

2019년도 형법판례 회고

오영근*

I. 머리말

2019년 선고된 대법원 형사판결 중 2020. 5. 6. 현재 대법원 종합 법률정보 사이트¹⁾에 등록되어 있는 대법원 형사판결 및 결정은 모두 109건이다. 이것은 다른 해에 비해 현저히 적은 숫자이다. 위 사이트에 공개되는 판결의 수가 이렇게 줄어든 이유를 알 수는 없다. 그러나 판결을 위해 법관들이 들인 노력과 나아가 판결이 이루어지기까지 피의자, 피고인, 검사, 변호인, 참고인, 증인, 그 밖의 수많은 국민들의 노력, 시간, 비용 등을 고려한다면, 이러한 현상은 결코 바람직하다고 할 수 없다.

공개되는 판결문들이 많아야 국민의 알권리도 충족되지만, 판례 평석이 활성화될 수 있을 것이다. 아직도 일반 학술논문은 물론 특히 분량이 많은 박사학위논문들은 먼저 외국의 문헌들을 (각주까지) 번역하는 작업을 우선시하는 악습에서 벗어나지 못하고 있다. 그래도 요즘에는 모든 논문들에서 대법원 판례들을 언급하고 있고 이것이 논문을 평가하는 데에 중요한 기준이 되고 있다. 이러한 학계의 상황을 고려할 때에도 공개되는 판결문들이 줄어든다는 것은 형사법학발전에 역행하는 것이다.

* 한양대학교 법학전문대학원 교수

1) <https://glaw.scourt.go.kr/wsjo/panre/sjo060.do#1548648740496>. 2019. 5. 6. 검색.

따라서 대법원 종합법률정보 사이트에 대법원판결 전부를 게재하고 하급심판결들도 모두 링크될 수 있도록 해야 할 것이다. 그래야 우리의 현실에서 발생하는 사건들에 대해 우리 형법규정을 해석, 적용한 결과와 그에 대한 평가를 통해 새로운 형법이론이 생성되거나 정비되는 올바른 형법학이 확립되고, 이에 따라 실무도 개선되는 선순환이 이루어질 수 있는 기초가 마련될 수 있을 것이다. 현재의 판례평석은 주로 법률적 판단에 국한될 수밖에 없지만, 하급심판결들이 공개되면 사실인정 부분에 대한 평석도 가능하게 될 것이다.

2020. 5. 6. 현재 2019년에 선고된 대법원 형사판결 중 대법원 종합법률정보 사이트에 게재된 전원합의체 판결 및 결정은 모두 9건이고, 그 중에서 형법판결은 모두 4건이다.²⁾

4건의 전원합의체 형법판결 모두 종래의 입장을 변경한 것은 없다. 매년 지적하듯 대법원의 판례 중에는 변경을 요하는 판례들이 많은데 기존 판례의 입장을 변경한 판결이 하나도 없다는 것은 매우 아쉽다고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 긍정적인 측면은 이 판결들에서 매우 활발한 법리논쟁이 벌어졌다는 것이다. 대부분의 판결에서 별개의견, 반대의견 등이 많았고 제시하는 논리도 상당히 정교한 것이 많았다. 특히 사후적 경합범의 양형에 관한 대법원 2019. 4. 18. 선고 2017도14609 전원합의체 판결에서는 다수의견 뿐만 아니라 반대의견과 두 개의 별개의견이 나름대로 매우 정교하고 설득력 있는 논리를 전개하고 있다.

대법원판결에는 법관들이 들인 노력의 극히 일부분만 나타난 것이고 이것만을 가지고 평석을 한다는 것은 매우 위험한 일일 수도 있다. 그럼에도 불구하고 전체적으로 평가할 때 2019년에도 대법원이 논리적 일관성보다는 범죄인필벌을 우선시하는 경향이 여전함을 느낄

2) 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결, 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도14303 전원합의체 판결, 대법원 2019. 6. 20. 선고 2018도20698 전원합의체 판결, 대법원 2019. 3. 21. 자 2015모2229 전원합의체 결정, 대법원 2019. 3. 21. 선고 2017도16593 전원합의체 판결 등 5건은 형사소송법판결이다.

수 있다. 나아가 피고인들의 정당한 이익을 보호하는 사법부의 본래적 사명에 충실하기 보다는 일반인들의 분노감정에 따른 엄벌주의 요구에 편승하는 경향과 이러한 경향이 점점 더 강해진다는 염려를 지울 수 없다. 그리고 피고인들의 신분과 지위에 따른 ‘형법이론의 적용과 양형의 양극화 내지 차별화 현상’은 더 심해진다는 우려마저 생겨난다.

이하에서는 위의 전원합의체 판결 4건과 대법원이 파기환송한 판결들을 중심으로 필자가 임의로 선정한 판결들에 대해 살펴보기로 한다.³⁾ 이 글에서 필자가 제시하는 논리나 결론은 판결과 관련된 이론적 의문과 차후의 연구를 촉구하는 의미를 가질 뿐이다.

II. 수뢰죄와 제3자뇌물제공죄의 공동정범의 구별

— 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 전원합의체 판결⁴⁾ —

1. 사실관계

재벌총수인 피고인은 대통령 甲과 단독면담을 하게 되었다. 이를 알게 된 乙은 피고인에게 乙의 딸인 丙에게 경주용 말을 사주도록 하라고 하면서 甲에게 관계서류를 전달하였다. 甲은 2014. 9. 피고인과의 면담에서 丙에게 좋은 경주용 말을 사주라고 요청하였고, 2015. 7. 면담에서도 피고인 측의 승마관련 지원이 부족하다며 다시 한번 ‘좋은 말을 사줘라’라고 하였다. 마침 자신의 재벌승계작업에 甲의 도움이 필요했다고 판단한 피고인은 丙에게 경주용 말을 사주었다.⁵⁾

대상판결의 다수의견은 甲, 乙에게 뇌물수수죄(제129조 제1항)의

3) 이 글의 대상판결에 대한 좀더 자세한 평석은 로앤비 천자평석(<http://www.lawnb.com/Info/ContentList>)에 게재되어 있다.

4) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도13792 전원합의체 판결도 유사한 내용이다. 이 판결에서는 피고인이 최아무개이고, 대상판결에서는 피고인이 이아무개라는 점에 차이가 있다.

5) 이 사건의 사실관계는 복잡하고 법적 쟁점도 많지만, 이 글에서는 다른 쟁점들은 논외로 하고 비공무원 乙과 대통령 甲이 공모하여 피고인으로 하여금 乙에게 경주용 말을 사준 것으로 단순화하였다.

공동정범을 인정한 데에 비해, 별개의견과 반대의견은 甲에게 제3자뇌물제공죄, 乙에게 제3자뇌물제공죄의 교사범이나 방조범을 인정해야 한다고 하였다.

