

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2020도7802 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
변 호 인 법무법인(유한) 바른
담당변호사 박일환 외 2인
원 심 판 결 서울고등법원 2020. 6. 11. 선고 2018노3328 판결
판 결 선 고 2024. 7. 25.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실의 요지 및 원심의 판단

가. 공소사실의 요지

피고인은 2011. 12. 14.경 피해자로부터 받은 돈으로 화물트럭을 구입하거나 구입하

지 못하면 이를 다시 피해자에게 돌려줄 의사나 능력이 없었음에도 피해자에게 "수익성이 아주 좋은 유망한 물류사업이 있다. 화물트럭 20대 가량을 구매하여 ○○○ 등 큰 회사에 지입차량 계약을 체결하면, 1대당 월 400만 원의 수익을 낼 수 있다. 차량을 구입할 자금을 빌려주면 원금과 수익금 일부를 지급하겠다."라고 거짓말을 하여 피해자로부터 2011. 12. 14.부터 2013. 1. 25.경까지 총 55회에 걸쳐 합계 2,421,000,000 원을 송금받아 편취하였다.

나. 원심의 판단

원심은 피해자 등에 대한 증인신문절차를 거친 다음 피해자 진술의 신빙성이 인정된다는 이유로, 국민참여재판 배심원의 만장일치 무죄평결 결과를 받아들여 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 제1심 판결을 파기하고 유죄를 선고하였다.

2. 대법원의 판단

가. 관련 법리

배심원이 참여하는 형사재판 즉 국민참여재판을 거쳐 제1심 법원이 배심원의 만장일치 무죄평결을 받아들여 피고인에 대하여 무죄판결을 선고한 경우, 국민참여재판을 도입한 입법 취지, 실질적 직접심리주의의 의미와 정신 등에 비추어 '증거의 취사 및 사실의 인정'에 관한 제1심 법원의 판단은 한층 더 존중될 필요가 있고 그런 면에서 제1심 법원의 무죄판결에 대한 항소심에서의 추가적이거나 새로운 증거조사는 형사소송법과 형사소송규칙 등에서 정한 바에 따라 신중하게 이루어져야 한다.

구체적 이유는 다음과 같다.

1) 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위해 도입된 국민참여재판의 형식으로 진행된 형사공판절차에서 엄격한 선정절차를 거쳐 양식 있는 시민으로 구성된 배심원이

사실의 인정에 관하여 재판부에 제시하는 집단적 의견은 실질적 직접심리주의 및 공판 중심주의 아래에서 증거의 취사와 사실의 인정에 관한 전권을 가지는 사실심 법관의 판단을 돕기 위한 권고적 효력을 가지는 것인바, 배심원이 증인신문 등 사실심리의 전 과정에 함께 참여한 후 증인이 한 진술의 신빙성 등 증거의 취사와 사실의 인정에 관하여 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우라면, 이러한 절차를 거쳐 이루어진 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 제1심의 판단은 우리 형사소송법이 채택하고 있는 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의의 취지와 정신에 비추어 항소심에서의 새로운 증거조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나지 않는 한 함부로 뒤집어서는 안 될 것이고 한층 더 존중될 필요가 있다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2009도14065 판결). 제1심 법정에서 집중적으로 이루어진 '당사자의 주장과 증거조사'를 직접 보고 들으면서 심증을 갖게 된 배심원들이 서로의 관점과 의견을 나누며 숙의한 결과 '피고인은 무죄'라는 일치된 평결에 이르렀다면, 이는 피고인에 대한 유죄 선고를 주저하게 하는 합리적 의심이 일반적으로 존재한다는 점이 분명하게 확인된 경우로 볼 수 있기 때문이다.

따라서 이러한 대법원 법리의 취지와 정신은, 배심원의 만장일치 무죄평결을 채택한 제1심 법원의 판결에 대하여 검사가 항소하여 진행되는 항소심에서 제2심 법원이 추가적이거나 새로운 증거조사를 실시할지 여부 등을 판단함에 있어서도 충분하게 고려되어야 한다.

2) 형사소송법이 채택하고 있는 실질적 직접심리주의의 취지, 형사재판 항소심 심급 구조의 특성, 증거조사절차에 관한 형사소송법령의 내용 등을 종합하여 보면, 항소심에서의 증거신청 및 증거조사는 제1심에서보다 제한된다.

