

【2023년 1.2월 최근 판례】

【형법총론】

1. [1] 「학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률」(이하 ‘학원법’)상 ‘30일 이상 학습장소로 제공되는 시설인 독서실’이 학원법상 등록 대상인 학원에 해당하는지는 그 기능이나 목적이 ‘지식·기술·예능을 교습하는 시설’에 준할 정도에 이르러야 하는바, 종합적으로 고려하여 엄격하게 해석하여야 한다.

[2] 피고인이 「학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률」(이하 ‘학원법’)에 따른 등록을 하지 않은 채 이 사건 스터디카페를 운영한 경우, 이 사건 스터디카페가 학원법 제2조 제1호가 규정한 ‘30일 이상 학습장소로 제공되는 시설’인 독서실에 해당한다고 보기 어렵다(대법원 2023. 2. 2. 선고 2021도16198 판결). 결국, 스터디카페는 학원법상 등록을 요하는 독서실이 아니므로(독서실은 ‘30일 이상 학습장소로 제공되는 시설’임) 학원법에 따른 등록을 하지 않고 운영하였다 하여도 학원법위반에 해당하지 아니한다.

2. [1] 포괄일죄에 관한 기존 처벌법규에 대하여 그 표현이나 형량과 관련한 개정을 하는 경우가 아니라 애초에 죄가 되지 않던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우에는 신설된 포괄일죄 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여는 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 없고(형법 제1조 제1항), 이는 신설된 처벌법규가 상습범을 처벌하는 구성요건인 경우에도 마찬가지이다.

[2] 청소년성보호법 제11조 제1항에서 아동·청소년성착취물을 제작하는 행위를 처벌하는 규정을 두고 있는데, 청소년성보호법이 2020. 6. 2. 법률 제17338호로 개정되면서 상습으로 아동·청소년성착취물을 제작하는 행위를 처벌하는 조항인 제11조 제7항을 신설하고 그 부칙에서 개정 법률은 공포한 날부터 시행한다고 정하였다.

[3] 이 부분 공소사실 중 위 개정규정이 시행되기 전인 2015. 2. 28.부터 2020. 5. 31.까지 아동·청소년성착취물 제작으로 인한 청소년성보호법 위반 부분에 대하여는 위 개정규정을 적용하여 청소년성보호법 위반(상습성착취물제작·배포등)죄로 처벌할 수 없고, 행위시점에 기초하여 청소년성보호법 위반(성착취물제작·배포등)죄로 처벌할 수 있을 뿐이다(대법원2022. 12. 29. 선고2022도10660판결). 결국, 2분의1까지 가중하는 상습범으로 처벌할 수 없고, 단순 제작등죄로 처벌해야 한다.

3. [1] 담배사업법 제2조 제1호는, “담배”란 연초의 잎을 원료의 전부 또는 일부로 하여 피우거나, 빨거나, 증기로 흡입하거나, 씹거나, 냄새 맡기에 적합한 상태로 제조한 것을 말한다고 규정한다. 담배사업법 제11조에 규정된 ‘담배의 제조’는 일정한 작업으로 담배사업법 제2조의 ‘담배’에 해당하는 것을 만들어 내는 것을 말한다. 한편 ‘담배의 제조’는 담배가공을 위한 일정한 작업의 수행을 전제하므로, 그러한 작업을 수행하지 않은 자의 행위를 무허가 담배제조로 인한 담배사업법 제27조 제1항 제1호, 제11조 위반죄로 의율하는 것은 특별한 사정이 없는 한 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 해석한 것이어서 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지 원칙에 어긋난다.

