

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2020도11949 군사기밀보호법위반
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
변 호 인 변호사 김정훈
원 심 판 결 고등군사법원 2020. 8. 20. 선고 2019노388 판결
판 결 선 고 2024. 12. 12.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소장변경에 관한 주장에 대하여

가. 군사법원법 제355조의 공소장변경제도는 당사자주의적 견지에서 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내라 할지라도 공소장변경 절차에 의하여 심판의 대상을 명확히 한정하지 아니하면 심판대상이 되지 아니하는 것으로 함으로써 피고인이 예상하지 아

니한 처벌을 받는 불이익을 방지하려는 것으로 형벌권의 적정한 실현과 소송경제를 도모하는 한편 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하는 데에 그 제도적 가치가 있다(대법원 1996. 10. 11. 선고 96도1698 판결, 헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2010헌바128 결정 등 참조). 한편, 동적·발전적인 성격의 형사소송절차에서 처음 공소제기된 사실 관계가 소송 진행에 따라 다르게 나타나는 등의 사정이 있을 수 있으므로 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 특정 공소사실을 철회하였다가 다시 추가하는 등과 같은 공소장변경도 불가능한 것은 아니다. 그러나 헌법 제13조 제1항 후문 '거듭처벌금지의 원칙'의 정신에 비추어 소송절차에서 불안정한 지위에 놓이게 될 수 있는 피고인의 인권과 법적 안정성 보장의 관점에서 그러한 공소장변경이 얼마든지 허용된다고 볼 수는 없다.

따라서 공소장변경이 소송절차에서 피고인의 지위를 과도하게 불안정하게 하고, 피고인의 방어권을 본질적으로 침해하는 것과 같은 특별한 사정이 있는 경우 그러한 공소장변경은 원칙적으로 허용될 수 없다. 이때 그러한 특별한 사정이 있는지 여부는 검사의 공소장변경허가신청의 실질적 의도와 시기, 특히 검사가 공소장변경허가신청 기회가 충분히 있는데도 불구하고 장기간 권한행사를 하지 않다가 피고인의 방어가 성공한 단계 이후에 전격적으로 공소장변경허가신청을 한 것인지 여부, 공소장변경허가신청의 횟수, 경과 및 공소사실의 철회·추가·변경 등 유형, 특히 검사의 신청이 특정 공소사실에 대하여 현실적 심판대상에서 제외하였다가 다시 이를 반복하는 취지인지 여부, 기존 공소사실과 변경하려는 공소사실에 대한 방어 내용의 차이, 공소장변경허가신청을 전후로 이루어진 피고인의 방어권 행사 내용과 과정 등 심리의 경과에 비추어 공소장변경으로 인해 그 이전에 해 온 피고인의 방어활동이 무위로 돌아가는지 여부

및 변경하려는 공소사실에 대한 피고인의 실질적이고도 충분한 방어가 가능한지 여부 등 제반 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 다만, 위와 같은 특별한 사정이 있더라도 공소장변경 없이는 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 결과를 초래하는 경우에는 예외적으로 그러한 공소장변경도 허용될 여지가 있으나, 그러한 예외가 인정되는지 여부도 피고인의 법적 안정성 보장과 공소장변경제도의 가치 등을 고려하여 매우 엄격하고 신중하게 판단해야 한다.

나. 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 군검사는 2019. 7. 9. 피고인에 대하여 '피고인이 업무상 군사기밀을 취급하였던 자로서, 그 업무상 알게 되었거나 점유한 이 사건 군사기밀을 타인에게 누설하였다.'는 내용의 「군사기밀 보호법」 제13조 제1항 위반죄(법정형 3년 이상의 유기징역)의 공소사실(이하 '제1 공소사실'이라 한다)로 공소를 제기하였다.

2) 변호인은 2019. 10. 15. 제1심 법원 제1회 공판기일에 이 사건 군사기밀은 피고인이 업무상 알게 된 기밀이 아니라는 취지의 의견을 진술하였다. 이에 군검사는 변호인의 의견에 동의한다고 진술하면서 제1 공소사실을 '피고인이 적법한 절차에 의하지 아니한 방법으로 군사기밀을 탐지하거나 수집하고, 이를 타인에게 누설하였다.'는 「군사기밀 보호법」 제11조 위반죄(법정형 10년 이하의 징역), 제12조 제1항 위반죄(법정형 1년 이상의 유기징역)의 공소사실(이하 '제2 공소사실'이라 한다)로 교환적으로 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 제1심 법원은 위 신청에 대한 허가 결정을 한 후 증거조사를 마쳤다. 피고인은 2019. 11. 5. 제1심 법원 제2회 공판기일에 변경된 제2 공소사실을 자백하였고, 제1심 법원은 변론을 종결한 후 2019. 11. 19. 피고인에 대한 제2

공소사실에 관하여 징역 1년의 선고를 유예하는 판결을 하였다. 군검사는 제1심 판결에 대하여 형이 너무 가볍다는 이유로 항소하였다.

