

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건	2012도2938 수뢰
피 고 인	망 피고인
재심청구인	피고인의 자
상 고 인	재심청구인
변 호 인	법무법인(유한) 대륙아주 외 1인
원 심 판 결	서울고등법원 2012. 2. 10. 선고 2011재노52 판결
판 결 선 고	2015. 10. 29.

주 문

원심판결 중 이유 면소 부분을 포함한 유죄 부분과 제1심판결 중 수뢰, 수뢰로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반 부분을 파기한다.

피고인에 대하여 형을 선고하지 아니한다.

이 유

1. 이 사건 재심 경위와 이 법원의 심판 범위

가. 육군본부보통군법회의는 1973. 4. 28. 피고인에 대한 73보군형 제94호 업무상

횡령 등 사건에서 공소사실을 모두 유죄로 인정하고 징역 15년 및 벌금 2,000만 원의 형을 선고하였다(이하 '제1심판결'이라 한다).

나. 피고인과 검찰관은 제1심판결에 대하여 육군고등군법회의 73년 고군형항 제 306호로 항소를 제기하였고, 육군고등군법회의는 1973. 7. 30. 제1심판결을 파기하고 공소사실 중 일부 업무상 횡령, 기부금품모집금지법 위반, 변호사법 위반(알선수뢰, 알선수뢰에 의한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반에 대하여 항소심에서 택일적으로 추가된 공소사실임), 수뢰, 수뢰로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반, 경제의 안정과 성장에 관한 긴급명령 위반의 점을 유죄로 인정하여 징역 15년과 벌금 1,000만 원의 형을 선고하고, 나머지 공소사실에 대하여는 무죄를 선고하였다.

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

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

마. 피고인이 2010. 7. 24. 사망한 후 피고인의 아들은 2010. 8. 23. 재심대상판결에 대하여 고등군사법원에 재심을 청구하였고, 고등군사법원은 2010. 12. 24. 재심대상판결 중 피고인에 대한 유죄부분에 대하여 재심개시결정을 한 후 2011. 3. 29. 사건을 이 사건 원심인 서울고등법원으로 이송하였다.

바. 원심은 제1심판결 중 재심대상판결에서 유죄로 선고한 부분을 파기한 후, 50만 원의 수뢰로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반의 점에 대해서는 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(1980. 12. 18. 법률 제3280호로 개정되기 전의 것, 이

하 '구 특가법'이라 한다) 제2조 제1항 제2호가 제1심판결 후에 가중처벌 기준이 되는 수뢰액의 하한이 상향되는 내용으로 개정되어 '범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지된 때'에 해당하므로 형사소송법 제326조 제4호에 따라 면소를 선고하여야 하나, 동일한 공소사실의 범위 내에 있는 판시 뇌물수수죄를 유죄로 인정하므로 따로 주문에서 면소를 선고하지 아니하고, 위 50만 원 수뢰의 점과 나머지 30만 원의 수뢰의 점을 포괄하여 뇌물수수죄로 인정하여 징역 3년의 형을 선고하고, 나머지 공소사실에 대해서는 무죄를 선고하였다.

사. 위 원심판결에 대하여 검사는 상고하지 아니하고 재심 청구인만이 유죄 부분에 한하여 상고하였으므로, 원심판결 중 무죄 부분은 분리·확정되어 이 법원의 심판 범위는 이유 면소 부분을 포함한 유죄 부분(이하 '이 사건 범죄사실'이라 한다)에 한정된다.

2. 상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 각 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)에 대한 판단

가. 상고이유 제1점에 대하여

원심판결 이유와 기록에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 이유로 제1심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 판결하면서, 이 사건 범죄사실인 "피고인은 ○○○○사령관으로 재직하던 당시 ○○○○사령부로부터 공사를 도급받아 공사실적이 있던 공소외 1 주식회사 대표인 공소외 2로부터, ① 1972년경 피고인 전용 응접실에서 공사도급을 달라는 뜻에서 제공하는 뇌물인 자기앞수표 5만 원권 6장 합계 30만 원을, ② 1972. 12.경 같은 장소에서 같은 취지로 제공하는 뇌물인 현금 5,000원권 100장 합계 50만 원을 각 그 직무에 관하여 수수하였다."는 사실을 그대로 인정한 다음, 이는 포괄하여 뇌물수수

죄가 성립한다고 판단한 사실을 알 수 있다(다만 원심은 50만 원 수뢰로 인한 구 특가법 위반의 점에 대해서는 앞서 본 이유로 판결이유에서 면소를 선고하였다).

