

한국형사판례연구회 25주년 기념
한국형사정책연구원 공동 국제세미나

신시대의 형사법과 판례의 변화

대한민국과 일본의 비교

일시_2017. 2. 6.(월) 13:00 ~ 18:30
장소_대검찰청 디지털포렌식센터 베리타스홀

공동 국제세미나 일정표

일시	발표 및 내용	
【제1부】	[13:00 - 13:30] 등 록	
	사 회 : 안성훈 연구위원 (한국형사정책연구원)	
	[13:30 - 13:40] 개 회 사 : 조균석 회장 (한국형사판례연구회) 축 사 : 김진환 원장 (한국형사정책연구원)	
[13:40 - 14:10]	기조발표 : 형사판례 연구의 의의와 발전방향 김진환 원장 (한국형사정책연구원)	
【제2부】	사 회 : 박광민 교수 (성균관대학교 법학전문대학원)	
	[14:20 - 15:50]	제1주제 : 최근 5년 간 재산범죄 판례의 동향 발 표 : 최근 5년간의 주요 재산범죄 판례의 동향 안경옥 교수 (경희대학교 법학전문대학원) 발 표 : 일본에서 사기죄에 관한 판례 경향에 대해서 日本における詐欺罪に関する近年の判例の展開について 코이케 신타로(小池信太郎) 교수 (케이오대학교 법과대학원)
	[15:50 - 16:00]	휴 식
	[16:00 - 18:00]	제2주제 : 2007년 형소법 개정 후 판례의 동향 발 표 : 2007년 이후 형사소송법 주요 판례의 동향 - 수사절차와 증거에 관한 대법원 판례를 중심으로 - 김윤섭 부장검사 (법무연수원) 발 표 : 형사소송법 개정 후 증거법 분야의 판례 동향 박진환 부장판사 (의정부지방법원) 발 표 : 최근 일본의 형사소송법 관련 판례동향 近年の日本の刑事訴訟法に関する判例の動向 오기소 료(小木曾綾) 교수 (주오대학교 법과대학원)
	[18:00 - 18:10]	휴 식
	[18:10 - 18:30]	종합토론·폐회

목 차

[기조발표] 형사판례 연구의 의의와 발전방향 1

김진환 원장 | 한국형사정책연구원

[제1주제] 최근 5년 간 재산범죄 판례의 동향

(발표 1) 최근 5년간의 주요 재산범죄 판례의 동향 15

안경옥 교수 | 경희대학교 법학전문대학원

(발표 2) 일본에서 사기죄에 관한 판례 경향에 대해서

日本における詐欺罪に関する近年の判例の展開について 67

코이케 신타로(小池信太郎) 교수 | 케이오대학교 법과대학원

[제2주제] 2007년 형소법 개정 후 판례의 동향

(발표 3) 2007년 이후 형사소송법 주요 판례의 동향

- 수사절차와 증거에 관한 대법원 판례를 중심으로 - 95

김윤섭 부장검사 | 법무연수원

(발표 4) 형사소송법 개정 후 증거법 분야의 판례 동향 123

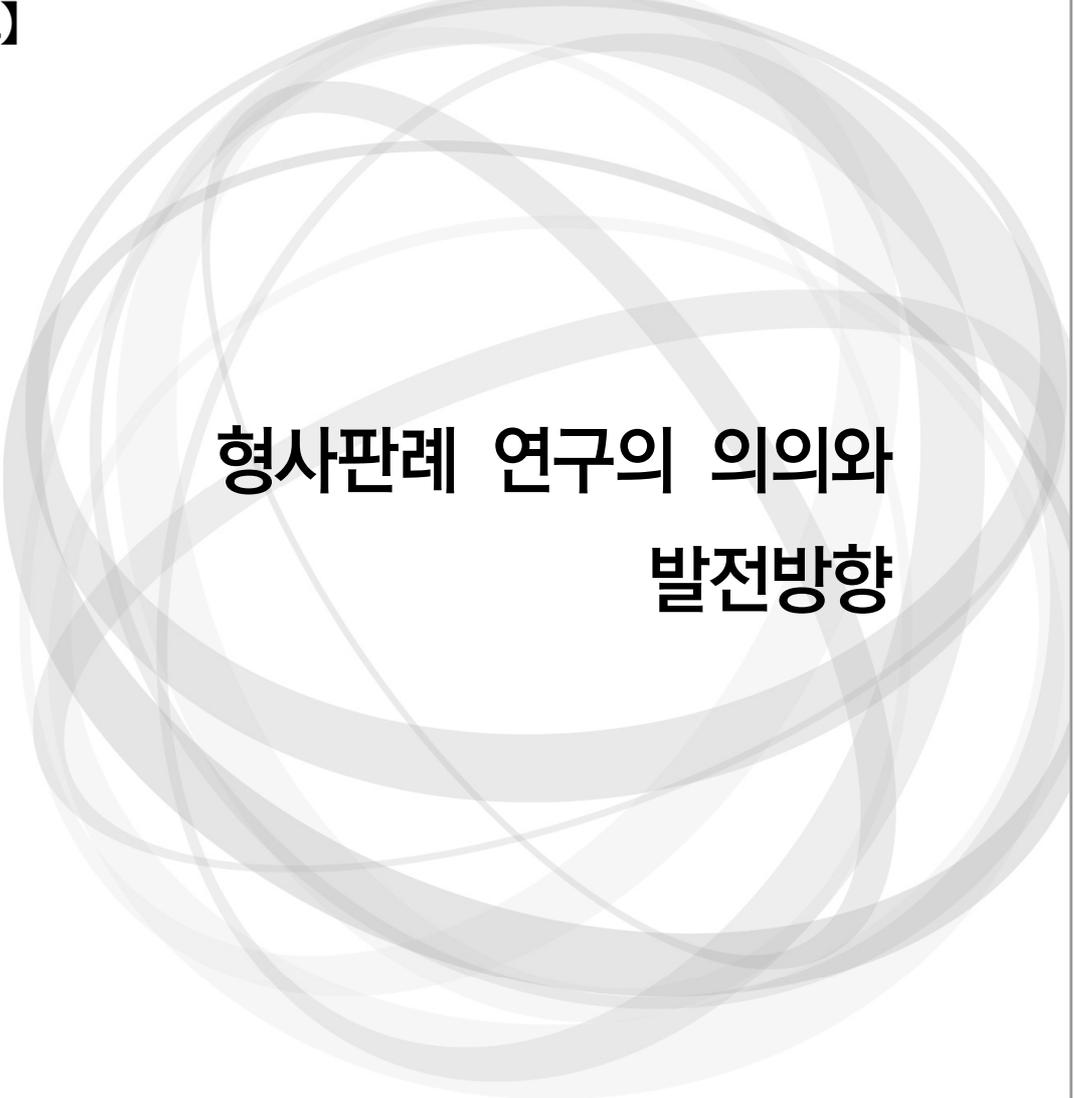
박진환 부장판사 | 의정부지방법원

(발표 5) 최근 일본의 형사소송법 관련 판례동향

近年の日本の刑事訴訟法に関する判例の動向 195

오기소 료(小木曾綾) 교수 | 쥬오대학교 법과대학원

【기조발표】



**형사판례 연구의 의의와
발전방향**

김진환 원장
한국형사정책연구원

형사판례 연구의 의의와 발전방향

김진환 (한국형사정책연구원 원장)

【인사말씀】

여러분 대단히 반갑습니다.

형사판례 연구분야에 있어 가장 오랜 전통을 갖고 있는 형사판례연구회(회장 조균석)가 창립 25주년을 맞이하여 형사판례연구회와 한국형사정책연구원이 공동으로 주최하는 국제 세미나에서 기조강연을 하게 된 것을 매우 영광스럽게 생각합니다.

지난 주 토요일 2월 4일이 입춘이었습니다. 입춘은 새해를 상징하는 절기로서 농사의 기준이 되는 24절기의 첫 번째 절기입니다. 입춘절(立春節)이 되면 동지(冬至) 이후 음의 기운을 지니던 대지가 양의 기운을 갖기 시작하며 모든 사물이 왕성히 생동하기 시작합니다.

만물이 생동하기 시작하는 입춘을 맞이하여 개최하는 이번 공동 국제세미나는 올 한해 형사법과 관련된 학술대회의 시작이라는 점에서 큰 의미가 있다고 생각합니다.

오늘 제가 평소 존경하는 여러 전문가들을 모시고 “형사판례의 의의와 발전방향”에 대해 말씀드리는 것은 조금 외람된 일인 듯합니다만 형사판례연구회 조균석 회장님께서 그와 같이 배려하신 것은 제가 형사정책연구원장에 재직하고 있는 것에 앞서 형사판례연구회 발족 때부터 관여해 왔다는 점을 고려하신 것 같습니다.

함께 해 주신 형사판례연구회 김동건 고문님, 김대휘 고문님, 오영근 고문님, 박상기 고문님께서도 깊은 경의를 표합니다. 발표를 준비해 주신 일본 추오대학의 오기소 료 교수님, 일본 게이오대학의 코이케 신타로 교수님, 경희대 법학전문대학원 안경옥 교수님, 법무연수원의 김윤섭 부장검사님, 의정부지방법원의 박진환 부장판사님께도 감사드립니다.

【형사판례연구회 25주년의 의미】

형사판례연구회가 발족된 지 어느덧 4반세기가 되었습니다. 한 세기의 4분의1이라는 시간의 매듭이 주는 의미뿐만 아니라 형사판례연구회가 이루어온 성과와 발전의 길을 반추해 볼 때 우리의 감회는 한층 새로울 수밖에 없습니다.

형사판례연구회는 1992년에 발족한 이래 25년이라는 오랜 기간 동안 형사법의 꽃이라고 할 수 있는 형사판례의 분석·연구를 통하여 형사법학 및 형사실무의 발전에 기여해 왔습니다.

유수한 국내 대학 및 연구원의 형사법 교수님과 박사급 연구원 그리고 판사·검사·변호사 등 법조계 실무자들이 함께 참여하는 형사판례연구회는 그 동안의 열정적인 연구활동과 생산적인 토론 그리고 활발한 교류협력을 통하여 바람직한 관학협동을 실천하는 모범적인 학술연구단체로 자리매김하고 있습니다.

지금까지 형사판례연구회는 매월 쉽 없이 293회에 걸친 정례연구발표회를 통하여 방대한 양의 연구실적을 쌓아 왔고 매년 정기적으로 그 성과를 「형사판례연구」라는 학술지로 발간하여 올해 25권이 발간될 예정에 있습니다. 지금까지 평석된 판결의 수는 477편에 이르고 있습니다.

형사판례연구회가 지금까지 지속적으로 발전할 수 있었던 것은 무엇보다도 연구회 창립 당시 한국형사정책연구원에 재직하셨던 이재상 교수님과 당시 권광중 부장판사님 등 초창기 멤버들의 연구회에 대한 사랑과 열정, 그리고 한국형사정책연구원의 직·간접적인 도움이 컸다는 점을 빼놓을 수 없습니다. 회원들의 연구회에 대한 열의와 열정은 물론 두말할 나위가 없습니다.

작고하신 이재상 교수님은 1993년에 발간된 「형사판례연구」 창간호에서 다음과 같이 당시를 회고하고 있습니다.

“형사법의 연구에 있어서 판례연구의 중요성을 아무리 강조하여도 지나치지 않다. 판례를 떠나 형사법학의 연구는 불가능하기 때문이다. 이미 민사판례연구회를 비롯하여 다른 법학의 분야에서는 오래 전부터 활발한 판례연구가 전개되어 왔음에도 불구하고 얼마 전까지 형사판례를 전문으로 연구하는 단체는 없었다. 몇 년 전부터 서울 고등법원의 권광중 부장판사와 형사판례연구회를 구성할 계획을 논의하고 있었다. 법학자와 실무가가 함께 모여 판례를 평석하고 토론을 전개하는 과정에서 학계와 실무계의 유대를 강화할 수 있을 뿐만 아니라, 학자들은 판결과정과 그 배경을 이해할 수 있게 되고 실무가들도 형사법의 이론과 해석학의 필요성을 느끼게 되어 학계와 실무계는 물론 형사법학의 발전에 크게 도움이 될 것으로 생각하였다. 때마침 필자가 한국형사정책연구원에 근무하는 기회를 갖게 됨에 따라 권광중 부장의 도움을 받아 형사판례연구회를 구성할 수 있게 되었다. 판례연구를 위하여는 학계뿐만 아니라 판사와 검사의 협력을 불가결한 전제로 하며 조직의 영속성이 보장되어야 하고, 한국형사정책연구원이 판례연구를 통하여 형사법학의 발전에 기여할 수 있다는 점을 고려하여 판례연구회를 한국형사정책연구원에 소속키로 하였다.”

지금까지 「형사판례연구」에 발표된 평석은 총 477편이며, 필자는 총 156명에 이릅니다. 이를 분야별로 살펴보면 아래의 표와 같습니다.

□ 분야별

(단위 : 건)

구분	형법총론	형법각론	형사소송법	특별형법/기타	전체
판례연구수	135 (28.30%)	150 (31.45%)	135 (28.30%)	71 (14.88%)	477 (100%)

※ 「형사판례연구」 1권 ~ 24권까지 분석

□ 필자

(단위 : 명)

구분	법원	검찰	학계	전체
인원수	45	33	78	156

25년이라는 시간을 사람에 비유하면 아직 청년기에 해당합니다. 이 연구모임이 우리나라의 형사법학 및 형사실무의 발전에 크게 기여한 사실을 고려한다면 앞으로 무한히 발전할 수 있는 잠재력과 동력을 가지고 있다고 확신합니다.

【형사판례의 목적과 의의】

1. 들어가며

판례연구는 법해석학에 있어서 매우 중요한 지위를 점하고 있습니다. 법을 동태적으로 파악하는 경우 판례의 동향을 분석하는 것이 중요한 과제가 됩니다. 무엇보다 판례라고 하더라도 그 의미가 다의적이며 그 기능 또한 민사법과 형사법 간에는 차이가 있습니다. 형사판례에는 죄형법정주의와의 관계에서 법해석에 한계가 있기 때문에, 판례의 법창조적 기능에도 내재적 한계를 가지고 있습니다. 형사판례도 그 실태는 분명하지 않지만 법형성과 관계가 있다고 생각되기 때문에 형사판례를 연구할 때에는 단지 사례연구에 그치는 것이 아니라 법형성과의 관련성에 주목할 필요가 있습니다.

법학전문대학원 수업에서는 형사판례를 소재로 하여 사안해결을 위해 법해석과 적용이 실제로 어떻게 이루어지고 있는지를 설명하고, 개별 사안에서 법적 사실을 어떻게 확정할 것인지, 또한 조문과 이론을 어떻게 적용하고 이를 바탕으로 구체적이고 타당성 있는 결론을 어떻게 도출해 낼 것인지 등에 대한 것을 교육하는 것이 중요합니다.

이 때 판례연구가 요청되는 이유와 그 방법론에 대한 이해는 필수적입니다. 주제와 관련된 판례를 단지 나열하기만 한다면 아무런 의미가 없기 때문입니다. 판례로부터 그 취지를 이해하고 형법이론과의 관련성을 도출해내야 합니다. 실무교육과 이론교육에 관점의 차이는 있더라도, 형법해석학의 토대 위에서 판례를 연구하는 것일 뿐 형사판례연구의 의의와 방법 그 자체에 차이가 있는 것은 아닙니다.

저는 오늘 이러한 기본적인 문제의식 하에 초심으로 돌아가 형사판례연구의 목적과 의의에 대해서 여러분께 말씀드리고자 합니다. 또한 이를 통해 형사판례연구의 발전방향으로 말씀하고자 합니다.

2. 판례연구의 목적과 의의

가. 판례의 다의성

구체적인 사건에서 내려지는 판결과 결정은 재판의 종류로서 형사소송법에 규정되어 있기 때문에 개념상 명확하게 구별됩니다(형소법 제37조). 이에 비하여 판례의 의미는 다의적입니다. 판례는 넓은 의미에서는 ① 재판상의 선례라고 하는 의미로 사용되거나, 또는 ② 판례에서 추측되는 법원의 일반적인 견해를 의미하기도 합니다. 좁은 의미로는 ③ 법원이 개별 판결문의 「이유」에서 제시한 법률적 판단 중 선례로서 구속력을 가지는 부분을 의미합니다.

③의 의미에서의 판례는 판결요지 또는 결정요지를 말하는 것이 아닙니다. 판례를 파악하기 위해서는 재판이유에 제시된 법률적 판단 안에 다른 사건에도 적용할 수 있는 일반성이 있는 부분을 가지고 있는지의 유무를 이해할 필요가 있습니다. 따라서 판결에 제시된 판단 중 어느 부분을 판례로 할 것인지는 실무상 판례 위반을 이유로 상고를 할 수 있는 범위와 판례 변경의 사정범위에 영향을 주기 때문에 사실과의 관련성을 고려한 범명제를 확증하는 실천적 작업입니다.

나. 판결이유와 부수의견

법원의 재판은 구체적 사건에 관한 판단이지만 어떤 사실에 대한 법률적 견해가 포함되기 때문에 그에 의하여 다소간의 추상적인 이론 또는 법칙이 표시되고 비슷한 사건에 대한 재판이 누적됨에 따라 점차 일반적인 법리로 발전하여 추상적인 규범이 형성됩니다. 이러한 규범의 형성에는 하급법원의 판례도 상당한 기여를 하고 있으나, 최고법원의 판례가 가장 중요한 역할을 합니다.

판례로부터 도출된 법이론이 법으로서의 구속력을 갖는 경우, 즉 법원(法源)으로 인정되는 경우에 이를 판례법이라고 합니다. 판례를 법원으로 인정할 것인지의 여부는 각국의 법제에 따라 다릅니다. 불문법이 중심이 되는 영미법계의 국가에서는 판례법이 법체계의 근간을 이루는 가장 중요한 법원이 되고 있습니다.

이러한 법제 하에서는 선례에 법률상 구속력이 있기 때문에 법원(法院)은 그 자신이 한 판례 및 상급법원의 판례에 구속되므로 이후 동일하거나 유사한 사건에 관하여 그에 배치되는 재판을 할 수 없는 것이 원칙입니다. 이러한 원칙을 ‘선례구속력의 원칙’이라고 하며, 전형적인 판례법의 예로는 영국의 보통법을 들 수 있습니다.

이와 같이 판례법을 취하고 있는 법제에서는 ‘재판관이 만드는 법’이라고 하는 말에서도 알 수 있듯이 판례의 법원성(法源性)을 확인할 수 있고, 판결이유의 어느 부분이 법으로서의 구속력을 가지는지가 중요한 문제가 됩니다. 여기에서는 판결이유와 부수적 의견이 구별되고, 판결이유만이 선례로서 구속력을 가진다고 해석됩니다. 즉 재판에서 인정된 중요한 사실에 근거하여 도출된 결론 부분만이 선례로서의 구속력을 가지고, 판결 상 반드시 필요한 부분이 아닌 법률문제에 관하여 언급한 의견 부분은 선례로서의 자격을 가지지 않습니다. 소위 사안에서의 중요한 사실을 기초로 한 법적 판단이 판례에서의 법창조의 핵심을 이루게 됩니다.

이에 비하여 성문법을 취하고 있는 법제에서는 재판관이 법을 만든다고 하는 것은 부정되기 때문에, 즉 판례의 구속력은 인정되지 않고 법관은 다만 헌법과 법률에 따라 재판할 의무가 있을 뿐, 반드시 판례를 따라야 할 의무는 없으므로 판례의 법원성(法源性)은 기본적으로 인정되지 않습니다. 따라서 판결에서의 판결이유 부분의 법창조 기능은 존재하지 않고 판례의 구속력을 문제로 한다고 하더라도 실무에서 사실상의 구속력에 주목하는 것에 지나지 않습니다. 따라서 여기에서는 판결이유와 부수의견을 구별하고 어느 부분이 판례가 되는지에 대한 논의는 큰 의미가 없습니다. 단적으로 말하자면 구체적 사안의 재판에 있어서 법관은 제정된 법률과 재판관으로서의 양심에 구속될 뿐입니다. 재판의 선례는 참고자료에 지나지 않습니다.

그러나 성문법의 법제에서 판례의 구속력이 없다는 것은 법률상의 구속력이 없다는 뜻일 뿐, 상급법원 특히 최고법원의 판례는 사실상 강력한 구속력을 발휘하고 있기 때문에 이를 통해 사실상 하나의 규범을 형성함으로써 실질적으로 중요한 법규범의 역할을 하고 있습니다.

판례가 위와 같은 사실상의 구속력을 갖게 된 주된 이유로는 ‘법적 안정’이라는 목적을 들 수 있습니다. 사회생활은 매우 다양하고 유동적이기 때문에 성문법만으로는 이를 모두 규율할 수 없을 뿐만 아니라 성문법에는 법의 해석이라는 문제가 따르기 때문에 개별 사건마다 적용할 법의 이론과 해석을 달리한다면 법률생활의 안정을 기대할 수 없습니다. 따라서 법원(法院)은 동일하거나 비슷한 사건에 적용할 법이론의 일관성을 유지하고 안정된 법을 이루기 위하여 재판관 함에 있어 항상 선례를 중시하고 이를 변경하는 데 신중을 기하게 됩니다. 또한, 하급법원은 반드시 상급법원의 판례에 구속될 의무는 없지만 만일 상급법원의 판례와 배치되는 재판을 할 경우에는 상소를 통해 상급법원에서 파기될 것이 예상되기 때문에 자연스럽게 상급법원의 판례에 따르게 됩니다.

이러한 배경 하에 유사한 법리(法理)를 표현하는 판례가 반복됨으로써 추상적인 법칙이 정립되고 이러한 법칙은 비슷한 사건에 계속 적용될 가능성이 높으므로 결국 판례는 성문법의 법제에서도 성문법의 불비를 보충하는 중요한 법규범의 하나로 사실상의 중요한 역할을 하게 됩니다.

우리나라는 성문법을 취하고 있는 법제에 속하고 있기 때문에 상급법원 재판에서의 판단은 당해 사건에 한하여 하급법원을 기속할 뿐 일반적인 구속력은 인정되지 않으므로 판례의 법원(法源)으로서의 지위는 부정되지만, 전술한 사실상의 구속력을 토대로 많은 판례이론이 생겨 실질적으로 중요한 하나의 법규범을 이루고 있으며, 그 중에서도 특히 대법원판례는 매우 중요한 역할을 담당하고 있습니다.

이와 같이 우리나라의 경우 성문법의 법제에 속해 있지만, 전술한 ③의 의미에서의 판례가 형사재판에서 중요하게 기능하고 있으며 구체적 사안의 처리에서 선례로서의 구속력을 가지고 있기 때문에 판결이유와 부수의견을 구별하는 것이 의미를 가진다고 볼 수 있습니다. 더욱이 판결이유를 구성하고 있는 부분에는 결론뿐만 아니라 이유도 포함되어 있기 때문에 선례로서의 구속력이 미치는 범위를 확정할 필요가 있습니다.

판례에는 결론명제만 제시되고 이유명제를 기술하고 있지 않는 경우도 종종 있습니다. 그러나 결론에 이르게 된 근거를 분명히 밝히지 않는다면 결론명제의 당부나 그 사정범위 또한 명확해지지 않습니다. 선례로서 구속력이 미치는지의 여부를 판단하기 위해서는 결론명제뿐만 아니라 이유명제도 함께 검토해야 할 필요가 여기에 있습니다. 결론명제뿐만 아니라 이유명제를 명시하고 있는 경우에는 이유명제도 판례로서의 기능을 가진다고 보아야 할 것입니다.

3. 판례와 법해석학

가. 유권해석의 집적(集積)으로서의 판례

판례는 현실의 재판사안을 바탕으로 구축된 결론명제 및 이유명제의 집적이며, 그 선례로서의 구속력은 실무에 결정적인 영향력을 미칩니다. 재판에서는 사안해결을 위한 법해석과 적용이 이루어집니다. 개개의 판결은 법해석의 하나의 실천사례에 지나지 않습니다. 이에 비하여 판례는 유권해석의 집적입니다. 판례의 통일 및 변경은 대법원의 주요 업무 중의 하나입니다.

그렇다면 학설은 판례의 형성·변동에 아무런 영향을 미치지 않는 것일까요? 반대로 판례는 법해석학의 진전에 영향을 미칠 수 있을까요? 이하에서는 이러한 점에 대해서 언급하고자 합니다.

나. 판례와 법형성

재판은 사실과 조문을 바탕으로 법적 쟁점에 대한 법률판단을 제시하고 사안의 해결을 도모하는 실천적인 작업입니다. 여기에서는 사실의 인정, 법의 해석·적용이 중요한 작업이 됩니다. 법의 적용은 법규범을 구체적 사실에 적용시켜 그 규범의 내용을 실현하는 작업입니다. 법을 적용할 때에는 그 작업의 전제로서 법의 해석이 이루어지게 됩니다. 법의 해석은 실정법규의 해석을 통해 법의 의미·내용을 명확히 하는 작업입니다. 법해석의 대상이 되는 법이 실정법규에 한정된다고 한다면 법의 적용은 실정법규를 형식적으로 적용시키는 작업이라고도 말할 수 있습니다. 이에 비하여 법해석의 대상이 되는 법을 실정법규를 포함하는 동태적인 존재로 파악하는 경우에는 법적용은 실정법규의 해석을 통해 법을 실현하는 작업이 됩니다.

따라서 법을 어떻게 파악하는가에 따라서 판례기능에 대한 이해도 달라집니다. 이러한 인식의 차이는 판례가 법의 인식·발견에 해당하는 것인지, 그렇지 않으면 법의 창조인지에 대한 논쟁과도 관련이 있는 문제입니다. 형법의 경우에는 죄형법정주의가 기본원칙이기 때문에 법해석에도 한계가 있습니다. 이 때문에 판례의 법창조 기능을 전면적으로 긍정하는 것은 곤란하지만 법을 동태적으로 파악하는 경우 판례는 법형성에 기여하고 있다고 보아야 할 것입니다. 판례의 결론명제 부분뿐만 아니라 이유명제 부분도 법의 의미·내용의 실현이라고 하는 관점에서는 법의 형성에 관여하고 있는 것입니다.

다. 법해석학에서 판례의 위치

판례의 결론명제 부분은 주로 법의 적용에 관련하여 도출되는 부분입니다. 이에 비하여 이유명제 부분은 법의 해석과 관련하여 도출되는 부분입니다. 판례와 학설과의 접점은 결론명제를 도출하는 이론적 근거를 어떻게 생각해야 할 것인가라고 하는 점에 있습니다. 특히 바람직한 법해석에 있어서 학설과 판례는 독자적인 특성과 영역을 가지고 있으면서 상호작용하는 측면을 가지고 있습니다. 문제해결을 위하여 학설이 이론적 정합성과 체계성을 가진 이론 구축을 지향하는 반면 판례는 사안에서의 구체적 타당성을 가진 결론의 추구를 지향한다는 점에서 특성의 차이가 있지만, 바람직한 법의 해석을 추구하고자 한다는 점은 양쪽 모두 공통적인 특성을 보입니다. 따라서 학설의 이론구성이 판례의 이유명제에 포함되거나 반대로 판례의 결론명제에 타당성이 인정되기 때문에 그 이론적 근거를 학설로써 이론을 구성하는 것도 가능합니다.

이렇게 본다면 학설도 간접적이기는 하지만 법의 형성에 관계하고 있다고 볼 수 있습니다. 그리고 법해석학에 있어서 판례는 유권해석의 집적으로서 중요한 연구재료일 뿐만 아니라 법해석의 이론과 실천을 연결하는 연결고리로서의 의미를 가지고 있습니다.

4. 판례평석과 판례연구

가. 판례평석

판례를 검토하는 경우, 판례평석 또는 판례연구라고 하는 문언이 사용되고 있지만 그 목적하는 바에 있어 양자에는 차이가 있습니다. 판례평석은 하나의 판례를 대상으로 해당 사안의 판결·결정내용을 검토하여 그 당부를 논하는 것입니다. 이 때 해당 사안에 관한 판결요지·결정요지 중에서 결론부분과 이유부분을 추출하여 그 부분에 한하여 선례로서의 구속력 인정여부를 판단할 필요가 있습니다. 판례의 흐름 속에서 해당 판결·결정이 어떤 의의를 가지며 그 결론명제·이유명제의 사정범위를 분명히 하는 것이 중요한 과제가 됩니다.

여기에서는 각 학설의 이론적 입장에서 해당 판결·결정의 내용을 비평한다는 관점은 2차적·보조적인 의미를 가지는 것에 불과합니다. 인정된 사실과의 관계에서 도출된 법적 판단에 정당성이 인정되는지, 또한 결론명제를 도출하고 있는 이론적 근거가 무엇인지, 그 이유에 설득력이 있는지 여부의 관점에서 논평이 이루어지게 됩니다.

나. 판례연구

이에 비하여 판례연구는 어떤 법적 문제에 관련하는 집적된 여러 판례들을 대상으로 판

례동향과 판례이론의 특질을 분석하여 법적 문제의 해명에 기여하는 것을 목적으로 합니다. 이 경우에는 판례에 나타난 결론명제와 이유명제를 실마리로 판례와 학설의 접점에 나타나는 판례이론과 학문적 이론과의 상호작용을 명확히 해석해 나가는 것이 중요한 과제가 됩니다.

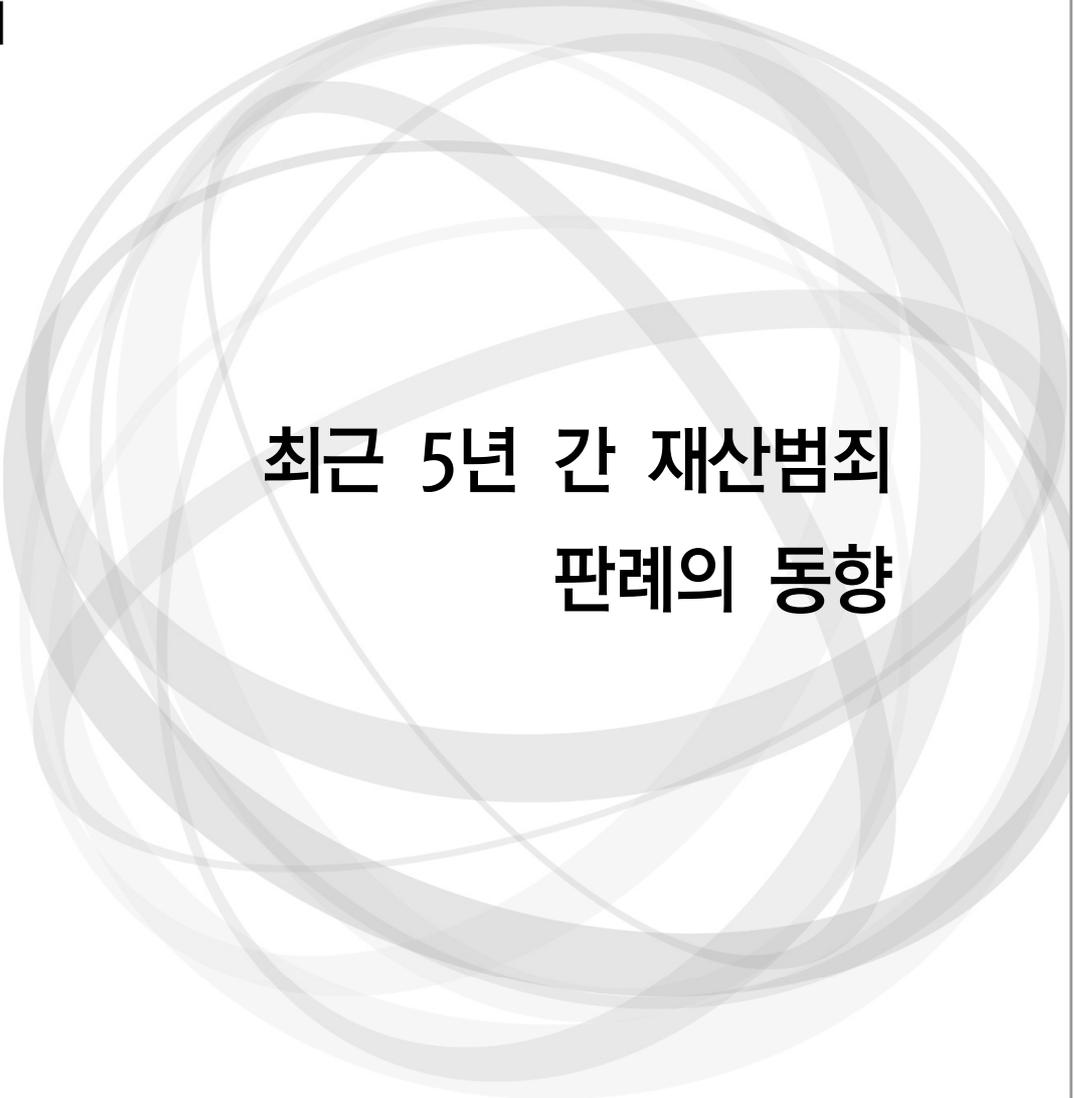
무엇보다 판례연구에 대한 명확한 개념이 있는 것이 아니기 때문에 넓은 의미에서 판례를 대상으로 한 분석·검토는 모두 판례연구라고 할 수 있습니다. 이 경우에 판례평석은 판례연구에 포섭되지만, 여기에서는 판례라고 하는 것은 그 안에 다양한 내용이 혼재되어 있다는 점에 유의할 필요가 있습니다. 또한 하나의 판례를 대상으로 하여 법적 사실을 추출하고 그것이 법적 쟁점의 형성에 어떻게 관여하였는지를 명확히 해석하고, 해당 재판에서 결론명제와 이유명제가 형법이론의 구축에 어떻게 반영되었는지를 검토하는 경우에도 판례연구라는 문언이 사용됩니다. 이 연구방법은 법학전문대학원 학생이 형사법을 공부함에 있어 매우 유용합니다.

5. 판례연구의 목적과 의의

판례의 의미가 다의적이고, 또한 판례연구의 개념이 동일하지 않다는 점에서 판례연구를 실시하는 목적도 다양하게 나타나게 됨은 필연적입니다. 어떤 법적 문제에 관한 판례를 모아 나열하는 것만으로는 아무런 의미를 가지지 못합니다. 따라서 어떠한 목적으로 어떻게 판례를 소재로 하여 어떠한 연구성과를 추구할 것인지를 사전에 분명히 해야 할 필요가 있습니다. 재판의 실무와 법률생활에 있어 판례의 역할은 매우 중요하기 때문에 판례를 수집하고, 연구·검토하여 올바른 법리를 도출해 내는 것은 법률문화의 발전과 법적 안정을 이루는 데 필수적이기 때문입니다. 이에 따라 판례연구를 하는 의의도 명확해지게 됩니다.

최근 인터넷을 이용하여 판례정보를 얻거나, 판례정보프로그램 등을 통하여 많은 판례를 손쉽게 검색할 수 있게 되었지만, 검색하여 얻은 정보가 물론 전부인 것은 아닙니다. 검색하여 얻은 정보를 어떻게 분석하여 그 성과를 어떻게 이용할 것인지에 대한 것이 판례연구의 첫걸음이라는 것을 잊어서는 안 될 것입니다.

【제1주제】



**최근 5년 간 재산범죄
판례의 동향**

【발표1】

최근 5년간의 주요 재산범죄 판례의 동향

안 경 옥 교수
경희대학교 법학전문대학원

최근 5년간의 주요 재산범죄 판례의 동향

안경옥 (경희대학교 법학전문대학원 교수)

I. 들어가는 말

2011년까지의 주요 재산범죄 관련 판례에 대한 소개와 평가는 형사판례연구 20주년 기념 학술대회의 발표 논문에서 언급되었다.¹⁾ 본고에서는 2012년부터 2016년까지 최근 5년간의 주요 재산범죄-절도, 강도, 사기, 횡령, 배임죄- 관련 판례의 내용과 쟁점 및 기존 판례 태도와의 차이점을 정리하였다.²⁾ 함께 이들 판례에 대한 학계의 논의내용이나 비판점도 간략히 서술하였다. 주요 재산범죄 판결들을 살펴봄으로써 대법원 판결의 흐름이나 동향을 알 수 있었으며, 더 나아가 형법 해석과 관련하여 계속해서 생각해볼 내용이나, 필요하다면 입법론적 개선내용도 제시하고자 하였다.

II. 절도죄에 관한 중요 판례

1. 명의신탁 자동차의 소유권 귀속관계

[대상판결] 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010도11771 판결

- [1] 당사자 사이에 자동차의 소유권을 등록명의자 아닌 자가 보유하기로 약정한 경우, 약정 당사자 사이의 내부관계에서는 등록명의자 아닌 자가 소유권을 보유하게 된다고 하더라도 제3자에 대한 관계에서는 어디까지나 등록명의자가 자동차의 소유자라고 할 것이다.
- [2] 피고인이 자신의 모 갑 명의로 구입·등록하여 갑에게 명의신탁한 자동차를 을에게 담보로 제공한 후 을 몰래 가져가 절취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 을에 대한 관계에서 자동차의 소유자는 갑이고 피고인은 소유자가 아니므로 을이 점유하고 있는 자동차를 임의로 가져간 이상 절도죄가 성립한다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

가. 대상판결의 사안에 대해 원심은 이 사건 승용차는 피고인의 어머니에게 명의 신탁된 차량이므로, 제3자인 피해자에 대한 관계에서 승용차의 소유자는 어머니이며, 피고인은 그 소유자가 아니라고 판단하였다. 그리고 피고인이 을에게 담보로 제공하여 을이 점유하고 있는 이 사건 승용차를 을 몰래 임의로 가져갔기 때문에 절도죄가 성립한다고 판단하였다.³⁾ 대법원도 당

1) 박형준, “2000년대 초기 대법원판례의 동향”, 『형사판례연구』 제20권(2012), 85이하 참조.

2) 대상판결은 대법원 전원합의체 판결과 함께 매년 형사판례연구회에서 발표된 ‘형법판례 회고’를 참고하였고, 아울러 학계에서 논의가 많았던 판례를 선택하였다.

사자 사이에 자동차의 소유권을 그 등록명의자 아닌 자가 보유하기로 약정한 경우, 그 약정 당사자 사이의 내부관계에 있어서는 등록명의자 아닌 자가 소유권을 보유하게 된다고 하더라도 제3자에 대한 관계에 있어서는 어디까지나 그 등록명의자가 자동차의 소유자라고 보았다.⁴⁾ 이러한 판례의 태도는 다른 여러 판결에서도 일관되게 나타나고 있다.⁵⁾

나. (1) 자동차의 소유권이 누구에게 귀속되느냐에 따라 피고인의 행위는 절도죄 아니면 권리행사방해죄 성립여부가 문제된다.⁶⁾ 자동차 소유권의 득실변경은 등록을 하여야 그 효력이 생기는 것이므로 그 등록이 없는 한 피고인은 대외적 관계에서는 물론 당사자의 대내적 관계에서도 그 소유권을 취득할 수 없다고 하겠다.⁷⁾ 명의신탁 사례의 경우도 대외적인 관계에서는 수탁자가 소유자가 되므로, 이 사건 자동차는 피고인의 소유가 아니며, 제3자에게 담보 제공된 차량을 피고인이 임의로 가져갔기 때문에 절도죄의 객체인 ‘타인 점유, 타인 소유’의 재물에 해당한다.

(2) 피고인이 임의로 이 사건 자동차를 가져 간 행위에 대해 불법영득의사를 인정할 수 있는가 하는 점과 관련하여, 판례에 따르면 불법영득의사는 타인의 물건을 그 권리자를 배제하고 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용·처분하고자 하는 의사를 말한다. 따라서 단순히 타인의 점유만을 침해하였다고 하여 그로써 곧 절도죄가 성립하는 것은 아니나, 재물의 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사가 있으면 되고 반드시 영구적으로 보유할 의사가 필요한 것은 아니며, 그것이 물건 그 자체를 영득할 의사인지 물건의 가치만을 영득할 의사인지를 불문한다고 하였다.⁸⁾

불법영득의사를 형법에서 명문으로 규정하고 있지 않기 때문에 불법영득의사의 의미에 대한 논의 내용 절도죄를 비롯한 재산범죄의 성립여부에 불법영득의사의 요소가 필요하지 않다는 견해에 대해서는 본 장의 ‘3. 절도죄에서 불법영득의사의 의미’에서 서술한다.

2. ‘타인의 점유’의 의미 및 판단기준

[대상판결] 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010도6334 판결

[1] 절도죄란 재물에 대한 타인의 점유를 침해함으로써 성립하는 것이다. 여기서의 ‘점유’라고 함은 현실적으로 어떠한 재물을 지배하는 순수한 사실상의 관계를 말하는 것으로서, 민법상의 점유와 반드시 일치하는 것이 아니다. 물론 이러한 현실적 지배라고 하여도 점유자가 반드시 직접 소지하거나 항상 감수하여야 하는 것은 아니고, 재물을 위와 같은

3) 의정부지법 2010. 8. 27. 선고 2009노2823 판결.

4) 대법원 5. 30. 선고 2000도5767 판결, 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도4498 판결.

5) 대법원 1980. 11. 11. 선고 80도131 판결; 대법원 2001. 10. 26. 선고 2001도4546 판결; 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도5064 판결; 대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도14139 판결; 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014도8984 판결.

6) 대내관계에서 소유자인 갑이 담보설정된 자동차를 몰래 가져가더라도 명의수탁자는 피해자가 될 수 없다는 견해에 따르면 피고인의 행위는 절도죄가 아닌 권리행사방해죄를 구성한다는 것이다 (이창섭, “담보로 제공된 명의신탁 승용차를 몰래 가져간 명의신탁자의 형사책임”, 『형사법연구 제24권 제4호(2012)』, 318면. 명의신탁된 차량에 관련된 형사사례 분석에 대해서는 류전철, “차량등록제와 관련된 형사법적 문제 - 대법원 2015.6.25. 선고 2015도1944 전원합의체 판결 -”, 『법조 최신판례분석』 (2016.8), 626면 이하 참조.

7) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도4498 판결; 2013. 2. 28. 선고 2012도15303 판결.

8) 대법원 1992. 9. 8. 선고 91도3149 판결, 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도8081 판결 .

의미에서 사실상으로 지배하는지 여부는 재물의 크기·형상, 그 개성의 유무, 점유자와 재물과의 시간적·장소적 관계 등을 종합하여 사회통념에 비추어 결정되어야 한다. 그렇게 보면 종전 점유자의 점유가 그의 사망으로 인한 상속에 의하여 당연히 그 상속인에게 이전된다는 민법 제193조는 절도죄의 요건으로서의 ‘타인의 점유’와 관련하여서는 적용의 여지가 없고, 재물을 점유하는 소유자로부터 이를 상속받아 그 소유권을 취득하였다고 하더라도 상속인이 그 재물에 관하여 위에서 본 의미에서의 사실상의 지배를 가지게 되어야만 이를 점유하는 것으로서 그때부터 비로소 상속인에 대한 절도죄가 성립할 수 있다.

- [2] 피고인이 내연관계에 있는 갑과 아파트에서 동거하다가, 갑의 사망으로 갑의 상속인인 을 및 병 소유에 속하게 된 부동산 등기권리증 등 서류들이 들어 있는 가방을 위 아파트에서 가지고 가 절취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인이 갑의 사망 전부터 아파트에서 갑과 함께 거주하였고, 갑의 자식인 을 및 병은 위 아파트에서 전혀 거주한 일이 없이 다른 곳에서 거주·생활하다가 갑의 사망으로 아파트 등의 소유권을 상속하였으나, 을 및 병이 갑 사망 후 피고인이 가방을 가지고 가기까지 그들의 소유권 등에 기하여 아파트 또는 그곳에 있던 가방의 인도 등을 요구한 일이 전혀 없는 사정 등에 비추어, 피고인이 가방을 들고 나온 시점에 을 및 병이 아파트에 있던 가방을 사실상 지배하여 점유하고 있었다고 볼 수 없어 피고인의 행위가 을 등의 가방에 대한 점유를 침해하여 절도죄를 구성한다고 할 수 없는데도, 이와 달리 보아 절도죄를 인정한 원심판결에 절도죄의 점유에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례.

가. 대상판결의 사안에 대해 원심은 형법상 점유의 상속은 인정되지는 않으나, 갑의 사망으로 이 사건 가방이 있던 이 사건 아파트의 소유권이 상속인들에게 이전되어 상속인들이 이 사건 아파트에 관한 지배·관리권을 취득한 이상, 상속인들이 그 안에 있던 위 가방의 존재를 구체적으로 인식하지 못하였더라도 위 가방을 점유하게 되었다고 보아, 피고인이 이 사건 가방을 가지고 간 행위는 상속인들의 소유권뿐만 아니라 그 점유를 침해한 것으로서 절도죄에 해당한다고 하였다.⁹⁾ 한편 대법원은 피고인이 가방을 들고 나온 시점에 갑의 상속인 을과 병이 이 사건 가방을 사실상 지배하여 점유하고 있었다고 볼 수 없으므로 피고인에 대한 절도죄가 성립하지 않는다고 하여 원심판결을 파기 환송하였다.

나. (1) 형법상 점유의 의미에 대해 대법원의 태도는 대체로 다음과 같이 정리할 수 있다.

- ① 현실적으로 어떠한 재물을 지배하는 순수한 사실상의 관계를 말하는 것이다.¹⁰⁾ ② 민법상 점유와 반드시 일치하는 것은 아니어서 종전 점유자의 점유가 그의 사망으로 인해 상속인에게 당연히 이전되는 것은 아니다. ③ 재물에 대한 사실상의 지배가 점유이므로 주관적 요소로서 점유하고자 하는 지배의사가 필요하다.¹¹⁾

9) 대전지법 2010. 5. 4. 선고 2010노382판결.

10) 대법원 1982. 8. 25. 선고 80도509 판결; 대법원 2001. 10. 26. 선고 2001도4546 판결; 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013도5355 판결.

11) 대법원 1982. 8. 25. 선고 80도509 판결; 손동권, “절도죄에서의 사자의 점유”, 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회(2016), 박영사, 222면

(2) 위의 점유 개념에 비추어 볼 때 사자(死者)에게 형법상 점유를 인정할 수 있는가, 사자의 점유를 부정한다면 종전 점유자의 사망으로 인해 점유의 상속을 인정할 수 있는지 여부가 문제된다.

먼저 사자의 점유와 관련하여, 대법원은 피해자의 생전에 가진 점유가 사망 후에도 여전히 계속되는 경우 피해자인 사자의 점유를 인정할 수 있다고 하였다.¹²⁾ 즉 판례가 사자의 점유를 인정하고 있는 범위는 사망 직후, 범행현장에 국한한다고 볼 수 있다. 학계에서는 사자의 점유를 인정하는 견해와 부정하는 견해로 나뉜다.¹³⁾ 물론 인정하는 견해도 판례와 마찬가지로 생전 점유가 사후 일정 시간 계속되는 것으로 보는 견해가 많다.¹⁴⁾ 사자의 점유를 부정하는 견해는 사자는 점유의사를 가질 수 없으며, 사망 이후의 시간 길이에 따라 사자의 점유를 인정하는 것은 타당하지 않다는 것이다.¹⁵⁾ 물론 사자의 점유를 인정한다 하더라도, 대상판결의 사안처럼, 갑의 사망이후 3일이 지나도 사자의 생전 점유가 계속된다고 볼 수는 없다고 하겠다.¹⁶⁾

(3) 다음으로 형사상으로도 점유가 상속되어 이 사건 가방에 대해 상속인들인 을, 병의 점유를 인정할 수 있는지가 문제된다. 우선 피고인이 사실혼 배우자이므로 이 사건 아파트에 대한 소유권은 갑의 사망과 동시에 을, 병 피해자들만이 상속받는다. 다만 형법상 점유개념이 반드시 민법상 개념과 같을 필요는 없으며, 민법상 점유와 달리 자동적으로 상속되지 않는다고 보아, 사실혼관계에 있던 피고인에게 사자의 재물에 대한 보관자, 즉 사실상 점유자를 인정할 수 있겠다. 을과 병은 피고인과 함께 이 사건 아파트에 거주한 것이 아니므로 이 사건 가방에 대해 사실상 지배하고 있다고 인정하기는 어렵다.

3. ‘절도죄에서 불법영득의사’의 의미

[대상판결 1] 대법원 2012. 7. 12. 선고 2012도1132 판결

- [1] 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사란 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 이용·처분할 의사를 말하고, 영구적으로 물건의 경제적 이익을 보유할 의사는 요하지 않으며, 일시 사용의 목적으로 타인의 점유를 침탈한 경우에도 사용으로 인하여 물건 자체가 가지는 경제적 가치가 상당한 정도로 소모되거나 또는 상당한 장시간 점유하고 있거나 본래의 장소와 다른 곳에 유기하는 경우에는 이를 일시 사용하는 경우라고는 볼 수 없으므로 영득의 의사가 없다고 할 수 없다.
- [2] 피고인이 갑의 영업점 내에 있는 갑 소유의 휴대전화를 허락 없이 가지고 나와 이를 이용하여 통화를 하고 문자메시지를 주고받은 다음 약 1~2시간 후 갑에게 아무런 말을 하지 않고 위 영업점 정문 옆 화분에 놓아두고 갑으로써 이를 절취하였다는 내용으로

12) 대법원 1993. 9. 28. 선고 93도2143판결. 술값 채무를 면탈할 목적으로 술집 주인을 살해하고 곧바로 피해자가 소지하던 현금을 탈취한 경우 강도살인죄를 인정한 판결도 있다 (대법원 1999. 3. 9. 선고 99도242 판결).

13) 김성룡, "형법에서 사자의 점유", 「형사판례연구」 제21호(2013), 219면.

14) 사자의 점유에 대한 국내·외의 논의내용은 김성룡, 앞의 논문, 206면 이하 참조.

15) 손동권, 앞의 논문, 223면.

16) 사자의 점유에 대한 국내의 논의는 처음부터 탈취(강취)의사로 살해 후 재물을 영득한 경우와 살해 후 영득의 의사 생겨 사자의 재물을 영득한 경우 및 제3자가 영득한 경우로 나누어 검토한다(김성룡, 앞의 논문, 214면).

기소된 사안에서, 피고인이 갑의 휴대전화를 자신의 소유물과 같이 경제적 용법에 따라 이용하다가 본래의 장소와 다른 곳에 유기한 것이므로 피고인에게 불법영득의사가 있었다고 할 것인데도, 이와 달리 보아 무죄를 선고한 원심판결에 절도죄의 불법영득의사에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

[대상판결 2] 대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도14139 판결

형법상 절취란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말한다. 그리고 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사란 타인의 물건을 그 권리자를 배제하고 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용·처분하고자 하는 의사를 말하는 것으로서, 단순히 타인의 점유만을 침해하였다고 하여 그로써 곧 절도죄가 성립하는 것은 아니나, 재물의 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사가 있으면 되고 반드시 영구적으로 보유할 의사가 필요한 것은 아니며, 그것이 물건 자체를 영득할 의사인지 물건의 가치만을 영득할 의사인지를 불문한다. 따라서 어떠한 물건을 점유자의 의사에 반하여 취거하는 행위가 결과적으로 소유자의 이익으로 된다는 사정 또는 소유자의 추정적 승낙이 있다고 볼 만한 사정이 있다고 하더라도, 다른 특별한 사정이 없는 한 그러한 사유만으로 불법영득의 의사가 없다고 할 수는 없다.

가. (1) 대상판결 1의 사안에 대해, 원심은 이 사건 휴대전화 자체가 가지는 경제적 가치가 상당한 정도로 소모되었다고는 볼 수 없고, 피고인이 이 사건 휴대전화를 가지고 간 후 불과 약 2시간 만에 피해자 갑에게 반환되도록 하였으므로, 피고인에게 불법영득의 의사가 있었다고 볼 수 없다고 판단, 무죄를 선고하였다.¹⁷⁾ 그에 반해 대법원은 피고인이 이 사건 휴대전화를 자신의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용하다가 본래의 장소와 다른 곳에 유기한 것이나 마찬가지로 피고인에게 불법영득의사를 인정, 원심판결을 파기 환송하였다.

(2) 대상판결 2의 사실관계를 살펴보면, 피고인이 승용차를 리스하여 운행하던 중 사채업자에게 돈을 빌리고 그 승용차를 인도한 후 피고인이 차용금을 변제하지 못하자 사채업자가 승용차를 피해자에게 매도하였는데, 피고인이 승용차를 회수하기 위해 피해자와 만나기로 약속한 다음 보조열쇠를 이용하여 약속장소에 주차되어 있는 승용차를 임의로 가져갔다는 내용으로 기소된 사안이다.¹⁸⁾

이에 대해 원심은 피고인이 소유자에게 위 승용차를 반납하고자 하는 의도에서 승용차를 가져간 것으로 보이고 이것이 소유자의 의사에 반한다고 볼 수 없고 실제로 그 승용차가 소유자인 H 캐피탈에 반납되었으므로 피고인의 행위는 절취행위로 볼 수 없다고 하였다.¹⁹⁾ 그러나 대법원은 피고인이 어떠한 물건을 점유자의 의사에 반하여 취거하는 행위가 결과적으로 소유자의 이익으로 된다는 사정 또는 소유자의 추정적 승낙이 있다고 볼 만한 사정이 있는 경우라도 불법영득의사는 인정될 수 있다고 하여,²⁰⁾ 원심판결을 파기 환송하였다.

17) 수원지법 2013. 10. 24. 선고 2013노2656 판결.

18) 김태명, 「판례 형법각론」 제2판, 피앤씨미디어, 2016, 273면에서 재인용.

19) 수원지법 2013.10.24. 선고 2013노2656 판결.

20) 대상판결 2.

나. (1) 불법영득의사의 의미에 대해서는 판결마다 약간의 차이가 있다. 즉 대상판결1에서 판례는 불법영득의사를 단순히 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 이용·처분할 의사를 의미한다고 하였는데,²¹⁾ 대상판결 2에서는 타인의 물건을 그 권리자를 배제하고 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용·처분하고자 하는 의사를 의미한다고 하였다.²²⁾ 그러나 대상판결1과 2에서 모두 불법영득의사는 영구적으로 그 물건의 ‘경제적 이익’을 보유할 의사임은 요하지 않는다고, ²³⁾ 불법영득의사가 물건 그 자체를 영득할 의사인지 물건의 가치만을 영득할 의사인지를 불문한다고 하였다.²⁴⁾ 여기서 불법영득의사의 의미와 관련하여, ‘경제적 용법에 따라’라는 표현이 필요한 것인지, 영득의사의 대상이 물건이나 목적물 그 자체가 아닌, 물건의 경제적 가치도 대상이 되는지, 그리고 일시 사용과 불법영득의사의 구별 여부 등이 문제된다고 하겠다.

(2) 대법원이 물건 자체를 영득할 의사인지 물건, 목적물의 가치만을 영득할 의사인지는 상관없이 불법영득의사를 인정하므로, 물건을 장시간 점유하거나 사용하는 경우,²⁵⁾ 사용 후 그 물건을 다른 곳에 유기하는 경우,²⁶⁾ 혹은 타인의 예금통장을 절취, 예금을 인출한 후 그 통장을 되돌려준 경우처럼 물건 자체가 가지는 경제적 가치가 상실되었다면 불법영득의사를 인정하여 사용절도와 구별하였다.²⁷⁾

(3) 그러나 재물 자체가 아닌 재물의 경제적 가치가 상실되었을 때도 불법영득의사를 인정하는 것은 불법이득의사와의 구별을 어렵고, 그 구체적인 판단기준도 분명하지 않다.²⁸⁾ 그리고 대상판결1의 사안처럼 한 두 시간 사용 후 휴대점 입구에 두고 간 경우도 불법영득의사를 인정하거나, 대상판결2의 사안처럼 피고인이 승용차 소유자인 H캐피탈을 배제할 의사가 없고 오히려 소유자의 지위를 회복시켜주려는 의사가 있는 경우에도 피고인에게 불법영득의사를 인정하는 것은 불법영득의사에 대한 판례의 태도와 맞지 않는다고 할 수 있다.²⁹⁾ 물론 불법영득의사를 재산범죄에서 인정하는 판례나 다수설에 대해 불법영득의사가 명문으로 규정되어 있지 않은 우리 형법에서는 고의 외에 별도로 불법영득의사의 개념이 불필요하다는 견해도 있다.³⁰⁾

21) 대상판결 1.

22) 대상판결 1. 대법원 2003. 1. 24. 선고 2001도991 판결; 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000도2123 판결.

23) 대상판결 1.

24) 대상판결 2. 대법원 1998. 11. 10. 선고 98도2642 판결; 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010도11771 판결 등 참조.

25) 대법원 2011. 8. 18. 선고 2010도9570 판결.

26) 대법원 2002.9.6. 선고 2002도3465 판결.

27) 대법원 1998.11.10. 선고 98도2642 판결. 타인의 직불카드를 무단 사용하여 자신의 예금계좌로 돈을 이체시킨 후 곧 직불카드를 반환한 경우에는 그 직불카드에 대한 불법영득의사는 없다고 보았다 (대법원 2006.3.9. 선고 2005도7819판결).

28) 박찬걸, “절도죄에서의 불법영득의사”, 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회(2016), 227면.

29) 오영근(c), “2014년도 형법판례 회고”, 「형사판례연구」 제23권(2015), 747면.

30) 오영근(c), 앞의 논문, 748면.

Ⅲ. 강도죄에 관한 중요 판례

1. 준강도의 주체

[대상판결] 대법원 2014. 5. 16. 선고 2014도2521 판결

- [1] 형법 제335조는 ‘절도’가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸한 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 준강도가 성립한다고 규정하고 있으므로, 준강도죄의 주체는 절도범인이고, 절도죄의 객체는 재물이다.
- [2] 피고인이 술집 운영자 갑으로부터 술값의 지급을 요구받자 갑을 유인·폭행하고 도주함으로써 술값의 지급을 면하여 재산상 이익을 취득하고 상해를 가하였다고 하여 강도상해죄로 기소되었는데, 원심이 위 공소사실을 ‘피고인이 갑에게 지급해야 할 술값의 지급을 면하여 재산상 이익을 취득하고 갑을 폭행하였다’는 범죄사실로 인정하여 준강도죄를 적용한 사안에서, 원심이 인정한 범죄사실에는 그 자체로 절도의 실행에 착수하였다는 내용이 포함되어 있지 않음에도 준강도죄를 적용하여 유죄로 인정한 원심판결에 준강도죄의 주체에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

가. 대상판결의 사안에 대해, 원심은 피해자가 입은 상해는 강도상해죄에서의 상해에 해당하지 않는다고 보아 강도상해죄를 무죄로 판단하면서, 공소장의 내용을 ‘피고인은 피해자에게 지급해야 할 술값 26만 원의 지급을 면하여 같은 금액 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자를 폭행하였다’로 변경, 준강도죄를 적용하였다.³¹⁾ 한편 대법원은 원심이 인정한 범죄사실에 절도의 실행에 착수하였다는 내용이 포함되어 있지 않음에도 준강도죄를 적용한 것은 잘못이라고 하여 원심판결을 파기 환송하였다.

나. 먼저 대상판결의 피고인이 준강도죄의 주체인가 하는 점이 문제된다. 준강도죄의 주체는 절도범이고,³²⁾ 절도죄는 재물을 객체로 하므로, 술값 지급을 면하여 재산상 이익을 취하고자 피해자를 폭행하였다면, 이는 형법 제335조의 준강도의 규정에 맞지 않는다. 오히려 이 사안은 강도죄의 기·미수 여부가 문제된다고 할 수 있다. 즉 채무면제라는 (소극적) 재산상 이익을 얻고자 반항을 억압하기에 충분한 폭행, 협박을 하였다면 강도죄 성립이, 상해의 정도가 경미하다면 강도상해죄가 아닌 강도죄로 처벌하는 것이 옳다고 하겠다.³³⁾

2. 강도상해죄의 ‘강도의 기회에’ 의미

[대상판결] 대법원 2014. 9. 26. 선고 2014도9567 판결

형법 제337조의 강도상해죄는 강도범인이 강도의 기회에 상해행위를 함으로써 성립하므로 강도범행의 실행 중이거나 실행 직후 또는 실행의 범의를 포기한 직후로서 사회통념상 범죄행위가

31) 서울고법 2014. 2. 7. 선고 2013노3133 판결.

32) 대법원 2003.10.24. 선고 2003도4417 판결.

33) 이 사안의 경우 항소심이 준강도를 인정하는 것은 피고인이 강도누범에 해당될 수 있어 특강법에 의해 형기가 지나치게 가중될 수 있는 점에 기인하였다고 하였다 (오영근(c), 앞의 논문, 752면).

완료되지 아니하였다고 볼 수 있는 단계에서 상해가 행하여짐을 요건으로 한다. 그러나 반드시 강도범행의 수단으로 한 폭행에 의하여 상해를 입힐 것을 요하는 것은 아니고 상해행위가 강도가 기수에 이르기 전에 행하여져야만 하는 것은 아니므로, 강도범행 이후에도 피해자를 계속 끌고 다니거나 차량에 태우고 함께 이동하는 등으로 강도범행으로 인한 피해자의 심리적 저항불능 상태가 해소되지 않은 상태에서 강도범인의 상해행위가 있었다면 강취행위와 상해행위 사이에 다소의 시간적·공간적 간격이 있었다는 것만으로는 강도상해죄의 성립에 영향이 없다.

가. 대상판결의 사안³⁴⁾에 대해, 원심은 강도상해죄를 인정하였는데,³⁵⁾ 대법원도 피고인이 피해자로부터 강취한 택시에 피해자를 태우고 돌아다니는 동안 피해자는 피고인의 강도범행에 의하여 계속 제압된 상태에 있었다고 할 것이므로, 피고인이 그로부터 도망하려는 피해자에게 상해를 가한 경우 사회통념상 강도범행이 완료되지 아니한 상태에서 ‘강도의 기회’에 상해행위를 저지른 것으로 강도상해죄를 인정하였다.

나. 강도상해죄의 상해는 ‘강도의 기회’에 발생하여야 한다. 강도의 기회는 강도범행의 실행 중이거나 실행 직후 또는 실행의 범의를 포기한 직후로서 사회통념상 범죄행위가 완료되지 않았다고 볼 수 있는 단계를 말한다.³⁶⁾ 사회통념상 범죄행위가 완료되지 않았다는 것은 대상판결처럼 피해자가 아직 피고인의 심리적 억압상태 하에 있는 경우도 해당한다고 볼 수 있다.³⁷⁾

참고로 강도상해·치상죄와 관련하여서는, 강도죄나 특수강도죄의 형량이 각각 3년 이상의 징역, 무기 또는 5년 이상의 징역이고, 강도죄가 필연적으로 신체 상해를 동반하거나 동반할 개연성이 있으므로 강도상해나 치상죄를 별도로 규정할 필요가 있는지 입법론상 재검토할 필요가 있다는 견해가 있다.³⁸⁾

IV. 사기죄에 관한 중요 판례

1. 자동차 양도 후 절취할 의사와 기망행위

[대상판결] 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015도17452 판결

피고인 등이 피해자 갑 등에게 자동차를 매도하겠다고 거짓말하고 자동차를 양도하면서 매매

34) 피고인은 2014. 1. 28. 05:41경 피해자가 운행 중이던 택시에 승객인 양 탑승한 후, 같은 날 06:40경 미리 준비한 흉기인 회칼을 보여주면서 위협한 뒤 청색 테이프로 피해자의 손과 발을 묶었다. 이후 피고인은 위 택시를 운전하여 가다가 같은 날 06:54경 위 택시를 세워 피해자를 집안에 옮겨 태우고 미리 준비한 노끈으로 목과 팔 등을 묶은 다음, 피해자의 주머니 속 지갑에 들어 있는 피해자 소유의 현금과 신용카드 2장을 빼앗았고, 같은 날 09:07경부터 09:10경까지 새마을금고에서 피해자로부터 강취한 신용카드로 현금을 인출하였다. 같은 날 09:43경 피해자가 결박을 풀고 달아나자 피고인은 흉기인 위 회칼을 들고 쫓아가 피해자의 어깨를 잡아당겨 넘어뜨리고, 피해자가 피고인이 손에 쥐고 있는 위 회칼의 칼날 부분을 잡아 회칼을 위쪽으로 잡아당겨 피해자에게 상해를 가하였다 (서울고법 2014. 7. 9. 선고 2014노87 판결).

35) 서울고법 2014. 7. 9. 선고 2014노87 판결.

36) 대법원 1996. 7. 12. 선고 96도1108 판결; 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도1098 판결.

37) 또한 같은 취지의 판결로 1992. 1. 21. 선고 91도2727 판결.

38) 오영근(c), 앞의 논문, 750면.

대금을 편취한 다음, 자동차에 미리 부착해 놓은 지피에스(GPS)로 위치를 추적하여 자동차를 절취하였다고 하여 사기 및 특수절도로 기소된 사안에서, 피고인이 갑 등에게 자동차를 인도하고 소유권이전등장에 필요한 일체의 서류를 교부함으로써 갑 등이 언제든지 자동차의 소유권이전등장을 마칠 수 있게 된 이상, 피고인이 자동차를 양도한 후 다시 절취할 의사를 가지고 있었다더라도 자동차의 소유권을 이전하여 줄 의사가 없었다고 볼 수 없고, 피고인이 자동차를 매도할 당시 곧바로 다시 절취할 의사를 가지고 있으면서도 이를 숨긴 것을 기망이라고 할 수 없어, 결국 피고인이 자동차를 매도할 당시 기망행위가 없었으므로, 피고인에게 사기죄를 인정한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

가. 대상판결의 사안에 대해, 대법원은 피고인이 갑 등에게 승용차를 인도하고 소유권이전등장에 필요한 일체의 서류를 교부함으로써 갑 등이 언제든지 승용차의 소유권이전등장을 마칠 수 있게 된 이상, 갑 등에게 일단 승용차의 소유권을 이전할 의사가 있었다고 보는 것이 거래 관념에 맞으며, 승용차를 매도할 당시 곧바로 다시 절취할 의사를 가지고 있으면서도 이를 숨긴 것을 기망이라고 할 수도 없다고 보아 사기죄를 인정한 원심판결을³⁹⁾ 파기환송하였다.

나. (1) 대상판결의 쟁점은 자동차를 매도한 이후 다시 절취할 의사를 가지고 있으면서도 이를 숨긴 행위가 사기죄의 기망행위에 해당하는가 하는 점이다. 사기죄의 기망행위는 널리 거래 관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위로서 사람들을 착오에 빠뜨리는 일체의 행위라고 본다.⁴⁰⁾ 기망행위는 구체적으로 증명할 수 있는 현재와 과거의 사실을 그 대상으로 하며, 피기망자인 상대방이 재산처분행위를 하도록 그 판단의 기초가 되는 ‘사실’이라고 할 수 있다. 그리고 기망행위는 명시적, 묵시적, 부작위에 의해 가능한데, 그 중 묵시적 기망행위는 허위의 주장을 행동을 통해 설명하는 경우, 즉 행위자의 행위가 어떤 설명가치를 가지는 경우이다.⁴¹⁾ 대법원은 백화점 변칙세일,⁴²⁾ 원산지 허위표시,⁴³⁾ 또는 용도사기⁴⁴⁾ 등에서 거래의 신의칙에 반하는 정도의 기망인가를 판단하는데, 그 구체적 기준이 제시되고 있지 않다는 비판도 있다.⁴⁵⁾

(2) 그러나 피고인이 자동차를 매도할 당시 곧바로 다시 절취할 의사를 숨겼다 하더라도 자동차 인도에 필요한 서류도 함께 교부하였다면 피해자가 자동차 매도사실과 관련하여 기망 당하였거나 그로 인한 피해자의 착오가 있다고 보기 어렵다. 그리고 나중에 다시 자동차를 절취하겠다는 ‘의사’를 숨긴 것이 구체적으로 어떤 ‘사실’을 이야기하거나(명시적 기망), 행동으로 보여주어(묵시적) 피해자를 기망한 것이라고 보기도 어렵다. 따라서 사기죄를 인정하지 않는 것이 옳다고 하겠다.

참고로 대상판결의 사안에서 피고인이 자동차 소유자의 승낙을 받고 위 승용차를 팔기로 하

39) 인천지법 2015. 10. 16. 선고 2015노1180 판결.

40) 안경옥(a), “사기죄의 기망행위”, 『형사판례연구』 제5권(1997), 242면; 김일수/서보학, 『형법각론』 제8판, 박영사, 339면; 박상기, 『형법학』 제3판, 집현재, 2016, 636면; 이재상/장영민/강동범, 『형법각론』 제10판, 박영사, 2016년, 331면; 정영일, 『형법강의 각론』, 학림, 2013, 213면.

41) 김일수/서보학, 『형법각론』 제8판, 박영사, 342면; 김성돈, 『형법각론』 제4판, SKKUP, 2016, 344면; 이재상/장영민/강동범, 『형법각론』 제10판, 박영사, 2016년, 333면; 정영일, 『형법강의 각론』, 학림, 2013, 213면.

42) 대법원 1992. 9. 14. 선고 91도2994판결.

43) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97도1561 판결.

44) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95도707 판결.

45) 이정원, “사기죄와 재산상 손해”, 『형법판례 150선』, 한국형사판례연구회(2016), 252면.

였고, 피해자 갑 등에게 아직 자동차의 소유권이 이전되었다고 보기 어려워 절도죄가 아닌 권리행사방해죄가, 소유자에게는 그 공동정범이 성립한다는 견해도 있다.⁴⁶⁾

2. 재산처분행위의 의미와 요건

[대상판결] 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도4773 판결

(...) 타인에게 사업자등록 명의를 대여한 경우 그 명의대여자는 상법 제24조에 의해 자기를 영업주로 오인하여 거래한 제3자에 대하여 그 타인과 연대하여 변제할 책임을 지기는 하나, 이러한 명의대여자의 책임은 명의자를 사업주로 오인하여 거래한 제3자를 보호하기 위한 것으로 거래 상대방이 명의대여 사실을 알지 못하였고 알지 못한 데 대하여 중대한 과실이 없는 경우에 명의를 차용한 자와 연대하여 변제할 책임을 지는 법정책임인 것이지, 명의대여자가 거래 상대방에게 채무부담을 하기로 하는 내용의 법률행위 등 처분행위에 기한 책임은 아니다. 그리고 명의대여자가 상법 제24조에 의한 명의대여자 책임을 부담한다고 하더라도 명의차용자와 연대하여 변제할 책임이 있는 것일 뿐, 명의차용자가 거래 상대방에 대하여 그 거래로 인한 채무를 면하게 되는 것은 아니다.

앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 다른 특별한 사정이 없는 한 피해자가 피고인에게 사업자등록 명의를 대여한 행위 자체를 사기죄의 재산적 처분행위로 볼 수는 없다. 뿐만 아니라, 피해자의 명의대여 행위로 인하여 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같은 임대보증금반환채무, 주차부스 구매대금채무, 각종 세금 및 고용·산재보험료채무 등을 면하게 되는 것도 아니라고 할 것이다. 결국 피해자가 피고인에게 사업자등록 명의를 대여하였다는 것만으로 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같은 채무를 면하는 재산상 이익을 취득하는 피해자의 재산적 처분행위가 있었다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

가. 대상판결은 피고인이 피해자 갑에게 사업자등록 명의를 빌려주면 세금이나 채무는 모두 자신이 변제하겠다고 속여 그로부터 명의를 대여 받아 호텔을 운영하면서 갑으로 하여금 호텔에 관한 각종 세금 및 채무 등을 부담하게 함으로써 재산상 이익을 편취하였다는 내용으로 기소된 사안이다.

원심은 이 사건 피해자의 처분행위는 장차 피고인으로 하여금 재산상의 채무부담을 면하게 해주는 피해자의 명의대여 행위라고 보아⁴⁷⁾ 그러나 대법원은 다른 특별한 사정이 없는 한 갑이 피고인에게 사업자등록 명의를 대여하였다는 것만으로 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같은 채무를 면하는 재산상 이익을 취득하는 피해자의 재산적 처분행위가 있다고 보기 어려워, 원심판결을 파기환송 하였다.

나. (1) 판례에 따르면 사기죄의 재산 처분행위는 피기망자가 범인 등에게 재물을 교부하거나 재산상의 이익을 부여하는 행위로, 피기망자가 처분의사를 가지고 그 의사에 지배된 행위여야 한다.⁴⁸⁾

46) 오영근(e), "2016년도 형법판례 회고", 「2017년 1월 9일 한국형사판례연구회」 제1차 발표논문, 9면.

47) 서울중앙지법 2012. 4. 5. 선고 2011노4194, 2011초기4802 판결.

(2) 학계에서는 처분행위의 요소로 처분의사가 필요한지 여부와 그 내용이 무엇인지에 대해 견해의 대립이 있다.⁴⁹⁾ 먼저 처분의사 불요설은 처분행위는 객관적으로 손해를 초래할 수 있는 행위이면 족하고 거기에 처분의사는 필요하지 않다고 한다. 처분의사 필요설은 손실을 가져오는 처분행위로 인정되기 위해서는 자기 재산에 대한 결정의사가 필요하며, 주관적 의사가 없는 행위는 행위라고 보기 어렵다는 점을 들어 처분의사가 필요하다는 입장이다.⁵⁰⁾ 판례는 처분행위는 처분의사, 즉 처분결과를 인식하고 객관적으로는 이러한 의사에 지배된 행위임을 요한다고 하여 필요설의 입장이라고 할 수 있다.⁵¹⁾

다음으로 처분의사의 내용과 관련하여서는, 처분의사는 처분결과에 대해 인식이 필요하다는 견해와 처분행위에 대한 인식만 있으면 처분의사를 인정할 수 있다는 견해 등으로 나뉜다. 처분의사는 처분행위를 하는 상황을 인식하면서 객관적으로 손실을 초래하는 경우 그 인식가능성만 있으면 충분하다고 하겠다.⁵²⁾

대상판결의 사안에서는 피해자가 자신의 사업자 명의를 피고인에게 대여하였다고 하여 자신에게 재산 감소를 가져올 수 있는 상황이나 그 가능성을 인식하였다고 보기 어렵다. 따라서 피해자의 행위는 재산처분행위에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.

3. 차용사기와 소극적 이익

[대상판결] 대법원 2012. 4. 13. 선고 2012도1101 판결

- [1] 사기죄에서 ‘재산상의 이익’이란 채권을 취득하거나 담보를 제공받는 등의 적극적 이익뿐만 아니라 채무를 면제받는 등의 소극적 이익까지 포함하며, 채무자의 기망행위로 인하여 채권자가 채무를 확정적으로 소멸 내지 면제시키는 특약 등 처분행위를 한 경우에는 채무의 면제라고 하는 재산상 이익에 관한 사기죄가 성립하고, 후에 재산적 처분행위가 사기를 이유로 민법에 따라 취소될 수 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.
- [2] 피고인이 피해자들을 기망하여 부동산을 매도하면서 매매대금 중 일부를 피해자들의 피고인에 대한 기존 채권과 상계하는 방법으로 지급받아 채무 소멸의 재산상 이익을 취득하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인이 상계에 의하여 기존 채무가 소멸되는 재산상 이익을 취득하였다고 보아 사기죄를 인정한 원심판단을 정당하다고 한 사례.

가. 대상판결의 사안⁵³⁾에 대해, 원심은 갑이 피고인 등의 말을 믿고서 별다른 담보를 확보하

48) 대법원 1999. 7. 9. 선고 99도1326 판결; 대법원 2001. 4. 27. 선고 99도484 판결; 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도2620 판결; 대법원 2002. 11. 22. 선고 2000도4419 판결; 대법원 2007. 3. 30. 선고 2005도5972 판결; 대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도769 판결.

49) 김재봉, “사기죄와 처분의사”, 『형법판례 150선』, 한국형사판례연구회(2016), 254면 이하 참조.

50) 상세한 내용은 김재봉, 앞의 논문, 255면 참조.

51) 대법원 1999. 7. 9. 선고 99도1326 판결.

52) 김재봉, 앞의 논문, 255면.

53) 피고인은 갑으로부터 빌린 돈을 을에 대한 기존 채무의 변제에 사용할 생각이었을 뿐 사업자금으로 사용할 것은 아니었고 자력이 없어 갑으로부터 돈을 빌리더라도 이를 변제할 의사나 능력이 없었음에도 을과 공모하여, 갑에게 파주에서 부동산 사업을 위한 공사비가 필요한데 파주시 검산동 소재 토지에 대한 가압류 관련 채권이 있고 파주시 동패리 소재 토지에 대한 수용보상금 중 30%를 받을 수 있으니 5억 원을 빌려주면 2개월 후에 합

지 않고 돈을 빌려 주었는데, 차용 당시의 피고인의 자력 등에 비추어, 피고인이 위와 같이 5억 원을 차용할 당시에 그로부터 불과 2개월 후까지 피해자에게 차용원리금 합계 6억 원을 변제할 의사나 능력이 없었음을 충분히 인정할 수 있다는 이유로 이를 사기죄로 판단하였다. 그리고 다른 피해자들에 대해서도 피고인이 부동산을 매매하면서 매매대금 중 일부를 피고인에 대한 채권과 상계하는 방법으로 재산상 이익을 얻었다고 하여 사기죄를 인정하였다.⁵⁴⁾ 대법원도 원심과 같은 취지에서 위 공소사실부분에 대해 사기죄를 인정하였다.

나. (1) 대상판결의 쟁점은 변제할 의사나 능력이 없음에도 불구하고 금전을 차용하면서 그 용도를 사실대로 고지하지 않은 경우 기망행위를 인정할 수 있는지 여부와 상계에 의하여 기존 채무가 소멸되는 소극적 이익도 재산상 이익을 취득하였다고 볼 수 있는가 하는 점이다.

(2) 대법원은 타인으로부터 금전을 차용하는 경우에 그 차용한 금전의 용도나 변제할 자금의 마련방법에 관하여 사실대로 고지하였더라면 상대방이 응하지 않았을 경우에 그 용도나 변제자금의 마련방법에 관하여 진실에 반하는 사실을 고지하여 금전을 교부받은 경우에는 사기죄가 성립한다고 하였다.⁵⁵⁾

학계에서는 차용금의 용도에 대해 기망하는 것-소위 용도사기-이 사기죄의 기망이나 착오에 해당하는가에 대해서는 견해의 대립이 있으나,⁵⁶⁾ 사기죄의 기망행위는 거래의 신의칙에 반하는 기망행위여야 하며, 금전차용의 경우는 행위자가 차용금의 용도에 대해 기망했는가 하는 점보다는 차용금을 변제할 의사나 능력을 기망했는가 하는 점에 더 중점을 두어야 한다.⁵⁷⁾ 그것은 차용금의 용도에 대해 사실대로 고지하지 않았다 하더라도 변제의사나 능력이 있다면 사기죄의 고의를 인정하기 어렵고, 피해자도 금전을 빌려준다는 데에 대한 착오가 있다고 보기 어렵기 때문이다.⁵⁸⁾

(3) 다음으로 재산의 개념을 법률적 개념이 아닌 경제적 관점에서 판단한다면 채무를 면제하는 등의 소극적 이익도 재산상 이익에 포함될 수 있으므로, 피해자를 기망하여 부동산을 매도하면서 매매대금 중 일부를 피해자의 기존 채권과 상계하는 방법으로 지급받아 재산상 이익을 취득하였다면 사기죄가 성립한다.⁵⁹⁾

4. 경제적 이익을 기대할 수 있는 지위와 재산상 이익, 기수시기

[대상판결 1] 대법원 2012. 9. 27. 선고 2011도282 판결

[1] 경제적 이익을 기대할 수 있는 자금운용의 권한 내지 지위의 획득도 그 자체로 경제적 가치가 있는 것으로 평가할 수 있다면 사기죄의 객체인 재산상의 이익에 포함된다.

계 6억 원을 변제하겠다고 거짓말하여 그로부터 5억 원을 편취하였다는 공소사실로 기소되었다 (서울고법 2012. 1. 5. 선고 2010노3505, 2011노2004, 3208 판결).

54) 서울고법 2012. 1. 5. 선고 2010노3505, 2011노2004, 3208 판결.

55) 대법원 2005. 9. 15. 선고 2003도5382 판결 등 참조.

56) 안경옥(a), “사기죄의 기망행위”, 『형사판례연구』 제5권(1997), 202~205면; 김일수/서보학, 『형법각론』 제7판, 박영사(2009), 420~421면.

57) 오영근(a), “2012년도 형법판례 회고”, 『형사판례연구』 제21권(2013), 662면.

58) 오영근(a), 앞의 논문, 662면.

59) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도10971 판결.

[2] 피고인이 자신이 개발한 주식운용프로그램을 이용하면 상당한 수익을 낼 수 있고 만일 손해가 발생하더라도 원금과 은행 정기예금 이자 상당의 반환은 보장하겠다는 취지로 피해자 갑을 기망하여 갑의 자금이 예치된 갑 명의 주식계좌에 대한 사용권한을 부여받아 재산상 이익을 취득하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 주식운용에 따른 수익금이 발생할 경우 피고인이 그 중 1/2에 해당하는 돈을 매달 지급받기로 약정한 점 등 제반 사정을 종합하면, 피고인은 장래의 수익 발생을 조건으로 한 수익분배청구권을 취득하였을 뿐 아니라 그러한 경제적 이익을 기대할 수 있는 자금운용의 권한과 지위를 획득하였고, 이는 주식거래의 특성 등에 비추어 충분히 경제적 가치가 있다고 평가할 수 있으므로 갑을 기망하여 그러한 권한과 지위를 획득한 것 자체를 사기죄의 객체인 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수 있다는 이유로, 피고인에게 사기죄를 인정한 원심판단의 결론을 정당하다고 한 사례.

[대상판결 2] 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011도7229 판결

갑 주식회사의 실질적 운영자인 피고인 등이 공모하여, 회사에 대한 고의 부도 준비 사실을 숨긴 채 갑 회사 명의로 대한주택보증 주식회사(이하 ‘대한주택보증’이라고 한다)와 임대보증금 보증약정을 체결하여 재산상 이익을 취득하였다고 하여 구 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2012. 2. 10. 법률 제11304호로 개정되기 전의 것) 위반(사기)으로 기소된 사안에서, 대한주택보증의 임대보증금 보증서 발급이 피고인 등의 기망행위에 의하여 이루어졌다면 그로써 사기죄는 성립하고, 피고인 등이 취득한 재산상 이익은 대한주택보증이 보증한 임대보증금 상당액이며, 임대주택법에 따라 민간건설 공공임대주택 임대사업자의 임대보증금 보증 가입이 강제된다 하여 달리 볼 것이 아닌데도, 이와 달리 보아 사기죄가 성립하지 않는다고 한 원심판결에 사기죄의 기수 시기와 재산상 이익액의 산정에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

가. (1) 대상판결 1의 사안에 대해, 대법원은 피고인이 피해자를 기망하여 장래의 수익 발생을 조건으로 한 수익분배청구권을 취득하였을 뿐 아니라 그러한 경제적 이익을 기대할 수 있는 자금운용의 권한과 지위를 획득한 것은 주식거래의 특성상 사기죄의 객체인 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수 있다고 하여 원심판결⁶⁰⁾이 정당하다고 하였다.

(2) 대상판결 2의 사안에 대해, 원심은 피고인 등이 대한주택보증을 기망하여 이 사건 보증약정을 체결하였더라도 사기범행의 실행에 착수하였거나 재산상 이익으로 평가할 만한 보증이익을 취득하였다고 볼 수 없다는 등의 이유로 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)죄가 성립하지 않는다고 판단하였다.⁶¹⁾ 반면에 대법원은 대한주택보증의 임대보증금 보증서 발급이 피고인 등의 기망행위에 의하여 이루어졌다면, 그로써 곧 사기죄는 성립하는 것이고, 이로 인하여 피고인 등이 취득한 재산상 이익은 대한주택보증이 보증한 임대보증금 상당액이라고 보았다.⁶²⁾

60) 서울고법 2010. 12. 29. 선고 2010노1930 판결.

61) 대전고법 2011. 5. 19. 선고 (청주)2010노221 판결.

나. (1) 대상판결 1, 2는 사기죄의 객체인 재산상 이득과 관련하여, 재산상 이익을 얻을 수 있는 권한이나 지위를 획득한 것이 재산상 이익이나 이득을 취득한 것으로 볼 수 있는가 하는 점이 문제된다. 대법원은 일관되게 재산상 이익을 얻을 지위나 권한을 획득한 것 자체가 이미 재산상 이익이라고 판단하였다.⁶³⁾ 더 나아가 대법원은 재산상 이익을 얻을 수 있는 구체적 지위나 권한이 아닌, 재산상 이익을 얻을 ‘외견상의’ 가능성만으로 재산상 이익을 인정한 판례들도 있다. 한 예로 강도죄 관련 판례⁶⁴⁾에서 대법원은 ‘재산상 이익은 반드시 사법상 유효한 재산상의 이득만을 의미하지는 않고 외견상 재산이득을 얻을 것으로 인정할 수 있는 사실관계만 있으면 된다’고 하였다.⁶⁵⁾ 그리고 사기죄에서도 재산상 이익은 외관상 금액을 지급받을 수 있는 가능성으로 충분하다고 하였다.⁶⁶⁾

(2) 그러나 재산상 이익이나 이득의 개념에 장차 이익을 얻을 수 있는 가능성이나 외견상의 가능성을 모두 포함한다면 관련 범죄의 성립 범위가 모호하거나 자의적일 수 밖에 없다.⁶⁷⁾ 그러므로 재산상 이익을 얻을 가능성은 단순히 막연한 외견상의 가능성이나 개연성이 아니라, 상황이 정상적으로 진행될 경우 재산증가가 확실히 기대되는 정도 구체적인 가능성이나 그러한 지위 또는 법적 권한으로 해석하는 것이 옳다고 하겠다.⁶⁸⁾

5. 소송사기의 실행의 착수 및 재산처분행위

[대상판결 1] 대법원 2015. 2. 12. 선고 2014도10086 판결

강제집행절차를 통한 소송사기는 집행절차의 개시신청을 한 때 또는 진행 중인 집행절차에 배당신청을 한 때에 실행에 착수하였다고 볼 것이다.

