

있는 것이어서 진보성이 부정된다.

5. 결론

위와 같이 이 사건 제1항 출원발명은 진보성이 부정되어 특허를 받을 수 없으며, 하나의 특허출원에 여러 개의 청구항이 있는 경우 그중 어느 하나의 항에서라도 거절이유가 있는 때에는 그 특허출원 전부가 거절되어야 하는 것이므로, 이 사건 제1항 출원발명이 특허를 받을 수 없는 이상 나머지 청구항에 관하여 나아가 살필 필요 없이 이 사건 출원발명은 전부 특허를 받을 수 없다.

그렇다면 이 사건 심결은 이와 결론을 같이하여 적법하고, 이 사건 심결의 취소를 구하는 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김환수(재판장) 최종선 장현진

7

춘천지법 2017. 1. 19. 선고 2015노945 판결 [아동복지법위반(아동학대)(피고인 1에게 일부 인정된 죄명: 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대))] : 상고

어린이집 교사인 피고인 甲이 아동인 피해자들의 입을 주먹으로 때리거나 귀를 잡아당기거나 머리를 주먹이나 손바닥으로 때리는 등 아동에 대한 신체적 학대행위를 하였다고 하여 피고인 甲과 어린이집 원장인 피고인 乙이 아동복지법 및 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반으로 기소된 사안에서, 피고인 甲의 각 행위는 아동복지법상 ‘신체적 학대행위’에 해당하나, 피고인 乙이 어린이집 원장으로서 그 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하였다고 단정하기 어렵다는 이유로 피고인 甲에게 유죄, 피고인 乙에게 무죄를 선고한 사례

【판결요지】

어린이집 교사인 피고인 甲이 아동인 피해자들의 입을 주먹으로 때리거나 귀를 잡아당기거나 머리를 주먹이나 손바닥으로 때리는 등 아동의 신체에 손상을 주는 학대행위를 하였다고 하여 피고인 甲과 어린이집 원장인 피고인 乙이 아동복지법 및 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반으로 기소된 사안에서, 피고인 甲의 처벌에 대하여 피해자들이 느낀 체벌의 강도와 두려움을 고려할 때 피고인 甲의 각 행위는 아동복지법상 ‘아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위’에 해당하나, 한편 피고인 乙은 직접 아동학대 예방 온라인 교육을 수료하고 어린이집 교사들에게도 아동학대 관련 교육을 수료하도록 지도한 점, 매주 어린이집 교사들과 회의하면서 아동에 대한 교육을 직접 지도하고 어린이집 교육사정을 검토·관리한 점, 평소 어린이집 복도를 돌아다니며 아동들의 교육상황을 관찰하였고 학부모들

과 정기적으로 소통하였으며, 교사들에게 업무일지, 교육일지를 쓰게 하여 이를 보며 교육상황을 점검한 점 등 제반 사정을 종합할 때 어린이집 원장으로서 그 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하였다고 단정하기 어렵다는 이유로 피고인 甲에게 유죄, 피고인 乙에게 무죄를 선고한 사례.

【참조조문】 구 아동복지법(2014. 1. 28. 법률 제12361호로 개정되기 전의 것) 제17조 제3호, 제71조 제1항 제2호, 아동복지법 제17조 제3호, 제71조 제1항 제2호, 제74조, 구 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2016. 5. 29. 법률 제14172호로 개정되기 전의 것) 제7조, 제10조 제2항 제12호

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 장지영 외 1인

【변 호 인】 법무법인 일헌 외 1인

【원심판결】 춘천지법 원주지원 2015. 8. 25. 선고 2015고단355 판결

【주 문】

원심판결을 파기한다.

피고인 1을 벌금 5,000,000원에 처한다.

피고인 1이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 100,000원을 1일로 환산한 기간 위 피고인 1을 노역장에 유치한다.

피고인 1에게 40시간의 아동학대 치료프로그램 이수를 명한다.

피고인 1에게 위 벌금액에 상당한 금액의 가납을 명한다.

피고인 2는 무죄.

피고인 2에 대한 판결의 요지를 공시한다.

【이 유】

1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 피고인 1

가) 사실오인 및 법리오해: 피고인이 피해자들에게 훈육의 의미로 살짝 입이나 머리 등을 손으로 접촉한 적은 있으나 그 정도가 유형력의 행사나 신체학대행위에 이르지 않았다.

나) 양형부당: 원심의 형(벌금 500만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

2) 피고인 2

가) 사실오인 및 법리오해: 피고인은 어린이집 원장으로서 교사인 피고인 1에게 아동학대 행위를 하지 않도록 주의의무를 다했다.

나) 양형부당: 원심의 형(벌금 200만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

피고인들에 대한 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다. 검사는 당심에서 피고인 1에 대하여 ‘아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법’의 죄명을 추가하고, 이 사건 공소사실 제1의 나, 다, 라.항에 관하여 제목을 ‘아동복지법 위반(아동학대)’에서 ‘아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(아동복지시설종사자 등의 아동학대)’으로 변경하고 적용법조에 ‘아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제7조, 제10조 제2항 제12호’를 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다. 따라서 피고인 1에 대하여는 심판대상이 변경되어 원심판결이 유지될 수 없게 되었다. 다만 피고인 1의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 이에 관하여 판단한다.

3. 피고인들의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 피고인 1

피고인 1은 원심에서도 동일한 취지의 주장을 하였고, 원심은 이를 배척하고 이 사건 각 공소사실을 유죄로 인정하였다. 원심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정을 보태어 보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 사실오인 또는 법리오해의 위법이 없다.

