

## 제1절 형법

[간략한 강평은 유튜브 “정주형TV”에 업로드되어 있습니다]

### 1. 사용자가 근로자와 퇴직금 지급기일 연장에 관한 합의를 한 후 연장된 지급기일까지 퇴직금을 지급하지 않았을 경우, 구 「근로자퇴직급여 보장법」 제9조 위반죄의 성립 여부(적극)

구 「근로자퇴직급여 보장법」 제9조는 “사용자는 근로자가 퇴직한 경우에는 그 지급사유가 발생한 날부터 14일 이내에 퇴직금을 지급하여야 한다. 다만, 특별한 사정이 있는 경우에는 당사자 간의 합의에 따라 지급기일을 연장할 수 있다.” 라고 규정하고, 제44조 제1호는 “제9조를 위반하여 퇴직금을 지급하지 아니한 자”를 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하는 것으로 규정하고 있다. 금품청산의무에 대한 구 퇴직급여법 제9조 본문은 근로자가 퇴직으로 근로관계가 종료된 후에도 당연히 지급받아야 할 퇴직금을 조속히 지급받지 못한다면 금품을 받기 위하여 사업장에 남아 있는 등 부당하게 사용자에게 예속되기 쉽고 또한, 근로자 및 근로자가족의 생활이 위협받을 우려가 있을 뿐만 아니라 시간이 흐름에 따라 금품을 지급받지 못할 위험이 커지므로 법률관계를 조기에 청산하도록 강제하려는 취지이다.

위와 같은 규정의 문언과 형식, 취지에 비추어 보면, 구 퇴직급여법 제9조 단서는 당사자 간의 합의에 따라 지급기일을 연장할 수 있도록 하는 규정에 불과하고 연장한 지급기일까지 퇴직금을 지급하지 아니한 사용자의 형사책임까지 배제하는 취지라고 볼 수 없다. 따라서 사용자가 구 퇴직급여법 제9조 단서에 따라 퇴직금의 지급사유가 발생한 날부터 14일 이내에 근로자와 지급기일을 연장하는 합의를 하였더라도 연장한 지급기일까지 퇴직금을 지급하지 아니한다면 구 퇴직급여법 제9조 위반죄가 성립한다(대판 2023.07.13. 2023도188).

### 1. 구청으로부터 어린이집 전반을 위탁받은 사람은 그 위탁운영 전반에 관한 책임귀속의 주체이고 설립자인 구청이 실질적으로 관여하였다고 볼 만한 자료가 없다면, 그 사용인의 아동학대행위에 대한 양벌규정의 수범자는 구청장이 아니라 구립 어린이집의 원장이라고 보아야 한다. ( )

**해설** 피고인이 구청으로부터 이 사건 어린이집 운영 전반을 위탁받은 사람으로서 그 위탁운영 전반에 관한 책임귀속의 주체라고 볼 수 있는 점, 이 사건 어린이집 운영의 본질적인 내용인 재원 아동에 관한 보육프로그램 수립 및 보육교사들을 통한 보육 이행에 관련된 부분은 모두 수탁운영자인 피고인의 주도 하에 실시된 것으로 볼 수 있고, 여기에 설립자인 인천광역시 서구청이 실질적으로 관여하였다고 볼만한 자료가 없는 점 등 여러 사정들에 비추어, 피고인이 이 사건 어린이집 원장으로서 어린이집 운영에 관한 양벌규정의 수범자 지위에 있다고 볼 수 있음에도, 피고인이 이 사건 어린이집을 자신의 계산으로 운영하는 사업주라고 인정할 수 없다고 보아 무죄를 선고한 원심을 파기·환송함(대판 2023.07.13. 2021도2761)

정답 ○

2. 철도노조 조합원 2인이 조명탑 대기장소에 올라가 농성을 벌이는 가운데, 그 아래에 천막을 설치하고, 지지 집회를 개최하고 음식물과 책 등 물품을 제공한 피고인들의 행위는 위 조합원들의 업무방해범죄에 대한 방조범에 해당한다. ( )

**해설** 피고인들이 조명탑 점거농성 개시부터 관여한 것으로는 보이지 않는 점, 회사 인사 방침에 대한 의견을 표현하는 집회의 개최 등은 조합활동에 속하고, 농성자들에게 제공한 음식물 등은 생존을 위해 요구되는 것인 점 등의 사정을 들어 피고인들의 행위가 전체적으로 보아 조명탑 점거에 일부 도움이 된 측면이 있었다고 하더라도, 행위의 태양과 빈도, 경위, 장소적 특성 등에 비추어 농성자들의 업무방해범죄 실현과 밀접한 관련이 있는 행위로 보기 어렵다고 판단하여 방조죄에서 요구하는 인과관계를 부정하여, 이와 달리 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심을 파기·환송함(대판 2023.06.29. 2017도9835).

**정답** ×

**유제**

1. 방조범은 정범에 종속하여 성립하는 범죄이므로 방조행위와 정범의 범죄 실현 사이에는 인과관계가 필요하다.
2. 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 없는 행위를 도와준 데 지나지 않는 경우에는 방조범이 성립하지 않는다.
3. 방조범이 성립하려면 방조행위가 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있고 정범으로 하여금 구체적 위험을 실현시키거나 범죄 결과를 발생시킬 기회를 높이는 등으로 정범의 범죄 실현에 현실적인 기여를 하였다고 평가할 수 있어야 한다.
4. 위법한 정의행위에 대한 조력행위가 업무방해방조에 해당하는지 판단할 때는 헌법이 보장하는 위와 같은 기본권이 위축되지 않도록 업무방해방조죄의 성립 범위를 신중하게 판단하여야 한다.

**2. 공장 내 CCTV에 비닐봉지를 씌워 촬영하지 못하도록 한 행위가 위력에 의한 업무방해에 해당하는지 여부 및 정당행위로 볼 수 있는지 여부가 문제된 사건**

[1] 근로자들의 동의 절차나 협의를 거치지 않고 설치된 공장 내 CCTV를 통하여 시설물 관리 업무를 하는 경우 업무방해죄의 보호대상인지 여부(적극)

이 사건 회사는 군산에 사업장을 두고 중·대형 트럭, 버스의 개발, 제조 등을 업으로 하는 회사로, 근로자수는 약 1,350명이다. 군산 공장의 전체 부지는 약 187,000평 정도이고, 그 안에 야외 작업장(특장자재 상하차, 테스트 주행 등을 하는 작업장)과 가건물로 된 실내 공장(조립 공장, 도장 공장, 자재 창고 등)이 있다. 공장부지 외곽에는 울타리가 쳐져 있고, 출입문에 경비소가 있어 근로자만 출입이 가능하며, 외부인이 출입하려면 사전에 방문예약시스템을 통해 인적사항 및 방문목적을 확인하는 절차를 거쳐야 한다. 이 사건 회사는 2013. 12.경 및 2014. 5.경 자재를 도난당하는 피해를 입었고, 2014. 3.경 및 2015. 5.경 일부 공장 외벽 등에 화재가 발생하였다. 회사는 2015. 8.경 시설물 안전, 화재 감시 등을 이유로 이 사건 CCTV 설치공사를 시작하였다. 이 사건 노조는 2015. 10. 14. 회사 측에 근로자들의 동의 및 노조와의 어떠한 협의도 없이 공사를 진행하는 것은 부당하다는 취지로 항의하며 공사 중지를 요구하였으나, 회사는 근로자들의 동의나 노사협의회 협의를 필요로 하는 사항이 아니라고 주장하며 CCTV 설치공사를 계속하여 2015. 10. 말경 설치공사를 완료하였다. 이 사건 CCTV 카메라는 총 51대인데, 그 중 32대는 공장부지의 외곽 울타리를 따라 설치된 것으로, 울타리를 중심으로 공장부지 외부와 내부를 함께 찍고, 막대 고정형이어서 회전이나 줌 기능은 없다. 나머지 19대는 공장부지 내 주요 시설물(16대)과 출입구(3대)에 설치된 것으로, 돛형으로 실외에 위치하고 회전이나 줌 기능이 있으나, 이 사건 회사는 제1심 사실조회 회신에서 프

