

형법 제20조 사회상규 관련 판결사안의 유형화의 시도

- 2002년부터 2007년 6월까지의 판결을 대상으로 -

이 상 용*

국문요약

우리 형법 제20조에 규정되어 있는 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’는 일반적인 위법성조각사유로 인정되고 있으나 그 의미와 적용의 요건 등을 둘러싸고 많은 논란을 겪어왔는데, 근래에는 이 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’의 유형화를 시도함으로써 이 조항의 적용에 구체적인 지침을 마련하자는 주장이 지지를 받고 있다.

이 논문에서는 2002년 1월부터 2007년 6월까지의 사회상규 관련 판결 96건의 내용을 검토하여, 각각의 경우에 사회상규가 문제된 생활영역을 파악하고 1차적으로 이를 사안별로 분류하였다. 이들은 선거법위반사안, 뇌물 등 부패행위사안, 폭행 등 개인간의 다툼사안, 무면허 의료행위사안, 노동쟁의 관련사안 등이다. 이러한 사안의 내용과 악을 바탕으로 2차적으로 두 가지 기준을 적용하여 전체 사안의 유형화를 시도하였다. 그 기준은 첫째로는 사건 관련자들간의 관계로서, 그들이 상호대립관계에 있는가, 또는 상호합의관계에 있는가 하는 것이며, 두 번째 기준은 침해된 법익의 경중과 그에 대한 사회적 관심의 정도이다. 이를 통해 관련 판결의 사안들은 네 가지 유형으로 나누어볼 수 있는데, 각각의 경우에 사회상규를 적용하는 법원의 입장에 약간의 차이가 있다는 것을 발견할 수 있다.

이러한 유형화를 통하여 다양한 생활영역에서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위 여부를 판단하는 작업에 유용한 지침을 찾을 수 있을 것이라고 생각한다.

* 명지대학교 법과대학 부교수, 법학박사

I. 서론

우리 형법은 제20조에 “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다”라는 규정을 두고 있으며, 이 정당행위 규정 다음에 정당방위, 긴급피난, 자구행위, 피해자의 승낙 등의 개별적인 위법성조각사유를 규정하고 있다. 학설과 판례는 이러한 형법 제20조의 정당행위 규정을 일반적인 위법성조각사유를 규정한 것으로 해석하고 있는데,¹⁾ 이와 같이 일반적인 위법성조각사유를 명문으로 규정하고, 나아가 “사회상규”라는 추상적 개념을 위법성조각의 한 기준으로 명시한 것은 우리 형법의 중요한 입법적 특색이다.²⁾ 그런데 이 형법 제20조의 “사회상규에 위배되지 아니하는 행위”는 그 의미와 적용의 요건 및 기준을 둘러싸고 특히 1990년대 이후 많은 논란을 겪었다. 이 규정에 대한 비판은 사회상규의 의미내용이 지나치게 포괄적이고 다른 개별적 위법성조각사유와는 달리 그 적용을 위한 구체적인 요건을 찾을 수 없으며, 법관의 자의적 판단을 가능하게 한다는 것으로 요약될 수 있다.³⁾ 다만 최근에는 이 규정의 입법의도와 관련 판례의 축적을 바탕으로, 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 유형화를 통해 이 규정의 적용에 구체적인 지침을 마련하려는 노력이 지지를 받고 있는 것으로 보인다.⁴⁾

그러나 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 유형화라는 것은 그 기준이 되는 사회상규의 작용영역과 내용이 무한히 다양할 수 있으며, 일정

1) 김일수/서보학, 형법총론, 제11판, 박영사, 2006, 334면; 박상기, 형법총론, 제6판, 박영사, 2004, 152면; 신동운, 형법총론, 제2판, 법문사, 2006, 254면 이하 및 337면; 오영근, 형법총론, 박영사, 2005, 309면; 이재상, 형법총론, 제5판(보정판), 박영사, 2006, 274면; 이형국, 형법총론, 제3판, 법문사, 2003, 138면; 임웅, 형법총론, 개정판, 법문사, 2003, 199면 등.

2) 이 조문의 성립경위와 법제사적 논의에 대한 최근의 중요한 성과는 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, 서울대학교 법학, 제47권 제2호, 2006. 6, 189면 이하 참조.

3) 김영환, “형법 제20조 정당행위에 관한 비판적 고찰”, 김종원교수화갑기념논문집, 법문사, 1991, 133, 142면; 천진호, “사회상규에 위배되지 아니하는 행위”에 대한 비판적 고찰”, 비교형사법연구, 제3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2001. 12, 157-158면.

4) 배종대, 형법총론, 제8전정판, 홍문사, 2005, 333면; 신동운, 앞의 책, 335면; 오영근, 앞의 책, 310면; 허일태, “형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’의 재조명”, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 제4권 제1호, 2002. 7, 23면 등.

한 생활영역의 사회상규를 확인했다고 할지라도 그것은 고정된 것이 아니라 시간이 지남에 따라 변화할 수 있다는 점에서, 출발부터 이미 명백한 한계를 가지고 있다. 사회생활의 모든 분야의 사회상규의 내용을 事前에 威文化하여 밝혀놓는다는 것은 불가능한 일이며, 장차 어느 분야에서 사회상규가 논란이 될 것인지를 예측한다는 것도 쉽지 않은 일이다. 따라서 학설이 시도할 수 있는 것은 현실로 문제가 제기되어 법원의 판결을 통해 드러난 실제사례들을 일정한 기준에 따라 유형별로 나누어보고 각 유형간의 특색을 살펴보는 것에서 크게 벗어나기 어렵다고 할 수 있다. 다만 이러한 유형화를 통하여 사안별로 일정한 공통점과 차이점을 추출할 수 있다면, 개별적인 사건에서 사회상규의 구체적 내용에 한 걸음 더 다가설 수 있는 통로가 마련되는 것이라고 생각한다.

그리하여 이 논문은 사회상규에 관련된 최근 5-6년간의 판결들의 사안 내용을 검토하여 구체적인 생활영역에서 사회상규가 실제로 작용하는 모습을 보고, 이를 바탕으로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 유형을 찾아보고자 하였다. 이를 위해 다음의 II에서는 검토대상 판결의 대략적인 모습과 분류의 기준을 제시했고, III에서는 이를 1차적으로 몇 가지 사안별로 분류를 했으며, 이를 바탕으로 IV에서 전체 사안의 유형화를 시도하였다.

II. 검토대상 판결의 개관

1. 검토대상 판결의 범위

아래의 [표 1]의 통계수치는 대법원 홈페이지 종합법률정보에서 1997년 1월 1일부터 2007년 6월 30일 사이에 ‘사회상규’로 검색된 대법원과 하급심 형사판결의 검색 결과를 연도별로 보여주는 것이다.⁵⁾ 이러한 검색을 통해서 우리 법원에서 선고된 모든 판결이 검색된 것은 아니며, 또 때로는 한 사건의 제1심 판결과 항소심 판결, 상고심 판결이 모두 검색된 사례도 있기 때문에, 이것이 사회상규와 관련된 판결 건수의 전모를 온전히

5) <http://glaw.scourt.go.kr>

보여주는 데에는 한계가 있다고 생각된다. 또 그 내용에 있어서도 이 논문에서 주제로 삼고 있는 위법성조각사유로서의 형법 제20조의 사회상규와는 다른 측면에서 작용하는 사회상규에 대한 판결도 포함되어 있다.⁶⁾ 그러나 이러한 예외적인 경우를 감안한다고 해도 이 연도별 수치는 지난 10년간의 사회상규 관련 판례의 전반적인 추이를 보여준다고 할 수 있다.

[표 1] 최근 10년간 사회상규 관련 판결 건수

연 도	대법원 판결	하급심 판결	판결 총 건수
2007 (6월까지)	7 (5)	1 (1)	8 (6)
2006	18 (3)	6 (1)	24 (4)
2005	17 (6)	10 (1)	27 (7)
2004	12 (1)	4 (0)	16 (1)
2003	9 (2)	4 (0)	13 (2)
2002	8 (4)	0 (0)	8 (4)
2001	3 (0)	1 (0)	4 (0)
2000	4 (1)	0 (0)	4 (1)
1999	7 (4)	0 (0)	7 (4)
1998	6 (2)	3 (0)	9 (2)
1997	5 (1)	1 (0)	6 (1)
합 계	96 (29)	30 (3)	126 (32)

* 대법원 홈페이지 종합법률정보 판례검색 결과, [()]안의 숫자는 공직선거법 관련 건수

사회상규에 관련된 판결은 1970년대까지는 매우 드물었다고 할 수 있지만, 1980년대 이후 분명한 증가세를 보였고 그것이 1990년대를 거쳐 오늘에까지 이어지고 있다. 그러나 위의 [표 1]에서 볼 수 있듯이 그 수는 2002년까지는 대법원판결의 수가 1년에 10건이 채 되지 않을 정도로 적다. 그리고 [표 1]에서 () 안의 수치는 공직선거법⁷⁾ 위반사건의 판결 건

6) 예를 들면, 부작위범의 인정에서 작위의무의 근거로 사회상규가 제시된 경우나 업무상 과실치사죄의 성립에 있어서 주의의무의 근거로서 사회상규가 거론된 경우 등이 있다.

7) 1994년 3월 16일 법률 제4739호로 제정된 ‘공직선거및선거부정방지법’은 2005년 8월 4일 법률 제7681호로 개정되면서 법명이 ‘공직선거법’으로 변경되었다. 따라서 여기서

수를 뜻하는바, 근래의 대법원 판결의 상당히 많은 수가 선거부정사건에서 사회상규를 검토했다는 것을 알 수 있다.

지난 10여년간의 사회상규에 관한 대법원 판결 건수는 [표 1]에서 볼 수 있듯이 총 96건이다. 그런데 1997년부터 2001년까지 5년간의 대법원판결 건수가 25건임에 비해, 2002년부터 2006년까지 5년간의 대법원판결 건수는 그 배가 훨씬 넘는 64건이다. 이것은 지난 5-6년 사이에 사회상규가 문제된 사안의 수가 뚜렷이 증가했음을 보여주는 것이라고 생각된다. 따라서 이 논문은 2002년 이후의 판결들에 주목하여 그 사안의 내용을 분석하고자 한다.⁸⁾ 이렇게 검토의 범위를 시기적으로 제한하면 관련 판결 전체의 모습을 파악하는 데에는 제약을 주겠지만, 다른 한편으로는 비교적 단기간 내에 시대적 배경을 같이 하는 판결들의 모습을 살펴볼 수 있다는 장점도 있다고 생각된다. 그리하여 이 논문의 검토대상이 되는 판결의 수는 2002년 1월부터 2007년 6월 사이에 선고된 96건인바, 이들은 대법원판결 71건과 하급심 판결 25건이다. 이 가운데에서도 대법원판결을 주된 검토대상으로 하여 논의를 진행하고자 한다. 대법원판결 71건, 또는 하급심 판결을 포함한 96건이라는 판결의 수량은 충분히 많은 것은 아니지만, 그 안에서 나타나는 사회상규 규정의 전반적인 적용실태를 파악하기에는 부족하지 않은 자료가 될 수 있다고 생각한다.

2. 판결 분류의 기준

이 논문에서는 우선 위의 96건의 판결의 내용을 검토하여, 각각의 경우에 사회상규가 문제된 생활영역을 파악하고 1차적으로 이의 사안별 분류를 시도하였다. 이때 그 분류의 기준으로는 범죄명 또는 위반한 법률규정뿐만 아니라 사회상규가 문제된 그 사안이 어떠한 생활영역에 속하는가라는 것을 같이 고려하였다. 곧 폭행죄나 업무방해죄 등 죄명이 같더라도 공직선거법과 같이 적용법률이 같다는 것만으로 하나의 유형으로 분류한

공직선거법 위반사건이라 함은 구 공직선거및선거부정방지법 위반사건을 포함한다.

