

LawMan형법(전정4판) 정오표 (2022.3.14. 작성)

LawMan형법(전정4판) 전정4판 1쇄(2022.2.10. 발행)에서 인쇄 누락 부분이 확인되었습니다. 해당 부분을 정리한 정오표를 게재합니다. 해당 부분과 전체 페이지를 함께 게재하니 참고 바랍니다.

*제129면 I. (2)

(2) 형법 제20조의 구조

제20조는 ‘법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다’라고 규정하고 있는 바 ‘법령에 의한 행위’와 ‘업무로 인한 행위’ 및 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’와의 상호관계가 논의되고 있다. 이에 대하여는 ① 예시규정설 ② 병립규정설이 대립하고 있으나, 다수설은 예시규정설의 입장이다.

*제132면 4. (2)

4. 쟁의행위

(1) 의 의

근로자의 쟁의행위는 법령(노동조합 및 노동관계조정법)에 의한 행위로서 업무방해죄의 구성요건에 해당하더라도 위법성이 조각된다.

(2) 요 건

쟁의행위가 위법성을 조각하기 위해서는 ① 쟁의행위는 근로조건의 개선과 임금향상을 목적으로 행하여져야 하며 ② 쟁의행위는 폭력이나 파괴행위를 수단으로 행하여져서는 안 된다.¹⁾

그리고 최근 판례에 의하면 쟁의행위 기간 중 사용자의 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 정당행위로서 위법성이 조각된다.

1) 쟁의행위와 관련된 구체적인 판례들은 업무방해죄 부분 참조.

2. 사회상규의 판단기준

(1) 학설의 입장

사회상규는 '법익의 균형과 목적과 수단의 상당성'을 판단기준으로 한다. 이는 신고전적 목적적 합일체계와 불법이원론을 전제로 한 결과이다. 즉 법익의 균형에 의하여 결과반가치가 탈락하고, 목적과 수단의 상당성에 의하여 행위반가치가 탈락하여 위법성이 조각되게 된다.

8 절 정당행위

제20조 **정당행위** 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 별하지 아니한다.

I. 서론

(1) 정당행위의 의의

- 1) 정당행위의 의의 : 정당행위란 사회상규에 위배되지 아니하여 국가적·사회적으로 정당 시되는 행위를 말한다.
- 2) 정당행위의 특성 : 정당행위는 위법성조각사유 중 가장 보충적이고 일반적인 위법성조각 사유로서의 성격을 지니고 있다.

(2) 형법 제20조의 구조

제20조는 ‘법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 별하지 아니한다’라고 규정하고 있는 바 ‘법령에 의한 행위’와 ‘업무로 인한 행위’ 및 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’와의 상호관계가 논의되고 있다. 이에 대하여는 ① 예시 규정설 ② 병립규정설이 대립하고 있으나, 다수설은 예시규정설의 입장이다.

II. 법령에 의한 행위

1. 의의

법령에 의한 행위란 법령에 근거하여 행하여지는 행위를 말한다. 여기에서 말하는 법령에는 실정법률은 물론 관할권 있는 부서에서 제정·공포된 일반적·추상적 법규와 행정명령 등을 포함한다. 이러한 법령에 의한 행위를 위법성조각사유로 파악하는 것은 법질서의 통일을 기하기 위해서이다. 그러나 외형상 법령에 의한 행위이더라도 권리남용행위와 같이 실질적으로 사회상규위배행위로 평가된다면 위법성이 조각되지 않는다.

2. 공무원의 직무집행행위

(1) 법령에 근거한 직무집행행위

- 1) 의의 : 공무원이 법령에 의하여 정하여진 직무를 수행하는 행위는 위법성이 조각된다.

예 사형집행, 영장집행행위 등

- 2) 적용요건 : 공무원의 직무집행행위가 위법성을 조각하기 위하여는 ① 객관적으로 그 직무의 사항적, 시간적, 장소적 관할범위 내에서 이루어지고 ② 법령에 의한 형식과 절차를 구비하여야 하고 ③ 비례성의 원칙의 범위 내에서 행하여져야 한다.

〈**욕설하지 아니한 학생을 구타한 사건**〉 교사가 피해자인 학생이 욕설을 하였는지도 확인하지 못할 정도로 침착성과 냉정성을 잃은 상태에서 욕설을 하지도 아니한 학생을 오인하여 구타하였다면 그 교사가 비록 교육상 학생을 훈계하기 위하여 한 것이라 하더라도 이는 징계권의 범위를 일탈한 위법한 폭력행위이다(대판 1980.9.9. 80도762).

