

被告人 認定の 基準과 姓名冒用 및 偽裝出席

이 동 형*

I. 序論

1. 被告人의 概念과 特定

(1) 被告人의 概念

형사사건으로 국가기관에 의하여 형사소추를 당한 자 즉 공소제기를 당한 자를 피고인이라고 한다. 여기에는 공소제기를 당한 자로 취급되어 있는 자 즉 준기소절차에 의한 부심판결정의 대상이 된 자가 포함된다. 피고인은 被疑者와 구별되는 개념이다. 피의자와 피고인은 기소(또는 기소간주)를 기준으로 구별된다. 피의자는 기소되기 전 수사기관에 의하여 수사의 대상으로 되어 있는 자라는 점에서 형사소추를 당한 피고인과는 구별되어야 한다. 또한 피고인은 受刑者와도 구별된다. 수형자는 유죄판결이 확정되어 징역형 또는 금고형의 집행 중에 있는 자이므로 판결확정전의 개념인 피고인과 다른 개념이다.

(2) 被告人의 特定

(가) 被告人의 表示와 特定

검사가 공소제기를 할 때는 공소장에 피고인의 성명 등 피고인을 특정할 수 있는

* 영남대학교 법과대학 조교수

사항을 기재하여야 한다(형사소송법 제254조 제3항 제1호).¹⁾ 피고인의 특징은 누가 범죄를 저질렀는가 하는 실체진실 파악, 상습성의 인정 또는 전과에 따른 형벌 법규의 적용, 형 집행의 확실성과 정확성의 확보, 실제 범인이 아닌 자에 대한 불이익의 방지 등을 위하여 필요하다. 또한 피고인이 특정되어야만 공소제기의 효력이 미치는 인적 범위를 확정할 수 있다. 피고인 특징을 위해서는 피고인을 타인과 구별하기에 충분할 정도로 기재하면 된다고 할 수 있다. 형사소송규칙은 피고인의 특징을 위하여 보다 구체적인 기준을 제시하고 있다. 공소장에는 피고인의 주민등록번호(주민등록번호가 없거나 알 수 없는 경우에는 생년월일), 직업, 주거 및 본적을 기재하여야 하며(규칙 제117조 제1항 제1호 본문), 피고인이 법인인 때에는 사무소 및 대표자의 성명과 주소를 기재해야 한다(규칙 제117조 제1항 제1호 단서). 위의 사항이 명백하지 않은 경우에는 그 취지를 기재하여야 한다(같은 조 ②). 피고인이 拘束되어 있는지 여부도 기재하여야 한다(규칙 제117조 제1항 제2호). 피고인의 묵비권행사 등으로 인하여 피고인의 인적사항이 명백하지 않은 경우에는 피고인의 성별, 체격, 인상, 추정연령 등을 표시하여 특정할 수 있고, 피고인의 미결수용번호를 표시하거나 피고인의 사진을 첨부하여 피고인을 특정할 수도 있다.²⁾

(나) 被告人 表示의 訂正

피고인의 특징은 정확해야 하지만 경우에 따라서는 피고인 표시에 誤謬나 漏落이 있을 수 있다. 이러한 경우 검사는 피고인의 표시를 정정하여 그 잘못을 고칠 수 있다. 피고인 표시의 정정은 제298조에 규정된 공소장 변경이 아니므로 법원의 허가를 필요로 하지 않는다.³⁾ 判例는 피고인의 표시에 사소한 누락 정도가 아니라 피고인의 표시가 전혀 엉뚱한 사람으로 기재되어 있는 경우에도 피고인 표시정정을 허용하고 있다.⁴⁾ 이런 경우 피고인 표시가 잘못된 것은 그 원인이 피고인에게 있으므로 굳이 다시 피고인을 상대로 공소를 제기해야 할 당위성이 없으며 소송의 신속과 경제를 고려한다면 판례의 태도는 타당한 것으로 생각된다.

1) 이하부터의 조문표시에 관하여 “형사소송법”은 별도로 표시를 하지 않고 조문만 표시하고, “형사소송규칙”은 “규칙”이라고만 표기하기로 한다.

2) 대법원 1982. 10. 12. 선고 82도2078 판결.

3) 대법원 1985. 6. 11. 선고 85도756 판결; 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1610 판결.

4) 대법원 1997. 11. 28. 선고 97도2215 판결; 대법원 1981. 7. 7. 선고 81도182 판결 등.

2. 被告人 認定の 意味

(1) 피고인의 인정이란 법원이 심리·재판 등 절차를 진행함에 있어서 피고인이 과연 누구인가를 정하는 것을 말한다. 법원은 公訴狀에 기재되어 있는 피고인에 대해서만 심판할 수 있고 그 이외의 다른 사람을 심판할 수는 없다. 그런데 경우에 따라서는 실제로 피고인이 되어야 할 사람이 다른 사람의 성명 등 인적사항을 사칭함으로써 공소장에는 전혀 엉뚱한 사람이 피고인으로 특정되는 수가 있다. 이를 姓名冒用이라고 한다. 또한 공소장에 피고인으로 기재되어 있지 않은 자가 마치 피고인인 것처럼 법정에 출석하여 訴訟行爲를 하는 경우가 있다. 이를 偽裝出席이라고 한다. 이러한 성명모용과 위장출석의 경우 과연 누구를 피고인으로 보아야 할 것인가 하는 것이 바로 피고인 인정의 문제이다.

(2) 피고인 인정의 문제를 ‘被告人 特定’의 문제에 포함하거나 ‘피고인 특정의 기준’이라는 개념으로 설명하는 경우도 있다.⁵⁾ 피고인의 특징이란 피고인이 타인과 구별될 수 있을 정도로 특정적으로 표시하는 것을 의미한다. 공소장에 피고인의 주민등록번호 등 피고인의 인적사항이 기재되어 있는 경우에는 그것이 설사 처음부터 기소하려고 의도했던 대상이 아닌 다른 사람의 것이라고 하더라도 피고인의 특징에는 문제가 없다. 이 경우에는 누구를 피고인으로 볼 것인가 하는 문제, 즉 피고인 인정이 문제될 뿐이다. ‘피고인 특정의 기준’이란 것도 그 특정의 기준, 즉 어느 정도까지 피고인에 관한 인적사항을 기재하면 피고인이 특정되었다고 할 수 있는가 하는 의미이다. 따라서 피고인 인정의 문제를 피고인의 특정 또는 피고인 특정의 기준으로 표현하는 것은 타당하지 않으며 양자는 구별되어야 한다.⁶⁾

3. 被告人 認定에 관한 爭點

피고인 인정에 관해서는 姓名冒用과 偽裝出席의 경우 과연 누구를 피고인으로 볼 것인가, 그리고 그 판단의 기준은 무엇으로 할 것인가 하는 것이 문제된다. 이 문제는 각 절차단계에서 성명모용 또는 위장출석 사실이 밝혀진 경우 피고인이나 모용

5) 이재상, 『형사소송법』, 서울: 박영사, 2005, 96면; 신현주, 『형사소송법』, 서울: 박영사, 2002, 115면; 임동규, 『형사소송법』, 서울: 법문사, 2004, 57면.

6) 백형구, 『형사소송법 강의』, 서울: 박영사, 1997, 54면; 황현호, “성명모용과 위장출석의 경우 피고인의 인정기준,” 사법논집 제25집, 1994, 법원행정처, 500면.

인 뿐만 아니라 피모용인과 위장출석자에 대해 어떤 조치를 취해야 할 것인가 하는 문제를 포함한다.

이러한 문제에 관하여 먼저 피고인을 인정하는 기준에 관한 일반론적인 학설을 검토한 후 성명모용과 위장출석으로 나누어 검토하되, 각각의 경우 공판심리단계, 판결 선고 후 확정 전의 단계 및 판결이 확정된 후의 단계 등 심리·재판의 절차적 순서에 따라서 검토하기로 한다.

II. 被告人 認定의 基準에 關한 一般論

1. 概說

공소장에 피고인으로 기재되어 있는 자와 실제 수사의 대상이 되어 검사가 피고인으로 기소하려고 의도한 자가 다른 경우, 그리고 피고인이 아닌 자가 피고인으로 출석하여 소송행위를 하는 경우 과연 무엇을 基準으로 하여 누구를 피고인으로 할 것인가 하는 것이 문제된다. 이에 대해서는 의사설, 표시설, 행위설 및 절충설이 있다.

2. 被告人 認定基準에 關한 學說

(1) 意思說

의사설은 공소를 제기한 檢事의 意思를 기준으로 피고인을 정해야 한다는 견해이다. 動機說이라고 하기도 한다. 예를 들어 검사는 甲을 기소할 의도였는데, 수사단계에서 甲이 乙의 성명을 사칭하여 이를 믿은 검사가 공소장에 乙을 피고인으로 표시한 경우, 검사의 공소제기는 甲을 기소하려는 것이었으므로 공소장의 표시에도 불구하고 피고인은 처음부터 甲이라는 것이다. 의사설은 검사에 의하여 마땅히 피고인으로 기소되어야 할 자를 피고인으로 보기 때문에 실체진실 발견이라는 형사소송의 이념에는 부합하는 장점이 있다. 그러나 이 설에 대해서는 절차의 형식적 안정성을 해친다는 비판이 있다.

