

장진 선생님 「코칭 형법1」  
제3판 사용자를 위한 정오표 (2020-09-08)

P.172 내용수정

\*(기준)

⑧ [1] 간호사가 ‘진료의 보조’를 함에 있어서는 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 ... 개별적으로 결정하여야 한다. [2] 간호사가 의사의 처방에 의한 정맥주사(Side Injection 방식)를 의사의 입회 없이 간호실습생(간호학과 대학생)에게 실시하도록 하여 발생한 의료사고에 대한 의사의 과실을 부정한 사례(대판 2003.8.19. 2001도3667). [해설] 간호실습생의 과실에 대하여 의사의 과실을 **부정한** 판결로서, 과실의 범위를 제한한 판례.

\*(수정)

⑧ [1] 간호사가 ‘진료의 보조’를 함에 있어서는 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 ... 개별적으로 결정하여야 한다. [2] 간호사가 의사의 처방에 의한 정맥주사(Side Injection 방식)를 의사의 입회 없이 간호실습생(간호학과 대학생)에게 실시하도록 하여 발생한 의료사고에 대한 의사의 과실을 부정한 사례(대판 2003.8.19. 2001도3667). [해설] 간호실습생의 과실에 대하여 의사의 과실을 **부정한** 판결로서, 과실의 범위를 제한한 판례.

P.228 내용수정(판례원문은 권형성으로 되어 있으나 균형성이 맞는 표현)

\*(기준)

 판례 사인의 현행법 체포행위

• [1] 어떠한 행위가 위법성 조각사유로서의 정당행위가 되는지의 여부는 구체적인 경우에 따라 합목적적, 합리적으로 가려져야 할 것인바, 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호법익과 침해법익의 **권형성**, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성의 요건을 모두 갖추어야 할 것이다. [2] 현행법인은 ... [4] 피고인의 차를 손괴하고 도망하려는 피해자를 도망하지 못하게 목살을 잡고 흔들어 피해자에게 전치 14일의 흉부찰과상을 가한 경우, 정당행위에 해당한다고 본 사례(대판 1999.1.26. 98도3029).

\*(수정)

 판례 사인의 현행법 체포행위

• [1] 어떠한 행위가 위법성 조각사유로서의 정당행위가 되는지의 여부는 구체적인 경우에 따라 합목적적, 합리적으로 가려져야 할 것인바, 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호법익과 침해법익의 **균형성**, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성의 요건을 모두 갖추어야 할 것이다. [2] 현행법인은 ... [4] 피고인의 차를 손괴하고 도망하려는 피해자를 도망하지 못하게 목살을 잡고 흔들어 피해자에게 전치 14일의 흉부찰과상을 가한 경우, 정당행위에 해당한다고 본 사례(대판 1999.1.26. 98도3029).

**P.230** 내용수정

\*(기존)

**판례** 업무로 인한 행위

② 일반적으로 면허 또는 자격 없이 침술행위를 하는 것은 의료법 제25조의 무면허 의료행위(한방 의료행위)에 해당되어 같은 법 ... **형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것이다**(대판 2000.4.25. 98도2389). **[해설]** 민간수술로서 수지침 시술행위가 사회상규에 반하지 않아 위법하지 않다고 판단한 사례. 한편, 대판 2004.10.28. 2004도3405 판결에서는 부항 시술행위가 보건위생상 위해가 **발생**할 우려가 전혀 없다고 볼 수 없는 데다가, 피고인이 한의사 자격이나 이에 관한 어떠한 면허도 없이 영리를 목적으로 위와 같은 치료행위를 한 것이고, 단순히 수지침 정도의 수준에 그치지 아니하고 부항침과 부항을 이용하여 체내의 혈액을 밖으로 배출되도록 한 것이므로, 위법하다고 판단함. (대판 2002.12.26. 2002도5077도) 위법성을 긍정한 사례.