8) 형법 제정 이후 2001년까지의 사회상규 관련 판례의 시대적 변화에 대해서는, 이상용, 형법 제20조 정당행위 규정 중 사회상규에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2002. 8, 66면 이하 참조.

것이 아니라, 그 사안의 내용을 검토하여 죄명과 적용법률이 같은 경우에도 별개의 사안으로 분류한 경우도 있고, 죄명 또는 적용법률이 다르다고 해도 사회생활상의 현실에서 공통점을 찾을 수 있는 경우에는 하나의 유형으로 분류를 하였다. 예를 들어 업무방해죄 사건의 판결이라고 해도 개인들 사이의 다툼과 충돌에서 비롯된 사건과 노동쟁의행위와 관련된 사건은 사회적으로 그 의미가 같을 수 없다고 보아 별개로 분류하였다.

[표 2] 2002년 - 2007년(6월) 사이 사회상규 관련 판결의 사안별 판결 건수

구 분	사안의 유형	대법원판결 건수	하급심판 결 건수	판결 총 건수
1	공직선거법위반의 선거부정사안 공직선거법상 기부행위 판단 (15) 그외 선거부정사건 (5) 낙선운동의 정당행위 여부 (1)	21 (29.6%)	3	24
2	뇌물 등 부패행위와 횡령, 배임 등 부정지출행위 뇌물 및 부정한 청탁 판단 (13) 횡령, 배임 등 부정지출행위 관련 (6)	19 (26.8%)	10	29
3	폭행 등 개인간 다툼 상황 현실세계에서의 다툼 (14) 인터넷상 명예훼손 또는 모욕 (4)	18 (25.4%)	3	21
4	무면허 의료행위 사안	4 (5.6%)	1	5
5	노동쟁의 관련 사안	3 (4.2%)	2	5
6	기 타	6 (8.5%)	6	12
	1 - 5 의 합계	65 (91.5%)	19	84
총계	1 - 6 의 합계	71 (100%)	25	96

* 대법원판결 건수에서 ()안의 백분율은 관련 대법원 판결 총건수 71건에 대한 비율임.

이와 같이 분류를 하자 대법원판결이 3건 이상이 되는 사안들은 위의 [표 2]에서 보듯이 크게 나누어 다섯 가지 유형으로 나타난다. 대법원판결 건수가 많은 순서로 살펴보면 그것은 공직선거법위반의 선거부정사안, 뇌물이나 배임수증 등 부패행위 및 부정지출행위 사안, 폭행 등 개인간의 다툼과 관련된 사안, 무면허 의료행위 사안, 노동쟁의 관련 사안 등이다.

이러한 작업은 단순히 판례의 사안들을 유사한 사안들끼리 나누어놓는 사례모음에 불과하다고 볼 수도 있다. 또 사안 분류의 기준에도 의문이 제기될 수 있으며, 분류 자체가 완결적이라고 할 수도 없을 것이다. 공직선거에서의 기부행위와 관련된 문제는 뇌물이나 회계부정과 함께 넓게 부패행위로 파악될 수 있는 것이며, 폭력이나 업무방해와 관련된 사안을 개인간의 다툼인 경우와 노동쟁의인 경우로 나누어보는 것에도 의문이 제기될 수 있다. 그러나 이러한 각 사안들 사이의 유사성과 차이점에 대해서는 뒤의 IV에서 살펴보도록 하고, 다음의 III에서는 우선 각각의 구체적 사안들의 내용을 [표 2]의 분류에 따라 개략적으로 파악하고자 한다. 이것은 검토대상 기간내에 우리 사회에서 사회상규가 문제된 모든 생활영역의 모습을 전반적으로 파악하고 그 유형화를 위한 의미있는 기준을 모색하기 위해서 반드시 거쳐야 할 작업이라고 생각된다.

III. 판례의 사안별 분류와 검토

1. 공직선거법위반의 선거부정사건

가. 공직선거법상의 기부행위 관련 사안

공직선거법위반사건에 대한 대법원판결은 1996년에 처음 나타난 이후 사회상규 관련 사안에서 줄곧 수적으로 가장 큰 비중을 차지하고 있다고 할 수 있다. 검토대상기간인 2002년부터 2007년까지의 사회상규와 관련된 공직선거법위반사건의 대법원판결 건수는 모두 21건으로서 전체 71건중 29.6%를 차지한다. 그리고 그 사안의 대부분인 15건(전체 21건중 71.4%에 해당)은 ‘기부행위’와 관련된 것이다.⁹⁾ 따라서 공직선거에서의 기부행위의 위법성조각여부는 사회상규가 적용되는 중요한 분야임을 알 수 있다.

사안들을 구체적으로 살펴보면 특별당비 납부행위,¹⁰⁾ 세미나지원경비의

9) 대법원 2007. 4. 26, 2007도218 판결 [공2007. 6. 1. (275), 815]; 대법원 2006. 6. 30, 2006도2104 판결; 대법원 2005. 9. 9, 2005도2014 판결 [공2005. 10. 15. (236), 1646]; 대법원 2003. 8. 22, 2003도1697 판결 [공2003. 10. 1. (187), 1978] 등.

지급,¹¹⁾ 자원봉사자에 대한 기름값 명목의 금품제공,¹²⁾ 변호사의 무료변론,¹³⁾ 단체에 대한 기부행위¹⁴⁾ 등이 문제되고 있는데, 법원은 문제된 행위가 공직선거법 제112조 제1항에서 포괄적으로 규정된, 금지되는 기부행위의 예외에 해당하는지를 동조 2항에서 제한적으로 열거된 1호 내지 4호에 비추어 살펴본 후 그에 해당하지 아니하는 경우에 대해서, “후보자 등이 한 기부행위와… 지극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 것이라고 볼 수 있는 경우에는 일종의 의례적이거나 직무상의 행위 또는 통상적인 정당활동으로서 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각되는 경우가 있을 수 있다”고 판시해오고 있으며, 다만 이에 대해서는 “그와 같은 사유로 위법성의 조각을 인정함에는 신중을 요한다”¹⁵⁾며 주의를 촉구하는 내용을 덧붙이고 있다. 판례는 이와 같이 공직선거법 제112조 제2항의 예외로서 열거된 행위에 해당하지 않는 기부행위에 대해서는 일단 동법 제257조 제1항 제1호의 구성요건해당성을 인정하고, 그것이 사회상규에 위배되지 아니하는 경우에 위법성이 조각된다고 본다.¹⁶⁾

이러한 판시의 내용은 공직선거법위반사건의 경우에 특히 기부행위와 관련해서 일관되게 유지되고 있는데, 이는 공직선거법위반사건이 처음 등장하는 1996년(당시는 공직선거및선거부정방지법)의 95도2820 대법원판결 이래 유지되고 있는 입장이다.¹⁷⁾ 그러나 사회상규에 위배되지 아니한다는

10) 대법원 2007. 4. 26, 2007도218 판결 [공2007. 6. 1. (275), 815].

11) 대법원 2007. 1. 11, 2006도7092 판결 [공2007. 2. 15. (268), 324].

12) 대법원 2005. 4. 15, 2004도6915 판결.

13) 대법원 2006. 6. 27, 2005도4177 판결 [공2006. 8. 15. (256), 1453].

14) 대법원 2005. 1. 13, 2004도7360 판결 [공2005. 2. 15. (220), 254].

15) 대법원 2007. 4. 26, 2007도218 판결 (공직선거법 위반) [공2007. 6. 1. (275), 815].

16) 대법원 2007. 4. 26, 2007도218 판결; 대법원 2003. 6. 27, 2003도1912 판결; 대법원 1996. 5. 10, 95도2820 판결 등. 그러나 이에 대해서는 그러한 행위는 기부행위금지 위반의 구성요건해당성을 부인해야 한다는 주장이 있다. 김대휘, “선거법위반과 사회상규에 반하지 않는 행위”, 형사판례연구 제12호, 형사판례연구회(편), 박영사, 2004. 7, 508-509면. 이 논문은 위의 2003도1912 대법원판결에 대한 평석이다.

17) 대법원 1996. 5. 10, 95도2820 판결 [공1996. 7. 1. (13), 1937], 이 판결의 사회상규에 대한 개념정의는 대법원 1983. 2. 8, 82도357 판결 (공문서위조 및 동행사죄 사건)의 판시내용을 따른 것이다. 공직선거및선거부정방지법 이전에도 선거부정사건 또는 기부행위와 관련하여 사회상규가 거론되지 않은 것은 아니다. 그러나 그 이전의 판결들은 사회상규라는 용어를 사용하기는 했어도 그에 대한 개념정의를 시도하지는 않았다. 대법원 1994. 11. 11, 93도3167 판결 (대통령선거법위반) [공1994. 12. 15. (982), 3322]; 대

이유로 위법성 조각을 인정함에는 신중을 기해야 한다는 판시내용에서 알 수 있듯이, 이러한 사유로 위법성이 조각된다는 결론이 내려진 사례는 실제로는 매우 드물다.¹⁸⁾ 이러한 경우에 판례는 판결이유에서 피고인의 행위의 구체적 내용과 전후 상황을 매우 상세하게 제시함으로써 선거와 관련된 기부행위가 당해 개별적 사안을 넘어 일반적으로 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 그 허용 범위가 확대되는 것을 차단하고 있다.

나. 그 밖의 선거법위반사건

공직선거법위반과 관련하여 사회상규는 기부행위 외에도 탈법 인쇄물을 배부하는 등 그 밖의 선거운동에 관한 각종 제한을 위반하는 행위와 관련해서도 등장한다.¹⁹⁾ 그러나 이에 대한 판결에서는 기부행위사건에서와 같이 사회상규의 개념을 정의하는 내용은 보이지 않고, 대체로 문제된 행위가 사회상규에 위배되지 아니한다고 볼 수 없다는 결론만을 제시할 뿐이다. 이 가운데에는 국회의원총선거에서 시민사회단체가 주도한 낙선운동에 대한 판결도 있는데, 이 사안도 공직선거법위반사건이기는 하지만 일반적인 선거운동상의 부정행위와는 구별해야 할 사안으로 생각된다. 그러나 대법원은 시민단체의 특정 후보자에 대한 낙선운동이 시민불복종운동으로서 헌법상 정당행위 또는 형법상 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로 볼 수 없다는 결론만을 제시할 뿐, 사회상규에 관한 그 이상의 언급을 하고 있지 않다.²⁰⁾

법원 1992. 9. 25, 92도1085 판결 (지방의회의원선거법위반) [공1992. 11. 15. (932), 3051]; 대법원 1992. 7. 28, 92도497 판결 (지방의회의원선거법위반) [공1992. 9. 15. (928), 2613] 등 참조.

18) 무죄가 선고된 경우로는 대법원 2003. 8. 22, 2003도1697 판결 (공직선거및선거부정방지법 위반) [공2003. 10. 1. (187), 1978], 대법원 2003. 6. 27, 2003도1912 판결 (공직선거및선거부정방지법 위반) [공2003. 8. 1. (183), 1670]이 있다.

19) 대법원 2005. 5. 13, 2004도3385 판결 [공2005. 6. 15. (228), 999]; 대법원 2002. 11. 13, 2001도6292 판결 [공2003. 1. 1. (169), 119]; 대법원 2002. 6. 25, 2002도45 판결 [공2002. 8. 15. (160), 1866]; 대법원 2002. 5. 24, 2002도39 판결 [공2002. 7. 15. (158), 1596] 등.