(2) 表示說

표시설은 피고인인지 여부를 공소장에 표시된 피고인에 대한 인적사항을 기준으로 해야 한다는 학설이다. 이 학설에 의하면 위의 예에서 공소장에 피고인으로 표시되어 있는 것은 乙이므로 乙이 피고인이 된다. 이 설은 뒤에 나오는 실질적 표시설과 구별하기 위하여 ‘形式的 表示說’이라고 하기도 한다(아래에서는 단순히 ‘표시설’이라고만 한다). 표시설은 절차적 안정성이 있다는 장점이 있다. 그러나 표시설에 대해서는 검사가 처벌을 원하지 않은 자를 피고인으로 인정하는 결과 공소장에 표시된 피고인(乙)에 대해 실체심판을 해야 한다는 점에서 불합리하다는 비판이 있다.

(3) 行爲說

행위설은 피고인인지 여부는 피고인으로 취급되었거나 실제 피고인으로서 행동하였는가 하는 것을 기준으로 결정되어야 한다는 학설이다. 피고인의 거동을 기준으로 한다는 의미에서 舉動說이라고 하기도 한다.⁷⁾ 행위설은 실제 피고인으로서 행동하였거나, 그로 인하여 법원에 의해 피고인으로 취급된 자를 피고인으로 한다고 설명하기도 한다. 예컨대 甲에 대한 피고사건에서 乙이 법정에 출석하여 피고인으로서의 소송행위를 수행하였다면 피고인으로서 행동한 乙이 피고인이라는 것이다. 행위설은 어느 정도의 행위를 했을 때 피고인으로 볼 것인가 하는 한계가 분명하지 않다는 難點이 있다. 또한 행위설은 비록 검사에 의하여 기소되더라도 피고인으로서 법정에 출석하기 전까지는 피고인으로 볼 수 없다는 것인지도 명확하지 않다는 문제가 있다.

(4) 折衷說

검사의 의사, 공소장의 표시, 피고인으로서의 거동을 모두 고려하여 구체적 장면에 따라 합리적인 해결책을 도모하려는 입장이다. 성명모용의 경우와 위장출석의 경우는 그 성격과 적용장면이 현저히 다르므로 의사설, 표시설, 행동설 중 어느 하나의 이론으로 두 경우에 함께 적용되는 원칙의 수립을 시도하는 것은 무리라는 비

7) 차용석, 『형사소송법』, 서울: 세영사, 2002, 178면.

관⁸⁾도 기본적으로는 절충설의 입장인 것으로 보인다. 절충설 내에서도 어느 것을 우선적으로 고려할 것인가에 따라서 다음과 같이 학설이 나누어진다.

(가) 結合說: 표시설과 행위설을 결합하여 공소장에 표시된 자는 물론 피고인으로서 활동한 자도 피고인이라는 학설이다.⁹⁾ 併用說이라고도 한다.¹⁰⁾

(나) 實質的 表示說: 表示基準說이라고 하기도 한다. 표시설을 중심으로 하면서 행위설과 의사설을 고려한다.¹¹⁾ 즉 공소장의 표시를 기준으로 하되 검사의 의사와 피고인의 거동에 비추어 합리적으로 해석하여 피고인을 특정하여야 한다고 주장한다.

(다) 意思基準說: 검사가 실제로 공소를 제기하려고 의도한 사람이 피고인으로 결정되어야 하므로 기본적으로 의사설에 의하되, 행위설과 표시설을 보충적으로 고려하여야 한다는 입장이다.¹²⁾

3. 學說의 檢討

(1) 피고인 인정의 기준에 관한 이상의 학설은 성명모용소송과 위장출석의 문제를 해결하기 위한 통일적 기준을 제시하기 위한 이론구성이라고 할 수 있다. 피고인 인정의 문제에서 우선적으로 고려해야 할 것은 ‘과연 누가 재판을 받아야 할 지위에 있는가,’ 즉 ‘마땅히 누가 재판을 받아야 하는가’ 하는 것이다. 의사설이나 표시설 및 행위설은 검사의 의사·공소장의 표시·피고인으로서의 거동 중 어느 하나의 것을 기준으로 하고 있으나 단일한 기준에 의하여 확립적으로 문제를 해결하려고 하다 보니 각 장면에 따른 합리적인 해결을 도모하기 어렵다는 난점이 있다. 반면, 절충설은 이들 중 어느 하나만을 기준으로 하여 문제를 해결할 수 없다고 보고 각각의 경우에 따른 합리적인 해결책을 도모하고 있다는 점에서 타당한 것으로 보인다. 절충설도 다시 무엇을 주된 기준으로 할 것인가 하는 점에서는 학설이 나뉘고 있지만 그 결과에 있어서는 큰 차이가 없는 것으로 보인다.¹³⁾ 이 때문인지 折衷說

8) 신현주, 116면.

9) 백형구, 52면.

10) 차용석, 178면.

11) 이재상, 97면; 차용석, 178면; 임동규, 58면.

12) 배종대·이상돈, 『형사소송법』, 서울: 박영사, 2004, 390면.

13) 이런 점에서 이 문제는 결국 뉘앙스의 차이에 지나지 않는다는 견해도 있다(황현호, 507면).

에 속하는 학설을 따로 구별하지 않고 절충설과 같은 의미로 실질적 표시설 또는 병용설이라고 하는 학자도 있다.¹⁴⁾

(2) 성명모용사건에 있어서 피모용자, 위장출석의 경우 위장출석자를 어떤 절차와 방법에 의하여 절차에서 배제할 것인가 하는 문제 역시 구체적인 상황과 절차단계에 따라서 합리적이고도 효과적으로 배제하는 것이 중요하다. 각 학설에서 주장하는 절차상 처리 방법 역시 각 학설에 따른 논리 필연적 귀결이라고 볼 수도 없다고 생각된다. 결국 이 문제는 피고인의 불이익 방지, 소송의 신속과 경제 및 절차의 확실성 등을 고려하여 각각의 장면에 따라서 합리적인 해결책을 모색해야 할 것이다.¹⁵⁾

(3) 姓名冒用の 경우 공소권의 주체는 검사이고(기소독점주의), 공소권 행사 여부도 검사에게 달려 있으므로(기소편의주의) 성명모용의 경우에는 마땅히 검사가 공소제기를 하려고 한 대상자, 즉 모용자가 마땅히 재판을 받아야 할 지위에 있다. 따라서 이 경우는 기본적으로 檢事의 意思에 따라 피고인을 정하는 것이 타당한 것으로 생각된다. 僞裝出席의 경우에는 검사가 원래의 피고인을 기소하려는 의도로 공소장을 작성하였고 공소장에 피고인 표시도 정상적으로 되었으므로 마땅히 재판을 받아야 할 자는 공소장에 피고인으로 표시된 자이다. 이 경우는 성명모용의 경우와는 달리 검사가 피고인으로 할 것을 意圖한 자와 공소장에 표시된 자가 일치하므로 의사설이나 표시설 어느 것에 의하더라도 같은 결론이 된다.

(4) 이상의 검토에 의하면 일응 의사설에 따르는 것이 성명모용과 위장출석 모두의 경우에 통일적으로 문제해결을 도모할 수 있을 것으로 보인다. 다만 구체적인 경우의 문제해결을 위해서는 공소장에 표시된 인적사항 및 피고인으로서의 행위도 고려되어야 할 것이므로 意思基準說에 의하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

14) 오영근, “피고인의 특정”, 『고시연구』, 서울: 고시연구사, 22(5), 71면; 김상희, “성명모용과 피고인의 특정”, 『판례월보』, 서울: 판례월보사, 278, 42면.

15) 신현주, 117면; 황현호, 538면.

Ⅲ. 姓名冒用の 경우

1. 성명모용의 개념 및 쟁점의 정리

(1) 성명모용이란 他人의 姓名을 비롯한 인적사항을 사칭함으로써 검사가 기소하고자 하는 사람이 아닌 타인의 인적사항이 공소장에 피고인으로 표시되게 하는 것을 말한다. 즉 甲이 수사를 받으면서 乙의 인적사항을 사칭함으로써 검사가 공소장에 乙을 피고인으로 표시하여 기소하게 된 경우를 성명모용이라고 한다. 이 경우 甲을 모용인, 乙을 피모용인이라고 한다(성명모용에 관해서 아래에서는 모용자를 ‘甲’, 피모용자를 ‘乙’이라고 하여 서술하기로 한다).

성명모용은 진범이 자신의 처벌을 면하기 위하여 타인을 매수하여 처음부터 자기 대신 피의자로 조사 받게 하고 자기는 수사의 대상에서 빠져버린 경우와는 구별되어야 한다. 이 경우는 기소된 자에 대한 유무죄만 문제될 뿐 성명모용의 문제는 생기지 않는다.