3) 군검사는 2020. 6. 18. 원심 법원 제1회 공판기일에 다시 제1 공소사실(제1심 법원에서 교환적 변경으로 철회된 부분)을 주위적 공소사실로 추가하고 제2 공소사실(제1심 법원에서 유죄로 인정된 부분)을 예비적 공소사실로 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 이에 변호인이 '공소권의 남용이므로 위 신청을 기각하여 달라.'고 진술하였으나 원심 법원은 위 신청에 대한 허가 결정(이하 '이 사건 공소장변경'이라 한다)을 하였다. 원심 법원은 2020. 7. 16. 제2회 공판기일에 '피고인이 이 사건 군사기밀 누설 당시 제3자에게 이 사건 군사기밀을 이미 인계한 상태였다.'는 취지로 변호인이 제출한 피고인 등의 문서등록대장목록에 대한 증거조사를 한 후 변론을 종결하였고, 2020. 8. 20. 주위적 공소사실로 추가된 제1 공소사실을 유죄로 인정하여 피고인에게 징역 1년 6월에 집행유예 3년의 판결을 선고하였다.

다. 위와 같은 사실관계와 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 공소장변경은 소송절차에서 피고인의 지위를 어느 정도 불안정하게 한 측면은 있으나, 피고인의 방어권을 본질적으로 침해하였다고 보기는 어려우므로 공소장변경이 허용될 수 없는 특별한 사정이 있는 경우라고 보기 어렵다.

1) 군검사는 제1심에서 적극적으로 피고인의 변소 내용을 받아들여 제1 공소사실을 철회하였고, 그와 동시에 교환적 변경으로 제2 공소사실을 추가하였는데, 이에 대하여 징역 1년의 선고가 유예되자 형이 너무 가볍다는 이유로 항소한 이후 항소심인 원심 제1회 공판기일에 제1심에서 철회하였던 제1 공소사실을 다시 주위적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였다. 군검사의 이러한 공소장변경허가신청은 결

국 법정형이 3년 이상의 유기징역으로 형이 상당히 무거운 공소사실을 현실적 심판대상에서 제외하였다가 항소심에서 다시 이를 반복하는 취지로서 피고인으로 하여금 제1심보다 무거운 형으로 처벌되도록, 특히 신분적 불이익이 덜한 선고유예를 받을 수 없도록 하는데 그 신청 의도가 있는 것으로 볼 여지가 상당하다. 피고인으로서 제1심 방어활동의 성과로서 철회된 제1 공소사실에 대해서 더 이상 심판받지 않을 것이라는 신뢰가 원심에서의 이 사건 공소장변경에 따라 제1 공소사실이 추가됨으로써 일거에 깨뜨려졌다. 이러한 점 등에 비추어 볼 때 원심에서의 이러한 공소장변경은 소송절차에서 피고인의 지위를 상당히 불안정하게 만들었다고 볼 여지가 있다.

2) 그러나 제1심에서 제1 공소사실을 제2 공소사실로 교환적 변경한 후 원심에서 다시 제1 공소사실을 주위적 공소사실로 추가하였다고 하더라도, 기본적 사실관계가 동일한 제1, 2 공소사실의 기초를 이루는 주된 사실관계는 제1심에서부터 원심에 이르기까지 심리대상에 계속 포함되어 있었다. 나아가 원심에서의 이 사건 공소장변경 이후 피고인이 제1 공소사실에 관하여 방어하기 위해 제출한 모든 증거가 채택되었고, 방어권 행사의 기회도 보장되었던 것으로 보인다. 피고인이 제1 공소사실에 관하여 항소심 단계에서야 이루어진 공소장변경으로 인해 방어 내용, 시간, 비용, 노력 등에서 현격히 차이나는 어려움을 겪었다거나, 제1심에서 제1 공소사실이 계속 유지되었더라면 제출할 수 있었던 유력한 증거가 항소심에서 전격적으로 이루어진 공소장변경 시점에서는 이미 상당한 기간의 경과로 산일되어 제출이 불가능해진 것 등과 같은 시기적 측면에서의 방어 곤란을 겪었다는 등의 사정을 찾기 어렵다. 결국 이 사건 공소장변경으로 인하여 피고인의 방어권이 본질적으로 침해되었다고 보기는 어렵다.

라. 따라서 군검사의 이 사건 공소장변경허가신청을 허가한 후 제1 공소사실을 유죄

로 인정한 원심의 조치와 판단에 상고이유 주장과 같이 공소장변경에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 잘못이 없다.

2. 「군사기밀 보호법」 제13조 제1항에 관한 법리오해 주장에 대하여

원심은 판시와 같은 이유로 제1 공소사실을 유죄로 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 「군사기밀 보호법」 제13조 제1항 위반죄의 성립 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 결론

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

재판장 대법관 권영준 _____

주 심 대법관 김상환 _____

 대법관 오경미 _____

 대법관 박영재 _____