

< 총론 >

< 죄형법정주의 >

01. 대마를 수입한 자를 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정한 ‘마약류 관리에 관한 법률’ 제58조 제1항 제5호 중 ‘대마를 수입한 자’ 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하지 않음

관련 조항의 내용과 대마 수입의 규제 필요성 등을 종합하면, 심판대상조항에서 처벌대상으로 규정한 대마의 ‘수입’은 국외에서 대마를 소지하게 된 경위와 관계없이 국외로부터 국내로 대마를 반입하는 행위를 의미함이 명확하며, 반드시 ‘대마를 구입하여’ 국내로 들여오는 경우에만 수입에 해당한다고 볼 수는 없고, 이는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 수범자라면 이러한 ‘수입’의 의미를 충분히 예측할 수 있으므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하지 아니한다.(헌법재판소 2022. 3. 31. 2019헌바242)

02. 노동조합을 지배·개입하는 행위를 금지하는 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호 본문 중 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’ 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않음

‘지배·개입’의 사전적 의미, 이 사건 지배개입금지조항의 입법목적과 연혁, 지배·개입행위의 특징 및 수범자의 특성 등을 종합하여 보면 ‘지배·개입행위’란 사용자가 노동조합의 조직·운동을 조종하거나 이에 간섭하는 일체의 행위로서 노동조합의 자주성을 침해하거나 침해할 위험성이 있는 행위라고 볼 수 있다. 비록 이 사건 지배개입금지조항은 ‘지배·개입’이라는 다소 광범위한 용어를 사용하고 있으나 수범자인 사용자가 노동조합과의 관계에서 자신의 행위를 결정해 나가기에 충분한 기준이 될 정도의 의미내용을 가지고 있다고 할 것이다. 또한 앞서 본 바와 같은 학설, 판례 등의 집적을 통하여 실무적 기준이 충분히 확립되어 있으므로 법 집행자가 자의적으로 해석하는 것을 허용한다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 지배개입금지조항이 헌법상 죄형법정주의가 요구하는 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다.(헌법재판소 2022. 5. 26. 2019헌바341)

03. 청원주로 하여금 청원경찰이 품위를 손상하는 행위를 한 때에는 대통령령으로 정하는 징계절차를 거쳐 징계처분을 하도록 규정한 청원경찰법 제5조의2 제1항 제2호가 명확성원칙에 위배되지 않음

이 사건 품위손상조항에서 규정하고 있는 품위손상행위란, 청원경찰직에 대한 국민의 신뢰를 제고하고 성실하고 공정한 직무수행을 담보하고자 하는 입법취지, 용어의 사전적 의미 등을 종합하면, ‘청원경찰이 경찰관에 준하여 경비 및公安업무를 하는 주체로서 직책을 맡아 수행해 나가기에 손색이 없는 인품에 어울리지 않는 행위를 함으로써 국민이 가지는 청원경찰에 대한 정직성, 공정성, 도덕성에 대한 믿음을 떨어뜨릴 우려가 있는 행위’라고 해석할 수 있으므로 명확성원칙에 위배되지 않는다.(헌법재판소 2022. 5. 26. 2019헌바530)

04. 게임산업진흥에 관한 법률 시행령 제18조의3 제3호 (라)목에서 정한 ‘게임물의 비정상적인 이용’에 게임제공업자 내부에서 권한을 부여받아 게임머니 등을 생산·획득하는 경우는 포함되지 않음

게임산업진흥에 관한 법률(이하 ‘게임산업법’) 제2조 제1호 본문은 ‘게임물’을 ‘컴퓨터프로그램 등 정보처리 기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 또는 그 영상물의 이용을 주된 목적으로 제작된 기기 및 장치’로 정의하고 있고, 같은 조 제6호 본문은 ‘게임제공업’을 ‘공중이 게임물을 이용할 수 있도록 이를 제공하는 영업’으로 정의하고 있다. 게임산업법 제32조 제1항 제7호는 ‘누구든지 게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물을 환전 또는 환전 알선하거나 재매입을 업으로 하는 행위를 하여서는 아니 된다.’고 규정하면서, 여기서 ‘유·무형의 결과물’이란 ‘점수, 경품, 게임 내에서 사용되는 가상의 화폐로서 대통령령이 정하는 게임머니 및 대통령령이 정하는 이와 유사한 것’으로 정하고 있다. 게임산업진흥에 관한 법률 시행령(이하 ‘게임산업법 시행령’) 제18조의3 제3호 (라)목은 ‘게임물을 이용하여 업으로 게임머니 또는 게임아이템 등을 생산·획득하는 등 게임물의 비정상적인 이용을 통하여 생산·획득한 게임머니 또는 게임아이템 등의 데이터’를 게임산업법 제32조 제1항 제7호에서 정한 ‘대통령령이 정하는 게임머니 및 대통령령이 정하는 이와 유사한 것’의 하나로 규정하고 있다. 이러한 게임산업법과 같은 법 시행령의 제반 규정에 비추어 보면, 게임산업법 시행령 제18조의3 제3호 (라)목에서 정한 ‘게임물의 비정상적인 이용’이란 게임제공업자로부터 게임물을 제공받은 공중이 게임물의 제작 목적인 오락, 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 위해 게임물을 이용하는 것이 아니라 주로 게임머니 등을 획득하기 위해 일반적이지 않은 방법으로 게임물을 이용하는 것을 뜻하고, 게임제공업자 내부에서 권한을 부여받아 게임머니 등을 생산·획득하는 경우는 포함되지 않는다.(대법원 2022. 3. 11. 선고 2018도18872 판결)

※ 주식회사 C의 게임사업부 서비시스템에 근무하는 피고인이 회사로부터 적법하게 그 사용권한을 부여받은 ‘아이템 생성 프로그램’을 이용하여 권한을 남용하여 게임아이템을 임의로 생성하고, 이를 피고인 B에게 무료로 양도한 다음 피고인 B가 해당 게임아이템을 제3자에게 양도하여 그 판매대금을 교부받아 게임물의 이용을 통하여 획득한 결과물인 아이템을 환전

노량진 1544-0336	인천 1544-1661	대구 1522-6112	부산 1522-8112	광주 1566-3864
제주(064) 722-8140	전북(063) 270-4144	경기(기숙형) 1599-9361	온라인 1544-5006	police.willbes.net

22년 2차대비 형법 최신판례특강

2022. 08. 13 [토]

담당 : 신 광 은 교수

훈방닷컴 검색 <http://www.hunzzang.com>

05. 마약류취급의료업자로부터 마약류 관리에 관한 법률에 따라 자신에 대한 투약 용도로 제공받아 소지하게 된 마약류를 자신이 아닌 다른 사람 등에게 투약하거나 다른 사람 등의 투약을 위하여 제공하는 행위는 제4조 제2항 제1호에 의하여 허용되는 ‘취급’에 포함되지 않음

마약류 관리에 관한 법률(이하 ‘마약류관리법’)은 향정신성의약품 중 마약류취급의료업자로부터 투약받아 소지하는 경우에는 마약류취급자가 아닌 자도 마약류를 취급할 수 있다고 규정하고 있는데(제4조 제2항 제1호), 이 규정에 의하여 허용되는 마약류의 ‘취급’은 특정인이나 특정 동물에 대한 치료라고 하는 마약류 제공 목적에 부합하는 사용 및 이를 위한 소지, 소유, 운반 등에 한정되고, 이에 의하여 취급이 허용되는 대상도 마약류관리법에 따라 마약류취급의료업자로부터 제공받아 소지하게 된 마약류에 한정된다고 보아야 한다. 따라서 마약류취급의료업자로부터 마약류관리법에 따라 자신에 대한 투약 용도로 제공받아 소지하게 된 마약류를 수출하거나 매매하는 경우는 물론 이를 자신이 아닌 다른 사람 등에게 투약하거나 다른 사람 등의 투약을 위하여 제공하는 행위는 제4조 제2항 제1호에 의하여 허용되는 ‘취급’에 포함되지 아니하고, 제264조 제1항에 의하여 금지된 것으로서 제61조 제1항 제5호의 처벌대상에 해당한다. 이는 제61조 제1항 제7호가 ‘제5조 제2항을 위반하여 향정신성의약품, 대마 또는 임시마약류를 취급한 자’를 제61조 제1항 제5호 위반자와 같은 형으로 처벌하도록 규정하고 있다고 하여 달리 볼 수 없다.(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021도16232 판결)

06. 자동차해체재활용업자가 자동차 소유자로부터 폐차 요청을 받은 경우에 자동차를 인수하고 발급하는 폐차인수증명서를 자동차관리법 제71조 제1항에 따라 부정사용이 금지되는 ‘폐차사실 증명서류’에 포함된다고 해석하는 것은 죄형법정주의 원칙상 허용되지 않음

형법규정의 해석 법리, 자동차관리법 등 관련 규정의 문언과 체계, 개정 연혁 등에 비추어 보면, 자동차관리법 제71조 제1항에 따라 부정사용이 금지되는 ‘폐차사실 증명서류’는 폐차한 사실을 증명하는 서류라고 해석하는 것이 문언의 통상적인 용법에 부합한다. 따라서 ‘폐차사실 증명서류’에 자동차해체 재활용업자가 자동차 소유자로부터 폐차 요청을 받은 경우에 자동차를 인수하고 발급하는 폐차인수증명서까지 포함된다고 해석하는 것은 죄형법정주의 원칙상 허용되지 않는다.(대법원 2022. 7. 14. 선고 2021도16578 판결)

- ※ 자동차해체재활용업자가 폐차 요청을 받은 자동차를 수출할 예정인데도 폐차를 원인으로 말소등록을 신청하면서 자동차말소등록신청서에 폐차인수 증명서를 첨부
- ※ 폐차인수증명서를 허위 발급한 경우에는 자동차관리법에 별도의 형사처벌 규정을 두고 있고, 위조나 변조는 형법 제231조에 따라 사문서위조·변조죄로 처벌받을 수 있다.

07. 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의10에서 정한 ‘자동차’는 도로교통법상 자동차를 의미하고, 도로교통법상 원동기장치자전거는 특정범죄 가중처벌상 ‘자동차’에 포함되지 않음

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의10 제1항은 “운행 중인 자동차의 운전자를 폭행하거나 협박한 사람은 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.”의 문언 형식, 입법 취지 및 보호법익, 특정범죄가중처벌상 다른 자동차 등 관련 범죄의 가중처벌 규정과의 체계적 해석 등을 종합하면, 특정범죄가중처벌 제5조의10의 ‘자동차’는 도로교통법상의 자동차를 의미하고 도로교통법상 원동기장치자전거는 ‘자동차’에 포함되지 않는다.(대법원 2022. 4. 28. 선고 20221013 판결)

- ※ 보행 중인 피고인이 오토바이를 운전 중인 피해자의 먹살을 잡아 내리게 한 후 상해를 가한 행위에 관하여 특정범죄가중처벌위반(운전자폭행등)죄로 기소한 사건에서, 이 사건 규정이 정한 ‘자동차’의 범위에 도로교통법상 원동기장치자전거가 포함되지 않는다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하고 위 공소사실에 포함된 상해죄를 유죄로 인정한 원심의 판단을 수긍
- ※ 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의10은 운행 중인 자동차의 운전자를 상대로 폭력 등을 행사하여 운전자나 승객 또는 보행자 등의 안전을 위협하는 행위를 엄중하게 처벌함으로써 교통질서를 확립하고 시민의 안전을 도모하기 위한 것이다.

08. 영상정보를 삭제·은닉 등의 방법으로 직접 훼손하는 행위를 한 자는 구 영유아보육법 제54조 제3항의 처벌대상자 중 ‘영상정보를 훼손당한 자’에 포함되지 않고, 행위자가 어린이집을 설치·운영하는 자라도 마찬가지임

구 영유아보육법 제54조 제3항은 “제15조의5 제3항에 따른 안전성 확보에 필요한 조치를 하지 아니하여 영상정보를 분실·도난·유출·변조 또는 훼손당한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 정한다. 여기서 처벌의 대상이 되는 자 중 ‘영상정보를 훼손당한 자’란 어린이집을 설치·운영하는 자로서 구 영유아보육법 제15조의5 제3항에서 정한 폐쇄회로 영상정보에 대한 안전성 확보에 필요한 조치를 하지 않았고 그로 인해 영상정보를 훼손당한 자를 뜻한다. 영상정보를 삭제·은닉 등의 방법으로 직접 훼손하는 행위를 한 자는 위 규정의 처벌대상이 아니고 행위자가 어린이집을 설치·운영하는 자라고 해도 마찬가지이다.(대법원 2022. 3. 17. 선고 2019도9044 판결)

- ※ 학부모로부터 어린이 집 내 CCTV 녹화내용을 보여 달라는 요구를 받은 어린이집 운영자가 CCTV 저장장치를 교체하고 영상정보를 삭제했어도 영유아보육법상 처벌대상이 아니다.

노량진 1544-0336	인천 1544-1661	대구 1522-6112	부산 1522-8112	광주 1566-3864
제주(064) 722-8140	전북(063) 270-4144	경기(기숙형) 1599-9361	온라인 1544-5006	police.willbes.net

22년 2차대비 형법 최신판레특강

2022. 08. 13 [토]

담당 : 신 광 은 교수

<http://www.hunzzang.com>

09. 구 산업안전보건법 제29조에서 정한 ‘도급 사업주’, ‘같은 장소에서 행하여지는 사업’의 의미와 적용범위에 관한 사건

- [1] 구 산업안전보건법 제29조 제1항 제2호에서 정한 ‘전문분야의 공사’는 건설산업기본법 제2조 제6호에서 정한 ‘전문공사’에 한정되는 것이 아니라 이에 준하여 전문성이 요구되는 분야의 공사를 의미하고, 한편 위 조항은 사업이 전문분야 공사로 이루어져 시행되는 경우 각 전문분야에 대한 공사의 전부를 도급을 주는 때에도 적용된다고 규정하는데, 전문분야에 대한 공사의 대부분을 도급하였다가 그중 일부를 다시 제3자에게 도급한 경우도 이에 포함된다.
- [2] 구 산업안전보건법 제29조 제1항의 ‘같은 장소에서 행하여지는 사업’은 사업주와 수급인이 같은 장소에서 작업을 하는 사업을 의미하는 것으로, 장소적 동일성 외에 시간적 동일성까지 필요하다고 볼 수는 없고, 산업재해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 노무를 제공하는 사람의 안전 및 보건을 유지·증진시키기 위한 입법 취지와 구 산업안전보건법 제29조 제1항 제2호의 도급인에게도 산업재해의 예방에 필요한 조치의무를 지우기 위한 위 조항의 개정 목적·경위에 고용노동부가 2012. 9.경 작성한 ‘사업의 일부 도급 사업주에 대한 안전·보건조치의무 적용 지침’ 등을 종합하여 볼 때, 사업이 전문분야의 공사로 이루어져 시행되는 경우에 사업주가 각 공사 전부를 분야별로 나누어 수급인에 도급을 줌으로써 자신이 직접 공사를 수행하지 않고 사업의 전체적 진행과정을 총괄하고 조율하는 등 관리·감독만 하더라도, 위 조항의 ‘같은 장소에서 행하여지는 사업’에 해당한다.(대법원 2022. 3. 31. 선고 2020도12560 판결)
- ☞ 한국전력공사가 ‘지장철합 이설공사’를 전기공사업체에 도급한 후 그 중 일부인 ‘방호관 설치공사’를 협력업체에 추가로 도급함으로써 직접 공사를 수행하지 않고 사업의 전체적 진행과정을 총괄하고 조율하는 등 관리·감독만 하더라도, 산업안전보건법 제29조 제1항 제2호, 제3항에서 정한 ‘도급 사업주’에 해당하므로 산업안전법위반죄를 유죄로 인정
- ※ 추락의 위험이 있거나 공중 전선에 가까운 장소로서 시설물의 설치·해체·점검·수리 등의 작업을 할 때 감전의 위험이 있는 장소에서 수급인이 사용하는 근로자가 작업을 하는 경우, 같은 장소에서 행하여지는 사업으로서, 사업의 일부를 분리하여 도급을 주어 하는 사업이거나, 사업이 전문분야의 공사로 이루어져 시행되는 경우 각 전문분야에 대한 공사의 전부를 도급을 주어 하는 사업이라면, 도급인 역시 수급인과 마찬가지로 그 수급인의 근로자에 대하여 산업재해를 예방하기 위한 안전조치를 해야 한다.

