

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)·업무상횡령·사기·생명

윤리및안전에관한법률위반

[서울고등법원 2010. 12. 16. 2009노3100]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인들 및 검사

【검 사】 서영민 외 1인

【변 호 인】 법무법인 화현 외 1인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2009. 10. 26. 선고 2006고합463 판결

【주문】

】

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분을 파기한다.

피고인 1을 징역 1년 6월에 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.

원심판결 중 피고인 1의 무죄부분에 대한 검사의 항소와 피고인 2의 항소를 모두 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1(유죄부분에 대한 사실오인 또는 법리오해)

(1) 공소외 1 사단법인 연구비 횡령의 점

(가) 공소외 1 사단법인(이하 '공소외 1 법인'이라고 한다)은 공익법인으로서 그 기본재산의 취득에 이사회 결의가 필요한데, 출연기관들로부터 기부금을 후원받으면서 이사회 결의를 거치지 아니하였으므로, 이 사건 기부금이 공소외 1 법인의 소유로 귀속되었다고 할 수 없다.

공소외 1 법인이라는 법인은 기부금에 대한 회계처리의 방편에 불과하였고 인적결사체로서 법인의 기본사항을 반영하는 정관이나 조직구성이 없으며, 설립 이래 이사회나 총회를 개최한 바도 없는 등 사단법인의 실체를 갖추지 못하고 있었다.

연구비의 관리 집행 및 정산에 관한 규정이나 절차 등 아무런 기준도 정한 바 없고, 연구비의 출금은 피고인 연구팀이 일방적으로 결정하여 요청하는 대로 출금이 이루어졌으며, 모두 피고인 1 연구팀의 생명공학 연구에만 지원되었고 그 연구 성과에 대한 보고나 확인을 한 사실도 없으며 연구비로 취득한 기자재나 연구 성과물에 대한 권리를 취득한 바도 없다.

이런 점에 비추어 공소외 1 법인이 소유권의 주체가 될 수 없을 뿐 아니라, 피고인에게 임의 사용이 승낙된 연구비가 타인의 재물이라고 보기 어렵고, 자금의 전달 역할만 담당한 공소외 1 법인과 피고인 사이에 실질적인 위탁관계가 존재한다고 보기도 어려워 피고인이 타인의 재물을 보관하는 지위에 있다고 볼 수 없다.

(나) 원심판결 별지 (2) 범죄일람표와 관련하여, 일반적으로 동물이나 사람의 난자를 정상적인 거래를 통해 매수하기가 사실상 불가능해서 피고인이 그러한 난자를 취득하기 위한 비용으로 사용하기 위해 부득이 차명계좌를 사용하였을 뿐이므로, 공소외 2 등 7명의 차명계좌에서 다시 공소외 10과 공소외 11의 차명계좌로 입금한 사실만으로는 불법영

특의사의 실현행위로 평가할 수 없고, 특히 공소외 11의 차명계좌에 입금된 자금은 공소외 2 등 7명의 차명계좌에 보관하던 공소외 1 법인의 연구비라는 점을 인정할 증거가 부족하며, 공소외 4 교수의 자녀 결혼식 식대 명목으로 지급된 금원은 그 출금 당시 피고인이 식대를 초과하는 피고인 개인 소유의 금원을 연구팀이 사용하는 다른 계좌에 입금한 점에 비추어 불법영득의 의사를 인정할 수 없다.

(2) 공소외 1 법인 연구비 편취의 점

공소외 1 법인 연구비는 앞서 본 바와 같은 공소외 1 법인과 피고인과의 실질적 관계에 비추어 피고인과 그 연구팀의 생명공학 연구라는 포괄적 용도로 사용이 일임된 금원이고, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 '연구원들의 인건비와 여비 등 운영비가 필요하니 실험재료나 기자재를 구입하는 것처럼 비용처리를 하여 운영자금을 마련하라'는 지시를 한 사실도 없으며, 가사 그러한 지시를 하였다고 하더라도 원래의 용도대로 적합하게 사용되었으므로 이를 편취하였거나 공소외 1 법인에게 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

(3) 정부 연구비 편취의 점

정부 연구비는 '돼지복제 및 복제기반 연구 사업'이라는 종합적인 연구과제를 위하여 지원된 것이어서 그 연구의 특수성, 추상성, 포괄성, 개방성으로 인하여 사용용도를 엄격하게 일의적으로 제한하는 것은 무리가 있는 점을 고려하면, 피고인이 연구비를 그와 같은 목적과 범위를 벗어나지 아니하는 한도에서 사용하였으므로 불법영득의사를 인정할 수 없다.

(4) 생명윤리및안전에관한법률위반의 점

생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 생명윤리법이라 한다)의 입법목적과 금지규정의 취지, 입법 연혁, 관련법과의 균형 및 사회상규에 비추어 볼 때, 난자기증자가 생명공학 연구에 보탬이 되고자 순수한 동기로 난자를 기증하고 난자수증자가 그 기증의사를 받들어 난자채취에 관련된 비용을 부담하였다고 하여, 생명윤리법에서 금지하고 있는 '금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부'를 제공하였다는 구성요건적 행위에 포섭시킬 수 없을 뿐 아니라, 위법성이 결여되어 범죄가 성립하지 아니하고, 법률전문가의 조언에 따른 행위로 정당한 이유가 있어 법률의 착오에 해당한다.

나. 검사(피고인 1에 대한 부분)

(1) 무죄부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 논문조작 관련 사실오인 또는 법리오해

1) 검사의 논문조작에 관한 입증의 정도

논문의 기초가 된 실험결과 자체가 나오지 않았음에도 그와 같은 결과가 나온 것처럼 조작하거나 실험결과를 조작한 후 그 실험데이터를 폐기한 경우에 있어서는, 사후적으로 조작사실을 입증하는 것이 사실상 불가능하므로, 공소사실에 대한 검사의 입증정도가 '논문에 기재된 실험결과나 데이터가 존재하지 않는다, 피고인이 가지고 있는 자료에는 논문에 기재된 실험결과나 데이터가 존재하지 않는다'는 정도로 충분하다고 보아야 한다.

2) 2004년 논문조작 행위 중 원심 배척 부분

가) DNA(유전자) 지문분석 검사 조작에 관하여, ① 공소외 12 및 제1심 공동피고인 5는 검찰에서의 진술이 변경되었지만 공판과정에서는 일관된 진술을 하고 있고, 최초 진술 당시에는 피고인을 배신하기 어려웠던 상황이었으며, 그들이 피고인의 지시 없이 임의로 시료를 조작할 아무런 동기가 없는 점, ② 피고인은 2003년 5월경 네이처(Nature)지에 NT-1에 대한 논문을 투고하는 데 시간이 촉박하였을 뿐 아니라 DNA 검사도 NT-1 자체가 아니라 그 침전물을

사용하는 등 검사에 사용할 수 있는 NT-1 세포의 숫자가 부족하였으므로, DNA 지문분석 검사결과를 조작할만한 동기가 있었던 점에 비추어 피고인이 공소외 12에게 DNA 지문분석 검사를 조작하라고 지시하였다고 충분히 인정된다.

나) 각인유전자 역전사증합효소연쇄반응(RT-PCR) 검사 조작에 관하여, ① 공소외 13이 NT-1으로 RT-PCR 검사를 하여 부계 및 모계 유전자가 발현된 결과를 얻었다는 직접적인 실험데이터 또는 관련 사진이 없는 점, ② 2003. 10. 6. 실험결과 사진에는 부계유전자(SNRPN, ARHI)의 유전자 증폭이 이루어졌으나 같은 달 9일의 실험사진에는 부계유전자 중 ARHI만 발현된 것으로 나오는데, 이는 NT-1에 대한 RT-PCR 검사가 실패한 것으로 볼 수 있는 점, ③ 통상 'BL'이라는 약어는 배반포(Blastocyst)를 의미하는데, 2003. 10. 14. 실험결과 사진에는 검체를 'NT BL'이라고 기재한 것이 있고, ○○대 비밀문서에도 NT-1의 RT-PCR 검사결과가 부계 및 모계유전자가 모두 발현되었다고 적시되어 있는 부분에 'hNTBL'으로 기재되어 있는데, 그 후 발표된 2004년 논문에는 'hNTBL' 표시가 'SCNT-hES-1'로 변경되었는바, 위 ○○대 비밀문서는 피고인이 보고받은 내용이므로 피고인이 2004년 논문에 위와 같은 임의적 변경이 이루어진 사실을 알았다고 인정되는 점, ④ 제1심 공동피고인 3이 피고인의 지시 없이 2004년 논문을 조작할 아무런 이유가 없는 점을 종합하면, 피고인이 제1심 공동피고인 3으로 하여금 실제로는 NT-1에 대한 RT-PCR 검사결과가 나오지 않자, 배아 또는 배반포를 사용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 마치 NT-1으로 검사를 한 것처럼 조작하였을 가능성이 매우 높다.

다) 면역염색 사진조작에 관하여, 논문에 음성대조군으로 사용한 세포의 사진이 면역염색 실험과정에서 작성된 것이 아님에도 이를 사용한 것은 논문데이터를 조작한 것이고, 제1심 공동피고인 3, 공소외 12의 각 진술에 의하면 피고인이 공소외 14(영문자 생략)와 같이 있을 때 '더 이상 없으면 NT-1이 아니더라도 음성대조군이 있으면 보내라'고 하여 공소외 12에게 전화를 한 사실이 인정되므로, 피고인이 NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진을 2004년 논문의 면역염색 검사결과에 사용한다는 사실을 알고 있었던 것이 분명하다.

(나) 작위 또는 부작위에 의한 기망행위의 구성 여부

1) 핵이식 배아줄기세포의 확립 여부를 확인함에 있어서 가장 중요한 것은 ① 체세포 공여자의 세포가 정확하게 복제되었는지 여부, ② 기관분화가 가능한 줄기세포인지 여부인데, 피고인은 2004년 논문과 관련하여, 복제의 정확성을 검증하기 위한 기초검사인 DNA 지문분석 실험에서부터 공소외 12에게 공여자의 체세포만으로 검사를 실시하도록 지시하여 그 검사결과를 이용하여 2004년 논문을 허위로 게재하였고, 기관분화 가능성을 검증하기 위한 테라토마 검사의 실험 결과가 없는 상태에서 ◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마 사진을 이용하여 NT-1의 테라토마가 제대로 형성된 것처럼 논문을 조작하였으며, NT-1의 면역염색 사진의 상태가 좋지 못하자 공소외 12에게 ◇◇◇◇ 수정란 줄기세포의 사진을 마치 NT-1의 면역염색 사진인 것처럼 논문을 조작하였고, 2003년 5월경 사이언스(Science) 측으로부터 NT-1이 처녀생식에 의한 줄기세포가 아니라는 입증을 요구받자 NT-1이 아닌 인간난자의 배아 또는 배반포를 이용하여 RT-PCR 검사를 실시하고 그 결과로 논문을 조작하였다.

2) 피고인은 2004년 논문을 조작한 후 2005년 논문에서도, 자신이 수립한 줄기세포가 NT-2, 3 등 2개만 존재한다고 인식하고 있었음에도 마치 11개의 줄기세포가 모두 확립된 것처럼 각종 실험결과를 조작하였고, 실험에 제공된 난자 수가 275개임에도 185개의 난자만 제공된 것처럼 조작하여 줄기세포 확립의 효율성을 조작하였으며, 줄기세포 확립과정에 모두 동물(생쥐) 영양세포를 사용하였음에도 인간 영양세포만 사용하여 바이러스의 감염위험성을 현저히 감소시킨 것처럼 조작하여 사이언스 잡지에 논문을 게재하였다.

3) 위와 같은 2차례의 조작된 논문의 발표 전후로 피고인이 국민과 전세계 언론들을 상대로 줄기세포 수립의 효율성과 안전성이 높아서 머지않은 장래에 줄기세포 치료의 상용화가 가능한 것처럼 연구 성과를 과장하여 한 인터뷰 및 강연 행위는 사기죄에 있어서 기망행위를 구성하고, 피고인은 위와 같이 논문을 조작하고 연구 성과를 과장하는 인터뷰 및 강연 행위를 하여 피해자 공소외 5 주식회사(이하 공소외 5 회사라 한다)와 농협중앙회(이하 농협이라 한다)의 착오 상태를 야기하였으므로 선행행위에 의한 작위의무를 지는 보증인적 지위에 있다.

가) 공소외 5 회사에 대한 사기의 점에 관하여, 피고인은 2005년 7월 중순경 공소외 5 회사의 기술원장 공소외 7에게 줄기세포 관련 기술, 정보, 인맥 네트워크 등을 제공해 줄 수 있고 줄기세포가 상용화되면 공소외 5 회사에 우선권 등 유리한 기회를 주겠다면서 5년간 매년 15억 원씩 총 75억 원을 지급해 달라고 요청하였고, 이에 공소외 5 회사는 피고인의 2004년, 2005년 논문 발표로 인해 피고인의 연구 업적이 고양되었다고 판단하고 일단 3년에 걸쳐 10억 원씩 지급하고 3년 경과 후에 추후 지원 여부를 결정하는 내용으로 연구비 지원을 하기에 이르렀다.

피고인이 줄기세포주의 수립을 믿었는지 여부에 상관없이 검증데이터를 조작하여 환자맞춤형 줄기세포의 효율성, 안정성, 상용화 가능성을 과장하는 등 논문을 조작하였고 공소외 5 회사가 그 논문 조작 사실을 알았다면 연구비 지원을 하지 아니하였을 것으로 넉넉히 예상된다.

따라서 피고인이 2004년 및 2005년 논문을 조작하고 기자회견 등을 통하여 줄기세포 확립성공률과 안전성 등을 조작 발표함으로써 이미 착오상태에 빠져 있던 공소외 5 회사의 공소외 7에게 마치 그 논문의 내용과 기자회견 결과가 사실인 것처럼 행세하면서, 추후 줄기세포 연구가 상용화될 때 유리한 기회를 주겠다는 피고인의 말을 믿은 공소외 5 회사로부터 연구비 명목으로 10억 원을 교부받은 것은 사기죄를 구성한다고 보기에 충분하다.

나) 농협에 대한 사기의 점에 관하여, 환자맞춤형 줄기세포의 효율성 및 실용성 여부는 연구비 지원을 결정하는 데 중요한 요소인데, 피고인이 그 조작사실을 숨기고 연구비를 수령한 것은 부작위에 의한 기망행위를 구성한다.

농협의 출연증서는 '축산발전연구 후원기금'이라고 기재되어 있으나 그와 같은 명목은 농협의 설립목적에 고려한 것일 뿐, 실제로는 피고인의 2005년 논문 발표 등 연구 성과를 믿고 향후 줄기세포 연구 과정에서 간접적으로 동물실험을 통하여 가축의 난치병을 치료하는 등 축산발전에 기여할 것으로 믿어 국가발전에 보탬이 되고자 하는 동기에 의하여 후원이 이루어졌다.

또한 피고인이 지원 과정에서 재단지원 방법과 아울러 개인지원 방법을 설명하면서 개인지원 방법을 권유한 점에 비추어 보면 피고인에게 불법영득의 의사도 인정되므로, 피고인은 부작위 또는 묵비의 기망행위에 의한 사기죄의 죄책을 면할 수 없다.

(2) 양형부당

원심의 형(징역 2년, 집행유예 3년)이 너무 가벼워서 부당하다.

다.

피고인 2(양형부당)

원심의 형(벌금 700만 원)이 너무 무거워서 부당하다.

2. 피고인 1의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 공소외 1 법인 연구비 횡령의 점에 대하여

(1) 타인의 재물성 인정 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 그 판시의 각 사실을 인정한 다음, ① 피고인의 주장과 같이 공소외 1 법인에서 지급된 돈이 생명공학 연구 목적 외의 용도에도 사용이 가능한 것이었다면, 피고인이 굳이 수고스럽게 직접 은행을 돌아다니면서 전액 현금으로 인출하여 다시 피고인의 지인들 명의의 차명계좌로 재입금하는 방법으로 자금세탁을 할 필요는 없어 보이는 점, ② 피고인은 보안이 필요한 연구를 위해 위와 같은 차명계좌를 관리하였다고 주장하고 있으나, 피고인의 주장처럼 공소외 1 법인에서 지급한 연구비에 대한 검증·감독 절차가 미흡하였고, 피고인이 신청하는 연구비의 용도와 금액에 대해 특별한 심사 없이 피고인이 신청하는 대로 지급되는 상황이었다면 피고인이 굳이 보안유지를 위해 차명계좌를 만들 필요도 별로 없었을 것으로 보이는 점, ③ 영리를 목적으로 하는 기업이 아무 조건 없이 수십억 원에 달하는 거액을 특정 개인에게 지원한다는 것은 일반의 상식에 반하는 점, ④ 피고인이 청구하는 용도와 액수에 대한 수정 없이 그대로 연구비가 지급된 것은 공소외 1 법인에서 그만큼 피고인을 믿고 피고인이 연구비를 정당하게 연구에 사용할 것으로 신뢰하였기 때문으로 볼 여지가 있는 점, ⑤ 규정이나 서식이 없다고 하여 연구비를 집행할 수 없는 것은 아니고, 또한 연구비를 신청할 때 지급시기, 지급액, 지출항목 등에 대해 공소외 1 법인 측과 협의하지 않았다는 점도 연구비는 통상 그 연구를 담당하는 연구책임자가 연구의 목적, 방법, 비용 등을 감안하여 청구하는 것이기 때문에 공소외 1 법인 측이 연구책임자인 피고인의 의사를 존중한 탓으로 볼 수도 있는 점 등을 아울러 고려하면, 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인에 지급한 자금은 모두 그 집행에 대하여 특별한 제한 없이 피고인에게 일임되어 있는 피고인 개인에 대한 포괄적 후원금이라고 보기는 어렵고, 적어도 피고인의 생명공학 연구를 위한 연구비로 사용될 것을 전제로 공소외 1 법인에 위탁된 공익성 기부금에 해당한다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

1) 공소외 1 법인의 법적 성격

가) 공익법인의 설립 운영에 관한 법률(이하 공익법인법이라 한다)이 규제대상으로 하는 공익법인은 재단법인이나 사단법인으로서 사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인을 말하고(제2조), 구체적으로는, 민법 제32조 소정의 비영리법인 중 순수한 학술, 자선 등 공익법인법 시행령 제2조 제1항 각호 소정 사업을 목적으로 하는 법인이거나 주로 위와 같은 학술, 자선 등의 사업을 목적으로 하면서 그와 함께 부수적으로 그 이외의 사업을 함께 수행하는 법인을 말한다(대법원 1978. 6. 13. 선고 77도4002 판결 참조).

나) 공소외 1 법인의 정관[증제615호(수사기록 27권 17051-17063쪽)]

에 의하면, 제2조(목적)에서 "본 연구원은 21세기 지식 정보화 사회를 주도할 지식 기반 산업인 정보통신산업, 생명공학산업, 디자인산업, 환경산업 등 신산업의 향후 발전 전략 및 이러한 산업 간의 상호 연계 전략을 연구한다.

또한 이를 바탕으로 미래의 유망 신산업을 개발하고, 한국의 기업, 산업 및 경제의 국제경쟁력 제고를 위하여 이러한 신산업의 육성 정책 방안을 제시하고 자문함을 목적으로 한다.

"고 규정하고, 제4조(사업)에서 공소외 1 법인이 수행하는 사업을 "1. 미래 유망 신산업의 기술, 인력 및 인프라 구축 등의 방안과 이러한 산업의 지식화 기반 구축 방안 연구, 2. 미래 유망산업 연구 개발, (중간 생략) 7. 전 각 호 이외에 본 연구소의 목적을 달성하는 데 필요하다고 인정되는 기타 사업"이라고 규정하고 있다.

다) 위 공소외 1 법인의 정관에 나타난 설립목적과 사업내용에 관한 각 규정에다가 증인 공소외 4의 원심 법정진술, 공소외 1 법인의 법인등기부[증제516호(수사기록 15041-15042쪽)]의 기재 등 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거

들에 의하여 인정되는 공소외 1 법인의 설립 동기나 설립경위를 종합하면, 공소외 1 법인은 생명공학산업, 정보통신산업 등 신산업의 향후 발전전략 및 신산업 간 상호 연계전략을 연구하는 것을 설립목적으로 하고 피고인의 생명공학 등 신기술 개발 분야에 대한 연구비의 보조 등 연구활동을 지원하는 것을 주된 업무로 하기 위하여 설립된 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 공소외 1 법인은 신산업의 개발과 관련한 학술활동에 관한 사업을 목적으로 하고 그 목적을 위하여 필요한 범위 내에서 또는 그에 수반되는 연구비의 보조 등 학술활동 지원 사업을 영위하는 비영리법인으로서 공익법인법 소정의 공익법인에 해당한다고 볼 수 있다[공소외 1 법인이 세무서에 제출한 '법인세과세표준 및 세액신고서'의 공익법인 출연명세서{증제631호(수사기록 27권 17359, 17376쪽)} 각 참조].

2) 출연기관의 연구비 기부금에 대한 소유권자

가) 증인 공소외 4의 원심 법정진술 등 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 당심 증인 공소외 15, 16의 각 법정진술을 종합하면, 원심도 인정한 바와 같이, 공소외 1 법인이 ☆☆그룹[공소외 17 주식회사, 공소외 18 주식회사, 공소외 19 주식회사], □□그룹[공소외 20 주식회사, 공소외 21 주식회사, 공소외 5 회사], 공소외 22 재단법인 등(이하 이 사건 출연기관들이라 한다)으로부터 기부금을 교부받으면서 공소외 1 법인의 이사회 결의를 거치지 않은 사실을 인정할 수 있다.

나) 그러나 공익법인법 제7조 제1항 제1호가 재산의 '처분'뿐만 아니라 그 '취득'에도 이사회의 결의를 요구하고 있는 취지는 공익법인의 특수성을 고려하여 그 재산의 원활한 관리 및 유지·보호와 재정의 적정을 기함으로써 공익법인의 건전한 발전을 도모하고 공익법인으로 하여금 그 본래의 목적사업에 충실하게 하려는 데 있다고 할 것이고, 공익법인이 주식 기타 목적물을 증여받는 등으로 그 재산을 대가의 출연 없이 무상으로 취득하는 경우에는 그 자체로서 공익법인의 재산적 기초가 더욱 공고하게 되므로, 위와 같이 이사회의 결의를 요구하여 그 결의가 없으면 재산의 취득을 무효로 하는 취지가 이 경우에까지 관철되어야 할 이유는 없으므로, 공익법인이 이사회의 결의 없이 재산을 무상으로 취득하였다고 해도, 유상취득의 경우와는 달리, 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 무효라고 할 것이 아니다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2007도8195 판결 참조).

다) 살피건대, 공소외 1 법인이 공소외 19 주식회사에 피고인의 생명복제기술 산업화연구와 관련한 연구비를 지원해 줄 것을 요청하면서 그에 대한 근거로 첨부한 보고서에 피고인을 공소외 1 법인의 연구책임자로 표시한 사실은 인정되나[증제627호(수사기록 27권 17216-17227쪽)], ☆☆그룹이나 공소외 22 재단법인이 공소외 1 법인에 연구비를 지원하면서 공소외 1 법인으로부터 반대급부를 받기로 약정하였다거나 공소외 1 법인이 위 출연기관들에 어떠한 채무를 부담하기로 약정하였음을 인정할 명백한 증거는 없다.

또한 공소외 1 법인과 공소외 5 회사계열사와 사이의 공동연구개발 사업협약서, 합의서, 부속서, 3사간사업협약서[증제 536호(수사기록 38권 15713-15718쪽)]에 의하면, 공소외 1 법인과 공소외 5 회사는 체세포 복제기술을 중심으로 한 생명공학 분야의 신기술과 상품의 개발과 이의 실용화 및 사업화를 위한 연구개발 사업을 공동으로 수행하되, 공소외 5 회사가 연구개발비용으로 5년간 합계 75억 원을 지급하고 공소외 1 법인은 매년 9월에 해당년도의 연구개발 사업 결과를 공소외 5 회사에 서면으로 통보하기로 약정한 사실을 인정할 수는 있다.

그러나 위 약정의 전체적인 취지는 공소외 5 회사가 공소외 1 법인에 연구개발비를 지원하고 공소외 1 법인은 독자적으로 연구개발사업을 수행하되, 그 결과는 매년 통보하며, 연구개발사업의 결과물에 대해서는 공동소유로, 그 결과물의 처리나 제3자에의 양도 등은 협의하여 정하기로 한 것인바, 공소외 1 법인은 지원된 연구개발비를 사용하여 독자적으로 생명공학 분야의 신기술 연구개발사업에 전력을 다하기로 하였을 뿐, 연구개발비의 지원에 대한 반대급

부로서 어떠한 구체적인 의무를 부담하기로 약정하였다고는 보이지 아니하고, 다만 그 연구개발사업의 성과가 가시화되면 그 결과물의 처리에 관하여 별도로 설립된 공동지분의 회사에 지적재산권 등을 귀속시키기로 한 것에 불과하다.

그러므로 연구개발이 실시되기 이전 단계에서 연구개발비를 지원받는 대가적 의미의 구체적인 채무를 부담하였다고 볼 수 없고, 따라서 실질적인 관점에서 보면 위 약정을 유상계약으로 파악하여 반드시 공소외 1 법인의 이사회 결의가 필요하다고 보기 어렵다.

라) 더구나 공익법인법 제11조 제1항에서 공익법인의 재산은 대통령령이 정하는 바에 따라 기본재산과 보통재산으로 구별하고, 위 법조항의 위임에 따라 동법 시행령 제16조 제2호는 기부에 의하거나 기타 무상으로 취득한 재산을 기본재산으로 하되, 다만 기부목적에 비추어 기본재산으로 하기 곤란하여 주무관청의 승인을 얻은 것은 예외로 한다고 규정하고 있는바, 이 사건 출연기관들은 공소외 1 법인에 '피고인의 생명공학 연구에 대한 지원'이라는 용도를 명시하여 기부하였다고 보이므로, 그 기부의 목적에 비추어 기부금을 공소외 1 법인의 기본재산으로 삼기에는 곤란하다고 인정되고, 기부금에 대하여 보통재산으로 하는 데 주무관청의 승인이 없었다고 하더라도, 위 법조항에서 기부금에 대하여 기부목적에 비추어 기본재산으로 하기 곤란한 경우에는 주무관청의 사전 허가가 아닌 사후 승인을 얻도록 규정하고 있는 점, 금전은 원칙적으로 점유의 이전으로 소유권의 변동이 생기는 특성을 가지고 있다고 보아야 하는 점, 공소외 1 법인의 기부금에 대한 적법한 소유권 취득 여부는 공소외 1 법인과 이 사건 출연기관들 사이에서 다투어질 성질의 문제일 뿐인 점을 고려하면, 기부행위에 있어서는 제3자인 피고인이 공소외 1 법인으로부터 연구비 용도로 지급받은 자금을 유용한 행위가 범죄를 구성하는 지 여부를 판단함에 있어서, 공소외 1 법인에 피해자 적격을 충분히 인정할 수 있다고 판단된다.

마) 따라서 이 사건 출연기관들이 기부한 연구비의 취득에 관하여 공소외 1 법인 이사회의 결의를 거친 바 없다고 하더라도, 위 기부금이 공소외 1 법인의 소유에 속한다고 충분히 인정할 수 있다.

3) 공소외 1 법인을 통한 연구비 지원의 이유와 기부금의 성격

가) 피고인은 ○○대학교 교수로서 교육공무원법 제2조 제1항 제1호, 제2항 제1호, 고등교육법 제2조의 각 규정에 의하여 교육공무원의 지위에 있다고 할 것인데, 기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률 제5조에서는, 국가나 지방자치단체 및 그 소속 기관·공무원은 기부금품을 모집할 수 없고(제1항), 자발적으로 기탁하는 금품이라도 법령에 다른 규정이 있는 경우 외에는 이를 접수할 수 없다(제2항)고 규정하고, 이를 위반하여 기부금품을 모집한 자는 1년 이하의 징역이나 1천만 원 이하의 벌금에 처한다(제16조 제2항 제1호)는 처벌규정까지 마련하고 있으므로, 피고인이 이 사건 출연기관들로부터 직접 그 사용 용도에 아무런 제한이 없는 포괄적 후원금을 수수하는 행위는 법률상 허용될 수 없다.

나) 한편, 공소외 23, 24에 대한 검찰 진술조서 및 이에 첨부된 법인설립허가증 등[증제540호(수사기록 24권 15816, 15822쪽)] 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 1 법인은 재정경제부장관으로부터 2000. 7. 3. 법인설립허가를 받고, 2001. 1. 12. 그 당시 시행되던 법인세법 제24조 제1항, 법인세법시행령 제36조 제1항 제1호 타목, 법인세법시행규칙 제18조 제1항 제32호의 각 규정에 의한 공익성기부금 대상단체로 지정된 사실을 인정할 수 있는바, 공소외 1 법인이 공익성기부금 대상단체로 지정됨에 따라 이 사건 출연기관들은 기부금 중 일정액을 손금에 산입하여 세금을 감면받을 수 있는 이익을 누릴 수 있게 되었다고 보인다.

다) 따라서 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인을 통하여 피고인에게 연구비를 지원한 이유는, 피고인의 신분이 공무원이기 때문에 직접적으로 연구비를 지원하는 것이 위와 같은 법령상의 제한에 저촉되어 허용되지 않을 뿐 아니라, 이 사건 출연기관들이 기업 이익의 사회 환원 차원에서 연구비를 지원하는 데 수반될지 모르는 세제상의 불이익을 방지하기 위함에 있었다고 판단되고, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 앞서 본 이 사건 출연기관들의 공소외 1 법인에 대한 자금 지원 경위나 그 목적에 비추어 보면, 공소외 1 법인에 지급한 자금은 모두 그 집행에 대하여 특별한 제한 없이 피고인에게 일임되어 있는 피고인 개인에 대한 포괄적 후원금이라고 보기는 어렵고, 적어도 피고인의 생명공학 연구를 위한 연구비로 사용될 것을 전제로 공소외 1 법인에 위탁된 공익성 기부금에 해당한다고 봄이 상당하다.

(2) 보관자의 지위 인정 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 공소외 1 법인은 비록 통상적인 사단법인과 달리 그 운영이 일부 비정상적으로 이루어진 점은 부인할 수 없으나, 단체의 규약인 정관에 근거하여 의사결정기관과 집행기관 등의 조직을 갖추고 독자적인 활동을 하는 사회조직체로서는 최소한 존립하고 있다고 판단되므로 단체로서의 실체는 존재한다고 봄이 상당하고, 공소외 1 법인이 이와 같이 별도의 단체로 존재하고 있다고 인정되는 이상, 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인에 지급한 돈은 당연히 단체인 공소외 1 법인에게 귀속되는 것이지, 공소외 1 법인이 수행한 주된 업무가 피고인의 연구 지원이었다고 하여 처음부터 피고인에게 귀속된다고 볼 수는 없고, 오히려 각 수사보고(증제530, 571호 등) 및 이에 첨부된 각 서류의 각 기재 등 기록에 의하면, 공소외 1 법인은 위와 같은 설립목적에 따라 □□그룹이나 ☆☆그룹 등 대기업으로부터 지원받은 자금을 피고인의 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제 수행을 위한 연구비로 지급하였고, 피고인은 위 연구과제 수행을 위한 공소외 1 법인의 연구책임자로 지정되어 있었으며, 피고인도 연구비 지급을 신청하면서 그 신청서 등에 위 연구과제의 연구책임자라고 기재한 사실, 공소외 1 법인이 공소외 25 주식회사와 체결한 공동연구개발 사업협약서에도 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자로 지정되어 있고, 피고인도 이 협약서에 공소외 1 법인의 연구책임자로 직접 서명날인을 하였는데, 피고인은 그 후 위 협약에 따라 공소외 25 주식회사에 제출한 연구결과보고서의 연구개요란에도 자신을 연구책임자로 기재한 사실 등을 각 인정할 수 있는바, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 수령한 돈은 결국 공소외 1 법인의 연구책임자의 지위에서 지급받은 연구비에 해당하여 피고인은 이를 해당 연구과제의 연구 목적에 사용하여야 할 의무를 부담한다고 보아야 하므로 규범적으로 업무상 보관하는 지위에 있다고 봄이 상당하고, 이러한 결론은 공소외 1 법인에 연구비 사용과 관련된 어떠한 내부 규정이나 규제가 사실상 없었다고 하여 달리 볼 수 없다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, ① 이 사건 출연기관들은 피고인에게 직접 후원금을 전달한 것이 아니라 공소외 1 법인이라는 조직체를 통하여 연구를 지원하는 등의 그 자금 지원의 경위에 비추어 보면 이 사건 출연기관들의 의사는 피고인에게 지급될 생명공학 분야의 연구비라는 용도를 특정하여 자금을 공소외 1 법인에게 기부하였다고 보아야 하는 점, ② 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자로서 지급되는 자금을 당초 이 사건 출연기관들의 공소외 1 법인에 대한 기부의 목적이나 취지에 부합하도록 생명공학 분야의 연구비라는 용도에 맞게 사용하여야 할 의무를 부담한다고 해석되는 점, ③ 공소외 1 법인이 이 사건 출연기관들의 당초 기부목적에 부응하지 못하고 피고인의 연구비 사용에 대한 감독을 제대로 하지 않았다거나 이사회 의사결정 등을 포함한 실제 운영이 형

식적으로 이루어졌다고 하더라도, 그러한 사정은 공소외 1 법인 임원들의 공소외 1 법인 법인에 대한 충실의무 위반으로 평가될 뿐이고, 공소외 1 법인이라는 단체의 의사가 피고인이 아무런 제한 없이 연구비 용도로 지원된 금원을 임의대로 사용하도록 허용하였다고 볼 수는 없는 점, ④ 피고인은 검찰 조사에서, 세무처리 관계로 기업으로부터 받는 거액의 기부금의 경우에는 재단법인이나 사단법인을 거쳐서 지원이 되어야 하고 개인에게는 기부가 되지 않는다고 알고 있다는 취지로 진술한 바 있을 뿐 아니라[증제566호(수사기록 25권 16417쪽)], 피고인은 2002년 말경 생명공학 농장으로 운영하던 화성시 소재 목장의 부지 일부를 공소외 1 법인에 기증한 바도 있는 점에 비추어 보더라도, 피고인도 공소외 1 법인이 사단법인으로서의 실체를 갖추고 있음을 인식하고 있었다고 보이는 점 등을 아울러 고려하여, 원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 지급 받은 연구비는 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제 수행을 위하여 지급된 것이고, 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자라는 지위에서 공소외 1 법인을 위해 위와 같은 용도가 지정된 연구비를 관리·보관하면서 위 연구과제의 목적에 맞도록 연구비를 집행하여야 하는 의무를 부담하므로, 피고인에게 보관자의 지위가 인정된다는 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없고, 피고인 주장과 같이 공소외 4의 요청으로 공소외 1 법인에 기부한 기업 등의 관계자들에 대한 각종 선물을 구입하는 비용을 피고인이 부담하였다는 등의 사정이 있다고 하더라도 달리 볼 것이 아니다.

(3) 횡령행위의 구성 여부 및 불법영득의사의 존재 여부

(가) 원심의 판단

피고인 및 공소외 26의 검찰 및 법정 진술, 각 차명계좌 명의자들의 각 검찰 진술 및 각 계좌 거래내역, 각 수사보고(증제498, 600, 609호 등) 및 이에 첨부된 각 서류의 기재 등 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 여러 사정, 즉 ① 피고인이 공소외 1 법인으로부터 재료비(실험용 소 구입 및 그 유지관리비) 명목의 돈을 지급받을 때 공소외 2 등 7명 명의의 차명계좌로 송금받아 전액 현금으로 인출한 후 총 17회에 걸쳐 합계 금 581,048,000원을 다시 매제인 공소외 10 명의의 차명계좌나 공소외 11 명의의 차명계좌로 분산하여 재입금하는 등 2단계에 걸쳐 자금세탁을 한 점, ② 만약 피고인의 주장대로 공소외 1 법인으로부터 지급받은 돈은 연구비로 용도가 지정된 것이 아니어서 임의로 사용할 수 있는 것이었다면 굳이 허위 증빙자료를 제출할 아무런 이유가 없고 떼떈하게 실제 용도대로 신청해도 될 터임에도, 피고인은 재료비를 신청하면서 실험축구입비 등 증빙자료를 허위로 만들어 제출함으로써 마치 연구비를 지급하면 소구입비나 그 유지관리비로 사용할 것처럼 가장한 점, ③ 피고인이 정당한 목적에 사용하려고 하였다면 위와 같은 차명계좌에서 굳이 수천만 원에 달하는 거액을 현금으로 인출하여 일단 캐비닛에 보관해 두었다가 사용하는 방법으로 불편을 감수할 이유도 없었을 것으로 보이는 점, ④ 공소외 10 명의의 차명계좌에는 피고인 개인에 대한 후원금도 입금되어 있어 공소외 1 법인에서 지급받은 재료비를 현금으로 입금할 경우 그 개인 후원금과 혼재되어 구분이 사실상 불가능하게 되는 점, ⑤ 피고인은 공소외 10 명의의 차명계좌에 입금된 재료비를 현금으로 입출금하면서 같은 은행의 여러 지점을 돌아다니면서 일정 금액 이하로만 입출금하기도 하였을 뿐 아니라, 계좌간 단체의 경우에도 적요란에 현금으로 처리한 것처럼 가장하기도 한 점, ⑥ 피고인이 재료비로 지급받은 돈 31억 5,484만 원 중 1,150만 원은 연구와는 무관한 공소외 1 법인 이사장인 공소외 4 교수의 딸 결혼식 식대로 사용하였음이 밝혀졌고, 나머지 돈 중 피고인이 정당하게 사용하였다면서 그 내역을 제시하고 있는 23억 8,689만 원을 공제한 차액인 7억 5,600여만 원 상당에 대해서는 여전히 그 용처를 구체적으로 명백히 밝히지 못하고 있는 점(위 23억 8,689만 원 부분도 영수증 등 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료는 제시하지 못하고 있다), ⑦ 피고인은 스스로 백

두산 호랑이나 매머드 복제연구 등 극도로 보안이 필요한 용도에 사용하기 위해 자금세탁을 하였다고 주장하면서 실제로는 공소외 10 명의의 차명계좌에 입금된 돈을 보안 용도에 사용하지 않고 소구입비로 사용하였다고 진술하기도 한 점, ⑧ 2001. 5. 4.부터 2005. 12. 26.까지 공소외 10의 차명계좌에서 공소외 10이나 그 가족에게 합계 3억 3,000여만 원이 송금된 점, ⑨ 피고인은 업무적으로 관련이 있는 ○○○○○○연구원, 경기도 △△△△△△소 관계자 등에게 수회에 걸쳐 정기적인 금원교부는 물론, 설날과 추석 등 명절의 선물 외에도 가끔 부서별로 회식을 시켜 주었고, 제1심 공동피고인 2, 3 교수에게는 유학생활비 등도 일부 보조해 주기도 하였다는 취지로 주장하나, 이러한 접대비나 생활비 지원이 연구 목적을 위해 정당하게 사용된 것이라고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 재료비 명목으로 지급받은 연구비 중 적어도 공소사실과 같이 592,548,000원(= 581,048,000원 + 11,500,000원) 상당을 사적 용도에 사용할 목적으로 은닉하거나 실제 사적 용도로 임의 사용한 것으로 충분히 인정할 수 있다.

그리고 위와 같이 피고인이 차명계좌로 연구비를 송금받은 후 이를 전액 현금으로 인출하여 다시 자신의 매제 등 명의의 차명계좌로 재입금하는 방법으로 자금을 세탁하고, 자신의 개인 후원금과 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 같은 차명계좌에 입금하여 대부분 혼재되게 한 점과 그 이후 실제 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 사적 용도에 상당 부분 사용하기도 한 점 등 피고인의 자금세탁 경위나 내용, 세탁된 자금의 실제 지출용도 등 여러 사정을 고려하면, 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 피고인이 업무상 임무에 위배하여 자신이 보관하는 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하려는 업무상 횡령의 범의 내지 불법영득의사가 없었다고 볼 수도 없다.

(나) 당심의 판단

- 1) 횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은, 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도, 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도366 판결 참조).
 - 2) 우선 피고인이 공소외 10 명의의 차명 예금계좌를 이용하여 자금을 은닉·소비한 부분에 관하여 본다.
- 가) 이 사건과 같이 피고인이 공소외 1 법인으로부터 7명의 차명 예금계좌를 통하여 지급받은 연구비를 공소외 10 명의의 차명 예금계좌로 입금하였다가 사용한 사실은 인정하면서도 그 자금을 생명공학 연구를 위하여 인출, 사용하였다고 주장하면서 불법영득의사의 존재를 부인하는 경우, 피고인이 주장하는 자금의 사용이 생명공학 연구 과정에서 통상적으로 발생하는 비용에 대한 지출로서 공소외 1 법인의 연구비로 그 비용을 부담하는 것이 상당하다고 볼 수 있는지 여부, 자금 사용의 구체적인 시기, 대상, 범위, 금액 등에 대한 결정이 객관적, 합리적으로 적절하게 이루어졌는지 여부 등을 비롯하여 그 자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여, 해당 자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부에 대하여 판단하여야 한다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도4784 판결 참조).

나) 살피건대, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같은, 허위의 증빙자료를 이용한 연구비 신청 및 2단계에 걸친 자금 세탁 등의 정당성을 현저히 결여한 자금 조성의 방법, 피고인이 차명계좌에서 수천만 원에 달하는 거액을 현금으로 인출하여 일단 캐비닛에 보관해 두었다가 사용하거나 공소외 10 명의의 차명계좌에 보관된 금원을 출금하면서 여러 은행을 이용하고 현금 처리를 가장하는 등의 피고인이 자금인출 과정에서 보인 비정상적인 행태, 피고인 개인에 대한 후원금이 포함되어 있는 공소외 10 명의의 차명계좌에 보관된 자금의 성격, 공소외 10 명의 차명계좌에서 출금한 자금의 사용처에 대한 피고인 변소의 신빙성 정도나 그 적법성 여부 등의 여러 가지 사정에다가, ① 공소외 1 법인으로부터 지급되는 연구비는 피고인의 생명공학 연구에 사용하도록 포괄적으로 그 용도가 지정되어 있고, 그 생명공학 연구는 최첨단 분야로서 연구 성과의 내용에 따라서 추가적인 연구 방향이 설정되는 등의 역동성과 불확실성이 지배하는 영역인 점에 비추어 실제 연구를 담당한 피고인에게 연구비의 지출 항목이나 규모의 선정 또는 지출의 필요성 여부에 대한 광범위한 판단 재량이 부여되어 있다고는 보이나, 기본적으로 그 연구비의 집행은 생명공학 연구라는 테두리 내에서만 가능한 것이고 개인적인 용도로 소비하는 것은 연구비 위탁의 본질에 반하는 점, ② 2단계의 과정을 거쳐 자금을 세탁하거나 현금으로 입, 출금을 반복하는 등 피고인의 행태는 그 성질상 피고인 주장과 같이 극도의 보안이 필요하기 때문에 자금의 '지출용도'를 드러나지 않게 하기 위한 것이 아니라 그 자금의 '출처'를 은폐하기 위한 것으로 평가되는 점, ③ 위와 같은 자금을 조성한 동기에 관한 피고인 진술의 신빙성이 객관적인 자료에 의하여 뒷받침되지 않을 뿐 아니라, 피고인이 혼자서 경리담당 직원인 공소외 26조차도 알지 못하도록 공소외 10 명의 차명계좌를 관리하였고[증제582호(수사기록 25권 16494쪽)], 공소외 10은 피고인의 매제로서 친족관계에 있는 점, ④ 공소외 10 명의 차명계좌의 거래내역[증제585호(수사기록 26권 16542-16544쪽)]에 의하면, 2001. 3. 14.부터 2001. 9. 1.까지는 대체적으로 자금이 위 계좌로 입금되어 그 잔고가 653,610,764원에 달하였다가 2001. 12. 31.부터 2002. 4. 17.까지의 단기간 내에 자금이 인출되어 그 잔고가 6,771,826원에 불과하게 된 점을 아울러 고려하여, 원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다(피고인이 이 부분 횡령한 금원을 원래의 용도대로 적합하게 사용하였다고 하더라도, 그와 같은 사정은 범행 후의 정황에 불과할 뿐이고 범죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 아니한다).

3) 다음으로 피고인이 공소외 11 명의의 차명 예금계좌를 이용하여 자금을 은닉·소비한 부분에 관하여 보면, 원심의 판단은 기록에 나타나는 객관적인 금융거래 내역에 비추어 수긍하기 어려운 바, 이에 대해서는 아래에서 항을 바꾸어 살펴본다.

(4) 공소외 11 명의 차명 예금계좌를 이용한 부분에 관한 범죄성립 여부

(가) 이 부분 공소사실의 요지[원심판결의 범죄사실 제1의 가. 1)항 중 별지(2) 범죄일람표 순번 14 내지 17 부분]

피고인은, 2000년 10월경부터 공소외 1 법인에서 수주한 광우병 내성소, 소 복제 연구 등을 수행하는 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제의 연구책임자로서 공소외 1 법인으로부터 재료비 등의 명목으로 연구비를 지급받아 위 연구를 위한 연구과제 수행, 연구비의 관리 및 집행업무를 총괄함에 있어 지원된 연구비는 피고인의 생명공학 연구에 사용되도록 그 용도가 특정되어 있어 그 용도로만 사용하여야 함에도, 2000. 10. 9.경 ○○대 연구실에서 위 생명공학교실의 경리직원인 공소외 26을 통해 공소외 1 법인에 5,000만 원 상당의 실험용 소를 구입하였다는 취지의 관련 서류를 작성·제출하여 공소외 1 법인 직원인 공소외 27로부터 실험용 소 구입비 명목으로 5,000만 원을 공소외 26이 보관중인 공소외 2 명의의 농업협동조합 차명 예금계좌로 송금받은 것을 비롯하여 그 무렵부터 2005. 2. 15.까

지 사이에 별지(1) 송금일람표 기재와 같이 총 209회에 걸쳐 공소외 2 등 7명 명의의 차명 예금계좌로 실험용 소구입비 및 실험축 유지관리비 합계 3,154,840,000원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중,

- 1) 2004. 10. 7.경 위와 같이 차명 예금계좌에 보관중이던 실험용 소 구입비를 현금으로 인출한 다음, 서울 (이하 생략) 소재 하나은행 ○○대지점에서 그 중 2,000만 원을 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌(계좌번호 생략)에 입금한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2005. 8. 25.까지 사이에 별지(2) 범죄일람표 순번 14 내지 17 기재와 같이 총 4회에 걸쳐 합계 105,548,000원을 위 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌에 분산 입금하여 이를 은닉·소비함으로써 횡령하였다.

〈별지(2) 범죄일람표 중 관련 부분〉 원심 별지(2) 순번계좌번호거래일입금액(원)거래점명적요차명계좌14(계좌번호 생략) 2004-10-0720,000,000하나은행현금공소외 11 계좌15(계좌번호 생략)2004-10-0822,548,000하나은행현금16(계좌번호 생략)2004-11-1613,000,000하나은행현금17(계좌번호 생략)2005-08-2550,000,000하나은행현금소계 ? ? 105,548,000 ? ?

(나) 원심의 판단

원심은 이 부분 공소사실에 대해서도, 피고인이 공소외 10 명의의 차명 예금계좌에 분산 입금하여 이를 은닉·소비함으로써 횡령한 부분과 함께 모두 유죄가 인정된다는 취지로 판단하였다

(다) 당심의 판단

그러나 원심의 이 부분 판단은 다음과 같은 이유로 이를 수긍하기 어렵다.

- 1) 이 부분 공소사실은, 피고인이 공소외 1 법인으로 부터 실험용 소구입비 및 실험축 유지관리비 명목으로 공소외 2 등 7명 명의의 차명 예금계좌로 지급받은 금원을 공소외 11 명의의 차명 예금계좌에 입금하였다는 점을 전제로 하고 있고, 위 전제사실이 인정되지 않는다면 공소외 11 명의의 차명 예금계좌에 입금한 금원의 출처가 다양할 수 있으므로 이 부분 공소사실이 법관으로 하여금 합리적인 의심의 여지없이 확신을 갖게 할 정도로 증명되었다고 볼 수 없다.

- 2) 피고인은 검찰 조사에서, '제가 공소외 26에게 사무실 캐비닛에 들어있는 현금을 주면서 공소외 11 명의 차명계좌에 입금하라고 지시한 사실이 있고, 이 부분 공소사실의 각 입금액은 공소외 1 법인으로 부터 받은 실험축 구입비이다'는 취지로 이 부분 공소사실을 자백한 바 있다[증제492호(수사기록 21권 13939-13940쪽)].

그러나 피고인과 증인 공소외 26의 원심 및 당심에서의 각 법정진술, 공소외 11에 대한 검찰 진술조서와 첨부된 수신기간별 거래내역[증제393호(수사기록 16권 11180-11193쪽)], 변호인이 제출한 증가제121, 142, 171호 등 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- 가) 피고인은 동문회를 통해 알게 된 >>고등학교 선배인 공소외 11로부터 2004년 6월경 연구 후원제의를 받고 그로부터 후원금 수수 용도로 2004. 6. 23. 개설된 하나은행 예금계좌(계좌번호 생략)를 교부받아 그 때부터 위 차명 예금계좌를 관리하였다.

- 나) 위 공소외 11 명의 차명 예금계좌의 개설일인 2004. 6. 23. 및 이 부분 공소사실의 각 범행일자(2004. 10. 7., 2004. 10. 8., 2004. 11. 16., 2005. 8. 25.)의 전일과 그 범행 당일을 기준으로 한 그 당시 피고인이 공소외 1 법인으로 부터 재료비 등의 명목으로 연구비를 입금받아 관리하던 공소외 2 등 7명[공소외 2(♂♂목장 관리자), 공소외 28(인공수정사), 공소외 29(수의사), 공소외 30(○○대△△과대 박사), 공소외 31(수의사), 공소외 32(인공수정사), 공소외 33(○○대△△과대 박사)] 명의의 차명 예금계좌의 잔고는 다음 표 기재와 같다.

〈각 일자별 차명 예금계좌 잔고〉순번차명 예금계좌 명의인예금 잔고 및 기준일2004. 6. 23. (공소외 11 계좌개설일)
2004. 10. 6.2004. 10. 7. 2004. 10. 8.2004. 11. 15. 2004. 11. 16.2005. 8. 24.2005. 8. 25.1공소외
231,90531,92831,9280002공소외 2826,4311,890,68526,48526,48526,8061,441,3783공소외 2927,017444444공소외
3 0 1 8 , 6 4 7 2 , 4 0 9 , 1 2 7 7 7 4 1 0 1 , 0 3 2 , 8 9 0 5 공 소 외 3 1 2 9 , 6 8 3 3 3 3 3 3 6 공 소 외
3221,6971,885,94721,74721,74722,05722,05777공소외 3336,5281,929,74836,86836,86837,259725,579합계
? 191,9088,147,442117,04285,11486,5393,221,911

다) 한편, 위 공소외 11 명의 차명 예금계좌의 개설일인 2004. 6. 23.부터 이 부분 공소사실의 최종 범행일인 2005. 8. 25.까지의 기간 동안 위 7명의 차명 예금계좌에서 출금된 내역은 다음 표 기재와 같다.

〈각 차명 예금계좌의 일자별 출금 내역〉순번계좌주출금일자거래금액(원)거래내역사용용도비고 (공소제기 여부 등)1공
소외 302004. 7. 16.1,500,000현금 ? ? 2공소외 302004. 7. 16.3,000,000대체공소외 4 식대별도 기소 [원심 범죄사실
제1의 가. 2)]3공소외 292004. 7. 16.3,500,000대체4공소외 312004. 7. 16.5,000,000대체5공소외 312004. 8.
10.6,000,000대체 ? ? 6공소외 292004. 12. 3.6,000,000현금 ? ? 7공소외 312004. 12. 3.4,000,000현금 ? ? 8공소외
292005. 2. 7.10,500,000현금 ? ? 9공소외 312005. 2. 7.13,500,000현금2005. 2. 7. 공소외 11 통장입금불기소10공소
외 282005. 2. 7.11,500,000현금11공소외 302005. 2. 7.8,000,000현금 ? ? 12공소외 322005. 2. 7.6,500,000현금
? ? 13공소외 292005. 2. 15.5,082,000현금연구실 운영비 통장에 입금검찰의 자금추적 과정에서 지출용도 확인[증
제594호(수사기록 41권 16741쪽), 증가제171호]14공소외 302005. 2. 15.4,158,000현금합계 ? ? 88,240,000 ? ? ?

3) 위 인정사실을 기초로 하여 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사
정, 즉 ① 이 부분 공소사실의 각 범행일자 당시의 위 7명 명의의 차명계좌의 각 예금 잔고 합계액이 이 부분 공소사
실의 각 횡령금액에 현저히 미달되는 점, ② 위 7명의 차명 예금계좌에서 출금된 내역에 의하더라도, 공소외 4의 딸
결혼식 식대로 지출하여 횡령하였다고 별도로 공소가 제기된 위 내역표의 순번 2 내지 4 부분, 2005. 2. 7. 공소외
11 명의 차명 예금계좌에 입금되었음이 인정되는데도 그 자금의 출처가 개인 후원금 및 격려금이라는 피고인의 변
소를 받아들여 공소를 제기하지 아니한 것으로 보이는 위 내역표의 순번 9, 10 부분 및 검찰의 수사과정에서 피고인
의 연구실 운영비 통장으로 입금되었음이 확인된 위 내역표의 순번 13, 14 부분을 제외한 나머지 각 거래내역은, 이
부분 공소사실의 각 횡령일자나 그 횡령금액과 비교하여, 오른쪽 표에서 보는 바와 같이 그 거래 액수나 거래일시가
현저히 차이가 나는 점, ③ 공소외 26은 수사과정에서부터 원심 및 당심 법정에 이르기까지 대체적으로 일관되게,
‘피고인은 평소에도 자신의 사무실 캐비닛에 현금을 약 5,000만 원 정도씩은 보관하여 왔고, 공소외 11 명의 예금계
좌는 2004년 9월 초순경 피고인으로부터 통장과 도장을 건네받아 외화 환전용으로 사용한 계좌인데, 이 부분 공소
사실 입금액은 피고인이 현금을 주면서 공소외 11 명의 예금계좌에 입금하라고 지시하여 자신이 입금하였다’는 취
지로 진술하고 있는 점[공판기록 9440쪽, 증제491호(수사기록 21권 13886-13887쪽)] 등 객관적인 금융거래내역이
피고인의 위 검찰에서의 자백진술과 모순될 뿐 아니라, 공소외 10 명의의 차명 예금계좌와는 달리 피고인의 연구비
나 후원금 등 각종 자금을 관리하였던 공소외 26이 공소외 11 명의의 차명 예금계좌의 입출금에 상당부분 관여하는
등 계좌관리의 밀행성 여부나 그 관리의 행태에 비추어 보면, 이 부분 공소사실의 전제사실인 공소외 11 명의 차명
예금계좌에 입금된 금원의 출처가 공소외 1 법인으로 부터 재료비를 지급받은 위 7명 명의의 차명계좌라는 점을 인
정하기 어렵다.

순번공소외 11 차명계좌7명의 차명계좌출금내역과 입금내역 비교입금일자입금액(원)그 당시까지의 출금액최종 출금일자액수 차이 (원)시간적 간격2004. 10. 7.20,000,0007,500,0002004. 8. 10.5,500,000 내지 15,048,000약 2개월 내지 3개월2004. 10. 8.22,548,00032004. 11. 16.13,000,00042005. 8. 25.50,000,00042,500,0002005. 2. 7.7,500,000약 6개월

4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

나. 공소외 1 법인 연구비 편취의 점에 대하여

(1) 공소외 1 법인 연구비의 소유권 귀속 및 타인의 재물성 인정 여부

피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단은 제2의 가. (1)항에서 본 바와 같다.

(2) 피고인의 제1심 공동피고인 2와의 공모 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 제1심 공동피고인 2는 법정 및 검찰에서 일관되게 당시 연구실의 총 책임자인 피고인이 실험재료나 기자재를 구입하는 것처럼 비용처리를 하여 운영자금을 마련하라고 지시하여 판시와 같이 허위세금계산서 등을 이용하여 이 부분 범행을 하게 되었다고 진술하고 있고[제1, 4회 공판조서, 검찰 피의자신문조서(증제715호)], 공소외 26도 검찰에서 위와 같은 취지로 진술하였으며[제5회 진술조서(증 제717호)], 피고인도 법정에서 '공소외 1 법인에 후원금이 들어왔으니 연구팀 운영비를 마련하라고 제1심 공동피고인 2에게 부탁하였고, 당연히 세금계산서나 거래명세서를 허위로 발급받아 이를 근거로 연구비를 청구하라는 의미였다.

'라고 이를 시인한 바도 있는바(제3회 공판조서), 이러한 각 진술들에도다가 당시 공소외 1 법인의 연구비는 피고인의 연구비로 지원받는 것이었으므로 이를 제1심 공동피고인 2가 피고인의 지시 없이 임의로 허위의 세금계산서까지 만들어 신청하였다고 보기는 어렵고, 제1심 공동피고인 2는 위 금원을 바로 인출하여 피고인 연구실의 운영비 등으로 사용한 것으로 보이는 점 등을 함께 모아보면, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 실험재료나 기자재를 구입한 것처럼 비용 처리하여 운영자금을 마련하라는 취지로 지시한 사실을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

1) 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계의 경우, 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고, 이에 대한 직접 증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도7625 판결 참조).

2) 원심이 적절하게 들고 있는 여러 가지 사정에다가, 제1심 공동피고인 2는 검찰 조사에서, "피고인이 저에게 '산과학교실 운영비가 필요하니 비용처리를 하여 자금 5,000만 원을 마련해 달라'고 말하였다"고 진술하였고[증제712호(수사기록 31권 19352쪽)], 피고인도 검찰 조사에서, "2000년 10월 초순경 제가 제1심 공동피고인 2 교수에게 '산과학교실 연구원들의 인건비와 여비 등 운영비가 필요하니 비용처리를 하여 운영자금을 마련해 달라'고 말을 했습니다.

"라고 인정하였으며[증제716호(수사기록 31권 19381쪽)], 공소외 26도 검찰 조사에서, "피고인 1 교수님이 제1심 공동피고인 2 교수님에게 △△대 연구실 운영과 관련하여 비용 처리를 지시하셨고, 그러한 지시를 저한테도 하셔서 제가 제1심 공동피고인 2 교수님이 발부받은 거래명세표와 세금계산서를 받아 공소외 1 법인에 비용 청구를 하였습니다. 공소외 1 법인에서 연구비가 지출되고 나서 제가 제1심 공동피고인 2 교수님으로부터 제1심 공동피고인 2 교수님의 농협 통장을 받아 5,000만 원을 현금으로 인출하여 피고인 1 교수님에게 드렸습니다.

“고 진술하여[증제717호(수사기록 31권 19392-19393쪽)], 피고인과 제1심 공동피고인 2, 공소외 26의 위 각 진술이 서로 부합하고 있다[변호인은 제1심 공동피고인 2가 최초로 작성한 진술서(증가제165호(검찰 제출의 수사기록 31권 19403-19411쪽))를 근거로 위 제1심 공동피고인 2 진술의 신빙성을 탄핵하고 있으나, 위 진술서의 전체적인 취지도 ‘운영자금이 정상적으로 책정된 항목이 아니었기에 피고인도 물품을 구입한 것처럼 공소외 1 법인에 요청하여 자금을 마련할 것으로 알고 있었을 것이나, 관련서류 및 처리 절차는 몰랐을 것이다’는 취지에 불과하고 피고인의 지시 사실 자체를 부정하고 있지는 아니하다(수사기록 31권 19411쪽 참조).].

위 인정사실을 기초로 하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인이 피고인 1 연구팀에서 기자재와 실험재료의 구매를 담당하는 책임자인 제1심 공동피고인 2에게 자금을 마련해달라고 요청한 점, ② 피고인의 위와 같은 지시가 실제 기자재나 실험재료의 구입이 예정되어 있지 않은 상황에서 이루어진 점, ③ 피고인의 위와 같은 지시내용 중 비용처리의 의미는 그 당시 제1심 공동피고인 2가 담당한 업무내용과 피고인과 제1심 공동피고인 2의 상하 지휘관계, 연구비 지급청구를 위해서는 세금계산서나 거래명세표 등 증빙자료가 필요한 점 등에 비추어 증빙서류를 허위로 만들어 이를 근거로 연구비를 청구하여 자금을 마련하라는 것이라고 해석되는 점, ④ 피고인의 지시 이후 제1심 공동피고인 2가 공소외 26을 통하여 허위의 증빙서류를 이용하여 연구비를 신청한 기관은 제1심 공동피고인 2가 아니라 피고인에게 연구비를 지원해주는 기관인 공소외 1 법인이었고, 그 후 지급된 연구비도 곧바로 공소외 26을 통하여 피고인에게 전달되어 피고인의 연구실 운영비로 사용된 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 비록 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 구체적인 자금마련 방법이나 허위의 증빙서류를 작성하는 데 도움을 받을 대상 업체의 선정 등에 관해서까지 지시하지 않았다고 하더라도, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 허위의 증빙서류로 연구비를 부당하게 지급 청구하는 방법으로 재원을 마련하라는 취지로 지시하였다고 인정하기에 충분하다.

3) 나아가 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하므로, 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 위 요건의 충족 여부에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것인데(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도3544 판결 참조), 피고인 1 연구팀의 최고책임자로서의 피고인의 지휘나 역할, 피고인의 기자재나 실험재료 구매 업무에 있어서 제1심 공동피고인 2에 대한 지휘·감독관계, 제1심 공동피고인 2의 연구비 지급청구에 따라 수령한 금원이 곧바로 피고인 연구실의 운영비로 사용되는 등 편취한 금원의 사용용도 등을 종합하여 보면, 피고인이 허위의 증빙서류를 이용한 연구비 부당청구행위를 직접 분담하여 실행하지 않았다고 하여도 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 그 범행 전체의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 이 부분 편취의 범행에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 하였다고 충분히 인정할 수 있다.

4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 공모공동정범, 범의의 인정에 관한 법리오해 주장은 이유 없다.

다.
정부 연구비 편취의 점에 대하여

(1) 원심의 판단

원심은, ○○대 연구비 관리규정(증제380호)에는, 연구책임자는 소정의 지출증빙서를 갖추어 연구비 지급 청구서를 관리과에 제출하고, 연구비의 지출은 지급받을 자의 금융기관 계좌를 이용하도록 되어 있으며(제8조), 연구비는 연구 목적 이외에 사용하여서는 아니 된다(제7조)고 규정되어 있는데, 피고인이 자인하는 바와 같이 피고인이 마치 정당하게 돼지구입비로 지출하는 것처럼 가장하여 허위 내용의 세금계산서, 거래명세표 등을 제출하는 방법으로 이 부

분 연구비를 지급받은 이상, 위 연구비의 지급을 담당하는 ○○대△△△△연구소 직원은 피고인의 기망에 의하여 착오에 빠져 이 부분 연구비를 지급한 것이 분명하고, 정부연구비는 그 성격상 용도가 엄격히 제한되어 있어 피고인이 다른 용도에 전용하려는 것을 알았다면 이 부분 연구비는 정상적으로 지급되지 아니하였을 것으로 능히 추인할 수 있으며, 피고인의 지능이나 학력, 경력 등에 비추어 이러한 사정은 피고인도 충분히 인식하고 있었다 할 것이므로, 이 부분 정부연구비가 피고인의 주장과 같이 '돼지복제 및 복제기반 연구 사업'이라는 종합적인 연구과제를 위하여 지원된 것인지 여부에 관계없이 피고인에게 이 사건 연구비 편취에 관한 불법영득의사도 있었다고 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

(가) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 관련규정에 의해 정부지원 연구비는 연구 목적 이외에 사용하여서는 아니 되고 소정의 지출증빙서를 갖추어 연구비를 지급 청구하여야 할 뿐 아니라, 위 ○○대학교연구비관리규정에 의하면, 연구책임자는 지원기관이 정한 바에 따라 연구비실행예산서를 작성하여 관리기관에 제출하여야 하고(제5조), 연구책임자는 실행예산에 따라 지출증빙서를 갖추어 연구비 지급청구서를 관리기관에 제출하여야 하며(제8조), 연구책임자는 연구비 집행이 종료되면 관리기관에 종료 사실을 통보하여야 하고, 통보를 받은 관리기관은 연구비를 정산하여 지원기관에 제출하여야 하며, 집행 잔액은 원칙적으로 지원기관의 지침에 의하여 처리한다(제12조)고 규정하고 있는 등 그 연구비의 사용 용도가 엄격하게 정해져 있고 그 청구절차에서도 구체적인 증빙이 요구되며 집행 종료시 정산절차 및 집행 잔액에 대한 처리절차까지 예정되어 있는 등 연구비 집행의 투명성을 확보하기 위한 다각도의 제도적 장치를 마련하고 있다.

(나) 위와 같은 관련규정의 내용을 기초로 하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는, 피고인이 참여한 연구용역계약의 체결경위와 계약형식, 연구비 수령을 위한 지급신청 절차와 필요한 증빙서류의 내용, 연구용역계약에 따른 연구비의 사용처 제한과 잔존 연구비의 처리절차, 피고인이 연구비를 수령하기 위하여 사용한 기망행위의 수단이나 방법 등을 종합하여 보면, 피고인이 연구비 집행기관인 ○○대△△△△연구소에 허위의 증빙서류를 제출함으로써 연구비를 지급받은 행위는 사기죄를 구성한다고 충분히 인정된다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007도7091 판결 참조).

(다) 나아가 피고인이 교부받은 연구비를 연구과제의 목적과 범위를 벗어나지 아니하는 한도에서 사용하였다고 하더라도, 기망행위를 수단으로 한 권리행사의 경우 그 권리행사에 속하는 행위와 그 수단에 속하는 기망행위를 전체적으로 관찰하여 그와 같은 기망행위가 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 없는 정도라면 그 권리행사에 속하는 행위는 사기죄를 구성하는 것인바(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도295 판결 참조), 피고인이 허위의 견적서, 세금계산서 등 증빙서류를 첨부하여 연구비 지급청구서 등을 허위로 작성하여 제출하는 방법으로 연구비를 공소외 34 명의의 농협 차명 예금계좌로 송금받은 행위는 전체적으로 관찰하여 사회통념상 권리행사의 수단으로서 도저히 용인될 수 없으므로 사기죄의 기망행위에 해당하고, 피고인의 편취 범의와 불법영득의사도 충분히 인정할 수 있다(대법원 2007. 11. 30. 선고 2007도5774 판결 참조).

피고인이 위 편취 금원 중 일부를 연구와 관련된 용도에 사용하였다고 하더라도 이는 단지 범행으로 취득한 금전의 사용방법에 불과한 것으로서 사기죄 성립에 아무런 영향을 미치지 아니한다.

(라) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 없다.

라. 생명윤리법위반의 점에 대하여

(1) 원심의 이 부분 판단요지

(가) 구성요건 해당 여부

1) 생명윤리법은 특별히 난자의 공유를 허용하는 취지의 어떠한 명시적인 규정도 두고 있지 아니할 뿐만 아니라, 입법 과정에서 난자의 매매를 처벌하기 위한 조항을 둘 필요가 있다는 제안에 따라 위와 같은 규정이 마련되었고, 외국의 다수 입법례가 난자의 공유를 허용하고 있다 하더라도, 위 법률의 입법 목적은 생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성하는 것뿐만 아니라, 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하는 것도 중요한 요소로 함께 포함되어 있는데다가(제1조 참조), 위와 같이 법문이 "금전 또는 재산상 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 난자를 제공하거나 이를 이용한"이라고 하여 포괄적으로 규정하고 있는 이상, 입법자의 의사가 반드시 직접적으로 난자를 매매한 경우만을 규제 대상으로 삼겠다는 취지였다고 볼 수 없고, 오히려 난자를 직접적으로 매매한 경우뿐만 아니라 난자의 공유 등 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼겠다는 취지라고 해석함이 상당하다.

2) 이 사건에서 난자를 기증한 불임환자들은 피고인 1 연구팀에게 난자를 제공하는지 여부와 관계없이 원래 자신들의 불임치료를 위해 이미 과배란 주사를 맞을 예정이었음에도 불구하고 그러한 비용 등을 일부 감면받았으므로 그들은 이 사건 난자 제공으로 인하여 원래 당연히 지출하게 되어 있는 비용을 일부 면하는 재산상 이익을 얻었고(이러한 점에서 불임치료와 무관한 순수 난자 공여자에게 난자 채취를 위한 과배란 주사비 등 실비를 보상하는 것과 동일하게 볼 수 없다), 피고인은 이러한 조건으로 난자를 제공받았으므로, 피고인의 이 부분 행위는 결국 위 법률 조항을 위반한 경우에 해당한다고 보지 않을 수 없다.

(나) 위법성 조각 여부

앞서 본 바와 같이 생명윤리 및 안전에 관한 법률은 직접적인 난자의 매매뿐만 아니라 난자의 공유를 포함하여 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼고 있다고 해석되는 이상, 피고인의 이 부분 행위는 원칙적으로 위법하다고 할 수 밖에 없고, 이 사건 불임환자들은 오로지 과학 연구용으로 난자를 제공한 것이고, 이 사건 불임환자들에게 제공한 재산상 이익도 사실상 난자 채취에 소요되는 실비 정도에 불과하며, 그러한 정도의 경제적 이익 제공은 연구 목적을 위한 난자공여의 활성화를 가져와 궁극적으로 과학의 발전에도 이바지하는 측면이 있다 하더라도, 이 사건의 경우 사회상규에 위배되지 아니한 정당행위가 성립하는 데 필요한 긴급성이나 보충성의 요건을 갖추고 있지는 못하다고 할 것이어서, 피고인 주장의 사정만으로 피고인의 이 부분 행위가 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(다) 법률의 착오 해당 여부

피고인은 이 사건 난자공유와 관련하여 해당 분야 전문가로 ◆◆대학교 법과대학 교수로 재직 중인 공소외 35에게 자문을 하였다고만 하고 있을 뿐, 자문내용과 그에 대한 답변이 구체적이고 상세한 것으로서 신뢰할 만하다고 볼 수 있는 자료는 보이지 아니할 뿐 아니라, 설령 위 공소외 35가 이 사건 난자 공유가 적법하다는 취지의 의견을 피력한 것이 사실이라 하더라도 이는 권한 있는 기관의 공식적인 견해가 아니라 어디까지나 개인적 견해에 불과한데다가, ◆◆대학병원의 IRB에서 위원회의 의결로 정식으로 이 사건 난자 공유가 적법하다는 견해를 피력하였다거나 피고

인들이 감독관청에 이 사건 난자공유의 적법 여부에 대하여 문의를 해 적법하다는 취지의 확인을 받았다고 볼 만한 정황이 발견되지 아니하는 점 및 그 밖에 피고인의 지능이나 학력, 경력 등을 종합하면, 위 주장과 같은 사정들만으로 피고인이 이 사건 행위가 적법하다고 믿은 데에 대하여 정당한 이유가 있었다고 보기는 어렵다.

(2) 당심의 판단

(가) 구성요건 해당성에 대하여

1) 금지규정의 적용범위에 관한 주장에 대하여

가) 주장의 요지

난자의 유상거래 금지규정은 그 법률에서의 체계상의 위치에 비추어 인공수정배아의 경우에만 적용되고, 체세포복제배아에 대해서는 적용되지 않는다.

나) 판단

생명윤리법 제13조 제3항에서는, '누구든지 금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인 또는 알선하여서는 아니 된다'고 규정하고 있고, 그 금지규정은 위 법률 제3장 '배아 등의 생성·연구' 중 제2절 '인공수정배아'의 항목 속에 위치하고 있다.

그러나 위 법률 제3장의 제3절 '체세포복제배아'의 항목에서는 일정한 연구 목적 이외의 체세포 핵이식행위를 금지하는 등의 규정을 같은 장의 다음 절에 연이어 마련하고 있고, 난자가 개념상으로 인공수정배아와 보다 직접적인 관련이 있기 때문에 위 법률에서 제3장 제2절에 위 금지규정을 두었다고 보이며, 위 금지규정이 그 정자 또는 난자의 제공 등 행위의 주체를 구별하지 아니하고 '누구든지'라는 표현을 사용하고 있고, 그 제공 등의 구체적인 목적이나 의도를 구분하고 있지 않고 있으며, 제공 등의 반대급부의 내용도 포괄적으로 규정함으로써, 일반적으로 당해 행위를 금지하는 형식으로 규정되어 있는 점에 비추어 보면, 위 법률이 총칙에 위 금지규정을 두지 아니하고 '인공수정배아'의 항목 아래 위 금지규정을 두었다는 등의 법조문의 위치만으로는 그 적용대상이 체세포복제배아를 생성할 목적 하의 위반행위가 포함되지 아니하고 인공수정배아를 생성할 목적 하에 반대급부를 조건으로 난자를 이용하는 행위로 제한된다고 보기 어렵다[정부에서 2007. 11. 6. 금지규정의 체계를 정비한 내용의 생식세포 등에 관한 법률안(증가제166호), 생명윤리 및 안전에 관한 법률 전부개정안(증가제167호)의 법안을 마련하여 국회에 제출되었다가 입법에 이르지 못하고 그 법률안이 폐기되었다는 등의 사정만으로는 위 법조항의 적용범위에 대하여 달리 해석할 수 없다.

].

2) 헌법상의 제반 원칙 위반 주장에 대하여

가) 주장의 요지

위 금지규정이 난자를 직접적으로 매매한 경우뿐만 아니라 난자의 공유 등 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼겠다는 취지라고 해석하는 것은, 헌법상 과잉금지원칙, 체계정당성의 원리, 명확성 원칙에 반한다.

나) 판단

원심도 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 위 금지규정이 직접적인 난자의 매매뿐만 아니라 반대급부를 제공하는 난자의 공유(Sharing)까지도 반대급부를 제공하지 아니하는 난자의 순수한 기증(Donation)과 구별하여 그 규제대상으로 삼고 있다고 본다 하여 죄형법정주의에 반하여 형벌법규를 함부로 유추해석하거나 확장 해석한 것이라고 할

수 없고, 일정한 합리적 수준의 보상이 뒤따르는 난자의 공유를 형사처벌의 대상에서 제외하는 것이 바람직하다고 하더라도, 난자의 이용은 인간생명의 존엄과 가치와 직접적인 관련성을 갖고 있어 필연적으로 윤리적인 문제를 야기하므로 규제 대상을 어느 정도까지 정할 것인지는 원칙적으로 입법정책의 문제로서 입법자의 폭넓은 재량에 맡겨져 있다 할 것이므로, 헌법상 과잉금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

또한 장기 등 이식에 관한 법률(이하 장기이식법이라 한다) 제37조 제1항에서 장기 등의 적출 및 이식에 소요되는 비용은 해당 장기 등을 이식받은 자가 부담한다고 규정하고 있는 반면, 생명윤리법에서는 난자의 채취비용에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하나, 장기이식법 제3조 제1호에서 정하는 신장, 간장, 췌장, 폐, 골수, 각막 등의 장기 등은 대체 불가능한 성질을 가지고 기증자의 신체적 완전성을 해하는 정도가 매우 큰 반면, 난자는 가임 여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 특성을 갖고 있어서, 위 장기 등에 비하여 유상거래의 유혹에 빠질 가능성도 더 높은 점 등 그 규제 대상의 특성이 상이하므로, 생명윤리법이 정하는 난자 매매 금지규정의 적용범위나 그 대상에 관하여 해석함에 있어서 반드시 난자의 채취비용에 관한 부분을 장기이식법의 해당 규정을 유추 적용하여야 한다거나 유추 적용하지 않는 것이 헌법상 체계정당성의 원리에 반한다고 볼 수 없다.

나아가, 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 위배되는 것이라고 볼 수 없고, 위 금지규정의 의미·내용은 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단을 기준으로 할 때 분명하게 파악할 수 있어 처벌규정으로서의 명확성도 충분히 갖추고 있다 할 것이어서 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다(생명윤리법이 2008. 6. 5.에서야 비로소 일부 개정되어 제15조의4에서 난자제공자에 대한 실비보상 규정을 마련하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 위 법률의 조항 자체가 명확성의 원칙에 반한다고 보기 어렵다).

3) 반대급부를 조건으로 한 난자 이용행위 해당 여부

가) 생명윤리법은 각종 유전자 검사와 정자, 난자의 매매 등 인간의 존엄성을 훼손하는 행위가 공공연히 자행되고 있는 실정에서 시급한 법제정을 통하여 사회적 윤리를 창출하고 규범을 세우려는 노력의 일환으로 국회 보건복지위원회에서 제안되었고[증제774호(수사기록 33권 20122-20143쪽)], 그 법률의 목적도 생명과학기술에 있어서의 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지함에 있는 것인바(생명윤리법 제1조), 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 생명과학기술의 발전을 위한 난자의 제공은 그 제공자의 경제적 동기가 아니라 순수한 자발성에 의하여 뒷받침될 것이 요청되고, 이를 확보하기 위한 수단으로서 난자제공의 무상성이 관철되어야 할 것이다.

나) 살피건대, 원심이 적절하게 실시한 바와 같이, ① 불임치료와 무관한 순수 난자 공여자의 경우에는 난자 공여의사의 결정에 의하여 비로소 난자 채취비용이 발생하는 반면, 난자를 기증한 불임환자들은 난자 공여의사의 결정 여부에 관계없이 원래 자신들의 불임치료를 위해 이미 과배란 주사비 등의 비용 지출이 예정되어 있었기 때문에 각각 비용은 발생 원인이나 그 성격에 있어서 규범적으로 본질적인 차이가 있는 점, ② 비용 지출이 예정된 경우에 그 비용을 감면해 주는 것은, 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지하려는 생명윤리법의 입법목적에 위배될 가능성이 매우 높은 점에 비추어 위 법조항에서 정하는 포괄적인 반대급부에 포섭된다고 해석하여야 할 필요성도 있는 점, ③ 가임 여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 난자의 고유한 특성에 비추어, 난자의 제공이 어떠한 형태로든 재산상 이익의 취득과 결부되면 신중한 의사형성의 과정도 없이 보다 쉽게 난자 제공의사를 결정함으로써 난자 공여의 순수성이나 자발성 원칙을 훼손할 위험성이 증대되는 점을 종합하면, 불임시술을

받는 환자들에게 과배란 주사비 등의 비용 감면의 이익을 알려주면서 잉여난자의 제공을 권유하는 것은 위 법조항이 금지하는 난자의 유상거래에 해당한다고 평가하지 않을 수 없다.

다) 따라서 이 부분 공소사실의 난자 기증자는 난자의 제공으로 인하여 당연히 지출하게 되어 있는 비용을 일부 면하는 재산상 이익을 얻었고, 피고인도 이러한 재산상 이익을 제공하는 것을 조건으로 난자를 제공받았으므로, 피고인의 행위는 결국 위 법률 조항을 위반한 경우에 해당한다.

(나) 위법성 조각 사유의 존재 여부에 대하여

피고인의 이 부분 행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당행위에 해당할 수 없다는 취지의 원심의 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 정당행위의 성립범위에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

(다) 법률의 착오 해당 여부에 대하여

- 1) 형법 제16조에서 “자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니 한다”라고 규정하고 있는바, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가하여야 한다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2007도1915 판결 참조).
- 2) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, ◆◆대학병원의 기관생명윤리심의위원회(IRB)에서 위원회의 의결로 정식으로 이 사건 난자 공유가 적법하다는 견해를 피력하였다거나 피고인이 감독관청에 이 사건 난자공유의 적법 여부에 대하여 문의를 해 적법하다는 취지의 확인을 받았다고 볼 만한 정황이 발견되지 아니하고, 피고인이 난자공유의 적법성 여부를 확인하였다는 법률전문가인 ◆◆대학교 법학과 교수 공소외 35는 검찰 조사에서 피고인에게 난자에 대한 보상비 관련 자문을 해 준 사실을 부인하였을 뿐 아니라[증제809호(수사기록 28015쪽, 당심 공판기록에 편철)], 당심 증인으로 출석하여서도, 2005. 1. 17. 개최된 ○○대학교△△과대학 IRB 자문회의에 참석하여 불임시술 과정에서 잉여난자를 제공받는 경우에 그 불임시술 비용을 할인해 주는 것은 허용될 수 없고 순수하게 실비를 제공하는 것은 가능하다는 취지로 의견을 개진하였다는 것이므로, 피고인이 그와 같은 반대의견마저 존재하는 상황에서 순수한 난자 제공자가 아니라 불임시술을 받는 환자로부터 잉여난자를 제공받으면서 그 시술비용을 감면해 주는 것의 위법성 여부를 확인하는 데 진지한 노력을 다하였다고 볼 수는 없다 할 것이어서, 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한다고 오인한 데 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다.
3. 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 검사의 논문조작에 관한 입증의 정도

- (1) 과학적 판단의 영역에 있어서, 과학논문은 그 논문작성자가 그 내용이 진실하다는 입증을 할 책임이 있고, 이를 입증하지 못하여 해당 논문의 근거가 되는 실험 자료가 부족하거나 조작되었다는 의심을 받는 경우, 그 정도에 따라 당해 논문이 취소되거나 논문 조작의 정도가 중한 경우에는 학계에서 퇴출되는 등의 불이익이 발생할 수 있다.

한편, 과학의 발달에 있어서 중요한 의미를 갖는 과학논문일수록 발표된 이후 다른 연구자들의 후속 연구의 기초가 되기 때문에 후속 연구자들에 의하여 그 과학논문의 실험 내용에 대한 재연구와 검증 절차가 뒤따르는 것이 보통이고,

그와 같은 후속 연구에 의해 그 논문의 진실성이 의심됨에도 논문작성자가 그 논문의 진실성을 적극적으로 입증하지 못하는 경우에 과학자로서 그에 따른 사실상의 불이익을 감수하도록 하는 것은 과학계 스스로의 자정작용의 일환으로서 그 유용성을 인정할 수 있을 것이다.

- (2) 그러나 논문조작이 어떠한 범죄의 구성요건을 구성하는 행위로 평가될 수 있는지의 여부는 사법적 판단의 범주에 속하고, 우리 헌법은 형사법의 영역에서 국민의 기본권을 보장하기 위하여 죄형법정주의와 함께 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항)을 채택하고 있는바, 형사소송법이 그 구체적인 실효성 확보수단으로서 채택한 증거재판주의(형사소송법 제307조)에 의하여, 검사는 공소를 제기한 범죄사실에 대한 입증책임을 지고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하며, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.

더구나 최첨단의 과학 분야에 있어서는 인간의 제한된 인식능력이나 그 시대의 과학기술의 발달수준이 한계로 작용하기 때문에 과학적 진실 자체를 확정하기가 어렵고, 이와 같이 진실 확정의 어려움에 따른 불이익을 앞서 본 과학계 스스로의 정화작용과 마찬가지로의 논리를 채용하여 피고인에게 부과하는 것은 우리 헌법과 형사소송법이 채택한 무죄추정의 원칙과 증거재판주의의 본질을 훼손하는 것이어서 허용될 수 없다.

나. 2004년 논문조작 관련 사실오인 주장에 대하여

- (1) DNA 지문분석 검사 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

2003년 5월 초순경 ○○대 연구실에서, 피고인은 공소외 12로부터 NT-1 줄기세포의 침전물로부터 유전자지문분석 시료를 추출하는 과정에서 실수로 시료채취에 실패하였다는 보고를 받자, 우선 NT-1 줄기세포의 유전자지문분석 시료 없이 위 줄기세포에 대한 난자 및 체세포 제공자로 알고 있던 공소외 36(실제 난자 및 체세포 제공자는 공소외 37)의 체세포에서 추출한 유전자 지문분석 시료만 보내서 유전자지문분석검사를 의뢰하도록 지시하고, 이에 따라 공소외 12는 제1심 공동피고인 5에게 피고인의 지시를 전달하고, 제1심 공동피고인 5는 공소외 36의 체세포에서 추출한 유전자지문분석 시료를 NT-1 줄기세포와 체세포용 튜브에 각 나눠 담아 그 사실을 모르는 국립과학수사연구소 서부분소 유전자분석실장인 공소외 38에게 유전자지문분석을 의뢰한 후, 2003. 5. 6. 공소외 38로부터 공소외 36의 체세포와 줄기세포의 유전자지문이 일치하는 것으로 분석된 결과를 피고인 2의 이메일로 송부받아, 공소외 12, 제1심 공동피고인 5는 이를 논문에 게재할 수 있도록 컴퓨터를 이용하여 편집하는 방법으로 그림을 만들어 제1심 공동피고인 3에게 전달하고, 제1심 공동피고인 3은 이를 사이언스 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림4의 A, B, C 중 'donor'와 'SCNT-hES-1' 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1673쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 제1심 공동피고인 5와 공소외 12는 검찰조사를 받는 과정에서, 체세포 시료를 둘로 나누어 검사를 의뢰했는지와 피고인의 지시가 있었는지에 관하여 그 진술이 일관되지 않고 수차례 번복이 이루어졌고, 2005. 12. 22.경 ○○대 조사위가 조사를 시작한 이후 제1심 공동피고인 5와 공소외 12의 전화통화 내용과 ○○대 조사위에서 진술한 내용 등이 공소사실에 부합하는 듯한 제1심 공동피고인 5와 공소외 12의 이 부분 진술과 배치되는 점, ② 체세포 핵이식 과정 이후인 줄기세포주의 수립·배양업무는 ◇◇◇◇에서 파견된 공소외 12, 제1심 공동피고인 5가 담당하였고, 최초 검찰 조사 당시에도 피고인과 ◇◇◇◇ 측은 논문조작의 책임을 서

로 전가하고 있던 상황이었는에도, 제1심 공동피고인 5와 공소외 12는 수사과정에서 처음에는 피고인이 지시하여 DNA 지문을 조작하였다고 진술하지 않은 점, ③ 이 사건 DNA 검사 및 이후의 공소외 12와 피고인의 대화 또는 전화통화 내용에서도, 피고인이 공소외 12에게 한 질문의 내용은 DNA 지문검사의 조작 사실을 알지 못하는 것을 전제로 하고 있는 점, ④ 이 사건 NT-1은 세계 최초로 수립된 체세포 핵이식 인간 배아줄기세포주임을 증명하기 위한 과학적 근거로서 DNA 지문분석 검사결과가 매우 중요하였을 것으로 보이는데, 피고인이 그 최초의 DNA 검사시부터 그 결과를 조작할 아무런 이유가 없어 보이고, 피고인은 NT-1이 수립된 이후, 소멸 위험을 분산시키기 위해 ◇◇◇◇ 등 국내 연구소나 대학뿐만 아니라 영국, 미국 등의 국외 연구소나 대학에 공동연구의 목적으로 NT-1을 분양하였는바, 피고인이 이 사건 DNA 검사를 조작하였다면, 위와 같이 조작사실이 탄로 날 위험을 무릅쓰고 분양을 하지는 않았을 것으로 보이는 점, ⑤ 제1심 공동피고인 5는 2003년 9월 말경 NT-1 배아체 DNA 검사, 2004년 2월경 및 같은 해 9월경 ◇◇◇◇ 정기검사, 2005년 10월경의 핵형검사 등 2003년 5월경 이후의 NT-1에 대한 DNA 및 핵형 검사 과정에서 NT-1의 검사결과를 조작하였고, ○○대 조사위의 조사과정에서 공소외 12에게 NT-1의 2003년 5월경 최초 DNA 지문분석검사의 과정에 대한 허위 진술을 부탁하거나 공소외 39 등을 동원하여 증거인멸을 하면서 위 NT-1에서 DNA를 추출한 'SCNT1' 튜브도 폐기하도록 한 점에 비추어 제1심 공동피고인 5의 위와 같은 검사결과 조작과 증거인멸 등 행위의 동기가 피고인의 지시 없이 2003년 5월경의 DNA 검사를 조작한 후 이를 감추기 위한 것이었을 가능성을 배제하기 어려운 점을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 공소외 12, 제1심 공동피고인 5에게 NT-1의 DNA 검사시 체세포 시료를 나누어 보내는 방법으로 위 검사를 조작하도록 지시하였거나, 이를 알고 있었다고 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 2003년 5월 초순경 DNA 지문분석 검사가 나온 이후, ◇◇◇◇가 선임한 공소외 38에 의하여 2003. 8. 22. 및 2003. 8. 23. 비관련자 검사가 12개의 시료에 대하여 시행되었고, 그 비관련 공여자의 혈액은 ◇◇◇◇에서 준비되었으며 DNA를 추출한 후 연휴 기간 중에 제1심 공동피고인 5에 의하여 공소외 38에게 직접 전달되었는데, 그 검사시료에는 실제 공여자로 오인되었던 공소외 36의 시료는 포함되어 있지 않았는바(증거 제84호증의5), 원래 비관련자 검사는 그 개념상 실험대상에 NT-1을 포함시키지 않고 비관련자의 시료만을 제공하여 종전 실험의 오류 가능성을 검증하는 것이긴 하나, 사이언스지에 논문을 투고하였다가 보완을 요구하는 심사평에 따라 실시된 위 2003. 8. 23. 비관련자 검사 당시에는 네이처(Nature)지로부터 논문투고가 이미 거절되었고 NT-1의 상태가 호전되어 시료가 충분한 상황이었으며 사이언스지로부터 비관련자 검사와 함께 테라토마 실험을 요구받았으므로 상당한 시일이 걸리는 테라토마 실험의 특성상 충분한 시간적 여유가 있었다고 할 것인데, 피고인이 2003년 5월 초순경의 최초 DNA 지문분석 검사를 공소외 36의 혈액을 나누어 담아 의뢰하는 방법으로 조작을 지시하였다면, 피고인으로서 비관련자 검사를 실시할 실질적인 의미나 효용성이 전혀 없다는 것을 알고 있었다고 보이는데도, 최초 DNA 지문분석 검사 이후 DNA 지문분석에 관해서는 실질적으로 처음 실시하는 비관련자 검사에서 NT-1의 시료를 그 대상으로 포함시켜 실험을 의뢰하지 아니하고 비관련자들에 대한 시료만으로 실험을 의뢰한 점, ② 제1심 공동피고인 5는 미국에 체류하던 중 공소외 40과의 전화통화에서 피고인을 호칭하면서 욕설을 하는 등 피고인에 대한 감정이 극도로 나빠진 상황에서[증제346호(수사기록 13권 9371-9372쪽)], 피고인이 자신에 대하여 검찰에 수사를 요청한 이후인 2005. 12. 24. 미국에서 귀국한 후, 2005. 12. 27. ○○대조사위의 조사를 받으면서 조사

위원으로부터 논문조작에 관하여 피고인이 조작지시를 한 부분을 정리해달라는 요청을 받고 "2005년 Science 논문 Data 조작에 관한 지시사항"이라는 문서를 작성하였는데, 그 문서의 내용에 'DNA 지문분석과 HLA(면역적합성) typing 등에 대한 시료 공급과 분석에 관해서는 직접 지시를 받지는 않았으나 제1심 공동피고인 3 교수로부터 진행 사항에 대해 보고받았을 것으로 생각합니다.

'라고 기술하였는바[증인 제1심 공동피고인 5의 원심 법정진술(공판기록 4676-4677쪽), 증제346호(수사기록 40권 9450-9452쪽)], 피고인이 줄기세포의 검증에 있어서 기초가 되는 DNA 지문분석에 관하여 조작을 지시하였다면, 제1심 공동피고인 5로서는 당연히 자신의 책임을 모면하기 위하여 그 지시사실을 기재하였을 것으로 보이는 데도 제1심 공동피고인 5는 위 문서를 작성하면서 2004년 논문의 DNA 지문분석에 관한 조작 지시는 물론 2005년 논문의 DNA 지문분석에 관한 조작 지시에 대해서도 별다른 언급을 하지 않은 점, ③ 공소외 36은 2002년경 가출하여 휴대전화 번호도 자주 바꾸는 등으로 이 사건 DNA 지문분석 검사 당시에는 연락이 되지 않는 상태이었는데, 난자제공 당시 건강검진을 받으면서 혈액을 채취하였으나 그 후 피고인에게 따로 혈액을 기증하지는 않았다고 진술하고 있고[증제17호(수사기록 1권 471쪽)], 피고인은 2003년 4-5월경 이 사건 DNA 지문분석 검사를 위하여 2003. 2. 3. 난자를 기증한 공소외 36의 소재를 파악하려고 하였는데[증인 공소외 41의 원심 법정진술, 증제29호(수사기록 1권 700쪽)], 피고인이 이와 같이 DNA 지문분석 검사를 위하여 난자기증자로 오인한 공소외 36의 소재를 파악하려고 한 이유는 ○○대 연구실에서 체세포 시료 채취를 위한 혈액을 보관하지 않았기 때문이라고 보이고, 피고인의 요청으로 공소외 12와 제1심 공동피고인 5가 피고인 2를 찾아가 ◇◇◇◇의 냉동고에 보관되어 있던 공소외 36의 혈액을 가져온 점[증제72호(수사기록 2권 1479-1482쪽)]에 비추어 보면 그 당시는 NT-1 핵이식이 최초로 성공한 초기 단계이기 때문에 줄기세포 수립을 위한 검증실험의 사전준비나 진행절차가 확립되어 있지 아니하여 피고인으로서의 세포배양과 검증실험에 관해서는 전적으로 ◇◇◇◇의 공소외 12 등에게 의존하고 있었다고 보이는 점, ④ 피고인은 공소외 12가 공소외 14 교수가 재직하던 미국 ●●●●대학에 유학을 간 후 미국 출장길에 ●●●●대학에도 NT-1을 분양하려고 하였으나, 공소외 14 교수가 ●●●●가 속한 펜실베이니아주에서는 인간복제가 금지되어 있다며 피고인에게 직접 전화하여 NT-1을 가지고 오지 말라고 하여 피고인이 인천공항에까지 가지고 갔던 셀(cell)을 ○○대 연구소로 되돌려 보낸 점[증제29호(수사기록 1권 733쪽)] 등을 아울러 종합하여 보면, 공소외 12 및 제1심 공동피고인 5의 진술 반복 경위, 이 사건 DNA 지문분석 검사 당시 피고인의 ◇◇◇◇ 측에 대한 의존의 정도, 이 사건 DNA 지문분석 검사 및 이후의 피고인과 공소외 12와의 대화 내용, 국내외 연구소에 NT-1을 광범위하게 분양하는 등 DNA 지문분석 검사 이후 피고인이 취한 행동이나 태도, 피고인의 조작 동기의 의문점, NT-1에 대하여 그 후 실시된 DNA 및 핵형검사 과정과 제1심 공동피고인 5의 조작행위의 경위나 그 반복성 등에 비추어, 합리적 의심의 여지없이 피고인이 공소사실 기재와 같이 공소외 12, 제1심 공동피고인 5에게 NT-1의 DNA 검사시 체세포 시료를 나누어 보내는 방법으로 위 검사를 조작하도록 지시하였다거나, 그와 같은 조작사실을 알고 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다는 취지의 원심 판단은 정당하다.

(2) RT-PCR 검사 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

사이언스 측에서 NT-1 줄기세포가 처녀생식에 의한 줄기세포일 가능성이 있다고 의문을 제기하면서 이에 대한 입증을 요구하여 미국 미시간 주립대학 공소외 42(영문자 생략) 교수가 원숭이 처녀생식 여부를 판단하면서 사용한 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응(RT-PCR) 검사 방법을 이용하여 NT-1에 대하여 처녀생식 여부를 검사하였으나 줄기

세포에 특징적인 부계유전자와 모계유전자가 모두 제대로 발현되지 아니하자, 동물실험의 경우 배반포를 가지고 위 검사를 많이 실시하는 점에 착안하여 인간난자의 배반포나 배아를 이용하여 위 검사를 실시한 다음 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 2003년 9월~10월경 사이 ○○대 연구실에서 ○○대 연구원인 공소외 43으로 하여금 인간난자에 핵이식을 한 배아 중 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 같은 연구원인 공소외 13에게 전달하도록 하고, 공소외 13은 위 배아를 이용하여 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응 검사를 실시한 다음 해당 부분을 'hNT-BL'이라고 기재한 검사표를 만들어 제1심 공동피고인 3에게 이메일로 송부하고, 제1심 공동피고인 3은 마치 NT-1 줄기세포로 검사를 한 것처럼 'hNT-BL' 부분을 'SCNT-hES-1'으로 수정한 후, 이를 사이언스지 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림4의 D 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1673쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 공소외 13이 수행한 NT-1에 대한 RT-PCR 검사의 실험결과와 관련하여서는 일부 검사사진만이 남아 있을 뿐, 달리 실험일지나 검사결과를 확인할 수 있는 자료가 남아 있지 않은바, 2004년 논문에 사용된 RT-PCR 검사결과가 NT-1이 아닌 배아 또는 배반포를 사용하여 얻은 검사결과라고 볼 직접적인 증거는 없고, 관련 자료를 공소외 13이나 피고인 측이 의도적으로 은닉하였다는 정황 또한 찾아볼 수 없는 점, ② 공소외 43의 진술에 의하더라도 제1심 공동피고인 3이 검사 조건이 잘 잡히지 않는다는 취지의 말을 한 사실이 있다는 것이고, 증제18호에 첨부된 각 서류에도 위와 같은 모계유전자의 프라이머 조건을 잡기 위한 실험 과정이 일부 기재되어 있는 점을 고려하면, 공소사실과 같이 NT-1에 대하여 여러 차례 실험을 하였는데 제대로 된 결과가 나오지 않았다고 단정하기는 어려운 점, ③ 이 사건 RT-PCR 검사에서 'BL'이라는 표시가 반드시 배반포 또는 동결 배아를 사용한 검사결과를 의미한다고 단정할 수는 없고, 위 ○○대 비밀문서 중 'hNTBL'의 표기가 2004년 논문에는 'SCNT-hES-1'로 변경되어 있다고 하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과로 조작한 것이라고 단정하기는 어려운 점, ④ 공소외 43, 12는 위 RT-PCR 검사에 직접 관여하지 않은 연구원들로서, 위 실험이 조작되었을 것이라는 그들의 각 진술은 실험사진에 'NT BL'이라고 기재되어 있고, 위 ○○대 비밀문서에도 'hNTBL'로 기재되었다가 2004년 논문에는 'SCNT-hES-1'로 기재되어 있다는 것을 근거로 한 추측에 불과하고, 공소외 13 및 제1심 공동피고인 3 역시 검찰 조사시 'BL'로 기재되어 있으면 배반포로 했을 수도 있을 거라는 취지의 진술을 한 사실은 있으나, 이 역시 검사사진 및 위 ○○대 비밀문서에 표시된 'BL'이라는 단어만을 근거로 추측한 것에 불과한 점, ⑤ 가사 배아에 대한 RT-PCR 검사결과가 NT-1에 대한 검사결과로 조작되었다고 하더라도, 피고인이 이 사건 RT-PCR 실험에 직접 관여하여 공소외 43, 13 및 제1심 공동피고인 3에게 동결 배아로 RT-PCR 검사를 하도록 지시하였다는 점에 관하여는 이를 인정할 아무런 증거가 없는 점을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 동결 배아를 이용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 공소외 43 및 공소외 13, 제1심 공동피고인 3에게 지시하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과인 것처럼 2004년 논문에 게재하였거나, 그러한 사정을 알고 있었다고 인정하기 어렵다.

(다) 당심의 판단

이 사건 공소사실의 핵심은 인간난자에 핵이식을 한 배아 중 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 이를 대상으로 RT-PCR 검사를 하였다는 것이고, 그 사실의 기초가 되는 정황은, 공소외 43은 제1심 공동피고인 3이 2003년 9월~10월 말경 자신에게 RT-PCR 검사 조건이 잘 잡히지 않는데 발달 정지된 핵이식 배아로 조건을 한번 잡아 보겠다는 취지로 이야기를 하면서 동결 배아를 모아 달라고 하여 자신이 공소외 13에게 이를 건네주었다고 진

술하고 있는 점 및 공소외 13이 제1심 공동피고인 3에게 검사결과를 송부하면서 검사표에 검체를 'hNT-BL'이라고 표시하였고, 공소외 43이 공소외 14와 공소외 42에게 NT-1에 대하여 브리핑을 하려고 작성하였다는 ○○대 비밀문서에 RT-PCR 검사에 대하여 'hNTBL'이라고 표기한 반면, 2004년 논문에서는 이를 'SCNT-hES-1'으로 수정되어 있다는 점인바, 원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① RT-PCR 검사는 특정검체에서 부계, 모계의 각인유전자 중 어떤 각인유전자가 발현되었는지의 여부를 추적함으로써 생식기전을 입증하려는 검사로서 유전자 지문분석 검사와는 달리 동일성 (Identity) 자체를 검증하는 검사가 아니므로, 검사결과 어떤 각인 유전자가 발현되었느냐의 여부를 알 수 있을 뿐, 사후에 어떤 검사결과가 어떤 검체로부터 도출된 것인지를 직접 규명할 수는 없고, 필요하다면 해당 검체에 대하여 다시 검사를 하여 동일한 검사결과가 나오는지를 검증해 볼 수밖에 없는 것인데, 누구든지 사람의 체세포를 검체로 하여 실험을 수행하기만 하면 실험자는 언제든지 부계·모계 각인유전자가 모두 발현하는 동일한 결과를 원하는 대로 얻을 수 있음에도, 피고인이 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 RT-PCR 검사를 하도록 지시하였다고는 경험칙상 납득하기 어려운 점[증인 공소외 13의 원심 법정진술(공판기록 4775-4777쪽), 증제32호(수사기록 34권 806쪽)], ② RT-PCR 검사를 주관한 제1심 공동피고인 3은 '피고인은 RT-PCR 검사에 대하여 잘 모르시기 때문에 검사결과지를 보여주지는 않았고, 검사결과만 부계유전자가 발현되었다는 취지로 구두로만 보고를 하였습니

다. '라고 진술하여 피고인의 지시에 의한 검사조작 사실을 부인하였고[증제193호(수사기록 36권 3944쪽)], 수사과정에서 피고인과 적대적인 관계에 있던 공소외 43도 '제1심 공동피고인 3의 지도 아래 공소외 13이 RT-PCR 검사를 담당하였다'고 진술하여 위 제1심 공동피고인 3의 진술 내용에 일부 부합하는 점[증제62호(수사기록 2권 1331쪽)], ③ RT-PCR 검사를 직접 담당한 공소외 13의 검찰 진술도 "사진과 결과지에 모두 'BL'로 기재되어 있는 것을 보면 배반포로 실험을 하였을 것 같으나, 핵이식된 배반포의 양이 적기 때문에 실험용으로 받았을 가능성이 희박하고, 'BL'을 시료로 받은 기억이 전혀 나지 않는다.

"는 취지일 뿐이므로 RT-PCR 검사의 시료로 동결 배아가 사용되었다고 단정하기는 어려운 점[증인 공소외 13의 원심 법정진술(공판기록 4758-4759쪽), 증제102호(수사기록 36권 2026-2039쪽)], ④ 동물의 배반포에 대한 실험을 주로 담당하여 왔던 공소외 13이 제1심 공동피고인 3에게 검사결과를 송부하면서 검사표에 검체를 'hNT-BL'이라고 표시한 것은 이른바 검사 의뢰방법으로 통용되는 Blind Test의 특성에 기인하였을 가능성이 있고, SCNT(Somatic Cell Nuclear Transfer, 체세포 핵이식 줄기세포)라는 용어는 2004년도 논문을 게재하면서 비로소 그 특성을 표현하기 위하여 사용되었을 뿐 그 이전인 RT-PCR 검사를 시행할 때는 그러한 용어를 사용하지는 않았다고 보이는 점 등을 아울러 종합하여 보면, 앞서 본 정황사실만으로는 합리적 의심의 여지없이 피고인이 공소사실 기재와 같이 동결 배아를 이용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 공소외 43 및 공소외 13, 제1심 공동피고인 3에게 지시하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과인 것처럼 2004년 논문에 게재하였다거나, 그러한 사정을 알고 있었다고 인정하기 어렵다는 원심의 판단은 정당하다.