20) "... 피고인들의 이 사건 공직선거법 위반의 각 행위는 위법한 행위로서 허용될 수 없는 것이고, 피고인들의 위 각 행위가 피고인들이 주장하듯이 시민불복종운동으로서 헌법상의 기본권 행사 범위 내에 속하는 정당행위이거나 형법상 사회상규에 위반되지 아니하는 정당행위 또는 긴급피난의 요건을 갖춘 행위로 볼 수는 없다 할 것이다." 대법

다만 예외적인 경우로서 앞에서 제시한 판결들과는 다른 내용으로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 설명한 판결이 있다. 이 판결은 군수 후보자 합동연설회장에서 유인물을 교부한 행위가 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당하지 아니한다는 결론을 내리면서, 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대해 “형법 제20조에서 말하는 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 가리키는바”²¹⁾라고 설시하고 있다. 뒤에서 살펴보듯이 사회상규에 대한 이러한 설명은 공직선거법 사안 이외에서는 오히려 일반적인 것이라고 할 수 있다.

이와 같이 판례는 현재 “사회상규에 위배되지 아니하는 행위”의 의미를 두 가지 서로 다른 표현으로 설명하고 있는데, 이를 각각 “법질서 전체의 정신”을 앞세운 설명과 “역사적으로 생성된 사회질서”에 주목하는 설명이라고 할 수 있을 것이다. 이 두 가지 설명이 가리키는 내용에 실질적인 차이가 있는 것인지는 분명하지 않지만, 공직선거법위반사건과 다음에 살펴볼 부패행위사안을 제외하면 형법 제20조의 사회상규가 문제되는 거의 모든 판결에서는 법질서 전체의 정신을 강조하는 설명이 제시되며, 이와 함께 정당행위의 다섯 가지 성립요건도 제시되는 것이 일반적이다. 그러나 공직선거법위반사건에서는 역사적으로 생성된 사회질서를 강조하는 설명이 주로 사용되고 있다.

2. 뇌물수수 등 부패행위와 부정지출행위

사회상규와 관련하여서는 뇌물죄, 배임죄 및 배임수증죄 등 부패행위사안과 회계부정과 같은 금전지출상의 부정행위들도 검색이 되고 있다. 여기에는 형법위반의 사안뿐만 아니라 가중처벌이 되는 특정범죄가중처벌등에관한법률과 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 위반사건들이 포함하며, 때로는 상법위반(제630조의 발기인, 이사 등의 독직죄)의 사안들도 나타난다. 그

원 2004. 4. 27, 2002도315 판결 (공직선거및선거부정방지법 위반, 집회및시위에관한법률 위반) [공2004. 6. 1. (203), 941].

21) 대법원 2002. 1. 25, 2000도1696 판결 (공직선거및선거부정방지법 위반) [공2002. 3. 15. (150), 621].

런데 이 사건들의 경우에 사회상규는 단독으로 또는 신의성실의 원칙과 함께 뇌물, 직무관련성, 부정한 청탁 등을 판단하는 기준으로서 작용하고 있으나, 사회상규의 의미내용을 밝히는 판결은 찾아보기 어렵다. 따라서 이러한 사례들도 사회상규가 형법 제20조의 위법성조각사유로서 적용된 사례로 보아야 할 것인지에 대해서는 의문이 있을 수 있지만, 우리 사회에서 사회상규가 문제된 모든 생활영역의 모습을 전반적으로 파악하고 그 유형화를 위한 의미있는 기준을 모색하기 위해서는 살펴보아야 할 분야라고 생각된다.

가. 뇌물죄와 배임수증죄 사안

뇌물죄에서 뇌물이란 직무에 관한 부당한 또는 불법한 이익이다.²²⁾ 이때 주고받은 금품 등의 이익이 직무에 관한 부당한 이익인가를 판단할 때²³⁾, 또 제3자 뇌물공여죄에서의 부정한 청탁 여부를 판단할 때 사회상규는 그 기준이 된다.²⁴⁾

배임수증죄(형법 357조)에서의 부정한 청탁의 판단에 대해서도 사회상규는 신의성실의 원칙과 함께 그 기준이 되고 있다.²⁵⁾ 배임수증죄는 그 주체가 공무원 또는 중재인에 제한되지 않지만 그 보호법익이 사무처리자의 청렴성이라는 점에서, 직무행위의 불가매수성을 보호법익으로 하는 뇌물죄와 유사한 측면이 있다. 곧 이들 범죄는 직무 또는 사무처리의 공정

22) 이재상, 형법각론, 제5판, 박영사, 2006, 713면; 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 887면.

23) 대법원 2006. 2. 24, 2005도4737 판결 (뇌물수수) [공2006. 4. 1. (247), 554]; 대법원 2004. 5. 28, 2004도1442 판결 (특정범죄가중처벌등에관한법률 위반-뇌물, 사기 등); 대법원 2002. 7. 26, 2001도6721 판결 (뇌물공여) [공2002. 9. 15. (162), 2142] 등 참조.

24) 대법원 2007. 1. 26, 2004도1632 판결 (특정범죄가중처벌등에관한법률 위반-뇌물) [공2007. 3. 1. (269), 410]. 유사한 판시는 대법원 2006. 6. 15, 2004도3424 판결 (특정범죄가중처벌등에관한법률 위반-뇌물) [공2006. 8. 1. (255), 1384] 등.

25) “배임수증죄에 있어서 ‘부정한 청탁’이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고...”, 대법원 2006. 5. 12, 2004도491 판결 (배임수증, 증권거래법 위반); 대법원 2005. 1. 14, 2004도6646 판결 (특정경제범죄가중처벌등에관한법률 위반-횡령, 배임수증 등) [공2005. 3. 1. (221), 347]. 배임수증죄의 경우에도 같은 내용의 판시는 대법원 2006. 5. 11, 2003도4320 판결 (증권거래법 위반, 배임수증) [공2006. 6. 15. (252), 1079]; 대법원 2005. 6. 9, 2005도1732 판결 (배임수증) 등. 사회상규와 신의성실의 원칙은 상법 제630조의 독직죄의 ‘부정한 청탁’에 관해서도 그 판단기준이 된다. 대법원 2006. 11. 23, 2006도5586 판결 (상법 위반) [공2007. 1. 1. (265), 90].

성을 침해하는 부패행위라고 볼 수 있는데, 일반적으로 금품 등을 주고받는 자 사이에서 은밀하게 이루어지면서 외관상으로는 사교적 의례나 통상적인 거래행위로 포장되기도 하는 범죄라는 공통점도 갖고 있다. 이러한 행위들의 범죄성립 여부의 판단기준으로서 사회상규라는 개념이 작용하고 있지만, 앞서 서술한 바와 같이 관련 판결들은 그 사회상규의 구체적 내용이 어떠한 것인가에 대해서는 밝히고 있지 않다.

나. 횡령, 배임 등 부정지출행위

금전 거래와 관련된 사안이지만 앞의 경우와는 구분될 수 있는 것으로 기업이나 법인의 지출행위와 관련된 회계부정행위를 들 수 있다. 이 사안들은 사기, 횡령, 배임 등의 범죄행위로서 문제되는데, 대출의 조건 및 용도에 위반하여 자금을 사용하는 관행을 이유로 대출 조건과 용도가 임야매수자금으로 한정된 정책자금을 실제보다 부풀려 대출받아 편취한 행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당한 행위라고 할 수 없다는 판결,²⁶⁾ 경영상의 판단이라는 이유로 재무구조가 상당히 불량한 계열사 신주를 다른 계열사의 자금으로 액면가격으로 인수한 행위가 업무상 배임죄에 해당하며, 이를 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 없다는 판결,²⁷⁾ 법인의 구성원이 업무수행에 있어 관계 법령을 위반함으로써 형사재판을 받게 되었다면 그의 개인적인 변호사비용을 법인자금으로 지급한다는 것은 횡령에 해당하며, 그 변호사비용을 법인이 부담하는 것이 관례라고 하여도 그러한 행위가 사회상규에 어긋나지 않는다고 할 만큼 사회적으로 용인되어 보편화된 관례라고 할 수 없다는 판결,²⁸⁾ 행위자가 가사 본인을 위한다는 의사를 가지고 행위를 하였다고 하더라도 그 목적과 취지가 법령이나 사회상규에 위반된 위법한 행위로서 용인할 수 없는 경우에는 그 행위의 결과가 일부 본인을 위하는 측면이 있다고 하더라도 이는 본인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄의 성립을 인정함에 영향이 없다는 판결²⁹⁾ 등이 그것이다.

26) 대법원 2007. 4. 27. 2006도7634 판결 (사기) [공2007. 6. 1. (275), 825].

27) 대법원 2004. 6. 24. 2004도520 판결 (특정경제범죄가중처벌등에관한법을 위반-배임, 주식회사의외부감사에관한법을 위반) [공2004. 8. 1. (207), 1266].

28) 대법원 2003. 5. 30. 2002도235 판결 (업무상 횡령, 명예훼손, 사문서변조, 사립학교법 등 위반) [공2003. 7. 1. (181), 1489].

이러한 행위들도 넓게는 앞의 경우와 마찬가지로 부패행위의 일종이라고 볼 수도 있지만, 이들은 특히 금융기관이나 학교법인, 기업 등의 지출행위가 일정한 회계처리기준을 위반한 사안들이다. 그런데 이 경우에 규정위반행위가 일정한 범위 내에서 현실적으로 이미 관행화되어있는 상황을 생각해볼 수도 있는데, 법원은 이 점에 대해서 그러한 관행의 존재를 인정하지 않으며, 또한 “설령 그러한 관행이 존재한다고 하더라도” 법에 어긋나는 관행을 사회상규로 인정하지 않겠다는 점을 분명히 밝히고 있다.³⁰⁾

이러한 사건들의 경우에도 대부분 사회상규의 개념에 대한 언급은 보이지 않는데, 다음의 판결에서는 이례적으로 사회상규에 대한 설명을 덧붙이고 있다. 그 판결은 아파트의 입주자대표회의 운영비를 주택관리사가 없는 상태에서 지출한 사건에 대한 것으로서, 무자격자의 지출행위를 적법하다고 볼 것인가가 문제된 사안이다. 이 사건에서 법원은 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 의미에 대해 법질서 전체의 정신을 강조하는 설명과 함께 목적의 정당성, 수단의 상당성, 법익균형성, 긴급성과 보충성이라는 정당행위의 다섯 가지 성립요건을 제시하고서 필요적 경비의 지출행위에 대해서는 정당행위로 판시했고, 그렇지 아니한 지출행위에 대해서는 위법임을 인정했다.³¹⁾ 사회상규에 대한 이러한 판시내용은 뒤에서 검토할 개인간 충돌사례를 비롯하여, 사회상규가 문제된 일반적인 경우에 90년대 중반 이후 판례에 의해 확고하게 유지되고 있는 내용이다. 다만 부정부패행위와 관련해서 이러한 개념정의와 요건을 실시한 것은 예외적이라고 할 수 있다. 그것은 이 사안이 직접적으로는 금전지출행위의 적법성을 다루는 것으로 볼 수 있지만, 그 기본적인 바탕이 되는 사실관계는 아파트 입주자들 사이의 분류이며, 따라서 개인들간의 대립과 충돌의 요소가 크게 작용했기 때문이라고 이해할 수 있을 것이다.

이와 같이 뇌물수수 등 부패행위와 금전지출상 부정행위의 사례들에서도 범죄성립여부의 판단에서 신의성실의 원칙과 함께 사회상규는 중요한 기준으로 기능하고 있다. 다만, 실제 판결들에서 사회상규가 적용되어 부정한

29) 대법원 2002. 7. 22, 2002도1696 판결 (특정경제범죄가중처벌등에관한법률 위반-배임, 증권거래법, 주식회사의외부감사에관한법률 등 위반) [공2002. 9. 15. (162), 2100].