로그캠 삭제를 통하여 회전이나 줌 기능은 사용하지 않는다고 하였다. 이 사건 CCTV 카메라 중 공장부지 내 주요 시설물을 촬영하는 16대의 경우 근로자들의 직·간접적인 근로 현장이 촬영대상에 포함되고, 출입구에 설치된 3대의 경우 근로자들의 출퇴근 장면을 촬영하며, 줌 기능을 사용하지 않는 경우 작게 보이기 는 하지만 그 사람을 아는 경우 누구인지 식별할 수 있을 정도의 개인영상정보가 수집된다. 이 사건 회사는 이 사건 CCTV 카메라 설치에 관하여 근로자들의 동의를 받거나 노사협의회의 협의를 거치지 아니하였다. 이러한 사실관계를 관련 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 회사는 시설물 보안및 화재 감시라는 정당한 이익을 위하여 이 사건 CCTV를 설치한 것으로 볼 수 있으므로, 비록 그 설치 과정에서 근로자들의 동의 절차나 노사협의회의 협의를 거치지 아니하였다 하더라도 그 업무가 법률상 보호할 가치가 없다고 평가할 수 없다. 따라서 이 사건 CCTV의 설치 및 운영을 통한 시설물 관리 업무는 업무방해죄의 보호대상에 해당한다. 피고인들의 공소사실 기재 각 행위는 이 사건 CCTV 카메라의 촬영을 불가능하게 하는 물적 상태를 만든 것으로 위력에 해당하고, 시설물 관리 업무를 방해할 위험성도 인정되므로, 구성요건해당성을 인정한 원심판결은 정당하고, 여기에 상고이유 주장과 같은 잘못이 없다(대판 2023.06.29. 2018도1917).

[2] 형법 제20조가 정한 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말한다. 정당행위를 인정하려면, 첫째 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다. 이때 어떠한 행위가 위 요건들을 충족하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 구체적인 사안에서 정당행위로 인정되기 위한 긴급성이나 보충성의 정도는 개별 사안에 따라 다를 수 있다. 한편 어떠한 행위가 범죄 구성요건에 해당하지만 정당행위라는 이유로 위법성이 조각된다는 것은 그 행위가 적극적으로 용인, 권장된다는 의미가 아니라 단지 특정한 상황 하에서 그 행위가 범죄행위로서 처벌대상이 될 정도의 위법성을 갖추지 못하였다는 것을 의미한다.

⇒ 대법원은 위와 같은 법리에 따라, 이 사건 CCTV 카메라의 촬영을 불가능하게 한 각 행위들은 모두 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건에 해당하고, 그중 회사가 CCTV를 작동시키지 않았거나 시험가동만 한 상태에서 촬영을 방해한 행위는 정당행위로 볼 수 없으나, 정식으로 CCTV 작동을 시작한 후에는 회사의 정당한 이익 달성이 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우에 해당한다고 보기 어려워 그 촬영을 방해한 행위가 정당행위에 해당할 여지가 있음을 이유로, 원심판결을 파기·환송함(대판 2023.06.29. 2018도1917)

### 3. 근로자들의 동의 절차나 협의를 거치지 않고 설치된 공장 내 CCTV를 설치하여 시설물 관리 업무를 진행하였다 하더라도 그 업무가 법률상 보호할 가치가 없다고 평가할 수 없다. ( )

**해설** 이 사건 CCTV 카메라 중 공장부지 내 주요 시설물을 촬영하는 16대의 경우 근로자들의 직·간접적인 근로 현장이 촬영대상에 포함되고, 출입구에 설치된 3대의 경우 근로자들의 출퇴근 장면을 촬영하며, 줌 기능을 사용하지 않는 경우 작게 보이기 는 하지만 그 사람을 아는 경우 누구인지 식별할 수 있을 정도의 개인영상정보가 수집된다. 이 사건 회사는 이 사건 CCTV 카메라 설치에 관하여 근로자들의 동의를 받거나 노사협의회의 협의를 거치지 아니하였다. 이러한 사실관계를 관련 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 회사는 시설물 보안및 화재 감시라는 정당한 이익을 위하여 이 사건 CCTV를 설치한 것으로 볼 수 있으므로, 비록 그 설치 과정에서 근로자들의 동의 절차나 노사협의회의 협의를 거치지 아니하였다 하더라도 그 업무가 법률상 보호할 가치가 없다고 평가할 수 없다. 따라서 이 사건 CCTV의 설치 및 운영을 통한 시설물 관리 업무는 업무방해죄의 보호대상에 해당한다. 피고인

들의 공소사실 기재 각 행위는 이 사건 CCTV 카메라의 촬영을 불가능하게 하는 물적 상태를 만든 것으로 위력에 해당하고, 시설물 관리 업무를 방해할 위험성도 인정되므로, 구성요건해당성을 인정한 원심판결은 정당하고, 여기에 상고이유 주장과 같은 잘못이 없다(대판 2023.06.29. 2018도1917).

정답 ○

유제

1. 근로자들의 동의 절차나 협의를 거치지 않고 사업주에 의해 설치된 공장 내 CCTV가 작동되자, 공장의 근로자인 피고인들이 검정비닐봉지를 씌워 CCTV 카메라의 촬영을 불가능하게 한 행위는 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건에 해당하나, 형법 제 20 조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각될 여지가 있다.

3. 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서 각호의 종합보험 가입특례 적용 예외에 해당하기 위해서는 운전자가 위 단서 각호의 행위를 고의로 행할 것을 요하는지 여부(적극)

[1] 법규정 문언의 가능한 의미를 벗어나 형벌법규를 해석하는 것은 유추해석으로서 죄형법정주의에 위반된다. 유추해석금지의 원칙은 모든 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용되므로, 위법성 및 책임의 조각사유나 소추조건, 또는 처벌조각사유인 형면제 사유에 관하여 범위를 제한적으로 유추적용하면 행위자의 가벌성의 범위가 확대되어 행위자에게 불리하고, 이는 가능한 문언의 의미를 넘어 범죄구성요건을 유추적용하는 것과 같은 결과를 초래하므로 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반하여 허용될 수 없다(대판 2023.06.29. 2021도17733).

[2] 도로교통법 위반(무면허운전)죄는 도로교통법 제43조를 위반하여 운전면허를 받지 아니하고 자동차를 운전하는 경우에 성립하는 범죄로, 유효한 운전면허가 없음을 알면서도 자동차를 운전하는 경우에만 성립하는 고의범이다. 「교통사고처리 특례법」 제3조 제2항 단서 제7호는 도로교통법 위반(무면허운전)죄와 동일하게 도로교통법 제43조를 위반하여 운전면허를 받지 아니하고 자동차를 운전하는 행위를 대상으로 교통사고 처벌 특례를 적용하지 않도록 하고 있다. 따라서 위 단서 제7호에서 말하는 '도로교통법 제43조를 위반' 한 행위는 도로교통법 위반(무면허운전)죄와 마찬가지로 유효한 운전면허가 없음을 알면서도 자동차를 운전하는 경우만을 의미한다고 보아야 한다.

4. 피고인이 음란물사이트 운영자로부터 아동·청소년이용음란물이 저장되어 있는 클라우드에 접근할 수 있는 인터넷 주소(링크)를 제공받았을 뿐, 위 음란물을 다운로드 하는 등 실제로 지배할 수 있는 상태로 나아가지 않은 경우 구 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제11조 제5항의 아동·청소년이용음란물 ‘소지’ 로 평가할 수는 없다. ( )

**해설** 형벌 법규의 해석은 엄격하여야 하고 문언의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하는 것은 죄형법정주의 원칙에 어긋나는 것이다. 구 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제11조 제5항은 “아동·청소년이용음란물임을 알면서 이를 소지한 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.” 라고 규정하고 있다. 여기서 ‘소지’란 아동·청소년이용음란물을 자기가 지배할 수 있는 상태에 두고 지배관계를 지속시키는 행위를 말하고, 인터넷 주소(URL)는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 영상물 등의 웹 위치 정보 또는 경로를 나타낸 것에 불과하다. 따라서 아동·청소년이용음란물 파일을 구입하여 시청할 수 있는 상태 또는 접근할 수 있는 상태만으로 곧바로 이를 소지로 보는 것은 소지에 대한 문언 해석의 한계를 넘어서는 것이어서 허용될 수 없으므로, 피고인이 자신이 지배하지 않는 서버 등에 저장된 아동·청소년이용음란물에 접근하여 다운로드받을 수 있는 인터넷 주소 등을 제공받은 것에 그친다면 특별한 사정이 없는 한 아동·청소년이용음란물을 ‘소지’ 한 것으로 평가하기는 어렵다(대판 2023.06.29. 2022도6278).

