

특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)(일부 인정된 죄명: 수뢰  
후부정처사) · 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세) · 특정경제법  
죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) · 특정범죄가중처벌등에관한법률위  
반(국고등손실) · 대통령기록물관리에관한법률위반 · 직권남용권리행사  
방해 · 정치자금법위반



[대법원 2020. 10. 29. 2020도3972]

【판시사항】

- [1] 국민의 사생활 영역에 관계된 증거의 제출이 허용되는지 판단하는 방법
- [2] 공소장일본주의에 위배되는지 판단하는 기준
- [3] 재직 중인 대통령에 대한 공소권행사의 헌법상 장애사유를 규정한 헌법 제84조가 공소시효의 정지에 관한 규정인 지 여부(적극)
- [4] 법인세법상 채권의 익금산입 여부 및 익금산입 시기
- [5] 직권남용권리행사방해에서 말하는 '직권남용'의 의미 및 어떠한 직무가 공무원의 일반적 직무권한에 속하는 사항이라고 인정하기 위한 요건 / 공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 직무집행을 보조하게 한 행위가 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당하는지 판단하는 기준
- [6] 횡령으로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(국고등손실)죄가 회계관계직원이라는 지위에 따라 형법상 횡령죄 또는 업무상횡령죄에 대한 가중처벌을 규정한 것으로서 신분관계로 인한 형의 경중이 있는 경우인지 여부(적극)
- [7] 횡령 범행으로 취득한 돈을 공범자끼리 수수한 행위가 공동정범들 사이의 범행에 의하여 취득한 돈을 공모에 따라 내부적으로 분배한 것에 지나지 않는 경우, 별도로 그 돈의 수수행위에 관하여 뇌물죄가 성립하는지 여부(소극) 및 그와 같이 수수한 돈의 성격을 뇌물로 볼 것인지 횡령금의 분배로 볼 것인지 판단하는 기준

【참조조문】

- [1] 헌법 제10조, 형사소송법 제307조, 제308조의2
- [2] 형사소송법 제254조 제1항, 제3항, 형사소송규칙 제118조 제2항
- [3] 헌법 제84조
- [4] 조세범 처벌법 제3조, 법인세법 제40조 제1항
- [5] 형법 제123조
- [6] 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조, 형법 제355조 제1항, 제356조
- [7] 형법 제30조, 제129조 제1항, 제355조 제1항

【참조판례】

- [1] 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결(공2010하, 1942), 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결(공2014상, 127) /
- [2] 대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결(공2009하, 1921), 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결 /
- [3] 헌법재판소 1995. 1. 20. 선고 94헌마246 전원재판부 결정(헌공9, 43), 헌법재판소 1998. 6. 25. 선고 95헌마100 전원재판부 결정(헌공28, 539) /
- [4] 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두3328 판결(공2005상, 979), 대법원 2005. 5. 26. 선고 2003두797 판결(공2005하, 1062), 대법원 2019. 9. 9. 선고 2017두47564 판결 /
- [5] 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결(공2011상, 602), 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도14303 전원합의체 판결(공2019하, 1936), 대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도5186 판결(공2020상, 644) /
- [7] 대법원 2019. 11. 28. 선고 2019도11766 판결(공2020상, 217)

【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인 및 검사

【변 호 인】 변호사 최동식 외 2인

【원심판결】 서울고법 2020. 2. 19. 선고 2018노2844 판결

【주문】

】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

】상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 피고인의 상고이유보충서 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 공통되는 증거능력 및 소송조건에 대한 피고인의 상고이유에 관하여  
가. 위법수집증거

- 1) 공소외 1 외장하드 등

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 수사기관이 압수수색영장을 집행한 2018. 1. 11. 전자파일 형태로 복사해 주는 방식으로 적법하게 압수된 정보의 상세목록을 공소외 1에게 교부하였고 압수수색 절차 종료 이후 압수된 정보를 검찰청에서 분석·출력하는 과정에서는 공소외 1의 참여권이 문제 될 수 없으며, 피고인이 영장 기재 범죄사실과 관련성이 없다고 주장하는 증거들도 그와 객관적 관련성을 인정할 수 있으므로 위 압수는 위법하지 않고, 이와 같이 적법하게 압수된 증거를 다시 압수하는 과정에서도 피고인이 주장하는 참여권 관련 절차 위반이 발생하지 않았다고 보아, 공소외 1 외장하드 등에서 압수된 정보와 그에 기초한 증거에 증거능력이 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 위법수집 증거 배제법칙에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주

