

## 18 2017. 3. 15. 선고 2013도2168 판결 [공무집행방해·상해]

[1] 구 경찰관 직무집행법에 따라 범죄를 예방하기 위한 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가되기 위한 요건

[2] 검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포하는 경우, 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인 선임권 등을 고지하여야 하는 시기

[3] 공무집행방해죄에서 ‘적법한 공무집행’의 의미 및 경찰관이 적법절차를 준수하지 않은 채 실력으로 현행범인을 연행하려 한 행위가 적법한 공무집행인지 여부(소극)

[4] 정당방위의 성립요건 및 타인의 범익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위도 상당한 이유가 있으면 정당방위에 해당하여 위법성이 조각되는지 여부(적극)

## 【판결요지】

[1] 구 경찰관 직무집행법(2011. 8. 4. 법률 제11031호로 개정되기 전의 것)은 제2조 제1호에서 경찰관이 수행하는 직무 중 하나로 ‘범죄의 예방’을 정하고 있고(현행법에서는 제2조 제2호에서 동일한 내용을 규정하고 있다), 제6조 제1항에서 “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”라고 정하고 있다(현행법에서는 제6조에서 동일한 내용을 규정하고 있다). 위 법률에 따라 범죄를 예방하기 위한 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있기 위해서는 형사처벌의 대상이 되는 행위가 눈앞에서 막 이루어지려고 하는 것이 객관적으로 인정될 수 있는 상황이고, 그 행위를 당장 제지하지 않으면 곧 생명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 상황이어서, 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태가 있어야 한다.

[2] 검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포하는 경우에는 반드시 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다(형사소송법 제213조의2, 제200조의5). 이와 같은 고지는 체포를 위한 실력행사에 들어가기 전에 미리 하는 것이 원칙이다. 그러나 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 고지하거나, 그것이 여의치 않은 경우에는 일단 붙들거나 제압한 후에 지체없이 고지하여야 한다.

[3] 형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에

한하여 성립한다. 이때 적법한 공무집행은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키므로, 경찰관이 적법절차를 준수하지 않은 채 실력으로 현행범인을 연행하려 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없다.

[4] 어떠한 행위가 정당방위로 인정되려면 그 행위가 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 것으로서 상당성이 있어야 하므로, 위법하지 않은 정당한 침해에 대한 정당방위는 인정되지 않는다. 이때 방위행위가 사회적으로 상당한 것인지는 침해행위에 의해 침해되는 법익의 종류와 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급, 방위행위에 의해 침해될 법익의 종류와 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 판단하여야 한다. 또한 자기의 법익뿐 아니라 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 행위도 상당한 이유가 있으면 형법 제21조의 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다.

**【참조조문】** [1] 구 경찰관 직무집행법(2011. 8. 4. 법률 제11031호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호(현행 제2조 제2호 참조), 제6조 제1항(현행 제6조 참조) / [2] 헌법 제12조 제5항, 형사소송법 제200조의5, 제212조, 제213조의2 / [3] 헌법 제12조 제5항, 형법 제136조, 형사소송법 제200조의5, 제212조, 제213조의2 / [4] 형법 제21조

**【참조판례】** [1] 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결(공2008하, 1713), 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016도13876 판결 / [2] 대법원 2010. 6. 24. 선고 2008도11226 판결(공2010하, 1512) / [3] 대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결(공2000하, 1851), 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008도3640 판결(공2008하, 1565) / [4] 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도3606 판결(공2003하, 2400), 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도148 판결(공2006하, 1699), 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도9307 판결

**【피 고 인】** 피고인

**【상 고 인】** 검사

**【변 호 인】** 변호사 이재호 외 7인

**【원심판결】** 수원지법 2013. 1. 25. 선고 2011노5044 판결

**【주 문】** 상고를 기각한다.

**【이 유】** 상고이유를 판단한다.

1. 공무집행방해죄의 성립 여부

가. 구 경찰관 직무집행법(2011. 8. 4. 법률 제11031호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 경찰관 직무집행법’이라 한다)은 제2조 제1호에서 경찰관이 수행하는 직무 중 하나로 ‘범죄

의 예방'을 정하고 있고(현행법에서는 제2조 제2호에서 동일한 내용을 규정하고 있다), 제6조 제1항에서 “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”라고 정하고 있다(현행법에서는 제6조에서 동일한 내용을 규정하고 있다). 위 법률에 따라 범죄를 예방하기 위한 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있기 위해서는 형사처벌의 대상이 되는 행위가 눈앞에서 막 이루어지려고 하는 것이 객관적으로 인정될 수 있는 상황이고, 그 행위를 당장 제지하지 않으면 곧 생명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 상황이어서, 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태가 있어야 한다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결, 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016도13876 판결 등 참조).

검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포하는 경우에는 반드시 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다(형사소송법 제213조의2, 제200조의5). 이와 같은 고지는 체포를 위한 실력행사에 들어가기 전에 미리 하는 것이 원칙이다. 그러나 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 고지하거나, 그것이 여의치 않은 경우에는 일단 붙들거나 제압한 후에 지체없이 고지하여야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2008도11226 판결 등 참조).

형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립한다. 이때 적법한 공무집행은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것이므로, 경찰관이 적법절차를 준수하지 않은 채 실력으로 현행범인을 연행하려 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없다(대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결, 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008도3640 판결 등 참조).

나. 원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 공소사실 중 공무집행방해의 점에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

(1) ○○자동차 주식회사 △△공장을 점거하여 농성 중이던 □□□□노동조합 ○○자동차지부 조합원인 공소의 1 등이 2009. 6. 26. 경찰과 부식 반입 문제를 협의하거나 기자회견장 촬영을 위해 공장 밖으로 나오자, 전투경찰대원들은 ‘고착관리’라는 명목으로 위 공소의 1 등 6명의 조합원을 방패로 에워싸 이동하지 못하게 하였다. 위 조합원들이 어떠한 범죄행위를 목전에서 저지르려고 하거나 이들의 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려 등 긴급한 사정이 있는 경우가 아닌데도 방패를 든 전투경찰대원들이 위 조합원들을 둘러싸고 이동하지 못하게 가둔 행위는 구 경찰관 직무집행법 제6조 제1항에 근거한 제지 조치라고 볼 수 없고, 이는 형사소송법상 체포에 해당한다.

(2) 전투경찰대원들이 위 조합원들을 체포하는 과정에서 체포의 이유 등을 제대로 고지

하지 않다가 30~40분이 지난 후 피고인 등의 항의를 받고 나서야 비로소 체포의 이유 등을 고지한 것은 형사소송법상 현행범인 체포의 적법한 절차를 준수한 것이 아니므로 적법한 공무집행이라고 볼 수 없다.

(3) 피고인이 위와 같은 위법한 공무집행에 항의하면서 공소사실과 같이 전투경찰대원들의 방패를 손으로 잡아당기거나 전투경찰대원들을 발로 차고 몸으로 밀었다고 하더라도 공무집행방해죄가 성립할 수 없다.

다. 원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 공무집행방해죄의 성립, 구 경찰관 직무집행법 제6조 제1항의 제지 조치, 현행범 체포의 적법절차 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 2. 상해행위가 정당방위에 해당하는지 여부

가. 어떠한 행위가 정당방위로 인정되려면 그 행위가 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 것으로서 상당성이 있어야 하므로, 위법하지 않은 정당한 침해에 대한 정당방위는 인정되지 않는다. 이때 방위행위가 사회적으로 상당한 것인지 여부는 침해행위에 의해 침해되는 법익의 종류와 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급, 방위행위에 의해 침해될 법익의 종류와 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 판단하여야 한다(대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도3606 판결, 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도9307 판결 등 참조). 또한 자기의 법익뿐 아니라 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위도 상당한 이유가 있으면 형법 제21조의 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다(대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도148 판결 참조).

나. 원심은 채택 증거에 의하여 다음과 같은 사실을 인정한 다음, 피고인의 행위는 공소의 1 등 6명의 신체의 자유에 대한 부당한 침해를 방위하기 위한 정당방위에 해당한다고 판단하여, 이 사건 공소사실 중 상해의 점에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

(1) 위 1.나.(2)에서 보았듯이 전투경찰대원들이 공소의 1 등 6명의 조합원을 체포한 행위는 형사소송법에서 정한 체포 절차를 준수하지 못한 것으로서 위법하다.

(2) 피고인은 ◇◇◇◇◇ ◇◇ ◇◇◇ ◇◇의 노동위원회 위원장으로서 2009. 6. 22. □□ □□노동조합 위원장으로부터 ‘○○자동차부 과업투쟁으로 대량 연행자가 발생할 경우 변호사 접견이 신속하게 이루어질 수 있도록 적절한 조치를 취해 줄 것을 부탁한다’는 요청을 받았다. 그 후 피고인은 2009. 6. 26. 이 사건 현장을 방문하여 위 조합원들이 불법적으로 체포되는 것을 목격하고 이에 항의하면서 전투경찰대원들의 불법 체포 행위를 제지하였으며, 전투경찰대원들은 방패로 피고인을 강하게 밀어내었다.

(3) 피고인은 전투경찰대원들의 위와 같은 유형력 행사에 저항하여 전투경찰대원인 공소의 2와 공소의 3이 들고 있던 방패를 당기고 밀어 공소의 2와 공소의 3에게 상해를 입혔

다. 비록 공소의 3이 입은 상해의 정도가 가볍지는 않지만, 피고인이 공소의 2와 공소의 3에게 행사한 유형력은 전투경찰대원들의 불법 체포 행위로 위 조합원들의 신체의 자유가 침해되는 것을 방위하기 위한 수단으로 그 정도가 전투경찰대원들의 피고인에 대한 유형력의 정도에 비해 크다고 보이지 않는다.

다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 피고인이 유형력을 행사한 경위와 동기, 상해가 발생하게 된 경위, 상해를 입은 부위 등을 비롯하여 원심판결에서 알 수 있는 여러 사정에 비추어 피고인의 행위가 정당방위에 해당한다는 원심의 판단은 정당하다. 원심판결에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 상해죄의 정당방위 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 결론

검사의 상고는 이유 없어 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장) 박병대 권순일 김재형(주심)

## 19 2017. 3. 15. 선고 2014도12773 판결 [사립학교법위반]

[1] 법률의 착오에 관한 형법 제16조의 취지 및 이때 ‘정당한 이유’가 있는지 판단하는 기준

[2] 구 사립학교법상 사립 외국인학교를 경영하는 사립학교경영자가 교비회계에 속하는 수입을 다른 회계에 전출하거나 대여할 경우 처벌되는지 여부(적극) / 구 초·중등교육법 제60조의2 제1항으로 인하여 사립 외국인학교의 경영자에 대하여 구 사립학교법 제29조의 준용이 배제되는지 여부(소극)

[3] 사립학교인 甲 외국인학교 경영자인 피고인이 甲 학교의 교비회계에 속하는 수입을 수회에 걸쳐 乙 외국인학교에 대여하였다고 하여 사립학교법 위반으로 기소된 사안에서, 甲 학교의 교비회계에 속하는 수입을 乙 학교에 대여하는 것은 구 사립학교법 제29조 제6항에 따라 금지되며, 피고인이 위와 같은 대여행위가 법률상 허용되는 것으로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하고 있었더라도 그와 같이 그릇된 인식에 정당한 이유가 없다고 한 사례

### 【판결요지】

[1] 형법 제16조는 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 않는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 않는다고 규정하고 있다. 이는 일반적으로 범죄가 성립하지만 자신의 특수한 사정에 비추어 법령에 따라 허

용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하고 그러한 인식에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 않는다는 취지이다. 이때 정당한 이유는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지에 따라 판단하여야 한다. 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다.

[2] 구 사립학교법(2013. 12. 30. 법률 제12125호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제1조, 제2조 제3항, 제29조 제1항, 제2항, 제6항, 제51조, 제67조, 제73조의2의 문언·체계와 구 사립학교법의 입법 목적 등을 종합하면, 사립 외국인학교를 경영하는 사립학교경영자가 교비회계에 속하는 수입을 다른 회계에 전출하거나 대여할 경우에는 처벌받는다.

구 초·중등교육법(2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 국·공립의 초등학교·중학교·고등학교 및 특수학교에 학교회계를 설치하여야 한다고 하면서(제30조의2 제1항), 외국인학교에 대하여는 제30조의2 등이 적용되지 않는다고 규정하고 있다(제60조의2 제1항). 그러나 이는 구 초·중등교육법과 관계 법규상 사립만을 예정하고 있는 외국인학교에 대하여 국·공립학교의 학교회계 설치와 운영에 관한 규정(제30조의2, 제30조의3)이 적용되지 않는다는 점을 명확히 한 것으로서, 이로 인하여 사립 외국인학교 경영자에 대하여 구 사립학교법 제29조의 준용이 배제된다고 볼 수 없다.

