

오상훈 형법

최신판례집 추가판례

**20년 10월 판례강의 이후 판례
공보 191101~200501 & 추가기출OX**

PMG 박문각

죄형법정주의

1. 재화 또는 용역을 할인하여 매입하는 거래(문화상품권할인거래)를 통해 금전을 교부하는 경우, 이를 대부업법상 금전의 대부로 보는 것은, 대부업법 제2조 제1호 등 조항의 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것이 되어 죄형법정주의의 원칙에 위반된다. 20.상반기

○ : 대부업법의 관련 규정과 입법 목적, ‘금전의 대부’의 사전적인 의미, 대부업법 제2조 제1호가 ‘금전의 대부’에 포함되는 것으로 들고 있는 어음할인과 양도담보의 성질과 효력 등에 비추어 보면, 대부업법 제2조 제1호가 규정하는 ‘금전의 대부’는 그 개념요소로서 거래의 수단이나 방법 여하를 불문하고 적어도 기간을 두고 장래에 일정한 액수의 금전을 돌려받을 것을 전제로 금전을 교부함으로써 신용을 제공하는 행위를 필수적으로 포함하고 있어야 한다고 보는 것이 타당하다. 따라서 재화 또는 용역을 할인하여 매입하는 거래를 통해 금전을 교부하는 경우, 해당 사안에서 문제 되는 금전 교부에 관한 구체적 거래 관계와 경위, 당사자의 의사, 그 밖에 이와 관련된 구체적·개별적 제반 사정을 종합하여 합리적으로 평가할 때, 금전의 교부에 관해 위와 같은 대부의 개념요소를 인정하기 어려운 경우까지 이를 대부업법상 금전의 대부로 보는 것은, 대부업법 제2조 제1호 등 조항의 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것이 되어 죄형법정주의의 원칙에 위반된다(대판 2019.9.26, 2018도7682).

※ 대부행위 ≠ 매매행위(문화상품권 할인매입)

2. 도로교통법 제92조 제2항에서 제시의 객체로 규정한 운전면허증은 적법한 운전면허의 존재를 추단 내지 증명할 수 있는 운전면허증 그 자체를 가리키는 것이지, 그 이미지파일 형태는 여기에 해당하지 않는다. 20.상반기

○ : [타인의 자동차운전면허증을 촬영한 이미지파일을 제시하여 공문서부정행사로 공소제기된 사건] 대판 2019.12.12, 2018도2560 ※ 운전면허증 ≠ 운전면허증 이미지파일

3. 반복적인 절도 범행에 대한 누범가중 처벌규정인 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항 제1호는 죄형법정주의와 명확성원칙에 위반되지 않는다. 20.상반기

○ : 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항 제1호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)는 ‘형법 제329조부터 제331조까지의 죄 또는 그 미수죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사람이 다시 이들 죄를 범하여 누범으로 처벌하는 경우에는 2년 이상 20년 이하의 징역에 처한다.’고 정하고 있다. 이 사건 법률조항 중 ‘이들 죄를 범하여 누범으로 처벌하는 경우’ 부분에서 ‘이들 죄’라 함은, 앞의 범행과 동일한 범죄일 필요는 없으나, 특정범죄가중처벌법 제5조의4 제2항이 ‘형법 제329조 내지 제331조의 죄’를 구별하여 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 특정범죄가중처벌법 제5조의4 제5항에 열거된 모든 죄가 아니라 앞의 범죄와 동종의 범죄, 즉 형법 제329조 내지 제331조의 죄 또는 그 미수죄를 의미한다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의와 명확성원칙에 위반되지 않는다.

이 사건 법률조항은 앞의 범행과 뒤의 범행이 모두 동종의 절도 고의범일 것이라는 실질적 관련성을 요구하고 있고, 앞의 범행에 대하여 ‘3회 이상의 징역형’을 선고받아 형이 아직 실효되지 않아야 하며, 뒤의 범행을 저지른 시점이 전의 범죄에 대한 최종형의 집행이 종료되거나 면제된 때부터 3년 이내이어야 하는 등 엄격한 구성요건을 설정하고 있다. 이러한 구성요건을 충족시키는 범죄자의 행위는 비난가능성이 매우 높고, 이러한 범죄자로부터 사회를 방위하고 재범을 방지하여야 할 필요성

도 충분하다. 따라서 이 사건 법률조항은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되지 않는다.

이 사건 법률조항에 해당하는 누범을 일반 범죄자에 비하여 가중 처벌하는 것은 누범 증가 추세를 감안한 범죄예방과 사회방위의 형사정책적 고려에 바탕을 둔 것으로 합리적인 근거가 있는 차별에 해당한다. 따라서 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙, 과잉금지원칙, 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다(대판 2018.2.13, 2017도19862).

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4(상습 강도·절도죄 등의 가중처벌) ⑤ 「형법」 제329조부터 제331조까지, 제333조부터 제336조까지 및 제340조·제362조의 죄 또는 그 미수죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사람이 다시 이들 죄를 범하여 누범(累犯)으로 처벌하는 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 「형법」 제329조부터 제331조까지의 죄(미수범을 포함한다)를 범한 경우에는 2년 이상 20년 이하의 징역에 처한다.
2. 「형법」 제333조부터 제336조까지의 죄 및 제340조제1항의 죄(미수범을 포함한다)를 범한 경우에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
3. 「형법」 제362조의 죄를 범한 경우에는 2년 이상 20년 이하의 징역에 처한다.

4. 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제1호 중 ‘이들 죄를 범하여 누범으로 처벌하는 경우’ 부분에서 ‘이들 죄’라 함은, 앞의 범행과 동일한 범죄일 필요는 없으나, 특정범죄가중처벌법 제5조의4 제5항 각호에 열거된 모든 죄가 아니라 앞의 범죄와 동종의 범죄, 즉 형법 제329조 내지 제331조의 죄 또는 그 미수죄를 의미한다. 20.상반기

○ : [특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항 제1호의 해석이 문제된 사건] 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특정범죄가중법’이라고 한다) 제5조의4 제5항의 규정 취지는 같은 항 각호에서 정한 죄 가운데 동일한 호에서 정한 죄를 3회 이상 반복 범행하고, 다시 그 반복 범행한 죄와 동일한 호에서 정한 죄를 범하여 누범에 해당하는 경우에는 동일한 호에서 정한 법정형으로 처벌한다는 뜻으로 보아야 한다. 그러므로 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제1호 중 ‘이들 죄를 범하여 누범으로 처벌하는 경우’ 부분에서 ‘이들 죄’라 함은, 앞의 범행과 동일한 범죄일 필요는 없으나, 특정범죄가중처벌법 제5조의4 제5항 각호에 열거된 모든 죄가 아니라 / 앞의 범죄와 동종의 범죄, 즉 형법 제329조 내지 제331조의 죄 또는 그 미수죄를 의미한다(대판 2020.2.27, 2019도18891).

[사실관계] 피고인이 “강도죄 및 절도죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사람”으로서 그 최종형의 집행종료 후 누범기간 내에 다시 특수절도 2회, 특수절도미수 1회를 범하였다”는 취지의 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항 제1호 위반의 공소사실로 기소되었고 제1심과 원심이 모두 피고인에게 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항 제1호를 적용한 사건에서, 기록상 확인되는 피고인의 기존 전과에 따르면 피고인은 ‘절도죄 등으로 세 번 이상 징역형을 받은 사람’에 해당하지 않아 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항 제1호의 적용 대상이 아니라는 이유로, 원심판결을 직권으로 파기한 사례

5. 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항 제1호 중 ‘세 번 이상 징역형을 받은 사람’은 그 문언대로 형법 제329조 등의 죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사실이 인정되는 사람으로 해석하면 충분하고, 전범 중 일부가 나머지 전범과 사이에 후단 경합범의 관계에 있다고 하여 이를 처벌조항에 규정된 처벌받은 형의 수를 산정할 때 제외할 것은 아니다. 20.상반기

○ : 대판 2020.3.12, 2019도17381

6. 의료인이 아닌 내국인이 ‘대한민국 영역 외에서’ 의료행위를 한 경우 의료법상 무면허 의료행위로 처벌할 수 있다. 20.상반기

X : 의료인 면허를 받지 아니한 피고인이 베트남에서 실리프팅 기술 등 의료행위를 하여 의료법위반 죄로 기소된 사안에서, 의료법은 대한민국 영역 내에서 이루어지는 의료행위를 규율하기 위한 것이므로 대한민국 영역 외에서 이루어진 의료행위의 경우 의료법위반의 구성요건해당성이 없다는 이유로 상고를 기각한 사례(2020.4.29, 2019도19130).

