

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2022도10256 가. 업무방해
나. 주택법위반
다. 주민등록법위반
라. 공인중개사법위반

피 고 인 피고인 1 외 3인

상 고 인 피고인들

변 호 인 법무법인(유한) 지평(피고인 모두를 위하여)
담당변호사 김문희 외 7인

원 심 판 결 부산지방법원 2022. 8. 8. 선고 2021노4092 판결

판 결 선 고 2025. 9. 11.

주 문

원심판결 중 피고인들에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 부산지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실의 요지

가. 피고인 1의 원심공동피고인 2 등과의 공동범행

1) 안양 ○○○ 아파트 관련 주택법 위반, 업무방해, 주민등록법 위반

가) 피고인 1은 원심공동피고인 1, 원심공동피고인 2와, 청약 가점이 높거나 특별 분양을 받을 수 있는 조건을 갖추었으나 경제적 능력이 없어 주택을 분양받을 수 없는 사람으로부터 청약에 필요한 서류를 받아 안양 ○○○ 아파트의 분양을 신청하는 방법으로 취득한 분양권을 전매하여 수익을 취하기로 모의하고, 명의제공을 승낙한 제1심 공동피고인 12 및 그 배우자인 제1심공동피고인 4 명의로 안양 ○○○ 아파트에 대한 분양을 신청하도록 하여, 제1심공동피고인 12가 위 아파트 (동호수 1 생략), 제1심공동 피고인 4가 위 아파트 (동호수 2 생략)에 당첨되자, 마치 정상적으로 주택 분양권에 당첨된 것처럼 피해자 공소외 1 조합과 주택분양계약을 체결하도록 하였다.

이로써 피고인 1은 원심공동피고인 1, 원심공동피고인 2, 제1심공동피고인 12와 공모하여, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 주택 2채를 공급받고, 위계로써 위 피해자의 공정한 아파트 수분양자 선정에 관한 업무를 방해하였다.

나) 피고인 1은 원심공동피고인 2와, 청약 가점이 높거나 특별 분양을 받을 수 있는 조건을 갖추었으나 경제적 능력이 없어 주택을 분양받을 수 없는 사람으로부터 청약에 필요한 서류를 받아 안양 ○○○ 아파트의 분양을 신청하는 방법으로 취득한 분양권을 전매하여 수익을 취하기로 모의하고, 명의제공을 승낙한 제1심공동피고인 11로 하여금 안양 ○○○ 아파트에 대한 분양을 신청하도록 하여 위 아파트 (동호수 3 생략)에 당첨되자, 마치 정상적으로 주택 분양권에 당첨된 것처럼 피해자 공소외 1 조합과 주택

분양계약을 체결하도록 하였다.

이로써 피고인 1은 원심공동피고인 2, 제1심공동피고인 11과 공모하여, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 주택을 공급받고, 위계로써 위 피해자의 공정한 아파트 수분양자 선정에 관한 업무를 방해하였다.

다) 피고인 1은 원심공동피고인 2 등과 공모하여, 안양 ○○○ 아파트 주택 청약 신청을 하기 위해서 명의제공인 제1심공동피고인 12에게 위장전입할 주소를 제공한 것을 비롯하여, 제1심 판시 별지 범죄일람표6 기재와 같이 총 5명의 명의제공인들로 하여금 허위 전입신고를 하도록 하였다.

이로써 피고인 1은 원심공동피고인 2 등과 공모하여, 주민등록에 관하여 거짓의 사실을 신고하였다.

2) 부산·속초 지역 아파트 관련 주택법 위반, 업무방해 등

가) 피고인 1은 원심공동피고인 2와, 청약 가점이 높거나 특별 분양을 받을 수 있는 조건을 갖추었으나 경제적 능력이 없어 주택을 분양받을 수 없는 사람으로부터 청약에 필요한 서류를 받아 주택의 분양을 신청하는 방법으로 취득한 분양권을 불법 전매하여 수익으로 취득하기로 모의하고, 명의제공을 승낙한 제1심공동피고인 4 명의로 부산 △△ 아파트에 대한 청약을 신청하도록 하여 위 아파트 (동호수 4 생략)에 당첨되자, 마치 위 아파트의 실수요자인 것처럼 피해자 공소외 2 회사와 주택분양계약을 체결하도록 한 것을 비롯하여, 같은 방법으로 제1심 판시 별지 범죄일람표1 기재와 같이 총 3건의 주택을 공급받았다.