**주** 다만, 개정 아·청법은 구법과 달리 소지 이외에 별도로 구입도 처벌하고 있으므로, 개정법하에서는 처벌대상이 된다.

**정답** ○

4. 전동킥보드와 같은 개인형 이동장치가 구 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의11 제1항의 ‘원동기장치자전거’ 에 해당하는지 여부가 문제된 사건

구 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(2022. 12. 27. 법률 제19104호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 특정범죄가중법’이라 한다) 제5조의3 제1항, 제5조의11 제1항은 음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 도로교통법 제2조에 규정된 자동차 또는 원동기장치자전거를 운전하여 사람을 상해에 이르게 한 사람을 처벌하도록 규정하고 있다. 구 도로교통법(2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 도로교통법’이라 한다) 제2조 제19호 나목은 ‘배기량 50시시 미만(전기를 동력으로 하는 경우에는 정격출력 0.59킬로와트 미만)의 원동기를 단 차(「자전거 이용 활성화에 관한 법률」 제2조 제1호의2에 따른 전기자전거는 제외한다)’를 원동기장치자전거 중 일부로 규정하였고, 이 사건 전동킥보드는 위 규정에 따라 원동기장치자전거에 해당하였다. 그런데 구 도로교통법이 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되어 이 사건 범행 이후인 2020. 12. 10. 개정 도로교통법이 시행되면서 제2조 제19호의2 및 제21호의2에서 이 사건 전동킥보드와 같은 “개인형 이동장치”와 이를 포함하는 “자전거 등”에 관한 정의규정을 신설하였다. 이에 따라 개인형 이동장치는 개정 도로교통법 제2조 제21호의 “자동차 등”이 아닌 같은 조 제21호의2의 “자전거 등”에 해당하게 되었다.

그러나 개정 도로교통법 제2조 제19호의2는 “개인형 이동장치”란 제19호 나목의 원동기장치자전거 중 시속 25킬로미터 이상으로 운행할 경우 전동기가 작동하지 아니하고 차체 중량이 30킬로그램 미만인 것으로서 행정안전부령으로 정하는 것을 말한다고 규정함으로써 그 문언상 원동기장치자전거 내에 개인형 이동장치가 포함되어 있음을 알 수 있다. 또한 개정 도로교통법 제17조 제1항, 제50조 제3항 등 여러 규정을 보더라도 개인형 이동장치가 원동기장치자전거 내에 포함됨을 전제로 이를 위 각 규정의 적용대상에서 제외하는 방식을 취하고 있고, 개정 도로교통법 제13조의2, 제15조의2 등 기존의 자전거의 통행방법 등에 관한 규정에 개인형 이동장치까지 포함하도록 정하고 있다. 이러한 점을 고려하면 전동킥보드와 같은 개

인형 이동장치는 원동기장치자전거와는 다른 별개의 개념이 아니라 원동기장치자전거에 포함되고, 다만, 개정 도로교통법은 통행방법 등에 관하여 개인형 이동장치를 자전거에 준하여 규율하면서 입법기술상의 편의를 위해 이를 “자전거 등”으로 분류하였다고 보는 것이 타당하다.

이러한 개정 도로교통법의 문언·내용·체계에다가 도로교통법 및 특정범죄가중법의 입법목적과 보호법익, 전동킥보드와 같은 개인형 이동장치에 대한 특정범죄가중법상의 규율 및 처벌의 필요성 등을 고려해 보면, 구 특정범죄가중법 제5조의11에서의 ‘원동기장치자전거’에는 전동킥보드와 같은 개인형 이동장치도 포함된다고 판단되고, 비록 개정 도로교통법이 전동킥보드와 같은 개인형 이동장치에 관한 규정을 신설하면서 이를 “자동차 등”이 아닌 “자전거 등”으로 분류하였다고 하여 이를 형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 된 경우’라고 볼 수는 없다(대판 2023.06.29. 2022도13430).

⇒ 피고인은, ‘2020. 10. 9. 음주의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 전동킥보드를 운전하여 사람을 상해에 이르게 하였다’는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치상) 등의 공소사실로 기소됨. 피고인의 위 범행 이후인 2020. 12. 10. 시행된 개정 도로교통법은 전동킥보드와 같은 ‘개인형 이동장치’에 관한 규정을 신설하면서, 이를 원동기장치자전거가 포함된 제2조 제21호의 ‘자동차 등’이 아닌 동조 제21호의2의 ‘자전거 등’으로 분류하였음.

대법원은 위와 같은 법리에 따라, 구 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(2022. 12. 27. 법률 제19104호로 개정되기 전의 것) 제5조의11 제1항의 ‘원동기장치자전거’에는 전동킥보드와 같은 개인형 이동장치도 포함되고, 개정 도로교통법이 개인형 이동장치에 관한 규정을 신설하면서 이를 ‘자전거 등’으로 분류하였다고 하여 이를 형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 된 경우’라고 볼 수는 없다고 판단하여, 위 공소사실을 유죄로 판단한 원심의 결론을 정당한 것으로 수긍하고 피고인의 상고를 기각함

### 판례해설 및 쟁점정리

1. 종래 대법원은 전원합의체 판결을 통하여(대판[전합] 2022.12.22. 2020도16420), 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호는 종래의 처벌 자체가 부당하였다거나 또는 과형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 변경하였을 경우에만 적용된다고 한 대법원 1963. 1. 31. 선고 62도257 판결 등 종래 대법원판례 법리(이른바 ‘동기설’)를 변경하여, 범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우에는 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용된다고 판시한바 있다.
2. 2020도16420 판결에서 원심판결 선고 후 시행된 개정 도로교통법에 따르면 이 사건 전동킥보드와 같은 개인형 이동장치 음주운전 행위는 ‘자동차등’에 관한 제148조의2가 아니라 ‘자전거등’에 관한 제156조 제11호의 적용 대상이 됨으로써 그 법정형이 종전보다 가벼우므로, 가벼운 개정법이 적용되어 개정법에 따라 처벌되어야 한다고 판시한바 있다.
3. 나아가, 본 판례에서는 개정 도로교통법이 개인형 이동장치에 관한 규정을 신설하면서 이를 ‘자전거 등’으로 분류하였다고 하여 이를 형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 된 경우’라고 볼 수는 없다고 판단하였다.

## 5. 출입권한을 보유한 자가 야간에 절도 목적으로 건조물에 침입한 사안

[1] 주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거 침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온 상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온을 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 특별한 사정이 없는 한 거주자의 의사에 반하는 것이겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 거주자의 주관적 사정만으로 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다. 이는 건조물침입죄의 경우에도 마찬가지이다(대판 2023.06.29. 2023도3351).

[2] 형법은 제319조 제1항에서 ‘사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자’를 주거침입죄로 처벌한다고 규정하였는바, 주거침입죄는 주거에 거주하는 거주자, 건조물이나 선박, 항공기의 관리자, 방실의 점유자 이외의 사람이 위 주거, 건조물, 선박이나 항공기, 방실에 침입한 경우에 성립한다. 따라서 주거침입죄의 객체는 행위자 이외의 사람, 즉 ‘타인’이 거주하는 주거 등이라고 할 것이므로 행위자 자신이 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로 거주하거나 관리 또는 점유하는 주거 등에 임의로 출입하더라도 주거침입죄를 구성하지 않는다. 다만 다른 사람과 공동으로 주거에 거주하거나 건조물을 관리하던 사람이 공동생활관계에서 이탈하거나 주거 등에 대한 사실상의 지배·관리를 상실한 경우 등 특별한 사정이 있는 경우에 주거침입죄가 성립할 수 있을 뿐이다(대판 2023.06.29. 2023도3351).

