

## 형사절차상 위장출석의 소송관계에 대한 소고

지영환\*

### 국 | 문 | 요 | 약

실무상 다양한 이유로 실질적 피고인 대신에 위장 출석하는 경우가 발생하고 있다. 어떻게 위장출석의 문제를 해결하는 것이 합리적인지는 그 과정에서 인권침해와 형사사법에 대한 국민의 불신을 가져올 수도 있는 중요한 문제이다. 먼저 인정신문 단계에서 위장출석이 밝혀지면 퇴정 후 실질적 피고인을 출석시켜 재판을 진행하면 된다. 그리고 공판심리 중에 밝혀진 경우에는 특히 사실심리단계에서 밝혀진 경우에도 사실상 배제함으로써 충분하며 판결이 선고되면 상소로 다룰 수 있다고 본다. 그리고 판결 확정 후 위장출석이 밝혀지는 경우인데, 이 경우 기판력은 어느 누구에게도 미치지 않는다고 봄이 옳다고 본다. 첨언할 것은 위장출석이 별다른 죄책감 없이 이루어지고 있기 때문에 재판부는 위장출석에 대비한 경고를 인정신문이 이루어질 때 의무적으로 고지하는 것이 바람직하다.

❖ 주제어 : 위장출석, 범인은닉죄, 위계에 의한 공무집행방해죄, 인정신문, 재심

## I. 서 설

형사소송법에서의 실체진실의 발견은 유일한 목표는 아니지만 최고의 목표라고 할 수 있다. 따라서 실체진실 발견을 위하여 소송절차를 개시하는 검사에게는 반드시 '누가' '어떤 범죄'를 범하였는지를 공소장을 통하여 명백히 할 필요가 있다. 그렇기 때문에 형사소송법 제254조 제3항은 공소장에 기재할 사항을 명확하게 규정하고 있는 것이며, 이러한 사항을 분명하게 기재하지 않으면 법원은 공소기각의 판결을 하도록 형사소송법 제327조 제2호에 규정되어 있다. 본 논문에서는 그 중에서도

\* 지영환(池榮鎭) 경찰청 3년 파견·대통령 소속 친일반민족행위자재산조사위원회 조사단 조사관·법학박사·정치학박사.

'누가'에 해당하는 사항인 피고인의 인정(특정)에 관한 사항의 한 부분을 다루고자 한다. 여기서 피고인이라 함은 국가기관에 의하여 형사책임을 져야 할 자로 공소가 제기된 자 또는 공소가 제기된 자로 취급되어 있는 자를 말한다. 보통은 검사가 기소하고자 의욕한 피고인과 공소장에 기재된 피고인 및 피고인으로 행동하는 자가 일치하므로 그 자가 바로 피고인이 되지만, 예외적으로 그 불일치가 발생할 수도 있게 된다. 예컨대 검사가 甲을 피고인으로 의욕하여 기소하고 공소장의 피고인 표시도 甲으로 되어 있는데 甲과 乙이 공모하여 乙이 甲 행세를 하면서 법정에 출석하게 되는 이른바 '위장출석'도 그 중의 하나이다. 최근 2009년에도 뇌물공여 등 혐의로 불구속 재판을 받던 피고인이 자기 동생을 법정에 대리 출석시키고 법원은 얼굴이 비슷한 동생을 피고인으로 알고 재판을 그대로 진행했던 사실이 드러났고, 이에 법원의 당사자 신원확인 절차를 강화해야 한다는 지적이 나오고 있다.<sup>1)</sup> 실제 법원도 대리출석 문제와 관련, 형사소송법상 피고인 본인 여부 확인은 첫 공판에서만 인정신문을 통해 이루어지고, 그것도 피고인에게 이름과 주민등록번호, 주소, 본적지를 확인하는 절차일 뿐이며, 여자 이름인데 남자가 출석한 경우 등을 제외하고는 주민등록증상 얼굴을 확인하지는 않고 있기 때문에 결국은 지문이나 DNA 검사가 아닌, 얼굴만으로 사실상 비슷한 외모의 대리 출석자를 다 가려내는 건 어렵게 된다. 따라서 재판 당사자를 정확하게 확인할 수 있는 별다른 방법이 없는 실정이고, 이에 대한 처리를 어떻게 할 것인가가 문제된다.<sup>2)</sup>

여기에서 일응 복수의 피고인이 있는 경우에 누가 피고인이 되느냐 하는 실질적 의미의 문제와 피고인으로 행위 한 자나 취급된 자의 절차배제라는 형식적 의미의

1) 그 뿐만 아니라 외국 체류 중인 남편 대신에 사귀던 남자를 내세워 이혼소송을 낸 사실이 드러나는 등 법정 대리출석 문제도 발생한 바 있다(<http://media.daum.net/society/others/view.html?cafeid=1067&newsid=20090701182204414&p=segye>).

2) 형법적으로는 경찰조사를 받을 때 타인의 이름과 주민번호를 댄 경우, 이는 경찰이 진위여부를 가려할 의무가 있으므로, 피의자가 허위진술을 했다고 하더라도 처벌받지 않는다. 관례도 수사기관이 범죄사건을 수사함에 있어서는 피의자로 자처하는 자 또는 참고인의 진술여부에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반증거를 수집 조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이라고 할 것이므로 피의자나 참고인이 아닌 자가 자발적이고 계획적으로 피의자를 가장하여 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하였다 하여 바로 이를 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 수 없다고 관시하고 있다(대법원 1977.2.8. 선고 76도33685 판결). 다만 신분확인을 위하여 신분증명서의 제시를 요구받고 타인의 주민등록증이나 운전면허증을 제시하면 공문서 부정행사죄(제230조, 대법원 2001. 4. 19, 선고 2000도1985 전원합의체 판결 참조)는 성립된다.

문제를 동시에 포함하고 있다고 하겠다. 과연 누가 진정한 피고인인가를 결정함에 있어서 많은 어려움이 있을 뿐만 아니라, 학설도 복잡하게 대립하고 있고 우리나라의 판례 또한 통일된 기준을 가지고 확립된 것은 없다. 과연 어떻게 위장출석의 문제를 해결하는 것이 합리적인지는 그 과정에서 인권침해와 형사사법에 대한 국민의 불신을 가져올 수도 있는 중요한 문제일 수도 있기 때문에 절차의 안정성을 해치지 않으면서도 관계 당사자의 인권을 어떻게 보호할 수 있는가 하는 관점에서 논의하지 않을 수 없다. 결국 전체적 체계적으로 접근함으로써 올바른 해석방법과 기준을 마련해 볼 필요가 있는 바, 아래에서는 체계적 이해와 선명성을 위하여 위장출석 사건을 재판 확정전과 확정후로 나눈 다음, 각각의 처리방법을 살펴보기로 한다.

다만 위장출석은 형식적인 인정신문만이 이루어지고 있는 경미한 사건의 경우에도 주로 발생하는 것이 일반적이다.<sup>3)</sup> 그 외에도 불구속 구공판은 물론, 구약식에서는 정식재판을 청구한 경우에도 위장출석이 문제될 가능성이 있다. 그러나 피고인의 출석을 요하지 않는 서면에 의한 절차인 약식절차의 경우나 신병이 구속되어 재판을 받는 구속 구공판의 경우에는 위장출석이 처음부터 문제되지 않는다.<sup>4)</sup>

## II. 누가 피고인 인가 ?

### 1. 피고인의 인정기준

우선 피고인 인정(특정)의 중요성은 공소제기효력은 ‘검사가 피고인으로 지정한 자’ 이외의 다른 사람에게 그 효력이 미치지 않으며(제248조 제1항), 법원도 공소장의 피고인에 대해서만 심판하고, 피고인은 소송절차의 참여 및 진술권 등의 권리가 있으므로 피고인의 특징은 소송절차에 있어서 그 효과는 중요한 내용이 될 수 있다.

보통 공소장에 피고인으로 표시된 자와 검사가 피고인으로 의욕하여 기소한 자,

3) 황현호, 성명모용과 위장출석의 경우 피고인의 인정기준, 사법논집 제25집, 법원행정처, 503면.