① 이 사건은 이 사건 공소사실 제1의 라.항 기재 피해자 공소외 1, 공소외 2에 대한 학대행위로 인하여 피해자 공소외 2가 귀가 중 울면서 밝혀졌다. 당시 피해자 공소외 2의 조모와 부모는 피해자 공소외 2에게 피고인으로부터 어떻게 머리를 맞았냐고 물어보면서 동생에게 재연해보라고 하였는데, 피해자 공소외 2가 동생의 머리를 세게 때리자 심각성을 깨닫고 같이 맞았다는 피해자 공소외 1의 부모에게 연락을 해 사실관계 파악이 이루어졌다. 이 사건이 피고인 1이 담당하던 ○○반 학부모들에게 알려지면서 학부모들이 각자 자신의 아이들에게 피고인의 체벌에 관하여 조심스럽게 물었고, 그 결과 아이들로부터 피고인 1의 체벌에 관한 진술이 나오게 되었다. 피고인 1의 체벌 또는 훈육에 관한 아이들의 각 진술 내용은 상당 부분 유사했고, 목격 진술 또한 상당수 나왔다. 이를 토대로 학부모들이 수사기관에 수사를 의뢰하였고, 피고인 1로부터 체벌을 당했다고 정확히 기억한 피해자들을 대상으로 수사가 이루어졌다. 위와 같이 이 사건 수사는 우연히 피해 사실을 알게 된 학부모들에 의해 자발적으로 피해 진술이 모이게 되어 진행되었으므로 그 과정에 허위나 과장이 개입될 위험이 낮다고 보인다. 특히 이 사건 수사가 이루어지기 전까지 학부모들과 피고인 1의 관계는 친밀했으므로, 학부모들이 어린이집 수료를 약 한 달 정도 남겨둔 시점

(2015. 1.경)에 피고인 1을 포함하기 위하여 이러한 사건을 꾸며내거나 피해 사실을 극단적으로 과장하였다고 보기 어렵다.

② 피해 아동들이 학부모에게 피해 진술을 털어놓은 경위를 살펴보면, 처음에는 피해 사실을 말할 경우 피고인 1에게 혼날까봐 무서워서 꺼려하는 기색이 공통적으로 보였고, 그 후 부모들로부터 혼나지 않는다는 말을 들은 다음 기억나는 대로 피해 사실을 말하기 시작했으며, 만 4살 아동답게 체벌을 언어로 묘사하기보다는 혼나는 동작을 직접 재연하며 설명하였음을 알 수 있다. 피해 아동들의 진술 간 상이한 점이 있거나 부정확한 점도 있으나 각 진술 내용이 공통적으로 가리키는 내용이 있었고, 그 내용은 피고인 1이 어린이집에서 담당하던 아이들에게 ‘머리·엉덩이·입술·귀 등 때리기’의 체벌을 자주 가하였다는 것이다. 위와 같은 피해 진술이 나오게 된 경위, 피해 진술 내용, 피해 아동들 각각의 피해 재연 모습, 피해 아동들의 연령과 언어구사능력 등을 고려하면, 피해 아동들이 부모나 조사관의 암시에 의하여 허위 진술을 꾸며내거나 있었던 일을 과장하여 진술하였다고 볼 수 없고, 그 각 진술에 신빙성을 인정할 수 있다.

③ 아동의 신체를 때리는 방식의 훈육은 허용되지 아니한다. 특히 피해자들이 재연한 체벌 정도에 비추어 보면, 성인인 피고인 1은 자신이 행한 체벌의 강도를 비교적 약하게 느꼈을지 몰라도 만 4세 아동에 불과한 피해자들은 그 체벌을 상당히 강하고 두렵게 느낀 것으로 보인다. 피해자 중 일부는 피고인 1의 체벌로 인하여 입술이 부어오르거나 귀에 피가 맺히는 등 상해를 입기도 하였다. 피고인 1의 체벌에 대하여 피해자들이 느낀 체벌의 강도와 두려움을 고려하면, 피고인 1의 이 사건 공소사실 기재 각 체벌은 아동복지법상 ‘아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위’에 해당한다. 나아가 피고인 1의 아동교사로서의 경력과 지위에 비추어 보면, 피고인 1도 아동들이 자신의 체벌을 어떻게 느낄지 알면서 체벌하였다고 판단된다.

나. 피고인 2의 사실오인 및 범리오해 주장에 관한 판단

가) 공소사실의 요지

피고인 1은 원주시 (주소 생략)에 있는 △△어린이집에서 ○○반을 담당하는 보육교사였고, 피고인 2는 위 △△어린이집의 원장이다. 누구든지 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위를 하여서는 아니 된다. 피고인의 사용인인 피고인 1은 피고인의 업무에 관하여 다음과 같이 피해자들의 신체에 손상을 주는 학대행위를 하였다.

① 피해자 공소의 3에 대한 아동복지법 위반(아동학대)

피고인은 2014. 8.경 위 △△어린이집에서 피고인이 담당하고 있는 아동인 피해자 공소의 3(여, 당시 4세, 생년월일 1 생략)이 말을 듣지 않는다는 이유로 주먹으로 입을 2회 때려 입술이 빨갱게 부어오르게 하였다. 이로써 피고인은 아동인 피해자의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위를 하였다.

② 피해자 공소외 4에 대한 아동복지법 위반(아동학대)

피고인은 2015. 1. 초순경 위 △△어린이집에서 피고인이 담당하고 있는 아동인 피해자 공소외 4(여, 당시 4세, 생년월일 2 생략)의 귀를 잡아당겨 피가 맺히게 하였다. 이로써 피고인은 아동인 피해자의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대 행위를 하였다.

