

## 대 법 원

### 판 결

사 건 2011도1932 업무상횡령, 경제의안정과성장에관한긴급명령위반,  
총포화약류단속법위반

피 고 인 피고인

상 고 인 검사

변 호 인 법무법인(유한) 바른  
담당변호사 박주범 외 3인

원 심 판 결 서울고등법원 2011. 1. 20. 선고 2010재노42 판결

판 결 선 고 2015. 5. 21.

### 주 문

상고를 기각한다.

### 이 유

상고이유를 판단한다.

#### 1. 이 사건 재심 경위 및 검사의 상고이유

가. 육군본부보통군법회의는 1973. 4. 28. 피고인에 대한 73보군형 제94호 업무상횡령 등 사건에서 공소사실을 모두 유죄로 인정하고 징역 15년 및 벌금 2,000만 원을 선고하였다(이하 '제1심 판결'이라 한다).

나. 피고인과 검찰관은 제1심 판결에 대하여 육군고등군법회의 73년고군형항 제306호로 항소를 제기하였고, 육군고등군법회의는 1973. 7. 30. 제1심 판결을 파기하고 공소사실 중 일부 업무상 횡령, 경제의 안정과 성장에 관한 긴급명령 위반, 일부 총포화약류단속법 위반의 점을 유죄로 인정하여 피고인에 대하여 징역 15년 및 벌금 1,100만원을 선고하고 나머지 공소사실에 대하여는 무죄를 선고하였다.

다. 관할관은 1973. 8. 8. 피고인에 대한 위 징역 15년을 징역 12년으로 감형하여 확인하였고, 피고인과 검찰관이 모두 상고하지 아니하여 그 무렵 위 항소심 판결(이하 '재심대상판결'이라 한다)이 그대로 확정되었다.

라. 피고인은 위 형의 집행정지로 석방되어 있던 중 1980. 2. 29. 형 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면을 받았다.

마. 피고인은 2010. 4. 5. 위 재심대상판결에 대하여 고등군사법원에 재심을 청구하였고, 고등군사법원은 피고인이 이미 군에서 제적되어 재심심판절차에 관하여는 재판권이 없으나, 재심사유의 존부만을 판단하는 재심개시절차에 관하여는 재판권이 있다고 전제한 다음, 수사관들이 불법체포와 고문 등 직무상 범죄를 저질렀음이 증명되어 군사법원법 제469조 제7호의 재심사유가 있다는 이유로, 재심대상판결 중 유죄 부분에 대하여 재심개시결정을 하고, 군사법원법 제2조 제3항에 따라 사건을 이 사건 원심인 서울고등법원으로 이송하였다.

바. 원심은, 제1심에서 유죄의 증거로 든 피고인과 공소외인 등에 대한 군사법경찰관 작성의 피의자신문조서나 진술조서 및 압수된 총기 등은 위법수집증거로서 증거능력이 없고, 재심대상이 된 유죄 부분의 공소사실(이하 '이 사건 공소사실'이라 한다) 중 업무상 횡령과 경제의 안정과 성장에 관한 긴급명령 위반의 점은 이를 인정할 증거가 부족

하며, 총포화약류단속법 위반의 점은 자백 이외에 달리 이를 보강할 증거가 없다는 이유로 제1심 판결 중 이 사건 공소사실 부분을 파기하고 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.

사. 검사의 상고이유는 다음과 같다.

이 사건 재심대상판결은 특별사면으로 형 선고의 효력이 상실되어 재심청구의 대상이 될 수 없으므로, 재심개시결정이 확정되었다고 하더라도 재심절차로 진행할 심판의 대상이 없어 아무런 재판을 할 수 없음에도, 원심이 심판의 대상이 있는 것으로 보고 실체 심리로 나아가 무죄판결을 선고한 것은 특별사면과 재심청구의 대상 등에 관한 법리를 오해한 것으로 위법하다. 설령 위 재심대상판결이 재심청구의 대상이 된다고 하더라도, 원심판결에는 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 자백의 보강법칙에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

## 2. 이 사건 재심의 재판권 등에 관한 직권 판단

가. 헌법 제27조 제1항은 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."고 규정하여, 모든 국민이 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 따라 임명된 법관에 의하여 합헌적인 법률이 정한 내용과 절차에 따라 재판을 받을 수 있는 권리를 보장하고 있다. 또한 헌법 제27조 제2항은 "군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다."고 규정하여, 군인 또는 군무원이 아닌 국민(이하 '일반 국민'이라 한다)은 헌법 제27조 제2항이 규정한 경우 이외에는 군사법원의 재판을 받지 아니할 권리가 있음을 선언하고 있다.

