

2009년 형사 판례 검토*

A Review on the Criminal Cases in 2009

김 현 수**
Kim, Hyeon-Soo

목 차

- I. 시작하는 글
- II. 헌법재판소 결정례
- III. 대법원 전원합의체 판결
- IV. 기타 대법원 중요판결
- V. 나가는 글

국문초록

이 글은 2009년 한 해 동안 헌법재판소와 대법원에서 결정, 선고된 형사법 관련 판결을 선정하여 그 내용을 살피고 검토해 본 것이다. 현재 결정은 위헌 결정을 중심으로 한다. 2009년도에 나온 대법원 형사판례 중에 전원합의체 판결은 5개가 있다. 이러한 판결은 2009년 변화하고 있는 우리 시대의 현상을 밀도 있게 담아내는 것으로 향후 입법의 시사점은 물론 연구의 방향을 설정할 수 있다. 이를 계기로 실질적 법치주의가 확립되기를 기대한다.

주제어 : 헌법재판소, 형사법 판례, 판례 검토, 위헌, 법치주의

논문접수일 : 2009.12.11

심사완료일 : 2010.1.29

제재확정일 : 2010.2.1

* 이 글은 2009. 12. 10. 제주대학교 법학전문대학원에서 개최된 제3회 제주대학교 법학전문대학원·제주지방검찰청 실무연구회에서 발표한 것을 수정·보완한 것이다

** 제주대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

1. 시작하는 글

2008 1. 1.부터 국민참여재판이 시작되고, 형사소송법이 전면 개정되면서 종래의 형사재판에도 다소간의 변화가 생겼다. 아울러 최근 형법 개정 논의까지 이어지는 등 2009년은 형사법의 이론과 실무에 새로운 모습이 감지되는 것을 느낄 수 있던 한 해였다. 검찰은 꾸준하게도 플리 바게닝제, 중요참고인 출석의무제, 영장항고제 등 이른바 새로운 형사사법제도를 도입하겠다고 문제를 제기하였고, 법원이나 변호사단체는 이에 반대 또는 의문을 표시하기도 하였다.¹⁾ 한편 아동 성폭력 사범 등 흉악범죄에 대한 대책으로 정치권에서는 사형 집행의 재개, 집행유예 형의 선고 원천봉쇄, 법정형의 상한 폐지 또는 연장을 추진한다는 발표도 있어 이에 대한 찬반 논의도 무성하였다.²⁾ 대법원 산하 양형위원회는 살인, 강도 등 여러 개의 범죄유형에 관하여 양형기준을 마련하였다. 필자로서는 정치권 일각의 형벌의 극대화 움직임은 형사법적 대처를 통하여 최근의 흉포화된 범죄를 소탕한다는 관념에 바탕을 두고 있으나 그 본뜻은 국민의 '정서'에 부합함으로써 표를 얻고자 하는 인기영합식 해법 제시라고 보인다. 그러나 그 찬반은 뒤로 미루고 어쨌든 2009년 한 해 동안 선고 또는 결정된 판례가 우리 사회의 풍향계에 다름 아니므로 여기에서는 형사법령에 대한, 또는 관련된 헌법재판소와 대법원의 결정과 판결을 중심으로 그 개요와 취지를 정리하고 나름대로의 해석을 피력하기로 한다. 현재 결정은 위헌 결정을 중심으로 한다. 2009. 11. 30.을 기준으로 2009년도에 나온 대법원 형사판례 중에 전원합의체 판결은 5개가 있다.

- 1) 대검은 2009. 1. 선진형사사법제도 개선방안을 발표하였는데, 논지는 형사재판의 합리화, 효율화, 부정부패척결, 실제적 진실규명, 심급제도의 취지를 살리고 아울러 위법·부당한 영장재판을 시정한다는 것인 바, 법원은 대검의 방안은 사실상 자백을 강요하고, 검찰 권력의 비대화와 인권침해 가능성, 참고인 진술강요 등을 초래하며, 검찰이 제기한 문제는 제1회 공판기일 전 등인신문으로 충분하거나, 구속적부심사와 중복되며, 영장재청구로 충분하다고 견해를 밝히고 있다. 법률신문 2009. 6. 25. 1면
- 2) 전국의 형사법 교수 132명은 사형 집행을 반대하는 성명서를 발표하였는데, 여기서는 일각의 사형 집행 논의 움직임은 최근 발생한 흉악범죄에 대한 대응방안으로 나온 여론 물이식 문제 제기라고 비판하면서 국민의 법감정에 호소하고 심지어 과거의 좌파 정부가 사형을 집행하지 않아 사회 기강 확립에 문제가 있다는 취지의 사형 집행 필요성 제기는 문제가 많다고 지적하고 사형 제도의 문제는 우리 사회의 인권과 정의 실현 정도의 척도인데, 사형 집행 재개는 사형 폐지라는 시대적, 세계적 흐름에 역행하는 처사로 인권 후진국으로의 전락이라는 의미가 있다고 주장하였다. 대한변협신문 2009. 3. 23.자 2면. 법학 교수들이 공동으로 사형제 관련 성명을 낸 것은 이번이 처음이라고 한다.

II. 헌법재판소 결정례

1. 교통사고처리특례법 제4조 제1항 일부위헌 결정

가. 결정의 요지와 이유

헌법재판소는 2009. 2. 26. “교통사고처리특례법(2003. 5. 29. 법률 제6891호로 개정된 것) 제4조 제1항 본문 중 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 말미암아 피해자로 하여금 중상해에 이르게 한 경우(신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 한 경우)에 공소를 제기할 수 없도록 규정한 부분은 헌법에 위반된다”고 선고하였다(2005헌마764).³⁾ 현재는 그 이유로 “교통사고 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 된 경우, 즉 중상해를 입은 경우(형법 제258조 제1항 및 제2항 참조), 사고발생 경위, 피해자의 특이성(노약자 등)과 사고발생에 관련된 피해자의 과실 유무 및 정도 등을 살펴 가해자에 대하여 정식 기소 이외에도 약식기소 또는 기소유예 등 다양한 처분이 가능하고 정식 기소된 경우에는 피해자의 재판절차진술권을 행사할 수 있게 하여야 함에도, 이 사건 법률조항에서 가해차량이 종합보험 등에 가입하였다는 이유로 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서조항(이하, ‘단서조항’이라고 한다)에 해당하지 않는 한 무조건 면책되도록 한 것은 기본권침해의 최소성에 위반되고, 한편 우리나라 교통사고율이 OECD 회원국에 비하여 매우 높고, 교통사고를 야기한 차량이 종합보험 등에 가입되어 있다는 이유만으로 그 차량의 운전자에 대하여 공소제기를 하지 못하도록 한 입법례는 선진 각국의 사례에서 찾아보기 힘들며, 가해자는 자칫 사소한 교통법규위반을 대수롭지 않게 생각하여 운전자로서 요구되는 안전 운전에 대한 주의의무를 해태하기 쉽고, 교통사고를 내고 피해자가 중상해를 입은 경우에도 보험금 지급 등 사고처리는 보험사에 맡기고 피해자의 실질적 피해회복에 성실히 임하지 않는 풍조가 있는 점 등에 비추어 보면 이 사건 법률조항에 의하여 중상해를 입은 피해자의 재판절차진술권의 행사가 근본적으로 봉쇄된 것은 교통사고의 신속한 처리 또는 전과자의 양산 방지라는 공익을 위하여 위 피해자의 사익이 현저히 경

3) 이 사건은 교통사고를 당하여 뇌손상으로 인한 안면마비가 있거나 외상성 스트레스 증후군 등 심각한 교통사고 후유증을 앓고 있는 피해자들이 검사의 가해운전자에 대한 공소권없음 결정에 불복하려 교통법 규정이 국가의 기본권 보호 의무에 관한 과소보호금지 원칙에 위배되고, 청구인들의 평등권 및 재판절차진술권을 침해하였다고 주장한 사안이다.

시된 것이므로 법익의 균형성을 위반하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지 원칙에 위반하여 업무상 과실 또는 중대한 과실에 의한 교통사고로 중상해를 입은 피해자의 재판절차진술권을 침해한 것”이라고 한다.

나. 검토

현재는 또한 교통사고 피해자가 중상해가 아닌 상해를 입은 경우에는 위와 달리 대부분 가해 운전자의 주의의무태만에 대한 비난가능성이 높지 아니하고, 경미한 교통사고 피의자에 대하여는 비형벌화하려는 세계적인 추세 등에 비추어도 그 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 이익의 균형성을 갖추었으므로 과잉금지의 원칙에 반하지 않는다고 하였다. 현재는 중상해인 경우 비록 생명에 대한 직접적 침해는 아니지만 결과의 중대성이 그에 못지않고, 법익균형성의 관점에서 피해자의 권리를 보호할 현실적 필요성의 관점에서 접근하여 결론을 내린 것으로 보인다. 사실 교통사고로 인한 사망사건은 합의 또는 종합보험 가입 여부와 무관하게 공소를 제기하면서 오히려 사망의 결과보다 더 중대할 수 있는 정신적, 신체적 고통을 초래하는 소위 식물인간으로 된 피해자에 대하여 그간 민사 배상만 인정하고 형사책임을 면제해준 점에 대하여는 입법론적으로 검토의 여지가 있었다. 이 점에서 현재 결정은 향후 수사기관의 업무처리의 방향을 제시하고 유사한 입법의 기준을 제공한 점에서 정당하다고 평가된다. 다만, 현재가 중상해의 기준을 형법 제258조의 중상해로 한정하는 것으로 보이지만, 교통사고 범죄가 과실범이고, 가해자로서는 그 과실의 태양과 정도와 무관하게 피해자가 입은 상해를 전적으로 책임져야 한다는 점에서 중상해라는 우연의 결과에 형사책임이 결부되는 것은 법이론적으로 모순되는 점을 부인할 수는 없다.⁴⁾

2. 판결선고 전 구금일수의 통산을 규정한 형법 제57조 제1항 일부 위헌결정

가. 결정의 요지와 이유

4) 다만, 현재가 이 사건에 관하여 헌법재판소법 제47조 제2항 단서(형벌 관련 조항의 소급효) 규정에도 불구하고 소급효를 인정하지 아니한다고 결정함으로써, 대검은 위헌결정이 선고된 2009. 2. 26. 14:36 이후에 발생한 교통사고로서 중상해에 해당되는 경우에만 공소제기를 하기로 하였다. 대검은 또 중상해에 관하여 ① 인간의 생명 유지에 불가결한 뇌 또는 주요 장기에 대한 중대한 손상, ② 사지 절단 등 신체 중요부분의 상실·중대변형 또는 시각·청각·언어·생식 기능 등 중요한 신체 기능의 영구적 상실, ③ 사고 후유증으로 인한 중증의 정신장애, 허반신 마비 등 완치 가능성이 없거나 회복한 중대 질병을 초래한 경우를 일용 '중상해'에 해당하는 것으로 보기로 하고 이에 따른 지침을 일선 검찰에 시달하였다.

