

2010년 형법 중요 판례

A Review of the Criminal Cases of the Korean Supreme Court in 2010

오 영 근 (Oh, Young Keun)

한양대학교 법학전문대학원 교수

.....
초록 : 이 글에서는 2010. 1. 1.에서 2010. 12. 31.까지 선고된 대법원판결 중 2건의 전원합의체 판결과 형법총칙에 관련된 3건의 대법원판결 및 형법각칙에 관련된 4건의 판결을 평석하였다.

2건의 대법원 전원합의체 판결 중 대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도942 전원합의체 판결은 증거거부권을 고지하지 않고 행한 증인신문에서 증인이 허위의 진술을 한 경우 위증죄의 성립여부, 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결은 국가보안법 제7조의 이적단체의 개념 및 이적표현물 제작등죄의 성립여부에 관한 것이다.

3건의 총칙관련 대법원판결 중 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도12930 판결은 형법 제1조 제2항의 적용범위, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도12109 판결은 부작위범의 성립요건, 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도3544 판결은 공모공동정범의 성립요건에 관한 것이다.

4건의 각칙관련 대법원판결 중 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도5064 판결은 권리행사방해죄, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도5008 판결은 주거침입죄, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010도1920 판결은 교통사고후 운전자도주죄, 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9242 판결은 부동산횡령죄에 관한 것이다.

아울러 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가25 결정에 대한 평석도 하였는데, 동결정은 양벌규정에 의한 법인처벌의 위헌성 여부 및 양벌규정에 의한 법인처벌의 근거에 관한 것이다.

대체로 모든 평석은 (1)사실관계, (2)판결요지, (3)평석의 순으로 하였지만, 지면관계상 사실관계를 생략한 것도 있다.

Abstract : In the year of 2010, 286 criminal cases by the Korean Supreme Court(KSC) are registered on the homepage of that court. In this paper 9 cases of that court are reviewed. In addition, one constitutional case of the Korean Constitutional Court(KCC) is reviewed, which decides the unconstitutionality of the criminal provision punishing the corporate by it's employee's criminal act.

The contents of this paper is as follows ;

I. Introduction

II. The Criminal Cases of the Panel of All Judges of KSC

In this chapter, 2 cases by the Panel of All Judges are reviewed. Every review is constituted as follows : (1)The fact of case, (2) The main point of judgement, (3) The comment.

I. Introduction

II. The Criminal Cases of the Panel of All Judges of KSC

In this chapter, 2 cases by the Panel of All Judges are reviewed. Every review is constituted as follows : (1)The fact of case, (2) The main point of judgement, (3) The comment.

1. KSC Judgement, 2010. 1. 21., 2008Do942

This case is relating to the perjury of a witness without the notice of the right to refusing testimony.

2. KSC Judgement, 2010. 7. 23., 2010Do1189

This case is relating to the anti-nationality of the organization, the documents etc. in the National Security Act

III. The Cases relating to the General Provisions of Korean Criminal Law

In this chapter, following cases are reviewed. Every review is constituted as follows : (1)The fact of case, (2) The main point of judgement (3) The comment(But the fact of case is omitted in several reviews).

1. KSC Judgement, 2010. 3. 11., 2009Do12930

2. KCC Decision, 2010. 7. 29., 2009Hunga25

3. KSC Judgement, 2010. 1. 14., 2009Do12109

4. KSC Judgement, 2010. 7. 15. 2010Do3544

IV. The Cases relating to the Individual Provisions of Korean Criminal Law

In this chapter, following cases are reviewed. Every review is also constituted as follows : (1)The fact of case, (2) The main point of judgement (3) The comment(But the fact of case is omitted in several reviews).

1. KSC Judgement, 2010. 2. 25., 2009Do5064

2. KSC Judgement, 2010. 3. 11. 2009Do5008

3. KSC Judgement, 2010. 4. 29. 2010Do1920

4. KSC Judgement, 2010. 6. 24. 2009Do9242

• 논문접수 : 2011. 1. 24. • 심사 : 2011. 2. 7. • 게재확정 : 2011. 2. 14.

.....

I. 서 설

2010. 1. 1.에서 2010. 12. 31.까지 대법원 법률종합정보 사이트¹⁾에 게재된 형법 및 형사소송법 판례는 모두 286건이다. 이 중에는 2건의 전원합의체 판결 및 2건의 전원합의체 결정이 있다. 2건의 전원합의체판결은 모두 중전의 입장을

을 변경한 것이다. 대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도942 전원합의체 판결은 증인에게 증언거부권을 고지하지 않은 증인신문절차에서 증인이 위증을 한 경우 위증죄의 성립여부에 관한 것이고, 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결은 국가보안법 제7조의 이적단체의 개념 및 이적행위 목적의 문서제작등 죄의

1) <http://glaw.scourt.go.kr/jbsonw/jbson.do>

성립요건에 관한 것이다. 2건의 전원합의체 결정은 형사소송법에 관한 결정으로서 종래의 입장을 변경한 것은 아니다. 대법원 2010. 4. 20. 자 2010도759 전원합의체 결정은 상고사유에 해당하지 않는 상고이유가 기재된 상고이유서가 제출된 경우 상고이유 결정의 가부에 관한 것이고, 대법원 2010. 10. 29. 자 2008재도11 전원합의체 결정은 이른바 ‘진보당사건’에 대한 재심사유 유무에 대한 것이다.

이하에서는 위의 2건의 전원합의체 형법판결과 필자가 임의로 선정한 총칙 3건 및 각칙 4건의 대법원의 형법판례들을 살펴보기로 한다. 아울러 양벌규정에 의한 법인처벌에 관한 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가25, 36, 2010헌가25(병합) 결정 및 2009헌가29, 2010헌가6(병합) 결정도 살펴보기로 한다.

II. 전원합의체 판결

1. 국가보안법상 이적단체와 이적성의 범위
 - 대법원 2010.7.23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결 -

(1) 사실관계

2006. 6. 14. 남한의 김대중 대통령과 북한의 김정일 국방위원장 사이의 남북정상회담을 통해 합의한 6.15 남북공동선언은 ①통일문제의 자주적 해결, ②1국가 2체제의 통일방안 협의, ③이산가족 문제의 조속한 해결, ④경제협력 등을 비롯한 남북간 교류의 활성화 등의 내용을 담고 있었다. 이러한 6.15 선언을 기념해 민간차원의 통일 운동을 한다는 취지로 2000년 10월 ‘남북공동선언실천연대’가 결성되었고, 이 단체는 통일부에 등록을 하였고 2006년~2007년 당

시 행정자치부의 지원을 받아 ‘한반도 평화포럼’을 진행하기도 하였다.