10. 주택법에 따라 주택건설사업계획의 승인을 받을 것을 예정하고 사업을 시행하려는 자가 아직 그 승인을 받기 전인 경우, 주택법 제54조 제1항에서 정한 ‘사업주체’에 해당하지 않음

주택법 제102조 제13호는 “제54조 제1항을 위반하여 주택을 건설·공급한 자”를 처벌하도록 규정하고 있고, 주택법 제54조 제1항 제1호는 ‘사업주체가 입주자를 모집하려는 경우 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장의 승인을 받아 주택을 공급하여야 한다.’고 규정하고 있다. 여기서 ‘사업주체’란 ‘주택법 제15조에 따른 주택건설사업계획 또는 대지조성사업계획의 승인을 받아 그 사업을 시행하는 자’를 말한다. 따라서 주택법에 따라 주택건설사업계획의 승인을 받을 것을 예정하고 사업을 시행하려고 하더라도 아직 그 승인을 받기 전이라면 주택법 제54조 제1항에서 정한 ‘사업주체’에 해당한다고 볼 수 없다.(대법원 2021. 11. 25. 선고 2021도10981 판결)

11. ‘분리형 캠퍼’를 화물자동차 적재함에 설치한 것은 자동차관리법상 승인이 필요한 ‘자동차의 튜닝’에 해당하지 않음

자동차관리법 규정과 그 입법취지 및 형벌법규의 명확성이나 그 엄격해석을 요구하는 죄형법정주의 원칙에 비추어, 자동차관리법상 승인이 필요한 ‘자동차의 튜닝’은 ‘자동차의 안전운행에 필요한 성능과 기준이 설정되어 있는 자동차의 구조·장치가 일부 변경되거나 자동차에 부착물을 추가함으로써 그러한 자동차 구조·장치의 일부 변경에 이르게 된 경우’를 의미한다고 해석함이 타당하다.(대법원 2021. 6. 3 선고 2019도12110 판결)

※ ‘분리형 캠퍼’를 화물자동차의 적재함에 설치한 것은 ‘분리가 용이한 캠퍼’를 화물자동차에 ‘적재’한 것일 뿐 ‘자동차의 안전운행에 필요한 성능과 기준이 설정되어 있는 자동차의 구조·장치를 일부 변경하거나 그와 동일한 결과를 가져오는 부착물 추가’에 이르지 않아 자동차관리법상 ‘자동차의 튜닝’에 해당하지 않는다.

12. 약사 등이 아닌 사람이 종전 개설자의 약국 개설·운영행위와 단절되는 새로운 개설·운영행위를 한 것으로 볼 수 있는 경우에도 약사법에서 금지하는 약국 개설행위에 해당

약사법 제20조 제1항은 “약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다.”라고 정하고 있다. 이 조항에 따라 금지되는 약국 개설행위는 약사 또는 한약사(이하 ‘약사 등’이라 한다) 자격이 없는 일반인이 약국의 시설 및 인력의 충원·관리, 개설신고, 의약품 제조 및 판매업의 시행, 필요한 자금의 조달, 그 운영성과의 귀속 등을 주도적으로 처리하는 것을 뜻한다. 약사 등이 아닌 사람이 이미 개설된 약국의 시설과 인력을 인수하고 그 운영을 지배·관리하는 등 종전 개설자의 약국 개설·운영행위와 단절되는 새로운 개설·운영행위를 한 것으로 볼 수 있는 경우에도 약사법에서 금지하는 약사 등이 아닌 사람의 약국 개설행위에 해당한다.(대법원 2021. 7. 29. 선고 2021도6092 판결)

노량진 1544-0336	인천 1544-1661	대구 1522-6112	부산 1522-8112	광주 1566-3864
제주(064) 722-8140	전북(063) 270-4144	경기(기숙형) 1599-9361	온라인 1544-5006	police.willbes.net

22년 2차대비 형법 최신판례특강

2022. 08. 13 [토]

담당 : 신 광 은 교수

훈방닷컴 검색 <http://www.hunzzang.com>

13. 게임물 자체의 내용뿐만 아니라 게임물의 내용 구현과 밀접한 관련이 있는 게임물의 운영방식을 등급분류신청서나 그에 첨부된 게임물내용설명서에 기재된 내용과 다르게 변경하여 이용에 제공하는 행위도 게임산업법 제32조 제1항 제2호에서 정한 ‘등급을 받은 내용과 다른 내용의 게임물을 이용에 제공하는 행위’에 해당

피고인들이 PC방에 게임기를 설치하고 무료 모바일 게임물로 등급분류 받은 특정 게임물을 아케이드 게임물로 플랫폼을 변경하여 게임기의 지폐투입구에 현금 1만 원을 투입하면 3분 동안 위 게임물이 작동되게 하는 방식으로 영업함으로써 게임산업진흥에 관한 법률을 위반하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 무료 모바일 게임물로 등급분류 받은 게임물을 유료 아케이드 게임물 형태로 제공한 피고인들의 행위는 ‘게임물의 내용 구현과 밀접한 관련이 있는 게임물의 운영방식을 변경하여 이용에 제공한 행위’로서 같은 법 제32조 제1항 제2호에서 정한 ‘등급을 받은 내용과 다른 내용의 게임물을 이용에 제공하는 행위’에 해당한다.(대법원 2021.7.21. 선고 2021도4785 판결)

14. 군사기지·군사시설에서 군인 상호간의 폭행죄에 반의사불벌에 관한 형법조항의 적용을 배제하고 있는 군형법 제60조의6 제1호, 제2호 중 군인이 군사기지·군사시설에서 군인을 폭행한 경우 형법 제260조 제3항을 적용하지 아니하도록 한 부분이 형벌체계상 균형을 상실하여 평등원칙에 위반 되지 않음

‘일반 폭행죄’와 ‘군사기지·군사시설에서 군인 상호간의 폭행죄’는 타인의 신체에 대한 유형력 행사로 성립되는 죄라는 공통점이 있다. 그러나 전자는 ‘신체의 안전’을 주된 보호법익으로 함에 반하여, 후자는 ‘군 조직의 기강과 전투력 유지’를 주된 보호법익으로 한다는 점에서 차이가 있다. 또한 엄격한 위계질서와 집단생활을 하는 군 조직의 특수성으로 인하여 피해자가 가해자에 대한 처벌을 희망할 경우 다른 구성원에 의해 피해를 당할 우려가 있고, 상급자가 가해자·피해자 사이의 합의에 관여할 경우 피해자가 처벌불원의사를 거부하기 어려운 경우가 발생할 수 있다. 특히 병역의무자는 헌법상 국방의 의무의 일환으로서 병역의무를 이행하는 대신, 국가는 병역생활을 하는 병역의무자의 신체·안전에 보호할 책임이 있음을 고려할 때, 궁극적으로는 군사기지·군사시설에서의 폭행으로부터 병역의무자를 보호해야 한다는 입법자의 판단이 헌법이 부여한 광범위한 형성의 자유를 일탈한다고 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항이 형벌체계상 균형을 상실하였다고 보기 어려우므로 평등원칙에 위반되지 아니한다.(헌법재판소 2022. 3. 31. 2021헌바62 등)

< 적용범위 >

15. 위헌결정이 이루어지지 아니한 구 도로교통법 제148조의2 제1항 중 ‘제2항을 1회 이상 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제1항을 위반한 사람’에 관한 부분을 적용하여 유죄를 선고할 수 있는지 여부(소극)

“구 도로교통법 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제2항을 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제1항을 위반한 사람’에 관한 부분”은 이 사건 위헌결정의 심판대상이 되지 않았지만 이와 동일한 내용을 규정하는 이 사건 법률조항에 대한 이 사건 위헌결정 이유와 같은 이유에서 책임과 형벌 사이의 비례원칙에 어긋날 여지가 있다. 따라서 원심으로서 이 부분에 적용되어야 하는 법률 조항을 명확히 하고, “구 도로교통법 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제2항을 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제1항을 위반한 사람’에 관한 부분”을 적용할 것이라면 그 위헌 여부 또는 그 적용에 따른 위헌적 결과를 피하기 위한 공소장 변경절차 등의 필요 유무 등에 관하여 심리·판단하여야 한다.(대법원 2022. 6. 30. 선고 2022도32 판결)

※ 도로교통법 제44조 제1항 또는 제2항 위반 전력이 있는 사람이 도로교통법 제148조의2 제1항에 따라 처벌되는 사건은 ① 음주운전 전력이 있는 사람이 음주운전행위를 한 경우, ② 음주운전 전력이 있는 사람이 음주측정거부행위를 한 경우, ③ 음주측정거부 전력이 있는 사람이 음주운전행위를 한 경우, ④ 음주측정거부 전력이 있는 사람이 음주측정거부행위를 한 경우, 즉 4가지 유형으로 분류할 수 있는데, 원심이 피고인에게 적용한 신법- ④ 유형인 이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정이 이루어지지 않았지만, 제1, 2, 3위헌결정들(①②③에 대한 위헌결정들) 이유에 비추어 볼 때 위헌이 선언된 법률조항과 실질적으로 동일하기 때문에, 이 사건 법률조항의 위헌 여부 또는 그 적용에 따른 위헌적 결과를 피하면서도 피고인 행위의 가벌성과 책임에 합당한 형벌법규를 적용하기 위한 공소장 변경절차 등의 필요 유무 등에 관하여 심리·판단하여야 한다는 이유로 유죄를 선고한 원심판결을 파기하였음(2022. 7. 28. 선고 2022도3929 판결)

16. 구 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률이 개정되면서 종전까지 금지하던 해직 교원의 교원 노동조합 가입을 허용하는 것으로 법령이 변경된 경우, 형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법령의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니한 때’에 해당한다.

구 교원노조법이 2021. 1. 5. 법률 제17861호로 개정되면서 제2조 단서가 삭제되고 제4조의2가 신설됨으로써 종전까지 금지하던 해직 교원의 교원 노동조합 가입을 허용하는 것으로 법령이 변경된 사안에서, 구 노동조합법 제93조 제2호 위반죄의 보호법익과 구성요건, 시정명령의 경위와 근거 법령, 구 교원노조법 개정의 경위와 내용 등을 종합하면, 구 교원노조법 개정은 법령상 해직 교원의 교원 노동조합 가입을 허용하지 아니한 종전의 조치가 부당하였다는 법률이념의 변천에 따른 것으로서, 해직 교원에게 조합원 자격을 인정하는 교원 노동조합의 규약에 대하여 시정을 명하거나 그 시정명령 위반행위를 범죄로 인정하고 처벌한 것 역시 부당하였다는 반성적 고려를 전제하고 있다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 시정명령 위반행위는 형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법령의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니한 때’에 해당한다.(대법원 2021. 12. 30. 선고 2017도15175)

< 고의 >

17. 상급종합병원 인근 문전약국 약사들이 공동으로도우미들을 고용하여 환자들을 자신이 정한 순번에 따라 특정 약국으로 안내하고 편의 차량 등을 제공한 사건

호객행위 등으로 인한 약사법 위반죄의 ‘고의’란 약국 개설자 등이 자신의 행위가 의약품 시장질서를 어지럽히는 호객행위나 소비자를 유인하는 행위 등이라는 객관적 구성요건을 충족하였음을 인식하는 것을 의미한다.(대법원 2022. 5. 12. 선고 2020도18062 판결)

※ 상급종합병원 인근 일부 지역의 약국들이 영리 목적으로 답합하여 공동도우미들로 하여금 약국을 정하지 않은 환자들에게 접근하여 자신들의 정한 약국들로만 안내하면서 편의 차량을 제공한 행위는 환자들의 약국 선택권을 침해할 가능성이 높고 다른 약국들과의 관계에서 의약품 시장질서를 해할 수 있는 이른바 ‘공동 호객행위’에 해당함에도 불구하고, 기존부터 호객행위 등 분쟁이나 민원이 빈번히 발생하던 상급종합병원 인근에서 약국을 운영해 오던 피고인들이 이러한 행위가 호객행위임을 인식하지 못하였다고 보기 어렵다는 이유로, 피고인들에게 약사법 위반죄의 고의가 인정된다는 보아, 이를 무죄로 본 원심판결을 파기한 사례

18. 위약금 조항에 따른 손해배상채권과의 상계처리로 임금을 지급하지 않은 데에 상당한 이유가 있다고 보기 어려워 근로기준법 위반의 고의를 인정한 사건

임금 등 지급의무의 존부와 범위에 관하여 다룰 만한 근거가 있다면 사용자가 그 임금 등을 지급하지 않은 데에 상당한 이유가 있다고 보아야 하므로, 사용자에게 근로기준법 제109조 제1항, 제36조 위반의 고의가 있었다고 보기 어렵다. 근로기준법 제20조는 “사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다.”라고 규정하고 있으므로, 이에 반하여 약정한 근무기간 이전에 퇴직할 경우 사용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발생하였는지를 묻지 않고 곧바로 소정의 금액을 사용자에게 지급하기로 하는 약정의 효력을 인정할 수 없다. 그리고 근로자에 대한 임금은 직접 근로자에게 전액을 지급하여야 하므로 초과지급된 임금의 반환채권을 제외하고는 사용자가 근로자에 대하여 가지는 대출금이나 불법행위를 원인으로 한 채권으로써 근로자의 임금채권과 상계를 하지 못한다.(대법원 2022. 5. 26. 선고 2022도2188 판결)

※ 국어학원을 운영하는 원장인 피고인이 강사들의 급여에 관한 사업소득세 원천징수, 4대 보험 미가입, 자율권 부여 등을 들어 개인사업자로 인식하였다고 주장하며 근로자성을 인식하지 못하였고, 위약금 조항에 기하여 퇴직 전 마지막 달 급여를 상계처리하였다고 주장한 사안에서, 피고인이 강사들을 근로기준법의 적용을 받는 근로자로 인식하지 않은 데에 상당한 이유가 있다고 보기 어렵고, 위약금 약정의 효력을 인정할 수 없고 사용자의 상계처리로 원칙적으로 허용되지 않으므로, 위약금 조항에 근거하여 임금을 지급하지 않은 데에 상당한 이유가 있다고 보기 어렵다고 보아, 피고인에게 근로기준법 위반의 고의가 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로 공소사실을 무죄로 판단한 원심을 파기한

< 과실 >

19. 피고인이 화물차를 운전하여 피해자보다 먼저 횡단보행자용 신호기가 설치되지 않은 횡단보도에 진입하고 피해자가 횡단보도를 뛰어 건너다가 화물차 적재함과 충돌한 경우, 차량운전자의 횡단보도에서의 보행자 보호의무 인정여부가 문제된 사건