이로써 피고인 1은 원심공동피고인 2 등과 각 공모하여, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 주택을 공급받고, 위계로써 각 피해자의 공정한 아파트 수분양자 선정에 관

한 업무를 방해하였다.

나) 피고인 1은 원심공동피고인 2와, 청약 가점이 높거나 특별 분양을 받을 수 있는 조건을 갖추었으나 경제적 능력이 없어 주택을 분양받을 수 없는 사람으로부터 청약에 필요한 서류를 받아 속초 □□□ 아파트의 분양을 신청하는 방법으로 취득한 분양권을 전매하여 수익을 취하기로 모의하고, 명의제공을 승낙한 제1심공동피고인 11로 하여금 속초 지역으로 허위 전입신고하도록 하고, 속초 □□□ 아파트에 대한 분양을 신청하도록 하여 제1심공동피고인 11이 위 아파트 (동호수 5 생략)에 당첨되자, 마치 정상적으로 아파트 분양권에 당첨된 것처럼 피해자 공소외 3 회사와 주택분양계약을 체결하였다.

이로써 피고인 1은 원심공동피고인 2, 제1심공동피고인 11과 공모하여, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 주택을 공급받고, 위계로써 위 피해자의 공정한 아파트 수분양자 선정에 관한 업무를 방해하였으며, 주민등록에 관하여 거짓의 사실을 신고하였다.

나. 피고인들의 공동범행

피고인 1은, 청약 가점이 높거나 특별 분양을 받을 수 있는 조건을 갖추었으나 경제적 능력이 없어 주택을 분양받을 수 없는 사람으로부터 청약에 필요한 서류를 받아 부산 지역 주택의 분양을 신청하는 방법으로 취득한 분양권을 전매하여 수익을 취하기로 마음먹고, 명의제공을 승낙한 피고인 2로 하여금 부산 △△△ 아파트의 주택 청약을 신청하게 하여 위 아파트 (동호수 6 생략)에 당첨되자, 그로부터 당첨자 접수에 필요한 서류를 교부받아 위 주택의 실수요자인 것처럼 피해자 공소외 2 회사와 주택분양계약을 체결한 것을 비롯하여, 위와 같은 방법으로 제1심 판시 별지 범죄일람표5 기재와 같이 총 6건의 주택을 공급받았다.

이로써 피고인들은 각 공모하여, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 주택을 공급받고, 위계로써 피해자들의 공정한 아파트 수분양자 선정에 관한 업무를 방해하였다.

다. 피고인 1의 전매 알선 관련 주택법 위반, 공인중개사법 위반 범행

1) 피고인 1은 2018. 6. 20. 안양 ○○○ 아파트 (동호수 1 생략)의 입주자로 선정된 제1심공동피고인 12 명의의 분양권과 위 아파트 (동호수 2 생략)의 입주자로 선정된 제1심공동피고인 4 명의의 분양권을 분양권 전매 알선책 공소외 4와 공인중개사 공소외 5에게 의뢰해 위 주택 2채를 매도하게 하고, 같은 달 22. 안양 ○○○ 아파트 (동호수 3 생략) 입주자로 선정된 제1심공동피고인 11 명의의 분양권을 성명불상의 분양권 전매 알선책에게 의뢰하여 위 주택 1채를 매도하게 하였다.

이로써 피고인 1은 총 2회에 걸쳐 전매제한기간 내 공급택지 외의 택지에서 건설·공급되는 주택의 입주자로 선정된 지위의 전매를 알선하였다.

2) 피고인 1은 관할 관청에 중개사무소의 개설등록을 하지 아니하고, 2016. 6. 21.경 공소외 6 명의의 부산 △△△ 아파트 (동호수 7 생략) 분양권을 성명불상의 분양권 전매 알선책에게 의뢰하여 매도하게 한 후 알선수수료를 포함한 프리미엄 7,000,000원을 지급받은 것을 비롯하여, 그때부터 2020. 8. 27.경까지 위와 같은 방법으로 제1심 판시 별지 범죄일람표7 기재와 같이 총 12회에 걸쳐 입주자로 선정된 지위의 전매를 알선하였다.

이로써 피고인 1은 중개사무소의 개설등록을 하지 아니하고 중개업을 영위하였다.

2. 이 사건 수사개시의 경위

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 다음 사실을 알 수 있다.

