

도로교통법위반(공동위험행위)·도로교통법위반·범인도피교사·범인도

피

[인천지방법원 2018. 6. 15. 2018노758]



【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 박종선(기소), 조동훈(공판)

【변 호 인】 법무법인 에셀 담당변호사 이정훈

【원심판결】 인천지방법원 2018. 2. 19. 선고 2016고단8693 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인 1을 징역 8월에, 피고인 2를 징역 4월에 각 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 1년간 위 각 형의 집행을 유예한다.

피고인 1에게 120시간의 사회봉사 및 40시간의 준법운전강의 수강을, 피고인 2에게 80시간의 사회봉사를 각 명한다.

피고인 2에 대한 공소사실 중 공동위험행위로 인한 도로교통법위반의 점 및 난폭운전으로 인한 도로교통법위반의 점은 각 무죄.

피고인 2에 대한 무죄부분의 요지를 공시한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 법리오해

가) 도로교통법위반의 점에 관하여, 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 형사소송법 제314조 단서의 요건이 갖추어지지 않았음에도 원심은 이에 대하여 증거능력을 인정한 잘못이 있다.

나) 범인도피 및 범인도피교사의 점에 관하여, 피고인 2가 경찰 조사를 받으면서 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도 이는 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도가 아니었으므로, 범인도피죄가 성립하지 않는다.

2) 사실오인

가) 도로교통법위반의 점에 관하여, 피고인 1은 주변에 차량이 없을 때 과속을 하다가 과속금지구간에서 감속하고 주변에 차량이 있을 때에는 속도를 줄이는 방법으로 운전하였을 뿐 다른 사람에게 위협 또는 위해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 한 사실이 없다.

나) 범인도피 및 범인도피교사의 점에 관하여, 피고인 1은 피고인 2에게 범인도피를 교사한 사실이 없다.

3) 양형부당

원심이 피고인들에게 선고한 형(피고인 1 : 징역 8월에 집행유예 1년 및 사회봉사명령 120시간, 수강명령 40시간, 피고인 2 : 징역 4월에 집행유예 1년 및 사회봉사명령 80시간)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인(원심판결 중 무죄부분)

이 사건 범행 이전부터 피고인들과 공소외 1 사이에, 그리고 공소외 3, 공소외 2, 공소외 4 사이에 각각 수회 연락을 주고 받은 사실이 확인되는 점, CCTV 영상 등에 의하면 5대의 차량이 연이어 인천공항고속도로 공항방향 톨게이트에 진입한 후 제한속도를 초과하여 빠른 속도로 진행하고, 위 차량 5대가 집결하여 고속도로 1, 2차로를 앞뒤, 좌우로 줄지어 이동하며, 피고인 1 운전의 람보르기니 차량에 상향등이 켜지자 그때부터 다른 4대의 차량이 과속을 시작하면서 레이싱을 하는 모습이 확인되는 점, 피고인들의 주장과 같이 사전에 롤링 레이싱을 모의하지 않았다 하더라도 피고인들과 공소외 1, 공소외 3, 공소외 2, 공소외 4는 인천공항고속도로에서 각자 상호간의 행위를 인식하고 암묵적으로 의사소통 하에 롤링 레이싱을 한 점, 공소외 5는 수사기관에서 위 차량들로 인해 위험을 느꼈다고 진술하였고, 5대의 차량은 동시에 급가속을 하였으며, 이 사건 범행 당시 인천공항고속도로에는 다른 차량들이 진행하고 있었던 점, 피고인 2는 공소외 1이 운전하는 BMW i8 차량에 동승하였고, 이 사건 범행 이전부터 피고인 1과 수차례 전화연락을 하였던 점 등을 종합하면, 피고인들이 공소외 3, 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4, 성명불상자와 공모하여 난폭운전(피고인 1의 경우에는 공소외 1과 공모하여 난폭운전을 한 공소사실이 유죄로 인정되었으므로 이 부분에서 제외) 및 공동위험행위를 한 사실이 충분히 인정되고, 이를 전제로 하는 피고인 1에 대한 범인도피교사 및 피고인 2에 대한 범인도피의 공소사실 또한 유죄로 인정된다.

2) 양형부당(원심판결 중 유죄부분)

원심이 피고인들에게 선고한 위 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

피고인들과 검사의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살핀다.

원심이 각 무죄로 판단한 피고인 1에 대한 공소사실 중 공동위험행위로 인한 도로교통법위반행위와 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4, 성명불상자, 피고인 2와 공모에 의한 난폭운전으로 인한 도로교통법위반행위에 관한 범인도피교사의 점 및 피고인 2에 대한 공소사실 중 피고인 1의 위와 같은 도로교통법위반행위에 관한 범인도피의 점은 원심이 각 유죄로 판단한 피고인 1에 대한 판시 제2항 기재 범인도피교사죄 및 피고인 2에 대한 판시 제3항 기재 범인도피죄와 각 일죄의 관계에 있으므로, 원심은 위 각 공소사실에 대하여 따로 주문에서 무죄를 선고하지 않아야 함에도 주문에서 무죄를 선고한 잘못이 있으므로, 원심판결은 이 점에서 그대로 유지될 수 없다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있다고 하더라도 원심판결에 대한 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

나. 피고인들의 법리오해 및 사실오인 주장에 관한 판단(원심판결 중 유죄부분)

1) 도로교통법위반의 점

가) 법리오해 주장 부분

피고인들은 원심에서 공소외 5에 대한 경찰 진술조서를 증거로 함에 동의하지 아니하였고, 공소외 5가 그 성립의 진정을 인정할 바도 없으므로, 예외적으로 형사소송법 제314조의 요건을 갖추어야만 이를 증거로 할 수 있고, 형사소송법 제314조에 의하면 첫째로 진술을 요할 자가 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없는 경우이어야 하고, 둘째로 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것임이 입증되어야 한다.

원심은 공소외 5의 주민조회상 주소지인 '서울 강남구 (주소 1 생략)'에만 증인소환 및 증인소재탐지를 실시하였을 뿐, 기록상 용이하게 알 수 있는 공소외 5에 대한 경찰 진술조서에 기재된 '인천 중구 (주소 2 생략)'에는 증인소환 및 증인소재탐지를 전혀 시행하지 않았으므로 형사소송법 제314조가 정한 예외사유 중 '소재불명'에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 '그 밖에 이에 준하는 사유'에 해당한다고 볼 만한 자료도 없으므로, 결국 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 형사소송법 제314조의 예외요건을 충족하지 못하여 증거능력이 없다.

그럼에도 원심은 공소외 5에 대한 경찰 진술조서의 증거능력을 인정하여 유죄의 증거로 사용한 잘못이 있고, 이를 지적하는 피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

나) 사실오인 주장 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들(다만, 증거능력이 없는 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 제외)을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고인 1과 공소외 1은 사전에 인천공항고속도로를 거쳐 을왕리해수욕장으로 가기로 합의한 후 피고인 1은 람보르기니 차량을, 공소외 1은 BMW i8 차량을 각각 운전하여 인천공항고속도로를 진행하면서 고속도로의 여러 구간에서 제한속도인 시속 100km를 현저히 초과하여 진행하거나 앞차와의 안전거리를 확보하지 아니하거나 도로교통법이 정하지 않은 방법으로 앞지르기를 한 점, 피고인 1과 공소외 1은 2016. 7. 29. 23:46경 인천공항고속도로 신공항 톨게이트를 통과하여 인천공항고속도로 신도시 분기점에 이르는 약 19km 구간을 진행하면서 위와 같이 운전을 하였는데, 2016. 7. 29. 23:50경 '차량 4대가 시속 200km 넘게 질주 중이다'라는 내용의 112 신고가 접수된 점, 인천공항고속도로 CCTV 영상에 의하면 리무진 버스가 지나가는 바로 옆 차선으로 피고인 1 운전의 람보르기니와 공소외 1 운전의 BMW i8 차량을 포함한 총 5대의 차량이 앞뒤 또는 좌우로 줄지어 통행하던 중 거의 동시에 급가속을 하는 장면이 확인되는 점, 이 사건 범행 당시 인천공항고속도로에는 위 5대의 차량 외에도 다른 차량들이 진행하고 있었던 점 등을 종합하면, 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인 1은 공소외 1과 공모하여 제한 최고속도를 초과하여 고속도로를 주행하는 등의 행위를 지속하거나 반복함으로써 다른 사람에게 위협 또는 위해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 한 사실이 충분히 인정된다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 범인도피 및 범인도피교사의 점

가) 법리오해 주장 부분

형법 제151조 소정의 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또한 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위 즉 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 해석함이 상당하고, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함되는 것은 아니다.

