

홍형철 변호사 「형법 3개년 최신판례 및 개정법령」
제4판 사용자를 위한 추록 (2026-09-14)

001	모욕죄 ‘모욕’의 의미 등 대판 2026.5.8. 2025도3012 [모욕]
-----	--

[1] 모욕죄의 보호법익(=외부적 명예) / 모욕죄에서 ‘모욕’의 의미 및 어떠한 표현이 모욕에 해당하는지 판단하는 기준 / 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 예의에 벗어난 정도의 표현이거나 상대방에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정을 나타내면서 경미한 수준의 추상적 표현이나 욕설이 사용된 경우, 모욕죄의 구성요건에 해당하는지 여부(원칙적 소극) / 모욕죄의 구성요건 해당 여부를 평가할 때 고려하여야 할 사항

형법 제311조 모욕죄는 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 ‘외부적 명예’를 보호법익으로 하는 범죄로서, 여기서 ‘모욕’이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 외부적 명예를 침해할 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 의미한다. 어떠한 표현이 모욕죄의 모욕에 해당하는지는 상대방 개인의 주관적 감정이나 정서상 어떠한 표현을 듣고 기분이 나쁘지 등 명예감정을 침해할 만한 표현인지를 기준으로 판단할 것이 아니라 당사자들의 관계, 해당 표현에 이르게 된 경위, 표현 방법, 당시 상황 등 객관적인 제반 사정에 비추어 상대방의 외부적 명예를 침해할 만한 표현인지를 기준으로 엄격하게 판단하여야 한다.

어떠한 표현이 개인의 인격권을 심각하게 침해할 우려가 있는 것이거나 상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설이 아니라 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 예의에 벗어난 정도이거나 상대방에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정을 나타내면서 경미한 수준의 추상적 표현이나 욕설이 사용된 경우 등이라면 특별한 사정이 없는 한 외부적 명예를 침해할 만한 표현으로 볼 수 없어 모욕죄의 구성요건에 해당되지 않는다.

모욕죄의 구성요건 해당 여부의 평가에 있어서는 분리된 개별적 언사만을 놓고 판단하기보다는 표현의 전체적인 내용과 맥락을 고려하고, 그러한 표현이 우발적으로 이루어졌는지 여부, 다소 과장된 표현인지 여부, 대화나 토론의 장이 열리게 된 경위와 그 성격, 행위자와 상대방과의 관계 등 여러 요인을 종합적으로 고려하여야 한다.

[2] 피고인이 아파트 내 생활문화센터 회의실에서 입주민들이 지켜보는 가운데 甲을 향해 “야, 야, 친구냐? 어린놈의 새끼가 어디서 건방지게.”라는 등의 욕설(발언)을 하여 공연히 甲을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 제반 사정을 종합하면 위 발언은 甲의 반말 사용에 대한 불편한 감정을 다소 거칠게 표현한 것에 불과할 뿐, 객관적으로 甲의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕행위에 해당하지 않는다는 등의 이유로, 이와 달리 피고인의 위 발언이 형법 제311조의

‘모욕’에 해당한다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

피고인이 아파트 내 생활문화센터 회의실에서 입주민들이 지켜보는 가운데 甲을 향해 “야, 야, 친구냐? 어린놈의 새끼가 어디서 건방지게.”라는 등의 욕설(이하 ‘발언’이라 한다)을 하여 공연히 甲을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인은 아파트 선거관리위원이었던 사람으로, 甲이 입주자대표회의의 회장 자격으로 회의를 진행하려 하자 甲의 자격을 문제 삼아 회의 진행을 저지하려 하였는데, 당시 甲의 자격을 문제 삼는 사람들과 甲 사이에 언성을 높여 말다툼을 하면서 다소 과격한 표현을 사용하게 되었고, 甲이 자기보다 나이가 많은 乙에게 반말을 하자 피고인이 이를 제지하면서 위 발언을 한 사실과 함께 피고인과 甲의 관계, 위 발언에 이르게 된 경위, 전체적인 맥락과 표현 방법 및 의미와 정도 등을 종합하면, 위 발언은 甲의 반말 사용에 대한 불편한 감정을 다소 거칠게 표현한 것에 불과할 뿐, 객관적으로 甲의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕행위에 해당하지 않는다는 등의 이유로, 이와 달리 피고인의 위 발언이 형법 제311조의 ‘모욕’에 해당한다고 본 원심의 판단에 형법상 ‘모욕’의 의미에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

002

비의료인의 미용문신행위가 무면허 의료행위에 해당하는지 여부

대판 2026.5.21. 2021도15611 전원합의체 [의료법위반]

[1] 구 의료법 제27조 제1항에서 말하는 ‘의료행위’의 개념 및 어떤 행위가 이에 해당하는지 판단하는 기준 / 비의료인이 행하는 미용문신행위가 구 의료법 제27조 제1항에서 금지하는 무면허 의료행위에 해당하는지 여부(소극)

(가) 구 의료법(2024. 9. 20. 법률 제20445호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제27조 제1항에서 말하는 ‘의료행위’란 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약, 외과적 시술, 조산, 간호 등을 시행하여 질병의 예방 또는 치료를 하는 행위 및 그 밖에 사회통념에 비추어 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체 등에 보건위생상 위해가 생길 우려가 있어 의학적 전문지식에 기초한 시행 및 관리가 필요한 행위를 의미한다.