7. 처벌규정의 소극적 구성요건을 문언의 가능한 의미를 벗어나 지나치게 좁게 해석하게 되면 피고인에 대한 가벌성의 범위를 넓히게 되어 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지원칙에 어긋날 우려가 있다. 20.상반기

O : <청탁금지법상 공직자에 대한 금품등 제공 사건> [1] 처벌규정의 소극적 구성요건을 문언의 가능한 의미를 벗어나 지나치게 좁게 해석하게 되면 피고인에 대한 가벌성의 범위를 넓히게 되어 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지원칙에 어긋날 우려가 있으므로 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 범위 내에서 합리적으로 해석할 필요가 있다. [2] 제8조 제3항 제1호에서 정한 ‘상급 공직자등’이란 금품등 제공의 상대방보다 높은 직급이나 계급의 사람으로서 금품등 제공 상대방과 직무상 상하관계에 있고 그 상하관계에 기초하여 사회통념상 위로·격려·포상 등을 할 수 있는 지위에 있는 사람을 말하고, / 금품등 제공자와 그 상대방이 직무상 명령·복종이나 지휘·감독관계에 있어야만 이에 해당하는 것은 아니다(대판 2018.10.25, 2018도7041)

형법의 시간적 적용범위

8. 피고인이 간통죄로 유죄의 확정판결을 받은 후 헌법재판소가 구 형법 제241조에 대하여 2008. 10. 30. 합헌결정을 하였다가 2015. 2. 26. 위헌결정을 하게 되자 재심을 청구하였는데, 제1심이 재심개시결정을 한 경우 공소사실을 심판하는 제1심은 형사소송법 제325조에 따라 무죄판결을 선고하여야 한다. 20.상반기

X : [중전 간통죄 합헌결정일 이전에 선고된 재심대상판결에 대하여 간통죄 위헌결정일 이후 재심개시결정이 확정된 사건] 피고인이 “간통죄로 유죄의 확정판결을 받은 후” 헌법재판소가 구 형법(2016. 1. 6. 법률 제13719호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제241조에 대하여 2008. 10. 30. 합헌결정(이하 ‘중전 합헌결정’이라 한다)을 하였다가 2015. 2. 26. 위헌결정을 하게 되자 재심을 청구하였는데, 제1심이 재심개시결정을 한 후 심급에 따라 다시 심리하여 면소판결을 선고하고, 원심이 피고인의 항소를 기각하자, 구 형법 제241조에 대한 위 위헌결정의 효력이 공소사실에 미쳐 무죄가 선고되어야 한다는 취지로 상고한 사안에서, 구 헌법재판소법(2014. 5. 20. 법률 제12597호로 개정되기 전의 것) 제47조 제2항 단서는 위헌으로 결정된 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다고 정하면서 소급효를 제한하지 않았으나, 위와 같이 개정된 헌법재판소법 제47조 제3항 단서는 형벌에 관한 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 중전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다고 정하여 소급효를 제한하고 있고, 한편 형사소송법 제326조 제4호는 ‘범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때’를 면소판결을 선고하여야 하는 경우로 정하고 있으므로, “중전 합헌결정일 이전의 범죄행위”에 대하여 재심개시결정이 확정되었는데 그 범죄행위에 적용될 법률 또는 법률의 조항이 위헌결정으로 헌법재판소법 제47조 제3항 단서에 의하여 중전 합헌결정일의 다음 날로 소급하여 효력을 상실하였다면 범죄행위 당시 유효한 법률 또는 법률의 조항이 그 이후 폐지된 경우와 마찬가지로 법원은 형사소송법 제326조 제4호

에 해당하는 것으로 보아 면소판결을 선고하여야 하는 점에 비추어 보면, 공소사실 기재 범행일이 종전 합헌결정일 이전이고, 구 형법 제241조가 위 위헌결정으로 인하여 종전 합헌결정일의 다음 날인 2008. 10. 31.로 소급하여 효력을 상실하므로 공소사실을 심판하는 제1심은 형사소송법 제326조 제4호에 따라 면소판결을 선고하여야 한다는 이유로, 공소사실에 대하여 면소판결을 선고한 제1심 및 이를 유지한 원심의 조치가 타당하다고 한 사례(대판 2019.12.24, 2019도15167).

[참고판례] [구 정치자금법 제6조 및 정치자금법 제45조 제1항에 대하여 헌법재판소의 헌법불합치결정이 선고된 경우 법원은 당해 조항을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 무죄를 선고하여야 하는지 여부(적극)] 헌법재판소는 주문에서 “구 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정되기 전의 것) 제6조, 정치자금법(2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정된 것) 제6조 및 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것) 제45조 제1항 본문의 ‘이 법에 정하지 아니한 방법’ 중 제6조에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.”, “위 각 조항 부분은 2017. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”라는 헌법불합치결정을 선고하였다. 이에 따라 2017. 6. 30. 법률 제14838호로 개정된 정치자금법 제6조 제1호로 “중앙당(중앙당장당준비위원회를 포함한다)”이 추가되어 정당도 정치자금을 기부받을 수 있도록 하면서도 위 조항의 소급적용에 관한 경과규정은 두지 않았다. 헌법재판소의 헌법불합치결정은 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 위헌결정에 해당한다. 정치자금법 제45조 제1항은 구 정치자금법(2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 정치자금법’이라고 한다) 제6조에 정하지 않은 방법으로 정치자금을 기부하는 것을 구성요건으로 삼고 있어 구 정치자금법 제6조는 정치자금법 제45조 제1항과 결합하여 형벌에 관한 법률조항을 이루게 되므로, 위 조항들에 대하여 선고된 위 헌법불합치결정은 형벌에 관한 법률조항에 대한 위헌결정이라고 할 것이다. 그리고 헌법재판소법 제47조 제3항 본문은 형벌에 관한 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된 경우 그 조항이 소급하여 효력을 상실한다고 규정하고 있으므로, 형벌에 관한 법률조항이 소급하여 효력을 상실한 경우에 당해 조항을 적용하여 공소가 제기된 피고사건은 범죄로 되지 않은 때에 해당한다. 따라서 법원은 그 피고사건에 대하여 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄를 선고하여야 한다(대판 2018.10.25, 2015도17936).

9. 법률조항의 개정이 자구만 형식적으로 변경된 데 불과하여 개정 전후 법률조항들의 동일성이 그대로 유지되는 경우, ‘개정 전 법률조항’에 대한 위헌결정의 효력이 ‘개정 법률조항’에 대하여도 미친다.

20.상반기

○ : 어느 법률조항의 개정이 자구만 형식적으로 변경된 데 불과하여 개정 전후 법률조항들 자체의 의미내용에 아무런 변동이 없고, 개정 법률조항이 해당 법률의 다른 조항이나 관련 다른 법률과의 체계적 해석에서도 개정 전 법률조항과 다른 의미로 해석될 여지가 없어 양자의 동일성이 그대로 유지되고 있는 경우에는 ‘개정 전 법률조항’에 대한 위헌결정의 효력은 그 주문에 개정 법률조항이 표시되어 있지 아니하더라도 ‘개정 법률조항’에 대하여도 미친다. / 그러나 이와 달리 ‘개정 법률조항’에 대한 위헌결정이 있는 경우에는, 비록 그 법률조항의 개정이 자구만 형식적으로 변경된 것에 불과하여 개정 전후 법률조항들 사이에 실질적 동일성이 인정된다 하더라도, ‘개정 법률조항’에 대한 위헌결정의 효력이 ‘개정 전 법률조항’에까지 그대로 미친다고 할 수는 없다(대결 2020.2.21, 2015모2204). [판결이유] 동일한 내용의 형벌법규라 하더라도 그 법률조항이 규율하는 시간적 범위가 상당한 기간에 걸쳐 있는 경우에는 시대적·사회적 상황의 변화와 사회 일반의 법의식의 변천에 따라 위헌성에 대한 평가가 달라질 수 있다. 따라서 헌법재판소가 특정 시점에 위헌으로 선언한 형벌조항이라 하더라도 그것이 원래부터 위헌적이었다고 단언할 수 없으며, 헌법재판소가 과거 어느 시점에 당대의 법 감정과 시대상황을 고려하여 합헌결정을 한 사실이 있는 법률조항이라면 더욱 그러하다.

불능미수

10. 불능미수에서 '결과의 발생이 불가능'하다는 것은 범죄행위의 성질상 어떠한 경우에도 구성요건의 실현이 불가능하다는 것을 의미한다. 20.상반기

○ : 형법 제27조(불능범)는 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 불능미수란 행위자에게 범죄의사가 있고 실행의 착수라고 볼 수 있는 행위가 있더라도 실행의 수단이나 대상의 착오로 처음부터 결과발생 또는 법익침해의 가능성이 없지만 다만 그 행위의 위험성 때문에 미수범으로 처벌하는 경우를 말한다(대법원 1998. 10. 23. 선고 98도2313 판결 등 참조). 여기에서 '결과의 발생이 불가능'하다는 것은 범죄행위의 성질상 어떠한 경우에도 구성요건의 실현이 불가능하다는 것을 의미한다(대판 2019.5.16, 2019도97). 5854

공범과 신분

[참고판례] 업무상의 임무라는 신분관계가 없는 자가 그러한 신분관계 있는 자와 공모하여 업무상배임죄를 저질렀다면, 그러한 신분관계가 없는 공범에 대하여는 형법 제33조 단서에 따라 단순배임죄에서 정한 형으로 처단하여야 한다. 이 경우에는 신분관계 없는 공범에게도 같은 조 본문에 따라 일단 신분범인 업무상배임죄가 성립하고 다만 **과형**에서만 무거운 형이 아닌 단순배임죄의 법정형이 적용된다(대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1517 판결, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010도6507 판결 등 참조)(대판 2018.8.30, 2018도10047).

집행유예

[참고판례] [형법 제62조 제1항 단서에서 집행유예 결정사유로 정한 '금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우'의 의미와 범위] 형법 제62조 제1항 단서는 집행유예 결정사유로 '금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우'를 정하고 있다. 이는 ① 실형을 선고받고 집행종료나 집행면제 후 3년이 지나지 않은 시점에서 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우뿐만 아니라, ② 집행유예 기간 중에 범한 죄에 대하여 형을 선고할 때 이미 집행유예가 실효 또는 취소된 경우와 ③ 그 선고 시점에 집행유예 기간이 지나지 않아 형 선고의 효력이 실효되지 않은 채로 남아 있는 경우도 포함한다(대판 2019.1.17, 2018도17589).