2. 판결요지

[다수의견] 뇌물수수죄의 공범들 사이에 직무와 관련하여 금품이나 이익을 수수하기로 하는 명시적 또는 암묵적 공모관계가 성립하고 공모 내용에 따라 공범 중 1인이 금품이나 이익을 주고받았다면, 특별한 사정이 없는 한 이를 주고받은 때 금품이나 이익 전부에 관하여 뇌물수수죄의 공동정범이 성립하고, 금품이나 이익의 규모나 정도 등에 대하여 사전에 서로 의사의 연락이 있거나 금품 등의 구체적 금액을 공범이 알아야 공동정범이 성립하는 것은 아니다.

금품이나 이익 전부에 관하여 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한 이후에 뇌물이 실제로 공동정범인 공무원 또는 비공무원 중 누구에게 귀속되었는지는 이미 성립한 뇌물수수죄에 영향을 미치지 않는다. 공무원과 비공무원이 사전에 뇌물을 비공무원에게 귀속시키기로 모의하였거나 뇌물의 성질상 비공무원이 사용하거나 소비할 것이라고 하더라도 이러한 사정은 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한 이후 뇌물의 처리에 관한 것에 불과하므로 뇌물수수죄가 성립하는 데 영향이 없다.

[반대의견] 공무원과 비공무원이 뇌물을 받으면 뇌물을 비공무원에게 귀속시키기로 미리 모의하거나 뇌물의 성질에 비추어 비공무원이 전적으로 사용하거나 소비할 것임이 명백한 경우에 공무원이 증뢰자로 하여금 비공무원에게 뇌물을 공여하게 하였다면 형법 제130조의 제3자뇌물수수죄의 성립 여부가 문제 될 뿐이며, 공무원과 비공무원에게 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한다고 할 수는 없다.

3. 평 석

뇌물수수죄의 공동정범에서 공동가공 의사의 내용인 ‘특정한 범죄행위’는 ‘공무원이 전적으로 또는 비공무원과 함께 뇌물을 수수하기로 하는 범죄행위’를 말한다고 하는 반대의견이 훨씬 설득력이 있다. 다수의견이 甲, 乙에게 수뢰죄의 공동정범을 인정하는 것은 평소 甲이 乙의 의사에 심각하게 종속되어 있었고, 이에 따라 甲과 乙 등이 경제공동체로서의 성격을 지니고 있음도 고려한 것으로 보인다. 그러나 이러한 사실들이 합리적 의심이 없을 정도로 증명되지 않았으므로 乙, 丙은 제3자라고 해야 할 것이다.

그런데 이 사건은 애초부터 뇌물죄의 문제가 아니라 공갈죄의 문제로 접근했어야 했을 것이다. 甲도 乙도 피고인이 승계작업을 위한 부정한 청탁을 할 것이라는 것에 아예 관심조차 없이 대통령이라는 지위를 이용하여 피고인을 비롯한 재벌총수들로부터 경제적 지원을 받으려고 했다고 할 수 있기 때문이다. 뇌물죄는 기본적으로 관련자들의 자유로운 의사에 따른 행위를 전제로 한다. 그런데 대통령이 재벌총수들에게 불합리한 경제적 지원을 요구하였다면 그 행위는 공갈죄에서 요구되는(묵시적) 협박에는 충분히 해당하기 때문이다.

따라서 甲과 乙에게는 대통령이라는 직위를 이용한 공갈죄의 공동정범을 인정하는 것이 사실관계에 맞고, 논리적으로 명쾌하고 할 것으로 보인다. 뇌물죄에서와 달리 강도죄, 사기죄, 공갈죄, 배임수재죄 등에서는 재물 또는 재산상 이익을 본인이 취득하거나 제3자가 취득하는 것 차이에 아무런 차이가 없기 때문이다. 결국 특별검사나 법원 모두 甲, 乙이 모두 화이트칼라에 속하는 사람들이기 때문에 폭력범죄인 공갈죄보다는 화이트칼라범죄인 뇌물죄로 파악해야 한다는 편견을 가졌고, 이로 인해 시간과 노력을 낭비한 것은 아닌가 하는 의문을 제기해 본다.

Ⅲ. 법정형 하한이 설정된 사후경합범의 감경방법

— 대법원 2019. 4. 18. 선고 2017도14609 전원합의체 판결 —

1. 사실관계

피고인은 35회에 걸쳐 향정신성의약품매매죄 및 미수죄를 범하였는데 그 중 33회에 걸친 향정신성의약품매매죄(법정형은 무기 또는 5년 이상의 징역)로 징역 4년의 확정판결을 받았다. 그런데 위 재판의 계속 중 나머지 2건(향정신성의약품매매죄와 매매미수죄)의 죄에 대해 기소되었다.

제1심은 형법 제39조 제1항에 따라 형법 제55조 제1항 제3호를 적용하여 법률상 감경을 한 다음(각 2년 6개월 이상 15년 이하의 징역), 형법 제37조 전단, 제38조 제1항에 따른 경합범 가중(2년 6개월 이상 22년 6개월 이하의 징역)과 작량감경을 차례로 적용하여 산출한 처단형의 범위(징역 1년 3개월부터 11년 3개월까지) 내에서 피고인에게 징역 1년 6개월을 선고하였다(대전지방법원 공주지원 2017. 3. 8. 선고 2017고합3 판결).

대전고등법원은 후단경합범에 대해 제39조 제1항에 따른 감경에는 법률상 감경에 관한 형법 제55조 제1항이 적용되지 않는다는 이유로 제1심판결을 파기하고 피고인에게 징역 6개월을 선고하였다(대전고법 2017. 8. 25. 선고 2017노120 판결).

대법원 전원합의체는 9 대 4의 의견으로 항소심판결을 파기하고 사건을 대전고등법원으로 환송하였다.

2. 판결요지

[다수의견] 형법 제39조 제1항 후문의 “그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라는 규정 형식도 다른 법률상의 감경 사유들과 다르지 않다. 이와 달리 형법 제39조 제1항이 새로운 감경을 설정하였다고 하려면 그에 대하여 일반적인 법률상의 감경과 다른, 감경의 폭이나 방식이 제시되어야 하고 감경의 순서 또한 따로 정했어야 할 것인데 이에

대하여는 아무런 정함이 없다. 감경의 폭이나 방식, 순서에 관해 달리 정하고 있지 않은 이상 후단 경합범에 대하여도 법률상 감경 방식에 관한 총칙규정인 형법 제55조, 제56조가 적용된다고 보는 것이 지극히 자연스럽다.

[3인의 반대의견 1] ‘형평을 고려하여 형을 선고한다.’는 것은 형평을 고려하여 적절한 범위에서 형을 감경하여 선고형을 정하거나 형을 면제할 수 있다는 것이고, 이때 형법 제55조 제1항은 적용되지 않는다고 보아야 한다. 만일 형법 제39조 제1항에 따른 감경을 할 때 형법 제55조 제1항의 제한을 받는다고 본다면 형평에 맞지 않는 결과가 될 수도 있기 때문이다.