가. 경기도남부지방경찰청은 2020. 2. 26.경 원심공동피고인 2, 원심공동피고인 1의

안양 ○○○ 아파트 관련 주택법 위반 등 사건[공소사실 가의 1)항 부분, 이하 제1항의 공소사실 중 해당 부분을 같은 방식으로 특정한다]을 수원지방법검찰청 안양지청으로 송치하였고, 부산지방법검찰청 동부지청은 2020. 3. 6.경 수원지방법검찰청 안양지청으로부터 위 사건을 이송 받았다(2020년 형제5847호).

나. 부산지방법검찰청 동부지청 검사는 2020. 12. 29.경 원심공동피고인 2의 부산·속초 지역 아파트 관련 주택법 위반 등 범죄[공소사실 가의 2)항 부분]를 인지하였다(2020년 형제29714호).

다. 이후 검사는 2021. 3. 29.경부터 2021. 6. 8.경까지 5차례에 걸쳐 피고인들 및 제1심 공동피고인들의 주택법 위반 등 범죄를 추가로 인지하여 수사를 개시하였다(2021년 형제3677호, 형제5043호, 형제6291호, 형제7014호, 형제7555호).

1) 2021년 형제3677호는 피고인 1을 원심공동피고인 2의 위 안양 ○○○ 아파트, 부산·속초 지역 아파트 관련 주택법 위반 등 범죄의 공범으로 인지한 것이었다[공소사실 가의 1)항, 2)항 부분].

2) 2021년 형제5043호, 형제7555호는 명의제공자인 제1심 공동피고인들을 원심공동피고인 2의 위 각 주택법 위반 등 사건 중 일부의 공범으로 인지한 것이었다[공소사실 가의 1)항, 2)항 부분 등].

3) 2021년 형제6291호, 형제7014호는 피고인들의 부산 △△△ 아파트 관련 주택법 위반 등 범죄, 피고인 1의 전매 알선 관련 주택법 위반, 공인중개사법 위반 범죄 등을 인지한 것이었다(공소사실 나항, 다항 부분).

3. 수사개시의 부적법 관련 상고이유에 대하여

가. 원심의 판단

1) 피고인들은, 검사가 구 검찰청법(2022. 5. 9. 법률 제18861호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제4조 제1항 제1호 단서를 위반하여 피고인들에 대하여 수사를 개시하였으므로, 위법한 수사개시로 수집한 증거들의 증거능력이 부정되어야 한다고 주장하였다.

2) 원심은 다음과 같은 이유로, 피고인들에 대한 수사개시로 수집된 증거들의 증거능력을 인정하고, 이를 유죄의 증거로 삼아 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

가) 검사는 2021. 1. 1. 이후에는 구 검찰청법 제4조 제1항 제1호 단서 다목에 따라 송치받은 사건과 직접 관련된 사건에 관해서 수사를 개시할 수 있는데, '직접 관련된 사건'이란 '1인이 범한 수죄', '수인이 공동으로 범한 죄', '수단과 결과의 관계에 있는 죄' 등을 의미한다. 피고인 1이 원심공동피고인 2 등과 공모하여 범행하였다는 안양 ○○○ 아파트 관련 주택법 위반 등 사건[공소사실 가의 1)항 부분]은 이에 해당할 수 있는 반면, 피고인 1의 나머지 범행 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4의 범행에 관한 사건은 이에 해당한다고 보기 어렵다.

나) 다만 검사가 일반적인 수사권을 갖고 있고, 일부 사건들은 구 검찰청법 제4조 제1항 제1호 단서 시행 전에 수사의 필요성에 관한 보고가 되었으며, 검사가 경찰의 수사를 회피하기 위해서 해당 사건을 직접 수사하였다고 볼만한 사정을 찾기 어려우므로, 수사개시가 일부 위법하였더라도 수사 과정에서 수집된 증거를 유죄의 증거로 사용하지 못한다고 볼 것은 아니다.

나. 대법원의 판단

원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

1) 관련 규정과 법리

가) 구 검찰청법 제4조 제1항 제1호 단서(이하 '이 사건 규정'이라 한다)는, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위를 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄(가목), 경찰공무원이 범한 범죄(나목), 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄(이하 '본래범죄'라 한다)와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄(다목)로 규정하여 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위를 열거하였다.

