

# 한국형사판례연구회 창립30주년 기념학술회의

2010년대(2012~2021) 대법원판례의 동향

**주최** 한국형사판례연구회 / 한국형사·법무정책연구원

**후원** 대법원 형사실무연구회

**일시** 2022. 6. 11. (토)

**장소** 대법원 16층 회의실

한국형사판례연구회

Korean Association of Criminal Case Studies

**KICJ**

한국형사·법무정책연구원

Korean Institute of  
Criminology and Justice





## 한국형사판례연구회 창립30주년 기념학술회의

2010년대(2012~2021) 대법원판례의 동향

- 주 최 : 한국형사판례연구회 / 한국형사·법무정책연구원
- 후 원 : 대법원 형사실무연구회
- 일 시 : 2022. 6. 11. (토) 14:00-18:00 + 만찬
- 장 소 : 대법원 16층 회의실

### □ 세부일정

- 13:30-14:00 등 록
- 14:00-14:05 개 회 사 : 강동범 (한국형사판례연구회 회장, 이화여대 법전문대학원 교수)
- 14:05-14:10 축 사 : 이동원 (대법관, 대법원 형사실무연구회 회장)
- 14:10-14:15 축 사 : 하태훈 (한국형사·법무정책연구원 원장, 고려대 법전문대학원 교수)
- 14:15-14:30 학회회고 : 김동건 (전 한국형사판례연구회 회장, 변호사)
- 14:30-14:50 휴 식

### ▷제1세션 “형법 분야 대법원 판례의 동향”

사회 : 이용식 (서울대학교 법학전문대학원 명예교수)

- 14:50-15:20 발표(총칙분야) : 최준혁 (인하대학교 법학전문대학원 교수)
- 15:20-15:50 발표(각칙분야) : 홍은표 (대법원 재판연구관 형사총괄부장, 부장판사)
- 15:50-16:10 지정도론(총칙분야) : 윤지영 (한국형사·법무정책연구원 선임연구위원)
- 지정도론(각칙분야) : 정한균 (서울중앙지방법검찰청 검사)
- 16:10-16:30 자유토론
- 16:30-16:50 휴 식

### ▷제2세션 “형사소송법 분야 대법원 판례의 동향”

사회 : 이주원 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

- 16:50-17:20 발표 : 한제희 (법무부 형사사법공동시스템 운영단장)
- 17:20-17:30 지정도론 : 이완형 (김·장 법률사무소 변호사)
- 17:30-17:50 자유토론
- 17:50-18:00 폐 회 사
- 18:00-18:15 이 동
- 18:15-20:00 만 찬 (장소 : 중국요리 리향, 02-525-3580)





# 한국형사판례연구회 창립30주년 기념학술회의

2010년대(2012~2021) 대법원판례의 동향

## 목 차

- ◆ 지난 10년간(2012~2021) 형법판례의 변화 : 총칙 ..... 1  
최 준 혁 인하대학교 법학전문대학원 교수
  - ◆ 2010년대 대법원 판례의 동향 : 형법 각칙 관련 ..... 31  
홍 은 표 대법원 재판연구관 형사총괄부장, 부장판사
  - ◆ 최근 10년간 주요 대법원 판결 : 형사소송법 분야 ..... 53  
한 제 희 법무부 형사사법공통시스템 운영단장, 검사
-





# 지난 10년간(2012~2021) 형법판례의 변화 : 총칙

최 준 혁

인하대학교 법학전문대학원 교수







# 지난 10년간(2012~2021) 형법판례의 변화 : 총칙

최 준 혁  
인하대학교 법학전문대학원 교수

## I. 들어가며

### 1. 대법원의 형사판결과 『형사판례연구』

#### (1) 판례평석의 역할과 『형사판례연구』의 ‘회고’

판결에 의하여 형벌권이 실현된다는 점에서 형사판례의 중요성과 판례연구의 필요성은 다시 말할 필요가 없으나, 판례연구가 단순한 판례읽기나 판례암기에 그쳐서는 판례이론과 이를 통한 형법학의 발전은 기대할 수 없다고 일찍이 이재상 교수님은 지적하셨다.<sup>1)</sup>

판례평석의 기능<sup>2)</sup> 중 첫번째는 중요한 판례를 소개하는 것이다. 수많은 판례 중 중요한 평석대상 판례가 무엇인지를 선정하는 행위 자체가 의미가 있는데, 당해 판례의 중요성이나 의의, 또는 문제점을 부각시키기 때문이다. 판례평석은 그 평석을 하는 학자의 시각을 검찰과 법원의 시각과 비교하는 기회가 되어 판결의 의미를 더욱 분명하게 드러내는 기회가 된다. 세 번째로 판례평석은 동일한 사안에 대한 장래의 법원판결에 영향을 미치거나 새로운 판례의 형성에 기여할 수도 있는데,<sup>3)</sup> 이를 판례평석의 가장 큰 의미라고 할 수도 있을 것이다. 판례를 분석하고 평가하여 판결의 문제점을 비판하고 판례의 정당한 이론적 근거를 밝혀야, 보다 새롭고 보다 발전된 판례를 형성할 수 있게 된다.<sup>4)</sup> 즉 판례에 관한 비판적 접근은 판례 및 판례를 형성하는 법원에게도 도움이 된다.

형사판례연구회의 30주년을 맞는 이 자리는 『형사판례연구』에 실려있는 판례평석을 다시 한 번 돌아볼 기회를 준다. 특히, 『형사판례연구』는 매년 그해에 나온 대법원과

1) 이재상, 형법기본판례 총론, 박영사, 2011, i.

2) 박상기, “형사판례연구회 20주년을 맞이하여”, 형사판례연구 제20권(2012), 4면.

3) 이를 확인하기 위해서는 대법원의 판결이 논문이나 교과서 등 자신의 견해를 뒷받침하는 출처를 명시할 필요가 있음은 물론이다. 다른 한편으로, 대법원 형사실무연구회에서는 아직 대법원 판결이 나오기 전의 사안들도 다루기 때문에 그 논의와 새로운 판결형성과의 인과관계를 인정하기 더 쉽다.

4) 이재상, 앞의 책.

헌법재판소의 중요한 판결을 모아서 정리한 글을 실었다. 이재상 교수님은 1993년 발간된 형사판례연구 1권<sup>5)</sup>부터 10권까지 한 해의 중요 형사판결을 정리하셨다. 11권에는 그러한 정리글이 없었고 12권과 13권에서는 박상기 교수님이 중요 형사판결을 정리하셨다.<sup>6)</sup> 그 후 14권부터는 오영근 교수님<sup>7)</sup>이 ‘회고’를 맡으시다가 29권부터는 형법과 형사소송법을 분리하여 형법회고는 김혜정 교수님<sup>8)</sup>, 형사소송법회고는 강동범 교수님<sup>9)</sup>이 하신다. 『인권과 정의』, 『법률신문』 등에서도 한 해의 형사판결을 정리하는 글을 찾을 수 있으나, 『형사판례연구』가 ‘판례를 통해 부각된 관련 이론의 정리와 발전이라는 형법학적 측면의 성과와 시의적절하면서도 법리적 정당성이 담보된 평석을 통한 형사실무적 측면의 성과’<sup>10)</sup>를 동시에 확보하는 선도적인 역할을 해 왔음은 분명하며 ‘회고’의 무게도 여기에서 기인한다고 말할 수 있다.

활발한 판례평석을 통해서 법원의 판결이 신의 판단이 아니라 인간의 판단이라는 사실에 기초하여 지켜보는 시각이 존재함을 감지하게 한다는 지적<sup>11)</sup>은 판례평석의 비판적 기능을 다시 한번 강조한 것으로 보인다. 판례는 해석권력의 다수결에 의해 정해진 일종의 규칙이자 강제통용력 있는 선언일 뿐이며, 지금도 그 규칙은 변경되거나 변경이 논의되고 있다.<sup>12)</sup>

## (2) 최근 대법원의 형사판결에 관한 ‘회고’의 평가

2016년부터 2020년까지의 대법원의 형사판결을 검토한 연구에 따르면 형사판결 건수는 2017년 이후로 현저하게 감소하였으나, 전원합의체 판결은 2017년 이후 증가하는 추세를 보여주고 있다.<sup>13)</sup>

‘소위 독수리5형제가 활약하던 2011년에는 전원합의체 판결이 많았’<sup>14)</sup>다고 볼 수도 있으나 2011년의 대법원 전원합의체 판결은 5건으로 그중 한 판결만이 종래의 입장을 변경한 것이고, 세 건은 관여법관의 의견이 일치하지 않아 전원합의체 판결을 하였고 한 건은 재심사건이었다.<sup>15)</sup> 그 이후에도 전원합의체 판결은 2012년 2건, 2013년 3건,

5) 이재상, “1992년의 형법 주요판례”, 형사판례연구 제1권(1993), 427-445면.

6) 박상기, “2003년 형사판례 회고”, 형사판례연구 제12권(2004), 541면은 “이재상 교수님께서 그 동안 10년에 걸쳐 형사판례회고를 써 오시던 것을 바쁜 일정상 필자가 대신 하게 되었다”라고 그 경위를 서술한다.

7) 박상기, “형사판례연구회 20주년을 맞이하여”, 3, 33면에 따르면 20주년을 맞아 정리한바 총 404편의 평석이 발표되었는데 그 중 오영근 교수님이 17편으로 가장 많았다.

8) 김혜정, “2020년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제29권(2021), 495-538면.

9) 강동범, “2020년도 형사소송법판례 회고”, 형사판례연구 제29권(2021), 539-593면.

10) 이용식, “머리말”, 형사판례연구 제27권(2019), ii.

11) 박상기, “형사판례연구회 20주년을 맞이하여”, 5면.

12) 이주원, 형법총론, 박영사, 2022, ii.

13) 김혜정, 앞의 글, 495면.

14) 오영근, “2014년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제23권(2015), 730면.

15) 오영근, “2011년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제20권(2012), 634면.

2014년 2건, 2015년 3건으로 큰 변화를 보이지 않았다.<sup>16)</sup>

2021년의 대법원 형사판결에 대한 한 연구<sup>17)</sup>는 이 해에 전체적으로 공지된 판결의 수가 많지 않았고 공지된 판결에서도 전원합의체 판결을 제외하면 특별히 언급할 만한 쟁점이 있는 판결을 찾아보기 힘들다고 평가하면서, 그 이유는 코로나19 감염병 사태의 영향으로 법원의 판결이 예년보다 적었거나 형법의 주요 쟁점들에 대한 판례가 어느 정도 정립되어 새로운 쟁점이 많이 제기되지 않았기 때문이라고 추측한다. 그럼에도 불구하고 대법원이 전원합의체 판결에서 다루는 사안의 경향성을 찾을 수는 있는데, 가령 2020년에는 배임죄에 관한 여러 판결이 나왔다면 2021년 이후에는 주거침입죄에 관한 여러 판결들<sup>18)</sup>이 나오고 있다고 보인다.

## 2. ‘연속성’과 ‘변화’, ‘논리’와 ‘구체적 타당성’

어떠한 법규범에 사용된 개념이 정말로 명확하고 한 가지 뜻만 지니고 있어 도대체 다르게 이해할 수 없다면 ‘법률의 해석’이란 필요하지 않을 것이며, 법관은 입법자가 정한 내용을 기계적으로 해당사안에 적용하면 된다고 가정할 수 있다. 이러한 형태로 법률가의 법률에 대한 엄격한 기속이 실현된다면 법적 안정성을 실현할 수 있을 뿐만 아니라 철학이나 정치적 또는 역사적 영향에서의 법관의 독립성도 보장할 수 있다. 그러나, 법질서가 완결된 법문장의 체계로서 흠결이 없기 때문에 이를 논리에 맞게 적용하면 모든 문제를 해결할 수 있을 것이라는 이상은 실현되지 못하였으며, 모든 법률은 적용하기 위해 해석되어야 한다. 이때, 법률의 의미내용은 조개 속의 진주처럼 텍스트에서 발견되는 것이 아니라 상당한 이해를 목표로 하는 해석자의 노력을 통하여 그 인식 속에 새롭게 드러나며, 이러한 점에서 모든 해석은 창조적 행위이다.<sup>19)</sup>

그리고 형법의 텍스트의 해석은 대화의 해석과는 다른데, 대화가 상대방의 진의를 파악하는 것을 목표로 한다면 형법 텍스트의 해석에서는 화자의 사용한 언어의 의미이해를 뛰어넘는 차원, 즉 형법 내적 체계에서 비롯되는 체계성, 정합성 그리고 형법 외적 위상, 즉 국법질서상 부여된 위계와 같은 것이 요구된다.<sup>20)</sup> 여기에서는 정합성에 한정해서 조금 더 생각하려고 하는데, 이를 원칙과 개념들이 그 자체가 확립된 근거를 가진 체계적

16) 오영근, “2015년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제24권(2016), 645면.

17) 정승환, “2021년 형법 중요판례평석 - 대법원 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 인권과 정의 제504호(2022), 7면.

18) 대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결 및 대법원 2022. 3. 31. 선고 2018도15213 판결; 대법원 2022. 4. 28. 선고 2020도8030 판결. 2018도15213 판결에 관한 검토로 참고, “주거침입죄에서 기망에 의한 승낙의 효력 - 포괄적 승낙이 부여된 공공건물 출입과 관련하여 -”, 형사법연구 제32권 제4호(2020), 87-118면.

19) 참고, “‘위험한 물건을 휴대하여’의 해석”, 경찰법연구 제8권 제1호(2010), 175면.

20) 장영민, “형사판례 평석에 관한 몇 가지 관건과 회고”, 형사판례연구 제27권(2019), 32면.

인 연관 속에 있어야 하며 모순적이어서는 안 된다는 의미로 이해하겠다.

오늘의 논의에서 정합성의 출발점은 판결과 판례의 구분이다. 판례는 법원의 재판의 형식중의 하나인 판결이나 결정 그 자체가 아니라 특정한 재판에서 재판의 이유 중에 나타난 법원의 법률적 판단을 의미한다. 이와 같은 의미의 판례는 재판상의 선례를 의미한다. 이러한 의미의 법률적 판단으로서의 판례는 그 전제사실을 사상(捨象)하고 일반적인 명제로 나타난다. 따라서 판례는 특정의 재판 이후의 장래 사건에 대해서도 선례가 될 수 있고, 1개의 재판에서 1회만 표시된 법률적 판단도 판례라고 할 수 있다.<sup>21)</sup>

대법원의 판결 중에는 변경을 요하는 판결들이 많이 있다<sup>22)</sup>는 지적의 전제도 판결과 판례의 구분에서 출발한다. 아래에서 살펴볼 횡령죄의 불가벌적 사후행위에 관한 대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결에서 이상훈 대법관, 김용덕 대법관은 다음의 별개의견을 제시한다. “선형 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.” 기존에는 판례변경이 어떤 때 허용되며 그 한계는 무엇인가에 대한 논의가 거의 없었는데, 이 보충의견은 대법원이 그에 대한 입장을 밝히고 있는 드문 예라고 한다.<sup>23)</sup>

강제통용력을 가진 ‘규칙’으로서 그 이후의 판단에 대한 선례가 된다는 점에서 판례의 특징은 연속성이다. 과거에는 다루지 않았던 쟁점에 대해 법원이 판단하여야 하거나<sup>24)</sup> 기존의 판례의 입장을 변경해야 하는 상황은 ‘변화’라고 지칭할 수 있는데 변화의 가장 중요한 이유는 무엇보다도 법률의 변경이다. 법률과 그 적용은 사회변화에 대응할 필요가 있는데, 죄형법정주의의 요청에 기반하면 이때의 수단은 기본적으로 입법이어야 하기 때문이다.<sup>25)</sup>

하지만 법률이 변경되지 않았다고 하더라도 이미 보았듯이 어떠한 법률은 완결되어 있지 않으므로 사법적인 대응, 즉 해석을 통한 판결의 변경가능성은 열려있다. 사태는

21) 김성돈, “판례의 의의와 ‘판례변경판례’의 소급효”, 형사법연구 제27권 제4호(2015), 95면.

22) 오영근, “2017년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제26권(2018), 558면.

23) 윤진수, “판례의 무게 —판례의 변경은 얼마나 어려워야 하는가?—”, 법철학연구 제21권 제3호(2018), 134면.

24) 하나의 예로 필요적 공범과 공소시효의 정지에 관한 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012도4842 판결. 그에 대하여 즐고, “필요적 공범과 공소시효의 정지”, 비교형사법연구 제18권 제2호(2016), 203-228면.

25) 류전철, “사회변화에 대응하는 형사판례의 법리변경”, 형사판례연구 제26권(2018), 50면.

달라지지 않았으나 그 사태에 대한 새로운 접근방법을 법원이 수용하였다는 점<sup>26)</sup>이 그 이유 중 하나가 될 수 있으며, 사회의 변화가 형사판례의 법리를 변경하게 하는 가장 중요한 변수라는 설명<sup>27)</sup>도 찾을 수 있다.

먼저 판례변경의 형식적인 측면으로서, 대법원이 과거의 입장을 변경함에도 불구하고 변경하지 않은 것 같은 외관을 보이거나 전원합의체 판결의 형태를 취하지 않는 경우는 문제가 있다고 생각한다. 판례를 변경할 때 그 변경이유를 상세히 설시해야 한다는 점은 법치국가 원리 자체에서 도출할 수 있는 결론이며, 판례변경의 이유를 제대로 설시하지 않거나 심한 경우에는 판례변경임을 밝히지 않고 사실상 판례변경을 하는 경우는 지양되어야 한다.<sup>28)</sup>

상습절도에 대한 가중처벌조문에 주거침입죄가 흡수되는가라는 쟁점에 관한 대법원 판결들은 그 예이다.<sup>29)</sup> 대법원은 상습절도범이 주간에 절도를 위하여 주거침입을 한 경우 별도의 주거침입죄가 성립하는지에 대한 엇갈린 판결을 내리다가 84도1573 전원합의체 판결을 통해 입장을 정리하였다. 이 판결에서 대법원이 범죄론 및 죄수론의 일반 원칙보다 개별사안에서의 타당성을 중요하게 보았다고 선해할 수 있으나, 엇갈리는 판결들의 입장을 ‘정리’하였다는 점은 매우 중요하다. 하지만 2015도1573 판결은 ‘일반적으로 주거침입은 절도죄의 구성요건이 아니므로 절도범인이 그 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 그 주거침입죄는 절도죄와 경합범’이라는 84도1573 판결과 동일한 논거에서 출발하면서도 반대의 결론을 내었는데 동일한 전제에서 출발하여 정반대의 결론을 낼 때 과연 ‘판례’에 해당하는 부분을 무엇으로 볼 수 있는가에 대한 의문<sup>30)</sup>은 있으나 달라진 결론의 바탕에는 상습절도에 대한 법정형이 달라졌다는 이유가 있었다. 그러므로 2015도1573 판결의 구체적 타당성은 인정할 수 있으나, 대법원은 입장을 다시 변경하였으니 ‘종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우’(법원조직법 제7조 제1항 제3호)에 해당하여 전원합의체 판결의 형태를 취했어야 한다고 보인다. 그렇지 않으면 현재의 법현실에 맞는 판단을 한 2015도1573 판결보다 과거의 법상황에 기반한 84도1573 판결이 전원합

26) 그 예로 블랙아웃과 패싱아웃의 구별에 대한 대법원 2021. 2. 4. 선고 2018도9781 판결. 이 논의는 원래 책임능력의 판단에서 이루어졌기 때문에 대법원은 형법 제10조를 판단할 때도 이 판결에서 발전시킨 기준을 적용시킬 필요가 있다는 지적으로 줄고, “성폭력범죄에 대한 최근 법률과 판결의 변화”, 인권과 정의 제500호(2021), 34면.

27) 류전철, 앞의 글, 52면.

28) 윤진수, 앞의 글, 182면.

29) 대법원 1984. 12. 26. 선고 84도1573 전원합의체 판결과 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015도8169 판결의 관계에 대하여 줄고, “상습절도와 주거침입의 관계”, 형법판례 150선(3판), 박영사, 2021, 227면.

30) 동일한 전제에서 출발하면서 완전히 다른 결론을 내는 상황은 ‘판결문에 부동문자처럼 통용되는 문구가 여전히 아무런 성찰도 거치지 않고 등장’(장영민, “형사판례 평석에 관한 몇 가지 관견과 회고”, 형사판례연구 제27권(2019), 49면)한다는 인상을 줄 수 있다. 물론 이 쟁점에서는 대법원이 결론을 바꾸어야 할 이유가 존재하므로 그 이유에 대한 설명을 전원합의체 판결(형식적 측면)으로 충분히 하였다면(실질적 측면), 대법원의 판례의 권위는 유지되지 않았을까 하는 생각이다.

의체 판결이므로 우위에 있다고 잘못 이해될 수 있다.

나아가 판례의 법리의 변경이 필요한 경우에도 법적 안정성과 국민의 신뢰보호는 그 한 계로 작용하는데<sup>31)</sup> 이는 결국 어떠한 판결 또는 판례의 내용이 무엇인가의 문제로서 구체적인 타당성과 연결된다고 보인다. 2005년의 ‘회고’는 대법원이 10년 전과 마찬가지로 법적 안정성이나 논리의 일관성보다는 구체적인 타당성을 중시하고 있다고 평가하였고 그 10년 전에도 같은 평가가 있었다고 한다.<sup>32)</sup> 대법원이 구체적인 타당성을 추구하는 이유 중 하나는 피고인의 인권보장보다 대법원판결이 사회에 미칠 영향이나 국민의 법감정을 우선시하기 때문이나<sup>33)</sup> 판결이 사회에 미칠 영향이나 국민의 법감정을 판결에 담는 일은 원칙적으로는 사법기관이 아니라 국회나 행정부가 해야 할 일이며, 사법기관은 이러한 거시적 관점보다는 피고인 개인의 인권보장을 우선시하는 미시적 관점을 가져야 한다는 것이다.

이러한 지적의 타당성은 부인할 수 없으나, 판결이 구체적인 타당성을 추구하는 것은 너무나 당연하다. 대법원의 판결을 포함하여 판결이라는 법원의 활동은 개별사건의 해결을 1차적인 목적으로 하며, 법률해석의 결과를 논리적이고 명확하게, 나아가 빠짐없이 진술하기 위해서 이루어지는 것은 아니며 그 ‘해석’은 1차적으로 판결에 기재하도록 강제된, 당해사건의 결론에 이른 이유를 제시하는데 1차적인 의미가 있고 그 이유가 법률에 의하였음을 보이기 위함이다.<sup>34)</sup> 그렇다면 판결 또는 판례에 대한 비판이 정당화될 수 있는 지점은, 그것이 구체적인 타당성을 목표로 하였다는 점 자체가 아니라 구체적인 타당성을 추구하다 보니 형법의 중요한 원칙을 침해한다거나, 문제해결에 계속 활용할 수 있는 기준을 제시하지 못한다거나(연속성의 문제), 혹은 기준을 제시하고 있기는 하나 그 기준이 너무 모호해서 판단의 실질적인 준칙으로 작용할 수 없다거나(명목상의 근거 제시) 또는 그 기준이 구체적인 것 같지만 기존의 다른 판례와 명백히 충돌하거나 충돌할 수 있다(정합성의 문제)하는 상황으로 한정할 수 있다고 생각한다.

31) 류전철, 앞의 글, 51면.

32) 오영근, “2005년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제14권(2006), 539면은 “10년 전 이재상 교수는 1996년의 형사판례를 회고하면서 ‘대법원은 형사판결에 있어서 형사법적 논리의 정당성보다 구체적인 타당성을 갖는데 중요성을 두었다는 인상을 갖지 않을 수 없었다’고 하였다”고 인용한다.

33) 오영근, “2015년도 형법판례 회고”, 646면.

34) 양창수, 민법연구 1권, 박영사, 1991, 26면.

## II. 지난 10년의 형법총칙 분야에서의 대법원 판결

### 1. 형법총칙에 대한 판례의 논의

‘형법총론의 범죄론은 어차피 실무에서 큰 비중을 차지하지 않’<sup>35)</sup>으나 형법의 뇌이자 심장인 형법총칙의 해석론은 국가형벌권의 정당한 실현단계에서 최종적 판단인 형법의 적용을 위해 가장 기본적인 법적 근거를 찾기 위한 토대이다.<sup>36)</sup>

평석대상으로 선정된 판결을 살펴보는 것 자체가 의미가 있기 때문에, 아래에서는 『형사판례연구』의 ‘회고’에서 다룬 판결들을 위주로 형법총칙에서의 중요한 영역인 형법의 기초, 구성요건, 위법성, 책임, 미수, 공범, 죄수론에서 중요한 판결 한두 개 및 관련판결을 적시하고 그에 대하여 간단히 검토한다. 형사제재의 영역에 대해서는 대법원뿐만 아니라 헌법재판소도 여러 판결을 내놓았는데, 그에 대해서는 과중한 법정형은 합목적성의 이념에 반한다는 지적<sup>37)</sup>으로 갈음하겠다.

### 2. 검토

#### (1) 형법의 기초

헌법재판소는 폭처법과 특가법 등의 특별형법에 규정되어 있는 처벌조문 중 형법 조항과 똑같은 구성요건을 규정하면서 법정형만 상향한 조문들은 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃어 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배되고 그 내용도 평등원칙에 위반된다고 2014년 이후의 여러 결정에서 확인하였다. 이러한 헌법재판소 결정은 2014년의 가장 중요한 형사판결 중 하나인데,<sup>38)</sup> 헌법재판소의 결정에 따라 개정된 형법 및 폭처법에 대한 대법원의 여러 판결은 엄격한 문언해석을 통한 인권보호라는 요청에 실무가 어떻게 대응해야 하는지를 잘 보여준다.

#### 1) 죄형법정주의

대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결<sup>39)</sup>의 2심법원은 ‘피고인이 승용차를 운

35) 김영환, “한국 형법학의 방법적 착안점에 대한 비판적 고찰: 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피”, 형사판례연구 제27권(2019), 17면.

36) 김성돈, 형법총론(8판), 3판 머리말.

37) 장영민, 앞의 글, 33면.

38) 이러한 ‘부진정가중처벌조문’에 대한 검토와 지적으로 줄고, “특정범죄가중처벌 등에 관한 법률에서의 ‘부진정가중처벌조문’의 적용에 관한 검토”, 형사법의 신동향 제45호(2014), 240-270면.

전하여 가던 중 피해자가 타고 가던 자전거 앞으로 승용차의 진로를 변경한 후 급하게 정차하여 충돌을 피하려는 피해자의 자전거를 땅바닥에 넘어지게 함으로써, 위험한 물건인 자동차를 이용하여 피해자를 폭행하여 약 2주간의 치료를 요하는 상해를 입게 하였다’는 특수폭행치상의 공소사실에 대하여 형법 제257조 제1항의 예에 의해 벌금형을 선택한 제1심판결을 파기하고, 형법 제258조의2의 예에 따라 징역형을 선택하였다. 그 이유는 다음과 같았다.

- ① 형법 제262조는 형법 제258조의2의 적용을 배제하고 있지 않고, 특수폭행치상죄를 특수상해죄의 예에 따라 처벌하더라도 형벌체계상의 부당함이나 불균형이 있어 보이지 않는다.
- ② 검사가 이 사건 공소사실에 대하여 형법 제257조 제1항이 아닌 제258조의2 제1항의 예에 의하여 처벌해 달라고 기소한 이상, 검사의 공소장 변경 없이 형법 제257조 제1항을 적용하여 처벌할 수 없다.

**대법원의 판단:** 2016. 1. 6. 형법 개정으로 특수상해죄가 형법 제258조의2로 신설됨에 따라 문언상으로 형법 제262조의 “제257조 내지 제259조의 예에 의한다”는 규정에 형법 제258조의2가 포함되어 특수폭행치상의 경우 특수상해인 형법 제258조의2 제1항의 예에 의하여 처벌하여야 하는 것으로 해석될 여지가 생기게 되었다. 이러한 해석을 따를 경우 특수폭행치상죄의 법정형이 형법 제258조의2 제1항이 정한 “1년 이상 10년 이하의 징역”이 되어 종래와 같이 형법 제257조 제1항의 예에 의하는 것보다 상향되는 결과가 발생하게 된다.

그러나 형벌규정 해석에 관한 법리와 다음과 같은 폭력행위 등 처벌에 관한 법률의 개정 경과 및 형법 제258조의2의 신설 경위와 내용, 그 목적, 형법 제262조의 연혁, 문언과 체계 등을 고려할 때, 특수폭행치상의 경우 형법 제258조의2의 신설에도 불구하고 종전과 같이 형법 제257조 제1항의 예에 의하여 처벌하는 것으로 해석함이 타당하다.

- ① 헌법재판소는 2015. 9. 24. 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법상 폭행죄, 협박죄, 재물손괴죄를 범한 사람을 가중처벌하는 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 개정되고, 2014. 12. 30. 법률 제12896호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 폭력행위처벌법’이라고 한다) 제3조 제1항 중 “흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제260조 제1항(폭행), 제283조 제1항(협박), 제366조(재물손괴등)의

39) 이 판결은 [중요판결]로 판례속보에서 소개되었다(<https://www.scourt.go.kr/portal/news/NewsViewAction.work?pageIndex=1&searchWord=&searchOption=&seqnum=6272&gubun=4&type=5>: 2022. 6. 3. 최종검색)



- 죄를 범한 자”에 관한 부분과 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2014. 12. 30. 법률 제12896호로 개정된 것) 제3조 제1항 중 “흥기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제260조 제1항(폭행), 제283조 제1항(협박), 제366조(재물손괴등)의 죄를 범한 자”에 관한 부분은 형법과 같은 기본법과 동일한 구성요건을 규정하면서도 법정형만 상향한 것으로 형벌체계의 정당성과 균형을 잃어 헌법의 기본원리에 위배되고 평등의 원칙에 위반된다는 이유로 위헌이라고 결정하였다[헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2014헌바154, 398, 2015헌가3, 9, 14, 18, 20, 21, 25(병합) 전원재판부 결정]. 반면, “구 폭력행위처벌법 제3조 제1항 중 ‘흥기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제257조 제1항(상해)의 죄를 범한 자’에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.”라고 결정하였다[헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2014헌가1, 2014헌바173(병합) 전원재판부 결정].
- ② 이에 따라 구 폭력행위처벌법의 일부 규정을 정비하고, 동시에 일부 범죄를 형법에 편입하여 처벌의 공백을 방지하면서 형벌체계상의 정당성과 균형을 갖추도록 하기 위하여, 구 폭력행위처벌법이 2016. 1. 6. 법률 제13718호로 개정되면서 구 폭력행위처벌법 제3조 제1항은 전부 삭제되었고, 그중 상해죄를 가중처벌하는 부분은 형법 제258조의2의 ‘특수상해죄’로 신설되면서, 그 법정형은 구 폭력행위처벌법이 정한 “3년 이상의 유기징역”보다 낮추어 “1년 이상 10년 이하의 징역”으로 규정되었다. 또한 형벌체계상의 정당성과 균형을 갖춘다는 같은 이유에서 존속중상해죄의 법정형은 “2년 이상의 유기징역”에서 “2년 이상 15년 이하의 징역”으로 하향 조정되고, 강요죄는 “5년 이하의 징역”에서 “5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금”으로 벌금형을 추가하는 내용으로 함께 개정되었다.
- ③ 반면, 형법 제262조는 형법 제정 당시부터 현재에 이르기까지 지금과 같은 문언과 체계를 유지하고 있는데, 종래에 형법 제262조와 관련하여 일부 입법론적인 문제제기가 있기는 하였으나 결과적가중범인 폭행치상죄와 특수폭행치상죄를 고의범인 상해죄, 중상해죄의 예에 준하여 처벌하고, 폭행치상죄와 특수폭행치상죄 사이의 행위 불법의 차이를 고려하지 않고 동일한 법정형에 의하여 처벌하는 것으로 해석하여 왔다. 또한 앞서 본 바와 같은 2016. 1. 6. 형법 개정 과정에서 특수폭행치상죄의 법정형을 상향시켜야 할 만한 사회적 상황의 변경이 있었다고 보기 힘들다.
- ④ 이러한 상황에서, 형법 제258조의2 특수상해죄의 신설로 형법 제262조, 제261조의 특수폭행치상죄에 대하여 그 문언상 특수상해죄의 예에 의하여 처벌하는 것이 가능하게 되었다는 이유만으로 형법 제258조의2 제1항의 예에 따라 처벌할 수 있다고 한다면, 그 법정형의 차이로 인하여 종래에 벌금형을 선택할 수 있었던 경미한 사안에

대하여도 일률적으로 징역형을 선고해야 하므로 형벌체계상의 정당성과 균형을 갖추기 위함이라는 위 법 개정의 취지와 목적에 맞지 않는다. 또한 형의 경중과 행위자의 책임, 즉 형벌 사이에 비례성을 갖추어야 한다는 형사법상의 책임원칙에 반할 우려도 있으며, 법원이 해석으로 특수폭행치상에 대한 가중규정을 신설한 것과 같은 결과가 되어 죄형법정주의 원칙에도 반하는 결과가 된다.