30) 위의 각주 26)의 대법원 2007. 4. 27, 2006도7634 판결 내용 참조.

31) 대법원 2006. 4. 27, 2003도4735 판결(주택건설촉진법 위반, 업무방해, 횡령, 명예훼손 등).

청탁과 관련하여 이를 부인한 예³²⁾가 없지는 않으나, 문제된 행위들이 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다는 판단을 받는 경우는 매우 드물다. 곧 법원은 공무원의 직무집행의 청렴성, 사무처리자의 청렴성을 해치는 부패행위와 경제적 거래행위에서 부정행위를 통제하고자 하는 입장을 매우 강하게 보여주고 있으며, 법에 어긋나는 관행의 존재를 인정하고 이를 따랐다는 이유로 위법성이 조각된다고 판단하는 경우는 찾아보기 어렵다.

3. 폭행 등 개인간 충돌상황

이 사례들은 주로 개인들간의 대립과 마찰의 관계에서 발생하는 사건들인데 일반적으로 생명침해나 중대한 신체상해와 같은 중한 결과가 수반되지 않은 경우들이다. 이들은 현실세계에서는 구체적으로 폭행 등의 폭력행위,³³⁾ 업무방해,³⁴⁾ 주거침입,³⁵⁾ 때로는 감금³⁶⁾ 등의 물리적 충돌사건으로서 법원의 심판의 대상이 되며, 이들 행위와 함께 명예훼손과 모욕 등 언어적 공격행위가 포함될 수도 있다.³⁷⁾ 또 인터넷 사용이 확산되면서 가상공간에서의 모욕이나 명예훼손이라는 새로운 형태의 침해행위도 나타나고 있다. 여기에서는 이러한 개인간의 충돌상황에서의 행위에 대해 사회상규가 어떠한 역할을 하는지를 살펴보고자 한다.

앞에서 살펴본 공직선거법위반사건과 뇌물수수 등의 부패행위를 제외한

32) 대법원 2006. 3. 24, 2005도6433 판결 (배임수재, 정치자금에관한법률 위반), “청탁한 내용이 단순히 규정이 허용하는 범위 내에서 최대한의 선처를 바란다는 내용에 불과하다면 사회상규에 어긋난 부정한 청탁이라고 볼 수 없고 따라서 이러한 청탁의 사례로 금품을 수수한 것은 배임수재에 해당하지 않는다고 할 것이다.”

33) 대법원 2006. 4. 27, 2003도4151 판결 (폭력행위등처벌에관한법률 위반) [공2006. 6. 1. (251), 975]; 대법원 2005. 9. 30, 2005도3940, 2005감도15 판결 (폭행치사, 치료감호); 대법원 2004. 6. 10, 2001도5380 판결 (폭행, 모욕) [공2004. 7. 15. (206), 1187] 등.

34) 대법원 2006. 6. 27, 2006도1187 판결 (업무상횡령, 업무방해); 대법원 2006. 4. 27, 2005도8074 판결 (업무방해); 대법원 2006. 4. 13, 2005도9396 판결 (업무방해); 대법원 2006. 4. 13, 2003도3902 판결 (폭력행위등처벌에관한법률 위반, 업무방해) 등.

35) 대법원 2004. 2. 13, 2003도7393 판결 (폭행, 주거침입); 대법원 2003. 9. 26, 2003도3000 판결 (폭력행위등처벌에관한법률 위반) [공2003. 11. 1. (189), 2132].

36) 대구지방법원 2005. 3. 22, 2005고합6 판결 (사기, 감금치상) 항소, [각공2005. 5. 10. (21), 874].

37) 대법원 2004. 5. 14, 2003도5370 판결 (폭력행위등처벌에관한법률 위반, 출판물에의한명예훼손); 대법원 2004. 6. 10, 2001도5380 판결 (폭행, 모욕) [공2004. 7. 15. (206), 1187].

다면, 사회상규는 지금까지 어느 분야보다도 바로 이 개인간의 폭행 등 충돌사안과 관련하여 많이 논의가 되었다. 이들 사건에 관한 판결에서 법원은 형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대해 법질서 전체의 정신을 강조하는 설명을 제시하면서, 그에 따른 위법성 조각의 판단은 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 한다는 점을 지적하고, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째, 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째, 보호이익과 침해이익의 법익균형성, 넷째, 행위 당시의 상황에 비추어 그 행위가 긴급을 요하고 부득이한 것이었다는 긴급성, 다섯째, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없거나 현저히 곤란하다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다는 판시를 반복해오고 있다. 종래 소극적 방어행위라고 불리던, 판례에 의해 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 중요한 한 유형으로 인정되어 온 사안도 바로 여기에 해당할 것이다.³⁸⁾ 그러나 법익침해가 비교적 경미한 경우들인 이러한 개인간의 충돌상황에서도 피고인의 행위가 사회상규에 위배되지 아니하므로 정당행위로서 위법성이 조각된다는 판시가 그리 많은 것은 아니다. 다만 다른 생활영역의 사건들보다 이 개인간 충돌 사안에서 법원이 정당행위를 인정하는 비율이 상대적으로 높다고 볼 수 있다.

이들 사안의 내용 중 일부를 살펴본다면, 폭행 및 모욕과 관련하여 여자중학교 교사의 지도행위가 문제된 경우로서, 당시의 상황, 동기, 그 수단, 방법 등에 비추어 사회통념상 객관적 타당성을 잃은 지도행위는 정당행위로 볼 수 없다고 한 사례,³⁹⁾ 폭행 및 주거침입과 관련하여 연립주택

38) 소극적 방어행위의 법리에 대해서는 신동운, 판례백선 형법총론, 개정증보판, 경세원, 1998, 284-285면 참조. 다만 법원은 1999. 10. 12, 99도3377 대법원판결 이후로 ‘소극적 방어행위’라는 용어는 사용하지 않는 것으로 보인다. 그것은 대법원의 1999. 1. 26, 98도3029 판결이 판시했듯이, 법원이 정당행위의 인정여부를 소극적인 방어행위인가 적극적인 공격행위인가에 따라서만 판단하는 것은 아니기 때문이라고 생각된다. 대법원 2000. 3. 10, 99도4273 판결 (폭력행위등처벌에관한법률위반) [공2000. 5. 1. (105), 997]은 전형적으로 종래의 소극적 방어행위에 포함될 사안이지만(진계호, “형법 제20조의 정당행위에 관한 이론과 판례”, 비교법학, 제6집, 전주대학교 비교법학연구소, 2006. 2, 45면), “소극적 방어”라는 용어는 물론, 사회상규라는 용어조차 사용하지 않고 있다.

39) 대법원 2004. 6. 10, 2001도5380 판결 (폭행, 모욕) [공2004. 7. 15. (206), 1187], 이 판결은 직접적으로는 초, 중등교사의 학생에 대한 지도행위가 법령에 의한 정당행위에 해당하기 위한 요건을 검토한 것이라고 할 수 있으나, 형법 제20조 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 의미를 “법질서 전체의 정신이나 그의 배후에 놓여있는 사회윤리, 도

의 아래윗집 간의 분류로서, 상수도관 밸브를 여느라 부득이 피해자의 집에 들어간 행위에 대해서 그 전후 과정을 상세히 실시하면서 정당행위에 해당한다고 판시한 사례,⁴⁰⁾ 주거침입과 관련하여 간통현장의 사진을 촬영하기 위하여 상간자의 주거에 침입한 행위가 정당행위에 해당하지 않는다고 한 사례⁴¹⁾ 등이 있는바, 판결들은 각 피고인들의 행위의 내용과 진행 경과를 판결이유에서 구체적으로 상세히 제시하고서 정당행위 여부를 판단하고 있다. 감금행위에 대해서는 채권자가 흥분하여 소란을 피우자 이를 진정시키기 위하여 채무자가 채권자를 승용차에 태운 후 약 1시간 동안 나가지 못하게 한 행위에 대하여 감금의 범의를 인정하기 어렵고, 가사 감금의 범의가 인정된다고 하더라도 사회상규에 위배되지 않는 정당행위에 해당한다는 이유로 무죄를 선고한 하급심판결⁴²⁾이 있다.

개인간 충돌상황에서 벌어지는 사건으로서 이밖에 여러 건이 발견되는 것은 업무방해사안이다. 곧 회사가 경미한 위반행위를 이유로 점포에 대해 단전조치를 취한 경우,⁴³⁾ 사무실 임대를 업으로 하는 피고인이 임대차 계약 종료후 갱신계약에 관한 의사표시 또는 명도의무를 지체하였으나, 관리비의 연체 등의 사유는 없는 경우에 단전조치를 취한 경우,⁴⁴⁾ 아파트 입주자대표회의 회장이 입주민들 민원에 따라 케이블티비 방송안테나를 절단한 경우⁴⁵⁾ 등이 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 정당행위가

의적 감정 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위”라고 하여 특이하게 “도의적 감정”을 추가하고 있다. 그리고 교사의 행위를 매우 구체적으로 설명하고 그것이 불가피했던 것이 아니라는 점을 지적하면서 방법, 정도가 지나치게 된 지도행위 등은 특별한 사정이 없는 한 사회통념상 객관적 타당성을 갖추지 못하여 정당행위로 볼 수 없다고 판시하고 있다.

40) 대법원 2004. 2. 13, 2003도7393 판결 (폭행, 주거침입).

41) 대법원 2003. 9. 26, 2003도3000 판결 (폭력행위등처벌에관한법률 위반) [공2003. 11. 1. (189), 2132].

42) 대구지방법원 2005. 3. 22, 2005고합6 판결 (사기, 감금치상) 항소, [각공2005. 5. 10. (21), 874]. 이 사건 판결에서도 법원은 “...극도로 흥분한 상태에서 식당 바깥 주차장으로 나와서 그곳 바닥을 뒹굴고 하면서 잠깐씩 실신하기도 한 사실, 이에 피고인이 피해자를 진정시키기 위하여...” 등으로 사건 진행의 구체적 정황을 제시하면서 감금죄가 성립하지 아니한다는 판시를 하고 있다.

43) 대법원 2006. 6. 27, 2006도1187 판결.

44) 대법원 2006. 4. 27, 2005도8074 판결.

45) 대법원 2006. 4. 13, 2005도9396 판결. 이외에도 업무방해사안은 대법원 2006. 4. 13, 2003도3902 판결; 대법원 2005. 9. 30, 2005도4688 판결 등이 있다.

될 수 있는가가 문제된 바 있다. 이들 판결의 경우에는 대체로 앞의 경우와 마찬가지로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 의미와 정당행위의 요건을 제시한 후, 피고인의 행위를 구체적으로 제시하면서 그것이 이 요건들을 충족하는가를 살펴보는 형식을 취하는데, 드물지만 정당행위가 인정되어 업무방해죄가 부인되는 경우가 있다.⁴⁶⁾

업무방해죄는 뒤에서 보는 바와 같이 노동쟁의나 집회나 시위 등의 집단적 의사표현행위와 관련해서도 자주 문제가 되고 있다. 그러나 여기서 살펴보는 업무방해사안은 사용자 대 노동자 관계라는 일정한 사회세력간의 대립이라기보다는 개인(들)간의 대립, 충돌의 문제로 보아야 할 사안들인데, 그 구분이 항상 명백한 것은 아니다. 옥외집회에서 고성능 확성기로 인한 소음이 주변의 상가와 사무실 종사자들의 업무를 방해했다고 하여 문제된 사안⁴⁷⁾은 직접적으로는 개인들간의 충돌의 문제로 볼 수 있지만, 노동문제를 배경으로 하고 있다는 점에서 그것을 개인간의 충돌의 문제로 볼 것인지 사회적 세력간의 대립의 문제로 볼 것인지를 구별하기는 쉽지 않을 것으로 보인다.