[3] 사립학교인 甲 외국인학교 경영자인 피고인이 甲 학교의 교비회계에 속하는 수입을 수회에 걸쳐 乙 외국인학교에 대여하였다고 하여 사립학교법 위반으로 기소된 사안에서, 甲 학교와 乙 학교는 각각 설립인가를 받은 별개의 학교이므로 甲 학교의 교비회계에 속하는 수입을 乙 학교에 대여하는 것은 구 사립학교법(2013. 12. 30. 법률 제12125호로 개정되기 전의 것) 제29조 제6항에 따라 금지되며, 한편 피고인은 위와 같은 대여행위가 적법한지에 관하여 관할 도교육청의 담당공무원에게 정확한 정보를 제공하고 회신을 받거나 법률전문가에게 자문을 구하는 등의 조치를 취하지 않았고, 피고인이 외국인으로서 국어에 능숙하지 못하였다거나 甲 학교 설립·운영협약의 당사자에 불과한 관할청의 소속 공무원들이 참석한 甲 학교 학교운영위원회에서 乙 학교에 대한 자금 대여 안건을 보고하였다는 것만으로는 피고인이 자신의 지적 능력을 다하여 행위의 위법 가능성을 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였다고 볼 수 없으므로, 피고인이 위와 같은 대여행위가 법률상 허용되는 것으로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하고 있었더라도 그와 같이 그릇된 인식에 정당한 이유가 없다고 한 사례.

**【참조조문】** [1] 형법 제16조 / [2] 구 사립학교법(2013. 12. 30. 법률 제12125호로 개정되기 전의 것) 제1조, 제2조 제3항(현행 제2조 제3호 참조), 제29조 제1항, 제2항, 제6항, 제51조, 제67조, 제73조의2, 구 초·중등교육법(2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제30조의2, 제30조의3, 제60조의2 제1항 / [3] 형법 제16조, 구 사립학교법(2013. 12. 30. 법률 제12125호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3항(현행 제2조 제3호 참조), 제29조 제6항, 제51조, 제67조, 제73조의2, 구 초·중등교육법(2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제60조의2 제1항

**【참조판례】** [1] 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결(공2006상, 766) / [2] 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011도12408 판결(공2012상, 1046)

**【피 고 인】** 피고인

**【상 고 인】** 검사

**【변 호 인】** 법무법인(유한) 태평양 담당변호사 장상균 외 2인

**【원심판결】** 수원지법 2014. 9. 4. 선고 2013노5316 판결

**【주 문】** 원심판결을 파기하고, 사건을 수원지방법원에 환송한다.

**【이 유】** 상고이유를 판단한다.

1. 공소사실

이 사건 공소사실의 요지는, “피고인은 사립학교인 ○○○○○○학교(이하 ‘○○학교’라 한다)의 경영자로서, 사립학교 경영자는 교비회계에 속하는 수입을 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없음에도 불구하고, 2011. 1. 4. ○○학교의 교비회계에 속하는 수입 22억 원을 △△△△△학교(이하 ‘△△학교’라 한다)에 대여한 것을 비롯하여 그때부터 2011. 5. 31.까지 원심판결 별지 범죄일람표(이하 ‘범죄일람표’라 한다) 기재처럼 총 12회에 걸쳐 ○○학교의 교비회계에 속하는 수입 합계 136억 4,230만 원을 △△학교에 대여하였다.”는 것이다.

2. 범죄일람표 순번 6, 8 기재 범행 부분에 관한 판단

원심은, 이 사건 공소사실 중 범죄일람표 순번 6, 8 기재 범행에 관하여 ○○학교의 사무처장인 공소외인이 임의로 이체를 지시하였을 가능성을 배제할 수 없어 검찰이 제출한 증거만으로 위 공소사실이 합리적 의심을 배제할 정도의 증거가 있다고 보기 어렵다고 보아 무죄라고 판단하였다.

검사는 상고이유로 원심이 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정함으로써 위 공소사실을 무죄로 판단하였다고 주장한다. 그러나 사실의 인정, 증거의 취사선택과 평가는 자유심증주의의 한계를 벗어나지 않는 한 사실심 법원의 전권에 속한다. 원심판결 이유를 기록에

비추어 살펴보아도, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

### 3. 범죄일람표 순번 1 내지 5, 7, 9 내지 12 기재 범행 부분에 관한 판단

가. 원심은, 이 사건 공소사실 중 범죄일람표 순번 1 내지 5, 7, 9 내지 12 기재 범행에 관하여 다음과 같은 이유로 무죄를 선고하였다.

피고인이 관할청인 경기도와 수원시 소속 공무원들이 참석한 ○○학교 운영위원회에서 위 자금 대여 사실을 보고하였는데도 위 공무원들이 특별한 이의를 제기하지 않았고, 회계법인도 ○○학교를 감사한 후 △△학교에 대한 자금 대여가 관계 법령을 위반한 것으로 지적하지 않았다. 피고인으로서 일반학교들 사이의 자금 대여가 위법할 수 있지만 외국인 학교들 사이의 자금 대여는 법령에 따라 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하였고, 자기 행위의 위법 가능성을 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였다고 평가할 수 있으므로 그 위법성을 인식하지 못한 것에 정당한 이유가 있다.

나. 그러나 원심의 위 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

(1) 형법 제16조는 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 않는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 않는다고 규정하고 있다. 이는 일반적으로 범죄가 성립하지만 자신의 특수한 사정에 비추어 법령에 따라 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하고 그러한 인식에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 않는다는 취지이다. 이때 정당한 이유는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다. 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 등 참조).

구 사립학교법(2013. 12. 30. 법률 제12125호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 사립학교의 특수성에 비추어 그 자주성을 확보하고 공공성을 양양함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모함을 목적으로 하고 있다(제1조). 이 법에서 ‘사립학교경영자’란 이 법과 초·중등교육법 등에 의하여 사립학교를 설치·경영하는 공공단체 외의 법인 또는 사인을 말하고(제2조 제3항), 학교법인의 회계 중 학교에 속하는 회계는 교비회계와 부속병원회계(부속병원이 있는 경우에 한한다)로 구분되며(제29조 제1항, 제2항), 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없다(제29조 제6항). 나아가 구 사립학교법 제51조, 제73조의2는 사립학교경영자가 제29조 제6항의 규정에 위반한 때에는 처벌하도록 규정하고, 제67조는 외국인학교에 대하여는 사립학교 교원의 자격·임면·복무·신분보장 및 사회보장·징계에 관한 제52조 내지 제66조의2의 규정을 적용하지 않는다는 특례를 두면서도 제29조 제6항의

적용을 배제하지 않고 있다.

위 규정들의 문언·체계와 구 사립학교법의 입법 목적 등을 종합하면, 사립 외국인학교를 경영하는 사립학교경영자가 교비회계에 속하는 수입을 다른 회계에 전출하거나 대여할 경우에는 처벌받는다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2011도12408 판결 등 참조).

구 초·중등교육법(2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 국·공립의 초등학교·중학교·고등학교 및 특수학교에 학교회계를 설치하여야 한다고 하면서(제30조의2 제1항), 외국인학교에 대하여는 제30조의2 등이 적용되지 않는다고 규정하고 있다(제60조의2 제1항). 그러나 이는 구 초·중등교육법과 관계 법규상 사립만을 예정하고 있는 외국인학교에 대하여 국·공립학교의 학교회계 설치와 운영에 관한 규정(제30조의2, 제30조의3)이 적용되지 않는다는 점을 명확히 한 것으로서, 이로 인하여 사립 외국인학교의 경영자에 대하여 구 사립학교법 제29조의 준용이 배제된다고 볼 수 없다.

(2) 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

(가) 피고인은 1996. 9.경부터 사립 외국인학교인 △△학교의 총감으로서 학교를 경영하였다.

(나) 피고인은 2005. 1. 27. 경기도, 수원시와 ‘경기도가 건축비를 지원하고, 수원시가 학교부지를 무상임대하며, 피고인이 학교를 운영한다’는 내용의 ○○학교 설립·운영협약을 체결하고, 2006. 6. 12.경 경기도교육감으로부터 ○○학교의 설립인가를 받아 총감으로서 경영하였다.

(다) 피고인은 △△학교의 교사를 신축·이전하는 사업을 추진하다가 공사자금이 부족하자 2011. 1. 4. ○○학교의 교비회계에 속하는 수입 22억 원을 △△학교에 대여한 것을 비롯하여 그때부터 2011. 5. 31.까지 범죄일람표 순번 1 내지 5, 7, 9 내지 12 기재처럼 합계 114억 4,230만 원을 대여하였다.

(라) 2009. 9. 3. 개최된 ○○학교의 이사회에서 ‘○○학교가 한국법의 기준에 따라 재정적으로 가능한 범위 내에서 △△학교에 자금을 대여한다’는 결의를 한 적이 있으나, 피고인이 그 자금 대여가 적법한지에 관하여 경기도교육청에 질의하여 회신을 받거나 법률전문가에게 자문을 받은 적은 없다.

(3) 이러한 사실관계와 관계 법령의 내용을 앞에서 본 법리에 비추어 보면, ○○학교와 △△학교는 각각 설립인가를 받은 별개의 학교이므로, ○○학교의 교비회계에 속하는 수입을 △△학교에 대여하는 것은 구 사립학교법 제29조 제6항에 따라 금지된다. 피고인은 위와 같은 대여행위가 적법한지에 관하여 관할청인 경기도교육청의 담당공무원에게 정확한 정보를 제공하고 회신을 받거나 법률전문가에게 자문을 구하는 등의 조치를 취하지 않았다. 피고인이 외국인으로서 국어에 능숙하지 못하였다거나 ○○학교 설립·운영협약의 당사자에 불과한 경기도, 수원시 소속 공무원들이 참석한 ○○학교 학교운영위원회에서 △△학교에 대한 자금 대여 안전을 보고하였다는 것만으로는 피고인이 자신의 지적 능력을 다

하여 행위의 위법 가능성을 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였다고 볼 수 없다. 또한 위와 같이 △△학교에 대한 자금 대여가 끝난 후에 회계법인이 그 위법함을 지적하지 않았거나 서울특별시교육청의 담당공무원이 제3자에게 ‘구 사립학교법 제29조는 외국인학교에 적용되지 않는다’는 취지로 민원 회신을 하였다는 등의 사정만으로 이를 달리 볼 수도 없다. 그러므로 피고인이 ○○학교의 교비회계에 속하는 수입을 △△학교에 대여한 행위가 법률상 허용되는 것으로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하고 있었다고 하더라도 그와 같이 그릇된 인식에 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다.

그런데도 원심은 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였으므로, 이러한 원심의 판단에는 법률의 착오에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장에는 정당한 이유가 있다.

(4) 따라서 원심판결 중 범죄일람표 순번 1 내지 5, 7, 9 내지 12에 관한 무죄 부분은 파기되어야 하고, 이 부분과 원심이 무죄로 판단한 범죄일람표 순번 6, 8 부분은 포괄일죄의 관계에 있어 함께 파기될 수밖에 없으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

#### 4. 결론

검사의 상고는 이유 있어 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장) 박병대 권순일 김재형(주심)

## 20 2017. 3. 15. 선고 2014도15490 판결 [자동차관리법위반]

이동식 화장실 트레일러가 피견인자동차로서 자동차관리법에서 정한 ‘자동차’에 해당하는지 여부(적극) / 자동차등록원부에 등록하지 않은 이동식 화장실 트레일러를 운행한 것이 같은 법 제5조를 위반하여 등록하지 않고 자동차를 운행한 경우에 해당하는지 여부(적극)

### 【판결요지】

자동차관리법 제2조 제1호, 제3조 제1항, 제3항, 자동차관리법 시행령 제2조, 구 자동차관리법 시행규칙(2014. 8. 18. 국토교통부령 제121호로 개정되기 전의 것) 제2조 관련 [별표 1] ‘2. 유형별 세부기준’의 문언, 체계와 취지 등을 종합하면, 이동식 화장실 트레일러는 이동식 화장실을 탑재하여 육상을 이동할 목적으로 제작된 것으로서, 특별한 사정이 없는 한 원동기에 의하여 육상에서 이동할 목적으로 제작한 용구에 견인되어 육상을 이동할 목적으로 제작한 용구, 즉 피견인자동차로서 자동차관리법에서 정한 자동차에 해당한다.

자동차에 견인되어 육상에서 이동할 것이 예정되어 있는 이동식 화장실 트레일러 역시 그 구조와 장치, 부품 등이 자동차관리법과 자동차안전기준에 관한 규칙에서 정한 자동차 안전운행에 필요한 성능과 기준에 적합하여야 할 필요성은 다른 피견인자동차와 다를 바 없다.

따라서 자동차등록원부에 등록하지 않은 이동식 화장실 트레일러를 운행한 것은 자동차관리법 제5조를 위반하여 등록하지 않고 자동차를 운행한 경우에 해당한다.