그런데 현정권이 출범한 후인 2008년 10월 검찰은 이 단체가 이적단체이고 이적활동을 해 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제5항을 위반하였다는 이유로 이 단체의 간부 4명을 기소하였다

(2) 판결요지²⁾

[1] [다수의견] (가) 어느 단체가 표면적으로는 강령·규약 등에 반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전·동조하는 등의 활동을 목적으로 내걸지 않았더라도 그 단체가 주장하는 내용, 활동 내용, 반국가단체 등과 의사 연락을 통한 연계성 여부 등을 종합해 볼 때, 그 단체가 실질적으로 위와 같은 활동을 그 단체의 목적으로 삼았고 그 단체의 실제 활동에서 그 단체가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 위험성을 가지고 있다고 인정된다면 그 단체를 국가보안법 제7조 제1항, 제3항이 규정하는 이른바 ‘이적단체’로 보아야 한다. (나) 남북공동선언실천연대가 비록 표면적으로는 정식 사회단체로 관청에 등록하여 비영리민간단체지원법이 정한 형식적·절차적 요건까지 구비하여 정부의 보조금을 지원받은 적이 있다 하여도, 그 실질에서는 반국가단체로서의 북한의 활동을 찬양·고무·선전하거나 이에 동조하는 행위를 목적으로 삼았고, 실제 활동 또한 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 위험성을 가지고 있는, 이른바 이적단체에 해당한다고 보기에 충분하다.

[2] [다수의견] 국가보안법상 이적표현물로 인정되기 위해서는 그 표현물의 내용이 국가보안법의 보호법익인 국가의 존립·안전과 자유

2) 지면의 제약상 다수의견만을 소개하기로 한다.

민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 것이어야 하고, 표현물에 이와 같은 이적성이 있는지 여부는 표현물의 전체적인 내용뿐만 아니라 그 작성의 동기는 물론 표현행위 자체의 태양 및 외부와의 관련사항, 표현행위 당시의 정황 등 제반 사정을 종합하여 결정하여야 한다.

[3] [다수의견] (가) 국가보안법 제7조 제5항의 죄는 제1, 3, 4항에 규정된 이적행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득하는 것으로서 이른바 목적범임이 명백하다. 목적범에서의 목적은 범죄 성립을 위한 초과주관적 위법요소로서 고의 외에 별도로 요구되는 것이므로, 행위자가 표현물의 이적성을 인식하고 제5항의 행위를 하였다고 하더라도 이적행위를 할 목적이 인정되지 아니하면 그 구성요건은 충족되지 아니한다. 그리고 형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실에 대한 증명책임은 검사에게 있으므로 행위자에게 이적행위를 할 목적이 있었다는 점은 검사가 증명하여야 하며, 행위자가 이적표현물임을 인식하고 제5항의 행위를 하였다는 사실만으로 그에게 이적행위를 할 목적이 있었다고 추정해서는 아니된다. (나) 이와 달리 이적표현물임을 인식하면서 취득·소지 또는 제작·반포하였다면 그 행위자에게는 위 표현물의 내용과 같은 이적행위를 할 목적이 있는 것으로 추정된다는 취지로 판시한 대법원 1992. 3. 31. 선고 90도2033 전원합의체 판결을 비롯하여 이 사건 전원합의체 판

결의 견해에 배치되는 다른 대법원 판결들을 변경한다.

(3) 평석

1) 대상판결의 평가

대상판결이 이적표현물임을 인식하였으면 이적행위를 할 목적이 있는 것으로 추정된다는 취지의 대법원 1992. 3. 31. 선고 90도2033 전원합의체 판결을 비롯한 종래의 입장을 변경하였다는 점에서는 긍정적으로 평가할 수 있다.

그러나 국가보안법은 폐지되어야 마땅할 법이므로³⁾ 설사 그 규범력을 인정한다고 하더라도 동법 제1조 제2항이 규정한 것처럼 엄격하게 해석해야 한다. 예를 들어 이적목적에서 목적을 다수의견보다 좀 더 엄격하게 해석해야 한다는 이영란 대법관의 반대이견이 더 타당하고, 이러한 해석은 모든 목적범⁴⁾에도 적용되어야 할 것이다. 고의는 미필적일 수 있지만, 미필적 목적이란 개념모순이기 때문이다.

그러나 대상판결은 동법 제7조의 이적단체나 이적성의 개념을 너무 넓게 해석하여⁵⁾ 결국 동법 제1조 제2항을 위반하였다고 할 수 있다. 대상판결에는 여러 가지 문제점이 있지만, 한 예로 ‘반미자주화’, ‘미국의 한반도 지배양식 제거’ 등의 주장이 북한의 주장과 동일하다고 하더라도 그것이 반드시 이적행위라고 할 수는 없다. 반미자주화나 미국의 한반도 지배양식 제거라는 주장은 북한이 이를 찬성하는지 여부와 상관 없이 얼마든지 찬반의견이 대립할 수 있는 명제

3) 이와 관련하여, 한인섭, “한인섭, 국가보안법 개폐론에 대한 대화적 접근”, 『인권과 정의』, 제280호(1999. 12.), 59~73면.
4) 판례는 “무고죄에 있어서 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적은 허위신고를 함에 있어서 다른 사람이 그로 인하여 형사 또는 징계처분을 받게 될 것이라는 인식이 있으면 족한 것이고 그 결과발생을 희망하는 것까지를 요하는 것은 아니므로”라고 한다(대법원 2005. 9. 30. 선고 2005도2712 판결; 대법원 2006.5.25. 선고 2005도4642 판결 등). 이러한 입장에 대한 비판으로, 정영일, “목적범에 관한 판례연구”, 『형사판례연구』, 제9권, 2001, 235면 이하.
5) 이적성에 관한 이전의 대법원판결의 입장과 이에 대한 비판적 입장을 소개한 것으로서, 김레영, “대법원 판례에 나타난 국가보안법상 이적성의 판단기준: 한총련 사건과 관련하여”, 『재판실무』, 제3집, 2005, 385면 이하; 강금실, “국가보안법 제7조의 ‘이적성’에 관한 두 가지 견해”, 『인권과 정의』, 제277호(1999. 9.) 114면 이하 참조.

이다. 이것은 마치 중국과 미국이 운동경기를 할 때 북한은 중국을 응원하겠지만, 그렇다고 중국을 응원하는 행위를 이적행위라고 할 수 없는 것과 마찬가지로이다.

최근 대법원 2010. 10. 29 자 2008재도11 전원합의체 결정과 죽산 조봉암에 대해 무죄를 선고한 최근의 판결은 구 국가보안법위반죄로 죽산에 사형판결을 했던 당시 대법원⁶⁾의 잘못을 인정하고 있다. 대상판결은 과거의 대법원의 잘못을 인정하면서도 스스로는 과거와 똑같은 잘못을 반복하고 있는 것이라고 할 수 있다.

