

## 대 법 원

### 제 2 부

### 결 정

사 건 2024도358 과태료 일부인용결정에 대한 재항고  
재 항 고 인 재항고인  
변 호 사 법무법인 세창  
담당변호사 김현 외 1인  
원 심 결 정 수원고등법원 2023. 2. 1.자 2022로59 결정

### 주 문

원심결정을 파기하고, 사건을 수원고등법원에 환송한다.

### 이 유

재항고이유를 판단한다.

1. 증인은 법정에서 출석하여 진술하고 자신이 경험한 사실을 진술하여야 하는 의무를 부담한다(대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도942 전원합의체 판결 참조). 법원은 소환장을 송달받은 증인이 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 경우에 당해 불출석으로 인한 소송비용을 증인이 부담하도록 명하고, 500만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있으며(형사소송법 제151조 제1항 전문), 정당한 사유 없이 소환에 응하지 아니하는 경우에는

구인할 수 있다(형사소송법 제152조). 형사소송법이 증인의 법정 출석을 강제할 수 있는 권한을 법원에 부여한 취지는, 다른 증거나 증인의 진술에 비추어 굳이 추가 증인신문을 할 필요가 없다는 등 특별한 사정이 없는 한 사건의 실체를 규명하는 데 가장 직접적·핵심적인 증인으로 하여금 공개된 법정에서 출석하여 선서 후 증언하도록 하고, 법원은 출석한 증인의 진술을 토대로 형성된 유죄·무죄의 심증에 따라 사건의 실체를 규명하도록 하기 위함이다(대법원 2020. 12. 10. 선고 2020도2623 판결 참조).

한편, 감정인은 특정한 분야에 특별한 학식과 경험을 가진 사람으로, 그 학식과 경험에 의하여 알고 있거나 그 전문적 학식과 경험에 의하여 얻은 일정한 원리 또는 판단을 법원에 진술·보고한다(대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2266 판결 참조). 감정에 관하여는 형사소송법의 증인에 관한 규정이 준용되나, 감정인이 소환에 응하지 않더라도 구인할 수는 없다(형사소송법 제177조). 감정인이라 하더라도 특별한 지식에 의하여 알게 된 과거의 사실에 관하여 진술하여야 하는 경우에는 증인의 지위에 해당하는 감정증인으로서 증인신문절차에 따라 신문하여야 하나(형사소송법 제179조), 감정인이 감정을 하여 감정서(형사소송법 제171조 제1항)를 제출한 경우에 그 기재된 의견에 관한 설명을 추가로 듣는 절차(형사소송법 제171조 제4항) 등은 감정인이 과거의 사실을 진술하는 지위에 있지 않은 이상 증인신문이 아니라 형사소송법 제1편 제13장의 감정에 관한 규정에 따라 소환하여 진행하는 감정인신문으로 하여야 한다. 따라서 경험한 과거의 사실을 진술할 지위에 있지 않음이 명백한 감정인을 법원이 증인 또는 감정증인으로 소환한 경우, 감정인이 소환장을 송달받고 출석하지 않았더라도 그 불출석에 대한 제재로서 형사소송법 제151조 제1항에 따른 과태료를 부과할 수는 없다. 이러한 법리는 법원으로부터 감정의 명을 받아 형사소송법 제169조 내지 제177조에서 정한 선

서 등 절차를 거쳐 감정을 행한 감정인에게 적용됨은 물론, 형사소송법 제221조 제2항에 따라 수사기관에 의하여 감정을 위촉받은 사람이 감정의 결과로 감정서를 제출한 경우 그에 관한 법정에서의 진술이 그가 경험한 과거의 사실에 관한 것이 아니라 오로지 감정인으로서의 학식과 경험에 의하여 얻은 일정한 원리 또는 판단을 진술하는 것이 명백한 때에도 마찬가지로, 이때에는 필요한 범위 내에서 형사소송법 제1편 제13장의 관련 절차를 거쳐 감정인신문으로 하여야 할 것이다.

따라서 형사소송법 제221조 제2항에 근거한 검사 또는 사법경찰관의 위촉에 응하여 감정을 수행한 사람이 공판절차에서 전문적 학식과 경험에 의하여 얻은 자신의 의견이나 판단을 진술하게 되는 것으로 명백히 볼 수 있는 경우 그러한 진술은 다른 감정인을 통해서도 이루어질 수 있는 성질의 것인바, 그럼에도 이와 다른 전제에서 그를 증인 또는 감정증인으로 소환하여 신문한다면, 사안의 실체 규명을 위해 대체가능성이 없는 증인에게 인정되는 구인 등 조치를 비롯한 법정 출석 의무를 감정인신문을 하여야 할 지위에 있는 자에게 부과하는 부당한 결과가 되어 관련 형사소송법의 취지에 부합하지 않는다.

2. 원심결정 이유와 기록에 의하면, 다음 사실을 알 수 있다.

가. 피고인은 '2021. 12. 초순경부터 자녀인 피해자의 머리 등에 심각한 타격을 주는 아동학대행위를 하여 생후 2개월 정도에 불과한 피해자로 하여금 2022. 1. 27. 외상성 뇌손상으로 인한 뇌부종으로 사망하게 하였다.'는 범죄사실로 기소되었다.

나. 피해자의 사망 후 부검은 국립과학수사연구원 소속 부검의 신청외인이 담당하였고, 그가 작성한 부검감정서가 증거로 제출되었다.