[2] 피고인이 불특정 다수의 손님들에게 연초 잎, 담배 필터, 담뱃갑을 제공하여 손님으로 하여금 담배제조기계를 조작하게 하거나 자신이 직접 그 기계를 조작하는 방법으로 담배를 제조하고, 손님에게 담배를 판매함으로써 담배제조업 허가 및 담배소매인 지정을 받지 아니하고 담배를 제조·판매하였다는 이유로 담배사업법 위반으로 기소된 경우, 피고인이 자신의 영업점에서 실제 행한 활동은 손님에게 연초 잎 등 담배의 재료를 판매하고 담배제조시설을 제공한 것인데, 이러한 피고인의 활동은 담배의 원료인 연초 잎에 일정한 작업을 가한 것이 아니어서 ‘담배의 제조’로 평가하기는 어려운 점, 피고인의 영업점에서 손님은 피고인으로부터 받은 연초 잎 등 담배의 재료와 담배제조시설을 이용하여 가공작업을 직접 수행하였는데, 당시 영업점에 비치된 담배제조시설의 규모와 자동화 정도 등에 비추어 볼 때 위와 같은 손님의 작업이 명목상의 활동에 불과하다고 보기는 어렵고, 그 작업을 피고인의 활동과 같게 볼 만한 특별한 사정을 찾기도 어려운 점, 담배사업법상 연초 잎의 판매와 개별 소비자에 의한 담배제조가 금지되어 있지 않은 점, 피고인의 영업방식에 따르면, 손님과 피고인 사이에 수수된 돈은 ‘완성된 담배’가 아닌 ‘담배의 재료 또는 제조시설의 제공’에 대한 대가라고 봄이 타당한 점 등을 종합하면, 피고인이 담배를 제조하였다거나 제조된 담배를 소비자에게 판매하였다고 보기 어렵다(대법원2023. 1. 12. 선고2019도16782판결). 결국, 무허가 담배제조로 인한 담배사업법 위반죄로 처벌할 수 없다.

4. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법(2020.5.19.법률제 17264호로개정된 것) 제3조 제1항 중 ‘**형법 제319조 제1항(주거침입)의 죄를 범한 사람이 같은 법 제298조(강제추행), 제299조(준강제추행) 가운데 제298조의 예에 의하는 부분의 죄를 범한 경우에는 무기징역 또는 7년 이상의 징역에 처한다.**’는 부분은 헌법에 위반된다. 심판대상조항은 그 법정형이 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였고, 각 행위의 개별성에 맞추어 그 책임에 알맞은 형을 선고할 수 없을 정도로 과중하므로, **책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배된다**(헌재2023.2.23. 2021헌가 9). 결국, 성폭법상 **주거침입강제추행죄와 주거침입준강제추행죄의 법정형이 무기징역 또는 7년 이상의 징역형이어서** 법정형의 하한이 너무 중하고, 집행유예제도를 활용할 수도 없어 **책임원칙에도 반하고 비례원칙에도 반한다**.

5. [1] **변호사법 제109조 제1호 위반행위 이후** 2020. 2. 4. 법률 제16911호 개정으로 **개인의 파산사건 및 개인회생사건 신청의 대리를 법무사의 업무로 규정한 변호사법 제2조 제6호가 추가된 경우**, 형법 **제1조 제2항**과 형사소송법 제326조 제4호가 **적용되지 않는다**. [2] 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 **다른 법령이 변경된 경우 형법 제1조 제2항**과 형사소송법 제326조 제4호를 **적용하려면**, 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련된 **형사법적 관점의 변화**를 주된 근거로 하는 **법령의 변경에 해당하여야 하므로**, 이와 **관련이 없는 법령(당해 형벌법규인 변호사법 개정이 아닌 다른 법령인 법무사법이 변경됨)의 변경**으로 인하여 해당 형벌법규의 가벌성에 영향을 미치게 되는 경우에는 **형법 제1조 제2항**과 형사소송법 제326조 제4호가 **적용되지 않는다**.

[3] 법무사인 피고인이 개인회생·파산사건 관련 법률 사무를 위임받아 취급하여 변호사법위반으로 기소된 후 개인회생·파산사건 신청대리업무를 법무사의 업무로 추가하는 법무사법 개정이 이루어진 사안에서, **이 사건 법률 개정으로 제6호의 내용이 추가된 변호사법 제2조는** 이 부분 공소사실의 해당 형벌법규인 변호사법 제109조 제1호 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 **별개의 다른 법령에 불과하고**, 법무사의 업무범위에 관한 규정으로서 **기본적으로 형사법과 무관한 행정적 규율에 관한 내용**이므로, 이는 타법에서의 비형사적 규율의 변경이 문제된 형벌법규의 가벌성에 간접적인 영향을 미치는 경우에 해당할 뿐이어서, 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호의 적용 대상인 **형사법적 관점의 변화에 근거한 법령의 변경에 해당한다고 볼 수 없다**는

이유로, **형법 제1조 제2항**과 형사소송법 제326조 제4호가 **적용되지 아니하므로 변호사법위반에 해당한다**(대법원 2023. 2. 23. 선고 2022도6434 판결). 결국, 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령의 변경으로 인한 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호의 적용 여부가 문제된 사건에서, **법무사법이 개정된 경우는 형사법적 관점의 변화에 근거한 법령의 변경에 해당한다고 볼 수 없으므로, 형법 제1조 제2항(신법)이 적용되지 않는다(변호사법위반죄로 처벌되었다)**.