모든 차의 운전자는 보행자보다 먼저 횡단보행자용 신호기가 설치되지 않은 횡단보도에 진입한 경우에도, 보행자의 횡단을 방해하지 않거나 통행에 위험을 초래하지 않을 상황이 아니고서는, 차를 일시정지하는 등으로 보행자의 통행이 방해되지 않도록 할 의무가 있다. 따라서 피고인이 운전한 화물차가 보행자인 피해자보다 먼저 횡단보행자용 신호기가 없는 횡단보도에 진입하였더라도 화물차를 일시정지하지 않은 채 횡단보도를 통과한 행위는 도로교통법 제27조 제1항에 따른 ‘횡단보도에서의 보행자 보호의무’를 위반한 경우로서 「교통사고처리 특례법」 제3조 제2항 단서 제6호에 해당하고, 피고인의 위와 같은 의무 위반이 교통사고 발생의 원인이 되었으므로 이 사건 공소사실은 유죄로 인정된다.(대법원 2022. 4. 14. 선고 2020도17724 판결)

20. 피고인이 트럭을 운전하여 횡단보행자용 신호기가 설치되어 있지 않은 횡단보도를 통과한 직후 그 부근에서 도로를 횡단하는 피해자를 뒤늦게 발견하고 급정거하는 바람에 교통사고가 발생한 경우 피고인에게 업무상 주의의무 위반이 인정되는지가 문제된 사건

모든 차의 운전자는 횡단보도 표시구역을 통과하면서 보행자가 횡단보도 노면표시가 없는 곳에서 갑자기 건너오지 않을 것이라고 신뢰하는 것이 당연하고 그렇지 아닐 때의 발생까지 예상하여 그에 대한 주의의무를 다하여야 한다고는 할 수 없다. 다만 이러한 신뢰의 원칙은 상대방 교통관여자가 도로교통 관련 제반 법규를 지켜 자동차의 운행 또는 보행에 임하리라고 신뢰할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 적용이 배제된다. 자동차의 운전자가 통상 예견되는 상황에 대비하여 결과를 회피할 수 있는 정도의 주의의무를 다하지 못한 것이 교통사고 발생의 직접적인 원인이 되었다면, 비록 자동차가 보행자를 직접 충격한 것이 아니고 보행자가 자동차의 급정거에 놀라 도로에 넘어져 상해를 입은 경우라고 할지라도, 업무상 주의의무 위반과 교통사고 발생 사이에 상당인과관계를 인정할 수 있다.(대법원 2022. 06. 16. 선고 2022도1401 판결)

※ 피고인이 맑은 날씨의 오후에 트럭을 운전하여 횡단보행자용 신호기가 설치되어 있지 않은 횡단보도를 통과한 직후 그 부근에서 도로를 횡단하려는 피해자(만 9세, 여)를 뒤늦게 발견하고 급제동 조치를 취하였으나, 차량 앞 범퍼 부분으로 피해자의 무릎을 충격하여 약 2주간의 치료를 요하는 상해를 입히고도 현장을 이탈하여 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(도주치상)으로 기소된 사안에서, 피고인으로서의 횡단보도 부근에서 도로를 횡단하려는 보행자가 흔히 있을 수 있음을 충분히 예상할 수 있었으므로, 보행자를 발견한 즉시 안전하게 정차할 수 있도록 제한속도 아래로 속도를 더욱 줄여 서행하고 전방과 좌우를 면밀히 주시하여 안전하게 운전함으로써 사고를 미연에 방지할 업무상 주의의무가 있었음에도 이를 위반하였고, 횡단보도 부근에서 안전하게 서행하였더라면 사고 발생을 충분히 피할 수 있었을 것이므로, 피고인의 업무상 주의의무 위반과 사고 발생 사이의 상당인과관계가 인정된다고 보아, 피고인에게 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(도주치상)죄에서의 업무상 주의의무 위반을 인정하기 어렵다는 이유로 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결을 파기한 사례

21. 병원에서 환자가 치료 도중 낙상사고가 발생하였을 경우 의사의 주의의무

여러 명의 의사가 분업이나 협업을 통하여 의료행위를 담당하는 경우 먼저 환자를 담당했던 의사는 이후 환자를 담당할 의사에게 환자의 상태를 정확하게 알려 적절한 조치를 할 수 있도록 해야 한다. 특히 환자가 병원에서 검사나 수술을 받는 과정에서 넘어지는 등의 사고가 발생하였다면 담당 의사는 이러한 사정을 고려하여 환자의 건강유지와 치료를 위한 주의를 기울여야 하고, 담당 의사가 바뀌는 경우 나중에 담당할 의사에게 이러한 사정을 알려 지속적으로 환자의 상태를 살필 수 있도록 해야 한다.(대법원 2022. 3. 17. 선고 2018다263434 판결)

※ 망인이 흉부 엑스레이 검사 도중 갑자기 낙상하는 사고가 발생하였고, 이후 입원을 기다리는 도중 양쪽 팔다리에서 경련 증상이 나타났는데, 의사가 망인에게 항경련제만 투여하였다가 이튿날 뇌 CT 검사를 통하여 망인의 뇌출혈 사실을 발견하고 혈중제거술을 하였지만 회복하지 못하고 사망한 사안

< 위법성 >

22. 피고인이 ‘접근금지, 문언송신금지’ 등을 명한 임시보호명령을 위반하여 피해자의 주거지에 접근하고 문자메시지를 보낸 경우 가정폭력처벌법 위반죄에 해당

피고인이 ‘접근금지, 문언송신금지’ 등을 명한 임시보호명령을 위반하여 피해자의 주거지에 접근하고 문자메시지를 보낸 사안에서, 가정폭력처벌법 제55조의4에 따른 임시보호명령은 피해자의 양해 여부와 관계없이 행위자에게 접근금지, 문언송신금지 등을 명하는 점, 피해자의 양해만으로 임시보호명령 위반으로 인한 가정폭력처벌법 위반죄의 구성요건해당성이 조각된다면 개인의 의사로써 법원의 임시보호명령을 사실상 무효화하는 결과가 되어 법적 안정성을 훼손할 우려도 있는 점 등의 사정을 들어, 설령 이에 관한 피해자의 양해나 승낙이 있었다고 하더라도 가정폭력처벌법 위반죄의 구성요건에 해당하고, 피고인이 이 사건 임시보호명령의 발령 사실을 알면서도 피해자에게 먼저 연락하였고 이에 피해자가 대응한 것으로 보이는 점, 피해자가 피고인과 문자메시지를 주고받던 중 수회에 걸쳐 ‘더 이상 연락하지 말라’는 문자메시지를 보내기도 한 점 등에 비추어 정당행위로 볼 수도 없다는 이유로 가정폭력처벌법 위반죄를 인정한 원심을 수긍한 사례(대법원 2022. 01. 14. 선고 2021도14015)

노량진 1544-0336	인천 1544-1661	대구 1522-6112	부산 1522-8112	광주 1566-3864
제주(064) 722-8140	전북(063) 270-4144	경기(기숙형) 1599-9361	온라인 1544-5006	police.willbes.net

22년 2차대비 형법 최신판레특강

2022. 08. 13 [토]

담당 : 신 광 은 교수

홈페이지 검색 <http://www.hunzzang.com>

< 공범 >

23. 마약류불법거래방지에관한특례법 제7조 제1항에서 정한 ‘불법수익 등의 출처 또는 귀속관계를 숨기거나 가장’하는 정범의 행위에 가담하는 행위에 ‘형법 총칙의 공범 규정’이 적용됨 / 방조범 성립에 요구되는 방조범의 고의

- [1] 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 대향범에 대하여 공범에 관한 형법 총칙 규정이 적용될 수 없다. 이러한 법리는 해당 처벌규정의 구성요건 자체에서 2인 이상의 서로 대향적 행위의 존재를 필요로 하는 필요적 공범인 대향범을 전제로 한다. 구성요건상으로는 단독으로 실행할 수 있는 형식으로 되어 있는데 단지 구성요건이 대향범의 형태로 실행되는 경우에도 대향범에 관한 법리가 적용된다고 볼 수는 없다.
- [2] 마약거래방지법 제7조 제1항은 ‘마약류범죄의 발견 또는 불법수익 등의 출처에 관한 수사를 방해하거나 불법수익 등의 몰수를 회피할 목적으로 불법수익 등의 성질, 소재, 출처 또는 귀속관계를 숨기거나 가장한 자’를 불법수익 등의 은닉 및 가장죄로 형사처벌하고 있다. 그 중 ‘불법수익 등의 출처 또는 귀속관계를 숨기거나 가장’하는 행위는 불법수익 등을 정당하게 취득한 것처럼 취득 원인에 관한 사실을 숨기거나 가장하는 행위 또는 불법수익 등이 귀속되지 않은 것처럼 귀속에 관한 사실을 숨기거나 가장하는 행위를 뜻한다. 따라서 마약거래방지법 제7조 제1항에서 정한 ‘불법수익 등의 출처 또는 귀속관계를 숨기거나 가장하는 행위’는 처벌규정의 구성요건 자체에서 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하지 않으므로 정범의 이러한 행위에 가담하는 행위에는 형법 총칙의 공범 규정이 적용된다.
- [3] 방조범에서 요구되는 정범 등의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식해야 하는 것은 아니고 미필적 인식이나 예견으로 충분하지만, 이는 정범의 범행 등의 불법성에 대한 인식이 필요하다는 점과 모순되지 않는다.(대법원 2022. 6. 30. 선고 2020도7866 판결)
- ※ 피고인이 마약매도인으로부터 4회에 걸쳐 대마를 매수하면서, 마약매도인의 요청에 따라 차명계좌에 제3자 명의로 대마 매매대금을 무통장입금하여, 정범인 마약매도인이 마약류범죄의 발견에 관한 수사를 방해할 목적으로 불법수익 등의 출처와 귀속관계를 숨기는 행위를 방조하였다

24. 친모가 그 남자친구와 공모하여 피해 아동을 학대하여 사망에 이르게 한 경우 형법 제33조 본문에 따라 공동정범이 성립

- 구 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제4조, 제2조 제4호 가목 내지 다목은 ‘보호자에 의한 아동학대로서 형법 제257조 제1항(상해), 제260조 제1항(폭행), 제271조 제1항(유기), 제276조 제1항(체포, 감금) 등의 죄를 범한 사람이 아동을 사망에 이르게 한 때’에 ‘무기 또는 5년 이상의 징역’에 처하도록 규정하고 있다. 이는 보호자가 구 아동학대처벌법 제2조 제4호 가목 내지 다목에서 정한 아동학대범죄를 범하여 그 아동을 사망에 이르게 한 경우를 처벌하는 규정으로 형법 제33조 본문의 ‘신분관계로 인하여 성립될 범죄’에 해당한다. 따라서 피고인들에 대하여 구 아동학대처벌법 제4조, 제2조 제4호 가목, 형법 제257조 제1항, 제30조로 공소가 제기된 이 사건에서 남자친구인 피고인2에 대해 형법 제33조 본문에 따라 아동학대처벌법 위반(아동학대치사)죄의 공동정범이 성립하고 구 아동학대처벌법 제4조에서 정한 형에 따라 과형이 이루어져야 한다.(대법원 2021. 9. 16 선고 2021도5000 판결)
- ※ 구 아동학대처벌법 제4조의 범죄는 단순히 보호자가 상해치사죄를 범한 경우 가중 처벌하는 형법 제259조 제1항 상해치사죄의 가중적 구성요건이 아니라, 보호자가 상해의 방법으로 아동을 학대하여 사망에 이르게 한 경우를 특별히 중하게 처벌하는 독립적 구성요건으로 보아야 한다는 점을 분명히 함

< 죄수 >

25. 아동·청소년이용음란물을 제작한 자가 제작에 수반된 소지행위를 벗어나 사회통념상 새로운 소지가 있었다고 평가할 수 있는 별도의 소지행위를 개시하였다면 이는 청소년성보호법 위반(음란물제작·배포등)죄와 별개의 청소년성보호법 위반(음란물소지)죄에 해당한다.

- 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제11조 제5항의 아동·청소년의 성보호에 관한 법률위반(음란물소지)죄는 아동·청소년이용음란물임을 알면서 이를 소지하는 행위를 처벌함으로써 아동·청소년이용음란물의 제작을 근원적으로 차단하기 위한 처벌규정이다. 그리고 구 청소년성보호법 제11조 제1항의 청소년성보호법 위반(음란물제작·배포등)죄의 법정형이 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역인 반면, 청소년성보호법 위반(음란물소지)죄의 법정형이 1년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금형이고, 아동·청소년이용음란물 제작행위에 아동·청소년이용음란물 소지행위가 수반되는 경우 아동·청소년이용음란물을 제작한 자에 대하여 자신이 제작한 아동·청소년이용음란물을 소지하는 행위를 별도로 처벌하지 않더라도 정의 관념에 현저히 반하거나 해당 규정의 기본 취지에 반한다고 보기 어렵다. 따라서 아동·청소년이용음란물을 제작한 자가 그 음란물을 소지하게 되는 경우 청소년성보호법 위반(음란물소지)죄는 청소년성보호법 위반(음란물제작·배포등)죄에 흡수된다고 봄이 타당하다. 다만 아동·청소년이용음란물을 제작한 자가 제작에 수반된 소지행위를 벗어나 사회통념상 새로운 소지가 있었다고 평가할 수 있는 별도의 소지행위를 개시하였다면 이는 청소년성보호법 위반(음란물제작·배포등)죄와 별개의 청소년성보호법 위반(음란물소지)죄에 해당한다.(대법원 2021. 7. 8. 선고 2021도2993 판결)
- ※ ‘피고인이 직접 아동·청소년인 피해자 공소의 1, 공소의 2에게 촬영하여 전송하도록 한 가슴, 성기, 자위 사진 및 동영상 파일 162개와 성명불상자로부터 전송받은 아동·청소년의 가슴, 성기, 자위 사진 및 동영상 파일 등 총 276개의 아동·청소년이용음란물 파일을 전송받아 자신의 휴대전화기에 저장·보관함으로써 이를 소지한 경우 별도의 소지죄에 해당

< 형벌 >

26. 피고인이 범죄행위에 이용한 웹사이트 매각을 통해 취득한 대가는 형법 제48조 제1항 제2호, 제2항이 규정한 추징의 대상에 해당하지 않는다.

