

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2020도14843 사기
피 고 인	피고인
상 고 인	피고인
변 호 인	법무법인 위 외 2인
원 심 판 결	서울서부지방법원 2020. 10. 19. 선고 2019노1730 판결
판 결 선 고	2024. 9. 12.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울서부지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유(제출기간이 지난 서면은 이를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실 중 공소외 1 명의 2016. 3. 10. 자 장학금 관련 사기 부분(이하 '쟁점 공소사실'이라 한다)에 관한 상고이유에 대하여

가. 사안의 개요

- 1) 쟁점 공소사실의 요지

피고인은 1991년 3월 무렵 피해자 ○○대학교(이하 '피해자 학교'라 한다) △△대학 □□□□과 교수로 임용되었고, 2013년부터 위 대학교 교수 겸 위 대학교 교육대학원 ◇◇◇◇◇과 ☆☆☆☆전공 주임교수로 재직 중인 사람이다.

피고인은 2016년 2월 무렵 공소외 1에게 '네 명의로 조교 등록을 하고 계좌로 조교 장학금이 입금되면 그 돈을 현금으로 뽑아서 달라'고 하여 공소외 1로 하여금 행정조교인 공소외 2에게 조교인사제청 관련 서류 등을 제출하게 하고, 그 무렵 공소외 2에게 '공소외 1을 교육조교로 임용할 테니 공소외 1로부터 관련 서류를 제출받아 △△대학교학팀에 제출하라'고 지시하여, 공소외 2로 하여금 피해자 학교에 공소외 1을 교육조교로 제청하겠다는 취지의 □□□□과 학과장 명의 조교인사제청서를 제출하게 하였다.

그러나 피고인은 공소외 1에게 지급된 장학금을 자신이 개인적으로 사용할 생각이었을 뿐 공소외 1을 교육조교로 근무시키고 장학금을 받게 해 줄 생각이 전혀 없었다.

피고인은 이와 같이 피해자 학교를 기망하여 이에 속은 피해자 학교로부터 2016. 3. 10. 장학금 명목으로 2,475,500원을 교부받아 편취하였다.

2) 원심의 판단

원심은 녹취서 등본, USB(녹취파일)(이하 '이 사건 각 증거'라 한다)를 포함한 그 판시와 같은 증거를 종합하여 쟁점 공소사실을 유죄로 판단하였다.

나. 대법원의 판단

1) 관련 법리

헌법은 제12조 제1항 후문에서 적법절차원칙을 천명하고, 제27조에서 '법률에 의한 재판'을 받을 권리를 보장하고 있다. 형사소송법은 이를 실질적으로 구현하기 위하여,

피고사건에 대한 실체 심리는 공개된 법정에서 검사와 피고인 양 당사자의 공격·방어 활동에 의하여 행해져야 한다는 당사자주의와 공판중심주의 원칙 및 공소사실의 인정은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 해야 한다는 직접심리주의와 증거재판주의 원칙을 기본원칙으로 채택하고 있다(대법원 2019. 11. 28. 선고 2013도 6825 판결 등 참조).

형사소송법은 증인 등 인증(人證), 증거서류와 증거물 및 그 밖의 증거를 구분한 다음 각각의 증거방법에 대한 증거조사 방식을 개별적·구체적으로 규정하여 위와 같은 헌법적 형사소송의 이념을 구체화하고 있다. 특히 형사소송법 제1편 제12장 및 형사소송규칙 제1편 제12장에서 증인에 대한 증거조사를 '신문'의 방식으로 하면서 소환방법과 법정에 불출석할 경우의 제재와 조치, 출석한 증인에 대한 선서와 위증의 벌의 경고, 증언거부권 고지 및 신문의 구체적인 방식 등에 대하여 엄격한 절차 규정을 두는 한편, 법정 외 신문(제165조), 비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문(제165조의2) 규정에서 정한 사유 등이 있는 때에만 예외적으로 증인이 직접 법정에 출석하지 않고 증언할 수 있도록 정하였다. 이는 사건의 실체를 규명하는 데 가장 직접적이고 핵심적인 증인으로 하여금 원칙적으로 공개된 법정에서 출석하여 법관 앞에서 선서한 후 정해진 절차에 따른 신문의 방식으로 증언하도록 하여 재판의 공정성과 증언의 확실성·진실성을 담보하고, 법관은 그러한 증인의 진술을 토대로 형성된 유·무죄의 심증에 따라 사건의 실체를 규명하도록 하기 위함이다.

그러므로 범죄사실의 인정을 위한 증거조사는 특별한 사정이 없는 한 공개된 법정에서 법률이 그 증거방법에 따라 정한 방식으로 하여야 하고, 이를 토대로 형성된 심증에 따라 공소가 제기된 범죄사실이 합리적인 의심이 없는 정도로 증명되었는지 여부를

판단하여야 한다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도11115 판결 등 참조). 형사소송법에서 정한 절차와 방식에 따른 증인신문절차를 거치지 아니한 채 증인에 대하여 선서 없이 법관이 임의의 방법으로 청취한 진술과 그 진술의 형식적 변형에 불과한 증거(녹음 파일 등)는 적법한 증거조사 절차를 거치지 않은 증거로서 증거능력이 없다. 따라서 사실인정의 자료로 삼을 수도 없고, 피고인이나 변호인이 그러한 절차 진행에 동의하였다거나 사후에 그와 같은 증거조사 결과에 대하여 이의를 제기하지 아니하고 그 녹음 파일 등을 증거로 함에 동의하였더라도 그 위법성이 치유되지 않는다.