\*(수정)

**판례** 업무로 인한 행위

② 일반적으로 면허 또는 자격 없이 침술행위를 하는 것은 의료법 제25조의 무면허 의료행위(한방 의료행위)에 해당되어 같은 법 ... **형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것이다**(대판 2000.4.25. 98도2389). **[해설]** 민간수술로서 수지침 시술행위가 사회상규에 반하지 않아 위법하지 않다고 판단한 사례. 한편, 대판 2004.10.28. 2004도3405 판결에서는 부항 시술행위가 보건위생상 위해가 **발생**할 우려가 전혀 없다고 볼 수 없는 데다가, 피고인이 한의사 자격이나 이에 관한 어떠한 면허도 없이 영리를 목적으로 위와 같은 치료행위를 한 것이고, 단순히 수지침 정도의 수준에 그치지 아니하고 부항침과 부항을 이용하여 체내의 혈액을 밖으로 배출되도록 한 것이므로, 위법하다고 판단함. (대판 2002.12.26. 2002도5077도) 위법성을 긍정한 사례.

**P.247** 내용수정

\*(기존)

**2. 책임능력의 본질**

책임능력의 본질에 관하여는 이를 범죄능력으로 이해하는 도의적 책임론과 형벌능력 또는 형벌 적응성으로 이해하는 사회적 책임론이 대립하고 있다. ... 결국 책임능력을 범죄능력으로 이해함이 타당하며, 이에 따라 **책임능력을** 범죄행위시에 존재하여야 한다(행위와 책임의 동시존재의 원칙).

\*(수정)

**2. 책임능력의 본질**

책임능력의 본질에 관하여는 이를 범죄능력으로 이해하는 도의적 책임론과 형벌능력 또는 형벌 적응성으로 이해하는 사회적 책임론이 대립하고 있다. ... 결국 책임능력을 범죄능력으로 이해함이 타당하며, 이에 따라 **책임능력은** 범죄행위시에 존재하여야 한다(행위와 책임의 동시존재의 원칙).

**P.328** 내용수정

\*(기준)

(2) 필요적 공범의 종류

1) 집합범 : 다수인이 동일한 방향에서 ... 이에 해당한다.

2) 대항범 : 2인 이상의 대항적 협력에 의하여 성립하는 범죄를 말한다. 이에 는 대항자 쌍방의 법정형이 같은 경우(부녀매매죄, 아동학사죄)와 대항자 사이의 법정형이 다른 경우(뇌물죄에 있어서 수뢰죄와 증뢰죄), 대항자의 일방만을 처벌하는 경우(음화 등 반포·판매·임대죄와 범인은닉죄)가 있다.

\*(수정)

(2) 필요적 공범의 종류

1) 집합범 : 다수인이 동일한 방향에서 ... 이에 해당한다.

2) 대항범 : 2인 이상의 대항적 협력에 의하여 성립하는 범죄를 말한다. 이에 는 대항자 쌍방의 법정형이 같은 경우(인신매매죄, 아동학사죄)와 대항자 사이의 법정형이 다른 경우(뇌물죄에 있어서 수뢰죄와 증뢰죄), 대항자의 일방만을 처벌하는 경우(음화 등 반포·판매·임대죄와 범인은닉죄)가 있다.

**P.335** 내용수정

\*(기준)

⑥ [1] 변호사 사무실 직원인 피고인 甲이 법원공무원인 피고인 을에게 부탁하여, ... 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위를 한 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우는 여기에 포함되지 않는다(대판 2011.4.28. 2009도3642). **[해설]** 판례는 “2인 이상의 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 대항범에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다”는 입장. 공무상비밀누설죄 뿐만 아니라 의료법위반죄, 변호사법위반죄와 같이 상대방을 처벌하는 규정이 따로 없는 대항범에서는 상대방의 범행에 가담한 자에 대하여 **형법총칙을 적용하여 경우 공범으로 처벌할 수가 없음**. 특가법 제3조는 “공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품이나 이익을 수수·요구 또는 약속한 사람은 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있고, 뇌물죄와는 달리 공무원의 직무에 속한 사항을 알선하는 자에게 금품이나 이익을 공여·공여의사표시 또는 약속한 사람을 처벌하는 규정을 따로 두고 있지 않음. 따라서 공무원의 직무에 속한 사항을 알선하는 자에게 금품이나 이익을 공여한 자는 알선수재죄의 공범으로 처벌할 수 없음을 보여준 사례.