- [1] 형법 제48조 제1항은 ‘범죄행위로 인하여 생(生)하였거나 이로 인하여 취득한 물건’으로서 범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인 이외의 자가 정을 알면서 취득한 물건의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다고 규정하면서(제2호), 제2항에서는 제1항에 기재한 물건을 몰수하기 불능한 때에는 그 가액을 추징하도록 규정하고 있다. 이와 같이 형법 제48조는 몰수의 대상을 ‘물건’으로 한정하고 있다. 이는 범죄행위에 의하여 생긴 재산 및 범죄행위의 보수로 얻은 재산을 범죄수익으로 몰수할 수 있도록 한 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률이나 범죄행위로 취득한 재산상 이익의 가액을 추징할 수 있도록 한 형법 제357조 등의 규정과는 구별된다. 민법 제98조는 물건에 관하여 ‘유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력’을 의미한다고 정의하는데, 형법이 민법이 정의한 ‘물건’과 다른 내용으로 ‘물건’의 개념을 정의하고 있다고 볼 만한 사정도 존재하지 아니한다.
- [2] 피고인이 甲, 乙과 공모하여 정보통신망을 통하여 음란한 화상 또는 영상을 배포하고, 도박 사이트를 홍보하였다는 공소사실로 기소되었는데, 원심이 공소사실을 유죄로 인정하면서 피고인이 범죄행위에 이용한 웹사이트 매각을 통해 취득한 대가를 형법 제48조에 따라 추징한 사안에서, 위 웹사이트는 범죄행위에 제공된 무형의 재산에 해당할 뿐 형법 제48조 제1항 제2호에서 정한 ‘범죄행위로 인하여 생(生)하였거나 이로 인하여 취득한 물건’에 해당하지 않으므로, 피고인이 위 웹사이트 매각을 통해 취득한 대가는 형법 제48조 제1항 제2호, 제2항이 규정한 추징의 대상에 해당하지 않는다는 이유로, 이와 달리 보아 위 웹사이트 매각대금을 추징한 원심판결에 형법 제48조에서 정한 몰수·추징에 관한 법리오해의 잘못이 있다.(대법원 2021. 10. 14. 선고 2021도7168)

27. 외국환거래 신고 없이 미국 호텔 카지노 운영진으로부터 미화 100만 달러 상당의 칩을 대여받아 신고의무를 위반한 경우 칩 대금 상당액을 구 외국환거래법 제30조에 따라 추징할 수 있는지가 문제된 사건

외국환거래법상의 대외지급수단으로 인정되기 위해서는 현실적으로 대외거래에서 채권·채무의 결제 등을 위한 지급수단으로 사용할 수 있고 그 사용이 보편성을 가지고 있어야 할 것인데 피고인이 미국 호텔 카지노에서 외화차용행위로 인하여 취득한 '칩'에는 미화로 표시된 금액과 호텔의 로고가 기재되어 있을 뿐 지급받을 수 있는 내용이 표시된 문구는 전혀 기재되어 있지 않으므로, 이는 단순히 '칩'에 표시된 금액 상당을 카지노에서 보관하고 있다는 증표에 지나지 않는다고 보아, 이 사건 '칩'은 외국환거래법상의 몰수·추징의 대상이 되는 대외지급수단으로 볼 수 없다고 판단하여 추징을 선고하지 않은 원심을 수긍한 사례(대법원 2022. 5. 26. 선고 2022도2570 판결)

※ 피고인이 미신고 자본거래로 인한 외국환거래법 위반죄에 해당하지만, 그 범행으로 취득한 카지노 칩 상당액은 동법이 정한 추징 대상에 해당하지 않는다는 취지임

< 각론 >

< 강요 >

28. 피고인이 피해자 주택 대문 바로 앞에 차량을 주차하여 피해자가 차량을 주차장에 출입할 수 없도록 한 것이 강요죄의 폭행에 해당하지 않는다.

강요죄의 폭행은 사람에 대한 직접적인 유형력의 행사뿐만 아니라 간접적인 유형력의 행사도 포함하며, 반드시 사람의 신체에 대한 것에 한정되지 않는다. 사람에 대한 간접적인 유형력의 행사를 강요죄의 폭행으로 평가하기 위해서는 피고인이 유형력을 행사한 의도와 방법, 피고인의 행위와 피해자의 근접성, 유형력이 행사된 객체와 피해자의 관계 등을 종합적으로 고려해야 한다. 피고인은 이 사건 도로의 소유자인데, 피해자를 포함한 이 사건 도로 인접 주택 소유자들에게 도로 지분을 매입할 것을 요구하였음에도 피해자 등이 이를 거부하자, 피해자 주택 대문 바로 앞에 피고인의 차량을 주차하여 피해자가 자신의 차량을 주차장에 출입할 수 없도록 한 사안에서, 피고인이 피해자에 대하여 어떠한 유형력을 행사하였다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 피해자는 주택 내부 주차장에 출입하지 못하는 불편을 겪는 외에 차량을 용법에 따라 정상적으로 사용할 수 있었다는 이유로, 강요죄의 성립을 인정한 원심을 파기한 사례(대법원 2021. 11. 25 선고 2018도1346 판결)

노량진 1544-0336	인천 1544-1661	대구 1522-6112	부산 1522-8112	광주 1566-3864
제주(064) 722-8140	전북(063) 270-4144	경기(기숙형) 1599-9361	온라인 1544-5006	police.willbes.net

22년 2차대비 형법 최신판례특강

2022. 08. 13 [토]

담당 : 신 광 은 교수

훈장닷컴 검색 <http://www.hunzzang.com>

< 성범죄 >

29. 피고인이 청바지를 입은 여성의 뒷모습을 찍은 것이 카메라등이용촬영죄에 해당하는지 여부가 문제된 사건(촬영한 대상이 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체’에 해당하는지를 판단하는 기준)

촬영한 대상이 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체’에 해당하는지는 객관적으로 피해자와 같은 성별, 연령대의 일반적이고 평균적인 사람들의 관점에서 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체에 해당하는지를 고려함과 아울러, 피해자의 옷차림, 노출의 정도 등은 물론, 촬영자의 의도와 촬영에 이르게 된 경위, 촬영 장소와 촬영 각도 및 촬영 거리, 촬영된 원판의 이미지, 특정 신체 부위의 부각 여부 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 결정하여야 한다.(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021도13203 판결)

- ※ 피고인은 2019. 9. 5.부터 2021. 3. 19.까지 엉덩이 부분이 딱 맞는 청바지를 입은 여성의 뒷모습을 5,000장 이상 촬영하였는데, 피고인이 촬영한 사진 중에는, 청바지를 입은 여성을 따라다니면서 계단을 오르는 모습을 바로 뒤에서 엉덩이를 부각하여 촬영한 사진도 있지만, 특별히 엉덩이를 부각하지 않고 청바지를 입은 여성의 뒷모습 전신을 어느 정도 떨어진 거리에서 촬영한 사진도 있음
- ※ 이 사건 엑셀 파일 중 엉덩이를 부각하여 촬영한 경우는 성적 수치심을 유발할 수 있다고 볼 여지가 있으나 특별히 엉덩이를 부각하지 않고 일상복인 청바지를 입은 여성의 뒷모습 전신을 어느 정도 떨어진 거리에서 촬영하였을 뿐이라면 카메라등이용촬영죄 성립을 단정하기 어렵다.

30. 위계에 의한 간음죄 성립

피고인은 랜덤채팅 애플리케이션을 통해 알게 된 피해자(여, 15세)에게 연예기획사 매니저와 사진작가의 1인 2역을 하면서 ‘사진작가의 요구에 따라 성관계 등을 하면 모델 등이 되도록 해 줄 것이다’라는 거짓말을 하여 피해자에게 오인, 착각을 일으키고 피해자의 그러한 심적 상태를 이용하여 피해자를 간음한 것으로 볼 수 있는바 이러한 피고인의 간음행위는 ‘간음행위에 이르게 된 동기’ 내지 ‘간음행위와 결부된 비금전적 대가’에 관한 위계에 의한 것이라고 평가할 수 있는 점, 이러한 오인, 착각은 피해자가 피고인과의 성관계를 결심하게 된 중요한 동기가 된 것으로 모이므로 성관계가 피해자의 자발적이고 진지한 성적 자기결정권의 행사에 따른 것으로 볼 수는 없는 점 등에 비추어 볼 때 피고인의 행위는 위계에 의한 간음죄를 구성한다.(대법원 2022. 4. 28. 선고 2021도9041 판결)

31. 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제2항에서 유포 행위의 한 유형으로 열거하고 있는 ‘공공연한 전시’의 의미 및 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 촬영한 촬영물 또는 복제물의 ‘공공연한 전시’로 인한 범죄는 불특정 또는 다수인이 전시된 촬영물 등을 실제 인식하지 못했더라도 성립함

법률 규정의 내용 및 입법 취지 등에 비추어 볼 때 구 성폭력처벌법 제14조 제2항에서 유포 행위의 한 유형으로 열거하고 있는 ‘공공연한 전시’란 불특정 또는 다수인이 촬영물 등을 인식할 수 있는 상태에 두는 것을 의미하고, 촬영물 등의 ‘공공연한 전시’로 인한 범죄는 불특정 또는 다수인이 전시된 촬영물등을 실제 인식하지 못했다고 하더라도 촬영물 등을 위와 같은 상태에 둠으로써 성립한다.(대법원 2022. 6. 9. 선고 2022도1683 판결)

32. 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 군형법 제92조의6 규정(군인 등 항문성교나 그 밖의 추행)이 적용되지 않음

[1] 군형법 제92조의6의 문언, 개정 연혁, 보호법익과 헌법 규정을 비롯한 전체 법질서의 변화를 종합적으로 고려하면, 위 규정은 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다고 봄이 타당하다. 구체적인 이유는 다음과 같다. 현행 군형법 규정은 구 군형법 제92조의5 규정과는 달리 ‘계간(鷄姦)’ 대신 ‘항문성교’라는 표현을 사용하고 행위의 객체를 군형법이 적용되는 군인 등으로 한정하였다. 따라서 현행 규정의 문언만으로는 동성 군인 간의 성행위 그 자체를 처벌하는 규정이라는 해석이 당연히 도출될 수 없고, 별도의 규범적인 고려 또는 법적 평가를 더해야만 그러한 해석이 가능하다. 현행 규정의 체계와 문언, 개정 경위와 함께, 동성 간 성행위에 대한 법규범적 평가의 변화에 따라 동성 군인 간 합의에 따른 성행위를 아무런 제한 없이 군기를 침해하는 행위라고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 현행 규정의 보호법익에는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 전통적인 보호법익과 함께 ‘군인의 성적 자기결정권’도 포함된다고 보아야 한다. 위에서 본 동성 간 성행위에 대한 법규범적 평가에 비추어 보면, 동성 군인 간 합의에 의한 성행위로서 그것이 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해하지 않는 경우까지만 형사처벌을 하는 것은 헌법을 비롯한 전체 법질서에 비추어 허용되지 않는다고 보아야 한다.

[2] 군인인 피고인 甲은 자신의 독신자 숙소에서 군인 乙과 서로 키스, 구강성교나 항문성교를 하는 방법으로 6회에 걸쳐 추행하고, 군인인 피고인 丙은 자신의 독신자 숙소에서 동일한 방법으로 피고인 甲과 2회에 걸쳐 추행하였다고 하여 군형법 위반으로 기소된 사안에서, 피고인들과 乙은 모두 남성 군인으로 동성에 채팅 애플리케이션을 통해 만났고 같은 부대 소속이 아니었는데, 당시 피고인들의 독신자 숙소에서 휴일 또는 근무시간 이후에 자유로운 의사를 기초로 한 합의에 따라 항문성교나 그 밖의 성행위를 하였고, 그 과정에 폭행·협박, 위계·위력은 없었으며 의사에 반하는 행위인지 여부가 문제 된 사정도 전혀 없는 점, 피고인들의 행위가 군이라는 공동체 내의 공적, 업무적 영역 또는 이에 준하는 상황에서 이루어져 군이라는 공동체의 건전한 생활과 군기를 직접적이고 구체적으로 침해한 경우에 해당한다는 사정은 증명되지 않은 점에 비추어, 피고인들의 행위는 군형법 제92조의6에서 처벌대상으로 규정한 ‘항문성교나 그 밖의 추행’에 해당하지 않는다.(대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결)

노량진 1544-0336	인천 1544-1661	대구 1522-6112	부산 1522-8112	광주 1566-3864
제주(064) 722-8140	전북(063) 270-4144	경기(기숙형) 1599-9361	온라인 1544-5006	police.willbes.net

22년 2차대비 형법 최신판례특강

2022. 08. 13 [토]

담당 : 신 광 은 교수

<http://www.hunzzang.com>

< 명예훼손죄 >

33. 아파트 관리소장인 피고인이 피해자가 관리소장으로 근무하는 오피스텔의 입주자대표회의 회장에게 ‘피해자가 관리소장의 업무를 소홀히 한다’는 취지로 발언한 것은 명예훼손에 해당하지 않음

아파트 관리소장인 피고인이 피해자가 개인적인 이익을 위해 아파트 관리업무에 관해 과다한 민원을 제기하여 아파트 관리업무를 방해한다고 생각하던 차에 피해자의 민원으로 과태료까지 부과 받게 되자, 피해자가 관리소장으로 근무하는 오피스텔의 입주자대표회의 회장에게 ‘피해자가 관리소장의 업무를 소홀히 한다’는 취지로 발언한 것과 관련, 대법원은 피고인과 피해자 및 상대방의 관계, 표현 정도와 방법, 발언에 이르게 된 경위, 발언의 의미와 전체적인 맥락, 발언 이후의 정황 등에 비추어, 피고인의 발언이 사회통념상 피해자의 명예를 훼손할 정도에 이르렀다고 보기 어렵고, 명예훼손의 고의도 인정되지 않는다는 이유로, 유죄로 판단한 원심을 파기환송하였음(대법원 2022. 4. 28. 선고 2021도1089 판결)

34. ‘이혼한 피해자가 왜 마을제사(당산제)에 왔는지 모르겠다’는 내용 등의 발언은 마을제사(당산제) 참여에 관한 의견표현에 지나지 않으므로 명예훼손죄에서 구체적인 사실의 적시에 해당하지 않음

동장인 피고인이 동 주민자치위원회에 전화를 걸어 ‘어제 열린 당산제(마을제사) 행사에 남편과 이혼한 甲도 참석을 하여, 이에 대해 행사에 참여한 사람들 사이에 안 좋게 평가하는 말이 많았다.’는 취지로 말하고, 동 주민들과 함께한 저녁식사 모임에서 ‘甲은 이혼했다는 사람이 왜 당산제에 왔는지 모르겠다.’는 취지로 말하여 甲의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인이 위 발언을 통해 甲에 관하여 적시하고 있는 사실은 ‘甲이 이혼하였다.’는 사실과 ‘甲이 당산제에 참여하였다.’는 것으로, 이혼에 대한 부정적인 인식과 평가가 점차 사라지고 있음을 감안하면 피고인이 甲의 이혼 경위나 사유, 혼인관계 파탄의 책임 유무를 언급하지 않고 이혼 사실 자체만을 언급한 것은 甲의 사회적 가치나 평가를 떨어뜨린다고 볼 수 없고, 또한 ‘甲이 당산제에 참여하였다.’는 것도 그 자체로는 가치중립적인 사실로서 甲의 사회적 가치나 평가를 침해한다고 보기 어려운 점, 피고인은 주민 사이에 ‘이혼한 사람이 당산제에 참여하면 부정을 탄다.’는 인식이 있음을 전제로 하여 발언을 한 것으로서, 발언 배경과 내용 등에 비추어 이는 甲에 관한 과거의 구체적인 사실을 진술하기 위한 것이 아니라 당산제 참석과 관련하여 甲이 이혼한 사람이기 때문에 ‘부정적 영향’을 미칠 수 있음을 언급한 것으로서 甲의 당산제 참석에 대한 부정적인 가치판단이나 평가를 표현하고 있을 뿐이라고 보아야 하는 점을 종합하면, 피고인의 위 발언은 甲의 사회적 가치나 평가를 침해하는 구체적인 사실의 적시에 해당하지 않고 甲의 당산제 참여에 관한 의견표현에 지나지 않는다는 이유로, 이와 달리 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에 명예훼손죄에서 사실의 적시와 의견표현의 구별에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.(대법원 2022. 5. 13. 선고 2020도15642 판결)

35. 작업장의 책임자인 피고인이 직원 5명이 있는 회의 자리에서 상급자로부터 경과보고를 요구받으면서 발언한 경우, 형법 제307조 제2항의 허위사실 적시 명예훼손죄가 성립하지 않음