(3) 면역염색 사진 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

2004년 1월경 피고인 및 제1심 공동피고인 3은 공소외 12가 ◇◇◇◇ 연구소에서 미리 편집하여 보낸 논문상의 그림 2의 면역염색사진을 가지고 미국 ○●○●○대학공소외 14 교수 연구실에 가서 그와 함께 검토한 다음 전화로 공소

외 12에게 "음성대조군(Negative control)중 SSEA-1 면역염색사진인 D 부분의 사진에 줄기세포가 2개 나타나고 해상도가 좋지 않다.

NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진이라도 괜찮으니 좋은 사진으로 보내달라."고 지시하고, 이에 따라 공소외 12는 ◇◇◇◇ 연구소에서 수립한 수정란 줄기세포의 SSEA-1 면역염색사진 중에서 해상도가 좋은 사진을 골라 이메일로 제1심 공동피고인 3에게 송부하고, 제1심 공동피고인 3은 이를 다시 원래의 SSEA-1 면역염색사진과 교체한 다음 사이언스 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림2의 D 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1671쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인은 NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진을 2004년 논문의 면역염색 검사결과에 사용하는 것을 알고 있었던 것으로 보이기는 하나, ① 면역염색검사에서 음성대조군(Negative control)의 역할은 검체의 표지인자에 결합하는 1차 항체를 처리하지 않아 면역염색 현상이 일어나지 않았을 때의 결과를 실험대상인 NT-1의 면역염색결과와 비교하기 위한 것으로서, 위 검사결과와 진실성과는 아무런 관련이 없는바, 위 음성대조군은 면역염색현상이 일어나지 않은 배아줄기세포이면 가능한 것이지 반드시 NT-1을 사용할 필요가 없으므로, NT-1이 아닌 다른 세포를 음성대조군으로 사용한 행위 자체에 문제가 있다고는 볼 수 없고, ② 설령 이러한 부분도 논문의 조작으로 볼 여지가 있다 하더라도, 직접 공소외 12와 전화 통화를 한 제1심 공동피고인 3도 문제의 사진이 NT-1에 대한 것이 아님은 알았지만 이 사건 실험과 전혀 무관한 ◇◇◇◇ 수정란 줄기세포의 대조군인 것까지는 전혀 몰랐다고 진술하고 있으므로, 피고인이 이러한 사정을 알았다고 단정하기는 더욱 어렵다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 음성대조군의 기능이나 역할에 비추어 이 부분 사진 교체 행위가 논문의 조작이라고까지 보기 어렵다는 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(4) 소결론

따라서 검사의 논문조작 내용이나 범위에 관한 사실오인 주장은 모두 이유 없다.

다.

사기죄의 성립여부에 대한 판단

(1) 논문조작 관련 객관적 사실과 피고인의 인식 내용의 확정

사기죄는 주관적 구성요건 요소로 고의가 필요한 고의범이고, 제3자의 행위에 의하여 피고인의 인식 내용이 객관적 사실과 달라진 경우에는 자기책임의 원칙에 따라 행위 당시의 객관적인 사실에 관계없이 피고인이 당시 인식하고 있는 사정을 기준으로 하여 기망행위를 인정할 수 있는지의 여부와 그 범의를 추단할 수 있는지의 여부를 판단하여야 한다.

따라서 피고인이 공소외 5 회사 및 농협으로부터 연구비를 후원받은 2005년 9월 당시를 기준으로 하여, 판단의 편의를 위하여 2004년 논문과 2005년 논문에서의 줄기세포 수립여부와 그 실험 데이터의 진실성에 대한 객관적 사실 및 형사재판에 있어서 증거재판주의에 의하여 규범적으로 확정되는 피고인의 인식 내용을 정리하면 다음 표 기재와 같다.

[2004년도 논문]

(NT-1 : 줄기세포주로 실존하나, 처녀생식 여부에 대해서는 논란이 있음)

종류검사종류객관적 사실피고인의 관여 여부 등에 대한 판단피고인의 인식 내용NT-1DNA 지문분석2003년 5월경 체세포만으로 분석 검사하여 체세포와 NT-1의 검사결과가 일치하도록 조작피고인이 조작을 지시했거나 조작사실을 알았다고 볼 수 없음피고인은 DNA 지문분석이 정상적으로 실시되었다고 인식RT-PCR동결 배아로 실험한 결과를 NT-1로 검사한 것처럼 조작하였는지 여부가 불분명함NT-1이 아닌 동결 배아로 RT-PCR 검사를 하였다고 단정할 수 없고, 그렇지 않다고 하더라도 피고인이 지시했거나 이를 알고 있었다고 볼 수도 없음피고인은 RT-PCR 검사가 정상적으로 실시되었다고 인식면역염색 사진실제 검사는 했으나, SSEA-1 음성대조군 사진을 NT-1이 아닌 ◇◇◇◇ 사진으로 대체실제로 면역염색 실험결과가 나왔고, 단지 음성대조군 사진 1장에 다른 줄기세포 사진이 사용된 것은 검사결과의 진실성과 관계없음이 부분 사진의 대체가 검사결과의 진실성에는 영향이 없으므로, 피고인이 이를 인식하고 있었다고 하더라도 범의 인정에 있어서 중요한 사항이 아님테라토마 DNA검사배아체 DNA 지문분석 결과를 NT-1의 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 조작피고인의 조작 관여사실이 인정됨피고인이 이 부분 각 조작사실을 알았으나, 논문발표 이전인 2004. 2. 6.경 실제로 테라토마 실험은 성공함테라토마 사진◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마로 NT-1의 테라토마인 것처럼 허위로 사진을 게재피고인의 조작 관여사실이 인정됨

[2005년도 논문]

(NT-2 내지 12 : 제1심 공동피고인 5가 섞어심기하였거나 실제로는 수립되지 아니하여, 줄기세포주로 실존하지 아니함)

종류실체검사종류객관적 사실피고인의 관여여부피고인의 인식 내용NT-2Miz-4배아체형성검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기함×피고인은 NT-2, NT-3이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, 일부 실험 데이터를 조작함△ 다른 모든 검사는 정상적으로 실시되었고, 그 중 DNA, 면역적합성 검사결과는 제1심 공동피고인 5가 섞어심기를 숨기려 허위로 조작함NT-3Miz-8테라토마형성검사△ NT-2의 배아체 사진 조작○△ NT-3의 배아체 사진, 테라토마 사진 조작(다만, 논문 제출 이전에 NT-2, 3의 테라토마 실험은 성공하였음)면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기하였음×피고인은 NT-4 내지 7이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, NT-4 내지 7이 오염사고로 소멸하였음에도 실험 데이터를 조작함NT-4Miz-4핵형검사NT-5Miz-4배아체형성검사△ 2005. 1. 9.경 오염사고로 소멸됨NT-6Miz-6테라토마형성검사NT-7Miz-6면역적합성검사△ NT-4 내지 7의 각 검사결과 조작○DNA지문분석검사NT-8Miz-7면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기함×피고인은 NT-8, 10, 11이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, 실험 데이터를 조작함핵형검사NT-10Miz-10배아체형성검사△ NT-8, 10, 11의 각 검사결과 조작○테라토마형성검사NT-11Miz-2면역적합성검사(테라토마는 NT-8만 해당함)DNA지문분석검사실존하지 않음면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5의 섞어심기가 없었고, 줄기세포주로 수립되지 않음○피고인은 NT-9, 12가 핵이식 후 콜로니 형성에 이르지 못하여 줄기세포주로 수립되지 않았음에도, 콜로니가 형성되어 줄기세포로 실존하고 있는 것처럼 실험 데이터를 조작함핵형검사NT-9배아체형성검사△ NT-9의 각 검사 조작NT-12면역적합성검사△ NT-12의 면역적합성검사, DNA 지문분석 검사 조작DNA지문분석검사

(2) 공소외 5 회사에 대한 기망행위 또는 편취의 범의 및 인과관계의 존재 여부

(가) 논문조작 행위 부분

1) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요부분에 관한 것임을 요하지 않으며, 상대방을 착

오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초사실에 관한 것이면 충분하고, 어떤 행위가 다른 사람을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는가의 여부는 거래의 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적·객관적으로 판단해야 할 것이고(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7459 판결 참조), 한편 사기죄의 기망은 편취 또는 이득의 수단으로서 행하여지는 것이어서 피기망자의 재산적 처분행위를 하게 하는 행위로서의 성격을 갖는 것이므로, 상대방을 착오에 빠지게 하였다 할지라도 그 착오에 기하여 상대방으로 하여금 재산적 처분행위를 하게 한 행위가 아니라면 그 행위는 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가할 수 없다.

2) 앞서 본 피고인의 인식 내용을 기초로 하여 피고인의 논문조작 행위가 기망행위를 구성하는 지에 관하여 본다.

가) 우선, 2004년 논문의 경우에는 피고인이 위 논문 제출 당시에는 테라토마 실험결과를 얻지 못하여 NT-1 배아체의 DNA 지문분석 검사결과를 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 바꾸고, ◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마 사진을 마치 NT-1의 테라토마 사진인 것처럼 조작하였으나(다만, 이후 NT-1의 테라토마가 형성된 결과를 얻었다), 피고인은 NT-1이 수립된 이후 그 검증을 위하여 DNA 지문분석 검사, 핵형검사, 배아체형성 검사, 면역염색(HLA) 검사, RT-PCR 검사 등의 일련의 검증실험을 모두 실시하여 2004년 논문을 발표하였고, NT-1이 줄기세포로 수립되었던 것은 사실일 뿐 아니라, 그 줄기세포성 여부에 관한 핵심적인 검증실험인 DNA 지문분석 검사를 조작하는 데 피고인이 관여하였다는 점을 인정할 신빙성 있는 증거가 없고, RT-PCR 검사가 조작되었다거나 그 조작에 피고인이 관여하였다는 점을 인정할 명백한 증거가 없는 이상, 피고인은 공소외 5 회사와 이 사건 연구비 후원계약을 체결할 당시에는 NT-1이 자가핵이식 줄기세포주인 것을 확실히 믿고 있었다고 볼 수밖에 없다.

나) 다음으로 2005년 논문의 경우에는, 11개의 줄기세포주(NT-2 내지 12) 중 NT-9, 12를 제외한 나머지는 제1심 공동 피고인 5가 섞어심기한 것이고, 그 이외에도 NT-13(2005. 3. 9. 콜로니 형성), NT-14, 4+(2005. 4. 22.경 각 콜로니 형성)의 줄기세포주도 수립된 것처럼 제1심 공동피고인 5가 섞어심기를 하여, 실제로는 2005년 논문과 관련한 연구결과로서 환자맞춤형 줄기세포주는 하나도 존재하지 않았으나, 피고인은 제1심 공동피고인 5의 위와 같은 범행을 모르고 있었던 사실은 명백한바(검사도 그와 같은 사실을 전제로 이 부분 공소를 제기하였다), 2005년 논문의 최종 수정 및 재투고가 이루어질 당시인 2005. 4. 25.에는 피고인은 NT-2 내지 8, 10, 11, 13, 14, 4+ 등 12개의 환자맞춤형 줄기세포주가 실제로 수립(콜로니가 형성된 상태)되었다고 믿고 있었고, 그 중 NT-2, 3에 대하여는 면역염색검사, DNA 검사, 핵형검사, 테라토마 형성 검사, 면역적합성 검사 등 그 검증실험을 실시하여 정상적인 검사결과가 나왔는데, 제1심 공동피고인 5는 NT-2, 3에 대한 위 각 검사 중 DNA 검사, 면역적합성 검사는 수정란 줄기세포인 경우 체세포와 일치하는 검사결과가 나오지 않아 섞어심기 사실이 탄로 날 수 있었으므로 체세포만을 검사의뢰하는 방법으로 위 DNA 및 면역적합성 검사결과도 조작하였고, 나머지 검사는 세포의 동일성을 확인하는 검사가 아니어서 수정란 줄기세포로 검사의뢰를 하여도 정상적인 검사결과가 나오기 때문에 실제 NT-2, 3으로 검사가 이루어졌으며, 피고인은 위와 같은 DNA, 면역적합성 검사결과 조작사실도 전혀 모른 채 위 각 검사결과가 정상으로 나오자 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 보인다.

다) 이상과 같은 피고인의 인식 내용을 종합하면, 피고인이 비록 일부 검증 실험의 각종 데이터를 조작하였다고 하더라도, NT-1이 자가핵이식 줄기세포주인 것을 확실히 믿고 있었고 피고인이 조작에 관여한 검증 실험의 범위나 정도에 비추어 적어도 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 할 것이다.

3) 또한 피고인이 줄기세포주가 수립되었다고 확신하면서 일부 검증 실험의 각종 데이터를 조작한 행위 자체가 재물의 편취 또는 재산상 이익의 취득 수단으로서 이루어졌다고 보기 어려우므로, 논문 조작행위 자체가 곧바로 그 논문의 성과를 믿고 연구비를 후원하려는 잠재적 피해자를 상대로 재산적 처분행위를 하도록 한 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가하기는 어렵다.

4) 따라서 앞서 본 위 각 논문의 본질적 부분에 해당한다고 할 수 있는 줄기세포주의 수립 여부에 대한 피고인의 인식 내용, 피고인의 위 각 논문의 작성시기와 공소외 5 회사와의 연구 후원금 지원에 관하여 협의를 시작한 시기의 선후 관계 및 그 시간적 간격, 공소외 5 회사와의 후원계약 체결의 경위 등을 종합하면, 피고인이 위 각 논문을 작성할 당시부터 장차 불특정의 기업이나 단체로부터 연구 후원비 명목으로 금원을 편취할 고의 내지 의도 하에, 줄기세포를 전혀 수립한 바가 없는데도 마치 그러한 과학적 성과가 있는 것처럼 논문을 조작하였다고 보기는 어렵다.

(나) 언론 인터뷰 및 강연 행위 부분

1) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 이 사건 공소사실에서 기망행위의 내용으로 적시하고 있는 피고인의 인터뷰나 강연 내용 중 줄기세포의 연구에 따른 난치병 치료 등에 관한 전망을 언급한 부분은 피고인의 개인적인 전망 또는 판단을 밝힌 것으로서, 피고인이 이를 일부 과장하여 발표한 것이 사실이라고 하더라도, ① 2005년 논문에서도 "이 연구에서의 환자맞춤형 줄기세포는 질병의 진행을 이해하고 약물생산을 도울 수 있을 것으로 기대된다.

물론 환자의 세포를 이용한 줄기세포가 아직은 완전하지 않기 때문에 곧바로 이식치료에 이용될 수는 없다.

게다가 세포가 임상에 사용되기 전에 환자맞춤형 체세포 핵이식 유래 인간배아줄기세포의 생물학적 특성이 반드시 규명되어야 하고, 신뢰할 수 있는 분화기술이 확립되어야 하며, 미분화세포 및 잠재적 병원체를 완전히 배제할 수 있어야 한다.

"라고 그 한계 및 앞으로 연구되어야 할 과제 등을 명백히 밝히고 있고, ② 2005년 논문의 성과가 사실이라고 하더라도 환자맞춤형 줄기세포가 실제 임상에 적용되고 환자치료에 이르기까지는 많은 어려움과 상당한 시간이 소요될 것임은 일반인도 쉽게 예측할 수 있다고 보이며, ③ 공소외 5 회사의 이 사건 연구비 후원도 그 후원의 경위 등에 비추어 어떠한 반대급부를 조건으로 하거나 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 한 것이라기보다는 단순히 피고인이 계속 줄기세포 등 생명공학 관련 연구를 할 수 있도록 지원하는 의미로 보인다.

2) 또한 피고인이 그 검증 실험의 각종 데이터를 조작하였지만 줄기세포주가 수립되었다고 확신하면서 인터뷰나 강연 내용 중 줄기세포의 연구에 따른 난치병 치료 등에 관한 전망을 언급한 행위 자체가 재물의 편취 또는 재산상 이익의 취득 수단으로서 이루어졌다고 보기 어려우므로, 언론 인터뷰나 강연 행위 자체가 곧바로 그 논문의 성과를 믿고 연구비를 후원하려는 잠재적 피해자를 상대로 재산적 처분행위를 하도록 한 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가하기는 어려운 점을 아울러 고려해 보면, 피고인이 인터뷰나 강연을 통하여 줄기세포 연구의 실용화 가능성을 과장하였다고 하더라도 공소외 5 회사에 대한 관계에서 무슨 별도의 기망행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(다) 후원계약 체결 과정에서의 기망행위 부분

1) 적극적 기망행위 존재 여부

가) 검사는, 피고인이 공소외 5 회사의 공소외 7에게 마치 그 논문의 내용과 기자회견 결과가 사실인 것처럼 행세하면서 추후 줄기세포 연구가 상용화될 때 유리한 기회를 주겠다는 취지로 말하여 공소외 5 회사로부터 연구비 명목으로 10억 원을 교부받았다는 취지로 주장한다.

나) 이에 대하여, 원심은 그 판시와 같은 연구비 후원계약의 체결 경위와 그 내용에 관한 사실을 인정한 다음, 이 사건 연구비 후원계약의 체결 목적, 연구과제의 포괄성, 연구과제 수행결과의 소유권 귀속, 이 사건 연구비 후원계약의 체결 경위를 종합하면, 공소외 5 회사는 피고인의 줄기세포 연구를 위해 별다른 반대급부를 조건으로 함이 없이 이 사건 연구비를 후원하기로 한 것으로 봄이 상당하고, 공소외 5 회사가 줄기세포의 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 이 사건 연구비를 후원했다고도 보이지 않을 뿐 아니라, 연구비 후원 과정에서 피고인이 공소외 5 회사 측에게 '줄기세포의 상용화가 되면 공소외 5 회사에게 유리한 기회를 줄 수 있지 않겠냐.'라는 취지로 말을 한 사실이 있다고 하더라도, 위 연구비 후원에 대한 반대급부로서 위와 같은 내용이 합의서에 명시적으로 기재되어 있지 않은 이상, 이는 연구의 가시적 성과가 나올 경우 공소외 5 회사 측과 협력하여 사업을 진행할 수도 있다는 가능성을 언급한 것에 불과하고 위 연구비의 반대급부로서 약정된 것이라고는 보기 어렵다고 판단하였다.

다) 원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인이 공소외 5 회사와 연구비 후원계약을 체결하는 과정에서 공소외 5 회사를 적극적으로 기망하는 행위를 하여 그 후원계약을 체결하였다고 인정하기 어렵다는 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

2) 논문조작사실 묵비행위

가) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이고, 그 중 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 그 사실을 고지하지 아니함을 말하는 것으로서, 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다(대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도1033 판결 참조).

보다 구체적으로는, 재산권에 관한 거래관계에 있어서, 일방이 상대방에게 그 거래에 관련된 어떠한 사항에 대하여 이를 고지하지 아니함으로써 장차 그 거래관계의 효력 또는 채무의 이행에 장애를 가져와 계약상의 채권을 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서 이를 상대방에게 고지하지 아니하고 거래관계를 맺거나 그러한 상태를 묵비하여 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 받고 상대방은 그와 같은 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래관계에 임하지 아니하였거나, 이를 지속하여 재물 등의 교부를 하지 아니하였을 것이 명백한 경우, 그 재물의 수취인에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고 이를 고지하지 아니한 것은 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다 할 것이나, 법률관계의 효력에 영향이 없고 상대방의 권리실현에 장애가 되지 아니하는 사유는 이를 고지할 의무가 없는 것이다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 판결, 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도882 판결, 대법원 1985. 3. 12. 선고 84도93 판결 각 참조).

나) 원심이 적절하게 설시한 바와 같이, 이 사건과 같이 과학논문에 있어서 그 데이터의 오류 내지는 과장, 허위 게재가 이루어진 경우, 그 논문 조작행위 자체가 논문심사기관의 심사업무를 방해하는 정도에 이르렀다면 업무방해죄의 형사적 책임을 지는 것은 당연하다.

그러나 기업이나 공익적 단체의 과학자에 대한 연구비의 지원은 그 과학자가 이룩한 전체적인 연구 성과 및 그 해당 분야에서의 발전 가능성과 연구비가 지원되는 분야에서의 과학기술 발달이 사회나 국가 나아가 인류의 삶의 질 향상에 이바지하는 정도 등 다양한 고려요소와 기준에 의하여 이루어지는 것이지, 그 과학자가 발표한 개개 논문의 구체적이고도 세부적인 내용의 정확성이나 진실성에만 좌우된다고 볼 수 없고, 더구나 최첨단의 과학기술 분야에서는 인간의 인식능력이나 그 시대의 과학발달 수준의 한계로 인하여 연구의 과정이나 결과에 있어서 불확실성 또는

경제적으로 효용가치가 높은 연구 성과를 도출하는 데 실패할 위험성이 상존하고 있으므로, 연구비 지원은 어떠한 구체적이고도 가시적인 연구 결과를 목적으로 하거나 그러한 연구 결과를 대가관계로 하여 이루어지기는 어렵고, 기업의 사회적 책임이행의 차원에서의 이익의 환원이나 선의에 바탕을 둔 자발적 기부와 일환으로 이루어지는 것이 보통이므로, 객관적이고 이기적인 행위 주체를 상정하여 이해관계의 합리적 조정이 중요한 판단요소로 작용하는 일반적인 재산상 거래와는 그 성질이 다른 특수성이 있다고 할 것이다.

따라서 논문 조작행위 자체에 대한 범죄의 성립 여부가 문제되는 것이 아니라 그 논문의 조작 이후 논문의 연구 성과와 관련하여 연구비를 지원받은 행위의 형사적 책임이 문제되는 경우에, 앞서 본 최첨단 과학기술 분야에 있어서의 연구비 지원이 갖는 특수성을 고려할 때 선행의 논문조작 행위 사실만으로 어떠한 예외도 없이 그러한 조작사실을 고지하지 아니한 행위가 부작위에 의한 기망행위에 해당한다고 볼 수는 없고, 그 논문조작 행위의 조작내용과 조작부분이 그 논문에서 차지하는 위치나 중요성, 연구비 지원의 동기 및 구체적인 목적 등을 종합적으로 고려하여 논문조작 행위가 있었음을 알았다면 실제의 연구 성과가 사실이라고 하더라도 연구비 지원을 하지 않았을 것이 명백한 경우에 한하여 논문조작 사실에 대한 불고지 내지 묵비가 사기죄의 기망행위로 평가된다고 할 것이고, 나아가 편취의 범의나 상대방의 착오와 연구비 지급행위 사이의 인과관계 존부에 관해서도 더욱 신중히 판단하여야 할 것이다.

다) 앞서 본 각 법리를 전제로 하여 각 논문의 데이터 조작사실을 고지하지 아니한 행위가 부작위에 의한 기망행위를 구성하는지에 대하여 본다.

먼저, 2004년 논문의 데이터 조작사실을 고지하지 아니한 것이 기망행위를 구성하는 지 여부에 대하여 살피건대, ① 공소외 5 회사의 ▽▽▽▽재단을 통한 피고인에 대한 연구비 후원의 동기는, 그 후원계약의 경위나 약정 내용 등에 비추어 보면, 어떠한 반대급부를 조건으로 하거나 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 한 것은 아니라 세계 최초의 핵이식 배아줄기세포주인 NT-1이 수립되었다는 사실 그 자체에 대한 것으로 봄이 상당하고, 그러한 연구 성과가 현실적으로 존재하고 있는 이상, 비록 그 논문 작성과정에서의 일부 조작이 있었다고 해도 이를 고지하지 않고 묵비한 것이 어떠한 기망행위에 해당한다고 보기는 어려운 점, ② 피고인의 인식 내용을 기초로 할 때 2004년 논문의 NT-1이 줄기세포주로 수립되었다고 할 것이므로, 그 검증 데이터 중 일부에 불과한 테라토마 관련 부분의 조작여부가 위 후원계약의 본질적인 내용과 관련된 사항이라고 할 수 없는 점, ③ 공소외 5 회사 측이 2004년 논문 내용 중 테라토마 관련 부분만이 조작되었으나 이후 실제 테라토마가 형성되었다는 사실을 알았다면 이 사건 연구비를 후원하지 아니하였을 것이라고 단정할 수 없으므로, 기업이이익의 사회적 환원의 일환으로 공소외 5 회사가 위 후원계약을 체결함에 있어서 이 부분 조작사실이 그 계약체결 여부를 좌우할 정도로 중요하게 고려할 만한 사항에 속한다고 보기도 어려운 점을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비를 후원받는 과정에서 2004년 논문의 테라토마 관련 조작 사실을 숨겼다고 하여 공소외 5 회사를 속여 연구비를 편취한 것이라고 평가하기는 어렵다.

다음으로 2005년 논문의 조작사실을 고지하지 아니한 것이 기망행위를 구성하는 지 여부에 대하여 살피건대, 피고인은 제1심 공동피고인 5의 섞어심기 범행과 그 범행의 은폐를 위한 DNA, 면역적합성 검사결과 조작사실도 전혀 몰랐던 점에 비추어 적어도 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 보이고, NT-4 이후의 각 줄기세포주 역시 NT-2, 3과 동일한 과정에서 수립되었으므로 별다른 문제가 없는 환자맞춤형 줄기세포주라고 믿었다고 보일 뿐, 피고인이 2005년 논문에서 NT-4 이후의 데이터 조작을 할 당시, 환자맞춤형 줄기세포주가 존재하지 않는 것을

알았거나, 수립된 줄기세포주가 환자맞춤형 줄기세포주가 아닐 가능성을 인식하면서도 허위로 그 검증결과를 조작한 것은 아니라고 할 것인바, ① 공소외 5 회사 측은 '세계 최초의 환자맞춤형 배아줄기세포주가 수립되었고, 체세포 복제에 의한 배아줄기세포주의 수립효율이 향상되어 줄기세포를 이용한 난치병 환자의 치료가능성이 커졌다'라는 2005년 논문의 연구 성과를 믿었기 때문에 별다른 조건 없이 피고인에게 연구비를 후원하게 된 것이므로, 위 후원계약의 근본적인 동기는 환자맞춤형 배아줄기세포주의 수립과 그 상용화 가능성의 증대에 있는 것이고, 피고인의 인식 내용과 같이 환자맞춤형 줄기세포가 수립된 것을 전제로 한다면 이에 부수하는 검증 데이터의 진실성이나 무오류성은 위 후원계약의 본질적인 내용과 관련된 사항이라고 할 수 없는 점, ② 공소외 5 회사가 위 후원계약에서, 실제 연구 성과의 진위와는 별개로 위 논문이 사이언스지에 게재되는 자체를 연구비 지급의 전제조건으로 하였다거나, 실제로 환자맞춤형 줄기세포주가 존재하는 경우에도 그 논문작성 과정의 문제점으로 인해 위 논문이 취소될 경우 당연히 연구비 지원을 하지 않았을 것이라고 단정할 수는 없는 점, ③ 피고인은 위와 같이 제1심 공동피고인 5의 섞어심기 범행 등을 몰랐기 때문에 자신이 달성하였다고 믿고 있던 연구 성과를 기초로 줄기세포의 연구에 사용하기 위해 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비 후원을 받은 것으로 보일 뿐, 실제로는 환자맞춤형 줄기세포주가 전혀 수립되지 않았음을 인식하면서도 이를 숨긴 채 공소외 5 회사로부터 연구비를 후원받았다고는 보이지 아니하는 점을 종합하여 보면, 피고인이 편취의 범의를 가지고 공소외 5 회사로부터 ▽▽▽▽재단을 통하여 연구 후원금을 지원받았다고 보기는 어렵다.

라) 따라서 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때, 피고인의 2004년 및 2005년 각 논문 조작행위의 내용이나 그 정도, 공소외 5 회사의 이 사건 후원의 목적이나 경위 등에 비추어 보면, 이 사건 후원계약을 체결할 당시 피고인에게 위 각 논문의 데이터 조작사실을 고지하여야 할 선행행위에 의한 작위의무가 있다가나 피고인이 신의성실의 원칙에 따른 보증인적 지위에 있었다고 보기 어렵고, 피고인이 단순히 후원계약을 체결하면서 위 각 논문의 데이터를 조작한 사실을 고지하지 않았다는 부작위를 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비를 편취할 고의 내지 의도에 의한 기망행위와 동등할 정도에 이르렀다고 평가하기 어렵다.

(라) 인과관계의 존재 여부

- 1) 우선 2004년 논문의 조작 및 그 조작사실 묵비에 관하여 보면, 공소외 5 회사로서는 피고인이 위 논문 제출 당시에는 테라토마 실험결과를 얻지 못하여 NT-1 배아체의 DNA 지문분석 검사결과를 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 바꾸고, 테라토마 사진을 조작한 사실을 알았다고 하더라도, 그 후원의 경위나 동기에 비추어 연구비 후원을 하지 않았을 것이라고 단정할 수 없으므로, 이 부분 행위와 연구비 후원 사이에는 상당인과관계가 있다고 보기 어렵다.
- 2) 다음으로 2005년 논문의 조작 및 그 조작사실 묵비에 관하여 보면, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 공소외 5 회사로서는 실제 환자맞춤형 줄기세포주가 전혀 수립되지 않았다는 객관적 사실을 알았다면 이 사건 연구비를 후원하지 않았을 것이라고 충분히 인정할 수 있으나, 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때 실제 환자맞춤형 줄기세포주가 12개나 수립되었지만 위 논문의 실험 데이터가 일부 조작된 경우까지 공소외 5 회사 측에서 이 사건 연구비를 후원하지 않았을 것이 명백하다고는 쉽사리 단정할 수 없으므로, 피고인의 그와 같은 묵비 내지 불고지 행위와 공소외 5 회사의 이 사건 후원금 지급행위 사이에 인과관계가 있다고 보기도 어렵다.

(3) 농협에 대한 기망행위 및 편취의 범의 존재 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이므로, 그 수단에 특별한 제한이 없어 명시적·묵시적 행위는 물론, 부작위도 포함될 수 있으나, 어떤 부작위가 사기죄를 구성하는 기망행위에 해당하기 위해서는 행위자가 상대방의 착오를 제거해야 할 이른바 보증인의 지위에 있어야 한다고 전제한 다음, 공소사실 자체에 "2004년도 및 2005년도 사이언스 논문 조작 및 생명윤리 및 안전에 관한 법률 위반 사실 등을 숨긴 채"라고 기재되어 있을 뿐 아니라, 과학 논문의 조작이나 관련 연구과정에서의 법령위반 행위 등은 사기죄가 보호하고자 하는 법익(재산)과 직접적인 관련이 없어 이러한 행위만으로 곧바로 사기죄에서의 묵시적 기망으로 평가하기는 어려우므로 결국 부작위에 의한 기망 여부만이 문제될 것인데, 피고인이 먼저 농협에 어떠한 후원요청을 한 사실이 있음을 인정할 증거가 없고, 오히려 공소사실 기재 자체에 의하더라도 공소외 8 주식회사의 사장 공소외 9가 먼저 연구비 지원 의사를 밝혀 피고인이 단순히 이를 승낙하였을 뿐이라는 것이며, 나아가 공소외 9, 45, 46, 47, 48의 각 원심 법정 진술, 농협의 내부 기안서와 출연증서[증제400호(수사기록 17권 11462-11471쪽)]의 각 기재 등 기록에 의하면, 지원할 연구비의 용도나 액수 등은 오로지 농협 자체적으로 정하였고, 피고인이 이에 관하여 무슨 의견을 표시하거나 특별히 요청을 한 적은 없는 사실, 출연증서 상에도 "피고인 1 교수님께서 평소 농촌과 농축산업 발전을 위해 적극 노력해 주신데 감사드리며 질병발생이 없는 가축의 생산과 가축개량을 통한 생산성 향상 등 국내 농축산업의 경쟁력 제고를 위한 연구 활동에 더욱 힘써 주실 것을 4백만 농업인과 함께 염원하며, 이 뜻을 담아 축산발전 연구 후원 기금으로 위 금액을 출연합니다."라고 되어 있어 용도가 '축산발전 연구 후원기금'임을 알 수 있는바, 사정이 이러하다면 이 사건 농협의 연구지원금은 결국 줄기세포 연구와 관련된 논문조작이나 생명윤리 및 안전에 관한 법률 위반 여부 및 이에 대한 허위 과장 발표 등과는 무관하여 피고인이 이에 대하여서도 적극적으로 진실을 알려야 할 무슨 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없고, 이 사건 연구지원금의 출연 경위나 목적에 비추어, 피고인에게 농협을 기망하여 이 사건 연구지원금을 편취한다는 사기의 범의나 무슨 불법영득의 의사가 있었다고 단정하기도 어렵다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 사실을 오인하거나 기망행위, 편취의 범의 또는 보증인적 지위의 인정 여부에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(4) 소결론

이상의 이유를 종합하면, 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때, 피고인이 이 사건 연구비를 편취할 고의 내지 의도로 줄기세포를 전혀 수립한 바가 없는데도 마치 그러한 과학적 성과가 있는 것처럼 각 논문을 조작하였다고 보기 어렵고, 피고인이 인터뷰나 강연을 통하여 줄기세포 연구의 실용화 가능성을 과장하였다고 하더라도 공소외 5 회사나 농협에 대한 관계에서 무슨 별도의 기망행위에 해당한다고 보기도 어려우며, 피고인의 각 논문의 데이터 조작행위나 인터뷰 및 강연 행위와 공소외 5 회사 및 농협의 연구비 후원 사이에 상당인과관계를 인정하기도 어렵다.

나아가 피고인이 공소외 5 회사 및 농협으로부터 이 사건 연구비를 후원받는 과정에서 각 논문의 조작 사실을 숨겼다고 하더라도 그 후원계약의 체결경위나 계약의 목적, 피고인이 관여한 논문조작 행위의 내용이나 그 정도, 피고인의 논문의 진실성 여부에 대한 구체적인 인식의 정도 등에 비추어, 피고인에게 편취의 범의가 있었다거나 피고인이 각 논문의 데이터를 조작한 사실을 고지하여야 할 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 결국 피고인이 공소외 5 회사 및 농협을 속여 연구비를 편취한 것이라고 평가하기는 어렵다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 없다.

4. 피고인 2의 양형부당 주장에 대한 판단

가. 피고인은 아무런 전과가 없는 초범인 점, 과도하게 경직적인 연구비 집행구조가 피고인이 이 사건 범행에 이르게 된 하나의 원인이었다고 보이는 점, 피고인이 이 사건 편취금을 자신의 사익을 위해 개인적인 용도로 사용하지는 않은 것으로 보이는 점, 피고인이 그동안 과학자로서 수정란 줄기세포 연구 등에서 많은 업적을 남겨 국내의 생명공학 기술 발전에 크게 기여해 온 점, 이 사건으로 문제의 연구과제가 강제 종료됨에 따라 지원받은 연구비 중 정부 출연분과 기업체의 출연금이 각 기관의 출연비율에 따라 이미 회수된 점, 피고인이 재판과정을 통하여 경솔한 판단으로 물의를 일으킨 점에 대하여 깊이 반성하고 있는 점 등의 유리한 정상은 있다.

나. 그러나 이 사건 범행은 피고인이 허위의 세금계산서와 거래명세표 등을 이용하여 총 5회에 걸쳐 합계 58,141,300원의 연구개발비를 편취한 사안으로서, 그 범행수단에서 나타나는 범의의 정도나 피해액의 규모에 비추어 죄질이나 범정이 좋다고 보기 어려운 점, 이 사건 사기죄의 법정형은 10년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금형인데, 피고인이 현재 대학교수의 신분에 있는 점을 감안하여 원심이 벌금형을 선택한 것 자체로 이미 피고인에 대하여 충분한 선처가 이루어졌다고 평가되고, 당심에 이르러 원심의 양형을 변경할만한 아무런 사정변경이 없는 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경, 범행의 동기와 경위, 범행의 수단이나 방법, 범행 후의 정황 등 이 사건에 나타난 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정들을 종합하여 보면, 원심의 형이 너무 무거워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

다.

따라서 피고인의 양형부당 주장은 이유 없다.

5. 결론

원심판결의 유죄부분에 대한 피고인 1의 사실오인 주장은 원심판결의 범죄사실 제1의 가. 1)항 중 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌에 분산 입금하여 은닉·소비한 부분에 한하여 일부 이유 있으므로, 이 부분과 포괄일죄를 인정한 원심 범죄사실 제1의 가.항 전체는 그대로 유지될 수 없고, 원심이 피고인 1에 대한 이 부분 업무상횡령의 범죄사실과 당심도 유죄로 인정하는 나머지 범죄사실을 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 하여 하나의 형을 선고하였으므로 피고인 1에 대한 원심판결의 유죄부분 전부가 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그렇다면 원심판결 중 피고인 1의 무죄부분에 대한 검사의 항소와 피고인 2의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하고, 피고인 1의 원심판결 중 유죄부분에 대한 항소는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로, 검사의 피고인 1 부분에 관한 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1(유죄부분에 대한 사실오인 또는 법리오해)

(1) 공소외 1 사단법인 연구비 횡령의 점

(가) 공소외 1 사단법인(이하 '공소외 1 법인'이라고 한다)은 공익법인으로서 그 기본재산의 취득에 이사회 결의가 필요한데, 출연기관들로부터 기부금을 후원받으면서 이사회 결의를 거치지 아니하였으므로, 이 사건 기부금이 공소외 1 법인의 소유로 귀속되었다고 할 수 없다.

공소외 1 법인이라는 법인은 기부금에 대한 회계처리의 방편에 불과하였고 인적결사체로서 법인의 기본사항을 반영하는 정관이나 조직구성이 없으며, 설립 이래 이사회나 총회를 개최한 바도 없는 등 사단법인의 실체를 갖추지 못하고 있었다.

연구비의 관리 집행 및 정산에 관한 규정이나 절차 등 아무런 기준도 정한 바 없고, 연구비의 출금은 피고인 연구팀이 일방적으로 결정하여 요청하는 대로 출금이 이루어졌으며, 모두 피고인 1 연구팀의 생명공학 연구에만 지원되었고 그 연구 성과에 대한 보고나 확인을 한 사실도 없으며 연구비로 취득한 기자재나 연구 성과물에 대한 권리를 취득한 바도 없다.

이런 점에 비추어 공소외 1 법인이 소유권의 주체가 될 수 없을 뿐 아니라, 피고인에게 임의 사용이 승낙된 연구비가 타인의 재물이라고 보기 어렵고, 자금의 전달 역할만 담당한 공소외 1 법인과 피고인 사이에 실질적인 위탁관계가 존재한다고 보기도 어려워 피고인이 타인의 재물을 보관하는 지위에 있다고 볼 수 없다.

(나) 원심판결 별지 (2) 범죄일람표와 관련하여, 일반적으로 동물이나 사람의 난자를 정상적인 거래를 통해 매수하기가 사실상 불가능해서 피고인이 그러한 난자를 취득하기 위한 비용으로 사용하기 위해 부득이 차명계좌를 사용하였을 뿐이므로, 공소외 2 등 7명의 차명계좌에서 다시 공소외 10과 공소외 11의 차명계좌로 입금한 사실만으로는 불법영득의사의 실현행위로 평가할 수 없고, 특히 공소외 11의 차명계좌에 입금된 자금은 공소외 2 등 7명의 차명계좌에 보관하던 공소외 1 법인의 연구비라는 점을 인정할 증거가 부족하며, 공소외 4 교수의 자녀 결혼식 식대 명목으로 지급된 금원은 그 출금 당시 피고인이 식대를 초과하는 피고인 개인 소유의 금원을 연구팀이 사용하는 다른 계좌에 입금한 점에 비추어 불법영득의 의사를 인정할 수 없다.

(2) 공소외 1 법인 연구비 편취의 점

공소외 1 법인 연구비는 앞서 본 바와 같은 공소외 1 법인과 피고인과의 실질적 관계에 비추어 피고인과 그 연구팀의 생명공학 연구라는 포괄적 용도로 사용이 일임된 금원이고, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 '연구원들의 인건비와 여비 등 운영비가 필요하니 실험재료나 기자재를 구입하는 것처럼 비용처리를 하여 운영자금을 마련하라'는 지시를 한 사실도 없으며, 가사 그러한 지시를 하였다고 하더라도 원래의 용도대로 적합하게 사용되었으므로 이를 편취하였거나 공소외 1 법인에게 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

(3) 정부 연구비 편취의 점

정부 연구비는 '돼지복제 및 복제기반 연구 사업'이라는 종합적인 연구과제를 위하여 지원된 것이어서 그 연구의 특수성, 추상성, 포괄성, 개방성으로 인하여 사용용도를 엄격하게 일의적으로 제한하는 것은 무리가 있는 점을 고려하면, 피고인이 연구비를 그와 같은 목적과 범위를 벗어나지 아니하는 한도에서 사용하였으므로 불법영득의사를 인정할 수 없다.

(4) 생명윤리및안전에관한법률위반의 점

생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 생명윤리법이라 한다)의 입법목적과 금지규정의 취지, 입법 연혁, 관련법과의 균형 및 사회상규에 비추어 볼 때, 난자기증자가 생명공학 연구에 보탬이 되고자 순수한 동기로 난자를 기증하고 난자수증자가 그 기증의사를 받들어 난자채취에 관련된 비용을 부담하였다고 하여, 생명윤리법에서 금지하고 있는 '금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부'를 제공하였다는 구성요건적 행위에 포섭시킬 수 없을 뿐 아니라, 위법성이 결여되어 범죄가 성립하지 아니하고, 법률전문가의 조언에 따른 행위로 정당한 이유가 있어 법률의 착오에 해당한다.

나. 검사(피고인 1에 대한 부분)

(1) 무죄부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 논문조작 관련 사실오인 또는 법리오해

1) 검사의 논문조작에 관한 입증의 정도

논문의 기초가 된 실험결과 자체가 나오지 않았음에도 그와 같은 결과가 나온 것처럼 조작하거나 실험결과를 조작한 후 그 실험데이터를 폐기한 경우에 있어서는, 사후적으로 조작사실을 입증하는 것이 사실상 불가능하므로, 공소사실에 대한 검사의 입증정도가 '논문에 기재된 실험결과나 데이터가 존재하지 않는다, 피고인이 가지고 있는 자료에는 논문에 기재된 실험결과나 데이터가 존재하지 않는다'는 정도로 충분하다고 보아야 한다.

2) 2004년 논문조작 행위 중 원심 배척 부분

가) DNA(유전자) 지문분석 검사 조작에 관하여, ① 공소외 12 및 제1심 공동피고인 5는 검찰에서의 진술이 변경되었지만 공판과정에서는 일관된 진술을 하고 있고, 최초 진술 당시에는 피고인을 배신하기 어려웠던 상황이었으며, 그들이 피고인의 지시 없이 임의로 시료를 조작할 아무런 동기가 없는 점, ② 피고인은 2003년 5월경 네이처(Nature)지에 NT-1에 대한 논문을 투고하는 데 시간이 촉박하였을 뿐 아니라 DNA 검사도 NT-1 자체가 아니라 그 침전물을 사용하는 등 검사에 사용할 수 있는 NT-1 세포의 숫자가 부족하였으므로, DNA 지문분석 검사결과를 조작할만한 동기가 있었던 점에 비추어 피고인이 공소외 12에게 DNA 지문분석 검사를 조작하라고 지시하였다고 충분히 인정된다.

나) 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응(RT-PCR) 검사 조작에 관하여, ① 공소외 13이 NT-1으로 RT-PCR 검사를 하여 부계 및 모계 유전자가 발현된 결과를 얻었다는 직접적인 실험데이터 또는 관련 사진이 없는 점, ② 2003. 10. 6. 실험결과 사진에는 부계유전자(SNRPN, ARHI)의 유전자 증폭이 이루어졌으나 같은 달 9일의 실험사진에는 부계유전자 중 ARHI만 발현된 것으로 나오는데, 이는 NT-1에 대한 RT-PCR 검사가 실패한 것으로 볼 수 있는 점, ③ 통상 'BL'이라는 약어는 배반포(Blastocyst)를 의미하는데, 2003. 10. 14. 실험결과 사진에는 검체를 'NT BL'이라고 기재한 것이 있고, ○○대 비밀문서에도 NT-1의 RT-PCR 검사결과가 부계 및 모계유전자가 모두 발현되었다고 적시되어 있는 부분에 'hNTBL'으로 기재되어 있는데, 그 후 발표된 2004년 논문에는 'hNTBL' 표시가 'SCNT-hES-1'로 변경되었는바, 위 ○○대 비밀문서는 피고인이 보고받은 내용이므로 피고인이 2004년 논문에 위와 같은 임의적 변경이 이루어진 사실을 알았다고 인정되는 점, ④ 제1심 공동피고인 3이 피고인의 지시 없이 2004년 논문을 조작할 아무런 이유가 없는 점을 종합하면, 피고인이 제1심 공동피고인 3으로 하여금 실제로는 NT-1에 대한 RT-PCR 검사결과가 나오지 않자, 배아 또는 배반포를 사용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 마치 NT-1으로 검사를 한 것처럼 조작하였을 가능성이 매우 높다.

다) 면역염색 사진조작에 관하여, 논문에 음성대조군으로 사용한 세포의 사진이 면역염색 실험과정에서 작성된 것이 아님에도 이를 사용한 것은 논문데이터를 조작한 것이고, 제1심 공동피고인 3, 공소외 12의 각 진술에 의하면 피고인이 공소외 14(영문자 생략)와 같이 있을 때 '더 이상 없으면 NT-1이 아니더라도 음성대조군이 있으면 보내라'고 하여 공소외 12에게 전화를 한 사실이 인정되므로, 피고인이 NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진을 2004년 논문의 면역염색 검사결과에 사용한다는 사실을 알고 있었던 것이 분명하다.

(나) 작위 또는 부작위에 의한 기망행위의 구성 여부

1) 핵이식 배아줄기세포의 확립 여부를 확인함에 있어서 가장 중요한 것은 ① 체세포 공여자의 세포가 정확하게 복제되었는지 여부, ② 기관분화가 가능한 줄기세포인지 여부인데, 피고인은 2004년 논문과 관련하여, 복제의 정확성을 검증하기 위한 기초검사인 DNA 지문분석 실험에서부터 공소외 12에게 공여자의 체세포만으로 검사를 실시하도록 지시하여 그 검사결과를 이용하여 2004년 논문을 허위로 게재하였고, 기관분화 가능성을 검증하기 위한 테라토마 검사의 실험 결과가 없는 상태에서 ◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마 사진을 이용하여 NT-1의 테라토마가 제대로 형성된 것처럼 논문을 조작하였으며, NT-1의 면역염색 사진의 상태가 좋지 못하자 공소외 12에게 ◇◇◇◇ 수정란 줄기세포의 사진을 마치 NT-1의 면역염색 사진인 것처럼 논문을 조작하였고, 2003년 5월경 사이언스(Science) 측으로부터 NT-1이 처녀생식에 의한 줄기세포가 아니라는 입증을 요구받자 NT-1이 아닌 인간난자의 배아 또는 배반포를 이용하여 RT-PCR 검사를 실시하고 그 결과로 논문을 조작하였다.

2) 피고인은 2004년 논문을 조작한 후 2005년 논문에서도, 자신이 수립한 줄기세포가 NT-2, 3 등 2개만 존재한다고 인식하고 있었음에도 마치 11개의 줄기세포가 모두 확립된 것처럼 각종 실험결과를 조작하였고, 실험에 제공된 난자 수가 275개임에도 185개의 난자만 제공된 것처럼 조작하여 줄기세포 확립의 효율성을 조작하였으며, 줄기세포 확립과정에 모두 동물(생쥐) 영양세포를 사용하였음에도 인간 영양세포만 사용하여 바이러스의 감염위험성을 현저히 감소시킨 것처럼 조작하여 사이언스 잡지에 논문을 게재하였다.

3) 위와 같은 2차례의 조작된 논문의 발표 전후로 피고인이 국민과 전세계 언론들을 상대로 줄기세포 수립의 효율성과 안전성이 높아서 머지않은 장래에 줄기세포 치료의 상용화가 가능한 것처럼 연구 성과를 과장하여 한 인터뷰 및 강연 행위는 사기죄에 있어서 기망행위를 구성하고, 피고인은 위와 같이 논문을 조작하고 연구 성과를 과장하는 인터뷰 및 강연 행위를 하여 피해자 공소외 5 주식회사(이하 공소외 5 회사라 한다)와 농협중앙회(이하 농협이라 한다)의 착오 상태를 야기하였으므로 선행행위에 의한 작위의무를 지는 보증인적 지위에 있다.

가) 공소외 5 회사에 대한 사기의 점에 관하여, 피고인은 2005년 7월 중순경 공소외 5 회사의 기술원장 공소외 7에게 줄기세포 관련 기술, 정보, 인맥 네트워크 등을 제공해 줄 수 있고 줄기세포가 상용화되면 공소외 5 회사에 우선권 등 유리한 기회를 주겠다면서 5년간 매년 15억 원씩 총 75억 원을 지급해 달라고 요청하였고, 이에 공소외 5 회사는 피고인의 2004년, 2005년 논문 발표로 인해 피고인의 연구 업적이 고양되었다고 판단하고 일단 3년에 걸쳐 10억 원씩 지급하고 3년 경과 후에 추후 지원 여부를 결정하는 내용으로 연구비 지원을 하기에 이르렀다.

피고인이 줄기세포주의 수립을 믿었는지 여부에 상관없이 검증데이터를 조작하여 환자맞춤형 줄기세포의 효율성, 안정성, 상용화 가능성을 과장하는 등 논문을 조작하였고 공소외 5 회사가 그 논문 조작 사실을 알았다면 연구비 지원을 하지 아니하였을 것으로 넉넉히 예상된다.

따라서 피고인이 2004년 및 2005년 논문을 조작하고 기자회견 등을 통하여 줄기세포 확립성공률과 안전성 등을 조작 발표함으로써 이미 착오상태에 빠져 있던 공소외 5 회사의 공소외 7에게 마치 그 논문의 내용과 기자회견 결과가 사실인 것처럼 행세하면서, 추후 줄기세포 연구가 상용화될 때 유리한 기회를 주겠다는 피고인의 말을 믿은 공소외 5 회사로부터 연구비 명목으로 10억 원을 교부받은 것은 사기죄를 구성한다고 보기에 충분하다.

나) 농협에 대한 사기의 점에 관하여, 환자맞춤형 줄기세포의 효용성 및 실용성 여부는 연구비 지원을 결정하는 데 중요한 요소인데, 피고인이 그 조작사실을 숨기고 연구비를 수령한 것은 부작위에 의한 기망행위를 구성한다.

농협의 출연증서는 '축산발전연구 후원기금'이라고 기재되어 있으나 그와 같은 명목은 농협의 설립목적에 고려한 것일 뿐, 실제로는 피고인의 2005년 논문 발표 등 연구 성과를 믿고 향후 줄기세포 연구 과정에서 간접적으로 동물실험

을 통하여 가족의 난치병을 치료하는 등 축산발전에 기여할 것으로 믿어 국가발전에 보탬이 되고자 하는 동기에 의하여 후원이 이루어졌다.

또한 피고인이 지원 과정에서 재단지원 방법과 아울러 개인지원 방법을 설명하면서 개인지원 방법을 권유한 점에 비추어 보면 피고인에게 불법영득의 의사도 인정되므로, 피고인은 부작위 또는 묵비의 기망행위에 의한 사기죄의 죄책을 면할 수 없다.

(2) 양형부당

원심의 형(징역 2년, 집행유예 3년)이 너무 가벼워서 부당하다.

다.

피고인 2(양형부당)

원심의 형(벌금 700만 원)이 너무 무거워서 부당하다.

2. 피고인 1의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 공소외 1 법인 연구비 횡령의 점에 대하여

(1) 타인의 재물성 인정 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 그 판시의 각 사실을 인정한 다음, ① 피고인의 주장과 같이 공소외 1 법인에서 지급된 돈이 생명공학 연구 목적 외의 용도에도 사용이 가능한 것이었다면, 피고인이 굳이 수고스럽게 직접 은행을 돌아다니면서 전액 현금으로 인출하여 다시 피고인의 지인들 명의의 차명계좌로 재입금하는 방법으로 자금세탁을 할 필요는 없어 보이는 점, ② 피고인은 보안이 필요한 연구를 위해 위와 같은 차명계좌를 관리하였다고 주장하고 있으나, 피고인의 주장처럼 공소외 1 법인에서 지급한 연구비에 대한 검증·감독 절차가 미흡하였고, 피고인이 신청하는 연구비의 용도와 금액에 대해 특별한 심사 없이 피고인이 신청하는 대로 지급되는 상황이었다면 피고인이 굳이 보안유지를 위해 차명계좌를 만들 필요도 별로 없었을 것으로 보이는 점, ③ 영리를 목적으로 하는 기업이 아무 조건 없이 수십억 원에 달하는 거액을 특정 개인에게 지원한다는 것은 일반의 상식에 반하는 점, ④ 피고인이 청구하는 용도와 액수에 대한 수정 없이 그대로 연구비가 지급된 것은 공소외 1 법인에서 그만큼 피고인을 믿고 피고인이 연구비를 정당하게 연구에 사용할 것으로 신뢰하였기 때문으로 볼 여지가 있는 점, ⑤ 규정이나 서식이 없다고 하여 연구비를 집행할 수 없는 것은 아니고, 또한 연구비를 신청할 때 지급시기, 지급액, 지출항목 등에 대해 공소외 1 법인 측과 협의하지 않았다는 점도 연구비는 통상 그 연구를 담당하는 연구책임자가 연구의 목적, 방법, 비용 등을 감안하여 청구하는 것이기 때문에 공소외 1 법인 측이 연구책임자인 피고인의 의사를 존중한 탓으로 볼 수도 있는 점 등을 아울러 고려하면, 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인에 지급한 자금은 모두 그 집행에 대하여 특별한 제한 없이 피고인에게 일임되어 있는 피고인 개인에 대한 포괄적 후원금이라고 보기는 어렵고, 적어도 피고인의 생명공학 연구를 위한 연구비로 사용될 것을 전제로 공소외 1 법인에 위탁된 공익성 기부금에 해당한다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

1) 공소외 1 법인의 법적 성격

가) 공익법인의 설립 운영에 관한 법률(이하 공익법인법이라 한다)이 규제대상으로 하는 공익법인은 재단법인이나 사단법인으로서 사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인을 말하고(제2조), 구체적으로는, 민법 제32조 소정의 비영리법인 중 순수한 학술, 자선

등 공익법인법 시행령 제2조 제1항 각호 소정 사업을 목적으로 하는 법인이거나 주로 위와 같은 학술, 자선 등의 사업을 목적으로 하면서 그와 함께 부수적으로 그 이외의 사업을 함께 수행하는 법인을 말한다(대법원 1978. 6. 13. 선고 77도4002 판결 참조).

나) 공소외 1 법인의 정관[증제615호(수사기록 27권 17051-17063쪽)]

에 의하면, 제2조(목적)에서 "본 연구원은 21세기 지식 정보화 사회를 주도할 지식 기반 산업인 정보통신산업, 생명공학산업, 디자인산업, 환경산업 등 신산업의 향후 발전 전략 및 이러한 산업 간의 상호 연계 전략을 연구한다.

또한 이를 바탕으로 미래의 유망 신산업을 개발하고, 한국의 기업, 산업 및 경제의 국제경쟁력 제고를 위하여 이러한 신산업의 육성 정책 방안을 제시하고 자문함을 목적으로 한다.

"고 규정하고, 제4조(사업)에서 공소외 1 법인이 수행하는 사업을 "1. 미래 유망 신산업의 기술, 인력 및 인프라 구축 등의 방안과 이러한 산업의 지식화 기반 구축 방안 연구, 2. 미래 유망산업 연구 개발, (중간 생략) 7. 전 각 호 이외에 본 연구소의 목적을 달성하는 데 필요하다고 인정되는 기타 사업"이라고 규정하고 있다.

다) 위 공소외 1 법인의 정관에 나타난 설립목적과 사업내용에 관한 각 규정에다가 증인 공소외 4의 원심 법정진술, 공소외 1 법인의 법인등기부[증제516호(수사기록 15041-15042쪽)]의 기재 등 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 공소외 1 법인의 설립 동기나 설립경위를 종합하면, 공소외 1 법인은 생명공학산업, 정보통신산업 등 신산업의 향후 발전전략 및 신산업 간 상호 연계전략을 연구하는 것을 설립목적으로 하고 피고인의 생명공학 등 신기술 개발 분야에 대한 연구비의 보조 등 연구활동을 지원하는 것을 주된 업무로 하기 위하여 설립된 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 공소외 1 법인은 신산업의 개발과 관련한 학술활동에 관한 사업을 목적으로 하고 그 목적을 위하여 필요한 범위 내에서 또는 그에 수반되는 연구비의 보조 등 학술활동 지원 사업을 영위하는 비영리법인으로서 공익법인법 소정의 공익법인에 해당한다고 볼 수 있다[공소외 1 법인이 세무서에 제출한 '법인세과세표준 및 세액신고서'의 공익법인 출연명세서{증제631호(수사기록 27권 17359, 17376쪽)} 각 참조].

2) 출연기관의 연구비 기부금에 대한 소유권자

가) 증인 공소외 4의 원심 법정진술 등 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 당심 증인 공소외 15, 16의 각 법정진술을 종합하면, 원심도 인정한 바와 같이, 공소외 1 법인이 ☆☆그룹[공소외 17 주식회사, 공소외 18 주식회사, 공소외 19 주식회사], □□그룹[공소외 20 주식회사, 공소외 21 주식회사, 공소외 5 회사], 공소외 22 재단법인 등(이하 이 사건 출연기관들이라 한다)으로부터 기부금을 교부받으면서 공소외 1 법인의 이사회 결의를 거치지 않은 사실을 인정할 수 있다.

나) 그러나 공익법인법 제7조 제1항 제1호가 재산의 '처분'뿐만 아니라 그 '취득'에도 이사회의 결의를 요구하고 있는 취지는 공익법인의 특수성을 고려하여 그 재산의 원활한 관리 및 유지·보호와 재정의 적정을 기함으로써 공익법인의 건전한 발전을 도모하고 공익법인으로 하여금 그 본래의 목적사업에 충실하게 하려는 데 있다고 할 것이고, 공익법인이 주식 기타 목적물을 증여받는 등으로 그 재산을 대가의 출연 없이 무상으로 취득하는 경우에는 그 자체로써 공익법인의 재산적 기초가 더욱 공고하게 되므로, 위와 같이 이사회의 결의를 요구하여 그 결의가 없으면 재산의 취득을 무효로 하는 취지가 이 경우에까지 관철되어야 할 이유는 없으므로, 공익법인이 이사회의 결의 없이 재산을 무상으로 취득하였다고 해도, 유상취득의 경우와는 달리, 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 무효라고 할 것이 아니다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2007도8195 판결 참조).

다) 살피건대, 공소외 1 법인이 공소외 19 주식회사에 피고인의 생명복제기술 산업화연구와 관련한 연구비를 지원해 줄 것을 요청하면서 그에 대한 근거로 첨부한 보고서에 피고인을 공소외 1 법인의 연구책임자로 표시한 사실은 인정되나[증제627호(수사기록 27권 17216-17227쪽)], ☆☆그룹이나 공소외 22 재단법인이 공소외 1 법인에 연구비를 지원하면서 공소외 1 법인으로부터 반대급부를 받기로 약정하였다거나 공소외 1 법인이 위 출연기관들에 어떠한 채무를 부담하기로 약정하였음을 인정할 명백한 증거는 없다.

또한 공소외 1 법인과 공소외 5 회사계열사와 사이의 공동연구개발 사업협약서, 합의서, 부속서, 3사간사업협약서[증제 536호(수사기록 38권 15713-15718쪽)]에 의하면, 공소외 1 법인과 공소외 5 회사는 체세포 복제기술을 중심으로 한 생명공학 분야의 신기술과 상품의 개발과 이의 실용화 및 사업화를 위한 연구개발 사업을 공동으로 수행하되, 공소외 5 회사가 연구개발비용으로 5년간 합계 75억 원을 지급하고 공소외 1 법인은 매년 9월에 해당년도의 연구개발 사업 결과를 공소외 5 회사에 서면으로 통보하기로 약정한 사실을 인정할 수는 있다.

그러나 위 약정의 전체적인 취지는 공소외 5 회사가 공소외 1 법인에 연구개발비를 지원하고 공소외 1 법인은 독자적으로 연구개발사업을 수행하되, 그 결과는 매년 통보하며, 연구개발사업의 결과물에 대해서는 공동소유로, 그 결과물의 처리나 제3자에의 양도 등은 협의하여 정하기로 한 것인바, 공소외 1 법인은 지원된 연구개발비를 사용하여 독자적으로 생명공학 분야의 신기술 연구개발사업에 전력을 다하기로 하였을 뿐, 연구개발비의 지원에 대한 반대급부로서 어떠한 구체적인 의무를 부담하기로 약정하였다고는 보이지 아니하고, 다만 그 연구개발사업의 성과가 가시화되면 그 결과물의 처리에 관하여 별도로 설립된 공동지분의 회사에 지적재산권 등을 귀속시키기로 한 것에 불과하다.

그러므로 연구개발이 실시되기 이전 단계에서 연구개발비를 지원받는 대가적 의미의 구체적인 채무를 부담하였다고 볼 수 없고, 따라서 실질적인 관점에서 보면 위 약정을 유상계약으로 파악하여 반드시 공소외 1 법인의 이사회 결의가 필요하다고 보기 어렵다.

라) 더구나 공익법인법 제11조 제1항에서 공익법인의 재산은 대통령령이 정하는 바에 따라 기본재산과 보통재산으로 구별하고, 위 법조항의 위임에 따라 동법 시행령 제16조 제2호는 기부에 의하거나 기타 무상으로 취득한 재산을 기본재산으로 하되, 다만 기부목적에 비추어 기본재산으로 하기 곤란하여 주무관청의 승인을 얻은 것은 예외로 한다고 규정하고 있는바, 이 사건 출연기관들은 공소외 1 법인에 '피고인의 생명공학 연구에 대한 지원'이라는 용도를 명시하여 기부하였다고 보이므로, 그 기부의 목적에 비추어 기부금을 공소외 1 법인의 기본재산으로 삼기에는 곤란하다고 인정되고, 기부금에 대하여 보통재산으로 하는 데 주무관청의 승인이 없었다고 하더라도, 위 법조항에서 기부금에 대하여 기부목적에 비추어 기본재산으로 하기 곤란한 경우에는 주무관청의 사전 허가가 아닌 사후 승인을 얻도록 규정하고 있는 점, 금전은 원칙적으로 점유의 이전으로 소유권의 변동이 생기는 특성을 가지고 있다고 보아야 하는 점, 공소외 1 법인의 기부금에 대한 적법한 소유권 취득 여부는 공소외 1 법인과 이 사건 출연기관들 사이에서 다투어질 성질의 문제일 뿐인 점을 고려하면, 기부행위에 있어서는 제3자인 피고인이 공소외 1 법인으로부터 연구비 용도로 지급받은 자금을 유용한 행위가 범죄를 구성하는 지 여부를 판단함에 있어서, 공소외 1 법인에 피해자 적격을 충분히 인정할 수 있다고 판단된다.

마) 따라서 이 사건 출연기관들이 기부한 연구비의 취득에 관하여 공소외 1 법인 이사회의 결의를 거친 바 없다고 하더라도, 위 기부금이 공소외 1 법인의 소유에 속한다고 충분히 인정할 수 있다.

3) 공소외 1 법인을 통한 연구비 지원의 이유와 기부금의 성격

가) 피고인은 ○○대학교 교수로서 교육공무원법 제2조 제1항 제1호, 제2항 제1호, 고등교육법 제2조의 각 규정에 의하여 교육공무원의 지위에 있다고 할 것인데, 기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률 제5조에서는, 국가나 지방자치단체 및 그 소속 기관·공무원은 기부금품을 모집할 수 없고(제1항), 자발적으로 기탁하는 금품이라도 법령에 다른 규정이 있는 경우 외에는 이를 접수할 수 없다(제2항)고 규정하고, 이를 위반하여 기부금품을 모집한 자는 1년 이하의 징역이나 1천만 원 이하의 벌금에 처한다(제16조 제2항 제1호)는 처벌규정까지 마련하고 있으므로, 피고인이 이 사건 출연기관들로부터 직접 그 사용 용도에 아무런 제한이 없는 포괄적 후원금을 수수하는 행위는 법률상 허용될 수 없다.

나) 한편, 공소외 23, 24에 대한 검찰 진술조서 및 이에 첨부된 법인설립허가증 등[증제540호(수사기록 24권 15816, 15822쪽)] 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 1 법인은 재정경제부장관으로부터 2000. 7. 3. 법인설립허가를 받고, 2001. 1. 12. 그 당시 시행되던 법인세법 제24조 제1항, 법인세법시행령 제36조 제1항 제1호 타목, 법인세법시행규칙 제18조 제1항 제32호의 각 규정에 의한 공익성기부금 대상단체로 지정된 사실을 인정할 수 있는바, 공소외 1 법인이 공익성기부금 대상단체로 지정됨에 따라 이 사건 출연기관들은 기부금 중 일정액을 손금에 산입하여 세금을 감면받을 수 있는 이익을 누릴 수 있게 되었다고 보인다.

다) 따라서 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인을 통하여 피고인에게 연구비를 지원한 이유는, 피고인의 신분이 공무원이기 때문에 직접적으로 연구비를 지원하는 것이 위와 같은 법령상의 제한에 저촉되어 허용되지 않을 뿐 아니라, 이 사건 출연기관들이 기업 이익의 사회 환원 차원에서 연구비를 지원하는 데 수반될지 모르는 세제상의 불이익을 방지하기 위함에 있었다고 판단되고, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 앞서 본 이 사건 출연기관들의 공소외 1 법인에 대한 자금 지원 경위나 그 목적에 비추어 보면, 공소외 1 법인에 지급한 자금은 모두 그 집행에 대하여 특별한 제한 없이 피고인에게 일임되어 있는 피고인 개인에 대한 포괄적 후원금이라고 보기는 어렵고, 적어도 피고인의 생명공학 연구를 위한 연구비로 사용될 것을 전제로 공소외 1 법인에 위탁된 공익성 기부금에 해당한다고 봄이 상당하다.

(2) 보관자의 지위 인정 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 공소외 1 법인은 비록 통상적인 사단법인과 달리 그 운영이 일부 비정상적으로 이루어진 점은 부인할 수 없으나, 단체의 규약인 정관에 근거하여 의사결정기관과 집행기관 등의 조직을 갖추고 독자적인 활동을 하는 사회조직체로서는 최소한 존립하고 있다고 판단되므로 단체로서의 실체는 존재한다고 봄이 상당하고, 공소외 1 법인이 이와 같이 별도의 단체로 존재하고 있다고 인정되는 이상, 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인에 지급한 돈은 당연히 단체인 공소외 1 법인에게 귀속되는 것이지, 공소외 1 법인이 수행한 주된 업무가 피고인의 연구 지원이었다고 하여 처음부터 피고인에게 귀속된다고 볼 수는 없고, 오히려 각 수사보고(증제530, 571호 등) 및 이에 첨부된 각 서류의 각 기재 등 기록에 의하면, 공소외 1 법인은 위와 같은 설립목적에 따라 □□그룹이나 ☆☆그룹 등 대기업으로부터 지원받은 자금을 피고인의 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제 수행을 위한 연구비로 지급하였고, 피고인은 위 연구과제 수행을 위한 공소외 1 법인의 연구책임자로 지정되어 있었으며, 피고인도 연구비 지급을 신청하면서 그 신청서 등에 위 연구과제의 연구책임자라고 기재한 사실, 공소외 1 법인이 공소외 25 주식회사와 체결한 공동연구개발 사업협약서에도 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자로 지정되어 있고, 피고인도 이 협약서에 공소외 1 법

인의 연구책임자로 직접 서명날인을 하였는데, 피고인은 그 후 위 협약에 따라 공소외 25 주식회사에 제출한 연구 결과보고서의 연구개요란에도 자신을 연구책임자로 기재한 사실 등을 각 인정할 수 있는바, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 수령한 돈은 결국 공소외 1 법인의 연구책임자의 지위에서 지급받은 연구비에 해당하여 피고인은 이를 해당 연구과제의 연구 목적에 사용하여야 할 의무를 부담한다고 보아야 하므로 규범적으로 업무상 보관하는 지위에 있다고 봄이 상당하고, 이러한 결론은 공소외 1 법인에 연구비 사용과 관련된 어떠한 내부 규정이나 규제가 사실상 없었다고 하여 달리 볼 수 없다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, ① 이 사건 출연기관들은 피고인에게 직접 후원금을 전달한 것이 아니라 공소외 1 법인이라는 조직체를 통하여 연구를 지원하는 등의 그 자금 지원의 경위에 비추어 보면 이 사건 출연기관들의 의사는 피고인에게 지급될 생명공학 분야의 연구비라는 용도를 특정하여 자금을 공소외 1 법인에게 기부하였다고 보아야 하는 점, ② 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자로서 지급되는 자금을 당초 이 사건 출연기관들의 공소외 1 법인에 대한 기부의 목적이나 취지에 부합하도록 생명공학 분야의 연구비라는 용도에 맞게 사용하여 할 의무를 부담한다고 해석되는 점, ③ 공소외 1 법인이 이 사건 출연기관들의 당초 기부목적에 부응하지 못하고 피고인의 연구비 사용에 대한 감독을 제대로 하지 않았거나 이사회 의사결정 등을 포함한 실제 운영이 형식적으로 이루어졌다고 하더라도, 그러한 사정은 공소외 1 법인 임원들의 공소외 1 법인 법인에 대한 충실의무 위반으로 평가될 뿐이고, 공소외 1 법인이라는 단체의 의사가 피고인이 아무런 제한 없이 연구비 용도로 지원된 금원을 임의대로 사용하도록 허용하였다고 볼 수는 없는 점, ④ 피고인은 검찰 조사에서, 세무처리 관계로 기업으로부터 받는 거액의 기부금의 경우에는 재단법인이나 사단법인을 거쳐서 지원이 되어야 하고 개인에게는 기부가 되지 않는다고 알고 있다는 취지로 진술한 바 있을 뿐 아니라[증제566호(수사기록 25권 16417쪽)], 피고인은 2002년 말경 생명공학 농장으로 운영하던 화성시 소재 목장의 부지 일부를 공소외 1 법인에 기증한 바도 있는 점에 비추어 보더라도, 피고인도 공소외 1 법인이 사단법인으로서의 실체를 갖추고 있음을 인식하고 있었다고 보이는 점 등을 아울러 고려하여, 원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 지급받은 연구비는 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제 수행을 위하여 지급된 것이고, 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자라는 지위에서 공소외 1 법인을 위해 위와 같은 용도가 지정된 연구비를 관리·보관하면서 위 연구과제의 목적에 맞도록 연구비를 집행하여야 하는 의무를 부담하므로, 피고인에게 보관자의 지위가 인정된다는 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없고, 피고인 주장과 같이 공소외 4의 요청으로 공소외 1 법인에 기부한 기업 등의 관계자들에 대한 각종 선물을 구입하는 비용을 피고인이 부담하였다는 등의 사정이 있다고 하더라도 달리 볼 것이 아니다.

(3) 횡령행위의 구성 여부 및 불법영득의사의 존재 여부

(가) 원심의 판단

피고인 및 공소외 26의 검찰 및 법정 진술, 각 차명계좌 명의자들의 각 검찰 진술 및 각 계좌 거래내역, 각 수사보고(증제498, 600, 609호 등) 및 이에 첨부된 각 서류의 기재 등 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 여러 사정, 즉 ① 피고인이 공소외 1 법인으로부터 재료비(실험용 소 구입 및 그 유지관리비) 명목의 돈을 지급받을 때 공소외 2 등 7명 명의의 차명계좌로 송금받아 전액 현금으로 인출한 후 총 17회에 걸쳐 합계 금 581,048,000원을 다시 매제인 공소외 10 명의의 차명계좌나 공소외 11 명의의 차명계좌로 분산하여 재입금하는 등 2단계에 걸쳐 자금세탁을 한 점,

② 만약 피고인의 주장대로 공소외 1 법인으로부터 지급받은 돈은 연구비로 용도가 지정된 것이 아니어서 임의로 사용할 수 있는 것이었다면 굳이 허위 증빙자료를 제출할 아무런 이유가 없고 떳떳하게 실제 용도대로 신청해도 될 터임에도, 피고인은 재료비를 신청하면서 실험착구입비 등 증빙자료를 허위로 만들어 제출함으로써 마치 연구비를 지급하면 소구입비나 그 유지관리비로 사용할 것처럼 가장한 점, ③ 피고인이 정당한 목적에 사용하려고 하였다면 위와 같은 차명계좌에서 굳이 수천만 원에 달하는 거액을 현금으로 인출하여 일단 캐비닛에 보관해 두었다가 사용하는 방법으로 불편을 감수할 이유도 없었을 것으로 보이는 점, ④ 공소외 10 명의의 차명계좌에는 피고인 개인에 대한 후원금도 입금되어 있어 공소외 1 법인에서 지급받은 재료를 현금으로 입금할 경우 그 개인 후원금과 혼재되어 구분이 사실상 불가능하게 되는 점, ⑤ 피고인은 공소외 10 명의의 차명계좌에 입금된 재료를 현금으로 입출금하면서 같은 은행의 여러 지점을 돌아다니면서 일정 금액 이하로만 입출금하기도 하였을 뿐 아니라, 계좌간 대체의 경우에도 적요란에 현금으로 처리한 것처럼 가장하기도 한 점, ⑥ 피고인이 재료비로 지급받은 돈 31억 5,484만 원 중 1,150만 원은 연구와는 무관한 공소외 1 법인 이사장인 공소외 4 교수의 딸 결혼식 식대로 사용하여 음이 밝혀졌고, 나머지 돈 중 피고인이 정당하게 사용하였다면서 그 내역을 제시하고 있는 23억 8,689만 원을 공제한 차액인 7억 5,600여만 원 상당에 대해서는 여전히 그 용처를 구체적으로 명백히 밝히지 못하고 있는 점(위 23억 8,689만 원 부분도 영수증 등 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료는 제시하지 못하고 있다), ⑦ 피고인은 스스로 백두산 호랑이나 매머드 복제연구 등 극도로 보안이 필요한 용도에 사용하기 위해 자금세탁을 하였다고 주장하면서 실제로는 공소외 10 명의의 차명계좌에 입금된 돈을 보안 용도에 사용하지 않고 소구입비로 사용하였다고 진술하기도 한 점, ⑧ 2001. 5. 4.부터 2005. 12. 26.까지 공소외 10의 차명계좌에서 공소외 10이나 그 가족에게 합계 3억 3,000여만 원이 송금된 점, ⑨ 피고인은 업무적으로 관련이 있는 ○○○○○○연구원, 경기도 <<<<<<소 관계자 등에게 수회에 걸쳐 정기적인 금원교부는 물론, 설날과 추석 등 명절의 선물 외에도 가끔 부서별로 회식을 시켜 주었고, 제1심 공동피고인 2, 3 교수에게는 유학생활비 등도 일부 보조해 주기도 하였다는 취지로 주장하나, 이러한 접대비나 생활비 지원이 연구 목적을 위해 정당하게 사용된 것이라고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 재료비 명목으로 지급받은 연구비 중 적어도 공소사실과 같이 592,548,000원(= 581,048,000원 + 11,500,000원) 상당을 사적 용도에 사용할 목적으로 은닉하거나 실제 사적 용도로 임의 사용한 것으로 충분히 인정할 수 있다.

그리고 위와 같이 피고인이 차명계좌로 연구비를 송금받은 후 이를 전액 현금으로 인출하여 다시 자신의 매제 등 명의의 차명계좌로 재입금하는 방법으로 자금을 세탁하고, 자신의 개인 후원금과 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 같은 차명계좌에 입금하여 대부분 혼재되게 한 점과 그 이후 실제 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 사적 용도에 상당 부분 사용하기도 한 점 등 피고인의 자금세탁 경위나 내용, 세탁된 자금의 실제 지출용도 등 여러 사정을 고려하면, 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 피고인이 업무상 임무에 위배하여 자신이 보관하는 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하려는 업무상 횡령의 범의 내지 불법영득의사가 없었다고 볼 수도 없다.

(나) 당심의 판단

1) 횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 피할 목적으로 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은, 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도, 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도366 판결 참조).

2) 우선 피고인이 공소외 10 명의의 차명 예금계좌를 이용하여 자금을 은닉·소비한 부분에 관하여 본다.

가) 이 사건과 같이 피고인이 공소외 1 법인으로부터 7명의 차명 예금계좌를 통하여 지급받은 연구비를 공소외 10 명의의 차명 예금계좌로 입금하였다가 사용한 사실은 인정하면서도 그 자금을 생명공학 연구를 위하여 인출, 사용하였다고 주장하면서 불법영득의사의 존재를 부인하는 경우, 피고인이 주장하는 자금의 사용이 생명공학 연구 과정에서 통상적으로 발생하는 비용에 대한 지출로서 공소외 1 법인의 연구비로 그 비용을 부담하는 것이 상당하다고 볼 수 있는지 여부, 자금 사용의 구체적인 시기, 대상, 범위, 금액 등에 대한 결정이 객관적, 합리적으로 적절하게 이루어졌는지 여부 등을 비롯하여 그 자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여, 해당 자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부에 대하여 판단하여야 한다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도4784 판결 참조).

나) 살피건대, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같은, 허위의 증빙자료를 이용한 연구비 신청 및 2단계에 걸친 자금 세탁 등의 정당성을 현저히 결여한 자금 조성의 방법, 피고인이 차명계좌에서 수천만 원에 달하는 거액을 현금으로 인출하여 일단 캐비닛에 보관해 두었다가 사용하거나 공소외 10 명의의 차명계좌에 보관된 금원을 출금하면서 여러 은행을 이용하고 현금 처리를 가장하는 등의 피고인이 자금인출 과정에서 보인 비정상적인 행태, 피고인 개인에 대한 후원금이 포함되어 있는 공소외 10 명의의 차명계좌에 보관된 자금의 성격, 공소외 10 명의 차명계좌에서 출금한 자금의 사용처에 대한 피고인 변소의 신빙성 정도나 그 적법성 여부 등의 여러 가지 사정에다가, ① 공소외 1 법인으로부터 지급되는 연구비는 피고인의 생명공학 연구에 사용하도록 포괄적으로 그 용도가 지정되어 있고, 그 생명공학 연구는 최첨단 분야로서 연구 성과의 내용에 따라서 추가적인 연구 방향이 설정되는 등의 역동성과 불확실성이 지배하는 영역인 점에 비추어 실제 연구를 담당한 피고인에게 연구비의 지출 항목이나 규모의 선정 또는 지출의 필요성 여부에 대한 광범위한 판단 재량이 부여되어 있다고는 보이나, 기본적으로 그 연구비의 집행은 생명공학 연구라는 테두리 내에서만 가능한 것이고 개인적인 용도로 소비하는 것은 연구비 위탁의 본질에 반하는 점, ② 2단계의 과정을 거쳐 자금을 세탁하거나 현금으로 입, 출금을 반복하는 등 피고인의 행태는 그 성질상 피고인 주장과 같이 극도의 보안이 필요하기 때문에 자금의 '지출용도'를 드러나지 않게 하기 위한 것이 아니라 그 자금의 '출처'를 은폐하기 위한 것으로 평가되는 점, ③ 위와 같은 자금을 조성한 동기에 관한 피고인 진술의 신빙성이 객관적인 자료에 의하여 뒷받침되지 않을 뿐 아니라, 피고인이 혼자서 경리담당 직원인 공소외 26조차도 알지 못하도록 공소외 10 명의 차명계좌를 관리하였고[증제582호(수사기록 25권 16494쪽)], 공소외 10은 피고인의 매제로서 친족관계에 있는 점, ④ 공소외 10 명의 차명계좌의 거래내역[증제585호(수사기록 26권 16542-16544쪽)]에 의하면, 2001. 3. 14.부터 2001. 9. 1.까지는 대체적으로 자금이 위 계좌로 입금되어 그 잔고가 653,610,764원에 달하였다가 2001. 12. 31.부터 2002. 4. 17.까지의 단기간 내에 자금이 인출되어 그 잔고가 6,771,826원에 불과하게 된 점을 아울러 고려하여, 원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다(피고인이 이 부분 횡령한 금원을 원래의 용도대로 적합하게

사용하였다고 하더라도, 그와 같은 사정은 범행 후의 정황에 불과할 뿐이고 범죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 아니한다).

3) 다음으로 피고인이 공소외 11 명의의 차명 예금계좌를 이용하여 자금을 은닉·소비한 부분에 관하여 보면, 원심의 판단은 기록에 나타나는 객관적인 금융거래 내역에 비추어 수긍하기 어려운 바, 이에 대해서는 아래에서 항을 바꾸어 살펴본다.

(4) 공소외 11 명의 차명 예금계좌를 이용한 부분에 관한 범죄성립 여부

(가) 이 부분 공소사실의 요지[원심판결의 범죄사실 제1의 가. 1)항 중 별지(2) 범죄일람표 순번 14 내지 17 부분]

피고인은, 2000년 10월경부터 공소외 1 법인에서 수주한 광우병 내성소, 소 복제 연구 등을 수행하는 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제의 연구책임자로서 공소외 1 법인으로부터 재료비 등의 명목으로 연구비를 지급받아 위 연구를 위한 연구과제 수행, 연구비의 관리 및 집행업무를 총괄함에 있어 지원된 연구비는 피고인의 생명공학 연구에 사용되도록 그 용도가 특정되어 있어 그 용도로만 사용하여야 함에도, 2000. 10. 9.경 ○○대 연구실에서 위 생명공학교실의 경리직원인 공소외 26을 통해 공소외 1 법인에 5,000만 원 상당의 실험용 소를 구입하였다는 취지의 관련 서류를 작성·제출하여 공소외 1 법인 직원인 공소외 27로부터 실험용 소 구입비 명목으로 5,000만 원을 공소외 26이 보관중인 공소외 2 명의의 농업협동조합 차명 예금계좌로 송금받은 것을 비롯하여 그 무렵부터 2005. 2. 15.까지 사이에 별지(1) 송금일람표 기재와 같이 총 209회에 걸쳐 공소외 2 등 7명 명의의 차명 예금계좌로 실험용 소구입비 및 실험축 유지관리비 합계 3,154,840,000원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중,

1) 2004. 10. 7.경 위와 같이 차명 예금계좌에 보관중이던 실험용 소 구입비를 현금으로 인출한 다음, 서울 (이하 생략) 소재 하나은행 ○○대지점에서 그 중 2,000만 원을 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌(계좌번호 생략)에 입금한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2005. 8. 25.까지 사이에 별지(2) 범죄일람표 순번 14 내지 17 기재와 같이 총 4회에 걸쳐 합계 105,548,000원을 위 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌에 분산 입금하여 이를 은닉·소비함으로써 횡령하였다.

<별지(2) 범죄일람표 중 관련 부분> 원심 별지(2) 순번계좌번호거래일입금액(원)거래점명적요차명계좌14(계좌번호 생략)2004-10-0720,000,000하나은행현금공소외 11 계좌15(계좌번호 생략)2004-10-0822,548,000하나은행현금16(계좌번호 생략)2004-11-1613,000,000하나은행현금17(계좌번호 생략)2005-08-2550,000,000하나은행현금소계 ? ? 105,548,000 ? ?

(나) 원심의 판단

원심은 이 부분 공소사실에 대해서도, 피고인이 공소외 10 명의의 차명 예금계좌에 분산 입금하여 이를 은닉·소비함으로써 횡령한 부분과 함께 모두 유죄가 인정된다는 취지로 판단하였다

(다) 당심의 판단

그러나 원심의 이 부분 판단은 다음과 같은 이유로 이를 수긍하기 어렵다.

1) 이 부분 공소사실은, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 실험용 소구입비 및 실험축 유지관리비 명목으로 공소외 2 등 7명 명의의 차명 예금계좌로 지급받은 금원을 공소외 11 명의의 차명 예금계좌에 입금하였다는 점을 전제로 하고 있고, 위 전제사실이 인정되지 않는다면 공소외 11 명의의 차명 예금계좌에 입금한 금원의 출처가 다양할 수 있으므로 이 부분 공소사실이 법관으로 하여금 합리적인 의심의 여지없이 확신을 갖게 할 정도로 증명되었다고 볼 수 없다.

그러나 피고인과 증인 공소외 26의 원심 및 당심에서의 각 법정진술, 공소외 11에 대한 검찰 진술조서와 첨부된 수신기 간별 거래내역[증제393호(수사기록 16권 11180-11193쪽)], 변호인이 제출한 증거제121, 142, 171호 등 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

나) 위 공소외 11 명의 차명 예금계좌의 개설일인 2004. 6. 23. 및 이 부분 공소사실의 각 범행일자(2004. 10. 7., 2004. 10. 8., 2004. 11. 16., 2005. 8. 25.)의 전일과 그 범행 당일을 기준으로 한 그 당시 피고인이 공소외 1 법인으로 부터 재료비 등의 명목으로 연구비를 입금받아 관리하던 공소외 2 등 7명[공소외 2(♂♂목장 관리자), 공소외 28(인공수정사), 공소외 29(수의사), 공소외 30(○○대△△과대 박사), 공소외 31(수의사), 공소외 32(인공수정사), 공소외 33(○○대△△과대 박사)] 명의의 차명 예금계좌의 잔고는 다음 표 기재와 같다.

다) 한편, 위 공소외 11 명의 차명 예금계좌의 개설일인 2004. 6. 23.부터 이 부분 공소사실의 최종 범행일인 2005. 8. 25.까지의 기간 동안 위 7명의 차명 예금계좌에서 출금된 내역은 다음 표 기재와 같다.

3) 위 인정사실을 기초로 하여 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실, 즉 ① 이 부분 공소사실의 각 범행일자 당시의 위 7명 명의의 차명계좌의 각 예금 잔고 합계액이 이 부분 공소사실의 각 횡령금액에 현저히 미달되는 점, ② 위 7명의 차명 예금계좌에서 출금된 내역에 의하더라도, 공소외 4의 딸 결혼식 식대로 지출하여 횡령하였다고 별도로 공소가 제기된 위 내역표의 순번 2 내지 4 부분, 2005. 2. 7. 공소외 11 명의 차명 예금계좌에 입금되었음이 인정되는데도 그 자금의 출처가 개인 후원금 및 격려금이라는 피고인의 변

소를 받아들여 공소를 제기하지 아니한 것으로 보이는 위 내역표의 순번 9, 10 부분 및 검찰의 수사과정에서 피고인의 연구실 운영비 통장으로 입금되었음이 확인된 위 내역표의 순번 13, 14 부분을 제외한 나머지 각 거래내역은, 이 부분 공소사실의 각 횡령일자나 그 횡령금액과 비교하여, 오른쪽 표에서 보는 바와 같이 그 거래 액수나 거래일시가 현저히 차이가 나는 점, ③ 공소외 26은 수사과정에서부터 원심 및 당심 법정에 이르기까지 대체적으로 일관되게, '피고인은 평소에도 자신의 사무실 캐비닛에 현금을 약 5,000만 원 정도씩은 보관하여 왔고, 공소외 11 명의 예금계좌는 2004년 9월 초순경 피고인으로부터 통장과 도장을 건네받아 외화 환전용으로 사용한 계좌인데, 이 부분 공소사실 입금액은 피고인이 현금을 주면서 공소외 11 명의 예금계좌에 입금하라고 지시하여 자신이 입금하였다'는 취지로 진술하고 있는 점[공판기록 9440쪽, 증제491호(수사기록 21권 13886-13887쪽)] 등 객관적인 금융거래내역이 피고인의 위 검찰에서의 자백진술과 모순될 뿐 아니라, 공소외 10 명의의 차명 예금계좌와는 달리 피고인의 연구비나 후원금 등 각종 자금을 관리하였던 공소외 26이 공소외 11 명의의 차명 예금계좌의 입출금에 상당부분 관여하는 등 계좌관리의 밀행성 여부나 그 관리의 행태에 비추어 보면, 이 부분 공소사실의 전제사실인 공소외 11 명의 차명 예금계좌에 입금된 금원의 출처가 공소외 1 법인으로부터 재료비를 지급받은 위 7명 명의의 차명계좌라는 점을 인정하기 어렵다.

순번공소외 11 차명계좌7명의 차명계좌출금내역과 입금내역 비교입금일자입금액(원)그 당시까지의 출금액최종 출금일자액수 차이 (원)시간적 간격12004. 10. 7.20,000,0007,500,0002004. 8. 10.5,500,000 내지 15,048,000약 2개월 내지 3개월22004. 10. 8.22,548,00032004. 11. 16.13,000,00042005. 8. 25.50,000,00042,500,0002005. 2. 7.7,500,000약 6개월

4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

나. 공소외 1 법인 연구비 편취의 점에 대하여

(1) 공소외 1 법인 연구비의 소유권 귀속 및 타인의 재물성 인정 여부

피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단은 제2의 가. (1)항에서 본 바와 같다.

(2) 피고인의 제1심 공동피고인 2와의 공모 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 제1심 공동피고인 2는 법정 및 검찰에서 일관되게 당시 연구실의 총 책임자인 피고인이 실험재료나 기자재를 구입하는 것처럼 비용처리를 하여 운영자금을 마련하라고 지시하여 판시와 같이 허위세금계산서 등을 이용하여 이 부분 범행을 하게 되었다고 진술하고 있고[제1, 4회 공판조서, 검찰 피의자신문조서(증제715호)], 공소외 26도 검찰에서 위와 같은 취지로 진술하였으며[제5회 진술조서(증 제717호)], 피고인도 법정에서 '공소외 1 법인에 후원금이 들어왔으니 연구팀 운영비를 마련하라고 제1심 공동피고인 2에게 부탁하였고, 당연히 세금계산서나 거래명세서를 허위로 발급받아 이를 근거로 연구비를 청구하라는 의미였다.

'라고 이를 시인한 바도 있는바(제3회 공판조서), 이러한 각 진술들에도 당시 공소외 1 법인의 연구비는 피고인의 연구비로 지원받는 것이었으므로 이를 제1심 공동피고인 2가 피고인의 지시 없이 임의로 허위의 세금계산서까지 만들어 신청하였다고 보기는 어렵고, 제1심 공동피고인 2는 위 금원을 바로 인출하여 피고인 연구실의 운영비 등으로 사용한 것으로 보이는 점 등을 함께 모아보면, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 실험재료나 기자재를 구입한 것처럼 비용 처리하여 운영자금을 마련하라는 취지로 지시한 사실을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

1) 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계의 경우, 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고, 이에 대한 직접 증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도7625 판결 참조).

2) 원심이 적절하게 들고 있는 여러 가지 사정에다가, 제1심 공동피고인 2는 검찰 조사에서, “피고인이 저에게 ‘산과학교실 운영비가 필요하니 비용처리를 하여 자금 5,000만 원을 마련해 달라’고 말하였다”고 진술하였고[증제712호(수사기록 31권 19352쪽)], 피고인도 검찰 조사에서, “2000년 10월 초순경 제가 제1심 공동피고인 2 교수에게 ‘산과학교실 연구원들의 인건비와 여비 등 운영비가 필요하니 비용처리를 하여 운영자금을 마련해 달라’고 말을 했습니다.”라고 인정하였으며[증제716호(수사기록 31권 19381쪽)], 공소외 26도 검찰 조사에서, “피고인 1 교수님이 제1심 공동피고인 2 교수님에게 △△대 연구실 운영과 관련하여 비용 처리를 지시하셨고, 그러한 지시를 저한테도 하셔서 제가 제1심 공동피고인 2 교수님이 발부받은 거래명세표와 세금계산서를 받아 공소외 1 법인에 비용 청구를 하였습니다. 공소외 1 법인에서 연구비가 지출되고 나서 제가 제1심 공동피고인 2 교수님으로부터 제1심 공동피고인 2 교수님의 농협 통장을 받아 5,000만 원을 현금으로 인출하여 피고인 1 교수님에게 드렸습니다.

”고 진술하여[증제717호(수사기록 31권 19392-19393쪽)], 피고인과 제1심 공동피고인 2, 공소외 26의 위 각 진술이 서로 부합하고 있다[변호인은 제1심 공동피고인 2가 최초로 작성한 진술서(증가제165호(검찰 제출의 수사기록 31권 19403-19411쪽))를 근거로 위 제1심 공동피고인 2 진술의 신빙성을 탄핵하고 있으나, 위 진술서의 전체적인 취지도 ‘운영자금이 정상적으로 책정된 항목이 아니었기에 피고인도 물품을 구입한 것처럼 공소외 1 법인에 요청하여 자금을 마련할 것으로 알고 있었을 것이나, 관련서류 및 처리 절차는 몰랐을 것이다’는 취지에 불과하고 피고인의 지시 사실 자체를 부정하고 있지는 아니하다(수사기록 31권 19411쪽 참조)].

위 인정사실을 기초로 하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인이 피고인 1 연구팀에서 기자재와 실험재료의 구매를 담당하는 책임자인 제1심 공동피고인 2에게 자금을 마련해달라고 요청한 점, ② 피고인의 위와 같은 지시가 실제 기자재나 실험재료의 구입이 예정되어 있지 않은 상황에서 이루어진 점, ③ 피고인의 위와 같은 지시내용 중 비용처리의 의미는 그 당시 제1심 공동피고인 2가 담당한 업무내용과 피고인과 제1심 공동피고인 2의 상하 지휘관계, 연구비 지급청구를 위해서는 세금계산서나 거래명세표 등 증빙자료가 필요한 점 등에 비추어 증빙서류를 허위로 만들어 이를 근거로 연구비를 청구하여 자금을 마련하라는 것이라고 해석되는 점, ④ 피고인의 지시 이후 제1심 공동피고인 2가 공소외 26을 통하여 허위의 증빙서류를 이용하여 연구비를 신청한 기관은 제1심 공동피고인 2가 아니라 피고인에게 연구비를 지원해주는 기관인 공소외 1 법인이었고, 그 후 지급된 연구비도 곧바로 공소외 26을 통하여 피고인에게 전달되어 피고인의 연구실 운영비로 사용된 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 비록 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 구체적인 자금마련 방법이나 허위의 증빙서류를 작성하는 데 도움을 받을 대상 업체의 선정 등에 관해서까지 지시하지 않았다고 하더라도, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 허위의 증빙서류로 연구비를 부당하게 지급 청구하는 방법으로 재원을 마련하라는 취지로 지시하였다고 인정하기에 충분하다.

3) 나아가 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하므로, 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 위 요건의 충족 여부에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것인데(대법원 2010. 7. 15. 선고

2010도3544 판결 참조), 피고인 1 연구팀의 최고책임자로서의 피고인의 지위나 역할, 피고인의 기자재나 실험재료 구매 업무에 있어서 제1심 공동피고인 2에 대한 지휘·감독관계, 제1심 공동피고인 2의 연구비 지급청구에 따라 수령한 금원이 곧바로 피고인 연구실의 운영비로 사용되는 등 편취한 금원의 사용용도 등을 종합하여 보면, 피고인이 허위의 증빙서류를 이용한 연구비 부당청구행위를 직접 분담하여 실행하지 않았다고 하여도 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 그 범행 전체의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 이 부분 편취의 범행에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 하였다고 충분히 인정할 수 있다.

4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 공모공동정범, 범의의 인정에 관한 법리오해 주장은 이유 없다.

다.

정부 연구비 편취의 점에 대하여

(1) 원심의 판단

원심은, ○○대 연구비 관리규정(증제380호)에는, 연구책임자는 소정의 지출증빙서를 갖추어 연구비 지급 청구서를 관리과에 제출하고, 연구비의 지출은 지급받을 자의 금융기관 계좌를 이용하도록 되어 있으며(제8조), 연구비는 연구 목적 이외에 사용하여서는 아니 된다(제7조)고 규정되어 있는데, 피고인이 자인하는 바와 같이 피고인이 마치 정당하게 돼지구입비로 지출하는 것처럼 가장하여 허위 내용의 세금계산서, 거래명세표 등을 제출하는 방법으로 이 부분 연구비를 지급받은 이상, 위 연구비의 지급을 담당하는 ○○대△△△△연구소 직원은 피고인의 기만에 의하여 착오에 빠져 이 부분 연구비를 지급한 것이 분명하고, 정부연구비는 그 성격상 용도가 엄격히 제한되어 있어 피고인이 다른 용도에 전용하려는 것을 알았다면 이 부분 연구비는 정상적으로 지급되지 아니하였을 것으로 능히 추인할 수 있으며, 피고인의 지능이나 학력, 경력 등에 비추어 이러한 사정은 피고인도 충분히 인식하고 있었다 할 것이므로, 이 부분 정부연구비가 피고인의 주장과 같이 '돼지복제 및 복제기반 연구 사업'이라는 종합적인 연구과제를 위하여 지원된 것인지 여부에 관계없이 피고인에게 이 사건 연구비 편취에 관한 불법영득의사도 있었다고 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

(가) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 관련규정에 의해 정부지원 연구비는 연구 목적 이외에 사용하여서는 아니 되고 소정의 지출증빙서를 갖추어 연구비를 지급 청구하여야 할 뿐 아니라, 위 ○○대학교연구비관리규정에 의하면, 연구책임자는 지원기관이 정한 바에 따라 연구비실행예산서를 작성하여 관리기관에 제출하여야 하고(제5조), 연구책임자는 실행예산에 따라 지출증빙서를 갖추어 연구비 지급청구서를 관리기관에 제출하여야 하며(제8조), 연구책임자는 연구비 집행이 종료되면 관리기관에 종료 사실을 통보하여야 하고, 통보를 받은 관리기관은 연구비를 정산하여 지원기관에 제출하여야 하며, 집행 잔액은 원칙적으로 지원기관의 지침에 의하여 처리한다(제12조)고 규정하고 있는 등 그 연구비의 사용 용도가 엄격하게 정해져 있고 그 청구절차에서도 구체적인 증빙이 요구되며 집행 종료시 정산절차 및 집행 잔액에 대한 처리절차까지 예정되어 있는 등 연구비 집행의 투명성을 확보하기 위한 다각도의 제도적 장치를 마련하고 있다.

(나) 위와 같은 관련규정의 내용을 기초로 하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는, 피고인이 참여한 연구용역계약의 체결경위와 계약형식, 연구비 수령을 위한 지급신청 절차와 필요한 증빙서류의 내용, 연구용역계약에 따른 연구비의 사용처 제한과 잔존 연구비의 처리절차, 피고인이 연구비를 수령하기 위하여 사용한 기망행위의 수단이나 방법 등을 종합하여 보면, 피고인이 연구비 집행기관인 ○○대△△△△연구소에 허위의 증빙서

료를 제출함으로써 연구비를 지급받은 행위는 사기죄를 구성한다고 충분히 인정된다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007도7091 판결 참조).

(다) 나아가 피고인이 교부받은 연구비를 연구과제의 목적과 범위를 벗어나지 아니하는 한도에서 사용하였다고 하더라도, 기망행위를 수단으로 한 권리행사의 경우 그 권리행사에 속하는 행위와 그 수단에 속하는 기망행위를 전체적으로 관찰하여 그와 같은 기망행위가 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 없는 정도라면 그 권리행사에 속하는 행위는 사기죄를 구성하는 것인바(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도295 판결 참조), 피고인이 허위의 견적서, 세금계산서 등 증빙서류를 첨부하여 연구비 지급청구서 등을 허위로 작성하여 제출하는 방법으로 연구비를 공소외 34 명의의 농협 차명 예금계좌로 송금받은 행위는 전체적으로 관찰하여 사회통념상 권리행사의 수단으로서 도저히 용인될 수 없으므로 사기죄의 기망행위에 해당하고, 피고인의 편취 범의와 불법영득의사도 충분히 인정할 수 있다(대법원 2007. 11. 30. 선고 2007도5774 판결 참조).

피고인이 위 편취 금원 중 일부를 연구와 관련된 용도에 사용하였다고 하더라도 이는 단지 범행으로 취득한 금전의 사용방법에 불과한 것으로서 사기죄 성립에 아무런 영향을 미치지 아니한다.

(라) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 없다.

라. 생명윤리법위반의 점에 대하여

(1) 원심의 이 부분 판단요지

(가) 구성요건 해당 여부

1) 생명윤리법은 특별히 난자의 공유를 허용하는 취지의 어떠한 명시적인 규정도 두고 있지 아니할 뿐만 아니라, 입법 과정에서 난자의 매매를 처벌하기 위한 조항을 둘 필요가 있다는 제안에 따라 위와 같은 규정이 마련되었고, 외국의 다수 입법례가 난자의 공유를 허용하고 있다 하더라도, 위 법률의 입법 목적은 생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성하는 것뿐만 아니라, 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하는 것도 중요한 요소로 함께 포함되어 있는데다가(제1조 참조), 위와 같이 법문이 “금전 또는 재산상 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 난자를 제공하거나 이를 이용한다”라고 하여 포괄적으로 규정하고 있는 이상, 입법자의 의사가 반드시 직접적으로 난자를 매매한 경우만을 규제 대상으로 삼겠다는 취지였다고 볼 수 없고, 오히려 난자를 직접적으로 매매한 경우뿐만 아니라 난자의 공유 등 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼겠다는 취지라고 해석함이 상당하다.

2) 이 사건에서 난자를 기증한 불임환자들은 피고인 1 연구팀에게 난자를 제공하는지 여부와 관계없이 원래 자신들의 불임치료를 위해 이미 과배란 주사를 맞을 예정이었음에도 불구하고 그러한 비용 등을 일부 감면받았으므로 그들은 이 사건 난자 제공으로 인하여 원래 당연히 지출하게 되어 있는 비용을 일부 면하는 재산상 이익을 얻었고(이러한 점에서 불임치료와 무관한 순수 난자 공여자에게 난자 채취를 위한 과배란 주사비 등 실비를 보상하는 것과 동일하게 볼 수 없다), 피고인은 이러한 조건으로 난자를 제공받았으므로, 피고인의 이 부분 행위는 결국 위 법률 조항을 위반한 경우에 해당한다고 보지 않을 수 없다.

(나) 위법성 조각 여부

앞서 본 바와 같이 생명윤리 및 안전에 관한 법률은 직접적인 난자의 매매뿐만 아니라 난자의 공유를 포함하여 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를

모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼고 있다고 해석되는 이상, 피고인의 이 부분 행위는 원칙적으로 위법하다고 할 수 밖에 없고, 이 사건 불임환자들은 오로지 과학 연구용으로 난자를 제공한 것이고, 이 사건 불임환자들에게 제공한 재산상 이익도 사실상 난자 채취에 소요되는 실비 정도에 불과하며, 그러한 정도의 경제적 이익 제공은 연구 목적을 위한 난자공여의 활성화를 가져와 궁극적으로 과학의 발전에도 이바지하는 측면이 있다 하더라도, 이 사건의 경우 사회상규에 위배되지 아니한 정당행위가 성립하는 데 필요한 긴급성이나 보충성의 요건을 갖추고 있지는 못하다고 할 것이어서, 피고인 주장의 사정만으로 피고인의 이 부분 행위가 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(다) 법률의 착오 해당 여부

피고인은 이 사건 난자공유와 관련하여 해당 분야 전문가로 ◆◆대학교 법과대학 교수로 재직 중인 공소외 35에게 자문을 하였다고만 하고 있을 뿐, 자문내용과 그에 대한 답변이 구체적이고 상세한 것으로서 신뢰할 만하다고 볼 수 있는 자료는 보이지 아니할 뿐 아니라, 설령 위 공소외 35가 이 사건 난자 공유가 적법하다는 취지의 의견을 피력한 것이 사실이라 하더라도 이는 권한 있는 기관의 공식적인 견해가 아니라 어디까지나 개인적 견해에 불과한데다가, ◆◆대학병원의 IRB에서 위원회의 의결로 정식으로 이 사건 난자 공유가 적법하다는 견해를 피력하였다거나 피고인들이 감독관청에 이 사건 난자공유의 적법 여부에 대하여 문의를 해 적법하다는 취지의 확인을 받았다고 볼 만한 정황이 발견되지 아니하는 점 및 그 밖에 피고인의 지능이나 학력, 경력 등을 종합하면, 위 주장과 같은 사정들만으로 피고인이 이 사건 행위가 적법하다고 믿은 데에 대하여 정당한 이유가 있었다고 보기는 어렵다.

