

특정범죄 가중처벌등에 관한 법률위반(뇌물)·특정범죄 가중처벌등
에 관한 법률위반(특수직무 유기)·뇌물수수·직권남용 권리행사
방해·강요(인정된 죄명:강요방조)·공무상 비밀누설 교사

[고등군사법원 2010. 12. 14. 2010노106]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인 외 1인

【변 호 인】 법무법인 로고스 담당변호사 최재석 외 2인

【원심판결】 국방부 보통군사법원 2010. 5. 13. 선고 2010고54 판결

【변 론】 거침

【주문】

】

원심판결 중 유죄부분을 파기한다.

피고인을 징역 1년에 처한다.

다만, 이 판결 확정일부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.

이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점은 무죄.

원심판결 중 무죄부분(이유무죄 포함)에 대한 검찰관의 항소를 기각한다.

【이유】

】 1. 당심의 심판범위

원심은 ① 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반 (특수직무유기)의 점에 대하여는 유죄, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점, 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 및 직권남용권리행사방해의 점, 공소외 8 및 공소외 9에 대한 각 직권남용권리행사방해의 점, 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여는 각 무죄를 선고하였고, ② 상상적 경합 관계에 있는 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 및 직권남용권리 행사방해의 점에 대하여 직권남용권리행사방해 부분은 유죄를 인정(원심 판시 범죄사실 제3항)하고, 공무상 비밀누설교사의 부분은 무죄로 판단(이유무죄)하였으며, ③ 공소외 3에 대한 강요의 점에 대하여는 축소사실로 강요방조를 유죄로 인정(원심 판시 범죄사실 제2항, 강요의 점에 대하여 이유무죄)하였는바, 피고인과 검찰관은 이에 대하여 모두 항소하였으나, 검찰관은 항소이유로서 위 공소외 5 및 공소외 1에 대한 각 공무상 비밀 누설교사 부분을 제외한 피고인에 대한 나머지 무죄 부분에 대해서만 각 사실오인, 법리오해 및 양형부당만을 이유로 항소하였고, 원심 판시 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사의 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사의 이유 무죄 부분은 각 항소를 하지 아니하였으므로, 원심 판시 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 이유 무죄 부분은 당심에 이심되었지만 당사자간의 공방대상에서 벗어났다고 보아야 할 것이어서, 이 부분에 대하여는 원심판결의 무죄결론에 따르고, 당심의 심판범위는 이 부분을 제외한 피고인에 대한 원심의 유죄 및 무죄부분에 한정된다(따라서 결론을 같이하는 원심판결의 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 이유 무죄 부분은 다시 판단하지 아니한다).

2. 항소이유의 요지

가. 항소이유서 제출기간 도과 후에 제출된 답변서, 변론요지서는 항소이유서에 기재된 항소이유를 보충하는 범위 내에서 판단한다.

나. 피고인(사실오인 및 법리오해, 양형부당)

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 대하여

가) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄는 그 법정형이 1년 이상의 유기징역형으로 규정되어 있어 구 형사소송법에 의할 때 공소시효가 7년이고, 이 부분의 피고인의 범죄행위의 종료일인 2002. 6. 15.부터 7년이 경과한 2009. 11. 20.경 피고인에 대한 공소가 제기되었음이 명백하므로 이미 공소시효가 완성되었고, 위 공소사실에 대하여 피고인에 대해서만 공소를 제기하고 당시 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점을 1차적으로 인정한 육군 고등검찰부장인 공소외 4와 검찰수사관인 공소외 13에 대하여는 공소를 제기하지 아니한 것은 차별적인 기소에 해당하여 공소권이 남용된 것으로 공소기각이 되어야 한다.

나) 원심이 공소장변경 없이 피고인의 방어에 실질적 불이익을 가져오는 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄의 주요 공소사실부분인 피고인의 인지 경위 및 직무유기 행위에 관하여 " 공소외 4로부터 위 내사사건을 전화로 통보받아 사건을 인지"하였고, " 공소외 4에게 사건을 보내지 않으면 좋겠다는 취지로 전화통화하고 사건을 보내지 않으면 좋겠다는 취지로 이야기하는 등 부탁"하였다고 인정한 것은 판결에 영향을 미친 법률위반에 해당한다.

다) 특수직무유기죄가 성립하기 위해서는 적어도 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위가 있어야 비로소 '인지'가 있다고 볼 수 있으나, 피고인은 단지 공소외 2가 공소외 14와의 금전거래로 인하여 육군 고등검찰부의 내사를 받고 있다는 정에 대한 인식 정도만 가졌을 뿐이며, 피고인에게서는 형식적 인지(범죄인지보고서 등)는 물론 실질적 인지(범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위)조차 존재하지 않는다.

라) 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의의 내사종결은 육군 고등검찰부장인 공소외 4의 독자적인 판단에 따른 결과일 뿐이고, 육군 고등검찰부장과 해군 고등검찰부장은 상하의 관계가 아닌 동등한 지위에 있으므로 서로 요구하거나 지시할 수 있는 사이가 아니므로 피고인의 지시나 부탁에 근거하며 이첩하지 않은 것이 아니며, 원심이 이 사건 공소사실 부분에 부합하는 직접적인 증거로 거시한 증인 공소외 4의 법정진술 및 수사기관에서의 진술조서는 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 1차적으로 인지하고도 해군 고등검찰부로 이첩하는 등의 적법한 조치를 취하지 않은 공소외 4가 자신의 특수직무유기 책임을 모면하기 위하여 막연한 자신의 추측을 진술한 것에 불과하여 신빙성이 없고, 공소외 13의 진술 또한 공소외 14가 진술하지 않은 내용을 임의로 조서에 기재하는 등 편파적인 수사를 한 사실이 있어 신빙성이 없다.

마) 피고인은 단순히 공소외 2가 금품수수와 관련한 범죄혐의를 받고 있다는 사실 이외에 구체적인 사실에 근거를 둔 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 인지한 사실이 없어서 직무수행의 의무가 존재하지 않았고, 직무를 유기하는 행위도 없다.

(2) 강요방조의 점에 대하여

가) 원심이 피고인에 대하여 공소장변경 없이 강요의 공동정범을 강요방조로 유죄로 인정한 것은 피고인의 방어권을 침해한 것으로 이는 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나) 공소외 6의 집에서 압수한 압수조서상의 증거목록 중 소명자료 등의 증거서류는 ① 공소외 6에 대한 이 사건 압수·수색영장 집행시 영장의 원본이 아닌 영장사본을 제시하여 수집한 증거이므로 위법하고, ② 공소외 6의 집에서 압수된 증거물인 소명자료 등 증거서류의 종류와 수량 등을 구체적으로 특정하여야 함에도 불구하고 전혀 특정되지 않은 압수목록을 교부한 위법이 있으며, 최초 피압수자인 공소외 6에게 수기로 작성하여 준 압수목록교부서상의 기재와 압수조서상의 압수목록이 서로 상이하여 압수·수색 절차상의 명백한 하자가 존재하고, ③ 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사 사법정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 하는데, 이 사건에서 검찰관이 이와같은 예외적인 경우에 해당한다고 볼만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점에 관하여 충분한 입증을 못한 점 등을 고려할 때 공소외 6의 집에서 압수한 증거물들은 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

다) 피고인은 공소외 2와 함께 2006. 6.경 저녁 무렵 계룡시 엄사면 엄사리 ○○○주점에서 공소외 3을 만난 사실이 없고, 이와 관련된 공소외 3의 법정진술 및 군검찰에서의 진술조서 등은 신빙성이 없다.

라) 공소외 2가 공소외 3에게 구체적으로 해악을 고지하였다는 점에 대한 증거가 없으므로 공소외 2에게 강요죄가 성립되지 않고, 가사 공소외 2에게 강요죄가 성립한다고 하더라도 피고인에게 정범인 공소외 2의 행위가 강요죄의 구성요건에 해당한다는 인식 및 공소외 2의 강요행위를 방조한다는 인식이 없었다.

(3) 공소외 1에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

가) 피고인은 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관으로부터 국방부 검찰단 관할사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한 자체가 없어 직권남용권리행사방해죄가 성립할 수 없다.

나) 공소외 1의 전화통화 및 문자메시지 내용은 공무상 비밀이 아니거나 자신의 개인적 추측을 피고인의 요청과는 무관하게 보고한 것에 불과하여, 공소외 1이 피고인이 요청한 신병 관련 정보를 넘어서 피고인에게 구체적 조사내용 등 수사상 비밀이라고 평가할 수 있는 정보를 알려주었다고 하더라도 이는 피고인의 직권남용에 따른 결과가 아닌 공소외 1의 단순한 책임감 내지 의무감에 따른 것이었다고 보아야 하므로 피고인이 직권을 남용하여 공소외 1에게 의무없는 일을 하게 하였다고 인정할 수 없다.

다) 원심은, 피고인이 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있는 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 할 목적으로 공소외 1에게 수사 관련 사항을 보고하게 하였다고 판시하였으나 피고인에게 이러한 목적이나 의도가 있었다는 것을 인정할만한 증거가 없음에도 이와 같은 사실을 인정

한 것은 사실오인의 위법이 있다.

라) 피고인이 공소외 1에게 보고하도록 한 행위는 형법 제20조에 규정한 사회상규에 위반되지 않는 행위(정당행위)이다.

(4) 양형부당

원심의 양형(징역 2년, 집행유예 3년)은 피고인의 정상에 비추어 너무 무거워 부당하다.

나. 검찰관의 항소이유

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인이 해군본부 법무감실 고등검찰부장의 직위를 떠난 후인 2004. 6. 10.부터 같은 해 7. 15. 사이에 공소외 2로부터 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) 내사사건을 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 10,000,000원권 자기앞 수표 6장을 교부받아 그 직무에 관하여 60,000,000원의 뇌물을 수수한 사실이 명백함에도 원심이 이에 대한 입증이 부족하다는 이유로 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)죄 부분에 대하여 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(2) 강요의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인, 공소외 2, 6이 공동하여 피해자 공소외 3으로 하여금 국방부 검찰단 소환조사시 자신의 기억에 반하는 허위진술을 하도록 하게 강요한 사실이 명백함에도 원심이 피고인의 기능적 행위 지배가 없다는 이유로 강요의 공동정범을 부정하고, 공소외 3에 대한 강요 방조만을 인정한 것은 사실오인 및 공동정범에 대한 법리오해의 위법이 있다.

(3) 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

증인의 증언이 수사기관에서의 진술과 상반되는 내용인 경우라면 기존의 진술을 배척할 수 있는 특단의 사정이 존재하여야 하고, 이와 같은 특단의 사정이 존재하지 않는 경우라면 쉽사리 위 공소사실에 부합하는 공소외 5의 수사기관에서의 진술을 배척할 수 없음에도 불구하고 원심이 신빙성이 없는 공소외 5의 법정진술만을 받아들여 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해죄 부분에 대하여 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(3) 공소외 8 및 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인은 해군 중령 공소외 10에 대한 기소유예 처분 사건을 재기하여 혐의없음 처분을 해줄 목적으로 자신의 직권을 남용하여 공소외 8 등에게 공소외 10에 대한 기소유예 처분 사건을 재기하여 혐의없음 처분을 하도록 하는 등 의무없는 일을 하게 한 사실이 명백함에도 원심이 신빙성이 의심되는 공소외 8, 9의 진술만을 받아들여 공소외 8 및 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해죄 부분의 입증이 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하며 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(4) 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인은 2008. 10. 27. 해군 법무관 출신 변호사 공소외 11로부터 변호사 업무 관련 편의 제공의 대가로 피고인의 자 공소외 15의 □□계좌(계좌번호 1 생략)로 1,000,000원을 수수하고, 같은 해 11. 28. 위 공소외 11로부터 위와 같은 편의 제공의 대가로 위 공소외 15의 □□계좌로 1,000,000원을 수수하여 직무에 관하여 2회에 걸쳐 총 2,000,000만원의 뇌물을 수수한 사실이 명백함에도 원심이 이에 대하여 피고인에게 위 금원의 수수사실을 인정한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다는 이유로 무죄를 선고한 것은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(5) 양형부당

피고인에 대한 원심의 양형은 피고인의 정상에 비추어 너무 가벼워서 부당하다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 주장에 대한 판단

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인은 1998. 1. 24.경부터 2003. 12. 10.경까지 해군본부 법무감실 고등검찰부장으로서 범죄수사의 업무를 담당하는 공무원이었다.

한편 관련자 공소외 2는 2002. 6.경 건설업자인 공소외 14로부터 육군본부 문서고 페인트공사 등 4건의 군 발주 공사에 대한 공사계획자료 제공 및 공사편의를 알선하여 주는 대가로 현금 합계 4,150만원을 수수한 혐의로 육군 고등검찰부에서 내사를 받고 있었다.

피고인은 그 무렵 평소 친분이 있던 위 공소외 2로부터 위 사건에 관하여 이야기를 듣고 위 내사사건을 무마하여 달라는 취지의 청탁을 받았다.

이러한 경우 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취했어야 한다.

그럼에도 불구하고, 피고인은 2002. 6. 13. ~ 15.경 위 공소외 14에게 전화하여 "사건을 더 이상 확대하지 말라"는 취지로 이야기하는 한편, 육군 고등검찰부장으로 근무하던 중령 공소외 4에게 위 사건을 해군 검찰부에 이첩하지 않을 것을 부탁하는 등 위 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다.

(나) 원심판단의 요지

1) 원심은 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인 및 그 변호인의 주장에 대해서는 아래와 같은 이유를 들어 받아들이지 아니하였다.

2) 공소시효의 완성 및 공소권 남용(차별적 공소제기) 여부

검찰수사관 작성의 인사조회목록의 기재에 의하면, 피고인의 해군 고등검찰부장의 재직기간은 1998. 1. 24.부터 2003. 12. 10.까지인 사실을 알 수 있고, 재직기간 종료일인 2003. 12. 10.까지는 수사가 가능한 상태였으므로 공소시효가

진행되지 않았고, 2003. 12. 11.부터 공소시효기간 7년 이내인 2009. 11. 20. 공소제기 되었으므로 피고인에 대한 본 건의 범죄에 대한 공소시효가 완성되지 않았다고 판단된다.

동일한 구성요건에 해당하는 행위를 한 공동피의자 중 일부만을 기소하고 다른 일부에 대하여는 불기소처분을 하였다 할지라도 평등권을 침해하였거나 공소권을 남용하였다고 할 수 없고(대법원 1990. 6. 8. 90도646 판결), 다수의 동종의 뇌물수수자 중 피고인들만이 기소되어 유죄의 판결이 선고되었다 하여도 그것이 앞서 본 피고인들의 주관적·객관적 일절의 사정에 의한 것이고, 헌법 제10조에서 규정하는 성별·종교·사회적 신분의 차별에 의한 것이 아니므로 이를 가리켜 헌법 제10조에서 규정한 평등권에 위반된다거나 기소자체가 위법하다고는 할 수 없으며(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1909 판결), 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수는 있는 것이고, 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다고 볼 것이다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결 등 참조).

위 판례의 법리와 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 당시 육군 고등검찰부장 중령 공소외 4는 '범죄수사의 직무에 종사하는 공무원'으로서 육본검찰수사관인 준위 공소외 13 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 보고받아 공소외 2의 특정범죄가중처벌법위반(알선수재)의 점을 인지한 사정을 알 수 있으나 당시 공소외 4 고등검찰부장은 관할부서인 해군본부 고등검찰부로 이첩하기 위하여 피고인에게 전화하는 등 시도를 하였으나 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 혐의에 대한 공소외 14에 대한 참고인 진술조서를 이첩 받는 것에 대하여 부정적인 태도를 유지하면서 보내지 말라는 취지로 이야기 하여 보내더라도 사건처리가 제대로 되지 않을 것이라고 생각하고, 당시 법무감에게 보고한 후 위 진술조서를 육군 고등검찰부에서 보관하게 된 사실, 당시 육군고등검찰부에서는 육군 소속의 중령 공소외 16의 뇌물수수 혐의에 대하여 수사를 하는데 수사력을 집중하고 있었던 사실, 피내사자인 공소외 2는 해군본부 소속이었으므로 육군고등검찰부에서는 관할 대상이 아니어서 수사를 더이상 진행하지 않았다는 정황 등 이첩하지 않게 된 경위에 참작할 사정이 있었던 사실을 인정할 수 있다.

이에 비하여 피고인은 해군소속의 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 당지 공소외 4 고등검찰부장으로부터 통보받았음에도 불구하고, 이에 대하여 수사를 개시하지 않은 사정에 더 나아가 후술하는 바와 같이 2005. 3. 21.부터 2006. 1. 4.까지 국방부 검찰단장의 보직을 마친 후 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)혐의로 내사를 받고 있던 공소외 6 대령에 대한 2006. 4. 25.자, 2006. 6. 8.자 2회에 걸친 국방부 검찰단의 소환조사를 대비하여 공소외 6의 소명서의 작성에 깊이 관여하여 공소외 6이 무혐의 처분을 받게 하는데 관여하는 등 피고인에 대한 비난가능성이 높다는 검찰관의 합리적인 판단을 통해 피고인만을 기소한 것으로 보여지고, 헌법상 금지된 성별, 종교, 사회적 신분 등 자의적인 구분에 따른 차별의도나 보복 또는 정당한 권리행사를 방해하는 등 합리성을 인정할 수 없는 어떤 의도가 존재하였다고 보여 지지 않는다.

3) 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 인지했다는 증거가 있는지 여부
피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 인지하였다는 점에 대한 증거로는 증인 공소외 4의 원심법정에서의 진술과 검찰관 작성의 공소외 4에 대한 진술조서가 직접 증거로 존재한다.

즉, 증인 공소외 4의 이 법정에서의 진술과 검찰관 작성의 공소외 4에 대한 진술조서를 종합하면, 검찰단계(국방부 특별조사단)에서의 조사시에 육군본부 고등검찰부장이었던 공소외 4는 2002년 당시 해군본부 고등검찰부장인 피고인에게 "우리가 이러한 사건을 인지하였는데 위 사건 기록 전체를 이첩하여 주겠다"고 하고, "본건 처리와 관련하여 한번 찾아왔던 것으로 기억한다"고 진술을 한 사실, 공소외 4 부장은 이 법정에 이르러서도 동일하게 공소외 13이 2002. 6. 28.자 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 들고와서 공소외 13으로부터 보고받은 후 피고인에게 전화를 하여 사건 내용 즉 군공사와 관련하여 공사계획자료제공 및 공사편의 대가로 공사수주자인 공소외 14로부터 합계 금 4,150만원을 받은 사실과 공소외 2 사건을 이송하겠다는 취지로 이야기를 한 사실, 피고인과 당시 서로 자주 통화하는 관계가 아니었기 때문에 구체적으로 어떤 용어를 사용하였는지 말하기 곤란하지만, "사건을 보내지 말라"는 취지로 이야기를 한 사실은 명확히 기억한다고 진술한 사실, 당시 공소외 4 부장이 피고인에게 전화로 통보를 하였을 때에 이미 피고인이 이를 알고 있었던 것으로 생각된다고 진술한 사실, 2002. 6.경 전화통화시 어느 정도까지 피고인에게 말해 주었는지에 대하여 "진술조서를 보고 난 후 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다라는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내주겠다고 알려주었다"고 진술하고, 더 구체적으로는 "당시 전화한 이유가 조서의 내용을 알려주는 것이었고, 해군관련자에 대한 피의사실을 알려주는 부분이었기에 조서를 보면서 수수금액인 합계 금 4,150만원이라는 구체적인 액수나 대가 등 범죄의 요소에 해당하는 부분들은 전부 다 말을 했을 것으로 생각이 되고, 피고인이 자신의 사무실에 한 두번 정도 찾아와서 만난 것 같다"고 각 진술한 사실 등이 인정된다.

이와 같은 사실들을 종합하면, 피고인은 공소외 2와 만나서 공소외 2에 대한 내사사건에 대하여 인지한 후 당시 공소외 4육군 고등검찰부장이 2002. 6. 28. 전화통화시 피고인에게 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실에 대하여 알려주었으나 피고인은 사건을 보내지 말라는 취지로 이야기 하고, 그 후 피고인이 공소외 4 부장의 사무실 방문시에도 "사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다"라는 취지로 공소외 4 부장에게 이야기 한 사실이 인정되므로 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 구체적으로 인지하고서도 적절한 조치를 취하지 아니하여 그 직무에 관한 의식적인 방임 또는 유기한 사실이 인정된다.

또한, 증인 공소외 4의 진술에 부합하는 정황증거로는 증인 공소외 14와 공소외 13, 피고인의 이 법정에서의 각 진술과 검찰관 작성의 2009. 11. 19.자 공소외 3 및 공소외 13에 대한 각 진술조서, 검찰관 작성의 피고인에 대한 제3회 진술조서, 검찰관 작성의 2009. 11. 14.자 공소외 2에 대한 진술조서, 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서 등이 있다.

이들 증거들을 종합하면, 공소외 3은 검찰조사시에 공소외 2가 국방대학교 교육 중에 "죽을 뻔한 일이 생겨 밤에 계룡대에 내려왔다 서울로 갔다"는 취지의 말을 공소외 2로부터 들은 사실이 있고, 공소외 14는 검찰조사시에 2002. 6. 28. 공소외 13 수사관으로부터 참고인 조사를 받으면서 공사계획자료 제공 및 공사편의 제공 등의 대가로 차용금액 1천만원을 포함하여 공소외 2에게 4,150만원을 제공한 사실이 있다고 진술한 바 있으나 이 법정에 이르러서는 위 금원을 제공한 사실은 있지만 위 금원이 문제가 되자 2002. 6. 28. 이후 대차관계로서 위 금원을 되돌려 받았다는 취지의 진술을 하여 당시 공소외 2가 공소외 14로부터 받은 금원의 성격과 관련하여 육군본부 고등검찰부에서

공소외 2에 대하여 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 혐의로 2002. 6.경 내사가 진행 중이었던 정황이 인정되고, 공소외 13 검찰수사관은 공소외 14에 대한 조사를 마친 후 곧바로 당시 육군본부 법무실 고등검찰부장인 공소외 4에게 조사내용을 보고하면서 해군관할 사건이므로 이송처리를 하자는 취지로 건의를 하였고, 공소외 4 부장의 사무실에 결재 때문에 들어갔을 때 피고인을 2~3번 정도 본 기억이 있고, 그 전에는 피고인을 본 적이 없으며, 그 후 공소외 4 부장으로부터 사건을 이송하지 말고 자체 종결하라는 지시를 받아 수사자료를 그대로 존안하였다고 진술한 사실, 당시 공소외 4가 피고인에게 "해군 중에 이러 이러한 사건이 있다"라는 취지로 전화를 하여 당시 공소외 2 내사사건에 대하여 공소외 4 부장과 대화를 한 것 자체는 피고인도 시인한 사실, 피고인이 공소외 2 내사사건과 관련하여 공소외 4 부장의 사무실에서 만난 사실에 대하여는 전화 외에는 다른 접촉이 없었다고 부인하거나 또는 기억이 없다고 진술하다가 다시 피고인이 공소외 4 부장의 사무실에서 공소외 2의 내사사건에 관하여 한번 정도 만나서 얘기하였다고 최초의 진술을 반복한 사실 등이 인정되는 바, 이러한 간접사실 등도 위 공소외 4의 진술에 부합하는 정황증거들이다.

한편, 공소외 2의 진술서와 검찰관 작성의 공소외 2에 대한 2009. 11. 14.자 진술조서의 진술기재 및 검찰관 작성의 피고인에 대한 제1회 피의자신문조서의 진술기재를 종합하면, 피고인은 자신이 수사하여야 할 대상인 공소외 2의 부탁으로 상담을 하고 변호사까지 소개하여 주었던 사실을 인정할 수 있는바, 공소외 2는 자신에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의가 해군 고등검찰부로 이첩될 경우 오히려 수사를 하여야 할 해군 검찰부의 수장인 피고인에게 자신의 혐의에 대해 육군에서 내사중인 것에 대하여 아는 것이 있느냐고 부탁하고, 피고인은 해군 고등검찰부장으로서 자신의 관할 대상인 공소외 2의 내사사건에 대하여 사실관계를 확인하여 조사를 하여야 할 지위에 있음에도 불구하고, 피의자인 공소외 2의 변명만을 믿고, 그가 혐의를 벗어나도록 변호인을 소개하여 주는 것은 피고인이 고의적으로 수사주체자로서의 직무를 유기했음을 나타내주는 정황으로 판단이 된다.

4) 피고인이 공소외 2의 뇌물 사건을 인지한 정황이 모호하거나 간접적이었는지 여부

공소외 14는 공소외 13 검찰수사관의 공소외 14에 대한 진술조서 작성시인 2002. 6. 28.경 공소외 2에게 차용해준 금액 1,000만원을 포함한 4,150만원이 공사계획자료 제공과 공사편의 대가로 준 것이라고 진술한 바 있다.

그러나 공소외 14와 그의 처인 공소외 17은 이 법정에서 증인으로 나와 최초 공소외 14가 위 금원이 대차관계였음에도 불구하고 위와같이 공사계획자료 제공과 공사편의 대가로 뇌물이라는 취지로 진술서를 작성한 것은 육군본부 고등검찰부에서 군수사관 4~5명이 2002. 6. 12. 오후 1시경부터 밤 10시경까지 강압적인 조사분위기 속에서 겁을 먹은 상태였기 때문이라고 주장하므로 피고인이 공소외 2의 뇌물사건을 인지한 정황이 모호하거나 간접적이었는지 여부를 알기 위해서는 공소외 2와 공소외 14 사이에 수수된 금원 4,150만원이 군검찰의 강압수사로 인하여 대차관계를 뇌물로 진술한 것인지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

그러므로 살피건대, 증인 공소외 4, 13, 14, 17의 이 법정에서의 각 진술과 계룡대 근무지원단 보안담당관 작성의 출입일지 및 육군본부 계룡대 출입현황 관련 사실조회 통보서의 각 기재에 의하면, ① 공소외 14는 2002. 06. 12. 13:08경 육군본부 제2정문에서 상사 공소외 18의 안내로 육군 법무감실 소속 고등검찰부 수사관 준위 공소외 19와의 공무상의 필요 때문에 들어왔다가 같은 날 17:47경 다시 나간 것으로 기재되어 있는 사실, ② 공소외 14의

처인 공소외 17도 2002. 7. 2. 10:50경 육군본부 제2정문에서 공소외 18 상사의 안내로 육군 고등검찰부장을 만나기 위하여 방문을 한 사실, ③ 공소외 13은 2002. 6. 28. 공소외 14에 대하여 진술조서 작성 당시 강압이나 협박을 한 사실이 없고, 스스로 4,150만원을 공소외 2에게 공사계획자료의 제공 및 공사편의대가로 교부하여 주었다고 진술을 하여 조서에 남긴 것이라고 진술한 사실, ④ 증인 공소외 4는 공소외 17의 방문목적이 남편에 대한 가혹한 수사나 강압적인 수사 부분에 대한 항의를 위한 것이 아니고, 공소외 14는 심약한 사람이었는데 당황한 상태에서 조사를 받아 있지도 않은 말을 하였다는 그러한 취지의 주장을 한 것으로 기억한다고 진술하고, 남편을 10시간 동안이나 무서운 곳에 가두고 수사를 하였다는 것에 대한 얘기를 공소외 17로부터 들은 기억은 없으며, 당시 공소외 17이 찾아와서 강압수사에 대한 항의를 한다는 느낌은 전혀 아니었으며, 공소외 17을 만나준 이유도 수사과정에서 가혹수사에 대한 민원제기를 막기 위한 것은 전혀 아니었다고 진술한 사실, ⑤ 증인 공소외 14도 이 법정에서 검찰관의 주신문시 공소외 13이 2002. 6. 28. 공소외 14에 대한 조사시와 동일하게 공소외 14가 공소외 2에게 공사계획자료와 공사편의 등의 대가로 함께 4,150만원의 현금을 제공한 사실을 진술하였다가 위 금원이 문제가 되자 공소외 2가 전화로 '돈 빌려준거 이제 돌려주어야겠다'라고 하여 2002. 6. 28.이후로 되돌려 받았다는 취지의 진술을 하면서 최초에는 뇌물을 다시 돌려 받은 것이라고 진술하였다가 다시 대차관계였다고 진술하는 등 그 진술에 일관성이 없는 사실, ⑥ 증인 공소외 17은 공소외 2와는 1999년도에 1,500만원을 차용하여 주고 곧바로 상환받고, 1990년도 말이나 2000년 초순경에 약 2,000만원에서 2,500만원 정도를 차용하여 주고 현금으로 상환받은 사실이 있을 뿐이고 2000년 내지 2002년도에는 대차관계가 한번도 없었다고 진술하였으나 증인 공소외 14가 이 법정에서 당시 공소외 2에게 교부한 4,150만원이 공사계획자료제공 및 공사편의의 대가로 지급한 것이 아니고, 2002. 6. 28. 이후 대차관계 있는 금원으로서 주고 받았다는 취지의 진술과도 일치되지 않는 진술을 한 사실, 또한 증인 공소외 17은 이 법정에서 당시 공소외 14가 군으로부터 수주한 "군관련 공사는 단 한건밖에 없었다"는 취지로 진술한 바 있으나 육군본부 보통군사법원 2002고10의 판결 등본 중 육군 중령 공소외 16에 대한 뇌물수수 등 사건의 확정된 판결문에서 공소외 14가 군납 브로커라는 취지로 기재될 만큼 공소외 14가 군관련 공사를 다수 수주한 사실에 배치되는 진술을 한 사실 등이 인정된다.