4) 熊谷弘 外 3人, 「公判法大系 I, III」, 日本評論社, 昭和 53, 108면. 검사가 甲을 기소하였는데 동명이인인 乙이 공소장부분을 송달받고 출석한 경우도 위장출석의 범주에 넣고 있으나(김진태, 「피고인의 특정 문제」, 검찰 제92호(1985), 168면), 이러한 경우는 거의 생각할 수 없다고 본다.

그리고 공판정에서 피고인으로 행동하는 자는 대부분 일치하므로 누구를 진정한 피고인으로 인정할 것인가의 문제가 제기될 여지가 없다. 그러나 검사가 甲을 피고인으로 지정하여 공소를 제기하였지만 乙이 甲인 것처럼 행세하면서 법정에서 출석하여 재판을 받는 이른바 위장출석의 경우에는 문제가 될 수 있다. 이때에는 검사가 공소장에 피고인으로 표시하고 피고인으로 의욕하여 기소한 자와 공판정에서 피고인으로 행동하는 자가 서로 불일치가 발생하는 바, 누구를 진정한 피고인으로 인정할 것이며, 공소제기의 효력은 누구에게 미치는가에 대한 기준에 대하여 견해의 대립이 생기게 된다.<sup>5)</sup> 우선 현재 우리나라의 학자들이 논의하는 이러한 학설상황을 소개하면 다음과 같다.

이에 대하여 단일설로는 (i) 검사의 의사를 기준으로 하여 검사가 실제로 공소를 제기하려고 의도한 사람이 피고인이라는 의사설(동기설),<sup>6)</sup> (ii) 공소장에 피고인으로 표시된 자가 피고인이라는 (형식적)표시설, (iii) 실제로 피고인으로 행위하거나, 법원으로부터 피고인으로 취급된 자가 피고인이라는 행위설(행동설, 거동설)<sup>7)</sup>이 있다. 그리고 결합설로는 어느 하나의 기준만으로 합리적 해결을 도모하기 어렵다는 점에 착안하여 (i) 표시설과 행위설을 결합하여 피고인을 정해야 한다는 절충설(병용설)<sup>8)</sup>, (ii) 표시설을 중심으로 하면서 행위설과 의사설을 고려하여 피고인을

5) 이와 구별되는 개념으로, 처음부터 범인임을 위장하여 지수하는 "위장지수"의 경우는 수사와 공소가 모두 위장지수자에게 대하여 이루어졌으므로 당연히 위장지수자만이 피고인이 될 뿐 피고인의 특정문제는 일어날 여지가 없다. 위장지수의 법률관계에 대한 자세한 글로는 정진연·신이철, 형사절차상 위장지수로 판명된 경우 사법기관의 조치, 성균관법학 제20권 제2호, 법학연구소, 2008. 8, 399면 이하.

6) 이기광, "성명모용의 경우 법원이 취하여야 할 형사소송절차상의 조치", 재판과 판례 제6집, 대구판례연구회, 1997, 479면 이하. 의사설은 검사의 의사가 수사종결하고 공소를 제기하는 시점에 이미 객관화되어 절차의 안정성을 해칠 우려가 없으며, 모용의 경우 정정을 통해 실제적 진실발견 및 신속한 재판의 형사소송의 이념에 충실하고, 한편으로 '공소는 검사가 피고인으로 지정한 이외의 다른 사람에게 그 효력이 미치지 아니한다'고 규정한 형사소송법 제248조 제1항의 문리적 취지에 가장 부합된다고 주장하고 있다.

7) 행위설에서는 주로 법원의 과오에 의해 피고인 아닌 자를 피고인으로 취급해 버린 경우의 조치에 관하여 존재의 의의를 갖고 있으므로 행위자가 피고인과 통모하였는지의 여부 등 그 의사여하는 묻지 않는다(황현호, 505면).

8) 강구진, 형사소송법 원론, 학연사, 1982, 108면; 김기두, 형사소송법 전정신판, 박영사, 1987, 59면; 서일교, 형사소송법 제8개정판, 박영사, 1979, 82면; 정영석·이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 73면; 백형구, 앞의 책, 443면.

결정해야 한다고 해석하는 실질적 표시설(표시 기준설)<sup>9)</sup>, (iii) 검사가 실제로 공소를 제기하려고 의도한 사람이 피고인으로 결정되어야 하므로 의사설에 의하되, 행위설과 표시설을 보충적으로 고려해야 한다는 실질적 의사설(의사 기준설)<sup>10)</sup>이 있다. 독일의 경우는 피의자를 포함하여 관할 형사소추기관의 의사작용을 일차적인 기준으로 하는 의사설이 판례의 입장이다.<sup>11)</sup>

생각건대 절차의 확실성을 유지하기 위하여는 객관적 기준을 찾아야 한다는 점과 아울러, 공소제기는 공소장이라는 서면(제254조 제1항)에 의하여야 한다는 점에 비추어 볼 때 우선 표시설을 중심으로 해야 한다고 생각한다. 다만 형사소송은 실제진실이라는 이념이 있고, 공소제기가 검사의 의사표시라는 점을 고려해 그 기준을 단순히 공소장의 표시내용에 국한시키지 않고 표시내용에 대한 검사의 의사<sup>12)</sup>는 물론 공판절차에서 피고인으로서의 행위여부<sup>13)</sup>를 고려하여 합리적으로 해석함이 상당하다고 보이므로 의사설과 행위설을 함께 보충적으로 고려하여 피고인을 결정하는 실질적 표시설이 가장 타당하다고 본다.<sup>14)</sup> 그러나 이에 첨언할 것은 우리나라에서는 위의 학설이 성명모용과 위장출석을 모두 염두에 두고 전개되는 학설이라고 보인다. 그러나 이에 대하여 성격이 다른 두 문제를 함께 적용될 수 있는 원칙을 수립하는

9) 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009, 415면; 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사, 2008, 105면; 임동규, 형사소송법 제5판, 법문사, 2008, 58면; 정용석·백승민, 형사소송법 전정제3판, 대명출판사, 2009, 78면; 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000, 95면; 차용석·최용성, 형사소송법 제3판, 21세기사, 2008, 113면; 이보령, 앞의 글, 171면; 김주현, 피고인의 특정에 관한 소고, 군사법논문집; 제5회 법무관 세미나 제5집, 공군본부 법무감실, 1986. 1, 24면.

10) 배종대·이상돈·정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008, 254면(설명방식이 다를 뿐, 실질적 표시설도 같은 견해라고 할 수 있다는 입장이다); 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 450면(이 견해를 실질적 표시설로 표현하고 있다); 이상돈, 사례연습 형사소송법 제2판, 법문사, 2001, 203면(형사소송은 절차적 확실성보다는 진실발견이나 정의실현이 더 중요하다는 점을 근거로 한다); 이동형, "피고인 인정의 기준과 성명모용 및 위장출석", 영남법학, 영남대학교 법학연구소, 2005, 115면.

11) BGHSt. 34, 138, 140.

12) 검사의 단순한 주관을 초월하면서 합리적으로 인정될 수 있는 증거가 있다면 검사의 의사도 표시를 해석하는 자료로 삼아야 한다.

13) 피고인으로서의 행동을 보인 것 때문에 범원이 피고인으로 취급하여 절차가 진행되어 외형적으로 유효한 소송계속이 있는 것처럼 보이는 수가 있다. 그러나 이러한 자에 대한 유효한 소송계속은 없었기 때문에 잘못된 절차는 종결되어야 하므로 이러한 형식적 절차만을 위해서라도 그 자를 피고인으로 취급할 필요는 분명히 있는 것이다. 따라서 이를 절차로부터 방지하지 않고 피고인에 대한 착오가 있음을 밝혀서 그를 구제할 필요가 있다.

14) 이러한 지적으로는 신현주, 앞의 책, 116면.

것 자체가 무리일 수는 있으므로 개별적으로 검토함이 타당할 것으로 본다.