헌법재판소 전원재판부는 2009. 6. 25. 판결선고 전 구금일수의 통산을 규정한 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분이 헌법상 무죄추정원칙 및 적법절차원칙을 위배하여 합리성과 정당성 없이 신체의 자유를 지나치게 제한함으로써 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다(2007헌바25). 이 사건은 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률위반죄로 징역 5년을 선고받았으나 항소·상고가 모두 기각되어 유죄판결이 확정된 청구인이 형법 제57조 제1항을 적용하여 항소심 법원이 항소심의 미결구금일수 58일 중 28일만을 본형에 산입하고, 대법원이 상고심의 미결구금일수 105일 중 100일만을 본형에 산입하자 헌법소원심판을 청구한 사건인데, 현재는 “미결구금은 헌법상 무죄추정의 원칙에 반하여 신체의 자유라는 중요한 기본권을 제한하는 것이므로, 수사의 필요상 또는 재판절차의 진행상 불가피하게 피고인을 구금하더라도 헌법 제12조의 적법절차의 원칙에 따라 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐만 아니라 과잉금지원칙에 반하지 아니하는 정당한 한도 내로 제한되어야 하므로— 유죄판결을 받은 경우에는 미결구금기간을 본형에 산입하는 것이 형평에 맞고 피고인들 사이에서도 공평을 도모할 수 있다. 그런데 형법 제57조 제1항은, 대다수의 입법체가 미결구금기간의 ‘전부’를 형기에 산입하는 것과는 달리, 미결구금기간의 “전부 또는 일부를 …… 산입한다”라고 규정함으로써, 해당 법관으로 하여금 미결구금일수를 형기에 산입하되, 그 산입범위는 재량에 의하여 결정하도록 하고 있다. 이처럼 미결구금일수 산입범위의 결정을 법관의 자유재량에 맡기는 이유는, 피고인이 고의로 부당하게 재판을 지연시키는 것을 막아 형사재판의 효율성을 높이고, 피고인의 남상소를 방지하여 상소심 법원의 업무부담을 줄이는데 있다고 한다. 그러나 미결구금을 허용하는 것 자체가 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사의 원칙에 대한 예외인데, 형법 제57조 제1항 부분은 그 미결구금일수 중 일부만을 본형에 산입할 수 있도록 규정하여 그 예외에 대하여 사실상 다시 특례를 설정함으로써, 기본권 중에서도 가장 본질적인 신체의 자유에 대한 침해를 가중하고 있다. 더욱이 형법 제57조 제1항 부분이 상소제기 후 미결구금일수의 일부가 산입되지 않을 수 있도록 하여 피고인의 상소의사를 위축시킴으로써 남상소를 방지하려 하는 것은, 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 없고, 남상소를 방지한다는 명목으로 오히려 구속 피고인의 재판 청구권이나 상소권의 적정한 행사를 저해하게 되는 것이다. 또 구속 피고인이 고의로 재판을 지연하거나 부당한 소송행위를 하였다고 하더라도 이를 이유로 미결구금기간 중 일부를 형기에 산입하지 않는 것은 처벌되지 않는 소송상의 태도에 대하여 형벌적 요소를 도입하여 제재를 가하는 것으로서 적법절차의 원칙 및 무죄추정의 원칙에 반한다”고 한다.⁵⁾

나. 검토

형법 제57조 제1항(판결선고 전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다)에 관하여 그간 일부 실무가나 학자 등을 중심으로 미결구금이 형의 사전집행은 아니므로 이는 헌법상의 무죄추정의 원칙에 반하고, 더욱 피고인이 합목적적 필요에 의하여 구금된 이상 그 구금기간은 적어도 본형의 기간에 산입됨으로써 보상되어야 한다는 이론적 요청에 의하여도 위헌의 소지가 있다는 주장이 제기되어왔다. 물론 미결구금일수의 본형산입의 문제는 기본적으로 입법자의 광범위한 입법형성의 자유가 인정되는 영역이고 산입범위의 결정을 법관의 자유재량에 맡기는 것은 피고인이 고의로 부당하게 재판을 지연시키는 것을 막아 형사재판의 효율성을 높이고, 피고인의 남상소를 방지하여 상소심 법원의 업무부담을 줄이는데 있다는 현실적 필요성을 들어 반대하는 견해도 우세하였다. 대법원은 과거 전부나 일부 산입은 전적으로 법원의 자유재량에 속한다고 보고 있었고,⁶⁾ 다만 '재정통산의 대상이 되는 미결구금일수가 있을 때에는 반드시 그 전부 또는 일부를 본형에 산입하여야 한다고만 하고 있었다.⁷⁾ 그러나 이번 현재 결정은 남상소의 방지라는 형사정책적 필요성 보다는 구속 피고인의 재판청구권이나 상소권의 적정한 행사의 보장을 우선하는 당연한 결정이라 하겠다. 불구속 수사와 재판의 원칙은 아무리 강조하여도 지나치지 않고, 이른 바 위장 구속은 허용되지 않는 논리와 궤를 같이 하기 때문이다. 아무튼 재정통산에서 법정통산으로 변경되었으므로 판결로 주문에 그 선고를 할 것인가 아니면 형 집행기관이 하면 되는가에 관한 논의도⁸⁾ 있으나 기본적으로 형 집행의 문제로 본다.

3. 사행행위 등 규제 및 처벌특례법 제31조(양벌규정) 등 위헌결정

가. 결정의 요지와 이유

헌법재판소는 2009. 7. 30. '사행행위 등 규제 및 처벌특례법' 제31조 중 "법인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제30조 제2항 제1호의 위반행위

- 5) 이에 대하여 재판관 이동흡은 위 조항은 심리지연 등에 대한 피고인의 귀책사유, 피고인의 범행 후의 태도 등을 참작하여 법관의 재량으로 미결구금일수의 본형에의 산입정도를 정할 수 있도록 한 것으로서, 공평의 관점에서 합리성과 정당성이 인정되므로 헌법상 무죄추정원칙이나 적법절차원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다는 반대의견을 밝혔다.
- 6) 대판 1987. 6. 9. 선고 87도691 판결 외.
- 7) 대판 2006. 2. 10. 선고 2005도6246 판결.
- 8) 법률신문 2009. 8. 6.자 3면.

를 한 때에는 그 법인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다”는 부분은 책임주의 원칙에 반하므로 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다(2008헌가14).⁹⁾ 이 사건은 케이블 텔레비전 방송국인 주식회사 와이티엔(YTN)이 그 사용인인 000가 관할 지방경찰청장의 허가를 받지 아니하고, 시청자 퀴즈를 운영하면서 유료 국번으로 전화를 걸어 정답을 맞으면 추첨을 통해 상품을 준다는 내용의 자막광고를 송출하여 이를 본 시청자들로 하여금 소정의 정보이용료를 지불하면서 전화를 걸도록 한 후 당첨된 응모자에게 경품을 제공하는 방법으로 재물을 취득함으로써 사행행위(현상업) 영업을 하였다는 범죄사실로 기소되자 법원이 위헌제청신청을 한 사건으로 현재는 “형벌은 범죄에 대한 제재로서 그 본질은 법질서에 의해 부정적으로 평가된 행위에 대한 비난이다. 만약 법질서가 부정적으로 평가한 결과가 발생하였다고 하더라도 그러한 결과의 발생이 어느 누구의 잘못에 의한 것도 아니라면, 부정적인 결과가 발생하였다는 이유만으로 누군가에게 형벌을 가할 수는 없다. 이와 같이 ‘책임 없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다’는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에, 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리이다. 오늘날 법인의 사회적 활동이 증가함에 따라 법인에 의한 반사회적 범익침해 또한 증가하고 있고, 이에 대처하기 위하여는 법인에게 직접 제재를 가할 필요가 있다. 그러나 형벌은 국가가 가지고 있는 가장 강력한 제재수단이므로 입법자가 일단 법인에 대한 제재수단으로 ‘형벌’을 선택한 이상, 그 적용에 있어서는 형벌에 관한 헌법상 원칙, 즉 법치주의와 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의 원칙이 준수되어야 한다면서 법인이 종업원등의 위반행위와 관련하여 선임·감독상의 주의의무를 다하여 아무런 잘못이 없는 경우까지도 법인에게 형벌을 부과될 수밖에 없게 되는 것은 책임주의 원칙에 반하여 헌법에 위반된다.”고 그 결정 이유를 밝히고 있다. 현재는 또한 같은 날 청소년보호법 제54조 중 “개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 개인의 업무에 관하여 제51조 제8호의 위반행위를 한 때에는 그 개인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다”는 부분도 책임주의 원칙에 반하므로 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다(2008헌가10).¹⁰⁾ 이 사건은 일반

9) 이에 대하여는 같은 법 제31조의 종업원등 중 법인의 행위와 동일시할 수 있는 자의 행위와 관련된 부분은 헌법에 위반되지 아니하고, 그 이외의 자와 관련된 부분은 헌법에 위반된다는 별개 위헌의견(재판관 이공현)과, 이 사건 법률조항은 ‘법인의 종업원에 대한 선임감독상의 과실 기타 귀책사유’가 있는 경우에만 처벌하는 것으로 해석할 수 있으므로 이러한 해석을 전제로 할 때 헌법에 위반되지 않는다는 재판관 2인(재판관 조대현, 재판관 이동흡)의 반대의견이 있다.

10) 이에 대하여도 역시 이 사건 법률조항은 책임과 형벌 간 비례원칙에도 반하여 헌법에 위반된다는 별개의견(재판관 이공현)과 이 사건 법률조항은 ‘영업주의 종업원에 대한 선임감독상

음식점을 운영하는 피고인이 그 종업원인 000가 피고인의 업무에 관하여 손님으로 찾아온 청소년(당시 18세)에게 청소년 유해약물인 소주 3병을 9,000원에 판매하였다는 범죄사실로 기소되자 법원이 위헌제청신청을 한 사건으로 현재는 앞서와 같은 이유로 위헌 결정을 내렸다.

나. 검토

법인의 범죄능력은 부정하는 것이 다수설인 바, 그럼에도 법인의 형사책임은 긍정하는 것이 일반적이었다. 이는 행정법규 등에 규정되어 있는 양벌규정을 설명할 필요성에 기한 것으로, 양벌규정의 근거를 제시하는 학설 대립(무과실책임설, 부작위감독책임설, 과실추정설)은 결국 법 해석론이 아니라 입법론의 문제였다.¹¹⁾ 그러나 형사정책적·기능적 판단으로 형법의 책임주의 원칙을 배제하는 것은 논리적으로 타당하지 않다. 이미 현재는 위 위헌 결정 이전에도 2007. 11. 29. 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 제6조 위헌제청 사건에서 종업원 등의 무면허 의료행위에 대하여 개인 영업주를 곧바로 처벌하도록 규정한 양벌규정에 대하여 책임주의에 반한다는 이유로 처음으로 위헌 결정(2005헌가10 결정)한 바 있는데, 이번 결정도 같은 취지의 것으로 보인다. 현재 약 390여개의 양벌규정이 개별행정법규에 규정되어 있고, 위 2005헌가10 결정 이후 약 70여개의 양벌규정에 대하여 영업주가 종업원등의 위반행위를 방지하기 위하여 관리·감독의무를 영업주의 형사책임을 면제하는 규정을 두는 것으로 개정된 바 있다. 이에 대하여는 앞으로 죄형법정주의라는 형법의 대원칙에 근거하여 국회가 서둘러 입법을 완료해야 할 것으로 보인다.

4. 집시법 제10조 야간 옥외집회 금지 규정 헌법불합치 결정

가. 결정의 요지와 이유

헌법재판소는 2009. 9. 24. 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회를 금지하고, 일정한 경우 관할경찰관서장이 허용할 수 있도록 한 집회 및 시위에 관한 법률(이하 '집시법') 제10조 중 '옥외집회'부분과 이에 위반한 경우 처벌하도록 한 집시법 제23조 제1호 중 '제10조 본문의 옥외집회'부분은 헌법에 합치되지 아니하나 다만, 위 조항들은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다는 결정을 선고하였

의 과실'이 있는 경우에만 처벌하는 것으로 해석할 수 있으므로 이러한 해석을 전제로 할 때 헌법에 위반되지 않는다는 재판관 2인(재판관 조대현, 재판관 이동흡)의 반대이견이 있다.

11) 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2007, 71면.

다(2008헌가25).¹²⁾ 비록 위헌의견이 다수였지만, 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수(6인)에 이르지 못하여 주문은 헌법불합치 결정이 선고되었다. 이 사건은 2008. 5. 9. 19:35경부터 21:47경까지 야간에 옥외에서 미국산 쇠고기 수입반대 촛불집회를 주최하였다는 등의 이유로 집시법위반 등 혐의로 기소된 피고인이 집시법 제10조, 제23조 제1호가 헌법상 금지되는 집회의 사전허가제를 규정한 것으로서 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌법률심판 제청신청을 하였던 것인데, 현재는 집시법 제10조는 야간 옥외집회에 관한 일반적 금지를 규정한 본문과 관할 경찰서장의 사전적 심사에 의한 예외적 허용을 규정한 단서를 포함하여 그 전체로서 야간옥외집회에 대한 '허가'를 규정한 것이므로 헌법 제21조 제2항에 정면으로 위반되는 것이고, 이는 외국의 입법례에 의하더라도 문제가 있다고 보았다.