민사집행법 제244조에서 규정하는 부동산에 관한 권리이전청구권에 대한 강제집행은 그 자체를 처분하여 대금으로 채권에 만족을 기하는 것이 아니고, 부동산에 관한 권리이전청구권을 압류하여 청구권의 내용을 실현시키고 부동산을 채무자의 책임재산으로 귀속시킨 다음 다시 부동산에 대한 경매를 실시하여 매각대금으로 채권에 만족을 기하는 것이다. 이러한 경우 소유권이전등기청구권에 대한 압류는 당해 부동산에 대한 경매의 실시를 위한 사전 단계로서의 의미를 가지나, 전체로서의 강제집행절차를 위한 일련의 시작행위라고 할 수 있으므로, 허위 채권에 기한 공정증서를 집행권원으로 하여 채무자의 소유권이전등기청구권에 대하여 압류신청을 한 시점에 소송사기의 실행에 착수하였다고 볼 것이다

62) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도1274 판결, 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10416 판결 등 참조.

63) 대법원 1996. 4. 9. 선고 95도2466 판결; 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도5000 판결.

64) 대법원 1994. 2. 22. 선고 93도428 판결.

65) 따라서 행위자가 피해자로 하여금 매출전표에 서명하게 한 다음이를 교부받아 소지함으로써 이미 외관상 각 매출전표를 제출하여 신용카드회사들로부터 그 금액을 지급받을 수 있는 상태가 되었을 경우 강도죄의 재산상 이익을 취득하였다고 하였다 (대법원 1994. 2. 22. 선고 93도428 판결).

66) 대법원 1997. 2. 25. 선고 96도3411 판결.

67) 안경옥(b), “형법상 재산상 이익의 개념과 ‘이익을 얻을 가능성’의 범위”, 『비교형사법연구』 제12권 제2호(2010), 87면.

68) 안경옥(b), 앞의 논문, 88면.

[대상판결 2] 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도459 판결

사기죄는 사람을 기망하여 착오에 빠뜨리고 그로 인한 처분행위로 재물의 교부를 받거나 재산상 이익을 얻는 것으로서, 기망행위가 있었다고 하여도 그로 인한 처분행위가 없을 때에는 사기죄가 성립하지 않는다. 이른바 소송사기에 있어서도 피기망자인 법원의 재판은 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있는 것이어야 하고 그렇지 아니한 경우에는 착오에 의한 재물의 교부행위가 있다고 할 수 없다. 따라서 자기의 비용과 노력으로 건물을 신축하여 그 소유권을 원시취득한 미등기건물의 소유자가 있고 그에 대한 채권담보 등을 위하여 건축허가명의만을 가진 자가 따로 있는 상황에서, 건축허가명의자에 대한 채권자가 위 명의자와 공모하여 명의자를 상대로 위 건물에 관한 강제경매를 신청하여 법원의 경매개시결정이 내려지고, 그에 따라 위 명의자 앞으로 촉탁에 의한 소유권보존등기가 되고 나아가 그 경매절차에서 건물이 매각되었다고 하더라도, 위와 같은 경매신청행위 등이 진정한 소유자에 대한 관계에서 사기죄가 된다고 볼 수는 없다. 왜냐하면 위 경매절차에서 한 법원의 재판이나 법원의 촉탁에 의한 소유권보존등기의 효력은 그 재판의 당사자도 아닌 위 진정한 소유자에게는 미치지 아니하는 것이어서, 피기망자인 법원의 재판이 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있는 것이라고 보기는 어렵기 때문이다

가. (1) 대상판결 1의 사안⁶⁹⁾에 대해, 원심은 소유권이전등기청구권에 대한 압류신청을 하여 압류명령을 받는다고 하더라도 피고인은 그 부동산에 관하여 아무런 권리를 취득하지 않고, 소유권이전등기청구권에 대한 압류신청과 부동산 자체에 대한 경매신청은 별개의 행위이므로 피고인이 소유권이전등기청구권에 대하여 압류신청을 한 것만으로는 소송사기의 실행에 착수하지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.⁷⁰⁾ 그러나 대법원은 소유권이전등기청구권에 대한 압류는 당해 부동산에 대한 경매의 실시를 위한 사전 단계로서의 의미를 가지나, 전체로서의 강제집행절차를 위한 일련의 시작행위라고 할 수 있으므로, 허위 채권에 기한 공정증서를 집행권원으로 하여 채무자의 소유권이전등기청구권에 대하여 압류신청을 한 시점에 소송사기의 실행에 착수하였다고 보았다.

(2) 대상판결 2의 사안에 대해, 원심은 위 경매절차에 의하여 이 사건 주택이 매각될 위기에 처하게 된 이상 위 강제경매신청은 피고인이 법원을 기망하여 피해자의 처분행위에 갈음하는 결정을 구한 것으로 볼 수 있다고 판단하였다.⁷¹⁾ 그에 반해 대법원은 위 경매절차에서 한 법원의 재판이나 법원의 촉탁에 의한 소유권보존등기의 효력은 그 재판의 당사자도 아닌 위 진정한 소유자에게는 미치지 아니하는 것이어서, 피기망자인 법원의 재판이 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있는 것이라고 보기는 어렵다고 하여,⁷²⁾ 원심판단을 파기환송 하였다.

69) 피고인이 허위 내용의 약속어음 공정증서를 집행권원으로 하여 대전 동구 (주소 생략) 토지에 관한 피해자 A 회사의 대전광역시 동구청에 대한 소유권이전등기청구권에 대하여 압류신청을 하여 그 압류명령 결정을 받았고, 위 토지에 대한 소유권이전등기가 A 회사 명의로 경료되면 위 토지에 대하여 경매절차를 진행하고자 하였으나, A 회사의 채권자가 A 회사를 통하여 채권자 명의로 소유권이전등기를 마치는 바람에 그 뜻을 이루지 못하여 미수에 그쳤다는 것이다 (청주지법 2014. 7. 24. 선고 2014노22 판결).

70) 청주지법 2014. 7. 24. 선고 2014노22 판결.

71) 수원지법 2012. 12. 20. 선고 2012노3781 판결.

72) 대법원 2006. 4. 7. 선고 2005도9858 전원합의체 판결.

나. (1) 대상판결 1,2는 강제집행절차를 통한 소송사기의 경우 언제 실행의 착수를 인정할 수 있는지와 법원의 재판이 사기죄의 재산상 처분행위에 해당한다고 볼 수 있는지 여부가 쟁점이다.

먼저 소송사기의 실행의 착수와 관련하여, 미수는 범죄의 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지는 아니더라도 구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 한 때에 인정된다.⁷³⁾ 소송사기의 실행의 착수는 법원을 기망한다는 인식을 가지고 소를 제기한 때 인정할 수 있다.⁷⁴⁾ 문제는 허위 채권에 기한 공정증서를 집행권원으로 하여 채무자의 소유권이전등기 청구권에 압류신청을 한 때에 이미 피고인이 재산상 이익을 얻고, 그 결과 피해자의 재산 감소를 가져올 수 있는 위험성, 즉 재산이라는 보호법익을 침해할 위험성이 이미 개시되었다고 볼 수 있는가 하는 점이다. 단순히 채무자의 소유권이전등기청구권에 압류신청을 한 것만으로는 피고인이 재산상 이익을 얻을 수 있는 직접적인 행위나 밀접한 행위를 하였다고 보기 어렵다고 본다. 따라서 실행의 착수나 미수를 인정하지 않아야 할 것이다.

(2) 다음으로 소제기와 승소판결이 있음에도 불구하고 승소판결 등의 효력이 진정한 소유자에게 미치지 않는다는 이유로 소송사기의 성립을 부정하는 것이 적절한가 하는 점에 대해서도 의문이 든다.⁷⁵⁾ 대법원은 처분행위가 민사상 무효라 하더라도 재산상 이익이나 이익을 얻을 가능성 -외견상 가능성-만 있어도 재산범죄가 성립할 수 있다는 입장이다. 따라서 승소판결이나 소송상 화해의 효력이 진정한 소유자에게 미치는가의 여부는 소송사기의 성립에 영향이 없다고 해야 하며, 위 대상판결 2의 경우는 소송사기의 기수나 미수를 인정하는 것이 옳다고 하겠다.⁷⁶⁾

6. 차용사기와 편취의 범의

[대상판결] 대법원 2016. 4. 2. 선고 2012도14516 판결

사기죄가 성립하는지는 행위 당시를 기준으로 판단하여야 하므로, 소비대차 거래에서 차주가 돈을 빌릴 당시에는 변제할 의사와 능력을 가지고 있었다면 비록 그 후에 변제하지 않고 있더라도 이는 민사상 채무불이행에 불과하며 형사상 사기죄가 성립하지는 아니한다.

따라서 소비대차 거래에서, 대주와 차주 사이의 친척·친지와 같은 인적 관계 및 지속적인 거래 관계 등에 의하여 대주가 차주의 신용 상태를 인식하고 있어 장래의 변제 지체 또는 변제불능에 대한 위험을 예상하고 있었거나 충분히 예상할 수 있는 경우에는, 차주가 차용 당시 구체적인 변제의사, 변제능력, 차용 조건 등과 관련하여 소비대차 여부를 결정지을 수 있는 중요한 사항에 관하여 허위 사실을 말하였다는 등의 다른 사정이 없다면, 차주가 그 후 제대로 변제하지 못하였다는 사실만을 가지고 변제능력에 관하여 대주를 기망하였다거나 차주에게 편취의 범의가 있었다고 단정할 수 없다.

73) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1464 판결.

74) 대법원 1993. 9. 14. 선고 93도915 판결.

75) 김태명, 앞의 책, 356면.

76) 김태명, 앞의 책, 356~357면.

가. (1) 대상판결의 사기죄 관련 부분의 공소사실의 요지⁷⁷⁾에 대해 원심은 피고인에게 편취의 범의가 있었다고 단정하고 이를 유죄로 인정하였다.⁷⁸⁾ 그러나 대법원은 피고인이 2001. 1. 29.부터 2004. 3. 5.까지 이 사건 차용금의 약 4배에 이르는 금액을 카드대금 등의 변제 명목으로 피해자에게 지급하였고, 의류사업이나 보험설계사로서의 영업을 하면서 지속적으로 소득을 얻고 있었으며, 이 사건 차용일 이후 비교적 꾸준히 월 60만 원 상당의 약정이자를 지급해 온 사정 등에 비추어 볼 때, 차용 당시 차용금 2,000만 원을 변제할 의사나 능력이 없었다고 단정하기는 어렵다고 하였다. 그리고 갑이 이 사건 차용 당시 피고인의 자금능력이 충분하지 아니하여 변제기에 변제가 어려울 수 있다는 위험을 예상하고 있었거나 충분히 예상할 수 있었다고 보이므로, 피고인이 이 사건 차용 당시 차용금을 변제할 의사나 능력이 없었음에도 피해자에 대하여 거짓말을 하여 돈을 편취할 고의가 있었다고 단정하기 어려우므로 대법원은 원심판단 중 유죄부분을 파기환송하였다.

나. (1) 판례의 일관된 태도에 따르면 기망행위에 대한 고의로서 편취의 범의는, 피고인이 자백하지 아니하는 한, 범행 전후의 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정, 피해자와의 관계 등과 같은 객관적인 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 하였다.⁷⁹⁾

(2) 그리고 차용금의 편취에 의한 사기죄의 경우 사기의 고의가 있었는지 여부는 차용 당시를 기준으로 판단하여야 한다. 따라서 차용 당시에는 변제할 의사나 능력이 있었다면 그 후에 차용금을 변제하지 못하였다고 하더라도 이는 단순한 민사상의 채무불이행에 불과할 뿐 사기죄가 성립하지 않는다.⁸⁰⁾ 물론 변제의 의사가 없거나 약속한 변제기일내에 변제할 능력이 없음에도 불구하고 변제할 것처럼 가장하여 금원을 차용하거나 물품을 구입한 경우에는 편취의 고의를 인정할 수 있겠다.⁸¹⁾ 다만 변제의사 또는 변제능력이 없으면 사기죄가 성립한다는 표현은 사기죄가 고의범인데도 변제할 의사가 있더라도 변제할 능력이 없으면 사기범이 될 수 있다는 오해의 소지가 있다고 비판하는 견해도 있다.⁸²⁾

7. 컴퓨터사용사기죄의 ‘부정한 정보의 입력’의 의미

[대상판결] 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011도4440 판결

[1] 형법 제347조의2는 컴퓨터 등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 권한 없이 정보를 입력·변경하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하는 행위를 처벌하고 있다. 여기서 ‘부정한 명령의 입력’은 당해 사무처리시스템에 예정되어 있는 사무처리의 목적에 비추어 지시해서는 안

77) 피고인이 2002년 8월경 약 3,000만 원 내지 4,000만 원 상당의 채무를 부담하고 있는 반면 특별한 재산이 없어 피해자 갑으로부터 돈을 빌리더라도 변제할 의사나 능력이 없었음에도, 2002. 8. 11. 갑에게 “2,000만 원을 빌려주면 원금과 이자를 틀림없이 변제하겠다.”고 거짓말하여 이에 속은 피해자로부터 그 자리에서 차용금 명목으로 2,000만 원을 교부받아 이를 편취하였다는 것이다 (인천지법 2012. 11. 9. 선고 2012노2476 판결).

78) 인천지법 2012. 11. 9. 선고 2012노2476 판결

79) 대법원 1996. 3. 26. 선고 95도3034 판결.

80) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도10770 판결.

81) 대법원 1986. 9. 9. 선고 86도1227 판결; 대법원 2014.5.16. 선고 2013도12003 판결; 2014.대법원 2015.6.11. 선고 2015도1809 판결.

82) 박찬호, “차용사기에 있어서 편취의 범의 - 변제할 의사와 변제할 능력 사이의 상관관계 -”, 「판례연구」 제27집 (2016), 762면 이하.

될 명령을 입력하는 것을 의미한다. 따라서 설령 ‘허위의 정보’를 입력한 경우가 아니라 고 하더라도, 당해 사무처리시스템의 프로그램을 구성하는 개개의 명령을 부정하게 변경·삭제하는 행위는 물론 프로그램 자체에서 발생하는 오류를 적극적으로 이용하여 그 사무처리의 목적에 비추어 정당하지 아니한 사무처리를 하게 하는 행위도 특별한 사정이 없는 한 위 ‘부정한 명령의 입력’에 해당한다고 보아야 한다.

- [2] 피고인이 갑 주식회사에서 운영하는 전자복권구매시스템에서 은행환불명령을 입력하여 가상계좌 잔액이 1,000원 이하로 되었을 때 복권 구매명령을 입력하면 가상계좌로 복권 구매요청금과 동일한 액수의 가상현금이 입금되는 프로그램 오류를 이용하여 잔액을 1,000원 이하로 만들고 다시 복권 구매명령을 입력하는 행위를 반복함으로써 피고인의 가상계좌로 구매요청금 상당의 금액이 입금되게 한 사안에서, 피고인의 행위는 형법 제 347조의2에서 정한 ‘허위의 정보 입력’에 해당하지는 않더라도, 프로그램 자체에서 발생하는 오류를 적극적으로 이용하여 사무처리의 목적에 비추어 정당하지 아니한 사무처리를 하게 한 행위로서 ‘부정한 명령의 입력’에 해당한다고 한 사례.

가. 대상판결의 사안에 대해 원심은, 피고인이 당해 사이트에서 허용하는 절차에 따라 은행 환불명령이나 복권구매명령을 입력한 것으로서, 당해 프로그램상의 오류를 이용한 피고인의 행위에 대하여 ‘허위의 정보 입력’으로 볼 수 없을 뿐 아니라 ‘부정한 명령 입력’의 구성요건에도 해당하지 아니한다고 하여 무죄로 판단하였다. 그러나 대법원은 회사에서 운영하는 전자복권구매시스템에서 일정한 조건하에 복권 구매명령을 입력하면 가상계좌로 복권구매요청금과 동일한 액수의 가상현금이 입금되는 프로그램 오류를 이용하여 복권 구매 명령을 입력하는 행위를 반복함으로써 자신의 가상계좌로 구매요청금 상당의 금액이 입금되게 한 경우 본 죄가 성립한다고 하였다. 그것은 프로그램 자체에서 발생하는 오류를 적극적으로 이용하여 그 사무처리의 목적에 비추어 정당하지 아니한 사무처리를 하게 하는 행위도 특별한 사정이 없는 한 위 ‘부정한 명령의 입력’에 해당한다고 보기 때문이다.

나. 대상판결의 쟁점은 피고인이 프로그램의 오류를 적극적으로 이용하는 것도 컴퓨터사용사기죄의 ‘부정한 명령의 입력’에 해당하는가 하는 점이다. 본 죄의 ‘부정한 명령의 입력’은 당해 사무처리시스템에 예정되어 있는 사무처리의 목적에 비추어 지시해서는 안 될 명령을 입력하는 것을 의미한다고 본다면,⁸³⁾ 당해 사무처리시스템의 프로그램을 구성하는 개개의 명령을 부정하게 변경·삭제하는 행위는 물론 프로그램 자체에서 발생하는 오류를 적극적으로 이용하여 그 사무처리의 목적에 비추어 정당하지 아니한 사무처리를 하게 하는 행위도 특별한 사정이 없는 한 위 ‘부정한 명령의 입력’에 해당한다고 보는 것이 옳다고 하겠다.

8. 컴퓨터등사용사기죄에서 ‘정보처리’ ‘재산상 이익 취득’의 의미

[대상판결] 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013도16099 판결

형법 제347조의2는 컴퓨터 등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나

83) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도128 판결.

권한 없이 정보를 입력·변경하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하는 행위를 처벌하고 있다. 이는 재산변동에 관한 사무가 사람의 개입 없이 컴퓨터 등에 의하여 기계적·자동적으로 처리되는 경우가 증가함에 따라 이를 악용하여 불법적인 이익을 취하는 행위도 증가하였으나 이들 새로운 유형의 행위는 사람에 대한 기망행위나 상대방의 처분행위 등을 수반하지 않아 기존 사기죄로는 처벌할 수 없다는 점 등을 고려하여 신설한 규정이다. 여기서 ‘정보처리’는 사기죄에서 피해자의 처분행위에 상응하므로 입력된 허위의 정보 등에 의하여 계산이나 데이터의 처리가 이루어짐으로써 직접적으로 재산처분의 결과를 초래하여야 하고, 행위자나 제3자의 ‘재산상 이익 취득’은 사람의 처분행위가 개재됨이 없이 컴퓨터 등에 의한 정보처리 과정에서 이루어져야 한다.

가. (1) 대상판결은 피고인들이 악성프로그램을 사용하여 낙찰예정가를 알아냈고, 그로 인해 직접 재산상 권리의무의 변동이 발생한 것은 아니고, 입찰자들의 투찰행위를 통하여 입찰자들의 투찰행위를 통하여 낙찰받게 됨으로써 재산상의 이익을 취득하였다는 것이다.⁸⁴⁾ 이에 대해 원심은 사기죄의 기망행위와 피해자의 재산적 처분행위 사이에는 상당인과관계가 있는 것으로 족하고, 비록 지방자치단체의 최종적 선정절차가 남아있더라도 상당인과관계가 부정되는 것은 아니라는 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.⁸⁵⁾

(2) 대법원은 적격심사를 거치게 되어 있는 이 사건 각 시설공사의 전자입찰에 있어서 특정 건설사가 낙찰하한가에 대한 정보를 사전에 알고 투찰할 경우 그 건설사가 낙찰자로 결정될 가능성이 높은 것은 사실이나, 낙찰하한가에 가장 근접한 금액으로 투찰한 건설사라고 하더라도 적격심사를 거쳐 일정 기준 이상이 되어야만 낙찰자로 결정될 수 있는 점 등을 감안할 때, 피고인 1 등이 조달청의 국가종합전자조달시스템에 입찰자들이 선택한 추첨번호가 변경되어 저장 되도록 하는 등 권한 없이 정보를 변경하여 정보처리를 하게 함으로써 직접적으로 얻은 것은 낙찰하한가에 대한 정보일 뿐, 위와 같은 정보처리의 직접적인 결과 특정 건설사가 낙찰자로 결정되어 낙찰금액 상당의 재산상 이익을 얻게 되었다거나 그 낙찰자 결정이 사람의 처분행위가 개재됨이 없이 컴퓨터 등의 정보처리과정에서 이루어졌다고 보기 어렵다고 하였다. 그럼에도 이 부분 공소사실이 컴퓨터등사용사기죄 또는 그 미수죄의 구성요건에 해당된다고 보아 이를 유죄로 인정한 원심판결을 파기환송하였다.

나. (1) 대상판례는 컴퓨터사용사기죄의 ‘정보의 변경’이라는 행위태양과 ‘처분행위의 직접성’의 의미에 대해 판단하고 있다. 즉 대법원은 정보처리는 직접적인 재산처분의 효과를 가지는 것이어야 하고, 그 중간에 인간이 개입하게 되면 컴퓨터사용사기죄는 성립할 수 없다고 보아, 정보처리의 직접성을 명시적으로 언급하였다.

84) 피고인이 시설공사 발주처인 지방자치단체 등의 재무관 컴퓨터에는 암호화되기 직전 15개의 예비가격과 그 추첨번호를 해킹하여 볼 수 있는 악성프로그램을, 입찰자의 컴퓨터에는 입찰금액을 입력하면서 선택하는 2개의 예비가격 추첨번호가 미리 지정된 추첨번호 4개 중에서 선택되어 조달청 서버로 전송되도록 하는 악성프로그램을 각각 설치하여 낙찰하한가를 미리 알아낸 다음 특정 건설사에 낙찰이 가능한 입찰금액을 알려주어 그 건설사가 낙찰 받게 함으로써 낙찰금액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하거나 미수에 그쳤다는 공소사실 (무죄로 판단한 부분 제외)로 기소된 사안이다 (서울중앙지법 2013. 12. 5. 선고 2013노2402 판결).

85) 서울중앙지법 2013. 12. 5. 선고 2013노2402 판결.

(2) 컴퓨터사용사기죄의 ‘정보처리’는 사기죄에서 피해자의 처분행위에 상응하므로, 입력된 허위의 정보 등에 의하여 계산이나 데이터의 처리가 이루어짐으로써 직접적으로 재산처분의 결과를 초래하여야 하고, 행위자나 제3자의 ‘재산상 이익 취득’은 사람의 처분행위가 개재됨이 없이 컴퓨터 등에 의한 정보처리 과정에서 이루어져야 한다.⁸⁶⁾ 그러므로 컴퓨터 등 정보처리장치에 허위의 정보나 부정한 명령을 입력하였다고 하더라도 사람의 처분행위가 개재된 경우에는 본죄가 아니라 사기죄 여부가 문제된다고 하겠다.⁸⁷⁾

V. 공갈죄에 관한 중요 판례

1. 타인의 재물

[대상판결] 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6157 판결

- [1] 공갈죄의 대상이 되는 재물은 타인의 재물을 의미하므로, 사람을 공갈하여 자기의 재물을 교부받는 경우에는 공갈죄가 성립하지 아니한다. 그리고 타인의 재물인지는 민법, 상법, 기타의 실체법에 의하여 결정되는데, 금전을 도난당한 경우 절도범이 절취한 금전만 소지하고 있는 때 등과 같이 구체적으로 절취된 금전을 특정할 수 있어 객관적으로 다른 금전 등과 구분됨이 명백한 예외적인 경우에는 절도 피해자에 대한 관계에서 그 금전이 절도범인 타인의 재물이라고 할 수 없다.
- [2] 갑이 을의 돈을 절취한 다음 다른 금전과 섞거나 교환하지 않고 쇼핑백 등에 넣어 자신의 집에 숨겨두었는데, 피고인이 을의 지시로 폭력조직원 병과 함께 갑에게 집을 주어 쇼핑백 등에 들어 있던 절취된 돈을 교부받아 갈취하였다고 하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동공갈)으로 기소된 사안에서, 피고인 등이 갑에게서 되찾은 돈은 절취 대상인 당해 금전이라고 구체적으로 특정할 수 있어 객관적으로 갑의 다른 재산과 구분됨이 명백하므로 이를 타인인 갑의 재물이라고 볼 수 없고, 따라서 비록 피고인 등이 갑을 공갈하여 돈을 교부받았더라도 타인의 재물을 갈취한 행위로서 공갈죄가 성립된다고 볼 수 없는데도, 이와 달리 보아 유죄를 인정한 원심판결에 공갈죄의 대상인 타인의 재물 등에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

가. (1) 대상판결의 사안에 대해 원심은, 피고인의 이 사건 범행 당시 공소의 3 등이 절취한 이 사건 금전에 대한 사실상의 지배관계는 이미 공소의 3에게 이전되었으므로 이 사건 범행은

86) 처분행위의 직접성과 관련하여, 개입된 인간의 행위가 어떤 의미를 가지는지, 그 인간의 행위의 범위가 어디까지 인지 등 실질적으로 컴퓨터의 정보처리가 직접적인 재산처분의 효력을 가지는 것인가를 중심으로 판단하는 것이 바람직하다는 견해도 있다 (김성룡, “컴퓨터등 사용사기죄에서 권한 없는 정보의 변경과 재산처분의 직접성”, 『형사판례연구 (23)』 210면).

87) 낙찰예정가의 사전 입수와 같은 유형의 입찰방에는 일부 기망적 요소가 있다고 하여도 입찰제도의 특성상 입찰 방해죄만 성립한다는 견해도 있다. 이에 대해서는 한상훈, “입찰방해와 컴퓨터사용사기죄, 사기죄의 직접성”, 『형사판례연구(24)』, 307면 이하 참조.

공소외 3의 소유에 속하는 돈을 객체로 한 것이라는 이유로 공갈죄를 인정하였다. 반면에 대법원은 공소외 3에 의하여 위 금고와 함께 금전을 절취당한 공소외 1의 지시에 의하여 피고인과 공소외 4가 공소외 3으로부터 되찾은 이 사건 금전은 바로 절취 대상인 당해 금전이라고 구체적으로 특정할 수 있어 객관적으로 공소외 3의 다른 재산과 구분됨이 명백하므로, 절취 당시 소유자인 공소외 1 및 그로부터 이 사건 행위를 지시받은 피고인과 공소외 4의 입장에서 이 사건 금전을 타인인 공소외 3의 재물이라고 볼 수 없다. 따라서 비록 피고인과 공소외 4가 공소외 3을 공갈하여 이 사건 금전을 교부받았다고 하더라도, 그 수단이 된 행위로 별도의 범죄가 성립될 수 있음은 별론으로 하고, 타인의 재물을 갈취한 행위로서 공갈죄가 성립된다고 할 수 없다고 하였다.

나. 대상판결은 해당 금전의 소유권 변동 여부가 쟁점이 되었다. 대상판결에 대해서는 금전 역시 일반 동산과 마찬가지로 민법의 동산 물권변동에 관한 규정이 적용, 점유의 이전만으로 소유권이 이전되지 않고 별도로 소유권을 취득할 수 있는 법률상 원인이 발생한 경우에만 소유권 취득하는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁸⁸⁾

2. 재산처분행위

[대상판결] 대법원 2012. 1. 27. 선고 2011도16044 판결

- [1] 재산상 이익의 취득으로 인한 공갈죄가 성립하려면 폭행 또는 협박과 같은 공갈행위로 인하여 피공갈자가 재산상 이익을 공여하는 처분행위가 있어야 한다. 물론 그러한 처분행위는 반드시 작위에 한하지 아니하고 부작위로도 족하여서, 피공갈자가 외포심을 일으켜 묵인하고 있는 동안에 공갈자가 직접 재산상의 이익을 탈취한 경우에도 공갈죄가 성립할 수 있다. 그러나 폭행의 상대방이 위와 같은 의미에서의 처분행위를 한 바 없고, 단지 행위자가 법적으로 의무 있는 재산상 이익의 공여를 면하기 위하여 상대방을 폭행하고 현장에서 도주함으로써 상대방이 행위자로부터 원래라면 얻을 수 있었던 재산상 이익의 실현에 장애가 발생한 것에 불과하다면, 그 행위자에게 공갈죄의 죄책을 물을 수 없다.
- [2] 피고인이 피해자가 운전하는 택시를 타고 간 후 최초의 장소에 이르러 택시요금의 지급을 면할 목적으로 다른 장소에 가자고 하였다면서 택시에서 내린 다음 택시요금 지급을 요구하는 피해자를 때리고 달아나자, 피해자가 피고인이 말한 다른 장소까지 쫓아가 기다리다 그곳에서 피고인을 발견하고 택시요금 지급을 요구하였는데 피고인이 다시 피해자의 얼굴 등을 주먹으로 때리고 달아난 사안에서, 피해자가 피고인에게 계속해서 택시요금의 지급을 요구하였으나 피고인이 이를 면하고자 피해자를 폭행하고 달아났을 뿐, 피해자가 폭행을 당하여 외포심을 일으켜 수동적·소극적으로라도 피고인이 택시요금 지급을 면하는 것을 용인하여 이익을 공여하는 처분행위를 하였다고 할 수 없는데도, 이와 달리 보아 공갈죄를 인정한 원심판결에 법리오해 등 위법이 있다고 한 사례.

88) 성원제, “도난당한 금전의 소유권 변동과 타인의 재물”, 『법조』 (2013.9), 297면 이하 참조.

가. (1) 대상판결의 사안에 대해 대법원은 피해자가 피고인에게 계속해서 택시요금의 지급을 요구하였으나 피고인이 이를 면하고자 피해자를 폭행하고 달아났을 뿐, 피해자가 피고인으로부터 폭행을 당하여 외포심을 일으켜 피고인이 택시요금을 지급하지 아니하는 것을 묵인하는 등으로 택시요금의 지급에 관하여 수동적·소극적으로라도 피고인이 이를 면하는 것을 용인하여 그 이익을 공여하는 처분행위를 하였다고 할 수 없다고 보았다. 따라서 공갈죄를 인정할 수 없는데도 이를 인정한 원심의 판단은⁸⁹⁾ 잘못이라고 하여 파기환송하였다.

(2) 대상판결의 문제는 피고인이 택시요금을 지급하지 않기 위해 피해자를 폭행하고 달아난 행위가 재산처분행위에 해당하는가 하는 점이다. 대법원은 단지 행위자가 법적으로 의무 있는 재산상 이익의 공여를 면하기 위하여 상대방을 폭행하고 현장에서 도주함으로써 상대방이 행위자로부터 원래라면 얻을 수 있었던 재산상 이익의 실현에 장애가 발생한 것에 불과하다면, 그 행위자에게 공갈죄의 죄책을 물을 수 없다고 하였다.

나. (1) 재산처분행위의 내용은 사기죄와 동일하게 재산상의 감소를 가져올 수 있는 행위이며, 피해자에게 처분의사가 필요하다는 것이 일반적인 견해이다. 문제는 사기나 공갈죄의 재산처분행위는 행위자의 기망이나 폭행, 협박으로 인한 직접적인 행위로, 처분행위의 직접성이라는 요소가 필요한가에 대해 견해가 나뉜다. 처분행위의 직접성이 필요하다는 견해는 공갈로 인해 공포심을 갖게 된 피해자가 작위나 부작위 등의 직접적인 처분행위를 해야 한다는 것이다. 반면에 처분행위의 직접성의 요소가 필요없다는 견해는 공갈의 경우는 피해자가 외포심을 일으켜 상대방이 묵인하고 있는 동안 직접 재물을 탈취해 가는 경우에도 공갈죄가 성립할 수 있다는 점을 들고 있다.⁹⁰⁾

(2) 대상판결의 사안에서 공갈죄의 구성요건요소인 강도죄의 정도에 이르지 않은 폭행이나 협박은 인정할 수 있으며, 택시요금의 지급을 면하는 재산상 이익을 피고인에게 인정하는 데에는 문제없다고 하겠다. 다만 택시운전사인 피해자가 피고인이 택시요금의 지급을 면하는 행위를 ‘용인’하여 피고인에게 이익을 제공하는 처분행위가 있다고 볼 수 없는가 하는 점이다. 다만 대상판결의 사안에서 재산처분행위를 인정할 수 없다 하더라도 채무를 면하기 위해 피고인이 폭행을 하였으므로 공갈미수죄는 가능하다고 보아야 할 것이다.⁹¹⁾

VI. 횡령죄에 관한 중요 판례

1. 차량 명의자가 아닌 지입차주의 차량 보관자의 지위 여부

[대상판결] 대법원 2015. 6. 25. 선고 2015도1944 전원합의체 판결

횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 사람이 재물을 횡령하거나 반환을 거부한 때에 성립한다

89) 울산지법 2011. 11. 11. 선고 2011노1148 판결.

90) 상세한 내용은 이원상, “공갈죄의 재산처분행위”, 『형법판례 150선』, 한국형사판례연구회(2016), 256면 이하 참조.

91) 이원상, 앞의 논문, 257면.

(형법 제355조 제1항). 횡령죄에서 재물의 보관은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하며, 횡령행위는 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말한다. 따라서 소유권의 취득에 등록이 필요한 타인 소유의 차량을 인도받아 보관하고 있는 사람이 이를 사실상 처분하면 횡령죄가 성립하며, 보관 위임자나 보관자가 차량의 등록명의자일 필요는 없다. 그리고 이와 같은 법리는 지입회사에 소유권이 있는 차량에 대하여 지입회사에서 운행관리권을 위임받은 지입차주가 지입회사의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분하거나 지입차주에게서 차량 보관을 위임받은 사람이 지입차주의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

가. 대상판결의 공소사실을 살펴보면, 피해자 회사가 지입한 4대의 차량은 등록명의자인 각 지입회사 소유이고 나머지 2대의 차량은 피해자 회사의 소유임을 전제로 하여 회사 대표이사인 A가 보관하다가 사실상 처분하는 방법으로 횡령한 차량들을 피고인이 구입하여 장물을 취득하였다는 것이다. 이에 대해 원심은 장물취득죄를 인정하였고,⁹²⁾ 대법원도 원심의 판단이 횡령죄의 보관자 지위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다고 하였다.

나. (1) 대상판결의 쟁점은 두 가지로 요약할 수 있다. 하나는 지입차량의 소유권이 누구에게 귀속되는가 하는 점이고, 다른 하나는 차량의 등록명의자가 아니더라도 차량에 대한 사실상 지배력을 가지고 있는 경우 횡령죄의 주체인 ‘보관자’의 지위를 가질 수 있는가 하는 점이다.

(2) 종래 대법원은 소유권의 취득에 등록이 필요한 차량에 대한 횡령죄에서 타인의 재물을 보관하는 사람의 지위는 일반 동산의 경우와 달리 차량에 대한 점유 여부가 아니라 등록에 의하여 차량을 제3자에게 법률상 유효하게 처분할 수 있는 권능 유무에 따라 결정하여야 한다고 하였다.⁹³⁾ 대상판결의 경우 지입차주인 갑은 대외적으로 차량의 소유자가 아니므로 이를 처분하여도 횡령죄의 보관자의 지위에 해당하지 않고 횡령죄가 성립하지 않는 이상 위 차량을 취득한 피고인에게도 장물취득죄의 죄책을 물을 수 없게 된다.⁹⁴⁾ 그 결과 회사의 요구로 지입차량을 회사 차고지에 입고하였다가 회사의 승낙을 받지 않고 이를 가져간 행위는 횡령죄뿐만 아니라 권리행사방해죄도 성립되지 않아,⁹⁵⁾ 지입회사의 차량을 보관하고 있던 지입차주가 무단으로 가져간 행위에 대해 아무런 형사법적 대응을 할 수 없다는 문제점이 지적되었다.⁹⁶⁾

(3) 횡령죄의 재물의 보관은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태여야 하며, 보관은 위탁관계에 기인한 것이어야 하며, 이러한 위탁관계는 법령이나 위임 등의 계약 외에도 사무관리, 관습, 조리, 신의칙에 의해서도 성립한다.⁹⁷⁾

92) 대전지법 2015. 1. 15. 선고 2014노2665 판결.

93) 대법원 1978. 10. 10. 선고 78도1714판결; 대법원 2006. 12. 22. 선고 2004도3276 판결.

94) 서정민, “횡령죄와 위탁관계 -지입차량의 처분”, 『형법판례 150선』, 한국형사판례연구회(2016), 271면.

95) 대법원 2003.5.30. 선고 2000도5767 판결. 재물이나 소유의 개념을 법률적 재산개념이 아닌 경제적 재산개념으로 이해한다면 권리행사방해죄도 성립할 수 있다는 견해도 있다 (오영근(d), “2015년도 형법판례 회고”, 『형사판례연구』 제24권(2016), 654면.)

96) 김태명, 앞의 책, 406면. 지입차량 관련 민·형사판례에 대해서는 민철기, “차량의 등기명의자가 아닌 지입차주가 차량의 보관자의 지위에 있다고 볼 수 있는지 여부”, 『대법원판례해설』 제104호(2015 상반기) 363면 이하 참조. 그러나 리스나 렌트카를 반환거부하거나 담보로 제공한 경우는 종래에도 대법원이 인정한 판례들도 다수 있다. 대표적으로 대법원 2014.9.4. 선고 2014도6873판결. 다른 판결에 대해서는 민철기, 앞의 논문, 375면 이하 참조.

97) 대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1778 판결; 대법원 2004. 12. 9. 선고 2004도5904 판결; 대법원 2013. 12. 12.

횡령의 대상별로 ‘보관’의 의미를 살펴보면, 먼저 동산인 경우에는 통상 타인 소유의 동산을 점유하여 사실상 지배력을 가진 사람이 횡령죄의 보관자가 된다. 반면에 부동산의 경우에는 대법원은 그 부동산에 대한 사실상의 지배, 즉 단순히 점유하고 있다는 사실이 아니라 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있는지 여부를 가지고 판단한다.⁹⁸⁾ 자동차는 자동차관리법 제6조에 의해 소유권의 득실변경은 등록이 필요하지만, 부동산이 아닌 동산이므로 ‘보관자의 지위’를 인정하기 위해서는 재물을 유효하게 처분할 수 있는 권능이 있어야 하는 것은 아니라고 볼 수 있다. 대상판결의 결론은 사실상 지배권자에 의한 거래가 빈번하게 이뤄지는 현실을 고려하고 진정한 권리자를 보호할 수 있다는 점에서 옳다고 하겠다.⁹⁹⁾

2. 중간생략등기형 명의신탁에서 신탁부동산을 임의로 처분한 행위

[대상판결] 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결

형법 제355조 제1항이 정한 횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자라야 하고, 타인의 재물인지 아닌지는 민법, 상법, 기타의 실체법에 따라 결정하여야 한다. 횡령죄에서 보관이란 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 뜻하므로 횡령죄가 성립하기 위하여는 재물의 보관자와 재물의 소유자(또는 기타의 본권자) 사이에 법률상 또는 사실상의 위탁신탁관계가 존재하여야 한다. 이러한 위탁신탁관계는 사용대차·임대차·위임 등의 계약에 의하여서뿐만 아니라 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있으나, 횡령죄의 본질이 신탁관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 위탁신탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신탁에 의한 것으로 한정함이 타당하다.

그런데 부동산을 매수한 명의신탁자가 자신의 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자에게 중간생략의 소유권이전등기를 마친 경우, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다) 제4조 제2항 본문에 의하여 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고, 신탁부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 된다. 따라서 명의신탁자로서는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 가질 뿐 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의수탁자 역시 명의신탁자에 대하여 직접 신탁부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하지는 아니하므로, 신탁부동산의 소유자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 명의수탁자가 횡령죄에서 말하는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수는 없다. 명의신탁자가 매매계약의 당사자로서 매도인을 대위하여 신탁부동산을 이전받아 취득할 수 있는 권리 기타 법적 가능성을 가지고 있기는 하지만, 명의신탁자가 이러한 권리 등을 보유하고 있음을 이유로 명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자로 보아 민사상 소유권이론과 달리 횡령죄가 보호하는 신탁부동산의 소유자라고 평가할 수는 없다. 명의수탁자에 대한 관계에서 명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자라고 형법적으로

선고 2012도16315 판결

98) 대법원 2005. 6. 24. 선고 2005도2413 판결; 대법원 2004. 5. 27. 선고 2003도6988 판결.

99) 민철기, 앞의 논문, 382면; 서정민, “자동차 횡령죄의 보관자 지위”, 『서울대학교 법학』(제56권 제3호), 서울대학교 법학연구소(2015), 271면. 반면에 지입회사의 소유권 강화를 만들었다는 점에서 향후 발생할 수 있는 지입회사와 지입차주 간의 법적 분쟁이 우려된다는 견해도 있다 (류전철, 앞의 논문, 637면).

평가하는 것은 부동산실명법이 명의신탁약정을 무효로 하고 있음에도 불구하고 무효인 명의신탁약정에 따른 소유권의 상대적 귀속을 인정하는 것과 다름이 없어서 부동산실명법의 규정과 취지에 명백히 반하여 허용될 수 없다.

그리고 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실제적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있는 부동산실명법의 입법 취지와 아울러, 명의신탁약정에 따른 명의수탁자 명의의 등기를 금지하고 이를 위반한 명의신탁자와 명의수탁자 쌍방을 형사처벌까지 하고 있는 부동산실명법의 명의신탁관계에 대한 규율 내용 및 태도 등에 비추어 볼 때, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계를 근거 지우는 계약인 명의신탁약정 또는 이에 부수한 위임약정이 무효임에도 불구하고 횡령죄 성립을 위한 사무관리·관습·조리·신의칙에 기초한 위탁신임관계가 있다고 할 수는 없다. 또한 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것도 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다.

그러므로 명의신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 이른바 중간생략등기형 명의신탁을 한 경우, 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계를 인정할 수도 없다. 따라서 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로, 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다.

가. (1) 종래에 대법원은 명의신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 이른바 중간생략등기형 명의신탁을 한 경우, 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 보아 명의수탁자가 그 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하거나 반환을 거부하면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 판시하였다.¹⁰⁰⁾

(2) 대상판결은 중간생략등기형 명의수탁자가 신탁 받은 부동산을 임의로 처분하더라도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 않는다고 하여 종래의 판례의 입장을 변경한 판결이다. 대법원은 중간생략형 명의신탁의 경우 명의수탁자 명의의 소유권 이전등기는 무효이며, 신탁자를 신탁부동산의 실질적 소유권자로 평가하는 것은 부동산실명법의 규정과 취지에 반하며, 명의신탁자와 수탁자 사이에 존재하는 위탁관계는 형법상 보호할만한 가치 있는 신임관계라고 볼 수 없다는 점을 들고 있다. 그리고 대법원은 중간생략등기형 명의신탁에 따라 명의수

100) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도3463 판결; 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001도6209 판결; 대법원 2002. 8. 27. 선고 2002도2926 판결; 대법원 2003. 5. 16. 선고 2002도619 판결; 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004도1789 판결; 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다48632 판결; 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007도11029 판결; 대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1033 판결; 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도1884 판결; 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도8556 판결(폐기).

탁자 앞으로 등기가 이전되는 경우와 악의의 계약명의신탁에서 명의수탁자 앞으로 등기가 이전되는 경우와 유사한 부분이 많으며, 구체적인 사건에서 명의신탁약정이 중간생략등기형 명의신탁인지 아니면 매도인 악의의 계약명의신탁인지를 구별하는 것은 쉽지 않은데, 명의수탁자의 신탁부동산 임의 처분행위에 대하여 매도인 악의의 계약명의신탁의 경우 신탁부동산을 수탁자가 임의로 처분한 행위에 대해서는 횡령죄로 처벌하지 않으면서,¹⁰¹⁾ 중간생략등기형 명의신탁의 사안만 횡령죄로 처벌하는 것은 부당하다고 하였다.¹⁰²⁾ 그 결과 수탁자는 신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으며, 신탁 받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 않는다고 하였다.

나. (1) 중간생략등기형 명의신탁 부동산을 임의로 처분하는 경우 학계에서는 횡령죄의 불능미수설, 매도인에 대한 횡령죄설, 명의신탁자에 대한 횡령죄설, 신탁자에 대한 배임죄설, 무죄설 등이 대립하였다.¹⁰³⁾

(2) 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데에 있으며, 이때의 위탁이나 신임관계는 횡령죄로 보호할만한 가치가 있는 신임에 한하는데, 명의신탁자와 수탁자간의 위탁신임관계는 보호할만한 가치가 있는 신임관계로 보기 어렵다.¹⁰⁴⁾ 그리고 판시내용처럼, 중간생략형 명의신탁과 악의의 계약명의신탁의 경우인지 구별하는 것도 쉽지 않으며, 중간생략형 명의신탁의 경우 횡령죄를 인정한다면 부동산실명법의 취지에 반하므로 수탁자가 임의로 신탁부동산을 처분하는 행위에 대해서는 횡령죄가 성립하지 않는다고 보는 판례의 태도가 옳다고 하겠다.

(3) 참고로 2자간(양자간) 명의신탁등기형의 경우 소유자에게서 명의신탁 받은 부동산을 임의로 처분한 수탁자에 대해서는 판례나 다수설이 횡령죄를 인정한다.¹⁰⁵⁾ 명의신탁의 사안에서 수탁자와 신탁자간에는 형법이 보호할 가치 있는 위탁신임관계가 없다고 한다면 2자간 명의신탁의 경우에도 횡령죄를 인정하지 않는 것이 타당하다고 하겠다.¹⁰⁶⁾

3. 운송회사의 근로자가 운송 수입금을 임의로 소비한 경우

[대상판결] 대법원 2014. 4. 30. 선고 2013도8799 판결

운송회사와 소속 근로자 사이에 근로자가 운송회사로부터 일정액의 급여를 받으면서 당일 운송수입금을 전부 운송회사에 납입하되, 운송회사는 근로자가 납입한 운송수입금을 월 단위로 정산하여 그 운송수입금이 월간 운송수입금 기준액인 사납금을 초과하는 경우에는 그 초과금액

101) 대법원 2012.11.29. 선고 2011도7361 판결. 대법원은 계약명의신탁의 경우 매도인이 선의인 경우에도 횡령죄나 배임죄 성립을 부정하였다. 그것은 수탁자와 매도인간의 매매계약에 기해 부동산 이전등기를 수탁자 명의로 경료한 경우 그 소유권이전등기에 의한 부동산의 물권변동은 유효하므로 수탁자가 이를 처분하여도 횡령죄나 배임죄의 죄책을 지지 않는다(대법원 2000.3.24. 선고 98도4347 판결).

102) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결

103) 강수진, “중간생략등기형 명의신탁과 횡령죄”, 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회(2016), 박영사, 265면. 명의신탁된 부동산의 처분과 형사법률관계에 대해서는 우인성, ‘명의신탁 부동산의 처분과 재산범죄의 성립여부’, 「형사판례연구 (24)」, 360면 이하 참조

104) 우인성, 앞의 논문, 379-384면.

105) 대법원 1996.11.29. 선고 96도1755 판결; 대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도3463 판결.

106) 강수진, 앞의 논문 265면; 오영근(e), 앞의 논문, 3면.

에 대하여 운송회사와 근로자에게 일정 비율로 배분하여 정산하고, 사납금에 미달되는 경우에는 그 부족금액에 대하여 근로자의 급여에서 공제하여 정산하기로 하는 약정이 체결되었다면, 근로자가 사납금 초과 수입금을 개인 자신에게 직접 귀속시키는 경우와는 달리, 근로자가 애초 거둔 운송수입금 전액은 운송회사의 관리와 지배 아래 있다고 봄이 상당하므로 근로자가 운송수입금을 임의로 소비하였다면 횡령죄를 구성한다. 이는 근로자가 운송회사에 대하여 사납금을 초과하는 운송수입금의 일부를 배분받을 권리를 가지고 있다고 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 다를 바 없다고 할 것이다.

가. 대상판결의 사안에 대해, 원심과 대법원은 운송회사가 근로자가 납입한 운송수입금을 월 단위로 정산하여 그 운송수입금이 월간 운송수입금 기준액인 사납금을 초과하는 경우에는 그 초과금액에 대하여 운송회사와 근로자에게 일정 비율로 배분하여 정산하고, 사납금에 미달되는 경우에는 그 부족금액에 대하여 근로자의 급여에서 공제하여 정산하기로 하는 약정이 체결되었다면, 근로자가 사납금 초과 수입금을 개인 자신에게 직접 귀속시키는 경우와는 달리, 근로자가 애초 거둔 운송수입금 전액은 운송회사의 관리와 지배 아래 있다고 봄이 상당하므로 근로자가 운송수입금을 임의로 소비하였다면 횡령죄를 구성한다고 하였다.

나. (1) 용도나 목적을 정하고 있는 금전이나, 금전의 수수를 수반하는 사무처리를 위임받는 자가나 수수한 금전을 임의로 소비한 행위에 대해, 판례는 용도나 목적을 정하고 있는 금전은 정해진 용도나 목적에 사용할 때까지 이에 대한 소유권은 위탁자에게,¹⁰⁷⁾ 위임자를 위하여 제3자로부터 수령한 금전도 달리 특별한 사정이 없는 한 위임자의 소유를 인정한다.¹⁰⁸⁾ 위임자에게는 위의 위탁관계에 기한 보관자의 지위를 인정할 수 있으므로, 수수한 금전을 임의로 소비한 때에는 횡령죄가 성립한다고 보았다.

(2) 학계에서는 금전의 소유는 점유가 이전되면 함께 이전되므로 횡령이 아닌 배임이 문제된다는 견해도 있으며, 당사자 사이에 별도의 채권, 채무가 존재하여 수령한 금전에 관한 정산 절차가 남아 있는 등 위임자에게 반환하여야 할 금액을 쉽게 확정할 수 없는 사정이 있다면 수령한 금전의 소유권을 바로 위임자 소유로 귀속시키는 약정이 있다고는 단정할 수는 없다는 견해도 있다.¹⁰⁹⁾

4. 회사의 이사 등이 보관 중인 회사 자금으로 뇌물을 공여한 경우.

[대상판결] 대법원 2013. 4. 25. 선고 2011도9238 판결

회사가 기업 활동을 하면서 형사상의 범죄를 수단으로 하여서는 안 되므로 뇌물공여를 금지

107) 대법원 2012.5.24. 선고 2011도11450 판결; 대법원 2014.3.13. 선고 2012도6336 판결.

108) 대상판결; 대법원 1996.6.14. 선고 96도106 판결; 대법원 2004.3.12. 선고 2004도134 판결; 김태명, 앞의 책, 415면; 하태영, "용도를 지정받은 금전의 임의사용과 횡령죄", 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회(2016), 박영사, 261면.

109) 하태영, 앞의 논문, 261면; 홍승면, "금전수수를 수반하는 사무처리를 위임받은 자가 수령한 금전이 사무처리의 위임에 따라 위임자를 위하여 수령한 것인지 여부의 판단방법", 「대법원 판례해설」 제59권(2005 하반기) 참조.

하는 법률 규정은 회사가 기업 활동을 할 때 준수하여야 하고, 따라서 회사의 이사 등이 업무상의 임무에 위배하여 보관 중인 회사의 자금으로 뇌물을 공여하였다면 이는 오로지 회사의 이익을 도모할 목적이라기보다는 뇌물공여 상대방의 이익을 도모할 목적이나 기타 다른 목적으로 행하여진 것이라고 보아야 하므로, 그 이사 등은 회사에 대하여 업무상횡령죄의 죄책을 면하지 못한다. 그리고 특별한 사정이 없는 한 이러한 법리는 회사의 이사 등이 회사의 자금으로 부정한 청탁을 하고 배임증재를 한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

가. 대상판결은 회사의 이사 등이 보관 중인 회사 자금(비자금)으로 회사의 영업을 위해 뇌물이나 리베이트 등을 제공한 경우 횡령죄가 성립할 수 있는가 하는 점이 문제된다. 이에 대해 원심은 이 사건 비자금 조성행위 자체만으로는 불법영득의 의사가 실현된 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 구체적 지출 및 송금행위와 관련하여서도 피고인들의 불법영득의사가 있었다고 보기 어렵다는 이유로,¹¹⁰⁾ 위 피고인들에 대한 각 횡령의 점에 대해 전부 무죄로 판단하였다.¹¹¹⁾

그러나 대법원은 원심의 판단과 달리, 회사가 기업활동을 할 때 뇌물공여를 금지하는 법률 규정은 준수해야 하므로 회사의 이사 등이 업무상의 임무에 위배하여 보관 중인 회사의 자금으로 뇌물을 공여하였다면 이는 오로지 회사의 이익을 도모할 목적 아니라 뇌물공여 상대방의 이익을 도모할 목적이나 기타 다른 목적으로 행하여진 것이므로, 피고인인 이사 등은 회사에 대해 업무상횡령죄의 죄책을 진다고 하였다.¹¹²⁾

나. (1) 비자금 조성행위와 관련하여 대법원은 비자금을 조성한 목적이 무엇인가에 따라 횡령죄의 불법영득의사 여부를 판단한다.¹¹³⁾ 즉 비자금 조성행위가 개인적 용도로 착복할 목적이었다면 비자금을 조성한 행위만으로도 횡령죄의 불법영득의사가 실현되었다고 볼 수 있다. 반면에 비자금 조성행위의 목적이 장부상의 분식(분식)에 불과하거나 법인의 운영에 필요한 자금을 조달하는 수단으로 인정되는 경우에는 불법영득의 의사를 인정하기 어렵다고 보았다. 즉 행위자에게 법인의 자금을 빼내어 착복할 목적이 있었는지 여부는 그 법인의 성격과 비자금의 조성 동기, 방법, 규모, 기간, 비자금의 보관방법 및 실제 사용용도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 하였다.¹¹⁴⁾

(2) 문제는 비자금조성행위에 대해 그 목적이 무엇인가에 따라 횡령죄의 불법영득의사를 판단하는 것이 타당한가 하는 점이다.¹¹⁵⁾ 그리고 비자금 조성행위만으로 불법영득의사가 '실현'되

110) 문제가 된 A 회사의 부산지사는 법정관리하에서 허용되는 영업활동비만으로는 선박 회사 등에 지급하여야 할 리베이트, 부산지사 및 본사의 영업활동비와 조직운영비 등을 충당할 수 없었기 때문에 이 사건 비자금을 조성하였고, 공소의 1 회사 본사도 위와 같은 부산지사의 비자금 조성 및 사용에 관해 통지를 받거나 예산을 미리 책정하는 등의 방법으로 관리하고 있었고, 위와 같이 조성된 비자금은 대부분 그 목적대로 지출되었거나, 선박회사 등에 지급된 리베이트 등은 모두 회사의 영업을 위하여 지출된 것으로 보아 불법영득의사가 있었다고 보기 어렵다는 것이다 (서울고법 2011. 7. 1. 선고 2010노3069 판결).

111) 서울고법 2011. 7. 1. 선고 2010노3069 판결.

112) 대법원 2005. 5. 26. 선고 2003도5519 판결; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결 등 참조.

113) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99도2889 판결; 2005. 5. 26. 선고 2003도5519 판결; 2006.8.24. 선고 2006도3039 판결; 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도11015판결; 대법원 2011. 9. 8. 선고 2011도5165 판결; 대법원 2012. 8. 30. 선고 2011도2252 판결.

114) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도11015 판결 참조.

115) 상세하게는 안경옥(c), "비자금 조성행위의 형사처벌에 대한 한·독 판례 비교 및 검토", 「형사법의 신동향」 통권 제41권(2013), 124~127면.

었다고 볼 수 있는지,¹¹⁶⁾ 아니면 불법영득의사가 ‘표시’되었다고 할 수 있는지¹¹⁷⁾ 여부와, 횡령죄의 기수시기를 불법영득의사 외부로 표시되면 기수를 인정하는 표시설에 따를 것인지 아니면 실제 불법영득의사 실현되어야 하는 실현설의 입장을 따를 것인지도 생각해볼 필요가 있다.

판례는 불법영득의사가 외부로 표현되면 횡령죄의 기수가 성립하며,¹¹⁸⁾ 실제 피해자의 소유권 등에 대한 침해로 전제로 하지 않기 때문에 횡령죄의 범죄적 성격을 위험범으로 본다. 학계에서도 표시설은 불법영득의사가 외부적, 객관적으로 표현되기만 하면 횡령죄의 기수가 된다는 견해로, 판례와 같은 취지의 내용이다.¹¹⁹⁾ 표시설에 따를 경우 횡령죄의 미수는 실제 인정하기 어렵다. 그리고 행위자의 영득의사가 표시되는 행위만 있으면 타인의 재물을 ‘영득’한 것이므로 횡령죄는 거동범 내지 위험범으로 해석하게 된다.¹²⁰⁾ 반면에 실현설은 행위자의 처분행위로 인해 불법영득의사가 실현되어야 기수가 된다는 견해로, 불법영득의사가 실현되지 못한 경우에는 횡령죄의 미수를 인정한다.¹²¹⁾ 그리고 불법영득의사가 초과주관적 구성요건요소가 아니라 고의 속에 포함되는 것을 해석하는 견해도 있다. 그것은 고의에는 불법영득의사의 표현으로서의 ‘횡령행위’에 대한 인식이 포함되는 것이기 때문이라고 하였다.¹²²⁾

(3) 횡령죄를 위험범으로 판단하는 판례의 태도에 대해서는 횡령죄의 기수시기를 앞당겨 현행 횡령죄 미수범 처벌규정을 무의미하게 하게 하며, 타 재산범죄의 침해범적 성격과도 맞지 않다고 볼 수 있다,¹²³⁾ 그러므로 비자금을 조성하는 행위와 관련하여서는, 이를 조성하는 단계가 아닌, 실제 비자금을 개인적으로 착복하는 등의 행위가 있어야 기수를 인정하고 그 이전의 단계에서는 미수를 인정하는 것이 옳다고 하겠다. 그리고 보관자가 리베이트 제공 등, 자기 또는 제3자의 이익을 위한 것이 아니라 재물 소유자의 이익을 위해 보관중인 금전이나 비자금을 사용하였다면, 배임증거나 뇌물죄는 별론으로 하고, 횡령죄의 불법영득의사를 인정하기 어렵다고 하겠다.¹²⁴⁾

5. 횡령의 객체를 확정하는 기준 및 불법영득의사

[대상판결] 대법원 2016. 8. 30. 선고 2013도658 판결

[1] 횡령죄는 타인의 재물에 대한 재산범죄로 재물의 소유권 등 본권을 보호법익으로 하는 범죄이므로, 어떤 재물을 횡령의 객체로 보느냐에 따라 재물이 타인의 소유인지, 위탁관계에 기초한 보관자의 지위가 인정되는지, 피해자가 누구인지, 재물에 대한 반환청구가 가능한지 등이 달라질 수 있다. 따라서 횡령행위가 여러 단계의 일련의 거래 과정을 거쳐 이루어지는 등의 사유로 여러 재물을 횡령의 객체로 볼 여지가 있어 이를 확정할 필

116) 대표적으로 대법원 2010.12.9. 선고 2010도11015 판결; 대법원 2013.4.25. 선고 2011도9238 판결.

117) 대법원 2010.5.13. 선고 2009도1373 판결.

118) 대법원 2004.12.9. 선고 2004도5904 판결.

119) 김일수/서보화, 앞의 책, 307면; 오영근, 「형법각론」 제3판, 2015, 430면.

120) 안경옥(c), 앞의 논문, 128면.

121) 이재상 외, 앞의 책, 408~409면; 김성돈, 앞의 책, 411~412면.

122) 정영일, 앞의 책, 269면

123) 김태명, 앞의 책, 435면.

124) 이재상 외, 앞의 책, 410면, 박상기, 앞의 책, 675면.

요가 있는 경우에는, 재물의 소유관계 및 성장(성상), 위탁관계의 내용, 재물의 보관·처분 방법, 행위자가 어떤 재물을 영득할 의사로 횡령행위를 한 것인지 등의 제반 사정을 종합적으로 고려하여 횡령의 객체를 확정해야 한다.

- [2] 횡령죄에서 불법영득의사는 타인의 재물을 보관하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 위탁의 취지에 반하여 타인의 재물을 자기의 소유인 것처럼 권한 없이 스스로 처분하는 의사를 의미한다. 따라서 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 소유자의 이익에 반하여 재물을 처분한 경우에는 재물에 대한 불법영득의사를 인정할 수 있으나, 그와 달리 소유자의 이익을 위하여 재물을 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 재물에 대하여는 불법영득의사를 인정할 수 없다.

가. 먼저 대상판결의 사안과 원심의 판단내용을 보면, 원심은 피고인 갑과 을 등은 피고인 5의 A 회사 울산공장 임직원으로 하여금 그곳에서 생산한 섬유제품을 세금계산서 발행 없이 무자료로 A 회사 대리점들에 판매하게 한 후, 병 등 대리점의 사장들로부터 무자료 거래대금을 현금으로 전달받아 관리하다가 갑과 가족들의 개인적 용도로 사용하는 등의 방법으로 '섬유제품'을 빼돌려 무자료로 판매함으로써 횡령하였다고 인정하였다. 그리고 병 등은 이 무자료 거래를 통하여 A 회사의 '섬유제품'을 빼돌리는 것을 알면서도, 무자료 거래로 섬유제품을 공급받고 그러한 사실이 발각되지 않도록 그 대금을 현금으로 직접 을에게 지급하는 등으로 갑 등의 범행을 방조하였다는 것이다.¹²⁵⁾

반면에 대법원은 갑은 자신이 지배하는 A 회사에서 생산된 섬유제품 자체를 영득할 의사로 무자료 거래를 한 것이 아니라, 섬유제품 판매대금으로 비자금을 조성하여 그 비자금을 개인적으로 영득할 의사로 무자료 거래를 하였다고 볼 수 있으므로, 이 사건 횡령행위의 객체는 '섬유제품'이 아니라 섬유제품의 '판매대금'이라고 하였다. 그리고 섬유제품의 무자료 판매행위만으로 곧바로 갑 등의 '섬유제품'에 대한 불법영득의사가 외부에 인식될 수 있는 정도에 이르렀다고 평가하기 어렵고, 섬유제품의 판매대금이 비밀리에 현금으로 을에게 전달된 때 또는 전달된 대금이 개인적인 목적으로 소비된 때 비로소 '판매대금'에 대한 영득의사가 외부에 표현된 것으로 볼 수 있다고 하였다.¹²⁶⁾

나. (1) 대법원은 여러 단계의 과정을 거쳐 횡령행위가 이루어지는 경우는 재물의 소유관계나, 어떤 재물을 영득할 의사로 횡령행위를 한 것인지 등의 제반사정을 종합적으로 고려하여 횡령의 객체를 확정해야 한다고 하였다. 그리고 횡령행위는 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말하는 것으로, 단순한 내심의 의사만으로는 횡령행위가 있었다고 할 수 없고, 불법영득의사가 외부에 인식될 수 있는 객관적 행위가 있을 때 횡령죄가 성립한다고 하여 종래의 표시설의 입장을 그대로 유지하였다.¹²⁷⁾

(2) 대상판결의 사안에 대해 대법원은 섬유제품 보다는 그 판매대금을 비자금으로 조성, 개인적 용도로 사용했다는 점에 주목하여 횡령의 대상이나 불법영득의사 여부를 판단하였다. 보

125) 서울고법 2012.12.20. 선고 2012노755판결.

126) 대법원 2016. 8. 30. 선고 2013도658 판결.

127) 대법원 1993. 3. 9. 선고 92도2999 판결, 대법원 2004. 12. 9. 선고 2004도5904 판결.

관중인 금전이나 비자금을 개인적 용도 등으로 임의 소비한 행위나 불법영득의사에 대해서는 앞의 4. 대상판결에서 검토한 바와 있으므로 여기서는 생략하기로 한다.

6. 불법영득의사의 표현과 횡령죄의 기·미수

[대상판결] 대법원 2012.8.17. 선고 2011도9113 판결

원심판결 이유를 관련 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인이 보관하던 이 사건 수목을 함부로 제3자에게 매도하는 계약을 체결하고 계약금을 수령·소비하여 이 사건 수목을 횡령하였다는 공소사실에 관하여 횡령미수죄를 인정한 조치는 정당하고, 거기에 횡령죄의 기수 시기에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

가. (1) 먼저 대상판결의 사실관계를 보면, 피고인이 동업계약에 따라 수목을 가식 및 관리 하여 오던 중 피해자와 사이에 아무런 협의절차를 거치지도 아니한 채 이 사건 수목을 제3자에게 처분하기로 마음먹고 마치 수목의 단독 소유자인 것처럼 행세하면서, 수목에 관한 매매계약을 체결하고 계약금만 수령하였을 뿐 수목에 관한 분리, 보관, 반출, 매수인의 명의의 명인방법 등의 일련의 조치가 행해지는 것은 피해자가 미연에 방지하였다는 것이다.¹²⁸⁾

이에 대해 원심은, 이 사건 수목은 피해자가 임치한 제3자의 토지에 정착된 부동산으로서 피고인이 수목에 관하여 피고인 또는 부동산 매수인 명의의 명인방법 등의 조치를 취한 적도 없고 이 사건 수목을 토지에서 분리·보관하거나 분리·반출한 사실도 발견되지 아니하고, 단순히 피고인이 이 사건 수목에 관한 매매계약을 체결하고 계약금을 수령한 사실만으로는 횡령죄의 실행의 착수의 단계를 넘어 더 나아가 기수범에 이르렀다고 보기는 어렵다고 하였다. 대법원도 횡령죄를 단순히 위험범이 아닌 구체적 위험범으로 해석한 원심의 태도가 타당하다고 하였다.¹²⁹⁾

(2) 대상판결의 사안에 대해 원심과 대법원은 횡령죄의 법적 성격을 ‘구체적 위험범’으로 표현하며, 횡령죄의 기수 판단기준을 소유자의 본권 침해에 대한 구체적인 위험이라는 ‘행위’가 아닌 ‘법익’의 관점에서 기수 여부를 판단하였다.¹³⁰⁾

나. (1) 횡령죄의 기·미수 여부를 소유권 등의 보호법익에 대한 위험이나 구체적 위험으로 판단하는 판례의 태도에 대해, 범죄의 성립여부를 법문에 규정된 구성요건 요소를 모두 실현하였는지의 여부가 아닌, 보호법익에 대한 침해 내지 구체적 위험의 발생에 의해 판단해서는 안 된다는 비판이 있다.¹³¹⁾ 그것은 횡령죄의 구성요건적 요소를 모두 실현하지 못하였다면 소유권의 보호법익에 대한 침해가 있더라도 기수가 성립하지 못하며, 마찬가지로 모든 구성요건적 요소를 실현했다 하더라도 보호법익에 대한 침해가 없는 경우도 기수가 성립할 수 없기 때문이라고 하였다.¹³²⁾ 그리고 횡령죄가 영득죄의 성격을 가지는 것도 간과하였는데, 영득의 개념상 이

128) 상세한 사실관계는 김봉수, 횡령죄의 미수범 성립여부, 형사판례연구 (21), 2225, 226면.

129) 춘천지방법원 2011.6.22. 선고 2010노197 판결.

130) 김봉수, “횡령죄의 미수범 성립여부”, 『형사판례연구』 제21권(2013), 240면; 이용식(b), “횡령죄의 기수성립에 관한 논의 구조 -횡령죄의 구조-”, 『형사판례연구』 제21권(2013), 277~280면.

131) 이용식(a), 앞의 논문, 267면.

는 실질적으로 소유권 등 재산적 법익의 침해를 전제로 하며, 횡령죄를 침해범으로 파악, 기수 시기를 늦추는 것이 더 타당하다는 비판도 있다.¹³²⁾

(2) 횡령죄의 보호법익이 소유권이고, 행위자의 횡령행위를 통해 소유권이 침해될 위험은 기수나 미수 모두 존재하기 때문에 법익침해의 위험이 있다면 횡령행위의 불법영득의사가 '표현' 되는 행위로 보아 기수성립을 인정하는 것은 옳지 않다. 여기서 표시설(표현설)의 내용과 기준은 실행의 착수를 판단하는 하나의 기준으로 이해할 수 있다는 견해¹³⁴⁾가 타당하며, 횡령죄의 구성요건요소를 모두 '실현'하지 못하였다면 소유권이라는 보호법익이 침해될 위험이 있다고 하더라도 기수가 아닌 미수를 인정해야 한다. 아울러 횡령죄의 기수시기를 불법영득의사가 실현되는가, 표시되는가를 기준으로 하는 것이 아니라, 횡령죄가 영득범죄이므로 재물을 '영득'한 결과가 발생했는가를 기준으로, 즉 구성요건이 실현되었는가를 기준으로 횡령죄의 기수 여부를 판단해야 하는 것이 옳다고 하겠다.

7. 횡령죄의 본질과 불가벌적 사후행위

[대상판결] 대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결

[1] [다수의견]

(가) 횡령죄는 다른 사람의 재물에 관한 소유권 등 본권을 보호법익으로 하고 법익침해의 위험이 있으면 침해의 결과가 발생되지 아니하더라도 성립하는 위험범이다. 그리고 일단 특정한 처분행위(이를 '선행 처분행위'라 한다)로 인하여 법익침해의 위험이 발생함으로써 횡령죄가 기수에 이른 후 중극적인 법익침해의 결과가 발생하기 전에 새로운 처분행위(이를 '후행 처분행위'라 한다)가 이루어졌을 때, 후행 처분행위가 선행 처분행위에 의하여 발생한 위험을 현실적인 법익침해로 완성하는 수단에 불과하거나 그 과정에서 당연히 예상될 수 있는 것으로서 새로운 위험을 추가하는 것이 아니라면 후행 처분행위에 의해 발생한 위험은 선행 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험에 포함되는 것이므로 후행 처분행위는 이른바 불가벌적 사후행위에 해당한다. 그러나 후행 처분행위가 이를 넘어서서, 선행 처분행위로 예상할 수 없는 새로운 위험을 추가함으로써 법익침해에 대한 위험을 증가시키거나 선행 처분행위와는 무관한 방법으로 법익침해의 결과를 발생시키는 경우라면, 이는 선행 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험의 범위를 벗어나는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 별도로 횡령죄를 구성한다고 보아야 한다.

(나) 따라서 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 근저당권 설정등기를 경료함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다 하더라도 그 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하여 새로운 법익침해의 위험을 추가함으로써 법익침해의 위험을 증가시키거나 해당 부동산을 매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 법익침

132) 이용식(a), 앞의 논문, 267면.

133) 김봉수, 앞의 논문, 241면.

134) 김봉수, 앞의 논문, 246면.

해의 결과를 발생시켰다면, 이는 당초의 근저당권 실행을 위한 임의경매에 의한 매각 등 그 근저당권으로 인해 당연히 예상될 수 있는 범위를 넘어 새로운 법익침해의 위험을 추가시키거나 법익침해의 결과를 발생시킨 것이므로 특별한 사정이 없는 한 불가벌적 사후행위로 볼 수 없고, 별도로 횡령죄를 구성한다.

[대법관 이상훈, 대법관 김용덕의 별개의견]

(가) 타인의 부동산에 근저당권을 설정하는 선행 횡령행위로 인하여 부동산 전체에 대한 소유권 침해의 위험이 발생함으로써 그에 대한 횡령죄가 성립하는 이상, 그 이후에 이루어진 당해 부동산에 대한 별개의 근저당권설정행위나 당해 부동산의 매각행위 등의 후행 횡령행위는 이미 소유권 침해의 위험이 발생한 부동산 전체에 대하여 다시 소유권 침해의 위험을 발생시킨 것에 불과하므로, 특별한 사정이 없는 한 선행 횡령행위에 의하여 평가되어 버린 불가벌적 사후행위로 보는 것이 논리상 자연스럽다.

(나) 선행 횡령행위로 발생한 소유권 침해의 위험이 미약하여 과도한 비용과 노력을 들이지 아니하고도 그 위험을 제거하거나 원상회복할 수 있는 상태에서 그보다 월등히 큰 위험을 초래하는 후행 횡령행위를 저지른 경우에는 그 행위의 반사회성이나 가벌성이 충분히 인정되고 일반인으로서도 그에 대한 처벌을 감수함이 마땅하다고 여길 만하다. 이와 같은 경우에는 예외적으로 이를 불가벌적 사후행위로 볼 것이 아니라 처벌대상으로 삼을 필요가 있다. 기존의 판례를 변경하지 아니하고도 이러한 해석이 가능하고, 이러한 해석을 하려면 판례를 변경하여야 한다고 보더라도 그 범위 내에서만 제한적으로 변경함으로써 충분하다.

[대법관 이인복, 대법관 김신의 반대의견]

(가) 형법 제355조 제1항에서 규정한 횡령죄는 재물의 영득을 구성요건적 행위로 삼는다는 점에서 재산상의 이익을 대상으로 하는 같은 조 제2항의 배임죄와 구분되는데, 재물에 대한 불법영득의사는 피해자의 소유권 등 본권에 대한 전면적 침해를 본질적 내용으로 하므로 그러한 불법영득의사에 기한 횡령행위가 있을 경우 이미 그에 의한 법익침해의 결과나 위험은 그 소유권 등의 객체인 재물의 전체에 미친다고 볼 수밖에 없고, 따라서 일단 위와 같은 횡령죄가 성립한 후에는 재물의 보관자에 의한 새로운 처분행위가 있다고 하여 별도의 법익침해의 결과나 위험이 발생할 수 없음은 당연한 논리적 귀결이다.

(나) 타인의 부동산을 보관 중인 자가 그 부동산의 일부 재산상 가치를 신임관계에 반하여 유용하는 행위로서, 즉 배임행위로서 제3자에게 근저당권을 설정한 것이 아니라, 아예 해당 부동산을 재물로서 불법적으로 영득할 의사로, 즉 횡령행위로서 근저당권을 설정한 것이라면, 이러한 횡령행위에 의한 법익침해의 결과나 위험은 그때 이미 위 부동산에 관한 소유권 전체에 미치게 되고, 이 경우 후행 처분행위에 의한 추가적 법익침해의 결과나 위험은 법논리상 불가능하다고 보아야 한다.

[2] 피해자 갑 종종으로부터 종종 소유의 토지를 명의신탁받아 보관 중이던 피고인 을이 자신의 개인 채무 변제에 사용할 돈을 차용하기 위해 위 토지에 근저당권을 설정하였는데, 그 후 피고인 을, 병이 공모하여 위 토지를 정에게 매도한 사안에서, 피고인들이 토지를 매도한 행위는 선행 근저당권설정행위 이후에 이루어진 것이어서 불가벌적 사후행위에

해당한다는 취지의 피고인들 주장을 배척하고 위 토지 매도행위가 별도의 횡령죄를 구성한다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

가. (1) 대상판결의 사안에 대해, 대법원은 피고인들의 토지 매도행위가 별도의 횡령죄를 구성한다고 본 원심판단을 정당하다고 하였다. 다만 2016년 중간생략등기형 명의신탁 관련 판결이 나온 이후에는 2자간 명의신탁된 부동산을 처분하는 행위도 횡령죄를 구성하지 않을 가능성이 있다. 다만 여기서는 명의수탁된 부동산에 대해 횡령죄의 처분행위가 될 수 있는 행위가 둘 이상 있는 경우, 선행 처분행위로 횡령죄가 성립한 이후에 후행 처분행위가 불가벌적 사후행위인지, 아니면 선행 처분행위로 인한 횡령죄와 별개인 횡령죄가 성립할 수 있는지 여부만 검토한다.

(2) 대상판결의 다수의견은 선행 처분행위로 인해 횡령죄가 기수에 이른 후에 ‘후행 처분행위’가 선행 처분행위로 예상할 수 없는 새로운 위험을 추가함으로써 법익침해에 대한 위험을 증가시키거나, 선행 처분행위와는 무관한 방법으로 법익침해의 결과를 발생시키는 경우라면 별도의 횡령죄가 성립하고, 그렇지 않은 경우라면 불가벌적 사후행위로 보았다. 원심도 피고인들의 이 사건 토지 매도행위가 횡령죄를 구성한다고 보아 이를 모두 유죄로 인정하였다.¹³⁵⁾ 이러한 태도는 종래 대법원이 명의신탁 부동산의 임의 처분행위에 대해 횡령죄 성립 후의 횡령행위가 불가벌적 사후행위라는 이유로 횡령죄를 인정하지 않았던 판례내용을¹³⁶⁾ 변경한 것이다.

(3) 한편 대상판결의 반대의견은 후행 횡령행위를 통해 별개의 횡령죄 성립한다는 점을 비판하였다. 그것은 해당 부동산을 불법영득할 의사로 근저당권 설정 등의 횡령행위를 하였다면, 이러한 횡령행위를 통한 법익침해의 결과나 위험은 위 부동산의 소유권 전체에 미치지 때문에 후행행위를 통해 추가적인 법익침해의 결과나 위험은 불가능하기 때문인 것이다.

나. 판례의 다수의견에 찬성하는 견해도 있으나,¹³⁷⁾ 후행 횡령행위(처분행위)로 인해 새로운 법익 침해가 있는 경우 선행 횡령행위로 인한 횡령죄와는 별개의 횡령죄를 인정할 수 있다는 견해는 횡령죄가 타인의 재물을 영득하는 범죄라는 점에서, 그리고 재물에 대한 소유권이 침해된 이상 다시 소유권을 침해할 수 있는가 하는 점에서 신중히 판단해야 할 문제이다.¹³⁸⁾ 그 외에도, 앞서의 대상판결에서 검토한 바와 같이, 보호법익에 대한 침해내지 위험을 기준으로 횡령죄의 기수 여부를 판단하는 것이 타당한가 하는 점에 대한 논의는 여기서도 유용하다고 하겠다.

135) 의정부지법 2010. 7. 23. 선고 2010노594 판결.

136) 대표적으로 대법원 1998.2.24. 선고 97도3282 판결; 2006.11.9. 선고 2005도8699 판결.

137) 백원기, “횡령 후의 횡령-횡령죄와 불가벌적 사후행위”, 『형법판례 150선』, 한국형사판례연구회(2016), 박영사, 275면; 이경렬, “‘명의수탁자의 처분과 횡령’의 불가벌적 사후행위”, 『형사판례연구 (22)』, 165면. 다만 이경렬교수는 법익에 대한 새로운 침해가 아닌, 단순히 법익침해의 위험이 추가됨을 이유로 불가벌적 사후행위를 부정하는 것은 대상판결의 다수의견은 타당하지 않다는 입장이다.

138) 대상판결의 다수의견이 새로운 판단기준을 선언하고 있을 뿐 그 실질적 논거는 결여하고 있다는 비판은 신동운, “횡령 후의 횡령죄 성립여부”, 『서울대학교 법학』 제54권 제4호 (2013.12), 297면.

Ⅶ. 배임죄에 관한 중요 판례

1. 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무와 배임죄의 ‘타인의 사무’

[대상판결] 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결

[1] [다수의견]

(가) 채무자가 채권자에 대하여 소비대차 등으로 인한 채무를 부담하고 이를 담보하기 위하여 장래에 부동산의 소유권을 이전하기로 하는 내용의 대물변제예약에서, 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 ‘자기의 사무’에 해당하는 것이 원칙이다.

(나) 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 예약 당시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 채무자가 차용금을 제때에 반환하지 못하여 채권자가 예약완결권을 행사한 후에야 비로소 문제가 되고, 채무자는 예약완결권 행사 이후라도 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 의무에서 벗어날 수 있다. 한편 채권자는 당해 부동산을 특정물 자체보다는 담보물로서 가치를 평가하고 이로써 기존의 금전채권을 변제받는 데 주된 관심이 있으므로, 채무자의 채무불이행으로 인하여 대물변제예약에 따른 소유권등기를 이전받는 것이 불가능하게 되는 상황이 초래되어도 채권자는 채무자로부터 금전적 손해배상을 받음으로써 대물변제예약을 통해 달성하고자 한 목적을 사실상 이룰 수 있다. 이러한 점에서 대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이어서 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 ‘타인의 사무’에 해당한다고 볼 수는 없다.

(다) 그러므로 채권 담보를 위한 대물변제예약 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다.

[대법관 양창수, 대법관 신영철, 대법관 민일영, 대법관 김용덕의 반대의견]

(가) 관례의 축적을 통하여, 등기협력의무 등 거래 상대방의 재산보전에 협력하여야 할 의무가 있는 사람이 고의로 임무를 위반하여 상대방에게 회복하기 어려운 손해를 입힌 경우에는 배임죄로 처벌받을 수 있다는 것이 우리 사회의 확립된 법원칙으로서 자리매김하게 되었고, 이러한 법리는 전형적인 배신행위에 대하여는 형벌법규의 개입이 정당하다는 사회적 합의에 의해 지지되고 있는 것이다.

(나) 담보계약을 체결한 채권자와 채무자 사이에는 담보계약 자체로부터 피담보채권의 발생 원인이 된 법률관계와는 별도의 독자적인 신임관계가 발생한다고 보아야 한다. 부동산 매매계약에서 신임관계의 본질이 부동산의 소유권을 이전하는 데 있는 것과 마찬가지로, 담보 목적으로 체결된 대물변제예약에서 신임관계의 본질은 담보로 제공하기로 한

부동산의 담보가치를 채권자에게 취득하게 하는 데 있으며, 이는 결국 배임죄의 성립 여부에 있어 양자가 다르지 않다는 것을 의미한다.

(다) 담보 목적으로 부동산에 관한 대물변제예약을 체결한 채무자가 신임관계를 위반하여 당해 부동산을 제3자에게 처분함으로써 채권자로 하여금 부동산의 소유권 취득을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다면 이러한 행위는 대물변제예약에서 비롯되는 본질적·전형적 신임관계를 위반한 것으로서 배임죄에 해당한다고 보아야 한다. 그리고 그렇게 보는 것이 부동산의 이중매매, 이중근저당권설정, 이중전세권설정에 관하여 배임죄를 인정하여 온 판례의 확립된 태도와 논리적으로 부합한다.

[2] 채무자인 피고인이 채권자 갑에게 차용금을 변제하지 못할 경우 자신의 어머니 소유 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정한 후 유증을 원인으로 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 제3자에게 매도함으로써 갑에게 손해를 입었다고 하여 배임으로 기소된 사안에서, 피고인이 대물변제예약에 따라 갑에게 부동산의 소유권이전등기를 마쳐 줄 의무는 민사상 채무에 불과할 뿐 타인의 사무라고 할 수 없어 피고인이 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다고 볼 수 없는데도, 피고인이 이에 해당된다고 전제하여 유증을 인정한 원심판결에 배임죄에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 의미에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

가. (1) 대상판결의 사안¹³⁹⁾에 대해 원심은 피고인에 대해 배임죄를 인정하였다.¹⁴⁰⁾

그에 반해 대법원의 다수의견은 채권담보를 목적으로 한 대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기 절차를 이행할 의무는 그 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이어서 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 ‘타인의 사무’에 해당한다고 볼 수는 없다고 하였다. 그러므로 채권 담보를 위한 대물변제예약 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니라고 하였다.

(2) 종래 대법원은 부동산 매매에서 매도인이 중도금을 수령한 후에는 그 계약의 내용에 좇아 소유권이전등기를 하여야 하는 의무를 이행하는 것은 채무자로서의 자기 사무의 처리라는 측면과 상대방의 재산보전에 협력하는 타인 사무의 처리라는 성격을 동시에 가지므로, 이러한 단계에 이른 후에 매도인이 그 부동산을 제3자에게 처분하는 행위는 매수인을 위한 등기협력의무를 위반하는 것으로서 배임죄에 해당한다고 하였다.¹⁴¹⁾ 그 외에 근저당권설정계약을 체결한 후 그에 따른 등기절차를 이행하기 전에 제3자에게 부동산을 처분하거나 근저당권설정등기를

139) 피고인이 공소외인에게 차용금 3억 원을 변제하지 못할 경우 피고인의 어머니 소유의 이 사건 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정하였고, 그 후 피고인은 유증을 원인으로 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 누나와 자형에게 매도함으로써 이 사건 부동산의 실제 재산상 가치인 1억 8,500만 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 공소외인에게 동액 상당의 손해를 입었다고 하여 기소된 사안이다 (대구지법 2014. 2. 13. 선고 2013노3665 판결).

140) 대구지법 2014. 2. 13. 선고 2013노3665 판결.

141) 대법원 1986. 7. 8. 선고 85도1873 판결, 대법원 1988. 12. 13. 선고 88도750 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3766 판결 등 참조.

