

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2013도3790 정치자금법위반
피 고 인	피고인
상 고 인	피고인 및 검사
변 호 인	법무법인(유한) 원 외 1인
원 심 판 결	서울고등법원 2013. 3. 22. 선고 2012노3320 판결
판 결 선 고	2015. 4. 23.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고인의 상고이유에 관하여

가. 원심은 판시와 같은 이유를 들어, ① 공소외 1이 작성한 진술서(이하 '이 사건 진술서'라 한다)는 공소외 1이 자필로 작성하고 작성자로서 서명·날인한 이상 그 내용은 공소외 1의 진술이며, ② 설령 공소외 1이 당초 구체적인 날짜를 기억하지 못하여

공소외 2와 대화를 나눈 후에 날짜를 특정하여 진술서를 작성하였다고 하더라도 이는 공소외 1이 공소외 2와 돈 수수에 관하여 이야기를 나눈 뒤 자신의 기억을 되살려 적은 공소외 1의 진술일 뿐 공소외 2의 진술 자체가 기재된 것이라고 할 수 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 형사소송법 관련 규정들과 아울러 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 형사소송법 제312조 제5항, 제4항을 위반하여 원진술자에 대한 판단을 그르친 위법이 없다.

상고이유로 들고 있는 대법원 판결은 이 사건과 사안이 다르므로, 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

나. (1) 형사소송법 제312조 제4항은 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서의 증거능력이 인정되려면 '적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것'이어야 한다고 규정하고 있다. 여기서 적법한 절차와 방식에 따라 작성한다는 것은 피고인이 아닌 자의 진술에 대한 조서 작성 과정에서 지켜야 할 형사소송법이 정한 여러 절차를 준수하고 조서의 작성 방식에도 어긋남이 없어야 한다는 것을 의미한다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2011도7757 판결, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결 등 참조). 그리고 형사소송법 제312조 제5항은 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서의 증거능력에 관하여는 형사소송법 제312조 제1항부터 제4항까지 준용하도록 규정하고 있으므로, 위와 같은 법리는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서의 증거능력에 관하여도 그대로 적용된다고 할 것이다.

한편 형사소송법 제221조 제1항에서 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다고 규정하고, 제244조의4 제

3항, 제1항에서 검사 또는 사법경찰관이 피의자가 아닌 자를 조사하는 경우에는 피의자를 조사하는 경우와 마찬가지로 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다고 규정하고 있다. 이와 같이 수사기관으로 하여금 피의자가 아닌 자를 조사할 수 있도록 하면서도 그 조사과정을 기록하도록 한 취지는 수사기관이 조사과정에서 피조사자로부터 진술증거를 취득하는 과정을 투명하게 함으로써 그 과정에서의 절차적 적법성을 제도적으로 보장하려는 데 있다. 따라서 수사기관이 수사에 필요하여 피의자가 아닌 자를 조사하는 과정에서 그 진술을 청취하여 증거로 남기는 방법으로 진술조서가 아닌 진술서를 작성·제출받는 경우에도 그 절차는 준수되어야 할 것이다.

이러한 형사소송법의 규정 및 그 입법 목적 등을 종합하여 보면, 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 진술서를 작성하였지만 수사기관이 그에 대한 조사과정을 기록하지 아니하여 형사소송법 제244조의4 제3항, 제1항에서 정한 절차를 위반한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 '적법한 절차와 방식'에 따라 수사과정에서 진술서가 작성되었다 할 수 없으므로 그 증거능력을 인정할 수 없다.

(2) 기록에 의하면, ① 공소외 1은 다른 사건으로 구속 중인 2011. 12. 12. 그 다음날 예정된 정식의 참고인 조사를 앞두고 검사에 의하여 검찰청에 소환된 상태에서 이 사건 진술서를 작성하게 된 사실, ② 공소외 1이 이 사건 진술서를 작성하면서 피고인에게 금품을 교부한 정확한 일시를 기억하지 못하자, 검사는 피고인에게 자금을 마련해 주었던 자로서 역시 다른 사건으로 구속 중이던 공소외 2를 소환하여 공소외 1로 하여금 공소외 2와 대화를 나눈 뒤 이 사건 진술서를 작성하도록 한 사실, ③ 한편 이