원래 수사기관은 범죄사건을 수사함에 있어서 피의자나 참고인의 진술 여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반 증거를 수집·조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이므로, 참고인이 수사기관에서 범인에 관하여 조사를 받으면서 그가 알고 있는 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도, 그것이 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도의 것이 아니라면 범인도피죄를 구성하지 않는다(대법원 2003. 2. 14. 선고 2002도5374 판결 등 참조). 이에 반해 범인이 아닌 자가 수사기관에 범인임을 자처하고 허위사실을 진술하여 진범의 체포와 발견에 지장을 초래하게 한 행위는 범인도피죄에 해당한다(대법원 1996. 6. 14. 선고 96도1016 판결, 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도4078 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고인 2는 BMW i8 차량에 동승하였을 뿐임에도 자신이 인천공항고속도로에서 람보르기니 차량을 운전하였다고 허위로 진술하였을 뿐만 아니라 자신이 운전을 하게 된 경위나 운전 경로에 관하여도 구체적으로 진술을 한 점, 을왕리해수욕장 ○○횃집 CCTV에 람보르기니 차량이 녹화되어 있지 않았더라면 실제 위 차량의 운전자가 누구인지 밝혀지지 않았을 것으로 보이고, 피고인 2는 위 CCTV 영상을 확인한 이후에야 비로소 실제 운전자는 피고인 1이라고 진술하기에 이른 점 등을 종합하여 보면, 피고인 2의 행위는 적극적으로 수사기관을 기만한 것으로서 수사기관의 범인 발견 또는 체포를 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다고 평가할 수 있으므로, 이는 범인도피죄에 해당한다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 사실오인 주장 부분

피고인들은 원심에서도 동일한 취지로 주장하였고, 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인들의 주장을 배척하였는바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 원심의 설시 내용을 대조하여 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍할 수 있고, 달리 원심판결에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

검사의 사실오인 주장에 관한 판단(원심판결 중 무죄부분)

1) 이 부분 공소사실의 요지

별지 무죄부분 공소사실 기재와 같다.

2) 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들이 공소외 3, 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4, 성명불상자와 공모하여 난폭 운전(피고인 1이 공소외 1과 공모하여 난폭운전을 하였다는 부분은 제외) 및 공동위험행위를 하였다는 사실을 인정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 피고인 1에 대한 위 공소사실이 유죄로 인정됨을 전제로 피고인 2가 피고인 1의 교사에 따라 수사기관에서 피고인 1의 위 범죄사실에 관하여 허위진술을 하여 범인도피를 하였다는 피고인 1에 대한 범인도피교사 및 피고인 2에 대한 범인도피의 공소사실은 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

3) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 원심의 설시 내용을 대조하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍이 된다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 검사의 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있고 피고인의 법리오해 주장도 일부 이유 있으므로, 피고인들과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 법리오해

가) 도로교통법위반의 점에 관하여, 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 형사소송법 제314조 단서의 요건이 갖추어지지 않았음에도 원심은 이에 대하여 증거능력을 인정한 잘못이 있다.

나) 범인도피 및 범인도피교사의 점에 관하여, 피고인 2가 경찰 조사를 받으면서 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도 이는 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도가 아니었으므로, 범인도피죄가 성립하지 않는다.

2) 사실오인

가) 도로교통법위반의 점에 관하여, 피고인 1은 주변에 차량이 없을 때 과속을 하다가 과속금지구간에서 감속하고 주변에 차량이 있을 때에는 속도를 줄이는 방법으로 운전하였을 뿐 다른 사람에게 위협 또는 위해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 한 사실이 없다.

나) 범인도피 및 범인도피교사의 점에 관하여, 피고인 1은 피고인 2에게 범인도피를 교사한 사실이 없다.

3) 양형부당

원심이 피고인들에게 선고한 형(피고인 1 : 징역 8월에 집행유예 1년 및 사회봉사명령 120시간, 수강명령 40시간, 피고인 2 : 징역 4월에 집행유예 1년 및 사회봉사명령 80시간)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인(원심판결 중 무죄부분)

이 사건 범행 이전부터 피고인들과 공소외 1 사이에, 그리고 공소외 3, 공소외 2, 공소외 4 사이에 각각 수회 연락을 주고 받은 사실이 확인되는 점, CCTV 영상 등에 의하면 5대의 차량이 연이어 인천공항고속도로 공항방향 톨게이트에 진입한 후 제한속도를 초과하여 빠른 속도로 진행하고, 위 차량 5대가 집결하여 고속도로 1, 2차로를 앞뒤, 좌우로 줄지어 이동하며, 피고인 1 운전의 람보르기니 차량에 상향등이 켜지자 그때부터 다른 4대의 차량이 과속을 시작하면서 레이싱을 하는 모습이 확인되는 점, 피고인들의 주장과 같이 사전에 롤링 레이싱을 모의하지 않았다 하더라도 피고인들과 공소외 1, 공소외 3, 공소외 2, 공소외 4는 인천공항고속도로에서 각자 상호간의 행위를 인식하고 암묵적으로 의사소통 하에 롤링 레이싱을 한 점, 공소외 5는 수사기관에서 위 차량들로 인해 위험을 느꼈다고 진술하였고, 5대의 차량은 동시에 급가속을 하였으며, 이 사건 범행 당시 인천공항고속도로에는 다른 차량들이 진행하고 있었던 점, 피고인 2는 공소외 1이 운전하는 BMW i8 차량에 동승하였고, 이 사건 범행 이전부터 피고인 1과 수차례 전화연락을 하였던 점 등을 종합하면, 피고인들이 공소외 3, 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4, 성명불상자와 공모하여 난폭운전(피고인 1의 경우에는 공소외 1과 공모하여 난폭운전을 한 공소사실이 유죄로 인정되었으므로 이 부분에서 제외) 및 공동위험행위를 한 사실이 충분히 인정되고, 이를 전제로 하는 피고인 1에 대한 범인도피교사 및 피고인 2에 대한 범인도피의 공소사실 또한 유죄로 인정된다.

2) 양형부당(원심판결 중 유죄부분)

원심이 피고인들에게 선고한 위 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

피고인들과 검사의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살핀다.

원심이 각 무죄로 판단한 피고인 1에 대한 공소사실 중 공동위험행위로 인한 도로교통법위반행위와 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4, 성명불상자, 피고인 2와 공모에 의한 난폭운전으로 인한 도로교통법위반행위에 관한 범인도피교사의 점 및 피고인 2에 대한 공소사실 중 피고인 1의 위와 같은 도로교통법위반행위에 관한 범인도피의 점은 원심이 각

유죄로 판단한 피고인 1에 대한 판시 제2항 기재 범인도피교사죄 및 피고인 2에 대한 판시 제3항 기재 범인도피죄와 각 일죄의 관계에 있으므로, 원심은 위 각 공소사실에 대하여 따로 주문에서 무죄를 선고하지 않아야 함에도 주문에서 무죄를 선고한 잘못이 있으므로, 원심판결은 이 점에서 그대로 유지될 수 없다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있다고 하더라도 원심판결에 대한 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

나. 피고인들의 법리오해 및 사실오인 주장에 관한 판단(원심판결 중 유죄부분)

1) 도로교통법위반의 점

가) 법리오해 주장 부분

피고인들은 원심에서 공소외 5에 대한 경찰 진술조서를 증거로 함에 동의하지 아니하였고, 공소외 5가 그 성립의 진정을 인정한 바도 없으므로, 예외적으로 형사소송법 제314조의 요건을 갖추어야만 이를 증거로 할 수 있고, 형사소송법 제314조에 의하면 첫째로 진술을 요할 자가 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없는 경우이어야 하고, 둘째로 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것임이 입증되어야 한다.

