

## 폭행치사·폭력행위등 처벌에 관한 법률 위반(공동폭행)

[대법원 2012. 5. 24. 2010도5948]



### 【판시사항】

- [1] 피고인의 진술을 내용으로 하는 전문진술 또는 전문진술을 기재한 조서의 증거능력을 인정하기 위한 요건 및 형사소송법 제316조 제1항에서 정한 '그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때'의 의미
- [2] 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니한 재전문진술 또는 재전문진술을 기재한 조서의 증거능력 유무(소극)
- [3] 간접증거의 증명력 평가 방법
- [4] 형사재판에서 자유심증주의의 한계 및 유죄를 인정하기 위한 심증형성의 정도에서 '합리적 의심'의 의미

### 【참조조문】

- [1] 형사소송법 제310조의2, 제312조, 제313조, 제314조, 제316조 제1항
- [2] 형사소송법 제310조의2, 제316조, 제318조
- [3] 형사소송법 제308조
- [4] 형사소송법 제307조 제2항, 제308조

### 【참조판례】

- [1]
- [2] 대법원 2000. 3. 10. 선고 2000도159 판결(공2000상, 1001) / [1] 대법원 2007. 7. 27. 선고 2007도3798 판결, 대법원 2012. 4. 12. 선고 2011도10926 판결 /
- [2] 대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결(공2004상, 664) /
- [3]
- [4] 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2221 판결(공2004하, 1290), 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도9452 판결 /
- [4] 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도2621 판결, 대법원 2011. 12. 8. 선고 2010도15628 판결

### 【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 검사

【변 호 인】 변호사 이광철

【원심판결】 대전고법 2010. 4. 28. 선고 2010노87 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 전문진술이나 전문진술을 기재한 조서는 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 원칙적으로 증거능력이 없으나, 다만 피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 형사소송법 제316조 제1항의 규정에 따라 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있고, 그 전문진술이 기재된 조서는 형사소송법 제312조 내지 314조의 규정에 의하여 그 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론, 나아가 형사소송법 제316조 제1항의 규정에 따른 위와 같은 조건을 갖춘 때에 예외적으로 증거능력을 인정하여야 할 것이며, 형사소송법 제316조 제1항에서 말하는 '그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때'라 함은 그 진술을 하였다는 것에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다 ( 대법원 2007. 7. 27. 선고 2007도3798 판결, 대법원 2012. 4. 12. 선고 2011도10926 판결 등 참조). 한편 형사소송법은 전문진술에 대하여 제316조에서 실질상 단순한 전문의 형태를 취하는 경우에 한하여 예외적으로 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있을 뿐, 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 달리 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 한 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다 ( 대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 공소사실 중 '피고인이 2009. 7. 20. 05:00경 대전 동구 대동 (지번 생략)에 있는 피고인과 피해자의 주거지 빌라 2층 계단에서 피해자를 계단 아래쪽으로 밀쳐 피해자로 하여금 2층에서 1층으로 내려가는 중간의 계단 바닥으로 떨어져 머리 부위가 계단 바닥에 부딪히게 함으로써 피해자로 하여금 2009. 7. 22. 01:37경 사망하게 하였다'는 폭행치사의 점에 대하여, 피고인으로부터 "하도 때려서 내가 밀었어."라는 말을 들었다는 공소외 1의 법정진술이나 수사기관 진술을 기재한 조서는 그 판시와 같은 사정에 비추어 볼 때 피고인의 위 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 이루어졌다고 인정하기 어려우므로 증거로 사용할 수 없고, 공소외 1의 진술을 유죄의 증거로 사용할 수 없는 만큼 공소외 1의 진술을 전해 들은 재전문진술인 공소외 2, 3, 4의 제1심 법정진술과 수사기관에서의 진술을 기재한 조서 역시 모두 증거로 사용할 수 없다고 판단하였다.

먼저 공소외 2, 3, 4의 제1심 법정진술과 수사기관에서의 진술을 기재한 조서 중 '피고인이 피해자를 계단에서 밀었다'는 부분은 공소외 1이 피고인으로부터 들은 말을 순차로 전해 들었다는 것으로서, 이른바 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 해당하므로, 이에 대하여 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 한 증거로 사용할 수 없다고 할 것이다.

원심이 위 각 증거의 증거능력을 배척함에 있어 설시한 이유는 적절하지 아니하나, 그 증거능력이 없다고 판단한 조치는 결과적으로 정당하다.