## 2. 피고인이 되는 자

위에서 취한 실질적 표시설에 따르면, 위장출석의 경우에 있어서는 누가 피고인 인가에 관하여 일반적으로는 표시설이 적용되고, 검사의 의사가 고려되어 피고인은 공소장에 피고인으로 표시된 甲이 실질적 피고인이 된다. 다만 피고인으로 행동한 위장출석자는 형식적 피고인이 될 뿐이다. 따라서 실질적 피고인이 결정되면 그 다음으로는 형식적 피고인을 절차로부터 어떻게 배제해야 하는 문제가 뒤 따라오게 된다. 물론 이때 공소제기의 효과는 실질적 피고인에 대해서만 발생한다.<sup>15)</sup>

우선 형식적으로 피고인이라고 보이는 자에 대한 조치와 관련하여 원칙적인 모습을 살펴보면 피고인으로는 어떤 경우에도 인정될 수 없는 자에 대해서는 피고인으로 취급할 필요 없이 사실상 배제함으로써 충분하기 때문에 재판을 통해 절차를 명확히 할 필요는 없을 것이다. 문제는 형식적 의미에서 피고인으로 인정되는 자의 경우는 잘못되어 실질적 피고인으로 취급되었기 때문에 이미 행하여진 무효인 절차에 대하여 그 무효의 선언을 하는 의미에서 형식적 재판에 의해 그 자에 대하여 진행된 절차를 종료하여야 하는 것은 아닌가 하는 의문이 생긴다. 그리고 실질적 의미에서 피고인으로 인정되는 자는 진정한 의미의 피고인이므로 일응 실제적 재판에 의해 절차를 종료하면 되는 것으로 제시되고 있다. 아래에서는 배제의 방법이 절차 진행의 정도와 구체적 절차단계에서 달리 나타나므로 개별적으로 살펴보기로 한다.

## III. 피고인 아닌 자에 대한 절차배제

### - 위장출석자(형식적 피고인)의 처리

#### 1. 판결확정 전에 판명된 경우

15) Kleinknecht/Meyer-Göbner, Strafverfahrensrecht. 44.Aufl., 1999. § 230 Rn. 27.

### 가. 인정신문 단계

공소장에 피고인의 특정과 관련하여, 甲이 피고인으로 공소장에 제대로 특정되었지만 피고인 아닌 자(乙)가 甲과 공모하여 마치 피고인 甲인 것처럼 하여 공판정에 출석한 경우이다. 이때 피고인의 동일성을 확인하는 법원의 인정신문 단계에서 위장출석 한 사실이 밝혀졌을 때 그 처리가 우선 문제된다. 공소제기 및 법원의 인정신문단계에서의 실질적 피고인은 현재 공소장에 표시되어 있고 검사가 기소하려고 한 피고인 甲이 되는 것이다. 따라서 피고인으로서의 행위를 기초로 하여 피고인을 정하려고 하는 행위설을 고려하더라도 피고인의 행위는 사실상의 소송계속이 있다고 볼 수 있을 정도인 실체형성의 관계에 들어간 다음부터라고 봄이 타당하므로<sup>16)</sup> 인정신문단계에서 위장출석이 밝혀진 경우에 있어서는 아직 이 사건에 대한 심리가 행하여지지 아니하였을 뿐만 아니라 형식적 피고인인 乙이 아직도 소송행위를 했다고 할 수도 없으므로 乙에 대한 사실상의 소송계속도 없다고 봄이 통설이다. 위장출석자를 중심으로 한 실체형성이 아직까지는 전혀 없으므로 형식적 재판으로 종결시켜야 할 이유가 없다고 본다.<sup>17)</sup> 따라서 법원은 乙을 퇴정케 함으로서 그 절차에서 배제하면 족하고, 별도의 공소기각판결을 할 필요가 없다고 판단된다. 결국 위장출석자를 퇴정시킨 뒤 실질적 피고인인 甲을 소환하여 처음부터 공판절차를 진행하면 된다. 물론 이때 甲에 대해 별도의 공소제기를 요하지 않음은 당연하다.

### 나. 사실심리 단계

위장출석한 사실이 인정신문단계에서 밝혀지지 않고 사실심리에 들어간 후에 비로소 밝혀진 경우이다. 이 경우에 위장출석자를 배제하고 실질적 피고인인 甲을 소환하여야 한다는 점에는 의문이 없다. 문제는 위장출석자를 소송절차로부터 배제할 때 어떻게 처리되어야 하는지에 대해 견해의 다름이 있다.

이에 대하여 공소장에 표시나 검사의 의사에 비추어 볼 때 실질적 피고인은 甲이고, 형식적 피고인에 불과한 乙의 소송행위는 피고인이 아닌 자의 소송행위로서 법

16) 정영석, 전경관 형사소송법, 법문사, 1980, 61면.

17) 김주현, 피고인의 특정에 대한 소고, 군사법논문집 제5집, 공군본부, 1986, 36면.

를상 아무런 효력이 없거나,<sup>18)</sup> 아예 위장출석자인 乙은 공판절차의 단계를 불문하고 형식적 의미에서도 피고인이 아니라고 보는 것이 상당하기 때문에<sup>19)</sup> 법원이 乙의 소송행위에 대해 공식적으로 부인할 필요 없이 소송에서 사실상 배제하는 것으로 충분하며 따라서 위장출석자 乙에게 별도의 공소기각판결을 할 필요가 없다는 사실상 배제설(소수설)과, 형식적으로나마 소송행위를 한 이상 위장출석자인 乙도 형식적 피고인이 되고 乙에 대해서는 소송이 계속된 것으로 보는 것이 상당하므로 이를 공식적으로 부인하기 위해서는 법원은 乙에 대하여 공소기각의 판결을 해야 한다는 공소기각판결설(통설)의 대립이 있다. 다만 통설인 공소기각판결설을 취할 경우 형식적(부진정) 피고인에 대하여 공소기각의 판결을 하는 실정법적 근거에 관해서는 (i) 제327조 제2호 직접적용설<sup>20)</sup> (ii) 제327조 제2호 준용설 (iii) 제327조 제2호 유추적용설<sup>21)</sup> 등이 대립되고 있으나, 대부분 제327조 제2호는 공소제기의 절차가 부적법, 무효인 경우에 관한 규정임에 대하여 위장출석의 경우는 부진정피고인에 대하여 공소제기 자체가 없는 경우이므로 제327조 제2호를 위장출석에는 그대로 적용할 수 없다는 점, 위장출석의 경우에 제327조 제2호를 준용한다는 내용의 명문규정(준용규정)이 없다는 점, 공소제기와 없는 경우와 공소제기가 무효인 경우는 매우 흡사한 경우라는 점 등을 고려할 때 제327조 제2호를 유추 적용하는 것이 가장 합리적이라고 보고 있다.

생각건대 피고인 인정기준에 대한 학설 가운데 행위설을 고려하여 판단하는 실질적 표시설의 입장을 취할 경우에 위장출석자인 형식적 피고인 乙이 출석하여 사실 심리가 개시된 때에는 비록 乙에 대하여 공소가 제기되지 않았음에도 피고인으로 행위하였으므로 소송계속이 있다고 볼 여지가 충분히 있다. 따라서 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 이루어진 것이므로 공소기각의 판결을 오히려 선고할 필요가 있다고 해야 한다. 그러나 위장출석자가 법원을 기망한 경우까지 법원이 절차배제를 위해 공소기각판결을 선고할 필요가 있는지 그리고 검사가 기소하지도 않

18) 이동형, 피고인 인정의 기준과 성명모용 및 위장출석, 영남법학, 2005, 127면.

19) 황현호, 성명모용과 위장출석의 경우 피고인의 인정기준, 사법논집 제25집, 법원행정처, 526면 이하.

20) 신동운, 앞의 책, 465면; 정영석·이형국, 72면; 이은모, 형사소송법, 박영사, 2010, 73면.

21) 백형구, 앞의 책, 177면; 신양균, 앞의 책, 417면; 임동규, 앞의 책, 59면.

은 피고인에 대해 법원이 판결을 할 수 있는지에 대해 의문을 해소하기는 부족한 면이 없지 않다. 따라서 위장출석자에 대해서는 공소제기 자체가 없는 이상 별도의 판단을 할 필요없이 절차로부터 사실상 배제하는 것으로 충분할 것이다. 우리 대법원도 성명모용과 달리 위장출석에 대한 판례를 찾기 어려운 이유도 이를 뒷받침하는 것이 아닐까 생각된다. 물론 통설이 취하고 있는 공소기각판결설에서는 판결의 효력이 엄밀한 의미에서의 공소기각은 아니고 형식적 피고인에 관하여 진행된 소송 절차에 대한 무효선언의 의미를 가진다는 점에서 절차배제선언 내지 절차무효선언의 효력에 불과하다고 보이고 결국 실질적 피고인에게는 이러한 판결의 효력이 미치지 않는다고 설명하고 있다. 사정이 이러하다면 실질적 내용에 있어서는 큰 차이가 있는 것은 아니라고 생각된다. 그리고 어느 경우이든 甲은 실질적 피고인이므로 처음부터 절차를 진행하면 족하고 별도의 공소제기를 요하지 않음은 물론이다.