고등학교 체육교사인 A는 학생 V와 W가 말다툼을 하는 것을 발견하고 다가가 훈계하자 V가 “이 아저씨는 누군데 간섭이야!”라고 말했고 화가 난 A는 V에게 10여 명의 학생이 지켜보는 가운데 “배워먹지 못한, 이 싸가지 없는 것, 망할 년”이라고 소리를 지르며, 들고 있던 종이 수첩으로 V의 머리를 때렸다. A의 죄책은? [2020 변시]

4. 쟁의행위

(1) 의 의

근로자의 쟁의행위는 법령(노동조합 및 노동관계조정법)에 의한 행위로서 업무방해죄의 구성요건에 해당하더라도 위법성이 조각된다.

(2) 요 건

쟁의행위가 위법성을 조각하기 위해서는 ① 쟁의행위는 근로조건의 개선과 임금향상을 목적으로 행하여져야 하며 ② 쟁의행위는 폭력이나 파괴행위를 수단으로 행하여져서는 안 된다.⁶⁵⁾

그리고 최근 판례에 의하면 쟁의행위 기간 중 사용자의 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 정당행위로서 위법성이 조각된다

〈**쟁의행위의 정당행위 인정 요건**〉 [다수의견] 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는, 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 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(대판 2001.10.25. 99도4837 전합).

〈**위법한 대체근로를 저지한 사건**〉 사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다(노동조합 및 노동관계조정법 제43조 제1항). 사용자가 당해 사업과 관계없는 자를 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 채용 또는 대체하는 경우, 쟁의행위에 참가한 근로자들이 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 쟁의행위가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위하여 마련된 위 규정의 취지에 비추어 정당행위로서 위법성이 조각된다(대판 2020.9.3. 2015도1927).

65) 쟁의행위와 관련된 구체적인 판례들은 업무방해죄 부분 참조.

위는 구성요건에 해당하더라도 정당행위로서 위법성이 조각될 수 있다. 그러나 직무수행범위를 벗어나게 되면 위법하게 된다.

〈최신부 사건〉 사제가 죄지는 자를 능동적으로 고발하지 않는 것에 그치지 아니하고 은신처 마련, 도피자금의 제공 등 범인을 적극적으로 은닉·도피케 하는 행위는 사제의 정당한 직무에 속하는 것이라고 할 수 없다(대판 1983.3.8. 82도3248). (18 1차)

IV. 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위

1. 사회상규의 의의와 규정상의 특징

사회상규란 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지는 사회통념을 말한다. 현행법은 제20조에서 ‘사회상규’를 규정하고 있지만, 초법규적 위법성조각사유로 놓아두어야 한다는 입법론상 비판이 있다.⁶⁶⁾

2. 사회상규의 판단기준

(1) 학설의 입장

사회상규는 ‘법익의 균형과 목적과 수단의 상당성’을 판단기준으로 한다. 이는 신고전적 목적적 합일체제와 불법이원론을 전제로 한 결과이다. 즉 법익의 균형에 의하여 결과반가치가 탈락하고, 목적과 수단의 상당성에 의하여 행위반가치가 탈락하여 위법성이 조각되게 된다.

(2) 판례의 입장

1) 일반적인 정당행위의 요건 : 사회상규에 반하지 않는 정당행위라고 하기 위해서는 ① 행위의 동기와 목적의 정당성 ② 행위의 수단이나 방법의 상당성 ③ 보호이익과 침해이익의 법익균형성 ④ 긴급성 ⑤ 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성을 갖추었는가를 합목적적 합리적으로 판단하여 결정해야 한다.

〈간통현장 촬영 사건〉 [1] 형법 제20조 소정의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다. [2] 간통 현장을 직접 목격하고 그 사진을 촬영하기 위하여 상간자의 주거에 침입한 행위가 정당행위에 해당하지 않는다고 한 사례(대판 2003.9.26. 2003도3000). (11 법행)(12 법행)(12 2차)(13 변시)(14 2차)(16 변시)

〈정당행위나 정당방위의 판단기준〉 어떠한 행위가 위법성조각사유로서 정당행위나 정당방위가 되는지 여부는 구체적인 경우에 따라 합목적적·합리적으로 가려야 하고, 또 행위의 적법 여부는

66) 사회상규는 독일과 일본에는 없는 우리나라의 독특한 규정 내용이다.