하여 준 경우, 부동산에 대한 전세권설정계약이나 양도담보설정계약 후 그에 따른 등기절차를 이행하기 전에 제3자에게 근저당권설정등기나 전세권설정등기를 하여 줌으로써 담보능력 감소의 위험을 발생시킨 경우 등에도 배임죄의 성립을 인정하였다.¹⁴²⁾

대상판결의 보충의견도 판례의 축적을 통하여, 등기협력의무 등 거래 상대방의 재산보전에 협력하여야 할 의무가 있는 사람이 고의로 그 임무를 위반하여 상대방에게 회복하기 어려운 손해를 입힌 경우에는 배임죄로 처벌받을 수 있다는 것이 우리 사회의 확립된 법원칙이므로, 이 사건과 같이 담보 목적으로 부동산에 관한 대물변제예약을 체결한 후 그 부동산을 제3자에게 임의로 처분한 경우에도 배임죄가 성립한다고 보아야 한다고 하였다.

(3) 참고로 동산의 이중매매나 이중양도와 관련하여서는 본 고에서 소개하지 않은 2008도 10479 전합판결이 중요한 의미를 가진다.¹⁴³⁾ 이 판결의 다수의견은 매매의 목적물이 동산일 경우, 매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 ‘매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무’가 있다고 할 수 없다고 하였다. 이 판결의 반대의견은 매매계약의 당사자 사이에 중도금을 수수하는 등으로 계약의 이행이 진행되어 다른 특별한 사정이 없는 한 임의로 계약을 해제할 수 없는 단계에 이른 때에는 그 계약의 내용에 좇은 채무의 이행은 채무자로서의 자기 사무의 처리라는 측면과 아울러 상대방의 재산보전에 협력하는 타인 사무의 처리라는 성격을 동시에 가지게 되므로, 채무자에게는 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위를 인정하였다.

나. (1) 학계의 견해를 살펴보면, 부동산의 이중매매나 이중양도의 경우 다수설은 대상판결 이전까지는 행위자가 중도금이나 잔금 수령이후에는 배임죄 성립을 인정하였다.¹⁴⁴⁾ 반면에 부정설은 대물변제예약된 부동산의 경우에만 배임죄 성립을 부정하는 것인지는 분명하지 않다. 동산의 이중매매 등에 대해서는 부동산의 경우와 구별 없이 중도금 수령이후에는 배임죄를 인정하자는 견해와 동산의 경우에는 배임죄를 부정하는 견해가 있다.¹⁴⁵⁾

(2) 우리 민법상 형식주의에 따라 소유권등기이전 전까지 부동산의 소유권은 매도인에게 있으므로 매도인이 제1매수인과 매매계약을 체결하였으나 소유권이전등기를 경료하기 전 제2매수인에게 소유권 이전등기를 경료 하였다면 이는 제1매수인에 대해서는 채무불이행을 한 것에 불과한 것이라고 볼 수 있다. 매도인의 소유권이전등기의무를 채권자의 재산보전에 협력할 의무라든가, 재산보전에 협력할 의무가 그 본질적 내용이 되어 매도인이 타인인 채권자(매수인)의 사무를 대신 처리하는 관계라고 보기도 힘들다. 결국 부동산거래에서 매도인이 등기절차를 이행할 의무를 이행하는 것은 자기 사무의 처리에 불과하다고 하겠다.¹⁴⁶⁾

142) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도9328 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도11224 판결; 대법원 1993. 9. 28. 선고 93도2206 판결, 대법원 1997. 6. 24. 선고 96도1218 판결 등.

143) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전합판결; 이에 대해서는 박형준, 앞의 논문, 110면 이하 참조.

144) 대표적으로 박상기, 「형법각론」 제7판, 2008, 410,면.

145) 이와 관련하여서는, 안경옥(d), “배임죄의 타인의 사무를 처리하는 자의 의미”, 585면 이하 참조.

146) 등기협력의무는 민사상의 등기절차이행의무와 같으며, 등기협력의무는 매도인이 등기에 필요한 서류를 가지고 등기소에 출석하거나 혹은 등기에 필요한 서류를 등기권리자인 매수인에게 제공하는 것에 불과하다고 한다. 등기절차이행의무라는 민사적 의무를 위반하였다면 그에 따른 민사적 책임을 지는 것으로 충분하고 배임죄로 처벌하자고 말하는 것은 쉽지 않다고 한다(2014도3363 판결 보충의견). 박운삼, 앞의 논문, 884, 885면.

여기서 매도인이 계약금을 받았느냐 중도금을 받았느냐는 별로 중요하지 않다고 하겠다. 중도금을 받았다 하더라도 매매계약을 통해 매도인이 소유권을 이전해 줄 소유권이전등기의무는 전형적인 민사상 채권·채무관계상의 의무에 불과하며, 제1매수인에게 이전하지 않는 것은 단순히 채무불이행이며, 매도인에게는 이러한 채무불이행을 금전적으로 배상해야 할 손해배상책임이 있다고 하겠다.¹⁴⁷⁾

(3) 동산의 이중매매 등과 관련하여서도 동산은 인도에 의해 물권변동이 생기므로, 매도인이 동산을 제1매수인에게 매도하는 계약을 체결하고 아직 인도전에 제2매수인에게 이중으로 매도하여 그 목적물을 제2매수인에게 인도하였다면 제2매수인이 소유권을 취득하게 된다. 이때 매도인은 자신의 소유권을 이전하기 이전에 누구에게 소유권을 이전할 것인지를 자유롭게 결정할 수 있으며, 마찬가지로 제1매수인에 대해서는 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 질 수 있다. 그러나 이러한 채무불이행으로 인한 손해배상은 전적으로 민사상의 문제이며, 자신의 소유권을 제1매수인이 아닌 제2매수인에게 이전했다 하더라도 손해배상 이외의 형사처벌을 하는 것은 형법이 지나치게 사적 자치의 영역에 개입하거나 ‘민사사건의 형사화’의 한 유형으로 볼 수 있다고 할 수 있다.¹⁴⁸⁾ 그러한 점에서 동산의 이중매매 뿐만 아니라 부동산의 이중매매나 이중저당 등 배임죄를 인정해온 종래 판례의 태도에 대한 전면적인 검토가 필요하다는 견해에¹⁴⁹⁾ 찬성할 수 있다.¹⁵⁰⁾

2. 채무자가 투자금 반환채무의 변제를 위하여 담보로 제공한 임차권 등의 권리를 그대로 유지할 계약상 의무와 ‘타인의 사무’

[대상판결] 대법원 2015. 3. 26. 선고 2015도1301 판결

채무자가 투자금 반환채무의 변제를 위하여 담보로 제공한 임차권 등의 권리를 그대로 유지할 계약상 의무가 있다고 하더라도, 이는 기본적으로 투자금반환채무의 변제의 방법에 관한 것이고, 성실한 이행에 의하여 채권자가 계약상 권리의 만족이라는 이익을 얻는다고 하여도 이를 가지고 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 ‘타인의 사무’에 해당한다고 볼 수 없다.

가. 원심은, 피고인이 아울렛 의류매장의 운영과 관련하여 공소의인으로부터 투자를 받으면서 투자금반환채무의 변제를 위하여 의류매장에 관한 임차인 명의로 판매대금의 입금계좌 명의

147) 김중구/이동명, “동산이중양도의 배임죄 성립 여부- 대법원 2011.1.20. 선고 2008도10479 전원합의체판결”, 『법학연구』 제51권(2013), 433면; 주지홍, 앞의 논문, 320면.

148) 강동욱, “부동산과 동산의 이중매매 매도인의 형사책임”, 『형법판례 150선』, 한국형사판례연구회(2016), 283면.

149) 박운삼, “부동산이중매매와 배임죄의 성부”, 『판례연구』 제27집(2016), 882, 883면; 박찬호, “차용사기에 있어서 편취의 범의 - 변제할 의사와 변제할 능력 사이의 상관관계 -”, 『판례연구』 제27집(2016), 773면.

150) 배임죄 구성요건과 관련하여, 민사적 법률관계에 형벌의 적용을 제한하고자 하는 대표적 사례로, 경영판단과 배임죄 성립 여부를 들 수 있다. 경영판단의 원칙은 경영자가 선의로 상당한 주를 기울여 자신의 권한 범위 내에 행한 거래에 대해서는 회사에 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 사실이 있다는 이유로 책임을 물을 수 없다고 하였다 (대법원 2004.5.22. 선고 2002도 4229 판결).

를 공소외인 앞으로 변경해 주었음에도 제3자에게 의류매장에 관한 임차인의 지위 등 권리 일체를 양도한 행위가 배임죄에 해당하는지가 쟁점인 이 사건에서, 피고인이 의류매장에 관한 임차인 명의로 판매대금의 입금계좌 명의를 공소외인 앞으로 그대로 유지하여야 할 의무는 단순한 민사상의 채무로서 자기의 사무에 불과하여 타인의 사무에 해당하지 않는다고 보아 배임죄에 관한 공소사실을 무죄로 판단하였다.

대법원도 채무자가 채무의 담보를 위하여 채권자에게 임차권이나 기타의 권리를 제공하였다가 이를 채권자 아닌 제3자에게 양도하더라도 이는 배임죄를 구성하지 않고 단순히 민사상의 채무불이행에 해당하며, 채무자가 투자금 반환 채무의 변제를 위하여 담보로 제공한 임차권 등의 권리를 그대로 유지할 계약상 의무는 배임죄의 ‘타인의 사무’에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.

나. 담보로 제공한 임차권의 양도와 관련하여 배임죄의 성부가 문제된 대상판결도 앞서 1.에서 언급한 부동산이나 동산의 이중매매나 이중양도와 배임죄 성립 여부라는 문제와 마찬가지로, 타인의 사무인지 여부를 해석하면서 가능한 한 계약이나 채무 불이행 등의 사적 자치 영역에 지나치게 개입한다거나 민사사건을 형사화하는 것은 옳지 않다고 하겠다.

3. 자동차를 담보로 제공하고 점유하는 채무자가 부당히 담보가치를 감소시킨 경우

[대상판결] 대법원 2012.9.13. 선고 2010도1165 판결

- [1] 자동차에 대하여 저당권이 설정되는 경우 자동차의 교환가치는 저당권에 포섭되고, 저당권설정자가 자동차를 매도하여 소유자가 달라지더라도 저당권에는 영향이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 저당권설정자가 단순히 저당권의 목적인 자동차를 다른 사람에게 매도한 것만으로는 배임죄에 해당하지 아니하나, 자동차를 담보로 제공하고 점유하는 채무자가 부당히 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우 배임죄의 죄책을 면할 수 없다.
- [2] 피고인이 자신의 모(모) 명의를 빌려 자동차를 매수하면서 피해자 갑 주식회사에서 필요한 자금을 대출받고 자동차에 저당권을 설정하였는데, 저당권자인 갑 회사의 동의 없이 이를 성명불상의 제3자에게 양도담보로 제공하였다고 하여 배임으로 기소된 사안에서, 피고인은 신원을 정확히 알 수 없는 제3자에게서 돈을 차용하고 담보로 자동차를 인도하면서 차량포기각서까지 작성해 주었고, 이후 차용금을 변제하지 아니하였을 뿐만 아니라 갑 회사에 대한 대출금 변제도 중단하였던 점, 갑 회사가 자동차에 대한 저당권을 실행하기 위하여 자동차 인도명령을 받았으나 소재파악이 되지 않아 집행불능에 이르렀던 점, 정상적인 거래관계였다면 마땅히 수반되어야 할 양도인의 인감증명서 교부 등 자동차관리법 기타 관계 법령에 따른 이전등록에 필요한 조치도 전혀 이루어지지 않았던 사정 등을 종합할 때, 피고인의 행위는 적어도 미필적으로나마 갑 회사의 자동차에 대한 추급권 행사가 불가능하게 될 수 있음을 알면서도 그 담보가치를 실질적으로 상실시키는 것으로서 배임죄가 성립되는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 볼 여지가 있는데도, 이와 달리 보아 무죄를 인정한 원심판결에 법리오해 등 위법이 있다고 한 사례.

가. 대상판결의 사안에 대해 원심은, 피고인이 저당권이 설정된 자동차를 저당권자의 허락을 받지 않고 임의로 제3자에게 양도담보로 제공하였다고 하더라도 저당권에는 영향이 없는 것이어서 배임죄를 구성하지 않는다고 하였다.¹⁵¹⁾ 반면에 대법원은 자동차에 대하여 저당권이 설정되는 경우 자동차의 교환가치는 그 저당권에 포섭되고, 저당권설정자가 자동차를 매도하여 그 소유자가 달라지더라도 저당권에는 영향이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 저당권설정자가 단순히 그 저당권의 목적인 자동차를 다른 사람에게 매도한 것만으로는 배임죄에 해당하지 아니하나, 자동차를 담보로 제공하고 점유하는 채무자가 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우 배임죄의 죄책을 면할 수 없다고 하였다.¹⁵²⁾ 대상판결의 요지에서 나타난 바와 같이, 피고인의 행위는 미필적으로나마 갑 회사의 자동차에 대한 추급권 행사가 불가능하게 될 수 있음을 알면서도 그 담보가치를 실질적으로 상실시키는 것으로서 배임죄가 성립되는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 하였다.

나. (1) 대상판결의 쟁점은 두 가지로 요약할 수 있다. 하나는 어머니 명의로 차를 담보 제공한 피고인이 자동차 매매계약이나 대출계약의 실질적 당사자로 보아 이 사건 자동차를 보관할 의무가 있으며, 배임죄의 주체로서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있는가 하는 점이다. 다른 하나는 피고인의 행위가 위 자동차의 담보가치를 감소시키는 행위로서 재산상 손해를 인정할 수 있는가 하는 점이다.

배임죄의 본질이 권한남용이 아닌, 신임관계 위반에 있다는 배신설에 따른다면 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’는 반드시 법적 권한이나 계약이 아닌, 신의칙에 근거해 사무처리자의 지위를 인정할 수 있다. 따라서 비록 피고인의 자동차 명의인은 아니지만 피해자를 위한 사무를 처리하는 신의칙상의 의무를 대법원이 실질적으로 인정하였다는 점에서 타당하다고 하겠다.¹⁵³⁾

(2) 다음으로 대상판결의 사안에서 재산상 손해가 발생하였는가 하는 점에 대해서는, 원칙적으로 피고인이 자동차를 매도하여 그 소유자가 달라지더라도 근저당권 설정에는 영향이 없으므로 특별한 사정이 없는 한 승용차를 매도한 행위는 배임죄를 구성하지 않는다. 그러나 본 사안의 피고인의 행위- 성명불상자에게 자동차를 넘기고, 그 소재가 파악되지 않아 피해자가 인도 명령을 받았으나 결국 집행 불능에 이르게 한 행위-는 이 사건 자동차의 담보가치를 감소시켰으므로 배임죄의 손해가 발생했다고 볼 수 있다. 손해에 대한 판례의 태도는 다음 판결에서 정리한다.

4. 대표권 남용행위와 재산상 실해 발생의 위험

[대상판결 1] 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011도15857 판결

[1] 배임죄에 있어 재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은

151) 부산지법 2010. 8. 20. 선고 2010노361 판결.

152) 대법원 1989. 7. 25. 선고 89도350 판결 참조.

153) 이정민, “배임죄에서의 재산상 손해”, 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회(2016), 281면.

본인의 전 재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하며, 따라서 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성한다.

- [2] 갑 주식회사의 실질적 경영자인 피고인이 자신의 개인사업체가 갑 회사에 골프장 조정용 수목을 매도하였다는 허위의 매매계약을 체결하고 그 매매대금 채권과 갑 회사의 피고인에 대한 채권을 상계처리한 사안에서, 피고인의 수목 매매대금 채권이 존재하지 아니하여 상계가 법률상 무효라고 하더라도 갑 회사에 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 보아 업무상배임죄가 성립한다고 본 원심판단을 수긍한 사례.
- [3] 갑 주식회사의 실질적 경영자인 피고인이 자신의 개인채무를 담보하기 위하여 갑 회사 소유 부동산에 을 앞으로 근저당권설정등기를 마침으로써 갑 회사에 재산상 손해를 가하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 을은 피고인이 개인채무를 담보하기 위하여 근저당권을 설정한다는 사정을 잘 알고 있어서 근저당권 설정행위는 대표권 남용행위로서 무효이므로 갑 회사는 을에 대하여 무효인 근저당권에 기한 채무는 물론 사용자책임이나 법인의 불법행위 등에 따른 손해배상의무도 부담할 여지가 없고, 근저당권이 그 후 해지를 원인으로 말소되어, 피고인의 근저당권 설정행위로 말미암아 갑 회사에 재산상 손해가 발생하였다거나 재산상 실해 발생의 위험이 초래된 것으로 볼 수 없는데도, 이와 달리 업무상배임죄가 성립한다고 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

[대상판결 2] 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012도2142 판결

- [1] 배임죄에서 ‘재산상 손해를 가한 때’에는 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해발생의 위험을 초래한 경우도 포함되나, 그러한 손해발생의 위험조차 초래되지 아니한 경우에는 배임죄가 성립하지 아니한다. 이에 따라 법인의 대표자가 법인 명의로 한 채무부담행위가 법률상 효력이 없는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그로 인하여 법인에 어떠한 손해가 발생하거나 발생할 위험이 있다고 할 수 없으므로 그 대표자의 행위는 배임죄를 구성하지 아니하며, 주식회사의 대표이사 등이 회사의 이익을 위해서가 아니라 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 대표권을 행사한 경우에 상대방이 대표이사 등의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 그 행위는 회사에 대하여 무효가 되므로 위와 같이 보아야 한다.
- [2] 갑 주식회사 대표이사인 피고인이 자신의 채권자들에게 갑 회사 명의의 금전소비대차 공정증서와 약속어음 공정증서를 작성해 줌으로써 갑 회사에 재산상 손해를 가하였다고 하여 구 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2012. 2. 10. 법률 제11304호로 개정되기 전의 것) 위반(배임) 등으로 기소된 사안에서, 피고인의 행위는 대표권을 남용한 행위로서 상대방들도 피고인이 갑 회사의 이익과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 공정증서를 작성해 준다는 것을 알았거나 충분히 알 수 있었으므로 모두 무효이고, 그로 인하여 갑 회사에 재산상 손해가 발생하였다거나 재산상 실해발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심판단을 정당하다고 한 사례.

가. 대표권 남용행위와 관련하여 대법원의 태도는 다음과 같이 정리해 볼 수 있다. 먼저 회사의 대표이사가 한 대표권 남용행위는 설사 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 회사의 행위로서 유효하지만, 그 행위의 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다.¹⁵⁴⁾

회사 대표이사 등의 대표권 남용행위를 그 상대방이 알았거나 알 수 있었기 때문에 법률상 무효인 경우인 경우에도 손해나 손해발생의 위험이 있으면 배임죄를 인정할 수 있으나, 예외적으로 약속어음이 유통되지 않는다는 등의 특별한 사정이 있다면 손해발생의 위험조차도 없어 배임죄 성립을 부정할 수 있다.¹⁵⁵⁾

마지막으로 회사 대표자의 배임행위가 법률상 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 ‘손해를 가한 때’에 해당되어 배임죄를 구성하는 것이고,¹⁵⁶⁾ 아울러 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었거나 회복가능성이 생겼다고 하더라도 배임죄 성립에 영향을 주는 것은 아니다.¹⁵⁷⁾

나. (1) 회사의 대표이사인 행위자가 대표권을 남용하여 약속어음 등을 작성하였다고 해서 바로 손해와 동등한 위험을 인정하기는 어렵다. 그것은 법률상 무효가 되는 경우 피해자인 회사가 제3자에게 금원 등을 지불할 위험이 발생하지 않을 수 있기 때문이다. 다만 법률행위로 인해 실제 피해자인 회사가 손해배상 등의 이행의무를 부담하였다면 아직 그러한 의무를 이행하기 전이라도 손해와 동등한 위험을 인정할 수 있으며, 변제능력이 없는 자에게 대출이 이루어졌다면 대출한 시점에서 손해와 동등한 구체적인 위험을 인정할 수 있다고 하겠다.¹⁵⁸⁾

(2) 참고로 손해발생의 위험이 있는 경우, 이를 행위자의 이득액과 동일시할 수 있는가하는 점도 문제가 되고 있다. 이는 특경법의 적용에 있어 중요하다.¹⁵⁹⁾ 가령 자신의 대출채무를 담보하기 위해 회사 명의의 약속어음을 발행하는 것은 그 자체로 손해발생의 위험을 인정할 수 있다. 다음으로 위험발생이 있는 시점, 즉 배임죄의 위태범설에 따른 기수시점에 의해 손해발생의 위험이 있는 시점, 즉 약속어음의 발생 교부시점에서의 어음발행액수를 이득액으로 평가, 5억이상인 경우는 특경법이 적용될 수 있는데,¹⁶⁰⁾ 이러한 이득액 사정에 대해 의문을 제기하는 견해들이 있다.¹⁶¹⁾

154) 대표적으로 대법원 2011. 9. 29. 선고 2011도8110 판결; 대법원 2001 .1. 19. 선고 2000도4787 판결.

155) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2011도 10302 판결.

156) 대법원 2012.12.27. 선고 2012도10822 판결. 이 판결에서 대법원은 약속어음이 제3자에게 유통될 경우 회사가 소지인에 대하여 어음금 채무를 부담할 위험은 이미 발생하였다 할 것이므로, 그 약속어음이 제3자에게 유통되지 아니한다는 특별한 사정이 없는 한 경제적 관점에서는 회사에 대하여 배임죄에서의 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 봄이 상당하다고 하였다. 어음의 유통 가능성과 관련한 재산상 실해 발생의 위험에 대해서는, 박진환, “대표권 남용에 기한 약속어음발행이라는 사실을 상대방이 알고 있었던 경우 배임죄에서의 실해발생의 위험 유무”, 「대법원관례해설」 제94호 (2012년 하), 1110면 이하 참조.

157) 대법원 1999. 6 .25. 선고 99도1141 판결.

158) 권오성, “대표권 남용과 배임죄 - 대법원 2012.5.24. 선고 2012도2142 판결 -”, 「법학논총」 제30집 제4호, 198, 199면; 안경옥(e), “회사 대표이사의 대표권 남용행위 중 법률상 무효행위에 대한 형법적 평가”, 「경희법학」 제48권 제4호(2013), 165~166면.

159) 대표권남용행위와 관련하여서는 대법원 2012.12.27. 선고 2012도10822 판결이 대표적인 예이다.

160) 대법원 2012.12.27. 선고 2012도10822 판결.

161) 손동권, “배임 경영자에게 적용되는 업무상 배임죄의 구성요건요소로서의 재산상 손해와 이익(이득액)”, 「형사판례연구 (24)」, 형사판례연구회 (2016), 421면 이하 참조.

(3) 손해가 발생하지 않았다 하더라도 배임행위는 있으므로 행위자의 고의와 불법영득의사의 유무를 판단, 배임죄의 미수범 처벌은 가능하다고 해야 할 것이다.¹⁶²⁾ 배임죄의 고의와 불법이득의사를 인정할 수 있는 경우로는 자신의 채무면제 등 개인적인 이익을 위해 대표권 남용 등의 법률상 무효행위나 다른 배임행위를 행하는 경우를 들 수 있다.

5. 손해와 동등한 구체적인 위험

[대상판결 1] 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6745 판결

[1] 업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하는 행위를 하고 그러한 임무위배행위로 인하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때 성립하는데, 여기서 재산상의 손해에는 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단에 의하지 않고 경제적 관점에서 파악하여야 한다. 그런데 재산상 손해가 발생하였다고 평가될 수 있는 재산상 실해 발생의 위험이란 본인에게 손해가 발생할 막연한 위험이 있는 것만으로는 부족하고 경제적인 관점에서 보아 본인에게 손해가 발생한 것과 같은 정도로 구체적인 위험이 있는 경우를 의미한다. 따라서 재산상 실해 발생의 위험은 구체적·현실적인 위험이 야기된 정도에 이르러야 하고 단지 막연한 가능성이 있다는 정도로서는 부족하다.

[2] 갑 은행 지점장인 피고인이 업무상 임무에 위배하여 물품대금지급보증서를 발급한 후 을 주식회사의 거래처인 병 주식회사에 건네줌으로써 갑 은행에 손해를 가하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)으로 기소된 사안에서, 병 회사는 지급보증서가 정상적으로 발급된 것이 아님을 확인하고 을 회사를 통하여 물품을 주문하였던 사람들에게 물품을 공급하지 않음으로써 을 회사가 병 회사에 대하여 아무런 물품대금 채무를 부담하지 않게 된 사정 등에 비추어, 피고인이 갑 은행을 대리하여 을 회사가 병 회사에 대해 장래 부담하게 될 물품대금 채무에 대하여 지급보증을 하였더라도, 병 회사가 을 회사와 거래를 개시하지 않아 지급보증 대상인 물품대금 지급채무 자체가 현실적으로 발생하지 않은 이상, 보증인인 갑 은행에 경제적인 관점에서 손해가 발생한 것과 같은 정도로 구체적인 위험이 발생하였다고 평가할 수 없는데도, 이와 달리 갑 은행에 구체적인 실해 발생의 위험이 초래되었음을 전제로 피고인에게 유죄를 인정한 원심판결에 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례.

[대상판결 2] 대법원 2014. 2. 21. 선고 2011도8870 판결

[1] 회사가 타인의 사무를 처리하는 일을 영업으로 영위하고 있는 경우, 회사의 대표이사가 그 타인의 사무를 처리하면서 업무상 임무에 위배되는 행위를 함으로써 재산상 이익을

162) 박진환, 앞의 논문, 1120면. 그러나 ‘손해발생’이라는 요건에 손해발생의 위험을 포함시킨다면 미수범 처벌을 앞당기거나, 범문에 대한 금지된 유추해석해당하여 죄형법정주에 반한다는 견해에 대해서는, 졸저, “배임죄의 실해발생의 위험”, 판례월보, 제357호(2006), 44면; 오영근, 「형법각론」 제2판(2009), 512면.

취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 그로 인하여 회사로 하여금 그 타인에 대한 손해배상책임 등 채무를 부담하게 한 때에는 회사에 손해를 가하거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 것으로 볼 수 있으므로, 이러한 행위는 회사에 대한 관계에서 업무상배임죄를 구성한다.

- [2] 주식회사의 임원이 공적 업무수행을 위하여서만 사용이 가능한 법인카드를 개인 용도로 계속적, 반복적으로 사용한 경우 특별한 사정이 없는 한 임원에게는 임무위배의 인식과 그로 인하여 자신이 이익을 취득하고 주식회사에 손해를 가한다는 인식이 있었다고 볼 수 있으므로, 이러한 행위는 업무상배임죄를 구성한다. 위와 같은 법인카드 사용에 대하여 실질적 1인 주주의 양해를 얻었다거나 실질적 1인 주주가 향후 그 법인카드 대금을 변상, 보전해 줄 것이라고 일방적으로 기대하였다는 사정만으로는 업무상배임의 고의나 불법이득의 의사가 부정된다고 볼 수 없다.

가. 대상판결의 사안에 대해 원심은, 피해자인 모 ○○은행에 10억 원 상당의 구체적인 실해 발생의 위험이 초래되었음을 전제로 피고인에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 유죄를 인정하였다. 그에 반해 대법원은 보증인인 갑 은행에 경제적인 관점에서 손해가 발생한 것과 같은 정도로 구체적인 위험이 초래되었음을 전제로 피고인에게 유죄를 인정한 원심판결은 잘못이라고 판단하였다. 그 이유는 배임죄의 재산상의 손해에는 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험도 포함되나, 재산상 손해로 평가할 수 있는 재산상 손해 발생의 위험은 본인에게 손해가 발생할 막연한 위험이 있는 것만으로는 부족하고 경제적인 관점에서 보아 본인에게 손해가 발생한 것과 같은 정도로 구체적인 위험이 있어야 하는데, 본 사안에서는 그와 같은 정도의 구체적인 위험이 발생했다고 보기 어렵다는 것이다.¹⁶³⁾

나. (1) 학계의 견해를 살펴보면, 먼저 배임죄의 구성요건요소인 ‘재산상 손해’는 경제적 관점에서 본다면 손해와 동등한 실해발생의 위험도 포함한다는 긍정설이 있다.¹⁶⁴⁾ 반면에 손해발생의 위험은 손해에 해당하지 않는다는 부정설은 형법 규정이 명문으로 손해만을 규정하고 있으므로 손해에는 손해발생의 위험을 포함하는 것은 적절치 않으며, 손해발생의 위험을 손해에 포함하는 것은 법문의 가능한 의미의 한계도 넘는 것이라고 긍정설을 비판하고 있다.¹⁶⁵⁾ 또한 재산상의 손해에 손해발생의 위험이 포함된다면 이는 배임죄를 침해범이 아닌 위험범으로 해석하는 것인데, 이는 배임죄의 기수성립이나 처벌을 앞당기는 결과를 가져온다는 주장도 있다.¹⁶⁶⁾

(2) 재산상의 손해를 경제적 관점에서 판단한다면 아직 손해발생의 ‘위험’이지만 경제적으로는 이미 현실적인 손해라고 평가할 수 있다고 할 수 있다.¹⁶⁷⁾ 그러나 손해발생의 위험은 단지

163) 대법원 1995. 11. 21. 선고 94도1375 판결; 대법원 2008. 6. 19. 선고 2006도4876 전원합의체 판결; 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10139 판결.

164) 박상기, 「형법각론」 제9판, 박영사, 2013, 675면; 오영근, 「신 형법입문」, 박영사, 2013, 438면.

165) 선정수, “배임죄에서 재산상 손해발생과 손해액의 의미”, 비교형사법연구 제17권 제2호(2015), 157~159면; 오영근, 앞의 책, 512면; 이주원, “특정경제범죄 가중처벌 ed에 관한 법률위반(배임)죄에서 이득액 개념의 합리적 재해석, 「인권과 정의」 제436호(2013년9월), 56면.

166) 대표적으로 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 「비교형사법연구」 제6권 제2호(2004), 152면.

167) 손해와 동등한 위험과 미수범의 위험을 구별할 수 있다면 손해발생 여부에 손해의 위험을 포함하는 것은 배임죄의 미수 처벌을 부정하게 되며 처벌의 범위를 부당하게 확장하는 것이라는 지적(문형섭, 앞의 논문, 14면)

손해가 발생할 막연한 위험이 아닌 구체적인 위험이 있는 경우여야 하며, 손해와 동등한 '구체적인' 위험은 '생활경험상-사실상의 경제적 평가에 따라 '손해발생이 급박한, 바로 손해로 전환될 수 있는' 위험이라고 할 수 있겠다.¹⁶⁸⁾ 물론 재산상 손해발생의 위험이 '구체적으로' 초래되었다고 볼 수 있는 경제적 상황은 매우 다양하기 때문에 재산상의 손해에 상당하는 위험은 각 개별적인 손해발생 가능성의 '영역'에서 인정여부를 판단할 수 있을 것이다.¹⁶⁹⁾

6. 전환사채 인수대금이 납입되지 않았음에도 전환사채를 발행한 경우

[대상판결] 대법원 2015. 12. 10. 선고 2012도235 판결

전환사채는 발행 당시에는 사채의 성질을 갖는 것으로서 사채권자가 전환권을 행사한 때에 비로소 주식으로 전환된다. 전환사채의 발행업무를 담당하는 사람과 전환사채 인수인이 사전 공모하여 제3자에게서 전환사채 인수대금에 해당하는 금액을 차용하여 전환사채 인수대금을 납입하고 전환사채 발행절차를 마친 직후 인출하여 차용금채무의 변제에 사용하는 등 실질적으로 전환사채 인수대금이 납입되지 않았음에도 전환사채를 발행한 경우에, 전환사채의 발행이 주식 발행의 목적을 달성하기 위한 수단으로 이루어졌고 실제로 목적대로 곧 전환권이 행사되어 주식이 발행됨에 따라 실질적으로 신주인수대금의 납입을 가장하는 편법에 불과하다고 평가될 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 전환사채의 발행업무를 담당하는 사람은 회사에 대하여 전환사채 인수대금이 모두 납입되어 실질적으로 회사에 귀속되도록 조치할 업무상의 임무를 위반하여, 전환사채 인수인이 인수대금을 납입하지 않고서도 전환사채를 취득하게 하여 인수대금 상당의 이득을 얻게 하고, 회사가 사채상환의무를 부담하면서도 그에 상응하여 취득하여야 할 인수대금 상당의 금전을 취득하지 못하게 하여 같은 금액 상당의 손해를 입게 하였으므로, 업무상배임죄의 죄책을 진다. 그리고 그 후 전환사채의 인수인이 전환사채를 처분하여 대금 중 일부를 회사에 입금하였거나 또는 사채로 보유하는 이익과 주식으로 전환할 경우의 이익을 비교하여 전환권을 행사함으로써 전환사채를 주식으로 전환하였더라도, 이러한 사후적인 사정은 이미 성립된 업무상배임죄에 영향을 주지 못한다.

가. (1) 대상판결의 사안에 대해 대법원은, 전환사채의 발행업무를 담당하는 사람이 회사에 대하여 전환사채 인수대금이 모두 납입되어 실질적으로 회사에 귀속되도록 조치할 업무상의 임

은 적절하지 않다.

168) '손해와 동등한 위험'에 대해 판례가 구체적인 기준을 전혀 제시하고 있지 않다는 평가에 대해서는, 이주원, 앞의 논문, 56면 참조. 그리고 판례에서 말하는 '위험'의 의미를 불능범에 있어서의 '위험성'을 판단한 것을 이해해야 한다는 견해도 있다. 그것은 배임행위가 무효인 경우 재산상 손해 발생의 위험이 전혀 없는 경우나 배임행위가 무효는 아니지만 손해발생의 위험성이 전혀 없는 사례는 배임죄를 위험범으로 본다 하더라도 그 '위험'이 발생할 '위험성'이 없는 불능범으로 이해하는 것이 타당하다는 것이다 (황병돈, "배임죄 판례에 있어서 '재산상 손해 및 손해 발생위험'의 의의와 불능범", 『홍익법학』 제17권 제1호 (2016), 835면 참조.

169) 배임죄의 구성요건은 행위자나 제3자가 재산상 이익을 취득하고 본인에게 재산상 손해나, 적어도 손해발생과 동등한 위험을 야기해야 하므로 재산상 손해나 손해가 발생할 액수 전체를 행위자가 취득한 이득액으로 볼 수 있는가 하는 점이 문제가 될 수 있다. 그것은 특경법이 이득액에 따라 형량을 다르게 하고 있기 때문에 이득액의 정확한 산정이 필요하기 때문이다. 이에 대해서는 줄져, "특경법 제3조 제1항의 '이득액; 평가에 대한 검토", 『경희법학』 제45권 제4호(2010), 273면; 이주원, 앞의 논문, 56면 이하.

무를 위반하여, 전환사채 인수인이 인수대금을 납입하지 않고서도 전환사채를 취득하게 하여 인수대금 상당의 이득을 얻었고, 반면에 회사는 사채상환의무를 부담하면서도 그에 상응하여 취득하여야 할 인수대금 상당의 금전을 취득하지 못하여 같은 금액 상당의 손해를 입었다면 대법원은 업무상 배임죄가 성립한다고 하였다.

(2) 그러나 배임죄가 성립하기 위해서는 재산상 손해가 발생해야 하므로 배임행위가 있다 하더라도 재산상 손해가 발생하지 않은 이상 배임죄가 성립하지 않는다. 한 예로 주식회사의 설립업무 또는 증자업무를 담당 한 자와 주식인수인이 사전 공모하여 주금납입취급은행 이외의 제3자로부터 납입금에 해당하는 금액을 차입하여 주금을 납입하고 납입취급은행으로부터 납입금보관증명서를 교부받아 회사의 설립등기절차 또는 증자등기절차를 마친 직후 이를 인출하여 위 차용금채무의 변제에 사용하는 경우, 위와 같은 행위는 실질적으로 회사의 자본을 증가시키는 것이 아니고 등기를 위하여 납입을 가장하는 편법에 불과하여 주금의 납입 및 인출의 전 과정에서 회사의 자본금에는 실제 아무런 변동이 없다고 보아야 할 것이므로 그들에게 불법이득의 의사가 있다거나 회사에 재산상 손해가 발생한다고 볼 수는 없으므로, 업무상배임죄가 성립한다고 할 수 없다고 대법원은 판단하였다.¹⁷⁰⁾

나. (1) 대상판결에 대해, 실제로 회사가 취득할 수 있었던 이익을 취득하지 못한 소극적 손해가 발생한 것은 틀림이 없지만, 얻을 수 있었던 이득액 산정과 관련하여, 그에 필요한 대가를 공제하여야 하는 것이 타당하다는 견해가 있는데, 그것은 이득액을 기준으로 특경가법의 적용 여부와 처벌 범위가 달라지기 때문이다.¹⁷¹⁾

(2) 대법원이 ‘외견상 재산이득을 얻을 것으로 인정할 수 있는 사실관계’ 또는 ‘외견상 금액을 지급받을 가능성’도 재산상 이익 개념에 포함시키고 있지만,¹⁷²⁾ 그러한 가능성 내지는 외견상 지급받을 가능성만으로 이익을 인정할 수 있는가 하는 점은 의문이 생길 수 있다. 즉 재산상 이익 자체가 아닌 이익을 얻을 단순한 가능성, 외견상 가능성 등을 모두 재산상 이익이나 재산적 가치로 평가하는 것은 문제가 있다. 그러므로 여기서 취득할 수 있었던 이익은 이익을 얻을 막연한 가능성이 아닌, 구체적인 개연성 내지 기대이익으로 상황이 진행되면 피해자가 경제적 이익을 얻을 것이 확실시 되는 상태임을 의미한다고 하겠다.¹⁷³⁾ 이러한 취득할 수 있었던 확실한 이익을 배임행위로 취득하지 못하는 경우 소극적 손해가 발생한다고 보아야 할 것이다.

VIII. 마치며

1. 민사사건에 대한 재산범죄 성립의 제한

2012년 이후 최근 5년 동안의 주요 재산범죄 관련 판례들의 내용을 살펴보았다. 2000년 이

170) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결.

171) 오영근(b), 위의 논문, 543면.

172) 대법원 1994. 2. 22. 선고 93도428 판결; 대법원 1997.2.25. 선고 96도3411 판결.

173) 안경옥(b), 형법상 재산상 이익의 개념과 ‘이익을 얻을 가능성’의 범위, 『비교형사법연구』 제12권 제2호(2010), 86면.

후에 계속된 흐름이기는 하지만, 판례의 중요한 동향 중 하나는 가능한 한 형법이 민사사건에 개입하지 않도록 하여 민사사건의 형사화를 방지하거나, 형법의 최후수단으로서의 기능을 보장하고자 한다는 점이다. 이는 횡령이나 배임죄에서 잘 나타나고 있다.

가령 중간생략등기형 명의신탁된 부동산을 임의로 처분하는 사례에 대해 대법원은 부동산등기법 등의 타 법의 입법취지나 타 법과의 조화를 위해 횡령죄 성립을 부정하였다. 그리고 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 성립범위와 관련하여 점차 동산이나 부동산의 이중 매매나 이중양도사례를 민사상의 채무불이행사례로, 매도인의 소유권이전등기의무는 ‘타인의 사무’가 아닌 ‘타인을 위한 자기의 사무’로 보아 배임죄 성립을 부정하고자 하였다. 그 뿐만 아니라 차용사기 혹은 용도사기의 경우 바로 편취의 고의를 인정하는 것이 아니라 예외적인 경우에만 채무불이행을 사기죄를 처벌하고자 하였는데, 이러한 판례의 흐름은 바람직하다고 하겠다.

2. 형법의 독자적 해석과 유추해석 금지

물론 민사사건 등 사적 영역에 형법이 지나치게 개입하지 않는 것도 중요하지만, 규범 수범자가 각 개별범죄의 성립 여부를 예측할 수 있도록 범죄의 구성요건을 죄형법정주의의 관점에서 엄격하게 해석, 적용하는 것이 필요하다. 그런데 각 재산범죄의 주요 구성요건요소에 대해 형법이 타법의 개념과는 별개로 독자적으로 판단하거나, 구성요건의 범위를 확대하거나, 혹은 명문으로 규정되지 않은 구성요건요소를 인정하여 죄형법정주의에 반하는 유추해석을 하거나 범죄의 성립범위를 확대시키는 것은 아닌지 의문이 든다.

가령 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자와 관련하여 ‘보관’을 형법상 점유의 개념으로 독자적으로 해석할 수는 있으나, 그 범위가 구체적으로 예측가능한가 하는 점은 의문이다. 그리고 횡령죄를 위험범으로 보아, 기수시기를 대체적으로 불법영득의사가 외부로 표시된 때를 기준으로 하는 표시설은 횡령죄의 미수범 처벌범위를 제한하며, 기수시기가 앞당기도록 한다.

그러므로 횡령죄의 법적 성격을 침해범으로 파악하여, 불법영득의사가 표현될 때를 구성요건 실현을 위한 직접적인 개시행위로, 불법영득의사가 실현되었을 때 법익의 침해의 결과가 발생한 때로 보아 각각 미수와 기수로 판단하는 것도 고려해 볼 수 있다. 이는 횡령 사안 중 미수범을 인정할 수 있어 미수범 규정의 실효성을 보장하게 되며, 해석상의 불명확성을 해소하는데에도 기여 할 수 있을 것이다.

배임죄의 경우도 재산상 손해의 구성요건요소를 재산상 손해발생의 위험으로 대체하거나, 손해가 발생한 것과 사실상 같다고 평가될 정도의 위험여부에 대한 평가가 불분명하거나, 배임죄를 위험범으로 해석함으로써 자의적인 해석이나 법문에 대한 유추해석의 결과 죄형법정주의에 반하거나, 기수성립 범위가 확대되는 결과를 가져온다는 비판이 끊임없이 나오고 있다.

그러므로 형법의 독자적 해석 필요하다 하더라도 죄형법정주의나 형법의 보충성의 원칙을 존중하여 필요한 최소한의 범위에서 가벌성의 폭과 범위를 제한하는 것이 바람직할 것이다. 아울러 각 재산범죄 구성요건 자체가 불명확하게 규정된 것은 아닌지에 대해 심도있는 연구가 이루어져, 필요하다면 구성요건 자체를 재정의하는 입법론적인 노력도 계속되어야 할 것이다.

[참고 문헌]

- 강동욱, “부동산과 동산의 이중매매 매도인의 형사책임”, 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- 강수진, “중간생략등기형 명의신탁과 횡령죄”, 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- 권오걸, “동산의 이중매매와 배임죄 -부동산 이중매매와의 비교를 통해서-”, 「비교형사법연구」 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011.
- 김봉수, “횡령죄의 미수범 성립여부”, 「형사판례연구」 제21권, 한국형사판례연구회, 2013.
- 김재봉, “사기죄와 처분의사”, 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- 김성돈, 「형법각론」 제4판, SKKUP, 2016.
- 김성룡, “형법상의 사자의 점유”, 「형사판례연구」 제21호, 한국형사판례연구회, 2013.
- 김일수/서보학, 「형법각론」 제8판, 박영사, 2016.
- 김종구/이동명, “동산이중양도의 배임죄 성립 여부- 대법원 2011.1.20. 선고 2008도10479 전원합의체판결”, 「법학연구」 제51권, 2013.
- 김태명, 「판례 형법각론」 제2판, 피앤씨미디어, 2016.
- 민철기, “차량의 등기명의자가 아닌 지입차주가 차량의 보관자의 지위에 있다고 볼 수 있는지 여부”, 「대법원판례해설」 제104호(2015 상반기),
- 박상기, 「형법각론」 제7판, 박영사, 2008.
- 박상기, 「형법학」 제3판, 집현재, 2016.
- 박찬걸, “절도죄에서의 불법영득의사”, 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- 박형준, “2000년대 초기 대법원판례의 동향”, 「형사판례연구」 제20권, 한국형사판례연구회, 2012.
- 백원기, “횡령 후의 횡령-횡령죄와 불가벌적 사후행위”. 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- 서정민, “횡령죄와 위탁관계 -지입차량의 처분”, 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- 선정수, “배임죄에서 재산상 손해발생과 손해액의 의미”, 비교형사법연구 제17권 제2호, 2015.
- 손동권, “절도죄에서의 사자의 점유”, 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- 안경옥(a), “사기죄의 기망행위”, 「형사판례연구」 제5권, 한국형사판례연구회, 1997.
- 안경옥(b), “형법상 재산상 이익의 개념과 ‘이익을 얻을 가능성’의 범위”, 「비교형사법연구」 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010.
- 안경옥(c), “비자금 조성행위의 형사처벌에 대한 한·독 판례 비교 및 검토”, 「형사법의 신동향」 통권 제41권, 대검찰청, 2013.
- 안경옥(d), “배임죄의 타인의 사무를 처리하는 자의 의미”,
- 안경옥(e), “회사 대표이사의 대표권 남용행위 중 법률상 무효행위에 대한 형법적 평가”, 「경희법학」 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2013.
- 오영근(a), “2012년도 형법판례 회고”, 「형사판례연구」 제21권(2013), 한국형사판례연구회,

- 2013.
- 오영근(b), “2013년도 형법판례 회고”, 「형사판례연구」 제22권, 한국형사판례연구회, 2014.
- 오영근(c), “2014년도 형법판례 회고”, 「형사판례연구」 제23권(2015), 한국형사판례연구회, 2015.
- 오영근(d), “2015년도 형법판례 회고”, 「형사판례연구」 제24권(2016), 한국형사판례연구회, 2016.
- 오영근(e), "2016년도 형법판례 회고", 「2017년 1월 9일 한국형사판례연구회」 발표논문, 한국형사판례연구회, 2017.
- 오영근, 「형법각론」 제3판, 박영사, 2015.
- 이용식(a), “횡령죄의 기수시기”, 형법판례 150선, 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- 이용식(b), “횡령죄의 기수성립에 관한 논의 구조 -횡령죄의 구조-”, 「형사판례연구」 제21권 한국형사판례연구회, 2013.
- 이용식(c), “차입매수(LBO)에 대한 형사책임 - 대법원의 배임죄 판단에 대한 검토 -”, 「법학논집」 제14권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010.
- 이원상, “공갈죄의 재산처분행위”, 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- 이재상/장영민/강동범, 「형법각론」 제10판, 박영사, 2016.
- 이정민, “배임죄에서의 재산상 손해”, 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- 이정원, “사기죄와 재산상 손해”, 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- 이주원, “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄에서 이득액 개념의 합리적 재해석”, 「인권과 정의」, 2013년 9월
- 우인성, “형법상 배임죄에 있어서 재산상 손해의 산정”, 대법원판례해설 제96호, 법원도서관, 2013.
- 정영일, 「형법강의 각론」, 학림, 2013.
- 하태영, "용도를 지정받은 금전의 임의사용과 횡령죄", 「형법판례 150선」, 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 「비교형사법연구」 제6권 제2호, 2004.
- 홍승면, “금전수수를 수반하는 사무처리를 위임받은 자가 수령한 금전이 사무처리의 위임에 따라 위임자를 위하여 수령한 것인지 여부의 판단방법”, 「대법원 판례해설」 제59권, 법원도서관, 2005.

【발표2】

일본에서 사기죄에 관한 판례 경향에 대해서
日本における詐欺罪に関する近年の
判例の展開について

코이케 신타로(小池信太郎) 교수
케이오대학교 법과대학원

日本における詐欺罪に関する近年の判例の展開について

小池信太郎（慶應義塾大学）

はじめに

韓国の伝統ある判例研究会における報告を許されたことは報告者にとり非常に光栄であり、感謝を申し上げたい。依頼を受けたテーマは、日本の財産犯に関する近年の判例ということであったが、財産犯全体を扱うと総花的になり内容が薄くなることから、特に重要な展開がみられる詐欺罪の分野を扱うこととさせていただいた。

日本刑法246条は、1項で「人を欺いて財物を交付させた者は、10年以下の懲役に処する」、2項で「前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする」と定めている。前者は、財物を客体とする詐欺罪であり、「一項詐欺」と呼ばれる。後者は、財産上の利益を客体とする詐欺罪であり、「二項詐欺」と呼ばれる。

詐欺罪が成立する典型例は、対価の支払いに関して偽る場合である。代金を支払う意思や能力がないのがあると嘘をついて商品の交付を受ければ一項詐欺罪、同じ手段でホテルにおける宿泊やタクシーによる運搬といった役務・サービスを受ければ二項詐欺罪である。

では、対価を支払うものの、例えば自己の属性・身分や取得後の用途を偽って財物や利益の交付を受ける行為について詐欺罪が成立するのはいかなる場合か。この問題に関して、近年、社会情勢の変化を受けて、かつては考えにくかったような詐欺罪による立件・処罰が行われるようになり、最高裁判所の重要な判例が相次いでいる。例えば、他人名義を用いて、又は他人に譲渡する意図を秘して銀行口座を開設する事例や暴力団員がその身分を秘してゴルフ場を利用する事例が対象である。最高裁は、詐欺罪成立を認める判断を多くの事例で是認しているが、最近、暴力団員のゴルフ場利用に関し、同じ日付で有罪判例と無罪判例を各1件出し、処罰範囲の拡大に対して慎重な姿勢もうかがわせるなど、興味深い動向を示している。

そこで本報告では、まずこの問題に関する従来の学説の議論を簡単に振り返った上で（Ⅰ）、他人名義・他人譲渡意図での物の取得（Ⅱ）および暴力団員の身分秘匿（Ⅲ）に関する近年の最高裁判例の展開について紹介する。続いて、現在の判例理論とそこで意図されている慎重な運用の在り方に言及しつつ、理論的課題を示す（Ⅳ）こととしたい¹⁾。

1) 日本の判例の紹介という本稿のテーマに鑑み、文献の個別的引用は裁判実務家のものを優先する。研究者による最近（後掲平成28年判例以降）の論文又は体系書等として、荒木泰貴「詐欺罪における間接的損害について」慶應法学37号近刊予定、井田良「詐欺罪における財産的損害について」法曹時報66巻11号（2014年）1頁以下、同『講義刑法学・各論』（2016年）272頁以下、木村光江「現代社会と財産犯の保護法益」法学会雑誌（首都大学東京）56巻1号（2015年）115頁以下、杉本一敏「詐欺罪における被害者の『公共的役割』の意義」『野村稔先生古稀祝賀論文集』（2015年）301頁以下、高橋則夫『刑法各論 [第2版]』（2014年）323頁以下、富川雅満「詐欺罪における被害者の確認措置と欺罔行為との関係性(1)～(3・完)」法学新報（中央大学）122巻3=4号（2015年）183頁以下、5=6号（2015年）35頁以下、7=8号（2016年）223頁以下、長井圓「詐欺罪における形式的個別財産説の理論的構造」法学新報（中央大学）121巻11=12号（2015年）359頁以下、成瀬幸典「詐欺罪の保護領域について」刑法雑

1. 詐欺罪における「財産的損害」をめぐる従来の議論

相当対価の提供にもかかわらず詐欺罪が成立するかという問題をめぐって、従来、おおむね次のような議論がなされてきた。

すなわち、詐欺罪の成立には、①人を欺く行為、②それによる相手方の錯誤、③錯誤に基づく交付・処分行為、④それによる財物・利益の取得が必要であるが、それらに加えて、財産犯である以上、⑤「財産的損害」の発生も要求される。ただ、詐欺罪は背任罪（247条）とは異なり個別財産に対する罪であるから、被害者の個別の財産（財物・財産上の利益）の喪失自体が財産的損害となる、というのが伝統的な通説である。もっとも、その理解を形式的に貫くと（形式的個別財産説）、例えば未成年者が年齢を偽って成人雑誌等を購入する事例でも、本当のことを話せば交付されなかった財物の喪失がある以上、広く詐欺罪の成立が認められうるが、それは不当である。そこで、個別財産の喪失が実質的にも財産的損害と評価できる限りで詐欺罪の成立を認めるべきであるというのである（実質的個別財産説）。

そうした立場からは、未成年者による成人雑誌購入事例では代金支払いにより書店主の経済的な取引目的は達成される以上、実質的損害が否定されうる。医師資格を有しない者が派遣医を装って患者を無料で診察し、症状に適した売薬を定価で販売した行為について詐欺罪の成立を否定した古い判例（大決昭和3年12月21日刑集7巻772頁）は、必要な薬を相当額で得るといふ相手方の取引目的が達成されており実質的損害がないという理由で支持される。一方、医師又は知事指定業者であるように装い、実際には容易に入手できる市販の電気あんま器（ドル・バイブレーター）を一般に入手困難な難病に特効性のある特殊治療器と偽って定価で販売する行為については、そうした特殊治療器を安価で入手するという相手方の取引目的の不達成を理由に実質的損害が肯定される。よって、詐欺罪成立を認めた判例（最決昭和34年9月28日刑集13巻11号2993頁）も支持される。

このように、問題を「財産的損害」に位置づけつつ、その発生の有無を被害者の経済的な取引目的の達成・不達成を基準に判断する立場は、詐欺罪の財産犯的性格を重視してその成立範囲を画することができるという見地から、学説上有力化していた²⁾。

誌54巻2号（2015年）281頁以下、橋爪隆「詐欺罪における『人を欺く行為について』法学教室434号（2016年）94頁以下、星周一郎「詐欺罪」法学教室418号（2015年）28頁以下、松原芳博「法益侵害と意思侵害」『生田勝義先生古稀祝賀論文集・自由と安全の刑事法学』（2014年）48頁以下、同『刑法各論』（2016年）274頁以下、松宮孝明「詐欺罪と機能的治安法」『生田勝義先生古稀祝賀論文集・自由と安全の刑事法学』（2014年）361頁以下、同『刑法各論講義 [第4版]』（2016年）264頁以下、山内竜太「詐欺罪および窃盗罪における被害者の確認措置の規範的意義」法学政治学論究（慶應義塾大学）111号近刊予定、山口厚「詐欺罪に関する近時の動向について」研修794号（2014年）3頁以下、同「欺く対象による詐欺罪処罰の限定」『新判例から見た刑法（第3版）』（2015年）278頁以下、山中敬一「詐欺罪における財産的損害と取引目的」法学新報（中央大学）121巻11=12号（2015年）397頁以下、和田俊憲「詐欺罪における『財産的損害』」安田拓人ほか『ひとりで学ぶ刑法』（2015年）164頁以下など。以前の文献については、これらの文献の注を参照されたい。判例評釈類については、各判例の最高裁判所調査官による解説（以下で引用する）の末尾に列挙されている。

2) 広く普及した体系書でこの立場をとるものとして、西田典之『刑法各論 [第6版]』（2012年）203頁（同204頁の「被害者が獲得しようとして失敗したものが、経済的に評価して損害と云うものか」というフレーズが有名である。ただし、同206頁以下は後述の平成14年決定、平成22年決定の結論を肯定する）。最近の明示的主張として、高橋・前掲注1)323頁以下、田山聡美「詐欺罪における財産的損害」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集・下巻』（2014年）157頁以下、松原・前掲注1)『刑法各論』274頁以下など。実質的個別財産説の趣旨を、詐欺罪におけるいわゆる法益関係的錯誤の内容として主張する立場の代表的論考として、佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口

そして、詐欺罪による立件の実務も、ある時期まではそうした立場から理解しやすい面があった。例えば、偽名や借名による銀行口座の開設は事実上横行していたが、それについて刑事事件としての立件はなされていなかった。正面から他人名義と述べれば口座開設は拒まれえた限りで、形式的個別財産説の意味での損害は肯定されるかもしれない。しかし、銀行としては、預金名義がどうあれ、通帳発行等の負担を上回る預金を獲得することで経済的な取引目的は十分に達成され、実質的な財産的損害がないともいえる。それゆえに詐欺罪は成立しないと考えれば、まさに実質的個別財産説が機能しているという理解が可能だったのである。

II. 他人名義・他人譲渡意図での物の取得に関する最高裁判例

1. 平成14（2002）年決定・平成19（2007）年決定（預金通帳）

ところが、1990年代から2000年代にかけて、銀行口座がマネーロンダリングや振り込め詐欺等の不正な目的に利用されることの防止という観点から、各種の通達や法規制等を通じて金融機関における本人確認等の徹底が求められるようになると、状況が変化した。

最高裁の判例でその先駆けとなったのは、他人の健康保険証を用いてその他人に成りすまして銀行口座を開設し、預金通帳の交付を受けた事例に関するものである。この事件の控訴審判決は、銀行は不正な「口座の開設により直ちに財産的な損害を生じるといった関係にはな」く、他人名義による口座開設は、「金融秩序に関する規制のための法規に触れることはあり得るにしても、詐欺罪には当たらない」などと判示した。しかし、最決平成14年10月21日刑集56巻8号670頁はこれを破棄して詐欺罪の成立を認めた³⁾。

その後、他人に譲渡する意図であるのにこれを秘して自己名義で銀行口座を開設し、預金通帳とキャッシュカードの交付を受けた事例に関する最決平成19年7月17日刑集61巻5号521頁が現れた。同決定は、当該銀行は普通預金規定等で通帳等の譲渡を禁止しており、対応した行員も譲渡目的での口座開設と分かれば応じることはなかったという「事実関係の下においては、銀行支店の行員に対し預金口座の開設等を申し込むこと自体、申し込んだ本人がこれを自分自身で利用する意思であることを表しているというべきであるから、預金通帳及びキャッシュカードを第三者に譲渡する意図であるのにこれを秘して上記申込みを行う行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これにより預金通帳及びキャッシュカードの交付を受けた行為が刑法246条1項の詐欺罪を構成する」と判示した。

厚ほか『理論刑法学の最前線』（2006年）104頁以下。なお、欺罔手段を用いて請負代金を本来の支払時期より前に受領する行為について詐欺罪が成立するには、欺罔手段を用いなかった場合に得られたであろう請負代金の支払いとは「社会通念上別個の支払い」といいうる程度の期間、支払時期を早めることを要するとした最判平成13年7月19日刑集55巻5号371頁は、実質的個別財産説を強く意識していた（朝山芳史「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成13年度）』[2004年]136頁参照）。ただし、同判決の事例は、本稿で扱うような事例類型とは実質的な問題状況を異にしているとの評価が近時有力となっている（樋口亮介「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論』[2014年]101頁参照）。

3) 担当調査官による解説として、宮崎英一「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成14年度）』（2005年）239頁以下。

これらの判例により、当該取引から直接的に生じる経済的なプラス（預金獲得）がマイナス（通帳発行の負担）を上回るというだけで実質的な財産的損害ないし詐欺罪の成立を否定する解釈は実務上否定されることとなった。加えて、判断の重点を「財産的損害」ではなく、「欺く行為」に置く判例の態度が明らかになっていく。すなわち、平成19年決定を担当した最高裁判所調査官の解説によると、不正な口座開設に伴う預金通帳の交付自体が財産的損害になることは平成14年決定で確立し、ゆえにその点は平成19年決定では前提にされたという⁴⁾。その上で、詐欺罪にいう「欺く行為」とは、相手方が財産的処分行為をなすための判断の基礎となるような重要な事実を偽ることをいうところ、両決定は、近年の銀行実務に鑑みて、口座開設者が名義人本人であるか否か（平成14年決定）、他人に譲渡する意図であるか否か（平成19年決定）がそれぞれ重要事実にあたりと評価したものとされる⁵⁾。それらの点の重要性はマネーロンダリングや振り込め詐欺の防止という国家的見地からのもので、被害者である銀行の経済的な損得に関わらないから詐欺罪による処罰を根拠づけないという学説の批判に対しては、国家的見地からの規制であっても、銀行が取引約款にとり込むなどして現にそれを重視して財産処分の判断をしている以上、その点に関する欺罔からの刑法的保護を否定する理由はない、さらに金融機関はその公益性・公共性から口座が不正利用されてシステムの信頼が害されることを防止する利益を有しており、これが各種の規制強化により高められている、といった反論がなされている⁶⁾。

また、平成14年決定の事例では他人に成りすますという明らかな作為による欺く行為があったのに対し、平成19年決定は、自己名義の口座開設の申込みの際に譲渡意図を秘匿してただけで欺く行為をしたことになるかという問題について、「口座の開設等を申し込むこと自体、申し込んだ本人がこれを自分自身で利用する意思であることを表している」と述べて、いわゆる挙動による欺罔の構成をとった点でも注目される。

挙動による欺罔とは、一定の状況における一定の挙動が社会通念上当然に一定の表示を包含していると解されるため、それに反する意図を秘して当該挙動に出れば作為による欺く行為として評価される場合をいう。無銭飲食の意思を秘して注文するような場合が典型である。そのような構成の実益は、不作為と構成すると、それを欺罔行為と認定するためには作為義務（真実の告知義務）の認定が必要になるが、挙動による欺罔は作為であるため告知義務を特に問題とする必要がないという点にある⁷⁾。そうしたところ、平成19年決定は、預金口座の譲渡が禁止され、名義人本人が利用すべきことは契約上も法令上も当然の前提とされ社会常識となっていたという理解を前提に、反対の意図を秘して口座開設を申し込んだ行為は挙動による欺罔にあたりと評価したものと解されている⁸⁾。

4) 前田巖「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成19年度）』（2011年）319頁。

5) 前田・前掲注4) 320頁以下。

6) 前田・前掲注4) 331頁注17。各事件の行為時およびその後の法的規制の状況を含めた詳細な分析として、杉本・前掲注1)306頁以下。

7) 挙動による欺罔をめぐる判例・学説について詳しくは、野原俊郎「判解」法曹時報68巻4号（2016年）1148頁以下（後述の平成28年無罪判決の調査官解説）を参照。同1158頁は判断基準について、「まずは挙動による意思表示の法律的解释を基本とし、従前からの当事者間の取引関係・基本契約、契約の際の確認内容（確認事項）、さらには取引慣行、社会的理解等を総合的に考慮して、当該挙動が黙示的に表示する事項（黙示的に包含する意思表示）を解釈すべきことになろう」とする。

8) 前田・前掲注4) 324頁以下。なお、最高裁は、自己の銀行口座に誤った振込みがあることを知った受取人がその事情を秘して窓口で引き出した事例については、不作為による欺罔とし、信義則上の告知義務を認めて一項詐欺罪の成立を肯定した（最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁）。同決定の調査官解説として、宮崎英一「判解」『最高裁

こうして、平成19年決定およびそれをめぐる議論により、相手方に直ちに経済的被害を与えるわけではない取引を自己の身分又は不正な用途を秘して申し込む行為が「欺く行為」にあたるかを、欺罔事項の重要性と挙動による欺罔該当性という枠組みで検討し、そこでいう欺罔事項の重要性を公的規制の強化を含む当該取引業務を取り巻く社会情勢の変化を踏まえて判断する手法が示されることとなった。

2. 平成22 (2010) 年決定 (搭乗券)

そうした手法は、その後の判例において定着していく。平成19年決定に続く判例として重要な位置を占めるのが、空港の国際線チェックインカウンターで搭乗券の交付を受けた者が、カナダへの不法入国を企図してトランジットエリア内で待機している他の者に渡してその者を搭乗させる意図を秘していたという事例に関する最決平成22年7月29日決定刑集64巻5号829頁である。

本件の弁護人は、被告人らは正規の運賃を支払っている以上、航空会社に財産的損害は発生していないなどとして、詐欺罪の成否を争った。

しかし、同決定は、搭乗券の交付に際し、パスポートや航空券の呈示による「厳重な本人確認が行われていたのは、航空券に氏名が記載されている乗客以外の者の航空機への搭乗が航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含むものであったことや、本件航空会社がカナダ政府から同国への不法入国を防止するために搭乗券の発券を適切に行うことを義務付けられていたこと等の点において、当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していたからであって、本件係員らは、上記確認ができない場合には搭乗券を交付することはなかった」こと、および、係員らは他の者を搭乗させる意図が分かっていたら交付に応じることはなかったことを適示した上で、「以上のような事実関係からすれば、搭乗券の交付を請求する者自身が航空機に搭乗するかどうかは、本件係員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、自己に対する搭乗券を他の者に渡してその者を搭乗させる意図であるのにこれを秘して本件係員らに対してその搭乗券の交付を請求する行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによりその交付を受けた行為が刑法246条1項の詐欺罪を構成する」と判示した。

本決定は、平成14年決定や平成19年決定と類似の問題点を含む事例において、「欺く行為」とは、「交付の判断の基礎となる重要な事項」を偽ることをいうとの理解を明示的に確認した⁹⁾。その上で、航空券に氏名が記載された者（航空会社が搭乗を承認した者）以外の者が搭乗するかが重要事項であると評価するに際して、運航の安全上の弊害（つまりハイジャック、テロ等の危険）および不法入国防止のためカナダ政府によって適切な発券を義務づけられていたことを具体的に摘示して、航空会社の「経営上重要性を有していた」と判示したことが注目される¹⁰⁾。他方で、他人を搭乗させる意図を単に秘していたことが挙動による欺罔にあたることには言及していないが、パ

判所判例解説刑事篇（平成15年度）』（2006年）112頁以下。

9) 増田啓祐「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成22年度）』（2013年）187頁。

10) 敷衍するものとして、増田・前掲注8) 283頁以下。

スポーツの確認等の搭乗手続の内容からして、搭乗券の交付を請求する行為自体、自らが搭乗する旨の意思表示と評価されることが当然の前提であると解されている¹¹⁾。

こうして、平成14年決定、平成19年決定および平成22年決定により、身分や不正な用途を秘匿する事例に関する詐欺罪の成否の判断手法が判例上定着した。そして、この3件の具体的判断についていえば、事例判断の形式をとってはいるが、近年の銀行や航空会社の業務の実態からすると、他人名義又は他人に譲渡する意図での口座開設や国際線搭乗券の交付を受ける行為について詐欺罪が成立するという判断はほぼ一般的な妥当性を有するといつてよい。それに対し、当該事項に対する審査態度について業者によりばらつきがあるような場合には、詐欺罪の成否（重要事項性、挙動による欺罔該当性）の判断を当該業者の具体的な対応に応じて慎重に行わなければならないことが、次にみる最近の判例により明らかとなる。

Ⅲ. 暴力団員の身分秘匿に関する最高裁判例

1. 平成26（2014）年3月有罪決定 / 無罪判決（ゴルフ場利用）

「暴力団員お断り」の各種施設を身分を隠して（料金を支払って）利用した暴力団員を詐欺罪で訴追するということは、かつては考えにくかった。しかし、2000年代に政府の指針や各県の暴力団排除条例の制定等により暴力団排除に向けた社会的取組みが進行するにつれて、刑事事件としての立件も行われるようになった。そして、その当否をめぐる議論が行われる中、最高裁は、暴力団員のゴルフ場利用につき、同じ日付で有罪判例（最決平成28年3月28日刑集68巻3号646頁）と無罪判例（最判平成28年3月28日刑集68巻3号582頁）を出し、大きな注目を集めた。

有罪とされたのは、長野県内のゴルフ場の会員であるAが暴力団員Xを伴ってプレーしたが、Aは利用を申し込む際に同伴者が暴力団員であることを申告せず、それについてXも共謀していたという事件である（上告事件の被告人はX）。本件ゴルフ場では、約款で暴力団員の利用を禁止するだけでなく、入会の際に、暴力団関係者等を同伴・紹介しない旨の誓約書に署名押印させており、Aもその手続を経て会員となっていた。施設利用は本来各利用者が自署して申し込むこととされていたが、本件当日、Aは、Xら同伴者の氏・名を交錯させるなど乱雑に書き込んだ表をフロント係に渡して代書させる異例の方法をとり、X自身はフロントに寄らずにプレーした。Aは、従業員から同伴者に暴力団関係者がいないか改めて確認されたことはなく、自ら積極的に虚偽の申出もしていなかった。こうした事実関係の下で、上記最高裁決定は、ゴルフ場による暴力団関係者の利用拒絶は、一般利用客が畏怖して利用客が減少することや「信用、格付け等が損なわれることを未然に防止する意図によるものであって、ゴルフ倶楽部の経営上の観点から」のものであること、本件ゴルフ場でも上記の約款や入会時の誓約などの方策を講じていたこと、本件でも暴力団員であることが分かれば、その施設利用に応じることはなかったことを摘示した上で、「以上のような事実関係からすれば、入会の際に暴力団関係者の同伴、紹介をしない旨誓約していた本件ゴルフ倶楽部

11) 増田・前掲注8) 186頁。

の会員であるAが同伴者の施設利用を申し込むこと自体、その同伴者が暴力団関係者でないことを保証する旨の意思を表している上、利用客が暴力団関係者かどうかは、本件ゴルフ倶楽部の従業員において施設利用の許否の判断の基礎となる重要な事項であるから、同伴者が暴力団関係者であるのにこれを申告せずに施設利用を申し込む行為は、その同伴者が暴力団関係者でないことを従業員に誤信させようとするものであり、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによって施設利用契約を成立させ、Aと意を通じた被告人において施設利用をした行為が刑法246条2項の詐欺罪を構成する」と判示した。

無罪とされたのは、暴力団員Yがその身分を秘して宮崎県内の2つのゴルフ場をビジター客として利用した事件である。Yは、ゴルフ場①では自ら予約の上、当日も自ら申し込んでプレーし、ゴルフ場②では予約した会員に誘われて当日は自ら申し込んでプレーした。両ゴルフ場では、約款等で暴力団員の拒絶を定め、その旨の立看板を設置するなどしていたが、それ以上に、申込みの際に書面で暴力団関係者でないことを誓約させるなどの確認措置を講じてはいなかった。同県内の周辺のゴルフ場でも暴力団排除措置は徹底されていなかった。こうした事実関係を前提に、上記最高裁判決は、暴力団関係者であるビジター客による利用申込み自体は、「申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表しているとは認められない。そうすると、本件における…申込み行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為には当たらず、また、ゴルフ場②における申込みは会員の予約を前提としている点についても「予約等に同伴者が暴力団関係者でないことの保証の趣旨を明確に読み取れるかは疑問」であり「暴力団関係者でないことの意味表示まで包含する挙動があったと評価することは困難」であるなどと判示して、有罪の原判決を破棄し、無罪の自判をした¹²⁾。

この両判例は、「欺く行為」にあたるかを、欺く対象の重要事項性および挙動による欺罔該当性の観点から判断する手法を踏襲した。その下で、各ゴルフ場で、申込者が暴力団関係者ではなく、暴力団関係者を同伴・紹介もしない旨誓約させるなどの実効的な確認措置が講じられていたかという点を有罪・無罪の決め手としたことが特徴的である。

本件に先立つ判例の事案（不正な口座開設、国際線搭乗券の発行）にあつては、嚴重な本人確認等による不正利用防止の努力が法的義務にまで高められ、業務の公益性を自覚する各銀行・航空会社は経営方針としてそれを交付の判断の基礎に当然に取り込んでいるために、重要事項性はほぼ一般的に認められるとの評価が可能である。また、そうした実務の定着により、申込みは自己名義かつ自己利用目的でなければならないことが社会常識化するため、虚偽を明示的に述べなくとも挙動による欺罔とほぼ一般的に評価されよう。

それに対し、ゴルフ場のような娯楽・サービス業における暴力団排除にまだそこまでの一般性はない。たしかに、暴力団排除の社会的要請は強まっており、あるゴルフ場が実効的な確認措置を講じることでその点を重視して利用の許否の判断をしていれば、利用客の減少や信用、格付けの低下の防止といった経営上の観点からのものとして刑法上の要保護性も認められうる。また、そのためになされる入会の際の誓約により暴力団排除が会員とゴルフ場の間で共通の了解となることで、利用申込み自体、暴力団関係者を同伴していないことを暗黙の前提とする挙動と認められることにな

12) なお、本判決には、ゴルフ場②に関しては、会員による予約を前提に申し込んでいる以上、挙動による欺罔を肯定できるとする小貫芳信裁判官の反対意見が付されている。

る¹³⁾。しかし、そうした確認措置は法的に義務づけられているわけではなく、どこまで本気で取り組むかは、ゴルフ場ごとの差や地域差が大きい¹⁴⁾。表向きは暴力団排除を掲げていても実効的な確認措置を講じていないゴルフ場に対する、又は同地域のゴルフ場で利用を許可又は黙認された経験を前提とする利用申込みは、暴力団関係者による利用でない旨の表示とは当然には解釈できず¹⁵⁾（あるいは少なくとも行為者の故意が疑問視されやすく）、またそうしたゴルフ場では、結局のところその点が重要事項として扱われていなかったという評価が妥当しうる¹⁶⁾。こうした事情から、両判例では、具体的なゴルフ場の状況に応じた判断に重点が置かれることになったと解される。

2. 平成26（2014）年4月決定（預金通帳）

ゴルフ場利用に関する2判例の直後に、さらに暴力団員による銀行口座の開設に関する最決平成26年4月7日刑集68巻4号715頁が登場した。

事案は、暴力団員である被告人が、銀行の業務を行う郵便局の担当局員に、「私は、申込書3枚目裏面の内容（反社会的勢力でないことなど）を表明・確約した上、申込みます。」と記載のある「おなまえ」欄に自己の氏名を記入した申込書を提出して、自己名義の口座開設を申し込み、同局員から通帳等の交付を受けたというものである。本決定は、上記銀行は企業の社会的責任等の観点から反社会的勢力排除に取り組んできており、政府指針を踏まえて約款を改定し、暴力団員からの貯金の新規預入申込みを拒絶する旨定めていたこと、申込書には自己が暴力団員等でないことなどを表明、確約する記載が設けられ、本件局員はその記載を指でなぞって示すなどの方法により被告人が暴力団員等でないことを確認しており、被告人が暴力団員だと分かれば口座開設等に応じることはなかったことを摘示した上で、「以上のような事実関係の下においては、総合口座の開設並びにこれに伴う総合口座通帳及びキャッシュカードの交付を申し込む者が暴力団員を含む反社会的勢力であるかどうかは、本件局員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、暴力団員である者が、自己が暴力団員でないことを表明、確約して上記申込みを行う行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為に当たり、これにより総合口座通帳及びキャッシュカードの交付を受けた行為が刑法246条1項の詐欺罪を構成する」と判示した。

本決定は、約款の定め、申込書の記載、担当局員による確認手続の励行といった事情から、申込

-
- 13) 平成26年3月決定の調査官による説明として、野原俊郎「判解」法曹時報68巻4号（2016年）1184頁（重要事項性）、同1178頁（挙動該当性）参照。なお、平成28年3月の両判例における考慮要素を一覧にして検討したものとして、富川雅満「判批」法学新報（中央大学）123巻1=2号（2016年）207頁以下。
- 14) 宮崎英一「詐欺罪の保護領域について」刑法雑誌54巻2号（2015年）328頁、334頁参照。松宮孝明「挙動による欺罔と詐欺罪の故意」『町野朔先生古稀記念・刑事法・医事法の新たな展開・上巻』（2014年）537頁以下はこの点を強調し、重要事項か否かが不明確な場合には、それを重要と考える当事者の側に確認義務がある旨を主張する。
- 15) 野原・前掲注7) 1160頁以下参照。野原・前掲注13) 1179頁は、施設利用申込の前提として、入会契約（基本契約）に際して暴力団排除に関する誓約をしていたか否かという点の差異を特に強調する。
- 16) 宮崎・前掲注1) 331頁参照。同論文はそうした理解から、この種の事案では、挙動該当性と重要事項性は、一方が肯定されれば他方も肯定、一方が否定されれば他方も否定されるような関係にあるとし、最高裁の無罪判例では一明示的に否定されたのは挙動該当性だけであるが一重要事項性も否定されるという判断も考えられるところであると述べる（この点に関し、杉本・前掲注1) 319頁も参照）。

者が暴力団員等でないことが「交付の判断の基礎となる重要な事項」であると認定した。また、暴力団員でないことを表明、確約する不動文字のある申込書に署名押印しての申込みであるため、挙動による欺罔にあたることは明白と考えられたために、その点に関する言及はなされなかったと解されている¹⁷⁾。

IV. 判例理論の現状と理論的課題

1. 判例理論の概要とその慎重な運用の要請

以上でみてきた近年の最高裁判例の要点をまとめると、次のようになる。まず、判例は、相当対価（預金の預入れや代金）が提供され、当該取引により直接的には被害者に経済的な被害が生じないと思われるような場合にも詐欺罪の成立を否定しない。学説上有力化していた「実質的個別財産説」を明示的に否定はしないまでも、それとはやや距離をとり、個別財産の喪失自体で損害を認める伝統的通説（「形式的個別財産説」）を基調とするようである。むしろ問題の重点を「欺く行為」に置く判例の態度が明らかになっている¹⁸⁾。その下で、判断の積み重ねを通じて、「欺く行為」とは、「交付（財産的処分）の判断の基礎となる重要な事項」について偽ることをいう、という定義が明確に打ち出されている。また、当該事項について秘匿したにとどまる事案では、「挙動による欺罔」にあたるかという観点加わり、現に無罪判断の決め手となるなど、機能している。この重要事項性+挙動該当性の具体的認定を通じて詐欺罪の成否を画していこうとするのが現在の判例理論の基本的なアプローチである。

とくに裁判実務家は、近年の判例により新たな解釈論が示され、判例理論の内容が変化したわけではない、と理解する傾向にある。「欺く行為」が交付の判断の基礎となる重要な事項に関する偽りでなければならないことや挙動による欺罔という概念は、それ自体としては古くから承認されてきた。一連の判例における具体的判断も、伝統的な基準を、公的な規制や社会的な取組みを含む社会情勢の変化を踏まえて運用した結果にすぎないというのである¹⁹⁾。

そうした運用により処罰範囲が不当に拡大するのではないかという懸念には、重要事項性・挙動による欺罔該当性の慎重な認定により対処することが考えられている。例えば、搭乗券の事例に関する平成22年決定の調査官解説においては、同決定は国際線の事案であったが、その射程は国内線の場合には及ばないであろうとされている。というのは、航空券や搭乗券が記名式であることから、当該乗客本人の搭乗が求められていることはたしかであるが、国内線ではテロ等の保安上の懸念はやや弱く、不法入国防止の要請もないこともあり、厳重な本人確認の手続はとられていない。

17) 駒田秀和「判解」法曹時報68巻5号（2016年）1449頁注52。積極的作為による欺罔を認めたものとの評価もある（例えば、佐藤陽子「判批」刑事法ジャーナル42号 [2014] 110頁）。

18) もっとも、問題の体系的な位置づけ（「欺く行為（重要事項性）」、「（法益関係的）錯誤」、「財産的損害」のいずれで論じるか）が立場の実質的内容を直ちに左右するものではないという認識が近時の学説においては広く共有されている（例えば、井田・前掲注1）法曹時報3001頁以下、杉本・前掲注1）305頁、橋爪・前掲注1）103頁など）。

19) 宮崎・前掲注1）335頁参照。学説としてこうした判例の内在的理解を強調するものとして、成瀬・前掲注1）286頁。

そのことが結論を左右する余地があるというのである²⁰⁾。実際になされた判断としては、暴力団員のゴルフ場利用に関する平成26年3月の有罪・無罪の2判例が、社会情勢が変化する中でも被害者（具体的なゴルフ場）が当該の社会的要請（暴力団排除）にどこまで真剣な関心を寄せていたかを考慮した慎重な罪責認定の可能性および必要性を示したものであるといえる²¹⁾。

学説の多くが詐欺罪の成立を否定すべき典型例として言及してきた未成年者による成人雑誌や酒・タバコの購入事例については、その店が青少年の健全育成に真剣に取り組む見地から未成年者には販売しない方針を徹底し、身分証明書の呈示を逐一求めるなど実効的な確認措置を講じている（のにそれをかいくぐった）場合には詐欺罪成立の余地は否定されないということになる²²⁾。ただ、店ごとの取扱いの差異がまだきわめて大きいこともあり、故意を含む立証面にも配慮して、実際の立件は行われていないという現状認識になるとと思われる。

2. 理論的課題

判例理論の理解との関係で残された理論的課題としては、まず、銀行口座の不正利用防止や暴力団排除といった国家的・社会的要請をめぐる社会情勢の変化を重視して詐欺罪の成否を判断することで、同罪がいわば国家的・社会的法益に対する罪に変質してしまうのではないかと指摘されている²³⁾。しかし、上述のように、当該要請を強く内面化して、現にその点を重視した財産的処分の判断を行っている被害者だけが詐欺罪による保護を受ける限りで、あくまで個人的法益に対する罪としての性質は維持されているとの反論は可能であろう²⁴⁾。

さらに問題となるのは、「交付の判断の基礎となる重要な事項」として認められうる範囲には何らかの理論的な制約があるかということである。この点に関して、平成26年4月決定の担当調査官は、一連の判例を分析して、「①財産的処分をするに当たり、偽られた事実の存否を考慮する目的や理由に客観的な合理性があること、②当該事実の存否を確認する体制や運用がとられており、交付者が当該事実に関心を寄せていることが外部的にも明らかになっていること、③当該事案においても、当該事実に関する錯誤がなければ財産的処分を行わなかったという現実的因果関係があり、その目的が重要性を持っていたことなどを考慮」していると説明する²⁵⁾。そこで

20) 増田・前掲注8) 191頁参照。

21) さらに本報告が扱う判例と類似の問題を含むものとして、携帯電話ショップで携帯端末を他人に譲渡する意図を秘して購入する事例がある。それについては最高裁の判例はまだ存在しないが、東京高判平成24年12月13日高刑集65巻2号21頁がある。同判決は、販売店の店長が被告人の意図に薄々感づきながらそれでも構わないという意味で販売交付した疑いを理由に、詐欺未遂罪の成立を認定するにとどめている。本判決とゴルフ場利用の無罪判決を対比しながら、欺く行為はあるが未遂とすべき場合とそもそも欺く行為自体否定されて無罪となるべき場合の区別を論じるものとして、宮崎・前掲注1) 331頁以下参照。

22) 前田・前掲注4) 332頁注17は、「おおらかな時代」には妥当した詐欺罪を否定するコンセンサスは不動ではなく、法規制や社会情勢を踏まえ、成人のみへの販売を励行する販売者に対して敢行された場合は詐欺罪の成立は妨げられないという解釈がむしろ自然であると述べる。駒田・前掲注17) 1448頁注50は、個別具体的判断であることを強調する。

23) 例えば、松原・前掲注1) 『刑法各論』280頁。松宮・前掲注1) 『詐欺罪と機能的治安法』361頁以下は、詐欺罪は平成14年決定以来の一連の判例により暴力団統制、出入国管理、金融管理、経済活動の統制といった治安政策の手段と化しているとして強く批判する。

24) 例えば、山口・前掲注1) 『新判例から見た刑法』294頁参照。

25) 駒田・前掲注17) 1438頁。

は、当該交付行為を行った者が本当のことを知ったら交付しなかったであろうという主観的關係(③)だけでは重要事項性を肯定せず、その目的・理由の合理性(①)と体制・運用面における担保(②)の考慮により、一定の客観的限定が図られていることになる²⁶⁾。もっとも、その理論的根拠が十分に説明されているわけではない。

とりわけ①に関して、平成22年決定および平成26年3月決定は、搭乗者の同一性や暴力団関係者であるか否かという事情が航空会社やゴルフ場の「経営上」の重要性を有していたことに言及しており、不正な口座開設に関する判例(平成14年、19年、26年4月決定)についても、明示的な言及はしていないものの同様の評価も可能と思われる²⁷⁾。ただ、この「経営上の」観点にいかなる理論的意義があるのかについては理解が分かれうる²⁸⁾。

まず、詐欺罪の財産犯としての性格から、間接的・抽象的にはあっても、被害者の経済的利害に還元できる関心に限って重要事項性を肯定する根拠となしうるのであって、「経営上」の重要性への着目はそのことの反映であるという理解がありうる²⁹⁾。しかし、それに対しては、いわゆる寄付金詐欺(慈善活動のためと偽って金銭を騙し取るような場合)も当然に詐欺罪になることからすると、一般的に、被害者が財産の交付にあたり経済の見地から関心を払った事項だけが重要事項たりうるわけではないとの疑問がありうる³⁰⁾。そこで、必ずしも経済的でなくとも、社会的に重要な関心であれば重要事項として考慮できるところ、一連の判例のような業務上の取引の場面では、当該類型の業務において一定の合理性をもって一般的に重視されているかが問われるという理解も示されている³¹⁾。もっとも、そうした理解に対しても、そもそも財産的処分の判断の基礎として何を重視するかは法益主体の自由であり、社会的な重要性が認められる関心に限って刑法的保護が与えられるということにも実は理由がないという立場が、近時再評価を受けているように見受けられる³²⁾。

この最後の立場の論者の一人は、「主観的自由が法的保護を与えられるための資格付与の要件」として、その客観化の必要性(前記②の要請に対応する)を強調しているものの³³⁾、前記①の要請に関わる「経営上」の観点に(いかなる)意義があるかは必ずしも明らかにしていない。1つの

26) 駒田・前掲注17) 1447頁参照。

27) 宮崎・前掲注1) 328頁。

28) 様々な理解の可能性について、駒田・前掲注17) 1446頁参照。

29) 例えば、大塚裕史「判批」山口厚=佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論』(2014年) 103頁参照。

30) 例えば、長井・前掲注1) 376頁、橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」『植村立郎判事退官記念・現代刑事法の諸問題(1)』(2011年) 186頁参照。平成22年決定の原判決は、航空会社は、発券の不備によって不法入国をさせてしまった場合、カナダ政府に最高額で3000ドルを支払わなければならないことなどをも指摘していたのに対し、最高裁はその点への言及を避けている。このことも、必ずしも経済的損失との関係を問題にしない立場のあらわれと解しうる(山口・前掲注1) 研修4頁、橋爪・前掲注1) 106頁参照)。

31) 橋爪・前掲注30) 187頁以下、同・前掲注1) 106頁参照。なお、山口・前掲注1) 研修10頁は、被害者の「個別的な選好を超えた…類型的意義・重要性を、個々の事案について、一般予防の見地をも考慮しつつ、実質的な根拠から評価・判断していくほかない」とする。

32) 長井圓「証書詐欺罪の成立要件と人格的財産概念」板倉宏博士古稀祝賀論文集編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』(2004年) 338頁以下、同・前掲注1) 369頁以下、足立友子「詐欺罪における『欺罔』と『財産的損害』をめぐる考察」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑥』(2013年) 160頁以下、井田・前掲注1) 法曹時報3013頁以下(特に3014頁注54)、成瀬・前掲注1) 288頁など参照。井田・前掲3011頁は、例えば殺人を実行するつもりがないのに請け負ってその報酬として金銭を騙し取る(財物交付が不法原因給付にあたる)ケースのように、被害者の追求した目的が全く法的保護に値しない場合であっても詐欺罪が一般に否定されていないことを引き合いに出す。

33) 井田・前掲注1) 法曹時報3015頁参照。

見方としては、一連の判例の事案では、厳密には担当職員を被欺罔者・交付行為者とし、企業体を実質的被害者とする詐欺が問題となっていたことに手がかりを見出しうるであろうか。担当職員は、個人的関心ではなく、その属する企業体の経営方針に従って財産処分判断をすべき地位にあったことから、当該事項が「経営上」の観点の下で重要かということがクローズアップされることとなったという理解である。もしそのような理解が正しいとすれば、一般論としては、偽られた事実の存否を重視する目的や理由の客観的な合理性という要請（上記①）の実体法的意義は弱く、被害者が当該事項に真剣に関心を払っていることの認定根拠としての意義が認められるにとどまることになろう³⁴⁾³⁵⁾。

おわりに

日本の判例理論は、実務的に優先度が高い、一定の事例類型における実際的な判断基準を示すということにはある程度成功しているように思われる。ただ、その理論的なディテールについては一最後に検討した問題はたまたま筆者が関心を持った点にすぎないが、なお多様な解釈・展開の余地を残している。議論の深化が望まれるところ、条文（の翻訳）を読む限り日本刑法と類似の構造を持つ韓国刑法の詐欺罪の解釈・運用との比較法的考察が有益でありうることはいうまでもない。研究会に参加されている諸先生方のご教示を賜れば幸いである。

34) 山口・前掲注1)『新判例から見た刑法』295頁は、平成22年決定と平成26年3月決定について、「事業者が行う事業に関した『経営上の観点』ないし『経営上（の）重要性』は、欺く対象となった事項が『交付の判断の基礎となる重要な事項』となることを理由づけるものとなっている」が、「事案が異なれば違った考慮が可能・必要となるため、交付者が事業者でない事案についての判断に関しては今後の判断に留保されている」と述べる。成瀬・前掲注1)289頁以下は、「大量・匿名・非個人的取引」よりも「少量・対面・個人的取引」の方が被害者の主観的自由が広く保護されるとする。橋爪・前掲注1)106頁注47は、「一個人がもっぱら私的な目的で個人所有の財物を交付するような場合には、一般的・客観的な観点を差し挟む余地がないから、もっぱら私的な関心事であっても、『重要な事項』と評価される余地がある」とする。さらに、同「詐欺罪の実質的限界について」法学教室435号（2016年）104頁（交付が不法原因給付となる場合の検討）も参照。

35) 異なる方向性として、長井圓・前掲注1)384頁は、被害者の主観的選好を基本的には広く保護する立場をとりながら、「共存の法理」からの制約を主張し、暴力団員によるゴルフ場利用については、ゴルフ場側の利益と暴力団員ではあってもゴルフを楽しむ利益の調整が必要であるとして、結論的に詐欺罪該当性を疑問視する。一般化すれば、「欺く行為」にいう重要事項性は、原則としては被害者が現に重視しているかを基準に判断するが、その事項を重視する動機・目的が差別的であるなど不当である場合は例外ということになろう。

일본의 사기죄에 관한 최근 판례 경향에 대해서

코이케 신타로(小池信太郎) (일본 케이오대학 교수)

번역: 단국대학교 이정민 교수

들어가며

한국의 전통있는 형사판례연구회에서 발표하게 되어 발표자로서 매우 영광스럽게 생각하며, 감사를 표하고 싶습니다. 의뢰 받은 주제는 일본의 재산범에 관한 최근 판례이지만, 재산범 전체를 다룬다면 두루뭉술하게 되어 내용이 빈약해 지기 때문에, 특히 중요한 경향이 보이는 사기죄 분야를 다루고자 합니다.