이와 같은 사실들을 종합하여 보면, 공소외 14는 공소외 19 수사관으로부터 소환되어 약 4시간 40분동안 위 장소에 머무르며 조사를 받고 2002. 6. 12.자 진술서를 작성한 후 다시 17:47경에 귀가한 것으로 보여지고, 당시 강압적인 수사로 인하여 이슈가 되었거나 그러한 사실을 공소외 4 부장이 보고받거나 공소외 17이 당시 육군 고등검찰부장인 공소외 4를 만나게 된 목적이 자신의 남편인 공소외 14에 대한 강압 수사에 대한 항의성 방문이 아니었다고 보여지므로 위에서 본 바와 같이 당시 상황이 강압적인 수사 분위기가 있었다고 볼 증거가 없고, 증인 공소외 17의 이 법정에서의 진술도 증인 공소외 14의 진술과 일치하지 않고 증인 공소외 14의 진술도 일관성이 없어 그 진술에 신빙성이 매우 떨어져서 믿기 어렵고, 같은 취지의 공소외 14 및 공소외 17 작성의 각 사실확인서도 믿기 어렵다고 판단되고, 2002. 6. 28. 당시 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서상의 "공소외 14가 위 공소외 2에게 2002. 6월경 공소외 2에게 공사편의 등의 대가로 함께 4,150만원의 현금을 제공한 사실이 있다"는 취지의 진술기재 부분이 증인 공소외 14가 공소외 17의 이 법정에서의 각 진술보다 더 신빙성이 있다고 판단된다.

또한, 증인 공소외 2의 이 법정에서의 진술은, 2002. 6. 자신과 공소외 14의 부인과의 금전차용관계에서 비롯된 공소외 14의 진술로 인하여 육군본부 고등검찰부의 조사가 있게 되자 피고인에게 "뭐 아는 것이 있느냐"라고 물었고, 이

에 피고인은 "아는 것이 없다.

문제가 있으면 해군으로 넘기지 않겠느냐"라고 조언하여 주었을 뿐이며, 공소외 2는 스스로 공소외 14측과의 접촉을 통하여 금전차용문제에 대한 해결을 취함과 동시에 자신이 알고 있던 공소외 20 변호사를 통하여 육군본부 고등검찰부를 접촉하게 하여 자신에 대한 조사를 중단시킨 것이라는 취지이나 증인 공소외 2의 이 법정에서의 진술은 공소외 20 변호사의 선임 경위에 있어서 진술의 일관성이 없는 등 그 진술의 태도나 과정에 비추어 신빙성이 매우 떨어져 믿기 어렵다고 판단된다.

또한, 증인 공소외 4의 진술과 피고인의 진술 중 어느 진술이 더 신빙성이 있는지에 대하여 살펴볼 필요가 있는 바, 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 2002년 당시 육본 고등검찰부에서의 공소외 2 내사 사건을 누구를 통하여 먼저 인지하게 된 것인지 여부, 당시 피고인의 공소외 4 부장 사무실로의 방문 여부, 공소외 4 부장의 전화통보후 피고인의 태도 등에 대하여, 증인 공소외 4의 각 진술은 검찰이라 이 법정에 이르기까지 피고인보다 더 일관된 점에 비추어 위 사항에 대하여 일관성이 없는 피고인의 각 진술보다 더 신빙성이 있다.

따라서 당시 육군본부 고등검찰부장인 공소외 4나 검찰수사관인 공소외 13에 비하여 피고인이 공소외 2에 대한 어떤 범죄혐의를 인지하기에는 피고인에게 전달된 정보 내지 자료가 너무나 모호하거나 간접적인 것이었다는 피고인 및 변호인의 주장은 이유없다.

5) 공소외 2에 대한 공소외 4 부장의 내사종결이 공소외 20 변호사의 활동을 통하여 된 것이므로 직무유기가 없었다는 주장에 대한 판단

이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 2002. 6. 28. 공소외 4 부장과의 전화통화 및 그 후 2~3차례 방문을 통하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였다는 사실을 피고인이 이미 인지한 사실이 인정되고 피고인이 공소외 4부장의 사무실을 찾아와서 "사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다"라는 취지로 이야기 하여 그 직무를 의식적으로 방임한 사실에는 변함이 없는 이상 그 이후 육군 고등검찰부에서 내사종결이 가사 공소외 20 변호사의 활동을 통하여 최종적으로 종결이 되었다고 하더라도 피고인의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 구성요건을 충족시킴에는 큰 영향이 없다고 할 것이어서 이 부분에 대한 피고인 및 변호인들의 주장은 피고인의 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 구성요건과는 관련이 없는 주장이라고 할 것이다.

따라서 이 부분에 대한 피고인 및 변호인들의 주장도 이유 없다.

(다) 당심의 판단

1) 공소시효의 완성 및 공소권 남용(차별적 공소제기) 주장에 관한 판단

가) 직무유기죄는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있는 바, 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위상태가 계속되는 한 가벌적 위법상태는 계속 존재하는 것인바(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도675 판결 참조), 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 피고인의 해

군 고등검찰부장 재직기간은 1998. 1. 24. 부터 2003. 12. 10.까지인 사실을 알 수 있고, 이 사건 공소제기 일자는 공소시효기간 7년 이내인 2009. 11. 20.이므로 원심이 본건 범행에 대한 공소시효가 완성되지 않았다고 판단한 것은 정당하고, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 검찰관이 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나(2004. 4. 27. 선고 2004482 판결 참조), 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적으로나마 어떤 의도가 있어야 한다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결 등 참조). 원심은, 검찰관이 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원의 신분을 가진 당시 육군 고등검찰부장 중령 공소외 4가 육군 고등검찰부 검찰수사관인 준위 공소외 13 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 보고 받아 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(알선수재) 혐의사실을 인지한 사정을 알 수 있으나, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면 검찰관의 위와 같은 조치가 공소권을 남용한 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이 사건에서 검찰관의 공소제기가 자의적인 공소권 행사로 인하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 볼 수 있을 만한 객관적인 근거가 없어, 이러한 원심의 판단은 정당하여 수긍할 수 있어 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

2) 공소장변경 없는 사실인정(불고불리 원칙 위배) 주장에 대한 판단

피고인의 방어권행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 법원이 공소장변경절차를 거치지 않고 다르게 인정하였다 할지라도 불고불리의 원칙에 위반되지 않는다(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도970 판결, 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도1060 판결 등 참조).

기록에 의하면, 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(특수직무유기)의 점에 관하여 공소장에는, "육군 고등검찰부장으로 근무하던 중령 공소외 4에게 위 사건을 해군 검찰부에 이첩하지 않을 것을 부탁하는 등 위 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다"로 되어있는 것을 "육군 고등검찰부장인 중령 공소외 4로부터 해군관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였음에도 불구하고 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하고, 오히려 '사건을 보내지 말라'는 취지로 전화통화를 하고, 그 후 육군 고등검찰부장의 사무실을 방문하여 위 '사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다'는 취지로 이야기 하는 등 부탁하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다"라고 인정하였으나, 기록에 의하여 살펴보면, 이는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 특수직무유기행위의 태양을 보다 구체적으로 상세히 특정한 것이거나 또는 불명확한 점을 바로잡은 것에 지나지 아니할 뿐만 아니라, 피고인은 원심에서 이 부분의 공소사실을 다투었고, 그에 관하여 심리가 충분히 되어 있음이 인정됨에 비추어, 원심이 공소장변경절차를 거치지 않고 공소사실과 다르게 사실을 인정하였다 하더라도 그것이 공소사실의 동일성의 범위를 벗어날 정도로 기본적 사실관계를 달리 하는 것이라든지, 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 준 것도 아니라 할 것이다.

따라서 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 사람을 인지하지 않았다는 주장 및 직무를 유기하지 않았다는 주장에 대한 판단

가) 판단

범죄인지란 수사기관이 각종 수사의 단서에 의하여 곧바로 또는 내사의 과정을 거쳐 적극적·능동적으로 범죄혐의를 인정하고 수사를 개시하는 처분으로 수사개시를 위한 범죄혐의는 수사기관의 주관적 혐의를 의미하고 아직 객관적 혐의로 발전함을 요하지는 아니하나 어느 정도 구체적인 사실에 근거를 두어야 하고, 검찰관이 어떤 사건에 대하여 범죄혐의가 인정되면 인지절차를 통하여 사건을 수리 즉, 입건하여야 하며, 사건의 수리 후 혐의자는 피의자가 된다.

이를 입건이라고도 한다.

검찰관은 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치도록 되어 있으므로 특단의 사정이 없는 한 수사기관이 그와 같은 절차를 거친 때에 범죄인지가 된 것으로 볼 것이나, 범죄의 인지는 실질적인 개념으로서 검찰관은 그와 같은 절차를 거치기도 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고, 그 뒤 범죄인지서를 작성하여 사건수리절차를 밟은 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것이 아니다(대법원 1989. 6. 20. 선고 89도648 판결 참조).

한편, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제15조의 특수직무유기행위는 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반의 범죄사실을 인지하는 경우 이에 대한 범죄인지서를 작성하고 범죄수사를 하여야 할 직무가 있음에도 불구하고 정당한 이유 없이 위와 같은 조치를 취하지 아니하는 경우에도 그 범죄의 성립이 인정되는바(대법원 1984. 7. 24. 선고 84도705 판결 참조), 그렇다면 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서 말하는 '인지'란 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 동법 소정의 죄를 범한 자라는 '정을 알면서도' 또는 '범인을 알면서도'라는 의미로서 실제로 동법 소정의 범죄를 범한 자라는 것을 인식하면 족하며, 범인의 성명이나 범죄의 구체적인 내용을 알 필요는 없다 할 것이고, 범죄를 범한 자는 범죄의 혐의를 받아 수사가 진행 중인 자나 아직 수사의 대상이 되지 않은 자도 여기서 말하는 죄를 범한자에 포함되는 것으로 피의자·피내사자, 참고인 조사 및 물적 증거 수집 등 실질적인 수사를 개시하는 행위가 있어야 비로소 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서의 '인지'가 있었다고 볼 수 있는 것은 아니다.

한편, 직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는 데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식 하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립한다(대법원 1997. 4. 22. 선고 95도748 판결, 대법원 1999. 11. 26. 선고 99도1904 판결 등 참조). 그리고 이러한 직무유기죄는 공무원이 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니라, 직무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니함으로써 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 구체적인 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립하는 것이므로, 공무원의 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우에는 직무유기죄는 성립하지 아니하며, 또한 어떠한 형태로든 직무집행의 의사로 자신의 직무를

수행한 경우에는 그 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 것은 아니다(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도657 판결, 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1390 판결 등 참조).

나) 위 가)항의 법리에 비추어 위 공소사실, 즉, 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인지하였음에도 불구하고 오히려 공소외 4에게 사건을 해군에 이첩하지 말라고 부탁하는 등 사건을 무마시켰다는 것이 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에 해당하는 것인지에 관하여 살펴건대, 원심은 판시 증거에 기초하여 그 판시 사정을 들어 피고인은, 평소 친분이 있던 위 공소외 2로부터 육군 고등검찰부의 공소외 2에 대한 내사사건에 대하여 "알아봐 달라"고 부탁을 받은 후, 2002. 6. 28.경 당시 육군 고등검찰부장인 중령 공소외 4로부터 해군관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였음에도 불구하고 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하고, 오히려 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다고 하여 유죄를 인정하였으나, 원심 판시의 사정들을 여러 정황에 비추어 볼 때, 검찰관이 제출한 증거만으로는 아래 다)항에서 보는 바와 같이 피고인이 이 사건 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄의 범죄 혐의사실을 실제로 알았다거나 그러고도 구체적으로 그 직무를 회피하여 수사를 하지 않았다고 단정할 수 없고, 비록 피고인이 위 공소외 2의 범죄 혐의사실을 사건이첩이나 인지보고서를 작성하는 등의 방법으로 신속, 적절하게 수사하지 않았다 하더라도 이를 두고 특정범죄가중처벌등에관한법률(특수직무유기)죄에 해당한다고 할 수 없다.

다) ① 공소장 기재 이 부분 공소사실을 살펴보면, 피고인은 2002. 6.경 평소 친분이 있던 공소외 2가 건설업자 공소외 14로부터 육군본부 문서고 페인트공사 등 4건의 군 발주 공사에 대한 공사계획자료 제공 및 공사편의를 알선하여 주는 대가로 현금 합계 4,150만원을 수수한 혐의로 육군 고등검찰부에서 내사를 받고 있어 위 내사사건을 무마하여 달라는 취지의 청탁을 받았으며, 이러한 경우 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취했어야 했는데 정당한 이유 없이 직무를 유기하였다는 것으로서, 공소사실 자체만으로 보자면, 피고인이 구체적으로 어느 시점에서 어떤 상황에서 어떤 경위를 통하여 공소외 2가 위 범죄를 범한 자임을 인식하였는지 잘 나타나지 않으며, 아래 ②항에서 보는 바와 같이 공소외 4의 법정진술 및 수사기관 진술기재에 의하여도 2002. 6.경 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 의도적으로 직무를 유기하였다고 단정할 수 없다(실제로 원심에서 피고인 및 변호인 측은 이 부분 공소사실에 대하여 이의를 제기하고 다투었는바, 원심은 공소사실과 달리 피고인이 공소외 4로부터 전화로 통보받아 인지한 것으로 범죄사실을 수정하여 인정하였다).

② 원심 판시 이 부분 범죄사실은, 피고인이 육군 고등검찰부장 공소외 4로부터 해군 관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였다는 것으로 이에 부합하는 직접증거로 공소외 4의 법정진술 및 수사기관 진술조서의 기재를 들고 있으며, 그 진술내용은 2002. 6.경 공소외 13으로부터 공소외 14에 대한 진술조서 내용을 보고를 받은 후 피고인에게 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다고 하는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내주겠다는 이야기를 하였으나 피고인이 전체적으로 꺼리는 듯한 태도를 보여 사건을 보내지 말라는 취지로 부탁을 하여 사건을 해군으로 이첩하지 않았다는 것이나, 이와 같은 공소외 4의 진술은 추상적이거나 추측에 기한 것들에 불과하여 공소외 4의 이러한 취지의 진술만으로 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률

위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 이를 일부러 수사하지 않았다고 인정할 수 없다 할 것이다.

즉, 공소외 4는 수사기관에서 2002. 6. 28.경 공소외 13으로부터 공소외 2의 뇌물수수 관련 공소외 14의 진술조서 내용을 보고 받은 후 당시 해군 고등검찰부장인 피고인에게 전화를 걸어 공소외 2의 뇌물수수 사건을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 피고인은 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보여 해군으로 보내지 않았으며, 이와 관련하여 한 번 정도 자신의 사무실로 찾아 왔으나 피고인이 원래 말을 명쾌하게 하는 스타일이 아니기 때문에 이 사건과 관련하여 구체적으로 어떠한 이야기를 했는지 정확한 기억은 없다는 취지로 진술하였는데(증거기록 제315면 내지 319면 참조), 공소외 4는 군검찰 조사시 피고인에게 전화로 알려 준 사건 내용에 대하여는 " 피고인 대령에게 우리가 이러한 사건을 인지하였는데, 위 사건 기록 전체를 이첩하여 주겠다는 취지로 이야기하였습니다", " 피고인 대령이 말을 명쾌하게 하는 스타일이 아닙니다.

당시 저를 찾아와서 이야기를 나누었다면 사건 관련하여 이야기를 하였을 텐데 정확한 기억은 없습니다", "당시 제가 사건 이첩을 위하여 이첩 이전에 업무 협조 차원에서 당시 해군 고등검찰부장인 피고인에게 사건에 관하여 이야기를 하였습니다.

그 전화를 하였던 당시 피고인 대령이 사건을 보내지 말라는 취지로 이야기를 하였습니다.

하지만 어떠한 이유로 보내지 말라고 하였는지는 정확히 기억이 나지 않습니다"라고 진술하였고, 해군에 사건을 이첩하지 않는 결정에 대하여 피고인이 미친 영향에 대하여는 "당시 사건을 이첩하여도 곧바로 사건 처리가 될 것 같지 않다는 생각을 하였고, 이에 법무감에게 일단 해군 고등검찰부장이 사건 이첩을 하지 않았으면, 좋겠다고 한다는 내용의 보고를 하였습니다.

이에 당시 법무감께서는 그렇다면 굳이 보낼 필요 없다는 취지로 말씀하셨고, 이에 고등검찰부에서 위 사건을 보관하게 된 것입니다", "그 당시 해군의 수사의지가 없다고 보여 사건 수사를 진행하지 않았고, 제가 고등검찰부장 직책을 떠나면서 위 사건에 대하여 잊고 있어서 결국 공소시효가 도과되었습니다.

지금 생각해보니 국방부 검찰단으로 즉시 이송하는 것이 옳았다고 생각합니다"고 진술하였다.

원심법정에서는 피고인에게 전화로 사건 내용을 통보해준 경과에 대하여 "진술조서를 보고 난 후 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내겠다고 알려주었습니다", "(공소외 14에 대한 참고인조서나 관련 수사기록을) 보여 달라고 요구를 하지 않았기 때문에 보여준 기억은 없습니다.

만약에 보여 달라고 하였다면 당연히 보여 주었을 것이나 스스로 보라고 제가 억지로 보여 준 기억은 없습니다"라고 진술하였고, 피고인과의 전화 통화나 피고인이 사무실을 방문하여 나눈 대화가 구체적으로 어떠한 내용인지에 대하여는 "정확한 상황은 구체적으로 기억하기 어렵습니다.

피고인이 어떤 내용을 명쾌하게 말하는 스타일도 아니었고, 당시 사용했던 용어도 기억나지 않습니다.

다만, 전체적인 취지가 사건을 해군 검찰부로 보내는 것이 적절하지 않다 또는 보내지 않았으면 좋겠다는 취지였던 것 같습니다", "(피고인 방문의 핵심 요지가 공소외 2 건을 해군에 보내지 마라라는) 그러한 목적을 가지고 왔었는지 정확하게 한마디로 이야기하기 어렵지만 전체적으로 전화 통화할 당시의 태도나 그 이후의 태도 등으로 보아서 보내는 것에 대해 꺼리는 듯 해 보였습니다"라고 진술하였고, 피고인에게 전화 통화를 할 당시 피고인이 공소외 2의

내사사건에 관하여 어느 정도나 미리 알고 있었다고 생각하는 지에 대하여는 "어느 정도 알고 있었는지에 대하여는 제가 판단할 수 있는 상황이 아니었습니다.

공소외 14에 대한 진술조서를 보면 피고인이 전화를 걸어서 사건을 확대시키지 말라라는 진술이 나오는데, 공소외 14의 진술이 사실이라면 그것으로 미루어 볼 때는 피고인이 저보다는 먼저 알고 있었을 수도 있는 것입니다"라고 진술하였고, 피고인이 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보인 이유를 물어 보았는가요라는 질문에 대하여는 "그 부분은 묻지 않아도 어떤 곤란한 이유가 있을 것으로 짐작이 되었고, 말 못할 사정이 있겠거니 생각을 하였습니다.

그리고 해군과 육군 사이에 그런 것을, 상대방의 어떤 요청을 무시해가면서 사건을 보내서 곤란하게, 어찌 보면 사건을 받으면 곤란해질 수 있다는 느낌 때문에 보내지 말라라는 부탁을 한 것으로 기억이 되고, 그 당시에 크게 깊이 생각을 하지 않았기 때문에 그렇게 결정을 한 것입니다.

요즘의 분위기나 업무처리 관행을 보면 있을 수 없는 것처럼 보이겠지만 그 당시에는 그렇게 판단을 하였고, 그것 말고는 다른 이유가 없는 것입니다", "그 당시에 이 사건에 대해서 크게 고심했던 것이 아니기 때문에 전반적으로 기억이 희미합니다"라고 진술하였는바, 원심에서 위와 같은 공소외 4의 진술은 피고인과의 전화 통화시 피고인이 구체적으로 어떤 말을 했는지는 기억이 나지 않으며, 이후 피고인이 1번 내지 2번 정도 자신의 사무실을 방문하여 대화를 나누었지만 정확한 내용은 기억이 나지 않으나 전체적인 취지가 사건을 해군검찰부로 보내는 것이 적절치 않다는 이야기인 것 같고, 자신이 피고인에게 전화를 걸었을 때 이미 피고인은 공소외 2 관련 사건 내용을 어느 정도 알고 있었을 것으로 생각하는데 그 이유는 공소외 14의 진술조서를 보면 공소외 14가 피고인으로부터 사건을 확대시키지 말아달라는 내용의 전화를 받았었다고 진술한 부분이 있어 그것이 사실이라면 피고인이 자신 보다 먼저 알고 있었을 것이라고 추측하는 듯한 진술에 불과하고, 결과적으로 피고인이 어떠한 이유에서 사건을 받기를 꺼리는지를 물어보거나 공소외 14의 진술조서 등 관련 기록을 보여주진 않았으며, 해군에 보내다 하더라도 제대로 수사가 될 것 같지 않다는 판단 하에 육군 법무감에게 보고 한 후 기록을 자체 보관하는 것으로 결정하였으며, 이 사건 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실에 대하여 육군고등검찰부에서 절차에 따라 입건하거나 내사사건으로 수리하지는 않았다는 것이다.

당심법정에서는 "사실 전화통화로 어떤 말을 주고받았는지 대하여는 지금 제대로 기억하기가 어려운데 일반적으로 사건내용을, 우리 육군 수사관이 획득한 수사 그러니까 범죄자료에 해당하는 것인데 이러한 진술서와 진술조서, 그 사건의 내용, 그 서류의 내용에 공소외 14라는 사람이 있고, 그 다음에 공소외 14가 해군 소속 군무원에게 공사 관련해서 돈을 주었다는 부분을 진술하고 있다는 부분은 범죄사실에 대한 통지를 하기 위한 전화였기 때문에 그런 부분들은 포함을 해서 알려주었을 것으로 생각합니다", "(피고인과의 전화 통화시 나는 대화 내용을 구체적으로 표현하면) 전체적으로 주고 받은 내용을 기억하기는 어렵지만 지난번 1심 법정에서도 보내지 말라는 취지의 답을 들었다고 했지만 좀 더 구체적으로 말을 한다면 내가 말하듯이 보내지 말라라 이런 것이 아니었고 대구 지방 사람이기 때문에 대구 말씨가 강한데 '뭐 하러 보내시렵니까?' 또는 '뭐 하러 보내려 하십니까?' 그런 식의 말을 들었기 때문에 이 사건을, 이 기록을 받아가기를 원치 않는다.

어떤 수사하고자 하는 그런 관심이 좀 없다는 그런 느낌을, 그런 생각을, 판단을 했기 때문에 사실 기록을 바로 송부하지 않았고 가지고 있도록 한 것입니다"라고 진술하였으나 위와 같은 "뭐 하러 보내시렵니까? 또는 "뭐 하러 보내려

하십니까?"라는 대화 내용은 수사기관 조사단계부터 원심법정에 이르기까지 한 번도 나오지 않았는데 그 용어가 확실한 건가요라는 변호인의 질문에 "그 당시에 기억은 사실 지금도 어떤 말을 먼저 했고 어떤 말을 답으로 들었고 그렇게 기억할 수 없는 것인데 구체적인 단어를 써 가면서 핵심적인 용어를 좀 말해보라 한다면 그 정도..."라며 진술하였는데, 결국 공소외 4는 피고인과의 전화통화 및 사무실 방문시 어떠한 내용의 대화를 하였는지는 기억이 나지 않으나 피고인이 사건을 보내지 말아달라는 취지의 이야기를 한 것 같으며, 전체적으로 볼 때 피고인이 사건을 이첩 받기를 꺼리는 듯한 모습이었던 것은 원심법정에서의 진술과 기본적으로 일관되게 진술하면서, 통상적으로 검찰기관에 종사하는 사람들은 이런 사건이 있으면 호기심을 가지고 그 내용이 무엇인지 빨리 보고 싶어 하고, 구체적인 서류가 있다면 서류를 보내달라고 하든지 하는 반응을 보이는데, 당시 피고인은 그와 같은 반응을 보이지 않았고, 당시 공소외 14의 처 공소외 17이 공소외 14의 진술조서는 검찰수사관인 공소외 13의 강압수사로 인한 공황상태에서 사실과 다른 진술을 한 것이므로 조서 자체를 없애 달라는 항의방문을 하는 등 참고인 진술조서의 증거능력 유지가 어려워 수사를 하기에 어려운 사건이 아닌가 하는 판단도 있었던 것 같다고 진술하고 있는바, 그렇다면 공소외 4의 이러한 취지의 진술만으로 피고인이 실제로 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 이를 일부러 유기하였다고 단정할 수는 없다 할 것이다.

- ③ 한편, 이 사건 공소사실을 뒷받침할 만한 간접증거로는 공소외 14, 13, 3의 각 수사기관 진술 및 법정진술이 있으나, 아래에서 보는 바와 같은 사유로 이부분 공소사실을 인정하기에 부족하다.

우선, 공소외 14는 2002. 6. 28.경 수사기관에서는 공사계획자료 제공 및 공사편의 대가로 공소외 2에게 합계 금 4,150만원을 교부하였다고 진술하였고(피고인은 공소외 14의 진술조서와 관련하여 원심법정에서 공소외 14는 진술조서의 일부에 대한 실질적 진정성립을 부인한 것이 아니라 강압수사를 이유로 진술조서 전체의 임의성을 부인한 것이라고 주장하나 원심의 판단을 기록과 대조하여 살펴보면 공소외 14의 수사기관에서의 진술은 임의의 진술로 인정되고 달리 그 진술이 피고인의 주장과 같이 임의성이 없다거나 이를 의심할 만한 사유가 있다고 인정할 만한 증거를 찾아 볼 수 없어 위 공소외 14의 진술조서가 임의성이 없어 증거능력이 없다는 피고인의 항소논지는 그 이유가 없다), 원심법정에서는 증인으로 출석하여 위 금원의 성격이 대차관계라고 하면서도 이 금원 수수가 문제가 된 2002. 6. 28. 이후 공소외 2로부터 차용금을 돌려받았으며, 2002. 6. 28. 자 진술조서상 공소외 2에게 공사계획자료 제공 및 공사편의 대가로 4,150만원을 제공하였다는 부분은 원진술자가 진술한대로 기재되어 있으나 "해군 고등검찰부장으로부터 2002. 6. 13.~15.경 2번 전화를 받은 사실이 있습니다.