나. 검토

야간 옥외집회는 그간 폭력적 돌발 상황에 대한 대응이라는 질서유지 측면에서 개인적 의사표현의 자유와의 충돌이 예정된 대표적인 경우이므로 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정되는지 여부가 쟁점이 되었다. 현재는 주간동안 직업 활동이나 학업 활동을 해야 하는 직장인이나 학생 등의 집회 주최 및 참가라는 헌법상의 집회의 자유의 실질적 보장, 야간시간대가 지나치게 광범위한 점, 침해최소성의 원칙의 관점에서 공익보다 집회의 자유를 더 우선시하는 결정으로 보인다. 다만, 현재로서도 '해가 뜨기 전이나 해가 진 후' 중 어떠한 시간대에 옥외집회를 금지하는 것이 입법목적의 달성하면서도 집회의 자유를 필요최소한 범위에서 제한하는 것인지에 관하여는 이를

12) 재판관 5인은 위헌의견을(위 집시법 제10조 부분은 헌법 제21조 제2항이 금지하는 집회의 사전허가제에 해당하여 헌법에 위반되고, 그에 따라 위 집시법 제23조 제1호 부분도 헌법에 위반된다), 재판관 2인은 헌법불합치 의견을(위 집시법 제10조 부분은 헌법이 금지하는 사전허가제에 해당하는 것은 아니나, 목적달성을 위하여 필요한 범위를 넘어 과도하게 야간옥외집회를 제한함으로써 과잉금지원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 합치되지 아니하고, 위 조항을 구성요건으로 하는 같은 법률 제23조 제1호 중 '제10조 본문의 옥외집회'부분 역시 마찬가지로 헌법에 합치되지 아니한다는 것이다), 재판관 2인은 합헌 의견을(집회에 대하여 일반적인 허가제가 아니라 합리적인 범위 내에서 사전억제적인 제한을 할 수 있으며, 그러한 사전제한은 내용중립적인 집회의 시간, 장소 및 방법에 관하여 구체적이고 명확한 기준하에서 가능하고, 이러한 제한은 헌법 제21조 제2항의 금지된 허가에 해당하지 않는다. 집시법 제10조는 집회 및 시위의 보장과 공공의 안녕질서유지의 조화라는 정당한 입법목적 하에 규정된 것으로서, 야간의 옥외집회는 '야간'의 특수성과 '옥외집회'라는 속성상 공공의 안녕질서를 침해할 수 있는 높은 개연성을 지니고 있으므로 이를 원칙적으로 금지한 집시법 제10조는 입법목적 달성에 기여할 수 있는 적합한 수단이다) 밝혔다.

입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하다고 하면서 입법자가 2010. 6. 30. 이전에 개선 입법을 할 때까지 계속 적용되어 그 효력을 유지하도록 하고, 만일 위 일자까지 개선 입법이 이루어지지 않는 경우 위 법률조항들은 2010. 7. 1.부터 그 효력을 상실하도록 한다고 밝히고 있어 향후 정치권에서 옥외집회가 허용되는 '야간'의 시간대를 두고 논란이 벌어질 것으로 보이며 이 부분에 관한 입법부의 의사결정이 주목된다.¹³⁾

5. 형법 제304조 혼인빙자간음죄 위헌 결정

헌법재판소는 2009. 11. 26. 형법 제304조의 혼인빙자간음죄는 위헌이라고 결정하였다 (2008헌마58). 현재는 이 조항은 남성의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 과도하게 제한하고, 여성의 입장에서도 혼전성관계를 스스로 결정한 여자가 나중에 착오라고 주장하는 것은 자신의 성적 자기결정권을 부인하는 것으로 남성이 폭행·협박 등이 아닌 방법으로 여성을 유혹하는 성적행위에 국가가 개입하는 것은 정당성도 없다고 하였다.¹⁴⁾ 그간 형법 개정을 통하여 폐지하자는 주장이 우세하였는데, 언젠가는 폐지될 것이라는 예상대로 마침 현재가 위헌결정을 한 것은 늦었지만 환영할 만 하다. 실무에서도 혼빙간 단독으로 고소되는 경우가 드물고 이 죄명으로 기소하는 경우는 극소수였다. 향후 간통죄도 같은 운명일 것으로 보인다. 비범죄화 이론까지 연결하지 않더라도 이제 국가가 개인의 사생활에 개입하는 것은 억지되어야 한다.

13) 실제로 서울중앙지법 형사단독 재판부는 헌법불합치결정을 위헌결정으로 해석하여 관련 사건에 대하여 무죄판결을 선고하였고, 이에 서울중앙지검은 2009. 9. 28. 보도자료를 통하여 "이 사건 헌법불합치 결정은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 동 조항이 계속 적용된다는 것임에도 금일 서울중앙지법에서는 야간옥외집회 사건에 대하여 야간 옥외집회를 금지한 현행 법규가 위헌·무효임이 확인되어 처벌할 법규가 존재하지 않는다 등의 이유로 무죄를 선고한 것은 헌법재판소의 결정에 정면으로 배치될 뿐만 아니라 법리적으로도 오류임이 명백하므로 검찰은 이에 불복하여 상급법원의 판단을 구할 것이고, 아울러 헌법재판소의 결정이 내려진 이상 법원은 다른 야간옥외집회 사건에 대하여도 이 결정에 따라 통상적인 절차대로 재판을 계속 진행하여야 할 것이며, 검찰은 법원에 신속한 재판진행을 촉구할 예정"이라고 하였다. 향후 다툼이 예상되는 부분이 아닐 수 없다.

14) 이에 대하여 재판관 3인은 혼인을 빙자하여 부녀를 간음하는 행위는 자신만의 영역을 벗어나 다른 인격체의 법익을 침해하는 행위로서 자기결정권의 내재적 한계를 벗어나는 것이기 때문에 그 남자의 성적자기결정권을 침해한다고 볼 수 없고, 남성이 혼인할 의사가 없으면서 혼인하겠다고 속이는 행위까지 헌법 제17조에 의하여 보호되는 사생활에 속한다고 볼 수는 없으므로, 남자의 거짓 언행으로 인하여 여성이 피해를 입고 고소한 경우에는 그에 대하여 수사하고 처벌하는 것은 사회의 질서유지를 위하여 필요하고, 남자가 혼인빙자 행위라는 부정한 수단을 사용한 이상, 상대방 부녀가 거짓을 알아차리지 못한 과실이 있다고 하여 혼인빙자 간음행위의 가벌성을 부정할 수 없다는 이유로 합헌의견을 밝혔다.

6. 기타 헌법재판소 주요 결정례

가. 현재는 2009. 10. 29. 선고 2007헌마992 결정을 통하여 변호인과의 면접·교섭권의 한계와 기준을 제시하고 있다. 현재는 법정 옆 구속피고인 대기실에서 재판을 대기 하던 청구인(피고인)이 자신에 대한 재판 시작 전 약 20분전에 교도관에게 변호인과의 면담을 요구하였으나 교도관이 그 요구를 받아들이지 아니한 사건에서 “헌법 제12조 제4항 본문의 변호인의 조력을 받을 권리는 ‘변호인의 충분한 조력’을 받을 권리를 의미하는 것인 바, 충분한 조력을 받게 하기 위하여는 무엇보다도 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통을 그 내용으로 하는데, 피고인의 방어권 행사를 준비하기 위한 변호인과의 면접·교섭권은 최대한 보장되어야 할 권리이지만 국가형벌권의 적정한 행사라는 별도의 형사소송절차의 목적을 구현하기 위하여 제한될 수 있다. 다만 이 경우에도 그 제한은 엄격한 비례의 원칙에 따라야 하고, 시간·장소·방법 등 일반적 기준에 따라 중립적이어야 하는 바, 출정피고인에게도 계호의 필요성과 접견의 비밀성을 위하여 비례의 원칙에 따라 일반적 기준 아래에서 그 절차, 시간, 장소, 방식 등이 제한될 수 있다. 위 사례에서 당시 대기실에는 청구인을 포함하여 14인이 대기 중이었고, 그 중 11인은 살인미수, 강간치상 등 이른바 강력범들이었으며 반면 대기실에서 근무하는 교도관은 2명뿐이었고, 위 대기실에는 다른 피고인들로부터 접견의 비밀이 보장될 공간이 없었으며 청구인은 변호인과의 면접에 관하여 사전에 서면은 물론 구두로도 신청한 바 없어, 교도관들이 이에 대한 준비를 하지 아니하였을 뿐 아니라, 청구인이 만나고자 하는 변호인이 법정에 있는지조차 알 수 없는 상황이었으므로 이 상황에서 교도관이 청구인과 변호인 간의 면담을 위하여 접견비밀을 보장하여 주리라고 기대하는 것은 현실적으로 어려울 뿐 아니라 오히려 그러한 행위가 다른 피고인들의 계호 등 교도행정업무에 치명적 위협이 될 가능성도 배제할 수 없으므로 청구인의 이 사건 면담 요구는 구속피고인의 변호인과의 면접·교섭권으로서 현실적으로 보장할 수 있는 한계 범위 밖이라고 아니할 수 없다. 따라서 청구인의 변호인 면담 요구를 받아들이지 아니한 교도관의 이 사건 접견불허행위는 청구인의 기본권을 침해하는 위헌적인 공권력의 행사라고 보기 어렵다”고 하였다.¹⁵⁾

15) 이에 대하여 재판관 조대현, 김종대는 “구금된 피의자·피고인이 수사를 받거나 재판을 받을 경우에는 변호인의 조력을 받을 필요성이 특히 현저하다고 할 수 있다. 이처럼 구금된 피의자·피고인에게 변호활동이 필요한 이상 변호인의 조력을 받을 필요성이 특히 현저하므로 그 권리는 보장되어야 하고, 피구금자에 대한 계호활동이 곤란하다거나 수사나 재판에 지장을 준다는 이유로 변호인의 조력을 받을 권리를 제한할 수 없다. 계호근무준칙 제 275조의 규정은 구금된 피의자·피고인이 변호인의 조력을 받을 기본권을 계호활동이나 수

나. 현재는 또한 조세포탈범을 가중처벌 하는 경우 포탈세액의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금형을 필요적으로 병과 하도록 규정한 '특정범죄가중처벌 등에 관한 법률' 제8조 제2항에 대하여 재판관 전원일치의 의견으로 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였고 (2009. 3. 26. 선고 2008헌바52),¹⁶⁾ 범행의 시기는 불문하고 선고유예기간 중 자격정지 이상의 형에 처한 판결이 확정되면 선고유예가 실효되는 것으로 규정하고 있는 형법 제61조 제1항에 대하여 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다 (2009. 3. 26. 선고 2007헌가19).¹⁷⁾ 그밖에 재정신청기간에 관한 형사소송법 부칙 제5조 제3항 중 "이 법 시행 전에 대검찰청에 재항고가 계속 중인 사건의 경우에는 재항고기각결정을 통지받은 날부터 10일 이내" 부분은 재정신청기간을 10일로 제한하는 것¹⁸⁾은

사절차 또는 재판절차의 편의를 위하여 제한할 수 있게 하는 것이어서 헌법 제12조 제4항에 위반된다"는 취지의 위헌 의견을 냈다.