6. [1] 구 근로기준법 제44조 제1항은 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인이 직상 수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인이 하수급인과 **연대하여** 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 지도록 규정하면서, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 상위 수급인도 **연대하여 책임을 지도록** 하고 있다.

[2] 플랜트제조업 등을 영위하는 사업주(상위 수급인, 甲)로부터 시설공사를 하도급받은 사업주(직상 수급인, 乙)와 그 사업주로부터 위 시설공사를 재하도급받은 사업주(하수급인, 丙)가 있는 도급 사업 관계에서 사업주(하수급인) 丙이 시설공사의 생산직원으로 근무하다 퇴직한 근로자들에 대한 임금을 체불하여 그 사업주 丙과 직상 수급인 乙, 상위 수급인 甲이 근로기준법위반으로 기소된 사안에서, **제1심판결 선고 전에 이루어진 상위 수급인 甲에 대한 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시에는 직상 수급인 乙과 그 사용자인 하수급인 丙의 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시도 포함된 것으로 보아 직상 수급인 乙과 하수급인 丙에 대한 근로기준법위반 중 해당 부분의 공소를 각각한 원심판결은 정당하다**

[3] 근로자 A등이 **상위 수급인 갑에 대하여** 처벌을 희망하지 아니하는 **의사를 표시한 때에는 하수급인인 병, 직상 수급인인 을에** 대한 처벌을 희망하지 아니하는 **의사표시도 포함되어 있다**고 봄이 타당하다고 한 다음, 피고인들의 근로기준법 위반 부분은 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 사건에 대하여 제1심판결 선고 전에 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있는 때에 해당하므로 **피고인들을(갑, 을, 병 모두) 형사소송법 제327조 제6호에 따라 공소를 기각하여야 한다**(대법원2022. 12. 29. 선고 2018도 2720판결). 근로기준법상 체불임금죄는 근로자의 명시한 의사에 반하여 처벌할 수 없는 반의사불벌죄이기 때문에, 근로자들이 갑에 대하여 처벌불원의 의사를 표시하였으나 **연대책임이 있는 병과 을도 처벌할 수 없다(공소기각판결을 선고하여야 한다)**.

7. [1] 피고인이 특정인을 중소기업중앙회장으로 당선 되도록 할 목적으로 선거인에게 재산상 이익을 제공 하면서 그 비용을 자신이 이사장으로 있었던 협동조합의 법인카드로 결제한 사안에서, 선거인에 대한 재산상 이익 제공으로 인한 중소기업협동조합법 위반죄와 협동조합에 재산상 손해를 가한 것으로 인한 업무상배임죄는 실체적 경합 관계에 있다.

[2] 피고인이 ‘중소기업중앙회장 선거에서 회장으로 입후보한 甲을 당선시킬 목적으로 선거인들에게 식사 등을 제공하면서 그 비용을 자신이 이사장으로 있었던 A협동조합 등의 법인카드로 결제하여, 그 임무에 위배하여 피해자인 A협동조합 등에게 재산상 손해를 가한 경우, 중소기업협동조합법 위반 부분과 업무상배임 부분은 각 범죄의 구성요건 및 행위의 태양과 보호법익을 달리하고 있어 실체적 경합 관계에 있다(대법원 2023. 2. 23. 선고 2020도12431 판결).

【형법각론】

1. [1] 의료사고에서 의사의 과실 유무를 판단할 때에는 같은 업무·직무에 종사하는 일반적 평균인의 주의 정도를 표준으로 하여 사고 당시의 일반적 의학의 수준과 의료 환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다. 의사에게 의료행위로 인한 업무상과실치사상죄를 인정하기 위해서는, 의료행위 과정에서 업무상과실의 존재는 물론 그러한 업무상과실로 인하여 환자에게 상해·사망 등 결과가 발생한 점에 대하여도 엄격한 증거에 따라 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명이 이루어져야 한다. 설령 의료행위와 환자에게 발생한 상해·사망 등 결과 사이에 인과관계가 인정되는 경우에도, 검사가 공소사실에 기재한 바와 같은 업무상과실로 평가할 수 있는 행위의 존재 또는 그 업무상과실의 내용을 구체적으로 증명하지 못하였다면, 의료행위로 인하여 환자에게 상해·사망 등 결과가 발생하였다는 사정만으로 의사의 업무상과실을 추정하거나 단순한 가능성·개연성 등 막연한 사정을 근거로 함부로 이를 인정할 수는 없다.

