

1 판례의 변경과 소급금지원칙[24모사]

형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니고, 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 법률조항 자체가 변경된 것이라고는 볼 수 없으므로, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 법률조항에 근거하여 처벌한다고 하여 형벌불소급의 원칙에 반하지 않는다 (대판(全) 95도2870; 대판 97도3349).

2 범죄 후 법률변경

[1] 범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경 또는 형벌법규가 법규명령이 아닌 고시 등 행정규칙·행정명령, 조례 등에 구성요건의 일부를 수권 내지 위임한 경우에 그 고시 등의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우에는 종전 법령이 범죄로 정하여 처벌한 것이 부당하였다거나 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형소법 제326조 제4호가 적용된다. ⇨ 전동킥보드와 같은 ‘개인형 이동장치’ 음주운전 행위가 원심판결 선고 후 시행된 개정 도로교통법에 의하여 ‘자동차’에 관한 음주운전을 처벌하는 제148조의2가 아니라 법정형이 가벼운 ‘자전거’에 관한 음주운전을 처벌하는 제156조 제11호의 적용 대상이 된 경우 이 법률 개정은 구성요건을 규정한 형벌법규 자체의 개정에 따라 형이 가벼워진 경우에 해당함이 명백하므로, 종전 법령이 반성적 고려에 따라 변경된 것인지를 따지지 않고 형법 제1조 제2항에 따라 신법인 도로교통법 제156조 제11호, 제44조 제1항으로 처벌할 수 있을 뿐이다[24변기](대판(全) 2020도16420).

[2] 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우에는 ① 법령의 변경이 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련된 형사법적 관점의 변화를 주된 근거

로 한다고 해석할 수 있을 때라면 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호를 적용할 수 있지만, ② 해당 형벌법규와 수권 내지 위임관계에 있지 않고 보호목적과 입법취지를 달리하는 민사적·행정적 규율의 변경이나 형사 처벌에 관한 규범적 가치판단의 요소가 배제된 극히 기술적인 규율의 변경 등에 따라 형벌법규의 가벌성에 간접적인 영향을 받는 것에 불과한 때라면 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호에서 말하는 법령의 변경에 해당한다고 볼 수 없다. ☞ 법무사가 개인파산·회생사건 관련 법률사무를 위임받아 취급하여 변호사법 제109조 제1호 위반죄를 범하였는데, 범행 이후 개정된 법무사법 제2조 제1항 제6호에 의하여 '개인의 파산사건 및 개인회생사건 신청의 대리'가 법무사의 업무로 추가된 법무사법 개정은 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경이 아니라 형사법과 무관한 행정적 규율에 관한 내용변경으로 형벌법규의 가벌성에 간접적인 영향을 미치는 경우에 해당함(대판 2022도4610; 대판 2022도6434)

[3] 스스로 유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여 효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 그 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우에는 형법 제1조 제2항과 형소법 제326조 제4호에서 말하는 법령의 변경에 해당한다고 볼 수 없다(대판(全) 2020도16420).

3 인과관계

제17조(인과관계) 어떤 행위라도 죄의 요소되는 위험발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다.

(1) 판례 : 상당인과관계설

① [25·21·20 · 16·14변사·21·14·12모사] ㉠ 피고인의 행위와 결과 사이에 다른 사실이 개재된 때에도 그와 같은 사실이 '통상 예견될 수 있는 것'이라면(= '일반 경험칙상 충분히 예견'할 수 있었다면) 상당인과관계를 인정할 수 있다(대판 2014도6206; 대판 95도425 등). ㉡ 피고인의 폭행으로 피해자가 두부 손상을 입은 후 병원에서 입원치료를 받다가 합병증으로 사망한 경우, 피고인의 행위로부터 발생된 다른 간접적 원인이 결합되어 사망의 결과를 발생하게 한 경우 그 행위와 사망 사이에는 인과관계가 있다(대판 2011도17648). ☞ 행위와 결과 사이에 개입한 사정을 "일반 경험칙상 충분히 예견할 수 없는 경우라면 피고인의 행위와 피해자의 사망과의 사이에 상당인과관계를 부정된다.

