

병역법위반

[서울동부지방법원 2008. 1. 31. 2007노880]



【전문】

【피 고 인】 피고인 1외 2인

【항 소 인】 피고인들 및 검사

【검 사】 박혜경

【변 호 인】 법무법인 바른 담당 변호사 김치중외 2인

【원심판결】 서울동부지방법원 2007. 8. 30. 선고 2007고단1142 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인 1을 징역 1년 및 벌금 3,000,000원에, 피고인 2를 징역 6월에, 피고인 3 주식회사를 벌금 5,000,000원에 각 처한다.

피고인 1이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 위 피고인을 노역장에 유치한다.

원심판결 선고 전의 구금일수 47일을 피고인 1에 대한 위 징역형에 산입한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 2년간 피고인 1에 대한 위 징역형의, 피고인 2에 대한 위 형의 집행을 각 유예한다.

피고인 1에 대하여 위 벌금 상당액의 가납을 명한다.

피고인 1, 피고인 3 주식회사에 대한 공소의 7 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반의 점은 무죄.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유

(1) 피고인 1, 피고인 2의 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반의 점에 관하여

(가) 법리오해의 점

- 1) 병역법 제86조의 '사위행위'는 병역의무자 본인의 행위로서 동 행위에 의하여 기망당한 병무행정 담당자가 그 행위에 따른 처분을 할 경우 병역의무자 기타 제3자의 또 다른 행위가 더하여지지 않더라도 사위행위를 한 병역의무자에게 법률상 또는 사실상 병역의무의 이행을 하도록 하는 것이 불가능하게 되는 행위인바, 피고인 1이 병무청에 제출한 산업기능요원 편입신청서 및 서약서는 종래 관례에 따라 작성하여 제출한 것으로서 허위의 편입신청서 및 서약서가 아니므로, 그러한 편입신청서, 서약서 제출 행위가 '사위행위'에 해당한다고 볼 수 없고, 또한 편입신청을 받은 이후 피고인 2가 지정업무에 근무하지 않았다는 것은 '사위행위'의 결과로 볼 수 있을지언정 사위행위 자체로 평가할 수 없다.

그리고 허위의 편입신청서, 서약서를 작성·제출한 행위와 피고인 2가 산업기능요원으로 복무하지 않은 행위를 합쳐 전체로서 하나의 사위행위라고 볼 수도 없으므로, 어느 모로 보나 원심판시 제1항에 열거한 행위는 병역법 제86조 소정의 '사위행위'에 해당하지 않는다.

2) 피고인 2는 공익근무요원 입영 대상자로서 공익근무요원보다 병역의무 이행에 있어 경하다고 볼 수 없는 산업기능요원으로 편입한 것이므로 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적이 있었다고 할 수 없다.

3) 병역법상의 '사위행위'는 그 주체가 병역의무자 본인을 예상하여 규정한 것으로 진정신분범에 해당하는 것이어서 병역의무자 아닌 사람은 방조범이 될 수 있을 지언정 정범은 될 수 없는바, 원심은 병역의무자 본인 아닌 피고인 1을 공동정범으로 처벌한 잘못을 범하였다.

(나) 사실오인의 점

피고인 2는, 피고인 1과 무관하게 대표이사인 공소외 1에게 부탁하여 편입한 것으로, 피고인 2, 피고인 1 사이에는 이 사건 '사위행위'에 관한 공동가공의 의사가 존재하지 않았으며, 피고인 2는 편입된 이후 해당분야에 성실히 종사하였으므로 병역기피 목적의 사위행위를 하려는 의사가 없었다.

(2) 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 관하여

(가) 법리오해의 점

병역법상 산업기능요원을 지정업무에 종사하게 하거나, 신상이동사항을 통보할 의무를 부담하는 '고용주'는 근로기준법의 적용을 받는 공·사기업체나 공·사단체의 장을 의미하는바, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 대표이사가 아니어서 '고용주'라 할 수 없다.

(나) 사실오인의 점

피고인 3 주식회사는 공소외 5와 공소외 1이 운영하였고, 피고인 1은 위 피고인 3 주식회사의 운영에 관여하지 않았을 뿐만 아니라, 대표이사인 공소외 1과 산업기능요원으로 편입된 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7을 지정업무에 종사시키지 않거나 이들에 대한 신상이동사항 통보의무를 불이행할 것을 공모하지도 않았고, 더구나 위 편입된 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7은 지정업무에 성실히 종사하였으므로, 피고인 1에 대한 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 죄책은 성립할 수 없다(피고인 1은 원심판시 제2의 가항 공소외 6에 대한 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반 부분은 공소시효가 완성된 것으로서 면소가 선고되어야 한다고 주장하나, 위 부분은 공소가 제기되지도 않았고, 원심도 위 행위를 유죄로 인정하지 않았는바, 이와 다른 전제에 선 피고인 1의 주장은 받아들일 수 없다).

나. 검사의 항소이유

(1) 공소외 7의 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반 부분

공소외 1, 공소외 2, 공소외 5의 수사기관에서의 각 진술을 종합하면, 피고인 1이 사전에 공소외 7의 부정편입을 알고 공소외 1 등과 공모하여 범행을 저질렀음을 능히 인정할 수 있음에도, 이를 인정하지 않은 원심판결은 사실을 오인한 위법을 범하였다.

(2) 피고인 2와 관련된 병역법위반 부분

병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄와 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반죄, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄는 구성요건상 범행 주체, 행위 태양, 보호법익이 서로 다르므로 1죄의 관계에 있다고 볼 수 없음에도, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄 등이 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄에 모두 흡수되어 별죄를 구성하지 않는다고 판단한 원심판결은 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(3) 양형부당

원심의 각 형량(피고인 1 : 징역 1년, 집행유예 2년 및 벌금 3,000,000원, 피고인 2 : 징역 6월, 집행유예 2년, 피고인 3 주식회사 : 벌금 5,000,000원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반의 점에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

피고인 1, 피고인 2는 공모하여, 미국 시민권자인 피고인 2가 2004. 1.경 1년 이상 국내 체재를 이유로 병무청으로부터 국외여행허가가 취소됨과 동시에 출국금지조치를 받은 다음 신체검사를 통하여 2004. 1.경 4급 공익근무 소집대상자로 판정을 받게 되자 부친인 피고인 1의 도움을 받아 위 피고인 1이 운영하는 피고인 3 주식회사(이하 피고인 3 주식회사라고 한다)에 위장 편입하는 방법으로 병역의무를 면탈하기로 마음먹고, 2004. 6. 20.경 서울 강남구 도곡동 피고인 3 주식회사 사무실에서, 사실은 피고인 2는 위 회사의 사실상 대표이사인 피고인 1의 아들이로서 위 회사 편입이 불가능하였을 뿐만 아니라 위 회사에 취업되더라도 출근을 하지 않는 등 정상적으로 지정업무에 종사할 의사가 없음에도, 피고인 1은 위 회사의 형식상 대표이사인 공소외 1로 하여금 피고인 2 명의의 산업기능요원편입신청서 공통 기재사항 중 지정업체(재직)사항의 근무부서 란에 "기술부", 담당업무 란에 "프로그램개발"이라고 기재하여 마치 피고인 2가 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 개발업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사할 것처럼 허위 내용의 편입신청서와 서약서를 작성한 다음 같은 해 7. 2.경 그 편입신청서 및 서약서를 서울지방병무청에 제출하게 하고, 피고인 2는 같은 해 7. 9.경 편입승인을 받고도 위 회사에 정상적으로 출근하지도 않고 프로그램개발 업무에 종사하지도 않는 등 산업기능요원으로 근무하지 않고, 피고인 1은 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할 지방병무청장에게 통보하지 않음으로써 병역의무를 기피할 목적으로 사위 행위를 하였다는 것이고, 원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

(2) 당원의 판단

(가) 피고인 1, 피고인 2의 법리오해 주장에 대한 판단

1) 병역법 제86조는 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적으로 도망하거나 행방을 감춘 때 또는 신체손상이나 사위행위를 한 사람을 처벌하는 규정인바, 병역법상 산업기능요원제도는 군 소요인원의 충원에 지장이 없는 범위 안에서 획일적인 징집으로 인하여 생기는 불합리를 제거하고 병역자원을 효율적으로 활용하여 국가경쟁력을 제고하기 위한 것으로서, 특정 산업에 필요한 유능한 인력을 투입하여 전체적인 국가산업의 육성·발전에 기여하는데 그 목적이 있고, 산업기능요원은 병역의무의 대체복무형태로서, 병역법 제39조 제4항은 산업기능요원에 대하여 의무종사기간

중 성실히 종사하겠다는 서약서를 제출하도록 하고 있고, 편입 당시 지정업체의 해당분야에만 종사하여야 하며 다른 업무를 겸직하거나 장소적으로 이동하는 것을 금지하고 있는 점 등에 비추어 보면, 병역특례 지정업체에 산업기능요원으로 편입된 자가 병역법에서 요구하는 편입자격을 갖추고 있다고 하더라도, 편입 당시 지정업체의 해당분야에 정상적으로 근무할 능력이나 의사가 없음에도 불구하고 해당 지정업체에 편입하여 마치 정상적으로 근무할 것처럼 편입신청서, 서약서를 작성·제출하는 행위는 허위의 편입신청서, 서약서를 통하여 병무청으로부터 편입승인처분을 받아 결과적으로 사실상 병역의무를 면탈하는 것이라 아니할 수 없으므로, 위와 같은 행위는 위 규정에서 말하는 '사위행위'에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 지정업체의 해당분야에 정상적으로 근무할 능력이나 의사가 없음에도 마치 그러한 것처럼 허위의 편입신청서를 작성·제출하는 행위만으로는 '사위행위'에 해당할 수 없다거나(이러한 편입신청서가 관례에 따라 작성된 것으로서 허위가 아니라는 주장도 포함한다), 산업기능요원로서의 편입에 병역의무의 기피나 감면 목적을 인정할 수 없다는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유는 받아들일 수 없다.

2) 또한 병역법 제86조의 '사위행위'로 인한 병역법위반죄는 '병역의무자'라는 신분을 구성요건으로 하는 신분범이라 할 것이나, 형법 제33조에 의하여 병역의무자가 아닌 자라도 그러한 신분있는 자의 범행에 관하여 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합이 이루어진 경우에는 공동정범으로서 위 병역법위반죄로 처벌할 수 있다고 할 것이다.

이에 반하는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유도 받아들일 수 없다.

3) 그러나 이 부분 공소사실 중 피고인 2가 편입승인을 받은 이후 부분 즉, 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 피고인 2는 회사에 정상적으로 출근하지도 않고 프로그램개발 업무에 종사하지도 않는 등 산업기능요원으로 근무하지 않고, 피고인 1은 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할 지방병무청장에게 통보하지 않음으로써 사위행위를 하였다는 부분에 대하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 병역특례 지정업체에 편입되더라도 정상적으로 근무할 의사 없이 허위 내용의 편입신청서를 작성·제출하는 행위는 병무청으로부터 편입승인처분을 받게 됨으로써 결과적으로 사실상 병역의무를 면탈하게 되는 것이므로 편입승인처분을 받은 이후인 이 부분 공소사실 적시 행위들은 위와 같이 허위 내용의 편입신청서를 제출하여 편입승인을 받게 된 이후의 행위들로서, 이미 피고인 2가 편입승인을 받아 병역의무를 면탈하게 되어 범행이 종료된 이상 사위행위의 구성요소로 포함된다고 볼 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당하는바, 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실을 사위행위에 포함되는 것으로 보아 함께 유죄로 판단한 잘못이 있고, 이를 지적하는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유는 이유 있다.

(나) 피고인 1, 피고인 2의 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 사실상의 고용주로서 공소외 1, 공소외 5로부터 위 회사의 주요 업무를 보고받고, 이를 결정하여 오다가 공소외 1에게 자신의 아들 피고인 2를 산업기능요원으로 편입시키라고 지시한 사실, 이에 따라 공소외 1은 원심판시와 같이 근무부서를 "기술부", 그 담당업무를 "프로그램개발"로 지정한 편입신청서 및 피고인 2가 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 업무를

를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사할 것이라는 취지의 서약서를 작성한 다음 이를 서울지방병무청에 제출하여 편입승인을 받은 사실, 그러나 피고인 2는 일본 와세다대학교 법학과를 졸업하여 아무런 프로그램개발능력이 없었을 뿐만 아니라 피고인 3 주식회사는 프로그램을 개발하는 업무 분야가 없었던 사실, 피고인 2는 위와 같이 산업기능요원으로 편입된 이후 출근을 제대로 하지 않았고, 출근한 날도 바로 퇴근하기 일췌였으며, 사실상 피고인 3 주식회사 내에서 아무런 통제를 받지 않았던 사실, 피고인 1은 이러한 피고인 2의 행위를 묵인하다가 2004. 12. 3.경부터는 피고인 2를 자신이 설립한 공소외 학교법인 이사장으로 선임하여 활동하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 나타난 피고인 2의 산업기능요원 편입 경위, 편입 당시의 피고인 3 주식회사의 운영 상황, 피고인 2의 편입이후의 근무태도 및 근무상황, 피고인 1과 피고인 2의 신분관계 등을 종합해 보면 피고인 1, 피고인 2는 공모하여 사실은 피고인 2가 병역특례 지정업체에 산업기능요원으로 편입되더라도 해당 지정업체에서 정상적으로 근무할 의사가 없음에도 불구하고 정상적으로 근무할 것처럼 허위 내용의 편입신청서 및 서약서를 작성·제출한 후 편입승인을 받았음을 넉넉히 인정할 수 있고, 이에 반하는 피고인 1, 피고인 2의 사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

나. 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반, 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 대한 판단

(1) 직권판단

피고인들 및 검사의 항소이유에 관하여 살펴 보기에 앞서 직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 이 부분 공소사실의 모두사실을 " 피고인 1은"에서 " 피고인 1은 2004. 2. 19.부터 피고인 3 주식회사의 형식상 대표이사를 맡았던 공소외 1과 공모하여"로 변경하고, 적용법조에 " 형법 제30조"를 추가하는 내용의 공소장 변경 신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 피고인들 및 검사의 항소이유 주장은 여전히 당원의 판단 대상이 되고 있으므로, 이에 대하여 판단하기로 한다.

(2) 피고인들의 주장에 관한 판단

(가) 피고인들의 법리오해 주장에 대한 판단

병역법 제84조 제2항, 제92조 제1항은 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄와 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄의 범행 주체를 '고용주'라고 규정하고 있고, 병역법 제2조 제1항 제5호는, '고용주'를 '병역의무자를 고용하는 근로기준법의 적용을 받는 공·사기업체나 공·사단체의 장을 말한다'고 규정하고 있는바, 병역특례요원 관리업무의 적정성을 보호법익으로 하는 위 각 처벌규정의 입법 취지 및 공기업체, 공단체의 경우와 달리 사기업체, 사단체의 경우 대표이사 등으로 등재되어 있지는 않지만 사기업체, 사단체를 실제 경영하는 자가 다수 있는 실정이고, 이러한 자에 의하여 이루어지는 산업기능요원의 신상이동통보불이행 등을 실효성 있게 규제할 필요성이 있는 점 등을 고려하면, 형식상으로는 대표이사직에 있지 않더라도 실질적으로는 사주로서 회사를 사실상 경영하여 온 자는 병역법 소정의 '고용주'에 해당한다고 봄이 상당하다(설령 병역법상의 '고용주'를 일반적으로 사기업체를 대외적으로 대표할 수 있는 대표이사만을 의미하는 것으로 본다 하더라도 앞서 본 바와 같이 당심에서 피고인 1이 피고인 3 주식회사의 대표이사인 공소외 1과 공모하여 종사의무나 신상이동통보의무를 불이행 한 것으로 공소장이 변경되었고, 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1과 위 공소외 1의 공모관계가 인정되므로, 피고인 1에게 위 각 처벌조항으로 인한

병역법위반죄의 죄책을 물을 수 있다는 결론에 있어서는 동일하다)

(나) 피고인들의 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 1992. 7.경 바코드 판독기 개발·판매 업체인 피고인 3 주식회사를 자신의 자금으로 지급하고 인수한 후 위 회사를 실질적으로 경영하면서, 2000. 8. 10.부터 2004. 2. 19.에는 자신을 대표이사로, 그 이후로는 공소외 1을 대표이사로 각 등재해 놓은 사실, 피고인 1은 2000.경부터 위 회사의 바코드의 신규 판매 실적이 없고, 기존에 판매된 바코드 판독기의 유지·보수 업무만으로 회사가 운영되자 2001.경 자신이 설립한 다른 회사인 주식회사 공소외 8 주식회사(대표이사는 피고인 1의 직원으로서 피고인 3 주식회사의 형식상 대표이사를 역임한바 있는 공소외 5이다)의 사무실로 피고인 3 주식회사의 사무실을 옮겨 두 회사를 함께 운영한 사실, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 업무를 담당하는 유일한 직원인 공소외 1 혼자서도 피고인 3 주식회사를 운영하는데 아무런 지장이 없을 정도로 사실상 피고인 3 주식회사의 활동이 축소되자 위 공소외 8 주식회사의 직원인 공소외 2로 하여금 피고인 3 주식회사의 회계업무를 담당하게 하였고, 자신은 1주일에 두 번 정도 공소외 8 주식회사의 사무실에 나와 공소외 5, 공소외 1로부터 피고인 3 주식회사의 주요 업무에 대한 보고를 받고, 이를 결정하는 정도의 업무만을 처리한 사실, 그런데 피고인 3 주식회사는 위와 같이 새로운 사업 추진이나 자금의 집행 없이 공소외 1에 의해 단독으로 운영되고 있었기 때문에, 피고인 1이 공소외 5나 공소외 1로부터 보고받고 결정하는 주요 업무는 새로운 산업기능요원의 편입 여부 정도였고, 다른 업무는 사실상 전무했던 사실(다만, 공소외 7에 대한 편입과 관련해서는 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1이 먼저 이를 보고받고 허가결정을 하였다고 인정할 만한 증거가 부족하다), 피고인 3 주식회사의 전·현직 대표이사인 피고인 1이나 공소외 1은 피고인 1의 친구인 공소외 3의 아들 공소외 4, 위 공소외 5의 아들 공소외 6, 공소외 7의 담당업무를 "프로그램개발"로 지정하여 피고인 3 주식회사로 편입신청을 하거나 전직을 신청하였는데, 공소외 4는 연세대학교 화학공학과, 공소외 6은 연세대학교 이학계열, 공소외 7은 경원대학교 자동차과에 재학중인 대학생들로서 아무런 프로그램개발능력이 없었고, 이들이 편입할 당시 피고인 3 주식회사는 공소외 1 개인에 의하여 기존에 판매한 판독기의 유지·보수업무만을 수입원으로 하여 운영되고 있었을 뿐 프로그램을 개발하는 업무 자체가 존재하지 않았던 사실, 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7은 위와 같이 산업기능요원으로 편입되거나 전직된 이후 출근을 제대로 하지 않았고, 출근한 날도 바로 퇴근해 버리거나 자신의 공부를 하는 등 피고인 3 주식회사의 업무를 수행하지 아니한 사실, 피고인 1은 편입되거나 전입된 산업기능요원들이 제대로 근무하지 않고 있는 것을 알면서도 이를 방치하였고, 위와 같이 자신의 아들이나 친구의 아들 및 직원의 아들들이 산업기능요원으로 편입된 피고인 3 주식회사의 적자가 몇 년째 누적되고 있는 상황에서 공소외 8 주식회사의 직원 공소외 2나 자신의 아들 박무철을 피고인 3 주식회사의 정식 직원으로 허위 등록하여 병역특례업체지위를 유지시킨 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 피고인 1이 공소외 1과 공모하여 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7에 대한 지정분야 종사의무나 신상이동통보의무를 불이행하였음을 넉넉히 인정할 수 있고, 이에 반하는 피고인들의 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 검사의 주장에 관한 판단

(가) 공소외 7 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반의 점에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 공소외 1과 공모하여, 2005. 5. 초순경 피고인 3 주식회사 사무실에서, 사실은 공소외 5의 아들로써 산업기능요원 대상자인 공소외 7(보충역 대상자)이 회사에 취업한 후 뚜렷한 보직 없이 영어 공부를 하는 등 소일하였을 뿐만 아니라 위 회사 내부에 소프트웨어 내지는 프로그램 개발부도 전혀 설치되어 있지 않았음에도 불구하고, 위 공소외 7 명의의 산업기능요원편입신청서 공통기재사항 중 지정업체(재직)사항의 근무부서 란에 "기술부", 담당업무 란에 "프로그램개발"이라고 기재해 주어 마치 위 공소외 7이 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 개발업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사시킬 것처럼 허위 내용을 확인하여 준 다음 같은 해 5. 16.경 그 편입신청서를 서울지방병무청에 제출하고 같은 달 18.경 편입승인을 받아, 고용주가 편입에 관련하고 부정한 행위를 하였다는 것이고, 피고인 3 주식회사는, 위 일시 장소에서 피고인의 고용주인 피고인 1이 위와 같은 위반 행위를 하였다는 것이다.