[1인의 반대의견 2] ‘감경’과 ‘면제’가 함께 규정된 경우에 ‘감경 또는 면제’는 분절(分節)적인 의미가 아니라 일체(一體)로서의 단일한 개념으로 이해되어야 한다. 따라서 ‘감경 또는 면제’에 의한 처단형의 범위는 그 하한은 ‘0’이 되고, 그 상한은 장기나 다액의 2분의 1로 되며, 달리 그 중간에 공백의 여지는 없다.

3. 평 석

(1) 다수의견 및 반대의견 2의 문제점

피고인이 35건의 범죄에 대해 동시적 경합범으로 재판을 받았을 경우에도 징역 4년을 선고받았을 가능성이 매우 높고, 아무리 높아져도 항소심의 판결처럼 4년 6개월을 넘을 가능성은 거의 없다고 할 수 있다. 그리고 이러한 문제점은 단순히 이 사건에서만 아니라 앞으로도 계속 발생할 가능성이 있다. 심지어 대상판결과 같은 법리가 확립된다면 선고형이 가볍다고 생각하는 검사가 한꺼번에 기소할 수 있는 여러 개의 범죄를 분할 기소하여 궁극적으로는 피고인이 좀더 높은

형벌을 선고받도록 하는 데에 악용될 수도 있을 것이다. 따라서 이러한 문제를 방지할 수 있도록 좀더 탄력적인 해석태도가 필요하다고 할 수 있다.

반대의견 2는 형의 면제는 피고인의 양형책임이 ‘0’의 수준에 있는 경우라고 한다. 그러나 형의 면제는 양형책임에 따른 것이라기 보다는 정책적인 이유에서 인정되는 것이다.

(2) 이 사건의 바람직한 해결방법

반대의견 1의 논리는 거의 대부분 항소심에서 개발한 것으로 보이는데, 이러한 항소심의 노력은 매우 높이 평가할 수 있다.

다만, 이 사건에서 다수의견과 같은 논리가 예상되므로 아예 항소심에서 형면제판결을 하였으면 좋았을 것이라는 아쉬움이 있다. 항소심이 지적한대로 수사기관이 피고인의 마약 범죄 35건을 모두 수사하고서도 특별한 사정없이 33회에 걸친 범죄만 우선 기소하고 이 사건 범죄를 분리기소한 것은 공소권남용이라고 할 수도 있다. 이러한 점을 고려한다면 피고인에게 징역 6개월이 아니라 형면제를 선고하는 것이 바람직했을 것이다. 이 경우 검사가 상고하여 대법원에서 형면제판결의 적법성이 문제되었다고 하더라도 상고가 기각될 가능성이 높다. 이로 인해 피고인은 항소심의 판단보다 6개월 징역을 덜 선고받는 혜택을 받았지만, 대상판결로 인해 항소심의 판단보다 9개월 징역을 더 선고받는 것보다는 나은 결과라고 할 수 있다.

다른 한편으로는 향정신성의약품매매 및 매매미수죄는 일종의 영업범이므로 포괄일죄라고 할 수도 있을 것이다. 이렇게 해석한다면 나머지 2건에 대해서도 확정판결의 기판력이 미치므로 법원은 공소사각의 판결을 할 수도 있었을 것이다.

IV. 고위공직자와 강요죄에서 협박의 개념

— 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도13792 전원합의체 판결 —

1. 사실관계

대통령 甲과 청와대경제수석인 乙은 공모하여 ① A대기업과 관계 자들에 대해 K스포츠재단 관련 출연 등을, ② B그룹에 대해 납품계약과 광고주 발주를, ③ C회사에 대해 채용·보직변경과 광고대행사 선정을, ④ D그룹에 대해 특정 재단에 대한 추가 지원을, ⑤ E그룹에 대해 특정 법인에 대한 지원을, ⑥ F 주식회사에 대해 스포츠단 창단, 용역계약 체결, 특정법인에 대한 지원을, ⑦ G그룹에 대해 스포츠단 창단과 용역계약 체결 등을 요구하였다.

피고인들은 직권남용권리행사방해죄와 동시에 강요죄로 기소되었다. 대법원은 항소심판결 중 강요죄를 인정한 부분을 파기하고 사건을 항소심으로 환송하였다. 이 판결에 별개의견은 있었지만, 반대의견은 없었다.

2. 판결요지

행위자가 직업이나 지위에 기초하여 상대방에게 어떠한 이익 등의 제공을 요구하였을 때 그 요구 행위가 강요죄의 수단으로서 해약의 고지에 해당하는지 여부는 행위자의 지위뿐만 아니라 그 언동의 내용과 경위, 요구 당시의 상황, 행위자와 상대방의 성행·경력·상호관계 등에 비추어 볼 때 상대방으로 하여금 그 요구에 불응하면 어떠한 해약에 이를 것이라는 인식을 갖게 하였다고 볼 수 있는지, 행위자와 상대방이 행위자의 지위에서 상대방에게 줄 수 있는 해약을 인식하거나 합리적으로 예상할 수 있었는지 등을 종합하여 판단해야 한다. 공무원인 행위자가 상대방에게 어떠한 이익 등의 제공을 요구한 경우 위와 같은 해약의 고지로 인정될 수 없다면 직권남용이나 뇌물 요구

등이 될 수는 있어도 협박을 요건으로 하는 강요죄가 성립하기는 어렵다.

3. 평 석

대상판결은 “행위자가 직무상 또는 사실상 상대방에게 영향을 줄 수 있는 직업이나 지위에 있고 직업이나 지위에 기초하여 상대방에게 어떠한 요구를 하였더라도 곧바로 그 요구 행위를 위와 같은 해약의 고지라고 단정하여서는 안 된다고 한다”라고 하고 이러한 법리를 대통령과 청와대 경제수석에게 적용하고 있다.

그러나 중하위직 공무원들에게는 이러한 논리가 타당하다고 할 수 있지만, 대통령과 청와대 경제수석과 같이 광범위한 권한을 가진 최고위직 또는 고위직 공무원들의 경우에는 대상판결에서 밝히고 있는 대로 “그 요구 행위를 특별한 사정이 없는 한 해약의 고지라고 단정할 수 있다”라고 바뀌어야 할 것이다. 그리고 대상판결의 사건에서는 재물이나 재산상 이익을 제공을 강요하는 행위들이 많다. 따라서 이 사건에서 대부분의 행위들에 대해서는 강요죄가 아니라 공갈죄의 문제로 다루었어야 했을 것이다.

판례는 직권남용죄와 공무원 지위를 이용한 불법행위와는 구별해야 한다고 한다. 그런데 고위공무원으로 갈수록 직권남용죄의 범위는 늘어나고 지위를 이용한 불법행위의 범위는 줄어든다고 해야 한다. 그리고 고위직으로 갈수록 직권남용죄에 해당되지 않는 행위는 무죄가 아니라 강요죄나 공갈죄 등에 해당되는 경우가 많을 것이다. 따라서 고위공직자로 갈수록 공갈죄나 강요죄 등을 먼저 검토하고 그것이 인정되지 않을 때 직권남용권리행사방해죄를 검토하는 것이 좀 더 간명한 형법적 검토방법일 것이다.