작업장의 책임자인 피고인이 甲으로부터 작업장에서 발생한 성추행 사건에 대해 보고받은 사실이 있음에도, 직원 5명이 있는 회의 자리에서 상급자로부터 경과보고를 요구받으면서 과태료 처분에 관한 책임을 추궁받자 이에 대답하는 과정에서 ‘甲은 성추행 사건에 대해 애초에 보고한 사실이 없다. 그런데도 이를 수사기관 등에 신고하지 않았다고 과태료 처분을 받는 것은 억울하다.’는 취지로 발언함으로써 허위사실을 적시하여 甲의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위와 같이 회의 자리에서 상급자로부터 책임을 추궁당하며 질문을 받게 되자 이에 대답하는 과정에서 타인의 명예를 훼손하는 듯한 사실을 발설하게 된 것이라면 그 발설 내용과 경위·동기 및 상황 등에 비추어 명예훼손의 고의를 인정하기 어렵고, 또한 질문에 대하여 단순한 확인 취지의 답변을 소극적으로 한 것에 불과하다면 이를 명예훼손에서 말하는 사실의 적시라고 단정할 수도 없다는 이유로, 이와 달리 보아 피고인에게 유죄를 인정한 원심판결에 명예훼손죄의 고의와 사실의 적시에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.(대법원 2022. 4. 21. 선고 2021도 17744 판결)

36. 모욕죄의 구성요건인 공연성에 전파가능성 법리가 적용됨

공연성의 존부는 발언자와 상대방 또는 피해자 사이의 관계나 지위, 발언의 경위와 상황, 발언 내용, 상대방에게 발언을 전달한 방법과 장소 등 행위 당시의 객관적 제반 사정에 관하여 심리한 다음, 그로부터 발언을 들은 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 여부를 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다. 발언 상대방이 발언자나 피해자의 배우자, 친척, 친구 등 사적으로 친밀한 관계에 있어 그러한 관계로 인하여 비밀의 보장이 상당히 높은 정도로 기대되는 경우에는 공연성이 부정된다.(대법원 2022. 6. 16. 선고 2021도15122 판결)

※ 피고인들이 자신들의 주거지인 아파트에서 위층에 사는 피해자가 손님들을 데리고 와 시끄럽게 한다는 이유로 그 음향이 거실에 울려 퍼지는 인터폰으로 피해자에게 전화하여 손님과 그 자녀들이 듣고 있는 가운데 욕설을 하여 피해자를 모욕한 사안에서, 위와 같은 법리에 따라 전파가능성 이론에 따른 공연성 인정 여부 등을 판단해야 하는데, 원심이 위와 같은 법리에 따른 심리를 하지 않은 채 모욕죄의 공연성 및 미필적 고의가 없다는 이유로 무죄 판단을 한 것은 잘못이라고 보아 원심을 파기환송한 사례

37. 정보통신망을 이용한 허위사실 적시 명예훼손죄에서 허위 사실, 비방의 목적이 문제된 사건

피고인이 페이스북에 과거 자신이 근무했던 소규모 스타트업 회사의 대표가 회식 자리에서 직원들에게 술을 강권하였다는 취지의 글을 게시한 경우, 개인적 환경이나 근로 환경에 따라 회식 자리에서의 음주와 관련한 근로자 개인이 느끼는 압박감의 정도가 다를 수 있는 점 등을 고려하여 피고인이 게시한 글이 허위사실이 아니고, 비방할 목적도 아니라고 본 사례.(대법원 2022. 4. 28. 선고 2020도15738 판결)

38. 고등학교 동창 관계인 피해자가 피고인에 대한 사기 범행으로 구속되었던 사실을 피고인이 다른 동창들에게 드러낸 행위와 관련하여 '비방할 목적'이 인정되는지 다투어진 사건

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제70조 제1항은 “사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 정한다. 이 규정에 따른 범죄가 성립하려면 피고인이 공공연하게 드러낸 사실이 다른 사람의 사회적 평가를 떨어트릴 만한 것임을 인식해야 할 뿐만 아니라 사람을 비방할 목적이 있어야 한다. 비방할 목적이 있는지는 피고인이 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트릴 만한 것인지와 별개의 구성요건으로서, 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트리는 것이라고 해서 비방할 목적이 당연히 인정되는 것은 아니다. 그리고 이 규정에서 정한 모든 구성요건에 대한 증명책임은 검사에게 있다.(대법원 2022. 7. 28. 선고 2022도4171 판결)

☞ 피고인이 고등학교 동창인 피해자로부터 사기 범행을 당했던 사실에 관하여 같은 학교 동창들이 참여한 단체 채팅방에서 ‘피해자가 내 돈을 갚지 못해 사기죄로 감방에서 몇 개월 살다가 나왔다. 집에서 포기한 애다. 너희들도 조심해라.’라는 글을 올린 행위로 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)으로 기소된 사안에서, 피고인이 드러낸 사실의 내용, 작성 경위와 동기 등 여러 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 이 사건 글을 작성한 주요한 동기와 목적이 공공의 이익을 위한 것으로 볼 여지가 있어 피고인에게 비방할 목적이 증명되었다고 보기 어렵다.

39. 균형법상 상관모욕죄의 보호법익 및 상관에 대한 모욕적 표현이 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있는지 판단하는 방법

[1] 공연히 타인을 모욕한 경우에 이를 처벌하는 것은 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가 즉 외부적 명예를 보호하기 위함이다. 반면에 모욕죄의 형사처벌은 표현의 자유를 제한하고 있으므로, 어떠한 글이 모욕적 표현을 포함하는 판단이나 의견을 담고 있을 경우에도 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 살펴보면 그 표현이 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있는 때에는 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 보아야 하고, 이로써 표현의 자유로 획득되는 이익 및 가치와 명예 보호에 의하여 달성되는 이익 및 가치를 적절히 조화할 수 있다. 균형법상 상관모욕죄를 적용할 때에도 충돌하는 기본권이 적절히 조화되고 상관모욕죄에 의한 처벌이 필요최소한의 범위 내에서 표현의 자유를 제한하도록 하여야 한다. 다만 균형법상 상관모욕죄는 상관에 대한 사회적 평가의 보호에 더하여 군 조직의 질서 및 통수체계 유지를 보호법익으로 하므로, 해당 표현이 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있는지 여부는 피해자 및 피고인의 지위와 역할, 해당 표현으로 인한 군의 조직질서와 정당한 지휘체계의 침해 여부와 그 정도 등을 함께 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다.

[2] 부사관 교육생이던 피고인이 동기들과 함께 사용하는 단체채팅방에서 지도관이던 피해자가 목욕탕 청소 담당 교육생들에게 과실 지적을 많이 한다는 이유로 “도라이 ㅋㅋㅋ 습기가 그렇게 많은데”라는 글을 게시하여 공연히 상관인 피해자를 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, ‘도라이’는 상관인 피해자를 경멸적으로 비난한 것으로 모욕적인 언사라고 볼 수 있으나, 위 표현은 피고인의 입장에서 불만을 토로하는 과정에서 즉흥적이고 우발적으로 이루어진 것으로 보이는 점, 위 단체채팅방은 동기생들만 참여대상으로 하는 비공개채팅방으로 교육생 신분에서 가질 수 있는 불평불만을 토로하는 공간으로서의 역할을 하고 있었고, 교육생 상당수가 별다른 거리낌 없이 욕설을 포함한 비속어를 사용하고 대화하고 있었던 점, 당시 목욕탕 청소를 담당했던 다른 교육생들도 위 단체채팅방에서 피고인과 비슷한 불만을 토로하고 있었는데, 피고인의 위 표현은 단 1회에 그쳤고, 그 부분이 전체 대화내용에서 차지하는 비중도 크지 않은 점, 위 표현은 근래 비공개적인 상황에서는 일상생활에서 드물지 않게 사용되고 그 표현이 내포하는 모욕의 정도도 경미한 수준인 점 등에 비추어 볼 때, 피고인의 위 표현은 동기 교육생들끼리 고충을 토로하고 의견을 교환하는 사이버공간에서 상관인 피해자에 대하여 일부 부적절한 표현을 사용하게 된 것에 불과하고 이로 인하여 군의 조직질서와 정당한 지휘체계가 문란하게 되었다고 보이지 않으므로, 이러한 행위는 사회상규에 위배되지 않는다고 보는 것이 타당하므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다.(대법원 2021. 8. 19. 선고 2020도14576 판결)

< 업무방해죄 >

40. 지방공기업 사장이 채용공고상 자격요건을 무단으로 변경하여 특정인을 채용한 행위가 위계 또는 위력에 의한 업무방해죄에 해당하지 않음

지방공기업 사장인 피고인이 내부 인사규정 변경을 위한 적법한 절차를 거치지 않은 채 채용공고상 자격요건을 무단으로 변경하여 공동피고인을 2급 경력직의 사업처장으로 채용한 행위에 대하여 위계 또는 위력에 의한 업무방해죄로 기소된 사안에서, 채용공고가 인사규정에 부합하는지 여부는 서류 심사위원과 면접위원의 업무와 무관하고, 피고인들이 서류심사위원과 면접위원에게 오인, 착각 또는 부지를 일으키게 하여 이를 이용하였다고 볼 수 없으며, 공기업 대표이사인 피고인은 직원 채용 여부에 관한 결정에 있어 인사담당자의 의사결정에 관여할 수 있는 권한을 갖고 있어 관련 업무지시를 위력 행사로 볼 수 없고, 피고인들이 서류심사위원과 면접위원, 인사담당자의 업무의 공정성, 적정성을 해하였거나, 이를 해한다는 인식이 있었다고 단정하기 어렵다고 보아 주위적 및 제1, 2 예비적 공소사실을 전부 무죄로 판단한 원심을 수긍한 사례(대법원 2022. 6. 9. 선고 2020도16182 판결)

41. 피고인들이 다른 집회참가자들과 공모하여 정당 규탄 기자회견에 참여하면서 행한 행위들이 같은 장소에서 전당대회를 개최하는 정당의 관련 업무를 위력으로 방해하였다고 볼 수 있는지가 문제된 사건

정치적인 의사표현을 위한 집회나 행위가 헌법 제21조에 따라 보장되는 정치적 표현의 자유나 헌법 제10조에 내재된 일반적 행동의 자유의 관점 등에서 보호받을 가능성이 있다라도 전체 법질서상 용인될 수 없을 정도로 사회적 상당성을 갖추지 못한 때에는 그 행위 자체가 위법한 세력의 행사로서 형법 제314조 제1항의 업무방해죄에서 말하는 위력의 개념에 포섭될 수 있다.(대법원 2022. 6. 16. 선고 2021도16591 판결)

정당의 전당대회가 개최되는 전시회장 앞 광장에서 피고인들이 50명의 집회참가자들과 공모하여 정당 규탄 기자회견을 추진하면서 행한 정치적 의사표현의 집단적인 행위들에 대하여 업무방해죄로 기소된 사안에서, 피고인들의 행위가 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 '위력'에 해당하고 업무방해의 고의도 인정되며, 피고인들의 과격한 행위로 물리적 충돌이 발생하고 전당대회 개최가 지연되는 등 전당대회 진행, 당대표·최고위원 선출 등 정당의 업무가 방해되는 결과가 발생하였다는 이유로 위력에 의한 업무방해죄가 성립한다고 본 원심을 수긍한 사안

< 비밀침해죄 >

42. 피해자의 컴퓨터에 해킹프로그램을 몰래 설치해 별도의 보안장치가 없는 인터넷 계정의 아이디, 비밀번호를 알아낸 행위는 형법 제316조 제2항 소정의 전자기록등내용탐지죄에 해당하지 않음

개정 형법이 전자기록 등 특수매체기록을 위 각 범죄의 행위 객체로 신설·추가한 입법취지, 전자기록등내용탐지죄의 보호법익과 그 침해행위의 태양 및 가벌성 등에 비추어 볼 때, 피해자의 아이디, 비밀번호는 전자방식에 의하여 피해자의 노트북 컴퓨터에 저장된 기록으로서 형법 제316조 제2항의 '전자기록 등 특수매체기록'에 해당한다. 한편, 형법 제316조 제2항 소정의 전자기록등내용탐지죄는 봉합 기타 비밀장치한 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자를 처벌하는 규정인바, 전자기록 등 특수매체기록에 해당하더라도 봉합 기타 비밀장치가 되어 있지 아니한 것은 이를 기술적 수단을 동원해서 알아냈더라도 전자기록등내용탐지죄가 성립하지 않는다.(대법원 2022. 3. 31. 선고 2021도8900 판결)

※ 피고인이 피해자가 사용하는 노트북 컴퓨터에 해킹프로그램을 몰래 설치한 후 이를 작동시켜 피해자의 네이트온, 카카오톡, 구글 계정의 각 아이디 및 비밀번호를 알아낸 경우, 아이디 등이 전자기록 등 특수매체기록에는 해당한다고 보면서도, 이에 대하여 별도의 비밀장치가 된 것으로 볼 수 없는 이상, 이 사건 아이디 등을 위 프로그램을 이용하여 알아냈더라도 전자기록등내용탐지죄가 성립하지 않는다고 보아 결과적으로 검사의 상고를 기각함

< 주거침입죄 >

43. 언론사 기자가 회사에 대한 비판적인 기사를 쓰자, 기자에게 향응을 제공하고 부적절한 요구를 하는 내용과 장면을 녹음·녹화하기 위한 장치를 설치하거나 장치의 작동 여부 확인 및 이를 제거할 목적으로 음식점의 방실에 들어간 경우, 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않음

피고인들이 공모하여, 갑, 을이 운영하는 각 음식점에서 인터넷 언론사 기자 병을 만나 식사를 대접하면서 병이 부적절한 요구를 하는 장면 등을 확보할 목적으로 녹음·녹화장치를 설치하거나 장치의 작동 여부 확인 및 이를 제거하기 위하여 각 음식점의 방실에 들어감으로써 갑, 을의 주거에 침입하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인들은 병을 만나 식사하기에 앞서 병과의 대화 내용과 장면을 녹음·녹화하기 위한 장치를 설치하기 위해 각 음식점 영업주로부터 승낙을 받아 각 음식점의 방실에 미리 들어간 다음 녹음·녹화장치를 설치하고 그 작동 여부를 확인하거나 병과의 식사를 마친 후 이를 제거하였는데, 피고인들이 각 음식점 영업주로부터 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 각 음식점의 방실에 들어간 이상 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 음식점의 방실에 들어갔다고 볼 수 없어 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 아니하고, 설령 다른 손님인 병과의 대화 내용과 장면을 녹음·녹화하기 위한 장치를 설치하거나 장치의 작동 여부 확인 및 이를 제거할 목적으로 각 음식점의 방실에 들어간 것이어서 음식점 영업주가 이러한 사정을 알았다면 피고인들의 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도, 그러한 사정만으로는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 각 음식점의 방실에 출입하였다고 평가할 수 없어 피고인들에게 주거침입죄가 성립하지 않는다고 한 사례.(대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결)

44. 시사프로그램의 프로듀서와 촬영감독이 구치소장의 허가 없이 구치소에 수용 중인 사람을 취재하기 위하여 접견허가를 받은 다음 명함지갑 형태의 녹음·녹화장비를 소지한 채 접견담당 교도관의 승낙을 받아 접견실에 들어가 수용자를 취재하였다더라도 건조물침입죄가 성립하지 않음

관리자에 의해 출입이 통제되는 건조물에 관리자의 승낙을 받아 건조물에 통상적인 출입방법으로 들어갔다면, 이러한 승낙의 의사표시에 기망이나 착오 등의 하자가 있더라도 특별한 사정이 없는 한 형법 제319조 제1항에서 정한 건조물침입죄가 성립하지 않는다. 이러한 경우 관리자의 현실적인 승낙이 있었으므로 가정적·추정적 의사는 고려할 필요가 없다. 단순히 승낙의 동기에 착오가 있다고 해서 승낙의 유효성에 영향을 미치지 않으므로, 관리자가 행위자의 실제 출입 목적을 알았다면 출입을 승낙하지 않았을 사정이 있더라도 건조물침입죄가 성립한다고 볼 수 없다. 나아가 관리자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 건조물에 들어간 경우에는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 모습으로 건조물에 들어간 것이라고 평가할 수도 없다. (대법원 2022. 3. 31. 선고 2018도15213 판결)

☞ 피고인들이 접견신청인으로서 서울구치소의 관리자인 서울구치소장으로부터 구치소에 대한 출입관리를 위탁받은 교도관의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 서울구치소 내 민원실과 접견실에 들어갔으므로, 관리자의 의사에 반하여 사실상의 평온상태를 해치는 모습으로 서울구치소에 들어갔다고 볼 수 없고, 피고인들이 서울구치소에 수용 중인 사람을 취재하고자 서울구치소장의 허가 없이 접견내용을 촬영·녹음할 목적으로 명함지갑 모양으로 제작된 녹음·녹화장비를 몰래 소지하고 서울구치소에 들어간다는 사정을 서울구치소장이나 교도관이 알았다면 피고인들이 이를 소지한 채 서울구치소에 출입하는 것을 승낙하지 않았을 것으로 보이나, 이러한 사정은 승낙의 동기가 착오가 있는 것에 지나지 않아 피고인들이 서울구치소장이나 교도관의 의사에 반하여 구치소에 출입하거나 사실상의 평온상태를 해치는 모습으로 서울구치소에 침입한 것으로 평가할 수 없다.