이러한 입장은 대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도7687 판결에서도 나타난다. 이 사건 공소사실 중 폭력행위처벌법위반(우범자)의 점의 요지는, 피고인이 2016. 6. 14. 12:20 경 공소외인이 사용하던 칼을 빼앗으려 하다가 여의치 않자 자신의 집으로 가 위험한 물건인 과도(칼날 길이 22cm)를 들고 와 정당한 이유 없이 위험한 물건을 휴대하였다는 것이었다. 그런데 검사는 이 부분 공소사실이 폭력행위처벌법 제7조에 해당함을 이유로 기소하였으나, 공소사실에는 피고인이 폭력행위처벌법 중 어떠한 범죄에 사용할 의도로 과도를 휴대하였는지에 대하여 아무런 기재가 없었다. 그리고, 피고인은 당시 과도를 소지한 사실은 인정하였으나, 구체적으로 폭력행위처벌법 중 어떠한 범죄에 사용할 의도로 과도를 소지하였는지에 대하여는 아무런 진술도 하지 않았다. 행위 당시 피고인에게 폭력행위처벌법에 규정된 범죄를 실제로 범할 의도가 있었다고 보이지는 않고, 피고인은 과거에 현행 폭력행위처벌법이 규정하고 있는 범죄를 저질러 처벌받은 전력도 없었다.

**대법원의 판단:** 이 판결은 헌법재판소의 위헌결정 및 그 이후의 법률개정에 관하여 실시한 후 다음과 같이 판결한다. 폭처법 제7조는 ... 집단 또는 상습 및 특수폭력범죄 등을 저지를 우려가 있는 사람을 처벌함으로써 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위한 규정으로 법률 제정 시부터 현재까지 실질적인 내용의 변경 없이 그대로 유지되어 왔고, 이러한 폭력행위처벌법위반(우범자)죄는 대상범죄인 ‘이 법에 규정된 범죄’의 예비죄로서의 성격을 지니고 있다. 이러한 형벌규정 해석에 관한 일반적인 법리와 폭력행위처벌법의 개정경위와 내용, 폭력행위처벌법 제7조의 입법 취지와 문언의 체계, 폭력행위처벌법위반(우범자)죄의 성격과 성립요건 등을 종합하여 보면, 폭력행위처벌법 제7조에서 말하는 ‘이 법에 규정된 범죄’란 ‘폭력행위처벌법에 규정된 범죄’만을 의미한다고 해석함이 타당하다.

## 2) 형법의 적용범위에서의 동기설

대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도17907 판결<sup>40)</sup>과 대법원 2017. 3. 16. 선고 2013

40) 오영근, “2016년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제25권(2017), 648면.

도16192 판결<sup>41)</sup>은 소위 동기설에 따른 대법원의 판결이다.

2015도17907 판결의 사실심법원은 위험한 물건인 자동차를 이용하여<sup>42)</sup> 피해자에게 상해를 가한 피고인의 행위에 대하여 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2016. 1. 6. 법률 제13718호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 폭력행위처벌법’) 제3조 제1항, 제2조 제1항 제3호, 형법 제257조 제1항을 적용하여 유죄로 판단하였다. 위험한 물건인 과도를 휴대하여 자신의 어머니인 피해자에게 상해를 가한 2013도16192 판결의 피고인에 대해서도 사실심법원은 구 폭력행위처벌법 제3조 제1항, 제2조 제1항 제3호, 형법 제257조 제2항을 적용하여 유죄로 판단하였다.

**대법원의 판단:** 형법 제257조 제2항의 가중적 구성요건을 규정하고 있던 구 폭력행위 처벌법 제3조 제1항을 삭제하는 대신에 위와 같은 구성요건을 형법 제258조의2 제1항에 신설하면서 그 법정형을 구 폭력행위처벌법 제3조 제1항보다 낮게 규정한 것은, 위 가중적 구성요건의 표지가 가지는 일반적인 위험성을 고려하더라도 개별 범죄의 범행경위, 구체적인 행위태양과 법익침해의 정도 등이 매우 다양함에도 불구하고 일률적으로 3년 이상의 유기징역으로 가중 처벌하도록 한 종전의 형벌규정이 과중하다는 데에서 나온 반성적 조치라고 보아야 할 것이므로, 이는 형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때’에 해당한다.

### 3) 검토

#### 가. 죄형법정주의에 대한 법원의 존중

죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구하며, 그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다고 보는 것이 대법원의 확립된 입장인 ‘판례’라고 보인다. 그렇다면 앞에서 논의한 대법원의 판결들의 논거와 결론은 설득력이 있다.

41) 오영근, “2017년도 형법판례 회고”, 558면.

42) 자동차의 ‘휴대’에 대한 의문의 제기로 오영근, “2015년도 형법판례 회고”, 663면; 졸고, “‘위험한 물건을 휴대하여’의 해석”, 174-191면.

## 나. 동기설에 대한 의문

이미 적시하였던 폭처법에 대한 일련의 헌법재판소 결정에서 특수상해죄에 대한 가중 처벌조문은 당시에는 형법에 없었기 때문에 폭처법에 위험한 물건을 휴대하여 형법의 상해죄를 범한 경우를 가중처벌하는 규정을 둘 필요가 없다고 볼 수 없다고 판단하였으나,<sup>43)</sup> 대상판결들이 적시하듯이 그후 폭처법의 해당규정을 삭제하고 형법 제258조의2를 신설하면서 법정형을 폭처법보다 하향하였다. 이러한 입법과정을 살펴볼 때 법률개정이 동기설에서 말하는 ‘반성적 고려’에 해당한다는 대법원의 판단은 수긍할만 하다.

하지만 그렇기 때문에 대법원이 따르는 동기설이 정당하다고 볼 수는 없다. 동기설의 내용이 무엇인가의 문제로, 이때의 동기가 역사적 해석에서 말하는 입법자의 주관적 목적과 동일한지 확인할 필요가 있다.<sup>44)</sup> 역사적 해석과 동일하다고 본다면 과연 역사적 입법자의 주관적 목적을 확인할 수 있는지의 문제가 남는다. 문리해석이 어려운 경우의 보충적 해석방법으로 역사적 해석을 따르기 어려운 가장 큰 이유는 입법자료가 충분하지 못해 역사적 입법자의 생각을 확인하기 어렵다는 점인데, 적어도 이 사안과 관련된 개정 [법률 제13719호, 2016. 1. 6., 일부개정]은 “헌법재판소는 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 중 특수폭행죄 가중처벌 등 일부 규정이 「형법」과 동일한 구성요건을 규정하면서 법정형만 상향하고 있어 헌법의 기본원리에 위배되고 평등의 원칙에 위반된다는 이유로 각각 위헌 결정을 하였음. 이에 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 일부 규정을 정비하고 동시에 일부 범죄를 「형법」에 편입하여 처벌의 공백을 방지하면서 형벌체계상의 정당성과 균형을 갖추도록 함”을 이유로 제시하였고<sup>45)</sup> 이미 검토한 판결에서 보듯이 대법원은 과거의 법률의 문제점이 무엇인지 분명히 인식하고 있었다는 점은 동기설을 적용한 이 사안의 해결의 결론을 뒷받침할 수 있는 또다른 근거이다.

하지만 남는 문제는 동기설 자체의 문제점이다. 학계에서는 동기설을 한시법의 추급<sup>46)</sup>와 보충규범의 개폐라는 쟁점에서 논의하고 있으나 법원은 개정 또는 폐지된 법률

43) 선택형으로 벌금형을 두지 않았다는 지적으로 오영근, “2015년도 형법판례 회고”, 662면. 이미 보았듯이 2018도3443 판결은 벌금형의 존재 여부도 검토한다.

44) 입법자의 동기는 역사적 입법자의 의사보다도 더 주관적이므로 법적 안정성의 관점에서 볼 때 취하기 어렵다는 김일수, 한국형법 I(개정판), 박영사, 1996, 166면.

45) 국가법령정보(<https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=178999&lsId=&efYd=20160106&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=0#>: 2022. 6. 3. 최종검색)

46) 그렇기 때문에 한시법이 유효기간 이후의 처벌행위를 명시한 경우에는 해석론적 문제가 발생하지 않는다는 주장은 - 독일형법 제2조 제4항 등의 외국의 입법례를 근거로 하는 - 쉽게 찾을 수 있다. 가령 2018 평창 동계올림픽대회 및 동계패럴림픽대회 지원 등에 관한 특별법(약칭: 평창올림픽법)은 다음과 같다.

제25조(대회 휘장 등의 사용) 조직위원회가 지정한 휘장·마크트 등 대통령령으로 정하는 대회 관련 상징물 등을 사용하고자 하는 자는 사전에 조직위원회의 승인을 받아야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 바에 따라 사용하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제89조(벌칙) 제25조를 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

부칙[법률 제11226호(2012. 1. 26.)] 제2조(유효기간) 제5조, 제6조, 제6조의2, 제7조부터 제39조까지, 제83조부터

중 무엇을 적용할 것인지에 대한 일반적인 판단기준으로 동기설을 활용하고 있다. 그러나 형벌법규의 제정과 개정은 입법자의 몫인데, 입법자가 형의 변경 또는 폐지의 동기가 무엇인지를 먼저 판단하고 그 결과에 따라 행위자를 처벌하는 것은 권력분립원칙에 반한다고 생각한다.<sup>47)</sup> 즉, 형법 제1조 제2항은 범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법보다 가벼워진 경우에는 신법에 따른다고 규정하고 있을 뿐이지 법률변경의 동기와 법조문의 적용여부를 연동시키고 있지 않다. 동기설에 따른 법원의 해석은 형법의 문언에 반할 뿐만 아니라, 반성적 고려와 단순한 사실관계의 변화를 어떻게 구별할 것인가에 대한 기준이 모호하다는 점은 판례가 추구해야 하는 가치 중 하나인 법적 안정성을 침해한다.<sup>48)</sup> 동기설은 피공민에게 유리한 규정을 축소해석하여 가벌성의 범위를 넓히는 것도 유추해석금지의 원칙에 위반하여 허용될 수 없다고 한 대법원의 입장과도 모순된다.<sup>49)</sup> 동기설을 적용한 결과로 신법을 적용하는 위의 사례는 형법 제1조 제2항이 적용된 결과이지 동기설의 정당성을 보여주는 예가 아니다.

## (2) 구성요건

대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결(세월호 판결) 중 부작위범에 관한 판결내용만을 인용한다.

**대법원의 판단:** 범죄는 보통 적극적인 행위에 의하여 실행되지만 때로는 결과의 발생을 방지하지 아니한 부작위에 의하여도 실현될 수 있다. 형법 제18조는 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다”라고 하여 부작위범의 성립요건을 별도로 규정하고 있다.

자연적 의미에서의 부작위는 거동성이 있는 작위와 본질적으로 구별되는 무(無)에 지나지 아니하지만, 위 규정에서 말하는 부작위는 법적 기대라는 규범적 가치판단 요소에 의하여 사회적 중요성을 가지는 사람의 행태가 되어 법적 의미에서 작위와 함께 행위의 기본 형태를 이루게 되므로, 특정한 행위를 하지 아니하는 부작위가 형법적으로 부작위로서의 의미를 가지기 위해서는, 보호법익의 주체에게 해당 구성요건적 결과 발생의 위험이 있는

제85조까지, 제88조, 제90조, 제92조는 2019년 3월 31일까지 효력을 가진다.

이 법률의 금지규범(제25조)의 유효기간이 정해져 있으나 입법자는 금지규범의 효력상실 이후의 행위도 처벌하려고 하였음을 알 수 있다.

47) 이주원, 형법총론, 31면.

48) 김성돈, 형법총론, 107면.

49) 오영근, “2017년도 형법판례 회고”, 568면.

상황에서 행위자가 구성요건의 실현을 회피하기 위하여 요구되는 행위를 현실적·물리적으로 행할 수 있었음에도 하지 아니하였다고 평가될 수 있어야 한다.

나아가 살인죄와 같이 일반적으로 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 이른바 부진정 부작위범의 경우에는 보호법익의 주체가 법익에 대한 침해위험에 대처할 보호능력이 없고, 부작위행위자에게 침해위험으로부터 법익을 보호해 주어야 할 법적 작위의무가 있을 뿐 아니라, 부작위행위자가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 지배하고 있어 작위의무의 이행으로 결과발생을 쉽게 방지할 수 있어야 부작위로 인한 법익침해가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것으로서 범죄의 실행행위로 평가될 수 있다. 다만 여기서의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다.

또한 부진정 부작위범의 고의는 반드시 구성요건적 결과발생에 대한 목적이나 계획적인 범행 의도가 있어야 하는 것은 아니고 법익침해의 결과발생을 방지할 법적 작위의무를 가지고 있는 사람이 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음을 예견하고도 결과발생을 용인하고 이를 방관한 채 의무를 이행하지 아니한다는 인식을 하면 족하며, 이러한 작위의무자의 예견 또는 인식 등은 확정적인 경우는 물론 불확정적인 경우이더라도 미필적 고의로 인정될 수 있다. 이때 작위의무자에게 이러한 고의가 있었는지는 작위의무자의 진술에만 의존할 것이 아니라, 작위의무의 발생근거, 법익침해의 태양과 위험성, 작위의무자의 법익침해에 대한 사태지배의 정도, 요구되는 작위의무의 내용과 이행의 용이성, 부작위에 이르게 된 동기와 경위, 부작위의 형태와 결과발생 사이의 상관관계 등을 종합적으로 고려하여 작위의무자의 심리상태를 추인하여야 한다. ...

법익침해의 태양과 정도 등에 따라 요구되는 개별적·구체적인 구호의무를 이행함으로써 사망의 결과를 쉽게 방지할 수 있음에도 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 그대로 방관하여 사망의 결과를 초래하였다면, 그 부작위는 작위에 의한 살인행위와 동등한 형법적 가치를 가진다고 할 것이고, 이와 같이 작위의무를 이행하였다면 그 결과가 발생하지 않았을 것이라는 관계가 인정될 경우에는 그 작위를 하지 않은 부작위와 사망의 결과 사이에 인과관계가 있는 것으로 보아야 할 것이다.

**검토:** 이 판결은 대상사건의 사회적 중요성뿐만 아니라 부진정부작위범에 대한 대법원의 입장을 정리했다는 점에서도 의미를 찾을 수 있다.<sup>50)</sup> 특히 판결이유의 ‘가. 부작위범의 법리와 선원들의 구조의무’ 부분은 부진정부작위범에 대한 교과서적인 설명을 총망라

50) 참고, “부진정부작위범에서의 ‘동가치성’”, 형사판례연구 제29권(2021), 10면.

하고 있어서 교육에서도 잘 활용된다.

그런데 부진정부작위범에서의 동가치성 요건에 대한 이 판례의 내용은 91도2951 판결 이래 반복되고 있는데, 행위자가 결과발생을 회피할 능력이 있었음에도 불구하고 이를 방관하고 결과발생을 막기 위한 어떠한 작위시도도 하지 않았다는 부진정부작위범에서의 객관적 구성요건 또는 2007도482판결에서처럼 보증인지위로 이해될 수 있어 이들과 구별되는 동가치성에 대한 설명으로 보기 어려우며, 살인죄는 단순한 결과범이라는 설명에 따르면 동가치성에 대한 논의가 이 사건의 결론을 달라지게 하지도 않는다.<sup>51)</sup> 이 판결은 고의에 대한 대법원의 입장이 인용설임을 분명히 하고 있는데, 선장이 타인의 사망의 결과를 용인하였다고 보이면 바로 살인죄의 고의를 인정<sup>52)</sup>할 수 있는지에 대한 논의<sup>53)</sup>도 존재한다.

### (3) 위법성

대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결<sup>54)</sup>이 다룬 사건에서 A 공사는 1998년부터 시설관리 용역업체인 B사 등과 용역위탁계약을 맺고 청소미화업무 등을 맡겼다. 갑등은 B사 등 수급업체 직원이자 민주노총 전국공공운수사회서비스노조 대전지부 수자원공사지회 조합원으로서 2012년 6월 임금인상 등 단체교섭이 결렬되자 파업에 돌입했고, B사와 협상에서 유리한 결과를 이끌어내기 위해 실제 일터인 A 공사 사업장 내 본관 건물 등을 점거해 농성을 벌여 A 공사에 대한 업무방해 및 퇴거불응죄로 기소되었다.

**대법원의 판단:** 단체행동권은 헌법 제33조 제1항에서 보장하는 기본권으로서 최대한 보장되어야 하지만 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등의 공익상의 이유로 제한될 수 있고 그 권리의 행사가 정당한 것이어야 한다는 내재적인 한계가 있다. 쟁의행위가 정당행위로 위법성이 조각되는 것은 사용자에게 대한 관계에서 인정되는 것이므로, 제3자의 법익을 침해한 경우에는 원칙적으로 정당성이 인정되지 않는다. 그런데 도급인은 원칙적으로 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니므로, 수급인 소속 근로자의 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 일어나 도급인의 형법상 보호되는 법익을 침해한 경우에는 사용자인 수급인에 대한 관계에서 쟁의행위의 정당성을 갖추었다는 사정만으로 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서까지 법령에 의한 정당한 행위로서

51) 참고, “부진정부작위범에서의 ‘동가치성’”, 17면. 반면에 장영민, 앞의 글, 40면은 실행의 착수 시기와 관련하여 단순한 결과범에서도 동가치성 논의가 의미가 있다고 지적한다.

52) 장영민, “부진정부작위범의 성립요건”, 형법판례 150선(3판), 49면.

53) 오영근, “2015년도 형법판례 회고”, 649면은 여러 개의 행위 중 어떤 행위를 하더라도 결과발생의 개연성이 있는 경우에는 그것을 인용하였다는 이유만으로 고의를 인정해서는 안 된다고 지적한다.

54) 김혜정, 앞의 글, 514면.

법익 침해의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다.

그러나 수급인 소속 근로자들이 집결하여 함께 근로를 제공하는 장소로서 도급인의 사업장은 수급인 소속 근로자들의 삶의 터전이 되는 곳이고, 쟁의행위의 주요 수단 중 하나인 파업이나 태업은 도급인의 사업장에서 이루어질 수밖에 없다. 또한 도급인은 비록 수급인 소속 근로자와 직접적인 근로계약관계를 맺고 있지는 않지만, 수급인 소속 근로자가 제공하는 근로에 의하여 일정한 이익을 누리고, 그러한 이익을 향수하기 위하여 수급인 소속 근로자에게 사업장을 근로의 장소로 제공하였으므로 그 사업장에서 발생하는 쟁의행위로 인하여 일정 부분 법익이 침해되더라도 사회통념상 이를 용인하여야 하는 경우가 있을 수 있다. 따라서 사용자인 수급인에 대한 정당성을 갖춘 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 이루어져 형법상 보호되는 도급인의 법익을 침해한 경우, 그것이 항상 위법하다고 볼 것은 아니고, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당하는 경우에는 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로서 위법성이 조각된다. 이러한 경우에 해당하는지 여부는 쟁의행위의 목적과 경위, 쟁의행위의 방식·기간과 행위 태양, 해당 사업장에서 수행되는 업무의 성격과 사업장의 규모, 쟁의행위에 참여하는 근로자의 수와 이들이 쟁의행위를 행한 장소 또는 시설의 규모·특성과 종래 이용관계, 쟁의행위로 인해 도급인의 시설관리나 업무수행이 제한되는 정도, 도급인 사업장 내에서의 노동조합 활동 관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

**검토:** 이 판결은 하청업체 소속 근로자들이 사용자인 하청업체를 상대로 한 쟁의행위의 일환으로 원청업체 사업장 안에서 쟁의행위를 한 경우, 하청업체가 아니라 원청업체의 관점에서 정당행위의 기준을 제시한 판례라는 점에 그 의미가 있다.<sup>55)</sup>

이 판례는 파업이 그 자체로 위력<sup>56)</sup>에 의한 업무방해죄인지에 관한 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결과 연결하여 생각할 필요가 있다. ‘파업 등 쟁의행위에 대하여 형법 제314조 제1항을 적용하여 업무방해죄의 성립을 인정하는 것은 파업 등 쟁의행위를 법률에 의하여 일반적으로 금지하고 이를 위반하면 처벌하던 때와 달리 실질적인 노사대등 관계를 실현하기 위하여 헌법상 기본권으로 단체행동권을 보장하고 있는 지금의 법체계 아래에서는 그 자체로 법리적 정합성이 없는 해석’이라고 지적하는

55) 김혜정, 앞의 글, 515면.

56) 대법원은 위력이란 피해자의 의사를 제압할 정도의 세력으로서, 유형적이든 무형적이든 묻지 않으므로 폭행·협박뿐만 아니라 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하며, 이 경우의 위력은 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것임을 요하는 것은 아니라고 판결해 왔다. 다만 업무방해죄에서의 위력이란 ‘사람의 의사의 자유를 제압, 혼란케 할 세력’이라고 하여 업무방해죄의 성립요건을 완화시켰다. 줄고, “부진정부작위법에서의 ‘동가치성’”, 22면.



판결의 소수의견과 마찬가지로 파업 자체가 업무방해죄가 아니라는 입장도 있었고, 집단 파업은 원칙적으로 업무방해죄의 구성요건에 해당되지만 법령에 의한 행위 기타 사회상규에 위배되지 않는 정당행위로서 위법성이 조각된다고 하는 종전 판례의 입장이 오히려 타당하나 위법성조각을 너무 좁게 인정한 것이 문제라는 지적<sup>57)</sup>도 있었다. 대상판결은 도급관계라는 특수성에 착안하여 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위라고 판단하고 있으니 후자의 입장에 연결시킬 수 있다고 보인다.<sup>58)</sup>

다만, 한 가지 의문이 남는 점은 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도5008 판결이 유지될 수 있는지이다. 이 판결의 피고인 A 등은 OO엔지니어링(주) 등 X회사의 협력업체들의 근로자인데, 협력업체들은 형식적으로는 X회사와 도급계약을 체결하는 등의 외관을 갖추었으나 실제로는 X회사가 피고인들을 직접 채용한 것과 마찬가지였다. A 등은 X회사와 Y회사의 통상적인 업무공간으로 들어가는 입구 및 통로로서 약 700명 내지 800명 정도가 들어갈 수 있는 면적을 가진 건물 로비의 중간 부분 일부를 점거하고, 확장기를 이용하여 노동가를 틀어놓고 한꺼번에 구호를 외치거나 10여 일간 위 로비에서 숙식을 하였다. 하지만 A등이 위 로비를 점거하고 있는 동안 X회사나 Y회사에 출입하는 직원, 일반 고객 등이 이 사건 로비를 통행하는데 별달리 방해받지 않은 적이 없었고, X회사나 Y회사 측의 관리·지배가 배제되거나 그 업무의 중단 또는 혼란이 야기된 적이 없었다. 그런데, 대법원은 2인 이상이 하나의 공간에서 공동생활을 하고 있는 경우에는 각자 주거의 평온을 누릴 권리가 있으므로, 사용자가 제3자와 공동으로 관리·사용하는 공간을 사용자에게 대한 쟁의행위를 이유로 관리자의 의사에 반하여 침입·점거한 경우, 비록 그 공간의 점거가 사용자에게 대한 관계에서 정당한 쟁의행위로 평가될 여지가 있다 하여도 이를 공동으로 관리·사용하는 제3자의 명시적 또는 추정적인 승낙이 없는 이상 위 제3자에 대하여서까지 이를 정당행위라고 하여 주거침입의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다고 보아 주거침입죄가 성립한다고 판단하였다. 대상판결 또는 주거침입죄에 대한 최근의 대법원 판결의 입장과 2009도5008 판결<sup>59)</sup>이 조화될 수 있는지 궁금하다.

57) 오영근, “2011년 형법 중요 판례”, 인권과 정의 제424호(2012), 71면.

58) 파업이 업무방해죄의 구성요건해당성이 없다고 하기 위해서는 위력에 의한 업무방해죄를 삭제해야 할 것이나, 이것은 형법 입법의 문제이지 형법해석의 문제는 아니라는 지적으로 오영근, “2011년 형법 중요 판례”, 72면.

59) 피고인들을 어떤 형태로든 처벌해야 하지만, 쟁의행위로 인한 업무방해죄로 처벌할 수는 없기 때문에 주거침입죄로 처벌하였다는 지적으로 오영근, “2010년 형법 중요 판례”, 인권과 정의 제415호(2011), 63면.

#### (4) 책임

대법원 2017. 3. 15. 선고 2014도12773 판결의 피고인은 사립학교인 ○○○○○○ ○학교(이하 '○○학교')의 경영자로서, 사립학교 경영자는 교비회계에 속하는 수입을 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없음에도 불구하고, 2011. 1. 4. ○○학교의 교비회계에 속하는 수입 22억 원을 △△△△△학교(이하 '△△학교')에 대여한 것을 비롯하여 2011. 5. 31.까지 총 12회에 걸쳐 ○○학교의 교비회계에 속하는 수입 합계 136억 4,230만 원을 △△학교에 대여하였다<sup>60)</sup>는 공소사실로 기소되었다.

1심법원과 달리 2심법원<sup>61)</sup>은 피고인이 관할청인 경기도와 수원시 소속 공무원들이 참석한 ○○학교 운영위원회에서 위 자금 대여 사실을 보고하였는데도 위 공무원들이 특별한 이의를 제기하지 않았고, 회계법인도 ○○학교를 감사한 후 △△학교에 대한 자금 대여가 관계 법령을 위반한 것으로 지적하지 않았다는 등의 이유를 들어 피고인으로서 일반학교들 사이의 자금 대여가 위법할 수 있지만 외국인학교들 사이의 자금 대여는 법령에 따라 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하였고, 자기 행위의 위법가능성을 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였다고 평가할 수 있으므로 그 위법성을 인식하지 못한 것에 정당한 이유가 있다고 보아 무죄를 선고하였다.

**대법원의 판단:** 형법 제16조는 ... 일반적으로 범죄가 성립하지만 자신의 특수한 사정에 비추어 법령에 따라 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하고 그러한 인식에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 않는다는 취지이다. 이때 정당한 이유는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지에 따라 판단하여야 한다. 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다.

60) 1심판결(수원지방법원 2013. 10. 16. 선고 2012고단4131 판결)에 따르면, 피고인은 △△학교의 교사가 노후화됨에 따라 2009년경부터 대전광역시로부터 20년간 무상 임대받은 대전시 유성구 용산동 소재 대덕테크노밸리 내 부지에 교사를 신축하여 이전하는 사업을 추진하였으나 재정난으로 공사자금을 충당하기 어렵게 되자 ○○학교의 교비회계에 속하는 수입을 △△학교에 대여하였다. 이 사건 대여가 ○○학교에 다방면으로 지원을 해 준 △△학교의 학교부지 이전을 위하여 이루어졌다는 점은 양형사유가 되었다.

61) 수원지방법원 2014. 9. 4. 선고 2013노5316 판결.

**검토:** 항소심법원이 과감하게 종래 대법원의 확립된 입장과 다른 판결을 하였고 피고인이 상고하자 대법원이 항소심판결을 인용하는 경우<sup>62)</sup>도 있으며 대법원이 정교한 논리를 펴는 사실심법원의 판결을 새로운 근거제시 없이 인용하는 경우<sup>63)</sup>도 찾을 수 있다. 대법원의 판결에 대한 이해를 돕기 위해서 하급심판결의 등록범위를 늘려야 할 필요가 있다.<sup>64)</sup> 즉, 현재의 판례평석은 주로 법률적 판단에 국한될 수밖에 없지만 하급심판결이 공개되면 사실인정 부분에 대한 평석도 가능하게 되며 이를 통해 올바른 형법학이 확립되고 실무도 개선되는 선순환이 이루어지게 될 것이다.<sup>65)</sup>

형법 제16조의 정당한 이유에 관한 이 판결<sup>66)</sup>의 취지는 그 이후의 대법원 판결<sup>67)</sup>에서도 계속 인용되고 있다. 그런데, 법률의 부지가 금지착오인가의 문제를 제외하고 형법 제16조의 정당한 이유에 대한 대법원의 설명<sup>68)</sup>은 학계와 크게 다르지 않다. 즉, 자신의 지적 능력을 최대한 활용하여 심사숙고하여야 하며 그를 통해서도 결론을 도출하기 어려운 경우 공무원 또는 전문가 등에게 조회할 필요가 있다. 그렇기 때문에 피고인이 자금대여가 적법한지에 관하여 경기도교육청에 질의하여 회신을 받거나 법률전문가에게 자문을 받지는 않은 없는 이 사건에서의 대법원의 판단은 타당하며, 이러한 경우가 사안이 무엇이었는지 사후적으로 논의하기 위해서 하급심판결의 공개가 필요함을 보여주는 사안 중 하나라고 생각한다.

## (5) 미수

대법원 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결의 피고인은 자신의 집에서 피해자와 함께 술을 마시다가 피해자를 따라 안방에 들어간 뒤, 피해자가 실제로는 반항이 불가능한 정도로 술에 취하지 아니하였음에도 불구하고 술에 만취하여 항거불능의 상태에 있다고 오인하고 누워있는 피해자의 바지와 팬티를 벗긴 후 1회 간음하였다. 2심법원은 피고인에 대하여 준강간죄의 불능미수로 유죄판결을 하였으나, 피고인은 상고이유서에서 준강간의 고의가 없었으며, 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않아 성적 자기결정권의 침해가 없는 성관계를 하였으므로 준강간의 결과 발생 가능성이나

62) 대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결에 대한 오영근, “2013년도 형법판례 회고”, 529면.

63) 예로 아래에서 다룰 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013도5355 판결. 김시철, “철도 등의 범행 이전에 피해자가 사망한 경우의 법률관계 - 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013도5355 판결 및 그 사안을 중심으로 -”, 서울대학교 법학평론 제6권 (2016), 156-217면.

64) 오영근, “2017년도 형법판례 회고”, 557면.

65) 오영근, “2019년도 형법판례 회고”, 386면.

66) 이 판결에 대하여 오영근, “2017년도 형법판례 회고”, 568면.

67) 대법원 2020. 1. 9. 선고 2019도12765 판결; 대법원 2021. 11. 25. 선고 2021도10903 판결.

68) 대법원이 구체적 사실관계에 대한 법판단에서는 스스로 제시한 판단기준을 적용하지 못하고 있다는 지적으로 천진호, “2000년대 초기 대법원판례의 동향 - 형법총칙 관련 대법원판례를 중심으로 -”, 형사판례연구 제20권(2012), 56면.

법익침해의 위험성이 없어 준강간죄의 불능미수가 성립하지 않는다고 주장하였다.