원심은 공소외 5의 주민조회상 주소지인 '서울 강남구 (주소 1 생략)'에만 증인소환 및 증인소재탐지를 실시하였을 뿐, 기록상 용이하게 알 수 있는 공소외 5에 대한 경찰 진술조서에 기재된 '인천 중구 (주소 2 생략)'에는 증인소환 및 증인소재탐지를 전혀 시행하지 않았으므로 형사소송법 제314조가 정한 예외사유 중 '소재불명'에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 '그 밖에 이에 준하는 사유'에 해당한다고 볼 만한 자료도 없으므로, 결국 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 형사소송법 제314조의 예외요건을 충족하지 못하여 증거능력이 없다.

그럼에도 원심은 공소외 5에 대한 경찰 진술조서의 증거능력을 인정하여 유죄의 증거로 사용한 잘못이 있고, 이를 지적하는 피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

나) 사실오인 주장 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들(다만, 증거능력이 없는 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 제외)을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고인 1과 공소외 1은 사전에 인천공항고속도로를 거쳐 을왕리해수욕장으로 가기로 합의한 후 피고인 1은 람보르기니 차량을, 공소외 1은 BMW i8 차량을 각각 운전하여 인천공항고속도로를 진행하면서 고속도로의 여러 구간에서 제한속도인 시속 100km를 현저히 초과하여 진행하거나 앞차와의 안전거리를 확보하지 아니하거나 도로교통법이 정하지 않은 방법으로 앞지르기를 한 점, 피고인 1과 공소외 1은 2016. 7. 29. 23:46경 인천공항고속도로 신공항 톨게이트를 통과하여 인천공항고속도로 신도시 분기점에 이르는 약 19km 구간을 진행하면서 위와 같이 운전을 하였는데, 2016. 7. 29. 23:50경 '차량 4대가 시속 200km 넘게 질주 중이다'라는 내용의 112 신고가 접수된 점, 인천공항고속도로 CCTV 영상에 의하면 리무진 버스가 지나가는 바로 옆 차선으로 피고인 1 운전의 람보르기니와 공소외 1 운전의 BMW i8 차량을 포함한 총 5대의 차량이 앞뒤 또는 좌우로 줄지어 통행하던 중 거의 동시에 급가속을 하는 장면이 확인되는 점, 이 사건 범행 당시 인천공항고속도로에는 위 5대의 차량

외에도 다른 차량들이 진행하고 있었던 점 등을 종합하면, 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인 1은 공소외 1과 공모하여 제한 최고속도를 초과하여 고속도로를 주행하는 등의 행위를 지속하거나 반복함으로써 다른 사람에게 위협 또는 위해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 한 사실이 충분히 인정된다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 범인도피 및 범인도피교사의 점

가) 범리오해 주장 부분

형법 제151조 소정의 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또한 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위 즉 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 해석함이 상당하고, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함되는 것은 아니다.

원래 수사기관은 범죄사건을 수사함에 있어서 피의자나 참고인의 진술 여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반 증거를 수집·조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이므로, 참고인이 수사기관에서 범인에 관하여 조사를 받으면서 그가 알고 있는 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도, 그것이 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도의 것이 아니라면 범인도피죄를 구성하지 않는다(대법원 2003. 2. 14. 선고 2002도5374 판결 등 참조). 이에 반해 범인이 아닌 자가 수사기관에 범인임을 자처하고 허위사실을 진술하여 진범의 체포와 발견에 지장을 초래하게 한 행위는 범인도피죄에 해당한다(대법원 1996. 6. 14. 선고 96도1016 판결, 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도4078 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고인 2는 BMW i8 차량에 동승하였을 뿐임에도 자신이 인천공항고속도로에서 람보르기니 차량을 운전하였다고 허위로 진술하였을 뿐만 아니라 자신이 운전을 하게 된 경위나 운전 경로에 관하여도 구체적으로 진술을 한 점, 을왕리해수욕장 ○○횃집 CCTV에 람보르기니 차량이 녹화되어 있지 않았더라면 실제 위 차량의 운전자가 누구인지 밝혀지지 않았을 것으로 보이고, 피고인 2는 위 CCTV 영상을 확인한 이후에야 비로소 실제 운전자는 피고인 1이라고 진술하기에 이른 점 등을 종합하여 보면, 피고인 2의 행위는 적극적으로 수사기관을 기만한 것으로서 수사기관의 범인 발견 또는 체포를 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다고 평가할 수 있으므로, 이는 범인도피죄에 해당한다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 사실오인 주장 부분

피고인들은 원심에서도 동일한 취지로 주장하였고, 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인들의 주장을 배척하였는바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 원심의 설시 내용을 대조하여 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍할 수 있고, 달리 원심판결에 사실을 오인하여 판결에 영향을

미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

검사의 사실오인 주장에 관한 판단(원심판결 중 무죄부분)

1) 이 부분 공소사실의 요지

별지 무죄부분 공소사실 기재와 같다.

2) 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들이 공소외 3, 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4, 성명불상자와 공모하여 난폭 운전(피고인 1이 공소외 1과 공모하여 난폭운전을 하였다는 부분은 제외) 및 공동위험행위를 하였다는 사실을 인정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 피고인 1에 대한 위 공소사실이 유죄로 인정됨을 전제로 피고인 2가 피고인 1의 교사에 따라 수사기관에서 피고인 1의 위 범죄사실에 관하여 허위진술을 하여 범인도피를 하였다는 피고인 1에 대한 범인도피교사 및 피고인 2에 대한 범인도피의 공소사실은 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

3) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 원심의 설시 내용을 대조하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍이 된다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 검사의 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있고 피고인의 법리오해 주장도 일부 이유 있으므로, 피고인들과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 법리오해

가) 도로교통법위반의 점에 관하여, 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 형사소송법 제314조 단서의 요건이 갖추어지지 않았음에도 원심은 이에 대하여 증거능력을 인정한 잘못이 있다.

나) 범인도피 및 범인도피교사의 점에 관하여, 피고인 2가 경찰 조사를 받으면서 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도 이는 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도가 아니었으므로, 범인도피죄가 성립하지 않는다.

2) 사실오인

가) 도로교통법위반의 점에 관하여, 피고인 1은 주변에 차량이 없을 때 과속을 하다가 과속금지구간에서 감속하고 주변에 차량이 있을 때에는 속도를 줄이는 방법으로 운전하였을 뿐 다른 사람에게 위협 또는 위해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 한 사실이 없다.

나) 범인도피 및 범인도피교사의 점에 관하여, 피고인 1은 피고인 2에게 범인도피를 교사한 사실이 없다.

3) 양형부당

원심이 피고인들에게 선고한 형(피고인 1 : 징역 8월에 집행유예 1년 및 사회봉사명령 120시간, 수강명령 40시간, 피고인 2 : 징역 4월에 집행유예 1년 및 사회봉사명령 80시간)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인(원심판결 중 무죄부분)

이 사건 범행 이전부터 피고인들과 공소외 1 사이에, 그리고 공소외 3, 공소외 2, 공소외 4 사이에 각각 수회 연락을 주고 받은 사실이 확인되는 점, CCTV 영상 등에 의하면 5대의 차량이 연이어 인천공항고속도로 공항방향 톨게이트에 진입한 후 제한속도를 초과하여 빠른 속도로 진행하고, 위 차량 5대가 집결하여 고속도로 1, 2차로를 앞뒤, 좌우로 줄지어 이동하며, 피고인 1 운전의 램보르기니 차량에 상향등이 켜지자 그때부터 다른 4대의 차량이 과속을 시작하면서 레이싱을 하는 모습이 확인되는 점, 피고인들의 주장과 같이 사전에 롤링 레이싱을 모의하지 않았다 하더라도 피고인들과 공소외 1, 공소외 3, 공소외 2, 공소외 4는 인천공항고속도로에서 각자 상호간의 행위를 인식하고 암묵적으로 의사외 투합 하에 롤링 레이싱을 한 점, 공소외 5는 수사기관에서 위 차량들로 인해 위험을 느꼈다고 진술하였고, 5대의 차량은 동시에 급가속을 하였으며, 이 사건 범행 당시 인천공항고속도로에는 다른 차량들이 진행하고 있었던 점, 피고인 2는 공소외 1이 운전하는 BMW i8 차량에 동승하였고, 이 사건 범행 이전부터 피고인 1과 수차례 전화연락을 하였던 점 등을 종합하면, 피고인들이 공소외 3, 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4, 성명불상자와 공모하여 난폭운전(피고인 1의 경우에는 공소외 1과 공모하여 난폭운전을 한 공소사실이 유죄로 인정되었으므로 이 부분에서 제외) 및 공동위험행위를 한 사실이 충분히 인정되고, 이를 전제로 하는 피고인 1에 대한 범인도피교사 및 피고인 2에 대한 범인도피의 공소사실 또한 유죄로 인정된다.