선고유예

[참고판례] [형의 선고유예 판결이 확정된 후 선고유예 기간을 경과한 경우, 선고유예 실효 결정을 할 수 있는지 여부(소극)] 형법 제60조, 제61조 제1항, 형사소송법 제335조, 제336조 제1항에 의하면, 형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 자격정지 이상의 형에 처한 판결을 선고받아 그 판결이 확정되더라도 검사의 청구에 의한 선고유예 실효의 결정에 의하여 비로소 선고유예가 실효된다. 형의 선고유예 판결이 확정된 후 2년을 경과한 때에는 형법 제60조에 따라 면소된 것으로 간주하고, 그 뒤에는 실효의 대상이 되는 선고유예의 판결이 존재하지 않으므로 선고유예 실효의 결정을 할 수 없다. 이는 원결정에 대한 집행정지의 효력이 있는 즉시항고 또는 재항고로 인하여 아직 선고유예 실효 결정의 효력이 발생하기 전 상태에서 상소심 절차 진행 중에 선고유예 기간이 그대로 경과한 경우에도 마찬가지이다(대결 2018.2.6, 2017모3459).

상해

11. 피고인이 길이 140cm, 지름 4cm인 대나무로 甲의 머리를 여러 차례 때려 대나무가 부러졌고, 甲은 두피에 표재성 손상을 입어 사건 당일 병원에서 봉합술을 받은 경우, 위 대나무는 ‘위험한 물건’에 해당한다. 20.상반기

○ : 대판 2017.12.28, 2015도5854

주거침입

12. 구 롯데성주골프장 부지에 설치된 사드기지가 2중 철조망에 의하여 외부인의 출입이 통제되고 있었고, 기지 내 건물(골프장으로 이용될 당시의 클럽하우스, 골프텔 등의 건축물)에 기지 운용을 위한 병력이 주둔하고 있었다면, 사드기지의 부지는 기지 내 건물의 위요지에 해당한다. 20.상반기

○ : [사드기지 부지 침입 사건] 건조물침입죄에서 건조물이라 함은 단순히 건조물 그 자체만을 말하는 것이 아니고 위요지를 포함하는 개념이다. 위요지란 건조물에 직접 부속한 토지로서 그 경계가 장벽 등에 의하여 물리적으로 명확하게 구획되어 있는 장소를 말한다(대판 2020.3.12, 2019도16484).

[사실관계] 구 롯데성주골프장 부지에 설치된 사드(THAAD: 고고도 미사일 방어 체계)기지는 더 이상 골프장으로 사용되고 있지 않을 뿐만 아니라 이미 사드발사대 2대가 반입되어 이를 운용하기 위한 병력이 골프장으로 이용될 당시의 클럽하우스, 골프텔 등의 건축물에 주둔하고 있었고, 군 당국은 외부인 출입을 엄격히 금지하기 위하여 사드기지의 경계에 외곽 철조망과 내곽 철조망을 2중으로 설치하여 외부인의 접근을 철저히 통제하고 있었으므로, 사드기지의 부지는 기지 내 건물의 위요지에 해당한다고 보아야 한다고 한 사례

13. 관리자가 일정한 토지와 외부의 경계에 인적 또는 물적 설비를 갖추고 외부인의 출입을 제한하고 있다면 그 토지에 인접하여 건조물로서의 요건을 갖춘 구조물이 존재하지 않더라도 이러한 토지는 건조물침입죄의 객체인 위요지에 해당한다. 20.상반기

X : 건조물침입죄에서 침입행위의 객체인 ‘건조물’은 건조물침입죄가 사실상 주거의 평온을 보호법적으로 하는 점에 비추어 엄격한 의미에서의 건조물 그 자체뿐만 아니라 그에 부속하는 위요지를 포함한다고 할 것이나, 여기서 위요지(건조물의 이용을 위하여 제공되는 토지)라고 함은 ① 건조물에 인접한 그 주변의 토지로서 ② 외부와의 경계에 담 등이 설치되어 그 토지가 건조물의 이용에 제공되고 또 외부인이 함부로 출입할 수 없다는 점이 객관적으로 명확하게 드러나야 한다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도14643 판결 등 참조). 그러나 관리자가 일정한 토지와 외부의 경계에 인적 또는 물적 설비를 갖추고 외부인의 출입을 제한하고 있더라도 그 토지에 인접하여 건조물로서의 요건을 갖춘 구조물이 존재하지 않는다면 이러한 토지는 건조물침입죄의 객체인 위요지에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다(대판 2017.12.22, 2017도690).

[사실관계] 공사현장에서 당시 건축 중인 타워(석유정제시설)의 계단을 통해 이 사건 타워 상단부에 올라 간 행위는, ① 타워는 아직 신축 중인 상태의 철골구조물로 기둥과 계단 외에 벽이나 천정이라고 볼 수 있는 시설은 갖추어지지 않아 건조물침입죄의 객체인 건조물로서의 요건을 갖추었다고 볼 수 없고, ② 공사현장도 이러한 건조물의 이용을 위하여 제공되는 토지, 즉 위요지라고 볼 수 없으므로, 피고인들이 이 사건 공사현장에 출입한 행위는 건조물침입죄가 성립할 수 없다.

학대

[참고판례] [장애전담교사인 피고인이 발달장애증세를 앓고 있는 피해아동의 팔을 잡는 등의 행동이 신체적 학대행위에 해당하는지 문제 되는 사건] 어린이집 장애전담교사인 피고인이, 발달장애증세를 앓고 있는 장애아동 甲(5살)이 놀이도구를 제대로 정리하지 않고 바닥에 드러누웠다는 이유로 甲의 팔을 세계 잡는 행위를 하였더라도 피고인이 합리적 범위 안에서 가장 적절하다고 생각하는 지도방법을 택하였고 이는 계속적인 훈육의 일환으로 볼 수 있으므로 신체적 학대행위에 해당하지 않는다(대판 2020.1.16, 2017도12742).

[참고판례] [피해아동에 대한 정서적 학대 사건] 보육교사인 피고인이 강압적이고 부정적인 태도를 보이며 4세인 피해아동을 높이 78cm에 이르는 교구장 위에 약 40분 동안 앉혀놓는 행위를 한 것이 피해아동에 대한 정서적 학대에 해당한다(대판 2020.3.12, 2017도5769). ※ 아동복지법위반(아동학대) 사건

강간·추행·준강간

14. 피고인이 피해자 갑(여, 18세)과 성관계를 할 의사로 술에 취하여 모텔 침대에 잠들어 있는 갑의 속바지를 벗기다가 갑이 깨어나자 중단한 경우 준강간죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다. [20.상반기](#)

○ : 준강간죄에서 실행의 착수 시기는 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음을 할 의도를 가지고 간음의 수단이라고 할 수 있는 행동을 시작한 때로 보아야 한다(대판 2019.2.14, 2018도19295).

[사실관계] 피고인이 피해자 갑(여, 18세)과 성관계를 할 의사로 술에 취하여 모텔 침대에 잠들어 있는 갑의 속바지를 벗기다가 갑이 깨어나자 중단한 경우 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반(준강간)죄의 실행에 착수한 것이라고 한 사례

15. 피고인이 직장 회식자리(노래방)에서 여성인 피해자를 옆에 앉힌 다음 피해자의 허벅지를 손으로 쓰다듬은 행위를 한 경우 피해자가 즉시 피고인에게 항의하거나 반발하는 등의 거부의를 밝히는 대신 그 자리에 가만히 있었다면 강제추행죄가 성립하지 아니한다. [20.상반기](#)

X : [피고인이 직장 회식자리(노래방)에서 여성인 피해자를 옆에 앉힌 다음 피해자의 허벅지를 손으로 쓰다듬은 행위에 대하여 강제추행죄의 성립 여부가 문제된 사건] [1] 강제추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 이른바 기습추행의 경우도 포함된다. 특히 기습추행의 경우 추행행위와 동시에 저질러지는 폭행행위는 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있기만 하면 그 힘의 대소강약을 불문한다는 것이 일관된 판례의 입장이다. 이에 따라 대법원은, 피해자의 옷 위로 엉덩이나 가슴을 쓰다듬는 행위(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2860 판결), 피해자의 의사에 반하여 그 어깨를 주무르는 행위(대법원 2004. 4. 16. 선고 2004도52 판결), 교사가 여중생의 얼굴에 자신의 얼굴을 들이밀면서 비비는 행위나 여중생의 귀를 쓸어 만지는 행위(대법원 2015. 11. 12. 선고 2012도8767 판결) 등에 대하여 피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사가 이루어져 기습추행에 해당한다고 판단한 바 있다. [2] 원심은 무죄의 근거로서 피고인이 피해자의 허벅지를 쓰다듬던 당시 피해자가 즉시 피고인에게 항의하거나 반발하는 등의 거부의를 밝히는 대신 그 자리에 가만히 있었다는 점을 중시하였던 것으로 보인다. 그러나 성범죄 피해자의 대처 양상은 피해자의 성격이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다는 점(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결, 대법원 2019. 7. 11. 선고

2018도2614 판결 등 참조)에서 원심이 들고 있는 위 사정만으로는 강제추행죄의 성립이 부정된다고 보기 어렵다. …… 당시는 다른 직원들도 함께 회식을 하고나서 노래방에서 여흥을 즐기던 분위기였기에 피해자가 즉시 거부 의사를 밝히지 않았다고 하여, 피고인의 행위에 동의하였다거나 피해자의 의사에 반하지 아니하였다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다(대판 2020.3.26, 2019도15994).

[참고판례] 피고인은 2018. 3. 11. 01:35경부터 같은 날 03:50경까지 사이에 광명시 소재 ‘○○호텔’ △△△호실에서 피해자에게 필로폰을 제공(강사 주: 주사)하여, 약물로 인해 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 빠진 피해자가 제대로 저항하거나 거부하지 못한다는 사정을 이용하여 피해자를 추행하기로 마음먹고, 화장실에서 샤워를 하고 있던 피해자에게 다가가 피해자에게 자신의 성기를 입으로 빨게 하고, 피해자의 향문에 성기를 넣기 위해 피해자를 뒤로 돌아 앞드리게 한 다음, 피해자의 향문에 손가락을 넣고, 샤워기 호스의 헤드를 분리하여 그 호스를 피해자의 향문에 꽂아 넣은 후 물을 주입하였다. 이로써 피고인은 약물로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 심신미약자를 위력으로 추행하였다(대판 2019.6.13, 2019도3341).