그 내용은 안부 전화였으나 사건을 확대시키지 말라는 취지의 전화를 받았습니"라는 부분은 진술한대로 기재되어 있지 않다고 진술하였는데, 원심은 이에 대하여 위와 같은 해군 고등검찰부장이 전화로 사건을 더 이상 확대하지 말라는 취지로 이야기하였다는 부분에 대하여 이를 부인하는 공소외 14의 법정진술은 진술의 신빙성이 매우 떨어짐에도 불구하고 실질적 진정성립을 부인하였으므로 증거능력이 없다고 판시하였으나, 살펴건대, 공소외 14는 원심법정에서 2002. 6. 13.경 공소외 13이 자신의 사무실로 방문조사를 하겠다는 전화를 하면서 방문시간을 확인하던 중에 혹시 해군 법무감실에서 전화가 온 적 있느냐라는 질문을 받고 "전화 온 적 없다"고 답변하였는데, 그날 저녁에 방문 조사시 공소외 13이 이미 진술조서 초안을 만들어 와서 읽어보고 도장을 찍으라고 하였는데, 위 진술조서 초안에는 해군 고등검찰부장으로부터 전화를 받았다는 내용도 포함되어 있었고 이에 대하여 공소외 13이 질문을

하자 열떨결에 전화가 왔다고 답변하였으나 이는 공소외 13 수사관이 자신에게 6. 13. 및 6. 28. 각 전화를 건 것을 답변한 것에 불과하고, 돈 관리는 전적으로 자신의 처인 공소외 17이 하였기 때문에 자신이 정확히 기억하는 것은 별로 없어 검찰관과 변호인의 질문에 정확한 답변을 하지 못한다는 취지로 진술하였고(공판기록 제320면, 제321면 참조), 이와 관련하여 당시 공소외 14의 진술조서를 작성한 공소외 13은 당심법정에서 2002. 6. 28. 공소외 14를 조사하기 전에 미리 질문사항을 노트북에 적어 가지고 갔으며, 준비해간 질문사항을 물어본 후 그 진술한 내용을 받아 적었고, 위 진술조서를 받은 뒤에 며칠 후 공소외 14가 사무실에 1~2번 찾아와서 진술을 반복할 테니, 사실과 다르니 다시 진술하게 해 달라는 요청을 하였지만 거부하였으며, 그렇다면 해군 고등검찰부장 부분이라도 빼 달라는 이야기를 한 사실이 있다고 진술하면서, 진술조서를 받은 구체적인 방법에 대하여는 "여기 제가 진술조서 받은 상에는 계획자료라든가 뭐를 제공하고 그런 부분은 안 나옵니다.

여기 계획자료이라든가 뭘로 안 나왔고 그때 당시 진술내용이 하여튼 편의를 봐줘 가지고, 그 양반이 하는데, 공소외 14는 초등학교 뿐이 안 나온 걸로 기억이 됩니다.

그래가지고 예를 들어서 무시를 하는 것이 아니라 사실은 A라는 질문을 해도 '예', B라는 해도 '예'하고 겁을 많이 먹는 사람입니다.

착해 가지고 참 순진한 사람이에요. 그 모든 업무를 와이프가 다 합니다.

공소외 14는 시키는 대로 합니다.

거의"라며 진술하였다.

그렇다면 위에서 살펴본 바와 같이 공소외 13이 공소외 14의 진술조서를 받을 당시 노트북에 질문사항만을 미리 작성해 갈다는 취지로 진술하지만 실제로는 육군복지근무지원단 경리실장인 중령 공소외 16의 부대 계약 관련 범죄 혐의를 수사하던 중에 공소외 14와 관련한 첩보를 입수하고 이를 확인하는 내용의 질문사항과 공소외 14의 예상 답변까지도 미리 준비해 간 것으로 보이며, 기록에 첨부된 공소외 14의 진술조서(증거기록 제1216면 내지 1221면 참조)의 내용은 초등학교만을 나온 공소외 14의 학력이나 위와 같은 공소외 13의 진술 등에 비추어 볼 때, 공소외 14 혼자만의 생각으로 진술하였다고 보기에는 이례적으로 상당히 구체적이고 논리적이며, 세부적인 사항에 대하여도 상세하게 기재되어 있어 질문에 대한 예상 답변 내용이 어느 정도 작성된 진술조서 초안을 보면서 진위(眞僞)를 확인하는 방법으로 위 진술조서가 작성된 것이라는 취지의 공소외 14의 진술에 부합하는 점, 공소외 13도 당심법정에서 명시적으로 진술조서의 답변내용을 미리 작성하였다고 인정하진 않았으나 공소외 14가 초등학교 정도를 졸업한 사람으로 질문하는 사항의 의미가 정확히 무엇인지 인식하지도 못하면서도 모두 인정하였다는 것이나 편의를 봐주었다는 의미 또한 같은 취지로 이해할 수 있어 결국 공소외 14의 위 진술조서상의 해군검찰부장이 사건을 확대하지 말라는 취지의 전화를 받았다는 기재 부분은 원심법정에서 공소외 14가 진정성립을 부인하여 그 증거능력이 없고, 공소외 2에게 공사편의 등의 대가로 합계 4,150만원의 현금을 제공하였다는 기재 부분도 공소외 14가 임의성 및 진정성립을 각 인정하여 증거능력은 인정될 것이나 위에서 살펴 본 바와 같이 공소외 14의 진술조서 작성 경위, 공소외 14와 그의 처 공소외 17과의 관계 등에 비추어 볼 때 수사기관에서의 공소외 14의 진술은 선뜻 믿기 어려워 신빙성이 없다 할 것이고, 공소외 14의 법정진술 또한 당시 공소외 2와의 금전거래를 비롯한 사업 관련 자금 관리를 전적으로 공소외 14의 처인 공소외 17이 하는 관계로 정확한 돈거래 성격은 알지 못한다는 취지에 불과하여 이사건 공소사실 부분에 대한 유죄의 증거로 삼기에 부족하다.

또한, 공소외 13은 수사기관에서부터 당심에 이르기까지 이 사건 공소사실 부분에 대하여 기본적인 골격에 있어서 대체로 일관되게, 2002. 6. 28. 공소외 14에 대한 조사를 마친 후 곧바로 당시 육군 고등검찰부장인 공소외 4에게 조사내용을 보고하면서 해군관할사건이므로 절차에 따라 정식 입건하여 수사를 더 하거나 해군에 이송처리 하자는 취지로 건의하였고 공소외 4부장의 사무실에 결재 때문에 들어갔을 때 피고인을 2~3번 정도 본 기억이 있으나, 그 전에는 피고인을 본 적이 없으며, 그 후 공소외 4 부장으로부터 사건을 이송하지 말고 자체 종결하라는 지시를 받아 수사자료를 그대로 존안하였다는 것으로 이는 공소외 4가 공소외 2의 알선수재 범죄 혐의사실을 해군에 이첩하지 않은 경과에 대한 진술일 뿐 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인식하였는지에 대한 직접 증거가 아니어서 증거로 삼기에 부족하다.

한편, 공소외 3의 군검찰에서의 진술은 공소외 2가 국방대학교 교육 중에 "죽을뻔 한 일이 생겨 밤에 계룡대에 내려왔다 서울로 갔다"는 취지의 말을 공소외 2로 들었다는 진술일 뿐 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인식하였는지에 대한 직접 증거가 아니어서 이 또한 증거로 삼기에 부족하다.

④ 더욱이, 위에서 살펴 본 바와 같이 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서 달하는 '인지'란 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 동법 소정의 죄를 범한 자라는 '정을 알면서도' 또는 '범인을 알면서도'라는 의미로써 실제로 동법 소정의 범죄를 범한 자라는 것에 대한 인식이 있었음을 요한다 할 것인바, 비록 피고인이 공소외 4로부터 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 피고인은 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보이며, 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 한 점, 피고인과 공소외 4는 같은 군법무관 동기생이나 특별한 친분관계가 없어 평소 전화 통화를 하거나 사무실을 방문하는 등의 교류가 거의 없었는데 이 사건과 관련하여 공소외 4의 전화를 받은 후 공소외 4의 사무실을 방문한 점, 공소외 2가 육군 고등검찰부에서 자신에 대하여 내사 중인 사실을 공소외 14의 처 공소외 17로부터 전해 듣고 당시 친분이 있던 피고인에게 아는 것이 있는지 물어본 후 피고인이 변호사를 통해서 잘 해결하라 또는 동기생 중에 공소외 20 변호사가 있는데 육군고등검찰부장의 동기생이니깐 한번 물어보라 등의 조언을 해 준 점 등 피고인과 공소외 2 간의 유착관계가 의심되는 여러 사정을 인정할 수 있는바, 그렇다면 수사업무에 종사하는 해군 고등검찰부장인 피고인의 입장에서는 범죄에 대한 신빙성 있는 정보 내지 첩보를 확인하는 경우에 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정할 때에는 즉시 수사에 착수하여야 할 것임에도 불구하고 육군 고등검찰부장인 공소외 4가 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보이며, 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 하였다는 것인바, 이는 공무원으로서 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우가 아니라 수사업무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니한 경우에 해당되어 형법 제122조의 직무유기죄의 범죄가 성립될 여지가 있으나, 이 때문에 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하거나 그러고도 직무를 유기하였다고 추단할 수는 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고, 이와 달리 이 부분 공소사실을 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄로 인정한 원심 판결

은 사실을 오인한 위법이 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

라) 소결론

따라서 피고인의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

(2) 강요방조의 점

(가) 공소사실의 요지

건설업체인 공소외 21 주식회사는 2001년경부터 2005년경까지 해병대사령부 공사대금 22억 3,800만원 상당을 비롯하여 해군 및 해병대 발주공사 23건 공사대금 합계 147억 7,200만원 상당을 수주·시공하였다.

관련자 공소외 6은 공소외 22로부터 2004. 10. 15.경 1,000만원, 2005. 5. 4.경 2,000만원 합계 3,000만원을 관련자 공소외 2가 제공한 공소외 23 명의의 공소외 2의 차명계좌(계좌번호 2 생략)로 송금받았고, 2005. 5.경 공소외 2는 같은 사무실에 근무하던 피해자 해군 6급 군무원 공소외 3(여, 39세)이 전세금이 부족하자 공소외 23에게 지시하여 위 송금액 중 2005. 5. 4. 송금된 금 2,000만원을 피해자에게 빌려주도록 하여 피해자는 이를 전세자금으로 사용하였다.

2006. 3. 10.경 공소외 6이 위와 같이 공소외 22로부터 금전을 송금받은 사실에 대해서 국방부검찰단으로부터 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 혐의로 내사를 받게 되자, 관련자 공소외 2와 같은 공소외 6은 위와 같은 자신의 범죄 혐의사실을 은폐하기 위하여 법률전문가인 피고인에게 문의하였고, 피고인과 공소외 2, 6은 피해자가 공소외 23으로부터 금원을 차용하였을 뿐 공소외 6의 배우자인 공소외 24 및 피해자의 친구들로부터 금원을 차용한 사실이 없음에도 불구하고, 피고인, 공소외 2의 직위 및 직무를 이용하여 피해자로 하여금 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금전을 차용한 후, 친구들로부터 다시 금전을 차용하여 위 공소외 24에게 변제한 것으로 하는 허위사실을 진술하도록 공모하였다.

위 공모에 따라, 피고인과 공소외 2, 6은 2006. 6. 일자불상 경 불상의 장소에서 상호 의사연락하여 위와 같은 허위사실이 기재된 공소외 6명의의 소명서와 피해자 명의의 소명서를 각 작성한 후 공소외 6 명의의 허위 소명서는 2004. 6. 8. 국방부 검찰단 수사관 공소외 79에게 제출하고, 피해자 명의의 소명서는 공소외 2가 이를 피해자에게 전달하여 허위진술을 위하여 그 내용을 숙지하게 하였다.

한편, 피고인과 공소외 2는 같은 달 일자불상 저녁경에 충남 계룡시 엄사리 소재 ○○○주점에서 피해자를 불러 "조만간 국방부검찰단에 소환될 것인데, 조사 시 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금 2,000만원을 차용하였고, 다시 친구들로부터 금전을 재차용하여 위 공소외 24에게 변제하였다고 공소외 2가 피해자에게 전달하여 이미 전달한 소명서의 내용과 같은 허위 진술하라."라는 취지로 말하였다.

이에 피해자가 "변제금을 친구로부터 빌린 것으로 하라고 하였는데, 검찰관이 언제까지 갚기로 한 것이냐고 물으면 어떻게 답을 해야 하는가?"라고 묻자, 피고인이 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아라고 했다고 허위 진술하라"라고 말하여 피고인의 직위와 직무를 이용하여 마치 그녀가 수사기관에 허위진술을 하는 것이 법적으로 아무런 문제가 없으며 공소외 2의 허위진술 요구에 응하지 않으면 오히려 피해자의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할 것 같은 태도를 보임으로써 그녀를 외포하게 하여 허위진술을 할 수밖에 없도록 하였다.

계속하여 위 공소에 따라, 공소외 2는 2006. 7. 3. 국방부 검찰단에 참고인조사를 받으러 가는 피해자와 동행하면서 피해자에게 "조사를 하는 사람들도 해군이다.

네가 떨어지지 말라는지 안 떨어지지 말라는지 다 알 수 있다.

"라고 말하여 피해자가 위와 같은 허위진술을 하지 아니할 경우 그 지위 및 직무를 이용하여 그녀의 지위나 신상에 어떤 위해를 가할 것 같은 태도를 보임으로써 그녀를 협박하였으며, 이미 피고인과 공소외 2가 함께 있는 자리에서 허위진술을 할 것을 강요받은 피해자로서는 해군 고위법무관인 피고인과 친한 공소외 2의 지위를 고려할 때, 수사절차 진행과 관련된 위 공소외 2의 말들이 모두 사실이라고 믿을 수밖에 없었고 이로 인하여 더욱 외포되어 허위진술을 하기로 결심을 하였다.

결국 피해자는 위와 같은 피고인과 공소외 2가 공동하여 직위와 지위를 이용하여 행한 협박에 외포당하여, 2006. 7. 3. 국방부검찰단에서 위 공소외 6에 대한 내사사건의 참고인조사를 받으면서 피고인과 공소외 2가 지시한 바와 같이 그 기억에 반하는 허위사실을 진술하고, 위 소명서가 마치 자신이 직접 작성하고 그 내용이 사실인 것처럼 하여 제출함으로써, 피고인은 공소외 2, 6과 공동하여 피해자를 협박하여 그녀로 하여금 의무없는 일을 하게 하여 강요하는데 결정적인 기능적 역할을 수행하였다.

(나) 원심판단의 요지

피고인이 최초 공소외 2에게 소명서 초안을 작성하여 교부하여 줄 때에는 공소외 2 등이 공소외 3을 협박하여 의무없는 일을 시킬 것이라는 점에 대하여 인지하지 못하였다고 하여도 ○○○주점에서 피고인이 공소외 3에게 '우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아'라고 구체적으로 허위진술로 답변하도록 도움을 준 시점에서는 적어도 공소외 3 피해자가 검찰단에 출두하여 공소외 3이 공소외 2로부터 허위진술의 요구를 받아 공소외 2의 강요에 의하여 허위진술을 하게 될 것이라는 점을 인식한 상태에서 언제까지 상환하여 주기로 하였느냐는 질문에 피고인이 이와 같이 허위사실의 진술을 구체적으로 애기하여 도와주어서 공소외 3이 검찰단에서 허위진술을 하여도 문제가 없는 것이라고 생각을 하도록 하여 공소외 2의 강요죄의 실행을 용이하게 하여 이를 방조하였다.

그러나 피고인이 공소외 2, 6과 함께 공소외 3으로 하여금 의무없는 일을 하도록 강요한 사실에 대한 기능적인 행위 지배가 있다고 보기는 어려워 공소외 2와 공소외 6의 공소외 3에 대한 강요의 공모나 모의한 사실에 대한 증거가 없다는 피고인 및 변호인들의 주장은 이유 있으므로 피고인에게 강요의 공동정범의 죄책을 물을 수 없다.

(다) 당심의 판단

1) 공소장변경 절차 없이 강요의 공동정범을 강요의 방조로 인정할 수 있는 지 여부에 대한 판단

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실 보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다고 할 것이므로 공동정범으로 기소된 범죄사실을 방조사실로 인정할 수 있다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결, 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 등 참조). 원심이 공소장변경 없이 강요죄의 공동정범으로 기소된 피고인을 강요방조죄로 처단한 조치는 위 법리에 비추어 정당하고, 거기에 항소이유로 주장하는 바처럼 공소장변경에 대한 법리오해 등 위법은 없다.

2) 공소외 6의 집에서 압수한 소명자료 등 증거서류의 증거능력 인정에 대한 판단

가) 원심판단

원심은, 압수·수색 절차상의 하자가 영장주의의 취지를 몰각하여 압수물의 증거능력을 부인할 정도에는 이르지 않아 압수물은 증거능력이 있으므로 이를 증거로 채택한다는 증거결정을 하였다.

나) 판단

헌법과 형사소송법 및 군사법원법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라도 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법 절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법 및 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

그러나 이러한 예외적인 경우를 함부로 인정하게 되면 결과적으로 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다는 원칙을 훼손하는 결과를 초래할 위험이 있으므로, 법원은 구체적 사안이 위와 같은 예외적인 경우에 해당하는지를 판단하는 과정에서 위와 같은 결과가 초래되지 않도록 유념하여야 한다.

나아가, 법원이 수사기관의 절차 위반행위에도 불구하고, 그 수집된 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 있으려면, 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 한다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결).

① 영장 원본이 아닌 사본 제시의 위법성 여부

헌법 제12조 제3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 하며, 군사법원법 제159조는 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다고 규정하고 있으며, 동법 제258조에 의하여 수사기관의 압수·수색에 관하여도 준용한다.

또한 여러 통의 압수·수색영장의 청구 및 발부제도가 있으며, 여러 통을 청구 및 발부할 경우 압수·수색영장에 그 사유를 적어야 하며(군사법원법 제120조, 제232조의6), 압수·수색영장은 발부한 법원이 그 집행기관인 검찰관에게 영장의 원본을 교부하여야 한다(군사법원의 소송절차에 관한 규칙 제51조, 제64조). 그렇다면, 압수·수색 처분을 받은 자에게 제시되어야 하는 영장은 특별한 사정이 없는 한 원본을 의미하므로 이 사건에서 군검찰이 공소외 6에게 영장 원본이 아닌 사본을 제시하고 영장을 집행한 것은 군사법원법 제258조를 위반한 것으로 일 위법하다고 할 것이다.

이 사건에서 위법한 부분은 압수·수색영장을 아예 제시하지 않은 것이 아니라 이를 제시하기는 하였으나 원본이 아닌 사본으로 제시하였다는 것인바, 이에 대하여 살펴본다.

우선, 압수·수색영장의 제시제도는 영장주의의 본질이라기보다는 영장주의의 취지를 철저하게 구현하기 위한 것이라고 할 것이고, 이 경우 영장의 원본을 제시하도록 요구하는 것은 영장 사본을 작출하는 과정에서 인위적인 조작이 가해지는 것을 방지하고 상대방에게 영장의 발부사실 및 그 내용을 보다 명백히 확인시킴으로써 위와 같은 압

수·수색영장 제시제도를 보다 확실히 하기 위한 방법이라고 할 것이다.

그리고 이 사건 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 다음과 같은 점을 인정할 수 있다.

- ㉓ 군판사에 의하여 이 사건 영장이 발부된 것이 사실이고, 제시된 문서가 영장 그대로의 사본임이 틀림없으며 그 영장의 취지대로 집행이 되었으므로 그 과정에서 영장 사본이 제시되었다는 이유만으로 영장주의의 본질이 훼손하는 중대한 위법이 있다고 할 수는 없는 점, ㉔ 당시 위 영장은 서울에 있는 국방부 보통군사법원에서 발부되었던 것이고, 그 집행장소는 대전에 있는 피고인 공소외 6의 주거 등 영장을 집행하여야 할 곳이 10곳에 이르렀으며, 수사의 긴급성과 밀행성, 특히 여러 장소에 흩어진 다수 물건의 수색·압수, 영장의 발부지와 집행지가 원거리인 경우 등에 있어서의 현실적인 필요성과 직무수행의 어려움 등을 이유로 영장의 원본 집행만을 고수할 수 없는 사정이 엿보이는 점, ㉕ 영장 집행 당시 공소외 6 등으로부터 제시된 영장이 사본이라는 점에 관하여 아무런 이의가 없었을 뿐만 아니라, 집행절차 전반에 관하여도 특별한 이의가 없었던 점, ㉖ 공소외 6의 집에서 압수된 증거서류 중 피고인 작성의 소명서 초안은 공소외 6의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 내사사건의 혐의를 벗어나게 하는데 필요한 소명서 작성의 기초가 되었고, 이를 토대로 작성된 공소외 6 명의의 소명서, 공소외 3 명의의 소명서가 작성되게 되고, 공소외 3 명의의 소명서는 2006. 7. 3. 공소외 3을 통하여 국방부 검찰단에 제출되고, 소명서 기재내용대로 허위의 사실을 진술하게 한 내용으로서 피고인의 이 사건 문서들은 피고인의 강요방조에 관한 유력한 증거인 점, ㉗ 무엇보다도 이 부분 범죄사실은, 피고인은 1998. 1. 24.부터 2003. 12. 10.까지 해군본부 법무감실 고등검찰부장으로 근무하면서 위 검찰부 및 해군 예하 보통검찰부의 업무를 지휘·감독하고, 2005. 3. 21.부터 2006. 1. 4.까지 국방부 검찰단장으로 근무하면서 위 검찰단의 업무를 총괄하였으며, 2007. 11. 19.부터 이 사건 관련 보직해임이 되기 전인 2009. 10. 13.까지 해군본부 법무실장으로 근무하면서 해군 군사법 업무를 총괄하였던 자인바, 우리나라의 군사법제도의 특성상 피고인이 역임한 위와 같은 각 직책은 누구보다도 공익을 대표하여 군내 비리를 척결하여야 할 군사법기관의 정점에 위치한 직위임에도 불구하고, 이와 같이 막중한 자신의 직책을 망각하고 공소외 2 등의 공소외 3에 대한 강요죄에 대한 실행행위를 용이하게 하여 공소외 3이 국방부 검찰단 소환조사시 허위진술을 함으로써 공소외 6의 3,000만원 수뢰혐의 부분이 무혐의 처분을 받게 하였다는 내용으로서 그 죄책이 결코 가볍다고 할 수 없는 점 등을 인정할 수 있다.

이와 같은 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등 수사기관의 증거수집과정에서 이루어진 절차위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴보면, 이 사건에서 발견된 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라고 판단하여 이 사건 문서들을 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다는 원심의 판단은 정당하고, 압수절차의 적법성과 증거능력에 관한 법리를 오해하여 이 사건 압수물을 증거로 채택하였으므로 판결결과에 영향을 미친 원심의 판단은 위법하다는 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

② 압수목록의 불특정과 압수목록교부서상의 기재와 압수조서상의 압수목록 기재가 서로 상이하며 압수·수색 절차상의 하자가 있는지 여부를 살펴본다.

군사법원법 제170조에 의하면 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자·소지자, 보관자 기타 이에 준하는 자에게 교부하여야 하며, 피압수자에게 교부되는 압수목록은 압수경위 및 압수물의 내역을 알 수 있도록 정확하게 기재되어야 하고 압수 즉시 또는 압수 후 신속하게 교부되어야 할 것이다.

이에 원심이 적법하게 조사하여 채택한 각 증거들을 종합하면, 다음과 같은 점을 인정할 수 있다.

㉠ 피압수자에게 압수목록 교부시에는 압수물의 종류와 수량을 특정하여 압수목록을 작성하여야 할 것이나 이와 같은 압수시 압수목록을 교부하도록 한 이유는 압수물의 존부·형상변경 등을 둘러싸고 벌어질 수 있는 여러 논란을 사전에 차단하고, 피압수자들의 압수물에 대한 환부·가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는 데 있다 할 것인데, 이 사건에 있어서 비록 압수목록이 구체적으로 특정되어 있진 않으나 현장에서 공소외 6에게 압수목록을 교부하였던 점, ㉡ 당시 공소외 6의 주거에는 책상이나 박스에 보관 중인 다량의 서류봉투가 있었으며, 각 서류봉투 안에는 파일제목을 하나로 특정할 수 없는 편철되어 있지 않은 수많은 제목의 또는 제목이 없는 문서들이 다량으로 섞여 있어 우선 구체적으로 특정할 수 있는 계좌번호를 기재한 각종 통장, 연도별 수첩, 제품명을 기재한 핸드폰·컴퓨터 등을 순번을 매겨 기재하다가 공소외 6이 자신의 처와 딸에게 압수·수색과정을 보지 않도록 이들을 집밖으로 내보낸 상황이고, 공소외 6이 자신의 부친이 집으로 올 시간이 다 되었으니 영장집행을 빨리 끝내달라고 재촉을 하여 이를 배려하는 차원에서 압수목록 교부서상 증제번호 제26번 부동산 관련 서류 1개, 증제번호 제27번 서류봉투 1개, 증제번호 제28번 소명서 자료 1개, 증제번호 제29번 서류봉투 1개, 증제번호 제30번 명함서류 1개, 증제번호 제31번 해군일지 수첩 4개, 증제번호 제32번 부동산 매입 차용서 1개, 증제번호 제33번 서류봉투(육군) 1개, 증제번호 제34~제40번 서류봉투로 간략하게 포괄적으로 기재된 압수목록 교부서를 공소외 6에게 교부한 것으로, 수사기관이 압수를 집행하면서 파일제목을 하나로 특정할 수 없는 편철되어 있지 않은 수많은 문서들이 다량으로 섞여 있는 서류봉투 및 문서들에 대하여 다른 서류봉투 및 문서들과 명확히 구별할 수 있는 수사기관 나름대로 편의상 제목을 붙이지 않았다고 하여 이 사건에 있어서 압수목록교부서의 교부시 수사기관의 악의성, 의도성이 있었다고 인정되지 않는 점, ㉢ 압수목록 교부서에 공소외 6이 압수물에 이상 없음을 확인하는 자필 서명을 하였으며, 압수목록교부서의 기재내용에 대하여 이의를 제기하지 않은 점, ㉣ 공소외 6에게 교부된 압수목록 교부서는 가환부된 품목들이 포함되어 있었고, 공소외 25가 복귀하여 압수조서를 작성하는 과정에서 휴대폰이나 컴퓨터 등 가환부된 일부 압수품을 제외하고 남은 압수품의 목록을 구체적으로 작성한 것으로 압수목록 교부서와 압수조서상의 각 기재상에 일부 차이가 있으나 서류봉투의 수나 그 내용에 별다른 차이가 보이지 않는 점, ㉤ 공소외 6은 원심법정에서 자가에서 압수된 공소외 3 작성의 소명서에 대하여 공소외 2로부터 사본을 받아 보관한 것이지 자신이 공소외 3의 명의로 작성한 것은 아니라고 답변하는 등 압수된 소명자료 등 압수물에 대한 실제 작성자가 누구인지 여부, 작성동기, 소지경위에 대하여 진술하였는데, 이는 압수된 각 소명자료들이 자신의 집에서 압수된 것이라는 전제하에서 진술한 것으로 보이며, 특별히 압수물의 존부·형상변경 여부에 대하여 이의를 제기하지 않은 점 등이 인정된다.

그렇다면 군사법원법 제170조의 입법취지를 비추어 볼 때, 압수목록 교부의 상당성을 벗어났다고 보이지는 않으므로 이 부분 압수·수색절차가 위법하다고 할 수 없다.