#### 다. 판결 선고 후 단계

위장출석자에 대해 심리가 진행되고 판결이 선고될 때까지 위장출석 사실이 밝혀지지 못하고 판결이 실질적 피고인 甲에게 유죄판결이 선고된 경우에 어떻게 할 것인가의 문제가 있다. 이에 대하여 1심판결이 선고되더라도 위장출석자는 판결문상 그의 이름이 기재되어 있지 않기 때문에 판결의 형식상 중대한 하자가 있어 당연무효의 판결이 되므로 위장출석자는 이때에도 피고인의 지위를 취득하지 못하고 단지 항소심에서 증인으로 소환되어 위장출석사실을 증언하게 될 뿐이라는 견해(소수설)<sup>22)</sup>가 있다. 이러한 견해에서는 위장출석자 乙의 경우 실질적 피고인 甲이 아님에도 불구하고 항소한 것으로 보아 제1심법원은 제360조 제1항 소정의 ‘항소의 제기가 법률상의 방식에 위반’하였다는 이유로 항소인의 표시를 乙로 하여 이유를 붙인 결정으로 항소를 기각해야 하고, 만약 그렇게 하지 않았다면 항소심법원으로서 는 乙에 대하여 법 제362조에 따라 항소기각의 결정을 해야 한다고 주장한다. 이에 반해 대부분의 우리나라 학자들은 별다른 설명없이 판결이 선고 후 확정 전까지는

22) 황현호, 앞의 논문, 538면. 만일 위장출석자에게 피고인의 지위를 인정한다면 피고인의 행동이나 사실적 행위에 우월한 가치를 두거나 중시하는 결과가 되는데, 과연 위장출석자의 행동에 그와 같은 큰 의미를 부여할 필요까지 있는지 의문이라고 한다.

위장출석자인 형식적 피고인 乙에게 항소 또는 상고이유가 있게 되어 상소할 수 있다고 설명하고 있다.<sup>23)</sup> 결국 유죄판결의 효력은 위장출석자인 乙에게만 있는 것이므로 위장출석자 乙의 항소에 의하여 원심을 파기하고 공소기각의 판결을 선고 받게 된다는 것으로 이해된다(제364조 제6항).

그렇다면 여기서 과연 실질적 피고인인 甲이 상소를 할 수 없는가 하는 것이다.<sup>24)</sup> 생각건대 공판절차에서 판결의 선고가 이루어진 이상 실질적 피고인인 甲은 절차적 보장이 이루어지지 않은 상태에서 공판절차가 진행되고 판결이 선고되었으므로 위법의 문제가 발생한다는 점 자체를 부정하기는 어렵다. 그렇다면 판결 선고 후 실질적 피고인이 판결에 영향을 미친 위법임을 이유로 상소하는 것 자체를 굳이 막을 이유는 없다고 판단된다(제361조의5 제1호, 제383조 제1호). 물론 이때 실질적 피고인인 甲이 절차보장이 이루어지지 못한 부분에 대해 실질적 피고인인 甲 자신의 귀책사유가 있다고 하더라도 형사소송법에서는 특별히 이에 대한 제한을 가하고 있지 않다. 그리고 그러한 귀책사유는 실질적 피고인인 甲이 범인도피죄의 교사범 등<sup>25)</sup>의 죄책을 짐으로써 절차외적인 방법을 통해서 얼마든지 귀책성의 문제가 조정될 수 있을 것으로 본다.

이때 실질적 피고인인 甲을 심리해 본 결과 유죄가 인정되더라도 원심은 甲이 출석하지 않았음에도 불구하고 실체심리를 하여 판결을 선고함으로써 형사소송법 제276조에 위반하여 원심판결은 판결에 영향을 미친 법률위반이 있기 때문에 원심

23) 신동운, 앞의 책, 465면; 이재상, 앞의 책, 106면; 이은모, 앞의 책, 73면; 김주현, 앞의 논문, 36면.

24) 진정한 피고인 甲이 항소를 하여 판결을 시정하는 문제가 남게 된다는 지적으로는 황현호, 앞의 논문, 538면.

25) 범인이 제3자를 교사하여 자기의 범인은닉행위를 하게 한 경우에 범인은닉·도피죄의 교사범이 될 수 있는가에 대하여는 (i) 이 경우에는 새로운 범인을 창출한 것이므로 자기비호의 한계를 일탈한 것으로서 단순한 범인자신의 도피와는 달리 자기도피를 교사하는 것은 기대가능성이 인정되기 때문에 교사범의 성립을 인정하는 긍정설(적극설)과 (ii) 타인을 교사하여 자기를 은닉하게 하는 것은 자기 비호의 연장에 불과하고 본래 정범이 될 수 없는 자가 교사범이 된다는 것은 옳다고 할 수 없다는 점을 근거로 하여 교사범도 될 수 없다는 부정설(소극설, 다수설)<sup>1)</sup>이 대립하고 있으나, 관례는 ‘범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당한다’고 판시(대법원 2000. 3. 24. 2000도 20; 2002. 11. 8. 2002도5096)하여 긍정설의 입장이다. 이에 대한 판례평석으로는 박종문, 범인이 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인 도피죄를 범하게 하는 행위가 범인도피교사죄에 해당하는지 여부, 대법원판례해설 34호, 법원도서관, 2000. 11. 825-829면 참조.

판결은 일단 파기되어야 한다. 이렇게 되는 경우 제366조에 의하면 공소기각 또는 관할위반의 재판이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결을 파기하는 때에 한하여 사건을 원심법원에 환송하도록 규정하고 있으므로 어쩔 수 없이 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 재판하여甲에게 유죄선고를 할 수 밖에 없게 된다. 이와 같은 결론은 피고인의 심급의 이익을 해치는 결과가 됨은 물론이지만甲이 타인과 공모하여 위장 출석시킨 귀책사유가 있다고 할 것이므로 크게 고려할 사항은 아니다. 다만 검사도 항소를 하였다면 그에게는 심급의 이익을 인정해야 하므로 입법론적으로는 이런 경우에는 파기환송 할 수 있는 법적 근거를 마련하는 것이 바람직하다.<sup>26)</sup>

## 2. 판결확정 후에 판명된 경우

### 가. 판결의 효력이 미치는 자

위장출석의 경우에 판결이 확정된 경우에 누구에게 판결의 효력이 미치는가에 대하여 검사가 소추하고자 하였던 실질적 피고인에게만 판결의 효력이 미치는지, 아니면 형식적 피고인인 위장출석자에게만 미치는지, 그렇지 않다면 둘 다에게 미치는지, 아니면 어느 누구에게도 미치지 않는지 등의 견해를 예상해 볼 수 있다. 현재 우리나라에서 주장되는 학설을 소개해 보면 위장출석자에게 판결의 효력이 미치는가와 관련해서 다수설은 행위를 중시하여 위장출석자에게만 미친다는 견해를 취하고 있다.<sup>27)</sup> 그러나 판결문에도 피고인으로 표시되어 있지 않고 검사도 피고인으로 할 의사도 없었다는 점을 근거로 위장출석자에게 미치지 않고<sup>28)</sup> 오히려 실질적 피고인에게 효력이 미친다는 견해<sup>29)</sup>와 실질적 피고인은 물론 위장출석자에게도 효력

26) 황현호, 앞의 논문, 530면.

27) 이재상, 앞의 책, 106면; 신동운, 앞의 책, 465면; 차용석, 앞의 책, 180면; 신양균, 앞의 책, 417면; 신현주, 앞의 책, 117면; 임동규, 앞의 책, 59면; 김주현, 36면. 독일의 경우 위장출석자에게 판결의 효력이 미친다는 입장은 소수설이다. AK-Loos, Anhang zu §264 Rn. 26. 소수설의 주된 논거는 공판정에서 피고사건에 대한 법원의 심리의무는 실제로 출석한 자를 대상으로 하기 때문에 실제로 출석한 위장출석자만을 유죄판결을 받은 자라고 보아야 한다고 이해한다.