따라서 이와 달리, 원심이 '공사도급을 달라'는 공소외 2의 청탁 사실을 전혀 판단하지 아니한 채 단순히 '피고인은 직무와 관련하여 금품을 수수하였다'라는 공소사실과 전혀 다른 범죄사실을 인정하였음을 전제로 하여, 그와 같은 원심의 판단에는 불고불리의 원칙이나 공소장 변경 없이 심판할 수 있는 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 상고이유의 주장은 그 전제가 잘못된 것으로 받아들일 수 없다.

나. 상고이유 제2점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 범죄사실을 유죄로 인정하면서 그 증거로 공소외 2의 자필진술서, 검찰관 작성의 공소외 2에 대한 진술조서 및 육군고등군법회의 73고군형항 제306호 사건의 판결문(재심대상사건 기록은 폐기되고 판결문만 남아 있기 때문에 원심은 공소외 2의 재심 전 항소심에서의 진술이 기재되어 있는 공판조서를 증거로 거시하지 않고 그 진술 취지가 기재되어 있는 위 판결문을 증거로 거시한 것으로 보인다)을 들고 있는데, 우선 공소외 2의 자필진술서와 검찰관 작성의 진술조서는 보안사 수사관들의 고문, 협박, 회유 등으로 인하여 임의성 없는 심리상태에서 작성되거나 그러한 임의성 없는 심리상태가 계속되었을 것으로 보이는 검찰 수사단계에서 작성된 것으로 보여 증거능력이 없다고 할 것임에도 이를 유죄의 증거로 삼은 원심의 조치는 잘못이라 할 것이다.

그러나 원심판결 이유와 기록에 의하면, 비공개로 진행된 이 사건 제1심과 달리 재심 전 항소심인 육군고등군법회의의 공판절차는 공개로 진행되어 공소사실에 관한 공방이 치열하게 이루어졌다는 점에서 원심이 유죄의 증거로 들고 있는 위 판결문에 기

재된 공소외 2의 재심 전 항소심에서의 진술은 그 증거능력과 신빙성이 인정될 뿐만 아니라, 위 증거만으로도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분하므로, 위와 같은 원심의 잘못은 판결 결과에 영향이 없고, 따라서 이 부분 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

다. 상고이유 제3점에 대하여

뇌물죄에서 직무라 함은 공무원이 법령상 관장하는 직무 그 자체뿐만 아니라 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 처리하는 직무행위 및 결정권자에게 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함한다. 또한 공무원이 얻는 이익이 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익으로서 뇌물에 해당하는지 여부는 당해 공무원의 직무내용, 직무와 이익제공자의 관계, 쌍방 간에 특수한 사적인 친분관계가 존재하는지 여부, 이익의 다과, 이익을 수수한 경위와 시기 등 여러 사정을 참작하여 결정하여야 한다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도17797 판결 참조). 그리고 공무원이 그 직무의 대상이 되는 사람으로부터 금품 기타 이익을 받은 때에는 사회상규에 비추어 볼 때에 의례상의 대가에 불과한 것이라고 여겨지거나, 개인적인 친분관계가 있어서 교분상의 필요에 의한 것이라고 명백하게 인정할 수 있는 경우 등과 같은 특별한 사정이 없는 한 직무와의 관련성이 없다고 할 수 없다(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001도3579 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 당시 피고인과 공소외 2의 관계, 당시 화폐가치를 감안한 피고인이 수수한 돈의 규모 및 돈의 수령 장소와 방법, 피고인의 지위 및 공소외 2가 재심 전 항소심에 증인으로 출석하여 "자신은 부대 공사를 한 관계로 피고인을 알게 되었을 뿐이고, 피고인에게 돈을 준 것은 1970년부터 1971년 말까지 약 2년간 ○○○사령부 공사를 했었으나 1972년부터는 자기에게 공사를 주지 아니하고 △△기

업사 대표 공소외 3에게 공사를 주었기 때문에 자기도 피고인에게 돈을 주고 공사를 해 보려고 한 것이다."라는 취지의 진술을 한 것으로 보이는 점 등을 종합하여 볼 때, 피고인이 수수한 돈과 직무와의 관련성은 충분히 인정되고, 단순히 사교적인 의례의 범위에 속하는 것으로는 볼 수 없다고 판단하여, 피고인의 주장을 배척하였다.