V. 준강간죄의 불능미수

— 대법원 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결 —

1. 사실관계

피고인은 2017. 4. 17. 22:30경 자신의 집에서 피고인의 처, 피해자와 함께 술을 마시다가 다음 날 01:00경 피고인의 처가 먼저 잠이 들고 02:00경 피해자도 안방으로 들어가자 피해자를 따라 들어갔다. 당시 피해자는 반항이 불가능할 정도로 술에 취하지 않았지만, 피고인은 피해자가 술에 만취하여 항거불능의 상태에 있다고 오인하고 누워 있는 피해자를 1회 간음하였다.⁶⁾

2. 판결요지

[다수의견] 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간죄에서 규정하고 있는 구성요건적 결과의 발생이 처음부터 불가능하였고 실제로 그러한 결과가 발생하였다고 할 수 없다. … 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었으므로 준강간죄의 불능미수가 성립한다.

[반대의견] 강간죄나 준강간죄는 구성요건결과의 발생을 요건으로 하는 결과범이자 보호법익의 현실적 침해를 요하는 침해범이다. 그러므로 강간죄나 준강간죄에서 구성요건결과가 발생하였는지 여부는 간음이 이루어졌는지, 즉 그 보호법익인 개인의 성적 자기결정권이 침해

6) 이 사건 재판의 경과는 조금 복잡하지만, 최종적으로는 위와 같은 사실관계를 전제로 판결이 이루어졌다.

되었는지를 기준으로 판단하여야 한다.

다수의견은 준강간죄의 행위의 객체를 ‘심신상실 또는 항거불능의 상태에 있는 사람’이라고 보고 있다. … 다수의견의 견해는 형벌조항의 문언의 범위를 벗어나는 해석이다. 다수의견은 피고인에게 ‘실행의 수단의 착오’도 있었던 것처럼 실시하고 있으나, 이 사건에서 어떠한 점에서 실행의 수단의 착오가 있다는 것인지 설명이 없다.

[3인의 보충의견 1] (준강간죄는) ‘사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태’를 이용하여야 하므로 행위의 객체는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있는 사람이라고 해석할 수밖에 없다. 간음의 상대방이 아닌 다른 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하는 것이 아니기 때문이다. 다수의견은 이러한 문언의 통상적인 의미와 범위 안에서 형법 제299조를 체계적이고 논리적으로 해석하는 것이므로, 다수의견이 형벌규정 문언의 범위를 벗어났다는 반대의견에는 동의할 수 없다.

[2인의 보충의견 2] (사기죄나 공갈죄에서와 같이) 강간죄와 준강간죄에서도 피고인이 목적 내지 의욕한 결과가 발생했더라도 인과관계의 기여로 미수범은 성립할 수 있다. 범죄의 미완성은 구성요건적 결과가 발생하지 않은 것을 의미하며, 행위자가 그 목적을 달성했느냐에 의하여 결정되는 것이 아니다.

3. 평 석

(1) 반대의견의 문제점

대상판결의 반대의견은 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 반대의견은 준강간죄는 결과범이라고 하지만 준강간죄는 거동범이라고 해야 할 것이다. 반대의견이 결과범 및 침해범에서는 보호법익의 침해가 있으면 결과가 발생한 것이고 (분명하지는 않지만) 이

로써 범죄는 기수에 이른 것이라는 입장이라면 이 역시 문제가 있다. 왜냐하면 보호법익의 침해와 구성요건적 결과는 구별되는 것이고, 보호법익의 침해와 구성요건적 결과가 발생하였다고 하더라도 행위와 결과 사이에 인과관계가 없는 경우에는 미수가 될 수 있기 때문이다. 거동범이면서 침해범인 경우 보호법익의 침해가 있더라도 거동이 종료하지 않으면 미수에 불과하다. 따라서 준강간죄와 같은 거동범에서는 항거불능상태를 이용한 간음행위를 통한 성적 자기결정권의 침해가 있어야 기수가 될 수 있다.

둘째, 반대의견은 준강간죄의 객체를 ‘항거불가능 상태에 있는 사람’이라고 하는 것은 문언의 범위를 넘어서는 해석이라고 한다. 그러나 존속살해죄의 주체가 ‘자’로 규정되어 있지만, 그 존속의 직계비속이라고 해석하는 것은 논리해석으로서 형법해석의 원칙에 어긋나는 해석이라고 할 수는 없다.

셋째, 반대의견과 같이 준강간죄의 객체가 사람이라고 하더라도 항거가능 상태에 있는 사람을 항거불가능 상태에 있다고 오인하고 간음한 경우 수단의 착오라고 할 수는 있을 것이다.

(2) 추상적 위험설의 문제점

이 판결에서 불능미수의 위험성에 대해 추상적 위험설에 따라야 한다는 데에는 견해가 일치한다. 그러나 객관주의에 좀 더 가까운 우리의 미수범체계에서는 추상적 위험설보다는 구체적 위험설에 따라야 할 것이다. 객관주의에 의하면 결과발생이 불가능한 경우를 처벌하는 것은 예외에 속하고 예외는 엄격하게 해석해야 하는데 추상적 위험보다는 구체적 위험이 좀더 객관적 위험이기 때문이다.

다만, 구체적 위험설 중에는 일반인이 인식할 수 있었던 사정과 행위자가 특별히 인식할 수 있었던 사정을 기초로 한다는 입장이 있는데, 이것은 추상적 위험설보다 오히려 위험성을 더 넓게 인정하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 일반인이 인식할 수 있었던 사정만을 기

초로 하는 구체적 위협설이 타당하다고 할 수 있다. 이에 따를 경우 이 사건에서 일반인들이 인식할 수 있었던 사정은 피해자가 항거불가능이 아닌 상태일 것이므로 준강간죄의 불능미수의 위험성이 인정되지 않을 것이다. 따라서 피고인의 행위는 강제추행죄에 해당된다고 해야 할 것이다.

VI. 대부업법상 대부의 개념

— 대법원 2019. 9. 26. 선고 2018도7682 판결 —

1. 사실관계

피고인은 관할관청에 등록하지 아니하고 인터넷 사이트에 ‘소액 대출 및 소액결제 현금화’ 등의 문구를 적시한 광고글을 게시하였다. 피고인은 이를 보고 접근한 A에게 문화상품권 4만5천원을 휴대전화결제를 통해 구매하게 한 후 인증되는 문화상품권의 핀번호를 자신에게 알려주도록 하였다. 피고인은 1만원을 선이자 명목으로 공제하고 3만5천원을 A의 계좌에 송금해 주고, 위 핀 번호는 상품권업자에게 판매하였다. 피고인은 같은 방법으로 총 5,089회에 걸쳐 합계 약 3억원을 대부하여 대부업법위반죄(제2조 제1호, 제3조, 제19조 제1항 제1호)를 범하였다는 이유로 기소되었다.