\*(수정)

⑥ [1] 변호사 사무실 직원인 피고인 甲이 법원공무원인 피고인 을에게 부탁하여, ... 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위를 한 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우는 여기에 포함되지 않는다(대판 2011.4.28. 2009도3642). **[해설]** 판례는 “2인 이상의 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 대항범에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다”는 입장. 공무상비밀누설죄 뿐만 아니라 의료법위반죄, 변호사법위반죄와 같이 상대방을 처벌하는 규정이 따로 없는 대항범에서는 상대방의 범행에 가담한 자에 대하여 **형법총칙을 적용하여 공범으로 처벌할 수 없음**. 특가법 제3조는 “공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품이나 이익을 수수·요구 또는 약속한 사람은 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있고, 뇌물죄와는 달리 공무원의 직무에 속한 사항을 알선하는 자에게 금품이나 이익을 공여·공여의사표시 또는 약속한 사람을 처벌하는 규정을 따로 두고 있지 않음. 따라서 공무원의 직무에 속한 사항을 알선하는 자에게 금품이나 이익을 공여한 자는 알선수재죄의 공범으로 처벌할 수 없음을 보여준 사례.

**P.380** 내용수정

\*(기존)

(2) 실행행위에 대한 착오

1) 구체적 사실의 착오 : (가) 구체적 부합설에 **의하면**, 정범의 객체의 착오와 방법의 착오는 중범에게는 방법의 착오가 되므로 방조한 범죄의 미수와 실현된 범죄에 대한 과실의 상상적 경합이 성립한다. 한편, (나) 법정적 부합설에 의하면 객체의 착오·방법의 착오를 불문하고 방조자의 고의에 는 영향이 없으므로 실현된 범죄에 대한 방조범이 성립한다.

\*(수정)

(2) 실행행위에 대한 착오

1) 구체적 사실의 착오 : (가) 구체적 부합설에 **의하면**, 정범의 객체의 착오와 방법의 착오는 중범에게는 방법의 착오가 되므로 방조한 범죄의 미수와 실현된 범죄에 대한 과실의 상상적 경합이 성립한다. 한편, (나) 법정적 부합설에 의하면 객체의 착오·방법의 착오를 불문하고 방조자의 고의에 는 영향이 없으므로 실현된 범죄에 대한 방조범이 성립한다.

**P.404** 내용수정

\*(기존)

② 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의4 제1항에 규정된 상습절도등 죄를 범한 범인이 ... **주거침입절도에 대한 처단형이 오히려 야간주거침입절도의 경우보다 더 무겁게 되는 불합리한 결과가 된다** (대판 1984.12.26. 84도1573 전원합의체). **[해설]** 구 특가법 제5조의4 제1항 관련 판례(처단형의 불균형 문제 발생).  
 ① 야간에 주거침입절도를 한 경우에는 구 특가법 제5조의4 제1항(무기 또는 3년 이상의 징역)만 적용, ② 주간에 주거침입과 절도를 한 경우에는 구 특가법 제5조의4 제1항과 형법상 주거침입죄가 경합범 가중처리되어 죄질이 더 무거운 ①의 처단형이 더 가볍게 됨(**징역 3년 이상 징역 3년 이상**+징역 3년 이하 또는 벌금 500만 원 이하).

\*(수정)

② 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의4 제1항에 규정된 상습절도등 죄를 범한 범인이 ... **주거침입절도에 대한 처단형이 오히려 야간주거침입절도의 경우보다 더 무겁게 되는 불합리한 결과가 된다** (대판 1984.12.26. 84도1573 전원합의체). **[해설]** 구 특가법 제5조의4 제1항 관련 판례(처단형의 불균형 문제 발생).  
 ① 야간에 주거침입절도를 한 경우에는 구 특가법 제5조의4 제1항(무기 또는 3년 이상의 징역)만 적용, ② 주간에 주거침입과 절도를 한 경우에는 구 특가법 제5조의4 제1항과 형법상 주거침입죄가 경합범 가중처리되어 죄질이 더 무거운 ①의 처단형이 더 가볍게 됨(**징역 3년 이상 < 징역 3년 이상**+징역 3년 이하 또는 벌금 500만 원 이하).