어떤 행위가 이에 해당하는지는 행위의 목적과 수단, 경위와 태양, 행위에 필요한 의학적 전문지식의 내용과 정도, 보건위생상 위해 발생 우려의 내용과 정도 및 관리가능성, 의료기술의 발전 양상과 의료환경의 변화, 보건위생에 관한 사회 일반의 지식 수준과 정도, 의료서비스 수요자의 인식과 요구 및 그 행위에 대한 사회적 평가 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단해야 한다.

(나) 의료행위의 개념과 판단 기준에 관한 앞서 본 법리에 비추어 보면, 비의료인이 행하는 미용문신행위(이하 ‘통상적인 미용문신행위’라 한다)는 구 의료법 제27조 제1항의 무면허 의료행위에 해당하지 않는다고 보는 것이 타당하다. 구체적인 이유는 아래와 같다. (중략)

[2] 피고인이 의료인이 아님에도 자신이 운영하는 미용실에서 의료행위에 해당하는 두피문신시술을 하여 구 의료법 제27조 제1항에서 금지하는 무면허 의료행위를 했다는 의료법 위반의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인이 한 공소사실 기재 문신행위는 통상적인 미용문신행위에 해당하여 구 의료법 제27조 제1항이 금지하는 ‘무면허 의료행위’에 해당하지 않는에도, 공소사실을 유죄로 본 원심 판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

피고인이 의료인이 아님에도 자신이 운영하는 미용실에서 의료행위에 해당하는 두피문신시술을 하여 구 의료법(2024. 9. 20. 법률 제20445호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제27조 제1항에서 금지하는 무면허 의료행위를 했다는 의료법 위반의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인은 자신이 운영하는 미용실에서 고객들을 상대로 문신용 기계를 이용하여 염료를 두피에 주입함으로써 머리카락이 나 있는 것처럼 보이게 하는 두피문신시술을 하였던 사실, 피고인이 행한 두피문신시술은 눈썹, 아이라인, 입술 등 부위에 대한 미용문신과 마찬가지로 두피에 염료를 주입하여 일정 기간 색소가 유지 되도록 하는 시술이라는 사실관계를 의료행위의 개념과 판단 기준에 관한 법리에 비추어 살펴보

면, 피고인이 한 공소사실 기재 문신행위는 통상적인 미용문신행위에 해당하여 구 의료법 제27조 제1항이 금지하는 '무면허 의료행위'에 해당하지 않는데도, 공소사실을 유죄로 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

003

비의료인의 서화문신행위가 무면허 의료행위에 해당하는지 여부

대판 2026.5.21. 2022도13370 전원합의체 [의료법위반]

[1] 구 개인정보 보호법 제72조 제2호 전단에서 규정한 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법’의 의미 / 이때 개인정보 취득 과정에서 사용하는 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법’에는 정보주체나 개인정보 보유자의 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 적극적 또는 소극적 행위는 물론 해킹과 같이 정보주체 등의 의사결정과 무관하게 그 자체로 위계 기타 사회통념상 부정한 방법이라고 인정되는 행위도 포함되는지 여부(적극)

(가) 구 의료법(2019. 8. 27. 법률 제16555호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제27조 제1항에서 말하는 ‘의료행위’란 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약, 외과적 수술, 조산, 간호 등을 시행하여 질병의 예방 또는 치료를 하는 행위 및 그 밖에 사회통념에 비추어 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체 등에 보건위생상 위해가 생길 우려가 있어 의학적 전문지식에 기초한 시행 및 관리가 필요한 행위를 의미한다.

어떤 행위가 이에 해당하는지는 행위의 목적과 수단, 경위와 태양, 행위에 필요한 의학적 전문 지식의 내용과 정도, 보건위생상 위해 발생 우려의 내용과 정도 및 관리가능성, 의료기술의 발달 양상과 의료환경의 변화, 보건위생에 관한 사회 일반의 지식 수준과 정도, 의료서비스 수요자의 인식과 요구 및 그 행위에 대한 사회적 평가 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단해야 한다.

(나) 의료행위의 개념과 판단 기준에 관한 앞서 본 법리에 비추어 보면, 비의료인이 행하는 서화문신행위(이하 ‘통상적인 서화문신행위’라 한다)는 구 의료법 제27조 제1항의 무면허 의료행위에 해당하지 않는다고 보는 것이 타당하다. 구체적인 이유는 아래와 같다. (중략)

[2] 피고인이 의료인이 아님에도 바늘이 달린 문신용 기계에 염료를 주입한 후 피부에 상처를 내고, 염료를 피부에 스며들게 하는 방법으로 甲의 오른쪽 팔에 문신시술을 하여 구 의료법 제27조 제1항에서 금지하는 무면허 의료행위를 했다는 의료법 위반의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인이 한 공소사실 기재 문신행위는 통상적인 서화문신행위에 해당하여 구 의료법 제27조 제1항이 금지하는 ‘무면허 의료행위’에 해당하지 않는데도, 위 공소사실을 유죄로 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

피고인이 의료인이 아님에도 자신이 운영하는 미용실에서 의료행위에 해당하는 두피문신시술을 하여 구 의료법(2024. 9. 20. 법률 제20445호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제27조 제1항에서 금지하는 무면허 의료행위를 했다는 의료법 위반의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인은 자신이 운영하는 미용실에서 고객들을 상대로 문신용 기계를 이용하여 염료를 두피에 주입함으로써 머리카락이 나 있는