③ 피해자 공소외 5에 대한 아동복지법 위반(아동학대)

피고인은 2015. 1. 13.경 위 △△어린이집에서 피고인이 담당하고 있는 아동인 피해자 공소외 5(당시 4세, 생년월일 3 생략)가 울동연습을 하던 중 틀렸다는 이유로 주먹으로 피해자의 머리에 꿀밤을 주듯이 때렸다. 이로써 피고인은 아동인 피해자의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위를 하였다.

④ 피해자 공소외 1, 피해자 공소외 2에 대한 아동복지법 위반(아동학대)

피고인은 2015. 1. 15. 16:00경 피해자 공소외 1(당시 5세, 생년월일 4 생략)이 가져온 생일떡을 책상에 보관하고 있었는데, 피해자 공소외 1이 허락을 받지 아니하고 피해자 공소외 2(당시 4세, 생년월일 5 생략)에게 떡을 주었다는 이유로 피해자 공소외 2에게 떡을 꺼내라고 하면서 피해자 공소외 2와 피해자 공소외 1의 머리를 손바닥으로 각 1회씩 때렸다. 이로써 피고인은 아동인 피해자들 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위를 하였다.

나) 판단

아동복지법 제74조는 “법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제71조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다. 이러한 ‘양벌규정’에 있어서 법인이나 사용인 등이 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리하였는지 여부는 당해 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 당해 법률의 입법 취지, 처벌조항 위반으로 예상되는 법익 침해의 정도, 그 위반행위에 관하여 양벌조항을 마련한 취지 등은 물론 위반행위의 구체적인 모습과 그로 인하여 실제 야기된 피해 또는 결과의 정도, 법인의 영업 규모 및 행위자에 대한 감독가능성 또는 구체적인 지휘감독관계, 법인이 위반행위 방지를 위하여 실제 행한 조치 등을 전체적으로 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2016. 5. 12. 선고 2015도6781 판결 참조).

원심은 피고인 2에 대한 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였다. 그러나 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 2가 이 사건 어린이집 원장으로서 그 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하였다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 피고인 2는 직접 아동학대 예방 온라인 교육을 수료하고 어린이집 교사들에게도 아동

학대 관련 교육을 수료하게끔 지도하였다.

② 피고인 2는 매주 어린이집 교사들과 회의하면서 아동에게 존댓말을 사용하거나 놀이를 제한하지 말게끔 하는 등 아동에 대한 교육을 직접 지도하고 어린이집 교육사정을 검토, 관리하였다.

③ 피고인 2는 평소에도 어린이집 복도를 돌아다니며 아동들의 교육상황을 관찰하였고 학부모들과 정기적으로 소통하였다. 또한 교사들에게 업무일지, 교육일지들을 쓰게 하여 이를 보며 교육상황을 점검하였다.

④ 2015. 1. 15. 피해자 공소의 2, 공소의 1에 대한 학대 사건이 밝혀지기 전까지 피해 아동들은 자신의 체벌을 누구에게도 호소하지 않았고 학부모들 중에서도 위와 같은 체벌을 눈치채거나 항의한 바 없었다. 따라서 피고인 2가 이 사건 발생 이전에 피고인 1의 아동학대 행위를 눈치채지 못하였다는 점만으로 피고인 2가 그 업무에 관하여 주의의무를 다하지 못하였다고 단정할 수 없다(피해자들이 학대로 호소한 ‘정리놀이’ 등은 유아교육상 통상적인 훈육방법으로 사용되기도 하므로, 피고인 2가 그러한 장면을 보고 주의를 주지 않았다고 하여도 이를 놓고 주의·감독의무 위반이라 하기 어렵다).

⑤ 이 사건 어린이집 내부에 CCTV가 설치되어 있지는 않았으나, 어린이집 내부에 CCTV가 설치되고 원장이 이를 매시간 확인하여야 한다는 법률상 주의의무가 인정되지 않는 이상 CCTV 미설치만으로 주의의무 위반을 인정할 수 없다.

다) 소결론

피고인 2에 대한 이 사건 공소사실은 범죄사실의 증거가 없는 때에 해당하므로, 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

4. 결론

그렇다면 피고인 1에 대한 원심판결에는 위에서 본 직권파기사유가 있고 피고인 2의 항소는 이유 있으므로, 피고인들과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 피고인 1에 대한 원심판결을, 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 피고인 2에 대한 원심판결을 각 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

[다시 쓰는 판결]

범죄사실

피고인 1은 원주시 (주소 생략)에 있는 △△어린이집에서 ○○반을 담당하는 보육교사였다. 누구든지 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위를 하여서는 아니 된다.

1. 피해자 공소의 3에 대한 아동복지법 위반(아동학대)

피고인은 2014. 8.경 위 △△어린이집에서 피고인이 담당하고 있는 아동인 피해자 공소의 3(여, 당시 4세, 생년월일 1 생략)이 말을 듣지 않는다는 이유로 주먹으로 입을 2회 때려

입술이 빨갛게 부어오르게 하였다. 이로써 피고인은 아동인 피해자의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위를 하였다.

2. 피해자 공소의 4에 대한 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(아동복지시설종사자 등의 아동학대)

피고인은 2015. 1. 초순경 위 △△어린이집에서 피고인이 담당하고 있는 아동인 피해자 공소의 4(여, 당시 4세, 생년월일 2 생략)의 귀를 잡아당겨 피가 맺히게 하였다. 이로써 피고인은 아동인 피해자의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위를 하였다.

