

사기

[부산지방법원 2021. 9. 9. 2020노899]



【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 검사

【검 사】 김원호(기소), 김민주, 문민영, 박슬기(공판)

【변 호 인】 법무법인(유한) 동인 담당변호사 박세규 외 1인

【원심판결】 부산지방법원 서부지원 2020. 2. 18. 선고 2018고단43 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

이 사건을 부산지방법원 서부지원에 환송한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 무죄 부분(사실오인)

검사가 제출한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 교육청이 유아학비지원금을 지급하는 일련의 과정에 비추어 보면 지원의 대상은 유아의 보호자이지만, 실제 지원금을 지급받는 자는 유치원인 점, ② 유아교육법 제24조에 따른 국가의 유아의 보호자에 대한 지원금 지급 의무는 추상적인 의무에 불과하고 실제로는 유치원의 지원금 신청이 있을 경우 비로소 지원금 지급이 이루어지는 점, ③ 지원금은 정원 내 모집 원아 수에 따라 일률적으로 지급되므로 만일 피고인이 ○○○○○유치원의 정원 외 모집 원아들을 △△△유치원, □□□□□유치원 소속 원아인 것처럼 하지 않고 그대로 지원금 신청을 하지 않았다면 지원금 지급이 이루어지지 않았을 것인 점, ④ 지원금은 해당 원아가 등록된 유치원에서 누리과정교육을 받는 것을 전제로 하여 지급되는 것인 점, ⑤ 유아교육법상 유치원이 정원을 초과하여 유아를 모집하고 교육을 실시한 것 자체에 대한 처벌규정이 존재하지 않는다는 사정은 이 사건 범행의 상당인과관계 인정 여부와 직접적인 관련이 없는 점 등을 종합하면, 피고인이 정원 외 유아의 소속 유치원을 다른 유치원으로 하여 교육청에 유아학비지원금을 신청한 행위와 교육청의 지원금 교부 사이의 상당인과관계를 충분히 인정할 수 있다.

따라서 이에 대하여 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

나. 공소기각 부분(법령위반)

이 사건 기록 등에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소사실에 대상 유치원들의 상호, 위치 등이 특정되어 있는 점, ② 피고인은 공소사실에 기재된 기망행위 중 고지의무의 존부, 고지의무 불이행, 인과관계 등 일부분에 대해서만 다투고 있을 뿐이고, 구체적으로 피고인의 어떠한 방어권 행사에 지장이 있는지에 대해서 아무런 언급이 없는 점, ③ 부산시교육청의 사실조회회신 등을 통하여 이 사건과 관련된 유치원별 원아 및 학부모의 이름을 충분히 확인할 수 있는 점, ④ 피고인은 유치원 원생들과 학부모들의 명단과 개인정보를 작성·보유하고 있는 당사자로서 학부모들의 진술서를 제출하거나 증인 신청하는 등으로 얼마든지 방어권을 행사할 수 있는 점, ⑤ 피고인은 소속 직원들을 통하여 회계장부, 원아명부, 계좌내역 등을 폐기·은닉하려고 시도하였는바, 이 부분 공소사실에 불명확한

점이 있다 하더라도 이는 피고인이 스스로 자초한 일인 점 등을 종합하면, 이 부분 공소사실은 피고인의 방어권을 실질적으로 보장할 수 있을 정도로 특정되었다고 보아야 한다.

따라서 이에 대하여 공소기각판결을 선고한 원심판결에는 법령위반의 위법이 있다.

2. 직권판단

가. 관련 법령 및 법리

- 1) 검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경을 할 수 있다.

이 경우에 법원의 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다.

법원은 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경이 있을 때에는 그 사유를 신속히 피고인 또는 변호인에게 고지하여야 한다(형사소송법 제298조 제1항, 제3항).

- 2) 검사가 형사소송법 제298조 제1항에 따라 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경(이하 '공소장의 변경'이라 한다)을 하고자 하는 때에는 그 취지를 기재한 공소장변경허가신청서를 법원에 제출하여야 하고, 피고인의 수에 상응한 부분을 첨부하여야 한다.

법원은 공소장변경허가신청서의 부분을 피고인 또는 변호인에게 즉시 송달하여야 한다.

법원은 피고인이 재정하는 공판정에서는 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 경우 구술에 의한 공소장변경을 허가할 수 있다(형사소송규칙 제142조 제1항, 제2항, 제3항, 제5항). 한편 재판장은 소송관계를 명료하게 하기 위하여 검사, 피고인 또는 변호인에게 사실상과 법률상의 사항에 관하여 석명을 구하거나 입증을 촉구할 수 있다(형사소송규칙 제141조 제1항).

- 3) 공소장의 기재가 불명확한 경우 법원은 형사소송규칙 제141조의 규정에 의하여 검사에게 석명을 구한 다음, 그래도 검사가 이를 명확하게 하지 않은 때에야 공소사실의 불특정을 이유로 공소를 기각함이 상당하다(대법원 1983. 6. 14. 선고 82도293 판결, 대법원 2006. 5. 11. 선고 2004도5972 판결 등 참조).

- 4) 검사의 공소장변경허가신청이 공소사실의 동일성의 범위 안에 있는 것이면 법원은 이를 허가하여야 한다.

그리고 그 허가요건인 공소사실의 동일성은 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지된다 할 것이고, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2012도14097 판결, 대법원 2018. 1. 25. 선고 2016도6757 판결 등 참조).