따라서 군사법원은 일반 국민에 대하여 헌법 제27조 제2항이 규정한 경우가 아니면 재판권이 없고, 비록 군사법원법 제472조 본문이 재심청구는 원판결을 한 대법원 또는 군사법원이 관할한다고 규정하고 있으나 관할은 재판권을 전제로 하는 것이므로, 군사법원의 판결이 확정된 후 군에서 제적되어 군사법원에 재판권이 없는 경우에는 재심사건이라도 그 관할은 원판결을 한 군사법원이 아니라 같은 심급의 일반법원에 있다(대법원 1985. 9. 24. 선고 84도2972 전원합의체 판결 등 참조).

그리고 재심심판절차는 물론 재심사유의 존부를 심사하여 다시 심판할 것인지를 결정하는 재심개시절차 역시 재판권 없이는 심리와 재판을 할 수 없는 것이므로, 재심청구를 받은 군사법원으로서 먼저 재판권 유무를 심사하여 군사법원에 재판권이 없다고 판단되면 재심개시절차로 나아가지 말고 곧바로 사건을 군사법원법 제2조 제3항에 따라 같은 심급의 일반법원으로 이송하여야 한다.

이와 달리 군사법원이 재판권이 없음에도 재심개시결정을 한 후에 비로소 사건을 일반법원으로 이송한다면 이는 위법한 재판권의 행사라고 할 것이다. 다만 군사법원법 제2조 제3항 후문이 "이 경우 이송 전에 한 소송행위는 이송 후에도 그 효력에 영향이 없다."고 규정하고 있으므로, 사건을 이송받은 일반법원으로서 다시 처음부터 재심개시절차를 진행할 필요는 없고 군사법원의 재심개시결정을 유효한 것으로 보아 그 후속절차를 진행할 수 있다.

나. 이 사건에 관하여 보건대, 고등군사법원이 앞서 본 바와 같이 재심심판절차에 관하여는 피고인이 이미 군에서 제적되어 재판권이 없다고 보면서도 그 사전절차인 재심개시절차에 관하여는 재판권이 있다고 보고 재심개시결정을 한 것은 위법하다고 할 것이나, 사건을 이송받은 원심이 위 재심개시결정을 토대로 재심심판절차로 나아가 판단

한 것은 위에서 본 법리에 따른 것으로 위법하다고 할 수 없다.

### 3. 상고이유에 관한 판단

가. 이 사건 재심대상판결이 재심청구의 대상이 될 수 있는지에 관하여 본다.

(1) 유죄판결 확정 후에 형 선고의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있었다고 하더라도, 형 선고의 법률적 효과만 장래를 향하여 소멸될 뿐이고 확정된 유죄판결에서 이루어진 사실인정과 그에 따른 유죄 판단까지 없어지는 것은 아니므로, 위 유죄판결은 형 선고의 효력만 상실된 채로 여전히 존재하는 것으로 보아야 하고, 한편 형사소송법 제420조 각 호의 재심사유가 있는 피고인으로서 재심을 통하여 특별사면에도 불구하고 여전히 남아 있는 불이익, 즉 유죄의 선고는 물론 형 선고가 있었다는 기왕의 경력 자체 등을 제거할 필요가 있다.

그리고 형사소송법 제420조가 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있는 것은 유죄의 확정판결에 중대한 사실인정의 오류가 있는 경우 이를 바로잡아 무고하고 죄 없는 피고인의 인권침해를 구제하기 위한 것인데, 만일 특별사면으로 형 선고의 효력이 상실된 유죄판결이 재심청구의 대상이 될 수 없다고 한다면, 이는 특별사면이 있었다는 사정만으로 재심청구권을 박탈하여 명예를 회복하고 형사보상을 받을 기회 등을 원천적으로 봉쇄하는 것과 다를 바 없어서 재심제도의 취지에 반하게 된다.

따라서 특별사면으로 형 선고의 효력이 상실된 유죄의 확정판결도 형사소송법 제420조의 '유죄의 확정판결'에 해당하여 재심청구의 대상이 될 수 있다고 해석함이 타당하다.