**【참조조문】** 자동차관리법 제1조, 제2조 제1호, 제3조 제1항, 제3항, 제5조, 제29조 제1항, 제2항, 구 자동차관리법(2015. 12. 29. 법률 제13686호로 개정되기 전의 것) 제80조 제1호, 자동차관리법 시행령 제2조, 구 자동차관리법 시행규칙(2014. 8. 18. 국토교통부령 제121호로 개정되기 전의 것) 제2조 [별표 1], 자동차안전기준에 관한 규칙 제3조

---

**【피 고 인】** 피고인 1 외 1인

**【상 고 인】** 피고인들

**【원심판결】** 수원지법 2014. 10. 24. 선고 2014노1174 판결

**【주 문】** 상고를 모두 기각한다.

**【이 유】** 상고이유를 판단한다.

1. 자동차관리법 제2조 제1호는 “자동차란 원동기에 의하여 육상에서 이동할 목적으로 제작한 용구 또는 이에 견인되어 육상을 이동할 목적으로 제작한 용구(이하 ‘피견인자동차’라 한다)를 말한다. 다만, 대통령령으로 정하는 것은 제외한다.”라고 정하고 있다. 자동차관리법 시행령 제2조는 자동차관리법 제2조 제1호 단서의 ‘대통령령으로 정하는 것’으로 건설기계관리법에 따른 건설기계(제1호), 농업기계화 촉진법에 따른 농업기계(제2호), 군수품관리법에 따른 차량(제3호), 궤도 또는 공중선에 의하여 운행되는 차량(제4호), 의료기기법에 따른 의료기기(제5호)를 정하고 있을 뿐이고, 이동식 화장실 트레일러에 관해서는 규정하고 있지 않다.

나아가 자동차관리법 제3조 제1항은 자동차의 종류를 구분하면서 특수자동차에 관하여 “다른 자동차를 견인하거나 구난작업 또는 특수한 작업을 수행하기에 적합하게 제작된 자동차로서 승용자동차·승합자동차 또는 화물자동차가 아닌 자동차”(제4호)라고 정하고 있고, 같은 조 제3항은 제1항에 따른 자동차의 종류는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 세분할 수 있도록 정하고 있다. 이에 따라 구 자동차관리법 시행규칙(2014. 8. 18. 국토교통부령 제121호로 개정되기 전의 것) 제2조 관련 [별표 1] ‘2. 유형별 세부기준’에서는 특수자동차를 ‘견인형: 피견인차의 견인을 전용으로 하는 구조인 것’, ‘구난형: 고장·사고 등으로 운행이 곤란한 자동차를 구난·견인할 수 있는 구조인 것’과 ‘특수작업형: 위 어느 형에도 속하지 아니하는 특수작업용인 것’으로 분류하고 있다.

자동차관리법령의 위 규정들의 문언, 체계와 취지 등을 종합하면, 이동식 화장실 트레일러는 이동식 화장실을 탑재하여 육상을 이동할 목적으로 제작된 것으로서, 특별한 사정이 없는 한 원동기에 의하여 육상에서 이동할 목적으로 제작한 용구에 견인되어 육상을 이동할 목적으로 제작한 용구, 즉 피견인자동차로서 자동차관리법에서 정한 자동차에 해당한다고 보아야 한다.

이러한 법리는 이동식 화장실 트레일러에 대하여 자동차관리법에 따른 성능과 안전을 확보할 필요가 있다는 점에 비추어 보아도 타당하다. 즉, 자동차관리법은 제1조에서 “이 법은 자동차의 등록, 안전기준, 자기인증, 제작결함 시정, 점검, 정비, 검사 및 자동차관리사업 등에 관한 사항을 정하여 자동차를 효율적으로 관리하고 자동차의 성능 및 안전을 확보함으로써 공공의 복리를 증진함을 목적으로 한다.”라고 정하고, 제29조 제1항, 제2항에서 “자동차는 대통령령으로 정하는 구조 및 장치가 안전운행에 필요한 성능과 기준에 적합하지 아니하면 운행하지 못한다. 자동차에 장착되거나 사용되는 부품·장치 또는 보호장구로서 대통령령으로 정하는 부품·장치 또는 보호장구는 안전운행에 필요한 성능과 기준에 적합하여야 한다.”라고 정하고 있다. 이에 따라 자동차의 구조와 장치 등의 안전기준을 정하고 있는 자동차안전기준에 관한 규칙은 제3조에서 “자동차의 구조 및 장치는 안전운행을 확보할 수 있도록 제작되거나 정비되어야 한다.”라고 정하면서 제4조부터 제58조까지 구체적이고 상세한 자동차안전기준을 정하고 있는데, 그 대부분은 자동차관리법에서 정한 피견인자동차에도 적용된다. 그러므로 자동차에 견인되어 육상에서 이동할 것이 예정되어 있는 이동식 화장실 트레일러 역시 그 구조와 장치, 부품 등이 자동차관리법과 자동차안전기준에 관한 규칙에서 정한 자동차 안전운행에 필요한 성능과 기준에 적합하여야 할 필요성은 다른 피견인자동차와 다를 바 없다.

따라서 자동차등록원부에 등록하지 않은 이동식 화장실 트레일러를 운행한 것은 자동차관리법 제5조를 위반하여 등록하지 않고 자동차를 운행한 경우에 해당한다.

2. 원심은 이 사건 이동식 화장실 트레일러가 자동차관리법상 자동차에 해당하므로 등록을 해야만 운행할 수 있다고 판단하여 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다. 원심 판결 이유를 위에서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 자동차관리법 제2조 제1호, 제3조 제1항 제4호, 구 자동차관리법 시행규칙 제2조, 고의나 위법성의 인식 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 이유로 상고할 수 있다. 따라서 피고인들에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 형의 양정이 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 아니다.

4. 피고인들의 상고는 이유 없어 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장) 박병대 권순일 김재형(주심)

**21** 2017. 3. 15. 선고 2015도2477 판결 [식품위생법위반]

[1] 식품위생법 제2조 제1호에서 정한 ‘식품’에 자연식품이 포함되는지 여부(적극) 및 자연으로부터 생산되거나 채취·포획하는 산물이 어느 단계부터 자연식품으로서 식품위생법상 ‘식품’에 해당하는지 판단하는 기준

[2] 바다나 강 등에서 채취·포획한 어류나 조개류로서 식용으로 사용할 수 있는 수산물이 가공이나 조리되기 전에도 원칙적으로 식품위생법상 ‘식품’에 해당하는지 여부(적극)

[3] 식품운반업 신고의 예외사유를 정한 식품위생법 시행령 제21조 제4호 단서 규정 중 ‘해당 영업자의 영업소에서 판매할 목적으로 식품을 운반하는 경우’의 의미 및 영업자가 부패·변질되기 쉬운 식품을 판매하는 과정에서 ‘매수인에게 운반해 주는 경우’가 이에 포함되는지 여부(소극)

**【판결요지】**

[1] 식품위생법 제2조 제1호는 식품을 모든 음식물(의약으로 섭취하는 것은 제외한다)이라고 규정하고 있는데, 가공·조리된 식품뿐만 아니라 ‘자연식품’도 식품에 포함된다. 그런데 자연으로부터 생산되거나 채취·포획하는 산물이 어느 단계부터 자연식품으로서 식품위생법상 ‘식품’에 해당하는 것인지는, 식품으로 인한 위생상의 위해를 방지하고 국민보건의 증진에 이바지하고자 하는 식품위생법을 비롯한 식품 관련 법령의 문언, 내용과 규정 체계, 식품의 생산·판매·운반 등에 대한 위생 감시 등 식품으로 규율할 필요성과 아울러 우리 사회의 식습관이나 보편적인 음식물 관념 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

[2] 식품위생법에서 활어 등 수산물이 어느 단계부터 식품인지에 관하여 명확하게 규정하고 있지는 않지만, 식품위생 관련 법령의 규정내용, 문언과 체계, 우리 사회의 식습관이나 보편적인 음식물 관념 등을 종합해 보면, 바다나 강 등에서 채취·포획한 어류나 조개류로서 식용으로 사용할 수 있는 수산물은 가공하거나 조리하기 전에도 원칙적으로 식품으로 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 식품위생법은 식품을 의약품을 제외한 모든 음식물이라고 하여 식품의 개념을 매우 포괄적으로 정하고 있으므로, 활어 등 수산물도 원칙적으로 식품이라고 보아야 한다. 둘째, 식품위생법 시행령 제21조 제4호는 식품위생법의 위임에 따라 식품운반업에 관하여 정하면서, 어류와 조개류를 식품운반업의 대상으로 명시하고 있다. 이는 어

류와 조개류가 식품이라는 점을 전제로 한 것이다. 셋째, 식품위생법 시행규칙 제5조 제1항은 원료로 사용되는 경우에도 식품이라는 점을 전제로 규정하고 있으므로, 어류와 조개류가 음식의 원료로 사용되는 경우 이를 가공하거나 조리하기 전이라도 식품으로 보아야 한다. 넷째, 식품위생법 제7조 제1항에 따라 식품의 기준과 규격을 정한 식품의약품안전처 고시인 ‘식품의 기준 및 규격(이는 식품공전에 수록되어 있다)’은 어류와 조개류 등을 수산물로 명시하고 있고, 2007년부터는 활어에 관해서도 명시적인 규정을 두면서 활어 등 수산물이 식품에 포함된다고 보고 있다. 다섯째, 활어 등 수산물을 식품위생법상 식품에 해당하지 않는다고 본다면, 활어 등 수산물이 식품위생법의 규율대상에서 벗어나기 때문에 수산물에 대한 위생 감시에 중대한 공백이 생길 우려가 있다. 여섯째, 우리 사회의 식습관, 음식문화와 조리기술, 보편적인 음식물 관념 등에 비추어, 식용으로 사용할 수 있는 어류와 조개류는 식품이라는 것이 일반적 관념이다. 이러한 관념은 위와 같은 식품위생법령을 비롯한 식품 관련 법령에 의하여 뒷받침되고 있어 사실적 차원을 넘어 규범적 차원에서도 승인되기에 이르렀다.

[3] 식품위생법 제37조 제4항 전단은 대통령령으로 정하는 영업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업 종류별 또는 영업소별로 관할관청에 신고하도록 정하고 있다. 그 위임에 따라 식품위생법 시행령 제25조 제1항 제4호는 영업신고를 하여야 하는 업종 중 하나로 제21조 제4호의 ‘식품운반업’을 들고 있다. 식품운반업에 관해서는 식품위생법 시행령 제21조 제4호에서 ‘직접 마실 수 있는 유산균음료(살균유산균음료를 포함한다)나 어류·조개류 및 그 가공품 등 부패·변질되기 쉬운 식품을 위생적으로 운반하는 영업’이라고 규정하면서, 그 단서는 ‘해당 영업자의 영업소에서 판매할 목적으로 식품을 운반하는 경우’와 ‘해당 영업자가 제조·식품을 운반하는 경우’를 제외하고 있다. 위 규정들은 식품운반업을 식품위생법상 영업신고의 대상으로 정하되, 식품위생법 시행령 제21조 제4호 단서에서 영업신고의 대상에서 제외되는 두 가지 예외를 명시한 것이다.

식품위생법 시행령 제21조 제4호 단서의 문언, 내용과 규정 체계에 따르면, 위 단서 규정 중 ‘해당 영업자의 영업소에서 판매할 목적으로 식품을 운반하는 경우’는 영업자가 자신의 영업소에서 판매할 목적으로 식품을 운반하여 가져오는 경우를 의미하고, 여기에서 나아가 영업자가 부패·변질되기 쉬운 식품을 판매하는 과정에서 ‘매수인에게 운반해 주는 경우’까지 포함한다고 볼 수는 없다. 식품판매업과 식품운반업의 시설기준이 달라서 식품판매업자로서 필요한 시설을 갖추었다더라도 식품운반업자로서 필요한 시설을 갖추는 것은 아닌 점, 식품판매업자가 영업소에서 판매하기 위하여 부패·변질되기 쉬운 식품을 운반해 오는 경우와 그러한 식품을 판매하면서 매수인에게 운반해 주는 경우에 발생할 수 있는 위생상 위해의 정도가 다른 점에 비추어 보아도 위와 같이 해석하는 것이 타당하다.

**【참조조문】** [1] 식품위생법 제1조, 제2조 제1호 / [2] 식품위생법 제2조 제1호, 제7조 제1항, 식품위생법 시행령 제21조 제4호, 식품위생법 시행규칙 제5조 제1항 / [3] 식품위생법 제37조 제4항, 제97조 제1호, 식품위생법 시행령 제21조 제4호, 제25조 제1항 제4호

**【참조판례】** [1] 대법원 1989. 7. 11. 선고 88도2312 판결(공1989, 1266), 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도237 판결(공2017상, 418)

**【피 고 인】** 피고인

**【상 고 인】** 검사

**【원심판결】** 울산지법 2015. 1. 23. 선고 2014노1041 판결

**【주 문】** 원심판결을 파기하고, 사건을 울산지방법원에 환송한다.

**【이 유】** 상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실의 요지는, 활어 유통업을 하는 피고인이 2010. 2. 1.경부터 2013. 6. 25.경까지 활어 운반차량 1대를 소유하고 울산 북구에 있는 ‘○○수산’으로부터 수족관 2개를 임차하여 백합, 명계, 고등, 가리비 등 수산물을 보관하면서 경주시, 포항시 등에 있는 20여 곳의 횃집 등 음식점으로 운반하여 도매로 유통하는 등, 시설기준을 제대로 갖추지 않고 2012년도 한해 2억 6,000만 원 정도의 매출을 올리는 식품운반업을 영위하면서 식품운반업 신고를 하지 않았다는 것이다.