45. 조합원들 다수가 시청 1층 로비에 들어간 행위는 '침입행위'에 해당하지 않음

일반적으로 출입이 허용되어 개방된 시청사 로비에 관리자의 출입 제한이나 제지가 없는 상태에서 통상적인 방법으로 들어간 이상 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 시청 1층 로비에 들어갔다고 볼 수 없으므로 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. (대법원 2022. 6. 16. 선고 2021도7087 판결)

☞ 피고인들이 공동하여 시청에 이르러 150여 명의 조합원들과 함께 시청 1층 로비로 들어가 바닥에 앉아 구호를 외치며 소란을 피움으로써 시청 건물 관리자의 의사에 반하여 건조물에 침입하였다고 기소된 사안에서, 당시 피고인들 등 조합원들은 시청 1층 중앙현관을 통해 1층 로비에 들어가면서 공무원 등으로부터 아무런 제지를 받지 않았고, 다수의 힘 또는 위세를 이용하여 들어간 정황이 없었다는 이유 등을 들어, 관리자의 의사를 주된 근거로 유죄를 인정한 원심판결을 파기환송한 사례

< 사기죄 >

46. 국내산 중국산 참조기를 국내에서 굴비로 가공하여 백화점 등을 통해 판매한 경우, 백화점 등을 피해자로 하는 사기범행에 해당한다고 보기 어려움

백화점 등을 피해자로 하는 사기죄의 성부를 판단할 때, 민사적인 법률관계의 측면에서 특약매입거래 당사자 사이의 권리의무 내지 최종 소비자인 제3자에 대한 책임 문제와 별개로, 매입·판매된 상품의 하자에 따르는 기망 및 착오 여부와 그로 인한 금원 편취를 구성요건요소로 하는 재산범죄로서의 사기죄 성립 여부에 있어서는 행위의 실질적 측면에서 기망의 상대방 및 그로 인한 착오와 금전적 피해의 주체가 누구인지가 그 주된 판단의 기준이 된다. 이 부분 구체적인 판단에 있어서는, 매입·판매된 상품의 소유권의 실질적 이전·귀속 여부, 실질적인 발주와 외상매입 처리 또는 세금계산서 발행 여부, 소비자에 대한 관계에서 실질적인 판매의 명의자 내지 상품에 대한 판매·재고관리 수행의 주체, 판매대금 중 대규모유통업자에게 귀속되는 금원의 실질이 판매수익의 일부인지 아니면 매장의 이용 내지 판매의 기회 제공에 따르는 수수료나 임대료인지 여부, 소유권의 이전에 수반되는 하자 등 책임의 귀속을 둘러싼 분쟁에 대비한 정기적 혹은 비정기적인 매장 입고 상품 검품·검수 내지 이에 준하는 조치의 실시 여부 등이 고려되어야 한다. (대법원 2022. 6. 30. 선고 2022도3771 판결)

☞ 피고인과 백화점 등 사이에 체결된 굴비납품계약이 구 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」 제2조 제5호의 '특약매입거래'에 해당하여 국내에서 가공한 굴비의 원재료인 참조기에 중국산이 포함된 경우에 백화점 등을 기망한 사기범행에 해당하고 그 피해액을 수수료를 제외한 굴비 납품대금 전액으로 보아 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조 제1항 제1호를 적용하여 유죄를 선고한 원심에 대하여, 굴비의 원료인 참조기의 원산지에 관한 기망의 상대방이자 그로 인한 착오 및 판매대금 상당 편취의 피해의 주체를 롯데쇼핑 등이라고 볼 수 있는지에 대해서 상당한 의문이 제기되고, 오히려 원산지 허위 표시 아래 입고·판매 등 일련의 행위는 매장에서 구입자인 소비자들에 대한 기망행위라고 보는 것이 실질에 보다 부합하는 것으로 볼 여지가 많음을 근거로 사기죄의 피해자, 기망행위·처분행위·상당인과관계의 존부와 내용, 특약매입거래의 법률관계, 수인의 피해자에 대한 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(사기)죄의 성립 및 그 편취액의 산정에 관한 법리오해를 이유로 파기환송한 사례.

47. 국가기술자격증을 대여받아 산림사업법인 등록을 마친 업체가 이를 숨긴 채 산림사업법인 등록을 자격요건으로 하는 입찰에 참여하여 공사계약을 체결하고, 공사 이행 후 대금을 수령한 경우, 사기죄가 성립하지 않음

도급계약에서 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 계약 당시를 기준으로 피고인에게 일을 완성할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 일을 완성할 것처럼 거짓말을 하여 피해자로부터 일의 대가 등을 편취할 고의가 있었는지 여부에 의하여 판단하여야 한다. 이때 법원으로서서는 도급계약의 내용, 그 체결 경위 및 계약의 이행과정이나 결과 등을 종합하여 판단하여야 한다.

한편 사기죄의 보호법익은 재산권이므로, 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익이 침해되었다는 사정만으로 사기죄가 성립한다고 할 수 없다. 따라서 도급계약 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가자격, 계약절차 등에 관한 규정을 위반한 사정이 있더라도 그러한 사정만으로 도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정해서는 안 되고, 그 위반으로 말미암아 계약 내용대로 이행되더라도 일의 완성이 불가능하였다고 평가할 수 있을 만큼 그 위법이 일의 내용에 본질적인 것인지 여부를 심리·판단하여야 한다.(대법원 2022. 7. 14. 선고 2017도20911 판결)

☞ 대법원은 위 법리를 기초로, 구 국가기술자격법 제26조 제3항의 자격증 대여 금지 위반죄는 국가기술자격제도의 효율적 운영과 산업현장의 수요에 적합한 자격제도 확립이라는 국가적 또는 공공적 법익을 보호하기 위한 것이므로, 이를 위반한 경우 국가기술자격법에 따른 제재를 받는 것은 별론으로 하되, 곧바로 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하였다고 단정할 수 없고, 피고인은 공사 완성의 대가로 발주처로부터 공사대금을 지급받은 것이므로, 설령 피고인이 발주처에 대하여 기술자격증 대여 사실을 숨기는 등의 행위를 하였다고 하더라도 그 행위와 공사대금 지급 사이에 상당인과관계를 인정하기도 어려우며, 대금 산정과 직접 관련이 없는 서류에 일부 허위의 사실을 기재하였다는 사정만으로는 발주처 계약 담당 공무원에 대하여 계약이행능력이나 공사대금 산정에 관하여 기망행위를 하였다고 보기 어렵다는 이유로, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기환송하였음

48. 소송사기가 성립하기 위한 요건

소송사기가 성립하기 위하여는 주장하는 채권이 존재하지 않는다는 것만으로는 부족하고 그 주장의 채권이 존재하지 않는 사실을 잘 알면서도 허위의 주장과 증명으로써 법원을 기망한다는 인식을 하고 있어야만 하고, 단순히 사실을 잘못 인식하였다거나 법률적 평가를 잘못하여 존재하지 않는 권리를 존재한다고 믿는 등의 행위로는 사기죄를 구성하지 않는다.(대법원 2022. 5. 26. 선고 2022도1227 판결)

☞ 甲은 乙에 대한 손해배상채권에 기하여 피고인을 상대로 ‘피고인이 乙로부터 부동산을 매수한 것은 사해행위에 해당한다.’는 이유로 사해행위취소 소송을 제기하여 제1심에서 승소판결을 받고, 피고인은 이에 대해 추완항소를 제기하였는데, 피고인은 선행 사해행위취소소송을 제기한 채권자 丙과의 사이에 성립한 조정 결과에 따른 가액배상금의 변제를 완료하였으므로 이를 사해행위 대상 부동산의 담보가치에서 공제하여야 한다고 주장하며 해당 금융거래내역을 증거로 제출하였으나, 사실은 미리 丙으로부터 송금받은 금원을 거의 그대로 재송금한 거래내역에 불과하여 실제 채무변제가 완료되지는 않았고, 피고인의 항소는 기각된 사안에서, 제반 사정을 종합하면 피고인이 丙과 조정조서상의 가액배상금이 지급된 것으로 하고 위 금원의 별개 채무를 이행하기로 새로운 약정을 한 것이라거나 또는 선행 사해행위취소소송 당사자였던 丙의 채권액이 사해행위 대상 부동산의 담보가치에서 제외되어야 한다는 판단으로 위 가액배상의 변제를 주장하고 해당 금융거래내역을 제출한 것이라고 볼 여지가 크고, 이러한 주장이 법원에서 받아들여지지 않았더라도 그것이 객관적으로 허위임이 명백하다거나 피고인이 허위의 주장과 증명으로써 법원을 기망한다는 인식을 하고 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로, 이와 달리 피고인이 허위 주장 및 증거 제출의 고의로 사기죄의 실행에 착수하였다고 보아 사기미수죄를 인정한 원심판단에 소송사기에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

49. 피해자 기술보증기금 등에 대한 사기범행과 피해자 신한은행에 대한 사기 범행의 죄수관계

피고인이 A와 공모하여 피해자 기술보증기금 등의 담당직원을 기망하여 보증서를 발급받아 피해자 기술보증기금 등에 대한 신용보증금액 상당의 사기범행을 완료한 후 위 보증서 등을 이용하여 피해자 신한은행의 대출 담당직원을 기망하여 대출금을 지급받았다면, 피해자 신한은행에 대한 사기범행이 피해자 기술보증기금 등에 대한 사기범행에 흡수되거나, 그 사기범행의 불가벌적 사후행위에 해당한다고 볼 수 없어, 피해자 신한은행에 대하여 대출금액 상당의 별도의 사기죄가 성립한다.(대법원 2022. 6. 30. 선고 2018도10973 판결)

< 횡령죄 >

50. 채권양도인이 채권양수인에게 채권양도의 대항요건을 갖추어 주지 않은 채 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령하고 이를 임의로 처분한 경우, 횡령죄의 구성요건인 '재물의 타인성' 및 '보관자 지위'를 인정할 수 없으므로 채권양도인이 위 금전을 처분하더라도 횡령죄는 성립하지 않음

채권양도인이 채무자에게 채권양도 통지를 하는 등으로 채권양도의 대항요건을 갖추어 주지 않은 채 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우, 특별한 사정이 없는 한 금전의 소유권은 채권양수인이 아니라 채권양도인에게 귀속하고 채권양도인이 채권양수인을 위하여 양도 채권의 보전에 관한 사무를 처리하는 신임관계가 존재한다고 볼 수 없다. 따라서 채권양도인이 위와 같이 양도한 채권을 추심하여 수령한 금전에 관하여 채권양수인을 위해 보관하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 채권양도인이 위 금전을 임의로 처분하더라도 횡령죄는 성립하지 않는다.(대법원 2022. 6. 23. 선고 2017도3829 전원합의체 판결)

- ※ 채권양도에 의하여 양도된 채권이 동일성을 잃지 않고 채권양도인으로부터 채권양수인에게 이전되더라도, 채권양도인이 양도한 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우 금전의 소유권 귀속은 채권의 이전과는 별개의 문제이다. 채권 자체와 채권의 목적물인 금전은 엄연히 구별되므로, 채권양도에 따라 채권이 이전되었다는 사정만으로 채권의 목적물인 금전의 소유권까지 당연히 채권양수인에게 귀속한다고 볼 수 없다.
- ※ 채권양도인이 채권양도 후에 스스로 양도한 채권을 추심하여 수령한 금전에 대해서는 채권양도인과 채권양수인 사이에 어떠한 위탁관계가 설정된 적이 없다. 채권양수인은 채권양도계약에 따라 채권양도인으로부터 채권을 이전받을 뿐이고, 별도의 약정이나 그 밖의 특별한 사정이 인정되지 않는 한 채권양도인에게 채권의 추심이나 수령을 위임하거나 채권의 목적물인 금전을 위탁한 것이 아니다.
- ※ 금전의 교부행위가 변제의 성질을 가지는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 금전이 상대방에게 교부됨으로써 그 소유권이 상대방에게 이전된다.
- ※ 채권양도인은 채무자에게 채권양도 통지를 하거나 채무자로부터 승낙을 받음으로써 채권양수인이 채무자에 대한 대항요건을 갖추도록 할 계약상 채무를 진다. 이와 같이 채권양도인이 채권양수인으로 하여금 채권에 관한 완전한 권리를 취득하게 해 주지 않은 채 이를 다시 제3자에게 처분하거나 직접 추심하여 채무자로부터 유효한 변제를 수령함으로써 채권 자체를 소멸시키는 행위는 권리이전계약에 따른 자신의 채무를 불이행한 것에 지나지 않는다. .