3. 피해자 공소의 5에 대한 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(아동복지시설종사자 등의 아동학대)

피고인은 2015. 1. 13.경 위 △△어린이집에서 피고인이 담당하고 있는 아동인 피해자 공소의 5(당시 4세, 생년월일 3 생략)가 울동연습을 하던 중 틀렸다는 이유로 주먹으로 피해자의 머리에 꿀밤을 주듯이 때렸다. 이로써 피고인은 아동인 피해자의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위를 하였다.

4. 피해자 공소의 1, 피해자 공소의 2에 대한 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(아동복지시설종사자 등의 아동학대)

피고인은 2015. 1. 15. 16:00경 피해자 공소의 1(당시 5세, 생년월일 4 생략)이 가져온 생일떡을 책상에 보관하고 있었는데, 피해자 공소의 1이 허락을 받지 아니하고 피해자 공소의 2(당시 4세, 생년월일 5 생략)에게 떡을 주었다는 이유로 피해자 공소의 2에게 떡을 꺼내라고 하면서 피해자 공소의 2와 피해자 공소의 1의 머리를 손바닥으로 각 1회씩 때렸다. 이로써 피고인은 아동인 피해자들 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위를 하였다.

증거의 요지

이 법원이 인정하는 피고인 1에 대한 증거의 요지는 원심판결의 해당란 기재와 같으므로 형사소송법 제369조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택

구 아동복지법(2014. 1. 28. 법률 제12361호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제71조 제1항 제2호, 제17조 제3호(판시 제1의 가.항 아동학대의 점), 각 구 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2016. 5. 29. 법률 제14172호로 개정되기 전의 것) 제7조, 제10조 제2항 제12호, 아동복지법 제71조 제1항 제2호, 제17조 제3호(판시 제1의 나. 내지 라.항 각 아동학대의 점), 각 벌금형 선택

1. 경합범가중

형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조

1. 노역장유치

형법 제70조 제1항, 제69조 제2항

1. 이수명령

아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제8조 제1항

1. 가납명령

형사소송법 제334조 제1항

양형의 이유

1. 법률상 처단형: 벌금 6,750만 원 이하

2. 선고형의 결정: 벌금 500만 원

3. 양형이유

다음 각 양형요소와 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 환경 등을 종합하여 고려함.

- 유리한 사정: 학대의 정도가 비교적 중하지 않고 학대로 인하여 피해자들이 중한 상해를 입는 등 큰 피해가 발생하지는 않은 점, 피고인이 피해자들에게 가혹행위를 하거나 학대할 의도 하에 이 사건 범행을 저질렀다기보다는 잘못된 교육방법을 수행하다가 이 사건 학대에 이른 것으로 보이는 점.

- 불리한 사정: 아동을 혼육한다고 하더라도 아동이 성인과 동등한 인격체인 이상 폭력을 수반한 체벌은 엄격히 금지되어야 하므로 피고인의 폭력을 수반한 체벌이 비록 교육 및 혼육 목적에서 비롯된 것이었다고 할지라도 면책될 여지가 없는 점, 만 4세인 피해자들은 피고인의 체벌로 인하여 두려움과 고통을 느꼈을 것으로 보이는 점, 피해자 학부모들이 엄벌을 탄원하는 점.

무죄 부분

피고인 2에 대한 공소사실의 요지는 항소이유에 관한 판단 제3의 나. 가)항 기재와 같다. 항소이유에 관한 판단 제3의 나. 나)항에서 살펴본 바와 같이 위 공소사실은 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하고 형법 제58조 제2항에 따라 판결의 요지를 공시하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 마성영(재판장) 류영재 이소진

8

의정부지법 2017. 2. 14. 선고 2016노2606 판결 [무고·사 문서위조·위조사문서행사] : 상고

[1] 재판장이 판결의 선고절차가 끝날 때까지 발생한 모든 사정을 참작하여 일단 선고한 판결의 내용을 변경하여 다시 선고하는 것이 유효·적법한지 여부(적극)

[2] 피고인이 사문서위조와 동행사 및 무고로 기소되었는데, 제1심의 재판장이 선고기일에 피고인을 징역 1년에 처한다는 주문을 낭독하고 상소기간 등에 관한 고지를 하려 하자 피고인이 옥살을 하며 난동을 부리기 시작하였고, 이에 교도관들이 피고인을 제압하는 데 치중하여 재판장의 명령에도 불구하고 피고인을 법정 밖으로 끌고 나갔다가 법정경위가 피고인을 법정으로 데려온 후 재판장이 선고형을 정정하여 징역 3년을 선고한 사안에서, 피고인에 대한 선고절차는 아직 종료되지 않았으므로 제1심 재판장이 선고절차 종료 전에 형량을 변경하여 선고하였더라도 위법하지 않다고 한 사례

【판결요지】

[1] 형사소송법 제43조, 제281조, 제324조, 형사소송규칙 제147조 제2항의 내용 및 판결의 선고는 전체로서 하나의 절차라는 점을 종합해 보면, 판결의 선고는, 재판장이 판결의 주문을 낭독하고, 이유의 요지를 설명한 다음 피고인에게 상소기간 등을 고지하고, 필요한 경우 피고인에게 훈계까지 마친 후 피고인의 퇴정을 허가하여 피고인이 법정 바깥으로 나가 선고를 위한 공판기일이 종료될 때까지는 끝난 것이 아니고, 따라서 그때까지는 발생한 모든 사정을 참작하여 일단 선고한 판결의 내용을 변경하여 다시 선고하는 것도 유효·적법하다.