- 16) 현재는 거액의 조세포탈자가 부정하게 취한 이득을 박탈함으로써 국민의 납세윤리를 확립하여 건전한 사회질서의 유지와 국민경제의 발전에 기여하고자 하는 입법목적, 작량감경에 의한 벌금형의 감액 및 선고유예가 가능한 점 등을 고려할 때, 과잉처벌로 볼 수 없고, 벌금형에 대한 노역장 유치는 형벌 집행방법의 변경에 불과하여 이중처벌금지 원칙에 반하지 않으며, 특가법의 입법배경 및 국민 법감정, 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등을 종합하여 볼 때, 평등원칙에도 위배되지 않는다는 점을 합헌의 근거로 하였다.
- 17) 형법상 선고유예의 실효는 형의 선고를 유예하면서 실효사유에 해당하는 경우 유예된 형이 선고된다는 심리적 강제를 가하여 재범을 방지할 뿐만 아니라, 선고유예 이전에 자격정지 이상의 형에 처할 범죄를 범하고 판결이 확정된 경우 선고유예를 할 수 없는데도(형법 제59조 제1항 단서), 유예기간 중에 확정된 자는 선고유예가 실효되지 않는 데에 따른 불균형을 방지하기 위하여, 가능한 한 범행의 발각이나 판결확정의 우연적인 선후에 의하여 '자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자'와 같은 전과에 관한 소극적 요건의 적용이 좌우되지 않도록 함으로써, 범죄자에 대한 적절한 형벌권의 행사를 도모하려는 데에도 그 입법취지가 있다 할 것이므로 이는 책임주의 원칙에도 반하지 아니하며, 피고인은 선고유예 실효 결정에 대하여도 즉시항고를 할 수 있으므로(형사소송법 제335조 제3항, 제4항) 재판을 받을 권리나 법관의 양형결정권을 침해하지 아니한다는 것이다.
- 18) 현재는 그 이유로 "형사소송법 제260조 제2항 본문은 재정신청을 하려면 반드시 검찰항고를 거치도록 하고 있으며(검찰항고전치주의) 고소인이나 고발인이 재정신청을 하게 되는 때는 이미 불기소처분의 통지를 받은 날부터 30일의 제기기간이 주어지는 검찰항고절차를 통하여 당해 사건의 범죄사실이나 증거 등과 관련된 검토를 어느 정도 마친 이후이고, 또한 형사소송법 제260조 제4항의 재정신청이유의 기재가 법률전문가에게 기대하는 것과 같이 법리적으로 정확하고 치밀한 이유의 기재를 요하는 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 "재항고기각결정을 통지받은 날부터 10일"이라는 기간은 고소인 또는 고발인이 재정신청의 이유를 기재하기에 지나치게 짧아 재판절차진술권이나 재판청구권을 형해화할 정도에 이른다고 볼 수 없다. 더욱 재정신청기간은 고소·고발 사건에 대한 검사의 불기소처분에 대한 통제라는 성격과 검찰항고전치주의 등을 고려할 때, 분쟁에 대한 첫 번째의 재판청구기간 이라기보다는 일종의 불복기간과 유사한 성격을 가진다. 그런데 항소 및 상고 제기기간 각 7일(형사소송법 제358조, 제374조), 즉시항고 제기기간 3일(형사소송법 제405조) 등 형사소

형사피해자의 재판절차진술권과 재판청구권의 보장을 사실상 형해화할 정도로 재정신청제도의 구체적 형성에 관한 입법재량을 일탈하였다고 보기 어렵다는 이유로(2009. 6. 25. 선고 2008헌마259), 음주의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차를 운전하여 사람을 상해 또는 사망에 이르게 한 자를 형사처벌하도록 규정하고 있는 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 제5조의11에 대하여 음주운전으로 인한 교통사고 억제라는 입법취지와 자동차 운전업무상의 과실을 요건으로 하여 명확성도 있어 헌법에 위반되지 않는다는 결정(2009. 5. 28. 선고 2008헌가11)을 하였다.

Ⅲ. 대법원 전원합의체 판결

1. 대법원 2009. 4. 16. 선고 2007도6703 판결(농지법위반)

구 농지법 제2조 9호 '농지의 전용(농지를 농작물의 경작 또는 다년생식물의 재배 등 농업생산 또는 농지개량 외의 목적에 사용하는 것)'의 의미

가. 사실관계

피고인은 2003. 1.경 농업진흥지역 밖에 위치한 농지에 폐차할 자동차를 쌓아 놓아 이를 전용하였다. 원심은 이 사건 토지가 공소외인이 2001.경 잡석 등을 깔아 정지작업을 함으로써 사실상 원상회복이 어렵게 되었고, 이 경우 무허가 농지전용죄는 위 정지작업과 동시에 범죄가 완성되어 그때부터 공소시효가 진행된다고 할 것인데, 이 사건 공소가 그로부터 3년이 훨씬 지난 시점에 제기되어 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소 판결을 선고하였다.

나. 다수의견

어떠한 토지가 농지인지 여부는 공부상의 지목 여하에 불구하고 당해 토지의 사실상의 현상에 따라 가려야 하는 것이고, 따라서 그 토지가 공부상 지목이 전으로 되어 있다고 하여도 농지로서의 현상을 상실하고 그 상실한 상태가 일시적이라고 볼 수 없다면 그 토지는 더 이상 '농지'에 해당하지 않게 되고 그 결과 구 농지법에 따른 농지전용허가의 대상이 되는 것도 아니라고 할 것이다. '농지의 전용'이 이루어지는 태양은,

송법이 정하는 다른 불복기간과 비교하여 보아도 10일이라는 기간이 과도하게 짧다고 볼 수는 없다"고 한다.

첫째로 농지에 대하여 절토, 성토 또는 정지를 하거나 또는 농지로서의 사용에 장애가 되는 유형물을 설치하는 등으로 농지의 형질을 외형상으로뿐만 아니라 사실상 변경시켜 원상회복이 어려운 상태로 만드는 경우가 있고, 둘째로 농지에 대하여 외부적 형상의 변경을 수반하지 않거나 또는 외부적 형상의 변경을 수반하더라도 사회통념상 원상회복이 어려운 정도에 이르지 않은 상태에서 그 농지를 다른 목적에 사용하는 경우 등이 있을 수 있는데, 전자의 경우 허가 없이 그와 같이 농지를 전용한 죄는 그와 같은 행위가 종료됨으로써 즉시 성립하는 즉시범이나, 후자의 경우와 같이 당해 토지를 농업생산 등 외의 다른 목적으로 사용하는 행위를 여전히 농지전용으로 볼 수 있는 때에는 허가 없이 그와 같이 농지를 전용하는 죄는 계속범으로서 그 토지를 다른 용도로 사용하는 한 개별적인 위법행위가 계속 반복되고 있는 계속범이라고 보아야 할 것이다.

다. 검토

본건은 이미 농지로서의 현상을 상실한 토지에 관하여 별개의 전용행위가 있을 때 이를 피고인의 농지전용으로 볼 것인가가 문제된 사안으로, 원심은 이미 공소외인의 전용 행위가 종료되었지만, 피고인이 농지전용 행위를 승계하여 당해 토지를 농업생산 등 외의 목적으로 사용한 즉시범이므로 2001.경을 기준으로 공소시효가 완성되었다고 판단함에 대하여 대법원은 이 사건 토지가 그 형질이 변경됨으로써 농지로서의 현상을 상실하였고 사회통념상 그 원상회복도 어렵게 되어 그 시점에 농지전용행위가 완료되었다고 본 원심 판단은 정당하다고 할 것이나, 공소사실 자체에 의하더라도 피고인에 대한 이 사건 농지전용죄는 공소외인의 농지전용행위가 종료되기 전에 그 실행에 착수된 것이 아님이 분명하므로 원심으로서 피고인이 이 사건 공소 범행 당시 농지로서의 현상을 상실한 이 사건 토지를 사용한 것이 농지전용죄를 구성하는지 여부를 먼저 살피고, 농지전용죄를 구성한다면 공소시효의 기산점이 언제인지 따로 판단하였어야 함에도 불구하고, 만연히 공소외인의 농지전용행위의 종료시점을 피고인의 이 사건 공소사실에 대한 공소시효의 기산점으로 하여 면소판결을 선고한 제1심판결을 유지한 것은 농지전용죄 및 공소시효의 기산점에 관한 법리를 오해한 것이라고 판단하고 있다. 그러나 대법관 안대희의 별개의견에서 나타나듯이 농지전용의 태양에 따라 즉시범과 계속범으로 구별하는 다수의견의 이원론적인 해석은 법률해석의 정합성 내지 일체성에 비추어 타당하지 아니한 것으로 보인다. 농지의 형질을 외형상으로뿐만 아니라 사실상 변경시켜 원상회복이 어려운 상태로 만들거나 그와 같은 행위 이후 당해 토지를 농업생산 등 외의 목적으로 사용하는 경우를 달리 보아야 할 필요성은 없다는 점이다. 피고인이 승계한 토지를 농지로 사용하지 않은 시점에 농지전용행위가 있

었다고 본다면, 그때 비로소 계속범에 있어서 법익침해행위가 종료된 시점인 공소사실 기재 일시부터 공소시효가 진행된다고 봄이 타당하다(계속범설).

2. 대법원 2009. 7. 16. 고지 2005모472 결정

형사소송법 제420조 제5호에서 '무죄 등을 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때'라는 재심사유에 있어서 증거의 신규성과 명백성 요건에 대한 해석

가. 다수의견의 요지

형사소송법 제420조 제5호의 신규형 재심사유 중 '새로운 증거가 발견되었을 것'(증거의 신규성)이라는 요건은 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차에서 발견되지 못하였거나 또는 발견되었다 하더라도 제출할 수 없었던 증거로서 이를 새로 발견하였거나 비로소 제출할 수 있게 된 때를 말하는데, 그러한 증거를 제출하지 못한 데에 과실이 있는 경우에는 그 증거는 이 사건 조항에서의 '증거가 새로 발견된 때'에서 제외된다고 해석함이 상당하다. 또한 새로 발견된 증거가 '무죄 등을 인정할 명백한 증거에 해당할 것'(증거의 명백성)이라는 요건은 그 여부를 판단할 때 법원으로서 새로 발견된 증거만을 독립적·고립적으로 고찰하여 그 증거가치만으로 재심의 개시 여부를 판단할 것이 아니라, 재심대상이 되는 확정판결을 선고한 법원이 사실인정의 기초로 삼은 증거들 가운데 새로 발견된 증거와 유기적으로 밀접하게 관련되고 모순되는 것들은 함께 고려하여 평가하여야 하고, 그 결과 단순히 재심대상이 되는 유죄의 확정판결에 대하여 그 정당성이 의심되는 수준을 넘어 그 판결을 그대로 유지할 수 없을 정도로 고도의 개연성이 인정되는 경우라면 그 새로운 증거는 이 사건 조항에서의 '명백한 증거'에 해당한다고 할 것이다. 이와 달리 새로 발견된 증거의 증거가치만을 기준으로 하여 '무죄를 인정할 명백한 증거'인지 여부를 판단한 대법원 1990. 11. 5.자 90모50 결정 등은 위 법리와 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.

나. '증거가 새로 발견된 때'에 관한 대법관 김영란, 박시환, 김지형, 박일환, 김능환, 전수안의 별개의견의 요지

무죄 등을 인정할 증거가 '새로 발견된 때'에 해당하는지는, 재심을 청구하는 피고인이 아니라 어디까지나 재심 개시 여부를 심사하는 법원이 새로이 발견하여 알게 된 것인지 여부에 따라 결정되어야 한다고 보는 것이 옳다. 그 이유는 당사자주의에 입각하여 당사자에게 사실심 단계까지 사실인정에 필요한 모든 증거자료를 제출할 책임을

지도록 하고 그 후로는 새로 증거를 제출할 수 있는 권리를 인정하지 않는 민사소송 등의 경우와 달리, 형사재판에 있어서는 판결 확정 후에도 일정한 요건 아래 증거제출의 실권효를 부정함으로써 확정판결의 기판력이 미치는 시적 범위에 제한을 두지 않겠다는 것이 이 사건 조항의 규정취지인 바, 형사소송에 있어서는 피고인에게 유죄를 인정한 재판에서 명백히 사실을 오인한 잘못이 있는 것으로 밝혀진 경우에도 판결의 확정에 따른 실체적 확정력만을 이유로 이를 시정할 기회가 봉쇄된다면 피고인에 대하여 돌이킬 수 없는 인권침해의 결과를 초래할 것이다. 무고(無辜)하게 처벌받은 사람을 구제하여야 할 필요성은 민사소송 등의 경우와는 전혀 다른 관점에서 요구받을 수밖에 없고, 그 범위 안에서는 법적 안정성의 요청도 어느 정도 양보하지 않으면 아니 된다. 다수의견과 같이 그 증거가 법원이 새로 발견하여 알게 된 것임과 동시에 재심을 청구한 피고인에 의하여도 새로 발견된 것이어야 한다고 보는 것은 피고인에게 명백히 불리한 해석에 해당하므로 형사소송법상 그 근거가 분명하지 않은 이상 함부로 재심사유를 피고인에게 불리하게 제한하는 방향으로 해석할 것은 아니다.

다. '무죄 등을 인정할 명백한 증거'인지의 판단 방법에 관한 대법관 김영란, 박시환, 김지형, 박일환, 김능환의 별개의견의 요지)

'무죄 등을 인정할 명백한 증거'에 해당하는지 여부를 판단할 때 고려하여야 할 구증거의 평가범위를 다수의견과 같이 제한할 것이 아니라 새로 발견된 증거와 재심대상인 확정판결이 그 사실인정에 채용한 모든 구증거를 함께 고려하여 종합적으로 평가·판단하는 것이 옳다. 재심사유가 무죄 등을 인정할 증거가 새로 발견됨에 따라 확정판결의 사실인정을 다시금 살펴보는 것에 있다고 볼 수 있는 이상, 굳이 다수의견과 같이 재심대상인 확정판결이 사실인정에 채용한 구증거들 중에서 새로운 증거와 유기적으로 밀접하게 관련·모순되는 것들로 그 범위를 제한할 것은 아니다. 새로 발견된 증거와 확정판결이 채용한 구증거들 사이의 밀접한 관련성이나 모순성은 실제 각 사안에서 구체적·개별적으로 판단될 수밖에 없을 것으로 보이는바, 무죄 등을 인정할 명백한 증거에 해당하는지 여부는 법원이 각 사안에 따라 새로운 증거와 확정판결이 채용한 증거들을 함께 고려하여 종합적으로 판단하도록 하는 것이 현실적으로 타당하다고 할 것이다.