(2) 성명모용의 경우 누구를 피고인으로 보아 어떻게 처리할 것인가 하는 것에 대해서는 定式裁判의 경우와 略式節次를 나누어 검토할 필요가 있다. 정식재판에서 통상의 공판절차를 거치는 경우에는 피고인이 법정에 출석하게 되는 반면, 약식절차의 경우는 법원이 약식명령을 발하고 피고인이 이에 대하여 정식재판 청구를 하지 않으면 판결이 확정되기 때문에 모용자나 피모용자가 법정에 출석함으로써 발생하는 문제가 생기지 않기 때문이다. 정식재판의 경우도 모용자(甲)가 피모용자(乙)의 성명을 모용하는데 그치지 않고 모용자 자신이 법원에 출석하여 마치 피모용자(乙)인 것처럼 행세하면서 소송행위까지 수행하는 경우와¹⁶⁾ 乙이 출석하여 소송행위를 수행하는 경우로 나누어 검토하기로 한다. 전자의 경우는 모용자가 피모용자의 이름만 사칭하였을 뿐 실제로 모용자가 재판을 받았기 때문에 그렇지 않은 경우와는 달리 취급되어야 하기 때문이다.

16) 이러한 일은 주로 구속사건의 경우에 발생한다. 누범자, 집행유예 결격자, 상습범 등이 자신의 전과를 숨기기 위해 전과가 없는 타인의 인적사항을 사칭하여 실형을 면하려고 기도하는 경우가 있을 수 있다. 불구속사건의 경우에는 피고인에게 공소장 부분의 송달이나 공판기일의 통지를 하게 되면 피모용자(乙)에게 송달이 되므로 보통은 피모용자(乙)가 출석함으로써 성명모용 사실이 밝혀지게 될 것이나, 모용자(甲)와 피모용자(乙)가 통모한 경우에는 모용자(甲)가 출석할 수도 있을 것이다.

2. 定式裁判의 境遇

(1) 모용인(甲)이 출석하여 재판을 받는 경우

(가) 공판절차에서 성명모용 사실이 밝혀진 경우

이 경우는 甲을 피고인으로 보아 절차를 진행하는 것이 타당하다.¹⁷⁾ 비록 甲이 乙의 성명을 사칭했지만 甲은 실제로 수사 및 기소의 대상으로서 마땅히 재판을 받아야 할 자이며, 현실적으로도 피고인으로 기소되어 재판을 받고 있으나 다만 공소장의 피고인 표시가 잘못된 것에 불과하므로 소송절차의 명확성을 해칠 우려도 없기 때문이다. 이 경우 피고인 표시를 甲으로 정정하게 되면 乙이 유죄판결을 받을 염려가 없으므로 乙의 인권보호에 지장을 줄 우려도 없다.¹⁸⁾ 따라서 公訴提起의 효력은 甲에게만 미치고, 乙에게는 미치지 않는다.¹⁹⁾ 성명모용 사실을 확인한 검사는 공소장의 피고인 표시를 정정해야 한다. 이 경우 법원은 검사의 신청을 받아들여 甲을 대상으로 재판을 계속 진행하면 된다. 乙에 대해서는 처음부터 공소제기의 효력이 미치지 아니하고, 乙이 소송절차에 관여한 사실도 없으므로 乙에 대해 별도의 판단을 할 필요가 없다.²⁰⁾

17) 意思說에 의하면 검사가 모용인을 피고인으로 기소할 의도로 공소장을 작성하였으므로 모용인이 피고인이다. 의사설과 행위설은 논리의 구성에서는 다르지만 모용인이 피고인이 된다는 점에서는 결론을 같이한다. 이 설에 의하면 피고인의 성명, 본적, 주소 등은 피고인을 특정하는 단순한 보조수단에 불과하므로 모용자가 타인을 사칭했다고 하더라도 모용자가 피고인이 되며, 이 경우 검사는 공소장의 피고인 표시를 모용자의 인적사항으로 표시정정을 하면 되는 것으로 설명된다. 表示說에 의하면 이 경우 피고인은 乙이 되므로 검사는 공소를 취소하고 모용자에 대하여 다시 공소를 제기하여야 하고, 만일 공소가 취소되지 않으면 그대로 공판을 진행하여 피모용자에 대하여 무죄를 선고해야 할 것이다. 行爲說의 입장에서는 사실심리가 끝나고 증거조사 단계에 들어가는 등 어느 정도 심리가 진행된 경우에는 피모용자도 소송절차에서 행위를 하였으므로 피고인으로 취급하여 피모용자에 대해서 법률적 조치를 취해야 한다고 한다. 이 경우 피모용자에 대해서는 공소기각의 판결을 해야 한다는 견해와 공소기각의 결정을 함으로써 충분하다는 견해가 있다(황현호, 512-513 참조).

18) 황현호, 510면.

19) 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1610 판결; 대법원 1997. 11. 28. 선고 97도2215 판결.

20) 이상은 의사설과 행위설의 입장에서는 당연한 결과이다. 意思說에 의하면 검사는 甲을 피고인으로 하여 기소하였으므로 공소장 표시와 관계없이 처음부터 甲이 피고인이다. 行爲說에 의하는 경우에도 甲이 피고인으로 취급되었고 피고인으로서 행동하였으므로 甲이 피고인이다. 이 경우 검사가 다시 공소를 제기할 필요는 없으며 피고인 표시를 정정하는 것으로 해결한다. 그러나 表示說에 의하면 공소장에 乙이 피고인으로 표시되어 있으므로 乙이 피고인이다. 따라서 표시설(또는 표시설을 중시하는 입장)에 의하면 공판진행 중에

(나) 판결이 선고된 후에 모용사실이 밝혀진 경우

모용인 甲이 乙의 성명을 사칭하였으나 甲이 출석하여 재판을 받고 법원이 甲의 성명모용 사실을 간과하여 명의상 乙에 대한 판결이 선고된 경우는, 피고인의 명만 바뀌었을 뿐 실제로는 甲이 피고인으로서 재판을 받았기 때문에 판결의 효력은 甲에게만 미치며, 乙에게는 미치지 않는다.²¹⁾

1심 판결이 선고된 후에 甲 자신이나 검사에 의하여 성명모용 사실이 밝혀진 경우 이것이 항소이유가 될 수 있는지가 문제된다. 항소이유에 관한 형사소송법 제361조의5 제14호의 '사실의 오인'은 형벌권의 존재와 범위에 관한 사실로서 엄격한 증명을 요하는 사실을 의미하는 것으로²²⁾ 여기에 '피고인 표시'의 잘못이 포함된다 고 보기는 어렵다.²³⁾ 성명모용에 의하여 판결문상 피고인 표시가 잘못되었다는 것을 이유로 상소를 할 수는 없을 것으로 보인다. 법원은 '재판서에 오기 기타 이에 유사한 오류가 있는 것이 명백한 때'에 해당하는 것으로 보아 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 재판서의 경정결정(제25조)으로 판결문상의 피고인표시를 정정하여 그 잘못을 시정하면 될 것이다. 피모용자(乙)에게는 판결의 효력이 미치지 않으므로 乙에게 상소권을 인정해 줄 수는 없을 것으로 생각된다.

(다) 판결이 확정된 경우

판결이 확정된 후에도 유죄판결의 효력은 甲에게만 미치고 乙에게는 미치지 않는다. 다만 乙명의의 확정판결에 근거하여 甲에 대한 집행을 하는 경우 피고인 표시정정을 해야 할 것인가 하는 문제가 있다. 日本 判例는 피고인 표시정정 없이도 피모용자 乙명의의 확정판결을 갖고 甲에 대한 집행을 할 수 있다고 한다.²⁴⁾ 그러나 검사의 신청 또는 법원의 직권에 의한 被告人 表示訂正을 하는 것이 타당하다.²⁵⁾ 이 경우 甲은 자신의 범행에 관하여 자신이 재판을 받고 형집행을 받게 되었기 때

성명모용 사실이 밝혀졌더라도 피고인 표시정정은 허용되지 않으며, 검사는 공소를 취소하고 甲에 대하여 다시 공소를 제기해야 하고, 乙에 대한 공소가 취소되지 않으면 그대로 공판을 진행하여 피모용자(乙)에 대하여 무죄를 선고해야 한다고 하게 된다.

21) 이상은 의사설과 행동설에 의하면 당연한 결과라고 할 수 있다. 그러나 표시설에 의하면 이 경우에도 판결의 효력은 乙에게 미치게 될 것이다.

22) 차용석, 1054면; 임동규, 700면; 이재상, 674면; 신현주, 774면.

23) 황원호, 511면.

24) 일본 최고재판소 소화 60(1985) 11. 29. 결정.

25) 김상희, 46면.