② [21변사] 혈청에 의한 간기능검사를 시행하지 않거나 이를 확인하지 않은 피고인들의 과실과 피해자의 사망 간에 인과관계가 있다고 하려면 피고인

들이 수술 전에 피해자에 대한 간기능검사를 하였더라면 피해자가 사망하지 않았을 것임이 입증되어야 할 것이다(대판 90도694. 이러한 입증이 없으면 상당인과관계 부정). ☞ ‘주의의무위반관련성이론’을 상당성 판단의 척도로 수용한 판례임 : 과실, 즉 주의의무위반과 관련성이 있는 결과에 대해서만 상당인과관계를 인정하고 관련성이 없는 결과에 대해서는 상당인과관계를 부정하면서, 판례는 “주의의무를 준수하였더라면 = 과실이 없었더라면 결과발생이 방지되었을 것임이 입증”된 경우에 한하여 상당인과관계를 인정한다.

(2) 합법칙적 조건설과 상당인과관계[25변사]

① 인과관계 판단은 합법칙적 조건설 : 행위가 시간적으로 뒤따르는 외계의 변화에 연결되고, 행위와 합법칙적으로 결합되어 구성요건적 결과로 실현되었을 때에 행위와 결과 사이에 합법칙적 연결관계로서 인과관계를 인정하는 견해이다(다수설).

② 객관적 귀속의 척도 : 결과에 대해 인과적인 행위가(합법칙적 조건설에 따른 인과관계의 인정을 전제함) ㉠ 법적으로 허용되지 아니한 결과발생의 위험을 창출했고(위험창출), ㉡ (별개의 다른 위험이 아니라) 행위자가 창출한 위험이 행위자가 객관적으로 회피(또는 지배)할 수 있었던 구체적인 결과발생으로 사실상 실현되었을 뿐 아니라(위험실현), ㉢ 그 실현된 위험회피가 행위자가 위반한 규범의 보호목적 범위 내에 있는 것일 때(규범의 보호목적)에 비로소 그 결과는 행위에게 객관적으로 귀속될 수 있다.

4 고의 및 착오

제13조(범의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.

제15조(사실의 착오) ① 특별히 무거운 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 무거운 죄로 벌하지 아니한다.

(1) 미필적 고의[19·16변사·21·17·14·13·12모사]

“미필적 고의가 있다고 하려면 결과발생의 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 결과발생을 용인하는 내심의 의사가 있음을 요하고”(대판 2003도7507 등), 준강간의 고의는 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다는 것과 그러한 상태를 이용하여 간음한다는 구성요건적 결과 발생의 가능성을 인식하고 그러한 위험을 용인하는 내심의 의사를 말한다(대판(全) 2018도16002).

(2) 구성요건적 착오[23·21변사·24·23·21·20·18·17·15모사]

판례는 乙을 타워파 조직원인 甲으로 오인하여 乙을 사망케 한 경우(구체적 사실의 착오 중 객체의 착오)는 물론(대판 93도3612) 甲을 살해할 목적으로 총을 발사하여 목적하지 아니한 乙에게 명중되어 乙이 사망한 경우(대판 87도1745 등) 또는 피고인이 그의 조카 乙을 업고 있는 형수 甲을 살하려다가 잘못하여 甲의 등에 업힌 乙의 머리 부분에 맞아 乙이 현장에서 두개골절 등으로 사망한 경우(구체적 사실의 착오 중 방법의 착오)에도 “소위 타격의 착오(=방법의 착오)가 있는 경우라 할지라도 행위자의 살인의 범의 성립에 방해가 되지 아니한다”는 이유로 乙에 대한 살인의 고의를 인정한다(대판 83도2813). ☞ 법정적 부합설

(3) 정범의 객체의 착오와 교사자의 죄책[23·19변사·23·20·18·16·15·13모사]

① ㉠ 법정적 부합설의 입장에서는 공범종속성의 원칙상 정범의 착오의 형태까지 종속한다는 전제에서 ‘객체의 착오’로 이해하고, ㉡ 구체적 부합설의 입장에서는 발생사실이 교사자의 고의에 포함되어 있지 않다는 점에서 ‘방법의 착오’로 이해한다.