가) 형사소송법은, ① 공판준비절차제도를 도입하여, 증거조사와 관련해서는, 입증취지와 내용을 명확히 한 증거신청을 하게하고, 증거신청에 관한 상대방의 의견을 듣고 증거 채택 여부를 결정한 다음 증거조사의 순서 및 방법을 공판준비절차에서 미리 정할 수 있게 하였고(제266조의5 내지 제266조의9), ② 공판준비기일 종결의 효과로서 공판준비기일에서 신청하지 못한 증거는 '중대한 과실 없이 공판준비기일에 제출하지 못하는 등 부득이한 사유를 소명한 때' 등에 한하여 공판기일에 신청할 수 있다고 규정하였다(제266조의13 제1항). 한편 형사소송규칙도 ③ 검사·피고인 또는 변호인은 특별한 사정이 없는 한 필요한 증거를 일괄하여 신청하여야 한다고 정하고 있다(제132조).

위와 같은 규정들을 통하여 형사소송법령은, 형사소송절차를 주재하는 법원으로 하여금 형사소송절차의 진행과 심리 과정에서 법정을 중심으로, 특히 당사자의 주장과 증거조사가 집중적으로 이루어지는 원칙적인 절차인 제1심의 법정에서 실질적 직접심리주의의 정신을 충분하고도 완벽하게 구현할 것을 상정하고 있다(대법원 2019. 7. 24. 선고 2018도17748 판결 참조). 이와 관련하여 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」 제36조 제1항은 국민참여재판의 경우 공판준비절차를 반드시 거치도록 규정하고 있는데, 이는 배심원이 참여하는 재판의 특성상 실질적 직접심리주의의 정신을 보다 완벽하게 구현하기 위해서는 제1심 법원의 심리가 집중되어야 할 필요성이나 당위성이 매우 큰 점을 고려한 입법으로 볼 수 있다.

나) 제1심 법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서도 증거로 할 수 있다(형사소송법 제364조 제3항). 즉 제1심 법원에서 증거능력이 있었던 증거는 항소심에서도 증거능력이 그대로 유지되어 재판의 기초가 될 수 있고 다시 증거조사를 할 필요

가 없으며(대법원 2005. 3. 11. 선고 2004도8313 판결 참조), 항소심 재판장이 증거조사절차에 들어가기에 앞서 제1심의 증거관계와 증거조사결과의 요지를 고지하면 된다(형사소송규칙 제156조의5 제1항).

한편 형사소송규칙 제156조의5 제2항에 의하면 항소심의 증거조사 중 증인신문의 경우, 항소심 법원은 '제1심에서 조사되지 아니한 데에 대하여 고의나 중대한 과실이 없고, 그 신청으로 인하여 소송을 현저하게 지연시키지 아니하는 경우(제1호)', '제1심에서 증인으로 신문하였으나 새로운 중요한 증거의 발견 등으로 항소심에서 다시 신문하는 것이 부득이하다고 인정되는 경우(제2호)', '그 밖에 항소의 당부에 관한 판단을 위하여 반드시 필요하다고 인정되는 경우(제3호)'에 한하여 증인을 신문할 수 있다. 위 규정은 형사재판의 사실인정에 있어서 제1심 법원과 항소심 법원의 역할 및 관계 등에 관한 입법 취지 등에 비추어 항소심에서의 증거조사는 필요 최소한에 그쳐야 한다는 점을 반영한 것이다. 이를 고려하면, 형사소송규칙 제156조의5 제2항 제3호는 비록 포괄적 사유이기는 하지만 항소심 법원에 증인신문에 관한 폭넓은 재량을 부여한 것으로 볼 것이 아니라 제1, 2호가 규정한 사유에 준하는 '예외적 사유'로 보아야 한다.

따라서 실체적 진실발견이라는 형사소송의 이념에 비추어 항소심에서의 추가적인 증거조사가 필요한 경우가 있음을 긍정하더라도, 피해자가 범죄의 성격과 다양한 사정에서 비롯된 심리적 부담 등으로 인하여 제1심 법원에 증인으로 출석하지 못하거나 제대로 증언할 수 없었던 경우 등과 같은 특별한 사정이 없는 이상, 항소심 법원으로서 형사소송규칙 제156조의5 제2항의 규정 취지와 내용에 유념하여야 한다.