(2) 당심의 판단

(가) 구성요건 해당성에 대하여

1) 금지규정의 적용범위에 관한 주장에 대하여

가) 주장의 요지

난자의 유상거래 금지규정은 그 법률에서의 체계상의 위치에 비추어 인공수정배아의 경우에만 적용되고, 체세포복제배아에 대해서는 적용되지 않는다.

나) 판단

생명윤리법 제13조 제3항에서는, '누구든지 금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인 또는 알선하여서는 아니 된다'고 규정하고 있고, 그 금지규정은 위 법률 제3장 '배아 등의 생성·연구' 중 제2절 '인공수정배아'의 항목 속에 위치하고 있다.

그러나 위 법률 제3장의 제3절 '체세포복제배아'의 항목에서는 일정한 연구 목적 이외의 체세포 핵이식행위를 금지하는 등의 규정을 같은 장의 다음 절에 연이어 마련하고 있고, 난자가 개념상으로 인공수정배아와 보다 직접적인 관련이 있기 때문에 위 법률에서 제3장 제2절에 위 금지규정을 두었다고 보이며, 위 금지규정이 그 정자 또는 난자의 제공 등 행위의 주체를 구별하지 아니하고 '누구든지'라는 표현을 사용하고 있고, 그 제공 등의 구체적인 목적이나 의도를 구분하고 있지 않고 있으며, 제공 등의 반대급부의 내용도 포괄적으로 규정함으로써, 일반적으로 당해 행위를 금지하는 형식으로 규정되어 있는 점에 비추어 보면, 위 법률이 총칙에 위 금지규정을 두지 아니하고 '인공수정배아'의 항목 아래 위 금지규정을 두었다는 등의 법조문의 위치만으로는 그 적용대상이 체세포복제배아를 생성할 목적 하의 위반행위가 포함되지 아니하고 인공수정배아를 생성할 목적 하에 반대급부를 조건으로 난자를 이용하는 행위로 제한된다고 보기 어렵다[정부에서 2007. 11. 6. 금지규정의 체계를 정비한 내용의 생식세포 등에 관한 법률안(중

가제166호), 생명윤리 및 안전에 관한 법률 전부개정안(증가제167호)의 법안을 마련하여 국회에 제출되었다가 입법에 이르지 못하고 그 법률안이 폐기되었다는 등의 사정만으로는 위 법조항의 적용범위에 대하여 달리 해석할 수 없다.

].

2) 헌법상의 제반 원칙 위반 주장에 대하여

가) 주장의 요지

위 금지규정이 난자를 직접적으로 매매한 경우뿐만 아니라 난자의 공유 등 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼겠다는 취지라고 해석하는 것은, 헌법상 과잉금지원칙, 체계정당성의 원리, 명확성 원칙에 반한다.

나) 판단

원심도 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 위 금지규정이 직접적인 난자의 매매뿐만 아니라 반대급부를 제공하는 난자의 공유(Sharing)까지도 반대급부를 제공하지 아니하는 난자의 순수한 기증(Donation)과 구별하여 그 규제대상으로 삼고 있다고 본다 하여 죄형법정주의에 반하여 형벌법규를 함부로 유추해석하거나 확장 해석한 것이라고 할 수 없고, 일정한 합리적 수준의 보상이 뒤따르는 난자의 공유를 형사처벌의 대상에서 제외하는 것이 바람직하다고 하더라도, 난자의 이용은 인간생명의 존엄과 가치와 직접적인 관련성을 갖고 있어 필연적으로 윤리적인 문제를 야기하므로 규제 대상을 어느 정도까지 정할 것인지는 원칙적으로 입법정책의 문제로서 입법자의 폭넓은 재량에 맡겨져 있다 할 것이므로, 헌법상 과잉금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

또한 장기 등 이식에 관한 법률(이하 장기이식법이라 한다) 제37조 제1항에서 장기 등의 적출 및 이식에 소요되는 비용은 해당 장기 등을 이식받은 자가 부담한다고 규정하고 있는 반면, 생명윤리법에서는 난자의 채취비용에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하나, 장기이식법 제3조 제1호에서 정하는 신장, 간장, 췌장, 폐, 골수, 각막 등의 장기 등은 대체 불가능한 성질을 가지고 기증자의 신체적 완전성을 해하는 정도가 매우 큰 반면, 난자는 가임 여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 특성을 갖고 있어서, 위 장기 등에 비하여 유상거래의 유혹에 빠질 가능성도 더 높은 점 등 그 규제 대상의 특성이 상이하므로, 생명윤리법이 정하는 난자 매매 금지규정의 적용범위나 그 대상에 관하여 해석함에 있어서 반드시 난자의 채취비용에 관한 부분을 장기이식법의 해당 규정을 유추 적용하여야 한다거나 유추 적용하지 않는 것이 헌법상 체계정당성의 원리에 반한다고 볼 수 없다.

나아가, 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 위배되는 것이라고 볼 수 없고, 위 금지규정의 의미·내용은 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단을 기준으로 할 때 분명하게 파악할 수 있어 처벌규정으로서의 명확성도 충분히 갖추고 있다 할 것이어서 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다(생명윤리법이 2008. 6. 5.에서야 비로소 일부 개정되어 제15조의4에서 난자제공자에 대한 실비보상 규정을 마련하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 위 법률의 조항 자체가 명확성의 원칙에 반한다고 보기 어렵다.

).

3) 반대급부를 조건으로 한 난자 이용행위 해당 여부

가) 생명윤리법은 각종 유전자 검사와 정자, 난자의 매매 등 인간의 존엄성을 훼손하는 행위가 공공연히 자행되고 있는 실정에서 시급한 법제정을 통하여 사회적 윤리를 창출하고 규범을 세우려는 노력의 일환으로 국회 보건복지위원회

에서 제안되었고[증제774호(수사기록 33권 20122-20143쪽)], 그 법률의 목적도 생명과학기술에 있어서의 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지함에 있는 것인바(생명윤리법 제1조), 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 생명과학기술의 발전을 위한 난자의 제공은 그 제공자의 경제적 동기가 아니라 순수한 자발성에 의하여 뒷받침될 것이 요청되고, 이를 확보하기 위한 수단으로서 난자제공의 무상성이 관철되어야 할 것이다.

나) 살피건대, 원심이 적절하게 실시한 바와 같이, ① 불임치료와 무관한 순수 난자 공여자의 경우에는 난자 공여 의사의 결정에 의하여 비로소 난자 채취비용이 발생하는 반면, 난자를 기증한 불임환자들은 난자 공여 의사의 결정 여부에 관계없이 원래 자신들의 불임치료를 위해 이미 과배란 주사비 등의 비용 지출이 예정되어 있었기 때문에 각각 비용은 발생 원인이나 그 성격에 있어서 규범적으로 본질적인 차이가 있는 점, ② 비용 지출이 예정된 경우에 그 비용을 감면해 주는 것은, 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지하려는 생명윤리법의 입법목적에 위배될 가능성이 매우 높은 점에 비추어 위 법조항에서 정하는 포괄적인 반대급부에 포섭된다고 해석하여야 할 필요성도 있는 점, ③ 가임 여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 난자의 고유한 특성에 비추어, 난자의 제공이 어떠한 형태로든 재산상 이익의 취득과 결부되면 신중한 의사형성의 과정도 없이 보다 쉽게 난자 제공 의사를 결정함으로써 난자 공여의 순수성이나 자발성 원칙을 훼손할 위험성이 증대되는 점을 종합하면, 불임시술을 받는 환자들에게 과배란 주사비 등의 비용 감면의 이익을 알려주면서 잉여난자의 제공을 권유하는 것은 위 법조항이 금지하는 난자의 유상거래에 해당한다고 평가하지 않을 수 없다.

다) 따라서 이 부분 공소사실의 난자 기증자는 난자의 제공으로 인하여 당연히 지출하게 되어 있는 비용을 일부 면하는 재산상 이익을 얻었고, 피고인도 이러한 재산상 이익을 제공하는 것을 조건으로 난자를 제공받았으므로, 피고인의 행위는 결국 위 법률 조항을 위반한 경우에 해당한다.

(나) 위법성 조각 사유의 존재 여부에 대하여

피고인의 이 부분 행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당행위에 해당할 수 없다는 취지의 원심의 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 정당행위의 성립범위에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

(다) 법률의 착오 해당 여부에 대하여

- 1) 형법 제16조에서 “자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니 한다”라고 규정하고 있는바, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가하여야 한다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2007도1915 판결 참조).
- 2) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, ◆◆대학병원의 기관생명윤리심의위원회(IRB)에서 위원회의 의결로 정식으로 이 사건 난자 공유가 적법하다는 견해를 피력하였다거나 피고인이 감독관청에 이 사건 난자공유의 적법 여부에 대하여 문의를 해 적법하다는 취지의 확인을 받았다고 볼 만한 정황이 발견되지 아니하고, 피고인이 난자공유의 적법성 여부를 확인하였다는 법률전문가인 ◆◆대학교 법학과 교수 공소외 35는 검찰 조사에서 피고인에게 난자에 대한 보상비 관련 자문을 해 준 사실을 부인하였을 뿐 아니라[증제809호(수사기록 28015쪽, 당심 공판기록에 편철)], 당심 증인으로 출석하여서도, 2005. 1. 17. 개최된 ○○대학교△△과대학 IRB 자문회의에 참석하여 불임시술 과

정에서 잉여난자를 제공받는 경우에 그 불임시술 비용을 할인해 주는 것은 허용될 수 없고 순수하게 실비를 제공하는 것은 가능하다는 취지로 의견을 개진하였다는 것이므로, 피고인이 그와 같은 반대의견마저 존재하는 상황에서 순수한 난자 제공자가 아니라 불임시술을 받는 환자로부터 잉여난자를 제공받으면서 그 시술비용을 감면해 주는 것의 위법성 여부를 확인하는 데 진지한 노력을 다하였다고 볼 수는 없다 할 것이어서, 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한다고 오인한 데 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다.

3. 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 검사의 논문조작에 관한 입증의 정도

- (1) 과학적 판단의 영역에 있어서, 과학논문은 그 논문작성자가 그 내용이 진실하다는 입증을 할 책임이 있고, 이를 입증하지 못하여 해당 논문의 근거가 되는 실험 자료가 부족하거나 조작되었다는 의심을 받는 경우, 그 정도에 따라 당해 논문이 취소되거나 논문 조작의 정도가 중한 경우에는 학계에서 퇴출되는 등의 불이익이 발생할 수 있다.

한편, 과학의 발달에 있어서 중요한 의미를 갖는 과학논문일수록 발표된 이후 다른 연구자들의 후속 연구의 기초가 되기 때문에 후속 연구자들에 의하여 그 과학논문의 실험 내용에 대한 재연과 검증 절차가 뒤따르는 것이 보통이고, 그와 같은 후속 연구에 의해 그 논문의 진실성이 의심됨에도 논문작성자가 그 논문의 진실성을 적극적으로 입증하지 못하는 경우에 과학자로서 그에 따른 사실상의 불이익을 감수하도록 하는 것은 과학계 스스로의 자정작용의 일환으로서 그 유용성을 인정할 수 있을 것이다.

- (2) 그러나 논문조작이 어떠한 범죄의 구성요건을 구성하는 행위로 평가될 수 있는지의 여부는 사법적 판단의 범주에 속하고, 우리 헌법은 형사법의 영역에서 국민의 기본권을 보장하기 위하여 죄형법정주의와 함께 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항)을 채택하고 있는바, 형사소송법이 그 구체적인 실효성 확보수단으로서 채택한 증거재판주의(형사소송법 제307조)에 의하여, 검사는 공소를 제기한 범죄사실에 대한 입증책임을 지고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하며, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.

더구나 최첨단의 과학 분야에 있어서는 인간의 제한된 인식능력이나 그 시대의 과학기술의 발달수준이 한계로 작용하기 때문에 과학적 진실 자체를 확정하기가 어렵고, 이와 같이 진실 확정의 어려움에 따른 불이익을 앞서 본 과학계 스스로의 정화작용과 마찬가지로 논리를 채용하여 피고인에게 부과하는 것은 우리 헌법과 형사소송법이 채택한 무죄추정의 원칙과 증거재판주의의 본질을 훼손하는 것이어서 허용될 수 없다.

나. 2004년 논문조작 관련 사실오인 주장에 대하여

- (1) DNA 지문분석 검사 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

2003년 5월 초순경 ○○대 연구실에서, 피고인은 공소외 12로부터 NT-1 줄기세포의 침전물로부터 유전자지문분석 시료를 추출하는 과정에서 실수로 시료채취에 실패하였다는 보고를 받자, 우선 NT-1 줄기세포의 유전자지문분석 시료 없이 위 줄기세포에 대한 난자 및 체세포 제공자로 알고 있던 공소외 36(실제 난자 및 체세포 제공자는 공소외 37)의 체세포에서 추출한 유전자 지문분석 시료만 보내서 유전자지문분석검사를 의뢰하도록 지시하고, 이에 따라 공소외 12는 제1심 공동피고인 5에게 피고인의 지시를 전달하고, 제1심 공동피고인 5는 공소외 36의 체세포에서

추출한 유전자지문분석 시료를 NT-1 줄기세포와 체세포용 튜브에 각 나눠 담아 그 사실을 모르는 국립과학수사연구소 서부분소 유전자분석실장인 공소외 38에게 유전자지문분석을 의뢰한 후, 2003. 5. 6. 공소외 38로부터 공소외 36의 체세포와 줄기세포의 유전자지문이 일치하는 것으로 분석된 결과를 피고인 2의 이메일로 송부받아, 공소외 12, 제1심 공동피고인 5는 이를 논문에 게재할 수 있도록 컴퓨터를 이용하여 편집하는 방법으로 그림을 만들어 제1심 공동피고인 3에게 전달하고, 제1심 공동피고인 3은 이를 사이언스 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림4의 A, B, C 중 'donor'와 'SCNT-hES-1' 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1673쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 제1심 공동피고인 5와 공소외 12는 검찰조사를 받는 과정에서, 체세포 시료를 둘로 나누어 검사를 의뢰했는지와 피고인의 지시가 있었는지에 관하여 그 진술이 일관되지 않고 수차례 번복이 이루어졌고, 2005. 12. 22.경 ○○대 조사위가 조사를 시작한 이후 제1심 공동피고인 5와 공소외 12의 전화통화 내용과 ○○대 조사위에서 진술한 내용 등이 공소사실에 부합하는 듯한 제1심 공동피고인 5와 공소외 12의 이 부분 진술과 배치되는 점, ② 체세포 핵이식 과정 이후인 줄기세포주의 수립·배양업무는 ◇◇◇◇에서 파견된 공소외 12, 제1심 공동피고인 5가 담당하였고, 최초 검찰 조사 당시에도 피고인과 ◇◇◇◇ 측은 논문조작의 책임을 서로 전가하고 있던 상황이었는에도, 제1심 공동피고인 5와 공소외 12는 수사과정에서 처음에는 피고인이 지시하여 DNA 지문을 조작하였다고 진술하지 않은 점, ③ 이 사건 DNA 검사 및 이후의 공소외 12와 피고인의 대화 또는 전화통화 내용에서도, 피고인이 공소외 12에게 한 질문의 내용은 DNA 지문검사의 조작 사실을 알지 못하는 것을 전제로 하고 있는 점, ④ 이 사건 NT-1은 세계 최초로 수립된 체세포 핵이식 인간 배아줄기세포주임을 증명하기 위한 과학적 근거로서 DNA 지문분석 검사결과가 매우 중요하였을 것으로 보이는데, 피고인이 그 최초의 DNA 검사시부터 그 결과를 조작할 아무런 이유가 없어 보이고, 피고인은 NT-1이 수립된 이후, 소멸 위험을 분산시키기 위해 ◇◇◇◇ 등 국내 연구소나 대학뿐만 아니라 영국, 미국 등의 해외 연구소나 대학에 공동연구의 목적으로 NT-1을 분양하였는바, 피고인이 이 사건 DNA 검사를 조작하였다면, 위와 같이 조작사실이 탄로 날 위험을 무릅쓰고 분양을 하지는 않았을 것으로 보이는 점, ⑤ 제1심 공동피고인 5는 2003년 9월 말경 NT-1 배아체 DNA 검사, 2004년 2월경 및 같은 해 9월경 ◇◇◇◇ 정기검사, 2005년 10월경의 핵형검사 등 2003년 5월경 이후의 NT-1에 대한 DNA 및 핵형 검사 과정에서 NT-1의 검사결과를 조작하였고, ○○대 조사위의 수사과정에서 공소외 12에게 NT-1의 2003년 5월경 최초 DNA 지문분석검사의 과정에 대한 허위 진술을 부탁하거나 공소외 39 등을 동원하여 증거인멸을 하면서 위 NT-1에서 DNA를 추출한 'SCNT1' 튜브도 폐기하도록 한 점에 비추어 제1심 공동피고인 5의 위와 같은 검사결과 조작과 증거인멸 등 행위의 동기가 피고인의 지시 없이 2003년 5월경의 DNA 검사를 조작한 후 이를 감추기 위한 것이었을 가능성을 배제하기 어려운 점을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 공소외 12, 제1심 공동피고인 5에게 NT-1의 DNA 검사시 체세포 시료를 나누어 보내는 방법으로 위 검사를 조작하도록 지시하였다거나, 이를 알고 있었다고 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 2003년 5월 초순경 DNA 지문분석 검사가 나온 이후, ◇◇◇◇가 선임한 공소외 38에 의하여 2003. 8. 22. 및 2003. 8. 23. 비관련자 검사가 12개의 시료에 대하여 시행되었고, 그 비관련 공여자의 혈액은 ◇◇◇◇에서 준비되었으며 DNA를 추출한 후 연휴 기간 중에 제1심 공동피고인 5에 의하여 공소외 38에게

직접 전달되었는데, 그 검사시료에는 실제 공여자로 오인되었던 공소외 36의 시료는 포함되어 있지 않았는바(증가 제84호증의5), 원래 비관련자 검사는 그 개념상 실험대상에 NT-1을 포함시키지 않고 비관련자의 시료만을 제공하여 종전 실험의 오류 가능성을 검증하는 것이긴 하나, 사이언스지에 논문을 투고하였다가 보완을 요구하는 심사평에 따라 실시된 위 2003. 8. 23. 비관련자 검사 당시에는 네이처(Nature)지로부터 논문투고가 이미 거절되었고 NT-1의 상태가 호전되어 시료가 충분한 상황이었으며 사이언스지로부터 비관련자 검사와 함께 테라토마 실험을 요구받았으므로 상당한 시일이 걸리는 테라토마 실험의 특성상 충분한 시간적 여유가 있었다고 할 것인데, 피고인이 2003년 5월 초순경의 최초 DNA 지문분석 검사를 공소외 36의 혈액을 나누어 담아 의뢰하는 방법으로 조작을 지시하였다면, 피고인으로서 비관련자 검사를 실시할 실질적인 의미나 효용성이 전혀 없다는 것을 알고 있었다고 보이는데도, 최초 DNA 지문분석 검사 이후 DNA 지문분석에 관해서는 실질적으로 처음 실시하는 비관련자 검사에서 NT-1의 시료를 그 대상으로 포함시켜 실험을 의뢰하지 아니하고 비관련자들에 대한 시료만으로 실험을 의뢰한 점,

② 제1심 공동피고인 5는 미국에 체류하던 중 공소외 40과의 전화통화에서 피고인을 호칭하면서 욕설을 하는 등 피고인에 대한 감정이 극도로 나빠진 상황에서[증제346호(수사기록 13권 9371-9372쪽)], 피고인이 자신에 대하여 검찰에 수사를 요청한 이후인 2005. 12. 24. 미국에서 귀국한 후, 2005. 12. 27. ○○대조사위의 조사를 받으면서 조사위원으로부터 논문조작에 관하여 피고인이 조작지시를 한 부분을 정리해달라는 요청을 받고 "2005년 Science 논문 Data 조작에 관한 지시사항"이라는 문서를 작성하였는데, 그 문서의 내용에 'DNA 지문분석과 HLA(면역적합성) typing 등에 대한 시료 공급과 분석에 관해서는 직접 지시를 받지는 않았으나 제1심 공동피고인 3 교수로부터 진행사항에 대해 보고받았을 것으로 생각합니다.

'라고 기술하였는바[증인 제1심 공동피고인 5의 원심 법정진술(공판기록 4676-4677쪽), 증제346호(수사기록 40권 9450-9452쪽)], 피고인이 줄기세포의 검증에 있어서 기초가 되는 DNA 지문분석에 관하여 조작을 지시하였다면, 제1심 공동피고인 5로서는 당연히 자신의 책임을 모면하기 위하여 그 지시사실을 기재하였을 것으로 보이는 데도 제1심 공동피고인 5는 위 문서를 작성하면서 2004년 논문의 DNA 지문분석에 관한 조작 지시는 물론 2005년 논문의 DNA 지문분석에 관한 조작 지시에 대해서도 별다른 언급을 하지 않은 점, ③ 공소외 36은 2002년경 가출하여 휴대전화 번호도 자주 바꾸는 등으로 이 사건 DNA 지문분석 검사 당시에는 연락이 되지 않는 상태이었는데, 난자제공 당시 건강검진을 받으면서 혈액을 채취하였으나 그 후 피고인에게 따로 혈액을 기증하지는 않았다고 진술하고 있고[증제17호(수사기록 1권 471쪽)], 피고인은 2003년 4-5월경 이 사건 DNA 지문분석 검사를 위하여 2003. 2. 3. 난자를 기증한 공소외 36의 소재를 파악하려고 하였는데[증인 공소외 41의 원심 법정진술, 증제29호(수사기록 1권 700쪽)], 피고인이 이와 같이 DNA 지문분석 검사를 위하여 난자기증자로 오인한 공소외 36의 소재를 파악하려고 한 이유는 ○○대 연구실에서 체세포 시료 채취를 위한 혈액을 보관하지 않았기 때문이라고 보이고, 피고인의 요청으로 공소외 12와 제1심 공동피고인 5가 피고인 2를 찾아가 ◇◇◇◇의 냉동고에 보관되어 있던 공소외 36의 혈액을 가져온 점[증제72호(수사기록 2권 1479-1482쪽)]에 비추어 보면 그 당시는 NT-1 핵이식이 최초로 성공한 초기 단계이기 때문에 줄기세포 수립을 위한 검증실험의 사전준비나 진행절차가 확립되어 있지 아니하여 피고인으로서 세포배양과 검증실험에 관해서는 전적으로 ◇◇◇◇의 공소외 12 등에게 의존하고 있었다고 보이는 점, ④ 피고인은 공소외 12가 공소외 14 교수가 재직하던 미국 ●●●●대학에 유학을 간 후 미국 출장길에 ●●●●대학에도 NT-1을 분양하려고 하였으나, 공소외 14 교수가 ●●●●가 속한 펜실베이니아주에서는 인간복제가 금지되어 있다며 피고인에게 직접 전화하여 NT-1을 가지고 오지 말라고 하여 피고인이 인천공항에까지 가지고 갔던 셀(cell)을 ○○대 연구소로

되돌려 보낸 점[증제29호(수사기록 1권 733쪽)] 등을 아울러 종합하여 보면, 공소외 12 및 제1심 공동피고인 5의 진술 번복 경위, 이 사건 DNA 지문분석 검사 당시 피고인의 ◇◇◇◇ 측에 대한 의존의 정도, 이 사건 DNA 지문분석 검사 및 이후의 피고인과 공소외 12와의 대화 내용, 국내외 연구소에 NT-1을 광범위하게 분양하는 등 DNA 지문분석 검사 이후 피고인이 취한 행동이나 태도, 피고인의 조작 동기의 의문점, NT-1에 대하여 그 후 실시된 DNA 및 핵형검사 과정과 제1심 공동피고인 5의 조작행위의 경위나 그 반복성 등에 비추어, 합리적 의심의 여지없이 피고인이 공소사실 기재와 같이 공소외 12, 제1심 공동피고인 5에게 NT-1의 DNA 검사시 체세포 시료를 나누어 보내는 방법으로 위 검사를 조작하도록 지시하였다거나, 그와 같은 조작사실을 알고 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다는 취지의 원심 판단은 정당하다.

(2) RT-PCR 검사 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

사이언스 측에서 NT-1 줄기세포가 처녀생식에 의한 줄기세포일 가능성이 있다고 의문을 제기하면서 이에 대한 입증을 요구하여 미국 미시간 주립대학 공소외 42(영문자 생략) 교수가 원숭이 처녀생식 여부를 판단하면서 사용한 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응(RT-PCR) 검사 방법을 이용하여 NT-1에 대하여 처녀생식 여부를 검사하였으나 줄기세포에 특징적인 부계유전자와 모계유전자가 모두 제대로 발현되지 아니하자, 동물실험의 경우 배반포를 가지고 위 검사를 많이 실시하는 점에 착안하여 인간난자의 배반포나 배아를 이용하여 위 검사를 실시한 다음 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 2003년 9월~10월경 사이 ○○대 연구실에서 ○○대 연구원인 공소외 43으로 하여금 인간난자에 핵이식을 한 배아 중 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 같은 연구원인 공소외 13에게 전달하도록 하고, 공소외 13은 위 배아를 이용하여 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응 검사를 실시한 다음 해당 부분을 'hNT-BL'이라고 기재한 검사표를 만들어 제1심 공동피고인 3에게 이메일로 송부하고, 제1심 공동피고인 3은 마치 NT-1 줄기세포로 검사를 한 것처럼 'hNT-BL' 부분을 'SCNT-hES-1'으로 수정한 후, 이를 사이언스지 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림4의 D 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1673쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 공소외 13이 수행한 NT-1에 대한 RT-PCR 검사의 실험결과와 관련하여서는 일부 검사사진만이 남아 있을 뿐, 달리 실험일지나 검사결과를 확인할 수 있는 자료가 남아 있지 않은바, 2004년 논문에 사용된 RT-PCR 검사결과가 NT-1이 아닌 배아 또는 배반포를 사용하여 얻은 검사결과라고 볼 직접적인 증거는 없고, 관련 자료를 공소외 13이나 피고인 측이 의도적으로 은닉하였다는 정황 또한 찾아볼 수 없는 점, ② 공소외 43의 진술에 의하더라도 제1심 공동피고인 3이 검사 조건이 잘 잡히지 않는다는 취지의 말을 한 사실이 있다는 것이고, 증제18호에 첨부된 각 서류에도 위와 같은 모계유전자의 프라이머 조건을 잡기 위한 실험 과정이 일부 기재되어 있는 점을 고려하면, 공소사실과 같이 NT-1에 대하여 여러 차례 실험을 하였는데 제대로 된 결과가 나오지 않았다고 단정하기는 어려운 점, ③ 이 사건 RT-PCR 검사에서 'BL'이라는 표시가 반드시 배반포 또는 동결 배아를 사용한 검사결과를 의미한다고 단정할 수는 없고, 위 ○○대 비밀문서 중 'hNTBL'의 표기가 2004년 논문에는 'SCNT-hES-1'로 변경되어 있다고 하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과로 조작한 것이라고 단정하기는 어려운 점, ④ 공소외 43, 12는 위 RT-PCR 검사에 직접 관여하지 않은 연구원들로서, 위 실험이 조작되었을 것이라는 그들의 각 진술은 실험사진에 'NT BL'이라고 기재되어 있고, 위 ○○대 비밀문서에도 'hNTBL'로 기재되었다가 2004년 논문에는 'SCNT-hES-1'로 기재되어 있다는 것을 근거로 한 추측에 불과하고, 공소

외 13 및 제1심 공동피고인 3 역시 검찰 조사시 'BL'로 기재되어 있으면 배반포로 했을 수도 있을 거라는 취지의 진술을 한 사실은 있으나, 이 역시 검사사진 및 위 ○○대 비밀문서에 표시된 'BL'이라는 단어만을 근거로 추측한 것에 불과한 점, ⑤ 가사 배아에 대한 RT-PCR 검사결과가 NT-1에 대한 검사결과로 조작되었다고 하더라도, 피고인이 이 사건 RT-PCR 실험에 직접 관여하여 공소외 43, 13 및 제1심 공동피고인 3에게 동결 배아로 RT-PCR 검사를 하도록 지시하였다는 점에 관하여는 이를 인정할 아무런 증거가 없는 점을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 동결 배아를 이용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 공소외 43 및 공소외 13, 제1심 공동피고인 3에게 지시하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과인 것처럼 2004년 논문에 게재하였거나, 그러한 사정을 알고 있었다고 인정하기 어렵다.

(다) 당심의 판단

이 사건 공소사실의 핵심은 인간난자에 핵이식을 한 배아 중 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 이를 대상으로 RT-PCR 검사를 하였다는 것이고, 그 사실의 기초가 되는 정황은, 공소외 43은 제1심 공동피고인 3이 2003년 9월~10월 말경 자신에게 RT-PCR 검사 조건이 잘 잡히지 않는데 발달 정지된 핵이식 배아로 조건을 한번 잡아 보겠다는 취지로 이야기를 하면서 동결 배아를 모아 달라고 하여 자신이 공소외 13에게 이를 건네주었다고 진술하고 있는 점 및 공소외 13이 제1심 공동피고인 3에게 검사결과를 송부하면서 검사표에 검체를 'hNT-BL'이라고 표시하였고, 공소외 43이 공소외 14와 공소외 42에게 NT-1에 대하여 브리핑을 하려고 작성하였다는 ○○대 비밀문서에 RT-PCR 검사에 대하여 'hNTBL'이라고 표기한 반면, 2004년 논문에서는 이를 'SCNT-hES-1'으로 수정되어 있다는 점인바, 원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① RT-PCR 검사는 특정검체에서 부계, 모계의 각인유전자 중 어떤 각인유전자가 발현되었는지의 여부를 추적함으로써 생식기전을 입증하려는 검사로서 유전자 지문분석 검사와는 달리 동일성 (Identity) 자체를 검증하는 검사가 아니므로, 검사결과 어떤 각인 유전자가 발현되었느냐의 여부를 알 수 있을 뿐, 사후에 어떤 검사결과가 어떤 검체로부터 도출된 것인지를 직접 규명할 수는 없고, 필요하다면 해당 검체에 대하여 다시 검사를 하여 동일한 검사결과가 나오는지를 검증해 볼 수밖에 없는 것인데, 누구든지 사람의 체세포를 검체로 하여 실험을 수행하기만 하면 실험자는 언제든지 부계·모계 각인유전자가 모두 발현하는 동일한 결과를 원하는 대로 얻을 수 있음에도, 피고인이 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 RT-PCR 검사를 하도록 지시하였다고는 경험칙상 납득하기 어려운 점[증인 공소외 13의 원심 법정진술(공판기록 4775-4777쪽), 증제32호(수사기록 34권 806쪽)], ② RT-PCR 검사를 주관한 제1심 공동피고인 3은 '피고인은 RT-PCR 검사에 대하여 잘 모르시기 때문에 검사결과지를 보여주지는 않았고, 검사결과만 부계유전자가 발현되었다는 취지로 구두로만 보고를 하였습니다.

'라고 진술하여 피고인의 지시에 의한 검사조작 사실을 부인하였고[증제193호(수사기록 36권 3944쪽)], 수사과정에서 피고인과 적대적인 관계에 있던 공소외 43도 '제1심 공동피고인 3의 지도 아래 공소외 13이 RT-PCR 검사를 담당하였다'고 진술하여 위 제1심 공동피고인 3의 진술 내용에 일부 부합하는 점[증제62호(수사기록 2권 1331쪽)], ③ RT-PCR 검사를 직접 담당한 공소외 13의 검찰 진술도 "사진과 결과지에 모두 'BL'로 기재되어 있는 것을 보면 배반포로 실험을 하였을 것 같으나, 핵이식된 배반포의 양이 적기 때문에 실험용으로 받았을 가능성이 희박하고, 'BL'을 시료로 받은 기억이 전혀 나지 않는다.

"는 취지일 뿐이므로 RT-PCR 검사의 시료로 동결 배아가 사용되었다고 단정하기는 어려운 점[증인 공소외 13의 원심 법정진술(공판기록 4758-4759쪽), 증제102호(수사기록 36권 2026-2039쪽)], ④ 동물의 배반포에 대한 실험을 주로 담당하여 왔던 공소외 13이 제1심 공동피고인 3에게 검사결과를 송부하면서 검사표에 검체를 'hNT-BL'이라고 표시한 것은 이른바 검사 의뢰방법으로 통용되는 Blind Test의 특성에 기인하였을 가능성이 있고, SCNT(Somatic Cell Nuclear Transfer, 체세포 핵이식 줄기세포)라는 용어는 2004년도 논문을 게재하면서 비로소 그 특성을 표현하기 위하여 사용되었을 뿐 그 이전인 RT-PCR 검사를 시행할 때는 그러한 용어를 사용하지는 않았다고 보이는 점 등을 아울러 종합하여 보면, 앞서 본 정황사실만으로는 합리적 의심의 여지없이 피고인이 공소사실 기재와 같이 동결 배아를 이용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 공소외 43 및 공소외 13, 제1심 공동피고인 3에게 지시하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과인 것처럼 2004년 논문에 게재하였다거나, 그러한 사정을 알고 있었다고 인정하기 어렵다는 원심의 판단은 정당하다.

(3) 면역염색 사진 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

2004년 1월경 피고인 및 제1심 공동피고인 3은 공소외 12가 ◇◇◇◇ 연구소에서 미리 편집하여 보낸 논문상의 그림 2의 면역염색사진을 가지고 미국 ○○○○대학공소외 14 교수 연구실에 가서 그와 함께 검토한 다음 전화로 공소외 12에게 "음성대조군(Negative control)중 SSEA-1 면역염색사진인 D 부분의 사진에 줄기세포가 2개 나타나고 해상도가 좋지 않다.

NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진이라도 괜찮으니 좋은 사진으로 보내달라."고 지시하고, 이에 따라 공소외 12는 ◇◇◇◇ 연구소에서 수립한 수정란 줄기세포의 SSEA-1 면역염색사진 중에서 해상도가 좋은 사진을 골라 이메일로 제1심 공동피고인 3에게 송부하고, 제1심 공동피고인 3은 이를 다시 원래의 SSEA-1 면역염색사진과 교체한 다음 사이언스 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림2의 D 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1671쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인은 NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진을 2004년 논문의 면역염색 검사결과에 사용하는 것을 알고 있었던 것으로 보이기는 하나, ① 면역염색검사에서 음성대조군(Negative control)의 역할은 검체의 표지인자에 결합하는 1차 항체를 처리하지 않아 면역염색 현상이 일어나지 않았을 때의 결과를 실험대상인 NT-1의 면역염색결과와 비교하기 위한 것으로서, 위 검사결과와 진실성과는 아무런 관련이 없는바, 위 음성대조군은 면역염색현상이 일어나지 않은 배아줄기세포이면 가능한 것이지만 반드시 NT-1을 사용할 필요가 없으므로, NT-1이 아닌 다른 세포를 음성대조군으로 사용한 행위 자체에 문제가 있다고는 볼 수 없고, ② 설령 이러한 부분도 논문의 조작으로 볼 여지가 있다 하더라도, 직접 공소외 12와 전화 통화를 한 제1심 공동피고인 3도 문제의 사진이 NT-1에 대한 것이 아님은 알았지만 이 사건 실험과 전혀 무관한 ◇◇◇◇ 수정란 줄기세포의 대조군인 것까지는 전혀 몰랐다고 진술하고 있으므로, 피고인이 이러한 사정을 알았다고 단정하기는 더욱 어렵다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 음성대조군의 기능이나 역할에 비추어 이 부분 사진 교체 행위가 논문의 조작이라고까지 보기 어렵다는 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리

를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(4) 소결론

따라서 검사의 논문조작 내용이나 범위에 관한 사실오인 주장은 모두 이유 없다.

다.

사기죄의 성립여부에 대한 판단

(1) 논문조작 관련 객관적 사실과 피고인의 인식 내용의 확정

사기죄는 주관적 구성요건 요소로 고의가 필요한 고의범이고, 제3자의 행위에 의하여 피고인의 인식 내용이 객관적 사실과 달라진 경우에는 자기책임의 원칙에 따라 행위 당시의 객관적인 사실에 관계없이 피고인이 당시 인식하고 있는 사정을 기준으로 하여 기망행위를 인정할 수 있는지의 여부와 그 범의를 추단할 수 있는지의 여부를 판단하여야 한다.

따라서 피고인이 공소외 5 회사 및 농협으로부터 연구비를 후원받은 2005년 9월 당시를 기준으로 하여, 판단의 편의를 위하여 2004년 논문과 2005년 논문에서의 줄기세포 수립여부와 그 실험 데이터의 진실성에 대한 객관적 사실 및 형사재판에 있어서 증거재판주의에 의하여 규범적으로 확정되는 피고인의 인식 내용을 정리하면 다음 표 기재와 같다.

[2004년도 논문]

(NT-1 : 줄기세포주로 실존하나, 처녀생식 여부에 대해서는 논란이 있음)

종류검사종류객관적 사실피고인의 관여 여부 등에 대한 판단피고인의 인식 내용NT-1DNA 지문분석2003년 5월경 체세포만으로 분석 검사하여 체세포와 NT-1의 검사결과가 일치하도록 조작피고인이 조작을 지시했거나 조작사실을 알았다고 볼 수 없음피고인은 DNA 지문분석이 정상적으로 실시되었다고 인식RT-PCR동결 배아로 실험한 결과를 NT-1로 검사한 것처럼 조작하였는지 여부가 불분명함NT-1이 아닌 동결 배아로 RT-PCR 검사를 하였다고 단정할 수 없고, 그렇지 않다고 하더라도 피고인이 지시했거나 이를 알고 있었다고 볼 수도 없음피고인은 RT-PCR 검사가 정상적으로 실시되었다고 인식면역염색 사진실제 검사는 했으나, SSEA-1 음성대조군 사진을 NT-1이 아닌 ◇◇◇◇ 사진으로 대체실제로 면역염색 실험결과가 나왔고, 단지 음성대조군 사진 1장에 다른 줄기세포 사진이 사용된 것은 검사결과와 진실성과 관계없음이 부분 사진의 대체가 검사결과와 진실성에는 영향이 없으므로, 피고인이 이를 인식하고 있었다고 하더라도 범의 인정에 있어서 중요한 사항이 아님테라토마 DNA검사배아체 DNA 지문분석 결과를 NT-1의 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 조작피고인의 조작 관여사실이 인정됨피고인이 이 부분 각 조작사실을 알았으나, 논문발표 이전인 2004. 2. 6.경 실제로 테라토마 실험은 성공함테라토마 사진◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마로 NT-1의 테라토마인 것처럼 허위로 사진을 게재피고인의 조작 관여사실이 인정됨

[2005년도 논문]

(NT-2 내지 12 : 제1심 공동피고인 5가 섞어심기하였거나 실제로는 수립되지 아니하여, 줄기세포주로 실존하지 아니함)

종류실체검사종류객관적 사실피고인의 관여여부피고인의 인식 내용NT-2Miz-4배아체형성검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기함×피고인은 NT-2, NT-3이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, 일부 실험 데이터를 조작함△ 다른 모든 검사는 정상적으로 실시되었고, 그 중 DNA, 면역적합성 검사결과는 제1심 공동피고인 5가 섞어심기를 숨기려 허위로 조작함NT-3Miz-8테라토마형성검사△ NT-2의 배아체 사진 조작○△ NT-3의 배아체 사진, 테라토마 사진 조작(다만, 논문 제출 이전에 NT-2, 3의 테라토마 실험은 성공하였음)면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기

하였음×피고인은 NT-4 내지 7이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, NT-4 내지 7이 오염사고로 소멸하였음에도 실험 데이터를 조작함NT-4Miz-4핵형검사NT-5Miz-4배아체형성검사△ 2005. 1. 9.경 오염사고로 소멸됨NT-6Miz-6테라토마형성검사NT-7Miz-6면역적합성검사△ NT-4 내지 7의 각 검사결과 조작○DNA지문분석검사NT-8Miz-7면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기함×피고인은 NT-8, 10, 11이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, 실험 데이터를 조작함핵형검사NT-10Miz-10배아체형성검사△ NT-8, 10, 11의 각 검사결과 조작○테라토마형성검사NT-11Miz-2면역적합성검사(테라토마는 NT-8만 해당함)DNA지문분석검사실존하지 않음면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5의 섞어심기가 없었고, 줄기세포주로 수립되지 않음○피고인은 NT-9, 12가 핵이식 후 콜로니 형성에 이르지 못하여 줄기세포주로 수립되지 않았음에도, 콜로니가 형성되어 줄기세포로 실존하고 있는 것처럼 실험 데이터를 조작함핵형검사NT-9배아체형성검사△ NT-9의 각 검사 조작NT-12면역적합성검사△ NT-12의 면역적합성검사, DNA 지문분석 검사 조작DNA지문분석검사

(2) 공소외 5 회사에 대한 기망행위 또는 편취의 범의 및 인과관계의 존재 여부

(가) 논문조작 행위 부분

1) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요부분에 관한 것임을 요하지 않으며, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초사실에 관한 것이면 충분하고, 어떤 행위가 다른 사람을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는가의 여부는 거래의 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적·객관적으로 판단해야 할 것이고(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7459 판결 참조), 한편 사기죄의 기망은 편취 또는 이득의 수단으로서 행하여지는 것이어서 피기망자의 재산적 처분행위를 하게 하는 행위로서의 성격을 갖는 것이므로, 상대방을 착오에 빠지게 하였다 할지라도 그 착오에 기하여 상대방으로 하여금 재산적 처분행위를 하게 한 행위가 아니라면 그 행위는 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가할 수 없다.

2) 앞서 본 피고인의 인식 내용을 기초로 하여 피고인의 논문조작 행위가 기망행위를 구성하는 지에 관하여 본다.

가) 우선, 2004년 논문의 경우에는 피고인이 위 논문 제출 당시에는 테라토마 실험결과를 얻지 못하여 NT-1 배아체의 DNA 지문분석 검사결과를 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 바꾸고, ◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마 사진을 마치 NT-1의 테라토마 사진인 것처럼 조작하였으나(다만, 이후 NT-1의 테라토마가 형성된 결과를 얻었다), 피고인은 NT-1이 수립된 이후 그 검증을 위하여 DNA 지문분석 검사, 핵형검사, 배아체형성 검사, 면역염색(HLA) 검사, RT-PCR 검사 등의 일련의 검증실험을 모두 실시하여 2004년 논문을 발표하였고, NT-1이 줄기세포로 수립되었던 것은 사실일 뿐 아니라, 그 줄기세포성 여부에 관한 핵심적인 검증실험인 DNA 지문분석 검사를 조작하는 데 피고인이 관여하였다는 점을 인정할 신빙성 있는 증거가 없고, RT-PCR 검사가 조작되었다거나 그 조작에 피고인이 관여하였다는 점을 인정할 명백한 증거가 없는 이상, 피고인은 공소외 5 회사와 이 사건 연구비 후원계약을 체결할 당시에는 NT-1이 자가핵이식 줄기세포주인 것을 확실히 믿고 있었다고 볼 수밖에 없다.

나) 다음으로 2005년 논문의 경우에는, 11개의 줄기세포주(NT-2 내지 12) 중 NT-9, 12를 제외한 나머지는 제1심 공동피고인 5가 섞어심기한 것이고, 그 이외에도 NT-13(2005. 3. 9. 콜로니 형성), NT-14, 4+(2005. 4. 22.경 각 콜로니 형성)의 줄기세포주도 수립된 것처럼 제1심 공동피고인 5가 섞어심기를 하여, 실제로는 2005년 논문과 관련한 연구결과로서 환자맞춤형 줄기세포주는 하나도 존재하지 않았으나, 피고인은 제1심 공동피고인 5의 위와 같은 범행을 모

르고 있었던 사실은 명백한바(검사도 그와 같은 사실을 전제로 이 부분 공소를 제기하였다), 2005년 논문의 최종 수정 및 재투고가 이루어질 당시인 2005. 4. 25.에는 피고인은 NT-2 내지 8, 10, 11, 13, 14, 4+ 등 12개의 환자맞춤형 줄기세포주가 실제로 수립(콜로니가 형성된 상태)되었다고 믿고 있었고, 그 중 NT-2, 3에 대하여는 면역염색검사, DNA 검사, 핵형검사, 테라토마 형성 검사, 면역적합성 검사 등 그 검증실험을 실시하여 정상적인 검사결과가 나왔는데, 제1심 공동피고인 5는 NT-2, 3에 대한 위 각 검사 중 DNA 검사, 면역적합성 검사는 수정란 줄기세포인 경우 체세포와 일치하는 검사결과가 나오지 않아 섞어심기 사실이 탄로 날 수 있었으므로 체세포만을 검사의뢰하는 방법으로 위 DNA 및 면역적합성 검사결과도 조작하였고, 나머지 검사는 세포의 동일성을 확인하는 검사가 아니어서 수정란 줄기세포로 검사의뢰를 하여도 정상적인 검사결과가 나오기 때문에 실제 NT-2, 3으로 검사가 이루어졌으며, 피고인은 위와 같은 DNA, 면역적합성 검사결과 조작사실도 전혀 모른 채 위 각 검사결과가 정상으로 나오자 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 보인다.

다) 이상과 같은 피고인의 인식 내용을 종합하면, 피고인이 비록 일부 검증 실험의 각종 데이터를 조작하였다고 하더라도, NT-1이 자가핵이식 줄기세포주인 것을 확실히 믿고 있었고 피고인이 조작에 관여한 검증 실험의 범위나 정도에 비추어 적어도 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 할 것이다.

3) 또한 피고인이 줄기세포주가 수립되었다고 확신하면서 일부 검증 실험의 각종 데이터를 조작한 행위 자체가 재물의 편취 또는 재산상 이익의 취득 수단으로서 이루어졌다고 보기 어려우므로, 논문 조작행위 자체가 곧바로 그 논문의 성과를 믿고 연구비를 후원하려는 잠재적 피해자를 상대로 재산적 처분행위를 하도록 한 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가하기는 어렵다.

4) 따라서 앞서 본 위 각 논문의 본질적 부분에 해당한다고 할 수 있는 줄기세포주의 수립 여부에 대한 피고인의 인식 내용, 피고인의 위 각 논문의 작성시기와 공소외 5 회사와의 연구 후원금 지원에 관하여 협의를 시작한 시기의 선후 관계 및 그 시간적 간격, 공소외 5 회사와의 후원계약 체결의 경위 등을 종합하면, 피고인이 위 각 논문을 작성할 당시부터 장차 불특정의 기업이나 단체로부터 연구 후원비 명목으로 금원을 편취할 고의 내지 의도 하에, 줄기세포를 전혀 수립한 바가 없는데도 마치 그러한 과학적 성과가 있는 것처럼 논문을 조작하였다고 보기는 어렵다.

(나) 언론 인터뷰 및 강연 행위 부분

1) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 이 사건 공소사실에서 기망행위의 내용으로 적시하고 있는 피고인의 인터뷰나 강연 내용 중 줄기세포의 연구에 따른 난치병 치료 등에 관한 전망을 언급한 부분은 피고인의 개인적인 전망 또는 판단을 밝힌 것으로서, 피고인이 이를 일부 과장하여 발표한 것이 사실이라고 하더라도, ① 2005년 논문에서도 “이 연구에서의 환자맞춤형 줄기세포는 질병의 진행을 이해하고 약물생산을 도울 수 있을 것으로 기대된다.

물론 환자의 세포를 이용한 줄기세포가 아직은 완전하지 않기 때문에 곧바로 이식치료에 이용될 수는 없다.

게다가 세포가 임상에 사용되기 전에 환자맞춤형 체세포 핵이식 유래 인간배아줄기세포의 생물학적 특성이 반드시 규명되어야 하고, 신뢰할 수 있는 분화기술이 확립되어야 하며, 미분화세포 및 잠재적 병원체를 완전히 배제할 수 있어야 한다.

”라고 그 한계 및 앞으로 연구되어야 할 과제 등을 명백히 밝히고 있고, ② 2005년 논문의 성과가 사실이라고 하더라도 환자맞춤형 줄기세포가 실제 임상에 적용되고 환자치료에 이르기까지는 많은 어려움과 상당한 시간이 소요될 것임은 일반인도 쉽게 예측할 수 있다고 보이며, ③ 공소외 5 회사의 이 사건 연구비 후원도 그 후원의 경위 등에 비추어 어떠한 반대급부를 조건으로 하거나 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 한 것이라기보다는 단순히 피고인이

계속 줄기세포 등 생명공학 관련 연구를 할 수 있도록 지원하는 의미로 보인다.

- 2) 또한 피고인이 그 검증 실험의 각종 데이터를 조작하였지만 줄기세포주가 수립되었다고 확신하면서 인터뷰나 강연 내용 중 줄기세포의 연구에 따른 난치병 치료 등에 관한 전망을 언급한 행위 자체가 재물의 편취 또는 재산상 이익의 취득 수단으로서 이루어졌다고 보기 어려우므로, 언론 인터뷰나 강연 행위 자체가 곧바로 그 논문의 성과를 믿고 연구비를 후원하려는 잠재적 피해자를 상대로 재산적 처분행위를 하도록 한 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가하기는 어려운 점을 아울러 고려해 보면, 피고인이 인터뷰나 강연을 통하여 줄기세포 연구의 실용화 가능성을 과장하였다고 하더라도 공소외 5 회사에 대한 관계에서 무슨 별도의 기망행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(다) 후원계약 체결 과정에서의 기망행위 부분

1) 적극적 기망행위 존재 여부

- 가) 검사는, 피고인이 공소외 5 회사의 공소외 7에게 마치 그 논문의 내용과 기자회견 결과가 사실인 것처럼 행세하면서 추후 줄기세포 연구가 상용화될 때 유리한 기회를 주겠다는 취지로 말하여 공소외 5 회사로부터 연구비 명목으로 10억 원을 교부받았다는 취지로 주장한다.

나) 이에 대하여, 원심은 그 판시와 같은 연구비 후원계약의 체결 경위와 그 내용에 관한 사실을 인정한 다음, 이 사건 연구비 후원계약의 체결 목적, 연구과제의 포괄성, 연구과제 수행결과의 소유권 귀속, 이 사건 연구비 후원계약의 체결 경위를 종합하면, 공소외 5 회사는 피고인의 줄기세포 연구를 위해 별다른 반대급부를 조건으로 함이 없이 이 사건 연구비를 후원하기로 한 것으로 봄이 상당하고, 공소외 5 회사가 줄기세포의 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 이 사건 연구비를 후원했다고도 보이지 않을 뿐 아니라, 연구비 후원 과정에서 피고인이 공소외 5 회사 측에게 '줄기세포의 상용화가 되면 공소외 5 회사에게 유리한 기회를 줄 수 있지 않겠냐.'라는 취지로 말을 한 사실이 있다고 하더라도, 위 연구비 후원에 대한 반대급부로서 위와 같은 내용이 합의서에 명시적으로 기재되어 있지 않은 이상, 이는 연구의 가시적 성과가 나올 경우 공소외 5 회사 측과 협력하여 사업을 진행할 수도 있다는 가능성을 언급한 것에 불과하고 위 연구비의 반대급부로서 약정된 것이라고는 보기 어렵다고 판단하였다.

- 다) 원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인이 공소외 5 회사와 연구비 후원계약을 체결하는 과정에서 공소외 5 회사를 적극적으로 기망하는 행위를 하여 그 후원계약을 체결하였다고 인정하기 어렵다는 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

2) 논문조작사실 묵비행위

- 가) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이고, 그 중 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 그 사실을 고지하지 아니함을 말하는 것으로서, 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다(대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도1033 판결 참조).

보다 구체적으로는, 재산권에 관한 거래관계에 있어서, 일방이 상대방에게 그 거래에 관련된 어떠한 사항에 대하여 이를 고지하지 아니함으로써 장차 그 거래관계의 효력 또는 채무의 이행에 장애를 가져와 계약상의 채권을 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서 이를 상대방에게 고지하지 아니하고 거래관계를 맺거나 그러한 상태를 묵비하여 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 받고 상대방은 그와 같은 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래관계에 임하지 아니하였거나, 이를 지속하여 재물 등의 교부를 하지 아니하였을 것이 경험칙상 명백

한 경우, 그 재물의 수취인에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고 이를 고지하지 아니한 것은 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다 할 것이나, 법률관계의 효력에 영향이 없고 상대방의 권리실현에 장애가 되지 아니하는 사유는 이를 고지할 의무가 없는 것이다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 판결, 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도882 판결, 대법원 1985. 3. 12. 선고 84도93 판결 각 참조).

나) 원심이 적절하게 실시한 바와 같이, 이 사건과 같이 과학논문에 있어서 그 데이터의 오류 내지는 과장, 허위 게재가 이루어진 경우, 그 논문 조작행위 자체가 논문심사기관의 심사업무를 방해하는 정도에 이르렀다면 업무방해죄의 형사적 책임을 지는 것은 당연하다.

그러나 기업이나 공익적 단체의 과학자에 대한 연구비의 지원은 그 과학자가 이룩한 전체적인 연구 성과 및 그 해당 분야에서의 발전 가능성과 연구비가 지원되는 분야에서의 과학기술 발달이 사회나 국가 나아가 인류의 삶의 질 향상에 이바지하는 정도 등 다양한 고려요소와 기준에 의하여 이루어지는 것이지, 그 과학자가 발표한 개개 논문의 구체적이고도 세부적인 내용의 정확성이나 진실성에만 좌우된다고 볼 수 없고, 더구나 최첨단의 과학기술 분야에서는 인간의 인식능력이나 그 시대의 과학발달 수준의 한계로 인하여 연구의 과정이나 결과에 있어서 불확실성 또는 경제적으로 효용가치가 높은 연구 성과를 도출하는 데 실패할 위험성이 상존하고 있으므로, 연구비 지원은 어떠한 구체적이고도 가시적인 연구 결과를 목적으로 하거나 그러한 연구 결과를 대가관계로 하여 이루어지기는 어렵고, 기업의 사회적 책임이행의 차원에서의 이익의 환원이나 선의에 바탕을 둔 자발적 기부의 일환으로 이루어지는 것이 보통이므로, 객관적이고 이기적인 행위 주체를 상정하여 이해관계의 합리적 조정이 중요한 판단요소로 작용하는 일반적인 재산상 거래와는 그 성질이 다른 특수성이 있다고 할 것이다.

따라서 논문 조작행위 자체에 대한 범죄의 성립 여부가 문제되는 것이 아니라 그 논문의 조작 이후 논문의 연구 성과와 관련하여 연구비를 지원받은 행위의 형사적 책임이 문제되는 경우에, 앞서 본 최첨단 과학기술 분야에 있어서의 연구비 지원이 갖는 특수성을 고려할 때 선행의 논문조작 행위 사실만으로 어떠한 예외도 없이 그러한 조작사실을 고지하지 아니한 행위가 부작위에 의한 기망행위에 해당한다고 볼 수는 없고, 그 논문조작 행위의 조작내용과 조작부분이 그 논문에서 차지하는 위치나 중요성, 연구비 지원의 동기 및 구체적인 목적 등을 종합적으로 고려하여 논문조작 행위가 있었음을 알았다면 실제의 연구 성과가 사실이라고 하더라도 연구비 지원을 하지 않았을 것이 명백한 경우에 한하여 논문조작 사실에 대한 불고지 내지 묵비가 사기죄의 기망행위로 평가된다고 할 것이고, 나아가 편취의 범의나 상대방의 착오와 연구비 지급행위 사이의 인과관계 존부에 관해서도 더욱 신중히 판단하여야 할 것이다.

다) 앞서 본 각 법리를 전제로 하여 각 논문의 데이터 조작사실을 고지하지 아니한 행위가 부작위에 의한 기망행위를 구성하는지에 대하여 본다.

먼저, 2004년 논문의 데이터 조작사실을 고지하지 아니한 것이 기망행위를 구성하는 지 여부에 대하여 살피건대, ① 공소외 5 회사의 ▽▽▽▽재단을 통한 피고인에 대한 연구비 후원의 동기는, 그 후원계약의 경위나 약정 내용 등에 비추어 보면, 어떠한 반대급부를 조건으로 하거나 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 한 것은 아니라 세계 최초의 핵이식 배아줄기세포주인 NT-1이 수립되었다는 사실 그 자체에 대한 것으로 봄이 상당하고, 그러한 연구 성과가 현실적으로 존재하고 있는 이상, 비록 그 논문 작성과정에서의 일부 조작이 있었다고 해도 이를 고지하지 않고 묵비한 것이 어떠한 기망행위에 해당한다고 보기는 어려운 점, ② 피고인의 인식 내용을 기초로 할 때 2004년 논문의 NT-1이 줄기세포주로 수립되었다고 할 것이므로, 그 검증 데이터 중 일부에 불과한 테라토마 관련 부분의 조작여부가

위 후원계약의 본질적인 내용과 관련된 사항이라고 할 수 없는 점, ③ 공소외 5 회사 측이 2004년 논문 내용 중 테라토마 관련 부분만이 조작되었으나 이후 실제 테라토마가 형성되었다는 사실을 알았다면 이 사건 연구비를 후원하지 아니하였을 것이라고 단정할 수 없으므로, 기업이익의 사회적 환원의 일환으로 공소외 5 회사가 위 후원계약을 체결함에 있어서 이 부분 조작사실이 그 계약체결 여부를 좌우할 정도로 중요하게 고려할 만한 사항에 속한다고 보기도 어려운 점을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비를 후원받는 과정에서 2004년 논문의 테라토마 관련 조작 사실을 숨겼다고 하여 공소외 5 회사를 속여 연구비를 편취한 것이라고 평가하기는 어렵다.

다음으로 2005년 논문의 조작사실을 고지하지 아니한 것이 기망행위를 구성하는 지 여부에 대하여 살피건대, 피고인은 제1심 공동피고인 5의 섞어심기 범행과 그 범행의 은폐를 위한 DNA, 면역적합성 검사결과 조작사실도 전혀 몰랐던 점에 비추어 적어도 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 보이고, NT-4 이후의 각 줄기세포주 역시 NT-2, 3과 동일한 과정에서 수립되었으므로 별다른 문제가 없는 환자맞춤형 줄기세포주라고 믿었다고 보일 뿐, 피고인이 2005년 논문에서 NT-4 이후의 데이터 조작을 할 당시, 환자맞춤형 줄기세포주가 존재하지 않는 것을 알았거나, 수립된 줄기세포주가 환자맞춤형 줄기세포주가 아닐 가능성을 인식하면서도 허위로 그 검증결과를 조작한 것은 아니라고 할 것인바, ④ 공소외 5 회사 측은 '세계 최초의 환자맞춤형 배아줄기세포주가 수립되었고, 체세포 복제에 의한 배아줄기세포주의 수립효율이 향상되어 줄기세포를 이용한 난치병 환자의 치료가능성이 커졌다'라는 2005년 논문의 연구 성과를 믿었기 때문에 별다른 조건 없이 피고인에게 연구비를 후원하게 된 것이므로, 위 후원계약의 근본적인 동기는 환자맞춤형 배아줄기세포주의 수립과 그 상용화 가능성의 증대에 있는 것이고, 피고인의 인식 내용과 같이 환자맞춤형 줄기세포가 수립된 것을 전제로 한다면 이에 부수하는 검증 데이터의 진실성이나 무오류성은 위 후원계약의 본질적인 내용과 관련된 사항이라고 할 수 없는 점, ⑤ 공소외 5 회사가 위 후원계약에서, 실제 연구 성과의 진위와는 별개로 위 논문이 사이언스지에 게재되는 자체를 연구비 지급의 전제조건으로 하였다거나, 실제로 환자맞춤형 줄기세포주가 존재하는 경우에도 그 논문작성 과정의 문제점으로 인해 위 논문이 취소될 경우 당연히 연구비 지원을 하지 않았을 것이라고 단정할 수는 없는 점, ⑥ 피고인은 위와 같이 제1심 공동피고인 5의 섞어심기 범행 등을 몰랐기 때문에 자신이 달성하였다고 믿고 있던 연구 성과를 기초로 줄기세포의 연구에 사용하기 위해 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비 후원을 받은 것으로 보일 뿐, 실제로는 환자맞춤형 줄기세포주가 전혀 수립되지 않았음을 인식하면서도 이를 숨긴 채 공소외 5 회사로부터 연구비를 후원받았다고는 보이지 아니하는 점을 종합하여 보면, 피고인이 편취의 범의를 가지고 공소외 5 회사로부터 ▽▽▽재단을 통하여 연구 후원금을 지원받았다고 보기는 어렵다.

라) 따라서 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때, 피고인의 2004년 및 2005년 각 논문 조작행위의 내용이나 그 정도, 공소외 5 회사의 이 사건 후원의 목적이나 경위 등에 비추어 보면, 이 사건 후원계약을 체결할 당시 피고인에게 위 각 논문의 데이터 조작사실을 고지하여야 할 선행행위에 의한 작위의무가 있다가나 피고인이 신의성실의 원칙에 따른 보증인적 지위에 있었다고 보기 어렵고, 피고인이 단순히 후원계약을 체결하면서 위 각 논문의 데이터를 조작한 사실을 고지하지 않았다는 부작위를 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비를 편취할 고의 내지 의도에 의한 기망행위와 동등할 정도에 이르렀다고 평가하기 어렵다.

(라) 인과관계의 존재 여부

- 1) 우선 2004년 논문의 조작 및 그 조작사실 묵비에 관하여 보면, 공소외 5 회사로서는 피고인이 위 논문 제출 당시에는 테라토마 실험결과를 얻지 못하여 NT-1 배아체의 DNA 지문분석 검사결과를 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 바꾸고, 테라토마 사진을 조작한 사실을 알았다고 하더라도, 그 후원의 경위나 동기에 비추어 연구비 후원을 하지 않았을 것이라고 단정할 수 없으므로, 이 부분 행위와 연구비 후원 사이에는 상당인과관계가 있다고 보기 어렵다.
- 2) 다음으로 2005년 논문의 조작 및 그 조작사실 묵비에 관하여 보면, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 공소외 5 회사로서는 실제 환자맞춤형 줄기세포주가 전혀 수립되지 않았다는 객관적 사실을 알았다면 이 사건 연구비를 후원하지 않았을 것이라고 충분히 인정할 수 있으나, 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때 실제 환자맞춤형 줄기세포주가 12개나 수립되었지만 위 논문의 실험 데이터가 일부 조작된 경우까지 공소외 5 회사 측에서 이 사건 연구비를 후원하지 않았을 것이 명백하다고는 쉽사리 단정할 수 없으므로, 피고인의 그와 같은 묵비 내지 불고지 행위와 공소외 5 회사의 이 사건 후원금 지급행위 사이에 인과관계가 있다고 보기도 어렵다.
- (3) 농협에 대한 기망행위 및 편취의 범의 존재 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이므로, 그 수단에 특별한 제한이 없어 명시적·묵시적 행위는 물론, 부작위도 포함될 수 있으나, 어떤 부작위가 사기죄를 구성하는 기망행위에 해당하기 위해서는 행위자가 상대방의 착오를 제거해야 할 이른바 보증인의 지위에 있어야 한다고 전제한 다음, 공소사실 자체에 “2004년도 및 2005년도 사이언스 논문 조작 및 생명윤리 및 안전에 관한 법률 위반 사실 등을 숨긴 채”라고 기재되어 있을 뿐 아니라, 과학 논문의 조작이나 관련 연구과정에서의 법령위반 행위 등은 사기죄가 보호하고자 하는 법익(재산)과 직접적인 관련이 없어 이러한 행위만으로 곧바로 사기죄에서의 묵시적 기망으로 평가하기는 어려우므로 결국 부작위에 의한 기망 여부만이 문제될 것인데, 피고인이 먼저 농협에 어떠한 후원요청을 한 사실이 있음을 인정할 증거가 없고, 오히려 공소사실 기재 자체에 의하더라도 공소외 8 주식회사의 사장 공소외 9가 먼저 연구비 지원 의사를 밝혀 피고인이 단순히 이를 승낙하였을 뿐이라는 것이며, 나아가 공소외 9, 45, 46, 47, 48의 각 원심 법정 진술, 농협의 내부 기안서와 출연증서[증제400호(수사기록 17권 11462-11471쪽)]의 각 기재 등 기록에 의하면, 지원할 연구비의 용도나 액수 등은 오로지 농협 자체적으로 정하였고, 피고인이 이에 관하여 무슨 의견을 표시하거나 특별히 요청을 한 적은 없는 사실, 출연증서 상에도 “피고인 1 교수님께서 평소 농촌과 농축산업 발전을 위해 적극 노력해 주신데 감사드리며 질병발생이 없는 가축의 생산과 가축개량을 통한 생산성 향상 등 국내 농축산업의 경쟁력 제고를 위한 연구 활동에 더욱 힘써 주실 것을 4백만 농업인과 함께 염원하며, 이 뜻을 담아 축산발전 연구 후원 기금으로 위 금액을 출연합니다.”라고 되어 있어 용도가 ‘축산발전 연구 후원기금’임을 알 수 있는바, 사정이 이러하다면 이 사건 농협의 연구지원금은 결국 줄기세포 연구와 관련된 논문조작이나 생명윤리 및 안전에 관한 법률 위반 여부 및 이에 대한 허위 과장 발표 등과는 무관하여 피고인이 이에 대하여서도 적극적으로 진실을 알려야 할 무슨 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없고, 이 사건 연구지원금의 출연 경위나 목적에 비추어, 피고인에게 농협을 기망하여 이 사건 연구지원금을 편취한다는 사기의 범의나 무슨 불법영득의 의사가 있었다고 단정하기도 어렵다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 사실을 오인하거나 기망행위, 편취의 범의 또는 보증인적 지위의 인정 여부에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없

다.

(4) 소결론

이상의 이유를 종합하면, 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때, 피고인이 이 사건 연구비를 편취할 고의 내지 의도로 줄기세포를 전혀 수립한 바가 없는데도 마치 그러한 과학적 성과가 있는 것처럼 각 논문을 조작하였다고 보기 어렵고, 피고인이 인터뷰나 강연을 통하여 줄기세포 연구의 실용화 가능성을 과장하였다고 하더라도 공소외 5 회사나 농협에 대한 관계에서 무슨 별도의 기망행위에 해당한다고 보기도 어려우며, 피고인의 각 논문의 데이터 조작행위나 인터뷰 및 강연 행위와 공소외 5 회사 및 농협의 연구비 후원 사이에 상당인과관계를 인정하기도 어렵다.

나아가 피고인이 공소외 5 회사 및 농협으로부터 이 사건 연구비를 후원받는 과정에서 각 논문의 조작 사실을 숨겼다고 하더라도 그 후원계약의 체결경위나 계약의 목적, 피고인이 관여한 논문조작 행위의 내용이나 그 정도, 피고인의 논문의 진실성 여부에 대한 구체적인 인식의 정도 등에 비추어, 피고인에게 편취의 범의가 있었다거나 피고인이 각 논문의 데이터를 조작한 사실을 고지하여야 할 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 결국 피고인이 공소외 5 회사 및 농협을 속여 연구비를 편취한 것이라고 평가하기는 어렵다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 없다.

4. 피고인 2의 양형부당 주장에 대한 판단

가. 피고인은 아무런 전과가 없는 초범인 점, 과도하게 경직적인 연구비 집행구조가 피고인이 이 사건 범행에 이르게 된 하나의 원인이었다고 보이는 점, 피고인이 이 사건 편취금을 자신의 사익을 위해 개인적인 용도로 사용하지는 않은 것으로 보이는 점, 피고인이 그동안 과학자로서 수정란 줄기세포 연구 등에서 많은 업적을 남겨 국내의 생명공학 기술 발전에 크게 기여해 온 점, 이 사건으로 문제의 연구과제가 강제 종료됨에 따라 지원받은 연구비 중 정부 출연분과 기업체의 출연금이 각 기관의 출연비율에 따라 이미 회수된 점, 피고인이 재판과정을 통하여 경솔한 판단으로 물의를 일으킨 점에 대하여 깊이 반성하고 있는 점 등의 유리한 정상은 있다.

나. 그러나 이 사건 범행은 피고인이 허위의 세금계산서와 거래명세표 등을 이용하여 총 5회에 걸쳐 합계 58,141,300원의 연구개발비를 편취한 사안으로서, 그 범행수단에서 나타나는 범의의 정도나 피해액의 규모에 비추어 죄질이나 범정이 좋다고 보기 어려운 점, 이 사건 사기죄의 법정형은 10년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금형인데, 피고인이 현재 대학교수의 신분에 있는 점을 감안하여 원심이 벌금형을 선택한 것 자체로 이미 피고인에 대하여 충분한 선처가 이루어졌다고 평가되고, 당심에 이르러 원심의 양형을 변경할만한 아무런 사정변경이 없는 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경, 범행의 동기와 경위, 범행의 수단이나 방법, 범행 후의 정황 등 이 사건에 나타난 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정들을 종합하여 보면, 원심의 형이 너무 무거워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

다.

따라서 피고인의 양형부당 주장은 이유 없다.

5. 결론

원심판결의 유죄부분에 대한 피고인 1의 사실오인 주장은 원심판결의 범죄사실 제1의 가. 1)항 중 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌에 분산 입금하여 은닉·소비한 부분에 한하여 일부 이유 있으므로, 이 부분과 포괄일죄를 인정한 원심 범죄사실 제1의 가.항 전체는 그대로 유지될 수 없고, 원심이 피고인 1에 대한 이 부분 업무상횡령의 범죄사실과 당심도 유죄로 인정하는 나머지 범죄사실을 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 하여 하나의 형을 선

고하였으므로 피고인 1에 대한 원심판결의 유죄부분 전부가 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그렇다면 원심판결 중 피고인 1의 무죄부분에 대한 검사의 항소와 피고인 2의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제 364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하고, 피고인 1의 원심판결 중 유죄부분에 대한 항소는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로, 검사의 피고인 1 부분에 관한 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1(유죄부분에 대한 사실오인 또는 법리오해)

(1) 공소외 1 사단법인 연구비 횡령의 점

(가) 공소외 1 사단법인(이하 '공소외 1 법인'이라고 한다)은 공익법인으로서 그 기본재산의 취득에 이사회 결의가 필요한데, 출연기관들로부터 기부금을 후원받으면서 이사회 결의를 거치지 아니하였으므로, 이 사건 기부금이 공소외 1 법인의 소유로 귀속되었다고 할 수 없다.

공소외 1 법인이라는 법인은 기부금에 대한 회계처리의 방편에 불과하였고 인적결사체로서 법인의 기본사항을 반영하는 정관이나 조직구성이 없으며, 설립 이래 이사회나 총회를 개최한 바도 없는 등 사단법인의 실체를 갖추지 못하고 있었다.

연구비의 관리 집행 및 정산에 관한 규정이나 절차 등 아무런 기준도 정한 바 없고, 연구비의 출금은 피고인 연구팀이 일방적으로 결정하여 요청하는 대로 출금이 이루어졌으며, 모두 피고인 1 연구팀의 생명공학 연구에만 지원되었고 그 연구 성과에 대한 보고나 확인을 한 사실도 없으며 연구비로 취득한 기자재나 연구 성과물에 대한 권리를 취득한 바도 없다.

이런 점에 비추어 공소외 1 법인이 소유권의 주체가 될 수 없을 뿐 아니라, 피고인에게 임의 사용이 승낙된 연구비가 타인의 재물이라고 보기 어렵고, 자금의 전달 역할만 담당한 공소외 1 법인과 피고인 사이에 실질적인 위탁관계가 존재한다고 보기도 어려워 피고인이 타인의 재물을 보관하는 지위에 있다고 볼 수 없다.

(나) 원심판결 별지 (2) 범죄일람표와 관련하여, 일반적으로 동물이나 사람의 난자를 정상적인 거래를 통해 매수하기가 사실상 불가능해서 피고인이 그러한 난자를 취득하기 위한 비용으로 사용하기 위해 부득이 차명계좌를 사용하였을 뿐이므로, 공소외 2 등 7명의 차명계좌에서 다시 공소외 10과 공소외 11의 차명계좌로 입금한 사실만으로는 불법영득의사의 실현행위로 평가할 수 없고, 특히 공소외 11의 차명계좌에 입금된 자금은 공소외 2 등 7명의 차명계좌에 보관하던 공소외 1 법인의 연구비라는 점을 인정할 증거가 부족하며, 공소외 4 교수의 자녀 결혼식 식대 명목으로 지급된 금원은 그 출금 당시 피고인이 식대를 초과하는 피고인 개인 소유의 금원을 연구팀이 사용하는 다른 계좌에 입금한 점에 비추어 불법영득의 의사를 인정할 수 없다.

(2) 공소외 1 법인 연구비 편취의 점

공소외 1 법인 연구비는 앞서 본 바와 같은 공소외 1 법인과 피고인과의 실질적 관계에 비추어 피고인과 그 연구팀의 생명공학 연구라는 포괄적 용도로 사용이 일임된 금원이고, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 '연구원들의 인건비와 여비 등 운영비가 필요하니 실험재료나 기자재를 구입하는 것처럼 비용처리를 하여 운영자금을 마련하라'는 지시를 한 사실도 없으며, 가사 그러한 지시를 하였다고 하더라도 원래의 용도대로 적합하게 사용되었으므로 이를 편취하였거나 공소외 1 법인에게 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

(3) 정부 연구비 편취의 점

정부 연구비는 '돼지복제 및 복제기반 연구 사업'이라는 종합적인 연구과제를 위하여 지원된 것이어서 그 연구의 특수성, 추상성, 포괄성, 개방성으로 인하여 사용용도를 엄격하게 일의적으로 제한하는 것은 무리가 있는 점을 고려하면, 피고인이 연구비를 그와 같은 목적과 범위를 벗어나지 아니하는 한도에서 사용하였으므로 불법영득의사를 인정할 수 없다.

(4) 생명윤리및안전에관한법률위반의 점

생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 생명윤리법이라 한다)의 입법목적과 금지규정의 취지, 입법 연혁, 관련법과의 균형 및 사회상규에 비추어 볼 때, 난자기증자가 생명공학 연구에 보탬이 되고자 순수한 동기로 난자를 기증하고 난자수증자가 그 기증의사를 받들어 난자채취에 관련된 비용을 부담하였다고 하여, 생명윤리법에서 금지하고 있는 '금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부'를 제공하였다는 구성요건적 행위에 포섭시킬 수 없을 뿐 아니라, 위법성이 결여되어 범죄가 성립하지 아니하고, 법률전문가의 조언에 따른 행위로 정당한 이유가 있어 법률의 착오에 해당한다.

나. 검사(피고인 1에 대한 부분)

(1) 무죄부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 논문조작 관련 사실오인 또는 법리오해

1) 검사의 논문조작에 관한 입증의 정도

논문의 기초가 된 실험결과 자체가 나오지 않았음에도 그와 같은 결과가 나온 것처럼 조작하거나 실험결과를 조작한 후 그 실험데이터를 폐기한 경우에 있어서는, 사후적으로 조작사실을 입증하는 것이 사실상 불가능하므로, 공소사실에 대한 검사의 입증정도가 '논문에 기재된 실험결과나 데이터가 존재하지 않는다, 피고인이 가지고 있는 자료에는 논문에 기재된 실험결과나 데이터가 존재하지 않는다'는 정도로 충분하다고 보아야 한다.

2) 2004년 논문조작 행위 중 원심 배척 부분

가) DNA(유전자) 지문분석 검사 조작에 관하여, ① 공소외 12 및 제1심 공동피고인 5는 검찰에서의 진술이 변경되었지만 공판과정에서는 일관된 진술을 하고 있고, 최초 진술 당시에는 피고인을 배신하기 어려웠던 상황이었으며, 그들이 피고인의 지시 없이 임의로 시료를 조작할 아무런 동기가 없는 점, ② 피고인은 2003년 5월경 네이처(Nature)지에 NT-1에 대한 논문을 투고하는 데 시간이 촉박하였을 뿐 아니라 DNA 검사도 NT-1 자체가 아니라 그 침전물을 사용하는 등 검사에 사용할 수 있는 NT-1세포의 숫자가 부족하였으므로, DNA 지문분석 검사결과를 조작할만한 동기가 있었던 점에 비추어 피고인이 공소외 12에게 DNA 지문분석 검사를 조작하라고 지시하였다고 충분히 인정된다.

나) 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응(RT-PCR) 검사 조작에 관하여, ① 공소외 13이 NT-1으로 RT-PCR 검사를 하여 부계 및 모계 유전자가 발현된 결과를 얻었다는 직접적인 실험데이터 또는 관련 사진이 없는 점, ② 2003. 10. 6. 실험결과 사진에는 부계유전자(SNRPN, ARHI)의 유전자 증폭이 이루어졌으나 같은 달 9일의 실험사진에는 부계유전자 중 ARHI만 발현된 것으로 나오는데, 이는 NT-1에 대한 RT-PCR 검사가 실패한 것으로 볼 수 있는 점, ③ 통상 'BL'이라는 약어는 배반포(Blastocyst)를 의미하는데, 2003. 10. 14. 실험결과 사진에는 검체를 'NT BL'이라고 기재한 것이 있고, ○○대 비밀문서에도 NT-1의 RT-PCR 검사결과가 부계 및 모계유전자가 모두 발현되었다고 적시되어 있는 부분에 'hNTBL'으로 기재되어 있는데, 그 후 발표된 2004년 논문에는 'hNTBL' 표시가 'SCNT-hES-1'로 변경되었

는바, 위 ○○대 비밀문서는 피고인이 보고받은 내용이므로 피고인이 2004년 논문에 위와 같은 임의적 변경이 이루어진 사실을 알았다고 인정되는 점, ④ 제1심 공동피고인 3이 피고인의 지시 없이 2004년 논문을 조작할 아무런 이유가 없는 점을 종합하면, 피고인이 제1심 공동피고인 3으로 하여금 실제로는 NT-1에 대한 RT-PCR 검사결과가 나오지 않자, 배아 또는 배반포를 사용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 마치 NT-1으로 검사를 한 것처럼 조작하였을 가능성이 매우 높다.

다) 면역염색 사진조작에 관하여, 논문에 음성대조군으로 사용한 세포의 사진이 면역염색 실험과정에서 작성된 것이 아님에도 이를 사용한 것은 논문데이터를 조작한 것이고, 제1심 공동피고인 3, 공소외 12의 각 진술에 의하면 피고인이 공소외 14(영문자 생략)와 같이 있을 때 '더 이상 없으면 NT-1이 아니더라도 음성대조군이 있으면 보내라'고 하여 공소외 12에게 전화를 한 사실이 인정되므로, 피고인이 NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진을 2004년 논문의 면역염색 검사결과에 사용한다는 사실을 알고 있었던 것이 분명하다.

(나) 작위 또는 부작위에 의한 기망행위의 구성 여부

1) 핵이식 배아줄기세포의 확립 여부를 확인함에 있어서 가장 중요한 것은 ① 체세포 공여자의 세포가 정확하게 복제되었는지 여부, ② 기관분화가 가능한 줄기세포인지 여부인데, 피고인은 2004년 논문과 관련하여, 복제의 정확성을 검증하기 위한 기초검사인 DNA 지문분석 실험에서부터 공소외 12에게 공여자의 체세포만으로 검사를 실시하도록 지시하여 그 검사결과를 이용하여 2004년 논문을 허위로 게재하였고, 기관분화 가능성을 검증하기 위한 테라토마 검사의 실험 결과가 없는 상태에서 ◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마 사진을 이용하여 NT-1의 테라토마가 제대로 형성된 것처럼 논문을 조작하였으며, NT-1의 면역염색 사진의 상태가 좋지 못하자 공소외 12에게 ◇◇◇◇ 수정란 줄기세포의 사진을 마치 NT-1의 면역염색 사진인 것처럼 논문을 조작하였고, 2003년 5월경 사이언스(Science) 측으로부터 NT-1이 처녀생식에 의한 줄기세포가 아니라는 입증을 요구받자 NT-1이 아닌 인간난자의 배아 또는 배반포를 이용하여 RT-PCR 검사를 실시하고 그 결과로 논문을 조작하였다.

2) 피고인은 2004년 논문을 조작한 후 2005년 논문에서도, 자신이 수립한 줄기세포가 NT-2, 3 등 2개만 존재한다고 인식하고 있었음에도 마치 11개의 줄기세포가 모두 확립된 것처럼 각종 실험결과를 조작하였고, 실험에 제공된 난자 수가 275개임에도 185개의 난자만 제공된 것처럼 조작하여 줄기세포 확립의 효율성을 조작하였으며, 줄기세포 확립과정에 모두 동물(생쥐) 영양세포를 사용하였음에도 인간 영양세포만 사용하여 바이러스의 감염위험성을 현저히 감소시킨 것처럼 조작하여 사이언스 잡지에 논문을 게재하였다.

3) 위와 같은 2차례의 조작된 논문의 발표 전후로 피고인이 국민과 전세계 언론들을 상대로 줄기세포 수립의 효율성과 안전성이 높아서 머지않은 장래에 줄기세포 치료의 상용화가 가능한 것처럼 연구 성과를 과장하여 한 인터뷰 및 강연 행위는 사기죄에 있어서 기망행위를 구성하고, 피고인은 위와 같이 논문을 조작하고 연구 성과를 과장하는 인터뷰 및 강연 행위를 하여 피해자 공소외 5 주식회사(이하 공소외 5 회사라 한다)와 농협중앙회(이하 농협이라 한다)의 착오 상태를 야기하였으므로 선행행위에 의한 작위의무를 지는 보증인적 지위에 있다.

가) 공소외 5 회사에 대한 사기의 점에 관하여, 피고인은 2005년 7월 중순경 공소외 5 회사의 기술원장 공소외 7에게 줄기세포 관련 기술, 정보, 인맥 네트워크 등을 제공해 줄 수 있고 줄기세포가 상용화되면 공소외 5 회사에 우선권 등 유리한 기회를 주겠다면서 5년간 매년 15억 원씩 총 75억 원을 지급해 달라고 요청하였고, 이에 공소외 5 회사는 피고인의 2004년, 2005년 논문 발표로 인해 피고인의 연구 업적이 고양되었다고 판단하고 일단 3년에 걸쳐 10억 원씩 지급하고 3년 경과 후에 추후 지원 여부를 결정하는 내용으로 연구비 지원을 하기에 이르렀다.

피고인이 줄기세포주의 수립을 믿었는지 여부에 상관없이 검증데이터를 조작하여 환자맞춤형 줄기세포의 효율성, 안정성, 상용화 가능성을 과장하는 등 논문을 조작하였고 공소외 5 회사가 그 논문 조작 사실을 알았다면 연구비 지원을 하지 아니하였을 것으로 넉넉히 예상된다.

따라서 피고인이 2004년 및 2005년 논문을 조작하고 기자회견 등을 통하여 줄기세포 확립성공률과 안전성 등을 조작 발표함으로써 이미 착오상태에 빠져 있던 공소외 5 회사의 공소외 7에게 마치 그 논문의 내용과 기자회견 결과가 사실인 것처럼 행세하면서, 추후 줄기세포 연구가 상용화될 때 유리한 기회를 주겠다는 피고인의 말을 믿은 공소외 5 회사로부터 연구비 명목으로 10억 원을 교부받은 것은 사기죄를 구성한다고 보기에 충분하다.

나) 농협에 대한 사기의 점에 관하여, 환자맞춤형 줄기세포의 효용성 및 실용성 여부는 연구비 지원을 결정하는 데 중요한 요소인데, 피고인이 그 조작사실을 숨기고 연구비를 수령한 것은 부작위에 의한 기망행위를 구성한다.

농협의 출연증서는 '축산발전연구 후원기금'이라고 기재되어 있으나 그와 같은 명목은 농협의 설립목적에 고려한 것일 뿐, 실제로는 피고인의 2005년 논문 발표 등 연구 성과를 믿고 향후 줄기세포 연구 과정에서 간접적으로 동물실험을 통하여 가축의 난치병을 치료하는 등 축산발전에 기여할 것으로 믿어 국가발전에 보탬이 되고자 하는 동기에 의하여 후원이 이루어졌다.

또한 피고인이 지원 과정에서 재단지원 방법과 아울러 개인지원 방법을 설명하면서 개인지원 방법을 권유한 점에 비추어 보면 피고인에게 불법영득의 의사도 인정되므로, 피고인은 부작위 또는 묵비의 기망행위에 의한 사기죄의 죄책을 면할 수 없다.

(2) 양형부당

원심의 형(징역 2년, 집행유예 3년)이 너무 가벼워서 부당하다.

다.

피고인 2(양형부당)

원심의 형(벌금 700만 원)이 너무 무거워서 부당하다.

2. 피고인 1의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 공소외 1 법인 연구비 횡령의 점에 대하여

(1) 타인의 재물성 인정 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 그 판시의 각 사실을 인정한 다음, ① 피고인의 주장과 같이 공소외 1 법인에서 지급된 돈이 생명공학 연구 목적 외의 용도에도 사용이 가능한 것이었다면, 피고인이 굳이 수고스럽게 직접 은행을 돌아다니면서 전액 현금으로 인출하여 다시 피고인의 지인들 명의의 차명계좌로 재입금하는 방법으로 자금세탁을 할 필요는 없어 보이는 점, ② 피고인은 보안이 필요한 연구를 위해 위와 같은 차명계좌를 관리하였다고 주장하고 있으나, 피고인의 주장처럼 공소외 1 법인에서 지급한 연구비에 대한 검증·감독 절차가 미흡하였고, 피고인이 신청하는 연구비의 용도와 금액에 대해 특별한 심사 없이 피고인이 신청하는 대로 지급되는 상황이었다면 피고인이 굳이 보안유지를 위해 차명계좌를 만들 필요도 별로 없었을 것으로 보이는 점, ③ 영리를 목적으로 하는 기업이 아무 조건 없이 수십억 원에 달하는 거액을 특정 개인에게 지원한다는 것은 일반의 상식에 반하는 점, ④ 피고인이 청구하는 용도와 액수에 대한 수정 없이 그대로 연구비가 지급된 것은 공소외 1 법인에서 그만큼 피고인을 믿고 피고인이 연구비를 정당하게 연구에 사용할 것으로 신뢰하였기 때문으로 볼 여지가 있는 점, ⑤ 규정이나 서식이 없다고 하여 연구비를 집행할 수 없

는 것은 아니고, 또한 연구비를 신청할 때 지급시기, 지급액, 지출항목 등에 대해 공소외 1 법인 측과 협의하지 않았다는 점도 연구비는 통상 그 연구를 담당하는 연구책임자가 연구의 목적, 방법, 비용 등을 감안하여 청구하는 것이기 때문에 공소외 1 법인 측이 연구책임자인 피고인의 의사를 존중한 탓으로 볼 수도 있는 점 등을 아울러 고려하면, 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인에 지급한 자금은 모두 그 집행에 대하여 특별한 제한 없이 피고인에게 일임되어 있는 피고인 개인에 대한 포괄적 후원금이라고 보기는 어렵고, 적어도 피고인의 생명공학 연구를 위한 연구비로 사용될 것을 전제로 공소외 1 법인에 위탁된 공익성 기부금에 해당한다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

1) 공소외 1 법인의 법적 성격

가) 공익법인의 설립 운영에 관한 법률(이하 공익법인법이라 한다)이 규제대상으로 하는 공익법인은 재단법인이나 사단법인으로서 사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인을 말하고(제2조), 구체적으로는, 민법 제32조 소정의 비영리법인 중 순수한 학술, 자선 등 공익법인법 시행령 제2조 제1항 각호 소정 사업을 목적으로 하는 법인이거나 주로 위와 같은 학술, 자선 등의 사업을 목적으로 하면서 그와 함께 부수적으로 그 이외의 사업을 함께 수행하는 법인을 말한다(대법원 1978. 6. 13. 선고 77도4002 판결 참조).

나) 공소외 1 법인의 정관[증제615호(수사기록 27권 17051-17063쪽)]

에 의하면, 제2조(목적)에서 "본 연구원은 21세기 지식 정보화 사회를 주도할 지식 기반 산업인 정보통신산업, 생명공학산업, 디자인산업, 환경산업 등 신산업의 향후 발전 전략 및 이러한 산업 간의 상호 연계 전략을 연구한다.

또한 이를 바탕으로 미래의 유망 신산업을 개발하고, 한국의 기업, 산업 및 경제의 국제경쟁력 제고를 위하여 이러한 신산업의 육성 정책 방안을 제시하고 자문함을 목적으로 한다.

"고 규정하고, 제4조(사업)에서 공소외 1 법인이 수행하는 사업을 "1. 미래 유망 신산업의 기술, 인력 및 인프라 구축 등의 방안과 이러한 산업의 지식화 기반 구축 방안 연구, 2. 미래 유망산업 연구 개발, (중간 생략) 7. 전 각 호 이외에 본 연구소의 목적을 달성하는 데 필요하다고 인정되는 기타 사업"이라고 규정하고 있다.

다) 위 공소외 1 법인의 정관에 나타난 설립목적과 사업내용에 관한 각 규정에다가 증인 공소외 4의 원심 법정진술, 공소외 1 법인의 법인등기부[증제516호(수사기록 15041-15042쪽)]의 기재 등 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 공소외 1 법인의 설립 동기나 설립경위를 종합하면, 공소외 1 법인은 생명공학산업, 정보통신산업 등 신산업의 향후 발전전략 및 신산업 간 상호 연계전략을 연구하는 것을 설립목적으로 하고 피고인의 생명공학 등 신기술 개발 분야에 대한 연구비의 보조 등 연구활동을 지원하는 것을 주된 업무로 하기 위하여 설립된 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 공소외 1 법인은 신산업의 개발과 관련한 학술활동에 관한 사업을 목적으로 하고 그 목적을 위하여 필요한 범위 내에서 또는 그에 수반되는 연구비의 보조 등 학술활동 지원 사업을 영위하는 비영리법인으로서 공익법인법 소정의 공익법인에 해당한다고 볼 수 있다[공소외 1 법인이 세무서에 제출한 '법인세과세표준 및 세액신고서'의 공익법인 출연명세서{증제631호(수사기록 27권 17359, 17376쪽)} 각 참조].

2) 출연기관의 연구비 기부금에 대한 소유권자

가) 증인 공소외 4의 원심 법정진술 등 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 당심 증인 공소외 15, 16의 각 법정진술을 종합하면, 원심도 인정한 바와 같이, 공소외 1 법인이 ☆☆그룹[공소외 17 주식회사, 공소외 18 주식회사, 공소외 19 주식회사], □□그룹[공소외 20 주식회사, 공소외 21 주식회사, 공소외 5 회사], 공소외 22 재단법인 등(이하

이 사건 출연기관들이라 한다)으로부터 기부금을 교부받으면서 공소외 1 법인의 이사회 결의를 거치지 않은 사실을 인정할 수 있다.

나) 그러나 공익법인법 제7조 제1항 제1호가 재산의 '처분'뿐만 아니라 그 '취득'에도 이사회의 결의를 요구하고 있는 취지는 공익법인의 특수성을 고려하여 그 재산의 원활한 관리 및 유지·보호와 재정의 적정을 기함으로써 공익법인의 건전한 발전을 도모하고 공익법인으로 하여금 그 본래의 목적사업에 충실하게 하려는 데 있다고 할 것이고, 공익법인이 주식 기타 목적물을 증여받는 등으로 그 재산을 대가의 출연 없이 무상으로 취득하는 경우에는 그 자체로써 공익법인의 재산적 기초가 더욱 공고하게 되므로, 위와 같이 이사회의 결의를 요구하여 그 결의가 없으면 재산의 취득을 무효로 하는 취지가 이 경우에까지 관철되어야 할 이유는 없으므로, 공익법인이 이사회의 결의 없이 재산을 무상으로 취득하였다고 해도, 유상취득의 경우와는 달리, 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 무효라고 할 것이 아니다 (대법원 2009. 3. 26. 선고 2007도8195 판결 참조).

다) 살피건대, 공소외 1 법인이 공소외 19 주식회사에 피고인의 생명복제기술 산업화연구와 관련한 연구비를 지원해 줄 것을 요청하면서 그에 대한 근거로 첨부한 보고서에 피고인을 공소외 1 법인의 연구책임자로 표시한 사실은 인정되나[증제627호(수사기록 27권 17216-17227쪽)], ☆☆☆그룹이나 공소외 22 재단법인이 공소외 1 법인에 연구비를 지원하면서 공소외 1 법인으로부터 반대급부를 받기로 약정하였거나 공소외 1 법인이 위 출연기관들에 어떠한 채무를 부담하기로 약정하였음을 인정할 명백한 증거는 없다.

또한 공소외 1 법인과 공소외 5 회사계열사와 사이의 공동연구개발 사업협약서, 합의서, 부속서, 3사간사업협약서[증제 536호(수사기록 38권 15713-15718쪽)]에 의하면, 공소외 1 법인과 공소외 5 회사는 체세포 복제기술을 중심으로 한 생명공학 분야의 신기술과 상품의 개발과 이의 실용화 및 사업화를 위한 연구개발 사업을 공동으로 수행하되, 공소외 5 회사가 연구개발비용으로 5년간 합계 75억 원을 지급하고 공소외 1 법인은 매년 9월에 해당년도의 연구개발 사업 결과를 공소외 5 회사에 서면으로 통보하기로 약정한 사실을 인정할 수는 있다.

그러나 위 약정의 전체적인 취지는 공소외 5 회사가 공소외 1 법인에 연구개발비를 지원하고 공소외 1 법인은 독자적으로 연구개발사업을 수행하되, 그 결과는 매년 통보하며, 연구개발사업의 결과물에 대해서는 공동소유로, 그 결과물의 처리나 제3자에의 양도 등은 협의하여 정하기로 한 것인바, 공소외 1 법인은 지원된 연구개발비를 사용하여 독자적으로 생명공학 분야의 신기술 연구개발사업에 전력을 다하기로 하였을 뿐, 연구개발비의 지원에 대한 반대급부로서 어떠한 구체적인 의무를 부담하기로 약정하였다고는 보이지 아니하고, 다만 그 연구개발사업의 성과가 가시화되면 그 결과물의 처리에 관하여 별도로 설립된 공동지분의 회사에 지적재산권 등을 귀속시키기로 한 것에 불과하다.

그러므로 연구개발이 실시되기 이전 단계에서 연구개발비를 지원받는 대가적 의미의 구체적인 채무를 부담하였다고 볼 수 없고, 따라서 실질적인 관점에서 보면 위 약정을 유상계약으로 파악하여 반드시 공소외 1 법인의 이사회 결의가 필요하다고 보기 어렵다.

라) 더구나 공익법인법 제11조 제1항에서 공익법인의 재산은 대통령령이 정하는 바에 따라 기본재산과 보통재산으로 구별하고, 위 법조항의 위임에 따라 동법 시행령 제16조 제2호는 기부에 의하거나 기타 무상으로 취득한 재산을 기본재산으로 하되, 다만 기부목적에 비추어 기본재산으로 하기 곤란하여 주무관청의 승인을 얻은 것은 예외로 한다고 규정하고 있는바, 이 사건 출연기관들은 공소외 1 법인에 '피고인의 생명공학 연구에 대한 지원'이라는 용도를 명시하여 기부하였다고 보이므로, 그 기부의 목적에 비추어 기부금을 공소외 1 법인의 기본재산으로 삼기에는 곤란하

다고 인정되고, 기부금에 대하여 보통재산으로 하는 데 주무관청의 승인이 없었다고 하더라도, 위 법조항에서 기부금에 대하여 기부목적에 비추어 기본재산으로 하기 곤란한 경우에는 주무관청의 사전 허가가 아닌 사후 승인을 얻도록 규정하고 있는 점, 금전은 원칙적으로 점유의 이전으로 소유권의 변동이 생기는 특성을 가지고 있다고 보아야 하는 점, 공소외 1 법인의 기부금에 대한 적법한 소유권 취득 여부는 공소외 1 법인과 이 사건 출연기관들 사이에서 다투어질 성질의 문제일 뿐인 점을 고려하면, 기부행위에 있어서는 제3자인 피고인이 공소외 1 법인으로부터 연구비 용도로 지급받은 자금을 유용한 행위가 범죄를 구성하는 지 여부를 판단함에 있어서, 공소외 1 법인에 피해자 적격을 충분히 인정할 수 있다고 판단된다.

마) 따라서 이 사건 출연기관들이 기부한 연구비의 취득에 관하여 공소외 1 법인 이사회의 결의를 거친 바 없다고 하더라도, 위 기부금이 공소외 1 법인의 소유에 속한다고 충분히 인정할 수 있다.

3) 공소외 1 법인을 통한 연구비 지원의 이유와 기부금의 성격

가) 피고인은 ○○대학교 교수로서 교육공무원법 제2조 제1항 제1호, 제2항 제1호, 고등교육법 제2조의 각 규정에 의하여 교육공무원의 지위에 있다고 할 것인데, 기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률 제5조에서는, 국가나 지방자치단체 및 그 소속 기관·공무원은 기부금품을 모집할 수 없고(제1항), 자발적으로 기탁하는 금품이라도 법령에 다른 규정이 있는 경우 외에는 이를 접수할 수 없다(제2항)고 규정하고, 이를 위반하여 기부금품을 모집한 자는 1년 이하의 징역이나 1천만 원 이하의 벌금에 처한다(제16조 제2항 제1호)는 처벌규정까지 마련하고 있으므로, 피고인이 이 사건 출연기관들로부터 직접 그 사용 용도에 아무런 제한이 없는 포괄적 후원금을 수수하는 행위는 법률상 허용될 수 없다.

나) 한편, 공소외 23, 24에 대한 검찰 진술조서 및 이에 첨부된 법인설립허가증 등[증제540호(수사기록 24권 15816, 15822쪽)] 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 1 법인은 재정경제부장관으로부터 2000. 7. 3. 법인설립허가를 받고, 2001. 1. 12. 그 당시 시행되던 법인세법 제24조 제1항, 법인세법시행령 제36조 제1항 제1호 타목, 법인세법시행규칙 제18조 제1항 제32호의 각 규정에 의한 공익성기부금 대상단체로 지정된 사실을 인정할 수 있는바, 공소외 1 법인이 공익성기부금 대상단체로 지정됨에 따라 이 사건 출연기관들은 기부금 중 일정액을 손금에 산입하여 세금을 감면받을 수 있는 이익을 누릴 수 있게 되었다고 보인다.

다) 따라서 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인을 통하여 피고인에게 연구비를 지원한 이유는, 피고인의 신분이 공무원이기 때문에 직접적으로 연구비를 지원하는 것이 위와 같은 법령상의 제한에 저촉되어 허용되지 않을 뿐 아니라, 이 사건 출연기관들이 기업 이익의 사회 환원 차원에서 연구비를 지원하는 데 수반될지 모르는 세제상의 불이익을 방지하기 위함에 있었다고 판단되고, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 앞서 본 이 사건 출연기관들의 공소외 1 법인에 대한 자금 지원 경위나 그 목적에 비추어 보면, 공소외 1 법인에 지급한 자금은 모두 그 집행에 대하여 특별한 제한 없이 피고인에게 일임되어 있는 피고인 개인에 대한 포괄적 후원금이라고 보기는 어렵고, 적어도 피고인의 생명공학 연구를 위한 연구비로 사용될 것을 전제로 공소외 1 법인에 위탁된 공익성 기부금에 해당한다고 봄이 상당하다.

(2) 보관자의 지위 인정 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 공소외 1 법인은 비록 통상적인 사단법인과 달리 그 운영이 일부 비정상적으로 이루어진 점은 부인할 수 없으나, 단체의 규약인 정관에 근거하여 의사결정기관과 집행기관 등의 조직을 갖추고 독자적인 활동을 하는 사회조직

체로서는 최소한 존립하고 있다고 판단되므로 단체로서의 실체는 존재한다고 봄이 상당하고, 공소외 1 법인이 이와 같이 별도의 단체로 존재하고 있다고 인정되는 이상, 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인에 지급한 돈은 당연히 단체인 공소외 1 법인에게 귀속되는 것이지, 공소외 1 법인이 수행한 주된 업무가 피고인의 연구 지원이었다고 하여 처음부터 피고인에게 귀속된다고 볼 수는 없고, 오히려 각 수사보고(증제530, 571호 등) 및 이에 첨부된 각 서류의 각 기재 등 기록에 의하면, 공소외 1 법인은 위와 같은 설립목적에 따라 □□그룹이나 ☆☆그룹 등 대기업으로부터 지원받은 자금을 피고인의 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제 수행을 위한 연구비로 지급하였고, 피고인은 위 연구과제 수행을 위한 공소외 1 법인의 연구책임자로 지정되어 있었으며, 피고인도 연구비 지급을 신청하면서 그 신청서 등에 위 연구과제의 연구책임자라고 기재한 사실, 공소외 1 법인이 공소외 25 주식회사와 체결한 공동연구개발 사업협약서에도 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자로 지정되어 있고, 피고인도 이 협약서에 공소외 1 법인의 연구책임자로 직접 서명날인을 하였는데, 피고인은 그 후 위 협약에 따라 공소외 25 주식회사에 제출한 연구결과보고서의 연구개요란에도 자신을 연구책임자로 기재한 사실 등을 각 인정할 수 있는바, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 수령한 돈은 결국 공소외 1 법인의 연구책임자의 지위에서 지급받은 연구비에 해당하여 피고인은 이를 해당 연구과제의 연구 목적에 사용하여야 할 의무를 부담한다고 보아야 하므로 규범적으로 업무상 보관하는 지위에 있다고 봄이 상당하고, 이러한 결론은 공소외 1 법인에 연구비 사용과 관련된 어떠한 내부 규정이나 규제가 사실상 없었다고 하여 달리 볼 수 없다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, ① 이 사건 출연기관들은 피고인에게 직접 후원금을 전달한 것이 아니라 공소외 1 법인이라는 조직체를 통하여 연구를 지원하는 등의 그 자금 지원의 경위에 비추어 보면 이 사건 출연기관들의 의사는 피고인에게 지급될 생명공학 분야의 연구비라는 용도를 특정하여 자금을 공소외 1 법인에게 기부하였다고 보아야 하는 점, ② 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자로서 지급되는 자금을 당초 이 사건 출연기관들의 공소외 1 법인에 대한 기부의 목적이나 취지에 부합하도록 생명공학 분야의 연구비라는 용도에 맞게 사용하여야 할 의무를 부담한다고 해석되는 점, ③ 공소외 1 법인이 이 사건 출연기관들의 당초 기부목적에 부응하지 못하고 피고인의 연구비 사용에 대한 감독을 제대로 하지 않았거나 이사회 의사결정 등을 포함한 실제 운영이 형식적으로 이루어졌다고 하더라도, 그러한 사정은 공소외 1 법인 임원들의 공소외 1 법인 법인에 대한 충실의무 위반으로 평가될 뿐이고, 공소외 1 법인이라는 단체의 의사가 피고인이 아무런 제한 없이 연구비 용도로 지원된 금원을 임의대로 사용하도록 허용하였다고 볼 수는 없는 점, ④ 피고인은 검찰 조사에서, 세무처리 관계로 기업으로부터 받는 거액의 기부금의 경우에는 재단법인이나 사단법인을 거쳐서 지원이 되어야 하고 개인에게는 기부가 되지 않는다고 알고 있다는 취지로 진술한 바 있을 뿐 아니라[증제566호(수사기록 25권 16417쪽)], 피고인은 2002년 말경 생명공학 농장으로 운영하던 화성시 소재 목장의 부지 일부를 공소외 1 법인에 기증한 바도 있는 점에 비추어 보더라도, 피고인도 공소외 1 법인이 사단법인으로서의 실체를 갖추고 있음을 인식하고 있었다고 보이는 점 등을 아울러 고려하여, 원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 지급받은 연구비는 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제 수행을 위하여 지급된 것이고, 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자라는 지위에서 공소외 1 법인을 위해 위와 같은 용도가 지정된 연구비를 관리·보관하면서 위 연구과제의 목적에 맞도록 연구비를 집행하여야 하는 의무를 부담하므로, 피고인에게 보관자의 지위가 인정된다는 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없고, 피고인 주장과

같이 공소외 4의 요청으로 공소외 1 법인에 기부한 기업 등의 관계자들에 대한 각종 선물을 구입하는 비용을 피고인이 부담하였다는 등의 사정이 있다고 하더라도 달리 볼 것이 아니다.