2) 원심의 판단

원심은, 피고인 1이 이 부분에 관하여 사후에 알게 되었을 뿐 처음부터 편입행위에 관여한 적은 없다고 일관되게 부인하고 있고, 공소외 1이나 공소외 5도 검찰에서 공소외 7 편입 부분에 관하여는 피고인 1에게 사전에 보고하지 않았으면서 피고인 1의 주장에 부합하는 취지의 진술을 하고 있을 뿐이어서 검찰 제출의 증거만으로는 공소사실을 인정하기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 형사소송법 제325조 후단에 의해 무죄를 선고하였다.

3) 당원의 판단

피고인 1은 앞서 본 바와 같이 피고인 3 주식회사의 산업기능요원 편입을 보고받아 결정하여 왔는바, 공소외 7에 대한 편입관련 부정행위도 피고인 1이 결정하였거나 공모한 것은 아닌지 의심이 들기는 한다.

그러나 형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증이 형성될 수 없다면 피고인이 유죄라는 의심이 가더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것인바, 이 사건 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 공소외 1, 공소외 2, 공소외 5의 수사기관에서의 각 진술이 있으나, 공소외 2는 피고인 1이 공소외 1이나 공소외 5로부터 업무에 관한 보고를 받는데, 공소외 1 등이 어떤 내용의 보고를 하는지는 잘 모른다고 진술하고 있고, 실제 편입업무를 담당한 공소외 1이나 공소외 5는 다른 산업기능요원 편입에 대해서는 피고인 1에게 보고를 거쳐 허락을 받았거나 지시를 받았다는 취지로 진술하고 있으나 공소외 7 만큼은 피고인 1의 허락 없이 편입시켰다고 진술하며, 피고인 1이 공소외 7이 편입된 것을 뒤늦게 알게 된 후 아들 두 명을 모두 산업기능요원으로 편입시킨 공소외 5를 강하게 질책했다고 진술하고 있는바, 이러한 진술만으로는 피고인 1이 공소외 7의 산업기능요원 편입을 결정하였거나 공모하였다는 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 마땅한 증거가 없다.

그렇다면, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하는 바, 같은 취지로 판단한 원심은 정당하고, 거기에 항소이유로 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 피고인 2에 대한 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반, 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 공소외 1과 공모하여, 피고인 2 명의의 산업기능요원편입신청서에 허위 내용을 확인하여 준 다음 그 편입신청서를 제출하고 편입승인을 받아 고용주가 편입에 관련하여 부정한 행위를 하였고, 2004. 7. 9.경부터 복무 만료일인 2006. 9. 8.경까지 위 피고인 2로 하여금 회사에 출근하지 않거나 영어공부를 하게 하였을 뿐만 아니라 2004. 12. 3.경부터는 공소외 학교법인 이사장으로 활동하게 함으로써 위 피고인 2를 당해 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하고, 편입당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할지방병무청장에게 통보하지 아니하였다는 것이고, 피고인 3 주식회사는, 위 일시 장소에서 피고인의 고용주인 피고인 1이 위와 같은 위반 행위를 하였다는 것이다.

2) 원심의 판단

원심은, 병역법 제86조의 사위행위는 '도망, 잠적하는 행위나 신체를 손상하는 행위처럼 그 자체로서 병역의무의 이행을 면탈하거나 병역의무를 감면받을 신체적 상태를 야기하는 것은 아니지만, 병역의무를 감면받을 조건에 해당하지 않거나 그러한 신체적 상태가 아님에도 병무행정당국을 기망하여 병역의무를 감면받으려는 행위 일반으로서 병무행정의 적정성을 침해할 만한 직접적인 위험을 야기하는 일련의 행위'를 뜻한다고 보아야 하고, 따라서 이 사건에 있어 '병역특례지정업체의 고용주가 대상자와 공모하여 산업기능 요원으로 복무하지 아니할 대상자를 마치 산업기능요원으로 종사시킬 것처럼 허위 내용을 확인한 편입신청서를 병무행정당국에 제출하여 편입승인을 받고도 그 대상자를 당해 지정업체의 해당 분야에 종사시키지 아니하면서 대상자의 신상이동에 관하여 허위 통보를 하거나 신상이동통보를 하지 아니하여 대상자를 산업기능요원으로 복무시키지 아니함으로써 대상자의 병역의무를 면탈하는 일련의 행위 전체'가 사위행위에 해당하므로, 피고인 1을 피고인 2에 대한 병역법 제86조의 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄로 처벌하는 이 사건에 있어서는 위 피고인 2에 대한 산업기능요원 부정편입으로 인한 병역법위반의 죄, 지정업체해당분야미종사로 인한 병역법위반의 죄 및 신상이동통보불이행으로 병역법위반의 죄는 모두 위 사위행위로 인한 병역법위반의 죄에 흡수되어 위 사위행위로 인한 병역법위반죄의 1죄만이 성립할 뿐, 나머지 각 죄는 성립하지 않는다고 판단하여 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하였다.

3) 당원의 판단

우선 전문연구요원의 허위 편입으로 인한 병역기피 목적 사위행위는 편입승인을 받음으로써 종결되고 그 이후의 행위는 사위행위의 구성요소에 포함되지 않음은 앞서 본 바와 같다.

나아가 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄와 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄 및 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄에 대하여 보건대, 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 하는바(대법원 2001. 3. 27. 선고 2000도5318 판결 참조), 병역법상 병역기피 목적 사위행위와 종사의무위반행위, 신상이동통보불이행행위는 그 구성요건에서 예정하고 있는 주체가, 전

자는 병역의무자 본인, 후자는 병역특례 지정업체의 고용주로서 서로 상이하고, 구성요건의 내용상 전자가 후자를 포함한다고 할 수도 없으며, 그 보호법익 또한 전자의 경우 병역의무자의 의무이행의 적정성이고 후자의 경우 병역 특례요원 관리업무의 적정성으로서 서로 다르다 할 것이므로, 병역법상 병역기피 목적 사위행위에 병역법상 종사의 무위반행위 및 신상이동통보불이행행위가 흡수된다고 보기는 어렵고, 별개의 범죄로서 실체적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.

또한 이 사건에 있어 병역기피 목적 사위행위와 산업기능요원 부정편입행위는 외관상 1개의 행위이지만, 구성요건의 내용상 주체가 상이하고, 보호법익이 서로 다르다 할 것이므로, 별개의 범죄로서 상상적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

3. 결론

피고인 1, 피고인 2 및 검사의 일부 법리오해 주장은 이유 있고, 원심판결에는 직권파기 사유가 있으므로 검사의 양형부당 주장에 관하여 나아가 살펴 볼 필요 없이 형사소송법 제364조 제2, 6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유

(1) 피고인 1, 피고인 2의 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반의 점에 관하여

(가) 법리오해의 점

1) 병역법 제86조의 '사위행위'는 병역의무자 본인의 행위로서 동 행위에 의하여 기망당한 병무행정 담당자가 그 행위에 따른 처분을 할 경우 병역의무자 기타 제3자의 또 다른 행위가 더하여지지 않더라도 사위행위를 한 병역의무자에게 법률상 또는 사실상 병역의무의 이행을 하도록 하는 것이 불가능하게 되는 행위인바, 피고인 1이 병무청에 제출한 산업기능요원 편입신청서 및 서약서는 종래 관례에 따라 작성하여 제출한 것으로서 허위의 편입신청서 및 서약서가 아니므로, 그러한 편입신청서, 서약서 제출 행위가 '사위행위'에 해당한다고 볼 수 없고, 또한 편입신청을 받은 이후 피고인 2가 지정업무에 근무하지 않았다는 것은 '사위행위'의 결과로 볼 수 있을지언정 사위행위 자체로 평가할 수 없다.

그리고 허위의 편입신청서, 서약서를 작성·제출한 행위와 피고인 2가 산업기능요원으로 복무하지 않은 행위를 합쳐 전체로서 하나의 사위행위라고 볼 수도 없으므로, 어느 모로 보나 원심판시 제1항에 열거한 행위는 병역법 제86조 소정의 '사위행위'에 해당하지 않는다.

2) 피고인 2는 공익근무요원 입영 대상자로서 공익근무요원보다 병역의무 이행에 있어 경하다고 볼 수 없는 산업기능요원으로 편입한 것이므로 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적이 있었다고 할 수 없다.

3) 병역법상의 '사위행위'는 그 주체가 병역의무자 본인을 예상하여 규정한 것으로 진정신분범에 해당하는 것이어서 병역의무자 아닌 사람은 방조범이 될 수 있을 지언정 정범은 될 수 없는바, 원심은 병역의무자 본인 아닌 피고인 1을 공동정범으로 처벌한 잘못을 범하였다.

(나) 사실오인의 점

피고인 2는, 피고인 1과 무관하게 대표이사인 공소외 1에게 부탁하여 편입한 것으로, 피고인 2, 피고인 1 사이에는 이 사건 '사위행위'에 관한 공동가공의 의사가 존재하지 않았으며, 피고인 2는 편입된 이후 해당분야에 성실히 종사하였으므로 병역기피 목적의 사위행위를 하려는 의사가 없었다.

(2) 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 관하여

(가) 법리오해의 점

병역법상 산업기능요원을 지정업무에 종사하게 하거나, 신상이동사항을 통보할 의무를 부담하는 '고용주'는 근로기준법의 적용을 받는 공·사기업체나 공·사단체의 장을 의미하는바, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 대표이사가 아니어서 '고용주'라 할 수 없다.

(나) 사실오인의 점

피고인 3 주식회사는 공소외 5와 공소외 1이 운영하였고, 피고인 1은 위 피고인 3 주식회사의 운영에 관여하지 않았을 뿐만 아니라, 대표이사인 공소외 1과 산업기능요원으로 편입된 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7을 지정업무에 종사시키지 않거나 이들에 대한 신상이동사항 통보의무를 불이행할 것을 공모하지도 않았고, 더구나 위 편입된 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7은 지정업무에 성실히 종사하였으므로, 피고인 1에 대한 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 죄책은 성립할 수 없다(피고인 1은 원심판시 제2의 가항 공소외 6에 대한 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반 부분은 공소시효가 완성된 것으로서 면소가 선고되어야 한다고 주장하나, 위 부분은 공소가 제기되지도 않았고, 원심도 위 행위를 유죄로 인정하지 않았는바, 이와 다른 전제에 선 피고인 1의 주장은 받아들일 수 없다).

나. 검사의 항소이유

(1) 공소외 7의 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반 부분

공소외 1, 공소외 2, 공소외 5의 수사기관에서의 각 진술을 종합하면, 피고인 1이 사전에 공소외 7의 부정편입을 알고 공소외 1 등과 공모하여 범행을 저질렀음을 능히 인정할 수 있음에도, 이를 인정하지 않은 원심판결은 사실을 오인한 위법을 범하였다.

(2) 피고인 2와 관련된 병역법위반 부분

병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄와 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반죄, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄는 구성요건상 범행 주체, 행위 태양, 보호법익이 서로 다르므로 1죄의 관계에 있다고 볼 수 없음에도, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄 등이 병역기피 목적 사위행위로

인한 병역법위반죄에 모두 흡수되어 별죄를 구성하지 않는다고 판단한 원심판결은 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(3) 양형부당

원심의 각 형량(피고인 1 : 징역 1년, 집행유예 2년 및 벌금 3,000,000원, 피고인 2 : 징역 6월, 집행유예 2년, 피고인 3 주식회사 : 벌금 5,000,000원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반의 점에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

피고인 1, 피고인 2는 공모하여, 미국 시민권자인 피고인 2가 2004. 1.경 1년 이상 국내 체재를 이유로 병무청으로부터 국외여행허가가 취소됨과 동시에 출국금지조치를 받은 다음 신체검사를 통하여 2004. 1.경 4급 공익근무 소집대상자로 판정을 받게 되자 부친인 피고인 1의 도움을 받아 위 피고인 1이 운영하는 피고인 3 주식회사(이하 피고인 3 주식회사라고 한다)에 위장 편입하는 방법으로 병역의무를 면탈하기로 마음먹고, 2004. 6. 20.경 서울 강남구 도곡동 피고인 3 주식회사 사무실에서, 사실은 피고인 2는 위 회사의 사실상 대표이사인 피고인 1의 아들이자 위 회사 편입이 불가능하였을 뿐만 아니라 위 회사에 취업되더라도 출근을 하지 않는 등 정상적으로 지정업무에 종사할 의사가 없음에도, 피고인 1은 위 회사의 형식상 대표이사인 공소외 1로 하여금 피고인 2 명의의 산업기능요원편입신청서 공통기재사항 중 지정업체(재직)사항의 근무부서 란에 "기술부", 담당업무 란에 "프로그램개발"이라고 기재하여 마치 피고인 2가 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 개발업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사할 것처럼 허위 내용의 편입신청서와 서약서를 작성한 다음 같은 해 7. 2.경 그 편입신청서 및 서약서를 서울지방병무청에 제출하게 하고, 피고인 2는 같은 해 7. 9.경 편입승인을 받고도 위 회사에 정상적으로 출근하지도 않고 프로그램개발 업무에 종사하지도 않는 등 산업기능요원으로 근무하지 않고, 피고인 1은 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할 지방병무청장에게 통보하지 않음으로써 병역의무를 기피할 목적으로 사위 행위를 하였다는 것이고, 원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

(2) 당원의 판단

(가) 피고인 1, 피고인 2의 법리오해 주장에 대한 판단

1) 병역법 제86조는 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적으로 도망하거나 행방을 감춘 때 또는 신체손상이나 사위행위를 한 사람을 처벌하는 규정인바, 병역법상 산업기능요원제도는 군 소요인원의 충원에 지장이 없는 범위 안에서 획일적인 징집으로 인하여 생기는 불합리를 제거하고 병역자원을 효율적으로 활용하여 국가경쟁력을 제고하기 위한 것으로서, 특정 산업에 필요한 유능한 인력을 투입하여 전체적인 국가산업의 육성·발전에 기여하는데 그 목적이 있고, 산업기능요원은 병역의무의 대체복무형태로서, 병역법 제39조 제4항은 산업기능요원에 대하여 의무종사기간 중 성실히 종사하겠다는 서약서를 제출하도록 하고 있고, 편입 당시 지정업체의 해당분야에만 종사하여야 하며 다른 업무를 겸직하거나 장소적으로 이동하는 것을 금지하고 있는 점 등에 비추어 보면, 병역특례 지정업체에 산업기능요원으로 편입된 자가 병역법에서 요구하는 편입자격을 갖추고 있다고 하더라도, 편입 당시 지정업체의 해당분야

에 정상적으로 근무할 능력이나 의사가 없음에도 불구하고 해당 지정업체에 편입하여 마치 정상적으로 근무할 것처럼 편입신청서, 서약서를 작성·제출하는 행위는 허위의 편입신청서, 서약서를 통하여 병무청으로부터 편입승인처분을 받아 결과적으로 사실상 병역의무를 면탈하는 것이라 아니할 수 없으므로, 위와 같은 행위는 위 규정에서 말하는 '사위행위'에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 지정업체의 해당분야에 정상적으로 근무할 능력이나 의사가 없음에도 마치 그러한 것처럼 허위의 편입신청서를 작성·제출하는 행위만으로는 '사위행위'에 해당할 수 없다거나(이러한 편입신청서가 관례에 따라 작성된 것으로서 허위가 아니라는 주장도 포함한다), 산업기능요원로서의 편입에 병역의무의 기피나 감면 목적을 인정할 수 없다는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유는 받아들일 수 없다.

2) 또한 병역법 제86조의 '사위행위'로 인한 병역법위반죄는 '병역의무자'라는 신분을 구성요건으로 하는 신분범이라 할 것이나, 형법 제33조에 의하여 병역의무자가 아닌 자라도 그러한 신분있는 자의 범행에 관하여 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합이 이루어진 경우에는 공동정범으로서 위 병역법위반죄로 처벌할 수 있다고 할 것이다.

이에 반하는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유도 받아들일 수 없다.

3) 그러나 이 부분 공소사실 중 피고인 2가 편입승인을 받은 이후 부분 즉, 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 피고인 2는 회사에 정상적으로 출근하지도 않고 프로그램개발 업무에 종사하지도 않는 등 산업기능요원으로 근무하지 않고, 피고인 1은 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할 지방병무청장에게 통보하지 않음으로써 사위행위를 하였다는 부분에 대하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 병역특례 지정업체에 편입되더라도 정상적으로 근무할 의사 없이 허위 내용의 편입신청서를 작성·제출하는 행위는 병무청으로부터 편입승인처분을 받게 됨으로써 결과적으로 사실상 병역의무를 면탈하게 되는 것이므로 편입승인처분을 받은 이후인 이 부분 공소사실 적시 행위들은 위와 같이 허위 내용의 편입신청서를 제출하여 편입승인을 받게 된 이후의 행위들로서, 이미 피고인 2가 편입승인을 받아 병역의무를 면탈하게 되어 범행이 종료된 이상 사위행위의 구성요소로 포함된다고 볼 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당하는바, 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실을 사위행위에 포함되는 것으로 보아 함께 유죄로 판단한 잘못이 있고, 이를 지적하는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유는 이유 있다.

(나) 피고인 1, 피고인 2의 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 사실상의 고용주로서 공소외 1, 공소외 5로부터 위 회사의 주요 업무를 보고받고, 이를 결정하여 오다가 공소외 1에게 자신의 아들 피고인 2를 산업기능요원으로 편입시키라고 지시한 사실, 이에 따라 공소외 1은 원심판시와 같이 근무부서를 "기술부", 그 담당업무를 "프로그램개발"로 지정한 편입신청서 및 피고인 2가 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사할 것이라는 취지의 서약서를 작성한 다음 이를 서울지방병무청에 제출하여 편입승인을 받은 사실, 그러나 피고인 2는 일본 와세다대학교 법학과를 졸업하여 아무런 프로그램개발능력이 없었을 뿐만 아니라 피고인 3 주식회사는 프로그램을 개발하는 업무 분야가 없었던 사실, 피고인 2는 위와 같이

산업기능요원으로 편입된 이후 출근을 제대로 하지 않았고, 출근한 날도 바로 퇴근하기 일쑤였으며, 사실상 피고인 3 주식회사 내에서 아무런 통제를 받지 않았던 사실, 피고인 1은 이러한 피고인 2의 행위를 묵인하다가 2004. 12. 3.경부터는 피고인 2를 자신이 설립한 공소외 학교법인 이사장으로 선임하여 활동하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 나타난 피고인 2의 산업기능요원 편입 경위, 편입 당시의 피고인 3 주식회사의 운영 상황, 피고인 2의 편입이후의 근무태도 및 근무상황, 피고인 1과 피고인 2의 신분관계 등을 종합해 보면 피고인 1, 피고인 2는 공모하여 사실은 피고인 2가 병역특례 지정업체에 산업기능요원으로 편입되더라도 해당 지정업체에서 정상적으로 근무할 의사가 없음에도 불구하고 정상적으로 근무할 것처럼 허위 내용의 편입신청서 및 서약서를 작성·제출한 후 편입승인을 받았음을 넉넉히 인정할 수 있고, 이에 반하는 피고인 1, 피고인 2의 사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

나. 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반, 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 대한 판단

(1) 직권판단

피고인들 및 검사의 항소이유에 관하여 살펴 보기에 앞서 직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 이 부분 공소사실의 모두사실을 " 피고인 1은"에서 " 피고인 1은 2004. 2. 19.부터 피고인 3 주식회사의 형식상 대표이사를 맡았던 공소외 1과 공모하여"로 변경하고, 적용법조에 " 형법 제30조"를 추가하는 내용의 공소장 변경 신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 피고인들 및 검사의 항소이유 주장은 여전히 당원의 판단 대상이 되고 있으므로, 이에 대하여 판단하기로 한다.

