

처벌에 관한 법률 위반(집단·흉기등 폭행)·업무상 횡령·상해  
·업무방해·공무집행방해·폭력행위등 처벌에 관한 법률 위반(공  
동재물손괴등)·폭력행위등처벌에 관한 법률 위반(공동주거침입)  
[인정된 죄명:폭력행위등 처벌에 관한 법률 위반(공동퇴거불응  
)·재물손괴·폭행



[대법원 2013. 3. 14. 2011도7259]

【판시사항】

- [1] 횡령죄에서 '불법영득의사'의 의미 및 횡령한 재물을 사후에 반환하거나 변상·보전하는 의사가 있더라도 불법영득의사를 인정할 수 있는지 여부(적극)
- [2] 적법성이 결여된 직무행위를 하는 공무원에게 대항하여 폭행이나 협박을 가한 경우, 공무집행방해죄가 성립하는지 여부(소극)
- [3] 경합범 관계에 있는 공소사실 중 일부에 대해 제1심이 재판을 누락한 경우, 항소심이 취해야 할 조치

【참조조문】

- [1] 형법 제355조 제1항
- [2] 형법 제136조
- [3] 형사소송법 제364조 제2항

【참조판례】

- [1] 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도3045 판결(공2005하, 1536), 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010도9871 판결 /
- [2] 대법원 2005. 10. 28. 선고 2004도4731 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도10305 판결 /
- [3] 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도7848 판결(공2009상, 356)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인들 및 검사

【원심판결】 광주지법 2011. 5. 20. 선고 2011노648 판결

【주문】

】

원심판결 중 피고인 1에 대한 부분, 피고인 2에 대한 유죄 부분 및 업무상횡령의 점에 관한 무죄 부분을 모두 파기하고, 이 부분 사건을 광주지방법원 본원 합의부에 환송한다. 피고인 3, 4의 상고, 검사의 피고인 2에 대한 나머지 상

고 및 피고인 3에 대한 상고를 모두 기각한다.

【이유】

】 1. 피고인들의 상고를 본다.

피고인들은 법정기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니하였고, 상고장에도 상고이유의 기재가 없다.

2. 검사의 상고이유를 판단한다.

가. 피고인 1, 2의 업무상횡령의 점에 관하여

(1) 원심은 그 채택 증거들을 종합하여, 광양시장은 치매 및 노인성질환자의 진료와 요양을 목적으로 설치한 이 사건 요양병원을 위탁기간 2004. 6. 1.부터 2009. 5. 31.까지로 정하여 ○○의료재단에 위탁운영한 사실, ○○의료재단의 고문과 이사장으로 재직하고 있던 위 피고인들은 ○○의료재단이 위탁기간 만료에 따른 재위탁 심사에서 탈락하자 새로운 수탁자로 선정된 △ 의료재단에 대한 인수인계를 거부하면서, 위탁기간 중 구입하여 이 사건 요양병원에서 사용하던 의료기기, 비품 중 일부(이하 '이 사건 의료기기 등'이라 한다)를 자신들이 운영하던 ▽ 병원으로 반출한 사실을 인정하였다.

한편 광양시 공립노인전문요양병원 설치 및 운영조례 제4조 제1항은 '광양시장은 병원을 설치 운영한다.

다만, 시장이 필요하다고 인정할 때에는 위탁하여 운영할 수 있다'고 규정하고 있고, 제4항은 '시장 필요하다고 인정할 때에는 수탁자에게 병원의 시설공사, 의료장비구입 등의 업무를 대행하게 할 수 있다.

이 경우 시설물 및 의료장비 등은 시장에게 귀속된다'고 규정하고 있다.

원심은, 위 조례 규정은 광양시가 직접 구입하거나 수탁자인 ○○의료재단이 광양시를 대행하여 광양시의 비용으로 구입한 의료기기 등은 광양시에 귀속되나, ○○의료재단이 이 사건 요양병원의 운영수입금이나 재단차입금 등 자비로 구입한 의료기기 등은 ○○의료재단의 소유로 귀속된다는 취지라고 해석하였다.