문에 乙명의로 진행된 판결에 의하여 집행을 받게 되는 것에 대하여 비상상고나 재심으로 구제 받을 수는 없다.²⁶⁾

문제는 이 경우 어떤 방법으로 乙을 救濟할 것인가 하는 것이다. 이에 대해서는 비상상고설, 재심설 및 전과말소설이 있다. 非常上告說은 심판이 법령에 위반한 것으로 보아 비상상고의 방법에 의하여 판결을 파기하고 피고사건에 대하여 다시 판결해야 한다는 견해이다.²⁷⁾ 再審說은 다른 확정판결의 경우 중대한 오류가 있는 통상의 경우와 마찬가지로 재심의 절차에 의하여 무죄판결을 받을 수 있다는 견해이다.²⁸⁾ 이 설은 피모용자에 대하여 유죄판결이 확정되었으므로 이러한 경우의 구제는 재심에 의해야 한다는 것이다. 前科抹消說은 피모용자가 검사에게 전과말소신청을 하여 검사의 결정으로 受刑人名簿의 전과기록을 말소하여야 한다는 견해이다.²⁹⁾

생각건대, 이러한 경우의 심판이 법령에 위반한 경우라고 보기는 어려우므로 비상상고설은 타당하지 않다.³⁰⁾ 재심설에 관해서 보면, 이 경우 확정판결의 효력은 甲에게만 미치고 乙에게 미치지 않으므로 乙이 재심을 청구할 수 없으므로 타당하지 않다. 또한 재심설에 의하면 이 경우의 乙은 자신이 전혀 모르는 사이에 자신과 관계없이 성명이 모용당한 것일 뿐인데 이 문제를 해소하기 위하여 재심청구를 해야 하는데, 재심청구나 재심공판을 위해서 많은 시간과 비용이 소요되는 것을 감안한다면 乙이 재심을 통하여 구제받도록 하는 것은 타당하지 않다.³¹⁾ 이런 경우는 乙이 굳이 비상상고나 재심에 의한 구제절차를 받을 필요도 없다고 본다. 피모용자(乙)는 본인도 알지 못하는 사이에 판결이 선고되어 형을 받은 것으로 되어 본적지에 수형사실이 통보· 기재된 경우가 있을 수 있는데 이를 시정하기 위하여 검사에게 전과말소신청을 내어 전과기재를 말소할 수 있으며 이 정도의 조치만 취하면 충분할 것으로 생각된다. 前科抹消說이 타당하다.

(2) 乙이 소환장을 받고 法廷에 出席한 경우

(가) 공판절차에서 성명모용 사실이 밝혀진 경우

26) 황현호, 532면.

27) 신동운, 『형사소송법 I』, 서울: 법문사, 1997, 438면.

28) 서일교, 『형사소송법』, 서울: 박영사, 1979, 83면.

29) 임동규, 60면; 신현주 117면; 황현호 532면.

30) 백형구, 55면.

31) 이런 이유로 재심설이 전과기록말소설에 비하여 불리하다고 한다(백형구, 54-55면).

이 경우에도 公訴提起의 효력은 甲에게만 미친다.³²⁾ 姓名冒用 事實을 확인한 검사는 公소장의 피고인 표시를 乙에서 甲으로 정정해야 한다.³³⁾ 법원은 검사의 피고인 표시정정을 받아들여 甲에 대해 재판을 진행해야 한다.³⁴⁾ 피모용인은 형식적으로도 피고인의 지위에 있지 않기 때문에 그에 대해서는 재판절차에서 배제하면 되고 별도로 公소기각의 판결을 할 필요가 없다.³⁵⁾ 모용자가 누구인지 밝혀지지 않는 경우에는 피고인 표시정정을 할 수 없으므로 公소기각의 판결을 선고할 수밖에 없을 것이다.³⁶⁾

그런데 검사가 모용관계를 바로 잡기 위한 피고인 표시정정을 하지 않는 경우에 법원은 어떻게 해야 할 것인가가 문제된다. 이러한 경우에 관하여 大法院은, 외형상 피모용자 앞으로 公소가 제기된 것으로 되어 있어 公소제기의 방법이 형사소송법 제254조의 규정에 위반하여 제327조 제2호의 '公소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때'에 해당하는 것으로 보고 公소기각 판결을 해야 한다고 한다.³⁷⁾ 그러나 만일 公판심리 도중 성명모용 사실이 판명되었는데 검사가 不注意로 피고인 표시정정을 하지 않는다면 재판장은 釋明權을 行使하여 피고인 표시를 정정하도록 촉구하는 것이 바람직할 것이다. 재판장이 검사에게 피고인 표시를 정정하도록 촉구하였음에도 불구하고 모용관계가 확실하지 않다는 등의 이유로 검사가 피고인의 표시정정을 하지 않은 경우에는 검사가 피모용자를 피고인으로 하여 심판을 받을 의사를 갖고 있다고 보고 피모용자에 대하여 실체판단을 해야 할 것으로 생각된다.³⁸⁾ 이러한 경우에도 피모용자에 대하여 기판력이 발생하지 않는 公訴棄却의 形式的 裁判을 한다면 피모용자의 불안정한 지위를 해소하는데 오히려 도움이 되지 않는다고 할 것이다.

大法院 判例 중에는 변론종결 후에 검사가 성명모용 사실을 확인하고 피고인표시

32) 이 경우도 의사설에 의하면 피고인은 甲이고, 표시설에 의하면 피고인은 乙이 된다. 행위설에 의할 경우 甲이 법정에 출석한 경우와는 달리 甲은 실질적 피고인이 되고, 乙은 피고인으로서 행동하였으므로 형식적으로나마 피고인의 지위를 인정받게 될 것이다. 그러나 이 경우 과연 乙이 어느 정도의 행위를 해야만 피고인으로 인정할 수 있을 것인가 하는 것은 명확하지 않다.

34) 이 경우도 앞에서 본 것처럼 公소장 변경이 아니므로 법원의 허가를 받을 필요는 없다.

34) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2554 판결.

35) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2554 판결은 약식명령의 경우에는 피고인에 대한 公소기각의 판결을 선고해야 한다는 것과는 다르게 취급되고 있다.

36) 황현호, 517면.

37) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2554 판결.

38) 황현호, 523-524면.

정정신청을 한 경우 이를 받아들이지 않고 피모용자에 대한 공소기각의 판결을 선고한 사례가 있다.³⁹⁾ 위 판결에 대해서는 형식적 당사자주의에 안주한 것이라는 비판이 있다.⁴⁰⁾ 비록 변론종결 후에 피고인표시 정정신청이 있다고 하더라도 피고인표시가 잘못된 원인은 모용인의 의도적인 사칭행위에 있다고 할 수 있으므로 검사의 변론재개신청을 받아들이지 않고 공소기각판결을 선고한 것이 정당하다고 한 것은 實體眞實 發見 또는 刑事司法의 理想實現이라는 관점에서 문제가 있는 것으로 생각된다.

(나) 判決이 宣告된 後에 모용사실이 밝혀진 경우⁴¹⁾

이 경우는 공소장에 乙이 피고인으로 표시되어 법원에 의해 피고인으로 취급되고 피고인으로서 행위를 한 것도 乙이고, 그 결과 판결도 乙에게 선고되었으므로 판결의 효력은 乙에게 미친다고 보아야 할 것이다.⁴²⁾ 乙에게 유죄판결이 선고된 경우 乙은 자기에게 선고된 유죄판결에 대하여 상소를 제기해서 구제 받을 수 있다. 제1심은 乙이 피모용자라는 것을 발견하고 공판절차에서 乙을 배제했어야 함에도 불구하고 乙에게 유죄판결을 선고하였으므로 乙은 사실오인을 이유로 항소를 제기할 수 있다. 항소심이 성명모용 사실을 확인하면 원심판결을 파기·재판하여 공소기각의 판결을 선고해야 할 것이다.⁴³⁾

모용자(甲)에 대해서는 제1심에서 아무런 절차가 진행되지 않았으므로 그 판결의 효력이 甲에게 미치지 않는다. 다만 이 경우 甲에 대한 처리가 문제된다. 이에 대해서는 당초의 공소제기를 기초로 하여 기소한 검사로 하여금 被告人表示를 甲으로 정정하게 한 다음 이에 따라 甲을 소환하여 제1심부터 다시 소송절차를 개시해야

39) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91도1689 판결.

40) 황현호, 523-524면.

41) 이런 경우는 매우 드문 예에 해당할 것으로 생각된다. 통상의 경우 乙이 법정에 출석하여 '자신은 그 사건과 무관하고 수사를 받은 사실조차 없다'고 말한다면 乙에게 유죄판결이 내려질 리가 없을 것이다. 乙이 피고인으로서 공판정에 출석하였음에도 불구하고 乙에게 유죄판결이 선고되거나 확정되는 것은 乙이 甲과 통모하여 성명모용 사실을 숨긴 경우에만 가능할 것이다.