라. 검토

(1) 증거의 신규성

형사소송법 제420조 5호는 전형적인 nova형 재심이유를 규정한 것으로 재심이유가

운데 가장 중요한 의미를 가지는 것이다.¹⁹⁾ 이 중 증거의 신규성에 관하여는 그 증거가 법원에 대하여 새로운 것임에는 논란이 없으나, 당사자(재심청구인)에게도 새로운 것이어야 하는가에 관하여는 필요설, 불필요설, 절충설의 견해 대립이 있어왔다. 종래 대법원은 재심사유가 되는 증거는 법원뿐만 아니라 재심청구인에게도 새로워야 하고, 다만 재심을 청구한 피고인이 이를 제출하지 못한 데에 고의 또는 과실이 있는 경우는 '증거가 새로 발견된 때'에서 제외된다는 견해(절충설)를 밝혀 왔고, 이번에도 다수의견은 이를 유지하였다. 다수의견의 취지는 "재심은 당해 심급에서 또는 상소를 통한 신중한 사실심리를 거쳐 확정된 사실관계를 재심사하는 예외적인 비상구제절차이므로, 피고인이 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 것"이다. 이에 대하여 별개의견은 이익재심인 형사소송에 있어서는 무고하게 처벌받은 사람을 구제하여야 할 필요성이 법적 안정성의 요청보다 우위에 있고, 다수의견과 같이 그 증거가 법원이 새로 발견하여 알게 된 것임과 동시에 재심을 청구한 피고인에 의하여도 새로 발견된 것이어야 한다고 보는 것은 피고인에게 명백히 불리한 해석에 해당한다는 불필요설의 관점에서 법원에 대하여만 신규성이 있으면 된다는 입장이다. 별개의견에 따르면 재심을 청구한 피고인이 재심대상인 확정판결의 소송절차에서 무죄 등을 인정하기에 명백한 증거를 발견하였으나 그 부주의 또는 궁박·무지·경솔 등으로 제출하지 못한 경우라면 재심사유가 된다는 입장이다. 재심이 무고한 사람을 구제하는 비상구제절차라는 점에서 원칙적으로 별개의견과 같은 불필요설이 타당하다고 본다.²⁰⁾

19) 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2008, 757면.

20) 이에 대하여 대법관 양승태 등의 다수의견에 대한 보충의견의 취지는 우리 형사소송절차가 원칙적으로 당사자주의를 취하므로 검사 또는 피고인이 법정에서 제출하거나 지적하지 않는 자료는 법원이 알기도 어렵고 증거로 하기 어려우므로 법원만을 기준으로 판단한다면 피고인이 이미 알고 있었던 증거라 하더라도 재판 과정에서 법정에서 제출하지 않은 자료는 모두 이에 해당하여 결국 '새로'의 의미는 피고인이 종전에 이를 제출했는지 여부에 의하여 결정될 것인바, 이는 신규성의 요건이 형해화되는 결과가 되고 말 것이고, 피고인에게도 법적으로 많은 권능이 부여되어 있으므로 피고인이 이미 알고 있었을 뿐 아니라 얼마든지 제출할 수 있었음에도 불구하고 과실로써 이를 제출하지 않은 때에는 그 의무를 다하지 않은 경우에 해당하며, 신규성을 제한하면 실제적 진실발견에 의한 인권보장이 미흡하게 된다고 우려하는 별개의견은 지나치게 이론에 정도된 기우라고 본다. 재판을 한 번 하더라도 당해 절차 안에서 인권보호의 이념을 충실하고 철저하게 구현하는 것이 중요한 것이지 거듭거듭 재판을 중복하여한다고 하여 좋은 결과가 나오는 것은 아니라고 본다. 신규성에 관한 별개의견은 형사소송법의 규정을 넘어선 법의 창조에 가까운 해석으로서 실

(2) 증거의 명백성

새로 발견된 증거는 명백해야 한다. 명백성에 관하여 과거 판례는²¹⁾ 그 증거가치가 구증거보다 경험칙이나 논리칙에 비추어 객관적으로 두드러지게 우위에 있어야 하고, 법관의 자유심증만으로 그 증거가치가 좌우되는 증거를 말하는 것은 아니라고 하면서도 증거의 명백성을 판단할 때 신증거만에 의할 것인가 구증거까지 종합적으로 고려할 것인가에 관하여는 새로 발견된 증거의 증거가치만을 기준으로 하여 '무죄를 인정할 명백한 증거'인지 여부를 판단하여야 한다고 하였다(단독평가설). 이에 대하여 학설의 주류는 신·구 증거를 종합적으로 평가하여야 한다는 총합평가설 내지 구증거의 증거평가에 대한 원판결법원의 심증에 구속되는 것이 아니라 이를 재평가하여야 한다는 재평가설이었다. 대법원은 이번에 총합평가설로 입장을 바꾸면서 그 이유로 "만일 법원이 새로 발견된 증거만을 독립적·고립적으로 고찰하여 명백성 여부를 평가·판단하여야 한다면, 그 자체만으로 무죄 등을 인정할 수 있는 명백한 증거가치를 가지는 경우에만 재심 개시가 허용되어 재심사유가 지나치게 제한될 것인바, 이는 새로운 증거에 의하여 이전과 달라진 증거관계하에서 다시 살펴 실제적 진실을 모색하도록 하기 위해 '무죄 등을 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때'를 재심사유의 하나로 정한 재심제도의 취지에 반하기 때문"이라고 하고 있다. 별개의견은 다수의견에 대하여 기본적으로는 견해를 같이 하면서 다만, 다수의견은 총합평가에 대한 아무런 기준의 제시가 없다고 하면서, 신증거와 구증거들 사이의 밀접한 관련성이나 모순성이 발생할 수 있으므로 이 경우 구증거의 평가범위를 다수의견과 같이 새로운 증거와 유기적으로 밀접하게 관련·모순되는 것들로 그 범위를 제한할 것은 아니라 법원이 각 사안에 따라 새로운 증거와 확정판결이 채용한 증거들을 함께 고려하여 종합적으로 판단하도록 하는 것이 현실적으로 타당하다고 한다. 새로 발견된 증거와 확정판결이 채용한 구증거들 사이의 밀접한 관련성이나 모순성은 실제 각 사안에서 구체적·개별적으로 판단될 수밖에 없다는 것으로 구체적 총합평가설이라고 불어도 좋을 듯 하다. 증거의 명백성을 판단함에 있어서 그 기준은 '재심 대상 판결에서 고려되지 않았던 신증거의 발견으로 확정판결이 유지될 수 있는지 여부'에 있다 할 것인 바, 재심사유의 범위를 확장하여 이미 무고하게 처벌받은 피고인을 구제한다는 재심제도의 취지에 비추어보면 별개의견에 수긍이 가나 그렇다고 재심청구의 이유와 관련 없는 구증거들까지 전면적으로 재검토하는 것도 문제가 없지 않다. 이 점은 이 사건 다수의견에 대한 별개의견이 밝히는

질적으로 피고인의 인권을 보장한다기보다는 형사사법체계의 근간을 흔들리게 할 위험만을 초래하는 것이라고 한다.

21) 대판 1999. 8. 11. 고지 99모93 결정.

바와 같이 형사사법에 있어서 소송경제와 형사소송법이 예외적 재심 및 이분적 구조 재심을 규정하는 취지를 고려할 수밖에 없으므로 다수의견에 따르기로 한다.

3. 대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 판결

공소장일본주의 위배 여부의 기준 및 주장의 시기와 그 법적 효과에 관한 해석

가. 사실관계

검사는 창조한국당 대표인 피고인 문국현에 대하여 제18대 국회의원 선거에 이한정을 같은 당의 비례대표 후보자로 등록해 주고, 6억원을 제공받음과 동시에 같은 금액의 정치자금기부 받았다는 취지의 공직선거법위반으로 공소를 제기하면서 공소사실에는 위 범죄사실 이전단계의 정황과 경위, 범행을 전후한 과정에서 관계자들이 주고 받은 대화내용과 이메일 내용, 수첩의 메모내용, 세세한 주변사실, 이한정 이외의 다른 비례대표 후보 지망자들로부터 이 사건과 유사한 방법으로 금품을 제공받은 내용 등을 대화내용, 이메일 내용과 수첩의 기재내용을 인용부호까지 사용하면서 그대로 인용하는 형식으로 14쪽에 이르는 내용을 기재하였다. 피고인이나 변호인은 제1심 공판절차에서는 이 점에 관하여 아무런 이의를 제기하지 않은 상태에서 공판절차가 진행되어 위와 같이 공소사실에 인용된 증거들을 포함하여 검사가 제출한 증거들에 대한 증거조사가 모두 마쳐진 점 등을 종합하여, 이 사건 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하므로 공소기각 하여야 한다는 피고인의 주장을 받아들이지 않았다. 피고인은 공소장일본주의에 관한 법리오해를 주장하여 상고하였다.

나. 다수의견

공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 이외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다. 이러한 기준에 비추어 공소장일본주의에 위배된 공소제기라고 인정되는 때에는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하는 것으로 보아 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙이다. 그러나 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인 측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진

행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 더 이상 공소장일본주의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수는 없다.

다. 대법관 이홍훈의 별개의견

공소장일본주의 위반의 효과를 모든 사안에 있어서 일률적으로 확정할 수는 없고, 그 위반의 정도가 증대하여 법관이나 배심원의 공정하고 독립적인 심증형성에 심각한 장애를 초래하는 정도에 해당하는 경우에는 형사소송절차의 진행 정도에 관계없이 공소기각의 판결을 선고하는 것이 합당하다.

라. 대법관 김영란, 대법관 박시환, 대법관 김지행, 대법관 전수안의 반대의견

공소장일본주의를 위반하는 것은 소송절차의 생명이라 할 수 있는 공정한 재판의 원칙에 치명적인 손상을 가하는 것이고, 이를 위반한 공소제기는 법률의 규정에 위배된 것으로 치유될 수 없는 것이므로 시기 및 위반의 정도와 무관하게 항상 공소기각의 판결을 하는 것이 타당하다.

마. 다수의견에 대한 대법관 양승태의 보충의견

공소장일본주의에 위배되는지 여부는 공소된 범죄의 유형, 공소장 기재 사실과 범죄와의 관계, 구성요건과의 대비, 입증의 대상 등을 종합적으로 검토하여 당해 사건에서 공소장의 기재사실이 법원에게 예단을 생기게 하는 사항인지를 구체적으로 판단하여야 할 것이지 일률적, 기계적인 기준으로 판단하여서는 아니 된다.

바. 다수의견에 대한 대법관 김능환의 보충의견

법원은 검사의 공소장 제출이 공소장일본주의에 위배되는 것으로 의심되는 경우 적극적으로 소송지휘권을 행사하여 조기에 예단의 소지가 있는 부분을 제거하고 위법한 공소제기에 기초한 소송절차가 계속 진행되지 않도록 하는 것이 옳으나, 위와 같은 지적이 이루어지지 않은 상태에서 공판절차가 계속 진행되어 당해 증거에 대한 증거조사 절차가 모두 마무리되었다면 더 이상 공소장일본주의 위배를 주장하여 이미 적법하게 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수는 없다고 보아야 한다.

사. 다수의견에 대한 대법관 안대희의 보충의견

무엇보다도 중요한 것은 형사사법은 그 나라의 오랜 제도적 정착과정을 거쳐 발전을 거듭하고 있는 것으로 그것이 국민의 기본권에 관한 원리의 문제가 아닌 한 제도의 전

체적 통합의 틀 안에서 당부가 고려되어야 한다는 것이다.