⇒ 제302조 심신미약자위력추행죄 성립

명예훼손

16. 집합적 명사를 쓴 경우 명예훼손의 내용이 집단에 속한 특정인에 대한 것이라고 해석되기 힘들고, 집단표시에 의한 비난이 개별구성원에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어 구성원 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 않는 것으로 평가되는 경우에는 구성원 개개인에 대한 명예훼손이 성립하지 않는다. 20.상반기

○ : [허위사실 적시에 의한 명예훼손죄 사건] 명예훼손죄는 어떤 특정한 사람 또는 인격을 보유하는 단체에 대하여 명예를 훼손함으로써 성립하는 것이므로 피해자가 특정되어야 한다. 집합적 명사를 쓴 경우에도 어떤 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백하면, 이를 각자의 명예를 훼손하는 행위라고 볼 수 있다. / 그러나 명예훼손의 내용이 집단에 속한 특정인에 대한 것이라고 해석되기 힘들고, 집단표시에 의한 비난이 개별구성원에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어 구성원 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 않는 것으로 평가되는 경우에는 구성원 개개인에 대한 명예훼손이 성립하지 않는다(대판 2018.11.29, 2016도14678).

[사실관계] 세월호 사건 당시 피고인의 SNS의 글과 MBN 인터뷰가 ‘생존자가 있는데도 해경이 민간잠수부의 구조작업을 막고 언론을 통제하여 진실을 은폐하고 있다’는 취지로 해양경찰청장, 해경, 현장구조대원들의 명예를 훼손하였다고 기소되었는데, 1심과 원심은 적시한 사실 중 일부는 허위라고 보기 어렵고 허위 사실인 경우도 허위임을 인식하였다고 단정하기 어려우며, 비방할 목적이 있었다고 보기 어렵고, 공적인 존재에 대한 명예훼손이나 집단표시에 의한 명예훼손이 성립하는 경우에 해당하지 않는다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였고, 대법원도 원심의 판단을 수긍하여 검사의 상고를 기각한 사례

[참고판례] [사이버대학교 총학생회장 입후보자격 관련 댓글 게시 명예훼손 사건] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제1항에서 정한 ‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사나 목적을 필요로 하는 것으로서, ……‘비방할 목적’은 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도라는 방향에서 상반되므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부정된다. 행위자의 주요한 동기와 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 포함되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다(대판 2020.3.2, 2018도15868).

[사실관계] 사이버대학교 법학과 학생인 피고인이 법학과 학생들만 회원으로 가입한 네이버밴드에 총학생회장 출마자격에 관한 조연을 구하는 게시 글에 대한 댓글로써 총학생회장 후보자가 지양해야 할 사항을 언급하면서 직전년도 총학생회장에 입후보하였다가 중도 사퇴한 특정인의 실명을 적시하여 구체적인 사례를 든 것(□□□이라는 학우가 학생회비도 내지 않고 총학생회장 선거에 출마하려 했다가 상대방 후보를 비방하고 이래저래 학과를 분열시키고 개인적인 감정을 표한 사례가 있다.'고 언급한 다음 '그러한 부분은 지양했으면 한다.'는 의견을 덧붙임)이 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)으로 기소된 사안에서, 이 사건 댓글 작성 경위 등 제반 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 이 사건 댓글을 작성한 주요한 목적과 동기는 공공의 이익을 위한 것으로서 피고인에게 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다는 이유로, 이와 달리 원심이 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 것에 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제1항에서 정한 '비방할 목적'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 보아 원심판결을 파기한 사례

17. 피고인이 인터넷 포털 사이트 '○○'의 카페인 '△△△추진운동본부'에 접속하여 '자칭 타칭 공소외인 하면 떠오르는 키워드!!!'라는 제목의 게시글에 '공황장애 ㅋ'라는 댓글을 게시하였더라도 모욕죄가 성립하지 아니한다. 20.상반기

○ : 피고인이 인터넷 포털 사이트 '○○'의 카페인 '△△△추진운동본부'에 접속하여 '자칭 타칭 공소외인 하면 떠오르는 키워드!!!'라는 제목의 게시글에 '공황장애 ㅋ'라는 댓글을 게시하였더라도 모욕죄가 성립하지 아니한다(대판 2018.5.30, 2016도20890). [판결이유] 피고인이 댓글로 게시한 '공황장애 ㅋ'라는 표현이 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례한 표현이기는 하나, 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 표현에 해당한다고 보기는 어렵다.

업무방해

18. 직업이나 사회생활상의 지위에 기한 것이라고 보기 어려운 단순한 개인적인 일상생활의 일환으로 행하여지는 사무는 업무방해죄의 보호대상인 업무에 해당한다고 볼 수 없다. 20.상반기

○ : 형법 제314조에서 정한 업무방해죄의 '업무'란 직업 기타 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업을 말하는 것으로서, 직업이나 사회생활상의 지위에 기한 것이라고 보기 어려운 단순한 개인적인 일상생활의 일환으로 행하여지는 사무는 업무방해죄의 보호대상인 업무에 해당한다고 볼 수 없다(대판 2017.11.9, 2014도3270).

[사실관계] 피해자는 주부로서 개인적 용무로 서울행 고속버스를 타기 위해 대전 유성구에 있는 고속버스터미널까지 마티즈 차량을 운행한 후 근처에 있던 위 건물 주차장에 주차하였는데, 피고인(주차장 관리인)은 마티즈 차량을 무단주차하였다는 이유로 차량 앞 범퍼에 쇠사슬로 손수레를 묶어 두었다 하더라도 피해자의 운전행위는 단순한 개인생활상의 행위로 차량을 운전한 것에 지나지 않는다고 볼 여지가 많아서 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무에 해당한다고 보기 어려워 업무가 방해되었다고 볼 수 없다.

19. 갑 주식회사가 운영하는 사우나에서 시설 및 보일러, 전기 등을 관리하던 피고인이, 갑 회사가 을에게 사우나를 인계하는 과정에서 자신을 부당하게 해고하였다는 이유로 화가 나 그곳 전기배전반의 위치와 각 스위치의 작동방법 등을 알려주지 않았다면 업무방해죄가 성립한다. 20.상반기

X : 갑 주식회사가 운영하는 사우나에서 시설 및 보일러, 전기 등을 관리하던 피고인이, 갑 회사가 을에게 사우나를 인계하는 과정에서 자신을 부당하게 해고하였다는 이유로 화가 나 그곳 전기배전반의

위치와 각 스위치의 작동방법 등을 알려주지 않는 등으로 갑 회사의 사우나 경영 업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 제반 사정을 종합하면, 피고인의 위 행위가 갑 회사나 을이 사우나를 운영하려는 자유의사 또는 갑 회사가 을에게 사우나의 운영에 관한 업무 인수인계를 정상적으로 해 주려는 자유의사를 제압하기에 족한 위력에 해당한다고 단정하기 어렵다고 한 사례

[참고판례] 업무방해죄에 있어서의 행위의 객체는 타인의 업무이고, 여기서 타인이라 함은 범인 이외의 자연인과 법인 및 법인격 없는 단체를 가리킨다. V대 학칙 등에 따라 V대의 입학에 관한 업무가 총장인 피고인 C의 권한에 속한다고 하더라도, 그중 면접업무는 면접위원들에게, 신입생 모집과 사정 업무는 교무위원들에게 각 위임되었고, 그 수임자들은 각자의 명의로 책임으로 수임받은 권한을 행사하여야 한다. 따라서 위와 같이 위임된 업무는 면접위원들 및 교무위원들의 독립된 업무에 속하고, 총장인 피고인 C와의 관계에서도 타인의 업무에 해당한다(대판 2018.5.15, 2017도19499).

[사실관계] 입학처장인 피고인 A은 면접 오리엔테이션 자리에서 면접위원들에게 금메달을 가지고 을 Z종목 특기생이 비선실세 AA의 딸이고, '총장님께 보고 드렸더니 총장님이 무조건 뽑으라고 하신다'는 취지로 말하였다. 입학부처장 W이 이를 제지하며 면접위원들을 면접고사 장소로 이동하도록 하였는데도, 피고인 A은 면접위원들을 쫓아가면서 "금메달입니다. 금메달"이라고 소리쳐 T를 뽑으라는 의사를 면접위원들에게 분명히 전달하였다. 결과적으로 서류평가 순위 9위였던 T는 면접평가 결과 가장 높은 점수를 받아 최종 순위 6위로 전체 6명인 체육특기자 전형 합격자에 포함되었다. 입학처장인 피고인 A은 비선실세로 알려진 AA, V대 총장인 피고인 C 및 입학처장인 자신의 사회적·경제적·정치적 지위와 권세를 이용하여 면접위원들에게 압박을 가하였고, 이는 면접위원들의 자유의사를 제압·혼란케할 만한 '위력'에 해당하며, 이로 인하여 면접평가 업무의 적정성이나 공정성이 방해되었다고 봄이 타당하다.