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

**검토:** 이 판례에서 대법원은 다수의견, 소수의견, 보충의견으로 나뉘어 활발한 논쟁을 벌이고 있다. 이러한 활발한 법리논쟁<sup>69)</sup>의 계기는 대법원 재판서에는 합의에 관여한 모든 대법관의 의견을 표시하여야 한다는 법원조직법 제15조로, 일반법원에서의 합의가 비공개인 점과 대조되며 긍정적으로 평가할 수 있다.<sup>70)</sup>

이 판례에 대해서는 수많은 연구가 있는데 발표자는 판례의 다수의견에 동조하고 있어서<sup>71)</sup> 여기에서는 연속성에 관하여만 간단히 언급하겠다. 이 판례는 이미 사망한 피해자가 술에 취해있다고 생각하고 그 집에 침입하여 그의 휴대전화와 재물을 가지고 나오면서 그의 엉덩이를 만지고 손가락을 음부에 집어넣었던 피고인에게 주거침입죄와 준강제추행죄의 불능미수를 인정한 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013도5355 판결의 연장선상에 있다. 이 사건에서 검사는 최초에 피의자를 야간주거침입절도 후 준강제추행 불능미수 등으로 공소제기하였는데, 사실심법원은 피해자의 정확한 사망시각에 대한 증거가 전혀 없어서 피해자의 사망시점으로부터 구체적으로 어느 정도 시간이 경과한 이후에 피고인이 피해자의 집에 침입하였는지에 대해서도 증거가 없는 상태였기 때문에 피고인이 피해자의 집에 침입할 당시 피해자는 이미 사망한 상태에 있었으므로 피고인이 가지고 나온 물건들은 피해자가 점유하고 있었다고 볼 수 없다고 보아 야간주거침입절도죄가 무죄라고 판단하였고 대법원은 이 판단을 받아들였다. “원심이 사자(死者)의 점유를 인정한 종전 판례들은 이 사건에 적용될 수 없다고 하여 주거침입절도 후 준강제추행 미수

69) 오영근, “2019년도 형법판례 회고, 386면.

70) 대법원이 다른 매우 중요한 사건의 정확한 맥락을 파악하기 위해서는 합의과정의 논의에 대한 이해가 도움을 줄 수 있는 상황도 분명히 존재한다고 생각한다. 외국의 예로 정범과 공범의 구별에 관한 주관설을 따른 독일제국법원의 묵묵조사건(RGSt 74, 84)에 대한 Hartung: „Der „Badewannenfall“. Eine Reminiszenz“, in: JZ 1954, S. 430 ff.

71) 비판하는 견해로 오영근, “2019년도 형법판례 회고”, 396면.

의 점을 무죄라고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 된다.”

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 하기 때문에, .... 증거가 없다면 설령 피고인의 유죄의 의심이 있다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.<sup>72)</sup> 이 사안은 ‘의심스러울 때는 피고인에게 유리하게’라는 원칙이 적용된 좋은 예라고 볼 수 있다. 다만, 위에서 보았듯이 이 사건의 판단과정에서 함께 다룬 ‘사자의 점유를 인정한 종전 판례들’, 대표적으로 피해자를 살해한 방에서 사망한 피해자 곁에 4시간 30분쯤 있다가 그곳 피해자의 자취방 벽에 걸려 있던 피해자가 소지하는 물건들을 영득의 의사로 가지고 나온 경우 피해자가 생전에 가진 점유는 사망 후에도 여전히 계속되는 것으로 보는 대법원 1993. 9. 28. 선고 93도2143 판결은 사자의 점유 또는 점유의 상속을 인정하지 않는 학계의 설명과 배치된다는 점 또한 여전하다. 피해자가 사망한 시간을 정확히 알 수 없다면 ‘의심스러울 때는 피고인에게 유리하게’ 원칙을 적용해 피해자가 이미 사망했다고 보면 되는 일이며, ‘피해자가 사망한지 4시간 30분이 지났는지’ 여부를 함께 판단해야 할 이유는 적다고 생각한다.

## (6) 공범

신분 개념에 대한 대법원 판결은 구성요건요소에 대한 해석적 조작을 하고 있다는 비판<sup>73)</sup>을 받아왔다. 소극적 신분과 공범성립에 관한 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도 5964 판결<sup>74)</sup>의 사실관계는 아래와 같다.

- ① 피고인 2는 2005. 1. 4.부터 2008. 7. 21.까지 사이에 ○○○○○의원((이하 ‘○○의원’)의 간호사로 재직하면서 소속 방문간호사들을 총괄하는 업무를 하였는데, ○○의원과 방문검진위탁계약을 체결한 보험회사로부터 방문검진 의뢰가 오면 ○○의원에서 고용한 전국 각지의 방문간호사들에게 연락하여 방문검진을 하도록 하였다.
- ② 위의 연락을 받은 방문간호사들은 보험가입자들의 주거에 방문하여 그들을 상대로

72) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014도3163 판결은 피해자가 사망한 교통사고에서 피고인의 차량이 피해자를 충격한 2차 사고는 1차 사고 발생시로부터 약 8분이 경과한 때이므로 도주차량죄의 유죄 인정 여부는 피해자가 1차 사고를 당한 후 2차 사고시까지 생존해 있었는지에 따라 좌우된다고 전제한 후, 1차 사고의 충격의 강도 및 충격 후의 상황 등에 비추어볼 때 피해자가 그로 인해 두부와 흉복부 등에 치명적인 손상을 입었을 것임은 경험칙상 쉽게 예상할 수 있으므로 피해자가 1차 사고 후 2차 사고 발생 전에 이미 사망하였을 가능성을 배제할 수 없을 것이라고 판단한다.

73) 모해위증죄에서의 목적이 신분이라는 대법원 판결에 대한 김성돈, “대법원 형사판결과 법률구속성원칙”, 13면.

74) 김성돈, “대법원 형사판결과 법률구속성원칙”, 9면.

문진, 각종 신체계측, 채뇨, 채혈 등을 실시한 후 채취한 소변과 혈액 등을 ○○의원에 송부하였고, 이를 받은 ○○의원의 임상병리사는 ○○의원에 설치된 장비로 성분 등의 검사를 시행하였다.

- ③ 피고인 2는 위 검사결과 등을 바탕으로 보험가입자들에 대한 검사수치와 정상수치를 대비시켜 신체부위의 이상 유무와 건강상태를 알 수 있도록 의사 명의의 건강검진결과서를 작성하여 이를 보험회사에 통보하였다. 일부 건강검진결과서에는 피검진자의 건강 이상 유무, 의심되는 질병, 피검진자가 건강에 주의하여야 할 권고사항, 문진 결과에 따른 과거 병력, 현재 건강상태 등 의학적 소견을 기재하기도 하였다. 의학적 소견은 예를 들면 “선생님은 본 검사 범주 내에서 B형간염 바이러스 보균상태입니다. B형간염에 대해 정기적인 검사 및 관찰이 요망됩니다” 등과 같이 피검진자가 건강검진의 결과를 수령할 것을 예정한 문구를 사용하였다.
- ④ 공소외인 또는 피고인 3은 위 기간 동안 ○○의원에 소속된 유일한 의사였는데 ○○의원의 사무실로 매일 출근하지는 아니하였고, 위와 같은 건강검진의 실시 여부에 관하여 개별적인 지시를 하지 아니하였을 뿐만 아니라 실제 보험가입자들에 대한 건강검진의 실시 과정이나 건강검진결과서의 작성·통보에 이르기까지 모든 과정에 의사로서 지시하거나 관여하지 않았다.
- ⑤ 건강검진을 의뢰한 보험회사로부터 피고인 1, 2는 2005. 1. 4.부터 2008. 7. 21.까지 건강검진의 대가로 1,585,173,771원을 받고, 피고인들은 2005. 7. 22.부터 2008. 9. 1.까지 건강검진의 대가로 68,502,751원을 받았다.

**대법원의 판단:** 의사가 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임 아래 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하다. 간호사가 ‘진료의 보조’를 하는 경우 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도·감독하여야 한다고 할 수는 없고, 경우에 따라서는 의사가 진료의 보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 충분한 경우도 있을 수 있으나, 이는 어디까지나 의사가 그의 주도로 의료행위를 실시하면서 그 의료행위의 성질과 위험성 등을 고려하여 그 중 일부를 간호사로 하여금 보조하도록 지시 내지 위임할 수 있다는 것을 의미하는 것에 그친다. 이와 달리 의사가 간호사에게 의료행위의 실시를 개별적으로 지시하거나 위임한 적이 없음에도 간호사가 그의 주도 아래 전반적인 의료행위의 실시 여부를 결정하고 간호사에 의한 의료행위의 실시과정에도 의사가 지시·관여하지 아니한 경우라면, 이는 구 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호 개정되기 전의 것) 제27

조 제1항이 금지하는 무면허의료행위에 해당한다고 볼 것이다. 그리고 의사가 이러한 방식으로 의료행위가 실시되는 데 간호사와 함께 공모하여 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배가 있었다면, 의사도 무면허의료행위의 공동정범으로서의 죄책을 진다.

**검토:** 의료법 및 보건범죄 단속에 관한 특별조치법에서의 무면허의료행위는 면허가 있는 의사는 범할 수 없기 때문에 이때의 의사는 소극적 신분에서의 불구성적 신분이라는 설명이 통설이다. 불구성적 신분을 가진 자가 그렇지 못한 자의 범죄에 가담한 경우에 대하여 어떻게 판단할 것인지에 대해서는 논의가 엇갈리는데, 신분과 공범에 대한 형법 제33조를 적용하자는 입장도 있고 형법 제33조가 적용되지 않기 때문에 공범에 관한 일반원칙에 따라 해결하자는 입장도 있으며 후자의 입장에서 동결론을 내지는 않는다. 이 판결에서 정범인 간호사가 실행한 범죄는 실질적으로 신분범죄가 아니고 의사에게 기능적 행위지배를 이유로 공동정범을 인정하였기 때문에 제33조 적용설을 취했다고 보기 어렵다는 설명<sup>75)</sup>도 있다.

하지만 이 판결의 논거 및 결론 모두에 찬성하기 어렵다. 먼저, 형법 제33조가 소극적 신분에 대하여 언급하고 있지 않아 소극적 신분에 대한 법률규정이 따로 존재하지 않는다고 보는 관점에서 이 판결은 법률의 근거가 없음에도 불구하고 유사 법률적 근거만 제시하고 있어서 법관의 법률구속성 원칙에 정면으로 위배된다는 비판<sup>76)</sup>을 할 수 있다. 두 번째는 이러한 해석의 오용가능성이라는 문제이다. 대법원의 입장은 결국 진정신분범, 즉 구성적 신분이 있는 신분자와 그렇지 못한 비신분자의 관계에 관한 설명을 뒤집어서 불구성적 신분이 없는 간호원과 불구성적 신분이 있는 의사의 관계에 전용하는 것이다.<sup>77)</sup> 이러한 설명은 그 자체로도 진정신분범이 행위자의 인적 특성, 즉 신분에 초점을 맞추어 이를 특별한 정범표지로 입법하였다는 점을 간과하고 있다는 문제점은 물론, 나아가 가령 무고죄는 법문이 스스로에 대한 무고행위를 처벌하지 않는다고 규정하고 있음에도 불구하고 타인과 함께 스스로를 무고한 행위자를 자기무고죄의 공동정범으로 처벌할 수 있다는 생각의 단초를 열어준다는 심각한 문제가 있다.<sup>78)</sup> 그러나 대법원은 2013

75) 이용식, 형법총론(2판), 박영사, 2020, 115면.

76) 김성돈, “대법원 형사판결과 법률구속성원칙”, 12면.

77) 출고, “자기무고의 공동정범이 성립하는가?”, 형사정책 제29권 제2호(2017), 189면. 비슷하게 변호사법위반에서의 변호사 아닌 자와 변호사의 관계에 대한 대법원의 판결에 대한 비판으로 김성돈, 형법총론, 738면 각주 357.

78) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2013도12592 판결에서의 상고이유서에서 검찰은 공범과 신분에 관한 논거로 크게 세 가지를 제시하였다.

① 교사범, 방조범, 공동정범은 범의 창출 여부, 범행 가담 정도, 기능적 행위지배 여부 등에 따라 법리상 구분되는 개념인 것은 맞으나 실제 범행과정에서는 대부분 그 엄격한 구별이 사실상 어렵다.

② 처벌의 필요성 및 판례, 법리해석 등에 따라 자기무고 교사 또는 방조를 처벌하고 있는 이상 자기무고의 공동정범을 처벌한다고 하여 법적 안정성을 해친다고 보기는 어렵고, 이러한 해석이 죄형법정주의에도 반하지 않는다.

③ 자기무고의 교사 또는 방조만 인정하고 공동정범을 인정하지 않게 되면 자기무고 범행에서 기능적 행위지배를 한, 범행완

도12592 판결에서 스스로를 무고한 자를 무고죄의 공동정범으로 처벌할 수 없다는 결론을 법문에서 명확히 도출하고 있는데, 법문의 존중이라는 자세를 관철한다면 변호사법 위반에서의 변호사에 대한 판결의 입장과 동일하게 면허를 가진 의사가 무면허의료행위의 공동정범으로 처벌된다고 보기는 어렵다고 보인다. 셋째, 불구성적 신분의 문제가 아니라고 하더라도 기능적 행위지배의 의미가 무엇인가이다. 대법원이 기능적 행위지배라는 학설의 기준을 받아들이는 것처럼 보이는 판결을 내고 있으면서도 과연 언제 공동정범에서 기능적 행위지배가 성립하는지에 대해서는 명확한 입장 또는 기준을 제시하고 있다고 보기는 어렵다. 이 사안에서 의사에게 기능적 행위지배가 있어서 공동정범이 된다고 볼 수 있는 이유가 무엇인지 생각해 보면, 의사의 동의가 없는 건강검진결과서의 작성은 무면허의료행위이면서 사문서위조에도 해당할 것이기 때문에 자신의 명의를 사용해도 좋다는 의사의 동의를 공동의 범행결의로 볼 수 있다는 판단이 아닌가 생각한다. 하지만 이렇게 볼 수 있다고 하더라도 불구성적 신분의 문제를 해결할 수는 없다.

#### (7) 죄수

대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결은 횡령죄의 불가별적 사후 행위에 대하여 다루었다. 이 사건의 피고인 갑은 1995. 10. 20. 피해자 종중으로부터 위 종중 소유의 토지인 답 2,337m<sup>2</sup>, 답 2,340m<sup>2</sup>를 명의신탁받아 보관하던 중 자신의 개인채무 변제에 사용하기 위한 돈을 차용하기 위해 이 토지에 관하여 1995. 11. 30. 채권최고액 1,400만원의 근저당권을, 2003. 4. 15. 채권최고액 750만원의 근저당권을 각각 설정하였다. 그후 갑은 피고인 을과 공모하여 2009. 2. 21. 이 토지를 A에게 1억 9,300만원에 매도하였다.

**대법원의 판단:** [다수의견] 횡령죄는 다른 사람의 재물에 관한 소유권 등 본권을 보호 법익으로 하고 법익침해의 위험이 있으면 침해의 결과가 발생되지 아니하더라도 성립하는 위험범이다. 그리고 일단 특정한 처분행위(‘선행 처분행위’)로 인하여 법익침해의 위험이 발생함으로써 횡령죄가 기수에 이른 후 종국적인 법익침해의 결과가 발생하기 전에 새로운 처분행위(‘후행 처분행위’)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 처분행위

성에 더 중요한 역할 수행한 사람은 공동정범으로 정범성이 있다는 이유로 처벌을 받지 않는 반면, 공동정범보다 범행완성에 더 적은 역할을 수행한 교사범 또는 방조범은 처벌받게 되는 부당한 결과가 발생한다.

이러한 주장에 대한 비판과 대법원의 판단에 대하여 줄고, “자기무고의 공동정범이 성립하는가?”, 178면 이하.



에 의해 발생한 위험은 선행 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험에 포함되는 것이므로 후행 처분행위는 이른바 불가별적 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.

**검토:** 불가별적 사후행위란 그 자체로는 구성요건에 해당하고 위법·유책한 행위이지만 그 행위와 관련된 전체사건을 평가해 볼 때 그에 앞서 행해진 범죄행위에 대한 처벌만으로 해당행위에 대한 처벌이 더 이상 요구되지 않는 경우를 말한다.<sup>79)</sup> 어떠한 행위가 불가별적 사후행위에 해당하는지는 결국 주된 행위와 다른 보호법익을 침해하거나 그 침해의 양을 초과하였는지를 기준으로 판단한다.

이 판결의 다수의견은 과거의 판결이 간과하였던 법현실과 일반인의 법감정 사이의 간극을 메우기 위한 노력을 기울였다는 긍정적인 평가<sup>80)</sup>도 있다. 하지만 이 판결은 앞에서 다룬 정합성 쟁점이 정면으로 문제되는 사안이라고 보인다. 재산범죄를 정합적으로 해석하기 위해서는 재산죄에 관한 형법조문의 체계적 이해, 재산상 손해 개념에 대한 경제적 재산 개념, 침해범 또는 위험범인지, 가중처벌규정에서의 이득액의 의미 등을 함께 고려할 필요가 있다. 소위 실질가치설을 따르고 있는 대법원 판결은 여러 유형<sup>81)</sup>이 있으나, 이 사안에서의 실질가치설은 결국 선행 처분행위 이전부터 횡령죄의 객체가 분할되어 있는 상황이 아니라면 선행 처분행위의 대상 또는 그 가액이 전체 목적물의 일부에 불과한 경우에만 적용될 수 있다고 볼 수 있는데 이러한 논리는 결국 후행 처분행위가 불가별적 사후행위인지의 문제를 선행 처분행위의 ‘가치’가 어느 정도인지 라는 운에 맡기는 상황이 된다. 대상판결의 논리는 일정한 범죄에서는 타당한데 가령 A를 폭행한 며칠 후 A를 다시 상해하거나 살해한 후에는 폭행죄 이외에도 상해죄나 살인죄가 별도로 성립한다고 볼 수 있기 때문이라는 설명<sup>82)</sup>도 있으나 비교하기는 쉽지 않다고 생각한다. 위의 사안에서는 폭행과 상해/살해가 서로 다른 시간과 장소에서 이루어졌으며 구성요건도 다르기 때문이다.

79) 김성돈, 형법총론, 756면.

80) 백원기, “횡령 후의 횡령 - 횡령죄와 불가별적 사후행위”, 형법판례 150선(3판), 275면.

81) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2010도93 판결에 대해 참고, “부실대출에 의한 배임죄에서의 손해와 이득액 계산”, 비교형사법연구 제22권 제3호(2020), 152면.

82) 오영근, “2013년도 형법판례 회고”, 528면.

문제해결을 위해 횡령죄에서 우리 형법은 독일이나 일본형법과 다르게 반환거부도 횡령행위의 유형으로 규정하고 있음<sup>83)</sup>을 해석의 출발점으로 삼을 필요가 있다. 즉, 이 판례 이전의 대법원 판결들이 불가벌적 사후행위를 인정했던 가장 큰 이유는 결국 일부에 대한 근거당권 설정 등의 횡령행위가 전체재산의 처분의 위험을 갖고 있기 때문이다. 실질가치설은 횡령죄가 위태범이라는 이 판결의 다수의견과도 맞지 않는다. 이러한 입장에서는, 기존의 판례를 변경하지 않으면서도 예외적으로 후행 행위가 불가벌적 사후행위가 아니라 처벌된다는 해석이 가능하거나 제한된 범위 내에서의 판례변경만으로 문제를 해결할 수 있다는 이 판결의 보충의견도 따르기 어렵다.

### III. 맺으며

판결이란 헤라클레스로서의 법관을 요구하는 어려운 작업이다. 이 글은 형사판례연구회 창립 30주년을 맞아 형법총칙 분야에 대한 지난 10년간의 대법원 판결 중 『형사판례연구』의 ‘회고’에 실린 판결들을 중심으로 검토하였다.

이 글은 판결 또는 판례에 대한 비판점을, 목표로서의 ‘구체적 타당성’ 자체가 아니라 구체적 타당성을 추구하다 보니 형법의 중요한 원칙을 침해한다거나, 문제해결에 계속 활용할 수 있는 기준을 제시하지 못한다거나(연속성의 문제), 혹시 기준을 제시하고 있기는 하나 그 기준이 너무 모호해서 판단의 실질적인 준칙으로 작용할 수 없다거나(명목상의 근거제시) 또는 그 기준이 구체적인 것 같지만 기존의 다른 판례와 명백히 충돌하거나 충돌할 수 있다(정합성의 문제)하는 상황으로 한정하여 총칙분야의 판결과 연결시키려고 시도해 보았다.

이러한 지점들을 예리하게 찾아서 지적하고 대안을 제시하는 연구성과는 그 이후의 판례발전에 충분히 기여할 수 있다. 다른 한편으로 학자들이 ‘형사사건에서 충실한 판결 이유를 갖춘 판결문’<sup>84)</sup>을 원하는 배경에는, 법원이 구체적 사건을 해결하는 과정에서 법률규범과 생활사안 사이의 시선을 왕복(엮기쉬)하면서 자유보장과 법익보호라는 상충되는 목표의 조화를 달성하는 어려운 작업을 충분히 해낼 수 있겠다는 기대가 있다고 생각한다.

83) 참고, “부실대출에 의한 배임죄에서의 손해와 이득액 계산”, 155면.

84) 장영민, 앞의 글, 49면.

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 김성돈, 형법총론(8판), SKKUP, 2022.  
 김일수, 한국형법 I(개정판), 박영사, 1996.  
 양창수, 민법연구 제1권, 박영사, 1991.  
 이용식, 형법총론(2판), 박영사, 2020.  
 이재상, 형법기본판례 총론, 박영사, 2011.  
 이주원, 형법총론, 박영사, 2022.  
 형사판례연구회, 형법판례 150선(3판), 박영사, 2021.

### 2. 논문

- 강동범, “2020년도 형사소송법판례 회고”, 형사판례연구 제29권(2021), 539-593면.  
 김성돈, “판례의 의의와 ‘판례변경판례’의 소급효”, 형사법연구 제27권 제4호(2015), 87-119면.  
 \_\_\_\_\_, “대법원 형사판결과 법률구속성원칙”, 형사판례연구 제26권(2018), 1-46면.  
 김시철, “절도 등의 범행 이전에 피해자가 사망한 경우의 법률관계 - 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013도5355 판결 및 그 사안을 중심으로 -”, 서울대학교 법학평론 제6권(2016), 156-217면.  
 김영환, “한국 형법학의 방법적 착안점에 대한 비판적 고찰: 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피”, 형사판례연구 제27권(2019), 1-30면.  
 김혜정, “2020년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제29권(2021), 495-538면.  
 류전철, “사회변화에 대응하는 형사판례의 법리변경”, 형사판례연구 제26권(2018), 47-71면.  
 박상기, “형사판례연구회 20주년을 맞이하여”, 형사판례연구 제20권(2012), 1-43면.  
 오영근, “2011년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제20권(2012), 633-658면.  
 \_\_\_\_\_, “2012년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제21권(2013), 643-679면.  
 \_\_\_\_\_, “2013년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제22권(2014), 521-555면.  
 \_\_\_\_\_, “2014년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제23권(2015), 729-763면.  
 \_\_\_\_\_, “2015년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제24권(2016), 645-678면.  
 \_\_\_\_\_, “2016년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제25권(2017), 641-671면.  
 \_\_\_\_\_, “2017년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제26권(2018), 557-588면.  
 \_\_\_\_\_, “2018년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제27권(2019), 525-549면.  
 \_\_\_\_\_, “2019년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제28권(2020), 385-413면.

- \_\_\_\_\_, “2010년 형법 중요 판례”, 인권과 정의 제415호(2011), 51-66면.
- \_\_\_\_\_, “2011년 형법 중요 판례”, 인권과 정의 제424호(2012), 60-73면.
- 윤진수, “판례의 무게 —판례의 변경은 얼마나 어려워야 하는가?—”, 법철학연구 제21권 제3호(2018), 131-204면.
- 장영민, “형사판례 평석에 관한 몇 가지 관견과 회고”, 형사판례연구 제27권(2019), 31-53면.
- 정승환, “2021년 형법 중요판례평석 - 대법원 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 인권과 정의 제504호(2022), 6-28면.
- 천진호, “2000년대 초기 대법원판례의 동향 - 형법총칙 관련 대법원판례를 중심으로 -”, 형사판례연구 제20권(2012), 44-84면.
- 최준혁, “‘위험한 물건을 휴대하여’의 해석”, 경찰법연구 제8권 제1호(2010), 174-191면.
- \_\_\_\_\_, “특정범죄가중처벌 등에 관한 법률에서의 ‘부진정가중처벌조문’의 적용에 관한 검토”, 형사법의 신동향 제45호(2014), 240-270면.
- \_\_\_\_\_, “필요적 공범과 공소시효의 정지”, 비교형사법연구 제18권 제2호(2016), 203-228면.
- \_\_\_\_\_, “자기무고의 공동정범이 성립하는가?”, 형사정책 제29권 제2호(2017), 173-196면.
- \_\_\_\_\_, “부실대출에 의한 배임죄에서의 손해와 이득액 계산”, 비교형사법연구 제22권 제3호(2020), 133-167면.
- \_\_\_\_\_, “주거침입죄에서 기망에 의한 승낙의 효력 - 포괄적 승낙이 부여된 공공건물 출입과 관련하여 -”, 형사법연구 제32권 제4호(2020), 87-118면.
- \_\_\_\_\_, “부진정부작위범에서의 ‘동가치성’”, 형사판례연구 제29권(2021), 1-31면.
- \_\_\_\_\_, “성폭력범죄에 대한 최근 법률과 판결의 변화”, 인권과 정의 제500호(2021), 28-48면.



# 2010년대 대법원 판례의 동향 : 형법 각칙 관련

홍 은 표

대법원 재판연구관 형사총괄부장, 부장판사





# 2010년대 대법원 판례의 동향 : 형법 각칙 관련<sup>1)</sup>

홍 은 표  
대법원 재판연구관 형사총괄부장, 부장판사

## 1. 들어가는 글

- 대법원은 형법 각칙에 관해 2010년부터 2021년까지 사회적으로 관심을 불러일으킨 다양한 판례를 선고했다. 그 중에서도 형사판례연구 학회지에 언급되거나 논의된 판결례, 전원합의체 판결례를 중심으로 정리하였다.
- 그 결과 조심스럽지만 2010년대 대법원 판례는 이전에 비해 다음과 같은 성격을 가지고 있다고 생각된다. 정치사건이나 기업 사건보다 일반 민생사건에서 의미 있는 판단이 많이 이루어 졌다. 민사사건의 형사화를 견제하는 등 처벌범위의 합리적인 조절을 기하는 판례가 많이 선고되었다. 소수자, 사회적 약자를 보호하는 판결도 선고되었다. 기술과 사회의 발전을 고려하여 법리와 현실의 조화를 꾀하며 문언해석과 목적론적 해석의 조화로운 해결 시도가 이루어 졌다.

## 2. 배임죄와 횡령죄의 성립범위 제한

- 대법원은 단순한 계약상 의무위반인 채무불이행과 형사별적 처벌 가치가 있는 행위를 구별하려고 하였다. 배임죄의 '타인의 사무를 처리하는 자'와 횡령죄의 '위탁관

1) 한국형사판례연구회의 창립 30주년을 맞이하여 작성한 글입니다. 한국형사판례연구회와 오늘 참석하신 회장님, 회원분들께 축하와 함께 감사의 말씀을 올립니다. 한국형사판례연구회는 형사판례연구를 통한 법원 판례에 대한 비판과 분석 그리고 응원을 통해서 바람직한 판례 형성에 지대한 공헌을 해 주셨습니다. 그와 같은 공헌과 기여의 바탕으로 형성된 2010년도 대법원 판례 동향에 대한 논의를 통해 앞으로 대법원이 나아갈 길을 모색해 보고 앞으로도 형사판례연구회의 열정적이고 고민이 가득 담긴 비판과 함께 좋은 판례가 많이 형성되기를 기대합니다.

계에 의해서 재물을 점유하는 자'의 의미와 관련해서 민사상 책임과 구별하여 형사상 책임의 성립을 제한하는 판결이 여러 건 선고되었다. 이에 대해서는 거래관계에서 발생하는 모든 신뢰위반행위를 처벌할 수는 없으므로 형벌법규의 해석을 통하여 일정한 범위로 가벌적 행위를 제한할 수밖에 없다는 견해와 처벌 범위를 지나치게 축소함으로써 형사법에 의해 마땅히 보호되어야 할 개인의 재산권이나 개인간의 신임관계가 보호범위에서 제외되어 형벌법규로서의 배임죄등이 본연의 기능을 다하지 못하게 문제가 생길 수 있다는 견해가 있을 수 있다.

- 대법원은 통상의 계약에서 이익대립관계인지 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 것인지를 처벌 가치가 있는지에 관한 기준으로 삼는 것으로 보인다(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도 9756 전원합의체 판결). 그러나 통일적이고 일관적인 기준을 만드는 것에 성공했는지 의문이 드는 것도 사실인데 이후 여러 차례 개별 사례에서 통상적인 이익대립관계인지, 전형적으로 타인의 재산을 보호하는 관계인지에 대한 일치된 의견을 보여주지 못했기 때문이다. 단순한 계약 위반과 형사상 처벌받을만한 신임관계 위반의 구별이 단순하고 명쾌하게 이루어지기는 어려워 보이는 것이 아무리 단순한 계약 불이행이더라도 일정한 신임관계 위반이라는 요소가 어느정도는 포함되어 있다고 보이기 때문이다.
- 우선 대법원은 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결에서 동산양도약정을 체결한 피고인이 동산을 이중 양도한 행위는 배임죄를 구성하지 않는다고 선언하였다. 동산매매계약에서 매도인은 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 없음을 근거로 하였다. 이에 대해서는 동산매매의 경우에도 당사자 사이에 중도금이 수수되는 등으로 계약의 이행이 일정한 단계를 넘어서는 때에는 배임죄로 처벌되어야 한다는 취지의 반대의견이 있었다.
- 대법원은 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결에서 채권 담보를 위한 부동산 대물변제예약 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니라고 선언하였다. 판단근거로 당사자의 의사를 들었는데 대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있을 뿐이므로 채권자는 기존의 금전채권을 변제받는 데 주된 관심이 있는 것에 불과하고 결국 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이 전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는



부수적 내용이라는 것이다. 이에 대해서는 다수의견이 대물변제예약에서 비롯되는 채권자와 채무자의 신임관계를 단지 민사상 계약의 이행이라는 관점에서만 파악한 것이어서 찬성하기 어렵다는 반대의견이 제시되었다.

- 대법원은 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결에서 동산(주식)양도담보 설정 후 처분한 사안에 대해서 배임죄의 성립을 부정하였다. 채무자를 채권자에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 할 수 없으므로 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 경우에도 마찬가지로 이유를 제시하였다. 이에 대해서는 금전소비대차에 따라 채무자가 부담하는 의무의 전형적·본질적 내용은 ‘채무변제’이지만 담보권설정 후 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 채권실현(채무변제)이 아니라 담보권 실행과 이를 위한 협조로서 담보물의 보관·유지라는 이유를 들어 반대하는 의견이 있었다.
- 이후에도 대법원은 주권발행 전 주식의 이중양도 사안(대법원 2020. 6. 4. 선고 2015도6057 판결), 부동산 이중 저당 사안(대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도14340 판결), 동산담보권이 설정된 동산을 임의처분한 사안(대법원 2020. 8. 27. 선고 2019도14770 판결), 「공장 및 광업재단 저당법」에 따라 저당권이 설정된 동산을 채무자가 제3자에게 임의로 처분한 사안(대법원 2020. 10. 22. 선고 2020도6258 전원합의체 판결), 부동산 담보가등기 설정약정 후 임의처분한 사안(대법원 2020. 12. 10. 선고 2016도8447 판결), 수분양권 매매계약의 매도인이 수분양권을 이중양도한 사안(대법원 2021. 7. 8. 선고 2014도12104 판결), 금전채권 양도담보 설정 후 임의처분한 사안(대법원 2021. 7. 15. 선고 2015도5184 판결) 등에서 배임죄 성립을 부정했다.
- 그러나 대법원은 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결에서는 부동산 이중매매를 배임죄로 인정하는 중전 판례를 유지하였다. 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있다는 이유였다. 이에 대해서는 동산 이중매매와 부동산 대물변제예약 사안에서 매도인 또는 채무자에 대하여 배임죄의 성립을 부정하는 대법원판례의 흐름과도 맞지 않는 것이어서 찬성하기 어렵다는 반대의견이 있었다.
- 대법원은 횡령죄에 관해서도 유사한 판결을 선고했다. 대법원은 채무자가 채권양도담보계약을 체결하도고 제3채무자에게 채권양도 통지를 하지 않은 채 자신이

사용할 의도로 제3채무자로부터 변제를 받아 변제금을 수령한 경우 이는 단순한 민사상 채무불이행에 해당할 뿐 채무자가 채권자와의 위탁신임관계에 의하여 채권자를 위해 변제금을 보관하는 지위에 있다고 볼 수 없고 채무자가 이를 임의로 소비하더라도 횡령죄는 성립하지 않는다고 판단했다(대법원 2021. 2. 25. 선고 2020도12927 판결). 횡령죄는 위탁관계에 의해서 재물을 점유하는 것을 의미하는데 채무자가 채권 양도담보계약에 따라 담보 목적 채권의 담보가치를 유지·보전할 의무는 계약에 따른 자신의 채무에 불과하고 채권자와 채무자 사이에 채무자가 채권자를 위하여 담보가치의 유지·보전사무를 처리함으로써 채무자의 사무처리를 통해 채권자가 담보 목적을 달성한다는 신임관계가 존재한다고 볼 수 없다는 근거를 들었다.