그리고 이러한 해석을 토대로, 만약 위 피고인들 주장과 같이 광양시 자금이 아닌 이 사건 요양병원 운영수입금 내지 재단차입금으로 이 사건 의료기기 등을 구입하였다면 이는 광양시가 아닌 ○○의료재단 소유라고 할 것인데, 검사가 제출한 증거만으로는 이 사건 의료기기 등이 광양시 자금으로 구입한 광양시 소유라고 인정할 증거가 부족하다는 이유로, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

(2) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, ① 광양시는 종전 수탁자인 학교법인 □□학원이 재정상 이유로 이 사건 요양병원 운영을 중도 포기하자 ○○의료재단을 새로운 수탁자로 선정한 사실, ② ○○의료재단은 □□학원으로부터 이 사건 요양병원을 인수받는 과정에서 □□학원이 별도 운영하던 ◇◇병원(광양 ◎◎◎병원)을 함께 양도받기로 한 사실, ③ 당시 ○○의료재단과 □□학원 사이에 위 각 병원의 양도양수와 관련하여 작성된 협약서에 의하면, 양도양수 대상은 광양시 소유 재산을 제외한 □□학원 소유 재산으로 하고, 양도양수대금 합계 427,482,000원 (=의료기, 비품, 약품 및 시약 153,700,000원+의료미수금 및 아파트보증금 123,782,000원+영업권보상금 150,000,000원)은 계약 시부터 2004. 12. 31.까지 사이에 분할 지급한다고 기재되어 있는 사실, ④ ○○의료재단은 이 사건 위수탁계약에 따라 광양시에 보증금 1억 원을 예치하고 이 사건 요양병원을 위탁운영하면서 매년 그 운영상황에 관한 결산보고서를 작성하여 광양시에 제출한 사실, ⑤ 2004년도 결산보고서에 의하면, 대차대조표상 자산항목에 ○○의료재단이 □□학원으로부터 양수하였다는 의료기 등이 계상되어 있고, 부채항목에 ○○의료재단으로부터의 차입금 5억 원이 계상되어 있으며, 손익계산서상 운영수익에서 인건비, 재료비, 감가상각비, 지급이자 등 각

중 비용을 공제한 결과 19,882,539원의 당기순손실이 발생한 것으로 기재되어 있는 사실, ⑥ 2005년도부터 2008년도까지의 각 결산보고서에 의하면, ○○의료재단 등과 사이에 자금 차입 및 변제가 반복되다 최종적으로 ○○의료재단으로부터의 차입금 5억 6천만 원이 남게 되었고, 동일한 구조에 따른 적자 운영이 계속되다 2008년도에 이르러 9,312,097원의 당기순이익이 발생한 것으로 기재되어 있는 사실, ⑦ 2009년도 결산보고서는 미처 작성되지 아니하였으나 ○○의료재단은 2009. 6. 18. 이 사건 요양병원 계좌에서 위 차입금 중 1억 원을 환수한 사실, ⑧ 이 사건 위수탁계약서 제7조 제2항은 '병원 운영은 독립회계로서 별도 계리하여야 하며, 병원 운영이익금은 병원 운영 및 시설 재투자에 사용하여야 한다'고 규정하고 있고, 제12조 제5항은 '을이 병원의 부실 및 파행 운행 등으로 인하여 갑에게 손해를 주었다면 예치금으로 보상한다'고 규정하고 있는 사실을 알 수 있다.

사실관계가 이러하다면, 이 사건 요양병원의 2004년도 대차대조표상 재단차입금으로 계상된 5억 원은 결국 ○○의료재단이 이 사건 요양병원 및 ◇◇병원을 위탁받아 운영하기 위하여 부담한 초기 비용 합계 527,482,000원(=광양시에 대한 예치금 1억 원+□□학원에 대한 양도양수대금 427,482,000원) 중 일부라고 할 것인데, 이는 이 사건 요양병원이 아닌 ◇◇병원과 관련된 것이거나, 이 사건 요양병원을 위탁받아 운영하기 전에 지출된 투자금에 불과할 뿐 이 사건 요양병원을 위탁받아 운영하던 중 그 운영자금으로 사용된 것이 아님이 명백하다.