원심은 피고인이 활어 등 수산물을 판매하면서 매수인의 요청에 따라 활어 등 수산물을 운반해 준 것은 식품위생법 시행령 제21조 제4호 단서 중 ‘해당 영업자의 영업소에서 판매할 목적으로 식품을 운반하는 경우’에 해당하여 식품운반업 신고대상이 아니라고 보아 피고인에게 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였다.

이 사건의 쟁점은 피고인의 활어 등 수산물 운반행위가 식품운반업 신고대상인지 여부인데, 그 전제로서 활어 등 수산물이 식품위생법상 식품에 해당하는지 여부가 문제 된다.

2. 먼저 활어 등 수산물이 식품에 해당하는지 여부에 관하여 살펴본다.

가. 식품위생법 제2조 제1호는 식품을 모든 음식물(의약으로 섭취하는 것은 제외한다)이라고 규정하고 있는데, 가공·조리된 식품뿐만 아니라 ‘자연식품’도 식품에 포함된다(대법원 1989. 7. 11. 선고 88도2312 판결 등 참조). 그런데 자연으로부터 생산되거나 채취·포획하는 산물이 어느 단계부터 자연식품으로서 식품위생법상 ‘식품’에 해당하는 것인지는, 식품으로 인한 위생상의 위해를 방지하고 국민보건의 증진에 이바지하고자 하는 식품위생법을 비롯한 식품 관련 법령의 문언, 내용과 규정 체계, 식품의 생산·판매·운반 등에 대한 위생 감시 등 식품으로 규율할 필요성과 아울러 우리 사회의 식습관이나 보편적인 음식물 관념 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도237 판결

참조).

식품위생법에서 활어 등 수산물이 어느 단계부터 식품인지에 관하여 명확하게 규정하고 있지는 않지만, 식품위생 관련 법령의 규정내용, 문언과 체계, 우리 사회의 식습관이나 보편적인 음식물 관념 등을 종합해 보면, 바다나 강 등에서 채취·포획한 어류나 조개류로서 식용으로 사용할 수 있는 수산물은 가공하거나 조리하기 전에도 원칙적으로 식품으로 보아야 한다는 결론을 도출할 수 있다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 식품위생법은 위와 같이 식품을 의약품을 제외한 모든 음식물이라고 하여 식품의 개념을 매우 포괄적으로 정하고 있으므로, 활어 등 수산물도 원칙적으로 식품이라고 보아야 한다.

둘째, 식품위생법 시행령 제21조 제4호는 식품위생법의 위임에 따라 식품운반업에 관하여 정하면서, 어류와 조개류를 식품운반업의 대상으로 명시하고 있다. 이는 어류와 조개류가 식품이라는 점을 전제로 한 것이다.

셋째, 식품위생법 시행규칙 제5조 제1항은 원료로 사용되는 경우에도 식품이라는 점을 전제로 규정하고 있으므로, 어류와 조개류가 음식의 원료로 사용되는 경우 이를 가공하거나 조리하기 전이라도 식품으로 보아야 한다.

넷째, 식품위생법 제7조 제1항에 따라 식품의 기준과 규격을 정한 식품의약품안전처 고시인 ‘식품의 기준 및 규격(이는 식품공전에 수록되어 있다)’은 어류와 조개류 등을 수산물로 명시하고 있고, 2007년부터는 활어에 관해서도 명시적인 규정을 두면서 활어 등 수산물이 식품에 포함된다고 보고 있다.

다섯째, 활어 등 수산물을 식품위생법상 식품에 해당하지 않는다고 본다면, 활어 등 수산물이 식품위생법의 규율대상에서 벗어나기 때문에 수산물에 대한 위생 감시에 중대한 공백이 생길 우려가 있다.

여섯째, 우리 사회의 식습관, 음식문화와 조리기술, 보편적인 음식물 관념 등에 비추어, 식용으로 사용할 수 있는 어류와 조개류는 식품이라는 것이 일반적 관념이다. 이러한 관념은 위와 같은 식품위생법령을 비롯한 식품 관련 법령에 의하여 뒷받침되고 있어 사실적 차원을 넘어 규범적 차원에서도 승인되기에 이르렀다.

나. 이 사건에서 피고인이 운반한 백합, 멧게, 고등, 가리비 등 수산물은 바다에서 채취하여 식용으로 판매한 것으로 식품위생법상 식품에 해당한다.

3. 다음으로 피고인의 활어 등 수산물 운반행위가 식품위생법상 신고대상인지 여부에 관하여 살펴본다.

가. 식품위생법 제37조 제4항 전단은 대통령령으로 정하는 영업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업 종류별 또는 영업소별로 관할관청에 신고하도록 정하고 있다. 그 위임에 따라 식품위생법 시행령 제25조 제1항 제4호는 영업신고를 하여야 하는 업종 중 하나로 제21조 제4호의 ‘식품운반업’을 들고 있다. 식품운반업에 관해서는 식품위생법 시행

령 제21조 제4호에서 ‘직접 마실 수 있는 유산균음료(살균유산균음료를 포함한다)나 어류·조개류 및 그 가공품 등 부패·변질되기 쉬운 식품을 위생적으로 운반하는 영업’이라고 규정하면서, 그 단서는 ‘해당 영업자의 영업소에서 판매할 목적으로 식품을 운반하는 경우’와 ‘해당 영업자가 제조·가공한 식품을 운반하는 경우’를 제외하고 있다. 위 규정들은 식품운반업을 식품위생법상 영업신고의 대상으로 정하되, 식품위생법 시행령 제21조 제4호 단서에서 영업신고의 대상에서 제외되는 두 가지 예외를 명시한 것이다.

식품위생법 시행령 제21조 제4호 단서의 문언, 내용과 규정 체계에 따르면, 위 단서 규정 중 ‘해당 영업자의 영업소에서 판매할 목적으로 식품을 운반하는 경우’는 영업자가 자신의 영업소에서 판매할 목적으로 식품을 운반하여 가져오는 경우를 의미한다고 보아야 하고, 여기에서 나아가 영업자가 부패·변질되기 쉬운 식품을 판매하는 과정에서 ‘매수인에게 운반해 주는 경우’까지 포함한다고 볼 수는 없다. 식품판매업과 식품운반업의 시설기준이 달라서 식품판매업자로서 필요한 시설을 갖추었다고 하더라도 식품운반업자로서 필요한 시설을 갖추는 것은 아닌 점, 식품판매업자가 영업소에서 판매하기 위하여 부패·변질되기 쉬운 식품을 운반해 오는 경우와 그러한 식품을 판매하면서 매수인에게 운반해 주는 경우에 발생할 수 있는 위생상 위해의 정도가 다른 점에 비추어 보아도 위와 같이 해석하는 것이 타당하다.

나. 피고인은 식품운반업 신고를 하지 않고 백합, 명게, 고등, 가리비 등 수산물을 피고인의 영업소가 아닌 경주시, 포항시 등에 있는 횡집 등 음식점에 판매하면서 운반하는 행위를 하였다. 이는 식품위생법 시행령 제21조 제4호 본문에서 정한 부패·변질되기 쉬운 식품을 운반하는 영업을 한 것으로, 식품운반업 신고의 예외사유를 정한 식품위생법 시행령 제21조 제4호 단서 중 ‘해당 영업자의 영업소에서 판매할 목적으로 식품을 운반하는 경우’에 해당하지 않는다. 또한 피고인이 수산물의 판매를 영업으로 하면서 활어 운반차량을 이용하여 계속적·반복적으로 수산물을 운반하였다면 영리를 목적으로 수산물의 판매와 운반을 한 것이라고 보아야 한다. 따라서 피고인이 식품위생법 제37조 제4항에 따라 식품운반업 신고를 하지 않고 위와 같은 행위를 한 것은 위법하다.

4. 그런데도 원심은 피고인의 행위가 식품운반업의 신고대상에 해당하지 않는다고 보아 이 사건 공소사실을 무죄라고 판단하였다. 이러한 원심판결에는 식품위생법과 식품위생법 시행령의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장에는 정당한 이유가 있다.

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장) 박병대 권순일 김재형(주심)

## 22 2017. 3. 15. 선고 2016도17442 판결 [교통사고처리특례법 위반]

자동차 운전자의 횡단보도에서의 보행자 보호의무의 내용

### 【판결요지】

교통사고처리 특례법 제3조 제2항 본문, 단서 제6호, 제4조 제1항 본문, 단서 제1호, 도로교통법 제27조 제1항의 내용 및 도로교통법 제27조 제1항의 입법 취지가 차를 운전하여 횡단보도를 지나는 운전자의 보행자에 대한 주의의무를 강화하여 횡단보도를 통행하는 보행자의 생명·신체의 안전을 두텁게 보호하려는 데 있음을 감안하면, 모든 차의 운전자는 신호기의 지시에 따라 횡단보도를 횡단하는 보행자가 있을 때에는 횡단보도에의 진입 선후를 불문하고 일시정지하는 등의 조치를 취함으로써 보행자의 통행이 방해되지 아니하도록 하여야 한다. 다만 자동차가 횡단보도에 먼저 진입한 경우로서 그대로 진행하더라도 보행자의 횡단을 방해하거나 통행에 아무런 위협을 초래하지 아니할 상황이라면 그대로 진행할 수 있다.

【참조조문】 교통사고처리 특례법 제3조 제1항, 제2항 제6호, 제4조 제1항 제1호, 형법 제268조, 도로교통법 제27조 제1항

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 심재섭

【원심판결】 의정부지법 2016. 10. 7. 선고 2015노3482 판결

【주 문】 상고를 기각한다.

【이 유】 상고이유를 판단한다.

교통사고처리 특례법 제3조 제2항 단서 제6호, 제4조 제1항 단서 제1호의 각 규정에 의하면 ‘도로교통법 제27조 제1항의 규정에 따른 횡단보도에서의 보행자 보호의무를 위반하여 운전한 경우’에는 교통사고처리 특례법 제3조 제2항 본문, 제4조 제1항 본문의 각 규정에 의한 처벌의 특례가 적용되지 아니한다. 그리고 도로교통법 제27조 제1항은 “모든 차의 운전자는 보행자(제13조의2 제6항에 따라 자전거에서 내려서 자전거를 끌고 통행하는 자전거 운전자를 포함한다)가 횡단보도를 통행하고 있을 때에는 보행자의 횡단을 방해하거나 위협을 주지 아니하도록 그 횡단보도 앞(정지선이 설치되어 있는 곳에서는 그 정지선을 말한다)에서 일시정지하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

위 각 규정의 내용 및 도로교통법 제27조 제1항의 입법 취지가 차를 운전하여 횡단보도

를 지나는 운전자의 보행자에 대한 주의의무를 강화하여 횡단보도를 통행하는 보행자의 생명·신체의 안전을 두텁게 보호하려는 데 있는 것임을 감안하면, 모든 차의 운전자는 신호기의 지시에 따라 횡단보도를 횡단하는 보행자가 있을 때에는 횡단보도에의 진입 선후를 불문하고 일시정지하는 등의 조치를 취함으로써 보행자의 통행이 방해되지 아니하도록 하여야 한다. 다만 자동차가 횡단보도에 먼저 진입한 경우로서 그대로 진행하더라도 보행자의 횡단을 방해하거나 통행에 아무런 위협을 초래하지 아니할 상황이라면 그대로 진행할 수 있다고 보아야 한다.

원심은, 그 판시와 같은 사정 등을 종합하면 피고인이 이 사건 공소사실 기재와 같이 횡단보도의 보행자 신호가 녹색 등화로 바뀌었음에도 횡단보도 위에서 일시정지를 하지 아니한 업무상 과실로 피해자를 충격하여 피해자에게 상해를 입혔고, 위와 같은 피고인의 과실과 피해자가 입은 상해 사이에 상당인과관계도 인정된다는 이유를 들어, 피고인이 도로교통법 제27조 제1항에서 정한 ‘횡단보도에서의 보행자 보호의무’를 위반하여 이 사건 사고가 발생한 것으로 보기는 어렵다고 보아 공소기각 판결을 선고한 제1심판결을 파기하여 제1심법원에 환송하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 수긍할 수 있다. 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 도로교통법 제27조 제1항에 관한 법리를 오해하고 증거재판주의와 죄형법정주의를 위반하는 등의 잘못이 없다.