② ㉠ 객체의 착오로 보는 견해는 물론 방법의 착오로 보면서 법정적 부합설을 취하는 견해는 정범의 범행에 대해서 그대로 교사범을 인정하고, ㉡ 방법의 착오로 보면서 구체적 부합설을 취할 경우 교사자는 어떻게 처벌되는지에 대해 다툼이 있으나, 교사의 미수(정범의 미수)와 발생한 결과에 대한 과실 정범의 상상적 경합을 인정하는 견해가 일반적이다.

(4) 기본적·가중감경적 구성요건 사이의 착오[23변사]

① 가벼운 사실(살인 또는 제307조 제1항 명예훼손)을 인식하고 무거운 사실(존속살해 또는 제307조 제2항 명예훼손)을 실현한 경우 : 법정적 부합설은 ‘객체의 착오’, ‘방법의 착오’ 모두 고의의 전용을 인정하지만, 형법 제15조 제1항이 적용되어 무거운 죄로는 처벌할 수 없으므로 가벼운 죄까지만 고의기수를 인정하고, 법정적 부합설을 취하는 판례는 단순살인죄를 인정한다(대판 76도3871 등).

② 무거운 사실(존속살해 또는 제307조 제2항 명예훼손)을 인식하고 가벼운 사실(살인 또는 제307조 제1항 명예훼손)을 실현한 경우(판례 없음) : ㉠ 행위자가 객체의 착오를 일으켜 형법 제307조 제2항의 고의로 제1항을 실현한 경우는, 큰 고의는 작은 고의를 포함하고 큰 고의 속에 포함된 작은 고의가 그대로 실현되었기 때문에 실현된 작은 고의인 제1항의 고의기수가 된다. ㉡ [23변사] 존속살해의 고의로 단순살인을 실현한 경우는 다툼이 심하다. 법정적 부합설

1 상해의 개념[23·17·11모사][15법무사]

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

제258조(중상해, 존속중상해) ① 사람의 신체를 상해하여 생명에 대한 위험을 발생하게 한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

② 신체의 상해로 인하여 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 한 자도 전항의 형과 같다.

③ 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 전2항의 죄를 범한 때에는 2년 이상 15년 이하의 유기징역에 처한다. [2016. 1. 6. 개정·시행]

오랜 시간 협박과 폭행을 이기지 못하여 실신한 경우 “외부적으로 어떤 상처가 발생하지 않았다고 하더라도 ‘생리적 기능훼손’을 입어 신체에 대한 상해가 있었다”(대판 96도2529. 생리적 기능훼손설).

생리적 기능훼손설에 따르면 상해란 ‘생리적 기능의 훼손’, 즉 정신적·육체적인 병적 상태를 야기하거나 악화시켜 건강상태를 불량하게 변경하는 것을 말한다. 판례는 상처가 발생한 경우 ① 일상적으로 흔히 발생할 수 있는 상처 여부, ② 자연치유 여부 및 ③ 일상생활에 장애 초래 여부 등을 기준으로 상해 여부를 판단하면서(대판 96도2673), 약 1주간의 치료를 요하는 좌측 팔 부분의 동전크기의 멍이 든 것(대판 96도2673), 7일간 가료를 요하는 경부와 전흉부에 ‘동전크기의 멍’을 들게 한 정도의 상처(대판 94도1311) 또는 ‘이마 부분이 굵혀서 정도의 부종이 있는 정도’에 불과한 경우는 그 상처가 굳이 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는데 아무런 지장이 없고 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있는 정도로서 이로 인해 신체의 완전성이 손상되고 생활기능에 장애가 왔다거나 건강상태가 불량하게 변경되었다고 보기 어려워 상해에 해당하지 않는다고 한다(대판 2001도4389).

