

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2023도3038 업무상횡령, 근로기준법위반, 근로자퇴직급여보장법
위반
피 고 인 피고인
상 고 인 검사
원 심 판 결 청주지방법원 2023. 2. 15. 선고 2022노549 판결
판 결 선 고 2023. 6. 15.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 청주지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 관련 법리

가. 형사소송법 제298조 제1항의 규정에 의하면, '검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있고', '법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 이를 허가하여야 한다.'고 되어 있으며

로, 위 규정의 취지는 검사의 공소장변경 신청이 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한 법원은 이를 허가하여야 한다는 뜻으로 해석하여야 한다(대법원 2018. 12. 13. 선고 2018도11711 판결 등 참조). 공소사실의 동일성은 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되고, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단할 때에는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 1999. 5. 14. 선고 98도1438 판결 등 참조).

나. 1) 법원은 검사의 공소장변경허가신청에 대해 결정의 형식으로 이를 허가 또는 불허가 하고, 법원의 허가 여부 결정은 공판정 외에서 별도의 결정서를 작성하여 고지하거나 공판정에서 구술로 하고 공판조서에 기재할 수도 있다. 만일 공소장변경허가 여부 결정을 공판정에서 고지하였다면 그 사실은 공판조서의 필요적 기재사항이다(형사소송법 제51조 제2항 제14호). 공소장변경허가신청이 있음에도 공소장변경 허가 여부 결정을 명시적으로 하지 않은 채 공판절차를 진행하면 현실적 심판대상이 된 공소사실이 무엇인지 불명확하여 피고인의 방어권 행사에 영향을 줄 수 있으므로 공소장변경 허가 여부 결정은 위와 같은 형식으로 명시적인 결정을 하는 것이 바람직하다.

2) 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 특히 즉시항고를 할 수 있는 경우 외에는 항고를 하지 못하는데(형사소송법 제403조 제1항), 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경의 허가에 관한 결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정으로서, 그 결정에 관한 위법이 판결에 영향을 미친 경우에는 그 판결에 대하여 상소를 하는 방법으로만 불복할 수 있다(대법원 1987. 3. 28. 자 87모17 결정, 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001도1660 판결 참조).

다. 공판기일의 소송절차로서 판결 기타의 재판을 선고 또는 고지한 사실은 공판조서에 기재되어야 하는데(형사소송법 제51조 제1항, 제2항 제14호), 공판조서의 기재가 명백한 오기인 경우를 제외하고는, 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 조서만으로써 증명하여야 하고 그 증명력은 공판조서 이외의 자료에 의한 반증이 허용되지 않는 절대적인 것이다(대법원 2005. 12. 22. 선고 2005도6557 판결 등 참조). 반면에 어떤 소송절차가 진행된 내용이 공판조서에 기재되지 않았다고 하여 당연히 그 소송절차가 당해 공판기일에 행하여지지 않은 것으로 추정되는 것은 아니고 공판조서에 기재되지 않은 소송절차의 존재가 공판조서에 기재된 다른 내용이나 공판조서 이외의 자료로 증명될 수 있고, 이는 소송법적 사실이므로 자유로운 증명의 대상이 된다.

2. 이 사건의 판단

가. 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 검사는 업무상횡령 부분에 대하여 '피고인은 병원을 운영하면서 2017년 5월경부터 2020년 5월경까지 병원 직원인 피해자 11명을 위하여 업무상 보관하는 국민연금법상 연금보험료 중 사업장가입자가 부담할 기여금 및 국민건강보험법상 보험료·노인장기요양보험법상 장기요양보험료 중 직장가입자가 부담하여야 하는 보험료 합계 17,082,860원을 임의로 소비하여 횡령하였다'고 공소를 제기한 후 범행 병원의 다른 직원 1명에 대한 동일한 보험료 업무상횡령을 추가기소하였다.

2) 제1심법원은 이를 병합하여 12명의 피해자별로 포괄하여 성립하는 수개의 업무상횡령죄를 상상적 경합관계의 유죄로 판단하였다.

3) 검사는 제1심판결에 대하여 양형부당을 이유로 항소한 다음 원심의 제1회 공판기일이 열리기 전인 2022. 9.경 먼저 기소된 업무상횡령 공소사실과 상상적 경합관계

에 있는 다른 직원 5명에 대한 업무상횡령 공소사실을 추가하는 취지임을 밝히며 '피고인은 2017년 5월경부터 2020년 5월경까지 피고인이 운영하던 병원 직원인 피해자 17명을 위하여 업무상 보관하는 국민연금법상 연금보험료 중 사업장가입자가 부담할 기여금 및 국민건강보험법상 보험료·노인장기요양보험법상 장기요양보험료 중 직장가입자가 부담하여야 하는 보험료 합계 22,817,330원을 임의로 소비하여 횡령하였다'는 내용으로 변경하는 공소장변경허가신청서를 제출하였다. 원심법원은 공소장변경허가신청서 부분을 피고인에게 송달하였다.

4) 원심은 2022. 12.경 제1회 공판기일을 진행하여 변론을 종결하고 검사의 양형부당을 이유로 한 항소를 기각하여 제1심판결을 그대로 유지하였다.

5) 원심은 공판정 외에서 공소장변경허가신청에 대한 결정을 하지 않았을 뿐만 아니라 공판조서 등 기록에 검사의 위 공소장변경허가신청 또는 위 공소장변경허가신청으로 추가하려는 공소사실에 대하여 피고인 측의 의견 제출 등 원심에서 공소장변경허가 여부를 결정한 소송절차가 진행되었다는 내용이 없다.

나. 위와 같은 사실을 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

1) 원심은 검사의 공소장변경허가신청서 제출에 의한 공소장변경허가신청이 있었음에도 이를 간과하고 허가 여부를 결정하지 않은 채 절차를 진행한 것으로 의심된다.

2) 공소장변경허가신청 전후의 공소사실은 업무상횡령의 피해자 5명을 추가한 부분과 전체 횡령금액만을 달리할 뿐 그 밖에 횡령의 일시, 장소, 방법 등이 모두 동일하여 그 기본적 사실관계가 동일하므로 공소사실의 동일성을 해하지 않는다. 원심 역시 피해자별로 성립한 수개의 업무상횡령죄를 상상적 경합관계로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

대법관 이동원 _____