(3) 횡령행위의 구성 여부 및 불법영득의사의 존재 여부

(가) 원심의 판단

피고인 및 공소외 26의 검찰 및 법정 진술, 각 차명계좌 명의자들의 각 검찰 진술 및 각 계좌 거래내역, 각 수사보고(증 제498, 600, 609호 등) 및 이에 첨부된 각 서류의 기재 등 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 여러 사정, 즉 ① 피 고인이 공소외 1 법인으로부터 재료비(실험용 소 구입 및 그 유지관리비) 명목의 돈을 지급받을 때 공소외 2 등 7명 명의의 차명계좌로 송금받아 전액 현금으로 인출한 후 총 17회에 걸쳐 합계 금 581,048,000원을 다시 매제인 공소 외 10 명의의 차명계좌나 공소외 11 명의의 차명계좌로 분산하여 재입금하는 등 2단계에 걸쳐 자금세탁을 한 점, ② 만약 피고인의 주장대로 공소외 1 법인으로부터 지급받은 돈은 연구비로 용도가 지정된 것이 아니어서 임의로 사용할 수 있는 것이었다면 굳이 허위 증빙자료를 제출할 아무런 이유가 없고 떼떈하게 실제 용도대로 신청해도 될 터임에도, 피고인은 재료비를 신청하면서 실험축구입비 등 증빙자료를 허위로 만들어 제출함으로써 마치 연구비를 지급하면 소구입비나 그 유지관리비로 사용할 것처럼 가장한 점, ③ 피고인이 정당한 목적에 사용하려고 하였다면 위와 같은 차명계좌에서 굳이 수천만 원에 달하는 거액을 현금으로 인출하여 일단 캐비닛에 보관해 두었다가 사용 하는 방법으로 불편을 감수할 이유도 없었을 것으로 보이는 점, ④ 공소외 10 명의의 차명계좌에는 피고인 개인에 대한 후원금도 입금되어 있어 공소외 1 법인에서 지급받은 재료비를 현금으로 입금할 경우 그 개인 후원금과 혼재 되어 구분이 사실상 불가능하게 되는 점, ⑤ 피고인은 공소외 10 명의의 차명계좌에 입금된 재료비를 현금으로 입 출금하면서 같은 은행의 여러 지점을 돌아다니면서 일정 금액 이하로만 입출금하기도 하였을 뿐 아니라, 계좌간 대 체의 경우에도 적요란에 현금으로 처리한 것처럼 가장하기도 한 점, ⑥ 피고인이 재료비로 지급받은 돈 31억 5,484만 원 중 1,150만 원은 연구와는 무관한 공소외 1 법인 이사장인 공소외 4 교수의 딸 결혼식 식대로 사용하였 음이 밝혀졌고, 나머지 돈 중 피고인이 정당하게 사용하였다면서 그 내역을 제시하고 있는 23억 8,689만 원을 공제 한 차액인 7억 5,600여만 원 상당에 대해서는 여전히 그 용처를 구체적으로 명백히 밝히지 못하고 있는 점(위 23억 8,689만 원 부분도 영수증 등 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료는 제시하지 못하고 있다), ⑦ 피고인은 스스로 백 두산 호랑이나 매머드 복제연구 등 극도로 보안이 필요한 용도에 사용하기 위해 자금세탁을 하였다고 주장하면서 실제로는 공소외 10 명의의 차명계좌에 입금된 돈을 보안 용도에 사용하지 않고 소구입비로 사용하였다고 진술하 기도 한 점, ⑧ 2001. 5. 4.부터 2005. 12. 26.까지 공소외 10의 차명계좌에서 공소외 10이나 그 가족에게 합계 3억 3,000여만 원이 송금된 점, ⑨ 피고인은 업무적으로 관련이 있는 ○○○○○○연구원, 경기도 <<<<<소 관계 자 등에게 수회에 걸쳐 정기적인 금원교부는 물론, 설날과 추석 등 명절의 선물 외에도 가끔 부서별로 회식을 시켜 주었고, 제1심 공동피고인 2, 3 교수에게는 유학생활비 등도 일부 보조해 주기도 하였다는 취지로 주장하나, 이러한 접대비나 생활비 지원이 연구 목적을 위해 정당하게 사용된 것이라고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 피고인이 공 소외 1 법인으로부터 재료비 명목으로 지급받은 연구비 중 적어도 공소사실과 같이 592,548,000원(= 581,048,000원 + 11,500,000원) 상당을 사적 용도에 사용할 목적으로 은닉하거나 실제 사적 용도로 임의 사용한 것으로 충분히 인 정할 수 있다.

그리고 위와 같이 피고인이 차명계좌로 연구비를 송금받은 후 이를 전액 현금으로 인출하여 다시 자신의 매제 등 명의의 차명계좌로 재입금하는 방법으로 자금을 세탁하고, 자신의 개인 후원금과 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 같은 차명계좌에 입금하여 대부분 혼재되게 한 점과 그 이후 실제 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 사적 용도에 상당 부분 사용하기도 한 점 등 피고인의 자금세탁 경위나 내용, 세탁된 자금의 실제 지출용도 등 여러 사정을 고려하면, 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 피고인이 업무상 임무에 위배하여 자신이 보관하는 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하려는 업무상 횡령의 범의 내지 불법영득의사가 없었다고 볼 수도 없다.

(나) 당심의 판단

- 1) 횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은, 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도, 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도366 판결 참조).
- 2) 우선 피고인이 공소외 10 명의의 차명 예금계좌를 이용하여 자금을 은닉·소비한 부분에 관하여 본다.
 - 가) 이 사건과 같이 피고인이 공소외 1 법인으로부터 7명의 차명 예금계좌를 통하여 지급받은 연구비를 공소외 10 명의의 차명 예금계좌로 입금하였다가 사용한 사실은 인정하면서도 그 자금을 생명공학 연구를 위하여 인출, 사용하였다고 주장하면서 불법영득의사의 존재를 부인하는 경우, 피고인이 주장하는 자금의 사용이 생명공학 연구 과정에서 통상적으로 발생하는 비용에 대한 지출로서 공소외 1 법인의 연구비로 그 비용을 부담하는 것이 상당하다고 볼 수 있는지 여부, 자금 사용의 구체적인 시기, 대상, 범위, 금액 등에 대한 결정이 객관적, 합리적으로 적절하게 이루어졌는지 여부 등을 비롯하여 그 자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여, 해당 자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부에 대하여 판단하여야 한다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도4784 판결 참조).
- 나) 살피건대, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같은, 허위의 증빙자료를 이용한 연구비 신청 및 2단계에 걸친 자금 세탁 등의 정당성을 현저히 결여한 자금 조성의 방법, 피고인이 차명계좌에서 수천만 원에 달하는 거액을 현금으로 인출하여 일단 캐비닛에 보관해 두었다가 사용하거나 공소외 10 명의의 차명계좌에 보관된 금원을 출금하면서 여러 은행을 이용하고 현금 처리를 가장하는 등의 피고인이 자금인출 과정에서 보인 비정상적인 행태, 피고인 개인에 대한 후원금이 포함되어 있는 공소외 10 명의의 차명계좌에 보관된 자금의 성격, 공소외 10 명의 차명계좌에서 출금한 자금의 사용처에 대한 피고인 변호의 신빙성 정도나 그 적법성 여부 등의 여러 가지 사정에다가, ① 공소외 1 법인으로부터 지급되는 연구비는 피고인의 생명공학 연구에 사용하도록 포괄적으로 그 용도가 지정되어 있고, 그 생명공학 연구는 최첨단 분야로서 연구 성과의 내용에 따라서 추가적인 연구 방향이 설정되는 등의 역동성과 불확실성이 지배하는 영역인 점에 비추어 실제 연구를 담당한 피고인에게 연구비의 지출 항목이나 규모의 선정 또는 지출의 필요성 여부에 대한 광범위한 판단 재량이 부여되어 있다고는 보이나, 기본적으로 그 연구비의 집행은 생명공학 연구라는 테두리 내에서만 가능한 것이고 개인적인 용도로 소비하는 것은 연구비 위탁의 본질에 반하는 점, ② 2단계의 과정을 거쳐 자금을 세탁하거나 현금으로 입, 출금을 반복하는 등 피고인의 행태는 그 성질상 피고인 주장

과 같이 극도의 보안이 필요하기 때문에 자금의 '지출용도'를 드러나지 않게 하기 위한 것이 아니라 그 자금의 '출처'를 은폐하기 위한 것으로 평가되는 점, ③ 위와 같은 자금을 조성한 동기에 관한 피고인 진술의 신빙성이 객관적인 자료에 의하여 뒷받침되지 않을 뿐 아니라, 피고인이 혼자서 경리담당 직원인 공소외 26조차도 알지 못하도록 공소외 10 명의 차명계좌를 관리하였고[증제582호(수사기록 25권 16494쪽)], 공소외 10은 피고인의 매제로서 친족관계에 있는 점, ④ 공소외 10 명의 차명계좌의 거래내역[증제585호(수사기록 26권 16542-16544쪽)]에 의하면, 2001. 3. 14.부터 2001. 9. 1.까지는 대체적으로 자금이 위 계좌로 입금되어 그 잔고가 653,610,764원에 달하였다가 2001. 12. 31.부터 2002. 4. 17.까지의 단기간 내에 자금이 인출되어 그 잔고가 6,771,826원에 불과하게 된 점을 아울러 고려하여, 원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다(피고인이 이 부분 횡령한 금원을 원래의 용도대로 적합하게 사용하였다고 하더라도, 그와 같은 사정은 범행 후의 정황에 불과할 뿐이고 범죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 아니한다).

3) 다음으로 피고인이 공소외 11 명의의 차명 예금계좌를 이용하여 자금을 은닉·소비한 부분에 관하여 보면, 원심의 판단은 기록에 나타나는 객관적인 금융거래 내역에 비추어 수긍하기 어려운 바, 이에 대해서는 아래에서 항을 바꾸어 살펴본다.

(4) 공소외 11 명의 차명 예금계좌를 이용한 부분에 관한 범죄성립 여부

(가) 이 부분 공소사실의 요지[원심판결의 범죄사실 제1의 가. 1)항 중 별지(2) 범죄일람표 순번 14 내지 17 부분]

피고인은, 2000년 10월경부터 공소외 1 법인에서 수주한 광우병 내성소, 소 복제 연구 등을 수행하는 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제의 연구책임자로서 공소외 1 법인으로부터 재료비 등의 명목으로 연구비를 지급받아 위 연구를 위한 연구과제 수행, 연구비의 관리 및 집행업무를 총괄함에 있어 지원된 연구비는 피고인의 생명공학 연구에 사용되도록 그 용도가 특정되어 있어 그 용도로만 사용하여야 함에도, 2000. 10. 9.경 ○○대 연구실에서 위 생명공학교실의 경리직원인 공소외 26을 통해 공소외 1 법인에 5,000만 원 상당의 실험용 소를 구입하였다는 취지의 관련 서류를 작성·제출하여 공소외 1 법인 직원인 공소외 27로부터 실험용 소 구입비 명목으로 5,000만 원을 공소외 26이 보관중인 공소외 2 명의의 농업협동조합 차명 예금계좌로 송금받은 것을 비롯하여 그 무렵부터 2005. 2. 15.까지 사이에 별지(1) 송금일람표 기재와 같이 총 209회에 걸쳐 공소외 2 등 7명 명의의 차명 예금계좌로 실험용 소구입비 및 실험축 유지관리비 합계 3,154,840,000원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중,

1) 2004. 10. 7.경 위와 같이 차명 예금계좌에 보관중이던 실험용 소 구입비를 현금으로 인출한 다음, 서울 (이하 생략) 소재 하나은행 ○○대지점에서 그 중 2,000만 원을 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌(계좌번호 생략)에 입금한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2005. 8. 25.까지 사이에 별지(2) 범죄일람표 순번 14 내지 17 기재와 같이 총 4회에 걸쳐 합계 105,548,000원을 위 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌에 분산 입금하여 이를 은닉·소비함으로써 횡령하였다.

<별지(2) 범죄일람표 중 관련 부분> 원심 별지(2) 순번계좌번호거래일입금액(원)거래점명적요차명계좌14(계좌번호 생략)2004-10-0720,000,000하나은행현금공소외 11 계좌15(계좌번호 생략)2004-10-0822,548,000하나은행현금16(계좌번호 생략)2004-11-1613,000,000하나은행현금17(계좌번호 생략)2005-08-2550,000,000하나은행현금소계 ? ? 105,548,000 ? ?

(다) 당심의 판단

그러나 원심의 이 부분 판단은 다음과 같은 이유로 이를 수긍하기 어렵다.

- 〈각 차명 예금계좌의 일자별 출금 내역〉순번계좌주출금일자거래금액(원)거래내역사용용도비고 (공소제기 여부 등)1공소외 302004. 7. 16.1,500,000현금 ? ? 2공소외 302004. 7. 16.3,000,000대체공소외 4 식대별도 기소 [원심 범죄사실 제1의 가. 2)13공소외 292004. 7. 16.3,500,000대체4공소외 312004. 7. 16.5,000,000대체5공소외 312004. 8.

10.6,000,000대체 ? ? 6공소외 292004. 12. 3.6,000,000현금 ? ? 7공소외 312004. 12. 3.4,000,000현금 ? ? 8공소외 292005. 2. 7.10,500,000현금 ? ? 9공소외 312005. 2. 7.13,500,000현금2005. 2. 7. 공소외 11 통장입금불기소10공소외 282005. 2. 7.11,500,000현금11공소외 302005. 2. 7.8,000,000현금 ? ? 12공소외 322005. 2. 7.6,500,000현금 ? ? 13공소외 292005. 2. 15.5,082,000현금연구실 운영비 통장에 입금검찰의 자금추적 과정에서 지출용도 확인[증제594호(수사기록 41권 16741쪽), 증가제171호]14공소외 302005. 2. 15.4,158,000현금합계 ? ? 88,240,000 ? ? ?

3) 위 인정사실을 기초로 하여 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실, 즉 ① 이 부분 공소사실의 각 범행일자 당시의 위 7명 명의의 차명계좌의 각 예금 잔고 합계액이 이 부분 공소사실의 각 횡령금액에 현저히 미달되는 점, ② 위 7명의 차명 예금계좌에서 출금된 내역에 의하더라도, 공소외 4의 딸 결혼식 식대로 지출하여 횡령하였다고 별도로 공소가 제기된 위 내역표의 순번 2 내지 4 부분, 2005. 2. 7. 공소외 11 명의 차명 예금계좌에 입금되었음이 인정되는데도 그 자금의 출처가 개인 후원금 및 격려금이라는 피고인의 변소를 받아들여 공소를 제기하지 아니한 것으로 보이는 위 내역표의 순번 9, 10 부분 및 검찰의 수사과정에서 피고인의 연구실 운영비 통장으로 입금되었음이 확인된 위 내역표의 순번 13, 14 부분을 제외한 나머지 각 거래내역은, 이 부분 공소사실의 각 횡령일자나 그 횡령금액과 비교하여, 오른쪽 표에서 보는 바와 같이 그 거래 액수나 거래일시가 현저히 차이가 나는 점, ③ 공소외 26은 수사과정에서부터 원심 및 당심 법정에 이르기까지 대체적으로 일관되게, '피고인은 평소에도 자신의 사무실 캐비닛에 현금을 약 5,000만 원 정도씩은 보관하여 왔고, 공소외 11 명의 예금계좌는 2004년 9월 초순경 피고인으로부터 통장과 도장을 건네받아 외화 환전용으로 사용한 계좌인데, 이 부분 공소사실 입금액은 피고인이 현금을 주면서 공소외 11 명의 예금계좌에 입금하라고 지시하여 자신이 입금하였다'는 취지로 진술하고 있는 점[공판기록 9440쪽, 증제491호(수사기록 21권 13886-13887쪽)] 등 객관적인 금융거래내역이 피고인의 위 검찰에서의 자백진술과 모순될 뿐 아니라, 공소외 10 명의의 차명 예금계좌와는 달리 피고인의 연구비나 후원금 등 각종 자금을 관리하였던 공소외 26이 공소외 11 명의의 차명 예금계좌의 입출금에 상당부분 관여하는 등 계좌관리의 밀행성 여부나 그 관리의 행태에 비추어 보면, 이 부분 공소사실의 전제사실인 공소외 11 명의 차명 예금계좌에 입금된 금원의 출처가 공소외 1 법인으로부터 재료비를 지급받은 위 7명 명의의 차명계좌라는 점을 인정하기 어렵다.

순번공소외 11 차명계좌7명의 차명계좌출금내역과 입금내역 비교입금일자입금액(원)그 당시까지의 출금액최종 출금일자액수 차이 (원)시간적 간격12004. 10. 7.20,000,0007,500,0002004. 8. 10.5,500,000 내지 15,048,000약 2개월 내지 3개월22004. 10. 8.22,548,00032004. 11. 16.13,000,00042005. 8. 25.50,000,00042,500,0002005. 2. 7.7,500,000약 6개월

4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

나. 공소외 1 법인 연구비 편취의 점에 대하여

(1) 공소외 1 법인 연구비의 소유권 귀속 및 타인의 재물성 인정 여부

피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단은 제2의 가. (1)항에서 본 바와 같다.

(2) 피고인의 제1심 공동피고인 2와의 공모 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 제1심 공동피고인 2는 법정 및 검찰에서 일관되게 당시 연구실의 총 책임자인 피고인이 실험재료나 기자재를 구입하는 것처럼 비용처리를 하여 운영자금을 마련하라고 지시하여 판시와 같이 허위세금계산서 등을 이용하여 이

부분 범행을 하게 되었다고 진술하고 있고[제1, 4회 공판조서, 검찰 피의자신문조서(증제715호)], 공소외 26도 검찰에서 위와 같은 취지로 진술하였으며[제5회 진술조서(증 제717호)], 피고인도 법정에서 '공소외 1 법인에 후원금이 들어왔으니 연구팀 운영비를 마련하라고 제1심 공동피고인 2에게 부탁하였고, 당연히 세금계산서나 거래명세서를 허위로 발급받아 이를 근거로 연구비를 청구하라는 의미였다.

'라고 이를 시인한 바도 있는바(제3회 공판조서), 이러한 각 진술들에도다가 당시 공소외 1 법인의 연구비는 피고인의 연구비로 지원받는 것이었으므로 이를 제1심 공동피고인 2가 피고인의 지시 없이 임의로 허위의 세금계산서까지 만들어 신청하였다고 보기는 어렵고, 제1심 공동피고인 2는 위 금원을 바로 인출하여 피고인 연구실의 운영비 등으로 사용한 것으로 보이는 점 등을 함께 모아보면, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 실험재료나 기자재를 구입한 것처럼 비용 처리하여 운영자금을 마련하라는 취지로 지시한 사실을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

- 1) 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계의 경우, 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고, 이에 대한 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도7625 판결 참조).
- 2) 원심이 적절하게 들고 있는 여러 가지 사정에다가, 제1심 공동피고인 2는 검찰 조사에서, "피고인이 저에게 '산과학교실 운영비가 필요하니 비용처리를 하여 자금 5,000만 원을 마련해 달라'고 말하였다"고 진술하였고[증제712호(수사기록 31권 19352쪽)], 피고인도 검찰 조사에서, "2000년 10월 초순경 제가 제1심 공동피고인 2 교수에게 '산과학교실 연구원들의 인건비와 여비 등 운영비가 필요하니 비용처리를 하여 운영자금을 마련해 달라'고 말을 했습니다."라고 인정하였으며[증제716호(수사기록 31권 19381쪽)], 공소외 26도 검찰 조사에서, "피고인 1 교수님이 제1심 공동피고인 2 교수님에게 △△대 연구실 운영과 관련하여 비용 처리를 지시하셨고, 그러한 지시를 저한테도 하셔서 제가 제1심 공동피고인 2 교수님이 발부받은 거래명세표와 세금계산서를 받아 공소외 1 법인에 비용 청구를 하였습니다. 공소외 1 법인에서 연구비가 지출되고 나서 제가 제1심 공동피고인 2 교수님으로부터 제1심 공동피고인 2 교수님의 농협 통장을 받아 5,000만 원을 현금으로 인출하여 피고인 1 교수님에게 드렸습니다."고 진술하여[증제717호(수사기록 31권 19392-19393쪽)], 피고인과 제1심 공동피고인 2, 공소외 26의 위 각 진술이 서로 부합하고 있다[변호인은 제1심 공동피고인 2가 최초로 작성한 진술서(증가제165호(검찰 제출의 수사기록 31권 19403-19411쪽))를 근거로 위 제1심 공동피고인 2 진술의 신빙성을 탄핵하고 있으나, 위 진술서의 전체적인 취지도 '운영자금이 정상적으로 책정된 항목이 아니었기에 피고인도 물품을 구입한 것처럼 공소외 1 법인에 요청하여 자금을 마련할 것으로 알고 있었을 것이나, 관련서류 및 처리 절차는 몰랐을 것이다'는 취지에 불과하고 피고인의 지시 사실 자체를 부정하고 있지는 아니하다(수사기록 31권 19411쪽 참조).].

위 인정사실을 기초로 하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인이 피고인 1 연구팀에서 기자재와 실험재료의 구매를 담당하는 책임자인 제1심 공동피고인 2에게 자금을 마련해달라고 요청한 점, ② 피고인의 위와 같은 지시가 실제 기자재나 실험재료의 구입이 예정되어 있지 않은 상황에서 이루어진 점, ③ 피고인의 위와 같은 지시내용 중 비용처리의 의미는 그 당시 제1심 공동피고인 2가 담당한 업무내용과 피고인과 제1심 공동피고인 2의 상하 지휘관계, 연구비 지급청구를 위해서는 세금계산서나 거래명세표 등 증빙자료가 필요한 점 등에 비추어 증빙서류를 허위로 만들어 이를 근거로 연구비를 청구하여 자금을 마련하라는 것이라고 해석되는 점, ④ 피고인의 지시 이후 제1심

공동피고인 2가 공소외 26을 통하여 허위의 증빙서류를 이용하여 연구비를 신청한 기관은 제1심 공동피고인 2가 아니라 피고인에게 연구비를 지원해주는 기관인 공소외 1 법인이었고, 그 후 지급된 연구비도 곧바로 공소외 26을 통하여 피고인에게 전달되어 피고인의 연구실 운영비로 사용된 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 비록 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 구체적인 자금마련 방법이나 허위의 증빙서류를 작성하는 데 도움을 받을 대상 업체의 선정 등에 관해서까지 지시하지 않았다고 하더라도, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 허위의 증빙서류로 연구비를 부당하게 지급 청구하는 방법으로 재원을 마련하라는 취지로 지시하였다고 인정하기에 충분하다.

3) 나아가 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하므로, 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 위 요건의 충족 여부에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것인데(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도3544 판결 참조), 피고인 1 연구팀의 최고책임자로서의 피고인의 지위나 역할, 피고인의 기자재나 실험재료 구매 업무에 있어서 제1심 공동피고인 2에 대한 지휘·감독관계, 제1심 공동피고인 2의 연구비 지급청구에 따라 수령한 금원이 곧바로 피고인 연구실의 운영비로 사용되는 등 편취한 금원의 사용용도 등을 종합하여 보면, 피고인이 허위의 증빙서류를 이용한 연구비 부당청구행위를 직접 분담하여 실행하지 않았다고 하여도 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 그 범행 전체의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 이 부분 편취의 범행에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 하였다고 충분히 인정할 수 있다.

4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 공모공동정범, 범의의 인정에 관한 법리오해 주장은 이유 없다.
다.

정부 연구비 편취의 점에 대하여

(1) 원심의 판단

원심은, ○○대 연구비 관리규정(증제380호)에는, 연구책임자는 소정의 지출증빙서를 갖추어 연구비 지급 청구서를 관리과에 제출하고, 연구비의 지출은 지급받을 자의 금융기관 계좌를 이용하도록 되어 있으며(제8조), 연구비는 연구 목적 이외에 사용하여서는 아니 된다(제7조)고 규정되어 있는데, 피고인이 자인하는 바와 같이 피고인이 마치 정당하게 돼지구입비로 지출하는 것처럼 가장하여 허위 내용의 세금계산서, 거래명세표 등을 제출하는 방법으로 이 부분 연구비를 지급받은 이상, 위 연구비의 지급을 담당하는 ○○대△△△연구소 직원은 피고인의 기망에 의하여 착오에 빠져 이 부분 연구비를 지급한 것이 분명하고, 정부연구비는 그 성격상 용도가 엄격히 제한되어 있어 피고인이 다른 용도에 전용하려는 것을 알았다면 이 부분 연구비는 정상적으로 지급되지 아니하였을 것으로 능히 추인할 수 있으며, 피고인의 지능이나 학력, 경력 등에 비추어 이러한 사정은 피고인도 충분히 인식하고 있었다 할 것이므로, 이 부분 정부연구비가 피고인의 주장과 같이 '돼지복제 및 복제기반 연구 사업'이라는 종합적인 연구과제를 위하여 지원된 것인지 여부에 관계없이 피고인에게 이 사건 연구비 편취에 관한 불법영득의사도 있었다고 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

(가) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 관련규정에 의해 정부지원 연구비는 연구 목적 이외에 사용하여서는 아니 되고 소정의 지출증빙서를 갖추어 연구비를 지급 청구하여야 할 뿐 아니라, 위 ○○대학교연구비관리규정에 의하면, 연구책임자는 지원기관이 정한 바에 따라 연구비실행예산서를 작성하여 관리기관에 제출하여야 하고(제5조), 연구책임자는 실행예산에 따라 지출증빙서를 갖추어 연구비 지급청구서를 관리기관에 제출하여야 하며(제8조), 연

구책임자는 연구비 집행이 종료되면 관리기관에 종료 사실을 통보하여야 하고, 통보를 받은 관리기관은 연구비를 정산하여 지원기관에 제출하여야 하며, 집행 잔액은 원칙적으로 지원기관의 지침에 의하여 처리한다(제12조)고 규정하고 있는 등 그 연구비의 사용 용도가 엄격하게 정해져 있고 그 청구절차에서도 구체적인 증빙이 요구되며 집행 종료시 정산절차 및 집행 잔액에 대한 처리절차까지 예정되어 있는 등 연구비 집행의 투명성을 확보하기 위한 다각도의 제도적 장치를 마련하고 있다.

(나) 위와 같은 관련규정의 내용을 기초로 하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는, 피고인이 참여한 연구용역계약의 체결경위와 계약형식, 연구비 수령을 위한 지급신청 절차와 필요한 증빙서류의 내용, 연구용역계약에 따른 연구비의 사용처 제한과 잔존 연구비의 처리절차, 피고인이 연구비를 수령하기 위하여 사용한 기망행위의 수단이나 방법 등을 종합하여 보면, 피고인이 연구비 집행기관인 ○○대△△△연구소에 허위의 증빙서류를 제출함으로써 연구비를 지급받은 행위는 사기죄를 구성한다고 충분히 인정된다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007도7091 판결 참조).

(다) 나아가 피고인이 교부받은 연구비를 연구과제의 목적과 범위를 벗어나지 아니하는 한도에서 사용하였다고 하더라도, 기망행위를 수단으로 한 권리행사의 경우 그 권리행사에 속하는 행위와 그 수단에 속하는 기망행위를 전체적으로 관찰하여 그와 같은 기망행위가 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 없는 정도라면 그 권리행사에 속하는 행위는 사기죄를 구성하는 것인바(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도295 판결 참조), 피고인이 허위의 견적서, 세금계산서 등 증빙서류를 첨부하여 연구비 지급청구서 등을 허위로 작성하여 제출하는 방법으로 연구비를 공소외 34 명의의 농협 차명 예금계좌로 송금받은 행위는 전체적으로 관찰하여 사회통념상 권리행사의 수단으로서 도저히 용인될 수 없으므로 사기죄의 기망행위에 해당하고, 피고인의 편취 범의와 불법영득의사도 충분히 인정할 수 있다(대법원 2007. 11. 30. 선고 2007도5774 판결 참조).

피고인이 위 편취 금원 중 일부를 연구와 관련된 용도에 사용하였다고 하더라도 이는 단지 범행으로 취득한 금전의 사용방법에 불과한 것으로서 사기죄 성립에 아무런 영향을 미치지 아니한다.

(라) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 없다.

라. 생명윤리법위반의 점에 대하여

(1) 원심의 이 부분 판단요지

(가) 구성요건 해당 여부

1) 생명윤리법은 특별히 난자의 공유를 허용하는 취지의 어떠한 명시적인 규정도 두고 있지 아니할 뿐만 아니라, 입법과정에서 난자의 매매를 처벌하기 위한 조항을 둘 필요가 있다는 제안에 따라 위와 같은 규정이 마련되었고, 외국의 다수 입법례가 난자의 공유를 허용하고 있다 하더라도, 위 법률의 입법 목적은 생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성하는 것뿐만 아니라, 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하는 것도 중요한 요소로 함께 포함되어 있는데다가(제1조 참조), 위와 같이 법문이 “금전 또는 재산상 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 난자를 제공하거나 이를 이용한다”라고 하여 포괄적으로 규정하고 있는 이상, 입법자의 의사가 반드시 직접적으로 난자를 매매한 경우만을 규제 대상으로 삼겠다는 취지였다고 볼 수 없고, 오히려 난자를 직접적으로 매매한 경우뿐만 아니라 난자의 공유 등 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼겠다는 취지라고 해석함이 상당하다.

2) 이 사건에서 난자를 기증한 불임환자들은 피고인 1 연구팀에게 난자를 제공하는지 여부와 관계없이 원래 자신들의 불임치료를 위해 이미 과배란 주사를 맞을 예정이었음에도 불구하고 그러한 비용 등을 일부 감면받았으므로 그들은 이 사건 난자 제공으로 인하여 원래 당연히 지출하게 되어 있는 비용을 일부 면하는 재산상 이익을 얻었고(이러한 점에서 불임치료와 무관한 순수 난자 공여자에게 난자 채취를 위한 과배란 주사비 등 실비를 보상하는 것과 동일하게 볼 수 없다), 피고인은 이러한 조건으로 난자를 제공받았으므로, 피고인의 이 부분 행위는 결국 위 법률 조항을 위반한 경우에 해당한다고 보지 않을 수 없다.

(나) 위법성 조각 여부

앞서 본 바와 같이 생명윤리 및 안전에 관한 법률은 직접적인 난자의 매매뿐만 아니라 난자의 공유를 포함하여 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼고 있다고 해석되는 이상, 피고인의 이 부분 행위는 원칙적으로 위법하다고 할 수 밖에 없고, 이 사건 불임환자들은 오로지 과학 연구용으로 난자를 제공한 것이고, 이 사건 불임환자들에게 제공한 재산상 이익도 사실상 난자 채취에 소요되는 실비 정도에 불과하며, 그러한 정도의 경제적 이익 제공은 연구 목적을 위한 난자공여의 활성화를 가져와 궁극적으로 과학의 발전에도 이바지하는 측면이 있다 하더라도, 이 사건의 경우 사회상규에 위배되지 아니한 정당행위가 성립하는 데 필요한 긴급성이나 보충성의 요건을 갖추고 있지는 못하다고 할 것이어서, 피고인 주장의 사정만으로 피고인의 이 부분 행위가 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(다) 법률의 착오 해당 여부

피고인은 이 사건 난자공유와 관련하여 해당 분야 전문가로 ◆◆대학교 법과대학 교수로 재직 중인 공소외 35에게 자문을 하였다고만 하고 있을 뿐, 자문내용과 그에 대한 답변이 구체적이고 상세한 것으로서 신뢰할 만하다고 볼 수 있는 자료는 보이지 아니할 뿐 아니라, 설령 위 공소외 35가 이 사건 난자 공유가 적법하다는 취지의 의견을 피력한 것이 사실이라 하더라도 이는 권한 있는 기관의 공식적인 견해가 아니라 어디까지나 개인적 견해에 불과한데다가, ◆◆대학병원의 IRB에서 위원회의 의결로 정식으로 이 사건 난자 공유가 적법하다는 견해를 피력하였다거나 피고인들이 감독관청에 이 사건 난자공유의 적법 여부에 대하여 문의를 해 적법하다는 취지의 확인을 받았다고 볼 만한 정황이 발견되지 아니하는 점 및 그 밖에 피고인의 지능이나 학력, 경력 등을 종합하면, 위 주장과 같은 사정들만으로 피고인이 이 사건 행위가 적법하다고 믿은 데에 대하여 정당한 이유가 있었다고 보기는 어렵다.

(2) 당심의 판단

(가) 구성요건 해당성에 대하여

1) 금지규정의 적용범위에 관한 주장에 대하여

가) 주장의 요지

난자의 유상거래 금지규정은 그 법률에서의 체계상의 위치에 비추어 인공수정배아의 경우에만 적용되고, 체세포복제배아에 대해서는 적용되지 않는다.

나) 판단

생명윤리법 제13조 제3항에서는, '누구든지 금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인 또는 알선하여서는 아니 된다'고 규정하고 있고, 그 금지규정은 위 법률 제3장 '배아 등의 생성·연구' 중 제2절 '인공수정배아'의 항목 속에 위치하고 있다.

그러나 위 법률 제3장의 제3절 '체세포복제배아'의 항목에서는 일정한 연구 목적 이외의 체세포 핵이식행위를 금지하는 등의 규정을 같은 장의 다음 절에 연이어 마련하고 있고, 난자가 개념상으로 인공수정배아와 보다 직접적인 관련이 있기 때문에 위 법률에서 제3장 제2절에 위 금지규정을 두었다고 보이며, 위 금지규정이 그 정자 또는 난자의 제공 등 행위의 주체를 구별하지 아니하고 '누구든지'라는 표현을 사용하고 있고, 그 제공 등의 구체적인 목적이나 의도를 구분하고 있지 않고 있으며, 제공 등의 반대급부의 내용도 포괄적으로 규정함으로써, 일반적으로 당해 행위를 금지하는 형식으로 규정되어 있는 점에 비추어 보면, 위 법률이 총칙에 위 금지규정을 두지 아니하고 '인공수정배아'의 항목 아래 위 금지규정을 두었다는 등의 법조문의 위치만으로는 그 적용대상이 체세포복제배아를 생성할 목적 하의 위반행위가 포함되지 아니하고 인공수정배아를 생성할 목적 하에 반대급부를 조건으로 난자를 이용하는 행위로 제한된다고 보기 어렵다[정부에서 2007. 11. 6. 금지규정의 체계를 정비한 내용의 생식세포 등에 관한 법률안(증가제166호), 생명윤리 및 안전에 관한 법률 전부개정안(증가제167호)의 법안을 마련하여 국회에 제출되었다가 입법에 이르지 못하고 그 법률안이 폐기되었다는 등의 사정만으로는 위 법조항의 적용범위에 대하여 달리 해석할 수 없다.

].

2) 헌법상의 제반 원칙 위반 주장에 대하여

가) 주장의 요지

위 금지규정이 난자를 직접적으로 매매한 경우뿐만 아니라 난자의 공유 등 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼겠다는 취지라고 해석하는 것은, 헌법상 과잉금지원칙, 체계정당성의 원리, 명확성 원칙에 반한다.

나) 판단

원심도 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 위 금지규정이 직접적인 난자의 매매뿐만 아니라 반대급부를 제공하는 난자의 공유(Sharing)까지도 반대급부를 제공하지 아니하는 난자의 순수한 기증(Donation)과 구별하여 그 규제대상으로 삼고 있다고 본다 하여 죄형법정주의에 반하여 형벌법규를 함부로 유추해석하거나 확장 해석한 것이라고 할 수 없고, 일정한 합리적 수준의 보상이 뒤따르는 난자의 공유를 형사처벌의 대상에서 제외하는 것이 바람직하다고 하더라도, 난자의 이용은 인간생명의 존엄과 가치와 직접적인 관련성을 갖고 있어 필연적으로 윤리적인 문제를 야기하므로 규제 대상을 어느 정도까지 정할 것인지는 원칙적으로 입법정책의 문제로서 입법자의 폭넓은 재량에 맡겨져 있다 할 것이므로, 헌법상 과잉금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

또한 장기 등 이식에 관한 법률(이하 장기이식법이라 한다) 제37조 제1항에서 장기 등의 적출 및 이식에 소요되는 비용은 해당 장기 등을 이식받은 자가 부담한다고 규정하고 있는 반면, 생명윤리법에서는 난자의 채취비용에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하나, 장기이식법 제3조 제1호에서 정하는 신장, 간장, 췌장, 폐, 골수, 각막 등의 장기 등은 대체 불가능한 성질을 가지고 기증자의 신체적 완전성을 해하는 정도가 매우 큰 반면, 난자는 가임 여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 특성을 갖고 있어서, 위 장기 등에 비하여 유상거래의 유혹에 빠질 가능성도 더 높은 점 등 그 규제 대상의 특성이 상이하므로, 생명윤리법이 정하는 난자 매매 금지규정의 적용범위나 그 대상에 관하여 해석함에 있어서 반드시 난자의 채취비용에 관한 부분을 장기이식법의 해당 규정을 유추 적용하여야 한다거나 유추 적용하지 않는 것이 헌법상 체계정당성의 원리에 반한다고 볼 수 없다.

나아가, 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 위배되는 것이라고 볼 수 없고, 위 금지규정의 의미·내용은 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단을 기준으로 할 때 분명하게 파악할 수 있어 처벌규정으로서의 명확성도 충분히 갖추고 있다 할 것이어서 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다(생명윤리법이 2008. 6. 5.에서야 비로소 일부 개정되어 제15조의4에서 난자제공자에 대한 실비보상 규정을 마련하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 위 법률의 조항 자체가 명확성의 원칙에 반한다고 보기 어렵다).

3) 반대급부를 조건으로 한 난자 이용행위 해당 여부

가) 생명윤리법은 각종 유전자 검사와 정자, 난자의 매매 등 인간의 존엄성을 훼손하는 행위가 공공연히 자행되고 있는 실정에서 시급한 법제정을 통하여 사회적 윤리를 창출하고 규범을 세우려는 노력의 일환으로 국회 보건복지위원회에서 제안되었고[증제774호(수사기록 33권 20122-20143쪽)], 그 법률의 목적도 생명과학기술에 있어서의 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지함에 있는 것인바(생명윤리법 제1조), 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 생명과학기술의 발전을 위한 난자의 제공은 그 제공자의 경제적 동기가 아니라 순수한 자발성에 의하여 뒷받침될 것이 요청되고, 이를 확보하기 위한 수단으로서 난자제공의 무상성이 관철되어야 할 것이다.

나) 살피건대, 원심이 적절하게 실시한 바와 같이, ① 불임치료와 무관한 순수 난자 공여자의 경우에는 난자 공여의사의 결정에 의하여 비로소 난자 채취비용이 발생하는 반면, 난자를 기증한 불임환자들은 난자 공여의사의 결정 여부에 관계없이 원래 자신들의 불임치료를 위해 이미 과배란 주사비 등의 비용 지출이 예정되어 있었기 때문에 각각 비용은 발생 원인이나 그 성격에 있어서 규범적으로 본질적인 차이가 있는 점, ② 비용 지출이 예정된 경우에 그 비용을 감면해 주는 것은, 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지하려는 생명윤리법의 입법목적에 위배될 가능성이 매우 높은 점에 비추어 위 법조항에서 정하는 포괄적인 반대급부에 포섭된다고 해석하여야 할 필요성도 있는 점, ③ 가임 여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 난자의 고유한 특성에 비추어, 난자의 제공이 어떠한 형태로든 재산상 이익의 취득과 결부되면 신중한 의사형성의 과정도 없이 보다 쉽게 난자 제공의사를 결정함으로써 난자 공여의 순수성이나 자발성 원칙을 훼손할 위험성이 증대되는 점을 종합하면, 불임시술을 받는 환자들에게 과배란 주사비 등의 비용 감면의 이익을 알려주면서 잉여난자의 제공을 권유하는 것은 위 법조항이 금지하는 난자의 유상거래에 해당한다고 평가하지 않을 수 없다.

다) 따라서 이 부분 공소사실의 난자 기증자는 난자의 제공으로 인하여 당연히 지출하게 되어 있는 비용을 일부 면하는 재산상 이익을 얻었고, 피고인도 이러한 재산상 이익을 제공하는 것을 조건으로 난자를 제공받았으므로, 피고인의 행위는 결국 위 법률 조항을 위반한 경우에 해당한다.

(나) 위법성 조각 사유의 존재 여부에 대하여

피고인의 이 부분 행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당행위에 해당할 수 없다는 취지의 원심의 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 정당행위의 성립범위에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

(다) 법률의 착오 해당 여부에 대하여

1) 형법 제16조에서 “자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니 한다”라고 규정하고 있는바, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회

피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가하여야 한다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2007도1915 판결 참조).

- 2) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, ◆◆대학병원의 기관생명윤리심의위원회(IRB)에서 위원회의 의결로 정식으로 이 사건 난자 공유가 적법하다는 견해를 피력하였다거나 피고인이 감독관청에 이 사건 난자공유의 적법 여부에 대하여 문의를 해 적법하다는 취지의 확인을 받았다고 볼 만한 정황이 발견되지 아니하고, 피고인이 난자공유의 적법성 여부를 확인하였다는 법률전문가인 ◆◆대학교 법학과 교수 공소외 35는 검찰 조사에서 피고인에게 난자에 대한 보상비 관련 자문을 해 준 사실을 부인하였을 뿐 아니라[증제809호(수사기록 28015쪽, 당심 공판기록에 편철)], 당심 증인으로 출석하여서도, 2005. 1. 17. 개최된 ○○대학교△△과대학 IRB 자문회의에 참석하여 불임시술 과정에서 잉여난자를 제공받는 경우에 그 불임시술 비용을 할인해 주는 것은 허용될 수 없고 순수하게 실비를 제공하는 것은 가능하다는 취지로 의견을 개진하였다는 것이므로, 피고인이 그와 같은 반대의견마저 존재하는 상황에서 순수한 난자 제공자가 아니라 불임시술을 받는 환자로부터 잉여난자를 제공받으면서 그 시술비용을 감면해 주는 것의 위법성 여부를 확인하는 데 진지한 노력을 다하였다고 볼 수는 없다 할 것이어서, 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한다고 오인한 데 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다.

3. 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 검사의 논문조작에 관한 입증의 정도

- (1) 과학적 판단의 영역에 있어서, 과학논문은 그 논문작성자가 그 내용이 진실하다는 입증을 할 책임이 있고, 이를 입증하지 못하여 해당 논문의 근거가 되는 실험 자료가 부족하거나 조작되었다는 의심을 받는 경우, 그 정도에 따라 당해 논문이 취소되거나 논문 조작의 정도가 중한 경우에는 학계에서 퇴출되는 등의 불이익이 발생할 수 있다.

한편, 과학의 발달에 있어서 중요한 의미를 갖는 과학논문일수록 발표된 이후 다른 연구자들의 후속 연구의 기초가 되기 때문에 후속 연구자들에 의하여 그 과학논문의 실험 내용에 대한 재연과 검증 절차가 뒤따르는 것이 보통이고, 그와 같은 후속 연구에 의해 그 논문의 진실성이 의심됨에도 논문작성자가 그 논문의 진실성을 적극적으로 입증하지 못하는 경우에 과학자로서 그에 따른 사실상의 불이익을 감수하도록 하는 것은 과학계 스스로의 자정작용의 일환으로서 그 유용성을 인정할 수 있을 것이다.

- (2) 그러나 논문조작이 어떠한 범죄의 구성요건을 구성하는 행위로 평가될 수 있는지의 여부는 사법적 판단의 범주에 속하고, 우리 헌법은 형사법의 영역에서 국민의 기본권을 보장하기 위하여 죄형법정주의와 함께 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항)을 채택하고 있는바, 형사소송법이 그 구체적인 실효성 확보수단으로서 채택한 증거재판주의(형사소송법 제307조)에 의하여, 검사는 공소를 제기한 범죄사실에 대한 입증책임을 지고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하며, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.

더구나 최첨단의 과학 분야에 있어서는 인간의 제한된 인식능력이나 그 시대의 과학기술의 발달수준이 한계로 작용하기 때문에 과학적 진실 자체를 확정하기가 어렵고, 이와 같이 진실 확정의 어려움에 따른 불이익을 앞서 본 과

학계 스스로의 정화작용과 마찬가지로의 논리를 채용하여 피고인에게 부과하는 것은 우리 헌법과 형사소송법이 채택한 무죄추정의 원칙과 증거재판주의의 본질을 훼손하는 것이어서 허용될 수 없다.

나. 2004년 논문조작 관련 사실오인 주장에 대하여

(1) DNA 지문분석 검사 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

2003년 5월 초순경 ○○대 연구실에서, 피고인은 공소외 12로부터 NT-1 줄기세포의 침전물로부터 유전자지문분석 시료를 추출하는 과정에서 실수로 시료채취에 실패하였다는 보고를 받자, 우선 NT-1 줄기세포의 유전자지문분석 시료 없이 위 줄기세포에 대한 난자 및 체세포 제공자로 알고 있던 공소외 36(실제 난자 및 체세포 제공자는 공소외 37)의 체세포에서 추출한 유전자 지문분석 시료만 보내서 유전자지문분석검사를 의뢰하도록 지시하고, 이에 따라 공소외 12는 제1심 공동피고인 5에게 피고인의 지시를 전달하고, 제1심 공동피고인 5는 공소외 36의 체세포에서 추출한 유전자지문분석 시료를 NT-1 줄기세포와 체세포용 튜브에 각 나눠 담아 그 사실을 모르는 국립과학수사연구소 서부분소 유전자분석실장인 공소외 38에게 유전자지문분석을 의뢰한 후, 2003. 5. 6. 공소외 38로부터 공소외 36의 체세포와 줄기세포의 유전자지문이 일치하는 것으로 분석된 결과를 피고인 2의 이메일로 송부받아, 공소외 12, 제1심 공동피고인 5는 이를 논문에 게재할 수 있도록 컴퓨터를 이용하여 편집하는 방법으로 그림을 만들어 제1심 공동피고인 3에게 전달하고, 제1심 공동피고인 3은 이를 사이언스 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림4의 A, B, C 중 'donor'와 'SCNT-hES-1' 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1673쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 제1심 공동피고인 5와 공소외 12는 검찰조사를 받는 과정에서, 체세포 시료를 둘로 나누어 검사를 의뢰했는지와 피고인의 지시가 있었는지에 관하여 그 진술이 일관되지 않고 수차례 번복이 이루어졌고, 2005. 12. 22.경 ○○대 조사위가 조사를 시작한 이후 제1심 공동피고인 5와 공소외 12의 전화통화 내용과 ○○대 조사위에서 진술한 내용 등이 공소사실에 부합하는 듯한 제1심 공동피고인 5와 공소외 12의 이 부분 진술과 배치되는 점, ② 체세포 핵이식 과정 이후인 줄기세포주의 수립·배양업무는 ◇◇◇◇에서 파견된 공소외 12, 제1심 공동피고인 5가 담당하였고, 최초 검찰 조사 당시에도 피고인과 ◇◇◇◇ 측은 논문조작의 책임을 서로 전가하고 있던 상황이었는에도, 제1심 공동피고인 5와 공소외 12는 수사과정에서 처음에는 피고인이 지시하여 DNA 지문을 조작하였다고 진술하지 않은 점, ③ 이 사건 DNA 검사 및 이후의 공소외 12와 피고인의 대화 또는 전화통화 내용에서도, 피고인이 공소외 12에게 한 질문의 내용은 DNA 지문검사의 조작 사실을 알지 못하는 것을 전제로 하고 있는 점, ④ 이 사건 NT-1은 세계 최초로 수립된 체세포 핵이식 인간 배아줄기세포주임을 증명하기 위한 과학적 근거로서 DNA 지문분석 검사결과가 매우 중요하였을 것으로 보이는데, 피고인이 그 최초의 DNA 검사시부터 그 결과를 조작할 아무런 이유가 없어 보이고, 피고인은 NT-1이 수립된 이후, 소멸 위험을 분산시키기 위해 ◇◇◇◇ 등 국내 연구소나 대학뿐만 아니라 영국, 미국 등의 국외 연구소나 대학에 공동연구의 목적으로 NT-1을 분양하였는바, 피고인이 이 사건 DNA 검사를 조작하였다면, 위와 같이 조작사실이 탄로 날 위험을 무릅쓰고 분양을 하지는 않았을 것으로 보이는 점, ⑤ 제1심 공동피고인 5는 2003년 9월 말경 NT-1 배아체 DNA 검사, 2004년 2월경 및 같은 해 9월경 ◇◇◇◇ 정기검사, 2005년 10월경의 핵형검사 등 2003년 5월경 이후의 NT-1에 대한 DNA 및 핵형 검사 과정에서 NT-1의 검사결과를 조작하였고, ○○대 조사위의 조사과정에서 공소외 12에게 NT-1의 2003년 5월경 최초 DNA 지문분석검사의 과정에 대한 허위 진술을 부탁하거나 공소외 39 등을 동원하여 증거인멸을 하면

서 위 NT-1에서 DNA를 추출한 'SCNT1' 튜브도 폐기하도록 한 점에 비추어 제1심 공동피고인 5의 위와 같은 검사 결과 조작과 증거인멸 등 행위의 동기가 피고인의 지시 없이 2003년 5월경의 DNA 검사를 조작한 후 이를 감추기 위한 것이었을 가능성을 배제하기 어려운 점을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 공소외 12, 제1심 공동피고인 5에게 NT-1의 DNA 검사시 체세포 시료를 나누어 보내는 방법으로 위 검사를 조작하도록 지시하였거나, 이를 알고 있었다고 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 2003년 5월 초순경 DNA 지문분석 검사가 나온 이후, ◇◇◇◇가 선임한 공소외 38에 의하여 2003. 8. 22. 및 2003. 8. 23. 비관련자 검사가 12개의 시료에 대하여 시행되었고, 그 비관련 공여자의 혈액은 ◇◇◇◇에서 준비되었으며 DNA를 추출한 후 연휴 기간 중에 제1심 공동피고인 5에 의하여 공소외 38에게 직접 전달되었는데, 그 검사시료에는 실제 공여자로 오인되었던 공소외 36의 시료는 포함되어 있지 않았는바(증가제84호증의5), 원래 비관련자 검사는 그 개념상 실험대상에 NT-1을 포함시키지 않고 비관련자의 시료만을 제공하여 종전 실험의 오류 가능성을 검증하는 것이긴 하나, 사이언스지에 논문을 투고하였다가 보완을 요구하는 심사평에 따라 실시된 위 2003. 8. 23. 비관련자 검사 당시에는 네이처(Nature)지로부터 논문투고가 이미 거절되었고 NT-1의 상태가 호전되어 시료가 충분한 상황이었으며 사이언스지로부터 비관련자 검사와 함께 테라토마 실험을 요구받았으므로 상당한 시일이 걸리는 테라토마 실험의 특성상 충분한 시간적 여유가 있었다고 할 것인데, 피고인이 2003년 5월 초순경의 최초 DNA 지문분석 검사를 공소외 36의 혈액을 나누어 담아 의뢰하는 방법으로 조작을 지시하였다면, 피고인으로서의 비관련자 검사를 실시할 실질적인 의미나 효용성이 전혀 없다는 것을 알고 있었다고 보아는 데도, 최초 DNA 지문분석 검사 이후 DNA 지문분석에 관해서는 실질적으로 처음 실시하는 비관련자 검사에서 NT-1의 시료를 그 대상으로 포함시켜 실험을 의뢰하지 아니하고 비관련자들에 대한 시료만으로 실험을 의뢰한 점, ② 제1심 공동피고인 5는 미국에 체류하던 중 공소외 40과의 전화통화에서 피고인을 호칭하면서 욕설을 하는 등 피고인에 대한 감정이 극도로 나빠진 상황에서[증제346호(수사기록 13권 9371-9372쪽)], 피고인이 자신에 대하여 검찰에 수사를 요청한 이후인 2005. 12. 24. 미국에서 귀국한 후, 2005. 12. 27. ○○대조사위의 조사를 받으면서 조사위원으로부터 논문조작에 관하여 피고인이 조작지시를 한 부분을 정리해달라는 요청을 받고 "2005년 Science 논문 Data 조작에 관한 지시사항"이라는 문서를 작성하였는데, 그 문서의 내용에 'DNA 지문분석과 HLA(면역적합성) typing 등에 대한 시료 공급과 분석에 관해서는 직접 지시를 받지는 않았으나 제1심 공동피고인 3 교수로부터 진행사항에 대해 보고받았을 것으로 생각합니다.

'라고 기술하였는바[증인 제1심 공동피고인 5의 원심 법정진술(공판기록 4676-4677쪽), 증제346호(수사기록 40권 9450-9452쪽)], 피고인이 줄기세포의 검증에 있어서 기초가 되는 DNA 지문분석에 관하여 조작을 지시하였다면, 제1심 공동피고인 5로서는 당연히 자신의 책임을 모면하기 위하여 그 지시사실을 기재하였을 것으로 보이는 데도 제1심 공동피고인 5는 위 문서를 작성하면서 2004년 논문의 DNA 지문분석에 관한 조작 지시는 물론 2005년 논문의 DNA 지문분석에 관한 조작 지시에 대해서도 별다른 언급을 하지 않은 점, ③ 공소외 36은 2002년경 가출하여 휴대전화 번호도 자주 바꾸는 등으로 이 사건 DNA 지문분석 검사 당시에는 연락이 되지 않는 상태이었는데, 난자제공 당시 건강검진을 받으면서 혈액을 채취하였으나 그 후 피고인에게 따로 혈액을 기증하지는 않았다고 진술하고 있고[증제17호(수사기록 1권 471쪽)], 피고인은 2003년 4-5월경 이 사건 DNA 지문분석 검사를 위하여 2003. 2. 3. 난자를

기증한 공소외 36의 소재를 파악하려고 하였는데[증인 공소외 41의 원심 법정진술, 증제29호(수사기록 1권 700쪽)], 피고인이 이와 같이 DNA 지문분석 검사를 위하여 난자기증자로 오인한 공소외 36의 소재를 파악하려고 한 이유는 ○○대 연구실에서 체세포 시료 채취를 위한 혈액을 보관하지 않았기 때문이라고 보이고, 피고인의 요청으로 공소외 12와 제1심 공동피고인 5가 피고인 2를 찾아가 ◇◇◇◇의 냉동고에 보관되어 있던 공소외 36의 혈액을 가져온 점[증제72호(수사기록 2권 1479-1482쪽)]에 비추어 보면 그 당시는 NT-1 핵이식이 최초로 성공한 초기 단계이기 때문에 줄기세포 수립을 위한 검증실험의 사전준비나 진행절차가 확립되어 있지 아니하여 피고인으로서의 세포배양과 검증실험에 관해서는 전적으로 ◇◇◇◇의 공소외 12 등에게 의존하고 있었다고 보이는 점, ④ 피고인은 공소외 12가 공소외 14 교수가 재직하던 미국 ●●●●대학에 유학을 간 후 미국 출장길에 ●●●●대학에도 NT-1을 분양하려고 하였으나, 공소외 14 교수가 ●●●●가 속한 펜실베이니아주에서는 인간복제가 금지되어 있다며 피고인에게 직접 전화하여 NT-1을 가지고 오지 말라고 하여 피고인이 인천공항에까지 가지고 갔던 셀(cell)을 ○○대 연구소로 되돌려 보낸 점[증제29호(수사기록 1권 733쪽)] 등을 아울러 종합하여 보면, 공소외 12 및 제1심 공동피고인 5의 진술 반복 경위, 이 사건 DNA 지문분석 검사 당시 피고인의 ◇◇◇◇ 측에 대한 의존의 정도, 이 사건 DNA 지문분석 검사 및 이후의 피고인과 공소외 12와의 대화 내용, 국내외 연구소에 NT-1을 광범위하게 분양하는 등 DNA 지문분석 검사 이후 피고인이 취한 행동이나 태도, 피고인의 조작 동기의 의문점, NT-1에 대하여 그 후 실시된 DNA 및 핵형검사 과정과 제1심 공동피고인 5의 조작행위의 경위나 그 반복성 등에 비추어, 합리적 의심의 여지없이 피고인이 공소사실 기재와 같이 공소외 12, 제1심 공동피고인 5에게 NT-1의 DNA 검사시 체세포 시료를 나누어 보내는 방법으로 위 검사를 조작하도록 지시하였다거나, 그와 같은 조작사실을 알고 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다는 취지의 원심 판단은 정당하다.

(2) RT-PCR 검사 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

사이언스 측에서 NT-1 줄기세포가 처녀생식에 의한 줄기세포일 가능성이 있다고 의문을 제기하면서 이에 대한 입증을 요구하여 미국 미시간 주립대학 공소외 42(영문자 생략) 교수가 원숭이 처녀생식 여부를 판단하면서 사용한 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응(RT-PCR) 검사 방법을 이용하여 NT-1에 대하여 처녀생식 여부를 검사하였으나 줄기세포에 특징적인 부계유전자와 모계유전자가 모두 제대로 발현되지 아니하자, 동물실험의 경우 배반포를 가지고 위 검사를 많이 실시하는 점에 착안하여 인간난자의 배반포나 배아를 이용하여 위 검사를 실시한 다음 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 2003년 9월~10월경 사이 ○○대 연구실에서 ○○대 연구원인 공소외 43으로 하여금 인간난자에 핵이식을 한 배아 중 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 같은 연구원인 공소외 13에게 전달하도록 하고, 공소외 13은 위 배아를 이용하여 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응 검사를 실시한 다음 해당 부분을 'hNT-BL'이라고 기재한 검사표를 만들어 제1심 공동피고인 3에게 이메일로 송부하고, 제1심 공동피고인 3은 마치 NT-1 줄기세포로 검사를 한 것처럼 'hNT-BL' 부분을 'SCNT-hES-1'으로 수정한 후, 이를 사이언스지 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림4의 D 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1673쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 공소외 13이 수행한 NT-1에 대한 RT-PCR 검사의 실험결과와 관련하여서는 일부 검사사진만이 남아 있을 뿐, 달리 실험일지나 검사결과를 확인할 수 있는 자료가 남아 있지 않은바, 2004년 논문에 사용된 RT-PCR 검사결과가 NT-1이 아닌 배아 또는 배반포를 사용하여 얻은 검사결과라고 볼 직접

적인 증거는 없고, 관련 자료를 공소외 13이나 피고인 측이 의도적으로 은닉하였다는 정황 또한 찾아볼 수 없는 점, ② 공소외 43의 진술에 의하더라도 제1심 공동피고인 3이 검사 조건이 잘 잡히지 않는다는 취지의 말을 한 사실이 있다는 것이고, 증제18호에 첨부된 각 서류에도 위와 같은 모계유전자의 프라이머 조건을 잡기 위한 실험 과정이 일부 기재되어 있는 점을 고려하면, 공소사실과 같이 NT-1에 대하여 여러 차례 실험을 하였는데 제대로 된 결과가 나오지 않았다고 단정하기는 어려운 점, ③ 이 사건 RT-PCR 검사에서 'BL'이라는 표시가 반드시 배반포 또는 동결 배아를 사용한 검사결과를 의미한다고 단정할 수는 없고, 위 ○○대 비밀문서 중 'hNTBL'의 표기가 2004년 논문에는 'SCNT-hES-1'로 변경되어 있다고 하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과로 조작한 것이라고 단정하기는 어려운 점, ④ 공소외 43, 12는 위 RT-PCR 검사에 직접 관여하지 않은 연구원들로서, 위 실험이 조작되었을 것이라는 그들의 각 진술은 실험사진에 'NT BL'이라고 기재되어 있고, 위 ○○대 비밀문서에도 'hNTBL'로 기재되었다가 2004년 논문에는 'SCNT-hES-1'로 기재되어 있다는 것을 근거로 한 추측에 불과하고, 공소외 13 및 제1심 공동피고인 3 역시 검찰 조사시 'BL'로 기재되어 있으면 배반포로 했을 수도 있을 거라는 취지의 진술을 한 사실은 있으나, 이 역시 검사사진 및 위 ○○대 비밀문서에 표시된 'BL'이라는 단어만을 근거로 추측한 것에 불과한 점, ⑤ 가사 배아에 대한 RT-PCR 검사결과가 NT-1에 대한 검사결과로 조작되었다고 하더라도, 피고인이 이 사건 RT-PCR 실험에 직접 관여하여 공소외 43, 13 및 제1심 공동피고인 3에게 동결 배아로 RT-PCR 검사를 하도록 지시하였다는 점에 관하여는 이를 인정할 아무런 증거가 없는 점을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 동결 배아를 이용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 공소외 43 및 공소외 13, 제1심 공동피고인 3에게 지시하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과인 것처럼 2004년 논문에 게재하였거나, 그러한 사정을 알고 있었다고 인정하기 어렵다.

(다) 당심의 판단

이 사건 공소사실의 핵심은 인간난자에 핵이식을 한 배아 중 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 이를 대상으로 RT-PCR 검사를 하였다는 것이고, 그 사실의 기초가 되는 정황은, 공소외 43은 제1심 공동피고인 3이 2003년 9월~10월 말경 자신에게 RT-PCR 검사 조건이 잘 잡히지 않는데 발달 정지된 핵이식 배아로 조건을 한번 잡아 보겠다는 취지로 이야기를 하면서 동결 배아를 모아 달라고 하여 자신이 공소외 13에게 이를 건네주었다고 진술하고 있는 점 및 공소외 13이 제1심 공동피고인 3에게 검사결과를 송부하면서 검사표에 검체를 'hNT-BL'이라고 표시하였고, 공소외 43이 공소외 14와 공소외 42에게 NT-1에 대하여 브리핑을 하려고 작성하였다는 ○○대 비밀문서에 RT-PCR 검사에 대하여 'hNTBL'이라고 표기한 반면, 2004년 논문에서는 이를 'SCNT-hES-1'으로 수정되어 있다는 점인바, 원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① RT-PCR 검사는 특정검체에서 부계, 모계의 각인유전자 중 어떤 각인유전자가 발현되었는지의 여부를 추적함으로써 생식기전을 입증하려는 검사로서 유전자 지문분석 검사와는 달리 동일성 (Identity) 자체를 검증하는 검사가 아니므로, 검사결과 어떤 각인 유전자가 발현되었느냐의 여부를 알 수 있을 뿐, 사후에 어떤 검사결과가 어떤 검체로부터 도출된 것인지를 직접 규명할 수는 없고, 필요하다면 해당 검체에 대하여 다시 검사를 하여 동일한 검사결과가 나오는지를 검증해 볼 수밖에 없는 것인데, 누구든지 사람의 체세포를 검체로 하여 실험을 수행하기만 하면 실험자는 언제든지 부계·모계 각인유전자가 모두 발현하는 동일한 결과를 원하는 대로 얻을 수 있음에도, 피고인이 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 RT-PCR 검사를 하도록 지시하였다고는 경험칙상 납득하기 어려운 점(증인 공소외 13의 원심 법정진술(공판기록 4775-4777쪽), 증제32호(수사기

록 34권 806쪽)], ② RT-PCR 검사를 주관한 제1심 공동피고인 3은 '피고인은 RT-PCR 검사에 대하여 잘 모르시기 때문에 검사결과지를 보여주지는 않았고, 검사결과만 부계유전자가 발현되었다는 취지로 구두로만 보고를 하였습니다.

'라고 진술하여 피고인의 지시에 의한 검사조작 사실을 부인하였고[증제193호(수사기록 36권 3944쪽)], 수사과정에서 피고인과 적대적인 관계에 있던 공소외 43도 '제1심 공동피고인 3의 지도 아래 공소외 13이 RT-PCR 검사를 담당하였다'고 진술하여 위 제1심 공동피고인 3의 진술 내용에 일부 부합하는 점[증제62호(수사기록 2권 1331쪽)], ③ RT-PCR 검사를 직접 담당한 공소외 13의 검찰 진술도 "사진과 결과지에 모두 'BL'로 기재되어 있는 것을 보면 배반포로 실험을 하였을 것 같으나, 핵이식된 배반포의 양이 적기 때문에 실험용으로 받았을 가능성이 희박하고, 'BL'을 시료로 받은 기억이 전혀 나지 않는다.

"는 취지일 뿐이므로 RT-PCR 검사의 시료로 동결 배아가 사용되었다고 단정하기는 어려운 점[증인 공소외 13의 원심 법정진술(공판기록 4758-4759쪽), 증제102호(수사기록 36권 2026-2039쪽)], ④ 동물의 배반포에 대한 실험을 주로 담당하여 왔던 공소외 13이 제1심 공동피고인 3에게 검사결과를 송부하면서 검사표에 검체를 'hNT-BL'이라고 표시한 것은 이른바 검사 의뢰방법으로 통용되는 Blind Test의 특성에 기인하였을 가능성이 있고, SCNT(Somatic Cell Nuclear Transfer, 체세포 핵이식 줄기세포)라는 용어는 2004년도 논문을 게재하면서 비로소 그 특성을 표현하기 위하여 사용되었을 뿐 그 이전인 RT-PCR 검사를 시행할 때는 그러한 용어를 사용하지는 않았다고 보이는 점 등을 아울러 종합하여 보면, 앞서 본 정황사실만으로는 합리적 의심의 여지없이 피고인이 공소사실 기재와 같이 동결 배아를 이용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 공소외 43 및 공소외 13, 제1심 공동피고인 3에게 지시하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과인 것처럼 2004년 논문에 게재하였다거나, 그러한 사정을 알고 있었다고 인정하기 어렵다는 원심의 판단은 정당하다.

(3) 면역염색 사진 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

2004년 1월경 피고인 및 제1심 공동피고인 3은 공소외 12가 ◇◇◇◇ 연구소에서 미리 편집하여 보낸 논문상의 그림 2의 면역염색사진을 가지고 미국 ○●○●○대학공소외 14 교수 연구실에 가서 그와 함께 검토한 다음 전화로 공소외 12에게 "음성대조군(Negative control)중 SSEA-1 면역염색사진인 D 부분의 사진에 줄기세포가 2개 나타나고 해상도가 좋지 않다.

NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진이라도 괜찮으니 좋은 사진으로 보내달라."고 지시하고, 이에 따라 공소외 12는 ◇◇◇◇ 연구소에서 수립한 수정란 줄기세포의 SSEA-1 면역염색사진 중에서 해상도가 좋은 사진을 골라 이메일로 제1심 공동피고인 3에게 송부하고, 제1심 공동피고인 3은 이를 다시 원래의 SSEA-1 면역염색사진과 교체한 다음 사이언스 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림2의 D 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1671쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인은 NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진을 2004년 논문의 면역염색 검사결과에 사용하는 것을 알고 있었던 것으로 보이기는 하나, ① 면역염색검사에서 음성대조군(Negative control)의 역할은 검체의 표지인자에 결합하는 1차 항체를 처리하지 않아 면역염색 현상이 일어나지 않았을 때의 결과를 실험대상인 NT-1의 면역염색결과와 비교하기 위한 것으로서, 위 검사결과와 진실성과는 아무런 관련이 없

는바, 위 음성대조군은 면역염색현상이 일어나지 않은 배아줄기세포이면 가능한 것이지 반드시 NT-1을 사용할 필요가 없으므로, NT-1이 아닌 다른 세포를 음성대조군으로 사용한 행위 자체에 문제가 있다고는 볼 수 없고, ② 설령 이러한 부분도 논문의 조작으로 볼 여지가 있다 하더라도, 직접 공소외 12와 전화 통화를 한 제1심 공동피고인 3도 문제의 사진이 NT-1에 대한 것이 아님은 알았지만 이 사건 실험과 전혀 무관한 ◇◇◇◇ 수정란 줄기세포의 대조군인 것까지는 전혀 몰랐다고 진술하고 있으므로, 피고인이 이러한 사정을 알았다고 단정하기는 더욱 어렵다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 음성대조군의 기능이나 역할에 비추어 이 부분 사진 교체 행위가 논문의 조작이라고까지 보기 어렵다는 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(4) 소결론

따라서 검사의 논문조작 내용이나 범위에 관한 사실오인 주장은 모두 이유 없다.

다.

사기죄의 성립여부에 대한 판단

(1) 논문조작 관련 객관적 사실과 피고인의 인식 내용의 확정

사기죄는 주관적 구성요건 요소로 고의가 필요한 고의범이고, 제3자의 행위에 의하여 피고인의 인식 내용이 객관적 사실과 달라진 경우에는 자기책임의 원칙에 따라 행위 당시의 객관적인 사실에 관계없이 피고인이 당시 인식하고 있는 사정을 기준으로 하여 기망행위를 인정할 수 있는지의 여부와 그 범의를 추단할 수 있는지의 여부를 판단하여야 한다.

따라서 피고인이 공소외 5 회사 및 농협으로부터 연구비를 후원받은 2005년 9월 당시를 기준으로 하여, 판단의 편의를 위하여 2004년 논문과 2005년 논문에서의 줄기세포 수립여부와 그 실험 데이터의 진실성에 대한 객관적 사실 및 형사재판에 있어서 증거재판주의에 의하여 규범적으로 확정되는 피고인의 인식 내용을 정리하면 다음 표 기재와 같다.

[2004년도 논문]

(NT-1 : 줄기세포주로 실존하나, 처녀생식 여부에 대해서는 논란이 있음)

종류검사종류객관적 사실피고인의 관여 여부 등에 대한 판단피고인의 인식 내용NT-1DNA 지문분석2003년 5월경 체세포만으로 분석 검사하여 체세포와 NT-1의 검사결과가 일치하도록 조작피고인이 조작을 지시했거나 조작사실을 알았다고 볼 수 없음피고인은 DNA 지문분석이 정상적으로 실시되었다고 인식RT-PCR동결 배아로 실험한 결과를 NT-1로 검사한 것처럼 조작하였는지 여부가 불분명함NT-1이 아닌 동결 배아로 RT-PCR 검사를 하였다고 단정할 수 없고, 그렇지 않다고 하더라도 피고인이 지시했거나 이를 알고 있었다고 볼 수도 없음피고인은 RT-PCR 검사가 정상적으로 실시되었다고 인식면역염색 사진실제 검사는 했으나, SSEA-1 음성대조군 사진을 NT-1이 아닌 ◇◇◇◇ 사진으로 대체실제로 면역염색 실험결과가 나왔고, 단지 음성대조군 사진 1장에 다른 줄기세포 사진이 사용된 것은 검사결과의 진실성과 관계없음이 부분 사진의 대체가 검사결과의 진실성에는 영향이 없으므로, 피고인이 이를 인식하고 있었다고 하더라도 범의 인정에 있어서 중요한 사항이 아님테라토마 DNA검사배아체 DNA 지문분석 결과를 NT-1의 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 조작피고인의 조작 관여사실이 인정됨피고인이 이 부분 각 조작사실을

알았으나, 논문발표 이전인 2004. 2. 6.경 실제로 테라토마 실험은 성공함테라토마 사진◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마로 NT-1의 테라토마인 것처럼 허위로 사진을 게재피고인의 조작 관여사실이 인정됨

[2005년도 논문]

(NT-2 내지 12 : 제1심 공동피고인 5가 섞어심기하였거나 실제로는 수립되지 아니하여, 줄기세포주로 실존하지 아니함) 종류실체검사종류객관적 사실피고인의 관여여부피고인의 인식 내용NT-2Miz-4배아체형성검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기함×피고인은 NT-2, NT-3이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, 일부 실험 데이터를 조작함△ 다른 모든 검사는 정상적으로 실시되었고, 그 중 DNA, 면역적합성 검사결과는 제1심 공동피고인 5가 섞어심기를 숨기려 허위로 조작함NT-3Miz-8테라토마형성검사△ NT-2의 배아체 사진 조작○△ NT-3의 배아체 사진, 테라토마 사진 조작(다만, 논문 제출 이전에 NT-2, 3의 테라토마 실험은 성공하였음)면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기 하였음×피고인은 NT-4 내지 7이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, NT-4 내지 7이 오염사고로 소멸하였음에도 실험 데이터를 조작함NT-4Miz-4핵형검사NT-5Miz-4배아체형성검사△ 2005. 1. 9.경 오염사고로 소멸됨NT-6Miz-6테라토마형성검사NT-7Miz-6면역적합성검사△ NT-4 내지 7의 각 검사결과 조작○DNA지문분석검사NT-8Miz-7면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기함×피고인은 NT-8, 10, 11이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, 실험 데이터를 조작함핵형검사NT-10Miz-10배아체형성검사△ NT-8, 10, 11의 각 검사결과 조작○테라토마형성검사NT-11Miz-2면역적합성검사(테라토마는 NT-8만 해당함)DNA지문분석검사실존하지 않음면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5의 섞어심기가 없었고, 줄기세포주로 수립되지 않음○피고인은 NT-9, 12가 핵이식 후 콜로니 형성에 이르지 못하여 줄기세포주로 수립되지 않았음에도, 콜로니가 형성되어 줄기세포로 실존하고 있는 것처럼 실험 데이터를 조작함핵형검사NT-9배아체형성검사△ NT-9의 각 검사 조작NT-12면역적합성검사△ NT-12의 면역적합성검사, DNA 지문분석 검사 조작DNA지문분석검사

(2) 공소외 5 회사에 대한 기망행위 또는 편취의 범의 및 인과관계의 존재 여부

(가) 논문조작 행위 부분

1) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요부분에 관한 것임을 요하지 않으며, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초사실에 관한 것이면 충분하고, 어떤 행위가 다른 사람을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는가의 여부는 거래의 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적·객관적으로 판단해야 할 것이고(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7459 판결 참조), 한편 사기죄의 기망은 편취 또는 이득의 수단으로서 행하여지는 것이어서 피기망자의 재산적 처분행위를 하게 하는 행위로서의 성격을 갖는 것이므로, 상대방을 착오에 빠지게 하였다 할지라도 그 착오에 기하여 상대방으로 하여금 재산적 처분행위를 하게 한 행위가 아니라면 그 행위는 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가할 수 없다.

2) 앞서 본 피고인의 인식 내용을 기초로 하여 피고인의 논문조작 행위가 기망행위를 구성하는 지에 관하여 본다.

가) 우선, 2004년 논문의 경우에는 피고인이 위 논문 제출 당시에는 테라토마 실험결과를 얻지 못하여 NT-1 배아체의 DNA 지문분석 검사결과를 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 바꾸고, ◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마 사진을 마치 NT-1의 테라토마 사진인 것처럼 조작하였으나(다만, 이후 NT-1의 테라토마가 형성된 결과를 얻었다), 피고인은 NT-1이 수립된 이후 그 검증을 위하여 DNA 지문분석 검사, 핵형검사, 배아체형성 검사, 면역염색(HLA) 검사

, RT-PCR 검사 등의 일련의 검증실험을 모두 실시하여 2004년 논문을 발표하였고, NT-1이 줄기세포로 수립되었던 것은 사실일 뿐 아니라, 그 줄기세포성 여부에 관한 핵심적인 검증실험인 DNA 지문분석 검사를 조작하는 데 피고인이 관여하였다는 점을 인정할 신빙성 있는 증거가 없고, RT-PCR 검사가 조작되었다거나 그 조작에 피고인이 관여하였다는 점을 인정할 명백한 증거가 없는 이상, 피고인은 공소외 5 회사와 이 사건 연구비 후원계약을 체결할 당시에는 NT-1이 자가핵이식 줄기세포주인 것을 확실히 믿고 있었다고 볼 수밖에 없다.

나) 다음으로 2005년 논문의 경우에는, 11개의 줄기세포주(NT-2 내지 12) 중 NT-9, 12를 제외한 나머지는 제1심 공동 피고인 5가 섞어심기한 것이고, 그 이외에도 NT-13(2005. 3. 9. 콜로니 형성), NT-14, 4+(2005. 4. 22.경 각 콜로니 형성)의 줄기세포주도 수립된 것처럼 제1심 공동피고인 5가 섞어심기를 하여, 실제로는 2005년 논문과 관련한 연구결과로서 환자맞춤형 줄기세포주는 하나도 존재하지 않았으나, 피고인은 제1심 공동피고인 5의 위와 같은 범행을 모르고 있었던 사실은 명백한바(검사도 그와 같은 사실을 전제로 이 부분 공소를 제기하였다), 2005년 논문의 최종 수정 및 재투고가 이루어질 당시인 2005. 4. 25.에는 피고인은 NT-2 내지 8, 10, 11, 13, 14, 4+ 등 12개의 환자맞춤형 줄기세포주가 실제로 수립(콜로니가 형성된 상태)되었다고 믿고 있었고, 그 중 NT-2, 3에 대하여는 면역염색검사, DNA 검사, 핵형검사, 테라토마 형성 검사, 면역적합성 검사 등 그 검증실험을 실시하여 정상적인 검사결과가 나왔는데, 제1심 공동피고인 5는 NT-2, 3에 대한 위 각 검사 중 DNA 검사, 면역적합성 검사는 수정란 줄기세포인 경우 체세포와 일치하는 검사결과가 나오지 않아 섞어심기 사실이 탄로 날 수 있었으므로 체세포만을 검사의뢰하는 방법으로 위 DNA 및 면역적합성 검사결과도 조작하였고, 나머지 검사는 세포의 동일성을 확인하는 검사가 아니어서 수정란 줄기세포로 검사의뢰를 하여도 정상적인 검사결과가 나오기 때문에 실제 NT-2, 3으로 검사가 이루어졌으며, 피고인은 위와 같은 DNA, 면역적합성 검사결과 조작사실도 전혀 모른 채 위 각 검사결과가 정상으로 나오자 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 보인다.

다) 이상과 같은 피고인의 인식 내용을 종합하면, 피고인이 비록 일부 검증 실험의 각종 데이터를 조작하였다고 하더라도, NT-1이 자가핵이식 줄기세포주인 것을 확실히 믿고 있었고 피고인이 조작에 관여한 검증 실험의 범위나 정도에 비추어 적어도 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 할 것이다.

3) 또한 피고인이 줄기세포주가 수립되었다고 확신하면서 일부 검증 실험의 각종 데이터를 조작한 행위 자체가 재물의 편취 또는 재산상 이익의 취득 수단으로서 이루어졌다고 보기 어려우므로, 논문 조작행위 자체가 곧바로 그 논문의 성과를 믿고 연구비를 후원하려는 잠재적 피해자를 상대로 재산적 처분행위를 하도록 한 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가하기는 어렵다.

4) 따라서 앞서 본 위 각 논문의 본질적 부분에 해당한다고 할 수 있는 줄기세포주의 수립 여부에 대한 피고인의 인식 내용, 피고인의 위 각 논문의 작성시기와 공소외 5 회사와의 연구 후원금 지원에 관하여 협의를 시작한 시기의 선후 관계 및 그 시간적 간격, 공소외 5 회사와의 후원계약 체결의 경위 등을 종합하면, 피고인이 위 각 논문을 작성할 당시부터 장치 불특정의 기업이나 단체로부터 연구 후원비 명목으로 금원을 편취할 고의 내지 의도 하에, 줄기세포를 전혀 수립한 바가 없는데도 마치 그러한 과학적 성과가 있는 것처럼 논문을 조작하였다고 보기는 어렵다.

(나) 언론 인터뷰 및 강연 행위 부분

1) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 이 사건 공소사실에서 기망행위의 내용으로 적시하고 있는 피고인의 인터뷰나 강연 내용 중 줄기세포의 연구에 따른 난치병 치료 등에 관한 전망을 언급한 부분은 피고인의 개인적인 전망 또는 판단을 밝힌 것으로서, 피고인이 이를 일부 과장하여 발표한 것이 사실이라고 하더라도, ① 2005년 논문

서도 "이 연구에서의 환자맞춤형 줄기세포는 질병의 진행을 이해하고 약물생산을 도울 수 있을 것으로 기대된다.

물론 환자의 세포를 이용한 줄기세포가 아직은 완전하지 않기 때문에 곧바로 이식치료에 이용될 수는 없다.

게다가 세포가 임상에 사용되기 전에 환자맞춤형 체세포 핵이식 유래 인간배아줄기세포의 생물학적 특성이 반드시 규명되어야 하고, 신뢰할 수 있는 분화기술이 확립되어야 하며, 미분화세포 및 잠재적 병원체를 완전히 배제할 수 있어야 한다.

"라고 그 한계 및 앞으로 연구되어야 할 과제 등을 명백히 밝히고 있고, ② 2005년 논문의 성과가 사실이라고 하더라도 환자맞춤형 줄기세포가 실제 임상에 적용되고 환자치료에 이르기까지는 많은 어려움과 상당한 시간이 소요될 것임은 일반인도 쉽게 예측할 수 있다고 보이며, ③ 공소외 5 회사의 이 사건 연구비 후원도 그 후원의 경위 등에 비추어 어떠한 반대급부를 조건으로 하거나 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 한 것이라기보다는 단순히 피고인이 계속 줄기세포 등 생명공학 관련 연구를 할 수 있도록 지원하는 의미로 보인다.

2) 또한 피고인이 그 검증 실험의 각종 데이터를 조작하였지만 줄기세포주가 수립되었다고 확신하면서 인터뷰나 강연 내용 중 줄기세포의 연구에 따른 난치병 치료 등에 관한 전망을 언급한 행위 자체가 재물의 편취 또는 재산상 이익의 취득 수단으로서 이루어졌다고 보기 어려우므로, 언론 인터뷰나 강연 행위 자체가 곧바로 그 논문의 성과를 믿고 연구비를 후원하려는 잠재적 피해자를 상대로 재산적 처분행위를 하도록 한 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가하기는 어려운 점을 아울러 고려해 보면, 피고인이 인터뷰나 강연을 통하여 줄기세포 연구의 실용화 가능성을 과장하였다고 하더라도 공소외 5 회사에 대한 관계에서 무슨 별도의 기망행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(다) 후원계약 체결 과정에서의 기망행위 부분

1) 적극적 기망행위 존재 여부

가) 검사는, 피고인이 공소외 5 회사의 공소외 7에게 마치 그 논문의 내용과 기자회견 결과가 사실인 것처럼 행세하면서 추후 줄기세포 연구가 상용화될 때 유리한 기회를 주겠다는 취지로 말하여 공소외 5 회사로부터 연구비 명목으로 10억 원을 교부받았다는 취지로 주장한다.

나) 이에 대하여, 원심은 그 판시와 같은 연구비 후원계약의 체결 경위와 그 내용에 관한 사실을 인정한 다음, 이 사건 연구비 후원계약의 체결 목적, 연구과제의 포괄성, 연구과제 수행결과의 소유권 귀속, 이 사건 연구비 후원계약의 체결 경위를 종합하면, 공소외 5 회사는 피고인의 줄기세포 연구를 위해 별다른 반대급부를 조건으로 함이 없이 이 사건 연구비를 후원하기로 한 것으로 봄이 상당하고, 공소외 5 회사가 줄기세포의 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 이 사건 연구비를 후원했다고도 보이지 않을 뿐 아니라, 연구비 후원 과정에서 피고인이 공소외 5 회사 측에게 '줄기세포의 상용화가 되면 공소외 5 회사에게 유리한 기회를 줄 수 있지 않겠냐.'라는 취지로 말을 한 사실이 있다고 하더라도, 위 연구비 후원에 대한 반대급부로서 위와 같은 내용이 합의서에 명시적으로 기재되어 있지 않은 이상, 이는 연구의 가시적 성과가 나올 경우 공소외 5 회사 측과 협력하여 사업을 진행할 수도 있다는 가능성을 언급한 것에 불과하고 위 연구비의 반대급부로서 약정된 것이라고는 보기 어렵다고 판단하였다.

다) 원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인이 공소외 5 회사와 연구비 후원계약을 체결하는 과정에서 공소외 5 회사를 적극적으로 기망하는 행위를 하여 그 후원계약을 체결하였다고 인정하기 어렵다는 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

2) 논문조작사실 묵비행위

가) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이고, 그 중 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 그 사실을 고지하지 아니함을 말하는 것으로서, 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다(대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도1033 판결 참조).

보다 구체적으로는, 재산권에 관한 거래관계에 있어서, 일방이 상대방에게 그 거래에 관련된 어떠한 사항에 대하여 이를 고지하지 아니함으로써 장차 그 거래관계의 효력 또는 채무의 이행에 장애를 가져와 계약상의 채권을 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서 이를 상대방에게 고지하지 아니하고 거래관계를 맺거나 그러한 상태를 묵비하여 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 받고 상대방은 그와 같은 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래관계에 임하지 아니하였거나, 이를 지속하여 재물 등의 교부를 하지 아니하였을 것이 경험칙상 명백한 경우, 그 재물의 수취인에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고 이를 고지하지 아니한 것은 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다 할 것이나, 법률관계의 효력에 영향이 없고 상대방의 권리실현에 장애가 되지 아니하는 사유는 이를 고지할 의무가 없는 것이다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 판결, 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도882 판결, 대법원 1985. 3. 12. 선고 84도93 판결 각 참조).

나) 원심이 적절하게 실시한 바와 같이, 이 사건과 같이 과학논문에 있어서 그 데이터의 오류 내지는 과장, 허위 게재가 이루어진 경우, 그 논문 조작행위 자체가 논문심사기관의 심사업무를 방해하는 정도에 이르렀다면 업무방해죄의 형사적 책임을 지는 것은 당연하다.

그러나 기업이나 공익적 단체의 과학자에 대한 연구비의 지원은 그 과학자가 이룩한 전체적인 연구 성과 및 그 해당 분야에서의 발전 가능성과 연구비가 지원되는 분야에서의 과학기술 발달이 사회나 국가 나아가 인류의 삶의 질 향상에 이바지하는 정도 등 다양한 고려요소와 기준에 의하여 이루어지는 것이지, 그 과학자가 발표한 개개 논문의 구체적이고도 세부적인 내용의 정확성이나 진실성에만 좌우된다고 볼 수 없고, 더구나 최첨단의 과학기술 분야에서는 인간의 인식능력이나 그 시대의 과학발달 수준의 한계로 인하여 연구의 과정이나 결과에 있어서 불확실성 또는 경제적으로 효용가치가 높은 연구 성과를 도출하는 데 실패할 위험성이 상존하고 있으므로, 연구비 지원은 어떠한 구체적이고도 가시적인 연구 결과를 목적으로 하거나 그러한 연구 결과를 대가관계로 하여 이루어지기는 어렵고, 기업의 사회적 책임이행의 차원에서의 이익의 환원이나 선의에 바탕을 둔 자발적 기부의 일환으로 이루어지는 것이 보통이므로, 객관적이고 이기적인 행위 주체를 상정하여 이해관계의 합리적 조정이 중요한 판단요소로 작용하는 일반적인 재산상 거래와는 그 성질이 다른 특수성이 있다고 할 것이다.

따라서 논문 조작행위 자체에 대한 범죄의 성립 여부가 문제되는 것이 아니라 그 논문의 조작 이후 논문의 연구 성과와 관련하여 연구비를 지원받은 행위의 형사적 책임이 문제되는 경우에, 앞서 본 최첨단 과학기술 분야에 있어서의 연구비 지원이 갖는 특수성을 고려할 때 선행의 논문조작 행위 사실만으로 어떠한 예외도 없이 그러한 조작사실을 고지하지 아니한 행위가 부작위에 의한 기망행위에 해당한다고 볼 수는 없고, 그 논문조작 행위의 조작내용과 조작부분이 그 논문에서 차지하는 위치나 중요성, 연구비 지원의 동기 및 구체적인 목적 등을 종합적으로 고려하여 논문조작 행위가 있었음을 알았다면 실제의 연구 성과가 사실이라고 하더라도 연구비 지원을 하지 않았을 것이 명백한 경우에 한하여 논문조작 사실에 대한 불고지 내지 묵비가 사기죄의 기망행위로 평가된다고 할 것이고, 나아가 편취의 범의나 상대방의 착오와 연구비 지급행위 사이의 인과관계 존부에 관해서도 더욱 신중히 판단하여야 할 것

이다.

다) 앞서 본 각 법리를 전제로 하여 각 논문의 데이터 조작사실을 고지하지 아니한 행위가 부작위에 의한 기망행위를 구성하는지에 대하여 본다.

먼저, 2004년 논문의 데이터 조작사실을 고지하지 아니한 것이 기망행위를 구성하는 지 여부에 대하여 살피건대, ① 공소외 5 회사의 ▽▽▽▽재단을 통한 피고인에 대한 연구비 후원의 동기는, 그 후원계약의 경위나 약정 내용 등에 비추어 보면, 어떠한 반대급부를 조건으로 하거나 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 한 것은 아니라 세계 최초의 핵이식 배아줄기세포주인 NT-1이 수립되었다는 사실 그 자체에 대한 것으로 봄이 상당하고, 그러한 연구 성과가 현실적으로 존재하고 있는 이상, 비록 그 논문 작성과정에서의 일부 조작이 있었다고 해도 이를 고지하지 않고 묵비한 것이 어떠한 기망행위에 해당한다고 보기는 어려운 점, ② 피고인의 인식 내용을 기초로 할 때 2004년 논문의 NT-1이 줄기세포주로 수립되었다고 할 것이므로, 그 검증 데이터 중 일부에 불과한 테라토마 관련 부분의 조작여부가 위 후원계약의 본질적인 내용과 관련된 사항이라고 할 수 없는 점, ③ 공소외 5 회사 측이 2004년 논문 내용 중 테라토마 관련 부분만이 조작되었으나 이후 실제 테라토마가 형성되었다는 사실을 알았다면 이 사건 연구비를 후원하지 아니하였을 것이라고 단정할 수 없으므로, 기업이익의 사회적 환원의 일환으로 공소외 5 회사가 위 후원계약을 체결함에 있어서 이 부분 조작사실이 그 계약체결 여부를 좌우할 정도로 중요하게 고려할 만한 사항에 속한다고 보기도 어려운 점을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비를 후원받는 과정에서 2004년 논문의 테라토마 관련 조작 사실을 숨겼다고 하여 공소외 5 회사를 속여 연구비를 편취한 것이라고 평가하기는 어렵다.

다음으로 2005년 논문의 조작사실을 고지하지 아니한 것이 기망행위를 구성하는 지 여부에 대하여 살피건대, 피고인은 제1심 공동피고인 5의 섞어심기 범행과 그 범행의 은폐를 위한 DNA, 면역적합성 검사결과 조작사실도 전혀 몰랐던 점에 비추어 적어도 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 보이고, NT-4 이후의 각 줄기세포주 역시 NT-2, 3과 동일한 과정에서 수립되었으므로 별다른 문제가 없는 환자맞춤형 줄기세포주라고 믿었다고 보일 뿐, 피고인이 2005년 논문에서 NT-4 이후의 데이터 조작을 할 당시, 환자맞춤형 줄기세포주가 존재하지 않는 것을 알았거나, 수립된 줄기세포주가 환자맞춤형 줄기세포주가 아닐 가능성을 인식하면서도 허위로 그 검증결과를 조작한 것은 아니라고 할 것인바, ① 공소외 5 회사 측은 '세계 최초의 환자맞춤형 배아줄기세포주가 수립되었고, 체세포 복제에 의한 배아줄기세포주의 수립효율이 향상되어 줄기세포를 이용한 난치병 환자의 치료가능성이 커졌다'라는 2005년 논문의 연구 성과를 믿었기 때문에 별다른 조건 없이 피고인에게 연구비를 후원하게 된 것이므로, 위 후원계약의 근본적인 동기는 환자맞춤형 배아줄기세포주의 수립과 그 상용화 가능성의 증대에 있는 것이고, 피고인의 인식 내용과 같이 환자맞춤형 줄기세포가 수립된 것을 전제로 한다면 이에 부수하는 검증 데이터의 진실성이나 무오류성은 위 후원계약의 본질적인 내용과 관련된 사항이라고 할 수 없는 점, ② 공소외 5 회사가 위 후원계약에서, 실제 연구 성과의 진위와는 별개로 위 논문이 사이언스지에 게재되는 자체를 연구비 지급의 전제조건으로 하였다거나, 실제로 환자맞춤형 줄기세포주가 존재하는 경우에도 그 논문작성 과정의 문제점으로 인해 위 논문이 취소될 경우 당연히 연구비 지원을 하지 않았을 것이라고 단정할 수는 없는 점, ③ 피고인은 위와 같이 제1심 공동피고인 5의 섞어심기 범행 등을 몰랐기 때문에 자신이 달성하였다고 믿고 있던 연구 성과를 기초로 줄기세포의 연구에 사용하기 위해 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비 후원을 받은 것으로 보일 뿐, 실제로는 환자맞춤형 줄기세포주가 전혀 수립되지 않았음을 인식하면서도 이를 숨긴 채 공소외 5 회사로부터 연구비를 후원받았다고는 보이지 아니하

는 점을 종합하여 보면, 피고인이 편취의 범의를 가지고 공소외 5 회사로부터 ▽▽▽▽재단을 통하여 연구 후원금을 지원받았다고 보기는 어렵다.

라) 따라서 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때, 피고인의 2004년 및 2005년 각 논문 조작행위의 내용이나 그 정도, 공소외 5 회사의 이 사건 후원의 목적이나 경위 등에 비추어 보면, 이 사건 후원계약을 체결할 당시 피고인에게 위 각 논문의 데이터 조작사실을 고지하여야 할 선행행위에 의한 작위의무가 있거나 피고인이 신의성실의 원칙에 따른 보증인적 지위에 있었다고 보기 어렵고, 피고인이 단순히 후원계약을 체결하면서 위 각 논문의 데이터를 조작한 사실을 고지하지 않았다는 부작위를 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비를 편취할 고의 내지 의도에 의한 기망행위와 동등할 정도에 이르렀다고 평가하기 어렵다.

(라) 인과관계의 존재 여부

- 1) 우선 2004년 논문의 조작 및 그 조작사실 묵비에 관하여 보면, 공소외 5 회사로서는 피고인이 위 논문 제출 당시에는 테라토마 실험결과를 얻지 못하여 NT-1 배아체의 DNA 지문분석 검사결과를 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 바꾸고, 테라토마 사진을 조작한 사실을 알았다고 하더라도, 그 후원의 경위나 동기에 비추어 연구비 후원을 하지 않았을 것이라고 단정할 수 없으므로, 이 부분 행위와 연구비 후원 사이에는 상당인과관계가 있다고 보기 어렵다.
- 2) 다음으로 2005년 논문의 조작 및 그 조작사실 묵비에 관하여 보면, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 공소외 5 회사로서는 실제 환자맞춤형 줄기세포주가 전혀 수립되지 않았다는 객관적 사실을 알았다면 이 사건 연구비를 후원하지 않았을 것이라고 충분히 인정할 수 있으나, 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때 실제 환자맞춤형 줄기세포주가 12개나 수립되었지만 위 논문의 실험 데이터가 일부 조작된 경우까지 공소외 5 회사 측에서 이 사건 연구비를 후원하지 않았을 것이 명백하다고는 쉽사리 단정할 수 없으므로, 피고인의 그와 같은 묵비 내지 불고지 행위와 공소외 5 회사의 이 사건 후원금 지급행위 사이에 인과관계가 있다고 보기도 어렵다.

(3) 농협에 대한 기망행위 및 편취의 범의 존재 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이므로, 그 수단에 특별한 제한이 없어 명시적·묵시적 행위는 물론, 부작위도 포함될 수 있으나, 어떤 부작위가 사기죄를 구성하는 기망행위에 해당하기 위해서는 행위자가 상대방의 착오를 제거해야 할 이른바 보증인의 지위에 있어야 한다고 전제한 다음, 공소사실 자체에 “2004년도 및 2005년도 사이언스 논문 조작 및 생명윤리 및 안전에 관한 법률 위반 사실 등을 숨긴 채”라고 기재되어 있을 뿐 아니라, 과학 논문의 조작이나 관련 연구과정에서의 법령위반 행위 등은 사기죄가 보호하고자 하는 법익(재산)과 직접적인 관련이 없어 이러한 행위만으로 곧바로 사기죄에서의 묵시적 기망으로 평가하기는 어려우므로 결국 부작위에 의한 기망 여부만이 문제될 것인데, 피고인이 먼저 농협에 어떠한 후원요청을 한 사실이 있음을 인정할 증거가 없고, 오히려 공소사실 기재 자체에 의하더라도 공소외 8 주식회사의 사장 공소외 9가 먼저 연구비 지원 의사를 밝혀 피고인이 단순히 이를 승낙하였을 뿐이라는 것이며, 나아가 공소외 9, 45, 46, 47, 48의 각 원심 법정 진술, 농협의 내부 기안서와 출연증서[증제400호(수사기록 17권 11462-11471쪽)]의 각 기재 등 기록에 의하면, 지원할 연구비의 용도나 액수 등은 오로지 농협 자체적으로 정하였고, 피고인이 이에 관하여 무슨 의견을 표시하거나 특별히 요청을 한 적은 없는 사실, 출연증서 상에도 “피고인 1 교수님께서 평소 농촌과 농축산업 발전을 위해 적극 노력해 주신데 감사드리며 질병발생이 없는 가축의 생산과 가축개량을 통한 생산성 향상 등 국내 농축산업의 경쟁력 제고를 위한 연구 활동에 더욱

힘써 주실 것을 4백만 농업인과 함께 염원하며, 이 뜻을 담아 축산발전 연구 후원 기금으로 위 금액을 출연합니다. "라고 되어 있어 용도가 '축산발전 연구 후원기금'임을 알 수 있는바, 사정이 이러하다면 이 사건 농협의 연구지원금은 결국 줄기세포 연구와 관련된 논문조작이나 생명윤리 및 안전에 관한 법률 위반 여부 및 이에 대한 허위 과장 발표 등과는 무관하여 피고인이 이에 대하여서도 적극적으로 진실을 알려야 할 무슨 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없고, 이 사건 연구지원금의 출연 경위나 목적에 비추어, 피고인에게 농협을 기망하여 이 사건 연구지원금을 편취한다는 사기의 범의나 무슨 불법영득의 의사가 있었다고 단정하기도 어렵다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 사실을 오인하거나 기망행위, 편취의 범의 또는 보증인적 지위의 인정 여부에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(4) 소결론

이상의 이유를 종합하면, 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때, 피고인이 이 사건 연구비를 편취할 고의 내지 의도로 줄기세포를 전혀 수립한 바가 없는데도 마치 그러한 과학적 성과가 있는 것처럼 각 논문을 조작하였다고 보기 어렵고, 피고인이 인터뷰나 강연을 통하여 줄기세포 연구의 실용화 가능성을 과장하였다고 하더라도 공소외 5 회사나 농협에 대한 관계에서 무슨 별도의 기망행위에 해당한다고 보기도 어려우며, 피고인의 각 논문의 데이터 조작행위나 인터뷰 및 강연 행위와 공소외 5 회사 및 농협의 연구비 후원 사이에 상당인과관계를 인정하기도 어렵다.

나아가 피고인이 공소외 5 회사 및 농협으로부터 이 사건 연구비를 후원받는 과정에서 각 논문의 조작 사실을 숨겼다고 하더라도 그 후원계약의 체결경위나 계약의 목적, 피고인이 관여한 논문조작 행위의 내용이나 그 정도, 피고인의 논문의 진실성 여부에 대한 구체적인 인식의 정도 등에 비추어, 피고인에게 편취의 범의가 있었다거나 피고인이 각 논문의 데이터를 조작한 사실을 고지하여야 할 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 결국 피고인이 공소외 5 회사 및 농협을 속여 연구비를 편취한 것이라고 평가하기는 어렵다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 없다.

4. 피고인 2의 양형부당 주장에 대한 판단

가. 피고인은 아무런 전과가 없는 초범인 점, 과도하게 경직적인 연구비 집행구조가 피고인이 이 사건 범행에 이르게 된 하나의 원인이었다고 보이는 점, 피고인이 이 사건 편취금을 자신의 사익을 위해 개인적인 용도로 사용하지는 않은 것으로 보이는 점, 피고인이 그동안 과학자로서 수정란 줄기세포 연구 등에서 많은 업적을 남겨 국내의 생명공학 기술 발전에 크게 기여해 온 점, 이 사건으로 문제의 연구과제가 강제 종료됨에 따라 지원받은 연구비 중 정부 출연분과 기업체의 출연금이 각 기관의 출연비율에 따라 이미 회수된 점, 피고인이 재판과정을 통하여 경솔한 판단으로 물의를 일으킨 점에 대하여 깊이 반성하고 있는 점 등의 유리한 정상은 있다.

나. 그러나 이 사건 범행은 피고인이 허위의 세금계산서와 거래명세표 등을 이용하여 총 5회에 걸쳐 합계 58,141,300원의 연구개발비를 편취한 사안으로서, 그 범행수단에서 나타나는 범의의 정도나 피해액의 규모에 비추어 죄질이나 범정이 좋다고 보기 어려운 점, 이 사건 사기죄의 법정형은 10년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금형인데, 피고인이 현재 대학교수의 신분에 있는 점을 감안하여 원심이 벌금형을 선택한 것 자체로 이미 피고인에 대하여 충분한 선처가 이루어졌다고 평가되고, 당심에 이르러 원심의 양형을 변경할만한 아무런 사정변경이 없는 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경, 범행의 동기와 경위, 범행의 수단이나 방법, 범행 후의 정황 등 이 사건에 나타난

양형의 조건이 되는 여러 가지 사정들을 종합하여 보면, 원심의 형이 너무 무거워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

다.

따라서 피고인의 양형부당 주장은 이유 없다.

5. 결론

원심판결의 유죄부분에 대한 피고인 1의 사실오인 주장은 원심판결의 범죄사실 제1의 가. 1)항 중 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌에 분산 입금하여 은닉·소비한 부분에 한하여 일부 이유 있으므로, 이 부분과 포괄일죄를 인정한 원심 범죄사실 제1의 가.항 전체는 그대로 유지될 수 없고, 원심이 피고인 1에 대한 이 부분 업무상횡령의 범죄사실과 당심도 유죄로 인정하는 나머지 범죄사실을 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 하여 하나의 형을 선고하였으므로 피고인 1에 대한 원심판결의 유죄부분 전부가 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그렇다면 원심판결 중 피고인 1의 무죄부분에 대한 검사의 항소와 피고인 2의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하고, 피고인 1의 원심판결 중 유죄부분에 대한 항소는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로, 검사의 피고인 1 부분에 관한 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1(유죄부분에 대한 사실오인 또는 법리오해)

(1) 공소외 1 사단법인 연구비 횡령의 점

(가) 공소외 1 사단법인(이하 '공소외 1 법인'이라고 한다)은 공익법인으로서 그 기본재산의 취득에 이사회 결의가 필요한데, 출연기관들로부터 기부금을 후원받으면서 이사회 결의를 거치지 아니하였으므로, 이 사건 기부금이 공소외 1 법인의 소유로 귀속되었다고 할 수 없다.