그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박병대(재판장) 박보영 권순일(주심) 김재형

## 23 2017. 3. 15. 선고 2016도17691 판결 [사기·양곡관리법 위반]

양곡가공업자나 양곡매매업자가 쌀과 현미 이외의 양곡에 관하여 생산연도를 사실과 달리 표시하거나, 포장판매하는 양곡의 포장재나 포장하지 않고 판매하는 양곡의 용기 표면, 푯말 등이 아니라 거래 상대방에게 교부한 서면 등에 거짓 내용을 기재하는 것이 구 양곡관리법에 의한 금지 및 처벌대상에 포함되는지 여부(소극)

### 【판결요지】

구 양곡관리법(2015. 1. 6. 법률 제12964호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 제20조의2, 제20조의3 제1항, 제2항, 제34조, 양곡관리법 시행규칙(2013. 10. 2. 농림축산식품부령 제44호로 개정된 것) 제7조의3 [별표 4], 제7조의4 제1호의 내용과 형식을 종합해 보면, 법에서 금지한 양곡의 생산연도·품질 등에 관한 사항을 거짓으

로 표시한 행위 중 생산연도에 관한 표시는 쌀과 현미에 한하여 적용되고 그 이외의 양곡은 적용대상이 아니며, 또한 표시방법도 포장하여 판매하는 경우에는 포장재에, 포장하지 않고 판매하는 경우에는 용기 표면이나 풋말 등에 거짓표시를 한 경우만이 처벌대상이 된다. 그러므로 양곡가공업자나 양곡매매업자가 쌀과 현미 이외의 양곡에 관하여 생산연도를 사실과 달리 표시하거나, 포장판매하는 양곡의 포장재나 포장하지 않고 판매하는 양곡의 용기 표면, 풋말 등이 아니라 거래상대방에게 교부한 서면 등에 거짓 내용을 기재하는 것은 위 법에 의한 금지 및 처벌대상에 포함된다고 할 수 없다.

**【참조조문】** 헌법 제12조 제1항, 형법 제1조 제1항, 구 양곡관리법(2015. 1. 6. 법률 제12964호로 개정되기 전의 것) 제20조의2, 제20조의3, 제34조 제4호(현행 제32조 제3호 참조), 양곡관리법 시행규칙 제7조의3 [별표 4], 제7조의4 제1호

**【피 고 인】** 피고인

**【상 고 인】** 피고인

**【변 호 인】** 변호사 김현미

**【원심판결】** 청주지법 2016. 10. 14. 선고 2016노940 판결

**【주 문】** 원심판결을 파기하고, 사건을 청주지방법원에 환송한다.

**【이 유】** 1. 피고인은 제1심판결에 대하여 항소하면서 항소이유로 양형부당만을 주장하였다. 이러한 경우 원심판결에 법리를 오해한 잘못이 있다고 주장하는 것은 적법한 상고이유라고 할 수 없다. 그러나 이 사건에는 아래와 같이 직권으로 심판할 사유가 있다.

2. 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 명문규정의 의미를 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는다. 그리고 이러한 법해석의 원리는 형벌법규의 적용대상이 행정법규가 규정한 사항을 내용으로 하고 있는 경우에 그 행정법규의 규정을 해석할 때에도 마찬가지로 적용된다(대법원 1990. 11. 27. 선고 90도1516 전원합의체 판결 등 참조).

구 양곡관리법(2015. 1. 6. 법률 제12964호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다)은, 양곡가공업자나 양곡매매업자(이하 ‘양곡매매업자 등’이라고 한다)가 양곡을 판매하려면 그 양곡의 생산연도·품질 등 농림축산식품부령으로 정하는 사항을 포장·용기 등에 표시하여야 한다고 하고(제20조의2), 그 표시사항에 관하여 사실과 다르거나 과장된 표시·광고를 하거나 소비자를 기만하거나 오인·혼동시킬 우려가 있는 표시·광고를 하는 행위를 금지하면서(제20조의3 제1항), 이를 위반하면 처벌하도록 하고 있다(제34조). 그리고 그와 같은 금지 및 처벌의 대상이 되는 ‘거짓·과대의 표시 및 광고의 범위 등에 필요한 사항’은 농림축산식품부령으로 정하도록 위임하였다(제20조의3 제2항). 그 위임에 따라 양곡관리법 시행규칙(2013. 10. 2. 농림축산식품부령 제44호로 일부 개정된 것, 이하 ‘시행규칙’

이라고 한다)은, ‘법 제20조의3 제2항에 따른 거짓·과대의 표시·광고의 범위’를 규정하면서, 표시에 관해서는 ‘포장·용기에 양곡의 명칭·품질 등에 대한 정보를 나타내거나 알리는 행위’ 중 ‘법 제20조의2에 따른 표시사항과 표시방법을 사실과 다르게 한 표시’를 그 대상으로 규정하고 있다(제7조의4 제1호). 또한 시행규칙 제7조의3은 ‘법 제20조의2에 따른 양곡의 표시사항과 표시방법’을 [별표 4]로 정하고 있는데, 그 [별표 4]는 ‘표시사항’을 의무 표시사항과 임의표시사항으로 구분한 다음, 의무표시사항으로 품목, 생산연도, 중량, 품종 등을 규정하면서 생산연도에 관한 표시는 ‘쌀과 현미의 경우’만 해당하는 것으로 제한하고, 임의표시사항으로는 쌀의 단백질 함량, 한 가지만 규정하고 있다. 나아가 ‘표시방법’에 관하여는, 포장하여 판매하는 경우에는 원칙적으로 포장재의 앞면에 직접 인쇄하도록 하고, 포장하지 않고 판매하는 경우에는 용기 표면, 풋말 등에 표시하도록 하고 있다.

위 각 규정의 내용과 형식을 종합해 보면, 법에서 금지한 양곡의 생산연도·품질 등에 관한 사항을 거짓으로 표시한 행위 중 생산연도에 관한 표시는 쌀과 현미에 한하여 적용되고 그 이외의 양곡은 적용대상이 아니라고 할 것이고, 또한 그 표시방법도 포장하여 판매하는 경우에는 포장재에, 포장하지 않고 판매하는 경우에는 용기 표면이나 풋말 등에 거짓 표시를 한 경우만이 처벌대상이 되는 것으로 해석된다. 그러므로 양곡매매업자 등이 쌀과 현미 이외의 양곡에 관하여 생산연도를 사실과 달리 표시하거나, 포장판매하는 양곡의 포장재나 포장하지 않고 판매하는 양곡의 용기 표면, 풋말 등이 아니라 거래상대방에게 교부한 서면 등에 거짓 내용을 기재하는 것은 위 법에 의한 금지 및 처벌대상에 포함된다고 할 수 없다.

3. 이 사건 쟁점 공소사실의 요지는, 양곡매매업자인 피고인은 ① 2014. 1.경 농산물 유통회사인 ○○○○○○로부터 매입한 약 7억 3,700만 원 상당의 2012년산 콩 약 189t을 △△농업협동조합(이하 ‘△△농협’이라고 한다)에 판매하고 그 무렵 위 콩의 생산연도를 2013년으로 기재한 생산자증명서, 원산지증명서를 만들어 △△농협에 팩스로 전송해주고, ② 2014. 4.경 □□농업협동조합으로부터 매입한 약 8억 4,458만 원 상당의 2011년산 또는 2012년산 콩 약 216t을 △△농협에 판매하고 2014. 5. 2.경 위 콩의 생산연도를 2013년으로 기재한 생산자증명서를 만들어 △△농협에 팩스로 전송해줌으로써 양곡의 생산연도에 관하여 사실과 다르거나 과장된 표시·광고를 하였다는 것이다.

이에 의하면, 검사가 기소한 피고인의 행위는 생산자증명서, 원산지증명서라는 제목의 서류들을 작성하면서 거기에 콩의 생산연도를 허위로 기재한 다음 이를 거래상대방에게 제시하였다는 것이다. 그러나 앞에서 본 법리에 의하면, 콩의 생산연도는 시행규칙 제7조의3이 [별표 4]로 규정하고 있는 표시사항이 아니므로 이는 처벌대상인 거짓 표시사항에 해당하지 않는다. 또한 피고인이 생산연도를 사실과 달리 표시한 것은 △△농협에 판매한 콩의 포장재나 용기, 풋말 등이 아니라 거래 관련 서류에 적은 것뿐이므로 법에서 처벌대상으로 규정한 거짓의 표시방법에도 해당하지 않는다.

그럼에도 원심은, 피고인이 △△농협에 생산연도를 허위로 기재한 원산지증명서, 생산자

증명서를 작성·제시한 행위가 법 제20조의3 제1항에서 정한 ‘사실과 다르거나 과장된 표시·광고’에 해당한다고 보아 이 사건 쟁점 공소사실을 유죄로 인정한 제1심의 판단을 유지하였다. 원심의 이러한 판단에는 관련 법규의 해석과 적용을 그르쳐 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

따라서 원심판결 중 이 사건 쟁점 공소사실 부분은 파기되어야 할 것인데, 원심은 위 파기 부분과 나머지 사기죄 인정 부분이 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 하나의 형을 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였으므로, 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송한다. 이 판결에는 관여 대법관의 의견이 일치되었다.

대법관 권순일(재판장) 박병대(주심) 박보영 김재형

24

### 2017. 3. 15. 선고 2016도17719 판결 [특정범죄자에대한보호관찰및전자장치부착등에관한법률위반]

[1] 위치추적 전자장치의 효용을 해한 행위를 처벌하는 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제38조에서 ‘효용을 해하는 행위’의 의미 및 부착위라도 고의적으로 그 효용이 정상적으로 발휘될 수 없도록 한 경우 처벌 대상이 되는지 여부(적극)

[2] 위치추적 전자장치가 부착된 사람이 재택 감독장치가 설치되어 있는 자신의 독립된 주거공간이나 가족 등과의 공동 주거공간을 떠나 타인의 생활공간 또는 타인이 공동으로 이용하는 공간에 출입하면서 휴대용 추적장치를 휴대하지 아니하고 출입함으로써 부착장치의 전자파를 추적하지 못하게 하는 행위가 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제38조의 ‘기타의 방법으로 전자장치의 효용을 해한 경우’에 해당하는지 여부(적극)

#### 【판결요지】

[1] 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제38조는 위치추적 전자장치(이하 ‘전자장치’라고 한다)가 부착된 사람이 부착기간 중 전자장치를 신체에서 임의로 분리·손상, 전파 방해 또는 수신자료의 변조, 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 행위를 처벌하고 있다. 여기서 ‘효용을 해하는 행위’는 전자장치를 부착하게 하여 위치를 추적하도록 한 전자장치의 실질적인 효용을 해하는 행위를 말하는 것으로서, 전자장치 자체의 기능을 직접적으로 해하는 행위뿐 아니라 전자장치의 효용이 정상적으로 발휘될 수 없도록 하는 행위도 포함하며, 부착위라고 하더라도 고의적으로 그 효용이 정상적으로 발휘될 수 없도록 한 경우에는 처벌의 대상이 된다.

[2] 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 '전자장치 부착법'이라고 한다)에 의한 위치추적 전자장치(이하 '전자장치'라고 한다)가 부착된 사람(이하 '피부착자'라고 한다)은 전자장치의 부착기간 중 전자장치의 기능이 정상적으로 유지될 수 있도록 전자장치를 충전, 휴대 또는 관리하여야 한다(특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 시행령 제11조 제1호). 나아가 특정범죄를 저지른 사람의 재범방지를 위하여 형기를 마친 뒤에 보호관찰 등을 통하여 건전한 사회복귀를 촉진하고 전자장치를 신체에 부착하게 하는 부가적인 조치를 취함으로써 특정범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 하는 전자장치부착법의 취지와 전자장치를 구성하는 휴대용 추적장치와 재택 감독장치의 기능과 목적 등을 고려하여 볼 때, 피부착자가 재택 감독장치가 설치되어 있는 자신의 독립된 주거공간이나 가족 등과의 공동 주거공간을 떠나 타인의 생활공간 또는 타인이 공동으로 이용하는 공간을 출입하고자 하는 경우에는 휴대용 추적장치를 휴대하여야 한다. 따라서 피부착자가 이를 위반하여 휴대용 추적장치를 휴대하지 아니하고 위와 같은 장소에 출입함으로써 부착장치의 전자파를 추적하지 못하게 하는 경우에는 전자장치부착법 제38조의 기타의 방법으로 전자장치의 효용을 해한 경우에 해당한다.

**【참조조문】** [1] 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제2조 제4호, 제14조 제1항, 제38조 / [2] 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제1조, 제2조 제4호, 제14조 제1항, 제38조, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 시행령 제2조, 제11조 제1호

**【참조판례】** [1] 대법원 2012. 8. 17. 선고 2012도5862 판결(공2012하, 1570)

**【피 고 인】** 피고인

**【상 고 인】** 피고인

**【원심판결】** 의정부지법 2016. 10. 13. 선고 2016노1380 판결

**【주 문】** 상고를 기각한다.

**【이 유】** 상고이유를 판단한다.

1. 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 '전자장치부착법'이라고 한다)에 의한 '위치추적 전자장치'(이하 '전자장치'라고 한다)란 전자파를 발신하고 추적하는 원리를 이용하여 위치를 확인하거나 이동경로를 탐지하는 일련의 기계적 설비를 말한다(제2조 제4호). 전자장치는 전자장치가 부착된 사람(이하 '피부착자'라고 한다)이 휴대하는 것으로서 위성위치확인시스템(Global Positioning System) 및 이동통신망을 통하여 피부착자의 위치를 확인하는 장치인 휴대용 추적장치, 휴대용 추적장치를 보조하는 장치로서 피부착자의 주거지에 설치하여 피부착자의 위치를 확인하는 장치인 재택 감독장치, 그

리고 피부착자의 신체에 부착하여 휴대용 추적장치와 재택 감독장치에 전자파를 송신하는 장치인 부착장치로 구성되어 있다[특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 시행령(이하 ‘전자장치부착법 시행령’이라고 한다) 제2조].