(2) 피고인들의 주장에 관한 판단

(가) 피고인들의 법리오해 주장에 대한 판단

병역법 제84조 제2항, 제92조 제1항은 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄와 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄의 범행 주체를 '고용주'라고 규정하고 있고, 병역법 제2조 제1항 제5호는, '고용주'를 '병역의무자를 고용하는 근로기준법의 적용을 받는 공·사기업체나 공·사단체의 장을 말한다'고 규정하고 있는바, 병역특례요원 관리업무의 적정성을 보호법익으로 하는 위 각 처벌규정의 입법 취지 및 공기업체, 공단체의 경우와 달리 사기업체, 사단체의 경우 대표이사 등으로 등재되어 있지는 않지만 사기업체, 사단체를 실제 경영하는 자가 다수 있는 실정이고, 이러한 자에 의하여 이루어지는 산업기능요원의 신상이동통보불이행 등을 실효성 있게 규제할 필요성이 있는 점 등을 고려하면, 형식상으로는 대표이사직에 있지 않더라도 실질적으로는 사주로서 회사를 사실상 경영하여 온 자는 병역법 소정의 '고용주'에 해당한다고 봄이 상당하다(설령 병역법상의 '고용주'를 일반적으로 사기업체를 대외적으로 대표할 수 있는 대표이사만을 의미하는 것으로 본다 하더라도 앞서 본 바와 같이 당심에서 피고인 1이 피고인 3 주식회사의 대표이사인 공소외 1과 공모하여 종사의무나 신상이동통보의무를 불이행 한 것으로 공소장이 변경되었고, 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1과 위 공소외 1의 공모관계가 인정되므로, 피고인 1에게 위 각 처벌조항으로 인한 병역법위반죄의 죄책을 물을 수 있다는 결론에 있어서는 동일하다)

(나) 피고인들의 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 1992. 7.경 바코드 판독기 개발·판매 업체인 피고인 3 주식회사를 자신의 자금으로 지급하고 인수한 후 위 회사를 실질적으로 경영하면서, 2000. 8. 10.부터 2004. 2. 19.에는 자신을 대표이사로, 그 이후로는 공소외 1을 대표이사로 각 등재해 놓은 사실, 피고인 1은 2000.경부터 위 회사의 바코드의 신규 판매 실적이 없고, 기존에 판매된 바코드 판독기의 유지·보수 업무만으로 회사가 운영되자 2001.경 자신이 설립한 다른 회사인 주식회사 공소외 8 주식회사(대표이사는 피고인 1의 직원으로서 피고인 3 주식회사의 형식상 대표이사를 역임한바 있는 공소외 5이다)의 사무실로 피고인 3 주식회사의 사무실을 옮겨 두 회사를 함께 운영한 사실, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 업무를 담당하는 유일한 직원인 공소외 1 혼자서도 피고인 3 주식회사를 운영하는데 아무런 지장이 없을 정도로 사실상 피고인 3 주식회사의 활동이 축소되자 위 공소외 8 주식회사의 직원인 공소외 2로 하여금 피고인 3 주식회사의 회계업무를 담당하게 하였고, 자신은 1주일에 두 번 정도 공소외 8 주식회사의 사무실에 나와 공소외 5, 공소외 1로부터 피고인 3 주식회사의 주요 업무에 대한 보고를 받고, 이를 결정하는 정도의 업무만을 처리한 사실, 그런데 피고인 3 주식회사는 위와 같이 새로운 사업 추진이나 자금의 집행 없이 공소외 1에 의해 단독으로 운영되고 있었기 때문에, 피고인 1이 공소외 5나 공소외 1로부터 보고받고 결정하는 주요 업무는 새로운 산업기능요원의 편입 여부 정도였고, 다른 업무는 사실상 전무했던 사실(다만, 공소외 7에 대한 편입과 관련해서는 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1이 먼저 이를 보고받고 허가결정을 하였다고 인정할 만한 증거가 부족하다), 피고인 3 주식회사의 전·현직 대표이사인 피고인 1이나 공소외 1은 피고인 1의 친구인 공소외 3의 아들 공소외 4, 위 공소외 5의 아들 공소외 6, 공소외 7의 담당업무를 "프로그램개발"로 지정하여 피고인 3 주식회사로 편입신청을 하거나 전직을 신청하였는데, 공소외 4는 연세대학교 화학공학과, 공소외 6은 연세대학교 이학계열, 공소외 7은 경원대학교 자동차과에 재학중인 대학생들로서 아무런 프로그램개발능력이 없었고, 이들이 편입할 당시 피고인 3 주식회사는 공소외 1 개인에 의하여 기존에 판매한 판독기의 유지·보수업무만을 수입원으로 하여 운영되고 있었을 뿐 프로그램을 개발하는 업무 자체가 존재하지 않았던 사실, 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7은 위와 같이 산업기능요원으로 편입되거나 전직된 이후 출근을 제대로 하지 않았고, 출근한 날도 바로 퇴근해 버리거나 자신의 공부를 하는 등 피고인 3 주식회사의 업무를 수행하지 아니한 사실, 피고인 1은 편입되거나 전입된 산업기능요원들이 제대로 근무하지 않고 있는 것을 알면서도 이를 방치하였고, 위와 같이 자신의 아들이나 친구의 아들 및 직원의 아들들이 산업기능요원으로 편입된 피고인 3 주식회사의 적자가 몇 년째 누적되고 있는 상황에서 공소외 8 주식회사의 직원 공소외 2나 자신의 아들 박무철을 피고인 3 주식회사의 정식 직원으로 허위 등록하여 병역특례업체지위를 유지시킨 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 피고인 1이 공소외 1과 공모하여 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7에 대한 지정분야 종사의무나 신상이동통보의무를 불이행하였음을 넉넉히 인정할 수 있고, 이에 반하는 피고인들의 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 검사의 주장에 관한 판단

(가) 공소외 7 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반의 점에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 공소외 1과 공모하여, 2005. 5. 초순경 피고인 3 주식회사 사무실에서, 사실은 공소외 5의 아들이자 산업기능요원 대상자인 공소외 7(보충역 대상자)이 회사에 취업한 후 뚜렷한 보직 없이 영어 공부를 하는 등 소일하였을 뿐만 아니라 위 회사 내부에 소프트웨어 내지는 프로그램 개발부도 전혀 설치되어 있지 않았음에도 불구하고, 위 공소

외 7 명의의 산업기능요원편입신청서 공통기재사항 중 지정업체(재직)사항의 근무부서 란에 "기술부", 담당업무 란에 "프로그램개발"이라고 기재해 주어 마치 위 공소외 7이 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 개발업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사시킬 것처럼 허위 내용을 확인하여 준 다음 같은 해 5. 16.경 그 편입신청서를 서울지방병무청에 제출하고 같은 달 18.경 편입승인을 받아, 고용주가 편입에 관련하고 부정한 행위를 하였다는 것이고, 피고인 3 주식회사는, 위 일시 장소에서 피고인의 고용주인 피고인 1이 위와 같은 위반 행위를 하였다는 것이다.

2) 원심의 판단

원심은, 피고인 1이 이 부분에 관하여 사후에 알게 되었을 뿐 처음부터 편입행위에 관여한 적은 없다고 일관되게 부인하고 있고, 공소외 1이나 공소외 5도 검찰에서 공소외 7 편입 부분에 관하여는 피고인 1에게 사전에 보고하지 않았으면서 피고인 1의 주장에 부합하는 취지의 진술을 하고 있을 뿐이어서 검찰 제출의 증거만으로는 공소사실을 인정하기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 형사소송법 제325조 후단에 의해 무죄를 선고하였다.

3) 당원의 판단

피고인 1은 앞서 본 바와 같이 피고인 3 주식회사의 산업기능요원 편입을 보고받아 결정하여 왔는바, 공소외 7에 대한 편입관련 부정행위도 피고인 1이 결정하였거나 공모한 것은 아닌지 의심이 들기는 한다.

그러나 형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증이 형성될 수 없다면 피고인이 유죄라는 의심이 가더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것인바, 이 사건 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 공소외 1, 공소외 2, 공소외 5의 수사기관에서의 각 진술이 있으나, 공소외 2는 피고인 1이 공소외 1이나 공소외 5로부터 업무에 관한 보고를 받는데, 공소외 1 등이 어떤 내용의 보고를 하는지는 잘 모른다고 진술하고 있고, 실제 편입업무를 담당한 공소외 1이나 공소외 5는 다른 산업기능요원 편입에 대해서는 피고인 1에게 보고를 거쳐 허락을 받았거나 지시를 받았다는 취지로 진술하고 있으나 공소외 7 만큼은 피고인 1의 허락 없이 편입시켰다고 진술하며, 피고인 1이 공소외 7이 편입된 것을 뒤늦게 알게 된 후 아들 두 명을 모두 산업기능요원으로 편입시킨 공소외 5를 강하게 질책했다고 진술하고 있는바, 이러한 진술만으로는 피고인 1이 공소외 7의 산업기능요원 편입을 결정하였거나 공모하였다는 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 마땅한 증거가 없다.

그렇다면, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하는 바, 같은 취지로 판단한 원심은 정당하고, 거기에 항소이유로 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 피고인 2에 대한 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반, 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 공소외 1과 공모하여, 피고인 2 명의의 산업기능요원편입신청서에 허위 내용을 확인하여 준 다음 그 편입신청서를 제출하고 편입승인을 받아 고용주가 편입에 관련하여 부정한 행위를 하였고, 2004. 7. 9.경부터 복무 만료일인 2006. 9. 8.경까지 위 피고인 2로 하여금 회사에 출근하지 않거나 영어공부를 하게 하였을 뿐만 아니라 2004. 12. 3.경부터는 공소외 학교법인 이사장으로 활동하게 함으로써 위 피고인 2를 당해 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하고, 편입당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할지방병무청장에게 통보하지 아니하였다는 것이고, 피고인 3 주식회사는, 위 일시 장소에서 피고인의 고용주인 피고인 1이 위와 같은 위반 행위를 하였다는 것이다.

2) 원심의 판단

원심은, 병역법 제86조의 사위행위는 '도망, 잠적하는 행위나 신체를 손상하는 행위처럼 그 자체로서 병역의무의 이행을 면탈하거나 병역의무를 감면받을 신체적 상태를 야기하는 것은 아니지만, 병역의무를 감면받을 조건에 해당하지 않거나 그러한 신체적 상태가 아님에도 병무행정당국을 기망하여 병역의무를 감면받으려는 행위 일반으로서 병무행정의 적정성을 침해할 만한 직접적인 위험을 야기하는 일련의 행위'를 뜻한다고 보아야 하고, 따라서 이 사건에 있어 '병역특례지정업체의 고용주가 대상자와 공모하여 산업기능 요원으로 복무하지 아니할 대상자를 마치 산업기능요원으로 종사시킬 것처럼 허위 내용을 확인한 편입신청서를 병무행정당국에 제출하여 편입승인을 받고도 그 대상자를 당해 지정업체의 해당 분야에 종사시키지 아니하면서 대상자의 신상이동에 관하여 허위 통보를 하거나 신상이동통보를 하지 아니하여 대상자를 산업기능요원으로 복무시키지 아니함으로써 대상자의 병역의무를 면탈하는 일련의 행위 전체'가 사위행위에 해당하므로, 피고인 1을 피고인 2에 대한 병역법 제86조의 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄로 처벌하는 이 사건에 있어서는 위 피고인 2에 대한 산업기능요원 부정편입으로 인한 병역법위반의 죄, 지정업체해당분야미종사로 인한 병역법위반의 죄 및 신상이동통보불이행으로 병역법위반의 죄는 모두 위 사위행위로 인한 병역법위반의 죄에 흡수되어 위 사위행위로 인한 병역법위반죄의 1죄만이 성립할 뿐, 나머지 각 죄는 성립하지 않는다고 판단하여 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하였다.

3) 당원의 판단

우선 전문연구요원의 허위 편입으로 인한 병역기피 목적 사위행위는 편입승인을 받음으로써 종결되고 그 이후의 행위는 사위행위의 구성요소에 포함되지 않음은 앞서 본 바와 같다.

나아가 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄와 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄 및 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄에 대하여 보건대, 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 하는바(대법원 2001. 3. 27. 선고 2000도5318 판결 참조), 병역법상 병역기피 목적 사위행위와 종사의무위반행위, 신상이동통보불이행행위는 그 구성요건에서 예정하고 있는 주체가, 전자는 병역의무자 본인, 후자는 병역특례 지정업체의 고용주로서 서로 상이하고, 구성요건의 내용상 전자가 후자를 포함한다고 할 수도 없으며, 그 보호법익 또한 전자의 경우 병역의무자의 의무이행의 적정성이고 후자의 경우 병역특례요원 관리업무의 적정성으로서 서로 다르다 할 것이므로, 병역법상 병역기피 목적 사위행위에 병역법상 종사의

무위반행위 및 신상이동통보불이행행위가 흡수된다고 보기는 어렵고, 별개의 범죄로서 실체적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.

또한 이 사건에 있어 병역기피 목적 사위행위와 산업기능요원 부정편입행위는 외관상 1개의 행위이지만, 구성요건의 내용상 주체가 상이하고, 보호법익이 서로 다르다 할 것이므로, 별개의 범죄로서 상상적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

3. 결론

피고인 1, 피고인 2 및 검사의 일부 법리오해 주장은 이유 있고, 원심판결에는 직권파기 사유가 있으므로 검사의 양형부당 주장에 관하여 나아가 살펴 볼 필요 없이 형사소송법 제364조 제2, 6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유

(1) 피고인 1, 피고인 2의 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반의 점에 관하여

(가) 법리오해의 점

1) 병역법 제86조의 '사위행위'는 병역의무자 본인의 행위로서 동 행위에 의하여 기망당한 병무행정 담당자가 그 행위에 따른 처분을 할 경우 병역의무자 기타 제3자의 또 다른 행위가 더하여지지 않더라도 사위행위를 한 병역의무자에게 법률상 또는 사실상 병역의무의 이행을 하도록 하는 것이 불가능하게 되는 행위인바, 피고인 1이 병무청에 제출한 산업기능요원 편입신청서 및 서약서는 종래 관례에 따라 작성하여 제출한 것으로서 허위의 편입신청서 및 서약서가 아니므로, 그러한 편입신청서, 서약서 제출 행위가 '사위행위'에 해당한다고 볼 수 없고, 또한 편입신청을 받은 이후 피고인 2가 지정업무에 근무하지 않았다는 것은 '사위행위'의 결과로 볼 수 있을지언정 사위행위 자체로 평가할 수 없다.

그리고 허위의 편입신청서, 서약서를 작성·제출한 행위와 피고인 2가 산업기능요원으로 복무하지 않은 행위를 합쳐 전체로서 하나의 사위행위라고 볼 수도 없으므로, 어느 모로 보나 원심판시 제1항에 열거한 행위는 병역법 제86조 소정의 '사위행위'에 해당하지 않는다.

2) 피고인 2는 공익근무요원 입영 대상자로서 공익근무요원보다 병역의무 이행에 있어 경하다고 볼 수 없는 산업기능요원으로 편입한 것이므로 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적이 있었다고 할 수 없다.

3) 병역법상의 '사위행위'는 그 주체가 병역의무자 본인을 예상하여 규정한 것으로 진정신분범에 해당하는 것이어서 병역의무자 아닌 사람은 방조범이 될 수 있을 지언정 정범은 될 수 없는바, 원심은 병역의무자 본인 아닌 피고인 1을

공동정범으로 처벌한 잘못을 범하였다.

(나) 사실오인의 점

피고인 2는, 피고인 1과 무관하게 대표이사인 공소외 1에게 부탁하여 편입한 것으로, 피고인 2, 피고인 1 사이에는 이 사건 '사위행위'에 관한 공동가공의 의사가 존재하지 않았으며, 피고인 2는 편입된 이후 해당분야에 성실히 종사하였으므로 병역기피 목적의 사위행위를 하려는 의사가 없었다.

(2) 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 관하여

(가) 법리오해의 점

병역법상 산업기능요원을 지정업무에 종사하게 하거나, 신상이동사항을 통보할 의무를 부담하는 '고용주'는 근로기준법의 적용을 받는 공·사기업체나 공·사단체의 장을 의미하는바, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 대표이사가 아니어서 '고용주'라 할 수 없다.

(나) 사실오인의 점

피고인 3 주식회사는 공소외 5와 공소외 1이 운영하였고, 피고인 1은 위 피고인 3 주식회사의 운영에 관여하지 않았을 뿐만 아니라, 대표이사인 공소외 1과 산업기능요원으로 편입된 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7을 지정업무에 종사시키지 않거나 이들에 대한 신상이동사항 통보의무를 불이행할 것을 공모하지도 않았고, 더구나 위 편입된 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7은 지정업무에 성실히 종사하였으므로, 피고인 1에 대한 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 죄책은 성립할 수 없다(피고인 1은 원심판시 제2의 가항 공소외 6에 대한 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반 부분은 공소시효가 완성된 것으로서 면소가 선고되어야 한다고 주장하나, 위 부분은 공소가 제기되지도 않았고, 원심도 위 행위를 유죄로 인정하지 않았는바, 이와 다른 전제에 선 피고인 1의 주장은 받아들일 수 없다).

나. 검사의 항소이유

(1) 공소외 7의 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반 부분

공소외 1, 공소외 2, 공소외 5의 수사기관에서의 각 진술을 종합하면, 피고인 1이 사전에 공소외 7의 부정편입을 알고 공소외 1 등과 공모하여 범행을 저질렀음을 능히 인정할 수 있음에도, 이를 인정하지 않은 원심판결은 사실을 오인한 위법을 범하였다.