③ 피고인의 주장에 의하면, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 하는데, 이 사건에서 검찰관이 이와같은 예외적인 경우에 해당한다고 볼만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점에 관하여 충분한 입증이 없었다고 것이다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거, 특히 공소외 25, 26의 원심법정의 진술 등에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 해당한다는 점에 대하여 검찰관의 입증이 합리적 의심이 들지 않을 정도로 이루어졌다 할 것이므로 피고인의 위 주장은 이유 없다.

3) 피고인과 공소외 2, 공소외 3이 ○○○주점에서 만나 "돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐 천천히 갚으라"라고 피고인이 공소외 3에게 말한 사실이 있는지 여부 (공소외 3 진술의 신빙성에 대한 판단)

피고인은, 공소외 2와 함께 2006. 6.경 저녁 무렵 계룡시 엄사면 엄사리 ○○○주점에서 공소외 3을 만난 사실이 없고, 이와 관련된 공소외 3의 법정진술 및 군검찰에서의 진술조서 등은 신빙성이 없다고 주장하고 있는바, 이에 부합하는 직접증거로는 공소외 3의 진술이 있는데, 공소외 3의 진술을 이 부분 공소사실의 증거로 사용하기 위해서는 그 진술의 증거능력이 있어야 함은 물론 합리적인 의심을 배제할 만한 신빙성이 있어야 하고, 그 신빙성 유무를 판단함에 있어서 그 진술내용 자체의 합리성, 객관성, 전후의 일관성뿐만 아니라 그의 인간됨, 그 진술로 얻게 되는 이해관계 유무 등을 아울러 살펴보아야 한다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2007도3798 판결 등 참조).

공소외 3은 2009. 10. 29. 군검찰 제4회 조사시 "수사기관에서 거짓말을 하는 것이 매우 부담스럽고 겁도 났음에도 불구하고 거짓말을 한 이유는 공소외 2가 너무 거침없이 행동을 하니까 눈 밖에 나기 싫었습니다.

저는 무섭기는 했지만 그래도 따로 엄사리에서 피고인 법무실장이 저와 공소외 2를 만나서 옆에서 계속 도와주고 하니 문제가 없는 것이구나 생각을 하고 거절할 수가 없었습니다"라고 진술하면서 "엄사리에서 만났을 때는 심도 있는 이야기는 하지 않고 당황하지 말고 촌스럽게 굴지 말고 이야기 하라는 정도만 이야기한 것 같고, 우리가 공소외 6씨 돈을 빌린 것으로 잘만 이야기하면 잘 될 것이다.

우리가 도와줘야 한다고 이야기를 해서 병과장 일이기도 해서 거짓말을 해야겠다고 생각을 했습니다", "법무실장이 도와주는 것이어서 저만 이야기를 하면 다른 모든 것은 위에서 잘 처리해서 문제가 되지 않을 것이라고 생각을 했습니다.

법무실장이 직접 나서서 하는 일이 죄가 되리라고 생각을 전혀 못했습니다"고 진술하였다.

2009. 11. 12. 군검찰 조사시에는 사무실 회식 이외에 피고인을 만난 적이 있느냐라는 검찰관의 질문에 "2006년도에 검찰단에 조사받으러 가기 며칠 전 공소외 2와 함께 엄사 사거리에 있는 호프집에서 셋이 만난 적이 있습니다"라고 답변하면서 공소외 2, 피고인과 만난 경위에 대하여 "검찰단 조사 문제로 만났습니다.

공소외 2가 저에게 '2,000만원 때문에 약간의 문제가 발생했다.

검찰단에서 너도 곧 부를 거다'라고 말하면서, 자기가 시킨 대로 진술할 것을 요구하였습니다.

실제로 얼마 지나지 않아 검찰단에서 출석 요구 전화가 왔고, 출석하기 며칠 전 저녁 8-9시쯤 공소외 2로부터 잠깐 나오라는 전화를 받고 만나러 나갔습니다.

호프집으로 가면서도 그 허위진술 때문에 부르겠거니 생각은 했던 것 같습니다.

그런데 막상 도착해보니 피고인도 함께 있어 조금 놀랐던 기억이 납니다", "사실 저도 피고인 앞에서 그런 이야기를 꺼내도 될까하는 생각은 들었는데, 공소외 2가 먼저 말을 꺼내서 괜찮거니 했고, 또 피고인도 이미 다 알고 있었던 것으로 보였습니다.

사실 공소외 2가 피고인과 워낙 절친하여 그런 법적 문제에 대해서는 당연히 의논하고 그랬을 것입니다.

피고인도 고개를 끄덕이며 거들기도 했습니다", "공소외 2는 저에게 공소외 6 대령 사모님으로부터 빌린 것으로 하면서 결국 그 돈을 제 친구로부터 빌려 갚은 것으로 하라고 시켰는데, 제가 '그럼 검찰단에서 친구한테 빌린 2,000만 원에 대해 물어보면 어떻게 대답하느냐'고 묻자, 피고인은 제 친구인 것처럼 흥내를 내며 '돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐. 천천히 갚으라'고 말했습니다.

그렇게 대답하라고 시킨 것입니다"라고 진술하였다.

또한 피고인이 그렇게 말한 것이 확실한가요라는 검찰관의 질문에 "피고인 억양이 조금 특이한데다 그때 '촌년처럼'이라는 표현을 쓰는 것에 깜작 놀랐습니다.

그래서 확실하게 기억합니다"라고 진술하였다.

원심법정에서도 위와 같은 진술내용을 유지하면서 "○○○주점에서 공소외 2와 이야기를 할 때 피고인도 수궁하는 듯 고개를 끄덕이며 이미 다 알고 있는 듯한 태도를 보이면서 제가 친구들에게 돈을 받아서 갚아야 하는데 그것은 어떻게 이야기 할까요라고 물으니깐 피고인이 그에 대하여 직접적으로 이야기하였습니다.

제가 다른 것은 다 기억이 나지 않아도 피고인이 그에 대해 말한 기억은 나는 것이 '보통 상스러운 말을 어떻게 저렇게 하실까'라는 생각을 했기 때문입니다", "공소외 2하고는 모르겠는데, 피고인하고는 ○○○에 처음 가보았습니다"라고 진술하면서 증인이 변호인측의 질문에 대하여 허위진술한 것과 피고인과의 관계가 없다는 식으로 진술하였는데 맞는가요라는 검찰관의 질문에 대하여 "제가 ○○○에서는 전혀 그런 것에 대해서 어떤 협박이나 그런 것을 전혀 느끼지 못했다는 부분은 사실이고, 그 상황이 다 이미 전화올 것도 다 알고 있고, 누가 할 것이고 가서 이것만 하면 되고, 이미 다 써와서 '이런 부분은 이렇게 이야기 하라'라고 하였을 경우에는 제 생각에는 '내가 가서 형식적으로 이야기만 하면 되는 것이다'라고 생각하였으며, 변호인 측에서 이의를 제기하겠지만 제 생각에는 평소에 (공소외 2가) 피고인과 친하였기 때문에 법률적인 문제에 대하여는 전혀 하자가 없이 모든 것이 다 진행되어 있으니 내일 가서 이야기만 하면 된다.

제가 그런 느낌을 받았기 때문에 그렇게 말한 것입니다"고 답변하였고, 당심법정에서는 "(검찰단 소환조사에 대해) 굉장히 마음의 부담을 가졌습니다.

같이 근무를 해야 되는데 그런 생각도 있고 또 사실이 아닌 것을 가서 얘기를 하려니까 그런 부담감 또 여러가지 부담감이 있었습니다.

(소명서 작성이) 자발적이진 않았습니다", (검찰단 소환조사시 허위진술을) 안할 수가 없었어요. 솔직히... 제가 뭐"라고 진술하였고, 평소에 허위진술 부분에 대하여 이야기한 적이 없는 피고인이 ○○○주점에 나와 있어 공소외 2가 이

런 작업을 다 해왔구나, 내가 나가서 더 이상 허위진술을 해도 허위진술하는 것 자체로는 나한테 어떤 불이익이 없겠구나라는 생각을 했던 것이지요라는 검찰관의 질문에 대하여 "예, 가서 얘기만 하면 별것 아니니까 그렇게 얘기를 했습니다"고 진술하면서 원심법정에서의 진술을 대체로 유지하였다.

그렇다면, 비록 공소외 3은 공소외 2, 피고인과 만난 장소를 "상호불상 호프집"에서 ○○○주점으로, 구체적인 대화 내용 등 세세한 부분에서 "촌스럽게 굴지마라"에서 "촌년처럼 굴지마라"로 일부 진술을 반복하는 등 약간 불명확한 진술이 있기는 하나, 이는 판시 위 범행이 약 3년 내지 4년 전에 이루어진 것으로 진술자의 기억력의 한계로 인한 것일 수 있고, 그 당시 상황에 대하여 비교적 상세히 진술하고 있으며, 이와 같은 공소외 3의 진술, 공소외 6이 2006. 검찰단 조사시 법적 문제에 대하여 피고인에게 조력을 받고 싶어 해서 공소외 6의 사건내용에 대하여 처음에는 공소외 2를 통해서 듣다가 나중에는 공소외 6을 만나 사건의 대략적인 개요를 알게 되었다거나 공소외 2나 공소외 6이 친한 사람들이기 때문에 공소외 6의 내사사건 담당 검찰관인 공소외 8에게 전화로 위 공소외 6 뇌물 사건은 단순한 채권채무관계라고 이야기를 한 것 같다는 취지의 피고인의 군검찰에서의 진술, 피고인이 공소외 6의 금전거래는 단순 금전거래인데 오해가 생겨서 비롯된 사건이라고 설명하여 주었다는 공소외 8의 군검찰에서의 진술 등 그 밖의 부가적인 정황 등을 종합하면, 원심 판시와 같이 공소외 2의 허위진술 요구과정에서 피고인이 ○○○주점에서 "돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐. 천천히 갚으라"라는 말을 하였다는 피해자 공소외 3의 진술은 그 합리성, 객관적 상당성, 전후의 일관성, 그 진술 사이의 일치성을 인정할 수 있어 신빙성이 있다 할 것이다.

4) 공소외 2가 공소외 3에게 구체적인 해약의 고지를 한 사실이 있었는지 여부

강요죄에 있어서의 협박은 반드시 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 곤란하게 할 정도에 이를 것을 요하지 않으나 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해약을 고지하면 되며, 해약의 고지는 명시적으로 이루어질 수도 있으나 묵시적으로 이루어질 수 있고, 언어에 의한 것이 보통일 것이나 경우에 따라서는 한마디 말도 없이 거동에 의하여도 할 수 있으며, 협박을 당하는 상대방이 공포심을 일으키게 하는 정도의 해약의 고지인지는 그 행위 당사자 쌍방의 직무, 사회적 지위, 강요된 권리, 의무에 관련된 상호관계 등 관련 사정을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들과 이 사건 제반기록을 종합하면 인정되는 다음과 같은 사실들, ① 공소외 2와 공소외 3은 2000. 9.경부터 2007. 4.경까지 해군본부 예산처에서 함께 근무하였고, 2006. 3. 10. 당시 공소외 6이 해군 경리병과장이었고, 공소외 2와 공소외 3은 당시 같은 회계과 사무실에 함께 근무하였으며, 피해자 공소외 3은 해군본부 전력기획참모부 예산처 소속 직불담당 6급 군무원으로서 공소외 2로부터 평정을 1~2회 정도 받았던 점, ② 공소외 2는 당시 해군 참모총장 공소외 27의 취임식에 공소외 2의 처인 공소외 39가 내빈자리에 초대된 사실을 자랑하며 해군참모총장과 친분을 과시하고, 병과장인 공소외 6과 서로 형, 동생으로 호칭하는 등 자신의 위세를 과시하여 왔던 점, ③ 공소외 2는 평소 사무실에서 피해자 공소외 3에게 소명서의 내용대로 허위 진술할 것을 지속적으로 요구하여 공소외 3은 검찰단에 출두하여 허위 진술하는 것에 대한 많은 부담감을 가지고 있었으며 이를 거절하면 영원히 찍히게 될 것이라고 겁을 먹었으며, 똑같은 상황이 재발 되는 경우에도 공소외 2의 요구대로 할 수 밖에 없었을 것이고, 그렇게 하지 않았으면 사람들이 백령도로 갈 수도 있다는 그런 농담도 할 정도였으며, 2006. 7. 3. 검찰단 조사 며칠 전에 사무실에서 소명서를 공소외 2로부터 교부받고, 공소외 2가 2006. 7. 3. 국방부 검찰단

에 참고인조사를 받으러 가는 피해자와 동행하면서 피해자에게 "조사를 하는 사람들도 해군이다.

네가 떨면서 말하는지 안 떨면서 말하는지 다 알 수 있다"라고 이야기 했다고 진술한 점, ④ 공소외 2가 공소외 3에게 전세자금용으로 빌려준 금원이 사실은 공소외 2의 돈이 아니라 공소외 6의 돈이었는데 공소외 23이 수표로 인출하여 주어 문제가 생겨서 검찰단에서 소환조사가 있을 것이라고 알려주었으며, 공소외 3이 실제로는 공소외 6의 배우자인 공소외 24 및 피해자의 친구들로부터 금원을 차용한 사실이 없음에도 불구하고, 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금전을 차용한 후 변제하였다고 진술하라고 요구하여 공소외 3이 "돈을 받았는데 나중에 갚았을 때 내가 돈이 없는데 갚을 때 어떻게 갚느냐"라고 물었을 때 공소외 2가 "친구들에게 받은 돈으로 하고 팩스를 받아라"라고 이야기를 하였으며, 피해자인 공소외 3이 "공소외 6의 처인 공소외 24와 대질을 하면 내가 얼굴을 모르는데 어떻게 합니까"라고 물으면 "그럴 일은 없을 것이다"라고 답변하는 등 구체적인 허위진술의 내용에 대하여 이야기 해주어서 공소외 2에게 피해자의 친구들 이름을 알려준 점 등을 종합하면, 위와 같은 공소외 2의 언동은 군이라는 특수한 계급사회의 구성원인 군무원으로 근무하고 있던 공소외 3에게 자신의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할 수 있다는 공포심을 심어 준 것으로 판단되며, 결국 공소외 2의 협박에 외포된 공소외 3이 검찰단 소환조사이 허위진술을 하게 된 사실을 인정할 수 있으므로, 공소외 3이 공소외 6 병과장의 일을 도와주기 위하여 공소외 2의 부탁을 받아 자의로 소명서 작성에 협조하였다거나 검찰단 조사시에 허위 진술하였다거나 공소외 3에 대한 구체적인 해악의 고지가 없었다는 피고인의 이 부분 각 주장은 이유 없다.

5) 피고인에게 방조의 고의 또는 방조행위가 있었는지 여부

방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심의 사실이므로 피고인이 이를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다 할 것이며, 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 참조). 따라서 이 사건 공소외 6이 공소외 22로부터 금전을 송금받은 사실에 대해서 국방부 검찰단으로부터 내사를 받게 되고, 공소외 2는 공소외 6에게 자신의 차명계좌인 공소외 23의 계좌를 공소외 6에게 제공한 것에 대한 수사가 확대되자 공소외 2와 공소외 6은 자신들의 범죄 혐의사실을 은폐하기 위하여 법률전문가인 피고인의 도움으로 공소외 6의 범죄 은폐에 부합하는 내용의 소명서 초안을 작성하여 공소외 2를 통하여 공소외 6에게 건네주어 공소외 6이 이를 바탕으로 작성한 자신 명의의 소명서를 국방부 검찰단 수사관에게 제출하였고, 공소외 2도 이를 바탕으로 같은 과에 근무하던 공소외 47 소령의 워드작업의 도움을 받아 자신의 사무실에서 작성한 공소외 3 명의의 소명서를 피해자 공소외 3에게 전달하면서 자신의 허위 진술 요구를 거부할 경우 피해자에게 신분상의 불이익이 있을 것 같은 태도를 보이고, 이후 공소외 2와 피고인은 계룡시 엄사리 소재 ○○○주점으로 공소외 3을 불러내어 공소외 2는 "조만간 국방부검찰단에 소환될 것인데, 조사시 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금 2,000만원을 차용하였고, 다시 친구로부터 금전을 재차용하여 위 공소외 24에게 변제하였다고 소명서의 내용과 같이 허위 진술하라"라는 취지로 말하였고, 이에 피해자가 "변제금을 친구로부터 빌린 것으로 하라고 하였는데, 검찰관이 언제까지 갚기로 한 것이냐고 물으면 어떻게 답을 해야 하는가?"라고 묻자, 피고인이 "우

리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚으라고 했다고 허위 진술하라"고 말을 하여 이미 공소외 2의 허위진술 요구에 응하지 않으면 피해자의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할지 모른다고 겁을 먹고 있었던 그녀로 하여금 수사기관에 허위진술을 하는 것이 법적으로 아무런 문제가 없다고 믿을 수밖에 없게 하여, 피해자인 공소외 3이 2006. 7. 3. 국방부검찰단에서 위 공소외 6에 대한 내사사건의 참고인조사를 받으면서 공소외 2가 지시한 바와 같이 그 기억에 반하는 허위사실을 진술하고, 위 소명서가 마치 자신이 직접 작성하고 그 내용이 사실인 것인 양 제출함으로써, 공소외 2와 공소외 6이 피해자를 협박하여 그녀로 하여금 의무없는 일을 하도록 하는 것을 용이하게 하였다는 것인바, 그렇다면 피고인이 ○○○주점에서 공소외 3에게 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아"라고 구체적으로 허위진술로 답변하도록 도움을 준 시점에서는 피해자 공소외 3이 공소외 2로부터 허위진술의 요구를 받아 공소외 2의 강요에 의하여 공소외 3이 검찰단에 출두하여 허위진술을 하게 될 것이라는 점에 대하여 미필적으로나마 인식 또는 예견하였다고 보아야 할 것이므로, 이러한 피고인의 위와 같은 행위는 정범인 공소외 2 등의 이 사건 강요 범행의 실행을 직접적으로 용이하게 하는 것이라는 원심의 판단은 정당하고, 거기에 방조죄에 관한 법리오해의 잘못은 없어 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

6) 소결론

따라서 원심판결에 강요방조죄에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 공소외 1에 대한 직권남용권리행사방해의 점

가) 관련법리

직권남용권리행사방해죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해하는 때에 성립하는 범죄로서 여기에서 '직권남용'이란 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 하는 경우 또는 공무원이 일반적 권한에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외에 행위를 하는 경우를 의미한다.

그리고 남용에 해당하는지 여부는 구체적인 공무원의 직무행위의 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 제반요소를 고려하여 결정하여야 하며(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 참조), 공무원의 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 않는다(대법원 2004. 10. 15. 2004도2899 판결).

나) 인정되는 사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

즉, 피고인은 해군 법무실장(병과장)으로 법무병과(직별)의 장병에 대한 인사추천을 할 수 있는 권한이 있고, 같은 병과 원인 국방부 검찰단 소속의 수사관인 공소외 1에 대하여도 이러한 권한을 행사할 수 있는바, 피고인의 지시를 사실상 거부하기 어려운 위 공소외 1에게 아래 범죄일람표 기재와 같이 4회에 걸쳐 수사상 기밀에 해당하는 관련자 신병, 수사내용 및 수사방향 등을 보고하게 한 사실을 인정할 수 있다.

범죄 일람표

순번 범행시각 보고내용 비고 1 2009. 3. 5. 공소외 23이 긴급체포되었음(전화통화) 군납비리사건 2 2009. 3. 27. 17:51
오늘 군의관 해군대위 공소외 28 구속청구에정입니다.

(문자메세지) 군의관 무단이탈 사건 3 2009. 9. 16. 14:25 공소외 29에 대한 가계도를 파악하고 있는 것으로 보아 계좌를
볼 것 같습니다.

(문자메세지) 군납비리 사건 4 2009. 9. 16. 15:26 공소외 6, 수표 나온 대전노래방 주인 조사하러 갈 예정입니다.

뇌물쪽으로 엮으려는듯함. (문자메세지) "

다) 일반적 직무권한 부존재 여부

위와 같은 법리와 사실관계를 종합하여 보면, 피고인은 해군 법무실장으로서 해법무병과의 장병에 대하여 인사추천할
수 있는 권한이 있으므로 위 공소외 1에 대하여 인사에 관한 일반적인 직무권한을 보유하고 있고, 또한 해군소속
인원에 대한 사법처리와 관련된 첩보나 정보를 보고 받을 수 있는 일반적인 직무 권한은 있다 할 것이다.

그러나 국방부 검찰단의 계좌 추적이나 출장조사 계획 등 향후 수사의 방향에 대한 내용 등의 정보는 그것이 수사의
대상이 될 가능성이 있는 자 등 수사기관의 외부로 누설이 될 경우 피의자와 관련된 자들이 아직까지 수사기관에서
확보하지 못한 자료를 인멸하거나, 수사기관에서 파악하고 있는 내용에 맞추어 증거를 조작하거나, 허위의 진술을
준비하는 등의 방법으로 수사기관의 범죄수사 기능에 장애를 초래할 위험이 있는 것으로 비록 해군소속의 인원에
대한 사건이라 할지라도 해당 사건에 대한 중국적인 결정을 하기 전까지는 외부에 누설되어서는 안 되는 국방부 검
찰단 내부의 수사기밀임에도 불구하고, 피고인은 평소 친분관계가 있고 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되
어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 하고자 상
급부대인 국방부 검찰단의 수사내용에 대하여 공소외 1에게 보고 하도록 지시하였다는 것으로, 이러한 피고인의
위와 같은 행위가 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 일반적 직무권한 범위를 넘어 직무의 행사
에 가탁한 부당한 행위라는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 법리를 오인하여 판결에 영향을 미친
위법이 없다.

나) 의무없는 일을 하게 하였는지 여부 및 피고인에게 직권남용권리행사방해의 고의가 있었는지 여부

- ① 피고인은, 원심이 위 공소외 1의 원심 법정에서 한 진술을 전체적으로 판단하지 아니하고, 그 중 피고인의 이 사건
공소사실 부분에 부합하는 공소외 1의 진술 부분에 대하여만 신빙성을 인정한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을
오인한 위법이 있다고 주장하나, 수사기관에서의 각 진술조서의 기재와 당해 사건의 공판정에서의 같은 사람의 증
인으로서의 진술이 상반되는 경우 반드시 공판정에서의 증언에 따라야 한다는 법칙은 없고, 그 중 어느 것을 채용하
여 사실인정의 자료로 할 것인가는 오로지 사실심법원의 자유심증에 속하는 것이며, 수사기관에서의 공소외 1에
대한 각 진술조서의 기재와 이에 부합하는 공판정에서의 공소외 1의 일부 증언 등을 종합하여 전체로서 이 사건
공소사실 부분을 인정할 수 있다 할 것이므로, 거기에 피고인의 주장과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위
법이 없다.

② 또한, 피고인은, 위 공소외 1이 피고인에게 검찰단의 수사 진행 상황을 보고한 것은 병과장에게 단지 통상의 첩보보고를 해야 한다는 책임감 내지 의무감에 기인한 것으로 의무없는 일을 하게 한 것으로 볼 수 없다고 주장하므로 살피건대, 직권남용죄에서 말하는 '의무'란 법률상의 의무를 가리키고, 단순히 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다고 할 것인바(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 참조), 국방부 검찰단 검찰수사관인 공소외 1의 경우에도 법령에 따라 그 수사업무를 공정하고 객관적으로 수행할 의무가 있는 것이지, 외부에 유출될 경우 검찰단의 수사 기능에 현저한 장애를 초래할 수 있는 국방부 검찰단의 계룡대 근무지원단 군납 비리 수사팀 내부 상황 등 검찰단의 내부 수사 내용에 대하여 수사에 직접 참여하지도 않았으면서 수사팀 내부 수사 상황을 탐문·수집하여 이를 피고인에게 보고할 법률상 의무는 없고, 이는 위 공소외 1의 소속군이 해군이라 하여 달라지는 것은 아니다.

그렇다면 피고인이 공소외 1에게 앞에서 본 바와 같은 부당한 지지를 한 것은 공소외 1에게 법률상 의무없는 일을 하게 한 것이라고 할 수 있다.

③ 한편, 피고인은 직권을 남용하여 공소외 1에게 의무없는 일을 하게 한다는 인식과 의사가 존재하지 않았다고 주장하러, 앞서 본 바와 같이 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시한 사실이 인정되고, 피고인의 법무실장로서의 지위, 이미 국방부 검찰단장으로 재직하였던 피고인의 경력에 비추어 볼 때 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시할 당시 자신이 부당한 영향력을 행사하거나 위법한 지시를 하고 있다는 인식과 의사가 있었다고 봄이 상당하다.

다) 사회상규에 반하지 않는 정당행위인지 여부

정당행위를 인정하려면, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째, 긴급성, 다섯째, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 참조). 원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들과 이에 의하여 알 수 있는 다음의 사정, 즉 ① 피고인은 2009. 2. 25. 위 공소외 1에게 전화를 걸어 계룡대 근무지원단 납품 비리수사가 해군본부 지휘부에서 신경 쓰고 있는 가장 이슈가 되는 중요한 사건이므로 해군 소속 인원의 신병관계에 대하여 특별한 것이 있으면 기무나 헌병에 비하여 법무는 속보보고가 늦으니 빨리 보고해 달라고 말한 사실이 있다는 취지로 진술한 점, ② 공소외 1은 군검찰에서 2009. 2.경 2~3회 피고인이 공소외 1에게 전화를 걸어 계룡대 근무지원단 사건내용에 대하여 알게 되면 빨리 보고를 해달라고 지시를 받았으며, 피고인으로부터 계룡대 근무지원단 납품비리수사에 참여하느냐는 질문에 자신은 수사에 배제되었다고 답변하자 피고인은 "그러면 네 자리에서 들리는 것이 있으면 보고를 잘해라"라며 이야기하였고, 이와 같은 피고인의 말을 듣고 피고인의 수사상황 보고 지시를 따르지 않으면 수사관으로서 능력이 없다고 판단되어 다음 보직심사시 자신이 원하는 곳으로 가지 못할 것 같을 느낌을 받았으며, 피고인의 위와 같은 전화를 받기 전에는 피고인에게 수사상황을 보고할 마음이 없었는데 그 때부터 보고를 하겠다는 마음을 갖게 되었고, 이 후 피고인에게 위 범죄일람표 순번 기재내용의 전화 통화 또는 문자 메시지를 보고할 의무가 없음에도 보고하였다고 진술한 점, ③ 공소외 1은 피고인에게 검찰단 수사 상황 보고를 하는 것과 관련하여 여러 차례 자신의 어려움을 호소하였는데, 2009. 5.경 피고인과의 전화 통화시 "제가 수사에 참여하지 않아서 아는 게 별로 없어 죄송합니다.

본부와 통화하는 것을 안 좋아하니 실장님이 단장님 동기니 이야기를 하셔서 그런 부분에 대해서는 두 분이 정리를 해주는 것이 좋겠습니다"라며 말을 하자 피고인이 "아무런 문제없다.

그러니 계속 정보를 달라. 당당하게 행동하라'라고 이야기하였고, 같은 해 8.경에는 좀 더 강하게 "더 상황이 안 좋아지고 있습니다.

해군 수사관들이 어려워지고 있다.

위에서 눈치를 많이 주고 있습니다.

그러니 직접 정리 해달라고 이야기 했습니다"라고 말을 하자 "그게 큰 문제가 되지 않는데 네가 힘들어 할 필요가 있느냐"라며 이야기 하였고, 같은 해 9.경 통화에서 같은 취지로 이야기하자 피고인이 "알았다.

공소외 4와 이야기 해 보겠다"라는 말을 들었다고 진술한 점, ④ 당시 계룡대 근무지원단 군납 비리 사건 담당 검찰관인 공소외 30 중령에게 "저도 힘들어 죽겠다.