28) 같은 입장으로 황현호, 앞의 논문, 530면; 이동형, 앞의 논문, 129면.

29) 판결의 효력은 위장출석을 교사한 진범인에게만 미친다고 하면서, 교사자는 스스로 공판정출석권

이 미친다는 견해<sup>30)</sup>도 제기되고 있는 상황이다.

그러나 위장출석을 한 경우 법원이 판결을 선고하여 확정된 경우에는 검사가 소추하고자 하였던 실질적 피고인에 대해서 뿐만 아니라 위장출석자에 대해서도 판결의 효력이 미치지 않는다고 보아야 한다.<sup>31)</sup> 법원의 판결이 위장출석자에 대하여 선고된 경우에는 그 판결은 검사가 공소장에 기재한 공소사실 및 피고인과 아무런 관련성을 가지고 있지 않다. 또한 법원도 판결을 선고할 당시 위장출석자가 실제로 피고인이라는 사실을 알지도 못했다. 따라서 이 경우에는 검사의 유효한 공소제기가 없을 뿐만 아니라 위장출석자에 대한 공판심리도 유효한 것이 되지 못한다고 보아야 한다. 한편, 법원의 판결이 실질적 피고인과 관련되는 경우에는 실질적 피고인의 출석이 전제로 되어야 함에도 불구하고, 위장출석의 경우에는 공판정에서의 실질적 피고인과 수소법원 간에 아무런 관련성을 찾아볼 수 없다. 위장출석에서 실질적 피고인은 공판절차의 어느 시점에서든 공판정에 출석하지 않았기 때문이다. 따라서 실질적 피고인에 대한 판결은 당해 소송 내에서 상소의 대상이 된다고 하더라도, 판결의 확정으로 말미암아 소송자체를 종결시키지만 설사 확정된다고 하더라도 기판력이 생기는 것은 아니라고 해야 하며, 그러한 의미에서 무효라고 보아야 한다. 또한 위장출석자에 대한 법원의 확정판결도 무효이므로 위장출석자에 대한 형이 집행되어서는 안된다고 본다.

## 나. 위장출석자에 대한 처리

### (1) 위법한 확정판결을 시정하는 방법

현재 우리나라에서 주장되는 학설을 소개해 보면 위장출석자에게 판결의 효력이 미친다는 것을 전제로 (i) 비상상고의 요건인 ‘유죄의 확정판결이 법령에 위반된 경우(제441조)’에 해당하기 보다는 오히려 사실인정의 하자가 있는 경우라는 점을

을 포기하여 소송행위를 하지 아니하였으므로 구제할 필요가 없다는 입장으로는 심희기, 58면.  
30) 손동권, 앞의 책, 72면.

31) Werner Beulke, Strafprozeßrecht, 2005, Rn. 507; Gerhard Fezer, Strafprozeßrecht, 1995, §17 Rn. 77; KK5-Treier, §230 Rn. 7; KMR-Paulus §230 Rn. 9; KMR-Sax, Einl. X Rn. 13; LR25-Grollwitzer, §230 Rn.11; Karl Peters, Strafprozeß, 1985, S. 522 f; Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 1998, §50 Rn. 29 f.

고려하여 재심절차를 적용하는 재심설<sup>32)</sup>과 (ii) 확정된 범죄사실의 실체판단을 구제하는 것이 아닌 형식적 소송조건 흠결을 간과한 위법을 바로 잡는다는 의미에서 위장출석자는 비상상고에 의하여 구제받을 수 있을 뿐이라고 해석하는 비상상고설<sup>33)</sup>이 주장되고 있는 가운데, 최근에는 (iii) 위장출석자는 사법기관을 기망한 잘못이 있으나 실체진실주의에 비추어 구제가 필요하다는 점을 강조하면서, 비록 자신의 명의로 수행인 명부에 전과사실이 기재되는 일이 없지만, 실행신고서에 법정구속되어 형을 집행당할 우려가 있어 집행의의신청(제488조)으로 구제받을 수 있다는 집행의의설<sup>34)</sup>도 주장되고 있다.

현재 주장되고 있는 재심설과 비상상고설 모두 위장출석자에 대한 구제의 필요성을 인정한다는 점에서는 큰 차이가 없는 것으로 보인다. 다만 실정법 규정과 정확히 일치하지는 않는다는 점에서 유추적용을 통한 구제를 시도하고 있다고 보인다. 여기서 다수설인 재심설은 적어도 제420조 제5호에서 ‘무죄를 인정할 증거’의 개념에 ‘공소기각임을 인정할 증거’를 유추적용하는 것이 제441조의 ‘법령의 위반된 경우’를 ‘사실인정의 하자’가 있는 경우에 유추적용하는 것보다는 덜 무리한 적용이라고 보고 있고, 제도의 취지상으로도 비상상고가 법령해석적용의 통일성 확보에 있는데 반하여 재심이 피고인의 구제에 그 취지가 있다는 점에서 더 적합하다고 평가하고 있는 것이다. 즉 증거의 명백성은 새로운 증거가 유죄의 확정판결을 파기할 고도의 가능성이 있고 무죄 또는 면소를 인정할 명백한 증거임을 요구하는데 위장출석자라는 사실은 유죄의 확정판결을 파기할 명백한 증거가 있는 경우이며 위장출석자에게

32) 김기두, 앞의 책, 59면; 배종대/이상돈/정승환, 앞의 책, 256면; 백형구, 앞의 책, 53면; 이은모, 앞의 책, 74면; 정영석·이형규, 앞의 책, 74면; 신양균, 앞의 책, 272면; 신현주, 앞의 책, 173면; 임동규, 앞의 책, 60면; 정웅석·백승민, 앞의 책, 101면; 김주현, 앞의 논문, 36면. 위장출석자에게는 무죄판결을 내릴 수도 있지만 사실심리를 끝까지 할 필요가 없는 상황에서 소송경제도 도모하는 방편으로 공소기각판결을 하는 것이라고 볼 수 있기 때문에 제420조 제5호에서 “무죄를 인정할 증거”의 개념을 공소기각임을 인정할 증거에 유추적용하는 것은 제441조 법령에 위반된 경우를 사실인정의 하자가 있는 경우에 유추적용하는 것보다 덜 무리한 적용이라고 볼 수 있고, 본래부터 피고인의 구제에 제도적 취지가 있는 재심설이 보다 더 타당하다는 것이다.

33) 이재상, 앞의 책, 106면; 신동운, 앞의 책, 465면; 진계호, 앞의 책, 96면; 손동권, 앞의 책, 73면; 송광섭, 앞의 책, 74면; 이영란, 앞의 책, 154면; 이보령, 성명모용과 위장출석의 법리, 고시계, 2005.5, 177면.

34) 심희기, 앞의 책, 58면. 집행의의신청(제488조)이나 집행의의신청(제489조)으로 구제받을 수 있다는 입장으로는 이동형, 앞의 논문, 129면.

무용한 사실심리를 다하지 않기 위해 소송경제상 공소기각판결을 선고하는 경우라고 볼 수 있어 증거의 명백성이 인정된다는 것이다. 한편 증거의 신규성요건은 위장 출석 사실이 위장출석자에게 무죄를 인정할 새로운 증거이어야 하는데 이러한 사실이 법원에 새로운 사실임에는 분명하나 당사자인 위장출석자에게는 새로운 사실이 아니라는 점이 문제될 수 있다.

여기서의 문제는 증거의 신규성(Neuheit)에 대하여 법원 이외의 당사자에 대하여도 신규일 것을 요하는지 여부이다.<sup>35)</sup> 이에 대하여 문리해석에 적합할 뿐만 아니라, 재심을 인정함은 형평과 금반언(Estoppel)의 원칙에 반한다는 점을 논거로 재심을 청구하는 당사자에게도 새로울 것을 요한다는 필요설(엄격설)<sup>36)</sup>, 재심은 제재가 아니라 무고한 사람을 구제하여 정의를 실현하는 제도라는 점을 논거로 신규성이 법원에 대하여만 존재하면 족하다는 불필요설(완화설)<sup>37)</sup>, 원칙적으로 당사자에 대한 신규성을 요건으로 하지는 않지만 고의 또는 과실에 의하여 제출하지 않은 증거에 대하여는 신규성을 인정할 수 없다는 절충설(중간설)<sup>38)</sup>의 대립이 있다. 대법원은 신규증거는 피고인이 과실 없이 제출할 수 없었거나 알지 못하고 있다가 판결 이후에 새로 발견된 증거를 말한다고 판시<sup>39)</sup>하여 절충설과 같은 입장이다. 최근의 대법원 판례도 증거의 신규성을 누구를 기준으로 판단할 것인지에 대하여 법 조항이 그 범위를 제한하고 있지 않으므로 그 대상을 법원으로 한정할 것은 아니고, 피고인이

35) 최근 증거의 신규성의 유무라고 하는 조문상의 해석론이 아니라 현행형사소송의 구조를 어떻게 이해할 것인가 하는 정책론적 차원으로 논의의 초점이 옮겨져 온다는 시각으로 민영성, 대신법인의 재신청구와 금반언의 원칙, 고시계 2002. 1, 159면.