2) 양형부당(원심판결 중 유죄부분)

원심이 피고인들에게 선고한 위 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

피고인들과 검사의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살핀다.

원심이 각 무죄로 판단한 피고인 1에 대한 공소사실 중 공동위험행위로 인한 도로교통법위반행위와 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4, 성명불상자, 피고인 2와 공모에 의한 난폭운전으로 인한 도로교통법위반행위에 관한 범인도피교사의

점 및 피고인 2에 대한 공소사실 중 피고인 1의 위와 같은 도로교통법위반행위에 관한 범인도피의 점은 원심이 각 유죄로 판단한 피고인 1에 대한 판시 제2항 기재 범인도피교사죄 및 피고인 2에 대한 판시 제3항 기재 범인도피죄와 각 일죄의 관계에 있으므로, 원심은 위 각 공소사실에 대하여 따로 주문에서 무죄를 선고하지 않아야 함에도 주문에서 무죄를 선고한 잘못이 있으므로, 원심판결은 이 점에서 그대로 유지될 수 없다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있다고 하더라도 원심판결에 대한 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

나. 피고인들의 법리오해 및 사실오인 주장에 관한 판단(원심판결 중 유죄부분)

1) 도로교통법위반의 점

가) 법리오해 주장 부분

피고인들은 원심에서 공소외 5에 대한 경찰 진술조서를 증거로 함에 동의하지 아니하였고, 공소외 5가 그 성립의 진정을 인정한 바도 없으므로, 예외적으로 형사소송법 제314조의 요건을 갖추어야만 이를 증거로 할 수 있고, 형사소송법 제314조에 의하면 첫째로 진술을 요할 자가 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없는 경우이어야 하고, 둘째로 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것임이 입증되어야 한다.

원심은 공소외 5의 주민조회상 주소지인 '서울 강남구 (주소 1 생략)'에만 증인소환 및 증인소재탐지를 실시하였을 뿐, 기록상 용이하게 알 수 있는 공소외 5에 대한 경찰 진술조서에 기재된 '인천 중구 (주소 2 생략)'에는 증인소환 및 증인소재탐지를 전혀 시행하지 않았으므로 형사소송법 제314조가 정한 예외사유 중 '소재불명'에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 '그 밖에 이에 준하는 사유'에 해당한다고 볼 만한 자료도 없으므로, 결국 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 형사소송법 제314조의 예외요건을 충족하지 못하여 증거능력이 없다.

그럼에도 원심은 공소외 5에 대한 경찰 진술조서의 증거능력을 인정하여 유죄의 증거로 사용한 잘못이 있고, 이를 지적하는 피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

나) 사실오인 주장 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들(다만, 증거능력이 없는 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 제외)을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고인 1과 공소외 1은 사전에 인천공항고속도로를 거쳐 을왕리해수욕장으로 가기로 합의한 후 피고인 1은 람보르기니 차량을, 공소외 1은 BMW i8 차량을 각각 운전하여 인천공항고속도로를 진행하면서 고속도로의 여러 구간에서 제한속도인 시속 100km를 현저히 초과하여 진행하거나 앞차와의 안전거리를 확보하지 아니하거나 도로교통법이 정하지 않은 방법으로 앞지르기를 한 점, 피고인 1과 공소외 1은 2016. 7. 29. 23:46경 인천공항고속도로 신공항 톨게이트를 통과하여 인천공항고속도로 신도시 분기점에 이르는 약 19km 구간을 진행하면서 위와 같이 운전을 하였는데, 2016. 7. 29. 23:50경 '차량 4대가 시속 200km 넘게 질주 중이다'라는 내용의 112 신고가 접수된 점, 인천공항고속도로 CCTV 영상에 의하면 리무진 버스가 지나가는 바로 옆 차선으로 피고인 1 운전의 람보르기니와 공소외 1 운전의 BMW i8 차량을 포함한 총 5대의 차량이 앞뒤 또는 좌우로 줄지어 통

행하던 중 거의 동시에 급가속을 하는 장면이 확인되는 점, 이 사건 범행 당시 인천공항고속도로에는 위 5대의 차량 외에도 다른 차량들이 진행하고 있었던 점 등을 종합하면, 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인 1은 공소외 1과 공모하여 제한 최고속도를 초과하여 고속도로를 주행하는 등의 행위를 지속하거나 반복함으로써 다른 사람에게 위험 또는 위해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 한 사실이 충분히 인정된다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 범인도피 및 범인도피교사의 점

가) 법리오해 주장 부분

형법 제151조 소정의 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또한 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위 즉 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 해석함이 상당하고, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함되는 것은 아니다.

원래 수사기관은 범죄사건을 수사함에 있어서 피의자나 참고인의 진술 여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반 증거를 수집·조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이므로, 참고인이 수사기관에서 범인에 관하여 조사를 받으면서 그가 알고 있는 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도, 그것이 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도의 것이 아니라면 범인도피죄를 구성하지 않는다(대법원 2003. 2. 14. 선고 2002도5374 판결 등 참조). 이에 반해 범인이 아닌 자가 수사기관에 범인임을 자처하고 허위사실을 진술하여 진범의 체포와 발견에 지장을 초래하게 한 행위는 범인도피죄에 해당한다(대법원 1996. 6. 14. 선고 96도1016 판결, 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도4078 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고인 2는 BMW i8 차량에 동승하였을 뿐임에도 자신이 인천공항고속도로에서 람보르기니 차량을 운전하였다고 허위로 진술하였을 뿐만 아니라 자신이 운전을 하게 된 경위나 운전 경로에 관하여도 구체적으로 진술을 한 점, 을왕리해수욕장 ○○횃집 CCTV에 람보르기니 차량이 녹화되어 있지 않았더라면 실제 위 차량의 운전자가 누구인지 밝혀지지 않았을 것으로 보이고, 피고인 2는 위 CCTV 영상을 확인한 이후에야 비로소 실제 운전자는 피고인 1이라고 진술하기에 이른 점 등을 종합하여 보면, 피고인 2의 행위는 적극적으로 수사기관을 기만한 것으로서 수사기관의 범인 발견 또는 체포를 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다고 평가할 수 있으므로, 이는 범인도피죄에 해당한다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 사실오인 주장 부분

피고인들은 원심에서도 동일한 취지로 주장하였고, 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인들의 주장을 배척하였는바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 원심의 설시 내용을 대조

하여 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍할 수 있고, 달리 원심판결에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

검사의 사실오인 주장에 관한 판단(원심판결 중 무죄부분)

1) 이 부분 공소사실의 요지

별지 무죄부분 공소사실 기재와 같다.