것처럼 보이게 하는 두피문신시술을 하였던 사실, 피고인이 행한 두피문신시술은 눈썹, 아이라인, 입술 등 부위에 대한 미용문신과 마찬가지로 두피에 염료를 주입하여 일정 기간 색소가 유지 되도록 하는 시술이라는 사실관계를 의료행위의 개념과 판단 기준에 관한 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 한 공소사실 기재 문신행위는 통상적인 미용문신행위에 해당하여 구 의료법 제27조 제1항이 금지하는 '무면허 의료행위'에 해당하지 않는데도, 공소사실을 유죄로 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

004

모욕죄 ‘모욕’의 의미 등 2

대판 2026.5.29. 2023도14750 [모욕]

[1] 모욕죄의 보호법익(=외부적 명예) / 모욕죄에서 ‘모욕’의 의미 및 어떠한 표현이 모욕에 해당하는지 판단하는 기준 / 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 예의에 벗어난 정도의 표현이거나 상대방에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정을 나타내면서 경미한 수준의 추상적 표현이나 욕설이 사용된 경우, 모욕죄의 구성요건에 해당하는지 여부(원칙적 소극) / 모욕죄의 구성요건 해당 여부를 평가할 때 고려할 사항 / 발언자 자신의 불만이나 분노감정을 표출하는 표현, 관용적 또는 단발적이거나 즉흥적·충동적 욕설 등 상대방의 주관적 감정이나 정서에 해당하는 명예감정과 인격권을 침해하는 행위를 모욕죄의 모욕에 해당한다고 단정할 수 있는지 여부(소극)

형법 제311조 모욕죄는 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 ‘외부적 명예’를 보호법익으로 하는 범죄로서, 여기서 ‘모욕’이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 외부적 명예를 침해할 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 의미한다. 어떠한 표현이 모욕죄의 모욕에 해당하는지는 상대방 개인의 주관적 감정이나 정서상 어떠한 표현을 듣고 기분이 나쁜지 등 명예감정을 침해할 만한 표현인지를 기준으로 판단할 것이 아니라 당사자들의 관계, 해당 표현에 이르게 된 경위, 표현 방법, 당시 상황 등 객관적인 제반 사정에 비추어 상대방의 외부적 명예를 침해할 만한 표현인지를 기준으로 엄격하게 판단하여야 한다.

어떠한 표현이 개인의 인격권을 심각하게 침해할 우려가 있는 것이거나 상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설이 아니라 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 예의에 벗어난 정도이거나 상대방에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정을 나타내면서 경미한 수준의 추상적 표현이나 욕설이 사용된 경우 등이라면 특별한 사정이 없는 한 외부적 명예를 침해할 만한 표현으로 볼 수 없어 모욕죄의 구성요건에 해당되지 않는다.

모욕죄의 구성요건 해당 여부의 평가에 있어서는 분리된 개별적 언사만을 놓고 판단하기보다는 표현의 전체적인 내용과 맥락을 고려하고, 그러한 표현이 우발적으로 이루어졌는지 여부, 다소 과장된 표현인지 여부, 대화나 토론의 장이 열리게 된 경위와 그 성격, 행위자와 상대방과의 관계 등 여러 요인을 종합적으로 고려하여야 한다.

발언자 자신의 불만이나 분노감정을 표출하는 표현, 관용적 또는 단발적이거나 즉흥적·충동적 욕설 등 상대방의 주관적 감정이나 정서에 해당하는 명예감정과 인격권을 침해하는 행위는 그것이 민사적인 불법행위를 구성할 수는 있다 하더라도 그 자체로 형사책임이 수반되는 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 표현에 해당한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다. 일시적인 감정의 표출에 해당하는 표현은 그것이 성별, 인종, 민족, 장애, 출생 지역, 성적 지향 등에 대한 차별이나 혐오에 기반한 공격적·적대적·경멸적 감정의 표현에 해당하지 않

는 한, 대중의 언어생활이란 측면에서 사회 내의 사회문화적 맥락에 따른 자체 평가 및 통제기능에 맡기거나 민사적 책임을 지우는 것으로 규율할 수 있는 영역이 적지 않으므로, 모욕죄의 잣대를 들이대어 최후적·보충적 규제수단인 국가형벌권 행사를 통해 개입하는 것에는 신중할 필요가 있다는 점에서 보더라도 그러하다.

[2] 甲 병원 총괄이사인 피고인이 병원 앞길에서 甲 병원에 대해 1인 시위를 진행하는 乙과 시비를 하던 중 그곳을 지나가던 행인들이 지켜보는 가운데 乙에게 “야, 이 개새끼야.”라고 큰 소리로 욕설(발언)을 하여 乙을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 제반 사정을 종합하면 피고인의 위 발언은 乙의 행동에 대응하여 이에 대한 불만이나 분노감정을 거칠게 나타내면서 한 단발적이거나 즉흥적·충동적 욕설에 해당하여, 乙의 주관적 감정이나 정서를 상하게 하는 등 명예감정을 침해할 만한 표현으로 보일 뿐, 객관적으로 乙의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕행위에 해당하지 않는다는 이유로, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