2 상해죄의 동시범의 특례[21·18변사·16모사]

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

제19조(독립행위의 경합) 동시 또는 이시의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 각 행위를 미수범으로 처벌한다.

(1) 독립행위의 경합

① 판례는 2시간 또는 3시간가량의 차이가 있는 이시의 독립행위가 경합한 때에도 특례를 적용한다(대판 80도3321).

② 폭행 또는 상해의 요소를 포함하더라도 이들과 보호법익을 달리하는 강도·강도상해 또는 강간·강간상해의 고의가 있는 독립행위(대판 84도372) 사이의 경합은 물론 고의 없는 과실의 독립행위가 경합한 경우에는 특례는 적용될 수 없다(대판 2005도8822).

(2) 상해의 결과발생

형법 제263조는 시간적 차이가 있는 독립된 상해행위나 폭행행위가 경합하여 ‘사망’의 결과가 일어나고 그 사망의 원인된 행위가 판명되지 않은 경우에도 적용되므로 공동정범의 예에 의하여 처벌할 것이다(대판 2000도2466; 대판 80도3321).

3 특수상해(폭행)죄

제258조의2(특수상해) ① 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 제257조 제1항 또는 제2항의 죄를 범한 때에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

② 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 제258조의 죄를 범한 때에는 2년 이상 20년 이하의 징역에 처한다.[2016. 1. 6. 본조신설 시행]

(1) 위험한 물건의 개념 및 판단기준[21·20·14·13·11모사]

어떤 물건이 ‘위험한 물건’인지 여부는 물건의 객관적 성질 뿐 아니라 그 사용방법을 종합하여 구체적인 경우에 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 상대방이나 제3자가 곧 살상의 위험을 느낄 수 있으리라고 인정되는 물건인가에 따라 판단하여야 할 것이고, 칼과 같이 성질상 위험성이 있는 물건일 지라도 상대방이나 제3자에게 살상의 위험을 느끼도록 사용하거나 재물에 대한 위협하고도 난폭한 파괴행위의 일환으로 사용되는 것이 아닌 한 이에 해당하지 않으나”(대판 99도1496), 본래 살상용·파괴용으로 만들어진 것뿐만 아니라 다른 목적으로 만들어진 칼, 가위, 유리병, 각종 공구, 자동차 등도 그것이 사람의 생명·신체에 해를 가하는데 사용되었다면 ‘위험한 물건’에 해당한다(대판 2002도2812; 대판 2007도3520 등).

① [20모사] 혼계하면서 칼의 칼자루 부분으로 머리를 가볍게 친 것(대판 89도1570), ② 당구큐대로 머리 부분을 3~4회 가볍게 툭툭 때리고 배 부위를

1회 민 경우(대판 2004도176) 또는 당구공으로 피해자의 머리를 툭툭 건드린 정도에 불과한 경우(대판 2007도9624)는 물론 ③ 소형승용차로 중형승용차를 충격한 것이고, 충격할 당시 두 차량 모두 정차하여 있다가 막 출발하는 상태로서 차량 속도가 빠르지 않았으며 상대방 차량의 손괴 정도가 그다지 심하지 아니하였고, 자동차의 충격으로 피해자들이 입은 상해의 정도가 비교적 경미하였다면, 이로 인하여 사회통념상 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느꼈다고 보기 어렵다(대판 2007도3520).

그러나 ④ [20모사] ‘자동차’는 범퍼로 들이받을 수 있는 등의 방법으로 사용할 경우 사회통념에 비추어 상대방이나 제3자가 살상의 위험을 느낄 수 있으므로 위험한 물건에 해당한다(대판 2010도10256 등). 따라서 자신의 차를 가로막는 피해자의 신체를 직접 부딪친 것은 아니라고 하더라도, 피해자를 부딪칠 듯이 차를 조금씩 전진시키는 것을 반복하는 행위 역시 피해자에 대해 위법한 유형력을 행사한 것으로 폭행이라고 보아야 한다(대판 2016도9302. 특수폭행죄).