[3] 피해자로부터 피해 회사 출입을 위한 스마트키를 교부받아 별다른 제한 없이 사용하던 피고인이 야간에 이를 이용하여 피해 회사에 들어가 물건을 절취하여 야간건조물침입죄로 기소됨. 대법원은, 피고인이 피해자와 공동으로 관리·점유하는 피해 회사 사무실에 임의로 출입한 것이므로 원칙적으로 건조물침입죄가 성립한다고 볼 수 없고, 피고인이 피해자와의 관계에서 피해 회사에 대한 출입과 관련하여 공동생활관계에서 이탈하였거나 이에 관한 사실상의 지배·관리를 상실한 경우 등의 특별한 사정이 있다고 보기도 어려우며, 피고인이 피해자로부터 교부받은 스마트키를 이용하여 피해 회사에서 예정한 통상적인 출입방법에 따라 위 사무실에 들어간 것일 뿐 그 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 볼 때 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 피해 회사에 들어갔다고 볼 만한 사정도 없다고 판단하여, 공소사실을 유죄로 본 원심의 판단에 건조물침입죄의 성립에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 보아 원심판결을 파기·환송함

## 5. 피해자가 운영하는 회사의 직원으로서, 피해자로부터 피해 회사 출입을 위한 스마트키를 교부받아 별다른 제한 없이 사용하던 피고인이 야간에 이를 이용하여 피해 회사에 들어가 물건을 절취하였다면, 야간 주거침입절도죄가 성립한다. ( )

**해설** 형법은 제319조 제1항에서 ‘사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자’를 주거침입죄로 처벌한다고 규정하였는바, 주거침입죄는 주거에 거주하는 거주자, 건조물이나 선박, 항공기의 관리자, 방실의 점유자 이외의 사람이 위 주거, 건조물, 선박이나 항공기, 방실에 침입한 경우에 성립한다. 따라서 주거침입죄의 객체는 행위자 이외의 사람, 즉 ‘타인’이 거주하는 주거 등이라고 할 것이므로 행위자 자신이 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로 거주하거나 관리 또는 점유하는 주거 등에 임의로 출입하더라도 주거침입죄를 구성하지 않는다. 다만 다른 사람과 공동으로 주거에 거주하거나 건조물을 관리하던 사람이 공동생활관계에서 이탈하거나 주거 등에 대한 사실상의 지배·관리를 상실한 경우 등 특별한 사정이 있는 경우에 주거침입죄가 성립할 수 있을 뿐이다(대판 2023.06.29. 2023도3351).

즉, 판례는 평소의 출입권한이 있는 피고인이 비록 범죄목적으로 침입하였다 하더라도 이를 주거침입이라고 볼 수 없으므로, 단지 절도죄가 성립할 뿐 야간주거침입절도죄는 성립하지 않는다고 본 것이다.

정답 ×

6. 검사가 사회봉사를 명한 집행유예 판결을 선고받은 피고인에 대해 집행유예 취소청구를 하여 법원이 피고인에 대한 집행유예취소결정을 하였는데, 피고인이 이에 대해 즉시항고 및 재항고를 연이어 제기하였다. 그런데, 재항고심의 진행도중 집행유예기간이 경과하였다면, 재항고심은 피고인에 대한 집행유예 취소결정을 할 수 없다. ( )

**해설** 검사는 보호관찰이나 사회봉사 또는 수감을 명한 집행유예를 받은 자가 준수사항이나 명령을 위반하고 그 정도가 무거운 경우 보호관찰소장의 신청을 받아 집행유예의 선고 취소청구를 할 수 있는데(보호관찰 등에 관한 법률 제47조 제1항, 형법 제64조 제2항), 그 심리 도중 집행유예 기간이 경과하면 형의 선고는 효력을 잃기 때문에 더 이상 집행유예의 선고를 취소할 수 없고 취소청구를 기각할 수밖에 없다. 집행유예의 선고 취소결정에 대한 즉시항고 또는 재항고 상태에서 집행유예 기간이 경과한 때에도 같다. 이처럼 집행유예의 선고 취소는 '집행유예 기간 중'에만 가능하다는 시간적 한계가 있다(대결 2023.06.29. 2023모1007). 정답 ○

7. 다른 사람에게 접근매체를 양도할 의사로 계좌를 개설하면서 금융기관 업무담당자에게 이에 관한 사항을 허위로 답변하여 업무담당자가 이를 믿고 피고인에게 예금통장을 개설해주었다면, 피고인의 소위는 위계에 의한 업무방해죄를 구성한다. ( )

**해설** 계좌개설 신청인이 접근매체를 양도할 의사로 금융기관에 계좌를 개설하면서 예금거래신청서 등에 금융거래의 목적이나 접근매체의 양도 의사 유무 등에 관한 사실을 허위로 기재하였으나, 계좌개설 심사업무를 담당하는 금융기관의 업무담당자가 단순히 예금거래신청서 등에 기재된 계좌개설 신청인의 허위 답변만을 그대로 믿고 그 내용의 진실 여부를 확인할 수 있는 증빙자료의 요구 등 추가적인 확인조치 없이 계좌를 개설해 준 경우 그 계좌개설은 금융기관 업무담당자의 불충분한 심사에 기인한 것이므로, 계좌개설 신청인의 위계가 업무방해의 위험성을 발생시켰다고 할 수 없어 위계에 의한 업무방해죄를 구성하지 않는다고 보아야 한다(대판 2023.08.31. 2021도17151). 정답 ×

8. 피고인들 중 1인이 피해자를 폭행하고 나머지는 이를 휴대전화로 촬영하거나 지켜보았다면, 피고인들의 행위는 폭력행위등처벌에 관한 법률 소정의 2인이상의 공동폭행행위에 해당한다. ( )

**해설** 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제2조 제2항 제1호의 '2명 이상이 공동하여 폭행의 죄를 범한 때'라고 함은 그 수인 사이에 공범관계가 존재하고, 수인이 동일 장소에서 동일 기회에 상호 다른 자의 범행을 인식하고 이를 이용하여 폭행의 범행을 한 경우임을 요한다. 따라서 폭행 실행범과의 공모사실이 인정되더라도 그와 공동하여 범행에 가담하였거나 범행장소에 있었다고 인정되지 아니하는 경우에는 공동하여 죄를 범한 때에 해당하지 않고, 여러 사람이 공동하여 범행을 공모하였다면 그중 2인 이상이 범행장소에서 실제 범죄의 실행에 이르렀어야 나머지 공모자에게도 공모공동정범이 성립할 수 있을 뿐이다(대판 2023.08.31. 2023도6355). 정답 ×



- 9. 학위논문을 작성함에 있어 자료를 분석, 정리하여 논문의 내용을 완성하는 일의 대부분을 타인에게 의존하였다면 그 논문은 타인에 의하여 대작된 것이라고 보아야 할 것이나, 학위청구논문의 작성계획을 밝히는 예비심사 단계에서 제출된 논문 또는 자료의 경우에는 아직 본격적인 연구가 이루어지기 전이고, 연구주제 선정, 목차 구성, 논문작성계획의 수립, 기존 연구성과의 정리 등에 논문지도교수의 폭넓은 지도를 예정하고 있다고 할 것이어서 학위논문과 동일하게 볼 수 없다. ( )

해설
대판 2023.09.14. 2021도13708
정답
○

**6. 전화통화 및 카카오톡 메시지가 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제3호, 제44조의7 제1항 제3호의 ‘공포심이나 불안감을 유발하는 문언 등을 반복적으로 상대방에게 도달하는 행위’에 해당하는지 여부를 판단할 때 유의할 점**

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제74조 제1항 제3호, 제44조의7 제1항 제3호는 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 처벌한다. 여기서 ‘공포심이나 불안감을 유발하는 문언을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위’에 해당하는지 여부는 상대방에게 보낸 문언의 내용과 그 표현 방법 및 함축된 의미, 피고인과 상대방 사이의 관계, 문언을 보낸 경위, 횟수 및 그 전후의 사정, 상대방이 처한 상황 등을 종합적으로 고려해서 판단하여야 한다. 나아가, 이 범죄는 구성요건상 위 조항에서 정한 정보통신망을 이용하여 상대방의 불안감 등을 조성하는 일정 행위의 반복을 필수적인 요건으로 삼고 있을 뿐만 아니라 그 입법 취지에 비추어 보더라도 정보통신망을 이용한 일련의 불안감 조성행위가 이에 해당한다고 하기 위해서는 각 행위 상호간에 일시·장소의 근접, 방법의 유사성, 기회의 동일, 범의의 계속 등 밀접한 관계가 있어 전체적으로 상대방의 불안감 등을 조성하기 위한 일련의 반복적인 행위로 평가할 수 있는 경우여야만 하고, 그와 같이 평가될 수 없는 일회성 내지 비연속적인 단발성 행위가 여러 번 이루어진 것에 불과한 경우에는 각 행위의 구체적 내용 및 정도에 따라 협박죄나 경범죄처벌법상 불안감 조성행위 등 별개의 범죄로 처벌할 수 있음은 별론으로 하더라도 위 법 위반죄로 처벌할 수 없다(대판 2023.09.14. 2023도5814).