명예훼손과 모욕행위는 개인간에 물리적 충돌이 일어나는 상황에서 함께 발생하기도 하지만, 최근에는 새로운 의사소통수단을 매개로 하여 가상공간에서 발생하는 경우도 증가하고 있다.

이에 해당하는 사례들로는 상대방을 비방하는 내용으로 일관하고 있는 글을 정보통신망에 게시한 행위는 그 목적이나 수단이 정당하다고 할 수 없어 정당행위에 해당하지 아니한다는 판결,⁴⁸⁾ 인터넷 게시판에 타인을 비방하는 글을 게시한 행위가 모욕죄에 해당한다고 한 사례,⁴⁹⁾ 특정 제약

46) 대법원 2004. 8. 20, 2003도4732 판결 (업무상횡령, 명예훼손 등과 업무방해) [공2004. 10. 1. (211), 1615], 시장변영회 회장이 이사회 결의와 시장변영회의 관리규정에 따라서 관리비 체납자 점포에 대해 단전조치를 한 사안, 대법원은 이를 정당행위로 보아 업무방해죄를 구성하지 아니한다고 판시하였다.

47) 대법원 2004. 10. 15, 2004도4467 판결 (업무방해) [공2004. 11. 15. (214), 1900], 이 사안은 노동단체 및 시민단체 소속 회원들이 해고에 항의하는 과정에서 구청 종합민원실 앞 인도를 점거하고 승합차에 장착된 고성능 확성기, 앰프 등을 사용하여 구호를 외치고, 노동가를 불러 소음을 발생시킨 사건이다. 이로 인하여 구청사 내에서는 전화통화, 대화 등이 어려웠으며, 밖에서는 부근을 통행하기조차 곤란하였고, 인근 상가의 상인들도 소음으로 인한 고통을 호소하였다고 한다.

48) 대법원 2006. 9. 28, 2004도6371 판결 (출판물에 의한 명예훼손, 모욕 등, 인정된 죄명은 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 위반-명예훼손)

회사를 비방하는 취지가 그 내용의 주조를 이루고 있는 글을 국회의원이나 언론사, 다른 제약회사 등 11곳의 홈페이지에 게재한 행위가 명예훼손죄에 해당한다고 한 사례⁴⁹⁾ 등이 있다. 이 판결들은 모두 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대해 법질서 전체의 정신을 강조하는 설명과 정당행위의 성립요건을 제시한 후, 피고인의 행위가 이에 해당하지 않는다는 판시를 하고 있다. 그러나 다른 한 판결은 방송국 홈페이지 시청자의 견란에 작성, 게시한 글 중 일부의 표현이 타인의 사회적 평가를 훼손할 만한 모욕적 언사이기는 하나, 형법 제20조 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 판단한 바 있다.⁵¹⁾

4. 무면허 의료행위 사안

무면허 의료행위는 의료법 제25조에 위반되며 영리를 목적으로 하는 경우에는 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조가 적용되어 부정의료업자로서 처벌되는데, 특히 민간요법 시술행위와 관련하여 그것이 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각될 수 있는지 여부가 여러 차례 법원의 심판대상이 되었다. 그 가운데 수지침 시술행위에 대해서는 의료법 위반이지만 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다는 것이 이미 대법원 2000. 4. 25, 98도2389 판결로 인정된 바 있다.⁵²⁾ 다만 대법원은

49) 대법원 2004. 6. 25, 2003도4934 판결 (명예훼손, 일부인정은 모욕, 폭행).

50) 대법원 2004. 5. 28, 2004도1497 판결 (명예훼손).

51) 대법원 2003. 11. 28, 2003도3972 판결 (모욕) [공2004. 1. 1. (193), 84], 이 사건의 제1심과 항소심은 피고인의 행위가 모욕에 해당하지 않는다고 판단하였으나, 대법원은 모욕죄의 구성요건에는 해당하나 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 판단하였다. 이것은 모욕죄에 대해 형법 제20조의 사회상규 규정을 적용하여 무죄를 선고한 최초의 대법원판결이다. 이동신, “방송국 시사프로그램의 출연자에 대한 모욕적 언사가 포함된 방송국 홈페이지 게시글과 사회상규에 위배되지 아니함을 이유로 한 위법성조각사유의 관계”, 대법원판례해설, 2003년 하반기 (통권 제48호), 법원도서관, 2004. 7, 465-468 및 483면.

52) 2000. 4. 25, 98도2389 판결, [공2000. 6. 15. (108), 1345], “...수지침은 위와 같이 시술부위나 시술방법 등에 있어서 예로부터 동양의학으로 전래되어 내려오는 체침의 경우와 현저한 차이가 있고, 일반인들의 인식도 이에 대한 관용의 입장에 기울어져 있으므로, 이러한 사정과 함께 시술자의 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 경우에 있어서 개별적으로 보아 법질서 전체

이 판결에서 “... 이러한 수지침 시술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고, 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 그것이 바로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다고 할 것이나...”라 하여, 무면허 의료행위를 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로 인정하는 것에 신중해야 한다는 점을 강조했었고, 이후 다른 무면허 의료행위가 문제된 사안들에서 법원이 그와 같은 입장을 지속하고 있음을 확인할 수 있다.

2002년 이후의 판결로는, 외국(인도네시아)에서 침구사자격을 취득하였으나 국내에서 침술행위를 할 수 있는 면허나 자격을 취득하지 못한 자가 단순한 수지침 정도의 수준을 넘어 체침을 시술한 경우에 이는 무면허 의료행위이며 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로 인정될 수 없다고 한 판결⁵³⁾이 있으며, 자격기본법에 의한 민간자격증을 취득한 자가 한방의료행위인 침술행위를 한 경우도, 사회상규에 위배되지 아니하는 행위가 아니라고 판단하였다.⁵⁴⁾ 이외에도 크리스탈 필링기를 이용한 피부박피술은 의료행위에 해당하는바, 이를 의사의 관여 없이 피부관리사가 시술한 경우에, 의사가 영리목적으로 비의료인과 공모하여 무면허 의료행위를 한 경우로 보아 보건범죄단속에관한특별조치법 위반을 인정한 판결도 있으며,⁵⁵⁾ 부항 시술행위에 대하여는 단순히 수지침 정도의 수준에 그치지 아니하고 부항침과 부항을 이용하여 체내의 혈액을 밖으로 배출되도록 한 것은 의료법을 포함한 법질서 전체의 정신이나 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 볼 수 없다고 하여 위법성 조각을 부인하였다.⁵⁶⁾

이 판결들의 내용을 살펴보면, 대체로 형법 제20조 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 의미, 정당행위의 성립요건, 의료행위의 의미, 무면허

의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에는 형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것이다.”

53) 대법원 2002. 12. 26, 2002도5077 판결 (보건범죄단속에관한특별조치법 위반-부정의료업자, 인정된 죄명은 의료법 위반) [공2003. 2. 15. (172), 555].

54) 대법원 2003. 5. 13, 2003도939 판결 (보건범죄단속에관한특별조치법 위반-부정의료업자) [공2003. 6. 15. (180), 1408].

55) 대법원 2003. 9. 5, 2003도2903 판결 (보건범죄단속에관한특별조치법 위반-부정의료업자) [공2003. 10. 15. (188), 2042].

56) 대법원 2004. 10. 28, 2004도3405 판결 (보건범죄단속에관한특별조치법 위반-부정의료업자) [공2004. 12. 1. (215), 1989].

의료행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로 인정되기 위한 요건 등에 대하여 기존 판시의 내용들을 반복하고 있으며, 이에 덧붙여 문제가 된 행위들을 구체적으로 제시하면서 그것의 사회상규 위배여부를 개별적으로 판단하는 형태로 이루어져있다. 따라서 이들 행위의 경우, 어떠한 무면허 의료행위가 사회상규에 위배되지 아니한다는 판단을 받았다 할지라도 유사한 행위가 구체적으로는 다른 상황에서 이루어진 경우에 그 결론을 예측하기는 쉽지 않을 것이다. 그러나 무면허 의료행위와 관련해서는 전통적인 민간요법뿐만 아니라 시대의 변화에 따라 미용이나 개성의 표현과 관련된 또 다른 유형의 시술행위들의 사회상규 위배여부가 앞으로도 문제될 것이라고 전망되는데, 문신 시술행위는 이러한 새로운 문화적 경향이 등장함으로써 새롭게 주목받는 행위들 중 하나라고 할 수 있을 것이다.⁵⁷⁾

5. 노동쟁의 관련 사안

노동쟁의행위는 형법 제20조의 범령에 의한 행위로서 위법성이 조각될 수 있으나, 사회상규와 관련하여서도 상당수의 판결이 선고되어 왔다. 그러나 이로써 쟁의행위가 정당행위가 되기 위하여는 노동조합및노동관계조정법이 정하는 요건들을 충족시켜야 할 것이다.(동법 제4조 및 제37조 이하 참조) 그런데 노사간의 문제에서는 쟁의행위 자체가 아니라 폭력행위나 업무방해행위가 문제되는 경우들이 있는바, 이러한 행위들은 쟁의의 부수적인 측면이라고 할 수 있을 것이다. 한편 노동3권이 제한되는 공무원들이 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 하는 경우에는 국가공무원법 제66조 또는 지방공무원법 제58조 등에 위반하는 것이 되는데, 이들 사안도 사용자 대 노동자의 관계에서의 문제라고 보아 이 부분에 포함시켜 보았다.

이러한 쟁의행위 및 이에 수반하여 발생하는 폭력행위나 업무방해행위와 관련하여 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위라는 주장이 제기되는 경우에 법원은 다른 사안들과 마찬가지로 사회상규에 위배되

57) 문신 시술행위를 의료행위로 보는 것에 대해선 헌법재판소에 헌법소원심판이 청구된 바도 있다. 헌법재판소 2007. 4. 26. 2003헌바71 [헌공 제127호]. 문신의 확산과 합법화 활동에 대한 간단한 소개는, 한겨레21, 제666호, 2007. 7. 3, 5면의 “문신은 범죄인가” 제하의 기사 참조. 새로운 문화현상이라는 관점에서 바라본다면 비의료인의 문신 시술행위의 허용여부를 오로지 보건위생상의 위해라는 측면에서만 접근할 수는 없을 것이다.

지 아니하는 행위의 의미와 정당행위의 성립요건을 제시하면서 사안에 대한 위법성조각여부 판단을 내리는바, 사회상규를 근거로 근로자측 행위에 대해 위법성조각을 인정한 사례를 찾아보기는 매우 어렵다.⁵⁸⁾ 그러나 사용자의 직장폐쇄에 대해서는 정당한 쟁의행위라고 판시한 판결이 있다.⁵⁹⁾

6. 기 타

이 외에도 사회상규와 관련된 사안은 매우 다양한 분야에서 산발적으로 발견된다. 그것은 앞으로도 또 어떤 예상할 수 없는 분야에서 사회상규라는 것이 위법성 조각의 한 기준으로 주장될 수 있고, 또 법원은 그에 대해 판단해야 한다는 것을 의미할 것이다.⁶⁰⁾ 아래에서는 개별적으로 발견되는 몇몇 사안들을 간략히 살펴보도록 한다.