### 3. 보호가치 있는 위탁관계와 횡령

- 대법원은 횡령죄 성립과 관련해서는 위탁관계가 형법상 보호가치 있는 것인지를 고려하는 판시를 하였다. 횡령죄의 본질이 위탁받은 타인의 재물을 불법으로 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 위탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치가 있는 것으로 한정되고(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결 등 참조) 나아가 위탁관계가 있는지 여부는 재물의 보관자와 소유자 사이의 관계, 재물을 보관하게 된 경위 등에 비추어 볼 때 보관자에게 재물의 보관 상태를 그대로 유지하여야 할 의무를 부과하여 보관 상태를 형사법적으로 보호할 필요가 있는지 등을 고려하여 규범적으로 판단하여야 한다는 것이다. 이에 대해서는 과도한 형사처벌을 막는다는 점에서 긍정적으로 평가하는 견해와 보호가치 있는지에 대한 판단은 지나치게 불분명하다는 반론이 있을 수 있다.
- 대법원은 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결에서 중간생략등기 명의신탁 사건과 관련하여 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 않는다고 판단했다. 우선 부동산을 매수한 명의신탁자가 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 중간생략의 소유권이전등기를 마친 경우 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고 신탁부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 되므로 명의수탁자가

신탁부동산의 소유자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 명의수탁자가 횡령죄에서 말하는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수는 없다는 근거를 들었다. 그런데 한편으로 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계는 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다는 근거도 제시되었다.

- 대법원은 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체 판결에서 양자간 명의신탁의 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우에 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 않는다고 판단하여 횡령죄가 성립한다는 종전의 판례를 변경했다. 역시 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 소유권이전등기말소의무를 부담하게 되나 위 소유권이전등기는 처음부터 원인무효여서 명의수탁자는 명의신탁자가 소유권에 기한 방해배제청구로 말소를 구하는 것에 대하여 상대방으로서 응할 처지에 있음에 불과하다는 점, 나아가 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 무효인 명의신탁약정 등에 기초하여 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것은 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다는 점을 논거로 삼았다.
- 한편 대법원은 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 명의수탁자 명의로 등기를 한 경우에 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 등기의 말소를 구하는 것이 민법 제746조의 불법원인급여를 이유로 금지되지 않는다고 하고(대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결) 명의수탁자의 임의처분행위로 인하여 명의신탁자의 소유권이 침해된 이상 형법상 횡령죄의 성립 여부와 관계없이 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 민사상 불법행위책임을 부담한다고 판시하여(대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다34007 판결) 민사책임과 형사책임을 다르게 보는 듯한 판시를 했다. 대법원은 근거로 형사책임은 사회의 법질서를 위반한 행위에 대한 책임을 묻는 것으로서 행위자에 대한 공적인 제재(형벌)를 내용으로 함에 비하여 민사책임은 타인의 법익을 침해한 데 대하여 행위자의 개인적 책임을 묻는 것으로서 피해자에게 발생한 손해의 전보를 내용으로 하고 손해배상제도는 손해의 공평·타당한 부담을 지도원리로 하는 것이므로 형사상 범죄를 구성하지 않는 침해행위라고 하더라도 그것이 민사상 불법행위를 구성하는지 여부는 형사책임과 별개의 관점에서 검토되어야 한다는 점을 들었다.

- 대법원은 2018. 7. 19. 선고 2017도17494 전원합의체 판결에서 사기이용계좌의 명의인이 보이스피싱 피해금을 횡령한 사건에서 보이스피싱 피해자에 대한 횡령죄 성립을 긍정한 반면 보이스피싱 사기범인에 대해서는 횡령죄 성립을 부정했다. 계좌명의인은 피해자와 사이에 아무런 법률관계 없이 송금·이체된 사기피해금 상당의 돈을 피해자에게 반환하여야 하므로 피해자를 위하여 사기피해금을 보관하는 지위에 있지만 계좌명의인과 전기통신금융사기의 범인 사이의 관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치가 있는 위탁관계가 없다는 점을 근거로 들었다. 이에 대해서는 착오송금 법리를 확장해서는 안 된다는 이유 등으로 보이스피싱 피해자에 대해 횡령죄 성립을 부정하는 견해도 제시되었다.

#### 4. 사기죄 성립 범위의 합리적 조정

- 대법원은 사기죄의 성립 범위를 제한하는 일련의 판결을 선고했다. 종래 대법원은 사기죄의 기망이란 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하고 수단과 방법에도 아무런 제한이 없다고 하여(대법원 2006. 1. 26. 선고 2005도1160 판결 등) 거래상 발생한 일체의 착오 내지 하자가 사기 행위로 연결될 우려가 없지 않았다. 그러나 대법원은 2010년 이후 선고한 일련의 판시에서 사기죄는 거래상의 모든 부정행위를 처벌하는 범죄가 아니고 계약에 따른 급부 이행을 할 의사와 능력이 있는지를 고려해 판단해야 한다면 급부와 관련된 기망과 재산상 손해가 없다면 사기죄 성립에 신중해야 한다는 법리를 선언했다.
- 대법원은 2015. 1. 29. 선고 2014도12699 판결에서 피고인들이 악성프로그램을 통하여 공사에정가격 및 그에 따라 산정된 낙찰하한가를 사전에 조작하고 가격에 가장 근접한 입찰금액으로 투찰하도록 한 사안에서 이 부분 기망행위의 내용이 계약에 따른 급부 이행을 할 의사와 능력이 있는지의 여부 내지 계약에서 요구하는 급부의 내용이나 품질에 관하여 착오를 일으키게 하려는 것은 아니라는 이유로 피고인들과 특정 입찰자들이 편취한 것은 ‘발주처와 공사계약을 체결한 계약당사자의 지위’라는 액수 미상의 재산상 이익에 불과하다고 판시했다.
- 대법원은 2015. 7. 9. 선고 2014도11843 판결에서 비의료인이 개설한 의료기관이 마치 의료법에 의하여 적법하게 개설된 요양기관인 것처럼 국민건강보험공단에

요양급여비용의 지급을 청구하는 것은 국민건강보험공단으로 하여금 요양급여비용 지급에 관한 의사결정에 착오를 일으키게 하는 것으로서 사기죄가 성립한다고 판시했다. 다만 대법원은 2018. 4. 10. 선고 2017도17699 판결에서는 설령 개설 자격이 없는 비의료인이 의료법 제33조 제2항을 위반하여 개설한 의료기관이라고 하더라도 면허를 갖춘 의료인을 통해 피해자에 대한 진료가 이루어지고 보험회사 등에 자동차손해배상 보장법에 따라 자동차보험진료수가를 청구한 것이라면 사기죄가 성립하지 않는다고 판시했다. 또한 대법원은 2019. 5. 30. 선고 2019도1839 판결에서 의료인으로서 자격과 면허를 보유한 사람이 의료법에 따라 의료기관을 개설하여 건강보험의 가입자 또는 피부양자에게 국민건강보험법에서 정한 요양급여를 실시하고 국민건강보험공단으로부터 요양급여비용을 지급받았다면 설령 의료기관이 다른 의료인의 명의로 개설·운영되어 의료법 제4조 제2항을 위반하였더라도 사기죄를 구성한다고 할 수 없다고 판단했다.

- 대법원은 2019. 12. 27. 선고 2015도10570 판결에서 사기죄의 보호법익은 재산권이므로 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익이 침해되었다는 사정만으로 사기죄가 성립한다고 할 수 없다면서 공사도급계약 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가자격, 계약절차 등에 관한 규정을 위반한 사정이 있는 때에는 그러한 사정만으로 공사도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정해서는 안 되고 위반으로 말미암아 계약 내용대로 이행되더라도 공사의 완성이 불가능하였다고 평가할 수 있을 만큼 위법이 공사의 내용에 본질적인 것인지 여부를 심리·판단하여야 한다고 판시했다.
- 대법원은 차용금 사기에 대한 제한 법리를 실시하기도 했다. 대법원 2016. 4. 28. 선고 2012도14516 판결에서 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 아니한다며 소비대차 거래에서 대주와 차주 사이의 친척·친지와 같은 인적 관계 및 계속적인 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 대주

를 기망하였다거나 차주에게 편취의 범의가 있었다고 단정할 수 없다고 판시했다.

## 5. 명예훼손, 모욕 성립범위의 제한 노력

- 대법원은 인터넷의 확산, 표현의 자유 욕구의 확장 등의 현실을 반영해서 명예훼손과 모욕죄 성립 범위를 좁히는 여러 판결례를 선고하였다. 명예훼손이나 모욕 그리고 표현의 자유와 인터넷과 SNS 등 매체의 발전의 관계에 대해서는 매체의 발전을 통해 개인의 인격 침해가 보다 쉬워지고 침해도 지속되므로 명예훼손이나 모욕죄의 성립을 엄격하게 제한해야 한다는 입장을 상정할 수 있는 반면 매체의 발전으로 개개인의 표현의 자유가 향상된 현실에 맞추어 성립범위를 제한해야 한다는 입장도 상정 가능하다.
- 대법원은 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결에서 공연성에 관한 전파가능성 법리를 유지하였는데 전파가능성 법리는 오랜 시간에 걸쳐 발전, 형성되어 온 법리로서 현재에도 여전히 법리적으로나 현실적인 측면에 비추어 타당하므로 유지되어야 한다고 판단했다. 여러 논거가 제시되었지만 정보의 무한 저장, 재생산 및 전달이 용이하여 정보통신망을 이용한 명예훼손은 ‘행위 상대방’ 범위와 경계가 불분명해지고 명예훼손 내용을 소수에게만 보냈음에도 행위 자체로 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 형성하는 경우가 다수 발생하게 된다는 점도 전파가능성 법리를 유지해야 하는 이유로 제시되었다. 이에 대해서는 인터넷과 과학기술의 발달로 정보의 무한 저장과 재생산으로 인한 명예훼손의 피해 정도와 범위가 넓어지는 문제는 양형에 반영하거나 정보통신망법에 의한 가중처벌로 해결되어야 하고 이를 이유로 공연성의 개념이 변경되어야 할 필요는 없다는 이유 등을 들어 전파가능성 법리를 폐기해야 한다는 반대의견이 있었다.
- 대법원은 2021. 3. 25. 선고 2016도14995 판결에서 공적 인물 이론을 형사상 명예훼손죄에 도입하는 듯한 판시를 하였다. 대통령인 피해자의 행적을 밝힐 필요성에 관한 의견을 표명하는 과정에서 세간에 널리 퍼져 있는 의혹을 제시한 것만으로는 명예훼손죄로 처벌할 수 없다고 판시하였다. 우선 대법원은 공론의 장에 나선 전면적 공적 인물의 경우에는 비판과 의혹의 제기를 감수해야 하고 그러한 비판과 의혹에 대해서는 해명과 재반박을 통해서 이를 극복해야 하며 공적 관심사에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 한다(위 대법원 2014다61654 전원합의체 판결 참조)는 점을 제시하면서 공적 인물과 관련된 공적 관심사에 관하여

의혹을 제기하는 형태의 표현행위에 대해서는 일반인에 대한 경우와 달리 암시에 의한 사실의 적시로 평가하는 데 신중해야 하고 문제 된 표현이 공공적·사회적인 의미를 가진 경우에는 표현의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다고 하였다.

- 대법원은 2021. 3. 25. 선고 2017도17643 판결에서는 특정 사안에 대한 의견을 공유하는 인터넷 게시판 등의 공간에서 작성된 단문의 글에 모욕적 표현이 포함되어 있더라도 자신의 의견을 강조하거나 압축하여 표현한 것이라고 평가할 수 있고 지나치게 악의적이지 않다면 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각된다고 판단하였다.

## 6. 성인지 감수성과 자유심증주의

- 대법원은 성범죄의 성립범위와 관련해서 성인지 감수성을 언급하며 원심의 신빙성 판단 오류를 지적하였다. 성인지 감수성이라는 판단 기준을 제시한 것에 대해서는 성인지 감수성의 판단기준이 모호하고 하급심의 사실인정에 개입한다며 비판하는 견해도 제시되었지만 기존 현실에 대한 반성과 더불어 왜곡된 경험칙을 바로잡는 긍정적인 역할을 한다는 견해도 제시되었다.
- 대법원은 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결에서 원심이 피해자 진술의 신빙성을 배척하는 이유로 들고 있는 사정들만으로 피해자가 처한 구체적인 상황이나 피고인과 피해자의 관계 등에 비추어 피해자의 진술과 반드시 배치된다거나 양립이 불가능한 것이라고 보기 어려움에도 피해자 진술의 신빙성을 배척한 것은 성폭행 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않음으로써 성폭행 사건의 심리를 할 때 요구되는 ‘성인지 감수성’을 결여한 것이라는 의심이 든다고 설시하였다. 그러면서 원심의 판단에는 증거의 증명력을 판단할 때 경험칙과 논리법칙에 어긋나는 판단을 함으로써 자유심증주의에 관한 법리를 오해하였거나 채증법칙 위반으로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 판시했다.
- 대법원은 성적 자기결정권 법리에 따라 위계 간음에서 위계의 의미를 변경했다. 즉 대법원은 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결에서 “오인, 착각, 부지란 간음행위 자체에 대한 오인 등을 말하고 간음행위와 불가분적 관련성이 인정되지 않는 다른 조건에 관한 오인 등을 가리키는 것은 아니라고 보아야 한다.”라는 종전 판례를 변경했다. 대법원은 ‘위계’라 함은 행위자의 행위목적을 달성하기

위하여 피해자에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말하고 오인, 착각, 부지가 간음행위 자체인지 아닌지를 문제 삼아서는 안 된다고 보았다. 왜곡된 성적 결정에 기초하여 성행위를 하였다면 왜곡이 발생한 지점이 성행위 자체인지 성행위에 이르게 된 동기인지는 성적 자기결정권에 대한 침해가 발생한 것은 마찬가지라는 점을 이유로 하였다. 위계적 언동의 내용 중에 피해자가 성행위를 결심하게 된 중요한 동기를 이를 만한 사정이 포함되어 있어 피해자의 자발적인 성적 자기결정권의 행사가 없었다고 평가할 수 있다면 위계가 성립할 수 있다고 본 것이다.

## 7. 소수자, 사회적 약자 보호

- 사회가 물질적으로 풍요로워 졌지만 빈부격차와 이념대립 등으로 양극화되고 이해관계 대립이 격렬해짐에 따라 소수자와 사회적 약자, 아동의 보호 필요성이 더욱 커지고 있다. 그에 따라 대법원도 소수자와 사회적 약자를 보호하는 일련의 판례를 선고했다.
- 대법원은 2013. 5. 16. 선고 2012도14788,2012전도252 전원합의체 판결에서 법률상 처가 강간죄의 객체에 포함된다고 판단했다. 강간죄의 보호법익이 '여성의 정조' 또는 '성적 순결'이 아니라 자유롭고 독립된 개인으로서 여성이 가지는 성적 자기결정권이라는 점을 근거로 했다.
- 대법원은 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결에서 자신의 내면에 형성된 양심을 이유로 집총과 군사훈련을 수반하는 병역의무를 이행하지 않는 사람에게 형사처벌 등 제재를 해서는 안 된다고 진정한 양심에 따른 병역거부라면 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당한다고 판단했다. 이에 대해서는 양심적 병역거부자에 대해 처벌을 하더라도 양심의 자유가 부당하게 침해되었다고 할 수 없다는 반대의견이 있었다.
- 대법원은 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결에서 군형법 제92조의 6가 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다고 판단했다. 이에 대해서는 자발적 합의 아래 사적 공간에서 이루어진 동성애도 처벌해야 한다는 반대의견이 있었다.



- 대법원은 2013. 6. 20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결에서 베트남 국적 여성인 피고인이 남편 갑의 의사에 반하여 생후 약 13개월 된 아들 을을 주거지에서 데리고 나와 약취하였다고 기소된 사안에서 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 사용하여 미성년자를 평온하던 종전의 보호·양육 상태에서부터 이탈시켰다고 볼 수 없는 행위에 대하여는 적용되지 않는다면 미성년의 자녀를 부모가 함께 동거하면서 보호·양육하여 오던 중 부모의 일방이 상대방 부모나 자녀에게 어떠한 폭행, 협박이나 불법적인 사실상의 힘을 행사함이 없이 자녀를 데리고 종전의 거소를 벗어나 다른 곳으로 옮겨 자녀에 대한 보호·양육을 계속하였다면 미성년자에 대한 약취죄의 성립을 인정할 수는 없다고 밝혔다.
- 대법원은 2015. 12. 23. 선고 2015도13488 판결에서 구 아동복지법 제17조에서 정한 “아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위”라 함은 현실적으로 아동의 정신건강과 정상적인 발달을 저해한 경우뿐만 아니라 그러한 결과를 초래할 위험 또는 가능성이 발생한 경우도 포함되며 반드시 아동에 대한 정서적 학대의 목적이나 의도가 있어야만 인정되는 것은 아니고 자기의 행위로 인하여 아동의 정신건강 및 발달을 저해하는 결과가 발생할 위험 또는 가능성이 있음을 미필적으로 인식하면 충분하다고 판단했다.

## 8. 문언해석과 체계적 해석 논쟁

- 형법 각칙에서 가장 오래되고 중요한 문제 중 하나는 죄형법정주의와 처벌의 필요성의 관계이다. 어떤 행위를 처벌할 수 있는지 문제될 때 가장 흔하게 대두되는 문제이자 문언해석과 체계적 해석 등의 한계가 어디인지 문제이며 사회현실의 변화에 따라 구체적 타당성과 법적 안정성을 조화롭게 해결하는 방법이 무엇인지 탐구하는 문제이기도 하다.
- 대법원은 2014. 5. 22. 선고 2012도7190 전원합의체 판결에서 정비사업을 시행하려는 어떤 조합이 조합설립인가처분을 받았더라도 조합설립인가처분이 무효라면 조합의 조합장, 이사 또는 감사로 선임된 자는 구 도시정비법 위반죄의 주체인 ‘조합의 임원’ 또는 ‘조합임원’에 해당하지 않으므로 구 도시정비법 위반죄로 처벌할 수 없다고 판시하였다. 이에 대해서는 행위 시점에서 행위자가 객관적으로 조합임원이었고 자신이 조합임원이라는 사실을 분명하게 인식한 상태에서 조합임원에게 주어진 법적

명령이나 금지를 위반한 이상 성립된 시점 이후에 조합설립인가처분 무효확인 또는 취소의 판결이 확정되었다 하더라도 유죄가 되어야 한다는 반대의견이 있었다.

- 대법원은 2017. 12. 21. 선고 2015도8335 전원합의체 판결에서 체계적·논리적 해석 방법을 사용할 수 있으나 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 이러한 해석 방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다고 판시하면서 항공보안법 제42조가 정하는 “위계 또는 위력으로써 운항 중인 항공기의 항로를 변경”한 경우에 ‘항로’에 관하여 지상의 길까지 ‘항로’로 해석하는 것은 문언의 가능한 의미를 벗어난다고 판단했다. 그러면서 계류장의 탑승교에서 분리되어 푸시백 중이던 비행기를 다시 탑승구 쪽으로 돌아가게 했더라도 항로를 변경한 것은 아니라고 판단했다.
- 대법원은 2020. 8. 27. 선고 2019도11294 전원합의체 판결에서 문언이 가지는 가능한 의미의 범위 안에서 규정의 입법 취지와 목적 등을 고려하여 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적 해석을 하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나지 않는다고 판시하면서 형법 제232조의2의 사전자기기록등위작죄에서 행위의 태양으로 규정한 ‘위작’의 의미에 대해서 판시했다. 종래 대법원은 경찰관이 고소사건을 처리하지 아니하였음에도 경찰범죄정보시스템에 사건을 검찰에 송치한 것으로 허위사실을 입력한 행위가 공전자기록위작죄에서 말하는 위작에 해당한다고 판시한 바 있었다(대법원 2005. 6. 9. 선고 2004도6132 판결). 그런데 대법원은 형법 제227조의2의 공전자기록등위작죄와 형법 제232조의2의 사전자기기록등위작죄가 같은 문언을 사용한다는 이유로 시스템을 설치·운영하는 주체와의 관계에서 전자기록의 생성에 관여할 권한이 없는 사람이 전자기록을 작출하거나 전자기록의 생성에 필요한 단위정보의 입력을 하는 경우는 물론 시스템의 설치·운영 주체로부터 각자의 직무 범위에서 개개의 단위정보의 입력 권한을 부여받은 사람이 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 경우도 형법 제232조의2의 사전자기기록등위작죄에 포함된다고 판단했다. 이에 대해서는 사문서위조죄에 관한 형법의 태도 등을 고려하면 형법 제232조의2에서 정한 ‘위작’은 유형위조만을 의미하는 것으로 해석하여야 하며 이렇게 해석하는 것이 불명확성에 따른 위헌 소지를 제거하는 헌법합치적 해석이라는 반대의견이 있었다.

## 9. 주거침입 처벌 범위의 조정

- 대법원은 주거침입죄 성립범위를 축소하는 판결을 선고하였다. 대법원은 종래 주거침입을 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 한다고 하면서도 복수의 주거권자가 있는 경우 범행 목적으로 평온하게 건물에 들어간 경우 등 사안에서 주거침입죄가 성립한다고 판단한 바 있다. 그런데 대법원은 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결에서 주거침입죄의 침입이란 ‘거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것’을 의미하고 침입에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이라고 선언하면서 외부인이 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자로부터 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어간 경우라면 특별한 사정이 없는 한 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어간 것이라고 볼 수 없다고 판단했다. 그에 따라 배우자 있는 사람과의 혼외성관계 목적으로 다른 배우자가 부재중인 주거에 출입하여 주거침입죄로 기소된 사건에서 주거침입죄 성립을 부정했다.
- 대법원은 2021. 9. 9. 선고 2020도6085 전원합의체 판결에서는 공동거주자 중 한 사람이 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것을 금지한 경우 다른 공동거주자가 이에 대항하여 공동생활의 장소에 들어갔더라도 그의 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 주거의 평온이라는 법익을 침해하는 행위라고는 볼 수 없으므로 주거침입죄는 성립하지 않는다고 판단했다.
- 대법원은 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결에서는 일반인의 출입이 허용된 음식점에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다면 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 음식점에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라도 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 음식점에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다고 판단했다.
- 이에 대해서는 주거침입죄에서 침입은 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것을 말하고 다만 거주자가 행위자의 진정한 출입목적을 알았더라도 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 이유로는 주거침입죄의 성립을 인정해서는 안 된다는 별개의견이 있었다.

## 10. 기술발전과 형사처벌

- 처벌규정이 마련될 당시에는 예측하지 못했던 기술발전이 이루어짐에 따라 기존 처벌규정을 그대로 적용해서 처벌할 수 있는지 아니면 처벌공백으로 보아 별도의 입법이 필요한지 문제되는 경우가 많다. 대법원은 가능하면 법리에 근거해서 일반 시민의 이익을 위한 판단을 내리려고 노력하였지만 수많은 행정형벌과 다종다양한 보호법익, 사회적 이해관계 등을 고려하면 판단이 쉽지 않은 경우도 많다.
- 대법원은 2020. 11. 5. 선고 2015도13830 판결에서 의료인이 전화 등을 통해 원격지에 있는 환자에게 의료행위를 행할 경우 의료법 제33조 제1항에서 정한 의료기관 내에서 의료업을 하여야 한다는 규정을 위반한 것으로 보았다. 논거로는 현재의 의료기술 수준 등을 고려할 때 의료인이 전화 등을 통해 원격지에 있는 환자에게 의료행위를 행할 경우 환자에 근접하여 환자의 상태를 관찰해가며 행하는 일반적인 의료행위와 동일한 수준의 의료서비스를 기대하기 어렵다는 이유 등이 제시되었다.
- 대법원은 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결에서 치과의사인 피고인이 보톡스 시술법을 이용하여 환자의 눈가와 미간의 주름 치료를 함으로써 면허된 것 이외의 의료행위를 하였다고 하여 의료법 위반으로 기소된 사안에서 피고인의 행위가 치과의사에게 면허된 것 이외의 의료행위라고 볼 수는 없다고 판단했다. 이 사안에서는 보톡스를 이용한 시술이 이미 치과에서 다양한 용도로 활용되고 있는 상황, 그로 인한 공중보건위생에 대한 위험이 현실적으로 높지 아니하고 전문직역에 대한 체계적 교육 및 검증과 규율이 이루어지고 있는 점, 의료의 발전과 의료서비스의 수준 향상을 위하여 의료소비자의 선택가능성을 널리 열어두는 방향으로 관련 법률규정을 해석하는 것이 바람직하다는 등의 이유가 제시되었다.
- 대법원은 2017. 6. 8. 선고 2016도21389 판결에서 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조에서 '성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 그림 등을 상대방에게 도달하게 한다'는 것은 '상대방이 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 직접 접하는 경우뿐만 아니라 상대방이 실제로 이를 인식할 수 있는 상태에 두는 것'을 의미한다며 상대방에게 성적 수치심을 일으키는 그림 등이 담겨 있는 웹페이지 등에 대한 인터넷 링크(internet link)를 보내는 행위에 대해서 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 상대방에게 도달하게 하는 행위로 평가하였다. 웹페이지의 성격과 사용된 링크기술의 구체적인 방식 등 모든 사정을 종합하여 볼 때 인터넷 링크(internet link)를 보내는 행위를 통해 그와 같은 그림 등이 상대방에 의하여 인식될 수 있는 상태에 놓이고 실질에 비추어 이를 직접 전달하는 것과 다를 바 없다고 평가되는 것을 근거로 들었다.

- 대법원은 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결에서 저작권 침해물 링크 사이트에서 침해 게시물에 연결되는 링크를 제공하는 경우 등과 같이 링크 행위자가 정법이 공중송신권을 침해한다는 사실을 충분히 인식하면서 그러한 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 인터넷 사이트에 영리적·계속적으로 게시하는 등으로 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도의 링크 행위를 한 경우에는 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정법의 범죄를 용이하게 하므로 공중송신권 침해의 방조범이 성립한다고 판단했다. 저작재산권자의 이용허락 없이 전송되는 방송프로그램, 영화, 만화 등 침해 게시물로 연결되는 링크를 공중에게 제공하면서 배너 광고를 통해 광고 수익을 얻는 등의 방식으로 링크를 온라인상 저작권 침해물의 유통 경로로 악용하는 이른바 ‘다시보기’ 사이트 등의 링크 사이트나 모바일 애플리케이션이 급속히 확산되는 현실을 고려하였다.
- 대법원은 종전에 링크를 하는 행위 자체는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지 등의 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자에게서 이용 허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷 이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 등의 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹페이지 등에 직접 연결된다고 하더라도 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없으므로 이러한 링크 행위만으로는 저작재산권 침해행위의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판단한 바 있었는데(대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결) 이를 변경했다.
- 이에 대해서는 침해 게시물에 연결되는 링크를 제공하는 링크 행위를 처벌하고자 형법 총칙상 개념인 방조에 대한 확장해석, 링크 행위 및 방조행위와 정법의 범죄 사이의 인과관계에 관한 확장해석을 통해 형사처벌의 대상을 확대하였다는 반대의견의 지적이 있다.

## 11. 나가며

- 이상으로 2010년도 선고된 대법원 판례 중 형법각칙에 관한 판례의 경향을 필자 나름대로 정리해 보았다. 변화되는 현실과 고정된 법규범 사이에서 고민이 될 수밖에 없는 수많은 영역이 있지만 대법원은 나름 조화로운 방법으로 법규범을 해석해 왔다고 평가할 수 있다. 2020년도에도 학계와 실무계의 활발한 교류와 비판을 통해서 살아있는 형법, 신뢰받는 형법 원리를 발견하기를 기대한다.

## 【토론문】

# ‘2010년대 대법원 판례의 동향(형법 각칙 관련)’에 대한 토론문

정 한 군  
서울중앙지방법검찰청 검사

## 1. 토론에 들어가며

2010년부터 2022년 상반기 최신 판례까지, 사회적으로 의미가 깊은 판례들에 대하여 각 분야별로 상세한 정리와 분석을 해주신 발표자께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 2010년대 대법원 판례의 동향을 단시간에 심층적으로 파악할 수 있는 기회가 되었습니다. 발표문에 기재해 주신 대부분의 말씀에 대하여 공감을 하였고, 특히 ‘민사사건의 형사화를 견제하는 등 처벌범위의 합리적 조절을 기하는 판례가 많이 선고되었고, 사회적 약자를 보호하는 판결이 많이 선고되었다’는 말씀에 깊이 공감하였습니다. 제가 논제에 대한 이해가 완벽하지 않다고 생각되어 조심스럽지만 많은 가르침을 부탁드립니다. 마음으로 몇 가지 질문과 의견을 드려보고자 합니다.

## 2. 질문 또는 의견

### 가. 일부 항목에 판례 추가

발표자께서 2010년대 판례들 중 의미 있는 판례들을 적절한 분량에 맞추어 대부분 언급해 주셨지만, 그 분류의 취지에 어긋나지 않으면서도 함께 살펴볼만한 판례들을 1개씩 추가해 보고자 합니다.

먼저, 주거침입죄 관련하여 연인관계였다가 헤어진 지 7개월이 지난 후 승낙 없이 비밀번호를 눌러 출입한 사안에서, 2021년에 선고된 전원합의체 판례 2개의 연장선상에서 피

고인의 행위태양을 살펴볼 때 ‘침입’에 해당한다고 보아(대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도 15507 판결), 일시별거 중인 배우자의 출입을 ‘침입’으로 보지 않았던 사례(아래 다의 3)항 부분)와는 다른 결론을 설시하였습니다.

명예훼손죄, 모욕죄와 관련하여서는 그 성립범위를 좁히는 판결례 중 하나로 아나운서들에 대한 집단표시에 의한 모욕 사안에서, 특정인에 대한 모욕이라고 보기 힘들고, 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 아니한 경우 모욕이 성립되지 않는다고 본 사례가 있었습니다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011도15631 판결).

‘기술발전과 형사처벌’이라는 주제와 관련하여서는 음란물 영상의 토렌트 파일 게시가 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상 ‘음란한 영상을 배포하거나 공공연하게 전시’한 것과 실질적으로 동일한 결과를 가져오므로 구성요건을 충족한다고 판단하였고(대법원 2019. 7. 25. 선고 2019도5283 판결), 이는 예측하지 못한 기술발전의 영역에 대하여 기존 처벌규정을 그대로 적용하여 처벌한 사례로 추가될 수 있을 것입니다.

#### 나. 사기죄 성립범위의 합리적 조정(발표문 제7쪽 관련)

차용금 사기에 대한 제한 법리를 실시한 판결(대법원 2016. 4. 28. 선고 2012도14516 판결)과 관련하여, 범죄의 성립여부를 판단할 때 행위 당시를 기준으로 판단하는 것이 상당하고, 민사사건의 과도한 형사화를 막고, 사법자원이 효율적으로 배분될 필요가 있다는 점에서 해당 판결의 취지에 적극 공감하는 입장입니다.