아. 반대의견에 대한 대법관 김영란, 대법관 김지형의 보충의견

공소장일본주의는 형사소송절차의 체계상 공소제기 단계에서 '사건에 관하여 법원에 예단이 생길 염려'를 배제하겠다는 입법적 결단을 한 것으로, 검사의 공소장 제출에 의한 공소제기로 인하여 법원에 사건에 관한 예단이 발생할 가능성이 발생하면 위배되는 것이지 구체적인 예단 발생의 결과까지 요구하는 것은 아니다.

자. 검토

이 사건의 쟁점은 i) 구체적 사건에서 일반적인 범죄 구성요건 사실의 특정 등에 필요한 정도의 공소사실의 특정을 다소 초과한 경우 공소장일본주의에 위배되는 지 여부, ii) 공소장일본주의 위배 주장의 시기에 제한이 있는 것인지 여부, iii) 공소장일본주의 위반의 정도에 따라 그 효과가 달라지는 지 여부에 있다. 형사소송법은 과연 어떤 경우에 검사의 공소제기가 공소장일본주의에 위배되었다고 볼 것인지 그리고 그 법적 효과가 무엇인지, 특히 어떤 경우에 공소장일본주의의 위배가 형사소송법 제327조 제2호에 정한 "공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때"에 해당한다고 볼 것인지 등에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이 문제는 공소장일본주의의 이론적 근거인 예단배제를 통한 재판의 공정성의 보장(결국 적법절차의 보장)이라는 측면과 실제적 진실발견 및 소송의 발전적·동적 성격 및 소송경제라는 현실적인 요청이 충돌하는 영역인 바, 구체적·개별적으로 판단할 수 밖에 없을 것이다. 그러므로 공소장일본주의에 충실하지 못한 타 사건의 내용을 인용함으로써 직업법관에게 예단을 줄 정도라면 허용되어서는 아니 될 것이나(특히 배심재판에서는 더욱 그렇다), 구성요건 사실 자체를 직접 증명하고 확인하는 것이 어려운 경우에 이를 추단할 수 있는 간접사실을 기재하거나 공소사실을 특정하기 위하여 필요한 주변사실들을 덧붙여 기재하는 정도는 허용하고, 검사가 입증할 의사도 없는 사실을 공소장에 기재하는 것과 같은 것은 피고인의 방어권에도 해를 끼치므로 불허함이 옳다. 또 비록 공소제기 당시에 그 위반 여부를 쉽사리 판단할 수는 없으므로 공판준비절차, 제1회 공판절차, 공소장변경절차 단계를 거치더라도 불명확하다면 증거조사 과정에서 그 위반 여부를 판단할 수는 있겠으나, 이미 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서까지 위반 주장을 허용할 수는 없다는 다수의견에 찬성한다. 그러나 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인 측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였다는 이유로 그 판단을 하지 아니하는 것도 문제이다(대법관 이홍훈의 별개의견처럼 제1심 증거조

사를 마친 후 비로소 변호인이 선임된 경우라든가, 항소심에서 비로소 변호인이 선임된 경우도 있기 때문이다). 한편 공소장일본주의에 위반한 때에는 그 위반의 정도나 경중을 가릴 것 없이 모두 위법한 공소제기라고 보아 항상 공소기각의 판결을 선고하여야 한다는 반대의견의 견해는 공소장일본주의 위반 주장이 남발될 우려가 있고, 아직 그 기준이 정립되지 않은 상태에서 혼란을 초래할 수 있으므로 그 위반의 정도가 중대한 지를 고려하여야 할 것이다. 이 점에서 법관의 예단을 심각하게 야기할 수 있는 여러 규정(공소장에 구속영장을 첨부하는 규정, 구속과 구속적부심, 그리고 보석에 관여하는 법관의 재판 관여, 사전증거조사 및 공판준비절차와 약식명령의 정식재판청구시 증거자료 첨부 등)들에 대하여 입법적으로 개정을 검토하여야 한다는 다수의견에 대한 대법관 안대희의 보충의견은 타당하다.

4. 대법원 2009. 11. 19. 선고 2009도6058 판결

청소년의 성보호에 관한 법률 제16조에 규정된 반의사불벌죄에서 피해 청소년이 처벌희망 여부에 관한 의사표시를 하는 데에 법정대리인의 동의가 있어야 하는지 여부(소극)

가. 사실관계

대학생인 피고인 등은 2008. 6.경 채팅을 통해 알게 된 피해자 *** (12) 양과 000 (14) 양을 피고인의 자취방에 불러 강간한 혐의로 구속 기소되었다. 000 양은 자신을 성폭행한 피고인과 합의해 법정에 증인으로 출석해 처벌의사를 철회했다. 그러나 1심은 당시 14세 10개월로 미성년자인 000 양이 부모 등 법정대리인의 동의 없이 한 합의는 인정할 수 없다고 판단하여 000 양에 대한 강간혐의에 대해서도 그대로 유죄로 인정한 다음 피고인 등에게 징역 4년 등을 각각 선고하면서 5년간 신상정보열람을 제공할 것을 명령하였다. 피고인이 항소하자 원심은 “피해자가 비록 미성년자이지만 반의사불벌죄에서 피해자가 청소년이라는 이유로 그 명시한 의사에 법정대리인의 동의를 얻도록 하게 되면 명문의 규정이 없음에도 법정대리인에게 명시한 의사를 표시할 수 있는 권리를 부여하는 결과가 돼 법정대리인이 피고인의 처벌을 결정하는 등 형사절차를 남용할 수 있게 된다”는 이유로 000 양에 대한 청소년성보호법위반 혐의부분의 공소를 기각했다(다만, 원심은 1심 형량을 그대로 유지했다). 검사가 상고하였으나 대법원은 상고를 기각하였다.

나. 다수의견

청소년의 성보호에 관한 법률(이하 '청소년성보호법'이라고 한다) 제16조는 청소년성보호법 제7조의 죄 등을 이른바 반의사불벌죄로 규정하고 있다. 반의사불벌죄에서 피해자가 피고인 또는 피의자에 대하여 처벌을 희망하지 않는다는 의사를 표시하거나 처벌을 희망하는 의사표시를 철회하는 것은 형사소송절차에서 소극적 소송조건으로서 법원 또는 수사기관에 대한 피해자의 소송행위에 해당하므로, 피해자에게 소송능력이 있어야 형사소송법상 그 효과가 인정된다. 형사소송법상 소송능력이라 함은 의사능력을 의미한다. 따라서 반의사불벌죄에 있어서 피해자의 피고인 등에 대한 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시는 의사능력이 있는 피해자가 단독으로 이를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 한다거나 법정대리인에 의해 대리되어야만 한다고 볼 것은 아니다. 나아가 청소년성보호법에 형사소송법과 다른 특별한 규정을 두고 있지 않는 한 위와 같은 반의사불벌죄에 관한 해석론은 청소년성보호법의 경우에도 그대로 적용되어야 한다. 다만, 여기에서 피해자인 청소년의 의사능력은 그 나이, 지능, 지적 수준, 발달성숙도 및 사회적응력 등에 비추어 그 범죄의 의미, 피해를 당한 정황, 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회가 가지는 의미·내용·효과를 이해하고 알아차릴 수 있는 능력을 말하고, 그 의사표시는 흠이 없는 진실한 것이어야 하므로, 법원으로서 위와 같은 의미에서 피해자인 청소년에게 의사능력이 있는지 여부 및 그러한 의사표시가 진실한 것인지 여부를 세밀하고 신중하게 조사·판단하여야 한다.

다. 대법관 김영란의 반대의견

청소년성보호법 제7조의 죄 등과 같은 청소년을 대상으로 한 성폭력범죄에 있어서 피해자인 청소년이 그와 같은 처벌불원의 의사표시나 처벌희망 의사표시의 철회를 할 때에는 법정대리인의 동의를 얻도록 하는 등 법정대리인이 관여할 수 있도록 하는 것이 옳다고 생각한다. 그 이유는 ①우리 법질서가 미성년자에게 전적으로 이익이 되는 예외적인 경우를 제외하고는 미성년자가 단독으로 법률적으로 의미 있는 행위를 할 수 없도록 하고 있다. 그런데 의사능력이 불완전하다는 입법적·현실적 평가가 전제된 우리 법질서에서 판단력이 불완전한 미성년자에게 법률적으로 처분적인 효력을 가지는 행위를 단독으로 행사할 수 있도록 하는 것은 미성년자의 자기결정권에 대한 진정한 보호라고 볼 수 없다. ② 피해 청소년과 피고인 형사상의 합의를 하는 외에 민사상의 손해배상에 관한 합의를 할 경우를 예상할 수 있는데, 피해 청소년이 단독으로 민사상 합의를 한다고 하여도 법정대리인에 의하여 그 동의가 없었음을 이유로 취소될

수 있으므로 민·형사상 법률관계가 달라지는 혼란이 발생한다. 또한 피고인 또는 피의자와의 관계에서 부당한 회유·협박 등으로 인한 2차 피해의 발생이 염려된다. ③ 청소년성보호법이 성폭력범죄를 반의사불벌죄로 한 것은 국가가 피해자나 법정대리인의 개입 없이도 용이하게 형벌권을 발동할 수 있도록 하기 위한 것이며, 이는 청소년 보호를 강화하기 위한 불가피한 선택으로 피해자의 고소 없이도 수사가 개시되도록 하여 처벌의 실효성을 제고함으로써 청소년을 보다 두텁게 보호하려는 데에 그 취지가 있을 뿐 처벌의 유무를 오로지 청소년인 피해자 본인의 의사에만 맡기고 친권자 등 법정대리인의 후견적 역할을 배제하려고 하는 데에 그 취지가 있는 것은 아니다. ④ 성폭력범죄로부터 청소년을 보호하는 것은 국가의 당연한 의무인데, 피해 청소년에게 중요한 의미를 갖는 소송행위를 단독으로 결정하도록 내버려두는 것은 헌법이 요구하는 국가의 책무인 청소년에 대한 보호를 방기하는 결과가 된다는 것 등이다.

라. 대법관 김능환의 보충의견

피해자에게 의사능력이 있으면 반의사불벌죄에 관한 처벌희망 여부의 의사표시를 할 수 있는 소송능력이 있는 것으로 보아야 한다. 이와 같이, 형사소송법상 의사능력, 즉 소송능력은 그것이 있는가 없는가 하는 유무의 문제일 뿐 그것이 완전한가 불완전한가의 문제는 아니다. 만일 다수의견이 풀어서 말하고 있는 바인 '피해자의 나이, 지능, 지적 수준, 발달성숙도 및 사회적응력 등에 비추어 그 범죄의 의미, 피해를 당한 정황, 처벌희망 여부에 관한 의사표시의 의미·내용·효과를 이해하고 알아차릴 수 있는 능력'이 없거나 부족하다면, 그 피해자는 소송능력이 없는 것이고, 따라서 그 피해자가 한 처벌희망 여부에 관한 의사표시는 소송법적으로 효력을 발생할 수 없다. 그러므로 법원은 피해자의 처벌희망 여부에 관한 의사표시가 이와 같은 의미에서 유효한 것인지 세밀하고 신중하게 조사·판단하여야 한다. 친고죄 또는 반의사불벌죄에 있어서 처벌희망여부에 관한 의사표시를 의사능력 있는 피해자가 단독으로 할 수 있게 할 것인지 법정대리인의 동의를 얻도록 할 것인지 역시 입법 정책의 문제이다. 청소년성보호법이 청소년대상 성범죄를 반의사불벌죄로 규정한 것이 입법론으로서 과연 바람직한 법 정책이었는지에 대해서는 의문이 없지 않다. 그렇다고 하여 형사소송법은 물론이고 청소년성보호법 등 어디에도 특별한 규정이 없음에도 불구하고 반대의견과 같이 청소년성보호법상의 반의사불벌죄에 있어서만 피해자의 처벌희망 여부에 관한 의사표시에 법정대리인의 동의가 필요하다고 보는 것은 입법론으로는 몰라도 해석론으로는 받아들이기 어렵다. 현행법 아래에서는 피해자인 청소년의 판단미숙 등에 대한 우려는 다수의견이 강조하는 바와 같이 피해자인 청소년의 의사능력 유무에 대한 심리, 판단

을 신중하고 엄격하게 함으로써 불식하는 것이 정도일 것이다.