일본 형법 제246조는, 제1항에서 “사람을 기망하여 재물을 교부받은 자는 10년 이하의 징역에 처한다.” 제2항에서는 “전항의 방법에 따라, 재산상 불법의 이익을 득하거나, 타인에게 이것을 득하게 한 자도 전항과 같다.”라고 규정하고 있다. 전자는 재물을 객체로 하는 사기죄이며 “1항 사기”라고 부른다. 후자는 재산상 이익을 객체로 하는 사기이며, “2항 사기”라고 부른다.

사기죄가 성립하는 전형적인 예는 대가의 지불에 관해 속인 경우이다. 대금을 지불할 의사나 능력이 없는데도 있다고 거짓말을 하고, 상품을 교부 받는다면 제1항의 사기, 같은 수단으로 호텔에서 숙박이나 택시의 운임이라는 역무·서비스를 받는다면 제2항의 사기이다.

그렇다면, 대가를 지불하지만, 예를 들어 자기의 속성·신분이나 취득 후의 용도를 속여 재물이나 이익을 교부 받은 행위에 대해서 사기죄가 성립하는 것은 어떠한가. 이런 문제에 관해서 최근 사회정세의 변화를 받아들여 예전에는 생각하기 힘들었던 사건이 사기죄에 의해 입건·처벌되고, 계속해서 최고재판소의 중요한 판례가 되고 있다. 예를 들어, 타인명의를 이용하거나 타인에게 양도할 의도를 숨기고 은행구좌를 개설하는 사례나 폭력단원이 그 신분을 숨기고 골프장을 이용한 사례를 대상으로 한다. 최고재판소는 사기죄 성립을 인정하는 판단을 많은 사례로 시인하고 있지만, 최근 폭력단원의 골프장 이용에 관하여, 같은 날 유죄판례와 무죄판례를 각 1건씩 내고, 처벌범위의 확대에 대해 신중한 자세를 취하는 등 흥미로운 경향을 보이고 있다.

이번 발표에서는 먼저 이 문제에 관해 종래 학설의 논의를 간단히 살펴본 후(I), 타인명·타인양도 의도로 물건을 취득(II) 및 폭력단원의 신분은닉(III)에 관한 최근 최고재판소 판례의 전개에 대해 소개하고자 한다. 이어 현재 판례이론과 거기서 의도하고 있는 신중한 운용의 자세를 언급하고, 이론적 과제를 제시(IV)하고자 한다.¹⁾

1) 일본의 판례소개라고 하는 본고의 주제에 비추어 볼 때 문헌의 개별적 인용은 재판실무가의 문헌을 우선하였다. 연구자에 의한 최근 논문(2016년 판례 이후) 또는 체계서 등으로서는 다음의 문헌을 참조. 荒木泰貴 「詐欺罪における間接的損害について」 慶應法学37号近刊予定, 井田良 「詐欺罪における財産的損害について」 法曹時報66卷1号(2014年)1頁以下, 同 『講義刑法学·各論』(2016年)272頁以下, 木村光江 「現代社会と財産犯の保護法益」 法学会雑誌(首都大学東京)56卷1号(2015年)115頁以下, 杉本一敏 「詐欺罪における被害者の『公共的役割』の意義」 『野村稔先生古稀祝賀論文集』(2015年)301頁以下, 高橋則夫 『刑法各論 [第2版]』(2014年)323頁以下, 富川雅満 「詐欺罪における被害者の確認措置と欺罔行為との関係性(1)~(3·完)」 法学新報(中央大学)

I. 사기죄에 있어서 “재산상 손해”를 둘러싼 종래의 논의

상당대가 제공에도 불구하고 사기죄가 성립하는 문제에 대해서 종래 대체로 다음과 같은 논의가 있었다.

즉, 사기죄의 성립에서는 ① 사람을 기망하는 행위 ② 그것에 의한 상대방의 착오 ③ 착오에 기한 교부·처분 행위 ④ 그것에 의한 재물·이익의 취득이 필요하지만, 그러한 것에 더해 재산범인 이상 ⑤ “재산상 손해”의 발생도 요구된다. 다만, 사기죄는 배임죄(제247조)와 달리 개별재산에 대한 죄이기 때문에, 피해자의 개별 재산(재물·재산상 이익)의 상실 자체가 재산적 손해가 된다는 것이 전통적인 통설이다. 다만, 그 이해를 형식적으로 관찰하면(형식적 개별재산설), 예를 들어 미성년자가 연령을 속여 성인잡지 등을 구입하는 사례에서도, 사실을 이야기하면 교부받을 수 없는 재물의 상실이 있는 이상, 넓은 의미의 사기죄가 성립할 수 있지만, 그것은 부당하다. 거기에 개별재산의 상실이 실질적으로도 재산적 손해라고 평가할 수 있는 경우에만, 사기죄의 성립을 인정해야 할 것이다(실질적 개별재산설).

이러한 입장에서는 미성년자에 의한 성인잡지구입사례에서는 대금지불에 의해 서점주의 경제적 거래목적은 달성한 이상, 실질적 손해가 부정될 수 있다. 의사자격을 가지지 않은 자가 파견의로 위장하고 환자를 무료로 진료하고, 증상에 적합한 약을 정가로 판매한 행위에 대해서 사기죄 성립을 부정한 예전 판례(大決 昭和3年12月21日刑集7卷772頁)는 필요한 약을 상당액으로 얻었다고 하는 상대방의 거래목적이 달성된 것에 의해 실질적 손해가 없다고 하는 이유로 지지된다. 한편 의사 또는 지사(知事) 지정업자라고 가장하고, 실제로는 용이하게 입수할 수 있는 시판 전기안마기(바이브레터)를 일반적으로 입수 곤란한 난치병에 특효성이 있는 특수치료기라고 속이고 정가로 판매한 행위에 대해서는 그러한 특수치료기를 저가로 입수하였다고 하는 상대방 거래 목적이 달성되지 않았음을 이유로 실질적인 손해를 긍정했다. 사기죄성립을 인정하는 판례(最決昭和34年9月28日刑集13卷11号2993頁)이다.

이렇게 문제를 “재산적 손해”에 위치시켜 그 발생 유무를 피해자의 경제적인 거래목적의 달성·부달성을 기준으로 판단하는 입장은 사기죄의 재산범적 성격을 중시하여 그 성립의 범위를 정할 수 있다는 관점에서 학설상 유력시되어 왔다.²⁾

122卷3=4号(2015年) 183頁以下, 5=6号(2015年) 35頁以下, 7=8号(2016年) 223頁以下, 長井圓『詐欺罪における形式的個別財産説の理論的構造』法学新報(中央大学) 121卷11=12号(2015年) 359頁以下, 成瀬幸典『詐欺罪の保護領域について』刑法雑誌54卷2号(2015年) 281頁以下, 橋爪隆『詐欺罪における『人を欺く』行為について』法学教室434号(2016年) 94頁以下, 星周一郎『詐欺罪』法学教室418号(2015年) 28頁以下, 松原芳博『法益侵害と意思侵害』『生田勝義先生古稀祝賀論文集・自由と安全の刑事法学』(2014年) 48頁以下, 同『刑法各論』(2016年) 274頁以下, 松宮孝明『詐欺罪と機能的治安法』『生田勝義先生古稀祝賀論文集・自由と安全の刑事法学』(2014年) 361頁以下, 同『刑法各論講義[第4版]』(2016年) 264頁以下, 山内竜太『詐欺罪および窃盜罪における被害者の確認措置の規範的意義』法学政治学論究(慶應義塾大学) 111号近刊予定, 山口厚『詐欺罪に関する近時の動向について』研修794号(2014年) 3頁以下, 同『欺く対象による詐欺罪処罰の限定』『新判例から見た刑法(第3版)』(2015年) 278頁以下, 山中敬一『詐欺罪における財産的損害と取引目的』法学新報(中央大学) 121卷11=12号(2015年) 397頁以下, 和田俊憲『詐欺罪における『財産的損害』』安田拓人ほか『ひとりで学ぶ刑法』(2015年) 164頁以下など.

이전의 문헌에 대해서는 이들 문헌의 주를 참조하기 바란다. 판례평석에 대해서는 각판례의 최고재판소 조사관에 의한 해설(이하에서 인용)의 말미에 열거되어 있다.

2) 널리 보급된 체계서로 이러한 입장을 취하고 있는 것으로는 西田典之『刑法各論[第6版]』(2012年) 203頁. 최근의 명시적 주장으로서 高橋·前掲注1)323頁以下, 田山聡美『詐欺罪における財産的損害』『曾根威彦先生・田

그리고 사기죄에 따른 입건의 실무도, 어떤 시기까지는 그러한 입장에서 이해하기 쉬운 면이 있었다. 예를 들면 가명이나 차명에 의한 은행계좌 개설은 사실상 횡행하였지만, 그것에 대해 형사사건으로서 입건은 하지 않았다. 정식으로 타인명의라고 말했다면, 계좌개설은 거부당할 수 있기 때문에, 형식적 개별재산설의 의미에서 손해는 긍정될지도 모른다. 그러나 은행으로서는 예금 명의가 어떠한 간에, 통장발행 등의 부담을 상회하는 예금 획득의 경제적 거래 목적은 충분히 달성되었으며, 실질적인 재산상 손해가 없다고도 말할 수 있다. 그 때문에 사기죄가 성립하지 않는다고 생각한다면, 이는 실질적 개별재산설이 기능하고 있다고 이해할 수 있는 것이다.

II. 타인명의 · 타인양도 의도의 물건 취득에 관한 최고재판소 판례

1. 平成 14(2002)년 결정 · 平成 19(2007)년 결정 (예금통장)

1990년대부터 2000년대까지 은행계좌가 돈세탁이나 보이스포싱 등의 부정한 목적으로 이용되는 것을 방지하는 관점에서 각종의 통달이나 법규제 등을 통해 금융기관에 있어서 본인확인 등을 철저히 하게 되는 등 변화가 있었다.

최고재판소의 판례에서 그 선례가 된 것은 타인의 건강보험증을 이용하여 그 타인이 되어 은행 계좌를 개설하고, 예금통장을 교부받은 사례에 관한 것이다. 이 사건의 항소심판결은 은행은 부정한 “구좌 개설에 의해 직접적으로 재산상 손해를 입었다는 사실은 없다”, 타인 명의에 의한 계좌개설은 “금융질서에 관한 규제를 위한 법규에 저촉될 수 있어도 사기죄에는 해당하지 않는다.”라고 판시하였다. 그러나 最決平成14年10月21日刑集56卷8号670頁은 이것을 파기하고 사기죄가 성립한다고 보았다.³⁾

이후 타인에게 양도할 의도가 있는데도 그것을 숨기고 자기명의로 은행계좌를 개설하여, 예금통장과 현금카드를 교부받은 사례에 관한 最決平成19年7月17日刑集61卷5号521頁가 등장했다. 이 결정은 당해 은행은 보통예금규정 등에서 통장 등의 양도를 금지하고 있고, 응대한 행원도 양도목적의 계좌개설을 알았다면 응대하지 않았을 것이라는 “사실관계 하에서 은행지점의 행원에게 예금구좌 개설 등을 신청하는 자체, 신청한 본인이 그것을 자기 자신이 이용할 의사로 표현해야했기 때문에, 예금통장 및 현금카드를 제3자에게 양도할 의도였는데도 그것을 숨기고 이 신청을 한 행위는 사기죄에 있어서 사람을 기망하는 행위에 해당하고 이것에 의해 예금

口守一先生古稀祝賀論文集・下巻』(2014年) 157頁以下, 松原・前掲注1) 『刑法各論』 274頁以下など. 실질적 개별 재산설의 취지를 사기죄에서의 법익관계적 착오의 내용으로써 주장하는 입장의 대표적 논고로 佐伯仁志 「詐欺罪の理論的構造」 山口厚ほか 『理論刑法学の最前線』 (2006年) 104頁以下. 또한 기망수단을 사용하여 청부대금을 본래 지불시기보다 앞서 영수하는 행위에 대해서 사기죄가 성립하기 위해서는 기망수단을 사용하지 않은 경우에 얻어졌을 것으로 생각되는 청부대금의 지불은 ‘사회통념상 별개의 지불’이라고 말할 수 있을 정도의 기간, 지불시기를 앞당길 것을 요한다고 한 最判平成13年7月19日刑集55卷5号371頁은 실질적 개별재산설을 강하게 의식하고 있었다 (朝山芳史 「判解」 『最高裁判所判例解説刑事篇 (平成13年度)』 [2004年] 136頁参照). 단, 동판결의 사례는 본고에서 다루는 사례유형과는 실질적인 문제상황을 달리하고 있다고 하는 평가가 최근 유력시 되고 있다. (樋口亮介 「判批」 山口厚=佐伯仁志編 『刑法判例百選II各論』 [2014年] 101頁参照).

3) 담당 조사관에 의한 해설로서는 宮崎英一 「判解」 『最高裁判所判例解説刑事篇 (平成14年度)』 (2005年) 239頁以下.

통장 및 현금카드 교부를 받은 행위는 형법 제246조 제1항 사기죄를 구성한다.”라고 판시하였다.

이러한 판례에 따라, 당해 거래로부터 직접적으로 생긴 경제적 플러스(예금통장)가 마이너스(통장발행의 부담)를 상회한다라는 것만으로 실질적인 재산상 손해 내지 사기죄 성립을 부정하는 해석은 실무상 부정되는 것이 되었다. 덧붙여서 판단의 중점을 “재산상 손해”가 아니고, “기망행위”에 두는 판례의 태도가 명확해 진 것이다. 즉 平成19年 결정을 담당했던 최고재판소 조사관의 해설에 따르면, 부정한 구좌개설에 따른 예금통장의 교부 자체가 재산적 손해가 되는 것은 平成14年 결정으로 확립되었기 때문에 그 점은 平成19年 결정에서는 전제가 되었다.⁴⁾ 이에 더해 사기죄의 “기망행위”라는 것은 상대방이 재산적 처분행위를 행하기 위해 판단의 기초가 되는 중요한 사실을 속이는 것을 말하고, 양 결정은 최근 은행실무를 고려하여, 구좌개설자가 각 명의 자 본인인지 아닌지(平成14년決定), 타인에게 양도할 의도인지 아닌지(平成19년 결정)가 각각 중요사실에 해당한다고 평가하였던 것이다.⁵⁾ 이러한 점의 중요성은 돈세탁이나 보이스피싱 방지라고 하는 국가적 관점에서 본 것으로, 피해자인 은행의 경제적 득실에 관계한 것이 아니기 때문에 사기죄에 의한 처벌 근거가 없는 것이라는 학설의 비판에 대해서는, 국가적 견지에서 규제라고는 해도, 은행 거래 약관에 있는 등 현재 그것을 중시하여 재산적 처분의 판단을 하는 이상, 그러한 점에 관한 기망으로부터 형법적 보호를 부정할 이유는 없고, 더불어 금융기관은 그 공익성, 공공성으로부터 구좌가 부정 이용되는 시스템의 신뢰를 해하는 것을 방지할 이익을 가지고 있으며, 이것이 각종 규제강화에 보다 강조되고 있다는 반론이 있다.⁶⁾

또한 平成14年 결정 사례에서는 타인인양 행사하는 확실한 작위에 의한 기망 행위가 있는 것에 대해, 平成19年결정은, 자기 명의의 구좌개설의 신청 때 양도의도를 은닉한 것만으로 기망 행위를 한 것이라고 하는 문제에 대해서 “구좌 개설 등을 신청하는 것 자체, 신청한 본인이 그것을 자기 자신이 이용할 의사라고 표시하는 것”이라고 판시하여, 이른바 거동에 의한 기망의 구성을 취했다는 점에서 주목할 만하다.

거동에 의한 기망이라는 것은 일정한 상황에 있어서 일정한 거동이 사회통념상 당연히 일정한 표시를 포함하고 있다고 해석되기 때문에, 그것에 반하는 의도를 숨기고 당해 거동을 하면 작위에 의한 기망행위로서 평가되는 것을 말한다. 무전취식 의사를 숨기고, 주문하는 경우가 전형적이다. 그러한 구성의 실익은 부작위라고 구성한다면, 그것을 기망행위로 인정하기 위해서는 작위의무(진실 고지의무)의 인정이 필요하지만, 거동에 의한 기망은 작위이기 때문에 고지의무를 특별히 문제로 할 필요는 없다는 점이 있다.⁷⁾ 이러한 점에서 平成19年 결정은 예금구좌의 양도가 금지된, 명의자 본인이 이용해야하는 것은 계약상 법령상 당연히 전제된 사회상식이라는 것이라는 이해를 전제로, 반대 의도를 숨기고 구좌개설을 신청한 행위는 거동에 의한 기망에 해당한다고 평가한 것이라고 해석되고 있다.⁸⁾

4) 前田巖 「判解」 『最高裁判所判例解説刑事篇(平成19年度)』 (2011年) 319頁。

5) 前田・前掲注4) 320頁以下

6) 前田・前掲注4) 331頁注17. 각 사건의 행위시 및 그 후의 법적 규제상황을 포함한 상세한 분석으로서는 杉本・前掲注1)306頁以下

7) 거동에 의한 기망에 대한 판례, 학설에 대한 상세한 논의는, 野原俊郎 「判解」 法曹時報68卷4号 (2016年) 1148頁以下 (後述の平成28年無罪判決の調査官解説) 를 참조.

8) 前田・前掲注4) 324頁以下. 또한 최고재판소는 자신의 은행구좌에 잘못 송금된 예금이 있다는 것을 알고 있는 수취인이 그 사정을 숨기고 창구에서 인출한 사례에 대해서는 부작위에 의한 기망으로서 신의칙상의 고지의무를 인정하여 제1항 사기죄의 성립을 긍정하였다. (最決平成15年3月12日刑集57卷3号322頁)。同決定の調査官解説と

이렇게 平成19年 결정 및 그것을 둘러싼 논의에 의해 상대방에 바로 경제적 피해를 주는 것이 아닌 거래, 자기 자신 또는 부정한 용도를 숨기고 신청한 행위가 “기망행위”에 해당하는지를, 기망사항의 중요성과 거동에 의한 기망 해당성이라고 하는 구조에서 검토하고, 거기에서 말하는 기망사항의 중요성을 공적 규제 강화를 포함한 당해 거래업무를 둘러싼 사회정세 변화를 고려하여 판단한 방법이 등장하게 되었다.

2. 平成 22(2010)년 결정 (탑승권)

이러한 방법은 그 후 판례에 정착되어 갔다. 平成19年 결정에 이은 중요한 판례로서 공항의 국제선 체크인카운터에서 탑승권 교부를 받은 자가 캐나다에 불법입국을 기도하여 환승 구역 내에서 대기하고 있는 다른 자에게 양도하여, 그 자를 탑승시킬 의도를 숨기고 있었다는 사례에 관한 最決平成22年7月29日決定刑集64卷5号829頁이다.

본 건 변호인은 피고인들은 정규의 운임을 지불한 이상, 항공사에 재산적 손해는 발생하지 않는 등으로 사기죄 성부를 다투었다.

그러나 동 결정은 탑승권 교부 당시, 패스포트나 항공권 제시에 의해 “엄격한 본인 확인이 일어나고 있는 것은 항공권에 성명이 기재되어 있는 승객 이외의 자의 항공기 탑승이 항공기 운항의 안전상 중대한 피해를 일으킬 위험성을 포함하기 때문에 본건 항공사가 캐나다 정부로부터 불법입국을 방지하기 위해 탑승권 발권을 적절히 행하는 것이 본 건 항공사의 항공운송사업의 경영상 중요성을 가지는 것이고, 본 건 담당자들은 상기확인을 할 수 없는 경우에 탑승권을 교부하지 않았다.” 및 담당자들은 다른 자를 탑승시킬 의도를 알았다면 교부에 응하지 않았을 것을 적시한 후에, “이상과 같은 사실관계에서 본다면 탑승권 교부를 청구하는 자 자신이 항공기 탑승을 하는지 안하는지는 본 건 담당자들에 있어서 그 교부 판단의 기초가 되는 중요한 사항이었기 때문에 자기에 대한 탑승권을 다른 자에게 양도하여 그 자를 탑승시킬 의도였는데 이를 숨기고 본 건 담당자들에 대하여 탑승권 교부를 청구한 행위는 사기죄에 있어 사람을 기망한 행위와 마찬가지로, 이것에 의해 교부를 받은 행위는 형법 제246조 제1항 사기죄를 구성한다.”라고 판시하였다.

본 결정은 平成14年 결정과 平成19年 결정과 유사한 문제점을 가진 사례로서 “기망행위”라는 것은 “교부 판단의 기초가 되는 중요한 사항”을 속이는 것이라는 이해를 명시적으로 확인하였다.⁹⁾ 그리고 항공권에 성명이 기재된 자(항공사가 탑승을 승인한 자) 이외의 자가 탑승하는 것은 중요 사항으로, 운항의 안전상의 피해(즉 하이잭, 테러 등 위험) 및 불법입국방지를 위해 캐나다 정부에 의해 적절한 발권을 할 의무가 있다는 것을 구체적으로 적시하고, 항공사의 “경영상 중요성을 가지고 있다.”라고 판시한 것이 주목된다.¹⁰⁾ 한편 타인을 탑승시킬 의도를 단순히 비밀로 한 것이 거동에 의한 기망에 해당하는 것이라고는 언급하지 않았지만, 패스포트의 확인 등 탑승수속의 내용에서 보면, 탑승권 교부를 청구하는 행위 자체, 스스로 탑승할 의도의

1) して, 宮崎英一 「判解」 『最高裁判所判例解説刑事篇(平成15年度)』 (2006年) 112頁以下.

9) 増田啓祐 「判解」 『最高裁判所判例解説刑事篇(平成22年度)』 (2013年) 187頁.

10) 부연설명으로서, 増田・前掲注8) 283頁以下.

의사표시라고 평가되는 것이 당연한 전제라고 해석되고 있다.¹¹⁾

이러한 平成14年 決定, 平成19年 決定 및 平成22年 決定에 의해 신분이나 부정한 용도를 은닉한 사례에 관한 사기죄 성부의 판단기법이 판례상 정착되었다. 그리고 이 3건의 구체적 판단에 대해 말하자면, 사례판단의 형식을 갖고 있지만, 최근 은행이나 항공사의 업무실패에서 본다면, 타인명의 또는 타인에게 양도할 의도로 구좌개설이나 국제선 탑승권의 교부를 받은 행위에 대해서 사기죄가 성립한다는 판단은 거의 일반적인 타당성을 갖는다고 해도 좋다. 이에 대해 당해 사항에 대한 심사태도에 대해서 업자에 따라 편차가 있는 경우에는 사기죄의 성부(중요사항성, 거동에 의한 기망해당성)의 판단을 당해 업자의 구체적 대응에 의하여 신중히 하지 않으면 안된다는 것이 다음에 보는 최근 판례에 의해 확실해 졌다.

Ⅲ. 폭력단원의 신분은닉에 관한 최고재판소 판례

1. 平成 26(2014)년 3월 유죄결정/ 무죄판결(골프장이용)

“폭력단원거절”의 각종 시설에 신분을 숨기고(요금지불) 이용한 폭력단원을 사기죄로 소추할 수 있다는 것은 예전에는 생각하기 힘들었다. 그러나 2000년대 정부의 지침이나 각현의 폭력단 배제 조례의 제정 등에 따라 폭력단 배제를 향한 사회적 움직임에 따라 형사사건으로 입건도 하게 되었다. 그리고 그 당부를 둘러싼 논의가 계속되던 중, 최고재판소는 폭력단원 골프장 이용에 관해 같은 날 유죄판례(最決平成26年3月28日刑集68卷3号646頁)와 무죄판례(最判平成26年3月28日刑集68卷3号582頁)를 내어 큰 주목을 받았다.

유죄가 되었던 것은 나가노현(長野県) 골프장 회원인 A가 폭력단원 X를 데리고 플레이했지만, A는 이용을 할 때에 동반자가 폭력단원인 것을 신고하지 않고, 그것에 관해 X와 공모한 사건이다(상고사건 피고인은 X). 본건 골프장에서는 약관에서 폭력단원 이용을 금지할 뿐만 아니라, 입회시 폭력단원 동반·소개하지 않을 취지의 계약서의 서명 날인을 하고, A도 그 절차를 거쳐 회원이 되었다. 시설 이용은 본래 각 이용자가 자서하여 접수하지만, 본건 당일 A는 X등 동반자의 성명을 교차시키는 등 난잡스럽게 쓴 표를 프런트 담당자에게 건네 이상한 방법을 취하여 X 자신은 프런트를 거치지 않고 플레이하였다. A는 종업원으로부터 동반자가 폭력단원이 아닌가 다시 한번 확인받은 바는 없었고, 스스로 적극적으로 허위의 신청서도 내지는 않았다. 이러한 사실관계하에서 상기 최고재판소 결정은 골프장에서의 폭력단관계자 이용거절은 일반이용객을 외포하게 하여 이용객이 감소한 등 “신용, 품격 등이 훼손되는 것을 미연에 방지할 의도를 가지고 있고, 골프클럽의 경영상 관점”에 의한 것이며, 본건 골프장에서도 상기 약관이나 입회시 서약 등 방책을 강구하였고, 본건에서도 폭력단원인 것을 알았다면, 그 시설이용에 대해 응하지 않았을 것이라는 것을 적시하였다. “이상과 같은 사실관계에 따르면, 입회시 폭력단원관계자의 동반, 소개하지 않을 것을 서약한 본 건 골프클럽 회원인 A가 동반자의 시설이용을 신청한 것 자체, 그 동반자가 폭력단원관계자가 아닌 것을 보증할 취지의 의사를 표한 이상, 이용객

11) 増田・前掲注8) 186頁.

이 폭력단원관계자인지 아닌지는 본 건 골프클럽 종업원에 있어서 시설이용 거부판단의 기초가 되는 중요한 사항이기 때문에, 동반자가 폭력단원관계자인데도 이것을 신고하지 않고, 시설이용을 신청한 행위는 그 동반자가 폭력단원관계자가 아니라는 것을 종업원에게 오신시키는 것이고, 사기죄에서 말하는 사람을 기망한 행위와 다르지 않고, 이것에 의해 시설이용계약을 성립시킨 A와 피고인이 시설이용을 한 행위가 형법 제246조 제2항 사기죄를 구성한다.”라고 판시하였다.

무죄가 된 것은 폭력단원 Y가 그 신분을 숨기고 미야기현(宮城県)의 두개의 골프장을 방문객으로서 이용한 사건이다. Y는 골프장 ①에서는 스스로 예약을 하고, 당일 접수하여 플레이하고, 골프장 ②에서는 예약한 회원에게 권유받아 당일 접수한 후 플레이했다. 양 골프장에서는 약관 등에 폭력단원 거절을 규정하고, 그 취지를 입간판으로 설치하고 있었지만, 그것 이상 신청할 때에 서면으로 폭력단원관계자가 아닌 것을 서약시키는 등 확인하는 조치는 취하지 않았다. 같은 현내의 주변 골프장에서도 폭력단배제조치는 철저하게 하지 않았다. 이러한 사실관계를 전제로, 상기 최고재판소 판결은 폭력단 관계자가 방문객으로 이용 신청한 자체는 “신청자가 당연히 폭력단관계자가 아니라는 것까지 표하고 있다고는 인정되지 않는다. 그렇다면, 본 건에서 신청행위는 사기죄에서 말하는 사람을 기망하는 행위에 해당”하지 않고, 또한 골프장 ②에서 신청은 회원의 예약을 전제로 하고 있다는 점에서도 “예약 등에 동반자가 폭력단관계자가 아니라는 의사표시까지 포함한 거동이 있었다고 평가하기에는 곤란”하다고 판시하고, 유죄의 판결을 파기하고, 무죄 자판을 하였다.¹²⁾

이러한 양 판례는 “기망행위”에 해당하는지를 기망대상의 중요사항성 및 거동에 의한 기망해당성 관점에서 판단하는 방법을 답습했다. 이런 관점 하에, 각 골프장에서 신청자가 폭력단관계자가 아니고, 폭력단관계자를 동반·소개도 하지 않을 것을 서약시키는 등 실효적인 확인조치가 취해졌는가 하는 점을 유죄·무죄의 기준으로 삼았다는 점이 특징적이다.

본 건에서 선례의 사안(부정한 구좌개설, 국제선탑승권 발행)에서는 신중한 본인확인 등에 의한 부정이용방지의 노력이 법적의무까지 정해지게 되었고, 업무의 공익성을 자각하는 각 은행, 항공사는 경영방침으로서 그것을 교부판단의 기초로 당연히 넣고 있기 때문에 중요사항성은 거의 일반적으로 인정되고 있다고 평가할 수 있다. 또한 이러한 실무의 정착에 따라, 신청은 자기명의 또는 자기이용목적이 아니면 안된다는 것이 사회 상식화 되었기 때문에, 허위를 명시적으로 기술하지 않아도 거동에 의한 기망이라고 일반적으로 평가되는 것이다.

이에 대해 골프장과 같은 오락·서비스업에서 폭력단 배제에 아직 거기까지 일반성은 없다. 확실히 폭력단배제의 사회적 요청은 강화되어 가고, 어떤 골프장이 실효적 확인조치를 취하고 있으므로 그 점을 중시하여 이용 가부를 판단한다면, 이용객의 감소나 신용, 품격의 저하 방지라고 하는 경영상 관점에서 형법상 요보호성도 인정될 수 있다. 또한 이를 위해 일어나고 있는 입회시 선서로부터 폭력단배제가 회원과 골프장 사이에 공통의 이해가 되고, 이용신청 자체, 폭력단관계자를 동반하지 않겠다는 암묵을 전제로 하는 거동이 인정되고 있는 것이다.¹³⁾ 그러나

12) 또한 본판결에서는 골프장②에 대해서는 회원에 의한 예약을 전제로 신청하고 있는 이상, 거동에 의한 기망을 긍정할 수 있다고 하는 小貫芳信 재판관의 반대의견이 첨부되어 있다.

13) 2014년 3월 결정의 조사관에 의한 설명으로서는, 野原俊郎 「判解」 法曹時報68卷4号 (2016年) 1184頁 (重要事項性), 同1178頁 (挙動該当性) 참조. 또한 2016년 3월의 양판례에서의 고려요소를 정리하여 검토한 것으로서

이러한 확인조치는 법적으로 의무화된 것은 아니고, 어디까지나 정말로 적용하는 것은 골프장마다 차나 지역차가 크다.¹⁴⁾ 표면상으로는 폭력단배제를 말하고 있지만, 실효적인 확인조치를 강구하지 않는 골프장에 대해서, 또는 동지역 골프장에서 이용을 허가 또는 묵인하는 경험을 전제로 하는 이용신청은 폭력단관계자에 의한 이용이 아니라는 취지의 표시라고는 당연히 해석되지 않는다고¹⁵⁾(또는 적어도 행위자의 고의가 의문시되기 쉽고), 또한 그러한 골프장에서는 결국 그 점이 중요사항으로서 취급되지 않는다는 평가가 타당할 수 있다.¹⁶⁾ 이러한 사정에서 양판례는 구체적인 골프장 상황에 따른 판단에 중점을 두었다고 해석되는 것이다.

2. 平成 26(2014)년 4월 결정 (예금통장)

골프장 이용에 관한 두 판례 직후, 폭력단원에 의한 은행구좌 개설에 관한 最決 平成26年4月7日刑集68卷4号715頁가 등장했다.

사안은 폭력단원인 피고인이 은행 업무를 행한 우체국 담당직원에게 “나는 신청서 3장 뒷면 내용(반사회적세력이 아니라는 등)에 표명·확약한 후, 신청했습니다.” 기재하고, “이름”란에 자기 성명을 기입한 신청서를 제출하고, 자기명의의 구좌개설을 신청하고, 동 직원으로부터 통장을 교부받았던 것이다. 본 결정은 상기 은행은 기업의 사회적 책임 등 관점에서 반사회적 세력 배제에 대처하고 있고, 정부지침을 발판으로 약관을 개정하고, 폭력단원으로부터 저금 신규를 거절할 취지를 정해놓았으며, 신청에는 자기가 폭력단원 등이 아닌 것을 표명, 확약하는 기재를 마련해 놓았고, 본건 직원은 그 기재를 덧쓰기 등 방법에 따라 피고인이 폭력단원 등이 아니라는 것을 확인하고 있으며, 피고인이 폭력단원 등인 것을 알았다면 구좌개설 등에 응하지 않았을 것을 적시한 후에, “이상과 같은 사실관계는 아래와 같이 종합구좌의 개설 및 이것에 따르는 종합구좌통장 및 현금카드 교부를 신청한 자가 폭력단원을 포함한 반사회적 세력인지 아닌지는 본건 직원들에 있어서 그 교부 판단의 기초가 되는 중요한 사항이기 때문에 폭력단원인 자가 자기가 폭력단원이 아니라는 것을 표명·확약하여 상기 신청을 한 행위는 사기죄에서 말하는 사람을 기망한 행위에 해당하고, 이에 따라 종합구좌통장 및 현금카드 교부를 받은 행위는 형법 제246조 제1항 사기죄를 구성한다.”라고 판시하였다.

본 결정은 약관을 정하고, 신청서의 기재, 담당직원에 의한 확인절차를 엄수했다는 사정에서 보면, 신청자가 폭력단원 등이 아닌지가 “교부 판단의 기초가 되는 중요한 사항”이라는 것이 인정된다. 또한 폭력단원이 아닌 것을 표명, 확약하는 부동문자의 어떤 신청서에 서명 날인하여

는 富川雅滿 「判批」 法学新報 (中央大学) 123卷1=2号 (2016年) 207頁以下.

14) 宮崎英一 「詐欺罪の保護領域について」 刑法雑誌54卷2号 (2015年) 328頁, 334頁 참조. 松宮孝明 「拳動による欺罔と詐欺罪の故意」 『町野朔先生古稀記念・刑事法・医事法の新たな展開・上巻』 (2014年) 537頁 이하는 이 점을 강조하고 중요사항인지 여부가 불명확한 경우에는 그것을 중요하다고 생각하는 당사자측에 확인의무가 있다는 취지를 주장하고 있다.

15) 野原·前掲注7) 1160頁以下参照. 野原·前掲注13) 1179頁는 시설이용 신청의 전제로서 입회계약(기본계약) 시에 폭력단 배제에 관한 서약을 하고 있는지 여부라고 하는 점의 차이를 특히 강조하고 있다.

16) 宮崎·前掲注1) 331頁参照. 동논무은 이러한 이해에서 이러한 종류의 사안에서는 거동해당성과 중요사항성은 일방이 긍정되면 타방도 긍정, 일방이 부정되면 타방도 부정되는 관계에 있다고 하고, 최고재판소의 무죄판례에서는 -명시적으로 부정되는 것은 거동해당성 만이지만- 중요사항성도 부정된다고 하는 판단도 생각할 수 있다고 판시하고 있다(이점에 대해서는 杉本·前掲注1) 319頁 참조).

신청했기 때문에, 거동에 의한 기망에 해당한다라는 것은 명백하다고 생각하기 때문에 그 점에 관해서 언급은 없었다고 해석되고 있다.¹⁷⁾

IV. 판레이론의 현상과 이론적 과제

1. 판레이론의 개요와 신중한 운용의 요청

이상에서 보듯이 최근 최고재판소 판례의 중점을 정리해 보면 다음과 같다. 먼저 판례는 상대방(예금의 예입이나 대금)가 제공되고, 당해 거래에 의해 직접적으로는 피해자에게 경제적 피해가 일어나지 않는다고 생각되는 것 같은 경우에도 사기죄 성립을 부정하지 않는다. 학설상 유력한 “실질적 개별재산설”을 명시적으로 부정은 하지 않아도, 그것과는 조금 거리를 두어, 개별 재산의 상실 자체를 손해로 인정하는 전통적 통설(형식적개별재산설)을 기초로 하는 것이다. 오히려 문제의 중점을 “기망행위”에 두는 판례의 태도가 확실해 졌다.¹⁸⁾ 이런 관점 하에 판단의 축적을 통해 “기망행위”라는 것은 “교부(재산적 처분)의 판단의 기초가 되는 중요한 사항”에 대해 속이는 것을 말한다는 정의가 명확히 나오게 되었다. 또한 당해 사항에 대해 숨긴 것에 지나지 않는 사안에 대해서는 “거동에 의한 기망”에 해당하는지라고 하는 관점이 더해져, 무죄판단의 기준이 되는 등 기능을 하고 있다. 이러한 중요사항성 + 거동해당성의 구체적 인정을 통해 사기죄의 성부를 가늠하고자 하는 것이 현재 판레이론의 기본적인 접근이다.

특히 재판실무가는 최근 판례에 의해 새로운 해석론이 보여지지만, 판레이론의 내용이 변화한 것은 아니라고 이해하는 경향에 있다. “기망행위”가 교부의 판단의 기초가 되는 중요한 사항에 관해 속여야만 하는 것이나 거동에 의한 기망이라는 개념은 그것 자체로서는 예전부터 승인되어 온 것이다. 일련의 판례에 있어서 구체적 판단도 전통적인 기준을, 공적인 규제나 사회적 대응을 포함한 사회 정세의 변화를 적용해 운용한 결과에 지나지 않는다는 것이다.¹⁹⁾

이러한 운용에 의해 처벌범위가 부당히 확대한 것은 아니라는 우려에는 중요사항성·거동에 의한 기망해당성의 신중한 인정에 의해 대처한다고 생각되고 있다. 예를 들면, 탑승권 사례에 관한 平成22년결정의 조사관 해설에서는, 이 결정은 국제선 사안이었지만, 그러한 사정이 국내선 경우에는 미치지 않을 것이라는 것이다. 항공권이나 탑승권이 기명식이기 때문에, 당해 승객 본인의 탑승이 요구되는 것이 확실하지만, 국내선에서는 테러 등 보안상의 염려는 보다 약하고, 불법입국방지의 요청은 없다고 보이며, 엄격한 본인 확인 절차도 취하지 않는다. 이러한 것이 결론을 좌우할 여지가 있다라는 것이다.²⁰⁾ 실제로 일어난 판단으로서는 폭력단원의 골프장 이용에 관한 26年 3月の 유죄·무죄의 두 판례가 사회정세가 변화하는 중에도 피해자(구체적으로

17) 駒田秀和「判解」法曹時報68卷5号(2016年)1449頁注52. 적극적 작위에 의한 기망을 인정한 것으로 보는 평가도 있다(예컨대 佐藤陽子「判批」刑事法ジャーナル42号[2014]110頁)。

18) 문제의 체계적 위치정립(「欺く行為(重要事項性)」 「(法益關係の) 錯誤」 「財産の損害」 중 어느 것을 논할 것인지)가 입장의 실질적 내용을 좌우하는 것은 아니라고 하는 인식이 최근 학설에서는 폭넓게 공유되고 있다.(예컨대, 井田・前掲注1) 法曹時報3001頁以下, 杉本・前掲注1) 305頁, 橋爪・前掲注1)103頁など)。

19) 宮崎・前掲注1) 335頁参照. 학설로서 이러한 판례의 내재적 이해를 강조하는 것으로서는, 成瀬・前掲注1)286頁。

20) 増田・前掲注8) 191頁参照。

골프장)가 당해 사회적 요청(폭력단배제)에 어디까지 전적인 관심을 기울이는가를 고려한 신중한 죄책 인정의 가능성 및 필요성을 보여주었다고 할 수 있다.²¹⁾

다수의 학설이 사기죄 성립을 부정해야 한다는 전형적인 예로서 언급해 온 미성년자에 의한 성인잡지나 술, 담배 구입사례에 대해서, 그 가게가 청소년 건전육성에 얼마나 대응했냐라는 견지에서 미성년자에게는 판매하지 않는 방침을 철저히 하고, 신분 증명서 제시를 일일이 체크하는 등 실효적인 확인조치를 하고 있는 경우(그럼에도 그것을 빠져나간)에는 사기죄 성립의 여지는 부정되지 않을 것이다.²²⁾ 단지, 가게마다 취급의 차이가 아직 극히 크기 때문에 고의를 포함한 입증 면에서도 배려하여, 실제의 입건은 일어나지 않는 것이라는 현상인식이 있는 것이라고 생각된다.

2. 이론적 과제

판례이론의 이해와 관계에서 남아 있는 이론적 과제로서는 먼저, 은행구좌의 부정이용방지나 폭력단배제라고 하는 국가적·사회적 요청을 둘러싼 사회정세의 변화를 중시하여 사기죄의 성부를 판단하는 것으로, 동죄가 이른바 국가적·사회적 법익에 대한 범죄로 변질해 가는 것은 아닌 가라는 것이 지적되고 있다.²³⁾ 그러나 상술한 바와 같이, 당해 요청을 강하게 내면화하여, 실제로 그 점을 중시한 재산적 처분의 판단을 하고 있는 피해자만이 사기죄에 의한 보호를 받는 한, 어디까지나 개인적 법익에 대한 범죄로서의 성질은 유지되고 있다는 반론은 가능할 것이다.²⁴⁾

더욱 문제가 되는 것은 “교부 판단의 기초가 되는 중요한 사항”으로서 인정되는 범위로 어떤 이론적 제약이 있는가 하는 점이다. 이러한 점에 관하여, 平成26年4月 결정의 담당조사관은 일련의 판례를 분석하고, “① 재산적 처분을 함에 해당하고, 기망하는 사실의 존부를 고려한 목적이나 이유에 객관적 합리성이 있을 것 ② 당해 사실의 존부를 확인하는 체제나 운용을 취하고 있고, 교부자가 당해 사실에 큰 관심을 기울이고 있는 것이 외부적으로 확실하게 되고 있을 것 ③ 당해 사안에 있어서도 당해 사실에 관한 착오가 없었다면 재산적 처분을 하지 않았을 것 이라는 현실적 구체적 인과관계가 있고, 그 목적이 중요성을 가지고 있다는 등의 고려”를 하고 있다고 설명하고 있다.²⁵⁾ 여기에서는 당해 교부행위를 한 자가 사실을 알았다면 교부하지 않았

21) 또한 본 보고가 다루는 판례와 유사한 문제를 포함하는 것으로 휴대전화 매장에서 휴대폰을 타인에게 양도할 의도를 감추고 구입하는 사례가 있다. 이에 대해 최고재판소 판례는 아직 존재하지 않지만, 東京高判平成24年12月13日高刑集65卷2号21頁가 있다. 동 판결은 대리점 점장이 피고인의 의도를 어느 정도 인식하면서도 그래도 상관없다는 의사 하에 판매교부 한 혐의를 이유로 사기미수죄의 성립을 인정하는 것에 그치고 있다. 본 판결과 골프장 이용의 무죄판결을 대비하면서 기망행위는 있지만 미수로 해야 하는 경우와 처음부터 기망행위 자체가 부정되어 무죄가 되어야 할 경우의 구별을 논하는 것으로는, 宮崎·前掲注1) 331頁以下參照。

22) 前田·前掲注4) 332頁注17은, 「너그러운 시대(おおらかな時代)」에는 타당한 사기죄를 부정하는 컨센서스가 움직이지 않는다는 것이 아니라, 법규제나 사회정세를 감안하여 성인전용물건 판매를 힘쓰는 판매자에 대하여 감행한 경우에는 사기죄 성립에 방해가 된다는 해석이 오히려 자연스럽다고 하고 있다. 駒田·前掲注17) 1448頁注50은 개별구체적인 판단이라는 점을 강조하고 있다.

23) 예를 들어, 松原·前掲注1) 『刑法各論』 280頁. 松宮·前掲注1) 『詐欺罪と機能的治安法』 361頁 이하에서는 사기죄는 平成14年 결정 이래로 일련의 판례에 의해서 폭력단 배제, 출입국관리, 금융관리, 경제활동을 통제하는 치안정책의 수단화가 되었다고 하는 강력한 비판이 있다.

24) 예를 들어, 山口·前掲注1) 『新判例から見た刑法』 294頁參照。

25) 駒田·前掲注17) 1438頁。

을 것이라는 주관적 관계(③) 만으로는 중요사항성을 긍정하지 않고, 그 목적·이유의 합리성(①) 과 체제·운용면에서 담보(②)의 고려에 따라 일정한 객관적 제한이 정해지게 되는 것이다.²⁶⁾ 그렇다고는 하지만, 그 이론적 근거가 충분히 설명되고 있는 것은 아니다.

특히 ①에 관해서, 平成22년결정 및 平成26년3월결정은 탑승자의 동일성이나 폭력단관계자인지 아닌지라는 사정이 항공사나 골프장의 “경영상”의 중요성을 가지고 있다는 언급이 있고, 부정한 구조개설에 관한 판례(平成14年, 19年, 26年 4月결정)에 대해서도 명시적 언급은 없어도 마찬가지로 평가가 가능할 것이라고 생각된다.²⁷⁾ 단지, 그 “경영상” 관점에 관한 이론적 의의가 있는지에 대해서는 이해가 나뉠 수 있다.²⁸⁾

먼저, 사기죄의 재산범으로서 성격으로부터 간접적·추상적이라고는 해도, 피해자의 경제적 이해로 환원할 수 있는가라는 관심에 한하여 중요사항성을 긍정하는 근거가 될 수 있기 때문에, “경영상”의 중요성의 착안은 그것을 반영하는 것이라고 이해할 수 있다.²⁹⁾ 그러나 이에 대해서는, 이른바 기부금사기(자선활동을 위해 속이고 금전을 편취하는 경우)도 당연히 사기죄가 된다면, 일반적으로 피해자가 재산 교부에 있어 경제적 관점에서 관심을 가진 사항만이 중요사항이 되는 것이 아니라는 의문이 있을 수 있다.³⁰⁾ 이에 따라 반드시 경제적이 아니라도 사회적으로 중요한 관심사항이라면 중요사항으로서 고려할 수 있는바, 일련의 판례와 같은 업무상의 거래에서는 당해 유형의 업무에 있어서 일정한 합리성을 가지고, 일반적으로 중시되고 있는지 여부가 문제가 된다는 견해도 있다.³¹⁾ 그렇다고는 하지만, 이러한 이해에 대해서도 원래 재산적 처분 판단의 기초로서 무엇을 중시하는지는 법익주체의 자유이고, 사회적 중요성이 인정되는 관심에 한해서 형법적 보호가 주어지는 것이라는 것도 실제로는 이유가 없다라는 입장이, 최근 재평가를 받고 있다고 여겨진다.³²⁾

이 최후의 입장의 논자의 한 사람은 “주관적 자유가 법적 보호를 주기 위한 자격부여의 요건”으로서, 그 객관적인 필요성(전제②)의 요청에 대응하는)을 강조하고 있지만,³³⁾ 상기①의 요청에 관여한 “경영상” 관점에 (어떠한) 의의가 있는지는 반드시 확실한 것은 아니다. 하나의 견

26) 駒田·前掲注17) 1447頁参照.

27) 宮崎·前掲注1) 328頁.

28) 다양한 이해의 가능성에 대해서는, 駒田·前掲注17) 1446頁参照.

29) 예를 들어, 大塚裕史「判批」山口厚=佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論』(2014年) 103頁参照

30) 예를 들어, 長井·前掲注1)376頁, 橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」『植村立郎判事退官記念・現代刑事法の諸問題(1)』(2011年) 186頁参照. 2010년 결정의 원판결은 항공회사는 발권의 불비에 대해서 불법입국을 시켜버린 경우에는 캐나다 정부에 최고액이 3,000달러를 지불해야 하는 것 등도 지적하고 있는 것에 비해 최고 재판소는 이 점에 대한 언급을 피하고 있다. 이는 경제적 손실과의 관계를 문제로 하지 않는 입장이라고 해석할 수 있다. (山口·前掲注1) 研修4頁, 橋爪·前掲注1)106頁参照)。

31) 橋爪·前掲注30) 187頁以下, 同·前掲注1) 106頁参照. 또한, 山口·前掲注1) 研修 10쪽은 피해자의 “개별적인 선호를 초과한... 유형적 의의/중요성을, 개개의 사안에 대해서 일반예방적 견지를 고려하면서 실질적인 근거에서 평가/판단해 갈 수 밖에 없다”고 기술하고 있다.

32) 長井圓「証書詐欺罪の成立要件と人格的財産概念」板倉宏博士古稀祝賀論文集編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』(2004年) 338頁以下, 同·前掲注1)369頁以下, 足立友子「詐欺罪における『欺罔』と『財産的損害』をめぐる考察」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑥』(2013年) 160頁以下, 井田·前掲注1) 法曹時報3013頁以下(特に3014頁注54), 成瀬·前掲注1)288頁 등 참조. 井田·前掲 3011쪽은 예를 들어 살인을 실행할 예정이 없음에도 하청을 받아 그 보수로서의 금전을 편취한 케이스와 같이 피해자가 추구한 목적이 전혀 법적보호를 받을 가치가 없는 경우라 하더라도 사기죄가 일반적으로 규정되지 않는다는 것을 도출해내고 있다.

33) 井田·前掲注1) 法曹時報3015頁参照.

해로서는, 일련의 판례 사안에서는 담당직원을 피기망자·교부행위자로서, 기업체를 실질적 피해자로 하는 사기가 문제되었었는데 여기에서 실마리를 찾아낼 수 있는 것인가. 담당직원은 개인적 관심이 아닌, 그 소속 기업체의 경영방침에 따라 재산처분의 판단을 해야 할 지위에 있기 때문에, 당해 사항이 “경영상” 관점 하에 중요한지 라는 것이 클로즈업되었다고 이해될 수 있다. 만일 그러한 이해가 맞다면, 일반론으로서는 기망한 사실의 존부를 중시한 목적이나 이유의 객관적 합리성이라는 요청(상기①)의 실체법적 의의는 약하고, 피해자가 당해 사항에 신중히 관심을 기울인 것에 대한 인정근거로서 의의가 인정되는 것에 지나지 않을 것이다.³⁴⁾ ³⁵⁾

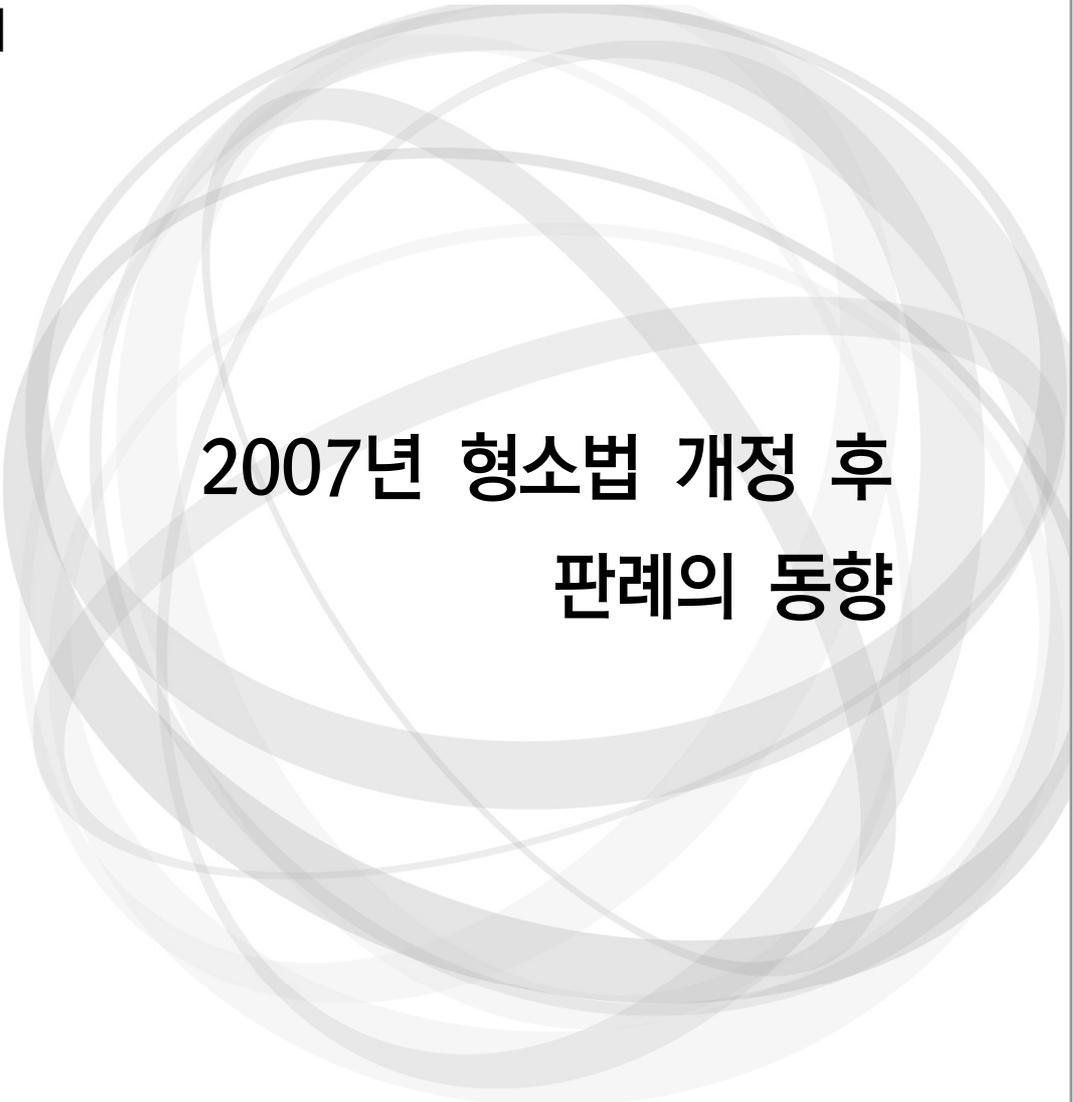
마무리

일본의 판례이론은 실무적으로 우선도가 높고, 일정한 사례유형에 있어서 실제적인 판단기준을 보여주는 점에서 어느 정도 성공하고 있다고 생각된다. 단지, 그 이론적 디테일에 대해서는 - 최후에 검토한 문제는 종종 필자가 관심을 가진 점에 지나지 않지만- 보다 다양한 해석, 전개여지를 남겨놓고 있다. 논의의 심화가 요구되고 있는 시점, 조문(의 번역)을 읽어보면, 일본형법과 유사한 구조를 가지고 있는 한국형법과 사기죄의 해석·운용을 비교법적으로 고찰하는 것은 유익할 수 있다고 생각한다. 연구회에 참가하여 여러 선생님의 가르침을 받을 수 있어서 기쁘게 생각합니다.

34) 山口·前掲注1) 『新判例から見た刑法』 295頁は, 2010년 결정과 2014년 3월 결정에 대해서 “사업자가 실시하는 사업에 관한 경영상의 관점 내지 경영상의 중요성은 기망대상이 된 사안이 교부판단의 기초가 되는 중요한 사항이 된다는 것을 이유로 하고 있으나 사안이 다르면 다른 고려가 가능하고 또한 필요로 하기 때문에 교부자가 사업자가 아닌 사안에 대한 판단에 관해서는 앞으로의 판단에 유보되고 있다고 기술하고 있다. 成瀬·前掲注1)289頁 이하는, 대량/익명/비개성적 거래 보다도 소량/대면/개성적 거래의 쪽이 피해자의 주관적 자유가 넓게 보호된다고 한다. 橋爪·前掲注1)106頁注47은, 개인이 오로지 사적인 목적으로 개인소유의 재물을 교부하는 경우에는 일반적/객관적인 관점이 들어갈 여지가 없기 때문에 오로지 사적인 관심사라 하더라도 중요한 사항으로 평가될 여지가 있다고 한다. 또한 동사기죄의 실질적 한계에 대해서 法学教室435号 (2016年) 104頁 (交付が不法原因給付となる場合の検討) 도 참조.

35) 다른 의견으로 長井圓·前掲注1) 384頁은 피해자의 주관적인 선호를 기본적으로 넓게 보호하는 입장을 취하면서 ‘공존의 법리’로 부타의 제약을 주장하고, 폭력단원에 의한 골프장 이용에 대해서는 골프장 측의 이익과 폭력단원이라고 하더라도 골프를 즐길 이익의 조정이 필요하다고 하여, 결론적으로 사기죄의 해당성에 의문을 제기한다. 일반화하면, ‘기망행위’라고 말하는 중요사항성은 원칙적으로는 피해자가 현실적으로 중요시하고 있는지를 기준으로 판단하지만, 그 사항을 중시하는 동기/목적이 차별적인 등과 같은 부당한 경우에는 예외가 된다고 할 것이다.

【제2주제】



**2007년 형소법 개정 후
판례의 동향**

【발표3】

2007년 이후 형사소송법 주요 판례의 동향

- 수사절차와 증거에 관한 대법원 판례를 중심으로 -

.....

김 윤 섭 부장검사
법무연수원

2007년 이후 형사소송법 주요 판례의 동향

- 수사절차와 증거에 관한 대법원 판례를 중심으로 -

김윤섭 (법무연수원 부장검사)

I. 서론

2007년은 우리 형사소송법의 역사에서 중요한 한 해라고 할 수 있다. 2007년 6월 1일 개정되어 2008. 1. 1. 시행된 개정 형사소송법(법률 제8496호)은 일부개정 법률임에도 수사절차에 있어서 피고인 및 피의자의 권익 보장이라는 사회적 요구를 반영하여 상당히 새로운 소송법으로 변화된 모습을 갖추고 있었다. 특히 긴급체포, 인신구속, 압수수색 등 강제수사절차, 법정심리절차와 증거법 영역에서 많은 개선과 변화가 있었다. 긴급체포제도와 긴급압수수색제도의 개선, 구속사유 심사 시 고려사항의 명시, 구속영장 심문에서의 피고인 또는 피의자의 방어권 보장, 공판중심주의적 법정심리절차의 도입, 위법수집증거배제법칙의 도입, 조서의 증거능력 관련 요건의 강화 등이 그 예라고 할 수 있다.

이후에도 2011년 7월 18일 일부 개정(2012. 1. 1. 시행 법률 제10864호)으로 압수수색의 관련성 등 요건의 추가, 정보저장매체등에 관한 압수수색의 범위와 방법 명시 등과, 2016년 5월 29일 일부개정(2016. 10. 1. 시행 법률 제14179호)으로 디지털 증거의 진정성립 증명방법 보완 등을 거치면서 법률의 변화는 그 무렵과 그 이후 대법원 판례에 영향을 미쳤고, 판례 역시 입법과 수사실무에 영향을 미치며 상호 변화를 이끌어갔다고 할 수 있다. 한국형사판례연구회 또한 이러한 변화 속에서 학자들과 실무가들이 의미 있는 형사판례 평석으로 형사사법의 발전에 이론적 토대를 마련하는데 기여하여 왔다.

이 글에서는 한국형사판례연구회 창립 25주년을 기념하는 한일 공동학술연구회를 맞이하여 2007년 이후부터 최근까지 형사소송법 분야 대법원 판례 중 수사절차와 증거에 관한 주요 판례의 동향을 살펴보고자 한다. 특히 위와 같은 형사소송법의 개정과 관련되어 있거나 입법과 실무에 영향을 미친 판례들을 중심으로 최근까지의 동향을 정리하여 살펴보기로 한다.

II. 수사절차

1. 피의자 수사의 적법성

가. 임의동행의 적법요건

형사소송법(이하 ‘법’이라고 한다) 제199조 제1항은 임의수사 원칙을 명시하고 있고, 체포·

구속 등 강제수사는 법률에 정한 엄격한 요건과 절차를 갖춰야 하고, 원칙적으로 영장을 발부 받아야 한다. 수사관이 사실상 체포·구속의 전 단계에서 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하면서 현실적으로 임의성이 보장되지 않는 경우 실질적으로 피의자의 신체의 자유가 제한되어 체포와 유사한데도 헌법과 형사소송법이 체포·구속 피의자에게 부여한 각종 권리보장 장치가 제공되지 않는 문제가 있을 수 있다. 대법원은 이 점을 지적하여 피의자 임의동행 시 “수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소에서 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에 동행이 이루어졌다는 것이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 동행의 적법성이 인정된다”고 판시하였다.¹⁾

나. 음주운전자 보호조치의 한계

대법원은 “경찰관직무집행법 제4조 제1항 제1호에서 규정하는 술에 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 피구호자에 대한 보호조치는 경찰 행정상 즉시강제에 해당하므로, 그 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 한다.”라고 판시하고 있다. 이에 따라 보호조치의 필요성에 관하여 “구체적인 상황을 고려하여 경찰관 평균인을 기준으로 판단하되, 그 판단은 보호조치의 취지와 목적에 비추어 현저하게 불합리하여서는 아니 되며, 피구호자의 가족 등에게 피구호자를 인계할 수 있다면 특별한 사정이 없는 한 경찰관서에서 피구호자를 보호하는 것은 허용되지 않는다”라고 해석하고, “경찰관이 실제로는 범죄수사를 목적으로 피의자에 해당하는 사람을 보호조치의 피구호자로 삼아 그의 의사에 반하여 경찰관서에 데려간 행위는, 달리 현행범체포나 임의동행 등의 적법 요건을 갖추었다고 볼 사정이 없다면, 위법한 체포에 해당한다”라고 판시하였다.²⁾

따라서 교통안전과 위험방지를 위한 필요가 없음에도 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다는 이유만으로 음주측정을 위하여 운전자를 강제로 연행하기 위해서는 수사상 강제처분에 관한 형사소송법상 절차에 따라야 하고, 이러한 절차를 무시한 채 이루어진 강제연행은 위법한 체포에 해당하고, 이와 같은 위법한 체포 상태에서 음주측정요구가 이루어진 경우, 그 일련의 과정을 전체적으로 보아 위법한 음주측정요구가 있었던 것으로 볼 수밖에 없다고 판시하였다.³⁾

한편 보호조치가 위와 같이 위법하지 않는 한 경찰공무원이 보호조치된 운전자에 대하여 음주측정을 요구하였다는 이유만으로 음주측정 요구가 당연히 위법하다거나 보호조치가 당연히 종료된 것으로 볼 수는 없다고도 판시하고 있다.⁴⁾

1) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도6717 판결.

2) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2012도11162 판결.

3) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2012도11162 판결.

4) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011도4328 판결.

다. 피의자신문

(1) 피의자신문의 성질과 수인의무

구속된 피의자에 대해 수사기관이 당해사건의 피의자신문을 하기 위해 출석을 요구하는 경우에 피의자가 이에 응할 의무가 있는지, 나아가 이에 응하지 않을 경우 그 출석을 강제할 수 있는지 견해 대립이 있어 왔다. 이에 대하여 대법원은 “법 제70조 제1항 제1호, 제2호, 제3호, 제199조 제1항, 제200조, 제200조의2 제1항, 제201조 제1항의 취지와 내용에 비추어, 수사기관이 관할 지방법원 판사가 발부한 구속영장에 의하여 피의자를 구속하는 경우, 그 구속영장은 기본적으로 장차 공판정예의 출석이나 형의 집행을 담보하기 위한 것이지만, 이와 함께 법 제202조, 제203조에서 정하는 구속기간의 범위 내에서 수사기관이 위 법에 규정된 피의자신문의 방식으로 구속된 피의자를 조사하는 등 적정한 방법으로 범위를 수사하는 것도 예정하고 있다고 할 것이다. 따라서 구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에 출석을 거부한다면 수사기관은 그 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있다고 보아야 한다.”라고 판시하였다.⁵⁾

다만 대법원은 “이러한 경우에도 그 피의자신문 절차는 어디까지나 법 제199조 제1항 본문, 제200조의 규정에 따른 임의수사의 한 방법으로 진행되어야 하므로, 피의자는 헌법 제12조 제2항과 법 제244조의3에 따라 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있고, 수사기관은 피의자를 신문하기 전에 그와 같은 권리를 알려주어야 한다.”라고 판시하였다.⁶⁾ 판례의 태도처럼 피의자신문의 성질을 임의수사라고 보면서 위와 같이 구금된 피의자에 대한 신문 시 출석과 체류가 강제될 수 있는 성질을 어떻게 파악할 것인지는 여전히 논란의 여지가 있다.

(2) 진술거부권의 고지

대법원은 “피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사 과정에서 작성된 것이라면, 그것이 ‘진술조서, 진술서, 자술서’라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없다.”라고 하면서 이 경우에도 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하여야 하고, 그러지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다고 판시하였다.⁷⁾

이와 맥을 같이 하여 대법원은 “진술거부권 고지에 관한 형사소송법 규정내용 및 진술거부권 고지가 갖는 실질적인 의미”를 고려하면 “수사기관에 의한 진술거부권 고지 대상이 되는 피의자 지위는 수사기관이 조사대상자에 대한 범죄혐의를 인정하여 수사를 개시하는 행위를 한 때 인정”된다고 보았다. 따라서 “이러한 피의자 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였더라도 진술의 증거능력을 부정할 것은 아니다.”라고 판시하였다.⁸⁾

5) 대법원 2013. 7. 1. 자 2013모160 결정.

6) 대법원 2013. 7. 1. 자 2013모160 결정.

7) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213 판결.

한편, 선거범죄 조사와 관련하여 구 공직선거법(2013. 8. 13. 법률 제12111호로 개정되기 전의 것)은 제272조의2에서 선거관리위원회 위원·직원이 관계자에게 질문·조사를 할 수 있다고 규정하면서도 진술거부권의 고지에 관하여는 별도의 규정을 두지 않은 구법 하에서⁹⁾ “결국 구 공직선거법 시행 당시 선거관리위원회 위원·직원이 선거범죄 조사와 관련하여 관계자에게 질문을 하면서 미리 진술거부권을 고지하지 않았다고 하여 단지 그러한 이유만으로 그 조사절차가 위법하다거나 그 과정에서 작성·수집된 선거관리위원회 문답서의 증거능력이 당연히 부정된다고 할 수는 없다”고 판시하였다.¹⁰⁾

(3) 변호인의 피의자신문 참여권

대법원은 변호인의 피의자신문 참여권을 규정한 법 제243조의2 제1항에서 참여를 제한할 수 있는 ‘정당한 사유’란 변호인이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설할 염려가 있음이 객관적으로 명백한 경우 등을 말하는 것이라고 해석하고 있다. 따라서 “수사기관이 피의자신문을 하면서 위와 같은 정당한 사유가 없는데도 변호인에 대하여 피의자로부터 떨어진 곳으로 옮겨 앉으라고 지시를 한 다음 이러한 지시에 따르지 않았음을 이유로 변호인의 피의자신문 참여권을 제한하는 것은 허용될 수 없다.”라고 판시하였다.¹¹⁾

2. 압수수색

가. 압수물의 범죄사실과의 관련성

2011년 개정 형사소송법(2012. 1. 1. 시행) 제215조 제1항, 제106조 제1항은 압수, 수색 또는 검증의 요건 중 하나로 ‘해당사건과 관련이 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여’ 압수

8) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도8125 판결(피고인들이 중국에 있는 갑과 공모한 후 중국에서 입국하는 을을 통하여 필로폰이 들어 있는 곡물포대를 배달받는 방법으로 필로폰을 수입하였다 하여 주위적으로 기소되었는데 검사가 을에게서 곡물포대를 건네받아 피고인들에게 전달하는 역할을 한 참고인 병에 대한 검사 작성 진술조서를 증거로 신청한 사안에서, 피고인들과 공범관계에 있을 가능성만으로 병이 참고인으로서 검찰 조사를 받을 당시 또는 그 후라도 검사가 병에 대한 범죄혐의를 인정하고 수사를 개시하여 피의자 지위에 있게 되었다고 단정할 수 없고, 검사가 병에 대한 수사를 개시할 수 있는 상태이었는데도 진술거부권 고지를 잠탈할 의도로 피의자 신문이 아닌 참고인 조사의 형식을 취한 것으로 볼 만한 사정도 기록상 찾을 수 없으며, 오히려 피고인들이 수사과정에서 필로폰이 중국으로부터 수입되는 것인지 몰랐다는 취지로 변소하였기 때문에 피고인들의 수입에 관한 범의를 명백하게 하기 위하여 병을 참고인으로 조사한 것이라면, 병은 수사기관에 의해 범죄혐의를 인정받아 수사가 개시된 피의자의 지위에 있었다고 할 수 없고 참고인으로서 조사를 받으면서 수사기관에게서 진술거부권을 고지받지 않았다는 이유만으로 그 진술조서가 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 수 없다고 판시하였다.).

9) 2013년 개정 공직선거법은 제272조의2 제7항을 신설하여 선거관리위원회의 조사절차에서 피조사자에게 진술거부권을 고지하도록 하는 규정을 마련하였으나, 그 부칙 제1조는 이 법은 공포한 날부터 시행한다고 규정하고 있다.

10) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도5441 판결; 한편 선거범죄 조사와 관련하여 선거관리위원회 위원·직원은 관계인에 대하여 질문·조사를 할 수 있고(공직선거법 제272조의2 제1항), 조사업무 수행 중 필요하다고 인정되는 때에는 질문답변내용의 기록, 녹음·녹화, 사진촬영, 선거범죄와 관련 있는 서류의 복사 또는 수집 기타 필요한 조치를 취할 수 있다(공직선거관리규칙 제146조의3 제3항). 이러한 경우 판례는 공직선거법 제272조의2 제6항에 따라 선거관리위원회 위원·직원이 관계인에게 진술이 녹음된다는 사실을 미리 알려 주지 아니한 채 진술을 녹음하였다면, 그와 같은 조사절차에 의하여 수집한 녹음파일 내지 그에 터잡아 작성된 녹취록은 법 제308조의2에서 정하는 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’에 해당하여 원칙적으로 유죄의 증거로 쓸 수 없다고 판시한 바 있다.(대법원 2014. 10. 15. 선고 2011도3509 판결).

11) 대법원 2008. 9. 12.자 2008도793 결정.

할 수 있다는 문구를 추가하여 이른바 ‘관련성’ 요건을 명시하였다. 이 법 개정 전에도 종래 요건이던 ‘범죄수사에 필요한 때’의 해석상 인정되었던 관련성 요건이 명시적으로 들어감에 따라 압수수색의 허용범위와 관련하여 새로 규정된 관련성의 의미와 인정범위에 대한 판례의 해석에 주목하게 되었다.

이와 관련하여 대법원은 수사기관이 피의자 갑의 공직선거법 위반 범행을 영장 범죄사실로 하여 발부받은 압수수색영장의 집행과정에서 을, 병 사이의 대화가 녹음된 녹음파일(이하 ‘녹음파일’이라 한다)을 압수하여 을, 병의 공직선거법 위반 혐의사실을 발견한 사안에서, 압수수색영장에 기재된 ‘피의자’인 갑이 녹음파일에 의하여 의심되는 혐의사실과 무관한 이상, 수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 아니한 채 압수한 녹음파일은 법 제219조에 의하여 수사기관의 압수에 준용되는 법 제106조 제1항이 규정하는 ‘피고사건’ 내지 같은 법 제215조 제1항이 규정하는 ‘해당 사건’과 ‘관계가 있다고 인정할 수 있는 것’에 해당하지 않으며, 이와 같은 압수에는 헌법 제12조 제1항 후문, 제3항 본문이 규정하는 영장주의를 위반한 절차적 위법이 있으므로, 녹음파일은 법 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’로서 증거로 쓸 수 없고, 그 절차적 위법은 헌법상 영장주의 내지 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 중대한 위법에 해당하여 예외적으로 증거능력을 인정할 수도 없다고 판시하였다.¹²⁾

나아가 피의자에 대한 긴급체포 시 영장 없이 할 수 있는 긴급압수의 대상물의 범위와 관련하여, 대법원은 경찰관이 이른바 전화사기죄 범행의 혐의자를 긴급체포하면서 그가 보관하고 있던 다른 사람의 주민등록증, 운전면허증 등을 압수한 사안에서, “이때 어떤 물건이 긴급체포의 사유가 된 범죄사실 수사에 필요한 최소한의 범위 내의 것으로서 압수의 대상이 되는 것인지는 당해 범죄사실의 구체적인 내용과 성질, 압수하고자 하는 물건의 형상·성질, 당해 범죄사실과의 관련 정도와 증거가치, 인멸의 우려는 물론 압수로 인하여 발생하는 불이익의 정도 등 압수 당시의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.”라고 판시하면서 위 압수는 구 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 것) 제217조 제1항에서 규정한 해당 범죄사실의 수사에 필요한 범위 내의 압수로서 적법하므로, 이를 위 혐의자의 점유이탈물횡령죄 범행에 대한 증거로 인정하였다.¹³⁾

나. 사후 압수수색영장의 발부

대법원은 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 음란물 유포의 범죄혐의를 이유로 압수·수색영장을 발부받은 사법경찰리가 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견하자, 피고인을 마약류관리에 관한 법률 위반죄의 현행범인으로 체포하면서 대마를 압수하였으나, 그 다음날 피고인을 석방하였음에도 사후 압수·수색영장을 발부받지 않은 사안에서, 위 압수물과 압수조서는 형사소송법상 영장주의를 위반하여 수집한 증거로서 증거능력이 부정된다고 판시하였다.¹⁴⁾

12) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결.
13) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도2245 판결.
14) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도10914 판결.

다. 강제체혈의 성질과 허용요건

실무상 음주운전에 의한 교통사고 사건에서 사고를 야기한 피의자가 의식불명 등으로 호흡 조사에 의한 음주측정이 불가능하고 혈액채취에 대한 동의를 받을 수도 없는 상태에서 법원으로부터 혈액 채취에 대한 감정처분허가장 또는 사전 압수영장을 발부받을 시간적 여유도 없는 긴급한 상황에 있는 경우 체포나 범죄장소를 전제로 하지 않는 독립된 긴급 압수수색규정이 없는 우리나라에서 수사기관이 피의자에 대하여 긴급 강제체혈을 했을 경우 문제가 발생한다.

대법원은 우선 “수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 혈액을 취득·보관하는 행위는 법 제219조, 제106조 제1항에 정한 압수의 방법으로도 할 수 있고, 압수의 방법에 의하는 경우 혈액의 취득을 위하여 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하는 행위는 혈액의 압수를 위한 것으로서 법 제219조, 제120조 제1항에 정한 ‘압수영장의 집행에 있어 필요한 처분’에 해당한다.”라고 보았다. 그리고 위와 같이 혈액 채취에 대한 사전 압수영장을 발부받을 시간적 여유도 없는 긴급한 상황에 있는 경우 “피의자의 신체 내지 의복류에 주취로 인한 냄새가 강하게 나는 등 법 제211조 제2항 제3호가 정하는 범죄의 증거가 현저한 준현행범인의 요건이 갖추어져 있고 교통사고 발생 시각으로부터 사회통념상 범행 직후라고 볼 수 있는 시간 내라면, 피의자의 생명·신체를 구조하기 위하여 사고현장으로부터 곧바로 후송된 병원 응급실 등의 장소는 법 제216조 제3항의 범죄 장소에 준한다 할 것이므로, 검사 또는 사법경찰관은 피의자의 혈중알코올농도 등 증거의 수집을 위하여 의료법상 의료인의 자격이 있는 자로 하여금 의료용 기구로 의학적인 방법에 따라 필요최소한의 한도 내에서 피의자의 혈액을 채취하게 한 후 그 혈액을 영장 없이 압수할 수 있다. 다만 이 경우에도 법 제216조 제3항 단서, 형사소송규칙 제58조, 제107조 제1항 제3호에 따라 사후에 지체 없이 강제체혈에 의한 압수의 사유 등을 기재한 영장청구서에 의하여 법원으로부터 압수영장을 받아야 한다.”라고 판시하여 사회통념상 범행직후의 범죄장소에 준하는 ‘시간적·장소적 근접성’을 탄력적으로 해석하면서도 법관의 영장에 의한 사법적 통제가 가능하도록 하였다.¹⁵⁾

라. 압수수색영장의 집행절차

이른바 ‘제주지사실 압수수색사건’의 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결 이후 대법원은 재차 같은 사건에서 위법수집증거 배제법칙의 취지를 확인하면서 구체적으로 사례에 적용되는 압수수색에 관한 제반 절차규정을 보다 엄격하게 해석하였다.

대법원은 첫째, 압수수색영장에 압수할 물건을 ‘압수장소에 보관중인 물건’이라고 기재하고 있는 것을 ‘압수장소에 현존하는 물건’으로 해석할 수 없으므로, 압수수색 집행에 착수한 후 다른 사람이 압수지점으로 일시 가져온 물건은 압수할 물건에 해당하지 아니한다고 보았다. 둘째, 압수수색의 영장 제시방법과 관련하여, 수사기관이 압수수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다고 하더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수 하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다고 판시하였다. 셋째, 압수물 목록은 피압수자 등이 압수물에 대한 환부·가환부신청을 하거나 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되므로, 이러한 권리행사에 지장이

15) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결.

없도록 압수 직후 현장에서 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙이라고 판시하였다. 넷째, 적법한 절차에 따르지 않은 압수물은 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없고, 예외적으로 유죄의 증거로 사용할 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재 한다는 것은 검사가 입증하여야 한다고 판시하였다.¹⁶⁾

마. 전자 정보에 대한 압수수색

2011년 개정 형사소송법(2012. 1. 1. 시행)은 종래 명확한 규정이 없어 논란이 제기되었던 수사기관의 디지털 증거 수집절차 및 방법에 관하여 제106조 제3항을 신설하여 정보저장매체를 압수하는 경우에 ‘기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제’하는 것을 원칙으로 하고, 예외적으로 ‘범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때’에는 정보저장매체 자체를 압수할 수 있도록 규정하였다. 이 법 개정 직전 대법원은 종래 전자정보에 대한 압수집행방식을 제한하였던 법원의 실무태도를 판례로 허용하였고, 이는 위와 같이 입법화된 것이다.

대법원은 이른바 ‘전교조 사건’인 위 판례에서 “전자정보에 대한 압수수색영장을 집행할 때에는 원칙적으로 영장 발부의 사유인 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 하고, 집행현장 사정상 위와 같은 방식에 의한 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 부득이한 사정이 존재하더라도 저장매체 자체를 직접 혹은 하드카피나 이미징 등 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 해당 파일을 압수수색할 수 있도록 영장에 기재되어 있고 실제 그와 같은 사정이 발생한 때에 한하여 위 방법이 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다.”라고 판시하였다.¹⁷⁾

위 사건에서는 수사기관이 전국교직원노동조합 본부 사무실에 대한 압수·수색영장을 집행하면서 방대한 전자정보가 담긴 저장매체 자체를 영장 기재 집행장소에서 수사기관 사무실로 가져가 그 저장매체 내 파일 8,000여개를 다른 저장매체인 DVD 및 CD에 복사한 것이 관련성 있는 증거에 대한 적법한 압수수색이라고 볼 수 있는지가 문제되었다.¹⁸⁾ 대법원에서 위 사건에서 “이처럼 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮긴 후 영장에 기재된 범죄 혐의 관련 전자정보를 탐색하여 해당 전자정보를 문서로 출력하거나 파일을 복사하는 과정 역시 전체적으로 압수·수색영장 집행의 일환에 포함된다고 보아야 한다.”라고 판시한다. 이를 전제로 대법원은 출력 또는 복사대상의 혐의사실과의 관련성과 피압수자의 참여권 등 절차적 권리의 보장을 적법성 판단의 중요한 요소를 보았다.¹⁹⁾

16) 대관 2009. 3. 12. 선고 2008도763.

17) 대법원 2011. 5. 26. 자 2009도1190 결정.

18) 대법원은 이 사건에서 수사기관이 저장매체 자체를 수사기관 사무실로 옮긴 것은 영장이 예외적으로 허용한 부득이한 사유의 발생에 따른 것으로 볼 수 있고, 나아가 당사자 측의 참여권 보장 등 압수·수색 대상 물건의 훼손이나 임의적 열람 등을 막기 위해 법령상 요구되는 상당한 조치가 이루어진 것으로 볼 수 있으므로 이 점에서 절차상 위법이 있다고는 할 수 없으나, 다만 영장의 명시적 근거 없이 수사기관이 임의로 정한 시점 이후의 접근 파일 일체를 복사하는 방식으로 8,000여 개나 되는 파일을 복사한 영장집행은 원칙적으로 압수·수색영장이 허용한 범위를 벗어난 것으로서 위법하다고 볼 여지가 있는데, 위 압수·수색 전 과정에 비추어 볼 때, 수사기관이 영장에 기재된 혐의사실 일시로부터 소급하여 일정 시점 이후의 파일들만 복사한 것은 나름대로 대상을 제한하려고 노력한 것으로 보이고, 당사자 측도 그 적합성에 대하여 묵시적으로 동의한 것으로 보는 것이 타당하므로, 위 영장 집행이 위법하다고 볼 수는 없다는 이유로, 같은 취지에서 준항고를 기각한 원심의 조치를 수긍하였다.(대법원 2011. 5. 26. 자 2009도1190 결정).