이와 달리 유죄의 확정판결 후 형 선고의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있었다면

이미 재심청구의 대상이 존재하지 않아 그러한 판결을 대상으로 하는 재심청구는 부적법하다고 판시한 대법원 1997. 7. 22. 선고 96도2153 판결과 대법원 2010. 2. 26.자 2010모24 결정 등은 이 판결과 배치되는 범위에서 이를 변경한다.

한편 면소판결 사유인 형사소송법 제326조 제2호의 '사면이 있는 때'에서 말하는 '사면'이란 일반사면을 의미할 뿐(대법원 2000. 2. 11. 선고 99도2983 판결 참조), 형을 선고받아 확정된 자를 상대로 이루어지는 특별사면은 여기에 해당하지 않으므로, 재심대상판결 확정 후에 형 선고의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있었다고 하더라도, 재심개시결정이 확정되어 재심심판절차를 진행하는 법원은 그 심급에 따라 다시 심판하여 실체에 관한 유·무죄 등의 판단을 해야지, 위 특별사면이 있음을 들어 면소판결을 하여서는 아니 된다.

(2) 이 사건에 관하여 보건대, 원심이 특별사면으로 형 선고의 효력이 상실된 이 사건 재심대상판결도 재심청구의 대상이 된다고 보고 이 사건 공소사실에 대하여 실체 심리로 나아가 판단한 것은 위 법리에 따른 것으로 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 특별사면과 재심청구의 대상 등에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

나. 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 자백의 보강법칙에 관한 법리 오해가 있는지에 관하여 본다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 검사가 제출한 증거 중 일부는 위법수집증거로 증거능력이 없고 이 사건 공소사실은 나머지 증거만으로 인정하기 부족하거나 자백 외에 보강증거가 없다는 등 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인에 대하여 무죄를 선고한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 자백의 보강법칙에 관한 법리를 오해하는 등

의 잘못이 없다.

#### 4. 결론

그러므로 상고를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 재판권 없는 군사법원의 재심개시결정을 전제로 재심심판절차를 진행할 수 있다는 점에 대한 대법관 김창석의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

#### 5. 대법관 김창석의 반대의견은 다음과 같다.

가. 군사법원법 제2조 제3항은 "군사법원은 공소가 제기된 사건에 대하여 군사법원이 재판권을 가지지 아니하게 되었거나 재판권을 가지지 아니하였음이 밝혀진 경우에는 결정으로 사건을 재판권이 있는 같은 심급의 법원으로 이송하되, 고등군사법원에 계속된 사건 중 단독판사가 심판할 사건에 대한 항소사건은 지방법원 항소부로 이송한다. 이 경우 이송 전에 한 소송행위는 이송 후에도 그 효력에 영향이 없다."고 규정하고 있다.

다수의견은, 고등군사법원이 이 사건 재심에 관하여 재판권이 없음에도 재심개시결정을 한 것은 위법하다고 하면서도, 고등군사법원이 재심개시결정을 한 다음 사건을 재판권 있는 원심법원으로 이송한 이상, 위 군사법원법 제2조 제3항 후문에 의하여 재심개시결정의 효력은 유지되므로, 원심법원이 이를 전제로 재심심판절차를 진행한 것은 문제가 없다고 보았다.

나. 그러나 이 사건 사안은 군사법원법 제2조 제3항 후문이 적용되는 경우라고 볼 수 없다. 왜냐하면 이 사건 사안에 관하여 군사법원법 제2조 제3항 후문이 적용되기 위하여서는 이 사건 사안이 군사법원법 제2조 제3항 전문에 해당하여야 하나 그렇게 볼 수는 없기 때문이다.

우선 군사법원법 제2조 제3항은 통상적인 공소가 제기된 경우에 관한 규정이어서 재심청구가 된 경우에도 재심청구를 공소제기와 마찬가지로 보아 유추 적용할 수 있는지에 대하여는 강한 의문이 남는다. 설사 그렇게 볼 수 있다 하더라도 다음과 같은 이유에서 군사법원법 제2조 제3항이 적용될 수 없음은 마찬가지이다.