2) 여론 : 국가보안법 제7조의 입법론적 문제점
입법론적으로 볼 때에도 국가보안법 제7조에
는 문제가 있다. 동조는 국가의 존립·안전이나
자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을
알면서 반국가단체를 찬양, 고무하는 행위등만
을 벌하고 있다. 그러나 반국가단체에 대해 필
요 이상의 적대적 태도를 취함으로써 전쟁의 위
험을 증가시키는 행위도 국가의 존립·안전이
나 자유민주적 기본질서를 더욱 위태롭게 할 수
도 있다. 따라서 국가보안법 제7조를 존치한다
면 이러한 행위들도 처벌대상으로 해야 한다.

2. 증언거부권의 불고지와 위증죄의 성립 여부

- 대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도
942 전원합의체 판결 -

(1) 사실관계

피고인은 A와 쌍방 상해 사건으로 공소 제기
되어 공동피고인으로 함께 재판을 받으면서 자
신은 폭행한 사실이 없다고 주장하며 다투고 있
었다. 그러던 중 A에 대한 상해 사건이 변론분

리되면서 피해자인 증인으로 채택되어 검사로
부터 A를 폭행하였는지 여부에 관하여신문을
받게 되었다. 피고인은 A에 대한 폭행을 시인하
면 자신의 유죄를 인정하는 것이 되고, A에 대
한 폭행을 부인하게 되면 위증죄로 처벌될 수
있으므로, 증언거부를 할 수 있었다. 그러나 재
판장은 피고인에게 증언거부권을 고지하지 않
았고, 이 상태에서 피고인은 A를 폭행하지 않았
다고 위증을 하였다.

(2) 판결요지

[1] 위증죄와 형사소송법의 취지, 정신과 기
능을 고려하여 볼 때, 형법 제152조 제1항에서
정한 ‘법률에 의하여 선서한 증인’이라 함은 ‘법
률에 근거하여 법률이 정한 절차에 따라 유효한
선서를 한 증인’이라는 의미이고, 그 증인신문은
법률이 정한 절차 조항을 준수하여 적법하게 이
루어진 경우여야 한다고 볼 것이다.

[2] 위증죄의 의의 및 보호범의, 형사소송법
에 규정된 증인신문절차의 내용, 증언거부권의
취지 등을 종합적으로 살펴보면, 증인신문절차
에서 법률에 규정된 증인 보호를 위한 규정이
지켜진 것으로 인정되지 않은 경우에는 증인이
허위의 진술을 하였다고 하더라도 위증죄의 구
성요건인 “법률에 의하여 선서한 증인”에 해당
하지 아니한다고 보아 이를 위증죄로 처벌할 수
없는 것이 원칙이다. 다만, 법률에 규정된 증인
보호 절차라 하더라도 개별 보호절차 규정들의
내용과 취지가 같지 아니하고, 당해 신문 과정
에서 지키지 못한 절차 규정과 그 경위 및 위반
의 정도 등 제반 사정이 개별 사건마다 각기 상
이하므로, 이러한 사정을 전체적·종합적으로
고려하여 볼 때, 당해 사건에서 증인 보호에 사
실상 장애가 초래되었다고 볼 수 없는 경우에게

6) 대법원 1959. 2. 27. 선고 4291형상559 판결.

지 예외 없이 위증죄의 성립을 부정할 것은 아니라고 할 것이다.

(3) 평석7)

1) 대상판결의 의의

대법원은 “증인으로 선서한 이상 진실대로 진술한다고 하면 자신의 범죄를 시인하는 진술을 하는 것이 되고 증언을 거부하는 것은 자기의 범죄를 암시하는 것이 되어 증인에게 사실대로의 진술을 기대할 수 없다고 하더라도 형사소송법상 이러한 처지의 증인에게는 증언을 거부할 수 있는 권리를 인정하여 위증죄로부터의 탈출구를 마련하고 있는 만큼 적법행위의 기대가능성이 없다고 할 수 없으므로 선서한 증인이 증언거부권을 포기하고 허위의 진술을 하였더라도 위증죄가 성립하지 않는다”고 하였다가,8) 이후 이러한 경우에도 위증죄가 성립한다고 입장을 변경하였다.9)

대상판결은 다시 한번 입장을 변경하여 증인에게 증언거부사유가 발생했음에도 불구하고 재판장으로부터 증언거부권을 고지받음이 없이 허위의 진술을 한 경우 위증죄의 성립여부는 구체적 사정에 따라 달라진다고 하였다는 점에 의의가 있다.

2) 대상판결의 평가

대상판결이 증언거부권에 대한 고지를 위증죄의 성립여부와 결부시킨 것은 종래의 입장보다 진일보한 것이라고 할 수 있다. 그러나 대상판결은 증언거부권을 고지하지 않은 경우 언제나 위증죄가 성립하지 않는 것은 아니라고 한

점에 유의해야 한다. 대상판결은 증인신문절차에서 법률에 규정된 증인 보호를 위한 규정이 지켜진 것으로 인정되지 않은 경우에만 증인이 허위의 진술을 하였다고 하더라도 위증죄가 성립할 수 없고, 따라서 증언거부권을 고지하지 않았다고 하더라도 법률에 규정된 증인보호를 위한 규정이 지켜진 것으로 인정될 때에는 위증죄가 성립할 수 있다고 한다.

대상판결 이후 증언거부권을 고지받지 아니하였다 하더라도 이로 인하여 증언거부권이 사실상 침해당한 것으로 평가할 수는 없다는 이유로 위증죄의 성립을 긍정한 판결10)도 같은 취지라고 할 수 있다.

대상판결의 결론에는 찬성하지만, “법률에 의하여 선서한 증인에 해당하지 않기 때문에” 위증죄가 성립하지 않는다고 한 것에는 의문이 있다. 피고인의 경우 법률에 의해 선서한 증인임이 분명하고 문제는 이후 증언거부권을 고지받지 못하고 허위진술을 한 것이 위증죄에 해당되는가의 여부이다. 따라서 피고인에 대해 위증죄의 주체성을 배제할 것이 아니라, 허위진술을 하지 않을 기대가능성의 유무의 문제로 다루는 것이 좀 더 타당하다고 생각된다.

III. 총칙관련 판례

1. 법정형에 벌금형이 추가된 경우와 적용법규

- 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도12930 판결 -

(1) 판결요지

7) 이 판결에 대한 좀 더 자세한 평석으로, 오영근, “증언거부권의 불고지와 위증죄의 성립여부”, 『고시계』, 2010년 5월호, 15~165면; 이희경, “증언거부권의 불고지와 위증죄”, 한국형사판례연구학회, 2010년 7월 월례발표회 발표논문.

8) 대법원 1961. 7. 1 3 선고 4294형상194 판결.

9) 대법원 1987. 7. 7. 선고, 86도1724 전원합의체 판결.

10) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2007도6273 판결.