[2] 피고인이 사문서위조와 동행사 및 무고로 기소되었는데, 제1심의 재판장이 선고기일에 피고인을 징역 1년에 처한다는 주문을 낭독하고 상소기간 등에 관한 고지를 하려 하자 피고인이 옥살을 하며 난동을 부리기 시작하였고, 이에 교도관들이 피고인을 제압하는 데 치중하여 재판장의 명령에도 불구하고 피고인을 법정 밖으로 끌고 나갔다가 법정경위가 피고인을 법정으로 데려온 후 재판장이 선고형을 정정하여 징역 3년을 선고한 사안에서, 제1심 선고 도중 피고인의 소란 및 난동으로 인하여 주문 낭독 후 상소기간 등의 고지가 제대로 이루어지지 못하였고, 제1심 재판장은 피고인의 퇴정을 허가한 사실이 없으며, 오히려 법정질서 유지를 위하여 피고인을 제압하여 끌어내는 교도관들 및 피고인을 향하여 계속하여 원래 피고인이 선고를 듣던 자리로 돌아올 것을 명하기까지 한 점에 비추어 피고인에 대한 선고절차는 아직 종료되지 않았으므로, 제1심 재판장이 선고절차 종료 전에 피고인에 대한 형량을 변경하여 선고하였더라도 위법하지 않으나, 항소심 재판에 이르기까지 나타난 양형의 조건이 되는 제반 사정을 종합적으로 참작하면 제1심의 형을 그대로 유지하는 것은 가혹한 측면이 있다는 이유로

피고인의 양형부당 주장을 받아들여 제1심판결을 파기하고 징역 2년을 선고한 사례.

【참조조문】 [1] 형사소송법 제43조, 제281조, 제324조, 형사소송규칙 제147조 제2항 / [2] 형법 제51조, 제138조, 제156조, 제231조, 제234조, 형사소송법 제43조, 제281조, 제324조, 형사소송규칙 제147조 제2항

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 피고인

【검 사】 이대성 외 1인

【변 호 인】 범무법인 로쿨 담당변호사 손수일 외 1인

【원심판결】 의정부지법 고양지원 2016. 9. 22. 선고 2015고단2530 판결

【주 문】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 2년에 처한다.

【이 유】

1. 항소이유의 요지

가. 사실오인(사문서위조죄 및 동행사죄에 대하여)

피고인은 공소의 1로부터 ‘3개월 후에 인도네시아에서 돈이 들어오면 그때 갚겠다’는 말을 듣고 2011. 12. 6.경 공소의 2로부터 돈을 빌려 공소의 1에게 3,000만 원을 대여해준 것이고, 공소의 1에게 주식투자에 사용하라고 돈을 맡긴 것이 아니며, 공소의 1이 주식투자에 사용할 것을 알았다더라면 돈을 빌려주지도 않았을 것이다. 위와 같이 약속한 3개월 후에 공소의 1이 빌려간 돈을 갚지 못하자, 피고인의 요구로 공소의 1이 판시 차용증에 자신의 인감도장을 직접 날인하고, 자신이 직접 발급받은 인감증명서를 교부한 것이지, 피고인이 위 차용증을 위조한 것이 아니다.

나. 판결 선고절차상의 위법

원심 선고기일에 재판장은 피고인에게 처음에 징역 1년을 선고하였다가, 피고인이 위 선고결과를 듣고서 다소 흥분한 나머지 범정모욕적인 발언을 하여 교도관에 의하여 떠밀려 피고인 대기실로 끌려 나가자, 잠시 후 이미 퇴정한 피고인을 다시 재판정으로 불러내 피고인에게 징역 3년을 선고하였는바, 이러한 과정에 비추어 피고인에 대한 원심의 판결선고에는 위법요소가 존재한다.

다. 양형부당

모든 사정에 비추어보더라도 원심이 피고인에게 선고한 형(징역 3년)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 사실오인 주장에 대하여

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들을 종합해 보면, 피고인이 판시 범죄사실 기재와 같이 공소외 1의 인감도장과 인감증명서를 소지하고 있음을 기화로 무단으로 차용증을 작성하여 위조하였음을 충분히 인정할 수 있다.

1) 공소외 1은 수사기관에서부터 당심 범정에 이르기까지 다음과 같은 취지의 진술을 하고 있는바, 그 진술이 일관되고 매우 구체적이며, 다음 항에서 보는 바와 같이 이에 부합하는 구체적인 정황들이 확인되는 점 등에 비추어 그 진술은 신빙성이 있다.

‘피고인의 명의로 증권계좌를 개설한 후 주식에 투자하여 수익을 나눠가지기로 하고 피고인으로부터 공소외 2에게서 빌린 금원(3,000만 원 중 수수료 등을 제외한 2,800만 원 가량) 중 2,600만 원을 투자받아 현물옵션에 투자하였는데, 원금까지 손실을 보았다. 판시 차용증에 찍힌 인영이 자신의 인감도장에 의한 것이고, 이에 첨부된 인감증명서가 자신이 직접 발급받은 것임은 사실이나, 자신은 위 차용증에 인감도장을 찍거나 피고인에게 자신의 인감증명서를 교부한 적이 전혀 없다. 당시 피고인의 비닐하우스에서 피고인과 동거하다가 위와 같은 증권투자와 관련한 금전문제로 크게 다투고 자신의 짐을 그대로 둔 채 위 비닐하우스에서 나왔는데, 거기에 있던 자신의 인감도장과 인감증명서를 피고인이 무단으로 사용하여 그 날짜를 소급하여 위 차용증을 작성한 것으로 보인다. 위 인감증명서는 그 당시 필요한 용도가 있어서 발급받았을 것인데, 이것 외에도 그동안 인감증명서를 자주 많이 발급받아 왔기 때문에 이것의 용도가 무엇이었는지는 잘 기억이 나지 않으나, 그 당시에 보험회사에서 보험금을 지급받는 데 필요해서 두 장 정도 뺐던 것 같다.’