대법원은 유죄를 인정한 항소심판결에 대해 유추해석금지 위반을 이유로 파기환송하였다.

2. 판결요지

대부업법 제2조 제1호가 규정하는 ‘금전의 대부’는 그 개념요소로서 거래의 수단이나 방법 여하를 불문하고 적어도 기간을 두고 장래에 일정한 액수의 금전을 돌려받을 것을 전제로 금전을 교부함으로써 신용을 제공하는 행위를 필수적으로 포함하고 있어야 한다고 보는 것

이 타당하다.

피고인이 의뢰인들에게 일정한 할인료를 공제한 금전을 교부하고 이와 상환하여 교부받은 상품권은 소지자가 발행자 또는 발행자가 지정하는 일정한 자에게 이를 제시 또는 교부하는 등의 방법으로 사용함으로써 권면금액에 상응하는 물품 또는 용역을 제공받을 수 있는 청구권이 화체된 유가증권의 일종인 점, 피고인과 의뢰인들 간의 상품권 할인매입은 매매에 해당하고, 피고인과 의뢰인들 간의 관계는 피고인이 의뢰인들로부터 상품권 편번호를 넘겨받고 상품권 할인매입 대금을 지급함으로써 모두 종료되는 점 등의 여러 사정을 종합하면, 피고인이 의뢰인들로부터 상품권을 할인매입하면서 그 대금으로 금전을 교부한 것은 대부의 개념요소를 갖추었다고 보기 어려워 대부업법의 규율 대상이 되는 ‘금전의 대부’에 해당하지 않는다.

3. 평 석

예를 들어 A가 백화점에서 산 10만원짜리 상품권을 피고인에게 9만원에 판 경우 피고인이 A에게 9만원을 대부해주고 1만원을 이자로 받았다고 할 수는 없을 것이다. 대상판결의 사건은 A가 휴대전화 회사로부터 돈을 빌려 피고인에게 4만5천원짜리 상품권을 구입한 후 다시 피고인에게 현금 3만5천원에 판 것과 마찬가지이다. 이 경우 피고인과 A 사이에는 아무런 채권채무관계가 없고, 휴대전화 회사와 A 사이에만 채권채무관계가 존재한다. 따라서 피고인이 A에 대한 휴대전화 회사의 대부행위를 이용한 것이라고 할 수는 있어도 피고인 자신이 A에게 대부행위를 한 것이라고 할 수는 없다.

다른 예로 B가 자신의 카드로 카드가맹점에서 10만원을 결제하고 9만원을 현금으로 교부받는 소위 ‘카드깡’의 경우에도 10만원에 대한 채권채무관계는 카드회사와 B 사이에만 존재하고 카드가맹점과 B 사이에는 채권채무관계가 존재하지 않는다. 따라서 이 경우에도 카드회

사를 대부자라고 할 수는 있어도 카드가맹점을 대부자라고 할 수는 없을 것이다.

Ⅶ. 보험사기죄의 실행의 착수, 기수 및 종료 시기

— 대법원 2019. 4. 3. 선고 2014도2754 판결 —

1. 사실관계

피고인은 甲이 당뇨병과 고혈압이 발병한 상태였음에도 불구하고 그것을 고지하지 않고 A보험회사와 甲을 피보험자로 하는 2개의 보험계약을 체결하였다. 고지의무 위반을 이유로 A보험회사로부터 일방적 해약이나 보험금 지급거절을 당할 수 없는 소위 면책기간 2년을 도과한 이후인 2002. 12. 6.부터 2012. 1. 6.경까지 피고인은 甲의 당뇨병과 고혈압 치료비 등의 명목으로 14회에 걸쳐 보험금 약 1억 2천만원을 수령하였다.

피고인은 사기죄로 기소되었다. 대법원은 공소사효의 완성을 이유로 피고인에게 면소를 선고한 항소심판결에 대해 파기환송하였다.

2. 판결요지

[1] 상법상 고지의무를 위반하여 보험계약을 체결하였다는 사정만으로 보험계약자에게 미필적으로나마 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위가 있었다고 단정하여서는 아니 되고, 더 나아가 보험사고가 이미 발생하였음에도 이를 묵비한 채 보험계약을 체결하거나 보험사고 발생의 개연성이 농후함을 인식하면서도 보험계약을 체결하는 경우 또는 보험사고를 임의로 조작하려는 의도를 갖고 보험계약을 체결하는 경우와 같이 그 행위가 ‘보험사고의 우연성’과 같은 보험의 본질을 해할 정도에 이르러야 비로소 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위를 인정할 수 있다. 피고인이 위와 같은 고의의 기망행위로 보험계약을

체결하고 위 보험사고가 발생하였다는 이유로 보험회사에 보험금을 청구하여 보험금을 지급받았을 때 사기죄는 기수에 이른다.

[2] 피고인의 보험계약 체결행위와 보험금 청구행위는 A보험회사를 착오에 빠뜨려 처분행위를 하게 만드는 일련의 기망행위에 해당하고 A보험회사가 그에 따라 보험금을 지급하였을 때 사기죄는 기수에 이르며, 그 전에 A보험회사의 해지권 또는 취소권이 소멸되었더라도 마찬가지이므로, 이와 달리 보험계약이 체결되고 최초 보험료가 납입된 때 또는 A보험회사가 보험계약을 더 이상 해지할 수 없게 되었을 때 또는 고지의무 위반 사실을 알고 보험금을 지급하거나 지급된 보험금을 회수하지 않았을 때 사기죄가 기수에 이른다는 전제 아래 공소사실 전부에 대하여 공소시효가 완성되었다고 보아 면소를 선고한 원심판결에 보험금 편취를 목적으로 하는 사기죄의 기수시기에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

3. 평 석

(1) 보험사기죄의 실행의 착수와 기수 및 종료 시기

판례는 원칙적으로 보험금청구시에 보험사기죄의 실행의 착수가 있지만, 예외적으로 대상판결이 제시하는 경우에는 보험계약체결시에도 보험사기죄의 실행의 착수를 인정한다. 그러나 예외적 사유가 있는 경우에도 보험계약체결 행위는 보험회사의 재산권을 직접적으로 침해하는 행위라고 할 수는 없기 때문에 보험사기의 실행의 착수행위라기 보다는 예비행위에 불과하다고 해야 할 것이다.

보험사기죄의 기수시기는 보험금 수령시라고 할 수 있는데, 여러 차례에 걸쳐 보험금 청구와 지급이 이루어졌을 때에도 최초의 보험금 수령시 기수가 된다고 해야 할 것이다. 사기죄와 같은 상태범에서는 기수와 동시에 범죄가 종료된다고 해야 하지만, 포괄일죄의 경우에는 최종의 범죄행위가 종료한 때 범죄도 종료하고 이때부터 공소시효도

진행한다고 해야 할 것이다(대법원 2014. 10. 30. 선고 2012도12394 판결).