甲 병원 총괄이사인 피고인이 병원 앞길에서 甲 병원에 대해 1인 시위를 진행하는 乙과 시비를 하던 중 그곳을 지나가던 행인들이 지켜보는 가운데 乙에게 “야, 이 개새끼야.”라고 큰 소리로 욕설(이하 ‘발언’이라 한다)을 하여 乙을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 乙은 甲 병원 앞에서 약 1년 5개월 전부터 甲 병원이 소방 관련 법령을 위반했다거나 조세포탈 행위를 하였다는 등의 문구를 게시하면서 1인 시위를 하여 온 사람으로, 피고인은 乙과 갈등을 빚어 평소 좋지 않은 감정을 갖고 있었던 점, 乙은 당일 甲 병원 앞길에서 평소처럼 1인 시위를 하고 있던 중 병원 출입문을 열고 들어가려는 피고인에게 큰 소리로 “야 야 야 야 야.”라고 하며 반말로 피고인을 불렀고, 피고인은 이에 대응하여 뒤를 돌아보면서 위 발언을 한 점, 이에 대하여 乙은 곧바로 “어 당신 욕했어. 야 이리와. 이리와 이 쓰레기.” 등과 같이 피고인을 비난하는 말을 이어갔고, 피고인은 乙을 잠시 쳐다본 후 다시 돌아서서 甲 병원 건물 안으로 들어간 점과 함께 피고인과 乙의 관계, 위 발언에 이르게 된 경위, 전체적인 맥락과 표현 방법 및 의미와 정도 등 제반 사정을 종합하면, 피고인의 위 발언은 乙의 행동에 대응하여 이에 대한 불만이나 분노감정을 거칠게 나타내면서 한 단발적이거나 즉흥적·충동적 욕설에 해당하여, 乙의 주관적 감정이나 정서를 상하게 하는 등 명예감정을 침해할 만한 표현으로 보일 뿐, 객관적으로 乙의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕행위에 해당하지 않는다는 이유로, 이와 달리 위 발언이 형법 제311조의 ‘모욕’에 해당한다고 본 원심판단에 형법상 ‘모욕’의 의미에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

005

범인 스스로 도피행위를 방조하는 경우 범인도피방조죄 성립 여부

대판 2026.6.18. 2025도11170 전원합의체 [범인도피방조·도로교통법위반(음주운전)]

[1] 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 범인을 위해 타인이 허위로 자백하여 범인도피죄를 범하는 것을 범인 스스로 방조하는 경우, 방어권 남용으로 범인도피방조죄가 성립하는지 여부(적극) / 이러한 대법원의 현재 법리는 타당하여 유지되어야 하는지 여부(적극)

형법 제151조 제1항은 ‘벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자(이하 ‘범인’이라 한다)를 도피하게 한 자’를 처벌한다고 규정한다. 범인 스스로 도피하는 행위는 형법 제151조 제1항의 범인도피죄로 처벌되지 않는다. 그런데 대법원은 2008. 11. 13. 선고 2008도7647 판결 등에서 ‘범인을 위해 타인이 허위로 자백하여 범인도피죄를 범하는 것을 범인 스스로 방조하는 경우 방어권 남용으로 범인도피방조죄가 성립한다.’고 판시하였다. 이러한 현재의 판례 법리는 타당하므로 유지되어야 한다. 그 이유는 다음과 같다. (중략) ① 범인 자신이 진범이라는 사실을 감추기 위해 타인을 허위 범인으로 내세우는 행위는, 그 가담 형태가 교사와 방조 중 어느 것에 해당하더라도 진범의 체포와 발견을 방해하여 형사사법 작용에 중대한 장애를 초래할 위험이 있다는 점에서 방어권 남용으로 평가될 여지가 있는 동일한 범주에 속한다. ‘범인 조작형 도피행위’에 가담한 범인을 범인도피죄의 공범으로 처벌할 것인지는, 범인을 도피하게 하는 것이라고 지목된 행위의 양태와 내용, 범인과 그 타인(범인도피죄의 정범)과의 관계, 행위 당시의 구체적 상황, 형사사법 작용에 영향을 미칠 위험성의 정도 등을 전체적·종합적으로 살펴본다. 범인의 행위가 방어권 남용에 해당하는지에 관한 법적 평가에 따라 결정되어야 하고, 범인의 가담 형태가 교사인지 방조인지에 따라 처벌 여부를 달리할 것은 아니다. ② 범인이 타인으로 하여금 허위 자백을 하게 하거나 타인의 허위 자백을 촉진·강화 또는 용이하게 하는 행위는, 범인과 타인 사이의 긴밀한 유대관계나 이해관계를 바탕으로 동적·발전적인 의사형성 과정을 거쳐 이루어지는 경우가 많고, 명시적으로 이루어지는 경우도 있지만 상대방과의 암묵적 교감을 통해 자연스럽게 이루어지는 경우도 있다. 범인과 타인 사이에 내밀하게 이루어진 의사형성 과정을 사후적으로 재구성하여 그 당시 범인이 타인에게 허위 자백이라는 범죄 결의를 일으킨 것인지 아니면 타인이 먼저 허위 자백을 마음먹고 있었던 것인지 등을 정확하게 평가하기란 쉽지 않다. 허위 자백이라는 범죄 결의의 발생 시점, 타인의 범죄 결의와 범인의 행위 사이의 선후 관계, 범인의 행위가 타인의 범죄 결의에 영향을 미친 정도 등은 주로 범인과 타인의 진술을 기초로 판단하게 된다. 그런데 범인과 타인의 기억이 정확하지 않거나 의도적으로 거짓 진술을 하는 경우 등에는 범인의 행위가 교사와 방조 중 어느 것에 해당하는지 증명하기가 더욱 어려워지고 이들의 사후 진술에 따라 가담 형태가 얼마든지 왜곡되거나 다르게 평가될 수 있다. ③ 이와 같은 ‘범인 조작형 도피행위’의 특성을 고려하지 않은 채 범인이 타인과 긴밀한 의사소통을 거쳐 수사기관에 허위 범인을 내세우는 일련의 과정 중에서 범인의 최초 가담 형태에만 주목하여 교사와 방조를 구분한 다음 방조에 대하여는 방어권 남용 법리의 적용을 배제하게 되