의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

## 2) 공소외 2 USB 및 PC

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 2는 2018. 2. 5. USB 및 PC에 담긴 전자정보 전체를 범위를 한정하지 않고 임의제출하였고, 위 전자정보는 2018. 1. 12. 압수수색영장에 의해 이미 압수된 것으로 위 압수수색영장에 의한 압수를 할 시점에 압수물 상세목록이 교부되었으므로, 임의제출 시 별도로 상세목록을 교부하지 않았다는 점은 증거의 위법수집 여부에 영향을 미치거나 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않으며, 공소외 2의 USB에 담긴 전자정보를 청와대 총무비서관실에서 생산·접수하였다고 볼 증거가 없으므로 위 전자정보를 대통령 기록물이라고도 볼 수 없다고 인정하여, 공소외 2 USB 및 PC에 담긴 전자정보와 그에 기초한 증거에 증거능력이 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 위법수집 증거 배제법칙에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

## 3) 공소외 3 외장하드

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 3은 2018. 3. 12. 범위를 한정하지 않은 채 외장하드에 담긴 전자정보 전체를 임의제출하였고, 그 과정에서 압수물 목록 교부에 관한 절차 규정의 일부 위반이 있다 하더라도 공소외 3이 외장하드에 있는 전자정보 전체를 임의제출하였을 뿐만 아니라 위 절차 조항 위배는 피고인의 법익 침해와 관련성이 적고 공소외 3이 참여권도 포기한 사실 등 판시와 같은 여러 사정에 비추어 적법절차의 실질적인 내용을 침해하였다고 볼 수 없다고 인정하여, 공소외 3 외장하드에 담긴 전자정보와 그에 기초한 증거에 증거능력이 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 위법수집 증거 배제법칙에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

## 4) ○○빌딩 압수물

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 2018. 1. 25. 압수수색 당시 압수된 물건들은 영장 기재 범죄사실과 주관적·객관적 관련성이 인정되므로 위 압수는 위법하지 않고 그 후 별개의 압수수색영장에 의한 압수수색도 적법하다고 보아, 위와 같이 압수된 물건들과 그에 기초한 증거에 증거능력이 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 위법수집 증거 배제법칙에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

## 5) 절취 후 제공한 압수물

국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하고 이는 형사절차에서도 당연히 구현되어야 하지만, 국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없으므로 법원으로서의 효과적인 형사소추 및 형사소송에서 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결 참조).

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 4, 공소외 5가 제공한 압수물인 주식회사 공소외 6(이하 '공소외 6 회사'라고 한다) 자료는, 공소외 4, 공소외 5가 폐기 지시를 받아 보관 중이던 것이므로 이미 공소외 6 회사가 위 자료의 소유

권을 포기한 상태였거나 이로 인하여 침해되는 법익이 그렇게 크다고 볼 수 없고, 모두 공소외 6 회사의 내부 자료로 영업비밀로 보이지 않아 개인 사생활의 비밀과 같이 공개됨으로써 침해되는 법익이 크다고 볼 수 없으며, 그 외 형사소추에 필요한 증거로서 가지는 중요성 및 위법성 조각가능성 등 판시와 같은 여러 사정에 비추어 증거능력이 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 위법수집 증거 배제법칙에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

#### 나. 압수물의 동일성·무결성

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 1 외장하드 등, 공소외 2 USB 및 PC, 공소외 3 외장하드의 각 출력물은 동일성·무결성을 인정할 수 있고, 공소외 4, 공소외 5가 제공한 압수물인 공소외 6 회사 자료는 압수된 정보저장매체 또는 그 출력물이 아닌 문서에 불과하여 동일성·무결성을 확인하여야 할 증거라고 보기 어렵다거나 증거동의를 하고 증거조사까지 마친 이후에는 관련 주장을 제기하여 증거능력을 부정할 수 없다고 보아, 각 증거능력이 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 동일성·무결성에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

다.