한편 원심은 피고인이 공소외 1에게 "하도 때려서 내가 밀었어."라는 말(이하 '제1진술'이라 한다)을 할 당시 피고인이 아직 전날 마신 술에서 깨지 않은 상태였고, 같은 기회에 "피해자를 잠시 피했다가 돌아왔더니 피해자가 쓰러져 있었다.

"라고도 말하는 등(이하 '제2진술'이라 한다) 피고인의 진술에 일관성이 없었던 점, 사건 전날 밤에 피해자로부터 많이 맞아 피해자에 대한 감정이 악화된 상태에 있던 피고인이 피해자를 원망하는 마음이 앞서 진실과 다르게 말할 수도 있다고 보이는 점 등을 토대로, 피고인으로부터 제1진술을 들었다는 공소외 1의 법정진술이나 수사기관 진술을 기재한 조서의 증거능력을 부정하였다.

그러나 원심의 이러한 판단은 앞서 본 법리와 아래와 같은 사정에 비추어 볼 때 이를 그대로 수긍하기 어렵다.

원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 피고인은 2009. 7. 20. 00:30경 피고인이 운영하는 ○○노래방 내에서 피해자와 다투기 이전까지는 상당량의 술을 마셨으나 그 이후로는 더 이상 술을 마시지 않은 사실, 피고인은 위 노래방 내에서 잠을 자다가 같은 날 05:00경 피해자에게 이끌려 피해자와 동거하던 대전 동구 대동 (지번 생략) 소재 2층 202호 원룸으로 돌아왔으며 그 이후 그곳에서 잠을 자다가 09:30경 위 원룸으로 찾아온 공소외 1에게 제1진술과 같은 말을 한 사실, 공소외 1은 피해자의 누나와 전화통화를 함으로써 피해자가 병원에 입원해 있음을 알게 되자 위 원룸으로 피고인을 찾아가 피해자가 병원에 입원한 이유를 물어보았는데, 피고인은 공소외 1의 위와 같은 질문에 대하여 제1진술과 같은 답변을 한 사실, 공소외 1은 수시로 ○○노래방의 가게 문을 열거나 청소를 하는 등 피고인을 대신하여 ○○노래방을 관리하기도 하였는데, 피고인은 피해자가 사망한 직후 공소외 1에게 '자신이 잘못되면 ○○노래방을 대신 운영하여 자신의 노모와 아이들을 돌봐 달라'는 취지로 부탁한 사실, 공소외 1은 피해자가 사망한 직후부터 매일 청심환을 복용하는 등 매우 초조한 모습을 보이기도 한 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면, 피고인이 2009. 7. 20. 09:30경 공소외 1을 만나 이야기를 나눌 당시에는 진술의 의미내용을 판별하지 못할 정도로 술에 취한 상태에 있었다고 볼 수는 없고(피고인도 제1심법정에서 " 공소외 1과 이야기를 나눌 당시에는 어느 정도 잦기 때문에 술이 깬 상태였다.

"고 진술한 바 있다), 공소외 1과 피고인의 신뢰관계에 비추어 볼 때 공소외 1이 피고인으로부터 듣지도 아니한 말을 허위로 진술하거나 왜곡하여 전달하였을 것이라고 볼 수도 없으며, 공소외 1이 피해자가 병원에 입원한 이유를 물어본 데에 대하여 피고인이 제1진술과 같은 답변을 하였다는 진술의 경위와 피해자가 사망한 이후에 공소외 1이 보인 태도에 비추어 보더라도 피고인이 공소외 1에게 자발적으로 진술한 속내를 이야기한 것으로 볼 수 있고, 공소외 1 역시 이를 진실되게 받아들였던 것으로 보인다.

사정이 이와 같다면, 피고인으로부터 제1진술을 들었다는 공소외 1의 제1심 및 원심 법정진술과 수사기관에서의 진술을 기재한 조서는 피고인이 그와 같은 진술을 하였다는 것에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황에서 한 진술을 내용으로 하는 경우에 해당한다고 할 것임에도 불구하고, 원심이 그 판시와 같은 사정을 들어 위 각 증거의 증거능력을 배척한 것은 전문증거의 증거능력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

2. 형사재판에 있어 심증형성은 반드시 직접증거에 의하여 형성되어야만 하는 것은 아니고 간접증거에 의할 수도 있는 것이며, 간접증거는 이를 개별적·고립적으로 평가하여서는 아니되고 모든 관점에서 빠짐없이 상호 관련시켜 종합적으로 평가하고, 치밀하고 모순 없는 논증을 거쳐야 한다.