(2) 피고인 2와 관련된 병역법위반 부분

병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄와 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반죄, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄는 구성요건상 범행 주체, 행위 태양, 보호법익이 서로 다르므로 1죄의 관계에 있다고 볼 수 없음에도, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄 등이 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄에 모두 흡수되어 별죄를 구성하지 않는다고 판단한 원심판결은 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(3) 양형부당

원심의 각 형량(피고인 1 : 징역 1년, 집행유예 2년 및 벌금 3,000,000원, 피고인 2 : 징역 6월, 집행유예 2년, 피고인 3 주식회사 : 벌금 5,000,000원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반의 점에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

피고인 1, 피고인 2는 공모하여, 미국 시민권자인 피고인 2가 2004. 1.경 1년 이상 국내 체재를 이유로 병무청으로부터 국외여행허가가 취소됨과 동시에 출국금지조치를 받은 다음 신체검사를 통하여 2004. 1.경 4급 공익근무 소집대상자로 판정을 받게 되자 부친인 피고인 1의 도움을 받아 위 피고인 1이 운영하는 피고인 3 주식회사(이하 피고인 3 주식회사라고 한다)에 위장 편입하는 방법으로 병역의무를 면탈하기로 마음먹고, 2004. 6. 20.경 서울 강남구 도곡동 피고인 3 주식회사 사무실에서, 사실은 피고인 2는 위 회사의 사실상 대표이사인 피고인 1의 아들이자 위 회사 편입이 불가능하였을 뿐만 아니라 위 회사에 취업되더라도 출근을 하지 않는 등 정상적으로 지정업무에 종사할 의사가 없음에도, 피고인 1은 위 회사의 형식상 대표이사인 공소외 1로 하여금 피고인 2 명의의 산업기능요원편입신청서 공통기재사항 중 지정업체(재직)사항의 근무부서 란에 "기술부", 담당업무 란에 "프로그램개발"이라고 기재하여 마치 피고인 2가 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 개발업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사할 것처럼 허위 내용의 편입신청서와 서약서를 작성한 다음 같은 해 7. 2.경 그 편입신청서 및 서약서를 서울지방병무청에 제출하게 하고, 피고인 2는 같은 해 7. 9.경 편입승인을 받고도 위 회사에 정상적으로 출근하지도 않고 프로그램개발 업무에 종사하지도 않는 등 산업기능요원으로 근무하지 않고, 피고인 1은 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할 지방병무청장에게 통보하지 않음으로써 병역의무를 기피할 목적으로 사위 행위를 하였다는 것이고, 원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

(2) 당원의 판단

(가) 피고인 1, 피고인 2의 법리오해 주장에 대한 판단

1) 병역법 제86조는 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적으로 도망하거나 행방을 감춘 때 또는 신체손상이나 사위행위를 한 사람을 처벌하는 규정인바, 병역법상 산업기능요원제도는 군 소요인원의 충원에 지장이 없는 범위 안에서 획일적인 징집으로 인하여 생기는 불합리를 제거하고 병역자원을 효율적으로 활용하여 국가경쟁력을 제고하기 위한 것으로서, 특정 산업에 필요한 유능한 인력을 투입하여 전체적인 국가산업의 육성·발전에 기여하는데 그 목적이 있고, 산업기능요원은 병역의무의 대체복무형태로서, 병역법 제39조 제4항은 산업기능요원에 대하여 의무종사기간 중 성실히 종사하겠다는 서약서를 제출하도록 하고 있고, 편입 당시 지정업체의 해당분야에만 종사하여야 하며 다른 업무를 겸직하거나 장소적으로 이동하는 것을 금지하고 있는 점 등에 비추어 보면, 병역특례 지정업체에 산업기능요원으로 편입된 자가 병역법에서 요구하는 편입자격을 갖추고 있다고 하더라도, 편입 당시 지정업체의 해당분야에 정상적으로 근무할 능력이나 의사가 없음에도 불구하고 해당 지정업체에 편입하여 마치 정상적으로 근무할 것처럼 편입신청서, 서약서를 작성·제출하는 행위는 허위의 편입신청서, 서약서를 통하여 병무청으로부터 편입승인처

분을 받아 결과적으로 사실상 병역의무를 면탈하는 것이라 아니할 수 없으므로, 위와 같은 행위는 위 규정에서 말하는 '사위행위'에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 지정업체의 해당분야에 정상적으로 근무할 능력이나 의사가 없음에도 마치 그러한 것처럼 허위의 편입신청서 등을 작성·제출하는 행위만으로는 '사위행위'에 해당할 수 없다거나(이러한 편입신청서가 관례에 따라 작성된 것으로서 허위가 아니라는 주장도 포함한다), 산업기능요원으로의 편입에 병역의무의 기피나 감면 목적을 인정할 수 없다는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유는 받아들일 수 없다.

2) 또한 병역법 제86조의 '사위행위'로 인한 병역법위반죄는 '병역의무자'라는 신분을 구성요건으로 하는 신분범이라 할 것이나, 형법 제33조에 의하여 병역의무자가 아닌 자라도 그러한 신분있는 자의 범행에 관하여 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합이 이루어진 경우에는 공동정범으로서 위 병역법위반죄로 처벌할 수 있다고 할 것이다.

이에 반하는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유도 받아들일 수 없다.

3) 그러나 이 부분 공소사실 중 피고인 2가 편입승인을 받은 이후 부분 즉, 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 피고인 2는 회사에 정상적으로 출근하지도 않고 프로그램개발 업무에 종사하지도 않는 등 산업기능요원으로 근무하지 않고, 피고인 1은 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할 지방병무청장에게 통보하지 않음으로써 사위행위를 하였다는 부분에 대하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 병역특례 지정업체에 편입되더라도 정상적으로 근무할 의사 없이 허위 내용의 편입신청서를 작성·제출하는 행위는 병무청으로부터 편입승인처분을 받게 됨으로써 결과적으로 사실상 병역의무를 면탈하게 되는 것이므로 편입승인처분을 받은 이후인 이 부분 공소사실 적시 행위들은 위와 같이 허위 내용의 편입신청서를 제출하여 편입승인을 받게 된 이후의 행위들로서, 이미 피고인 2가 편입승인을 받아 병역의무를 면탈하게 되어 범행이 종료된 이상 사위행위의 구성요소로 포함된다고 볼 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당하는바, 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실을 사위행위에 포함되는 것으로 보아 함께 유죄로 판단한 잘못이 있고, 이를 지적하는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유는 이유 있다.

(나) 피고인 1, 피고인 2의 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 사실상의 고용주로서 공소외 1, 공소외 5로부터 위 회사의 주요 업무를 보고받고, 이를 결정하여 오다가 공소외 1에게 자신의 아들 피고인 2를 산업기능요원으로 편입시키라고 지시한 사실, 이에 따라 공소외 1은 원심판시와 같이 근무부서를 "기술부", 그 담당업무를 "프로그램개발"로 지정한 편입신청서 및 피고인 2가 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사할 것이라는 취지의 서약서를 작성한 다음 이를 서울지방병무청에 제출하여 편입승인을 받은 사실, 그러나 피고인 2는 일본 와세다대학교 법학과를 졸업하여 아무런 프로그램개발능력이 없었을 뿐만 아니라 피고인 3 주식회사는 프로그램을 개발하는 업무 분야가 없었던 사실, 피고인 2는 위와 같이 산업기능요원으로 편입된 이후 출근을 제대로 하지 않았고, 출근한 날도 바로 퇴근하기 일수였으며, 사실상 피고인 3 주식회사 내에서 아무런 통제를 받지 않았던 사실, 피고인 1은 이러한 피고인 2의 행위를 묵인하다가 2004. 12.

3.경부터는 피고인 2를 자신이 설립한 공소외 학교법인 이사장으로 선임하여 활동하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 나타난 피고인 2의 산업기능요원 편입 경위, 편입 당시의 피고인 3 주식회사의 운영 상황, 피고인 2의 편입이후의 근무태도 및 근무상황, 피고인 1과 피고인 2의 신분관계 등을 종합해 보면 피고인 1, 피고인 2는 공모하여 사실은 피고인 2가 병역특례 지정업체에 산업기능요원으로 편입되더라도 해당 지정업체에서 정상적으로 근무할 의사가 없음에도 불구하고 정상적으로 근무할 것처럼 허위 내용의 편입신청서 및 서약서를 작성·제출한 후 편입승인을 받았음을 넉넉히 인정할 수 있고, 이에 반하는 피고인 1, 피고인 2의 사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

나. 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반, 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 대한 판단

(1) 직권판단

피고인들 및 검사의 항소이유에 관하여 살펴 보기에 앞서 직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 이 부분 공소사실의 모두사실을 " 피고인 1은"에서 " 피고인 1은 2004. 2. 19.부터 피고인 3 주식회사의 형식상 대표이사를 맡았던 공소외 1과 공모하여"로 변경하고, 적용법조에 " 형법 제30조"를 추가하는 내용의 공소장 변경 신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 피고인들 및 검사의 항소이유 주장은 여전히 당원의 판단 대상이 되고 있으므로, 이에 대하여 판단하기로 한다.

(2) 피고인들의 주장에 관한 판단

(가) 피고인들의 법리오해 주장에 대한 판단

병역법 제84조 제2항, 제92조 제1항은 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄와 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄의 범행 주체를 '고용주'라고 규정하고 있고, 병역법 제2조 제1항 제5호는, '고용주'를 '병역의무자를 고용하는 근로기준법의 적용을 받는 공·사기업체나 공·사단체의 장을 말한다'고 규정하고 있는바, 병역특례요원 관리업무의 적정성을 보호법익으로 하는 위 각 처벌규정의 입법 취지 및 공기업체, 공단체의 경우와 달리 사기업체, 사단체의 경우 대표이사 등으로 등재되어 있지는 않지만 사기업체, 사단체를 실제 경영하는 자가 다수 있는 실정이고, 이러한 자에 의하여 이루어지는 산업기능요원의 신상이동통보불이행 등을 실효성 있게 규제할 필요성이 있는 점 등을 고려하면, 형식상으로는 대표이사직에 있지 않더라도 실질적으로는 사주로서 회사를 사실상 경영하여 온 자는 병역법 소정의 '고용주'에 해당한다고 봄이 상당하다(설령 병역법상의 '고용주'를 일반적으로 사기업체를 대외적으로 대표할 수 있는 대표이사만을 의미하는 것으로 본다 하더라도 앞서 본 바와 같이 당심에서 피고인 1이 피고인 3 주식회사의 대표이사인 공소외 1과 공모하여 종사의무나 신상이동통보의무를 불이행 한 것으로 공소장이 변경되었고, 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1과 위 공소외 1의 공모관계가 인정되므로, 피고인 1에게 위 각 처벌조항으로 인한 병역법위반죄의 죄책을 물을 수 있다는 결론에 있어서는 동일하다)

(나) 피고인들의 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 1992. 7.경 바코드 판독기 개발·판매 업체인 피고인 3 주식회사를 자신의 자금으로 지급하고 인수한 후 위 회사를 실질적으로 경영하면서, 2000. 8. 10.부터 2004. 2. 19.에는 자신을 대표이사, 그 이후로는 공소외 1을 대표이사로 각 등재해 놓은 사실, 피고인 1은 2000.경부터 위 회사

의 바코드의 신규 판매 실적이 없고, 기존에 판매된 바코드 판독기의 유지·보수 업무만으로 회사가 운영되자 2001.경 자신이 설립한 다른 회사인 주식회사 공소외 8 주식회사(대표이사는 피고인 1의 직원으로서 피고인 3 주식회사의 형식상 대표이사를 역임한바 있는 공소외 5이다)의 사무실로 피고인 3 주식회사의 사무실을 옮겨 두 회사를 함께 운영한 사실, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 업무를 담당하는 유일한 직원인 공소외 1 혼자서도 피고인 3 주식회사를 운영하는데 아무런 지장이 없을 정도로 사실상 피고인 3 주식회사의 활동이 축소되자 위 공소외 8 주식회사의 직원인 공소외 2로 하여금 피고인 3 주식회사의 회계업무를 담당하게 하였고, 자신은 1주일에 두 번 정도 공소외 8 주식회사의 사무실에 나와 공소외 5, 공소외 1로부터 피고인 3 주식회사의 주요 업무에 대한 보고를 받고, 이를 결정하는 정도의 업무만을 처리한 사실, 그런데 피고인 3 주식회사는 위와 같이 새로운 사업 추진이나 자금의 집행 없이 공소외 1에 의해 단독으로 운영되고 있었기 때문에, 피고인 1이 공소외 5나 공소외 1로부터 보고받고 결정하는 주요 업무는 새로운 산업기능요원의 편입 여부 정도였고, 다른 업무는 사실상 전무했던 사실(다만, 공소외 7에 대한 편입과 관련해서는 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1이 먼저 이를 보고받고 허가결정을 하였다고 인정할 만한 증거가 부족하다), 피고인 3 주식회사의 전·현직 대표이사인 피고인 1이나 공소외 1은 피고인 1의 친구인 공소외 3의 아들 공소외 4, 위 공소외 5의 아들 공소외 6, 공소외 7의 담당업무를 "프로그램개발"로 지정하여 피고인 3 주식회사로 편입신청을 하거나 전직을 신청하였는데, 공소외 4는 연세대학교 화학공학과, 공소외 6은 연세대학교 이학계열, 공소외 7은 경원대학교 자동차과에 재학중인 대학생들로서 아무런 프로그램개발능력이 없었고, 이들이 편입할 당시 피고인 3 주식회사는 공소외 1 개인에 의하여 기존에 판매한 판독기의 유지·보수업무만을 수입원으로 하여 운영되고 있었을 뿐 프로그램을 개발하는 업무 자체가 존재하지 않았던 사실, 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7은 위와 같이 산업기능요원으로 편입되거나 전직된 이후 출근을 제대로 하지 않았고, 출근한 날도 바로 퇴근해 버리거나 자신의 공부를 하는 등 피고인 3 주식회사의 업무를 수행하지 아니한 사실, 피고인 1은 편입되거나 전입된 산업기능요원들이 제대로 근무하지 않고 있는 것을 알면서도 이를 방치하였고, 위와 같이 자신의 아들이나 친구의 아들 및 직원의 아들들이 산업기능요원으로 편입된 피고인 3 주식회사의 적자가 몇 년째 누적되고 있는 상황에서 공소외 8 주식회사의 직원 공소외 2나 자신의 아들 박무철을 피고인 3 주식회사의 정식 직원으로 허위 등록하여 병역특례업체지위를 유지시킨 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 피고인 1이 공소외 1과 공모하여 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7에 대한 지정분야 종사의무나 신상이동통보의무를 불이행하였음을 넉넉히 인정할 수 있고, 이에 반하는 피고인들의 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 검사의 주장에 관한 판단

(가) 공소외 7 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반의 점에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 공소외 1과 공모하여, 2005. 5. 초순경 피고인 3 주식회사 사무실에서, 사실은 공소외 5의 아들로써 산업기능요원 대상자인 공소외 7(보충역 대상자)이 회사에 취업한 후 뚜렷한 보직 없이 영어 공부를 하는 등 소일하였을 뿐만 아니라 위 회사 내부에 소프트웨어 내지는 프로그램 개발부도 전혀 설치되어 있지 않았음에도 불구하고, 위 공소외 7 명의의 산업기능요원편입신청서 공통기재사항 중 지정업체(재직)사항의 근무부서 란에 "기술부", 담당업무 란에 "프로그램개발"이라고 기재해 주어 마치 위 공소외 7이 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 개발업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사시킬 것처럼 허위 내용을 확인하여 준 다음 같은 해 5. 16.경 그

편입신청서를 서울지방법무청에 제출하고 같은 달 18.경 편입승인을 받아, 고용주가 편입에 관련하고 부정한 행위를 하였다는 것이고, 피고인 3 주식회사는, 위 일시 장소에서 피고인의 고용주인 피고인 1이 위와 같은 위반 행위를 하였다는 것이다.

2) 원심의 판단

원심은, 피고인 1이 이 부분에 관하여 사후에 알게 되었을 뿐 처음부터 편입행위에 관여한 적은 없다고 일관되게 부인하고 있고, 공소외 1이나 공소외 5도 검찰에서 공소외 7 편입 부분에 관하여는 피고인 1에게 사전에 보고하지 않았으면서 피고인 1의 주장에 부합하는 취지의 진술을 하고 있을 뿐이어서 검찰 제출의 증거만으로는 공소사실을 인정하기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 형사소송법 제325조 후단에 의해 무죄를 선고하였다.

3) 당원의 판단

피고인 1은 앞서 본 바와 같이 피고인 3 주식회사의 산업기능요원 편입을 보고받아 결정하여 왔는바, 공소외 7에 대한 편입관련 부정행위도 피고인 1이 결정하였거나 공모한 것은 아닌지 의심이 들기는 한다.

그러나 형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증이 형성될 수 없다면 피고인이 유죄라는 의심이 가더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것인바, 이 사건 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 공소외 1, 공소외 2, 공소외 5의 수사기관에서의 각 진술이 있으나, 공소외 2는 피고인 1이 공소외 1이나 공소외 5로부터 업무에 관한 보고를 받는데, 공소외 1 등이 어떤 내용의 보고를 하는지는 잘 모른다고 진술하고 있고, 실제 편입업무를 담당한 공소외 1이나 공소외 5는 다른 산업기능요원 편입에 대해서는 피고인 1에게 보고를 거쳐 허락을 받았거나 지시를 받았다는 취지로 진술하고 있으나 공소외 7 만큼은 피고인 1의 허락 없이 편입시켰다고 진술하며, 피고인 1이 공소외 7이 편입된 것을 뒤늦게 알게 된 후 아들 두 명을 모두 산업기능요원으로 편입시킨 공소외 5를 강하게 질책했다고 진술하고 있는바, 이러한 진술만으로는 피고인 1이 공소외 7의 산업기능요원 편입을 결정하였다거나 공모하였다는 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 마땅한 증거가 없다.

그렇다면, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하는 바, 같은 취지로 판단한 원심은 정당하고, 거기에 항소이유로 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 피고인 2에 대한 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반, 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 공소외 1과 공모하여, 피고인 2 명의의 산업기능요원편입신청서에 허위 내용을 확인하여 준 다음 그 편입신청서를 제출하고 편입승인을 받아 고용주가 편입에 관련하여 부정한 행위를 하였고, 2004. 7. 9.경부터 복무 만료일인 2006. 9. 8.경까지 위 피고인 2로 하여금 회사에 출근하지 않거나 영어공부를 하게 하였을 뿐만 아니라 2004. 12.

3.경부터는 공소외 학교법인 이사장으로 활동하게 함으로써 위 피고인 2를 당해 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하고, 편입당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할지방병무청장에게 통보하지 아니하였다는 것이고, 피고인 3 주식회사는, 위 일시 장소에서 피고인의 고용주인 피고인 1이 위와 같은 위반 행위를 하였다는 것이다.

2) 원심의 판단

원심은, 병역법 제86조의 사위행위는 '도망, 잠적하는 행위나 신체를 손상하는 행위처럼 그 자체로서 병역의무의 이행을 면탈하거나 병역의무를 감면받을 신체적 상태를 야기하는 것은 아니지만, 병역의무를 감면받을 조건에 해당하지 않거나 그러한 신체적 상태가 아님에도 병무행정당국을 기망하여 병역의무를 감면받으려는 행위 일반으로서 병무행정의 적정성을 침해할 만한 직접적인 위험을 야기하는 일련의 행위'를 뜻한다고 보아야 하고, 따라서 이 사건에 있어 '병역특례지정업체의 고용주가 대상자와 공모하여 산업기능 요원으로 복무하지 아니할 대상자를 마치 산업기능요원으로 종사시킬 것처럼 허위 내용을 확인한 편입신청서를 병무행정당국에 제출하여 편입승인을 받고도 그 대상자를 당해 지정업체의 해당 분야에 종사시키지 아니하면서 대상자의 신상이동에 관하여 허위 통보를 하거나 신상이동통보를 하지 아니하여 대상자를 산업기능요원으로 복무시키지 아니함으로써 대상자의 병역의무를 면탈하는 일련의 행위 전체'가 사위행위에 해당하므로, 피고인 1을 피고인 2에 대한 병역법 제86조의 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄로 처벌하는 이 사건에 있어서는 위 피고인 2에 대한 산업기능요원 부정편입으로 인한 병역법위반의 죄, 지정업체해당분야미종사로 인한 병역법위반의 죄 및 신상이동통보불이행으로 병역법위반의 죄는 모두 위 사위행위로 인한 병역법위반의 죄에 흡수되어 위 사위행위로 인한 병역법위반죄의 1죄만이 성립할 뿐, 나머지 각 죄는 성립하지 않는다고 판단하여 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하였다.

3) 당원의 판단

우선 전문연구요원의 허위 편입으로 인한 병역기피 목적 사위행위는 편입승인을 받음으로써 종결되고 그 이후의 행위는 사위행위의 구성요소에 포함되지 않음은 앞서 본 바와 같다.

나아가 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄와 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄 및 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄에 대하여 보건대, 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 하는바(대법원 2001. 3. 27. 선고 2000도5318 판결 참조), 병역법상 병역기피 목적 사위행위와 종사의무위반행위, 신상이동통보불이행행위는 그 구성요건에서 예정하고 있는 주체가, 전자는 병역의무자 본인, 후자는 병역특례 지정업체의 고용주로서 서로 상이하고, 구성요건의 내용상 전자가 후자를 포함한다고 할 수도 없으며, 그 보호법익 또한 전자의 경우 병역의무자의 의무이행의 적정성이고 후자의 경우 병역특례요원 관리업무의 적정성으로서 서로 다르다 할 것이므로, 병역법상 병역기피 목적 사위행위에 병역법상 종사의무위반행위 및 신상이동통보불이행행위가 흡수된다고 보기는 어렵고, 별개의 범죄로서 실체적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.