마. 검토

청소년을 대상으로 하는 성폭력 범죄에 대하여 형사법적 대처가 강조되어 온 것이 작금의 일만은 아니다. 성인에 대한 성범죄가 대부분 친고죄이고, 13세 미만의 부녀에 대한 것은 친고죄가 아니나, 문제는 청소년보호법상의 청소년인 13세 이상 19세 미만의 부녀에 대한 성범죄를 친고죄로 할 것인가, 아닌가에 대하여는 보충의견대로 입법정책의 문제이다. 소수의견은 성폭력범죄의 특성과 특히 그것이 청소년에게 미치는 심대한 영향을 상정하고 입법의 경과를 설명하면서 특히 13세에 근접하는 연령의 청소년이 법정 또는 그 밖의 장소에서 피고인 또는 피의자에 대한 처벌희망 여부의 의사를 제대로 표시할 수 있다고 볼 수 없고, 반드시 법정대리인이 관여할 수 있어야 한다는 다소 현실적인 문제 제기를 하고 있다. 그러나 그 현실적 필요성이 형법의 대원칙인 죄형법정주의와 기타 법해석의 원리를 압도할 정도로는 볼 수 없다. 이러한 의미에서 법원은 단순히 처벌불원의사표시가 있었는지 형식적으로 판단할 것이 아니라 다수의견이 적시하는 '피해자의 나이, 지능, 지적 수준, 발달성숙도 및 사회적응력 등에 비추어 그 범죄의 의미, 피해를 당한 상황, 처벌희망 여부에 관한 의사표시의 의미·내용·효과를 이해하고 알아차릴 수 있는 능력' 여부를 철저히 조사·판단함으로써 법정대리인이 사실상 피해자의 의사결정에 관여할 수 있도록 조력하여야 한다고 본다. 아무튼 이번 판결은 그간 이 문제에 대하여 엇갈린 하급심 판결을 우선 정리한 것으로 의의를 가지는 것이나, 향후 입법에서는 소수의견을 고려할 필요성이 있다.

5. 대법원 2009. 11. 19. 선고 2009도4166 판결

위력으로 공무원의 직무 집행을 방해한 때 업무방해죄로 처벌할 수 있는지(소극)

가. 사실관계

사법피해자 모임에 참석해 알게 된 피고인들은 2008. 7.경 충남지방경찰청 민원실에서 경찰이 자신들이 고소, 고발 및 진정을 낸 사건을 제대로 수사하지 않고 내사종결하였다는 이유로 경찰청장 면담을 요구하고 경찰관들에게 “눈X을 후벼판다”는 등의 욕설을 퍼붓고 민원실 밖 복도에 주저앉아 행패를 부린 혐의로 기소돼 1·2심에서 각각 벌금 100만원이 유죄판결을 선고받았다. 피고인들이 상고하였고 대법원은 무죄 취지로 원심을 파기환송하였다.

나. 다수의견

형법상 업무방해죄는 허위의 사실을 유포하거나 기타 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해하거나(제314조 제1항), 컴퓨터 등 정보처리장치 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 때에(제314조 제2항) 성립하는 범죄이다. 업무방해죄의 보호법익은 업무를 통한 사람의 사회적·경제적 활동을 보호하려는 데 있으므로, 그 보호대상이 되는 '업무'라 함은 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업을 말하고, 여기서 '사무' 또는 '사업'은 단순히 경제적 활동만을 의미하는 것이 아니라 널리 사람이 그 사회생활상의 지위에서 계속적으로 행하는 일체의 사회적 활동을 의미한다고 보아야 한다. 그런데 형법은 업무방해죄와는 별도로 '공무방해에 관한 죄'(제2편 제8장)의 하나로서 폭행, 협박 또는 위계로써 공무원의 직무집행을 방해하는 행위를 공무집행방해죄로 규정하고 있다(제136조 제1항, 제137조). 공무집행방해죄에서의 '직무의 집행'이란 널리 공무원이 직무상 취급할 수 있는 사무를 행하는 것을 의미하는데, 이 죄의 보호법익이 공무원에 의하여 구체적으로 행하여지는 국가 또는 공공기관의 기능을 보호하고자 하는 데 있는 점을 감안할 때, 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 공무집행방해죄가 성립하고, 여기에서 적법한 공무집행이라고 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것으로 보아야 한다. 이와 같이 업무방해죄와 공무집행방해죄는 그 보호법익과 보호대상이 상이할 뿐만 아니라 업무방해죄의 행위유형에 비하여 공무집행방해죄의 행위유형은 보다 제한되어 있다. 즉 공무집행방해죄는 폭행, 협박에 이른 경우를 구성요건으로 삼고 있을 뿐 이에 이르지 아니하는 위력 등에 의한 경우는 그 구성요건의 대상으로 삼고 있지 않다. 또한 형법은 공무집행방해죄 외에도 직무강요죄(제136조 제2항), 법정 또는 국회의원직무모욕죄(제138조), 인권옹호직무방해죄(제139조), 공무상 비밀표시무효죄(제140조), 부동산강제집행효용침해죄(제140조의2), 공용서류등 무효죄(제141조 제1항), 공용물파괴죄(제141조 제2항), 공무상 보관물무효죄(제142조) 및 특수공무방해죄(제144조) 등과 같이 여러 가지 유형의 공무방해행위를 처벌하는 규정을 개별적·구체적으로 마련하여 두고 있으므로, 이러한 처벌조항 이외에 공무의 집행을 업무방해죄에 의하여 보호받도록 하여야 할 현실적 필요가 적다는 측면도 있다. 그러므로 형법이 업무방해죄와는 별도로 공무집행방해죄를 규정하고 있는 것은 사적 업무와 공무를 구별하여 공무에 관해서는 공무원에 대한 폭행, 협박 또는 위계의 방법으로 그 집행을 방해하는 경우에 한하여 처벌하겠다는 취지라고 보아야 할 것이고, 따라서 공무원이 직무상 수행

하는 공무를 방해하는 행위에 대해서는 업무방해죄로 의율할 수는 없다고 해석함이 상당하다. 이와 달리 대법원 1996. 1. 26. 선고 95도1959 판결, 대법원 2003. 3. 14. 선고 2002도5883 판결 등에서 위력을 행사하여 공무원들의 정상적인 업무수행을 방해하거나 업무방해의 결과를 초래한 경우에는 업무방해죄가 성립한다고 판시한 의견은 이 판결로써 변경하기로 한다.

다. 반대의견

업무방해죄에 있어서 '업무'에는 공무원이 직무상 수행하는 공무도 당연히 포함되는 것으로서 직무를 집행하는 공무원에게 폭행 또는 협박의 정도에 이르지 않는 위력을 가하여 그의 공무 수행을 방해한 경우에는 업무방해죄가 성립한다고 보아야 한다. 공무원이 직무상 수행하는 공무 역시 공무원이라는 사회생활상의 지위에서 계속적으로 종사하는 사무이므로 위와 같은 업무방해죄의 '업무'의 개념에 당연히 포섭된다고 할 것이고, 업무방해죄의 업무에 공무를 제외한다는 명문의 규정이 없는 이상 공무도 업무방해죄의 업무에 포함된다고 할 것이다. 단순히 공무원이 영위하는 사무가 공무라는 이유만으로 업무방해죄의 업무에서 배제되어서는 아니 된다. 공무의 성질상 그 집행을 방해하는 자를 배제할 수 있는 강제력을 가지지 않은 공무원에 대하여 폭행, 협박에 이르지 않는 위력 등에 의한 저항 행위가 있는 경우에는 그 공무원이 강제력을 동원하여 그 저항행위를 배제하여 공무를 현실적으로 집행할 수 없을 것이므로 그러한 저항행위로 인한 공무방해행위는 일반 개인에 대한 업무방해행위와 아무런 차이가 없다. 이러한 공무에 대해서는 그 방해 행위가 폭행, 협박에 이르지 않아 공무집행방해죄의 보호를 받지 못한다고 하더라도 위력에 해당할 경우에는 업무방해죄로 처벌되어야 할 것이다. 무엇보다도 다수의견처럼 공무에 대하여는 업무방해죄가 성립하지 아니한다고 보게 되면 납득하기 어려운 형벌의 불균형이 생기게 된다. 다수의견에 의하면 공공기관에서는 위력에 해당하는 소란을 피우는 행위를 하더라도 일반 영업장소에서와는 달리 업무방해죄가 성립하지 아니하게 된다. 또한 사립대학교 교직원에게 위력을 행사하여 교직원의 업무를 방해하면 업무방해죄로 처벌되는데 비하여 국립대학교 교직원에게 위력을 행사하여 교직원의 업무를 방해하면 처벌할 수 없게 된다. 또한 다수의견에 의하면 일반 영업장소 등에서의 소란행위에 대하여는 현행법의 체포나 긴급체포 등 적법한 대응조치를 할 수 있지만 공공기관의 민원실에서 발생한 같은 행위에 대하여는 이러한 대응방법이 불가능하여 그대로 방치될 수밖에 없는 결과를 초래하게 될 것이다.

라. 검토

형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 '업무'에 공무도 포함되는가에 관하여는 학설 대립이 있어왔다. 다수설은 형법상 공무집행방해죄가 별도로 규정되어있고, 공무집행방해죄의 행위 태양이 제한되어 있음에도 본죄를 적용하게 되면 결과적으로 처벌범위가 확대되는 점을 고려하여야 한다는 근거를 들어 공무는 본죄의 업무에 포함되지 아니한다고(부정설)고 한 반면, 공무집행방해죄의 행위방법은 폭행·협박·위계인데 반하여 업무방해죄의 행위방법은 허위사실유포·위계·위력이므로 특히 직무를 집행하는 공무원에게 폭행·협박에 해당하지 아니하는 위력을 사용한 경우에는 공무집행방해로 처벌할 수 없으므로 이와 같은 경우에는 업무의 개념에 공무를 포함시켜야 한다는 긍정설²²⁾과 원칙적으로 공무는 본죄의 업무는 아니나, 위력에 의한 공무집행방해의 경우에는 공무를 포함한다는 절충설이 그것이다. 대법원은 이번 판결로 논란이 되어온 학설대립을 다수설 입장에서 해석한 것인데, 다수의견은 결국 공무원에 대한 업무방해행위는 행위정도에 따라 공무집행방해죄 이외에 다른 처벌법규로 적절하게 대응할 수 있음에도 업무방해죄의 구성요건을 확장·해석해 적용영역을 넓혀서는 안 된다는 죄형법정주의를 강조한 것이라고 하겠다.²³⁾ 소수의견이 예를 드는 사례, 즉 공공기관에서는 위력에 해당하는 소란을 피우는 행위를 하더라도 일반 영업장소에서와는 달리 업무방해죄가 성립하지 아니하거나 사립대학교 교직원에게 위력을 행사하여 교직원의 업무를 방해하면 업무방해죄로 처벌되는데 비하여 국립대학교 교직원에게 위력을 행사하여 교직원의 업무를 방해하면 처벌할 수 없게 되는 것은 입법의 개선이나 타죄로 처벌함으로써 만족할 수밖에 없을 것이다.

N. 기타 대법원 중요판결

1. 대법원은 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결에서 김태환 제주특별자치도지사의 공직선거법위반 사건에 관하여 '적법절차와 영장주의 정신에 비춰볼 때 법관이 압수·수색 영장을 발부하면서 '압수할 물건'을 특정하기 위해 기재한 문언은 엄격하게 해석하여

22) 정영일, 「형법각론」, 박영사, 2006, 169면.

23) 그렇게 본다면, 민원인 등이 앞으로 공공기관에서 소란을 피우면 업무방해죄 아닌 다른 죄로 처벌할 수밖에 없는데, 행위 태양에 따라 고성방가 등 소란행위는 경범죄처벌법위반으로, 퇴거요구에 불응하면 퇴거불응죄 등이다. 물론 공무집행방해죄의 구성요건인 '폭행' 또는 '협박' 수준에 이르면 공무집행방해죄로 처벌하면 될 것이다.

야 하고 함부로 피압수자 등에게 불리한 내용으로 확장 또는 유추하는 것은 허용될 수 없다”, “압수·수색에 착수하면서 사무실에 있던 비서실장에게 압수·수색 영장을 제시했다더라도 이 사건 압수물을 들고 온 지사 비서관으로부터 이를 압수하면서 따로 압수·수색 영장을 제시하지 않은 것은 형사소송법이 정한 압수절차에 따르지 않은 것”이라는 이유로 검사의 상고를 기각하고 원심을 확정하였다.