2) 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들이 공소외 3, 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4, 성명불상자와 공모하여 난폭 운전(피고인 1이 공소외 1과 공모하여 난폭운전을 하였다는 부분은 제외) 및 공동위험행위를 하였다는 사실을 인정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 피고인 1에 대한 위 공소사실이 유죄로 인정됨을 전제로 피고인 2가 피고인 1의 교사에 따라 수사기관에서 피고인 1의 위 범죄사실에 관하여 허위진술을 하여 범인도피를 하였다는 피고인 1에 대한 범인도피교사 및 피고인 2에 대한 범인도피의 공소사실은 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

3) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 원심의 설시 내용을 대조하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍이 된다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 검사의 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있고 피고인의 법리오해 주장도 일부 이유 있으므로, 피고인들과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 법리오해

가) 도로교통법위반의 점에 관하여, 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 형사소송법 제314조 단서의 요건이 갖추어지지 않았음에도 원심은 이에 대하여 증거능력을 인정한 잘못이 있다.

나) 범인도피 및 범인도피교사의 점에 관하여, 피고인 2가 경찰 조사를 받으면서 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도 이는 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불

가능하게 할 정도가 아니었으므로, 범인도피죄가 성립하지 않는다.

2) 사실오인

가) 도로교통법위반의 점에 관하여, 피고인 1은 주변에 차량이 없을 때 과속을 하다가 과속금지구간에서 감속하고 주변에 차량이 있을 때에는 속도를 줄이는 방법으로 운전하였을 뿐 다른 사람에게 위협 또는 위해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 한 사실이 없다.

나) 범인도피 및 범인도피교사의 점에 관하여, 피고인 1은 피고인 2에게 범인도피를 교사한 사실이 없다.

3) 양형부당

원심이 피고인들에게 선고한 형(피고인 1 : 징역 8월에 집행유예 1년 및 사회봉사명령 120시간, 수강명령 40시간, 피고인 2 : 징역 4월에 집행유예 1년 및 사회봉사명령 80시간)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인(원심판결 중 무죄부분)

이 사건 범행 이전부터 피고인들과 공소외 1 사이에, 그리고 공소외 3, 공소외 2, 공소외 4 사이에 각각 수회 연락을 주고 받은 사실이 확인되는 점, CCTV 영상 등에 의하면 5대의 차량이 연이어 인천공항고속도로 공항방향 톨게이트에 진입한 후 제한속도를 초과하여 빠른 속도로 진행하고, 위 차량 5대가 집결하여 고속도로 1, 2차로를 앞뒤, 좌우로 줄지어 이동하며, 피고인 1 운전의 람보르기니 차량에 상향등이 켜지자 그때부터 다른 4대의 차량이 과속을 시작하면서 레이싱을 하는 모습이 확인되는 점, 피고인들의 주장과 같이 사전에 롤링 레이싱을 모의하지 않았다 하더라도 피고인들과 공소외 1, 공소외 3, 공소외 2, 공소외 4는 인천공항고속도로에서 각자 상호간의 행위를 인식하고 암묵적으로 의사소통 하에 롤링 레이싱을 한 점, 공소외 5는 수사기관에서 위 차량들로 인해 위험을 느꼈다고 진술하였고, 5대의 차량은 동시에 급가속을 하였으며, 이 사건 범행 당시 인천공항고속도로에는 다른 차량들이 진행하고 있었던 점, 피고인 2는 공소외 1이 운전하는 BMW i8 차량에 동승하였고, 이 사건 범행 이전부터 피고인 1과 수차례 전화연락을 하였던 점 등을 종합하면, 피고인들이 공소외 3, 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4, 성명불상자와 공모하여 난폭운전(피고인 1의 경우에는 공소외 1과 공모하여 난폭운전을 한 공소사실이 유죄로 인정되었으므로 이 부분에서 제외) 및 공동위험행위를 한 사실이 충분히 인정되고, 이를 전제로 하는 피고인 1에 대한 범인도피교사 및 피고인 2에 대한 범인도피의 공소사실 또한 유죄로 인정된다.

2) 양형부당(원심판결 중 유죄부분)

원심이 피고인들에게 선고한 위 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

피고인들과 검사의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살핀다.

원심이 각 무죄로 판단한 피고인 1에 대한 공소사실 중 공동위험행위로 인한 도로교통법위반행위와 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4, 성명불상자, 피고인 2와 공모에 의한 난폭운전으로 인한 도로교통법위반행위에 관한 범인도피교사의 점 및 피고인 2에 대한 공소사실 중 피고인 1의 위와 같은 도로교통법위반행위에 관한 범인도피의 점은 원심이 각 유죄로 판단한 피고인 1에 대한 판시 제2항 기재 범인도피교사죄 및 피고인 2에 대한 판시 제3항 기재 범인도피죄와 각 일죄의 관계에 있으므로, 원심은 위 각 공소사실에 대하여 따로 주문에서 무죄를 선고하지 않아야 함에도 주문에서 무죄를 선고한 잘못이 있으므로, 원심판결은 이 점에서 그대로 유지될 수 없다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있다고 하더라도 원심판결에 대한 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

나. 피고인들의 법리오해 및 사실오인 주장에 관한 판단(원심판결 중 유죄부분)

1) 도로교통법위반의 점

가) 법리오해 주장 부분

피고인들은 원심에서 공소외 5에 대한 경찰 진술조서를 증거로 함에 동의하지 아니하였고, 공소외 5가 그 성립의 진정을 인정한 바도 없으므로, 예외적으로 형사소송법 제314조의 요건을 갖추어야만 이를 증거로 할 수 있고, 형사소송법 제314조에 의하면 첫째로 진술을 요할 자가 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없는 경우이어야 하고, 둘째로 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것임이 입증되어야 한다.

원심은 공소외 5의 주민조회상 주소지인 '서울 강남구 (주소 1 생략)'에만 증인소환 및 증인소재탐지를 실시하였을 뿐, 기록상 용이하게 알 수 있는 공소외 5에 대한 경찰 진술조서에 기재된 '인천 중구 (주소 2 생략)'에는 증인소환 및 증인소재탐지를 전혀 시행하지 않았으므로 형사소송법 제314조가 정한 예외사유 중 '소재불명'에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 '그 밖에 이에 준하는 사유'에 해당한다고 볼 만한 자료도 없으므로, 결국 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 형사소송법 제314조의 예외요건을 충족하지 못하여 증거능력이 없다.

그럼에도 원심은 공소외 5에 대한 경찰 진술조서의 증거능력을 인정하여 유죄의 증거로 사용한 잘못이 있고, 이를 지적하는 피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

나) 사실오인 주장 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들(다만, 증거능력이 없는 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 제외)을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고인 1과 공소외 1은 사전에 인천공항고속도로를 거쳐 을왕리해수욕장으로 가기로 합의한 후 피고인 1은 람보르기니 차량을, 공소외 1은 BMW i8 차량을 각각 운전하여 인천공항고속도로를 진행하면서 고속도로의 여러 구간에서 제한속도인 시속 100km를 현저히 초과하여 진행하거나 앞차와의 안전거리를 확보하지 아니하거나 도로교통법이 정하지 않은 방법으로 앞지르기를 한 점, 피고인 1과 공소외 1은 2016. 7. 29. 23:46경 인천공항고속도로 신공항 톨게이트를 통과하여 인천공항고속도로 신도시 분기점에 이르는 약 19km 구간을 진행하면서 위와 같이 운전을 하였는데, 2016. 7. 29. 23:50경 '차량 4대가 시속 200km 넘게 질주 중이다'라는 내

용의 112 신고가 접수된 점, 인천공항고속도로 CCTV 영상에 의하면 리무진 버스가 지나가는 바로 옆 차선으로 피고인 1 운전의 람보르기니와 공소외 1 운전의 BMW i8 차량을 포함한 총 5대의 차량이 앞뒤 또는 좌우로 줄지어 통행하던 중 거의 동시에 급가속을 하는 장면이 확인되는 점, 이 사건 범행 당시 인천공항고속도로에는 위 5대의 차량 외에도 다른 차량들이 진행하고 있었던 점 등을 종합하면, 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인 1은 공소외 1과 공모하여 제한 최고속도를 초과하여 고속도로를 주행하는 등의 행위를 지속하거나 반복함으로써 다른 사람에게 위협 또는 위해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 한 사실이 충분히 인정된다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 범인도피 및 범인도피교사의 점

가) 범리오해 주장 부분

형법 제151조 소정의 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또한 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위 즉 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 해석함이 상당하고, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함되는 것은 아니다.