즉 대법원은 위와 같이 예외적으로 전자정보가 담긴 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 열람 혹은 복사하게 되는 경우 “문서출력 또는 파일복사 대상 역시 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 하는 것은 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의 원칙상 당연하고, 그러므로 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄 혐의 관련성에 대한 구분 없이 저장된 전자정보 중 임의로 문서출력 혹은 파일 복사를 하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 영장주의 등 원칙에 반하는 위법한 집행”이라고 판시하는 한편 “전체 과정을 통하여 피압수·수색 당사자나 변호인의 계속적인 참여권 보장, 피압수·수색 당사자가 배제된 상태의 저장매체에 대한 열람·복사 금지, 복사대상 전자정보 목록의 작성·교부 등 압수·수색 대상인 저장매체 내 전자정보의 왜곡이나 훼손과 오·남용 및 임의적인 복제나 복사 등을 막기 위한 적절한 조치가 이루어져야만 집행절차가 적법하게 된다.”라고 판시하였다.²⁰⁾

대법원은 이러한 태도를 전제로 수사기관의 전자정보에 대한 압수·수색에 대하여 그 집행에 이르기까지 엄격한 사법통제를 견지하고 있다. 대법원은 이른바 ‘제약회사 사건’에서 전원합의체의 다수의견은 전자정보에 대한 압수·수색 과정에서 이루어진 현장에서의 저장매체 압수·이미징·탐색·복제 및 출력행위 등 일련의 행위가 모두 진행되어 압수·수색이 종료된 경우 특별한 사정이 없는 한 구분된 개별 처분의 위법이나 취소 여부를 판단할 것이 아니라 당해 압수·수색 과정 전체를 하나의 절차로 파악하여 그 과정에서 나타난 위법이 압수·수색 절차 전체를 위법하게 할 정도로 중대한지 여부에 따라 전체적으로 압수·수색 처분을 취소할 것인지를 가려야 한다고 보았다. 아울러 “여기서 위법의 중대성은 위반한 절차조항의 취지, 전체과정 중에서 위반행위가 발생한 과정의 중요도, 위반사항에 의한 법익침해 가능성의 경중 등을 종합하여 판단하여야 한다”고 판시하였다. 이에 대하여 반대의견으로 처분의 적법성은 압수의 대상이 된 전자정보별로 가분적으로 달리 평가될 수 있어 압수·수색의 적법성은 ‘대상별’로 전체적으로 판단되어야 한다는 의견, 압수처분 이후에 이루어진 다른 압수처분에 어떠한 잘못이 있다고 해서 적법하게 수집된 증거의 효력까지 소급하여 부정할 것은 아니라고 본 의견이 있었다.²¹⁾

이 사건은 검사가 압수·수색영장을 발부받아 범죄혐의와의 유관정보와 무관정보가 혼재된 저장매체를 피압수자의 동의를 받아 수사기관 사무실로 반출한 다음 그의 참여하에 전자정보 파일 전부를 ‘이미징’의 방법으로 다른 저장매체로 복제(‘제1 처분’)한 후 피압수자 측의 참여 없이 이미징한 복제본을 외장 하드디스크에 재복제(‘제2 처분’)하여 유관정보를 탐색하는 과정에서 피압수자의 별건 범죄혐의와 관련된 전자정보 등 무관정보도 함께 출력(‘제3 처분’)한 사안이었다. 대법원(다수의견)은 “제1 처분은 위법하다고 볼 수 없으나, 제2·3 처분은 제1 처분 후 피압수·수색 당사자에게 계속적인 참여권을 보장하는 등의 조치가 이루어지지 아니한 채 유관정보는 물론 무관정보까지 재복제·출력한 것으로서 영장이 허용한 범위를 벗어나고 적법절차를 위반한 위법한 처분이며, 제2·3 처분에 해당하는 전자정보의 복제·출력 과정은 증거물을 획득하는 행위로서 압수·수색의 목적에 해당하는 중요한 과정인 점 등 위법의 중대성에 비추어 위 영장에 기한 압수·수색이 전체적으로 취소되어야 한다”고 판시하였다.²²⁾

19) 대법원 2011. 5. 26. 자 2009모1190 결정.

20) 대법원 2011. 5. 26. 자 2009모1190 결정.

21) 대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정.

또한 대법원은 이 판례에서 “전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다.”는 지침을 제시하고, 이러한 경우에도 별도의 압수·수색 절차의 피압수·수색 당사자는 최초의 압수·수색 이전부터 해당 전자정보를 관리하고 있던 자라고 해석하였다.²³⁾

이 사안에서는 위법한 제2·3 처분으로 획득한 별건 범죄혐의에 관련된 전자정보에 대해 피압수 당사자 측의 참여권 등을 보장하지 않은 채 다른 검사가 위 별건 정보를 소명자료로 제출하면서 압수·수색영장(이하 ‘제2 영장’이라 한다)을 발부받았으나, 제2 영장 청구 당시 압수할 물건으로 삼은 정보는 그 자체가 위법한 압수물이어서 별건 정보에 대한 영장청구 요건을 충족하지 못하였고, 나아가 제2 영장에 기한 압수·수색 당시에도 피압수 당사자 측에 압수·수색 과정에 참여할 기회를 보장하지 않았으므로, 제2 영장에 기한 압수·수색이 전체적으로 위법하다고 판시하였다.²⁴⁾

바. 임의제출

법 제218조는 “사법경찰관은 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장없이 압수할 수 있다”고 규정하고 있다. 이와 관련하여 대법원은 “위 규정을 위반하여 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 제출받은 물건을 영장없이 압수한 경우 그 ‘압수물’ 및 ‘압수물을 찍은 사진’은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.”라고 판시하였다.²⁵⁾

대법원은 교도관이 재소자가 맡긴 비망록을 그 재소자의 동의 없이 수사기관에 임의로 제출한 사안에서 “형사소송법 및 기타 법령상 교도관이 그 직무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로서 재소자가 작성한 비망록을 수사기관이 수사 목적으로 압수하는 절차에 관하여 특별한 절차적 제한을 두고 있지 않으므로, 그 비망록의 증거사용에 대하여도 재소자의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익이 침해되는 등의 특별한 사정이 없는 한 반드시 그 재소자의 동의를 받아야 하는 것은 아니다.”라고 판단하였다. 따라서 판례는 검사가 교도관으로부터 그가 보관하고 있던 피고인의 비망록을 뇌물수수 등의 증거자료로 임의로 제출받아 이를 압수한 경우, 그 압수절차가 피고인의 승낙 및 영장 없이 행하여졌다고 하더라도 위법하지는 않다고 보았다.²⁶⁾

22) 대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정.

23) 대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정

24) 대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정

25) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결

26) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008도1097 판결

3. 목격자의 진술의 신빙성을 위한 범인식별 절차

목격자 조사과정에서의 범인식별 절차는 목격자 등의 진술증거의 증명력과 관련된 문제이다. 대법원은 수차례 판례를 통하여 범인식별에 관한 목격자의 진술의 신빙성을 확보하기 위한 절차적 조건에 관하여 일종의 가이드라인을 제시하여왔다. 판례는 범인식별 절차에 있어 “범인의 인상착의 등에 관한 목격자의 진술 내지 묘사를 사전에 상세히 기록화한 다음, 용의자를 포함하여 그와 인상착의가 비슷한 여러 사람을 동시에 목격자와 대면시켜 범인을 지목하도록 하여야 하고, 용의자와 목격자 및 비교 대상자들이 상호 사전에 접촉하지 못하도록 하여야 하며, 사후에 증거가치를 평가할 수 있도록 대질 과정과 결과를 문자와 사진 등으로 서면화하는 등의 조치를 취하여야 할 것이고, 사진제시에 의한 범인식별 절차에 있어서도 기본적으로 이러한 원칙에 따라야 한다.”고 판시하고 있다.²⁷⁾

Ⅲ. 증거

1. 위법수집증거배제법칙

가. 위법수집증거배제법칙의 수용

2007. 6. 1. 일부 개정되어 2008. 1. 1. 시행된 개정 형사소송법은 제308조의2를 신설하여 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다는 위법수집증거배제법칙을 증거법에 명시하였다. 종래 판례는 ‘진술증거’에 대하여 적법절차를 위배하여 위법하게 수집된 경우에 그 증거능력을 부인하였으나, ‘물적 증거’에 대해서는 불법하게 압수된 증거물이라 하더라도 물건 자체의 성질·형상에는 변경이 없어 증거가치에 변함이 없다는 이른바 ‘성질·형상불변론’에 입각하여 증거로 쓸 수 있다는 입장이었다. 그러나 대법원은 위 개정법 시행을 앞두고 2007. 11. 15. 2007도3061 전원합의체 판결에서 물적 증거에 대한 종래 판례의 입장을 변경하였다. 이후 판례는 다양한 사례에서 위법수집증거배제법칙을 엄격하고도 명백히 선언함과 동시에 위법하게 수집된 증거의 파생증거(이른바 ‘독수독과의 원칙’), 구체적인 사안에서 인정될 수 있는 배제법칙의 예외의 판단기준 등에 관하여 판례를 발전시켜가고 있다.

위 전원합의체 판결에서 다수의견은 “헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.”라고 원칙을 선언하였다. 다만 “법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사

27) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1950 판결; 대법원 2008. 1. 17. 선고 2007도5201 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도2520 판결.

이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다”라고 판시하였다.²⁸⁾

나. 위법수집증거배제법칙의 주장적격

대법원은 법 제308조의2의 위법수집증거는 수사기관이 당해 사건의 피고인을 상대로 수집한 증거 뿐 아니라 피고인이 아닌 자를 상대로 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거 역시 원칙적으로 피고인에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 판시하였다.²⁹⁾ 이 판례는 유흥주점 업주와 종업원인 피고인들이 영업장을 벗어나 시간적 소요의 대가로 금품을 받는 이른바 ‘티켓영업’ 형태로 성매매를 하면서 금품을 수수하였다고 하여 구 식품위생법 위반으로 기소된 사안에 대한 판결이었다. 대법원은 이 사안에서, 경찰이 피고인 아닌 갑, 을을 사실상 강제연행하여 불법체포한 상태에서 갑, 을 간의 성매매행위나 피고인들의 유흥업소 영업행위를 처벌하기 위하여 갑, 을의 자술서를 받고 갑, 을에 대한 진술조서를 작성한 경우, 위 각 자술서와 진술조서는 헌법과 형사소송법이 규정한 체포·구속에 관한 영장주의 원칙에 위배하여 수집된 것으로서 법 제308조의2에 따라 증거능력이 부정된다는 이유로, 이를 피고인들에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 판시하였다.³⁰⁾

다. 거증책임

대법원은 “헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라고 할지라도 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.”라고 판시하면서 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검사가 증명하여야 한다고 판단하였다.³¹⁾

라. 위법성의 치유 거부

위 II장 제2항의 바. ‘임의제출’에서 본 바와 같이 대법원은 법 제218조의 규정을 위반하여 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 제출받은 물건을 영장없이 압수한 경우 그 ‘압수

28) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

29) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도6717 판결.

30) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도6717 판결.

31) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결.

물’ 및 ‘압수물을 찍은 사진’은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다고 하면서 “헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.”라고 판시하여 위법수집증거는 사후에 피고인 또는 그 변호인의 증거동시에 의해서도 위법성이 치유될 수 없음을 명백히 하였다.³²⁾

또한 대법원은 범행 중 또는 범행직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있고, 이 경우에는 사후에 지체 없이 영장을 받도록 규정한 법 제216조 제3항과 관련하여 동항의 요건 중 어느 하나라도 갖추지 못한 경우 그러한 압수 수색 또는 검증은 위법하고, 이에 대하여 사후에 법원으로부터 영장을 발부 받았다고 하여 그 위법성이 치유되는 것은 아니라고 판시하였다.³³⁾

마. 위법수집증거의 2차적 증거(파생증거)

위 2007도3061 전원합의체 판결 시 대법원은 위법수집증거배제법칙은 단지 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 당해 증거 뿐 아니라 이를 기초로 하여 획득한 파생증거인 2차적 증거에도 적용되어 그 2차적 증거 역시 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없음을 명백히 하였다. 위 판례에서 판시한 바와 같이 수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책으로 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 한 것이다.³⁴⁾

대법원은 위 판례에서 위법수집증거배제원칙의 예외이론 역시 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지로 취지에서 인정될 수 있다고 판단하였다. 대법원은 이에 관하여 “절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.”라고 판시하였다.³⁵⁾ 이후 판례는 구체적인 사안에서 위법수집증거의 2차적 증거의 증거능력을 어떻게 예외적으로 인정할지에 관하여 판시하기 시작하였다.

대법원은 위 2차적 증거의 증거능력에 관한 예외이론을 좀 더 구체화하여 “법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 먼저 절차에 따르지 아니한 1차적 증거 수집과 관련된 모든 사정들, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 살피는 것은 물론, 나아가 1차적 증거를 기초로 하여 다시 2차적 증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 구체적인 사안에 따라 주로 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 전체적·종합적으로 고려하여야 한다.”라고 판시한다.³⁶⁾

구체적인 사례를 보면, 수사기관이 사전에 영장을 제시하지 아니한 채 구속영장을 집행한

32) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결; 그 밖에도 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결 등 다수의 판례에서 같은 취지로 판시하고 있다.

33) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2009도14884 판결.

34) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

35) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

36) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결 등.

경우 그 구속 중 수집한 2차적 증거들인 구속 피고인의 진술증거가 유죄 인정의 증거로 사용될 수 있는지 문제된 사안에서 그 중 피고인의 제1심 법정진술은, 피고인이 구속집행절차의 위법성을 주장하면서 청구한 구속적부심사의 심문 당시 구속영장을 제시받은 바 있어 그 이후에는 영장 범죄사실에 대하여 숙지하고 있었던 것으로 보이고, 구속 이후 구속적부심사와 보석의 청구를 통하여 구속집행절차의 위법성만을 다투었을 뿐, 그 진술의 임의성이나 신빙성에 대하여는 전혀 다투지 않았을 뿐만 아니라, 변호인과의 충분한 상의를 거친 후 공소사실 전부에 대하여 자백한 것이라면, 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 판시하였다.³⁷⁾

수사기관이 법관의 영장에 의하지 아니하고 매출전표의 거래명목자에 관한 정보를 획득한 경우, 이에 더 잡아 수집한 피의자의 자백이나 범죄 피해에 대한 제3자의 진술 등 2차적 증거들이 유죄 인정의 증거로 사용될 수 있는지 문제된 사안에서, “수사기관이 의도적으로 영장주의의 정신을 회피하는 방법으로 증거를 확보한 것이 아니라고 볼 만한 사정, 위와 같은 정보에 기초하여 범인으로 특정되어 체포되었던 피의자가 석방된 후 상당한 시간이 경과하였음에도 다시 동일한 내용의 자백을 하였다거나 그 범행의 피해품을 수사기관에 임의로 제출하였다는 사정, 2차적 증거 수집이 체포 상태에서 이루어진 자백 등으로부터 독립된 제3자의 진술에 의하여 이루어진 사정 등은 통상 2차적 증거의 증거능력을 인정할 만한 정황에 속한다”라고 판시하였다.³⁸⁾

마약 투약 혐의를 받고 있던 피고인을 영장 없이 임의동행 형식으로 강제로 연행한 상태에서 마약 투약 여부의 확인을 위한 1차 채뇨절차가 이루어진 후 피고인의 소변 등 채취에 관한 압수영장에 기하여 2차 채뇨절차가 이루어지고 그 결과를 분석한 소변 감정서 등이 증거로 제출된 사안에서, 대법원은 위법한 체포상태에서 이루어진 채뇨 요구에 의하여 수집된 ‘소변검사 시인서’는 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없으나, “연행 당시 피고인이 마약을 투약한 것이거나 자살할지도 모른다는 취지의 구체적 제보가 있었던 데다가, 피고인이 경찰관 앞에서 바지와 팬티를 내리는 등 비상식적인 행동을 하였던 사정 등에 비추어 피고인에 대한 긴급한 구호의 필요성이 전혀 없었다고 볼 수 없는 점, 경찰관들은 임의동행시점으로부터 얼마 지나지 아니하여 체포의 이유와 변호인 선임권 등을 고지하면서 피고인에 대한 긴급체포의 절차를 밟는 등 절차의 잘못을 시정하려고 한 바 있어, 경찰관들의 위와 같은 임의동행조치는 단지 수사의 순서를 잘못 선택한 것이라고 할 수 있지만 관련 법규정으로부터의 실질적 일탈 정도가 헌법에 규정된 영장주의 원칙을 현저히 침해할 정도에 이르렀다고 보기 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 2차적 증거 수집이 위법한 체포·구금절차에 의하여 형성된 상태를 직접 이용하여 행하여진 것으로는 쉽사리 평가할 수 없으므로, 이와 같은 사정은 체포과정에서의 절차적 위법과 2차적 증거 수집 사이의 인과관계를 희석하게 할 만한 정황에 속하고, 메스암페타민 투약 범행의 중대성도 아울러 참작될 필요가 있는 점 등 제반 사정을 고려할 때 2차적 증거인 소변 감정서 등은 증거능력이 인정된다”라고 판시하였다.³⁹⁾

그러나 대법원은 경찰이 피고인의 집에서 20m 떨어진 곳에서 피고인을 체포한 후 피고인의

37) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도526 판결.

38) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012도13607 판결.

39) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012도13611 판결.

집안을 수색하여 칼과 합의서를 압수하고, 적법한 시간 내에 압수수색영장을 청구하여 발부받지도 않은 사안에서, 위 칼과 합의서는 위법하게 압수된 것으로서 증거능력이 없고, 이를 기초로 한 2차 증거인 ‘임의체출동의서’, ‘압수조서 및 목록’, ‘압수품 사진’ 역시 증거능력이 없다고 판시하였다.⁴⁰⁾ 또한 대법원은 피고인이 경찰에 의해 위법하게 긴급체포된 다음 9일 후 검찰에 송치되어 이뤄진 검사의 피의자신문에 의해 작성된 피의자신문조서, 위법한 긴급체포에 수반하여 이루어진 압수절차에 의하여 압수한 물건 역시 유죄의 증거로 사용될 수 없다고 판단하였다.⁴¹⁾ 더 나아가 대법원은 “위법한 강제연행 상태에서 호흡측정 방법에 의한 음주측정을 한 다음 강제연행 상태에서부터 시간적·장소적으로 단절되었다고 볼 수도 없고 피의자의 심적 상태 또한 강제연행 상태에서부터 완전히 벗어났다고 볼 수 없는 상황에서 피의자가 호흡측정 결과에 대한 탄핵을 하기 위하여 스스로 혈액채취 방법에 의한 측정을 할 것을 요구하여 혈액채취가 이루어졌다고 하더라도 그 사이에 위법한 체포 상태에 의한 영향이 완전하게 배제되고 피의자의 의사결정의 자유가 확실하게 보장되었다고 볼 만한 다른 사정이 개입되지 않은 이상 불법체포와 증거수집 사이의 인과관계가 단절된 것으로 볼 수는 없다.”라고 판시하면서 피의자의 요구에 따른 위 혈액채취에 의한 측정 결과 역시 증거능력이 없다고 판단하였다.⁴²⁾

바. 공소제기 후 수소법원 이외의 판사로부터 발부받은 영장에 의한 증거

검사가 압수수색 영장을 청구할 수 있는 시기가 공소제기 전으로만 한정되는지는 법 제215조 등 관련 조문 상 명시된 규정이 없어 논란이 있다. 이에 대하여 대법원은 “헌법상 보장된 적법절차의 원칙과 재판받을 권리, 공판중심주의·당사자주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조, 관련 법규의 체계, 문언 형식, 내용 등을 종합하여 보면, 일단 공소가 제기된 후에는 피고사건에 관하여 검사로서는 법 제215조에 의하여 압수·수색을 할 수 없다고 보아야” 한다고 판시하고 있다. 이를 전제로 대법원은 “그럼에도 검사가 공소제기 후 법 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 하였다면, 그와 같이 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다.”라고 판시하였다.⁴³⁾

사. 사인이 위법하게 수집한 증거

위법수집증거배제법칙은 수사기관이 적법절차를 위반하여 수집한 증거에 대하여 그 증거능력을 배제하는 원칙이다. 그렇다면 사인이 위법하게 수집한 증거가 유죄의 증거로 제출된 경우 이를 허용할 수 있는지는 별개의 문제가 된다. 이에 대하여 대법원은 “국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없으므로, 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다.”라고 판시하고 있다.⁴⁴⁾

40) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2009도14376 판결.
 41) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결.
 42) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도2094 판결.
 43) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결.
 44) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결 등.

대법원은 피고인 갑, 을의 간통 범행을 고소한 갑의 남편 병이 갑의 주거에 침입하여 수집한 후 수사기관에 제출한 혈흔이 묻은 휴지들 및 침대시트를 목적물로 하여 이루어진 감정의 회회보에 대하여, 병이 갑의 주거에 침입한 시점은 갑이 그 주거에서의 실제상 거주를 종료한 이후인 점, 위 회보는 형사소추를 위하여 반드시 필요한 증거인 점 등을 고려하여 증거 제출을 허용하였을 때 실현될 공익과 이로 말미암아 일정 정도 침해될 갑의 주거의 자유나 사생활의 비밀이라는 기본권을 비교형량하여 위 회보의 증거능력을 인정한 바 있다.⁴⁵⁾

또한 대법원은 소송사기 사건에서 증거채택 여부가 문제된 피고인 경영의 회사 업무일지에 대하여 “설령 그것이 제3자에 의하여 절취된 것으로서 위 소송사기 등의 피해자 측이 이를 수사기관에 증거자료로 제출하기 위하여 대가를 지급하였다 하더라도, 공익의 실현을 위하여는 이를 범죄의 증거로 제출하는 것이 허용되어야 하고, 이로 말미암아 피고인의 사생활 영역을 침해하는 결과가 초래된다 하더라도 이는 피고인이 수인하여야 할 기본권의 제한에 해당된다.”라고 판시하였다.⁴⁶⁾

이와 달리 수사기관이 공소외인으로부터 피고인의 범행에 대한 진술을 들은 다음 추가적인 증거를 확보할 목적으로 구속수감되어 있던 공소외인에게 그의 압수된 휴대전화를 제공하여 그로 하여금 피고인과 통화하고 피고인의 범행에 관한 통화 내용을 녹음하게 한 경우 대법원은 “이와 같이 수사기관이 구속수감된 자로 하여금 피고인의 범행에 관한 통화 내용을 녹음하게 한 행위는 수사기관 스스로가 주체가 되어 구속수감된 자의 동의만을 받고 상대방인 피고인의 동의가 없는 상태에서 그들의 통화 내용을 녹음한 것으로서 범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가 등을 받지 아니한 불법감청에 해당한다”고 보고, 그 전화통화의 내용은 통신비밀보호법 제3조 제1항에 위반한 불법감청으로서 같은 법 제4조에 의하여 증거능력이 없다고 판시하였다.⁴⁷⁾

2. 전문법칙의 예외

가. 검사 또는 사법경찰관 작성의 조서 등(법 제312조)

(1) 검사 작성의 피의자신문조서

㉞ 진정성립의 인정

2007년 개정 전 형사소송법(2008. 1. 1. 시행 전)은 검사 작성의 피의자신문조서는 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되는 때에는 그 증거능력이 있다고 규정하여 그 진정성립의 의미에 관하여 조서의 서명·날인 등의 진정을 의미하는 ‘형식적 진정성립’과 그 조서의 내용이 원진술자가 진술한 대로 기재되어 있다는 ‘실질적 진정성립’ 간에 논란이 있었다. 대법원은 2004. 12. 16. 2002도537 전원합의체 판결에서 형식적 진정성립이 인정되면 특별한

45) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결 등.

46) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1584 판결.

47) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도9016 판결.

사정이 없는 한 실질적 진정성립이 추정된다고 한 종래 판례를 변경하여 실질적 진정성립도 원진술자의 진술에 의하여서만 인정될 수 있다고 판시하였다.⁴⁸⁾ 이후 이러한 판례의 태도는 2007년 개정 법 제312조 제1항에 반영되었다. 다만 같은 조 제2항에 피고인이 진정성립을 부인하는 경우 그 실질적 진정성립이 ‘영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법’에 의하여 증명되고, 제1항과 동일하게 특신상태가 증명된 때에 한하여 증거로 쓸 수 있도록 규정하고 있다.

결국 영상녹화가 되지 않은 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서의 증거능력은 원진술자인 피고인의 진술에 의하여 좌우될 가능성이 높게 되어 법정에서 피고인의 증거에 관한 진술이 중요하게 되었고, 그 진술의 해석에 관한 몇 가지 판례들이 주목을 받았다.

피고인이 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서의 성립의 진정과 임의성을 인정하였다가 번복한 경우 대법원은 “그 조서의 증거능력이 언제나 없다고 할 수는 없고, 법원이 그 조서의 기재 내용, 형식 등과 피고인의 법정에서의 범행에 관련한 진술 등 제반 사정에 비추어 성립의 진정과 임의성을 인정한 최초의 진술이 신빙성이 있다고 보아, 그 성립의 진정을 인정하고 그 임의성에 관하여 심증을 얻은 때에는 그 피의자신문조서는 증거능력이 인정된다”라고 판시하였다.⁴⁹⁾

한편 대법원은 피고인이나 그 변호인이 검사 작성의 피의자신문조서의 진정성립을 인정한 후에도 그 조서에 대한 증거조사가 완료되기 전에 최초의 진술을 번복하여 그 조서를 유죄의 증거자료로 사용할 수 없도록 할 수 있고, 위 증거조사가 완료된 뒤에도 적법절차 보장의 정신에 비추어 성립의 진정함을 인정한 최초의 진술에 그 효력을 그대로 유지하기 어려운 중대한 하자가 있고 그에 관하여 진술인에게 귀책사유가 없는 경우에 한하여 예외적으로 그 최초 진술을 취소할 수 있고, 그 취소 주장이 이유 있는 경우 법원은 증거배제결정을 통하여 그 조서를 유죄 인정의 자료에서 제외하여야 한다고 판시하였다.⁵⁰⁾

원진술자가 피의자신문조서 중 일부에 관하여만 진정성립을 인정하는 경우에는 법원은 당해 조서 중 어느 부분이 원진술자가 진술한 대로 기재되어 있고 어느 부분이 달리 기재되어 있는지 여부를 구체적으로 심리한 다음 진술한 대로 기재되어 있다고 하는 부분에 한하여 증거능력을 인정하여야 한다고 판시하였다.⁵¹⁾

(나) 조서 작성의 적법성

2007년 개정 형사소송법(2008. 1. 1. 시행) 제312조는 검사 또는 사법경찰관이 작성한 조서에 대하여 진정성립 또는 내용의 인정 이전에 ‘적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것’임을 요구하고 있다. 여기서 ‘적법한 절차와 방식’의 의미와 위법수집증거법칙에서 요구하는 ‘적법한 절차’의 의미 간의 차이와 관계에 관하여 논란이 있어왔다.

대법원은 “비록 사법경찰관이 피의자에게 진술거부권을 행사할 수 있음을 알려 주고 그 행사 여부를 질문하였다 하더라도, 법 제244조의3 제2항에 규정한 방식에 위반하여 진술거부권

48) 대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 전원합의체 판결.

49) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2005도8317 판결.

50) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007도7760 판결.

51) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007도7671 판결; 이러한 법리는 참고인에 대한 진술조서의 경우에도 마찬가지이다 (대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도11400 판결 참조).

행사 여부에 대한 피의자의 답변이 자필로 기재되어 있지 아니하거나 그 답변 부분에 피의자의 기명날인 또는 서명이 되어 있지 아니한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 특별한 사정이 없는 한 법 제312조 제3항에서 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 작성된 조서라 할 수 없으므로 그 증거능력을 인정할 수 없다”라고 판시하였다. 한편 피의자가 변호인의 참여를 원한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서는 법 제312조에 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 위반된 증거일 뿐만 아니라, 법 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’에 해당하므로 이를 증거로 할 수 없다고 판시하였다.⁵²⁾

(2) 사법경찰관 작성의 피의자신문조서

(가) 내용의 인정

대법원은 법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서 뿐만 아니라, 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다고 해석하고 있다. 따라서 당해 피고인과 공범관계에 있는 공동피고인에 대해 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 공동피고인의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다. 더 나아가 대법원은 그 공동피고인이 법정에서 경찰수사 도중 피의자신문조서에 기재된 것과 같은 내용으로 진술하였다는 취지로 한 증언도 위 조서와 분리하여 독자적인 증거가치를 인정할 것은 아니라는 이유로 유죄 인정의 증거로 쓸 수 없다고 판시하였다.⁵³⁾

(나) 제314조의 적용 여부

위와 같이 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서에 대한 법 제312조 제3항 적용원칙은 제314조 적용 여부에도 영향을 미친다. 즉 대법원은 위와 같은 적용의 당연한 결과로 그 피의자신문조서에 대하여는 원진술자가 사망 등 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에 예외적으로 증거능력을 인정하는 법 제314조도 적용되지 않는다고 일관되게 판시하고 있다.⁵⁴⁾

(3) 수사기관에 의한 영상녹화물의 증거능력

수사기관이 피의자 또는 참고인을 조사하면서 조서를 서면으로 작성하지 않고 영상녹화를 하였을 때 그 녹화물을 독립된 증거로 사용할 수 있는지에 관하여는 견해 대립이 있다. 대법원은 법원 실무의 입장에 따라 현행 형사소송법이 수사기관에 의한 참고인 진술의 영상녹화를 새로 정하면서 그 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 참고인의

52) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

53) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도1889 판결.

54) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도10787 판결; 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009도6602 판결 등.

기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있는 것으로 해석하고, 이를 전제로 영상물에 수록된 성범죄 피해자의 진술에 대하여 독립적인 증거능력을 인정하고 있는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항 또는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제26조 제6항의 규정과 대비하여 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은, 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수는 없다고 판시하고 있다.⁵⁵⁾

법원은 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서의 제출 없이 피고인의 검찰에서의 진술을 녹화한 영상녹화물만이 유죄의 증거로 제출된 경우에도, 피의자의 진술은 조서에 기재하여야 하는 등 피의자신문조서의 작성절차와 방식을 규정한 법 제244조를 근거로 하여 부적법한 증거로서 증거능력이 없다고 보고 있다.⁵⁶⁾ 그러나 오히려 수사기관의 피의자 또는 참고인 조사를 더욱 객관적으로 투명하게 하기 위하여 도입된 영상녹화조사의 취지와 조사과정에서 녹화된 진술내용을 그대로 현출하여 피의자의 인권보장에 기여할 수 있고, 사인의 영상녹화물과 달리 사후 변조가 어려워 무결성이 확보되어 있는 장점 등을 고려하면 수사기관이 조서 없이 녹화한 영상녹화물의 증거능력을 무조건 차단하는 것에 대해서는 계속 논란의 여지가 있다.

한편 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3에 따라 촬영한 영상물에 수록된 성폭력 범죄 피해자의 진술은 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계 있는 자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 대법원은 이때 “위와 같이 촬영한 영상에 피해자가 피해상황을 진술하면서 보충적으로 작성한 메모도 함께 촬영되어 있는 경우, 이는 영상물에 수록된 피해자 진술의 일부와 다름없으므로,” 역시 같은 식으로 증거능력이 부여될 수 있다고 판시하였다.⁵⁷⁾

나. 진술서 등(법 제313조)

대법원은 해외 주재 영사가 작성한 사실확인서 중 공인 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여 비록 영사가 공무를 수행하는 과정에서 작성된 것이지만 그 목적이 공적인 증명에 있다기 보다는 상급자 등에 대한 보고에 있는 것으로서 엄격한 증빙서류를 바탕으로 하여 작성된 것이라고 할 수 없으므로, 법 제315조 제1호에서 규정한 호적의 등본 또는 초본, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서나 같은 조 제3호에서 규정한 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서에 해당하는 당연히 증거능력이 있는 서류라고 할 수 없다고 판시하였다.⁵⁸⁾ 그 결과 위 서면은 법 제313조 또는 그 원진술자의 진술이 없는 경우 같은 법 제314조의 요건을 반드시 갖추어야 한다고 보았다.

법 제313조와 관련된 대법원 판례 중에는 피해자가 남동생에게 도움을 요청하면서 피고인이 협박한 말을 포함하여 공갈 등 피고인으로부터 피해를 입은 내용을 문자메시지로 보내어 그 남동생이 이를 촬영한 사진에 대하여 진술서에 관한 법 제313조에 따라 이 사건 문자메시지의 작성자인 피해자가 법정에서 자신이 작성하여 보낸 문자메시지와 같음을 확인하고, 그

55) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결.

56) 서울남부지방법원 2007. 6. 20. 선고 2006고단3255 판결.

57) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11575 판결.

58) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결.

동생도 법정에서 피해자가 보낸 문자메시지를 촬영한 사진이 맞다고 확인한 이상, 그 성립의 진정함이 증명되었다고 볼 수 있으므로 증거능력이 있다고 판시한 사례가 있다.⁵⁹⁾

다. 원진술자의 진술불능(법 제314조)

2007년 개정 형사소송법(2008. 1. 1. 시행) 제314조는 제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여’ 진술할 수 없는 때에는 그 특신상태가 증명된 때에 한하여 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다고 규정하고 있다. 대법원은 이와 관련하여, 2009도6788 전원합의체 판결에서 다수의견이 구 형사소송법 제314조가 사망, 질병, 외국거주 ‘기타 사유로 인하여’ 진술할 수 없는 때라고 규정한 것에 비하여 현행 형사소송법은 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하고 있다고 보았다. 이에 따라 다수의견은 법정에 출석한 증인이 법 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다고 판단하였다.⁶⁰⁾

이와 같은 취지에서 대법원은 피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우도 법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다고 판시하였다.⁶¹⁾

또한 대법원은 이때 전문증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건에 관한 증명책임은 검사에게 있으므로, 법원이 원진술자가 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다고 인정할 수 있으려면, 원진술자의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 그 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 증명한 경우여야 한다고 판시하였다.⁶²⁾

대법원은 법 제314조의 ‘외국거주’ 요건에 대한 해석도 엄격히 하고 있다. 대법원은 위 요건이 충족되기 위해서는 진술을 요할 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 진술을 요하는 자를 법정에 출석하게 할 수 없는 사정이 있는 때에 해당하여야 한다고 판시하고 있다. 수사 과정에서 그 진술자의 외국거주 여부와 장래 출국 가능성을 확인하고 해외체류 등으로 향후 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우가 발생할 개연성이 있다면 그 진술자의 외국 연락처를, 일시 귀국 시 그 시기, 체류 장소와 연락 방법 등을 사전에 미리 확인하고 그 진술자에게 공판정 진술 전에 출국을 미루거나, 출국한 후라도 공판 진행 상황에 따라 일시 귀국하여 공판정에 출석하여 진술하게끔 하는 방안을 확보하여 그 진술자로 하여금 공판정에 출석하여 진술할 기회를 충분히 제공하여야 하며, 그 밖에 그를 공판정에 출석시켜 진술하게 할 모든 수단을 강구하여야 한다.⁶³⁾ 진술을 요하는 자가 외국에 거주하고 있어 공판정 출석을 거부하는 경우에도 증언 자체를 거부하는 의사가 분명한 경우가

59) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010도8735 판결.

60) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결.

61) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결.

62) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2013도1435 판결.

63) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10004 판결.

아닌 한 거주하는 외국의 주소나 연락처 등이 파악되고, 해당 국가와의 국제형사사법공조조약에 따른 사법공조 절차에 의하여 증인을 소환할 수 있는지를 검토해 보아야 하고, 소환을 할 수 없는 경우라도 외국의 법원에 사법공조로 증인신문을 실시하도록 요청하는 등의 절차를 거쳐야 하고, 이러한 절차를 전혀 시도해 보지도 아니한 것은 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 진술을 요하는 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있는 때에 해당한다고 보기 어렵다. 64)

라. 특히 신빙할 수 있는 상태

대법원은 법 제314조의 ‘특신상태’에 대하여 원진술자의 소재불명 등의 경우에 그에 대한 진술조서나 그의 진술서에 대하여 증거능력을 인정하는 것은, 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외에 다시 중대한 예외를 인정하여 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 한 것이므로, 그 경우 그의 진술 또는 작성이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음에 대한 증명’은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다고 판시하고 있다. 아울러 이와 같은 법리는 마찬가지로 원진술자의 소재불명 등을 전제로 하고 있는 법 제316조 제2항의 ‘특신상태’에 관한 해석에도 그대로 적용된다고 보았다. 65)

마. 당연히 증거능력 있는 서류(법 제315조)

상업장부나 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 업무의 기계적 반복성으로 인하여 허위가 개입될 여지가 적고, 문서의 성질에 비추어 고도의 신용성이 인정되어 반대신문의 필요가 없거나 작성자를 소환해도 서면제출 이상의 의미가 없는 ‘업무상 필요로 작성된 통상문서’는 법 제315조 제2호에 의하여 당연히 증거능력이 인정된다. 대법원은 구체적인 사례에서 어떠한 문서가 법 제315조 제2호가 정하는 업무상 통상문서에 해당하는지를 판단함에 있어서는, “법 제315조 제2호 및 제3호의 입법 취지를 참작하여 당해 문서가 정규적·규칙적으로 이루어지는 업무활동으로부터 나온 것인지 여부, 당해 문서를 작성하는 것이 일상적인 업무 관행 또는 직무상 강제되는 것인지 여부, 당해 문서에 기재된 정보가 취득된 즉시 또는 그 직후에 이루어져 정확성이 보장될 수 있는 것인지 여부, 당해 문서의 기록이 비교적 기계적으로 행하여지는 것이어서 기록 과정에 기록자의 주관적 개입의 여지가 거의 없다고 볼 수 있는지 여부, 당해 문서가 공식성이 있는 등으로 사후적으로 내용의 정확성을 확인·검증할 기회가 있어 신용성이 담보되어 있는지 여부” 등을 종합적으로 고려하여야 한다고 판시하였다. 66)

대법원은 성매매업소에 고용된 여성들이 성매매를 업으로 하면서 영업에 참고하기 위하여 성매매 상대방의 아이디와 전화번호 및 성매매방법 등을 메모지에 적어두었다가 직접 메모리카드에 입력하거나 업주가 고용한 다른 여직원이 그 내용을 입력한 사안에서, 위 메모리카드

64) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도17115 판결.
 65) 대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725 판결; 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결; 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결 등.
 66) 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 전원합의체 판결.

의 내용은 법 제315조 제2호의 ‘영업상 필요로 작성한 통상문서’로서 당연히 증거능력 있는 문서에 해당한다고 판시하였다.⁶⁷⁾

또한 대법원은 법 제315조 제1호와 제2호의 문서들을 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’의 예시로 해석하면서 법 제315조 제3호에서 규정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’는 법 제315조 제1호와 제2호에서 열거된 공권적 증명문서 및 업무상 통상문서에 준하여 ‘굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제 되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서’를 의미한다고 판시하였다.⁶⁸⁾

바. 전문진술(법 제316조)

2007년 개정 형사소송법(208. 1. 1. 시행) 제316조 전문진술에는 공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자의 피고인 또는 피고인이 아닌 타인(참고인 등)의 진술을 내용으로 하는 이른바 ‘조사자의 증언’도 명시적으로 포함되었다. 종래 판례는 당해 사건이든 별개의 사건이든 피의자를 조사한 사법경찰관이 조사 당시의 피의자진술을 내용으로 증언하더라도 피고인이 공판정에서 경찰에서의 진술내용을 부인하고 있는 이상 이를 증거로 할 수 없다는 태도를 취하고 있었다.⁶⁹⁾ 그러나 개정 형사소송법 상 조사자 증언제도가 위와 같이 조문으로 명백히 규정되어 판례의 위와 같은 태도는 더 이상 유지되기 어려울 것으로 보이거나 현재 이에 관한 직접적인 판례는 아직 없다.

다만 대법원은 법 제316조 제2항에 의해, 조사자의 피고인 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 증언에 증거능력이 인정되기 위해서는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없어야 하므로, 원진술자가 법정에서 출석하여 수사기관에서 한 진술을 부인하는 취지로 증언한 이상 원진술자의 진술을 내용으로 하는 조사자의 증언은 증거능력이 없다고 판시한 바 있다.⁷⁰⁾

3. 디지털 증거의 증거능력

가. 개관

현대사회는 과학기술의 발달로 디지털 형태로 정보를 생성, 송수신, 저장하는 방식이 일상화되었다. 형사증거 또한 디지털 형태로 저장된 증거가 많아지고, 그 중요성도 높아져 수사과정에서 각종 디지털 증거자료를 수집하고 공판에서 그 결과물인 사본 또는 출력물을 증거로 제출하는 것이 이론적으로나 실무적으로나 매우 중요한 이슈가 되었다. 그러나 디지털 증거가 갖는 정보의 대량성, 저장매체 자체에서는 필요한 정보를 볼 수 없는 무체정보성, 정보를 복사하기 쉽고 원본과 복사본의 구별 실익이 없는 복제용이성, 정보의 변조삭제가 용이한 취약성, 인터넷 등 네트워크 관련성 등의 특성으로 인해 디지털 증거의 증거능력을 인정하기 위한 요건을 어떻게 해석하고 정할지는 쉽지 않은 문제이다. 특히 2007년 이후 관련 판례들을 살펴보

67) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3219 판결.

68) 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 전원합의체 판결.

69) 대법원 1983. 7. 26. 선고 82도385 판결; 대법원 1995. 3. 24. 선고 94도2287 판결 등.

70) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6985 판결.

면, 국가보안법위반, 공직선거법위반 등의 중요사건마다 디지털 정보 또는 그 사본 내지 출력물 등의 증거의 증거능력이 문제가 되었다.⁷¹⁾

2011년 형사소송법(2012. 1. 1. 시행)의 일부 개정법률에는 전자정보저장매체 등에 대한 압수의 범위와 방법에 대한 규정이 신설되고, 2016년 개정법률에는 전문법칙의 예외조항 중 제313조에 진술증거로서의 디지털 정보도 포함되었으나, 여전히 해석에 맡겨져 있는 부분이 있어 논의가 계속될 것으로 보인다.

나. 디지털 정보 사본 또는 출력물의 진정성(동일성과 무결성)

대법원은 “압수물인 컴퓨터용 디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 ‘정보저장매체’라고 한다)에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하기 위해서는 정보저장매체 원본에 저장된 내용과 출력 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 정보저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 사정, 즉 무결성이 담보되어야 한다.”라고 일관되게 판시하고 있다.⁷²⁾ 특히 정보저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체로부터 출력한 문건의 경우에는 “정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이에 자료의 동일성도 인정되어야 할 뿐만 아니라, 이를 확인하는 과정에서 이용한 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야” 한다고 전제한 후 이 경우 동일성·무결성은 “피압수·수색 당사자가 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체의 해쉬(Hash) 값이 동일하다는 취지로 서명한 확인서면을 교부받아 법원에 제출하는 방법에 의하여 증명하는 것이 원칙이나, 그와 같은 방법에 의한 증명이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는, 정보저장매체 원본에 대한 압수, 봉인, 봉인해제, ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’ 등 일련의 절차에 참여한 수사관이나 전문가 등의 증언에 의해 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이의 해쉬 값이 동일하다거나 정보저장매체 원본이 최초 압수 시부터 밀봉되어 증거 제출 시까지 전혀 변경되지 않았다는 등의 사정을 증명하는 방법 또는 법원이 그 원본에 저장된 자료와 증거로 제출된 출력 문건을 대조하는 방법” 등으로도 인정할 수 있다고 판시하였다.⁷³⁾

다. 진술증거로서의 디지털 정보

(1) 전문법칙의 적용과 진정성립의 문제

대법원은 디지털 증거의 동일성·무결성 요건 외에도 “압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건을 진술증거로 사용하는 경우, 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되므로 법 제313조 제1항에 따라 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다”고 일관되게 판시하

71) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결(이른바 ‘일심회’ 사건); 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결(이른바 ‘왕재산’ 사건); 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 전원합의체 판결(이른바 ‘전 국정원장’ 사건) 등.

72) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결; 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결; 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결; 대법원 2013. 2. 15. 2010도3504 판결; 대법원 2013. 1. 10. 2010도3440 판결 등.

73) 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결.

고 있다.⁷⁴⁾

대법원은 이른바 ‘일심회’ 사건에서 위와 같은 법리 하에 원심과 같이 검사가 디지털 저장매체에서 출력하여 증거로 제출한 문건 중 그 작성자에 의하여 성립의 진정함이 증명되지 않았거나 작성자가 불분명한 문건의 내용은 증거로 사용할 수 없다고 판단하고, 작성자의 법정진술이 아닌 정황자료만으로 진정 성립이 인정되거나 법 제314조, 제315조에 의하여 증거능력이 부여될 수는 없다고 판시하였다.⁷⁵⁾ 이후에도 대법원은 피고인의 이적행위 목적 표현물 제작반포 여부를 판단함에 있어, 압수된 피고인의 이메일과 컴퓨터에 저장된 문건들이 그 작성자에 의하여 성립의 진정함이 증명되지 않았거나 작성자가 불분명하다는 이유로 그 증거능력을 부정하였다.⁷⁶⁾

이는 종전 법 제313조를 엄격히 해석함에 따라 디지털 문건은 진술서와 같이 그 작성자의 법정 진술에 의해서만 증거능력이 인정되어 디지털 증거의 특성 상 작성자의 특정이 곤란한 경우 유효한 증거능력 부여방법이 없고, 디지털 포렌식 등 전자정보 특유의 진정성립 입증방법 등을 차단하는 문제가 있었다. 이에 2016. 5. 29. 신설된 개정 형사소송법(2016. 10. 1. 시행) 제313조 제2항은 작성자가 공판에서 그 성립의 진정을 부인하더라도 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되면 증거능력이 인정될 수 있도록 하되 다만 피고인 아닌 자가 작성한 경우 반대신문권의 보장을 요건으로 명시하였다.

(2) 음성 녹음파일의 증거능력

대법원은 “녹음테이프는 성질상 작성자나 진술자의 서명이나 날인이 없을 뿐만 아니라 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 내용이 편집·조작될 위험이 있으므로, 그 대화내용을 녹음한 원본이거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야만 하고, 그러한 증명이 없는 경우에는 쉽게 증거능력을 인정할 수 없으며, 녹음테이프에 수록된 대화내용이 이를 풀어쓴 녹취록의 기재와 일치한다거나 녹음테이프의 대화내용이 중단되었다고 볼 만한 사정이 없다는 점만으로는 위와 같은 증명이 있다고 할 수 없다.”라고 판시하고 있다. 또는 대법원은 피고인과 상대방 사이의 대화 내용에 관한 녹취서가 증거로 제출되어 녹취서의 기재 내용과 그 녹음내용이 동일한지에 대하여 법원이 검증을 실시한 경우에, 증거자료가 되는 것은 녹음테이프에 녹음된 대화 내용 자체이고, 그 중 피고인의 진술 내용은 실질적으로 법 제313조 단서의 피고인의 진술을 기재한 서류와 다름없어 작성자인 상대방의 법정 진술에 의하여 녹음된 피고인의 진술 내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것임이 증명되고 나아가 그 진술의 특신상태가 인정되어야 한다고 판시하고 있다. 대법원은 이러한 요건을 디지털 녹음기로 대화내용이 녹음된 음성파일의 경우에도 그대로 적용하고 있다.⁷⁷⁾

74) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결; 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결; 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결; 대법원 2013. 2. 15. 2010도3504 판결; 대법원 2013. 1. 10. 2010도3440 판결 등.

75) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결.

76) 대법원 2013. 1. 10. 선고 2010도3440 판결.

77) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결.

대법원은 이러한 법리 하에 공갈 피해자가 디지털 녹음기로 피고인과의 대화를 녹음한 후 저장된 녹음파일 원본을 컴퓨터에 복사하고 디지털 녹음기의 파일 원본을 삭제한 뒤 다음 대화를 다시 녹음하는 과정을 반복하여 작성한 녹음파일 사본과 해당 녹취록의 증거능력이 문제된 사안에서, 위 녹음파일 사본은 타인 간의 대화를 녹음한 것이 아니므로 타인의 대화비밀 침해금지를 규정한 통신비밀보호법 제14조의 적용 대상이 아니고, 복사 과정에서 인위적 개작 없이 원본 내용 그대로 복사된 것으로 대화자들이 진술한 대로 녹음된 것이 인정되며, 녹음 경위, 대화 장소, 내용 및 대화자 사이의 관계 등에 비추어 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것으로 인정된다는 이유로, 녹음파일 사본과 녹취록의 증거능력을 인정하였다.⁷⁸⁾ 또한 대법원은 피고인과의 대화내용을 녹음한 보이спен 자체의 청취 결과 피고인의 변호인이 피고인의 음성임을 인정하고 이를 증거로 함에 동의하면서 보이спен의 녹음내용을 재녹음한 녹음테이프, 녹음테이프의 음질을 개선한 후 재녹음한 시디 및 녹음테이프의 녹음내용을 풀어쓴 녹취록 등에 대하여는 증거로 함에 부동의하였으나, 각 녹음내용, 녹취록의 기재가 서로 거의 일치하는 것으로 확인된 사안에서, 보이спен에 대한 증거동의와 보이спен, 녹음테이프 등에 녹음된 대화내용과 녹취록의 기재가 일치함을 근거로 진정성립을 인정하고, 나아가 녹음의 경위 및 대화내용에 비추어 그 진술의 특신상태도 인정한 판례가 있다.⁷⁹⁾

라. 증거물인 디지털 정보

대법원은 피고인 또는 피고인 아닌 사람이 컴퓨터용디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물의 경우에도 그 내용의 진실성이 아닌 그와 같은 내용의 문자정보의 존재 자체가 직접 증거로 되는 경우에는 전문법칙이 적용되지 아니한다고 판시하였다.⁸⁰⁾ 이는 전문증거의 의의에 따른 당연히 해석이라고 할 수 있다. 마찬가지로, 대법원은 반국가단체로부터 지령을 받고 국가기밀을 탐지·수집하였다는 범죄사실과 관련하여, 반국가단체의 구성원으로부터 통신으로 수령한 지령 및 탐지·수집한 국가기밀이 문자정보의 형태로 존재하는 경우나 편의제공의 목적물이 문자정보인 경우 등에는 문건 내용의 진실성이 문제 되는 것이 아니라 그러한 내용의 문건이 존재하는 것 자체가 증거가 되는 것으로서, 전문법칙이 적용되지 않는다고 판시하였다.⁸¹⁾

나아가 판례는 녹음테이프에 대한 검증의 내용이 그 진술 당시 진술자의 상태 등을 확인하기 위한 것인 경우, 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 경우에도 전문증거가 아니므로, 법 제313조 제1항의 전문법칙의 예외법리는 적용되지 않는다고 하고 있다.⁸²⁾

78) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도7461 판결.

79) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007도10804 판결.

80) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010도3504 판결.

81) 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결.

82) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007도10755 판결; 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결 등.

4. 진술의 임의성(법 제317조)에 대한 입증방법

대법원은 “피고인이 피의자신문조서에 기재된 피고인 진술의 임의성을 다투면서 그것이 허위 자백이라고 주장하는 경우, 법원은 구체적인 사건에 따라 피고인의 학력, 경력, 직업, 사회적 지위, 지능 정도, 진술 내용, 피의자신문조서의 경우 조서 형식 등 제반 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 진술이 임의로 된 것인지를 판단하되, 자백의 진술 내용 자체가 객관적인 합리성을 띠고 있는가, 자백의 동기나 이유 및 자백에 이르게 된 경위는 어떠한가, 자백 외 정황증거 중 자백과 저촉되거나 모순되는 것이 없는가 하는 점 등을 고려하여 신빙성 유무를 판단하여야 한다.”라고 판시하였다.⁸³⁾

IV. 결 론

이 글에서는 2007년 이후 수사절차 및 형사증거법 관련 주요 대법원 판례들의 동향을 정리하고 살펴보았다. 이 글에서 미처 다루지 못한 중요 판례들도 있고, 판례 소개에 급급하여 그 의의를 정확히 나타내지 못한 부분도 있지만 2007년 이후 형사소송법, 특히 수사절차와 증거법에 관한 대법원 판례는 형사소송법의 개정과 함께 헌법과 형사소송법상 적법절차 원칙을 지속적으로 강조하며 기존 수사관행에 대하여 엄격한 기준을 적용하고, 때로는 사법통제적 관점에서 실무의 지침과 방향을 제시하여 왔다고 할 수 있다. 판례가 새로운 논의의 출발점이 되거나 이론적 또는 실무적 문제점으로 논란을 불러일으키기도 했지만, 학계, 국회, 법원과 검찰 간에 상호 영향을 통하여 형사사법의 점진적 발전을 이뤄간 점 또한 분명하다.

국가 형벌권의 올바른 실현을 위하여 적법절차 원칙과 실체적 진실발견의 요청이라는 양대 축은 어느 하나의 가치를 포기하기보다 규범 조화적으로 상호 실현을 도모하는 것이 바람직할 것이다. 향후 학계와 실무계가 판례와 이에 대한 연구 성과를 통하여 이러한 방향을 견지하며 계속 발전해 나가길 기대해본다.

83) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도1603 판결.

【발표4】

형사소송법 개정 후 증거법 분야의 판례 동향

박진환 부장판사
의정부지방법원

형사소송법 개정 후 증거법 분야의 판례 동향

박진환 (의정부지방법원 부장판사)

I. 들어가면서

형사소송법(이하 ‘刑訴法’이라 한다) 제307조 제1항은 “사실의 인정은 증거에 의하여야 한다”라고 규정하여 증거재판주의를 선언하고 있다. 이에 따라 지난 2007년 대폭 개정된 형소법은 증거법 분야에서도 상당한 변화를 꾀하였다.

우선 제307조 제2항은 ‘범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도(beyond reasonable doubt)의 증명이 있어야 한다’는 원칙규정을 新設하였다. 그리고 증거능력 규정 정비와 관련하여, 위법수집증거 배제원칙 명문화(제308조의2), 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 개선(제312조 제1, 2항), 참고인 진술조서의 증거능력 인정요건 개선(제312조 제4항),¹⁾ 증거능력에 대한 예외 사유의 제한(제314조), 조사자 증언제도 도입(제316조),²⁾ 영상녹화제도 도입(제244조의2, 제221조, 제318조의2)³⁾ 등 증거법 체계를 정비하였다. 그리고 증거능력에 대한 예외규정(제314조)에 소재불명 등을 예외인정사유로 추가함으로써 그 요건을 강화하였다.

이에 따라 위 개정 후 위법수집증거 배제법칙과 그 파생원칙인 독수의 과실이론을 적용한 중요한 판결이 연이어 나왔고, 아울러 2차적 증거의 증거능력을 예외적으로 인정할 만한 정황 등 증거관련 판례가 늘어가고 있다. 그리고 검사 등 수사기관 작성의 피의자신문조서 등의 증거능력 등과 관련된 판결도 다수 있었다.

또한 사회 전반적인 과학화·정보화에 부응하는 디지털 저장매체에 대한 압수수색의 요건을 실시하고, 위 디지털저장매체로부터 출력한 문건의 증거능력 인정요건을 엄격히 적용하는 방향으로 나아가고 있다고 보인다. 그 외에도 전문증거의 증거능력 요건으로서의 형소법 제314조 및 제316조 제2항의 경우 원진술자의 불출석을 전제로 하고 있기 때문에(반대신문권 행사가 불가능함), 원진술자의 출석을 전제로 하고 있는 다른 전문법칙 규정(반대신문권 행사가능함)에서의 “특신상태”와는 달리 이를 더 엄격하게 해석하는 방향⁴⁾을 유지하고 있다.

이하에서는 2007년 형소법 개정 이후 지금까지 선고된 형사증거법에 관한 판례의 동향을 중심으로 살펴본다.

- 1) 참고인의 진술을 기재한 조서도 이에 준하여 증거능력을 인정하되, 반대신문권의 보장요건을 추가하였다(제312조 제4항).
- 2) 피의자를 조사하거나 조사에 참여한 자의 법정 증언을 허용하는 이른바 조사자증언제도를 도입함으로써 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 조사경찰관 등의 법정진술에 대해 증거능력을 인정할 수 있도록 하였다.
- 3) 영상녹화물에 대해서는 조서의 실질적 진정성립을 증명하기 위한 수단으로 활용하거나(제312조 제2항, 제4항), 피고인 또는 증인의 기억을 환기시키기 위한 용도로 사용할 수 있도록 하되 본증이나 탄핵증거로는 사용하지 못하게 함으로써(제318조의2 제2항) 그 활용범위를 엄격하게 제한하였다.
- 4) 특신상태에 대한 증명은 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도로 증명되어야 한다는 법리를 확인해 오고 있다.

II. 위법수집증거배제법칙의 적용(원칙적 증거능력 배척, 예외적 인정)

1. 개요

형소법 제308조의2는 「적법한 절차에 의하지 않고 수집된 증거는 증거로 사용하지 못한다」고 규정하고 있다. 이론적으로는 이미 1960년대부터 미국의 연방헌법 수정 제14조 제1항의 적법절차조항에 기초한 ‘위법수집증거배제법칙’이 우리나라에 수용되었다. 그런데 2007년 개정 형소법이 시행되기 직전, 대법원 전원합의체는 그 동안 진술증거에 한해 위법수집증거배제법칙을 적용한 판례의 태도를 변경하여 비진술증거에 대해서도 이 법칙을 적용한다고 선언하였다. 즉, 종래 판례가 1968년 이후 약 40년간 지지했던 ‘성질·형상 不變論」⁵⁾의 拋棄를 공식선언하였고, 그 후 형소법 개정을 통해 위법수집증거배제법칙이 증거법상의 기본원칙으로서 입법화되었으며, 진술증거이든 비진술증거이든 증거의 종류를 불문하고 위법수집증거는 증거로 사용할 수 없다는 원칙이 확립되었다. 위 전원합의체 판결 및 개정 형소법 제308조의2에 따라 적법한 절차에 따르지 않는 증거는 원칙적으로 피고인의 동의에도 불구하고 증거능력이 부인되고⁶⁾ 탄핵증거로도 사용할 수 없게 되었다.

그런데 형소법 제308조의2가 “적법한 절차”라는 일반적인 개념만을 두고 위법의 판단기준이나 적용범위, 배제효과 등에 대해서는 아무런 언급을 하지 않음으로써 증거능력 여부를 법원의 사후 판단에 일임하고 있다고 보여진다.

2. 비진술증거에 대한 ‘성질·형상 불변론’의 포기(제주도지사실 압수·수색 사건)

가. 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전합판결 - 위법의 판단 기준

(1) 개요

이미 언급한 바와 같이 현행법은 위법의 판단기준에 대해서 아무런 언급을 하지 않고 있다. 그래서인지 대법원은 절차가 위법한 경우 원칙적으로 증거능력은 배제된다고 하여 엄한 입장을 제시하고 있다.

예외적으로 증거를 인정하는 경우에도 ① 위반행위가 적법절차의 실질적 내용을 침해하지 않고, ② 증거를 배제하는 것이 적법절차 원칙과 실체적 진실규명의 조화를 도모하여 형사사법의 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 경우에 한정된다고 한다. 이러한 예외기준에 해당하는지는 아래에서 실시하는 바와 같이 전체적·종합적 판단설에 입각하고 있다.

(2) 헌법과 형소법이 정한 절차를 위반하여 수집한 압수물과 이를 기초로 획득한 2차적 증거의 증거능력 - 원칙적으로 증거능력 배제

5) 종래 대법원(1994. 2. 8. 선고 93도3318)은 이러한 입장에서 「압수물은 압수절차가 위법하더라도 물건 자체의 성질, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 형상 등에 관한 증거가치에 는 변함이 없다.」고 하였다.

6) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결 등.

우선 대법원은 “기본적 인권 보장을 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형소법의 **규범력은 확고히 유지**되어야 하므로 헌법과 형소법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.” 고 판단하면서, “절차조항에 따르지 않는 수사기관의 압수·수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.” 고 판시하였다.

(3) 위법수집 증거를 예외적으로 유죄의 증거로 사용할 수 있는 경우

그러나 이와 함께 “형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라는 이유만을 내세워 확일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형소법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞다고 볼 수 없다.”고 단서를 달고, 헌법과 형소법이 정한 절차를 위반하여 수집한 증거를 예외적으로 유죄의 증거로 사용할 수 있는 경우를 아래와 같이 실시한다[**예외적 허용설**].

“(헌법과 형소법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라고 할지라도) 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 **전체적·종합적**으로 살펴볼 때, **수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고**, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형소법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 **형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우**라면, 법원은 그 증거를 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이는 **적법한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거를 기초로 하여 획득된 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서**, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이의 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄인정의 증거로 사용할 수 있는 것이다” .

더 나아가 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결은 아래와 같이 실시하였다.

“그러나 법원은 구체적인 사안이 이러한 예외적인 경우에 해당하는지를 판단하는 과정에서, **적법한 절차를 따르지 않고 수집된 증거를 유죄의 증거로 삼을 수 없다는 원칙을 훼손하는 결과가 초래되지 않도록 유별하여야 하며**, 나아가 수사기관의 절차 위반행위에도 불구하고 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 있려면, **그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것을 검사가 증명해야 한다**”

나. 이 전합판결의 의의

대상판결은 위법수집증거배제법칙의 수용을 명시적으로 선언하고, 나아가 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물이 증거로 사용될 수 있는 여지를 엄격히 제한하였으며, 위법수집 증거의 증거능력 여부를 인정하는 일응의 기준을 제시하였다는 점에서 실무적인 가치는 매우 크다. 그리고 대상판결의 다수의견은 미국의 독수과실이론을 받아들여, 위법하게 수집된 1차 증거와 이로 인하여 수집된 2차 증거의 증거능력을 원칙적으로 모두 부정하면서도, 2차 증거의 증거능력을 인정할 수 있는 예외사유를 예시하여 일관성 있는 위법수집 증거에 대한 결론을 제시하고 있다. 그런데 적법절차의 실질적인 내용을 침해하지 않거나 형사사법정의와 합치되지 않는 경우에는 위법수집증거를 증거로 사용할 수 있다고 판시함으로써 이른바 예외적 허용설을 취하고 있는 점에 대해서는 다양한 견해들이 제시되고 있다.

과연 어떤 경우에 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물의 증거능력이 최종적으로 부정 또는 인정될 것인지는 앞으로 구체적인 사안에 대한 판결이 집적되면서 분명해 질 것인데, 이는 결국 절차적인 의미의 정의와 실체적인 의미의 정의의 조화를 모색하고 이를 통하여 참다운 형사 사법 정의가 무엇인지를 찾아가는 것이라고 할 것이다.

3. 위법수집증거배제법칙 관련 대법원의 관련 판례 동향

(1) 개정 형소법 하에서도 위 2007도3061 전원합의체 판결의 취지를 확인하는 판결이 계속되었다.

우선 대법원은, 수사기관이 헌법과 형소법이 정한 절차 중 핵심적 사항인 영장주의에 위반하여 수집하였거나, 불법감청으로 수집한 증거물은 비록 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 유죄 인정의 증거로 쓸 수 없다고 판시하였다. 즉, 대법원은 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 음란물 유포의 범죄혐의를 이유로 압수·수색영장을 발부받은 사법경찰리가 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견하자, 피고인을 마약류관리에 관한 법률 위반죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수하였으나, 그 다음날 피고인을 석방하였음에도 사후 압수·수색영장을 발부받지 않은 사안에서, 사후 압수영장을 발부받지 않은 위 압수물과 압수조서는 형소법상 영장주의를 위반하여 수집한 증거로서 증거능력이 부정된다고 하였다.⁷⁾

그리고 대법원은 ① 현행범체포, 영장에 의한 체포, 긴급체포, 구속 후 사후 압수영장을 발부받지 않은 압수물과 이를 기초로 한 2차 증거인 임의제출동의서, 압수조서 및 목록, 압수품 사진,⁸⁾ ② 경찰에서 긴급체포의 요건을 갖추지 못한 위법한 긴급체포를 한 후 검찰로 송치한 후 작성된 검찰의 피의자신문조서,⁹⁾ ③ 불법감청에 의하여 획득한 녹음테이프 및 그 녹취록 첨부 수사보고,¹⁰⁾ ④ 동의 또는 영장 없이 강제 채취한 혈액을 이용한 감정의뢰회보 및 이에 기초한 주취운전자적발보고서, 주취운전자정황보고서¹¹⁾, ⑤ 검사가 공소제기 후에 수소법원이

7) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도10914 판결.

8) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2009도14376 판결, 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도10914 판결.

9) 대법원 2009. 12. 14. 선고 2009도11401 판결.

10) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도9016 판결.

아닌 지방법원판사로부터 발부받은 압수수색영장을 집행하여 획득한 수표추적 자료¹²⁾, ⑥ 소유자, 소지자, 또는 보관자가 아닌 자로부터 임의로 제출받은 물건을 영장없이 압수한 경우 그 압수물 및 압수물을 찍은 사진,¹³⁾ ⑦ 변호인의 절차참여권이 침해된 상태에서 획득된 경찰피의자신문조서,¹⁴⁾ ⑧ 압수수색영장에 기재된 피의자와 무관한 타인의 범죄사실에 관한 녹음과 일을 압수한 경우,¹⁵⁾ ⑨ 위법한 강제연행 상태에서 행한 음주운전 혐의 관련 호흡측정결과와 혈액측정결과,¹⁶⁾ ⑩ 증거제출의 임의성에 대한 입증이 부족한 USB,¹⁷⁾ ⑪ 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 번복시키는 방식으로 작성한 진술조서나 그 증인을 상대로 위증의 혐의를 조사한 내용을 담은 피의자신문조서¹⁸⁾ 등의 증거능력을 모두 부정하였다.

또한 수사기관이 피고인 아닌 자를 상대로 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거 역시 원칙적으로 피고인에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 판시하였다.¹⁹⁾

나아가 대법원은 수사기관이 아닌 선거관리위원회의 위원·직원이 관계인에게 진술이 녹음된다는 사실을 미리 알려 주지 아니한 채 진술을 녹음하였다면, 그와 같은 조사절차에 의하여 수집한 녹음파일 내지 그에 더 잡아 작성된 녹취록은 형소법 제308조의2에서 정하는 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’에 해당하여 원칙적으로 유죄의 증거로 쓸 수 없다고 하였다.²⁰⁾

(2) 이처럼 중대한 위법의 경우에는 당사자가 증거로 사용하는 것을 동의하더라도 증거능력이 부정된다(영장주의 위배 등, 가령 불법체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서). 나아가 그로 인해 얻은 파생증거 또한 증거능력이 부정된다. 다만 오염이 희석되거나 단절되는 경우, 불가피하게 발견될 증거의 경우에는 예외적으로 증거능력이 인정되고 있다.²¹⁾

가령, 피의자에의 진술거부권 고지의무²²⁾, 변호인선임권, 변호인의 접견교통권, 증인의 증언거부권, 증언거부권 고지의무, 압수수색의 참여권, 압수수색 참여권자에 대한 통지²³⁾, 압수수색의 거절권, 압수수색의 야간집행제한, 여자신체검사에서 의사나 성년여자의 참여 등 위반의 경우이다.

11) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결, 대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결 등.

12) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결.

13) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결.

14) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

15) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결.

16) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도2094 판결.

17) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결.

18) 대법원 2013. 8. 14. 선고 2012도13665 판결 등.

19) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도6717 판결.

20) 대법원 2014. 10. 15. 선고 2011도3509 판결.

21) 미국의 위법희석이론(attenuated connection), 독립된 증거원(증거자료)이론(Independent Source Exception), 불가피한 발견이론(Inevitable discovery), 선의의 항변(good faith defense) 등을 염두에 두고 있다.

22) 참고인으로 조사를 받으면서 수사기관에게서 진술거부권을 고지받지 않았다는 이유만으로 그 진술조서가 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 수 없다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도8125 판결).

23) 피고인의 주거지에 대한 압수수색 당시 담당 수사관이 피고인의 아내이자 그 압수수색영장에 공동피의자로 기재되어 있었던 자에게 영장 집행사실을 통지한 후 영장을 제시하였고, 그 집행 당시 피고인이 공동으로 운영하는 사무실에 대한 압수수색이 동시에 이루어져서 피고인이 그 사무실의 압수수색에 참여하였던 사정 등을 종합하여, 그 주거지의 압수수색에 대한 피고인의 참여권 등이 실질적으로 침해된 것으로 볼 수 없다(대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결).

4. 위법수집증거의 2차적 증거 - 독수과실의 원리

가. 원칙적으로 증거능력 배제 및 예외적 인정

2007년 대법원은 위법하게 수집한 비진술증거의 증거능력을 인정하던 과거의 입장을 변경하는 것은 물론, 나아가 독수과실의 원리의 도입도 선언했다. 원칙적으로 독수의 과실도 증거능력을 부정해야 하지만 미국의 예외이론인 희석이론 등을 수용하여 예외를 인정하고 있다. 그러면서 대법원은 독수과실, 즉 위법수집증거의 파생증거의 배제기준을 제시했다. 실제로 개정 형소법 제308조의2가 '위법수집증거'가 아니라 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거'로 규정하여, 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 확일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형소법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞다고 볼 수 없다면 2차적 증거의 증거능력을 인정할 수 있는 여지를 남겼다고 해석되고 있다.

그 후 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결은 이를 재확인한 다음, 2차증거의 증거능력 유무를 판단할 때는 먼저 1차증거의 증거능력 유무를 판단한 다음, 다시 2차증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 사정들까지 주로 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 모두 고려하여 판단하도록 언급함으로써, 보다 상세한 기준을 제시했다. 따라서 2차적 증거의 증거능력을 판단하기 위해서는 우선 1차적 증거의 증거능력을 판단하고, 이어 1차적 증거 획득 이후 2차적 증거의 수집절차에 대한 검토가 필요하며, 마지막으로 인과관계가 희석 또는 단절되었는지 여부를 판단하여야 한다.

주의할 것은 위 2008도11437 판결에서 강조하고 있는 바와 같이, 2차 증거의 증거능력 유무는 각 사안마다 개별적, 구체적으로 결정되어야 할 것이지, 절차 위반의 유형이나 증거방법 등을 기준으로 미리 확일적, 통일적으로 판단할 수는 없다는 것이다. 위 사안에서 문제된 피고인의 법정자백과 피해자의 법정증언도 만약 구체적인 사안을 달리하였다면 증거능력이 배제될 수도 있다는 것을 유념해야 할 것이다.

나. 2차적 증거에 대한 위법수집증거배제 요건

(가) 1차적 증거는 증거능력이 부정되는 위법수집증거이어야 한다.

(나) 1차적 증거 이후에 2차적 증거를 수집하는 과정에서는 위법사유가 존재하지 않아야 한다. 만일 이 과정에 위법사유가 존재한다면 이는 2차적 증거의 증거능력 문제가 아니고 1차적 증거의 증거능력 문제로 되기 때문이다.

(다) 1차적 증거 수집과정에서의 위법과 2차적 증거의 획득 사이에 인과관계의 희석 또는 단절이 없어야 한다.

인과관계 즉 최초 위법절차와 2차적 증거수집 사이의 인과관계가 어떤 경우에 단절 내지 희석되었다고 볼 수 있는지에 관하여 아직 판례, 학설상 정립된 이론은 없고, 판례에 의해 귀납적으로 그 인정 여부에 관한 사례가 집적되어 가는 상황이다.

대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도2094 판결에서는 인과관계의 단절 내지 희석에 관하여 '적법절차에 위배되는 행위의 영향이 차단되거나 소멸되었다고 볼 수 있는 경우', '당초

의 적법절차 위반행위와 증거수집 행위의 중간에 그 행위의 위법요소가 제거 내지 배제되었다고 볼 만한 다른 사정이 개입됨으로써 인과관계가 단절된 것으로 평가할 수 있는 경우' 라는 표현을 쓰고 있다.

우선 2차적 증거가 1차적 증거와 불가분의 관계에 있고 그 변형물에 불과하여 사실상 같은 증거로 평가할 수 있는 경우에는 1차적 증거 수집과정에서의 위법성이 2차적 증거에도 그대로 옮겨진다고 볼 수 있다. 앞서 본 ① 불법 압수물에 대한 압수조서, 감정서, 감정뢰회보(대법원 2010. 4. 15. 선고 2010도2407 판결), ② 불법 압수물에 대한 임의제출동의서, 압수조서 및 목록, 압수품사진(대법원 2010. 7. 22. 선고 2009도14376 판결), ③ 불법감청에 대한 수사보고의 기재 내용과 첨부녹취록 및 첨부 mp3 파일(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도9016 판결), ④ 강제채혈 혈액에 대한 감정결과보고서, 주취운전자적발보고서(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결) 등이 그 전형적인 예라고 할 것이다.

문제는 1차적 증거에 기초하여 별개의 새로운 증거가 획득된 경우인바, 위법한 체포 또는 불법구속 이후에 작성된 피의자신문조서, 부적법한 임의동행 이후에 작성된 자술서와 진술조서, 진술거부권 불고지 상태에서 임의로 이루어진 자백을 기초로 수집한 반복된 자백과 물적 증거 등이 그 예이다. 이 경우에는 새로운 증거의 획득과정에 상당한 시간이 경과하는 경우가 많고 새로운 사정들이 중간에 개입되기도 하여 인과관계의 희석과 단절이 인정될 여지도 있다.²⁴⁾

□ 판례에 나타난 인과관계를 단절 또는 희석시킬 수 있는 요인들

위 요인들로서는 ① 수사기관이 의도적으로 영장주의의 정신을 회피하는 방법으로 증거를 확보한 것이 아니라고 볼 만한 사정, ② 최초 위법절차 후 적법한 영장이 발부된 경우, ③ 변호인의 조력 내지 피의자신문참여, ④ 피의자의 자발적인 개입행위 내지 동의, ⑤ 공판절차로의 이행, ⑥ 시간의 경과, ⑦ 공개된 법정에서 임의로 이루어진 것이라는 점, ⑧ 다른 독립된 제3자의 행위와 자료의 개입 등이 있다. 그런데 인과관계의 단절 내지 희석을 인정한 판례 사안들을 살펴보면 위에서 본 단절·희석 요인들이 복수로 거론되고 있음을 알 수 있다. 그 요인들이 많이 존재할수록 증거능력이 인정될 가능성이 높았고, 요인이 하나만 존재하는 경우에는 증거능력이 부정되는 경우가 있었다.

다. 인과관계의 희석 내지 단절이 문제된 사례

(1) 피고인의 법정진술

(가) 진술거부권 불고지와 2차적 증거인 법정진술의 증거능력

24) 김용배, 판례에 나타난 위법수집증거배제법칙의 적용방법 및 2차적 증거의 증거능력 판단기준, 재판실무연구, 광주지방법원, 2011, 209면 이하 참조.

□ 증거능력을 인정할 만한 구체적 정황을 설시한 례 - 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도 11437 판결(증거능력 긍정)

가) 판시사항

대법원이 ‘구체적인 사안에서 2차적 증거들의 증거능력 인정 여부는 제반 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 판단하여야 한다’고 설시한 후, 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 임의로 행해진 피고인의 자백을 기초로 한 2차적 증거 중 피고인 및 피해자의 법정진술과 관련하여 공개된 법정에서 임의로 이루어진 것이라는 점에서 예외적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 2차적 증거에 해당한다고 한 사례이다.

나) 판결요지 - 2차적 증거의 증거능력을 인정할 만한 정황 설시례

강도 현행범으로 체포된 피고인에게 차안에서 진술거부권을 고지하지 아니한 채 강도범행에 대한 자백을 받고, 이를 기초로 餘罪에 대한 진술과 피고인의 집에서 증거물을 임의제출받아 압수한 후, 비로소 진술거부권을 고지하여 피고인의 임의자백 및 피해자의 피해사실에 대한 진술을 수집한 사안에서, “비록 피고인의 제1심 법정에서의 자백은 진술거부권을 고지받지 않은 상태에서 이루어진 피고인의 최초 자백과 같은 내용이기는 하나, 피고인의 제1심 법정에서의 자백에 이르게 되기까지의 다음과 같은 사정들, 예컨대 ① 진술거부권을 고지하지 않은 것이 단지 수사기관의 실수일 뿐 피의자의 자백을 이끌어내기 위한 의도적이고 기술적인 증거확보의 방법으로 이용되지 않았고, ② 그 이후 이루어진 신문에서는 진술거부권을 고지하여 잘못이 시정되는 등 수사 절차가 적법하게 진행되었다는 사정, ③ 최초 자백 이후 구금되었던 피고인이 석방되었다거나 변호인으로부터 충분한 조력을 받은 가운데 상당한 시간이 경과하였음에도 다시 자발적으로 계속하여 동일한 내용의 자백을 하였다는 사정, ④ 위 제1심 법정에서의 피고인의 자백은 진술거부권을 고지받지 않은 상태에서 이루어진 최초 자백 이후 40여 일이 지난 후에 변호인의 충분한 조력을 받으면서 공개된 법정에서 임의로 이루어진 것인 점, ⑤ 최초 자백 외에도 다른 독립된 제3자의 행위나 자료 등도 물적 증거나 증인의 증언 등 2차적 증거 수집의 기초가 되었다는 사정, ⑥ 증인이 그의 독립적인 판단에 의해 형소법이 정한 적법한 절차에 따라 소환을 받고 임의로 출석하여 증언하였다는 사정 등은 통상 2차적 증거의 증거능력을 인정할 만한 정황에 속한다.”고 판시하였다.

다) 위 판결의 의의

대상판결은 ‘2007도3061 전원합의체 판결’에서 밝힌 위법수집증거배제의 법리를 진술거부권의 고지와 관련하여 구체화하였고, 위법수집증거배제가 헌법 제12조 제1항, 제3항 및 개정 형소법 제308조의2를 근거로 하고 있다는 점을 분명히 하였다. 특히, 이러한 법리에 따라 진술거부권이 고지되지 않은 상태에서 이루어진 자백을 근거로 하여 2차적으로 수집된 증거의 증거능력도 원칙적으로 배제된다는 점을 명확히 하였고(특히 “피의자의 자백을 이끌어내기 위한 의도적이고 기술적인 증거확보의 방법”으로 이루어진 경찰관의 진술거부권 불고지의 경우는 이로부터 파생한 물적 증거를 배제할 수 있다는 점을 밝혔다), 다만 진술거부권을 고지받

을 권리는 미국 연방대법원이 지적하는 바와 같이, 진술거부권의 불고지로 인하여 예상되는 자기부죄거부의 권리에 대한 가정적 침해에 대한 예방적 법리 구성에서 출발하였다는 점을 충분히 고려하여, 구체적인 사안에서 그 2차적 증거들의 증거능력 인정 여부에 관하여 예외 인정의 정황을 풍부하게 구체화하여 제시하였다는 점에서 그 의의가 크다고 할 것이다.²⁵⁾

(나) 사전에 구속영장을 제시받지 않은 피고인의 법정진술의 증거능력 인정 사례 - 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도526 판결

대법원은, 구속집행절차에 위배된 구속 중 수집한 피고인의 진술증거의 증거능력을 원칙적으로 부정하면서, 이 사건의 경우 사전에 구속영장을 제시하지 아니한 채 구속영장을 집행하고, 그 구속 중 수집한 2차적 증거들인 구속 피고인의 진술증거 중 피고인의 제1심 법정진술에 대하여 다음과 같은 점들, 즉 ① 피고인이 구속집행절차의 위법성을 주장하면서 청구한 구속적부심사의 심문 당시 구속영장을 제시받은 바 있어 그 이후에는 구속영장에 기재된 범죄사실에 대하여 숙지하고 있었던 것으로 보이고, ② 구속 이후 원심에 이르기까지 구속적부심사와 보석의 청구를 통하여 구속집행절차의 위법성만을 다투었을 뿐, 그 구속 중 이루어진 진술증거의 임의성이나 신빙성에 대하여는 전혀 다투지 않았을 뿐만 아니라, ③ 구속 이후 피고인에 대한 검사 작성의 제4회, 제6회 피의자신문조서의 작성시에는 이 사건 공소사실 중 일부분을 시인하는 태도를 보이다가, ④ 오히려 변호인과 충분히 상의를 한 제1심 법정 이후에는 이 사건 공소사실 전부에 대하여 자백하는 것으로 태도를 바꾼 후 원심에 이르기까지 그 자백을 번복하고 있지 아니한 것이라면, 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 판시하였다.

(다) 법관의 영장에 의하지 아니하고 획득한 매출전표의 거래명의자에 관한 정보에 기초하여 수집한 피고인의 법정진술의 증거능력(인정) - 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012도 13607 판결

마찬가지로 대법원은, 수사기관이 법관의 영장에 의하지 아니하고 금융회사 등으로부터 신용카드매출전표의 거래명의자에 관한 정보를 획득한 경우, 영장 없이 매출전표의 거래명의자에 관한 정보를 획득한 것이 위법이라는 점을 확인하지만, 이에 기초하여 수집한 2차 증거, 예컨대 피고인이 법정에서 한 자백진술(1, 2, 3 범행)에 관하여는 석방되고 상당한 시간이 지난 후 공개된 법정에서 임의로 이루어졌다는 사정(희석이론)을 들어, 2, 3범행 피해자들의 진술서에 관하여는 의도적 영장주의 회피는 아니고(선의이론), 상당한 시간이 지난 후 독립한 자발적 진술(희석이론)이며, 3범행은 석방 후 자백하고 피해품도 임의로 제출한 사정을 들어 증거능력을 인정하였다.

(2) 불법긴급체포 후에 작성된 검찰피의자신문조서(時間的 近接성과 인과관계 절단 부정) - 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결

25) 김태업, 진술거부권의 불고지상태에서의 자백과 2차적 증거의 증거능력, 대법원판례해설 80호, 2009년 상반기), 법원도서관, 75면 참조.

중래 대법원은 긴급체포가 요건을 갖추지 못하여 위법한 체포에 해당하는 경우 및 위법한 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서의 증거능력을 부정하였다(대법원 2002. 6. 11. 선고 2000도5701 판결).

대상판결의 사안도 위법한 긴급체포 후에 이루어진 조사과정에서 작성된 검찰피의자신문조서의 증거능력에 관한 것인데, 대법원은, 검사의 피고인에 대한 피의자신문은 2008. 12. 1. 피고인이 경찰에서 위법하게 긴급체포된 후 검찰로 송치되어 2008. 12. 10. 이루어졌으므로 위법한 긴급체포와 시간적으로 근접하여 이루어진 것인데다가, 당시 피고인이 변호인의 조력을 받은 바도 없으므로 위 피의자신문조서는 그 위법의 정도가 중하여 이를 유죄의 증거로 할 수 없다고 하였다. 인과관계의 희석 내지 절단을 인정할 만한 사정이 없어 증거능력이 부인되었다.

(3) 불법체포 중에 작성한 진술조서 - 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도6717 판결

대법원은 경찰이 피고인 아닌 甲, 乙을 사실상 강제연행하여 불법체포한 상태에서 甲, 乙간의 성매매행위나 피고인들의 유흥업소 영업행위를 처벌하기 위하여 甲, 乙에게서 자술서를 받고 甲, 乙에 대한 진술조서를 작성한 사안에서, 甲, 乙에 대한 임의동행이 적법하게 이루어지지 않았으므로 성매매 혐의를 받고 있는 남녀를 수사관서에 임의동행 형식으로 데려간 것은 불법체포에 해당하고, 이러한 불법체포 유치 중에 작성된 자술서와 진술조서는 헌법과 형소법이 규정한 체포·구속에 관한 영장주의 원칙에 위배하여 수집된 것으로서 수사기관이 피고인 아닌 자를 상대로 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거에 대하여 형소법 제308조의 2에 따라 증거능력을 부정하였다

위 사안에서도 불법체포에 의한 유치와 자술서, 진술조서의 작성이 時間적으로 매우 근접하게 이루어지는 등(위 자술서와 진술조서는 수사관서에 도착한 지 2~3시간 이내에 작성되었다) 인과관계가 희석 내지 단절되었음을 인정할 사정이 전혀 보이지 않아 증거능력이 부정된 것으로 보인다.

(4) 미란다원칙 불고지(불법체포)와 제2차 증거(음주관련 호흡측정결과와 혈액측정검사) - 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도2094 판결

(가) 판결요지

대법원은 형소법 제200조의5 소정의 미란다 원칙의 고지 절차 없는 위법한 강제연행 상태에서 호흡측정 방법에 의한 음주측정이 이루어진 후 피의자가 스스로 혈액채취 방법에 의한 측정을 할 것을 요구하여 채취된 혈액에 기초한 음주관련 호흡측정결과와 혈액측정검사의 증거능력이 문제된 사안에서, 강제연행 상태에서부터 시간적·장소적으로 단절되었다고 볼 수도 없고 피의자의 심적 상태 또한 강제연행 상태에서부터 완전히 벗어났다고 볼 수 없는 상황에서, 피의자가 호흡측정 결과에 대한 탄핵을 하기 위하여 스스로 혈액채취 방법에 의한 측정을 할 것을 요구하여 혈액채취가 이루어졌다고 하더라도 그 사이에 위법한 체포 상태에 의한 영향이 완전하게 배제되고 피의자의 의사결정의 자유가 확실하게 보장되었다고 볼 만한 다른 사정이

개입되지 않은 이상 불법체포와 증거수집 사이의 인과관계가 단절된 것으로 볼 수는 없다고 하여, 피의자의 요구에 의하여 이루어진 음주관련 **호흡측정결과**와 **혈액측정검사**의 증거능력을 부정하고, 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의한 경우에도 마찬가지로 판시하여, 위법하게 수집된 비진술증거의 증거능력에 대해 같은 취지로 해석하고 있다.