[2] 피고인은 2019. 7. 29. 17:30경 의사로서 환자인 피해자의 어깨부위에 주사를 시행하는 과정에서 손·주사기·환자의 피부를 충분히 소독하는 등 상당한 주의를 기울여 감염이 발생하지 않도록 해야 할 업무상 주의의무를 소홀히 하여, 주사부위에 메티실린 내성 황색포도상구균(MRSA)을 감염시켜 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 우측 견관절, 극상근 및 극하근의 세균성 감염 등의 상해를 입게 하였다. 이 경우,

피고인이 시행한 주사치료로 인하여 피해자에게 상해가 발생하였다는 점은 어느 정도 인정되나, 주사치료 과정에서 피고인이 맨손으로 주사하였다거나 알코올 솜의 미사용·재사용, 오염된 주사기의 사용 등 비위생적 조치를 취한 사실에 대한 증명이 합리적 의심을 배제할 정도로 이루어졌다고 볼 수 없고, 달리 피고인의 업무상과실로 평가될 만한 행위의 존재나 업무상과실의 내용이 구체적으로 증명되었다고 보기도 어렵다. 그럼에도 원심은 피고인의 주사치료와 피해자의 상해 발생 사이에 인과관계가 인정된다는 등의 사정만을 이유로 피고인의 업무상과실은 물론 그것과 피해자의 상해 사이의 인과관계까지도 쉽게 인정하였는바, 이러한 원심의 판단에는 의료행위로 인한 업무상과실치상죄에서 ‘업무상과실’의 인정 기준과 증명책임에 대한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(대법원2023. 1. 12. 선고2022도11163판결). 결국, 피고인은 업무상 과실치상죄가 성립하지 않는다.

2. [1] 협박죄에서 ‘협박’은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하고, 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식·용인하는 것을 내용으로 하는바, 협박죄가 성립하려면 고지된 해악의 내용이 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 친숙의 정도 및 지위 등의 상호관계 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 볼 때에 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키기에 충분한 것이어야 한다.

[2] 권리행사의 일환으로 상대방에게 일정한 해악을 고지한 경우에도, 그러한 해악의 고지가 사회의 관습이나 윤리관념 등에 비추어 사회통념상 용인할 수 있는 정도이거나 정당한 목적을 위한 상당한 수단에 해당하는 등 사회상규에 반하지 아니하는 때에는 협박죄가 성립하지 아니한다. 따라서 민사적 법률관계하에서 이해관계가 상충되는 당사자 사이에 권리의 실현·행사 과정에서 이루어진 상대방에 대한 불이익이나 해악의 고지가 일반적으로 보아 공포심을 일으킬 수 있는 정도로서 협박죄의 ‘협박’에 해당하는지 여부와 그것이 사회상규에 비추어 용인할 수 있는 정도를 넘어선 것인지 여부를 판단할 때에는, 행위자와 상대방의 관계 및 사회경제적 위상의 차이, 고지된 불이익이나 해악의 내용이 당시 상황에 비추어 이해관계가 대립되는 당사자의 권리 실현·행사의 내용으로 통상적으로 예견·수용할 수 있는 범위를 현저히 벗어난 정도에 이르렀는지, 해악의 고지 방법과 그로써 추구하는 목적 사이에 합리적 관련성이 존재하는지 등 여러 사정을 세심히 살펴보아야 한다.

[3] 피고인들을 비롯한 직원들의 임금이 체불되고 사무실 임대료를 내지 못할 정도로 재정 상태가 좋지 않는 등의 이유로 이 사건 회사의 경영상황이 우려되고 대표이사 겸 최대주주인 甲의 경영능력이 의심받던 상황에서, 직접적 이해당사자인 피고인들이 동료 직원들과 함께 甲을 만나 ‘사임제안서’만 전달하였을 뿐 별다른 말을 하지 않았고, 갑도 약 5분 동안 이를 읽은 후 바로 그 자리를 떠난 경우, 피고인들의 ‘사임제안서’ 전달 행위를 협박죄에서의 ‘협박’으로 볼 수 없고, 설령 ‘협박’에 해당하더라도 사회통념상 용인할 수 있는 정도이거나 이 사건 회사의 경영 정상화라는 정당한 목적을 위한 상당한 수단에 해당하여 사회상규에 반하지 아니한다고 봄이 타당하다(대법원2022. 12. 15. 선고2022도9187판결). 결국, 피고인들은 협박죄가 성립하지 아니한다.