원래 수사기관은 범죄사건을 수사함에 있어서 피의자나 참고인의 진술 여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반 증거를 수집·조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이므로, 참고인이 수사기관에서 범인에 관하여 조사를 받으면서 그가 알고 있는 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도, 그것이 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도의 것이 아니라면 범인도피죄를 구성하지 않는다(대법원 2003. 2. 14. 선고 2002도5374 판결 등 참조). 이에 반해 범인이 아닌 자가 수사기관에 범인임을 자처하고 허위사실을 진술하여 진범의 체포와 발견에 지장을 초래하게 한 행위는 범인도피죄에 해당한다(대법원 1996. 6. 14. 선고 96도1016 판결, 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도4078 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고인 2는 BMW i8 차량에 동승하였을 뿐임에도 자신이 인천공항고속도로에서 람보르기니 차량을 운전하였다고 허위로 진술하였을 뿐만 아니라 자신이 운전을 하게 된 경위나 운전 경로에 관하여도 구체적으로 진술을 한 점, 을왕리해수욕장 ○○횃집 CCTV에 람보르기니 차량이 녹화되어 있지 않았더라면 실제 위 차량의 운전자가 누구인지 밝혀지지 않았을 것으로 보이고, 피고인 2는 위 CCTV 영상을 확인한 이후에야 비로소 실제 운전자는 피고인 1이라고 진술하기에 이른 점 등을 종합하여 보면, 피고인 2의 행위는 적극적으로 수사기관을 기만한 것으로서 수사기관의 범인 발견 또는 체포를 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다고 평가할 수 있으므로, 이는 범인도피죄에 해당한다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 사실오인 주장 부분

피고인들은 원심에서도 동일한 취지로 주장하였고, 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인들의 주장을 배척하였는바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 원심의 설시 내용을 대조하여 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍할 수 있고, 달리 원심판결에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

검사의 사실오인 주장에 관한 판단(원심판결 중 무죄부분)

1) 이 부분 공소사실의 요지

별지 무죄부분 공소사실 기재와 같다.

2) 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들이 공소외 3, 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4, 성명불상자와 공모하여 난폭 운전(피고인 1이 공소외 1과 공모하여 난폭운전을 하였다는 부분은 제외) 및 공동위험행위를 하였다는 사실을 인정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 피고인 1에 대한 위 공소사실이 유죄로 인정됨을 전제로 피고인 2가 피고인 1의 교사에 따라 수사기관에서 피고인 1의 위 범죄사실에 관하여 허위진술을 하여 범인도피를 하였다는 피고인 1에 대한 범인도피교사 및 피고인 2에 대한 범인도피의 공소사실은 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

3) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 원심의 설시 내용을 대조하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍이 된다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 검사의 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있고 피고인의 법리오해 주장도 일부 이유 있으므로, 피고인들과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 법리오해

가) 도로교통법위반의 점에 관하여, 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 형사소송법 제314조 단서의 요건이 갖추어지지 않았음에도 원심은 이에 대하여 증거능력을 인정한 잘못이 있다.

나) 범인도피 및 범인도피교사의 점에 관하여, 피고인 2가 경찰 조사를 받으면서 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도 이는 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도가 아니었으므로, 범인도피죄가 성립하지 않는다.

2) 사실오인

가) 도로교통법위반의 점에 관하여, 피고인 1은 주변에 차량이 없을 때 과속을 하다가 과속금지구간에서 감속하고 주변에 차량이 있을 때에는 속도를 줄이는 방법으로 운전하였을 뿐 다른 사람에게 위험 또는 위해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 한 사실이 없다.

나) 범인도피 및 범인도피교사의 점에 관하여, 피고인 1은 피고인 2에게 범인도피를 교사한 사실이 없다.

3) 양형부당

원심이 피고인들에게 선고한 형(피고인 1 : 징역 8월에 집행유예 1년 및 사회봉사명령 120시간, 수강명령 40시간, 피고인 2 : 징역 4월에 집행유예 1년 및 사회봉사명령 80시간)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인(원심판결 중 무죄부분)

이 사건 범행 이전부터 피고인들과 공소외 1 사이에, 그리고 공소외 3, 공소외 2, 공소외 4 사이에 각각 수회 연락을 주고 받은 사실이 확인되는 점, CCTV 영상 등에 의하면 5대의 차량이 연이어 인천공항고속도로 공항방향 톨게이트에 진입한 후 제한속도를 초과하여 빠른 속도로 진행하고, 위 차량 5대가 집결하여 고속도로 1, 2차로를 앞뒤, 좌우로 줄지어 이동하며, 피고인 1 운전의 람보르기니 차량에 상향등이 켜지자 그때부터 다른 4대의 차량이 과속을 시작하면서 레이싱을 하는 모습이 확인되는 점, 피고인들의 주장과 같이 사전에 롤링 레이싱을 모의하지 않았다 하더라도 피고인들과 공소외 1, 공소외 3, 공소외 2, 공소외 4는 인천공항고속도로에서 각자 상호간의 행위를 인식하고 암묵적으로 의사소통 하에 롤링 레이싱을 한 점, 공소외 5는 수사기관에서 위 차량들로 인해 위험을 느꼈다고 진술하였고, 5대의 차량은 동시에 급가속을 하였으며, 이 사건 범행 당시 인천공항고속도로에는 다른 차량들이 진행하고 있었던 점, 피고인 2는 공소외 1이 운전하는 BMW i8 차량에 동승하였고, 이 사건 범행 이전부터 피고인 1과 수차례 전화연락을 하였던 점 등을 종합하면, 피고인들이 공소외 3, 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4, 성명불상자와 공모하여 난폭운전(피고인 1의 경우에는 공소외 1과 공모하여 난폭운전을 한 공소사실이 유죄로 인정되었으므로 이 부분에서 제외) 및 공동위험행위를 한 사실이 충분히 인정되고, 이를 전제로 하는 피고인 1에 대한 범인도피교사 및 피고인 2에 대한 범인도피의 공소사실 또한 유죄로 인정된다.

2) 양형부당(원심판결 중 유죄부분)

원심이 피고인들에게 선고한 위 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

피고인들과 검사의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살핀다.

원심이 각 무죄로 판단한 피고인 1에 대한 공소사실 중 공동위험행위로 인한 도로교통법위반행위와 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4, 성명불상자, 피고인 2와 공모에 의한 난폭운전으로 인한 도로교통법위반행위에 관한 범인도피교사의 점 및 피고인 2에 대한 공소사실 중 피고인 1의 위와 같은 도로교통법위반행위에 관한 범인도피의 점은 원심이 각 유죄로 판단한 피고인 1에 대한 판시 제2항 기재 범인도피교사죄 및 피고인 2에 대한 판시 제3항 기재 범인도피죄와 각 일죄의 관계에 있으므로, 원심은 위 각 공소사실에 대하여 따로 주문에서 무죄를 선고하지 않아야 함에도 주문에서 무죄를 선고한 잘못이 있으므로, 원심판결은 이 점에서 그대로 유지될 수 없다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있다고 하더라도 원심판결에 대한 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

나. 피고인들의 법리오해 및 사실오인 주장에 관한 판단(원심판결 중 유죄부분)

1) 도로교통법위반의 점

가) 법리오해 주장 부분

피고인들은 원심에서 공소외 5에 대한 경찰 진술조서를 증거로 함에 동의하지 아니하였고, 공소외 5가 그 성립의 진정을 인정한 바도 없으므로, 예외적으로 형사소송법 제314조의 요건을 갖추어야만 이를 증거로 할 수 있고, 형사소송법 제314조에 의하면 첫째로 진술을 요할 자가 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없는 경우이어야 하고, 둘째로 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것임이 입증되어야 한다.