면, 범인으로서의 관련자들의 진술에 따라 가담 형태에 대한 평가가 달라질 수 있다는 점을 악용하여, 실제로는 범인이 타인에게 허위 자백을 교사한 것임에도 자신의 행위를 방조로 가장함으로써 형사처벌 대상에서 쉽게 벗어날 수 있다. 범인도피방조죄에 관한 방어권 남용 법리의 적용 배제는 단지 범인의 범인도피방조행위를 처벌하지 않는 데 그치지 않고 결국에는 가벌성이 높은 범인도피교사행위까지 처벌하지 못하는 결과로 이어져 실체적 진실 규명을 통한 적절한 형벌권 행사에 장애를 초래할 수 있다. 이는 그동안 대법원이 방어권 남용 법리를 선언하고 유지해 온 배경과 그 근본취지에 어긋나는 결과가 된다.

[2] 피고인이 자신의 차량 조수석에 친구 甲을 태우고 음주운전을 하다가 교통사고를 일으켰는데, 동승한 甲이 피고인에게 “내가 운전한 것으로 해주겠다.”라고 말하자, 피고인은 이에 동의하고 차량 뒷좌석으로 이동한 후 甲이 조수석에서 운전석으로 옮겨 탈 수 있게 하여 마치 甲이 운전한 것과 같은 외관을 만든 다음, 피고인이 보험회사에 전화하여 “甲이 운전하였다.”라고 말하고, 甲은 신고를 받고 출동한 경찰관에게 “내가 운전했다.”라고 말하며 음주측정에 응함으로써 피고인이 甲의 범인도피행위를 방조하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인은 위와 같은 행위를 통하여 甲이 피고인을 위해 경찰관에게 그 자신이 운전자라고 허위로 진술하는 것을 용이하게 하였고, 그로 인해 벌금 이상의 형에 해당하는 도로교통법 위반(음주운전)죄를 범한 진범의 발견을 방해하여 형사사법 작용에 중대한 장애를 초래할 위험이 발생하였으므로, 피고인의 방조행위는 방어권 남용으로써 범인도피방조죄에 해당한다고 한 사례

피고인이 자신의 차량 조수석에 친구 甲을 태우고 혈중알코올농도 0.097%의 술에 취한 상태로 음주운전을 하다가 교통사고를 일으켰는데, 동승한 甲이 피고인에게 “내가 운전한 것으로 해주겠다.”라고 말하자, 피고인은 이에 동의하고 차량 뒷좌석으로 이동한 후 甲이 조수석에서 운전석으로 옮겨 탈 수 있게 하여 마치 甲이 운전한 것과 같은 외관을 만든 다음, 피고인이 보험회사에 전화하여 “甲이 운전하였다.”라고 말하고, 甲은 신고를 받고 출동한 경찰관에게 “내가 운전했다.”라고 말하며 음주측정에 응함으로써 피고인이 甲의 범인도피행위를 방조하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 범인이 자신을 위한 타인의 허위 자백 또는 진술을 촉진·강화하거나 용이하게 하는 등의 방법으로 타인의 범인도피 범행을 방조한 행위는 방어권 남용으로 범인도피방조죄에 해당할 수 있는데, 사고 직후 甲이 피고인의 음주운전 사실 적발 등을 염려하여 피고인에게 먼저 “내가 운전한 것으로 하겠다.”라고 제안하자, 피고인은 이에 응하여 甲과 차량 안에서 자리를 이동한 다음 甲은 운전석 문으로, 피고인은 조수석 뒷문으로 내려 마치 甲이 운전한 것과 같은 외관을 만들었던 점, 그 후 주변 행인의 신고로 경찰관이 사고 현장에 출동하자, 그 자리에서 피고인은 자신이 운전자임을 밝히지 않고 甲으로 하여금 그 자신이 운전자라고 말하면서 경찰관의 음주감지기에 의한 음주측정에 응하도록 한 점, 피고인이 교통사고를 일으킨 실제 운전자라는 사실은, 사고 현장에 출동한 경찰관이 지구대로 복귀한 후에 사고 경위 등을 이상하게 여긴 보험회사 직

원의 피고인과 甲에 대한 추궁과 수사기관에 대한 신고로 밝혀지게 된 점 등을 종합하면, 피고인은 위와 같은 행위를 통하여 甲이 피고인을 위해 경찰관에게 그 자신이 운전자라고 허위로 진술하는 것을 용이하게 하였고, 그로 인해 벌금 이상의 형에 해당하는 도로교통법 위반(음주운전)죄를 범한 진범의 발견을 방해하여 형사사법 작용에 중대한 장애를 초래할 위험이 발생하였으므로, 피고인의 방조행위는 방어권 남용으로서 범인도피방조죄에 해당한다는 이유로, 같은 취지에서 피고인에게 범인도피방조죄를 인정한 제1심판결을 그대로 유지한 원심의 판단이 정당하다고 한 사례.