4. 피고인이 인터넷 포털사이트 뉴스 댓글란에 연예인인 피해자를 ‘국민호텔녀’로 지칭하는 댓글을 게시하여 모욕죄로 기소된 사안에서, 피해자는 ‘국민첫사랑’, ‘국민여동생’ 등의 수식어로 불리며 대중적 인기를 받아 온 점, 이전에 피해자가 남성 연예인과 데이트를 했다는 취지의 보도가 되었고, 직후 피해자와 그 남성 연예인은 연인관계임을 인정한 바 있는 점, 피고인은 피해자가 출연한 영화 개봉 기사에 “... 그냥 국민호텔녀”라는 댓글을 달았고, 수사기관에서 이에 대하여 “피해자를 언론에서 ‘국민여동생’으로 띄우는데 그중 ‘국민’이라는 단어와 당시 해외에서 모 남성 연예인과 호텔을 갔다고 하는 스캔들이 있어서 ‘호텔’이라는 단어를 합성하여 만든 단어이다.”라는 취지로 진술한 점을 종합하면, ‘국민호텔녀’라는 표현은 피해자의 사생활을 들추어 피해자가 종전에 대중에게 호소하던 청순한 이미지와 반대의 이미지를 암시하면서 피해자를 성적 대상화하는 방법으로 비하하는 것으로서 여성 연예인인 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 만한 모멸적인 표현으로 평가할 수 있고, 정당한 비판의 범위를 벗어난 것으로서 정당행위로 보기도 어려우므로, 모욕에 해당한다(대법원2022. 12. 15. 선고2017도19229판결). 결국, 피고인이 인터넷 포털사이트 뉴스 댓글란에 피해자에 대하여 “국민호텔녀”, “퇴물” 등의 표현을 사용하여 댓글을 게시한 경우, 모욕죄에 해당한다(배우 수지 사건).

5. [1] 종전 점유자가 건조물침입 범죄 행위 등 불법적으로 점유를 개시한 현 점유자의 점유를 탈환하기 위하여 다수의 사람을 동원하고 폭력적인 방법을 사용하여 건조물에 들어가 건조물의 경비·관리 업무를 수행하던 현 점유자를 쫓아내어 특수건조물침입죄 및 업무방해죄 등으로 기소된 사안에서, 관리자가 건조물을 관리할 법률상 정당한 권한을 가지고 있는지는 범죄의 성립을 좌우하는 것이 아니고 관리자가 건조물을 사실상 점유·관리하는 경우라면 설령 정당한 권한이 없는 사법상 불법점유이더라도 적법한 절차에 의하여 점유를 풀지 않는 한 그에 따른 사실상 평온은 보호되어야 하므로 사법상 권리자라 하더라도 정당한 절차에 의하지 아니하고 건조물에 침입한 경우에는 건조물침입죄가 성립하고, 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’란 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업으로서 타인의 위법한 행위에 의한 침해로부터 보호할 가치가 있으면 되고 반드시 그 업무가 적법하거나 유효할 필요는 없으므로 피고인들은 특수 건조물침입죄 및 업무방해죄가 성립한다.

[2] ○○백화점 공사 시행사에 대하여 PF 대출을 한 금융기관이 A회사에게 PF대출채권을 양도하였고, A회사는 공사 현장 부동산 소유자인 신탁회사(수탁자)로부터 1순위 우선수익자로서 건축물의 관리권을 위탁까지 받아 위 공사현장을 점유·관리해왔다. 한편, B회사는 위 시행사로부터 위 백화점 공사 사업권을 양수한 후, 위 공사현장의 A회사의 점유를 침탈하여 점유를 확보하고 관할경찰서장으로부터 집단민원현장 경비원배치 허가 등을 받아 경비원을 배치하는 등의 방법으로 약 65일 간 B회사가 위 공사현장을 점유·관리하였다. 이에 A회사의 대표이사인 피고인 등은 위 공사현장에 대한 점유를 재탈환하기 위하여 용역직원 80~100 여명을 동원하여 쇠파이프 등 위험한 물건을 휴대한 채 위 공사현장에 들어가 경비 업무를 수행하고 있던 B회사 측 직원들을 외부로 끌어내어 위 공사현장을 탈환·점거하였다. 이로써 피고인 등의 위 공사현장 재탈환 행위와 관련하여 특수건조물침입죄 및 업무방해죄, 특수상해죄 등 혐의로 기소된 경우, 피해자들 측이 불법적으로 이 사건 공사현장을 점거하였지만 관할 경찰서로부터 집단민원현장 경비원배치신고 및 관련 허가를 받아 약 65일간 경비원을 상주시키면서 점유·관리하여 온 상황에서 피고인들이 정당하고 적법한 절차에 의하지 않고 이 사건 공사현장 및 건조물에 침입한 이상 건조물침입죄가 성립하고, 피해자들이 이 사건 공사현장 및 건조물을 관리하는 업무는 법률상 보호가치 있는 업무로서 피고인들이 그 업무를 방해한 행위는 업무방해죄에 해당하므로 피고인들은 특수건조물침입죄와 업무방해죄가 성립한다(대법원 2023. 2. 2. 선고 2022도5940 판결).