51. 의료법 제33조 제2항을 위반한 약정(무자격자의 의료기관 개설·운영)에 기해 교부된 돈을 임의로 처분한 경우 횡령죄가 성립하지 않음

피고인이 의료기관을 개설할 자격이 없는 자들끼리 노인요양병원을 설립·운영하기로 한 약정에 따라 교부받은 투자금을 임의로 처분하여 횡령죄로 기소된 사안에서, 대법원은 피고인이 보관하던 투자금은 의료법 제87조, 제33조 제2항에 따라 처벌되는 무자격자의 의료기관 개설·운영이라는 범죄의 실현을 위해 교부되었으므로, 해당 금원에 관하여 피고인과 피해자 사이에 횡령죄로 보호할 만한 신임에 의한 위탁관계는 인정되지 않는다고 보아, 이와 달리 피고인에게 타인의 재물을 보관하는 자의 지위가 인정됨을 전제로 일부 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결을 파기하였음.(대법원 2022. 6. 30. 선고 2017도21286 판결)

52. 회사의 자금관리, 회계처리 등 업무를 사실상 수행하는 사람이 회사 자금을 임의로 처분한 경우 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(횡령)죄가 성립

A 주식회사의 자금 관리를 사실상 담당하던 피고인이 대표이사의 결재나 승인 등 적법한 내부절차를 거치지 않은 채 공범의 지시에 따라 공범이 사실상 지배하는 다른 회사의 법인계좌로 A 주식회사의 자금을 송금하고 지인들의 자금 대여 요청에 응하여 A 주식회사의 자금을 임의로 처분한 행위가 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(횡령)죄를 구성한다.(대법원 2022.4.28. 2022도1271 판결)

< 배임죄 >

53. 역설계 등의 방법으로 입수 가능한 상태에 있는 회사의 정보를 무단으로 반출한 행위는 업무상배임죄가 성립하지 않음

회사 직원이 경쟁업체 또는 스스로의 이익을 위하여 이용할 의사로 무단으로 자료를 반출한 행위가 업무상배임죄에 해당하기 위하여는, 그 자료가 반드시 영업비밀에 해당할 필요까지는 없다고 하겠지만 적어도 그 자료가 불특정 다수인에게 공개되어 있지 않아 보유자를 통하지 아니하고는 이를 통상 입수할 수 없고 그 보유자가 자료의 취득이나 개발을 위해 상당한 시간, 노력 및 비용을 들인 것으로서, 그 자료의 사용을 통해 경쟁상의 이익을 얻을 수 있는 정도의 영업상 주요한 자산에는 해당하여야 한다. 또한 비밀유지조치를 취하지 아니한 채 판매 등으로 공시된 제품의 경우, 역설계(reverse engineering)를 통한 정보의 획득이 가능하다는 사정만으로 그 정보가 불특정 다수인에게 공개된 것으로 단정할 수 없으나, 상당한 시간과 노력 및 비용을 들이지 않고도 통상적인 역설계 등의 방법으로 쉽게 입수 가능한 상태에 있는 정보라면 보유자를 통하지 아니하고서는 통상 입수할 수 없는 정보에 해당한다고 보기 어려우므로 영업상 주요한 자산에 해당하지 않는다.(대법원 2022. 6. 30. 선고 2018도4794 판결)

☞ 위와 같은 법리를 기초로 하여 피고인이 재직 중 반출하였던 드림레이 제품에 대한 정보는 관련 특허공보와 시중에 판매되었던 드림레이 제품으로부터 쉽게 입수 가능한 상태에 있는 정보 및 그 정보를 이용하여 쉽게 작성할 수 있는 내용 등에 불과하므로 영업상 주요한 자산에 해당하지 않는다고 보아 이와 달리 업무상배임죄의 성립을 인정한 원심을 파기한 사례임

노량진 1544-0336	인천 1544-1661	대구 1522-6112	부산 1522-8112	광주 1566-3864
제주(064) 722-8140	전북(063) 270-4144	경기(기숙형) 1599-9361	온라인 1544-5006	police.willbes.net

22년 2차대비 형법 최신판례특강

2022. 08. 13 [토]

담당 : 신 광 은 교수

홈페이지 <http://www.hunzzang.com>

54. 이른바 자금돌리기 방식으로 신주인수권부사채를 발행·인수한 후 신주인수권을 행사한 행위 등에 대한 업무상배임죄 성립

- [1] 신주인수권부사채는 미리 확정된 가액으로 일정한 수의 신주 인수를 청구할 수 있는 신주인수권이 부여된 사채로서, 원칙적으로 신주인수권이 행사되어 신주가 발행되더라도 사채는 그대로 존속한다. 신주인수권부사채의 발행업무를 담당하는 사람과 신주인수권부사채 인수인이 사전 공모하여 제3자로부터 차용한 돈으로 인수대금을 납입하고 신주인수권부사채 발행절차를 마친 직후 곧바로 이를 인출하여 직·간접적으로 위 차용금 채무의 변제에 사용하는 등 실질적으로 신주인수권부사채 인수대금이 납입되지 않았음에도 신주인수권부사채를 발행한 경우, 특별한 사정이 없는 한 신주인수권부사채의 발행업무를 담당하는 사람은 회사에 대하여 신주인수권부사채 인수대금이 모두 납입되어 실질적으로 회사에 귀속되도록 조치할 업무상의 임무를 위반하였다고 보아야 한다.
- [2] 신주인수권부사채 인수인은 인수대금을 납입하지 않고서도 신주인수권부사채를 취득하여 인수대금 상당의 이득을 얻게 되고, 회사는 사채상환의무를 부담하면서도 그에 상응하여 취득하여야 할 인수대금 상당의 돈을 취득하지 못하여 같은 금액 상당의 손해를 입게 된다. 신주인수권부사채 인수대금이 실질적으로는 납입되지 않았음에도 신주인수권부사채가 발행됨으로써 회사가 사채상환의무를 부담하게 된 이상, 설령 당시 인수인 등이 장차 사채상환기일에 사채상환금이 실질적으로 지급되지 않도록 할 계획을 갖고 있더라도 업무상배임죄에서의 고의나 불법영득의사가 부정될 수는 없고, 또 이후 실제로 그 계획이 실행되어 회사가 실질적으로 사채상환의무를 부담하지 않게 되었다고 하더라도 이러한 사정은 범죄 후의 정황에 불과하며, 업무상배임죄로 인한 손해액은 그대로 인수대금 상당액으로 보아야 한다.(대법원 2022. 6. 30. 선고 2022도3784 판결)
- ☞ 자기자금 납입 없이 이른바 자금돌리기 방식으로 신주인수권부사채를 발행·인수한 후 신주인수권을 행사한 행위 등에 대해서 부정한 수단 등의 사용에 의한 자본시장법위반죄 및 특정경제범죄법위반(배임)죄 등의 성립, '위반행위로 얻은 이익' 및 '손해액' 등이 문제된 사건에서, 대법원은 자금돌리기 방식은 가장납입으로서 부정한 수단 등 사용에 의한 자본시장법위반죄에 해당할 뿐만 아니라 특정경제범죄법위반(배임)죄에서의 임무 위반행위에 해당하고, 그 경우 손해액은 미취득 사채 인수대금으로서 인수대금 상당액이라고 판단한 후 업무상배임죄의 손해액을 미취득 인수대금의 운용이익 차액으로 본 원심판단을 파기함

55. 지입계약관계에서 지입회사 운영자가 지입차량에 임의로 저당권을 설정한 경우 배임죄 성립

- 자동차 등의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하여, 자동차 매도인이 매수인에게 소유권이전등록을 하지 아니하고 타에 처분하였다고 하더라도 마찬가지로 배임죄가 성립하지 아니한다. 이른바 지입제는 자동차운송사업면허 등을 가진 운송사업자와 실질적으로 자동차를 소유하고 있는 차주간의 계약으로 외부적으로는 자동차를 운송사업자 명의로 등록하여 운송사업자에게 귀속시키고 내부적으로는 각 차주들이 독립된 관리 및 계산으로 영업을 하며 운송사업자에 대하여는 지입료를 지불하는 운송사업형태를 말한다. 따라서 지입차주가 자신이 실질적으로 소유하거나 처분권한을 가지는 자동차에 관하여 지입회사와 지입계약을 체결함으로써 지입회사에 자동차의 소유권등록 명의를 신탁하고 운송사업용 자동차로서 등록 및 그 유지 관련 사무의 대행을 위임한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 지입회사 측이 지입차주의 실질적 재산인 지입차량에 관한 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 것으로서 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 그들 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데에 있으므로, 지입회사 운영자는 지입차주와의 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다.(대법원 2021. 6. 30 선고 2015도19696 판결, 2021. 6. 24. 선고 2018도14365 판결)
- ※ 피해자가 피고인 측으로부터 이 사건 화물차를 매수하는 내용의 매매계약과 피해자가 매수한 이 사건 화물차를 피고인 측 지입회사로 지입하는 내용의 지입계약이 결합된 약정이 체결된 경우, 피해자가 이 사건 화물차의 매수대금을 모두 지급하고 피고인이 제공한 지입회사 명의로 신규 등록까지 이루어진 이상 피해자는 자신이 실질적으로 소유하거나 처분권한을 가진 이 사건 화물차에 관하여 피고인 측에게 소유권등록 명의를 신탁하고 운송사업용 자동차로서 등록 및 그 유지 관련 사무의 대행을 위임하였다고 인정할 수 있고, 피해자는 특별한 사정이 없는 한 이 사건 화물차를 전적으로 운행·관리하면서 지입계약 종료시 자신 또는 자신이 지정하는 지입회사 등의 명의로 소유권이전등록절차의 이행을 구할 수 있는 지위에 이르게 되었다.

< 권리행사방해죄 >

56. 수인의 권리의 목적이 된 물건에 대한 권리행사방해죄는 권리자별로 성립한 각 죄의 상상적 경합이 성립하고 각각 친족상도례 판단

- 여러 사람의 권리의 목적이 된 자기의 물건을 취거, 은닉 또는 손괴함으로써 그 여러 사람의 권리행사를 방해하였다면 권리자별로 각각 권리행사방해죄가 성립하고 각 죄는 서로 상상적 경합범의 관계에 있다. 여러 명의 유류분권리자가 각자의 유류분반환청구권을 보전하기 위하여 부동산에 대한 가압류결정을 받아 가압류등기가 마쳐진 경우, 위 부동산은 유류분권리자들 각자의 유류분반환청구권 집행을 보전하기 위한 가압류의 목적이 되고 이는 유류분권리자들이 가압류를 개별적으로 신청하였는지 공동으로 신청하였는지에 따라 다르지 않다. 한편 형법 제328조 제1항은 "직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 제323조의 죄는 그 형을 면제한다."라고 정하고 있는데, 위 조항에 따른 형면제 요건에 해당하는지는 각 죄마다 살펴보아야 한다.(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021도16876 판결)
- ☞ 부부인 피고인들이 공모하여 피고인들 공유의 건물을 철거함으로써 피고인들에 대한 각자의 유류분반환청구권을 보전하기 위하여 위 건물을 공동으로 가압류한 피해자 갑, 을의 권리행사를 방해한 사건에서, 권리자별로 피해자 갑에 대한 권리행사방해죄와 피해자 을에 대한 권리행사방해죄가 각각 성립하는 것을 전제로 하여 피해자 갑과 피고인들이 형법 제328조 제1항의 친족관계인 이상 피고인들에 대한 공소사실 중 피해자 갑에 대한 권리행사방해 부분에 관하여는 위 조항을 적용해서 형을 면제하여야 한다.

< 수도불통죄 >

57. 입주자대표회의 회장인 피고인이 상가입주자들이 상가 2층 화장실에 연결하여 이용 중인 수도배관을 분리하여 불통하게 한 행위는 수도불통죄에 해당함

구 형법 제195조가 규정한 수도불통죄는 공중의 음용수를 공급하는 수도 기타 시설을 손괴하거나 기타 방법으로 불통하게 함으로써 성립하는 공공위험 범죄로서 공중의 건강 또는 보건을 보호법익으로 한다. 수도불통죄의 대상이 되는 ‘수도 기타 시설’이란 공중의 음용수 공급을 주된 목적으로 설치된 것에 한정되는 것은 아니고, 설령 다른 목적으로 설치된 것이더라도 불특정 또는 다수인에게 현실적으로 음용수를 공급하고 있는 것이면 충분하며 소유관계에 따라 달리 볼 것도 아니다.(대법원 2022. 6. 9. 선고 2022도2817 판결)

☞ 주상복합아파트 입주자대표회의 회장인 피고인이 상가입주자들과의 수도 관리비 인상 협상이 결렬되자 상가입주자들이 상가 2층 화장실에 연결하여 이용 중인 수도배관을 분리하여 불통하게 하고 즉각 단수조치를 취한 사안에서, 원래 화장실 용수 공급용으로 설치되었으나 현실적으로 불특정 또는 다수인이 음용수 공급용으로도 이용 중인 수도배관이라면 수도불통죄의 대상에 해당하고, 정당행위로서 위법성조각사유에 해당한다는 피고인의 주장을 배척하여 수도불통죄를 유죄로 판단한 원심을 수긍한 사례

< 문서에 관한 죄 >

58. 주식을 명의신탁한 피고인이 명의수탁자를 변경하기 위해 제3자에게 주식을 양도한 후 수탁자 명의의 증권거래세 과세표준신고서를 작성하여 관할세무서에 제출한 경우 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄가 성립하지 않음

[1] 신탁자에게 아무런 부담이 지워지지 않은 채 재산이 수탁자에게 명의신탁된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 재산의 처분 기타 권한행사에 관해서 수탁자가 자신의 명의사용을 포괄적으로 신탁자에게 허용하였다고 보아야 하므로, 신탁자가 수탁자 명의로 신탁재산의 처분에 필요한 서류를 작성할 때에 수탁자로부터 개별적인 승낙을 받지 않았더라도 사문서위조·동행사죄가 성립하지 않는다. 이에 비하여 수탁자가 명의신탁 받은 사실을 부인하여 신탁자와 수탁자 사이에 신탁재산의 소유권에 관하여 다툼이 있는 경우 또는 수탁자가 명의신탁 받은 사실 자체를 부인하지 않더라도 신탁자의 신탁재산 처분권한을 다투는 경우에는 신탁재산에 관한 처분 기타 권한행사에 관해서 신탁자에게 부여하였던 수탁자 명의사용에 대한 포괄적 허용을 철회한 것으로 볼 수 있어 명의사용이 허용되지 않는다.

[2] 주식을 명의신탁한 피고인이 명의수탁자를 변경하기 위해 제3자에게 주식을 양도한 후 수탁자 명의의 증권거래세 과세표준신고서를 작성하여 관할세무서에 제출함으로써 과세표준신고서를 위조하고 이를 행사하였다는 공소사실로 기소된 사안에서, 신탁자에게 아무런 부담이 지워지지 않은 채 재산이 수탁자에게 명의신탁된 경우 특별한 사정이 없는 한 수탁자는 신탁자에게 자신의 명의사용을 포괄적으로 허용했다고 보는 것이 타당하므로, 사법행위와 공법행위를 구별하여 신탁재산의 처분 등과 관련한 사법상 행위에 대하여만 명의사용을 승낙하였다고 제한할 수는 없고, 특히 명의 신탁된 주식의 처분 후 수탁자 명의의 과세표준 신고를 하는 것은 법령에 따른 절차로서 신고를 하지 않는다면 오히려 수탁자에게 불이익할 수 있다는 점까지 고려한다면, 명의수탁자가 명의신탁주식의 처분을 허용하였음에도 처분 후 과세표준 등의 신고행위를 위한 명의사용에 대하여는 승낙을 유보하였다고 볼 특별한 사정이 존재하지 않는 한 허용된 범위에 속한다고 보아야 하므로, 수탁자 명의로 과세표준 신고를 하는 행위는 공법행위라는 등의 이유로 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄가 성립한다고 본 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.(대법원 2022. 3. 31. 선고 2021도17197 판결)

59. 대표이사의 자격을 모용하여 계약서를 작성한 것인지가 문제된 사건

자격모용사문서작성죄는 문서위조죄와 마찬가지로 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 보호법익으로 하는 것으로, 행사할 목적으로 타인의 자격을 모용하여 작성된 문서가 일반인으로 하여금 명의인의 권한 내에서 작성된 문서라고 믿게 할 수 있는 정도의 형식과 외관을 갖추고 있으면 성립한다. 주식회사의 대표 자격으로 계약을 하는 경우 피고인 자신을 위한 행위가 아니고 작성명의인인 회사를 위하여 법률행위를 한다는 것을 인식할 수 있을 정도의 표시가 있으면 대표관계의 표시라고 할 수 있다. 자격모용사문서작성죄에서의 ‘행사할 목적’이라 함은 그 문서가 정당한 권한에 기하여 작성된 것처럼 다른 사람으로 하여금 오신하도록 하게 할 목적을 말한다고 할 것이므로 사문서를 작성하는 자가 주식회사의 대표로서의 자격을 모용하여 문서를 작성한다는 것을 인식, 용인하면서 그 문서를 진정한 문서로서 어떤 효용에 쓸 목적으로 사문서를 작성하였다면, 자격모용에 의한 사문서작성죄의 행사의 목적과 고의를 인정할 수 있다. 작성자가 ‘행사할 목적’으로 자격을 모용하여 문서를 작성한 이상 문서행사의 상대방이 자격모용 사실을 알았다거나, 작성자가 그 문서에 모용한 자격과 무관한 직인을 날인하였다는 등의 사정이 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.(대법원 2022. 6. 30. 선고 2021도17712 판결)