2. 대법원은 2009. 9. 10. 강도강간죄 등으로 2차례에 걸쳐 함께 징역 10년형을 복역한 후 출소한 피고인에 대하여 다시 동종 범행으로 기소된 사안에서 원심이 피고인에 대하여 징역 20년 및 10년간 위치추적 전자장치 부착명령을 선고하자, 피고인이 이중 처벌에 해당하고 기본권을 침해당하였다고 상고한 사건(2009도6061)에서 “특정 성폭력 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률에 의한 보안처분의 일종인 전자감시제도는 범죄행위를 한 자에 대한 응보를 주된 목적으로 그 책임을 추궁하는 사후적 처분인 형벌과 구별되어 그 본질을 달리하는 것으로서 형벌에 관한 일사부재리의 원칙이 그대로 적용되지 않으므로 이 사건 법률이 형 집행의 종료 이후에 부착명령을 집행하도록 규정하고 있다 하더라도 그것이 일사부재리의 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 법률이 그 목적 달성을 위한 합리적 범위 내에서 전자감시제도를 탄력적으로 운영하도록 하면서 그에 따른 피부착자의 기본권 침해를 최소화하기 위한 방안을 마련하고 있는 이상 상고이유의 주장과 같이 전자감시제도를 오로지 형기를 마친 성폭력범죄자의 감시를 위한 방편으로만 이용함으로써 피부착자의 기본권을 과도하게 제한하는 과잉입법에 해당한다고 볼 수도 없다”는 이유로 상고를 기각하였다.

3. 대법원은 2009. 9. 10. 성전환자가 강간죄의 객체가 될 수 있는지에 관하여 부녀로서 여자를 가리키는 것(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결²⁴⁾, 성염색체가 남성이고, 여성으로서 생식능력이 없는 만큼 트랜스젠더는 형법상 부녀로 볼 수 없다)이라는 견해를 변경하고 가족관계등록부상 남자이나 소위 트랜스젠더(성전환자)인 자도 강간죄의 객체로서 긍정하였다(2009도3580). 피해자는 30여 년 전 남성에서 여성으로 성전환 수술을 받은 트랜스젠더로서 1·2심은 “피해자는 어릴 때부터 자신이 여성이라는 생각을 갖고 살아온 데다 성전환 수술 이후 여성의 신체 외관을 갖췄다”며 “피고인도 범행 당시 피해자를 여성으로 인식하고 범행한 이상 피해자가 강간죄의 객체인 부녀(婦女)에 해당하고, 성적 자기결정권을 침해당한 사실에 의문의 여지가 없다”고 판단하였

24) 당시에는 강제추행죄만 성립된다고 판시하였다.

고, 대법원도 “정신적·사회적 측면의 성은 출생 시 곧바로 알 수 없기 때문에 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정된다면 법률적으로도 전환된 성으로 평가해야 한다.”고 밝혔다.

4. 그밖에 대법원은 ① 보행신호등의 녹색등화 점멸신호는 보행자가 준수해야 할 횡단보도의 통행에 관한 신호일 뿐이어서 보행신호등의 수범자가 아닌 차의 운전자가 부담하는 보행자보호의무의 존부에 관하여 어떠한 영향을 미칠 수 없는 것이고, 이에 더하여 보행자보호의무에 관한 법률규정의 입법취지가 차를 운전하여 횡단보도를 지나는 운전자의 보행자에 대한 주의의무를 강화하여 횡단보도를 통행하는 보행자의 생명·신체의 안전을 두텁게 보호하려는 데 있는 것임을 감안하면, 보행신호등의 녹색 등화의 점멸신호 전에 횡단을 시작하였는지 여부를 가리지 아니하고 보행신호등의 녹색 등화가 점멸하고 있는 동안에 횡단보도를 통행하는 모든 보행자는 도로교통법 제27조 제1항에서 정한 횡단보도에서의 보행자보호의무의 대상이 된다(2009. 5. 14. 선고 2007도9598판결). ②수인이 공동하여 성매매알선 등 행위를 하였을 경우 그 범죄로 인하여 얻은 금품 그 밖의 재산을 몰수할 수 없을 때에는, 공범자 각자가 실제로 얻은 이익의 가액을 개별적으로 추정해야 하고 그 개별적 이득액을 알 수 없다면 전체 이득액을 평등하게 분할하여 추정해야 하며, 공범자 전원으로부터 이득액 전부를 공동으로 연대하여 추정할 수는 없다. 피고인이 공범과 공동으로 얻은 이익 중 피고인이 실제로 취득한 이익 부분을 산출한 다음 피고인으로부터 그 부분만 개별적으로 추정하거나 이를 증거에 의하여 특정할 수 없다면 전체 이득액의 균분 가액을 추정하였어야 함에도 만연히 그 이득액 전부를 피고인으로부터 추정한 원심을 파기하였다(2009. 5. 14. 선고 2009도2223판결). ③비록 피고인이 항소이유서에서 명시적으로 심신장애 주장을 하지 않았다고 하더라도, 원심법정에서 국선변호인이 피고인의 심신장애를 주장하는 내용의 진술을 하였고, 그 주장에 부합하는 진단서 등의 자료들이 상당수 제출되어 있었다면, 원심은 직권으로라도 피고인의 병력을 상세히 확인하여 그 증상을 밝혀보는 등의 방법으로 이 사건 범행 당시 피고인이 심신미약 등의 상태에 있었는지 여부를 가려보았어야 할 것이다(2009. 4. 9. 선고 2009도870). ④항소심이 제1심의 양형이 과중하다고 인정하여 피고인의 항소이유를 받아들여 제1심판결을 파기하면서 제1심 그대로의 형을 선고하면 판결의 이유와 주문이 저촉모순되는 위법이 있고 이러한 위법은 판결 결과에 영향이 있는바, 동일 피고인의 확정판결 전후의 범죄에 대하여 주문 2개를 선고한 제1심의 항소심은 제1심판결의 하나의 주문 관련 부분과 그에 대한 항소이유, 또 하나의 주문 관련 부분과 그에 대한 항소이유를 살펴 개별적으로 항소이유가 있는지 여부

를 판단해야 하고, 제1심의 양형이 과중하다고 인정하여 제1심판결 전부를 파기한 경우에는 제1심판결의 각 주문보다 개별적으로 가벼운 형을 각 선고해야 한다(2009. 4. 9. 선고 2008도11718판결). ⑤ 부동산을 이증으로 매도한 경우에 매도인이 선매수인에게 소유권이전의무를 이행하였다고 하여 후매수인에 대한 관계에서 그가 임무를 위법하게 위배한 것이라고 할 수 없는 바, 피고인이 금융기관에 근저당권설정등기를 경료하여 준 것은 분양계약보다 앞선 추가담보제공의 약정에 기한 것이므로, 이를 두고 피고인이 수분양자들에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자로서 그 임무를 위법하게 위배한 것으로서 배임죄가 성립된다고 할 수 없다(2009. 2. 26. 선고 2008도11722판결). ⑥형사소송법 제33조 제1항 제1호 내지 제6호의 필요적 변호사건에서 법원이 정당한 이유 없이 국선변호인을 선정하지 않고 있는 사이에 또는 형사소송법 제33조 제2항의 규정에 따른 국선변호인 선정청구를 하였으나 그에 관한 결정을 하지 않고 있는 사이에 피고인 스스로 변호인을 선임하였으나 그 때는 이미 피고인에 대한 항소이유서 제출기간이 도과해버린 후이어서 그 사선변호인이 피고인을 위하여 항소이유서를 작성·제출할 시간적 여유가 없는 경우에는 법원은 사선변호인에게도 형사소송규칙 제156조의2를 유추적용하여 소송기록접수통지를 함으로써 그 사선변호인이 통지를 받은 날로부터 기산하여 소정의 기간 내에 피고인을 위하여 항소이유서를 작성·제출할 수 있는 기회를 주어야 한다(2009. 2. 12. 선고 2008도11486판결). ⑦형법 제130조의 제3자뇌물공여죄에서 '부정한 청탁'을 요건으로 하는 취지는 처벌의 범위가 불명확해지지 않도록 하기 위한 것으로서 이러한 '부정한 청탁'은 명시적인 의사표시에 의한 것은 물론 묵시적인 의사표시에 의한 것도 가능하다고 할 것이지만, 묵시적인 의사표시에 의한 부정한 청탁이 있다고 하기 위하여는 당사자 사이에 청탁의 대상이 되는 직무집행의 내용과 제3자에게 제공되는 금품이 그 직무집행에 대한 대가라는 점에 대하여 공통의 인식이나 양해가 존재하여야 할 것이고, 그러한 인식이나 양해 없이 막연히 선처하여 줄 것이라는 기대에 의하거나 직무집행과는 무관한 다른 동기에 의하여 제3자에게 금품을 공여한 경우에는 묵시적인 의사표시에 의한 부정한 청탁이 있다고 보기 어렵고, 공무원이 먼저 제3자에게 금품을 공여할 것을 요구하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다 (2009.1. 30. 선고 2008도6950판결) 등이 있다.

V. 나가는 글

이상으로 2009년도 형사판례를 대략적이거나 헌법재판소와 대법원의 결정 및 판결을

중심으로 정리하고 검토해보았다. 학자나 실무자에 따라서 더욱 중요하고 관심 있는 판결이 있을 것으로 보이나, 필자의 부족한 능력으로 충분히 소개하지 못한 점이 아쉽다. 아무튼 변화하는 우리 시대의 현상을 밀도 있게 담아내는 이러한 판결례를 보면서 향후 입법의 시사점은 물론 연구의 방향을 설정할 수 있었다. 최근 논란이 되는 이른바 세종시 문제와 관련하여보면 헌법재판소는 2009. 2. 26. 재판관 전원의 의견으로 행정중심복합도시의 예정 지역을 충청남도 연기군 및 공주시의 지역 중에서 지정하도록 규정하고 있는 신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법 제11조 제2항이 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였는데, 그 결정의 취지²⁵⁾가 무색하리만치 '정치'가 국민을 혼란스럽게 하고 있다. 우리가 그토록 추구하는 실질적 법치주의가 확립되기를 기대한다.

참 고 문 헌

- 김현수, 「형사소송법강의」, 제주대학교출판부, 2009.
문영식, “2008년도 형사소송법 판례 연구” 「인권과정의」, 제391호(2009. 3), 대한변호사 협회
박상기, 「형법총론」, 박영사, 2007.
법무부, 형사 관련 법령집, 2009.
이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2008.
정영일, 「형법각론」, 박영사, 2006.

25) 위 조항은 그 내용에 있어서 이미 위헌으로 선언된 신행정도시법과는 별개의 법률이며, 국민투표를 거쳐 제정되어야 할 사안이라 볼 수도 없고, 또한 정당한 입법절차를 거친 만큼 국민주권 원리에 위배되지 아니하며, 그 외에 평등권이나 기타 직업의 자유 등을 침해하지 않는다. 현재는 덧붙여 행정복합도시특별법에 의하여 건설되는 행정중심복합도시가 수도로서의 지위를 획득한다고 볼 수 없으므로, 행정복합도시특별법이 과거에 위헌으로 선언된 신행정수도사건 결정의 기판력 또는 기속력에 반하는 것으로 볼 수는 없고, 국민들이 선출한 국회의원들이 의회에서 공개적인 토론과 타협을 통하여 적법한 절차를 거쳐 제정한 법률에 대하여 국민들에게 사전 청문절차를 보장하지 않았다는 이유로 이를 다투는 것은 대표를 통하여 국민의 의사를 국가정책에 반영하는 의회주의와 대의민주주의의 기본취지에 부합되지 않고, 헌법 제72조는 국민투표에 부쳐질 중요정책인지 여부를 대통령이 재량에 의하여 결정하도록 명문으로 규정하고 있으므로, 이 법률조항이 국민주권의 원리나 국민투표권에 위반된다고 할 수 없다고 한다.

[Abstract]

A Review on the Criminal Cases in 2009

Kim, Hyeon-Soo

Professor, Law School, Jeju National Univ.

In this paper, I reviewed several principle cases sentenced by the Constitutional Court and the Supreme Court in 2009. For example, The Constitutional Court sentenced ruled the act criminal law article 57① is unconstitutional. In the Supreme Court, 5 cases are decided by the council of all judge members. These cases mean our society has been change rapidly. I respect that it is established substantial rule of law.

Key words : the Constitutional Court, judicial precedents of criminal law, review on judicial precedents, unconstitutional, rule of law.