원심은 공소외 5의 주민조회상 주소지인 '서울 강남구 (주소 1 생략)'에만 증인소환 및 증인소재탐지를 실시하였을 뿐, 기록상 용이하게 알 수 있는 공소외 5에 대한 경찰 진술조서에 기재된 '인천 중구 (주소 2 생략)'에는 증인소환 및 증인소재탐지를 전혀 시행하지 않았으므로 형사소송법 제314조가 정한 예외사유 중 '소재불명'에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 '그 밖에 이에 준하는 사유'에 해당한다고 볼 만한 자료도 없으므로, 결국 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 형사소송법 제314조의 예외요건을 충족하지 못하여 증거능력이 없다.

그럼에도 원심은 공소외 5에 대한 경찰 진술조서의 증거능력을 인정하여 유죄의 증거로 사용한 잘못이 있고, 이를 지적하는 피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

나) 사실오인 주장 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들(다만, 증거능력이 없는 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 제외)을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고인 1과 공소외 1은 사전에 인천공항고속도로를 거쳐 을왕리해수욕장으로 가기로 합의한 후 피고인 1은 람보르기니 차량을, 공소외 1은 BMW i8 차량을 각각 운전하여 인천공항고속도로를 진행하면서 고속도로의 여러 구간에서 제한속도인 시속 100km를 현저히 초과하여 진행하거나 앞차와의 안전거리를 확

보하지 아니하거나 도로교통법이 정하지 않은 방법으로 앞지르기를 한 점, 피고인 1과 공소외 1은 2016. 7. 29. 23:46경 인천공항고속도로 신공항 톨게이트를 통과하여 인천공항고속도로 신도시 분기점에 이르는 약 19km 구간을 진행하면서 위와 같이 운전을 하였는데, 2016. 7. 29. 23:50경 '차량 4대가 시속 200km 넘게 질주 중이다'라는 내용의 112 신고가 접수된 점, 인천공항고속도로 CCTV 영상에 의하면 리무진 버스가 지나가는 바로 옆 차선으로 피고인 1 운전의 람보르기니와 공소외 1 운전의 BMW i8 차량을 포함한 총 5대의 차량이 앞뒤 또는 좌우로 줄지어 통행하던 중 거의 동시에 급가속을 하는 장면이 확인되는 점, 이 사건 범행 당시 인천공항고속도로에는 위 5대의 차량 외에도 다른 차량들이 진행하고 있었던 점 등을 종합하면, 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인 1은 공소외 1과 공모하여 제한 최고속도를 초과하여 고속도로를 주행하는 등의 행위를 지속하거나 반복함으로써 다른 사람에게 위협 또는 해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 한 사실이 충분히 인정된다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 범인도피 및 범인도피교사의 점

가) 범리오해 주장 부분

형법 제151조 소정의 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또한 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위 즉 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 해석함이 상당하고, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함되는 것은 아니다.

원래 수사기관은 범죄사건을 수사함에 있어서 피의자나 참고인의 진술 여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반 증거를 수집·조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이므로, 참고인이 수사기관에서 범인에 관하여 조사를 받으면서 그가 알고 있는 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도, 그것이 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도의 것이 아니라면 범인도피죄를 구성하지 않는다(대법원 2003. 2. 14. 선고 2002도5374 판결 등 참조). 이에 반해 범인이 아닌 자가 수사기관에 범인임을 자처하고 허위사실을 진술하여 진범의 체포와 발견에 지장을 초래하게 한 행위는 범인도피죄에 해당한다(대법원 1996. 6. 14. 선고 96도1016 판결, 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도4078 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고인 2는 BMW i8 차량에 동승하였을 뿐임에도 자신이 인천공항고속도로에서 람보르기니 차량을 운전하였다고 허위로 진술하였을 뿐만 아니라 자신이 운전을 하게 된 경위나 운전 경로에 관하여도 구체적으로 진술을 한 점, 을왕리해수욕장 ○○횃집 CCTV에 람보르기니 차량이 녹화되어 있지 않았더라면 실제 위 차량의 운전자가 누구인지 밝혀지지 않았을 것으로 보이고, 피고인 2는 위 CCTV 영상을 확인한 이후에야 비로소 실제 운전자는 피고인 1이라고 진술하기에 이른 점 등을 종합하여 보면, 피고인 2의 행위는 적극적으로 수사기관을 기만한 것으로서 수사기관의 범인 발견 또는 체포를 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다고 평가할 수 있으므로, 이는 범인도피죄에 해당한다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 사실오인 주장 부분

피고인들은 원심에서도 동일한 취지로 주장하였고, 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인들의 주장을 배척하였는바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 원심의 설시 내용을 대조하여 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍할 수 있고, 달리 원심판결에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

검사의 사실오인 주장에 관한 판단(원심판결 중 무죄부분)

1) 이 부분 공소사실의 요지

별지 무죄부분 공소사실 기재와 같다.

2) 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들이 공소외 3, 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4, 성명불상자와 공모하여 난폭 운전(피고인 1이 공소외 1과 공모하여 난폭운전을 하였다는 부분은 제외) 및 공동위험행위를 하였다는 사실을 인정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 피고인 1에 대한 위 공소사실이 유죄로 인정됨을 전제로 피고인 2가 피고인 1의 교사에 따라 수사기관에서 피고인 1의 위 범죄사실에 관하여 허위진술을 하여 범인도피를 하였다는 피고인 1에 대한 범인도피교사 및 피고인 2에 대한 범인도피의 공소사실은 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

3) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 원심의 설시 내용을 대조하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍이 된다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 검사의 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있고 피고인의 법리오해 주장도 일부 이유 있으므로, 피고인들과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 법리오해

가) 도로교통법위반의 점에 관하여, 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 형사소송법 제314조 단서의 요건이 갖추어지지 않았음에도 원심은 이에 대하여 증거능력을 인정한 잘못이 있다.

나) 범인도피 및 범인도피교사의 점에 관하여, 피고인 2가 경찰 조사를 받으면서 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도 이는 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도가 아니었으므로, 범인도피죄가 성립하지 않는다.

2) 사실오인

가) 도로교통법위반의 점에 관하여, 피고인 1은 주변에 차량이 없을 때 과속을 하다가 과속금지구간에서 감속하고 주변에 차량이 있을 때에는 속도를 줄이는 방법으로 운전하였을 뿐 다른 사람에게 위협 또는 위해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 한 사실이 없다.

나) 범인도피 및 범인도피교사의 점에 관하여, 피고인 1은 피고인 2에게 범인도피를 교사한 사실이 없다.

3) 양형부당

원심이 피고인들에게 선고한 형(피고인 1 : 징역 8월에 집행유예 1년 및 사회봉사명령 120시간, 수강명령 40시간, 피고인 2 : 징역 4월에 집행유예 1년 및 사회봉사명령 80시간)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인(원심판결 중 무죄부분)

이 사건 범행 이전부터 피고인들과 공소외 1 사이에, 그리고 공소외 3, 공소외 2, 공소외 4 사이에 각각 수회 연락을 주고 받은 사실이 확인되는 점, CCTV 영상 등에 의하면 5대의 차량이 연이어 인천공항고속도로 공항방향 톨게이트에 진입한 후 제한속도를 초과하여 빠른 속도로 진행하고, 위 차량 5대가 집결하여 고속도로 1, 2차로를 앞뒤, 좌우로 줄지어 이동하며, 피고인 1 운전의 람보르기니 차량에 상향등이 켜지자 그때부터 다른 4대의 차량이 과속을 시작하면서 레이싱을 하는 모습이 확인되는 점, 피고인들의 주장과 같이 사전에 롤링 레이싱을 모의하지 않았다 하더라도 피고인들과 공소외 1, 공소외 3, 공소외 2, 공소외 4는 인천공항고속도로에서 각자 상호간의 행위를 인식하고 암묵적으로 의사소통 하에 롤링 레이싱을 한 점, 공소외 5는 수사기관에서 위 차량들로 인해 위험을 느꼈다고 진술하였고, 5대의 차량은 동시에 급가속을 하였으며, 이 사건 범행 당시 인천공항고속도로에는 다른 차량들이 진행하고 있었던 점, 피고인 2는 공소외 1이 운전하는 BMW i8 차량에 동승하였고, 이 사건 범행 이전부터 피고인 1과 수차례 전화연락을 하였던 점 등을 종합하면, 피고인들이 공소외 3, 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4, 성명불상자와 공모하여 난폭운전(피고인 1의 경우에는 공소외 1과 공모하여 난폭운전을 한 공소사실이 유죄로 인정되었으므로 이 부분에서 제외) 및 공동위험행위를 한 사실이 충분히 인정되고, 이를 전제로 하는 피고인 1에 대한 범인도피교사 및 피고인 2에 대한 범인도피의 공소사실 또한 유죄로 인정된다.