또한 이 사건에 있어 병역기피 목적 사위행위와 산업기능요원 부정편입행위는 외관상 1개의 행위이지만, 구성요건의 내용상 주체가 상이하고, 보호법익이 서로 다르다 할 것이므로, 별개의 범죄로서 상상적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

3. 결론

피고인 1, 피고인 2 및 검사의 일부 법리오해 주장은 이유 있고, 원심판결에는 직권파기 사유가 있으므로 검사의 양형부당 주장에 관하여 나아가 살펴 볼 필요 없이 형사소송법 제364조 제2, 6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유

(1) 피고인 1, 피고인 2의 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반의 점에 관하여

(가) 법리오해의 점

1) 병역법 제86조의 '사위행위'는 병역의무자 본인의 행위로서 동 행위에 의하여 기망당한 병무행정 담당자가 그 행위에 따른 처분을 할 경우 병역의무자 기타 제3자의 또 다른 행위가 더하여지지 않더라도 사위행위를 한 병역의무자에게 법률상 또는 사실상 병역의무의 이행을 하도록 하는 것이 불가능하게 되는 행위인바, 피고인 1이 병무청에 제출한 산업기능요원 편입신청서 및 서약서는 종래 관례에 따라 작성하여 제출한 것으로서 허위의 편입신청서 및 서약서가 아니므로, 그러한 편입신청서, 서약서 제출 행위가 '사위행위'에 해당한다고 볼 수 없고, 또한 편입신청을 받은 이후 피고인 2가 지정업무에 근무하지 않았다는 것은 '사위행위'의 결과로 볼 수 있을지언정 사위행위 자체로 평가할 수 없다.

그리고 허위의 편입신청서, 서약서를 작성·제출한 행위와 피고인 2가 산업기능요원으로 복무하지 않은 행위를 합쳐 전체로서 하나의 사위행위라고 볼 수도 없으므로, 어느 모로 보나 원심판시 제1항에 열거한 행위는 병역법 제86조 소정의 '사위행위'에 해당하지 않는다.

2) 피고인 2는 공익근무요원 입영 대상자로서 공익근무요원보다 병역의무 이행에 있어 경하다고 볼 수 없는 산업기능요원으로 편입한 것이므로 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적이 있었다고 할 수 없다.

3) 병역법상의 '사위행위'는 그 주체가 병역의무자 본인을 예상하여 규정한 것으로 진정신분범에 해당하는 것이어서 병역의무자 아닌 사람은 방조범이 될 수 있을 지언정 정범은 될 수 없는바, 원심은 병역의무자 본인 아닌 피고인 1을 공동정범으로 처벌한 잘못을 범하였다.

(나) 사실오인의 점

피고인 2는, 피고인 1과 무관하게 대표이사인 공소외 1에게 부탁하여 편입한 것으로, 피고인 2, 피고인 1 사이에는 이 사건 '사위행위'에 관한 공동가공의 의사가 존재하지 않았으며, 피고인 2는 편입된 이후 해당분야에 성실히 종사하였으므로 병역기피 목적의 사위행위를 하려는 의사가 없었다.

(2) 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 관하여

(가) 법리오해의 점

병역법상 산업기능요원을 지정업무에 종사하게 하거나, 신상이동사항을 통보할 의무를 부담하는 '고용주'는 근로기준법의 적용을 받는 공·사기업체나 공·사단체의 장을 의미하는바, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 대표이사가 아니어서 '고용주'라 할 수 없다.

(나) 사실오인의 점

피고인 3 주식회사는 공소외 5와 공소외 1이 운영하였고, 피고인 1은 위 피고인 3 주식회사의 운영에 관여하지 않았을 뿐만 아니라, 대표이사인 공소외 1과 산업기능요원으로 편입된 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7을 지정업무에 종사시키지 않거나 이들에 대한 신상이동사항 통보의무를 불이행할 것을 공모하지도 않았고, 더구나 위 편입된 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7은 지정업무에 성실히 종사하였으므로, 피고인 1에 대한 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 죄책은 성립할 수 없다(피고인 1은 원심판시 제2의 가항 공소외 6에 대한 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반 부분은 공소시효가 완성된 것으로서 면소가 선고되어야 한다고 주장하나, 위 부분은 공소가 제기되지도 않았고, 원심도 위 행위를 유죄로 인정하지 않았는바, 이와 다른 전제에 선 피고인 1의 주장은 받아들일 수 없다).

나. 검사의 항소이유

(1) 공소외 7의 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반 부분

공소외 1, 공소외 2, 공소외 5의 수사기관에서의 각 진술을 종합하면, 피고인 1이 사전에 공소외 7의 부정편입을 알고 공소외 1 등과 공모하여 범행을 저질렀음을 능히 인정할 수 있음에도, 이를 인정하지 않은 원심판결은 사실을 오인한 위법을 범하였다.

(2) 피고인 2와 관련된 병역법위반 부분

병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄와 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반죄, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄는 구성요건상 범행 주체, 행위 태양, 보호법익이 서로 다르므로 1죄의 관계에 있다고 볼 수 없음에도, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄 등이 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄에 모두 흡수되어 별죄를 구성하지 않는다고 판단한 원심판결은 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(3) 양형부당

원심의 각 형량(피고인 1 : 징역 1년, 집행유예 2년 및 벌금 3,000,000원, 피고인 2 : 징역 6월, 집행유예 2년, 피고인 3 주식회사 : 벌금 5,000,000원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반의 점에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

피고인 1, 피고인 2는 공모하여, 미국 시민권자인 피고인 2가 2004. 1.경 1년 이상 국내 체재를 이유로 병무청으로부터 국외여행허가가 취소됨과 동시에 출국금지조치를 받은 다음 신체검사를 통하여 2004. 1.경 4급 공익근무 소집대상자로 판정을 받게 되자 부친인 피고인 1의 도움을 받아 위 피고인 1이 운영하는 피고인 3 주식회사(이하 피고인 3 주식회사라고 한다)에 위장 편입하는 방법으로 병역의무를 면탈하기로 마음먹고, 2004. 6. 20.경 서울 강남구 도곡동 피고인 3 주식회사 사무실에서, 사실은 피고인 2는 위 회사의 사실상 대표이사인 피고인 1의 아들로서 위 회사 편입이 불가능하였을 뿐만 아니라 위 회사에 취업되더라도 출근을 하지 않는 등 정상적으로 지정업무에 종사할 의사가 없음에도, 피고인 1은 위 회사의 형식상 대표이사인 공소외 1로 하여금 피고인 2 명의의 산업기능요원편입신청서 공통기재사항 중 지정업체(재직)사항의 근무부서 란에 "기술부", 담당업무 란에 "프로그램개발"이라고 기재하여 마치 피고인 2가 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 개발업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사할 것처럼 허위 내용의 편입신청서와 서약서를 작성한 다음 같은 해 7. 2.경 그 편입신청서 및 서약서를 서울지방병무청에 제출하게 하고, 피고인 2는 같은 해 7. 9.경 편입승인을 받고도 위 회사에 정상적으로 출근하지도 않고 프로그램개발 업무에 종사하지도 않는 등 산업기능요원으로 근무하지 않고, 피고인 1은 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할 지방병무청장에게 통보하지 않음으로써 병역의무를 기피할 목적으로 사위 행위를 하였다는 것이고, 원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

(2) 당원의 판단

(가) 피고인 1, 피고인 2의 법리오해 주장에 대한 판단

1) 병역법 제86조는 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적으로 도망하거나 행방을 감춘 때 또는 신체손상이나 사위행위를 한 사람을 처벌하는 규정인바, 병역법상 산업기능요원제도는 군 소요인원의 충원에 지장이 없는 범위 안에서 획일적인 징집으로 인하여 생기는 불합리를 제거하고 병역자원을 효율적으로 활용하여 국가경쟁력을 제고하기 위한 것으로서, 특정 산업에 필요한 유능한 인력을 투입하여 전체적인 국가산업의 육성·발전에 기여하는데 그 목적이 있고, 산업기능요원은 병역의무의 대체복무형태로서, 병역법 제39조 제4항은 산업기능요원에 대하여 의무종사기간 중 성실히 종사하겠다는 서약서를 제출하도록 하고 있고, 편입 당시 지정업체의 해당분야에만 종사하여야 하며 다른 업무를 겸직하거나 장소적으로 이동하는 것을 금지하고 있는 점 등에 비추어 보면, 병역특례 지정업체에 산업기능요원으로 편입된 자가 병역법에서 요구하는 편입자격을 갖추고 있다고 하더라도, 편입 당시 지정업체의 해당분야에 정상적으로 근무할 능력이나 의사가 없음에도 불구하고 해당 지정업체에 편입하여 마치 정상적으로 근무할 것처럼 편입신청서, 서약서를 작성·제출하는 행위는 허위의 편입신청서, 서약서를 통하여 병무청으로부터 편입승인처분을 받아 결과적으로 사실상 병역의무를 면탈하는 것이라 아니할 수 없으므로, 위와 같은 행위는 위 규정에서 말하는 '사위행위'에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 지정업체의 해당분야에 정상적으로 근무할 능력이나 의사가 없음에도 마치 그러한 것처럼 허위의 편입신청서 등을 작성·제출하는 행위만으로는 '사위행위'에 해당할 수 없다거나(이러한 편입신청서가 관례에 따라 작성된 것으로서 허위가 아니라는 주장도 포함한다), 산업기능요원으로의 편입에 병역의무의 기피나 감면 목적을 인정할 수 없다는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유는 받아들일 수 없다.

2) 또한 병역법 제86조의 '사위행위'로 인한 병역법위반죄는 '병역의무자'라는 신분을 구성요건으로 하는 신분범이라 할 것이나, 형법 제33조에 의하여 병역의무자가 아닌 자라도 그러한 신분있는 자의 범행에 관하여 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합이 이루어진 경우에는 공동정범으로서 위 병역법위반죄로 처벌할 수 있다고 할 것이다.

이에 반하는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유도 받아들일 수 없다.

3) 그러나 이 부분 공소사실 중 피고인 2가 편입승인을 받은 이후 부분 즉, 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 피고인 2는 회사에 정상적으로 출근하지도 않고 프로그램개발 업무에 종사하지도 않는 등 산업기능요원으로 근무하지 않고, 피고인 1은 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할 지방병무청장에게 통보하지 않음으로써 사위행위를 하였다는 부분에 대하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 병역특례 지정업체에 편입되더라도 정상적으로 근무할 의사 없이 허위 내용의 편입신청서를 작성·제출하는 행위는 병무청으로부터 편입승인처분을 받게 됨으로써 결과적으로 사실상 병역의무를 면탈하게 되는 것이므로 편입승인처분을 받은 이후인 이 부분 공소사실 적시 행위들은 위와 같이 허위 내용의 편입신청서를 제출하여 편입승인을 받게 된 이후의 행위들로서, 이미 피고인 2가 편입승인을 받아 병역의무를 면탈하게 되어 범행이 종료된 이상 사위행위의 구성요소로 포함된다고 볼 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당하는바, 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실을 사위행위에 포함되는 것으로 보아 함께 유죄로 판단한 잘못이 있고, 이를 지적하는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유는 이유 있다.

(나) 피고인 1, 피고인 2의 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 사실상의 고용주로서 공소외 1, 공소외 5로부터 위 회사의 주요 업무를 보고받고, 이를 결정하여 오다가 공소외 1에게 자신의 아들 피고인 2를 산업기능요원으로 편입시키라고 지시한 사실, 이에 따라 공소외 1은 원심판시와 같이 근무부서를 "기술부", 그 담당업무를 "프로그램개발"로 지정한 편입신청서 및 피고인 2가 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사할 것이라는 취지의 서약서를 작성한 다음 이를 서울지방병무청에 제출하여 편입승인을 받은 사실, 그러나 피고인 2는 일본 와세다대학교 법학과를 졸업하여 아무런 프로그램개발능력이 없었을 뿐만 아니라 피고인 3 주식회사는 프로그램을 개발하는 업무 분야가 없었던 사실, 피고인 2는 위와 같이 산업기능요원으로 편입된 이후 출근을 제대로 하지 않았고, 출근한 날도 바로 퇴근하기 일수였으며, 사실상 피고인 3 주식회사 내에서 아무런 통제를 받지 않았던 사실, 피고인 1은 이러한 피고인 2의 행위를 묵인하다가 2004. 12. 3.경부터는 피고인 2를 자신이 설립한 공소외 학교법인 이사장으로 선임하여 활동하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 나타난 피고인 2의 산업기능요원 편입 경위, 편입 당시의 피고인 3 주식회사의 운영 상황, 피고인

2의 편입이후의 근무태도 및 근무상황, 피고인 1과 피고인 2의 신분관계 등을 종합해 보면 피고인 1, 피고인 2는 공모하여 사실은 피고인 2가 병역특례 지정업체에 산업기능요원으로 편입되더라도 해당 지정업체에서 정상적으로 근무할 의사가 없음에도 불구하고 정상적으로 근무할 것처럼 허위 내용의 편입신청서 및 서약서를 작성·제출한 후 편입승인을 받았음을 넉넉히 인정할 수 있고, 이에 반하는 피고인 1, 피고인 2의 사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

나. 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반, 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 대한 판단

(1) 직권판단

피고인들 및 검사의 항소이유에 관하여 살펴 보기에 앞서 직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 이 부분 공소사실의 모두사실을 " 피고인 1은"에서 " 피고인 1은 2004. 2. 19.부터 피고인 3 주식회사의 형식상 대표이사를 맡았던 공소외 1과 공모하여"로 변경하고, 적용법조에 " 형법 제30조"를 추가하는 내용의 공소장 변경 신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 피고인들 및 검사의 항소이유 주장은 여전히 당원의 판단 대상이 되고 있으므로, 이에 대하여 판단하기로 한다.

(2) 피고인들의 주장에 관한 판단

(가) 피고인들의 법리오해 주장에 대한 판단

병역법 제84조 제2항, 제92조 제1항은 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄와 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄의 범행 주체를 '고용주'라고 규정하고 있고, 병역법 제2조 제1항 제5호는, '고용주'를 '병역의무자를 고용하는 근로기준법의 적용을 받는 공·사기업체나 공·사단체의 장을 말한다'고 규정하고 있는바, 병역특례요원 관리업무의 적정성을 보호법익으로 하는 위 각 처벌규정의 입법 취지 및 공기업체, 공단체의 경우와 달리 사기업체, 사단체의 경우 대표이사 등으로 등재되어 있지는 않지만 사기업체, 사단체를 실제 경영하는 자가 다수 있는 실정이고, 이러한 자에 의하여 이루어지는 산업기능요원의 신상이동통보불이행 등을 실효성 있게 규제할 필요성이 있는 점 등을 고려하면, 형식상으로는 대표이사직에 있지 않더라도 실질적으로는 사주로서 회사를 사실상 경영하여 온 자는 병역법 소정의 '고용주'에 해당한다고 봄이 상당하다(설령 병역법상의 '고용주'를 일반적으로 사기업체를 대외적으로 대표할 수 있는 대표이사만을 의미하는 것으로 본다 하더라도 앞서 본 바와 같이 당심에서 피고인 1이 피고인 3 주식회사의 대표이사인 공소외 1과 공모하여 종사의무나 신상이동통보의무를 불이행 한 것으로 공소장이 변경되었고, 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1과 위 공소외 1의 공모관계가 인정되므로, 피고인 1에게 위 각 처벌조항으로 인한 병역법위반죄의 죄책을 물을 수 있다는 결론에 있어서는 동일하다)

(나) 피고인들의 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 1992. 7.경 바코드 판독기 개발·판매 업체인 피고인 3 주식회사를 자신의 자금으로 지급하고 인수한 후 위 회사를 실질적으로 경영하면서, 2000. 8. 10.부터 2004. 2. 19.에는 자신을 대표이사, 그 이후로는 공소외 1을 대표이사로 각 등재해 놓은 사실, 피고인 1은 2000.경부터 위 회사의 바코드의 신규 판매 실적이 없고, 기존에 판매된 바코드 판독기의 유지·보수 업무만으로 회사가 운영되자 2001.경 자신이 설립한 다른 회사인 주식회사 공소외 8 주식회사(대표이사는 피고인 1의 직원으로서 피고인 3 주식

회사의 형식상 대표이사를 역임한바 있는 공소외 5이다)의 사무실로 피고인 3 주식회사의 사무실을 옮겨 두 회사를 함께 운영한 사실, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 업무를 담당하는 유일한 직원인 공소외 1 혼자서도 피고인 3 주식회사를 운영하는데 아무런 지장이 없을 정도로 사실상 피고인 3 주식회사의 활동이 축소되자 위 공소외 8 주식회사의 직원인 공소외 2로 하여금 피고인 3 주식회사의 회계업무를 담당하게 하였고, 자신은 1주일에 두 번 정도 공소외 8 주식회사의 사무실에 나와 공소외 5, 공소외 1로부터 피고인 3 주식회사의 주요 업무에 대한 보고를 받고, 이를 결정하는 정도의 업무만을 처리한 사실, 그런데 피고인 3 주식회사는 위와 같이 새로운 사업 추진이나 자금의 집행 없이 공소외 1에 의해 단독으로 운영되고 있었기 때문에, 피고인 1이 공소외 5나 공소외 1로부터 보고받고 결정하는 주요 업무는 새로운 산업기능요원의 편입 여부 정도였고, 다른 업무는 사실상 전무했던 사실(다만, 공소외 7에 대한 편입과 관련해서는 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1이 먼저 이를 보고받고 허가결정을 하였다고 인정할 만한 증거가 부족하다), 피고인 3 주식회사의 전·현직 대표이사인 피고인 1이나 공소외 1은 피고인 1의 친구인 공소외 3의 아들 공소외 4, 위 공소외 5의 아들 공소외 6, 공소외 7의 담당업무를 "프로그램개발"로 지정하여 피고인 3 주식회사로 편입신청을 하거나 전직을 신청하였는데, 공소외 4는 연세대학교 화학공학과, 공소외 6은 연세대학교 이학계열, 공소외 7은 경원대학교 자동차과에 재학중인 대학생들로서 아무런 프로그램개발능력이 없었고, 이들이 편입할 당시 피고인 3 주식회사는 공소외 1 개인에 의하여 기존에 판매한 판독기의 유지·보수업무만을 수입원으로 하여 운영되고 있었을 뿐 프로그램을 개발하는 업무 자체가 존재하지 않았던 사실, 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7은 위와 같이 산업기능요원으로 편입되거나 전직된 이후 출근을 제대로 하지 않았고, 출근한 날도 바로 퇴근해 버리거나 자신의 공부를 하는 등 피고인 3 주식회사의 업무를 수행하지 아니한 사실, 피고인 1은 편입되거나 전입된 산업기능요원들이 제대로 근무하지 않고 있는 것을 알면서도 이를 방치하였고, 위와 같이 자신의 아들이나 친구의 아들 및 직원의 아들들이 산업기능요원으로 편입된 피고인 3 주식회사의 적자가 몇 년째 누적되고 있는 상황에서 공소외 8 주식회사의 직원 공소외 2나 자신의 아들 박무철을 피고인 3 주식회사의 정식 직원으로 허위 등록하여 병역특례업체지위를 유지시킨 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 피고인 1이 공소외 1과 공모하여 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7에 대한 지정분야 종사의무나 신상이동통보의무를 불이행하였음을 넉넉히 인정할 수 있고, 이에 반하는 피고인들의 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 검사의 주장에 관한 판단

(가) 공소외 7 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반의 점에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 공소외 1과 공모하여, 2005. 5. 초순경 피고인 3 주식회사 사무실에서, 사실은 공소외 5의 아들이자 산업기능요원 대상자인 공소외 7(보충역 대상자)이 회사에 취업한 후 뚜렷한 보직 없이 영어 공부를 하는 등 소일하였을 뿐만 아니라 위 회사 내부에 소프트웨어 내지는 프로그램 개발부도 전혀 설치되어 있지 않았음에도 불구하고, 위 공소외 7 명의의 산업기능요원편입신청서 공통기재사항 중 지정업체(재직)사항의 근무부서 란에 "기술부", 담당업무 란에 "프로그램개발"이라고 기재해 주어 마치 위 공소외 7이 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 개발업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사시킬 것처럼 허위 내용을 확인하여 준 다음 같은 해 5. 16.경 그 편입신청서를 서울지방병무청에 제출하고 같은 달 18.경 편입승인을 받아, 고용주가 편입에 관련하고 부정한 행위를 하였다는 것이고, 피고인 3 주식회사는, 위 일시 장소에서 피고인의 고용주인 피고인 1이 위와 같은 위반 행위를

하였다는 것이다.