2) 피고인과 공소외 1은 2011년경 한 달 동안 같은 구치소에서 수감생활을 하면서 알게 된 사이인데, 당시 공소외 1은 피고인에게 ‘내가 주식투자를 많이 했다, 30억 원도 굴러봤다’는 등 과거 자신의 자산이나 주식투자경력을 과시한 사실이 있고, 실제로 공소외 1이 과거에 상당한 규모의 사업체를 여러 개 운영하였고, 수익에서 20~30억 원의 자금을 운용하면서 현물 등에 투자하였던 내역이 확인된다.

3) 피고인과 공소외 1은 출소한 후인 2011. 10.경부터 2012. 9. 말경까지 고양시 덕양구(주소 생략)에 있는 피고인의 고물상 창고 겸 주거지인 비닐하우스에서 함께 생활을 하였고, 공소외 1은 위와 같이 동거생활하면서 피고인으로부터 받은 위 2,600만 원과 자신이 빌려온 돈으로 현물옵션에 투자하였다.

4) 투자과정에서 원금을 모두 날리는 손해를 입게 되자, 공소외 1은 2011. 9. 말경 피고인과 크게 다투고 위 비닐하우스에서 나오게 되었고, 그 과정에서 피고인과 공소외 1은 2012. 9. 26. 서로 상대방을 폭행한 범죄사실로 약식명령(의정부지방법원 고양지원 2013. 3. 7.자 2012고약12328호)을 받기도 하였다.

5) 공소의 1이 위와 같이 위 비닐하우스를 나온 후 2012. 9. 29. 자신의 집을 찾기 위하여 다시 위 비닐하우스에 찾아가자, 피고인은 공소의 1을 주거침입 등으로 경찰에 고소하였고, 이에 공소의 1은 피고인을 무고 등으로 맞고소하기도 하였다(결국 공소의 1은 자신의 집을 찾아오지 못하였다).

위 고소사건에서, 피고인은 ‘공소의 1과 약 1년 전부터 같이 증권투자를 하며 생활하여 오다가 공소의 1이 피고인의 돈으로 잘못 투자를 하여 빚을 지게 되어 사이가 나빠지게 되었다’라고 진술한 바 있다.

6) 피고인은 위 2,600만 원을 입금하기 전인 2011. 11. 16. 공소의 1로 하여금 피고인 명의의 SK증권계좌를 개설하도록 허락하였다. 한편 피고인의 여자친구인 공소의 3도 증권투자를 목적으로 공소의 1이 관리하던 피고인 명의의 위 SK증권계좌에 2012. 3. 22.경 2,000만 원, 2012. 4. 4.경 2,000만 원 합계 4,000만 원을 송금한 사실이 있다.

7) 공소의 1의 인감증명자료제공내역 및 인감대장 사본에 의하면, 공소의 1이 이 사건 인감증명서 이외에도 2008. 2.경부터 2014. 6.경까지 빈번하게 여러 통의 인감증명서를 발급받아 왔고, 피고인과 동거생활을 하고 있던 기간 동안에는 2012. 3. 14.과 2012. 4. 19.(이 사건 인감증명서) 각 1통 합계 2통의 인감증명을 발급받았으며, 2012. 10. 15.에는 인감의 개인(改印) 신고를 한 사실이 확인된다.

8) 공소의 4는 수사기관에서 “피고인이 자신의 사무실에 공소의 1의 도장과 인감증명서를 들고 와 ‘인감증명서 날짜에 맞춰서 차용증을 작성하려고 하는데 어떻게 하나’고 물어 보았고, 이에 피고인이 원하는 대로 컴퓨터를 이용하여 차용증 문구를 기재한 후 출력하여 피고인에게 건넸으며, 피고인이 소지하고 있던 공소의 1의 도장을 직접 날인하였다. 피고인이 도장을 날인하고 나서 놓고 갔기 때문에 공소의 1의 도장을 현재까지 보관하고 있다.”는 취지로 진술한 바 있다.

9) 피고인은 이 사건 인감증명서에 대하여는, 공소의 1에 대한 사문서위조 등 사건과 관련하여 법정에 증인으로 출석하여서는 “공소의 1과 함께 오후에 동사무소에 방문하여 발급 받은 것이다.”라고 진술하였다가, 이 사건 검찰 조사에서는 “공소의 1이 언제 어디에서 인감증명서를 발급받았는지는 모르고, 공소의 1이 차용증을 작성할 때 호주머니에서 꺼내서 준 것이다.”라고 진술하였으며, 공소의 4에 대하여는 처음에는 “2012년 여름경에 공소의 5의 소개로 알게 되었다.”라고 진술하다가(검찰 제1회 및 제2회 조사), 검찰 제2회 조사 도중 ‘차용증 작성일자가 2012. 4. 20.인데, 공소의 4를 2012년 여름에 알게 되었다면 공소의 4가 어떻게 이 사건 차용증 문구를 작성한 것이냐’는 지적을 받아 알게 된 때를 그 전해인 ‘2011년’으로 바꿔 진술하였다.

따라서 피고인의 위 주장은 이유 없다.