사기

[참고판례] 갑 주식회사 대표이사인 피고인이, 2011. 11.경 갑 회사에 입사하였다가 2016. 3. 11. 퇴직한 근로자 을을 상대로 2011. 12.부터 2015. 4.까지 포괄일급에 포함하여 이미 지급한 퇴직적립금에 대하여 부당이득반환청구 소송을 제기하면서 2015. 5. 1.자 근로계약서의 일급란 기재 금액을 변조하여 증거자료로 제출한 사안에서, 갑 회사는 을에게 포괄일급에 일급의 8.3%에 해당하는 퇴직적립금을 포함하여 임금을 지급하였는데, 을의 퇴사 후 위와 같이 을에게 지급된 퇴직적립금이 퇴직금 지급으로서의 효력이 없다는 자문을 받고 별도로 퇴직금 전액을 지급하였으므로 피고인이 부당이득 반환의 소를 제기한 것은 정당한 권리행사의 일환이라는 등의 이유로, 이와 달리 보아 피고인에게 사기미수죄를 인정한 원심판결에 소송사기의 범리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례(대판 2018.12.28, 2018도13305). ⇨ 사기의 고의를 인정하지 않는 사례

20. 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익을 침해하는 경우라도 그와 동시에 형법상 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 있는 때에는 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌규정을 별도로 두고 있지 않는 한 사기죄가 성립할 수 있다. 20.상반기

○ : [피고인이 담당 공무원을 기망하여 납부의무가 있는 농지보전부담금을 면제받아 재산상 이익을 취득한 사건] 대판 2019.12.24, 2019도2003

21. 피고인이 담당 공무원을 기망하여 납부의무가 있는 농지보전부담금을 면제받아 재산상 이익을 취득한 경우 사기죄가 성립할 수 있다. 20.상반기

X : [피고인이 담당 공무원을 기망하여 납부의무가 있는 농지보전부담금을 면제받아 재산상 이익을 취득한 사건] 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익을 침해하는 경우라도 그와 동시에 형법상

사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 있는 때에는 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌규정을 별도로 두고 있지 않는 한 사기죄가 성립할 수 있다. 그런데 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 등 법률에 따라 금전적 부담의 부과권을 부여받은 자(이하 '부과권자'라 한다)가 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 권력작용으로 부담금을 부과하는 것은 일반 국민의 재산권을 제한하는 침해행정에 속한다. 이러한 침해행정 영역에서 일반 국민이 담당 공무원을 기망하여 권력작용에 의한 재산권 제한을 면하는 경우에는 부과권자의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로, 행정법규에서 그러한 행위에 대한 처벌규정을 두어 처벌함은 별론으로 하고, 사기죄는 성립할 수 없다(대판 2019.12.24, 2019도2003).

22. 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익이 침해되었다는 사정만으로 사기죄가 성립한다고 할 수 없다. 20.상반기

○ : [문화재수리 등에 관한 법률을 위반하여 문화재수리업 영위를 한 자에게 발주처에 대한 공사대금 편취의 사기죄가 성립하는지가 문제된 사건] 대판 2019.12.27, 2015도10570

23. 공사도급계약 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가자격, 계약절차 등에 관한 규정을 위반한 사정이 있는 때에는 그러한 사정만으로 공사도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 볼 수 있다. 20.상반기

X : [문화재수리 등에 관한 법률을 위반하여 문화재수리업 영위를 한 자에게 발주처에 대한 공사대금 편취의 사기죄가 성립하는지가 문제된 사건] 사기죄의 보호법익은 재산권이므로, 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익이 침해되었다는 사정만으로 사기죄가 성립한다고 할 수 없다. 따라서 공사도급계약 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가자격, 계약절차 등에 관한 규정을 위반한 사정이 있는 때에는 그러한 사정만으로 공사도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정해서는 안 되고, 그 위반으로 말미암아 계약 내용대로 이행되더라도 공사의 완성이 불가능하였다고 평가할 수 있을 만큼 그 위법이 공사의 내용에 본질적인 것인지 여부를 심리·판단하여야 한다(대판 2019.12.27, 2015도10570).

[판결이유] 원심은 피고인 1이 부정한 방법으로 문화재수리업 등록을 한 행위, 자격증을 대여받아 사용한 행위 등은 문화재수리법 위반죄에, 계약담당 공무원들의 직무집행을 방해한 행위는 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당하지만, / 사기죄에 대하여는 이 사건 각 계약 체결 당시 피고인들에게 공사를 수행할 의사나 능력이 없었다고 보기 어렵다는 이유로 무죄를 선고하였다. 원심이 유죄로 인정한 각 죄는 모두 국가적 또는 공공적 법익을 보호법익으로 하는 범죄이고 이러한 행위가 곧바로 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 행위가 아님은 분명하다. 원심은 피고인들이 이 사건 각 계약에서 정한 내용과 기한에 맞추어 공사를 진행하여 이를 모두 완료하였고 그 완성된 공사에 별다른 하자나 문제점 등이 발견되지도 않은 이상 그 공사대금을 지급한 행위가 사기죄에서의 재물의 편취에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 채증법칙을 위반하거나 사기죄에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

[동지판례] 문화재수리업자로서의 자격증을 대여한 것일 뿐 자격을 갖추고 있지 않았음에도 공사를 직접 시행할 것처럼 발주처 직원에게 '문화재기술자보유현황' 등을 제출하는 방법으로 기망하여 64회에 걸쳐 문화재수리계약을 체결한 사안(대판 2020.2.6, 2015도9130).

횡령

24. 횡령죄의 객체가 타인의 재물에 속하는 이상 구체적으로 누구의 소유인지는 횡령죄의 성립 여부에 영향이 없다. 20.상반기

○ : [특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)죄의 성립 여부가 문제되는 사건] 횡령죄는 타인의 재물에 대한 재산범죄로서 재물의 소유권 등 본권을 보호법익으로 하는 범죄이다. 따라서 횡령죄의 객체가 타인의 재물에 속하는 이상 구체적으로 누구의 소유인지는 횡령죄의 성립 여부에 영향이 없다. 주식회사는 주주와 독립된 별개의 권리주체로서 그 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로, 주주나 대표이사 또는 그에 준하여 회사 자금의 보관이나 운용에 관한 사실상의 사무를 처리하는 자가 회사 소유의 재산을 사적인 용도로 함부로 처분하였다면 횡령죄가 성립한다(대판 2019.12.24, 2019도9773). [사실관계] 피고인들이 피해회사의 자회사 계좌를 이용하여 피해 회사의 납품대금을 횡령한 사건

25. 상가관리운영위원회의 운영위원장이 그에 대하여 제기된 직무집행정지가처분 신청에 대응하기 위하여 선임한 변호사의 선임료를 상가 관리비에서 지급한 경우 업무상횡령죄가 성립하지 않는다. 20.상반기

○ : 법인의 이사를 상대로 한 이사직무집행정지가처분 신청이 받아들여질 경우, 당해 법인의 업무를 수행하는 이사의 직무집행이 정지당함으로써 사실상 법인의 업무수행에 지장을 받게 될 것이 명백하므로, 해당 법인으로서의 그 이사 자격의 부존재가 객관적으로 명백하여 항쟁의 여지가 없는 경우가 아닌 한 위 가처분신청에 대하여 항쟁할 필요가 있고, 위와 같은 필요에서 법인의 대표자가 법인 경비에서 당해 가처분사건의 소송비용을 지급하는 것은 법인의 업무수행을 위하여 필요한 비용을 지급하는 것에 해당한다. 따라서 이러한 지급을 가지고 법인의 경비를 횡령한 것이라고 할 수 없다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도4512 판결 참조). 이러한 법리는 상가관리운영위원회의 운영위원장이 그에 대하여 제기된 직무집행정지가처분 신청에 대응하기 위하여 선임한 변호사의 선임료를 상가 관리비에서 지급한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

그리고 법인 자체가 소송당사자가 된 경우에는 원칙적으로 그 소송의 수행이 법인의 업무수행이라고 볼 수 있으므로 그 소송에서 법인이 형식적으로 소송당사자가 되어 있을 뿐 실질적인 당사자가 따로 있고 법인으로서의 그 소송의 결과에 있어서 별다른 이해관계가 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 그 변호사 선임료를 법인의 비용으로 지출할 수 있다(대법원 2008. 6. 26. 선고 2007도 9679 판결 등 참조)(대판 2019.5.30, 2016도5816).

[참고판례] <양자간 명의신탁 사안에서 명의신탁자의 상속인이 명의수탁자의 상속인을 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 사건> 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다) 규정의 문언, 내용, 체계와 입법 목적 등을 종합하면, 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 명의수탁자 명의로 등기를 하였다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 단정할 수는 없다. 이는 농지법에 따른 제한을 회피하고자 명의신탁을 한 경우에도 마찬가지이다(대판 2019.6.20, 2013다218156 전원합의체).

배임

26. 사회통념 내지 신의칙에 비추어 매매계약에서 중도금이 지급된 것과 마찬가지로 부동산 교환계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 그 의무를 이행 받은 당사자는 상대방의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 된다. 20.상반기

○ : 부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있다. 그러나 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 없다. 따라서 이러한 단계에 이른 때에 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 된다. 그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 보아야 한다. 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해주기 전에 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐준 행위는 매수인의 부동산 취득 또는 보전에 지장을 초래하는 행위이다. 이는 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다(대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결). 이러한 법리는 부동산 교환계약에 있어서도 달리 볼 수 없다. 즉, 사회통념 내지 신의칙에 비추어 매매계약에서 중도금이 지급된 것과 마찬가지로 교환계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 그 의무를 이행 받은 당사자는 상대방의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 된다.(대판 2018.10.4, 2016도11337).

[사실관계] 교환계약에 따른 금전지급의무를 다하였고, 법무사 사무실에 토지의 소유권이전등기에 필요한 서류를 맡긴 후 피고인에게 서류를 맡긴 사실과 이를 찾아가라는 내용의 통지까지 마쳤다. 이로써 이 사건 교환계약은 사회통념 내지 신의칙에 비추어 매매계약에서 중도금이 지급된 것과 마찬가지로 본격적으로 이행되는 단계에 이르렀으므로, 피고인은 피해자에 대하여 그 재산적 이익을 보호할 신임관계에 있게 되어 타인인 피해자의 E 토지에 관한 소유권 취득 사무를 처리하는 자가 되었다. 그럼에도 피고인은 피해자에 대한 위와 같은 신임관계에 기초한 임무를 위배하여, E토지를 처분하고 지역권설정등기를 마쳐 주었다. 이러한 피고인의 행위는 피해자와의 신임관계를 저버리는 임무 위배행위로서 배임죄가 성립한다.