(2) 평 가

대상판결은 피고인의 최종 보험금 수령시에 보험사기죄가 종료하고 이때부터 공소시효가 진행된다고 하지만, 이것은 A보험회사가 피고인의 고지의무위반을 그때까지 알지 못했을 때에나 타당하다. A보험회사가 고지의무 위반을 알고 있는 상태에서 피고인의 보험금청구를 항소심판결과 같이 사기범죄로 취득한 이익을 구체화 내지 실현한 행위에 불과하다고 할 수는 없다. 새로운 보험금청구행위로 기존에 확보된 이익이 아니라 새로운 이익을 취득하는 것이라고 해야 하고 피고인에게 기망의 고의도 있기 때문이다.

그러나 이 경우 보험회사의 착오가 없었으므로 사기죄의 기수는 될 수 없다. 나아가 이 경우 실행의 수단의 착오로 보험금수령의 결과 발생 가능성이 없으므로 사기죄의 불능미수도 문제될 수 있다. 그리고 장애매수 혹은 불능미수가 성립한다고 하더라도 이 경우 피고인이 취득한 보험금은 특정가법상의 이득액에는 포함될 수 없을 것이다. 따라서 이 경우 공소시효는 최후의 보험금수령시가 아니라 최후의 보험금 청구시부터 진행된다고 해야 할 것이다.

공소시효에 관한 대상판결의 결론은 타당하지만, 논리에는 정밀성이 부족하다고 할 수 있다.

Ⅷ. 의료법위반 의료행위와 의료보험 사기죄

— 대법원 2019. 5. 30. 선고 2019도1839 판결 —

(비교판결 : 대법원 2018. 4. 10. 선고 2017도17699 판결)

1. 사실관계

[대상판결] 치과의사인 피고인 乙은 의료법위반죄 등으로 입건되어 영업정지의 행정처분을 당할 염려가 발생하자, 치과의사인 피고인

甲과 함께 甲의 치과의사면허를 빌려 甲 명의로 ‘M치과의원’을 개설하여 총 57회에 걸쳐 M치과의원에서의 의료행위를 근거로 국민건강보험공단으로부터 함께 2억여 원을 甲명의로의 농협 계좌로 송금받았다.

[비교판결] 의료인이 아닌 피고인은 한의사, 간호사, 일반직원을 고용하여 ‘H한의원’이라는 상호로, 치과의사, 치위생사 등을 고용하여 ‘Y치과’라는 상호로 불법의료기관을 개설하였다. 피고인은 위 의료기관들의 의료행위를 근거로 약 11개월 동안 국민건강보험공단으로부터 함께 약 1억 6천만원을 교부받았다.

2. 판결요지

[대상판결] 의료인으로서 자격과 면허를 보유한 사람이 의료법에 따라 의료기관을 개설하여 건강보험의 가입자 또는 피부양자에게 국민건강보험법에서 정한 요양급여를 실시하고 국민건강보험공단으로부터 요양급여비용을 지급받았다면, 설령 그 의료기관이 다른 의료인의 명의로 개설·운영되어 의료법 제4조 제2항을 위반하였더라도 그 자체만으로는 국민건강보험법상 요양급여비용을 청구할 수 있는 요양기관에서 제외되지 아니하므로, 달리 요양급여비용을 적법하게 지급받을 수 있는 자격 내지 요건이 흠결되지 않는 한 국민건강보험공단을 피해자로 하는 사기죄를 구성한다고 할 수 없다.

[비교판결] 의료인의 자격이 없는 일반인(비의료인)이 개설한 의료기관이 마치 의료법에 의하여 적법하게 개설된 요양기관인 것처럼 국민건강보험공단에 요양급여비용의 지급을 청구하는 것은 국민건강보험공단으로 하여금 요양급여비용 지급에 관한 의사결정에 착오를 일으키게 하는 것이 되어 사기죄의 기망행위에 해당하고, 이러한 기망행위에 의하여 국민건강보험공단으로부터 요양급여비용을 지급받을 경

우에는 사기죄가 성립한다.

3. 평 석

(1) 의료법위반행위의 유형

의료법은 “의료인은 다른 의료인 또는 의료법인 등의 명의로 의료기관을 개설하거나 운영할 수 없다”(제4조 제2항)고 규정하고 있지만 위반행위에 대한 과태료나 형벌에 처하는 규정은 두고 있지 않다. 이에 비해 의료인이 아니면 의료기관을 개설할 수 없다는 취지로 규정하고(제33조 제2항), 그 위반행위에 대해 10년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다(제87조). 한편 보건범죄단속에 관한 특별조치법은 영리를 목적으로 무면허의료행위(의료법 제5조)를 업(業)으로 한 비의료인에 대해 무기 또는 2년 이상의 징역 및 벌금의 병과규정을 두고 있다(제5조).

이것은 무면허의료행위, 비의료인의 의료기관 개설행위, 의료인의 타인명의 의료기관 개설행위의 순으로 국민의 생명, 신체의 안전을 위태화하거나 침해할 가능성이 크기 때문에 처벌의 정도나 여부를 달리 하는 것이라고 할 수 있다.

(2) 의료법위반행위에 따른 요양급여취득과 사기죄

비교판결의 논리대로 국민건강보험법이 의료법에 따라 개설된 의료기관만을 요양기관으로 건강보험제도 내에 편입시키고 국민건강보험공단에 요양급여청구를 허용하는 것으로 해석한다면 대상판결의 사건에서도 피고인들이 요양급여를 청구할 수는 없다고 해야 한다.

또한 판례는 일관되게 “거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 거래를 하지 않았을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는, 그 거래로 재물을 받는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다. 그런데도 이를 고지하지 않은 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이

되어 사기죄를 구성한다”고 한다(대법원 2018. 8. 1. 선고 2017도20682 판결). 따라서 대상판결의 피고인들이 요양급여를 청구한 것은 목시적 기망이거나 적어도 부작위에 의한 기망에 해당된다고 해야 할 것이다. 피고인들이 타인명의로 개설한 의료기관에서 행한 요양급여라는 것을 고지하였다면 국민건강보험공단에서 요양급여를 지급하지 않았을 것이기 때문이다.