#### 증거동의 취소 또는 철회

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 공소외 2, 공소외 1 진술의 임의성과 신빙성을 부정하였다고 하여 이를 근거로 공소외 2, 공소외 1의 진술을 기재한 조서에 대한 증거동의를 취소 또는 철회하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 증거동의 취소 또는 철회 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

한편 피고인은 공소외 1 외장하드 등, 공소외 2 USB 및 PC, 공소외 3 외장하드, ○○빌딩 압수물 등과 관련된 증거물에 대해서도 증거동의를 취소 또는 철회하였다고 주장하나, 이러한 주장은 항소이유서 제출기간 내에 구체적으로 주장하여 항소이유로 삼거나 원심이 직권으로 심판대상으로 삼은 바가 없는 것을 상고이유에서 주장하는 것으로 적법한 상고이유라 할 수 없고, 관련 법리에 비추어 살펴보더라도 원심의 판단에 그와 같은 위법이 없다.

#### 라. 공소외 1, 공소외 2 진술의 임의성

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 1, 공소외 2 진술의 임의성을 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 진술의 임의성에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

#### 마. 공소장일본주의 위반

공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 이외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을

생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결).

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 대통령기록물 관리에 관한 법률(이하 '대통령기록물법'이라고 한다) 위반 공소사실을 제외한 나머지 공소사실에 대해서는 이미 서증조사가 완료되어 법원의 심증이 형성되었고, 검사로서는 피고인의 범의나 공모관계, 범행의 동기나 경위 등을 명확히 하기 위하여 구체적인 사정을 적시할 필요가 있었으며, 기초사실에 구성요건 사실을 기재하는 것이 금지되는 것은 아니고, 검사는 구성요건과 관련된 문서의 내용을 구체적으로 적시하기 위하여 문서의 제목과 일부 내용을 공소장에 기재한 것이라고 인정하여, 이 부분 공소장 기재에 일부 부적절한 점이 있으나 법원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있을 정도에 이르렀다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 공소장일본주의에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

#### 바. 공소시효 정지

헌법 제84조는 "대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를 받지 아니한다.

"라고 규정하여, 재직 중인 대통령에 대한 공소권행사의 헌법상 장애사유를 규정하고 있다.

위 규정은 비록 대통령으로 재직하는 기간 동안 내란 또는 외환의 죄를 제외한 범죄에 대하여 공소시효가 정지된다고 명시하여 규정하지는 않았으나 공소시효의 진행에 대한 소극적 요건을 규정한 것이므로, 공소시효의 정지에 관한 규정이라고 보아야 한다(헌법재판소 1995. 1. 20. 선고 94헌마246 전원재판부 결정, 헌법재판소 1998. 6. 25. 선고 95헌마100 전원재판부 결정 참조).

이 사건에서 각 범죄의 공소시효가 피고인이 대통령으로 취임한 2008. 2. 25.경 정지되었다가 피고인의 퇴임일인 2013. 2. 24.경부터 다시 진행된다고 본 원심의 판단은 위 법리를 따른 것으로 정당하다.

이러한 원심의 판단에 상고이유와 같이 공소시효 정지에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

#### 사. 피의사실 공표

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인의 피의사실이 공표되었다거나 검사 등이 범한 피의사실공표죄의 대상이 되는 피의사실에 대하여 이 사건 공소가 제기되었다고 볼 수 없고, 설령 그러한 사실이 인정된다고 하더라도 그러한 사정만을 기초로 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하는 것은 아니라고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 피의사실 공표에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