(나) 위 판결의 의미 - 인과관계의 단절 내지 회석, 증거동의

① [새로운 판시] 대상판결에서는 인과관계의 단절 내지 회석에 관하여 ‘적법절차에 위배되는 행위의 영향이 차단되거나 소멸되었다고 볼 수 있는 경우’, ‘당초의 적법절차 위반행위와 증거수집 행위의 중간에 그 행위의 위법요소가 제거 내지 배제되었다고 볼 만한 다른 사정이 개입됨으로써 인과관계가 단절된 것으로 평가할 수 있는 경우’²⁶⁾라는 표현을 쓰고 있다.

오염순화(해독)의 예외이론과 유사

요컨대, 대상판결은 향후 ‘先 (불법적) 임의동행, 後 증거확보 및 체포’의 관행을 없애는 데 중요한 계기가 될 것으로 예상된다.

② 아울러 대법원은 위법수집증거는 피고인이나 변호인이 증거로 동의하였다고 하더라도 증거능력이 인정되지 않는다는 종전의 입장을 재확인하였다.

(5) 불법체포와 2차 증거인 소변 감정서(인과관계를 회석하게 할 정황에 속한다고 한 사례)
- 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012도13611 판결

(가) 판시사항

① 위법한 체포상태에서 이루어진 마약 투약 혐의를 확인하기 위한 채뇨 요구가 위법한지 여부(적극)

② 마약 투약 혐의를 받고 있던 피고인이 임의동행을 거부하겠다는 의사를 표시하였는데도 경찰관이 피고인을 영장 없이 강제로 연행한 상태에서 마약투약 여부의 확인을 위한 1차 채뇨절차가 이루어졌는데, 그 후 피고인의 소변 등 채취에 관한 압수영장에 기하여 2차 채뇨절차가 이루어지고 그 결과를 분석한 소변 감정서 등이 증거로 제출된 사안에서, 1차 채뇨요구에 의하여 수집된 증거는 증거능력이 없으나, 제반 사정, 특히 2차적 증거 수집이 위법한 체포·구금절차에 의하여 형성된 상태를 직접 이용하여 행하여진 것으로는 쉽사리 평가할 수 없음을 고려할 때 2차적 증거인 소변 감정서 등은 증거능력이 인정된다고 한 사례

(나) 판결요지

① 영장없는 위법한 체포상태에서 마약 투약 혐의를 확인하기 위한 채뇨 요구가 이루어진 경우, 채뇨 요구를 위한 위법한 체포와 그에 이은 채뇨 요구는 마약 투약이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위하여 연속하여 이루어진 것으로서 개별적으로 그 적법 여부를 평가하는

26) 위 판시 내용은 미국판례법상 위법수집증거배제법칙의 예외이론 중 하나인 오염순화(해독)의 예외(the purged taint exception), 즉 최초의 위법한 수사행위와 최후의 증거의 발견 사이에 충분한 다른 사정이 개입되어 있어서 더 이상 위법수집증거 배제법칙이 실현하고자 하는 위법수사 억제효과나 사법의 공정성 달성에 영향이 없는 경우 증거로 허용된다는 내용과 유사하다.

것은 적절하지 아니하므로 그 일련의 과정을 전체적으로 보아 위법한 채뇨 요구가 있었던 것으로 볼 수밖에 없다.

② 위 사건의 경우 피고인을 강제로 연행한 조치는 위법한 체포에 해당하고, 위법한 체포상태에서 이루어진 채뇨 요구 또한 위법하므로 그에 의하여 수집된 ‘소변검사시인서’는 유죄인정의 증거로 삼을 수 없으나, 한편 ㉠ 연행 당시 피고인이 마약을 투약한 것이거나 자살할 지도 모른다는 취지의 구체적 제보가 있었던 데다가, 피고인이 경찰관 앞에서 바지와 팬티를 내리는 등 비상식적인 행동을 하였던 사정 등에 비추어 피고인에 대한 긴급한 구호의 필요성이 전혀 없었다고 볼 수 없는 점, ㉡ 경찰관들은 임의동행시점으로부터 얼마 지나지 아니하여 체포의 이유와 변호인 선임권 등을 고지하면서 피고인에 대한 긴급체포의 절차를 밟는 등 절차의 잘못을 시정하려고 한 바 있어, 경찰관들의 위와 같은 임의동행조치는 단지 수사의 순서를 잘못 선택한 것이라고 할 수 있지만 관련 법규정으로부터의 실질적 일탈 정도가 헌법에 규정된 영장주의 원칙을 현저히 침해할 정도에 이르렀다고 보기 어려운 점, ㉢ 경찰관들로서는 피고인의 임의출석을 기대하기 어려울 뿐 아니라, 시일의 경과에 따라 피고인의 신체에서 마약 성분이 희석·배설됨으로써 “증거가 소멸될 위험성이 농후” 하였으므로 달리 적법한 증거수집 방법도 마땅하지 아니하였던 점, ㉣ 수사기관은 법원에 피고인의 소변과 모발 등에 대한 압수영장을 청구하여 이를 발부받은 점 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 2차적 증거 수집이 위법한 체포·구금절차에 의하여 형성된 상태를 직접 이용하여 행하여진 것으로는 쉽사리 평가할 수 없으므로, 이와 같은 사정은 체포과정에서의 절차적 위법과 2차적 증거 수집 사이의 인과관계를 희석하게 할 만한 정황에 속하고, ㉤ 메스암페타민 투약 범행의 중대성도 아울러 참작될 필요가 있는 점, ㉥ 이와 같이 중대한 범행의 수사를 위하여 피고인을 경찰서로 동행하는 과정에서 위법이 있었다는 사유만으로 법원의 영장발부에 기하여 수집된 2차적 증거의 증거능력마저 부인한다면, 이는 오히려 헌법과 형소법이 형사소송에 관한 절차조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하게 될 것이라는 점도 아울러 참작될 필요가 있는 등 제반 사정을 고려할 때 2차적 증거인 소변 감정서 등은 증거능력이 인정된다고 한 사례이다.

(다) 검토

먼저 대법원은 동행을 거부하는 의사를 표시한 피의자를 수사기관이 영장에 의하지 아니하고 강제연행한 행위는 위법하고, 위법한 체포상태에서 ‘제1차 채뇨절차’도 위법하다고 판단한다. 앞서 본 2010도2094 판결과 같은 맥락에서, ‘제1차 채뇨절차’의 위법성과 그에 따른 ‘소변검사시인서’의 증거능력 배제는 당연한 것이다.

그러나 대법원은 영장에 기하여 이루어진 ‘제2차 채뇨절차’ 및 그 결과를 분석한 ‘이 사건 각 감정서’ 등 2차 증거의 증거능력을 긍정하였다. 대법원이 그 근거로 제시한 여러 사정들을 고려해 볼 때, 이는 오염순화에 의한 예외 내지 인과관계의 단절을 이유로 증거능력을 긍정한 것이다.

그런데 위 사례에서 2차적 증거라고 말하는 것은 1차적 증거를 통해서 얻어진 것이 아니라 위법한 절차에 기하여 일차적 증거가 수집된 이후에 다시 수집된 증거로 보아야 하고 따라서

엄격한 의미에서 ‘독수독과’가 아니라, 절차위법의 영향이 어디까지 미치는가 하는 문제로 이해해야 할 것이다. 판례가 인과관계의 희석이나 단절이라는 표현을 사용한 것도 같은 의미로 이해된다.²⁷⁾

(6) 증거제출의 **任意性**에 대한 증명책임 소재(=검사)와 증명 정도(입증부족으로 인과관계가 단절되지 않은 사례) – 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결

(가) 사안

대상판결은 피고인의 동생이 세무공무원에게 USB 등을 제출할 때에 제출의 ‘임의성’을 검사가 합리적 의심의 여지없이 입증하지 못하여서, 최초의 위법한 압수와 2차적 증거의 인과관계가 단절되었다고 보기 어려워서 증거능력을 부정하였다.

(나) 판결요지

“수사기관이 범죄혐의사실과 관련되지 않은 **별개의 증거**를 피압수자 등에게 환부하고 후에 임의제출 받아 다시 압수하였다면 증거를 압수한 최초의 절차 위반행위와 최종적인 증거수집 사이의 인과관계가 단절되었다고 평가할 수 있으나, 환부 후 다시 제출하는 과정에서 수사기관의 우월적 지위에 의하여 임의제출 명목으로 실질적으로 강제적인 압수가 행하여질 수 있으므로, 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 하고, 임의로 제출된 것이라고 볼 수 없는 경우에는 증거능력을 인정할 수 없다.”

(다) 검토 – 인과관계의 단절 내지 희석, 제출의 임의성의 입증 정도

대상판결은 형소법 제218조²⁸⁾에 의한 임의제출의 ‘임의성’을 명시적으로 부정한 최초의 대법원판례로 보인다. 아울러 독수독과 원칙에 대한 예외로서 인과관계의 단절에 대한 검사의 입증정도를 엄격하게 부과한 판결로서 그 의미가 크다고 할 것이다. 대상판결에서 눈에 띄는 점은 제출의 임의성에 대하여 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 검사가 증명할 것을 요구한다는 점이다.²⁹⁾ 대상판결의 판시사항은 위법수집증거 배제법칙이라는 원칙에 대한 중대한 예외로서 임의제출이 인정된다면, 그러한 임의성은 엄격하게 판단되어야 한다는 의미로 이해할

27) 신양균, 우리나라 형소법상 위법수집증거배제법칙, 형사법연구, 제26권 제2호(2014.여름, 통권59호), 2014, 464면.

28) 제218조(영장에 의하지 아니한 압수) 검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장없이 압수할 수 있다.

29) 형소법 제307조 제2항에 규정된 “합리적 의심을 배제할 정도의 입증”은 원래 범죄사실의 **증명정도**에 관한 것이고, 범죄사실 이외의 소송법적 사실에 대하여는 통상적으로는 개연성 입증(probability proof)이면 된다. 우리나라에서도 증거능력의 입증은 어느 정도로 해야 하는지에 관한 명확한 규정은 없다. 하지만 대법원은 원칙적으로 개연성 입증을 요구하고 있으며, 다만, 예외적으로 일부 소송법적 사실에 대하여 합리적 의심의 여지가 없는 증명을 요구하였다. 예를 들면, 제314조나 제316조 제2항의 ‘특신상태’에 대하여는 “단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다”고 판시하였다(대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도2652 판결). 그 근거는 기본원칙에 대한 예외에 다시 중대한 예외를 인정하여 공정하고 적법한 재판 관을 훼손할 수 있는 소송법적 사실이기 때문이라고 볼 수 있다. 대상판결의 판시사항도 위법수집증거 배제법칙이라는 원칙에 대한 중대한 예외로서 임의제출이 인정된다면, 그러한 임의성은 엄격하게 판단되어야 한다는 의미로 이해할 수 있다(한상훈, 임의제출물의 영치와 위법수집증거배제법칙, 최신판례분석, 법조협회, Vol.65 No.8 2016, 619~621면).

수 있다. 피고인의 기본권과 방어권을 보장하고, 수사기관의 탈법적 강제수사에 제동을 걸기 위하여 이러한 접근은 타당하다고 생각된다.

(7) 소결론

판례는 2007도3061 전합판결 이후 일관되게 ‘절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이에서 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다’라고 하여, 이른바 미국 연방대법원 판례를 통해 형성된 ‘순화된 오염의 예외이론 내지 희석이론’에 기초하여 예외적으로 증거능력을 인정하고 있다. 다만 원칙적 배제, 예외적 허용의 구조를 가지고 있는 위 법리는 확립되었지만, 그것이 구체적 현장에서 어떻게 적용되는가 하는 것은 사례의 집적을 필요로 하였다. 앞선 본 여러 요지의 판결들은 2차적 증거의 배제에 관한 의미 있는 사례들을 제공함으로써 법리가 실천적 의미를 가지는데 크게 기여한 것으로 평가할 수 있다.

5. 구체적인 적용사례 - 陳述證據와 非陳述證據로 구분하여

이하에서는 陳述證據(사람의 진술이 증거로 되는 경우를 말하는 것으로서, 구술에 의한 진술증거와 서면에 의한 진술증거로 나눌 수 있다)와 非陳述證據(그 외의 서증과 물적 증거)로 구분하여 위법수집증거배제법칙에 관한 판례를 살펴본다.

가. 陳述證據에 대한 위법수집증거배제법칙 적용 사례

(1) 구속영장 미제시 등 구속집행절차에 위배된 구속 중 수집한 피고인의 진술증거 - 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도526 판결

구속집행절차에 위배된 구속 중 수집한 피고인의 진술증거의 증거능력이 문제된 사안에서, 대법원은 전체적·종합적 판단설의 입장에서, “피고인에 대한 구속영장의 집행 당시 구속영장이 사전에 제시된 바 없다면, 이는 헌법 및 형소법이 정한 절차를 위반한 구속집행이고, 그와 같은 구속 중에 수집한 피고인의 진술증거인 피고인에 대한 검사 작성의 제3회 내지 제6회의 피의자신문조서와 피고인의 법정진술은 예외적인 경우가 아닌 한 유죄인정의 증거로 삼을 수 없는 것이 원칙이다”라고 판시하였다(단, 법정진술에 대해서는 여러 사정을 고려해 증거능력 인정함).

(2) 불법구금 중에 작성된 피의자신문조서 및 참고인진술조서의 증거능력(부정)

□ 수사기관이 ‘피고인 아닌 자’를 상대로 위법하게 수집한 증거를 ‘피고인’에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있는지 여부(원칙적 소극) - 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도 6717 판결

1) 판결요지

유흥주점 업주와 종업원인 피고인들이 영업장을 벗어나 시간적 소요의 대가로 금품을 받아서는 아니되는데도, 이른바 ‘티켓영업’ 형태로 성매매를 하면서 금품을 수수하였다고 하여 구 식품위생법 위반으로 기소된 사안에서, 경찰이 피고인 아닌 甲, 乙을 사실상 강제연행하여 불법체포한 상태에서 甲, 乙 간의 성매매행위나 피고인들의 유흥업소 영업행위를 처벌하기 위하여 甲, 乙에게서 자술서를 받고, 곧이어 甲, 乙에 대한 진술조서를 작성한 경우, 위 각 자술서와 진술조서는 헌법과 형소법이 규정한 체포·구속에 관한 영장주의 원칙에 위배하여 수집된 것으로서 수사기관이 피고인 아닌 자를 상대로 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거에 해당하여 형소법 제308조의2에 따라 증거능력이 부정된다는 이유로, 이를 피고인들에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 한 사례이다.

2) 위 판결의 의의

위 불법체포의 위법은 헌법과 형사소송이 정한 절차 중에서도 핵심적 사항인 체포·구속에 관한 영장주의 원칙에 위반되는 것이므로 甲, 乙에 대한 각 자술서와 진술조서는 위법수집증거에 해당한다. 특히, 이 사건 판결은 위법수집증거배제를 주장할 수 있는 자의 범위는 위법수사를 받은(또는 위법수사로 사생활이 침해된) 피해자에 한정되지 아니하고 제3자도 이를 주장할 수 있음을 최초로 판시하였다는 데 그 의의가 있다. 다만, 전혀 무관한 제3자에게는 적용하지 않는다는 해석의 여지가 남아있으므로 제3자의 범위가 어디까지인지에 대하여는 구체적인 판례가 좀 더 나와야 할 것으로 보인다.

(3) 陳述拒否權을 고지하지 않은 상태에서 얻은 피의자 진술의 증거능력

(가) 진술거부권 미고지 상태에서 얻은 피의자의 진술의 증거능력을 부정

종래 대법원은 위법수집증거배제법칙에 터잡아 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 얻은 피의자의 진술의 증거능력을 부정하였다.³⁰⁾

2007년 형소법 개정 후에도 검사가 국가보안법 위반죄로 구속영장을 발부받아 피의자신문을 한 다음 구속 기소한 후 다시 피의자를 소환하여 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관한 신문을 하면서 피의자신문조서가 아닌 일반적인 진술조서의 형식으로 조서를 작성한 사안과,³¹⁾ 검사가 실질적으로 피의자로 소환하여 조사를 하면서 참고인 진술조서를 작성한 사안에서,³²⁾ 대법원은 “피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사 과정에서 작성된 것이라면, 그것이 ‘진술조서, 진술서, 자술서’ 라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고, 형소법이 보장하는 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터 잡은 것이므로, 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.”라고 판시하였다.

30) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결.

31) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213 판결.

32) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010도8294 판결.

(나) 진술거부권 행사 여부에 대한 피의자의 답변이 방식에 위배된 경우 그 경찰피의자신문 조서의 증거능력 부정 - 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결

진술거부권 행사 여부에 대한 피의자의 답변이 형소법 제244조의3 제2항에 규정한 방식에 위배된 사법경찰관 작성 피의자신문조서가 문체된 사안에서, 대법원은 “헌법 제12조 제2항, 형소법 제244조의3 제1항, 제2항, 제312조 제3항에 비추어 보면, 비록 사법경찰관이 피의자에게 진술거부권을 행사할 수 있음을 알려 주고 그 행사 여부를 질문하였다 하더라도, 형소법 제244조의3 제2항에 규정한 방식에 위반하여 진술거부권 행사 여부에 대한 피의자의 답변이 自筆로 기재되어 있지 아니하거나 그 답변 부분에 피의자의 記名捺印 또는 署名이 되어 있지 아니한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 특별한 사정이 없는 한 형소법 제312조 제3항에서 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 작성된 조서라 할 수 없으므로 그 증거능력을 인정할 수 없다”고 판시하였다.

(다) 수사기관의 진술거부권 불고지 후에 취득한 법정진술 등의 증거능력

다만, 대법원은 수사기관으로부터 진술거부권을 고지받지 않은 상태에서 이루어진 최초 자백 이후 40여 일이 지난 후에 변호인의 조력을 받아 자발적으로 출석하여 위증의 벌을 경고받고 선서한 후 공개된 법정에서 재차 임의로 자백한 것이라면 법정의 자백 진술은 증거능력이 인정된다고 하였다(앞서 본 2008도11437 판결).

마찬가지로 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010도9127 판결도 “甲, 乙에 대한 각 검찰진술조서의 실질은 피의자신문조서의 성격을 가지는데, 그들에게 진술거부권이 고지되지 않은 상태에서 진술이 이루어졌으므로 위 각 조서는 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없으나, 그들은 최초 검찰 진술시로부터 수개월 또는 1년 이상 지난 시점에 법원의 적법한 소환에 따라 자발적으로 공개된 법정에서 출석하여 위증의 벌을 경고받고 선서한 후 자신이 직접 경험한 사실을 임의로 진술하였으므로, 그들의 법정 증언은 예외적으로 유죄의 증거로 사용할 수 있는 2차적 증거에 해당하여 증거능력이 있다”라고 판시하였다.

(4) 변호인과의 접견교통권이 침해된 상태에서 획득된 피의자 진술 또는 피의자신문조서의 증거능력을 부정한 사례

종래 대법원은 “헌법상 보장된 변호인과의 접견교통권이 위법하게 제한된 상태에서 얻어진 피의자의 자백은 유죄의 증거에서 실질적이고 완전하게 배제하여야 하는 것인바, 검사의 피고인에 대한 위 제1회 피의자신문은 변호인의 접견교통을 금지한 위법상태가 계속된 상황에서 시행된 것으로 보아야 할 것이므로 그 피의자신문조서는 증거능력이 없다.”라고 하여 변호인과의 접견교통권이 침해된 상태에서 획득된 진술증거의 증거능력을 부정하는 의미있는 판결을 내린 바 있다.³³⁾

그 후 대법원은 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결에서 “헌법, 관련 형소법의 규정 및 그 입법 목적 등에 비추어 보면, 피의자가 변호인의 참여를 원한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여

33) 대법원 1990. 8. 24. 선고 90도1285 판결(서경원), 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1586 판결(홍성담).

작성한 피의자신문조서³⁴⁾는 형소법 제312조에 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 위반된 증거일 뿐만 아니라, 형소법 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’에 해당하므로 이를 증거로 할 수 없다고 할 것이다.”라고 하여 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 진일보한 판결을 내렸다.

(5) 피고인의 공판조서에 대한 열람·등사청구권이 침해된 경우에 진술이 기재된 공판조서의 증거능력(부정) – 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011도15869 판결

위법수집증거 배제법칙의 적용에 해당하지는 않지만, 피고인의 공판조서에 대한 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우에 진술이 기재된 공판조서의 증거능력에 대한 판단에서, 대법원은 “형소법 제55조 제1항이 피고인에게 공판조서의 열람 또는 등사청구권을 부여한 이유는 공판조서의 열람 또는 등사를 통하여 피고인으로 하여금 진술자의 진술내용과 그 기재된 조서의 기재내용의 일치 여부를 확인할 수 있도록 기회를 줌으로써 그 조서의 정확성을 담보함과 아울러 피고인의 방어권을 충실하게 보장하려는 데 있으므로 피고인의 공판조서에 대한 열람 또는 등사청구에 법원이 불응하여 피고인의 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없을 뿐만 아니라, 공판조서에 기재된 당해 피고인이나 증인의 진술도 증거로 할 수 없다”라고 해석하고 있다.³⁵⁾

사전적인 절차 위반은 아니더라도 수사기관이 수집한 진술의 진정성을 확보하는 사후절차를 위반한 경우에도 사후절차를 규정하고 있는 입법취지에 기초하여 그 증거능력을 배제하는 것이 타당하다. 대상판결은 피고인의 공판조서 열람·등사 청구권과 관련한 소송법상 문제, 즉 법원이 피고인의 공판조서 열람·등사 청구에 응하지 아니한 때의 증거법적 문제와 소송절차적 문제에 대하여 명확한 법리를 설시하였다는 점에 의의가 있다.

나. 非陳述證據에 대한 위법수집증거배제법칙 적용 사례

非陳述證據의 수집과정에서 형소법이 규정하고 있는 적법절차를 위반함으로써 획득된 물건이나 형상 등 非陳述證據의 증거능력과 관련하여 위법수집증거배제법칙을 적용하여 그 증거능력을 부정해야 하는가와 관련된 논의로 ① 영장주의에 위반하여 수집된 압수물, ② 적법한 증거조사를 거치지 아니한 서류, ③ 함정수사에 의하여 수집한 증거물, ④ 수사기관이 불법으로 촬영한 사진 또는 도청하여 작성한 녹음테이프 등의 증거능력 인정 여부를 들 수 있다.

(1) 영장주의에 위반하여 수집된 압수물의 증거능력을 부정한 사례

(가) 압수·수색영장의 제시방법(=개별적 제시) – 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결

☞ 위 대법원 2007도3061 전합판결의 파기환송 후 사건

34) 본 사안은 피의자가 “피의자는 변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 것인가요”라는 사법경찰관의 물음에 “예”라고 답변하였음에도 사법경찰관이 변호인을 참여시키지 아니한 상태에서 계속하여 피의자를 상대로 혐의사실에 대한 신문은 행한 사안이다.

35) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011도15869 판결, 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3282 판결.

1) 판결요지

압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 하는바, 현장에서 압수·수색을 당하는 사람이 여러 명일 경우에는 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이다. 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다고 하더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다.

2) 판결의 검토

‘영장의 대물적 효력은 피압수자로 하여금 수인의 범위를 한정하는 것이고, 영장의 제시를 통해 상대방에게 알리는 효력이 있으므로 피압수자 전부에게 개별적으로 제시하여야 한다’는 점에서 이를 지적하는 대법원의 견해는 타당하다. 대법원은 어쨌든 위 2007도3061 전원합의체판결 이후에도 비진술증거에 대해서도 위법수집증거배제법칙을 적용하면서, 다만 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴보고 예외적인 경우에는 증거로 사용할 수 있다고 판시하고 있다.

(나) 위법한 압수 전 指紋 採取 사건 - 법원 2008. 10. 23. 선고 2008도7471 판결

강도강간 사건이 일어난 주점에 출동한 경찰관이 범행현장에서 피고인과 피해자(그 주점 주인)가 함께 술을 마신 테이블 위에 있던 맥주잔, 맥주병 등에서 지문 16점을 채취한 후 수사기관이 적법절차를 위반하여 지문채취 대상물(맥주잔)을 압수한 경우, 그 전에 이미 범행 현장에서 위 대상물에서 채취한 지문이 위법수집증거에 해당하는지 여부에 대하여, 대법원은 “범행 현장에서 지문채취 대상물에 대한 지문채취가 먼저 이루어진 이상, 수사기관이 그 이후에 지문채취 대상물을 적법한 절차에 의하지 아니한 채 압수하였다고 하더라도 위와 같이 채취된 지문은 위법하게 압수한 지문채취 대상물로부터 획득한 2차적 증거에 해당하지 아니함이 분명하여 이를 가리켜 위법수집증거라고 할 수 없다”라고 판시하고 있다.

그런데 범행 중 또는 범행 직후의 범죄장소에서 긴급을 요하는 법원 판사의 영장을 받을 수 없을 때 영장 없이 압수·수색·검증을 할 수 있는 것이고, 다만 사후에 지체 없이 영장을 받아야 하므로(형소법 제216조 제3항) 이에 따른 지문채취는 위법수집증거라고 할 수 없다는 판례로서 타당한 결론이라 사료된다. 즉 이 사안에서 채취된 지문은 피해자의 신고에 의하여 수사기관이 피해자 소유물에서 채취된 것이므로, 위법수집증거 배제법칙을 원용할 사안이 아니라고 볼 여지가 많다.³⁶⁾

(다) 긴급체포 후 지체없이 사후 압수·수색영장을 청구하여 발부받지 않은 사례

1) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결

대법원은 긴급체포 시 압수한 물건에 관하여 형소법 제217조 제2항, 제3항의 규정에 의한

36) 천진호, 위법수집증거의 배제에 관한 대법원 판결의 흐름과 전망, 형사재판의 제문제, 제7권(차한성 대법관 퇴임기념), 407면.

압수·수색영장을 발부받지 않고도 즉시 반환하지 않은 사안에서, 앞서 본 전체적·종합적 판단설의 입장에서 “긴급체포 후 형소법 제217조 제2항, 제3항에 위반한 채 지체없이 압수·수색영장을 청구하여 이를 발부받지 아니하고도 즉시 반환하지 아니한 압수물은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 헌법과 형소법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.”라고 판시하였다.

2) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2010도2407 판결

경찰관들이 피고인을 긴급체포한 뒤 영장 없이 피고인의 승용차에서 압수한 주사기 2개 중 1개에서 필로폰이 검출되었다는 취지의 ‘감정서’ 및 압수된 주사기들에서 혈흔반응은 음성이었고 유전자형은 검출되지 않았다는 취지의 ‘감정의뢰회보’에 대한 증거능력 판단에서도, 같은 법리에 의하여 “위 주사기 등을 압수한 뒤에 (지체 없이) 압수·수색영장을 발부받았음을 인정할 아무런 자료가 없는 사실을 알 수 있는바, ‘압수조서’, ‘감정서’, ‘감정의뢰회보’는 형소법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집하거나 그에 기초한 증거로서 그 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 해당한다고 할 것이므로, 피고인의 증거동의에도 불구하고 유죄로 인정하는 증거로 사용할 수 없다.”라고 하였다.

(라) ‘전기통신의 감청’시 통신제한조치허가서에 기재된 사항을 준수하지 아니하고 통신제한 조치를 집행한 사안 - 대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도8137 판결

1) 판결요지

통신비밀보호법상 ‘전기통신의 감청’의 개념 규정에 비추어, 전기통신이 이루어지고 있는 상황에서 실시간으로 전기통신의 내용을 지득·채록하는 경우와 통신의 송·수신을 직접적으로 방해하는 경우를 의미하는 것이지, 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남아 있는 기록이나 내용을 열어보는 등의 행위는 포함하지 않는다.

2) 판결이유

이 사건 통신제한조치허가³⁷⁾서에 기재된 통신제한조치의 종류는 전기통신의 ‘감청’ 이므로, 수사기관으로부터 집행위탁을 받은 주식회사 카카오는 통신비밀보호법이 정한 감청의 방식, 즉 전자장치 등을 사용하여 실시간으로 이 사건 대상자들이 카카오톡에서 송·수신하는 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하는 방식으로 통신제한 조치를 집행하여야 하고 임의로 선택한 다른 방식으로 집행하여서는 안 된다고 할 것이다. 그런데도 (주) 카카오는 이 사건 통신제한조치허가서에 기재된 기간 동안, 이미 수신이 완료되어

37) 통신제한조치허가서에는 통신제한조치의 종류·목적·대상·범위·기간 및 집행장소와 방법을 특정하여 기재하여야 하고(통신비밀보호법 제6조 제6항), 수사기관은 허가서에 기재된 허가의 내용과 범위 및 집행방법 등을 준수하여 통신제한조치를 집행하여야 한다. 이때 수사기관은 통신기관 등에 통신제한조치허가서의 사본을 교부하고 집행을 위탁할 수 있으나(위 법 제9조 제1항, 제2항), 그 경우에도 집행의 위탁을 받은 통신기관 등은 수사기관이 직접 집행할 경우와 마찬가지로 허가서에 기재된 집행방법 등을 준수하여야 함은 당연하다.

전자정보의 형태로 서버에 저장되어 있던 것을 3~7일마다 정기적으로 추출하여 수사기관에 제공하는 방식으로 통신제한조치를 집행하였다.

이처럼 통신제한조치허가서에 기재된 사항을 준수하지 아니한 (주) 카카오의 집행은 동시성 또는 현재성 요건을 충족하지 못해 통신비밀보호법이 정한 감청이라고 볼 수 없으므로 이 사건 통신제한조치허가서에 기재된 방식을 따르지 않은 것으로서 위법하다고 할 것이다. 따라서 그러한 집행으로 취득한 이 사건 카카오톡 대화내용은 (헌법과 통신비밀보호법이 국민의 기본권인 통신의 비밀을 보장하기 위해 마련한) 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 것으로 위법하게 수집된 증거라 할 것이므로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없을 것이다.

3) 판결의 의의

대상판결은 수사기관 수사기관으로부터 집행을 위탁받은 통신기관 등이 통신제한조치허가서에 기재된 사항을 준수하지 아니하고 통신제한조치를 집행하여 취득한 전기통신의 내용 등은 위법수집증거로서 증거능력이 부정된다고 한 사례이다.

(마) 압수물의 범죄사실과의 主觀的 關聯性³⁸⁾에 관한 사례 - 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결

1) 개요

대법원은 수사기관이 피의자 甲의 공직선거법 위반 범행을 영장 범죄사실로 하여 발부받은 압수·수색영장의 집행 과정에서 乙, 丙 사이의 대화가 녹음된 녹음파일을 압수하여 乙, 丙의 공직선거법 위반 혐의사실을 발견한 사안에서, 압수·수색영장에 기재된 ‘피의자’인 甲이 위 녹음파일에 의하여 의심되는 혐의사실과 무관한 이상, 수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부 받지 아니한 채 압수한 녹음파일은 형소법 제219조에 의하여 수사기관의 압수에 준용되는 형소법 제106조 제1항이 규정하는 ‘피고사건’ 내지 같은 법 제215조 제1항이 규정하는 ‘해당 사건’과 ‘관계가 있다고 인정할 수 있는 것’에 해당하지 않으며, 이와 같은 압수에는 헌법 제12조 제1항 후문, 제3항 본문이 규정하는 영장주의를 위반한 절차적 위법이 있으므로, 녹음파일은 형소법 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’로서 증거로 쓸 수 없고, 그 절차적 위법은 헌법상 영장주의 내지 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 중대한 위법에 해당하여 예외적으로 증거능력을 인정할 수도 없다고 한 사례이다.

2) 검토

영장주의를 위반하여 이 사건 녹음파일을 압수한 이상 위법하게 수집된 증거로서 설령 당사자의 동의가 있다고 하더라도 증거능력을 인정할 수 없다.

2012. 1. 1. 시행된 형소법은 제106조 제1항에서 ‘피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여’라는 문구를, 제215조 제1항, 제2항에서 ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정할

38) ‘당해 전자정보의 관리주체’ 및 ‘그에 수록된 정보와 관련된 기본권의 향유 주체’와 연결되어 있는 정보에 한해 압수 가능하다는 점.

수 있는 것에 한정하여라는 문구를 넣어 압수할 수 있는 대상을 종전³⁹⁾보다 제한하여 규정하였다. 즉 ‘관계가 있다’라는 요건을 추가하여 종래 필요성 요건에 더하여 관련성 요건을 요구하게 되었다. 위 개정 전에는 단지 ‘필요한 때’라고만 규정하였었고 이 필요성의 내용으로 압수의 대상과 범죄사실 사이의 관련성이 요구된다는 이해가 가능하였는데, 위 개정으로 이를 명시적 요건으로 한 것이다. 따라서 관련성 요건이 불비되었을 경우 위법수집증거로 증거능력이 부정될 소지가 커졌다. 위 판결은 개정법의 관련성 요건을 판례법으로 구체화한 것으로서 큰 의미를 가진다.

이러한 현행 형소법의 개정경위와 과정, 개정 형소법의 압수에 관한 규정의 해석 등에 비추어 보면, 대상 판결이 이 사건 녹음파일이 압수영장에 기재된 피의자의 범죄사실 즉 해당 사건과 관련성이 없다고 인정한 다음, 별도의 압수영장을 발부받지 아니하여 영장주의를 위반하였다고 판단하여 이 사건 녹음파일의 증거능력을 부정한 것은 타당한 결론이라고 사료된다. 그런데 관련성의 개념과 관련하여 장소적 관련성과 시간적 관련성이 인정되어야 한다는 점에는 별다른 이론이 없는 듯하다. 문제는 주관적 관련성도 요건으로 보아야 하는가이다. 이에 대하여는 위 대법원 판결은 긍정하는 입장에서 서 있는 것으로 볼 수 있다.

(바) 영장없이 물건을 압수한 직후 피고인으로부터 작성받은 그 압수물에 대한 ‘임의제출동의서’의 증거능력 부정 - 대법원 2010. 7. 22. 선고 2009도14376 판결

대상판결은 사법경찰관이 피고인의 집에서 20m 떨어진 곳에서 피고인을 체포하여 수갑을 채운 후 형소법 제215조 제2항⁴⁰⁾을 위반하여 영장 없이 피고인의 집으로 가서 집안을 수색하여 칼과 합의서를 압수하였을 뿐만 아니라 적법한 시간 내에 압수·수색영장을 청구하여 발부받지도 않은 사안에서, 위 압수한 칼과 합의서는 위법하게 압수된 것으로서 증거능력이 없고, 이를 기초로 한 2차 증거인 ‘임의제출동의서’, ‘압수조서 및 목록’, ‘압수품 사진’ 역시 증거능력이 없다고 하며, 같은 취지의 원심판단을 수긍한 사례이다.

(사) 유류물 및 임의제출물에 대한 적법한 압수 후 압수조서의 작성 및 압수목록의 교부 등과 같은 사후절차 위반이 있다 하더라도 압수물의 증거능력을 인정한 사례 - 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결

대법원은 피고인이 교통사고를 가장하여 처를 살해하였다고 기소된 사안에서, “이 사건 사고가 발생한 방호벽의 안쪽 벽면에 부착된 철제구조물에서 발견된 강판조각은 형소법 제218조에 규정된 유류물에, 이 사건 차량에서 탈거 또는 채취된 이 사건 보강용 강판과 페인트는 위 차량의 보관자가 감정을 위하여 임의로 제출한 물건에 각 해당하므로, 형소법 제218조에 의하여 영장 없이 압수할 수 있으므로 위 각 증거의 수집 과정에 영장주의를 위반한 잘못이 있다 할 수 없고, 나아가 이 사건 공소사실과 위 각 증거와의 관련성 및 그 내용 기타 이 사건 수사의 개시 및 진행 과정 등에 비추어, 비록 상고이유의 주장처럼 위 각 증거의 압수 후 압수

39) 개정전 제106조(압수) ① 법원은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 개정전 제215조도 마찬가지였다.
40) “사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원 판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”

조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부 절차가 제대로 이행되지 아니한 잘못이 있다 하더라도, 그것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다거나 앞서 본 위법수집증거의 배제법칙에 비추어 그 증거능력의 배제가 요구되는 경우에 해당한다고 볼 수는 없다.”라고 하여 적법한 압수 후 압수조서의 작성 및 압수목록의 교부 등과 같은 사후절차 위반이 있다 하더라도 압수물의 증거능력을 인정하였다.

(아) 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 제출받은 물건을 영장없이 압수한 경우 (증거능력 부정) - 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결

대법원은 수사기관이 피고인 소유의 쇠파이프를 피고인의 주거지 앞마당에서 발견하였으면 서도 형소법 제218조를 위반하여 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 피해자로부터 제출받은 물건을 영장없이 압수한 경우, 그 ‘압수물’ 및 ‘그 압수물을 찍은 사진’의 증거능력이 문제된 사안에서, “형소법 제218조는 ‘사법경찰관은 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장없이 압수할 수 있다’ 고 규정하고 있는바, 위 규정을 위반하여 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 제출받은 물건을 영장없이 압수한 경우 그 ‘압수물’ 및 ‘압수물을 찍은 사진’은 형소법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집하거나 그에 기초한 증거로서 그 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 해당한다고 할 것이므로 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 헌법과 형소법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때, 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.”라고 하여 위법수집증거배제법칙을 적용하였다.⁴¹⁾

(자) 검사가 ‘공소제기 후’ 수소법원 이외의 지방법원 판사로부터 발부받은 압수·수색 영장에 의해 수집한 증거 - 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결

대법원은 전체적·종합적 판단설에 입각하여 “형소법은 제215조에서 검사가 압수·수색 영장을 청구할 수 있는 시기를 공소제기 전으로 명시적으로 한정하고 있지는 아니하나, 헌법상 보장된 적법절차의 원칙과 재판받을 권리, 공판중심주의·당사자주의·직접주의를 지향하는 현행 형소법의 소송구조, 관련 법규의 체계, 문언 형식, 내용 등을 종합하여 보면, 일단 공소가 제기된 후에는 피고사건에 관하여 검사로서는 형소법 제215조에 의하여 압수·수색을 할 수 없다고 보아야 하며, 그럼에도 검사가 공소제기 후 형소법 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 하였다면, 그와 같이 수집된 증거는 기본적 인권보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다.”라고 판시하여 제308조의2를 적용하였다.⁴²⁾

41) 이 판례에서도 압수물을 찍은 사진은 압수물 그 자체의 형상을 기계적인 방법으로 촬영한 것에 불과하다는 점에서 압수물과 동일성이 인정되는 1차적 증거에 해당한다(친진호, 전게 논문 409면).

42) 대상판결은 수소법원에 압수수색에 관한 직권발동을 촉구하거나 형소법 제272조에 의한 사실조회를 신청하여 절차를 위반하지 않고서도 소정의 증명 목적을 달성할 수 있었던 사정들에 비추어 볼 때, 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우에 해당하지 않는다고 판시하였다.

(차) 영장이나 감정처분허가장 없는 강제채혈 또는 강제채뇨의 증거수집(혈중알코올농도 감정결과 등)과 그 증거능력

1) 개요

과학기술의 발전에 병행하여 새로운 수사기법이 개발됨에 따라 범죄의 증거를 범죄현장과 같은 외부에서부터 보다는 사람의 신체 내부에서 찾는 변화가 나타났고, 그 과정에서 효율적 수사달성이라는 목적 아래 우회적인 방법 등을 통하여 헌법상 적법절차주의 원칙이 훼손되고 영장주의가 형해화되며 신체의 안전과 인간의 존엄성에 대한 침해가 초래될 가능성이 커지게 되었다.

그래서 강제채혈 또는 강제채뇨의 증거수집과 그 증거능력에 대해서는 그 동안 이론적으로 논란이 있었는데, 대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결과 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도10871 판결 및 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010도12604 판결은 음주운전을 입증하기 위해 피고인의 동의 또는 영장 없이 채취한 혈액을 이용한 감정결과 등의 증거능력과 관련하여 “형소법 제215조 제2항, 제216조 제3항 및 제221조, 제221조의4, 제173조 제1항의 규정에 위반하여 수사기관이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고, 더구나 사후적으로도 지체없이 이에 대한 영장을 발부받지도 아니하고서 그 強制採血한 피의자의 혈액 중 알코올농도에 관한 감정이 이루어졌다면, 피고인의 혈중알코올농도에 대한 국립과학수사연구소 감정서 및 이에 기초한 주취운전자적발보고서는 형소법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집되거나 그에 기초한 증거로서 그 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 해당하고, 이러한 증거는 피고인이나 변호인의 증거동의를 있다고 하더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다”라고 판시하여 위법수집증거배제법칙을 적용하였다.⁴³⁾

특히, 음주교통사고 후 응급실로 이송된 경우 의료인에 의한 채혈 후 사후 압수영장을 받는다면 그 감정결과보고서 등을 증거로 음주운전에 대해 유죄로 인정할 수 있으나, 그렇지 않다면 피고인의 자백이나 증거 동의에도 불구하고 무죄로 하여야 할 것이다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결 등 참조).

대상판결들은, 의식불명 피의자에 대한 동의 또는 영장 없는 강제채혈이 위법함을 밝히고, 그 절차 위반행위가 헌법상 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 이른 것이어서 그와 같은 위법수사로 획득된 증거는 피고인이나 변호인의 증거동의를 있다고 하더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다는 대법원의 입장을 밝힌 판결로서, 헌법상 영장주의 원칙과 위법수사로 인한 개인의 기본권 침해에 대한 사법적 통제를 강조한 매우 의미 있는 판결이다.

2) 음주운전 중 교통사고를 내고 의식불명 상태로 병원으로 후송된 운전자에 대하여 수사기관이 영장 없이 강제채혈을 할 수 있는지(한정 적극) 및 이 경우 사후 압수영장을 받아야 하는지(적극) - 대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결

43) 마찬가지로 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도8376 판결은 음주측정 결과를 기재한 음주운전자 적발보고서가 적법절차에 의하지 아니하고 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 판시하였다.

가) 판결요지

① [영장이나 감정처분허가장 없이 채취한 혈액을 이용한 **혈중알코올농도 감정 결과**의 증거 능력 유무(원칙적 소극) 및 피고인 등의 동의를 있더라도 마찬가지로 여부(적극)] ☞ 앞서 본 2009도2109 판결 등 요지 참조

② [강제채혈의 법적 성질(=감정에 필요한 처분 또는 압수영장의 집행에 필요한 처분)] 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 혈액을 취득·보관하는 행위는 법원으로부터 **감정처분허가장**을 받아 형소법 제221조의4 제1항, 제173조 제1항에 의한 ‘감정에 필요한 처분’으로도 할 수 있지만, 형소법 제219조, 제106조 제1항에 정한 압수의 방법으로도 할 수 있고, 압수의 방법에 의하는 경우 혈액의 취득을 위하여 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하는 행위는 혈액의 압수를 위한 것으로서 형소법 제219조, 제120조 제1항에 정한 ‘압수영장의 집행에 있어 필요한 처분’에 해당한다.

③ 음주운전 중 교통사고를 야기한 후 피의자가 의식불명 상태에 빠져 있는 등으로 도로교통법이 음주운전의 제1차적 수사방법으로 규정한 호흡조사에 의한 음주측정이 불가능하고 혈액 채취에 대한 동의를 받을 수도 없을 뿐만 아니라 법원으로부터 혈액 채취에 대한 감정처분 허가장이나 사전 압수영장을 발부받을 시간적 여유도 없는 긴급한 상황이 생길 수 있다. 이러한 경우 피의자의 신체 내지 의복류에 주취로 인한 냄새가 강하게 나는 등 형소법 제211조 제2항 제3호가 정하는 범죄의 증거가 현저한 준현행범인의 요건이 갖추어져 있고 교통사고 발생 시각으로부터 사회통념상 범행 직후라고 볼 수 있는 시간 내라면, 피의자의 생명·신체를 구조하기 위하여 사고현장으로부터 곧바로 후송된 병원 응급실 등의 장소는 형소법 제216조 제3항44)의 범죄 장소에 준한다 할 것이므로, 수사기관은 피의자의 혈중알코올농도 등 증거의 수집을 위하여 의료법상 의료인의 자격이 있는 자로 하여금 의료용 기구로 의학적인 방법에 따라 필요최소한의 한도 내에서 피의자의 혈액을 채취하게 한 후 그 혈액을 영장 없이 압수할 수 있다. 다만 이 경우에도 형소법 제216조 제3항 단서, 형사소송규칙 제58조, 제107조 제1항 제3호에 따라 사후에 지체 없이 강제채혈에 의한 압수의 사유 등을 기재한 영장청구서에 의하여 법원으로부터 압수영장을 받아야 한다.

나) 위 판결의 검토

대상판결은 후송된 병원응급실이 영장 없이 압수·수색할 수 있는 범죄장소로 해석할 수 있으나 대해서는 논란이 있으나 음주운전에 대한 강제채혈의 허용 범위를 제시하고 있다.

영장의 성격에 대해서는 검증·감정영장설, 검증영장설, 압수수색영장과 감정영장설의 대립이 있으나 기본적으로 전문적인 지식과 경함을 가진 의학적 방법에 의하여야 한다는 점에서 압수수색영장과 감정영장이 모두 필요하다고 봄이 상당하다. 판례도 기본적인 생각은 감정처분영장이라는 입장인 것으로 보인다.

대상판결은, 국민의 기본권 침해라는 중대한 결과를 초래하고 영장주의 및 적법절차 원칙에 어긋나는 위법한 수사관행을 억지함과 아울러 실체적 진실발견이라는 이념의 조화를 도모하고자 하는 대법원의 의지가 담겨 있는 판결이라고 할 수 있다.

44) “범행 중 또는 범행직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다.”

다. 법정증인에 대한 추가수사 - 대법원 2013. 8. 14. 선고 2012도13665 판결

(1) 판결요지

대법원은 검사의 공소제기로 사건이 수소법원에 계속된 상태에서 공판준비 또는 공판기일에 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 증언 내용을 추궁하여 일반적으로 번복시키는 방식으로 작성한 **진술조서** 및 증언을 마친 증인을 상대로 검사가 **위증 혐의를 조사한 내용을 담은 피의자신문조서의 증거능력**과 관련하여 “이런 **진술조서를 유죄의 증거로 삼는 것은 당사자주의·공판중심주의·직접주의를 지향하는 현행 형소법의 소송구조에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 헌법 제27조가 보장하는 기본권, 즉 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 실질적으로 부여되는 재판**을 받을 권리를 침해하는 것이므로, 이러한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하는 한 증거능력이 없고, 그 후 원진술자인 종전 증인이 다시 법정에서 출석하여 증언을 하면서 그 진술조서의 성립의 진정함을 인정하고 피고인 측에 반대신문의 기회가 부여되었다고 하더라도 **그 증언 자체를 유죄의 증거로 할 수 있음은 별론으로 하고 위와 같은 진술조서의 증거능력이 없다는 결론은 달리 할 것이 아니다.** 이는 검사가 공판준비 또는 공판기일에 이미 증언을 마친 증인에게 수사기관에 출석할 것을 요구하여 그 증인을 상대로 위증의 혐의를 조사한 내용을 담은 **피의자신문조서**의 경우도 마찬가지이다.”라고 하여 일관되게 그 증거능력을 부정하고 있다.⁴⁵⁾

(2) 판결의 의의

대상 판결 이전의 대법원 2000. 6. 15. 선고 99도1108 전원합의체 판결은 공소제기 후 번복증인에 대하여 작성된 진술조서에 대한 대법원의 종래 일관된 입장, 즉 그 증거능력은 인정하되 그 증명력(신빙성)은 높게 평가할 수 없다는 입장을 전면적으로 폐기하고 이미 증거능력 단계에서 이를 부정한다는 입장을 천명하였다.

본 사안에서도 대상판결은 위 2000년 전원합의체판결을 재확인하고 있다.

6. 위법수집증거배제법칙의 적용범위

가. 위법수집증거배제법칙의 적용범위를 증거물에까지 확대함

위 2007도3061 전원합의체 판결은 종래 압수물에 대한 성질·형상불변의 입장을 수정하여 위법수집증거배제법칙의 적용범위를 증거물에까지 확대하고 있다. 이와 같이 위법수집증거를 배제하는 근거로서는 적정절차의 이념을 강조하고, 수사기관의 위법한 수사를 억제하기 위해서는 그러한 **증거의 증거능력을 부인하는 방법이 가장 효과적이고, 법원이 위법을 승계 받아 판결을 하는 것은 연결성에 반한다**는 점을 들고 있다. 즉 **위법수집증거배제법칙의 근거는 적정절차의 보장, 사법의 연결성과 위법수사의 억지라는 세 가지 측면을 모두 고려하고 있다고 할 수 있다.**

45) 대법원 2013. 8. 14. 선고 2012도13665 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도534 판결.

나. 私인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력에 대한 판례

위법수집증거배제법칙은 증거를 수집하고 확보할 수 있는 권한을 가진 수사기관이 위법한 절차를 통하여 증거를 수집하는 경우를 상정하여 논의되어 왔으나, 최근에는 사인이 위법한 절차를 통하여 수집한 증거를 수사기관에 임의제출 하거나, 위법한 절차를 통해 수집한 증거를 수사기관이 압수하는 경우가 늘어나고 있다.

형소법은 사진기, 도청장치 등 기술적 수단 사용에 대하여 별도의 규정을 두고 있지 않고, 다만 통신비밀보호법 제4조와 제14조 제2항에 통신제한조치와 대화 내용의 몰래 녹음 및 청취에 대해서만 증거사용을 금지하는 규정을 두고 있을 뿐, 사진이나 영상의 증거능력이나 증거조사방법에 대해서는 규정을 두고 있지 않다.

(1) 국민의 사생활 영역에 관계된 증거 제출의 허용 여부의 판단 기준(판례)

私人이 위법하게 수집한 증거의 증거능력에 대하여, 통신비밀보호법과 같은 명문의 법규정이 없는 경우에는 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교 형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 할 것이나⁴⁶⁾ 원칙적으로는 허용해야 할 것이다.

대법원도 ‘국민의 사생활 영역에 관계된 증거 제출이 허용되는지 여부의 판단 기준’에 관해, “국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하는 것이고 이는 형사절차에서도 당연히 구현되어야 하는 것이지만, 국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없다면서 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교 형량하여 증거능력 인정 여부를 결정하여야 한다”고 본다.⁴⁷⁾ 따라서 간통 피고인의 남편인 고소인이, 피고인이 실제상 거주를 종료한 주거에 침입하여 수집한 후 수사기관에 제출한 혈흔이 묻은 휴지들 및 침대시트를 목적물로 하여 이루어진 감정의퇴회보⁴⁸⁾의 경우 증거능력을 인정하였다.

(2) 경찰이 준 전화기로 私인이 몰래 녹음한 전화통화나 대화내용의 증거능력

대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도9016 판결은 제3자가 전화통화자 중 일방만의 동의를 얻어 통화 내용을 녹음하는 행위가 통신비밀보호법상 ‘전기통신의 감청’에 해당하고, 불법감청에 의하여 녹음된 전화통화 내용의 증거능력을 부정하였다.

즉, 수사기관이 甲으로부터 피고인의 마약류관리에 관한 법률 위반(향정) 범행에 대한 진술을 들은 다음 추가적인 증거를 확보할 목적으로 구속수감되어 있던 甲에게 그의 압수된 휴대 전화를 제공하여 그로 하여금 피고인과 통화하고 피고인의 위 범행에 관한 통화 내용을 녹음하게 한 사안에서, 대법원은 “이는 수사기관 스스로가 주체가 되어 구속수감된 자의 동의만을 받고 상대방인 피고인의 동의가 없는 상태에서 그들의 통화 내용을 녹음한 것으로서 범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가 등을 받지 아니한 불법감청에 해당하므로, 그 녹음 자체는 물론이고 이를 근거로 작성된 수사보고의 기재 내용과 첨부 녹취록 및 첨부 mp3파일도 모두 피고

46) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결.

47) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1584 판결, 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결.

48) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결.

인과 변호인의 증거동의에 상관없이 증거능력이 없다”고 한 사안이다.

그리고 사생활 및 통신의 불가침을 국민의 기본권의 하나로 선언하고 있는 헌법규정과 통신 비밀의 보호와 통신의 자유 신장을 목적으로 제정된 통신비밀보호법의 취지에 비추어 볼 때, 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다”라고 판시하였다.

위 판결은 제3자 녹음의 경우에는 당사자 일방의 동의를 얻었다고 하더라도 타인 간의 통신의 비밀을 침해한 것이므로 통신비밀보호법에 위반한 것이 되어 증거능력이 없다는 것을 보여 주고 있다. 종래에도 통신비밀보호법의 적용을 받는 경우에 대하여, 대법원은 간명하게 그 증거능력을 배척하는 결론에 이르고 있다.⁴⁹⁾

(3) 私인이 위법하게 수집한 非陳述證據의 증거능력

(가) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결(간통현장 주거 침입 사건)

1) 판결요지

간통 피고인의 남편인 고소인이, 피고인이 실재상 거주를 종료한 주거에 침입하여 획득한 휴지 및 침대시트 등을 목적물로 하여 이루어진 감정의뢰회보의 증거능력이 문제된 사안에서, 대법원이 “고소인이 배우자를 간통죄로 고소하면서 별거 중에 배우자가 거주하던 주거에 무단 침입하여 혈흔이 묻은 휴지 및 침대시트를 수집하여 이를 감정 의뢰한 결과회보에 대해서 비록 위법하지만, 주거에 침입한 시점은 배우자가 실제로 거주를 종료한 이후이고, 위 감정의뢰회보는 형사소추를 위해 반드시 필요한 증거라고 할 것이므로 공익실현을 위해 증거사용이 허용되어야 하고, 이로 말미암아 甲의 주거의 자유나 사생활의 비밀이 일정 정도 침해되는 결과를 초래하더라도 이는 배우자가 수인하여야 할 기본권의 제한에 해당된다”는 이유로, 이익형량설의 관점에서 감정의뢰회보의 증거능력을 인정한 사례이다.

2) 위 판결의 의의

대법원은 이와 같이 기본적으로 사인의 위법수집증거에도 증거배제를 인정하면서도 침해되는 이익과 형사처벌이라는 공익의 실현을 이익형량하고 있다.

이에 대해서 학자들은 ① 소송법적인 문제는 별개라는 점에서 사인의 위법수집에는 적용이 부정된다는 설, ② 독일의 3단계론의 영향을 받아 침해되는 권리의 영역을 분류하여 기본권의 핵심적 영역을 침해하는 경우에는 증거능력이 부정된다는 권리범위설, ③ 실제적 발견이라는 공익적인 측면과 개인의 사생활보호라는 사익간의 비교형량을 전제로 하는 이익형량설의 대립이 있다. 私인의 불법한 행위에 의해 수집한 증거로서 단순히 절차법상 위법이라는 이유만으로 증거능력을 부정할 수는 없지만 사인의 위법행위가 범죄의 입증이라는 공익을 초월하는 중

49) 대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도3106 판결. 제3자가 피고인과 타인 간의 대화를 녹음한 부분은 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 것이므로 통신비밀보호법 제14조 제2항 및 제4조의 규정에 의하여 그 증거능력이 없다는 결론에 바로 이르렀고, 상충하는 이익들에 대한 비교형량에 관하여 따로 언급하지 않았다.

대한 위법이 있는 경우에는 증거능력을 배제함이 상당하다는 점에서 이익형량설이 다수의 입장이다.

(나) 국민의 사생활 영역에 관계된 증거의 제출이 허용되는지에 대한 판단시 고려하여야 할 사항 - 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결(선거운동)

1) 판결요지

기존 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결에서와 마찬가지로 ‘법원으로서 효력적인 형사소추 및 형사소송에서 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다’고 실시하면서, “이때 법원이 그 비교형량을 함에 있어서는 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 사생활 내지 인격적 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 정도, 증거수집 과정에서 사생활 기타 인격적 이익을 침해하게 된 경위와 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 하고, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 설볼리 단정하여서는 아니 된다”고 판시하였다.

2) 사안의 개요(비밀보호조치를 임의로 해제한 후 전자우편 정보를 수집한 사안)

A시 ○○동장 직무대리의 지위에 있던 피고인이 원심 판시 일시경 A시장 甲에게 ‘A시청 전자문서시스템을 통하여 ○○1통장인 乙 등에게 A시장 甲을 도와 달라고 부탁하였다’는 등의 내용을 담고 있는 이 사건 전자우편을 보냈는데, A시청 소속 공무원인 제3자가 권한 없이 전자우편에 대한 비밀 보호조치를 해제하는 방법을 통하여 이 사건 전자우편을 수집한 사실관계에서, “제3자가 위와 같은 방법으로 이 사건 전자우편을 수집한 행위는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에 따라 형사처벌되는 범죄행위에 해당할 수 있을 뿐만 아니라 이 사건 전자우편을 발송한 피고인의 사생활의 비밀 내지 통신의 자유 등의 기본권을 침해하는 행위에 해당하는 면이 있으나, ① 이 사건 전자우편은 A시청의 업무상 필요에 의하여 설치된 전자관리시스템에 의하여 전송·보관되는 것으로서 그 공공적 성격을 완전히 배제할 수는 없고, ② 또한 이 사건 형사소추의 대상이 된 행위는 공무원의 지위를 이용한 선거운동행위로서 공무원의 정치적 중립의무를 정면으로 위반하고 이른바 관권선거를 조장할 우려가 있는 중대한 범죄에 해당하고, ③ 여기에 피고인이 제1심에서 이 사건 전자우편을 이 사건 공소사실에 대한 증거로 함에 동의한 점 등을 종합하면 이 사건 전자우편을 이 사건 공소사실에 대한 증거로 제출하는 것은 허용되어야 할 것이고, 이로 말미암아 피고인의 사생활의 비밀이나 통신의 자유가 일정 정도 침해되는 결과를 초래한다 하더라도 이는 피고인이 수인하여야 할 기본권의 제한에 해당한다고 보아야 할 것이다”라고 판단한 사례

3) 대상판결의 의의

대상판결 이전 대법원은私人이 위법하게 수집한 증거의 증거능력을 배제하는 데에 매우 소

극적인 태도를 보였다. 즉 나체사진과 같이 피고인의 중대한 인격적 이익을 직접적으로 침해하는 증거의 경우에도,⁵⁰⁾ 절도나 주거침입 등 범죄적 수단으로 증거를 수집한 경우에도, 범죄 피해자가 피고인을 처벌하기 위해 강제 수사적 성격을 띤 증거수집행위를 한 경우에도, 대체로 구체적인 이익형량 없이 단지 형사소추를 위해 반드시 필요한 증거라는 이유를 내세워 증거능력을 인정하여 왔다.

대상판결은私人에 의하여 위법하게 수집된 증거의 증거능력 판단 기준에 대하여 종전부터 대법원판결이 유지하여 오던 ‘이익형량설’에 의한 판단 기준을 유지하면서도, 위법한 증거수집에 기하여 침해 내지 제한되는 헌법적 자기결정권 등의 기본권 보장에 관한 필요성을 감안하여 그 구체적 판단 요소를 명시함으로써 향후 형사재판의 실무에서 좀더 유용한 분석의 틀을 제시하려고 한 것으로 볼 수 있다. 대상판결은私人이 위법하게 수집한 증거를 배제하기 위한 비교형량을 함에 있어서는 고려해야 할 공익과 사익에는 어떠한 것들이 있는지를 구체적으로 제시하였다는 점에서 의미가 있다.

나아가 대상판결은 ‘단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등의 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다’는 점을 명확히 선언함으로써(이전 대법원의 입장과 확실히 다른 입장을 보이고 있다), 私人에 의하여 수집된 증거라고 하여 법원이 그 수집 경위의 적법성에 대한 별다른 심리·검토를 하지 않거나 수집행위에 의하여 침해될 수 있는 헌법상 기본권 보장의 의미를 등한시한 채 형사소추의 공익성에만 치우쳐 그 증거능력을 인정하여서는 안 된다는 메시지를 분명히 전달하고 있으며, 장차 구체적·개별적 사안에 따라서는 그 증거능력의 배제라는 결론을 도출할 수 있는 이론적·논리적 발판을 마련한 것으로 평가될 수 있을 것이다.

즉, 대상판결은 형사소추의 필요성에 경도되었던 기존의 입장에서 벗어나 개인의 인격적 이익 보호 쪽으로 그 무게 중심을 조금씩 옮겨가는 과정에서 나온 것으로 이해할 수 있고, 이러한 대상판결의 미묘한 입장변화는 향후 하급심이私人이 위법하게 수집한 증거의 증거능력 여부를 판단하는데 많은 영향을 미칠 것으로 보인다.

7. 위법수집증거와 관련된 기타 쟁점들

가. 증거배제 주장적격자의 범위 - 권리나 이익이 직접 침해된 자만 할 수 있나?

위법한 행위로 인하여 권리를 침해당한 사람만이 그 증거배제를 주장할 수 있다고 해석하는 미국의 판례법상 견해와 달리 아래 우리 판례들을 종합해 보면, 대법원은 위법수집증거배제를 주장할 수 있는 사람을 직접 권리 또는 이익을 침해당한 사람에 한정하지 않는다는 견해를 취하고 있는 것으로 보인다.

① 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도7098 판결도 “검사가 피고인을 기소한 다음 법정 외에서 피고인을 조사하면서 진술조서를 작성하는 경우, 그 진술내용이 단순히 제3자의 범죄에 관한 경우가 아니라 피고인과 제3에게 공동으로 관련된 범죄에 관한 것인 이상, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리에 관하여 규정한 헌법 규정이나 위 권리를 실질적으

50) 제3자가 공갈목적을 숨기고 피고인의 동의 하에 찍은 나체사진(대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결).

로 보장하기 위하여 진술거부권의 고지에 관하여 규정하고 있는 형소법 규정의 취지에 비추어 볼 때, 검사는 피고인으로부터 진술을 듣기 전에 미리 진술거부권을 고지하여야 한다. 따라서 검사가 피고인을 상대로 위와 같은 방법으로 진술조서를 작성함에 있어서 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피고인의 진술은 위법하게 수집된 증거로서, 피고인에 대하여 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없음은 물론 피고인과 공범관계에 있는 제3자에 대하여도 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.”라고 하였다.

② 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도1755 판결도 “피고인 甲, 乙, 丙 작성의 각 진술서는 피고인 乙, 丁이 이를 증거로 함에 동의하지 않았고 피고인 甲, 乙, 丙이 각 진술서 작성 전에 수사기관으로부터 진술거부권을 고지받았음을 인정할 자료도 없어 피고인 乙, 丁에 대하여 각 증거능력이 인정되지 아니한다”고 판시하였다.

③ 결론적으로 우리의 위법수집증거배제 원칙은 국가기관의 위법만이 아니라 私인이 위법하게 수집한 증거에 대해서도 적용하면서 다만 이익형량을 하여 배제하고 있다. 나아가 이러한 증거배제를 당해 피침해자만이 아니라 제3자도 이해관계가 있다면 주장할 수 있다고 하여 폭넓게 인정하고 있다.

다만, 구체적인 사안에서 침해당한 권리 또는 이익의 성질과 침해 정도를 감안해 볼 때 피고인과의 관련성이 지나치게 먼 예외적인 경우에는 증거능력을 인정할 수도 있다는 판단 방법을 취하고 있는 것으로 사료한다. 결국, 전혀 무관한 제3자에게는 적용하지 않는다는 해석의 여지가 남아있으므로 제3자의 범위가 어디까지인지에 대하여는 구체적인 판례가 좀 더 나와야 할 것으로 보인다.

나. 위법수집증거에 대하여 피고인이 동의한 경우 증거능력의 인정 여부

(1) 搜查機關이 작성한 서류는 적법한 절차와 방식에 따라 작성되어야만 증거능력을 인정할 수 있을 것인 바, 그 위배가 있는 경우 위법의 정도에 따라 증거동의로서 증거능력을 확보하는 경우가 있고, 증거동의해도 증거능력을 확보하지 못하는 경우(판례는 임의성 없는 자백 내지 영장주의 원칙을 위반하여 수집되거나 그에 기초한 증거에 대해서는 증거동의해도 증거능력을 부여하지 않는 것으로 보인다)가 있을 것이다. 搜查機關이 취득한 증거와 관련된 판결을 거시하면 다음과 같다.

① 적법한 압수절차를 밟지 않은 압수물, 압수물을 찍은 사진, 압수조서, 감정서, 감정의뢰 회보는 헌법과 형소법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 증거능력이 없다.⁵¹⁾

② 같은 취지에서, 수사기관이 영장이나 감정처분허가장 없이 강제채취한 혈액을 이용한 혈중알코올농도 감정결과 등은 형소법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집되거나 그에 기초한 증거로서 그 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 해당하고, 이러한 증거는 피고인이나 변호인의 증거동의를 있다고 하더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다.⁵²⁾ 지금까지 나온 대법원판결들을 검토해 보면, 영장주의에 위반한 경우에는 증거동의에도 불구하고

51) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결, 대법원 2010. 4. 15. 선고 2010도2407 판결.

52) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결, 대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결.

하고 증거능력을 인정할 수 없다는 판단을 하고 있다. 영장주의 위반으로 인하여 증거능력이 부정되는 경우를 제외한 나머지 증거능력 없는 위법수집증거에 관하여는 아직 명시적인 판결이 나온 상태는 아닌 것으로 보인다.

(2) 학설 중 위법수집증거에 대한 증거동의를 인정하는 입장이 있지만, ‘헌법적 요청에서 유래하는 증거능력의 제한을 전문법칙과 직접심리주의의 관점에서 도출되는 증거동의를 법리로 우회할 수는 없다’할 것이다. 만약 증거동의를 인정한다면, 수사기관은 위법하게 증거를 획득한 연후 피의자에게 증거동의를 설득하여 증거의 증거능력을 인정받으려 할 것이므로, 위법한 증거획득을 금지하는 위법수집증거배제법칙의 원래 목적을 훼손되고 말 것이다.

(3) ‘私人이 몰래 녹음한 전화통화나 대화 내용의 증거능력’사안에서, 앞 본 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도9016 판결은 “제3자가 전화통화자 중 일방만의 동의를 얻어 통화 내용을 녹음하는 행위 것과 같은 불법감청에 의하여 녹음된 전화통화의 내용은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 증거능력이 없고, 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다”라고 판시하였다.

다. 법정대리인이 의사능력 없는 피의자(미성년자)를 대리하여 채혈에 관한 동의를 할 수 있는지 여부(원칙적 소극) - 대법원 2014. 11. 13. 선고 2013도1228 판결

“형소법상 소송능력이라고 함은 소송당사자가 유효하게 소송행위를 할 수 있는 능력, 즉 피고인 또는 피의자가 자기의 소송상의 지위와 이해관계를 이해하고 이에 따라 방어행위를 할 수 있는 의사능력을 의미하는데(대법원 2009. 11. 19. 선고 2009도6058 전원합의체 판결 등 참조), 피의자에게 의사능력이 있으면 직접 소송행위를 하는 것이 원칙이고, 피의자에게 의사능력이 없는 경우에는 형법 제9조 내지 제11조의 규정의 적용을 받지 아니하는 범죄사건에 한하여 예외적으로 그 법정대리인이 소송행위를 대리할 수 있다(형소법 제26조). 따라서 음주운전과 관련한 도로교통법위반죄의 범죄수사를 위하여 미성년자인 피의자의 혈액채취가 필요한 경우에도 피의자에게 의사능력이 있다면 피의자 본인만이 혈액채취에 관한 유효한 동의를 할 수 있고, 피의자에게 의사능력이 없는 경우에도 명문의 규정이 없는 이상 법정대리인이 피의자를 대리하여 동의할 수는 없다.”

8. 소결론 - 형소법상 위법수집증거 배제법칙에 관한 동향

2007년의 대법원 전원합의체판결과 형소법 제308조의2 신설로 인하여 우리나라의 위법수집증거배제법칙은 새로운 지평을 맞이하게 되었다. 그러나 “적법한 절차”라는 일반적인 개념만을 두고 위법의 판단기준이나 적용범위, 배제효과 등에 대해서는 아무런 언급을 하지 않음으로써 증거능력 여부를 법원의 사후 판단에 일임하고 있다고 보인다. 최근 법원은 위법사유를 아주 폭넓게 인정하면서도 원칙적으로 증거능력을 배제하는 엄한 입장을 취하고 있다.

그런데 미국에서의 위법수집증거배제에 관한 논의가 위법수사의 억지에 중점을 두고 있는데 비해, 우리나라에서는 수사절차나 공판절차를 불문하고 적법절차의 원리에 위반하는 증거들의 사용에 대한 문제로 다루고 있다. 그리고 우리나라에서 위법수집증거배제법칙의 전개는 여전

히 그 저울추가 형사사법의 효율성보다 피고인의 인권보장에 기울어져 있다고 판단된다.⁵³⁾ 우리의 경우 위 전원합의체판결이 담고 있는 취지가 존중되도록 실무가 운영되어야 하며, 적법 절차의 실질적인 내용 및 2차적 증거의 증거능력 판단에 있어서의 인과관계의 회석 내지 단절에 대한 연구 및 사례의 집적이 지속적으로 필요할 것이다. 실체적 진실발견과 피고인의 인권 보장(적법절차의 보장과 위법수사의 억지)이라는 두 가지 요청을 조화시킨다는 일반원칙을 위법수집증거배제법칙에서 어떻게 구체적으로 실현하는가는 여전히 과제로 보인다.

Ⅲ. 傳聞法則과 傳聞證據의 증거능력의 요건 관련 판례

1. 전문법칙의 적용범위 개관

가. 개요

전문법칙의 총칙 조항이라고 할 수 있는 형소법 제310조의2는 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”고 규정하고 있다. 따라서 전문법칙이 적용되는 전문증거는 ‘공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류, 그리고 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술’이라고 할 수 있다.

우선 전문법칙은 진술을 기재한 서류(전문서류)나 사람의 진술(전문진술), 즉 진술증거에 적용된다. 따라서 증거물 등과 같은 비진술증거에는 전문법칙이 적용되지 아니한다.

다음으로 진술증거 중에서도 원진술의 내용인 사실이 요증사실이 되는 경우에 한하여 전문법칙이 적용된다. 형소법 제310조의2 문언만으로는 명확하지 않은 면이 있지만, 전문법칙의 주된 취지가 전문증거의 경우 원진술자의 공판정 출석과 선서, 반대신문 등과 같은 원진술의 진실성을 담보할 장치가 부족하다는 점에 있으므로, 애초에 해당 증거가 원진술의 진실성과 무관한 사실, 예컨대 원진술의 존재 자체를 입증하기 위한 것이라면 전문법칙이 적용될 이유가 없다고 할 것이다. 다시 말하면 전문법칙은 원진술의 진실성을 전제로 원진술의 내용이 된 사실관계의 존재가 증명대상이 되는 경우에 적용된다.

나. 어떤 증거가 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정해 짐

전문법칙이 적용되는 전문증거는 경험사실에 관한 법정 외 진술로서 그 진술내용에 의하여 요증사실을 증명하는 경우, 즉 원진술자의 진술내용의 진실성을 입증하기 위한 증거를 말한다. 따라서 진술증거라도 진술내용의 진실성을 입증하기 위한 것이 아닌 요증사실의 일부를 이루는 진술⁵⁴⁾, 그 내용이 아니라 그 존재 자체에 입증취지가 있는 경우,⁵⁵⁾ 언어적 행동⁵⁶⁾, 정황

53) 위 전원합의체판결이 위법수집증거배제법칙에 대해 예외적 허용설을 취하면서 2차적 증거에 대해서도 같은 기준을 적용하고 증거동의를 대한 부정적 입장을 취하고 있는 것도 같은 맥락이다.

54) 점원이 강도피고인이 자기에게 “떠들면 죽인다”고 하는 것을 들었다는 진술은 강도죄의 실행행위에 해당하며 그 존재자체가 요증사실이 되는바, 점원의 증언은 전문이 아니므로 형소법 제316조 제1항의 요건을 갖출 필요 없

증거에 사용된 언어⁵⁷⁾, 탄핵증거로 사용된 진술 등은 전문증거에 해당하지 않으므로 전문법칙이 적용되지 않는다.

따라서 증거물, 진술증거 중 비전문증거, 전문증거가 될 수 있어도 진술을 하였다든 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 ① 성립의 진실성(작위적인 조작이나 편집이 없었음), ② 요증사실과의 관련성만 자유로운 증명을 입증되면 증거능력이 있다.⁵⁸⁾

판례도 “어떤 증거가 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정하여지는바, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다.”고 판시하여 이 점을 명확히 하였다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결 등). 따라서 어떤 진술이 기재된 서류가 그 내용의 진실성이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용될 때는 전문증거가 된다고 하더라도, 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다(대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결).

같은 취지에서 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도2556 판결은 전문법칙의 취지에 대하여 ‘사실을 직접 경험한 사람의 진술이 법정에서 직접 제출되어야 하고 이에 갈음하는 대체물인 진술 또는 서류가 제출되어서는 안 된다’는 의미라고 판시한 후, “정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우와 같이, 그 문자정보가 범행의 직접적인 수단이 될 뿐 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않는 경우에는 형소법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용될 여지가 없다.”고 판단하였다.

그리고 ‘녹음테이프의 음성정보’가 유·무죄증거로 제출될 때도 전자증거가 유·무죄증거로 제출될 때와 마찬가지로 전문법칙의 적용이 있는 경우⁵⁹⁾가 있고 전문법칙의 적용이 없는 경

이 적법하게 증인신문이 행하여지고 지각, 기억 및 표현에 잘못이 없는 한 증거능력을 가진다.

- 55) 따라서 명예훼손사건에 있어서 명예훼손적 발언을 들은 자의 증언은 본래증거이지 전문증거가 아닌 바, 명예훼손죄로 기소된 사건에 있어서 CD에 녹음된 피고인의 명예훼손적 발언을 들었다는 甲의 법정진술 부분은 재전 문증거라고 볼 수 없고(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도5347 판결), 알선수재 사건에서 ‘전화를 통하여 피고인으로부터 건축허가 담당공무원에게 사례비를 주어야 한다는 말을 들었다’는 증인의 법정진술 및 수사기관 진술(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도8007 판결), 사기 및 변호사법위반 사건에서, 피고인의 ‘88체육관 부지를 공시지가로 매입해 주고 KBS와의 시설이주 협의도 2개월 내로 완료하겠다’는 말을 들은 甲이 법정에서 이를 증언한 경우(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결), 피고인의 이와 같은 원진술의 존재 자체가 위 죄들의 요증사실이므로, 이를 직접 경험한 甲 등이 피고인으로부터 위와 같은 말을 들었다고 하는 진술은 전문증거가 아니라 본래증거에 해당하여 형소법 제316조 제1항의 제한 없이 증거능력 인정이 가능하다.
- 56) 甲이 공무원 乙에게 선물을 하면서 ‘이것은 뇌물이 아니다’라고 말했고 이러한 말을 전해들은 乙이 그 내용을 증언할 경우 형소법 제316조 제1항의 제한 없이 증거능력 인정가능하다.
- 57) 피고인으로부터 살인범행 후 “나는 신이다”라는 말을 들은 甲이 법정에서 이를 증언할 경우 피고인의 심리적 정신적 상황을 증명하는 정황증거가 된다.
- 58) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결 사안에서 ‘피고인 1 이메일 첨부서류, ‘공소외인 제출 서류’가 거기에 기재된 내용의 진실성에 대한 직접증거로 사용되는 한도에서는 전문증거로 보아야 할 것이지만, 피고인 1 또는 2가 그와 같은 내용의 문서 또는 그러한 문서파일이 들어있는 저장매체를 소지 또는 보관하고 있었다는 점에 대한 증거로 사용될 때는 전문법칙이 적용될 것이 아니어서 증거능력이 인정될 수 있다고 할 것이라고 판시하였다.
- 59) 대법원 2008. 12. 24. 선고 2008도9414 판결(위 사안에서 증거자료가 되는 것은 녹음테이프에 녹음된 대화내용 그 자체이고, 그 중 피고인의 진술내용은 실질적으로 형사소송법 제311조, 제312조의 규정 이외에 피고인의 진술을 기재한 서류와 다름없다고 보아 형사소송법 제313조 제1항 단서 등을 적용한 사례).

우가 있다. 그 구별기준은 역시 요증사실과의 관계에서 정하여지는바, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, 원진술의 존재(자체)가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니라고 해야 한다.

다. 직접증거로 사용할 때 전문증거가 되는 증거라도 간접사실에 대한 정황증거로 사용 가능
 - 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결(왕재산 사건)

정보저장매체에 기억된 문자정보를 그 내용의 진실성을 입증하기 위하여 사용하지 아니하고 그 진술을 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 때에는 역시 비전문증거로서 전문법칙의 적용이 없다. 항소심은 피고인 등의 특수잠입·탈출, 회합의 점에 관하여, “공소외 김사장 선생 앞: 2011년 면담은 1. 30. ~ 2. 1.까지 공소외 9와 00선생과 함께 북경에서 하였으면 하는 의견입니다.”라는 등의 내용이 담겨져 있는 파일들이 피고인의 컴퓨터에 ‘저장’되어 있던 사실을 유죄 인정의 근거가 되는 간접사실 중의 하나로 거시하였다.

이를 위법이라고 주장하는 피고인의 상고에 대하여 대법원은 “어떤 진술을 범죄사실에 대한 직접증거로 사용할 때에는 그 진술이 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 때에는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다(대법원 2000. 2. 25. 선고 99도1252 판결) 등 참조.”라는 일반론을 제시한 다음 “그 내용과 같이 피고인 1, 피고인 5가 북한 공작원들과 그 일시 경실제로 회합하였음을 증명하려고 하는 경우에는 문건 내용이 진실한지가 문제되므로 전문법칙이 적용되지만, 그와 같은 내용이 담긴 파일이 피고인 1의 컴퓨터에 저장되어 있다는 사실 자체는 그 기재 내용의 진실성과 관계없는 것으로서 이 부분 공소사실을 입증하기 위한 간접사실에 해당하므로 이러한 경우까지 전문법칙이 적용된다고 할 수 없다.”며 상고를 기각하였다. 이 판시사항은 2000년에 이미 판시된 바 있지만, 전자증거의 영역에서 다시 한 번 판시되었다. 그런데 이 논증은 ‘어느 증거가 전문(증거)인지 여부는 항상 요증사실과의 상대적 관계에서 결정된다’는 논증이다.

2. 검사 작성의 피의자신문조서 관련

가. 대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 전원합의체 판결에 기한 증거법에 대한 기본적인 인식변화

종래의 형소법도 전문법칙을 규정하고 있었다. 그러나 검사 등 수사기관 작성의 피의자신문조서에 용이하게 증거능력을 부여하고, 그로 인해 그 증명력도 대부분 그대로 인정함으로써 거의 모든 사건에 대해 유죄판결을 한 결과 이른바 조서재판이라 불리는 재판이 횡행하였다. 이러한 경향을 시정하기 위하여 대법원은 위 2002도537 전원합의체 판결로 이른바 검사가 작성한 피의자신문조서라고 할지라도 피고인이 형식적 진정성립뿐만 아니라 실질적 진정성립을 인정하지 않으면 그 증거능력을 인정할 수 없다는 획기적인 판결을 내 놓았다. 그동안 검사가 작성한 피고인의 자백을 기재한 피의자신문조서에 관해 이른바 형식적 진정성립이 인정되면 실질적 진정성립을 추정하여 온 것이 법원의 태도였기 때문이다.

그리고 개정 전 형소법 제312조 제1항 본문에 규정된 범문의 문언상 성립의 진정은 ‘원진술자의 진술에 의하여’ 인정되는 방법 외에 다른 방법을 규정하고 있지 아니하므로, 실질적 진정성립도 원진술자의 진술에 의하여서만 인정될 수 있는 것이라고 보아야 한다는 것이었다. 그래서 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 검사 작성의 피의자신문조서가 그 실질적 진정성립이 인정되지 아니한다면 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌다고 하더라도 이를 증거로 사용할 수 없다는 것이었다.⁶⁰⁾ 그런데 2007년 개정법은 앞서 본 증거법에 대한 대법원의 중대한 인식변화를 제대로 반영하지 못한 채 대법원의 판례보다 증거능력의 요건을 완화하였다.

즉, 개정법은 검사작성 피의자신문조서나 검사나 경찰 작성 참고인 진술조서에 대해 ① 여전히 증거로 사용할 수 있도록 하되, ② 종래 원진술자인 피고인이나 참고인 자신의 법정진술만에 의해 진정성립을 인정했던 경우와 달리, ③ 적법한 절차와 방식에 의하여 작성되고,⁶¹⁾ ④ 변호인 참여 등 특신성(credibility)이 인정되며, ⑤ 원진술자인 피고인이나 참고인의 진술, 또는 수사과정의 영상녹화물 등 객관적인 방법에 의해 실질적 진정성립이 인정되면 증거능력을 인정하도록 하였다(법 제312조 제1항, 제2항, 제312조 제4항).

이로써 형식적 진정성립과 실질적 진정성립 모두를 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건으로 삼고, 피고인의 법정진술만에 의해 위 두 가지 진정성립요건을 인정할 수 있게 함으로써 조서재판의 폐해를 시정하려 하였던 대법원 2002도537 전원합의체 판결의 의미는 반감되었다고 할 수밖에 없다. 수사과정의 영상녹화물이나 피의자신문에 참여한 수사관의 진술 등 객관적인 방법에 의해 실질적 진정성립을 인정할 기회를 검사에게 부여했기 때문이다. 피고인 측이 수사조서의 실질적 진정성립을 부정하더라도 수사과정의 영상녹화물이나 수사관의 법정진술로 그 진정성립을 쉽사리 인정할 수 있게 되었기 때문이다.

나. 실질적 진정성립의 인정은 피고인의 명시적인 진술에 의하여야 함(‘동의 및 입증취지 부인’만으로는 부족) - 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도8325 판결

(1) 판결요지

대법원은 피고인의 진술을 기재한 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 요건 및 피고인 본인의 진술에 의한 실질적 진정성립의 인정 방법이 문제된 사안에서, “형소법이 조서 작성절차와 방식의 적법성과 실질적 진정성립을 분명하게 구분하여 규정하고 있고, 또 피고인이 조서의 실질적 진정성립을 부인하는 경우에는 영상녹화물 등 객관적인 방법에 의하여 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음을 증명할 수 있는 방법을 마련해 두고 있는 이상, 피고인 본인의 진술에 의한 실질적 진정성립의 인정은 공판준비 또는 공판기일에서 한 명시적인 진술에 의하여야 하고, 단지 피고인이 실질적 진정성립에 대하여 이의하지 않았거나 조서 작성절차와 방식의 적법성을 인정하였다는 것만으로 실질적 진정성립까지 인정

60) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7342 판결.

61) 그러므로 예컨대 변호인 참여권이 보장되지 않은 채 작성된 피의자신문조서, 영상녹화의 요건을 갖추지 않은 채 수사과정을 영상녹화하면서 작성한 피의자신문조서, 수사과정을 기록하지 않은 채 작성된 피의자신문조서 등은 증거능력이 부정되어야 할 것이다.

한 것으로 보아서는 아니 된다. 또한 특별한 사정이 없는 한 이른바 ‘입증취지 부인’ 이라고 진술한 것만으로 이를 조서의 진정성립을 인정하는 전제에서 그 증명력만을 다투는 것이라고 가볍게 단정해서도 안된다”고 판시하였다.

(2) 위 판결의 의의

피고인은 검사작성의 피의자신문조서의 진정성립에 대한 의견을 제시함에 있어서 형식적 진정성립, 실질적 진정성립, 임의성여부에 대하여 명시적인 의사로 진술할 필요가 있다. 실무상 그렇게 하고는 있지만 간혹 개별적, 명시적으로 표시하지 않고 전체적으로 동의하고 입증취지는 부인한다는 식의 표현을 하는 경우가 있다. 이런 경우에 피의자신문조서에 증거능력을 부여할 것인지가 논의되는데, 실질적 진정성립과 관련하여 만약 부인하면 영상녹화물 등 객관적 방법으로 증명할 수 있는 방식이 제312조에 명시되어 있는 이상 피고인이 공판기일 또는 공판준비기일에 이를 인정한다는 명시적 진술이 있어야 한다는 것이다. 피고인이 자신의 진술과 조서내용이 동일하다는 데 대한 이의제기가 없다면 입증취지 부인이라는 표현을 한 것으로 실질적 진정성립을 인정한다고 볼 수 없다. 진정성립을 묻는 질문에 대하여 피고인이 진술을 거부한 경우에 제314조의 “그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때”에 해당하지 않아 증거능력을 부여할 수 없다는 판결⁶²⁾과 같이 전문법칙의 예외를 엄격히 해석하려는 법원의 의지가 반영된 판결이라 하겠다.