**P.425** 내용수정

\*(기존)

<정리>

- 상습범으로 포괄일죄의 관계에 있는 수개의 범죄 사실 중 '상습범'으로 기소되어 처단된 확정판결이 있는 경우 그 확정판결의 사실심 판결 선고 전에 **행하여진** 범행에 확정판결의 기판력이 미치고, 그 확정판결의 범죄사실이 상습범이 아닌 기본구성요건에 관한 것이라면 기판력이 미치지 않음.
- 원칙적으로 상습범 등 포괄일죄를 이루는 범행들 사이에 확정판결이 있는 경우 ...

\*(수정)

<정리>

- 상습범으로 포괄일죄의 관계에 있는 수개의 범죄 사실 중 ‘상습범’으로 기소되어 처단된 확정판결이 있는 경우 그 확정판결의 사실심 판결 선고 전에 **행하여진** 범행에 확정판결의 기판력이 미치고, 그 확정판결의 범죄사실이 상습범이 아닌 기본구성요건에 관한 것이라면 기판력이 미치지 않음.
- 원칙적으로 상습범 등 포괄일죄를 이루는 범행들 사이에 확정판결이 있는 경우 ...

**P.445** 내용수정

\*(기존)

④ [1] [다수의견] ... 이와 달리 형법 제37조 후단 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항에서 정한 감경을 할 때에는 형법 제55조 제1항이 적용되지 않는다는 전제에서 위와 같은 법률상 처단형의 하한을 벗어난 징역 6개월을 선고한 원심의 판단에 형법 제39조 제1항에서 정한 형의 감경에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례(대판 2019.4.18. 2017도14609 전원합의체). **[해설]** 이 사건의 쟁점은 법정형의 하한이 설정된 후단 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항 후문에 따라 형을 감경함에 있어 유기징역의 경우 형법 제55조 제1항 제3호를 적용하여 그 형기의 2분의 1 범위 내에서만 감경할 수 있다고 볼 것인지, 아니면 형법 제55조 제1항 제3호의 적용을 배제하여 그 형기의 2분의 1 미만으로도 감경할 수 있다고 볼 것인지 여부임. 본 판결에서 다수의견은 법정형에 하한이 설정된 사후적 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항에 따라 형을 감경할 때에는 **형법 제55조 제1항이 적용되지 아니하여** 유기징역의 경우 그 형기의 2분의 1 미만으로도 감경할 수 없다고 보았음. 한편, 반대의견은 형법 제39조 제1항의 규정 형식과 내용, 입법 취지에 비추어 보면, ‘형평을 고려하여 형을 선고한다.’는 것은 형평을 고려하여 적절한 범위에서 형을 감경하여 선고형을 정하거나 형을 면제할 수 있다는 것이고, 이때 형법 제55조 제1항은 적용되지 않는다고 판단함.

\*(수정)

④ [1] [다수의견] ... 이와 달리 형법 제37조 후단 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항에서 정한 감경을 할 때에는 형법 제55조 제1항이 적용되지 않는다는 전제에서 위와 같은 법률상 처단형의 하한을 벗어난 징역 6개월을 선고한 원심의 판단에 형법 제39조 제1항에서 정한 형의 감경에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례(대판 2019.4.18. 2017도14609 전원합의체). **[해설]** 이 사건의 쟁점은 법정형의 하한이 설정된 후단 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항 후문에 따라 형을 감경함에 있어 유기징역의 경우 형법 제55조 제1항 제3호를 적용하여 그 형기의 2분의 1 범위 내에서만 감경할 수 있다고 볼 것인지, 아니면 형법 제55조 제1항 제3호의 적용을 배제하여 그 형기의 2분의 1 미만으로도 감경할 수 있다고 볼 것인지 여부임. 본 판결에서 다수의견은 법정형에 하한이 설정된 사후적 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항에 따라 형을 감경할 때에는 형법 제55조 제1항이 적용되어 유기징역의 경우 그 형기의 2분의 1 미만으로도 감경할 수 없다고 보았음. 한편, 반대의견은 형법 제39조 제1항의 규정 형식과 내용, 입법 취지에 비추어 보면, ‘형평을 고려하여 형을 선고한다.’는 것은 형평을 고려하여 적절한 범위에서 형을 감경하여 선고형을 정하거나 형을 면제할 수 있다는 것이고, 이때 형법 제55조 제1항은 적용되지 않는다고 판단함.