제가 이야기하면 안 통하니까 부장님이 직접 이야기 해 주시던지 아니면 단장님과 실장님이 동기니 단장님께 전화로 부탁하여 기관경고 등을 통해 정리를 하여 피고인 대령이 사건 상황을 묻지 않도록 조치를 취해 달라"라고 말하면서 자신의 고충을 호소하였다고 진술한 점(증거목록 제1100면, 제1101면 참조) 등을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이러한 이상, 피고인의 이러한 행위를 두고 형법 제20조에서 정한 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 정당행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

라) 피고인이 공소외 2 등에게 수사정보를 알려 줄 목적이 있었는지 여부

피고인은, 원심이 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적으로 공소외 1에게 수사 관련 사항을 보고하게 하였다고 판시하였으나 이와 같은 목적을 인정할 아무런 증거가 없음에도 불구하고 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적은 있었다고 인정한 원심의 판단은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 주장한다.

그러나 범죄의 주관적 요소인 범행의 목적 또는 동기 등의 내심적 사실은 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야 하며, 이 사건 공소사실 부분에 있어서 피고인과 공소외 2, 6사이의 친분관계, 계룡대 근무지원단 군납비리 수사의 진행 경과, 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시하게 된 동기 및 경과, 보고내용, 전후 정황 등 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적이 있었음을 인정할 수 있으므로 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 소결론

따라서 원심판결에 직권남용권리행사죄에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

나. 검찰관의 주장에 대한 판단

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여

(가) 공소사실의 요지

피고인에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점의 요지는 해군본부 법무감실 고등검찰부장의 직위를 떠난 후인 2004. 6. 10.부터 같은 해 7. 15. 사이에 공소외 2로부터 공소외 2에 대한 내사사건을 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 10,000,000원권 자기앞 수표 6장을 교부받아 그 직무에 관하여 60,000,000원의 뇌물을 수수하였다는 것이다.

(나) 원심의 판단의 요지

검찰관이 제출한 증거에 의하면, 공소외 2는 피고인에게 공소외 23의 □□계좌와 공소외 3의 □□계좌를 각 자신의 차명계좌로 이용하던 중 공소외 23의 □□계좌에서 2004. 6. 30. 인출된 1,000만원권 수표 1장을 공소외 23을 통하여, 공소외 3의 위 □□통장에서 2004. 6. 10. 인출된 1,000만원권 수표 5장을 공소외 3을 통하여, 각 교부 받은 후 위 수표 1,000만원권 수표 6장 합계 금 6,000만원을 차용증 없이 2004. 6. 10.경부터 7. 14.경 사이의 일자불상경 피고인에게 교부하였으며, 또한 2004년 일자 불상경 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞수표 5백만원권 2장을 피고인에게 교부하며 총 7,000만원을 교부받았으며, 이 후 피고인은 2004. 7. 22. 대전시 구 조흥은행(현 신한은행)법원 지점에서 신규로 구 조흥은행 저축예금통장을 개설하여 2004. 7. 23. 8,000만원의 법조인 신용대출을 받아 전액 자기앞수표(1,000만원권 자기앞 수표 7장, 5백만원권 자기앞 수표 2장)로 인출하여 이를 공소외 2에게 교부하여 준 사실이 인정된다.

그렇다면 검찰관이 제출한 증거들만으로는 위 피고인과 공소외 2 사이에 수수된 1,000만원권 수표 6장 합계금 6,000만원이 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 교부받는 것이라기보다는 오히려 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)의 토지에 대한 근저당권부 채권을 양수하는데 필요한 대금의 잔금조로 공소외 2에게 잠시 융통한 8,000만원 중 일부에 불과한 것이라는 피고인의 주장에 부합하여 검찰관이 제출한 증거만으로 피고인이 공소외 2로부터 6,000만원을 뇌물로 수수하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없어 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여 무죄를 선고하였다.

(다) 당심의 판단

뇌물죄에 있어서 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 받은 사실을 시인하면서도 그 돈을 뇌물로 받은 것이 아니라 빌린 것이라고 주장하는 경우 수뢰자가 그 돈을 실제로 빌린 것인지 여부는 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 수수한 동기, 전달 경위 및 방법, 수뢰자와 증뢰자 사이의 관계, 양자의 직책이나 직업 및 경력, 수뢰자의 차용 필요성 및 증뢰자외의 자로부터의 차용가능성, 차용금의 액수 및 용처, 증뢰자의 경제적 상황 및 증뢰와 관련된 경제적 예상이익의 규모, 담보 제공 여부, 변제기 및 이자 약정 여부, 수뢰자의 원리금 변제여부, 채무불이행시 증뢰자의 독촉 및 강제집행의 가능성 등 증거에 의하여 나타나는 객관적인 사정을 모두 종합하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007도3943 판결 참조).

그리고 형사재판에서 기소된 범죄사실에 대한 입증책임은 검찰관에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없는 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 등 판조).

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률 위반(뇌물)의 점을 무죄라고 판단하였는 바(원심판결서 69쪽 내지 91쪽 참조), 위 법리에 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면 ① 공소외 2는 자신이 차명계좌로 이용하고 있던 공소외 3의 □□계좌(계좌번호 3 생략)에서 2004. 6. 10. 인출된 1,000만원권 수표 5장(수표번호 1~5 생략)을 공소외 3을 통하여 교부받아 보관하고 있던 중 피고인에게 일자불상경 교부한 사실, ② 공소외 2의 또 다른 차명계좌인 공소외 23의 □□계좌(계좌번호 4 생략)에서 2004. 6. 30. 인출된 1,000만원권 수표 1장(수표번호 6 생략)을 공소외 23을 통하여 전달받아 보관 중 피고인에게 일자 불상경 교부한 사실, ③ 공소외 2가 자신의 차명계좌로 공소외 23과 공소외 3의 각 □□계좌를 이용하여 왔으며, 공소외 2가 공소외 23으로부터 교부받은 1,000만원권 수표 1장(수표번호 6 생략)과 공소외 3으로부터 교부받은 1,000만원권 수표 5장(수표번호 1~5 생략)을 차용증 없이 2004. 6. 10.경부터 7. 14.경 사이의 일자 불상경 위와 같이 피고인에게 교부한 사실, ④ 피고인이 위 수표 6장을 자신소유의 땅에 인접해 있는 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)번지의 근저당권부 채권양도인인 공소외 32, 33, 34 중에서 공소외 32에게 양수대금 잔금조로 2004. 7. 14. 교부한 사실, ⑤ 피고인은 2004. 7. 초순경 자신이 이미 소유하고 있던 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 3 생략) 토지에 인접해 있는 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)의 토지를 매수하려고 하고 있던 중 그 방법으로 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)에 설정되어 있던 근저당권 및 피담보채권을 양수하고, 임의 경매를 신청하여 경락하는 방법을 선택하였고, 근저당권부 채권양도인들인 공소외 32, 33, 34의 채권액이 각 4,000만원, 4,000만원, 2,000만원이었고, 피고인이 대금을 지급하고 받은 영수증이 합계 1억 1천만원(3,000만원+8,000만원)으로 원금에 1천만원을 엮어 대금 1억 1천만원을 근저당권부 채권의 매매대금으로 한 사실, ⑥ 우선 피고인은 2004. 7. 6. 3,000만원을 피고인의 처남인 공소외 35로부터 이체 받아 계약금 내지 대금의 일부로 위 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)에 설정되어 있던 근저당권부 채권양도인 3인 중 한 명인 공소외 33에게 지급하고, 2004. 7. 7. 3,000만원에 대한 영수증을 피고인 명의로 교부받은 사실, ⑦ 잔금 8,000만원의 2004. 7. 14.자 영수증은 피고인이 잔금을 지급한 후 양도인인 공소외 32, 33, 34가 피고인 명의가 아닌 공소외 36 앞으로 발행한 사실 ⑧ 위 잔금 8,000만원 중 6,000만원의 출처는 피고인이 2004. 6. 30. 공소외 23 계좌에서 발행된 수표 1,000만원권 1장과 2004. 6. 10. 공소외 3 계좌에서 발행된 수표 1,000만원권 5장을 일자불상경 공소외 2로부터 교부받아 각 배서 후 근저당권부 채권양도인인 공소외 32에게 교부하여 준 사실, ⑨ 원심의 사실조회결과 추가로 발견된 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞 수표 5백만원권 2장(각 수표번호: (수표번호 7 생략), (수표번호 8 생략))은 공소외 37의 모인 공소외 38이 2004. 6. 29. □□ 계좌(계좌번호 5 생략)를 해지 하면서 통장에 잔고로 있던 1,100만원중 1,000만원을 자금원으로 □□ 광주 용주지점에서 2004. 6. 29. 발행되었으며, 위 자기앞수표 5백만원권 2장은 공소외 37이 공소외 2의 처인 공소외 39로부터 공주시 반포면 봉곡리 (지번 4 생략) 토지를 매수하면서 그 매수대금으로 일자불상경 공소외 2측에게 교부되었고, 피고인은 2004년 일자 불상경 공소외 2로부터 위 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞 수표 5백만원권 2장을 교부받아 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략) 토지에 대한 근저당권부 채권양수금액에 대한 매수 잔금 8,000만원의 일부로 공소외 32에게 교부하여 준

사실, ⑩ 피고인은 위 ③항 및 ⑥항에 의하면 공소외 2로 받은 금원은 합계 총 7,000만 원이며, 이를 공소외 2로부터 수수한 뒤 2004. 7. 22. 대전시 구 조흥은행(현 신한은행)법원 지점에서 신규로 구 조흥은행 저축예금통장(계좌번호 6 생략)을 개설하여 2004. 7. 23. 8,000만원의 법조인 신용대출을 받아 전액 자기앞 수표(1,000만원권 자기앞 수표 7장, 5백만원권 자기앞 수표 2장)로 인출하여 8,000만원 전액을 공소외 2에게 교부하여 준 사실을 인정할 수 있어 이를 종합하여 보면, 피고인과 공소외 2와의 사이에 수수된 6,000만원은 이와 같이 근저당권부 채권을 양수하는데 필요한 양수자금으로 잠시 유통한 8,000만원 중 일부인 것으로 보여지고, 군검찰은 피고인이 공소외 2로부터 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 2004. 6. 10. 및 같은 달 30.경 6,000만원을 수수하고 나서, 뇌물로 수수한 금원을 금전거래의 외관을 가진 정상적인 거래로 위장하기 위하여 급하게 근저당권부 채권을 양수하는 것으로 하여 그 대금으로 지급하는 한편, 근저당권부 채권양수 후에 대출을 받아 이를 기산리 땅에 투자하게 된 것이라고 주장하나 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 교부받았다는 증거를 전혀 찾아 볼 수 없어 이를 선불리 추단할 수는 없으며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 위 수수한 금원 자체를 뇌물로 볼 수 없다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 검찰관이 지적하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(2) 강요 공동정범의 점

공동정범이 성립하기 위하여는 주관적인 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적인 요건으로서 공동의사에 기한 기능적인 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요한 바, 주관적인 요건으로서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 저지하지 아니하고, 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 하며(대법원 1998. 6. 26. 선고 97도3297 판결), 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의 과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지며, 또한 공모에 의한 범죄의 공동실행은 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실천하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실행행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2006도1623 판결).

또한, 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도2524 판결).

검찰관이 주장하는 바와 같이 공소외 2가 피내사자인 공소외 6과 함께 공소외 6의 내사사건에 대하여 공소외 6과 피고인을 각각 순차적으로 만나거나 함께 만나서 2006년도 공소외 6에 대한 검찰단의 내사사건과 관련하여 대책을 주도하였으며, 피고인은 공소외 2를 통하여 공소외 6의 내사사건에 대하여 공소외 3의 전세자금 2,000만원이 포함된 소명서 초안을 작성하여 주었으며, 공소외 6 명의의 소명서 작성에 피고인이 가필 또는 수정을 하여 주는 방법으로 도움을 주고, 피고인의 위 소명서 초안을 토대로 작성된 공소외 6 명의의 소명서와 공소외 3 명의의 소명서를 각 작성하여 전자는 공소외 6을 통하여 2006. 6. 8. 검찰단에 제출하고, 후자는 공소외 3을 통하여 2006. 7. 3. 제출되었으며, 공소외 2와 함께 ○○○주점에서 공소외 3을 만나 공소외 3에게 허위진술을 하게 도움을 준 사정은 있으나, 이런 사정들만으로 ① 피고인이 위 소명서 초안을 작성하거나 공소외 6 명의의 소명서 작성에 가필 또는 수정을 할 당시에 위 2,000만원이 공소외 2로부터 받은 공소외 6, 2의 뇌물이라는 점을 알고 있었다고 단정 지을 수 없는 점, ② 공소외 6과 공소외 2와 달리 피고인에게 수사를 공동으로 무마하여야 할 이해관계가 없는 점, ③ 피고인과 공소외 2, 6 사이에 그들 사이에 암묵적으로 상통하여 서로 간의 의사결합으로 공소외 6에 대한 내사사건의 무마를 위하여 공소외 3으로 하여금 검찰단 조사시 허위진술을 하도록 강요했다고 선불리 추단할 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외 2등과 함께 피해자인 공소외 3으로 하여금 의무 없이 검찰단 조사시 허위 진술을 하도록 강요의 공모를 하였다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고인이 공소외 6에 대한 수사가 무마되는 것과 관련하여 공소외 2, 6과 더불어 사건무마의 공동의 이익이 없는 상태에서 피고인의 위와 같은 소명서 초안을 작성하여 주고, ○○○주점에서 피고인이 공소외 3에게 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아"라고 거들어 준 것만으로는 피고인이 공소외 2의 강요 행위를 인식하면서도 공동의 의사로 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옮기는 것을 내용으로 하였다는 등의 기능적 행위지배가 있었다는 점에 대하여 검찰의 합리적인 의심이 없을 정도의 증명력을 가진 증거에 의하여 충분한 입증이 되었다고 보기에는 부족하다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 검찰관이 지적하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(3) 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인의 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해·공무상비밀누설교사의 점에 대한 공소사실의 요지는, 피고인이 2007. 11. 19.경부터 2009. 10. 13.경까지 해군본부 법무실장으로 근무하면서 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관에 대한 인사·행정·관리 권한을 가지고 있으며, 해군 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한은 있었지만 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관으로부터 국방부 검찰단 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한은 없었음에도 불구하고, 피고인은 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 할 목적으로 국방부 검찰단 검찰수사관인 공소외 5에게 "해군 관심사건(특히 계룡대 근무지원단 군납비리 사건)에 관하여 사건내용을 알게 된다면 빨리 보고하라"는 취지로 지시하여, 위와 같은 공소외 5의 보고내용 일람표와 같이 공소외 5로 하여금 9회에 걸쳐 보고의무가 없는 사항 즉, 수사상 기밀에 해당하는 관련자 신병 및 소환관계, 구체적 조사내용, 고발인의 동향, 압수수색 상황 등을 보고하게 하여, 피고인은 자신의 직무상 권한을 남용하여 위 공소외 5에게 의무없는 일을 하게 하였다.

(나) 원심판단의 요지

피고인이 공소외 5에게 계룡대 근무지원단과 관련된 수사내용에 대하여 공무상 비밀을 보고하라는 지시가 있었다는 점에 대한 직접적인 증거가 없으며, 공소외 5는 해군 관련 중요사건의 경우 2009. 2. 26.자 전화 통화와 상관없이 해군의 속보지침 등에 따라 선배들의 교육이나 지시 또는 관행적으로 해군 소속의 신병관계나 공론화된 사항에 대하여는 이미 보고의 의사가 있었다고 판단되며, 특히 공소외 5가 피고인에게 보고한 공소외 40과 관련된 부분에 대하여는 피고인의 지시나 개입정황이 발견되지 아니하고, 압수수색 계획과 같은 수사기밀 등에 대하여도 피고인의 관여 없이 공소외 5의 독단적인 판단하에 과잉충성에 기인한 것이므로 피고인이 공소외 5에게 구체적인 수사내용이나 공무상 비밀을 보고하도록 의무없는 일을 강요하였다고 볼 증거가 없다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 107면 내지 123면 참조), 당심에서의 공소외 5의 법정진술 및 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 5는 원심법정에서 계룡대 근무지원단 납품비리 수사 당시에 피고인과의 전화 통화 횟수나 수사팀 탈퇴의 구체적 동기 등 일부 사실관계에 대하여 수사기관에서의 진술기재와 다르게 일부 진술을 번복하였으나, 피고인으로부터 법률상 보고할 의무가 없는 사항인 계룡대 근무지원단 수사내용에 대하여 보고하라는 지시를 받았는지에 대하여는 수사기관부터 원심 및 당심법정에 이르기까지 일관되게 자신은 계룡대 근무지원단 납품비리 사건은 해군에서 크게 이슈화되는 중요사건이라 판단하여 법무실장이었던 피고인에게 자발적으로 보고를 한 것이라고 진술하였다.

그렇다면, 위와 같은 공소외 5의 법정진술이 신빙성이 있는지 살펴보면, 공소외 5는 ① 해군 지침에 해군 관련 사건의 경우 중요사건, 사회적으로 이슈가 되는 사건은 보고하도록 되어 있었고, 법률상 의무가 아니라 위 지침에 따라 해군사건은 관행적으로 첩보나 정보를 보고해 왔으며 이러한 지침은 전임 수사관들로부터 받았던 교육 내용이라고 진술한 점, ② 병과장으로서도 총장님께 보고도 해야 하고 사건 파악도 필요하다는 생각에 보고를 하게 된 것이라고 진술하였고, 실제로 피고인이 중령 공소외 40 뇌물수수 사건에 관한 총장보고서를 써야하니 내용을 알려달라고 하여 사건 내용을 알려 준 사실이 있다고 진술한 점, ③ 해군과 관련된 사건이기에 법무병과장에게 보고하는 것이 크게 틀린 행동이라고 생각하지 않았다고 진술한 점, ④ 2009. 2.말경 위 계근단 군납비리 수사에 참여를 하게 되자 피고인에게 먼저 전화를 걸어 "제가 수사를 하게 되었다"라고 이야기를 하니 피고인이 수사와 관련하여 '공론화된 부분'이 있으면 알려달라고 이야기를 하였으나 계룡대 근무지원단 군납비리 수사의 수사방향이나 검찰의 사건 판단 내용 등 구체적인 내용을 물어보진 않았다고 진술하였고, 피고인도 해군 소속병력의 신병관계에 관한 것이거나 계룡대 근무지원단 군납사건과 관련하여 공소외 5에게 공론화되어 있는 부분에 대하여는 보고를 하라는 취지로 지시를 하였을 뿐, 국방부 소속 검찰수사관들에게 구체적이고 개별적인 수사상황이나 압수수색 상황의 수사기밀 등을 보고하라는 지시를 하거나 이를 확인하기 위하여 전화를 한 사실은 없다고 주장하고 있는데, 공소외 5의 이런 '공론화된 부분'에 대한 진술은 군검찰 수사 이전인 2009. 9. 29. 청와대 민정2비서관실에서 조사를 받을 당시부터 이미 진술한 내용으로 이후 군검찰 조사시 진술조서에서도 계속하여 나타나는 것으로 공소외 5가 위 청와대 민정2비

서관실 조사 당시에 자신의 공무상비밀누설 범죄혐의를 회피할 목적으로 허위의 사실을 진술한 것이라고 보이지 않는바, 그렇다면 피고인이 공소외 5에 대하여 지시한 '공론화된 부분'이란 피고인의 해군 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 일반적 직무권한 범위 내에서의 보고를 의미한다고 보아야 하는 점, ④ 공소외 5는 계룡대 군납비리 수사에 참여한 2009. 2. 말경 계룡대 근무지원단에 근무하였던 경리관련자들인 공소외 23, 공소외 41 등의 납품가격 조작 및 단가를 부풀려서 그 차액을 받은 업무상 배임 등의 범죄혐의에 대한 수사를 하였으며, 공소외 2, 6과 관련된 혐의사실은 전혀 알지 못하였다는 취지로 진술하였고, 실제 공소외 5가 피고인에게 보고한 내용은 공소외 1의 문자메세지에 공소외 6, 29의 수사상황 정보가 있는 것과 달리 공소외 2, 6에 대한 내용이 포함되어 있지 않으며, 당시법정에서도 공소외 2, 6이라는 이름을 알게 된 것은 2009. 9. 내지 10.경으로 검찰단 4층에 조사받으러 왔을 때 화장실에서 공소외 2를 처음 보았다고 진술하는 점 등에 비추어 보면 공소외 5의 법정진술은 신빙성을 인정할 수 있고, 나아가 피고인이 공소외 5에게 공소외 6이나 공소외 2와 관련된 수사상황을 질문하거나 보고하도록 하거나 정황이 전혀 나타나 있지 않는바, 그렇다면 피고인이 공소외 5를 통하여 얻은 정보로 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 하려는 직권남용에 해당하는 구체적인 직무행위의 목적이 있다고 단정할 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 공소외 5가 피고인으로부터 계룡대근무지원단 군납비리 수사와 관련한 보고를 하도록 지시받은 사실에 대한 증거가 없으며, 피고인의 관여 없이 공소외 5의 독단적인 판단하에 과잉충성에 기인한 것이므로 피고인이 공소외 5에게 구체적인 수사내용이나 공무상 비밀을 보고하도록 의무 없는 일을 강요하였다고 볼 증거도 없는바, 가사 피고인이 계룡대 근무지원단 사건과 관련된 신빙관계나 공론화된 내용에 대하여 보고하여 달라는 피고인의 지시를 직권남용으로 보는 경우에도 공소외 5는 피고인의 지시와는 상관없이 공소외 5의 독자적인 판단이나 과잉충성에 의하여 계룡대 근무지원단 수사기밀과 관련된 내용에 대하여 전화 또는 문자메세지를 전달한 것이므로, 피고인의 이와 같은 직권남용과 공소외 5의 법률상 보고할 의무가 없는 계룡대 근무지원단 수사기밀과 관련된 내용에 대하여 전화 또는 문자메세지를 전달한 행위사이에는 인과관계가 단절된다는 이유로 무죄라고 판단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

범죄일람표 (주 15)

순번 보고시각 보고내용 비고 1 2009. 2. 26. 18:29 현재 공소외 41이 소환조사 중이며, 물가조사와 관련된 조사를 진행 중임. (전화통화) 군납비리 사건 2 2009. 3. 4. 10:14 공소외 41을 조사하였으며, 선납 및 선불증 관련 부분에 관하여 조사를 하는 것 같았음. 최근 공소외 42는 단가계산을 하고 있음. (전화통화) " 3 2009. 3. 5. 08:57 공소외 23을 어제 긴급체포하였음. (전화통화) " 4 2009. 8. 27. 22:32 중령 공소외 40 긴급체포했습니다. (문자메시지) 공소외 40 뇌물수수 사건 5 2009. 8. 28. 11:19 공소외 40 부인이 다니는 대전문화센터 사물함에 2천만원과 달러 압수하러 출발합니다. (문자메시지) " 6 2009. 8. 28. 15:42 노은동 롯데문화센터에서 이천만원 이천달러 회수 후 다시 서울로 복귀합니다. (문자메시지) " 7 2009. 9. 7. 12:54 공소외 40 및 공소외 7은 특가법위반(뇌물)로 기소하기로 하고 이번 주 내로 이건 종결예정입니다.

(문자메시지) " 8 2009. 9. 16. 22:23 오늘 공소외 23이 올라와서 조사를 받는 것으로 알고 있음. (전화통화) 군납비리 사건 9 2009. 9. 23. 17:41 군납비리 사건과 관련하여 수사방해가 있다고 하며, 2009. 9. 말경 공소외 23 사건을 종결 하라고 상부에서 지시가 있었다고 함. (전화통화) "

(4) 공소외 8과 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인은 해군 법무실장으로 각급 검찰부의 검찰사무를 통할하는 직무를 수행하던 중 2007. 말경 평소 친분이 있던 해군 중령 공소외 10이 2007. 6. 14. 해군 헌병 체포조 활동비 횡령 사건과 관련하여 기소유예 처분을 받아 인사상 불이익을 받고 있는 상태를 해소하여 줄 목적으로, 위 기소유예 처분이 검찰관의 적법한 수사 및 합리적인 사실판단·법리적용에 따른 적정한 처분이었으며 위 기소유예 처분을 재기하여 혐의없음 결정을 내릴만한 새로운 증거나 자료가 발견된 사실이 전혀 없었고, 당시 국방부 조사본부 수사단에서 근무하여 해군본부 법무실에서는 위 기소유예 처분 사건을 재기 하더라도 중국 처분을 내릴 관할이 없음에도 불구하고, 이를 재기하여 혐의없음 처분을 하여 주기로 마음먹었다.

피고인은 2008 5.경 위 공소외 10으로 하여금 해군본부 법무실에 진정을 제기하게 한 후, 2008. 8. 11. 국방부 시설본부 중령(진) 공소외 8과 작전사령부 소속 대위 공소외 9를 "특정임무 관련 특별검찰관 업무수행"목적으로 해군본부 법무실에 파견하는 동시에 위 공소외 8을 해군본부 검찰관으로 임명하는 명령을 각 발령하였으나 피고인은 위 사건에 관하여 해군본부 인권과에 법리검토를 지시하여 자신의 의도에 부합하는 취지의 "혐의없음 결정이 타당하다"는 결론을 이미 받아놓은 상황이었기 때문에, 검찰관인 위 공소외 8과 공소외 9로 하여금 단순히 위 인권과의 법리검토 결과만을 적용하여 혐의없음 처분을 하도록 할 의도였을 뿐 사건을 전면적으로 재조사하여 사실관계 및 증거관계를 확정된 후 법리적용을 하도록 할 의도는 전혀 없었다.

이후 피고인은 위 공소외 8, 9로 하여금 2008. 8. 18. 위 기소유예사건을 재기하도록 하여 추가적인 사실관계나 증거조사없이 법률적 구속력이나 권위있는 유권해석 결과가 아닌 해군본부 법무실 법무과에서 해군본부 기획관리참모부 예산회계처 재정관리과에 의견조회한 결과를 주요한 근거로 하여 예산전용이 가능하여 위 공소외 10의 예산항목 유용에 불법영득의 의사가 없다고 판단하여 2008. 8. 22. 혐의없음 처분을 하도록 하였다.

이로써 피고인은 자신의 직권을 남용하여 위 공소외 8, 9에게 의무없는 일을 하게 하였다.

(나) 원심판단의 요지

공소외 8과 공소외 9의 진술들을 종합하여 보면, 재기 수사당시 사적유용에 대한 증거가 없었고, 예산 전용 부분에 있어서는 법리상 전용사실만 가지고는 횡령죄의 성립을 인정하기에 힘들었고, 공소유지가 어려운 상황에서 기소유예 처분을 하는 것은 문제가 있다고 생각하여 검찰관으로서 독립적이고 객관적으로 판단하여 증거가 불충분하다는 결론을 내렸을 뿐 피고인으로부터 사건처리 방향에 대하여 영향을 받아 처리한 것은 아니라는 취지로 검찰 이후 이 법정에 이르기까지 일관되게 진술한 사실이 인정된다.

이와 같은 사실들과 군사법제도상의 검찰관의 지위나 권한 등을 종합하여 보면, 피고인이 관할도 없는 공소외 10 중령의 인사상의 불이익을 해소하기 위하여 공소외 8이나 공소외 9에게 사건처리방향에 대하여 혐의 없음의 처분을 유도한 직권남용이 있었다고 하여도 공소외 8이나 공소외 9는 피고인의 암묵적인 유도나 지시에 상관없이 자신들에게 주어진 검찰관으로서의 객관적인 양심에 따라 독립적으로 공소외 10 사건에 대하여 재수사를 하여 당시에는

증거가 불충분하다고 판단하였고, 당시 상황하에서는 최선을 다하여 무혐의 처분을 한 것이라고 검찰단계와 법정에서 일관되게 주장하고 있고, 이들이 피고인의 무혐의 유도 정황사실로 인하여 의무없는 일을 한 것에 대한 인식조치가 법정에서 하지 않고 있는 이상 피고인의 직권남용과 공소외 8이나 공소외 9의 무혐의 처분사이에는 인과관계가 단절되었다고 판단되고, 공소외 8이나 공소외 9의 검찰관으로서의 권리행사의 개인적인 보호법익이 침해되었다는 점에 대한 법관으로 하여금 합리적인 의심이 배제될 만큼의 입증이 되지 않고 있다.