### 2. 공소외 6 회사 횡령에 대한 상고이유에 관하여

#### 가. 공소외 6 회사의 실소유자에 대한 피고인의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 공소외 6 회사의 설립 과정에 적극적으로 관여하였고, 공소외 6 회사의 유상증자 자금 출처인 △△동 토지의 실소유자도 피고인이었으며, 피고인과 그 아들인 공소외 7이 공소외 6 회사의 주요 경영권을 행사하고 피고인의 아들 공소외 7에게로 경영권 승계 작업이 이루어졌고, 그 외 공소외 6 회사 주식의 처분·수익권자, 공소외 6 회사 자금의 사용 내역 등 판시와 같은 여러 사정에 비추어 피고인이 공소외 6 회사의 실소유자라고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 증명 정도, 진술의 신빙성에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

#### 나. 공소외 6 회사 비자금 조성 횡령

##### 1) 피고인의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인의 지시에 따라 공소외 8, 공소외 9가 공소외 6 회사 자금으로 비자금을 조성하여 공소외 10에게 전달하였고 이와 같이 전달된 비자금이 자금세탁되어 피고인을 위해 사용되었다고 보아, 피고인이 공소외 8, 공소외 9 등과 공모하여 공소외 6 회사 자금 24,188,926,949원을 횡령하였다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 공범의 성립, 진술증거의 증거능력과 증명력, 횡령죄의 성립에 대한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

##### 2) 검사의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 추가로 9,718,648,938원의 비자금을 조성하여 횡령하였다는 사실에 대한 증거가 부족하다고 보아, 이 부분 공소사실 중 위 금액에 해당하는 부분을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 증명 정도에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

다.

허위급여 지급 횡령, 승용차 구입 횡령, 법인카드 사용 횡령에 대한 피고인의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인의 지시에 따라 공소외 8 등이, 공소외 6 회사 자금에서 피고인의 선거운동원 등으로 활동한 공소외 11 등 7명에게 합계 434,227,847원을 허위급여로 지급하고, 공소외 6 회사 자금으로 승용차의 대금 53,950,000원을 지급한 후 피고인 명의로 위 승용차를 등록하여 피고인에게 인도하였으며, 공소외 6 회사 법인카드를 피고인에게 전달하여 피고인 등이 571,510,604원을 사용하고 그 대금을 공소외 6 회사 자금으로 납부하게 하였다고 보아, 피고인이 공소외 8 등과 공모하여 위 각 공소외 6 회사 자금을 횡령하였다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 진술증거의 증명력, 횡령죄의 성립, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 적용에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

라. 죄수에 대한 피고인의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 위 각 횡령 범행의 피해자는 공소외 6 회사로 동일하고 그 피해법익은 공소외 6 회사의 재산권으로 단일하며, 공소외 8이 피고인의 개괄적인 지시에 맞추어 구체적·개별적으로 공소외 6 회사 자금을 횡령하는 범행을 한 것으로 각 횡령 범행방식이 동일하고, 범의의 단일성 및 계속성도 인정할 수 있다고 보아, 위 각 횡령 범행이 모두 포괄일죄에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 포괄일죄에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

### 3. 공소외 6 회사 법인세 포탈에 대한 검사의 상고이유에 관하여

익금의 확정이란 과세대상 소득이 실현될 가능성이 상당히 높은 정도로 성숙되었음을 의미하는 것으로서(대법원 2005.

5. 26. 선고 2003두797 판결 참조), 법인세법상 어떠한 채권이 발생하였을 경우 이를 익금에 산입할 것인지 여부를 판단함에 있어 그 채권의 행사에 법률상 제한이 없다면 일단 권리가 확정된 것으로서 당해 사업연도의 익금으로 산입되는 것으로 보아야 한다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두3328 판결 참조).

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 6 회사가 손해 및 가해자를 알았는지 여부와 무관하게 공소외 12의 공소외 6 회사 자금 횡령 범행이 있던 2002년부터 2007년까지 그 횡령 범행이 속한 각 사업연도마다 손해배상채권을 취득하였으므로 공소외 12의 횡령금액 상당액은 위 각 사업연도마다 공소외 6 회사의 과세소득에 포함되었다고 인정하여 공소외 6 회사가 2008년에 회수한 위 횡령금액 약 120억 원을 2008사업연도의 익금으로 산입하지 않았다고 하더라도 법인세 포탈이 되지 아니한다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

그리고 원심은 이러한 판단을 전제로 그와 포괄일죄 관계에 있는 외환차손 과다 계상을 통한 법인세 포탈로 인한 조세범 처벌법 위반 공소사실에 대하여는 국세청장 등의 고발이 없었다고 보아, 공소를 기각하였다.