2) 원심의 판단

원심은, 피고인 1이 이 부분에 관하여 사후에 알게 되었을 뿐 처음부터 편입행위에 관여한 적은 없다고 일관되게 부인하고 있고, 공소외 1이나 공소외 5도 검찰에서 공소외 7 편입 부분에 관하여는 피고인 1에게 사전에 보고하지 않았다면서 피고인 1의 주장에 부합하는 취지의 진술을 하고 있을 뿐이어서 검찰 제출의 증거만으로는 공소사실을 인정하기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 형사소송법 제325조 후단에 의해 무죄를 선고하였다.

3) 당원의 판단

피고인 1은 앞서 본 바와 같이 피고인 3 주식회사의 산업기능요원 편입을 보고받아 결정하여 왔는바, 공소외 7에 대한 편입관련 부정행위도 피고인 1이 결정하였거나 공모한 것은 아닌지 의심이 들기는 한다.

그러나 형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증이 형성될 수 없다면 피고인이 유죄라는 의심이 가더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것인바, 이 사건 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 공소외 1, 공소외 2, 공소외 5의 수사기관에서의 각 진술이 있으나, 공소외 2는 피고인 1이 공소외 1이나 공소외 5로부터 업무에 관한 보고를 받는데, 공소외 1 등이 어떤 내용의 보고를 하는지는 잘 모른다고 진술하고 있고, 실제 편입업무를 담당한 공소외 1이나 공소외 5는 다른 산업기능요원 편입에 대해서는 피고인 1에게 보고를 거쳐 허락을 받았거나 지시를 받았다는 취지로 진술하고 있으나 공소외 7 만큼은 피고인 1의 허락 없이 편입시켰다고 진술하며, 피고인 1이 공소외 7이 편입된 것을 뒤늦게 알게 된 후 아들 두 명을 모두 산업기능요원으로 편입시킨 공소외 5를 강하게 질책했다고 진술하고 있는바, 이러한 진술만으로는 피고인 1이 공소외 7의 산업기능요원 편입을 결정하였다거나 공모하였다는 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 마땅한 증거가 없다.

그렇다면, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하는 바, 같은 취지로 판단한 원심은 정당하고, 거기에 항소이유로 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 피고인 2에 대한 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반, 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 공소외 1과 공모하여, 피고인 2 명의의 산업기능요원편입신청서에 허위 내용을 확인하여 준 다음 그 편입신청서를 제출하고 편입승인을 받아 고용주가 편입에 관련하여 부정한 행위를 하였고, 2004. 7. 9.경부터 복무 만료일인 2006. 9. 8.경까지 위 피고인 2로 하여금 회사에 출근하지 않거나 영어공부를 하게 하였을 뿐만 아니라 2004. 12. 3.경부터는 공소외 학교법인 이사장으로 활동하게 함으로써 위 피고인 2를 당해 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하고, 편입당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할지방병무청장에게 통보하지 아니하였다는

것이고, 피고인 3 주식회사는, 위 일시 장소에서 피고인의 고용주인 피고인 1이 위와 같은 위반 행위를 하였다는 것이다.

2) 원심의 판단

원심은, 병역법 제86조의 사위행위는 '도망, 잠적하는 행위나 신체를 손상하는 행위처럼 그 자체로서 병역의무의 이행을 면탈하거나 병역의무를 감면받을 신체적 상태를 야기하는 것은 아니지만, 병역의무를 감면받을 조건에 해당하지 않거나 그러한 신체적 상태가 아님에도 병무행정당국을 기망하여 병역의무를 감면받으려는 행위 일반으로서 병무행정의 적정성을 침해할 만한 직접적인 위험을 야기하는 일련의 행위'를 뜻한다고 보아야 하고, 따라서 이 사건에 있어 '병역특례지정업체의 고용주가 대상자와 공모하여 산업기능 요원으로 복무하지 아니할 대상자를 마치 산업기능요원으로 종사시킬 것처럼 허위 내용을 확인한 편입신청서를 병무행정당국에 제출하여 편입승인을 받고도 그 대상자를 당해 지정업체의 해당 분야에 종사시키지 아니하면서 대상자의 신상이동에 관하여 허위 통보를 하거나 신상이동통보를 하지 아니하여 대상자를 산업기능요원으로 복무시키지 아니함으로써 대상자의 병역의무를 면탈하는 일련의 행위 전체'가 사위행위에 해당하므로, 피고인 1을 피고인 2에 대한 병역법 제86조의 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄로 처벌하는 이 사건에 있어서는 위 피고인 2에 대한 산업기능요원 부정편입으로 인한 병역법위반의 죄, 지정업체해당분야미종사로 인한 병역법위반의 죄 및 신상이동통보불이행으로 병역법위반의 죄는 모두 위 사위행위로 인한 병역법위반의 죄에 흡수되어 위 사위행위로 인한 병역법위반죄의 1죄만이 성립할 뿐, 나머지 각 죄는 성립하지 않는다고 판단하여 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하였다.

3) 당원의 판단

우선 전문연구요원의 허위 편입으로 인한 병역기피 목적 사위행위는 편입승인을 받음으로써 종결되고 그 이후의 행위는 사위행위의 구성요소에 포함되지 않음은 앞서 본 바와 같다.

나아가 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄와 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄 및 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄에 대하여 보건대, 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 하는바(대법원 2001. 3. 27. 선고 2000도5318 판결 참조), 병역법상 병역기피 목적 사위행위와 종사의무위반행위, 신상이동통보불이행행위는 그 구성요건에서 예정하고 있는 주체가, 전자는 병역의무자 본인, 후자는 병역특례 지정업체의 고용주로서 서로 상이하고, 구성요건의 내용상 전자가 후자를 포함한다고 할 수도 없으며, 그 보호법익 또한 전자의 경우 병역의무자의 의무이행의 적정성이고 후자의 경우 병역특례요원 관리업무의 적정성으로서 서로 다르다 할 것이므로, 병역법상 병역기피 목적 사위행위에 병역법상 종사의무위반행위 및 신상이동통보불이행행위가 흡수된다고 보기는 어렵고, 별개의 범죄로서 실체적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.

또한 이 사건에 있어 병역기피 목적 사위행위와 산업기능요원 부정편입행위는 외관상 1개의 행위이지만, 구성요건의 내용상 주체가 상이하고, 보호법익이 서로 다르다 할 것이므로, 별개의 범죄로서 상상적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

3. 결론

피고인 1, 피고인 2 및 검사의 일부 법리오해 주장은 이유 있고, 원심판결에는 직권파기 사유가 있으므로 검사의 양형부당 주장에 관하여 나아가 살펴 볼 필요 없이 형사소송법 제364조 제2, 6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유

(1) 피고인 1, 피고인 2의 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반의 점에 관하여

(가) 법리오해의 점

1) 병역법 제86조의 '사위행위'는 병역의무자 본인의 행위로서 동 행위에 의하여 기망당한 병무행정 담당자가 그 행위에 따른 처분을 할 경우 병역의무자 기타 제3자의 또 다른 행위가 더하여지지 않더라도 사위행위를 한 병역의무자에게 법률상 또는 사실상 병역의무의 이행을 하도록 하는 것이 불가능하게 되는 행위인바, 피고인 1이 병무청에 제출한 산업기능요원 편입신청서 및 서약서는 종래 관례에 따라 작성하여 제출한 것으로서 허위의 편입신청서 및 서약서가 아니므로, 그러한 편입신청서, 서약서 제출 행위가 '사위행위'에 해당한다고 볼 수 없고, 또한 편입신청을 받은 이후 피고인 2가 지정업무에 근무하지 않았다는 것은 '사위행위'의 결과로 볼 수 있을지언정 사위행위 자체로 평가할 수 없다.

그리고 허위의 편입신청서, 서약서를 작성·제출한 행위와 피고인 2가 산업기능요원으로 복무하지 않은 행위를 합쳐 전체로서 하나의 사위행위라고 볼 수도 없으므로, 어느 모로 보나 원심판시 제1항에 열거한 행위는 병역법 제86조 소정의 '사위행위'에 해당하지 않는다.

2) 피고인 2는 공익근무요원 입영 대상자로서 공익근무요원보다 병역의무 이행에 있어 경하다고 볼 수 없는 산업기능요원으로 편입한 것이므로 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적이 있었다고 할 수 없다.

3) 병역법상의 '사위행위'는 그 주체가 병역의무자 본인을 예상하여 규정한 것으로 진정신분범에 해당하는 것이어서 병역의무자 아닌 사람은 방조범이 될 수 있을 지언정 정범은 될 수 없는바, 원심은 병역의무자 본인 아닌 피고인 1을 공동정범으로 처벌한 잘못을 범하였다.

(나) 사실오인의 점

피고인 2는, 피고인 1과 무관하게 대표이사인 공소외 1에게 부탁하여 편입한 것으로, 피고인 2, 피고인 1 사이에는 이 사건 '사위행위'에 관한 공동가공의 의사가 존재하지 않았으며, 피고인 2는 편입된 이후 해당분야에 성실히 종사하였으므로 병역기피 목적의 사위행위를 하려는 의사가 없었다.

(2) 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 관하여

(가) 법리오해의 점

병역법상 산업기능요원을 지정업무에 종사하게 하거나, 신상이동사항을 통보할 의무를 부담하는 '고용주'는 근로기준법의 적용을 받는 공·사기업체나 공·사단체의 장을 의미하는바, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 대표이사가 아니어서 '고용주'라 할 수 없다.

(나) 사실오인의 점

피고인 3 주식회사는 공소외 5와 공소외 1이 운영하였고, 피고인 1은 위 피고인 3 주식회사의 운영에 관여하지 않았을 뿐만 아니라, 대표이사인 공소외 1과 산업기능요원으로 편입된 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7을 지정업무에 종사시키지 않거나 이들에 대한 신상이동사항 통보의무를 불이행할 것을 공모하지도 않았고, 더구나 위 편입된 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7은 지정업무에 성실히 종사하였으므로, 피고인 1에 대한 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 죄책은 성립할 수 없다(피고인 1은 원심판시 제2의 가항 공소외 6에 대한 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반 부분은 공소시효가 완성된 것으로서 면소가 선고되어야 한다고 주장하나, 위 부분은 공소가 제기되지도 않았고, 원심도 위 행위를 유죄로 인정하지 않았는바, 이와 다른 전제에 선 피고인 1의 주장은 받아들일 수 없다).

나. 검사의 항소이유

(1) 공소외 7의 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반 부분

공소외 1, 공소외 2, 공소외 5의 수사기관에서의 각 진술을 종합하면, 피고인 1이 사전에 공소외 7의 부정편입을 알고 공소외 1 등과 공모하여 범행을 저질렀음을 능히 인정할 수 있음에도, 이를 인정하지 않은 원심판결은 사실을 오인한 위법을 범하였다.

(2) 피고인 2와 관련된 병역법위반 부분

병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄와 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반죄, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄는 구성요건상 범행 주체, 행위 태양, 보호법익이 서로 다르므로 1죄의 관계에 있다고 볼 수 없음에도, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄 등이 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄에 모두 흡수되어 별죄를 구성하지 않는다고 판단한 원심판결은 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(3) 양형부당

원심의 각 형량(피고인 1 : 징역 1년, 집행유예 2년 및 벌금 3,000,000원, 피고인 2 : 징역 6월, 집행유예 2년, 피고인 3 주식회사 : 벌금 5,000,000원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반의 점에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

피고인 1, 피고인 2는 공모하여, 미국 시민권자인 피고인 2가 2004. 1.경 1년 이상 국내 체재를 이유로 병무청으로부터 국외여행허가가 취소됨과 동시에 출국금지조치를 받은 다음 신체검사를 통하여 2004. 1.경 4급 공익근무 소집대상자로 판정을 받게 되자 부친인 피고인 1의 도움을 받아 위 피고인 1이 운영하는 피고인 3 주식회사(이하 피고인 3 주식회사라고 한다)에 위장 편입하는 방법으로 병역의무를 면탈하기로 마음먹고, 2004. 6. 20.경 서울 강남구 도곡동 피고인 3 주식회사 사무실에서, 사실은 피고인 2는 위 회사의 사실상 대표이사인 피고인 1의 아들이자 위 회사 편입이 불가능하였을 뿐만 아니라 위 회사에 취업되더라도 출근을 하지 않는 등 정상적으로 지정업무에 종사할 의사가 없음에도, 피고인 1은 위 회사의 형식상 대표이사인 공소외 1로 하여금 피고인 2 명의의 산업기능요원편입신청서 공통기재사항 중 지정업체(재직)사항의 근무부서 란에 "기술부", 담당업무 란에 "프로그램개발"이라고 기재하여 마치 피고인 2가 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 개발업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사할 것처럼 허위 내용의 편입신청서와 서약서를 작성한 다음 같은 해 7. 2.경 그 편입신청서 및 서약서를 서울지방병무청에 제출하게 하고, 피고인 2는 같은 해 7. 9.경 편입승인을 받고도 위 회사에 정상적으로 출근하지도 않고 프로그램개발 업무에 종사하지도 않는 등 산업기능요원으로 근무하지 않고, 피고인 1은 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할 지방병무청장에게 통보하지 않음으로써 병역의무를 기피할 목적으로 사위 행위를 하였다는 것이고, 원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

(2) 당원의 판단

(가) 피고인 1, 피고인 2의 법리오해 주장에 대한 판단

1) 병역법 제86조는 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적으로 도망하거나 행방을 감춘 때 또는 신체손상이나 사위행위를 한 사람을 처벌하는 규정인바, 병역법상 산업기능요원제도는 군 소요인원의 충원에 지장이 없는 범위 안에서 획일적인 징집으로 인하여 생기는 불합리를 제거하고 병역자원을 효율적으로 활용하여 국가경쟁력을 제고하기 위한 것으로서, 특정 산업에 필요한 유능한 인력을 투입하여 전체적인 국가산업의 육성·발전에 기여하는데 그 목적이 있고, 산업기능요원은 병역의무의 대체복무형태로서, 병역법 제39조 제4항은 산업기능요원에 대하여 의무종사기간 중 성실히 종사하겠다는 서약서를 제출하도록 하고 있고, 편입 당시 지정업체의 해당분야에만 종사하여야 하며 다른 업무를 겸직하거나 장소적으로 이동하는 것을 금지하고 있는 점 등에 비추어 보면, 병역특례 지정업체에 산업기능요원으로 편입된 자가 병역법에서 요구하는 편입자격을 갖추고 있다고 하더라도, 편입 당시 지정업체의 해당분야에 정상적으로 근무할 능력이나 의사가 없음에도 불구하고 해당 지정업체에 편입하여 마치 정상적으로 근무할 것처럼 편입신청서, 서약서를 작성·제출하는 행위는 허위의 편입신청서, 서약서를 통하여 병무청으로부터 편입승인처분을 받아 결과적으로 사실상 병역의무를 면탈하는 것이라 아니할 수 없으므로, 위와 같은 행위는 위 규정에서 말하는 '사위행위'에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 지정업체의 해당분야에 정상적으로 근무할 능력이나 의사가 없음에도 마치 그러한 것처럼 허위의 편입신청서 등을 작성·제출하는 행위만으로는 '사위행위'에 해당할 수 없다거나(이러한 편입신청서가 관례에 따라 작성된 것으로서 허위가 아니라는 주장도 포함한다), 산업기능요원으로서의 편입에 병역의무의 기피나 감면 목적을 인정할 수 없

다는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유는 받아들일 수 없다.

- 2) 또한 병역법 제86조의 '사위행위'로 인한 병역법위반죄는 '병역의무자'라는 신분을 구성요건으로 하는 신분범이라 할 것이나, 형법 제33조에 의하여 병역의무자가 아닌 자라도 그러한 신분있는 자의 범행에 관하여 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합이 이루어진 경우에는 공동정범으로서 위 병역법위반죄로 처벌할 수 있다고 할 것이다.

이에 반하는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유도 받아들일 수 없다.

- 3) 그러나 이 부분 공소사실 중 피고인 2가 편입승인을 받은 이후 부분 즉, 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 피고인 2는 회사에 정상적으로 출근하지도 않고 프로그램개발 업무에 종사하지도 않는 등 산업기능요원으로 근무하지 않고, 피고인 1은 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할 지방병무청장에게 통보하지 않음으로써 사위행위를 하였다는 부분에 대하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 병역특례 지정업체에 편입되더라도 정상적으로 근무할 의사 없이 허위 내용의 편입신청서를 작성·제출하는 행위는 병무청으로부터 편입승인처분을 받게 됨으로써 결과적으로 사실상 병역의무를 면탈하게 되는 것이므로 편입승인처분을 받은 이후인 이 부분 공소사실 적시 행위들은 위와 같이 허위 내용의 편입신청서를 제출하여 편입승인을 받게 된 이후의 행위들로서, 이미 피고인 2가 편입승인을 받아 병역의무를 면탈하게 되어 범행이 종료된 이상 사위행위의 구성요소로 포함된다고 볼 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당하는바, 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실을 사위행위에 포함되는 것으로 보아 함께 유죄로 판단한 잘못이 있고, 이를 지적하는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유는 이유 있다.

(나) 피고인 1, 피고인 2의 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 사실상의 고용주로서 공소외 1, 공소외 5로부터 위 회사의 주요 업무를 보고받고, 이를 결정하여 오다가 공소외 1에게 자신의 아들 피고인 2를 산업기능요원으로 편입시키라고 지시한 사실, 이에 따라 공소외 1은 원심판시와 같이 근무부서를 "기술부", 그 담당업무를 "프로그램개발"로 지정한 편입신청서 및 피고인 2가 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사할 것이라는 취지의 서약서를 작성한 다음 이를 서울지방병무청에 제출하여 편입승인을 받은 사실, 그러나 피고인 2는 일본 와세다대학교 법학과를 졸업하여 아무런 프로그램개발능력이 없었을 뿐만 아니라 피고인 3 주식회사는 프로그램을 개발하는 업무 분야가 없었던 사실, 피고인 2는 위와 같이 산업기능요원으로 편입된 이후 출근을 제대로 하지 않았고, 출근한 날도 바로 퇴근하기 일수였으며, 사실상 피고인 3 주식회사 내에서 아무런 통제를 받지 않았던 사실, 피고인 1은 이러한 피고인 2의 행위를 묵인하다가 2004. 12. 3.경부터는 피고인 2를 자신이 설립한 공소외 학교법인 이사장으로 선임하여 활동하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 나타난 피고인 2의 산업기능요원 편입 경위, 편입 당시의 피고인 3 주식회사의 운영 상황, 피고인 2의 편입이후의 근무태도 및 근무상황, 피고인 1과 피고인 2의 신분관계 등을 종합해 보면 피고인 1, 피고인 2는 공모하여 사실은 피고인 2가 병역특례 지정업체에 산업기능요원으로 편입되더라도 해당 지정업체에서 정상적으로 근무할 의사가 없음에도 불구하고 정상적으로 근무할 것처럼 허위 내용의 편입신청서 및 서약서를 작성·제출한 후 편입승인을 받았음을 넉넉히 인정할 수 있고, 이에 반하는 피고인 1, 피고인 2의 사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

나. 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반, 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 대한 판단

(1) 직권판단

피고인들 및 검사의 항소이유에 관하여 살펴 보기에 앞서 직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 이 부분 공소사실의 모두사실을 " 피고인 1은"에서 " 피고인 1은 2004. 2. 19.부터 피고인 3 주식회사의 형식상 대표이사를 맡았던 공소외 1과 공모하여"로 변경하고, 적용법조에 " 형법 제30조"를 추가하는 내용의 공소장 변경 신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 피고인들 및 검사의 항소이유 주장은 여전히 당원의 판단 대상이 되고 있으므로, 이에 대하여 판단하기로 한다.