☞ 갑회사의 대표이사인 피고인이 갑회사와 을회사의 ‘총괄대표이사’의 자격으로 작성된 도급계약서에 자신의 이름과 갑회사 대표이사의 직인을 날인한 사실로 자격모용사문서작성죄 등으로 기소된 사안에서, 도급계약서의 형식과 외관, 계약서 작성 경위, 종류, 내용 등의 사정을 종합할 때 위 계약서를 수령한 상대방으로서 위 계약서가 을회사의 대표이사 또는 갑회사와 을회사의 총괄대표이사의 자격을 가진 피고인에 의하여 갑회사 및 을회사 명의로 작성된 문서라고 믿게 할 정도의 형식과 외관을 갖추고 있는 것으로 볼 수 있고 설령 상대방이 피고인이 을회사의 대표이사가 아님을 알고 있더라도 자격모용사문서작성죄의 성립에 영향이 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심을 파기한 사안임

60. 공전자기록등불실기재 및 불실기재공전자기록등행사죄, 출입국관리법위반죄와 위계에 의한 공무집행방해죄성립

외국인 여자가 대한민국에 입국하여 취업 등을 하기 위한 방편으로 다른 사람의 인적사항을 빌려 대한민국 국민인 남자와 사이에 혼인신고를 하였다 라도 위와 같은 혼인의 합의가 없다면 구 국적법 제3조 제1호에서 정한 ‘대한민국 국민의 처가 된 자’에 해당하지 않으므로 대한민국 국적을 취득하였다고 할 수 없다. 구 국적법 제3조 제1항에 따라 대한민국 국적을 취득하지 않았는데도 대한민국 국적을 취득한 것처럼 인적 사항을 기재하여 대한민국 여권을 발급받은 다음 이를 출입국심사를 받을 때 담당 공무원에게 제출하였다면 위계로써 출입국심사업무에 관한 정당한 직무를 방해함과 동시에 불실의 사실이 기재된 여권을 행사한 것으로 볼 수 있다.(대법원 2022. 4. 28. 선고 2019도9177 판결, 대법원 2022. 4. 28. 선고 2020도12239 판결)

< 직무유기죄 >

61. 기간제 교원의 무단이탈로 인한 직무유기죄 불성립 사건

무단이탈로 인한 직무유기죄 성립 여부는 결근 사유와 기간, 담당하는 직무의 내용과 적시 수행 필요성, 결근으로 직무 수행이 불가능한지, 결근 기간에 국가기능의 저해에 대한 구체적인 위험이 발생하였는지 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단해야 한다. 특히 근무기간을 정하여 임용된 공무원의 경우에는 근무기간 안에 특정 직무를 마쳐야 하는 특별한 사정이 있는지 등을 고려할 필요가 있다.(대법원 2022. 6. 30. 선고 2021도8361 판결)

기간제 교원인 피고인이 기말고사 답안지를 교부받고도 무단결근하고 임기 종료 시까지 답안지와 채점결과를 학교 측에 인계하지 않은 사안에서, 학사일정상 피고인의 임기 종료일까지 기말고사 성적 처리에 대한 최종 업무를 종료할 것이 예정되어 있지 않았고, 피고인이 임기 종료 직전 2일을 무단결근한 사유에 참작할 사정이 있으며, 그 후로는 출근이나 업무 수행을 할 의무가 없음을 이유로 피고인에 대한 직무유기죄 성립을 인정한 원심판단을 파기한 사례

< 직권남용죄 >

62. 서울중앙지방법원 형사수석부장판사로 재직하던 피고인이 위 법원에서 계속 중인 사건의 담당법관에게 판결이유 수정 등의 조치를 요청한 행위는 직권남용권리행사방해죄에 해당하지 않음

- [1] 서울중앙지방법원 형사수석부장판사로 재직하던 피고인이 위 법원에서 계속 중인 사건의 담당 법관에게 판결이유 수정 등의 조치를 요청한 행위는 부당하거나 부적절한 재판관여행위에 해당한다. 그러나 피고인의 위와 같은 각 재판관여행위는 법관의 재판권에 관한 것인데, 이에 대하여는 사법 행정권자에게 직무감독 등의 사법행정권이 인정되지 않으므로 각 재판관여행위에 관하여 피고인에게 직권남용죄에서 말하는 '일반적 직무권한'이 존재하지 않고, 일반적 직무권한의 범위를 넘는 월권행위에 관하여는 직권남용죄가 성립하지 않는다. 헌법, 법원조직법, 관련 대법원 규칙과 예규를 종합하더라도 피고인에게 재판에 관여할 직무권한을 인정할 수 없다. 결국 각 재판관여행위가 피고인이 서울중앙지방법원 판사로서의 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권을 행사하는 모습으로 이루어진 것은 아니다.
- [2] 직권남용죄에서 권리행사를 방해한다 함은 법령상 행사할 수 있는 권리의 정당한 행사를 방해하는 것을 말하므로, 이에 해당하려면 구체화된 권리의 현실적인 행사가 방해된 경우라야 하고, 여기서 말하는 '권리'는 법률에 명기된 권리에 한하지 않고 법령상 보호되어야 할 이익이면 족한 것으로서, 공법상의 권리인지 사법상의 권리인지를 묻지 않는다. 헌법과 법률에 의한 법관의 독립된 심판권한(헌법 제103조), 재판장의 소송지휘권(형사소송법 제279조) 역시 직권남용죄에서 말하는 '권리'에는 해당하나, 각 담당재판장과 담당판사는 담당재판부의 논의, 합의를 거치거나 혹은 동료판사들의 의견을 구한 다음, 자신의 판단과 책임 아래 권한을 행사하였고, 피고인의 요청 등을 지시가 아닌 권유나 권고 등으로 받아들인 점 등 그 판사와 같은 사정 등에 비추어 보면, 피고인의 재판관여행위가 담당재판장, 담당판사의 권한 행사를 방해하였다고 볼 수 없다.
- [3] 앞서 본 바와 같이 담당재판장, 담당판사의 권리행사를 방해하거나 담당재판장, 담당판사 등으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다는 결과가 발생하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 설령 피고인의 재판관여행위가 담당재판장이나 담당판사의 행위에 하나의 계기가 되었다고 하더라도, 담당 재판장들이나 담당판사는 피고인의 요청을 무조건 따른 것이 아니라 위 나.항에서 본 바와 같은 논의 등을 거쳐 독립하여 재판을 수행하였고, 피고인에게 법관의 재판권에 관하여 지휘·감독할 수 있는 사법행정권이 없음을 잘 알고 있었으며, 피고인의 말을 권유 정도로 이해한 점 등에 비추어 보면, 피고인의 재판관여행위와 결과 사이에 상당인과관계 또한 인정되지 않는다.(대법원 2022. 4. 28. 선고 2021도11012 판결)

< 공무집행방해죄 >

63. 시청 청사 내 주민생활복지과 사무실에 술에 취한 상태로 찾아가 소란을 피우던 피고인을 소속 공무원 甲과 乙이 제지하며 밖으로 데리고 나가려 하자, 피고인이 甲과 乙의 목살을 잡고 수회 혼든 다음 휴대전화를 휘둘러 甲의 뺨을 때린 경우, 피고인의 행위는 시청 소속 공무원들의 주민생활복지에 대한 통합조사 및 민원 업무에 관한 적법한 직무집행을 방해한 행위에 해당하므로 공무집행방해죄를 구성

- [1] 공무집행방해죄는 공무원의 적법한 공무집행이 전제되어야 하고, 공무집행이 적법하기 위해서는 그 행위가 공무원의 추상적 직무 권한에 속할 뿐만 아니라 구체적으로 그 권한 내에 있어야 하며, 직무행위로서 중요한 방식을 갖추어야 한다. 추상적인 권한은 반드시 법령에 명시되어 있을 필요는 없다.
- [2] 시청 청사 내 주민생활복지과 사무실에 술에 취한 상태로 찾아가 소란을 피우던 피고인을 소속 공무원 甲과 乙이 제지하며 밖으로 데리고 나가려 하자, 피고인이 甲과 乙의 목살을 잡고 수회 혼든 다음 휴대전화를 휘둘러 甲의 뺨을 때림으로써 시청 공무원들의 주민생활복지에 대한 통합조사 및 민원 업무에 관한 정당한 직무집행을 방해하였다는 공소사실로 기소된 사안에서, 지방공무원법 제51조, 제75조의2, 민원 처리에 관한 법률 제5조 제2항 등에 비추어 시청 주민생활복지과 소속 공무원이 주민생활복지과 사무실에 방문한 피고인에게 민원 내용을 물어보며 민원 상담을 시도한 행위, 피고인의 욕설과 소란으로 정상적인 민원 상담이 이루어지지 않고 다른 민원 업무 처리에 장애가 발생하는 상황이 지속되자 피고인을 사무실 밖으로 데리고 나간 행위는 민원 안내 업무와 관련된 일련의 직무수행으로 포괄하여 파악함이 타당한 점, 행위 당시의 구체적 상황에 기초를 두고 객관적·합리적으로 판단해 보면, 담당 공무원이 피고인을 사무실 밖으로 데리고 나가는 과정에서 피고인의 팔을 잡는 등 다소의 물리력을 행사 했더라도, 이는 피고인의 불법행위를 사회적 상당성이 있는 방법으로 저지한 것에 불과하므로 위법하다고 볼 수 없는 점, 소란을 피우는 민원인을 제지하거나 사무실 밖으로 데리고 나가는 행위도 민원 담당 공무원의 직무에 수반되는 행위로 파악함이 타당하고 직무권한의 범위를 벗어난 행위라고 볼 것은 아닌 점 등을 종합하면, 피고인의 행위는 시청 소속 공무원들의 적법한 직무집행을 방해한 행위에 해당하므로 공무집행방해죄를 구성하는데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021도13883 판결)

64. 시사프로그램의 프로듀서와 촬영감독이 구치소장의 허가 없이 구치소에 수용 중인 사람을 취재하기 위하여 접견허가를 받은 다음 명함지갑 형태의 녹음·녹화장비를 소지한 채 접견담당 교도관의 승낙을 받아 접견실에 들어가 수용자를 취재하였더라도 위계공무집행방해죄가 성립하지 않음

녹음·녹화 등을 할 수 있는 전자장비가 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 금지물품에 해당하여 반입을 금지할 필요가 있다면 교도관은 교정시설 등의 출입자와 반출·반입 물품을 검사·단속해야 할 일반적인 직무상 권한과 의무가 있다. 수용자가 아닌 사람이 위와 같은 금지물품을 교정 시설 내로 반입하였다면 교도관의 검사·단속을 피하여 단순히 금지규정을 위반하는 행위를 한 것일 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 수는 없다.(대법원 2022. 3. 31. 선고 2018도15213 판결)

65. 피고인이 이른바 ‘집사변호사’를 고용하여 변호인 접견을 가장하여 개인적인 업무와 심부름을 하게 하고 소송 서류 외의 문서를 수수한 행위는 위계공무집행방해죄에 해당하지 않음

- [1] 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견교통권은 신체구속제도 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하므로, 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 구체적인 시간적·장소적 상황에 비추어 현실적으로 보장할 수 있는 한계를 벗어나 피고인 또는 피의자를 접견하려고 하는 것은 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니하여 허용될 수 없다. 다만 접견교통권이 그와 같은 한계를 일탈한 것이어서 허용될 수 없다고 판단함에 있어서는 신체구속을 당한 사람의 헌법상 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되는 일이 없도록 신중을 기하여야 한다
- [2] 피고인의 변호인 접견교통권 행사가 그 한계를 일탈한 규율위반행위에 해당하더라도 그 행위가 위계공무집행방해죄의 ‘위계’에 해당하려면 행위자가 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 그 오인, 착각, 부지를 이용함으로써 상대방이 이에 따라 그릇된 행위나 처분을 하여야만 한다. 만약 그러한 행위가 구체적인 직무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지는 이르지 않은 경우에는 위계에 의한 공무집행방해죄로 처벌할 수 없다.
- [3] 미결수용자의 변호인이 교도관에게 변호인 접견을 신청하는 경우 미결수용자의 형사사건에 관하여 변호인이 구체적으로 어떠한 변호 활동을 하는지, 실제 변호를 할 의사가 있는지 여부 등은 교도관의 심사대상이 되지 않는다. 따라서 이 사건 접견변호사들이 미결수용자의 개인적인 업무나 심부름을 위해 접견신청행위를 하였다는 이유만으로 교도관들에 대한 위계에 해당한다거나 그로 인해 교도관의 직무집행이 구체적이고 현실적으로 방해 되었다고 볼 수 없다.(대법원 2022. 6. 30. 선고 2021도244 판결)
- ☞ 접견변호사들이 미결수용자인 피고인의 개인적인 업무나 심부름을 위해 접견신청행위를 한 후 피고인과 소송서류 이외의 서류를 주고받고 피고인의 개인적인 연락업무 등을 수행한 것이 교도관들에 대한 위계에 해당한다거나 그로 인해 교도관의 직무집행이 구체적이고 현실적으로 방해되었다고 할 수 없으므로, 피고인이 지시한 접견이 접견교통권의 남용에 해당할 수는 있겠지만 위계공무집행방해죄를 구성하지는 않는다.
- ※ < 비교 > 변호사가 접견을 핑계로 수용자를 위하여 휴대전화와 증권거래용 단말기를 구치소 내에 사실상 적발하기 어려운 방법으로 반입하여 이용하게 한 행위는 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당한다.(대법원 2005도1731)

노량진 1544-0336	인천 1544-1661	대구 1522-6112	부산 1522-8112	광주 1566-3864
제주(064) 722-8140	전북(063) 270-4144	경기(기숙형) 1599-9361	온라인 1544-5006	police.willbes.net

22년 2차대비 형법 최신판례특강

2022. 08. 13 [토]

담당 : 신 광 은 교수

홈페이지 <http://www.hunzzang.com>

< 무고죄 >

66. 국민권익위원회 운영 ‘국민신문고’ 홈페이지에 약사법위반 민원을 제기한 것에 무고의 고의가 있었는지 여부가 문제된 사건

무고죄의 범의는 미필적 고의로도 충분하므로 신고자가 진실하다는 확신 없는 사실을 신고하는 경우에도 그 범의를 인정할 수 있고, 신고자가 허위 내용임을 알면서도 신고한 이상 그 목적이 필요한 조사를 해 달라는 데에 있다는 등의 이유로 무고의 범의가 없다고 할 수 없으며, 알고 있는 객관적 사실관계에 의하여 신고사실이 허위라거나 허위일 가능성이 있다는 인식을 하면서도 그 인식을 무시한 채 무조건 자신의 주장이 옳다고 생각하는 경우까지 범의를 부정할 수 없다.(대법원 2022. 6. 30. 선고 2022도3413 판결)

☞ 피고인이 국민권익위원회 운영의 국민신문고 홈페이지에 ‘약사가 무자격자인 종업원으로 하여금 불특정 다수의 환자들에게 의약품을 판매하도록 지시하거나 실제로 자신에게 의약품을 판매하였다’는 등의 내용으로 제기한 민원의 내용이 객관적 사실관계에 반하는 허위사실임이 확인되고, 그러한 민원 제기에는 미필적으로나마 그 내용이 허위이거나 허위일 가능성을 인식한 무고의 고의가 있었다고 보아, 유죄를 인정한 원심판단을 수긍한 사례