42) 의사실에 의하면 검사가 피고인으로서 기소한 대상은 甲이므로 판결의 효력은 甲에게 미쳐야 할 수도 있겠으나, 실제 재판절차에 전혀 관여하지 않은 甲에게 판결의 효력을 미치게 한다는 것은 부당하므로 결국 판결의 효력이 甲에게 미친다고 할 수는 없을 것이다. 행위설과 표시설에 의하면 판결의 효력이 甲에게 미치지 아니한다는 것은 논리적으로 당연한 결과라고 하겠다.

43) 황현호, 517면.

할 것이라는 견해가 있다.⁴⁴⁾ 이 학설에 대해서는 항소심에서의 공소기각판결은 중국재판이며, 중국재판은 상소에 의하지 않는 한 확정되는데, 중국재판이 선고된 사건에서 당초의 공소제기를 기초로 피고인표시를 정정하여 다시 절차를 진행한다는 것은 문제가 있다는 비판이 가능할 것으로 생각된다. 그러나 그렇다고 하여 甲에 대한 재판을 하기 위해서는 검사가 새로이 공소제기를 할 수밖에 없다면 소송의 경제나 실체진실의 발견이라는 면에서 부당한 결과를 초래할 수 있을 것이므로⁴⁵⁾ 일응 위 견해가 타당한 것으로 생각된다.

(다) 判決이 確定된 경우

甲의 성명모용행위에 의하여 乙이 재판을 받았으나 乙이 항소권을 행사하지 않는 등으로 판결이 확정된 경우 乙을 구제할 수 있는 수단이 문제된다.⁴⁶⁾ 이에 대해서는 비상상고설과 재심설이 대립된다. 비상상고설의 근거는 이러한 경우에는 당초부터 유죄판결을 선고받은 자에 대하여 유효한 공소제기가 없었고, 따라서 이러한 사람에 대하여 유효한 공소제기가 있다고 오인하여 유죄판결을 선고한 것은 法律의 規定에 違反한 공소제기를 기초로 하여 위법한 소송절차를 진행하고 이에 기하여 판결을 선고한 것으로 보아야 하므로, 이는 형사소송법 제446조 제1호 소정의 비상상고 사유에 해당한다는 견해이다.⁴⁷⁾ 이 설은 재심설에 대해서, 재심제도는 확정판결의 기초가 되는 증거가 위조된 경우 등 사실의 인정에 중대한 잘못이 있는 경우에 이를 시정하기 위한 제도로서, 당초부터 피고인에 대하여 유효한 공소제기가 있는 것을 전제로 하는 것이므로, 위와 같은 경우는 재심사유에 해당하지 않는다고 비판한다. 재심설은 피모용자에 대한 유죄판결이 확정된 후의 관점에서 볼 때 피모용자는 공소사실에 해당하는 범행을 한 사실이 없으므로 무죄이고 그 후 성명모용 사실이 밝혀졌다면 형사소송법 제420조 제5호에 해당하는 '무죄를 인정할 明白한 證據가 새로 발견된 때'에 해당하므로, 피모용자는 재심을 청구할 수 있다는 견해이

44) 황현호, 518면.

45) 예컨대 재판이 진행되는 동안 甲의 범죄에 대한 공소시효가 완성되는 수가 있는데, 이로 인해서 갑이 처벌을 면하게 되는 것은 타당하지 않은 것으로 생각된다.

46) 이러한 경우에 관해서 국내 대부분의 교과서는 앞의 「Ⅲ. 2. (1) (다)」에서 다룬 경우와 같이 취급하고 있다. 이 경우는 乙이 피고인으로 출석하여 심판을 받고 그 결과 판결이 선고되었기 때문에 甲이 출석하여 乙의 행세를 한 결과 乙에게 판결이 선고된 경우와는 달리 취급되어야 한다.

47) 이에 관한 학설소개는 황현호, 535-536면 참조.

다. 이 견해는 위와 같은 사실이 재심사유의 문리에 합치되는 것은 아니지만 재심 제도의 취지를 고려하여 합리적으로 해석하면 그에 해당한다고 볼 수 있다는 것이다.⁴⁸⁾

생각건대, 非常上告는 확정판결에 법령위반의 중대한 하자가 있는 경우에 法令解釋의 統一을 기하기 위하여 檢察總長에게 인정되는 제도이므로 乙의 권리구제를 하는 데는 적절하지 않은 구제수단이라고 할 것이다. 일단 乙에 대한 재판이 확정된 경우에는 裁判書(判決, 略式命令 等)에 피고인으로 기재된 乙에게 判決의 效力이 미치므로 乙에게 再審을 인정하는 것이 타당하다.

3. 略式節次의 경우

(1) 乙의 정식재판에 의해 모용사실이 밝혀진 경우

이는 乙이 약식명령을 송달 받고 법원에 정식재판을 청구하여 성명모용 사실이 밝혀진 경우를 말한다. 이 경우에 공소제기의 효력이 누구에게 미치는가에 대해 判例는 公判節次의 경우와 마찬가지로 甲을 피고인으로 본다. 甲에 대하여는 약식명령이 송달되지 않았으므로 검사는 公訴狀의 피고인 표시정정 신청을 하고 법원은 피고인 표시정정 결정서와 略式命令 正本을 甲에게 송달해야 한다. 甲에 대하여는 약식기소된 이후부터의 절차가 다시 진행된다.

이 경우 乙에 대해서 어떻게 처리할 것인가 하는 것이 문제된다. 大法院은 乙이 正式裁判을 청구하고 재판기일에 출석하는 등 피고인으로서 행동하여 형식적으로는 피고인의 지위를 갖게 되었으므로 법원은 乙에게 적법한 공소제기가 없었음을 밝혀주는 의미에서 제327조 제2호를 유추적용하여 公訴棄却의 判決을 선고함으로써 피모용자의 불안한 지위를 해소해 주어야 한다고 한다.⁴⁹⁾ 대법원은 정식재판의 경우에는 피모용자에 대하여 심판할 것이 아니라고 하고 있어 정식재판과 약식재판의 경우를 다르게 보고 있다.

이 같은 대법원 판결을 비판하는 견해가 있다. 불구속 기소된 피모용자가 공소장 부분을 송달받고 법정에서 출석하여 자신은 이 사건과 무관하다고 주장하는 것이나, 약식기소된 피모용자가 약식명령등본을 송달받고 정식재판을 청구하여 법정에 나와

48) 황현호, 536면.

49) 대법원 1981. 7. 7. 선고 81도182 판결; 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2554 판결.

자신은 이 사건과는 무관하다고 주장하는 것은 피모용자의 입장에서 볼 때는 동일하므로 양자를 구별할 하등의 이유가 없다는 것이다. 이 견해는 피모용자(乙)는 검사에 의하여 피고인으로 의욕된 자도, 자신이 피고인으로 행동한 자도 아니므로 형식적이든 실질적이든 피고인이 아니므로 피모용자의 정식재판청구는 피고인이 아닌자의 정식재판청구로서 법령상의 방식에 위배되었다고 보아(제453조 제1항) 제455조 제1항에 의하여 결정으로 정식재판청구를 기각하면 된다고 한다.⁵⁰⁾

그러나 다음과 같은 이유에서 대법원 판결을 지지한다. 법원으로부터 피모용자에게 약식명령이 행해져서 피모용자에게 송달이 되었고 피모용자가 이에 대해 정식재판 청구를 했으므로, 이 경우 피모용자의 정식재판청구는 정당한 이유 있는 것이다. 법원으로서에는 이에 대한 응답을 해 주어야 한다. 이와 같은 정당한 이유 있는 정식재판청구에 대해서 피모용자가 피고인이 아니었다는 이유로 정식재판청구가 기각된다는 것은 실질적으로 약식명령이 잘못되었다는 것에 대한 법원의 응답으로서도 적절하지 않다. 또한 정식재판청구를 기각하는 것은 정식재판청구를 한 피모용자에게 혼란을 줄 여지도 있다. 법원으로서에는 어떤 형태로든 정식재판청구가 이유 있다는 것을 주문에서 표시할 수 있어야 한다고 보며, 이런 의미에서 대법원의 입장이 타당하다고 생각된다.

(2) 乙에 대한 약식명령이 確定된 경우

乙이 약식명령을 송달받고도 정식재판을 청구하지 않아 乙에 대한 약식명령이 확정된 경우에 관한 구제방법을 보면 다음과 같다. 먼저 피모용자 乙이 공시송달에 의해서 약식명령을 송달받고 확정되었다면 乙은 정식재판청구권 회복(제458조)에 의해서 구제 받을 수 있을 것이다. 이런 방법으로 乙이 구제될 수 있는 한 비상상고나 재심까지 고려할 필요는 없다고 할 것이다.⁵¹⁾

50) 황현호, 521면. 이 견해는 형식적 요건의 미비로 피모용자의 정식재판청구를 기각한다고 해서 피모용자에 대하여 유죄를 인정하는 것이 아니라고 하며, 피모용자의 불안정한 지위를 해소해 주기 위해 공소기각의 판결을 선고해야 한다는 대법원의 판결과는 정식재판의 청구를 기각한다는 점에서 차이가 있을 뿐 판결의 이유나 결정의 이유에서 그 취지가 나타나므로 피모용자의 불안정한 지위를 해소하는 데는 차이가 없다고 한다.

