

# 대 법 원

## 제 1 부

## 판 결

|         |                                    |
|---------|------------------------------------|
| 사 건     | 2025도10184 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)  |
| 피 고 인   | 피고인                                |
| 상 고 인   | 피고인                                |
| 변 호 인   | 법무법인 율강 외 2인                       |
| 원 심 판 결 | 부산고등법원 2025. 6. 12. 선고 2024노366 판결 |
| 판 결 선 고 | 2026. 2. 12.                       |

## 주 문

상고를 기각한다.

## 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

### 1. 사안의 개요

#### 가. 공소사실의 요지

피고인은 피고인, 피해자, 공소외인이 함께 상가 등 신축사업에 공동투자하여 지분과

수익을 나눌 것처럼 피해자를 기망하여 이에 속은 피해자로부터 2017. 8. 11.부터 2018. 8. 2.까지 총 20억 원을 송금받았다.

#### 나. 원심의 판단

원심은, 제5회 공판준비기일조서 중 공소외인의 진술 기재를 포함한 그 판시와 같은 증거를 종합하여 이 사건 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 유지하였다.

### 2. 공판준비기일에서의 증인신문 위법성에 관한 판단

#### 가. 관련 법리

1) 헌법은 제12조 제1항 후문에서 적법절차의 원칙을 천명하고, 제27조에서 재판받을 권리를 보장하고 있다. 형사소송법은 이를 실질적으로 구현하기 위하여, 피고사건에 대한 실체심리가 공개된 법정에서 검사와 피고인 양 당사자의 공격·방어활동에 의하여 행해져야 한다는 당사자주의와 공판중심주의 원칙, 공소사실의 인정은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 기초로 해야 한다는 직접심리주의와 증거재판주의 원칙을 기본원칙으로 채택하고 있다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결, 대법원 2019. 11. 28. 선고 2013도6825 판결 등 참조). 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며 원본 증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다는 실질적 직접심리주의를 채택한 것은, 법관이 법정에서 직접 원본 증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고 피고인에게 원본 증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실체적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있기 때문이다. 형사소송절차를 주재하는 법원으로서 형사소송절차의 진행과 심리 과정에서 법정을 중심으로 위와 같은 실질적 직접심리주의의 정신

이 충분하고도 완벽하게 구현될 수 있도록 하여야 한다(대법원 2006. 11. 24. 선고 2006도4994 판결 등 참조).

형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다는 헌법 제27조 제4항의 규정상 형사피고인에 대하여 법관이나 배심원이 가질 수 있는 유죄의 예단을 차단할 필요가 있다. 이를 효과적으로 실현하기 위하여, 공소장에는 형사소송규칙 제118조 제1항에서 열거하는 서류 외에 사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용할 수 없도록 하고 있다(형사소송규칙 제118조 제2항). 형사소송법 제184조에서 검사, 피고인, 변호인은 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일 전 수소법원이 아닌 판사에게 증인신문 등을 청구할 수 있도록 함으로써 제1회 공판기일 전 증거조사가 필요한 경우에는 수소법원의 예단을 차단하면서도 증거를 조사할 수 있는 증거보전절차를 마련하고 있다.

공판기일 외의 신문으로서 증인신문을 하고 공판기일에 그 증인신문조서에 대한 서증조사를 하는 것은 증거조사절차로서 적법하다. 그러나 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 형사소송법은 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하는 취지로 공판절차에 관한 규정을 개정하면서 공판준비절차에 관한 법적 근거와 내용을 정비하였는바 그 개정 취지에 부합하는 해석이 필요하다. 즉 재판장은 효율적이고 집중적인 심리를 위하여 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있는데(형사소송법 제266조의5 제1항), 공판준비절차는 제1회 공판기일이 열리기 전에 행하는 것이 일반적이다(형사소송법 제266조의15 참조). 이러한 공판준비절차에서 법원은 증거신청을 하도록 하는 행위, 신청된 증거와 관련하여 입증 취지 및 내용 등을 명확하게 하는 행위, 증거신청에 관한 의견을

확인하는 행위, 증거 채부의 결정을 하는 행위, 증거조사의 순서 및 방법을 정하는 행위 등 공판절차의 진행에 필요한 사항을 정하는 행위를 할 수 있으나(형사소송법 제 266조의9 제1항), 증인신문과 같은 증거조사를 할 수 있다고 규정하지 않는 점을 고려하여야 한다.

형사소송법은 증인신문의 시일과 장소를 검사, 피고인 또는 변호인에게 미리 통지하도록 할 뿐(형사소송법 제163조) 특별히 시기에 대한 제한은 두고 있지 않고, 형사소송법 제273조 제1항은 법원은 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 의하여 공판준비에 필요하다고 인정한 때에는 공판기일 전에 피고인 또는 증인을 신문할 수 있고 검증, 감정 또는 번역을 명할 수 있다고 규정하고 있기도 하다. 그러나 위와 같은 형사소송의 기본 원칙, 형사소송 법령의 내용과 그 개정 경위를 아울러 살펴보면, 제1회 공판기일 전 수소법원이 공판준비를 이유로 사건의 실체 심리를 위하여 증인신문을 포함한 증거조사를 행하는 것은 허용되지 않고, 이러한 위법한 절차를 거친 증거는 그 증거조사에 관한 조서가 공판기일에 현출되더라도 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다. 특히 국민참여재판에서 실질적 직접심리주의와 공판중심주의의 정신이 충분하게 구현될 수 있도록 하기 위해서는 법관뿐 아니라 사실심 법관의 판단을 돕기 위하여 집단적 의견을 제시하는 배심원이 증인신문 등 사실심리의 전 과정에 함께 참여한 후 증인이 한 진술의 신빙성 등 증거의 취사와 사실의 인정에 관한 심증을 형성할 수 있도록 하여야 하는데, 공판기일 외인 제1회 공판기일 전 증거조사가 시행되는 경우 배심원들은 그 원본 증거를 직접 대면하여 심증을 형성할 수 없게 된다.