나) 구 「검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정」(2022. 9. 8. 대통령령 제32902호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 수사개시규정'이라 한다) 제3조는 이 사건 규정 다목의 "직접 관련성이 있는 범죄"의 의미를 구체화하여, '본래범죄의 피의자가 범한 수죄 중 동종범죄, 본래범죄의 피의자가 범한 수죄 중 범죄수익의 원인 또는 그 처분으로 인한 뇌물·횡령·배임죄', '본래범죄의 피의자가 범한 수죄 중 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 영장에 의해 확보한 증거물을 공통으로 하는 범죄', '수인이 공동으로 범한 죄', '수인이 동시에 동일장소에서 범한 죄', '범인은닉죄·증거인멸죄·위증죄·허위감정통역죄 또는 장물에 관한 죄와 그 본범의 죄', '형사소송법 제208조 제2항에 따라 재구속이 제한되는 동일한 범죄', 형법 제19조에 따른 '독립행위로서 경합하는 범죄', '본래범죄에 대한 무고죄'를 "직접 관련성이 있는 범죄"로 규정하였다.

다) 수사는 국민의 권리·의무에 관계되어 있는 사항이므로 그 수사를 개시할 수 있는 권한이 누구에게 있는지에 관한 규정 역시 국민의 권리·의무에 영향을 미치는 사항으로서 대외적 효력을 가진다고 보아야 한다.

라) 법률의 시행령은 그 법률에 의한 위임이 없으면 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률이 규정하지 아니한 새로운 내용을 정할 수는 없다. 그렇지

만, 법률의 시행령의 내용이 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴보아 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012두19526 판결 등 참조).

비록 모법인 구 검찰청법이 이 사건 규정 다목의 "직접 관련성이 있는 범죄"의 구체적 기준이나 범위에 관하여 대통령령에 위임하지는 않았지만, 이 사건 규정 다목은 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위에 관하여, 이 사건 규정 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 "관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄"로 비교적 개괄적으로 규정하고 있다. 구 수사개시규정 제3조는 2022. 9. 8. 대통령령 제32902호로 개정되면서 삭제되었는데, 그 개정이유는 '법률의 위임 없이 검사가 기존 사건과 관련하여 인지한 범죄에 대하여 수사를 개시할 수 있는 범위를 불합리하게 제한하였음'인 점 등이었다. 이와 같은 이 사건 규정 다목의 문언이나 내용, 개정의 경위 등에 비추어 보면, 구 수사개시규정 제3조에서 정한 범죄가 이 사건 규정 다목에서 정하는 범죄의 해석상 가능한 범위를 넘어섰다고 볼 수는 없어, 모법의 규율 범위를 벗어났다고 해석하기 어렵다. 따라서 구 수사개시규정 제3조를 무효라고 볼 수는 없다.

마) 이 사건 규정에서 검사가 수사를 개시하여 1차적 수사를 직접 담당할 수 있는 범죄를 제한한 것은, 사법경찰관이 1차적 수사를 담당하고 검사가 보완수사요구(형사소송법 제197조의2), 시정조치요구(형사소송법 제197조의3) 등을 함으로써 사법경찰관

과 검사의 상호협력, 상호견제 구조에서 수사의 효율이 높아지고 국민의 안전과 인권이 보호될 수 있는 반면, 검사가 수사를 개시하여 1차적 수사를 직접 담당하면 사법경찰관과 상호협력, 상호견제가 불가능하여 수사권의 효율적이고 민주적인 행사가 보장되지 않을 우려가 있으므로 이를 방지하고자 한 것이다.

이 사건 규정의 문언과 이러한 입법 취지를 종합적으로 고려하면, 검사의 수사개시 제한에 관한 이 사건 규정을 위반한 수사에 대해서는 적절한 통제가 필요하다. 검사가 이 사건 규정에 따라 수사권 행사가 불가능한 범죄에 관하여 수사를 개시한 후 1차적 수사를 하는 것은 수사절차에 위법이 있는 경우이고, 그에 관한 공소제기는 위법하게 개시된 수사절차를 종결하는 처분으로서 해당 수사절차와 밀접하게 관련되어 있다. 그러므로 이 사건 규정을 위반하여 개시된 수사절차에 이어진 공소제기는 "그 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효"인 경우에 해당한다고 보아야 하고, 형사소송법 제327조 제2호에 따른 공소기각 판결의 대상이 된다. 한편 공소기각 판결이 확정된 이후, 특별한 사정이 없는 한 적법한 수사기관이 수사개시를 통해 수사절차를 진행하고, 그 결과에 따라 적법한 공소제기권자가 재기소를 할 수도 있으므로, 이를 통해 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명 사이에 조화를 도모할 수 있다.

2) 판단

가) 검사의 피고인들에 대한 수사개시 중 피고인 1에 대한 공소사실 가의 2)항, 나항, 다항 부분, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 공소사실 부분은 이 사건 규정과 구 수사개시규정 제3조를 위반한 것으로서 위법하다.