006

형법 제20조 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’의 의미 등

대판 2026.6.25. 2024도12616 [특수협박]

[1] 형법 제20조에서 정한 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’의 의미 / 정당행위의 성립 요건 및 어떠한 행위가 정당행위로서 위법성이 조각되는지 판단하는 방법 / 어떠한 행위가 범죄구성요건에 해당하지만 정당행위라는 이유로 위법성이 조각된다는 것의 의미

형법 제20조가 정한 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’란 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말한다. 정당행위를 인정하려면, 첫째 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다. 이때 어떠한 행위가 위 요건들을 충족하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하는데, ‘목적·동기’, ‘수단’, ‘법익균형’, ‘긴급성’, ‘보충성’은 불가분적으로 연관되어 하나의 행위를 이루는 요소들로 종합적으로 평가되어야 한다. 그중 행위의 긴급성과 보충성은 다른 실효성 있는 적법한 수단이 없는 경우를 의미하고 ‘일체의 법률적인 적법한 수단이 존재하지 않을 것’을 의미하는 것은 아니라는 점에서 이를 적극적·독립적·완결적인 요건으로까지 요구할 것은 아니다.

한편 어떠한 행위가 범죄구성요건에 해당하지만 정당행위라는 이유로 위법성이 조각된다는 것은 그 행위가 적극적으로 용인, 권장된다는 의미가 아니라 단지 특정한 상황에서 그 행위가 범죄행위로서 처벌대상이 될 정도의 위법성을 갖추지 못하였다는 것을 의미한다.

[2] 피고인(여, 39세)이 자신의 주거지에 찾아와 자신을 폭행하는 甲(남, 76세)에 대항하여 주먹으로 甲의 얼굴을 폭행한 후, 싱크대 위에 있던 부엌칼을 가져와 “변태 새끼야 죽고 싶으면 너나 죽어, 죽고 싶으면 와 봐라.”라며 위협을 가할 듯이 위협함으로써 위험한 물건을 휴대하여 甲을 협박하였다는 특수협박의 공소사실로 기소된 사안에서, 전체적으로 보아 피고인의 행위는 예고 없이 집에 찾아와 폭력을 행사하고 나아가 가위를 들어 생명과 신체에 대한 위협을 가하겠다고 협박하는 甲의 계속되는 부당한 공격에 맞서 수동적, 소극적 차원에서 행한 행위로, 그 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익 사이의 법익균형성, 긴급성, 보충성 등 정당행위의 요건을 갖춘 것으로서 사회통념상 용인되는 범위를 크게 벗어나지 않는 행위라고 평가할 여지가 크다고 한 사례

피고인(여, 39세)이 자신의 주거지에 찾아와 자신을 폭행하는 甲(남, 76세)에 대항하여 주먹으로 甲의 얼굴을 3회 폭행한 후, 싱크대 위에 있던 부엌칼(날 길이 25cm)을 가져와 “변태 새끼야 죽고 싶으면 너나 죽어, 죽고 싶으면 와 봐라.”라며 위협을 가할 듯이 위협함으로써 위험한 물건을 휴대하여 甲을 협박하였다는 특수협박의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인은 甲의 조카로 어린 시절 甲으로부터 성추행

을 당한 사실이 있다고 가족들에게 폭로하자, 이에 격분한 甲이 피고인 집에 찾아와 기다리다가 피고인이 퇴근하여 현관문을 열자마자 피고인의 얼굴을 주먹으로 구타하였고, 피고인도 이에 대항하여 甲의 얼굴을 때리고 먹살을 잡는 등 서로 맞붙어 싸움을 벌이게 된 점, 피고인의 동거인이 싸움을 말려 피고인과 甲이 잠시 떨어져 있던 중 甲이 거실 서랍장의 서랍(가로 43cm, 세로 37cm, 높이 15cm) 2개를 꺼내어 피고인에게 던진 후 재차 주먹으로 피고인의 얼굴을 3회 가격한 데 이어 식탁 위에 있는 가위(날 길이 14cm)를 가져와 피고인을 위협하였고, 피고인은 甲이 던진 서랍에 맞아 약 3주간의 치료를 요하는 손가락 부분의 상해를 입은 점, 피고인과 甲이 다투게 된 발단과 경위에 비추어 甲의 책임이 근원적이고 보다 중하다고 보이는 점, 甲의 폭행과 위협에 대항하여 한 피고인의 행위는 그 정도가 상대적으로 훨씬 가볍고, 피해 정도도 피고인이 더 중한 점, 피고인이 직접 112신고를 하여 수사기관에 의한 분쟁 해결을 요청하였고 경찰관이 도착할 때까지 그대로 칼을 들고 부엌에 있었을 뿐 甲에 대해 추가적인 위협을 하지 아니한 점 등을 종합하면, 전체적으로 보아 피고인의 행위는 예고 없이 집에 찾아와 폭력을 행사하고 나아가 가위를 들어 생명과 신체에 대한 위해를 가하겠다고 협박하는 甲의 계속되는 부당한 공격에 맞서 수동적, 소극적 차원에서 행한 행위로, 그 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익 사이의 법익균형성, 긴급성, 보충성 등 정당행위의 요건을 갖춘 것으로서 사회통념상 용인되는 범위를 크게 벗어나지 않는 행위라고 평가할 여지가 크다는 등의 이유로, 이와 달리 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에 위법성 조각 사유에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

007

횡령죄에서 보호가치 있는 신임에 의한 위탁관계

대판 2026.6.25. 2025도13722 [횡령]

[1] 횡령죄에서 말하는 ‘보관’의 의미 / 횡령죄의 성립에 필요한 위탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정되는지 여부(적극)

형법 제355조 제1항이 정한 횡령죄에서 ‘보관’이란 위탁관계에 따라 재물을 점유하는 것을 뜻하므로, 횡령죄가 성립하려면 재물의 소유자와 보관자 사이에 위탁관계가 존재해야 한다. 이러한 위탁관계는 사용대차·임대차·위임 등의 계약뿐만 아니라 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있으나, 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때, 위탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정함이 타당하다.