51) 황현호, 534면. 피모용자가 공시송달에 의하여 약식명령을 송달받고 재판이 진행되어 확정되었다면, 피모용자는 정식재판청구권 회복을 청구할 수 있고, 이런 경우에 비상상고나 재심을 인정할 여지는 없다고 할 것이다. 법원에 의해 정식재판청구권이 받아들여지면 제1심부터 새로 진행할 것이다. 그 이후의 절차는 피모용자에 대한 재판이 확정되지 않은 단계에서 모용사실이 밝혀진 경우처럼 처리하면 될 것이다.

그러나 乙이 공시송달에 의하지 않은 약식명령을 송달 받고 이의를 하지 않음으로서 약식명령이 확정된 경우에는 법정기간을 지키지 못한 것이 乙의 귀책사유라 할 것이므로 정식재판청구권회복에 의하여 乙을 구제할 수는 없다. 이 경우 乙을 구제하는 수단에 대해서 非常上告說과 再審說이 대립되고 있다. 이 문제는 정식재판에서 乙이 확정판결을 받은 경우와 같으므로 여기서는 논의를 생략한다.

甲에 대해서 보면, 이 경우 피고인은 甲이기 때문에 甲에게 송달되지 않는 한 약식명령은 확정되지 않는다. 만약 乙명의로 약식명령이 甲에게 송달되어 확정된 경우에는 확정판결의 효력은 당연히 甲에게 미치게 될 것이다. 이 경우 판결의 집행을 위해서는 검사의 신청 또는 법원의 직권에 의하여 피고인 표시를 정정해야 할 것이다.

IV. 偽裝出席(몸받이 출석)

1. 概說

위장출석이란 공소장의 피고인 특징은 제대로 되었으나 피고인이 아닌 자가 피고인인 것처럼 위장하여 공판정에 출석하는 것이다. 예를 들어 검사가 X를 기소하였고 공소장에도 X가 피고인으로 표시되어 있는데 변론기일에 Y가 공판정에 출석한 경우를 말한다. 이 경우 공소장에 피고인으로 표시된 X를 實質的 被告人(또는 眞正 被告人)이라고 하고 위장출석한 Y를 形式的 被告人(또는 不眞正 被告人)이라고 한다. 이 경우 공소장에 피고인으로 표시된 X 이외에 피고인으로서 행세한 Y에 대하여 어떤 절차와 형식으로 排除할 것인가가 문제된다. 기본적으로 Y도 절차에 관여하였으므로 피고인으로서의 지위를 인정해 주는 입장과 그렇지 않은 입장이 있다. 이상의 문제점에 대해서 절차적 순서에 따라 검토하기로 한다.

2. 公判審理 中 판명된 경우

(1) 認定訊問의 단계에서 위장출석이 밝혀진 경우

공소제기 및 인정신문의 단계에서는 피고인은 공소장에 피고인으로 표시된 X이

다. 검사가 기소하려고 한 대상도 X이고 공소장에 표시된 피고인도 X이기 때문이다. 인정신문의 단계에서라면 아직 Y가 소송행위를 했다고 할 수도 없어 Y에 대한 사실상의 訴訟係屬도 없었다고 할 수 있으므로 피고인이라고 할 수 없다. 법원은 Y를 사실상 배제하고 X를 다시 소환하여 소송을 진행하면 될 것이다.⁵²⁾

(2) 事實審理에 들어간 후 위장출석이 밝혀진 경우

위장출석이라는 것이 인정신문 단계에서는 밝혀지지 않고 사실심리에 들어간 후에 비로소 Y가 X를 대신하여 몸받이 출석을 한 것이 밝혀진 경우에는 이 문제를 어떻게 처리하여야 할 것인가가 문제된다. 이 경우 Y는 절차에서 배제되어야 하고 X가 피고인으로서 소환되어야 한다는 점에 대해서는 학설이 일치하고 있는 것으로 보인다. 다만 Y를 排除함에 있어서 Y를 事實上 배제하는 것만으로 충분한가, 아니면 별도로 Y에게 공소기각의 판결을 선고해야 하는가 하는 것이 문제된다.

(가) 公訴棄却判決說

국내의 다수설은 Y가 형식적으로나마 소송행위를 하였으므로 Y도 형식적으로는 피고인이 되고 Y에 대해서는 訴訟이 係屬된 것으로 본다.⁵³⁾ Y에 의한 소송계속을 공식적으로 부인하기 위해서 법원은 Y에 대해서는 無罪判決 또는 公訴棄却의 判決(형소법 제327조)을 해야 하며, X에 대해서는 처음부터 다시 소송을 진행해야 한다고 한다. 이 같은 결론은 Y에게 형식적 피고인으로서의 지위를 인정하는 행위설에 의할 경우 당연히 도출될 수 있는 결론이며, 국내에서 實質的 表示說을 취하는 학자도 대부분 Y에 대한 사실상의 소송계속이 있는 것을 중시하여 形式的 訴訟條件의 흠결을 이유로 Y에 대한 公訴棄却의 判決을 하여야 한다고 한다.⁵⁴⁾

(나) 事實上排除說

이 학설은 이런 경우 검사의 의사나 공소장의 피고인 표시에 의하면 피고인은 X

52) 신동운, 262면; 이재상, 111면; 임동규, 60면; 배종대·이상돈, 390면; 차용석, 179면; 신현주 117면.

53) 이재상, 98면; 임동규, 60면; 배종대·이상돈, 390면; 차용석 179면.

54) 신동운, 262면; 이재상 98면; 임동규 60면; 신현주 117면; 차용석 179면.

이고 Y의 訴訟行爲는 피고인이 아닌 자의 소송행위로서 法律上 아무런 效力이 없으므로 법원이 Y의 訴訟行爲에 대해 공식적으로 부인할 필요도 없이 Y를 소송에서 사실상 배제하고 X를 소환하여 처음부터 소송을 다시 진행하면 된다고 한다. 이 같은 결론은 의사설이나 표시설에 의할 경우의 논리적 귀결이라고 할 수 있다. 공소기각판결설에 대해서는 이런 경우 甲 사건에 대하여 피고인 표시를 乙로 한다는 것은 문제가 있다고 하면서 위장출석자(Y)는 그가 공소장에 피고인으로 표시되어 있지 않으면 어떤 경우에도 형식적 의미의 피고인으로 인정할 필요가 없고 위장출석자임이 밝혀진 시점에서 사실상 배제하면 족한 것이고 그에게 공소기각의 판결을 할 필요성까지는 없다고 한다.⁵⁵⁾

(다) 學說의 檢討

Y의 소송행위는 외관상 소송행위인 것처럼 보일 뿐 행위적격이 없는 자의 행위이므로 당연히 無效라고 해야 할 것이다.⁵⁶⁾ X에 대한 공소제기가 명백한 사안에 대해서 Y가 피고인으로 행세했다고 해서 Y에 대하여 공소기각판결을 선고해야 한다는 것도 타당한 것으로 보기는 어렵다. 이 경우 Y는 자신에 대한 것이 아니라 X에 대한 사건이라는 것을 잘 알면서도 스스로 법정에 출석하여 법원을 기망하는 行爲를 한 자이다. 그런데 이런 Y에 대해서까지 법원이 친절을 베풀어 절차에서 배제된다는 것을 밝혀 주기 위해서 공소기각판결을 선고할 필요까지는 없을 것으로 생각된다. 따라서 Y를 절차에서 사실상 배제하는 것으로 충분하다는 事實上排除說이 타당하다.

3. 判決宣告 後에 위장출석이 밝혀진 경우

(1) 判決의 效力

Y의 위장출석에 의하여 심리가 진행·종결되고 판결이 선고될 때까지 Y가 X의 몸받이 출석자라는 것을 알지 못하고 판결이 선고된 경우에는 어떻게 할 것인가가 문제된다. 이 경우 X는 비록 피고인이지만 제1심에서 출석하지 않았기 때문에 판결

55) 황현호, 526-527면.

56) 행위적격이 없는 자에 의한 소송행위는 일반적으로 무효로 보고 있다(백형구 연습 176면; 이재상 155면).

이 선고되었다고 하더라도 판결의 효력이 X에게 미치지 않는다. 이런 경우의 재판은 피고인의 출석권(제276조)과 피고인의 진술권(제286조)이 침해된 것이고, 피고인의 불출석은 재판에 있어서의 중대한 하자라고 할 것이므로 당연히무효라고 보아야 하기 때문이다. 문제는 판결의 효력이 Y에게 미치는가 하는 것이다. 이에 대해서는 긍정설과 부정설이 있다.