2) 양형부당(원심판결 중 유죄부분)

원심이 피고인들에게 선고한 위 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

피고인들과 검사의 항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살핀다.

원심이 각 무죄로 판단한 피고인 1에 대한 공소사실 중 공동위험행위로 인한 도로교통법위반행위와 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4, 성명불상자, 피고인 2와 공모에 의한 난폭운전으로 인한 도로교통법위반행위에 관한 범인도피교사의 점 및 피고인 2에 대한 공소사실 중 피고인 1의 위와 같은 도로교통법위반행위에 관한 범인도피의 점은 원심이 각 유죄로 판단한 피고인 1에 대한 판시 제2항 기재 범인도피교사죄 및 피고인 2에 대한 판시 제3항 기재 범인도피죄와 각 일죄의 관계에 있으므로, 원심은 위 각 공소사실에 대하여 따로 주문에서 무죄를 선고하지 않아야 함에도 주문에서 무죄를 선고한 잘못이 있으므로, 원심판결은 이 점에서 그대로 유지될 수 없다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있다고 하더라도 원심판결에 대한 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

나. 피고인들의 법리오해 및 사실오인 주장에 관한 판단(원심판결 중 유죄부분)

1) 도로교통법위반의 점

가) 법리오해 주장 부분

피고인들은 원심에서 공소외 5에 대한 경찰 진술조서를 증거로 함에 동의하지 아니하였고, 공소외 5가 그 성립의 진정을 인정한 바도 없으므로, 예외적으로 형사소송법 제314조의 요건을 갖추어야만 이를 증거로 할 수 있고, 형사소송법 제314조에 의하면 첫째로 진술을 요할 자가 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없는 경우이어야 하고, 둘째로 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것임이 입증되어야 한다.

원심은 공소외 5의 주민조회상 주소지인 '서울 강남구 (주소 1 생략)'에만 증인소환 및 증인소재탐지를 실시하였을 뿐, 기록상 용이하게 알 수 있는 공소외 5에 대한 경찰 진술조서에 기재된 '인천 중구 (주소 2 생략)'에는 증인소환 및 증인소재탐지를 전혀 시행하지 않았으므로 형사소송법 제314조가 정한 예외사유 중 '소재불명'에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 '그 밖에 이에 준하는 사유'에 해당한다고 볼 만한 자료도 없으므로, 결국 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 형사소송법 제314조의 예외요건을 충족하지 못하여 증거능력이 없다.

그럼에도 원심은 공소외 5에 대한 경찰 진술조서의 증거능력을 인정하여 유죄의 증거로 사용한 잘못이 있고, 이를 지적하는 피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

나) 사실오인 주장 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들(다만, 증거능력이 없는 공소외 5에 대한 경찰 진술조서는 제외)을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고인 1과 공소외 1은 사전에 인천공항고속도로를 거쳐 을왕리해수욕장으로 가기로 합의한 후 피고인 1은 람보르기니 차량을, 공소외 1은 BMW i8 차량을 각각 운전하여 인천공항고속도로를 진행하면서 고속도로의 여러 구간에서 제한속도인 시속 100km를 현저히 초과하여 진행하거나 앞차와의 안전거리를 확보하지 아니하거나 도로교통법이 정하지 않은 방법으로 앞지르기를 한 점, 피고인 1과 공소외 1은 2016. 7. 29. 23:46경 인천공항고속도로 신공항 톨게이트를 통과하여 인천공항고속도로 신도시 분기점에 이르는 약 19km 구간을 진행하면서 위와 같이 운전을 하였는데, 2016. 7. 29. 23:50경 '차량 4대가 시속 200km 넘게 질주 중이다'라는 내용의 112 신고가 접수된 점, 인천공항고속도로 CCTV 영상에 의하면 리무진 버스가 지나가는 바로 옆 차선으로 피고인 1 운전의 람보르기니와 공소외 1 운전의 BMW i8 차량을 포함한 총 5대의 차량이 앞뒤 또는 좌우로 줄지어 통행하던 중 거의 동시에 급가속을 하는 장면이 확인되는 점, 이 사건 범행 당시 인천공항고속도로에는 위 5대의 차량 외에도 다른 차량들이 진행하고 있었던 점 등을 종합하면, 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인 1은 공소외 1과 공모하여 제한 최고속도를 초과하여 고속도로를 주행하는 등의 행위를 지속하거나 반복함으로써 다른 사람에게 위험 또는 위해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 한 사실이 충분히 인정된다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 범인도피 및 범인도피교사의 점

가) 법리오해 주장 부분

형법 제151조 소정의 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또한 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위 즉 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 해석함이 상당하고, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함되는 것은 아니다.

원래 수사기관은 범죄사건을 수사함에 있어서 피의자나 참고인의 진술 여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반 증거를 수집·조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이므로, 참고인이 수사기관에서 범인에 관하여 조사를 받으면서 그가 알고 있는 사실을 묵비하거나 허위로 진술하였다고 하더라도, 그것이 적극적으로 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도의 것이 아니라면 범인도피죄를 구성하지 않는다(대법원 2003. 2. 14. 선고 2002도5374 판결 등 참조). 이에 반해 범인이 아닌 자가 수사기관에 범인임을 자처하고 허위사실을 진술하여 진범의 체포와 발견에 지장을 초래하게 한 행위는 범인도피죄에 해당한다(대법원 1996. 6. 14. 선고 96도1016 판결, 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도4078 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고인 2는 BMW i8 차량에 동승하였을 뿐임에도 자신이 인천공항고속도로에서 람보르기니 차량을 운전하였다고 허위로 진술하였을 뿐만 아니라 자신이 운전을 하게 된 경위나 운전 경로에 관하여도 구체적으로 진술을 한 점, 을왕리해수욕장 ○○힐집 CCTV에

람보르기니 차량이 녹화되어 있지 않았더라면 실제 위 차량의 운전자가 누구인지 밝혀지지 않았을 것으로 보이고, 피고인 2는 위 CCTV 영상을 확인한 이후에야 비로소 실제 운전자는 피고인 1이라고 진술하기에 이른 점 등을 종합하여 보면, 피고인 2의 행위는 적극적으로 수사기관을 기만한 것으로서 수사기관의 범인 발견 또는 체포를 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다고 평가할 수 있으므로, 이는 범인도피죄에 해당한다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 사실오인 주장 부분

피고인들은 원심에서도 동일한 취지로 주장하였고, 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인들의 주장을 배척하였는바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 원심의 설시 내용을 대조하여 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍할 수 있고, 달리 원심판결에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

검사의 사실오인 주장에 관한 판단(원심판결 중 무죄부분)

1) 이 부분 공소사실의 요지

별지 무죄부분 공소사실 기재와 같다.

2) 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들이 공소외 3, 공소외 2, 공소외 1, 공소외 4, 성명불상자와 공모하여 난폭 운전(피고인 1이 공소외 1과 공모하여 난폭운전을 하였다는 부분은 제외) 및 공동위험행위를 하였다는 사실을 인정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 피고인 1에 대한 위 공소사실이 유죄로 인정됨을 전제로 피고인 2가 피고인 1의 교사에 따라 수사기관에서 피고인 1의 위 범죄사실에 관하여 허위진술을 하여 범인도피를 하였다는 피고인 1에 대한 범인도피교사 및 피고인 2에 대한 범인도피의 공소사실은 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

3) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 원심의 설시 내용을 대조하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍이 된다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 검사의 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있고 피고인의 법리오해 주장도 일부 이유 있으므로, 피고인들과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.