인에게 미란다 원칙상 고지사항의 **일부만 고지**하고 **신원확인절차를 밟으려는 순간** 피고인이 유리조각을 쥐고 휘둘러 이를 제압하려는 경찰관들에게 상해를 입힌 경우, 그 제압과정 중이나 후에 지체 없이 미란다 원칙을 고지하면 되는 것이므로 위 경찰관들의 긴급체포업무에 관한 정당한 직무집행을 방해한 경우에 해당한다(大判 2007.11.29. 2007도7961).♥
- [2] 피고인에 대한 체포영장을 집행하기 전 피고인에게 필로폰 투약혐의로 체포영장이 발부되었다는 사실과 범죄사실의 요지 및 변호인선임권 등을 고지하였고, 소지하고 있던 **체포영장을 꺼내어 피고인에게 제시하려고 하였으나**, 피고인이 팔을 휘두르면서 도망가려고 저항하고 깨진 유리를 휘두르면서 완강히 대항하여 결국 피고인을 검거하지 못한 채 현장에서 이탈함에 따라 피고인에게 체포영장을 제시하지 못한 것이므로, 경찰관의 위와 같은 체포행위는 적법한 공무집행으로 보아야 한다(大判 2008.2.14. 2007도10006).

p.488 판례 ㉔ 추가합니다.

- ⑮ 피고인이 甲과 **주차문제로** 연쟁을 벌이던 중, 112 신고를 받고 출동한 경찰관 乙이 甲을 때리려는 **피고인을 제지**하자 자신만 제지를 당한 데 화가 나서 손으로 乙의 가슴을 1회 밀치고, 계속하여 욕설을 하면서 피고인을 현행범으로 체포하며 순찰차 뒷좌석에 태우려고 하는 乙의 경강이 부분을 양발로 2회 걷어차는 등 폭행한 경우, 공무집행방해죄가 성립한다(大判 2018.3.29. 2017도21537). <주> 체포당시 피고인의 도망 또는 증거인멸의 염려가 인정되어 적법한 공무집행이다.
- ⑯ 경찰관들이 집회 또는 시위장소 안에서 줄지어 서는 방법은 집시법에서 정한 질서유지선이라고 할 수 없다. 그러나 집시법상 **질서유지선에 해당하지 아니한다**고 하더라도 집회 또는 시위장소 안에 머무르는 경찰관들의 행위가 집시법 제19조에 의한 정복을 입은 출입이라면 적법한 공무집행으로 볼 수 있다(大判 2019.1.10. 2016도21311).

p.490 판례 ㉔ 추가합니다.

- ㉑ 경찰관들이 체포영장을 소지하고 메트암페타민(일명 필로폰) 투약 등 혐의로 피고인을 체포하려고 하자, 피고인이 이에 거세게 저항하는 과정에서 경찰관들에게 상해를 가한 경우, 경찰관들이 체포를 위한 실력행사에 나아가기 전에 체포영장을 제시하고 **미란다 원칙을 고지할 여유** 있었음에도 **애초부터 미란다 원칙을 체포 후에 고지할 생각**으로 먼저 체포행위에 나섰다면 적법한 공무집행이라고 보기 어려워, 공무집행방해죄가 성립하지 않는다(大判 2017.9.21. 2017도10866).
- ㉒ 경찰관이 도로를 순찰하던 중 벌금 미납으로 **지명수배된 피고인과 조우**하게 되어 벌금 미납 사실을 고지하고 벌금납부를 유도하였으나 피고인이 이를 거부하자 벌금 미납으로 인한 노역장 유지의 집행을 위하여 구인하려 하였는데, 피고인이 이에 저항하여 경찰관을 폭행한 경우, 경찰관이 피고인을 구인하는 과정에서 **형집행장이 발부되어 있는 사실은 고지하지 않았다**면 경찰관의 직무집행은 위법하므로 피고인은 공무집행방해죄가 성립하지 않는다(大判 2017. 9. 26. 2017도9458). <주> 형집장이 발부되어 있다는 사실을 고지했더라면 적법한 직무집행이었으나, 이를 고지하지 않아서 위법한 직무집행이 되었다. ♥

p.491 판례 ㉔ 추가합니다.