(가) 肯定說

긍정설은 Y가 법정에 출석하여 소송행위를 하였으므로 Y가 피고인이 되고 판결의 효력은 Y에게 미친다고 보며, 이로 인한 부당한 결과는 Y의 상소에 의하여 시정되어야 한다고 한다. 피고인 인정의 기준에 관한 行爲說의 입장에서는 피고인으로서 행동한 자를 피고인으로 보는 결과 당연한 논리적 귀결이라고 할 수 있다. 實質的 表示說을 따르는 국내의 대부분의 학자들도 같은 태도를 보이고 있다.⁵⁷⁾

(나) 否定說

부정설은 비록 Y가 출석하여 訴訟行爲를 하였지만 피고인은 X이므로 판결의 효력이 Y에게는 미치지 않는다고 한다. 판결문에 피고인으로 표시되어 있지도 않고 처음부터 검사가 피고인으로 할 의사도 없는 Y를 피고인으로 인정하여 판결의 효력을 미치게 할 수는 없다는 것을 근거로 한다.⁵⁸⁾ 피고인 인정의 기준에 관한 意思說과 表示說의 논리에 의하면 피고인은 X이므로 判決의 效力이 Y에게는 미치지 않게 된다.⁵⁹⁾

(다) 學說의 檢討

X에 대한 공소제기에 대하여 Y가 위장출석하여 판결이 선고된 경우 검사의 공소 제기도 X에 대하여 이루어졌고 판결문상 피고인의 표시도 X로 되어 있는데 Y에게 판결의 효력이 미친다는 것은 타당하지 않다. 더구나 판결의 집행력을 생각한다면 더욱 더 타당하지 못하다. 따라서 否定說이 타당한 것으로 생각된다. 판결의 효력이

57) 신동운, 262면; 차용석, 180면; 신현주, 117면; 이재상, 98면.

58) 심희기, 『형사소송법의 쟁점』, 서울: 삼영사, 2004, 61면; 항현호, 530면.

59) 항현호, 529-530면.

Y에게 영향을 미치는 것(법정에서의 구속 등)에 대해서는 사실상의 시정조치(검사의 구속취소에 의한 석방 등)⁶⁰⁾ 또는 형사소송법 제488조의 執行疑義申請 또는 제489조의 異議申請에 의하여 Y를 배제하는 조치를 취하면 될 것으로 생각된다.⁶¹⁾ 형사소송법 제489조는 '재판의 집행을 받은 자 또는 그 법정대리인이나 배우자는 집행에 관한 검사의 처분이 부당함을 이유로 재판을 선고한 법원에 이의신청을 할 수 있다'고 규정되어 있는 바, Y는 판결문상의 피고인으로 표시되어 있지 않으므로 집행에 관한 검사의 처분이 부당함을 이유로 이의신청을 할 수 있을 것이다. Y가 범인은닉죄 또는 공무집행방해죄 등으로 처벌받게 되는 것은 별개의 문제로 취급되어야 한다. 판결의 효력이 피고인에게 미치지 않는 결과 1심 판결에 대한 抗訴權者 역시 공소장에 피고인으로 표시되어 있는 X가 되어야 할 것이다.⁶²⁾

(2) 抗訴審에서의 審判

항소심에서 비로소 Y가 위장출석자라는 것이 확인되면, 법원은 Y를 절차에서 배제하는 사실상의 조치를 취하면 될 것으로 보인다. 이 경우 항소심법원은 X를 소환하여 심리를 해야 할 것이다. 항소심에서 심리한 결과 X에게 유죄가 인정되더라도 항소심법원은 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 다시 재판을 해야 한다. 원심은 X가 출석하지 않았는데도 불구하고 실체심리를 하여 판결을 선고함으로써 형사소송법 제361조의 5 제1호 및 형사소송법 제276조에 위반하였기 때문이다.

이 경우 X에 대해서 1심 절차부터 다시 시작해야 할 것인지에 대해서는 學說對立이 있다. 肯定說은 이런 경우 피고인의 심급의 이익을 위해서 1심 절차를 다시 시작해야 하며 새로운 공소제기는 불필요하다고 한다.⁶³⁾ 否定說은 제1심 절차부터 다시 시작하여야 할 근거가 없다는 이유로 이를 부정한다. 부정설은 형사소송법 제366조에 의하면 공소기각 또는 관할위반의 재판이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결을 파기하는 때에 한하여 사건을 원심법원에 환송하도록 규정하고 있는데 위장출

60) 乙이 법정구속이 된 경우 乙의 상소 및 乙에 대한 구속취소의 절차에 대해서는 황현호, 529-530면 참조.

61) 집행의이신청에 의해야 할 것이라는 견해는 심회기, 62면.

62) 乙이 법정구속되어 乙이 항소할 수밖에 없는 상황에서의 처리에 대해서는 황현호, 529-530 참조.

63) 신현주, 117면; 이재상, 98면; 임동규, 60면; 배종대·이상돈, 387면.

석은 이 경우에 해당하지 않으므로 1심에서 다시 심판하게 할 수는 없으며, 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 破棄하고 自判하여 X에게 유죄선고를 할 수밖에 없다고 한다.⁶⁴⁾

생각건대, 이런 경우 X에 대해서 다시 처음부터 1심에서 심리를 시작하도록 할 수 있는 법적 근거가 없으므로 부정설이 타당하다. 다만 立法論적으로는 이런 경우도 파기환송할 수 있도록 法的 根據를 마련할 필요가 있을 것이다.⁶⁵⁾

4. 判決確定 後의 救濟方法

(1) 救濟의 對象에 관한 문제

X에 대한 심판사건에서 Y가 위장출석하여 소송을 수행한 결과 법원이 X를 피고인으로 하여 선고한 판결이 확정된 경우 X와 Y 중 누구를 救濟해야 할 것인가가 문제된다. 국내의 다수설은 주로 Y에 대한 救濟手段을 논하고 있으나 X를 구제해야 한다는 반대의견도 있다.⁶⁶⁾ 이 문제는 판결의 효력이 누구에게 미치는가 하는 것과 관련이 있다. 판결의 효력이 X에게 미친다는 견해는 X에 대한 구제를 다루게 되고, 판결의 효력이 Y에게 미친다고 보는 견해는 Y의 구제문제를 다루게 되는 것이다. 앞에서 본 바와 같이 판결의 효력이 X에게 미친다고 보는 것이 타당하므로 여기서는 X의 구제를 논하기로 한다.⁶⁷⁾

(2) 救濟方法

위장출석에 의하여 판결이 선고·확정된 경우의 권리구제수단에 관해서 비상상고설⁶⁸⁾과 재심설⁶⁹⁾이 있다. 非常上告說은 이 경우의 구제는 비상상고에 의하여야 한다는 것이다. 이 설은 확정된 범죄사실에 대한 실체판단을 구제하는 것이 아니라 形式的 訴訟條件의 흠결을 간과한 違法을 구제한다는 측면이 강하다는 것을 강조한

64) 황현호, 530면.

65) 황현호, 530면.

66) 황현호, 529면.

67) 다만 Y에 대한 구제를 문제 삼는다고 하더라도 아래에서 보는 바와 같이 구제수단이라는 점에서는 확정판결에 대한 것이므로 차이가 없다.

68) 이재상, 98면.

69) 임동규, 60-61면; 신현주, 117-118면.

다.⁷⁰⁾ 再審說은 이 경우의 구체수단은 비상상고에 의하여야 한다는 것이다. 이 설은 非常上告는 검찰총장만이 할 수 있어 X는 非常上告를 할 수 없다는 점을 들어 이 경우의 X에 대한 구체는 재심절차에 의하는 것이 보다 타당하다고 한다.⁷¹⁾

비상상고는 검찰총장만이 청구할 수 있을 뿐 피고인(X)의 비상상고는 허용되지 않고, 비상상고에 의하여 선고된 판결의 효력은 원칙적으로 피고인에게 미치지 않는다(제447조). 재심은 유죄의 확정판결에 대한 구체절차로서 비상상고보다는 구체의 폭이 넓다. 따라서 피고인 보호라는 측면에서 再審에 의하는 것이 타당하다.⁷²⁾

V. 結論

피고인 인정의 기준에 관한 문제는 공소장에 피고인으로 기재되어 있는 자와 실제 수사의 대상이 되어 검사가 피고인으로 기소하려고 의도한 자가 다른 경우(성명 모용의 경우) 및 피고인이 아닌 자가 피고인으로 출석하여 소송행위를 하는 경우(위장출석의 경우)에 과연 누구를 피고인으로 할 것이며, 그 기준은 무엇으로 할 것인가 하는 문제이다. 이 문제는 성명모용자 또는 위장출석자에 대해서 어떤 조치를 취하는 것이 합리적인 것인가 하는 문제를 포함한다.