산부인과 의사인 피고인이 낙태시술을 했으나 태아가 살아서 미숙아 상태로 출생하자 염화칼륨을 주입하여 사망하게 한 사안에서 피고인측이 낙태시술행위는 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위라고 주장했지만, 대법원은 그러한 주장을 받아들이지 않았다.⁶¹⁾

58) 대법원 2006. 2. 10, 2005도3490 판결 (집회및시위에관한법을 위반, 지방공무원법 위반); 대법원 2005. 2. 25, 2004도8530 판결 (폭력행위등처벌에관한법을 위반, 특수공무집행방해치상, 집회및시위에관한법을 위반); 서울중앙지방법원 2006. 1. 11, 2001노1474 판결 (일반교통방해, 노동쟁의조정법 위반, 폭력행위등처벌에관한법을 위반) 상고, [각공2006. 2. 10. (30), 436] 등은 근로자측의 정당행위 주장을 배척했다.

59) 대법원 2005. 6. 9, 2004도7218 판결 (근로기준법 위반, 폭력행위등처벌에관한법을 위반, 노동조합및노동관계조정법 위반), 이는 사용자가 적법한 직장폐쇄 기간 중 일방적으로 업무에 복귀하겠다고 하면서 자신의 퇴거요구에 불응한 채 계속하여 사업장 내로 진입을 시도하는 해고 근로자를 폭행, 협박한 것이 사업장 내의 평온과 노동조합의 업무방해행위를 방지하기 위한 정당방위 내지 정당행위에 해당한다고 한 사례이다.

60) 예를 들면, 인터넷상의 음악전송행위가 저작권법상 전송권침해죄의 구성요건에 해당하지만, 그 행위가 공정이용행위이며 저작권법상 위법성조각사유가 입법화되지 않은 상태에서는 형법 제20조의 정당행위로서 위법성을 조각할 수 있다는 주장은 강석구, “인터넷상의 음악전송행위와 정당행위”, 인터넷법률, 통권 제27호, 2005. 1, 법무부, 90-100면.

61) 대법원 2005. 4. 15, 2003도2780 판결 (전원합의제) (살인, 업무상축택낙태, 의료법 위반) [공2005. 5. 15. (226), 778]. 낙태행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 행위인가 여부에 대해서는 이미 1985년에 대법원판결이 선고된 바 있다. 그 판결에서 대법원은 태아의 생명의 보호가 헌법과 국민일반의 건전한 도의적 감정에 합치한다고 보아, 모자보건법상의 허용사유에 해당하지 않는 낙태행위가 부녀의 축택 또는 승낙에 의해 모두 정상적인 행위가 될 수는 없다며, 낙태행위가 사회상규에 반하지 아니한다는 주장을

한편 풍속영업자가 자신이 운영하는 여관(풍속영업소)에서 친구들과 일시 오락 정도에 불과한 도박을 한 경우, 형법상 도박죄는 성립하지 아니하지만 풍속영업의규제에관한법률 위반죄의 구성요건에는 해당하게 되는데, 이 경우 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각된다고 한 판결⁶²⁾이 있다. 이 판결에서도 법원은 피고인의 행위의 동기나 목적, 그 수단이나 방법, 보호법익과 침해법익의 균형성 등을 구체적으로 살펴봄으로써 피고인의 행위가 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위로서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위라는 판단을 내리고 있는데, 다만 이 사건의 경우에는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 의미에 대해 “역사적으로 생성된 사회질서”를 강조하는 표현을 사용하고 있는 점이 특이하다고 할 수 있다. 이밖의 대법원 판결로는 남북교류협력에관한법률 위반사건에 대한 판결 등이 있다.⁶³⁾

이외에 대법원판결은 아니지만, 피고인의 행위가 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다는 판단을 한 다음의 두 판결은 주목해볼 필요가 있다고 생각된다.

첫 번째 사건은 금융거래정보 누설행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 판단한 사례이다. 법원은 금융실명거래 및비밀보장에관한법률 위반사건에 형법상의 정당행위 조항에서 정한 위법성조각사유가 적용된다는 것을 인정하고, 사회상규와 정당행위에 대한 기존 판례의 입장을 제시한 뒤, 이 행위는 불법행위를 수사기관에 고발하기 위한 공익적 목적에 기한 것으로서 위법 관련조문의 구성요건에는 각 해당되는 것이지만, 전체적으로 볼 때 그 목적의 정당성, 법익의 균형성, 수단의 상당성 및 비례성, 보충성 등의 요건을 모두 충족하여 위법성이 조각된다고 판단하였는데,⁶⁴⁾ 이러한 결론을 위해 피고인들의 행위를 판결문

받아들일 수 없음을 분명히 밝혔다. 대법원 1985. 6. 11, 84도1958 판결 [공1985. 8. 1. (757), 1025].

62) 대법원 2004. 4. 9, 2003도6351 판결 (풍속영업의규제에관한법률 위반) [공2004. 5. 15. (202), 840].

63) 대법원 2003. 12. 26, 2001도6484 판결 [공2004. 2. 1. (195), 286], 접촉대상이 구체적으로 특정되지 않았고 성사가능성이 유동적이라도 통일원장관의 접촉 승인 없이 복한 주민과 접촉한 행위가 정당행위 혹은 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우에 해당하지 아니한다고 한 사례. 이외에 사회상규와 관련된 대법원판결 3건은 부작위범에서 사회상규가 작위의무의 근거가 되는가에 대한 판결들이다.

에서 상세히 실시하고 있다.

다른 한 사건은 통신비밀보호법 위반사건이다. 이 사건은 방송사 기자가 과거 국가안전기획부 직원들이 불법적으로 도청, 제작한 녹취보고서와 녹음테이프(이른바 안기부 X파일)를 입수하여 그 대화내용을 보도한 사건인데, 제1심 법원은 이 행위가 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호의 구성요건에는 해당하지만, 그 보도경위와 내용 등에 비추어 보도 목적의 정당성, 법익의 균형성, 수단의 상당성 및 비례성 등의 요건을 모두 충족하여 위법성이 조각된다고 판단하였다.⁶⁵⁾ 이 판결은 통신비밀의 공개, 누설에 대해 통신비밀보호법 자체에서는 아무런 위법성조각사유를 규정하고 있지 않지만, 형법상의 정당행위 조항 내지 언론중재및피해구제등에관한 법률 제5조 제2항⁶⁶⁾에서 정한 위법성조각사유의 적용이 있다고 보았고, 사회상규와 정당행위에 대한 기존 판례의 입장을 제시한 후, 위법성조각사유의 구체적 내용과 피고인의 행위에 대한 매우 상세한 검토를 거쳐 이러한 결론에 이르고 있다.⁶⁷⁾

위의 두 사건의 경우, 법원이 정당행위의 요건에서 수단, 방법과 관련하여 상당성 외에 “비례성”이라는 요건을 제시하고 있는 점이 특색이라고 생각되지만, 이에 대해 특별한 설명이 덧붙여있지는 않다. 비례성을 피고

64) 서울서부지방법원 2006. 10. 13. 2006고정927 판결 (금융실명거래및비밀보장에관한법률 위반) 항소, [각공2006. 12. 10. (40), 2705], 피고인들이 학교법인의 내부비리와 관련하여 이사장 등을 횡령죄로 고소하면서 수사기관에 관련자의 금융거래내역을 제출한 사안, 법원은 이에 대해 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률에서는 위 법에 위반되는 비밀의 공개나 누설행위에 대하여 별도의 위법성조각사유를 규정하고 있지는 않지만, 금융거래에 있어서의 비밀 역시 무제한적으로 보호되는 절대적인 기본권이 아니라 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 법리에 따라 법률에 의하여 제한할 수 있는 상대적 기본권에 해당되는 것이고, 이러한 행위에는 형사처벌에 관한 기본법률인 형법상의 정당행위 조항에서 정한 위법성조각사유가 적용된다는 것을 인정하였다.

65) 서울중앙지방법원 2006. 8. 11. 2006고합177 판결 (통신비밀보호법 위반) 항소, [각공2006. 9. 10. (37), 2016], 그러나 시사월간지 기자인 또 다른 피고인은 대화내용의 전문을 월간지에 게재한바, 이에 대해서는 수단, 방법에 있어서 상당성 내지 비례성을 결여하였다고 보아 통신비밀보호법 위반죄를 인정하였다.

66) 규정의 전문은 다음과 같다. “인격권의 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도 안에서 피해자의 동의에 의하여 이루어지거나 또는 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때에는 위법성이 조각된다.”

67) 그러나 이 사건의 항소심법원은 무죄를 선고한 원심판결을 파기하고 방송사 기자에게도 통신비밀보호법 위반죄를 인정하였다. 2006년 11월 24일자 일간신문 관련기사 참조. 이 항소심판결은 대법원 종합법률정보 판례검색에서 발견되지 않았다.

인들의 행위가 이 사건에서 공익목적을 실현하기 위한 수단으로서 부득이함과 동시에 지나친 것이 아니고 적절한 범위내의 것이었음을 의미하는 것으로 이해할 수 있겠으나, 그렇다면 기존의 정당행위의 다섯 가지 성립요건과 별개의 내용을 뜻하는 것인지는 불분명하다고 생각된다.

IV. 사회상규 판결사안의 유형화

1. 유형화를 위한 기준의 모색

이상에서는 사회상규가 실제로 법률적 판단의 기준으로서 작용했던 생활영역들을 그 사안의 유사성에 따라 살펴보았다. 이러한 분류를 기초로 하여, 이곳에서는 각 사안들 사이의 공통점과 차이점을 토대로 유형화의 기준을 찾고 그에 따라 판결사안들을 다시 몇 가지 유형으로 나누어 검토하고자 한다. 이를 통해서 필자는 각 유형별 사안에 대한 법원의 입장의 차이를 찾아볼 수 있다고 생각하는데, 그 유형화의 기준으로서 주목한 것은 첫째는 사건 관련 당사자들 사이의 관계이고, 둘째는 침해된 법익의 경중과 이에 대한 사회적 관심의 정도이다. 법원은 구성요건해당성이 인정되는 행위의 위법성을 사회상규에 위배되지 아니한다는 이유로 조각하는 것에 대해 원칙적으로 매우 신중한 입장을 유지하고 있지만, 개별 사안에 대한 법원의 접근 태도에는 그 유형별로 약간의, 그러나 분명한 차이가 있다고 생각된다.

가. 사건 관련자들의 관계: 상호대립관계 또는 합의관계

일상적인 사회생활에서 사람 사이의 관계는 대체로 서로 대립, 갈등하는 관계와 상호 합의에 의해 협조하는 관계로 나누어 볼 수 있다. 이것은 판례상 사회상규가 문제된 생활영역으로 나타난 사례들을 살펴보더라도 확인할 수 있다. 예를 들어 상해, 폭행, 모욕, 업무방해, 주거침입 등은 상호대립관계에서 발생하는 것이고, 수지침과 같은 무면허 의료행위나 낙태시술, 도박, 뇌물수수 및 선거부정과 같은 부패행위는 관련자들 간의 상호

합의관계에서 발생한 사건들이다. 이러한 행위들은 개인의 일상의 사회생활에서 흔하게 발생하거나, 또는 발생할 수 있는 사건들이라고 할 수 있는데, 특히 상호합의관계에서 일어나는 행위들은 다수의 사람들에 의해 반복적으로 계속되고 있다는 점에서 일종의 사회의 관행적 현상이라고 할 수 있을 것이다.⁶⁸⁾ 다만 일정한 사회현상을 많은 사람들이 관행으로 받아들인다고 하여 아직 그것만으로는 그 사회현상이 법적으로 승인 받았거나, 사회적으로 용인된다고 단정 지을 수는 없는 것이다.