그렇다면, 피고인의 공소외 8이나 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대한 공소사실은 범죄에 대한 증거가 없는 경우에 해당하여 군사법원법 제380조 후단에 의하여 무죄를 선고하였다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 공소외 8과 공소외 9에 대한 사건처리 관련 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 124쪽 내지 146쪽 참조), 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 직권남용권리행사죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람으로 하여금 권리행사를 방해한 때 성립하는 것으로 '직권남용'과 '의무없는 일을 하게 한 것' 사이에 인과관계가 존재하여야 하는데, 이 사건에서 비록 피고인이 공소외 10에 대한 기소유예처분의 인사상의 불이익을 해소하기 위해 특별검찰관의 임명을 하여 기존의 불기소사건을 재기하게 하여 무혐의를 유도한 정황이 인정된다 하더라도 이와 같은 피고인의 직권남용이 위 공소외 8이나 공소외 9의 무혐의 처분의 의사결정에 어떠한 영향을 미치지 않았으며, 공소외 8이나 공소외 9는 검찰관으로서의 주어진 권리행사를 독립적으로 판단하여 위 공소외 10에 대한 무혐의 처분을 하였다는 것으로, 그렇다면 피고인의 직권남용행위와 공소외 8, 9의 공소외 10에 대한 무혐의 처분행위 사이에 인과관계가 없다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(5) 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여

(가) 공소사실의 요지

피고인은 2007. 11. 19.경부터 2009. 10. 13.경까지 해군법무실 업무를 총괄하는 자로서 해군 법무관 출신 변호사 공소외 11로부터 변호사 업무관련 편의제공의 대가로 피고인의 자 공소외 15의 □□계좌(계좌번호 1 생략)로 2008. 10. 27. 100만원, 2008. 11. 28. 100만원 총 200만원의 뇌물을 수수하였다는 것이다.

(나) 원심판단의 요지

피고인은 2008. 12. 중순경 공소외 11과의 전화통화에서 공소외 11이 100만원을 사무실 회식비로 자신의 처에게 보내주었다는 사실을 알게 되어 즉시 반환의사를 표시하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 계좌이체를 할 수 없었던 사정이 인정되고, 당시 피고인의 직책이 해군 법무병과장으로서 해군참모총장의 중요참모이자 병과장으로서 쉽게 자리이동을 할 수 없는 상황이었으므로 공소외 11을 직접 만날 수 있는 가장 가까운 기회인 2009. 1. 10. 진해에서 열린 공소외 12 준위의 자제 결혼식에 참석하여 공소외 11에게 200만원을 인지시점으로부터 1개월이 채 지나지 않은 단기간에 돌려주었으므로 피고인에게는 위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영

득의사가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 이 사건 피고인이 변호사 업무관련 편의제공의 대가로 공소외 11로부터 총 200만원의 뇌물수수의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 146쪽 내지 154쪽 참조), 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, ① 피고인의 처인 공소외 43이 변호사 공소외 11로부터 아들 공소외 15의 계좌로 각 100만원씩 2008. 10. 27.과 같은 해 11. 28.경을 전후하여 공소외 11 변호사의 장모인 공소외 44와 사무실 여직원 명의로 각 송금을 받은 점, ② 위 공소외 43은 공소외 11 변호사로부터 2008. 10. 27. 100만원을 송금 받게 된 경위에 대하여 공소외 11 변호사로부터 2008. 10. 27. 송금 받기 하루 전에 한차례 전화를 받고 거절하였으나 그 후 다시 전화를 하여 연말이 다가 오니 자녀들 옷이나 식사라도 하라고 하면서 자녀 명의의 통장계좌번호를 알려 달라고 하여 이를 알려주게 되어 공소외 11 변호사가 아들 공소외 15 계좌로 송금하게 되어 수수하게 된 것이고, 두 번째 100만원은 공소외 11 변호사가 피고인에게 전달하여 회식비로 사용하게 하라는 의미로 송금한 것인데 남편(피고인)이 워낙에 바빠서 거의 집에는 자주 없었고, 자신도 어머니 병원 왔다 갔다 하느라고 바빠서 정신이 없어서 이야기를 하지 못했다고 진술한 점, ③ 피고인은 공소외 11 변호사가 같은 해 12. 중순경 전화를 걸어 위 2008. 11. 28.경 송금한 100만원으로 사무실 회식은 잘하였느냐고 물어보아서 이를 인지하게 되었고, 공소외 11 변호사에게 반환의사를 표시하고 계좌번호 불러달라고 하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 이에 피고인은 2009. 1. 10. 진해에서 있는 공소외 12의 아들 결혼식 때 오느냐 물어보았고, 이에 공소외 11 변호사가 간다고 말을 하였으며, 이후 자신의 처인 공소외 43에게 확인한 후 2008. 10. 27. 100만원 수수사실도 인지하게 되었으며, 당시 위 금원이 공소외 45 주식회사 주식을 매수하는데 사용된 사실을 알고, 그 돈을 그대로 빼서 반환하라고 피고인이 자신의 처인 공소외 43에게 화를 내었고, 이 후 피고인은 2009. 1. 10. 공소외 12 준위의 아들 결혼식 참석 후 진해의 중원로타리 해군사관학교 근처의 상호불상의 2층 커피숍에서 공소외 11을 만나 현금 봉투 2개로 200만원을 다시 돌려주었으며, 2009. 1. 23. 공소외 11에게 마음만은 고맙다는 내용의 편지를 해군달력과 함께 보내주었다고 진술한 점, ④ 공소외 11도 피고인으로부터 위와 같은 내용의 편지를 달력과 함께 받았다고 진술한 점, ⑤ 등기우편물 배달자료의 그 기재를 보면, 편지와 달력이 계룡시 남선면 부남리 소재 501군사 우체국에서 2009. 1. 23. 16:18경에 접수되어 영수증 번호가 각 (영수증번호 1 생략), (영수증번호 2 생략)으로 발행되어 발송되었으며, 피고인 작성의 편지, 문서정보 캡처화면, 디스켓의 각 기재 및 현존에 의하면 편지 내용은 피고인의 사무실 컴퓨터에 저장되어 있다가 다른 자료들과 함께 법무실장으로 보직해임된 후 2일 뒤인 2009. 10. 15.에 디스켓에 옮겨진 것으로 추정되며, 위 피고인 작성의 편지, 문서정보 캡처화면, 디스켓이 사후에 인위적으로 조작되었다는 증거가 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 피고인은 2008. 12. 중순경 공소외 11과의 전화통화에서 공소외 11이 100만원을 사무실 회식비로 자신의 처에게 보내주었다는 사실을 알게 되어 즉시 반환의사를 표시하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 계좌이체를 할 수 없었던 사정이 인정되고, 공소외 11을 직접 만날 수 있는 가장 가까운 기회인 2009. 1. 10. 진해에서 열린 공소외 12 준위의 자제 결혼식에 참석하여 공소외 11에게 200만원을 인지시점으로부터 1개월이 채 지나지 않은 단기간에 돌려준 사실을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이와 같다면, 피고인이 이 사건 공소사실 부분 기재와 같이 피고인에게 위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다고 판단한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해

의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원심판결 중 피고인의 유죄 부분에 대한 피고인의 일부 항소는 이유 있으므로 이 부분은 그대로 유지될 수 없
는바, 원심이 이 부분 범죄사실과 당심이 유죄로 인정한 나머지 범죄사실을 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있
다고 하여 하나의 형을 선고하였으므로 원심판결 중 유죄 부분은 그 전부가 더 이상 유지될 수 없으므로 피고인과
검찰관의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 군사법원법 제431조, 제414조 11호에 의하여 유죄 부분에 대한
원심판결을 파기하고, 사건 제반기록에 의하여 본 군사법원이 자판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조
에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 직접 판결하며, 피고인의 무죄 부분에 대한 검찰관의 항소는 이유 없어 같은
법 제430조 제1항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

1. 당심의 심판범위

원심은 ① 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반 (특수직무유기)의 점에 대하여는 유죄, 특정범죄가
중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점, 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 및 직권남용권리행사방해의 점, 공소
외 8 및 공소외 9에 대한 각 직권남용권리행사방해의 점, 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여는 각 무죄를
선고하였고, ② 상상적 경합 관계에 있는 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 및 직권남용권리 행사방해의 점에
대하여 직권남용권리행사방해 부분은 유죄를 인정(원심 판시 범죄사실 제3항)하고, 공무상 비밀누설교사의 부분은
무죄로 판단(이유무죄)하였으며, ③ 공소외 3에 대한 강요의 점에 대하여는 축소사실로 강요방조를 유죄로 인정(원
심 판시 범죄사실 제2항, 강요의 점에 대하여 이유무죄)하였는바, 피고인과 검찰관은 이에 대하여 모두 항소하였으
나, 검찰관은 항소이유로서 위 공소외 5 및 공소외 1에 대한 각 공무상 비밀 누설교사 부분을 제외한 피고인에 대
한 나머지 무죄 부분에 대해서만 각 사실오인, 법리오해 및 양형부당만을 이유로 항소하였고, 원심 판시 공소외
5에 대한 공무상 비밀누설교사의 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사의 이유 무죄 부분은 각 항소
를 하지 아니하였으므로, 원심 판시 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상
비밀누설교사 이유 무죄 부분은 당심에 이심되었지만 당사자간의 공방대상에서 벗어났다고 보아야 할 것이어서, 이
부분에 대하여는 원심판결의 무죄결론에 따르고, 당심의 심판범위는 이 부분을 제외한 피고인에 대한 원심의 유죄
및 무죄부분에 한정된다(따라서 결론을 같이하는 원심판결의 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 무죄 부분 및
공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 이유 무죄 부분은 다시 판단하지 아니한다).

2. 항소이유의 요지

가. 항소이유서 제출기간 도과 후에 제출된 답변서, 변론요지서는 항소이유서에 기재된 항소이유를 보충하는 범위
내에서 판단한다.

나. 피고인(사실오인 및 법리오해, 양형부당)

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 대하여

가) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄는 그 법정형이 1년 이상의 유기징역형으로 규정되어 있어 구
형사소송법에 의할 때 공소시효가 7년이고, 이 부분의 피고인의 범죄행위의 종료일인 2002. 6. 15.부터 7년이 경과

한 2009. 11. 20.경 피고인에 대한 공소가 제기되었음이 명백하므로 이미 공소시효가 완성되었고, 위 공소사실에 대하여 피고인에 대해서만 공소를 제기하고 당시 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점을 1차적으로 인정한 육군 고등검찰부장인 공소외 4와 검찰수사관인 공소외 13에 대하여는 공소를 제기하지 아니한 것은 차별적인 기소에 해당하여 공소권이 남용된 것으로 공소기각이 되어야 한다.

나) 원심이 공소장변경 없이 피고인의 방어에 실질적 불이익을 가져오는 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄의 주요 공소사실부분인 피고인의 인지 경위 및 직무유기 행위에 관하여 " 공소외 4로부터 위 내사사건을 전화로 통보받아 사건을 인지"하였고, " 공소외 4에게 사건을 보내지 않으면 좋겠다는 취지로 전화통화하고 사건을 보내지 않으면 좋겠다는 취지로 이야기하는 등 부탁"하였다라고 인정한 것은 판결에 영향을 미친 법률위반에 해당한다.

다) 특수직무유기죄가 성립하기 위해서는 적어도 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위가 있어야 비로소 '인지'가 있다고 볼 수 있으나, 피고인은 단지 공소외 2가 공소외 14와의 금전거래로 인하여 육군 고등검찰부의 내사를 받고 있다는 정에 대한 인식 정도만 가졌을 뿐이며, 피고인에게는 형식적 인지(범죄인지보고서 등)는 물론 실질적 인지(범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위)조차 존재하지 않는다.

라) 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의의 내사종결은 육군 고등검찰부장인 공소외 4의 독자적인 판단에 따른 결과일 뿐이고, 육군 고등검찰부장과 해군 고등검찰부장은 상하의 관계가 아닌 동등한 지위에 있으므로 서로 요구하거나 지시할 수 있는 사이가 아니므로 피고인의 지시나 부탁에 근거하며 이첩하지 않은 것이 아니며, 원심이 이 사건 공소사실 부분에 부합하는 직접적인 증거로 거시한 증인 공소외 4의 법정진술 및 수사기관에서의 진술조서는 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 1차적으로 인지하고도 해군 고등검찰부로 이첩하는 등의 적법한 조치를 취하지 않은 공소외 4가 자신의 특수직무유기 책임을 모면하기 위하여 막연한 자신의 추측을 진술한 것에 불과하여 신빙성이 없고, 공소외 13의 진술 또한 공소외 14가 진술하지 않은 내용을 임의로 조서에 기재하는 등 편파적인 수사를 한 사실이 있어 신빙성이 없다.

마) 피고인은 단순히 공소외 2가 금품수수와 관련한 범죄혐의를 받고 있다는 사실 이외에 구체적인 사실에 근거를 둔 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 인지한 사실이 없어서 직무수행의 의무가 존재하지 않았고, 직무를 유기하는 행위도 없다.

(2) 강요방조의 점에 대하여

가) 원심이 피고인에 대하여 공소장변경 없이 강요의 공동정범을 강요방조로 유죄로 인정한 것은 피고인의 방어권을 침해한 것으로 이는 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나) 공소외 6의 집에서 압수한 압수조서상의 증거목록 중 소명자료 등의 증거서류는 ① 공소외 6에 대한 이 사건 압수·수색영장 집행시 영장의 원본이 아닌 영장사본을 제시하여 수집한 증거이므로 위법하고, ② 공소외 6의 집에서 압수된 증거물인 소명자료 등 증거서류의 종류와 수량 등을 구체적으로 특정하여야 함에도 불구하고 전혀 특정되지

않은 압수목록을 교부한 위법이 있으며, 최초 피압수자인 공소외 6에게 수기로 작성하여 준 압수목록교부서상의 기재와 압수조서상의 압수목록이 서로 상이하여 압수·수색 절차상의 명백한 하자가 존재하고, ③ 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사 사법정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 하는데, 이 사건에서 검찰관이 이와같은 예외적인 경우에 해당한다고 볼만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점에 관하여 충분한 입증을 못한 점 등을 고려할 때 공소외 6의 집에서 압수한 증거물들은 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

다) 피고인은 공소외 2와 함께 2006. 6.경 저녁 무렵 계룡시 엄사면 엄사리 ○○○주점에서 공소외 3을 만난 사실이 없고, 이와 관련된 공소외 3의 법정진술 및 군검찰에서의 진술조서 등은 신빙성이 없다.

라) 공소외 2가 공소외 3에게 구체적으로 해악을 고지하였다는 점에 대한 증거가 없으므로 공소외 2에게 강요죄가 성립되지 않고, 가사 공소외 2에게 강요죄가 성립한다고 하더라도 피고인에게 정범인 공소외 2의 행위가 강요죄의 구성요건에 해당한다는 인식 및 공소외 2의 강요행위를 방조한다는 인식이 없었다.

(3) 공소외 1에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

가) 피고인은 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관으로부터 국방부 검찰단 관할사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한 자체가 없어 직권남용권리행사방해죄가 성립할 수 없다.

나) 공소외 1의 전화통화 및 문자메시지 내용은 공무상 비밀이 아니거나 자신의 개인적 추측을 피고인의 요청과는 무관하게 보고한 것에 불과하여, 공소외 1이 피고인이 요청한 신병 관련 정보를 넘어서 피고인에게 구체적 조사내용 등 수사상 비밀이라고 평가할 수 있는 정보를 알려주었다고 하더라도 이는 피고인의 직권남용에 따른 결과가 아닌 공소외 1의 단순한 책임감 내지 의무감에 따른 것이었다고 보아야 하므로 피고인이 직권을 남용하여 공소외 1에게 의무없는 일을 하게 하였다고 인정할 수 없다.

다) 원심은, 피고인이 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있는 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 할 목적으로 공소외 1에게 수사 관련 사항을 보고하게 하였다고 판시하였으나 피고인에게 이러한 목적이나 의도가 있었다는 것을 인정할만한 증거가 없음에도 이와 같은 사실을 인정한 것은 사실오인의 위법이 있다.

라) 피고인이 공소외 1에게 보고하도록 한 행위는 형법 제20조에 규정한 사회상규에 위반되지 않는 행위(정당행위)이다.

(4) 양형부당

원심의 양형(징역 2년, 집행유예 3년)은 피고인의 정상에 비추어 너무 무거워 부당하다.

나. 검찰관의 항소이유

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인이 해군본부 법무감실 고등검찰부장의 직위를 떠난 후인 2004. 6. 10.부터 같은 해 7. 15. 사이에 공소외 2로부터 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) 내사사건을 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 10,000,000원권 자기앞 수표 6장을 교부 받아 그 직무에 관하여 60,000,000원의 뇌물을 수수한 사실이 명백함에도 원심이 이에 대한 입증이 부족하다는 이유로 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)죄 부분에 대하여 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(2) 강요의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인, 공소외 2, 6이 공동하여 피해자 공소외 3으로 하여금 국방부 검찰단 소환조사시 자신의 기억에 반하는 허위진술을 하도록 하게 강요한 사실이 명백함에도 원심이 피고인의 기능적 행위 지배가 없다는 이유로 강요의 공동정범을 부정하고, 공소외 3에 대한 강요 방조만을 인정한 것은 사실오인 및 공동정범에 대한 법리오해의 위법이 있다.

(3) 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

증인의 증언이 수사기관에서의 진술과 상반되는 내용인 경우라면 기존의 진술을 배척할 수 있는 특단의 사정이 존재하여야 하고, 이와 같은 특단의 사정이 존재하지 않는 경우라면 쉽사리 위 공소사실에 부합하는 공소외 5의 수사기관에서의 진술을 배척할 수 없음에도 불구하고 원심이 신빙성이 없는 공소외 5의 법정진술만을 받아들여 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해죄 부분에 대하여 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(3) 공소외 8 및 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인은 해군 중령 공소외 10에 대한 기소유예 처분 사건을 재기하여 혐의없음 처분을 해줄 목적으로 자신의 직권을 남용하여 공소외 8 등에게 공소외 10에 대한 기소유예 처분 사건을 재기하여 혐의없음 처분을 하도록 하는 등 의무없는 일을 하게 한 사실이 명백함에도 원심이 신빙성이 의심되는 공소외 8, 9의 진술만을 받아들여 공소외 8 및 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해죄 부분의 입증이 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하며 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(4) 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인은 2008. 10. 27. 해군 법무관 출신 변호사 공소외 11로부터 변호사 업무 관련 편의 제공의 대가로 피고인의 자 공소외 15의 □□계좌(계좌번호 1 생략)로 1,000,000원을 수수하고, 같은 해 11. 28. 위 공소외 11로부터 위와 같은 편의 제공의 대가로 위 공소외 15의 □□계좌로 1,000,000원을 수수하여 직무에 관하여 2회에 걸쳐 총 2,000,000만원의 뇌물을 수수한 사실이 명백함에도 원심이 이에 대하여 피고인에게는

위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다는 이유로 무죄를 선고한 것은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(5) 양형부당

피고인에 대한 원심의 양형은 피고인의 정상에 비추어 너무 가벼워서 부당하다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 주장에 대한 판단

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인은 1998. 1. 24.경부터 2003. 12. 10.경까지 해군본부 법무감실 고등검찰부장으로서 범죄수사의 업무를 담당하는 공무원이었다.

한편 관련자 공소외 2는 2002. 6.경 건설업자인 공소외 14로부터 육군본부 문서고 페인트공사 등 4건의 군 발주 공사에 대한 공사계획자료 제공 및 공사편의를 알선하여 주는 대가로 현금 합계 4,150만원을 수수한 혐의로 육군 고등검찰부에서 내사를 받고 있었다.

피고인은 그 무렵 평소 친분이 있던 위 공소외 2로부터 위 사건에 관하여 이야기를 듣고 위 내사사건을 무마하여 달라는 취지의 청탁을 받았다.

이러한 경우 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취했어야 한다.

그럼에도 불구하고, 피고인은 2002. 6. 13. ~ 15.경 위 공소외 14에게 전화하여 "사건을 더 이상 확대하지 말라"는 취지로 이야기하는 한편, 육군 고등검찰부장으로 근무하던 중령 공소외 4에게 위 사건을 해군 검찰부에 이첩하지 않을 것을 부탁하는 등 위 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다.

(나) 원심판단의 요지

1) 원심은 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인 및 그 변호인의 주장에 대해서는 아래와 같은 이유를 들어 받아들이지 아니하였다.

2) 공소시효의 완성 및 공소권 남용(차별적 공소제기) 여부

검찰수사관 작성의 인사조회목록의 기재에 의하면, 피고인의 해군 고등검찰부장의 재직기간은 1998. 1. 24.부터 2003. 12. 10.까지인 사실을 알 수 있고, 재직기간 종료일인 2003. 12. 10.까지는 수사가 가능한 상태였으므로 공소시효가 진행되지 않았고, 2003. 12. 11.부터 공소시효기간 7년 이내인 2009. 11. 20. 공소제기 되었으므로 피고인에 대한 본건의 범죄에 대한 공소시효가 완성되지 않았다고 판단된다.

동일한 구성요건에 해당하는 행위를 한 공동피의자 중 일부만을 기소하고 다른 일부에 대하여는 불기소처분을 하였다 할지라도 평등권을 침해하였거나 공소권을 남용하였다고 할 수 없고(대법원 1990. 6. 8. 90도646 판결), 다수의 동종의 뇌물수수자 중 피고인들만이 기소되어 유죄의 판결이 선고되었다 하여도 그것이 앞서 본 피고인들의 주관적·객관적 일절의 사정에 의한 것이고, 헌법 제10조에서 규정하는 성별·종교·사회적 신분의 차별에 의한 것이 아니므로

로 이를 가리켜 헌법 제10조에서 규정한 평등권에 위반된다거나 기소자체가 위법하다고는 할 수 없으며(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1909 판결), 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수는 있는 것이고, 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다고 볼 것이다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결 등 참조).

위 판례의 법리와 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 당시 육군 고등검찰부장 중령 공소외 4는 '범죄수사의 직무에 종사하는 공무원'으로서 육본검찰수사관인 준위 공소외 13 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 보고받아 공소외 2의 특정범죄가중처벌법위반(알선수재)의 점을 인지한 사정을 알 수 있으나 당시 공소외 4 고등검찰부장은 관할부서인 해군본부 고등검찰부로 이첩하기 위하여 피고인에게 전화하는 등 시도를 하였으나 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 혐의에 대한 공소외 14에 대한 참고인 진술조서를 이첩 받는 것에 대하여 부정적인 태도를 유지하면서 보내지 말라는 취지로 이야기 하여 보내더라도 사건처리가 제대로 되지 않을 것이라고 생각하고, 당시 법무감에게 보고한 후 위 진술조서를 육군 고등검찰부에서 보관하게 된 사실, 당시 육군고등검찰부에서는 육군 소속의 중령 공소외 16의 뇌물수수 혐의에 대하여 수사를 하는데 수사력을 집중하고 있었던 사실, 피내사자인 공소외 2는 해군본부 소속이었으므로 육군고등검찰부에서는 관할 대상이 아니어서 수사를 더이상 진행하지 않았다는 정황 등 이첩하지 않게 된 경위에 참작할 사정이 있었던 사실을 인정할 수 있다.

이에 비하여 피고인은 해군소속의 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 당지 공소외 4 고등검찰부장으로부터 통보받았음에도 불구하고, 이에 대하여 수사를 개시하지 않은 사정에 더 나아가 후술하는 바와 같이 2005. 3. 21.부터 2006. 1. 4.까지 국방부 검찰단장의 보직을 마친 후 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)혐의로 내사를 받고 있던 공소외 6 대령에 대한 2006. 4. 25.자, 2006. 6. 8.자 2회에 걸친 국방부 검찰단의 소환조사를 대비하여 공소외 6의 소명서의 작성에 깊이 관여하여 공소외 6이 무혐의 처분을 받게 하는데 관여하는 등 피고인에 대한 비난가능성이 높다는 검찰관의 합리적인 판단을 통해 피고인만을 기소한 것으로 보여지고, 헌법상 금지된 성별, 종교, 사회적 신분 등 자의적인 구분에 따른 차별의도나 보복 또는 정당한 권리행사를 방해하는 등 합리성을 인정할 수 없는 어떤 의도가 존재하였다고 보여 지지 않는다.

3) 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 인지했다는 증거가 있는지 여부
 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 인지하였다는 점에 대한 증거로는 증인 공소외 4의 원심법정에서의 진술과 검찰관 작성의 공소외 4에 대한 진술조서가 직접 증거로 존재한다.

즉, 증인 공소외 4의 이 법정에서의 진술과 검찰관 작성의 공소외 4에 대한 진술조서를 종합하면, 검찰단계(국방부 특별조사단)에서의 조사시에 육군본부 고등검찰부장이었던 공소외 4는 2002년 당시 해군본부 고등검찰부장인 피고인에게 "우리가 이러한 사건을 인지하였는데 위 사건 기록 전체를 이첩하여 주겠다"고 하고, "본건 처리와 관련하여 한번 찾아왔던 것으로 기억한다"고 진술을 한 사실, 공소외 4 부장은 이 법정에 이르러서도 동일하게 공소외 13이 2002. 6. 28.자 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 들고와서 공소외 13으로부터 보고받은 후 피고인에게 전화를 하여 사건 내용 즉 군공사와 관련하여 공사계획자료제공 및 공사편의 대가로 공사수주자인 공소외

14로부터 합계 금 4,150만원을 받은 사실과 공소외 2 사건을 이송하겠다는 취지로 이야기를 한 사실, 피고인과 당시 서로 자주 통화하는 관계가 아니었기 때문에 구체적으로 어떤 용어를 사용하였는지 말하기 곤란하지만, "사건을 보내지 말라"는 취지로 이야기를 한 사실은 명확히 기억한다고 진술한 사실, 당시 공소외 4 부장이 피고인에게 전화로 통보를 하였을 때에 이미 피고인이 이를 알고 있었던 것으로 생각된다고 진술한 사실, 2002. 6.경 전화통화시 어느 정도까지 피고인에게 말해 주었는지에 대하여 "진술조서를 보고 난 후 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다라는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내주겠다고 알려주었다"고 진술하고, 더 구체적으로는 "당시 전화한 이유가 조서의 내용을 알려주는 것이었고, 해군관련자에 대한 피의사실을 알려주는 부분이었기에 조서를 보면서 수수금액인 합계 금 4,150만원이라는 구체적인 액수나 대가 등 범죄의 요소에 해당하는 부분들은 전부 다 말을 했을 것으로 생각이 되고, 피고인이 자신의 사무실에 한 두번 정도 찾아와서 만난 것 같다"고 각 진술한 사실 등이 인정된다.

이와 같은 사실들을 종합하면, 피고인은 공소외 2와 만나서 공소외 2에 대한 내사사건에 대하여 인지한 후 당시 공소외 4육군 고등검찰부장이 2002. 6. 28. 전화통화시 피고인에게 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실에 대하여 알려주었으나 피고인은 사건을 보내지 말라는 취지로 이야기 하고, 그 후 피고인이 공소외 4 부장의 사무실 방문시에도 "사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다"라는 취지로 공소외 4 부장에게 이야기 한 사실이 인정되므로 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 구체적으로 인지하고서도 적절한 조치를 취하지 아니하여 그 직무에 관한 의식적인 방임 또는 유기한 사실이 인정된다.

또한, 증인 공소외 4의 진술에 부합하는 정황증거로는 증인 공소외 14와 공소외 13, 피고인의 이 법정에서의 각 진술과 검찰관 작성의 2009. 11. 19.자 공소외 3 및 공소외 13에 대한 각 진술조서, 검찰관 작성의 피고인에 대한 제3회 진술조서, 검찰관 작성의 2009. 11. 14.자 공소외 2에 대한 진술조서, 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서 등이 있다.