공무집행방해죄 - 폭행협박 인정
⑤ 수사업협동조합 조합장이 수사 중인 해양경찰서 소속 경찰공무원에게 전화를 걸어 폭언하며 해양경찰청 고위 간부들과의 친분관계를 이용하여 인사상 불이익 을 가하겠다고 한 것은 공무집행방해죄의 협박으로 볼 수 있다(大判 2011.2.10. 2010도15986).♥
⑥ 피고인이 지구대 내에서 약 1시간 40분 동안 큰 소리로 경찰관을 모욕하는 말을 하고, 그곳 의자에 드러눕거나 다른 사람들에게 시비를 걸고 그 과정에서 경찰관들이 피고인을 내보낸 뒤 문을 잠그자 다시 들어오기 위해 출입문을 계속해서 두드리거나 잡아당기는 등 소란을 피운 행위는 공무원에 대한 간접적인 유형력의 행사로서 형법 제136조에서 규정한 ‘폭행’에 해당할 여지가 있다(大判 2013.12.26. 2013도11050).♥

p.493 판례이론 (ㄷ) 수정합니다.

판례이론

- (ㄷ) (1) 행정청에 대한 **일방적 통고로 효과가 완성되는 ‘신고’**의 경우에는 신고서에 허위사실을 기재하거나 허위의 소명자료를 제출하였더라도, 그것만으로는 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성한다고 볼 수 없다. ♥
- (2) 그러나 행정관청이 **출원에 의한 인허가처분 여부를 심사**하거나 신청을 받아 일정한 자격요건을 결정하는 업무를 하는 경우에는 출원자나 신청인이 제출한 허위의 소명자료 등에 대하여 담당 공무원이 나름대로 충분히 심사를 하였으나 이를 발견하지 못하여 인허가처분을 하게 되거나 신청을 수리하게 되었다면, 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다. ♥
- (3) **등기신청**은 단순한 ‘신고’가 아니라 신청에 따른 **등기관**의 **심사 및 처분을 예정**하고 있으므로, 등기신청인이 제출한 허위의 소명자료 등에 대하여 등기관이 충분히 심사를 하였음에도 등기가 마치지게 되었다면 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립할 수 있다. ♥
- (4) 이때 등기관이 등기신청에 필요한 서면이 제출되었는지 및 제출된 서면이 진정한 것인지를 **형식적으로 심사할 권한은 갖고 있으나** 등기신청이 실체법상의 권리관계와 일치하는지를 심사할 **실질적인 심사권한은 없다**고 하여 달리 보아야 하는 것은 아니다(大判 2016.1.28. 2015도17297).♥

p.498 판레이론 <주> [참고] 추가하고,
판례 ① 추가하고, ① ② 는 ② ③ 으로 번호 변경합니다.

판례이론

(ㄱ) 위계에 의한 공무집행방해죄에 있어서 공무원의 직무집행이란 법령의 위임에 따른 공무원의 적법한 직무집행인 이상 공권력의 행사를 내용으로 하는 **권력적 작용**뿐만 아니라 사경제 주체로서의 활동을 **비롯한 비권력적 작용**도 포함되는 것으로 봄이 상당하다(大判 2003.12.26. 2001도6349). <주> '비롯한'을 '제외한'이라고 표현하면 틀린 표현이다. ♥
[참고] 국가작용은 권력적 작용과 비권력적 작용으로 나뉘고, 비권력적 작용은 공기업을 경영하는 관리작용과 사인과 동일한 경제활동을 하는 국고작용으로 나뉜다. 이들 모두 공무원로서 보호받는다는 의미이다.

사경제활동

- ① 지방자치단체의 공사**입찰**에 있어서 해의건설협회 회장 명의의 허위의 실적증명서를 발급받아 이를 제출하여 입찰참가자격을 얻고 낙찰자로 결정되어 공사계약을 체결한 행위는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다(大判 2003.10.9. 2000도4993).
- ② 감척어진 입찰자격이 없는 자가 제3자와 공모하여 제3자의 대리인 자격으로 제3자 명의로 **입찰**에 참가하고 낙찰받은 후 자신의 자금으로 낙찰대금을 지급하여 감척어선에 대한 실질적 소유권을 취득한 경우, 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다(大判 2003.12.26. 2001도6349). ♥
- ③ 지방조달청장의 **단체수의계약** 체결을 위하여 피고인들이 공모하여 허위 물량배정계획서와 일괄 작성한 견적서들을 지방조달청에 제출하여 충분한 심사를 하고도 허위임을 발견하지 못하여 신청을 수리하였다면 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다(大判 2011.5.26. 2011도1484).

p.500 판례 ② 판례번호와 <주> 추가합니다.

공무상비밀표시무효 객체 인정

- ② 공무원이 실시한 봉인 등의 표시에 **절차상 또는 실체상의 하자**가 있다고 하더라도 객관적·일반적으로 그것이 공무원이 그 직무에 관하여 실시한 봉인 등으로 인정할 수 있는 상태에 있다면 적법한 절차에 의하여 취소되지 아니하는 한 공무상표시무효죄의 객체로 된다고 할 것이다(大判 2000.4.21. 99도5563; 大判 2007.3.15. 2007도312). <주> 유체동산의 가압류집행에 있어 가압류 공시서의 기재에 다소의 흠이 있더라도 무효는 아니므로 본죄의 객체가 된다고 보았다. ♥

p.502 판례 ① 추가하고, ① ② 는 ② ③ 으로 번호 변경합니다.