이와 같이 사람 사이의 관계를 구분해보면, 사회상규는 그 관계에 따라 작용하는 방향에 차이가 있음을 알 수 있다. 곧 상호대립관계에서는 문제된 행위가 구성요건에 해당하는 경우에 일정한 범위내에서 위법성을 조각하는 역할을 한다. 따라서 사회상규가 일종의 비범죄화의 역할을 수행하는 모습을 볼 수 있다. 반면에 상호합의관계에서는 마치 피해자의 승낙의 효력에 대해 일정한 제한을 가하듯이⁶⁹⁾ 사회상규는 관련자들 사이의 합의 내지는 사회의 관행의 효력에 대해 일정한 한계를 설정하는 기능을 하고 있다. 문제의 행위가 관련 당사자들의 합의를 바탕으로 행해졌고, 그것이 일반 사회의 관행으로 볼릴 정도로 흔히 반복적으로 행해지는 행위라고 해도 그것만으로 정당행위가 되는 것은 아니며, 법원은 사회상규 규정을 통해 전체 법질서의 입장에서 위법성이 조각되지 않음을 선언할 수 있는 것이다.

나. 침해법익의 경중과 사회적 관심

판결 사안들을 살펴본 결과, 사회상규와 관련되는 법익은 일정한 범위로 제한된다기보다는 개인적 법익, 사회적 법익, 국가적 법익 등 거의 모

68) 예외가 있기는 하지만, 이와 같이 관행적 현상이 문제되는 사례에서 판례는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 의미에 대해 “역사적으로 생성된 사회질서”에 주목하는 설명을 주로 사용한다.

69) 형법 제24조에는 다른 개별적 위법성조각사유와는 달리 ‘상당한 이유’라는 요건이 규정되어 있지 않다. 그러나 다수의 학설과 판례는 피해자의 승낙이 유효하기 위해서도 상당한 이유에 준하는 요건이 필요하다고 하며, 승낙이 사회상규에 반하지 않을 것을 요구한다. 신동운, 형법총론, 322-323면; 오영근, 형법총론, 379면; 임웅, 앞의 책, 255면; 법질서 전체의 정신 내지 사회윤리에 비추어 용인될 수 있어야 한다는 설명은 이형국, 앞의 책, 171면; 사회상규에 의한 제한은 상해죄에 대해서만 적용된다는 주장은 이재상, 형법총론, 269면.

든 범위에 걸쳐있음을 알 수 있다. 그러나 단순히 법익의 종류에 따라서 사안을 나누어보는 것은 그 의미를 찾기가 쉽지 않을 것으로 보인다.

그렇지만 개인간 대립과 충돌의 상황에서 법원이 사회상규에 의한 위법성 조각에 다소 완화된 입장을 보이는 것은 분명하다. 이것은 종래 소극적 방어행위를 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 한 유형으로 인정해 온 판례의 입장과도 연결되는 것인데, 이 경우는 개인적이고 또 비교적 경미한 법익의 침해가 문제될 뿐만 아니라, 피해자의 행위와 피고인의 행위가 작용과 반작용의 일정한 상호반응과정 속에서 행해졌다는 점이 고려됐을 것으로 추정된다. 그리고 사건에 대한 사회적 관심의 정도가 상대적으로 낮은 경우라고 할 수 있을 것이다. 이러한 경우에 판례는 사회상규에 대해 법질서 전체의 정신을 강조하는 설명을 하면서 정당행위의 다섯 가지 성립요건을 제시하는 것이 일반적이다. 이와 반대로 사회상규에 의한 위법성 조각을 거의 인정하지 않는 생활영역으로는 노동쟁의행위와 관련된 업무방해사건과 뇌물수수나 선거부정 등 부패행위사안을 들 수 있다. 이러한 경우는 개인적 법익의 침해만이 문제되는 것이 아니며, 침해법익이 결코 경미하다고 볼 수도 없고, 사건에 대한 사회적 관심의 정도도 상당히 높다는 공통점을 가진다고 할 수 있다. 따라서 침해법익의 경미성⁷⁰⁾과 사건에 대한 사회의 관심의 정도가 사회상규 관련 사안을 나누어보는 하나의 기준이 될 수 있다고 생각한다. 다만 이 기준은 그 구분의 경계에 모호한 면이 있음을 부인할 수 없을 것이다. 또 이 기준에 따라 침해법익이 경미하고 사회적 관심이 낮다고 하여 항상 사회상규에 위배되지 아니한다는 판단이 내려지는 것은 아니다.

2. 사회상규 사안의 네 가지 유형

사건의 관련자들간의 관계가 상호대립관계인가 또는 상호합의관계인가라는 첫 번째 기준과, 침해된 법익의 경중 및 그에 대한 사회적 관심의

70) 침해행위 또는 침해법익의 경미성은 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 한 유형의 표지 또는 속성으로 이미 제시되고 있다. 강석구, 형법 제20조 정당행위에 관한 연구, 법학박사학위논문, 성균관대학교 대학원, 2003. 10, 183면; 양화식, “형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 관한 고찰”, 형사법연구, 한국형사법학회, 제19호, 2003. 6, 195면; 오영근, 형법총론, 312면; 임웅, 앞의 책, 210면; 허일태, 앞의 논문, 17면.

정도라는 두 번째 기준을 동시에 적용하면 다음의 [표 3]에서 보는 바와 같이 사회상규 관련 판결사안은 네 가지 유형으로 나누어볼 수 있게 된다. 각 유형들을 전형적인 사안을 통해 살펴보면 다음과 같다.

[표 3] 사건관련자들의 관계 및 침해법익의 경중에 따른 사회상규 사안의 유형

구 분		기준 1 : 사건 관련자들의 관계	
		상호대립관계	상호합의관계
기준 2 : 침해법익의 경중과 사회적 관심의 정도	비교적 경미한 법익침해, 사회적 관심의 정도가 낮은 경우	[유형 1] 개인간의 다툼에서 비롯된 비교적 경미한 폭행, 업무방해, 주거침입, 명예훼손과 모욕 등의 사건.	[유형 2] 무면허 의료행위 중 일부 사안, 풍속영업자의 일시 오락 정도의 도박사례.
	법익침해가 경미하지 않은 경우, 공공의 이익과 밀접한 관련이 있고 사회적 관심 정도도 높은 경우	[유형 4] 사회적 세력간의 침해한 충돌 또는 정치적 성격이 짙은 사안, 노동쟁의 관련사안, 낙선운동.	[유형 3] 선거법위반(기부행위) 사안 뇌물죄 등 부패행위와 회계 부정행위, 낙태시술, 보건위생상의 위해가 우려되는 무면허 의료행위.

[유형 1]은 사건의 관련자들이 개인적인 입장에서 서로 다투고 충돌하는 상황에서 발생하는 폭행, 업무방해, 명예훼손 등의 사안으로서 비교적 경미한 법익침해가 문제되는 경우이고, [유형 2]는 개인들간의 합의에 의해서 행해진 행위가 형법적으로 문제된 경우로서 침해법익이 비교적 경미한 경우이다. 따라서 피해자의 승낙에 의해 위법성이 조각되는 사안들도 포함될 수 있다. 앞에서 본 사안들 가운데에서 무면허 의료행위 사안들 중 일부와 풍속영업자의 일시 오락 정도의 도박행위가 이 유형에 해당할 것이다. [유형 3]은 사건 관련자들 사이의 합의를 바탕으로 행해진 행위가 문제된다는 점은 [유형 2]와 같으나, 그것이 초래하는 법익의 침해가 중대한 것이고 사회 공공의 이익과 관련이 크기 때문에 개인간의 합의에 사회적 제약이 가해지는 경우라고 볼 수 있다. 이 유형에는 공직선거법 위반사건들 중 기부행위사안, 뇌물 등 부정부패행위가 포함되며, 낙태문제도 여기에 해당한다고 볼 수 있다. [유형 2]와 [유형 3]은 관련자들 사이의 합의 관계가 바탕이 된다는 점에서 사회적 관행 또는 관습이나 전통의 문제와

깊이 연관되며, 나아가 시대적 변화에 따른 새로운 문화현상의 승인과도 관련된다. 다만 [유형 2]와 [유형 3]의 구분은, 곧 관행적 현상에서의 침해법익의 경미성과 사회적 관심의 정도라는 기준은 사안에 따라서는 논란의 여지가 많은 경우들이 있을 것으로 예상된다. [유형 4]에는 중대한 법익이 문제되며 관련 당사자들이 침해하게 대립하는 관계에 서있는 사안들이 포함된다. 노동쟁의 관련사안이나 공직선거법 위반사건 중 낙선운동, 또 기부행위사안 이외의 일부 사안은 [유형 4]의 문제로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 이 사안들은 개인간의 문제라기보다는 사회적 세력 또는 정치적 집단간의 충돌의 문제이며, 사회적 관심도 매우 높다고 볼 수 있다.

이러한 유형 분류가 완결적이라고 볼 수는 없겠지만, 이를 통해서 앞에서 검토한 거의 모든 판결사안을 위의 네 가지 유형 중 하나로 파악할 수 있다고 생각된다. 그리고 기타에 해당하는 개별적인 사안들인 통신비밀보호법 위반사건이나 금융실명법 위반사건, 남북교류협력에관한법률 위반사건 등도 일단은 [유형 4]에 포함시킬 수 있는 것이 아닌가 생각된다. 그렇다면 이러한 유형 분류는 앞으로 다양한 생활영역에서 산발적으로 발생할 사건들에 대해서도 일정한 정도로 유용한 분석의 틀을 제공할 수 있을 것이라고 기대된다. 모든 생활영역의 사회상규의 내용을 구체적으로 직접 제시할 수는 없지만, 유형별 특성을 통해 각 생활영역의 사회상규의 내용에 좀 더 근접할 수 있을 것이기 때문이다.

3. 유형별 사회상규 적용의 차이

구성요건에 해당하는 행위에 대해 사회상규에 위배되지 아니한다는 이유로 위법성이 조각된다는 판결이 가장 많이 발견되는 유형은 [유형 1]이다. 곧 개인간의 다툼관계에서 비교적 경미한 법익침해가 문제된 경우이다.

여기서 법익침해의 경미성이란 침해법익 자체만을 고립적으로 평가해서 인정하는 것은 아닌 것으로 보인다. 곧 목적의 정당성과 함께, 수단의 상당성, 보호하려는 법익과 침해되는 법익의 균형성, 그리고 다른 수단이 가능했는지 여부의 보충성과 긴급한 상황이었는지를 살펴보는 긴급성 등, 정당행위의 성립요건에 대한 종합적인 검토가 판단의 근거가 되고 있다. 따라서 피해자인 상대방의 행위의 정도, 충돌의 원인, 주위 상황, 상대방의 행위에

대한 반응으로서의 적절성 등도 고려되는 것으로 보인다.⁷¹⁾ 이는 수단의 상당성과 긴급성, 보충성 등에 해당된다고도 볼 수 있는데, 각자의 행위 상호간의 작용, 반작용 사이에서 동적으로 판단된다는 의미에서 최근에 하급심에서 등장한 비례성이라는 용어를 이러한 의미로 이해할 수 있다고 생각된다. 이러한 점을 판단하기 위해서는 피고인의 행위를 주위 정황과 관련하여 구체적으로 검토하는 것이 필요한데, 근래의 대법원판결에서는 판결이유에서 이 부분을 상세히 언급하는 경향이 발견된다. 이러한 경향은 피고인이나 피해자 등 사건 관련자들뿐만 아니라 판결을 바라보는 국민 일반에게 판결의 타당성을 설득하기 위해서도, 또 개별사건의 결론을 지나치게 일반화하는 것을 방지하기 위해서도 바람직하다고 생각된다. 이 경우에 사회상규는 위법성을 조각함으로써 범죄성립을 부인하는 역할이 부각되는데, 이것은 당해 범죄의 구성요건을 폐지하는 것은 아니지만 경미한 범익침해행위에 대하여 일종의 비범죄화의 효과를 가져오는 것이라고 할 수 있다.