(2) 피고인들의 주장에 관한 판단

(가) 피고인들의 법리오해 주장에 대한 판단

병역법 제84조 제2항, 제92조 제1항은 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄와 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄의 범행 주체를 '고용주'라고 규정하고 있고, 병역법 제2조 제1항 제5호는, '고용주'를 '병역의무자를 고용하는 근로기준법의 적용을 받는 공·사기업체나 공·사단체의 장을 말한다'고 규정하고 있는바, 병역특례요원 관리업무의 적정성을 보호법익으로 하는 위 각 처벌규정의 입법 취지 및 공기업체, 공단체의 경우와 달리 사기업체, 사단체의 경우 대표이사 등으로 등재되어 있지는 않지만 사기업체, 사단체를 실제 경영하는 자가 다수 있는 실정이고, 이러한 자에 의하여 이루어지는 산업기능요원의 신상이동통보불이행 등을 실효성 있게 규제할 필요성이 있는 점 등을 고려하면, 형식상으로는 대표이사직에 있지 않더라도 실질적으로는 사주로서 회사를 사실상 경영하여 온 자는 병역법 소정의 '고용주'에 해당한다고 봄이 상당하다(설령 병역법상의 '고용주'를 일반적으로 사기업체를 대외적으로 대표할 수 있는 대표이사만을 의미하는 것으로 본다 하더라도 앞서 본 바와 같이 당심에서 피고인 1이 피고인 3 주식회사의 대표이사인 공소외 1과 공모하여 종사의무나 신상이동통보의무를 불이행 한 것으로 공소장이 변경되었고, 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1과 위 공소외 1의 공모관계가 인정되므로, 피고인 1에게 위 각 처벌조항으로 인한 병역법위반죄의 죄책을 물을 수 있다는 결론에 있어서는 동일하다)

(나) 피고인들의 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 1992. 7.경 바코드 판독기 개발·판매 업체인 피고인 3 주식회사를 자신의 자금으로 지급하고 인수한 후 위 회사를 실질적으로 경영하면서, 2000. 8. 10.부터 2004. 2. 19.에는 자신을 대표이사로, 그 이후로는 공소외 1을 대표이사로 각 등재해 놓은 사실, 피고인 1은 2000.경부터 위 회사의 바코드의 신규 판매 실적이 없고, 기존에 판매된 바코드 판독기의 유지·보수 업무만으로 회사가 운영되자 2001.경 자신이 설립한 다른 회사인 주식회사 공소외 8 주식회사(대표이사는 피고인 1의 직원으로서 피고인 3 주식회사의 형식상 대표이사를 역임한바 있는 공소외 5이다)의 사무실로 피고인 3 주식회사의 사무실을 옮겨 두 회사를 함께 운영한 사실, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 업무를 담당하는 유일한 직원인 공소외 1 혼자서도 피고인 3 주식회사를 운영하는데 아무런 지장이 없을 정도로 사실상 피고인 3 주식회사의 활동이 축소되자 위 공소외 8 주식회사의 직원인 공소외 2로 하여금 피고인 3 주식회사의 회계업무를 담당하게 하였고, 자신은 1주일에 두 번 정도 공소

외 8 주식회사의 사무실에 나와 공소외 5, 공소외 1로부터 피고인 3 주식회사의 주요 업무에 대한 보고를 받고, 이를 결정하는 정도의 업무만을 처리한 사실, 그런데 피고인 3 주식회사는 위와 같이 새로운 사업 추진이나 자금의 집행 없이 공소외 1에 의해 단독으로 운영되고 있었기 때문에, 피고인 1이 공소외 5나 공소외 1로부터 보고받고 결정하는 주요 업무는 새로운 산업기능요원의 편입 여부 정도였고, 다른 업무는 사실상 전무했던 사실(다만, 공소외 7에 대한 편입과 관련해서는 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1이 먼저 이를 보고받고 허가결정을 하였다고 인정할 만한 증거가 부족하다), 피고인 3 주식회사의 전·현직 대표이사인 피고인 1이나 공소외 1은 피고인 1의 친구인 공소외 3의 아들 공소외 4, 위 공소외 5의 아들 공소외 6, 공소외 7의 담당업무를 "프로그램개발"로 지정하여 피고인 3 주식회사로 편입신청을 하거나 전직을 신청하였는데, 공소외 4는 연세대학교 화학공학과, 공소외 6은 연세대학교 이학계열, 공소외 7은 경원대학교 자동차과에 재학중인 대학생들로서 아무런 프로그램개발능력이 없었고, 이들이 편입할 당시 피고인 3 주식회사는 공소외 1 개인에 의하여 기존에 판매한 판독기의 유지·보수업무만을 수입원으로 하여 운영되고 있었을 뿐 프로그램을 개발하는 업무 자체가 존재하지 않았던 사실, 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7은 위와 같이 산업기능요원으로 편입되거나 전직된 이후 출근을 제대로 하지 않았고, 출근한 날도 바로 퇴근해 버리거나 자신의 공부를 하는 등 피고인 3 주식회사의 업무를 수행하지 아니한 사실, 피고인 1은 편입되거나 전입된 산업기능요원들이 제대로 근무하지 않고 있는 것을 알면서도 이를 방치하였고, 위와 같이 자신의 아들이나 친구의 아들 및 직원의 아들이 산업기능요원으로 편입된 피고인 3 주식회사의 적자가 몇 년째 누적되고 있는 상황에서 공소외 8 주식회사의 직원 공소외 2나 자신의 아들 박무철을 피고인 3 주식회사의 정식 직원으로 허위 등록하여 병역특례업체지위를 유지시킨 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 피고인 1이 공소외 1과 공모하여 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7에 대한 지정분야 종사의무나 신상이동통보의무를 불이행하였음을 넉넉히 인정할 수 있고, 이에 반하는 피고인들의 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 검사의 주장에 관한 판단

(가) 공소외 7 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반의 점에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 공소외 1과 공모하여, 2005. 5. 초순경 피고인 3 주식회사 사무실에서, 사실은 공소외 5의 아들이자 산업기능요원 대상자인 공소외 7(보충역 대상자)이 회사에 취업한 후 뚜렷한 보직 없이 영어 공부를 하는 등 소일하였을 뿐만 아니라 위 회사 내부에 소프트웨어 내지는 프로그램 개발부도 전혀 설치되어 있지 않았음에도 불구하고, 위 공소외 7 명의의 산업기능요원편입신청서 공통기재사항 중 지정업체(재직)사항의 근무부서 란에 "기술부", 담당업무 란에 "프로그램개발"이라고 기재해 주어 마치 위 공소외 7이 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 개발업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사시킬 것처럼 허위 내용을 확인하여 준 다음 같은 해 5. 16.경 그 편입신청서를 서울지방병무청에 제출하고 같은 달 18.경 편입승인을 받아, 고용주가 편입에 관련하고 부정한 행위를 하였다는 것이고, 피고인 3 주식회사는, 위 일시 장소에서 피고인의 고용주인 피고인 1이 위와 같은 위반 행위를 하였다는 것이다.

2) 원심의 판단

원심은, 피고인 1이 이 부분에 관하여 사후에 알게 되었을 뿐 처음부터 편입행위에 관여한 적은 없다고 일관되게 부인하고 있고, 공소외 1이나 공소외 5도 검찰에서 공소외 7 편입 부분에 관하여는 피고인 1에게 사전에 보고하지 않았다면서 피고인 1의 주장에 부합하는 취지의 진술을 하고 있을 뿐이어서 검찰 제출의 증거만으로는 공소사실을 인정하기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 형사소송법 제325조 후단에 의해 무죄를 선고하였다.

3) 당원의 판단

피고인 1은 앞서 본 바와 같이 피고인 3 주식회사의 산업기능요원 편입을 보고받아 결정하여 왔는바, 공소외 7에 대한 편입관련 부정행위도 피고인 1이 결정하였거나 공모한 것은 아닌지 의심이 들기는 한다.

그러나 형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증이 형성될 수 없다면 피고인이 유죄라는 의심이 가더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것인바, 이 사건 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 공소외 1, 공소외 2, 공소외 5의 수사기관에서의 각 진술이 있으나, 공소외 2는 피고인 1이 공소외 1이나 공소외 5로부터 업무에 관한 보고를 받는데, 공소외 1 등이 어떤 내용의 보고를 하는지는 잘 모른다고 진술하고 있고, 실제 편입업무를 담당한 공소외 1이나 공소외 5는 다른 산업기능요원 편입에 대해서는 피고인 1에게 보고를 거쳐 허락을 받았거나 지시를 받았다는 취지로 진술하고 있으나 공소외 7 만큼은 피고인 1의 허락 없이 편입시켰다고 진술하며, 피고인 1이 공소외 7이 편입된 것을 뒤늦게 알게 된 후 아들 두 명을 모두 산업기능요원으로 편입시킨 공소외 5를 강하게 질책했다고 진술하고 있는바, 이러한 진술만으로는 피고인 1이 공소외 7의 산업기능요원 편입을 결정하였다거나 공모하였다는 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 마땅한 증거가 없다.

그렇다면, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하는 바, 같은 취지로 판단한 원심은 정당하고, 거기에 항소이유로 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 피고인 2에 대한 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반, 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 공소외 1과 공모하여, 피고인 2 명의의 산업기능요원편입신청서에 허위 내용을 확인하여 준 다음 그 편입신청서를 제출하고 편입승인을 받아 고용주가 편입에 관련하여 부정한 행위를 하였고, 2004. 7. 9.경부터 복무 만료일인 2006. 9. 8.경까지 위 피고인 2로 하여금 회사에 출근하지 않거나 영어공부를 하게 하였을 뿐만 아니라 2004. 12. 3.경부터는 공소외 학교법인 이사장으로 활동하게 함으로써 위 피고인 2를 당해 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하고, 편입당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할지방병무청장에게 통보하지 아니하였다는 것이고, 피고인 3 주식회사는, 위 일시 장소에서 피고인의 고용주인 피고인 1이 위와 같은 위반 행위를 하였다는 것이다.

2) 원심의 판단

원심은, 병역법 제86조의 사위행위는 '도망, 잠적하는 행위나 신체를 손상하는 행위처럼 그 자체로서 병역의무의 이행을 면탈하거나 병역의무를 감면받을 신체적 상태를 야기하는 것은 아니지만, 병역의무를 감면받을 조건에 해당하지 않거나 그러한 신체적 상태가 아님에도 병무행정당국을 기망하여 병역의무를 감면받으려는 행위 일반으로서 병무행정의 적정성을 침해할 만한 직접적인 위험을 야기하는 일련의 행위'를 뜻한다고 보아야 하고, 따라서 이 사건에 있어 '병역특례지정업체의 고용주가 대상자와 공모하여 산업기능 요원으로 복무하지 아니할 대상자를 마치 산업기능요원으로 종사시킬 것처럼 허위 내용을 확인한 편입신청서를 병무행정당국에 제출하여 편입승인을 받고도 그 대상자를 당해 지정업체의 해당 분야에 종사시키지 아니하면서 대상자의 신상이동에 관하여 허위 통보를 하거나 신상이동통보를 하지 아니하여 대상자를 산업기능요원으로 복무시키지 아니함으로써 대상자의 병역의무를 면탈하는 일련의 행위 전체'가 사위행위에 해당하므로, 피고인 1을 피고인 2에 대한 병역법 제86조의 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄로 처벌하는 이 사건에 있어서는 위 피고인 2에 대한 산업기능요원 부정편입으로 인한 병역법위반의 죄, 지정업체해당분야미종사로 인한 병역법위반의 죄 및 신상이동통보불이행으로 병역법위반의 죄는 모두 위 사위행위로 인한 병역법위반의 죄에 흡수되어 위 사위행위로 인한 병역법위반죄의 1죄만이 성립할 뿐, 나머지 각 죄는 성립하지 않는다고 판단하여 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하였다.

3) 당원의 판단

우선 전문연구요원의 허위 편입으로 인한 병역기피 목적 사위행위는 편입승인을 받음으로써 종결되고 그 이후의 행위는 사위행위의 구성요소에 포함되지 않음은 앞서 본 바와 같다.

나아가 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄와 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄 및 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄에 대하여 보건대, 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이거나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 하는바(대법원 2001. 3. 27. 선고 2000도5318 판결 참조), 병역법상 병역기피 목적 사위행위와 종사의무위반행위, 신상이동통보불이행행위는 그 구성요건에서 예정하고 있는 주체가, 전자는 병역의무자 본인, 후자는 병역특례 지정업체의 고용주로서 서로 상이하고, 구성요건의 내용상 전자가 후자를 포함한다고 할 수도 없으며, 그 보호법익 또한 전자의 경우 병역의무자의 의무이행의 적정성이고 후자의 경우 병역특례요원 관리업무의 적정성으로서 서로 다르다 할 것이므로, 병역법상 병역기피 목적 사위행위에 병역법상 종사의무위반행위 및 신상이동통보불이행행위가 흡수된다고 보기는 어렵고, 별개의 범죄로서 실체적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.

또한 이 사건에 있어 병역기피 목적 사위행위와 산업기능요원 부정편입행위는 외관상 1개의 행위이지만, 구성요건의 내용상 주체가 상이하고, 보호법익이 서로 다르다 할 것이므로, 별개의 범죄로서 상상적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

3. 결론

피고인 1, 피고인 2 및 검사의 일부 법리오해 주장은 이유 있고, 원심판결에는 직권파기 사유가 있으므로 검사의 양형부당 주장에 관하여 나아가 살펴 볼 필요 없이 형사소송법 제364조 제2, 6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유

(1) 피고인 1, 피고인 2의 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반의 점에 관하여

(가) 법리오해의 점

1) 병역법 제86조의 '사위행위'는 병역의무자 본인의 행위로서 동 행위에 의하여 기망당한 병무행정 담당자가 그 행위에 따른 처분을 할 경우 병역의무자 기타 제3자의 또 다른 행위가 더하여지지 않더라도 사위행위를 한 병역의무자에게 법률상 또는 사실상 병역의무의 이행을 하도록 하는 것이 불가능하게 되는 행위인바, 피고인 1이 병무청에 제출한 산업기능요원 편입신청서 및 서약서는 종래 관례에 따라 작성하여 제출한 것으로서 허위의 편입신청서 및 서약서가 아니므로, 그러한 편입신청서, 서약서 제출 행위가 '사위행위'에 해당한다고 볼 수 없고, 또한 편입신청을 받은 이후 피고인 2가 지정업무에 근무하지 않았다는 것은 '사위행위'의 결과로 볼 수 있을지언정 사위행위 자체로 평가할 수 없다.

그리고 허위의 편입신청서, 서약서를 작성·제출한 행위와 피고인 2가 산업기능요원으로 복무하지 않은 행위를 합쳐 전체로서 하나의 사위행위라고 볼 수도 없으므로, 어느 모로 보나 원심판시 제1항에 열거한 행위는 병역법 제86조 소정의 '사위행위'에 해당하지 않는다.

2) 피고인 2는 공익근무요원 입영 대상자로서 공익근무요원보다 병역의무 이행에 있어 경하다고 볼 수 없는 산업기능요원으로 편입한 것이므로 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적이 있었다고 할 수 없다.

3) 병역법상의 '사위행위'는 그 주체가 병역의무자 본인을 예상하여 규정한 것으로 진정신분범에 해당하는 것이어서 병역의무자 아닌 사람은 방조범이 될 수 있을 지언정 정범은 될 수 없는바, 원심은 병역의무자 본인 아닌 피고인 1을 공동정범으로 처벌한 잘못을 범하였다.

(나) 사실오인의 점

피고인 2는, 피고인 1과 무관하게 대표이사인 공소외 1에게 부탁하여 편입한 것으로, 피고인 2, 피고인 1 사이에는 이 사건 '사위행위'에 관한 공동가공의 의사가 존재하지 않았으며, 피고인 2는 편입된 이후 해당분야에 성실히 종사하였으므로 병역기피 목적의 사위행위를 하려는 의사가 없었다.

(2) 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 관하여

(가) 법리오해의 점

병역법상 산업기능요원을 지정업무에 종사하게 하거나, 신상이동사항을 통보할 의무를 부담하는 '고용주'는 근로기준법의 적용을 받는 공·사기업체나 공·사단체의 장을 의미하는바, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 대표이사가 아니어서 '고용주'라 할 수 없다.

(나) 사실오인의 점

피고인 3 주식회사는 공소외 5와 공소외 1이 운영하였고, 피고인 1은 위 피고인 3 주식회사의 운영에 관여하지 않았을 뿐만 아니라, 대표이사인 공소외 1과 산업기능요원으로 편입된 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7을 지정업무에 종사시키지 않거나 이들에 대한 신상이동사항 통보의무를 불이행할 것을 공모하지도 않았고, 더구나 위 편입된 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7은 지정업무에 성실히 종사하였으므로, 피고인 1에 대한 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 죄책은 성립할 수 없다(피고인 1은 원심판시 제2의 가항 공소외 6에 대한 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반 부분은 공소시효가 완성된 것으로서 면소가 선고되어야 한다고 주장하나, 위 부분은 공소가 제기되지도 않았고, 원심도 위 행위를 유죄로 인정하지 않았는바, 이와 다른 전제에 선 피고인 1의 주장은 받아들일 수 없다).

나. 검사의 항소이유

(1) 공소외 7의 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반 부분

공소외 1, 공소외 2, 공소외 5의 수사기관에서의 각 진술을 종합하면, 피고인 1이 사전에 공소외 7의 부정편입을 알고 공소외 1 등과 공모하여 범행을 저질렀음을 능히 인정할 수 있음에도, 이를 인정하지 않은 원심판결은 사실을 오인한 위법을 범하였다.

(2) 피고인 2와 관련된 병역법위반 부분

병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄와 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반죄, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄는 구성요건상 범행 주체, 행위 태양, 보호법익이 서로 다르므로 1죄의 관계에 있다고 볼 수 없음에도, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄 등이 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄에 모두 흡수되어 별죄를 구성하지 않는다고 판단한 원심판결은 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(3) 양형부당

원심의 각 형량(피고인 1 : 징역 1년, 집행유예 2년 및 벌금 3,000,000원, 피고인 2 : 징역 6월, 집행유예 2년, 피고인 3 주식회사 : 벌금 5,000,000원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반의 점에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

피고인 1, 피고인 2는 공모하여, 미국 시민권자인 피고인 2가 2004. 1.경 1년 이상 국내 체재를 이유로 병무청으로부터 국외여행허가가 취소됨과 동시에 출국금지조치를 받은 다음 신체검사를 통하여 2004. 1.경 4급 공익근무 소집대상자로 판정을 받게 되자 부친인 피고인 1의 도움을 받아 위 피고인 1이 운영하는 피고인 3 주식회사(이하 피고인 3 주식회사라고 한다)에 위장 편입하는 방법으로 병역의무를 면탈하기로 마음먹고, 2004. 6. 20.경 서울 강남구 도곡동 피고인 3 주식회사 사무실에서, 사실은 피고인 2는 위 회사의 사실상 대표이사인 피고인 1의 아들이자 위 회사 편입이 불가능하였을 뿐만 아니라 위 회사에 취업되더라도 출근을 하지 않는 등 정상적으로 지정업무에 종사할 의사가 없음에도, 피고인 1은 위 회사의 형식상 대표이사인 공소외 1로 하여금 피고인 2 명의의 산업기능요원편입신청서 공통기재사항 중 지정업체(재직)사항의 근무부서 란에 "기술부", 담당업무 란에 "프로그램개발"이라고 기재하여 마치 피고인 2가 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 개발업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사할 것처럼 허위 내용의 편입신청서와 서약서를 작성한 다음 같은 해 7. 2.경 그 편입신청서 및 서약서를 서울지방병무청에 제출하게 하고, 피고인 2는 같은 해 7. 9.경 편입승인을 받고도 위 회사에 정상적으로 출근하지도 않고 프로그램개발 업무에 종사하지도 않는 등 산업기능요원으로 근무하지 않고, 피고인 1은 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할 지방병무청장에게 통보하지 않음으로써 병역의무를 기피할 목적으로 사위 행위를 하였다는 것이고, 원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

(2) 당원의 판단

(가) 피고인 1, 피고인 2의 법리오해 주장에 대한 판단

1) 병역법 제86조는 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적으로 도망하거나 행방을 감춘 때 또는 신체손상이나 사위행위를 한 사람을 처벌하는 규정인바, 병역법상 산업기능요원제도는 군 소요인원의 충원에 지장이 없는 범위 안에서 획일적인 징집으로 인하여 생기는 불합리를 제거하고 병역자원을 효율적으로 활용하여 국가경쟁력을 제고하기 위한 것으로서, 특정 산업에 필요한 유능한 인력을 투입하여 전체적인 국가산업의 육성·발전에 기여하는데 그 목적이 있고, 산업기능요원은 병역의무의 대체복무형태로서, 병역법 제39조 제4항은 산업기능요원에 대하여 의무종사기간 중 성실히 종사하겠다는 서약서를 제출하도록 하고 있고, 편입 당시 지정업체의 해당분야에만 종사하여야 하며 다른 업무를 겸직하거나 장소적으로 이동하는 것을 금지하고 있는 점 등에 비추어 보면, 병역특례 지정업체에 산업기능요원으로 편입된 자가 병역법에서 요구하는 편입자격을 갖추고 있다고 하더라도, 편입 당시 지정업체의 해당분야에 정상적으로 근무할 능력이나 의사가 없음에도 불구하고 해당 지정업체에 편입하여 마치 정상적으로 근무할 것처럼 편입신청서, 서약서를 작성·제출하는 행위는 허위의 편입신청서, 서약서를 통하여 병무청으로부터 편입승인처분을 받아 결과적으로 사실상 병역의무를 면탈하는 것이라 아니할 수 없으므로, 위와 같은 행위는 위 규정에서 말하는 '사위행위'에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 지정업체의 해당분야에 정상적으로 근무할 능력이나 의사가 없음에도 마치 그러한 것처럼 허위의 편입신청서 등을 작성·제출하는 행위만으로는 '사위행위'에 해당할 수 없다거나(이러한 편입신청서가 관례에 따라 작성된 것으로서 허위가 아니라는 주장도 포함한다), 산업기능요원로서의 편입에 병역의무의 기피나 감면 목적을 인정할 수 없

다는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유는 받아들일 수 없다.