공소외 1 법인이라는 법인은 기부금에 대한 회계처리의 방편에 불과하였고 인적결사체로서 법인의 기본사항을 반영하는 정관이나 조직구성이 없으며, 설립 이래 이사회나 총회를 개최한 바도 없는 등 사단법인의 실체를 갖추지 못하고 있었다.

연구비의 관리 집행 및 정산에 관한 규정이나 절차 등 아무런 기준도 정한 바 없고, 연구비의 출금은 피고인 연구팀이 일방적으로 결정하여 요청하는 대로 출금이 이루어졌으며, 모두 피고인 1 연구팀의 생명공학 연구에만 지원되었고 그 연구 성과에 대한 보고나 확인을 한 사실도 없으며 연구비로 취득한 기자재나 연구 성과물에 대한 권리를 취득한 바도 없다.

이런 점에 비추어 공소외 1 법인이 소유권의 주체가 될 수 없을 뿐 아니라, 피고인에게 임의 사용이 승낙된 연구비가 타인의 재물이라고 보기 어렵고, 자금의 전달 역할만 담당한 공소외 1 법인과 피고인 사이에 실질적인 위탁관계가 존재한다고 보기도 어려워 피고인이 타인의 재물을 보관하는 지위에 있다고 볼 수 없다.

(나) 원심판결 별지 (2) 범죄일람표와 관련하여, 일반적으로 동물이나 사람의 난자를 정상적인 거래를 통해 매수하기가 사실상 불가능해서 피고인이 그러한 난자를 취득하기 위한 비용으로 사용하기 위해 부득이 차명계좌를 사용하였을 뿐이므로, 공소외 2 등 7명의 차명계좌에서 다시 공소외 10과 공소외 11의 차명계좌로 입금한 사실만으로는 불법영득의사의 실현행위로 평가할 수 없고, 특히 공소외 11의 차명계좌에 입금된 자금은 공소외 2 등 7명의 차명계좌에

보관하던 공소외 1 법인의 연구비라는 점을 인정할 증거가 부족하며, 공소외 4 교수의 자녀 결혼식 식대 명목으로 지급된 금원은 그 출금 당시 피고인이 식대를 초과하는 피고인 개인 소유의 금원을 연구팀이 사용하는 다른 계좌에 입금한 점에 비추어 불법영득의 의사를 인정할 수 없다.

(2) 공소외 1 법인 연구비 편취의 점

공소외 1 법인 연구비는 앞서 본 바와 같은 공소외 1 법인과 피고인과의 실질적 관계에 비추어 피고인과 그 연구팀의 생명공학 연구라는 포괄적 용도로 사용이 일임된 금원이고, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 '연구원들의 인건비와 여비 등 운영비가 필요하니 실험재료나 기자재를 구입하는 것처럼 비용처리를 하여 운영자금을 마련하라'는 지시를 한 사실도 없으며, 가사 그러한 지시를 하였다고 하더라도 원래의 용도대로 적합하게 사용되었으므로 이를 편취하였거나 공소외 1 법인에게 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

(3) 정부 연구비 편취의 점

정부 연구비는 '돼지복제 및 복제기반 연구 사업'이라는 종합적인 연구과제를 위하여 지원된 것이어서 그 연구의 특수성, 추상성, 포괄성, 개방성으로 인하여 사용용도를 엄격하게 일의적으로 제한하는 것은 무리가 있는 점을 고려하면, 피고인이 연구비를 그와 같은 목적과 범위를 벗어나지 아니하는 한도에서 사용하였으므로 불법영득의사를 인정할 수 없다.

(4) 생명윤리및안전에관한법률위반의 점

생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 생명윤리법이라 한다)의 입법목적과 금지규정의 취지, 입법 연혁, 관련법과의 균형 및 사회상규에 비추어 볼 때, 난자기증자가 생명공학 연구에 보탬이 되고자 순수한 동기로 난자를 기증하고 난자수증자가 그 기증의사를 받들어 난자채취에 관련된 비용을 부담하였다고 하여, 생명윤리법에서 금지하고 있는 '금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부'를 제공하였다는 구성요건적 행위에 포섭시킬 수 없을 뿐 아니라, 위법성이 결여되어 범죄가 성립하지 아니하고, 법률전문가의 조언에 따른 행위로 정당한 이유가 있어 법률의 착오에 해당한다.

나. 검사(피고인 1에 대한 부분)

(1) 무죄부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 논문조작 관련 사실오인 또는 법리오해

1) 검사의 논문조작에 관한 입증의 정도

논문의 기초가 된 실험결과 자체가 나오지 않았음에도 그와 같은 결과가 나온 것처럼 조작하거나 실험결과를 조작한 후 그 실험데이터를 폐기한 경우에 있어서는, 사후적으로 조작사실을 입증하는 것이 사실상 불가능하므로, 공소사실에 대한 검사의 입증정도가 '논문에 기재된 실험결과나 데이터가 존재하지 않는다, 피고인이 가지고 있는 자료에는 논문에 기재된 실험결과나 데이터가 존재하지 않는다'는 정도로 충분하다고 보아야 한다.

2) 2004년 논문조작 행위 중 원심 배척 부분

가) DNA(유전자) 지문분석 검사 조작에 관하여, ① 공소외 12 및 제1심 공동피고인 5는 검찰에서의 진술이 변경되었지만 공판과정에서는 일관된 진술을 하고 있고, 최초 진술 당시에는 피고인을 배신하기 어려웠던 상황이었으며, 그들이 피고인의 지시 없이 임의로 시료를 조작할 아무런 동기가 없는 점, ② 피고인은 2003년 5월경 네이처(Nature)지에 NT-1에 대한 논문을 투고하는 데 시간이 촉박하였을 뿐 아니라 DNA 검사도 NT-1 자체가 아니라 그 침전물을 사용하는 등 검사에 사용할 수 있는 NT-1 세포의 숫자가 부족하였으므로, DNA 지문분석 검사결과를 조작할만한

동기가 있었던 점에 비추어 피고인이 공소외 12에게 DNA 지문분석 검사를 조작하라고 지시하였다고 충분히 인정된다.

나) 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응(RT-PCR) 검사 조작에 관하여, ① 공소외 13이 NT-1으로 RT-PCR 검사를 하여 부계 및 모계 유전자가 발현된 결과를 얻었다는 직접적인 실험데이터 또는 관련 사진이 없는 점, ② 2003. 10. 6. 실험결과 사진에는 부계유전자(SNRPN, ARHI)의 유전자 증폭이 이루어졌으나 같은 달 9일의 실험사진에는 부계유전자 중 ARHI만 발현된 것으로 나오는데, 이는 NT-1에 대한 RT-PCR 검사가 실패한 것으로 볼 수 있는 점, ③ 통상 'BL'이라는 약어는 배반포(Blastocyst)를 의미하는데, 2003. 10. 14. 실험결과 사진에는 검체를 'NT BL'이라고 기재한 것이 있고, ○○대 비밀문서에도 NT-1의 RT-PCR 검사결과가 부계 및 모계유전자가 모두 발현되었다고 적시되어 있는 부분에 'hNTBL'으로 기재되어 있는데, 그 후 발표된 2004년 논문에는 'hNTBL' 표시가 'SCNT-hES-1'로 변경되었는바, 위 ○○대 비밀문서는 피고인이 보고받은 내용이므로 피고인이 2004년 논문에 위와 같은 임의적 변경이 이루어진 사실을 알았다고 인정되는 점, ④ 제1심 공동피고인 3이 피고인의 지시 없이 2004년 논문을 조작할 아무런 이유가 없는 점을 종합하면, 피고인이 제1심 공동피고인 3으로 하여금 실제로는 NT-1에 대한 RT-PCR 검사결과가 나오지 않자, 배아 또는 배반포를 사용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 마치 NT-1으로 검사를 한 것처럼 조작하였을 가능성이 매우 높다.

다) 면역염색 사진조작에 관하여, 논문에 음성대조군으로 사용한 세포의 사진이 면역염색 실험과정에서 작성된 것이 아님에도 이를 사용한 것은 논문데이터를 조작한 것이고, 제1심 공동피고인 3, 공소외 12의 각 진술에 의하면 피고인이 공소외 14(영문자 생략)와 같이 있을 때 '더 이상 없으면 NT-1이 아니더라도 음성대조군이 있으면 보내라'고 하여 공소외 12에게 전화를 한 사실이 인정되므로, 피고인이 NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진을 2004년 논문의 면역염색 검사결과에 사용한다는 사실을 알고 있었던 것이 분명하다.

(나) 작위 또는 부작위에 의한 기망행위의 구성 여부

1) 핵이식 배아줄기세포의 확립 여부를 확인함에 있어서 가장 중요한 것은 ① 체세포 공여자의 세포가 정확하게 복제되었는지 여부, ② 기관분화가 가능한 줄기세포인지 여부인데, 피고인은 2004년 논문과 관련하여, 복제의 정확성을 검증하기 위한 기초검사인 DNA 지문분석 실험에서부터 공소외 12에게 공여자의 체세포만으로 검사를 실시하도록 지시하여 그 검사결과를 이용하여 2004년 논문을 허위로 게재하였고, 기관분화 가능성을 검증하기 위한 테라토마 검사의 실험 결과가 없는 상태에서 ◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마 사진을 이용하여 NT-1의 테라토마가 제대로 형성된 것처럼 논문을 조작하였으며, NT-1의 면역염색 사진의 상태가 좋지 못하자 공소외 12에게 ◇◇◇◇ 수정란 줄기세포의 사진을 마치 NT-1의 면역염색 사진인 것처럼 논문을 조작하였고, 2003년 5월경 사이언스(Science) 측으로부터 NT-1이 처녀생식에 의한 줄기세포가 아니라는 입증을 요구받자 NT-1이 아닌 인간난자의 배아 또는 배반포를 이용하여 RT-PCR 검사를 실시하고 그 결과로 논문을 조작하였다.

2) 피고인은 2004년 논문을 조작한 후 2005년 논문에서도, 자신이 수립한 줄기세포가 NT-2, 3 등 2개만 존재한다고 인식하고 있었음에도 마치 11개의 줄기세포가 모두 확립된 것처럼 각종 실험결과를 조작하였고, 실험에 제공된 난자 수가 275개임에도 185개의 난자만 제공된 것처럼 조작하여 줄기세포 확립의 효율성을 조작하였으며, 줄기세포 확립과정에 모두 동물(생쥐) 영양세포를 사용하였음에도 인간 영양세포만 사용하여 바이러스의 감염위험성을 현저히 감소시킨 것처럼 조작하여 사이언스 잡지에 논문을 게재하였다.

3) 위와 같은 2차례의 조작된 논문의 발표 전후로 피고인이 국민과 전세계 언론들을 상대로 줄기세포 수립의 효율성과 안전성이 높아서 머지않은 장래에 줄기세포 치료의 상용화가 가능한 것처럼 연구 성과를 과장하여 한 인터뷰 및 강연 행위는 사기죄에 있어서 기망행위를 구성하고, 피고인은 위와 같이 논문을 조작하고 연구 성과를 과장하는 인터뷰 및 강연 행위를 하여 피해자 공소외 5 주식회사(이하 공소외 5 회사라 한다)와 농협중앙회(이하 농협이라 한다)의 착오 상태를 야기하였으므로 선행행위에 의한 작위의무를 지는 보증인적 지위에 있다.

가) 공소외 5 회사에 대한 사기의 점에 관하여, 피고인은 2005년 7월 중순경 공소외 5 회사의 기술원장 공소외 7에게 줄기세포 관련 기술, 정보, 인맥 네트워크 등을 제공해 줄 수 있고 줄기세포가 상용화되면 공소외 5 회사에 우선권 등 유리한 기회를 주겠다면서 5년간 매년 15억 원씩 총 75억 원을 지급해 달라고 요청하였고, 이에 공소외 5 회사는 피고인의 2004년, 2005년 논문 발표로 인해 피고인의 연구 업적이 고양되었다고 판단하고 일단 3년에 걸쳐 10억 원씩 지급하고 3년 경과 후에 추후 지원 여부를 결정하는 내용으로 연구비 지원을 하기에 이르렀다.

피고인이 줄기세포주의 수립을 믿었는지 여부에 상관없이 검증데이터를 조작하여 환자맞춤형 줄기세포의 효율성, 안정성, 상용화 가능성을 과장하는 등 논문을 조작하였고 공소외 5 회사가 그 논문 조작 사실을 알았다면 연구비 지원을 하지 아니하였을 것으로 넉넉히 예상된다.

따라서 피고인이 2004년 및 2005년 논문을 조작하고 기자회견 등을 통하여 줄기세포 확립성공률과 안전성 등을 조작 발표함으로써 이미 착오상태에 빠져 있던 공소외 5 회사의 공소외 7에게 마치 그 논문의 내용과 기자회견 결과가 사실인 것처럼 행세하면서, 추후 줄기세포 연구가 상용화될 때 유리한 기회를 주겠다는 피고인의 말을 믿은 공소외 5 회사로부터 연구비 명목으로 10억 원을 교부받은 것은 사기죄를 구성한다고 보기에 충분하다.

나) 농협에 대한 사기의 점에 관하여, 환자맞춤형 줄기세포의 효용성 및 실용성 여부는 연구비 지원을 결정하는 데 중요한 요소인데, 피고인이 그 조작사실을 숨기고 연구비를 수령한 것은 부작위에 의한 기망행위를 구성한다.

농협의 출연증서는 '축산발전연구 후원기금'이라고 기재되어 있으나 그와 같은 명목은 농협의 설립목적에 고려한 것일 뿐, 실제로는 피고인의 2005년 논문 발표 등 연구 성과를 믿고 향후 줄기세포 연구 과정에서 간접적으로 동물실험을 통하여 가축의 난치병을 치료하는 등 축산발전에 기여할 것으로 믿어 국가발전에 보탬이 되고자 하는 동기에 의하여 후원이 이루어졌다.

또한 피고인이 지원 과정에서 재단지원 방법과 아울러 개인지원 방법을 설명하면서 개인지원 방법을 권유한 점에 비추어 보면 피고인에게 불법영득의 의사도 인정되므로, 피고인은 부작위 또는 묵비의 기망행위에 의한 사기죄의 죄책을 면할 수 없다.

(2) 양형부당

원심의 형(징역 2년, 집행유예 3년)이 너무 가벼워서 부당하다.

다.

피고인 2(양형부당)

원심의 형(벌금 700만 원)이 너무 무거워서 부당하다.

2. 피고인 1의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 공소외 1 법인 연구비 횡령의 점에 대하여

(1) 타인의 재물성 인정 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 그 판시의 각 사실을 인정한 다음, ① 피고인의 주장과 같이 공소외 1 법인에서 지급된 돈이 생명공학 연구 목적 외의 용도에도 사용이 가능한 것이었다면, 피고인이 굳이 수고스럽게 직접 은행을 돌아다니면서 전액 현금으로 인출하여 다시 피고인의 지인들 명의의 차명계좌로 재입금하는 방법으로 자금세탁을 할 필요는 없어 보이는 점, ② 피고인은 보안이 필요한 연구를 위해 위와 같은 차명계좌를 관리하였다고 주장하고 있으나, 피고인의 주장처럼 공소외 1 법인에서 지급한 연구비에 대한 검증·감독 절차가 미흡하였고, 피고인이 신청하는 연구비의 용도와 금액에 대해 특별한 심사 없이 피고인이 신청하는 대로 지급되는 상황이었다면 피고인이 굳이 보안유지를 위해 차명계좌를 만들 필요도 별로 없었을 것으로 보이는 점, ③ 영리를 목적으로 하는 기업이 아무 조건 없이 수십억 원에 달하는 거액을 특정 개인에게 지원한다는 것은 일반의 상식에 반하는 점, ④ 피고인이 청구하는 용도와 액수에 대한 수정 없이 그대로 연구비가 지급된 것은 공소외 1 법인에서 그만큼 피고인을 믿고 피고인이 연구비를 정당하게 연구에 사용할 것으로 신뢰하였기 때문으로 볼 여지가 있는 점, ⑤ 규정이나 서식이 없다고 하여 연구비를 집행할 수 없는 것은 아니고, 또한 연구비를 신청할 때 지급시기, 지급액, 지출항목 등에 대해 공소외 1 법인 측과 협의하지 않았다는 점도 연구비는 통상 그 연구를 담당하는 연구책임자가 연구의 목적, 방법, 비용 등을 감안하여 청구하는 것이기 때문에 공소외 1 법인 측이 연구책임자인 피고인의 의사를 존중한 탓으로 볼 수도 있는 점 등을 아울러 고려하면, 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인에 지급한 자금은 모두 그 집행에 대하여 특별한 제한 없이 피고인에게 일임되어 있는 피고인 개인에 대한 포괄적 후원금이라고 보기는 어렵고, 적어도 피고인의 생명공학 연구를 위한 연구비로 사용될 것을 전제로 공소외 1 법인에 위탁된 공익성 기부금에 해당한다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

1) 공소외 1 법인의 법적 성격

가) 공익법인의 설립 운영에 관한 법률(이하 공익법인법이라 한다)이 규제대상으로 하는 공익법인은 재단법인이나 사단법인으로서 사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인을 말하고(제2조), 구체적으로는, 민법 제32조 소정의 비영리법인 중 순수한 학술, 자선 등 공익법인법 시행령 제2조 제1항 각호 소정 사업을 목적으로 하는 법인이거나 주로 위와 같은 학술, 자선 등의 사업을 목적으로 하면서 그와 함께 부수적으로 그 이외의 사업을 함께 수행하는 법인을 말한다(대법원 1978. 6. 13. 선고 77도4002 판결 참조).

나) 공소외 1 법인의 정관[증제615호(수사기록 27권 17051-17063쪽)]

에 의하면, 제2조(목적)에서 "본 연구원은 21세기 지식 정보화 사회를 주도할 지식 기반 산업인 정보통신산업, 생명공학산업, 디자인산업, 환경산업 등 신산업의 향후 발전 전략 및 이러한 산업 간의 상호 연계 전략을 연구한다.

또한 이를 바탕으로 미래의 유망 신산업을 개발하고, 한국의 기업, 산업 및 경제의 국제경쟁력 제고를 위하여 이러한 신산업의 육성 정책 방안을 제시하고 자문함을 목적으로 한다.

"고 규정하고, 제4조(사업)에서 공소외 1 법인이 수행하는 사업을 "1. 미래 유망 신산업의 기술, 인력 및 인프라 구축 등의 방안과 이러한 산업의 지식화 기반 구축 방안 연구, 2. 미래 유망산업 연구 개발, (중간 생략) 7. 전 각 호 이외에 본 연구소의 목적을 달성하는 데 필요하다고 인정되는 기타 사업"이라고 규정하고 있다.

다) 위 공소외 1 법인의 정관에 나타난 설립목적과 사업내용에 관한 각 규정에다가 증인 공소외 4의 원심 법정진술, 공소외 1 법인의 법인등기부[증제516호(수사기록 15041-15042쪽)]의 기재 등 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거

들에 의하여 인정되는 공소외 1 법인의 설립 동기나 설립경위를 종합하면, 공소외 1 법인은 생명공학산업, 정보통신산업 등 신산업의 향후 발전전략 및 신산업 간 상호 연계전략을 연구하는 것을 설립목적으로 하고 피고인의 생명공학 등 신기술 개발 분야에 대한 연구비의 보조 등 연구활동을 지원하는 것을 주된 업무로 하기 위하여 설립된 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 공소외 1 법인은 신산업의 개발과 관련한 학술활동에 관한 사업을 목적으로 하고 그 목적을 위하여 필요한 범위 내에서 또는 그에 수반되는 연구비의 보조 등 학술활동 지원 사업을 영위하는 비영리법인으로서 공익법인법 소정의 공익법인에 해당한다고 볼 수 있다[공소외 1 법인이 세무서에 제출한 '법인세과세표준 및 세액신고서'의 공익법인 출연명세서{증제631호(수사기록 27권 17359, 17376쪽)} 각 참조].

2) 출연기관의 연구비 기부금에 대한 소유권자

가) 증인 공소외 4의 원심 법정진술 등 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 당심 증인 공소외 15, 16의 각 법정진술을 종합하면, 원심도 인정한 바와 같이, 공소외 1 법인이 ☆☆그룹[공소외 17 주식회사, 공소외 18 주식회사, 공소외 19 주식회사], □□그룹[공소외 20 주식회사, 공소외 21 주식회사, 공소외 5 회사], 공소외 22 재단법인 등(이하 이 사건 출연기관들이라 한다)으로부터 기부금을 교부받으면서 공소외 1 법인의 이사회 결의를 거치지 않은 사실을 인정할 수 있다.

나) 그러나 공익법인법 제7조 제1항 제1호가 재산의 '처분'뿐만 아니라 그 '취득'에도 이사회의 결의를 요구하고 있는 취지는 공익법인의 특수성을 고려하여 그 재산의 원활한 관리 및 유지·보호와 재정의 적정을 기함으로써 공익법인의 건전한 발전을 도모하고 공익법인으로 하여금 그 본래의 목적사업에 충실하게 하려는 데 있다고 할 것이고, 공익법인이 주식 기타 목적물을 증여받는 등으로 그 재산을 대가의 출연 없이 무상으로 취득하는 경우에는 그 자체로서 공익법인의 재산적 기초가 더욱 공고하게 되므로, 위와 같이 이사회의 결의를 요구하여 그 결의가 없으면 재산의 취득을 무효로 하는 취지가 이 경우에까지 관철되어야 할 이유는 없으므로, 공익법인이 이사회의 결의 없이 재산을 무상으로 취득하였다고 해도, 유상취득의 경우와는 달리, 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 무효라고 할 것이 아니다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2007도8195 판결 참조).

다) 살피건대, 공소외 1 법인이 공소외 19 주식회사에 피고인의 생명복제기술 산업화연구와 관련한 연구비를 지원해 줄 것을 요청하면서 그에 대한 근거로 첨부한 보고서에 피고인을 공소외 1 법인의 연구책임자로 표시한 사실은 인정되나[증제627호(수사기록 27권 17216-17227쪽)], ☆☆그룹이나 공소외 22 재단법인이 공소외 1 법인에 연구비를 지원하면서 공소외 1 법인으로부터 반대급부를 받기로 약정하였다거나 공소외 1 법인이 위 출연기관들에 어떠한 채무를 부담하기로 약정하였음을 인정할 명백한 증거는 없다.

또한 공소외 1 법인과 공소외 5 회사계열사와 사이의 공동연구개발 사업협약서, 합의서, 부속서, 3사간사업협약서[증제 536호(수사기록 38권 15713-15718쪽)]에 의하면, 공소외 1 법인과 공소외 5 회사는 체세포 복제기술을 중심으로 한 생명공학 분야의 신기술과 상품의 개발과 이의 실용화 및 사업화를 위한 연구개발 사업을 공동으로 수행하되, 공소외 5 회사가 연구개발비용으로 5년간 합계 75억 원을 지급하고 공소외 1 법인은 매년 9월에 해당년도의 연구개발 사업 결과를 공소외 5 회사에 서면으로 통보하기로 약정한 사실을 인정할 수는 있다.

그러나 위 약정의 전체적인 취지는 공소외 5 회사가 공소외 1 법인에 연구개발비를 지원하고 공소외 1 법인은 독자적으로 연구개발사업을 수행하되, 그 결과는 매년 통보하며, 연구개발사업의 결과물에 대해서는 공동소유로, 그 결과물의 처리나 제3자에의 양도 등은 협의하여 정하기로 한 것인바, 공소외 1 법인은 지원된 연구개발비를 사용하여 독자적으로 생명공학 분야의 신기술 연구개발사업에 전력을 다하기로 하였을 뿐, 연구개발비의 지원에 대한 반대급

부로서 어떠한 구체적인 의무를 부담하기로 약정하였다고는 보이지 아니하고, 다만 그 연구개발사업의 성과가 가시화되면 그 결과물의 처리에 관하여 별도로 설립된 공동지분의 회사에 지적재산권 등을 귀속시키기로 한 것에 불과하다.

그러므로 연구개발이 실시되기 이전 단계에서 연구개발비를 지원받는 대가적 의미의 구체적인 채무를 부담하였다고 볼 수 없고, 따라서 실질적인 관점에서 보면 위 약정을 유상계약으로 파악하여 반드시 공소외 1 법인의 이사회 결의가 필요하다고 보기 어렵다.

라) 더구나 공익법인법 제11조 제1항에서 공익법인의 재산은 대통령령이 정하는 바에 따라 기본재산과 보통재산으로 구별하고, 위 법조항의 위임에 따라 동법 시행령 제16조 제2호는 기부에 의하거나 기타 무상으로 취득한 재산을 기본재산으로 하되, 다만 기부목적에 비추어 기본재산으로 하기 곤란하여 주무관청의 승인을 얻은 것은 예외로 한다고 규정하고 있는바, 이 사건 출연기관들은 공소외 1 법인에 '피고인의 생명공학 연구에 대한 지원'이라는 용도를 명시하여 기부하였다고 보이므로, 그 기부의 목적에 비추어 기부금을 공소외 1 법인의 기본재산으로 삼기에는 곤란하다고 인정되고, 기부금에 대하여 보통재산으로 하는 데 주무관청의 승인이 없었다고 하더라도, 위 법조항에서 기부금에 대하여 기부목적에 비추어 기본재산으로 하기 곤란한 경우에는 주무관청의 사전 허가가 아닌 사후 승인을 얻도록 규정하고 있는 점, 금전은 원칙적으로 점유의 이전으로 소유권의 변동이 생기는 특성을 가지고 있다고 보아야 하는 점, 공소외 1 법인의 기부금에 대한 적법한 소유권 취득 여부는 공소외 1 법인과 이 사건 출연기관들 사이에서 다투어질 성질의 문제일 뿐인 점을 고려하면, 기부행위에 있어서는 제3자인 피고인이 공소외 1 법인으로부터 연구비 용도로 지급받은 자금을 유용한 행위가 범죄를 구성하는 지 여부를 판단함에 있어서, 공소외 1 법인에 피해자 적격을 충분히 인정할 수 있다고 판단된다.

마) 따라서 이 사건 출연기관들이 기부한 연구비의 취득에 관하여 공소외 1 법인 이사회의 결의를 거친 바 없다고 하더라도, 위 기부금이 공소외 1 법인의 소유에 속한다고 충분히 인정할 수 있다.

3) 공소외 1 법인을 통한 연구비 지원의 이유와 기부금의 성격

가) 피고인은 ○○대학교 교수로서 교육공무원법 제2조 제1항 제1호, 제2항 제1호, 고등교육법 제2조의 각 규정에 의하여 교육공무원의 지위에 있다고 할 것인데, 기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률 제5조에서는, 국가나 지방자치단체 및 그 소속 기관·공무원은 기부금품을 모집할 수 없고(제1항), 자발적으로 기탁하는 금품이라도 법령에 다른 규정이 있는 경우 외에는 이를 접수할 수 없다(제2항)고 규정하고, 이를 위반하여 기부금품을 모집한 자는 1년 이하의 징역이나 1천만 원 이하의 벌금에 처한다(제16조 제2항 제1호)는 처벌규정까지 마련하고 있으므로, 피고인이 이 사건 출연기관들로부터 직접 그 사용 용도에 아무런 제한이 없는 포괄적 후원금을 수수하는 행위는 법률상 허용될 수 없다.

나) 한편, 공소외 23, 24에 대한 검찰 진술조서 및 이에 첨부된 법인설립허가증 등[증제540호(수사기록 24권 15816, 15822쪽)] 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 1 법인은 재정경제부장관으로부터 2000. 7. 3. 법인설립허가를 받고, 2001. 1. 12. 그 당시 시행되던 법인세법 제24조 제1항, 법인세법시행령 제36조 제1항 제1호 타목, 법인세법시행규칙 제18조 제1항 제32호의 각 규정에 의한 공익성기부금 대상단체로 지정된 사실을 인정할 수 있는바, 공소외 1 법인이 공익성기부금 대상단체로 지정됨에 따라 이 사건 출연기관들은 기부금 중 일정액을 손금에 산입하여 세금을 감면받을 수 있는 이익을 누릴 수 있게 되었다고 보인다.

다) 따라서 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인을 통하여 피고인에게 연구비를 지원한 이유는, 피고인의 신분이 공무원이기 때문에 직접적으로 연구비를 지원하는 것이 위와 같은 법령상의 제한에 저촉되어 허용되지 않을 뿐 아니라, 이 사건 출연기관들이 기업 이익의 사회 환원 차원에서 연구비를 지원하는 데 수반될지 모르는 세제상의 불이익을 방지하기 위함에 있었다고 판단되고, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 앞서 본 이 사건 출연기관들의 공소외 1 법인에 대한 자금 지원 경위나 그 목적에 비추어 보면, 공소외 1 법인에 지급한 자금은 모두 그 집행에 대하여 특별한 제한 없이 피고인에게 일임되어 있는 피고인 개인에 대한 포괄적 후원금이라고 보기는 어렵고, 적어도 피고인의 생명공학 연구를 위한 연구비로 사용될 것을 전제로 공소외 1 법인에 위탁된 공익성 기부금에 해당한다고 봄이 상당하다.

(2) 보관자의 지위 인정 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 공소외 1 법인은 비록 통상적인 사단법인과 달리 그 운영이 일부 비정상적으로 이루어진 점은 부인할 수 없으나, 단체의 규약인 정관에 근거하여 의사결정기관과 집행기관 등의 조직을 갖추고 독자적인 활동을 하는 사회조직체로서는 최소한 존립하고 있다고 판단되므로 단체로서의 실체는 존재한다고 봄이 상당하고, 공소외 1 법인이 이와 같이 별도의 단체로 존재하고 있다고 인정되는 이상, 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인에 지급한 돈은 당연히 단체인 공소외 1 법인에게 귀속되는 것이지, 공소외 1 법인이 수행한 주된 업무가 피고인의 연구 지원이었다고 하여 처음부터 피고인에게 귀속된다고 볼 수는 없고, 오히려 각 수사보고(증제530, 571호 등) 및 이에 첨부된 각 서류의 각 기재 등 기록에 의하면, 공소외 1 법인은 위와 같은 설립목적에 따라 □□그룹이나 ☆☆그룹 등 대기업으로부터 지원받은 자금을 피고인의 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제 수행을 위한 연구비로 지급하였고, 피고인은 위 연구과제 수행을 위한 공소외 1 법인의 연구책임자로 지정되어 있었으며, 피고인도 연구비 지급을 신청하면서 그 신청서 등에 위 연구과제의 연구책임자라고 기재한 사실, 공소외 1 법인이 공소외 25 주식회사와 체결한 공동연구개발 사업협약서에도 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자로 지정되어 있고, 피고인도 이 협약서에 공소외 1 법인의 연구책임자로 직접 서명날인을 하였는데, 피고인은 그 후 위 협약에 따라 공소외 25 주식회사에 제출한 연구결과보고서의 연구개요란에도 자신을 연구책임자로 기재한 사실 등을 각 인정할 수 있는바, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 수령한 돈은 결국 공소외 1 법인의 연구책임자의 지위에서 지급받은 연구비에 해당하여 피고인은 이를 해당 연구과제의 연구 목적에 사용하여야 할 의무를 부담한다고 보아야 하므로 규범적으로 업무상 보관하는 지위에 있다고 봄이 상당하고, 이러한 결론은 공소외 1 법인에 연구비 사용과 관련된 어떠한 내부 규정이나 규제가 사실상 없었다고 하여 달리 볼 수 없다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, ① 이 사건 출연기관들은 피고인에게 직접 후원금을 전달한 것이 아니라 공소외 1 법인이라는 조직체를 통하여 연구를 지원하는 등의 그 자금 지원의 경위에 비추어 보면 이 사건 출연기관들의 의사는 피고인에게 지급될 생명공학 분야의 연구비라는 용도를 특정하여 자금을 공소외 1 법인에게 기부하였다고 보아야 하는 점, ② 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자로서 지급되는 자금을 당초 이 사건 출연기관들의 공소외 1 법인에 대한 기부의 목적이나 취지에 부합하도록 생명공학 분야의 연구비라는 용도에 맞게 사용하여야 할 의무를 부담한다고 해석되는 점, ③ 공소외 1 법인이 이 사건 출연기관들의 당초 기부목적에 부응하지 못하고 피고인의 연구비 사용에 대한 감독을 제대로 하지 않았거나 이사회 의사결정 등을 포함한 실제 운영이 형

식적으로 이루어졌다고 하더라도, 그러한 사정은 공소외 1 법인 임원들의 공소외 1 법인 법인에 대한 충실의무 위반으로 평가될 뿐이고, 공소외 1 법인이라는 단체의 의사가 피고인이 아무런 제한 없이 연구비 용도로 지원된 금액을 임의대로 사용하도록 허용하였다고 볼 수는 없는 점, ④ 피고인은 검찰 조사에서, 세무처리 관계로 기업으로부터 받는 거액의 기부금의 경우에는 재단법인이나 사단법인을 거쳐서 지원이 되어야 하고 개인에게는 기부가 되지 않는다고 알고 있다는 취지로 진술한 바 있을 뿐 아니라[증제566호(수사기록 25권 16417쪽)], 피고인은 2002년 말경 생명공학 농장으로 운영하던 화성시 소재 목장의 부지 일부를 공소외 1 법인에 기증한 바도 있는 점에 비추어 보더라도, 피고인도 공소외 1 법인이 사단법인으로서의 실체를 갖추고 있음을 인식하고 있었다고 보이는 점 등을 아울러 고려하여, 원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 지급 받은 연구비는 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제 수행을 위하여 지급된 것이고, 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자라는 지위에서 공소외 1 법인을 위해 위와 같은 용도가 지정된 연구비를 관리·보관하면서 위 연구과제의 목적에 맞도록 연구비를 집행하여야 하는 의무를 부담하므로, 피고인에게 보관자의 지위가 인정된다는 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없고, 피고인 주장과 같이 공소외 4의 요청으로 공소외 1 법인에 기부한 기업 등의 관계자들에 대한 각종 선물을 구입하는 비용을 피고인이 부담하였다는 등의 사정이 있다고 하더라도 달리 볼 것이 아니다.

(3) 횡령행위의 구성 여부 및 불법영득의사의 존재 여부

(가) 원심의 판단

피고인 및 공소외 26의 검찰 및 법정 진술, 각 차명계좌 명의자들의 각 검찰 진술 및 각 계좌 거래내역, 각 수사보고(증제498, 600, 609호 등) 및 이에 첨부된 각 서류의 기재 등 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 여러 사정, 즉 ① 피고인이 공소외 1 법인으로부터 재료비(실험용 소 구입 및 그 유지관리비) 명목의 돈을 지급받을 때 공소외 2 등 7명 명의의 차명계좌로 송금받아 전액 현금으로 인출한 후 총 17회에 걸쳐 합계 금 581,048,000원을 다시 매제인 공소외 10 명의의 차명계좌나 공소외 11 명의의 차명계좌로 분산하여 재입금하는 등 2단계에 걸쳐 자금세탁을 한 점, ② 만약 피고인의 주장대로 공소외 1 법인으로부터 지급받은 돈은 연구비로 용도가 지정된 것이 아니어서 임의로 사용할 수 있는 것이었다면 굳이 허위 증빙자료를 제출할 아무런 이유가 없고 떼떈하게 실제 용도대로 신청해도 될 터임에도, 피고인은 재료비를 신청하면서 실험축구입비 등 증빙자료를 허위로 만들어 제출함으로써 마치 연구비를 지급하면 소구입비나 그 유지관리비로 사용할 것처럼 가장한 점, ③ 피고인이 정당한 목적에 사용하려고 하였다면 위와 같은 차명계좌에서 굳이 수천만 원에 달하는 거액을 현금으로 인출하여 일단 캐비닛에 보관해 두었다가 사용하는 방법으로 불편을 감수할 이유도 없었을 것으로 보이는 점, ④ 공소외 10 명의의 차명계좌에는 피고인 개인에 대한 후원금도 입금되어 있어 공소외 1 법인에서 지급받은 재료비를 현금으로 입금할 경우 그 개인 후원금과 혼재되어 구분이 사실상 불가능하게 되는 점, ⑤ 피고인은 공소외 10 명의의 차명계좌에 입금된 재료비를 현금으로 입출금하면서 같은 은행의 여러 지점을 돌아다니면서 일정 금액 이하로만 입출금하기도 하였을 뿐 아니라, 계좌간 단체의 경우에도 적요란에 현금으로 처리한 것처럼 가장하기도 한 점, ⑥ 피고인이 재료비로 지급받은 돈 31억 5,484만 원 중 1,150만 원은 연구와는 무관한 공소외 1 법인 이사장인 공소외 4 교수의 딸 결혼식 식대로 사용하였음이 밝혀졌고, 나머지 돈 중 피고인이 정당하게 사용하였다면서 그 내역을 제시하고 있는 23억 8,689만 원을 공제한 차액인 7억 5,600여만 원 상당에 대해서는 여전히 그 용처를 구체적으로 명백히 밝히지 못하고 있는 점(위 23억 8,689만 원 부분도 영수증 등 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료는 제시하지 못하고 있다), ⑦ 피고인은 스스로 백

두산 호랑이나 매머드 복제연구 등 극도로 보안이 필요한 용도에 사용하기 위해 자금세탁을 하였다고 주장하면서 실제로는 공소외 10 명의의 차명계좌에 입금된 돈을 보안 용도에 사용하지 않고 소구입비로 사용하였다고 진술하기도 한 점, ⑧ 2001. 5. 4.부터 2005. 12. 26.까지 공소외 10의 차명계좌에서 공소외 10이나 그 가족에게 합계 3억 3,000여만 원이 송금된 점, ⑨ 피고인은 업무적으로 관련이 있는 ㉠㉡㉢㉣㉤㉥㉦연구원, 경기도 ㉧㉨㉩㉪㉫㉬소 관계자 등에게 수회에 걸쳐 정기적인 금원교부는 물론, 설날과 추석 등 명절의 선물 외에도 가끔 부서별로 회식을 시켜 주었고, 제1심 공동피고인 2, 3 교수에게는 유학생활비 등도 일부 보조해 주기도 하였다는 취지로 주장하나, 이러한 접대비나 생활비 지원이 연구 목적을 위해 정당하게 사용된 것이라고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외 1 법인으로 부터 재료비 명목으로 지급받은 연구비 중 적어도 공소사실과 같이 592,548,000원(= 581,048,000원 + 11,500,000원) 상당을 사적 용도에 사용할 목적으로 은닉하거나 실제 사적 용도로 임의 사용한 것으로 충분히 인정할 수 있다.

그리고 위와 같이 피고인이 차명계좌로 연구비를 송금받은 후 이를 전액 현금으로 인출하여 다시 자신의 매제 등 명의의 차명계좌로 재입금하는 방법으로 자금을 세탁하고, 자신의 개인 후원금과 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 같은 차명계좌에 입금하여 대부분 혼재되게 한 점과 그 이후 실제 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 사적 용도에 상당 부분 사용하기도 한 점 등 피고인의 자금세탁 경위나 내용, 세탁된 자금의 실제 지출용도 등 여러 사정을 고려하면, 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 피고인이 업무상 임무에 위배하여 자신이 보관하는 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하려는 업무상 횡령의 범의 내지 불법영득의사가 없었다고 볼 수도 없다.

(나) 당심의 판단

- 1) 횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 피할 목적으로 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은, 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도, 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도366 판결 참조).
 - 2) 우선 피고인이 공소외 10 명의의 차명 예금계좌를 이용하여 자금을 은닉·소비한 부분에 관하여 본다.
- 가) 이 사건과 같이 피고인이 공소외 1 법인으로부터 7명의 차명 예금계좌를 통하여 지급받은 연구비를 공소외 10 명의의 차명 예금계좌로 입금하였다가 사용한 사실은 인정하면서도 그 자금을 생명공학 연구를 위하여 인출, 사용하였다고 주장하면서 불법영득의사의 존재를 부인하는 경우, 피고인이 주장하는 자금의 사용이 생명공학 연구 과정에서 통상적으로 발생하는 비용에 대한 지출로서 공소외 1 법인의 연구비로 그 비용을 부담하는 것이 상당하다고 볼 수 있는지 여부, 자금 사용의 구체적인 시기, 대상, 범위, 금액 등에 대한 결정이 객관적, 합리적으로 적절하게 이루어졌는지 여부 등을 비롯하여 그 자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여, 해당 자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부에 대하여 판단하여야 한다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도4784 판결 참조).

나) 살피건대, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같은, 허위의 증빙자료를 이용한 연구비 신청 및 2단계에 걸친 자금 세탁 등의 정당성을 현저히 결여한 자금 조성의 방법, 피고인이 차명계좌에서 수천만 원에 달하는 거액을 현금으로 인출하여 일단 캐비닛에 보관해 두었다가 사용하거나 공소외 10 명의의 차명계좌에 보관된 금원을 출금하면서 여러 은행을 이용하고 현금 처리를 가장하는 등의 피고인이 자금인출 과정에서 보인 비정상적인 행태, 피고인 개인에 대한 후원금이 포함되어 있는 공소외 10 명의의 차명계좌에 보관된 자금의 성격, 공소외 10 명의 차명계좌에서 출금한 자금의 사용처에 대한 피고인 변소의 신빙성 정도나 그 적법성 여부 등의 여러 가지 사정에다가, ① 공소외 1 법인으로부터 지급되는 연구비는 피고인의 생명공학 연구에 사용하도록 포괄적으로 그 용도가 지정되어 있고, 그 생명공학 연구는 최첨단 분야로서 연구 성과의 내용에 따라서 추가적인 연구 방향이 설정되는 등의 역동성과 불확실성이 지배하는 영역인 점에 비추어 실제 연구를 담당한 피고인에게 연구비의 지출 항목이나 규모의 선정 또는 지출의 필요성 여부에 대한 광범위한 판단 재량이 부여되어 있다고는 보이나, 기본적으로 그 연구비의 집행은 생명공학 연구라는 테두리 내에서만 가능한 것이고 개인적인 용도로 소비하는 것은 연구비 위탁의 본질에 반하는 점, ② 2단계의 과정을 거쳐 자금을 세탁하거나 현금으로 입, 출금을 반복하는 등 피고인의 행태는 그 성질상 피고인 주장과 같이 극도의 보안이 필요하기 때문에 자금의 '지출용도'를 드러나지 않게 하기 위한 것이 아니라 그 자금의 '출처'를 은폐하기 위한 것으로 평가되는 점, ③ 위와 같은 자금을 조성한 동기에 관한 피고인 진술의 신빙성이 객관적인 자료에 의하여 뒷받침되지 않을 뿐 아니라, 피고인이 혼자서 경리담당 직원인 공소외 26조차도 알지 못하도록 공소외 10 명의 차명계좌를 관리하였고[증제582호(수사기록 25권 16494쪽)], 공소외 10은 피고인의 매제로서 친족관계에 있는 점, ④ 공소외 10 명의 차명계좌의 거래내역[증제585호(수사기록 26권 16542-16544쪽)]에 의하면, 2001. 3. 14.부터 2001. 9. 1.까지는 대체적으로 자금이 위 계좌로 입금되어 그 잔고가 653,610,764원에 달하였다가 2001. 12. 31.부터 2002. 4. 17.까지의 단기간 내에 자금이 인출되어 그 잔고가 6,771,826원에 불과하게 된 점을 아울러 고려하여, 원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다(피고인이 이 부분 횡령한 금원을 원래의 용도대로 적합하게 사용하였다고 하더라도, 그와 같은 사정은 범행 후의 정황에 불과할 뿐이고 범죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 아니한다).

3) 다음으로 피고인이 공소외 11 명의의 차명 예금계좌를 이용하여 자금을 은닉·소비한 부분에 관하여 보면, 원심의 판단은 기록에 나타나는 객관적인 금융거래 내역에 비추어 수긍하기 어려운 바, 이에 대해서는 아래에서 항을 바꾸어 살펴본다.

(4) 공소외 11 명의 차명 예금계좌를 이용한 부분에 관한 범죄성립 여부

(가) 이 부분 공소사실의 요지[원심판결의 범죄사실 제1의 가. 1)항 중 별지(2) 범죄일람표 순번 14 내지 17 부분]

피고인은, 2000년 10월경부터 공소외 1 법인에서 수주한 광우병 내성소, 소 복제 연구 등을 수행하는 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제의 연구책임자로서 공소외 1 법인으로부터 재료비 등의 명목으로 연구비를 지급받아 위 연구를 위한 연구과제 수행, 연구비의 관리 및 집행업무를 총괄함에 있어 지원된 연구비는 피고인의 생명공학 연구에 사용되도록 그 용도가 특정되어 있어 그 용도로만 사용하여야 함에도, 2000. 10. 9.경 ○○대 연구실에서 위 생명공학교실의 경리직원인 공소외 26을 통해 공소외 1 법인에 5,000만 원 상당의 실험용 소를 구입하였다는 취지의 관련 서류를 작성·제출하여 공소외 1 법인 직원인 공소외 27로부터 실험용 소 구입비 명목으로 5,000만 원을 공소외 26이 보관중인 공소외 2 명의의 농업협동조합 차명 예금계좌로 송금받은 것을 비롯하여 그 무렵부터 2005. 2. 15.까

지 사이에 별지(1) 송금일람표 기재와 같이 총 209회에 걸쳐 공소외 2 등 7명 명의의 차명 예금계좌로 실험용 소구입비 및 실험축 유지관리비 합계 3,154,840,000원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중,

- 1) 2004. 10. 7.경 위와 같이 차명 예금계좌에 보관중이던 실험용 소 구입비를 현금으로 인출한 다음, 서울 (이하 생략) 소재 하나은행 ○○대지점에서 그 중 2,000만 원을 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌(계좌번호 생략)에 입금한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2005. 8. 25.까지 사이에 별지(2) 범죄일람표 순번 14 내지 17 기재와 같이 총 4회에 걸쳐 합계 105,548,000원을 위 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌에 분산 입금하여 이를 은닉·소비함으로써 횡령하였다.

〈별지(2) 범죄일람표 중 관련 부분〉 원심 별지(2) 순번계좌번호거래일입금액(원)거래점명적요차명계좌14(계좌번호 생략) 2004-10-0720,000,000하나은행현금공소외 11 계좌15(계좌번호 생략)2004-10-0822,548,000하나은행현금16(계좌번호 생략)2004-11-1613,000,000하나은행현금17(계좌번호 생략)2005-08-2550,000,000하나은행현금소계 ? ? 105,548,000 ? ?

(나) 원심의 판단

원심은 이 부분 공소사실에 대해서도, 피고인이 공소외 10 명의의 차명 예금계좌에 분산 입금하여 이를 은닉·소비함으로써 횡령한 부분과 함께 모두 유죄가 인정된다는 취지로 판단하였다

(다) 당심의 판단

그러나 원심의 이 부분 판단은 다음과 같은 이유로 이를 수긍하기 어렵다.

- 1) 이 부분 공소사실은, 피고인이 공소외 1 법인으로 부터 실험용 소구입비 및 실험축 유지관리비 명목으로 공소외 2 등 7명 명의의 차명 예금계좌로 지급받은 금원을 공소외 11 명의의 차명 예금계좌에 입금하였다는 점을 전제로 하고 있고, 위 전제사실이 인정되지 않는다면 공소외 11 명의의 차명 예금계좌에 입금한 금원의 출처가 다양할 수 있으므로 이 부분 공소사실이 법관으로 하여금 합리적인 의심의 여지없이 확신을 갖게 할 정도로 증명되었다고 볼 수 없다.

- 2) 피고인은 검찰 조사에서, '제가 공소외 26에게 사무실 캐비닛에 들어있는 현금을 주면서 공소외 11 명의 차명계좌에 입금하라고 지시한 사실이 있고, 이 부분 공소사실의 각 입금액은 공소외 1 법인으로 부터 받은 실험축 구입비이다'는 취지로 이 부분 공소사실을 자백한 바 있다[증제492호(수사기록 21권 13939-13940쪽)].

그러나 피고인과 증인 공소외 26의 원심 및 당심에서의 각 법정진술, 공소외 11에 대한 검찰 진술조서와 첨부된 수신기간별 거래내역[증제393호(수사기록 16권 11180-11193쪽)], 변호인이 제출한 증가제121, 142, 171호 등 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- 가) 피고인은 동문회를 통해 알게 된 >>고등학교 선배인 공소외 11로부터 2004년 6월경 연구 후원제의를 받고 그로부터 후원금 수수 용도로 2004. 6. 23. 개설된 하나은행 예금계좌(계좌번호 생략)를 교부받아 그 때부터 위 차명 예금계좌를 관리하였다.

- 나) 위 공소외 11 명의 차명 예금계좌의 개설일인 2004. 6. 23. 및 이 부분 공소사실의 각 범행일자(2004. 10. 7., 2004. 10. 8., 2004. 11. 16., 2005. 8. 25.)의 전일과 그 범행 당일을 기준으로 한 그 당시 피고인이 공소외 1 법인으로 부터 재료비 등의 명목으로 연구비를 입금받아 관리하던 공소외 2 등 7명[공소외 2(♂♂목장 관리자), 공소외 28(인공수정사), 공소외 29(수의사), 공소외 30(○○대△△과대 박사), 공소외 31(수의사), 공소외 32(인공수정사), 공소외 33(○○대△△과대 박사)] 명의의 차명 예금계좌의 잔고는 다음 표 기재와 같다.

<각 일자별 차명 예금계좌 잔고>순번차명 예금계좌 명의인예금 잔고 및 기준일2004. 6. 23. (공소외 11 계좌개설일)
2004. 10. 6.2004. 10. 7. 2004. 10. 8.2004. 11. 15. 2004. 11. 16.2005. 8. 24.2005. 8. 25.1공소외
231,90531,92831,9280002공소외 2826,4311,890,68526,48526,48526,8061,441,3783공소외 2927,0174444444공소외
3 0 1 8 , 6 4 7 2 , 4 0 9 , 1 2 7 7 7 4 1 0 1 , 0 3 2 , 8 9 0 5 공 소 외 3 1 2 9 , 6 8 3 3 3 3 3 3 6 공 소 외
3221,6971,885,94721,74721,74722,05722,05777공소외 3336,5281,929,74836,86836,86837,259725,579합계
? 191,9088,147,442117,04285,11486,5393,221,911

다) 한편, 위 공소외 11 명의 차명 예금계좌의 개설일인 2004. 6. 23.부터 이 부분 공소사실의 최종 범행일인 2005. 8. 25.까지의 기간 동안 위 7명의 차명 예금계좌에서 출금된 내역은 다음 표 기재와 같다.

<각 차명 예금계좌의 일자별 출금 내역>순번계좌주출금일자거래금액(원)거래내역사용용도비고 (공소제기 여부 등)1공
소외 302004. 7. 16.1,500,000현금 ? ? 2공소외 302004. 7. 16.3,000,000대체공소외 4 식대별도 기소 [원심 범죄사실
제1의 가. 2)]3공소외 292004. 7. 16.3,500,000대체4공소외 312004. 7. 16.5,000,000대체5공소외 312004. 8.
10.6,000,000대체 ? ? 6공소외 292004. 12. 3.6,000,000현금 ? ? 7공소외 312004. 12. 3.4,000,000현금 ? ? 8공소외
292005. 2. 7.10,500,000현금 ? ? 9공소외 312005. 2. 7.13,500,000현금2005. 2. 7. 공소외 11 통장입금불기소10공소
외 282005. 2. 7.11,500,000현금11공소외 302005. 2. 7.8,000,000현금 ? ? 12공소외 322005. 2. 7.6,500,000현금
? ? 13공소외 292005. 2. 15.5,082,000현금연구실 운영비 통장에 입금검찰의 자금추적 과정에서 지출용도 확인[증
제594호(수사기록 41권 16741쪽), 증가제171호]14공소외 302005. 2. 15.4,158,000현금합계 ? ? 88,240,000 ? ? ?

3) 위 인정사실을 기초로 하여 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사
정, 즉 ① 이 부분 공소사실의 각 범행일자 당시의 위 7명 명의의 차명계좌의 각 예금 잔고 합계액이 이 부분 공소사
실의 각 횡령금액에 현저히 미달되는 점, ② 위 7명의 차명 예금계좌에서 출금된 내역에 의하더라도, 공소외 4의 딸
결혼식 식대로 지출하여 횡령하였다고 별도로 공소가 제기된 위 내역표의 순번 2 내지 4 부분, 2005. 2. 7. 공소외
11 명의 차명 예금계좌에 입금되었음이 인정되는데도 그 자금의 출처가 개인 후원금 및 격려금이라는 피고인의 변
소를 받아들여 공소를 제기하지 아니한 것으로 보이는 위 내역표의 순번 9, 10 부분 및 검찰의 수사과정에서 피고인
의 연구실 운영비 통장으로 입금되었음이 확인된 위 내역표의 순번 13, 14 부분을 제외한 나머지 각 거래내역은, 이
부분 공소사실의 각 횡령일자나 그 횡령금액과 비교하여, 오른쪽 표에서 보는 바와 같이 그 거래 액수나 거래일시가
현저히 차이가 나는 점, ③ 공소외 26은 수사과정에서부터 원심 및 당심 법정에 이르기까지 대체적으로 일관되게,
'피고인은 평소에도 자신의 사무실 캐비닛에 현금을 약 5,000만 원 정도씩은 보관하여 왔고, 공소외 11 명의 예금계
좌는 2004년 9월 초순경 피고인으로부터 통장과 도장을 건네받아 외화 환전용으로 사용한 계좌인데, 이 부분 공소
사실 입금액은 피고인이 현금을 주면서 공소외 11 명의 예금계좌에 입금하라고 지시하여 자신이 입금하였다'는 취
지로 진술하고 있는 점[공판기록 9440쪽, 증제491호(수사기록 21권 13886-13887쪽)] 등 객관적인 금융거래내역이
피고인의 위 검찰에서의 자백진술과 모순될 뿐 아니라, 공소외 10 명의의 차명 예금계좌와는 달리 피고인의 연구비
나 후원금 등 각종 자금을 관리하였던 공소외 26이 공소외 11 명의의 차명 예금계좌의 입출금에 상당부분 관여하는
등 계좌관리의 밀행성 여부나 그 관리의 행태에 비추어 보면, 이 부분 공소사실의 전제사실인 공소외 11 명의 차명
예금계좌에 입금된 금원의 출처가 공소외 1 법인으로 부터 재료비를 지급받은 위 7명 명의의 차명계좌라는 점을 인
정하기 어렵다.

순번공소외 11 차명계좌7명의 차명계좌출금내역과 입금내역 비교입금일자입금액(원)그 당시까지의 출금액최종 출금일자액수 차이 (원)시간적 간격2004. 10. 7.20,000,0007,500,0002004. 8. 10.5,500,000 내지 15,048,000약 2개월 내지 3개월2004. 10. 8.22,548,00032004. 11. 16.13,000,00042005. 8. 25.50,000,00042,500,0002005. 2. 7.7,500,000약 6개월

4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

나. 공소외 1 법인 연구비 편취의 점에 대하여

(1) 공소외 1 법인 연구비의 소유권 귀속 및 타인의 재물성 인정 여부

피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단은 제2의 가. (1)항에서 본 바와 같다.

(2) 피고인의 제1심 공동피고인 2와의 공모 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 제1심 공동피고인 2는 법정 및 검찰에서 일관되게 당시 연구실의 총 책임자인 피고인이 실험재료나 기자재를 구입하는 것처럼 비용처리를 하여 운영자금을 마련하라고 지시하여 판시와 같이 허위세금계산서 등을 이용하여 이 부분 범행을 하게 되었다고 진술하고 있고[제1, 4회 공판조서, 검찰 피의자신문조서(증제715호)], 공소외 26도 검찰에서 위와 같은 취지로 진술하였으며[제5회 진술조서(증 제717호)], 피고인도 법정에서 '공소외 1 법인에 후원금이 들어왔으니 연구팀 운영비를 마련하라고 제1심 공동피고인 2에게 부탁하였고, 당연히 세금계산서나 거래명세서를 허위로 발급받아 이를 근거로 연구비를 청구하라는 의미였다.

'라고 이를 시인한 바도 있는바(제3회 공판조서), 이러한 각 진술들애다가 당시 공소외 1 법인의 연구비는 피고인의 연구비로 지원받는 것이었으므로 이를 제1심 공동피고인 2가 피고인의 지시 없이 임의로 허위의 세금계산서까지 만들어 신청하였다고 보기는 어렵고, 제1심 공동피고인 2는 위 금원을 바로 인출하여 피고인 연구실의 운영비 등으로 사용한 것으로 보이는 점 등을 함께 모아보면, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 실험재료나 기자재를 구입한 것처럼 비용 처리하여 운영자금을 마련하라는 취지로 지시한 사실을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

1) 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계의 경우, 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고, 이에 대한 직접 증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도7625 판결 참조).

2) 원심이 적절하게 들고 있는 여러 가지 사정에다가, 제1심 공동피고인 2는 검찰 조사에서, "피고인이 저에게 '산과학교실 운영비가 필요하니 비용처리를 하여 자금 5,000만 원을 마련해 달라'고 말하였다"고 진술하였고[증제712호(수사기록 31권 19352쪽)], 피고인도 검찰 조사에서, "2000년 10월 초순경 제가 제1심 공동피고인 2 교수에게 '산과학교실 연구원들의 인건비와 여비 등 운영비가 필요하니 비용처리를 하여 운영자금을 마련해 달라'고 말을 했습니다."라고 인정하였으며[증제716호(수사기록 31권 19381쪽)], 공소외 26도 검찰 조사에서, "피고인 1 교수님이 제1심 공동피고인 2 교수님에게 △△대 연구실 운영과 관련하여 비용 처리를 지시하셨고, 그러한 지시를 저한테도 하셔서 제가 제1심 공동피고인 2 교수님이 발부받은 거래명세표와 세금계산서를 받아 공소외 1 법인에 비용 청구를 하였습니다. 공소외 1 법인에서 연구비가 지출되고 나서 제가 제1심 공동피고인 2 교수님으로부터 제1심 공동피고인 2 교수님의 농협 통장을 받아 5,000만 원을 현금으로 인출하여 피고인 1 교수님에게 드렸습니다.

"고 진술하여[증제717호(수사기록 31권 19392-19393쪽)], 피고인과 제1심 공동피고인 2, 공소외 26의 위 각 진술이 서로 부합하고 있다[번호인은 제1심 공동피고인 2가 최초로 작성한 진술서(증가제165호(검찰 제출의 수사기록 31권 19403-19411쪽))를 근거로 위 제1심 공동피고인 2 진술의 신빙성을 탄핵하고 있으나, 위 진술서의 전체적인 취지도 '운영자금이 정상적으로 책정된 항목이 아니었기에 피고인도 물품을 구입한 것처럼 공소외 1 법인에 요청하여 자금을 마련할 것으로 알고 있었을 것이나, 관련서류 및 처리 절차는 몰랐을 것이다'는 취지에 불과하고 피고인의 지시 사실 자체를 부정하고 있지는 아니하다(수사기록 31권 19411쪽 참조).].

위 인정사실을 기초로 하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인이 피고인 1 연구팀에서 기자재와 실험재료의 구매를 담당하는 책임자인 제1심 공동피고인 2에게 자금을 마련해달라고 요청한 점, ② 피고인의 위와 같은 지시가 실제 기자재나 실험재료의 구입이 예정되어 있지 않은 상황에서 이루어진 점, ③ 피고인의 위와 같은 지시내용 중 비용처리의 의미는 그 당시 제1심 공동피고인 2가 담당한 업무내용과 피고인과 제1심 공동피고인 2의 상하 지휘관계, 연구비 지급청구를 위해서는 세금계산서나 거래명세표 등 증빙자료가 필요한 점 등에 비추어 증빙서류를 허위로 만들어 이를 근거로 연구비를 청구하여 자금을 마련하라는 것이라고 해석되는 점, ④ 피고인의 지시 이후 제1심 공동피고인 2가 공소외 26을 통하여 허위의 증빙서류를 이용하여 연구비를 신청한 기관은 제1심 공동피고인 2가 아니라 피고인에게 연구비를 지원해주는 기관인 공소외 1 법인이었고, 그 후 지급된 연구비도 곧바로 공소외 26을 통하여 피고인에게 전달되어 피고인의 연구실 운영비로 사용된 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 비록 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 구체적인 자금마련 방법이나 허위의 증빙서류를 작성하는 데 도움을 받을 대상 업체의 선정 등에 관해서까지 지시하지 않았다고 하더라도, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 허위의 증빙서류로 연구비를 부당하게 지급 청구하는 방법으로 재원을 마련하라는 취지로 지시하였다고 인정하기에 충분하다.

3) 나아가 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하므로, 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 위 요건의 충족 여부에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것인데(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도3544 판결 참조), 피고인 1 연구팀의 최고책임자로서의 피고인의 지휘나 역할, 피고인의 기자재나 실험재료 구매 업무에 있어서 제1심 공동피고인 2에 대한 지휘·감독관계, 제1심 공동피고인 2의 연구비 지급청구에 따라 수령한 금원이 곧바로 피고인 연구실의 운영비로 사용되는 등 편취한 금원의 사용용도 등을 종합하여 보면, 피고인이 허위의 증빙서류를 이용한 연구비 부당청구행위를 직접 분담하여 실행하지 않았다고 하여도 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 그 범행 전체의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 이 부분 편취의 범행에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 하였다고 충분히 인정할 수 있다.

4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 공모공동정범, 범의의 인정에 관한 법리오해 주장은 이유 없다.

다.
정부 연구비 편취의 점에 대하여

(1) 원심의 판단

원심은, ○○대 연구비 관리규정(증제380호)에는, 연구책임자는 소정의 지출증빙서를 갖추어 연구비 지급 청구서를 관리과에 제출하고, 연구비의 지출은 지급받을 자의 금융기관 계좌를 이용하도록 되어 있으며(제8조), 연구비는 연구 목적 이외에 사용하여서는 아니 된다(제7조)고 규정되어 있는데, 피고인이 자인하는 바와 같이 피고인이 마치 정당하게 돼지구입비로 지출하는 것처럼 가장하여 허위 내용의 세금계산서, 거래명세표 등을 제출하는 방법으로 이 부

분 연구비를 지급받은 이상, 위 연구비의 지급을 담당하는 ○○대△△△△연구소 직원은 피고인의 기망에 의하여 착오에 빠져 이 부분 연구비를 지급한 것이 분명하고, 정부연구비는 그 성격상 용도가 엄격히 제한되어 있어 피고인이 다른 용도에 전용하려는 것을 알았다면 이 부분 연구비는 정상적으로 지급되지 아니하였을 것으로 능히 추인할 수 있으며, 피고인의 지능이나 학력, 경력 등에 비추어 이러한 사정은 피고인도 충분히 인식하고 있었다 할 것이므로, 이 부분 정부연구비가 피고인의 주장과 같이 '돼지복제 및 복제기반 연구 사업'이라는 종합적인 연구과제를 위하여 지원된 것인지 여부에 관계없이 피고인에게 이 사건 연구비 편취에 관한 불법영득의사도 있었다고 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

(가) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 관련규정에 의해 정부지원 연구비는 연구 목적 이외에 사용하여서는 아니 되고 소정의 지출증빙서를 갖추어 연구비를 지급 청구하여야 할 뿐 아니라, 위 ○○대학교연구비관리규정에 의하면, 연구책임자는 지원기관이 정한 바에 따라 연구비실행예산서를 작성하여 관리기관에 제출하여야 하고(제5조), 연구책임자는 실행예산에 따라 지출증빙서를 갖추어 연구비 지급청구서를 관리기관에 제출하여야 하며(제8조), 연구책임자는 연구비 집행이 종료되면 관리기관에 종료 사실을 통보하여야 하고, 통보를 받은 관리기관은 연구비를 정산하여 지원기관에 제출하여야 하며, 집행 잔액은 원칙적으로 지원기관의 지침에 의하여 처리한다(제12조)고 규정하고 있는 등 그 연구비의 사용 용도가 엄격하게 정해져 있고 그 청구절차에서도 구체적인 증빙이 요구되며 집행 종료시 정산절차 및 집행 잔액에 대한 처리절차까지 예정되어 있는 등 연구비 집행의 투명성을 확보하기 위한 다각도의 제도적 장치를 마련하고 있다.

(나) 위와 같은 관련규정의 내용을 기초로 하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는, 피고인이 참여한 연구용역계약의 체결경위와 계약형식, 연구비 수령을 위한 지급신청 절차와 필요한 증빙서류의 내용, 연구용역계약에 따른 연구비의 사용처 제한과 잔존 연구비의 처리절차, 피고인이 연구비를 수령하기 위하여 사용한 기망행위의 수단이나 방법 등을 종합하여 보면, 피고인이 연구비 집행기관인 ○○대△△△△연구소에 허위의 증빙서류를 제출함으로써 연구비를 지급받은 행위는 사기죄를 구성한다고 충분히 인정된다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007도7091 판결 참조).

(다) 나아가 피고인이 교부받은 연구비를 연구과제의 목적과 범위를 벗어나지 아니하는 한도에서 사용하였다고 하더라도, 기망행위를 수단으로 한 권리행사의 경우 그 권리행사에 속하는 행위와 그 수단에 속하는 기망행위를 전체적으로 관찰하여 그와 같은 기망행위가 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 없는 정도라면 그 권리행사에 속하는 행위는 사기죄를 구성하는 것인바(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도295 판결 참조), 피고인이 허위의 견적서, 세금계산서 등 증빙서류를 첨부하여 연구비 지급청구서 등을 허위로 작성하여 제출하는 방법으로 연구비를 공소외 34 명의의 농협 차명 예금계좌로 송금받은 행위는 전체적으로 관찰하여 사회통념상 권리행사의 수단으로서 도저히 용인될 수 없으므로 사기죄의 기망행위에 해당하고, 피고인의 편취 범의와 불법영득의사도 충분히 인정할 수 있다(대법원 2007. 11. 30. 선고 2007도5774 판결 참조).

피고인이 위 편취 금원 중 일부를 연구와 관련된 용도에 사용하였다고 하더라도 이는 단지 범행으로 취득한 금전의 사용방법에 불과한 것으로서 사기죄 성립에 아무런 영향을 미치지 아니한다.

(라) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 없다.

라. 생명윤리법위반의 점에 대하여

(1) 원심의 이 부분 판단요지

(가) 구성요건 해당 여부

1) 생명윤리법은 특별히 난자의 공유를 허용하는 취지의 어떠한 명시적인 규정도 두고 있지 아니할 뿐만 아니라, 입법 과정에서 난자의 매매를 처벌하기 위한 조항을 둘 필요가 있다는 제안에 따라 위와 같은 규정이 마련되었고, 외국의 다수 입법례가 난자의 공유를 허용하고 있다 하더라도, 위 법률의 입법 목적은 생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성하는 것뿐만 아니라, 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하는 것도 중요한 요소로 함께 포함되어 있는데다가(제1조 참조), 위와 같이 법문이 "금전 또는 재산상 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 난자를 제공하거나 이를 이용한"이라고 하여 포괄적으로 규정하고 있는 이상, 입법자의 의사가 반드시 직접적으로 난자를 매매한 경우만을 규제 대상으로 삼겠다는 취지였다고 볼 수 없고, 오히려 난자를 직접적으로 매매한 경우뿐만 아니라 난자의 공유 등 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼겠다는 취지라고 해석함이 상당하다.

2) 이 사건에서 난자를 기증한 불임환자들은 피고인 1 연구팀에게 난자를 제공하는지 여부와 관계없이 원래 자신들의 불임치료를 위해 이미 과배란 주사를 맞을 예정이었음에도 불구하고 그러한 비용 등을 일부 감면받았으므로 그들은 이 사건 난자 제공으로 인하여 원래 당연히 지출하게 되어 있는 비용을 일부 면하는 재산상 이익을 얻었고(이러한 점에서 불임치료와 무관한 순수 난자 공여자에게 난자 채취를 위한 과배란 주사비 등 실비를 보상하는 것과 동일하게 볼 수 없다), 피고인은 이러한 조건으로 난자를 제공받았으므로, 피고인의 이 부분 행위는 결국 위 법률 조항을 위반한 경우에 해당한다고 보지 않을 수 없다.

(나) 위법성 조각 여부

앞서 본 바와 같이 생명윤리 및 안전에 관한 법률은 직접적인 난자의 매매뿐만 아니라 난자의 공유를 포함하여 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼고 있다고 해석되는 이상, 피고인의 이 부분 행위는 원칙적으로 위법하다고 할 수 밖에 없고, 이 사건 불임환자들은 오로지 과학 연구용으로 난자를 제공한 것이고, 이 사건 불임환자들에게 제공한 재산상 이익도 사실상 난자 채취에 소요되는 실비 정도에 불과하며, 그러한 정도의 경제적 이익 제공은 연구 목적을 위한 난자공여의 활성화를 가져와 궁극적으로 과학의 발전에도 이바지하는 측면이 있다 하더라도, 이 사건의 경우 사회상규에 위배되지 아니한 정당행위가 성립하는 데 필요한 긴급성이나 보충성의 요건을 갖추고 있지는 못하다고 할 것이어서, 피고인 주장의 사정만으로 피고인의 이 부분 행위가 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(다) 법률의 착오 해당 여부

피고인은 이 사건 난자공유와 관련하여 해당 분야 전문가로 ◆◆대학교 법과대학 교수로 재직 중인 공소외 35에게 자문을 하였다고만 하고 있을 뿐, 자문내용과 그에 대한 답변이 구체적이고 상세한 것으로서 신뢰할 만하다고 볼 수 있는 자료는 보이지 아니할 뿐 아니라, 설령 위 공소외 35가 이 사건 난자 공유가 적법하다는 취지의 의견을 피력한 것이 사실이라 하더라도 이는 권한 있는 기관의 공식적인 견해가 아니라 어디까지나 개인적 견해에 불과한데다가, ◆◆대학병원의 IRB에서 위원회의 의결로 정식으로 이 사건 난자 공유가 적법하다는 견해를 피력하였다거나 피고

인들이 감독관청에 이 사건 난자공유의 적법 여부에 대하여 문의를 해 적법하다는 취지의 확인을 받았다고 볼 만한 정황이 발견되지 아니하는 점 및 그 밖에 피고인의 지능이나 학력, 경력 등을 종합하면, 위 주장과 같은 사정들만으로 피고인이 이 사건 행위가 적법하다고 믿은 데에 대하여 정당한 이유가 있었다고 보기는 어렵다.

(2) 당심의 판단

(가) 구성요건 해당성에 대하여

1) 금지규정의 적용범위에 관한 주장에 대하여

가) 주장의 요지

난자의 유상거래 금지규정은 그 법률에서의 체계상의 위치에 비추어 인공수정배아의 경우에만 적용되고, 체세포복제배아에 대해서는 적용되지 않는다.

나) 판단

생명윤리법 제13조 제3항에서는, '누구든지 금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인 또는 알선하여서는 아니 된다'고 규정하고 있고, 그 금지규정은 위 법률 제3장 '배아 등의 생성·연구' 중 제2절 '인공수정배아'의 항목 속에 위치하고 있다.

그러나 위 법률 제3장의 제3절 '체세포복제배아'의 항목에서는 일정한 연구 목적 이외의 체세포 핵이식행위를 금지하는 등의 규정을 같은 장의 다음 절에 연이어 마련하고 있고, 난자가 개념상으로 인공수정배아와 보다 직접적인 관련이 있기 때문에 위 법률에서 제3장 제2절에 위 금지규정을 두었다고 보이며, 위 금지규정이 그 정자 또는 난자의 제공 등 행위의 주체를 구별하지 아니하고 '누구든지'라는 표현을 사용하고 있고, 그 제공 등의 구체적인 목적이나 의도를 구분하고 있지 않고 있으며, 제공 등의 반대급부의 내용도 포괄적으로 규정함으로써, 일반적으로 당해 행위를 금지하는 형식으로 규정되어 있는 점에 비추어 보면, 위 법률이 총칙에 위 금지규정을 두지 아니하고 '인공수정배아'의 항목 아래 위 금지규정을 두었다는 등의 법조문의 위치만으로는 그 적용대상이 체세포복제배아를 생성할 목적 하의 위반행위가 포함되지 아니하고 인공수정배아를 생성할 목적 하에 반대급부를 조건으로 난자를 이용하는 행위로 제한된다고 보기 어렵다[정부에서 2007. 11. 6. 금지규정의 체계를 정비한 내용의 생식세포 등에 관한 법률안(증가제166호), 생명윤리 및 안전에 관한 법률 전부개정안(증가제167호)의 법안을 마련하여 국회에 제출되었다가 입법에 이르지 못하고 그 법률안이 폐기되었다는 등의 사정만으로는 위 법조항의 적용범위에 대하여 달리 해석할 수 없다.

].

2) 헌법상의 제반 원칙 위반 주장에 대하여

가) 주장의 요지

위 금지규정이 난자를 직접적으로 매매한 경우뿐만 아니라 난자의 공유 등 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼겠다는 취지라고 해석하는 것은, 헌법상 과잉금지원칙, 체계정당성의 원리, 명확성 원칙에 반한다.

나) 판단

원심도 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 위 금지규정이 직접적인 난자의 매매뿐만 아니라 반대급부를 제공하는 난자의 공유(Sharing)까지도 반대급부를 제공하지 아니하는 난자의 순수한 기증(Donation)과 구별하여 그 규제대상으로 삼고 있다고 본다 하여 죄형법정주의에 반하여 형벌법규를 함부로 유추해석하거나 확장 해석한 것이라고 할

수 없고, 일정한 합리적 수준의 보상이 뒤따르는 난자의 공유를 형사처벌의 대상에서 제외하는 것이 바람직하다고 하더라도, 난자의 이용은 인간생명의 존엄과 가치와 직접적인 관련성을 갖고 있어 필연적으로 윤리적인 문제를 야기하므로 규제 대상을 어느 정도까지 정할 것인지는 원칙적으로 입법정책의 문제로서 입법자의 폭넓은 재량에 맡겨져 있다 할 것이므로, 헌법상 과잉금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

또한 장기 등 이식에 관한 법률(이하 장기이식법이라 한다) 제37조 제1항에서 장기 등의 적출 및 이식에 소요되는 비용은 해당 장기 등을 이식받은 자가 부담한다고 규정하고 있는 반면, 생명윤리법에서는 난자의 채취비용에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하나, 장기이식법 제3조 제1호에서 정하는 신장, 간장, 췌장, 폐, 골수, 각막 등의 장기 등은 대체 불가능한 성질을 가지고 기증자의 신체적 완전성을 해하는 정도가 매우 큰 반면, 난자는 가임 여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 특성을 갖고 있어서, 위 장기 등에 비하여 유상거래의 유혹에 빠질 가능성도 더 높은 점 등 그 규제 대상의 특성이 상이하므로, 생명윤리법이 정하는 난자 매매 금지규정의 적용범위나 그 대상에 관하여 해석함에 있어서 반드시 난자의 채취비용에 관한 부분을 장기이식법의 해당 규정을 유추 적용하여야 한다거나 유추 적용하지 않는 것이 헌법상 체계정당성의 원리에 반한다고 볼 수 없다.

나아가, 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 위배되는 것이라고 볼 수 없고, 위 금지규정의 의미·내용은 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단을 기준으로 할 때 분명하게 파악할 수 있어 처벌규정으로서의 명확성도 충분히 갖추고 있다 할 것이어서 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다(생명윤리법이 2008. 6. 5.에서야 비로소 일부 개정되어 제15조의4에서 난자제공자에 대한 실비보상 규정을 마련하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 위 법률의 조항 자체가 명확성의 원칙에 반한다고 보기 어렵다).

3) 반대급부를 조건으로 한 난자 이용행위 해당 여부

가) 생명윤리법은 각종 유전자 검사와 정자, 난자의 매매 등 인간의 존엄성을 훼손하는 행위가 공공연히 자행되고 있는 실정에서 시급한 법제정을 통하여 사회적 윤리를 창출하고 규범을 세우려는 노력의 일환으로 국회 보건복지위원회에서 제안되었고[증제774호(수사기록 33권 20122-20143쪽)], 그 법률의 목적도 생명과학기술에 있어서의 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지함에 있는 것인바(생명윤리법 제1조), 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 생명과학기술의 발전을 위한 난자의 제공은 그 제공자의 경제적 동기가 아니라 순수한 자발성에 의하여 뒷받침될 것이 요청되고, 이를 확보하기 위한 수단으로서 난자제공의 무상성이 관철되어야 할 것이다.

나) 살피건대, 원심이 적절하게 실시한 바와 같이, ① 불임치료와 무관한 순수 난자 공여자의 경우에는 난자 공여의사의 결정에 의하여 비로소 난자 채취비용이 발생하는 반면, 난자를 기증한 불임환자들은 난자 공여의사의 결정 여부에 관계없이 원래 자신들의 불임치료를 위해 이미 과배란 주사비 등의 비용 지출이 예정되어 있었기 때문에 각각 비용은 발생 원인이나 그 성격에 있어서 규범적으로 본질적인 차이가 있는 점, ② 비용 지출이 예정된 경우에 그 비용을 감면해 주는 것은, 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지하려는 생명윤리법의 입법목적에 위배될 가능성이 매우 높은 점에 비추어 위 법조항에서 정하는 포괄적인 반대급부에 포섭된다고 해석하여야 할 필요성도 있는 점, ③ 가임 여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 난자의 고유한 특성에 비추어, 난자의 제공이 어떠한 형태로든 재산상 이익의 취득과 결부되면 신중한 의사형성의 과정도 없이 보다 쉽게 난자 제공의사를 결정함으로써 난자 공여의 순수성이나 자발성 원칙을 훼손할 위험성이 증대되는 점을 종합하면, 불임시술을

받는 환자들에게 과배란 주사비 등의 비용 감면의 이익을 알려주면서 잉여난자의 제공을 권유하는 것은 위 법조항이 금지하는 난자의 유상거래에 해당한다고 평가하지 않을 수 없다.

다) 따라서 이 부분 공소사실의 난자 기증자는 난자의 제공으로 인하여 당연히 지출하게 되어 있는 비용을 일부 면하는 재산상 이익을 얻었고, 피고인도 이러한 재산상 이익을 제공하는 것을 조건으로 난자를 제공받았으므로, 피고인의 행위는 결국 위 법률 조항을 위반한 경우에 해당한다.

(나) 위법성 조각 사유의 존재 여부에 대하여

피고인의 이 부분 행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당행위에 해당할 수 없다는 취지의 원심의 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 정당행위의 성립범위에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

(다) 법률의 착오 해당 여부에 대하여

- 1) 형법 제16조에서 “자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니 한다”라고 규정하고 있는바, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가하여야 한다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2007도1915 판결 참조).
- 2) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, ◆◆대학병원의 기관생명윤리심의위원회(IRB)에서 위원회의 의결로 정식으로 이 사건 난자 공유가 적법하다는 견해를 피력하였다거나 피고인이 감독관청에 이 사건 난자공유의 적법 여부에 대하여 문의를 해 적법하다는 취지의 확인을 받았다고 볼 만한 정황이 발견되지 아니하고, 피고인이 난자공유의 적법성 여부를 확인하였다는 법률전문가인 ◆◆대학교 법학과 교수 공소외 35는 검찰 조사에서 피고인에게 난자에 대한 보상비 관련 자문을 해 준 사실을 부인하였을 뿐 아니라[증제809호(수사기록 28015쪽, 당심 공판기록에 편철)], 당심 증인으로 출석하여서도, 2005. 1. 17. 개최된 ○○대학교△△과대학 IRB 자문회의에 참석하여 불임시술 과정에서 잉여난자를 제공받는 경우에 그 불임시술 비용을 할인해 주는 것은 허용될 수 없고 순수하게 실비를 제공하는 것은 가능하다는 취지로 의견을 개진하였다는 것이므로, 피고인이 그와 같은 반대의견마저 존재하는 상황에서 순수한 난자 제공자가 아니라 불임시술을 받는 환자로부터 잉여난자를 제공받으면서 그 시술비용을 감면해 주는 것의 위법성 여부를 확인하는 데 진지한 노력을 다하였다고 볼 수는 없다 할 것이어서, 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한다고 오인한 데 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다.
3. 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 검사의 논문조작에 관한 입증의 정도

- (1) 과학적 판단의 영역에 있어서, 과학논문은 그 논문작성자가 그 내용이 진실하다는 입증을 할 책임이 있고, 이를 입증하지 못하여 해당 논문의 근거가 되는 실험 자료가 부족하거나 조작되었다는 의심을 받는 경우, 그 정도에 따라 당해 논문이 취소되거나 논문 조작의 정도가 중한 경우에는 학계에서 퇴출되는 등의 불이익이 발생할 수 있다.

한편, 과학의 발달에 있어서 중요한 의미를 갖는 과학논문일수록 발표된 이후 다른 연구자들의 후속 연구의 기초가 되기 때문에 후속 연구자들에 의하여 그 과학논문의 실험 내용에 대한 재연구와 검증 절차가 뒤따르는 것이 보통이고,

그와 같은 후속 연구에 의해 그 논문의 진실성이 의심됨에도 논문작성자가 그 논문의 진실성을 적극적으로 입증하지 못하는 경우에 과학자로서 그에 따른 사실상의 불이익을 감수하도록 하는 것은 과학계 스스로의 자정작용의 일환으로서 그 유용성을 인정할 수 있을 것이다.

- (2) 그러나 논문조작이 어떠한 범죄의 구성요건을 구성하는 행위로 평가될 수 있는지의 여부는 사법적 판단의 범주에 속하고, 우리 헌법은 형사법의 영역에서 국민의 기본권을 보장하기 위하여 죄형법정주의와 함께 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항)을 채택하고 있는바, 형사소송법이 그 구체적인 실효성 확보수단으로서 채택한 증거재판주의(형사소송법 제307조)에 의하여, 검사는 공소를 제기한 범죄사실에 대한 입증책임을 지고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하며, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.

더구나 최첨단의 과학 분야에 있어서는 인간의 제한된 인식능력이나 그 시대의 과학기술의 발달수준이 한계로 작용하기 때문에 과학적 진실 자체를 확정하기가 어렵고, 이와 같이 진실 확정의 어려움에 따른 불이익을 앞서 본 과학계 스스로의 정화작용과 마찬가지로의 논리를 채용하여 피고인에게 부과하는 것은 우리 헌법과 형사소송법이 채택한 무죄추정의 원칙과 증거재판주의의 본질을 훼손하는 것이어서 허용될 수 없다.

나. 2004년 논문조작 관련 사실오인 주장에 대하여

- (1) DNA 지문분석 검사 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

2003년 5월 초순경 ○○대 연구실에서, 피고인은 공소외 12로부터 NT-1 줄기세포의 침전물로부터 유전자지문분석 시료를 추출하는 과정에서 실수로 시료채취에 실패하였다는 보고를 받자, 우선 NT-1 줄기세포의 유전자지문분석 시료 없이 위 줄기세포에 대한 난자 및 체세포 제공자로 알고 있던 공소외 36(실제 난자 및 체세포 제공자는 공소외 37)의 체세포에서 추출한 유전자 지문분석 시료만 보내서 유전자지문분석검사를 의뢰하도록 지시하고, 이에 따라 공소외 12는 제1심 공동피고인 5에게 피고인의 지시를 전달하고, 제1심 공동피고인 5는 공소외 36의 체세포에서 추출한 유전자지문분석 시료를 NT-1 줄기세포와 체세포용 튜브에 각 나눠 담아 그 사실을 모르는 국립과학수사연구소 서부분소 유전자분석실장인 공소외 38에게 유전자지문분석을 의뢰한 후, 2003. 5. 6. 공소외 38로부터 공소외 36의 체세포와 줄기세포의 유전자지문이 일치하는 것으로 분석된 결과를 피고인 2의 이메일로 송부받아, 공소외 12, 제1심 공동피고인 5는 이를 논문에 게재할 수 있도록 컴퓨터를 이용하여 편집하는 방법으로 그림을 만들어 제1심 공동피고인 3에게 전달하고, 제1심 공동피고인 3은 이를 사이언스 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림4의 A, B, C 중 'donor'와 'SCNT-hES-1' 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1673쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 제1심 공동피고인 5와 공소외 12는 검찰조사를 받는 과정에서, 체세포 시료를 둘로 나누어 검사를 의뢰했는지와 피고인의 지시가 있었는지에 관하여 그 진술이 일관되지 않고 수차례 번복이 이루어졌고, 2005. 12. 22.경 ○○대 조사위가 조사를 시작한 이후 제1심 공동피고인 5와 공소외 12의 전화통화 내용과 ○○대 조사위에서 진술한 내용 등이 공소사실에 부합하는 듯한 제1심 공동피고인 5와 공소외 12의 이 부분 진술과 배치되는 점, ② 체세포 핵이식 과정 이후인 줄기세포주의 수립·배양업무는 ◇◇◇◇에서 파견된 공소외 12, 제1심 공동피고인 5가 담당하였고, 최초 검찰 조사 당시에도 피고인과 ◇◇◇◇ 측은 논문조작의 책임을 서

로 전가하고 있던 상황이었는에도, 제1심 공동피고인 5와 공소외 12는 수사과정에서 처음에는 피고인이 지시하여 DNA 지문을 조작하였다고 진술하지 않은 점, ③ 이 사건 DNA 검사 및 이후의 공소외 12와 피고인의 대화 또는 전화통화 내용에서도, 피고인이 공소외 12에게 한 질문의 내용은 DNA 지문검사의 조작 사실을 알지 못하는 것을 전제로 하고 있는 점, ④ 이 사건 NT-1은 세계 최초로 수립된 체세포 핵이식 인간 배아줄기세포주임을 증명하기 위한 과학적 근거로서 DNA 지문분석 검사결과가 매우 중요하였을 것으로 보이는데, 피고인이 그 최초의 DNA 검사시부터 그 결과를 조작할 아무런 이유가 없어 보이고, 피고인은 NT-1이 수립된 이후, 소멸 위험을 분산시키기 위해 ◇◇◇◇ 등 국내 연구소나 대학뿐만 아니라 영국, 미국 등의 국외 연구소나 대학에 공동연구의 목적으로 NT-1을 분양하였는바, 피고인이 이 사건 DNA 검사를 조작하였다면, 위와 같이 조작사실이 탄로 날 위험을 무릅쓰고 분양을 하지는 않았을 것으로 보이는 점, ⑤ 제1심 공동피고인 5는 2003년 9월 말경 NT-1 배아체 DNA 검사, 2004년 2월경 및 같은 해 9월경 ◇◇◇◇ 정기검사, 2005년 10월경의 핵형검사 등 2003년 5월경 이후의 NT-1에 대한 DNA 및 핵형 검사 과정에서 NT-1의 검사결과를 조작하였고, ○○대 조사위의 조사과정에서 공소외 12에게 NT-1의 2003년 5월경 최초 DNA 지문분석검사의 과정에 대한 허위 진술을 부탁하거나 공소외 39 등을 동원하여 증거인멸을 하면서 위 NT-1에서 DNA를 추출한 'SCNT1' 튜브도 폐기하도록 한 점에 비추어 제1심 공동피고인 5의 위와 같은 검사결과 조작과 증거인멸 등 행위의 동기가 피고인의 지시 없이 2003년 5월경의 DNA 검사를 조작한 후 이를 감추기 위한 것이었을 가능성을 배제하기 어려운 점을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 공소외 12, 제1심 공동피고인 5에게 NT-1의 DNA 검사시 체세포 시료를 나누어 보내는 방법으로 위 검사를 조작하도록 지시하였거나, 이를 알고 있었다고 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 2003년 5월 초순경 DNA 지문분석 검사가 나온 이후, ◇◇◇◇가 선임한 공소외 38에 의하여 2003. 8. 22. 및 2003. 8. 23. 비관련자 검사가 12개의 시료에 대하여 시행되었고, 그 비관련 공여자의 혈액은 ◇◇◇◇에서 준비되었으며 DNA를 추출한 후 연휴 기간 중에 제1심 공동피고인 5에 의하여 공소외 38에게 직접 전달되었는데, 그 검사시료에는 실제 공여자로 오인되었던 공소외 36의 시료는 포함되어 있지 않았는바(증거 제84호증의5), 원래 비관련자 검사는 그 개념상 실험대상에 NT-1을 포함시키지 않고 비관련자의 시료만을 제공하여 종전 실험의 오류 가능성을 검증하는 것이긴 하나, 사이언스지에 논문을 투고하였다가 보완을 요구하는 심사평에 따라 실시된 위 2003. 8. 23. 비관련자 검사 당시에는 네이처(Nature)지로부터 논문투고가 이미 거절되었고 NT-1의 상태가 호전되어 시료가 충분한 상황이었으며 사이언스지로부터 비관련자 검사와 함께 테라토마 실험을 요구받았으므로 상당한 시일이 걸리는 테라토마 실험의 특성상 충분한 시간적 여유가 있었다고 할 것인데, 피고인이 2003년 5월 초순경의 최초 DNA 지문분석 검사를 공소외 36의 혈액을 나누어 담아 의뢰하는 방법으로 조작을 지시하였다면, 피고인으로서 비관련자 검사를 실시할 실질적인 의미나 효용성이 전혀 없다는 것을 알고 있었다고 보이는데도, 최초 DNA 지문분석 검사 이후 DNA 지문분석에 관해서는 실질적으로 처음 실시하는 비관련자 검사에서 NT-1의 시료를 그 대상으로 포함시켜 실험을 의뢰하지 아니하고 비관련자들에 대한 시료만으로 실험을 의뢰한 점, ② 제1심 공동피고인 5는 미국에 체류하던 중 공소외 40과의 전화통화에서 피고인을 호칭하면서 욕설을 하는 등 피고인에 대한 감정이 극도로 나빠진 상황에서[증제346호(수사기록 13권 9371-9372쪽)], 피고인이 자신에 대하여 검찰에 수사를 요청한 이후인 2005. 12. 24. 미국에서 귀국한 후, 2005. 12. 27. ○○대조사위의 조사를 받으면서 조사

위원으로부터 논문조작에 관하여 피고인이 조작지시를 한 부분을 정리해달라는 요청을 받고 "2005년 Science 논문 Data 조작에 관한 지시사항"이라는 문서를 작성하였는데, 그 문서의 내용에 'DNA 지문분석과 HLA(면역적합성) typing 등에 대한 시료 공급과 분석에 관해서는 직접 지시를 받지는 않았으나 제1심 공동피고인 3 교수로부터 진행 사항에 대해 보고받았을 것으로 생각합니다.

'라고 기술하였는바[증인 제1심 공동피고인 5의 원심 법정진술(공판기록 4676-4677쪽), 증제346호(수사기록 40권 9450-9452쪽)], 피고인이 줄기세포의 검증에 있어서 기초가 되는 DNA 지문분석에 관하여 조작을 지시하였다면, 제1심 공동피고인 5로서는 당연히 자신의 책임을 모면하기 위하여 그 지시사실을 기재하였을 것으로 보이는 데도 제1심 공동피고인 5는 위 문서를 작성하면서 2004년 논문의 DNA 지문분석에 관한 조작 지시는 물론 2005년 논문의 DNA 지문분석에 관한 조작 지시에 대해서도 별다른 언급을 하지 않은 점, ③ 공소외 36은 2002년경 가출하여 휴대전화 번호도 자주 바꾸는 등으로 이 사건 DNA 지문분석 검사 당시에는 연락이 되지 않는 상태이었는데, 난자제공 당시 건강검진을 받으면서 혈액을 채취하였으나 그 후 피고인에게 따로 혈액을 기증하지는 않았다고 진술하고 있고[증제17호(수사기록 1권 471쪽)], 피고인은 2003년 4-5월경 이 사건 DNA 지문분석 검사를 위하여 2003. 2. 3. 난자를 기증한 공소외 36의 소재를 파악하려고 하였는데[증인 공소외 41의 원심 법정진술, 증제29호(수사기록 1권 700쪽)], 피고인이 이와 같이 DNA 지문분석 검사를 위하여 난자기증자로 오인한 공소외 36의 소재를 파악하려고 한 이유는 ○○대 연구실에서 체세포 시료 채취를 위한 혈액을 보관하지 않았기 때문이라고 보이고, 피고인의 요청으로 공소외 12와 제1심 공동피고인 5가 피고인 2를 찾아가 ◇◇◇◇의 냉동고에 보관되어 있던 공소외 36의 혈액을 가져온 점[증제72호(수사기록 2권 1479-1482쪽)]에 비추어 보면 그 당시는 NT-1 핵이식이 최초로 성공한 초기 단계이기 때문에 줄기세포 수립을 위한 검증실험의 사전준비나 진행절차가 확립되어 있지 아니하여 피고인으로서의 세포배양과 검증실험에 관해서는 전적으로 ◇◇◇◇의 공소외 12 등에게 의존하고 있었다고 보이는 점, ④ 피고인은 공소외 12가 공소외 14 교수가 재직하던 미국 ●●●●대학에 유학을 간 후 미국 출장길에 ●●●●대학에도 NT-1을 분양하려고 하였으나, 공소외 14 교수가 ●●●●가 속한 펜실베이니아주에서는 인간복제가 금지되어 있다며 피고인에게 직접 전화하여 NT-1을 가지고 오지 말라고 하여 피고인이 인천공항에까지 가지고 갔던 셀(cell)을 ○○대 연구소로 되돌려 보낸 점[증제29호(수사기록 1권 733쪽)] 등을 아울러 종합하여 보면, 공소외 12 및 제1심 공동피고인 5의 진술 반복 경위, 이 사건 DNA 지문분석 검사 당시 피고인의 ◇◇◇◇ 측에 대한 의존의 정도, 이 사건 DNA 지문분석 검사 및 이후의 피고인과 공소외 12와의 대화 내용, 국내외 연구소에 NT-1을 광범위하게 분양하는 등 DNA 지문분석 검사 이후 피고인이 취한 행동이나 태도, 피고인의 조작 동기의 의문점, NT-1에 대하여 그 후 실시된 DNA 및 핵형검사 과정과 제1심 공동피고인 5의 조작행위의 경위나 그 반복성 등에 비추어, 합리적 의심의 여지없이 피고인이 공소사실 기재와 같이 공소외 12, 제1심 공동피고인 5에게 NT-1의 DNA 검사시 체세포 시료를 나누어 보내는 방법으로 위 검사를 조작하도록 지시하였다거나, 그와 같은 조작사실을 알고 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다는 취지의 원심 판단은 정당하다.

(2) RT-PCR 검사 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

사이언스 측에서 NT-1 줄기세포가 처녀생식에 의한 줄기세포일 가능성이 있다고 의문을 제기하면서 이에 대한 입증을 요구하여 미국 미시간 주립대학 공소외 42(영문자 생략) 교수가 원숭이 처녀생식 여부를 판단하면서 사용한 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응(RT-PCR) 검사 방법을 이용하여 NT-1에 대하여 처녀생식 여부를 검사하였으나 줄기

세포에 특징적인 부계유전자와 모계유전자가 모두 제대로 발현되지 아니하자, 동물실험의 경우 배반포를 가지고 위 검사를 많이 실시하는 점에 착안하여 인간난자의 배반포나 배아를 이용하여 위 검사를 실시한 다음 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 2003년 9월~10월경 사이 ○○대 연구실에서 ○○대 연구원인 공소외 43으로 하여금 인간난자에 핵이식을 한 배아 중 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 같은 연구원인 공소외 13에게 전달하도록 하고, 공소외 13은 위 배아를 이용하여 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응 검사를 실시한 다음 해당 부분을 'hNT-BL'이라고 기재한 검사표를 만들어 제1심 공동피고인 3에게 이메일로 송부하고, 제1심 공동피고인 3은 마치 NT-1 줄기세포로 검사를 한 것처럼 'hNT-BL' 부분을 'SCNT-hES-1'으로 수정한 후, 이를 사이언스지 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림4의 D 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1673쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 공소외 13이 수행한 NT-1에 대한 RT-PCR 검사의 실험결과와 관련하여서는 일부 검사사진만이 남아 있을 뿐, 달리 실험일지나 검사결과를 확인할 수 있는 자료가 남아 있지 않은바, 2004년 논문에 사용된 RT-PCR 검사결과가 NT-1이 아닌 배아 또는 배반포를 사용하여 얻은 검사결과라고 볼 직접적인 증거는 없고, 관련 자료를 공소외 13이나 피고인 측이 의도적으로 은닉하였다는 정황 또한 찾아볼 수 없는 점, ② 공소외 43의 진술에 의하더라도 제1심 공동피고인 3이 검사 조건이 잘 잡히지 않는다는 취지의 말을 한 사실이 있다는 것이고, 증제18호에 첨부된 각 서류에도 위와 같은 모계유전자의 프라이머 조건을 잡기 위한 실험 과정이 일부 기재되어 있는 점을 고려하면, 공소사실과 같이 NT-1에 대하여 여러 차례 실험을 하였는데 제대로 된 결과가 나오지 않았다고 단정하기는 어려운 점, ③ 이 사건 RT-PCR 검사에서 'BL'이라는 표시가 반드시 배반포 또는 동결 배아를 사용한 검사결과를 의미한다고 단정할 수는 없고, 위 ○○대 비밀문서 중 'hNTBL'의 표기가 2004년 논문에는 'SCNT-hES-1'로 변경되어 있다고 하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과로 조작한 것이라고 단정하기는 어려운 점, ④ 공소외 43, 12는 위 RT-PCR 검사에 직접 관여하지 않은 연구원들로서, 위 실험이 조작되었을 것이라는 그들의 각 진술은 실험사진에 'NT BL'이라고 기재되어 있고, 위 ○○대 비밀문서에도 'hNTBL'로 기재되었다가 2004년 논문에는 'SCNT-hES-1'로 기재되어 있다는 것을 근거로 한 추측에 불과하고, 공소외 13 및 제1심 공동피고인 3 역시 검찰 조사시 'BL'로 기재되어 있으면 배반포로 했을 수도 있을 거라는 취지의 진술을 한 사실은 있으나, 이 역시 검사사진 및 위 ○○대 비밀문서에 표시된 'BL'이라는 단어만을 근거로 추측한 것에 불과한 점, ⑤ 가사 배아에 대한 RT-PCR 검사결과가 NT-1에 대한 검사결과로 조작되었다고 하더라도, 피고인이 이 사건 RT-PCR 실험에 직접 관여하여 공소외 43, 13 및 제1심 공동피고인 3에게 동결 배아로 RT-PCR 검사를 하도록 지시하였다는 점에 관하여는 이를 인정할 아무런 증거가 없는 점을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 동결 배아를 이용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 공소외 43 및 공소외 13, 제1심 공동피고인 3에게 지시하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과인 것처럼 2004년 논문에 게재하였거나, 그러한 사정을 알고 있었다고 인정하기 어렵다.

(다) 당심의 판단

이 사건 공소사실의 핵심은 인간난자에 핵이식을 한 배아 중 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 이를 대상으로 RT-PCR 검사를 하였다는 것이고, 그 사실의 기초가 되는 정황은, 공소외 43은 제1심 공동피고인 3이 2003년 9월~10월 말경 자신에게 RT-PCR 검사 조건이 잘 잡히지 않는데 발달 정지된 핵이식 배아로 조건을 한번 잡아 보겠다는 취지로 이야기를 하면서 동결 배아를 모아 달라고 하여 자신이 공소외 13에게 이를 건네주었다고 진

술하고 있는 점 및 공소외 13이 제1심 공동피고인 3에게 검사결과를 송부하면서 검사표에 검체를 'hNT-BL'이라고 표시하였고, 공소외 43이 공소외 14와 공소외 42에게 NT-1에 대하여 브리핑을 하려고 작성하였다는 ○○대 비밀문서에 RT-PCR 검사에 대하여 'hNTBL'이라고 표기한 반면, 2004년 논문에서는 이를 'SCNT-hES-1'으로 수정되어 있다는 점인바, 원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① RT-PCR 검사는 특정검체에서 부계, 모계의 각인유전자 중 어떤 각인유전자가 발현되었는지의 여부를 추적함으로써 생식기전을 입증하려는 검사로서 유전자 지문분석 검사와는 달리 동일성 (Identity) 자체를 검증하는 검사가 아니므로, 검사결과 어떤 각인 유전자가 발현되었느냐의 여부를 알 수 있을 뿐, 사후에 어떤 검사결과가 어떤 검체로부터 도출된 것인지를 직접 규명할 수는 없고, 필요하다면 해당 검체에 대하여 다시 검사를 하여 동일한 검사결과가 나오는지를 검증해 볼 수밖에 없는 것인데, 누구든지 사람의 체세포를 검체로 하여 실험을 수행하기만 하면 실험자는 언제든지 부계·모계 각인유전자가 모두 발현하는 동일한 결과를 원하는 대로 얻을 수 있음에도, 피고인이 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 RT-PCR 검사를 하도록 지시하였다고는 경험칙상 납득하기 어려운 점[증인 공소외 13의 원심 법정진술(공판기록 4775-4777쪽), 증제32호(수사기록 34권 806쪽)], ② RT-PCR 검사를 주관한 제1심 공동피고인 3은 '피고인은 RT-PCR 검사에 대하여 잘 모르시기 때문에 검사결과지를 보여주지는 않았고, 검사결과만 부계유전자가 발현되었다는 취지로 구두로만 보고를 하였습니

다. '라고 진술하여 피고인의 지시에 의한 검사조작 사실을 부인하였고[증제193호(수사기록 36권 3944쪽)], 수사과정에서 피고인과 적대적인 관계에 있던 공소외 43도 '제1심 공동피고인 3의 지도 아래 공소외 13이 RT-PCR 검사를 담당하였다'고 진술하여 위 제1심 공동피고인 3의 진술 내용에 일부 부합하는 점[증제62호(수사기록 2권 1331쪽)], ③ RT-PCR 검사를 직접 담당한 공소외 13의 검찰 진술도 "사진과 결과지에 모두 'BL'로 기재되어 있는 것을 보면 배반포로 실험을 하였을 것 같으나, 핵이식된 배반포의 양이 적기 때문에 실험용으로 받았을 가능성이 희박하고, 'BL'을 시료로 받은 기억이 전혀 나지 않는다.

"는 취지일 뿐이므로 RT-PCR 검사의 시료로 동결 배아가 사용되었다고 단정하기는 어려운 점[증인 공소외 13의 원심 법정진술(공판기록 4758-4759쪽), 증제102호(수사기록 36권 2026-2039쪽)], ④ 동물의 배반포에 대한 실험을 주로 담당하여 왔던 공소외 13이 제1심 공동피고인 3에게 검사결과를 송부하면서 검사표에 검체를 'hNT-BL'이라고 표시한 것은 이른바 검사 의뢰방법으로 통용되는 Blind Test의 특성에 기인하였을 가능성이 있고, SCNT(Somatic Cell Nuclear Transfer, 체세포 핵이식 줄기세포)라는 용어는 2004년도 논문을 게재하면서 비로소 그 특성을 표현하기 위하여 사용되었을 뿐 그 이전인 RT-PCR 검사를 시행할 때는 그러한 용어를 사용하지는 않았다고 보이는 점 등을 아울러 종합하여 보면, 앞서 본 정황사실만으로는 합리적 의심의 여지없이 피고인이 공소사실 기재와 같이 동결 배아를 이용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 공소외 43 및 공소외 13, 제1심 공동피고인 3에게 지시하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과인 것처럼 2004년 논문에 게재하였다거나, 그러한 사정을 알고 있었다고 인정하기 어렵다는 원심의 판단은 정당하다.

(3) 면역염색 사진 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

2004년 1월경 피고인 및 제1심 공동피고인 3은 공소외 12가 ◇◇◇◇ 연구소에서 미리 편집하여 보낸 논문상의 그림 2의 면역염색사진을 가지고 미국 ○●○●○대학공소외 14 교수 연구실에 가서 그와 함께 검토한 다음 전화로 공소

외 12에게 "음성대조군(Negative control)중 SSEA-1 면역염색사진인 D 부분의 사진에 줄기세포가 2개 나타나고 해상도가 좋지 않다.

NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진이라도 괜찮으니 좋은 사진으로 보내달라."고 지시하고, 이에 따라 공소외 12는 ◇◇◇◇ 연구소에서 수립한 수정란 줄기세포의 SSEA-1 면역염색사진 중에서 해상도가 좋은 사진을 골라 이메일로 제1심 공동피고인 3에게 송부하고, 제1심 공동피고인 3은 이를 다시 원래의 SSEA-1 면역염색사진과 교체한 다음 사이언스 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림2의 D 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1671쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인은 NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진을 2004년 논문의 면역염색 검사결과에 사용하는 것을 알고 있었던 것으로 보이기는 하나, ① 면역염색검사에서 음성대조군(Negative control)의 역할은 검체의 표지인자에 결합하는 1차 항체를 처리하지 않아 면역염색 현상이 일어나지 않았을 때의 결과를 실험대상인 NT-1의 면역염색결과와 비교하기 위한 것으로서, 위 검사결과와 진실성과는 아무런 관련이 없는바, 위 음성대조군은 면역염색현상이 일어나지 않은 배아줄기세포이면 가능한 것이지 반드시 NT-1을 사용할 필요가 없으므로, NT-1이 아닌 다른 세포를 음성대조군으로 사용한 행위 자체에 문제가 있다고는 볼 수 없고, ② 설령 이러한 부분도 논문의 조작으로 볼 여지가 있다 하더라도, 직접 공소외 12와 전화 통화를 한 제1심 공동피고인 3도 문제의 사진이 NT-1에 대한 것이 아님은 알았지만 이 사건 실험과 전혀 무관한 ◇◇◇◇ 수정란 줄기세포의 대조군인 것까지는 전혀 몰랐다고 진술하고 있으므로, 피고인이 이러한 사정을 알았다고 단정하기는 더욱 어렵다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 음성대조군의 기능이나 역할에 비추어 이 부분 사진 교체 행위가 논문의 조작이라고까지 보기 어렵다는 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(4) 소결론

따라서 검사의 논문조작 내용이나 범위에 관한 사실오인 주장은 모두 이유 없다.

다.

사기죄의 성립여부에 대한 판단

(1) 논문조작 관련 객관적 사실과 피고인의 인식 내용의 확정

사기죄는 주관적 구성요건 요소로 고의가 필요한 고의범이고, 제3자의 행위에 의하여 피고인의 인식 내용이 객관적 사실과 달라진 경우에는 자기책임의 원칙에 따라 행위 당시의 객관적인 사실에 관계없이 피고인이 당시 인식하고 있는 사정을 기준으로 하여 기망행위를 인정할 수 있는지의 여부와 그 범의를 추단할 수 있는지의 여부를 판단하여야 한다.

따라서 피고인이 공소외 5 회사 및 농협으로부터 연구비를 후원받은 2005년 9월 당시를 기준으로 하여, 판단의 편의를 위하여 2004년 논문과 2005년 논문에서의 줄기세포 수립여부와 그 실험 데이터의 진실성에 대한 객관적 사실 및 형사재판에 있어서 증거재판주의에 의하여 규범적으로 확정되는 피고인의 인식 내용을 정리하면 다음 표 기재와 같다.

[2004년도 논문]

(NT-1 : 줄기세포주로 실존하나, 처녀생식 여부에 대해서는 논란이 있음)

종류검사종류객관적 사실피고인의 관여 여부 등에 대한 판단피고인의 인식 내용NT-1DNA 지문분석2003년 5월경 체세포만으로 분석 검사하여 체세포와 NT-1의 검사결과가 일치하도록 조작피고인이 조작을 지시했거나 조작사실을 알았다고 볼 수 없음피고인은 DNA 지문분석이 정상적으로 실시되었다고 인식RT-PCR동결 배아로 실험한 결과를 NT-1로 검사한 것처럼 조작하였는지 여부가 불분명함NT-1이 아닌 동결 배아로 RT-PCR 검사를 하였다고 단정할 수 없고, 그렇지 않다고 하더라도 피고인이 지시했거나 이를 알고 있었다고 볼 수도 없음피고인은 RT-PCR 검사가 정상적으로 실시되었다고 인식면역염색 사진실제 검사는 했으나, SSEA-1 음성대조군 사진을 NT-1이 아닌 ◇◇◇◇ 사진으로 대체실제로 면역염색 실험결과가 나왔고, 단지 음성대조군 사진 1장에 다른 줄기세포 사진이 사용된 것은 검사결과의 진실성과 관계없음이 부분 사진의 대체가 검사결과의 진실성에는 영향이 없으므로, 피고인이 이를 인식하고 있었다고 하더라도 범의 인정에 있어서 중요한 사항이 아님테라토마 DNA검사배아체 DNA 지문분석 결과를 NT-1의 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 조작피고인의 조작 관여사실이 인정됨피고인이 이 부분 각 조작사실을 알았으나, 논문발표 이전인 2004. 2. 6.경 실제로 테라토마 실험은 성공함테라토마 사진◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마로 NT-1의 테라토마인 것처럼 허위로 사진을 게재피고인의 조작 관여사실이 인정됨

[2005년도 논문]

(NT-2 내지 12 : 제1심 공동피고인 5가 섞어심기하였거나 실제로는 수립되지 아니하여, 줄기세포주로 실존하지 아니함)

종류실체검사종류객관적 사실피고인의 관여여부피고인의 인식 내용NT-2Miz-4배아체형성검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기함×피고인은 NT-2, NT-3이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, 일부 실험 데이터를 조작함△ 다른 모든 검사는 정상적으로 실시되었고, 그 중 DNA, 면역적합성 검사결과는 제1심 공동피고인 5가 섞어심기를 숨기려 허위로 조작함NT-3Miz-8테라토마형성검사△ NT-2의 배아체 사진 조작○△ NT-3의 배아체 사진, 테라토마 사진 조작(다만, 논문 제출 이전에 NT-2, 3의 테라토마 실험은 성공하였음)면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기하였음×피고인은 NT-4 내지 7이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, NT-4 내지 7이 오염사고로 소멸하였음에도 실험 데이터를 조작함NT-4Miz-4핵형검사NT-5Miz-4배아체형성검사△ 2005. 1. 9.경 오염사고로 소멸됨NT-6Miz-6테라토마형성검사NT-7Miz-6면역적합성검사△ NT-4 내지 7의 각 검사결과 조작○DNA지문분석검사NT-8Miz-7면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기함×피고인은 NT-8, 10, 11이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, 실험 데이터를 조작함핵형검사NT-10Miz-10배아체형성검사△ NT-8, 10, 11의 각 검사결과 조작○테라토마형성검사NT-11Miz-2면역적합성검사(테라토마는 NT-8만 해당함)DNA지문분석검사실존하지 않음면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5의 섞어심기가 없었고, 줄기세포주로 수립되지 않음○피고인은 NT-9, 12가 핵이식 후 콜로니 형성에 이르지 못하여 줄기세포주로 수립되지 않았음에도, 콜로니가 형성되어 줄기세포로 실존하고 있는 것처럼 실험 데이터를 조작함핵형검사NT-9배아체형성검사△ NT-9의 각 검사 조작NT-12면역적합성검사△ NT-12의 면역적합성검사, DNA 지문분석 검사 조작DNA지문분석검사

(2) 공소외 5 회사에 대한 기망행위 또는 편취의 범의 및 인과관계의 존재 여부

(가) 논문조작 행위 부분

1) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요부분에 관한 것임을 요하지 않으며, 상대방을 착

오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초사실에 관한 것이면 충분하고, 어떤 행위가 다른 사람을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는가의 여부는 거래의 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적·객관적으로 판단해야 할 것이고(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7459 판결 참조), 한편 사기죄의 기망은 편취 또는 이득의 수단으로서 행하여지는 것이어서 피기망자의 재산적 처분행위를 하게 하는 행위로서의 성격을 갖는 것이므로, 상대방을 착오에 빠지게 하였다 할지라도 그 착오에 기하여 상대방으로 하여금 재산적 처분행위를 하게 한 행위가 아니라면 그 행위는 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가할 수 없다.

2) 앞서 본 피고인의 인식 내용을 기초로 하여 피고인의 논문조작 행위가 기망행위를 구성하는 지에 관하여 본다.

가) 우선, 2004년 논문의 경우에는 피고인이 위 논문 제출 당시에는 테라토마 실험결과를 얻지 못하여 NT-1 배아체의 DNA 지문분석 검사결과를 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 바꾸고, ◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마 사진을 마치 NT-1의 테라토마 사진인 것처럼 조작하였으나(다만, 이후 NT-1의 테라토마가 형성된 결과를 얻었다), 피고인은 NT-1이 수립된 이후 그 검증을 위하여 DNA 지문분석 검사, 핵형검사, 배아체형성 검사, 면역염색(HLA) 검사, RT-PCR 검사 등의 일련의 검증실험을 모두 실시하여 2004년 논문을 발표하였고, NT-1이 줄기세포로 수립되었던 것은 사실일 뿐 아니라, 그 줄기세포성 여부에 관한 핵심적인 검증실험인 DNA 지문분석 검사를 조작하는 데 피고인이 관여하였다는 점을 인정할 신빙성 있는 증거가 없고, RT-PCR 검사가 조작되었다거나 그 조작에 피고인이 관여하였다는 점을 인정할 명백한 증거가 없는 이상, 피고인은 공소외 5 회사와 이 사건 연구비 후원계약을 체결할 당시에는 NT-1이 자가핵이식 줄기세포주인 것을 확실히 믿고 있었다고 볼 수밖에 없다.

나) 다음으로 2005년 논문의 경우에는, 11개의 줄기세포주(NT-2 내지 12) 중 NT-9, 12를 제외한 나머지는 제1심 공동 피고인 5가 섞어심기한 것이고, 그 이외에도 NT-13(2005. 3. 9. 콜로니 형성), NT-14, 4+(2005. 4. 22.경 각 콜로니 형성)의 줄기세포주도 수립된 것처럼 제1심 공동피고인 5가 섞어심기를 하여, 실제로는 2005년 논문과 관련한 연구결과로서 환자맞춤형 줄기세포주는 하나도 존재하지 않았으나, 피고인은 제1심 공동피고인 5의 위와 같은 범행을 모르고 있었던 사실은 명백한바(검사도 그와 같은 사실을 전제로 이 부분 공소를 제기하였다), 2005년 논문의 최종 수정 및 재투고가 이루어질 당시인 2005. 4. 25.에는 피고인은 NT-2 내지 8, 10, 11, 13, 14, 4+ 등 12개의 환자맞춤형 줄기세포주가 실제로 수립(콜로니가 형성된 상태)되었다고 믿고 있었고, 그 중 NT-2, 3에 대하여는 면역염색검사, DNA 검사, 핵형검사, 테라토마 형성 검사, 면역적합성 검사 등 그 검증실험을 실시하여 정상적인 검사결과가 나왔는데, 제1심 공동피고인 5는 NT-2, 3에 대한 위 각 검사 중 DNA 검사, 면역적합성 검사는 수정란 줄기세포인 경우 체세포와 일치하는 검사결과가 나오지 않아 섞어심기 사실이 탄로 날 수 있었으므로 체세포만을 검사의뢰하는 방법으로 위 DNA 및 면역적합성 검사결과도 조작하였고, 나머지 검사는 세포의 동일성을 확인하는 검사가 아니어서 수정란 줄기세포로 검사의뢰를 하여도 정상적인 검사결과가 나오기 때문에 실제 NT-2, 3으로 검사가 이루어졌으며, 피고인은 위와 같은 DNA, 면역적합성 검사결과 조작사실도 전혀 모른 채 위 각 검사결과가 정상으로 나오자 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 보인다.

다) 이상과 같은 피고인의 인식 내용을 종합하면, 피고인이 비록 일부 검증 실험의 각종 데이터를 조작하였다고 하더라도, NT-1이 자가핵이식 줄기세포주인 것을 확실히 믿고 있었고 피고인이 조작에 관여한 검증 실험의 범위나 정도에 비추어 적어도 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 할 것이다.

3) 또한 피고인이 줄기세포주가 수립되었다고 확신하면서 일부 검증 실험의 각종 데이터를 조작한 행위 자체가 재물의 편취 또는 재산상 이익의 취득 수단으로서 이루어졌다고 보기 어려우므로, 논문 조작행위 자체가 곧바로 그 논문의 성과를 믿고 연구비를 후원하려는 잠재적 피해자를 상대로 재산적 처분행위를 하도록 한 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가하기는 어렵다.

4) 따라서 앞서 본 위 각 논문의 본질적 부분에 해당한다고 할 수 있는 줄기세포주의 수립 여부에 대한 피고인의 인식 내용, 피고인의 위 각 논문의 작성시기와 공소외 5 회사와의 연구 후원금 지원에 관하여 협의를 시작한 시기의 선후 관계 및 그 시간적 간격, 공소외 5 회사와의 후원계약 체결의 경위 등을 종합하면, 피고인이 위 각 논문을 작성할 당시부터 장차 불특정의 기업이나 단체로부터 연구 후원비 명목으로 금원을 편취할 고의 내지 의도 하에, 줄기세포를 전혀 수립한 바가 없는데도 마치 그러한 과학적 성과가 있는 것처럼 논문을 조작하였다고 보기는 어렵다.

(나) 언론 인터뷰 및 강연 행위 부분

1) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 이 사건 공소사실에서 기망행위의 내용으로 적시하고 있는 피고인의 인터뷰나 강연 내용 중 줄기세포의 연구에 따른 난치병 치료 등에 관한 전망을 언급한 부분은 피고인의 개인적인 전망 또는 판단을 밝힌 것으로서, 피고인이 이를 일부 과장하여 발표한 것이 사실이라고 하더라도, ① 2005년 논문에서도 "이 연구에서의 환자맞춤형 줄기세포는 질병의 진행을 이해하고 약물생산을 도울 수 있을 것으로 기대된다.

물론 환자의 세포를 이용한 줄기세포가 아직은 완전하지 않기 때문에 곧바로 이식치료에 이용될 수는 없다.

게다가 세포가 임상에 사용되기 전에 환자맞춤형 체세포 핵이식 유래 인간배아줄기세포의 생물학적 특성이 반드시 규명되어야 하고, 신뢰할 수 있는 분화기술이 확립되어야 하며, 미분화세포 및 잠재적 병원체를 완전히 배제할 수 있어야 한다.

"라고 그 한계 및 앞으로 연구되어야 할 과제 등을 명백히 밝히고 있고, ② 2005년 논문의 성과가 사실이라고 하더라도 환자맞춤형 줄기세포가 실제 임상에 적용되고 환자치료에 이르기까지는 많은 어려움과 상당한 시간이 소요될 것임은 일반인도 쉽게 예측할 수 있다고 보이며, ③ 공소외 5 회사의 이 사건 연구비 후원도 그 후원의 경위 등에 비추어 어떠한 반대급부를 조건으로 하거나 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 한 것이라기보다는 단순히 피고인이 계속 줄기세포 등 생명공학 관련 연구를 할 수 있도록 지원하는 의미로 보인다.

2) 또한 피고인이 그 검증 실험의 각종 데이터를 조작하였지만 줄기세포주가 수립되었다고 확신하면서 인터뷰나 강연 내용 중 줄기세포의 연구에 따른 난치병 치료 등에 관한 전망을 언급한 행위 자체가 재물의 편취 또는 재산상 이익의 취득 수단으로서 이루어졌다고 보기 어려우므로, 언론 인터뷰나 강연 행위 자체가 곧바로 그 논문의 성과를 믿고 연구비를 후원하려는 잠재적 피해자를 상대로 재산적 처분행위를 하도록 한 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가하기는 어려운 점을 아울러 고려해 보면, 피고인이 인터뷰나 강연을 통하여 줄기세포 연구의 실용화 가능성을 과장하였다고 하더라도 공소외 5 회사에 대한 관계에서 무슨 별도의 기망행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(다) 후원계약 체결 과정에서의 기망행위 부분

1) 적극적 기망행위 존재 여부

가) 검사는, 피고인이 공소외 5 회사의 공소외 7에게 마치 그 논문의 내용과 기자회견 결과가 사실인 것처럼 행세하면서 추후 줄기세포 연구가 상용화될 때 유리한 기회를 주겠다는 취지로 말하여 공소외 5 회사로부터 연구비 명목으로 10억 원을 교부받았다는 취지로 주장한다.

나) 이에 대하여, 원심은 그 판시와 같은 연구비 후원계약의 체결 경위와 그 내용에 관한 사실을 인정한 다음, 이 사건 연구비 후원계약의 체결 목적, 연구과제의 포괄성, 연구과제 수행결과의 소유권 귀속, 이 사건 연구비 후원계약의 체결 경위를 종합하면, 공소외 5 회사는 피고인의 줄기세포 연구를 위해 별다른 반대급부를 조건으로 함이 없이 이 사건 연구비를 후원하기로 한 것으로 봄이 상당하고, 공소외 5 회사가 줄기세포의 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 이 사건 연구비를 후원했다고도 보이지 않을 뿐 아니라, 연구비 후원 과정에서 피고인이 공소외 5 회사 측에게 '줄기세포의 상용화가 되면 공소외 5 회사에게 유리한 기회를 줄 수 있지 않겠냐.'라는 취지로 말을 한 사실이 있다고 하더라도, 위 연구비 후원에 대한 반대급부로서 위와 같은 내용이 합의서에 명시적으로 기재되어 있지 않은 이상, 이는 연구의 가시적 성과가 나올 경우 공소외 5 회사 측과 협력하여 사업을 진행할 수도 있다는 가능성을 언급한 것에 불과하고 위 연구비의 반대급부로서 약정된 것이라고는 보기 어렵다고 판단하였다.

다) 원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인이 공소외 5 회사와 연구비 후원계약을 체결하는 과정에서 공소외 5 회사를 적극적으로 기망하는 행위를 하여 그 후원계약을 체결하였다고 인정하기 어렵다는 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

2) 논문조작사실 묵비행위

가) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이고, 그 중 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 그 사실을 고지하지 아니함을 말하는 것으로서, 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다(대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도1033 판결 참조).

보다 구체적으로는, 재산권에 관한 거래관계에 있어서, 일방이 상대방에게 그 거래에 관련된 어떠한 사항에 대하여 이를 고지하지 아니함으로써 장차 그 거래관계의 효력 또는 채무의 이행에 장애를 가져와 계약상의 채권을 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서 이를 상대방에게 고지하지 아니하고 거래관계를 맺거나 그러한 상태를 묵비하여 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 받고 상대방은 그와 같은 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래관계에 임하지 아니하였거나, 이를 지속하여 재물 등의 교부를 하지 아니하였을 것이 명백한 경우, 그 재물의 수취인에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고 이를 고지하지 아니한 것은 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다 할 것이나, 법률관계의 효력에 영향이 없고 상대방의 권리실현에 장애가 되지 아니하는 사유는 이를 고지할 의무가 없는 것이다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 판결, 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도882 판결, 대법원 1985. 3. 12. 선고 84도93 판결 각 참조).

나) 원심이 적절하게 설시한 바와 같이, 이 사건과 같이 과학논문에 있어서 그 데이터의 오류 내지는 과장, 허위 게재가 이루어진 경우, 그 논문 조작행위 자체가 논문심사기관의 심사업무를 방해하는 정도에 이르렀다면 업무방해죄의 형사적 책임을 지는 것은 당연하다.

그러나 기업이나 공익적 단체의 과학자에 대한 연구비의 지원은 그 과학자가 이룩한 전체적인 연구 성과 및 그 해당 분야에서의 발전 가능성과 연구비가 지원되는 분야에서의 과학기술 발달이 사회나 국가 나아가 인류의 삶의 질 향상에 이바지하는 정도 등 다양한 고려요소와 기준에 의하여 이루어지는 것이지, 그 과학자가 발표한 개개 논문의 구체적이고도 세부적인 내용의 정확성이나 진실성에만 좌우된다고 볼 수 없고, 더구나 최첨단의 과학기술 분야에서는 인간의 인식능력이나 그 시대의 과학발달 수준의 한계로 인하여 연구의 과정이나 결과에 있어서 불확실성 또는

경제적으로 효용가치가 높은 연구 성과를 도출하는 데 실패할 위험성이 상존하고 있으므로, 연구비 지원은 어떠한 구체적이고도 가시적인 연구 결과를 목적으로 하거나 그러한 연구 결과를 대가관계로 하여 이루어지기는 어렵고, 기업의 사회적 책임이행의 차원에서의 이익의 환원이나 선의에 바탕을 둔 자발적 기부와 일환으로 이루어지는 것이 보통이므로, 객관적이고 이기적인 행위 주체를 상정하여 이해관계의 합리적 조정이 중요한 판단요소로 작용하는 일반적인 재산상 거래와는 그 성질이 다른 특수성이 있다고 할 것이다.

따라서 논문 조작행위 자체에 대한 범죄의 성립 여부가 문제되는 것이 아니라 그 논문의 조작 이후 논문의 연구 성과와 관련하여 연구비를 지원받은 행위의 형사적 책임이 문제되는 경우에, 앞서 본 최첨단 과학기술 분야에 있어서의 연구비 지원이 갖는 특수성을 고려할 때 선행의 논문조작 행위 사실만으로 어떠한 예외도 없이 그러한 조작사실을 고지하지 아니한 행위가 부작위에 의한 기망행위에 해당한다고 볼 수는 없고, 그 논문조작 행위의 조작내용과 조작부분이 그 논문에서 차지하는 위치나 중요성, 연구비 지원의 동기 및 구체적인 목적 등을 종합적으로 고려하여 논문조작 행위가 있었음을 알았다면 실제의 연구 성과가 사실이라고 하더라도 연구비 지원을 하지 않았을 것이 명백한 경우에 한하여 논문조작 사실에 대한 불고지 내지 묵비가 사기죄의 기망행위로 평가된다고 할 것이고, 나아가 편취의 범의나 상대방의 착오와 연구비 지급행위 사이의 인과관계 존부에 관해서도 더욱 신중히 판단하여야 할 것이다.

다) 앞서 본 각 법리를 전제로 하여 각 논문의 데이터 조작사실을 고지하지 아니한 행위가 부작위에 의한 기망행위를 구성하는지에 대하여 본다.

먼저, 2004년 논문의 데이터 조작사실을 고지하지 아니한 것이 기망행위를 구성하는 지 여부에 대하여 살피건대, ① 공소외 5 회사의 ▽▽▽▽재단을 통한 피고인에 대한 연구비 후원의 동기는, 그 후원계약의 경위나 약정 내용 등에 비추어 보면, 어떠한 반대급부를 조건으로 하거나 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 한 것은 아니라 세계 최초의 핵이식 배아줄기세포주인 NT-1이 수립되었다는 사실 그 자체에 대한 것으로 봄이 상당하고, 그러한 연구 성과가 현실적으로 존재하고 있는 이상, 비록 그 논문 작성과정에서의 일부 조작이 있었다고 해도 이를 고지하지 않고 묵비한 것이 어떠한 기망행위에 해당한다고 보기는 어려운 점, ② 피고인의 인식 내용을 기초로 할 때 2004년 논문의 NT-1이 줄기세포주로 수립되었다고 할 것이므로, 그 검증 데이터 중 일부에 불과한 테라토마 관련 부분의 조작여부가 위 후원계약의 본질적인 내용과 관련된 사항이라고 할 수 없는 점, ③ 공소외 5 회사 측이 2004년 논문 내용 중 테라토마 관련 부분만이 조작되었으나 이후 실제 테라토마가 형성되었다는 사실을 알았다면 이 사건 연구비를 후원하지 아니하였을 것이라고 단정할 수 없으므로, 기업이이익의 사회적 환원의 일환으로 공소외 5 회사가 위 후원계약을 체결함에 있어서 이 부분 조작사실이 그 계약체결 여부를 좌우할 정도로 중요하게 고려할 만한 사항에 속한다고 보기도 어려운 점을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비를 후원받는 과정에서 2004년 논문의 테라토마 관련 조작 사실을 숨겼다고 하여 공소외 5 회사를 속여 연구비를 편취한 것이라고 평가하기는 어렵다.

다음으로 2005년 논문의 조작사실을 고지하지 아니한 것이 기망행위를 구성하는 지 여부에 대하여 살피건대, 피고인은 제1심 공동피고인 5의 섞어심기 범행과 그 범행의 은폐를 위한 DNA, 면역적합성 검사결과 조작사실도 전혀 몰랐던 점에 비추어 적어도 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 보이고, NT-4 이후의 각 줄기세포주 역시 NT-2, 3과 동일한 과정에서 수립되었으므로 별다른 문제가 없는 환자맞춤형 줄기세포주라고 믿었다고 보일 뿐, 피고인이 2005년 논문에서 NT-4 이후의 데이터 조작을 할 당시, 환자맞춤형 줄기세포주가 존재하지 않는 것을

알았거나, 수립된 줄기세포주가 환자맞춤형 줄기세포주가 아닐 가능성을 인식하면서도 허위로 그 검증결과를 조작한 것은 아니라고 할 것인바, ① 공소외 5 회사 측은 '세계 최초의 환자맞춤형 배아줄기세포주가 수립되었고, 체세포 복제에 의한 배아줄기세포주의 수립효율이 향상되어 줄기세포를 이용한 난치병 환자의 치료가능성이 커졌다'라는 2005년 논문의 연구 성과를 믿었기 때문에 별다른 조건 없이 피고인에게 연구비를 후원하게 된 것이므로, 위 후원계약의 근본적인 동기는 환자맞춤형 배아줄기세포주의 수립과 그 상용화 가능성의 증대에 있는 것이고, 피고인의 인식 내용과 같이 환자맞춤형 줄기세포가 수립된 것을 전제로 한다면 이에 부수하는 검증 데이터의 진실성이나 무오류성은 위 후원계약의 본질적인 내용과 관련된 사항이라고 할 수 없는 점, ② 공소외 5 회사가 위 후원계약에서, 실제 연구 성과의 진위와는 별개로 위 논문이 사이언스지에 게재되는 자체를 연구비 지급의 전제조건으로 하였다거나, 실제로 환자맞춤형 줄기세포주가 존재하는 경우에도 그 논문작성 과정의 문제점으로 인해 위 논문이 취소될 경우 당연히 연구비 지원을 하지 않았을 것이라고 단정할 수는 없는 점, ③ 피고인은 위와 같이 제1심 공동피고인 5의 섞어심기 범행 등을 몰랐기 때문에 자신이 달성하였다고 믿고 있던 연구 성과를 기초로 줄기세포의 연구에 사용하기 위해 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비 후원을 받은 것으로 보일 뿐, 실제로는 환자맞춤형 줄기세포주가 전혀 수립되지 않았음을 인식하면서도 이를 숨긴 채 공소외 5 회사로부터 연구비를 후원받았다고는 보이지 아니하는 점을 종합하여 보면, 피고인이 편취의 범의를 가지고 공소외 5 회사로부터 ▽▽▽▽재단을 통하여 연구 후원금을 지원받았다고 보기는 어렵다.

라) 따라서 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때, 피고인의 2004년 및 2005년 각 논문 조작행위의 내용이나 그 정도, 공소외 5 회사의 이 사건 후원의 목적이나 경위 등에 비추어 보면, 이 사건 후원계약을 체결할 당시 피고인에게 위 각 논문의 데이터 조작사실을 고지하여야 할 선행행위에 의한 작위의무가 있다가나 피고인이 신의성실의 원칙에 따른 보증인적 지위에 있었다고 보기 어렵고, 피고인이 단순히 후원계약을 체결하면서 위 각 논문의 데이터를 조작한 사실을 고지하지 않았다는 부작위를 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비를 편취할 고의 내지 의도에 의한 기망행위와 동등할 정도에 이르렀다고 평가하기 어렵다.

(라) 인과관계의 존재 여부

- 1) 우선 2004년 논문의 조작 및 그 조작사실 묵비에 관하여 보면, 공소외 5 회사로서는 피고인이 위 논문 제출 당시에는 테라토마 실험결과를 얻지 못하여 NT-1 배아체의 DNA 지문분석 검사결과를 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 바꾸고, 테라토마 사진을 조작한 사실을 알았다고 하더라도, 그 후원의 경위나 동기에 비추어 연구비 후원을 하지 않았을 것이라고 단정할 수 없으므로, 이 부분 행위와 연구비 후원 사이에는 상당인과관계가 있다고 보기 어렵다.
- 2) 다음으로 2005년 논문의 조작 및 그 조작사실 묵비에 관하여 보면, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 공소외 5 회사로서는 실제 환자맞춤형 줄기세포주가 전혀 수립되지 않았다는 객관적 사실을 알았다면 이 사건 연구비를 후원하지 않았을 것이라고 충분히 인정할 수 있으나, 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때 실제 환자맞춤형 줄기세포주가 12개나 수립되었지만 위 논문의 실험 데이터가 일부 조작된 경우까지 공소외 5 회사 측에서 이 사건 연구비를 후원하지 않았을 것이 명백하다고는 쉽사리 단정할 수 없으므로, 피고인의 그와 같은 묵비 내지 불고지 행위와 공소외 5 회사의 이 사건 후원금 지급행위 사이에 인과관계가 있다고 보기도 어렵다.

(3) 농협에 대한 기망행위 및 편취의 범의 존재 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이므로, 그 수단에 특별한 제한이 없어 명시적·묵시적 행위는 물론, 부작위도 포함될 수 있으나, 어떤 부작위가 사기죄를 구성하는 기망행위에 해당하기 위해서는 행위자가 상대방의 착오를 제거해야 할 이른바 보증인의 지위에 있어야 한다고 전제한 다음, 공소사실 자체에 "2004년도 및 2005년도 사이언스 논문 조작 및 생명윤리 및 안전에 관한 법률 위반 사실 등을 숨긴 채"라고 기재되어 있을 뿐 아니라, 과학 논문의 조작이나 관련 연구과정에서의 법령위반 행위 등은 사기죄가 보호하고자 하는 법익(재산)과 직접적인 관련이 없어 이러한 행위만으로 곧바로 사기죄에서의 묵시적 기망으로 평가하기는 어려우므로 결국 부작위에 의한 기망 여부만이 문제될 것인데, 피고인이 먼저 농협에 어떠한 후원요청을 한 사실이 있음을 인정할 증거가 없고, 오히려 공소사실 기재 자체에 의하더라도 공소외 8 주식회사의 사장 공소외 9가 먼저 연구비 지원 의사를 밝혀 피고인이 단순히 이를 승낙하였을 뿐이라는 것이며, 나아가 공소외 9, 45, 46, 47, 48의 각 원심 법정 진술, 농협의 내부 기안서와 출연증서[증제400호(수사기록 17권 11462-11471쪽)]의 각 기재 등 기록에 의하면, 지원할 연구비의 용도나 액수 등은 오로지 농협 자체적으로 정하였고, 피고인이 이에 관하여 무슨 의견을 표시하거나 특별히 요청을 한 적은 없는 사실, 출연증서 상에도 "피고인 1 교수님께서 평소 농촌과 농축산업 발전을 위해 적극 노력해 주신데 감사드리며 질병발생이 없는 가축의 생산과 가축개량을 통한 생산성 향상 등 국내 농축산업의 경쟁력 제고를 위한 연구 활동에 더욱 힘써 주실 것을 4백만 농업인과 함께 염원하며, 이 뜻을 담아 축산발전 연구 후원 기금으로 위 금액을 출연합니다."라고 되어 있어 용도가 '축산발전 연구 후원기금'임을 알 수 있는바, 사정이 이러하다면 이 사건 농협의 연구지원금은 결국 줄기세포 연구와 관련된 논문조작이나 생명윤리 및 안전에 관한 법률 위반 여부 및 이에 대한 허위 과장 발표 등과는 무관하여 피고인이 이에 대하여서도 적극적으로 진실을 알려야 할 무슨 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없고, 이 사건 연구지원금의 출연 경위나 목적에 비추어, 피고인에게 농협을 기망하여 이 사건 연구지원금을 편취한다는 사기의 범의나 무슨 불법영득의 의사가 있었다고 단정하기도 어렵다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 사실을 오인하거나 기망행위, 편취의 범의 또는 보증인적 지위의 인정 여부에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(4) 소결론

이상의 이유를 종합하면, 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때, 피고인이 이 사건 연구비를 편취할 고의 내지 의도로 줄기세포를 전혀 수립한 바가 없는데도 마치 그러한 과학적 성과가 있는 것처럼 각 논문을 조작하였다고 보기 어렵고, 피고인이 인터뷰나 강연을 통하여 줄기세포 연구의 실용화 가능성을 과장하였다고 하더라도 공소외 5 회사나 농협에 대한 관계에서 무슨 별도의 기망행위에 해당한다고 보기도 어려우며, 피고인의 각 논문의 데이터 조작행위나 인터뷰 및 강연 행위와 공소외 5 회사 및 농협의 연구비 후원 사이에 상당인과관계를 인정하기도 어렵다.

나아가 피고인이 공소외 5 회사 및 농협으로부터 이 사건 연구비를 후원받는 과정에서 각 논문의 조작 사실을 숨겼다고 하더라도 그 후원계약의 체결경위나 계약의 목적, 피고인이 관여한 논문조작 행위의 내용이나 그 정도, 피고인의 논문의 진실성 여부에 대한 구체적인 인식의 정도 등에 비추어, 피고인에게 편취의 범의가 있었다거나 피고인이 각 논문의 데이터를 조작한 사실을 고지하여야 할 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 결국 피고인이 공소외 5 회사 및 농협을 속여 연구비를 편취한 것이라고 평가하기는 어렵다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 없다.

4. 피고인 2의 양형부당 주장에 대한 판단

가. 피고인은 아무런 전과가 없는 초범인 점, 과도하게 경직적인 연구비 집행구조가 피고인이 이 사건 범행에 이르게 된 하나의 원인이었다고 보이는 점, 피고인이 이 사건 편취금을 자신의 사익을 위해 개인적인 용도로 사용하지는 않은 것으로 보이는 점, 피고인이 그동안 과학자로서 수정란 줄기세포 연구 등에서 많은 업적을 남겨 국내의 생명공학 기술 발전에 크게 기여해 온 점, 이 사건으로 문제의 연구과제가 강제 종료됨에 따라 지원받은 연구비 중 정부 출연분과 기업체의 출연금이 각 기관의 출연비율에 따라 이미 회수된 점, 피고인이 재판과정을 통하여 경솔한 판단으로 물의를 일으킨 점에 대하여 깊이 반성하고 있는 점 등의 유리한 정상은 있다.

나. 그러나 이 사건 범행은 피고인이 허위의 세금계산서와 거래명세표 등을 이용하여 총 5회에 걸쳐 합계 58,141,300원의 연구개발비를 편취한 사안으로서, 그 범행수단에서 나타나는 범의의 정도나 피해액의 규모에 비추어 죄질이나 범정이 좋다고 보기 어려운 점, 이 사건 사기죄의 법정형은 10년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금형인데, 피고인이 현재 대학교수의 신분에 있는 점을 감안하여 원심이 벌금형을 선택한 것 자체로 이미 피고인에 대하여 충분한 선처가 이루어졌다고 평가되고, 당심에 이르러 원심의 양형을 변경할만한 아무런 사정변경이 없는 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경, 범행의 동기와 경위, 범행의 수단이나 방법, 범행 후의 정황 등 이 사건에 나타난 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정들을 종합하여 보면, 원심의 형이 너무 무거워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

다.

따라서 피고인의 양형부당 주장은 이유 없다.

5. 결론

원심판결의 유죄부분에 대한 피고인 1의 사실오인 주장은 원심판결의 범죄사실 제1의 가. 1)항 중 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌에 분산 입금하여 은닉·소비한 부분에 한하여 일부 이유 있으므로, 이 부분과 포괄일죄를 인정한 원심 범죄사실 제1의 가.항 전체는 그대로 유지될 수 없고, 원심이 피고인 1에 대한 이 부분 업무상횡령의 범죄사실과 당심도 유죄로 인정하는 나머지 범죄사실을 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 하여 하나의 형을 선고하였으므로 피고인 1에 대한 원심판결의 유죄부분 전부가 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그렇다면 원심판결 중 피고인 1의 무죄부분에 대한 검사의 항소와 피고인 2의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하고, 피고인 1의 원심판결 중 유죄부분에 대한 항소는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로, 검사의 피고인 1 부분에 관한 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1(유죄부분에 대한 사실오인 또는 법리오해)

(1) 공소외 1 사단법인 연구비 횡령의 점

(가) 공소외 1 사단법인(이하 '공소외 1 법인'이라고 한다)은 공익법인으로서 그 기본재산의 취득에 이사회 결의가 필요한데, 출연기관들로부터 기부금을 후원받으면서 이사회 결의를 거치지 아니하였으므로, 이 사건 기부금이 공소외 1 법인의 소유로 귀속되었다고 할 수 없다.

공소외 1 법인이라는 법인은 기부금에 대한 회계처리의 방편에 불과하였고 인적결사체로서 법인의 기본사항을 반영하는 정관이나 조직구성이 없으며, 설립 이래 이사회나 총회를 개최한 바도 없는 등 사단법인의 실체를 갖추지 못하고 있었다.

연구비의 관리 집행 및 정산에 관한 규정이나 절차 등 아무런 기준도 정한 바 없고, 연구비의 출금은 피고인 연구팀이 일방적으로 결정하여 요청하는 대로 출금이 이루어졌으며, 모두 피고인 1 연구팀의 생명공학 연구에만 지원되었고 그 연구 성과에 대한 보고나 확인을 한 사실도 없으며 연구비로 취득한 기자재나 연구 성과물에 대한 권리를 취득한 바도 없다.

이런 점에 비추어 공소외 1 법인이 소유권의 주체가 될 수 없을 뿐 아니라, 피고인에게 임의 사용이 승낙된 연구비가 타인의 재물이라고 보기 어렵고, 자금의 전달 역할만 담당한 공소외 1 법인과 피고인 사이에 실질적인 위탁관계가 존재한다고 보기도 어려워 피고인이 타인의 재물을 보관하는 지위에 있다고 볼 수 없다.

(나) 원심판결 별지 (2) 범죄일람표와 관련하여, 일반적으로 동물이나 사람의 난자를 정상적인 거래를 통해 매수하기가 사실상 불가능해서 피고인이 그러한 난자를 취득하기 위한 비용으로 사용하기 위해 부득이 차명계좌를 사용하였을 뿐이므로, 공소외 2 등 7명의 차명계좌에서 다시 공소외 10과 공소외 11의 차명계좌로 입금한 사실만으로는 불법영득의사의 실현행위로 평가할 수 없고, 특히 공소외 11의 차명계좌에 입금된 자금은 공소외 2 등 7명의 차명계좌에 보관하던 공소외 1 법인의 연구비라는 점을 인정할 증거가 부족하며, 공소외 4 교수의 자녀 결혼식 식대 명목으로 지급된 금원은 그 출금 당시 피고인이 식대를 초과하는 피고인 개인 소유의 금원을 연구팀이 사용하는 다른 계좌에 입금한 점에 비추어 불법영득의 의사를 인정할 수 없다.

(2) 공소외 1 법인 연구비 편취의 점

공소외 1 법인 연구비는 앞서 본 바와 같은 공소외 1 법인과 피고인과의 실질적 관계에 비추어 피고인과 그 연구팀의 생명공학 연구라는 포괄적 용도로 사용이 일임된 금원이고, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 '연구원들의 인건비와 여비 등 운영비가 필요하니 실험재료나 기자재를 구입하는 것처럼 비용처리를 하여 운영자금을 마련하라'는 지시를 한 사실도 없으며, 가사 그러한 지시를 하였다고 하더라도 원래의 용도대로 적합하게 사용되었으므로 이를 편취하였거나 공소외 1 법인에게 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

(3) 정부 연구비 편취의 점

정부 연구비는 '돼지복제 및 복제기반 연구 사업'이라는 종합적인 연구과제를 위하여 지원된 것이어서 그 연구의 특수성, 추상성, 포괄성, 개방성으로 인하여 사용용도를 엄격하게 일의적으로 제한하는 것은 무리가 있는 점을 고려하면, 피고인이 연구비를 그와 같은 목적과 범위를 벗어나지 아니하는 한도에서 사용하였으므로 불법영득의사를 인정할 수 없다.

(4) 생명윤리및안전에관한법률위반의 점

생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 생명윤리법이라 한다)의 입법목적과 금지규정의 취지, 입법 연혁, 관련법과의 균형 및 사회상규에 비추어 볼 때, 난자기증자가 생명공학 연구에 보탬이 되고자 순수한 동기로 난자를 기증하고 난자수증자가 그 기증의사를 받들어 난자채취에 관련된 비용을 부담하였다고 하여, 생명윤리법에서 금지하고 있는 '금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부'를 제공하였다는 구성요건적 행위에 포섭시킬 수 없을 뿐 아니라, 위법성이 결여되어 범죄가 성립하지 아니하고, 법률전문가의 조언에 따른 행위로 정당한 이유가 있어 법률의 착오에 해당한다.

나. 검사(피고인 1에 대한 부분)

(1) 무죄부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 논문조작 관련 사실오인 또는 법리오해

1) 검사의 논문조작에 관한 입증의 정도

논문의 기초가 된 실험결과 자체가 나오지 않았음에도 그와 같은 결과가 나온 것처럼 조작하거나 실험결과를 조작한 후 그 실험데이터를 폐기한 경우에 있어서는, 사후적으로 조작사실을 입증하는 것이 사실상 불가능하므로, 공소사실에 대한 검사의 입증정도가 '논문에 기재된 실험결과나 데이터가 존재하지 않는다, 피고인이 가지고 있는 자료에는 논문에 기재된 실험결과나 데이터가 존재하지 않는다'는 정도로 충분하다고 보아야 한다.

2) 2004년 논문조작 행위 중 원심 배척 부분

가) DNA(유전자) 지문분석 검사 조작에 관하여, ① 공소외 12 및 제1심 공동피고인 5는 검찰에서의 진술이 변경되었지만 공판과정에서는 일관된 진술을 하고 있고, 최초 진술 당시에는 피고인을 배신하기 어려웠던 상황이었으며, 그들이 피고인의 지시 없이 임의로 시료를 조작할 아무런 동기가 없는 점, ② 피고인은 2003년 5월경 네이처(Nature)지에 NT-1에 대한 논문을 투고하는 데 시간이 촉박하였을 뿐 아니라 DNA 검사도 NT-1 자체가 아니라 그 침전물을 사용하는 등 검사에 사용할 수 있는 NT-1 세포의 숫자가 부족하였으므로, DNA 지문분석 검사결과를 조작할만한 동기가 있었던 점에 비추어 피고인이 공소외 12에게 DNA 지문분석 검사를 조작하라고 지시하였다고 충분히 인정된다.

나) 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응(RT-PCR) 검사 조작에 관하여, ① 공소외 13이 NT-1으로 RT-PCR 검사를 하여 부계 및 모계 유전자가 발현된 결과를 얻었다는 직접적인 실험데이터 또는 관련 사진이 없는 점, ② 2003. 10. 6. 실험결과 사진에는 부계유전자(SNRPN, ARHI)의 유전자 증폭이 이루어졌으나 같은 달 9일의 실험사진에는 부계유전자 중 ARHI만 발현된 것으로 나오는데, 이는 NT-1에 대한 RT-PCR 검사가 실패한 것으로 볼 수 있는 점, ③ 통상 'BL'이라는 약어는 배반포(Blastocyst)를 의미하는데, 2003. 10. 14. 실험결과 사진에는 검체를 'NT BL'이라고 기재한 것이 있고, ○○대 비밀문서에도 NT-1의 RT-PCR 검사결과가 부계 및 모계유전자가 모두 발현되었다고 적시되어 있는 부분에 'hNTBL'으로 기재되어 있는데, 그 후 발표된 2004년 논문에는 'hNTBL' 표시가 'SCNT-hES-1'로 변경되었는바, 위 ○○대 비밀문서는 피고인이 보고받은 내용이므로 피고인이 2004년 논문에 위와 같은 임의적 변경이 이루어진 사실을 알았다고 인정되는 점, ④ 제1심 공동피고인 3이 피고인의 지시 없이 2004년 논문을 조작할 아무런 이유가 없는 점을 종합하면, 피고인이 제1심 공동피고인 3으로 하여금 실제로는 NT-1에 대한 RT-PCR 검사결과가 나오지 않자, 배아 또는 배반포를 사용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 마치 NT-1으로 검사를 한 것처럼 조작하였을 가능성이 매우 높다.

다) 면역염색 사진조작에 관하여, 논문에 음성대조군으로 사용한 세포의 사진이 면역염색 실험과정에서 작성된 것이 아님에도 이를 사용한 것은 논문데이터를 조작한 것이고, 제1심 공동피고인 3, 공소외 12의 각 진술에 의하면 피고인이 공소외 14(영문자 생략)와 같이 있을 때 '더 이상 없으면 NT-1이 아니더라도 음성대조군이 있으면 보내라'고 하여 공소외 12에게 전화를 한 사실이 인정되므로, 피고인이 NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진을 2004년 논문의 면역염색 검사결과에 사용한다는 사실을 알고 있었던 것이 분명하다.

(나) 작위 또는 부작위에 의한 기망행위의 구성 여부

1) 핵이식 배아줄기세포의 확립 여부를 확인함에 있어서 가장 중요한 것은 ① 체세포 공여자의 세포가 정확하게 복제되었는지 여부, ② 기관분화가 가능한 줄기세포인지 여부인데, 피고인은 2004년 논문과 관련하여, 복제의 정확성을 검증하기 위한 기초검사인 DNA 지문분석 실험에서부터 공소외 12에게 공여자의 체세포만으로 검사를 실시하도록 지시하여 그 검사결과를 이용하여 2004년 논문을 허위로 게재하였고, 기관분화 가능성을 검증하기 위한 테라토마 검사의 실험 결과가 없는 상태에서 ◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마 사진을 이용하여 NT-1의 테라토마가 제대로 형성된 것처럼 논문을 조작하였으며, NT-1의 면역염색 사진의 상태가 좋지 못하자 공소외 12에게 ◇◇◇◇ 수정란 줄기세포의 사진을 마치 NT-1의 면역염색 사진인 것처럼 논문을 조작하였고, 2003년 5월경 사이언스(Science) 측으로부터 NT-1이 처녀생식에 의한 줄기세포가 아니라는 입증을 요구받자 NT-1이 아닌 인간난자의 배아 또는 배반포를 이용하여 RT-PCR 검사를 실시하고 그 결과로 논문을 조작하였다.

2) 피고인은 2004년 논문을 조작한 후 2005년 논문에서도, 자신이 수립한 줄기세포가 NT-2, 3 등 2개만 존재한다고 인식하고 있었음에도 마치 11개의 줄기세포가 모두 확립된 것처럼 각종 실험결과를 조작하였고, 실험에 제공된 난자 수가 275개임에도 185개의 난자만 제공된 것처럼 조작하여 줄기세포 확립의 효율성을 조작하였으며, 줄기세포 확립과정에 모두 동물(생쥐) 영양세포를 사용하였음에도 인간 영양세포만 사용하여 바이러스의 감염위험성을 현저히 감소시킨 것처럼 조작하여 사이언스 잡지에 논문을 게재하였다.

3) 위와 같은 2차례의 조작된 논문의 발표 전후로 피고인이 국민과 전세계 언론들을 상대로 줄기세포 수립의 효율성과 안전성이 높아서 머지않은 장래에 줄기세포 치료의 상용화가 가능한 것처럼 연구 성과를 과장하여 한 인터뷰 및 강연 행위는 사기죄에 있어서 기망행위를 구성하고, 피고인은 위와 같이 논문을 조작하고 연구 성과를 과장하는 인터뷰 및 강연 행위를 하여 피해자 공소외 5 주식회사(이하 공소외 5 회사라 한다)와 농협중앙회(이하 농협이라 한다)의 착오 상태를 야기하였으므로 선행행위에 의한 작위의무를 지는 보증인적 지위에 있다.

가) 공소외 5 회사에 대한 사기의 점에 관하여, 피고인은 2005년 7월 중순경 공소외 5 회사의 기술원장 공소외 7에게 줄기세포 관련 기술, 정보, 인맥 네트워크 등을 제공해 줄 수 있고 줄기세포가 상용화되면 공소외 5 회사에 우선권 등 유리한 기회를 주겠다면서 5년간 매년 15억 원씩 총 75억 원을 지급해 달라고 요청하였고, 이에 공소외 5 회사는 피고인의 2004년, 2005년 논문 발표로 인해 피고인의 연구 업적이 고양되었다고 판단하고 일단 3년에 걸쳐 10억 원씩 지급하고 3년 경과 후에 추후 지원 여부를 결정하는 내용으로 연구비 지원을 하기에 이르렀다.

피고인이 줄기세포주의 수립을 믿었는지 여부에 상관없이 검증데이터를 조작하여 환자맞춤형 줄기세포의 효율성, 안정성, 상용화 가능성을 과장하는 등 논문을 조작하였고 공소외 5 회사가 그 논문 조작 사실을 알았다면 연구비 지원을 하지 아니하였을 것으로 넉넉히 예상된다.

따라서 피고인이 2004년 및 2005년 논문을 조작하고 기자회견 등을 통하여 줄기세포 확립성공률과 안전성 등을 조작 발표함으로써 이미 착오상태에 빠져 있던 공소외 5 회사의 공소외 7에게 마치 그 논문의 내용과 기자회견 결과가 사실인 것처럼 행세하면서, 추후 줄기세포 연구가 상용화될 때 유리한 기회를 주겠다는 피고인의 말을 믿은 공소외 5 회사로부터 연구비 명목으로 10억 원을 교부받은 것은 사기죄를 구성한다고 보기에 충분하다.

나) 농협에 대한 사기의 점에 관하여, 환자맞춤형 줄기세포의 효용성 및 실용성 여부는 연구비 지원을 결정하는 데 중요한 요소인데, 피고인이 그 조작사실을 숨기고 연구비를 수령한 것은 부작위에 의한 기망행위를 구성한다.

농협의 출연증서는 '축산발전연구 후원기금'이라고 기재되어 있으나 그와 같은 명목은 농협의 설립목적에 고려한 것일 뿐, 실제로는 피고인의 2005년 논문 발표 등 연구 성과를 믿고 향후 줄기세포 연구 과정에서 간접적으로 동물실험

을 통하여 가족의 난치병을 치료하는 등 축산발전에 기여할 것으로 믿어 국가발전에 보탬이 되고자 하는 동기에 의하여 후원이 이루어졌다.

또한 피고인이 지원 과정에서 재단지원 방법과 아울러 개인지원 방법을 설명하면서 개인지원 방법을 권유한 점에 비추어 보면 피고인에게 불법영득의 의사도 인정되므로, 피고인은 부작위 또는 묵비의 기망행위에 의한 사기죄의 죄책을 면할 수 없다.

(2) 양형부당

원심의 형(징역 2년, 집행유예 3년)이 너무 가벼워서 부당하다.

다.

피고인 2(양형부당)

원심의 형(벌금 700만 원)이 너무 무거워서 부당하다.

2. 피고인 1의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 공소외 1 법인 연구비 횡령의 점에 대하여

(1) 타인의 재물성 인정 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 그 판시의 각 사실을 인정한 다음, ① 피고인의 주장과 같이 공소외 1 법인에서 지급된 돈이 생명공학 연구 목적 외의 용도에도 사용이 가능한 것이었다면, 피고인이 굳이 수고스럽게 직접 은행을 돌아다니면서 전액 현금으로 인출하여 다시 피고인의 지인들 명의의 차명계좌로 재입금하는 방법으로 자금세탁을 할 필요는 없어 보이는 점, ② 피고인은 보안이 필요한 연구를 위해 위와 같은 차명계좌를 관리하였다고 주장하고 있으나, 피고인의 주장처럼 공소외 1 법인에서 지급한 연구비에 대한 검증·감독 절차가 미흡하였고, 피고인이 신청하는 연구비의 용도와 금액에 대해 특별한 심사 없이 피고인이 신청하는 대로 지급되는 상황이었다면 피고인이 굳이 보안유지를 위해 차명계좌를 만들 필요도 별로 없었을 것으로 보이는 점, ③ 영리를 목적으로 하는 기업이 아무 조건 없이 수십억 원에 달하는 거액을 특정 개인에게 지원한다는 것은 일반의 상식에 반하는 점, ④ 피고인이 청구하는 용도와 액수에 대한 수정 없이 그대로 연구비가 지급된 것은 공소외 1 법인에서 그만큼 피고인을 믿고 피고인이 연구비를 정당하게 연구에 사용할 것으로 신뢰하였기 때문으로 볼 여지가 있는 점, ⑤ 규정이나 서식이 없다고 하여 연구비를 집행할 수 없는 것은 아니고, 또한 연구비를 신청할 때 지급시기, 지급액, 지출항목 등에 대해 공소외 1 법인 측과 협의하지 않았다는 점도 연구비는 통상 그 연구를 담당하는 연구책임자가 연구의 목적, 방법, 비용 등을 감안하여 청구하는 것이기 때문에 공소외 1 법인 측이 연구책임자인 피고인의 의사를 존중한 탓으로 볼 수도 있는 점 등을 아울러 고려하면, 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인에 지급한 자금은 모두 그 집행에 대하여 특별한 제한 없이 피고인에게 일임되어 있는 피고인 개인에 대한 포괄적 후원금이라고 보기는 어렵고, 적어도 피고인의 생명공학 연구를 위한 연구비로 사용될 것을 전제로 공소외 1 법인에 위탁된 공익성 기부금에 해당한다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

1) 공소외 1 법인의 법적 성격

가) 공익법인의 설립 운영에 관한 법률(이하 공익법인법이라 한다)이 규제대상으로 하는 공익법인은 재단법인이나 사단법인으로서 사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인을 말하고(제2조), 구체적으로는, 민법 제32조 소정의 비영리법인 중 순수한 학술, 자선

등 공익법인법 시행령 제2조 제1항 각호 소정 사업을 목적으로 하는 법인이거나 주로 위와 같은 학술, 자선 등의 사업을 목적으로 하면서 그와 함께 부수적으로 그 이외의 사업을 함께 수행하는 법인을 말한다(대법원 1978. 6. 13. 선고 77도4002 판결 참조).

나) 공소외 1 법인의 정관[증제615호(수사기록 27권 17051-17063쪽)]

에 의하면, 제2조(목적)에서 "본 연구원은 21세기 지식 정보화 사회를 주도할 지식 기반 산업인 정보통신산업, 생명공학산업, 디자인산업, 환경산업 등 신산업의 향후 발전 전략 및 이러한 산업 간의 상호 연계 전략을 연구한다.

또한 이를 바탕으로 미래의 유망 신산업을 개발하고, 한국의 기업, 산업 및 경제의 국제경쟁력 제고를 위하여 이러한 신산업의 육성 정책 방안을 제시하고 자문함을 목적으로 한다.

"고 규정하고, 제4조(사업)에서 공소외 1 법인이 수행하는 사업을 "1. 미래 유망 신산업의 기술, 인력 및 인프라 구축 등의 방안과 이러한 산업의 지식화 기반 구축 방안 연구, 2. 미래 유망산업 연구 개발, (중간 생략) 7. 전 각 호 이외에 본 연구소의 목적을 달성하는 데 필요하다고 인정되는 기타 사업"이라고 규정하고 있다.

다) 위 공소외 1 법인의 정관에 나타난 설립목적과 사업내용에 관한 각 규정에다가 증인 공소외 4의 원심 법정진술, 공소외 1 법인의 법인등기부[증제516호(수사기록 15041-15042쪽)]의 기재 등 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 공소외 1 법인의 설립 동기나 설립경위를 종합하면, 공소외 1 법인은 생명공학산업, 정보통신산업 등 신산업의 향후 발전전략 및 신산업 간 상호 연계전략을 연구하는 것을 설립목적으로 하고 피고인의 생명공학 등 신기술 개발 분야에 대한 연구비의 보조 등 연구활동을 지원하는 것을 주된 업무로 하기 위하여 설립된 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 공소외 1 법인은 신산업의 개발과 관련한 학술활동에 관한 사업을 목적으로 하고 그 목적을 위하여 필요한 범위 내에서 또는 그에 수반되는 연구비의 보조 등 학술활동 지원 사업을 영위하는 비영리법인으로서 공익법인법 소정의 공익법인에 해당한다고 볼 수 있다[공소외 1 법인이 세무서에 제출한 '법인세과세표준 및 세액신고서'의 공익법인 출연명세서{증제631호(수사기록 27권 17359, 17376쪽)} 각 참조].

2) 출연기관의 연구비 기부금에 대한 소유권자

가) 증인 공소외 4의 원심 법정진술 등 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 당심 증인 공소외 15, 16의 각 법정진술을 종합하면, 원심도 인정한 바와 같이, 공소외 1 법인이 ☆☆그룹[공소외 17 주식회사, 공소외 18 주식회사, 공소외 19 주식회사], □□그룹[공소외 20 주식회사, 공소외 21 주식회사, 공소외 5 회사], 공소외 22 재단법인 등(이하 이 사건 출연기관들이라 한다)으로부터 기부금을 교부받으면서 공소외 1 법인의 이사회 결의를 거치지 않은 사실을 인정할 수 있다.

나) 그러나 공익법인법 제7조 제1항 제1호가 재산의 '처분'뿐만 아니라 그 '취득'에도 이사회의 결의를 요구하고 있는 취지는 공익법인의 특수성을 고려하여 그 재산의 원활한 관리 및 유지·보호와 재정의 적정을 기함으로써 공익법인의 건전한 발전을 도모하고 공익법인으로 하여금 그 본래의 목적사업에 충실하게 하려는 데 있다고 할 것이고, 공익법인이 주식 기타 목적물을 증여받는 등으로 그 재산을 대가의 출연 없이 무상으로 취득하는 경우에는 그 자체로써 공익법인의 재산적 기초가 더욱 공고하게 되므로, 위와 같이 이사회의 결의를 요구하여 그 결의가 없으면 재산의 취득을 무효로 하는 취지가 이 경우에까지 관철되어야 할 이유는 없으므로, 공익법인이 이사회의 결의 없이 재산을 무상으로 취득하였다고 해도, 유상취득의 경우와는 달리, 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 무효라고 할 것이 아니다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2007도8195 판결 참조).

다) 살피건대, 공소외 1 법인이 공소외 19 주식회사에 피고인의 생명복제기술 산업화연구와 관련한 연구비를 지원해 줄 것을 요청하면서 그에 대한 근거로 첨부한 보고서에 피고인을 공소외 1 법인의 연구책임자로 표시한 사실은 인정되나[증제627호(수사기록 27권 17216-17227쪽)], ☆☆그룹이나 공소외 22 재단법인이 공소외 1 법인에 연구비를 지원하면서 공소외 1 법인으로부터 반대급부를 받기로 약정하였다거나 공소외 1 법인이 위 출연기관들에 어떠한 채무를 부담하기로 약정하였음을 인정할 명백한 증거는 없다.

또한 공소외 1 법인과 공소외 5 회사계열사와 사이의 공동연구개발 사업협약서, 합의서, 부속서, 3사간사업협약서[증제 536호(수사기록 38권 15713-15718쪽)]에 의하면, 공소외 1 법인과 공소외 5 회사는 체세포 복제기술을 중심으로 한 생명공학 분야의 신기술과 상품의 개발과 이의 실용화 및 사업화를 위한 연구개발 사업을 공동으로 수행하되, 공소외 5 회사가 연구개발비용으로 5년간 합계 75억 원을 지급하고 공소외 1 법인은 매년 9월에 해당년도의 연구개발 사업 결과를 공소외 5 회사에 서면으로 통보하기로 약정한 사실을 인정할 수는 있다.

그러나 위 약정의 전체적인 취지는 공소외 5 회사가 공소외 1 법인에 연구개발비를 지원하고 공소외 1 법인은 독자적으로 연구개발사업을 수행하되, 그 결과는 매년 통보하며, 연구개발사업의 결과물에 대해서는 공동소유로, 그 결과물의 처리나 제3자에의 양도 등은 협의하여 정하기로 한 것인바, 공소외 1 법인은 지원된 연구개발비를 사용하여 독자적으로 생명공학 분야의 신기술 연구개발사업에 전력을 다하기로 하였을 뿐, 연구개발비의 지원에 대한 반대급부로서 어떠한 구체적인 의무를 부담하기로 약정하였다고는 보이지 아니하고, 다만 그 연구개발사업의 성과가 가시화되면 그 결과물의 처리에 관하여 별도로 설립된 공동지분의 회사에 지적재산권 등을 귀속시키기로 한 것에 불과하다.

그러므로 연구개발이 실시되기 이전 단계에서 연구개발비를 지원받는 대가적 의미의 구체적인 채무를 부담하였다고 볼 수 없고, 따라서 실질적인 관점에서 보면 위 약정을 유상계약으로 파악하여 반드시 공소외 1 법인의 이사회 결의가 필요하다고 보기 어렵다.

라) 더구나 공익법인법 제11조 제1항에서 공익법인의 재산은 대통령령이 정하는 바에 따라 기본재산과 보통재산으로 구별하고, 위 법조항의 위임에 따라 동법 시행령 제16조 제2호는 기부에 의하거나 기타 무상으로 취득한 재산을 기본재산으로 하되, 다만 기부목적에 비추어 기본재산으로 하기 곤란하여 주무관청의 승인을 얻은 것은 예외로 한다고 규정하고 있는바, 이 사건 출연기관들은 공소외 1 법인에 '피고인의 생명공학 연구에 대한 지원'이라는 용도를 명시하여 기부하였다고 보이므로, 그 기부의 목적에 비추어 기부금을 공소외 1 법인의 기본재산으로 삼기에는 곤란하다고 인정되고, 기부금에 대하여 보통재산으로 하는 데 주무관청의 승인이 없었다고 하더라도, 위 법조항에서 기부금에 대하여 기부목적에 비추어 기본재산으로 하기 곤란한 경우에는 주무관청의 사전 허가가 아닌 사후 승인을 얻도록 규정하고 있는 점, 금전은 원칙적으로 점유의 이전으로 소유권의 변동이 생기는 특성을 가지고 있다고 보아야 하는 점, 공소외 1 법인의 기부금에 대한 적법한 소유권 취득 여부는 공소외 1 법인과 이 사건 출연기관들 사이에서 다투어질 성질의 문제일 뿐인 점을 고려하면, 기부행위에 있어서는 제3자인 피고인이 공소외 1 법인으로부터 연구비 용도로 지급받은 자금을 유용한 행위가 범죄를 구성하는 지 여부를 판단함에 있어서, 공소외 1 법인에 피해자 적격을 충분히 인정할 수 있다고 판단된다.

마) 따라서 이 사건 출연기관들이 기부한 연구비의 취득에 관하여 공소외 1 법인 이사회의 결의를 거친 바 없다고 하더라도, 위 기부금이 공소외 1 법인의 소유에 속한다고 충분히 인정할 수 있다.

3) 공소외 1 법인을 통한 연구비 지원의 이유와 기부금의 성격

가) 피고인은 ○○대학교 교수로서 교육공무원법 제2조 제1항 제1호, 제2항 제1호, 고등교육법 제2조의 각 규정에 의하여 교육공무원의 지위에 있다고 할 것인데, 기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률 제5조에서는, 국가나 지방자치단체 및 그 소속 기관·공무원은 기부금품을 모집할 수 없고(제1항), 자발적으로 기탁하는 금품이라도 법령에 다른 규정이 있는 경우 외에는 이를 접수할 수 없다(제2항)고 규정하고, 이를 위반하여 기부금품을 모집한 자는 1년 이하의 징역이나 1천만 원 이하의 벌금에 처한다(제16조 제2항 제1호)는 처벌규정까지 마련하고 있으므로, 피고인이 이 사건 출연기관들로부터 직접 그 사용 용도에 아무런 제한이 없는 포괄적 후원금을 수수하는 행위는 법률상 허용될 수 없다.

나) 한편, 공소외 23, 24에 대한 검찰 진술조서 및 이에 첨부된 법인설립허가증 등[증제540호(수사기록 24권 15816, 15822쪽)] 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 1 법인은 재정경제부장관으로부터 2000. 7. 3. 법인설립허가를 받고, 2001. 1. 12. 그 당시 시행되던 법인세법 제24조 제1항, 법인세법시행령 제36조 제1항 제1호 타목, 법인세법시행규칙 제18조 제1항 제32호의 각 규정에 의한 공익성기부금 대상단체로 지정된 사실을 인정할 수 있는바, 공소외 1 법인이 공익성기부금 대상단체로 지정됨에 따라 이 사건 출연기관들은 기부금 중 일정액을 손금에 산입하여 세금을 감면받을 수 있는 이익을 누릴 수 있게 되었다고 보인다.

다) 따라서 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인을 통하여 피고인에게 연구비를 지원한 이유는, 피고인의 신분이 공무원이기 때문에 직접적으로 연구비를 지원하는 것이 위와 같은 법령상의 제한에 저촉되어 허용되지 않을 뿐 아니라, 이 사건 출연기관들이 기업 이익의 사회 환원 차원에서 연구비를 지원하는 데 수반될지 모르는 세제상의 불이익을 방지하기 위함에 있었다고 판단되고, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 앞서 본 이 사건 출연기관들의 공소외 1 법인에 대한 자금 지원 경위나 그 목적에 비추어 보면, 공소외 1 법인에 지급한 자금은 모두 그 집행에 대하여 특별한 제한 없이 피고인에게 일임되어 있는 피고인 개인에 대한 포괄적 후원금이라고 보기는 어렵고, 적어도 피고인의 생명공학 연구를 위한 연구비로 사용될 것을 전제로 공소외 1 법인에 위탁된 공익성 기부금에 해당한다고 봄이 상당하다.

(2) 보관자의 지위 인정 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 공소외 1 법인은 비록 통상적인 사단법인과 달리 그 운영이 일부 비정상적으로 이루어진 점은 부인할 수 없으나, 단체의 규약인 정관에 근거하여 의사결정기관과 집행기관 등의 조직을 갖추고 독자적인 활동을 하는 사회조직체로서는 최소한 존립하고 있다고 판단되므로 단체로서의 실체는 존재한다고 봄이 상당하고, 공소외 1 법인이 이와 같이 별도의 단체로 존재하고 있다고 인정되는 이상, 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인에 지급한 돈은 당연히 단체인 공소외 1 법인에게 귀속되는 것이지, 공소외 1 법인이 수행한 주된 업무가 피고인의 연구 지원이었다고 하여 처음부터 피고인에게 귀속된다고 볼 수는 없고, 오히려 각 수사보고(증제530, 571호 등) 및 이에 첨부된 각 서류의 각 기재 등 기록에 의하면, 공소외 1 법인은 위와 같은 설립목적에 따라 □□그룹이나 ☆☆그룹 등 대기업으로부터 지원받은 자금을 피고인의 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제 수행을 위한 연구비로 지급하였고, 피고인은 위 연구과제 수행을 위한 공소외 1 법인의 연구책임자로 지정되어 있었으며, 피고인도 연구비 지급을 신청하면서 그 신청서 등에 위 연구과제의 연구책임자라고 기재한 사실, 공소외 1 법인이 공소외 25 주식회사와 체결한 공동연구개발 사업협약서에도 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자로 지정되어 있고, 피고인도 이 협약서에 공소외 1 법

인의 연구책임자로 직접 서명날인을 하였는데, 피고인은 그 후 위 협약에 따라 공소외 25 주식회사에 제출한 연구 결과보고서의 연구개요란에도 자신을 연구책임자로 기재한 사실 등을 각 인정할 수 있는바, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 수령한 돈은 결국 공소외 1 법인의 연구책임자의 지위에서 지급받은 연구비에 해당하여 피고인은 이를 해당 연구과제의 연구 목적에 사용하여야 할 의무를 부담한다고 보아야 하므로 규범적으로 업무상 보관하는 지위에 있다고 봄이 상당하고, 이러한 결론은 공소외 1 법인에 연구비 사용과 관련된 어떠한 내부 규정이나 규제가 사실상 없었다고 하여 달리 볼 수 없다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, ① 이 사건 출연기관들은 피고인에게 직접 후원금을 전달한 것이 아니라 공소외 1 법인이라는 조직체를 통하여 연구를 지원하는 등의 그 자금 지원의 경위에 비추어 보면 이 사건 출연기관들의 의사는 피고인에게 지급될 생명공학 분야의 연구비라는 용도를 특정하여 자금을 공소외 1 법인에게 기부하였다고 보아야 하는 점, ② 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자로서 지급되는 자금을 당초 이 사건 출연기관들의 공소외 1 법인에 대한 기부의 목적이나 취지에 부합하도록 생명공학 분야의 연구비라는 용도에 맞게 사용하여 할 의무를 부담한다고 해석되는 점, ③ 공소외 1 법인이 이 사건 출연기관들의 당초 기부목적에 부응하지 못하고 피고인의 연구비 사용에 대한 감독을 제대로 하지 않았거나 이사회 의사결정 등을 포함한 실제 운영이 형식적으로 이루어졌다고 하더라도, 그러한 사정은 공소외 1 법인 임원들의 공소외 1 법인 법인에 대한 충실의무 위반으로 평가될 뿐이고, 공소외 1 법인이라는 단체의 의사가 피고인이 아무런 제한 없이 연구비 용도로 지원된 금원을 임의대로 사용하도록 허용하였다고 볼 수는 없는 점, ④ 피고인은 검찰 조사에서, 세무처리 관계로 기업으로부터 받는 거액의 기부금의 경우에는 재단법인이나 사단법인을 거쳐서 지원이 되어야 하고 개인에게는 기부가 되지 않는다고 알고 있다는 취지로 진술한 바 있을 뿐 아니라[증제566호(수사기록 25권 16417쪽)], 피고인은 2002년 말경 생명공학 농장으로 운영하던 화성시 소재 목장의 부지 일부를 공소외 1 법인에 기증한 바도 있는 점에 비추어 보더라도, 피고인도 공소외 1 법인이 사단법인으로서의 실체를 갖추고 있음을 인식하고 있었다고 보이는 점 등을 아울러 고려하여, 원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 지급받은 연구비는 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제 수행을 위하여 지급된 것이고, 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자라는 지위에서 공소외 1 법인을 위해 위와 같은 용도가 지정된 연구비를 관리·보관하면서 위 연구과제의 목적에 맞도록 연구비를 집행하여야 하는 의무를 부담하므로, 피고인에게 보관자의 지위가 인정된다는 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없고, 피고인 주장과 같이 공소외 4의 요청으로 공소외 1 법인에 기부한 기업 등의 관계자들에 대한 각종 선물을 구입하는 비용을 피고인이 부담하였다는 등의 사정이 있다고 하더라도 달리 볼 것이 아니다.

(3) 횡령행위의 구성 여부 및 불법영득의사의 존재 여부

(가) 원심의 판단

피고인 및 공소외 26의 검찰 및 법정 진술, 각 차명계좌 명의자들의 각 검찰 진술 및 각 계좌 거래내역, 각 수사보고(증제498, 600, 609호 등) 및 이에 첨부된 각 서류의 기재 등 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 여러 사정, 즉 ① 피고인이 공소외 1 법인으로부터 재료비(실험용 소 구입 및 그 유지관리비) 명목의 돈을 지급받을 때 공소외 2 등 7명 명의의 차명계좌로 송금받아 전액 현금으로 인출한 후 총 17회에 걸쳐 합계 금 581,048,000원을 다시 매제인 공소외 10 명의의 차명계좌나 공소외 11 명의의 차명계좌로 분산하여 재입금하는 등 2단계에 걸쳐 자금세탁을 한 점,

② 만약 피고인의 주장대로 공소외 1 법인으로부터 지급받은 돈은 연구비로 용도가 지정된 것이 아니어서 임의로 사용할 수 있는 것이었다면 굳이 허위 증빙자료를 제출할 아무런 이유가 없고 떳떳하게 실제 용도대로 신청해도 될 터임에도, 피고인은 재료비를 신청하면서 실험착구입비 등 증빙자료를 허위로 만들어 제출함으로써 마치 연구비를 지급하면 소구입비나 그 유지관리비로 사용할 것처럼 가장한 점, ③ 피고인이 정당한 목적에 사용하려고 하였다면 위와 같은 차명계좌에서 굳이 수천만 원에 달하는 거액을 현금으로 인출하여 일단 캐비닛에 보관해 두었다가 사용하는 방법으로 불편을 감수할 이유도 없었을 것으로 보이는 점, ④ 공소외 10 명의의 차명계좌에는 피고인 개인에 대한 후원금도 입금되어 있어 공소외 1 법인에서 지급받은 재료를 현금으로 입금할 경우 그 개인 후원금과 혼재되어 구분이 사실상 불가능하게 되는 점, ⑤ 피고인은 공소외 10 명의의 차명계좌에 입금된 재료를 현금으로 입출금하면서 같은 은행의 여러 지점을 돌아다니면서 일정 금액 이하로만 입출금하기도 하였을 뿐 아니라, 계좌간 대체의 경우에도 적요란에 현금으로 처리한 것처럼 가장하기도 한 점, ⑥ 피고인이 재료비로 지급받은 돈 31억 5,484만 원 중 1,150만 원은 연구와는 무관한 공소외 1 법인 이사장인 공소외 4 교수의 딸 결혼식 식대로 사용하여 음이 밝혀졌고, 나머지 돈 중 피고인이 정당하게 사용하였다면서 그 내역을 제시하고 있는 23억 8,689만 원을 공제한 차액인 7억 5,600여만 원 상당에 대해서는 여전히 그 용처를 구체적으로 명백히 밝히지 못하고 있는 점(위 23억 8,689만 원 부분도 영수증 등 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료는 제시하지 못하고 있다), ⑦ 피고인은 스스로 백두산 호랑이나 매머드 복제연구 등 극도로 보안이 필요한 용도에 사용하기 위해 자금세탁을 하였다고 주장하면서 실제로는 공소외 10 명의의 차명계좌에 입금된 돈을 보안 용도에 사용하지 않고 소구입비로 사용하였다고 진술하기도 한 점, ⑧ 2001. 5. 4.부터 2005. 12. 26.까지 공소외 10의 차명계좌에서 공소외 10이나 그 가족에게 합계 3억 3,000여만 원이 송금된 점, ⑨ 피고인은 업무적으로 관련이 있는 ○○○○○○연구원, 경기도 <<<<<<소 관계자 등에게 수회에 걸쳐 정기적인 금원교부는 물론, 설날과 추석 등 명절의 선물 외에도 가끔 부서별로 회식을 시켜 주었고, 제1심 공동피고인 2, 3 교수에게는 유학생활비 등도 일부 보조해 주기도 하였다는 취지로 주장하나, 이러한 접대비나 생활비 지원이 연구 목적을 위해 정당하게 사용된 것이라고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 재료비 명목으로 지급받은 연구비 중 적어도 공소사실과 같이 592,548,000원 (= 581,048,000원 + 11,500,000원) 상당을 사적 용도에 사용할 목적으로 은닉하거나 실제 사적 용도로 임의 사용한 것으로 충분히 인정할 수 있다.

그리고 위와 같이 피고인이 차명계좌로 연구비를 송금받은 후 이를 전액 현금으로 인출하여 다시 자신의 매제 등 명의의 차명계좌로 재입금하는 방법으로 자금을 세탁하고, 자신의 개인 후원금과 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 같은 차명계좌에 입금하여 대부분 혼재되게 한 점과 그 이후 실제 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 사적 용도에 상당 부분 사용하기도 한 점 등 피고인의 자금세탁 경위나 내용, 세탁된 자금의 실제 지출용도 등 여러 사정을 고려하면, 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 피고인이 업무상 임무에 위배하여 자신이 보관하는 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하려는 업무상 횡령의 범의 내지 불법영득의사가 없었다고 볼 수도 없다.

(나) 당심의 판단

- 1) 횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 피할 목적으로 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은, 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도, 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도366 판결 참조).
- 2) 우선 피고인이 공소외 10 명의의 차명 예금계좌를 이용하여 자금을 은닉·소비한 부분에 관하여 본다.
 - 가) 이 사건과 같이 피고인이 공소외 1 법인으로부터 7명의 차명 예금계좌를 통하여 지급받은 연구비를 공소외 10 명의의 차명 예금계좌로 입금하였다가 사용한 사실은 인정하면서도 그 자금을 생명공학 연구를 위하여 인출, 사용하였다고 주장하면서 불법영득의사의 존재를 부인하는 경우, 피고인이 주장하는 자금의 사용이 생명공학 연구 과정에서 통상적으로 발생하는 비용에 대한 지출로서 공소외 1 법인의 연구비로 그 비용을 부담하는 것이 상당하다고 볼 수 있는지 여부, 자금 사용의 구체적인 시기, 대상, 범위, 금액 등에 대한 결정이 객관적, 합리적으로 적절하게 이루어졌는지 여부 등을 비롯하여 그 자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여, 해당 자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부에 대하여 판단하여야 한다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도4784 판결 참조).
 - 나) 살피건대, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같은, 허위의 증빙자료를 이용한 연구비 신청 및 2단계에 걸친 자금 세탁 등의 정당성을 현저히 결여한 자금 조성의 방법, 피고인이 차명계좌에서 수천만 원에 달하는 거액을 현금으로 인출하여 일단 캐비닛에 보관해 두었다가 사용하거나 공소외 10 명의의 차명계좌에 보관된 금원을 출금하면서 여러 은행을 이용하고 현금 처리를 가장하는 등의 피고인이 자금인출 과정에서 보인 비정상적인 행태, 피고인 개인에 대한 후원금이 포함되어 있는 공소외 10 명의의 차명계좌에 보관된 자금의 성격, 공소외 10 명의 차명계좌에서 출금한 자금의 사용처에 대한 피고인 변소의 신빙성 정도나 그 적법성 여부 등의 여러 가지 사정에다가, ① 공소외 1 법인으로부터 지급되는 연구비는 피고인의 생명공학 연구에 사용하도록 포괄적으로 그 용도가 지정되어 있고, 그 생명공학 연구는 최첨단 분야로서 연구 성과의 내용에 따라서 추가적인 연구 방향이 설정되는 등의 역동성과 불확실성이 지배하는 영역인 점에 비추어 실제 연구를 담당한 피고인에게 연구비의 지출 항목이나 규모의 선정 또는 지출의 필요성 여부에 대한 광범위한 판단 재량이 부여되어 있다고는 보이나, 기본적으로 그 연구비의 집행은 생명공학 연구라는 테두리 내에서만 가능한 것이고 개인적인 용도로 소비하는 것은 연구비 위탁의 본질에 반하는 점, ② 2단계의 과정을 거쳐 자금을 세탁하거나 현금으로 입, 출금을 반복하는 등 피고인의 행태는 그 성질상 피고인 주장과 같이 극도의 보안이 필요하기 때문에 자금의 '지출용도'를 드러나지 않게 하기 위한 것이 아니라 그 자금의 '출처'를 은폐하기 위한 것으로 평가되는 점, ③ 위와 같은 자금을 조성한 동기에 관한 피고인 진술의 신빙성이 객관적인 자료에 의하여 뒷받침되지 않을 뿐 아니라, 피고인이 혼자서 경리담당 직원인 공소외 26조차도 알지 못하도록 공소외 10 명의 차명계좌를 관리하였고[증제582호(수사기록 25권 16494쪽)], 공소외 10은 피고인의 매제로서 친족관계에 있는 점, ④ 공소외 10 명의 차명계좌의 거래내역[증제585호(수사기록 26권 16542-16544쪽)]에 의하면, 2001. 3. 14.부터 2001. 9. 1.까지는 대체적으로 자금이 위 계좌로 입금되어 그 잔고가 653,610,764원에 달하였다가 2001. 12. 31.부터 2002. 4. 17.까지의 단기간 내에 자금이 인출되어 그 잔고가 6,771,826원에 불과하게 된 점을 아울러 고려하여, 원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다(피고인이 이 부분 횡령한 금원을 원래의 용도대로 적합하게

사용하였다고 하더라도, 그와 같은 사정은 범행 후의 정황에 불과할 뿐이고 범죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 아니한다).

3) 다음으로 피고인이 공소외 11 명의의 차명 예금계좌를 이용하여 자금을 은닉·소비한 부분에 관하여 보면, 원심의 판단은 기록에 나타나는 객관적인 금융거래 내역에 비추어 수긍하기 어려운 바, 이에 대해서는 아래에서 항을 바꾸어 살펴본다.

(4) 공소외 11 명의 차명 예금계좌를 이용한 부분에 관한 범죄성립 여부

(가) 이 부분 공소사실의 요지[원심판결의 범죄사실 제1의 가. 1)항 중 별지(2) 범죄일람표 순번 14 내지 17 부분]

피고인은, 2000년 10월경부터 공소외 1 법인에서 수주한 광우병 내성소, 소 복제 연구 등을 수행하는 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제의 연구책임자로서 공소외 1 법인으로부터 재료비 등의 명목으로 연구비를 지급받아 위 연구를 위한 연구과제 수행, 연구비의 관리 및 집행업무를 총괄함에 있어 지원된 연구비는 피고인의 생명공학 연구에 사용되도록 그 용도가 특정되어 있어 그 용도로만 사용하여야 함에도, 2000. 10. 9.경 ○○대 연구실에서 위 생명공학교실의 경리직원인 공소외 26을 통해 공소외 1 법인에 5,000만 원 상당의 실험용 소를 구입하였다는 취지의 관련 서류를 작성·제출하여 공소외 1 법인 직원인 공소외 27로부터 실험용 소 구입비 명목으로 5,000만 원을 공소외 26이 보관중인 공소외 2 명의의 농업협동조합 차명 예금계좌로 송금받은 것을 비롯하여 그 무렵부터 2005. 2. 15.까지 사이에 별지(1) 송금일람표 기재와 같이 총 209회에 걸쳐 공소외 2 등 7명 명의의 차명 예금계좌로 실험용 소구입비 및 실험축 유지관리비 합계 3,154,840,000원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중,

1) 2004. 10. 7.경 위와 같이 차명 예금계좌에 보관중이던 실험용 소 구입비를 현금으로 인출한 다음, 서울 (이하 생략) 소재 하나은행 ○○대지점에서 그 중 2,000만 원을 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌(계좌번호 생략)에 입금한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2005. 8. 25.까지 사이에 별지(2) 범죄일람표 순번 14 내지 17 기재와 같이 총 4회에 걸쳐 합계 105,548,000원을 위 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌에 분산 입금하여 이를 은닉·소비함으로써 횡령하였다.

〈별지(2) 범죄일람표 중 관련 부분〉 원심 별지(2) 순번계좌번호거래일입금액(원)거래점명적요차명계좌14(계좌번호 생략) 2004-10-0720,000,000하나은행현금공소외 11 계좌15(계좌번호 생략)2004-10-0822,548,000하나은행현금16(계좌번호 생략)2004-11-1613,000,000하나은행현금17(계좌번호 생략)2005-08-2550,000,000하나은행현금소계 ? ? 105,548,000 ? ?

(나) 원심의 판단

원심은 이 부분 공소사실에 대해서도, 피고인이 공소외 10 명의의 차명 예금계좌에 분산 입금하여 이를 은닉·소비함으로써 횡령한 부분과 함께 모두 유죄가 인정된다는 취지로 판단하였다

(다) 당심의 판단

그러나 원심의 이 부분 판단은 다음과 같은 이유로 이를 수긍하기 어렵다.

1) 이 부분 공소사실은, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 실험용 소구입비 및 실험축 유지관리비 명목으로 공소외 2 등 7명 명의의 차명 예금계좌로 지급받은 금원을 공소외 11 명의의 차명 예금계좌에 입금하였다는 점을 전제로 하고 있고, 위 전제사실이 인정되지 않는다면 공소외 11 명의의 차명 예금계좌에 입금한 금원의 출처가 다양할 수 있으므로 이 부분 공소사실이 법관으로 하여금 합리적인 의심의 여지없이 확신을 갖게 할 정도로 증명되었다고 볼 수 없다.

그러나 피고인과 증인 공소외 26의 원심 및 당심에서의 각 법정진술, 공소외 11에 대한 검찰 진술조서와 첨부된 수신기 간별 거래내역[증제393호(수사기록 16권 11180-11193쪽)], 변호인이 제출한 증거제121, 142, 171호 등 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

나) 위 공소외 11 명의 차명 예금계좌의 개설일인 2004. 6. 23. 및 이 부분 공소사실의 각 범행일자(2004. 10. 7., 2004. 10. 8., 2004. 11. 16., 2005. 8. 25.)의 전일과 그 범행 당일을 기준으로 한 그 당시 피고인이 공소외 1 법인으로 부터 재료비 등의 명목으로 연구비를 입금받아 관리하던 공소외 2 등 7명[공소외 2(♂♂목장 관리자), 공소외 28(인공수정사), 공소외 29(수의사), 공소외 30(○○대△△과대 박사), 공소외 31(수의사), 공소외 32(인공수정사), 공소외 33(○○대△△과대 박사)] 명의의 차명 예금계좌의 잔고는 다음 표 기재와 같다.

다) 한편, 위 공소외 11 명의 차명 예금계좌의 개설일인 2004. 6. 23.부터 이 부분 공소사실의 최종 범행일인 2005. 8. 25.까지의 기간 동안 위 7명의 차명 예금계좌에서 출금된 내역은 다음 표 기재와 같다.

3) 위 인정사실을 기초로 하여 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실, 즉 ① 이 부분 공소사실의 각 범행일자 당시의 위 7명 명의의 차명계좌의 각 예금 잔고 합계액이 이 부분 공소사실의 각 횡령금액에 현저히 미달되는 점, ② 위 7명의 차명 예금계좌에서 출금된 내역에 의하더라도, 공소외 4의 딸 결혼식 식대로 지출하여 횡령하였다고 별도로 공소가 제기된 위 내역표의 순번 2 내지 4 부분, 2005. 2. 7. 공소외 11 명의 차명 예금계좌에 입금되었음이 인정되는데도 그 자금의 출처가 개인 후원금 및 격려금이라는 피고인의 변

소를 받아들여 공소를 제기하지 아니한 것으로 보이는 위 내역표의 순번 9, 10 부분 및 검찰의 수사과정에서 피고인의 연구실 운영비 통장으로 입금되었음이 확인된 위 내역표의 순번 13, 14 부분을 제외한 나머지 각 거래내역은, 이 부분 공소사실의 각 횡령일자나 그 횡령금액과 비교하여, 오른쪽 표에서 보는 바와 같이 그 거래 액수나 거래일시가 현저히 차이가 나는 점, ③ 공소외 26은 수사과정에서부터 원심 및 당심 법정에 이르기까지 대체적으로 일관되게, '피고인은 평소에도 자신의 사무실 캐비닛에 현금을 약 5,000만 원 정도씩은 보관하여 왔고, 공소외 11 명의 예금계좌는 2004년 9월 초순경 피고인으로부터 통장과 도장을 건네받아 외화 환전용으로 사용한 계좌인데, 이 부분 공소사실 입금액은 피고인이 현금을 주면서 공소외 11 명의 예금계좌에 입금하라고 지시하여 자신이 입금하였다'는 취지로 진술하고 있는 점[공판기록 9440쪽, 증제491호(수사기록 21권 13886-13887쪽)] 등 객관적인 금융거래내역이 피고인의 위 검찰에서의 자백진술과 모순될 뿐 아니라, 공소외 10 명의의 차명 예금계좌와는 달리 피고인의 연구비나 후원금 등 각종 자금을 관리하였던 공소외 26이 공소외 11 명의의 차명 예금계좌의 입출금에 상당부분 관여하는 등 계좌관리의 밀행성 여부나 그 관리의 행태에 비추어 보면, 이 부분 공소사실의 전제사실인 공소외 11 명의 차명 예금계좌에 입금된 금원의 출처가 공소외 1 법인으로부터 재료비를 지급받은 위 7명 명의의 차명계좌라는 점을 인정하기 어렵다.

순번공소외 11 차명계좌7명의 차명계좌출금내역과 입금내역 비교입금일자입금액(원)그 당시까지의 출금액최종 출금일자액수 차이 (원)시간적 간격12004. 10. 7.20,000,0007,500,0002004. 8. 10.5,500,000 내지 15,048,000약 2개월 내지 3개월22004. 10. 8.22,548,00032004. 11. 16.13,000,00042005. 8. 25.50,000,00042,500,0002005. 2. 7.7,500,000약 6개월

4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

나. 공소외 1 법인 연구비 편취의 점에 대하여

(1) 공소외 1 법인 연구비의 소유권 귀속 및 타인의 재물성 인정 여부

피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단은 제2의 가. (1)항에서 본 바와 같다.

(2) 피고인의 제1심 공동피고인 2와의 공모 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 제1심 공동피고인 2는 법정 및 검찰에서 일관되게 당시 연구실의 총 책임자인 피고인이 실험재료나 기자재를 구입하는 것처럼 비용처리를 하여 운영자금을 마련하라고 지시하여 판시와 같이 허위세금계산서 등을 이용하여 이 부분 범행을 하게 되었다고 진술하고 있고[제1, 4회 공판조서, 검찰 피의자신문조서(증제715호)], 공소외 26도 검찰에서 위와 같은 취지로 진술하였으며[제5회 진술조서(증 제717호)], 피고인도 법정에서 '공소외 1 법인에 후원금이 들어왔으니 연구팀 운영비를 마련하라고 제1심 공동피고인 2에게 부탁하였고, 당연히 세금계산서나 거래명세서를 허위로 발급받아 이를 근거로 연구비를 청구하라는 의미였다.

'라고 이를 시인한 바도 있는바(제3회 공판조서), 이러한 각 진술들에도 당시 공소외 1 법인의 연구비는 피고인의 연구비로 지원받는 것이었으므로 이를 제1심 공동피고인 2가 피고인의 지시 없이 임의로 허위의 세금계산서까지 만들어 신청하였다고 보기는 어렵고, 제1심 공동피고인 2는 위 금원을 바로 인출하여 피고인 연구실의 운영비 등으로 사용한 것으로 보이는 점 등을 함께 모아보면, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 실험재료나 기자재를 구입한 것처럼 비용 처리하여 운영자금을 마련하라는 취지로 지시한 사실을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

- 1) 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계의 경우, 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고, 이에 대한 직접 증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도7625 판결 참조).
- 2) 원심이 적절하게 들고 있는 여러 가지 사정에다가, 제1심 공동피고인 2는 검찰 조사에서, “피고인이 저에게 ‘산과학교실 운영비가 필요하니 비용처리를 하여 자금 5,000만 원을 마련해 달라’고 말하였다”고 진술하였고[증제712호(수사기록 31권 19352쪽)], 피고인도 검찰 조사에서, “2000년 10월 초순경 제가 제1심 공동피고인 2 교수에게 ‘산과학교실 연구원들의 인건비와 여비 등 운영비가 필요하니 비용처리를 하여 운영자금을 마련해 달라’고 말을 했습니다.”라고 인정하였으며[증제716호(수사기록 31권 19381쪽)], 공소외 26도 검찰 조사에서, “피고인 1 교수님이 제1심 공동피고인 2 교수님에게 △△대 연구실 운영과 관련하여 비용 처리를 지시하셨고, 그러한 지시를 저한테도 하셔서 제가 제1심 공동피고인 2 교수님이 발부받은 거래명세표와 세금계산서를 받아 공소외 1 법인에 비용 청구를 하였습니다. 공소외 1 법인에서 연구비가 지출되고 나서 제가 제1심 공동피고인 2 교수님으로부터 제1심 공동피고인 2 교수님의 농협 통장을 받아 5,000만 원을 현금으로 인출하여 피고인 1 교수님에게 드렸습니다.”고 진술하여[증제717호(수사기록 31권 19392-19393쪽)], 피고인과 제1심 공동피고인 2, 공소외 26의 위 각 진술이 서로 부합하고 있다[변호인은 제1심 공동피고인 2가 최초로 작성한 진술서(증가제165호(검찰 제출의 수사기록 31권 19403-19411쪽))를 근거로 위 제1심 공동피고인 2 진술의 신빙성을 탄핵하고 있으나, 위 진술서의 전체적인 취지도 ‘운영자금이 정상적으로 책정된 항목이 아니었기에 피고인도 물품을 구입한 것처럼 공소외 1 법인에 요청하여 자금을 마련할 것으로 알고 있었을 것이나, 관련서류 및 처리 절차는 몰랐을 것이다’는 취지에 불과하고 피고인의 지시 사실 자체를 부정하고 있지는 아니하다(수사기록 31권 19411쪽 참조).].
- 위 인정사실을 기초로 하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인이 피고인 1 연구팀에서 기자재와 실험재료의 구매를 담당하는 책임자인 제1심 공동피고인 2에게 자금을 마련해달라고 요청한 점, ② 피고인의 위와 같은 지시가 실제 기자재나 실험재료의 구입이 예정되어 있지 않은 상황에서 이루어진 점, ③ 피고인의 위와 같은 지시내용 중 비용처리의 의미는 그 당시 제1심 공동피고인 2가 담당한 업무내용과 피고인과 제1심 공동피고인 2의 상하 지휘관계, 연구비 지급청구를 위해서는 세금계산서나 거래명세표 등 증빙자료가 필요한 점 등에 비추어 증빙서류를 허위로 만들어 이를 근거로 연구비를 청구하여 자금을 마련하라는 것이라고 해석되는 점, ④ 피고인의 지시 이후 제1심 공동피고인 2가 공소외 26을 통하여 허위의 증빙서류를 이용하여 연구비를 신청한 기관은 제1심 공동피고인 2가 아니라 피고인에게 연구비를 지원해주는 기관인 공소외 1 법인이었고, 그 후 지급된 연구비도 곧바로 공소외 26을 통하여 피고인에게 전달되어 피고인의 연구실 운영비로 사용된 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 비록 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 구체적인 자금마련 방법이나 허위의 증빙서류를 작성하는 데 도움을 받을 대상 업체의 선정 등에 관해서까지 지시하지 않았다고 하더라도, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 허위의 증빙서류로 연구비를 부당하게 지급 청구하는 방법으로 재원을 마련하라는 취지로 지시하였다고 인정하기에 충분하다.
- 3) 나아가 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하므로, 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 위 요건의 충족 여부에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것인데(대법원 2010. 7. 15. 선고

2010도3544 판결 참조), 피고인 1 연구팀의 최고책임자로서의 피고인의 지위나 역할, 피고인의 기자재나 실험재료 구매 업무에 있어서 제1심 공동피고인 2에 대한 지휘·감독관계, 제1심 공동피고인 2의 연구비 지급청구에 따라 수령한 금원이 곧바로 피고인 연구실의 운영비로 사용되는 등 편취한 금원의 사용용도 등을 종합하여 보면, 피고인이 허위의 증빙서류를 이용한 연구비 부당청구행위를 직접 분담하여 실행하지 않았다고 하여도 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 그 범행 전체의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 이 부분 편취의 범행에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 하였다고 충분히 인정할 수 있다.

4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 공모공동정범, 범의의 인정에 관한 법리오해 주장은 이유 없다.

다.

정부 연구비 편취의 점에 대하여

(1) 원심의 판단

원심은, ○○대 연구비 관리규정(증제380호)에는, 연구책임자는 소정의 지출증빙서를 갖추어 연구비 지급 청구서를 관리과에 제출하고, 연구비의 지출은 지급받을 자의 금융기관 계좌를 이용하도록 되어 있으며(제8조), 연구비는 연구 목적 이외에 사용하여서는 아니 된다(제7조)고 규정되어 있는데, 피고인이 자인하는 바와 같이 피고인이 마치 정당하게 돼지구입비로 지출하는 것처럼 가장하여 허위 내용의 세금계산서, 거래명세표 등을 제출하는 방법으로 이 부분 연구비를 지급받은 이상, 위 연구비의 지급을 담당하는 ○○대△△△△연구소 직원은 피고인의 기망에 의하여 착오에 빠져 이 부분 연구비를 지급한 것이 분명하고, 정부연구비는 그 성격상 용도가 엄격히 제한되어 있어 피고인이 다른 용도에 전용하려는 것을 알았다면 이 부분 연구비는 정상적으로 지급되지 아니하였을 것으로 능히 추인할 수 있으며, 피고인의 지능이나 학력, 경력 등에 비추어 이러한 사정은 피고인도 충분히 인식하고 있었다 할 것이므로, 이 부분 정부연구비가 피고인의 주장과 같이 '돼지복제 및 복제기반 연구 사업'이라는 종합적인 연구과제를 위하여 지원된 것인지 여부에 관계없이 피고인에게 이 사건 연구비 편취에 관한 불법영득의사도 있었다고 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

(가) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 관련규정에 의해 정부지원 연구비는 연구 목적 이외에 사용하여서는 아니 되고 소정의 지출증빙서를 갖추어 연구비를 지급 청구하여야 할 뿐 아니라, 위 ○○대학교연구비관리규정에 의하면, 연구책임자는 지원기관이 정한 바에 따라 연구비실행예산서를 작성하여 관리기관에 제출하여야 하고(제5조), 연구책임자는 실행예산에 따라 지출증빙서를 갖추어 연구비 지급청구서를 관리기관에 제출하여야 하며(제8조), 연구책임자는 연구비 집행이 종료되면 관리기관에 종료 사실을 통보하여야 하고, 통보를 받은 관리기관은 연구비를 정산하여 지원기관에 제출하여야 하며, 집행 잔액은 원칙적으로 지원기관의 지침에 의하여 처리한다(제12조)고 규정하고 있는 등 그 연구비의 사용 용도가 엄격하게 정해져 있고 그 청구절차에서도 구체적인 증빙이 요구되며 집행 종료시 정산절차 및 집행 잔액에 대한 처리절차까지 예정되어 있는 등 연구비 집행의 투명성을 확보하기 위한 다각도의 제도적 장치를 마련하고 있다.

(나) 위와 같은 관련규정의 내용을 기초로 하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는, 피고인이 참여한 연구용역계약의 체결경위와 계약형식, 연구비 수령을 위한 지급신청 절차와 필요한 증빙서류의 내용, 연구용역계약에 따른 연구비의 사용처 제한과 잔존 연구비의 처리절차, 피고인이 연구비를 수령하기 위하여 사용한 기망행위의 수단이나 방법 등을 종합하여 보면, 피고인이 연구비 집행기관인 ○○대△△△△연구소에 허위의 증빙서

료를 제출함으로써 연구비를 지급받은 행위는 사기죄를 구성한다고 충분히 인정된다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007도7091 판결 참조).

(다) 나아가 피고인이 교부받은 연구비를 연구과제의 목적과 범위를 벗어나지 아니하는 한도에서 사용하였다고 하더라도, 기망행위를 수단으로 한 권리행사의 경우 그 권리행사에 속하는 행위와 그 수단에 속하는 기망행위를 전체적으로 관찰하여 그와 같은 기망행위가 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 없는 정도라면 그 권리행사에 속하는 행위는 사기죄를 구성하는 것인바(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도295 판결 참조), 피고인이 허위의 견적서, 세금계산서 등 증빙서류를 첨부하여 연구비 지급청구서 등을 허위로 작성하여 제출하는 방법으로 연구비를 공소외 34 명의의 농협 차명 예금계좌로 송금받은 행위는 전체적으로 관찰하여 사회통념상 권리행사의 수단으로서 도저히 용인될 수 없으므로 사기죄의 기망행위에 해당하고, 피고인의 편취 범의와 불법영득의사도 충분히 인정할 수 있다(대법원 2007. 11. 30. 선고 2007도5774 판결 참조).

피고인이 위 편취 금원 중 일부를 연구와 관련된 용도에 사용하였다고 하더라도 이는 단지 범행으로 취득한 금전의 사용방법에 불과한 것으로서 사기죄 성립에 아무런 영향을 미치지 아니한다.

(라) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 없다.

라. 생명윤리법위반의 점에 대하여

(1) 원심의 이 부분 판단요지

(가) 구성요건 해당 여부

1) 생명윤리법은 특별히 난자의 공유를 허용하는 취지의 어떠한 명시적인 규정도 두고 있지 아니할 뿐만 아니라, 입법 과정에서 난자의 매매를 처벌하기 위한 조항을 둘 필요가 있다는 제안에 따라 위와 같은 규정이 마련되었고, 외국의 다수 입법례가 난자의 공유를 허용하고 있다 하더라도, 위 법률의 입법 목적은 생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성하는 것뿐만 아니라, 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하는 것도 중요한 요소로 함께 포함되어 있는데다가(제1조 참조), 위와 같이 법문이 “금전 또는 재산상 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 난자를 제공하거나 이를 이용한”이라고 하여 포괄적으로 규정하고 있는 이상, 입법자의 의사가 반드시 직접적으로 난자를 매매한 경우만을 규제 대상으로 삼겠다는 취지였다고 볼 수 없고, 오히려 난자를 직접적으로 매매한 경우뿐만 아니라 난자의 공유 등 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼겠다는 취지라고 해석함이 상당하다.

2) 이 사건에서 난자를 기증한 불임환자들은 피고인 1 연구팀에게 난자를 제공하는지 여부와 관계없이 원래 자신들의 불임치료를 위해 이미 과배란 주사를 맞을 예정이었음에도 불구하고 그러한 비용 등을 일부 감면받았으므로 그들은 이 사건 난자 제공으로 인하여 원래 당연히 지출하게 되어 있는 비용을 일부 면하는 재산상 이익을 얻었고(이러한 점에서 불임치료와 무관한 순수 난자 공여자에게 난자 채취를 위한 과배란 주사비 등 실비를 보상하는 것과 동일하게 볼 수 없다), 피고인은 이러한 조건으로 난자를 제공받았으므로, 피고인의 이 부분 행위는 결국 위 법률 조항을 위반한 경우에 해당한다고 보지 않을 수 없다.

(나) 위법성 조각 여부

앞서 본 바와 같이 생명윤리 및 안전에 관한 법률은 직접적인 난자의 매매뿐만 아니라 난자의 공유를 포함하여 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를

모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼고 있다고 해석되는 이상, 피고인의 이 부분 행위는 원칙적으로 위법하다고 할 수 밖에 없고, 이 사건 불임환자들은 오로지 과학 연구용으로 난자를 제공한 것이고, 이 사건 불임환자들에게 제공한 재산상 이익도 사실상 난자 채취에 소요되는 실비 정도에 불과하며, 그러한 정도의 경제적 이익 제공은 연구 목적을 위한 난자공여의 활성화를 가져와 궁극적으로 과학의 발전에도 이바지하는 측면이 있다 하더라도, 이 사건의 경우 사회상규에 위배되지 아니한 정당행위가 성립하는 데 필요한 긴급성이나 보충성의 요건을 갖추고 있지는 못하다고 할 것이어서, 피고인 주장의 사정만으로 피고인의 이 부분 행위가 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(다) 법률의 착오 해당 여부

피고인은 이 사건 난자공유와 관련하여 해당 분야 전문가로 ◆◆대학교 법과대학 교수로 재직 중인 공소외 35에게 자문을 하였다고만 하고 있을 뿐, 자문내용과 그에 대한 답변이 구체적이고 상세한 것으로서 신뢰할 만하다고 볼 수 있는 자료는 보이지 아니할 뿐 아니라, 설령 위 공소외 35가 이 사건 난자 공유가 적법하다는 취지의 의견을 피력한 것이 사실이라 하더라도 이는 권한 있는 기관의 공식적인 견해가 아니라 어디까지나 개인적 견해에 불과한데다가, ◆◆대학병원의 IRB에서 위원회의 의결로 정식으로 이 사건 난자 공유가 적법하다는 견해를 피력하였다거나 피고인들이 감독관청에 이 사건 난자공유의 적법 여부에 대하여 문의를 해 적법하다는 취지의 확인을 받았다고 볼 만한 정황이 발견되지 아니하는 점 및 그 밖에 피고인의 지능이나 학력, 경력 등을 종합하면, 위 주장과 같은 사정들만으로 피고인이 이 사건 행위가 적법하다고 믿은 데에 대하여 정당한 이유가 있었다고 보기는 어렵다.