**P.450** 내용수정

\*(기존)

(사례 정리)

갑죄 → 갑죄 유죄판결 확정 → 을죄 → 갑죄 재심판결 확정 → 을죄 공소제기

- (1) 갑죄와 을죄가 공소사실의 동일성이 인정된다면(갑죄는 상습범이고, 갑죄와 을죄는 동일한 습벽으로 범한 것으로 포괄일죄의 관계, 예를 들어 갑죄는 A, B, C 절도 / 을죄는 C, D, E 절도) 갑죄에 대해 확정된 재심판결의 기판력이 을죄에 미치는지 여부에 대해서 다수의견에 의할 때는 갑죄에 대한 재심심판절차에서 을죄를 추가하는 내용의 공소장변경을 할 수 없으므로 갑죄에 대한 확정된 재심판결의 기판력은 을죄에 미치지 아니하고, 법원은 을죄에 대하여 유무죄의 실체재판을 하여야 한다. 반대의견에 의할 때는 갑죄에 대해 확정된 재심판결의 기판력은 을죄에 미친다.
- (2) 갑죄와 을죄가 공소사실의 동일성이 인정되지 않는다면 다수의견에 의할 때 ... 경합범의 관계에 있다.

\*(수정)

(사례 정리)

갑죄 → 갑죄 유죄판결 확정 → 을죄 → 갑죄 재심판결 확정 → 을죄 공소제기

- (1) 갑죄와 을죄가 공소사실의 동일성이 인정된다면(갑죄는 상습범이고, 갑죄와 을죄는 동일한 습벽으로 범한 것으로 포괄일죄의 관계, 예를 들어 갑죄는 A, B, C 절도 / 을죄는 D, E, F 절도) 갑죄에 대해 확정된 재심판결의 기판력이 을죄에 미치는지 여부에 대해서 다수의견에 의할 때는 갑죄에 대한 재심심판절차에서 을죄를 추가하는 내용의 공소장변경을 할 수 없으므로 갑죄에 대한 확정된 재심판결의 기판력은 을죄에 미치지 아니하고, 법원은 을죄에 대하여 유무죄의 실체재판을 하여야 한다. 반대의견에 의할 때는 갑죄에 대해 확정된 재심판결의 기판력은 을죄에 미친다.
- (2) 갑죄와 을죄가 공소사실의 동일성이 인정되지 않는다면 다수의견에 의할 때 ... 경합범의 관계에 있다.

**P.466** 내용수정

\*(기존)

**판례** 추징의 요건

① ... ② ... ③ ...

④ 형법 제134조는 뇌물에 공할 금품을 필요적으로 몰수하고 이를 몰수하기 불가능한 때에는 그 가액을 추징하도록 규정하고 있는바, 몰수는 특정된 물건에 대한 것이고 추징은 본래 몰수할 수 있었음을 전제로 하는 것임에 비추어 뇌물에 공할 금품이 특정되지 않았던 것은 몰수할 수 없고 그 가액을 추징할 수도 없다(대판 1996.5.8. 96도221).

⑤ 피고인이 미결구금일수로서 본형에의 산입을 요구하는 일수는 공소의 목적을 달성하기 위하여 어쩔 수 없이 이루어진 강제처분기간이 아니라, '대한민국 정부와 미합중국 정부간의 범죄인 인도조약'에 따라 체포된 후 인도절차를 밟기 위한 기간에 불과하여 형법 제57조에 의하여 본형에 산입될 미결구금일수에 해당하지 않는다(대판 2009.5.28. 2009도1446, 대판 2005.10.28. 2005도5822).

\*(수정)



판례

추징의 요건

① ... ② ... ③ ...

④ 형법 제134조는 뇌물에 공할 금품을 필요적으로 몰수하고 이를 몰수하기 불가능한 때에는 그 가액을 추징하도록 규정하고 있는바, 몰수는 특정된 물건에 대한 것이고 추징은 본래 몰수할 수 있었음을 전제로 하는 것임에 비추어 뇌물에 공할 금품이 특정되지 않았던 것은 몰수할 수 없고 그 가액을 추징할 수도 없다(대판 1996.5.8. 96도221).