위에서 든 법리와 원심이 적법하게 증거로 채택한 앞서 본 판결문에 기재된 공소외 2의 재심 전 항소심에서의 진술에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당할 뿐만 아니라, 피고인에게는 위 돈을 뇌물로서 영득할 의사가 있었음이 충분히 인정되므로, 원심판결에 상고이유 주장과 같이 뇌물수수죄에서의 직무관련성, 영득의 의사 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

3. 직권판단

가. 특별사면으로 형 선고의 효력이 상실된 유죄의 확정판결도 형사소송법 제420조의 '유죄의 확정판결'에 해당하여 재심청구의 대상이 되고, 한편 면소판결 사유인 형사소송법 제326조 제2호의 '사면'이란 일반사면을 의미할 뿐 형을 선고받아 확정된 자를 상대로 이루어지는 특별사면은 이에 해당하지 아니한다. 따라서 특별사면으로 형 선고의 효력이 상실된 유죄의 확정판결을 대상으로 재심이 청구되어 재심개시결정이 확정된 경우에, 재심심판절차를 진행하는 법원으로서 특별사면이 있음을 들어 면소판결을 할 것이 아니고 그 심급에 따라 다시 심판하여 실체에 관한 유·무죄 등의 판단을 하여야 한다(대법원 2015. 5. 21. 선고 2011도1932 전원합의체 판결 참조).

그리고 형사소송법은 유죄의 확정판결과 항소 또는 상고의 기각판결에 대하여 각 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 재심을 청구할 수 있다고 규정함으로써 피고인에게 이익이 되는 이른바 이익재심만을 허용하고 있으며(제420조, 제421조 제1항), 그러한

이익재심의 원칙을 반영하여 제439조에서 "재심에는 원판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다."고 규정하고 있는데, 이는 실체적 정의를 실현하기 위하여 재심을 허용하지만 피고인의 법적 안정성을 해치지 않는 범위 내에서 재심이 이루어져야 한다는 취지로서, 단순히 재심절차에서 전의 판결보다 무거운 형을 선고할 수 없다는 원칙만을 의미하고 있는 것이 아니라, 피고인이 원판결 이후에 형 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면을 받아 형사처벌의 위협에서 벗어나 있는 경우라면, 재심절차에서 형을 다시 선고함으로써 위와 같이 특별사면에 따라 발생한 피고인의 법적 지위를 상실하게 하여서는 안 된다는 의미도 포함되어 있는 것으로 보아야 한다.

따라서 특별사면으로 형 선고의 효력이 상실된 유죄의 확정판결에 대하여 재심개시 결정이 이루어져 재심심판법원이 그 심급에 따라 다시 심판한 결과 무죄로 인정되는 경우라면 무죄를 선고하여야 하겠지만, 그와 달리 유죄로 인정되는 경우에는, 피고인에 대하여 다시 형을 선고하거나 피고인의 항소를 기각하여 제1심판결을 유지시키는 것은 이미 형 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면을 받은 피고인의 법적 지위를 해치는 결과가 되어 앞서 본 이익재심과 불이익변경금지의 원칙에 반하게 되므로, 재심심판법원으로서 '피고인에 대하여 형을 선고하지 아니한다'는 주문을 선고할 수밖에 없다.

나. 기록에 의하면, 피고인이 재심대상판결 확정 후인 1980. 2. 29. 형 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면을 받은 사실을 알 수 있으므로, 재심심판법원인 원심으로서는 다시 심판하여 이 사건 범죄사실이 유죄로 인정된다면 앞서 든 법리에 따라 피고인에 대하여 다시 형을 선고할 것이 아니라 형을 선고하지 아니한다는 주문을 선고하여야 한다.

그럼에도 원심은 이 사건 범죄사실이 유죄로 인정된다고 하여 피고인에게 다시 징역

3년의 형을 선고하였으므로, 결국 원심판결에는 형사소송법 제420조의 이익재심과 제 439조의 불이익변경금지 원칙 및 형 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면을 받은 피 고인의 법적 지위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

다. 따라서 원심판결 중 유죄 부분(이유 면소 부분 포함)을 파기하되, 이 사건은 소송기록과 원심에 이르기까지 조사된 증거들에 의하여 이 법원이 재판하기에 충분하 다고 인정되므로, 형사소송법 제396조에 의하여 직접 판결을 하기로 한다.