대검찰청에서 가장 최근에 확보된 통계자료에 의하면 2020년 기준 총 발생범죄 중 20.6%는 사기범죄(354,154건)에 해당하였습니다. 약 35만 건에 이르는 사기범죄 건수는 차순위에 해당하는 ① 폭력범죄 약 21만 건, ② 교통사고처리특례법 사건 약 18만 건의 배에 가까운 수치입니다. 위 사기사건 중 ‘민사사건의 형사화’라고 판단되는 사건의 비율을 명확히 확인할 수는 없었으나, 결국 형사사건 관련 법조인 중 1/5은 사기 사건에 상당한 에너지를 투입하고 있다는 것을 확인할 수 있습니다.<sup>1)</sup>

채무불이행 또는 투자 리스크 범위 내 손실발생과 같은 경우, 형사사건화 되기 어렵고 민사사건으로 해결해야 한다는 인식이 자리 잡을 수 있도록 각종 시스템 정비와 홍보가 필요하다고 생각합니다. 최소한의 처분문서 등 근거서류가 없는 경우, 법원이 이를 사기죄로 보호하기 어렵다는 취지의 판결례를 지속적으로 누적시키는 등 법률행위를 하는 경우 전문가와 함께 근거서류를 요건에 맞게 작성해야 형사법적 보호를 받을 수 있다는 인식과

1) 대검찰청, 「2021 범죄분석」, 2021, 98면 이하

문화를 일반인들에게 정착시킬 필요가 있습니다. 추가로 보이스피싱과 같이 민사사건의 형사화라고 보기 어려운 사기범죄의 경우 한 가족의 경제상황을 회복 불가능한 상태로 만들기도 하므로 사기의 성립범위는 줄이되 유죄가 선고되는 경우에는 그 양형기준을 높여 나갈 필요가 있다는 입장입니다.

#### 다. 주거침입 처벌범위의 조정(발표문 제13쪽 관련)

- 1) 발표자께서 말씀하신 내용과 같이 대법원은 주거침입죄의 성립범위를 축소하는 판결을 선고하였습니다. 그러나 저는 사기죄 판례에 대한 의견과는 달리 주거침입죄 판례의 변경에 대하여는 일부 공감되지 않는 부분이 있어 각 판례의 반대의견을 제시함과 동시에 발표자님의 고견을 구하고자 합니다.
- 2) 언급해 주신 첫 번째 판례<sup>2)</sup>의 다수의견에 대하여 반대의견은, 부재중인 거주자가 만일 그 자리에 있었다면 피고인의 출입을 거부하였을 것임이 명백한 경우 주거침입죄가 성립해야 하고, 그 구체적인 이유로는 ‘거주자의 의사에 반하여 들어간 경우’ 주거침입죄가 성립한다는 점을 제시하였습니다. 저 또한 공동거주자 중 일부가 부재한 경우, 전부 부재한 경우, 전부 현재하는 경우에 주거의 평온은 동일하게 보장되어야 한다고 생각합니다. 부재중인 공동거주자의 독자적인 법익을 부정할 근거가 없고, 개별적인 출입통제 권한도 없다고 보는 것은 주거침입죄 보호법익에 반하는 해석이라는 반대의견에 공감하는 바입니다. 예를 들면, 공동거주자가 주거에 현재하고 있으나 만취하거나 잠자고 있어 물리적인 충돌 없이 ‘통상적인 방법으로 출입’한 경우에도 과연 동일한 법리가 적용될 수 있을지, 그것이 국민의 법감정에 부합할지 의문이 있습니다.
- 3) 언급해 주신 두 번째 판례<sup>3)</sup>는, 처와 일시 별거중인 남편이 그의 부모와 함께 주거지에 들어가려고 하자, 처의 부탁을 받은 처제가 출입을 막았고, 이에 잠금장치를 손괴하는 등 물리력을 행사하여 아파트에 출입한 사안에서, 원심은 공동주거권자인 남편에게는 무죄를 선고하면서도 그 부모에게는 유죄를 선고하였고, 대법원은 남편 뿐만 아니라 그 부모에게도 ‘전체적으로 공동거주자 출입행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우’라는 이유로 각 무죄를 선고하였습니다. 위 판례는 공동거주자가 아니었던 외부인에게도 무죄 취지의 판시를 함으로써 주거침입

2) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결

3) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도6085 전원합의체 판결



죄의 성립범위를 한 단계 더 축소하였다는 데 의의가 있다고 생각합니다. 이에 대하여 반대의견은, 공동거주자가 출입을 금지하였는데도 폭력적인 방법을 사용하여 출입한 경우에는 행위태양을 볼 때 주거침입죄가 성립한다고 보았습니다.

- 4) 언급해 주신 세 번째 판례<sup>4)</sup>의 경우 그 이전 판례 법리를 전제로 하여 ‘설령 행위자가 범죄 목적으로 출입하더라도 행위 태양에 비추어 주거침입죄에 해당하지 않는다’는 취지의 판시를 더하였고, 실질적으로는 주거침입죄 처벌범위를 추가로 축소시킨 판례라고 생각합니다. 위 판례가 범죄목적 출입도 허용하는 이유에 대하여 ① 다수의견은 ‘거주자의 의사’를 주된 요소로 볼 수 없다는 점, ② 별개의견은 ‘거주자의 의사’를 중요한 요소로 보아야하나 해당 사안은 거주자로부터 현실적인 승낙을 받았다는 점 등을 제시하였고 반대의견은 따로 없었습니다. 그러나 위 두가지 의견 모두 완벽하게 납득되지는 않는 측면이 있었습니다.

거주자의 의사를 행위 태양과 함께 주된 요소 중 하나로 보아야 하고, 대법원도 소위 ‘의사침해설’을 취한 판례들을 전부 폐기하지 않았으며, 거주자의 현실적인 승낙이 기망에 의한 것이라면 출입한 사람을 형사처벌할 필요성이 있다고 생각합니다. 영업주를 기망하여 범죄목적임에도 자연스럽게 출입을 하고 특정 범죄행위의 미수죄로 처벌이 불가능한 경우 주거침입으로도 처벌을 할 수 없다면 이는 법의 사각지대에 해당할 것입니다. ‘다수의견에 대한 보충의견’도 이와 같은 문제점을 예상하고 시험 대리응시를 위해 시험장에 출입한 사안<sup>5)</sup>을 언급하며, 출입자격을 기망해 관리자의 출입승낙을 얻었다면 행위태양상 주거침입죄에 해당하므로 폐기 대상에 포함되지 않은 것일 뿐 의사침해 여부와는 관련이 없다는 설명을 하였습니다. 그러나 오히려 식당에 불법 도청기, 도촬 카메라를 설치하는 사람과 대리응시를 위해 출입하는 사람 간에 행위 태양에 있어서 어떠한 차이가 있는지는 의문입니다.

- 5) 개별 각론 주제에 대한 논의의 자리라기보다는 최근 판례의 동향을 파악하는 자리 이기는 하나, 대법원 판례들이 객관적·외향적 행위 태양에 비추어 ‘침입’여부를 판단한다는 일관된 해석론을 유지하고 있다는 점에서 그 취지에 공감하시는지 혹은 ‘거주자의 의사’에 대한 판단에 대하여 견해를 달리하는 반대의견 혹은 별개의견 등에 공감하시는지에 대하여 추가적인 고견을 구하고자 합니다.

다시 한 번 훌륭한 발표에 깊이 감사드리며 토론을 마치겠습니다.

4) 대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결

5) 대법원 1967. 12. 19. 선고 67도1281 판결





# 최근 10년간 주요 대법원 판결 : 형사소송법 분야

한 제 희

법무부 형사사법공동시스템 운영단장, 검사





# 최근 10년간 주요 대법원 판결 : 형사소송법 분야

한 제 희  
법무부 형사사법공통시스템 운영단장, 검사

## 목 차

### I. 시작하며

### II. 증거법 분야의 주요 판결

1. 증거법 개관
2. 위법수집증거 판례 집적
3. 디지털 증거 압수수색의 엄격한 제한
4. 전문증거의 증거능력 제한
5. 자유심증주의의 제한

### III. 절차법 분야의 주요 판결

1. 수사절차
2. 재판절차

### IV. 마치며

## I. 시작하며

한국형사판례연구회의 창립 30주년을 진심으로 축하드린다. 발표자는 연구회가 스무살을 앞둔 2011년 12월 월례발표회에서 위법수집증거 판례평석을 발표하면서 연구회와 처음 인연을 맺게 되었다. 그동안 여러 회원들의 학구열과 수준 높은 연구결과물들을 접하면서 꾸준히 학문적 자극을 받는 등 과분한 혜택을 입었다. 이번 발표자리를 빌려 모든 회원분께 감사의 말씀을 드린다.

우리 연구회의 뜻깊은 창립 30주년을 맞아, 최근 10년간 형사소송법 분야에서 선고된 주요 대법원 판결을 정리해보기로 한다. 형사소송법은 2007년 대폭적인 개정 이후, 2011년 다시 일부 개정을 통해 압수수색에서의 관련성 요건 및 전자정보 저장매체에 관한 압수수색 범위와 방법 등의 내용이 새롭게 추가되었고, 2016년의 개정을 통해 디지털 증거의 진정성립 증명방법 보완 등의 내용이 또 추가되었다. 이러한 개정법의 취지에 발맞춰 그동안 많은 의미 있는 판례를 만날 수 있었다.

지난 10년 사이에 있었던 대법원 판결들은 그 어느 것 하나 중요하지 않은 게 없겠으나, 지면의 제약과 발표자의 게으름을 핑계로 극히 일부의 판결만을 증거법과 절차법의 두 분야로 나누어 소개하기로 한다.

먼저, 증거법 분야의 경우, 발표자 스스로 증거법을 다시 공부하고 정리하는 계기로 삼는 차원에서 증거법 전반을 개관하여 본 후, 위법수집증거, 디지털 증거 압수수색, 전문증거, 자유심증주의를 테마로 하여 관련 판결들을 소개하는 식으로 서술하고자 한다.

수사절차와 공판절차를 나누어 살펴볼 절차법 분야에도 지난 10년간 중요한 판결이 적지 않게 있었지만, 「형사판례연구」에 수록된 회원들의 옥고를 통해 평석된 판결들 위주로 소개함으로써 우리 연구회의 발자취도 아울러 더듬어보기로 한다.

## II. 증거법 분야의 주요 판결

### 1. 증거법 개관

증거법 논의의 시작은 증거자유의 원칙이다. 증거법 세계에서는 어떤 형식이나 방법의 것이든 증거로 쓰는 데 제한이 없는 것이 원칙이다. 다만, 이 증거자유의 원칙은 세 가지 원칙의 제한을 받는다. 위법수집증거 배제법칙(형사소송법 제308조의2), 자백 배제법칙(형사소송법 제309조), 그리고 전문법칙(형사소송법 제310조의2)이 그것이다. 위법하게 수집된 증거, 임의성 없는 자백, 전문증거는 원칙적으로 증거로 쓸 수 없다.

증거는 그것이 진정한 것이기만 하다면 증거자유의 원칙에 따라 일단 바로 증거로 쓸 수 있다. 다만, 종래 판례에 의해 해석상 인정되어 오다 2007년 개정 형사소송법 제308조의2에 명문으로 도입된 위법수집증거 배제법칙의 관문을 넘어야 한다. 위법수집증거 배제법칙에 관한 판례는 다음 ‘2. 위법수집증거 판례 집적’ 부분에서 살펴보기로 한다.

특히, 수사기관의 압수수색 절차에서는 디지털 증거가 위법하게 수집된 것인지 여부와 관련한 이슈가 매우 뜨겁고 많은 판결들이 잇따르고 있는데, 이에 대해서는 일반적인 위법수집증거 판례와는 별도로 ‘3. 디지털 증거 압수수색의 엄격한 제한’ 부분에서 살펴보기로 한다.

대륙법계 사법제도를 가진 다른 나라들과 마찬가지로 수사기관에 의한 공적인 수사절차가 확립되어 있는 우리 제도에서는, 검사의 입장에서 볼 때 특히 전문법칙이 관심의 대상이다. 수사과정에서 수집된 대부분의 증거는 전문증거이기 때문이다. 검사는 공판 외에서 요증사실에 관한 증거를 수집하므로, 그와 같이 공판 외에서 수집한 증거를 어떻게 법정까지 가져가 유죄의 증거로 인정을 받느냐가 중요한 관심사이다. 우리 법원은 수사기관이 공판 외에서 수집한 증거가 법정에 들어오는 문턱을 가급적 높이려는 입장을 취한다. 이를 대변하는 대표적인 논거가 바로 ‘공판중심주의’이다.

검사가 공판에 증거로 제출한 전문증거의 증거능력 유무를 판단하려면 세 단계에 걸친 판단과정이 필요하다.

제1단계, 이 증거가 그 성격상 전문증거인지 아니면 본래증거인지를 가장 먼저 따져봐야 한다. 본래증거이면 증거자유의 원칙에 따라 일단 바로 증거로 쓸 수 있지만, 전문증거이면 형사소송법 제310조의2 이하의 전문증거 규정을 적용해봐야 증거로 쓸 수 있는지 여부를 비로소 알 수 있기 때문이다. 이렇게 전문증거냐 본래증거냐를 구분하는 첫 번째 작업을 제대로 하기 위해 전문증거의 개념을 정확히 알아야 한다. 실무상 그 구분이 애매한 사례들이 가끔씩 있고, 전문법칙이나 전문증거가 미국 증거법에서 온 개념임에도 미국 증거법과 다르게 해석되는 면들이 있어 구분이 어렵긴 한데, 아무튼 이 두 가지를 구분하는 기준은 형사소송법 제310조의2 규정이다.

제1단계 작업에서 어떠한 증거가 전문증거 개념에 해당하는 증거로 파악된다면, 이제 제2단계로 이 증거는 피고인의 증거동의로 무조건 증거능력이 인정되거나 아니면 그 형식이 형사소송법 제310조의2에서 규정하는 ‘서류’ 또는 ‘진술’ 중 어딘가에 해당하여야 증거능력을 인정받을 수 있다. 여기서의 ‘서류’는 진술이 기재된 서류를 의미하는데, 판례는 그 개념을 넓게 해석하여 그 형식이 반드시 서류인 것뿐만 아니라 성질상 진술이 기재된 서류로 볼 수 있는 음성녹음물과 영상녹화물 등도 이에 해당한다고 본다.

즉, 사인이 녹음테이프에 녹음한 피고인의 진술 내용은 실질적으로 형사소송법 제311조, 제312조의 규정 이외에 피고인의 진술을 기재한 서류와 다름없어, 피고인이 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술

내용을 증거로 사용하기 위해서는 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 공판준비기 일 또는 공판기일에서 작성자인 상대방의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술 내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것임이 증명되고 나아가 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것임이 인정되어야 한다.<sup>1)</sup> 사인이 녹음한 음성녹음물 외에 사인이 촬영한 영상녹화물 역시 마찬가지이다.<sup>2)</sup>

수사기관이 작성한 영상녹화물 역시 종래 판례가 제310조의2의 '서류'에 해당하여 제312조에 따라 증거능력이 인정될 수 있다고 해석하여온 증거였다.<sup>3)</sup> 다만, 2007년 형사소송법 개정 이후 판례는 종래의 견해를 바꾸어 수사기관의 영상녹화물에 대해 증거능력을 부인하는 해석을 하고 있다. 즉, <대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결>은, 2007년 개정 형사소송법은 이전에는 없던 수사기관에 의한 참고인 진술의 영상녹화를 새로 정하면서 그 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 참고인의 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있고, 이를 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 보면 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 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 판시하였다.

전문증거의 증거능력 유무를 판단하기 위한 제3단계 작업은, 이 증거에 대해 피고인이 증거부동의 하는 경우 제311조 이하의 규정에 들어있는 각각의 요건에 따라 증거능력 유무를 판단하는 과정이다. 이 규정들에 따라 증거능력을 인정받으려면, 진정성, 진정성립, 특신상태 등 차례차례 등장하는 요건들을 충족하여야 한다. 특히, 지난 10년간 전문증거의 증거능력과 관련하여 자주 쟁점이 된 요건이 특신상태이다.

전문증거에 관한 판결들은 다음 '4. 전문증거의 증거능력 제한' 항목에서 살펴보기로 한다.

이렇게 증거능력의 관문을 통과한 증거들은 이제 증명력을 테스트받게 된다. 증거의 증명력 판단은 자유심증주의에 의하고 자유심증주의를 제한하는 명문상의 원칙으로는 자백보강법칙(형사소송법 제310조) 정도가 있지만, 그 외에도 최근의 판례는 자유심증주의를 제한하는 몇 가지 원칙을 제시하고 있다.

1) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007도10804 판결.

2) 대법원 2004. 9. 13. 선고 2004도3161 판결.

3) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결.



증명력에 관한 판결들은 다음 ‘5. 자유심증주의의 제한’ 부분에서 살펴보겠다.

## 2. 위법수집증거 판례 집적

대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결에서 물적 증거에 관한 ‘성질·형상불변론’에 입각한 종전 판례를 변경하여 위법수집증거 배제법칙을 인정하고 2007년 개정 형사소송법에서 이를 명문화한 제308조의2가 신설된 이후, 지난 10년간 본격적으로 위법수집증거에 관한 많은 판결들이 선고되어 선례로서 쌓이게 되었다.

위법수집증거와 관련한 이슈 중에서 가장 쟁점이 되고 있는 디지털 증거의 압수수색에 관한 논의는 다음 항목에서 따로 살펴보기로 하고, 이번 항목에서는 디지털 증거 압수수색을 제외한 나머지 위법수집증거에 관한 판례만을 다루기로 한다.

### 가. 위법수집증거의 의미

먼저, 위법수집증거 배제법칙을 명시한 형사소송법 제308조의2 규정을 살펴본다. 이 조문은 그 문리해석상 적법절차의 위반 정도가 무겁든 가볍든 간에 일단 수집행위가 위법하기만 하면 그 증거는 증거능력이 없는 것임을 알 수 있다. 적법절차를 위반하여 수집한 증거가 예외적으로 증거능력이 있다고 말하는 것은, 위 규정의 문리해석에 반한다. 그렇다면 이 조문과 관련해서 가장 중요한 쟁점은, 어떠한 증거 수집행위가 ‘적법절차 위반’, 즉 ‘위법’인가의 문제이다.

우리 판례는 이른바 ‘이익형량 이론’을 취하고 있다. 즉, 위법수집증거는 원칙적으로는 증거로서 배제되나 구체적 타당성을 살펴 예외적으로 증거로 허용된다고 보고 있다. 대법원은 제308조의2가 형사소송법에 들어오기 전부터 이러한 해석론으로 위법수집증거를 판단하여 왔는데, 지금도 여전히 제308조의2의 의미를 재량적 증거배제 규정으로 해석하여, 증거수집 절차에 위법이 있다고 해서 무조건 증거능력이 없는 것이 아니라 모든 사정을 종합하여 침해되는 사익과 형사소추라는 공익의 비교형량을 통해 증거능력 여부를 판단하여야 한다고 보고 있다.<sup>4)</sup>

그런데 이렇게 판례의 입장과 같이 해석할 때의 문제점은, 이는 종래 법에 규정이 없을 때는 타당한 해석일 수 있으나 지금은 새로 생긴 명문규정의 문언에 반한다는 것이다. 즉, 이러한 해석론은 법에 없는 예외를 임의로 인정한 것이고, 위법수집증거를 판단하는 데 명확한 기준을 제시하지 못해 이를 판단하는 법원의 재량범위를 확대한다는 문제가 있다.

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

〈강동범, “2020년도 형사소송법 판례 회고”, 형사판례연구 제29권, 2021〉도, 대법원이 위법수집증거 배제법칙에 의한 증거능력 배제 여부에 대해 1차 증거는 원칙과 예외, 2차 증거는 1차 증거와의 인과관계의 희석 또는 단절이라는 관점에서 판단하고 있으나, 제308조의2의 문언상 위법수집증거 증거능력의 “원칙적 배제와 예외적 인정”이라는 해석이 과연 타당한가에 대한 의문을 제기하면서, 증거수집 절차에 중대한 위법사유가 인정되는 경우에만 증거능력을 배제하고 절차조항을 준수한 것과 동일한 결과가 된 경우에는 위법의 치유를 인정할 수 있다는 견해(중대위법 - 하자치유)를 제시하였다.

#### 나. 압수수색 관련 판례

위법수집증거에 관한 사례 중에서는 특히 수사기관의 압수수색 절차가 위법한지 여부에 관하여 다양한 판결이 선고되었다.

[판사의 날인 없는 압수수색영장] 〈대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결〉은, 법관의 서명날인란에 서명만 있고 날인이 없는 압수수색영장은 형사소송법이 정한 요건을 갖추지 못하여 적법하게 발부되었다고 볼 수 없으나, 야간집행을 허가하는 판사의 수기와 날인, 그 아래 서명날인란에 판사의 서명, 영장 앞면과 별지 사이에 판사의 간인이 있어 판사의 의사에 기초하여 진정하게 영장이 발부되었다는 점이 외관상 분명하고, 당시 수사기관으로서는 영장이 적법하게 발부되었다고 신뢰할 만한 합리적인 근거가 있었고 의도적으로 적법절차의 실질적인 내용을 침해한다거나 영장주의를 회피할 의도를 가지고 이 영장에 따른 압수수색을 하였다고 보기 어렵다는 이유로 이는 위법수집증거가 아니라고 보았다.

[압수수색영장의 제시방법] 〈대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결〉은, 압수수색영장을 집행하는 수사기관은 피압수자로 하여금 법관이 발부한 영장에 의한 압수수색이라는 사실을 확인함과 동시에 형사소송법이 압수수색영장에 필요적으로 기재하도록 정한 사항이나 그와 일체를 이루는 사항을 충분히 알 수 있도록 압수수색영장을 제시하여야 하고, 피압수자가 여러 명인 경우 그들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이므로, 경찰관이 피압수자에게 영장을 제시하면서 표지에 해당하는 첫 페이지와 그의 혐의사실이 기재된 부분만을 보여주고 압수·수색·검증할 물건, 압수·수색·검증할 장소, 압수·수색·검증을 필요로 하는 사유, 압수 대상 및 방법의 제한 등 필요적 기재사항 및 그와 일체를 이루는 부분을 확인하지 못하게 한 것은 영장을 집행할 때 피압수자가 그 내용을 충분히 알 수 있도록 제시한 것으로 보기 어려워 적법한 압수수색영장 제시가 아니고, 이 영장에

따라 압수된 압수물도 적법한 절차에 따라 수집된 증거라 보기 어렵다고 판시하였다.

**[참여인 없이 개시된 압수수색]** <대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 판결>은, 수사관이 피고인 거소지에 대하여 약 1시간 20분간 참여인 없이 수색을 진행한 것은 형사소송법 제219조, 제123조 제2항 및 제3항을 위반한 것이나, 수색 시작 후 30분 지나 참여권자에게 연락하여 이후 참여권자와 변호인 참여하에 압수물 선별 등이 진행되고 압수수색의 전 과정이 영상녹화되었다면 이는 적법절차의 실질적 내용을 침해한 것이 아니어서 이때 수집된 증거들은 유죄인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 판단하였다.

**[음주운전자에 대한 강제채혈]** <대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결>은, 음주운전 중 교통사고를 야기한 후 피의자가 의식불명 상태에 빠져 있어 호흡조사에 의한 음주측정이 불가능하고 혈액 채취에 대한 동의를 받을 수도 없을 뿐만 아니라 법원으로부터 혈액 채취에 대한 감정처분허가장이나 사전 압수영장을 발부받을 시간적 여유도 없는 긴급한 상황인 경우, 피의자의 신체 내지 의복류에 주취로 인한 냄새가 강하게 나는 등 형사소송법 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 형사소송법 제216조 제3항의 범죄 장소에 준한다 할 것이므로, 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 있고, 다만 사후에 지체 없이 압수수색영장을 받아야 한다고 판시하였다.

**[행정조사와 수사]** 외국에 있는 마약이 국제우편물이나 국제화물의 형식으로 국내에 반입될 때, 세관공무원이 통관검사 도중 은닉된 마약을 발견하고 수사기관이 이른바 ‘통제배달’의 방법으로 마약 수취인을 검거하는 경우가 있다. <대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7718 판결>에 따르면, 우편물 통관검사 절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다.

〈전승수, “국제우편물에 대한 세관검사와 통제배달”, 형사판례연구 제23권, 2015〉은, 이 판결을 영장 없는 세관의 국제우편물 통관검사와 수사기관의 통제배달에 대하여 그 법적 성격과 적법성을 본격적으로 다룬 최초의 판결로 평가하면서, 행정조사가 법위반 사실에 대한 조사로서 수사절차로 이어진다고 하더라도 이를 실질적인 수사에 해당한다고 단정할 수는 없고, 해당 개별법의 목적, 주체, 수단과 절차적 통제 규정의 적정성 등을 기준으로 수사와 행정조사를 구별하여야 한다는 견해를 제시하였다.

이 판결에 대해 〈이완규, “헌법상 영장주의 규정의 체계와 적용범위”, 형사판례연구 제25권, 2017〉은, 행위의 성격이 행정조사라 하더라도 행위의 내용이 압수수색이므로 영장주의의 적용대상이 된다고 보아야 한다고 평가하면서, 다만 이러한 사안의 경우 주거에 대한 압수수색이 아니어서 헌법상의 영장주의의 적용대상은 아니므로 개별법률의 근거만 있으면 영장은 필요하지 않다는 견해를 제시하였다.

비슷한 사안에서 〈대법원 2017. 7. 18. 선고 2014도8719 판결〉은, 세관공무원이 수출입물품을 검사하는 과정에서 마약류가 감추어져 있다고 밝혀지거나 그러한 의심이 드는 경우, 검사는 마약류의 분산을 방지하기 위하여 충분한 감시체제를 확보하고 있어 수사를 위하여 이를 외국으로 반출하거나 대한민국으로 반입할 필요가 있다는 요청을 세관장에게 할 수 있고 세관장은 그 요청에 응하기 위하여 필요한 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득할 수 있는데, 이러한 행위는 단순히 통관검사를 목적으로 조사를 하는 경우와는 달리 범죄수사인 압수 또는 수색에 해당하므로 사전 또는 사후에 영장을 받아야 한다고 판시하였다.

위 2013도7718 판결과 2014도8719 판결에 대해서는, 〈한제희, “세관공무원의 마약 압수와 위법수집증거 판단”, 형사판례연구 제26권, 2018〉에서 함께 평석하였다.

**[압수수색의 관련성 요건]** 2011년 개정 형사소송법 제215조는 압수수색에 ‘관련성’을 요건으로 추가하였는데, ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여’ 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

따라서 〈대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결〉의 결론과 같이, 영장 발부의 사유로 된 범죄혐의사실과 관련된 증거가 아니라면 적법한 압수수색이 아니므로 영장 발부의 사유로 된 범죄혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

압수수색영장의 범죄혐의사실과 관계있는 범죄라는 것은, 압수수색영장에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 압수수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이

있는 범죄를 의미한다.

여기서 압수수색영장 기재 범죄혐의사실과의 ‘객관적 관련성’의 의미에 대해 <대법원 2021. 7. 29. 선고 2021도3756 판결>은, 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있는데, 이러한 객관적 관련성은 압수수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 객관적 관련성이 있다고 할 것은 아니라고 하였다.

이 판결에서는, 필로폰 교부의 혐의사실로 발부된 압수수색영장에 따라 피고인의 소변과 모발을 압수하고 그에 대한 감정 결과 필로폰 투약 사실이 밝혀져 압수수색영장 집행일 이후의 필로폰 투약 사실로 공소가 제기된 경우, 법원이 압수할 물건으로 피고인의 소변뿐만 아니라 모발을 함께 기재하여 압수수색영장을 발부한 것은 영장 집행일 무렵의 필로폰 투약 범행뿐만 아니라 그 이전의 투약 여부까지 확인하기 위한 것으로 볼 수 있고, 피고인이 혐의사실인 필로폰 교부 일시 무렵 내지 그 이후 반복적으로 필로폰을 투약한 사실이 증명되면 필로폰 교부 당시에 필로폰을 소지하고 있었거나 적어도 필로폰을 구할 수 있었다는 사실의 증명에 도움이 된다고 볼 수 있으므로, 압수한 피고인의 소변과 모발은 압수수색영장의 혐의사실 증명을 위한 간접증거 내지 정황증거로 사용될 수 있는 경우에 해당하고, 법원이 영장의 ‘압수·수색·검증을 필요로 하는 사유’로 “필로폰 사범의 특성상 피고인이 이전 소지하고 있던 필로폰을 투약하였을 가능성 또한 배제할 수 없어 필로폰 투약 여부를 확인 가능한 소변과 모발을 확보하고자 한다”라고 기재하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 공소사실이 압수수색영장 발부 이후의 범행이라고 하더라도 영장 발부 당시 전혀 예상할 수 없었던 범행이라고 볼 수도 없다는 이유로, 압수수색영장에 따라 압수한 피고인의 소변과 모발 및 그에 대한 감정 결과 등은 압수수색영장의 혐의사실과 객관적 관련성을 갖추어 투약의 공소사실에 대한 증거로 사용할 수 있다고 보았다.

비슷한 사례로서 <대법원 2021. 8. 26. 선고 2021도2205 판결>도, 필로폰 투약의 혐의사실로 발부된 압수수색영장에 따라 피고인의 소변과 모발을 압수하고 그 감정 결과 압수수색영장 발부 이후 시점에 있었던 압수수색영장 혐의사실과 다른 필로폰 투약 사실이 밝혀져 공소가 제기된 경우, 각 압수수색영장 기재 혐의사실에 대한 공소가 제기되지 않았거나 공소사실이 각 압수수색영장 발부 이후의 범행이라는 사정만으로 객관적 관련성을 부정할 것은 아니고 압수수색영장에 의하여 압수한 피고인의 소변과 모발 및 그에 대한

감정 결과 등은 압수수색영장 기재 혐의사실의 정황증거 내지 간접증거로 사용될 수 있는 경우에 해당하여 객관적 관련성이 인정된다고 판단하였다.

한편, <대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결>에 따르면, 압수수색영장 대상자와 피의자 사이의 인적 관련성은 압수수색영장에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 관해서도 인정될 수 있다.

그리고 <대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결>은, 수사기관이 피의자 갑의 공천헌금 제공을 혐의사실로 하여 발부받은 압수수색영장으로 을의 휴대전화를 압수하여 전자정보를 분석하던 중 을과 병 사이의 대화가 녹음된 녹음파일을 통해 을과 병을 공천과 선거운동 관련 대가제공 요구 등의 공소사실로 기소한 사안에서, 압수수색영장에 기재된 ‘피의자’는 갑에 한정되어 있는데 수사기관이 압수한 녹음파일은 을과 병 사이의 범행에 관한 것으로서 압수수색영장에 기재된 ‘피의자’인 갑이 녹음파일에 의하여 의심되는 혐의사실과 무관한 이상 별도의 압수수색영장 없이 압수한 녹음파일은 형사소송법 제215조 제1항이 규정하는 ‘해당 사건’과 ‘관계가 있다고 인정할 수 있는 것’에 해당하지 않으므로 영장주의에 위반하여 위법하게 수집된 증거에 해당한다고 판단하였다.

#### 다. 임의제출 관련 판례

임의제출의 형식으로 증거물을 압수한 행위가 위법한지 여부도 중요한 쟁점이었다.

[임의제출의 임의성] <대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결>은 임의제출의 임의성 여부가 문제된 사안이다. 이 판결에 따르면, 수사기관이 이미 압수한 증거를 피압수자 등에게 환부하고 나중에 임의제출받아 다시 압수하였다면 증거를 압수한 최초의 절차 위반행위와 최종적인 증거수집 사이의 인과관계가 단절되었다고 평가할 수 있으나, 환부 후 다시 제출하는 과정에서 수사기관의 우월적 지위에 의해 임의제출이라는 명목으로 실질적으로 강제적인 압수가 행하여질 수 있으므로, 제출에 임의성이 있다는 점에 관해서는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 하고, 임의로 제출된 것이라고 볼 수 없는 경우에는 증거능력을 인정할 수 없다.