[2] 재물의 보관에 관한 위탁관계 설정이 약정 등 법률행위에 근거한 경우, 그 위탁관계가 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이 아니라고 보기 위해서는 그 위탁관계를 형사법적으로 보호하는 것이 전체 법질서상 허용하기 어려운 정도에 이르러야 하는지 여부(적극)

재물의 보관에 관한 위탁관계 설정이 약정 등 법률행위에 근거한 경우 그 위탁관계가 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이 아니라고 보기 위해서는, 관계 법령의 입법 취지와 규율 내용, 위탁자와 수탁자 사이의 관계, 위탁관계의 형성 경위와 목적 등에 비추어 위탁관계 설정의 근거가 되는 법률행위가 강행규정 위반 등으로 사법상 무효인지, 재물의 위탁행위가 범죄 실행행위나 준비행위 등과 같이 범죄 실현의 수단으로 이루어진 것인지 등을 종합해 볼 때 그 위탁관계를 형사법적으로 보호하는 것이 전체 법질서상 허용하기 어려운 정도에 이르러야 한다.

[3] 위탁자가 다른 사람 이름으로 개설된 예금계좌(이른바 ‘차명계좌’)를 이용하여 금융거래를 하면서 그 차명계좌에 돈을 보관하되 계좌 명의자인 수탁자는 이를 임의로 사용하지 않기로 하는 약정을 체결한 경우, 위탁자가 채무초과 상태에서 차명계좌를 이용하였다는 사정만으로 그 약정에 따른 재물 위탁행위가 강제집행면탈죄의 실행행위 등과 같이 범죄 실현의 수단으로서 이루어진 것이라고 볼 수 있는지 여부(소극) / 이때 차명계좌에 보관된 돈의 위탁행위가 범죄 실현의 수단으로 이루어진 것인지 판단하는 기준

위탁자가 다른 사람 이름으로 개설된 예금계좌(이른바 ‘차명계좌’)를 이용하여 금융거래를 하면서 그 차명계좌에 돈을 보관하되 계좌 명의자인 수탁자는 이를 임의로 사용하지 않기로 하는 약정을 체결한 경우, 단지 위탁자가 채무초과 상태에서 차명계좌를 이용하였다는 사정만으로는 그 약정에 따른 재물 위탁행위가 강제집행면탈죄의 실행행위 등과 같이 범죄 실현의 수단으로서 이루어진 것이라고 볼 수 없다.

차명계좌에 보관된 돈의 위탁행위가 범죄 실현의 수단으로 이루어진 것인지는, 위탁자와 수탁자 사이의 관계, 차명계좌의 개설 시기와 목적, 위탁자가 차명계좌를 사용하게 된 경위와 기간, 위탁자가 채권자로부터 강제집행을 당할 구체적 위험이 있는 상태였는지를 비롯한 차명계좌 이용 당시의 객관적 상황, 예금거래의 구체적 실상 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

나. 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 의하면 다음 사실을 알 수 있다.

① 피해자와 피고인은 동거하지 아니하는 형제 관계이다. ② 피해자는 2010년경 소규모 건설업체를 운영하다가 원청업체의 부도 등으로 자금 사정이 악화되어 폐업하였고, 2017년경 피고인의 처와 피고인의 동의를 받아 피고인의 처 명의로 사업자등록을 하고 횡집을 운영하였다. ③ 2018년경 피해자는 피고인의 동의를 받아 피고인 명의로 횡집 사업자등록을 변경하고 이 사건 예금계좌를 개설한 다음, 피고인으로부터 그 계좌 및 이와 연결된 카드, 통장 등의 사용을 허락받아 이 사건 예금계좌를 횡집 사업용 계좌로 이용하였다. 그 과정에서 피해자와 피고인은, 피해자가 운영하는 횡집 매출금 등을 이 사건 예금계좌에 보관하되 피고인이 이를 임의로 사용하지 않기로 약정하였다. ④ 피해자는 2018년경부터 2023년 5월경까지 이 사건 예금계좌에 횡집 매출금 등을 입금하고 거기에서 횡집 운영에 필요한 경비 등을 인출하여 사용하였다. 피고인은 2023년 5월경 공소사실 기재 행위를 하기 전까지는 이 사건 예금계좌에 보관된 돈을 사용하지 않았다. ⑤ 피해자는 수사기관 및 제1심 법정에서, 피고인 명의로 횡집을 운영하고 그 매출금 등을 이 사건 예금계좌에 보관하게 된 경위와 전후 사정 등을 설명하는 과정에서 '오래 전에 작은 규모의 전문건설업체를 운영했었는데 원청업체의 부도로 함께 부도가 나서 신용불량자가 되어 자신 명의로는 사업자등록이나 금융거래를 하지 못하였고, 거래업체 등이 통장을 압류하거나 변제를 요구하는 상황이 있었지만, 나중에는 원청업체가 해당 거래업체 등에 직접 대금을 지급한 것으로 알고 있다'는 취지로 진술하였다. ⑥ 피해자가 피고인 명의로 사업자등록을 하여 횡집을 운영하고 이 사건 예금계좌를 이용한 것과 관련하여, 피해자 또는 피고인이 강제집행면탈죄 등 범죄 혐의로 조사받거나 기소된 사실은 없다.