결국, 기존 점유자가 불법적으로 점유를 개시한 현 점유자의 점유를 탈환하기 위하여 폭력적인 방법을 사용하여 건조물에 들어가 건조물의 경비·관리 업무를 수행하던 현 점유자를 쫓아낸 행위에 대하여, 특수건 조물침입죄 및 업무방해죄가 인정된다.

6. 국립대학교 총학생회장인 피고인이 농활 답사 과정에서 자신을 포함한 학생회 임원진의 음주운전 및 묵인 관행에 대해 글을 써 페이스북 등에 게시함으로써 음주운전자로 특정된 피해자에 대한 명예훼손죄로 기소된 사안에서, 이 사건 게시 글의 중요한 부분이 ‘진실한 사실’에 해당하고 주된 의도·목적의 측면에서 공공의 이익을 위한 것임이 충분히 인정되므로 형법 제310조의 위법성조각사유에 해당한다(대법원 2023. 2. 23. 2022도13425 판결).

7. [1] 형법 제311조의 모욕죄는 사람의 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 외부적 명예를 보호법익으로 하는 범죄로서, 모욕죄에서 말하는 모욕이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 의미한다. 따라서 어떠한 표현이 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이 아니라면 설령 그 표현이 다소 무례한 방법으로 표시되었다 하더라도 이를 두고 모욕죄의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다.

[2] 모욕의 수단과 방법에는 제한이 없으므로 언어적 수단이 아닌 비언어적·시각적 수단만을 사용하여 표현을 하더라도 그것이 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 전달하는 것이라면 모욕죄가 성립한다. 최근 영상 편집·합성 기술이 발전함에 따라 합성 사진 등을 이용한 모욕 범행의 가능성이 높아지고 있고, 시각적 수단만을 사용한 모욕이라 하더라도 그 행위로 인하여 피해자가 입는 피해나 범행의 가벌성 정도는 언어적 수단을 사용한 경우와 비교하여 차이가 없다.

[3] 피고인이 유튜브 채널에 피해자의 방송 영상을 게시하면서 피해자의 얼굴에 ‘개’ 얼굴을 합성하는 방법으로 표현하여 모욕죄로 기소된 사안에서, 영상의 전체적인 내용을 살펴볼 때, 피고인이 피해자의 얼굴을 가리는 용도로 동물 그림을 사용하면서 피해자에 대한 부정적인 감정을 다소 해학적으로 표현하려 한 것에 불과하다고 볼 여지도 상당하므로, 해당 영상이 피해자를 불쾌하게 할 수 있는 표현이기는 하지만 객관적으로 피해자의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 표현을 한 경우에 해당한다고 단정하기는 어렵다(대법원 2023. 2. 2. 선고 2022도

4719 판결). 결국, 시각적 수단을 사용한 이 사건 ‘개’ 얼굴을 합성하는 표현행위는 모욕죄가 성립하지 않는다고 하였다.

8. [1] 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 법원으로서의 도급계약의 내용, 체결 경위 및 계약의 이행과정이나 결과 등을 종합하여 판단하여야 한다.

[2] 한편 사기죄의 보호법익은 재산권이므로, 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익이 침해되었다는 사정만으로 사기죄가 성립한다고 할 수 없다. 따라서 도급계약이나 물품구매 조달계약 체결 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.

[3] 피고인이 설립한 갑 주식회사는 설립 자본금을 가장납입하고, 자격증 대여자를 보유 건설기술자로 등록하는 등 자본금 요건과 기술자 보유 요건을 가장하여 전문건설업을 부정 등록한 무자격 건설업자로 전문공사를 하도급받을 수 없었음에도, 이를 바탕으로 공사 발주기관을 기망하여 특허 사용협약을 체결하고, 해당 공사를 낙찰받은 건설회사 담당자를 기망하여 하도급 계약을 체결한 후, 각 계약들에 따른 공사대금을 지급받아 편취하였다는 이유로 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기) 및 사기죄로 기소된 사안에서, 갑 회사가 시공 또는 납품한 교량 가설공사는 모두 정상적으로 준공되었고, 해당 공사에 시공상 하자가 발생하였다거나 시공 과정에서 특허공법의 결함이 밝혀진 사실도 없으며, 갑 회사가 도급받은 보수공사 또한 모두 정상적으로 준공된 것으로 보이는 점, 피고인과 갑 회사가 전용실시권을 보유하고 있는 특허공법에 기술적 문제점이 있다거나 이들이 특허권을 취득하는 과정에 문제가 있다는 점이 밝혀지지는 아니한 점에 비추어, 갑 회사의 설립 또는 사업분야 확장 과정에서 자본금 납입을 가장하였다거나, 국가기술자격증을 대여받아 전문건설업 등록을 하였다는 사정만으로는 피고인에게 각 공사를 완성할 의사나 능력이 없었다고 단정하기 어렵고, 교량 가설공사에 관하여