36) 김기두, 앞의 책, 333면 ; 정영석·이형국, 앞의 책, 512면. 재심의 지나친 축소운영이라는 비판이 있다.

37) 이재상, 앞의 책, 699면; 강구진, 앞의 책, 601면; 배종대·이상돈·정승환, 앞의 책, 799면; 신동운, 앞의 책, 895면; 신양균, 앞의 책, 932면; 차용석, 앞의 책, 1095면; 민영성, "재심사유로서 증거의 신규성과 명백성의 인정 및 판단방법", 법조 제51권 제4호, 법조협회, 2002. 4, 129면; 이기현·김성은, 형사재심제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1996, 55면; 이준걸, 형사소송법상 재심의 특별사유에 관한 연구, 법학연구 제27집, 2007. 8, 385면; 백원기, 재심의 이유로서 증거의 신규성과 명백성에 관하여, 형사판례연구 12권, 박영사, 2004, 479면; Claus Roxin, Strafverfahrensrecht. 25.Aufl., C.H.Beck, 1998, S 362.

38) 백형구, 앞의 책, 876면; 신현주, 앞의 책, 810면; 임동규, 앞의 책, 742면; 진계호, 앞의 책, 781면. 다만, 법원도 진실발견의무가 있음에도 당사자의 귀책사유로 재심을 불허함은 부당하다는 비판이 있다.

39) 대법원 1966. 6. 11, 66도24 결정.

판결확정 전 소송절차에서 제출할 수 있었던 증거까지 거기에 포함된다고 보게 되면, 판결의 확정력이 피고인이 선택한 증거제출시기에 따라 손쉽게 부인될 수 있게 되어 형사재판의 법적 안정성을 해치고, 헌법이 대법원을 최종심으로 규정한 취지에 반하여 제4심으로서의 재심을 허용하는 결과를 초래할 수 있다는 점을 근거로 신규성 판단에 있어 종전의 절충설의 입장을 그대로 유지하고 있다.<sup>40)</sup> 여기서 재심설을 취하는 학자들은 대부분 진실에 기초한 정의실현을 목표로 하는 재심제도의 취지상 불필요설이 타당하다고 하면서 위장출석 사실은 법원에 대하여 새로운 것인 이상 신규성을 요건을 충족한다고 보아 결국 제420조 제5호에 따른 재심을 청구할 수 있다고 결론을 내리면서 법원은 다시 심리하여 위장출석자에게 무죄판결을 선고해야 한다는 것이다.

생각건대 위장출석자는 비록 피고인인 것처럼 행동하여 법정에 출석하였으나 공소장에 기재된 자도 아닐 뿐만 아니라 검사가 공소제기를 하고자 한 자도 아니라는 점에서 보면 위장출석자에게 행해진 피고인신문과 증거조사 등 사실심리는 물론 위장출석자를 법률적으로 판결의 효력을 받는 자로 볼 수 없다고 해야 한다. 따라서 위장출석자에게는 원칙적으로 아무런 구제수단을 인정할 필요가 없다고 본다. 다만 법정 구속되는 등으로 인하여 사실상 실질적 피고인 명의의 판결로 위장출석자가 형을 집행 받을 사실상의 위험이 존재할 수는 있다. 따라서 이러한 경우 재판의 집행을 받는 자가 집행에 관한 처분이 부당함을 이유로 제기할 수 있는 집행이의(異議, 제489조)신청을 유추적용하여 권리구제를 받는 것이 가장 타당하다고 본다. 왜냐하면 집행의의설이 주장되고 있으나 원래 집행의의(疑意, 제488조)는 형의 선고를 받은 자가 재판의 해석에 대한 의의가 있을 때 제기할 수 있는 것이라는 점을 생각해 볼 때 타당하지 않고, 또 집행의의는 원래 재판의 집행에 관한 검사의 처분에 대한 이의신청이지 결코 확정된 유죄판결에 대한 불복신청(구제신청)이 아니므로 곧바로 적용할 수 있는 것은 아니지만 이를 유추적용할 여지는 있다고 생각된다.

## (2) 위장출석자의 형사책임

이에 위장출석자를 별도로 범인은닉죄로 다시 기소되어 처벌받게 되는 것은 별개

40) 대법원 2009.7.16, 2005도472 전원합의체 결정.

의 문제이다. 원래 범인 은닉·도피죄는 벌금이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게 하는 것으로(형법 제151조),<sup>41)</sup> 보호법익은 국가의 형사사법기능, 즉 국가의 수사권·재판권·형집행권의 행사라는 견해가 통설이다.<sup>42)</sup> 여기서 범인 은닉·도피죄의 주체는 제한이 없으므로 공범자 중 1인이 다른 공범자를 도피케 한 경우에도 성립한다. 판례도 형법 제151조 제1항 소정의 범인도피죄에 있어서 공동정범중의 1인이 타 공동정범인을 도피시킴에 대하여 동조 제2항과 같은 불처벌의 특례를 규정한 바 없으므로 공동정범중의 1인이 타 공동정범인 2인을 도피시킴은 범인은닉죄의 죄책을 면치 못하고, 피고인이 공동정범 1인의 도피행위를 용이케 함은 동 방조죄를 구성한다<sup>43)</sup>고 한다.<sup>44)</sup>

그리고 그 행위의 객체로는 '벌금 이상의 형에 해당하는 죄'란 법정형에 벌금형 또는 그 이상의 형(예: 자격정지, 자격상실, 금고, 징역, 사형)이 포함되어 있는 범죄를 말하는데, 형법각칙상의 모든 범죄가 이에 속한다. 또한 본죄의 객체가 진범인임을 요하는가에 대하여는 (i) 진범인이 아닌 자를 은닉하였다고 하여 국가의 정당한 형벌권이 방해된다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 진범인이 아닌 자는 '죄를 범한 자'에 포함한다고 할 수 없으므로 진범인에 한한다고 하는 긍정설<sup>45)</sup>과 (ii) 현실적으로

41) 독일 형법 제258조 처벌방해죄(*Strafvereitelung*)와의 비교법적 고찰로는 정현미, 범인은닉죄의 해석론과 비교법적 접근, 비교형사법연구 제8권 제2호, 2006, 201면 이하 참조.

42) “국가의 정당한 형벌청구권”을 방해하는 것을 본질로 하는 범죄라는 견해도 있으나, 유죄판결이 확정된 자를 은닉·도피시킨 경우에는 본죄의 성립을 부정해야 한다는 문제가 있다.

43) 대법원 1958. 1. 14. 4290형상393. 관련된 글로는 정성근, 범인은닉죄, 고시연구 16권 5호(182호), 1989. 4, 105-118면; 김일수, 범인은닉죄의 해석론과 입법론, 법학논집 31집, 고려대학교 법학연구원, 1995. 12, 271-304면.