나. 원심 선고절차상의 위법 주장에 대하여

1) 재판장이 판결을 선고함에는 주문을 낭독하고 이유의 요지를 설명하여야 하고(형사소

송법 제43조), 형을 선고하는 경우에는 피고인에게 상소할 기간과 상소할 법원을 고지하여야 하며(동법 제324조), 판결을 선고하면서 피고인에게 적절한 훈계를 할 수 있다(형사소송규칙 제147조 제2항). 한편 피고인은 법정에 재정하여야 할 의무가 있어 재판장의 허가 없이 퇴정하지 못하고, 재판장은 피고인의 퇴정을 제지하거나 법정의 질서를 유지하기 위하여 필요한 처분을 할 수 있다(형사소송법 제281조).

이러한 규정들의 내용 및 판결의 선고는 전체로서 하나의 절차라는 점을 종합해 보면, 판결의 선고는, 재판장이 판결의 주문을 낭독하고, 이유의 요지를 설명한 다음 피고인에게 상소기간 등을 고지하고, 필요한 경우 피고인에게 훈계까지 마친 후 피고인의 퇴정을 허가하여 피고인이 법정 바깥으로 나가 선고를 위한 공판기일이 종료될 때까지는 끝난 것이 아니고, 따라서 그때까지는 발생한 모든 사정을 참작하여 일단 선고한 판결의 내용을 변경하여 다시 선고하는 것도 유효·적법하다고 보아야 한다.

2) 원심 선고기일 공판조서의 기재에 의하면, 피고인은, 원심 재판장이 선고기일인 2016. 9. 22. 14:00경 법정에서 ‘피고인을 징역 1년에 처한다’는 주문을 낭독하고, 상소기간 등에 관한 고지를 하려 하자 이를 듣지 않고 ‘재판이 개판이야, 재판이 뭐 이 따위야’ 등의 말과 함께 욕설을 하면서 난동을 부리기 시작하였고, 이에 재정 중이던 교도관들이 피고인을 제압하여 공판검사석 바로 옆에 있는 구치감으로 통하는 문 쪽으로 끌고 간 사실, 원심 재판장은 위와 같이 아직 법정 내에서 교도관들이 피고인을 위 문 쪽으로 끌고 가고 있는 도중에 여러 차례 피고인에게 원래 선고를 듣던 자리로 돌아올 것을 명한 사실, 그러나 피고인의 소란 및 난동을 제압하는 데에 치중한 교도관들은 우선 피고인을 위 문을 통하여 구치감으로 데려갔고, 피고인은 구치감에서도 교도관들에게 소리를 지르고 큰 소리로 욕설을 하는 등 난동을 계속 부린 사실, 원심 재판장은 피고인이 구치감에 들어간 이후에도 계속하여 피고인을 원래 선고를 듣던 자리로 데려올 것을 명하였고, 이에 곧 법정경위가 피고인을 구치감에서 법정으로 끌고 나와 피고인석에 앉힌 사실, 그러자 피고인은 ‘그래서 뭐 항소기간이 어쨌다는 거냐’라고 따져 물었고, 이에 원심 재판장은 ‘선고가 아직 끝난 것이 아니고 선고가 최종적으로 마무리되기까지 이 법정에서 이뤄진 사정 등을 종합하여 선고형을 정정한다’는 취지로 말하고, 피고인에게 양형기준상 권고형량 범위 내에서 ‘징역 3년’을 선고하고, 항소기간과 항소법원, 항소장제출법원 등을 고지한 사실이 인정된다.

3) 위 인정 사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심 선고 도중 피고인의 소란 및 난동으로 인하여 주문 낭독 후 상소기간 등의 고지가 제대로 이루어지지 못하였고, 원심 재판장은 피고인의 퇴정을 허가한 사실이 없으며, 오히려 법정질서 유지를 위하여 피고인을 제압하여 끌어내는 교도관들 및 피고인을 향하여 계속하여 원래 피고인이 선고를 듣던 자리로 돌아올 것을 명하기까지 하였는바, 당시 피고인에 대한 선고절차는 아직 종료되지 않았다고 할 것이므로(피고인도 당시 상소기간을 제대로 고지받지 못하였고, 교도관들에 의하여 구치감으로 끌려나간 사실 자체는 인정하고 있다), 원심 재판장이 선고절차 종료 전에 피고인에 대한 형량을 변경하여 선고하였다고 하여 거기에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 위 주장도 이유 없다.

다. 양형부당 주장에 대하여

1) 항소심인 본 법원으로서의 항소심 재판에 이르기까지 나타난 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황, 피고인의 피해자에 대한 관계 등 형법 제51조가 정하는 양형의 조건이 되는 모든 사유를 종합적으로 참작하여 원심의 양형이 부당한지 여부를 판단하여야 하고, 원심이 피고인에게 처음에 징역 1년의 형을 선고하였다가 이를 징역 3년으로 변경한 것 자체가 적정한 양형이었던지를 판단하는 것이 아니다.

2) 살피건대, 피고인은 공소의 1 명의의 액면금 3,000만 원의 차용증을 위조한 다음 수사기관에 공소의 1을 사기죄 등으로 고소하면서 이를 증거로 첨부·제출하여 행사하였고, 공소의 1을 형사처벌 받게 할 목적으로, 공소의 1에게 자신 명의의 증권계좌 개설을 허락하였음에도 불구하고 ‘공소의 1이 임의로 증권계좌 개설신청서를 위조하여 행사하였고, 자신의 자력과 재산을 속이고 위 차용금 3,000만 원을 편취’한 것처럼 수사기관에 고소하고, 공소의 1로부터 송금받은 600만 원 중 450만 원을 공소의 1의 지시로 다른 사람에게 송금하였을 뿐 공소의 1이 피고인을 기망하여 이를 편취한 것이 아님에도 편취한 것처럼 수사기관에 고소하는 방법으로 두 차례에 걸쳐 공소의 1을 무고하였는바, 그 죄질이 매우 나쁘다.