27. 동산을 양도담보로 제공한 채무자가 제3자에게 담보에 제공된 동산을 처분한 경우 배임죄가 성립한다. 20.상반기

X : [동산을 양도담보로 제공한 채무자가 제3자에게 담보에 제공된 동산을 처분한 경우 배임죄가 성립하는지 여부가 문제된 사건] 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도담보로 제공함으로써 채권자인 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되었더라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 채무자를 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없고, 그가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실현에 위협을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.

위와 같은 법리는, 채무자가 동산에 관하여 양도담보설정계약을 체결하여 이를 채권자에게 양도할 의무가 있음에도 제3자에게 처분한 경우에도 적용되고, 주식에 관하여 양도담보설정계약을 체결한 채무자가 제3자에게 해당 주식을 처분한 사안에도 마찬가지로 적용된다.

이와 달리 채무담보를 위하여 동산이나 주식을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 채무자가 채권자인 양도담보권자의 사무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 채무자가 담보목적물을 처분한 경우 배임죄가 성립한다고 한 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1829 판결, 대법원 1998. 11. 10. 선고 98도2526 판결, 대법원 2007. 6. 15. 선고 2006도3912 판결, 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도13187 판결, 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010도11293 판결, 대법원 2011. 11. 22. 선고 2010도7923 판결을 비롯한 같은 취지의 대법원 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서

모두 변경하기로 한다(대판 2020.2.20, 2019도9756 전원합의체).

[사실관계] 甲 주식회사를 운영하는 피고인이 乙 은행으로부터 대출을 받으면서 대출금을 완납할 때까지 甲 회사 소유의 동산인 골재생산기(크리셔)를 점유개정 방식으로 양도담보로 제공하기로 하는 계약을 체결하였음에도 담보목적물인 동산을 丙 등에게 매각함으로써 乙 은행에 대출금 상당의 손해를 가하였다고 하여 배임의 공소사실로 기소된 사안에서, 대법원은 금전채권채무 관계에서 채권자가 채무자에 대한 신임을 기초로 그의 재산을 보호 또는 관리하는 임무를 부여하였다고 할 수 없고, 금전채무의 이행은 어디까지나 채무자가 자신의 급부 의무의 이행으로서 행하는 것이므로 이를 두고 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없어 채무자를 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 볼 수 없으며, 또한 채무자가 채무를 담보하기 동산을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 경우에도 채무자가 양도담보설정계약에 따라 부담하는 의무는 채무자 자신의 급부 의무로 이를 이행하는 것은 자신의 사무이고, 담보설정계약의 체결이나 담보권 설정 전후를 불문하고 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 여전히 금전채권의 실현 내지 피담보채무의 변제에 있으므로 담보설정계약상의 의무를 이유로 담보를 제공한 채무자를 ‘타인의 사무를 처리하는 자’로 볼 수 없으므로 채무자가 담보물을 처분하였다 하여 배임죄로 처벌할 수 없다는 등의 이유로 이와 다른 취지의 종래 판례를 변경하고, 배임죄를 유죄로 판단한 원심판결을 파기하였음.

[변경판례]

- ① 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1829 판결; 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010도11293 판결
금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 점유개정에 의하여 양도한 경우에는 이른바 약한 양도담보가 설정된 것이라고 볼 것이므로, 채무자는 채권자(양도담보권자)가 담보의 목적을 달성할 수 있도록 이를 보관할 의무를 지게 되어 채권자에 대하여 그의 사무를 처리하는 자의 지위에 있게 된다 할 것이니, 채무자가 양도담보된 동산을 처분하는 등 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에는 배임죄가 성립된다.
- ② 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도13187 판결
채무자가 채권자와 사이에 그로부터 금원을 차용하되 그 담보로 채무자 소유의 주식에 대하여 현실 교부의 방법으로 양도담보를 설정하기로 약정하고 채권자로부터 차용금의 일부 또는 전부를 수령한 이상 특단의 사정이 없는 한 채무자는 채권자에게 그 주식을 현실로 교부함으로써 채권자가 그 주식에 대한 양도담보권을 취득하는 데에 협력할 임무가 있다고 할 것이므로, 아직 채권자에게 주식의 현실 교부가 이루어지지 아니한 상태에서 채무자가 제3자와 사이에 그로부터 금원을 차용하되 그 담보로 그 주식의 일부 또는 전부에 대하여 현실 교부의 방법으로 양도담보를 설정하기로 약정하고 제3자로부터 차용금의 일부 또는 전부를 수령하였다면 이는 채권자에 대한 양도담보권 취득을 위한 주식교부절차 협력의무 위배와 밀접한 행위로서 배임죄의 실행의 착수에 해당한다고 할 것이다.
- ③ 대법원 1998. 11. 10. 선고 98도2526 판결
수입업자가 신용장개설은행에게 양도담보로 제공한 수입 물품이 통관을 위하여 보세창고업자에게 입고되자 관세법 제6조 소정의 관세납부의무자인 물품을 수입한 화주로서 수입신고를 하고, 통관절차를 마친 다음 보세창고업자에게 수입신고필증을 제시하고 물품을 인도받았다면 수입업자는 신의법칙상 양도담보권자인 개설은행이 담보의 목적을 달성할 수 있도록 개설은행에 대한 신용장대금 변제시까지 위 물품을 보관할 의무를 지게 되고, 이 의무는 개설은행에 대하여 타인의 사무에 해당한다고 할 것이므로 위 물품을 처분하는 등 부당하게 그 담보가치를 감소시키는 행위는 형법상 배임죄를 구성한다.

유가증권위조·변조죄

[참고판례] [수표위조·변조죄에 관한 구 부정수표 단속법 제5조는 유가증권에 관한 형법 제214조 제1항 위반행위를 가중처벌하려는 규정인지 여부(적극)] 수표위조·변조죄에 관한 구 부정수표 단속법 제5조는 “수표를 위조 또는 변조한 자는 1년 이상의 유기징역과 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처한다.”라고 정하여 수표의 강한 유통성과 거래수단으로서의 중요성을 감안하여 유가증권 중 수표의 위조·변조행위에 관하여는 범죄성립요건을 완화하여 초과주관적 구성요건인 ‘행사할 목적’을 요구하지 않는 한편, / 형법 제214조 제1항 위반에 해당하는 다른 유가증권위조·변조행위보다 그 형을 가중하여 처벌하려는 규정이다(대판 2019.11.28, 2019도12022).

공전자기록등불실기재

28. 주식회사의 발기인 등이 상법 등 법령에 정한 회사설립의 요건과 절차에 따라 회사설립등기를 함으로써 회사가 성립하였다고 볼 수 있는 경우라도 발기인 등이 회사를 설립할 당시 회사를 실제로 운영할 의사 없이 회사를 이용한 범죄 의도나 목적이 있었다면 공전자기록 등 불실기재죄와 그 행사죄가 성립한다. 20.상반기

X : [범죄에 이용할 목적으로 주식회사 설립등기를 한 것으로 인한 공전자기록 등 불실기재죄와 그 행사죄가 문제되는 사건] 주식회사의 발기인 등이 상법 등 법령에 정한 회사설립의 요건과 절차에 따라 회사설립등기를 함으로써 회사가 성립하였다고 볼 수 있는 경우 회사설립등기와 그 기재 내용은 특별한 사정이 없는 한 형법 제228조 제1항에서 정한 공정증서원본 불실기재죄나 공전자기록 등 불실기재죄(이하 위 두 죄를 합쳐 ‘공정증서원본 등 불실기재죄’라 한다)에서 말하는 불실의 사실에 해당하지 않는다. 발기인 등이 회사를 설립할 당시 회사를 실제로 운영할 의사 없이 회사를 이용한 범죄 의도나 목적이 있었다거나, 회사로서의 인적·물적 조직 등 영업의 실질을 갖추지 않았다는 이유만으로는 불실의 사실을 법인등기부에 기록하게 한 것으로 볼 수 없다(대판 2020.2.27, 2019도9293).

∴ 등기관은 회사설립에 관한 등기신청에 대하여 실제법상 권리관계와 일치하는지 여부를 일일이 심사할 권한은 없고 오직 신청서, 그 첨부서류와 등기부에 의하여 상법, 상업등기법과 상업등기규칙 등에 정해진 절차와 내용에 따라 등기요건에 합치하는지 여부를 심사할 권한밖에 없고, 회사설립의 실제 의도나 목적을 심사할 권한이나 방법이 없으며, 회사설립등기가 발기인 등의 주관적 의도나 목적을 공시하는 것도 아니므로

[사실관계] 피고인 등은 회사 명의로 이른바 ‘대포통장’을 유통시키기 위해 주식회사 설립등기를 하였고, 이에 대해 주식회사를 설립한 사실이 없는데도 설립등기를 마쳐 회사설립등기에 불실의 사실을 기록하게 하고 이를 행사하였다는 내용의 공전자기록 등 불실기재와 그 행사죄로 기소되었는데, 피고인이 범죄 목적으로 회사설립등기를 하였다거나, 회사설립등기 당시 회사로서의 인적·물적 조직 등 영업의 실질을 포함한 회사의 실체를 갖추지 않았다는 사정만으로는 회사설립행위 자체를 없었던 것으로 본다거나 회사설립등기에 따른 회사 성립의 효력을 함부로 부정할 수 없다고 판단하고, 이 사건은 주식회사의 발기인 등이 상법 등 법령에 정한 회사설립의 요건과 절차에 따라 회사설립등기를 함으로써 회사가 성립하였다고 볼 수 있는 경우에 해당하므로, 회사설립등기와 그 기재 내용이 공정증서원본 등 불실기재죄에서 말하는 불실의 사실에 해당하지 않는다고 판단하였음(그밖에 피고인이 관여한 대포통장 유통행위에 대해서는 전자금융거래법 위반죄로 기소되어 유죄로 판단되었음).