⇒ 대표이사인 피고인이 근무태도 등을 이유로 피해자에게 해고의 의사표시를 하자 피해자가 반발한 상황에서, 피고인의 피해자에 대한 카카오톡 메시지 7회 발송 및 전화통화 2회가 ‘공포심이나 불안감을 유발하는 문언 등을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위’에 해당함을 이유로 기소된 사안임

대법원은, ① 전화통화의 전체적인 내용 및 취지는 피고인이 피해자를 타이르면서 해고 통지의 수용 및 그에 따른 이행을 촉구하는 내용이 대부분인데, 그 중 피고인에게 불리하게 보이는 극히 일부의 표현만 추출하여 공소가 제기되었으며, 그마저도 피해자가 해고 통지를 수용하지 않겠다는 의사를 계속 고수함에 따라 피고인이 순간적으로 격분하여 대표이사 지위에서 해고 의사를 명확히 고지하는 과정에서 일시적·충동적으로 다소 과격한 표현을 사용한 것인 점, ② 7개의 카카오톡 메시지는 내용 및 시간적 간격에 비추어 약 3시간 동안 총 3개의 메시지를 발송한 것에 불과하여 정보통신망법 제44조의7 제1항 제3호에서 정한 일련의 반복적 행위에 해당한다고 단정할 수 없고, 전체적인 내용은 해고의 의사표시를 명확히 고지한 것에 불과하며, 피고인과 피해자 사이에 현안이 된 해고 방식의 고용관계 종료를 둘러싼 법적 분쟁 혹은 이에 관한 협의 과정의 급박하고 격앙된 형태 내지 전개라고 볼 수 있을 뿐 피해자의 불안감 등을 조성하기 위한 일련의 반복적인 행위라고 평가하기는 어려운 점 등을 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로

본 원심의 판단에 정보통신망법 제74조 제1항 제3호 위반죄의 성립에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 이유로 원심판결을 파기·환송함



## 7. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조 제2항 위반죄에서 말하는 촬영대상자의 의사에 반하는 촬영물의 반포가 이루어졌는지 여부가 문제된 사안

[1] 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」은 제14조 제1항에서 ‘카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영’ 하는 행위를 처벌하면서, 같은 조 제2항에서 ‘그 촬영물 또는 복제물을 반포·판매·인대·제공 또는 공공연하게 전시·상영하거나 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니한 경우에도 사후에 그 촬영물 등을 촬영대상자의 의사에 반하여 반포등’을 하는 행위도 처벌대상으로 정하고 있다.

이와 같이 성폭력처벌법 제14조 제2항 위반죄는 반포등 행위 시를 기준으로 촬영대상자의 의사에 반하여 그 행위를 함으로써 성립하고, 촬영이 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하였더라도 그 성립에 지장이 없다. 촬영대상자의 신원이 파악되지 않는 등 촬영대상자의 의사를 명확히 확인할 수 없는 경우 촬영대상자의 의사에 반하여 반포등을 하였는지 여부는, 촬영물 등을 토대로 확인할 수 있는 촬영대상자와 촬영자의 관계 및 촬영 경위, 그 내용이 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 정도, 촬영대상자의 특정가능성, 촬영물 등의 취득·반포등이 이루어진 경위 등을 종합하여 판단하여야 한다. 이때 해당 촬영물 등이 인터넷 등 정보통신망을 통하여 급속도로 광범위하게 유포될 경우 피해자에게 심각한 피해와 고통을 초래할 수 있다는 점도 아울러 고려하여야 한다(대판 2023.06.15. 2022도15414).

[2] 쟁점 공소사실(검사가 원심에서 택일적으로 추가한 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(카메라등이용촬영·반포등) 부분)]의 요지는, 피고인이 휴대전화를 이용하여 인터넷 커뮤니티사이트에 ‘한국야동’이라는 제목의 글과 함께 불상의 남녀가 나체모습으로 침대에 앉아있는 모습을 촬영한 사진 파일 1개를 게시하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 촬영한 촬영물의 복제물을 촬영 사후에 촬영대상자의 의사에 반하여 반포하였다는 것임. 원심은, 이 사건 사진이 이에 등장하는 남녀의 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체를 촬영한 것에 해당한다고 보면서도, 위 남녀에 관한 조사가 이루어지지 아니하였고 이 사건 사진이 반포를 전제로 위 남녀의 의사에 따라 촬영되었을 가능성을 배제할 수 없다는 등의 이유로 피고인이 촬영대상자들의 의사에 반하여 이 사건 사진을 반포하였음에 관한 증명이 부족하다고 보아, 쟁점 공소사실을 무죄로 판단하였음

대법원은, ① 이 사건 사진은 남녀의 성관계를 촬영한 원본동영상 중 일부를 캡처한 것인데 원본동영상은 남성이 여성의 동의 없이 몰래 촬영한 것으로 보이고 이 사건 사진에서도 촬영 각도, 남녀의 자세 및 시선 등을 통해 그러한 사정을 확인할 수 있는 점, ② 이 사건 사진의 내용은 나체의 남성과 짧은 치마를 입고 있는 여성이 침대 위에 나란히 앉아 있는 것으로 남성의 나신과 여성의 허벅지 부분이 적나라하게 드러나 있고 성관계 직전 또는 직후를 암시하는 모습을 담고 있어 상당한 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 점, ③ 이 사건 사진에 나타난 남녀의 얼굴이나 신체적 특징으로 촬영대상자들의 특징이 가능하므로 이 사건 사진이 이들의 의사에 반하여 반포될 경우 피해와 고통을 야기할 가능성이 상당한 점, ④ 피고인은 이 사건 사진에 등장하는 남녀를 전혀 알지 못하고 이들로부터 위 사진의 반포에 관하여 어떠한 동의나 양해를 받은 사실도 없이 인터넷 검색을 통해 위 사진을 취득한 다음 불특정다수인이 쉽게 접근할 수 있는 인터넷 사이트에 이를 게시하였던 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 사진의 촬영대상자들, 적어도 여성이 그 반포에 동의하리라고는 도저히 기대하기 어려우므로, 피고인의 이 사건 사진 반포는 촬영대상자들의 의사에 반하여 이루어졌고 피고인도 그러한 사정을 인식하고 있었다고 볼 여지가 충분하다고 판단하여, 원심판결을 파기·환송함

## 8. 사형을 선고한 원심판결에 대해 양형부당을 주장한 사건

사형은 인간의 생명을 박탈하는 냉엄한 궁극의 형벌로서 사법제도가 상정할 수 있는 극히 예외적인 형벌이라는 점을 감안할 때, 사형의 선고는 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 누구라도 그것이 정당하다고 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에만 허용된다. 따라서 사형을 선고할 것인지 결정하려면 형법 제51조가 규정한 사항을 중심으로 범인의 나이, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육정도, 성장과정, 가족관계, 전과의 유무, 피해자와의 관계, 범행의 동기, 사전계획의 유무, 준비의 정도, 수단과 방법, 잔인하고 포악한 정도, 결과의 중대성, 피해자의 수와 피해감정, 범행 후의 심정과 태도, 반성과 가책의 유무, 피해회복의 정도, 재범의 우려 등 양형의 조건이 되는 모든 사항을 철저히 심리하여야 하고, 그러한 심리를 거쳐 사형의 선고가 정당화될 수 있는 사정이 밝혀진 경우에 한하여 비로소 사형을 선고할 수 있다(대판 2023.07.13. 2023도2043).