공무상비밀표시무효죄 인정

- ① 직접 점유자에 대한 점유이전금지가처분결정이 집행된 후 그 피신청인인 직접점유자가 가처분 목적물의 **간접점유자에게 그 점유를 이전**한 경우에는 그 가처분표시의 효용을 해한 것이 된다(大判 1980.12.23. 80도1963). <주> 직접점유자(임차인)이 간접점유자(임대인)에게 점유를 이전한 행위는 원래 소유자에게 돌려주는 행위라 하더라도 가처분표시의 효용을 침해한다고 보았다. ♥
- ② 피고인이 채권자나 집담관 몰래 원래의 보관장소로부터 상당한 거리에 있는 다른 장소로 **압류물을 이동**시킨 경우에는 설사 피고인이 집행을 면탈할 목적으로 한 것이 아니라 하여도 객관적으로 집행을 현저히 곤란하게 한 것이 되어 형법 제140조 제1항 소정의 “기타의 방법으로 그 효용을 해한” 경우에 해당된다(大判 1986.3.25. 86도69).
- ③ 건물의 점유이전금지가처분 채무자가 그 가처분의 집행 취지가 기재된 고시문이 그 가처분 목적물에 부착된 이후 제3자로 하여금 그 건물 중 일부에서 영업을 할 수 있도록 **무상으로 사용**케 한 경우, 공무상표시무효죄가 성립한다(大判 2004.10.28. 2003도8238).♥

p.515 판례 ② <주> 추가하고, ③ 내용 보강합니다.

- ② 공범이 더 있다는 사실을 숨긴 채 허위보고를 하고 조사를 받고 있는 범인에게 **다른 공범이 더 있음을 실토하지 못하도록** 하는 등의 행위를 하였다면 도피행위에 대한 고의가 있었다(大判 1995.12.26. 93도904). <주> 고문치사 사건을 보고받은 상관이 부하들의 범행을 인지하고도 상부에는 단순 쇼크사라고 허위보고하고 부하에게는 다른 공범을 실토하지 말라고 설득하였던 사안이다. ♥
- ③ 범인을 도피하게 한 경우란 은닉 이외의 방법으로 관헌의 체포, 발견을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 의미하는 것이므로, 살인미수의 피의자를 **상피고인**에게 **연락**하여 만나게 해주고 동인으로 하여금 도피를 용이하게 하였다면 범인도피죄에 해당한다(大判 1990.12.26. 90도2439).♥

p.534 갑 → 甲 으로 한 글자만 변경합니다.

공범을 신고

❑ 비교판례 ❑ 피고인이 甲, 乙과 공모하여 은행으로부터 대출금을 편취한 것과는 **별도로 甲이** 피고인을 기망하여 위 대출금을 편취하였으니 처벌해 달라는 취지로 고소하여 甲에 대해 사기죄로 공소제기까지 된 경우, 위 고소는 甲에 대한 관계에서 독립하여 형사처분 등의 대상이 되는 허위사실의 고소로 볼 여지가 있다(大判 2010.2.25. 2009도1302).♥

p.538 판례이론 (ㄷ) 추가합니다.

판례이론

- (ㄱ) 무고죄는 신고자가 진실하다는 확신 없이 사실을 신고함으로써 성립하고 그 **신고사실이 허위라는 것을 확신함은 필요로 하지 않는다**(大判 2006.5.25. 2005도4642).♥
- (ㄴ) 무고죄에 있어서 범의는 반드시 확정적 고의임을 요하지 아니하고 미필적 고의로서도 족하다 할 것이므로, 무고죄는 신고자가 **진실하다는 확신 없는 사실**을 신고함으로써 성립하고 그 신고사실이 허위라는 것을 확신함을 필요로 하지 않는다(大判 1997.3.28. 96도2417).♥
- (ㄷ) 진실한 객관적인 사실들에 근거하여 고소인이 피고소인의 주관적인 의사에 관하여 갖게 된 의심을 고소장에 기재하였을 경우에 법률 전문가 아닌 **일반인의 입장**에서 볼 때 그와 같은 의심을 갖는 것이 충분히 **합리적인 근거**가 있다고 볼 수 있다면, 비록 그 의심이 나중에 진실하지 않는 것으로 밝혀졌다고 하여 곧바로 고소인에게 무고의 미필적 고의가 있었다고 단정하여서는 안된다(大判 1996.3.26. 95도2998).♥