(1) 항소이유에 대한 판단

피고인의 항소이유의 요지는, 공소외 2가 피고인에게 지급한 돈은 명절에 즈음하여 피고인의 부하들을 위해 써달라고 준 것으로서 피고인의 직무와는 아무런 관계가 없는 의례적인 범위에 속하는 것이므로, 수뢰죄의 성립을 인정한 제1심판결에는 사실오인 등의 위법이 있다는 것이다. 그러나 앞서 제2의 나항에서 본 바와 같이 직무관련성을 인정할 수 있으므로 이 부분 항소이유 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 직권 판단

(가) 제1심은, 이 사건 범죄사실 중 "피고인이 1972. 12.경 현금 50만 원의 뇌 물을 수수하였다."는 범죄사실에 대하여, 수뢰액이 50만 원 이상 500만 원 미만인 때 에 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정하고 있던 구 특가법 제2조 제1항 제2호를 적용하였다.

그런데 구 특가법 제2조 제1항 제2호는 제1심판결 선고 후인 1980. 12. 18. 법률 제 3280호로 개정되면서 그 시행 전의 행위에 대한 벌칙 적용에 관하여 아무런 경과규정 을 두지 아니한 채 가중처벌의 기준이 되는 수뢰액의 하한을 50만 원에서 200만 원으 로 상향하였고, 그 후에도 수차례 개정을 거쳐 가중처벌되는 수뢰액의 하한을 3,000만

원까지 상향 조정하였으므로, 위 50만 원의 수뢰 부분에 대하여는 더 이상 구 특가법 제2조 제1항 제2호로는 처단할 수 없고 형법상의 뇌물수수죄(제129조 제1항)로만 처벌할 수밖에 없게 되어 그 법정형이 '5년 이상의 유기징역'에서 '5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지'로 변경되었으므로, 이 부분 범죄사실에 관하여는 형사소송법 제361조의5 제2호의 '판결 후 형의 변경이 있는 때'에 해당하는 사유가 있다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도6836 판결, 대법원 2006. 5. 25. 선고 2005도8424 판결 참조).

따라서 이 부분에 관한 제1심의 판단은 더 이상 유지될 수 없는데, 제1심판결에서 이 부분과 제1심이 유죄로 인정한 30만 원의 수뢰 부분이 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 것으로 보아 하나의 형이 선고되었으므로, 결국 제1심판결 중 수뢰, 수뢰로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반 부분은 전부 파기될 수밖에 없다.

(나) 또한, 기록상 피고인은 재심대상판결 확정 후인 1980. 2. 29. 형 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면을 받은 사실이 분명하므로, 앞서 든 법리에 따라 이 사건 범죄사실이 유죄로 인정된다고 하더라도 피고인에 대하여는 형을 선고할 수 없어, 이 점에서도 제1심판결 중 수뢰, 수뢰로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

라. 위와 같이 제1심판결 중 수뢰, 수뢰로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반 부분은 직권파기사유가 있으므로, 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 위 부분을 파기하고 다시 다음과 같이 판결한다.

【범죄사실】

피고인은 ○○○○사령관으로 재직하던 당시 ○○○○사령부로부터 공사를 도급받아

공사실적이 있던 공소외 1 회사 대표인 공소외 2로부터, ① 1972년경 피고인 전용 응 접실에서 공사도급을 달라는 뜻에서 제공하는 뇌물인 자기앞수표 5만 원권 6장 합계 30만 원, ② 1972. 12.경 같은 장소에서 같은 취지로 제공하는 뇌물인 현금 5,000원권 100장 합계 50만 원을 각 그 직무에 관하여 수수하였다.

【증거의 요지】

1. 육군고등군법회의 73고군형항 제306호 사건의 판결문

【법령의 적용】

1. 범죄사실에 대한 해당 법조

포괄하여 형법 제129조 제1항

1. 피고인에 대하여 형을 선고하지 아니하는 이유

피고인은 앞서 본 바와 같이 이 사건 재심대상판결 확정 후에 형 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면을 받았으므로, 이 사건 범죄사실이 유죄로 인정된다고 하여 피고인에 대하여 다시 형을 선고하게 되면 이는 이익재심과 불이익변경금지의 원칙에 반하게 되므로, 피고인에 대하여 따로 형을 선고하지 아니하기로 한다.

4. 결론

그러므로 원심판결 중 이유 면소 부분을 포함한 유죄 부분과 제1심판결 중 수뢰, 수뢰로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반 부분을 파기하고 위와 같이 재판하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이상훈 _____

대법관 김창석 _____

주 심 대법관 조희대 _____

대법관 박상옥 _____