[동지판례] [범죄에 이용할 목적으로 유한회사 설립등기를 한 것으로 인한 공전자기록 등 불실기재죄와 그 행사죄가 문제되는 사건] 유한회사의 사원이 상법 등 법령에 정한 회사설립의 요건과 절차에 따

라 회사설립등기를 함으로써 회사가 성립하였다고 볼 수 있는 경우 회사설립등기와 그 기재 내용은 특별한 사정이 없는 한 형법 제228조 제1항에서 정한 공정증서원본 불실기재죄나 공전자기록 등 불실기재죄(이하 위 두 죄를 합쳐 ‘공정증서원본 등 불실기재죄’라 한다)에서 말하는 불실의 사실에 해당하지 않는다. 유한회사의 사원 등 회사설립에 관여하는 사람이 회사를 설립할 당시 회사를 실제로 운영할 의사 없이 회사를 이용한 범죄 의도나 목적이 있었다거나, 회사로서의 인적·물적 조직 등 영업의 실질을 갖추지 않았다는 이유만으로는 불실의 사실을 법인등기부에 기록하게 한 것으로 볼 수 없다(대판 2020.3.26, 2019도7729). ⇨ 주식회사에 관하여 먼저 선고된 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019도9293 판결과 그 취지를 함께 하는 것임

29. 한국환경공단이 설치·운영하는 폐기물정보처리시스템인 ‘올바로시스템’은 공무원 또는 공무소의 전자 기록에 해당하지 않는다. 20.상반기

○ : [한국환경공단이 설치·운영하는 폐기물정보처리시스템인 ‘올바로시스템’이 공무원 또는 공무소의 전자 기록에 해당하지 않는다고 판단한 사건] 형법 제227조의2(공전자기록위작·변작)는 “사무처리를 그 르치게 할 목적으로 공무원 또는 공무소의 전자기록 등 특수매체기록을 위작 또는 변작한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정하고 있다. 여기에서 ‘공무원’이란 원칙적으로 법령에 의해 공무원의 지위를 가지는 자를 말하고, ‘공무소’란 공무원이 직무를 행하는 관청 또는 기관을 말하며, ‘공무원 또는 공무소의 전자기록’은 공무원 또는 공무소가 그 직무상 작성할 권한을 가지는 전자기록을 말한다. 따라서 그 행위주체가 공무원 또는 공무소가 아닌 경우에는 형법 또는 특별법에 의하여 공무원 등으로 의제되는 경우를 제외하고는 계약 등에 의하여 공무와 관련되는 업무를 일부 대행하는 경우가 있더라도 공무원 또는 공무소가 될 수 없다(대판 2020.3.12, 2016도19170).

[사실관계] 한국환경공단법에 의하여 설립된 한국환경공단의 임직원은 공무원이 아니라 단지 관련 법령에 의하여 형법 제129조(수뢰, 사전수뢰)부터 제132조(알선수뢰)까지의 규정을 적용할 때 공무원으로 의제될 뿐이어서 한국환경공단은 형법 제227조의2에서 규정한 ‘공무원 또는 공무소’에 해당하지 않는다는 이유로, 한국환경공단이 설치·운영하는 폐기물 전자정보처리프로그램인 ‘올바로시스템’이 ‘공무원 또는 공무소의 전자기록’에 해당하지 않는다고 판단한 사례

공문서부정행사

30. 공문서부정행사죄는 공문서에 대한 공공의 신용 등을 보호하기 위한 데 입법 취지가 있는 것으로, 공문서에 대한 공공의 신용 등을 해할 위험이 있으면 범죄가 성립하지만, 그러한 위험조차 없는 경우에는 범죄가 성립하지 아니한다. 20.상반기

○ : [타인의 자동차운전면허증을 촬영한 이미지파일을 제시하여 공문서부정행사로 공소제기된 사건] 대판 2019.12.12, 2018도2560

31. 자동차 등의 운전자가 경찰공무원에게 다른 사람의 운전면허증 자체가 아니라 이를 촬영한 이미지 파일을 휴대전화 화면 등을 통하여 보여주는 행위는 공문서부정행사죄를 구성한다. 20.상반기

X : [타인의 자동차운전면허증을 촬영한 이미지파일을 제시하여 공문서부정행사로 공소제기된 사건] 공문서부정행사죄의 구성요건과 입법 취지, 도로교통법 제92조의 규정 내용과 입법 취지 등에 비추어 보면, 자동차 등의 운전자가 운전 중에 도로교통법 제92조 제2항에 따라 경찰공무원으로부터 운전면허증의 제시를 요구받은 경우 운전면허증의 특정된 용법에 따른 행사는 도로교통법 관계 법령에 따라 발급된 운전면허증 자체를 제시하는 것이라고 보아야 한다. 이 경우 자동차 등의 운전자가 경찰공무원에게 다른 사람의 운전면허증 자체가 아니라 이를 촬영한 이미지파일을 휴대전화 화면 등을

통하여 보여주는 행위는 운전면허증의 특정된 용법에 따른 행사라고 볼 수 없는 것이어서 그로 인하여 경찰공무원이 그릇된 신용을 형성할 위험이 있다고 할 수 없으므로, 이러한 행위는 결국 공문서부정행사죄를 구성하지 아니한다(대판 2019.12.12, 2018도2560).

공연음란죄

32. 형법 제245조의 공연음란죄에서의 ‘음란한 행위’는 ‘성행위’로 한정해석하여야 한다. 20.상반기

X : [성기, 엉덩이 노출 사건] [1] 형법 제245조 공연음란죄에서의 ‘음란한 행위’란 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 행위를 가리키는 것이고, 그 행위가 반드시 성행위를 묘사하거나 성적인 의도를 표출할 것을 요하는 것은 아니다. [2] 경범죄 처벌법 제3조 제1항 제33호가 ‘공개된 장소에서 공공연하게 성기·엉덩이 등 신체의 주요한 부위를 노출하여 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준 사람’을 처벌하도록 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 성기·엉덩이 등 신체의 주요한 부위를 노출한 행위가 있었을 경우 그 일시와 장소, 노출 부위, 노출 방법·정도, 노출 동기·경위 등 구체적 사정에 비추어, 그것이 단순히 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 주는 정도에 불과하다면 경범죄 처벌법 제3조 제1항 제33호에 해당할 뿐이지만, / 그와 같은 정도가 아니라 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하는 것이라면 형법 제245조의 ‘음란한 행위’에 해당한다고 할 수 있다. [3] ‘음란’이라는 개념 자체는 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적이고도 유동적인 것이고, 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것이므로, 결국 음란성을 구체적으로 판단함에 있어서는 행위자의 주관적 의도가 아니라 사회 평균인의 입장에서 그 전체적인 내용을 관찰하여 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다(대판 2020.1.16, 2019도14056).

[사실관계] 피고인이 나신의 여인을 묘사한 부조가 조각된 참전비 앞길에서 바지와 팬티를 내리고 성기와 엉덩이를 노출한 채 있었던 사건

33. 피고인이 참전비 앞길에서 바지와 팬티를 내리고 성기와 엉덩이를 노출한 채 나신의 여인 조각상이 있는 참전비를 바라보고 서 있었고 참전비의 한쪽 끝 방향으로 걸어가다가 돌아서서 걷기도 하는 등 위와 같이 노출한 상태에서 참전비 앞에 서 있거나 그 주위를 서성거렸는데, 행위 당시가 야간이었으나 주위의 조명 등으로 위 참전비 앞길은 어둡지 않았고, 다수의 사람들이 통행하고 있었다면, 피고인에게서 공연음란죄가 성립한다. 20.상반기

O : [성기, 엉덩이 노출 사건] 대판 2020.1.16, 2019도14056

직권남용권리행사방해

34. 법무부 검찰국장인 피고인이, 검찰국이 마련하는 인사안 결정과 관련한 업무권한을 남용하여 검사 인사담당 검사 甲으로 하여금 2015년 하반기 검사인사에서 부치지청에 근무하고 있던 경력검사 乙을 다른 부치지청으로 다시 전보시키는 내용의 인사안을 작성하게 한 경우 의무 없는 일을 하게 하였다고 하여 직권남용권리행사방해죄가 성립된다고 할 수 없다. 20.상반기

○ : [검사 전보인사 관련 직권남용권리행사방해 사건] 법무부 검찰국장인 피고인이, 검찰국이 마련하는 인사안 결정과 관련한 업무권한을 남용하여 검사인사담당 검사 甲으로 하여금 2015년 하반기 검사인사에서 부치지청(강사 주: 부장검사가 있는 지청)에 근무하고 있던 경력검사 乙을 다른 부치지청으로 다시 전보시키는 내용의 인사안을 작성하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다고 하여 직권남용권리행사방해로 기소된 사안에서, 피고인이 甲으로 하여금 위 인사안을 작성하게 한 것을 두고 피고인의 직무집행을 보조하는 甲으로 하여금 그가 지켜야 할 직무집행의 기준과 절차를 위반하여 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 보기 어렵다(2020.1.9, 2019도11698). ∴ 경력검사 부치지청 배치제도가 검사인사담당 검사가 검사의 전보인사안을 작성할 때 지켜야 할 절대적 기준이라고 볼 수 없으므로

35. 공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하였다면 원칙적으로 직권남용권리행사방해죄에서의 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 할 수 있다. 20.상반기

X : [검사 전보인사 관련 직권남용권리행사방해 사건] 공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 할 수 없다. / 그러나 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’에 해당한다. 공무원의 직무집행을 보조하는 실무 담당자에게 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있는지 여부 및 공무원의 직권남용행위로 인하여 실무 담당자가 한 일이 그러한 기준이나 절차를 위반하여 한 것으로서 법령상 의무 없는 일인지 여부는 관련 법령 등의 내용에 따라 개별적으로 판단하여야 한다(2020.1.9, 2019도11698).