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 법인세법상 권리의무확정주의에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

### 4. 직권남용에 대한 검사의 상고이유에 관하여

‘직권남용’이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 권한을 위법·부당하게 행사하는 것을 뜻하고, 공무원이 일반적 직무권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 지위를 이용한 불법행위와는 구별된다.

어떠한 직무가 공무원의 일반적 직무권한에 속하는 사항이라고 하기 위해서는 그에 관한 법령상 근거가 필요하다.

법령상 근거는 반드시 명문의 규정만을 요구하는 것이 아니라 명문의 규정이 없더라도 법령과 제도를 종합적, 실질적으로 살펴보면 그것이 해당 공무원의 직무권한에 속한다고 해석되고, 이것이 남용된 경우 상대방으로 하여금 사실상 의무 없는 일을 하게 하거나 권리를 방해하기에 충분한 것이라고 인정되는 경우에는 직권남용죄에서 말하는 일반적 직무권한에 포함된다(대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도14303 전원합의체 판결 참조). 한편 공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’에 해당한다고 할 수 없으나, 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차에 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’에 해당한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결 참조).

원심은, 피고인의 공소외 6 회사 미국소송 지원 및 공소외 10 재산 상속 관련 지시는 사적 업무에 대한 지시에 불과하고, 피고인이 국정현안 관리 업무에 대한 일반적 직무권한을 행사하는 모습을 보였다는 정황도 없는 등 판시와 같은 여러 사정에 비추어 이러한 지시는 대통령의 일반적 직무권한에 속하지 않고, 나아가 피고인이 공소외 2 등에게 의무 없는 일을 하게 하였다고 인정하기도 어렵다고 보아, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 직권남용권리행사방해죄의 일반적 직무권한, 의무 없는 일을 하게 한 때에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

#### 5. □□그룹 뇌물에 대한 상고이유에 관하여

##### 가. 사전수뢰에 대한 검사의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 2007. 10.경 청탁을 받았다는 증거가 부족하고, 피고인이 공무원이 된 후에 받은 청탁 등이 공무원이 되기 전으로 소급하여 사전수뢰죄가 성립하지는 않는다고 보아, 이 부분 주위적, 제1예비적 각 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 사전수뢰죄의 청탁의 개념, 수수자의 사후인식과 용인 의사에 따른 뇌물수수 성립에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

##### 나. 단순수뢰

#### 1) 피고인의 상고이유

가) 공소외 13 회사에서 공소외 14 회사의 계좌로 돈을 직접 송금하는 방식(이하 '제1방식'이라고 한다) 관련 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인은 제1방식으로 공소외 14 회사의 법률용역을 이용할 기회와 권리를 뇌물로서 제공받았고, 늦어도 2008. 4.경에는 제1방식의 뇌물수수에 관한 인식과 승낙을 하였다고 보아, 피고인이 미화 합계 4,250,000달러(한화 5,077,587,500원) 상당 재산상 이익을 뇌물로 수수하였다고 판단하였다,

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 뇌물죄의 의사합치, 영득의사, 뇌물액수 산정, 성립시기에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

나) 공소외 6 회사 미국소송 사건을 수행하는 공소외 14 회사 LA 사무소에서 보낸 청구서에 기재된 금액을 공소외 13 회사 미국법인에서 지급하는 방식(이하 '제2방식'이라고 한다) 관련 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 6 회사가 제2방식으로 법률용역에 상응하는 돈을 제공받았고, 늦어도 2009. 10. 27.경에는 피고인이 공소외 6 회사의 뇌물수수에 관하여 인식과 승낙을 하는 한편 피고인과 □□그룹 측이 청탁의 대상이 되는 직무집행의 내용과 공소외 6 회사에 제공되는 금품이 직무집행에 대한 대가라는 점에 대하여 공통의 인식이나 양해가 있었다고 보아, 피고인이 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자인 공소외 6 회사로 하여금 미화 합계 3,314,936.83달러(한화 3,829,453,343원)를 수수하게 하였다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 뇌물죄의 의사합치, 부정한 청탁, 재전문진술에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.