한편, 위 재단차입금은 위탁기간 중 증감변동을 거쳐 최종적으로 4억 6천만 원(=5억 6천만 원-1억 원)으로 감축되었으므로 위탁기간 중 신규 유입되어 운영자금으로 사용된 재단차입금은 모두 변제되었고, 따라서 피고인들이 위탁기간 중 재단차입금으로 구입하였다고 주장하는 이 사건 의료기기 등은 결국 재단차입금이 아닌 이 사건 요양병원 운영이익금으로 구입되었다고 봄이 타당하다(피고인들은 이 사건 요양병원이 계속적인 적자 상태에 있어 운영이익금이 발생한 바 없다고 주장하나, ○○의료재단과 이 사건 요양병원 사이의 비용 부담관계가 정확하게 계상되었다고 보기 어려운 이상 위 주장은 받아들이기 어렵다).

의료법 제33조 제2항은 영리법인의 의료기관 개설을 금지하고 있는데, 이는 의료의 질을 관리하고 건전한 의료질서를 확립하여 국민의 건강을 보호 증진하고, 영리 목적으로 의료기관을 개설하는 경우에 발생할지도 모르는 국민 건강상의 위험을 미리 방지하기 위한 것이다(헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2001헌바87 전원재판부 결정 참조). 이러한 영리병원 금지 취지에 비추어 보면, 의료법인은 그 구성원뿐만 아니라 이를 위탁받아 운영하는 다른 의료법인에 대하여도 운영이익금을 분배할 수 없다고 할 것이다.

이 사건 위수탁계약서가 제7조 제2항에서 '병원 운영은 독립회계로서 별도 계리하여야 하며, 병원 운영이익금은 병원 운영 및 시설 재투자에 사용하여야 한다'고 규정하고 있을 뿐 달리 운영이익금 분배규정을 마련해 두지 아니한 것은 이러한 영리병원 금지의 원칙에 따른 것이다.

따라서 ○○의료재단 임직원들이 이 사건 요양병원 운영에 필요한 노무를 제공하고 그에 따른 인건비를 지급받는 것은 별론으로 하고, 병원 운영수익에서 인건비 등 각종 비용을 공제한 이익금은 수탁자인 ○○의료재단에 분배될 수 없고 오로지 이 사건 요양병원 운영 및 시설 재투자에 사용되어야 한다.

같은 취지에서, 이 사건 요양병원 운영이익금으로 의료기기 등을 구입하였다면 이는 당연히 그 이익금의 종국적 귀속권자로서 이 사건 요양병원을 설치한 광양시 소유라고 보아야 한다.

그런데 이 사건 의료기기 등이 이 사건 요양병원 운영이익금으로 구입된 것임은 앞서 본 바와 같으므로, 그 소유권은 결국 광양시에 있다고 할 것이다(참고로 이 사건 위수탁계약서 제6조 제3항 및 제10조 제2항은, ○○의료재단 소유 의료기기 등이 광양시 소유인 수탁재산에 부합된 경우 등에 있어서 그 소유권이나 비용상환관계 등을 규정한 것에

불과하므로, ○○의료재단이 광양시를 대행하여 광양시 자금으로 구입한 것에 불과한 이 사건 의료기기 등의 소유권 귀속과는 직접적인 관련이 없는 규정임을 지적해 둔다).

결국 피고인들은 광양시 소유에 속하는 이 사건 의료기기 등을 반출함으로써 이를 횡령하였다고 할 것이고, 횡령죄에 있어서 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같이 처분을 하는 의사를 말하고, 사후에 이를 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있다 하더라도 불법영득의 의사를 인정함에는 지장이 없는 것이므로(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도3045 판결 등 참조), 피고인들이 이 사건 요양병원 운영과 관련하여 광양시에 가한 손해가 이 사건 예치금에서 공제될 수 있다는 사정만으로, 피고인들에게 불법영득의 의사가 없었다고 볼 수도 없다.