피고인이 발주기관의 주무 사무관으로부터 개략 견적
가에 관한 정보를 전해 듣고 가격을 수정하였다는 사
정만으로는 발주기관 계약 담당 공무원에 대하여 계
약이행능력에 관한 기망행위를 하였다고 보기 어려워,
피고인이 발주기관 또는 건설회사들로부터 공사대금을
지급받은 행위가 사기죄에서의 기망행위로 인한 재물
의 편취에 해당한다고 보기 어렵다(대법원2023. 1.
12. 선고2017도14104판결). 결국, 피고인은 사기죄가
성립하지 않는다.

9. [1] 여신전문금융업법 제70조 제1항 제4호에서는
'강취·횡령하거나, 사람을 기망하거나 공갈하여 취득한
신용카드나 직불카드를 판매하거나 사용한 자'를 처벌
하도록 규정하고 있는데, 여기에서 '사용'은 강취·횡
령, 기망 또는 공갈로 취득한 신용카드나 직불카드를
진정한 카드로서 본래의 용법에 따라 사용하는 경우
를 말한다. 그리고 '기망하거나 공갈하여 취득한 신용
카드나 직불카드'는 문언상 '기망이나 공갈을 수단으
로 하여 다른 사람으로부터 취득한 신용카드나 직불
카드'라는 의미이므로, '신용카드나 직불카드의 소유자
또는 점유자를 기망하거나 공갈하여 그들의 자유로운
의사에 의하지 않고 점유가 배제되어 그들로부터 사
실상 처분권을 취득한 신용카드나 직불카드'라고 해석
되어야 한다.

[2] 갑은 교도소에 수용 중인 피해자 乙을 기망하여
을의 신용카드를 교부받은 뒤, 20여회에 걸쳐 갑의 의
사에 따라 이 사건 신용카드를 사용하였으므로, 을은
갑으로부터 기망당함으로써 을의 자유로운 의사에 의
하지 않고 이 사건 신용카드에 대한 점유를 상실하였
고, 갑은 이 사건 신용카드에 대한 사실상 처분권을
취득하였다고 보아야 한다. 따라서 이 사건 신용카드
는 갑이 소유자인 乙을 기망하여 취득한 신용카드에
해당하고, 이를 사용한 갑의 행위는 기망하여 취득한
신용카드 사용으로 인한 여신전문금융업법 위반죄에
해당한다(대법원2022. 12. 16. 선고2022도10629판결).
갑은 여신전문금융업법상 신용카드부정사용죄가 성립
한다.

10. [1] 형법 제355조 제1항(횡령죄)에서 정하는 '반환
의 거부'란 보관물에 대하여 소유자의 권리를 배제하
는 의사표시를 하는 행위를 뜻하므로, '반환의 거부'가
횡령죄를 구성하려면 타인의 재물을 보관하는 자가
단순히 반환을 거부한 사실만으로는 부족하고 반환거
부의 이유와 주관적인 의사들을 종합하여 반환거부행
위가 횡령행위와 같다고 볼 수 있을 정도이어야 한다.

횡령죄에서 불법영득의 의사는 타인의 재물을 보관하
는 자가 그 취지에 반하여 정당한 권원 없이 스스로
소유권자와 같이 이를 처분하는 의사를 말하므로 비
록 반환을 거부하였더라도 반환거부에 정당한 이유가
있다면 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없다.