사건 진술서에는 그 날 공소외 1에 대하여 진행된 조사과정에 관한 내용이 기재되어 있지 않고 또한 그 조사과정을 별도로 기록한 자료가 제출되어 있지 아니한 사실, ④ 피고인은 이 사건 진술서를 증거로 할 수 있음에 대하여 동의하지 아니한 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계에 나타난 이 사건 진술서의 작성 시기, 장소, 방법 및 그 경위 등에 비추어 보면, 이 사건 진술서는 공소외 1이 검찰청에 소환된 상태에서 검사의 요구에 의하여 작성된 것으로서 비록 검사가 이 사건 진술서의 구체적인 내용에 관여하지 아니하였다고 하더라도 그 작성 과정에서 공소외 2와의 대화 기회를 제공하는 등 공소외 1의 피고인에 대한 금품 교부 관련 사실에 대한 수사과정의 일부로서 이 사건 진술서가 작성되었다고 보이므로, 형사소송법 제312조 제5항에서 정한 '피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서'에 해당한다고 할 것이다. 따라서 이 사건 진술서 작성을 비롯하여 그 날 이루어진 공소외 1에 대한 조사에 관하여는 형사소송법 제244조의4 제3항, 제1항에 따라 공소외 1이 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 진술서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하였어야 하는데, 이러한 조사과정을 기록한 자료가 없는 이상, 이 사건 진술서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성되었다 할 수 없으므로 앞서 본 법리에 따라 그 증거능력이 인정될 수 없다.

그럼에도 이와 달리 원심은, 이 사건 진술서에 형사소송법 제244조의4 제3항, 제1항이 적용되지 아니한다는 잘못된 전제에서, 그에 관한 절차 위반이 이 사건 진술서의 증거능력에 아무런 영향이 없다는 취지로 판단하였으므로, 이러한 원심의 판단에는 상고이유 주장과 같이 형사소송법 제244조의4 제3항 및 형사소송법 제312조 제5항의 적

용 범위 등에 관한 법리 등을 오해하여 이 사건 진술서의 증거능력에 관한 판단을 그르친 잘못이 있다.

다. 한편 원심은, 이 사건 진술서 외에도 공소외 1의 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지의 진술들을 비롯한 판시 증거들을 종합하여 판시와 같은 이유를 들어, 이 사건 공소사실 중 2010. 6. 7.경 정치자금 수수로 인한 정치자금법위반의 점을 유죄로 인정한 제1심의 판단이 옳고, 거기에 공소외 1 및 공소외 3의 각 진술이 신빙성 판단이나 증거의 증명력 판단에 관한 법리를 오해하거나 자유심증주의의 한계를 위반한 잘못이 없다고 판단하고, 이를 다투는 피고인의 사실오인에 관한 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다.

범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 하나(형사소송법 제307조 제2항), 사실 인정의 전제로 행하여지는 증거의 취사 선택 및 증명력에 대한 판단은 자유심증주의의 한계를 벗어나지 아니하는 한 사실심 법원의 재량에 속한다(형사소송법 제308조). 이에 비추어 원심판결 이유를 살펴보면, 비록 앞서 본 것과 같이 원심이 이 사건 진술서의 증거능력을 인정하여 유죄의 증거로 삼은 것은 잘못이라 할 것이나, 이 사건 진술서를 제외하고 증거능력이 인정되는 나머지 적법하게 채택된 증거들에 의하더라도 원심의 위와 같은 판단을 수긍할 수 있다.

따라서 피고인의 사실오인에 관한 항소이유 주장을 받아들이지 아니한 원심의 결론에 상고이유 주장과 같이 대법원 판례를 위반하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나 증거의 증명력에 관한 판단을 그르친 위법이 없다고 할 것이며, 결국 이 사건 진술서의 증거능력에 관한 원심의 판단 잘못으로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 검사의 상고이유에 관하여

형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진정하다는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 유죄로 판단할 수는 없다(대법원 2001. 8. 21. 선고 2001도2823 판결, 대법원 2006. 3. 9. 선고 2005도8675 판결 등 참조). 그리고 사실 인정의 전제로 행하여지는 증거의 취사선택 및 증거의 증명력은 사실심 법원의 자유판단에 속한다(형사소송법 제308조).

원심은 판시와 같은 이유를 들어, (1) 2009년 10월 내지 11월경의 1,000만 원 수수로 인한 정치자금법 위반의 공소사실 부분에 관하여, 법관으로 하여금 합리적인 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기 어렵다고 인정한 제1심의 판단이 옳다고 판단하고, (2) 2011년 2월 내지 3월경의 1,000만 원 수수로 인한 정치자금법 위반의 공소사실 부분에 관하여, 그 당시 피고인이 정치자금법에서 정한 '정치활동을 하는 자'에 해당한다고 인정할 증거가 부족하고, 또한 그 돈이 정치자금법의 규제대상이 되는 '정치활동을 위한 자금'으로 제공되었다고 인정할 증거가 부족하다고 판단하여, (3) 이를 다투는 검사의 항소이유 주장들을 모두 받아들이지 아니하고, 위 공소사실 부분들에 대하여 각 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 위에서 본 법리들과 아울러 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 정치자금법 제3조 제1호의 '정치자금' 및 '정치활동을 하는 자'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

3. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김소영 _____

 대법관 이인복 _____

주 심 대법관 김용덕 _____

 대법관 고영한 _____