다. 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 수단인 ‘영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법’의 의미 - 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도16586 판결

(1) 판시사항

검사 작성의 피의자신문조서에 대한 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 수단으로서 형소법 제312조 제2항에 규정된 ‘영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법’의 의미 및 조사관 또는 조사 과정에 참여한 통역인 등의 증언이 이에 해당하는지(소극)

(2) 판결요지

실질적 진정성립을 증명할 수 있는 방법으로서 형소법 제312조 제2항에 예시되어 있는 영상녹화물의 경우 형소법 및 형사소송규칙에 의하여 영상녹화의 과정, 방식 및 절차 등이 엄격하게 규정되어 있는데다(형소법 제244조의2, 형사소송규칙 제134조의2 제3항, 제4항, 제5항 등), 피의자의 진술을 비롯하여 검사의 신문 방식 및 피의자의 답변 태도 등 조사의 전 과정이 모두 담겨 있어 피고인이 된 피의자의 진술 내용 및 취지를 과학적·기계적으로 재현해 낼 수 있으므로 조서의 내용과 검사 앞에서의 진술 내용을 대조할 수 있는 수단으로서의 객관성이 보장되어 있다고 볼 수 있으나, 피고인을 피의자로 조사하였거나 조사에 참여하였던 자들의 증언은 오로지 증언자의 주관적 기억 능력에 의존할 수밖에 없어 객관성이 보장되어 있다고 보기 어렵다.

62) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결.

결국 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 수단으로서 형소법 제312조 제2항에 규정된 ‘영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법’ 이란 형소법 및 형사소송규칙에 규정된 방식과 절차에 따라 제작된 영상녹화물 또는 그러한 영상녹화물에 준할 정도로 피고인의 진술을 과학적·기계적·객관적으로 재현해 낼 수 있는 방법만을 의미하고, 그 외에 조사관 또는 조사 과정에 참여한 통역인 등의 증언은 이에 해당한다고 볼 수 없다.

3. 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서

가. ‘그 내용을 인정할 때’의 의미 - 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도5040 판결

대법원은 “형소법 제312조 제3항에 의하면, 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 규정하고 있는바, 위 규정에서 ‘그 내용을 인정할 때’ 라 함은 피의자 신문조서의 기재 내용이 진술 내용대로 기재되어 있다는 의미가 아니고 그와 같이 진술한 내용이 실제 사실과 부합한다는 것을 의미한다”고 판시하였다.

그러면서 “피고인이 제1심 공판기일 이래 원심법정에 이르기까지 일관하여 각 절도의 점에 관한 공소사실을 일관하여 부인하는 경우에, 피고인은 자백 취지의 경찰 피의자신문조서의 진술내용을 인정하지 않는 것이라고 보아야 하므로, 기록상 제1심 제4회 공판기일에 피고인이 위 각 서증의 내용을 인정했는 것으로 기재된 것은 피고인의 진술경위로 보아 착오 기재였거나 아니면 피고인이 그와 같이 진술한 사실이 있었다는 것을 ‘내용인정’ 으로 조서를 잘못 정리한 것으로 보인다”고 판시하여 증거능력을 부정한 사례이다.

나. 공범인 공동피고인에 적용 - 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10139 판결

위 판결은 ‘공범관계에 있는 공동피고인에 대하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력이 문제된 사안’에서, “형소법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라, 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다. 따라서 당해 피고인과 공범관계에 있는 공동피고인에 대하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 공동피고인의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다.”고 판시하였다.

대법원은 2007년 형소법 개정 전부터 동일한 취지로 판시해 왔고, 이는 개정된 형소법 제312조 제3항의 적용에서도 마찬가지라는 것을 확인한 것이다.

4. 수사과정에서 작성한 진술조서, 진술서의 증거능력 문제

가. 개요

피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사 과정에서 작성된

것이라면, 그것이 ‘진술조서, 진술서, 자술서’라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없다.⁶³⁾

사법경찰리가 작성한 피해자 진술조서는 형소법 제313조 제1항의 규정에 따라 공판정에서의 진술자(피해자)의 진술에 의하여 진정성립이 인정되거나 형소법 제314조의 요건, 즉 공판정에서 진술을 요할 자(피해자)가 사망, 질병, 외국 거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 해당하는 경우에 한하여 그 증거능력이 인정되는 한편, 전문진술이나 전문진술을 기재한 조서·서류는 형소법 제310조의2의 규정에 의하여 원칙적으로 증거능력이 없는 것인데, 다만 전문진술은 형소법 제316조 제2항의 규정에 따라 원진술자가 사망, 질병, 외국 거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 예외적으로 증거능력이 있다고 할 것이고, 전문진술이 기재된 조서·서류는 형소법 제313조 내지 제314조의 규정에 의하여 각 그 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론, 나아가 형소법 제316조 제2항의 규정에 따른 위와 같은 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다(대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725 판결).

나. 수사기관의 피의자에 대한 조사 과정에서 작성된 ‘진술조서’나 ‘진술서’ 등의 취급 및 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 행해진 피의자 진술의 증거능력(부정) - 대법원 2013. 7. 25. 선고 2012도8698 판결

피의자의 진술을 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면, 그것이 ‘진술조서, 진술서, 자술서’라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고, 한편 형소법이 보장하는 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터 잡은 것이므로, 수사기관이 피의자를 신문하면서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다(대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213 판결 등). 특히 조사대상자의 진술내용이 단순히 제3자의 범죄에 관한 경우가 아니라 자신과 제3자에게 공동으로 관련된 범죄에 관한 것이거나 제3자의 피의사실 뿐만 아니라 자신의 피의사실에 관한 것이기도 하여 그 실질이 피의자신문조서의 성격을 가지는 경우에 수사기관은 그 진술을 듣기 전에 미리 진술거부권을 고지하여야 한다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010도9127 판결 등).

다. 진술거부권 고지 대상이 되는 피의자 지위가 인정되는 시기 및 피의자 지위에 있지 아니한 자에게 진술거부권이 고지되지 아니한 경우, 진술의 증거능력 유무 - 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도8125 판결

피의자에 대한 진술거부권 고지는 피의자의 진술거부권을 실효적으로 보장하여 진술이 강요되는 것을 막기 위해 인정되는 것인데, 이러한 진술거부권 고지에 관한 형소법 규정내용 및 진술거부권 고지가 갖는 실질적인 의미를 고려하면, 수사기관에 의한 진술거부권 고지 대상

63) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213 판결, 대법원 1982. 9. 14. 선고 82도1479 전원합의체 판결.

이 되는 피의자 지위는 (수사기관이 범죄인지서를 작성하는 등의 형식적인 사건수리 절차를 거치기 전이라도) 조사대상자에 대한 범죄혐의를 인정하여 수사를 개시하는 행위를 한 때 인정되는 것으로 보아야 한다.⁶⁴⁾ 따라서 이러한 피의자 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였더라도 진술의 증거능력을 부정할 것은 아니다. ㉠ 피고인들의 필로폰 수입에 관한 범의를 명백하게 하기 위하여 丙을 참고인으로 조사한 것이라면, 丙은 수사기관에 의해 범죄혐의를 인정받아 수사가 개시된 피의자의 지위에 있었다고 할 수 없다고 한 사례

라. 진술서 작성과정을 기록하지 않은 사례 - 대법원 2015. 4. 23. 선고 2013도3790 판결 (이광재 전 강원도지사 사건)

(1) 판결요지

피고인이 아닌 자가 수사과정에서 진술서를 작성하였으나 수사기관이 그에 대한 조사과정을 기록하지 아니하여 형소법 제244조의4 제3항, 제1항에서 정한 절차를 위반한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 수사과정에서 진술서가 작성되었다 할 수 없으므로 증거능력을 인정할 수 없다고 본 사례

(2) 판결이유

형소법 제312조 제4항은 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서의 증거능력이 인정되려면 ‘적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것’ 이어야 한다고 규정하고 있다. 여기서 적법한 절차와 방식에 따라 작성한다는 것은 피고인이 아닌 자의 진술에 대한 조서 작성 과정에서 지켜야 할 형소법이 정한 여러 절차를 준수하고 조서의 작성 방식에도 어긋남이 없어야 한다는 것을 의미한다. 그리고 형소법 제312조 제5항은 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서⁶⁵⁾의 증거능력에 관하여는 형소법 제312조 제1항부터 제4항까지 준용하도록 규정하고 있으므로, 위와 같은 법리는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서의 증거능력에 관하여도 그대로 적용된다고 할 것이다.

한편 형소법 제244조의4 제3항, 제1항에서 검사 또는 사법경찰관이 피의자가 아닌 자를 조사하는 경우에는 피의자를 조사하는 경우와 마찬가지로 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다고 규정하고 있다.

이와 같이 수사기관으로 하여금 피의자가 아닌 자를 조사할 수 있도록 하면서도 그 조사과

64) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010도8294 판결{검사가 참고인으로 소환하였으나 실질적으로 피의자로 조사를 하면서 참고인진술조서를 작성한 사안(甲은 외국인투자 촉진법에 의한 신고와 관련하여 허위의 서류를 제출한 직접 당사자이고, 피고인인 乙은 이를 대행해 준 자인데, 검사가 사전조사를 거쳐 허위의 외국인투자자는 정황을 포착한 후에 甲을 참고인으로 소환하여 진술거부권을 고지하지 않은 채 참고인 진술조서를 작성)}.

65) 이 사건 진술서의 작성 시기, 장소, 방법 및 그 경위 등에 비추어 보면, 위 진술서는 공소의 1이 검찰청에 소환된 상태에서 검사의 요구에 의하여 작성된 것으로서 비록 검사가 이 사건 진술서의 구체적인 내용에 관여하지 아니하였다고 하더라도 그 작성 과정에서 공소의 2와의 대화 기회를 제공하는 등 공소의 1의 피고인에 대한 금품 교부 관련 사실에 대한 수사과정의 일부로서 이 사건 진술서가 작성되었다고 보이므로, 형소법 제312조 제5항에서 정한 ‘피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서’에 해당한다고 할 것이다(판지).

정을 기록하도록 한 취지는 수사기관이 조사과정에서 피조사자로부터 진술증거를 취득하는 과정을 투명하게 함으로써 그 과정에서의 절차적 적법성을 제도적으로 보장하려는 데 있다. 따라서 수사기관이 수사에 필요하여 피의자가 아닌 자를 조사하는 과정에서 그 진술을 청취하여 증거로 남기는 방법으로 진술조서가 아닌 진술서를 작성·제출받는 경우에도 그 절차는 준수되어야 할 것이다. 이러한 형소법의 규정 및 그 입법 목적 등을 종합하여 보면, 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 진술서를 작성하였지만 수사기관이 그에 대한 조사과정을 기록하지 아니하여 형소법 제244조의4 제3항, 제1항에서 정한 절차를 위반한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 수사과정에서 진술서가 작성되었다 할 수 없으므로 그 증거능력을 인정할 수 없다.

마. 영상녹화물의 본증(독립적 증거) 불허 - 대법원 2014. 7. 10. 2012도5041 판결

(1) 판결의 요지

수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형소법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은, 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용할 수 없다고 한 사례

(2) 판결이유

대법원은 피고인의 모친이 남편(피고인의 부친)을 살해하고, 그 직후 자살하였는데, 피고인이 존속살해방조 및 자살방조 등의 혐의로 기소된 사안에서, “2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 형소법에는 없던 수사기관에 의한 피의자 아닌 자(이하 ‘참고인’이라 한다) 진술의 영상녹화를 새로 정하면서 그 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 참고인의 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있는 현행 형소법의 규정 내용을 영상물에 수록된 성범죄 피해자의 진술에 대하여 독립적인 증거능력을 인정하고 있는 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항 또는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제26조 제6항의 규정과 대비하여 보면, 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형소법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은, 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수는 없다고 해석함이 타당하다”고 판시하였다.

(3) 판결의 의미(평가)

개정법은 수사절차의 적법성과 투명성을 보장하고 인권침해를 방지할 목적으로 피의자의 진술을 영상녹화할 수 있는 규정(제244조의2)을 신설하였으며, 다만 조서의 진정성립 입증방법(제312조)과 피고인 또는 증인의 기억 환기용(제318조의2)으로만 사용하도록 규정하였다. 이처럼 형소법은 참고인 진술조서의 진정성립을 증명하거나 피고인이나 증인이 법정에서 진술함에 있어 기억을 환기하기 위하여 영상녹화물을 사용할 수 있음을 명시하고 있지만, 영상녹화물을 본증(요증사실 입증에 위한 자료)으로 사용할 수 있다는 규정은 두지 않았다.

이에 명시적으로 영상녹화물의 본증사용을 규정한 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(제30조), 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(제26조 제6항), 특정범죄신고자 등 보호법(제10조 제3항)의 경우가 아닌 일반 형사사건에서 영상녹화물을 본증으로 사용할 수 있는가에 관하여 이견이 있었다. 이에 대하여 법원의 실무는 일관하여 영상녹화물의 본증사용을 허용하지 않아 왔고, 이를 명시한 하급심판결도 있었다.⁶⁶⁾ 위 2012도5041 판결은 그동안의 실무를 대법원 판결로써 확인함으로써 적어도 법해석에서의 논란에 종지부를 찍은 것이다.

이 사건의 경우 원심은, 피고인의 동의를 없는 이상 참고인에 대한 진술조서의 작성이 없는 상태에서 수사기관이 그의 진술을 영상녹화한 영상녹화물만을 독자적인 증거로 쓸 수 없고 그 녹취록 또한 증거로 사용할 수 없는 위 영상녹화물의 내용을 그대로 녹취한 것이므로 역시 증거로 사용할 수 없다는 등의 이유를 들어, 위 영상녹화물 및 녹취록을 증거로 채택하지 아니한 1심 증거결정이 위법하다는 검사의 항소이유를 배척하였고, 대법원은 이러한 원심의 판단을 수긍하였다.⁶⁷⁾

위 영상녹화물을 본증으로 허용할 경우 공판에서의 심리가 ‘극장재판’화되어 공판중심주의, 직접주의가 형해화될 수 있으므로, 참고인에 대해서뿐만 아니라 피고인에 대하여도 마찬가지로 법리가 적용되어야 할 것으로 사료된다.⁶⁸⁾⁶⁹⁾

5. 형소법 제314조에 의한 증거능력 인정 요건 중 ‘증인이 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당한다고 인정하기 위한 요건

현행법 제314조는 전문법칙의 전형적인 예외 사유를 규정하고 있다. 즉, 제312조 및 제313조의 서면에 대하여 영미법상 전문법칙의 예외에서 인정되는 “필요성”과 “신용성의 정황적 보장”이라는 요건이 구비되었을 때 증거능력을 인정하고 있다.

가. 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010도2602 판결(소재탐지촉탁을 하지 않은 사례)

상해의 피해자 등을 증인으로 채택하여 수회에 걸쳐 증인소환장의 송달을 실시하였으나 불능이 되자, 소재탐지촉탁을 하는 등 소재수사를 한 바 없이 위 피해자에 대한 경찰 진술조서 등을 증거로 채택한 사안에서, 대법원은 “형소법 제314조의 ‘공판기일에 진술을 요하는 자가 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’라고 함은 소환장이 주소불명 등으로 송달불능이 되어 소재탐지촉탁까지 하여 소재수사를 하였는데도 그 소재를 확인할 수 없는 경우라야 이에 해당하고, 단지 소환장이 주소불명 등으로 송달불능되었다는 것만으로는 이에 해당한다고 보기에 부족하다고 할 것이다.”⁷⁰⁾라고 판시하여 종래의 입장을 확인하였다.

66) 서울남부지법 2007. 6. 20. 선고 2006고단3255 판결 등.

67) 위 사안에서 영상녹화물이 본증으로 채택되었다고 하더라도 결론이 바뀌지는 아니하였을 것으로 보인다.

68) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011도3437 판결 참조(본증부정설을 소극적으로 수긍한 사안).

69) 그럼에도 검찰은 영상녹화물에 본증으로서 증거능력을 인정하려는 해석론을 계속 시도하고 있다.

70) 대법원 1985. 2. 26. 선고 84도1697 판결, 대법원 1996. 5. 14. 선고 96도575 판결 등 참조.

나. 증인의 주소지에 대한 소재탐지불능보고서는 있지만 기록에 나타난 전화번호로 연락한 자료가 없는 경우는 소재불명 기타 이에 준하는 사유가 있다고 할 수 없다는 판결 - 대법원 2013. 4. 11. 선고 2013도1435 판결

(1) 판시사항

제1심법원이 증인 甲에 대한 소환장이 송달되지 아니하자 甲에 대한 소재탐지를 촉탁하여 “소재탐지불능보고서”를 제출받은 다음 甲이 ‘소재불명’인 경우에 해당한다고 보아 甲에 대한 경찰 및 검찰 진술조서를 증거로 채택한 사안에서, 검사가 제출한 증인신청서에 휴대전화번호가 기재되어 있고, 수사기록 중 甲에 대한 경찰 진술조서에는 집 전화번호도 기재되어 있으며, 그 이후 작성된 검찰 진술조서에는 위 휴대전화번호와 다른 휴대전화번호가 기재되어 있는데도, 검사가 직접 또는 경찰을 통하여 위 각 전화번호로 甲에게 연락하여 법정 출석의사가 있는지 확인하는 등의 방법으로 甲의 법정 출석을 위하여 상당한 노력을 기울였다는 자료가 보이지 않는 사정에 비추어, 甲의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 부득이 甲의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정이 증명된 경우라고 볼 수 없어 형소법 제 314조의 ‘소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당한다고 인정할 수 없다고 보아, 甲에 대한 경찰 및 검찰 진술조서의 증거능력을 부정한 사례이다.

(2) 판결요지

직접주의와 전문법칙의 예외를 정한 형소법 제314조의 요건 충족 여부는 엄격히 심사하여야 하고, 전문증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건에 관한 증명책임은 검사에게 있으므로, 법원이 증인이 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다고 인정할 수 있으려면, 증인의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 증인의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 증명한 경우여야 한다.

(3) 판결의 의미

제314조는 전문법칙의 예외를 규정하는 조문인데, 이 사건처럼 甲의 휴대 전화나 주소 등을 확인하여 출석이 가능할 수 있는지 살펴보는 것처럼 상당한 주의를 기울이지 않은 경우 그 예외를 인정하여서는 안된다는 판결이다.

다. 형소법 제314조에서 정한 '외국거주'의 의미

(1) ‘외국거주’ 요건 - 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결

형소법 제314조에서의 ‘외국거주’는 진술을 하여야 할 사람이 단순히 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 사람을 법정에 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 그 요건이 충족될 수 있다고 할 것인데,⁷¹⁾ 통상적으로 그 요건이 충족되었는지는 소재의 확인, 소환장의 발송과 같은 절차를 거쳐 확정되는 것이기는 하지만

71) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10004 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도1013 판결 등 참조.

항상 그러한 절차를 거쳐야만 되는 것은 아니고, 경우에 따라서는 비록 그러한 절차를 거치지 않더라도 법원이 그 사람을 법정에서 신문하는 것을 기대하기 어려운 사정이 있다고 인정할 수 있다면, 그 요건은 충족된다고 보아야 한다(대법원 2002. 3. 26. 선고 2001도5666 판결 등). 위 판결은 형소법 제314조와 관련하여, 외국에 거주하는 사람의 유일한 연락처인 전자우편으로 출석을 권유하였으나 증언거부의 뜻을 명확히 하였고 그 밖에 달리 출석을 기대하기 어려운 경우에는, 비록 외국의 주소를 확인하고 소환장을 발송하지 않았더라도 외국거주의 요건을 갖추었다는 판결이다.

(2) 외국거주와 관련하여 국제형사사법공조조약이 체결된 경우의 조치 - 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도17115 판결

(가) [형소법 제314조의 ‘외국거주’의 의미] “형소법 제314조에 의하여 증거능력이 인정되기 위한 요건 중 ‘외국거주’란 진술을 요하는 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 수사 과정에서 수사기관이 진술을 청취하면서 진술자의 외국거주 여부와 장래 출국 가능성을 확인하고, 만일 진술자의 거주지가 외국이거나 그가 가까운 장래에 출국하여 장기간 외국에 체류하는 등의 사정으로 향후 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우가 발생할 개연성이 있다면 진술자의 외국 연락처를, 일시 귀국할 예정이 있다면 귀국 시기와 귀국 시 체류 장소와 연락 방법 등을 사전에 미리 확인하고, 진술자에게 공판정 진술을 하기 전에는 출국을 미루거나, 출국한 후라도 공판 진행 상황에 따라 일시 귀국하여 공판정에 출석하여 진술하게끔 하는 방안을 확보하여 진술자가 공판정에 출석하여 진술할 기회를 충분히 제공하며, 그 밖에 그를 공판정에 출석시켜 진술하게 할 모든 수단을 강구하는 등 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 진술을 요할 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 적용이 있다.”

(나) [진술을 요하는 자가 외국에 거주하고 있어 공판정 출석을 거부하면서 출석할 수 없는 사정을 밝히고 있으나, 거주하는 외국의 주소나 연락처 등이 파악되고 해당 국가와 대한민국 간에 국제형사사법공조조약이 체결된 상태인 경우, 형소법 제314조 적용을 위하여 법원이 취해야 할 절차]

“나아가 진술을 요하는 자가 외국에 거주하고 있어 공판정 출석을 거부하면서 공판정에 출석할 수 없는 사정을 밝히고 있더라도 **증언 자체를 거부하는 의사가 분명한 경우가 아닌 한** 거주하는 외국의 주소나 연락처 등이 파악되고, **해당 국가와 대한민국 간에 국제형사사법공조조약이 체결된 상태라면 우선 사법공조의 절차에 의하여 증인을 소환할 수 있는지를 검토해 보아야 하고, 소환을 할 수 없는 경우라도 외국의 법원에 사법공조로 증인신문을 실시하도록 요청하는 등의 절차를 거쳐야 하고, 이러한 절차를 전혀 시도해 보지도 아니한 것은 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 진술을 요하는 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있는 때에 해당한다고 보기 어렵다.**”

라. 피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우는 형소법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 미해당 - 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결

(1) 판결요지

원진술자 등의 진술에 의하여 진정성립이 증명되지 아니하는 전문증거에 대하여 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 사유로, 1995. 12. 29. 개정되기 전의 구 형소법 제314조가 ‘사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’, 2007. 6. 1. 개정되기 전의 구 형소법 제314조가 ‘사망, 질병, 외국거주, 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’ 라고 각 규정한 것에 비하여, 현행 형소법은 ‘사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’로 규정함으로써 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하고 있는데, 이는 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 취지가 반영된 것이다.

한편 헌법은 모든 국민은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다고 선언하고(제12조 제2항), 형소법은 피고인은 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다고 규정하여(제283조의2 제1항), 진술거부권을 피고인의 권리로서 보장하고 있다. 위와 같은 현행 형소법 제314조의 문언과 개정 취지, 진술거부권 관련 규정의 내용 등에 비추어 보면, 검사가 문건의 작성자로 지목한 피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우는 형소법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다.

(2) 판결의 의의

종래 전문법칙의 예외사유로 규정된 “진술자의 사망, 질병, 외국거주, 기타 사유” 중 “기타 사유”를 폭넓게 해석하여 피고인의 방어권이나 반대신문권이 충분히 보장되지 못하였던 문제점이 있었다. 그러나 최근의 대법원 판례는 이에 관하여 비교적 엄격하게 판단하는 경향을 보이고 있다. 특히 원진술자의 법정출석 및 반대신문이 이루어지지 못한 경우 수사기관이 원진술자의 진술을 기재한 조서의 증거능력을 제한하는 경향을 보이고 있다.

특히 형소법은 증인에게 일정한 사유가 있는 경우 증언을 거부할 수 있는 권리를 보장하고 있다(제148조, 제149조). 위와 같은 형소법 제314조의 문언과 개정취지, 증언거부권 관련 규정의 내용 등에 비추어 보면, 법정에 출석한 증인이 형소법 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형소법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다는 기존 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결과 맥을 같이 하는 판결이다.

즉 피고인은 심지어 인정신문에서 자신의 성명 등을 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있으므로 서류의 진정성립을 묻는 법원의 질문에 대하여도 진술을 거부할 수 있는 권리가 있다. 이렇듯 헌법상 권리를 행사하는 것은 전문법칙의 예외를 인정하는 요소인 필요성 즉 원진술자 사망·질병·외국거주·소재불명 등에 준하는 사유를 갖추었다고 볼 수 없어 아무리 실체적 진실발견과 소송경제라는 측면의 요구가 있다 하더라도 증거로 할 수 없다.

6. 형소법상 참고인 소재불명 등의 경우 ‘특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음’에 관한 사례

가. 특신상황에 관한 판례 정리 - 대법원 2014. 4. 30. 2012도725 판결, 대법원 2014. 8. 26. 2011도6035 판결, 대법원 2014. 2. 21. 2013도12652 판결 등

(1) [특신상황의 의미] 참고인의 소재불명 등의 경우 제314조, 제316조 제2항에서 말하는 ‘그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때’ 라 함은 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다.

(2) [입증정도] 그리고, 위 조항들은 형소법이 제312조 또는 제313조에서 참고인 진술조서 등 서면증거에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우에 한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본 원칙에 대한 예외를 인정한 데 대하여 다시 중대한 예외를 인정하여 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 한 것이므로 ‘특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음에 대한 증명’은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로만 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다.

(3) 나아가 법원이 제314조에 따라 증거능력을 인정하기 위하여는 단순히 진술이나 조서의 작성과정에 뚜렷한 절차적 위법이 보이지 않는다거나 진술의 임의성을 의심할 만한 구체적 사정이 없다는 것만으로는 부족하고, 이를 넘어 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 굳이 거치지 않더라도 진술의 신빙성과 임의성을 충분히 담보할 수 있는 구체적이고 외부적인 정황이 있어 그에 기초하여 법원이 유죄의 심증을 형성하더라도 증거재판주의의 원칙에 어긋나지 않는다고 평가할 수 있는 정도에 이르러야 한다.

나. 검토

이처럼 대법원은 일련의 판결들을 통하여 특히 신빙할 수 있는 상태의 의미를 보다 구체화하였다. 위 판결들에서 실시한 법리 자체가 새로운 것이라 할 수는 없지만, 특신상태의 증명을 보다 엄격하게 하려는 의지를 나타낸 것이라는 의미가 있다. 형소법 제314조는 원진술자에 대한 반대신문권이 보장되지 않음에도 이를 증거로 사용할 수 있게 하는 조항인 만큼 특신상태는 가능한 엄격하게 해석하는 것이 타당하다. 만약 그렇게 해석하지 않을 경우 원진술자가 수사기관에서 위증의 부담 없이 한 진술을 반대신문의 기회도 부여하지 않은 채 증거능력을 인정하는 셈이 되어 부당하고, 특히 그 참고인이 공소사실을 입증할 주요한 증거인 경우에는 더욱 그러하다. 대법원도 전문증거의 증거능력 요건으로서의 형소법 제314조 및 제316조 제2항의 경우 원진술자의 불출석을 전제로 하고 있기 때문에(반대신문권 행사가 불가능함), 원진술자의 출석을 전제로 하고 있는 다른 전문법칙 규정(반대신문권 행사가 가능함)에서의 “특신상태”와는 달리 이를 더 엄격하게 해석하는 방향을 유지하고 있는 것이다. 물론 이를 증명력(신빙성)의 문제로 보아 증거능력은 다소 넓게 인정하되 증거가치는 낮다고 평가하는 방법도 고려할 수는 있으나, 이는 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 부정하는 형소법의 규정과는 다소

배치되는 해석론으로 받아들이기 어렵다.

대상판결들은 형소법 제314조의 특신상태에 대한 증명은 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도로 증명되어야 한다는 법리를 확인하고, 이러한 특신상태의 법리가 형소법 제316조 제2항에도 그대로 적용된다는 것을 밝힌 점에 의의가 있다.

다. 실제 사례

(1) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결(오산시장 사건)}

피의자(위 사안 피고인에게 뇌물을 공여한 사람)에 대하여 검찰에서 1달간 15회에 걸쳐 조사가 이루어지다가 피의자가 마지막 조사 과정에서 쓰러져 3일 후에 사망하였고, 위 피의자에 대하여 3회 조사 시에 영상녹화가 이루어졌는데, 그 영상녹화물의 내용과 3회 피의자신문조서의 내용에 차이가 있는 사안에서, 검사 작성의 (사망한) 피의자신문조서 중 제3회 피신조서에 대하여는 영상녹화물의 내용과 불일치하는 점,⁷²⁾ 그 이후의 피신조서에 대하여는 피의자의 건강상태, 단기간 동안 상당히 많은 수의 조사가 이루어졌다는 점 등을 들어 3회 조사 이후의 검찰 진술에 ‘특신정황’을 인정할 수 없다고 보아, 3회 피의자신문조서 이후에 작성된 서류 모두에 대하여 증거능력을 부정한 사례이다. 대상판결은 원심 판결과 달리 진술자가 사망한 검사 작성의 피의자신문조서에 대하여 구체적으로 그 사유를 적시해 가면서 특신상태를 부인하였다.

(2) 대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결(특신상황을 부인한 사례)

공소외인에 대한 검찰 피의자신문 과정에서 피고인과 대질이 이루어진 바 있기는 하나, 대질을 포함한 각 진술 과정에서 공소사실과 같이 인터넷 채팅을 통해 사전에 유사성고행위의 대가를 지급하기로 한 바가 있는지 등 공소사실의 핵심적인 사항에 관하여 두 사람의 진술이 시종일관 일치하지 않았던 사정,⁷³⁾ 더구나 원심에 이르러 피고인이 제출한 CD에 수록된 동영상에서는 공소외인이 수사기관에서 한 자신의 진술이 허위라는 취지로 진술하고 있는 점 등에 비추어, 공소외인의 진술이 형소법 제314조가 의미하는 ‘특신상태 하에서’ 이루어진 것이라는 점, 즉 진술 내용에 허위개입의 여지가 거의 없고 진술 내용의 신빙성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 점이 합리적 의심의 배제할 수 있을 만큼 확실히 증명되어 법정에서 반대신문을 통한 확인과 검증이 거치지 않아도 될 정도에 이르렀다고 보기는 어렵다고 한 사안이다.

대상판결은 특신정황에 관하여 합리적인 의심의 배제할 수 있을 만큼 증명이 되어 있지 않

72) 녹음테이프는 성질상 작성자나 진술자의 서명이나 날인이 없을 뿐만 아니라 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 내용이 편집·조작될 위험이 있으므로, 그 대화내용을 녹음한 원본이거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야만 하고, 그러한 증명이 없는 경우에는 쉽게 증거능력을 인정할 수 없으며, 녹음테이프에 수록된 대화내용이 이를 풀 어쓴 녹취록의 기재와 일치한다거나 녹음테이프의 대화내용이 중단되었다고 볼 만한 사정이 없다는 점만으로는 위와 같은 증명이 있다고 할 수 없다(판시내용).

73) 피고인의 진술은 인터넷 채팅으로 만난 공소외인이 합의하에 모텔방에 온 후에야 대가를 요구하길래 이를 신고 하였다는 취지인 반면, 공소외인의 진술은 인터넷 채팅으로 미리 행위의 내용과 대가를 정하였는데 피고인이 다른 행위를 요구하여 서로 다투었다는 취지였다.

을 경우에는 법정에서 직접 신문을 거쳐 확인하여야 한다는 취지이다. 이에 관하여는 검사가 입증하여야 하고, 따라서 그러한 증명을 거치지 않았을 경우에는 특신정황에 대한 입증이 없으므로 수사기관의 진술에 대하여 증거능력이 부정되고 법정에서 진술자를 불러 직접 확인하여야 한다.

그 후 나온 대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725 판결도 앞서 본 2013도12652 판결의 법리를 재인용하고, 형소법 제314조의 ‘특신상태’와 관련된 법리는 마찬가지로 원진술자의 소재 불명 등을 전제로 하고 있는 **형소법 제316조 제2항의 ‘특신상태’에 관한 해석에도 그대로 적용된다고** 판시하였다.

라. 평가

형사증거법상 특신상태의 개념에 대해서는 신용성의 정황적 보장설, 적법절차설, 결합설 등이 있다. 또한 특신상태를 임의성, 신빙성 등과 명확히 구분하지 않는 견해도 있다.⁷⁴⁾ 그리고 형사재판실무에서도 그동안 피고인이나 변호인의 특신상태에 관한 주장이나 법원의 심리가 소극적이었고, 특신상태에 대한 논의도 본격적이지 못하였다. 이는 형사증거법상 증거능력 인정요건의 하나로서 특신상태는 그 성격상 임의성이나 신빙성과 혼동의 여지도 있고, 형사재판실무에서 피고인이나 변호인이 특신상태에 대한 주장에 소극적이었을 뿐만 아니라 법원도 그 심리에 소극적이었던 데에서 그 이유를 찾아볼 수 있을 것이다.

특히 판례가 제시하는 특신상태의 개념, 즉 “그 진술의 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없고 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 증명된 때”는 여전히 일반적이고 추상적이어서 그러한 정황의 유형과 그 증명 여부는 사안별로 구체적·개별적으로 발굴되고 판단될 수밖에 없다. 공소장일본주의에 의한 증거분리제출이 이루어지고 있는 형사재판실무에서 증거능력 요건으로서 특신상태에 대한 심리가 충실하게 이루어져야 할 것인데, 위 오산시장 판결은 드물게 그 판단의 구체적인 내용까지 살펴볼 수 있는 사례라는 점에서 선례로서 의의가 크다.

7. 형소법 제315조 제3호에서 정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’의 의미 및 문서가 같은 조 제2호에서 정한 ‘업무상 통상문서’에 해당하는지 판단하는 기준 - 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 전원합의체 판결

74) 여기에 판례가 언급하지는 않았지만 한 가지 유의미한 특징이 추가로 발견된다. 특신상태의 의미에 관하여, (i) 진술내용의 신빙성으로 보는 견해, (ii) 신용성의 정황적 보장으로 보는 견해, (iii) 적법절차가 준수되는 상황으로 보는 견해가 제시되어 있다. 위 2012도725 판결은 진술내용이 일관성이 없고 다른 증거 및 사실과 배치된다는 점과 대질신문을 하지 않은 점 등을 들어, 위 2011도6035 판결은 진술내용이 영상녹화물과 불일치하거나 객관적 정황과 맞지 아니하는 점과 진술자가 말기압 상황에서 강도 높은 조사를 받다가 사망한 점 등을 들어, 위 2013도12652 판결은 진술인의 진술내용이 피고인의 진술과 시종일관 불일치하고 스스로 허위라고 진술한 바도 있다는 점 등을 들어 각 특신상태를 부인하였다. 이를 보면 판례가 특신상태의 개념으로 제시하고 있는 “그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우”란 (i) 및 (ii)를 모두 포함한 것이라고 할 수 있다. 이는 특신상태를 “신용성의 정황적 보장”과 동의어로 보기도 하는 학계나 실무계의 현상과는 구별된다. 대법원 판결 중에도 이를 동시하는 것이 있다(대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도3619 판결 등). (i)의 견해에 대하여는 증거의 증명력(신빙성)과 특신상태를 구별하지 못한다는 비판이 있다(이상원, 2014년 분야별 중요판례분석, 법률신문, 4318호(2015. 5.) 권호038, 법률신문사, 2015, 12면).

가. 사안(원세훈의 국정원 선거개입 사건)

공소사실 인정의 핵심증거인 ‘425지논 파일 및 시큐리티 파일’이 통상문서에 해당한다고 보아 증거능력을 인정한 원심을 파기한 사례

나. 판결요지

상업장부나 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 범죄사실의 인정 여부와는 관계없이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서는 사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서로서 형소법 제315조 제2호에 의하여 당연히 증거능력이 인정된다.

그리고 이러한 문서는 업무의 기계적 반복성으로 인하여 허위가 개입될 여지가 적고, 또 문서의 성질에 비추어 고도의 신용성이 인정되어 반대신문의 필요가 없거나 작성자를 소환해도 서면제출 이상의 의미가 없는 것들에 해당하기 때문에 당연히 증거능력이 인정된다는 것이 형소법 제315조의 입법취지인 점과 아울러, 전문법칙과 관련된 형소법 규정들의 체계 및 규정 취지에 더하여 ‘기타’ 라는 문언에 의하여 형소법 제315조 제1호와 제2호의 문서들을 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’의 예시로 삼고 있는 형소법 제315조 제3호의 규정 형식을 종합하여 보면, 형소법 제315조 제3호에서 규정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’는 형소법 제315조 제1호와 제2호에서 열거된 공권적 증명문서 및 업무상 통상문서에 준하여 ‘굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제 되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서’를 의미한다.

나아가 어떠한 문서가 형소법 제315조 제2호가 정하는 업무상 통상문서에 해당하는지를 구체적으로 판단함에 있어서는, 형소법 제315조 제2, 3호의 입법취지를 참작하여 당해 문서가 정규적·규칙적으로 이루어지는 업무활동으로부터 나온 것인지 여부, 당해 문서를 작성하는 것이 일상적인 업무 관행 또는 직무상 강제되는 것인지 여부, 당해 문서에 기재된 정보가 취득된 즉시 또는 그 직후에 이루어져 정확성이 보장될 수 있는 것인지 여부, 당해 문서의 기록이 비교적 기계적으로 행하여지는 것이어서 기록 과정에 기록자의 주관적 개입의 여지가 거의 없다고 볼 수 있는지 여부, 당해 문서가 공시성이 있는 등으로 사후적으로 내용의 정확성을 확인·검증할 기회가 있어 신용성이 담보되어 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

8. 증거동의의 주체(소송 주체) - 대법원 2013. 3. 28. 선고 2013도3 판결

피고인이 출석한 공판기일에서 증거로 하는 데 부동의한다는 의견이 진술된 후 피고인이 출석하지 아니한 공판기일에 변호인만이 출석하여 증거로 하는 데 동의한 경우, 증거동의(반대신문권의 포기)의 효력 유무가 문제된 사안에서, 증거동의의 주체는 피고인이므로 피고인이 출석하여 부동의 한 후 변호인이 피고인 불출석 기일에 동의로 반복할 수 없다는 판결이다. 즉, 증거로 함에 대한 당사자의 동의는 본래 증거능력이 없는 傳聞證據에 대하여 증거능력을 부여하는 소송행위를 의미하므로, 형소법 제318조에 규정된 증거동의의 주체는 소송 주체인 검사와 피고인이고, 변호인은 피고인을 대리하여 증거동의에 관한 의견을 낼 수 있을 뿐이므로 피고인의 명시한 의사에 반하여 증거로 함에 동의할 수는 없다.

IV. 전자적(디지털)증거 관련 판례

디지털 증거는 매체독립성, 무체정보성, 복제용이성, 취약성, 대량성 및 네트워크 관련성과 같이 전통적인 증거와 구별되는 특성을 갖추고 있지만 현행 형사증거법의 대다수 규정은 디지털 증거의 활용을 전제하지 않고 만들어진 것이었다.

2011. 7. 18. 개정 형소법 제106조 제3항은 “법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체 등을 압수할 수 있다.”고 규정하여 예외적으로 저장매체 자체를 압수할 수 있도록 하고 있다.

그런데 전자증거는 유체물인 증거와 달리 특유의 비가독성과 대용량성, 그리고 변조용이성 등으로 인해 그 압수·수색에 관해서는 영장심사 단계에서의 사전적 통제는 물론 영장집행과정이나 그 이후의 사후적 통제가 크게 문제되고 있다. 그래서 전자정보에 대한 압수·수색에 대해서는 개정 형소법이 제106조 제3항과 제4항⁷⁵⁾에서 이에 대한 근거규정을 신설하였음에도 그 구체적인 범위와 절차와 관련하여 이론과 실무 모두 여전히 논란이 되고 있다. 디지털 시대의 도래는 기존의 형사증거법 체계에 대한 근본적인 재검토를 요구하고 있다.

저장매체자체의 압수는 출력, 파일 복사, 이미징 등의 방법으로 행하여지는데, 이는 전자정보의 대량성, 비가시성, 복제가능성 등 특성을 반영한 것으로 관련성이 있는 정보만을 걸러내기 위하여 ‘수색·검증’의 과정이 중요하게 되었다. 그런데 수색·검증의 범위 자체는 압수대상물(관련성 있는 정보) 외에 출력, 파일복사, 이미징 등에 의하여 수사기관이 보관하게 된 정보 전체일 수밖에 없기 때문에 이로 인하여 포괄압수의 위험성 및 무관 전자정보의 발견 가능성이 높아졌다.

이에 학계에서는 일찍부터 압수·수색의 대상, 원본과의 동일성, 사건관련성의 범위, 참여권보장의 한계 등이 논의되었는데, 핵심은 전자정보 압수·수색에 대한 제한과 통제로 귀결된다. 법원의 영장실무도 이에 적극 호응하면서 과도한 통제에 의해 실체진실주의가 훼손된다는 비판과 함께, 일각에서는 전자정보의 압수·수색방법에 대한 법규나 판례의 해석이 미비한 상황에서, 수사기관에 대한 제재의 일환으로 법원이 사법통제를 강화하고 있다는 다소 감정 섞인 우려도 제기되고 있다. 적법절차의 원칙과 실체진실주의의 갈등이 비단 전자증거에 국한된 것은 아니지만, 최근 전자증거의 압수·수색이 증가하는 상황에서, 양자의 조화를 위한 합리적 해석론이 요구되고 있다. 이런 상황에서 대법원은 최근에 전자적 정보의 압수방법, 그리고 정보검색과정의 성격과 그 과정에서의 참여권보장의 의미, 별도 범죄혐의 관련 전자정보(無關情報)의 압수수색 방법 등에 관한 중요한 결정을 하였다.

75) “법원은 제3항에 따라 정보를 제공받은 경우 「개인정보 보호법」 제2조 제3호에 따른 정보주체에게 해당 사실을 지체 없이 알려야 한다.” <신설 2011. 7. 18.>

1. 전자적 정보의 압수 관련 판례

가. 전자적 정보의 압수방법 - 대법원 2011. 5. 26.자 2009도1190 결정

(1) 사안개요 → 전교조 본부 사무실에 대한 압수·수색영장 집행 사안

수사기관이 전국교직원노동조합 본부 사무실에 대한 압수·수색영장을 집행하면서 방대한 전자정보가 담긴 저장매체 자체를 영장 기재 집행장소에서 수사기관 사무실로 가져가 그곳에서 저장매체 내 전자정보파일을 다른 저장매체로 복사하였는데, 이에 대하여 위 조합 등이 준항고를 제기한 사안에서, 위 영장 집행이 위법하다고 볼 수 없다는 이유로 준항고를 기각한 원심의 조치를 수긍한 사례

(2) 판시사항

전자정보에 대한 압수·수색영장을 집행할 때 저장매체 자체를 외부로 반출할 수 있는 예외적인 경우 및 위 영장 집행이 적법성을 갖추기 위한 요건

(3) 판결요지

대법원은 위 준항고 사안에서, “전자정보에 대한 압수·수색영장을 집행할 때에는, ① 원칙적으로 영장 발부의 사유인 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 하고, ② 집행현장 사정상 위와 같은 방식에 의한 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 부득이한 사정이 존재하더라도 저장매체 자체를 직접 혹은 하드카피⁷⁶⁾나 이미징⁷⁷⁾ 등 형태로, 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 해당 파일을 압수·수색할 수 있도록 영장에 기재되어 있고 실제 그와 같은 사정이 발생한 때에 한하여 위 방법이 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다. ③ 나아가 이처럼 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮긴 후 영장에 기재된 범죄 혐의 관련 전자정보를 탐색하여 해당 전자정보를 문서로 출력하거나 파일을 복사하는 과정 역시 전체적으로 압수·수색영장 집행의 일환에 포함된다고 보아야 한다. 따라서 그러한 경우 문서출력 또는 파일복사 대상 역시 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 한다. 그러므로 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄 혐의 관련성에 대한 구분 없이 저장된 전자정보 중 임의로 문서출력 혹은 파일복사를 하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 영장주의 등 원칙에 반하는 위법한 집행이다.

한편 검사나 사법경찰관이 혐의사실과 관련된 정보는 물론 그와 무관한 다양하고 방대한 내용의 사생활 정보가 들어 있는 저장매체에 대한 압수·수색영장을 집행할 때 영장이 명시적으로 규정한 위 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 열람 혹은 복사하게 되는 경우에도, ④ 전체 과정을 통하여 피압수·수색 당사자나 변호인의 계속적인 참여권 보장, ⑤ 피압수·수색 당사자가 배제된 상태의 저장매체에 대한 열람·복사 금지, ⑥ 복사대상 전자정보 목록의 작성·교부 등 압수·수색 대상인 저

76) 디스크이미징 장비를 이용하여 하드디스크를 물리적으로 그대로 복제하는 것.

77) 디스크이미징 소프트웨어를 이용하여 대상 하드디스크를 하나의 파일 형태로 복제하는 것.

장매체 내 전자정보의 왜곡이나 훼손과 오·남용 및 임의적인 복제나 복사 등을 막기 위한 적절한 조치가 이루어져야만 집행절차가 적법하게 된다.

이 사건에서 수사기관이 저장매체 자체를 수사기관 사무실로 옮긴 것은 영장이 예외적으로 허용한 부득이한 사유의 발생에 따른 것으로 볼 수 있고, 나아가 당사자 측의 참여권 보장 등 압수·수색 대상 물건의 훼손이나 임의적 열람 등을 막기 위해 법령상 요구되는 상당한 조치가 이루어진 것으로 볼 수 있으므로 이 점에서 절차상 위법이 있다고는 할 수 없으나, **다만 영장의 명시적 근거 없이 수사기관이 임의로 정한 시점 이후의 접근 파일 일체를 복사하는 방식으로 8,000여 개나 되는 파일을 복사한 영장집행은 원칙적으로 압수·수색영장이 허용한 범위를 벗어난 것으로서 위법하다고 볼 여지가 있는데**, 위 압수·수색 전 과정에 비추어 볼 때, 수사기관이 영장에 기재된 혐의사실 일시로부터 소급하여 일정 시점 이후의 파일들만 복사한 것은 나름대로 대상을 제한하려고 노력한 것으로 보이고, 당사자 측도 그 적합성에 대하여 묵시적으로 동의한 것으로 보는 것이 타당하므로, 위 영장 집행이 위법하다고 볼 수는 없다.”고 판시하였다.

(4) 판결의 의미

대상결정은 정보저장매체 등에 대한 압수·수색에 있어서 적법절차의 관점에서 ① 관련성의 요건, ② 출력 또는 파일 복사의 원칙, ③ 저장매체에 대한 예외적 압수, ④ 피압수자의 참여권 보장, ⑤ 전자정보의 왜곡이나 훼손 등의 방지조치 등 그 적법 요건과 한계를 선언하였다는 점에서 중요한 의의가 있다. 위 결정은 정보저장매체에 대한 압수·수색영장 집행방법을 제한하는 일선 법원의 실무를 긍정함으로써 형소법 제106조 제3항 및 제4항의 개정에 큰 영향을 미쳤다.

그 후에 나온 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011도10508 판결도 전자정보에 대한 압수·수색 영장을 집행할 때 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등 외부로 반출할 수 있는 예외적인 경우 및 위 영장 집행이 적법성을 갖추기 위한 요건과 관련하여, 위 2009도1190 결정과 같은 취지로 그 요건에 대한 판단 기준을 제시하고 있고,⁷⁸⁾ 특히 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄혐의와 관련성에 대한 구분 없이 임의로 문서를 출력하거나 파일을 복사하는 집행은 원칙적으로 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수라고 판시하고 있다.

나. 전자정보의 압수·수색에 있어 정보검색의 성격과 피압수자 참여권 보장의 의미 - 대법원 2015. 7. 16. 자 2011도1839 전원합의체 결정⁷⁹⁾

(1) 판시사항

① 수사기관 사무실 등으로 반출된 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위가 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수인지 여부(원칙적 적극)

78) 본 사안은 수사기관이 피고인에 대한 공소사실 중 관세법 위반의 점에 대한 압수·수색영장의 압수 대상이 아니거나 그 혐의사실과 무관한 ‘물류 관련 서류’와 ‘전산자료 출력물’을 압수한 사건이다.

79) 同旨 : 대법원 2015. 10. 15. 자 2013도1969 결정.

② 전자정보가 담긴 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력 하는 일련의 과정에서, 피압수·수색 당사자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치가 취해지지 않은 경우, 압수·수색의 적법 여부(원칙적 소극) 및 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였더라도 마찬가지로 여부(적극)

③ 전자정보에 대한 압수·수색 과정에서 이루어진 현장에서의 저장매체 압수·이미징·탐색·복제 및 출력행위 등 일련의 행위가 모두 진행되어 압수·수색이 종료된 후 전체 압수·수색 과정을 단계적·개별적으로 구분하여 각 단계의 개별 처분의 취소를 구하는 준항고가 있는 경우, 당해 압수·수색 과정 전체를 하나의 절차로 파악하여 그 과정에서 나타난 위법이 압수·수색 절차 전체를 위법하게 할 정도로 중대한지 여부에 따라 전체적으로 압수·수색 처분을 취소할 것인지를 가려야 하는지 여부(원칙적 적극) 및 이때 위법의 중대성을 판단하는 기준

④ (생략)

⑤ 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우, 수사기관이 적법하게 압수·수색하기 위한 요건 / 이 경우 피압수·수색 당사자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 하는지 여부(원칙적 적극)

(2) 결정요지

①~② 전자저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 또는 복제본을 외부로 ‘반출’ 하고, (중략) 이처럼 적법하게 획득한 복제본 등을 탐색하여 문서로 출력하는 경우에도, 형소법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다.

③ (생략) 준항고 법원으로서 특별한 사정이 없는 한 그 구분된 개별 처분의 위법이나 취소 여부를 판단할 것이 아니라 당해 압수·수색 과정 전체를 하나의 절차로 파악하여 그 과정에서 나타난 위법이 압수·수색 절차 전체를 위법하게 할 정도로 중대한지 여부에 따라 전체적으로 그 압수·수색 처분을 취소할 것인지를 가려야 할 것이다(아래 제1처분은 위법하다고 볼 수 없으나, 제2·3처분의 위법의 중대성에 비추어 위 영장에 기한 압수·수색이 전체적으로 취소되어야 한다). 여기서 위법의 중대성은 위반한 절차조항의 취지, 전체과정 중에서 위반행위가 발생한 과정의 중요도, 위반사항에 의한 법익침해 가능성의 경중 등을 종합하여 판단하여야 한다.

④ [다수의견] 검사가 압수·수색영장을 발부받아 甲 주식회사 빌딩 내 乙의 사무실을 압수·수색하였는데, 저장매체에 범죄혐의와 관련된 정보(이하 ‘有關情報’ 라 한다)와 범죄혐의와 무관한 정보(이하 ‘無關情報’ 라 한다)가 혼재된 것으로 판단하여 甲 회사의 동의를 받아 저장매체를 수사기관 사무실로 반출한 다음 乙측의 참여하에 저장매체에 저장된 전자정보파일 전부를 ‘이미징’의 방법으로 다른 저장매체로 복제(‘제1처분’)하고, 乙측의 참여 없이 이

미정한 복제본을 외장 하드디스크에 재복제(‘제2처분’)하였으며, 乙측의 참여 없이 하드디스크에서 유관정보를 탐색하는 과정에서 甲회사의 별건 범죄혐의와 관련된 전자정보 등 無關情報도 함께 출력(‘제3처분’)한 사안에서, 제1처분은 위법하다고 볼 수 없으나, 제2·3처분은 제1처분 후 피압수·수색 당사자에게 계속적인 참여권을 보장하는 등의 조치가 이루어지지 아니한 채 유관정보는 물론 無關情報까지 재복제·출력한 것으로서 영장이 허용한 범위를 벗어나고 적법절차를 위반한 위법한 처분이며, 제2·3처분에 해당하는 전자정보의 복제·출력 과정은 증거물을 획득하는 행위로서 압수·수색의 목적에 해당하는 중요한 과정인 점 등 위법의 중대성에 비추어 위 영장에 기한 압수·수색이 전체적으로 취소되어야 한다고 한 사례.

⑤ (생략) 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다. 나아가 이런 경우에도 별도의 압수·수색 절차는 최초의 압수·수색 절차와 구별되는 별개의 절차이고, 별도 범죄혐의와 관련된 전자정보는 최초의 압수·수색영장에 의한 압수·수색의 대상이 아니어서 저장매체의 원래 소재지에서 별도의 압수·수색영장에 기해 압수·수색을 진행하는 경우와 마찬가지로 피압수·수색 당사자(‘피압수자’라 한다)는 최초의 압수·수색 이전부터 해당 전자정보를 관리하고 있던 자라 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 피압수자에게 형소법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다.

⑥ 검사가 압수·수색영장(이하 ‘제1 영장’이라 한다)을 발부받아 앞서 본 제1처분(복제), 제2처분(재복제)까지 하였으며, 乙측의 참여 없이 하드디스크에서 유관정보를 탐색하던 중 우연히 乙 등의 별건 범죄혐의와 관련된 전자정보(이하 ‘別件情報’라 한다)를 발견하고 문서로 출력하였고(3처분), 그 후 乙측에 참여권 등을 보장하지 않은 채 다른 검사가 별건정보를 소명자료로 제출하면서 압수·수색영장(이하 ‘제2 영장’이라 한다)을 발부받아 외장 하드디스크에서 별건 정보를 탐색·출력한 사안에서, 제2영장 청구 당시 압수할 물건으로 삼은 정보는 제1영장의 피압수·수색 당사자에게 참여의 기회를 부여하지 않은 채 임의로 재복제한 외장 하드디스크에 저장된 정보로서 그 자체가 위법한 압수물이어서 別件情報에 대한 영장청구 요건을 충족하지 못하였고, 나아가 제2영장에 기한 압수·수색 당시 乙측에 압수·수색 과정에 참여할 기회를 보장하지 않았으므로, 제2영장에 기한 압수·수색은 전체적으로 위법하다고 한 사례.

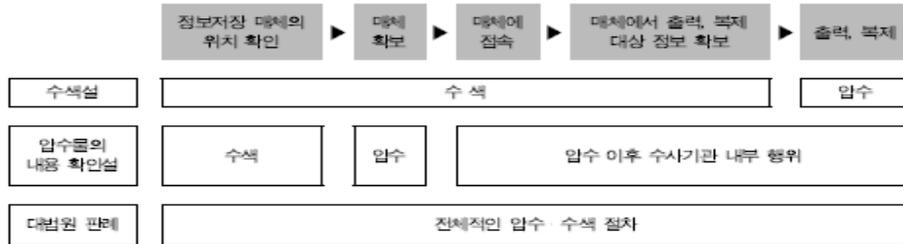
(3) 대상판결의 검토

(가) 전자정보의 성격과 위법성 판단

대상판례는 저장매체의 압수를 압수·수색의 준비단계인 반출⁸⁰⁾로 이해하면서 정보검색과정

80) “전자정보에 대한 압수·수색이 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등 외부로 ‘반출’하는 방식으로 허용되는 예외적인 경우 및 수사기관 사무실 등으로 ‘반출’된 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위...”(위 결정).

을 증거물획득을 위한 압수수색과정으로 이해한다. 즉 정보의 검색과정을 전체적으로 압수수색영장의 집행과정에 포함된다고 보면서, 정보매체의 압수와 정보검색의 과정⁸¹⁾은 외형적으로는 수개의 수색과 압수가 반복되지만, 하나의 수색과 압수로 이해한다(구체적으로 압수인지 수색인지는 명확히 밝히고 있지 않다). 이를 요약하면 다음 표와 같다.



대법원의 다수견해는 대상사건에 대해 제1처분부터 제3처분을 하나의 압수수색행위로 이해하고, 각 처분의 위법성을 개별적으로 판단할 것이 아니라 전체적으로 판단해야 한다고 한다. 그리하여 대법원은 전자정보의 압수에 있어 매체의 반출, 정보검색 후 하드디스크 저장 및 출력의 각 처분을 종합적으로 판단하여 그 위법의 중대성을 결정하고 있다. 그래서 반출 이후의 과정에서도 피압수처분자 등의 참여가 배제되거나 무분별한 복제 등을 통제하는 적절한 조치를 취하지 않은 경우 위법의 중대성을 이유로 소급해서 압수 전체를 취소하고 있다. 즉, 참여권을 보장한 1처분은 위법하지 않지만, 증거물획득행위로서 중요한 의미를 가지고 있는 2, 3처분에 대해 참여권을 보장하지 않은 채 無關係情報까지 출력한 것은 중대한 위법이 있다고 판단하여 제1영장에 기한 압수수색행위 전체를 위법한 것으로 결론 내리고 있다.

(나) 전자정보 검색에 있어서 참여권 보장

위 결정은 전자정보 압수수색에 있어서 혐의사실 관련성 원칙 준수를 위한 당사자나 변호인의 참여권 보장의 중요성을 강조하고 있다. 대법원이 위법성 판단의 근거로 제시한 無關係情報의 출력이 사건 관련성요건의 미비라는 점을 제외하면, 대상판례에서 압수수색의 적법 여부를 결정지은 것은 참여권의 보장이라 할 수 있다. 전자정보의 왜곡이나 훼손, 오·남용 및 임의적인 복제·복사, 무분별한 별건범죄 수사에의 이용 등을 막기 위한 적절한 통제장치로서 그 과정에서 피압수자 등의 참여가 필요하다는 점에 대해서는 이론이 있을 수 없다.

대상판례에 의하면 無關係情報의 압수는 참여권과 상관없이 사건 관련성을 인정할 수 없어 영장주의에 위반되며, 참여권이 문제되는 것은 유관정보에 한정된다고 한다. 특히 압수수색의 기회에 피압수자측에 참여의 기회를 주지 않으면, 수사기관이 無關係情報를 별도 범죄의 수사단 서로만 활용하고 폐기하는 경우에 이를 통제할 방법이 없고, 결국 수사기관에 탐색적 수색권 한을 주게 됨으로써 법원이 유관정보에 한정해서 발부한 영장을 전자정보 전부를 압수수색할 수 있는 영장으로 변모시킴으로써, 영장주의를 위반한 것과 동일한 정도의 적법절차 위반이

81) 압수 목적물인 매체를 발견한 뒤에 압수의 방법으로서 형소법 제106조 제3항에 기재된 '기억된 정보의 범위를 정하는 행위'가 수색에 해당하는지에 대해서는 명문의 규정이 없다.

된다고 한다. 결국 대상판례는 피압수자의 참여권과 실체진실발견의 이념이 충돌하는 상황에서 영장주의 원칙을 바탕으로 참여권의 의미를 강조하는 것으로 해석된다.

(다) 제2영장의 문제

우리 실정법에서 미국의 plain view나 독일의 긴급압수수색제도를 인정하지 않는 현실에 비추어 보면, 제2영장의 집행과정에서 피압수자의 참여권이 보장되지 않은 것은 명백한 위법이다. 설사 외국의 이러한 법리들이 인정된다하더라도 대상판례처럼 하드디스크를 검사해 보관하고 있는 상황에서는 압수수색의 긴급성을 인정할 객관적 근거가 없다. 더구나 제2압수처분으로 확보한 하드디스크에는 無關情報가 혼재되어 있어 피압수자의 프라이버시 침해가능성이 높을 뿐만 아니라 별건혐의에 대한 어떠한 통지도 받지 못한 상태에서 참여권이 보장되지 않음으로써 이후의 방어권보장에 심각한 장애를 초래할 가능성이 있다. 굳이 독수독과의 법리에 따라 제1영장에 의한 압수처분의 위법성을 전제하지 않더라도, 제2영장에 의한 각 처분은 그 자체로 모두 위법한 것으로 판단된다.⁸²⁾

다. 별도 범죄혐의 관련 전자정보(=無關情報)의 압수·수색 - 위 대법원 2015. 7. 16. 자 2011도1839 전원합의체 결정

압수수색을 하는 중 혐의사실과 무관한 증거를 발견한 경우, 범죄현장에서의 압수나 현행범 체포·긴급체포 시의 압수 등 형소법상 명문의 규정으로 인정되는 영장주의의 예외 요건에 해당되지 않는 한 대법원은 그 無關證據에 대하여 아직까지 미국 판례법과 같은 영장 없는 압수수색의 예외를 인정하지 않고 있다.

압수수색의 요건으로는 범죄의 혐의, 피의사실과의 관련성, 압수수색의 비례성이 갖추어져야 한다고 해석되고 있고, 그 중 ‘관련성’ 요건은 2012. 1. 1. 시행된 개정 형소법에서 명문으로 규정되었을 뿐 아니라, 최근에 들어서는 특히 전자정보의 압수수색절차 과정에서 관련성 원칙을 어떻게 준수할 것인가가 적법절차의 대표적 내용으로 활발하게 논의되고 있다. 대법원도 앞서 본 2011. 5. 26.자 2009도1190 결정을 통해 전자정보의 압수수색에 있어서도 관련성 원칙이 준수되어야 함을 일관되게 판시해오고 있다.

문제는 전자정보에 대하여 예외적으로 허용되고 있는 외부반출에 의한 압수수색 과정에서 관련성 있는 증거를 출력하기 위해서는 전체 정보의 ‘탐색’이 불가피한데, 전체 정보의 탐색 과정에서 우연히 무관 전자정보를 발견할 가능성이 높다는 것이다. 그런데 이미징한 무관 전자정보에 대하여 영장에 의한 압수수색을 허용할 수 있는가의 문제는, 단순히 영장이 적법절차를 담보해준다는 형식적인 논의에서 벗어나 개인의 프라이버시권과 실체적 진실발견을 통한 형사사법체계의 확립에 대한 사회적 이익이라는 두 개의 충돌하는 문제가 발생하므로, 그 가능성 및 허용 범위에 대하여 어떻게 조화할 것인가에 관한 문제이다.

이에 대상전원합의체 결정은 전자정보에 대한 압수수색 중 우연히 발견한 별도 범죄혐의에 대한 전자정보(無關情報)⁸³⁾에 대하여, ① (최초) 압수수색이 종료되기 전에, ② 혐의사실과

82) 박성민, 전자정보의 압수수색에 있어 정보검색의 성격과 피압수자 참여권 보장의 의미, 형사정책 제28권 제2호 (통권 제49호), 2016. 220~221면 참조.

83) 처음부터 의도한 별건수사가 아니라면 수사기관은 당연히 이를 인지하여 수사해야 한다(형소법 제196조).

관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서, ③ 우연히 발견한 경우에, ④ 더 이상의 추가 탐색을 중단하고, ⑤ 법원으로부터 별도 범죄혐의에 대한 압수수색 영장을 발부받은 다음, ⑥ 당해 정보의 원래의 피압수자에게 형소법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 참여권을 보장하고 ⑦ 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치를 취한 경우에 한하여 적법하게 압수수색을 할 수 있다고 판시함으로써, 본결정은 적법하게 탐색하는 과정에서 우연히 발견한 無關情報에 대한 압수수색 가능성 및 그 요건 대한 새로운 기준을 제시하였다.⁸⁴⁾

현행 형소법상 새로운 영장에 의한 압수수색 이외에는 無關情報를 증거물로 압수할 방법이 없지만, 그렇다고 해서 새로운 영장만 발부받으면 어떠한 압수수색도 적법하게 된다는 의미는 아닐 것이다. 無關 전자정보에 대한 별건 수사는 새로운 영장만 발부받는다면 무제한적으로 가능한 것인가? 그런데 미국 판례법상 플레인뷰 이론은 전자정보에 대하여 그 적용범위를 제한하는 방향으로 발전되어 왔다. 수사기관이 어떠한 범죄사실로든 단 한 번의 영장을 통하여 엄청난 양의 정보를 ‘탐색’이라는 이유로 보유하게 되고, 그 후 새로운 수사 단서에 대한 별다른 노력없이 보유하고 있는 정보를 이용하여 언제든지 새로운 영장만 발부받으면 끊임없이 별개 범죄사실을 수사할 수 있다는 것은 국민의 기본권에 대단히 심각한 침해를 가져오게 될 것이다. 즉, 전자정보에 관해서는 형식적 의미의 영장주의가 적법절차 원칙을 담보하지 않는다. 당장 이 사건 결정을 통해 대법원은 압수수색과 관련된 미국 판례법상의 plain view 제한 이론들을 실질적 의미의 영장주의의 해석론으로서 받아들이는 모습을 보여주고 있다.

이 사건 결정은 위와 같은 질문에 대하여 최초로 직접적이고 구체적으로 그 해답을 제시하고 있다. 우리 대법원은 이 사건 결정에서 이미징한 무관 전자정보에 대하여 새로운 영장에 의한 압수·수색이 가능하다고 선언하고 있다. 다만, 그 요건으로서 위 미국 판례법상 플레인뷰 이론의 제한방안들을 도입하고 있다. 이 사건 결정에서 검사가 무단으로 이미징한 파일로부터 재복제한 유무관 전체 정보를 탐색하는 과정에서 無關情報를 발견하고, 이에 대하여 다른 검사가 법원으로부터 새로운 영장을 발부받아 이미징한 무관 전자정보를 상대로 압수·수색 영장을 집행한 처분은 위법하다고 본 것이다. 이는 향후 전자정보에 대한 압수수색실무에서 당장 활용 가능한 중요한 가이드라인이 될 뿐 아니라, 적법절차원칙과 영장주의에 대한 새로운 예외적 법리를 채택한 것이어서 그 파급력이 상당하다고 볼 것이다.⁸⁵⁾

2. 전자증거(digital evidence 혹은 electronic evidence)의 증거능력 관련 판례

가. 디지털증거의 성격과 그 증거능력 부여 개관

디지털증거는 그 작성주체와 성격, 공소사실과의 관계에서 가지는 의의가 다양하므로, ‘디지털’이라는 형식에만 주목하여 이를 일률적으로 취급하여서는 아니된다. 디지털증거의 성격과

84) 다만 미국에서 판례(Coolidge v. New Hampshire)상 인정해 오고 있는 플레인 뷰(Plain view)이론에 비해 우리 대법원의 입장은 턱없이 완고한 모습을 엿볼 수 있는 대목이다.

85) 강수진, 별도 범죄혐의 관련 전자정보의 압수·수색에 관한 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 결정의 검토, 안암 법학, 50권, 안암법학회, 2016, 279~326면 참조.

증거로서의 의의에 따라 분류하여 보면 아래와 같이, 진술증거라 하더라도 요증사실과의 관계에서 전문증거가 아닐 수 있다.⁸⁶⁾

성격	전문증거 여부	증거로서의 의미	예
진술 증거	전문증거	그 내용이 증거인 경우	(요증사실이 기록된) 조서, 진술서(요증사실이 기록된) 일기, 회의록, 보고서, 각종 문서 등
	비전문증거	그 존재가 증거인 경우	협박 내용의 이메일, 위조된 전자문서, 지적표현물, 영업비밀이 담긴 전자문서 등
비진술 증거	비전문증거	그 존재가 증거인 경우	불법 복제한 컴퓨터프로그램, 악성프로그램 로그기록 등

2016년 개정된 형소법은 서류에 대해서만 전문법칙의 예외를 규정하고 있고 서류 이외의 정보저장매체(녹음테이프, 사진, 사본, 비디오테이프, 전자파일 등, 이하 ‘특수정보저장매체’라고 한다)에 대해서는 아무런 규정이 없는 바람에 그 증거능력의 부여방법에 대해서 여러 가지 견해가 있을 수 있었다. 전자증거의 생성자(maker)나 음성의 주인이私人인테 기소된 피고인의 유죄·무죄증거로 전자증거 혹은 음성정보가 제출되는 케이스가 점차 늘어나고 있다.

이 때 전자증거와 음성정보는 엄밀하게 말하면 현행 형소법 제313조 제1항의 진술서나 진술기재서가 아니다. 그러나 1997년부터 대법원은 비서류증거⁸⁷⁾가 피고인의 유죄·무죄입증의 증거로 법정에 제출될 때 이를 실질적으로 형소법 제313조 제1항의 진술서나 진술기재서에 준하는 ‘문건’으로 보아 형소법 제313조 제1항을 적용(혹은 준용)하여 왔다.

특수정보저장매체라고 하더라도 서류와 근본적으로 다르다고 볼 수는 없으므로 전자적(디지털)증거의 특수성에 따라 증거능력을 부여하여 증거로 사용할 수 있고, 다만 형소법상(제244조, 제244조의4 등) 피의자나 참고인의 진술을 취득하는 수사방법으로 서류를 작성하는 것을 전제로 하고 있는 이상 특수정보저장매체에 기록하는 방법으로 그러한 진술이 취득된 경우 피고인의 증거동의를 없는 한 증거로 사용할 수 없다.⁸⁸⁾ 즉 전문증거는 피고인 등이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니한 이상 형소법 제311조 내지 제316조에서 규정한 것에 해당하지 않으면 증거로 할 수 없다. 정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물의 경우 주로 문제 되는 조항은 형소법 제313조 제1항,⁸⁹⁾ 제314조, 제315조이다.

86) 이숙연, 디지털증거의 증거능력 판단, 형사재판의 제문제, 제7권(차한성 대법관 퇴임기념), 2014, 223면.

87) ‘비서류증거’란 주로 전자증거와 녹음된 음성정보(녹음테이프를 포함한다)를 아우르는 용어로 사용된다.

88) 대법원은 공범으로서 별도로 공소제기된 다른 사건의 피고인 甲에 대한 수사과정에서 담당 검사가 피의자인 甲과 그 사건에 관하여 대화하는 내용과 장면을 녹화한 비디오테이프에 대한 법원의 검증조서는 이러한 비디오테이프의 녹화내용이 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서와 실질적으로 같다고 볼 것이므로 피의자신문조서에 준하여 그 증거능력을 가려야 한다고 전제하면서 피고인의 진술을 들음에 있어 동인에게 미리 진술거부권이 있음을 고지한 사실을 인정할 자료가 없으므로 위 녹화내용은 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없는 것으로 볼 수밖에 없고, 따라서 이러한 녹화내용에 대한 검증조서기재는 유죄증거로 삼을 수 없다고 판시하였다(대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결).

89) 형사공판절차에서 증거서류 또는 이에 준하는 증거자료로서 문자정보 또는 그 출력물이 제출되는 경우 그 실질은 대부분 형소법 제313조 제1항에서 규정한 ‘피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류’에 해당한다. 따라서 공판준비 또는 공판기일에서 작성자 등의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 이를 증거로

그런데 대법원은 유죄·무죄증거로 제출된 전자증거에 대하여 때로는 전문법칙을 적용하고 때로는 전문법칙을 적용하지 아니하고 있다. 대법원은 증거제출자가 전자문건에 표시된 ‘인간의 경험적 사실에 관한 정보’를 그 내용의 진실성을 입증하기 위하여 제출하는 때에는 전문법칙을 적용하고, 전자문건에 ‘인간의 경험적 사실에 관한 정보’가 아예 없거나, 입증취지가 내용의 진실성을 입증하기 위한 것이 아니라 일정한 표현행위 자체의 존재가 범죄구성요건의 일부를 실현하는 것일 때에는 전문법칙을 적용하지 아니한다(대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도 2511 판결-후술).

나. 특수정보저장매체에 저장된 문건 또는 그로부터 출력된 문건의 증거능력 인정요건

정보저장매체에 저장된 문건 또는 그로부터 출력된 문건을 증거로 사용하기 위해서는 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력한 문건의 同一性이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 디지털 저장매체 원본이 수집(압수) 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았음(無缺性)이 담보되어야 하며, 위 문건을 진술증거로 사용하는 경우 그 기재 내용의 眞實性에 관하여는 전문법칙이 적용된다.⁹⁰⁾

(1) 동일성·무결성의 입증방법 - 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결(왕재산 사건 - 증거능력 인정 사례)

(가) 사안의 개요

국가보안법위반사건에서 유죄증거로 제출된 것은 정보저장매체에 입력하여 기억된 문자정보(이하 ‘전자 문건’이라 한다) 또는 그 출력물(이하 ‘출력 문건’이라 한다) 중 ‘출력 문건’의 작성자(원진술자)인 피고인 등은 법정에서 출력 문건의 성립의 진정(법 제313조 제1항)을 인정하지 아니하였다.

그런데 국정원 수사관들은 피고인 혹은 피고인의 가족, 직원이 참여한 상태에서 각 정보저장매체를 압수한 다음 참여자의 서명을 받아 봉인하였고, 국가정보원에서 일부 정보저장매체에 저장된 자료를 ‘이미징’ 방식으로 복제할 때 피고인 또는 전문가들로부터 서명을 받아 봉인 상태를 확인 → 봉인을 해제 → 재봉인하였다.

제1심은 피고인, 검사, 변호인이 모두 참여한 가운데 검증을 실시하여 그 검증과정에서 산출한 해쉬(hash) 값과 압수·수색 당시 쓰기방지장치를 부착하여 ‘이미징’ 작업을 하면서 산출한 해쉬 값을 대조하여 그 해쉬 값이 동일함을 확인하거나, ‘이미징’ 작업을 통해 생성된 파일의 문자정보와 그 출력 문건이 동일함을 확인하였다.

이를 토대로 제1심과 항소심은 증거로 제출된 출력 문건들이 ‘압수된 정보저장매체 원본에 저장되었던 내용과 동일한 것이고 정보저장매체 원본이 문건 출력시까지 변경되지 않았다고 인정하여 출력 문건들을 증거로 사용할 수 있다(무결성을 인정)고 판단하였다. 피고인은 ‘정보

할 수 있고, 피고인의 진술을 기재한 문자정보 또는 그 출력물의 경우에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여져야 한다.

90) 대법원 2013. 6. 13. 2012도16001 판결, 대법원 2013. 7. 26. 2013도2511 판결 등.

저장매체 등이 수사기관에 의하여 조작되었고’, ‘전문법칙 적용에 위법이 있다’고 주장하며 상고하였다(☞ 상고를 기각함).

(나) 전자증거의 진정성 개념과 그 입증방법[판결요지]

1) [정보저장매체에 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하기 위한 요건] “압수 물인 컴퓨터용디스크, 그밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 ‘정보저장매체’ 라고만 한다)에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하기 위해서는 ㉠ 정보저장매체 원본에 저장된 내용과 출력 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 ‘정보저장매체 원본이 압수시부터 문건 출력시까지 변경되지 않았다’ 는 사실, 즉 無缺性(integrity)이 담보되어야 한다. 특히 ㉡ 정보저장매체 원본을 대신하여 저장매체에 저장된 자료를 [‘하드카피’ 또는 ‘이미징’ 한 매체로부터 출력한 문건의 경우]에는 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’ 한 매체 사이에 자료의 同一性(identity)도 인정되어야 할 뿐만 아니라, ㉢ 이를 확인하는 과정에서 이용한 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다.

2) [정보저장매체 원본을 대신하여 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’ 한 매체로부터 출력한 문건의 경우, 그 출력 문건과 정보저장매체에 저장된 자료가 동일하고 정보저장매체 원본이 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 점에 대한 증명 방법]

이 경우 **출력 문건과 정보저장매체에 저장된 자료가 동일하고 정보저장매체 원본이 문건 출력시까지 변경되지 않았다(동일성, 무결성)**’ 는 점은, ❶ 피압수·수색당사자가 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’ 한 매체의 해쉬값(Hash Value)⁹¹⁾이 동일하다는 취지로 서명한 확인서면을 교부받아 법원에 제출하는 방법에 의하여 증명하는 것이 원칙이나, ❷ 그와 같은 방법에 의한 증명이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는, 정보저장매체 원본에 대한 압수, 봉인, 봉인해제, ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’ 등 일련의 절차에 참여한 수사관이나 전문가 등의 증언에 의해 [정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’ 한 매체사이의 해쉬 값이 동일하다거나 정보저장매체 원본이 최초 압수시부터 밀봉되어 증거제출시까지 전혀 변경되지 않았다는 등의 사실]을 증명하는 방법, 또는 ❸ 법원이 그 원본에 저장된 자료와 증거로 제출된 출력 문건을 대조하는 방법 등으로도 그와 같은 무결성·동일성을 인정할 수 있고, 반드시 압수·수색 과정을 촬영한 영상녹화물 재생 등의 방법으로만 증명하여야 한다고 볼 것은 아니다.”

(다) 판결의 의미

1) 대법원은 전자증거와 관련하여 종래의 ‘전문법칙 예외요건인 진정성립’ 개념과 구별되는 ‘협의의 무결성’, ‘광의의 무결성’ 개념을 사용하여 문제되는 전자증거에 대하여 때로는 증거능력을 인정하고 때로는 증거능력을 부정하고 있다.

대상판결은 전자증거의 무결성·동일성 그리고 신뢰성에 대한 입증 방법이나 그 입증의 정도

91) 해쉬값(hash value)은 파일이 갖는 특정값을 의미한다. 해쉬값은 해쉬함수의 결과로 만들어진 코드이다. 해쉬값은 인간의 DNA와 같이 디지털 데이터의 정보에 조금이라도 차이가 있으면 다른 해쉬값을 가지게 된다. 파일의 내용이 수정, 삭제 또는 추가되면 해쉬함수의 입력값이 바뀌기 때문에 출력값 또한 바뀌게 된다. 따라서 원래의 파일 해쉬값과 다운로드받은 파일의 해쉬값을 비교하여 파일 변조 여부를 확인할 수 있다.

등에 관한 법리를 제시하고 있다. 디지털의 증거의 가변성으로 인하여 정보의 왜곡과 변형이 이루어질 가능성도 상존한다. 이를 적절히 통제하지 못할 경우 실제적 진실발견과 적정절차라는 형소법의 이념은 붕괴될 수밖에 없다.

디지털증거가 법정에 제출되는 통상적인 형태를 ①원본파일→②복제파일→③출력물로 단순화한다면, 진술증거인 경우 ①~③사이의 동일성과 전문증거요건(진정성립 등)을 요구하는 것이 판례의 기본법리라 할 수 있다. 나아가 동일성은 무결성이 담보되어야 인정되는데, 이를 인정하는 방법으로는 **해쉬값, 증언, 검증** 등이 있으며, 이때 기술적 방법을 사용한 경우 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 조작자의 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다는 내용으로 판례의 법리가 구체화되었다.

2) 일심회 판결과 왕재산 판결의 연속성

2007년에 선고된 일심회 사건 판결(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결)을 계기로 전자증거의 진정성이 담보되려면 ‘원본과 사본 혹은 출력문건 사이’에 ‘동일성(identity) + 무결성(integrity) + 신뢰성(reliability)’이 인정되어야 한다는 설명이 여러 연구자들 사이에 공통적으로 제시되어 왔다. 왕재산 판결도 기본적으로는 일심회 판결과 궤를 같이 한다. 그러나 왕재산 판결은 다음과 같은 두 가지 점에서 일심회 판결과 별도로 주목하여야 한다.

첫째, 일심회 판결은 ‘디지털 저장매체 원본이 압수된 이후 문건 출력에 이르기까지 변경되지 않았음이 담보되어야 한다’고 천명하였을 뿐이지만 왕재산 판결은 이를 ‘무결성’(integrity)이란 용어를 구사하여 명시하였다.

둘째, 왕재산 판결은 일심회 판결에 존재하지 않았던 ‘무결성의 입증방법’을 다양하게 명시한 점에서 주목할 만하다.

앞서 본 판결요지의 ㉠ 부분에서 논증되고 있는 것이 협의의 무결성이고 ㉡, ㉢의 요건은 원본이 하드카피되거나 이미징된 경우에 추가로 요구되는 요건들이다. 전자증거의 영역에서는 많은 경우에 원본제출이 불가능하거나 현저히 곤란할 수가 있어 하드카피나 이미징 결과가 원본 대신에 증거로 제출되므로 본래의 요건인 ㉠(협의의 무결성) 외에 ㉡, ㉢의 요건도 요구된다.

3) 전자증거의 진정성(무결성) 입증방법의 다양성

왕재산 판결은 ‘(원본이 하드카피되거나 이미징된 경우) 전자증거의 진정성(무결성) 입증방법은 단일하지 않고 ①, ②, ③과 같이 다양할 수 있고, 반드시 압수수색 과정을 촬영한 영상 녹화물 재생 등의 방법으로만 증명하여야 한다고 볼 것은 아님을 판시하고 있다. 이것은 전자증거에 특유한 속성이 아니고 ‘증거 일반의 진정성 입증방법’에 공통되는 사항이다.⁹²⁾

(2) 대화 내용을 녹음한 파일 등 전자매체의 증거능력을 인정하기 위한 요건과 증거로 제출된 녹음파일의 증거능력을 판단하는 기준 - 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도 10978 전원합의체 판결

대법원은 “대화 내용을 녹음한 파일 등의 전자매체는 성질상 작성자나 진술자의 서명 혹은

92) 심회기, 전자증거의 진정성과 전문법칙의 적용, 형사판례연구, 22호, 2014, 503~505면.

날인이 없을 뿐만 아니라, 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 내용이 편집·조작될 위험성이 있음을 고려하여, 대화 내용을 녹음한 원본이거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 입증되어야만 하고, 그러한 입증이 없는 경우에는 쉽게 그 증거능력을 인정할 수 없다. 그리고 증거로 제출된 녹음파일이 대화 내용을 녹음한 원본이거나 혹은 복사 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본 내용을 그대로 복사한 사본이라는 점(무결성)은 ① 녹음파일의 생성과 전달 및 보관 등의 절차에 관여한 사람의 증언이나 진술, ② 원본이나 사본 파일 생성 직후의 해쉬값과의 비교, ③ 녹음파일에 대한 검증·감정 결과 등 제반 사정을 종합하여 판단할 수 있다.”고 판시하여, 기존의 왕재산판결의 입장을 확인하고 있다.

(3) 변호사가 작성하여 甲회사 측에 전송한 전자문서를 출력한 ‘법률의견서’의 증거능력(증인 거부서) - 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결

(가) 판결요지

甲 주식회사 및 그 직원인 피고인들이 정비사업전문관리업자의 임원에게 甲 회사가 주택재개발사업 시공사로 선정되게 해 달라는 청탁을 하면서 금원을 제공하였다고 하여 구 건설산업기본법위반으로 기소되었는데, 변호사가 법률자문 과정에서 작성하여 甲회사 측에 전송한 전자문서를 출력한 ‘법률의견서’에 대하여 피고인들이 증거로 함에 동의하지 아니하고, 변호사가 원심 공판기일에 증인으로 출석하였으나 증언할 내용이 甲 회사로부터 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 타인의 비밀에 관한 것임을 소명한 후 증언을 거부한 사안에서, 위 법률의견서는 압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건으로서 실질에 있어서 형소법 제313조 제1항에 규정된 ‘피고인 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류’에 해당하는데, 공판준비 또는 공판기일에서 작성자 또는 진술자인 변호사의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되지 아니하였으므로 위 규정에 의하여 증거능력을 인정할 수 없고, 나아가 원심 공판기일에 출석한 변호사가 그 진정성립 등에 관하여 진술하지 아니한 것은 형소법 제149조에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사한 경우에 해당하므로 형소법 제314조에 의하여 증거능력을 인정할 수도 없다는 이유로, 원심이 이른바 변호인·의뢰인 특권에 근거하여 위 의견서의 증거능력을 부정한 것은 적절하다고 할 수 없으나, 위 의견서의 증거능력을 부정하고 나머지 증거들만으로 유죄를 인정하기 어렵다고 본 결론은 정당하다고 한 사례이다.

(나) 대상판결의 의의

위 전합판결은 디지털 저장매체로부터 출력한 문서의 증거능력에 관하여 증인이 증언거부권을 행사한 경우는 형소법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니함을 밝힌 최초의 판결이다.

3. 소결론 - 2016. 5. 29. 형소법 제313조, 제314조 개정

이처럼 디지털 증거는 매체독립성, 무체정보성, 복제용이성, 취약성, 대량성 및 네트워크 관련성과 같이 전통적인 증거와 구별되는 특성을 갖추고 있지만 현행 형사증거법의 대다수 규정은 디지털 증거의 활용을 전제하지 않고 만들어진 것이어서 규범의 공백을 채울 필요성이 존재하였다.

이에 2016. 5. 29. 법률 제14179호로 형소법 제313조, 제314조가 개정·시행되었다. 종래 종이문서로 된 진술서의 진정성립을 작성자의 공판정 진술에 의하여만 인정하고 있던 제1항에다가 컴퓨터용 디스크, 그와 비슷한 정보저장매체에 저장된 전자진술서도 그러한 진술서와 동일한 취급을 하겠다는 뜻을 추가적으로 표현하였다. 또한 디지털방식으로 작성된 전자진술서는 물론이요 전통적인 종이 문서에 작성된 진술서에 관해서도 진술서의 작성자가 공판정에서 진정성립을 부인하더라도 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정을 증명할 수 있으면 증거능력을 인정하는 제2항을 신설(다만 피고인 아닌 자가 작성한 경우 반대신문권이 보장됨을 명확히 규정하였다)하여 종래의 증거법 체계에 획기적인 변혁을 가져왔다.⁹³⁾

V. 자유심증주의(증명력 관련)

1. 개요

證明力이란 문제되고 있는 사실을 증명할 수 있는 증거의 실질적 가치, 즉 신용성을 말한다. 증명력은 증거에 증거능력이 인정됨을 전제로 하여 그 증거가 문제되는 사실을 증명할 수 있는가 하는 문제를 다룬다. 증명력은 법관의 주관적 판단대상이 된다. 형소법 제308조도 ‘증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다’라고 하여 자유심증주의를 규정하고 있다. 이처럼 증거의 증명력을 법관의 자유판단에 의하도록 한 것은 그것이 실체적 진실발견에 적합하기 때문이다. 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험법칙에 합치하

93) 제313조(진술서등) ① 전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다. <개정 2016. 5. 29.>

② 제1항 본문에도 불구하고 진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인 아닌 자가 작성한 진술서는 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 작성자를 신문할 수 있었을 것을 요한다. <개정 2016. 5. 29.>

③ 감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다. <신설 2016. 5. 29.>

여야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 한다.