3) 요컨대 국민참여재판제도를 도입한 배경과 취지, 실질적 직접심리주의의 의미와 정신, 형사재판 항소심 심급구조의 특성, 증거조사절차에 관한 형사소송법령의 내용 등

에 비추어 볼 때, 공판준비기일을 필수적으로 거친 다음 국민참여재판으로 진행된 제1심 법원에서 배심원이 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우라면, 그 무죄판결에 대한 항소심에서의 추가적이거나 새로운 증거조사는 형사소송법과 형사소송규칙 등에서 정한 바에 따라 증거조사의 필요성이 분명하게 인정되는 예외적인 경우에 한정하여 실시하는 것이 바람직하다.

그럼에도 항소심이 위에서 언급한 점들에 관한 충분한 고려 없이 증거신청을 채택하여 증거조사를 실시한 다음 가령 제1심 법원에서 이미 고려하였던 사정, 같거나 유사한 취지로 반복된 진술, 유·무죄 판단에 관건적이라고 보기 어려운 부수적·지엽적 사정들에 주목하여 의미를 크게 둔 나머지 제1심 법원의 판단을 쉽게 뒤집는다면, 그로써 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 배심원의 만장일치 의견의 무게를 존중하지 않은 채 앞서 제시한 법리에 반하는 결과가 될 수 있으므로 이를 경계할 필요가 있다.

나. 원심판결 이유 및 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 제1심 법원은 피고인이 국민참여재판을 희망하는 의사 확인서를 제출함에 따라 공판준비기일을 지정하였고, 검사가 2018. 9. 18. 제2회 공판준비기일에 피해자 및 피고인으로부터 유사한 사기피해를 입었다고 주장하는 공소외 1, 공소외 2에 대한 증인신청을 하자 이를 채택하였다. 증인으로 채택된 공소외 2는 2018. 11. 2. '가족과 함께하는 생업인 가게 운영을 위해 출석을 할 수 없다'는 취지의 불출석사유서를 제출하였다.

2) 2018. 11. 12. 국민참여재판으로 진행된 제1심 법정에서 피해자, 공소외 1에 대한 증인신문, 피고인신문 및 입출금거래내역서, 장부 등 검사 제출 증거서류에 대한 증거조사가 이루어졌고, 공소외 2가 불출석함에 따라 검사가 공소외 2에 대한 증인신청을

철회하여 그 증인채택이 취소되었다. 피고인은 공소사실 기재와 같은 기망행위를 한 사실이 없고 편취의사 역시 존재하지 않는다고 주장하였고, 이에 따라 공소사실에 대한 직접증거인 피해자 진술의 신빙성이 공판의 쟁점이 되었다. 배심원 평의 결과 배심원 7명의 만장일치로 무죄평결이 내려졌고, 제1심 법원은 위 평결 결과를 받아들여 피해자 진술의 신빙성을 배척하고 피고인에 대한 공소사실을 무죄로 판단하였다.

3) 검사는 사실오인을 이유로 항소를 제기하면서 피해자의 배우자인 공소외 3, 피고인이 근무한 직장의 대표인 공소외 4, 제1심 법정에 불출석하였던 공소외 2 등에 대한 증인신청서를 제출하였고, 원심은 2019. 4. 11. 제1회 공판기일에 공소외 3에 대한 증인신청만을 채택하고 나머지 신청은 기각하였다. 원심은 2019. 6. 13. 공소외 3에 대한 증인신문절차를 진행하고 변론을 종결하였는데, 공소외 3은 피고인에게 금원을 직접 송금하고 관련 장부를 작성한 당사자로서 피해자의 진술에 부합하는 진술을 하였다.