(2) 휴대의 개념[21·13모사/13모기][19법무사]

[1] 위험한 물건을 ‘휴대하여’는 범행 현장에서 사용하려는 의도 아래 위험한 물건을 소지하거나 몸에 지니는 경우를 의미한다. 범행에 사용하려는 의도 아래 위험한 물건을 소지하거나 몸에 지닌 이상 피고인이 이를 실제로 범행에 사용하였을 것까지 요구되지는 않는다. 또한 위험한 물건을 휴대하였다고 하기 위하여는, 피고인이 범행 현장에 있는 위험한 물건을 사실상 지배하면서 언제든지 그 물건을 곧바로 범행에 사용할 수 있는 상태에 두면 충분하고, 피고인이 그 물건을 현실적으로 손에 쥐고 있는 등 피고인과 그 물건이 반드시 물리적으로 부착되어 있어야 하는 것은 아니다. [2] 피고인이 계속하여 칼을 들고 있었다고 보이지는 않으나, 범행 현장은 좁은 공간이었고 피고인이 원하면 언제든지 자신과 가까이 있던 칼을 곧바로 사용할 수 있는 상황이었다면, 칼에 대한 피고인의 근접성과 사실상 지배 정도 및 칼의 사용에 관한 피고인의 언행(피고인이 주방에서 넘어지는 과정에 주방 싱크대 칼꽂이에 있던 칼이 자신의 복부 쪽으로 쏟아지자 그 칼로 옆의 주방의자를 찌고 일어난 후 그 칼은 근처 식탁 위에 두고, 피고인은 피해자에게 “여기 칼 있지?”, “너 내가 뱃대지 쑤셔가지고”, “이게 칼로 확! 얼굴을 쑤서 버려야 되나. 목을 따야 되나?” 등 여러 차례 칼의 존재를 언급하며 그 칼을 사용할 수도 있음을 내비치는 언행을 하였음) 등을 종합하면, 피고인은 위험한 물건인 칼을 휴대하여 피해자를 협박하고 피해자에게 상해를 가하였다고 평가할 여지가 충분하다(대판 2023도18812).

4 유기죄의 보호의무의 발생근거^[17·16변사·22모사]

제271조(유기) ① 나이가 많거나 어림, 질병 그 밖의 사정으로 도움이 필요한 사람을 법률상 또는 계약상 보호할 의무가 있는 자가 유기한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

① 형법은 법률상 또는 계약상의 의무 있는 자만을 유기죄의 주체로 규정하고 있어 조리나 사회상규상의 보호책임을 관념할 수 없다(대판 76도3419).

② 피고인이 자신의 주점에서 계속하여 술을 마시고 만취한 피해자를 주점 내에 방치하여 사망케 한 경우, “피고인은 주점의 운영자로서 피해자의 생명 또는 신체에 대한 위해가 발생하지 아니하도록 피해자를 주점 내실로 옮기거나 인근에 있는 여관에 데려다 주어 쉬게 하거나 피해자의 지인 또는 경찰에 연락하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 계약상의 부조의무가 있으므로 유기치사죄에 해당한다”(대판 2011도12302).

1 직무유기죄

제122조(직무유기) 공무원이 정당한 이유 없이 그 직무수행을 거부하거나 그 직무를 유기한 때에는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자격정지에 처한다.

(1) 직무유기죄

직무유기죄는 공무원이 정당한 이유 없이 직무수행을 거부하거나 직무를 유기함으로써 성립하는 범죄이다. 여기서 ‘직무’는 공무원의 본래의 직무 또는 고유한 직무여야 하고(대판 67도184), ‘수행 거부’란 직무를 능동적으로 수행할 의무 있는 자가 이를 행하지 아니하는 것을, ‘유기’란 정당한 이유 없이 직무를 의식적으로 방임·포기함으로써 직무를 수행하지 않는 것(대판 2001도6170; 대판 77도2952), 즉 주관적으로 직무를 버린다는 인식과 객관적으로 직무·직장을 벗어나는 행위가 있어야 한다(대판 82도2624).