구 균형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제79조는 “허가 없이 근무장소 또는 지정장소를 일시 이탈하거나 지정한 시간 내에 지정장소에 도달하지 못한 자는 1년 이하의 징역이나 금고에 처한다”고 규정하였으나, 원심판결 선고 후 시행된 균형법 제79조는 “허가 없이 근무장소 또는 지정장소를 일시적으로 이탈하거나 지정한 시간까지 지정장소에 도달하지 못한 사람은 1년 이하의 징역이나 금고 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하여 벌금형이 법정형으로 추가되었는바, 그 취지는 무단이탈의 형태와 동기가 다양함에도 불구하고 죄질이 경미한 무단이탈에 대하여도 반드시 징역형 내지 금고형으로 처벌하도록 한 종전의 조치가 과중하다는 데에서 나온 반성적 조치라고 보아야 할 것이어서, 이는 형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때’에 해당한다.

(2) 평가

대상판결의 결론은 타당하지만 대상판결의 논리에는 문제가 있다. 대상판결에 따라 형법 제1조 제2항의 적용범위를 동기설에 따라 결정하지만, 동기설에는 다음과 같은 문제점이 있기 때문이다.¹¹⁾

첫째, 동기설은 피고인에게 유리한 제1조 제2항을 축소해석하는 것이다. 판례는 피고인에게 유리한 규정의 범위를 제한적으로 유추적용하게 되면 행위자의 가벌성의 범위는 확대되어 행위자에게 불리하게 되는바, 이는 가능한 문언의 의미를 넘어 범죄구성요건을 유추적용하는 것과 같은 결과가 초래되므로 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반하여 허

용될 수 없다”고 한다.¹²⁾ 대상판결이 이러한 입장과 어떻게 조화될 수 있을지 의문이다.

둘째, 법률이념의 변경인지 사실관계의 변경인지에 대한 명백한 기준이 없으므로 동기설은 법적 안정성을 해할 우려가 있다.

셋째, 동기설에 따른 경우 한시법에 대해 사실상 전면적 추급효를 인정하게 된다. 왜냐하면 법률이념의 변경에 의해 폐지되는 한시법은 거의 없기 때문이다.

2. 양벌규정에 의한 법인처벌의 근거

- 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가 25, 36, 2010헌가25(병합) 결정 및 2009헌가29, 2010헌가6(병합) 결정 -

(1) 결정요지

[1] ‘종업원 등’ 부분에 대한 판단

이 사건 법률조항 중 법인의 종업원 관련 부분에 의할 경우, 법인이 종업원 등의 위반행위와 관련하여 선임·감독상의 주의의무를 다하여 아무런 잘못이 없는 경우까지도 법인에게 형벌을 부과될 수밖에 없게 된다. 이처럼 이 사건 법률조항 중 법인의 종업원 관련 부분은 종업원 등의 범죄행위에 관하여 비난할 근거가 되는 법인의 의사결정 및 행위구조, 즉 종업원 등이 저지른 행위의 결과에 대한 법인의 독자적인 책임에 관하여 전혀 규정하지 않은 채, 단순히 법인이 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다는 이유만으로 법인에 대하여 형사처벌을 과하고 있는바, 이는 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과하는 것으로서 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙에 반한다.

11) 동기설에 대한 비판으로서, 이승호, “형법의 시간적 적용범위에 관한 동기설의 문제점”, 『형사판례연구』, 제6권, 1998, 1~30면 ; 이경렬, “법령의 개폐와 대법원 동기설의 의미”, 『성균관법학』, 제20권 제2호, 2008, 353~372면.

12) 대법원 1997. 3. 20. 선고 96도1167 전원합의체 판결.

[2] '대표자' 부분에 대한 판단

법인은 기관을 통하여 행위하므로 법인이 대표자를 선임한 이상 그의 행위로 인한 법률효과는 법인에게 귀속되어야 하고, 법인 대표자의 범죄행위에 대하여는 법인 자신이 자신의 행위에 대한 책임을 부담하는 것이다. … 결국, 법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은, 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 법인의 직접책임으로서, 대표자의 고의에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 고의에 의한 책임을, 대표자의 과실에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 과실에 의한 책임을 부담하는 것이다.

따라서, 이 사건 법률조항 중 법인의 대표자 관련 부분은 대표자의 책임을 요건으로 하여 법인을 처벌하므로 책임주의원칙에 반하지 아니한다.

(2) 평석

1) 대상결정의 의의

중전의 대법원과 헌법재판소의 판례에 의하면, 양벌규정에 의한 개인인 영업주의 처벌근거는 선임·감독상의 과실책임이고,¹³⁾ 면책조항이 없는 개인인 영업주에 대한 양벌규정은 해석상 무과실책임을 인정할 수도 있는 것이어서 위헌이다.¹⁴⁾ 이와 같이 양벌규정에 의한 개인인 영업주의 처벌근거에 대한 판례들은 있었지만, 양벌규정에 의한 법인의 처벌근거에 대해서 명확하게 언급한 대법원 판례나 헌법재판소의 결정은 없었다. 대상결정은 양벌규정에 의한 법인 처벌의 근거에 대해 명확하게 판시한 최초의 결정이라는 점에 의의가 있다.

2) 평가

우선 면책조항이 없는 양벌규정의 경우 무과실책임을 인정할 가능성이 있어서 위헌이라는 대상결정의 입장은 타당하다고 할 수 없다. 책임주의원칙은 형사법의 대원칙으로서 행위자에게 고의, 과실이 있는 경우에만 형사책임을 인정할 수 있다는 원칙이므로, 면책규정이 없는 형태의 양벌규정이 입법론상으로는 그 타당성이 문제될 수 있지만 그렇다고 하여 위헌이라고까지 할 수는 없다. 어떤 양벌규정이 명시적으로 무과실책임을 인정할 경우에만 위헌이라고 해도 족하다.

대상결정이 양벌규정의 처벌근거를 범죄행위자가 법인의 기관이라고 할 수 있는 대표자등인 경우와 법인의 기관이라고 할 수 없는 종업원등인 경우를 달리 파악하는 것 역시 타당하다고 할 수 없다. 법인의 대표자의 의사와 행위를 일률적으로 당해 법인의 의사와 행위라고 보는 것은 대표자의 '자연인으로서의 지위'와 '법인의 기관으로서의 지위'를 혼동함으로써, 법인의 법적 독자성을 부정하고 있는 것이라고 할 수 있다. 만약 대상결정과 같이 해석한다면, 개인인 영업주의 대리인이 고의범을 범한 경우 개인인 영업주도 고의범으로 처벌해야 한다는 논리가 나올 수도 있다. .

따라서 법인의 기관의 범죄행위로 인한 것이든 그 밖에 종업원의 범죄행위로 인한 것이든 법인이 처벌되는 근거는 선임, 감독상의 과실책임이라고 하는 것이 좀 더 바람직하다고 생각된다. 다만, 학계에서도 양벌규정에 대한 법인의 처벌근거를 무과실책임이라고 하는 견해¹⁵⁾가 있는 실정이므로 대상결정을 계기로 법인이든

13) 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 99헌바73; 대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1395 판결; 대법원 2007.11.29. 선고 2007도7920 판결. 이와 관련하여 조국, "법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격", 『서울대학교 법학』, 제48권 3호(144호), 2007, IV. 판례분석 참조; 박기석, "양벌규정에 관한 판례분석", 『강의중교수 정년기념논문집』, 교학연구사, 2002, 425~437면.