[2] 주류업체 갑 주식회사의 사내이사인 피고인이 피
해자를 상대로 주류대금 청구소송을 제기한 민사 분
쟁 중 피해자가 착오로 피고인이 관리하는 갑 회사
명의 계좌로 금원을 송금하여 피고인이 이를 보관하
게 되었는데, 피고인은 피해자로부터 위 금원이 착오
송금된 것이라는 사정을 문자메시지를 통해 고지받아
위 금원을 반환해야 할 의무가 있었음에도, 피해자와
상계 정산에 관한 합의 없이 피고인이 주장하는 주류
대금 채권액을 임의로 상계 정산한 후 반환을 거부하
여 횡령죄로 기소된 사안에서, 피고인이 피해자의 착
오로 갑 회사 명의 계좌로 송금된 금원 중 갑 회사의
피해자에 대한 채권액에 상응하는 부분에 관하여 반
환을 거부한 행위는 정당한 상계권의 행사로 볼 여지
가 있고 불법영득의사가 인정되지 아니하므로 횡령죄
가 성립하지 아니한다(대법원2022. 12. 29. 선고2021
도2088판결). 결국, 피고인이 비록 반환을 거부하였더
라도 반환거부에 정당한 이유가 있다면 불법영득의
의사가 있다고 할 수 없으므로 횡령죄가 성립하지 않
는다(무죄).

【 형사소송법 】

1. [1] 사법경찰관리 또는 특별사법경찰관리에 대하여는 헌법과 형사소송법 등 법령에 따라 국민의 생명·신체·재산 등을 보호하기 위하여 광범위한 기본권 제한 조치를 할 수 있는 권한이 부여되어 있으므로, 소관 업무의 성질이 수사업무와 유사하거나 이에 준하는 경우에도 명문의 규정이 없는 한 함부로 그 업무를 담당하는 공무원을 사법경찰관리 또는 특별사법경찰관리에 해당한다고 해석할 수 없다.

[2] 구 형사소송법(2020. 2. 4. 법률 제16924호로 개정되기 전의 것) 제197조 및 구 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률(2021. 3. 16. 법률 제17929호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 사법경찰직무법'이라 한다)은 특별사법경찰관리를 구체적으로 열거하면서 '관세법에 따라 관세범의 조사 업무에 종사하는 세관공무원'만 명시하였을 뿐 '조세범칙조사를 담당하는 세무공무원'을 포함시키지 않았다 (구 사법경찰직무법 제5조 제17호). 뿐만 아니라 현행 법령상 조세범칙조사의 법적 성질은 기본적으로 행정 절차에 해당하므로, 조세범 처벌절차법 등 관련 법령에 조세범칙조사를 담당하는 세무공무원에게 압수·수색 및 혐의자 또는 참고인에 대한 심문권한이 부여되어 있어 그 업무의 내용과 실질이 수사절차와 유사한 점이 있고, 이를 기초로 수사기관에 고발하는 경우에는 형사절차로 이행되는 측면이 있다 하여도, 달리 특별한 사정이 없는 한 이를 형사절차의 일환으로 볼 수는 없다.

[3] 그러므로 조세범칙조사를 담당하는 세무공무원이 피고인이 된 혐의자 또는 참고인에 대하여 심문한 내용을 기재한 조서는 검사·사법경찰관 등 수사기관이 작성한 조서와 동일하게 볼 수 없으므로 형사소송법 제312조에 따라 증거능력의 존부를 판단할 수는 없고, 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류에 해당하므로 형사소송법 제313조에 따라 공판준비 또는 공판기일에서 작성자·진술자의 진술에 따라 성립의 진정함이 증명되고 나아가 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 아래에서 행하여진 때에 한하여 증거능력이 인정된다.

[4] 이때 '특히 신빙할 수 있는 상태'란 조서 작성 당시 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성과 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 의미하는데(허+정), 조세범 처벌절차법 및 이에 근거한 시행령·시행규칙·훈령(조사사무처리규정) 등의 조세범칙조사 관련 법령에서 구체적으로 명시한 진술 거부권 등 고지, 변호사 등의 조력을 받을 권리 보장, 열람·이의제기 및 의견진술권 등 심문조서의 작성에 관한 절차규정의 본질적인 내용의 침해·위반 등도 '특히 신빙할 수 있는 상태' 여부의 판단에 있어 고려되어야 한다(대법원2022. 12. 15. 선고2022도8824판결). 결국, 조세범칙조사를 담당하는 세무공무원이 피고인이 된 혐의자 또는 참고인에 대하여 심문한 내용을 기재한 조서(세무공무원이 작성한 심문조서)가 증거능력이 인정되기 위해서는 형사소송법 제312조 제3항이 아닌 제313조 제1항의 증거능력요건을 갖추어야 한다.

2023년 1차!!

꼭 합격의 주인공이
되세요!!

가자!! 중앙경찰학교로!!!

♥ 합격을 격하게
응원합니다 ♥