법원은 이를 위하여 기록에 나타난 양형조건들을 평면적으로만 참작하는 것에서 더 나아가, 피고인의 성행과 환경 등 주관적인 양형요소를 심사할 수 있는 객관적인 자료를 확보하여 심사하여야 할 것은 물론이고, 범행 결의, 준비 및 실행 당시를 전후한 피고인의 정신상태나 심리상태의 변화 등에 대하여도 관련 분야의 전문적인 의견을 참조하여 깊이 있게 심리를 하여야 한다. 따라서 법원은 양형의 조건이 되는 사항들 중 피고인에게 유리한 정상과 불리한 정상을 충분히 심사하여야 하고, 나아가 구체적인 양형요소가 피고인에게 불리한 정상과 유리한 정상을 모두 포함하는 경우 양 쪽을 구체적으로 비교 확인한 결과를 종합하여 양형에 나아가야 한다.

⇒ 무기징역형으로 교도소에 수감되어 있던 피고인이 다른 재소자들인 공동피고인들과 공모하여 같은 방 재소자인 피해자를 때려 살해하였다고 기소된 사안임

대법원은, 사형의 선택기준이나 다른 유사사건과의 일반적 양형의 균형상 원심이 피고인에 대하여 사형을 선택한 것은 사형 선택의 요건에 관한 법리오해와 심리미진으로 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때에 해당한다는 이유로 원심판결을 파기·환송함

## 제2절 형사소송법 판례

### 9. 주한미군의 기지에서 발생한 군인 사이의 폭행에 대해 피해자의 처벌불원 의사가 표시된 사건

[1] 군형법 제60조의6 제1호는 군인들이 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조 제1호에서 정한 군사기지에서 군인등을 폭행한 경우에 폭행죄를 반의사불벌죄로 규정한 형법 제260조 제3항을 적용하지 않도록 정하고 있고, 군사기지법 제2조 제1호는 ‘군사기지’를 ‘군사시설이 위치한 군부대의 주둔지·해군기지·항공작전기지·방공기지·군용전기통신기지, 그 밖에 군사작전을 수행하기 위한 근거지’로 정의하고 있다. 이는 병영질서의 확립과 군기 유지를 위해 처벌할 공공의 이익이 크고 진정성 있는 합의를 통해 분쟁 해결을 기대하기 어려운 군인 상호간 폭행의 불법성을 고려함으로써 공소제기의 적정과 균형을 추구하고 동시에 궁극적으로는 군사기지에서의 폭행으로부터 병역의무자를 보호하기 위한 것이다. 위 각 규정의 문언과 내용, 입법목적 및 관련 규정의 체계적 해석 등을 고려하면, 군인들이 대한민국의 국군이 군사작전을 수행하기 위한 근거지에서 군인등을 폭행했다면 그곳이 대한민국의 영토 내인지, 외국군의 군사기지인지 등과 관계없이 군형법 제60조의6 제1호에 따라 형법 제260조 제3항이 적용되지 않는다(대판 2023.06.15. 2020도927).

#### 판례해설 및 쟁점정리

1. **군형법 제60조의6(군인등에 대한 폭행죄, 협박죄의 특례)** 군인등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 장소에서 군인등을 폭행 또는 협박한 경우에는 형법 제260조제3항 및 제283조제3항을 적용하지 아니한다.
  1. 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조제1호의 군사기지
  2. 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조제2호의 군사시설
  3. 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조제5호의 군용항공기
  4. 군용에 공하는 함선
2. 주한미군기지 내에서 일어난 군인사이의 폭행죄에도 군형법 제60조의6이 적용되어 반의사불벌죄에 있어 처벌의사철회등에 관한 규정이 적용되지 않는다는 취지이다.

### 10. 의사인 피고인이 간호사에게 환자 감시 업무를 맡기고 수술실을 이탈한 후 피해자인 환자에게 심정지가 발생하여 사망한 사건

의사에게 의료행위로 인한 업무상과실치사상죄를 인정하기 위해서는, 의료행위 과정에서 공소사실에 기재된 업무상과실의 존재는 물론 그러한 업무상과실로 인하여 환자에게 상해·사망 등 결과가 발생한 점에 대하여도 엄격한 증거에 따라 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증거가 이루어져야 한다. 따라서 검사는 공소사실에 기재한 업무상과실과 상해·사망 등 결과 발생 사이에 인과관계가 있음을 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명하여야 하고, 의사의 업무상 과실이 증명되었다는 사정만으로 인과관계가 추정되거나 증명 정도가 경감되는 것은 아니다. 이처럼 형사재판에서는 인과관계 증명에 있어서 ‘합리적인 의심이 없을 정도’의 증명을 요하므로 그에 관한 판단이 동일 사안의 민사재판과 달라질 수 있다(대판 2023.08.31. 2021도1833).

[반면, 같은 날 선고된 동일 사안 민사사건(2022다219427)에서는 진료상 과실과 환자 사망 사이의 인과관계가 인정되어 손해배상 책임이 인정되었음]

### 11. 성년후견인이 의사무능력인 피해자를 대리하여 처벌불원의사를 결정할 수 있는지 여부

반의사불벌죄에서 성년후견인은 명문의 규정이 없는 이상 의사무능력자인 피해자를 대리하여 피고인 또는 피의자에 대한 처벌불원의사를 결정하거나 처벌희망 의사표시를 철회할 수 없다. 성년후견인의 법정대리권 범위에 통상적인 소송행위가 포함되어 있거나 성년후견개시심판에서 정하는 바에 따라 성년후견인이 가정법원의 허가를 얻었더라도 마찬가지이다(대판[전합] 2023.07.17. 2021도11126).

### 12. 수사기관이 영장 없이 음식점에 출입하여 위법행위를 확인하고 촬영한 촬영물의 증거능력이 문제된 사건

[1] 수사기관이 범죄를 수사하면서 불특정, 다수의 출입이 가능한 장소에 통상적인 방법으로 출입하여 아무런 물리력이나 강제력을 행사하지 않고 통상적인 방법으로 위법행위를 확인하는 것은 특별한 사정이 없는 한 임의수사의 한 방법으로서 허용되므로 영장 없이 이루어졌다고 하여 위법하다고 할 수 없다. 또한 수사기관이 범죄를 수사하면서 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 촬영한 경우라면 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 할 수 없다. 다만, 촬영으로 인하여 초상권, 사생활의 비밀과 자유, 주거의 자유 등이 침해될 수 있으므로 수사기관이 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 촬영하였는지 여부는 수사기관이 촬영장소에 통상적인 방법으로 출입하였는지 또 촬영장소와 대상이 사생활의 비밀과 자유 등에 대한 보호가 합리적으로 기대되는 영역에 속하는지 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다(대판 2023.07.13. 2019도7891).

[2] 일반음식점영업자인 피고인이 음향시설을 갖추고 손님이 춤을 추는 것을 허용하여 영업자가 지켜야 할 사항을 지키지 않았다는 이유로 식품위생법 위반으로 기소된 사안임. 원심은, 경찰관들이 범죄혐의가 포착된 상태에서 그에 관한 증거를 보전하기 위하여, 불특정, 다수가 출입할 수 있는 이 사건 음식점에 통상적인 방법으로 출입하여 음식점 내에 있는 사람이라면 누구나 볼 수 있었던 손님들의 춤추는 모습을 확인하고 이를 촬영한 것은 영장 없이 이루어졌다 하여 위법하다고 볼 수 없다는 이유로, 경찰관들이 촬영한 촬영물의 증거능력을 인정하였음. 대법원은, 위와 같은 법리를 판시하고, 원심 판단을 수긍하여 상고를 기각함

10. 식품위생법 제22조 제3항은 “제1항 및 제2항의 경우에 출입·검사·수거 또는 열람하려는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표 및 조사기간, 조사범위, 조사담당자, 관계 법령 등 대통령령으로 정하는 사항이 기재된 서류를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.” 라고 규정하고 있다. 따라서 특별사법경찰관리로 지명된 공무원이 범죄수사를 위하여 음식점 등 영업소에 출입하여 증거수집 등 수사를 하는 경우에 식품위생법 제22조 제3항이 정한 절차를 준수하지 않았다면 위법하다고 보아야 한다. ( )

#### 해설

식품위생법 제22조 제3항의 문언에 비추어 보면, 식품위생법 제22조 제3항에 따라 권한을 표시하는 증표 및 조사기간 등이 기재된 서류를 제시하여야 하는 경우는 식품위생법 제22조 제1항 제2호에 따라 영업소에 출입하여 식품 등 또는 영업시설 등에 대하여 검사하거나, 식품 등의 무상 수거, 장부 또는 서류를 열람하는 등의 행정조사를 하려는 경우에 한정된다. 따라서 구 형사소송법 제197조, 구 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」 제5조 제8호에 근거하여 특별사법경찰관리로 지명된 공무원이 범죄수사를 위하여 음식점 등 영업소에 출입하여 증거수집 등 수사를 하는 경우에는 식품위생법 제22조 제3항이 정한 절차를 준수하지 않았다고 하여 위법하다고 할 수 없다 (대판 2023.07.13. 2021도10763).