[현행범 체포 또는 범죄 현장에서의 임의제출] <대법원 2020. 4. 9. 선고 2019도17142 판결>은, 현행범 체포된 피의자로부터 범행에 사용한 휴대전화를 임의제출 방법으로 압수한 사안에서, 현행범 체포 현장이나 범죄 현장에서도 소지자 등이 임의로 제출하는 물건을 영장 없이 압수하는 것이 허용되고 별도로 사후에 영장을 받을 필요도 없다고 보았다.

이 판결에 대해 <강동범, “2020년도 형사소송법 판례 회고”, 형사판례연구 제29권, 2021>은, 체포 현장에서 수사기관의 압수대상물 제출 요구를 체포되는 피의자가 거절하는 것은 사실상 매우 어렵기는 하나, 완전히 자유로운 의사에 기한 압수수색을 부정할 이유가 없고 체포 현장에서 제출자가 체포대상자인 경우에 한정하여 임의제출물의 압수가 허용되지 않는다는 것은 부적절하므로 위 판결의 결론이 타당하다고 평가하였다.

#### 라. 통신사실확인자료 관련 판례

[통신사실확인자료의 증거 사용과 관련성 요건] 통신비밀보호법상 통신사실확인자료 제공요청에 의하여 취득한 통신사실확인자료를 범죄의 수사·소추 또는 예방을 위하여 사용하는 경우 그 대상범죄는 통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄에 한정된다(통신비밀보호법 제13조의5, 제12조 제1호).

이와 관련하여 <대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결>은, 통신비밀보호법 제13조의5에서 통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄와 관련된 범죄란 통신사실확인자료 제공요청허가서에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 자료제공 요청 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다고 보았다. 그리고 혐의사실과의 객관적 관련성은, 통신사실확인자료 제공요청허가서에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단 및 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있으나, 다만 그 관련성은 통신사실확인자료 제공요청허가서에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상 및 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있는 것은 아니며, 피의자와 사이의 인적 관련성은 통신사실확인자료 제공요청허가서에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다고 하였다.

또한, <대법원 2014. 10. 27. 선고 2014도2121 판결>은, 증거로 제출된 통화내역은 과거에 있었던 다른 사건인 A와 B에 대한 공직선거법위반 사건의 수사과정에서 이동통신사가 수사기관에 제공한 것으로서, 이를 A와 B의 공직선거법위반 사건과는 아무런 관련이 없는 피고인에 대한 정치자금법위반 공소사실의 증거로 사용할 수는 없다고 보았다.

통신사실확인자료에 관한 이 두 판결에 대해서는 <이완규, “영장에 의해 취득한 통신사실확인자료 증거사용 제한 규정의 문제점”, 형사판례연구 제26권, 2018>에서 평석하였는데, 형사소송법에서 압수수색의 대상물을 제한하기 위한 원리인 관련성 요건은 적법

하게 압수된 증거물을 어느 범위까지 증거로 사용할 수 있는가의 문제와는 구분되어야 하는 것이므로, 통신사실확인자료의 증거 사용 제한에 관한 통신비밀보호법 제13조의5 규정을 형사소송법상 압수수색의 관련성과 혼동하는 것은 곤란하다는 견해를 제시하였다.

#### 마. 독수과실 판례

우리 대법원은 종래부터 독수과실 이론에 따라 위법한 1차적 증거에 이은 2차적 증거 역시 원칙적으로 증거능력을 부정하되, 1차적 증거와 2차적 증거 사이의 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 기준으로 하여 예외적인 경우 증거능력을 인정할 수 있다는 입장을 취하고 있었다.<sup>5)</sup> 지난 10년간에도 같은 취지의 판결들이 꾸준히 선고되었다.

**[위법한 체포 상태에서의 증거 수집] <대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도2094 판결>**은, 위법한 강제연행 상태에서 호흡측정 방법에 의한 음주측정을 한 다음 강제연행 상태에서부터 시간적·장소적으로 단절되었다고 볼 수 없고 피의자의 심적 상태 또한 강제연행 상태에서부터 완전히 벗어났다고 볼 수도 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 하였다. 따라서 그러한 혈액채취에 의한 측정 결과 역시 유죄 인정의 증거로 쓸 수 없다고 보아야 하고, 이는 수사기관이 위법한 체포 상태를 이용하여 증거를 수집하는 등의 행위를 효과적으로 억지하기 위한 것이므로 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여도 달리 볼 것은 아니다.

같은 날 선고된 **<대법원 2013. 3. 14. 선고 2012도13611 판결>**은, 마약 투약 혐의를 받고 있던 피고인이 임의동행을 거부하겠다는 의사를 표시하였음에도 경찰관들이 피고인을 영장 없이 강제로 연행한 상태에서 마약 투약 여부의 확인을 위한 1차 채뇨절차가 이루어진 후 압수수색영장에 기하여 2차 채뇨절차가 이루어지고 그 결과를 분석한 소변 감정서 등이 증거로 제출된 사안에서, 피고인을 강제로 연행한 조치는 위법한 체포에 해당하고 위법한 체포 상태에서 이루어진 채뇨요구 또한 위법하므로 그에 의하여 수집된 증거는 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없으나, 한편 연행 당시 피고인에 대한 긴급한 구호의 필요성이 있었고 관련 법규정으로부터의 실질적 일탈 정도가 헌법상 영장주의 원칙을 현저

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



히 침해할 정도에 이르렀다고 보기 어려워 위와 같은 2차적 증거 수집이 위법한 체포·구금 절차에 의하여 형성된 상태를 직접 이용하여 행하여진 것으로 평가할 수는 없으므로 체포 과정에서 절차적 위법과 2차적 증거 수집 사이의 인과관계가 희석된다고 보았다.

**[위법한 금융거래자료 확인의 효과]** <대법원 2013. 3. 28. 선고 2012도13607 판결>은, 수사기관이 법관의 영장에 의하지 않고 매출전표의 거래명의자에 관한 정보를 획득한 경우 이에 터 잡아 수집한 2차적 증거들, 예컨대 피의자의 자백이나 범죄 피해에 대한 제3자의 진술 등이 유죄 인정의 증거로 사용될 수 있는지를 판단할 때, 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 하였거나 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 속한다고 볼 수 있다고 판시하였다.

이상의 판결들에 대해 <조국, “독수과실의 원리 보론(補論)”, 형사판례연구 제23권, 2015>은, 독수과실 원리가 적용된 중요한 사례로 평가하였다.

#### 바. 사인이 수집한 증거 관련 판례

형사소송법 제308조의2가 수사기관이 수집한 증거에 대해서만 적용되는가, 아니면 사인이 수집한 증거에 대해서도 적용되는가? 사인에게는 형사소송법이나 기타 법령상의 증거수집과 관련된 규정이 적용되지 않으므로, 사인이 위법하게 수집된 증거도 증거능력이 없다고 볼 것인지 여부가 문제이다.

판례는 제308조의2가 신설되기 이전부터 사인이 수집한 증거에 대해서도 위법수집증거 배제법칙이 적용된다고 하면서, 공익과 사익의 비교형량에 의하여 증거능력 유무를 판단하여야 한다는 입장을 취하고 있었다. 다만, 사인이 위법하게 수집한 증거에 대해서는 해석상 위법수집증거 배제법칙이 적용되는 것이지 형사소송법 제308조의2가 정면으로 적용되는 것은 아니다. 위법수집증거 배제법칙이 해석상으로만 인정되는 시절이 지나 이제는 명문규정이 생긴 상황이므로, 해석상으로만 인정되던 법리는 이제 명문규정의 해석론 범위 내로 들어와야 하는 것 아닌가 하는 생각도 든다.

[사인의 이메일 취득] <대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결>은, A시 B동의 동장직무대리인 피고인이 'C통장 등에게 A시장을 도와달라고 부탁하였다'라는 내용의 이메일을 A시 전자문서시스템을 통해 A시장에게 보내자 A시 소속 공무원이 권한 없이 전자우편 비밀보호조치를 해제하여 이 이메일을 수집한 사안에서, 제3자가 이와 같은 방법으로 이메일을 수집한 행위는 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 비밀을 침해 또는 누설하는 행위이고 피고인의 사생활의 비밀 내지 통신의 자유 등의 기본권을 침해하는 행위에 해당하나, 피고인의 행위는 공무원의 지위를 이용한 선거운동행위로서 관권 선거를 조장할 우려가 있는 중대한 범죄에 해당하고 피고인이 제1심에서 위 이메일을 증거로 함에 동의한 점 등에 비추어 위 이메일을 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 판단하였다. 이 판결에 대해 <박진환, “2007년 형사소송법 개정 후 증거법 분야의 판례 동향”, 형사판례연구 제25권, 2017>은, 종래의 이익형량론을 유지하면서도 사인이 위법하게 수집한 증거에 대해 자칫 공익성에만 치우쳐 헌법상 기본권 보장의 의미를 등한시하여서는 곤란하다고 함으로써 일응 사인의 위법수집증거에도 제한을 가하려 한 판결이라고 평가하였다.

[사인의 대화 녹음] <대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결>은, 사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향 또는 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 '대화'에 해당한다고 볼 수 없으나, 대화에 속하지 않는 사람의 목소리를 녹음하거나 청취하는 행위가 개인의 사생활의 비밀과 자유 또는 인격권을 중대하게 침해하여 사회통념상 허용되는 한도를 벗어난 것이라면 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정해서는 안 되지만, 그러한 한도를 벗어난 것이 아니라면 위와 같은 목소리를 들었다는 진술을 형사절차에서 증거로 사용할 수 있다고 판시하였다.

#### 사. 그 밖의 판례

[변호인 참여 없는 피의자신문] <대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결>은 변호인 참여 없이 행한 피의자신문은 위법이라고 판시하였다. 즉, 피의자가 변호인의 참여를 원한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게

하지 않은 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서는 형사소송법 제312조에 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 위반된 증거일 뿐만 아니라, 형사소송법 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’에 해당하므로 이를 증거로 할 수 없다고 보았다.

**[대통령기록물의 증거 제출]** <대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결>은, 전 대통령비서실장에 대한 직권남용권리행사방해 사건의 재판과 관련하여 현 대통령 비서실측이 대통령비서실의 컴퓨터와 캐비닛에서 우연히 발견한 대통령기록물 또는 대통령지정기록물에 해당하는 문건들을 검사와 특별검사에게 제공하여 증거로 제출하도록 한 것이 대통령기록물을 무단으로 유출한 것이거나 대통령지정기록물을 누설한 것이어서 위법수집증거인지 여부가 문제된 사안이다. 다수의견은 이 문건들은 대통령기록물 관리에 관한 법률을 위반하거나 공무상 비밀을 누설하여 수집된 것으로 볼 수 없어 위법수집증거가 아니라고 본 반면, 별개의견은 통상적인 수사절차와는 무관하게 대통령비서실이 적극적으로 이미 재판이 진행 중인 특정 사건에서 특정 피고인으로 하여금 유죄판결을 받게 하기 위해 유죄의 증거를 수집하여 검사와 특별검사에게 제공하고 그 증거가 법원에 증거로 제출되었다면 이는 위법수집증거라고 판단하였다.

이와 관련하여 <강동범, “2020년도 형사소송법 판례 회고”, 형사판례연구 제29권, 2021>은, 이 사건에서와 같은 방법으로 발견된 증거가 법원에 제출되어 유죄의 증거로 사용되는 것은 바람직하지 않다고 평가하였다.

### 3. 디지털 증거 압수수색의 엄격한 제한

IT 기술의 발전과 개인정보에 대한 인식 변화에 발맞추어, 디지털 증거는 수사기관의 압수수색 절차에서 가장 핵심적인 대상물이 되면서 위법수집증거 배제법칙 적용 분야에서 가장 뜨거운 논의주제가 되었다. 디지털 증거의 여러 특징 중 가장 중요한 것은, 디지털 증거가 담고 있는 정보의 양이 방대하다는 점이다. 바로 이러한 특징에서 개인정보와 사생활이 침해될 우려가 제기되고 이른바 일반영장 내지 포괄영장 문제와 별건 수사 문제가 비롯될 수 있다.

최근 선고된 <대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 전원합의체 판결>에서도 압수수색으로 인해 야기될 수 있는 정보저장매체의 대용량 정보에 대한 침해 우려를 명확히 확인할 수 있다. 즉, “오늘날 개인 또는 기업의 업무는 컴퓨터나 서버, 저장매체가 탑재된 정보처리장치 없이 유지되기 어려운데, 전자정보가 저장된 각종 저장매체는 대부분

대용량이어서 수사의 대상이 된 범죄혐의와 관련이 없는 개인의 일상생활이나 기업경영에 관한 정보가 광범위하게 포함되어 있다. 이러한 전자정보에 대한 수사기관의 압수·수색은 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권, 재산권 등을 침해할 우려가 크므로 포괄적으로 이루어져서는 안 되고, 비례의 원칙에 따라 수사의 목적상 필요한 최소한의 범위 내에서 이루어져야 한다.”

대법원은 일련의 중요한 판결들을 통해 이러한 문제를 해결하기 위한 해석론을 제시하여 왔다. 즉, 판례는 개인정보와 사생활 침해, 일반영장 내지 포괄영장 문제와 별건 수사 문제를 ① 정보저장매체 자체에 대한 원칙적 압수 금지와 정보의 선별 압수, ② 압수수색 관련성 요건의 제한적 해석, ③ 정보탐색 과정에의 당사자 참여권 보장과 압수목록 교부의 방법으로 해결하려는 대책을 제시하였다. 이 세 가지 대책을 통해 ‘대용량 정보에 대한 최소한의 압수’를 목표로 한다.

#### 가. 디지털 증거의 압수수색

**[디지털 증거의 증거 사용]** 디지털 증거 압수수색에 관한 초기 판결은 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결(이른바 ‘일심회 사건’)이다. 이 판결은 디지털 증거의 증거 사용 방법을 제시하였는데, 이에 따르면 압수물인 정보저장매체로부터 출력된 문건이 증거로 사용되기 위해서는 정보저장매체 원본에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성이 인정되고 정보저장매체 원본이 압수된 이후 문건 출력에 이르기까지 변경되지 않았다는 무결성이 담보되어야 하며, 압수된 정보저장매체로부터 출력된 문건이 진술증거로 사용되는 경우 형사소송법 제313조 제1항에 따라 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의해 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다.

이러한 법리는 <대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결>(이른바 ‘왕재산 사건’)에도 그대로 이어지며 보다 구체화되었다. 이 판결에 따르면, 정보저장매체 원본에 저장된 내용과 출력 문건의 동일성, 정보저장매체 원본의 압수 시부터 문건 출력 시까지의 무결성, 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이의 자료의 동일성 등의 증명은, 피압수·수색 당사자가 저장매체 간의 해쉬값이 동일하다는 취지로 서명한 확인서면에 의해 증명하는 것이 원칙이나, 일련의 압수수색 절차에 참여한 수사관이나 전문가 등의 증언에 의해 증명하는 방법이나 법원이 그 원본에 저장된 자료와 증거로 제출된 출력 문건을 대조하는 방법 등도 가능하며, 반드시 압수수색 과정을 촬영한 영상 녹화물 재생 등의 방법으로만 증명하여야 하는 것은 아니다.

이 판결에 대해 평석한 <심희기, “전자증거의 진정성과 전문법칙의 적용”, 형사판례연구 제22권, 2014>은, 이를 일심회 사건 판결과 기본적인 궤를 같이하면서도 무결성의 입증방법이 다양할 수 있음을 명시한 판결이라고 평가하면서, 종전의 판례에서 전문증거의 개념에 대한 혼동이 있었음을 지적하며 이 사건 증거물의 전문증거성에 대한 명확한 기준을 제시하려 하였다.

[디지털 증거의 압수수색 방법] <대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정>(이른바 ‘전교조 사건’)은, 정보저장매체에 대한 압수수색영장의 집행방식, 전자정보 탐색 과정에의 피압수자 등의 참여권 보장, 피압수자 등이 배제된 상태의 정보저장매체에 대한 열람·복사 금지, 복사대상 전자정보 목록의 작성·교부, 정보저장매체에 대한 압수수색에서의 관련성 요건 등에 관한 다양한 논점들을 제시하였다. 이 결정에서 제시된 내용들은 2011년 개정 형사소송법 제106조 제3항으로 입법화되어 디지털 증거 압수수색 방법에 관한 기준으로 확립되어 있다.

2009모1190 결정에서 제시된 디지털 증거의 압수수색 방법은 <대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정>(이른바 ‘종근당 사건’)으로 이어진다. 이 결정에 따르면, 디지털 증거의 압수 방법은 원칙적으로 혐의사실과 관련된 부분만을 문서출력하거나 저장매체에 복제하는 방식으로 이루어져야 하며, 압수 현장에서 이와 같은 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 경우에는 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 이와 같은 압수의 방법을 실현할 수 있다. 아울러, 정보저장매체의 탐색 과정에의 당사자 참여권 보장, 압수목록 교부, 적법한 탐색 과정에서 별도 범죄혐의에 대한 증거 발견 시 추가탐색의 중단과 별도의 압수수색영장 필요성 등을 제시하였다.

<전승수, “디지털 증거 압수절차의 적정성 문제-피압수자 참여 범위 및 영장 무관 정보의 압수를 중심으로-”, 형사판례연구 제24권, 2016>은, 이 결정에 대해 압수의 목적물, 압수수색의 종료시점과 피압수자의 참여범위, 유체물에 대한 압수수색영장 집행과의 차이 등을 둘러싼 다양한 해석가능성이 존재하고, 실무상의 비효율성과 피압수자 등의 권리에 대한 적정한 보장방향 등에 관한 혼란은 여전히 남아 있다는 견해를 제시하였다.

<심희기, “종근당 결정과 가니어스 판결의 정밀비교”, 형사판례연구 제25권, 2017>은, United States v. Ganas 소부(小部) 판결과 위 2011모1839 결정의 다수의견을 비교분석하면서 수사기관이 가급적 무관정보의 검색을 조금이라도 덜 하기 위한 작업을 진척시켜야 한다는 견해를 제시하였다.

[디지털 증거와 형사소송법 제315조] <대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 전원 합의체 판결>은, 국정원 심리전단 직원들이 이른바 사이버활동 과정에서 작성한 ‘425지논 파일’과 ‘시큐리티 파일’은 업무상 작성된 통상의 문서에 해당되지 않는다는 이유로 증거능력을 부정하였다.

즉, 형사소송법 제315조 제3호에서 규정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’는 제315조 제1호와 제2호에서 열거된 공권적 증명문서 및 업무상 통상 문서에 준하여 ‘굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제 되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서’를 의미하는데, 어떠한 문서가 제315조 제2호의 업무상 통상 문서에 해당하는지를 구체적으로 판단할 때는 제315조 제2호와 제3호의 입법취지를 참작하여 당해 문서가 정규적·규칙적으로 이루어지는 업무활동으로부터 나온 것인 지 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.

#### 나. 관련성 요건 관련 판례

디지털 증거의 압수수색과 관련해서 특히 빈번하게 논의되는 주제는 관련성 요건의 해석이다. 형사소송법 제106조 제1항은 일반적인 압수수색의 원칙 규정이고, 제3항은 디지털 증거에 특별히 적용되는 규정인데, 제1항의 ‘피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여’와 제3항의 ‘기억된 정보의 범위를 정하여’는 같은 취지와 의미를 갖고 있다. 디지털 증거를 압수할 때도 일반적인 압수의 경우와 마찬가지로 해당 사건과 관련성이 인정되는 것만 압수하라는 것이다.

이 부분은 이렇게 이해하면 어떨까 싶다. 회사 운영자가 회사 공금을 유용하여 비자금을 조성했다는 사건을 예로 든다면, 이런 사건에서 수사기관이 회사 사무실을 수색할 때 가장 확보할 필요가 있는 증거자료는 자금의 입출 내역이 기재된 영업장부일 것이다. 영업장부는 수기로 만든 실물 장부가 있을 수 있고, 컴퓨터 하드디스크 등에 담긴 장부 파일이 있을 수도 있다. 디지털 정보가 담긴 정보저장매체를 압수한다는 것은 사무실에서 실물 장부를 압수하는 경우로 이해하면 안 되고, 장부가 있는 사무실을 수색하는 개념으로 보아야 이해하기 편하다.

즉, ‘정보저장매체 = 압수수색 장소(사무실)’이다. 왜냐하면 수기로 만든 실물 장부는 그 한 권 전체가 관련성 있는 증거이지만(그 한 권 안에서 횡령일시에 해당하는 부분의 기재내용만 증거가 되는 게 아니라, 그 횡령일시 앞뒤의 상당한 기간 모두의 기재내용이 증거가 될 것이다), 정보저장매체는 그 안에 장부 파일 외에 전혀 다른 내용의 잡다한 파일들이 잔뜩 들어있기에 실물 장부와는 그 성격이 판이하기 때문이다. 다시 말해, 실물 장부는 관련성 있는 증거라고 쉽게 말할 수 있지만, 정보저장매체라는 건 관련성 있는 증거라고 하기엔 너무 포괄적인 증거라는 것이다. 일반영장 내지 포괄영장은 안 되는 것이기 때문이다. 그래서 포괄적인 정보저장매체 자체를 압수하지 말고, 그 안에서 범위를 한정된 자료만 압수하라는 게 판례의 취지인 것이다.

또한, 일반적인 경우에 압수와 수색의 선후관계를 생각해보면, 그 개념상 수색 이후에 압수가 이루어지는 게 당연하다. 제106조 제3항 본문에 따르면 정보저장매체의 압수수색은 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제한 것만 압수할 수 있고 단서에 의해 예외적으로 정보저장매체 자체를 압수할 수 있는데, 압수와 수색의 개념상의 선후관계에 비추어 볼 때 제3항 단서에 따라 정보저장매체 자체를 압수한 경우에는 그것으로 압수수색절차가 종료되었다고 보아야 한다. 정보저장매체를 현장에서 압수한 이후 수사기관의 사무실에서 또다시 수색이 이루어진다는 판례의 논리 구성은 압수와 수색의 개념상 선후관계에 비추어 볼 때 어색하기 때문이다. 다만, 앞에서 비유한 것처럼 정보저장매체를 사무실로 보고 사무실을 통째로 수사기관으로 가져와 장부를 찾기 위해 수색한다는 식으로 이해한다면, 판례의 논리가 이해 가능하긴 한다. 결국 조문의 내용과 판례 해석이 서로 다르다는 점을 지적하고자 하는 것이다.

**[객관적 관련성]** <대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결>은, A의 휴대전화를 압수하는 데 기초가 된 압수수색영장에 기재된 허위사실공표 사건의 혐의사실은 피고인이 2016. 4. 11. 선거운동과 관련하여 자신의 페이스북에 허위의 글을 게시하였다는 것이고, 이 사건 공소사실은 피고인이 2016. 3. 30.경 선거운동과 관련하여 자신의 페이스북에 선거홍보물 게재 등을 부탁하면서 A에게 금품을 제공하였다는 사안이다. 이 판결에서는, 이 사건 공소사실은 압수수색영장 기재 혐의사실에 대한 범행의 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에 해당하므로, 압수수색영장 기재 혐의사실과 객관적 관련성이 있다고 판단하였다.

<대법원 2018. 4. 26. 선고 2018도2624 판결>은, 압수수색영장으로 압수한 A 소유의 외장하드에 저장된 전자정보를 복제·탐색하던 중 발견된 이 사건 공소사실 관련 문건

등 전자정보의 위법수집증거 여부가 문제된 사안이다. 이 압수수색영장에 기재된 범죄사실은 ‘A 등이 B 재단법인과 C 재단법인의 설립·운영과정에서 기부금품을 불법모집하고, 위 두 법인 창립총회 회의록을 위조·행사하여 담당 공무원의 법인설립허가 업무를 방해하고, 여러 기업들이 위 두 법인에 자금을 출연하게 하여 배임하고, 위 출연금 중 일부를 D 주식회사의 운영자금으로 횡령하였다’라는 것이고, 영장의 ‘압수할 물건’란에는 ‘B와 C 법인의 설립·운영에 관련된 보고서류, 회계서류, 결재서류, 업무일지, 수첩, 메모지, 명함 등 관련 문서 일체’라고 기재되어 있었다. 그런데 위 영장으로 압수한 전자정보는 ‘청와대 인사안’, ‘청와대 및 행정 각부의 보고서’, ‘대통령 일정 관련 자료’, ‘대통령 말씀 자료’, ‘외교관계자료’ 등으로서 이는 영장 기재 범죄사실에 대한 직접 또는 간접증거로서의 가치가 있다고 보기 어렵고 위 영장에 기재된 ‘압수할 물건’과도 부합하지 않으며, 수사기관이 이 외장하드에 저장된 전자정보를 탐색하던 중 위 영장에 기재된 ‘압수할 물건’에는 포함되지 않지만 압수할 필요가 있다고 판단되는 전자정보를 우연히 발견한 경우라면 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 별도의 압수수색영장을 발부받아야 함에도 그러하지 않았으므로, 위 전자정보 출력물은 위법수집증거에 해당한다는 판단을 받았다.

이 판결에 대해서는 <김영미, “디지털 증거 압수수색 시 영장 범죄사실과 ‘관련성 있는’ 증거 해석기준과 무관 증거 발견 시 증거 확보 방법”, 형사판례연구 제28권, 2020> 이 비판적인 취지로 평석하였다.

[임의제출물의 관련성 해석] 압수수색영장에 의해 압수된 정보저장매체에 저장된 전자정보에서 관련성이 인정되는 내용만 압수하여야 한다는 법리는 임의제출 방법으로 압수된 정보저장매체의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 임의제출물 전체가 압수의 대상이 되는 것이 아니라, 혐의사실과 관련성 있는 부분만이 압수 대상이라는 것이다. 이를 최초로 선언한 사례가 <대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 전원합의체 판결>이다.

이 판결에서 대법원은, 일반적인 정보저장매체에 대한 압수수색에서 영장 발부의 사유로 된 범죄혐의사실과 관련된 전자정보만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관의 정보저장매체에 해당 파일을 복제하는 방식으로 이루어지는 게 원칙이라는 법리는 정보저장매체에 해당하는 임의제출물의 압수에도 마찬가지로 적용된다고 판시하였다. 이는 임의제출물의 압수는 압수물에 대한 수사기관의 점유 취득이 제출자의 의사에 따라 이루어진다는 점에서 차이가 있을 뿐 범죄혐의를 전제로 한 수사 목적이나 압수의 효력은 영장에 의한 경우와 동일하기 때문이다.

따라서 “수사기관은 특정 범죄혐의와 관련하여 전자정보가 수록된 정보저장매체를 임



의제출받아 그 안에 저장된 전자정보를 압수하는 경우 그 동기가 된 범죄혐의사실과 관련된 전자정보의 출력물 등을 임의제출받아 압수하는 것이 원칙이다. 다만 현장의 사정이나 전자정보의 대량성과 탐색의 어려움 등의 이유로 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에 한하여 예외적으로 정보저장매체 자체나 복제본을 임의제출받아 압수할 수 있다.”

그리고 “수사기관이 제출자의 의사를 쉽게 확인할 수 있음에도 이를 확인하지 않은 채 특정 범죄혐의사실과 관련된 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체를 임의제출받은 경우, 그 정보저장매체에 저장된 전자정보 전부가 임의제출되어 압수된 것으로 취급할 수는 없다. 전자정보를 압수하고자 하는 수사기관이 정보저장매체와 거기에 저장된 전자정보를 임의제출의 방식으로 압수할 때, 제출자의 구체적인 제출범위에 관한 의사를 제대로 확인하지 않는 등의 사유로 인해 임의제출자의 의사에 따른 전자정보 압수의 대상과 범위가 명확하지 않거나 이를 알 수 없는 경우에는 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실과 관련되고 이를 증명할 수 있는 최소한의 가치가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 된다”라고 하여, 임의제출물 자체의 압수와 임의제출물에 담겨 있는 전자정보의 압수를 명확히 구분하는 법리를 전개하였다.

나아가 피의자 개인이 소유·관리하는 정보저장매체에는 그의 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권 등 인격적 법익에 관한 모든 것이 저장되어 있어 제한 없이 압수수색이 허용될 경우 피의자의 인격적 법익이 현저히 침해될 우려가 있다는 점을 이유로, 특히 피의자가 소유·관리하는 정보저장매체를 피의자 아닌 피해자 등 제3자가 임의제출하는 경우에는 “그 임의제출 및 그에 따른 수사기관의 압수가 적법하더라도 임의제출의 동기가 된 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 되는 것으로 더욱 제한적으로 해석하여야 한다.”

임의제출된 정보저장매체에 대한 탐색·복제·출력 과정에도 피압수·수색 당사자 등에 참여의 기회를 보장하고 압수된 전자정보의 파일 명세가 특정된 압수목록을 작성·교부하여야 하는데, “피해자 등 제3자가 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체를 영장에 의하지 않고 임의제출한 경우에는 실질적 피압수자인 피의자가 수사기관으로 하여금 그 전자정보 전부를 무제한 탐색하는 데 동의한 것으로 보기 어려울 뿐만 아니라 피의자 스스로 임의제출한 경우 피의자의 참여권 등이 보장되어야 하는 것과 견주어 보더라도 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 피의자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다.”

아울러, 탐색과정에서 별건 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우에는, 역시 일반적인 정보저장매체의 탐색과정에서와 마찬가지로 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 별건 범죄혐의에 대한 압수수색영장을 발부받아야 하고, 그렇지 않은 증거 취득은 위법수집증거에 해당하므로 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하더라도 그 위법성이 치유되지 않는다.

이러한 법리에 따라, <대법원 2021. 11. 25. 선고 2016도82 판결>은, 지하철에서 여성을 촬영한 혐의로 임의제출받은 휴대전화를 복원하여 피고인이 당시 교제 중이던 다른 여성의 나체 등을 집에서 몰래 촬영한 동영상이 발견되어 함께 기소된 사안에서, 2014. 7. 지하철에서 여성을 촬영한 행위와 2014년 초경 교제 중인 여성의 나체 등을 집에서 촬영한 행위는 범행 시간과 장소뿐만 아니라 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법 등을 달리하므로, 여성의 나체 등이 촬영된 사진은 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계 있는 전자정보로 보기 어렵다고 판단하였다.

이와 달리, 같은 날 선고된 <대법원 2021. 11. 25. 선고 2019도6730 판결>은, 지하철역 에스컬레이터에서 여성의 치마 속을 촬영한 혐의로 임의제출받은 휴대전화를 탐색하다 피고인이 버스정류장, 지하철역사, 횡단보도 등에서 다른 여성들의 신체를 촬영한 동영상들이 발견되어 함께 기소된 사안에서, 다른 범행에 관한 동영상은 범죄의 속성상 해당 범행의 상습성이 의심되거나 피고인의 성적 기호 내지 경향성의 발현에 따른 일련의 범행의 일환으로 이루어진 것으로 의심되어, 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범행의 동기와 경위, 범행 수단과 방법 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있으므로 구체적·개별적 연관관계가 인정되어 관련성이 있는 증거에 해당한다고 판단하였다.

#### 다. 당사자 참여권 보장 및 압수목록 교부 관련 판례

[변호인의 참여권 보장] <대법원 2020. 11. 26. 선고 2020도10729 판결>은, 형사소송법 제219조, 제121조가 규정한 변호인의 참여권은 피압수자의 보호를 위하여 변호인에게 주어진 고유권이므로, 설령 피압수자가 수사기관에 압수수색영장의 집행에 참여하지 않는다는 의사를 명시하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 변호인에게는 형사소송법 제219조, 제122조에 따라 미리 집행의 일시와 장소를 통지하는 등으로 압수수색영장의 집행에 참여할 기회를 별도로 보장하여야 한다고 판시하였다.