피고인의 위와 같은 계속된 무고로 인하여 공소의 1은 수사기관에서 여러 차례에 걸쳐 수사를 받고, 450만 원 편취혐의에 관하여는 2013. 7. 19. 혐의 없음의 불기소처분을 받았으나, 증권계좌 개설신청서 위조 등 혐의에 관하여는 정식으로 기소가 이루어져 형사재판까지 받아 2014. 2. 6.에야 무죄판결을 받는 등으로 인하여 오랜 기간에 걸쳐 상당한 고통을 받았다.

그럼에도 불구하고, 피고인은 수사기관에서부터 원심에 이르기까지 이 사건 각 범행을 모두 부인하면서 이를 극렬히 다투어 공소의 1이 다시 증인으로 출석하여 증인신문이 이루어지기까지 하였고, 원심 제6회 공판기일에 이르러서는 번의하여 이 사건 각 범행을 모두 자백하였다가 원심 재판장이 변론을 종결하면서 피고인이 원심 제5회 공판기일에 출석하지 아니하였고, 이 사건 각 범행이 누범기간 중의 범행으로 피고인에게 집행유예의 선고가 불가능한 사유 등으로 피고인을 법정구속하자, 이를 이유로 바로 자백을 다시 반복하면서 이 사건 각 범행을 다투는 것으로 태도를 바꾸었으며, 당심에 이르러서까지도 전혀 설득력 없는 변명으로 일부 범행을 부인하면서 자신의 범행을 진정으로 반성하는 태도를 보이지 않고 있다. 더욱이 피고인은 원심 제3회 공판기일에는 술을 마신 상태에서 법정에서 출석하였고, 원심 선고기일에는 선고 도중 앞에서 본 바와 같이 재판결과에 불만을 품고 법정에서 욕설을 하고 난동을 부리기까지 하였는바, 피고인의 이러한 행위는 법정질서를 위협할 뿐만 아니라, 더 나아가 사법권 및 사법질서를 침해하는 중대한 위법행위로서 엄히 처벌하지 않을 수 없고,¹⁾ 이는 법정모욕 등의 사법방해행위에 대하여 엄격히 처벌하고 있는 다른 나

1) 피고인의 행위는 형법 제138조의 법정모욕죄(법정형: 3년 이하의 징역형 또는 700만 원 이하의 벌

라의 예와 다르지 않다.

게다가 피고인은 2010. 10. 15. 대가로 돈을 받고 다른 사람을 살해해주기로 약속한 다음, 공범과 함께 그 사람을 살해한 후 그의 돈을 나누어 가지기로 모의하는 등의 방법으로 살인을 예비한 범죄사실 등으로 징역 1년 2월을 선고받고, 그대로 확정되어 복역하다가 2011. 5. 30. 가석방되어 2011. 7. 17. 가석방기간이 경과하였는데, 그로부터 얼마 지나지 않은 누범기간 중에 자숙하지 아니하고 다시 이 사건 각 범행을 저질렀으며, 이외에도 장물취득, 절도, 상해 등으로 처벌받은 전과가 여럿 있다.

피고인은 이 사건 이외에도 피해자에 대하여 무고, 위증 등으로 여러 차례 고소를 남발하였고, 이로 인하여 피해자는 수사기관에서 수사를 받고 여러 차례 무혐의처분을 받기도 하였으며, 부정수표단속법 위반 등의 혐의로 기소되어 무죄판결을 받아 확정된 적도 있다. 실질적인 피해자인 공소의 1은 원심 및 당심에서 거듭하여 피고인에 대한 엄벌을 탄원하고 있다.

한편 대법원 양형기준위원회의 양형기준에 따를 경우 피고인에 대한 권고형량은 징역 6월~3년 8월이다.

3) 위와 같이 살펴본 양형의 조건이 되는 여러 사정들에 비추어 보면, 피고인의 정상이 매우 불량하여 피고인을 엄히 처벌하지 않을 수 없으나, 한편 피고인이 당심에서 원심 재판과정에서의 잘못된 행동이나 태도에 대하여는 반성하면서 뉘우치는 자세를 보이고 있는 점 등을 고려해 보면, 원심의 형을 그대로 유지하는 것은 피고인에게 가혹한 측면이 있다.

4) 따라서 위와 같은 여러 사정들을 종합적으로 참작하여, 피고인의 이 부분 주장을 받아들여 원심판결을 파기하고 주문과 같은 형을 선고하기로 한다.

3. 결론

그렇다면 피고인의 양형부당을 이유로 한 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 다시 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

범죄사실 및 증거의 요지

이 법원이 인정하는 범죄사실 및 증거의 요지는, 원심판결의 ‘증거의 요지’란에 ‘증인 공소의 1의 당심 법정진술’을 추가하는 이외에는 원심판결의 각 해당란 기재와 같으므로 형사소송법 제369조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택

형법 제231조(사문서위조의 점), 형법 제234조, 제231조(위조사문서행사의 점), 각 형법 제156조(무고의 점), 각 징역형 선택

1. 누범가중

(금형)에도 해당하는 것으로 보이는데, 피고인이 범정모욕죄로 입건되어 처벌받지는 아니하였다.

226 각급법원(제1, 2심) 판결공보 2017. 4. 10.

각 형법 제35조

1. 경합범가중

형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조

판사 성지호(재판장) 강상욱 윤화량