

폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기·등상해)·재물은닉·폭행·폭

력행위등처벌에관한법률위반(상습상해)

[대법원 2013. 4. 11. 2013도1435]



【판시사항】

- [1] 형사소송법 제314조에 의한 증거능력 인정 요건 중 '증인이 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 인정하기 위한 요건
- [2] 제1심법원이 증인 甲에게 증인소환장이 송달되지 아니하자 甲에 대한 소재탐지를 촉탁하여 소재탐지 불능 보고서를 제출받은 다음 甲이 '소재불명'인 경우에 해당한다고 보아 甲에 대한 경찰 및 검찰 진술조서를 증거로 채택한 사안에서, 형사소송법 제314조의 '소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 않는다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위하여는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다. 그리고 직접주의와 전문법칙의 예외를 정한 형사소송법 제314조의 요건 충족 여부는 엄격히 심사하여야 하고, 전문증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건에 관한 증명책임은 검사에게 있으므로, 법원이 증인이 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다고 인정할 수 있으려면, 증인의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 증인의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 증명한 경우여야 한다.
- [2] 제1심법원이 증인 甲의 주소지에 송달한 증인소환장이 송달되지 아니하자 甲에 대한 소재탐지를 촉탁하여 소재탐지 불능 보고서를 제출받은 다음 甲이 '소재불명'인 경우에 해당한다고 보아 甲에 대한 경찰 및 검찰 진술조서를 증거로 채택한 사안에서, 검사가 제출한 증인신청서에 휴대전화번호가 기재되어 있고, 수사기록 중 甲에 대한 경찰 진술조서에는 집 전화번호도 기재되어 있으며, 그 이후 작성된 검찰 진술조서에는 위 휴대전화번호와 다른 휴대전화번호가 기재되어 있는데도, 검사가 직접 또는 경찰을 통하여 위 각 전화번호로 甲에게 연락하여 법정 출석 의사가 있는지 확인하는 등의 방법으로 甲의 법정 출석을 위하여 상당한 노력을 기울였다는 자료가 보이지 않는 사정에 비추어, 甲의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 甲의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정이 증명된 경우라고 볼 수 없어 형사소송법 제314조의 '소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 인정할 수 없는 데도, 이와 달리 보아 甲에 대한 경찰 및 검찰 진술조서가 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력이 있는 것으로 인정한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

【참조조문】

[1] 형사소송법 제312조, 제313조, 제314조

[2] 형사소송법 제314조

【참조판례】

[1] 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도7228 판결(공2007상, 327), 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10004 판결(공2008상, 476), 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1977 판결

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 진수장

【원심판결】 대구지법 2013. 1. 11. 선고 2012노2737 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 대구지방법원 본원 합의부에 환송한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

이 사건 공소사실 중 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흥기등상해), 폭행 및 재물은닉의 점의 요지는, 피고인은 2011. 9. 27. 21:25경 대구 동구 검사동에 있는 ‘○○○○○○’이라는 상호의 주점에서 술을 마시던 중 위험한 물건인 소주병을 집어 들고 피해자 공소외 1의 머리 부위를 내리치고, 바닥에 쓰러진 피해자 공소외 1을 발로 수회 밟아 피해자 공소외 1에게 왼쪽 머리 부위가 찢어지는 등 치료일수를 알 수 없는 상해를 가하고, 위 일시, 장소에서 손바닥으로 피해자 공소외 2의 오른쪽 귀 부위를 1회 때려 피해자 공소외 2에게 폭행을 가함과 동시에 피해자 공소외 2가 귀에 착용하고 있던 피해자 공소외 2 소유의 시가 약 13만 원 상당의 귀걸이 1개를 떨어지게 하여 찾을 수 없도록 함으로써 은닉하였다는 것이고, 이에 대하여 원심은 공소외 2에 대한 경찰 및 검찰 진술조서, 공소외 1의 법정진술, 공소외 1의 상해 부분 사진, 진료기록지 등을 증거로 하여 위 공소사실을 유죄로 인정한 제1심의 판단을 그대로 유지하였다.

그러나 공소외 2에 대한 경찰 및 검찰 진술조서가 증거능력이 있는 것으로 보아 이를 유죄의 증거로 인정한 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위하여는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

그리고 직접주의와 전문법칙의 예외를 정한 형사소송법 제314조의 요건 충족 여부는 엄격히 심사하여야 하고, 전문증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건에 관한 입증책임은 검사에게 있는 것이므로, 법원이 증인이 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다고 인정할 수 있으려면, 증인의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 증인의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 입증한 경우여야 한다 (대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도7228 판결, 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10004 판결, 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1977 판결 등 참조).

기록에 의하면, 제1심법원은 피고인이 공소외 2에 대한 경찰 및 검찰 진술조서를 증거로 함에 동의하지 않자 공소외 2를 증인으로 채택하여 공소외 2의 주소지에 증인소환장을 송달하였으나, 송달이 되지 아니하자 공소외 2에 대한 소재탐지를 촉탁하여 공소외 2가 주소지에 거주하고 있지 않다는 취지의 소재탐지 불능 보고서를 제출받았고, 형사소송법 제314조에 의하여 공소외 2가 '소재불명'인 경우에 해당한다고 보아 위 경찰 및 검찰 진술조서를 증거로 채택하여 조사하였음을 알 수 있다.

그런데 검사가 제출한 증인신청서에는 공소외 2에 대한 경찰 진술조서에 기재된 휴대전화번호가 기재되어 있고, 수사 기록 중 공소외 2에 대한 경찰 진술조서에는 집 전화번호도 기재되어 있으며, 그 이후 작성된 검찰 진술조서에는 위 휴대전화번호와 다른 휴대전화번호가 기재되어 있음에도, 검사가 직접 또는 경찰을 통하여 위 각 전화번호로 공소외 2에게 연락하여 법정 출석의사가 있는지 확인하는 등의 방법으로 공소외 2의 법정 출석을 위하여 상당한 노력을 기울였다는 자료는 전혀 보이지 아니한다.

앞서 본 법리에 비추어 볼 때 위와 같은 상황이라면 공소외 2의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 공소외 2의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정이 입증된 경우라고 볼 수 없으므로, 형사소송법 제314조의 '소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 인정할 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 위 경찰 및 검찰 진술조서가 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력이 있는 것으로 인정하여 이 사건 공소사실 중 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흥기등상해), 폭행 및 재물은닉의 점에 대한 유죄의 증거로 삼았으니, 이러한 원심판결에는 형사소송법 제314조에 의한 증거능력에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 원심판결 중 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흥기등상해), 폭행 및 재물은닉의 점은 위와 같은 파기 사유가 있고, 이 부분은 피고인의 나머지 범죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되었으므로, 원심판결 전부를 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박병대(재판장) 양창수 고영한 김창석(주심)