이들 증거들을 종합하면, 공소외 3은 검찰조사시에 공소외 2가 국방대학교 교육 중에 "죽을 뻔한 일이 생겨 밤에 계룡대에 내려왔다 서울로 갔다"는 취지의 말을 공소외 2로부터 들은 사실이 있고, 공소외 14는 검찰조사시에 2002. 6. 28. 공소외 13 수사관으로부터 참고인 조사를 받으면서 공사계획자료 제공 및 공사편의 제공 등의 대가로 차용금액 1천만원을 포함하여 공소외 2에게 4,150만원을 제공한 사실이 있다고 진술한 바 있으나 이 법정에 이르러서는 위 금원을 제공한 사실은 있지만 위 금원이 문제가 되자 2002. 6. 28. 이후 대차관계로서 위 금원을 되돌려 받았다는 취지의 진술을 하여 당시 공소외 2가 공소외 14로부터 받은 금원의 성격과 관련하여 육군본부 고등검찰부에서 공소외 2에 대하여 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 혐의로 2002. 6.경 내사가 진행 중이었던 정황이 인정되고, 공소외 13 검찰수사관은 공소외 14에 대한 조사를 마친 후 곧바로 당시 육군본부 법무실 고등검찰부장인 공소외 4에게 조사내용을 보고하면서 해군관할 사건이므로 이송처리를 하자는 취지로 건의를 하였고, 공소외 4 부장의 사무실에 결재 때문에 들어갔을 때 피고인을 2~3번 정도 본 기억이 있고, 그 전에는 피고인을 본 적이 없으며, 그 후 공소외 4 부장으로부터 사건을 이송하지 말고 자체 종결하라는 지시를 받아 수사자료를 그대로 존안하였다고 진술한 사실, 당시 공소외 4가 피고인에게 "해군 중에 이러 이러한 사건이 있다"라는 취지로 전화를 하여 당시 공소외 2 내사사건에 대하여 공소외 4 부장과 대화를 한 것 자체는 피고인도 시인한 사실, 피고인이 공소외

2 내사사건과 관련하여 공소외 4 부장의 사무실에서 만난 사실에 대하여는 전화 외에는 다른 접촉이 없었다고 부인하거나 또는 기억이 없다고 진술하다가 다시 피고인이 공소외 4 부장의 사무실에서 공소외 2의 내사사건에 관하여 한번 정도 만나서 얘기하였다고 최초의 진술을 번복한 사실 등이 인정되는 바, 이러한 간접사실 등도 위 공소외 4의 진술에 부합하는 정황증거들이다.

한편, 공소외 2의 진술서와 검찰관 작성의 공소외 2에 대한 2009. 11. 14.자 진술조서의 진술기재 및 검찰관 작성의 피고인에 대한 제1회 피의자신문조서의 진술기재를 종합하면, 피고인은 자신이 수사하여야 할 대상인 공소외 2의 부탁으로 상담을 하고 변호사까지 소개하여 주었던 사실을 인정할 수 있는바, 공소외 2는 자신에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의가 해군 고등검찰부로 이첩될 경우 오히려 수사를 하여야 할 해군 검찰부의 수장인 피고인에게 자신의 혐의에 대해 육군에서 내사중인 것에 대하여 아는 것이 있느냐고 부탁하고, 피고인은 해군 고등검찰부장으로서 자신의 관할 대상인 공소외 2의 내사사건에 대하여 사실관계를 확인하여 조사를 하여야 할 지위에 있음에도 불구하고, 피의자인 공소외 2의 변명만을 믿고, 그가 혐의를 벗어나도록 변호인을 소개하여 주는 것은 피고인이 고의적으로 수사주체자로서의 직무를 유기했음을 나타내주는 정황으로 판단이 된다.

4) 피고인이 공소외 2의 뇌물 사건을 인지한 정황이 모호하거나 간접적이었는지 여부

공소외 14는 공소외 13 검찰수사관의 공소외 14에 대한 진술조서 작성시인 2002. 6. 28.경 공소외 2에게 차용해준 금액 1,000만원을 포함한 4,150만원이 공사계획자료 제공과 공사편의 대가로 준 것이라고 진술한 바 있다.

그러나 공소외 14와 그의 처인 공소외 17은 이 법정에서 증인으로 나와 최초 공소외 14가 위 금원이 대차관계였음에도 불구하고 위와같이 공사계획자료 제공과 공사편의 대가로 뇌물이라는 취지로 진술서를 작성한 것은 육군본부 고등검찰부에서 군수사관 4~5명이 2002. 6. 12. 오후 1시경부터 밤 10시경까지 강압적인 조사분위기 속에서 겁을 먹은 상태였기 때문이라고 주장하므로 피고인이 공소외 2의 뇌물사건을 인지한 정황이 모호하거나 간접적이었는지 여부를 알기 위해서는 공소외 2와 공소외 14 사이에 수수된 금원 4,150만원이 군검찰의 강압수사로 인하여 대차관계를 뇌물로 진술한 것인지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

그러므로 살피건대, 증인 공소외 4, 13, 14, 17의 이 법정에서의 각 진술과 계룡대 근무지원단 보안담당관 작성의 출입일지 및 육군본부 계룡대 출입현황 관련 사실조회 통보서의 각 기재에 의하면, ① 공소외 14는 2002. 06. 12. 13:08경 육군본부 제2정문에서 상사 공소외 18의 안내로 육군 법무감실 소속 고등검찰부 수사관 준위 공소외 19와의 공무상의 필요 때문에 들어왔다가 같은 날 17:47경 다시 나간 것으로 기재되어 있는 사실, ② 공소외 14의 처인 공소외 17도 2002. 7. 2. 10:50경 육군본부 제2정문에서 공소외 18 상사의 안내로 육군 고등검찰부장을 만나기 위하여 방문을 한 사실, ③ 공소외 13은 2002. 6. 28. 공소외 14에 대하여 진술조서 작성 당시 강압이나 협박을 한 사실이 없고, 스스로 4,150만원을 공소외 2에게 공사계획자료의 제공 및 공사편의대가로 교부하여 주었다고 진술을 하여 조서에 남긴 것이라고 진술한 사실, ④ 증인 공소외 4는 공소외 17의 방문목적이 남편에 대한 가혹한 수사나 강압적인 수사 부분에 대한 항의를 위한 것이 아니고, 공소외 14는 심약한 사람이었는데 당황한 상태에서 조사를 받아 있지도 않은 말을 하였다는 그러한 취지의 주장을 한 것으로 기억한다고 진술하고, 남편을 10시간 동안이나 무서운 곳에 가두고 수사를 하였다는 것에 대한 얘기를 공소외 17로부터 들은 기억은 없으며, 당시 공소외

17이 찾아와서 강압수사에 대한 항의를 한다는 느낌은 전혀 아니었으며, 공소외 17을 만나준 이유도 수사과정에서 가혹수사에 대한 민원제기를 막기 위한 것은 전혀 아니었다고 진술한 사실, ⑤ 증인 공소외 14도 이 법정에서 검찰관의 주신문시 공소외 13이 2002. 6. 28. 공소외 14에 대한 조사시와 동일하게 공소외 14가 공소외 2에게 공사계획자료와 공사편의 등의 대가로 함께 4,150만원의 현금을 제공한 사실을 진술하였다가 위 금원이 문제가 되자 공소외 2가 전화로 '돈 빌려준거 이제 돌려주어야겠다'라고 하여 2002. 6. 28.이후로 되돌려 받았다는 취지의 진술을 하면서 최초에는 뇌물을 다시 돌려 받은 것이라고 진술하였다가 다시 대차관계였다고 진술하는 등 그 진술에 일관성이 없는 사실, ⑥ 증인 공소외 17은 공소외 2와는 1999년도에 1,500만원을 차용하여 주고 곧바로 상환받고, 1990년도 말이나 2000년 초순경에 약 2,000만원에서 2,500만원 정도를 차용하여 주고 현금으로 상환받은 사실이 있을 뿐이고 2000년 내지 2002년도에는 대차관계가 한번도 없었다고 진술하였으나 증인 공소외 14가 이 법정에서 당시 공소외 2에게 교부한 4,150만원이 공사계획자료제공 및 공사편의의 대가로 지급한 것이 아니고, 2002. 6. 28. 이후 대차관계 있는 금원으로서 주고 받았다는 취지의 진술과도 일치되지 않는 진술을 한 사실, 또한 증인 공소외 17은 이 법정에서 당시 공소외 14가 군으로부터 수주한 "군관련 공사는 단 한건밖에 없었다"는 취지로 진술한 바 있으나 육군본부 보통군사법원 2002고10의 판결 등본 중 육군 중령 공소외 16에 대한 뇌물수수 등 사건의 확정된 판결문에서 공소외 14가 군납 브로커라는 취지로 기재될 만큼 공소외 14가 군관련 공사를 다수 수주한 사실에 배치되는 진술을 한 사실 등이 인정된다.

이와 같은 사실들을 종합하여 보면, 공소외 14는 공소외 19 수사관으로부터 소환되어 약 4시간 40분동안 위 장소에 머무르며 조사를 받고 2002. 6. 12.자 진술서를 작성한 후 다시 17:47경에 귀가한 것으로 보여지고, 당시 강압적인 수사로 인하여 이슈가 되었거나 그러한 사실을 공소외 4 부장이 보고받거나 공소외 17이 당시 육군 고등검찰부장인 공소외 4를 만나게 된 목적이 자신의 남편인 공소외 14에 대한 강압 수사에 대한 항의성 방문이 아니었다고 보여지므로 위에서 본 바와 같이 당시 상황이 강압적인 수사 분위기가 있었다고 볼 증거가 없고, 증인 공소외 17의 이 법정에서의 진술도 증인 공소외 14의 진술과 일치하지 않고 증인 공소외 14의 진술도 일관성이 없어 그 진술에 신빙성이 매우 떨어져서 믿기 어렵고, 같은 취지의 공소외 14 및 공소외 17 작성의 각 사실확인서도 믿기 어렵다고 판단되고, 2002. 6. 28. 당시 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서상의 "공소외 14가 위 공소외 2에게 2002. 6월경 공소외 2에게 공사편의 등의 대가로 함께 4,150만원의 현금을 제공한 사실이 있다"는 취지의 진술기재 부분이 증인 공소외 14가 공소외 17의 이 법정에서의 각 진술보다 더 신빙성이 있다고 판단된다.

또한, 증인 공소외 2의 이 법정에서의 진술은, 2002. 6. 자신과 공소외 14의 부인과의 금전차용관계에서 비롯된 공소외 14의 진술로 인하여 육군본부 고등검찰부의 조사가 있게 되자 피고인에게 "뭐 아는 것이 있느냐"라고 물었고, 이에 피고인은 "아는 것이 없다.

문제가 있으면 해군으로 넘기지 않겠느냐"라고 조언하여 주었을 뿐이며, 공소외 2는 스스로 공소외 14측과의 접촉을 통하여 금전차용문제에 대한 해결을 취함과 동시에 자신이 알고 있던 공소외 20 변호사를 통하여 육군본부 고등검찰부를 접촉하게 하여 자신에 대한 조사를 중단시킨 것이라는 취지이나 증인 공소외 2의 이 법정에서의 진술은 공소외 20 변호사의 선임 경위에 있어서 진술의 일관성이 없는 등 그 진술의 태도나 과정에 비추어 신빙성이 매우 떨어져 믿기 어렵다고 판단된다.

또한, 증인 공소외 4의 진술과 피고인의 진술 중 어느 진술이 더 신빙성이 있는지에 대하여 살펴볼 필요가 있는 바, 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 2002년 당시 육본 고등검찰부에서의 공소외 2 내사 사건을 누구를 통하여 먼저 인지하게 된 것인지 여부, 당시 피고인의 공소외 4 부장 사무실에의 방문 여부, 공소외 4 부장의 전화통보후 피고인의 태도 등에 대하여, 증인 공소외 4의 각 진술은 검찰이래 이 법정에 이르기까지 피고인보다 더 일관된 점에 비추어 위 사항에 대하여 일관성이 없는 피고인의 각 진술보다 더 신빙성이 있다.

따라서 당시 육군본부 고등검찰부장인 공소외 4나 검찰수사관인 공소외 13에 비하여 피고인이 공소외 2에 대한 어떤 범죄혐의를 인지하기에는 피고인에게 전달된 정보 내지 자료가 너무나 모호하거나 간접적인 것이었다는 피고인 및 변호인의 주장은 이유없다.

5) 공소외 2에 대한 공소외 4 부장의 내사종결이 공소외 20 변호사의 활동을 통하여 된 것이므로 직무유기가 없었다는 주장에 대한 판단

이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 2002. 6. 28. 공소외 4 부장과의 전화통화 및 그 후 2~3차례 방문을 통하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였다는 사실을 피고인이 이미 인지한 사실이 인정되고 피고인이 공소외 4부장의 사무실을 찾아와서 "사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다"라는 취지로 이야기 하여 그 직무를 의식적으로 방임한 사실에는 변함이 없는 이상 그 이후 육군 고등검찰부에서 내사종결이 가사 공소외 20 변호사의 활동을 통하여 최종적으로 종결이 되었다고 하더라도 피고인의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 구성요건을 충족시킴에는 큰 영향이 없다고 할 것이어서 이 부분에 대한 피고인 및 변호인들의 주장은 피고인의 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 구성요건과는 관련이 없는 주장이라고 할 것이다.

따라서 이 부분에 대한 피고인 및 변호인들의 주장도 이유 없다.

(다) 당심의 판단

1) 공소시효의 완성 및 공소권 남용(차별적 공소제기) 주장에 관한 판단

가) 직무유기죄는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있는 바, 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위상태가 계속되는 한 가별적 위법상태는 계속 존재하는 것인바(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도675 판결 참조), 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 피고인의 해군 고등검찰부장 재직기간은 1998. 1. 24. 부터 2003. 12. 10.까지인 사실을 알 수 있고, 이 사건 공소제기 일자는 공소시효기간 7년 이내인 2009. 11. 20.이므로 원심이 본건 범행에 대한 공소시효가 완성되지 않았다고 판단한 것은 정당하고, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 검찰관이 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나(2004. 4. 27. 선고

2004482 판결 참조), 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적으로나마 어떤 의도가 있어야 한다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결 등 참조). 원심은, 검찰관이 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원의 신분을 가진 당시 육군 고등검찰부장 중령 공소외 4가 육군 고등검찰부 검찰수사관인 준위 공소외 13 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 보고 받아 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(알선수재) 혐의사실을 인지한 사정을 알 수 있으나, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면 검찰관의 위와 같은 조치가 공소권을 남용한 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이 사건에서 검찰관의 공소제기가 자의적인 공소권 행사로 인하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 볼 수 있을 만한 객관적인 근거가 없어, 이러한 원심의 판단은 정당하여 수긍할 수 있어 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

2) 공소장변경 없는 사실인정(불고불리 원칙 위배) 주장에 대한 판단

피고인의 방어권행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 법원이 공소장변경절차를 거치지 않고 다르게 인정하였다 할지라도 불고불리의 원칙에 위반되지 않는다(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도970 판결, 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도1060 판결 등 참조).

기록에 의하면, 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(특수직무유기)의 점에 관하여 공소장에는, "육군 고등검찰부장으로 근무하던 중령 공소외 4에게 위 사건을 해군 검찰부에 이첩하지 않을 것을 부탁하는 등 위 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다"로 되어있는 것을 "육군 고등검찰부장인 중령 공소외 4로부터 해군관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였음에도 불구하고 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하고, 오히려 '사건을 보내지 말라'는 취지로 전화통화를 하고, 그 후 육군 고등검찰부장의 사무실을 방문하여 위 '사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다'는 취지로 이야기 하는 등 부탁하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다"라고 인정하였으나, 기록에 의하여 살펴보면, 이는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 특수직무유기행위의 태양을 보다 구체적으로 상세히 특정한 것이거나 또는 불명확한 점을 바로잡은 것에 지나지 아니할 뿐만 아니라, 피고인은 원심에서 이 부분의 공소사실을 다투었고, 그에 관하여 심리가 충분히 되어 있음이 인정됨에 비추어, 원심이 공소장변경절차를 거치지 않고 공소사실과 다르게 사실을 인정하였다 하더라도 그것이 공소사실의 동일성의 범위를 벗어날 정도로 기본적 사실관계를 달리 하는 것이라든지, 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 준 것도 아니라 할 것이다.

따라서 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3) 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(알선수재)죄를 범한 사람을 인지하지 않았다는 주장 및 직무를 유기하지 않았다는 주장에 대한 판단

가) 판단

범죄인지란 수사기관이 각종 수사의 단서에 의하여 곧바로 또는 내사의 과정을 거쳐 적극적·능동적으로 범죄혐의를 인정하고 수사를 개시하는 처분으로 수사개시를 위한 범죄혐의는 수사기관의 주관적 혐의를 의미하고 아직 객

관적 혐의로 발전함을 요하지는 아니하나 어느 정도 구체적인 사실에 근거를 두어야 하고, 검찰관이 어떤 사건에 대하여 범죄혐의가 인정되면 인지절차를 통하여 사건을 수리 즉, 입건하여야 하며, 사건의 수리 후 혐의자는 피의자가 된다.

이를 입건이라고도 한다.

검찰관은 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치도록 되어 있으므로 특단의 사정이 없는 한 수사기관이 그와 같은 절차를 거친 때에 범죄인지가 된 것으로 볼 것이나, 범죄의 인지는 실질적인 개념으로서 검찰관은 그와 같은 절차를 거치기도 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고, 그 뒤 범죄인지서를 작성하여 사건수리절차를 밟은 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것이 아니다(대법원 1989. 6. 20. 선고 89도648 판결 참조).

한편, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제15조의 특수직무유기행위는 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반의 범죄사실을 인지하는 경우 이에 대한 범죄인지서를 작성하고 범죄수사를 하여야 할 직무가 있음에도 불구하고 정당한 이유 없이 위와 같은 조치를 취하지 아니하는 경우에도 그 범죄의 성립이 인정되는바(대법원 1984. 7. 24. 선고 84도705 판결 참조), 그렇다면 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서 말하는 '인지'란 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 동법 소정의 죄를 범한 자라는 '정을 알면서도' 또는 '범인을 알면서도'라는 의미로서 실제로 동법 소정의 범죄를 범한 자라는 것을 인식하면 족하며, 범인의 성명이나 범죄의 구체적인 내용을 알 필요는 없다 할 것이고, 범죄를 범한 자는 범죄의 혐의를 받아 수사가 진행 중인 자나 아직 수사의 대상이 되지 않은 자도 여기서 말하는 죄를 범한자에 포함되는 것으로 피의자·피내사자, 참고인 조사 및 물적 증거 수집 등 실질적인 수사를 개시하는 행위가 있어야 비로소 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서의 '인지'가 있었다고 볼 수 있는 것은 아니다.

한편, 직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는 데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식 하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립한다(대법원 1997. 4. 22. 선고 95도748 판결, 대법원 1999. 11. 26. 선고 99도1904 판결 등 참조). 그리고 이러한 직무유기죄는 공무원이 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니라, 직무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니함으로써 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 구체적인 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립하는 것이므로, 공무원의 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우에는 직무유기죄는 성립하지 아니하며, 또한 어떠한 형태로든 직무집행의 의사로 자신의 직무를 수행한 경우에는 그 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 것은 아니다(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도657 판결, 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1390 판결 등 참조).

나) 위 가)항의 법리에 비추어 위 공소사실, 즉, 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인지하였음에도 불구하고 오히려 공소외 4에게 사건을 해군에 이첩하지 말라고 부탁하는 등 사건을 무마시켰다는 것이 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에 해당하는 것인지에 관하여 살피건대, 원심은 판시 증거에 기초하여 그 판시 사정을 들어 피고인은, 평소 친분이 있던 위 공소외 2로부터 육군 고등검찰부의 공소외 2에 대한 내사사건에 대하여 "알아봐 달라"고 부탁을 받은 후, 2002. 6. 28.경 당시 육군 고등검찰부장

인 중령 공소외 4로부터 해군관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였음에도 불구하고 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하고, 오히려 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다고 하여 유죄를 인정하였으나, 원심 판시의 사정들을 여러 정황에 비추어 볼 때, 검찰관이 제출한 증거만으로는 아래 다)항에서 보는 바와 같이 피고인이 이 사건 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄의 범죄 혐의사실을 실제로 알았다거나 그리고도 구체적으로 그 직무를 회피하여 수사를 하지 않았다고 단정할 수 없고, 비록 피고인이 위 공소외 2의 범죄 혐의사실을 사건이첩이나 인지보고서를 작성하는 등의 방법으로 신속, 적절하게 수사하지 않았다고 하더라도 이를 두고 특정범죄가중처벌등에관한법률(특수직무유기)죄에 해당한다고 할 수 없다.

다) ① 공소장 기재 이 부분 공소사실을 살펴보면, 피고인은 2002. 6.경 평소 친분이 있던 공소외 2가 건설업자 공소외 14로부터 육군본부 문서고 페인트공사 등 4건의 군 발주 공사에 대한 공사계획자료 제공 및 공사편의를 알선하여 주는 대가로 현금 합계 4,150만원을 수수한 혐의로 육군 고등검찰부에서 내사를 받고 있어 위 내사사건을 무마하여 달라는 취지의 청탁을 받았으며, 이러한 경우 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취했어야 했는데 정당한 이유 없이 직무를 유기하였다는 것으로서, 공소사실 자체만으로 보자면, 피고인이 구체적으로 어느 시점에서 어떤 상황에서 어떤 경위를 통하여 공소외 2가 위 범죄를 범한 자임을 인식하였는지 잘 나타나지 않으며, 아래 ②항에서 보는 바와 같이 공소외 4의 법정진술 및 수사기관 진술기재에 의하여도 2002. 6.경 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 의도적으로 직무를 유기하였다고 단정할 수 없다(실제로 원심에서 피고인 및 변호인 측은 이 부분 공소사실에 대하여 이의를 제기하고 다투었는바, 원심은 공소사실과 달리 피고인이 공소외 4로부터 전화로 통보받아 인지한 것으로 범죄사실을 수정하여 인정하였다).

② 원심 판시 이 부분 범죄사실은, 피고인이 육군 고등검찰부장 공소외 4로부터 해군 관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였다는 것으로 이에 부합하는 직접증거로 공소외 4의 법정진술 및 수사기관 진술조서의 기재를 들고 있으며, 그 진술내용은 2002. 6.경 공소외 13으로부터 공소외 14에 대한 진술조서 내용을 보고를 받은 후 피고인에게 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다고 하는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내주겠다는 이야기를 하였으나 피고인이 전체적으로 꺼리는 듯한 태도를 보여 사건을 보내지 말라는 취지로 부탁을 하여 사건을 해군으로 이첩하지 않았다는 것이나, 이와 같은 공소외 4의 진술은 추상적이거나 추측에 기한 것들에 불과하여 공소외 4의 이러한 취지의 진술만으로 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 이를 일부러 수사하지 않았다고 인정할 수 없다 할 것이다.

즉, 공소외 4는 수사기관에서 2002. 6. 28.경 공소외 13으로부터 공소외 2의 뇌물수수 관련 공소외 14의 진술조서 내용을 보고 받은 후 당시 해군 고등검찰부장인 피고인에게 전화를 걸어 공소외 2의 뇌물수수 사건을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 피고인은 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보여 해군으로 보내지 않았으며, 이와 관련하여 한 번 정도 자신의 사무실로 찾아 왔으나 피고인이 원래 말을 명쾌하게 하는 스타일이 아니기 때문에 이 사건과 관련하여 구체적으로 어떠한 이야기를 했는지 정확한 기억은 없다는 취지로 진술하

었는데(증거기록 제315면 내지 319면 참조), 공소외 4는 군검찰 조사시 피고인에게 전화로 알려 준 사건 내용에 대하여는 " 피고인 대령에게 우리가 이러한 사건을 인지하였는데, 위 사건 기록 전체를 이첩하여 주겠다는 취지로 이야기하였습니다", " 피고인 대령이 말을 명쾌하게 하는 스타일이 아닙니다.

당시 저를 찾아와서 이야기를 나누었다면 사건 관련하여 이야기를 하였을 텐데 정확한 기억은 없습니다", "당시 제가 사건 이첩을 위하여 이첩 이전에 업무 협조 차원에서 당시 해군 고등검찰부장인 피고인에게 사건에 관하여 이야기를 하였습니다.

그 전화를 하였던 당시 피고인 대령이 사건을 보내지 말라는 취지로 이야기를 하였습니다.

하지만 어떠한 이유로 보내지 말라고 하였는지는 정확히 기억이 나지 않습니다"라고 진술하였고, 해군에 사건을 이첩하지 않는 결정에 대하여 피고인이 미친 영향에 대하여는 "당시 사건을 이첩하여도 곧바로 사건 처리가 될 것 같지 않다는 생각을 하였고, 이에 법무감에게 일단 해군 고등검찰부장이 사건 이첩을 하지 않았으면, 좋겠다고 한다는 내용의 보고를 하였습니다.

이에 당시 법무감께서는 그렇다면 굳이 보낼 필요 없다는 취지로 말씀하셨고, 이에 고등검찰부에서 위 사건을 보관하게 된 것입니다", "그 당시 해군의 수사외지가 없다고 보여 사건 수사를 진행하지 않았고, 제가 고등검찰부장 직책을 떠나면서 위 사건에 대하여 잊고 있어서 결국 공소시효가 도과되었습니다.

지금 생각해보니 국방부 검찰단으로 즉시 이송하는 것이 옳았다고 생각합니다"고 진술하였다.

원심법정에서는 피고인에게 전화로 사건 내용을 통보해준 경과에 대하여 "진술조서를 보고 난 후 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내겠다고 알려주었습니다", "(공소외 14에 대한 참고인조서나 관련 수자기록을) 보여 달라고 요구를 하지 않았기 때문에 보여준 기억은 없습니다.

만약에 보여 달라고 하였다면 당연히 보여 주었을 것이나 스스로 보라고 제가 억지로 보여 준 기억은 없습니다"라고 진술하였고, 피고인과의 전화 통화나 피고인이 사무실을 방문하여 나눈 대화가 구체적으로 어떠한 내용인지에 대하여는 "정확한 상황은 구체적으로 기억하기 어렵습니다.

피고인이 어떤 내용을 명쾌하게 말하는 스타일도 아니었고, 당시 사용했던 용어도 기억나지 않습니다.

다만, 전체적인 취지가 사건을 해군 검찰부로 보내는 것이 적절하지 않다 또는 보내지 않았으면 좋겠다는 취지였던 것 같습니다", "(피고인 방문의 핵심 요지가 공소외 2 건을 해군에 보내지 마라라는) 그러한 목적을 가지고 왔었는지 정확하게 한마디로 이야기하기 어렵지만 전체적으로 전화 통화할 당시의 태도나 그 이후의 태도 등으로 보아서 보내는 것에 대해 꺼리는 듯 해 보였습니다"라고 진술하였고, 피고인에게 전화 통화를 할 당시 피고인이 공소외 2의 내사사건에 관하여 어느 정도나 미리 알고 있었다고 생각하는 지에 대하여는 "어느 정도 알고 있었는지에 대하여는 제가 판단할 수 있는 상황이 아니었습니다.

공소외 14에 대한 진술조서를 보면 피고인이 전화를 걸어서 사건을 확대시키지 마라라는 진술이 나오는데, 공소외 14의 진술이 사실이라면 그것으로 미루어 볼 때는 피고인이 저보다는 먼저 알고 있었을 수도 있는 것입니다"라고 진술하였고, 피고인이 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보인 이유를 물어 보았는가요라는 질문에 대하여는 "그 부분은 묻지 않아도 어떤 곤란한 이유가 있을 것으로 짐작이 되었고, 말 못할 사정이 있겠거니 생각을 하였습니다.