2. 형소법 제308조에서 규정하는 자유심증주의의 의미와 한계

가. 형사재판에서 유죄 인정을 위한 증거의 증명력 정도 - 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014도3163 판결

(1) 판시사항

형사재판에서 유죄 인정을 위한 증거의 증명력 정도 및 선행차량에 이어 피고인 운전 차량이 피해자를 연속하여 역과하는 과정에서 피해자가 사망한 경우 같은 법리가 적용되는지 여부 (적극)

(2) 판결요지

① 형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실에 대한 증명책임은 검사에게 있고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하며, 이러한 법리는 선행차량에 이어 피고인 운전 차량이 피해자를 연속하여 역과하는 과정에서 피해자가 사망한 경우에도 마찬가지로 적용되므로, 피고인이 일으킨 후행 교통사고 당시에 피해자가 생존해 있었다는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 있다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.

② 자동차 운전자인 피고인이, 甲이 운전하는 선행차량에 충격되어 도로에 쓰러져 있던 피해자 乙을 다시 역과함으로써 사망에 이르게 하고도 필요한 조치를 취하지 않고 도주하였다고 하여 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(도주차량)으로 기소된 사안에서, 제출된 증거들만으로는 피고인 운전 차량이 2차로 乙을 역과할 당시 아직 乙이 생존해 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로, 이와 달리 보아 피고인에게 유죄를 인정한 원심판결에 선행 교통사고와 후행 교통사고가 경합하여 피해자가 사망한 경우 후행 교통사고와 피해자의 사망 사이의 인과관계 증명책임에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례.

나. 陳述의 信憑性에 관한 사례

(1) 개요

① 對向者 사이에 엇갈리는 진술증거의 신빙성을 판단할에는 진술내용 자체의 합리성, 객관적 상당성, 일관성뿐만 아니라 진술인의 인간됨, 이해관계 등을 살펴보아야 한다고 하고(마약 매매에 관한 대법원 2014. 4. 10. 선고 2014도1779 판결, 금품수수에 관한 대법원 2014. 6. 26. 선고 2013도9866 판결), ② 성추행 피해 아동의 진술은 피암시성이 강하다는 등의 특성이 있어서 진술청취과정 등 여러 상황을 종합적으로 고려하여야 한다는 판례의 법리(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도2520 판결)는 지적장애로 인하여 정신연령이나 사회적 연령이 아

동에 해당하는 청소년의 진술에 대한 신빙성을 판단함에 있어서도 적용된다고 하였다(대법원 2014. 7. 24. 선고 2014도2918, 2014전도54 판결).

(2) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2014도1779 판결(마약류 매매 여부가 쟁점), 대법원 2016. 6. 23. 선고 2016도2889 판결(금품수수 여부가 쟁점)

대법원은 마약류 매매 여부나 금품수수 여부가 쟁점이 된 사건(對向犯)에서 마약매도인이나 금품수수자로 지목된 피고인이 수수사실을 부인하고 있고 이를 뒷받침할 금융자료 등 객관적 물증이 없는 경우에, 마약류를 매수하였다는 사람이나 금품을 제공하였다는 사람의 진술만으로 유죄를 인정하기 위해서는 “그 사람의 진술이 증거능력이 있어야 함은 물론 합리적인 의심을 배제할 만한 신빙성이 있어야 하고, 신빙성 유무를 판단할 때에는 진술 내용 자체의 합리성, 객관적 상당성, 전후의 일관성뿐만 아니라 그의 인간됨, 진술로 얻게 되는 이해관계 유무, 특히 그에게 어떤 범죄의 혐의가 있고 그 혐의에 대하여 수사가 개시될 가능성이 있거나 수사가 진행 중인 경우에는 이를 이용한 협박이나 회유 등의 의심이 있어 그 진술의 증거능력이 부정되는 정도에까지 이르지 않는 경우에도 그로 인한 공박한 처지에서 벗어나려는 노력이 진술에 영향을 미칠 수 있는지 여부 등도 아울러 살펴보아야 한다”고 판시하였다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도8137 판결 등 참조).

(3) 검찰진술의 신빙성 - 대법원 2015. 8. 20. 선고 2013도11650 판결(한명숙)

(가) 판시사항

국회의원인 피고인이 甲 주식회사 대표이사 乙에게서 3차례에 걸쳐 불법정치자금을 수수하였다는 내용으로 기소되었는데, 乙이 검찰의 소환 조사에서는 자금을 조성하여 피고인에게 정치자금으로 제공하였다고 진술하였다가, 제1심 법정에서는 이를 반복하여 자금 조성 사실은 시인하면서도 피고인에게 정치자금으로 제공한 사실을 부인하고 자금의 사용처를 달리 진술한 사안에서, 자금 사용처에 관한 乙의 검찰진술의 신빙성이 인정되므로, 乙의 검찰진술 등을 종합하여 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판단에 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다고 한 사례 ☞ 정치자금 공여자의 검찰 진술이 전체적으로 신빙성이 있다고 보아 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심의 판단에 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다고 한 사례

(나) 판결요지[다수의견]

“형소법 제307조 제1항, 제308조는 증거에 의하여 사실을 인정하되 그 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의하도록 규정하고 있는바, 이는 법관이 증거능력 있는 증거 중 필요한 증거를 채택·사용하고 증거의 실질적인 가치를 평가하여 사실을 인정하는 것은 법관의 자유심증에 속한다는 것을 의미한다. 따라서 충분한 증명력이 있는 증거를 합리적인 근거 없이 배척하거나 반대로 객관적인 사실에 명백히 반하는 증거를 아무런 합리적인 근거 없이 채택·사용하는 등으로 논리와 경험의 법칙에 어긋나는 것이 아닌 이상, 법관은 자유심증으로 증거를 채택하여 사실을 인정할 수 있다.”

다. 상해진단서의 증명력 - 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016도15018 판결(상해진단서가 주로 통증이 있다는 피해자의 주관적인 호소 등에 의존하여 의학적인 가능성만으로 발급된 경우, 그 증명력을 판단하는 방법)

형사사건에서 상해진단서는 피해자의 진술과 함께 피고인의 범죄사실을 증명하는 유력한 증거가 될 수 있다. 그러나 상해 사실의 존재 및 인과관계 역시 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 인정할 수 있으므로, 상해진단서의 객관성과 신빙성을 의심할 만한 사정이 있는 때에는 증명력을 판단하는 데 매우 신중하여야 한다. 특히 상해진단서가 주로 통증이 있다는 피해자의 주관적인 호소 등에 의존하여 의학적인 가능성만으로 발급된 때에는 진단 일자 및 진단서 작성일자가 상해 발생 시점과 시간상으로 근접하고 상해진단서 발급 경위에 특별히 신빙성을 의심할 만한 사정은 없는지, 상해진단서에 기재된 상해 부위 및 정도가 피해자가 주장하는 상해의 원인 내지 경위와 일치하는지, 피해자가 호소하는 불편이 기왕에 존재하던 신체 이상과 무관한 새로운 원인으로 생겼다고 단정할 수 있는지, 의사가 상해진단서를 발급한 근거 등을 두루 살피는 외에도 피해자가 상해 사건 이후 진료를 받은 시점, 진료를 받게 된 동기와 경위, 그 이후의 진료 경과 등을 면밀히 살펴 논리와 경험법칙에 따라 증명력을 판단하여야 한다. ☞ 사건발생 후 7개월 후 고소하면서 고소 직전에 상해진단서를 발급받은 사안에서, 이 사건 상해진단서의 발급 경위, 진단 내용과 치료 경과, 의사가 진술하는 진단서 발급의 근거 등 여러 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피해자가 피고인의 행위에 의하여 요추 부 염좌라는 상해를 입었다고 쉽게 단정하기는 어려워 보인다고 판시한 사례이다.

라. 소결론

증명력에 관한 이상의 판결들 외에도 종래 판례들이 증거능력에 관심을 많이 가졌다면 근자에는 합리적 증거판단과 증명력에 관한 판례들이 많이 나오고 있다는 점이 특기할 만하다. 증명력에 관한 법리는 자칫 상고법원이 사실인정에 너무 깊숙이 개입하는 결과로 이어져 정책법원을 표방하는 것과는 모순이라는 비판도 있을 수 있다. 실제 대부분의 재판에서는 증명력 판단이 훨씬 중요하다는 점을 고려할 때, 상고이유와 관련하여 법리-사실의 이분법을 넘어서는 새로운 기준을 세워야 할 때라고 사료된다.⁹⁴⁾

3. 과학적 증거에 대한 일반적인 판단기준의 정립

법원에서 다루는 사건들은 사회의 다양한 영역을 포괄하고 있는 만큼 그 가운데에는 과학에 바탕을 둔 증거가 제출되거나 과학의 연구성과가 반영된 보도의 진위 여부가 판단의 대상이 되는 경우처럼 과학과 연관된 사건들도 많이 있다.

우리 대법원은 과학적 증거의 판단기준과 관련하여 거짓말탐지기, 필적감정 등과 같은 개별적인 증거방법에 초점을 둔 판시를 하여 오다가 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1950 판결⁹⁵⁾에서 처음으로 과학적 증거방법 일반의 판단기준을 제시한 이래 2007. 9. 20. 선고 2007

94) 이상원, 법률신문, 4318호(2015. 5.), 권호038, 법률신문사, 2015, 12면 참조.

95) DNA분석을 통한 유전자검사 결과의 증명력-“(중략) DNA분석을 통한 유전자검사 결과는 충분한 전문적인 지

도5888 판결, 2009. 3. 12. 선고 2008도8486 판결, 2010. 3. 25. 선고 2009도14772 판결, 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결에서 계속하여 과학적 증거방법 일반에 관한 판단기준을 실시하였다.⁹⁶⁾ 특히 대법원은 “과학적 증거방법은 전제사실의 진실이 입증되고 추론방법의 오류가능성이 극소하여야 법관에 대하여 구속력이 있고, 이를 위해서는 감정인의 전문성, 공인된 검사기법, 자료의 동일성, 무결성이 담보되어야 한다”고 판시하고 있다.

가. 과학적 증거의 증명력에 관한 사례

(1) 과학적 증거방법이 사실인정에서 상당한 정도의 구속력을 갖기 위한 요건 - 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결

공소사실을 뒷받침하는 과학적 증거방법은 그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 입증되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전혀 없거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우라야 법관이 사실인정을 함에 있어 상당한 정도로 구속력을 가진다 할 것인바, 이를 위해서는 그 증거방법이 전문적인 지식·기술·경험을 가진 감정인에 의하여 공인된 표준 검사기법으로 분석을 거쳐 법원에 제출된 것이어야 할 뿐만 아니라 그 채취·보관·분석 등 모든 과정에서 자료의 동일성이 인정되고 인위적인 조작·훼손·첨가가 없었음이 담보되어야 한다.

(2) 과학적 증거방법의 증명력 - 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도8486 판결

(가) 사안(유전자검사서 마약성분과 함께 피고인의 유전자와 일치한 혈흔 발견)

피고인이 향정신성의약품인 메스암페타민 불상량을 주사기에 넣고 물로 희석하여 몸에 주사하였다는 공소사실에 대하여, 원심은 마약성분이 검출된 주사기 5개 중 1개의 주사기에서 피고인의 유전자와 일치하는 혈흔이 발견되기는 하였으나, 한편, 2008. 10. 22. 실시된 피고인의 모발검사서 마약성분이 검출되지 아니하였다는 점을 들어 제1심 판결을 파기하고 피고인에게 무죄를 선고하였고, 다시 대법원이 아래와 같은 실시하며 원심을 파기한 사례이다.

식과 경험을 지닌 감정인이 적절하게 관리·보존된 감정자료에 대하여 일반적으로 확립된 표준적인 검사기법을 활용하여 감정을 실행하고, 그 결과의 분석이 적절한 절차를 통하여 수행되었음이 인정되는 이상 높은 신뢰성을 지닌다 할 것이고, 특히 유전자형이 다르면 동일인이 아니라고 확신할 수 있다는 유전자감정 분야에서 일반적으로 승인된 전문지식에 비추어 볼 때, 피고인의 DNA분석을 통한 유전자감식 분석 결과 피고인의 유전자형이 범인의 그것과 상이하다는 감정 결과는 피고인의 무죄를 입증할 수 있는 유력한 증거에 해당한다고 할 것이므로, 이 부분 공소사실은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 입증되었다고 볼 수 없다”고 판시하였다. ☞ 특수강간미수 사안에서, 피고인의 DNA분석을 통한 유전자감식 분석 결과 피고인의 유전자형이 범인의 그것과 상이하다는 감정 결과가 되었음에도 불구하고 피고인을 유죄로 인정한 원심판결을 파기한 사례.

96) 송혜정, 과학적 증거에 대한 법원의 판단기준, 재판자료 : 형사법 실무연구(123집), 법원도서관 2012, 560면 이하 참조.

(나) 판시사항

과학적 증거방법의 증명력 및 과학적 증거방법이 당해 범죄에 관한 적극적 사실과 이에 반하는 소극적 사실 모두에 존재하는 경우 증거판단 방법

(다) 판결요지

① 유전자검사나 혈액형검사 등 과학적 증거방법은 그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 입증되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우에는 법관이 사실인정을 함에 있어 상당한 정도로 구속력을 가지므로, 비록 사실의 인정이 사실심의 전권이라 하더라도 아무런 합리적 근거 없이 함부로 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 허용될 수 없는 바(앞서 본 2007도 1950 판결 참조), 과학적 증거방법이 당해 범죄에 관한 적극적 사실과 이에 반하는 소극적 사실 모두에 존재하는 경우에는 각 증거방법에 의한 분석결과에 발생할 수 있는 오류가능성 및 그 정도, 그 증거방법에 의하여 증명되는 사실의 내용 등을 종합적으로 고려하여 범죄의 유무 등을 판단하여야 하고, 여러 가지 변수로 인하여 반증의 여지가 있는 소극적 사실에 관한 증거로써 과학적 증거방법에 의하여 증명되는 적극적 사실을 쉽사리 뒤집어서는 안 될 것이다.

② 유전자검사 결과 주사기에서 마약성분과 함께 피고인의 혈흔이 확인됨으로써 피고인이 필로폰을 투약한 사정이 적극적으로 증명되는 경우, 반증의 여지가 있는 소변 및 모발검사에서 마약성분이 검출되지 않았다는 소극적 사정에 관한 증거만으로 이를 쉽사리 뒤집을 수 없다고 한 사례.

즉, 대법원은 “마약성분이 검출된 주사기 5개 중 1개의 주사기에서 피고인의 유전자와 일치하는 혈흔이 함께 발견된 것은 유전자검사라는 과학적 증거방법에 의하여 확인된 사실로서 피고인이 그 주사기로 마약을 투약한 경우를 제외하고는 다른 경우를 합리적으로 상정하기 어렵다. (중략) 한편, 필로폰을 투약한 경우 항상 투약 후 20일부터 1년 이내에 모발에서 메스암페타민 성분이 검출된다는 점이 전제되지 않는 한 피고인의 모발에서 메스암페타민 성분이 검출되지 않았다고 하여 피고인이 메스암페타민을 투약하지 않았다고 단정할 수는 없는데, 모발이 염색약 등의 화학약품, 열, 빛 등에 의하여 손상되었거나, 투약량이 많지 않아 모발에 축적된 메스암페타민 성분이 극미량일 가능성, 또 개인의 연령, 성별, 영양상태, 개체 등에 따른 모발의 성장속도의 차이 때문에 검사 대상 모발에서 메스암페타민을 검출하지 못할 가능성도 이를 완전히 배제할 수는 없다. 더구나 이 사건에서와 같이 유전자검사라는 과학적인 증거방법에 의하여 주사기에서 마약성분과 함께 피고인의 혈흔이 확인됨으로써 피고인이 주사기로 마약을 투약한 사정이 적극적으로 증명되는 경우에는 이와 같이 여러 가지 변수로 인하여 반증의 여지가 있는 소극적 사정에 관한 증거로써 이를 쉽사리 뒤집을 수는 없다 할 것이다.”라고 판시하였다.

(3) 폐수 수질검사 결과 - 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009도14772 판결

(가) 사안

이 사건은, 수질오염 방지시설을 가동하지 아니한 채 폐수를 무단 방류함으로써 배출허용기

준을 초과하여 특정 수질유해물질을 배출하였다는 구 수질환경보전법 위반의 공소사실에 대하여, 그 증거방법으로 제출된 울산광역시 보건환경연구원의 ‘폐수 수질검사 결과 회신’ 중 배출 허용기준치보다 높은 수소이온농도와 시안이 검출된 시료가 최종방류수에서 채취한 시료가 아니라 처리 전 원폐수로부터 채취한 시료로 보인다는 이유로 유죄의 증거로 삼기에 부족하다고 하여 무죄로 판단한 원심의 판단을 수긍한 사례이다.

(나) 판결이유

폐수 수질검사와 같은 과학적 증거방법은 전문지식과 경험을 지닌 감정인이 시료에 대하여 일반적으로 확립된 표준적인 분석기법을 활용하여 분석을 실행하고, 그 분석이 적정한 절차를 통하여 수행되었음이 인정되는 이상 법관이 사실인정을 함에 있어 상당한 정도로 구속력을 가지므로, 비록 사실의 인정이 사실심의 전권이라 하더라도 아무런 합리적 근거 없이 함부로 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 허용될 수 없는 것이다.

그러나 이러한 과학적 증거방법이 사실인정에 있어서 상당한 정도로 구속력을 갖기 위해서는 감정인이 전문적인 지식·기술·경험을 가지고 공인된 표준 검사기법으로 분석을 거쳐 법원에 제출하였다는 것만으로는 부족하고, 시료의 채취·보관·분석 등 모든 과정에서 시료의 동일성이 인정되고 인위적인 조작·훼손·첨가가 없었음이 담보되어야 하며 각 단계에서 시료에 대한 정확한 인수·인계 절차를 확인할 수 있는 기록이 유지되어야 한다.

(4) 고춧가루 시료 감정결과 - 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013도9605 판결

(가) 사안의 개요

특별사법경찰관인 국립농산물품질관리원 직원이 2011. 9. 2. 품질관리원 시험연구소에 화원농협 김치가공공장에서 수거한 고춧가루 시료 11점에 대한 1차 감정을 의뢰하여 그 중 7점의 시료에 국내산과 수입산이 혼합되어 있다는 판정결과를 받았는데(이처럼 1차 감정에서 ‘혼합’ 판정을 받은 시료에 해당하는 고춧가루를 판매한 행위들이 기소된 것으로 보인다), 제1심법원이 2012. 7. 4. 위 품질관리원 시험연구소에 위와 같이 수거한 시료와 동일한 시료 11점에 대하여 2차 감정을 의뢰한 결과 종전에 ‘국내산’으로 판정된 것 중 3점은 ‘혼합’으로 변경되었고, 종전에 ‘혼합’으로 판정된 것 중 2점은 ‘국내산’으로 변경되는 감정결과가 나왔다.

(나) 대법원의 판단(파기환송)

대법원은 앞서 2011도1902 판결에서 본 ‘과학적 증거방법이 사실인정에서 상당한 정도의 구속력을 갖기 위한 요건’을 실시한 후, “어떠한 과학적 분석기법을 사용하여 제출된 것으로서 공소사실을 뒷받침하는 1차적 증거방법 자체에 오류가 발생할 가능성이 내포되어 있고, 그와 동일한 분석기법에 의하여 제출된 2차적 증거방법이 공소사실과 배치되는 소극적 사실을 뒷받침하고 있는 경우, 법원은 각 증거방법에 따른 분석 대상물과 분석주체, 분석 절차와 방법 등

의 동일 여부, 내포된 오류가능성의 정도, 달라진 분석결과가 일정한 방향성을 가지는지 여부, 상반된 분석결과가 나타난 이유의 합리성 유무 등에 관하여 면밀한 심리를 거쳐 각 증거방법의 증명력을 판단하여야 한다. 이때 각 분석결과 사이의 차이점이 합리적인 의심 없이 해명될 수 있고 1차적 증거방법에 따른 결과의 오류 가능성이 무시할 정도로 극소하다는 점이 검증된다면 공소사실을 뒷받침하는 1차적 증거방법만을 취신하더라도 그것이 자유심증주의의 한계를 벗어났다고 할 수는 없을 것이나, 그에 이르지 못한 경우라면 그 중 공소사실을 뒷받침하는 증거방법만을 설불리 취신하거나 이와 상반되는 증거방법의 증명력을 가볍게 배척하여서는 아니 된다.”고 판시하였다.

(다) 위 판결의 의의

달라진 분석결과가 일정한 방향성을 갖지 아니하였다. 즉 1차 및 2차 감정결과 사이에서, 종전 국내산으로 판정된 것만 혼합으로 변경되었다거나, 혼합으로 판정된 것만 국내산으로 변경되었다는 등으로 일정한 방향성이 있었다면 모르지만, 위 감정결과를 보면 분석결과 사이에 일정한 방향성이 없었다. 그리고 왜 그와 같은 차이가 생긴 것인지에 관하여 합리적인 해명이 없었음에도, 감정결과를 취신한 것은 잘못되었다는 취지로 파기환송한 사례이다.

대상판결은 과학적 증거방법은 전제사실의 진실이 입증되고 추론방법의 오류가능성이 극소하여야 법원에 대하여 구속력이 있고, 이를 위해서는 감정인의 전문성, 공인된 검사기법, 자료의 동일성, 무결성이 담보되어야 한다는 종래 판례(2011도1902)를 확인한 것이다. 거짓말탐지기 검사결과에 대하여 사실상 증거능력을 부정한 판례(97)와 함께 과학적 증거방법에 관하여 그 증명력을 어떻게 취급할 것인지 기준을 제시한 판결이라는 점에 의의가 있다.

나. 과학적 증거의 증명력에 관한 판결의 의미

종래 형사소송실무에서는 어떤 증거를 어떠한 요증사실에 대하여 어떠한 요건 하에 구속력을 인정할 것인가에 대한 실질적인 논의가 깊게 이루어지지 않아 왔고, 수사기관에서 제출한 증거의 형식적 증거능력의 구비여부에 심리의 초점이 맞추어져 왔다. 그 결과 증거조사절차는 형해화되었고 증거법 분야의 발전 또한 미약하였던 것으로 보인다. 국민참여재판이 도입되고 공판중심주의의 확대·강화가 이루어지고 있는 현재 시점에서 법원은 당사자가 증거의 증거능력, 증거의 증명력, 증거의 허용성, 증거채부결정의 합리성 등을 두고 충분히 공방을 거치게 함으로써 공판중심주의적 증거조사가 이루어질 수 있도록 유도할 필요가 크고, 더구나 새롭게 등장하고 있는 각종 과학적 증거의 경우에는 규범적 허용관문을 엄격히 설정하여 배심원이나 법관을 호도할 수 있는 유사과학적 증거나 기준에 미달하는 과학적 증거를 배제하여야 할 것이다.⁹⁸⁾

공판정에서의 다툼은 이제 증거능력의 인정 여부보다는 증명력을 획득하는 싸움으로 변모시키는 것이 진정한 공판중심주의를 실현하는 방법일 것이다. 그리고 보다 근본적으로는 공판중심주의를 실현하기 위한 방안으로 수사기관이 수집한 증거의 ‘證據能力’ 제한에만 역점을 둘 것

97) 대법원 1979. 5. 22. 선고 79도547 판결, 대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도130 판결 등.

98) 조병구, 과학적 증거에 대한 증거채부결정- 합리적 증거결정 기준의 모색 -, 재판자료 : 형사법 실무연구(123집), 법원도서관, 2012. 620~621면.

이 아니라 오히려 ‘證明力’판단의 합리성을 보장함으로써 법정에서의 충실한 다툼을 통한 공판 중심주의의 실현에 더 많은 연구와 검토가 선행되어야 할 것이다.

최근 판례는 과학과 법이 상호작용을 하는 과정에서 나타나는 문제 중 과학의 오용의 문제를 해결하는 방안이라고 할 수 있는 과학적 증거에 대한 법원의 판단기준 정립의 문제를 형사 사건에 맞추어 실시한데서 의미를 찾을 수 있을 것이다.

VI. 맺으며

이상에서 2007년 형소법 개정 후 증거법 분야에 대한 판례의 동향을 살펴보았다. 위 형소법 개정 후 판례는 충격적인 변화보다는 기존 법리를 단단히 하고 구체화하면서 보다 현실적인 법리를 구축한 특징을 보이는 근자의 경향을 유지하고 있다. 특히 위법수집증거 배제법칙과 그 파생원칙인 독수의 과실이론, 그리고 2차적 증거의 증거능력을 예외적으로 인정할 만한 정황 등 증거관련 판례가 연이어 나왔다. 그리고 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 등과 관련된 판결이 있었고, 이와 관련된 전문증거의 증거능력 요건으로서의 형소법 제314조 및 제316조 제2항의 경우 원진술자의 불출석을 전제로 하고 있기 때문에(반대신문권 행사가 불가능함) 원진술자의 출석을 전제로 하고 있는 다른 전문법칙 규정(반대신문권 행사가 가능함)에서의 ‘특신상태’와는 달리 이를 더 엄격하게 해석하는 방향을 유지하고 있다.

또한 사회 전반적인 과학화·정보화에 부응하는 디지털 저장매체에 대한 압수수색의 요건을 실시하고, 위 디지털저장매체로부터 출력한 문건의 증거능력 인정요건을 엄격히 적용하는 방향으로 나아가고 있다고 보인다. 이는 형사소송에서 헌법이 요구하는 적법절차의 원칙을 구현하기 위하여 사건의 실체에 대한 심증 형성은 법관의 면전에서 본래 증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙의 원리에 충실하려는 입장으로 보인다.

아울러 법정에서도 증거조사 방법의 관행에 많은 변화가 일어나서, 증거조사 시 과거의 단순한 ‘요지 고지’의 차원을 넘어 ‘낭독’, ‘내용 고지’로 거의 정착이 되어 가고 있다. 이러한 변화는 대체적으로 수사절차의 적법성·투명성 제고 및 피의자·피고인의 방어권 강화라는 측면에 부합하는 방향으로 나아가고 있다. 다만 증거법 분야의 판례는 대법원이 과격적인 판결보다는 안정적인 판결들이 주류를 이루었다.

그리고 최근 판례는 과학과 법이 상호작용을 하는 과정에서 나타나는 문제 중 과학의 오용의 문제를 해결하는 방안이라고 할 수 있는 과학적 증거에 대한 법원의 판단기준 정립의 문제를 형사사건에 맞추어 실시하고 있다.

종래 형사소송실무에서는 수사기관에서 제출한 증거의 형식적 증거능력의 구비여부에 심리의 초점이 맞추어져 왔다. 그 결과 증거조사절차는 형해화되었고 증거법 분야의 발전 또한 미약하였던 것으로 보인다. 최근에 나온 과학적 증거의 증명력에 관한 판결의 의미는, 향후 공판 중심주의를 실현하기 위한 방안으로 수사기관이 수집한 증거의 ‘證據能力’제한에만 역점을 둘 것이 아니라 오히려 ‘證明力’판단의 합리성을 보장함으로써 법정에서의 충실한 다툼을 통한 공판 중심주의의 실현에 더 많은 노력이 집중되어야 함을 示唆하는 것일 것이다.

【발표5】

최근 일본의 형사소송법 관련 판례 동향
近年の日本の刑事訴訟法に関する判例の動向

오기소 료(小木曾綾) 교수
쥬오대학교 법과대학원

近年の日本の刑事訴訟法に関する判例の動向

小木曾綾（中央大学）*

1. 報告概要

韓国刑事判例研究会25周年をお祝い申し上げるとともに、この機会にご招待いただき、大変に光栄に思う。本報告では、日本の刑事訴訟法に関する近年の重要判例のいくつかを簡潔に紹介するとともに、近時特に注目される事案についてお話しする。

また、付録として、2016年6月に成立した刑訴法改正を簡単に紹介する。

2. 主要判例紹介

犯罪捜査手段の多様化に伴って捜査に関する興味深い事例が現れている一方、被害者保護、公判前整理手続、裁判員制度など、新たに採用された諸制度に関する裁判所の判断が積み重ねられている。ここでは、法令に定めのない捜査方法に関する判断と、前科立証に関する判断をとりあげて紹介するが、報告者がこの10年間の重要裁判例と考えるものを約40件後掲しておくので、適宜参照いただきたい。

1) 捜査

刑事訴訟法197条1項但書は、「強制の処分」を法定すべきことを定めている。これは、犯罪捜査に必要な手段のうち、個人の権利を制限するものについては、あらかじめ主権者たる国民が議会を通じて行政（捜査機関）にその権限を与えると同時に、その実施のための手続を定め、捜査機関がそれに従って捜査活動を行うことを求める制度である。現行刑事訴訟法制定当時から定められていた強制の処分とは、逮捕・勾留、搜索・差押え、検証・鑑定であるが、科学技術の進歩に伴って捜査手法も多様化することから、証拠保全手段としての写真・ビデオ撮影やおとり捜査など、どのような捜査手法が法律の定めを必要とする「強制の処分」なのかについて長年の論争があり、最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁は、警察署への任意同行後、事情聴取中に部屋を出ていこうとする被疑者の腕に手をかけた警察官の行為が強制処分に当たるのかどうか争われた事案で、「個人の意思を制圧し、身体住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為」を「強制の処分」と定義した。

この定義は、当時の刑訴法が定めていた逮捕・勾留、搜索・差押えを言い換えたものである

* 中央大学大学院法務研究科長、刑法学会理事、司法試験考査委員、法制審議会臨時委員。

が、対象者の意思を制圧することを立法が必要な処分の定義とすると、対象者が不知の間に行われる行為、例えば通信傍受は立法を必要としないことになる。しかし、対象者が不知の間に行われる行為こそ、個人の権利への侵入程度が深いもの=個人の自由への介入程度の大きいものであるから、これを議会の授權を要しない行為とすべきではない。そこで、「個人の重要な権利利益を実質的に制約する行為」を強制処分と理解するといった学説が有力に唱えられるようになり¹⁾、こうした議論を受けて、立法府は1999年に通信傍受法を制定し、これによって、対象者の意思の制圧がない捜査行為も、法律の定めが必要な強制処分に含まれることとなった(刑訴法222条の2参照)。

捜査活動の強制処分性=その活動に具体的な授權規定が必要であるか否かに関連する近時の裁判例としては、自動車ナンバー読取りシステム(東京高判平成17年1月19日判示898号157頁)、被疑者の玄関ドア付近のビデオ撮影(東京地判平17年6月2日判示1930号174頁)、被疑者が公道上に出したゴミの領置(最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁)、荷送り人や荷受人不知の間の宅配便のエックス線検査(最決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁)などがある。

こうした裁判例には、いずれも、アメリカ合衆国最高裁判所の「プライバシーの期待理論(expectation of privacy)」の影響がみられ、公衆の目に触れる場所とそうでない場所における個人の監視・干渉されない権利、プライバシーへの侵入程度に応じて結論を出している²⁾。

例えば、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁は、警察官が、被告人およびその妻が自宅付近の公道上にあるごみ集積所に出したごみ袋を回収し、そのごみ袋の中身を警察署内で確認して、強盗事件の後、銀行のATMの防犯ビデオに写っていた人物が着用していたものと類似するダウンベスト、腕時計等を発見し、これらを領置した、という事案であるが、最高裁は、捜査機関には「被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由」があり、「排出されたごみについては、通常、そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待があるとしても、捜査の必要がある場合には、刑訴法221条により、これを遺留物として領置することができる」と述べている。

また、最決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁は、覚せい剤密売の被疑事実で内偵捜査を進めていた警察官が、関与が疑われる事務所に配達される予定の宅配便荷物のうち不審なものを借り出してその内容を把握すべく、5回にわたって、宅配便荷物各1個を営業所から借り受け、関西空港内大阪税関においてエックス線検査を行った結果、細かい固形物が均等に詰められている長方形の袋の射影が観察されたという事案であり、これに際して、警察官は何らの令状も荷送人や荷受人の承諾も得ていなかったのであるが、最高裁は「本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する

1) 井上正仁『刑事訴訟法の争点』54頁。

2) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

強制処分当たるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない。」と判示している。

この点については、近時特に注目される裁判例のところでもう一度触れる。

2) 公判

証拠法について興味深いのは、同種前科による犯人性の立証（最判平成24年9月7日刑集66巻9号907頁，最決平成25年2月20日刑集67巻2号1頁）に関する判断である。

このうち前者は、被告人が、金品窃取の目的で被害者住居に侵入し、現金1,000円およびカップ麺1個（時価約100円相当）を窃取し、同居居に放火しようと考え、室内にあった石油ストーブ内の灯油を室内のカーペット上に撒布して点火し、現に人が住居に使用している住居の一部を焼損した、として住居侵入、窃盗、現住建造物等放火の事実で起訴された事案である。被告人には、15件の窃盗ならびに未遂を含む11件の現住建造物等放火の前科があり、検察官は、公判前整理手続において、被告人は、窃盗目的で住居に侵入したものの欲するような金品が得られなかったことに立腹して放火に及ぶという前科放火と同様の動機に基づいて本件放火に及んだものであり、かつ、本件放火、前科放火いずれも特殊な手段方法でなされたものであると主張し、この事実を証明するため、前科に係る判決書謄本、前科の捜査段階で作成された放火に関する被告人の供述調書謄本などの取調べを請求した。第1審裁判所は、本件放火の事実を立証するための証拠として前科証拠は全て「関連性なし」としてこの証拠請求を却下したが、控訴審は、前科放火11件の動機は、いずれも窃盗を試みて欲するような金品が得られなかったことに対する腹立ちを解消することにあり、11件のうち10件は、いずれも侵入した居室内において放火したものであり、うち7件は、犯行現場付近にあったストーブ内の灯油を撒布したものであって、被告人には、このような放火に至る契機、手段、方法において上記のような特徴的な行動傾向が顕著に現れており、本件放火の動機、手段は前科放火と特徴的な類似性があると認められるから、同種前科の存在は、被告人が本件放火の犯人であることを証明する証拠として関連性があるとして、前科証拠の取調べを認める判断を下した。

これについて最高裁は、「同種前科・・・は、被告人の犯罪性向といった実証的根拠の乏しい人格評価につながりやすく、そのために事実認定を誤らせるおそれがある（ため、前科立証はそれ）・・・によって証明しようとする事実について・・・誤った事実認定に至るおそれがないと認められるときに初めて証拠とすることが許されると解するべきである。本件のように、前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合についていうならば、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであって、初めて証拠として採用できるものというべきである・・・が、窃盗の目的で住居に侵入し、期待したほどの財物が窃取できなかったために放火に及ぶということが、放火の動機として特に際だった特徴を有するものとはいえないし、また、侵入した居室内に石油ストーブの灯油を撒いて火を放つという態様もさほど

特殊なものとはいえず、これらの類似点が持つ、本件放火の犯行が被告人によるものであると推認させる力は、さほど強いものとは考えられない。」と判示して、本件における前科立証は許されないと判示した。

日本法における前科立証の可否は、英米法のそれと同じように解されている³⁾。すなわち、前科の存在は、特定事件の公訴事実の存在を合理的に推認させるものではなく、事実認定者に予断を生じさせる虞があるので、原則としてその立証は許されない。ただし、例えば詐欺罪における欺罔の意図など主観的事情の立証や、特定の者しかなしえない特殊な手口によって犯罪が実行されていることについては、前科があることから公訴事実の存在を推認することに一定の合理性があると言ってもよいので、前科立証が許される。

上記事案の場合、たしかに被告人には同種前科があり、手口も似通っているものの、たとえ過去に同様の動機で放火をしたことがあるにせよ⁴⁾、同じ動機の存在をもって本件放火が被告人によるものであると推認するのは早計であるのみならず、石油ストーブの灯油を撒いて火を放つことが余人に真似できないほど特殊な手口とは言えない、というのが最高裁の判断である。

検察官が合理的な疑いを超えて公訴事実を立証する責任を負い、それが果たされないときには、被告人がいかに怪しくとも無罪判決を言い渡さなければならない、という無罪推定の原則に従った正しい判断であると評価することができる。

3) 裁判員制度

国民参与裁判が導入された貴国韓国でも関心が高いと思われるのは、裁判員制度の合憲性についての判断である。

最大判平23年11月16日刑集65巻8号1285頁は、裁判員制度が憲法に違反しないとの判断の中で、「刑事裁判に国民が参加して民主的基盤の強化を図ることと、憲法の定める人権の保障を全うしつつ、証拠に基づいて事実を明らかにし、個人の権利と社会の秩序を確保するという刑事裁判の使命を果たすこととは、決して相容れないものではない・・・国民の司法参加と適正な刑事裁判を実現するための諸原則とは、十分調和させることが可能であり、・・・国民の司法参加に係る制度の合憲性は、具体的に設けられた制度が、適正な刑事裁判を実現するための諸原則に抵触するか否かによって決せられるべきもので・・・憲法は、一般的には国民の司法参加を許容しており、これを採用する場合には・・・陪審制とするか参審制とするかを含め、その内容を立法政策に委ねている」と判示している。

憲法32条が保障するのは「『裁判所』において裁判を受ける権利」であることや、裁判所法3条3項が陪審制度を否定していないこと、裁判員法が評決を裁判官および裁判員の双方の意見を含む過半数によることとしていることなどから（67条1項）、身分保障のある職業裁判官による裁

3) See, e.g., Broun, (2006) McCormick on Evidence, 6thed., §190, Thomson/West.

4) 例えば、勤務していた自動車会社を解雇された者が、その会社の製造する自動車だけを狙って、これに傷をつけたうえ放火して有罪判決を受けたことがあり、その後、同様の事件が多発しているような場合には、解雇された恨みを晴らすため特定の自動車に放火していることが推認され、その動機の存在が公訴事実（あらたな放火）の存在を合理的に推認させるということはあるであろう。

判を受ける権利が憲法上保障されているとしても、裁判員裁判における評決には裁判官の意見が必須とされているので、裁判所をいかに構成するかは立法政策の問題で憲法問題ではないというのである。

また、最判平24年2月13日刑集66巻4号482頁は、覚せい剤の密輸入事案で、被告人を無罪とした第1審裁判員裁判に事実誤認があるとした控訴審判決について、「控訴審が第1審判決に事実誤認があるというためには、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すことが必要である」とした。裁判員が裁判に参加する以上、アメリカ合衆国の陪審の判断と同じように、第1審の判断が尊重されなければならないとしても、その判断が不合理であるならば、これを墨守するべきではなく、その意味でこの判断は、裁判員裁判にも裁判官裁判にも当てはまる上訴裁判所の判断基準を確認したものである。

日本の裁判員裁判では、裁判員は裁判官と合同で事実と量刑について判断し、その判決に対しては、当事者による事実誤認や量刑不当を理由とした上訴が認められている（刑訴法381条、382条）。したがって、制度上、裁判員が加わってした有罪・無罪や量刑の判断を上訴審が覆すことは禁じられていないものの、国民がわざわざ事実認定や量刑判断に加わるということからすると、裁判員裁判の結果は尊重されるべきであるとの見方は自然である。ただ、日本の上訴審は事後審であって、その役割は元来、第1審裁判所の判断に瑕疵があるかどうかを審査するにとどまる。この上訴審の役割は、裁判官裁判であると裁判員裁判であるとを問わないのであって、上訴審が審査審の役割を超えた裁判をすることが許されないのは、裁判員裁判導入の前後で変わらない。

また、最判平成26年7月24日刑集68巻6号925頁は、子供を虐待死させた両親の裁判において、両被告人に懲役10年の検察官求刑を上回る懲役15年を言い渡した第1審の裁判員裁判を維持した控訴審判決を破棄自判して、10年と8年の懲役に処する判断を下している⁵⁾。

3. 特に注目される近時の裁判例

先に述べたように、日本の捜査活動は、まず、強制処分法定主義（刑訴法197条1項但書）による民主的コントロールに服し、そのうえで、法定された強制処分には原則として裁判官による事前審査が要件とされ、任意捜査とされるものについては、利益衡量によってその相当性・適法性を判断する、という枠組みで規律される。そこで、明文に定めのない捜査方法は、まず、それが法律上の根拠を必要とする強制処分とみるべきものであるかが明らかにされなければならないことになり、任意捜査と強制処分の区別基準が論じられてきた。この際、従来の議論は、その定義はどうあれ、主として捜査機関が個人に干渉する時点で注目して、ある行為が強制処分に当たるかどうかを判断してきた⁶⁾。例えば、逃げようとする相手の腕に手をかける行為⁷⁾、デモ

5) これらの判断や、裁判員制度の意義については、小木曾「韓日の刑事裁判への国民参加制度の状況と今後の課題」『日韓の刑事司法上の重要課題』、同「刑事裁判への国民参加の意義およびその正当性」『裁判員裁判に関する日比較法の検討』（中央大学出版部）を参照されたい。

6) もっとも、緑大輔「監視型捜査における情報取得時の法的規律」法律時報87巻5号65頁が指摘するように、通信傍受

参加者の写真を撮影する行為⁸⁾, 上着のポケットに手を入れる行為⁹⁾, 所持品のバッグの中身を一瞥する行為¹⁰⁾, といった具合である。

これに対して, GPSを利用した捜査は, これまでよりもはるかに容易に, 個人を継続的に監視し, その情報を蓄積することが技術的に可能になることから, 捜査機関の個人への干渉時点のみに注目したのでは不十分なのではないか, という関心が生まれている。人的資源を大量につぎ込まずに(低いコストで)目的を達成し得るという点では, 従来, 当然に任意捜査の範疇に入ると考えられてきた尾行といった捜査手法とも一線を画すものであるように思われる。政府機関が個人の生活を継続的に監視することができるのであれば, それには, 誰もが何かしらの懸念を抱き, なんらかの規律が必要であると考えられるものと思う。

アメリカ合衆国では, 捜査機関が, 麻薬取引の被疑者の妻名義の車にGPS追跡装置を装着することを許可する令状を裁判官から得て, その端末信号により, 4週間にわたって, 50から100フィートの誤差で車の位置が特定され, 2000頁余に及ぶデータ報告書を得たという事例で, 車両へのGPS端末の取付けが個人の憲法上保護された領域への物理的な侵入を構成することを理由として, 令状の効力外の端末取付けによる監視活動は許されないとしたUnited States v. Jones, 565 U.S. __ (2012)がある。

日本では, 組織的な窃盗事案で, 警察官が被疑者車両にGPS端末を取り付けてこれを追尾した事例で(大阪地判平成27年6月5日判時2288号138頁など), 控訴裁判所を含む下級審の判断が分かれており, 現在, 事件が最高裁判所大法廷に係属中である。これについては, ①車のシャーシ部分への小さな端末のとりつけが個人の「住居, 書類, 所持品(憲法35条1項)」への物理的侵入を構成するか, ②車にGPS端末を取り付けたためにそれが強制処分になるとすると, GPS端末等を取りつけないで行われる監視(覆面パトカーや上空からの航空機等による長期間の監視)は強制処分でないと考えてよいのか, ③公衆の目に開かれた場所からの観察は強制処分に当たらないというのがプライバシーの期待法理の帰結だが, 公衆の目に開かれた場所から長期間にわたる監視が行われてもプライバシーの期待は侵害されないのか, ④長期間の監視とはどのくらいをいうのか, また, 被疑事実の種類や重大性によって監視が許されるものとそうでないものがあるのか, ⑤仮にJonesのようにGPS端末の取付けに自動車の所有者である妻が同意したとして, これがとりつけられた後, 所有者以外の者が車を利用し, その行動が追跡されたとすると, 車への侵入はないはずだが, こうした場合は強制処分ではなくなるのか, ⑥公衆の目に開かれた場所での短期間の監視であっても, それが蓄積されると, 監視によって得られる情報は個人の行動様式やときには思想まで探り出すことになりかねないが, これには搜索・差押えを規律する法理の適用はないのか, ⑦個人が第三者に開示した情報にはプライバシーの期待はない, との一般的前提を見直す必要はないか, といった数々の解決されるべき問いがあり, これらに最高裁判所がどのような判断を示すかが注目される¹¹⁾。

は, 一定時間対象通信を聴き続ける点, 通信内容が取得される点, 秘密裏に行われる点などに注目して, 従来の強制処分とは異なる規律を受けている。

7) 最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。

8) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。

9) 最判昭53年9月7日刑集32巻6号1672頁。

10) 最判昭53年6月20日刑集32巻4号670頁。

【付録】

1. 近時の刑訴法改正（刑事訴訟法等の一部を改正する法律(平成28年法54号)）について

本法は、ここ数年来課題となっていた、被疑者取調べ改革をはじめとする刑事手続における証拠収集方法の適正化・多様化ならびに公判審理の充実を図るため、1) 取調べの録音・録画制度を法制化し、2) 証拠収集等への協力および訴追に関する合意制度を創設し、3) 証人等の氏名等の情報保護制度を充実させ、4) 通信傍受対象事件を拡大し、5) 被疑者国選弁護制度の対象事件を拡大するなど種々の措置をいわばパッケージとして講じるために制定されたものである。

1) 取調べの録音・録画

裁判員制度対象事件及び検察官独自捜査事件について、逮捕・勾留下にある被疑者の取調べを原則として全過程録音・録画し、その際に作成された供述調書の任意性が公判において争われたときには、検察官は録音録画媒体の取調べを請求することとするものである。

2) 合意制度等

弁護人の同意があることを条件として、検察官に、他人の犯罪事実を明らかにするための供述を被疑者・被告人がしたときは、被疑者・被告人との間で、不起訴や特定の求刑等をする旨の合意をすることができるようにするものである。

あわせて、裁判所の決定によって、免責を与えることを条件として、自己に不利益な証言を証人に義務づける制度を導入するものである。

3) 証人保護措置

被告人が在廷する裁判所とは別の裁判所との間でビデオリンク方式による証人尋問ができるようにしたり、必要な場合には、証人の氏名・住居等を弁護人にも知らせず、代替的な呼称や連絡先を弁護人に開示したりするようにするものである。また、必要に応じて証人等の氏名等を公開の法廷で明らかにしない決定をすることができるようにするものである。

4) 通信傍受対象事件の拡大

現行法上、薬物銃器犯罪等に限定されている通信傍受の対象犯罪を、組織犯罪要件（あらかじめ定められた役割分担に従って行動する人の結合体により行われること）を充たす殺人、略取誘拐、詐欺、窃盗等に拡大し、現行法上義務づけられている通信事業者の立会いを廃止するものである。

11) 小木曾「再び『新しい捜査方法』について」研修790号3頁。小木曾ほか「特集監視型捜査とその規律」刑法雑誌55巻3号391頁。

5) 国選弁護権の拡充

重大事件（死刑または無期もしくは長期3年を超える懲役，禁錮）について勾留状が発せられている被疑者への国選弁護権の対象を，勾留状が発せられているすべての被疑者に拡大するものである。

2. 過去10年の重要判例

- 1) 警察署における留置き（東京高判平成21年7月1日判タ1314号302頁）
- 2) 医療行為としての採尿（最決平成17年7月19日刑集59巻6号600頁）
- 3) 自動車ナンバー読取りシステム（東京高判平成17年1月19日判示898号157頁）
- 4) 被疑者の玄関ドア付近のビデオ撮影（東京地判平17年6月2日判示1930号174頁）
- 5) ゴミの領置（最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁）
- 6) 被疑者の住居を捜索中に届いた被疑者宛て荷物の捜索（最決平成19年2月8日刑集61巻1号1頁）
- 7) 宅配便のエックス線検査（最決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁）
- 8) 接見室がないことを理由とした接見拒否（最判平成17年4月9日民集59巻3号563頁）
- 9) 被疑者と弁護人との接見内容の取調べ（福岡高判平成23年7月1日判時2127号9頁）
- 10) 一時的な国外渡航による公訴時効の停止（最決平成21年10月20日判タ1314号144頁）
- 11) 裁判員制度の合憲性（最大判平成23年11月16日判時2136号3頁）
- 12) 犯罪被害者が刑事裁判を通じて被害回復を図る権利（東京地判平成21年12月21日判タ1328号85頁）
- 13) 被害者特定事項の非公開と裁判の公開原則（最決平成20年3月5日判タ1266号149頁）
- 14) ビデオリンクおよび遮蔽による証人保護（最判平成17年4月14日刑集59巻3号259頁）
- 15) 訴因変更の要否（最決平成24年2月29日刑集66巻4号589頁）
- 16) 公判前整理手続における被告人の主張明示義務（最決平成25年3月18日刑集67巻3号325頁）
- 17) 取調べの経過等を記録した捜査官メモの証拠開示（最決平成19年12月25日刑集61巻9号895頁）
- 18) 警察官が捜査の過程で作成し保管するメモの証拠開示（最決平成20年6月25日刑集62巻6号1886頁）
- 19) 警察官が被疑者の取調べに関して作成したメモの証拠開示（最決平成20年9月30日刑集62巻8合2753頁）
- 20) 取調べ状況を記録したDVDの証拠能力（東京地判平19年10月10日判タ1255号134頁など）
- 21) 証言拒絶と供述不能要件（東京高判平成22年5月27日河刑集63巻1号8頁，東京高判平成22年5月27日判タ1341号250頁）
- 22) 退去強制処分を受けた外国人の供述調書の証拠能力（東京高判平成20年10月16日高刑集1巻4号1頁，東京高判平成21年12月1日判タ1324号277頁）

- 23) 捜査共助要請に基づき中国国内で作成された供述書の証拠能力（最判平成23年10月20日裁時1542号14頁）
- 24) 犯行再現写真の証拠能力（最決平成17年9月27日刑集59巻7号753頁）
- 25) 私人作成の火災原因に関する報告書の証拠能力（最決平成20年8月27日刑集62巻7号2702頁）
- 26) 原供述者の署名押印のない供述録取書の弾劾証拠としての証拠能力（最判平成18年11月7日刑集60巻9号561頁）
- 27) 不任意自白と派生証拠の証拠能力（東京高判平成25年7月23日判時2201号141頁）
- 28) 状況証拠による事実認定（最判平成22年4月27日刑集64巻3号233頁）
- 29) 同種前科等による犯人性の立証（最判平成24年9月7日刑集66巻9号907頁，最決平成25年2月20日刑集67巻2号1頁）
- 30) DNA鑑定を唯一の証拠とした有罪認定（横浜池判平成24年7月20日判タ1386号379頁）
- 31) 合理的な疑いを超える証明の意義（最決平成19年10月16日刑集61巻7号677頁）
- 32) 被告人の責任能力の認定（最判平成20年4月25日刑集62巻5号1559頁，最決平成21年12月8日裁時1497号15頁）
- 33) 共犯者の存在が疑われる場合の単独犯起訴と審理の範囲（最決平成21年7月21日刑集63巻6号762頁）
- 34) 死刑の量刑判断（最判平成20年2月29日判示1999号153頁）
- 35) 無罪判決後の勾留の可否（最決平成19年12月13日刑集61巻9号843頁）
- 36) 裁判員裁判における控訴審の審理のあり方（最判平成24年2月13日刑集66巻4号482頁）
- 37) 裁判員裁判における量刑と控訴審での審査のあり方（最判平成26年7月24日刑集68巻6号925頁）
- 38) 控訴審における職権調査の範囲（最決平成25年3月5日刑集67巻3号267頁）
- 39) 足利事件再審無罪判決（宇都宮地判平成22年3月26日判時2084号157頁）

최근 일본의 형사소송법 관련 판례 동향

오기소 료(小木曽 綾) (일본 주오대학 교수)*

번역: 한국형사정책연구원 안성훈 연구위원

1. 보고 개요

한국형사판례연구회의 25주년을 축하드리며, 이러한 기회에 초대를 받아서 대단히 영광스럽게 생각합니다. 본 보고서에서는 일본 형사소송법 관련 최근의 중요한 판례 몇 가지를 간단히 소개하고, 또한 최근 특별히 주목을 받은 사안에 대해서 말씀드리고자 합니다.

또한 부록으로, 2016년 6월에 성립한 형소법 개정에 대해서 간단히 소개하고자 합니다.

2. 주요 판례 소개

범죄수사 수단의 다양화에 따라 수사에 관한 흥미로운 사례가 나타나고 있는 한편, 피해자 보호, 공판전정리절차, 재판원제도 등, 새롭게 도입된 여러 가지 제도에 대한 재판소의 판단이 축적되고 있다. 여기에서는 법령에 규정이 없는 수사방법에 관한 판단과, 전과 입증에 관한 판단을 중심으로 소개하고자 한다. 보고자가 최근 10년간의 중요판례라고 생각되는 약 40건의 판례를 후술하고 있으므로 이를 적절하게 참조하기 바란다.

1) 수사

형사소송법 제197조 제1항 단서에서는 ‘강제처분’을 법률로 정해야 한다는 것을 규정하고 있다. 이것은 범죄수사에 필요한 수단 중 개인의 권리를 제한하는 것에 대해서는 미리 주권자인 국민이 의회를 통해 행정부(수사기관)에 그 권한을 주는 동시에, 그 실시를 위한 절차를 정하여 수사기관이 그에 따라 수사활동을 할 것을 요구하는 제도이다. 현행 형사소송법 제정 당시부터 규정된 강제처분으로는 체포·구속, 수색·압류, 검증·감정이 있다. 그러나 과학기술의 진보에 따라 수사기법도 다양화되었기 때문에 증거보전수단으로서의 사진·비디오 촬영이나 함정수사 등 어떠한 수사기법이 법률의 규정을 필요로 하는 ‘강제처분’인지에 대해서는 장기간 논쟁이 있었으며, 【最決 1976년 3월 16일 刑集 30권 2호 제187쪽】은 경찰서 임의 동행 후 사정청취 중에 방을 나가려고 하는 피의자의 팔을 잡은 경찰관의 행위가 강제처분에 해당하는지 여부가 다투어진 사안에서 “개인의 의사를 제압하고 신체, 주거, 재산 등에 제약을 가하여 강제적으로 수사목적 실현하는 행위”를 ‘강제처분’으로 정의하였다.

* 중앙대대학원 법무연구과장, 형법학회이사, 사법시험고사(考査)위원, 법제심의회 임시위원.

이러한 정의는 당시 형소법이 규정하고 있는 체포·구속, 수색·압류를 바꿔서 말한 것인데, 대상자의 의사를 제압하는 것이 입법이 필요한 처분의 정의라고 한다면 대상자가 인식하지 못하는 동안 행해진 행위, 예를 들어 통신감청은 입법을 필요로 하지 않는 것이 된다. 그러나 대상자가 인식하지 못하는 동안에 행해진 행위야말로 개인의 권리를 침해하는 정도=개인의 자유에 대한 개입의 정도가 크기 때문에, 이를 의회의 수권(授權)을 필요로 하지 않는 행위라고 할 것은 아니다. 이러한 점에서 ‘개인의 중요한 권리의익을 실질적으로 제약하는 행위’를 강제 처분으로 이해하는 학설이 유력하게 주창되었고,¹⁾ 이러한 논의를 받아들여 입법부는 1999년에 통신감청법을 제정하고 이에 따라 대상자의 의사를 제압하지 않는 수사행위도 법률로 정할 필요가 있는 강제처분에 포함되었다(형소법 제222조의2 참조).

수사활동의 강제처분성=그 활동에 대하여 구체적인 수권규정이 필요한지 여부와 관련된 최근의 판례로는 자동차 번호판 판독시스템(東京高判 2005년 1월 19일 判示 898호 157쪽), 피의자의 현관문 부근에서의 비디오 촬영(東京地判 2005년 6월 2일 判示 1930호 174쪽), 피의자가 공공도로 위에 내놓은 쓰레기의 영치(最決 2008년 4월 15일 刑集 62권 5호 1398쪽), 화물 발송인이나 화물 수취인이 인식하지 못하는 동안 택배물의 X-선 검사(最決 2009년 9월 28일 刑集 63권 7호 868쪽) 등이 있다.

이러한 판례는 모두 미국 연방대법원의 ‘사생활 보호의 합리적 기대이론(expectation of privacy)’에서 영향을 받은 것으로 보이며, 공중의 눈에 개방된 장소와 그렇지 않은 장소에서 개인이 감시·방해받지 않을 권리, 사생활의 침해정도에 따라 결론을 도출하고 있다.²⁾

예를 들어, 【最決 2008년 4월 15일 刑集 62권 5호 1398쪽】은 경찰관이 피고인 및 그의 아내가 자택 근처의 공공도로 위에 있는 쓰레기 집하장에 내놓은 쓰레기봉투를 회수하고, 해당 쓰레기봉투 안의 내용을 경찰서 내에서 확인하여 강도사건 이후 은행의 ATM기기의 방법 비디오에 촬영된 인물이 착용하고 있던 것과 유사한 오리털 조끼, 손목시계 등을 발견하고, 이것들을 영치한 사안으로, 최고재판소에서는 수사기관은 “피고인이 범인이라고 의심할만한 합리적인 사유”가 있으며, “배출된 쓰레기에 대해서는 통상 그대로 수집되어 타인에게 그 내용이 노출되지 않을 것이라는 기대가 있다고 하더라도 수사의 필요가 있는 경우에는 형소법 제221조에 따라 이를 유류물로 영치할 수 있다”고 판시하고 있다.

또한, 【最決 2009년 9월 28일 刑集 63권 7호 868쪽】은 각성제 밀매 피의사실에 대한 내사를 진행하고 있는 경찰관이, 이에 관여한 것으로 의심되는 사무소에 배달될 예정에 있는 택배 화물 중에서 의심스러운 물건을 빌려서 그 내용을 파악하기 위해 5회에 걸쳐 택배 화물 각 1개를 영업소에서 빌려서 간사이공항 내에 있는 오사카 세관에서 X-선 검사를 한 결과, 미세한 고형물이 균등하게 채워져 있는 직사각형의 봉지 그림자가 관찰된 사안으로, 이러한 조사가 진행될 시에 경찰관은 아무런 영장도, 화물 발송인이나 화물 수취인의 승낙도 받지 않은 상황이었지만, 최고재판소는 “본건의 X-선 검사는 화물 발송인의 의뢰에 따라 택배업체의 운송과정 하에 있는 화물을 수사기관이 수사목적 달성을 위해 화물 발송인이나 화물 수취인의 승낙 없이 이를 외부에서 X-선을 쬐어 내용물의 그림자를 관찰한 것이지만, 그 그림자에

1) 井上正仁, 『刑事訴訟法の争点』, 54頁.

2) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

의해 화물 내용물의 형태나 재질을 짐작하는 것이 가능한 이상, 내용물에 따라서는 그 품목 등을 상당한 정도로 구체적으로 특정하는 것이 가능하고, 화물 발송인이나 화물 수취인의 내용물에 대한 사생활 등을 크게 침해하는 것이기 때문에 검증으로써의 성질을 가지는 강제처분에 해당하는 것으로 해석된다. 그리고 본건의 X-선 검사에 대해서는 검증허가영장을 발부받는 것이 가능하였으며, 검증허가영장에 의하지 않고 이를 행한 본건 X-선 검사는 위법하다고 말하지 않을 수 없다”고 판시하고 있다.

이 점에 대해서는 최근에 특히 주목받고 있는 판례를 통해서 다시 한 번 언급하고자 한다.

2) 공판

증거법에 있어서 흥미로운 점은 동종전과에 의한 범인성의 입증(最判 2012년 9월 7일 刑集 66권 9호 907쪽, 最決 2013년 2월 20일 형집 67권 2호 1쪽)과 관련된 판단이다.

이 중에서 전자는 피고인이 금품절취의 목적으로 피해자의 주거에 침입하여 현금 1,000엔 및 컵라면 1개(시가 약 100엔 상당)를 절취하고, 동주거에 방화하고자 하여 실내에 있던 석유스토브 안에 들어 있는 등유를 실내 카펫 위에 뿌려 불을 붙이고, 실제로 사람이 주거로 사용하고 있는 주거의 일부를 소실하였고, 이에 주거침입, 절도, 현주건조물 등 방화의 사실로 기소된 사안이 있다. 피고인에게는 15건의 절도 및 미수를 포함하여 11건의 현주건조물 등 방화의 전과가 있고, 검사는 공판전 정리절차에서 피고인은 절도를 목적으로 주거에 침입하였고 원하는 금품을 얻지 못한 일로 화가 나서 방화에 이르렀다고 하는 전과방화(前科放火)와 같은 동기에 의해 본건 방화에 이르렀으며, 또한, 본건 방화, 전과방화(前科放火) 모두 특수한 수단과 방법으로 저질러졌다는 것을 주장하고, 이 사실을 증명하기 위하여 전과에 관한 판결서 등본, 전과의 수사단계에서 작성된 방화에 관한 피고인의 진술조서 등본 등의 조사를 요구하였다. 제1심 법원은 본건 방화의 사실을 입증하기 위한 증거로 전과증거(前科證據)는 전부 ‘관련성 없음’으로 이 증거청구를 기각하였으나, 항소심은 전과방화(前科放火) 11건의 동기는 모두 절도를 시도하여 원하는 금품을 얻지 못한 것에 대한 화를 해소하기 위한 것으로, 11건 중에서 10건은 모두 침입한 거실 내에서 방화한 것이고, 그 중에서 7건은 범행현장 근처에 있었던 스토브 내에 있는 등유를 뿌린 것으로써 피고인에게는 이러한 방화에 이르게 된 계기, 수단, 방법에 있어서 위와 같은 특징적인 행동 경향이 현저하게 나타나고 있어 본건 방화의 동기, 수단은 전과방화(前科放火)와 특징적인 유사성이 있다고 인정되기 때문에 동종전과의 존재는 피고인이 본건 방화의 범인이라는 것을 증명하는 증거로써 관련성이 있다고 하여 전과증거(前科證據)의 조사를 인정하는 판단을 내렸다.

이에 대하여 최고재판소는 “동종전과 ... 는 피고인의 범죄성향이라고 하는 실증적 근거가 불충분한 인격평가와 연결되기 쉽고, 이 때문에 사실인정에 오인이 있을 우려가 있(기 때문에 전과 입증은 그것) ... 에 의해 증명하고자 하는 사실에 대해서 ... 잘못된 사실인정에 이를 우려가 없다고 인정되는 때에 비로소 증거로 허용된다고 해석해야 한다. 본건과 같이 전과증거를 피고인과 범인의 동일성을 증명하는데 사용하는 경우에 대해서 말한다면, 전과에 관한 범죄사실은 현저한 특징을 가지며, 또한, 그것이 기소에 관한 범죄사실과 상당한 정도로 유사하

다는 점에서, 그 자체로 양자의 범인이 동일하다고 하는 것을 합리적으로 추인하도록 하는 것으로, 비로소 증거로 채용할 수 있다고 할 것이지만..., 절도의 목적으로 주거에 침입하여 기대한 만큼의 재물을 절취할 수 없었기 때문에 방화에 이르는 것이 방화의 동기로써 특히 특별한 특징을 가지고 있다고는 말할 수 없고, 다만, 침입한 거실 내에 있는 석유스토브의 등유를 뿌려 방화하였다고 하는 양태도 그다지 특수한 것이라고는 말할 수 없으며, 이러한 유사점을 가지고 있고, 본건 방화의 범행이 피고인에 의한 것이라고 추인하도록 하는 힘은 그다지 강한 것이라고는 생각할 수 없다”고 판시하여 본건의 경우의 전과입증은 허용되지 않는다고 판시하였다.

일본법에서의 전과입증의 가부는 영미법과 동일하게 해석되고 있다.³⁾ 즉 전과의 존재는 특정사건의 공소사실의 존재를 합리적으로 추인하도록 하는 것이 아니라 사실인정자에게 예단을 하게 할 우려가 있기 때문에 원칙적으로 그러한 입증은 허용되지 않는다. 다만, 예를 들어 사기죄에서의 기망 의도 등 주관적 사정의 입증이나 특정한 사람밖에 할 수 없는 특수한 수법에 의해 범죄가 실행되고 있는 것에 대해서는 전과가 있다는 사실로부터 공소사실의 존재를 추인하는 것이 일정한 합리성이 있다고 말할 수도 있기 때문에 전과입증이 허용된다.

위와 같은 사안의 경우 분명히 피고인에게는 동종전과가 있고 수법도 비슷하지만, 예컨대 과거에 동일한 동기로 방화를 한 적이 있다고 하더라도,⁴⁾ 같은 동기의 존재를 가지고 본건 방화가 피고인에 의한 것이라고 추인하는 것은 경솔한 생각일 뿐만 아니라 석유스토브의 등유를 뿌려 불을 낸 것이 타인이 흉내 낼 수 없는 정도로 특수한 수법이라고 말할 수 없다고 하는 것이 최고재판소의 판단이다.

검찰관이 합리적인 의심을 넘어 공소사실을 입증하는 책임을 부담하고, 그것이 달성되지 않을 때에는 피고인이 아무리 의심스럽더라도 무죄판결을 선고하지 않으면 안 된다고 하는 무죄추정의 원칙에 따른 올바른 판단이라고 평가할 수 있다.

3) 재판원제도

국민참여재판이 도입된 한국에서도 관심이 높을 것으로 생각되는 것은 재판원제도의 합헌성에 대한 판단이다.

【最大判 2011년 11월 16일 刑集 65권 8호 1285쪽】은 재판원제도가 헌법에 위반되지 않는다고 하는 판단에서 “형사재판에 국민이 참가하여 민주적 기반의 강화를 도모하고, 헌법에서 규정하고 있는 인권보장을 완수하면서, 증거에 근거하는 사실을 명확히 하여 개인의 권리와 사회의 질서를 확보한다고 하는 형사재판의 사명을 완수하는 것은 결코 양립할 수 없는 것은 아니다 ... 국민의 사법참여와 적정한 형사재판을 실현하기 위한 諸원칙은 조화시키는 것이 충분히 가능하고, ... 국민의 사법참가에 관한 제도의 합헌성은 구체적으로 마련된 제도가 적정한

3) See, e.g., Broun, (2006) McCormick on Evidence, 6thed., §190, Thomson/West.

4) 예를 들어, 근무하고 있던 자동차 회사에서 해고된 자가 그 회사가 제조하는 자동차만을 노려서 이에 흠집을 내고 방화하여 유죄판결을 받은 경우가 있으며, 그 이후 동일한 사건이 다발적으로 발생하고 있는 경우에는 해고로 인한 원한을 풀기 위하여 특정한 자동차를 방화하고 있다는 것으로 추인되어 그 동기의 존재가 공소사실(새로운 방화)의 존재를 합리적으로 추인하도록 하는 것은 있을 수 있다.

형사재판을 실현하기 위한 諸 원칙에 대한 저축 여부에 따라 결정되어야 하는 것으로 ... 헌법은 일반적으로 국민의 사법참가를 허용하고 있으며, 이를 채용하는 경우에는 ... 배심제로 할지 참심제로 할지를 포함하여, 그 내용을 입법정책에 위임하고 있다”고 판시하고 있다.

헌법 제32조가 보장하는 것은 ‘「재판소」에서 재판을 받을 권리’가 있다는 것과 재판소법 제3조 제3항이 배심제도를 부정하지 않는다는 것, 재판원법이 평결을 재판관 및 재판원의 양쪽 의견을 포함하여 과반수에 의한 것으로 하고 있는 것 등에서(제67조 제1항), 신분보장이 있는 직업재판관에 의한 재판을 받을 권리가 헌법상 보장되어 있다고 하더라도 재판원재판에 의한 평결에는 재판관의 의견이 필수적인 것으로 되어있기 때문에 재판소를 어떻게 구성할지는 입법정책의 문제로써 헌법문제는 아니라는 것이다.

또한, 【最判 2012년 2월 13일 刑集 66권 4호 482쪽】은 각성제 밀수입 사안에서 피고인을 무죄로 한 제1심 재판원재판에 사실오인이 있다고 한 항소심판결에 대해서는 “항소심이 제1심 판결에 사실오인이 있다고 하기 위해서는 제1심 판결의 사실인정이 논리법칙과 경험칙 등에 비추어볼 때 불합리하다는 것을 구체적으로 보여줄 필요가 있다”고 하였다. 재판원이 재판에 참가하는 이상, 미국의 배심판단과 동일하게 제1심 판단이 존중되지 않으면 안 된다고 하더라도 그 판단이 불합리하다면 이를 고수해서는 안 되고, 그러한 의미에서 이 판단은 재판원재판에도, 재판관재판에도 해당하는 상소재판소의 판단기준을 확인한 것이다.

일본의 재판원재판에서는 재판원은 재판관과 합동하여 사실과 양형에 대해서 판단하고 그 판결에 대해서는 당사자의 사실오인이나 양형부당을 이유로 한 상소가 인정되고 있다(형소법 제381조, 제382조). 그러므로 제도상, 재판원이 참여하여 내린 유죄·무죄나 양형판단을 상소심이 뒤집는 것은 금지되어 있지 않지만, 국민을 사실인정과 양형판단에 참여하도록 하고 있다는 점에서 본다면 재판원재판의 결과가 존중되어야 한다는 견해는 당연한 것이다. 다만, 일본의 상소심은 사후심으로, 그 역할은 원래 제1심 법원의 판단에 흠결이 있는지 여부를 심사하는 것에 그친다. 이 상소심의 역할은 재판관재판인지, 재판원재판인지 관계없이 상소심이 심사심의 역할을 넘어서 재판을 하는 것이 허용되지 않는 것은 재판원재판 도입 전후에 있어서 변하지 않았다.

또한, 【最判 2014년 7월 24일 刑集 68권 6호 925쪽】은 아동을 학대치사한 부모의 재판에서 두 피고인에게 징역 10년이라는 검찰구형을 상회하는 징역 15년을 선고한 제1심 재판원재판을 유지한 항소심판결을 파기자판하여 10년과 8년의 징역에 처하는 판단을 내렸다.⁵⁾

3. 특별히 주목을 받은 최근 판례

앞서 언급한 바와 같이 일본의 수사활동은 먼저, 강제처분법정주의(형소법 제197조 제1항 단서)에 의한 민주적 통제에 따르며, 이러한 바탕 위에, 법률로 규정된 강제처분에는 원칙적으

5) 이러한 판단이나 재판원제도의 의의에 대해서는 小木曾, 「韓日の刑事裁判への国民参加制度の状況と今後の課題」, 『日韓の刑事司法上の重要課題』, 同, 「刑事裁判への国民参加の意義およびその正当性」, 『裁判員裁判に関する日独比較法の検討』(中央大学出版部)를 참조하기 바란다.

로 재판관에 의한 사전심사가 요건으로 되어 있어, 임의수사에 대해서는 이익형량에 의한 그 상당성·적법성을 판단한다고 하는 범위에서 규율된다. 이에 따라 명문의 규정이 없는 수사방법은, 우선 그것이 법률상 근거를 필요로 하는 강제처분으로 보아야 할 것인지 여부가 명백히 밝혀지지 않으면 안 되기 때문에 임의수사와 강제처분의 구별기준이 논의되어 왔다. 이 때, 종래의 논의는 그 정의는 어떻게 하더라도 주로 수사기관이 개인에게 간섭하는 시점에 주목하여 어떤 행위가 강제처분에 해당하는지 여부를 판단해 왔다.⁶⁾ 예컨대, 도주하려는 상대방의 팔을 잡는 행위,⁷⁾ 시위참가자의 사진을 촬영하는 행위,⁸⁾ 상의 주머니에 손을 넣는 행위,⁹⁾ 소지품 가방의 내용물을 살펴보는 행위¹⁰⁾와 같은 경우가 있다.

이에 대하여, GPS를 이용한 수사는 지금까지 보다도 훨씬 용이하게 개인을 지속적으로 감시하고 그 정보를 축적하는 것이 기술적으로 가능하게 된다는 점에서 수사기관의 개인에 대한 간섭시점에만 주목한 것은 불충분한 것은 아닌지에 대한 관심이 나타나고 있다. 인적자원을 대량으로 투입하지 않고(낮은 비용으로) 목적을 달성할 수 있다는 점에서는, 종래에는 당연히 임의수사의 범주에 들어간다고 생각되어 온 미행과 같은 수사수법과도 구별된다. 정부기관이 개인의 생활을 지속적으로 감시하는 것이 가능하다고 한다면, 이에 대해서는 모두가 우려를 가지고, 어떠한 규율이 필요하다고 생각할 것이다.

미국에서는 수사기관이 마약거래 피의자의 아내 명의의 자동차에 GPS 추적장치를 장착하는 것을 허가하는 영장을 재판관으로부터 받아, 그 단말기 신호에 의해 4주에 걸쳐서 50에서 100 피트 오차범위 내에서 자동차의 위치를 특정하고 2000쪽에 달하는 데이터 보고서를 얻었다고 하는 사례에서 차량에 GPS 단말기의 설치가 개인의 헌법상 보호되는 영역에 대한 물리적인 침해를 구성한다는 것을 이유로 하여 영장의 효력 외에 단말기 설치에 의한 감시활동은 허용되지 않는다고 한 【United States v. Jones, 565 U.S._(2012)】가 있다.

일본에서는 조직적인 절도범죄 사안에서 경찰관이 피의자 차량에 GPS 단말기를 설치하고 이를 추적한 사례(大阪地判 2015년 6월 5일 判示 2288호 138쪽 등)에서, 항소재판소를 포함한 하급심 판단이 나뉘어져 있고, 현재 사건이 최고재판소 대법정에 계류 중이다. 이에 대해서는 ① 자동차의 새시 부분에 작은 단말기를 설치하는 것이 개인의 ‘주거, 서류, 소지품(헌법 제35조 제1항)’에 대한 물리적인 침해를 구성하는 것인지, ② 자동차에 GPS 단말기를 설치했기 때문에 그것이 강제처분이 된다고 한다면 GPS 단말기 등을 설치하지 않고 행해진 감시(익명의 경찰차나 상공에서 항공기 등에 의한 장기간 감시)는 강제처분이라고 할 수 없는 것인지, ③ 공중에 개방되어 있는 장소에서의 관찰은 강제처분에 해당되지 않는다고 하는 것이 사생활 보호의 합리적 기대 법리에 귀결되지만, 공중에 개방된 장소에서 장기간에 걸쳐서 감시가 행해지더라도 사생활에 대한 기대는 침해되지 않는 것인지, ④ 장기간의 감시라는 것이 어느 정도를 말하는 것인지, 또한 피의사실의 종류나 중대성에 따라 감시가 허용되는 것과 그렇

6) 무엇보다도, 綠大輔, 「監視型捜査における情報取得時の法的規律」, 法律時報 87卷 5号, 65쪽에서 지적하고 있는 바와 같이, 통신감청은 일정한 시간을 대상으로 하는 통신을 계속 듣는다는 점, 통신내용이 취득된다는 점, 비밀리에 행해진다는 점 등에 주목하여 종래의 강제처분과는 다른 규율을 적용받고 있다.

7) 最決 昭和51年 3月 16日 刑集 30卷 2号 187頁.

8) 最大判 昭和44年 12月 24日 刑集 23卷 12号 1625頁.

9) 最判 昭和53年 9月 7日 刑集 32卷 6号 1672頁.

10) 最判 昭和53年 6月 20日 刑集 32卷 4号 670頁.

지 않은 것이 있는지, ⑤ 만일 Jones와 같이 GPS 단말기 설치에 자동차 소유자인 아내가 동의했다고 하더라도 이것이 설치된 후 소유자 이외의 자가 자동차를 이용하고 그 행동이 추적되었다고 한다면 자동차에 대한 침입은 아니겠지만, 이런 경우는 강제처분에 해당되지 않는지, ⑥ 공중에 개방된 장소에서의 단기간의 감시라고 하더라도 그것이 축적된다면 감시를 통해 수집되는 정보는 개인 행동양식이나 경우에 따라서는 사상에 대한 것까지 수집될 수도 있는데, 여기에는 수색·압류를 규율하는 법리의 적용은 없는 것인지, ⑦ 개인이 제3자에게 개시한 정보에는 사생활 보호의 합리적 기대가 없다는 일반적인 전제를 재검토할 필요성은 없는 것인지 등과 같은 많은 해결해야 할 문제가 있으며, 이러한 문제들에 대해서 최고재판소가 어떠한 판단을 제시할지가 주목된다.¹¹⁾

[부록]

1. 최근 형소법 개정(형사소송법 등의 일부를 개정하는 법률(2016년 법 54호))에 대해서

본법은 지난 몇 년 동안 과제였던 피의자 조사에 대한 개혁을 시작으로 하는 형사절차에 대한 증거수집방법의 적정화·다양화 및 공판심리의 충실을 도모하기 위해, 1) 조사 녹음·녹화 제도의 법제화, 2) 증거수집 등의 협력 및 소추에 관한 합의제도 창설, 3) 증인 등의 성명 등에 대한 정보보호제도의 충실, 4) 통신감청 대상사건 확대, 5) 피의자 국선변호인제도 대상사건의 확대 등의 다양한 조치를 이른바 패키지로 강구하기 위해 제정된 것이다.

1) 조사의 녹음·녹화

재판원제도 대상사건 및 검찰관 독자 수사사건에 대해서 체포·구속 하에 있는 피의자에 대한 조사를 원칙으로 모든 과정을 녹음·녹화하고, 그 때 작성된 진술조서의 임의성이 공판에서 다투어질 때에는 검찰관은 녹음·녹화 매체에 대한 조사를 청구하도록 하였다.

2) 합의제도 등

변호인의 동의를 조건으로 검찰관에게 타인의 범죄사실을 밝히기 위한 진술을 피의자·피고인이 한 때에는 피의자·피고인과의 사이에서 불기소나 특정한 구형 등을 하는 취지의 합의를 하는 것이 가능하도록 하였다.

동시에 재판소의 결정에 의해 면책을 주는 것을 조건으로 자기에게 불리한 증언을 증인으로 의무지우는 제도를 도입하였다.

3) 증인보호조치

피고인이 재정하는 재판소와 별개의 재판소와의 사이에서 비디오 링크 방식에 의한 증인신

11) 小木曾, 「再び『新しい捜査方法』について」, 研修 790号, 3쪽. 小木曾, ほか 「特集 監視型捜査とその規律」, 刑法雑誌 55卷 3号, 391쪽.

문이 가능하도록 하고, 필요한 경우에는 증인의 성명·주거 등을 변호인에게도 알리지 않고 대체한 호칭이나 연락처를 변호인에게 공개할 수 있도록 하는 것이다. 또한, 필요에 따라서 증인 등의 성명 등을 공개 법정에서 밝히지 않는 결정을 하는 것이 가능하도록 하였다.

4) 통신 감청 대상사건의 확대

현행법상 약물중기범죄 등에 한정되어 있는 통신감청 대상 범죄를 조직범죄 요건(사전에 정해진 역할분담에 따라 행동하는 사람의 결합체에 의해 행해지는 것)을 충족하는 살인, 약취유인, 사기, 절도 등으로 확대하여, 현행법상 의무화 되어 있는 통신사업자의 입회를 폐지하였다

5) 국선변호권의 확충

중대사건(사형 또는 무기 또는 장기 3년을 초과하는 징역, 금고)에 대하여 구금영장이 발부된 피의자에 대한 국선변호권의 대상을 구속영장이 발부된 모든 피의자로 확대하였다.

2. 과거 10년의 중요 판례

- 1) 경찰관에 유치(東京高判 2009년 7월 1일 判タ 1314호 302쪽)
- 2) 의료행위로써의 채노(最決 2005년 7월 19일 刑集 59권 6호 600쪽)
- 3) 자동차 번호판 관독 시스템(東京高判 2005년 1월 19일 判示 898호 157쪽)
- 4) 피의자의 현관문 근처 비디오 촬영(東京地判 2005년 6월 2일 判示 1930호 174쪽)
- 5) 쓰레기의 영치(最決 2008년 4월 15일 刑集 62권 5호 1398쪽)
- 6) 피의자의 주거를 수색하는 도중에 도착한 피의자 앞으로 보내는 화물 수색(最決 2007년 2월 8일 刑集 61권 1호 1쪽)
- 7) 택배의 X-선 검사(最決 2009년 9월 28일 刑集 63권 7호 868쪽)
- 8) 접견실이 없음을 이유로 접견거부(最判 2005년 4월 9일 民集 59권 3호 563쪽)
- 9) 피의자와 변호인과의 접견 내용을 조사(福岡高判 2011년 7월 1일 判時 2127호 9쪽)
- 10) 일시적인 국외 여행에 의한 공소시효의 정지(最決 2009년 10월 20일 判タ 1314호 144쪽)
- 11) 재판원제도의 합헌성(最大判 2011년 11월 16일 判時 2136호 3쪽)
- 12) 범죄피해자가 형사재판을 통해 피해회복을 도모하는 권리(東京地判 2009년 12월 21일 判タ 1328호 85쪽)
- 13) 피해자의 특정사항 비공개와 재판의 공개원칙(最決 2008년 3월 5일 判タ 1266호 149쪽)
- 14) 비디오 링크 및 차폐를 통한 증인보호(最判 2005년 4월 14일 刑集 59권 3호 259쪽)
- 15) 소인변경의 필요 여부(最決 2012년 2월 29일 刑集 66권 4호 589쪽)
- 16) 공판전정리절차에 있어서 피고인의 주장명시의무(最決 2013년 3월 18일 刑集 67권 3호 325쪽)
- 17) 조사 과정 등을 기록한 수사관 메모의 증거개시(最決 2007년 12월 25일 刑集 61권 9호 895쪽)

- 18) 경찰관이 수사과정에서 작성하여 보관하고 있는 메모의 증거개시(最決 2008년 6월 25일 刑集 62권 6호 1886쪽)
- 19) 경찰관이 피의자의 조사에 관해 작성한 메모의 증거개시(最決 2008년 9월 30일 刑集 62권 8합 2753쪽)
- 20) 조사 상황을 기록한 DVD의 증거능력(東京地判 2007년 10월 10일 判タ 1255호 134쪽 등)
- 21) 증언거부와 진술불능요건(東京高判 2010년 5월 27일 河刑集 63권 1호 8쪽, 東京高判 2010년 5월 27일 判タ 1341호 250쪽)
- 22) 퇴거강제처분을 받은 외국인의 진술조서의 증거능력(東京高判 2008년 10월 16일 高刑集 1권 4호 1쪽, 東京高判 2009년 12월 1일 判タ 1324호 277쪽)
- 23) 수사공조요청에 따라 중국 내에서 작성된 진술서의 증거능력(最判 2011년 10월 20일 裁時 1542호 14쪽)
- 24) 범행재현사진의 증거능력(最決 2005년 9월 27일 刑集 59권 7호 753쪽)
- 25) 사인작성의 화재원인에 대한 보고서의 증거능력(最決 2008년 8월 27일 刑集 62권 7호 2702쪽)
- 26) 원진술자의 서명날인이 없는 진술녹취서의 탄핵증거로써의 증거능력(最判 2006년 11월 7일 刑集 60권 9호 561쪽)
- 27) 임의적이지 않은 자백과 파생증거의 증거능력(東京高判 2013년 7월 23일 判時 2201호 141쪽)
- 28) 정황증거에 의한 사실인정(最判 2010년 4월 27일 刑集 64권 3호 233쪽)
- 29) 동종전과 등에 의한 범인성의 입증(最判 2012년 9월 7일 刑集 66권 9호 907쪽, 最決 2013년 2월 20일 刑集 67권 2호 1쪽)
- 30) DNA 감정을 유일한 증거로 한 유죄인정(横浜池判 2012년 7월 20일 判タ 1386호 379쪽)
- 31) 합리적인 의심을 초과하는 증명의 의의(最決 2007년 10월 16일 刑集 61권 7호 677쪽)
- 32) 피고인의 책임능력 인정(最判 2008년 4월 25일 刑集 62권 5호 1559쪽, 最決 2009년 12월 8일 裁時 1497호 15쪽)
- 33) 공범의 존재가 의심되는 경우 단독범의 기소와 심리의 범위(最決 2009년 7월 21일 刑集 63권 6호 762쪽)
- 34) 사형의 양형판단(最判 2008년 2월 29일 判示 1999호 153쪽)
- 35) 무죄판결 후 구속 여부(最決 2007년 12월 13일 刑集 61권 9호 843쪽)
- 36) 재판원재판에서 항소심의 심리방식(最判 2012년 2월 13일 刑集 66권 4호 482쪽)
- 37) 재판원재판에서 양형과 항소심에서의 심사방식(最判 2016년 7월 24일 刑集 68권 6호 925쪽)
- 38) 항소심에서 직권조사의 범위(最決 2013년 3월 5일 刑集 67권 3호 267쪽)
- 39) 아시카가(足利) 사건 재심 무죄판결(宇都宮地判 2010년 3월 26일 判時 2084호 157쪽)