[‘몰래카메라’의 경우] <대법원 2021. 11. 25. 선고 2019도7342 판결>에서는, 피고인이

한 모텔의 8개 객실에 총 8개의 위장형 카메라를 설치하였다가 1개 객실의 카메라가 발각되자 경찰이 모텔 업주로부터 이 8개의 카메라를 모두 임의제출받아 압수하면서 그 탐색과정에 피고인 등의 참여기회를 보장하지 않고 전자정보 압수목록도 작성·교부하지 않은 사안에서, 이 사건의 위장형 카메라와 같이 그 설치 목적과 장소, 방법, 기능, 작동원리에 비추어 볼 때 소유자의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익의 관점에서 그 소지·보관자의 임의제출에 따른 적법한 압수의 대상이 되는 전자정보와 구별되는 별도의 보호가치 있는 전자정보의 혼재 가능성을 상정하기 어려운 경우에는 소지·보관자의 임의제출에 따른 통상의 압수절차 외에 별도의 조치가 따로 요구된다고 보기는 어려우므로, 피고인과 변호인에게 참여의 기회를 보장하지 않고 전자정보 압수목록을 작성·교부하지 않았다는 점만으로 곧바로 증거능력을 부정할 것은 아니라고 판시하였다.

#### 라. 제3의 사업자 보유 디지털 증거 압수 관련 판례

피의자나 사건관계인을 대상으로 한 압수수색 외에, (이동)통신사, 금융기관, 인터넷서비스 제공사(ISP, Internet Service Provider) 등 제3의 사업자가 보유하는 통신자료, 금융자료, 이메일, SNS 게시물 등에 대한 압수가 시도되는 경우가 흔히 있다.

**[압수수색영장의 제시]** 압수수색영장을 발부받아 집행하는 단계에서 이러한 사업자들을 대상으로 압수수색영장을 제시할 때 종래에는 실무상 팩스로 영장 사본을 송부하는 방식이 활용되었으나, <대법원 2017. 9. 7. 선고 2015도10648 판결>은 이 경우에도 반드시 사업자에게 영장 원본을 제시하여야 한다는 원칙을 제시하였다.

**[압수수색 대상물의 제공]** 이러한 사업자를 상대로 압수수색을 할 때에는 사업자의 영업 보호와 수사기관의 기술적 한계 등으로 인해 수사기관이 사업자에게 영장의 집행, 즉 자료의 선별과 제공 방법을 위탁하는 경우가 많다. 이 경우 기술적인 문제로 인해 법의 취지와 어긋난 자료 제공 문제가 발생할 수 있다.

<대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도8137 판결>이 그러한 사안으로, 이 사건에서 수사기관이 카카오 사에 카카오톡 대화의 감청을 위한 통신제한조치의 집행을 위탁하였으나 카카오 사는 카카오톡 대화를 실시간 감청할 수 있는 설비를 보유하고 있지 않아 3~7일마다 정기적으로 서버에 이미 저장된 전자정보 중 대상자들의 대화내용 부분을 추출하여 이를 수사기관에 제공하였다. 이러한 관행에 대해 대법원은, 통신비밀보호법의 '전기통신의 감청'은 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 않으므로, 이미 수신이 완료되어 서버에 저장되어 있는 전자정보를 수사기관에 제공하는 것은 적법한 절차를 따르지 않고 수집한 증거라고 보았다. 감청은 미래에 수집될 전자정보에 대한 것이고, 이미 과거에 수집된 전자정보는 일반적인 압수수색에 의하여야 한다는 것이다.

**[외국의 서버에 있는 디지털 증거 압수]** <대법원 2017. 11. 29. 선고 2017도9747 판결>에서는, 압수할 정보가 외국에 소재한 서버에 저장되어 있는 경우 그 대상자의 컴퓨터 등에 있는 이메일 등 계정을 통해 외국 서버에 접속하여 그 정보를 취득하는 것이 적법하다고 보았다.

즉, “피의자의 이메일 계정에 대한 접근권한에 갈음하여 발부받은 압수수색영장에 따라 원격지의 저장매체에 적법하게 접속하여 내려받거나 현출된 전자정보를 대상으로 하여 범죄 혐의사실과 관련된 부분에 대하여 압수수색하는 것은, 압수수색영장의 집행을 원활하고 적정하게 행하기 위하여 필요한 최소한도의 범위 내에서 이루어지며 그 수단과 목적에 비추어 사회통념상 타당하다고 인정되는 대물적 강제처분 행위로서 허용되며, 형사소송법 제120조 제1항에서 정한 압수수색영장의 집행에 필요한 처분에 해당한다. 그리고 이러한 법리는 원격지의 저장매체가 국외에 있는 경우라 하더라도 그 사정만으로 달리 볼 것은 아니다.”

#### 마. 휴대전화로의 논의범위 확장

지금까지 살펴본 디지털 증거에 관한 논의는 기본적으로 컴퓨터와 같은 정보저장매체에서 디지털 증거를 압수하는 경우를 전제로 한 것이다. 스마트폰인 휴대전화 역시 사실상 ‘작은 컴퓨터’이므로, 휴대전화에 대해서도 이러한 디지털 증거 압수수색에 관한 법리들이 그대로 적용된다고 볼 것인가?

종전에는 휴대전화의 압수수색 문제는 컴퓨터의 압수수색에 비해 그다지 문제가 되지 않았다. 휴대전화는 그 저장매체의 용량상 그에 저장된 전자정보의 양이 훨씬 적기 때문이다. 휴대전화는 기껏해야 압수의 목적물이 문자메시지, 카카오톡, 페이스북 메신저, 텔레그램, 이메일, 사진 정도일 것이다. 따라서 정보의 대량성이라는 특징에서 비롯되는 디지털 증거의 문제와는 비교적 거리가 있어 보였다. 이에 휴대전화 자체의 압수가 주로 문제되었을 뿐 휴대전화 자체와 구분하여 휴대전화에 저장된 전자정보의 압수는 특별히 문제되지 않았다.

그러나 이제 휴대전화는 그 자체에 저장된 정보의 양도 방대해졌지만, 이메일 또는 SNS 계정이나 클라우드 서버 등과 연결되어 정보의 대량성이라는 특징을 가질 수 있다. 따라서 더이상 휴대전화 내 전자정보를 별도로 압수 대상으로 하지 않고 휴대전화 자체만을 압수 대상으로 하는 해석론은 곤란하게 되었고, 이러한 취지의 판례가 등장하기 시작하였다.

**[휴대전화 압수수색과 관련성 요건]** 아직 휴대전화 압수수색에 관한 본격적인 법리가 전개되기 이전의 판결이긴 하지만, 휴대전화 압수수색에서의 관련성 요건에 관한 판결로 <대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결>이 있다. 이 판결은, 수사기관이 피의자 갑의 공직선거법 위반 범행을 범죄사실로 하여 발부받은 압수수색영장의 집행과정에서 을의 휴대전화에서 을과 병 사이의 대화가 녹음된 녹음파일을 통해 을과 병의 공직선거법 위반 혐의사실을 발견한 사안에서, 압수수색영장에 기재된 ‘피의자’인 갑이 녹음파일에 의하여 의심되는 혐의사실과 무관한 이상, 수사기관이 별도의 압수수색영장을 발부받지 않은 채 압수한 녹음파일은 형사소송법 제219조에 의하여 수사기관의 압수에 준용되는 제106조 제1항이 규정하는 ‘피고사건’ 내지 제215조 제1항이 규정하는 ‘해당 사건’과 ‘관계가 있다고 인정할 수 있는 것’에 해당하지 않으므로 이는 위법수집증거에 해당한다고 판단하였다.

<원혜옥, “정보저장매체의 압수·수색-휴대전화(스마트폰)의 압수·수색-”, 형사판례연구 제22권, 2014>은, 이 판결에 대해 휴대전화를 일반적인 정보저장매체로 보고 관련성 요건을 엄격하게 해석하는 등 일반적인 정보저장매체에서와 동일한 법리로 휴대전화 압수수색의 적법성 여부를 다른 사안이라고 평가하였다.

같은 판결에 대한 다른 평석으로 <이완규, “압수물의 범죄사실과의 관련성과 적법한 압수물의 증거사용 범위”, 형사판례연구 제23권, 2015>이 있고, 이 논문에서도 휴대전화 압수수색에서의 관련성 요건에 관한 여러 쟁점들에 대해 평석하였다.

그리고 근래 들어 대법원은 일련의 판결들을 통해 일반적인 정보저장매체에서와 마찬가지로 휴대전화도 휴대전화 자체의 압수와 정보탐색에 제한을 두어야 한다는 원칙을 확고히 하였다. 즉, 바로 앞 항목에서 살펴본 <대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 전원합의체 판결>을 시작으로, 일반적인 정보저장매체에 대한 압수수색 관련 법리들은 스마트폰 등 휴대전화의 압수수색에서도 동일함을 분명히 하였다.

이 전원합의체 판결은, 피고인에게 휴대전화 카메라로 나체를 촬영당한 피해자 갑이 피고인 소유의 휴대전화 2대를 경찰에 임의제출하고 경찰은 휴대전화 탐색 중 피해자 갑을

촬영한 휴대전화가 아닌 다른 휴대전화에서 피고인이 다른 피해자들을 상대로 동종의 범행을 저지른 것을 발견하고 그 동영상과 사진 등을 증거물로 압수한 사안에서, 휴대전화에 담긴 전자정보의 제출 범위에 관한 제출자의 의사가 명확하지 않거나 이를 알 수 없는 경우이므로 휴대전화에 담긴 전자정보 중 임의제출을 통해 적법하게 압수된 범위는 임의제출 및 압수의 동기가 된 피고인의 피해자 갑에 대한 범행 자체와 구체적·개별적 연관관계가 있는 전자정보로 제한적으로 해석하는 것이 타당하고, 범죄발생 시점 사이에 상당한 간격이 있고 피해자 및 범행에 이용한 휴대전화도 전혀 다른 피고인의 다른 피해자들에 대한 범행에 관한 동영상은 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계 있는 전자정보가 아니어서 사전영장 없이 이를 취득한 이상 증거능력이 없고 사후에 압수수색영장을 받아 압수 절차가 진행되었더라도 달리 볼 수 없다고 판단하였다.

이와 같이 휴대전화에 저장된 전자정보를 압수할 때도 일반적인 정보저장매체의 압수수색에서와 마찬가지로 관련성 요건이 엄격히 적용되는 것이나, 다만 이 판결에서는 특히 카메라 기능을 갖춘 휴대전화를 이용한 성범죄의 경우에는 압수수색의 관련성 요건을 완화하여 적용하였다. 즉, “특히 카메라의 기능과 정보저장매체의 기능을 함께 갖춘 휴대전화인 스마트폰을 이용한 불법촬영 범죄와 같이 범죄의 속성상 해당 범행의 상습성이 의심되거나 성적 기호 내지 경향성의 발현에 따른 일련의 범행의 일환으로 이루어진 것으로 의심되고, 범행의 직접증거가 스마트폰 안에 이미지 파일이나 동영상 파일의 형태로 남아 있을 개연성이 있는 경우에는 그 안에 저장되어 있는 같은 유형의 전자정보에서 그와 관련한 유력한 간접증거나 정황증거가 발견될 가능성이 높다는 점에서 이러한 간접증거나 정황증거는 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계를 인정할 수 있다. 이처럼 범죄의 대상이 된 피해자의 인격권을 현저히 침해하는 성격의 전자정보를 담고 있는 불법촬영물은 범죄행위로 인해 생성된 것으로서 몰수의 대상이기도 하므로 임의제출된 휴대전화에서 해당 전자정보를 신속히 압수·수색하여 불법촬영물의 유통 가능성을 적시에 차단함으로써 피해자를 보호할 필요성이 크다. 나아가 이와 같은 경우에는 간접증거나 정황증거이면서 몰수의 대상이자 압수·수색의 대상인 전자정보의 유형이 이미지 파일 내지 동영상 파일 등으로 비교적 명확하게 특정되어 그와 무관한 사적 전자정보 전반의 압수·수색으로 이어질 가능성이 적어 상대적으로 폭넓게 관련성을 인정할 여지가 많다는 점에서도 그러하다.”

그리고 휴대전화를 임의제출 방식으로 압수하는 경우에는, 임의제출의 시점에 압수수색절차가 종료되므로 탐색과정에 당사자를 참여시킬 필요가 없다는 것이 종전 하급심 판결의 해석론이었으나,<sup>6)</sup> 이 2016도348 전원합의체 판결은 수사기관 사무실에서의 휴대전화에 대

6) 서울서부지방법원 2018. 5. 10. 선고 2017노1029 판결.

한 탐색·복제·출력과정에도 피압수·수색 당사자 등에게 참여의 기회를 보장하도록 하였다.

같은 취지에서 <대법원 2021. 11. 25. 선고 2021도10034 판결>도, 이 사건 압수수색영장의 범죄사실에는 피해자 갑에 대한 범행 부분만이 기재되어 있으나 휴대전화를 이용한 이 사건 성범죄의 특성을 고려할 때 추가 여죄수사의 가능성이 있었다고 볼 수 있는 점, 위 영장에 기재된 피해자 갑에 대한 범죄사실과 다른 피해자들에 대한 이 사건 공소사실은 각 범행 시기가 근접하고 범행 대상이 모두 아동·청소년을 대상으로 하고 있으며 이 사건 휴대전화를 주된 범행수단으로 하고 있다는 점에서 서로 동종·유사 범행에 해당하는 점, 이 사건 각 전자정보가 위 영장에 기재된 범죄사실과 관련하여 피고인의 혐의 여부 및 피고인 진술의 신빙성과 범행 동기 등을 판단할 수 있는 간접증거나 정황증거로도 사용될 수 있었던 점, 이 사건 각 전자정보는 성범죄에서 중요한 심리 요소인 피고인의 성적 취향을 알 수 있는 자료에 해당하는 점 등에 비추어, 이 사건 압수수색영장은 혐의사실의 직접 증거뿐 아니라 그 증명에 도움이 되는 간접증거 또는 정황증거를 확보하기 위한 것이라고 볼 수 있고 이 사건 압수수색영장에 따라 압수된 이 사건 각 전자정보 및 그 분석결과 등은 혐의사실의 간접증거 또는 정황증거로 사용될 수 있는 경우에 해당하여 이 사건 영장 기재 혐의사실과의 객관적 관련성이 인정된다고 보는 것이 타당하므로, 그 증거를 피해자 갑을 제외한 나머지 피해자들에 대한 공소사실의 증거로 사용할 수 있다고 보았다.

#### 4. 전문증거의 증거능력 제한

##### 가. 전문증거의 의미

[전문증거와 비전문증거의 구분] 전문증거와 비전문증거의 구분에 관하여 우리 판례는, “타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지는 요증사실과 관계에서 정하여지는데, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다”라고 보는 것이 확립된 입장이다.<sup>7)</sup>

전문증거인지 여부가 다투어진 사례로는 변호인이 작성한 법률의견서 사례가 있었다. 변호사가 의뢰인에게 법률자문을 위해 작성해준 법률의견서에 의뢰인의 범행내용이 담겨 있는 경우, 법률의견서의 이 기재내용 부분에 대해 <대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결>은 이를 전문증거가 아니라고 본 소수의견과 달리 다수의견이 형사소송법 제313조 제1항의 전문증거에 해당한다고 보았다.

7) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도8007 판결, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결 등.

이 판결에 대해서는 <김우진, “변호인 작성의 법률의견서의 증거능력”, 형사판례연구 제21권, 2013>이 평석하였는데, 단지 의견을 표명한 문서에 불과하다고 하여 전문법칙이 적용되지 않는다는 것은 제313조 제1항의 문언상 무리이고 특히 법률의견서의 작성 경위가 이 사건 공소사실을 인정할 수 있게 하는 간접사실이 되기에 변호사가 단순히 자신의 의견을 표명한 것이라고만 보기 어려우므로 다수의견이 타당하다고 평가하였다.

**[전부와 일부의 구분]** 전문증거와 비전문증거를 구분할 때 주의할 게 하나 있다. 어떤 증거가 전문증거냐 본래증거냐를 따질 때는, 항상 ‘전부와 일부’를 구분하여 생각해야 한다는 점이다. 어떤 서류 전체 또는 어떤 증언 전체가 전문증거이다 또는 본래증거이다라고 말하는 것은 부적절하다. 한 서류나 한 증언 안에는 여러 가지 사실에 대한 다른 성격의 내용들이 한데 담겨 있고 무엇이 요증사실인지도 다르므로, 그 중 어떤 내용은 전문증거가 되기도 하고 또 어떤 내용은 본래증거가 되기도 하기 때문이다.

‘전부와 일부’를 구분하여 한 개 증거의 일부 내용에 대해 전문증거 여부가 각기 달리 판단된 대표적인 사례로는, <대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 전원합의체 판결>에서 대통령비서관이 작성한 업무수첩에 기재된 내용이 전문증거인지 여부가 다투어진 사건을 들 수 있다. 이 업무수첩에는 대통령비서관이 대통령으로부터 지시받은 사항을 기재한 부분(지시사항 부분)과 대통령으로부터 전해 들은 대통령과 대기업 총수 사이의 대화내용을 기재한 부분(대화내용 부분)이 함께 들어있다. 이 판결에서는 지시사항 부분은 본래증거로, 대화내용 부분은 전문증거로 판단하였다. 지시사항 부분의 경우 대통령의 원진술은 무엇인가를 지시하는 내용일 뿐 대통령이 경험한 사실에 대한 진술이나 의도된 정보 전달이 없어 전문증거가 아니고, 대화내용 부분은 대통령이 대기업 총수와 의 사이에 있었던 일을 전달한 내용이므로 대통령이 경험한 사실에 대한 진술이나 의도된 정보 전달에 해당하여 전문증거라 하겠다.

다만, 이 판결에서 주로 쟁점이 된 부분은, 간접사실에 대한 정황증거인지 아닌지에 따라 전문증거 여부가 어떻게 달라지는가이다. 즉, 업무수첩 내용의 진실성이 증거로 사용될 때는 전문증거이지만 그와 같은 내용의 존재 자체 또는 내용의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 전문증거가 아니다. 그러나 어떠한 내용의 진술을 하였다는 사실 자체에 대한 정황증거로 사용될 것이라는 이유로 서류의 증거능력을 인정한 다음 그 사실을 다시 진술내용이나 그 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우에 그 서류는 전문증거에 해당한다. 이는 서류가 그에 기재된 원진술의 내용인 사실을 증명하는 데 사용되어 원진술의 내용인 사실이 요증사실이 되기 때문이다. 따라



서 대법원은 대화내용 부분은 전문증거이지만 지시사항 부분은 본래증거라고 하였는데, 이는 대화내용 부분은 그런 대화를 나누었다고 하는 증인의 진술이 진실한 전제에서 의미가 있고 지시사항 부분은 그런 지시가 있었다는 사실 자체로 의미가 있다는 취지이다. 업무수첩의 대화내용 부분이 대통령과 대기업 총수 사이에서 대화한 내용을 증명하기 위한 진술증거인 경우에는 전문진술이고, 이는 대통령과 대기업 총수가 나눈 대화의 내용을 추단할 수 있는 간접사실의 증거로 사용하는 것도 허용되지 않는다. 이를 허용하면 대화내용을 증명하기 위한 직접증거로 사용할 수 없는 것을 결국 대화내용을 증명하는 증거로 사용하는 결과가 되기 때문이다.

#### 나. 조서의 증거능력 관련 판례

대법원은 공판중심주의 원칙에 따라 수사기관이 수집한 전문증거의 증거능력을 가급적 제한하려는 입장이고, 지난 10년간에도 같은 취지의 판결들이 꾸준히 선고되었다.

**[진술거부권 미고지 조서의 증거능력]** 수사기관의 조서 작성과정의 위법성을 지적한 판결로는, <대법원 2013. 7. 25. 선고 2012도8698 판결>이 있다. 비록 피고인이 수사기관에서 한 진술들이 참고인의 진술서와 진술조서의 형식을 취하여 작성되었다고 하더라도, 실질적으로는 그 작성 당시 피의자의 지위에 있었다고 볼 피고인의 진술을 기재한 서류로서 피의자가 작성한 진술서와 피의자신문조서의 성격을 가지므로, 진술거부권을 고지하지 않은 채 작성된 진술서와 진술조서에 기재된 피고인의 공소사실 관련 진술들은 위법하게 수집된 증거로서 그 증거능력이 부인된다.

**[피의자신문조서 실질적 진정성립의 객관적 입증방법]** <대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도16586 판결>은, 검사가 작성한 피의자신문조서에 대한 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 수단으로서 형사소송법 제312조 제2항에 규정된 ‘영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법’이란 형사소송법과 형사소송규칙에 규정된 방식과 절차에 따라 제작된 영상녹화물 또는 그러한 영상녹화물에 준할 정도로 피고인의 진술을 과학적·기계적·객관적으로 재현해낼 수 있는 방법만을 의미하고, 그 외에 조사관 또는 조사과정에 참여한 통역인 등의 증언은 이에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다.

**[재판 중 사건의 증인을 조사하고 작성한 조서의 증거능력]** 종전의 판례는 공판준비기 일이나 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환하여 피고인에게 유리한 증언

내용을 추궁하여 이를 번복시키는 방식으로 작성한 진술조서에 대해 증거능력을 부인하고 있었다.<sup>8)</sup> 같은 취지에서 <대법원 2019. 11. 28. 선고 2013도6825 판결>은, 제1심에서 피고인에 대하여 무죄판결이 선고되어 검사가 항소한 후 항소심 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 수 있는 사람을 특별한 사정없이 미리 소환하여 작성한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 않는 한 증거능력이 없다고 보았다. 검사가 공소를 제기한 후 참고인을 소환하여 피고인에게 불리한 진술을 기재한 진술조서를 작성하여 이를 공판절차에 증거로 제출할 수 있게 한다면, 피고인과 대등한 당사자의 지위에 있는 검사가 수사기관으로서의 권한을 이용하여 일방적으로 법정 밖에서 유리한 증거를 만들 수 있게 하는 것이므로, 당사자주의·공판중심주의·직접심리주의에 반하고 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다는 이유이다.

이 판결을 평석한 <이주원, “공소제기 후 작성된 ‘증인예정자 진술조서’의 증거능력”, 형사판례연구 제29권, 2021>에서는, 이 판결이 이른바 ‘증언번복 진술조서’의 증거능력에 관한 기존의 확립된 판례 법리를 ‘증언번복이 아닌 경우’에까지, 즉 시기적으로 증인신문 전의 경우에까지 확장한 것으로서, 기존의 ‘증언번복 진술조서’의 법리가 증언번복의 특수상황에서 제한적으로 적용되는 법리인 반면 이 판결의 법리는 공소제기 후 작성된 참고인 진술조서 전반에 대해 광범위하게 적용될 여지가 있는 것이어서 당사자주의와 공판중심주의를 강화한 획기적인 판결이라고 평가하였다.

그 직후에 나온 <대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결> 역시 같은 취지로 판시하였다.

[형사소송법 제312조 제3항의 적용범위] <대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도9367 판결>은, “형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 해당 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다”라는 법리가 공동정범이나 교사범, 방조범 등 공범관계에 있는 자들 사이에서만뿐만 아니라, 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원 등 행위자의 위반행위에 대하여 행위자가 아닌 법인 또는 개인이 양벌규정에 따라 기소된 경우 이러한 법인 또는 개인과 행위자 사이의 관계에서도 마찬가지로 적용된다고 보았다.

8) 대법원 2000. 6. 15. 선고 99도1108 전원합의체 판결.

이 판결에 대해 <강동범, “2020년도 형사소송법 판례 회고”, 형사판례연구 제29권, 2021>은, 현행 형사소송법 제312조의 해석과 관련하여 검사가 작성한 조서의 경우 피고인이 된 피의자에 대한 피의자신문조서는 제1항, 피고인이 아닌 자에 대한 진술조서(공범에 대한 피의자신문조서 포함)는 제4항이 적용됨에 반하여, 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 당해 피고인에 대한 피의자신문조서이든 공범에 대한 피의자신문조서이든 제3항이 적용된다는 종전의 판례 태도에서 더 나아가 양벌규정의 경우에도 확장하여 적용한 것인데, 그보다는 제312조 제4항을 적용하는 것이 타당하다는 견해를 제시하였다.

[가명 진술조서의 증거능력] <대법원 2012. 5. 24. 선고 2011도7757 판결>은 가명 진술조서의 증거능력을 인정한 사례이다. 즉, “형사소송법은 조서에 진술자의 실명 등 인적 사항을 확인하여 이를 그대로 밝혀 기재할 것을 요구하는 규정을 따로 두고 있지는 아니하다. 따라서 「특정범죄신고자 등 보호법」 등에서처럼 명시적으로 진술자의 인적 사항의 전부 또는 일부의 기재를 생략할 수 있도록 한 경우가 아니라 하더라도, 진술자와 피고인의 관계, 범죄의 종류, 진술자 보호의 필요성 등 여러 사정으로 볼 때 상당한 이유가 있는 경우에는 수사기관이 진술자의 성명을 가명으로 기재하여 조서를 작성하였다고 해서 그 이유만으로 그 조서가 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 작성되지 않았다고 할 것은 아니다. 그러한 조서라도 공판기일 등에 원진술자가 출석하여 자신의 진술을 기재한 조서임을 확인함과 아울러 그 조서의 실질적 진정성립을 인정하고 나아가 그에 대한 반대신문이 이루어지는 등 형사소송법 제312조 제4항에서 규정한 조서의 증거능력 인정에 관한 다른 요건이 모두 갖추어진 이상 그 증거능력을 부정할 것은 아니라고 할 것이다.”

이 판결에 대해서는 <전승수, “가명진술조서의 증거능력-조서 작성 절차와 방식의 적법성을 중심으로-”, 형사판례연구 제22권, 2014>의 평석이 있었다.

[형사소송법 제314조의 적용범위] 형사소송법 제314조의 적용범위를 제한한 판결들도 잇따라 선고되었다.

먼저, 제314조의 증인의 소재불명 또는 진술불능에 관해서는 검사의 엄격한 증명요구된다. <대법원 2013. 4. 11. 선고 2013도1435 판결>은, 제1심이 증인에게 증인소환장이 송달되지 않자 그 증인에 대한 소재탐지를 촉탁하여 소재탐지 불능 보고서를 제출받은 다음 증인이 제314조의 ‘소재불명’인 경우에 해당한다고 보아 그에 대한 경찰 및 검찰 진술조서를 증거로 채택한 사안에서, 직접주의와 전문법칙의 예외를 정한 형사소송법 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 기능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 증인의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 증명한 경우여야 한다고 판시하였다.

증인이 증언거부권을 행사한 경우에 제314조가 적용되는지 여부도 문제되었다. <대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결>은, 증인이 형사소송법에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않는다고 보았다. 즉, 변호사가 의뢰인에게 법률자문을 위해 작성해준 법률의견서에 의뢰인의 범행내용이 담겨 있는 경우, 변호사가 증인으로 출석하여 자신이 증언할 내용이 의뢰인으로부터 업무상 위탁을 받아 알게 된 타인의 비밀에 관한 것임을 소명하고 증언을 거부한 것은 형사소송법 제149조에 따라 정당하게 증언거부권을 행사한 경우이므로 제314조에 의하여 증거능력을 인정할 수 없다고 판시하였다.

이 판결에 대해 <김우진, “변호인 작성의 법률의견서의 증거능력”, 형사판례연구 제21권, 2013>은, 일단 변호인이 법규정에서 마련하고 있는 증언거부권을 행사하기로 하였다면 그 규정에 의도한 대로 효과를 부여하는 것이 합리적이므로 정당하게 증언거부권을 행사한 경우 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않는다고 본 다수의견이 타당하다는 견해를 제시하였다.

정당한 증언거부권 행사의 경우에서 더 나아가, <대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결>은 수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못한 경우에는 정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아니라도 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않는다고 판시하였다. 따라서 증인이 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우와 마찬가지로 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서류는 증거능력이 인정되지 않는다.

한편, 증인이 아니라 피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대해 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우에 대해서도, <대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결>은 헌법과 형사소송법상 진술거부권을 피고인의 권리로서 보장하고 있으므로 피고인이 진술거부권을 행사한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는

사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 않는다고 보았다.

#### 다. 특신상태 요건의 중요성 부각

특신상태에 관한 판례를 살펴보기 전에, 특신상태의 의미에 대해 잠시 정리해보기로 한다. 전문증거에 증거능력을 인정할 수도 있다고 보는 게 전문법칙의 예외이론인데, 이 전문법칙 예외이론을 통해 특신상태의 의미를 확인할 수 있다. 이를 '후퍼의 법칙'<sup>9)</sup>을 이용해 설명해보기로 한다.

원진술자가 어떠한 진술(원진술)을 하고 이를 전문증인이 듣고 법정에 전달할 때, 이 둘이 진실을 말할 확률(이를 '신용성'이라고 부르기로 함)은 평균적으로 각각 50%이다. 신용성이 50%인 원진술자의 진술을 다시 신용성 50%인 전문증인이 법정에서 우리에게 전달하는 것이므로, 우리가 결국 만나는 신용성은 25% 정도밖에 되지 않아 원진술을 증거로 쓰는 건 곤란하다. 그런데 이 신용성은 반대신문이라는 과정을 거치면 그 수치를 높일 수 있다. 만약 원진술자의 신용성이 100%에 가까운 경우이고 여기에 전문증인을 상대로 반대신문을 하여 전문증인의 신용성을 50%에서 100% 가까이 높인다면, 원진술자의 신용성 100%와 합하여 결국 100% 가까운 신용성을 얻을 수 있으므로, 원진술자의 원진술을 증거로 쓸 수 있는 상태가 된다. 이게 바로 전문법칙의 예외이론이다.

여기서 '원진술자의 신용성'이라고 말할 때의 '신용성'은 특신상태(원진술자가 전문증인에게 진술할 때의 외부적 상황에 대한)가 큰 영향을 미치고 이 특신상태가 어떠한가에 따라 그 수치를 100% 가까이 높일 수 있다. 그런데 이 원진술자의 특신상태는 전문증인 자신이 직접 경험한 사실이기도 하므로, 전문증인에 대해 반대신문을 하면서 이를 판단할 수 있다. 즉, 전문증인에 대한 반대신문은 전문증인을 대상으로 전문증인 자신의 신용성을 100% 가까이 높이는 과정임은 물론, 원진술자의 특신상태도 아울러 확인하여 원진술자의 신용성을 100% 가까이 높이는 과정인 것이다. 결국 원진술자의 특신상태와 전문증인의 반대신문을 핵심요건으로 하여 전문증거를 예외적으로 증거로 사용할 수 있는 것이므로, 이처럼 특신상태는 전문법칙에서 중요한 위치를 차지하는 요건인 것이다.

그리고 지난 10년간 여러 판결에서 수사기관이 제출한 전문증거의 증거능력을 부정하는 데 특히 자주 활용된 요건이 바로 이 특신상태이다.

**[형사소송법 제312조와 제313조의 특신상태]** 특신상태는 전문증거의 증거능력을 좌우하는 중요한 요건 중 하나이지만, 조서의 형식적 적법성, 조서의 진정성립, 반대신문

9) 김희균, "CCTV를 본 증인의 진술의 증거능력", 서울법학 제20권 제1호, 서울시립대학교, 2012.

기회 부여, 원진술자의 소재불명과 같은 진술불가 사유 등 비교적 그 의미가 명확한 다른 증거능력 요건에 비하여 그 개념이 매우 모호하고 추상적인 측면이 있다. 그로 인해 개개의 사건에서 어떠한 경우에 특신상태가 있다고 볼 것인지가 불분명하다는 논란이 있다.

형사소송법 제312조와 제313조에는 증거능력 인정요건으로서 각각 특신상태가 규정되어 있는데, 제313조의 피고인 또는 사인이 작성한 진술서와 진술기재서류는 제312조의 수사기관이 작성한 조서와 수사기관 면전에서 작성된 진술서에 비해 그 증거능력 인정요건이 다소 완화되어 있다. 이는 제313조의 서류는 일상생활 속에서 작성되거나 법원이나 수사기관의 개입 없이 작성되므로 제312조의 서류보다 일반적으로 신용성의 정황적 보장이 강하여 그 내용의 진실성이 앞서며, 한편으로는 그 재현이 불가능한 진술이 기재되는 경우도 적지 않다는 점에 근거한다. 그럼에도 불구하고 두 조문에는 특신상태 요건이 동일한 문구로 규정되어 있다.