(3) 대상판결의 평가

대상판결은 의료법위반행위의 국민건강에 대한 위험성의 정도에 따라 전자에서는 사기죄를 부정하고 후자에서는 사기죄를 인정한 것이라고 보인다. 그러나 사기죄는 재산범죄이므로 기망행위의 전제가 되는 행위의 위험성에 따라서만 기망행위 여부가 결정되는 것은 아니다. 그 종류가 무엇이든 의료법을 위반한 의료행위에 대해 국민건강보험공단은 요양급여를 지급할 의사도 의무도 없다. 국민건강보험공단이 요양급여 지급여부를 결정할 때에는 국민의 건강 뿐만 아니라 의료체계, 의료재정이나 행정질서 등과 같은 여러 가지 요인들을 고려할 것이기 때문이다. 예를 들어 적법하게 개설된 의료기관에서 과잉치료를 하고 요양급여를 과다청구하는 경우 국민의 건강에 위험을 발생시키지는 않지만 사기죄에는 해당될 수 있다.

이러한 의미에서 대상판결은 재산범죄인 사기죄의 기망행위 여부를 결정할 때에 그 전제가 되는 의료행위의 성격을 필요 이상으로 고려한 것이라고 할 수 있다.

Ⅸ. 성매매 유인광고와 음란한 문언의 범위

—대법원 2019. 1. 10. 선고 2016도8783 판결—

1. 사실관계

피고인 甲, 乙, 丙은 공모하여 2013. 6.부터 약 10개월 동안 대량문

자메시지 발송사이트인 ‘m.smsrun.kr’ 등을 이용하여 불특정 다수의 휴대전화기에 “홍분한 내~꺼~ 벌어지는 거 보러 오실래요?”, “혼자 집에 있는데 봉~지가 벌렁거려 참을 수가 없어요”라는 등의 문언이 기재된 31,342건의 문자메시지를 전송하였다.

피고인들은 정보통신망법상의 음란문언배포죄(제44조의7 제1항 제1호, 제74조 제1항 제2호)로 기소되었다. 제1심과 항소심은 위 문언들이 저속하고 문란하다고 할 수는 있어도 음란성은 없다는 이유로 피고인들에게 무죄를 선고하였다. 대법원은 항소심판결을 파기하고 사건을 부산지방법원으로 환송하였다.

2. 판결요지

(사실관계에 제시된 문자메시지의) 문언은 건전한 성의식을 저해하는 반사회적 성행위 등을 표현함에 있어 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도에 이른 점, 피고인 甲, 乙, 丙은 성인 폰팅업체를 운영하거나 관리하는 사람들로 문자메시지를 수신하는 불특정 다수로 하여금 자신들의 업체를 이용하도록 광고하기 위한 목적을 가지고 있었으며, 문자메시지의 내용은 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 점, 피고인 甲, 乙, 丙이 문자메시지를 전송한 동기 및 그 내용에 비추어 위 문자메시지에서 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 발견할 수 없는 점을 종합하면 문자메시지는 ‘음란한 문언’에 해당한다.

3. 평 석

대상판결의 논리대로 음란성 여부는 표현물을 전체적으로 관찰·평가해야 한다. 그런데 문제된 문자메시지들은 글자 수가 대부분 20자

를 넘지 않는 1, 2줄의 문장으로 이루어졌다. 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사하기에는 너무 적은 분량이다.

이러한 문자메세지를 받고 보통인들이 성적 호기심을 느낄 수는 있겠지만, 성욕을 자극받아 성적으로 흥분할 것이라고 생각할 수는 없다. 보통인이라면 불쾌감 내지 유치하다는 느낌을 받거나 기껏해야 ‘한번 전화해볼까?’하는 정도의 호기심을 느낄 수는 있을 것이다.

무엇보다 이 사건 문자메세지는 성매매를 광고하는 내용이라고 할 수 있다. 따라서 피고인들의 행위는 정보통신망법의 음란문언배포죄가 아니라 성매매처벌법상 성매매업소광고죄(제20조 제1항 제2호)나 성매수권유죄(제3호) 등으로 처벌할 수 있을 것이다(3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금).

이러한 의미에서 검사의 기소 자체가 잘못 되었다고 할 수 있고, 검사의 잘못을 바로 잡은 제1심 판결과 항소심판결과 달리 피고인에게 유죄를 선고한 대상판결은 성표현의 자유를 극단적으로 제약하는 시대착오적 판결이라고 할 수 있다.

X. 신상정보변경 미신고죄의 문제점

— 대법원 2019. 10. 17. 선고 2018도2446 판결 —

1. 사실관계

성폭력처벌법상의 신상등록대상자인 피고인은 관할경찰서의 장에게 기본신상정보를 제출하면서 주거지 및 직장 전화번호와 함께 휴대전화 번호도 제출하였는데, 그 후 휴대전화 번호만 변경되었다. 피고인은 휴대전화 변경 번호 안내 서비스에 가입하여 종전 휴대전화 번호로 전화가 걸려오면 변경된 휴대전화 기기로 수신되었다.

관할경찰서의 경찰관은 전화번호 변경 점검을 위해 피고인이 제출한 휴대전화 번호로 전화를 걸었으나 피고인이 받지 않자 연락을 달라는 문자 메시지를 동일한 휴대전화 번호로 전송하였다. 곧이어 변경된 휴대전화 번호를 안내하는 메시지를 전송받았고, 약 2분 후 피고인으로부터 변경된 휴대전화 번호로 전화가 걸려와 통화가 이루어졌다.

피고인은 성폭범상 신상정보변경미신고죄(제43조, 제50조 제3항 제2호)로 기소되었다. 대법원은 피고인에게 유죄를 인정한 항소심판결에 대해 파기환송하였다.

2. 판결요지

성폭력처벌법 제43조 제1항 제5호가 신상정보 등록대상자가 제출하여야 할 기본신상정보의 하나로 전화번호를 규정한 취지는 관할경찰서 등이 신상정보 등록대상자에게 신속하게 연락할 수 있는 수단을 확보하기 위한 데에 있다. … 제출하지 아니한 변경정보가 전화번호인 경우 ‘정당한 사유’의 유무를 판단할 때에는 성폭력처벌법령에서 기본신상정보의 하나로 전화번호를 규정한 입법 취지를 충분히 고려하면서, 변경정보를 제출하지 아니한 동기와 경위, 그로 인하여 신상정보 등록대상자와의 연락이 곤란해지는 결과가 발생하였는지 여부 등을 아울러 참작하여 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.

3. 평 석

비록 대법원에서 무죄판결을 받았지만, 형사사건에 연루되어 있다는 것만으로도 일반국민들은 큰 고통을 겪는다. 따라서 피고인을 기소한 검사나 항소심판결은 인권(?)인지감수성이 현저히 부족하다고 할 수 있다. 아니면 성범죄는 엄벌해야 하고 불기소 또는 무죄판결을 하는 경우 문제가 될 것이라는 심리적 부담을 느낀 것은 아닌가 할 정도로 이 사건의 기소와 항소심판결은 이해되지 않는다.

대상판결이 언급하고 있는대로 전화번호변경미신고죄의 보호범의 관할 경찰서의 피고인에 대한 연락가능성이다. 그런데 이것이 형법의 보호범의 될 수 있는지 의문이다. 특히 미신고행위는 전형적인 행정상의 의무태만 행위라고 할 수 있으므로 행정제재를 과하면 충분함에도 불구하고 형사처벌까지 하는 것은 전형적인 과잉범죄화 및 과잉형벌화에 속한다고 할 수 있다.