- 2) 또한 병역법 제86조의 '사위행위'로 인한 병역법위반죄는 '병역의무자'라는 신분을 구성요건으로 하는 신분범이라 할 것이나, 형법 제33조에 의하여 병역의무자가 아닌 자라도 그러한 신분있는 자의 범행에 관하여 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합이 이루어진 경우에는 공동정범으로서 위 병역법위반죄로 처벌할 수 있다고 할 것이다.

이에 반하는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유도 받아들일 수 없다.

- 3) 그러나 이 부분 공소사실 중 피고인 2가 편입승인을 받은 이후 부분 즉, 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 피고인 2는 회사에 정상적으로 출근하지도 않고 프로그램개발 업무에 종사하지도 않는 등 산업기능요원으로 근무하지 않고, 피고인 1은 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할 지방병무청장에게 통보하지 않음으로써 사위행위를 하였다는 부분에 대하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 병역특례 지정업체에 편입되더라도 정상적으로 근무할 의사 없이 허위 내용의 편입신청서를 작성·제출하는 행위는 병무청으로부터 편입승인처분을 받게 됨으로써 결과적으로 사실상 병역의무를 면탈하게 되는 것이므로 편입승인처분을 받은 이후인 이 부분 공소사실 적시 행위들은 위와 같이 허위 내용의 편입신청서를 제출하여 편입승인을 받게 된 이후의 행위들로서, 이미 피고인 2가 편입승인을 받아 병역의무를 면탈하게 되어 범행이 종료된 이상 사위행위의 구성요소로 포함된다고 볼 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당하는바, 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실을 사위행위에 포함되는 것으로 보아 함께 유죄로 판단한 잘못이 있고, 이를 지적하는 피고인 1, 피고인 2의 항소이유는 이유 있다.

(나) 피고인 1, 피고인 2의 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 사실상의 고용주로서 공소외 1, 공소외 5로부터 위 회사의 주요 업무를 보고받고, 이를 결정하여 오다가 공소외 1에게 자신의 아들 피고인 2를 산업기능요원으로 편입시키라고 지시한 사실, 이에 따라 공소외 1은 원심판시와 같이 근무부서를 "기술부", 그 담당업무를 "프로그램개발"로 지정한 편입신청서 및 피고인 2가 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사할 것이라는 취지의 서약서를 작성한 다음 이를 서울지방병무청에 제출하여 편입승인을 받은 사실, 그러나 피고인 2는 일본 와세다대학교 법학과를 졸업하여 아무런 프로그램개발능력이 없었을 뿐만 아니라 피고인 3 주식회사는 프로그램을 개발하는 업무 분야가 없었던 사실, 피고인 2는 위와 같이 산업기능요원으로 편입된 이후 출근을 제대로 하지 않았고, 출근한 날도 바로 퇴근하기 일수였으며, 사실상 피고인 3 주식회사 내에서 아무런 통제를 받지 않았던 사실, 피고인 1은 이러한 피고인 2의 행위를 묵인하다가 2004. 12. 3.경부터는 피고인 2를 자신이 설립한 공소외 학교법인 이사장으로 선임하여 활동하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 나타난 피고인 2의 산업기능요원 편입 경위, 편입 당시의 피고인 3 주식회사의 운영 상황, 피고인 2의 편입이후의 근무태도 및 근무상황, 피고인 1과 피고인 2의 신분관계 등을 종합해 보면 피고인 1, 피고인 2는 공모하여 사실은 피고인 2가 병역특례 지정업체에 산업기능요원으로 편입되더라도 해당 지정업체에서 정상적으로 근무할 의사가 없음에도 불구하고 정상적으로 근무할 것처럼 허위 내용의 편입신청서 및 서약서를 작성·제출한 후 편입승인을 받았음을 넉넉히 인정할 수 있고, 이에 반하는 피고인 1, 피고인 2의 사실오인 주장은 받아들일 수 없다.

나. 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반, 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 대한 판단

(1) 직권판단

피고인들 및 검사의 항소이유에 관하여 살펴 보기에 앞서 직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 이 부분 공소사실의 모두사실을 " 피고인 1은"에서 " 피고인 1은 2004. 2. 19.부터 피고인 3 주식회사의 형식상 대표이사를 맡았던 공소외 1과 공모하여"로 변경하고, 적용법조에 " 형법 제30조"를 추가하는 내용의 공소장 변경 신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 피고인들 및 검사의 항소이유 주장은 여전히 당원의 판단 대상이 되고 있으므로, 이에 대하여 판단하기로 한다.

(2) 피고인들의 주장에 관한 판단

(가) 피고인들의 법리오해 주장에 대한 판단

병역법 제84조 제2항, 제92조 제1항은 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄와 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄의 범행 주체를 '고용주'라고 규정하고 있고, 병역법 제2조 제1항 제5호는, '고용주'를 '병역의무자를 고용하는 근로기준법의 적용을 받는 공·사기업체나 공·사단체의 장을 말한다'고 규정하고 있는바, 병역특례요원 관리업무의 적정성을 보호법익으로 하는 위 각 처벌규정의 입법 취지 및 공기업체, 공단체의 경우와 달리 사기업체, 사단체의 경우 대표이사 등으로 등재되어 있지는 않지만 사기업체, 사단체를 실제 경영하는 자가 다수 있는 실정이고, 이러한 자에 의하여 이루어지는 산업기능요원의 신상이동통보불이행 등을 실효성 있게 규제할 필요성이 있는 점 등을 고려하면, 형식상으로는 대표이사직에 있지 않더라도 실질적으로는 사주로서 회사를 사실상 경영하여 온 자는 병역법 소정의 '고용주'에 해당한다고 봄이 상당하다(설령 병역법상의 '고용주'를 일반적으로 사기업체를 대외적으로 대표할 수 있는 대표이사만을 의미하는 것으로 본다 하더라도 앞서 본 바와 같이 당심에서 피고인 1이 피고인 3 주식회사의 대표이사인 공소외 1과 공모하여 종사의무나 신상이동통보의무를 불이행 한 것으로 공소장이 변경되었고, 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1과 위 공소외 1의 공모관계가 인정되므로, 피고인 1에게 위 각 처벌조항으로 인한 병역법위반죄의 죄책을 물을 수 있다는 결론에 있어서는 동일하다)

(나) 피고인들의 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 1992. 7.경 바코드 판독기 개발·판매 업체인 피고인 3 주식회사를 자신의 자금으로 지급하고 인수한 후 위 회사를 실질적으로 경영하면서, 2000. 8. 10.부터 2004. 2. 19.에는 자신을 대표이사로, 그 이후로는 공소외 1을 대표이사로 각 등재해 놓은 사실, 피고인 1은 2000.경부터 위 회사의 바코드의 신규 판매 실적이 없고, 기존에 판매된 바코드 판독기의 유지·보수 업무만으로 회사가 운영되자 2001.경 자신이 설립한 다른 회사인 주식회사 공소외 8 주식회사(대표이사는 피고인 1의 직원으로서 피고인 3 주식회사의 형식상 대표이사를 역임한바 있는 공소외 5이다)의 사무실로 피고인 3 주식회사의 사무실을 옮겨 두 회사를 함께 운영한 사실, 피고인 1은 피고인 3 주식회사의 업무를 담당하는 유일한 직원인 공소외 1 혼자서도 피고인 3 주식회사를 운영하는데 아무런 지장이 없을 정도로 사실상 피고인 3 주식회사의 활동이 축소되자 위 공소외 8 주식회사의 직원인 공소외 2로 하여금 피고인 3 주식회사의 회계업무를 담당하게 하였고, 자신은 1주일에 두 번 정도 공소

외 8 주식회사의 사무실에 나와 공소외 5, 공소외 1로부터 피고인 3 주식회사의 주요 업무에 대한 보고를 받고, 이를 결정하는 정도의 업무만을 처리한 사실, 그런데 피고인 3 주식회사는 위와 같이 새로운 사업 추진이나 자금의 집행 없이 공소외 1에 의해 단독으로 운영되고 있었기 때문에, 피고인 1이 공소외 5나 공소외 1로부터 보고받고 결정하는 주요 업무는 새로운 산업기능요원의 편입 여부 정도였고, 다른 업무는 사실상 전무했던 사실(다만, 공소외 7에 대한 편입과 관련해서는 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1이 먼저 이를 보고받고 허가결정을 하였다고 인정할 만한 증거가 부족하다), 피고인 3 주식회사의 전·현직 대표이사인 피고인 1이나 공소외 1은 피고인 1의 친구인 공소외 3의 아들 공소외 4, 위 공소외 5의 아들 공소외 6, 공소외 7의 담당업무를 "프로그램개발"로 지정하여 피고인 3 주식회사로 편입신청을 하거나 전직을 신청하였는데, 공소외 4는 연세대학교 화학공학과, 공소외 6은 연세대학교 이학계열, 공소외 7은 경원대학교 자동차과에 재학중인 대학생들로서 아무런 프로그램개발능력이 없었고, 이들이 편입할 당시 피고인 3 주식회사는 공소외 1 개인에 의하여 기존에 판매한 판독기의 유지·보수업무만을 수입원으로 하여 운영되고 있었을 뿐 프로그램을 개발하는 업무 자체가 존재하지 않았던 사실, 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7은 위와 같이 산업기능요원으로 편입되거나 전직된 이후 출근을 제대로 하지 않았고, 출근한 날도 바로 퇴근해 버리거나 자신의 공부를 하는 등 피고인 3 주식회사의 업무를 수행하지 아니한 사실, 피고인 1은 편입되거나 전입된 산업기능요원들이 제대로 근무하지 않고 있는 것을 알면서도 이를 방치하였고, 위와 같이 자신의 아들이나 친구의 아들 및 직원의 아들들이 산업기능요원으로 편입된 피고인 3 주식회사의 적자가 몇 년째 누적되고 있는 상황에서 공소외 8 주식회사의 직원 공소외 2나 자신의 아들 박무철을 피고인 3 주식회사의 정식 직원으로 허위 등록하여 병역특례업체지위를 유지시킨 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 피고인 1이 공소외 1과 공모하여 공소외 4, 공소외 6, 공소외 7에 대한 지정분야 종사의무나 신상이동통보의무를 불이행하였음을 넉넉히 인정할 수 있고, 이에 반하는 피고인들의 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 검사의 주장에 관한 판단

(가) 공소외 7 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반의 점에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 공소외 1과 공모하여, 2005. 5. 초순경 피고인 3 주식회사 사무실에서, 사실은 공소외 5의 아들이자 산업기능요원 대상자인 공소외 7(보충역 대상자)이 회사에 취업한 후 뚜렷한 보직 없이 영어 공부를 하는 등 소일하였을 뿐만 아니라 위 회사 내부에 소프트웨어 내지는 프로그램 개발부도 전혀 설치되어 있지 않았음에도 불구하고, 위 공소외 7 명의의 산업기능요원편입신청서 공통기재사항 중 지정업체(재직)사항의 근무부서 란에 "기술부", 담당업무 란에 "프로그램개발"이라고 기재해 주어 마치 위 공소외 7이 위 신청서 작성일 현재 위 회사 기술부에서 프로그램 개발업무를 담당하고 있고 향후에도 같은 업무에 종사시킬 것처럼 허위 내용을 확인하여 준 다음 같은 해 5. 16.경 그 편입신청서를 서울지방병무청에 제출하고 같은 달 18.경 편입승인을 받아, 고용주가 편입에 관련하고 부정한 행위를 하였다는 것이고, 피고인 3 주식회사는, 위 일시 장소에서 피고인의 고용주인 피고인 1이 위와 같은 위반 행위를 하였다는 것이다.

2) 원심의 판단

원심은, 피고인 1이 이 부분에 관하여 사후에 알게 되었을 뿐 처음부터 편입행위에 관여한 적은 없다고 일관되게 부인하고 있고, 공소외 1이나 공소외 5도 검찰에서 공소외 7 편입 부분에 관하여는 피고인 1에게 사전에 보고하지 않았다면서 피고인 1의 주장에 부합하는 취지의 진술을 하고 있을 뿐이어서 검찰 제출의 증거만으로는 공소사실을 인정하기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 형사소송법 제325조 후단에 의해 무죄를 선고하였다.

3) 당원의 판단

피고인 1은 앞서 본 바와 같이 피고인 3 주식회사의 산업기능요원 편입을 보고받아 결정하여 왔는바, 공소외 7에 대한 편입관련 부정행위도 피고인 1이 결정하였거나 공모한 것은 아닌지 의심이 들기는 한다.

그러나 형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증이 형성될 수 없다면 피고인이 유죄라는 의심이 가더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것인바, 이 사건 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 공소외 1, 공소외 2, 공소외 5의 수사기관에서의 각 진술이 있으나, 공소외 2는 피고인 1이 공소외 1이나 공소외 5로부터 업무에 관한 보고를 받는데, 공소외 1 등이 어떤 내용의 보고를 하는지는 잘 모른다고 진술하고 있고, 실제 편입업무를 담당한 공소외 1이나 공소외 5는 다른 산업기능요원 편입에 대해서는 피고인 1에게 보고를 거쳐 허락을 받았거나 지시를 받았다는 취지로 진술하고 있으나 공소외 7 만큼은 피고인 1의 허락 없이 편입시켰다고 진술하며, 피고인 1이 공소외 7이 편입된 것을 뒤늦게 알게 된 후 아들 두 명을 모두 산업기능요원으로 편입시킨 공소외 5를 강하게 질책했다고 진술하고 있는바, 이러한 진술만으로는 피고인 1이 공소외 7의 산업기능요원 편입을 결정하였다거나 공모하였다는 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 마땅한 증거가 없다.

그렇다면, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하는 바, 같은 취지로 판단한 원심은 정당하고, 거기에 항소이유로 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 피고인 2에 대한 편입관련 부정행위로 인한 병역법위반, 종사의무위반으로 인한 병역법위반, 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 공소외 1과 공모하여, 피고인 2 명의의 산업기능요원편입신청서에 허위 내용을 확인하여 준 다음 그 편입신청서를 제출하고 편입승인을 받아 고용주가 편입에 관련하여 부정한 행위를 하였고, 2004. 7. 9.경부터 복무 만료일인 2006. 9. 8.경까지 위 피고인 2로 하여금 회사에 출근하지 않거나 영어공부를 하게 하였을 뿐만 아니라 2004. 12. 3.경부터는 공소외 학교법인 이사장으로 활동하게 함으로써 위 피고인 2를 당해 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하고, 편입당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 사실을 관할지방병무청장에게 통보하지 아니하였다는 것이고, 피고인 3 주식회사는, 위 일시 장소에서 피고인의 고용주인 피고인 1이 위와 같은 위반 행위를 하였다는 것이다.

2) 원심의 판단

원심은, 병역법 제86조의 사위행위는 '도망, 잠적하는 행위나 신체를 손상하는 행위처럼 그 자체로서 병역의무의 이행을 면탈하거나 병역의무를 감면받을 신체적 상태를 야기하는 것은 아니지만, 병역의무를 감면받을 조건에 해당하지 않거나 그러한 신체적 상태가 아님에도 병무행정당국을 기망하여 병역의무를 감면받으려는 행위 일반으로서 병무행정의 적정성을 침해할 만한 직접적인 위험을 야기하는 일련의 행위'를 뜻한다고 보아야 하고, 따라서 이 사건에 있어 '병역특례지정업체의 고용주가 대상자와 공모하여 산업기능 요원으로 복무하지 아니할 대상자를 마치 산업기능요원으로 종사시킬 것처럼 허위 내용을 확인한 편입신청서를 병무행정당국에 제출하여 편입승인을 받고도 그 대상자를 당해 지정업체의 해당 분야에 종사시키지 아니하면서 대상자의 신상이동에 관하여 허위 통보를 하거나 신상이동통보를 하지 아니하여 대상자를 산업기능요원으로 복무시키지 아니함으로써 대상자의 병역의무를 면탈하는 일련의 행위 전체'가 사위행위에 해당하므로, 피고인 1을 피고인 2에 대한 병역법 제86조의 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄로 처벌하는 이 사건에 있어서는 위 피고인 2에 대한 산업기능요원 부정편입으로 인한 병역법위반의 죄, 지정업체해당분야미종사로 인한 병역법위반의 죄 및 신상이동통보불이행으로 병역법위반의 죄는 모두 위 사위행위로 인한 병역법위반의 죄에 흡수되어 위 사위행위로 인한 병역법위반죄의 1죄만이 성립할 뿐, 나머지 각 죄는 성립하지 않는다고 판단하여 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하였다.

3) 당원의 판단

우선 전문연구요원의 허위 편입으로 인한 병역기피 목적 사위행위는 편입승인을 받음으로써 종결되고 그 이후의 행위는 사위행위의 구성요소에 포함되지 않음은 앞서 본 바와 같다.

나아가 병역기피 목적 사위행위로 인한 병역법위반죄와 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄 및 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄에 대하여 보건대, 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이거나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 하는바(대법원 2001. 3. 27. 선고 2000도5318 판결 참조), 병역법상 병역기피 목적 사위행위와 종사의무위반행위, 신상이동통보불이행행위는 그 구성요건에서 예정하고 있는 주체가, 전자는 병역의무자 본인, 후자는 병역특례 지정업체의 고용주로서 서로 상이하고, 구성요건의 내용상 전자가 후자를 포함한다고 할 수도 없으며, 그 보호법익 또한 전자의 경우 병역의무자의 의무이행의 적정성이고 후자의 경우 병역특례요원 관리업무의 적정성으로서 서로 다르다 할 것이므로, 병역법상 병역기피 목적 사위행위에 병역법상 종사의무위반행위 및 신상이동통보불이행행위가 흡수된다고 보기는 어렵고, 별개의 범죄로서 실체적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.

또한 이 사건에 있어 병역기피 목적 사위행위와 산업기능요원 부정편입행위는 외관상 1개의 행위이지만, 구성요건의 내용상 주체가 상이하고, 보호법익이 서로 다르다 할 것이므로, 별개의 범죄로서 상상적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

3. 결론

피고인 1, 피고인 2 및 검사의 일부 법리오해 주장은 이유 있고, 원심판결에는 직권파기 사유가 있으므로 검사의 양형부당 주장에 관하여 나아가 살펴 볼 필요 없이 형사소송법 제364조 제2, 6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.