4) 원심은 2019. 7. 3. 변론을 재개하였고, 검사는 피해자와 원심에서 기존에 신청하였던 증인인 공소외 4 및 제1심 법원에서 신청하였다가 철회한 후 원심에서 재차 신청하였던 공소외 2를 다시 증인으로 신청하였는데, 공소외 2에 대한 증인신청과 관련하여 '피고인이 주변인들을 상대로 동일한 사기 범행을 저지르고 있었다는 점을 입증하기 위함'이라는 입증취지가 기재된 증인신청서만이 제출되었다. 원심은 위 각 증인신청을 채택하여 증인신문절차를 진행하고, 2020. 5. 14. 직권으로 재차 공소외 3에 대한 증인신문절차를 거친 다음 변론을 종결한 후 2020. 6. 11. 피해자 진술의 신빙성이 인정된다는 이유로 검사의 항소이유 주장을 받아들여 제1심판결을 파기하고 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

1) 국민참여재판으로 진행된 제1심 법원에서 배심원이 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 무죄판결이 선고된 이상 그 항소심인 원심으로서는 검사의 추가적인 증거신청 등에 관하여 새로운 증거조사가 필요한 경우에 해당하는지를 더욱 신중하게 판단할 필요가 있었다.

2) 그런데 원심이 증인으로 채택하여 신문한 증인 중 공소외 3과 공소외 4는 제1심 법원 공판준비기일 내지 공판기일에서 신청하지 않은 증거로서 그 당시 신청할 수 없었던 부득이한 사유가 있다고 볼 만한 특별한 사정을 찾을 수 없다.

3) 원심이 채택한 나머지 증인들인 공소외 2와 피해자는 제1심 법원에서 이미 신청하였던 증인들로, 공소외 2는 제1심 법정에 정당한 사유 없이 불출석하고 검사가 증인신청을 철회하여 그 채택이 취소되었고, 피해자는 제1심 법원에서 증인신문절차를 마쳤다. 위 각 증인에 대한 제1심 법원에서의 증거결정이 법령에 위반되거나 제1심 법원에서 조사할 수 없었던 정당한 사유가 인정되는 경우 내지 새로운 중요한 증거의 발견 등으로 다시 신문하는 것이 부득이한 경우라고 보기 어렵고, 달리 위 증인들에 대한 증인신문의 필요성이 명백하게 인정되는 경우라고 볼 만한 사정도 발견되지 않는다. 특히 검사는 제1심 법원에서 핵심증인이라고 보이지 않는 공소외 2에 대한 증인신청을 철회한 후 무죄판결을 선고받자 원심에서 재차 증인신청을 하면서 형사소송규칙 제156조의5 제2항이 정한 사유와 같이 항소심에서 새로운 증거조사가 반드시 필요한 사유가 있는지 여부에 관하여 아무런 자료를 제출하지 아니한 채 제1심 법원 공판준비기일에서와 유사한 입증취지를 항소심에서 반복하였을 뿐이다.

4) 피해자의 원심법정 진술은 피고인과 대립되는 이해당사자로서 수사과정에서부터 대체로 공소사실에 부합하는 내용으로 일관하여 온 것과 같거나 유사한 취지의 진술의

반복에 지나지 아니하여 제1심 법원의 판단을 뒤집을 만한 특별한 사정으로 볼 수 없고, 원심에서 추가로 조사된 다른 증거(증인 공소외 3, 공소외 4, 공소외 2의 원심법정 진술 등)를 통해 알 수 있는 사정들 역시 제1심 법원의 피해자에 대한 증인신문내용 등에 포함되어 제1심 법원이 피해자 진술의 신빙성 유무를 판단함에 있어 이미 고려했던 사정 중 일부에 불과하거나 유·무죄 판단에 관건적이라고 보기 어려운 부수적·지엽적 사정들이라고 볼 여지가 많다. 공소외 3의 경우 피해자의 배우자로서 피해자와 동일한 취지의 진술을 반복하였을 뿐이고, 공소외 3이 송금한 금원 내역 및 직접 작성한 장부 등 증거들은 제1심 법원의 증거조사과정에서 이미 현출되었다.

5) 결국 원심의 위와 같은 추가적인 증거조사는 적절하지 않은 측면이 있고, 그러한 증거조사를 통하여 배심원이 참여한 제1심 법원의 증거가치 판단 및 사실인정에 관한 판단에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할만한 현저한 사정이 나타났다고 보기도 어렵다.

라. 그럼에도 위 증인들에 대한 증인신문절차를 거친 다음 판시와 같은 사정을 들어 피해자 진술의 신빙성이 인정된다는 이유로 제1심 법원의 판단을 뒤집어 유죄라고 인정한 원심의 판단에는, 국민참여재판 항소심의 심리·증거조사에 관한 법리, 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다고 하는 증거재판주의에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 신숙희 _____

 대법관 이동원 _____

주 심 대법관 김상환 _____