사건으로는, 특히 수사나 재판과 관련 없이 수사기관 외에서 행해진 원진술에 비해 수사과정에서 수사기관의 면전에서 행해진 원진술의 경우에 특신상태와 진술의 신빙성 사이의 괴리가 더 클 것이므로, 조문에 동일한 문구로 규정되어 있는 ‘특신상태’의 개념은 사안에 따라 달리 해석해야 할 필요가 있다. 즉, 수사과정에서 행해진 원진술에 대해서는 특신상태가 쉽게 인정되지 않도록 엄격히 해석하고, 그에 비하여 수사과정 외에서 행해진 원진술에 대해서는 상대적으로 특신상태가 용이하게 인정되는 방향으로 해석하는 게 적절하다.

수사과정 외에서 행해진 원진술에 대한 특신상태 관련 사례로는, <대법원 2017. 12. 12. 선고 2016도15868 판결>(○○○ 전 총리 정치자금법위반 사건에서의 ‘○○○ 리스트’ 사례)이 있다. 전 총리에게 불법정치자금을 제공하였다고 주장한 후 자살한 대기업 회장 ○○○이 자살 전에 남긴 언론 인터뷰와 그와 관련된 메모는, 공판과정에서 특신상태를 인정받지 못했다. 이 원진술은 수사과정 외에서의 진술에 해당하기는 하지만, 당시 ○○○ 회장이 자신의 주장에 기해 사법절차가 진행될 것을 염두에 둔 상태에서 진술하고 기록한 것이어서, 순수한 수사과정 외 진술처럼 쉽게 특신상태를 인정받을 수는 없는 성격의 원진술이었기 때문이다.

<대법원 2015. 8. 20. 선고 2013도11650 전원합의체 판결>은, 국회의원인 피고인에게 불법정치자금을 제공하였다고 검찰에서 진술한 을이 제1심 법정에서 이를 번복하였으나 항소심에서는 을의 검찰 진술의 신빙성이 인정된다는 이유로 공소사실을 유죄로 인정한 사안에서, 충분한 증명력이 있는 증거를 합리적인 근거 없이 배척하거나 반대로 객관적인 사실에 명백히 반하는 증거를 아무런 합리적인 근거 없이 채택·사용하는 등으

로 논리와 경험의 법칙에 어긋나는 것이 아닌 이상 법관은 자유심증으로 증거를 채택하여 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

이 사례에서는 을에 대한 검사 작성의 진술조서가 증거능력이 인정되어 유죄의 증거로 채택되었는데, 이 판결을 평석한 <강우예, “법원에 출석하여 불일치진술한 피고인 아닌자의 검찰진술조서의 증거능력-형사소송법 제312조 제4항의 특신상태의 의미에 대한 분석을 중심으로-”, 형사판례연구 제26권, 2018>은 법정에서 종전 진술을 번복한 사람의 진술조서라면 특신상태 여부를 더 엄격히 살펴볼 필요가 있다는 견해를 제시하였다.

**[형사소송법 제314조와 제316조 제2항의 특신상태]** 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명, 그밖에 그에 준하는 사유로 공판에서 직접 진술할 수 없어 제314조나 제316조 제2항에 따라 특신상태의 존재만으로 전문증거에 곧바로 증거능력을 부여하는 경우와, 그렇지 않고 원진술자가 공판에 직접 출석하여 진술하는 경우는, 특신상태를 보는 기준을 서로 달리할 필요가 있다. 왜냐하면 공판에서 원진술자의 진술을 들어볼 기회도 없는 경우에는 전문증거의 신중한 취급을 위해 사실상 유일한 증거능력 인정요건인 특신상태를 엄격한 기준하에 인정할 실익이 있겠으나, 그와 반대로 원진술자가 공판에서 진술하는 경우에는 바로 그 자리에서 원진술의 신빙성 여부에 대해서까지 어느 정도 가늠이 가능할 것이므로, 굳이 그 원진술이 행해질 때의 상황이 어떠했는지 여부를 엄격한 기준으로 판단할 실익이나 필요성이 크다고 볼 수 없기 때문이다.

이와 비슷한 취지로 제314조에 규정되어 있는 특신상태의 의미에 관하여, <대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결>은 법원이 제314조에 따라 증거능력을 인정하기 위해서는 단순히 그 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 한다고 판시하였다.

같은 취지에서, <대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결>은 제314조에 따라 진술조서나 진술서에 대하여 증거능력을 인정하는 것은 제312조나 제313조에서 서면 증거에 대해 엄격한 요건이 충족될 경우에 한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 인정한 데 대하여 다시 중대한 예외를 인정하여 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 한

것이므로, 그 경우 원진술자의 진술 또는 작성이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음에 대한 증명’은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다고 판시하였다.

〈대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725 판결〉은, 위 2013도12652 판결에서 제시한 제314조의 ‘특신상태’ 법리가 역시 원진술자의 소재불명 등을 전제로 하고 있는 제316조 제2항의 ‘특신상태’에 관한 해석에도 그대로 적용된다고 판시하였다.

이 판결에 대해서는 〈최준혁, “전문법칙 적용의 예외요건으로서의 특신상태-대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725 판결-”, 형사판례연구 제28권, 2020〉에서 평석하였다.

**[형사소송법 제316조 제1항의 특신상태]** 2007년 형사소송법 제316조 제1항 개정으로 조사자 증언 제도가 도입되었는데, 조사자의 진술이 증거능력을 인정받기 위해서는 특신상태가 필요하다. 판례는 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서를 피고인이 내용부인하는 경우 그 조사자의 증언 역시 증거로 쓸 수 없다는 종래의 해석론과 마찬가지로 취지에서, 조사자 증언 제도의 도입 이후에도 조사자 증언의 증거능력을 좀처럼 인정하지 않고 있다.

조사자 증언이 주로 활용되는 사례는, 피고인이 수사과정에서 혐의를 자백하였다가 공판과정에서 이를 번복하고 혐의를 부인함에 따라 수사기관 작성의 피의자신문조서가 증거능력을 인정받지 못하게 된 경우이다.

바로 앞에서 본 것처럼, 공판에서 원진술자의 진술을 들어볼 기회도 없는 경우와는 달리 원진술자가 공판에서 진술하는 경우에는 바로 그 자리에서 원진술의 신빙성 여부에 대해 판단할 수 있으므로, 굳이 그 원진술이 행해질 때의 상황이 어떠했는지 여부를 엄격한 기준으로 판단할 실익이나 필요성이 크다고 볼 수 없다. 더구나 전문법칙의 본래 모습을 생각해본다면, 전문증거가 증거법에서 홀대를 받는 이유는 원진술자가 법정에 나오지 않는다는 데 있다. 원진술자가 법정에 나오지 않는데 그 대체물인 증거를 우대할 수는 없는 노릇이기 때문이다. 그런데 원진술자가 법정에 나온 경우라면, 사실 이는 전문법칙의 문제도 아니다. 법정에 나온 원진술자를 상대로 그가 전에 했던 원진술의 신빙성을 반대신문 과정에서 충분히 따져보면 되는 문제이므로, 원진술의 특신상태를 쉽게 부정할 필요성 자체가 없는 것이다.

특히 원진술자인 피고인이 공판에 출석하여 수사과정에서의 원진술을 번복한 경우에는, 그 번복진술의 신빙성 판단을 위해서라도 수사과정에서의 원진술에 대한 특신상태의 판단기준을 완화하여 가급적 그 증거능력을 인정할 필요성이 있고, 공판에서 원진술자의 진술을 들을 수 없는 경우와 같은 정도의 엄격한 특신상태 판단기준이 필요한 것은 아니라고 할 것이다.



많은 하급심 판결에서 증거능력을 부정하는 데 주로 활용하는 요건이 바로 특신상태이고, 이러한 특신상태 적용의 문제점에 대해서는, <한제희, “조사자 증언 관련 특신상태의 판단과 증명”, 형사판례연구 제22권, 2014>에서 지적하였다.

## 5. 자유심증주의의 제한

증거의 증명력 판단은 자유심증주의에 의하지만, 자유심증주의는 무한대의 ‘자유’가 아니라 일정한 제한을 받는다. 지난 10년간 판례가 제시한 자유심증주의의 제한 원칙들을 살펴본다.

[간접증거에 의한 사실 인정] <대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도2658 판결>은, 살인죄 등과 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접증거 없이 간접증거만에 의하여 유죄를 인정할 수 있고, 살해의 방법이나 피해자의 사망경위에 관한 중요한 단서인 피해자의 사체가 멸실된 경우라 하더라도 간접증거를 상호 관련하에서 종합적으로 고찰하여 살인죄의 공소사실을 인정할 수 있으며, 이 경우 범행 전체를 부인하는 피고인에 대하여 살인죄의 죄책을 인정하기 위해서는 피해자의 사망이 살해의사를 가진 피고인의 행위로 인한 것임이 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명되어야 한다고 판시하였다.

같은 취지로 <대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도4381 판결> 역시, 살인죄와 같이 법정형이 무거운 범죄도 직접증거 없이 간접증거로만 유죄를 인정할 수 있으나, 이러한 방식에 의한 유죄 인정을 위해서는 공소사실과 관련이 깊은 간접증거에 대하여 신중한 판단이 필요하므로, 간접증거에 의하여 주요사실의 전제가 되는 간접사실을 인정할 때에는 그 증명이 합리적인 의심을 허용하지 않을 정도에 이르러야 하며, 간접사실 하나하나 사이에 모순, 저촉이 없어야 함은 물론 간접사실이 논리와 경험의 법칙, 과학법칙으로 뒷받침되어야 한다고 판시하였다.

<황태정, “자유심증주의의 범위와 한계”, 형사판례연구 제27권, 2019>은 사체가 멸실되고 살인행위에 관한 직접증거도 없이 사건 정황에 관한 간접증거만으로 공소가 제기되었던 위 두 판결을 대상으로 자유심증주의의 의미를 살펴본 평석이다. 두 판결에서는 각 심급 재판부별로 간접증거의 증명력과 간접증거들 사이의 연결, 결합관계에 대해 서로 다른 평가를 내리고 유무죄를 오가는 극단적 판단을 보여주었는데, 이 평석에서는 자유심증주의의 의미를 다시 되짚어보며 사법 전반의 신뢰를 위해 이러한 편차를 적절한 기준에 따라 줄여나가는 노력이 필요하다고 제안하였다.

[검사의 사전면담이 이루어진 증인의 법정진술의 신빙성 판단] <대법원 2021. 6. 10. 선고 2020도15891 판결>(이른바 ‘○○○ 전 법무차관 성접대 사건’)은, 공소가 제기된 후에는 그 사건에 관한 형사절차의 모든 권한이 사건을 주재하는 수소법원에 속하게 되고 수사의 대상이던 피의자는 검사와 대등한 당사자인 피고인의 지위에서 방어권을 행사하게 되므로, “검사가 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 사람을 특별한 사정없이 미리 수사기관에 소환하여 면담하는 절차를 거친 후 증인이 법정에서 피고인에게 불리한 내용의 진술을 한 경우, 검사가 증인신문 전 면담 과정에서 증인에 대한 회유나 압박, 답변 유도나 암시 등으로 증인의 법정진술에 영향을 미치지 않았다는 점이 담보되어야 증인의 법정진술을 신빙할 수 있다고 할 것이다. 검사가 증인신문 준비 등 필요에 따라 증인을 사전 면담할 수 있다고 하더라도 법원이나 피고인의 관여없이 일방적으로 사전 면담하는 과정에서 증인이 혼란되거나 유도되어 법정에서 왜곡된 진술을 할 가능성도 배제할 수 없기 때문이다. 증인에 대한 회유나 압박 등이 없었다는 사정은 검사가 증인의 법정진술이나 면담과정을 기록한 자료 등으로 사전면담 시점, 이유와 방법, 구체적인 내용 등을 밝힘으로써 증명하여야 한다”라고 판시하여, 검사의 사전면담이 이루어진 증인의 법정진술을 신빙성 있다고 판단하는 데는 신중하여야 함을 강조하였다.

[성범죄 피해자 진술의 신빙성 판단] 범죄의 피해자는 가장 정확하게 해당 범죄사실을 증명할 수 있는 증거방법이므로, 피해자 진술의 신빙성 여부는 유죄 인정에 결정적이다. 특히 가해자와 피해자 둘 사이에서만 범죄가 발생하여 피해자의 진술 외에 다른 직접증거가 없는 경우가 많은 성범죄 사건이 그러한데, 이러한 사건에서 피해자의 진술의 신빙성을 판단할 때는 이른바 ‘성인지 감수성’을 고려하여야 한다는 법리가 새로이 등장하였다.

즉, <대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결>은, “법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의하여야 한다(양성평등기본법 제5조 제1항 참조). 우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행이나 성희롱 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거

판단이라고 볼 수 없다”라고 전제하면서, “강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행·협박이 있었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하며, 사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 아니 된다”라는 판단기준을 제시하였다.

이 판결은 종전에 행정소송 판결(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결)에서 언급된 ‘성인지 감수성’이라는 개념을 형사판결에 원용한 첫 대법원 판결이라는 점에서 주목을 받았다. 이 판결에 대해 평석한 <우인성, “성인지 감수성”에 관해 판시한 대법원의 성범죄 형사판결에 관한 소고>, 형사판례연구 제29권, 2021>은, 성인지 감수성은 형사판결에서 선불리 들이댈 수 있는 논거가 될 수 없을뿐더러 성인지 감수성을 형사판결에서 신빙성 판단의 잣대로 사용한다고 하더라도 이는 남녀 사이에 층위적 관계 내지 지위적 격차가 존재하는 경우 등에 한하여 매우 제한적으로 적용되어야 한다는 견해를 제시하였다.

이 판결 이후, 성범죄 사건 심리에서 피해자 진술의 신빙성을 판단하면서 ‘성인지 감수성’을 고려한 여러 판결들이 선고되었다. <대법원 2020. 10. 29. 선고 2019도4047 판결>은, 범행 후 피해자의 태도 중 ‘마땅히 그러한 반응을 보여야만 하는 피해자’로 보이지 않는 사정이 존재한다는 이유만으로 피해자 진술의 신빙성을 함부로 배척할 것은 아니라고 하였고, <대법원 2020. 9. 7. 선고 2020도8016 판결>은 피해자가 전날 피고인으로부터 강간을 당한 후 다음 날 스스로 피고인의 집에 찾아갔다고 하더라도 그러한 피해자의 행위가 피해자 진술의 신빙성을 배척할 사정이 되지는 못한다고 보았다.

### III. 절차법 분야의 주요 판결

#### 1. 수사절차

[구속영장의 효력] <대법원 2013. 7. 1.자 2013모160 결정>은, 수사기관이 발부받은 구속영장은 재판 출석과 형 집행을 담보하는 기능 외에 수사기관의 피의자신문도 담보하고 있으므로, 구속영장에 의해 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석요구에 불응한다면

수사기관은 그 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있다고 보았다.

다만, 이 판결에서는 피의자신문 자체는 임의수사의 한 방법이라고 보았으나, 이 판결에 대해 평석한 <이완규, “피의자신문의 성질과 수인의무”, 형사판례연구 제22권, 2014>은 피의자신문을 구속피의자의 경우와 불구속피의자의 경우로 구분하여 전자는 출석의무와 체류의무가 부과되는 강제처분이고 후자는 출석의무는 인정되나 체류의무는 부과되지 않는 약한 정도의 강제처분으로서 순수한 임의처분과는 구별된다는 견해를 제시하였다.

[불심검문의 적법성] <대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도7976 판결>은, 불심검문을 하게 된 경위, 불심검문 당시의 현장상황과 검문을 하는 경찰관들의 복장, 피고인이 공무원증 제시나 신분 확인을 요구하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여, 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 신분증을 제시하지 않았다고 하여 그 불심검문이 위법한 공무집행이라고 할 수 없다고 판시하였다.

<조인현, “수사목적 불심검문 사안(事案)의 판단 법리-대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도6810 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도7976 판결을 대상으로”, 형사판례연구 제27권, 2019>은, 행정처분에 대해 적극적으로 사법작용으로서의 성격을 인정하는 입장에서, 단순 행정처분이 아닌 사실상 수사 목적으로 이루어지는 불심검문에 대해서는 형사소송법상의 적법절차가 엄격히 준수될 수 있도록 사법경찰로서의 작용을 인정하는 방향의 해석이 필요하다는 견해를 제시하였다.

[위법한 긴급체포] <대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도5814 판결>은, 피고인이 필로폰을 투약한다는 제보를 받은 경찰관이 제보의 정확성을 사전에 확인한 후에 제보자를 불러 조사하기 위하여 피고인의 주거지를 방문하였다가 그곳에서 피고인을 발견하고 피고인의 전화번호로 전화를 하여 나오라고 하였으나 응하지 않자 피고인의 집 문을 강제로 열고 들어가 피고인을 긴급체포한 사안에서, 피고인이 마약에 관한 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있었더라도 경찰관이 이미 피고인의 신원과 주거지 및 전화번호 등을 모두 파악하고 있었고 당시 마약 투약의 범죄 증거가 급속하게 소멸될 상황도 아니었던 점 등의 사정을 감안할 때 이 긴급체포가 미리 체포영장을 받을 시간적 여유가 없었던 경우에 해당하지 않아 위법하다고 판시하였다.

[국회 위증죄의 소추요건] <대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도14749 전원합의체 판결>은, 국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률 제15조 제1항의 고발은 같은 법 제14조 제1항 본문에서 정한 위증죄의 소추요건이고, 고발은 특별위원회가 존속하는 동안에 이루어져야 한다고 판시하였다(다수의견).

[변호인의 피의자신문 참여권] <대법원 2020. 3. 17.자 2015모2357 결정>은, 검사 또는 사법경찰관이 특별한 사정 없이 단지 변호인이 피의자신문 중에 부당한 신문방법에 대한 이의제기를 하였다는 이유만으로 변호인을 조사실에서 퇴거시키는 조치는 정당한 사유 없이 변호인의 피의자신문 참여권을 제한하는 것으로서 허용될 수 없다고 판시하였다.

## 2. 재판절차

[범죄수익 추징금액 산정] <대법원 2013. 4. 11. 선고 2013도1859 판결>은, 성매매 알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제25조의 규정에 의한 추징은 성매매알선 등 행위의 근절을 위하여 그 행위로 인한 부정한 이익을 필요적으로 박탈하려는 데 그 목적이 있으므로 그 추징의 범위는 범인이 실제로 취득한 이익에 한정된다고 봄이 상당하다고 전제 하면서, 다만 범인이 성매매알선 등 행위를 하는 과정에서 지출한 세금 등의 비용은 성매매알선의 대가로 취득한 금품을 소비하거나 자신의 행위를 정당화시키기 위한 방법의 하나에 지나지 않아 추징액에서 이를 공제할 것은 아니므로, 성매매 업주인 피고인이 성매매알선 등 행위로 인하여 얻은 이득액 전부는 피고인이 취득한 것으로서, 피고인의 직원인 공범들이 피고인으로부터 지급받은 급여는 피고인이 성매매알선의 대가로 취득한 금품을 소비한 것에 불과하다고 판시하였다.

이 판결에 대해서는 <권순진, “급여 등 형태로 취득한 공범의 범죄수익 추징-대법원 2013. 4. 11. 선고 2013도1859 판결, 공동수익자 이론의 필요성-”, 형사판례연구 제 26권, 2018>에서 평석하였다.

[항소심의 양형부당 파기의 위법성] <대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결>은, 피고인 1에게 징역 10개월 및 피고인 2에게 징역 8개월을 선고한 제1심의 양형을 항소심에서 별다른 증거조사나 피고인신문 없이 제1회 공판기일에 변론을 종결한 후 제1심이 설시한 양형의 이유와 유사한 사정을 설시하면서 ‘제1심의 형은 다소 가벼워서 부당하다’는 이유만으로 제1심판결을 파기하면서 피고인 1에게 징역 4년 및

피고인 2에게 징역 1년 6개월을 선고한 사안에서, 다수의견은 항소심은 제1심에 대한 사후심적 성격이 가미된 속심으로서 제1심과 구분되는 고유의 양형재량이 있으므로 항소심이 자신의 양형판단과 일치하지 않는다고 하여 양형부당을 이유로 제1심을 파기하는 것이 바람직하지 않은 점이 있다고 하더라도 이를 두고 양형심리와 양형판단 방법이 위법하다고까지 할 수는 없다고 본 반면, 반대의견은 항소심이 제1심을 파기할 수 없는 경우임에도 제1심을 파기하였다면 이는 항소이유가 없음에도 항소이유가 있다고 잘못 판단한 것이므로 당연히 상고심의 심사대상이 된다고 판단하였다.

이 판결에 대해 평석한 <백원기, “항소심이 양형부당을 이유로 제1심판결을 파기하는 경우에 관하여”, 형사판례연구 제27권, 2019>은, 제1심의 판단을 보다 존중하는 차원에서 항소심의 양형판단은 고유한 재량판단(다수의견)이라기보다 한계가 있는 것(반대의견)이므로 이 한계를 벗어난 경우 위법으로 보아야 한다는 견해를 제시하였다.

[재심청구의 대상] <대법원 2015. 5. 21. 선고 2011도1932 전원합의체 판결>은, 특별사면에 의해 유죄판결의 선고가 효력을 상실했다면 재심청구의 대상이 존재하지 않고 그 판결이 여전히 유효함을 전제로 하는 재심청구는 부적법하다고 본 종전의 견해를 변경하여, 특별사면된 확정판결도 재심의 대상이 된다고 보았다.

[공소사실의 동일성] <대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도15526 판결>(이른바 ‘이태원 살인 사건’)은, 사건 발생 직후 피해자를 직접 칼로 찔러 살해한 범인으로 갑이 단독범인으로 기소되었다가 무죄가 확정된 후 이번에는 피고인이 칼로 피해자를 찔렀다고 갑과 공범으로 기소되어 결국 유죄가 선고된 사안에서, 그 이전에 피고인이 범죄에 공용될 우려가 있는 칼을 소지한 혐의 등으로 확정된 판결이 있어 이 확정사건의 범죄사실과 이번에 새로 기소된 사건의 공소사실 사이의 동일성 여부가 쟁점이 되었다.

이 판결에서는, 피고인이 ‘1997. 4. 3. 21:50경 서울 용산구 이태원동에 있는 햄버거 가게 화장실에서 피해자를 칼로 찔러 갑과 공모하여 피해자를 살해하였다’는 내용으로 기소되었고, 선행사건에서 ‘1997. 2. 초순부터 1997. 4. 3. 22:00경까지 정당한 이유 없이 범죄에 공용될 우려가 있는 위험한 물건인 휴대용 칼을 소지하였고, 1997. 4. 3. 23:00경 갑이 범행 후 햄버거 가게 화장실에 버린 칼을 집어 들고 나와 용산 미8군영 내 하수구에 버려 타인의 형사사건에 관한 증거를 인멸하였다’는 내용의 범죄사실로 유죄판결을 받아 확정되었는데, 살인죄의 공소사실과 선행사건에서 유죄로 확정된 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(우범자)죄와 증거인멸죄는 범행의 일시, 장소와 행위 태양

이 서로 다르고, 살인죄는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(우범자)죄나 증거인멸죄와는 보호법익이 서로 다르며 죄질에서도 현저한 차이가 있으므로, 양자의 범죄사실 사이에 기본적 사실관계의 동일성이 없다고 판단하였다.

**[전자문서 형식의 공소제기]** <대법원 2016. 12. 15. 선고 2015도3682 판결>과 <대법원 2017. 2. 15. 선고 2016도19027 판결>은, 검사가 공소장의 일부인 범죄일람표를 전자문서로 작성하여 저장매체에 담아 공소를 제기한 사안에서, 저장매체에 저장된 전자문서 부분을 제외하고 서면인 공소장에 기재된 부분만으로 공소사실을 판단하여야 하고, 만일 그 기재내용만으로는 공소사실이 특정되지 않은 부분이 있다면 검사에게 특정을 요구하여야 하는데도 검사가 특정하지 않는다면 그 부분에 대해서는 공소를 기각하여야 한다고 판시하였다.

이 2016도19027 판결에 대해 <조지은, “전자적 저장매체를 이용한 공소제기 가능성”, **형사판례연구 제26권**, 2018>은, 범죄 건수가 방대한 사건에서의 효율성과 민사소송 등에서의 전자문서 활용 실태 등에 비추어 공소제기 방식의 서면주의 고수는 적절하지 않다는 견해를 제시하였다.

**[불이익변경금지 원칙 위반 여부의 판단기준]** <대법원 2020. 10. 22. 선고 2020도4140 전원합의체 판결>은, 부정기형을 선고받고 항소한 소년이 항소심에서 성년에 도달하여 정기형을 선고할 경우 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준에 관하여, 부정기형 중 최단기형과 정기형을 비교하여야 한다는 종래의 견해를 변경하여 부정기형의 장기와 단기의 중간형이 되어야 한다고 판시하였다.

**[공소권남용]** 검사의 공소권남용을 최초로 인정한 <대법원 2021. 10. 14. 선고 2016도14772 판결>은, 피고인에 대한 이 사건 공소사실은 당초 검사의 기소유예 처분을 받은 사안으로서 기소유예 처분 후 4년여가 지났음에도 그 처분을 번복하고 공소를 제기할 만한 의미 있는 사정변경이 없고, 그 사이에 피고인이 자신의 국가보안법위반 등 사건을 수사한 국가정보원 직원들과 수사검사, 수사관들을 허위증거 제출 등 혐의로 고소하여 이들이 구속된 반면 피고인은 국가보안법위반 관련 혐의에 대해 무죄를 선고받았으며, 그 사건의 공판관여 검사들이 위 허위증거 제출과 관련해 징계를 받은 직후에 이 사건이 기소된 점 등을 종합하면, 검사가 이 사건을 기소한 것이 통상적이거나 적절한 소추재량권 행사가 아니라 어떠한 의도가 있다고 보여 공소권을 자의적으로 행사한 것으로서 위법하다고 평가

함이 상당하고, 또한 이로 인하여 피고인이 실질적인 불이익을 받았음이 명백하므로 이 사건에 대한 기소는 소추재량권을 현저히 일탈한 경우에 해당하여 그 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 판단하였다.

이 판결에 관하여 <강동범, “2021년도 형사소송법 판례 회고”, 한국형사판례연구회 월례 발표회, 2022. 3. 7.>은, 이 사안에서 공소권남용을 이유로 공소기각 판결을 선고한 것은 타당하나, 공소권남용의 판단기준으로 공소권행사 자체의 실질적 부당성이 아니라 검사의 어떠한 의도가 있어야 한다는 점에는 동의하기 어렵다는 점을 지적하였다.

## IV. 마치며

이 발표문에서 다루지 않은 판결 중에도 이론상, 실무상 중요한 판결들이 많이 있겠지만, 미처 소개하지 못한 점에 대해 양해를 부탁드립니다.

2000년 이후 대법원 판결의 두드러진 경향은 절차적 정의, 적법절차를 강조하는 것이었고, 이러한 흐름은 지난 10년간도 계속 이어져 왔다. 그 결과물인 대표적 주제가 위법 수집증거 판례의 집적, 그리고 디지털 증거 압수수색의 엄격한 제한이라고 할 것이다.

그 과정에서 대법원은 성문법령의 입법적 공백들을 촘촘히 채우는 역할은 물론, 더 나아가 적극적인 법해석의 기능도 해왔다. 2022년 5월 공포된, ‘검수완박법’인지 ‘검수덜박법’인지 논란이 되고 있는 새로운 형사소송법과 검찰청법은 여러 공백과 충돌 지점을 보여주고 있는데, 새로운 법이 시행될 향후 몇 년간은 판례의 적극적인 법해석 기능이 더욱 절실하고 긴요한 시간이 될 것이다. 이와 아울러 우리 연구회의 건강한 이론과 실무 연구 역시 변함없이 큰 역할을 하여야 할 시점이기도 하다.

다시 한번 우리 연구회의 창립 30주년을 축하하고 앞으로도 형사법계에서의 중추적 역할은 계속되리라 기대하면서 부족한 발표를 마친다.



## 참고문헌

### 1. 형사판례연구

- 김우진, “변호인 작성의 법률의견서의 증거능력”, 형사판례연구 제21권, 2013
- 심희기, “전자증거의 진정성과 전문법칙의 적용”, 형사판례연구 제22권, 2014
- 원혜옥, “정보저장매체의 압수·수색-휴대전화(스마트폰)의 압수·수색-”, 형사판례연구 제22권, 2014
- 이완규, “피의자신문의 성질과 수인의무”, 형사판례연구 제22권, 2014
- 전승수, “가명진술조서의 증거능력-조서 작성 절차와 방식의 적법성을 중심으로-”, 형사판례연구 제22권, 2014
- 한제희, “조사자 증언 관련 특신상태의 판단과 증명”, 형사판례연구 제22권, 2014
- 이완규, “압수물의 범죄사실과의 관련성과 적법한 압수물의 증거사용 범위”, 형사판례연구 제23권, 2015
- 전승수, “국제우편물에 대한 세관검사와 통제배달”, 형사판례연구 제23권, 2015
- 조국, “독수과실의 원리 보론(補論)”, 형사판례연구 제23권, 2015
- 전승수, “디지털 증거 압수절차의 적정성 문제-피압수자 참여 범위 및 영장 무관 정보의 압수를 중심으로-”, 형사판례연구 제24권, 2016
- 김윤섭, “2007년 이후 형사소송법 주요 판례의 동향 — 수사절차와 증거에 관한 대법원 판례를 중심으로”, 형사판례연구 제25권, 2017
- 박진환, “2007년 형사소송법 개정 후 증거법 분야의 판례 동향”, 형사판례연구 제25권, 2017
- 심희기, “종근당 결정과 가니어스 판결의 정밀비교”, 형사판례연구 제25권, 2017
- 이완규, “헌법상 영장주의 규정의 체계와 적용범위”, 형사판례연구 제25권, 2017
- 강우예, “법원에 출석하여 불일치진술한 피고인 아닌 자의 검찰진술조서의 증거능력-형사소송법 제312조 제4항의 특신상태의 의미에 대한 분석을 중심으로-”, 형사판례연구 제26권, 2018
- 권순진, “급여 등 형태로 취득한 공범의 범죄수의 추징-대법원 2013. 4. 11. 선고 2013도 1859 판결, 공동수익자 이론의 필요성-”, 형사판례연구 제26권, 2018
- 이완규, “영장에 의해 취득한 통신사실확인자료 증거사용 제한 규정의 문제점”, 형사판례연구 제26권, 2018
- 조지은, “전자적 저장매체를 이용한 공소제기 가능성”, 형사판례연구 제26권, 2018
- 한제희, “세관공무원의 마약 압수와 위법수집증거 판단”, 형사판례연구 제26권, 2018
- 백원기, “항소심이 양형부당을 이유로 제1심판결을 파기하는 경우에 관하여”, 형사판례연구

제27권, 2019

조인현, “수사목적 불심검문 사안(事案)의 판단 법리-대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도6810 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도7976 판결을 대상으로”, 형사판례연구 제27권, 2019

황태정, “자유심증주의의 범위와 한계”, 형사판례연구 제27권, 2019

김영미, “디지털 증거 압수수색 시 영장 범죄사실과 ‘관련성 있는’ 증거 해석기준과 무관 증거 발견 시 증거 확보 방법”, 형사판례연구 제28권, 2020

최준혁, “전문법칙 적용의 예외요건으로서의 특신상태-대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도 725 판결-”, 형사판례연구 제28권, 2020

강동범, “2020년도 형사소송법 판례 회고”, 형사판례연구 제29권, 2021

우인성, “‘성인지 감수성’에 관해 판시한 대법원의 성범죄 형사판결에 관한 소고”, 형사판례연구 제29권, 2021

이주원, “공소제기 후 작성된 ‘증인예정자 진술조서’의 증거능력”, 형사판례연구 제29권, 2021

강동범, “2021년도 형사소송법 판례 회고”, 한국형사판례연구회 월례발표회 발표논문, 2022. 3. 7.

## 2. 기타 문헌

김희균, “CCTV를 본 증인의 진술의 증거능력”, 서울법학 제20권 제1호, 서울시립대학교, 2012