(2) 당심의 판단

(가) 구성요건 해당성에 대하여

1) 금지규정의 적용범위에 관한 주장에 대하여

가) 주장의 요지

난자의 유상거래 금지규정은 그 법률에서의 체계상의 위치에 비추어 인공수정배아의 경우에만 적용되고, 체세포복제배아에 대해서는 적용되지 않는다.

나) 판단

생명윤리법 제13조 제3항에서는, '누구든지 금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인 또는 알선하여서는 아니 된다'고 규정하고 있고, 그 금지규정은 위 법률 제3장 '배아 등의 생성·연구' 중 제2절 '인공수정배아'의 항목 속에 위치하고 있다.

그러나 위 법률 제3장의 제3절 '체세포복제배아'의 항목에서는 일정한 연구 목적 이외의 체세포 핵이식행위를 금지하는 등의 규정을 같은 장의 다음 절에 연이어 마련하고 있고, 난자가 개념상으로 인공수정배아와 보다 직접적인 관련이 있기 때문에 위 법률에서 제3장 제2절에 위 금지규정을 두었다고 보이며, 위 금지규정이 그 정자 또는 난자의 제공 등 행위의 주체를 구별하지 아니하고 '누구든지'라는 표현을 사용하고 있고, 그 제공 등의 구체적인 목적이나 의도를 구분하고 있지 않고 있으며, 제공 등의 반대급부의 내용도 포괄적으로 규정함으로써, 일반적으로 당해 행위를 금지하는 형식으로 규정되어 있는 점에 비추어 보면, 위 법률이 총칙에 위 금지규정을 두지 아니하고 '인공수정배아'의 항목 아래 위 금지규정을 두었다는 등의 법조문의 위치만으로는 그 적용대상이 체세포복제배아를 생성할 목적 하의 위반행위가 포함되지 아니하고 인공수정배아를 생성할 목적 하에 반대급부를 조건으로 난자를 이용하는 행위로 제한된다고 보기 어렵다[정부에서 2007. 11. 6. 금지규정의 체계를 정비한 내용의 생식세포 등에 관한 법률안(중

가제166호), 생명윤리 및 안전에 관한 법률 전부개정안(증가제167호)의 법안을 마련하여 국회에 제출되었다가 입법에 이르지 못하고 그 법률안이 폐기되었다는 등의 사정만으로는 위 법조항의 적용범위에 대하여 달리 해석할 수 없다.

].

2) 헌법상의 제반 원칙 위반 주장에 대하여

가) 주장의 요지

위 금지규정이 난자를 직접적으로 매매한 경우뿐만 아니라 난자의 공유 등 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼겠다는 취지라고 해석하는 것은, 헌법상 과잉금지원칙, 체계정당성의 원리, 명확성 원칙에 반한다.

나) 판단

원심도 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 위 금지규정이 직접적인 난자의 매매뿐만 아니라 반대급부를 제공하는 난자의 공유(Sharing)까지도 반대급부를 제공하지 아니하는 난자의 순수한 기증(Donation)과 구별하여 그 규제대상으로 삼고 있다고 본다 하여 죄형법정주의에 반하여 형벌법규를 함부로 유추해석하거나 확장 해석한 것이라고 할 수 없고, 일정한 합리적 수준의 보상이 뒤따르는 난자의 공유를 형사처벌의 대상에서 제외하는 것이 바람직하다고 하더라도, 난자의 이용은 인간생명의 존엄과 가치와 직접적인 관련성을 갖고 있어 필연적으로 윤리적인 문제를 야기하므로 규제 대상을 어느 정도까지 정할 것인지는 원칙적으로 입법정책의 문제로서 입법자의 폭넓은 재량에 맡겨져 있다 할 것이므로, 헌법상 과잉금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

또한 장기 등 이식에 관한 법률(이하 장기이식법이라 한다) 제37조 제1항에서 장기 등의 적출 및 이식에 소요되는 비용은 해당 장기 등을 이식받은 자가 부담한다고 규정하고 있는 반면, 생명윤리법에서는 난자의 채취비용에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하나, 장기이식법 제3조 제1호에서 정하는 신장, 간장, 췌장, 폐, 골수, 각막 등의 장기 등은 대체 불가능한 성질을 가지고 기증자의 신체적 완전성을 해하는 정도가 매우 큰 반면, 난자는 가임 여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 특성을 갖고 있어서, 위 장기 등에 비하여 유상거래의 유혹에 빠질 가능성도 더 높은 점 등 그 규제 대상의 특성이 상이하므로, 생명윤리법이 정하는 난자 매매 금지규정의 적용범위나 그 대상에 관하여 해석함에 있어서 반드시 난자의 채취비용에 관한 부분을 장기이식법의 해당 규정을 유추 적용하여야 한다거나 유추 적용하지 않는 것이 헌법상 체계정당성의 원리에 반한다고 볼 수 없다.

나아가, 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 위배되는 것이라고 볼 수 없고, 위 금지규정의 의미·내용은 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단을 기준으로 할 때 분명하게 파악할 수 있어 처벌규정으로서의 명확성도 충분히 갖추고 있다 할 것이어서 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다(생명윤리법이 2008. 6. 5.에서야 비로소 일부 개정되어 제15조의4에서 난자제공자에 대한 실비보상 규정을 마련하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 위 법률의 조항 자체가 명확성의 원칙에 반한다고 보기 어렵다.

).

3) 반대급부를 조건으로 한 난자 이용행위 해당 여부

가) 생명윤리법은 각종 유전자 검사와 정자, 난자의 매매 등 인간의 존엄성을 훼손하는 행위가 공공연히 자행되고 있는 실정에서 시급한 법제정을 통하여 사회적 윤리를 창출하고 규범을 세우려는 노력의 일환으로 국회 보건복지위원회

에서 제안되었고[증제774호(수사기록 33권 20122-20143쪽)], 그 법률의 목적도 생명과학기술에 있어서의 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지함에 있는 것인바(생명윤리법 제1조), 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 생명과학기술의 발전을 위한 난자의 제공은 그 제공자의 경제적 동기가 아니라 순수한 자발성에 의하여 뒷받침될 것이 요청되고, 이를 확보하기 위한 수단으로서 난자제공의 무상성이 관철되어야 할 것이다.

나) 살피건대, 원심이 적절하게 실시한 바와 같이, ① 불임치료와 무관한 순수 난자 공여자의 경우에는 난자 공여 의사의 결정에 의하여 비로소 난자 채취비용이 발생하는 반면, 난자를 기증한 불임환자들은 난자 공여 의사의 결정 여부에 관계없이 원래 자신들의 불임치료를 위해 이미 과배란 주사비 등의 비용 지출이 예정되어 있었기 때문에 각각 비용은 발생 원인이나 그 성격에 있어서 규범적으로 본질적인 차이가 있는 점, ② 비용 지출이 예정된 경우에 그 비용을 감면해 주는 것은, 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지하려는 생명윤리법의 입법목적에 위배될 가능성이 매우 높은 점에 비추어 위 법조항에서 정하는 포괄적인 반대급부에 포섭된다고 해석하여야 할 필요성도 있는 점, ③ 가임 여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 난자의 고유한 특성에 비추어, 난자의 제공이 어떠한 형태로든 재산상 이익의 취득과 결부되면 신중한 의사형성의 과정도 없이 보다 쉽게 난자 제공 의사를 결정함으로써 난자 공여의 순수성이나 자발성 원칙을 훼손할 위험성이 증대되는 점을 종합하면, 불임시술을 받는 환자들에게 과배란 주사비 등의 비용 감면의 이익을 알려주면서 잉여난자의 제공을 권유하는 것은 위 법조항이 금지하는 난자의 유상거래에 해당한다고 평가하지 않을 수 없다.

다) 따라서 이 부분 공소사실의 난자 기증자는 난자의 제공으로 인하여 당연히 지출하게 되어 있는 비용을 일부 면하는 재산상 이익을 얻었고, 피고인도 이러한 재산상 이익을 제공하는 것을 조건으로 난자를 제공받았으므로, 피고인의 행위는 결국 위 법률 조항을 위반한 경우에 해당한다.

(나) 위법성 조각 사유의 존재 여부에 대하여

피고인의 이 부분 행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당행위에 해당할 수 없다는 취지의 원심의 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 정당행위의 성립범위에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

(다) 법률의 착오 해당 여부에 대하여

- 1) 형법 제16조에서 “자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니 한다”라고 규정하고 있는바, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가하여야 한다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2007도1915 판결 참조).
- 2) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, ◆◆대학병원의 기관생명윤리심의위원회(IRB)에서 위원회의 의결로 정식으로 이 사건 난자 공유가 적법하다는 견해를 피력하였다거나 피고인이 감독관청에 이 사건 난자공유의 적법 여부에 대하여 문의를 해 적법하다는 취지의 확인을 받았다고 볼 만한 정황이 발견되지 아니하고, 피고인이 난자공유의 적법성 여부를 확인하였다는 법률전문가인 ◆◆대학교 법학과 교수 공소외 35는 검찰 조사에서 피고인에게 난자에 대한 보상비 관련 자문을 해 준 사실을 부인하였을 뿐 아니라[증제809호(수사기록 28015쪽, 당심 공판기록에 편철)], 당심 증인으로 출석하여서도, 2005. 1. 17. 개최된 ○○대학교△△과대학 IRB 자문회의에 참석하여 불임시술 과

정에서 잉여난자를 제공받는 경우에 그 불임시술 비용을 할인해 주는 것은 허용될 수 없고 순수하게 실비를 제공하는 것은 가능하다는 취지로 의견을 개진하였다는 것이므로, 피고인이 그와 같은 반대의견마저 존재하는 상황에서 순수한 난자 제공자가 아니라 불임시술을 받는 환자로부터 잉여난자를 제공받으면서 그 시술비용을 감면해 주는 것의 위법성 여부를 확인하는 데 진지한 노력을 다하였다고 볼 수는 없다 할 것이어서, 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한다고 오인한 데 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다.

3. 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 검사의 논문조작에 관한 입증의 정도

- (1) 과학적 판단의 영역에 있어서, 과학논문은 그 논문작성자가 그 내용이 진실하다는 입증을 할 책임이 있고, 이를 입증하지 못하여 해당 논문의 근거가 되는 실험 자료가 부족하거나 조작되었다는 의심을 받는 경우, 그 정도에 따라 당해 논문이 취소되거나 논문 조작의 정도가 중한 경우에는 학계에서 퇴출되는 등의 불이익이 발생할 수 있다.

한편, 과학의 발달에 있어서 중요한 의미를 갖는 과학논문일수록 발표된 이후 다른 연구자들의 후속 연구의 기초가 되기 때문에 후속 연구자들에 의하여 그 과학논문의 실험 내용에 대한 재연과 검증 절차가 뒤따르는 것이 보통이고, 그와 같은 후속 연구에 의해 그 논문의 진실성이 의심됨에도 논문작성자가 그 논문의 진실성을 적극적으로 입증하지 못하는 경우에 과학자로서 그에 따른 사실상의 불이익을 감수하도록 하는 것은 과학계 스스로의 자정작용의 일환으로서 그 유용성을 인정할 수 있을 것이다.

- (2) 그러나 논문조작이 어떠한 범죄의 구성요건을 구성하는 행위로 평가될 수 있는지의 여부는 사법적 판단의 범주에 속하고, 우리 헌법은 형사법의 영역에서 국민의 기본권을 보장하기 위하여 죄형법정주의와 함께 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항)을 채택하고 있는바, 형사소송법이 그 구체적인 실효성 확보수단으로서 채택한 증거재판주의(형사소송법 제307조)에 의하여, 검사는 공소를 제기한 범죄사실에 대한 입증책임을 지고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하며, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.

더구나 최첨단의 과학 분야에 있어서는 인간의 제한된 인식능력이나 그 시대의 과학기술의 발달수준이 한계로 작용하기 때문에 과학적 진실 자체를 확정하기가 어렵고, 이와 같이 진실 확정의 어려움에 따른 불이익을 앞서 본 과학계 스스로의 정화작용과 마찬가지로의 논리를 채용하여 피고인에게 부과하는 것은 우리 헌법과 형사소송법이 채택한 무죄추정의 원칙과 증거재판주의의 본질을 훼손하는 것이어서 허용될 수 없다.

나. 2004년 논문조작 관련 사실오인 주장에 대하여

- (1) DNA 지문분석 검사 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

2003년 5월 초순경 ○○대 연구실에서, 피고인은 공소외 12로부터 NT-1 줄기세포의 침전물로부터 유전자지문분석 시료를 추출하는 과정에서 실수로 시료채취에 실패하였다는 보고를 받자, 우선 NT-1 줄기세포의 유전자지문분석 시료 없이 위 줄기세포에 대한 난자 및 체세포 제공자로 알고 있던 공소외 36(실제 난자 및 체세포 제공자는 공소외 37)의 체세포에서 추출한 유전자 지문분석 시료만 보내서 유전자지문분석검사를 의뢰하도록 지시하고, 이에 따라 공소외 12는 제1심 공동피고인 5에게 피고인의 지시를 전달하고, 제1심 공동피고인 5는 공소외 36의 체세포에서

추출한 유전자지문분석 시료를 NT-1 줄기세포와 체세포용 튜브에 각 나눠 담아 그 사실을 모르는 국립과학수사연구소 서부분소 유전자분석실장인 공소외 38에게 유전자지문분석을 의뢰한 후, 2003. 5. 6. 공소외 38로부터 공소외 36의 체세포와 줄기세포의 유전자지문이 일치하는 것으로 분석된 결과를 피고인 2의 이메일로 송부받아, 공소외 12, 제1심 공동피고인 5는 이를 논문에 게재할 수 있도록 컴퓨터를 이용하여 편집하는 방법으로 그림을 만들어 제1심 공동피고인 3에게 전달하고, 제1심 공동피고인 3은 이를 사이언스 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림4의 A, B, C 중 'donor'와 'SCNT-hES-1' 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1673쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 제1심 공동피고인 5와 공소외 12는 검찰조사를 받는 과정에서, 체세포 시료를 둘로 나누어 검사를 의뢰했는지와 피고인의 지시가 있었는지에 관하여 그 진술이 일관되지 않고 수차례 번복이 이루어졌고, 2005. 12. 22.경 ○○대 조사위가 조사를 시작한 이후 제1심 공동피고인 5와 공소외 12의 전화통화 내용과 ○○대 조사위에서 진술한 내용 등이 공소사실에 부합하는 듯한 제1심 공동피고인 5와 공소외 12의 이 부분 진술과 배치되는 점, ② 체세포 핵이식 과정 이후인 줄기세포주의 수립·배양업무는 ◇◇◇◇에서 파견된 공소외 12, 제1심 공동피고인 5가 담당하였고, 최초 검찰 조사 당시에도 피고인과 ◇◇◇◇ 측은 논문조작의 책임을 서로 전가하고 있던 상황이었는에도, 제1심 공동피고인 5와 공소외 12는 수사과정에서 처음에는 피고인이 지시하여 DNA 지문을 조작하였다고 진술하지 않은 점, ③ 이 사건 DNA 검사 및 이후의 공소외 12와 피고인의 대화 또는 전화통화 내용에서도, 피고인이 공소외 12에게 한 질문의 내용은 DNA 지문검사의 조작 사실을 알지 못하는 것을 전제로 하고 있는 점, ④ 이 사건 NT-1은 세계 최초로 수립된 체세포 핵이식 인간 배아줄기세포주임을 증명하기 위한 과학적 근거로서 DNA 지문분석 검사결과가 매우 중요하였을 것으로 보이는데, 피고인이 그 최초의 DNA 검사시부터 그 결과를 조작할 아무런 이유가 없어 보이고, 피고인은 NT-1이 수립된 이후, 소멸 위험을 분산시키기 위해 ◇◇◇◇ 등 국내 연구소나 대학뿐만 아니라 영국, 미국 등의 해외 연구소나 대학에 공동연구의 목적으로 NT-1을 분양하였는바, 피고인이 이 사건 DNA 검사를 조작하였다면, 위와 같이 조작사실이 탄로 날 위험을 무릅쓰고 분양을 하지는 않았을 것으로 보이는 점, ⑤ 제1심 공동피고인 5는 2003년 9월 말경 NT-1 배아체 DNA 검사, 2004년 2월경 및 같은 해 9월경 ◇◇◇◇ 정기검사, 2005년 10월경의 핵형검사 등 2003년 5월경 이후의 NT-1에 대한 DNA 및 핵형 검사 과정에서 NT-1의 검사결과를 조작하였고, ○○대 조사위의 조사과정에서 공소외 12에게 NT-1의 2003년 5월경 최초 DNA 지문분석검사의 과정에 대한 허위 진술을 부탁하거나 공소외 39 등을 동원하여 증거인멸을 하면서 위 NT-1에서 DNA를 추출한 'SCNT1' 튜브도 폐기하도록 한 점에 비추어 제1심 공동피고인 5의 위와 같은 검사결과 조작과 증거인멸 등 행위의 동기가 피고인의 지시 없이 2003년 5월경의 DNA 검사를 조작한 후 이를 감추기 위한 것이었을 가능성을 배제하기 어려운 점을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 공소외 12, 제1심 공동피고인 5에게 NT-1의 DNA 검사시 체세포 시료를 나누어 보내는 방법으로 위 검사를 조작하도록 지시하였다거나, 이를 알고 있었다고 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 2003년 5월 초순경 DNA 지문분석 검사가 나온 이후, ◇◇◇◇가 선임한 공소외 38에 의하여 2003. 8. 22. 및 2003. 8. 23. 비관련자 검사가 12개의 시료에 대하여 시행되었고, 그 비관련 공여자의 혈액은 ◇◇◇◇에서 준비되었으며 DNA를 추출한 후 연휴 기간 중에 제1심 공동피고인 5에 의하여 공소외 38에게

직접 전달되었는데, 그 검사시료에는 실제 공여자로 오인되었던 공소외 36의 시료는 포함되어 있지 않았는바(증가 제84호증의5), 원래 비관련자 검사는 그 개념상 실험대상에 NT-1을 포함시키지 않고 비관련자의 시료만을 제공하여 종전 실험의 오류 가능성을 검증하는 것이긴 하나, 사이언스지에 논문을 투고하였다가 보완을 요구하는 심사평에 따라 실시된 위 2003. 8. 23. 비관련자 검사 당시에는 네이처(Nature)지로부터 논문투고가 이미 거절되었고 NT-1의 상태가 호전되어 시료가 충분한 상황이었으며 사이언스지로부터 비관련자 검사와 함께 테라토마 실험을 요구받았으므로 상당한 시일이 걸리는 테라토마 실험의 특성상 충분한 시간적 여유가 있었다고 할 것인데, 피고인이 2003년 5월 초순경의 최초 DNA 지문분석 검사를 공소외 36의 혈액을 나누어 담아 의뢰하는 방법으로 조작을 지시하였다면, 피고인으로서 비관련자 검사를 실시할 실질적인 의미나 효용성이 전혀 없다는 것을 알고 있었다고 보이는데도, 최초 DNA 지문분석 검사 이후 DNA 지문분석에 관해서는 실질적으로 처음 실시하는 비관련자 검사에서 NT-1의 시료를 그 대상으로 포함시켜 실험을 의뢰하지 아니하고 비관련자들에 대한 시료만으로 실험을 의뢰한 점,

② 제1심 공동피고인 5는 미국에 체류하던 중 공소외 40과의 전화통화에서 피고인을 호칭하면서 욕설을 하는 등 피고인에 대한 감정이 극도로 나빠진 상황에서[증제346호(수사기록 13권 9371-9372쪽)], 피고인이 자신에 대하여 검찰에 수사를 요청한 이후인 2005. 12. 24. 미국에서 귀국한 후, 2005. 12. 27. ○○대조사위의 조사를 받으면서 조사위원으로부터 논문조작에 관하여 피고인이 조작지시를 한 부분을 정리해달라는 요청을 받고 "2005년 Science 논문 Data 조작에 관한 지시사항"이라는 문서를 작성하였는데, 그 문서의 내용에 'DNA 지문분석과 HLA(면역적합성) typing 등에 대한 시료 공급과 분석에 관해서는 직접 지시를 받지는 않았으나 제1심 공동피고인 3 교수로부터 진행사항에 대해 보고받았을 것으로 생각합니다.

'라고 기술하였는바[증인 제1심 공동피고인 5의 원심 법정진술(공판기록 4676-4677쪽), 증제346호(수사기록 40권 9450-9452쪽)], 피고인이 줄기세포의 검증에 있어서 기초가 되는 DNA 지문분석에 관하여 조작을 지시하였다면, 제1심 공동피고인 5로서는 당연히 자신의 책임을 모면하기 위하여 그 지시사실을 기재하였을 것으로 보이는 데도 제1심 공동피고인 5는 위 문서를 작성하면서 2004년 논문의 DNA 지문분석에 관한 조작 지시는 물론 2005년 논문의 DNA 지문분석에 관한 조작 지시에 대해서도 별다른 언급을 하지 않은 점, ③ 공소외 36은 2002년경 가출하여 휴대전화 번호도 자주 바꾸는 등으로 이 사건 DNA 지문분석 검사 당시에는 연락이 되지 않는 상태이었는데, 난자제공 당시 건강검진을 받으면서 혈액을 채취하였으나 그 후 피고인에게 따로 혈액을 기증하지는 않았다고 진술하고 있고[증제17호(수사기록 1권 471쪽)], 피고인은 2003년 4-5월경 이 사건 DNA 지문분석 검사를 위하여 2003. 2. 3. 난자를 기증한 공소외 36의 소재를 파악하려고 하였는데[증인 공소외 41의 원심 법정진술, 증제29호(수사기록 1권 700쪽)], 피고인이 이와 같이 DNA 지문분석 검사를 위하여 난자기증자로 오인한 공소외 36의 소재를 파악하려고 한 이유는 ○○대 연구실에서 체세포 시료 채취를 위한 혈액을 보관하지 않았기 때문이라고 보이고, 피고인의 요청으로 공소외 12와 제1심 공동피고인 5가 피고인 2를 찾아가 ◇◇◇◇의 냉동고에 보관되어 있던 공소외 36의 혈액을 가져온 점[증제72호(수사기록 2권 1479-1482쪽)]에 비추어 보면 그 당시는 NT-1 핵이식이 최초로 성공한 초기 단계이기 때문에 줄기세포 수립을 위한 검증실험의 사전준비나 진행절차가 확립되어 있지 아니하여 피고인으로서 세포배양과 검증실험에 관해서는 전적으로 ◇◇◇◇의 공소외 12 등에게 의존하고 있었다고 보이는 점, ④ 피고인은 공소외 12가 공소외 14 교수가 재직하던 미국 ●●●●대학에 유학을 간 후 미국 출장길에 ●●●●대학에도 NT-1을 분양하려고 하였으나, 공소외 14 교수가 ●●●●가 속한 펜실베이니아주에서는 인간복제가 금지되어 있다며 피고인에게 직접 전화하여 NT-1을 가지고 오지 말라고 하여 피고인이 인천공항에까지 가지고 갔던 셀(cell)을 ○○대 연구소로

되돌려 보낸 점[증제29호(수사기록 1권 733쪽)] 등을 아울러 종합하여 보면, 공소외 12 및 제1심 공동피고인 5의 진술 반복 경위, 이 사건 DNA 지문분석 검사 당시 피고인의 ◇◇◇◇ 측에 대한 의존의 정도, 이 사건 DNA 지문분석 검사 및 이후의 피고인과 공소외 12와의 대화 내용, 국내외 연구소에 NT-1을 광범위하게 분양하는 등 DNA 지문분석 검사 이후 피고인이 취한 행동이나 태도, 피고인의 조작 동기의 의문점, NT-1에 대하여 그 후 실시된 DNA 및 핵형검사 과정과 제1심 공동피고인 5의 조작행위의 경위나 그 반복성 등에 비추어, 합리적 의심의 여지없이 피고인이 공소사실 기재와 같이 공소외 12, 제1심 공동피고인 5에게 NT-1의 DNA 검사시 체세포 시료를 나누어 보내는 방법으로 위 검사를 조작하도록 지시하였다거나, 그와 같은 조작사실을 알고 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다는 취지의 원심 판단은 정당하다.

(2) RT-PCR 검사 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

사이언스 측에서 NT-1 줄기세포가 처녀생식에 의한 줄기세포일 가능성이 있다고 의문을 제기하면서 이에 대한 입증을 요구하여 미국 미시간 주립대학 공소외 42(영문자 생략) 교수가 원숭이 처녀생식 여부를 판단하면서 사용한 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응(RT-PCR) 검사 방법을 이용하여 NT-1에 대하여 처녀생식 여부를 검사하였으나 줄기세포에 특징적인 부계유전자와 모계유전자가 모두 제대로 발현되지 아니하자, 동물실험의 경우 배반포를 가지고 위 검사를 많이 실시하는 점에 착안하여 인간난자의 배반포나 배아를 이용하여 위 검사를 실시한 다음 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 2003년 9월~10월경 사이 ○○대 연구실에서 ○○대 연구원인 공소외 43으로 하여금 인간난자에 핵이식을 한 배아 중 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 같은 연구원인 공소외 13에게 전달하도록 하고, 공소외 13은 위 배아를 이용하여 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응 검사를 실시한 다음 해당 부분을 'hNT-BL'이라고 기재한 검사표를 만들어 제1심 공동피고인 3에게 이메일로 송부하고, 제1심 공동피고인 3은 마치 NT-1 줄기세포로 검사를 한 것처럼 'hNT-BL' 부분을 'SCNT-hES-1'으로 수정한 후, 이를 사이언스지 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림4의 D 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1673쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 공소외 13이 수행한 NT-1에 대한 RT-PCR 검사의 실험결과와 관련하여서는 일부 검사사진만이 남아 있을 뿐, 달리 실험일지나 검사결과를 확인할 수 있는 자료가 남아 있지 않은바, 2004년 논문에 사용된 RT-PCR 검사결과가 NT-1이 아닌 배아 또는 배반포를 사용하여 얻은 검사결과라고 볼 직접적인 증거는 없고, 관련 자료를 공소외 13이나 피고인 측이 의도적으로 은닉하였다는 정황 또한 찾아볼 수 없는 점, ② 공소외 43의 진술에 의하더라도 제1심 공동피고인 3이 검사 조건이 잘 잡히지 않는다는 취지의 말을 한 사실이 있다는 것이고, 증제18호에 첨부된 각 서류에도 위와 같은 모계유전자의 프라이머 조건을 잡기 위한 실험 과정이 일부 기재되어 있는 점을 고려하면, 공소사실과 같이 NT-1에 대하여 여러 차례 실험을 하였는데 제대로 된 결과가 나오지 않았다고 단정하기는 어려운 점, ③ 이 사건 RT-PCR 검사에서 'BL'이라는 표시가 반드시 배반포 또는 동결 배아를 사용한 검사결과를 의미한다고 단정할 수는 없고, 위 ○○대 비밀문서 중 'hNTBL'의 표기가 2004년 논문에는 'SCNT-hES-1'로 변경되어 있다고 하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과로 조작한 것이라고 단정하기는 어려운 점, ④ 공소외 43, 12는 위 RT-PCR 검사에 직접 관여하지 않은 연구원들로서, 위 실험이 조작되었을 것이라는 그들의 각 진술은 실험사진에 'NT BL'이라고 기재되어 있고, 위 ○○대 비밀문서에도 'hNTBL'로 기재되었다가 2004년 논문에는 'SCNT-hES-1'로 기재되어 있다는 것을 근거로 한 추측에 불과하고, 공소

외 13 및 제1심 공동피고인 3 역시 검찰 조사시 'BL'로 기재되어 있으면 배반포로 했을 수도 있을 거라는 취지의 진술을 한 사실은 있으나, 이 역시 검사사진 및 위 ○○대 비밀문서에 표시된 'BL'이라는 단어만을 근거로 추측한 것에 불과한 점, ⑤ 가사 배아에 대한 RT-PCR 검사결과가 NT-1에 대한 검사결과로 조작되었다고 하더라도, 피고인이 이 사건 RT-PCR 실험에 직접 관여하여 공소외 43, 13 및 제1심 공동피고인 3에게 동결 배아로 RT-PCR 검사를 하도록 지시하였다는 점에 관하여는 이를 인정할 아무런 증거가 없는 점을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 동결 배아를 이용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 공소외 43 및 공소외 13, 제1심 공동피고인 3에게 지시하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과인 것처럼 2004년 논문에 게재하였거나, 그러한 사정을 알고 있었다고 인정하기 어렵다.

(다) 당심의 판단

이 사건 공소사실의 핵심은 인간난자에 핵이식을 한 배아 중 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 이를 대상으로 RT-PCR 검사를 하였다는 것이고, 그 사실의 기초가 되는 정황은, 공소외 43은 제1심 공동피고인 3이 2003년 9월~10월 말경 자신에게 RT-PCR 검사 조건이 잘 잡히지 않는데 발달 정지된 핵이식 배아로 조건을 한번 잡아 보겠다는 취지로 이야기를 하면서 동결 배아를 모아 달라고 하여 자신이 공소외 13에게 이를 건네주었다고 진술하고 있는 점 및 공소외 13이 제1심 공동피고인 3에게 검사결과를 송부하면서 검사표에 검체를 'hNT-BL'이라고 표시하였고, 공소외 43이 공소외 14와 공소외 42에게 NT-1에 대하여 브리핑을 하려고 작성하였다는 ○○대 비밀문서에 RT-PCR 검사에 대하여 'hNTBL'이라고 표기한 반면, 2004년 논문에서는 이를 'SCNT-hES-1'으로 수정되어 있다는 점인바, 원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① RT-PCR 검사는 특정검체에서 부계, 모계의 각인유전자 중 어떤 각인유전자가 발현되었는지의 여부를 추적함으로써 생식기전을 입증하려는 검사로서 유전자 지문분석 검사와는 달리 동일성 (Identity) 자체를 검증하는 검사가 아니므로, 검사결과 어떤 각인 유전자가 발현되었느냐의 여부를 알 수 있을 뿐, 사후에 어떤 검사결과가 어떤 검체로부터 도출된 것인지를 직접 규명할 수는 없고, 필요하다면 해당 검체에 대하여 다시 검사를 하여 동일한 검사결과가 나오는지를 검증해 볼 수밖에 없는 것인데, 누구든지 사람의 체세포를 검체로 하여 실험을 수행하기만 하면 실험자는 언제든지 부계·모계 각인유전자가 모두 발현하는 동일한 결과를 원하는 대로 얻을 수 있음에도, 피고인이 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 RT-PCR 검사를 하도록 지시하였다고는 경험칙상 납득하기 어려운 점[증인 공소외 13의 원심 법정진술(공판기록 4775-4777쪽), 증제32호(수사기록 34권 806쪽)], ② RT-PCR 검사를 주관한 제1심 공동피고인 3은 '피고인은 RT-PCR 검사에 대하여 잘 모르시기 때문에 검사결과지를 보여주지는 않았고, 검사결과만 부계유전자가 발현되었다는 취지로 구두로만 보고를 하였습니다.

라고 진술하여 피고인의 지시에 의한 검사조작 사실을 부인하였고[증제193호(수사기록 36권 3944쪽)], 수사과정에서 피고인과 적대적인 관계에 있던 공소외 43도 '제1심 공동피고인 3의 지도 아래 공소외 13이 RT-PCR 검사를 담당하였다'고 진술하여 위 제1심 공동피고인 3의 진술 내용에 일부 부합하는 점[증제62호(수사기록 2권 1331쪽)], ③ RT-PCR 검사를 직접 담당한 공소외 13의 검찰 진술도 "사진과 결과지에 모두 'BL'로 기재되어 있는 것을 보면 배반포로 실험을 하였을 것 같으나, 핵이식된 배반포의 양이 적기 때문에 실험용으로 받았을 가능성이 희박하고, 'BL'을 시료로 받은 기억이 전혀 나지 않는다.

"는 취지일 뿐이므로 RT-PCR 검사의 시료로 동결 배아가 사용되었다고 단정하기는 어려운 점[증인 공소외 13의 원심 법정진술(공판기록 4758-4759쪽), 증제102호(수사기록 36권 2026-2039쪽)], ④ 동물의 배반포에 대한 실험을 주로 담당하여 왔던 공소외 13이 제1심 공동피고인 3에게 검사결과를 송부하면서 검사표에 검체를 'hNT-BL'이라고 표시한 것은 이른바 검사 의뢰방법으로 통용되는 Blind Test의 특성에 기인하였을 가능성이 있고, SCNT(Somatic Cell Nuclear Transfer, 체세포 핵이식 줄기세포)라는 용어는 2004년도 논문을 게재하면서 비로소 그 특성을 표현하기 위하여 사용되었을 뿐 그 이전인 RT-PCR 검사를 시행할 때는 그러한 용어를 사용하지는 않았다고 보이는 점 등을 아울러 종합하여 보면, 앞서 본 정황사실만으로는 합리적 의심의 여지없이 피고인이 공소사실 기재와 같이 동결 배아를 이용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 공소외 43 및 공소외 13, 제1심 공동피고인 3에게 지시하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과인 것처럼 2004년 논문에 게재하였다거나, 그러한 사정을 알고 있었다고 인정하기 어렵다는 원심의 판단은 정당하다.

(3) 면역염색 사진 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

2004년 1월경 피고인 및 제1심 공동피고인 3은 공소외 12가 ◇◇◇◇ 연구소에서 미리 편집하여 보낸 논문상의 그림 2의 면역염색사진을 가지고 미국 ○○○○대학공소외 14 교수 연구실에 가서 그와 함께 검토한 다음 전화로 공소외 12에게 "음성대조군(Negative control)중 SSEA-1 면역염색사진인 D 부분의 사진에 줄기세포가 2개 나타나고 해상도가 좋지 않다.

NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진이라도 괜찮으니 좋은 사진으로 보내달라."고 지시하고, 이에 따라 공소외 12는 ◇◇◇◇ 연구소에서 수립한 수정란 줄기세포의 SSEA-1 면역염색사진 중에서 해상도가 좋은 사진을 골라 이메일로 제1심 공동피고인 3에게 송부하고, 제1심 공동피고인 3은 이를 다시 원래의 SSEA-1 면역염색사진과 교체한 다음 사이언스 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림2의 D 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1671쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인은 NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진을 2004년 논문의 면역염색 검사결과에 사용하는 것을 알고 있었던 것으로 보이기는 하나, ① 면역염색검사에서 음성대조군(Negative control)의 역할은 검체의 표지인자에 결합하는 1차 항체를 처리하지 않아 면역염색 현상이 일어나지 않았을 때의 결과를 실험대상인 NT-1의 면역염색결과와 비교하기 위한 것으로서, 위 검사결과와 진실성과는 아무런 관련이 없는바, 위 음성대조군은 면역염색현상이 일어나지 않은 배아줄기세포이면 가능한 것이지만 반드시 NT-1을 사용할 필요가 없으므로, NT-1이 아닌 다른 세포를 음성대조군으로 사용한 행위 자체에 문제가 있다고는 볼 수 없고, ② 설령 이러한 부분도 논문의 조작으로 볼 여지가 있다 하더라도, 직접 공소외 12와 전화 통화를 한 제1심 공동피고인 3도 문제의 사진이 NT-1에 대한 것이 아님은 알았지만 이 사건 실험과 전혀 무관한 ◇◇◇◇ 수정란 줄기세포의 대조군인 것까지는 전혀 몰랐다고 진술하고 있으므로, 피고인이 이러한 사정을 알았다고 단정하기는 더욱 어렵다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 음성대조군의 기능이나 역할에 비추어 이 부분 사진 교체 행위가 논문의 조작이라고까지 보기 어렵다는 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리

를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(4) 소결론

따라서 검사의 논문조작 내용이나 범위에 관한 사실오인 주장은 모두 이유 없다.

다.

사기죄의 성립여부에 대한 판단

(1) 논문조작 관련 객관적 사실과 피고인의 인식 내용의 확정

사기죄는 주관적 구성요건 요소로 고의가 필요한 고의범이고, 제3자의 행위에 의하여 피고인의 인식 내용이 객관적 사실과 달라진 경우에는 자기책임의 원칙에 따라 행위 당시의 객관적인 사실에 관계없이 피고인이 당시 인식하고 있는 사정을 기준으로 하여 기망행위를 인정할 수 있는지의 여부와 그 범의를 추단할 수 있는지의 여부를 판단하여야 한다.

따라서 피고인이 공소외 5 회사 및 농협으로부터 연구비를 후원받은 2005년 9월 당시를 기준으로 하여, 판단의 편의를 위하여 2004년 논문과 2005년 논문에서의 줄기세포 수립여부와 그 실험 데이터의 진실성에 대한 객관적 사실 및 형사재판에 있어서 증거재판주의에 의하여 규범적으로 확정되는 피고인의 인식 내용을 정리하면 다음 표 기재와 같다.

[2004년도 논문]

(NT-1 : 줄기세포주로 실존하나, 처녀생식 여부에 대해서는 논란이 있음)

종류검사종류객관적 사실피고인의 관여 여부 등에 대한 판단피고인의 인식 내용NT-1DNA 지문분석2003년 5월경 체세포만으로 분석 검사하여 체세포와 NT-1의 검사결과가 일치하도록 조작피고인이 조작을 지시했거나 조작사실을 알았다고 볼 수 없음피고인은 DNA 지문분석이 정상적으로 실시되었다고 인식RT-PCR동결 배아로 실험한 결과를 NT-1로 검사한 것처럼 조작하였는지 여부가 불분명함NT-1이 아닌 동결 배아로 RT-PCR 검사를 하였다고 단정할 수 없고, 그렇지 않다고 하더라도 피고인이 지시했거나 이를 알고 있었다고 볼 수도 없음피고인은 RT-PCR 검사가 정상적으로 실시되었다고 인식면역염색 사진실제 검사는 했으나, SSEA-1 음성대조군 사진을 NT-1이 아닌 ◇◇◇◇ 사진으로 대체실제로 면역염색 실험결과가 나왔고, 단지 음성대조군 사진 1장에 다른 줄기세포 사진이 사용된 것은 검사결과와 진실성과 관계없음이 부분 사진의 대체가 검사결과와 진실성에는 영향이 없으므로, 피고인이 이를 인식하고 있었다고 하더라도 범의 인정에 있어서 중요한 사항이 아님테라토마 DNA검사배아체 DNA 지문분석 결과를 NT-1의 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 조작피고인의 조작 관여사실이 인정됨피고인이 이 부분 각 조작사실을 알았으나, 논문발표 이전인 2004. 2. 6.경 실제로 테라토마 실험은 성공함테라토마 사진◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마로 NT-1의 테라토마인 것처럼 허위로 사진을 게재피고인의 조작 관여사실이 인정됨

[2005년도 논문]

(NT-2 내지 12 : 제1심 공동피고인 5가 섞어심기하였거나 실제로는 수립되지 아니하여, 줄기세포주로 실존하지 아니함)

종류실체검사종류객관적 사실피고인의 관여여부피고인의 인식 내용NT-2Miz-4배아체형성검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기함×피고인은 NT-2, NT-3이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, 일부 실험 데이터를 조작함△ 다른 모든 검사는 정상적으로 실시되었고, 그 중 DNA, 면역적합성 검사결과는 제1심 공동피고인 5가 섞어심기를 숨기려 허위로 조작함NT-3Miz-8테라토마형성검사△ NT-2의 배아체 사진 조작○△ NT-3의 배아체 사진, 테라토마 사진 조작(다만, 논문 제출 이전에 NT-2, 3의 테라토마 실험은 성공하였음)면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기

하였음×피고인은 NT-4 내지 7이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, NT-4 내지 7이 오염사고로 소멸하였음에도 실험 데이터를 조작함NT-4Miz-4핵형검사NT-5Miz-4배아체형성검사△ 2005. 1. 9.경 오염사고로 소멸됨NT-6Miz-6테라토마형성검사NT-7Miz-6면역적합성검사△ NT-4 내지 7의 각 검사결과 조작○DNA지문분석검사NT-8Miz-7면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기함×피고인은 NT-8, 10, 11이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, 실험 데이터를 조작함핵형검사NT-10Miz-10배아체형성검사△ NT-8, 10, 11의 각 검사결과 조작○테라토마형성검사NT-11Miz-2면역적합성검사(테라토마는 NT-8만 해당함)DNA지문분석검사실존하지 않음면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5의 섞어심기가 없었고, 줄기세포주로 수립되지 않음○피고인은 NT-9, 12가 핵이식 후 콜로니 형성에 이르지 못하여 줄기세포주로 수립되지 않았음에도, 콜로니가 형성되어 줄기세포로 실존하고 있는 것처럼 실험 데이터를 조작함핵형검사NT-9배아체형성검사△ NT-9의 각 검사 조작NT-12면역적합성검사△ NT-12의 면역적합성검사, DNA 지문분석 검사 조작DNA지문분석검사

(2) 공소외 5 회사에 대한 기망행위 또는 편취의 범의 및 인과관계의 존재 여부

(가) 논문조작 행위 부분

1) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요부분에 관한 것임을 요하지 않으며, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초사실에 관한 것이면 충분하고, 어떤 행위가 다른 사람을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는가의 여부는 거래의 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적·객관적으로 판단해야 할 것이고(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7459 판결 참조), 한편 사기죄의 기망은 편취 또는 이득의 수단으로서 행하여지는 것이어서 피기망자의 재산적 처분행위를 하게 하는 행위로서의 성격을 갖는 것이므로, 상대방을 착오에 빠지게 하였다 할지라도 그 착오에 기하여 상대방으로 하여금 재산적 처분행위를 하게 한 행위가 아니라면 그 행위는 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가할 수 없다.

2) 앞서 본 피고인의 인식 내용을 기초로 하여 피고인의 논문조작 행위가 기망행위를 구성하는 지에 관하여 본다.

가) 우선, 2004년 논문의 경우에는 피고인이 위 논문 제출 당시에는 테라토마 실험결과를 얻지 못하여 NT-1 배아체의 DNA 지문분석 검사결과를 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 바꾸고, ◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마 사진을 마치 NT-1의 테라토마 사진인 것처럼 조작하였으나(다만, 이후 NT-1의 테라토마가 형성된 결과를 얻었다), 피고인은 NT-1이 수립된 이후 그 검증을 위하여 DNA 지문분석 검사, 핵형검사, 배아체형성 검사, 면역염색(HLA) 검사, RT-PCR 검사 등의 일련의 검증실험을 모두 실시하여 2004년 논문을 발표하였고, NT-1이 줄기세포로 수립되었던 것은 사실일 뿐 아니라, 그 줄기세포성 여부에 관한 핵심적인 검증실험인 DNA 지문분석 검사를 조작하는 데 피고인이 관여하였다는 점을 인정할 신빙성 있는 증거가 없고, RT-PCR 검사가 조작되었다거나 그 조작에 피고인이 관여하였다는 점을 인정할 명백한 증거가 없는 이상, 피고인은 공소외 5 회사와 이 사건 연구비 후원계약을 체결할 당시에는 NT-1이 자가핵이식 줄기세포주인 것을 확실히 믿고 있었다고 볼 수밖에 없다.

나) 다음으로 2005년 논문의 경우에는, 11개의 줄기세포주(NT-2 내지 12) 중 NT-9, 12를 제외한 나머지는 제1심 공동피고인 5가 섞어심기한 것이고, 그 이외에도 NT-13(2005. 3. 9. 콜로니 형성), NT-14, 4+(2005. 4. 22.경 각 콜로니 형성)의 줄기세포주도 수립된 것처럼 제1심 공동피고인 5가 섞어심기를 하여, 실제로는 2005년 논문과 관련한 연구결과로서 환자맞춤형 줄기세포주는 하나도 존재하지 않았으나, 피고인은 제1심 공동피고인 5의 위와 같은 범행을 모

르고 있었던 사실은 명백한바(검사도 그와 같은 사실을 전제로 이 부분 공소를 제기하였다), 2005년 논문의 최종 수정 및 재투고가 이루어질 당시인 2005. 4. 25.에는 피고인은 NT-2 내지 8, 10, 11, 13, 14, 4+ 등 12개의 환자맞춤형 줄기세포주가 실제로 수립(콜로니가 형성된 상태)되었다고 믿고 있었고, 그 중 NT-2, 3에 대하여는 면역염색검사, DNA 검사, 핵형검사, 테라토마 형성 검사, 면역적합성 검사 등 그 검증실험을 실시하여 정상적인 검사결과가 나왔는데, 제1심 공동피고인 5는 NT-2, 3에 대한 위 각 검사 중 DNA 검사, 면역적합성 검사는 수정란 줄기세포인 경우 체세포와 일치하는 검사결과가 나오지 않아 섞어심기 사실이 탄로 날 수 있었으므로 체세포만을 검사의뢰하는 방법으로 위 DNA 및 면역적합성 검사결과도 조작하였고, 나머지 검사는 세포의 동일성을 확인하는 검사가 아니어서 수정란 줄기세포로 검사의뢰를 하여도 정상적인 검사결과가 나오기 때문에 실제 NT-2, 3으로 검사가 이루어졌으며, 피고인은 위와 같은 DNA, 면역적합성 검사결과 조작사실도 전혀 모른 채 위 각 검사결과가 정상으로 나오자 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 보인다.

- 다) 이상과 같은 피고인의 인식 내용을 종합하면, 피고인이 비록 일부 검증 실험의 각종 데이터를 조작하였다고 하더라도, NT-1이 자가핵이식 줄기세포주인 것을 확실히 믿고 있었고 피고인이 조작에 관여한 검증 실험의 범위나 정도에 비추어 적어도 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 할 것이다.
- 3) 또한 피고인이 줄기세포주가 수립되었다고 확신하면서 일부 검증 실험의 각종 데이터를 조작한 행위 자체가 재물의 편취 또는 재산상 이익의 취득 수단으로서 이루어졌다고 보기 어려우므로, 논문 조작행위 자체가 곧바로 그 논문의 성과를 믿고 연구비를 후원하려는 잠재적 피해자를 상대로 재산적 처분행위를 하도록 한 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가하기는 어렵다.
- 4) 따라서 앞서 본 위 각 논문의 본질적 부분에 해당한다고 할 수 있는 줄기세포주의 수립 여부에 대한 피고인의 인식 내용, 피고인의 위 각 논문의 작성시기와 공소외 5 회사와의 연구 후원금 지원에 관하여 협의를 시작한 시기의 선후 관계 및 그 시간적 간격, 공소외 5 회사와의 후원계약 체결의 경위 등을 종합하면, 피고인이 위 각 논문을 작성할 당시부터 장차 불특정의 기업이나 단체로부터 연구 후원비 명목으로 금원을 편취할 고의 내지 의도 하에, 줄기세포를 전혀 수립한 바가 없는데도 마치 그러한 과학적 성과가 있는 것처럼 논문을 조작하였다고 보기는 어렵다.

(나) 언론 인터뷰 및 강연 행위 부분

- 1) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 이 사건 공소사실에서 기망행위의 내용으로 적시하고 있는 피고인의 인터뷰나 강연 내용 중 줄기세포의 연구에 따른 난치병 치료 등에 관한 전망을 언급한 부분은 피고인의 개인적인 전망 또는 판단을 밝힌 것으로서, 피고인이 이를 일부 과장하여 발표한 것이 사실이라고 하더라도, ① 2005년 논문에서도 "이 연구에서의 환자맞춤형 줄기세포는 질병의 진행을 이해하고 약물생산을 도울 수 있을 것으로 기대된다. 물론 환자의 세포를 이용한 줄기세포가 아직은 완전하지 않기 때문에 곧바로 이식치료에 이용될 수는 없다. 게다가 세포가 임상에 사용되기 전에 환자맞춤형 체세포 핵이식 유래 인간배아줄기세포의 생물학적 특성이 반드시 규명되어야 하고, 신뢰할 수 있는 분화기술이 확립되어야 하며, 미분화세포 및 잠재적 병원체를 완전히 배제할 수 있어야 한다.
- "라고 그 한계 및 앞으로 연구되어야 할 과제 등을 명백히 밝히고 있고, ② 2005년 논문의 성과가 사실이라고 하더라도 환자맞춤형 줄기세포가 실제 임상에 적용되고 환자치료에 이르기까지는 많은 어려움과 상당한 시간이 소요될 것임은 일반인도 쉽게 예측할 수 있다고 보이며, ③ 공소외 5 회사의 이 사건 연구비 후원도 그 후원의 경위 등에 비추어 어떠한 반대급부를 조건으로 하거나 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 한 것이라기보다는 단순히 피고인이

계속 줄기세포 등 생명공학 관련 연구를 할 수 있도록 지원하는 의미로 보인다.

- 2) 또한 피고인이 그 검증 실험의 각종 데이터를 조작하였지만 줄기세포주가 수립되었다고 확신하면서 인터뷰나 강연 내용 중 줄기세포의 연구에 따른 난치병 치료 등에 관한 전망을 언급한 행위 자체가 재물의 편취 또는 재산상 이익의 취득 수단으로서 이루어졌다고 보기 어려우므로, 언론 인터뷰나 강연 행위 자체가 곧바로 그 논문의 성과를 믿고 연구비를 후원하려는 잠재적 피해자를 상대로 재산적 처분행위를 하도록 한 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가하기는 어려운 점을 아울러 고려해 보면, 피고인이 인터뷰나 강연을 통하여 줄기세포 연구의 실용화 가능성을 과장하였다고 하더라도 공소외 5 회사에 대한 관계에서 무슨 별도의 기망행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(다) 후원계약 체결 과정에서의 기망행위 부분

1) 적극적 기망행위 존재 여부

- 가) 검사는, 피고인이 공소외 5 회사의 공소외 7에게 마치 그 논문의 내용과 기자회견 결과가 사실인 것처럼 행세하면서 추후 줄기세포 연구가 상용화될 때 유리한 기회를 주겠다는 취지로 말하여 공소외 5 회사로부터 연구비 명목으로 10억 원을 교부받았다는 취지로 주장한다.

나) 이에 대하여, 원심은 그 판시와 같은 연구비 후원계약의 체결 경위와 그 내용에 관한 사실을 인정한 다음, 이 사건 연구비 후원계약의 체결 목적, 연구과제의 포괄성, 연구과제 수행결과의 소유권 귀속, 이 사건 연구비 후원계약의 체결 경위를 종합하면, 공소외 5 회사는 피고인의 줄기세포 연구를 위해 별다른 반대급부를 조건으로 함이 없이 이 사건 연구비를 후원하기로 한 것으로 봄이 상당하고, 공소외 5 회사가 줄기세포의 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 이 사건 연구비를 후원했다고도 보이지 않을 뿐 아니라, 연구비 후원 과정에서 피고인이 공소외 5 회사 측에게 '줄기세포의 상용화가 되면 공소외 5 회사에게 유리한 기회를 줄 수 있지 않겠냐.'라는 취지로 말을 한 사실이 있다고 하더라도, 위 연구비 후원에 대한 반대급부로서 위와 같은 내용이 합의서에 명시적으로 기재되어 있지 않은 이상, 이는 연구의 가시적 성과가 나올 경우 공소외 5 회사 측과 협력하여 사업을 진행할 수도 있다는 가능성을 언급한 것에 불과하고 위 연구비의 반대급부로서 약정된 것이라고는 보기 어렵다고 판단하였다.

- 다) 원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인이 공소외 5 회사와 연구비 후원계약을 체결하는 과정에서 공소외 5 회사를 적극적으로 기망하는 행위를 하여 그 후원계약을 체결하였다고 인정하기 어렵다는 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

2) 논문조작사실 묵비행위

- 가) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이고, 그 중 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 그 사실을 고지하지 아니함을 말하는 것으로서, 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다(대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도1033 판결 참조).

보다 구체적으로는, 재산권에 관한 거래관계에 있어서, 일방이 상대방에게 그 거래에 관련된 어떠한 사항에 대하여 이를 고지하지 아니함으로써 장차 그 거래관계의 효력 또는 채무의 이행에 장애를 가져와 계약상의 채권을 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서 이를 상대방에게 고지하지 아니하고 거래관계를 맺거나 그러한 상태를 묵비하여 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 받고 상대방은 그와 같은 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래관계에 임하지 아니하였거나, 이를 지속하여 재물 등의 교부를 하지 아니하였을 것이 경험칙상 명백

한 경우, 그 재물의 수취인에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고 이를 고지하지 아니한 것은 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다 할 것이나, 법률관계의 효력에 영향이 없고 상대방의 권리실현에 장애가 되지 아니하는 사유는 이를 고지할 의무가 없는 것이다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 판결, 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도882 판결, 대법원 1985. 3. 12. 선고 84도93 판결 각 참조).

나) 원심이 적절하게 실시한 바와 같이, 이 사건과 같이 과학논문에 있어서 그 데이터의 오류 내지는 과장, 허위 게재가 이루어진 경우, 그 논문 조작행위 자체가 논문심사기관의 심사업무를 방해하는 정도에 이르렀다면 업무방해죄의 형사적 책임을 지는 것은 당연하다.

그러나 기업이나 공익적 단체의 과학자에 대한 연구비의 지원은 그 과학자가 이룩한 전체적인 연구 성과 및 그 해당 분야에서의 발전 가능성과 연구비가 지원되는 분야에서의 과학기술 발달이 사회나 국가 나아가 인류의 삶의 질 향상에 이바지하는 정도 등 다양한 고려요소와 기준에 의하여 이루어지는 것이지, 그 과학자가 발표한 개개 논문의 구체적이고도 세부적인 내용의 정확성이나 진실성에만 좌우된다고 볼 수 없고, 더구나 최첨단의 과학기술 분야에서는 인간의 인식능력이나 그 시대의 과학발달 수준의 한계로 인하여 연구의 과정이나 결과에 있어서 불확실성 또는 경제적으로 효용가치가 높은 연구 성과를 도출하는 데 실패할 위험성이 상존하고 있으므로, 연구비 지원은 어떠한 구체적이고도 가시적인 연구 결과를 목적으로 하거나 그러한 연구 결과를 대가관계로 하여 이루어지기는 어렵고, 기업의 사회적 책임이행의 차원에서의 이익의 환원이나 선의에 바탕을 둔 자발적 기부의 일환으로 이루어지는 것이 보통이므로, 객관적이고 이기적인 행위 주체를 상정하여 이해관계의 합리적 조정이 중요한 판단요소로 작용하는 일반적인 재산상 거래와는 그 성질이 다른 특수성이 있다고 할 것이다.

따라서 논문 조작행위 자체에 대한 범죄의 성립 여부가 문제되는 것이 아니라 그 논문의 조작 이후 논문의 연구 성과와 관련하여 연구비를 지원받은 행위의 형사적 책임이 문제되는 경우에, 앞서 본 최첨단 과학기술 분야에 있어서의 연구비 지원이 갖는 특수성을 고려할 때 선행의 논문조작 행위 사실만으로 어떠한 예외도 없이 그러한 조작사실을 고지하지 아니한 행위가 부작위에 의한 기망행위에 해당한다고 볼 수는 없고, 그 논문조작 행위의 조작내용과 조작부분이 그 논문에서 차지하는 위치나 중요성, 연구비 지원의 동기 및 구체적인 목적 등을 종합적으로 고려하여 논문조작 행위가 있었음을 알았다면 실제의 연구 성과가 사실이라고 하더라도 연구비 지원을 하지 않았을 것이 명백한 경우에 한하여 논문조작 사실에 대한 불고지 내지 묵비가 사기죄의 기망행위로 평가된다고 할 것이고, 나아가 편취의 범의나 상대방의 착오와 연구비 지급행위 사이의 인과관계 존부에 관해서도 더욱 신중히 판단하여야 할 것이다.

다) 앞서 본 각 법리를 전제로 하여 각 논문의 데이터 조작사실을 고지하지 아니한 행위가 부작위에 의한 기망행위를 구성하는지에 대하여 본다.

먼저, 2004년 논문의 데이터 조작사실을 고지하지 아니한 것이 기망행위를 구성하는 지 여부에 대하여 살피건대, ① 공소외 5 회사의 ▽▽▽재단을 통한 피고인에 대한 연구비 후원의 동기는, 그 후원계약의 경위나 약정 내용 등에 비추어 보면, 어떠한 반대급부를 조건으로 하거나 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 한 것은 아니라 세계 최초의 핵이식 배아줄기세포주인 NT-1이 수립되었다는 사실 그 자체에 대한 것으로 봄이 상당하고, 그러한 연구 성과가 현실적으로 존재하고 있는 이상, 비록 그 논문 작성과정에서의 일부 조작이 있었다고 해도 이를 고지하지 않고 묵비한 것이 어떠한 기망행위에 해당한다고 보기는 어려운 점, ② 피고인의 인식 내용을 기초로 할 때 2004년 논문의 NT-1이 줄기세포주로 수립되었다고 할 것이므로, 그 검증 데이터 중 일부에 불과한 테라토마 관련 부분의 조작여부가

위 후원계약의 본질적인 내용과 관련된 사항이라고 할 수 없는 점, ③ 공소외 5 회사 측이 2004년 논문 내용 중 테라토마 관련 부분만이 조작되었으나 이후 실제 테라토마가 형성되었다는 사실을 알았다면 이 사건 연구비를 후원하지 아니하였을 것이라고 단정할 수 없으므로, 기업이익의 사회적 환원의 일환으로 공소외 5 회사가 위 후원계약을 체결함에 있어서 이 부분 조작사실이 그 계약체결 여부를 좌우할 정도로 중요하게 고려할 만한 사항에 속한다고 보기도 어려운 점을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비를 후원받는 과정에서 2004년 논문의 테라토마 관련 조작 사실을 숨겼다고 하여 공소외 5 회사를 속여 연구비를 편취한 것이라고 평가하기는 어렵다.

다음으로 2005년 논문의 조작사실을 고지하지 아니한 것이 기망행위를 구성하는 지 여부에 대하여 살피건대, 피고인은 제1심 공동피고인 5의 섞어심기 범행과 그 범행의 은폐를 위한 DNA, 면역적합성 검사결과 조작사실도 전혀 몰랐던 점에 비추어 적어도 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 보이고, NT-4 이후의 각 줄기세포주 역시 NT-2, 3과 동일한 과정에서 수립되었으므로 별다른 문제가 없는 환자맞춤형 줄기세포주라고 믿었다고 보일 뿐, 피고인이 2005년 논문에서 NT-4 이후의 데이터 조작을 할 당시, 환자맞춤형 줄기세포주가 존재하지 않는 것을 알았거나, 수립된 줄기세포주가 환자맞춤형 줄기세포주가 아닐 가능성을 인식하면서도 허위로 그 검증결과를 조작한 것은 아니라고 할 것인바, ④ 공소외 5 회사 측은 '세계 최초의 환자맞춤형 배아줄기세포주가 수립되었고, 체세포 복제에 의한 배아줄기세포주의 수립효율이 향상되어 줄기세포를 이용한 난치병 환자의 치료가능성이 커졌다'라는 2005년 논문의 연구 성과를 믿었기 때문에 별다른 조건 없이 피고인에게 연구비를 후원하게 된 것이므로, 위 후원계약의 근본적인 동기는 환자맞춤형 배아줄기세포주의 수립과 그 상용화 가능성의 증대에 있는 것이고, 피고인의 인식 내용과 같이 환자맞춤형 줄기세포가 수립된 것을 전제로 한다면 이에 부수하는 검증 데이터의 진실성이나 무오류성은 위 후원계약의 본질적인 내용과 관련된 사항이라고 할 수 없는 점, ⑤ 공소외 5 회사가 위 후원계약에서, 실제 연구 성과의 진위와는 별개로 위 논문이 사이언스지에 게재되는 자체를 연구비 지급의 전제조건으로 하였다거나, 실제로 환자맞춤형 줄기세포주가 존재하는 경우에도 그 논문작성 과정의 문제점으로 인해 위 논문이 취소될 경우 당연히 연구비 지원을 하지 않았을 것이라고 단정할 수는 없는 점, ⑥ 피고인은 위와 같이 제1심 공동피고인 5의 섞어심기 범행 등을 몰랐기 때문에 자신이 달성하였다고 믿고 있던 연구 성과를 기초로 줄기세포의 연구에 사용하기 위해 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비 후원을 받은 것으로 보일 뿐, 실제로는 환자맞춤형 줄기세포주가 전혀 수립되지 않았음을 인식하면서도 이를 숨긴 채 공소외 5 회사로부터 연구비를 후원받았다고는 보이지 아니하는 점을 종합하여 보면, 피고인이 편취의 범의를 가지고 공소외 5 회사로부터 ▽▽▽재단을 통하여 연구 후원금을 지원받았다고 보기는 어렵다.

라) 따라서 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때, 피고인의 2004년 및 2005년 각 논문 조작행위의 내용이나 그 정도, 공소외 5 회사의 이 사건 후원의 목적이나 경위 등에 비추어 보면, 이 사건 후원계약을 체결할 당시 피고인에게 위 각 논문의 데이터 조작사실을 고지하여야 할 선행행위에 의한 작위의무가 있다가나 피고인이 신의성실의 원칙에 따른 보증인적 지위에 있었다고 보기 어렵고, 피고인이 단순히 후원계약을 체결하면서 위 각 논문의 데이터를 조작한 사실을 고지하지 않았다는 부작위를 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비를 편취할 고의 내지 의도에 의한 기망행위와 동등할 정도에 이르렀다고 평가하기 어렵다.

(라) 인과관계의 존재 여부

- 1) 우선 2004년 논문의 조작 및 그 조작사실 묵비에 관하여 보면, 공소외 5 회사로서는 피고인이 위 논문 제출 당시에는 테라토마 실험결과를 얻지 못하여 NT-1 배아체의 DNA 지문분석 검사결과를 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 바꾸고, 테라토마 사진을 조작한 사실을 알았다고 하더라도, 그 후원의 경위나 동기에 비추어 연구비 후원을 하지 않았을 것이라고 단정할 수 없으므로, 이 부분 행위와 연구비 후원 사이에는 상당인과관계가 있다고 보기 어렵다.
- 2) 다음으로 2005년 논문의 조작 및 그 조작사실 묵비에 관하여 보면, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 공소외 5 회사로서는 실제 환자맞춤형 줄기세포주가 전혀 수립되지 않았다는 객관적 사실을 알았다면 이 사건 연구비를 후원하지 않았을 것이라고 충분히 인정할 수 있으나, 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때 실제 환자맞춤형 줄기세포주가 12개나 수립되었지만 위 논문의 실험 데이터가 일부 조작된 경우까지 공소외 5 회사 측에서 이 사건 연구비를 후원하지 않았을 것이 명백하다고는 쉽사리 단정할 수 없으므로, 피고인의 그와 같은 묵비 내지 불고지 행위와 공소외 5 회사의 이 사건 후원금 지급행위 사이에 인과관계가 있다고 보기도 어렵다.
- (3) 농협에 대한 기망행위 및 편취의 범의 존재 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이므로, 그 수단에 특별한 제한이 없어 명시적·묵시적 행위는 물론, 부작위도 포함될 수 있으나, 어떤 부작위가 사기죄를 구성하는 기망행위에 해당하기 위해서는 행위자가 상대방의 착오를 제거해야 할 이른바 보증인의 지위에 있어야 한다고 전제한 다음, 공소사실 자체에 “2004년도 및 2005년도 사이언스 논문 조작 및 생명윤리 및 안전에 관한 법률 위반 사실 등을 숨긴 채”라고 기재되어 있을 뿐 아니라, 과학 논문의 조작이나 관련 연구과정에서의 법령위반 행위 등은 사기죄가 보호하고자 하는 법익(재산)과 직접적인 관련이 없어 이러한 행위만으로 곧바로 사기죄에서의 묵시적 기망으로 평가하기는 어려우므로 결국 부작위에 의한 기망 여부만이 문제될 것인데, 피고인이 먼저 농협에 어떠한 후원요청을 한 사실이 있음을 인정할 증거가 없고, 오히려 공소사실 기재 자체에 의하더라도 공소외 8 주식회사의 사장 공소외 9가 먼저 연구비 지원 의사를 밝혀 피고인이 단순히 이를 승낙하였을 뿐이라는 것이며, 나아가 공소외 9, 45, 46, 47, 48의 각 원심 법정 진술, 농협의 내부 기안서와 출연증서[증제400호(수사기록 17권 11462-11471쪽)]의 각 기재 등 기록에 의하면, 지원할 연구비의 용도나 액수 등은 오로지 농협 자체적으로 정하였고, 피고인이 이에 관하여 무슨 의견을 표시하거나 특별히 요청을 한 적은 없는 사실, 출연증서 상에도 “피고인 1 교수님께서 평소 농촌과 농축산업 발전을 위해 적극 노력해 주신데 감사드리며 질병발생이 없는 가축의 생산과 가축개량을 통한 생산성 향상 등 국내 농축산업의 경쟁력 제고를 위한 연구 활동에 더욱 힘써 주실 것을 4백만 농업인과 함께 염원하며, 이 뜻을 담아 축산발전 연구 후원 기금으로 위 금액을 출연합니다.”라고 되어 있어 용도가 ‘축산발전 연구 후원기금’임을 알 수 있는바, 사정이 이러하다면 이 사건 농협의 연구지원금은 결국 줄기세포 연구와 관련된 논문조작이나 생명윤리 및 안전에 관한 법률 위반 여부 및 이에 대한 허위 과장 발표 등과는 무관하여 피고인이 이에 대하여서도 적극적으로 진실을 알려야 할 무슨 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없고, 이 사건 연구지원금의 출연 경위나 목적에 비추어, 피고인에게 농협을 기망하여 이 사건 연구지원금을 편취한다는 사기의 범의나 무슨 불법영득의 의사가 있었다고 단정하기도 어렵다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 사실을 오인하거나 기망행위, 편취의 범의 또는 보증인적 지위의 인정 여부에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없

다.

(4) 소결론

이상의 이유를 종합하면, 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때, 피고인이 이 사건 연구비를 편취할 고의 내지 의도로 줄기세포를 전혀 수립한 바가 없는데도 마치 그러한 과학적 성과가 있는 것처럼 각 논문을 조작하였다고 보기 어렵고, 피고인이 인터뷰나 강연을 통하여 줄기세포 연구의 실용화 가능성을 과장하였다고 하더라도 공소외 5 회사나 농협에 대한 관계에서 무슨 별도의 기망행위에 해당한다고 보기도 어려우며, 피고인의 각 논문의 데이터 조작행위나 인터뷰 및 강연 행위와 공소외 5 회사 및 농협의 연구비 후원 사이에 상당인과관계를 인정하기도 어렵다.

나아가 피고인이 공소외 5 회사 및 농협으로부터 이 사건 연구비를 후원받는 과정에서 각 논문의 조작 사실을 숨겼다고 하더라도 그 후원계약의 체결경위나 계약의 목적, 피고인이 관여한 논문조작 행위의 내용이나 그 정도, 피고인의 논문의 진실성 여부에 대한 구체적인 인식의 정도 등에 비추어, 피고인에게 편취의 범의가 있었다거나 피고인이 각 논문의 데이터를 조작한 사실을 고지하여야 할 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 결국 피고인이 공소외 5 회사 및 농협을 속여 연구비를 편취한 것이라고 평가하기는 어렵다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 없다.

4. 피고인 2의 양형부당 주장에 대한 판단

가. 피고인은 아무런 전과가 없는 초범인 점, 과도하게 경직적인 연구비 집행구조가 피고인이 이 사건 범행에 이르게 된 하나의 원인이었다고 보이는 점, 피고인이 이 사건 편취금을 자신의 사익을 위해 개인적인 용도로 사용하지는 않은 것으로 보이는 점, 피고인이 그동안 과학자로서 수정란 줄기세포 연구 등에서 많은 업적을 남겨 국내의 생명공학 기술 발전에 크게 기여해 온 점, 이 사건으로 문제의 연구과제가 강제 종료됨에 따라 지원받은 연구비 중 정부 출연분과 기업체의 출연금이 각 기관의 출연비율에 따라 이미 회수된 점, 피고인이 재판과정을 통하여 경솔한 판단으로 물의를 일으킨 점에 대하여 깊이 반성하고 있는 점 등의 유리한 정상은 있다.

나. 그러나 이 사건 범행은 피고인이 허위의 세금계산서와 거래명세표 등을 이용하여 총 5회에 걸쳐 합계 58,141,300원의 연구개발비를 편취한 사안으로서, 그 범행수단에서 나타나는 범의의 정도나 피해액의 규모에 비추어 죄질이나 범정이 좋다고 보기 어려운 점, 이 사건 사기죄의 법정형은 10년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금형인데, 피고인이 현재 대학교수의 신분에 있는 점을 감안하여 원심이 벌금형을 선택한 것 자체로 이미 피고인에 대하여 충분한 선처가 이루어졌다고 평가되고, 당심에 이르러 원심의 양형을 변경할만한 아무런 사정변경이 없는 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경, 범행의 동기와 경위, 범행의 수단이나 방법, 범행 후의 정황 등 이 사건에 나타난 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정들을 종합하여 보면, 원심의 형이 너무 무거워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

다.

따라서 피고인의 양형부당 주장은 이유 없다.

5. 결론

원심판결의 유죄부분에 대한 피고인 1의 사실오인 주장은 원심판결의 범죄사실 제1의 가. 1)항 중 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌에 분산 입금하여 은닉·소비한 부분에 한하여 일부 이유 있으므로, 이 부분과 포괄일죄를 인정한 원심 범죄사실 제1의 가.항 전체는 그대로 유지될 수 없고, 원심이 피고인 1에 대한 이 부분 업무상횡령의 범죄사실과 당심도 유죄로 인정하는 나머지 범죄사실을 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 하여 하나의 형을 선

고하였으므로 피고인 1에 대한 원심판결의 유죄부분 전부가 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그렇다면 원심판결 중 피고인 1의 무죄부분에 대한 검사의 항소와 피고인 2의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제 364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하고, 피고인 1의 원심판결 중 유죄부분에 대한 항소는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로, 검사의 피고인 1 부분에 관한 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1(유죄부분에 대한 사실오인 또는 법리오해)

(1) 공소외 1 사단법인 연구비 횡령의 점

(가) 공소외 1 사단법인(이하 '공소외 1 법인'이라고 한다)은 공익법인으로서 그 기본재산의 취득에 이사회 결의가 필요한데, 출연기관들로부터 기부금을 후원받으면서 이사회 결의를 거치지 아니하였으므로, 이 사건 기부금이 공소외 1 법인의 소유로 귀속되었다고 할 수 없다.

공소외 1 법인이라는 법인은 기부금에 대한 회계처리의 방편에 불과하였고 인적결사체로서 법인의 기본사항을 반영하는 정관이나 조직구성이 없으며, 설립 이래 이사회나 총회를 개최한 바도 없는 등 사단법인의 실체를 갖추지 못하고 있었다.

연구비의 관리 집행 및 정산에 관한 규정이나 절차 등 아무런 기준도 정한 바 없고, 연구비의 출금은 피고인 연구팀이 일방적으로 결정하여 요청하는 대로 출금이 이루어졌으며, 모두 피고인 1 연구팀의 생명공학 연구에만 지원되었고 그 연구 성과에 대한 보고나 확인을 한 사실도 없으며 연구비로 취득한 기자재나 연구 성과물에 대한 권리를 취득한 바도 없다.

이런 점에 비추어 공소외 1 법인이 소유권의 주체가 될 수 없을 뿐 아니라, 피고인에게 임의 사용이 승낙된 연구비가 타인의 재물이라고 보기 어렵고, 자금의 전달 역할만 담당한 공소외 1 법인과 피고인 사이에 실질적인 위탁관계가 존재한다고 보기도 어려워 피고인이 타인의 재물을 보관하는 지위에 있다고 볼 수 없다.

(나) 원심판결 별지 (2) 범죄일람표와 관련하여, 일반적으로 동물이나 사람의 난자를 정상적인 거래를 통해 매수하기가 사실상 불가능해서 피고인이 그러한 난자를 취득하기 위한 비용으로 사용하기 위해 부득이 차명계좌를 사용하였을 뿐이므로, 공소외 2 등 7명의 차명계좌에서 다시 공소외 10과 공소외 11의 차명계좌로 입금한 사실만으로는 불법영득의사의 실현행위로 평가할 수 없고, 특히 공소외 11의 차명계좌에 입금된 자금은 공소외 2 등 7명의 차명계좌에 보관하던 공소외 1 법인의 연구비라는 점을 인정할 증거가 부족하며, 공소외 4 교수의 자녀 결혼식 식대 명목으로 지급된 금원은 그 출금 당시 피고인이 식대를 초과하는 피고인 개인 소유의 금원을 연구팀이 사용하는 다른 계좌에 입금한 점에 비추어 불법영득의 의사를 인정할 수 없다.

(2) 공소외 1 법인 연구비 편취의 점

공소외 1 법인 연구비는 앞서 본 바와 같은 공소외 1 법인과 피고인과의 실질적 관계에 비추어 피고인과 그 연구팀의 생명공학 연구라는 포괄적 용도로 사용이 일임된 금원이고, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 '연구원들의 인건비와 여비 등 운영비가 필요하니 실험재료나 기자재를 구입하는 것처럼 비용처리를 하여 운영자금을 마련하라'는 지시를 한 사실도 없으며, 가사 그러한 지시를 하였다고 하더라도 원래의 용도대로 적합하게 사용되었으므로 이를 편취하였거나 공소외 1 법인에게 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

(3) 정부 연구비 편취의 점

정부 연구비는 '돼지복제 및 복제기반 연구 사업'이라는 종합적인 연구과제를 위하여 지원된 것이어서 그 연구의 특수성, 추상성, 포괄성, 개방성으로 인하여 사용용도를 엄격하게 일의적으로 제한하는 것은 무리가 있는 점을 고려하면, 피고인이 연구비를 그와 같은 목적과 범위를 벗어나지 아니하는 한도에서 사용하였으므로 불법영득의사를 인정할 수 없다.

(4) 생명윤리및안전에관한법률위반의 점

생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 생명윤리법이라 한다)의 입법목적과 금지규정의 취지, 입법 연혁, 관련법과의 균형 및 사회상규에 비추어 볼 때, 난자기증자가 생명공학 연구에 보탬이 되고자 순수한 동기로 난자를 기증하고 난자수증자가 그 기증의사를 받들어 난자채취에 관련된 비용을 부담하였다고 하여, 생명윤리법에서 금지하고 있는 '금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부'를 제공하였다는 구성요건적 행위에 포섭시킬 수 없을 뿐 아니라, 위법성이 결여되어 범죄가 성립하지 아니하고, 법률전문가의 조언에 따른 행위로 정당한 이유가 있어 법률의 착오에 해당한다.

나. 검사(피고인 1에 대한 부분)

(1) 무죄부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 논문조작 관련 사실오인 또는 법리오해

1) 검사의 논문조작에 관한 입증의 정도

논문의 기초가 된 실험결과 자체가 나오지 않았음에도 그와 같은 결과가 나온 것처럼 조작하거나 실험결과를 조작한 후 그 실험데이터를 폐기한 경우에 있어서는, 사후적으로 조작사실을 입증하는 것이 사실상 불가능하므로, 공소사실에 대한 검사의 입증정도가 '논문에 기재된 실험결과나 데이터가 존재하지 않는다, 피고인이 가지고 있는 자료에는 논문에 기재된 실험결과나 데이터가 존재하지 않는다'는 정도로 충분하다고 보아야 한다.

2) 2004년 논문조작 행위 중 원심 배척 부분

가) DNA(유전자) 지문분석 검사 조작에 관하여, ① 공소외 12 및 제1심 공동피고인 5는 검찰에서의 진술이 변경되었지만 공판과정에서는 일관된 진술을 하고 있고, 최초 진술 당시에는 피고인을 배신하기 어려웠던 상황이었으며, 그들이 피고인의 지시 없이 임의로 시료를 조작할 아무런 동기가 없는 점, ② 피고인은 2003년 5월경 네이처(Nature)지에 NT-1에 대한 논문을 투고하는 데 시간이 촉박하였을 뿐 아니라 DNA 검사도 NT-1 자체가 아니라 그 침전물을 사용하는 등 검사에 사용할 수 있는 NT-1세포의 숫자가 부족하였으므로, DNA 지문분석 검사결과를 조작할만한 동기가 있었던 점에 비추어 피고인이 공소외 12에게 DNA 지문분석 검사를 조작하라고 지시하였다고 충분히 인정된다.

나) 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응(RT-PCR) 검사 조작에 관하여, ① 공소외 13이 NT-1으로 RT-PCR 검사를 하여 부계 및 모계 유전자가 발현된 결과를 얻었다는 직접적인 실험데이터 또는 관련 사진이 없는 점, ② 2003. 10. 6. 실험결과 사진에는 부계유전자(SNRPN, ARHI)의 유전자 증폭이 이루어졌으나 같은 달 9일의 실험사진에는 부계유전자 중 ARHI만 발현된 것으로 나오는데, 이는 NT-1에 대한 RT-PCR 검사가 실패한 것으로 볼 수 있는 점, ③ 통상 'BL'이라는 약어는 배반포(Blastocyst)를 의미하는데, 2003. 10. 14. 실험결과 사진에는 검체를 'NT BL'이라고 기재한 것이 있고, ○○대 비밀문서에도 NT-1의 RT-PCR 검사결과가 부계 및 모계유전자가 모두 발현되었다고 적시되어 있는 부분에 'hNTBL'으로 기재되어 있는데, 그 후 발표된 2004년 논문에는 'hNTBL' 표시가 'SCNT-hES-1'로 변경되었

는바, 위 ○○대 비밀문서는 피고인이 보고받은 내용이므로 피고인이 2004년 논문에 위와 같은 임의적 변경이 이루어진 사실을 알았다고 인정되는 점, ④ 제1심 공동피고인 3이 피고인의 지시 없이 2004년 논문을 조작할 아무런 이유가 없는 점을 종합하면, 피고인이 제1심 공동피고인 3으로 하여금 실제로는 NT-1에 대한 RT-PCR 검사결과가 나오지 않자, 배아 또는 배반포를 사용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 마치 NT-1으로 검사를 한 것처럼 조작하였을 가능성이 매우 높다.

다) 면역염색 사진조작에 관하여, 논문에 음성대조군으로 사용한 세포의 사진이 면역염색 실험과정에서 작성된 것이 아님에도 이를 사용한 것은 논문데이터를 조작한 것이고, 제1심 공동피고인 3, 공소외 12의 각 진술에 의하면 피고인이 공소외 14(영문자 생략)와 같이 있을 때 '더 이상 없으면 NT-1이 아니더라도 음성대조군이 있으면 보내라'고 하여 공소외 12에게 전화를 한 사실이 인정되므로, 피고인이 NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진을 2004년 논문의 면역염색 검사결과에 사용한다는 사실을 알고 있었던 것이 분명하다.

(나) 작위 또는 부작위에 의한 기망행위의 구성 여부

1) 핵이식 배아줄기세포의 확립 여부를 확인함에 있어서 가장 중요한 것은 ① 체세포 공여자의 세포가 정확하게 복제되었는지 여부, ② 기관분화가 가능한 줄기세포인지 여부인데, 피고인은 2004년 논문과 관련하여, 복제의 정확성을 검증하기 위한 기초검사인 DNA 지문분석 실험에서부터 공소외 12에게 공여자의 체세포만으로 검사를 실시하도록 지시하여 그 검사결과를 이용하여 2004년 논문을 허위로 게재하였고, 기관분화 가능성을 검증하기 위한 테라토마 검사의 실험 결과가 없는 상태에서 ◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마 사진을 이용하여 NT-1의 테라토마가 제대로 형성된 것처럼 논문을 조작하였으며, NT-1의 면역염색 사진의 상태가 좋지 못하자 공소외 12에게 ◇◇◇◇ 수정란 줄기세포의 사진을 마치 NT-1의 면역염색 사진인 것처럼 논문을 조작하였고, 2003년 5월경 사이언스(Science) 측으로부터 NT-1이 처녀생식에 의한 줄기세포가 아니라는 입증을 요구받자 NT-1이 아닌 인간난자의 배아 또는 배반포를 이용하여 RT-PCR 검사를 실시하고 그 결과로 논문을 조작하였다.

2) 피고인은 2004년 논문을 조작한 후 2005년 논문에서도, 자신이 수립한 줄기세포가 NT-2, 3 등 2개만 존재한다고 인식하고 있었음에도 마치 11개의 줄기세포가 모두 확립된 것처럼 각종 실험결과를 조작하였고, 실험에 제공된 난자 수가 275개임에도 185개의 난자만 제공된 것처럼 조작하여 줄기세포 확립의 효율성을 조작하였으며, 줄기세포 확립과정에 모두 동물(생쥐) 영양세포를 사용하였음에도 인간 영양세포만 사용하여 바이러스의 감염위험성을 현저히 감소시킨 것처럼 조작하여 사이언스 잡지에 논문을 게재하였다.

3) 위와 같은 2차례의 조작된 논문의 발표 전후로 피고인이 국민과 전세계 언론들을 상대로 줄기세포 수립의 효율성과 안전성이 높아서 머지않은 장래에 줄기세포 치료의 상용화가 가능한 것처럼 연구 성과를 과장하여 한 인터뷰 및 강연 행위는 사기죄에 있어서 기망행위를 구성하고, 피고인은 위와 같이 논문을 조작하고 연구 성과를 과장하는 인터뷰 및 강연 행위를 하여 피해자 공소외 5 주식회사(이하 공소외 5 회사라 한다)와 농협중앙회(이하 농협이라 한다)의 착오 상태를 야기하였으므로 선행행위에 의한 작위의무를 지는 보증인적 지위에 있다.

가) 공소외 5 회사에 대한 사기의 점에 관하여, 피고인은 2005년 7월 중순경 공소외 5 회사의 기술원장 공소외 7에게 줄기세포 관련 기술, 정보, 인맥 네트워크 등을 제공해 줄 수 있고 줄기세포가 상용화되면 공소외 5 회사에 우선권 등 유리한 기회를 주겠다면서 5년간 매년 15억 원씩 총 75억 원을 지급해 달라고 요청하였고, 이에 공소외 5 회사는 피고인의 2004년, 2005년 논문 발표로 인해 피고인의 연구 업적이 고양되었다고 판단하고 일단 3년에 걸쳐 10억 원씩 지급하고 3년 경과 후에 추후 지원 여부를 결정하는 내용으로 연구비 지원을 하기에 이르렀다.

피고인이 줄기세포주의 수립을 믿었는지 여부에 상관없이 검증데이터를 조작하여 환자맞춤형 줄기세포의 효율성, 안정성, 상용화 가능성을 과장하는 등 논문을 조작하였고 공소외 5 회사가 그 논문 조작 사실을 알았다면 연구비 지원을 하지 아니하였을 것으로 넉넉히 예상된다.

따라서 피고인이 2004년 및 2005년 논문을 조작하고 기자회견 등을 통하여 줄기세포 확립성공률과 안전성 등을 조작 발표함으로써 이미 착오상태에 빠져 있던 공소외 5 회사의 공소외 7에게 마치 그 논문의 내용과 기자회견 결과가 사실인 것처럼 행세하면서, 추후 줄기세포 연구가 상용화될 때 유리한 기회를 주겠다는 피고인의 말을 믿은 공소외 5 회사로부터 연구비 명목으로 10억 원을 교부받은 것은 사기죄를 구성한다고 보기에 충분하다.

나) 농협에 대한 사기의 점에 관하여, 환자맞춤형 줄기세포의 효용성 및 실용성 여부는 연구비 지원을 결정하는 데 중요한 요소인데, 피고인이 그 조작사실을 숨기고 연구비를 수령한 것은 부작위에 의한 기망행위를 구성한다.

농협의 출연증서는 '축산발전연구 후원기금'이라고 기재되어 있으나 그와 같은 명목은 농협의 설립목적에 고려한 것일 뿐, 실제로는 피고인의 2005년 논문 발표 등 연구 성과를 믿고 향후 줄기세포 연구 과정에서 간접적으로 동물실험을 통하여 가축의 난치병을 치료하는 등 축산발전에 기여할 것으로 믿어 국가발전에 보탬이 되고자 하는 동기에 의하여 후원이 이루어졌다.

또한 피고인이 지원 과정에서 재단지원 방법과 아울러 개인지원 방법을 설명하면서 개인지원 방법을 권유한 점에 비추어 보면 피고인에게 불법영득의 의사도 인정되므로, 피고인은 부작위 또는 묵비의 기망행위에 의한 사기죄의 죄책을 면할 수 없다.

(2) 양형부당

원심의 형(징역 2년, 집행유예 3년)이 너무 가벼워서 부당하다.

다.

피고인 2(양형부당)

원심의 형(벌금 700만 원)이 너무 무거워서 부당하다.

2. 피고인 1의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 공소외 1 법인 연구비 횡령의 점에 대하여

(1) 타인의 재물성 인정 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 그 판시의 각 사실을 인정한 다음, ① 피고인의 주장과 같이 공소외 1 법인에서 지급된 돈이 생명공학 연구 목적 외의 용도에도 사용이 가능한 것이었다면, 피고인이 굳이 수고스럽게 직접 은행을 돌아다니면서 전액 현금으로 인출하여 다시 피고인의 지인들 명의의 차명계좌로 재입금하는 방법으로 자금세탁을 할 필요는 없어 보이는 점, ② 피고인은 보안이 필요한 연구를 위해 위와 같은 차명계좌를 관리하였다고 주장하고 있으나, 피고인의 주장처럼 공소외 1 법인에서 지급한 연구비에 대한 검증·감독 절차가 미흡하였고, 피고인이 신청하는 연구비의 용도와 금액에 대해 특별한 심사 없이 피고인이 신청하는 대로 지급되는 상황이었다면 피고인이 굳이 보안유지를 위해 차명계좌를 만들 필요도 별로 없었을 것으로 보이는 점, ③ 영리를 목적으로 하는 기업이 아무 조건 없이 수십억 원에 달하는 거액을 특정 개인에게 지원한다는 것은 일반의 상식에 반하는 점, ④ 피고인이 청구하는 용도와 액수에 대한 수정 없이 그대로 연구비가 지급된 것은 공소외 1 법인에서 그만큼 피고인을 믿고 피고인이 연구비를 정당하게 연구에 사용할 것으로 신뢰하였기 때문으로 볼 여지가 있는 점, ⑤ 규정이나 서식이 없다고 하여 연구비를 집행할 수 없

는 것은 아니고, 또한 연구비를 신청할 때 지급시기, 지급액, 지출항목 등에 대해 공소외 1 법인 측과 협의하지 않았다는 점도 연구비는 통상 그 연구를 담당하는 연구책임자가 연구의 목적, 방법, 비용 등을 감안하여 청구하는 것이기 때문에 공소외 1 법인 측이 연구책임자인 피고인의 의사를 존중한 탓으로 볼 수도 있는 점 등을 아울러 고려하면, 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인에 지급한 자금은 모두 그 집행에 대하여 특별한 제한 없이 피고인에게 일임되어 있는 피고인 개인에 대한 포괄적 후원금이라고 보기는 어렵고, 적어도 피고인의 생명공학 연구를 위한 연구비로 사용될 것을 전제로 공소외 1 법인에 위탁된 공익성 기부금에 해당한다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

1) 공소외 1 법인의 법적 성격

가) 공익법인의 설립 운영에 관한 법률(이하 공익법인법이라 한다)이 규제대상으로 하는 공익법인은 재단법인이나 사단법인으로서 사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인을 말하고(제2조), 구체적으로는, 민법 제32조 소정의 비영리법인 중 순수한 학술, 자선 등 공익법인법 시행령 제2조 제1항 각호 소정 사업을 목적으로 하는 법인이거나 주로 위와 같은 학술, 자선 등의 사업을 목적으로 하면서 그와 함께 부수적으로 그 이외의 사업을 함께 수행하는 법인을 말한다(대법원 1978. 6. 13. 선고 77도4002 판결 참조).

나) 공소외 1 법인의 정관(증제615호(수사기록 27권 17051-17063쪽))

에 의하면, 제2조(목적)에서 "본 연구원은 21세기 지식 정보화 사회를 주도할 지식 기반 산업인 정보통신산업, 생명공학산업, 디자인산업, 환경산업 등 신산업의 향후 발전 전략 및 이러한 산업 간의 상호 연계 전략을 연구한다.

또한 이를 바탕으로 미래의 유망 신산업을 개발하고, 한국의 기업, 산업 및 경제의 국제경쟁력 제고를 위하여 이러한 신산업의 육성 정책 방안을 제시하고 자문함을 목적으로 한다.

"고 규정하고, 제4조(사업)에서 공소외 1 법인이 수행하는 사업을 "1. 미래 유망 신산업의 기술, 인력 및 인프라 구축 등의 방안과 이러한 산업의 지식화 기반 구축 방안 연구, 2. 미래 유망산업 연구 개발, (중간 생략) 7. 전 각 호 이외에 본 연구소의 목적을 달성하는 데 필요하다고 인정되는 기타 사업"이라고 규정하고 있다.

다) 위 공소외 1 법인의 정관에 나타난 설립목적과 사업내용에 관한 각 규정에다가 증인 공소외 4의 원심 법정진술, 공소외 1 법인의 법인등기부(증제516호(수사기록 15041-15042쪽))의 기재 등 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 공소외 1 법인의 설립 동기나 설립경위를 종합하면, 공소외 1 법인은 생명공학산업, 정보통신산업 등 신산업의 향후 발전전략 및 신산업 간 상호 연계전략을 연구하는 것을 설립목적으로 하고 피고인의 생명공학 등 신기술 개발 분야에 대한 연구비의 보조 등 연구활동을 지원하는 것을 주된 업무로 하기 위하여 설립된 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 공소외 1 법인은 신산업의 개발과 관련한 학술활동에 관한 사업을 목적으로 하고 그 목적을 위하여 필요한 범위 내에서 또는 그에 수반되는 연구비의 보조 등 학술활동 지원 사업을 영위하는 비영리법인으로서 공익법인법 소정의 공익법인에 해당한다고 볼 수 있다[공소외 1 법인이 세무서에 제출한 '법인세과세표준 및 세액신고서'의 공익법인 출연명세서(증제631호(수사기록 27권 17359, 17376쪽)) 각 참조].

2) 출연기관의 연구비 기부금에 대한 소유권자

가) 증인 공소외 4의 원심 법정진술 등 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 당심 증인 공소외 15, 16의 각 법정진술을 종합하면, 원심도 인정한 바와 같이, 공소외 1 법인이 ☆☆그룹[공소외 17 주식회사, 공소외 18 주식회사, 공소외 19 주식회사], □□그룹[공소외 20 주식회사, 공소외 21 주식회사, 공소외 5 회사], 공소외 22 재단법인 등(이하

이 사건 출연기관들이라 한다)으로부터 기부금을 교부받으면서 공소외 1 법인의 이사회 결의를 거치지 않은 사실을 인정할 수 있다.

나) 그러나 공익법인법 제7조 제1항 제1호가 재산의 '처분'뿐만 아니라 그 '취득'에도 이사회의 결의를 요구하고 있는 취지는 공익법인의 특수성을 고려하여 그 재산의 원활한 관리 및 유지·보호와 재정의 적정을 기함으로써 공익법인의 건전한 발전을 도모하고 공익법인으로 하여금 그 본래의 목적사업에 충실하게 하려는 데 있다고 할 것이고, 공익법인이 주식 기타 목적물을 증여받는 등으로 그 재산을 대가의 출연 없이 무상으로 취득하는 경우에는 그 자체로써 공익법인의 재산적 기초가 더욱 공고하게 되므로, 위와 같이 이사회의 결의를 요구하여 그 결의가 없으면 재산의 취득을 무효로 하는 취지가 이 경우에까지 관철되어야 할 이유는 없으므로, 공익법인이 이사회의 결의 없이 재산을 무상으로 취득하였다고 해도, 유상취득의 경우와는 달리, 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 무효라고 할 것이 아니다 (대법원 2009. 3. 26. 선고 2007도8195 판결 참조).

다) 살피건대, 공소외 1 법인이 공소외 19 주식회사에 피고인의 생명복제기술 산업화연구와 관련한 연구비를 지원해 줄 것을 요청하면서 그에 대한 근거로 첨부한 보고서에 피고인을 공소외 1 법인의 연구책임자로 표시한 사실은 인정되나[증제627호(수사기록 27권 17216-17227쪽)], ☆☆☆그룹이나 공소외 22 재단법인이 공소외 1 법인에 연구비를 지원하면서 공소외 1 법인으로부터 반대급부를 받기로 약정하였다거나 공소외 1 법인이 위 출연기관들에 어떠한 채무를 부담하기로 약정하였음을 인정할 명백한 증거는 없다.

또한 공소외 1 법인과 공소외 5 회사계열사와 사이의 공동연구개발 사업협약서, 합의서, 부속서, 3사간사업협약서[증제 536호(수사기록 38권 15713-15718쪽)]에 의하면, 공소외 1 법인과 공소외 5 회사는 체세포 복제기술을 중심으로 한 생명공학 분야의 신기술과 상품의 개발과 이의 실용화 및 사업화를 위한 연구개발 사업을 공동으로 수행하되, 공소외 5 회사가 연구개발비용으로 5년간 합계 75억 원을 지급하고 공소외 1 법인은 매년 9월에 해당년도의 연구개발 사업 결과를 공소외 5 회사에 서면으로 통보하기로 약정한 사실을 인정할 수는 있다.

그러나 위 약정의 전체적인 취지는 공소외 5 회사가 공소외 1 법인에 연구개발비를 지원하고 공소외 1 법인은 독자적으로 연구개발사업을 수행하되, 그 결과는 매년 통보하며, 연구개발사업의 결과물에 대해서는 공동소유로, 그 결과물의 처리나 제3자에의 양도 등은 협의하여 정하기로 한 것인바, 공소외 1 법인은 지원된 연구개발비를 사용하여 독자적으로 생명공학 분야의 신기술 연구개발사업에 전력을 다하기로 하였을 뿐, 연구개발비의 지원에 대한 반대급부로서 어떠한 구체적인 의무를 부담하기로 약정하였다고는 보이지 아니하고, 다만 그 연구개발사업의 성과가 가시화되면 그 결과물의 처리에 관하여 별도로 설립된 공동지분의 회사에 지적재산권 등을 귀속시키기로 한 것에 불과하다.

그러므로 연구개발이 실시되기 이전 단계에서 연구개발비를 지원받는 대가적 의미의 구체적인 채무를 부담하였다고 볼 수 없고, 따라서 실질적인 관점에서 보면 위 약정을 유상계약으로 파악하여 반드시 공소외 1 법인의 이사회 결의가 필요하다고 보기 어렵다.

라) 더구나 공익법인법 제11조 제1항에서 공익법인의 재산은 대통령령이 정하는 바에 따라 기본재산과 보통재산으로 구별하고, 위 법조항의 위임에 따라 동법 시행령 제16조 제2호는 기부에 의하거나 기타 무상으로 취득한 재산을 기본재산으로 하되, 다만 기부목적에 비추어 기본재산으로 하기 곤란하여 주무관청의 승인을 얻은 것은 예외로 한다고 규정하고 있는바, 이 사건 출연기관들은 공소외 1 법인에 '피고인의 생명공학 연구에 대한 지원'이라는 용도를 명시하여 기부하였다고 보이므로, 그 기부의 목적에 비추어 기부금을 공소외 1 법인의 기본재산으로 삼기에는 곤란하

다고 인정되고, 기부금에 대하여 보통재산으로 하는 데 주무관청의 승인이 없었다고 하더라도, 위 법조항에서 기부금에 대하여 기부목적에 비추어 기본재산으로 하기 곤란한 경우에는 주무관청의 사전 허가가 아닌 사후 승인을 얻도록 규정하고 있는 점, 금전은 원칙적으로 점유의 이전으로 소유권의 변동이 생기는 특성을 가지고 있다고 보아야 하는 점, 공소외 1 법인의 기부금에 대한 적법한 소유권 취득 여부는 공소외 1 법인과 이 사건 출연기관들 사이에서 다투어질 성질의 문제일 뿐인 점을 고려하면, 기부행위에 있어서는 제3자인 피고인이 공소외 1 법인으로부터 연구비 용도로 지급받은 자금을 유용한 행위가 범죄를 구성하는 지 여부를 판단함에 있어서, 공소외 1 법인에 피해자 적격을 충분히 인정할 수 있다고 판단된다.

마) 따라서 이 사건 출연기관들이 기부한 연구비의 취득에 관하여 공소외 1 법인 이사회의 결의를 거친 바 없다고 하더라도, 위 기부금이 공소외 1 법인의 소유에 속한다고 충분히 인정할 수 있다.

3) 공소외 1 법인을 통한 연구비 지원의 이유와 기부금의 성격

가) 피고인은 ○○대학교 교수로서 교육공무원법 제2조 제1항 제1호, 제2항 제1호, 고등교육법 제2조의 각 규정에 의하여 교육공무원의 지위에 있다고 할 것인데, 기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률 제5조에서는, 국가나 지방자치단체 및 그 소속 기관·공무원은 기부금품을 모집할 수 없고(제1항), 자발적으로 기탁하는 금품이라도 법령에 다른 규정이 있는 경우 외에는 이를 접수할 수 없다(제2항)고 규정하고, 이를 위반하여 기부금품을 모집한 자는 1년 이하의 징역이나 1천만 원 이하의 벌금에 처한다(제16조 제2항 제1호)는 처벌규정까지 마련하고 있으므로, 피고인이 이 사건 출연기관들로부터 직접 그 사용 용도에 아무런 제한이 없는 포괄적 후원금을 수수하는 행위는 법률상 허용될 수 없다.

나) 한편, 공소외 23, 24에 대한 검찰 진술조서 및 이에 첨부된 법인설립허가증 등[증제540호(수사기록 24권 15816, 15822쪽)] 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 1 법인은 재정경제부장관으로부터 2000. 7. 3. 법인설립허가를 받고, 2001. 1. 12. 그 당시 시행되던 법인세법 제24조 제1항, 법인세법시행령 제36조 제1항 제1호 타목, 법인세법시행규칙 제18조 제1항 제32호의 각 규정에 의한 공익성기부금 대상단체로 지정된 사실을 인정할 수 있는바, 공소외 1 법인이 공익성기부금 대상단체로 지정됨에 따라 이 사건 출연기관들은 기부금 중 일정액을 손금에 산입하여 세금을 감면받을 수 있는 이익을 누릴 수 있게 되었다고 보인다.

다) 따라서 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인을 통하여 피고인에게 연구비를 지원한 이유는, 피고인의 신분이 공무원이기 때문에 직접적으로 연구비를 지원하는 것이 위와 같은 법령상의 제한에 저촉되어 허용되지 않을 뿐 아니라, 이 사건 출연기관들이 기업 이익의 사회 환원 차원에서 연구비를 지원하는 데 수반될지 모르는 세제상의 불이익을 방지하기 위함에 있었다고 판단되고, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 앞서 본 이 사건 출연기관들의 공소외 1 법인에 대한 자금 지원 경위나 그 목적에 비추어 보면, 공소외 1 법인에 지급한 자금은 모두 그 집행에 대하여 특별한 제한 없이 피고인에게 일임되어 있는 피고인 개인에 대한 포괄적 후원금이라고 보기는 어렵고, 적어도 피고인의 생명공학 연구를 위한 연구비로 사용될 것을 전제로 공소외 1 법인에 위탁된 공익성 기부금에 해당한다고 봄이 상당하다.

(2) 보관자의 지위 인정 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 공소외 1 법인은 비록 통상적인 사단법인과 달리 그 운영이 일부 비정상적으로 이루어진 점은 부인할 수 없으나, 단체의 규약인 정관에 근거하여 의사결정기관과 집행기관 등의 조직을 갖추고 독자적인 활동을 하는 사회조직

체로서는 최소한 존립하고 있다고 판단되므로 단체로서의 실체는 존재한다고 봄이 상당하고, 공소외 1 법인이 이와 같이 별도의 단체로 존재하고 있다고 인정되는 이상, 이 사건 출연기관들이 공소외 1 법인에 지급한 돈은 당연히 단체인 공소외 1 법인에게 귀속되는 것이지, 공소외 1 법인이 수행한 주된 업무가 피고인의 연구 지원이었다고 하여 처음부터 피고인에게 귀속된다고 볼 수는 없고, 오히려 각 수사보고(증제530, 571호 등) 및 이에 첨부된 각 서류의 각 기재 등 기록에 의하면, 공소외 1 법인은 위와 같은 설립목적에 따라 □□그룹이나 ☆☆그룹 등 대기업으로부터 지원받은 자금을 피고인의 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제 수행을 위한 연구비로 지급하였고, 피고인은 위 연구과제 수행을 위한 공소외 1 법인의 연구책임자로 지정되어 있었으며, 피고인도 연구비 지급을 신청하면서 그 신청서 등에 위 연구과제의 연구책임자라고 기재한 사실, 공소외 1 법인이 공소외 25 주식회사와 체결한 공동연구개발 사업협약서에도 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자로 지정되어 있고, 피고인도 이 협약서에 공소외 1 법인의 연구책임자로 직접 서명날인을 하였는데, 피고인은 그 후 위 협약에 따라 공소외 25 주식회사에 제출한 연구결과보고서의 연구개요란에도 자신을 연구책임자로 기재한 사실 등을 각 인정할 수 있는바, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 수령한 돈은 결국 공소외 1 법인의 연구책임자의 지위에서 지급받은 연구비에 해당하여 피고인은 이를 해당 연구과제의 연구 목적에 사용하여야 할 의무를 부담한다고 보아야 하므로 규범적으로 업무상 보관하는 지위에 있다고 봄이 상당하고, 이러한 결론은 공소외 1 법인에 연구비 사용과 관련된 어떠한 내부 규정이나 규제가 사실상 없었다고 하여 달리 볼 수 없다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, ① 이 사건 출연기관들은 피고인에게 직접 후원금을 전달한 것이 아니라 공소외 1 법인이라는 조직체를 통하여 연구를 지원하는 등의 그 자금 지원의 경위에 비추어 보면 이 사건 출연기관들의 의사는 피고인에게 지급될 생명공학 분야의 연구비라는 용도를 특정하여 자금을 공소외 1 법인에게 기부하였다고 보아야 하는 점, ② 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자로서 지급되는 자금을 당초 이 사건 출연기관들의 공소외 1 법인에 대한 기부의 목적이나 취지에 부합하도록 생명공학 분야의 연구비라는 용도에 맞게 사용하여야 할 의무를 부담한다고 해석되는 점, ③ 공소외 1 법인이 이 사건 출연기관들의 당초 기부목적에 부응하지 못하고 피고인의 연구비 사용에 대한 감독을 제대로 하지 않았거나 이사회 의사결정 등을 포함한 실제 운영이 형식적으로 이루어졌다고 하더라도, 그러한 사정은 공소외 1 법인 임원들의 공소외 1 법인 법인에 대한 충실의무 위반으로 평가될 뿐이고, 공소외 1 법인이라는 단체의 의사가 피고인이 아무런 제한 없이 연구비 용도로 지원된 금원을 임의대로 사용하도록 허용하였다고 볼 수는 없는 점, ④ 피고인은 검찰 조사에서, 세무처리 관계로 기업으로부터 받는 거액의 기부금의 경우에는 재단법인이나 사단법인을 거쳐서 지원이 되어야 하고 개인에게는 기부가 되지 않는다고 알고 있다는 취지로 진술한 바 있을 뿐 아니라[증제566호(수사기록 25권 16417쪽)], 피고인은 2002년 말경 생명공학 농장으로 운영하던 화성시 소재 목장의 부지 일부를 공소외 1 법인에 기증한 바도 있는 점에 비추어 보더라도, 피고인도 공소외 1 법인이 사단법인으로서의 실체를 갖추고 있음을 인식하고 있었다고 보이는 점 등을 아울러 고려하여, 원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인이 공소외 1 법인으로부터 지급받은 연구비는 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제 수행을 위하여 지급된 것이고, 피고인은 공소외 1 법인의 연구책임자라는 지위에서 공소외 1 법인을 위해 위와 같은 용도가 지정된 연구비를 관리·보관하면서 위 연구과제의 목적에 맞도록 연구비를 집행하여야 하는 의무를 부담하므로, 피고인에게 보관자의 지위가 인정된다는 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없고, 피고인 주장과

같이 공소외 4의 요청으로 공소외 1 법인에 기부한 기업 등의 관계자들에 대한 각종 선물을 구입하는 비용을 피고인이 부담하였다는 등의 사정이 있다고 하더라도 달리 볼 것이 아니다.