## 2) 검사의 상고이유

### 가) 주위적 공소사실 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 제1, 2방식에 따른 돈을 직접 수수한 것은 아니라고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 뇌물수수죄에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

### 나) 제1예비적 공소사실 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 2008. 2. 28., 2008. 3. 28. 제1방식의 뇌물수수에 관한 인식과 승낙을 하였다거나 2008. 4.경 그전까지 제1방식으로 제공된 뇌물을 수수하기로 승인하였다는 점에 관한 증거가 부족하고, 제2방식으로 뇌물을 제공받은 상대방은 공소외 6 회사인데 공소외 6 회사가 뇌물을 받은 것을 사회통념상 피고인이 직접 받은 것과 같이 보기는 어렵다고 인정하여, 이 부분 공소사실 중 제1방식에 의한 미화 합계 250,000달러(한화 232,250,000원), 제2방식에 의한 미화 합계 5,280,594.56달러(한화 6,268,969,819원)에 해당하는 부분을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 직접 뇌물수수와 제3자뇌물수수의 구분과 판단 기준, 수수자의 사후인식과 용인 의사에 따른 뇌물수수 성립에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

### 다) 제2예비적 공소사실 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 6 회사가 2008. 2. 28., 2008. 3. 28. 제1방식으로 돈을 수수하였다거나 피고인이 2008. 4.경까지 공소외 6 회사가 □□그룹 측으로부터 제1방식으로 뇌물을 수수하는 것을 승인하였다는 점에 관한 증거가 부족하고, 피고인이 2009. 10. 27.경 이전에 제2방식의 뇌물수수에 관하여 인식과 승낙을 하고 사후에 그전까지 제공된 뇌물을 수수하기로 승인하였다는 증명도 부족하다고 보아, 이 부분 공소사실 중 제1방식에 의한 미화 합계 250,000달러(한화 232,250,000원), 제2방식에 의한 미화 합계 1,965,657.73달러(한화 2,439,516,475원)에 해당하는 부분을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 수수자의 사후인식과 용인 의사에 따른 뇌물수수 성립에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

## 6. 국가정보원(이하 '국정원'이라고 한다) 자금 수수로 인한 국고손실 및 뇌물수수에 대한 상고이유에 관하여

### 가. 공소외 15 국정원 자금 2억 원 1차 수수로 인한 국고손실 및 뇌물수수에 대한 검사의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 2008. 3. 하순경 내지 2008. 5.경 공소외 15로부터 국정원 자금 2억 원을 전달받았다는 증거가 부족하다고 보아, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

나. 공소외 15 국정원 자금 2억 원 2차 수수 및 공소외 16 국정원 자금 2억 원 수수로 인한 각 국고손실

1) 피고인의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 15가 2008. 4. 내지 5월경, 공소외 16이 2010. 7. 내지 8월경 각 피고인의 요청에 따라 국정원장 특별사업비를 2억 원씩 교부하였고, 공소외 16의 국고손실 인식도 인정된다고 보아, 피고인이 공소외 15 또는 공소외 16 등과 순차 공모하여 국고인 국정원 자금 합계 4억 원을 손실하였다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(국고등손실)죄의 구성요건 해석에 대한 법리를 오해하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 피고인의 방어권을 침해한 위법이 없다.

2) 검사의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 횡령으로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(국고등손실)죄는 회계관계직원이란 지위에 따라 형법상 횡령죄 또는 업무상횡령죄에 대한 가중처벌을 규정한 것으로서 신분관계로 인한 형의 경중이 있는 것이고, 피고인에게서는 회계관계직원 또는 국정원장 특별사업비의 업무상 보관자라는 신분이 없다고 보아, 피고인은 형법 제355조 제1항의 횡령죄에 정한 형으로 처벌된다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 과형에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

다.