특히 신상등록대상자 중에 성폭력처벌법상의 공중밀집장소 추행죄(제11조), 성적 목적 다중이용장소 침입죄(제12조), 통신매체이용 음란죄(제13조), 카메라등이용촬영죄(제14조)와 같은 강력범죄에 속하지 않고 우발적인 성격의 범죄자나 그 미수범 및 약식명령을 받은 성범죄자까지 포함시킨 것은 과잉금지원칙에 반한다.

특히 오늘날 형사실무에서는 성범죄의 피해자 보호가 충분히 이루어지지 않는 문제도 심각하지만, 다른 한편으로는 성범죄의 피의자나 피고인은 자신의 무죄를 합리적 의심이 불가능할 정도로 증명하지 않으면 유죄판결을 선고받아야 한다는 문제점도 점점 부각되고 있다. 따라서 비록 성폭력범죄라고 하더라도 형벌 이외에 신상등록등과 같은 부수적 제재들은 대폭 축소하는 입법적 조치가 필요하다.

XI. 필로폰수입죄의 불능미수 여부

— 대법원 2019. 5. 16. 선고 2019도97 판결 —

1. 사실관계

피고인은 M과 공모하여 M이 베트남에서 발송한 필로폰 30g을 넣고 용해한 물을 부은 ‘위터볼’을 국내에서 수령하여 필로폰수입죄(마약류관리법 제58조 제1항 제6호)를 범하였다는 이유로 기소되었다.

항소심은 M이 보낸 위터볼 안에 들어 있던 액체에 필로폰이 용해되어 있었다는 점을 인정하지 않았지만 공소장변경 없이 피고인에

게 필로폰수입죄의 불능미수를 인정하였다. 대법원은 필로폰이 들어 있는 용액이 발송되었다는 증거가 없다는 이유로 항소심판결에 대해 파기환송하였다.

2. 판결요지

[1] 국제우편 등을 통하여 향정신성의약품을 수입하는 경우에는 국내에 거주하는 사람이 수신인으로 명시되어 발신국의 우체국 등에 향정신성의약품이 들어 있는 우편물을 제출할 때에 범죄의 실행에 착수하였다고 볼 수 있다. 따라서 피고인이 M에게 필로폰을 받을 국내 주소를 알려주었다고 하더라도 M이 필로폰이 들어 있는 우편물을 발신국의 우체국 등에 제출하였다는 사실이 밝혀지지 않은 이상 피고인 등의 이러한 행위는 향정신성의약품 수입의 예비행위라고 볼 수 있을 지언정 이를 가지고 향정신성의약품 수입행위의 실행에 착수하였다고 할 수는 없다.

[2] 피고인은 베트남에 거주하는 M으로부터 필로폰을 수입하기 위하여 워터볼의 액체에 필로폰을 용해하여 은닉한 다음 이를 국제우편을 통해 받는 방식으로 필로폰을 수입하고자 하였다. 이러한 행위가 범죄의 성질상 그 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능한 경우가 아님은 너무도 분명하다.

3. 평 석

판결요지 [2]의 의미가 무엇인지, 이러한 설시를 한 이유가 무엇인지 궁금하다.

첫째, 그 의미가 필로폰수입죄의 실행의 착수가 없으므로 불능미수를 논할 필요가 없다는 의미라면, 판결요지 [2]는 필요가 없다. 실행의 착수가 없다면 장애미수나 중지미수는 물론 불능미수도 검토할 필요가 없기 때문이다.

둘째, 그 의미가 피고인과 M이 공모한 내용으로는 불능미수가 될 수 없다는 의미라면 이 역시 타당하지 않다. 불능미수 여부는 실제 행위도 고려해야 하기 때문이다. 예컨대 M이 착오로 필로폰이 녹아있는 워터볼이 아닌 다른 워터볼이나 필로폰이 아닌 설탕이 녹아있는 워터볼을 발송하였다면 불능미수가 문제될 수 있다.

셋째, 그 의미가 위 두 번째에 제시된 행위가 있는 경우 M이 불능미수의 죄책을 진다고 하더라도 피고인은 불능미수가 아닌 장애미수의 죄책을 진다고 하는 의미라면, 이 역시 타당하다고 할 수 없다. 공동정범에서 일부가 장애미수의 죄책을 지고 일부가 중지미수의 죄책을 지는 경우는 있을 수 있다. 중지미수에서는 자의에 의한 중지 혹은 결과발생의 방지라고 하는 별개의 행위가 있기 때문에 이것을 이유로 죄책을 달리 정할 수 있기 때문이다. 그러나 불능미수에서는 별개의 행위가 없으므로 공동정범 중 일부가 불능미수, 일부가 장애미수의 죄책을 지는 경우란 있을 수 없기 때문이다.

결국 판결요지 [2]는 불능미수를 인정한 항소심의 부당함을 친절하게 설명하려 했지만 친절한 설명의 불능미수 내지 불능범으로 사족에 불과하다고 할 수 있다.

[주 제 어]

뇌물죄, 공갈죄, 보험사기, 음란, 불능미수, 준강간

[Key Words]

Bribery, Blackmail, Insurance Fraud, the Concept of Obscene, Untauglich Versuch, Quasi-Rape

[Abstract]

The Reviews of the Criminal Cases of the Korean Supreme Court in 2019

OH, Young Keun*

In the year of 2019, 109 criminal cases by the Korean Supreme Court(KSC) are registered on the internet homepage of the Court (<https://glaw.scourt.go.kr/wsjo/panre/sjo060.do#1548648740496>). 4 criminal law cases of which are decided by the Grand Panel. In this paper, above 4 cases and other several cases are reviewed which seem to be comparatively important to the author. All the reviews are constituted as follows : 1. The Fact of the Case, 2. The Summary of Decision and 3. The Note.

The contents of this paper is as follows;

I. Introduction

II.-V. The Cases by the Grand Panel of the Korean Supreme Court

In these chapters, 4 cases of the Grand Panel are reviewed. The subjects of the cases are ‘the distinction between bribery and blackmail’ (II), ‘the sentencing of the multiple crimes, some of which are partly charged’(III), ‘the criminal character of the request by the highest-ranking officials’(IV) and ‘the untauglich Versuch of quasi-rape’(V).

VI-XI. The Cases relating to the Interpretation of Individual Crimes

In this chapter, 6 cases are reviewed. The subjects of the cases are

* Prof. Dr., School of Law, Hanyang University

‘the concept of the loan in the Loan Act’, ‘the problems of the insurance fraud’, ‘the breach of the Medical Act and the insurance fraud’, ‘the concept of obscene in text messages’, ‘not-reporting of the changed mobile phone number by the sexual criminals’, and ‘untauglich Versuch of the import of methamphetamine’.