나. 판단

- 1) 이 사건 기록 등에 의하면, 이 사건 공소사실 중 교육청지원금 관련 사기의 점을 제외한 나머지 사기의 점의 당초 공소사실은 별지 1. 기재와 같이 특정된 사실, 피고인이 위 공소사실에 기재된 편취금액의 일부 내역에 관하여 다투자 검사는 2018. 12. 11. 사실조회기관을 '부산광역시 교육청 감사관실', 사실조회사항을 '피고인의 범행기간인 2014. 1.경부터 2017. 6.경까지 6개 ◇◇유치원에서 학비지원을 받은 원아명 및 그 원아의 학부모명', 사실조회 이유를 '본 건 공소사실의 피해자는 6개 ◇◇유치원의 학부모들인바, 교육청 누리과정 지원금 등 학비지원을 받기 위해서는 유치원에서 온라인상으로 원아명과 그 학부모명을 전산입력해야 하기 때문에, 사실조회를 통해 본 건 공소사실의 피해자를 세부적으로 확인하기 위함'으로 하는 사실조회를 신청하였고 원심 법원이 이를 채택하여 2018. 12. 21. 부산광역시 교육청으로부터 별지 3. 기재 내역이 회신된 사실, 이에 검사는 2019. 1. 17. 위 사실조회결과를 통하여 확인된 별지 3. 기재 각 학부모들을 피해자로 변경하고자 한다는 취지의 의견서를 제출한 사실, 그런데 원심은 위 2019.

1. 17.자 의견서와 관련하여 공소장의 변경 등에 관한 절차를 진행하거나 그 밖에 피해자 특정에 관하여 검사에게 석명을 구하는 등의 조치를 하지 아니한 채 2020. 2. 18. 당초의 공소사실을 기준으로 하여 피고인의 방어권을 실질적으로 보장할 수 있을 정도로 피해자 등 공소사실이 특정되었다고 보기 어려워 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다는 이유로 이 부분 공소사실에 관하여 형사소송법 제327조 제2호에 의한 공소기각의 판결을 선고한 사실을 인정할 수 있다.

- 2) 앞서 본 관련 법령 및 법리에 비추어 위 인정사실에 관하여 살피건대, 원심 설시대로 당초의 공소사실에 피해자가 제대로 특정되지 않았다 하더라도, 이에 관하여 원심은 석명준비명령 등을 통하여 명시적으로 석명을 구하지 아니하였고, 공판조서 상으로도 피해자 특정 여부를 위하여 변론을 속행하거나(2019. 5. 14. 제8회 공판조서) 검사의 기록검토를 위하여 변론을 속행한 것(2019. 12. 3. 제11회 공판조서) 외에는 피해자의 특정에 관하여 입증을 촉구한 내역이 확인되지 않는 반면, 검사는 2018. 12. 11.자 사실조회신청 및 2019. 1. 17.자 의견서를 통하여 피해자를 보다 구체적으로 특정하겠다는 의사를 명확하게 표시하였는바, 검사가 당초의 공소사실을 그대로 유지하겠다는 의사를 명확하게 하였다고 단정할 수 없는 상황에서 피해자의 특정에 관하여 제대로 석명을 구하지 아니한 채 바로 공소기각을 선고한 원심판결에는 공소사실의 특정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다.
- 3) 또한 검사가 2019. 1. 17. 제출한 의견서는, 비록 공소장변경허가신청서의 형식은 아니기는 하나 당초의 공소사실에 피해자로 특정된 '원생 학부모들'을 보다 구체적으로 특정하여 공소사실을 변경하겠다는 취지가 명시적으로 기재되어 있고 피해 학부모들을 개별적으로 특정한 별지 3. 기재 피해자일람표가 첨부되어 있으므로 형사소송규칙 제142조 제1항의 '공소장에 기재한 공소사실의 변경 취지를 기재한 공소장변경허가신청서'에 해당된다고 볼만한 여지가 있다.

따라서 원심으로서 적어도 위 2019. 1. 17.자 의견서가 공소장변경허가신청서로서 제출된 것인지 여부를 검사에게 정확하게 확인하여, 공소장변경허가신청서로 확인될 경우 형사소송규칙 제142조에 따라 검사로 하여금 그 부분을 제출하게 하고 이를 피고인 또는 변호인에게 송달하는 등 서면에 의한 공소장의 변경 절차를 제대로 거쳐야 하고, 이와 달리 단순히 추후 소송계획을 밝힌 서면에 불과한 것으로 확인되더라도 향후 변론을 진행함에 있어 위 의견서에서 밝힌 대로 공소장변경허가를 신청할 것인지 여부를 검사에게 추가로 확인하고 피해자 특정을 촉구하거나 공소장변경의 기회를 명확하게 부여하는 등 형사소송법 제298조의 공소장의 변경 절차가 제대로 진행되도록 조치하였어야 했을 것으로 보인다.

그럼에도 원심은 위와 같은 절차를 제대로 거치지 아니한 채 당초의 공소사실만을 기준으로 하여 피해자 등 공소사실이 제대로 특정되지 않았다는 이유로 공소기각의 판결을 선고하였는바, 원심판결에는 공소장의 변경 절차에 관한 법령을 위반하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다.

- 4) 따라서 원심판결 중 공소기각 부분에는 위와 같은 위법이 있으므로 그대로 유지할 수 없게 되었고, 원심판결이 어느 사실에 대하여만 위법하게 공소를 기각하고 다른 사실에 대해서는 정당하게 실제 판결을 했을 경우에는 경합범가중이 필요한 한도에서 전체가 불가분이 되므로, 원심판결은 그 전부가 파기될 수밖에 없다(대법원 1998. 5. 8. 선고 98도631 판결 등 참조).

3. 결론

그렇다면 원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있으므로 검사의 항소이유에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항, 제366조에 따라 원심판결을 파기하고 이 사건을 원심법원인 부산지방법원 서부지원에 환송하

기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 이동기(재판장) 김승현 이상언