정답 ×

11. 경찰관들이 나이트클럽에 손님으로 가장하고 출입하여 나이트클럽 무대 위의 음란 공연을 촬영하였다면 이는 강제수사에 해당한다. 따라서 사전 또는 사후에 영장을 발부받지 않았다면 그 촬영물은 위법수집증거로서 증거능력이 없다 ( )

**해설** 대법원은, 경찰관들이 피고인들에 대한 혐의가 포착된 상태에서 나이트클럽 내의 음란행위 영업에 관한 증거를 보전하기 위한 필요에 의하여 불특정 다수에게 공개된 장소인 나이트클럽에 통상적인 방법으로 출입하여 손님들에게 공개된 모습을 촬영한 것은 영장 없이 이루어졌다고 하여 위법하다고 볼 수 없다는 이유로, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송하였다(대판 2023.04.27. 2018도8161; 대판 2023.07.13. 2021도10763).

정답 ×

13. 증거은닉범이 본범으로부터 은닉을 교사받고 소지·보관 중이던 본범의 정보저장매체를 임의제출하는 경우 본범의 참여권 인정 여부가 문제된 사건

정보저장매체를 임의제출한 피압수자에 더하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 하는 ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’라 함은, 피의자가 압수·수색 당시 또는 이와 시간적으로 근접한 시기까지 해당 정보저장매체를 현실적으로 지배·관리하면서 그 정보저장매체 내 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 보유·행사하고, 달리 이를 자신의 의사에 따라 제3자에게 양도하거나 포기하지 아니한 경우로서, 피의자를 그 정보저장매체에 저장된 전자정보 전반에 대한 실질적인 압수·수색 당사자로 평가할 수 있는 경우를 말하는 것이다. 이에 해당하는지 여부는 민사법상 권리의 귀속에 따른 법률적·사후적 판단이 아니라 압수·수색 당시 외형적·객관적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 기준으로 판단하여야 한다. 이러한 정보저장매체의 외형적·객관적 지배·관리 등 상태와 별도로 단지 피의자나 그 밖의 제3자가 과거 그 정보저장매체의 이용 내지 개별 전자정보의 생성·이용 등에 관여한 사실이 있거나 그 과정에서 생성된 전자정보에 의해 식별되는 정보주체에 해당한다는 사정만으로 그들을 실질적으로 압수·수색을 받는 당사자로 취급하여야 하는 것은 아니다(대판[전합] 2023.09.18. 2022도7453).

#### 14. 성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매알선등)죄 성립 여부 및 공소사실 특정 여부가 문제된 사건

##### [1] 성매수자에게 실제로 성매매에 나아가려는 의사가 없었다고 하더라도 성매매알선등행위의처벌에관한법률 제19조에서 정한 성매매알선죄가 성립하는지 여부(적극)

성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」(이하 ‘성매매처벌법’ 이라 한다) 제2조 제1항 제2호가 규정하는 ‘성매매알선’은 성매매를 하려는 당사자 사이에 서서 이를 중개하거나 편의를 도모하는 것을 의미하므로, 성매매의 알선이 되기 위하여는 반드시 그 알선에 의하여 성매매를 하려는 당사자가 실제로 성매매를 하거나 서로 대면하는 정도에 이르러야만 하는 것은 아니고, 성매매를 하려는 당사자들의 의사를 연결하여 더 이상 알선자의 개입이 없더라도 당사자 사이에 성매매에 이를 수 있을 정도의 주선행위만 있으면 족하다. 그리고 성매매처벌법 제19조에서 정한 성매매알선죄는 성매매죄 정범에 종속되는 중범이 아니라 성매매죄 정범의 존재와 관계없이 그 자체로 독자적인 정범을 구성하므로, 알선자가 위와 같은 주선행위를 하였다면 성매수자에게 실제로는 성매매에 나아가려는 의사가 없었다고 하더라도 위 법에서 정한 성매매알선죄가 성립한다(대판 2023.06.29. 2020도3626).

##### [2] 이 사건 공소사실 기재 범행이 포괄일죄 관계로서 그 공소사실이 특정되었는지 여부(적극)

동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이다.

공소사실의 기재에 관해서 범죄의 일시·장소·방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어외의 범위를 특정하여 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있으므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시·장소·방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위와 같이 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 개괄적 표시가 부득이한 경우에는, 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없으며, 특히 포괄일죄에 관해서는 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정되는 것이다. 그리고 공소장에 범죄의 일시·장소·방법 등의 일부가 다소 불명확하더라도 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 공소사실을 특정할 수 있고, 그리하여 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면, 공소제기의 효력에는 영향이 없다(대판 2023.06.29. 2020도3626).

[3] 원심은, 단속 경찰관에 대한 성매매알선행위에 대하여 현실적인 성매매의 실현 가능성이 없음을 전제로 무죄를 선고하고, 나머지 공소사실에 대하여 실제적 경합 관계에 있음에도 개별적인 성매매알선행위가 특정되지 아니하였다는 이유로 공소를 기각하였음

대법원은, 성매매처벌법 제19조에서 정한 성매매알선죄는 알선자의 개입이 없더라도 당사자 사이에 성매매에 이를 수 있을 정도의 주선행위만 있으면 족하고, 성매매죄와 별개의 독자적인 정범을 구성하므로 피고인이 성매매 당사자인 단속 경찰관과 성매매 여성 사이에 성매매에 이를 수 있을 정도의 주선행위를 한 이상 단속 경찰관에게 성매수 의사가 있었는지 여부와 무관하게 성매매처벌법 위반(성매매알선등)죄가 성립하며, 이 사건 공소사실 기재 범행은 피고인이 2017. 10. 10.부터 2017. 10. 12.까지 자신이 운영하던 성매매업소에서 성매매 광고를 보고 방문한 손님들에게 대금 10만 원을 받고 종업원인 태국 국적 여성 6명과의 성매매를 알선하였다는 것으로서 그 전체가 포괄일죄 관계로서 공소사실이 특정되었다고 보아 이와 달리 본 원심을 파기·환송함



### 15. 검사의 공소장변경허가신청에 대하여 허가 여부를 명시적으로 결정하지 않은 채 절차를 진행한 사건

법원은 검사의 공소장변경허가신청에 대해 결정의 형식으로 이를 허가 또는 불허가 하고, 법원의 허가 여부 결정은 공판정 외에서 별도의 결정서를 작성하여 고지하거나 공판정에서 구술로 하고 공판조서에 기재할 수도 있다. 만일 공소장변경허가 여부 결정을 공판정에서 고지하였다면 그 사실은 공판조서의 필요적 기재사항이다(형사소송법 제51조 제2항 제14호). 공소장변경허가신청이 있음에도 공소장변경 허가 여부 결정을 명시적으로 하지 않은 채 공판절차를 진행하면 현실적 심판대상이 된 공소사실이 무엇인지 불명확하여 피고인의 방어권 행사에 영향을 줄 수 있으므로 공소장변경 허가 여부 결정은 위와 같은 형식으로 명시적인 결정을 하는 것이 바람직하다(대판 2023.06.15. 2023도3038).