한편 전자장치부착법 제38조는 전자장치의 피부착자가 부착기간 중 전자장치를 신체에서 임의로 분리·손상, 전파 방해 또는 수신자료의 변조, 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 행위를 처벌하고 있다. 여기서 ‘효용을 해하는 행위’는 전자장치를 부착하게 하여 위치를 추적하도록 한 전자장치의 실질적인 효용을 해하는 행위를 말하는 것으로서, 전자장치 자체의 기능을 직접적으로 해하는 행위뿐 아니라 전자장치의 효용이 정상적으로 발휘될 수 없도록 하는 행위도 포함되며, 부착위라고 하더라도 고의적으로 그 효용이 정상적으로 발휘될 수 없도록 한 경우에는 처벌의 대상이 된다(대법원 2012. 8. 17. 선고 2012도5862 판결 참조).

그리고 피부착자는 전자장치의 부착기간 중 전자장치의 기능이 정상적으로 유지될 수 있도록 전자장치를 충전, 휴대 또는 관리하여야 한다(전자장치부착법 시행령 제11조 제1호). 나아가 특정범죄를 저지른 사람의 재범방지를 위하여 형기를 마친 뒤에 보호관찰 등을 통하여 건전한 사회복귀를 촉진하고 전자장치를 신체에 부착하게 하는 부가적인 조치를 취함으로써 특정범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 하는 전자장치부착법의 취지와 전자장치를 구성하는 휴대용 추적장치와 재택 감독장치의 기능과 목적 등을 고려하여 볼 때, 피부착자가 재택 감독장치가 설치되어 있는 자신의 독립된 주거공간이나 가족 등과의 공동 주거공간을 떠나 타인의 생활공간 또는 타인이 공동으로 이용하는 공간을 출입하고자 하는 경우에는 휴대용 추적장치를 휴대하여야 한다. 따라서 피부착자가 이를 위반하여 휴대용 추적장치를 휴대하지 아니하고 위와 같은 장소에 출입함으로써 부착장치의 전자파를 추적하지 못하게 하는 경우에는 전자장치부착법 제38조의 기타의 방법으로 전자장치의 효용을 해한 경우에 해당한다.

2. 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, ① 피고인은 2013. 5. 26. 18:23경부터 같은 날 18:41경까지 한국법무보호복지공단이 운영하는 복지관에서 생활하면서 휴대용 추적장치를 자신의 숙소 내에 놓아두고 이를 휴대하지 아니한 채 피고인이 배정받은 방실(○○○호이고, 방실 내에 재택 감독장치가 설치되어 있다)을 벗어나 공동이용시설이나 타인의 생활공간을 출입하는 등으로 피고인의 위치를 확인하지 못하게 한 것을 비롯하여 그때부터 2014. 11. 11.까지 제1심판결 별지 범죄일람표 기재와 같이 모두 7회에 걸쳐 같은 방법으로 피고인의 위치를 확인하지 못하게 한 사실, ② 위치추적 중앙관제센터는 위와 같은 피고인의 행위로 인한 부착장치 감응범위 이탈 경보를 수신한 후 담당보호관찰관을 통하여 피고인의 휴대전화로 전화하여 피고인이 거주하는 방실을 벗어나는 경우에는 휴대용 추적장치를 반드시 휴대하여야 하고, 이를 위반할 경우에는 전자장치 효용유지의무 불이행으로 불이익을 받을 수 있음을 경고하였음에도 피고인은 위와 같은 위반행위를 반복하여 저지른 사실을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 설령 피고인이 위와 같은 행위를 할 당시에 장소적으로 이동한 범위가 동일한 복지관 건물 내였거나 복지관의 영내를 벗어나지 않았고, 부착장치 감응범위 이탈시간이 단기간에 그쳤다고 하더라도, 피고인이 재택 감독장치가 설치된 자신의 독립된 주거공간을 벗어나 타인의 생활공간이나 타인과의 공동이용공간으로 출입하게 되었음에도 휴대용 추적장치를 휴대하지 아니한 채 출입함으로써 추적장치의 전자파를 추적하지 못하게 한 이상 전자장치부착법 제38조에서 정한 ‘기타의 방법으로 전자장치의 효용을 해하는 행위’에 해당한다고 보기에 충분하다.

원심이 그 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지한 것은 앞서 본 법리에 따른 것으로서 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 전자장치부착법의 처벌대상이나 전자장치의 효용을 해할 고의에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김재형(재판장) 박병대 박보영(주심) 권순일

**25** 2017. 3. 15. 선고 2016도19659 판결 [뇌물수수(피고인 1에 대하여 일부 인정된 죄명: 제3자뇌물수수, 피고인 2에 대하여 인정된 죄명: 제3자뇌물수수방조)·제3자뇌물수수·직권남용권리행사방해·범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반(인정된 죄명: 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반)·직무유기]

[1] 제3자뇌물수수죄에서 필요한 공소사실의 특정 정도

[2] 제3자뇌물수수죄에서 ‘제3자’의 의미 / 공무원 또는 중재인이 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 제공하게 하고 제3자가 그러한 공무원 또는 중재인의 범죄행위를 알면서 방조한 경우, 제3자뇌물수수방조죄가 성립하는지 여부(적극)

[3] 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제2조 제2호 ‘(가)목의 범죄수익’의 범위

[4] 공무원이 직무관련자에게 제3자와 계약을 체결하도록 요구하여 계약 체결을 하게 한 행위가 제3자뇌물수수죄의 구성요건과 직권남용권리행사방해죄의 구성요건에 모두 해당하는 경우, 제3자뇌물수수죄와 직권남용권리행사방해죄가 각각 성립하는지 여부(적극) 및 두 죄의 죄수관계(=상상적 경합범)

## 【판결요지】

[1] 제3자뇌물수수죄는 공무원 또는 중재인이 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하는 행위를 구성요건으로 하고 있고, 그중 부정한 청탁은 명시적인 의사표시뿐만 아니라 묵시적인 의사표시로도 가능하며 청탁의 대상인 직무행위의 내용도 구체적일 필요가 없다. 이러한 점에 비추어 살펴보면, 제3자뇌물수수죄의 공소사실은 범죄의 일시, 장소를 비롯하여 구성요건사실이 다른 사실과 구별되어 공소사실의 동일성의 범위를 구분할 수 있고, 피고인의 방어권 행사에 지장이 없는 정도로 기재되면 특정이 되었다고 보아야 하고, 그중 부정한 청탁의 내용은 구체적으로 기재되어 있지 않더라도 공무원 또는 중재인의 직무와 제3자에게 제공되는 이익 사이의 대가관계를 인정할 수 있을 정도로 특정되면 충분하다.

[2] 제3자뇌물수수죄에서 제3자란 행위자와 공동정범 이외의 사람을 말하고, 교사자나 방조자도 포함될 수 있다. 그러므로 공무원 또는 중재인이 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 제공하게 하고 제3자가 그러한 공무원 또는 중재인의 범죄행위를 알면서 방조한 경우에는 그에 대한 별도의 처벌규정이 없더라도 방조범에 관한 형법총칙의 규정이 적용되어 제3자뇌물수수방조죄가 인정될 수 있다.

[3] 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 ‘법’이라고 한다) 제2조 제2호, 제3호, 제4호, 제3조 제1항 제1호의 내용, 특히 법 제2조 제2호의 ‘범죄수익’을 두 가지로 나누어 규정하면서 (가)목은 그 법 [별표]에서 정한 중대범죄의 범죄행위에 의하여 ‘생긴 재산’ 또는 범죄행위의 ‘보수로 얻은 재산’이라고 한 반면 (나)목에서는 거기 열거된 죄에 ‘관계된 자금 또는 재산’이라고 하고 있는 점, 법 제2조 제3호에서는 제2조 제2호의 ‘범죄수익’ 개념을 전제로 하여 그러한 범죄수익의 ‘대가로 얻은 재산’이나 범죄수익의 ‘보유에 의하여 얻은 재산’ 등은 ‘범죄수익에서 유래한 재산’으로 규정하여 ‘범죄수익’과는 구별하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 위 ‘(가)목의 범죄수익’에는 중대범죄의 범죄행위에 의하여 새로 만들어지거나 그 범죄행위로 직접 취득한 재산 또는 범죄행위에 대한 직접적 대가로서 취득한 재산은 포함되지만, 단순히 그 범죄행위와 관계된 재산이나 범죄수익을 보유하거나 처분하여 2차적으로 얻은 재산은 포함되지 않는다.

[4] 공무원이 직무관련자에게 제3자와 계약을 체결하도록 요구하여 계약 체결을 하게 한 행위가 제3자뇌물수수죄의 구성요건과 직권남용권리행사방해죄의 구성요건에 모두 해당하는 경우에는, 제3자뇌물수수죄와 직권남용권리행사방해죄가 각각 성립하되, 이는 사회 관념상 하나의 행위가 수 개의 죄에 해당하는 경우이므로 두 죄는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다.

【참조조문】 [1] 형법 제130조, 형사소송법 제254조 제4항 / [2] 형법 제32조, 제130조 / [3] 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제2조 제2호, 제3호, 제4호, 제3조 제1항

제1호 / [4] 형법 제40조, 제123조, 제130조

**【참조판례】** [1] 대법원 1999. 6. 25. 선고 99도1900 판결(공1999하, 1560), 대법원 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결(공2007상, 410) / [3] 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004도5652 판결(공2005상, 157)

---

**【피 고 인】** 피고인 1 외 1인

**【상 고 인】** 피고인들 및 검사(피고인 1에 대하여)

**【변 호 인】** 법무법인(유한) 바른 담당변호사 이동훈 외 1인

**【원심판결】** 수원지법 2016. 11. 11. 선고 2016노2199-1 판결

**【주 문】** 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 수원지방법원에 환송한다. 검사의 상고를 기각한다.

**【이 유】** 상고이유를 판단한다.

1. 피고인들의 상고이유에 대하여

가. 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 제3자뇌물수수의 점 및 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 제3자뇌물수수방조의 점

1) 피고인들의 공통된 주장

① 공소사실 특정에 관한 법리오해 주장

공소사실의 특정은 공소제기된 범죄의 성격에 비추어 그 공소의 원인이 된 사실을 다른 공소사실과 구별할 수 있을 정도로 그 일시, 장소, 방법, 목적 등을 적시하여 특정하면 족하고, 그 일부가 다소 불명확하더라도 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 공소사실을 특정할 수 있고, 그리하여 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면, 공소제기의 효력에는 영향이 없다(대법원 1999. 6. 25. 선고 99도1900 판결 등 참조).

제3자뇌물수수죄는 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하는 행위를 구성요건으로 하고 있고, 그중 부정한 청탁은 명시적인 의사표시뿐만 아니라 묵시적인 의사표시로도 가능하며 청탁의 대상인 직무행위의 내용도 구체적일 필요가 없다(대법원 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결 등 참조). 이러한 점에 비추어 살펴보면, 제3자뇌물수수죄의 공소사실은 범죄의 일시, 장소를 비롯하여 그 구성요건 사실이 다른 사실과 구별되어 공소사실의 동일성의 범위를 구분할 수 있고, 피고인의 방어권 행사에 지장이 없는 정도로 기재되면 특정이 되었다고 보아야 하고, 그중 부정한 청탁의 내용은 구체적으로 기재되어 있지 않더라도 공무원 또는 중재인의 직무와 제3자에게 제공되는 이익 사이의 대가관계를 인정할 수 있을 정도로 특정되면 충분하다.

원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 제3자뇌물수수의

점, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 제3자뇌물수수방조의 점에 관한 공소사실이 특정되어 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다. 거기에 피고인들의 상고이유 주장과 같이 공소사실 특정에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

② 피고인 1의 제3자뇌물수수행위에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

제3자뇌물수수죄에서 묵시적인 의사표시에 의한 부정한 청탁이 있다고 하려면, 당사자 사이에 청탁의 대상이 되는 직무집행의 내용 및 제3자에게 제공되는 이익이 그 직무집행에 대한 대가라는 점에 관하여 공통의 인식이나 양해가 존재하여야 한다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 참조). 그리고 부정한 청탁이 있었는지 여부는 그 직무 혹은 청탁의 내용, 이익제공자와의 관계, 이익의 다과 및 수수 경위와 시기 등 여러 사정을 고려하고, 나아가 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무수행의 불가매수성이라고 하는 뇌물죄의 보호법익에 비추어 그 이익의 수수로 인하여 사회 일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 여부도 함께 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결 참조).