증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험칙에 합치하여야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 이는 모든 가능한 의심을

배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다 할 것인바, 여기에서 말하는 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다( 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도9452 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 공소외 1의 법정진술 등을 증거로 삼을 수 있다고 하더라도 피고인이 공소외 1에게 제1진술과 같은 말을 할 당시에 술에서 완전히 깨지 않은 상태였고, 같은 기회에 공소외 1에게 제2진술과 같은 취지의 말을 하기도 하였던 점, 공소외 1은 피해자가 사망할 때까지는 피고인의 제1진술을 대수롭지 않게 받아들인 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인이 제1진술과 같은 말을 하였다고 하더라도 그러한 점만을 들어 피고인이 피해자를 밀어 계단 바닥으로 떨어뜨렸다고 인정하기에 부족하고, 더 나아가 피고인이 피해자를 밀었다고 하더라도 그로 인하여 피해자에게 사망의 직접적 원인이 된 두개골 골절 등의 두부 손상을 입혔음을 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

그러나 원심의 이와 같은 판단은 앞서 본 법리와 아래와 같은 사정에 비추어 볼 때 이를 그대로 수긍하기 어렵다. 먼저 피고인이 공소외 1에게 제1진술과 같은 말을 할 당시에 진술의 의미내용을 분별하지 못할 정도로 술에 취한 상태에 있었다고 볼 수 없음은 앞서 본 바와 같고, 기록에 의하면, 공소외 1은 2009. 7. 21. 수사기관에서 최초로 진술할 당시에는 피고인으로부터 제2진술과 같은 말을 들었을 뿐이라고 진술함과 동시에 '피고인이 피해자를 계단에서 밀었는지에 대하여는 직접 보지 않아 말할 수 없다'는 취지로 답변하였다가 수사기관이 피고인의 주변 인물들을 상대로 지속적인 수사를 벌이게 되자 2009. 10. 8. 수사기관에 출석하여 진술하면서 '피고인으로부터 제1진술과 같은 말을 들었다'는 취지로 그 진술을 반복한 사실을 알 수 있는바, 이와 같은 진술반복의 경위에 비추어 보면 원심이 판단한 바와 같이 공소외 1이 피고인의 제1진술을 대수롭지 않게 생각하였던 것이 아니라 그 진술의 진지성과 피고인의 처벌가능성을 심각하게 받아들여 피고인으로부터 제1진술을 들었다는 사실을 은폐하려 하였던 것으로 판단될 따름이다.

한편 피고인은 이 사건 공소사실 중 폭행치사의 점에 대하여 '새벽에 노래방으로 피해자가 돌아와 원룸까지 손목을 잡은 채 끌고 갔는데, 피해자가 원룸 문을 열려고 피고인의 손목을 놓는 순간 밖으로 도망을 갔다.

도망을 간 다음 5분에서 10분 정도 지난 다음에 다시 원룸으로 돌아가다가 피해자가 계단 바닥에 누워 코를 골며 자고 있는 것을 보았고 계단을 올라가던 도중에 집주인인 공소외 5를 보았을 뿐 피해자를 계단에서 아래로 밀쳐 넘어뜨린 사실이 없다'는 취지로 주장하고 있다(피고인의 위 주장은 공소외 1이 피고인으로부터 들었다는 제2진술과 부합하는 것이다). 그런데 원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 피고인이 거주하던 원룸과 ○○노래방 및 피고인의 노모와 아이들이 거주하던 주택은 모두 대전 동구 대동에 있으며, 피고인이 거주하던 원룸과 ○○노래방의 거리는 약 300m 정도로 걸어서 약 5분 정도 걸리는 사실, 3층에 거주하던 집주인 공소외 5는 사건 당일 새벽에 화장실에 갔다가 '쿵'하는 소리를 듣고 바깥을 내다보았으나 별다른 이상을 발견할 수 없자 2층으로 내려왔는데 201호 쪽에서 아래를 내려다보았다가 피해자가 2층에서 1층으로 내려가는 계단 중간 부분의 평평한 바닥에 쓰러져

있는 것을 본 사실, 공소외 5는 그 직후 보호자에게 알려야 되겠다는 생각으로 202호 쪽으로 가다가 피고인이 202호 문 앞에 있는 것을 본 사실, 당시 피해자의 발은 2층 계단 방향으로, 머리는 반대방향으로 각각 향한 상태였으며, 피해자는 얼굴을 위로한 채 누워 있는 모습으로 발견된 사실을 알 수 있다.