따라서 이와 달리 이 사건 요양병원 운영수입금이 ○○의료재단에 귀속된다는 전제하에 이 사건 의료기기 등이 광양시 소유라고 인정할 증거가 부족하다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 이 사건 의료기기 등의 소유권 및 횡령죄에 있어 보관자 지위 등에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 부분 상고이유의 주장은 이유 있다.

#### 나. 피고인 2, 3의 공무집행방해의 점에 관하여

형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하는 것이고, 여기서 적법한 공무집행이라고 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것이므로, 이러한 적법성이 결여된 직무행위를 하는 공무원에게 대항하여 폭행이나 협박을 가하였다고 하더라도 공무집행방해죄가 성립한다고 볼 수는 없다(대법원 2005. 10. 28. 선고 2004도4731 판결 참조).

원심은 그 채택 증거에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 계고처분의 주된 목적은 이 사건 요양병원 건물 및 반출된 물품을 포함한 의료기기 등 일체에 대한 피고인들의 점유를 배제하고 그 점유를 이전받는 것에 있는데, 이러한 의무는 그것을 강제적으로 실현함에 있어 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무에 해당하는 것이 아니어서 행정대집행의 대상이 되지 아니하므로, 이 사건 행정대집행은 행정대집행법상의 요건을 갖추지 아니하여 적법한 직무집행으로 볼 수 없다고 판단하여 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심의 조치를 그대로 유지하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 행정대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무나 공무집행방해죄의 적법성 요건에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

#### 3. 직권으로 판단한다.

기록에 의하면, 피고인 1에 대한 이 사건 공소사실에는 원심이 유, 무죄로 판단한 공소사실 이외에도 “피고인 1이 2009. 6. 15. 22:00경 이 사건 요양병원 2층 원무과에서 책상 위에 있는 서류철을 집어들어 피해자 공소외인에게 던져 피해자를 폭행하였다”는 점이 포함되어 있는데 제1심과 원심은 이 부분에 관하여 아무런 판단도 하지 않았음을 알 수 있다.

이와 같이 제1심이 경합범 관계에 있는 공소사실 중 일부에 대하여 재판을 누락한 경우 원심으로서도 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 제1심의 누락 부분을 파기하고 그 부분에 대하여 재판하여야 한다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도7848 판결). 그럼에도 불구하고, 제1심에서 재판을 누락한 공소사실에 대해 아무런 판단을 하지 아니한 원심판결에는 그 자체로 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

#### 4. 파기의 범위

원심판결 중 피고인 1에 대한 무죄 부분(업무상횡령의 점)은 파기되어야 하고, 피고인 1의 피해자 공소외인에 대한 폭행의 점은 재판의 누락이 있으므로 역시 파기되어야 하는데, 이는 피고인 1에 대한 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되어야 한다.

따라서 원심판결 중 피고인 1에 대한 부분은 전부가 파기되어야 한다.

원심판결 중 피고인 2에 대한 무죄 부분(업무상횡령의 점, 공무집행방해의 점) 중 업무상횡령의 점에 관한 부분은 파기되어야 하는데, 이는 피고인 2에 대한 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되어야 한다.

따라서 원심판결 중 피고인 2에 대한 유죄 부분 및 업무상횡령의 점에 관한 무죄 부분은 모두 파기되어야 한다.

#### 5. 결론

그러므로 원심판결 중 피고인 1에 대한 부분, 피고인 2에 대한 유죄 부분 및 업무상횡령의 점에 관한 무죄 부분을 모두 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 광주지방법원 본원 합의부에 환송하며, 피고인 3, 4의 상고, 검사의 피고인 2에 대한 나머지 상고 및 피고인 3에 대한 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박병대(재판장) 양창수 고영한 김창석(주심)