(1) 검사가 피고인들에 대하여 수사개시한 주택법 위반, 업무방해, 공인중개사법 위반 등 범죄는 이 사건 규정 가목의 위임에 따라 구 수사개시규정 제2조가 규정하는

'중요 범죄'에 해당하지 않고, 피고인들은 경찰공무원이 아니므로 이 사건 규정 나목이 규정하는 '경찰공무원이 범한 범죄'에도 해당하지 않는다.

(2) 사법경찰관이 송치한 본래범죄는 '원심공동피고인 2, 원심공동피고인 1의 안양 ○○○ 아파트 관련 주택법 위반 등 범죄[공소사실 가의 1)항 부분]'이다. 검사는 이 사건 규정 다목과 구 수사개시규정 제3조에 따라 "본래범죄와 관련하여 인지한 본래범죄와 직접 관련성이 있는 범죄"에 관하여 수사를 개시할 수 있다.

검사는 본래범죄를 직접 보완수사하는 과정에서 2021년 형제3677호로 피고인 1을 원심공동피고인 2의 위 안양 ○○○ 아파트, 부산·속초 지역 아파트 관련 주택법 위반 등 범죄의 공범으로 인지하였다[공소사실 가의 1)항, 2)항 부분].

그중 피고인 1의 안양 ○○○ 아파트 관련 주택법 위반 등 범죄 부분[공소사실 가의 1)항 부분]은 본래범죄와 공범관계에 있는 범죄이므로 검사가 수사를 개시하는 것이 허용된다.

비록 본래범죄에 관한 영장에 따라 적법하게 확보한 원심공동피고인 2의 수첩이 본래범죄와 피고인 1의 부산·속초 지역 아파트 관련 주택법 위반 등 범죄[공소사실 가의 2)항 부분]의 공통된 증거물이 될 수 있다고 하더라도, 피고인 1의 부산·속초 지역 아파트 관련 주택법 위반 등 범죄는 '이 사건 본래범죄의 피의자가 범한 수죄'에 해당하지 않는다. 그러므로 위 범죄는 본래범죄와 직접 관련성이 있는 범죄에 해당하지 않고, 검사가 그에 대해 수사를 개시하는 것이 허용되지 않는다.

검사가 2021년 형제6291호, 7014호로 인지한 피고인들의 범죄는 '피고인들의 부산 △△△ 아파트 관련 주택법 위반 등 범죄, 피고인 1의 전매 알선 관련 주택법 위반, 공인중개사법 위반 범죄(공소사실 나항, 다항 부분)'인데, 이는 본래범죄와 직접 관련성이

있는 범죄에 해당하지 않는다. 검사가 본래범죄인 '원심공동피고인 2, 원심공동피고인 1의 안양 ○○○ 아파트 관련 주택법 위반 등 범죄'에 관하여 직접 보완수사를 하는 과정에서 수집한 증거들 중 일부가 공통된다고 볼 여지는 있으나, 그러한 사정만으로 본래범죄와 사이의 직접 관련성을 인정할 수는 없다.

(3) 결국, 검사의 피고인들에 대한 수사개시 중 피고인 1에 대한 '원심공동피고인 2 등과의 위 안양 ○○○ 아파트 관련 주택법 위반 등 범죄 부분[공소사실 가의 1)항 부분]'만이 적법하고, 나머지 부분 즉, 피고인 1에 대한 공소사실 가의 2)항, 나항, 다항 부분, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 공소사실 부분은 모두 위법하다.

나) 따라서 원심으로서는 피고인 1에 대한 공소사실 가의 2)항, 나항, 다항 부분, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 공소사실 부분에 관하여 앞서 본 법리에 따라 검사의 수사개시가 적법한지 여부를 심리한 다음, 이 사건 규정과 구 수사개시규정 제3조를 위반한 것으로 평가된다면, 그와 같은 위법한 수사절차에 이어진 공소제기에 대해 "그 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효"인 것으로 보아 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 판결로써 공소기각의 선고를 했어야 한다.

그런데도 원심은 위와 같은 조치에 이르지 아니한 채 피고인 1에 대한 공소사실 가의 2)항, 나항, 다항 부분, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 이러한 원심판결에는 구 검찰청법 제4조 제1항 제1호 단서와 구 수사개시규정 제3조의 적용 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 피고인 1의 나머지 상고이유에 대하여

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판

대법관 신숙희 _____