공소외 15 국정원 자금 2억 원 2차 수수와 공소외 16 국정원 자금 2억 원 수수로 인한 뇌물수수에 대한 검사의 상고이유

횡령 범행으로 취득한 돈을 공범자끼리 수수한 행위가 공동정범들 사이의 범행에 의하여 취득한 돈을 공모에 따라 내부적으로 분배한 것에 지나지 않는다면 별도로 그 돈의 수수행위에 관하여 뇌물죄가 성립하는 것은 아니다.

그와 같이 수수한 돈의 성격을 뇌물로 볼 것인지 횡령금의 분배로 볼 것인지 여부는 돈을 공여하고 수수한 당사자들의 의사, 수수된 돈의 액수, 횡령 범행과 수수행위의 시간적 간격, 수수한 돈이 횡령한 그 돈인지 여부, 수수한 장소와 방법 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 평가하여 판단하여야 한다(대법원 2019. 11. 28. 선고 2019도11766 판결 등 참조).

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인은 자신이 적극적으로 가담하여 이루어진 횡령 범행 과정에서 공소외 15, 공소외 16 등이 취득한 돈을 공모의 내용에 따라 내부적으로 분배받은 것에 불과하므로, 피고인이 교부받은 이 부분 국정원 자금을 뇌물로 보기 어렵고 피고인에게 뇌물에 관한 고의가 있었다고 하기도 어렵다고 보아, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 뇌물죄의 성립에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

라. 공소외 16 국정원 자금 미화 10만 달러 수수로 인한 뇌물수수에 대한 피고인의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인은 2011. 9. 내지 10월경 뇌물성을 인식한 상태에서 공소외 16으로부터 국정원 자금 미화 10만 달러를 뇌물로 수수하였다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

7. 공소외 17 뇌물 및 정치자금법 위반에 대한 상고이유에 관하여

가. 공소외 18 회사 회장 선임 관련 뇌물

1) 피고인의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인은 대통령 취임 전인 2008. 1. 23. 배우자 공소외 20을 통하여 공소외 17로부터 금융기관장 선임 등에 관한 청탁과 함께 1,230만 원 상당의 의류를 수수하고 대통령 취임 후 직무관련성이 인정되는 공소외 18 회사 회장 선임 등에 관여하여 2008. 6. 27. 공소외 17을 공소외 18 회사 회장으로 선임되게 하였다고 보아, 피고인이 담당할 직무에 관한 청탁을 받고 1,230만 원 상당의 뇌물을 수수한 후 부정한 행위를 하였다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 뇌물죄의 직무관련성, 부정한 처사, 증명력에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

2) 검사의 상고이유

가) 제1심판결 별지 3 범죄일람표(이하 '이 사건 범죄일람표'라고 한다) 순번 1 내지 8 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인은 2007. 8. 20. ◇◇◇당 대통령 후보 경선에서 승리한 이후부터 2008. 2. 25. 대통령으로 취임하기 이전까지의 기간 동안 대통령이 될 자의 지위에 있었으므로 피고인이 그 이전에 이 사건 범죄일람표 순번 1 내지 4 기재와 같이 돈을 수수하였다 하더라도 대통령이 될 자의 지위에서 이를 수수한 것이라고 볼 수 없고, 피고인이 위 범죄일람표 순번 5 내지 8 기재와 같이 공소외 17로부터 청탁을 받고 돈을 수수하였다거나 피고인에게 사전수뢰의 고의가 있었다는 점에 관한 증거가 부족하다고 보아, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 사전수뢰죄의 주체, 청탁의 존재 및 인식에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

나) 이 사건 범죄일람표 순번 10 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 공소외 19와 공모하여 3억 원을 수수하였다거나 피고인이 금품 수수의 주체라는 점에 관한 증거가 부족하다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 공모공동정범과 공모관계 이탈에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