반면에 [유형 2]와 [유형 3]의 경우는 관련자들의 합의를 바탕으로 이루어진 행위를 판단의 대상으로 하는 것으로서 그 합의의 효력, 또는 그들이 주장하는 관행의 존부와 그 관행의 사회상규 위배여부가 문제가 되는 것이다. 곧 피해자의 승낙이나 관련자들의 합의, 또는 관행의 효력에 대해 일정한 한계를 설정하는 역할을 사회상규가 하는 것이다.

이때 그 관행이 [유형 3]의 낙태시술과 같이 생명가치와 충돌한다는가 뇌물수수 및 선거부정과 같은 부패행위와 관련되는 등, 사회의 근본가치에 저촉되는 것이라면 법원은 사회상규의 인정에 매우 엄격한 입장을 보이고 있음을 알 수 있다. 그러나 도박 사제나 수지침과 같은 무면허 의료행위의 일부 사례에서 개별적으로 사회상규에 위배되지 아니한다는 판단을 내리고 있는데, 그것은 법원이 문제된 그 행위가 사회의 근본가치와 심각하게 충돌하는가 그렇지 아니한가를 신중하게 판단하고 있음을 짐작하게 한다. 따라서 아직 현실화되지는 않았지만 만약에 이른바 소극적 안락사로 불리는 치료중단의 사례나, 적극적 안락사라고 할 수 있는 의사조력자살의 사례가 법원의 심판의 대상이 된다면 그것은 [유형 3]에 해당하는 것으로 볼 수 있을

71) 종래 소극적 방어행위 사례로 제시되는 사안들 가운데, 사망이라는 결과가 초래된 폭행치사사건에서도 사회상규에 위배되지 아니하는 행위라고 하여 무죄를 선고한 판결은 이러한 점들을 고려한 것이라고 생각된다. 대법원 1992. 3. 10, 92도37 판결 [공1992. 5. 1. (919), 1342] 및 대법원 1991. 1. 15, 89도2239 판결 [공1991. 3. 1. (891), 787].

것이다. 다만 이 경우에도 근본가치에 대한 사회인식의 변화의 가능성은 열어두어야 하며, 그러한 인식의 변화가 판결에 반영이 된다면 안락사나 낙태시술이 일정한 조건 아래에서 사회상규에 의해 위법성이 조각된다는 결론이 나올 수도 있을 것이다. 이외에도 [유형 2]와 [유형 3]의 경우에는 시대변화에 따라 새로운 사회문화적 현상으로 등장하는 행위들이 포함될 수 있는데, 그러한 경우 사회상규는 새로운 문화현상을 승인하는 통로의 역할을 담당할 수도 있다. 따라서 이 유형들의 경우 판결에 있어서 우선적으로 고려해야 할 원칙과 요소들은 [유형 1]과는 차이가 있다고 할 수 있다.

[유형 4]의 경우는 이들과는 뚜렷이 구별된다고 볼 수 있다. 이 사건들은 사회적 세력 또는 집단간의 분쟁으로서 대립의 정도는 매우 첨예하고, 침해되는 법익도 경미하다고 할 수 없는 경우들이다. 설사 개인간의 충돌이라고 해도, 그 사회적 의미가 매우 크거나 정치적 색채가 짙은 사건들이다. 이러한 사건들에서는 다른 유형들과는 달리, 구체적 요건을 명시적으로 규정하지 않은 일반적 위법성조각사유인 사회상규가 기능할 여지는 매우 협소하다고 생각된다.⁷²⁾ 한편 통신비밀보호법 위반사건이나 금융실명법 위반사건과 같은 개별법률 위반행위의 경우에 당해 법률에 위법성조각사유를 규정해야 할 입법적 조치가 미비된 상태에서는 형법 제20조가 보충적으로 적용될 수는 있지만, 그것은 잠정적인 것에 그치고 당해 개별법률에 위법성조각사유가 그 요건과 함께 명시적으로 규정되는 것이 바람직할 것이다.

V. 결 론

이 글은 지난 5-6년간의 사회상규 관련 판결의 내용을 검토하여 사회상규가 문제된 구체적 생활영역과 행위 상황을 파악하고, 그 사안들을 사건관련자들의 관계와 법익의 경중 및 사회적 관심의 정도라는 기준을 통해 네 가지 유형으로 나누어보는 것을 시도하였다.

사회상규가 문제되는 위의 유형들 중 어느 경우이거나 사회상규에 위

72) 시민불복종운동이나 저항권의 행사와 같은 사안을 사회상규의 문제로 접근하는 데에는 한계가 있을 것으로 생각된다. 이상용, “형법 제20조의 사회상규 규정의 입법연혁과 사회상규의 의미”, 형사법연구, 한국형사법학회, 제20호, 2003. 12, 187면.

배되지 아니하는 경우에는 위법성이 조각되고 범죄성립이 부인된다는 점은 동일하다고 할 수 있다. 그러나 각각의 경우에 사회상규가 담당하는 역할에는 약간의 차이가 있고, 법원이 사회상규 규정을 적용하는 데에도 이러한 점이 반영이 되어있다고 생각된다. 물론 이러한 유형별 특색과 차이는 사회상규의 의미나 기능의 본질적 차이를 의미하는 것은 아니며 오히려 사회상규의 의미내용에 부합하는 것이라고 볼 수 있다.

이와 같이 유형을 나누어 본다고 해도 사회상규에 관한 법원의 결론을 개개의 사건에서 예측하는 것은 여전히 쉽지 않을 것이다. 또 이 논문이 시도한 유형화가 완결적일 수는 없으므로 이러한 유형에 해당시킬 수 없는 의외의 사안들이 등장할 가능성은 항상 존재한다. 다만 이러한 유형화를 통하여 각 유형별로 사회상규 위배여부를 판단할 때 우선적으로 고려해야 할 요소나 사회상규 적용상의 원칙을 구체화시킨다면, 사회상규 내용의 구체화에 한 걸음 더 나아가는 것이라고 생각한다. 그러나 이 논문은 각 유형에서 구체적으로 어떤 원칙이 우선적으로 적용되어야 하며 어떤 고려요소가 전면에 나서야 할 것인지를 밝히는 단계까지 나가지는 못하였다. 그것은 각 유형별 사안에 대한 앞으로의 깊이 있는 연구를 통해 밝혀져야 한다고 생각한다.

참고문헌

- 강석구, “인터넷상의 음악전송행위와 정당행위”, 인터넷법률, 통권 제27호, 법무부, 2005. 1.
- , 형법 제20조 정당행위에 관한 연구, 법학박사학위논문, 성균관대학교 대학원, 2003. 10.
- 김대휘, “선거법위반과 사회상규에 반하지 않는 행위”, 형사판례연구 제12호, 형사판례연구회, 박영사, 2004. 7.
- 김영환, “형법 제20조 정당행위에 관한 비판적 고찰”, 김종원교수화갑기념논문집, 법문사, 1991.
- 김일수/서보학, 형법총론, 제11판, 박영사, 2006.
- 박상기, 형법총론, 제6판, 박영사, 2004.

- 배종대, 형법총론, 제8전정판, 홍문사, 2005.
- 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, 서울대학교 법학, 제47권 제2호, 2006. 6.
- , 형법총론, 제2판, 법문사, 2006.
- , 판례백선 형법총론, 개정증보판, 경세원, 1998.
- 양화식, “형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 관한 고찰”, 형사법연구, 한국형사법학회, 제19호, 2003. 6.
- 오영근, 형법총론, 박영사, 2005.
- 이동신, “방송국 시사프로그램의 출연자에 대한 모욕적 언사가 포함된 방송국 홈페이지 게시글과 사회상규에 위배되지 아니함을 이유로 한 위법성조각사유의 관계”, 대법원판례해설, 2003년 하반기 (통권 제48호), 법원도서관, 2004. 7.
- 이상용, “형법 제20조의 사회상규 규정의 입법연혁과 사회상규의 의미”, 형사법연구, 한국형사법학회, 제20호, 2003. 12.
- 이재상, 형법총론, 제5판(보정판), 박영사, 2006.
- 이형국, 형법총론, 제3판, 법문사, 2003.
- 임 웅, 형법총론, 개정판, 법문사, 2003.
- 진계호, “형법 제20조의 정당행위에 관한 이론과 판례”, 비교법학, 제6집, 전주대학교 비교법학연구소, 2006. 2.
- 천진호, “‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 대한 비판적 고찰”, 비교형사법연구, 제3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2001. 12.
- 허일태, “형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’의 재조명”, 비교형사법연구, 제4권 제1호, 한국비교형사법학회, 2002. 7.

Qualifizierung der Rechtsprechungen über die öffentliche Sittlichkeit
des §20 koreanischen Strafgesetzbuches

Lee, Sang-Yong*

Die Bestimmung der "rechtmäßigen Handlung" im §20 korStGB lautet: "Eine Handlung, die aufgrund eines Gesetzes oder einer Verordnung oder in Ausübung einer beruflichen Tätigkeit vorgenommen wird oder sonst der öffentlichen Sittlichkeit nicht widerspricht, ist nicht strafbar."

Die h.M. versteht die aufgrund eines Gesetzes oder einer Verordnung oder in Ausübung einer beruflichen Tätigkeit vorgenommene Handlung als ein Beispiel der der öffentlicher Sittlichkeit nicht widersprechenden Handlungen. Aufgrund dieses weiten Regelungsbereiches werden die der öffentlicher Sittlichkeit nicht widersprechenden Handlungen als eine Art allgemeiner und umfassender Rechtfertigungsgrund betrachtet. Und unter der rechtmäßigen Handlung oder der der öffentlichen Sittlichkeit nicht widersprechende Handlung versteht man es, daß sie nach dem Sinn und Zweck der gesamten Rechtsordnung weder übergesetzlich noch gesetzlich rechtswidrig ist.

Die Vorschrift über die öffentliche Sittlichkeit im koreanischen Strafgesetzbuch ist eine einzige Art. Durch die Rechtsprechungen des koreanischen Gerichtshofes wird die öffentliche Sittlichkeit auf vielen Fällen in der Praxis verwendet.

Trotzdem ist der Begriffsinhalt der "der öffentlicher Sittlichkeit nichtwidrigen Handlung" jedoch sehr unklar und unbestimmt, so daß man den Begriffsumfang in vernünftiger Weise einschränken und solche Handlung qualifizieren soll.

* Professor, Department of Law, Myongji University, Ph.D. in Law

In dieser Untersuchung wird versucht, vorerst die jeweiligen Fällen nach dem Sachverhalt anzuordnen und dann die Fälle nach dem Verhältnis zwischen den Beteiligten, die im Gegensatz oder im Einklang stehen, sowie nach dem Gewicht des verletzten Rechtsgutes und dem Niveau des Interesses der Öffentlichkeit zu qualifizieren. Im Grunde genommen sind die Rechtsprechungen in den vier gruppierten Fallgruppen unterschiedlich zu sehen, an den der koreanischer Gerichtshof die öffentliche Sittlichkeit versteht. In diesem Sinne könnte dieser Versuch der Qualifizierung der Fallgruppen zur Anwendung des Rechtsbegriffes der öffentlichen Sittlichkeit von großer Bedeutung sein.

주제어 : 사회상규, 사회상규에 위배되지 아니하는 행위, 정당행위, 일
반적 위법성조각사유, 판결사안의 유형화

Keywords : öffentliche Sittlichkeit, rechtmäßige Handlung,
Qualifizierung der Rechtsprechungen