2) 인정되는 사실관계

원심판결 이유와 이 사건 기록에 따르면 다음의 사실을 알 수 있다.

가) 검사는 제1심 제2회 공판기일에 공소외 1에 대한 경찰 진술조서, 공소외 1 작성 탄원서를 증거로 신청하였다. 피고인이 이를 증거로 사용함에 동의하지 아니하자 검사는 공소외 1을 증인으로 신청하였고 제1심은 이를 채택하였다.

나) 검사는 공소외 1이 해외로 출국한 사실을 확인하고 베트남에 공소외 1의 소재지 정보 제공 등에 관한 형사사법공조를 요청하였다. 그러나 회신이 오지 않자 제1심은 제5회 공판기일에 공소외 1에 대한 증인 채택결정을 취소하고 공소외 1에 대한 경찰 진술조서, 공소외 1 작성 탄원서에 대하여 증거신청 기각결정을 하였다. 이후 도착한 형사사법공조 요청 회신자료에서 공소외 1이 베트남에 체류 중인 사실이 확인되었으나 검사는 공소외 1을 증인으로 다시 신청하지 않았다.

다) 제1심은 '공소외 1의 진술을 기재한 서류는 형사소송법 제314조 소정의 증거능력 인정요건을 갖추지 못하여 증거로 채택되지 않았고 공소외 1의 법정 증언도 이루어지지 않았다'는 등의 이유로 쟁점 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

라) 검사는 항소를 제기하여 원심 제1회 공판기일에 공소외 1을 증인으로 신청하였고 원심은 이를 채택하였다.

마) 공소외 1이 원심 제2회 공판기일(2020. 7. 13.)에 불출석하자, 검사는 "공소외 1의 국내 입국 여부가 불투명하여 베트남 현지에서 영상으로 증인신문절차를 진행하는데 동의를 구한다."라고 진술하였고, 변호인은 "위 증인신문절차에 이의가 없다."라고 진술하였다. 그러나 구 형사소송법(2021. 8. 17. 법률 제18398호로 개정되기 전의 것) 제165조의2는 증인이 피고인 등과 대면하여 진술하는 경우 심리적인 부담으로 정신의 평온을 현저하게 잃을 우려가 있다고 인정되는 등의 사유가 있는 때에 한하여 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설 방식을 통한 증인신문을 허용하고 있었다.

바) 원심재판장은 제3회 공판기일(2020. 9. 7.)에 "증인 공소외 1의 법정 출석이 이루어지지 않아 증인신문이 불가능하므로, 검사와 변호인들의 의견을 들어 인터넷 화상장치를 이용한 영상과 음향의 송수신을 통해서 말레이시아에 소재하고 있는 공소외 1의 진술을 청취하는 방법으로 증거조사를 하겠다."라고 고지한 후 증인 공소외 1이 불출석하였음에도 형사소송법 제56조의2 제1항에 따라 공소외 1의 진술내용을 녹음할 것을 명한 다음, 공소외 1에게 위증의 벌을 경고하고 선서하게 하거나 증언거부권을 고지하는 등의 절차 없이 공소외 1의 진술을 청취하였는데, 통상의 증인신문처럼 교호신문의 방식으로 주신문과 반대신문 등이 이루어졌다.

사) 원심재판장은 같은 기일에 위와 같이 청취한 공소외 1의 진술이 담긴 이 사건 각 증거를 검사가 증거로 신청하고 피고인이 이에 동의한 것으로 보아 채택하고, 검사의 공소외 1에 대한 증인신청은 철회·취소한 것으로 하여 증거조사를 마치고 변론을 종결하였다.

아) 원심은 제1심과 달리 쟁점 공소사실을 유죄로 인정하면서 이 사건 각 증거를 그 유죄의 증거로 거시하였다.

3) 판단

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

증거조사는 공판중심주의, 직접심리주의 및 증거재판주의 원칙에 입각하여 법률이 정한 요건과 절차에 따라 엄격하게 이루어져야 하고, 헌법상 보장되는 적법절차의 원칙에 따라 공정한 재판을 받을 피고인의 권리는 경제적 효율성이나 사법적 편의를 증진시킨다는 이유로 간과되어서는 아니 된다.

원심은 공소외 1이 해외 체류 중이어서 법정 출석에 따른 증인신문이 어렵다는 이유로, 형사소송법이 규정한 증인에 대한 증거조사 방식인 '신문'에 의하지 아니하고 공소외 1에게 증인으로서 부담해야 할 각종 의무를 부과하지 아니한 채 별다른 법적 근거 없이 공소외 1이 증인으로서 출석하지 않았음을 전제로 하면서도 인터넷 화상장치를 통해서 검사의 주신문, 변호인의 반대신문 등의 방식을 통해 공소외 1의 진술을 청취하는 방법으로 증거조사를 한 다음 진술의 형식적 변형(녹취파일과 녹취서 등본)에 해당하는 이 사건 각 증거를 검사로부터 제출받는 우회적인 방식을 취하였다.

이와 같은 원심의 조치는 형사소송법이 정한 증거방법(증인)에 대한 적법한 증거조사로 볼 수 없다. 따라서 그러한 진술청취의 결과물인 이 사건 각 증거는 증거능력이 없어 사실인정의 자료로 삼을 수 없고, 이는 피고인과 변호인이 그와 같은 절차 진행에 동의하였거나 사후에 그 증거조사 결과에 대하여 이의를 제기하지 아니하고 증거로 함에 동의하였더라도 마찬가지이다.

그럼에도 원심은 이 사건 각 증거를 비롯한 판시 증거들을 종합하여 쟁점 공소사실