44) 그러나 범인 스스로 은닉·도피하는 행위는 여기에 해당하지 않는데, 범인이 스스로 은닉·도피하는 경우는 구성요건해당성이 없다거나(오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 1112면; 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2002, 809면. 배종대, 형법각론(제4판), 홍문사, 2001, 792면; 박상기, 형법각론(전정판), 박영사, 2000, 628면; 이재상, 형법각론(제4판), 박영사, 2002, 727면; 임웅, 형법각론(개정판), 법문사, 2003, 889면; 이정원, 형법각론, 법지사, 1999, 735면; 진계호, 형법각론(전정판), 대왕사, 1991, 1029면.) 또는 적법행위에 대한 기대가능성이 없기 때문에(김일수·서보학, 새로운 형법각론(제6판), 박영사, 2005, 782면; 진계호, 위의 책, 684면.) 책임이 조각되어 벌하지 않는다고 설명되고 있다. 생각건대 형식적으로 보면 범인 은닉·도피죄는 벌금이상의 죄를 범한 자를 전제로 하는 범죄이고 범인이 타인임을 전제로 한 것이라는 점에서 구성요건요소로 보아야 한다. 그리고 한편으로는 형법이 자기도피를 처벌하는 규정을 두지 않은 것은 결국 적법행위에 대한 기대가능성이 없기 때문이라고 보면 접근방법의 차이에 불과하다고 평가된다.

45) 이재상, 앞의 책, 729면; 정성근·박광민, 앞의 책, 812면; 오영근, 앞의 책, 1115면; 서일교, 앞의

대부분 수사소추중인 자의 은닉이 문제가 되고 진범여부는 확정판결이 있기 전까지는 알 수 없는데, 적극설에 의하면 그 전에는 범인은닉죄를 적용할 수 없다는 문제가 있으므로 진범인임을 요하지 않는다는 부정설<sup>46)</sup>, 수사개시이전에는 진범인이어야 하지만 수사단계에서는 진범인이거나 객관적으로 판단하여 진범인이라고 강하게 의심되는 자를 그리고 소추재판·형집행 단계에서는 진범여부를 불문한다는 단계적 구별설<sup>47)</sup>의 대립이 있으나, 판례는 ‘형법 제151조 제1항 소정의 '죄를 범한 자'라 함은 범죄의 혐의를 받아 수사 대상이 되어 있는 자를 포함하므로 구속수사의 대상이 된 소송외인이 그 후 무혐의로 석방되었다 하더라도 위 죄의 성립에 영향이 없다’고 판시하여<sup>48)</sup> 부정설의 입장이라고 할 수 있다. 그러나 진범인이 아닌 자를 은닉한 행위가 국가의 정당한 형벌권행사를 방해하였다고도 할 수 없으므로 진범인으로 한정하는 견해가 타당하다고 본다.

또한 행위로는 은닉 또는 도피하게 하는 것이다. 여기서 '은닉'이라고 함은 일시적이든 계속적임을 불문하고 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하거나 면할 수 있는 장소를 제공하여 범인을 감추어 주는 일체의 행위를 말한다. 판례도 '범인은닉죄라 함은 죄를 범한 자임을 인식하면서 장소를 제공하여 체포를 면하게 하는 것만으로 성립한다 할 것이고, 죄를 범한 자에게 장소를 제공한 후 동인에게 일정 기간 동안 경찰에 출두하지 말라고 권유하는 언동을 하여야만 범인은닉죄가 성립하는 것이 아니며, 또 그 권유에 따르지 않을 경우 강제력을 행사하여야만 한다거나, 죄를 범한 자가 은닉자의 말에 복종하는 관계에 있어야만 범인은닉죄가 성립하는 것은 더욱 아니다'라고 판시하고 있다.<sup>49)</sup>

그리고 '도피'하게 한다는 것은 범인은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 행위를 말하는 것이며,<sup>50)</sup> 그 방법에는 어떠한 제한이 없고 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용

책, 349면; 유기천, 앞의 책, 327면.

46) 김성천·김형준, 앞의 책, 866면; 박상기, 앞의 책, 676면; 배종대, 앞의 책, 793면; 백형구, 앞의 책, 611면; 이정원, 앞의 책, 738면; 진계호, 앞의 책, 685면; 임웅, 앞의 책, 890면.

47) 김일수·서보학, 앞의 책, 887면.

48) 대법원 1960. 2. 24, 4292형상555; 1982. 1. 26, 81도1931.

49) 대법원 2002. 10. 11, 2002도3332.

50) 대법원 1992. 6. 12, 92도736.

을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니한다.<sup>51)</sup>

다만 위계에 의한 공무집행방해죄의 혐의를 적용하는 방안을 검토해 볼 수는 있겠다. 원래 위계에 의한 공무집행 방해죄는 위계에 의하여 공무원의 직무집행을 방해함으로써 성립하는 범죄로서(제137조),<sup>52)</sup> 행위의 주체는 공무집행방해죄와 동일하게 제한이 없다. 그리고 행위의 객체는 직무집행 중에 있는 공무원이외에, 장래에 공무집행의 수행이 예상되는 공무원, 그리고 직접적인 대상은 제3자이지만 그를 통해서 공무원의 직무집행을 방해할 수 있는 경우도 포함한다. 그리고 행위는 위계로 공무집행을 방해하는 것이다. 여기서 위계란 행위자의 목적을 달성하기 위하여 상대방에게 오인·착각부지를 발생케 하여 이를 이용하는 일체의 행위를 말한다. 그 방법으로 기망뿐만 아니라 유혹의 경우를 포함하며<sup>53)</sup>, 반드시 비밀로 할 것도 요하지 않으므로 공연히 하여도 무방하다. 위계의 상대방이 반드시 직무담당 공무원일 필요는 없고, 제3자를 기망하여 공무를 방해하는 경우도 포함된다. 여기서 적극적으로 허위의 증거를 조작하여 제출하거나 사실과 다른 사실을 주장하면서 이에 들어맞는 거짓소명자료를 첨부하여 제출한 결과에 따라 충실히 심리를 하였지만 제출된 증거와 소명자료가 허위 내지 거짓임을 발견하지 못하여 잘못된 결론을 내리게 될 정도에 이르렀다면 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립할 수 있을 것이다.<sup>54)</sup> 그러나 위장출석의 경우 인정신문 단계 등에서 법원이 확인의무를 소홀히 한 것으로부터 비롯된 것이라면 위계에 의한 공무집행방해죄의 혐의를 적용함에는 무리가 있다고 판단된다.

51) 대법원 2000. 11. 24, 2000도4078; 2004. 3. 26, 2003도8226. 벌금 이상의 형에 해당하는 자에 대한 인식은 실제로 벌금 이상의 형에 해당하는 범죄를 범한 자라는 것을 인식함으로써 족하고, 그 법정형이 벌금 이상이라는 것까지 알 필요는 없다고 한다.

52) 공무집행방해의 수단이 폭행·협박이 아니라 “위계”일 뿐이며, 대상에 있어서도 현재 직무를 집행하고 있는 공무원일 것을 요하지 않고 장래의 직무집행을 예상한 경우도 포함된다는 점에서 혐의의 공무집행방해죄와 구별된다. 자세한 글로는 이정원, 위계에 의한 공무집행방해죄의 적용범위, 비교 형사법연구 제5권 제2호, 2003, 355면 이하.

53) 형법은 기망 이외에 유혹의 수단을 포함하는 경우에는 “유인”이라는 용어를 쓰고 있으므로(예: 제287조) “유혹”의 수단을 사용한 경우를 위계에 포함시키는 견해는 부당하다고 보는 입장으로는 임웅, 앞의 책, 861면.

54) 같은 취지로 대법원 1977. 2. 8, 76도3685.

#### 다. 실질적 피고인에 대한 처리

실질적 피고인이 절차보장을 받지 못하여 그 절차진행이 위법하다고 하더라도 적법한 공소제기가 있고 사실심리가 진행된 이상 그 확정판결이 실질적 피고인에게 당연 무효라고 보기 어렵다는 입장을 취하게 되면 실질적 피고인을 구제하기 위해서 이론구성을 할 필요가 생긴다. 여기서 (i) 재판서의 피고인 표시는 甲으로 되어 있으므로 확정판결의 효력을 받는 자는 당연히 甲이라고 보아야 하며, 당사자의 불출석은 제420조 제5호의 재심사유에 해당한다는 재심설<sup>55)</sup>과 (ii) 피고인에 대한 절차보장위반은 소송절차의 법령위반이므로 비상상고에 의해 시정되어야 한다는 비상상고설의 대립이 있을 수 있다.