원심은, 피고인 1의 직무 내용, 그 직무와 원심 판시 각 물품구매자들 사이의 관련성, 피고인 1이 그 각 물품구매자를 알게 된 경위, 각 물품구매자들이 피고인 1을 통해 물품을 구매할 경위와 방법, 물품구매 전후로 이루어진 피고인 1의 직무와 관련된 물품구매자들의 행위 등 그 판시와 같은 사정을 종합하여, 피고인 1이 위 각 물품구매자들로부터 묵시적으로 직무에 관한 부정한 청탁을 받은 사실을 인정하였다. 그런 다음 이를 토대로, 피고인 1이 위 각 물품구매자로 하여금 제3자인 피고인 2에게 물품판매로 인한 이득금 상당을 지급 받을 수 있는 지위 또는 기회를 뇌물로 제공하도록 하였다고 인정하여 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 제3자뇌물수수의 점을 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 된다. 거기에 피고인들의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 제3자뇌물수수죄에서 부정한 청탁 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2) 피고인 2의 제3자뇌물수수방조죄에 관한 법리오해 주장

제3자뇌물수수죄에서 제3자란 행위자와 공동정범 이외의 사람을 말하고, 교사자나 방조자도 포함될 수 있다. 그러므로 공무원 또는 중재인이 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 제공하게 하고 그 제3자가 그러한 공무원 또는 중재인의 범죄행위를 알면서 방조한 경우에는 그에 대한 별도의 처벌규정이 없더라도 방조범에 관한 형법총칙의 규정이 적용되어 제3자뇌물수수방조죄가 인정될 수 있다.

원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 제3자뇌물수수방조의 점을 유죄로 판단

한 것은 정당하다. 거기에 피고인 2의 상고이유 주장과 같이 제3자뇌물수수방조죄에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 피고인들에 대한 예비적 공소사실 중 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 위반의 점

1) 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」(이하 ‘범죄수익은닉규제법’ 또는 단순히 ‘법’이라고 한다)은 범죄수익 등의 취득에 관한 사실을 가장하는 행위를 처벌하고 있다(제3조 제1항 제1호). 여기서 ‘취득에 관한 사실을 가장하는 행위’는 정당하게 취득한 것처럼 취득 원인에 관한 사실을 가장하거나 귀속되지 않은 것처럼 귀속에 관한 사실을 가장하는 행위를 의미한다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2014도4408 판결 참조). 그리고 취득을 가장하는 행위의 대상인 ‘범죄수익 등’은 ① 범죄수익, ② 범죄수익에서 유래한 재산 또는 ③ 위 각 재산과 그 외의 재산이 합쳐진 재산을 말한다고 규정되어 있다(제2조 제4호). 따라서 범죄행위와 관련된 수익의 취득에 관한 사실을 가장하더라도 위 법의 적용대상인 ‘범죄수익 등’에 해당하지 않으면 처벌대상이 아니다.

한편 위 법에서 말하는 ‘범죄수익’(위 ①)에는 두 가지 종류가 있다(제2조 제2호). 첫째는 그 법 [별표]에서 정한 ‘중대범죄에 해당하는 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산’이고[제2조 제2호 (가)목][이하 통틀어 ‘(가)목의 범죄수익’이라고 한다], 둘째는 법 제2조 제2호 (나)목에 열거된 죄에 ‘관계된 자금 또는 재산’이다[제2조 제2호 (나)목]. 그리고 ‘범죄수익에서 유래한 재산’(위 ②)은 ‘범죄수익의 과실(果實)로 얻은 재산, 범죄수익의 대가(對價)로 얻은 재산 및 이들 재산의 대가로 얻은 재산, 그 밖에 범죄수익의 보유 또는 처분에 의하여 얻은 재산’을 말한다고 규정되어 있다(제2조 제3호).

이와 같은 규정의 내용, 특히 법 제2조 제2호의 ‘범죄수익’을 두 가지로 나누어 규정하면서 그 (가)목은 위 중대범죄의 범죄행위에 의하여 ‘생긴 재산’ 또는 범죄행위의 ‘보수로 얻은 재산’이라고 한 반면 (나)목에서는 거기 열거된 죄에 ‘관계된 자금 또는 재산’이라고 하고 있는 점, 법 제2조 제3호에서는 제2조 제2호의 위 ‘범죄수익’ 개념을 전제로 하여 그러한 범죄수익의 ‘대가로 얻은 재산’이나 범죄수익의 ‘보유에 의하여 얻은 재산’ 등은 ‘범죄수익에서 유래한 재산’으로 규정하여 ‘범죄수익’과는 구별하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 위 ‘(가)목의 범죄수익’에는 중대범죄의 범죄행위에 의하여 새로 만들어지거나 그 범죄행위로 직접 취득한 재산 또는 범죄행위에 대한 직접적 대가로서 취득한 재산은 포함되지만(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004도5652 판결 참조), 단순히 그 범죄행위와 관계된 재산이나 범죄수익을 보유하거나 처분하여 2차적으로 얻은 재산은 포함되지 않는다고 보아야 한다.

2) 피고인들에 대한 범죄수익은닉규제법 위반에 관한 예비적 공소사실의 요지는, 피고인들은 공모하여, 피고인 1이 2010. 2.경부터 2013. 3.경까지 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 원심 판시 별지 범죄일람표 기재와 같이 이천시 내 건축사, 토목설계사, 건축현장소장 등(이하 ‘이 사건 건축사 등’이라고 한다)으로 하여금 86회에 걸쳐 합계 66,485,000원의 물품판매를 통한 이득금 상당의 뇌물(19,945,000원 상당)을 피고인 2에게 공여하게 함에 있어,

피고인 2가 지인 공소외 1에게서 받은 공소외 1 명의 계좌로 그 대금을 수수함으로써, 범죄수익의 취득에 관한 사실을 가장하였다는 것이다.

위 공소사실에 의하면, 검사는 피고인 2가 이 사건 건축사 등에 대한 물품판매를 통하여 얻은 19,945,000원 상당의 이득금이 피고인 1의 제3자뇌물수수죄 및 피고인 2의 제3자뇌물수수방조죄에 의한 '(가)목의 범죄수익'이라고 보고, 그 이득금의 원천이 되는 판매대금을 제3자인 공소외 1 명의의 계좌로 지급받은 행위를 범죄수익의 취득에 관한 사실을 가장한 행위라고 하여 기소한 것이다.

3) 그런데 앞에서 본 것처럼 원심이 유죄로 인정한 피고인 1에 대한 제3자뇌물수수죄의 범죄사실은 피고인 1이 부정한 청탁을 받고 이 사건 건축사 등을 포함한 원심 판시 각 물품구매자들로 하여금 피고인 2가 판매하는 물품을 구입하게 하고 그 대금을 공소외 1 명의의 계좌 등으로 지급하게 함으로써 피고인 2에게 물품판매로 인한 이득금 상당을 지급받을 수 있는 지위 또는 기회를 뇌물로 제공하게 하였다는 것이고, 피고인 2의 범죄사실은 피고인 1의 위 범행을 방조하였다는 것이다.

이와 같은 범죄사실의 내용을 앞에서 본 법리에 비추어 보면, 피고인들의 위 범죄행위에 의한 '(가)목의 범죄수익'은 피고인 2에게 제공된 뇌물인 '물품판매로 인한 이득금 상당을 지급받을 수 있는 지위 또는 기회'라는 무형의 이익이고, 그러한 지위나 기회의 취득에 관하여는 가장행위가 있지 않았다. 또한 기록에 의하면, 피고인 2가 지급받은 판매이득금은 공소외 2와 체결한 판매직원계약에 기초하여 물품 판매대금을 전액 공소외 2에게 입금하고 판매실적에 따라 매월 1회 지급받은 별도의 대가일 뿐 피고인 1의 제3자뇌물수수죄나 피고인 2의 그 방조죄에 의한 '(가)목의 범죄수익' 자체는 아니다. 결국 이 사건 건축사 등이 지급한 물품 판매대금 및 이를 기초로 피고인 2에게 지급된 판매이득금은 그 어느 것이나 위 '(가)목의 범죄수익', 즉 '범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 범죄행위의 보수로 얻은 재산'에 해당하지 않는다. 그러므로 피고인들이 위 물품 판매대금을 제3자인 공소외 1 명의의 계좌로 지급하게 하였다고 하더라도 그것이 공소사실처럼 위 '(가)목의 범죄수익'에 관하여 취득을 가장한 행위를 한 것에 해당한다고 할 수 없다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였으니, 거기에는 범죄수익은닉규제법 제3조 제1항 제1호 위반죄에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 피고인들의 상고이유 주장은 이유 있다.

다. 피고인 1에 대한 ○○엔지니어링 관련 제3자뇌물수수 및 직권남용권리행사방해의 점

#### 1) 구성요건행위에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

공무원이 직무와 관련 있는 사람에게 제3자를 거래상대방으로 소개·추천한 행위가 직무에 관한 부정한 이익을 제3자에게 공여하게 하는 행위에 해당하는지 여부는 그 소개·추천에 이르게 된 경위, 소개·추천을 통하여 제3자가 얻는 이익의 내용과 이에 대한 공무원의 인식 정도, 소개·추천과 관련하여 공무원이 이익을 기대하였는지 여부, 소개·추천 이후에

한 공무원의 직무행위 내용, 공무원과 직무관련자 또는 제3자와의 관계 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2011도14482 판결 참조).

직권남용권리행사방해죄에서 ‘직권의 남용’이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 것을 의미하고, ‘의무 없는 일을 하게 한 때’란 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하는 때를 의미한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결 등 참조).

원심은, 피고인 1이 이천시외 건축 관련 민원을 담당하는 공무원으로서 이천시에서 아파트시행사업을 하는 공소의 3에게 그의 사업체가 관내 업체가 아니라는 지적을 하고 구체적인 이유에 관한 설명 없이 인허가절차가 지연될 수 있다는 말을 한 점, 피고인 1은 공소의 3에게 용역계약체결의 상대방으로 ○○엔지니어링 한 업체만을 소개하고 그 운영자인 공소의 4의 명함을 직접 건넨 점, 공소의 3은 그때 처음으로 ○○엔지니어링과 공소의 4를 알게 된 점, 공소의 3은 ○○엔지니어링 사무실을 찾아가서 공소의 4를 만나 다소 비싼 가격으로 용역계약을 체결한 점, 피고인 1은 위 용역계약 이행과정에 관여하기도 한 점 등 그 판시와 같은 사정을 들어 피고인 1에 대한 공소사실 중 ○○엔지니어링 관련 제3자뇌물수수 및 직권남용권리행사방해의 점이 모두 인정된다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다. 거기에 피고인 1의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 제3자뇌물수수죄, 직권남용권리행사방해죄 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2) 제3자뇌물수수죄와 직권남용권리행사방해죄의 양립가능성 및 죄수에 관한 법리오해 주장

공무원이 직무관련자에게 제3자와 계약을 체결하도록 요구하여 그 계약 체결을 하게 한 행위가 제3자뇌물수수죄의 구성요건과 직권남용권리행사방해죄의 구성요건에 모두 해당하는 경우에는, 제3자뇌물수수죄와 직권남용권리행사방해죄가 각각 성립하되, 이는 사회 관념상 하나의 행위가 수 개의 죄에 해당하는 경우이므로 두 죄는 형법 제40조의 상상적 경합 관계에 있게 된다.

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인 1에 대한 공소사실 중 ○○엔지니어링 관련 제3자뇌물수수 및 직권남용권리행사방해의 점을 모두 유죄로 판단한 것은 정당하다. 거기에 피고인 1의 상고이유 주장과 같이 제3자뇌물수수죄 및 직권남용권리행사방해죄의 양립가능성에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

그러나 원심이 위 두 죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 판단한 것에는 죄수에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 그런데 원심은 피고인 1에 대한 위 두 죄와 이 사건 건축사 등 물품구매자들에 대한 각 제3자뇌물수수죄 등 다른 죄들이 형법 제37조 전단

의 경합범 관계에 있다고 보아 그중 가장 중한 죄에 정한 형에 경합범 가중을 하여 처단형을 정하였으므로 위 두 개의 죄를 상상적 경합관계로 본 경우와 처단형의 범위는 결과적으로 같다. 따라서 원심의 위와 같은 죄수 평가에 관한 잘못이 판결 결과에 영향을 미쳤다고 보기는 어렵다(대법원 1974. 4. 9. 선고 73도2334 판결 등 참조). 피고인 1의 이 부분 상고이유 주장은 받아들이지 않는다.

라. 피고인 1에 대한 공소의 5 관련 직권남용권리행사방해의 점

공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’에 해당한다고 할 수 없다. 다만 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무담당자로 하여금 그러한 기준과 절차에 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’에 해당한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결 참조).

원심은, 공소의 5의 직무권한, 피고인 1이 공소의 5에게 이천시 (주소 생략) 지상 공동주택의 사용승인허가를 위한 절차이행을 지시한 경위 및 그러한 절차이행이 이루어질 때까지 취한 태도 등 그 판시와 같은 사정을 들어 공소의 5 관련 직권남용권리행사방해의 점을 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다. 거기에 피고인 1의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 직권남용권리행사방해죄 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 검사의 상고이유에 대하여

가. 사실의 인정과 그 전제로 행하여지는 증거의 취사선택과 평가는 자유심증주의의 한계를 벗어나지 않는 한 사실심법원의 전권에 속하고 상고심도 이에 기속된다. 그리고 형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 한다. 검사의 증거가 이러한 확신을 가지게 하는 정도에 이르지 못한 경우에는 비록 유죄로 의심할 여지가 있는 부분이 있다고 하더라도 피고인에게 유리하게 판단하여야 한다.