다. 이러한 사실관계와 적법하게 채택된 증거에 의하여 알 수 있는 다음 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피해자와 피고인은 이 사건 약정에 근거하여 횡집 매출금 등의 보관에 관한 위탁관계를 형성하였다고 볼 수 있으며, 이 사건 약정 자체가 강행규정 위반으로 무효라거나 그 약정에 따른 횡집 매출금 등의 보관 위탁행위가 강제집행면탈죄의 실행행위 또는 준비행위 등과 같이 범죄 실현의 수단으로서 이루어진 것이라고 보기는 어렵다. 따라서 피해자와 피고인 사이에 형성된 위탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 봄이 타당하다.

① 이 사건 약정은 피해자가 피고인 명의의 이 사건 예금계좌를 이용하여 금융거래를 하는

것을 전제로 피고인에게 그 계좌에 예치된 횡집 매출금 등의 보관을 위탁하는 내용이므로, 해당 금원에 관한 위탁관계의 근거가 되는 법률행위로 볼 수 있다. ② 이 사건 약정에 따라 피해자가 피고인에게 횡집 매출금 등의 보관을 위탁할 당시 피해자가 부담하던 채무의 규모와 내용, 강제집행의 기초가 되는 구체적 채권의 존재 등을 알 수 있는 자료는 기록상 찾아볼 수 없다. 피해자의 채권자가 피해자를 상대로 이행청구의 소 또는 그 보전을 위한 가압류·가처분신청을 제기하거나 제기할 태세를 보이고 있었다고 평가할 만한 사정 또한 기록상 드러나지 않는다. ③ 피해자가 수사기관 및 제1심 법정에 출석하여 오래전에 사업체 부도로 신용불량자가 되어 불가피하게 동생인 피고인 명의로 횡집을 운영하고 금융거래를 하게 된 경위 등을 설명하면서 '현재는 원청업체의 변제 등으로 채무관계가 잘 해결되었으나, 부도 당시 또는 그 이후에 채권자들이 통장을 압류하거나 변제 독촉 등을 한 적이 있었다'는 취지로 진술하기는 하였다. 그러나 채무자가 강제집행을 당할 구체적 위험이 있는 상태였는지는 채무자나 채권자의 주관적인 처지나 진술만으로 판단할 것은 아니고 채권자의 강제집행 의사를 드러내는 사정들을 포함하여 여러 객관적 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다. 그런데 제1심과 원심은 이에 관하여 별다른 심리를 하지 않았을 뿐만 아니라, 피해자가 이 사건 예금계좌를 사용하게 된 동기와 경위, 전후 사정 등에 관하여 진술한 내용을 전체적인 맥락 속에서 판단하지 아니한 채 '사업체 부도 등으로 인한 채무관계로 통장 압류나 변제 요구를 하는 상황이 있었다'는 단편적인 진술 등에만 주목하여 이 사건 약정에 따른 위탁행위가 강제집행면탈죄의 실행행위에 해당한다고 속단한 측면이 없지 않다. ④ 피해자는 사업체 부도 이후 신용불량자가 되었으나, 그로부터 약 8년이 지난 후에 피고인 명의로 횡집을 운영하면서 사업용 계좌가 필요하게 되자 피고인의 동의를 받아 그 명의로 이 사건 예금계좌를 개설하여 이용하였다. 이러한 계좌 개설 시기와 목적 등을 고려하면, 피해자가 강제집행을 당할 구체적 위험이 있는 상태에서 이를 면탈할 목적과 고의를 가지고 피고인 명의로 사업을 영위하였다거나 금융거래를 하였다고 보기는 어렵다. 오히려 피해자로서는 생계 등을 유지하기 위해 동생인 피고인 명의로 경제활동을 하는 과정에서 자연스럽게 이 사건 예금계좌를 이용하게 되었고, 강제집행 면탈에 관한 구체적 인식이나 고려 없이 인적 신뢰관계를 바탕으로 피고인과의 사이에 이 사건 예금계좌에 보관된 돈에 관한 위탁관계를 형성하였다고 볼 여지가 크다. 이와 같이 피해자가 강제집행 면탈의 목적을 가지고 피고인 명의의 금융거래를 한 것으로 볼 수 없다면, 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」에서 금지하는 타인 명의 금융거래를 하였다는 사정만으로 이 사건 약정의 사법상 효력이 부인되지는 않는다. ⑤ 피해자와 피고인은 약 5년 동안 이 사건 약정에 따른 위탁관계를 유지하였고, 피고인의 공소사실 기재 행위가 있기 전까지는 이 사건 예금계좌에 보관된 돈의 소유권 등과 관련하여 피해자와 피고인 사이에 별다른 분쟁도 없었던 것으로 보인다. 이러한 사정에다가 앞서 본 피해자와 피고인의 관계, 피해자가 이 사건 예금계좌를 이용하게 된 동기와 경위 등을 더하여 보면,

피해자가 이 사건 예금계좌에 보관된 돈을 피고인에게 위탁한 행위가 강제집행면탈죄의 실행행위나 준비행위에 해당한다고 볼 수 없고, 그 위탁관계를 형사법적으로 보호하는 것이 전체 법질서상 허용하기 어려운 정도에 이른다고 보기는 어렵다.