이와 같은 사실관계와 제1진술의 경위 등을 모두 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 공소외 1이 피해자가 입원해 있는 이유를 피고인에게 물어보자 피고인이 제1진술과 같은 말을 한 바 있는데, 이는 피해자가 다치게 된 이유를 피고인이 스스로 설명한 것임이 분명한 점, ② 공소외 5가 '쿵'하는 소리를 듣고 2층으로 내려와 목격하였을 당시의 상황은 피고인이 피해자를 아래로 밀쳐 넘어지게 한 다음에 두 사람이 있게 되는 위치 내지 상황과 일치하는 점, ③ 피고인이 그 주장하는 바와 같이 피해자를 피해 도망을 갔다면 5분 내지 10분 이후에 피해자가 있는 원룸으로 다시 돌아올 하등의 이유가 없었을 것이고, 오히려 ○○노래방으로 되돌아가거나 그렇지 않다면 자신의 노모와 아이들이 있는 주택으로 피신하는 것이 자연스러운 행동으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인이 2층에서 피해자를 밀어 2층과 1층 사이의 계단 바닥으로 떨어지게 하였다는 사실을 인정할 여지가 충분하다고 할 것이다.

나아가 피고인의 위와 같은 행위로 인하여 피고인이 사망에 이르게 된 것인지에 대하여 보건대, 앞서 든 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 피해자는 2009. 7. 20. 05:00경 피고인이 잠을 자고 있던 ○○노래방으로 찾아가 피고인을 데리고 원룸으로 돌아왔으므로 당시까지도 보행이나 일상적인 행동을 하는 데에 별다른 지장은 없었던 것으로 보이는 점, 피고인이 원룸으로 돌아와 2층 계단 부근에서 피해자를 밀어 2층과 1층 사이의 계단 바닥으로 떨어지게 한 이후 피해자는 의식불명 상태에 빠졌고 이후 2009. 7. 22. 01:37경 사망할 때까지 의식을 회복하지 못하였던 점, 공소외 5는 '쿵' 소리를 듣고 2층으로 내려왔는데, 3층에 거주하던 공소외 5가 피해자가 넘어지는 소리를 들을 정도였다면 피해자가 계단에서 밀려 뒤로 넘어지면서 그 머리 부위에 상당한 충격을 입었을 것으로 보이는 점, 피해자의 부검감정 결과에 의하면 피해자의 사인은 '두부(頭部) 손상'으로서 피해자의 전두엽 중앙 및 좌측두엽 하방을 중심으로 광범위한 뇌좌상 소견을 보인다는 것인데, 이는 피해자가 계단에서 밀려 뒤로 넘어지면서 머리를 평평한 계단 바닥에 부딪칠 경우 발생할 수 있는 것으로 보이는 점 등을 모두 종합하여 보면, 비록 피고인이 2009. 7. 20. 00:30경 피해자와 다투는 과정에서 휴대용 가스렌지로 피해자의 머리를 때린 사실이 있고 그로 인하여 피해자가 머리에 어느 정도 부상을 입은 상태였다고 하더라도 그러한 사정만을 들어 피고인이 2층에서 피해자를 밀어 2층과 1층 사이의 계단 바닥으로 떨어지게 한 행위와 피해자의 사망 사이의 인과관계를 부정할 수는 없다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 판시와 같은 사정을 들어 이 사건 공소사실 중 폭행치사의 점에 대하여 무죄로 판단한 제1심의 조치를 그대로 유지하였는바, 이러한 원심판결에는 증거의 증명력을 판단함에 있어 경험칙과 논리칙에 어긋나는 판단을 함으로써 자유심증주의에 관한 법리를 오해하였거나 상당인과관계에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

3. 그렇다면 원심판결 중 무죄 부분은 파기되어야 하는데, 이 부분은 원심이 유죄로 인정한 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되어야 하므로, 결국 원심판결을 전부 파기할 수밖에 없다.

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

대법관 박병대(재판장) 김능환 안대희(주심) 이인복