나. 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인 1에 대한 공소의 6 관련 뇌물수수의 점, 공소의 7 주식회사 관련 제3자뇌물수수 및 직권남용권리행사방해의 점, 직무유기의 점에 대하여 각 범죄의 증거가 없다고 보아 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 모두 정당한 것으로 수긍이 된다. 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의

의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

다. 검사는 원심판결 중 무죄 부분 전부에 대하여 상고하였으나, 이유무죄 부분에 관하여는 상고장에 적법한 상고이유의 기재가 없고 상고이유서에도 불복이유의 기재를 찾아볼 수 없다.

### 3. 결론

그러므로 원심판결의 피고인들에 대한 각 유죄 부분 중 범죄수익은닉규제법 위반 부분은 파기되어야 할 것인데, 원심은 그 부분과 피고인들에 대한 각 나머지 유죄 부분이 형법 제 37조 전단의 경합범 관계에 있다고 하여 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결 중 유죄 부분은 전부 파기되어야 한다.

이에 피고인들의 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결 중 유죄 부분을 파기하여 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하고, 검사의 상고는 기각한다. 이 판결에는 관여 대법관의 의견이 일치되었다.

대법관 권순일(재판장) 박병대(주심) 박보영 김재형

## 26 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 [상해·협박]

통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 ‘대화’에 사물에서 발생하는 음향이 포함되는지 여부(소극) 및 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 비명소리나 탄식 등이 타인 간의 ‘대화’에 해당하는지 여부(원칙적 소극) / 타인 간의 ‘대화’에 해당하지 않는 사람의 목소리를 녹음하거나 청취하여 형사절차에서 증거로 사용할 수 있는지 판단하는 기준

### 【판결요지】

통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항 본문, 제4조, 제14조 제1항, 제2항의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 ‘대화’는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리킨다. 따라서 사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향은 타인 간의 ‘대화’에 해당하지 않는다. 또한 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 ‘대화’에 해당한다고 볼 수 없다.

한편 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하고 이는 형사절차에서도 구현되어야 한다. 위와 같은 소리가 비록 통신비밀보호법에서 말하는 타인 간의 ‘대화’에는 해당하지 않더라도, 형사절차에서 그러한 증거

를 사용할 수 있는지는 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 결정하여야 한다. 대화에 속하지 않는 사람의 목소리를 녹음하거나 청취하는 행위가 개인의 사생활의 비밀과 자유 또는 인격권을 중대하게 침해하여 사회통념상 허용되는 한도를 벗어난 것이라면, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 설블리 단정해서는 안 된다. 그러나 그러한 한도를 벗어난 것이 아니라면 위와 같은 목소리를 들었다는 진술을 형사절차에서 증거로 사용할 수 있다.

【참조조문】 헌법 제10조, 제17조, 통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항, 제4조, 제14조, 형사소송법 제307조, 제308조의2

【참조판례】 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결(공2014상, 127)

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 법무법인(유한) 로고스 담당변호사 최진영 외 1인

【원심판결】 서울중앙지법 2016. 11. 10. 선고 2016노3157 판결

【주 문】 상고를 기각한다.

【이 유】 상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 가. 통신비밀보호법은 통신의 비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장하는 것을 입법 목적으로 하여, 통신 및 대화의 비밀과 자유를 제한함에 있어 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 밟도록 규정하고 있다(제1조). 이에 따라 누구든지 위 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 않고는 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 청취할 수 없고(제3조 제1항 본문), 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취함으로써 취득한 대화의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다(제14조 제2항, 제1항, 제4조).

통신비밀보호법의 위 규정들의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 ‘대화’는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리킨다. 따라서 사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향은 타인 간의 ‘대화’에 해당하지 않는다. 또한 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 ‘대화’에 해당한다고 볼 수 없다.

한편 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속

하는 것이고 이는 형사절차에서도 구현되어야 한다. 위와 같은 소리가 비록 통신비밀보호법에서 말하는 타인 간의 ‘대화’에는 해당하지 않더라도, 형사절차에서 그러한 증거를 사용할 수 있는지 여부는 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 결정하여야 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결 등 참조). 대화에 속하지 않는 사람의 목소리를 녹음하거나 청취하는 행위가 개인의 사생활의 비밀과 자유 또는 인격권을 중대하게 침해하여 사회통념상 허용되는 한도를 벗어난 것이라면, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정해서는 안 된다. 그러나 그러한 한도를 벗어난 것이 아니라면 위와 같은 목소리를 들었다는 진술을 형사절차에서 증거로 사용할 수 있다.

나. 피고인은 이 사건 공소사실 중 상해 부분과 관련하여 공소외인의 진술 중 일부에 대하여 통신비밀보호법 제14조 제2항, 제1항, 제4조에 따라 재판에서 증거로 사용할 수 없는 위법수집증거에 해당한다고 주장하였다. 그러나 원심은 공소외인이 피해자와 통화를 마친 후 전화가 끊기지 않은 상태에서 휴대전화를 통하여 들은 ‘악’ 하는 소리와 ‘우당탕’ 소리가 통신비밀보호법 제14조 제1항에서 말하는 ‘공개되지 아니한 타인 간의 대화’에 해당하지 않는다는 이유로 그 증거능력을 인정하여 피고인의 위 주장을 받아들이지 않았다.

다. 기록에 의하면, 공소외인은 평소 친분이 있던 피해자와 휴대전화로 통화를 마친 후 전화가 끊기지 않은 상태에서 1~2분간 위와 같은 소리를 들었다고 진술하였음을 알 수 있고, 통화를 마칠 무렵 몸싸움을 연상시키는 소리가 들려 전화를 끊지 않았던 것으로 보인다.

위에서 본 법리에 비추어 보면, 공소외인이 들었다는 ‘우당탕’ 소리는 사물에서 발생하는 음향일 뿐 사람의 목소리가 아니므로 통신비밀보호법에서 말하는 타인 간의 ‘대화’에 해당하지 않는다. ‘악’ 소리도 사람의 목소리이기는 하나 단순한 비명소리에 지나지 않아 그것만으로 상대방에게 의사를 전달하는 말이라고 보기는 어려워 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 ‘대화’에 해당한다고 볼 수 없다. 나아가 위와 같은 소리는 막연히 몸싸움이 있었다는 것 외에 사생활에 관한 다른 정보는 제공하지 않는 점, 공소외인이 소리를 들은 시간이 길지 않은 점, 소리를 듣게 된 동기와 상황, 공소외인과 피해자의 관계 등 기록에 나타난 여러 사정에 비추어 볼 때, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 ‘대화’에 준하는 것으로 보아 증거능력을 부정할 만한 특별한 사정이 있다고 보기도 어렵다.

그리고 공소외인의 청취행위가 피해자 등의 사생활의 영역에 관계된 것이라 하더라도, 위와 같은 청취 내용과 시간, 경위 등에 비추어 개인의 인격적 이익 등을 형사절차상의 공익과 비교형량하여 보면, 공소외인의 위 진술을 상해 부분에 관한 증거로 사용하는 것이 피해자 등의 사생활의 비밀과 자유 또는 인격권을 위법하게 침해한다고 볼 수 없어 그 증거의 제출은 허용된다고 판단된다.

그러므로 원심이 공소외인의 진술에 증거능력이 있다고 본 판단은 정당하고, 원심판결에 위법수집증거에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 없다.

2. 피고인의 나머지 상고이유 주장은, 피고인이 피해자에게 상해를 입히거나 협박하지 않았는데도 원심이 잘못된 사실인정을 하여 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하였으니, 원심판결이 위법하다는 것이다.

그러나 사실의 인정, 증거의 취사선택과 평가는 자유심증주의의 한계를 벗어나지 않는 한 사실심 법원의 전권에 속한다. 원심판결 이유를 원심이 유지한 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 위 각 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 상해, 협박에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 피고인의 상고는 이유 없어 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장) 박병대 권순일 김재형(주심)

27

## 2017. 3. 15. 선고 2017도44 판결 [마약류관리에관한법률위반(향정)]

마약류 투약범죄에서 모발감정결과만을 토대로 마약류 투약기간을 추정하고 유죄로 판단할 때 고려할 사항

### 【판결요지】

마약류 투약사실을 밝히기 위한 모발감정은 검사 조건 등 외부적 요인에 의한 변수가 작용할 수 있고, 그 결과에 터 잡아 투약가능기간을 추정하는 방법은 모발의 성장속도가 일정하다는 것을 전제로 하고 있으나 실제로는 개인에 따라 적지 않은 차이가 있고, 동일인이라도 모발의 채취 부위, 건강상태 등에 따라 편차가 있으며, 채취된 모발에도 성장기, 휴지기, 퇴행기 단계의 모발이 혼재함으로 인해 정확성을 신뢰하기 어려운 문제가 있다. 또한 모발감정결과에 기초한 투약가능기간의 추정은 수십 일에서 수개월에 걸쳐 있는 경우가 많은데, 마약류 투약범죄의 특성상 그 기간 동안 여러 번의 투약가능성을 부정하기 어려운 점에 비추어 볼 때, 그와 같은 방법으로 추정한 투약가능기간을 공소제기된 범죄의 범행시기로 인정하는 것은, 피고인의 방어권 행사에 현저한 지장을 초래할 수 있고, 매 투약 시마다 별개의 범죄를 구성하는 마약류 투약범죄의 성격상 이중기소 여부나 일사부재리의 효력이 미치는 범위를 판단하는 데에도 곤란한 문제가 생길 수 있다. 그러므로 모발감정결과만을 토대로 마약류 투약기간을 추정하고 유죄로 판단하는 것은 신중하여야 한다.

【참조조문】 형사소송법 제254조 제4항, 마약류 관리에 관한 법률 제2조 제3호 (나)목,

제4조 제1항 제1호, 제60조 제1항 제2호

【참조판례】 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011도11817 판결

---

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【상 고 인】 피고인 1 및 검사(피고인 2에 대하여)

【원심판결】 서울중앙지법 2016. 12. 8. 선고 2016노2411 판결

【주 문】 상고를 모두 기각한다.

【이 유】 상고이유를 판단한다.

1. 검사의 상고이유에 대하여

마약류 투약사실을 밝히기 위한 모발감정은 그 검사 조건 등 외부적 요인에 의한 변수가 작용할 수 있고, 그 결과에 터 잡아 투약가능기간을 추정하는 방법은 모발의 성장속도가 일정하다는 것을 전제로 하고 있으나 실제로는 개인에 따라 적지 않은 차이가 있고, 동일인이라도 모발의 채취 부위, 건강상태 등에 따라 편차가 있으며, 채취된 모발에도 성장기, 휴지기, 퇴행기 단계의 모발이 혼재함으로 인해 그 정확성을 신뢰하기 어려운 문제가 있다. 또한 모발감정결과에 기초한 투약가능기간의 추정은 수십 일에서 수개월에 걸쳐 있는 경우가 많은데, 마약류 투약범죄의 특성상 그 기간 동안 여러 번의 투약가능성을 부정하기 어려운 점에 비추어 볼 때, 그와 같은 방법으로 추정한 투약가능기간을 공소제기된 범죄의 범행시기로 인정하는 것은, 피고인의 방어권 행사에 현저한 지장을 초래할 수 있고, 매 투약 시마다 별개의 범죄를 구성하는 마약류 투약범죄의 성격상 이중기소 여부나 일사부재리의 효력이 미치는 범위를 판단하는 데에도 곤란한 문제가 생길 수 있다. 그러므로 모발감정결과만을 토대로 마약류 투약기간을 추정하고 유죄로 판단하는 것은 신중하여야 한다(대법원 2012. 4. 26. 선고 2011도11817 판결 등 참조).

원심은, 피고인 2에 대한 모발감정결과만으로는 위 피고인이 필로폰을 투약한 시점이 이 사건 공소사실 기재와 같이 2014. 10. 3.부터 2014. 10. 13.까지 사이임을 특정하기에 부족하다고 하고, 나아가 그 판시와 같은 여러 사정을 들어 피고인 2에 대한 이 사건 공소사실에 대하여 범죄사실의 증거가 없다는 이유로 무죄를 선고하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심판단은 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

2. 피고인 1의 상고이유에 대하여

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인 1에 대한 이 사건 공소사실이 유죄로 인정된다고 판단한 것은 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어

나 사실을 잘못 인정하거나, 공소사실 특정에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

그리고 상고이유 중 긴급체포가 위법하다는 취지의 주장은 상고심에 이르러 비로소 제기하는 것이므로 적법한 상고이유가 되지 못한다. 또한 기록을 살펴보더라도, 피고인 1이 2015. 12. 7. 범행으로 긴급체포된 것은 경찰에 자진출두한 때가 아니라 범행현장에서 공범인 공소외인과 함께 있었던 때이므로, 거기에 상고이유 주장과 같은 위법 사유가 있다고 인정되지 않는다.

### 3. 결론

그러므로 관여 대법관의 일치된 의견으로 상고를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 권순일(재판장) 박병대(주심) 박보영 김재형