2) 그러나 피고인은 피고인 이외의 제3자 진술이 기재된 서류에 대하여 증거로 할 수 있음에 동의함으로써 스스로 원본 증거 대신 대체물을 증거조사의 대상으로 삼도록

할 수 있다는 점과 소송절차의 동적 안정성, 소송경제의 이념을 감안하여야 한다. 따라서 제1회 공판기일 전 증거조사절차를 진행하는 것과 이후 공판기일에서 그 증거조사 결과가 기재된 조서를 현출시켜 증거조사를 하는 것에 당사자들이 명시적으로 동의하여 증거조사가 이루어지고 증거조사 후에도 당사자들이 증거조사 결과에 이의가 없다는 의사를 명시하였다면, 제1회 공판기일 전 증거조사절차에서 사건의 실체 심리를 위한 핵심적인 증거조사가 이루어지는 등으로 실질적 직접심리주의와 공판중심주의에 의한 공정한 재판을 받을 권리와 무죄추정을 받을 권리를 본질적으로 침해하거나 형해화하여 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래하는 등의 사정이 없는 이상, 증거조사에 관한 하자가 치유되어 유죄의 증거로 삼을 수 있게 된다.

#### 나. 인정되는 사실관계

원심판결 이유와 이 사건 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 제1심법원은 피고인이 국민참여재판을 희망하는 의사 확인서를 제출함에 따라 공판준비기일을 지정하고, 제4회 공판준비기일까지 검사의 증거신청과 증인신문절차 순서, 배심원 선정기일, 공판기일 절차 진행 등에 관한 협의를 진행한 후 2024. 6. 18. 공판준비기일을 종결하였다.

2) 그런데 공판기일에 증인신문이 예정된 공소외인이 출석할 수 없게 되자, 제1심법원은 공판준비기일을 재개하고 2024. 7. 8. 공개된 법정에서 제5회 공판준비기일을 열어 검사와 피고인 및 변호인 등이 참여한 상태에서 증인 공소외인에 대한 주신문과 반대신문 등의 증인신문을 진행하였다. 그 과정에서 제1심법원은 '국민참여재판 기일에 신문이 예정된 증인의 불출석 사유 발생으로 형사소송법 제311조의 공판준비기일에 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 증인신문조서의 작성을 위하여 기일을 진행하고, 국

민참여재판으로 진행되는 공판기일에는 녹화된 영상을 재생하는 방법으로 공소외인에 대한 증인신문조서를 증거조사하겠다'고 고지하였고, 이에 대하여 소송관계인은 이의가 없다고 진술하였다.

3) 2024. 7. 22. 제1회 공판기일, 다음 날인 2024. 7. 23. 제2회 공판기일이 연달아 진행되었고, 제2회 공판기일에 배심원들이 참여한 상태에서 제5회 공판준비기일에서 진행된 증인 공소외인에 대한 증인신문 영상을 재생·시청하는 방법으로 공소외인에 대한 증인신문조서의 증거조사가 이루어졌다.

4) 제1심법원에서 피고인과 변호인은 증거조사 결과에 별 의견이 없다고 진술하였고, 원심에서도 제1심의 증거조사 결과에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였다.

#### 다. 판단

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다. 제1심이 제1회 공판기일 전 사건의 실체 심리를 위하여 증인 공소외인에 대한 증인신문을 진행한 것은 위법하다. 그러나 피고인과 변호인은 제1회 공판기일 전 증인신문과 그 증인신문조서를 공판기일에서 증거조사하는 것에 동의하였고, 제1심 증거조사 이후뿐 아니라 원심에서도 재차 증거조사 결과에 대하여 아무런 이의가 없다고 명시적으로 진술하였다. 제1심이 제1회 공판기일 전에 증인신문을 진행한 것은 증인 공소외인이 예정된 국민참여재판기일에 참석하지 못하는 불가피한 사정이 있었기 때문으로 보이고, 핵심 증인인 피해자를 비롯한 나머지 증인들에 대하여는 모두 예정대로 공판기일에 증인신문이 진행되었다. 위와 같은 증거조사가 실질적 직접심리주의와 공판중심주의에 의한 공정한 재판을 받을 권리와 무죄추정을 받을 권리를 본질적으로 침해하거나 형해화하여 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래한다고 보이지도 않는다. 따라서 위와 같은 제1심 증거조

사의 위법은 치유되었다고 보아야 한다. 결국 제5회 공판준비기일조서 중 공소외인의 진술 기재 부분을 유죄의 증거로 삼은 제1심판결을 그대로 유지한 원심판결에 증거조사 등에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 없다.

### 3. 나머지 상고이유에 대한 판단

원심은 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(사기)죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 4. 결론

상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

|     |     |     |       |
|-----|-----|-----|-------|
| 재판장 | 대법관 | 서경환 | _____ |
|     | 대법관 | 노태악 | _____ |
|     | 대법관 | 신숙희 | _____ |
| 주 심 | 대법관 | 마용주 | _____ |