14) 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10.

15) 예를 들어, 이재상, 『형법총론』, §7/19.

개인이든 양벌규정에 의한 영업주에 대한 처벌이 과실책임임을 분명히 하는 입법적 정비작업이 필요하다고 생각된다.

3. 부작위범에서 결과발생방지 가능성

- 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도 12109, 2009감도38 판결 -

(1) 사실관계

피고인은 모텔 방에 투숙하여 담배를 피운 후 재떨이에 담배를 버렸으나 담뱃불이 완전히 꺼졌는지 여부를 확인하지 않은 채 불이 붙기 쉬운 휴지를 재떨이에 버리고 잠에 들었다. 이러한 피고인의 중과실로 담뱃불이 휴지와 옆에 있던 침대시트에 옮겨 붙어 모텔에 화재가 발생하였다. 잠에서 깨어나 화재가 발생한 것을 알게 된 피고인은 모텔 주인이나 다른 투숙객들에게 알리지 않고 모텔을 빠져나왔다. 이로 인해 투숙객들이 사망하고 상해를 입는 결과가 발생되었다.

(2) 판결요지

부작위에 의한 현주건조물방화치사 및 현주건조물방화치상죄가 성립하기 위하여는, 피고인에게 법률상의 소화의무가 인정되는 외에 소화의 가능성 및 용이성이 있었음에도 피고인이 그 소화의무에 위배하여 이미 발생한 화력을 방치함으로써 소화의 결과를 발생시켜야 하는 것인데, 이 사건 화재가 피고인의 중대한 과실 있는 선행행위로 발생한 이상 피고인에게 이 사건 화재를 소화할 법률상 의무는 있다 할 것이나, 피고인이 이 사건 화재 발생 사실을 안 상태에서 모텔을 빠져나오면서도 모텔 주인이나 다른 투

숙객들에게 이를 알리지 아니하였다는 사정만으로는 피고인이 이 사건 화재를 용이하게 소화할 수 있었다고 보기 어렵다.

(3) 평석

대상판결은 이전의 판결들¹⁶⁾과 마찬가지로 선행행위(先行行爲)로 인한 작위의무를 인정하고 있다. 부진정부작위범이 성립하기 위해서는 ① 위험발생을 방지할 작위의무 있는 사람이, ② 작위가 가능하고, ③ 자신에 의해서만 위험발생이 방지될 수 있는 상황에서, ④ 부작위를 해야 하고, ⑤ 그 부작위가 작위에 의한 범죄실행과 동일하다고 평가할 수 있어야 한다(부작위의 동가치성).

대상판결의 사건에서 문제된 현주건조물방화치사상죄가 현주건조물방화에 대한 고의가 있고, 사망이나 상해에 대해서 고의가 있는 경우인지 아니면 과실만 있는 경우인지 분명하지는 않다.

대상판결은 피고인의 소화의무만을 언급하고 있지만, 피고인이 모텔에서 난 불이 번져감에도 불구하고 혼자서만 탈출하였으므로, 대상판결의 사건에서는 단순히 소화의무불이행만이 아니라 투숙객 등의 사망과 상해의 결과발생을 방지할 작위의무와 작위가능성 등을 검토해야 했을 것이다.

이 경우 소화의무나 사망이나 상해의 결과발생방지의무를 인정하고, 소화를 할 가능성 또는 사망이나 상해의 결과를 방지할 가능성도 있었다고 해야 했을 것이다. 왜냐하면 피고인에게는 직접 소화하거나 사람의 생명이나 신체를 구조할 의무가 있는 것이 아니라, 불이 번지는 것 또 이로 인해 사람의 생명, 신체가 침해되는 결과를 방지할 의무가 있고, 이는 예를 들어 “불이

16) 대법원 1982. 11. 23. 선고 82도2024 판결 ; 대법원 1992. 2. 11. 선고 91도2951 판결.

야!”라고 소리만 지름으로써도 방지가 가능했기 때문이다. 다만, 피고인이 자다 일어나 불이 번지는 것을 보고 정신없이 방을 빠져 나갈 때에 이러한 상황에 대한 인식이나 인용은 없어서 현주건조물방화나 상해 또는 사망에 대한 고의는 없었다고 해야 할 것이다.

따라서 피고인에게 과실을 인정할 때 담뱃불을 제대로 끄지 않은 과실도 인정해야 하지만, 논리적으로 보면 대상판결의 사건에서 더 중요한 논점으로 삼아야 할 피고인의 과실은 부작위범에서 보증인적 상황을 인식하지 못한 과실이라고 할 수 있다. 이러한 의미에서 중과실치사상죄, 중실화죄를 인정한 대상판결의 결론은 옳지만, 그 논리구성에서는 문제가 있다고 할 수 있다.

4. 공모공동정범과 범행지배

- 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도 3544 판결 -

(1) 판결요지

형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하므로, 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 위 요건의 충족 여부에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있다. 한편 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 공모자가 공모공동정범으로 인정되기 위하여는 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위·역할이나 범죄

경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합하여 그가 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되어야 한다.

(2) 평석

대법원 1998. 5. 21 선고 98도321 전원합의체 판결(이것은 소위 ‘빼기사건’에 대한 판결이다)은 명시적으로는 아니지만 합동범의 (공모)공동정범을 인정하면서 공모공동정범이 성립하기 위해서는 범행(행위)지배가 필요하다고 하였다. 이 판결 이후의 대법원판결들을 보면 범행(행위)지배가 없더라도 공모공동정범이 인정될 수 있다는 취지라고 할 수 있는 판결들¹⁷⁾과, 범행(행위)지배가 있어야 공모공동정범을 인정할 수 있다는 취지의 판결들¹⁸⁾이 혼재하고 있다.¹⁹⁾ 대상판결은 공모공동정범에서도 기능적 범행(행위)지배가 인정되어야 한다는 입장을 다시 한 번 분명히 하고 있다.

원래 공모공동정범이란 공범들 사이에 공모관계가 있고 공모자 중 일부가 범죄를 실행하였을 때에는 실행행위에 가담하지 않은 공모자도 공동정범으로 인정된다는 것이다. 즉, 기능적 범행(행위)지배가 없는 단순공모자도 공동정범이 될 수 있다는 것이다. 이것은 “피고인이 위조행위 자체에는 관여한 바 없다고 하더라도 타인에게 위조를 부탁하여 의사연락이 되고 그로 하여금 범행을 하게 하였다면 공모공동정범에 의한 위조죄가 성립된다”,²⁰⁾ “공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형

17) 대법원 2008. 5. 8. 선고 2008도198 판결 ; 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007도11258 판결 등.

18) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도235 판결 ; 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도2994 판결 ; 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도 11138 판결 등.

19) 공모공동정범에 대한 최근의 판례동향을 자세히 분석한 것으로, 최호진, “기능적 행위지배와 공모공동정범”, 『법학논고』 제32집, 2010, 631~655면. 특히 II. 공모공동정범에 대한 판례의 변화 참조.

20) 대법원 1980. 5. 27. 선고 80도907 판결.

사책임을 지는 것이다”²¹⁾라고 한 판결 등에서 잘 나타나고 있다.

위와 같은 공모공동정범개념을 뒷받침하는 이론적 근거는 공동의사주체설이다. 그러나 공동의사주체설 부당함은 한 눈에 알 수 있다. “부부는 일심동체이다”라는 말은 “부부는 일심동체여야 한다”는 당위적 명제이고 사실적 명제가 아니다. 이와 같이 현실적으로 보면 부부도 일심동체가 아닌데, 공모를 하였다고 공모자 모두가 일심동체가 된다고 하는 것은 코미디에 불과하기 때문이다(형법에도 곳곳에 코미디가 있다!). 이전의 판례들이 인정하였던 위와 같은 공모공동정범은 불필요하고 부당한 개념이라고 할 수 있다.

따라서 대상판결들을 비롯한 최근의 판결들이 공모공동정범에서도 범행(지배)가 필요하다는 입장으로 변경하려고 하는 것은 - 아직 이러한 입장이 확실하다고 할 수는 없지만 - 지극히 타당한 것이라고 할 수 있다.

IV. 각칙에 관한 판례

1. 소유권유보부 할부매매된 덤프트럭의 소유권 귀속

- 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도 5064 판결 -

(1) 판결요지

소유권유보부매매는 동산을 매매함에 있어 매매목적물을 인도하면서 대금완납시까지 소유권을 매도인에게 유보하기로 특약한 것을 말하며, 이러한 내용의 계약은 동산의 매도인이 매

매대금을 다 수령할 때까지 그 대금채권에 대한 담보의 효과를 취득·유지하려는 의도에서 비롯된 것이다. 따라서 부동산과 같이 등기에 의하여 소유권이 이전되는 경우에는 등기를 대금 완납시까지 미룸으로써 담보의 기능을 할 수 있기 때문에 굳이 위와 같은 소유권유보부매매의 개념을 원용할 필요성이 없으며, 일단 매도인이 매수인에게 소유권이전등기를 경료하여 준 이상은 특별한 사정이 없는 한 매수인에게 소유권이 귀속되는 것이다. 한편 자동차, 중기, 건설기계 등은 비록 동산이기는 하나 부동산과 마찬가지로 등록에 의하여 소유권이 이전되고, 등록이 부동산 등기와 마찬가지로 소유권이전의 요건이므로, 역시 소유권유보부매매의 개념을 원용할 필요성이 없는 것이다.

(2) 평석²²⁾

1) 대상판결의 의의

대상판결은 소유권유보부매매에 대한 재산범죄에 대해 종래의 판례들이 인정했던 죄책들은 동산의 경우에만 타당하고, 부동산이나 부동산과 마찬가지로 등록에 의하여 소유권이 이전되고, 등록이 부동산 등기와 마찬가지로 소유권이전의 요건인 자동차, 중기, 건설기계 등에는 적용되지 않는다는 것을 최초로 명시하였다는 데에 의의가 있다. 즉, 종래의 판례에 의하면 소유권유보부매매에서 대금이 완납될 때까지는 매도인에게 소유권이 있으므로(대법원 1999. 9. 7. 선고 99다30534 판결), 매수인이 이를 임의처분하였을 경우에는 횡령죄가 성립한다(대법원 2007. 6. 1. 선고 2006도8400 판결). 그러나 대상판결은 부동산의 경우에는 소유권유보부매매라고 하더

21) 대법원 1998. 3. 27. 선고 98도30 판결.

22) 이 판결에 대한 좀 더 자세한 평석으로, 오영근, “할부매매 혹은 리스된 트럭의 취거와 절도죄 및 권리행사방해죄의 성립 여부”, 『고시계』, 2010년 11월호, 62~73면; 이정원, “할부매매 덤프트럭 취거행위와 형사책임”, 『법학논총』, 제17집 제2호, 조선대학교 법학연구소, 2010, 25면 이하.

라도 누구이든 소유자로 등록한 사람에게 소유권이 있으므로, 타인소유의 재물에 대한 범죄에서는 실제 소유관계를 불문하고 소유자로 등록한 사람의 소유로 보아 죄책을 논해야 한다고 한다.

2) 대상판결의 평가

가. 부동산 소유권유보부매매의 문제

대상판결은 부동산과 같이 등기에 의하여 소유권이 이전되는 경우에는 등기를 대금완납시까지 미룸으로써 담보의 기능을 할 수 있기 때문에 굳이 소유권유보부매매의 개념을 원용할 필요성이 없다고 한다. 그런데 매수인이 할부금을 일부만 납부하였음에도 불구하고 매도인이 매수인에게 소유권이전등기를 해주고, 다만 매도인과 매수인이 대금을 완납할 때까지는 매도인에게 소유권이 있다고 약정하였는데, 매수인이 대금을 완납하기 전 임의처분을 한 경우 횡령죄가 성립할 것인가 문제될 수 있다. 이 경우는 부동산의 명의신탁과 유사하다고 할 수 있다. 명의신탁된 부동산은 대외적으로는 수탁자 소유이지만, 대내적으로는 신탁자 소유이기 때문이다. 따라서 매수인이 덤프트럭을 임의처분한 경우 부동산의 명의신탁에서와 같이 횡령죄를 인정할 것인지 궁금하다.

나. 권리행사방해죄의 문제

사실관계가 분명하지 않으나, 대상판결이 리스트럭의 경우 그 소유권이 A주식회사에 있으므로 A주식회사의 종업원인 피고인이 이를 취거하였더라도 피고인이 자기 소유의 물건을 취거한 것은 아니기 때문에 권리행사방해죄가 성립할 수 없다고 한 것은 타당하다고 할 수 없다.

피고인이 리스트럭의 소유자인 A주식회사의 뜻에 따라 A주식회사 소유의 리스트럭을 취거한 경우에는 자기 소유의 물건을 취거한 것으로 보아 절도죄가 아닌 권리행사방해죄의 문제로 다루어야 할 것이다.