"공소가 제기된 사건에 대하여 군사법원이 재판권을 가지지 아니하게 된 경우"란 공소 제기 당시에는 군사법원에 재판권이 있었으나 그 이후에 재판권이 없게 된 경우를 의미한다. 그런데 이 사건은 피고인이 고등군사법원에 재심을 청구할 당시부터 이미 군사법원에 재판권이 없었던 경우로서, 재심청구 이후 '군사법원이 재판권을 가지지 아니하게 된 경우'가 아님이 분명하다.

또한 "공소가 제기된 사건에 대하여 군사법원이 재판권을 가지지 아니하였음이 밝혀진 경우"란 공소 제기 당시에는 군사법원에 재판권이 있는 것으로 여겨졌으나 그 이후에 소송절차를 진행하면서 재판권이 없는 것으로 비로소 밝혀진 경우를 의미한다. 그런데 고등군사법원은 군사법원에 재판권이 없다는 점은 알면서도 재심사유의 존부만을 판단하는 재심개시절차는 진행할 수 있다는 자의적인 판단 아래 재심개시결정을 한 것이므로, 소송절차를 진행하면서 '재판권을 가지지 아니하였음이 밝혀진 경우'에 해당한다고 볼 수도 없다.

다. 이처럼 이 사건 사안에 대하여 문언상 군사법원법 제2조 제3항이 적용될 수 없는 이상 확장해석을 통하여 군사법원법 제2조 제3항이 적용될 수 있느냐 하는 점만이 남게 된다.

그런데 문언의 통상적인 의미를 넘어서는 확장해석은 허용될 수 없다 할 것인데, 재심청구 당시부터 이 사건 재심청구에 관하여 헌법 제27조 제2항 및 군사법원법 제2조,

제3조의 규정상 군사법원에 재판권이 없음이 분명하였음에도 재심개시결정을 강행한 이 사건 사안을 재심청구 이후 군사법원이 재판권을 가지지 아니하게 된 경우에 해당하거나 재심청구 이후에 소송절차를 진행하면서 재판권이 없는 것으로 비로소 밝혀진 경우에 해당한다고 해석하는 것은 명백히 문언의 통상적인 의미를 넘어서는 것이다.

라. 나아가 이 같은 확장해석은 궁극적으로 헌법 제27조 제2항에 직접적으로 위반된다는 점에서도 허용될 수 없다 할 것이다.

헌법 제27조 제2항은 "군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다."고 규정함으로써 군사법원의 재판을 받지 아니할 권리를 헌법상의 권리로 규정하고 있다. 이처럼 헌법이 직접 군사법원의 예외적 재판권에 관하여 구체적으로 규정한 것은 일반법원과 군사법원 사이의 재판권 배분이 단순히 합목적성의 문제에 속하는 것이 아니라는 점을 분명히 한 것이라고 할 수 있다.

이 같이 헌법 제27조 제2항이 일반 국민이 군사법원의 재판을 받지 아니할 권리를 기본권으로 보장하고 있는 이상, 불가피한 상황을 전제로 그 예외를 인정하고 있는 군사법원법 제2조 제3항의 규정은 엄격히 해석되어야 하고, 이를 확장해석하거나 유추해석함으로써 그 권리의 본질적인 내용이 침해되어서는 아니 된다(헌법 제37조 제2항 참조).

그럼에도 다수의견은 소송경제의 관점에 집착한 나머지 헌법 제27조 제2항이 보장한 군사법원의 재판을 받지 아니할 권리의 의미를 가볍게 평가하여 이 사건 사안에 군사법원법 제2조 제3항이 적용된다고 확장해석을 함으로써 그 권리의 본질적인 내용이 침

해되는 해석에 이르게 되었다.

마. 아울러 설사 이 사건 사안에 군사법원법 제2조 제3항 후문이 적용될 수 있다고 보더라도, 재심개시결정은 위 후문의 '소송행위'에 해당한다고 할 수는 없다.

일반적으로 '소송행위'에는 법원의 재판도 포함되는 것이나, 이미 살펴본 것처럼 일반 국민이 군사법원의 재판을 받지 아니할 권리가 헌법상 권리로서 보장되고 있으므로 군사법원의 '재판'은 원칙적으로 위 '소송행위'에 포함되지 않는다고 해석하여야 한다.

다만 고등군사법원에서 항소심이 계속되던 중 피고인이 전역을 하는 등의 이유로 군사법원이 재판권을 가지지 아니하게 되어 일반법원의 항소심으로 사건을 이송하게 되는 경우와 같이 군사법원법 제2조 제3항에서 예정하고 있는 불가피한 경우에 한하여, 위 '소송행위'에 그 전 심급인 군사법원 제1심의 재판도 포함된다고 볼 수 있을 뿐이다.