### 12. 포괄일죄 관계인 범행의 일부에 대하여 판결이 확정되거나 약식명령이 확정되었는데 그 사실심 판결선고시 또는 약식명령 발령시를 기준으로 그 이전에 이루어진 범행이 포괄일죄의 일부에 해당할 뿐만 아니라 그와 상상적 경합관계에 있는 다른 죄에도 해당하는 경우에는 확정된 판결 내지 약식명령의 기판력은 위와 같이 상상적 경합관계에 있는 다른 죄에 대하여도 미친다. ( )

**해설** 포괄일죄 관계인 범행의 일부에 대하여 판결이 확정된 경우에는 사실심 판결선고시를 기준으로, 약식명령이 확정된 경우에는 약식명령 발령시를 기준으로, 그 이전에 이루어진 범행에 대하여는 확정판결의 기판력이 미친다. 또한 상상적 경합범 중 1죄에 대한 확정판결의 기판력은 다른 죄에 대하여도 미친다. 따라서 포괄일죄 관계인 범행의 일부에 대하여 판결이 확정되거나 약식명령이 확정되었는데 그 사실심 판결선고시 또는 약식명령 발령시를 기준으로 그 이전에 이루어진 범행이 포괄일죄의 일부에 해당할 뿐만 아니라 그와 상상적 경합관계에 있는 다른 죄에도 해당하는 경우에는 확정된 판결 내지 약식명령의 기판력은 위와 같이 상상적 경합관계에 있는 다른 죄에 대하여도 미친다(대판 2023.06.29. 2020도3705).

정답 ○

### 13. 판결선고기일로 지정되지 않았던 일자에 판결선고절차를 진행한 경우라 하더라도, 그로 인하여 피고인의 방어권, 변호인의 변호권이 본질적으로 침해되지 않았다고 볼 만한 특별한 사정이 있다면 판결에 영향을 미친 법령 위반이라고 할 수 없다. ( )

**해설** 형사소송법은 공판기일의 지정 및 변경 절차에 관하여 다음과 같이 규정한다. 판결의 선고는 변론을 종결한 기일에 하여야 하나, 특별한 사정이 있는 때에는 따로 선고기일을 지정할 수 있다(제318조의4 제1항). 재판장은 공판기일을 정하거나 변경할 수 있는데(제267조, 제270조), 공판기일에는 피고인을 소환하여야 하고, 검사, 변호인에게 공판기일을 통지하여야 한다(제267조 제2항, 제3항). 다만 이와 같은 규정이 준수되지 않은 채로 공판기일의 진행이 이루어진 경우에도 그로 인하여 피고인의 방어권, 변호인의 변호권이 본질적으로 침해되지 않았다고 볼 만한 특별한 사정이 있다면 판결에 영향을 미친 법령 위반이라고 할 수 없다(대판 2023.07.13. 2023도4371).

정답 ○

14. 항소심이 제1회 공판기일인 2023. 3. 8. 변론을 종결하면서 피해자와의 합의서 등 피고인에게 유리한 양형자료 제출을 위한 기간을 고려하여 제2회 공판기일인 선고기일을 2023. 4. 7.로 지정하여 고지하였는데, 지정·고지된 바와 달리 갑자기 판결선고기일을 변경하여 2023. 3. 24. 피고인에 대한 선고기일이 진행되어 교도소에 재감중이던 피고인이 교도관의 지시에 따라 법정에 출석하였고, 항소심이 피고인의 항소를 기각하는 판결(징역 3년을 선고한 1심을 유지)을 선고하였다면, 이는 피고인의 방어권과 이에 관한 변호인의 변호권을 침해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. ( )

**해설** 원심이 제1회 공판기일인 2023. 3. 8. 변론을 종결하면서 피해자와의 합의서 등 피고인에게 유리한 양형자료 제출을 위한 기간을 고려하여 제2회 공판기일인 선고기일을 2023. 4. 7.로 지정하여 고지하였는데, 지정·고지된 바와 달리 2023. 3. 24. 피고인에 대한 선고기일이 진행되어 교도소에 재감중이던 피고인이 교도관의 지시에 따라 법정에 출석하였고, 원심이 피고인의 항소를 기각하는 판결을 선고한 사안임. 대법원은, 원심이 판결선고기일로 지정되지 않았던 일자에 판결선고 절차를 진행하는 것은 공판기일의 지정에 관한 법령을 위반하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이고, 설령 재판장이 피고인이 재정한 상태에서 선고를 하겠다고 고지함으로써 선고기일이 변경된 것으로 보더라도, 양형자료 제출 기회는 방어권 행사의 일환으로 보호될 필요가 있고, 형사소송법 제383조에 의하면 10년 미만의 형이 선고된 사건에서는 양형이 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없으므로 피고인에게 원심판결의 선고기일이 양형에 관한 방어권을 행사할 수 있는 마지막 시점으로서 의미가 있는데, 원심법원이 변론종결시 고지되었던 선고기일을 피고인과 변호인에게 사전에 통지하는 절차를 거치지 않은 채 급박하게 변경하여 판결을 선고함으로써 피고인의 방어권과 이에 관한 변호인의 변호권을 침해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다는 이유로, 원심판결을 파기·환송함 (대판 2023.07.13. 2023도4371)

**정답** ○

## 16. 「제주4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법」 제14조 제3항에 따라 제주지방법원에 관할이 있는 재심사건이 무엇인지 문제된 사건

[1] 「제주4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법」은 제주 4·3 사건의 진상을 규명하고 이 사건과 관련된 희생자와 그 유족들의 명예회복 및 희생자에 대한 보상을 함으로써 인권신장과 민주발전 및 국민화합에 이바지할 목적으로 제정되었다(제1조). 4·3 사건법 제2조 제2호에서 ‘희생자’는 제주4·3사건으로 인하여 사망하거나 행방불명된 사람, 후유장애가 남은 사람 또는 수형인으로서 제5조 제2항 제2호에 따라 제주4·3사건진상규명및희생자명예회복위원회의 심사를 통하여 제주4·3사건의 희생자로 결정된 사람을 말한다고 규정하고 있다. 한편, 같은 법 제14조는 ‘특별재심’이라는 제목 아래 제1항에서 희생자로서 제주 4·3 사건으로 인하여 유죄의 확정판결을 선고받은 사람, 수형인 명부 등 관련 자료로서 위와 같은 사람으로 인정되는 사람은 형사소송법과 군사법원법의 재심이유, 재심청구권자에 관한 규정에도 불구하고 재심을 청구할 수 있다고 규정하여, 희생자에게 형사소송법 등의 재심절차와 별도로 특별재심을 청구할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 같은 조 제3항은 형사소송법과 군사법원법의 재심의 관할에 관한 규정에도 불구하고 재심의 청구는 제주지방법원이 관할한다고 규정하여 재심사건에 관하여 원판결 법원이 어디인지에 관계없이 제주지방법원에 전속관할을 인정하고 있다. 위와 같이 4·3 사건법 제14조는 제1조의 목적 달성을 위하여 형사소송법과 군사법원법상 재심의 예외적 제도로서 특별재심절차에 관하여 정하고 있는 조항이라는 점과 4·3 사건법 제2조 제2호, 제14조 등 관련 규정의 문언 및 체계적 해석에 비추어 보면, 제14조 제3항에서 제주지방법원에 전속관할권을 인정한 사건은 제5조 제2항 제2호에 따라 위원회로부터 제주 4·3 사건의 희생자로 결정된 경우에 청구하는 제14조 제1항의 특별재심사건에 한정된다고 보아야 한다. 따라서 위원회로부터 희생자 결정을 받지 않은 상태에서 형사소송법에 따른 재심을 청구하는 사건에는 형사소송법 제423조가 적용되어 원판결의 법원이 관할권을 가진다(대결 2023.07.14. 2023모1121).

[2] 피고인은 제주4·3사건 당시 제주도에 살던 사람인데 광주지방법원에서 국가보안법위반죄 등으로 징역을 선고받아 확정된 다음 형집행을 마치고 출소 후 사망하였고, 피고인의 아들인 재심청구인은 4·3사건법에 따른 희생자 신고를 하였으나 아직까지 희생자 결정을 받지 못한 상태였다. 대법원은, 4·3사건법 제14조 제3항에 따라 제주지방법원에 관할이 있는 사건은 특별재심사건에 한정되고, 위원회로부터 희생자 결정을 받지 않은 상태에서 형사소송법에 따른 일반재심을 청구하는 사건에는 형사소송법에 따라 원판결 법원인 광주지방법원이 관할권을 가진다는 이유로, 같은 취지에서 제주지방법원의 재심개시결정을 취소하고 사건을 광주지방법원으로 이송하는 결정을 한 원심판단이 정당하다고 판단하여 재항고를 기각함