

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2015도17115 사기, 주민등록법위반, 위조사문서행사
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
변 호 인 법무법인 초석
담당변호사 장권
원 심 판 결 서울중앙지방법원 2015. 10. 23. 선고 2015노2905 판결
판 결 선 고 2016. 2. 18.

주 문

원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 참고인 진술서 등 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류가 그 진술자가 공판정에서 한 진술에 의하여 진정성립이 증명되지 않았음에도 형사소송법 제314조에 의하여

증거능력이 인정되려면, 그 진술자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술할 수 없는 때에 해당하고, 또 그 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명되어야 한다. 여기서 '외국거주'라고 함은 진술을 요하는 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 수사 과정에서 수사기관이 그 진술을 청취하면서 그 진술자의 외국거주 여부와 장래 출국 가능성을 확인하고, 만일 그 진술자의 거주지가 외국이거나 그가 가까운 장래에 출국하여 장기간 외국에 체류하는 등의 사정으로 향후 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우가 발생할 개연성이 있다면 그 진술자의 외국 연락처를, 일시 귀국할 예정이 있다면 그 귀국 시기와 귀국시 체류 장소와 연락 방법 등을 사전에 미리 확인하고, 그 진술자에게 공판정 진술을 하기 전에는 출국을 미루거나, 출국한 후라도 공판 진행 상황에 따라 일시 귀국하여 공판정에 출석하여 진술하게끔 하는 방안을 확보하여 그 진술자로 하여금 공판정에 출석하여 진술할 기회를 충분히 제공하며, 그 밖에 그를 공판정에 출석시켜 진술하게 할 모든 수단을 강구하는 등 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 진술을 요할 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 그 적용이 있다(대법원 2002. 3. 26. 선고 2001도5666 판결, 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10004 판결 등 참조).

나아가 진술을 요하는 자가 외국에 거주하고 있어 공판정 출석을 거부하면서 공판정에 출석할 수 없는 사정을 밝히고 있다고 하더라도 증언 자체를 거부하는 의사가 분명한 경우가 아닌 한 거주하는 외국의 주소나 연락처 등이 파악되고, 해당 국가와 대한민국 간에 국제형사사법공조조약이 체결된 상태라면 우선 사법공조의 절차에 의하여 증인을 소환할 수 있는지 여부를 검토해 보아야 하고, 소환을 할 수 없는 경우라고 하

더라도 외국의 법원에 사법공조로 증인신문을 실시하도록 요청하는 등의 절차를 거쳐야 한다고 할 것이고, 이러한 절차를 전혀 시도해 보지도 아니한 것은 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 진술을 요하는 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있는 때에 해당한다고 보기 어렵다.

2. 가. 원심은 제1심판결의 채용 증거들을 종합하여, 피고인이 피해자 공소외 1을 기망하여 판시 금원을 편취하였다는 사기의 점과 공소외 1과 공모하여 위조된 사실증명에 관한 사문서인 호주 이민청 장관 명의로 된 '공소외 2(공소외 2)'에 대한 호주 시민권증서 1장을 행사하였다는 위조사문서행사의 점에 관한 각 공소사실을 유죄로 인정하였는바, 원심이 인용한 제1심판결의 채용 증거에는 공소외 1이 작성한 진술서, 노트 사본(이하 '진술서 등'이라고 한다)이 포함되어 있다.

나. 그런데 기록에 의하면, ① 제1심법원은 피고인이 공소외 1 작성의 위 진술서 등을 증거로 함에 동의하지 않자, 검사의 신청에 따라 공소외 1을 증인으로 채택하였고, 검사가 2015. 2. 27. 제출한 공소외 1에 대한 증인신청서에는 공소외 1의 주소가 '호주 시드니(주소 생략)'로, 연락처가 '○○+○○○+○○○○○○, ○○○-○○○○-○○○ ○'로 특정되어 있는데도 공소외 1이 2015. 3. 10. '불출석 사유서'를 제출하자 공소외 1에 대한 증인소환장의 송달을 실시하지 아니한 사실, ② 공소외 1이 제출한 위 불출석 사유서에는 "공소외 1이 현재 호주에 거주하고 있고, 비자(Visa) 조건이 외국 또는 대한민국으로 방문을 하였을 시 3년간 호주 입국을 할 수 없는 임시 체류 비자 'E'라는 조건으로 있어 피고인에 대한 재판에 증인으로 참석이 불가능하다"고 기재되어 있고, 거기에 첨부된 호주 이민청(Department of Immigration and Border Protection)의 통지서 사본에는 공소외 1의 비자 종류가 'Bridging E visa'로, 비자 등급이 'W.E.

General(subclass 050)'로 기재되어 있는 사실, ③ 제1심법원은 공소외 1에 대하여 국제형사사법공조를 통한 증인소환이나 호주 법원에 대한 증인신문 요청 등의 조치를 전혀 시도해 보지도 아니한 채 제5회 공판기일에서 증인 공소외 1에 대한 증인채택을 취소하고, 형사소송법 제314조에 의하여 공소외 1 작성의 위 진술서 등을 모두 증거로 채택하여 조사한 사실을 알 수 있고, 대한민국과 호주 양국 간에는 1992. 8. 25. 형사사법공조 양자조약이 체결되어 1993. 12. 29. 발효된 것은 이 법원에 현저하다.

다. 사정이 이와 같다면 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 공소외 1이 작성한 위 진술서 등은 '공판기일에 진술을 요하는 자가 외국거주 등으로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하여 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력을 갖춘 것으로 보기 어렵고, 이를 제외한 나머지 증거들만으로는 이 사건 공소사실 중 공소외 1에 대한 사기의 점과 위 조사문서행사의 점에 관한 공소사실을 인정하기에 부족하다.

그럼에도 불구하고 공소외 1이 작성한 위 진술서 등이 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력이 인정됨을 전제로 이를 토대로 이 사건 공소사실 중 공소외 1에 대한 사기의 점과 위조사문서행사의 점이 유죄로 인정된다고 판단한 제1심판결 및 이를 유지한 원심판결에는 형사소송법 제314조에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 파기의 범위

한편, 원심판결 중 위와 같이 파기사유가 있는 피해자 공소외 1에 대한 사기, 위조사문서행사 부분은 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 원심에서 하나의 형이 선고되었으므로, 결국 원심판결 중 유죄 부분은 전부 파기되어야 한다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 권순일 _____

 대법관 김용덕 _____

주 심 대법관 박보영 _____

 대법관 김 신 _____