2. 공동주거에 대한 주거침입죄의 성립여부

- 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도 5008 판결 -

(1) 판결요지

2인 이상이 하나의 공간에서 공동생활을 하고 있는 경우에는 각자 주거의 평온을 누릴 권리가 있으므로, 사용자가 제3자와 공동으로 관리·사용하는 공간을 사용자에게 대한 쟁의행위를 이유로 관리자의 의사에 반하여 침입·점거한 경우, 비록 그 공간의 점거가 사용자에게 대한 관계에서 정당한 쟁의행위로 평가될 여지가 있다 하여도 이를 공동으로 관리·사용하는 제3자의 명시적 또는 추정적인 승낙이 없는 이상 위 제3자에 대하여서까지 이를 정당행위라고 하여 주거침입의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다.

(2) 평석²³⁾

그동안 공동거주자가 있는 경우 일부거주자의 의사에는 합하지만 다른 거주자의 의사에는 반하는 경우에 주거침입죄가 성립할 수 있는가에 대해 정면으로 다른 판례는 거의 없었다. 이에 비해 대상판결은 다른 공동거주자가 부재 중이 아니라 건조물에 현존하는 경우를 포함한 사건에 대한 것이고, 건조물의 일부 공동거주자의 승낙을 받았더라도 다른 공동거주자의 명시

23) 이 판결에 대한 좀 더 자세한 평석으로, 오영근, “공동주거에 대한 주거침입죄의 성립여부”, 『고시계』, 2010년 7월호, 102~113면.

적·묵시적 의사에 반한 것이면 무조건 건조물 침입죄가 성립한다는 입장이라고 해석할 수도 있다.

일반적으로 재산범죄에서는 공동소유나 공동점유의 경우 타인소유나 타인점유로 파악한다. 따라서 예를 들어 甲, 乙이 공동으로 점유 및 소유하는 재물을 甲이 乙의 의사에 반하여 취거한 경우 甲은 타인이 점유하는 타인의 재물을 절취한 행위를 한 것이 되어 절도죄의 죄책을 지게 된다. 대상판결은 위와 같은 원리를 재산범죄가 아닌 주거침입죄에도 적용한 것이라고 할 수도 있다. 그러나 이와 같이 재산범죄에 적용되는 원리를 인격적 범익 혹은 프라이버시를 침해하는 범죄의 성격을 지닌 주거침입죄에도 그대로 적용하는 것이 타당한가에 대해서는 의문이 있다.

공동거주의 경우에는 대상판결과 같이 단순히 주거침입죄의 성립을 인정할 것이 아니라, 피고인들의 행위가 공동거주자인 A주식회사의 의사에 반하는 출입행위라고 하더라도 A주식회사에 어느 정도까지 공동거주자들의 행위에 대한 수인의무가 있는지를 검토한 후 그 수인의무의 한도를 현저히 넘어서는 정도에 이르렀다고 할 수 있을 때 주거침입죄를 인정해야 할 것이다. 또한 A주식회사의 의사에 반하기 때문에 주거침입죄의 위법성이 조각되지 않는다고 한다면, 피고인들의 쟁의행위는 A주식회사와의 관계에서는 업무방해죄에 해당되고 그 위법성도 조각되지 않는다고 해야 할 것이다.

결국 대상판결은 피고인들을 어떤 형태로든 처벌해야 하지만, 쟁의행위로 인한 업무방해죄로 처벌할 수는 없기 때문에 주거침입죄로 처벌한 것이라고 할 수 있다. 이전에도 간통행위²⁴⁾나 도청행위²⁵⁾를 처벌할 수 없기 때문에 주거침입죄로 처벌하거나, 전부침입설을 취해서는

피고인을 처벌할 수 없기 때문에 일부침입설을 취한 판결²⁶⁾ 등이 있었다. 대상판결은 피고인들을 처벌하고 싶지만 사건의 본질을 이루는 행위로서는 처벌할 수 없기 때문에 주거침입죄로 처벌하는 좋지 않은 선례를 남겼던 위의 판결들과 같은 과오를 되풀이 한 것이라고 할 수 있다.

3. 교통사고 후 도주차량 운전죄의 성립 범위

- 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010도1920 판결 -

(1) 사실관계

피고인은 도로변에 자동차를 주차한 후 차에서 내리기 위해 차문을 열었다. 이 때 마침 뒤에서 피해자가 자전거를 타고 피고인의 차 옆으로 지나가다 피고인의 차문과 피해자의 자전거의 핸들부분이 충돌하게 되었고, 피해자는 넘어져 상처를 입게 되었다. 피고인은 피해자에 대한 구호조치없이 현장에서 이탈하였다.

(2) 판결요지

구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의 3 제1항에서 정하는 도주차량 운전자에 대한 가중처벌 규정은 자신의 과실로 교통사고를 야기한 운전자가 그 사고로 사상을 당한 피해자를 구호하는 등의 조치를 취하지 아니하고 도주하는 행위에 강한 윤리적 비난가능성이 있음을 감안하여 이를 가중처벌 함으로써 교통의 안전이라는 공공의 이익의 보호뿐만 아니라 교통사고로 사상을 당한 피해자의 생명·신체의 안전이라는 개인적 범익을 보호하고자 함에도 그 입법

24) 대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결.

25) 대법원 1997. 3. 28. 선고 95도2674 판결.

26) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94도2561 판결.

취지와 보호법익이 있는 점 등에 비추어 보면 피고인에게 유죄가 인정된다.

(3) 평석

1) 특가법 제5조의 3의 해석원칙

소위 ‘뺑소니운전자’를 엄하게 처벌해야 한다고 할 경우 일반인들이 가장 전형적으로 생각하는 것은 제5조의 3 제1항 제1호의 경우 즉, 운전자가 업무상과실치상죄를 범하였음에도 아무런 구호조치를 취하지 않고 도주함으로써 인하여 피해자의 상처가 더 위중해지거나 피해자가 사망하게 된 경우일 것이다. 다음으로 피해자를 치사케 하고 도주함으로써 피해자의 유족들이 피해자의 사망의 원인인 가해자를 정확히 알지 못함으로 인해 정신적 고통을 받고, 손해배상을 받을 수 없는 경우일 것이다. 대상판결이 도주운전자에게 강한 윤리적 비난가능성이 있다고 하는 것도 이 때문일 것이다.

이에 비해 제5조의 3 제1항 제2호의 경우 특히 피해자가 경미한 부상을 입어 사고운전자가 구호조치를 하지 않아도 피해자의 상처가 더 악화되거나 피해자가 사망할 염려가 전혀 없는 경우에는 위와 같은 강한 윤리적 비난가능성을 인정하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 도주운전자를 가중처벌하는 이유는 피해자의 생명·신체의 안전에 위협을 초래하기 때문이 아니라 도주로 인해 국가가 사고운전자에 대해 운전면허 정지·취소와 같은 행정처분이나 형사처벌을 하는 것 및 피해자가 손해배상을 받는 데에 장애를 초래하기 때문이라고 할 수 있다.²⁷⁾

특가법 제5조의 3 제1항 제2호에서와 같은 형벌가중은 행위의 불법이나 행위자의 책임에 비해 그 가중의 정도가 너무 과하다고 할 수 있고,

따라서 이 규정을 해석할 때에는 가능한 한 엄격하게 해석해야 할 것이다.