나. 정치자금법 위반에 대한 검사의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 이 사건 범죄일람표 순번 9 기재와 같이 수수한 합계 1,230만 원 상당의 양복 7벌, 코트 1벌은 정치자금에 해당하지 않고, 피고인이 공소외 19와 공모하여 위 범죄일람표 순번 10 기재와 같이 3억 원을 수수하였다거나 피고인이 금품 수수의 주체라는 점에 관한 증거가 부족하다고 보아, 위 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

이러한 전제에서 원심은 위 범죄일람표 순번 1 내지 8 기재 정치자금법 위반 공소사실에 대한 공소시효는 이 사건 공소가 제기되기 이전에 이미 완성되었다고 보아, 면소를 선고하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 정치자금의 개념과 범위, 공모공동정범과 공모관계 이탈에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

다.

공소외 18 회사 회장 연임 관련 뇌물

1) 이 사건 범죄일람표 순번 11, 13 기재 뇌물수수에 대한 피고인의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 공소외 20을 통하여 공소외 17로부터 이 사건 범죄일람표 순번 11, 13 기재와 같이 2회에 걸쳐 합계 2억 원을 뇌물로 수수하였다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 증명력에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

2) 이 사건 범죄일람표 순번 12 기재 뇌물수수에 대한 검사의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 공소외 19와 공모하여 이 사건 범죄일람표 순번 12 기재와 같이 공소외 17로부터 1억 원을 수수하였다는 증거가 부족하다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 선고하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 공모공동정범의 성립 범위에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

8. 공소외 21 뇌물 및 정치자금법 위반에 대한 상고이유에 관하여

가. 사전수뢰 후 부정처사에 대한 검사의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 2007년 가을 내지 초겨울경 공소외 22, 공소외 2를 통하여 공소외 21의 인사 청탁을 전달받았다는 점에 관한 증거가 부족하다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 선고하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 사전수뢰죄의 묵시적 청탁에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

나. 단순수뢰 후 부정처사 및 정치자금법 위반에 대한 피고인의 상고이유

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 공소외 2 등과 공모하여, 2007년 가을 내지 초겨울경 공소외 21로부터 정치자금으로 2억 원을 수수하고, 2008. 3.경부터 4월경까지 공소외 21로부터 합계 2억 원을 추가로 수수한 후 그 대가로 직무관련성이 인정되는 ◇◇◇당 비례대표 국회의원 공천과정에 개입하여 2008. 3. 24. 공소외 21을 ◇◇◇당 비례대표 국회의원 ☆번으로 추천되게 하였다고 보아, 피고인이 2억 원의 뇌물을 수수한 후 부정한 행위를 하고 법에 정하지 않은 방법으로 4억 원의 정치자금을 기부받았다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 뇌물죄의 직무관련성, 증거의 정도에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

9. 공소외 23, 공소외 24, 공소외 25 각 뇌물에 대한 검사의 상고이유에 관하여

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 23, 공소외 24, 공소외 25가 각 공소외 2에게 금원을 교부할 당시 피고인에 대한 명시적 또는 묵시적 청탁이 있었다는 증거가 부족하다고 보아, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 선고하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 묵시적 청탁에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

10. 대통령기록물법 위반에 대한 검사의 상고이유에 관하여

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 검사가 공소장에 나열하거나 인용한 내용은 공소사실 특정 및 피고인의 범행동기를 밝히기 위해 필요한 정도를 넘었을 뿐만 아니라 법관으로 하여금 피고인이 다른 범죄를 저질렀거나 그 범죄에 연루되었을 수도 있다는 예단을 생기게 하고 증거로 채택될지 여부가 불확실한 증거를 공소장에 드러내어 법관으로 하여금 증거채택 등의 절차 없이 그 내용을 지득하게 하여 법관의 실제 파악 및 피고인의 방어권 행사에 장애가 될 정도에 이르렀고, 피고인의 변호인으로부터 공소장일본주의 위배에 관한 유효한 이의제기가 있었다고 보아, 이 부분 공소를 기각하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유와 같이 공소장일본주의에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

11. 결론

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

대법관 노정희(재판장) 박상옥(주심) 안철상 김상환