그런데 고등군사법원이 한 이 사건 재심개시결정은 고등군사법원이 일반법원인 고등법원에 갈음하여 그 스스로 한 재판으로서, 위와 같이 유효한 소송행위로 인정될 수 있는 그 전 심급의 재판에 해당하지 아니함이 분명하다.

또한 재심개시 여부에 대한 결정은 형사소송법 제420조(군사법원에서 한 재판의 경우 군사법원법 제469조) 각 호에서 정한 재심이유가 존재하는지 여부를 판단하는 것으로서 그 자체로 종국적인 재판이며, 재심청구인에게 미치는 영향이 절대적이다. 결코 재심개시결정 후에 이루어지는 재심판결보다 중요성이 적은 '재판'이라거나 군사법원법 제2조 제3항에 의하여 이송 후에도 효력이 유지되는 단순한 '소송행위'라고 평가할 수는 없다. 뿐만 아니라 재심이유의 존부에 관한 판단은 형식적인 심리만을 통해 쉽게 이루어질 수 있는 성질의 것도 아니며(이 사건과 같이 '군사법원법 제469조 제7호의

확정판결'을 갈음하는 증명의 존부가 다투어지는 경우에는 더욱 그러하다), 재심개시결정을 한 경우에는 그 자체로서 실질적으로 그 이후의 재심재판에 상당한 영향을 미치게 된다.

결국 재심판결뿐만 아니라 재심개시결정을 포함한 '재심에 대한 결정' 역시 재심청구의 운명에 근본적인 영향을 미치는 '재판'이라고 이해할 수밖에 없다. 그럼에도 다수의 견처럼 재심개시결정이 군사법원의 '재판'에 포함되지 않는다는 해석을 한다면, 따라서 재심개시결정의 '재판'이 군사법원법 제2조 제3항 후문의 '소송행위'에 포함된다고 보게 되면, 이는 처음부터 군사법원이 재판권 없이도 재심개시결정의 '재판'은 할 수 있다고 인정하는 것과 아무런 차이가 없게 되고, 결과적으로 헌법 제27조 제2항이 규정한 군사법원의 재판을 받지 아니할 권리의 '본질적인 내용'이 침해될 수밖에 없음에도 이를 용인하는 것이라고 할 수밖에 없다.

바. 그리고 위와 같이 재판권 없는 군사법원에 의한 재심개시결정이 군사법원법 제2조 제3항의 적용대상이 될 수 없거나 유효하게 될 수 있는 '소송행위'에 포함되지 아니하는 이상, 설사 재심개시결정이 피고인에게 유리한 재판이거나 그 결론이 타당하다고 하더라도 이를 그대로 유지하여서는 아니 되고 일반법원에서 처음부터 다시 절차를 진행하여야 한다. 재판권 존부의 문제는 피고인의 유·불리에 따라 좌우될 수 있는 성질의 사항이 아니기 때문이다.

그러므로 이 사건에 관하여 재판권 없는 고등군사법원이 한 재심개시결정의 재판은 무효라 할 것이고, 그럼에도 그 재심개시결정의 재판이 유효하다는 전제 아래 재심심판절차로 나아가 판단한 원심의 조치는 판결에 영향을 미친 헌법의 위반이 있는 때에 해당한다고 할 수밖에 없다.

따라서 다수의견의 결론과 달리 원심판결은 파기되어 원심법원에 환송되어야 하며, 원심법원은 재심개시 여부에 대한 결정을 위한 절차부터 다시 진행하여야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견과 함께 할 수 없음을 밝혀둔다.

재판장      대법원장      양승태      \_\_\_\_\_

                  대법관      민일영      \_\_\_\_\_

                  대법관      이인복      \_\_\_\_\_

                  대법관      이상훈      \_\_\_\_\_

                  대법관      김용덕      \_\_\_\_\_

                  대법관      박보영      \_\_\_\_\_

                  대법관      고영한      \_\_\_\_\_

                  대법관      김창석      \_\_\_\_\_

대법관      김   신   \_\_\_\_\_

대법관      김소영   \_\_\_\_\_

대법관      조희대   \_\_\_\_\_

주   심   대법관      권순일   \_\_\_\_\_