2) 대상판결의 평가

대상판결의 입장은 다음과 같은 이유에서 타당하다고 할 수 없다.²⁸⁾

첫째, 대상판결은 특가법 제5조의 3 제1항의 보호법익을 교통의 안전이라는 사회적 법익과 개인의 생명·신체의 안전이라는 개인적 법익이고, 그 보호의 정도는 추상적 위험범이라고 하는 입장에 있다고 할 수 있다. 그런데 보호법익에 추상적 위험이라도 발생시킬 수 없는 행위는 구성요건적 행위가 될 수 없다. 사례에서 피해자가 입은 상해가 그리 심한 것이 아니라면 피고인의 행위는 교통의 원활과 안전 및 피해자의 생명·신체에 대해 추상적 위험조차 지닌 행위라고 할 수 없다.

둘째, 피고인이 상고이유에서 주장하는 것과 같이 교통의 사전적 의미는 ‘사람이 오고 가는 일이나, 짐을 실어 나르는 일’이다. 그리고 도주차량 운전죄의 주체는 ‘자동차의 교통으로 인하여 업무상과실치상죄를 범한 당해 운전자’이다. 그런데 주차한 자동차에서 문을 열고 내리는 일을 자동차의 교통에 포함시키는 것은 문언의 가능한 의미를 넘어서서 피고인에게 불리한 유추해석이거나, 적어도 특가법 제5조의 3 제1항 제2호의 해석에서 사용해야 할 해석방법은 아니라고 할 수 있다. 이 사례에서 피해자는 ‘자전거로 교통하는 자’라고 할 수 있어도 피고인을 ‘자동차로 교통하는 자’라고 할 수 없기 때문이다.

(4) 입법론

특가법 제5조의 3 제1항에 의해 수많은 사람

27) 같은 취지, 조상제, “도주차량운전자의 가중처벌 - 특가법 제5조의 3 소정의 도주의 의미해석과 그 한계”, 『형사판례연구』, 제5권, 1997, 385면 이하.

28) 같은 취지, 김형준, “도주차량운전자 가중처벌 판례의 비판적 검토”, 『중앙법학』, 제12집 제3호, 2010, 285~310면.

들이 억울하게 처벌되는 문제점이 있다. 예를 들어 자동차와 보행자가 아주 가볍게 부딪쳤고, 이 때문에 운전자가 별 문제가 없을 것이라고 생각하고 피해자에게 괜찮으냐고 물어보고 피해자 역시 아무런 상처를 입지 않아 괜찮다고 하여 운전자가 안심하고 그 장소를 이탈하였지만, 나중에 피해자가 마음이 변하여 문제를 삼거나 제3자가 신고를 하는 경우 운전자들이 동규정에 의해 형사처벌을 받는 경우가 매우 많다. 이 때문에 판례는 피해자의 상해가 경미함을 이유로 무죄를 선고하기도 하지만,²⁹⁾ 이는 매우 드문 경우이고 대부분은 유죄를 인정한다³⁰⁾. 그러나 전자나 후자 판결의 사건과 같은 경우를 대법원에서까지 다뤄야 한다는 것은 가해자나 피해자에게 뿐만 아니라 국가 차원에서도 매우 바람직하지 않은 것이다. 이러한 현상은 기본적으로 입법의 잘못에서 유래하는 것이라고 할 수 있다.

따라서 위 조항을 업무상과실치상죄와 유기죄의 결합범 정도로 엄격하게 규정하여 피해자가 구호조치가 필요없을 정도의 상해만을 입은 경우에는 위 조항을 적용할 필요가 없도록 해야 할 것이다.

4. 무효인 매매계약과 명의수탁자의 횡령죄주체 여부

- 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도 9242 판결 -

(1) 판결요지

제조업을 하는 일반 범인은 농지에 관한 매매 계약을 체결하였다더라도 당시 시행되던 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2

조로 폐지)상의 농지매매증명을 발급받을 수가 없어 소유권을 취득할 수 없으므로, 매도인들이 매수인인 물품제조 회사에 대하여 부담하는 소유권이전등기의무는 원시적으로 이행불능이다. 따라서 이 농지 매매계약은 채권계약으로서도 무효로 보아야 하며, 위 법이 폐지되고 농지법이 시행되었다고 하여 위 매매계약이 유효하게 될 수는 없는 것이므로, 피고인은 애초부터 명의수탁자가 아니라 원인무효인 소유권이전등기의 명의자에 불과하여 위 토지를 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능을 가지지 아니하므로 횡령죄가 성립하지 않는다.

(2) 평석

대상판결이 피고인에게 횡령죄를 인정하지 않은 것은 타당하다고 할 수 있다. 그러나 중간생략등기형 명의신탁에서 명의수탁자가 임의처분한 경우 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 하는 대상판결의 전제에는 의문이 있다. 명의신탁계약은 민법 제103조의 사회질서에 반하는 행위로서 무효이고 따라서 이를 기초로 하여 횡령죄에서 요구되는 위탁관계가 발생한다고 하기 어렵다. 또한 부동산실명법에 의해서 원소유자로부터 명의수탁자로의 부동산물권변동도 무효이므로 원소유자로부터 명의수탁자인 피고인으로서의 물권변동도 이루어지지 않아 여전히 부동산의 소유권은 원소유자에게 있다. 따라서 피고인에게 명의신탁자에 대한 횡령죄를 인정하는 것은 논리적으로 맞지 않다. 또한 피고인에게 원소유자에 대한 횡령죄를 인정하는 것 역시 피고인이 원소유자의 부동산을 보관하는 자라고 할 수 없기 때문에 논리적으로 맞지 않다.

29) 대법원 2008. 10. 09 선고 2008도3078 판결 등.

30) 대법원 2008. 7. 10 선고 2008도1339 판결 등.

판례는 부동산횡령죄의 주체는 부동산의 처분권능이 있는 사람만이 주체가 될 수 있다고 하여 법률적 관점에서 파악한다. 반면 명의신탁된 부동산의 횡령죄에 대해서는 그 주체나 위탁관계를 따질 때에는 법률적 관점에서 파악하지 않는다. 이는 논리적 일관성을 결여된 것이라고 할 수 있다. 따라서 부동산명의신탁과 횡령죄의 성립여부를 따질 때에는 부동산횡령죄의 주체와 피해자인 소유자 모두 법률상 관점이 아닌 경제적, 사실상 관점에서 파악하되, 이러한 사실상의 이해관계들 중 형법적으로 보호할만한 가

치가 있는 것인지의 여부에 따라 횡령죄의 성립 여부를 결정하여야 할 것이다.

주제어 : 위증죄, 반국가단체, 양벌규정, 부작위범, 공동정범

Key Words : Perjury, Anti-national Organization, Joint Penal Provision