다. ○○대학교 의과대학 소속 법의학자인 재항고인은 수사과정에서 △△△경찰청으

로부터 피해자에게 발생한 골절의 경위 등에 관한 감정을 위촉받고, 함께 제공받은 의료기록, 영상자료, 사진 등을 분석한 다음 피해자의 손상조건, 사망상황 분석, 아동학대의 가능성 등에 관한 전문가로서의 판단을 기재한 감정서를 회보하였다.

3. 제1심은 2022. 12. 1. '재항고인이 증인으로 출석하라는 고지를 받고도 2022. 10. 17. 증인신문기일에 정당한 사유 없이 출석하지 않았다.'는 이유로 형사소송법 제151조 제1항에 따라 재항고인에게 과태료 500만 원을 부과하였다. 원심은 일반증인으로 채택하여 소환하는 것에 응하기 어렵다는 취지의 재항고인의 항고에 대하여, 2023. 2. 1. 제1심의 과태료 부과결정이 정당하나 500만 원의 과태료가 다소 무겁다고 판단하여, 제1심결정을 취소하고 재항고인에 대하여 과태료 100만 원을 부과하는 결정을 하였다.

4. 그러나 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍하기 어렵다.

가. 재항고인은 공소사실에 관하여 목격자의 지위에 있는 등 직접·간접적으로 연관되어 있지 않고, 피해자의 진단이나 부검에 참여한 사실도 없으며, 수사기관으로부터 감정의 위촉과 함께 의료기록 등 피해자에 관한 자료를 전달 받아 법의학 지식과 경험에 바탕을 둔 판단을 기재한 감정서를 수사기관에 제출하였을 뿐이다. 재항고인이 피해자의 의료기록, 사진 등을 법의학적 지식을 통해 분석하여 피해자의 사망 경과 등을 추단한 것은 수사기관의 위촉에 응하여 자신의 법의학적 의견 또는 판단을 진술한 것임이 명백해 보이므로, 재항고인은 그가 경험한 과거의 사실을 진술하여야 할 지위에 있다고 보기 어렵다. 재항고인이 수사기관으로부터 받은 의료기록이나 사진을 열람하여 알게 된 과거의 사실에 관하여 진술할 여지는 있으나, 이는 감정에 필연적으로 수반되는 경험에 불과하고 다른 법의학자들을 통해서도 반복적으로 이루어질 수 있는 것

이므로, 그와 같은 사정만으로는 재항고인이 감정증인의 지위에 있다고 보기 어렵다.

나. 앞서 살펴 본 것처럼 재항고인은 형사소송법 제221조 제2항에 근거한 사법경찰관의 위촉에 응하여 감정을 수행한 것으로 보이므로, 제1심법원으로서의 검사가 재항고인을 증인으로 신청하여 법정에서 들으려는 진술의 내용과 취지가 무엇인지를 석명을 통해 분명히 한 다음, 그것이 재항고인이 작성한 감정서에 기재된 재항고인의 법의학적 의견 또는 판단에 관한 것이라면 원칙적으로 재항고인을 감정인으로 채택·소환하여 선서 등 관련 절차를 거친 후 감정인신문으로 감정결과를 설명하게 하는 등의 조치를 취했어야 한다(형사소송법 제169조, 제171조 제4항, 제177조). 재항고인이 작성한 감정서가 법원에 증거로 제출되지 않아 법원이 그 내용을 확인하기 어려운 사정이 있었다 하더라도, 제1심법원으로서의 소송지휘권을 적절히 행사함으로써 검사가 신문하고자 하는 내용을 확인하고, 확인 결과 재항고인이 경험한 사실을 진술하여야 하는 지위에 있지 않다면 증거신청을 변경하도록 하는 등의 조치를 취하였어야 한다.

다. 공판절차에서 진술을 하여야 하는 사람이 증인 또는 감정인 중 어느 지위에서 진술하는지 여부가 명백하지 않을 수 있고, 법원이 형사소송법 제146조에 따라 그러한 사람을 증인으로 채택하여 신문하는 것이 허용된다 하더라도, 재항고인에 대하여 형사소송법에서 정한 의무 위반에 대한 제재로서 과태료를 부과하거나 그 부과에 대한 불복절차에서 과태료 부과처분이 적법한지 여부를 판단하는 경우에는 재항고인의 형사소송법상의 지위에 관하여 보다 면밀하게 심리할 필요가 있다. 특히 이 사건 과태료 결정에 대하여 재항고인이 제출한 이의신청서와 즉시항고장에는 '재항고인은 공소사실을 목격하거나 직접 또는 간접적으로 관여되어 있지 않고, 전문가로서 소견만을 밝혔을 뿐이므로, 증인이나 감정증인에 해당하지 않는다.'는 취지가 명확히 기재되어 있고, 검

사가 제출한 증거목록에도 재항고인이 작성한 감정서의 증명취지가 "사망경위"로 기재되어 있다는 점에서도 그러하다.

5. 그럼에도 원심은 재항고인에게 과태료를 부과한 제1심결정이 정당하다고 판단하였다. 원심의 이러한 판단에는 감정증인신문과 감정인신문 대상자의 형사소송법상 지위에 관한 구분 및 형사소송법 제151조 제1항에 관한 법리를 오해하여 재항고인에 대하여 과태료를 부과함에 있어서 그 형사소송법상의 지위를 면밀하게 심리하지 않은 잘못이 있고, 이를 지적하는 취지의 재항고이유 주장은 이유 있다.

6. 그러므로 원심결정을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

2024. 10. 31.

재판장            대법관            권영준

주 심            대법관            김상환

                  대법관            오경미

                  대법관            박영재