(2) 직무유기죄의 법적 성격[14모사]

직무유기죄는 “부진정부작위범·계속범으로서 그 작위의무를 수행하지 아니하여 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위 상태가 계속하는 한 가벌적 위법상태는 계속 존재하고 있다고 할 것이니 이를 전체적으로 보아 1죄로 처벌하”여야 한다(대판 97도675; 대판 72도1175).

(3) 직무유기죄와 타죄의 관계[26변사·17·16·14·11모사·17·11사시]

1) 허위공문서작성 및 동행사죄와의 관계[26변사·14모사·11사시]

① [11사시] 공무원이 타인의 위법상태를 발견하고도 직무상 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 아니하고 타인의 ‘위법사실을 적극적으로 은폐할 목적으로’ 허위공문서를 작성·행사한 경우에는 직무위배의 위법상태는 허위공문서 작성 당시부터 그 속에 포함되는 것으로 작위범인 허위공문서작성죄(동행사죄)만 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 아니하나(대판 82도

2210 등), ② 허위공문서의 작성행사가 새로운 위법상태를 창출하기 위한 것인 경우(즉 ‘농지불법전용을 허가하여 주기 위한’ 경우) 또는 자신의 직무유기사실을 은폐하기 위한 경우에는 직무유기죄도 성립하며 양죄는 실제적 경합관계에 있다(대판 92도3334).

2) 범인도피죄와의 관계[21번사·22·17·16·11모사·17사시]

경찰관이 검사로부터 범인을 검거하라는 지시를 받고서도 그 직무상의 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 아니하고 오히려 범인에게 전화로 도피하라고 권유하여 그를 도피케 한 경우, 직무위배의 위법상태가 범인도피행위 속에 포함되어 있는 것으로 보아야 할 것이므로, 이 경우에는 작위범인 범인도피죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다”고 한다(대판 96도51).

3) 위계공무방해죄와의 관계[22번사·14모사·16·13사시]

피고인이, 출원인이 어업허가를 받을 수 없는 자라는 사실을 알면서도 그 직무상의 의무에 따른 적절한 조치를 취하지 않고 오히려 부하직원으로 하여금 어업허가 처리기안문을 작성하게 한 다음 피고인 스스로 중간결재를 하는 등 위계로써 농수산국장의 최종결재를 받았다면, 작위범인 위계에 의한 공무집행 방해죄만이 성립하고 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다(대판 96도2825).

4) 증거인멸죄와의 관계[11사시]

경찰서 방법과장이 오락실을 단속하여 증거물로 오락기의 변조 기판을 압수하여 사무실에 보관 중 부하직원에게 위와 같이 압수한 변조 기판을 돌려주라고 지시하여 오락실 업주에게 이를 돌려준 경우, 작위범인 증거인멸죄가 성립하는 때에는 부작위범인 직무유기죄는 따로 성립하지 아니한다(대판(全) 2005도3909).

2 직권남용권리행사방해죄

제123조(직권남용) 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

(1) 직권남용권리행사방해죄의 구조

직권남용권리행사방해죄는 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(대판(全) 2018도2236). 즉 구체화된 권리의 현실적인 행사가 방해된 때에 본죄는 기수가 된다(대판 2003도4599).

(2) 직권남용권리행사방해죄의 죄수

상급 경찰관이 직권을 남용하여 부하 경찰관들의 수사를 중단시키거나 사건을 다른 경찰관서로 이첩하게 한 경우, '부하 경찰관들의 수사권 행사를 방해한 것'에 해당함과 아울러 '부하 경찰관들로 하여금 수사를 중단하거나 사건을 다른 경찰관서로 이첩할 의무가 없음에도 불구하고 수사를 중단하게 하거나 사건을 이첩하게 한 것'에도 해당된다고 볼 여지가 있는 경우, '권리행사를 방해함으로써 인한 직권남용권리행사방해죄'만 성립하고 '의무 없는 일을 하게 함으로 인한 직권남용권리행사방해죄'는 따로 성립하지 아니한다(대판 2008도7312).