이 문제를 해결하기 위한 일반론적인 학설로 의사설, 표시설, 행위설 및 절충설이 있으나, 의사설, 표시설 및 행위설은 검사의 의사, 공소장의 피고인 표시 및 피고인으로서의 행위라는 어느 하나의 기준에 의하여 성명모용이나 위장출석의 경우 발생하는 모든 문제를 일관성 있게 해결하기는 쉽지 않다. 결국 이들 요소를 모두 고려하여 구체적 장면에서 합리적인 결론을 도출하는 것이 타당하므로 折衷說이 타당하다. 절충설도 다시 결합설, 실질적 기준설 및 의사기준설 등으로 학설이 갈리지만 위의 세 가지 요소를 모두 고려하여 타당한 결과를 도출하려고 한다는 점에서는

70) 신현주, 262~263면; 이재상, 111면; 백형구, 55면 각주 15.

71) 백형구, 55면의 각주 14 참조.

72) 신양균, 366면; 임동규, 61면; 황현호, 537면. 다만 이 경우 甲에게 재심청구를 인정하더라도 재심이 인용되는 경우는 드물 것이라고 본다. 성명모용의 경우에는 피모용자가 성명을 모용당했을 뿐이고 결과적으로 공소사실에 해당하는 범행을 한 사실이 없으므로 재심이 인용될 가능성이 큰 반면, 위장출석의 경우에는 피고인이 몸받이로서 제3자를 내세운 것이므로, 피고인이 출석하였다면 무죄를 입증할 수 있었다거나, 보다 경한 죄로 처벌받을 수 있었음을 인정할 수 있는 明白한 證據를 제출하지 못하는 한 재심은 인용될 수 없을 것이다(황현호, 537면).

별 차이가 없는 것으로 보인다. 다만 성명모용과 위장출석의 문제를 하나의 이론으로 통일적으로 해결한다는데 초점을 맞춘다면 의사설에 입각하는 것이 일응 타당한 것으로 보인다. 그러나 각각의 장면에서는 법원이 어떤 조치를 취하는 것이 절차적 안정성을 보장하면서 피고인 또는 관계자의 소송법상 권리를 보장하는데 합리적인가 하는 것이 문제되며 이들에 대해서 구체적으로 검토하는 것이 필요하다.

본 논문에서는 이 문제를 성명모용과 위장출석으로 나누어 검토하였으며, 성명모용사건에서는 절차의 특성상 定式裁判과 약식재판으로 나누어 검토하였다. 정식재판의 경우는 다시 모용인이 출석하여 재판을 받는 경우와 그렇지 않은 경우로 절차의 각 단계별로 나누어 검토해 보았다. 결론을 요약하면 다음과 같다.

성명모용에 있어서, 모용인이 타인의 성명을 모용하고 자신이 출석하여 재판을 받는 경우는 기본적으로 검사가 모용인을 상대로 기소할 의사가 있었고 또한 모용인이 재판을 받았으므로 모용인을 피고인으로 인정하고, 判決宣告의 효력도 모용인에게 미치는 것으로 보는 것이 타당하다. 이 경우 被冒用人の 救濟는 재판서의 경정결정이나 전과말소 등의 방법에 의하면 될이다.

성명모용사건에서 被冒用人이 出席하여 재판을 받는 경우에도 공소제기의 효력은 甲에게 미치며 법원은 적당한 방법으로 乙을 배제하면 될 것으로 본다. 성명모용이 밝혀진 경우 검사는 공소장정정을 해야 할 것이다. 검사가 公訴狀 訂正을 하지 않는 경우의 법원의 처리에 대해서는 공소기각 판결을 해야 한다는 것이 大法院의 일관된 태도이나, 이런 경우 법원은 釋明權을 행사하여 검사로 하여금 被告人 表示訂正을 하게 하는 것이 타당하다.

피모용인에 대한 유죄판결이 선고된 경우 피모용인은 항소를 할 수 있고 항소심에서 성명모용이 밝혀진 경우에는 破棄 自判을 하여 공소기각 판결을 선고해야 할 것이다. 이 경우 모용인에 대해서는 검사가 기소할 것을 기다려 재판을 하면 될 것으로 생각된다. 판결이 확정된 경우 乙에 대한 구제수단으로는 재심에 의하는 것이 타당한 것으로 본다.

略式簡次에서의 성명모용의 경우 피모용인이 정식재판을 청구한 때 법원은 피모용자에 대해서는 공소기각의 판결을 선고하고 모용자에 대해서는 공소장 표시정정을 한 후 약식명령 정본을 송달해야 한다는 입장을 취하고 있으나, 정식재판청구와 달리 굳이 공소기각의 판결을 할 필요가 없다는 견해가 타당한 것으로 보인다. 피

모용자가 公示送達에 의한 약식명령을 받고 정식재판을 청구하지 않은 경우에는 정식재판청구권회복에 의해서 보호받을 수 있다. 피모용자가 공시송달에 의하지 않은 약식명령을 받고도 정식재판을 청구하지 않아 판결이 확정된 경우 피모용자의 구제는 재심에 의하는 것이 타당하다.

僞裝出席의 경우 認定訊問의 단계에서는 위장출석자를 배제하면 된다. 사실심리 및 증거조사 이후의 단계에서 대해서 다수설은 위장출석자도 피고인이므로 이를 배척하되 공소기각의 판결을 해야 한다고 한다. 그러나 事實審理 이후의 단계에서도 위장출석자를 단순히 排除하는 것만으로 충분한 것으로 본다. 위장출석자는 자신이 위장출석 한다는 것을 충분히 인식하고 있고, 공소장에 피고인으로 표시되지도 않은 자에 대하여 공소기각판결을 선고하는 것은 논리적으로나 실무적으로 어려움이 있기 때문이다.

僞裝出席에 의한 재판이 진행되어 판결이 선고된 경우도 공소장에 피고인으로 표시된 자를 피고인으로 보아야 할 것으로 생각되며, 위장출석이 확인되면 항소심에서는 眞正한 被告人을 소환하여 심리하면 될 것이다. 이 경우 원심판결은 파기되어야겠지만, 1심부터 다시 진행해야 한다는 통설은 법적 근거가 없으므로, 항소심에서 피고인에 대한 실체심리를 할 수 밖에 없는 것으로 생각된다. 판결이 확정된 경우 판결의 효력은 원래의 피고인에게 미치며, 위장출석자는 판결의 효력을 받지 못한다고 보는 것이 타당하다. 위장출석에 의한 판결이 확정된 경우 학설은 대체로 위장출석자에 대한 구제수단을 논하고 있으나, 위장출석자는 판결문상의 피고인이 아니므로 형사소송법 제488조(집행에 대한 의의신청) 또는 제489조(형집행 이의신청)에 의하여 구제받을 수 있도록 해야 할 것으로 생각된다. 이 경우 원래의 피고인은 재판을 받지 않고 형이 확정되었는데, 이에 대한 구제는 再審에 의하는 것이 타당하다.

주제어 : 피고인의 인정, 피고인의 특정, 성명모용, 위장출석

참 고 문 헌

- 배종대·이상돈, 『형사소송법』, 서울: 박영사, 2004.
- 백형구, 『형사소송법 강의』, 서울: 박영사, 1997.
- 서일교, 『형사소송법』, 서울: 박영사, 1979, 83면.
- 신동운, 『형사소송법 I』, 서울: 법문사, 1997, 438면.
- 신현주, 『형사소송법』, 서울: 박영사, 2002.
- 심희기, 『형사소송법의 쟁점』, 서울: 삼영사, 2004.
- 이재상, 『형사소송법』, 서울: 박영사, 2005.
- 임동규, 『형사소송법』, 서울: 법문사, 2004.
- 차용석, 『형사소송법』, 서울: 세영사, 2002.
- 강영호, “피모용자가 약식명령을 송달받고 정식재판을 청구한 경우에 있어서 약식 기소의 효력: 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도 2554 판결, 대법원 1997. 11. 28. 선고 97도2215 판결.” 법조 47권 4호(통권 499호) 1998년 4월 호, 141-159면.
- 김상희, “성명모용과 피고인의 특정.” 판례월보, 278. 판례월보사 39-49면.
- 황현호, “성명모용과 위장출석의 경우 피고인의 인정기준.” 사법논집, 25 (1994), 법원행정처, 493-53면.
- 오영근, “피고인의 특정.” 고시연구, 22(5). 고시연구사, 70-77면.

[abstract]

Study on the Criteria of Acknowledgement of Defendant in Cases of False I.D. Assumption and Appearance under Disguise in Criminal Procedure

Dong-Hyong Lee

The topic of this thesis is about the acknowledgement of defendant in the criminal procedure. It includes the study on the cases that the identity of the defendant on the indictment is different from the person who the public prosecutor intended to bring in an indictment against by the defendant's false I.D. statement and that the other person appeared disguising the defendant's name in court. The former is called as false assumption and the latter is appearance under disguise. The problem is who the real defendant is and what the court should do to the real defendant and the false defendant.

Generally speaking, the criterion to decide who is the real defendant or not should be based on prosecutor's intention, but in the concrete the court should take proper measure according to the situations and court procedures.