(3) 횡령행위의 구성 여부 및 불법영득의사의 존재 여부

(가) 원심의 판단

피고인 및 공소외 26의 검찰 및 법정 진술, 각 차명계좌 명의자들의 각 검찰 진술 및 각 계좌 거래내역, 각 수사보고(중 제498, 600, 609호 등) 및 이에 첨부된 각 서류의 기재 등 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 여러 사정, 즉 ① 피고인이 공소외 1 법인으로 부터 재료비(실험용 소 구입 및 그 유지관리비) 명목의 돈을 지급받을 때 공소외 2 등 7명 명의의 차명계좌로 송금받아 전액 현금으로 인출한 후 총 17회에 걸쳐 합계 금 581,048,000원을 다시 매제인 공소외 10 명의의 차명계좌나 공소외 11 명의의 차명계좌로 분산하여 재입금하는 등 2단계에 걸쳐 자금세탁을 한 점, ② 만약 피고인의 주장대로 공소외 1 법인으로 부터 지급받은 돈은 연구비로 용도가 지정된 것이 아니어서 임의로 사용할 수 있는 것이었다면 굳이 허위 증빙자료를 제출할 아무런 이유가 없고 떼떈하게 실제 용도대로 신청해도 될 터임에도, 피고인은 재료비를 신청하면서 실험축구입비 등 증빙자료를 허위로 만들어 제출함으로써 마치 연구비를 지급하면 소구입비나 그 유지관리비로 사용할 것처럼 가장한 점, ③ 피고인이 정당한 목적에 사용하려고 하였다면 위와 같은 차명계좌에서 굳이 수천만 원에 달하는 거액을 현금으로 인출하여 일단 캐비닛에 보관해 두었다가 사용하는 방법으로 불편을 감수할 이유도 없었을 것으로 보이는 점, ④ 공소외 10 명의의 차명계좌에는 피고인 개인에 대한 후원금도 입금되어 있어 공소외 1 법인에서 지급받은 재료비를 현금으로 입금할 경우 그 개인 후원금과 혼재되어 구분이 사실상 불가능하게 되는 점, ⑤ 피고인은 공소외 10 명의의 차명계좌에 입금된 재료비를 현금으로 입출금하면서 같은 은행의 여러 지점을 돌아다니면서 일정 금액 이하로만 입출금하기도 하였을 뿐 아니라, 계좌간 대체의 경우에도 적요란에 현금으로 처리한 것처럼 가장하기도 한 점, ⑥ 피고인이 재료비로 지급받은 돈 31억 5,484만 원 중 1,150만 원은 연구와는 무관한 공소외 1 법인 이사장인 공소외 4 교수의 딸 결혼식 식대로 사용하였음이 밝혀졌고, 나머지 돈 중 피고인이 정당하게 사용하였다면서 그 내역을 제시하고 있는 23억 8,689만 원을 공제한 차액인 7억 5,600여만 원 상당에 대해서는 여전히 그 용처를 구체적으로 명백히 밝히지 못하고 있는 점(위 23억 8,689만 원 부분도 영수증 등 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료는 제시하지 못하고 있다), ⑦ 피고인은 스스로 백두산 호랑이나 매머드 복제연구 등 극도로 보안이 필요한 용도에 사용하기 위해 자금세탁을 하였다고 주장하면서 실제로는 공소외 10 명의의 차명계좌에 입금된 돈을 보안 용도에 사용하지 않고 소구입비로 사용하였다고 진술하기도 한 점, ⑧ 2001. 5. 4.부터 2005. 12. 26.까지 공소외 10의 차명계좌에서 공소외 10이나 그 가족에게 합계 3억 3,000여만 원이 송금된 점, ⑨ 피고인은 업무적으로 관련이 있는 ○○○○○○○○연구원, 경기도 <<<<<<소 관계자 등에게 수회에 걸쳐 정기적인 금원교부는 물론, 설날과 추석 등 명절의 선물 외에도 가끔 부서별로 회식을 시켜 주었고, 제1심 공동피고인 2, 3 교수에게는 유학생할비 등도 일부 보조해 주기도 하였다는 취지로 주장하나, 이러한 접대비나 생활비 지원이 연구 목적을 위해 정당하게 사용된 것이라고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외 1 법인으로 부터 재료비 명목으로 지급받은 연구비 중 적어도 공소사실과 같이 592,548,000원(= 581,048,000원 + 11,500,000원) 상당을 사적 용도에 사용할 목적으로 은닉하거나 실제 사적 용도로 임의 사용한 것으로 충분히 인정할 수 있다.

그리고 위와 같이 피고인이 차명계좌로 연구비를 송금받은 후 이를 전액 현금으로 인출하여 다시 자신의 매제 등 명의의 차명계좌로 재입금하는 방법으로 자금을 세탁하고, 자신의 개인 후원금과 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 같은 차명계좌에 입금하여 대부분 혼재되게 한 점과 그 이후 실제 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 사적 용도에 상당 부분 사용하기도 한 점 등 피고인의 자금세탁 경위나 내용, 세탁된 자금의 실제 지출용도 등 여러 사정을 고려하면, 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 피고인이 업무상 임무에 위배하여 자신이 보관하는 공소외 1 법인의 이 사건 연구비를 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하려는 업무상 횡령의 범의 내지 불법영득의사가 없었다고 볼 수도 없다.

(나) 당심의 판단

- 1) 횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은, 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도, 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도366 판결 참조).
- 2) 우선 피고인이 공소외 10 명의의 차명 예금계좌를 이용하여 자금을 은닉·소비한 부분에 관하여 본다.
 - 가) 이 사건과 같이 피고인이 공소외 1 법인으로부터 7명의 차명 예금계좌를 통하여 지급받은 연구비를 공소외 10 명의의 차명 예금계좌로 입금하였다가 사용한 사실은 인정하면서도 그 자금을 생명공학 연구를 위하여 인출, 사용하였다고 주장하면서 불법영득의사의 존재를 부인하는 경우, 피고인이 주장하는 자금의 사용이 생명공학 연구 과정에서 통상적으로 발생하는 비용에 대한 지출로서 공소외 1 법인의 연구비로 그 비용을 부담하는 것이 상당하다고 볼 수 있는지 여부, 자금 사용의 구체적인 시기, 대상, 범위, 금액 등에 대한 결정이 객관적, 합리적으로 적절하게 이루어졌는지 여부 등을 비롯하여 그 자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여, 해당 자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부에 대하여 판단하여야 한다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도4784 판결 참조).
- 나) 살피건대, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같은, 허위의 증빙자료를 이용한 연구비 신청 및 2단계에 걸친 자금 세탁 등의 정당성을 현저히 결여한 자금 조성의 방법, 피고인이 차명계좌에서 수천만 원에 달하는 거액을 현금으로 인출하여 일단 캐비닛에 보관해 두었다가 사용하거나 공소외 10 명의의 차명계좌에 보관된 금원을 출금하면서 여러 은행을 이용하고 현금 처리를 가장하는 등의 피고인이 자금인출 과정에서 보인 비정상적인 행태, 피고인 개인에 대한 후원금이 포함되어 있는 공소외 10 명의의 차명계좌에 보관된 자금의 성격, 공소외 10 명의 차명계좌에서 출금한 자금의 사용처에 대한 피고인 변호의 신빙성 정도나 그 적법성 여부 등의 여러 가지 사정에다가, ① 공소외 1 법인으로부터 지급되는 연구비는 피고인의 생명공학 연구에 사용하도록 포괄적으로 그 용도가 지정되어 있고, 그 생명공학 연구는 최첨단 분야로서 연구 성과의 내용에 따라서 추가적인 연구 방향이 설정되는 등의 역동성과 불확실성이 지배하는 영역인 점에 비추어 실제 연구를 담당한 피고인에게 연구비의 지출 항목이나 규모의 선정 또는 지출의 필요성 여부에 대한 광범위한 판단 재량이 부여되어 있다고는 보이나, 기본적으로 그 연구비의 집행은 생명공학 연구라는 테두리 내에서만 가능한 것이고 개인적인 용도로 소비하는 것은 연구비 위탁의 본질에 반하는 점, ② 2단계의 과정을 거쳐 자금을 세탁하거나 현금으로 입, 출금을 반복하는 등 피고인의 행태는 그 성질상 피고인 주장

과 같이 극도의 보안이 필요하기 때문에 자금의 '지출용도'를 드러나지 않게 하기 위한 것이 아니라 그 자금의 '출처'를 은폐하기 위한 것으로 평가되는 점, ③ 위와 같은 자금을 조성한 동기에 관한 피고인 진술의 신빙성이 객관적인 자료에 의하여 뒷받침되지 않을 뿐 아니라, 피고인이 혼자서 경리담당 직원인 공소외 26조차도 알지 못하도록 공소외 10 명의 차명계좌를 관리하였고[증제582호(수사기록 25권 16494쪽)], 공소외 10은 피고인의 매제로서 친족관계에 있는 점, ④ 공소외 10 명의 차명계좌의 거래내역[증제585호(수사기록 26권 16542-16544쪽)]에 의하면, 2001. 3. 14.부터 2001. 9. 1.까지는 대체적으로 자금이 위 계좌로 입금되어 그 잔고가 653,610,764원에 달하였다가 2001. 12. 31.부터 2002. 4. 17.까지의 단기간 내에 자금이 인출되어 그 잔고가 6,771,826원에 불과하게 된 점을 아울러 고려하여, 원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다(피고인이 이 부분 횡령한 금원을 원래의 용도대로 적합하게 사용하였다고 하더라도, 그와 같은 사정은 범행 후의 정황에 불과할 뿐이고 범죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 아니한다).

3) 다음으로 피고인이 공소외 11 명의의 차명 예금계좌를 이용하여 자금을 은닉·소비한 부분에 관하여 보면, 원심의 판단은 기록에 나타나는 객관적인 금융거래 내역에 비추어 수긍하기 어려운 바, 이에 대해서는 아래에서 항을 바꾸어 살펴본다.

(4) 공소외 11 명의 차명 예금계좌를 이용한 부분에 관한 범죄성립 여부

(가) 이 부분 공소사실의 요지[원심판결의 범죄사실 제1의 가. 1)항 중 별지(2) 범죄일람표 순번 14 내지 17 부분]

피고인은, 2000년 10월경부터 공소외 1 법인에서 수주한 광우병 내성소, 소 복제 연구 등을 수행하는 '체세포 복제기술의 개발'이라는 연구과제의 연구책임자로서 공소외 1 법인으로부터 재료비 등의 명목으로 연구비를 지급받아 위 연구를 위한 연구과제 수행, 연구비의 관리 및 집행업무를 총괄함에 있어 지원된 연구비는 피고인의 생명공학 연구에 사용되도록 그 용도가 특정되어 있어 그 용도로만 사용하여야 함에도, 2000. 10. 9.경 ○○대 연구실에서 위 생명공학교실의 경리직원인 공소외 26을 통해 공소외 1 법인에 5,000만 원 상당의 실험용 소를 구입하였다는 취지의 관련 서류를 작성·제출하여 공소외 1 법인 직원인 공소외 27로부터 실험용 소 구입비 명목으로 5,000만 원을 공소외 26이 보관중인 공소외 2 명의의 농업협동조합 차명 예금계좌로 송금받은 것을 비롯하여 그 무렵부터 2005. 2. 15.까지 사이에 별지(1) 송금일람표 기재와 같이 총 209회에 걸쳐 공소외 2 등 7명 명의의 차명 예금계좌로 실험용 소구입비 및 실험축 유지관리비 합계 3,154,840,000원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중,

1) 2004. 10. 7.경 위와 같이 차명 예금계좌에 보관중이던 실험용 소 구입비를 현금으로 인출한 다음, 서울 (이하 생략) 소재 하나은행 ○○대지점에서 그 중 2,000만 원을 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌(계좌번호 생략)에 입금한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2005. 8. 25.까지 사이에 별지(2) 범죄일람표 순번 14 내지 17 기재와 같이 총 4회에 걸쳐 합계 105,548,000원을 위 공소외 11 명의의 하나은행 차명 예금계좌에 분산 입금하여 이를 은닉·소비함으로써 횡령하였다.

<별지(2) 범죄일람표 중 관련 부분> 원심 별지(2) 순번계좌번호거래일입금액(원)거래점명적요차명계좌14(계좌번호 생략)2004-10-0720,000,000하나은행현금공소외 11 계좌15(계좌번호 생략)2004-10-0822,548,000하나은행현금16(계좌번호 생략)2004-11-1613,000,000하나은행현금17(계좌번호 생략)2005-08-2550,000,000하나은행현금소계 ? ? 105,548,000 ? ?

(다) 당심의 판단

그러나 원심의 이 부분 판단은 다음과 같은 이유로 이를 수긍하기 어렵다.

- 〈각 차명 예금계좌의 일자별 출금 내역〉순번계좌주출금일자거래금액(원)거래내역사용용도비고 (공소제기 여부 등)1공소외 302004. 7. 16.1,500,000현금 ? ? 2공소외 302004. 7. 16.3,000,000대체공소외 4 식대별도 기소 [원심 범죄사실 제1의 가. 2)13공소외 292004. 7. 16.3,500,000대체4공소외 312004. 7. 16.5,000,000대체5공소외 312004. 8.

10.6,000,000대체 ? ? 6공소외 292004. 12. 3.6,000,000현금 ? ? 7공소외 312004. 12. 3.4,000,000현금 ? ? 8공소외 292005. 2. 7.10,500,000현금 ? ? 9공소외 312005. 2. 7.13,500,000현금2005. 2. 7. 공소외 11 통장입금불기소10공소외 282005. 2. 7.11,500,000현금11공소외 302005. 2. 7.8,000,000현금 ? ? 12공소외 322005. 2. 7.6,500,000현금 ? ? 13공소외 292005. 2. 15.5,082,000현금연구실 운영비 통장에 입금검찰의 자금추적 과정에서 지출용도 확인[증제594호(수사기록 41권 16741쪽), 증가제171호]14공소외 302005. 2. 15.4,158,000현금합계 ? ? 88,240,000 ? ? ?

3) 위 인정사실을 기초로 하여 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실, 즉 ① 이 부분 공소사실의 각 범행일자 당시의 위 7명 명의의 차명계좌의 각 예금 잔고 합계액이 이 부분 공소사실의 각 횡령금액에 현저히 미달되는 점, ② 위 7명의 차명 예금계좌에서 출금된 내역에 의하더라도, 공소외 4의 딸 결혼식 식대로 지출하여 횡령하였다고 별도로 공소가 제기된 위 내역표의 순번 2 내지 4 부분, 2005. 2. 7. 공소외 11 명의 차명 예금계좌에 입금되었음이 인정되는데도 그 자금의 출처가 개인 후원금 및 격려금이라는 피고인의 변소를 받아들여 공소를 제기하지 아니한 것으로 보이는 위 내역표의 순번 9, 10 부분 및 검찰의 수사과정에서 피고인의 연구실 운영비 통장으로 입금되었음이 확인된 위 내역표의 순번 13, 14 부분을 제외한 나머지 각 거래내역은, 이 부분 공소사실의 각 횡령일자나 그 횡령금액과 비교하여, 오른쪽 표에서 보는 바와 같이 그 거래 액수나 거래일시가 현저히 차이가 나는 점, ③ 공소외 26은 수사과정에서부터 원심 및 당심 법정에 이르기까지 대체적으로 일관되게, '피고인은 평소에도 자신의 사무실 캐비닛에 현금을 약 5,000만 원 정도씩은 보관하여 왔고, 공소외 11 명의 예금계좌는 2004년 9월 초순경 피고인으로부터 통장과 도장을 건네받아 외화 환전용으로 사용한 계좌인데, 이 부분 공소사실 입금액은 피고인이 현금을 주면서 공소외 11 명의 예금계좌에 입금하라고 지시하여 자신이 입금하였다'는 취지로 진술하고 있는 점[공판기록 9440쪽, 증제491호(수사기록 21권 13886-13887쪽)] 등 객관적인 금융거래내역이 피고인의 위 검찰에서의 자백진술과 모순될 뿐 아니라, 공소외 10 명의의 차명 예금계좌와는 달리 피고인의 연구비나 후원금 등 각종 자금을 관리하였던 공소외 26이 공소외 11 명의의 차명 예금계좌의 입출금에 상당부분 관여하는 등 계좌관리의 밀행성 여부나 그 관리의 행태에 비추어 보면, 이 부분 공소사실의 전제사실인 공소외 11 명의 차명 예금계좌에 입금된 금원의 출처가 공소외 1 법인으로부터 재료비를 지급받은 위 7명 명의의 차명계좌라는 점을 인정하기 어렵다.

순번공소외 11 차명계좌7명의 차명계좌출금내역과 입금내역 비교입금일자입금액(원)그 당시까지의 출금액최종 출금일자액수 차이 (원)시간적 간격12004. 10. 7.20,000,0007,500,0002004. 8. 10.5,500,000 내지 15,048,000약 2개월 내지 3개월22004. 10. 8.22,548,00032004. 11. 16.13,000,00042005. 8. 25.50,000,00042,500,0002005. 2. 7.7,500,000약 6개월

4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

나. 공소외 1 법인 연구비 편취의 점에 대하여

(1) 공소외 1 법인 연구비의 소유권 귀속 및 타인의 재물성 인정 여부

피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단은 제2의 가. (1)항에서 본 바와 같다.

(2) 피고인의 제1심 공동피고인 2와의 공모 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 제1심 공동피고인 2는 법정 및 검찰에서 일관되게 당시 연구실의 총 책임자인 피고인이 실험재료나 기자재를 구입하는 것처럼 비용처리를 하여 운영자금을 마련하라고 지시하여 판시와 같이 허위세금계산서 등을 이용하여 이

부분 범행을 하게 되었다고 진술하고 있고[제1, 4회 공판조서, 검찰 피의자신문조서(증제715호)], 공소외 26도 검찰에서 위와 같은 취지로 진술하였으며[제5회 진술조서(증 제717호)], 피고인도 법정에서 '공소외 1 법인에 후원금이 들어왔으니 연구팀 운영비를 마련하라고 제1심 공동피고인 2에게 부탁하였고, 당연히 세금계산서나 거래명세서를 허위로 발급받아 이를 근거로 연구비를 청구하라는 의미였다.

'라고 이를 시인한 바도 있는바(제3회 공판조서), 이러한 각 진술들애다가 당시 공소외 1 법인의 연구비는 피고인의 연구비로 지원받는 것이었으므로 이를 제1심 공동피고인 2가 피고인의 지시 없이 임의로 허위의 세금계산서까지 만들어 신청하였다고 보기는 어렵고, 제1심 공동피고인 2는 위 금원을 바로 인출하여 피고인 연구실의 운영비 등으로 사용한 것으로 보이는 점 등을 함께 모아보면, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 실험재료나 기자재를 구입한 것처럼 비용 처리하여 운영자금을 마련하라는 취지로 지시한 사실을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

- 1) 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계의 경우, 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고, 이에 대한 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도7625 판결 참조).
- 2) 원심이 적절하게 들고 있는 여러 가지 사정에다가, 제1심 공동피고인 2는 검찰 조사에서, "피고인이 저에게 '산과학교실 운영비가 필요하니 비용처리를 하여 자금 5,000만 원을 마련해 달라'고 말하였다"고 진술하였고[증제712호(수사기록 31권 19352쪽)], 피고인도 검찰 조사에서, "2000년 10월 초순경 제가 제1심 공동피고인 2 교수에게 '산과학교실 연구원들의 인건비와 여비 등 운영비가 필요하니 비용처리를 하여 운영자금을 마련해 달라'고 말을 했습니다."라고 인정하였으며[증제716호(수사기록 31권 19381쪽)], 공소외 26도 검찰 조사에서, "피고인 1 교수님이 제1심 공동피고인 2 교수님에게 △△대 연구실 운영과 관련하여 비용 처리를 지시하셨고, 그러한 지시를 저한테도 하셔서 제가 제1심 공동피고인 2 교수님이 발부받은 거래명세표와 세금계산서를 받아 공소외 1 법인에 비용 청구를 하였습니다. 공소외 1 법인에서 연구비가 지출되고 나서 제가 제1심 공동피고인 2 교수님으로부터 제1심 공동피고인 2 교수님의 농협 통장을 받아 5,000만 원을 현금으로 인출하여 피고인 1 교수님에게 드렸습니다."고 진술하여[증제717호(수사기록 31권 19392-19393쪽)], 피고인과 제1심 공동피고인 2, 공소외 26의 위 각 진술이 서로 부합하고 있다[변호인은 제1심 공동피고인 2가 최초로 작성한 진술서(증가제165호(검찰 제출의 수사기록 31권 19403-19411쪽))를 근거로 위 제1심 공동피고인 2 진술의 신빙성을 탄핵하고 있으나, 위 진술서의 전체적인 취지도 '운영자금이 정상적으로 책정된 항목이 아니었기에 피고인도 물품을 구입한 것처럼 공소외 1 법인에 요청하여 자금을 마련할 것으로 알고 있었을 것이나, 관련서류 및 처리 절차는 몰랐을 것이다'는 취지에 불과하고 피고인의 지시 사실 자체를 부정하고 있지는 아니하다(수사기록 31권 19411쪽 참조).].

위 인정사실을 기초로 하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인이 피고인 1 연구팀에서 기자재와 실험재료의 구매를 담당하는 책임자인 제1심 공동피고인 2에게 자금을 마련해달라고 요청한 점, ② 피고인의 위와 같은 지시가 실제 기자재나 실험재료의 구입이 예정되어 있지 않은 상황에서 이루어진 점, ③ 피고인의 위와 같은 지시내용 중 비용처리의 의미는 그 당시 제1심 공동피고인 2가 담당한 업무내용과 피고인과 제1심 공동피고인 2의 상하 지휘관계, 연구비 지급청구를 위해서는 세금계산서나 거래명세표 등 증빙자료가 필요한 점 등에 비추어 증빙서류를 허위로 만들어 이를 근거로 연구비를 청구하여 자금을 마련하라는 것이라고 해석되는 점, ④ 피고인의 지시 이후 제1심

공동피고인 2가 공소외 26을 통하여 허위의 증빙서류를 이용하여 연구비를 신청한 기관은 제1심 공동피고인 2가 아니라 피고인에게 연구비를 지원해주는 기관인 공소외 1 법인이었고, 그 후 지급된 연구비도 곧바로 공소외 26을 통하여 피고인에게 전달되어 피고인의 연구실 운영비로 사용된 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 비록 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 구체적인 자금마련 방법이나 허위의 증빙서류를 작성하는 데 도움을 받을 대상 업체의 선정 등에 관해서까지 지시하지 않았다고 하더라도, 피고인이 제1심 공동피고인 2에게 허위의 증빙서류로 연구비를 부당하게 지급 청구하는 방법으로 재원을 마련하라는 취지로 지시하였다고 인정하기에 충분하다.

3) 나아가 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하므로, 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 위 요건의 충족 여부에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것인데(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도3544 판결 참조), 피고인 1 연구팀의 최고책임자로서의 피고인의 지위나 역할, 피고인의 기자재나 실험재료 구매 업무에 있어서 제1심 공동피고인 2에 대한 지휘·감독관계, 제1심 공동피고인 2의 연구비 지급청구에 따라 수령한 금원이 곧바로 피고인 연구실의 운영비로 사용되는 등 편취한 금원의 사용용도 등을 종합하여 보면, 피고인이 허위의 증빙서류를 이용한 연구비 부당청구행위를 직접 분담하여 실행하지 않았다고 하여도 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 그 범행 전체의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 이 부분 편취의 범행에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 하였다고 충분히 인정할 수 있다.

4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 공모공동정범, 범의의 인정에 관한 법리오해 주장은 이유 없다.

다.
정부 연구비 편취의 점에 대하여

(1) 원심의 판단

원심은, ○○대 연구비 관리규정(증제380호)에는, 연구책임자는 소정의 지출증빙서를 갖추어 연구비 지급 청구서를 관리과에 제출하고, 연구비의 지출은 지급받을 자의 금융기관 계좌를 이용하도록 되어 있으며(제8조), 연구비는 연구 목적 이외에 사용하여서는 아니 된다(제7조)고 규정되어 있는데, 피고인이 자인하는 바와 같이 피고인이 마치 정당하게 돼지구입비로 지출하는 것처럼 가장하여 허위 내용의 세금계산서, 거래명세표 등을 제출하는 방법으로 이 부분 연구비를 지급받은 이상, 위 연구비의 지급을 담당하는 ○○대△△△연구소 직원은 피고인의 기망에 의하여 착오에 빠져 이 부분 연구비를 지급한 것이 분명하고, 정부연구비는 그 성격상 용도가 엄격히 제한되어 있어 피고인이 다른 용도에 전용하려는 것을 알았다면 이 부분 연구비는 정상적으로 지급되지 아니하였을 것으로 능히 추인할 수 있으며, 피고인의 지능이나 학력, 경력 등에 비추어 이러한 사정은 피고인도 충분히 인식하고 있었다 할 것이므로, 이 부분 정부연구비가 피고인의 주장과 같이 '돼지복제 및 복제기반 연구 사업'이라는 종합적인 연구과제를 위하여 지원된 것인지 여부에 관계없이 피고인에게 이 사건 연구비 편취에 관한 불법영득의사도 있었다고 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

(가) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 관련규정에 의해 정부지원 연구비는 연구 목적 이외에 사용하여서는 아니 되고 소정의 지출증빙서를 갖추어 연구비를 지급 청구하여야 할 뿐 아니라, 위 ○○대학교연구비관리규정에 의하면, 연구책임자는 지원기관이 정한 바에 따라 연구비실행예산서를 작성하여 관리기관에 제출하여야 하고(제5조), 연구책임자는 실행예산에 따라 지출증빙서를 갖추어 연구비 지급청구서를 관리기관에 제출하여야 하며(제8조), 연

구책임자는 연구비 집행이 종료되면 관리기관에 종료 사실을 통보하여야 하고, 통보를 받은 관리기관은 연구비를 정산하여 지원기관에 제출하여야 하며, 집행 잔액은 원칙적으로 지원기관의 지침에 의하여 처리한다(제12조)고 규정하고 있는 등 그 연구비의 사용 용도가 엄격하게 정해져 있고 그 청구절차에서도 구체적인 증빙이 요구되며 집행 종료시 정산절차 및 집행 잔액에 대한 처리절차까지 예정되어 있는 등 연구비 집행의 투명성을 확보하기 위한 다각도의 제도적 장치를 마련하고 있다.

(나) 위와 같은 관련규정의 내용을 기초로 하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는, 피고인이 참여한 연구용역계약의 체결경위와 계약형식, 연구비 수령을 위한 지급신청 절차와 필요한 증빙서류의 내용, 연구용역계약에 따른 연구비의 사용처 제한과 잔존 연구비의 처리절차, 피고인이 연구비를 수령하기 위하여 사용한 기망행위의 수단이나 방법 등을 종합하여 보면, 피고인이 연구비 집행기관인 ○○대△△△연구소에 허위의 증빙서류를 제출함으로써 연구비를 지급받은 행위는 사기죄를 구성한다고 충분히 인정된다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007도7091 판결 참조).

(다) 나아가 피고인이 교부받은 연구비를 연구과제의 목적과 범위를 벗어나지 아니하는 한도에서 사용하였다고 하더라도, 기망행위를 수단으로 한 권리행사의 경우 그 권리행사에 속하는 행위와 그 수단에 속하는 기망행위를 전체적으로 관찰하여 그와 같은 기망행위가 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 없는 정도라면 그 권리행사에 속하는 행위는 사기죄를 구성하는 것인바(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도295 판결 참조), 피고인이 허위의 견적서, 세금계산서 등 증빙서류를 첨부하여 연구비 지급청구서 등을 허위로 작성하여 제출하는 방법으로 연구비를 공소외 34 명의의 농협 차명 예금계좌로 송금받은 행위는 전체적으로 관찰하여 사회통념상 권리행사의 수단으로서 도저히 용인될 수 없으므로 사기죄의 기망행위에 해당하고, 피고인의 편취 범의와 불법영득의사도 충분히 인정할 수 있다(대법원 2007. 11. 30. 선고 2007도5774 판결 참조).

피고인이 위 편취 금원 중 일부를 연구와 관련된 용도에 사용하였다고 하더라도 이는 단지 범행으로 취득한 금전의 사용방법에 불과한 것으로서 사기죄 성립에 아무런 영향을 미치지 아니한다.

(라) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 없다.

라. 생명윤리법위반의 점에 대하여

(1) 원심의 이 부분 판단요지

(가) 구성요건 해당 여부

1) 생명윤리법은 특별히 난자의 공유를 허용하는 취지의 어떠한 명시적인 규정도 두고 있지 아니할 뿐만 아니라, 입법과정에서 난자의 매매를 처벌하기 위한 조항을 둘 필요가 있다는 제안에 따라 위와 같은 규정이 마련되었고, 외국의 다수 입법례가 난자의 공유를 허용하고 있다 하더라도, 위 법률의 입법 목적은 생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성하는 것뿐만 아니라, 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하는 것도 중요한 요소로 함께 포함되어 있는데다가(제1조 참조), 위와 같이 법문이 “금전 또는 재산상 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 난자를 제공하거나 이를 이용한다”라고 하여 포괄적으로 규정하고 있는 이상, 입법자의 의사가 반드시 직접적으로 난자를 매매한 경우만을 규제 대상으로 삼겠다는 취지였다고 볼 수 없고, 오히려 난자를 직접적으로 매매한 경우뿐만 아니라 난자의 공유 등 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼겠다는 취지라고 해석함이 상당하다.

2) 이 사건에서 난자를 기증한 불임환자들은 피고인 1 연구팀에게 난자를 제공하는지 여부와 관계없이 원래 자신들의 불임치료를 위해 이미 과배란 주사를 맞을 예정이었음에도 불구하고 그러한 비용 등을 일부 감면받았으므로 그들은 이 사건 난자 제공으로 인하여 원래 당연히 지출하게 되어 있는 비용을 일부 면하는 재산상 이익을 얻었고(이러한 점에서 불임치료와 무관한 순수 난자 공여자에게 난자 채취를 위한 과배란 주사비 등 실비를 보상하는 것과 동일하게 볼 수 없다), 피고인은 이러한 조건으로 난자를 제공받았으므로, 피고인의 이 부분 행위는 결국 위 법률 조항을 위반한 경우에 해당한다고 보지 않을 수 없다.

(나) 위법성 조각 여부

앞서 본 바와 같이 생명윤리 및 안전에 관한 법률은 직접적인 난자의 매매뿐만 아니라 난자의 공유를 포함하여 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼고 있다고 해석되는 이상, 피고인의 이 부분 행위는 원칙적으로 위법하다고 할 수 밖에 없고, 이 사건 불임환자들은 오로지 과학 연구용으로 난자를 제공한 것이고, 이 사건 불임환자들에게 제공한 재산상 이익도 사실상 난자 채취에 소요되는 실비 정도에 불과하며, 그러한 정도의 경제적 이익 제공은 연구 목적을 위한 난자공여의 활성화를 가져와 궁극적으로 과학의 발전에도 이바지하는 측면이 있다 하더라도, 이 사건의 경우 사회상규에 위배되지 아니한 정당행위가 성립하는 데 필요한 긴급성이나 보충성의 요건을 갖추고 있지는 못하다고 할 것이어서, 피고인 주장의 사정만으로 피고인의 이 부분 행위가 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(다) 법률의 착오 해당 여부

피고인은 이 사건 난자공유와 관련하여 해당 분야 전문가로 ◆◆대학교 법과대학 교수로 재직 중인 공소외 35에게 자문을 하였다고만 하고 있을 뿐, 자문내용과 그에 대한 답변이 구체적이고 상세한 것으로서 신뢰할 만하다고 볼 수 있는 자료는 보이지 아니할 뿐 아니라, 설령 위 공소외 35가 이 사건 난자 공유가 적법하다는 취지의 의견을 피력한 것이 사실이라 하더라도 이는 권한 있는 기관의 공식적인 견해가 아니라 어디까지나 개인적 견해에 불과한데다가, ◆◆대학병원의 IRB에서 위원회의 의결로 정식으로 이 사건 난자 공유가 적법하다는 견해를 피력하였다거나 피고인들이 감독관청에 이 사건 난자공유의 적법 여부에 대하여 문의를 해 적법하다는 취지의 확인을 받았다고 볼 만한 정황이 발견되지 아니하는 점 및 그 밖에 피고인의 지능이나 학력, 경력 등을 종합하면, 위 주장과 같은 사정들만으로 피고인이 이 사건 행위가 적법하다고 믿은 데에 대하여 정당한 이유가 있었다고 보기는 어렵다.

(2) 당심의 판단

(가) 구성요건 해당성에 대하여

1) 금지규정의 적용범위에 관한 주장에 대하여

가) 주장의 요지

난자의 유상거래 금지규정은 그 법률에서의 체계상의 위치에 비추어 인공수정배아의 경우에만 적용되고, 체세포복제배아에 대해서는 적용되지 않는다.

나) 판단

생명윤리법 제13조 제3항에서는, '누구든지 금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인 또는 알선하여서는 아니 된다'고 규정하고 있고, 그 금지규정은 위 법률 제3장 '배아 등의 생성·연구' 중 제2절 '인공수정배아'의 항목 속에 위치하고 있다.

그러나 위 법률 제3장의 제3절 '체세포복제배아'의 항목에서는 일정한 연구 목적 이외의 체세포 핵이식행위를 금지하는 등의 규정을 같은 장의 다음 절에 연이어 마련하고 있고, 난자가 개념상으로 인공수정배아와 보다 직접적인 관련이 있기 때문에 위 법률에서 제3장 제2절에 위 금지규정을 두었다고 보이며, 위 금지규정이 그 정자 또는 난자의 제공 등 행위의 주체를 구별하지 아니하고 '누구든지'라는 표현을 사용하고 있고, 그 제공 등의 구체적인 목적이나 의도를 구분하고 있지 않고 있으며, 제공 등의 반대급부의 내용도 포괄적으로 규정함으로써, 일반적으로 당해 행위를 금지하는 형식으로 규정되어 있는 점에 비추어 보면, 위 법률이 총칙에 위 금지규정을 두지 아니하고 '인공수정배아'의 항목 아래 위 금지규정을 두었다는 등의 법조문의 위치만으로는 그 적용대상이 체세포복제배아를 생성할 목적 하의 위반행위가 포함되지 아니하고 인공수정배아를 생성할 목적 하에 반대급부를 조건으로 난자를 이용하는 행위로 제한된다고 보기 어렵다[정부에서 2007. 11. 6. 금지규정의 체계를 정비한 내용의 생식세포 등에 관한 법률안(증가제166호), 생명윤리 및 안전에 관한 법률 전부개정안(증가제167호)의 법안을 마련하여 국회에 제출되었다가 입법에 이르지 못하고 그 법률안이 폐기되었다는 등의 사정만으로는 위 법조항의 적용범위에 대하여 달리 해석할 수 없다.

].

2) 헌법상의 제반 원칙 위반 주장에 대하여

가) 주장의 요지

위 금지규정이 난자를 직접적으로 매매한 경우뿐만 아니라 난자의 공유 등 어떤 형식으로든 난자의 제공이나 이용과 관련하여 금전이나 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼겠다는 취지라고 해석하는 것은, 헌법상 과잉금지원칙, 체계정당성의 원리, 명확성 원칙에 반한다.

나) 판단

원심도 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 위 금지규정이 직접적인 난자의 매매뿐만 아니라 반대급부를 제공하는 난자의 공유(Sharing)까지도 반대급부를 제공하지 아니하는 난자의 순수한 기증(Donation)과 구별하여 그 규제대상으로 삼고 있다고 본다 하여 죄형법정주의에 반하여 형벌법규를 함부로 유추해석하거나 확장 해석한 것이라고 할 수 없고, 일정한 합리적 수준의 보상이 뒤따르는 난자의 공유를 형사처벌의 대상에서 제외하는 것이 바람직하다고 하더라도, 난자의 이용은 인간생명의 존엄과 가치와 직접적인 관련성을 갖고 있어 필연적으로 윤리적인 문제를 야기하므로 규제 대상을 어느 정도까지 정할 것인지는 원칙적으로 입법정책의 문제로서 입법자의 폭넓은 재량에 맡겨져 있다 할 것이므로, 헌법상 과잉금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

또한 장기 등 이식에 관한 법률(이하 장기이식법이라 한다) 제37조 제1항에서 장기 등의 적출 및 이식에 소요되는 비용은 해당 장기 등을 이식받은 자가 부담한다고 규정하고 있는 반면, 생명윤리법에서는 난자의 채취비용에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하나, 장기이식법 제3조 제1호에서 정하는 신장, 간장, 췌장, 폐, 골수, 각막 등의 장기 등은 대체 불가능한 성질을 가지고 기증자의 신체적 완전성을 해하는 정도가 매우 큰 반면, 난자는 가임 여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 특성을 갖고 있어서, 위 장기 등에 비하여 유상거래의 유혹에 빠질 가능성도 더 높은 점 등 그 규제 대상의 특성이 상이하므로, 생명윤리법이 정하는 난자 매매 금지규정의 적용범위나 그 대상에 관하여 해석함에 있어서 반드시 난자의 채취비용에 관한 부분을 장기이식법의 해당 규정을 유추 적용하여야 한다거나 유추 적용하지 않는 것이 헌법상 체계정당성의 원리에 반한다고 볼 수 없다.

나아가, 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 위배되는 것이라고 볼 수 없고, 위 금지규정의 의미·내용은 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단을 기준으로 할 때 분명하게 파악할 수 있어 처벌규정으로서의 명확성도 충분히 갖추고 있다 할 것이어서 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다(생명윤리법이 2008. 6. 5.에서야 비로소 일부 개정되어 제15조의4에서 난자제공자에 대한 실비보상 규정을 마련하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 위 법률의 조항 자체가 명확성의 원칙에 반한다고 보기 어렵다).

3) 반대급부를 조건으로 한 난자 이용행위 해당 여부

가) 생명윤리법은 각종 유전자 검사와 정자, 난자의 매매 등 인간의 존엄성을 훼손하는 행위가 공공연히 자행되고 있는 실정에서 시급한 법제정을 통하여 사회적 윤리를 창출하고 규범을 세우려는 노력의 일환으로 국회 보건복지위원회에서 제안되었고[증제774호(수사기록 33권 20122-20143쪽)], 그 법률의 목적도 생명과학기술에 있어서의 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지함에 있는 것인바(생명윤리법 제1조), 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 생명과학기술의 발전을 위한 난자의 제공은 그 제공자의 경제적 동기가 아니라 순수한 자발성에 의하여 뒷받침될 것이 요청되고, 이를 확보하기 위한 수단으로서 난자제공의 무상성이 관철되어야 할 것이다.

나) 살피건대, 원심이 적절하게 실시한 바와 같이, ① 불임치료와 무관한 순수 난자 공여자의 경우에는 난자 공여의사의 결정에 의하여 비로소 난자 채취비용이 발생하는 반면, 난자를 기증한 불임환자들은 난자 공여의사의 결정 여부에 관계없이 원래 자신들의 불임치료를 위해 이미 과배란 주사비 등의 비용 지출이 예정되어 있었기 때문에 각각 비용은 발생 원인이나 그 성격에 있어서 규범적으로 본질적인 차이가 있는 점, ② 비용 지출이 예정된 경우에 그 비용을 감면해 주는 것은, 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지하려는 생명윤리법의 입법목적에 위배될 가능성이 매우 높은 점에 비추어 위 법조항에서 정하는 포괄적인 반대급부에 포섭된다고 해석하여야 할 필요성도 있는 점, ③ 가임 여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 난자의 고유한 특성에 비추어, 난자의 제공이 어떠한 형태로든 재산상 이익의 취득과 결부되면 신중한 의사형성의 과정도 없이 보다 쉽게 난자 제공의사를 결정함으로써 난자 공여의 순수성이나 자발성 원칙을 훼손할 위험성이 증대되는 점을 종합하면, 불임시술을 받는 환자들에게 과배란 주사비 등의 비용 감면의 이익을 알려주면서 잉여난자의 제공을 권유하는 것은 위 법조항이 금지하는 난자의 유상거래에 해당한다고 평가하지 않을 수 없다.

다) 따라서 이 부분 공소사실의 난자 기증자는 난자의 제공으로 인하여 당연히 지출하게 되어 있는 비용을 일부 면하는 재산상 이익을 얻었고, 피고인도 이러한 재산상 이익을 제공하는 것을 조건으로 난자를 제공받았으므로, 피고인의 행위는 결국 위 법률 조항을 위반한 경우에 해당한다.

(나) 위법성 조각 사유의 존재 여부에 대하여

피고인의 이 부분 행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당행위에 해당할 수 없다는 취지의 원심의 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 정당행위의 성립범위에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

(다) 법률의 착오 해당 여부에 대하여

1) 형법 제16조에서 “자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니 한다”라고 규정하고 있는바, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회

피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가하여야 한다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2007도1915 판결 참조).

- 2) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, ◆◆대학병원의 기관생명윤리심의위원회(IRB)에서 위원회의 의결로 정식으로 이 사건 난자 공유가 적법하다는 견해를 피력하였다거나 피고인이 감독관청에 이 사건 난자공유의 적법 여부에 대하여 문의를 해 적법하다는 취지의 확인을 받았다고 볼 만한 정황이 발견되지 아니하고, 피고인이 난자공유의 적법성 여부를 확인하였다는 법률전문가인 ◆◆대학교 법학과 교수 공소외 35는 검찰 조사에서 피고인에게 난자에 대한 보상비 관련 자문을 해 준 사실을 부인하였을 뿐 아니라[증제809호(수사기록 28015쪽, 당심 공판기록에 편철)], 당심 증인으로 출석하여서도, 2005. 1. 17. 개최된 ○○대학교△△과대학 IRB 자문회의에 참석하여 불임시술 과정에서 잉여난자를 제공받는 경우에 그 불임시술 비용을 할인해 주는 것은 허용될 수 없고 순수하게 실비를 제공하는 것은 가능하다는 취지로 의견을 개진하였다는 것이므로, 피고인이 그와 같은 반대의견마저 존재하는 상황에서 순수한 난자 제공자가 아니라 불임시술을 받는 환자로부터 잉여난자를 제공받으면서 그 시술비용을 감면해 주는 것의 위법성 여부를 확인하는 데 진지한 노력을 다하였다고 볼 수는 없다 할 것이어서, 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한다고 오인한 데 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다.

3. 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 검사의 논문조작에 관한 입증의 정도

- (1) 과학적 판단의 영역에 있어서, 과학논문은 그 논문작성자가 그 내용이 진실하다는 입증을 할 책임이 있고, 이를 입증하지 못하여 해당 논문의 근거가 되는 실험 자료가 부족하거나 조작되었다는 의심을 받는 경우, 그 정도에 따라 당해 논문이 취소되거나 논문 조작의 정도가 중한 경우에는 학계에서 퇴출되는 등의 불이익이 발생할 수 있다.

한편, 과학의 발달에 있어서 중요한 의미를 갖는 과학논문일수록 발표된 이후 다른 연구자들의 후속 연구의 기초가 되기 때문에 후속 연구자들에 의하여 그 과학논문의 실험 내용에 대한 재연과 검증 절차가 뒤따르는 것이 보통이고, 그와 같은 후속 연구에 의해 그 논문의 진실성이 의심됨에도 논문작성자가 그 논문의 진실성을 적극적으로 입증하지 못하는 경우에 과학자로서 그에 따른 사실상의 불이익을 감수하도록 하는 것은 과학계 스스로의 자정작용의 일환으로서 그 유용성을 인정할 수 있을 것이다.

- (2) 그러나 논문조작이 어떠한 범죄의 구성요건을 구성하는 행위로 평가될 수 있는지의 여부는 사법적 판단의 범주에 속하고, 우리 헌법은 형사법의 영역에서 국민의 기본권을 보장하기 위하여 죄형법정주의와 함께 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항)을 채택하고 있는바, 형사소송법이 그 구체적인 실효성 확보수단으로서 채택한 증거재판주의(형사소송법 제307조)에 의하여, 검사는 공소를 제기한 범죄사실에 대한 입증책임을 지고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하며, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.

더구나 최첨단의 과학 분야에 있어서는 인간의 제한된 인식능력이나 그 시대의 과학기술의 발달수준이 한계로 작용하기 때문에 과학적 진실 자체를 확정하기가 어렵고, 이와 같이 진실 확정의 어려움에 따른 불이익을 앞서 본 과

학계 스스로의 정화작용과 마찬가지로의 논리를 채용하여 피고인에게 부과하는 것은 우리 헌법과 형사소송법이 채택한 무죄추정의 원칙과 증거재판주의의 본질을 훼손하는 것이어서 허용될 수 없다.

나. 2004년 논문조작 관련 사실오인 주장에 대하여

(1) DNA 지문분석 검사 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

2003년 5월 초순경 ○○대 연구실에서, 피고인은 공소외 12로부터 NT-1 줄기세포의 침전물로부터 유전자지문분석 시료를 추출하는 과정에서 실수로 시료채취에 실패하였다는 보고를 받자, 우선 NT-1 줄기세포의 유전자지문분석 시료 없이 위 줄기세포에 대한 난자 및 체세포 제공자로 알고 있던 공소외 36(실제 난자 및 체세포 제공자는 공소외 37)의 체세포에서 추출한 유전자 지문분석 시료만 보내서 유전자지문분석검사를 의뢰하도록 지시하고, 이에 따라 공소외 12는 제1심 공동피고인 5에게 피고인의 지시를 전달하고, 제1심 공동피고인 5는 공소외 36의 체세포에서 추출한 유전자지문분석 시료를 NT-1 줄기세포와 체세포용 튜브에 각 나눠 담아 그 사실을 모르는 국립과학수사연구소 서부분소 유전자분석실장인 공소외 38에게 유전자지문분석을 의뢰한 후, 2003. 5. 6. 공소외 38로부터 공소외 36의 체세포와 줄기세포의 유전자지문이 일치하는 것으로 분석된 결과를 피고인 2의 이메일로 송부받아, 공소외 12, 제1심 공동피고인 5는 이를 논문에 게재할 수 있도록 컴퓨터를 이용하여 편집하는 방법으로 그림을 만들어 제1심 공동피고인 3에게 전달하고, 제1심 공동피고인 3은 이를 사이언스 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림4의 A, B, C 중 'donor'와 'SCNT-hES-1' 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1673쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 제1심 공동피고인 5와 공소외 12는 검찰조사를 받는 과정에서, 체세포 시료를 둘로 나누어 검사를 의뢰했는지와 피고인의 지시가 있었는지에 관하여 그 진술이 일관되지 않고 수차례 번복이 이루어졌고, 2005. 12. 22.경 ○○대 조사위가 조사를 시작한 이후 제1심 공동피고인 5와 공소외 12의 전화통화 내용과 ○○대 조사위에서 진술한 내용 등이 공소사실에 부합하는 듯한 제1심 공동피고인 5와 공소외 12의 이 부분 진술과 배치되는 점, ② 체세포 핵이식 과정 이후인 줄기세포주의 수립·배양업무는 ◇◇◇◇에서 파견된 공소외 12, 제1심 공동피고인 5가 담당하였고, 최초 검찰 조사 당시에도 피고인과 ◇◇◇◇ 측은 논문조작의 책임을 서로 전가하고 있던 상황이었는에도, 제1심 공동피고인 5와 공소외 12는 수사과정에서 처음에는 피고인이 지시하여 DNA 지문을 조작하였다고 진술하지 않은 점, ③ 이 사건 DNA 검사 및 이후의 공소외 12와 피고인의 대화 또는 전화통화 내용에서도, 피고인이 공소외 12에게 한 질문의 내용은 DNA 지문검사의 조작 사실을 알지 못하는 것을 전제로 하고 있는 점, ④ 이 사건 NT-1은 세계 최초로 수립된 체세포 핵이식 인간 배아줄기세포주임을 증명하기 위한 과학적 근거로서 DNA 지문분석 검사결과가 매우 중요하였을 것으로 보이는데, 피고인이 그 최초의 DNA 검사시부터 그 결과를 조작할 아무런 이유가 없어 보이고, 피고인은 NT-1이 수립된 이후, 소멸 위험을 분산시키기 위해 ◇◇◇◇ 등 국내 연구소나 대학뿐만 아니라 영국, 미국 등의 국외 연구소나 대학에 공동연구의 목적으로 NT-1을 분양하였는바, 피고인이 이 사건 DNA 검사를 조작하였다면, 위와 같이 조작사실이 탄로 날 위험을 무릅쓰고 분양을 하지는 않았을 것으로 보이는 점, ⑤ 제1심 공동피고인 5는 2003년 9월 말경 NT-1 배아체 DNA 검사, 2004년 2월경 및 같은 해 9월경 ◇◇◇◇ 정기검사, 2005년 10월경의 핵형검사 등 2003년 5월경 이후의 NT-1에 대한 DNA 및 핵형 검사 과정에서 NT-1의 검사결과를 조작하였고, ○○대 조사위의 조사과정에서 공소외 12에게 NT-1의 2003년 5월경 최초 DNA 지문분석검사의 과정에 대한 허위 진술을 부탁하거나 공소외 39 등을 동원하여 증거인멸을 하면

서 위 NT-1에서 DNA를 추출한 'SCNT1' 튜브도 폐기하도록 한 점에 비추어 제1심 공동피고인 5의 위와 같은 검사 결과 조작과 증거인멸 등 행위의 동기가 피고인의 지시 없이 2003년 5월경의 DNA 검사를 조작한 후 이를 감추기 위한 것이었을 가능성을 배제하기 어려운 점을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 공소외 12, 제1심 공동피고인 5에게 NT-1의 DNA 검사시 체세포 시료를 나누어 보내는 방법으로 위 검사를 조작하도록 지시하였거나, 이를 알고 있었다고 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 2003년 5월 초순경 DNA 지문분석 검사가 나온 이후, ◇◇◇◇가 선임한 공소외 38에 의하여 2003. 8. 22. 및 2003. 8. 23. 비관련자 검사가 12개의 시료에 대하여 시행되었고, 그 비관련 공여자의 혈액은 ◇◇◇◇에서 준비되었으며 DNA를 추출한 후 연휴 기간 중에 제1심 공동피고인 5에 의하여 공소외 38에게 직접 전달되었는데, 그 검사시료에는 실제 공여자로 오인되었던 공소외 36의 시료는 포함되어 있지 않았는바(증가 제84호증의5), 원래 비관련자 검사는 그 개념상 실험대상에 NT-1을 포함시키지 않고 비관련자의 시료만을 제공하여 종전 실험의 오류 가능성을 검증하는 것이긴 하나, 사이언스지에 논문을 투고하였다가 보완을 요구하는 심사평에 따라 실시된 위 2003. 8. 23. 비관련자 검사 당시에는 네이처(Nature)지로부터 논문투고가 이미 거절되었고 NT-1의 상태가 호전되어 시료가 충분한 상황이었으며 사이언스지로부터 비관련자 검사와 함께 테라토마 실험을 요구받았으므로 상당한 시일이 걸리는 테라토마 실험의 특성상 충분한 시간적 여유가 있었다고 할 것인데, 피고인이 2003년 5월 초순경의 최초 DNA 지문분석 검사를 공소외 36의 혈액을 나누어 담아 의뢰하는 방법으로 조작을 지시하였다면, 피고인으로서의 비관련자 검사를 실시할 실질적인 의미나 효용성이 전혀 없다는 것을 알고 있었다고 보아는 데도, 최초 DNA 지문분석 검사 이후 DNA 지문분석에 관해서는 실질적으로 처음 실시하는 비관련자 검사에서 NT-1의 시료를 그 대상으로 포함시켜 실험을 의뢰하지 아니하고 비관련자들에 대한 시료만으로 실험을 의뢰한 점, ② 제1심 공동피고인 5는 미국에 체류하던 중 공소외 40과의 전화통화에서 피고인을 호칭하면서 욕설을 하는 등 피고인에 대한 감정이 극도로 나빠진 상황에서[증제346호(수사기록 13권 9371-9372쪽)], 피고인이 자신에 대하여 검찰에 수사를 요청한 이후인 2005. 12. 24. 미국에서 귀국한 후, 2005. 12. 27. ○○대조사위의 조사를 받으면서 조사위원으로부터 논문조작에 관하여 피고인이 조작지시를 한 부분을 정리해달라는 요청을 받고 "2005년 Science 논문 Data 조작에 관한 지시사항"이라는 문서를 작성하였는데, 그 문서의 내용에 'DNA 지문분석과 HLA(면역적합성) typing 등에 대한 시료 공급과 분석에 관해서는 직접 지시를 받지는 않았으나 제1심 공동피고인 3 교수로부터 진행사항에 대해 보고받았을 것으로 생각합니다.

라고 기술하였는바[증인 제1심 공동피고인 5의 원심 법정진술(공판기록 4676-4677쪽), 증제346호(수사기록 40권 9450-9452쪽)], 피고인이 줄기세포의 검증에 있어서 기초가 되는 DNA 지문분석에 관하여 조작을 지시하였다면, 제1심 공동피고인 5로서는 당연히 자신의 책임을 모면하기 위하여 그 지시사실을 기재하였을 것으로 보이는 데도 제1심 공동피고인 5는 위 문서를 작성하면서 2004년 논문의 DNA 지문분석에 관한 조작 지시는 물론 2005년 논문의 DNA 지문분석에 관한 조작 지시에 대해서도 별다른 언급을 하지 않은 점, ③ 공소외 36은 2002년경 가출하여 휴대전화 번호도 자주 바꾸는 등으로 이 사건 DNA 지문분석 검사 당시에는 연락이 되지 않는 상태이었는데, 난자제공 당시 건강검진을 받으면서 혈액을 채취하였으나 그 후 피고인에게 따로 혈액을 기증하지는 않았다고 진술하고 있고[증제17호(수사기록 1권 471쪽)], 피고인은 2003년 4-5월경 이 사건 DNA 지문분석 검사를 위하여 2003. 2. 3. 난자를

기증한 공소외 36의 소재를 파악하려고 하였는데[증인 공소외 41의 원심 법정진술, 증제29호(수사기록 1권 700쪽)], 피고인이 이와 같이 DNA 지문분석 검사를 위하여 난자기증자로 오인한 공소외 36의 소재를 파악하려고 한 이유는 ○○대 연구실에서 체세포 시료 채취를 위한 혈액을 보관하지 않았기 때문이라고 보이고, 피고인의 요청으로 공소외 12와 제1심 공동피고인 5가 피고인 2를 찾아가 ◇◇◇◇의 냉동고에 보관되어 있던 공소외 36의 혈액을 가져온 점[증제72호(수사기록 2권 1479-1482쪽)]에 비추어 보면 그 당시는 NT-1 핵이식이 최초로 성공한 초기 단계이기 때문에 줄기세포 수립을 위한 검증실험의 사전준비나 진행절차가 확립되어 있지 아니하여 피고인으로서의 세포배양과 검증실험에 관해서는 전적으로 ◇◇◇◇의 공소외 12 등에게 의존하고 있었다고 보이는 점, ④ 피고인은 공소외 12가 공소외 14 교수가 재직하던 미국 ●●●●대학에 유학을 간 후 미국 출장길에 ●●●●대학에도 NT-1을 분양하려고 하였으나, 공소외 14 교수가 ●●●●가 속한 펜실베이니아주에서는 인간복제가 금지되어 있다며 피고인에게 직접 전화하여 NT-1을 가지고 오지 말라고 하여 피고인이 인천공항에까지 가지고 갔던 셀(cell)을 ○○대 연구소로 되돌려 보낸 점[증제29호(수사기록 1권 733쪽)] 등을 아울러 종합하여 보면, 공소외 12 및 제1심 공동피고인 5의 진술 반복 경위, 이 사건 DNA 지문분석 검사 당시 피고인의 ◇◇◇◇ 측에 대한 의존의 정도, 이 사건 DNA 지문분석 검사 및 이후의 피고인과 공소외 12와의 대화 내용, 국내외 연구소에 NT-1을 광범위하게 분양하는 등 DNA 지문분석 검사 이후 피고인이 취한 행동이나 태도, 피고인의 조작 동기의 의문점, NT-1에 대하여 그 후 실시된 DNA 및 핵형검사 과정과 제1심 공동피고인 5의 조작행위의 경위나 그 반복성 등에 비추어, 합리적 의심의 여지없이 피고인이 공소사실 기재와 같이 공소외 12, 제1심 공동피고인 5에게 NT-1의 DNA 검사시 체세포 시료를 나누어 보내는 방법으로 위 검사를 조작하도록 지시하였다거나, 그와 같은 조작사실을 알고 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다는 취지의 원심 판단은 정당하다.

(2) RT-PCR 검사 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

사이언스 측에서 NT-1 줄기세포가 처녀생식에 의한 줄기세포일 가능성이 있다고 의문을 제기하면서 이에 대한 입증을 요구하여 미국 미시간 주립대학 공소외 42(영문자 생략) 교수가 원숭이 처녀생식 여부를 판단하면서 사용한 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응(RT-PCR) 검사 방법을 이용하여 NT-1에 대하여 처녀생식 여부를 검사하였으나 줄기세포에 특징적인 부계유전자와 모계유전자가 모두 제대로 발현되지 아니하자, 동물실험의 경우 배반포를 가지고 위 검사를 많이 실시하는 점에 착안하여 인간난자의 배반포나 배아를 이용하여 위 검사를 실시한 다음 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 2003년 9월~10월경 사이 ○○대 연구실에서 ○○대 연구원인 공소외 43으로 하여금 인간난자에 핵이식을 한 배아 중 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 같은 연구원인 공소외 13에게 전달하도록 하고, 공소외 13은 위 배아를 이용하여 각인유전자 역전사중합효소연쇄반응 검사를 실시한 다음 해당 부분을 'hNT-BL'이라고 기재한 검사표를 만들어 제1심 공동피고인 3에게 이메일로 송부하고, 제1심 공동피고인 3은 마치 NT-1 줄기세포로 검사를 한 것처럼 'hNT-BL' 부분을 'SCNT-hES-1'으로 수정한 후, 이를 사이언스지 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림4의 D 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1673쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 공소외 13이 수행한 NT-1에 대한 RT-PCR 검사의 실험결과와 관련하여서는 일부 검사사진만이 남아 있을 뿐, 달리 실험일지나 검사결과를 확인할 수 있는 자료가 남아 있지 않은바, 2004년 논문에 사용된 RT-PCR 검사결과가 NT-1이 아닌 배아 또는 배반포를 사용하여 얻은 검사결과라고 볼 직접

적인 증거는 없고, 관련 자료를 공소외 13이나 피고인 측이 의도적으로 은닉하였다는 정황 또한 찾아볼 수 없는 점, ② 공소외 43의 진술에 의하더라도 제1심 공동피고인 3이 검사 조건이 잘 잡히지 않는다는 취지의 말을 한 사실이 있다는 것이고, 증제18호에 첨부된 각 서류에도 위와 같은 모계유전자의 프라이머 조건을 잡기 위한 실험 과정이 일부 기재되어 있는 점을 고려하면, 공소사실과 같이 NT-1에 대하여 여러 차례 실험을 하였는데 제대로 된 결과가 나오지 않았다고 단정하기는 어려운 점, ③ 이 사건 RT-PCR 검사에서 'BL'이라는 표시가 반드시 배반포 또는 동결 배아를 사용한 검사결과를 의미한다고 단정할 수는 없고, 위 ○○대 비밀문서 중 'hNTBL'의 표기가 2004년 논문에는 'SCNT-hES-1'로 변경되어 있다고 하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과로 조작한 것이라고 단정하기는 어려운 점, ④ 공소외 43, 12는 위 RT-PCR 검사에 직접 관여하지 않은 연구원들로서, 위 실험이 조작되었을 것이라는 그들의 각 진술은 실험사진에 'NT BL'이라고 기재되어 있고, 위 ○○대 비밀문서에도 'hNTBL'로 기재되었다가 2004년 논문에는 'SCNT-hES-1'로 기재되어 있다는 것을 근거로 한 추측에 불과하고, 공소외 13 및 제1심 공동피고인 3 역시 검찰 조사시 'BL'로 기재되어 있으면 배반포로 했을 수도 있을 거라는 취지의 진술을 한 사실은 있으나, 이 역시 검사사진 및 위 ○○대 비밀문서에 표시된 'BL'이라는 단어만을 근거로 추측한 것에 불과한 점, ⑤ 가사 배아에 대한 RT-PCR 검사결과가 NT-1에 대한 검사결과로 조작되었다고 하더라도, 피고인이 이 사건 RT-PCR 실험에 직접 관여하여 공소외 43, 13 및 제1심 공동피고인 3에게 동결 배아로 RT-PCR 검사를 하도록 지시하였다는 점에 관하여는 이를 인정할 아무런 증거가 없는 점을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 동결 배아를 이용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 공소외 43 및 공소외 13, 제1심 공동피고인 3에게 지시하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과인 것처럼 2004년 논문에 게재하였거나, 그러한 사정을 알고 있었다고 인정하기 어렵다.

(다) 당심의 판단

이 사건 공소사실의 핵심은 인간난자에 핵이식을 한 배아 중 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 이를 대상으로 RT-PCR 검사를 하였다는 것이고, 그 사실의 기초가 되는 정황은, 공소외 43은 제1심 공동피고인 3이 2003년 9월~10월 말경 자신에게 RT-PCR 검사 조건이 잘 잡히지 않는데 발달 정지된 핵이식 배아로 조건을 한번 잡아 보겠다는 취지로 이야기를 하면서 동결 배아를 모아 달라고 하여 자신이 공소외 13에게 이를 건네주었다고 진술하고 있는 점 및 공소외 13이 제1심 공동피고인 3에게 검사결과를 송부하면서 검사표에 검체를 'hNT-BL'이라고 표시하였고, 공소외 43이 공소외 14와 공소외 42에게 NT-1에 대하여 브리핑을 하려고 작성하였다는 ○○대 비밀문서에 RT-PCR 검사에 대하여 'hNTBL'이라고 표기한 반면, 2004년 논문에서는 이를 'SCNT-hES-1'으로 수정되어 있다는 점인바, 원심이 적절하게 실시하고 있는 여러 가지 사정에다가, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① RT-PCR 검사는 특정검체에서 부계, 모계의 각인유전자 중 어떤 각인유전자가 발현되었는지의 여부를 추적함으로써 생식기전을 입증하려는 검사로서 유전자 지문분석 검사와는 달리 동일성 (Identity) 자체를 검증하는 검사가 아니므로, 검사결과 어떤 각인 유전자가 발현되었느냐의 여부를 알 수 있을 뿐, 사후에 어떤 검사결과가 어떤 검체로부터 도출된 것인지를 직접 규명할 수는 없고, 필요하다면 해당 검체에 대하여 다시 검사를 하여 동일한 검사결과가 나오는지를 검증해 볼 수밖에 없는 것인데, 누구든지 사람의 체세포를 검체로 하여 실험을 수행하기만 하면 실험자는 언제든지 부계·모계 각인유전자가 모두 발현하는 동일한 결과를 원하는 대로 얻을 수 있음에도, 피고인이 분열과정에서 배반포까지 성장하지 못한 것을 모아서 RT-PCR 검사를 하도록 지시하였다고는 경험칙상 납득하기 어려운 점(증인 공소외 13의 원심 법정진술(공판기록 4775-4777쪽), 증제32호(수사기

록 34권 806쪽)], ② RT-PCR 검사를 주관한 제1심 공동피고인 3은 '피고인은 RT-PCR 검사에 대하여 잘 모르시기 때문에 검사결과지를 보여주지는 않았고, 검사결과만 부계유전자가 발현되었다는 취지로 구두로만 보고를 하였습니다.

'라고 진술하여 피고인의 지시에 의한 검사조작 사실을 부인하였고[증제193호(수사기록 36권 3944쪽)], 수사과정에서 피고인과 적대적인 관계에 있던 공소외 43도 '제1심 공동피고인 3의 지도 아래 공소외 13이 RT-PCR 검사를 담당하였다'고 진술하여 위 제1심 공동피고인 3의 진술 내용에 일부 부합하는 점[증제62호(수사기록 2권 1331쪽)], ③ RT-PCR 검사를 직접 담당한 공소외 13의 검찰 진술도 "사진과 결과지에 모두 'BL'로 기재되어 있는 것을 보면 배반포로 실험을 하였을 것 같으나, 핵이식된 배반포의 양이 적기 때문에 실험용으로 받았을 가능성이 희박하고, 'BL'을 시료로 받은 기억이 전혀 나지 않는다.

"는 취지일 뿐이므로 RT-PCR 검사의 시료로 동결 배아가 사용되었다고 단정하기는 어려운 점[증인 공소외 13의 원심 법정진술(공판기록 4758-4759쪽), 증제102호(수사기록 36권 2026-2039쪽)], ④ 동물의 배반포에 대한 실험을 주로 담당하여 왔던 공소외 13이 제1심 공동피고인 3에게 검사결과를 송부하면서 검사표에 검체를 'hNT-BL'이라고 표시한 것은 이른바 검사 의뢰방법으로 통용되는 Blind Test의 특성에 기인하였을 가능성이 있고, SCNT(Somatic Cell Nuclear Transfer, 체세포 핵이식 줄기세포)라는 용어는 2004년도 논문을 게재하면서 비로소 그 특성을 표현하기 위하여 사용되었을 뿐 그 이전인 RT-PCR 검사를 시행할 때는 그러한 용어를 사용하지는 않았다고 보이는 점 등을 아울러 종합하여 보면, 앞서 본 정황사실만으로는 합리적 의심의 여지없이 피고인이 공소사실 기재와 같이 동결 배아를 이용하여 RT-PCR 검사를 한 후 이를 논문에 사용하기로 마음먹고, 공소외 43 및 공소외 13, 제1심 공동피고인 3에게 지시하여 동결 배아에 대한 RT-PCR 검사결과를 NT-1에 대한 검사결과인 것처럼 2004년 논문에 게재하였다거나, 그러한 사정을 알고 있었다고 인정하기 어렵다는 원심의 판단은 정당하다.

(3) 면역염색 사진 조작 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

2004년 1월경 피고인 및 제1심 공동피고인 3은 공소외 12가 ◇◇◇◇ 연구소에서 미리 편집하여 보낸 논문상의 그림 2의 면역염색사진을 가지고 미국 ○○○○대학공소외 14 교수 연구실에 가서 그와 함께 검토한 다음 전화로 공소외 12에게 "음성대조군(Negative control)중 SSEA-1 면역염색사진인 D 부분의 사진에 줄기세포가 2개 나타나고 해상도가 좋지 않다.

NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진이라도 괜찮으니 좋은 사진으로 보내달라."고 지시하고, 이에 따라 공소외 12는 ◇◇◇◇ 연구소에서 수립한 수정란 줄기세포의 SSEA-1 면역염색사진 중에서 해상도가 좋은 사진을 골라 이메일로 제1심 공동피고인 3에게 송부하고, 제1심 공동피고인 3은 이를 다시 원래의 SSEA-1 면역염색사진과 교체한 다음 사이언스 편집인에게 송부하여 2004년도 사이언스 논문 그림2의 D 부분(사이언스 논문 vol. 303 중 제1671쪽)에 허위 게재되게 하였다.

(나) 원심의 이 부분 판단 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인은 NT-1이 아닌 다른 줄기세포의 사진을 2004년 논문의 면역염색 검사결과에 사용하는 것을 알고 있었던 것으로 보이기는 하나, ① 면역염색검사에서 음성대조군(Negative control)의 역할은 검체의 표지인자에 결합하는 1차 항체를 처리하지 않아 면역염색 현상이 일어나지 않았을 때의 결과를 실험대상인 NT-1의 면역염색결과와 비교하기 위한 것으로서, 위 검사결과와 진실성과는 아무런 관련이 없

는바, 위 음성대조군은 면역염색현상이 일어나지 않은 배아줄기세포이면 가능한 것이지 반드시 NT-1을 사용할 필요가 없으므로, NT-1이 아닌 다른 세포를 음성대조군으로 사용한 행위 자체에 문제가 있다고는 볼 수 없고, ② 설령 이러한 부분도 논문의 조작으로 볼 여지가 있다 하더라도, 직접 공소외 12와 전화 통화를 한 제1심 공동피고인 3도 문제의 사진이 NT-1에 대한 것이 아님은 알았지만 이 사건 실험과 전혀 무관한 ◇◇◇◇ 수정란 줄기세포의 대조군인 것까지는 전혀 몰랐다고 진술하고 있으므로, 피고인이 이러한 사정을 알았다고 단정하기는 더욱 어렵다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심의 이 부분 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 음성대조군의 기능이나 역할에 비추어 이 부분 사진 교체 행위가 논문의 조작이라고까지 보기 어렵다는 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(4) 소결론

따라서 검사의 논문조작 내용이나 범위에 관한 사실오인 주장은 모두 이유 없다.

다.

사기죄의 성립여부에 대한 판단

(1) 논문조작 관련 객관적 사실과 피고인의 인식 내용의 확정

사기죄는 주관적 구성요건 요소로 고의가 필요한 고의범이고, 제3자의 행위에 의하여 피고인의 인식 내용이 객관적 사실과 달라진 경우에는 자기책임의 원칙에 따라 행위 당시의 객관적인 사실에 관계없이 피고인이 당시 인식하고 있는 사정을 기준으로 하여 기망행위를 인정할 수 있는지의 여부와 그 범의를 추단할 수 있는지의 여부를 판단하여야 한다.

따라서 피고인이 공소외 5 회사 및 농협으로부터 연구비를 후원받은 2005년 9월 당시를 기준으로 하여, 판단의 편의를 위하여 2004년 논문과 2005년 논문에서의 줄기세포 수립여부와 그 실험 데이터의 진실성에 대한 객관적 사실 및 형사재판에 있어서 증거재판주의에 의하여 규범적으로 확정되는 피고인의 인식 내용을 정리하면 다음 표 기재와 같다.

[2004년도 논문]

(NT-1 : 줄기세포주로 실존하나, 처녀생식 여부에 대해서는 논란이 있음)

종류검사종류객관적 사실피고인의 관여 여부 등에 대한 판단피고인의 인식 내용NT-1DNA 지문분석2003년 5월경 체세포만으로 분석 검사하여 체세포와 NT-1의 검사결과가 일치하도록 조작피고인이 조작을 지시했거나 조작사실을 알았다고 볼 수 없음피고인은 DNA 지문분석이 정상적으로 실시되었다고 인식RT-PCR동결 배아로 실험한 결과를 NT-1로 검사한 것처럼 조작하였는지 여부가 불분명함NT-1이 아닌 동결 배아로 RT-PCR 검사를 하였다고 단정할 수 없고, 그렇지 않다고 하더라도 피고인이 지시했거나 이를 알고 있었다고 볼 수도 없음피고인은 RT-PCR 검사가 정상적으로 실시되었다고 인식면역염색 사진실제 검사는 했으나, SSEA-1 음성대조군 사진을 NT-1이 아닌 ◇◇◇◇ 사진으로 대체실제로 면역염색 실험결과가 나왔고, 단지 음성대조군 사진 1장에 다른 줄기세포 사진이 사용된 것은 검사결과의 진실성과 관계없음이 부분 사진의 대체가 검사결과의 진실성에는 영향이 없으므로, 피고인이 이를 인식하고 있었다고 하더라도 범의 인정에 있어서 중요한 사항이 아님테라토마 DNA검사배아체 DNA 지문분석 결과를 NT-1의 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 조작피고인의 조작 관여사실이 인정됨피고인이 이 부분 각 조작사실을

알았으나, 논문발표 이전인 2004. 2. 6.경 실제로 테라토마 실험은 성공함테라토마 사진◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마로 NT-1의 테라토마인 것처럼 허위로 사진을 게재피고인의 조작 관여사실이 인정됨

[2005년도 논문]

(NT-2 내지 12 : 제1심 공동피고인 5가 섞어심기하였거나 실제로는 수립되지 아니하여, 줄기세포주로 실존하지 아니함) 종류실체검사종류객관적 사실피고인의 관여여부피고인의 인식 내용NT-2Miz-4배아체형성검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기함×피고인은 NT-2, NT-3이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, 일부 실험 데이터를 조작함△ 다른 모든 검사는 정상적으로 실시되었고, 그 중 DNA, 면역적합성 검사결과는 제1심 공동피고인 5가 섞어심기를 숨기려 허위로 조작함NT-3Miz-8테라토마형성검사△ NT-2의 배아체 사진 조작○△ NT-3의 배아체 사진, 테라토마 사진 조작(다만, 논문 제출 이전에 NT-2, 3의 테라토마 실험은 성공하였음)면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기 하였음×피고인은 NT-4 내지 7이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, NT-4 내지 7이 오염사고로 소멸하였음에도 실험 데이터를 조작함NT-4Miz-4핵형검사NT-5Miz-4배아체형성검사△ 2005. 1. 9.경 오염사고로 소멸됨NT-6Miz-6테라토마형성검사NT-7Miz-6면역적합성검사△ NT-4 내지 7의 각 검사결과 조작○DNA지문분석검사NT-8Miz-7면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5가 섞어심기함×피고인은 NT-8, 10, 11이 줄기세포주로 수립되었다고 인식하였으나, 실험 데이터를 조작함핵형검사NT-10Miz-10배아체형성검사△ NT-8, 10, 11의 각 검사결과 조작○테라토마형성검사NT-11Miz-2면역적합성검사(테라토마는 NT-8만 해당함)DNA지문분석검사실존하지 않음면역염색검사△ 제1심 공동피고인 5의 섞어심기가 없었고, 줄기세포주로 수립되지 않음○피고인은 NT-9, 12가 핵이식 후 콜로니 형성에 이르지 못하여 줄기세포주로 수립되지 않았음에도, 콜로니가 형성되어 줄기세포로 실존하고 있는 것처럼 실험 데이터를 조작함핵형검사NT-9배아체형성검사△ NT-9의 각 검사 조작NT-12면역적합성검사△ NT-12의 면역적합성검사, DNA 지문분석 검사 조작DNA지문분석검사

(2) 공소외 5 회사에 대한 기망행위 또는 편취의 범의 및 인과관계의 존재 여부

(가) 논문조작 행위 부분

1) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요부분에 관한 것임을 요하지 않으며, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초사실에 관한 것이면 충분하고, 어떤 행위가 다른 사람을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는가의 여부는 거래의 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적·객관적으로 판단해야 할 것이고(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7459 판결 참조), 한편 사기죄의 기망은 편취 또는 이득의 수단으로서 행하여지는 것이어서 피기망자의 재산적 처분행위를 하게 하는 행위로서의 성격을 갖는 것이므로, 상대방을 착오에 빠지게 하였다 할지라도 그 착오에 기하여 상대방으로 하여금 재산적 처분행위를 하게 한 행위가 아니라면 그 행위는 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가할 수 없다.

2) 앞서 본 피고인의 인식 내용을 기초로 하여 피고인의 논문조작 행위가 기망행위를 구성하는 지에 관하여 본다.

가) 우선, 2004년 논문의 경우에는 피고인이 위 논문 제출 당시에는 테라토마 실험결과를 얻지 못하여 NT-1 배아체의 DNA 지문분석 검사결과를 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 바꾸고, ◇◇◇◇의 수정란 줄기세포의 테라토마 사진을 마치 NT-1의 테라토마 사진인 것처럼 조작하였으나(다만, 이후 NT-1의 테라토마가 형성된 결과를 얻었다), 피고인은 NT-1이 수립된 이후 그 검증을 위하여 DNA 지문분석 검사, 핵형검사, 배아체형성 검사, 면역염색(HLA) 검사

, RT-PCR 검사 등의 일련의 검증실험을 모두 실시하여 2004년 논문을 발표하였고, NT-1이 줄기세포로 수립되었던 것은 사실일 뿐 아니라, 그 줄기세포성 여부에 관한 핵심적인 검증실험인 DNA 지문분석 검사를 조작하는 데 피고인이 관여하였다는 점을 인정할 신빙성 있는 증거가 없고, RT-PCR 검사가 조작되었다거나 그 조작에 피고인이 관여하였다는 점을 인정할 명백한 증거가 없는 이상, 피고인은 공소외 5 회사와 이 사건 연구비 후원계약을 체결할 당시에는 NT-1이 자가핵이식 줄기세포주인 것을 확실히 믿고 있었다고 볼 수밖에 없다.

나) 다음으로 2005년 논문의 경우에는, 11개의 줄기세포주(NT-2 내지 12) 중 NT-9, 12를 제외한 나머지는 제1심 공동 피고인 5가 섞어심기한 것이고, 그 이외에도 NT-13(2005. 3. 9. 콜로니 형성), NT-14, 4+(2005. 4. 22.경 각 콜로니 형성)의 줄기세포주도 수립된 것처럼 제1심 공동피고인 5가 섞어심기를 하여, 실제로는 2005년 논문과 관련한 연구결과로서 환자맞춤형 줄기세포주는 하나도 존재하지 않았으나, 피고인은 제1심 공동피고인 5의 위와 같은 범행을 모르고 있었던 사실은 명백한바(검사도 그와 같은 사실을 전제로 이 부분 공소를 제기하였다), 2005년 논문의 최종 수정 및 재투고가 이루어질 당시인 2005. 4. 25.에는 피고인은 NT-2 내지 8, 10, 11, 13, 14, 4+ 등 12개의 환자맞춤형 줄기세포주가 실제로 수립(콜로니가 형성된 상태)되었다고 믿고 있었고, 그 중 NT-2, 3에 대하여는 면역염색검사, DNA 검사, 핵형검사, 테라토마 형성 검사, 면역적합성 검사 등 그 검증실험을 실시하여 정상적인 검사결과가 나왔는데, 제1심 공동피고인 5는 NT-2, 3에 대한 위 각 검사 중 DNA 검사, 면역적합성 검사는 수정란 줄기세포인 경우 체세포와 일치하는 검사결과가 나오지 않아 섞어심기 사실이 탄로 날 수 있었으므로 체세포만을 검사의뢰하는 방법으로 위 DNA 및 면역적합성 검사결과도 조작하였고, 나머지 검사는 세포의 동일성을 확인하는 검사가 아니어서 수정란 줄기세포로 검사의뢰를 하여도 정상적인 검사결과가 나오기 때문에 실제 NT-2, 3으로 검사가 이루어졌으며, 피고인은 위와 같은 DNA, 면역적합성 검사결과 조작사실도 전혀 모른 채 위 각 검사결과가 정상으로 나오자 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 보인다.

다) 이상과 같은 피고인의 인식 내용을 종합하면, 피고인이 비록 일부 검증 실험의 각종 데이터를 조작하였다고 하더라도, NT-1이 자가핵이식 줄기세포주인 것을 확실히 믿고 있었고 피고인이 조작에 관여한 검증 실험의 범위나 정도에 비추어 적어도 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 할 것이다.

3) 또한 피고인이 줄기세포주가 수립되었다고 확신하면서 일부 검증 실험의 각종 데이터를 조작한 행위 자체가 재물의 편취 또는 재산상 이익의 취득 수단으로서 이루어졌다고 보기 어려우므로, 논문 조작행위 자체가 곧바로 그 논문의 성과를 믿고 연구비를 후원하려는 잠재적 피해자를 상대로 재산적 처분행위를 하도록 한 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가하기는 어렵다.

4) 따라서 앞서 본 위 각 논문의 본질적 부분에 해당한다고 할 수 있는 줄기세포주의 수립 여부에 대한 피고인의 인식 내용, 피고인의 위 각 논문의 작성시기와 공소외 5 회사와의 연구 후원금 지원에 관하여 협의를 시작한 시기의 선후 관계 및 그 시간적 간격, 공소외 5 회사와의 후원계약 체결의 경위 등을 종합하면, 피고인이 위 각 논문을 작성할 당시부터 장차 불특정의 기업이나 단체로부터 연구 후원비 명목으로 금원을 편취할 고의 내지 의도 하에, 줄기세포를 전혀 수립한 바가 없는데도 마치 그러한 과학적 성과가 있는 것처럼 논문을 조작하였다고 보기는 어렵다.

(나) 언론 인터뷰 및 강연 행위 부분

1) 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 이 사건 공소사실에서 기망행위의 내용으로 적시하고 있는 피고인의 인터뷰나 강연 내용 중 줄기세포의 연구에 따른 난치병 치료 등에 관한 전망을 언급한 부분은 피고인의 개인적인 전망 또는 판단을 밝힌 것으로서, 피고인이 이를 일부 과장하여 발표한 것이 사실이라고 하더라도, ① 2005년 논문

서도 "이 연구에서의 환자맞춤형 줄기세포는 질병의 진행을 이해하고 약물생산을 도울 수 있을 것으로 기대된다.

물론 환자의 세포를 이용한 줄기세포가 아직은 완전하지 않기 때문에 곧바로 이식치료에 이용될 수는 없다.

게다가 세포가 임상에 사용되기 전에 환자맞춤형 체세포 핵이식 유래 인간배아줄기세포의 생물학적 특성이 반드시 규명되어야 하고, 신뢰할 수 있는 분화기술이 확립되어야 하며, 미분화세포 및 잠재적 병원체를 완전히 배제할 수 있어야 한다.

"라고 그 한계 및 앞으로 연구되어야 할 과제 등을 명백히 밝히고 있고, ② 2005년 논문의 성과가 사실이라고 하더라도 환자맞춤형 줄기세포가 실제 임상에 적용되고 환자치료에 이르기까지는 많은 어려움과 상당한 시간이 소요될 것임은 일반인도 쉽게 예측할 수 있다고 보이며, ③ 공소외 5 회사의 이 사건 연구비 후원도 그 후원의 경위 등에 비추어 어떠한 반대급부를 조건으로 하거나 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 한 것이라기보다는 단순히 피고인이 계속 줄기세포 등 생명공학 관련 연구를 할 수 있도록 지원하는 의미로 보인다.

2) 또한 피고인이 그 검증 실험의 각종 데이터를 조작하였지만 줄기세포주가 수립되었다고 확신하면서 인터뷰나 강연 내용 중 줄기세포의 연구에 따른 난치병 치료 등에 관한 전망을 언급한 행위 자체가 재물의 편취 또는 재산상 이익의 취득 수단으로서 이루어졌다고 보기 어려우므로, 언론 인터뷰나 강연 행위 자체가 곧바로 그 논문의 성과를 믿고 연구비를 후원하려는 잠재적 피해자를 상대로 재산적 처분행위를 하도록 한 사기죄의 실행행위로서의 기망이라고 평가하기는 어려운 점을 아울러 고려해 보면, 피고인이 인터뷰나 강연을 통하여 줄기세포 연구의 실용화 가능성을 과장하였다고 하더라도 공소외 5 회사에 대한 관계에서 무슨 별도의 기망행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(다) 후원계약 체결 과정에서의 기망행위 부분

1) 적극적 기망행위 존재 여부

가) 검사는, 피고인이 공소외 5 회사의 공소외 7에게 마치 그 논문의 내용과 기자회견 결과가 사실인 것처럼 행세하면서 추후 줄기세포 연구가 상용화될 때 유리한 기회를 주겠다는 취지로 말하여 공소외 5 회사로부터 연구비 명목으로 10억 원을 교부받았다는 취지로 주장한다.

나) 이에 대하여, 원심은 그 판시와 같은 연구비 후원계약의 체결 경위와 그 내용에 관한 사실을 인정한 다음, 이 사건 연구비 후원계약의 체결 목적, 연구과제의 포괄성, 연구과제 수행결과의 소유권 귀속, 이 사건 연구비 후원계약의 체결 경위를 종합하면, 공소외 5 회사는 피고인의 줄기세포 연구를 위해 별다른 반대급부를 조건으로 함이 없이 이 사건 연구비를 후원하기로 한 것으로 봄이 상당하고, 공소외 5 회사가 줄기세포의 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 이 사건 연구비를 후원했다고도 보이지 않을 뿐 아니라, 연구비 후원 과정에서 피고인이 공소외 5 회사 측에게 '줄기세포의 상용화가 되면 공소외 5 회사에게 유리한 기회를 줄 수 있지 않겠냐.'라는 취지로 말을 한 사실이 있다고 하더라도, 위 연구비 후원에 대한 반대급부로서 위와 같은 내용이 합의서에 명시적으로 기재되어 있지 않은 이상, 이는 연구의 가시적 성과가 나올 경우 공소외 5 회사 측과 협력하여 사업을 진행할 수도 있다는 가능성을 언급한 것에 불과하고 위 연구비의 반대급부로서 약정된 것이라고는 보기 어렵다고 판단하였다.

다) 원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인이 공소외 5 회사와 연구비 후원계약을 체결하는 과정에서 공소외 5 회사를 적극적으로 기망하는 행위를 하여 그 후원계약을 체결하였다고 인정하기 어렵다는 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

2) 논문조작사실 묵비행위

가) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이고, 그 중 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 그 사실을 고지하지 아니함을 말하는 것으로서, 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다(대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도1033 판결 참조).

보다 구체적으로는, 재산권에 관한 거래관계에 있어서, 일방이 상대방에게 그 거래에 관련된 어떠한 사항에 대하여 이를 고지하지 아니함으로써 장차 그 거래관계의 효력 또는 채무의 이행에 장애를 가져와 계약상의 채권을 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서 이를 상대방에게 고지하지 아니하고 거래관계를 맺거나 그러한 상태를 묵비하여 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 받고 상대방은 그와 같은 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래관계에 임하지 아니하였거나, 이를 지속하여 재물 등의 교부를 하지 아니하였을 것이 경험칙상 명백한 경우, 그 재물의 수취인에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고 이를 고지하지 아니한 것은 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다 할 것이나, 법률관계의 효력에 영향이 없고 상대방의 권리실현에 장애가 되지 아니하는 사유는 이를 고지할 의무가 없는 것이다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 판결, 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도882 판결, 대법원 1985. 3. 12. 선고 84도93 판결 각 참조).

나) 원심이 적절하게 실시한 바와 같이, 이 사건과 같이 과학논문에 있어서 그 데이터의 오류 내지는 과장, 허위 게재가 이루어진 경우, 그 논문 조작행위 자체가 논문심사기관의 심사업무를 방해하는 정도에 이르렀다면 업무방해죄의 형사적 책임을 지는 것은 당연하다.

그러나 기업이나 공익적 단체의 과학자에 대한 연구비의 지원은 그 과학자가 이룩한 전체적인 연구 성과 및 그 해당 분야에서의 발전 가능성과 연구비가 지원되는 분야에서의 과학기술 발달이 사회나 국가 나아가 인류의 삶의 질 향상에 이바지하는 정도 등 다양한 고려요소와 기준에 의하여 이루어지는 것이지, 그 과학자가 발표한 개개 논문의 구체적이고도 세부적인 내용의 정확성이나 진실성에만 좌우된다고 볼 수 없고, 더구나 최첨단의 과학기술 분야에서는 인간의 인식능력이나 그 시대의 과학발달 수준의 한계로 인하여 연구의 과정이나 결과에 있어서 불확실성 또는 경제적으로 효용가치가 높은 연구 성과를 도출하는 데 실패할 위험성이 상존하고 있으므로, 연구비 지원은 어떠한 구체적이고도 가시적인 연구 결과를 목적으로 하거나 그러한 연구 결과를 대가관계로 하여 이루어지기는 어렵고, 기업의 사회적 책임이행의 차원에서의 이익의 환원이나 선의에 바탕을 둔 자발적 기부의 일환으로 이루어지는 것이 보통이므로, 객관적이고 이기적인 행위 주체를 상정하여 이해관계의 합리적 조정이 중요한 판단요소로 작용하는 일반적인 재산상 거래와는 그 성질이 다른 특수성이 있다고 할 것이다.

따라서 논문 조작행위 자체에 대한 범죄의 성립 여부가 문제되는 것이 아니라 그 논문의 조작 이후 논문의 연구 성과와 관련하여 연구비를 지원받은 행위의 형사적 책임이 문제되는 경우에, 앞서 본 최첨단 과학기술 분야에 있어서의 연구비 지원이 갖는 특수성을 고려할 때 선행의 논문조작 행위 사실만으로 어떠한 예외도 없이 그러한 조작사실을 고지하지 아니한 행위가 부작위에 의한 기망행위에 해당한다고 볼 수는 없고, 그 논문조작 행위의 조작내용과 조작부분이 그 논문에서 차지하는 위치나 중요성, 연구비 지원의 동기 및 구체적인 목적 등을 종합적으로 고려하여 논문조작 행위가 있었음을 알았다면 실제의 연구 성과가 사실이라고 하더라도 연구비 지원을 하지 않았을 것이 명백한 경우에 한하여 논문조작 사실에 대한 불고지 내지 묵비가 사기죄의 기망행위로 평가된다고 할 것이고, 나아가 편취의 범의나 상대방의 착오와 연구비 지급행위 사이의 인과관계 존부에 관해서도 더욱 신중히 판단하여야 할 것

이다.

다) 앞서 본 각 법리를 전제로 하여 각 논문의 데이터 조작사실을 고지하지 아니한 행위가 부작위에 의한 기망행위를 구성하는지에 대하여 본다.

먼저, 2004년 논문의 데이터 조작사실을 고지하지 아니한 것이 기망행위를 구성하는 지 여부에 대하여 살피건대, ① 공소외 5 회사의 ▽▽▽▽재단을 통한 피고인에 대한 연구비 후원의 동기는, 그 후원계약의 경위나 약정 내용 등에 비추어 보면, 어떠한 반대급부를 조건으로 하거나 구체적인 실용화 가능성을 염두에 두고 한 것은 아니라 세계 최초의 핵이식 배아줄기세포주인 NT-1이 수립되었다는 사실 그 자체에 대한 것으로 봄이 상당하고, 그러한 연구 성과가 현실적으로 존재하고 있는 이상, 비록 그 논문 작성과정에서의 일부 조작이 있었다고 해도 이를 고지하지 않고 묵비한 것이 어떠한 기망행위에 해당한다고 보기는 어려운 점, ② 피고인의 인식 내용을 기초로 할 때 2004년 논문의 NT-1이 줄기세포주로 수립되었다고 할 것이므로, 그 검증 데이터 중 일부에 불과한 테라토마 관련 부분의 조작여부가 위 후원계약의 본질적인 내용과 관련된 사항이라고 할 수 없는 점, ③ 공소외 5 회사 측이 2004년 논문 내용 중 테라토마 관련 부분만이 조작되었으나 이후 실제 테라토마가 형성되었다는 사실을 알았다면 이 사건 연구비를 후원하지 아니하였을 것이라고 단정할 수 없으므로, 기업이익의 사회적 환원의 일환으로 공소외 5 회사가 위 후원계약을 체결함에 있어서 이 부분 조작사실이 그 계약체결 여부를 좌우할 정도로 중요하게 고려할 만한 사항에 속한다고 보기도 어려운 점을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비를 후원받는 과정에서 2004년 논문의 테라토마 관련 조작 사실을 숨겼다고 하여 공소외 5 회사를 속여 연구비를 편취한 것이라고 평가하기는 어렵다.

다음으로 2005년 논문의 조작사실을 고지하지 아니한 것이 기망행위를 구성하는 지 여부에 대하여 살피건대, 피고인은 제1심 공동피고인 5의 섞어심기 범행과 그 범행의 은폐를 위한 DNA, 면역적합성 검사결과 조작사실도 전혀 몰랐던 점에 비추어 적어도 NT-2, 3은 환자맞춤형 줄기세포주라고 확신하고 있었다고 보이고, NT-4 이후의 각 줄기세포주 역시 NT-2, 3과 동일한 과정에서 수립되었으므로 별다른 문제가 없는 환자맞춤형 줄기세포주라고 믿었다고 보일 뿐, 피고인이 2005년 논문에서 NT-4 이후의 데이터 조작을 할 당시, 환자맞춤형 줄기세포주가 존재하지 않는 것을 알았거나, 수립된 줄기세포주가 환자맞춤형 줄기세포주가 아닐 가능성을 인식하면서도 허위로 그 검증결과를 조작한 것은 아니라고 할 것인바, ① 공소외 5 회사 측은 '세계 최초의 환자맞춤형 배아줄기세포주가 수립되었고, 체세포 복제에 의한 배아줄기세포주의 수립효율이 향상되어 줄기세포를 이용한 난치병 환자의 치료가능성이 커졌다'라는 2005년 논문의 연구 성과를 믿었기 때문에 별다른 조건 없이 피고인에게 연구비를 후원하게 된 것이므로, 위 후원계약의 근본적인 동기는 환자맞춤형 배아줄기세포주의 수립과 그 상용화 가능성의 증대에 있는 것이고, 피고인의 인식 내용과 같이 환자맞춤형 줄기세포가 수립된 것을 전제로 한다면 이에 부수하는 검증 데이터의 진실성이나 무오류성은 위 후원계약의 본질적인 내용과 관련된 사항이라고 할 수 없는 점, ② 공소외 5 회사가 위 후원계약에서, 실제 연구 성과의 진위와는 별개로 위 논문이 사이언스지에 게재되는 자체를 연구비 지급의 전제조건으로 하였다거나, 실제로 환자맞춤형 줄기세포주가 존재하는 경우에도 그 논문작성 과정의 문제점으로 인해 위 논문이 취소될 경우 당연히 연구비 지원을 하지 않았을 것이라고 단정할 수는 없는 점, ③ 피고인은 위와 같이 제1심 공동피고인 5의 섞어심기 범행 등을 몰랐기 때문에 자신이 달성하였다고 믿고 있던 연구 성과를 기초로 줄기세포의 연구에 사용하기 위해 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비 후원을 받은 것으로 보일 뿐, 실제로는 환자맞춤형 줄기세포주가 전혀 수립되지 않았음을 인식하면서도 이를 숨긴 채 공소외 5 회사로부터 연구비를 후원받았다고는 보이지 아니하

는 점을 종합하여 보면, 피고인이 편취의 범의를 가지고 공소외 5 회사로부터 ▽▽▽▽재단을 통하여 연구 후원금을 지원받았다고 보기는 어렵다.

라) 따라서 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때, 피고인의 2004년 및 2005년 각 논문 조작행위의 내용이나 그 정도, 공소외 5 회사의 이 사건 후원의 목적이나 경위 등에 비추어 보면, 이 사건 후원계약을 체결할 당시 피고인에게 위 각 논문의 데이터 조작사실을 고지하여야 할 선행행위에 의한 작위의무가 있거나 피고인이 신의성실의 원칙에 따른 보증인적 지위에 있었다고 보기 어렵고, 피고인이 단순히 후원계약을 체결하면서 위 각 논문의 데이터를 조작한 사실을 고지하지 않았다는 부작위를 공소외 5 회사로부터 이 사건 연구비를 편취할 고의 내지 의도에 의한 기망행위와 동등할 정도에 이르렀다고 평가하기 어렵다.

(라) 인과관계의 존재 여부

- 1) 우선 2004년 논문의 조작 및 그 조작사실 묵비에 관하여 보면, 공소외 5 회사로서는 피고인이 위 논문 제출 당시에는 테라토마 실험결과를 얻지 못하여 NT-1 배아체의 DNA 지문분석 검사결과를 테라토마의 DNA 지문분석 결과로 바꾸고, 테라토마 사진을 조작한 사실을 알았다고 하더라도, 그 후원의 경위나 동기에 비추어 연구비 후원을 하지 않았을 것이라고 단정할 수 없으므로, 이 부분 행위와 연구비 후원 사이에는 상당인과관계가 있다고 보기 어렵다.
- 2) 다음으로 2005년 논문의 조작 및 그 조작사실 묵비에 관하여 보면, 원심이 적절하게 실시하고 있는 바와 같이, 공소외 5 회사로서는 실제 환자맞춤형 줄기세포주가 전혀 수립되지 않았다는 객관적 사실을 알았다면 이 사건 연구비를 후원하지 않았을 것이라고 충분히 인정할 수 있으나, 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때 실제 환자맞춤형 줄기세포주가 12개나 수립되었지만 위 논문의 실험 데이터가 일부 조작된 경우까지 공소외 5 회사 측에서 이 사건 연구비를 후원하지 않았을 것이 명백하다고는 쉽사리 단정할 수 없으므로, 피고인의 그와 같은 묵비 내지 불고지 행위와 공소외 5 회사의 이 사건 후원금 지급행위 사이에 인과관계가 있다고 보기도 어렵다.

(3) 농협에 대한 기망행위 및 편취의 범의 존재 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이므로, 그 수단에 특별한 제한이 없어 명시적·묵시적 행위는 물론, 부작위도 포함될 수 있으나, 어떤 부작위가 사기죄를 구성하는 기망행위에 해당하기 위해서는 행위자가 상대방의 착오를 제거해야 할 이른바 보증인의 지위에 있어야 한다고 전제한 다음, 공소사실 자체에 "2004년도 및 2005년도 사이언스 논문 조작 및 생명윤리 및 안전에 관한 법률 위반 사실 등을 숨긴 채"라고 기재되어 있을 뿐 아니라, 과학 논문의 조작이나 관련 연구과정에서의 법령위반 행위 등은 사기죄가 보호하고자 하는 법익(재산)과 직접적인 관련이 없어 이러한 행위만으로 곧바로 사기죄에서의 묵시적 기망으로 평가하기는 어려우므로 결국 부작위에 의한 기망 여부만이 문제될 것인데, 피고인이 먼저 농협에 어떠한 후원요청을 한 사실이 있음을 인정할 증거가 없고, 오히려 공소사실 기재 자체에 의하더라도 공소외 8 주식회사의 사장 공소외 9가 먼저 연구비 지원 의사를 밝혀 피고인이 단순히 이를 승낙하였을 뿐이라는 것이며, 나아가 공소외 9, 45, 46, 47, 48의 각 원심 법정 진술, 농협의 내부 기안서와 출연증서[증제400호(수사기록 17권 11462-11471쪽)]의 각 기재 등 기록에 의하면, 지원할 연구비의 용도나 액수 등은 오로지 농협 자체적으로 정하였고, 피고인이 이에 관하여 무슨 의견을 표시하거나 특별히 요청을 한 적은 없는 사실, 출연증서 상에도 "피고인 1 교수님께서 평소 농촌과 농축산업 발전을 위해 적극 노력해 주신데 감사드리며 질병발생이 없는 가축의 생산과 가축개량을 통한 생산성 향상 등 국내 농축산업의 경쟁력 제고를 위한 연구 활동에 더욱

힘써 주실 것을 4백만 농업인과 함께 염원하며, 이 뜻을 담아 축산발전 연구 후원 기금으로 위 금액을 출연합니다. "라고 되어 있어 용도가 '축산발전 연구 후원기금'임을 알 수 있는바, 사정이 이러하다면 이 사건 농협의 연구지원금은 결국 줄기세포 연구와 관련된 논문조작이나 생명윤리 및 안전에 관한 법률 위반 여부 및 이에 대한 허위 과장 발표 등과는 무관하여 피고인이 이에 대하여서도 적극적으로 진실을 알려야 할 무슨 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없고, 이 사건 연구지원금의 출연 경위나 목적에 비추어, 피고인에게 농협을 기망하여 이 사건 연구지원금을 편취한다는 사기의 범의나 무슨 불법영득의 의사가 있었다고 단정하기도 어렵다고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고 거기에 사실을 오인하거나 기망행위, 편취의 범의 또는 보증인적 지위의 인정 여부에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(4) 소결론

이상의 이유를 종합하면, 피고인의 인식 내용을 기준으로 할 때, 피고인이 이 사건 연구비를 편취할 고의 내지 의도로 줄기세포를 전혀 수립한 바가 없는데도 마치 그러한 과학적 성과가 있는 것처럼 각 논문을 조작하였다고 보기 어렵고, 피고인이 인터뷰나 강연을 통하여 줄기세포 연구의 실용화 가능성을 과장하였다고 하더라도 공소외 5 회사나 농협에 대한 관계에서 무슨 별도의 기망행위에 해당한다고 보기도 어려우며, 피고인의 각 논문의 데이터 조작행위나 인터뷰 및 강연 행위와 공소외 5 회사 및 농협의 연구비 후원 사이에 상당인과관계를 인정하기도 어렵다.

나아가 피고인이 공소외 5 회사 및 농협으로부터 이 사건 연구비를 후원받는 과정에서 각 논문의 조작 사실을 숨겼다고 하더라도 그 후원계약의 체결경위나 계약의 목적, 피고인이 관여한 논문조작 행위의 내용이나 그 정도, 피고인의 논문의 진실성 여부에 대한 구체적인 인식의 정도 등에 비추어, 피고인에게 편취의 범의가 있었다거나 피고인이 각 논문의 데이터를 조작한 사실을 고지하여야 할 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 결국 피고인이 공소외 5 회사 및 농협을 속여 연구비를 편취한 것이라고 평가하기는 어렵다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 없다.

4. 피고인 2의 양형부당 주장에 대한 판단

가. 피고인은 아무런 전과가 없는 초범인 점, 과도하게 경직적인 연구비 집행구조가 피고인이 이 사건 범행에 이르게 된 하나의 원인이었다고 보이는 점, 피고인이 이 사건 편취금을 자신의 사익을 위해 개인적인 용도로 사용하지는 않은 것으로 보이는 점, 피고인이 그동안 과학자로서 수정란 줄기세포 연구 등에서 많은 업적을 남겨 국내의 생명공학 기술 발전에 크게 기여해 온 점, 이 사건으로 문제의 연구과제가 강제 종료됨에 따라 지원받은 연구비 중 정부 출연분과 기업체의 출연금이 각 기관의 출연비율에 따라 이미 회수된 점, 피고인이 재판과정을 통하여 경솔한 판단으로 물의를 일으킨 점에 대하여 깊이 반성하고 있는 점 등의 유리한 정상은 있다.

나. 그러나 이 사건 범행은 피고인이 허위의 세금계산서와 거래명세표 등을 이용하여 총 5회에 걸쳐 합계 58,141,300원의 연구개발비를 편취한 사안으로서, 그 범행수단에서 나타나는 범의의 정도나 피해액의 규모에 비추어 죄질이나 범정이 좋다고 보기 어려운 점, 이 사건 사기죄의 법정형은 10년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금형인데, 피고인이 현재 대학교수의 신분에 있는 점을 감안하여 원심이 벌금형을 선택한 것 자체로 이미 피고인에 대하여 충분한 선처가 이루어졌다고 평가되고, 당심에 이르러 원심의 양형을 변경할만한 아무런 사정변경이 없는 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경, 범행의 동기와 경위, 범행의 수단이나 방법, 범행 후의 정황 등 이 사건에 나타난

양형의 조건이 되는 여러 가지 사정들을 종합하여 보면, 원심의 형이 너무 무거워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

다.

따라서 피고인의 양형부당 주장은 이유 없다.

5. 결론

원심판결의 유죄부분에 대한 피고인 1의 사실오인 주장은 원심판결의 범죄사실 제1의 가. 1)항 중 공소외 11 명의의 하은행 차명 예금계좌에 분산 입금하여 은닉·소비한 부분에 한하여 일부 이유 있으므로, 이 부분과 포괄일죄를 인정한 원심 범죄사실 제1의 가.항 전체는 그대로 유지될 수 없고, 원심이 피고인 1에 대한 이 부분 업무상횡령의 범죄사실과 당심도 유죄로 인정하는 나머지 범죄사실을 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 하여 하나의 형을 선고하였으므로 피고인 1에 대한 원심판결의 유죄부분 전부가 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그렇다면 원심판결 중 피고인 1의 무죄부분에 대한 검사의 항소와 피고인 2의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하고, 피고인 1의 원심판결 중 유죄부분에 대한 항소는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로, 검사의 피고인 1 부분에 관한 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.