여기서 재심설은 위장출석의 경우에는 실질적 피고인 甲이 위장출석자 乙을 대신 내세운 것이므로 피고인이 직접 출석하였더라면 무죄를 입증할 수 있었다거나 보다 경한 죄로 처벌받을 수 있었음을 인정할 수 있는 명백한 증거를 피고인이 내놓지 못하는 한 재심이 인용되는 경우는 드물 것이다. 논리적으로만 보면 위장출석자체는 당사자의 절차보장권이 침해된 경우로서 소송절차의 법령위반으로 볼 수 있을 지언정, 범죄사실 자체에 대한 오인으로 보기는 어렵고, 또한 위장출석이라는 문제점을 실질적 피고인이 야기한 점을 생각하면 오히려 비상상고설이 더 설득력을 가질 수는 있을 것이다. 그러나 실질적 피고인에게도 기판력이 미치지 않는다고 보는 개인적 견해를 관철한다면 실질적 피고인에게는 별도의 구제방법을 고려할 필요 없이 실질적 피고인을 다시 소환하여 제1심부터 재판을 진행하면 족하다고 본다.

### IV. 결론

실무상 다양한 이유로 실질적 피고인 대신에 위장 출석하는 경우가 발생하고 있다. 법원에서 인정심문 단계를 포함하여 공판심리 중에 밝혀지는 경우가 있는가 하면, 유죄판결을 받은 자가 판결 확정 후에 이를 밝히고 억울함을 호소하는 경우도

55) 황현호, 앞의 논문, 537면.

있다. 문제는 비록 위장 출석한 잘못은 있지만 공소장에 표시되어 있는 실질적 피고인에게 확정된 형이 위장출석자에게 집행되는 경우에는 기소된 범죄를 저지르지 않은 무고한 자가 처벌되는 것을 방지하는 것이 된다. 결국 이는 회복할 수 없는 권리 침해와 아울러 재판의 신뢰성을 무너뜨리게 된다는 점에서 위장출석 문제를 결코 가볍게 취급할 수 있는 것은 아니며 체계적으로 다루어야 할 필요성이 있다.

인정신문 단계에서 위장출석이 밝혀지면 퇴정 후 실질적 피고인을 출석시켜 재판을 진행하면 된다. 그리고 공판심리 중에 밝혀진 경우에는 특히 사실심리단계에서 밝혀진 경우에도 사실상 배제함으로써 충분하며 판결이 선고되면 상소로 다룰 수 있다고 본다.

문제는 판결 확정 후 위장출석이 밝혀지는 경우인데, 이 경우 기판력은 어느 누구에게도 미치지 않는다고 봄이 옳다고 본다. 다만 이와는 별도로 위장출석인에게는 진범인을 제대로 처벌하지 못하도록 한 부분에 대해서는 범인은닉죄 등으로 대응하는 것이 가장 올바르고 바람직한 방법이며, 기소되어 있는 실질적 피고인의 경우는 다시 소환하여 재판을 진행하면 족하다고 본다.

위장출석이 국민들의 형법상 무지와 한국인들 특유의 정과 인간의 유대관계와 맞물려 별다른 죄책감 없이 이루어지고 있지만, 재판부는 위장출석에 대비한 경고를 인정신문이 이루어질 때 의무적으로 고지하는 것이 바람직하다고 본다.

## 참고문헌

- 김일수 서보학, 새로 쓴 형법각론, 박영사, 2007.
- 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982.
- 김기두, 형사소송법 전정신판, 박영사, 1987.
- 배종대·이상돈·정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008.
- 백형구, 알기쉬운 형사소송법 제4판, 박영사, 2007.
- 손동권, 형사소송법, 세창사, 2010.
- 송광섭, 형사소송법 신정판, 유스티니아누스, 2003.
- 서일교, 형사소송법 제8개정판, 박영사, 1979.
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2010.
- 신양균, 형사소송법, 법문사, 2009.
- 신현주, 형사소송법 신정2판, 박영사, 2002.
- 심희기, 형사소송법의 쟁점 제2판, 삼영사, 2002.
- 이재상, 형사소송법 제2판, 박영사, 2010.
- 이상돈, 사례연습 형사소송법 제2판, 법문사, 2001.
- 이은모, 형사소송법, 박영사, 2010.
- 임동규, 형사소송법 제6판, 법문사, 2009.
- 정영석·이형국, 형사소송법, 법문사, 1994.
- 정영일, 형법총론 개정판, 박영사, 2007.
- 정영일, 형법각론, 박영사, 2006.
- 정웅석·백승민, 형사소송법 전정제1판, 대명출판사, 2007.
- 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000.
- 차용석·최용성, 형사소송법 제3판, 21세기사, 2008.
- 김일수, 범인은닉죄의 해석론과 입법론, 법학논집 31집, 고려대학교 법학연구원, 1995.  
12.
- 김주현, 피고인의 특정에 관한 소고, 군사법논문집; 제5회 법무관 세미나 제5집, 공군본부  
법무감실, 1986. 1

- 김진관, "피고인의 특징에 관한 소고" 검찰 제88호, 대검찰청, 1982.
- 김진태, "피고인의 특징문제", 검찰 제92호, 대검찰청, 1985.
- 민영성, "재심사유로서 증거의 신규성과 명백성의 인정 및 판단방법", 법조 제51권 제4호, 법조협회, 2002 .4. 이기현·김성은, 형사재심제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1996.
- 백원기, 재심의 이유로서 증거의 신규성과 명백성에 관하여, 형사판례연구 12권, 박영사, 2004.
- 이기광, "성명모용의 경우 법원이 취하여야 할 형사소송절차상의 조치", 재판과 판례 제6집, 대구판례연구회, 1997.
- 이동형, "피고인 인정의 기준과 성명모용 및 위장출석", 영남법학, 영남대학교 법학연구소, 2005.
- 이보령, "성명모용과 위장출석의 법리", 고시계, 2000. 5.
- 이정원, 위계에 의한 공무집행방해죄의 적용범위, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003. 이준걸, 형사소송법상 재심의 특별사유에 관한 연구, 법학연구 제27집, 2007.
- 정성근, 범인은닉죄, 고시연구 16권 5호(182호), 1989. 4.
- 정진연·신이철, 형사절차상 위장자수로 판명된 경우 사법기관의 조치, 성균관법학 제20권 제2호, 법학연구소, 2008. 8.
- 정현미, 범인은닉죄의 해석론과 비교법적 접근, 비교형사법연구 제8권 제2호, 2006.
- 황현호, "성명모용과 위장출석의 경우 피고인의 인정기준", 사법논집 25집, 법원행정처, 1994. 12.
- 熊谷弘 外 3人, 「公判法大系 I, III」, 日本評論社, 昭和 53,
- Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 1998.
- Gerhard Fezer, Strafprozeßrecht, 1995,
- Karl Peters, Strafprozeß, 1985,
- Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafverfahrensrecht. 44.Aufl., 1999.
- Werner Beulke, Strafprozeßrecht, 2005.

## Review on Judicial Relationship of Disguised Attendance on Criminal Justice Process

Ji, Young-Hwan\*

Recently, disguised attendance are happened because of several reasons such as fear of punishment, accidental private affairs, changing trial date, judicial administrative problem, etc. Disguised attendance or appearance under disguise is that real person or party of suit don't attend trial and replacement person or party attend the trial.

This gives negative effects on citizen's belief, trust, and conformity to our criminal justice system. And finally, it expand distrust against total justice system. Judges and juries work on the basement of fairness and Clearness. So, in order to recovering people's trust on criminal justice system, disguised attendance have to removed from trial.

If judge or court security officer find out disguised attendance, judge order court security officer to remove replacements from the court. And he continue the trial process. When real attendants are possible to appearing court, judge order them to attend in later date.

The testimony or evidences are abated which were provided by disguised attendants by judge's decision. Purpose on trial is finding out the reality and truth. So, testimony and evidences presented by disguised attendants give harms to justice's fairness and square. If prosecutor think that judicial decision is incorrect, higher court such as high court, supreme court will try it again. Principle of 'three times trial' isfor correcting false judicial decision like these case.

---

\* The Investigative Commission on Pro-Japanese Collaborators' Property, Ph. D. of law and Ph. D. of Politics.

Most of person or party of suit, who are using disguised attendance(appearance), have dishonest purposes such as escaping from punishment, transferring judicial responsibility, immune from monetary penalty. In order to correcting these wrong behavior, justice department must give them strong sanctions and warning previously.

- ❖ Key Words : Appearance under Disguise, crime of harboring, crime of obstructing the performance of official duties, an identity interrogation, retrial,