3 뇌물죄

제129조(수뢰·사전수뢰) ① 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

② 공무원 또는 중재인이 될 자가 그 담당할 직무에 관하여 청탁을 받고 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 후 공무원 또는 중재인이 된 때에는 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다.

제130조(제3자 뇌물제공) 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하거나 공여를 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

제131조(수뢰후 부정처사) ① 공무원 또는 중재인이 전2조의 죄를 범하여 부정한 행위를 한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

② 공무원 또는 중재인이 그 직무상 부정한 행위를 한 후 뇌물을 수수, 요구 또는 약속하거나 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여를 요구 또는 약속한 때에도 전항의 형과 같다.

③ 공무원 또는 중재인이었던 자가 그 재직중에 청탁을 받고 직무상 부정한 행위를 한 후 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

제132조(알선수뢰) 공무원이 그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사건의 알선에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다.

제134조(몰수·추징) 범인 또는 사정을 아는 제3자가 받은 뇌물 또는 뇌물로 제공하려고 한 금품은 몰수한다. 이를 몰수할 수 없을 경우에는 그 가액을 추징한다.

(1) 뇌물죄의 '직무에 관하여'의 의미[12변사·11사시]

뇌물은 공무원의 '직무에 관한' 것이어야 한다.

① 여기서 '직무'란 공무원이 그 지위에 수반하여 공무원으로서 취급하는 일체의 직무를 말하는바(대판 82도1549), 공무원의 일반적 추상적 직무권한에 속하는 직무이면 현실적으로 담당하고 있어야 하는 것은 아니며(대판 2003도1060; 대판 93도2962) 사물관할·토지관할의 범위 내라면 소속과 이외의 타과 소관사무도 본죄의 직무에 속한다(대판 4290형상81).

② '직무에 관하여'란 ㉠ 법령상 권한에 속하는 직무 그 자체에 관한 것은 물론 ㉡ 직무와 밀접한 관련이 있는 행위 또는 ㉢ 직무행위와 관련하여 관례상이나 사실상 관여·처리하던 직무도 포함한다(대판 82도1549; 대판 2010도17797; 대판 2001도970). 직무관련성 여부는 객관적으로 직무집행의 공정을 해할 염려의 여부에 따라 판단된다. 즉 공무원이 그 이익을 수수하는 것으로 인하여 사회일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 여부도 뇌물죄의 성부를 판단함에 있어서의 판단기준이 된다(대판 2005도4204; 대판 2010도17797 등).

(2) 뇌물의 내용인 '이익'의 개념[23모사]

'뇌물'은 공무원의 직무에 관한 부정한 이익을 말하고, 뇌물의 내용인 이익이란 금전, 물품 기타의 재산적 이익 등 사람의 수요·욕망을 충족시키기에 족한 유형·무형의 일체의 이익을 포함하고(대판 92도1762; 대판 2000도2251; 대판 2000도5438 등) 성적 욕구를 충족할 기회를 제공하는 것도 포함된다(대판 2013도13937).

(3) 공무원 임용행위가 무효인 경우

법령에 기한 임명권자에 의하여 임용되어 공무에 종사하여 온 사람이 나중에 그가 임용결격자이었음이 밝혀져 당초의 임용행위가 무효라고 하더라도, 그가 임용행위라는 외관을 갖추어 실제로 공무를 수행한 이상 이러한 사람은 형법 제129조에서 규정한 공무원으로 봄이 타당하고, 그가 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 때에는 수뢰죄로 처벌할 수 있다(대판 2013도11357).

(4) '수수'의 의미[22변사][20법무사]

[1] 뇌물수수에서 말하는 '수수'란 받는 것, 즉 뇌물을 취득하는 것이고, 여기에서 취득이란 뇌물에 대한 '사실상의 처분권' 또는 '실질적인 사용·처분 권한'을 획득하는 것을 의미하고, 뇌물인 물건의 법률상 소유권까지 취득