36. 직권남용권리행사방해죄는 단순히 공무원이 직권을 남용하는 행위를 하였다는 것만으로 곧바로 성립하는 것이 아니다. 20.상반기

○ : [문화예술계 지원배제 등 관련 직권남용권리행사방해 사건] 직권남용권리행사방해죄는 단순히 공무원이 직권을 남용하는 행위를 하였다는 것만으로 곧바로 성립하는 것이 아니다. 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. ‘사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 것’과 ‘사람의 권리행사를 방해한 것’은 형법 제123조가 규정하고 있는 객관적 구성요건요소인 ‘결과’로서 둘 중 어느 하나가 충족되면 직권남용권리행사방해죄가 성립한다. 이는 ‘공무원이 직권을 남용하여’와 구별되는 별개의 범죄성립요건이다. 따라서 공무원이 한 행위가 직권남용에 해당한다고 하여 그러한 이유만으로 상대방이 한 일이 ‘의무 없는 일’에 해당한다고 인정할 수는 없다. ‘의무 없는 일’에 해당하는지는 직권을 남용하였는지와 별도로 상

대방이 그러한 일을 할 법령상 의무가 있는지를 살펴 개별적으로 판단하여야 한다. 직권을 남용한 행위가 위법하다는 이유로 곧바로 그에 따른 행위가 의무 없는 일이 된다고 인정하면 '의무 없는 일을 하게 한 때'라는 범죄성립요건의 독자성을 부정하는 결과가 되고, '권리행사를 방해한 때'의 경우와 비교하여 형평에도 어긋나게 된다.

직권남용 행위의 상대방이 일반 사인인 경우 특별한 사정이 없는 한 직권에 대응하여 따라야 할 의무가 없으므로 그에게 어떠한 행위를 하게 하였다면 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당할 수 있다. / 그러나 상대방이 공무원이거나 법령에 따라 일정한 공적 임무를 부여받고 있는 공공기관 등의 임직원인 경우에는 법령에 따라 임무를 수행하는 지위에 있으므로 그가 직권에 대응하여 어떠한 일을 한 것이 의무 없는 일인지 여부는 관계 법령 등의 내용에 따라 개별적으로 판단하여야 한다. 결국 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 어떠한 일을 하게 한 때에 상대방이 공무원 또는 유관기관의 임직원인 경우에는 그가 한 일이 형식과 내용 등에 있어 직무범위 내에 속하는 사항으로서 법령 그 밖의 관련 규정에 따라 직무수행 과정에서 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등을 위반하지 않는다면 특별한 사정이 없는 한 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 보기 어렵다(대판 2020.1.30, 2018도2236 전원합의체).

[사실관계] 대통령비서실장을 비롯한 피고인들 등이 문화체육관광부 공무원을 통하여 문화예술진흥기금 등 정부의 지원을 신청한 개인·단체의 이념적 성향이나 정치적 견해 등을 이유로 한국문화예술위원회·영화진흥위원회·한국출판문화산업진흥원이 수행한 각종 사업에서 이른바 좌파 등에 대한 지원배제를 지시함으로써 한국문화예술위원회·영화진흥위원회·한국출판문화산업진흥원 직원들로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다는 직권남용권리행사방해의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인들의 위와 같은 지원배제 지시는 '직권남용'에 해당하고, 위 지원배제 지시로서 문화체육관광부 공무원이 한국문화예술위원회·영화진흥위원회·한국출판문화산업진흥원 직원들로 하여금 지원배제 방침이 관철될 때까지 사업진행 절차를 중단하는 행위, 지원배제 대상자에게 불리한 사정을 부각시켜 심의위원회에 전달하는 행위 등을 하게 한 것은 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당하나, / 문화체육관광부 공무원에게 각종 명단을 송부하게 한 행위, 공모사업 진행 중 수시로 심의 진행 상황을 보고하게 한 행위 부분은 의무 없는 일에 해당하기 어렵다고 볼 여지가 있다고 한 사례

[비교판례] 대통령비서실장을 비롯한 피고인들 등이 문화체육관광부(이하 '문체부'라 한다) 공무원들을 통하여 문화예술진흥기금 등 정부의 지원을 신청한 개인·단체의 이념적 성향이나 정치적 견해 등을 이유로 한국문화예술위원회·영화진흥위원회·한국출판문화산업진흥원(이하 각각 '예술위', '영진위', '출판진흥원'이라 한다)이 수행한 각종 사업에서 이른바 좌파 등에 대한 지원배제에 이르는 과정에서, 공무원 甲 및 지원배제 적용에 소극적인 문체부 1급 공무원 乙 등에 대하여 사직서를 제출하도록 요구하고, 예술위·영진위·출판진흥원 직원들로 하여금 지원심의 등에 개입하도록 지시함으로써 업무상·신분상 불이익을 당할 위험이 있다는 위구심을 일으켜 의무 없는 일을 하게 하였다는 강요의 공소사실로 기소된 사안은, 일부 사업에서 특징인 또는 특정단체가 지원배제 지시에도 불구하고 지원 대상자로 선정되기도 한 사정 등을 종합할 때, 피고인들이 상대방의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하였다는 점에 대한 증거가 부족하다고 본 원심판단을 수긍한 사례(대판 2020.1.30, 2018도2236 전원합의체).

37. 공무원이 한 행위가 직권남용에 해당하여 위법하다면 그 상대방이 한 일은 '의무 없는 일'에 해당한다고 인정할 수 있다. 20.상반기

X : 대판 2020.1.30, 2018도2236 전원합의체

[동지판례] 대판 2020.2.13, 2019도5186 [사실관계] 대통령비서실장 및 정부수석비서관실 소속 공무원 들인 피고인들이, 2014~2016년도의 3년 동안 각 연도별로 전국경제인연합회에 특정 정치성향 시민 단체들에 대한 자금지원을 요구하고 그로 인하여 전국경제인연합회 부회장 甲으로 하여금 해당 단

체들에 자금지원을 하도록 하였다고 하여 직권남용권리행사방해 및 강요의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인들이 자금지원을 요구한 행위는 대통령비서실장과 정무수석비서관실의 일반적 직무권한에 속하는 사항으로서 직권을 남용한 경우에 해당하고, 甲은 위 직권남용 행위로 인하여 (해당 보수 시민단체에 대한) 자금지원 결정이라는 의무 없는 일을 하였다는 등의 이유로 직권남용권리행사방해죄가 성립한다고 본 원심판단을 수긍하고, 한편 피고인들의 자금지원 요구를 강요죄의 성립 요건인 협박, 즉 해악의 고지에 해당한다고 단정할 수 없다는 이유로, 이와 달리 본 원심판단에 강요죄의 협박에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

38. 국가정보원 국장이 사기업으로 하여금 보수단체에 대하여 자금을 지원하게 한 경우 직권남용죄가 성립한다. 20.상반기

X : 국가정보원 △△△△△국장인 피고인 2와 △△△△△국 □□단 소속 기업 담당 I/O(Intelligence Officer, 정보 담당관)에게는 사기업에 보수단체에 대한 자금지원을 요청할 수 있는 일반적 직무권한이 없으므로, 피고인 2가 ◇◇그룹과 ☆☆그룹으로 하여금 특정 보수단체에 자금을 지원하게 한 행위는 국가정보원 △△△△△국장의 지위를 이용한 불법행위에 해당할지언정 그 직권을 남용한 행위로 볼 수 없다(대판 2019.3.14, 2018도18646). ∴ 국가정보원 국장에게는 사기업에 자금지원을 요청할 일반적 직무권한이 없으므로 → 보수단체 자금지원 관련 국가정보원법 위반의 점을 무죄로 판단한 사례

뇌물

39. 대통령과 국가정보원장들이 국고를 횡령하기로 공모하면서 횡령금을 모두 대통령에게 귀속시키기로 합의하였고 국가정보원장들이 2013년 5월부터 2016년 7월까지 대통령에게 금원을 교부하였다 하더라도 횡령죄가 성립할 뿐 뇌물공여죄가 성립한다고 볼 수 없다. 20.상반기

○ : [국가정보원장들이 대통령에게 특별사업비를 교부한 사건] 대통령과 국가정보원장들이 국고를 횡령하기로 공모하면서 횡령금을 모두 대통령에게 귀속시키기로 합의하였고 국가정보원장들이 2013년 5월부터 2016년 7월까지 대통령에게 금원을 교부하였다 하더라도 이는 대통령이 국고를 직접 횡령한 것으로 평가될 뿐 국가정보원장들이 뇌물로서 대통령에게 교부한 것으로 볼 수 없다(대판 2019.11.28, 2018도20832).

40. 횡령 범행으로 취득한 돈을 공범자끼리 수수한 행위가 공동정범들 사이의 범행에 의하여 취득한 돈을 공모에 따라 내부적으로 분배한 것에 지나지 않는다면 별도로 그 돈의 수수행위에 관하여 뇌물죄가 성립하는 것은 아니다. 20.상반기

○ : [대통령이 국가정보원장들로부터 특별사업비를 교부받은 사건] 횡령 범행으로 취득한 돈을 공범자끼리 수수한 행위가 공동정범들 사이의 범행에 의하여 취득한 돈을 공모에 따라 내부적으로 분배한 것에 지나지 않는다면 별도로 그 돈의 수수행위에 관하여 뇌물죄가 성립하는 것은 아니다. 그와 같이 수수한 돈의 성격을 뇌물로 볼 것인지 횡령금의 분배로 볼 것인지 여부는 돈을 공여하고 수수한 당사자들의 의사, 수수된 돈의 액수, 횡령 범행과 수수행위의 시간적 간격, 수수한 돈이 횡령한 그 돈인지 여부, 수수한 장소와 방법 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 평가하여 판단하여야 한다(대판 2019.11.28, 2019도11766).