그리고 해군과 육군 사이에 그런 것을, 상대방의 어떤 요청을 무시해가면서 사건을 보내서 곤란하게, 어찌 보면 사건을 받으면 곤란해질 수 있다는 느낌 때문에 보내지 말라라는 부탁을 한 것으로 기억이 되고, 그 당시에 크게 깊이 생각을 하지 않았기 때문에 그렇게 결정을 한 것입니다.

요즘의 분위기나 업무처리 관행을 보면 있을 수 없는 것처럼 보이겠지만 그 당시에는 그렇게 판단을 하였고, 그것 말고는 다른 이유가 없는 것입니다", "그 당시에 이 사건에 대해서 크게 고심했던 것이 아니기 때문에 전반적으로 기억이 희미합니다"라고 진술하였는바, 원심에서 위와 같은 공소외 4의 진술은 피고인과의 전화 통화시 피고인이 구체적으로 어떤 말을 했는지는 기억이 나지 않으며, 이후 피고인이 1번 내지 2번 정도 자신의 사무실을 방문하여 대화를 나누었지만 정확한 내용은 기억이 나지 않으나 전체적인 취지가 사건을 해군검찰부로 보내는 것이 적절치 않다는 이야기인 것 같고, 자신이 피고인에게 전화를 걸었을 때 이미 피고인은 공소외 2 관련 사건 내용을 어느 정도 알고 있었을 것으로 생각하는데 그 이유는 공소외 14의 진술조서를 보면 공소외 14가 피고인으로부터 사건을 확대시키지 말아달라는 내용의 전화를 받았었다고 진술한 부분이 있어 그것이 사실이라면 피고인이 자신 보다 먼저 알고 있었을 것이라고 추측하는 듯한 진술에 불과하고, 결과적으로 피고인이 어떠한 이유에서 사건을 받기를 꺼리는지를 물어보거나 공소외 14의 진술조서 등 관련 기록을 보여주진 않았으며, 해군에 보낸다 하더라도 제대로 수사가 될 것 같지 않다는 판단 하에 육군 법무감에게 보고 한 후 기록을 자체 보관하는 것으로 결정하였으며, 이 사건 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실에 대하여 육군고등검찰부에서 절차에 따라 입건하거나 내사사건으로 수리하지는 않았다는 것이다.

당심법정에서는 "사실 전화통화로 어떤 말을 주고받았는지 대하여는 지금 제대로 기억하기가 어려운데 일반적으로 사건내용을, 우리 육군 수사관이 획득한 수사 그러니까 범죄자료에 해당하는 것인데 이러한 진술서와 진술조서, 그 사건의 내용, 그 서류의 내용에 공소외 14라는 사람이 있고, 그 다음에 공소외 14가 해군 소속 군무원에게 공사 관련해서 돈을 주었다는 부분을 진술하고 있다는 부분은 범죄사실에 대한 통지를 하기 위한 전화였기 때문에 그런 부분들은 포함을 해서 알려주었을 것으로 생각합니다", "(피고인과의 전화 통화시 나는 대화 내용을 구체적으로 표현하면) 전체적으로 주고 받은 내용을 기억하기는 어렵지만 지난번 1심 법정에서도 보내지 말라는 취지의 답을 들었다고 했지만 좀 더 구체적으로 말을 한다면 내가 말하듯이 보내지 말라라 이런 것이 아니었고 대구 지방 사람이기 때문에 대구 말씨가 강한데 '뭐 하러 보내시렵니까?' 또는 '뭐 하러 보내려 하십니까?' 그런 식의 말을 들었기 때문에 이 사건을, 이 기록을 받아가기를 원치 않는다.

어떤 수사하고자 하는 그런 관심이 좀 없다는 그런 느낌을, 그런 생각을, 판단을 했기 때문에 사실 기록을 바로 송부하지 않았고 가지고 있도록 한 것입니다"라고 진술하였으나 위와 같은 "뭐 하러 보내시렵니까? 또는 '뭐 하러 보내려 하십니까?'라는 대화 내용은 수사기관 조사단계부터 원심법정에 이르기까지 한 번도 나오지 않았는데 그 용어가 확실한 건가요라는 변호인의 질문에 "그 당시에 기억은 사실 지금도 어떤 말을 먼저 했고 어떤 말을 답으로 들었고 그렇게 기억할 수 없는 것인데 구체적인 단어를 써 가면서 핵심적인 용어를 좀 말해보라 한다면 그 정도..."라며 진술하였는데, 결국 공소외 4는 피고인과의 전화통화 및 사무실 방문시 어떠한 내용의 대화를 하였는지는 기억이 나지 않으나 피고인이 사건을 보내지 말아달라는 취지의 이야기를 한 것 같으며, 전체적으로 볼 때 피고인이 사건을 이첩받기를 꺼리는 듯한 모습이었던 원심법정에서의 진술과 기본적으로 일관되게 진술하면서, 통상적으로 검찰기관에 종사하는 사람들은 이런 사건이 있으면 호기심을 가지고 그 내용이 무엇인지 빨리 보고 싶어 하고, 구체적인 서

류가 있다면 서류를 보내달라고 하든지 하는 반응을 보이는데, 당시 피고인은 그와 같은 반응을 보이지 않았고, 당시 공소외 14의 처 공소외 17이 공소외 14의 진술조서는 검찰수사관인 공소외 13의 강압수사로 인한 공황상태에서 사실과 다른 진술을 한 것이므로 조서 자체를 없애 달라는 항의방문을 하는 등 참고인 진술조서의 증거능력 유지가 어려워 수사를 하기에 어려운 사건이 아닌가 하는 판단도 있었던 것 같다고 진술하고 있는바, 그렇다면 공소외 4의 이러한 취지의 진술만으로 피고인이 실제로 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 이를 일부러 유기하였다고 단정할 수는 없다 할 것이다.

- ③ 한편, 이 사건 공소사실을 뒷받침할 만한 간접증거로는 공소외 14, 13, 3의 각 수사기관 진술 및 법정진술이 있으나, 아래에서 보는 바와 같은 사유로 이부분 공소사실을 인정하기에 부족하다.

우선, 공소외 14는 2002. 6. 28.경 수사기관에서는 공사계획자료 제공 및 공사편의 대가로 공소외 2에게 함께 금 4,150만원을 교부하였다고 진술하였고(피고인은 공소외 14의 진술조서와 관련하여 원심법정에서 공소외 14는 진술조서의 일부에 대한 실질적 진정성립을 부인한 것이 아니라 강압수사를 이유로 진술조서 전체의 임의성을 부인한 것이라고 주장하나 원심의 판단을 기록과 대조하여 살펴보면 공소외 14의 수사기관에서의 진술은 임의의 진술로 인정되고 달리 그 진술이 피고인의 주장과 같이 임의성이 없다거나 이를 의심할 만한 사유가 있다고 인정할 만한 증거를 찾아 볼 수 없어 위 공소외 14의 진술조서가 임의성이 없어 증거능력이 없다는 피고인의 항소논지는 그 이유가 없다), 원심법정에서는 증인으로 출석하여 위 금원의 성격이 대차관계라고 하면서도 이 금원 수수가 문제가 된 2002. 6. 28. 이후 공소외 2로부터 차용금을 돌려받았으며, 2002. 6. 28. 자 진술조서상 공소외 2에게 공사계획자료 제공 및 공사편의 대가로 4,150만원을 제공하였다는 부분은 원진술자가 진술한대로 기재되어 있으나 "해군 고등검찰부장으로부터 2002. 6. 13.~15.경 2번 전화를 받은 사실이 있습니다.

그 내용은 안부 전화였으나 사건을 확대시키지 말라는 취지의 전화를 받았습시다"라는 부분은 진술한대로 기재되어 있지 않다고 진술하였는데, 원심은 이에 대하여 위와 같은 해군 고등검찰부장이 전화로 사건을 더 이상 확대하지 말라는 취지로 이야기하였다는 부분에 대하여 이를 부인하는 공소외 14의 법정진술은 진술의 신빙성이 매우 떨어짐에도 불구하고 실질적 진정성립을 부인하였으므로 증거능력이 없다고 판시하였으나, 살펴건대, 공소외 14는 원심법정에서 2002. 6. 13.경 공소외 13이 자신의 사무실로 방문조사를 하겠다는 전화를 하면서 방문시간을 확인하던 중에 혹시 해군 법무감실에서 전화가 온 적 있느냐라는 질문을 받고 "전화 온 적 없다"고 답변하였는데, 그날 저녁에 방문 조사시 공소외 13이 이미 진술조서 초안을 만들어 와서 읽어보고 도장을 찍으라고 하였는데, 위 진술조서 초안에는 해군 고등검찰부장으로부터 전화를 받았다는 내용도 포함되어 있었고 이에 대하여 공소외 13이 질문을 하자 얼떨결에 전화가 왔다고 답변하였으나 이는 공소외 13 수사관이 자신에게 6. 13. 및 6. 28. 각 전화를 건 것을 답변한 것에 불과하고, 돈 관리는 전적으로 자신의 처인 공소외 17이 하였기 때문에 자신이 정확히 기억하는 것은 별로 없어 검찰관과 변호인의 질문에 정확한 답변을 하지 못한다는 취지로 진술하였고(공판기록 제320면, 제321면 참조), 이와 관련하여 당시 공소외 14의 진술조서를 작성한 공소외 13은 당시법정에서 2002. 6. 28. 공소외 14를 조사하기 전에 미리 질문사항을 노트북에 적어 가지고 갔으며, 준비해간 질문사항을 물어본 후 그 진술한 내용을 받아 적었고, 위 진술조서를 받은 뒤에 며칠 후 공소외 14가 사무실에 1~2번 찾아와서 진술을 반복할 테니, 사실과 다르니 다시 진술하게 해 달라는 요청을 하였지만 거부하였으며, 그렇다면 해군 고등검찰부장 부분이라도 빼 달라

는 이야기를 한 사실이 있다고 진술하면서, 진술조서를 받은 구체적인 방법에 대하여는 "여기 제가 진술조서 받은 상에는 계획자료라든가 뭐를 제공하고 그런 부분은 안 나옵니다.

여기 계획자료이라든가 뭘로 안 나왔고 그때 당시 진술내용이 하여튼 편의를 봐줘 가지고, 그 양반이 하는데, 공소외 14는 초등학교 뿐이 안 나온 걸로 기억이 됩니다.

그래가지고 예를 들어서 무시를 하는 것이 아니라 사실은 A라는 질문을 해도 '예', B라는 해도 '예'하고 겁을 많이 먹는 사람입니다.

착해 가지고 참 순진한 사람이에요. 그 모든 업무를 와이프가 다 합니다.

공소외 14는 시키는 대로 합니다.

거의"라며 진술하였다.

그렇다면 위에서 살펴본 바와 같이 공소외 13이 공소외 14의 진술조서를 받을 당시 노트북에 질문사항만을 미리 작성해 같다는 취지로 진술하지만 실제로는 육군복지근무지원단 경리실장인 중령 공소외 16의 부대 계약 관련 범죄 혐의를 수사하던 중에 공소외 14와 관련한 첩보를 입수하고 이를 확인하는 내용의 질문사항과 공소외 14의 예상 답변까지도 미리 준비해 간 것으로 보이며, 기록에 첨부된 공소외 14의 진술조서(증거기록 제1216면 내지 1221면 참조)의 내용은 초등학교만을 나온 공소외 14의 학력이나 위와 같은 공소외 13의 진술 등에 비추어 볼 때, 공소외 14 혼자만의 생각으로 진술하였다고 보기에 이례적으로 상당히 구체적이고 논리적이며, 세부적인 사항에 대하여도 상세하게 기재되어 있어 질문에 대한 예상 답변 내용이 어느 정도 작성된 진술조서 초안을 보면서 진위(眞僞)를 확인하는 방법으로 위 진술조서가 작성된 것이라는 취지의 공소외 14의 진술에 부합하는 점, 공소외 13도 당시 법정에서 명시적으로 진술조서의 답변내용을 미리 작성하였다고 인정하진 않았으나 공소외 14가 초등학교 정도를 졸업한 사람으로 질문하는 사항의 의미가 정확히 무엇인지 인식하지도 못하면서도 모두 인정하였다는 것이나 편의를 봐주었다는 의미 또한 같은 취지로 이해할 수 있어 결국 공소외 14의 위 진술조서상의 해군검찰부장이 사건을 확대하지 말라는 취지의 전화를 받았다는 기재 부분은 원심법정에서 공소외 14가 진정성립을 부인하여 그 증거능력이 없고, 공소외 2에게 공사편의 등의 대가로 함께 4,150만원의 현금을 제공하였다는 기재 부분도 공소외 14가 임의성 및 진정성립을 각 인정하여 증거능력은 인정될 것이나 위에서 살펴 본 바와 같이 공소외 14의 진술조서 작성 경위, 공소외 14와 그의 처 공소외 17과의 관계 등에 비추어 볼 때 수사기관에서의 공소외 14의 진술은 선뜻 믿기 어려워 신빙성이 없다 할 것이고, 공소외 14의 법정진술 또한 당시 공소외 2와의 금전거래를 비롯한 사업 관련 자금 관리를 전적으로 공소외 14의 처인 공소외 17이 하는 관계로 정확한 돈거래 성격은 알지 못한다는 취지에 불과하여 이 사건 공소사실 부분에 대한 유죄의 증거로 삼기에 부족하다.

또한, 공소외 13은 수사기관에서부터 당심에 이르기까지 이 사건 공소사실 부분에 대하여 기본적인 골격에 있어서 대체로 일관되게, 2002. 6. 28. 공소외 14에 대한 조사를 마친 후 곧바로 당시 육군 고등검찰부장인 공소외 4에게 조사내용을 보고하면서 해군관할사건이므로 절차에 따라 정식 입건하여 수사를 더 하거나 해군에 이송처리 하자는 취지로 건의하였고 공소외 4부장의 사무실에 결재 때문에 들어갔을 때 피고인을 2~3번 정도 본 기억이 있으나, 그 전에는 피고인을 본 적이 없으며, 그 후 공소외 4 부장으로부터 사건을 이송하지 말고 자체 종결하라는 지시를 받아 수사자료를 그대로 존안하였다는 것으로 이는 공소외 4가 공소외 2의 알선수재 범죄 혐의사실을 해군에 이첩

하지 않은 경과에 대한 진술일 뿐 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인식하였는지에 대한 직접 증거가 아니어서 증거로 삼기에 부족하다.

한편, 공소외 3의 군검찰에서의 진술은 공소외 2가 국방대학교 교육 중에 "죽을뻔 한 일이 생겨 밤에 계룡대에 내려왔다 서울로 갔다"는 취지의 말을 공소외 2로 들었다는 진술일 뿐 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인식하였는지에 대한 직접 증거가 아니어서 이 또한 증거로 삼기에 부족하다.

④ 더욱이, 위에서 살펴 본 바와 같이 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서 말하는 '인지'란 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 동법 소정의 죄를 범한 자라는 '정을 알면서도' 또는 '범인을 알면서도'라는 의미로써 실제로 동법 소정의 범죄를 범한 자라는 것에 대한 인식이 있었음을 요한다 할 것인바, 비록 피고인이 공소외 4로부터 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 피고인은 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보이며, 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 한 점, 피고인과 공소외 4는 같은 군법무관 동기생이나 특별한 친분관계가 없어 평소 전화 통화를 하거나 사무실을 방문하는 등의 교류가 거의 없었는데 이 사건과 관련하여 공소외 4의 전화를 받은 후 공소외 4의 사무실을 방문한 점, 공소외 2가 육군 고등검찰부에서 자신에 대하여 내사 중인 사실을 공소외 14의 처 공소외 17로부터 전해 듣고 당시 친분이 있던 피고인에게 아는 것이 있는지 물어본 후 피고인이 변호사를 통해서 잘 해결하라 또는 동기생 중에 공소외 20 변호사가 있는데 육군고등검찰부장의 동기생이니깐 한번 물어보라 등의 조언을 해 준 점 등 피고인과 공소외 2 간의 유착관계가 의심되는 여러 사정을 인정할 수 있는바, 그렇다면 수사업무에 종사하는 해군 고등검찰부장인 피고인의 입장에서는 범죄에 대한 신빙성 있는 정보 내지 첩보를 확인하는 경우에 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정할 때에는 즉시 수사에 착수하여야 할 것임에도 불구하고 육군 고등검찰부장인 공소외 4가 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보이며, 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 하였다는 것인바, 이는 공무원으로서 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우가 아니라 수사업무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니한 경우에 해당되어 형법 제122조의 직무유기죄의 범죄가 성립될 여지가 있으나, 이 때문에 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하거나 그러고도 직무를 유기하였다고 추단할 수는 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고, 이와 달리 이 부분 공소사실을 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄로 인정한 원심 판결은 사실을 오인한 위법이 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

라) 소결론

따라서 피고인의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

(2) 강요방조의 점

(가) 공소사실의 요지

건설업체인 공소외 21 주식회사는 2001년경부터 2005년경까지 해병대사령부 공사대금 22억 3,800만원 상당을 비롯하여 해군 및 해병대 발주공사 23건 공사대금 합계 147억 7,200만원 상당을 수주·시공하였다.

관련자 공소외 6은 공소외 22로부터 2004. 10. 15.경 1,000만원, 2005. 5. 4.경 2,000만원 합계 3,000만원을 관련자 공소외 2가 제공한 공소외 23 명의의 공소외 2의 차명계좌(계좌번호 2 생략)로 송금받았고, 2005. 5.경 공소외 2는 같은 사무실에 근무하던 피해자 해군 6급 군무원 공소외 3(여, 39세)이 전세금이 부족하자 공소외 23에게 지시하여 위 송금액 중 2005. 5. 4. 송금된 금 2,000만원을 피해자에게 빌려주도록 하여 피해자는 이를 전세자금으로 사용하였다.

2006. 3. 10.경 공소외 6이 위와 같이 공소외 22로부터 금전을 송금받은 사실에 대해서 국방부검찰단으로부터 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 혐의로 내사를 받게 되자, 관련자 공소외 2와 같은 공소외 6은 위와 같은 자신의 범죄 혐의사실을 은폐하기 위하여 법률전문가인 피고인에게 문의하였고, 피고인과 공소외 2, 6은 피해자가 공소외 23으로부터 금원을 차용하였을 뿐 공소외 6의 배우자인 공소외 24 및 피해자의 친구들로부터 금원을 차용한 사실이 없음에도 불구하고, 피고인, 공소외 2의 직위 및 직무를 이용하여 피해자로 하여금 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금전을 차용한 후, 친구들로부터 다시 금전을 차용하여 위 공소외 24에게 변제한 것으로 하는 허위사실을 진술하도록 공모하였다.

위 공모에 따라, 피고인과 공소외 2, 6은 2006. 6. 일자불상 경 불상의 장소에서 상호 의사연락하여 위와 같은 허위사실이 기재된 공소외 6명의의 소명서와 피해자 명의의 소명서를 각 작성한 후 공소외 6 명의의 허위 소명서는 2004. 6. 8. 국방부 검찰단 수사관 공소외 79에게 제출하고, 피해자 명의의 소명서는 공소외 2가 이를 피해자에게 전달하여 허위진술을 위하여 그 내용을 숙지하게 하였다.

한편, 피고인과 공소외 2는 같은 달 일자불상 저녁경에 충남 계룡시 엄사리 소재 ○○○주점에서 피해자를 불러 "조만간 국방부검찰단에 소환될 것인데, 조사 시 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금 2,000만원을 차용하였고, 다시 친구들로부터 금전을 재차용하여 위 공소외 24에게 변제하였다고 공소외 2가 피해자에게 전달하여 이미 전달한 소명서의 내용과 같은 허위 진술하라."라는 취지로 말하였다.

이에 피해자가 "변제금을 친구로부터 빌린 것으로 하라고 하였는데, 검찰관이 언제까지 갚기로 한 것이냐고 물으면 어떻게 답을 해야 하는가?"라고 묻자, 피고인이 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아라고 했다고 허위 진술하라"라고 말하여 피고인의 직위와 직무를 이용하여 마치 그녀가 수사기관에 허위진술을 하는 것이 법적으로 아무런 문제가 없으며 공소외 2의 허위진술 요구에 응하지 않으면 오히려 피해자의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할 것 같은 태도를 보임으로써 그녀를 외포하게 하여 허위진술을 할 수밖에 없도록 하였다.

계속하여 위 공모에 따라, 공소외 2는 2006. 7. 3. 국방부 검찰단에 참고인조사를 받으러 가는 피해자와 동행하면서 피해자에게 "조사를 하는 사람들도 해군이다.

네가 떨면서 말하는지 안 떨면서 말하는지 다 알 수 있다.

"라고 말하여 피해자가 위와 같은 허위진술을 하지 아니할 경우 그 지위 및 직무를 이용하여 그녀의 지위나 신상에 어떤 위해를 가할 것 같은 태도를 보임으로써 그녀를 협박하였으며, 이미 피고인과 공소외 2가 함께 있는 자리에서 허위진술을 할 것을 강요받은 피해자로서는 해군 고위법무관인 피고인과 친한 공소외 2의 지위를 고려할 때, 수사절차 진행과 관련된 위 공소외 2의 말들이 모두 사실이라고 믿을 수밖에 없었고 이로 인하여 더욱 외포되어 허위진술을

하기로 결심을 하였다.

결국 피해자는 위와 같은 피고인과 공소외 2가 공동하여 직위와 지위를 이용하여 행한 협박에 외포당하여, 2006. 7. 3. 국방부검찰단에서 위 공소외 6에 대한 내사사건의 참고인조사를 받으면서 피고인과 공소외 2가 지시한 바와 같이 그 기억에 반하는 허위사실을 진술하고, 위 소명서가 마치 자신이 직접 작성하고 그 내용이 사실인 것처럼 하여 제출함으로써, 피고인은 공소외 2, 6과 공동하여 피해자를 협박하여 그녀로 하여금 의무없는 일을 하게 하여 강요하는데 결정적인 기능적 역할을 수행하였다.

(나) 원심판단의 요지

피고인이 최초 공소외 2에게 소명서 초안을 작성하여 교부하여 줄 때에는 공소외 2 등이 공소외 3을 협박하여 의무없는 일을 시킬 것이라는 점에 대하여 인지하지 못하였다고 하여도 ○○○주점에서 피고인이 공소외 3에게 '우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아'라고 구체적으로 허위진술로 답변하도록 도움을 준 시점에서는 적어도 공소외 3 피해자가 검찰단에 출두하여 공소외 3이 공소외 2로부터 허위진술의 요구를 받아 공소외 2의 강요에 의하여 허위진술을 하게 될 것이라는 점을 인식한 상태에서 언제까지 상환하여 주기로 하였느냐는 질문에 피고인이 이와 같이 허위사실의 진술을 구체적으로 애기하여 도와주어서 공소외 3이 검찰단에서 허위진술을 하여도 문제가 없는 것이라고 생각을 하도록 하여 공소외 2의 강요죄의 실행을 용이하게 하여 이를 방조하였다.

그러나 피고인이 공소외 2, 6과 함께 공소외 3으로 하여금 의무없는 일을 하도록 강요한 사실에 대한 기능적인 행위 지배가 있다고 보기는 어려워 공소외 2와 공소외 6의 공소외 3에 대한 강요의 공모나 모의한 사실에 대한 증거가 없다는 피고인 및 변호인들의 주장은 이유 있으므로 피고인에게 강요의 공동정범의 죄책을 물을 수 없다.

(다) 당심의 판단

1) 공소장변경 절차 없이 강요의 공동정범을 강요의 방조로 인정할 수 있는 지 여부에 대한 판단

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실 보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다고 할 것이므로 공동정범으로 기소된 범죄사실을 방조사실로 인정할 수 있다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결, 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 등 참조). 원심이 공소장변경 없이 강요죄의 공동정범으로 기소된 피고인을 강요방조죄로 처단한 조치는 위 법리에 비추어 정당하고, 거기에 항소이유로 주장하는 바처럼 공소장변경에 대한 법리오해 등 위법은 없다.

2) 공소외 6의 집에서 압수한 소명자료 등 증거서류의 증거능력 인정에 대한 판단

가) 원심판단

원심은, 압수·수색 절차상의 하자가 영장주의의 취지를 몰각하여 압수물의 증거능력을 부인할 정도에는 이르지 않아 압수물은 증거능력이 있으므로 이를 증거로 채택한다는 증거결정을 하였다.

나) 판단

헌법과 형사소송법 및 군사법원법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라도 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법 절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법 및 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

그러나 이러한 예외적인 경우를 함부로 인정하게 되면 결과적으로 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다는 원칙을 훼손하는 결과를 초래할 위험이 있으므로, 법원은 구체적 사안이 위와 같은 예외적인 경우에 해당하는지를 판단하는 과정에서 위와 같은 결과가 초래되지 않도록 유념하여야 한다.

나아가, 법원이 수사기관의 절차 위반행위에도 불구하고, 그 수집된 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 있으려면, 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 한다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결).

① 영장 원본이 아닌 사본 제시의 위법성 여부

헌법 제12조 제3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 하며, 군사법원법 제159조는 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다고 규정하고 있으며, 동법 제258조에 의하여 수사기관의 압수·수색에 관하여도 준용한다.

또한 여러 통의 압수·수색영장의 청구 및 발부제도가 있으며, 여러 통을 청구 및 발부할 경우 압수·수색영장에 그 사유를 적어야 하며(군사법원법 제120조, 제232조의6), 압수·수색영장은 발부한 법원이 그 집행기관인 검찰관에게 영장의 원본을 교부하여야 한다(군사법원의 소송절차에 관한 규칙 제51조, 제64조). 그렇다면, 압수·수색 처분을 받은 자에게 제시되어야 하는 영장은 특별한 사정이 없는 한 원본을 의미하므로 이 사건에서 군검찰이 공소외 6에게 영장 원본이 아닌 사본을 제시하고 영장을 집행한 것은 군사법원법 제258조를 위반한 것으로 일 위법하다고 할 것이다.

이 사건에서 위법한 부분은 압수·수색영장을 아예 제시하지 않은 것이 아니라 이를 제시하기는 하였으나 원본이 아닌 사본으로 제시하였다는 것인바, 이에 대하여 살펴본다.

우선, 압수·수색영장의 제시제도란 것은 영장주의의 본질이라기보다는 영장주의의 취지를 철저하게 구현하기 위한 것이라고 할 것이고, 이 경우 영장의 원본을 제시하도록 요구하는 것은 영장 사본을 작출하는 과정에서 인위적인 조작이 가해지는 것을 방지하고 상대방에게 영장의 발부사실 및 그 내용을 보다 명백히 확인시킴으로써 위와 같은 압수·수색영장 제시제도를 보다 확실히 하기 위한 방법이라고 할 것이다.

그리고 이 사건 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 다음과 같은 점을 인정할 수 있다.

- ㉗ 군판사에 의하여 이 사건 영장이 발부된 것이 사실이고, 제시된 문서가 영장 그대로의 사본임이 틀림없으며 그 영장의 취지대로 집행이 되었으므로 그 과정에서 영장 사본이 제시되었다는 이유만으로 영장주의의 본질이 훼손하는 중대한 위법이 있다고 할 수는 없는 점, ㉘ 당시 위 영장은 서울에 있는 국방부 보통군사법원에서 발부되었던 것이고, 그 집행장소는 대전에 있는 피고인 공소외 6의 주거 등 영장을 집행하여야 할 곳이 10곳에 이르렀으며, 수사의

긴급성과 밀행성, 특히 여러 장소에 흩어진 다수 물건의 수색·압수, 영장의 발부지와 집행지가 원거리인 경우 등에 있어서의 현실적인 필요성과 직무수행의 어려움 등을 이유로 영장의 원본 집행만을 고수할 수 없는 사정이 엿보이는 점, ㉔ 영장 집행 당시 공소외 6 등으로부터 제시된 영장이 사본이라는 점에 관하여 아무런 이의가 없었을 뿐만 아니라, 집행절차 전반에 관하여도 특별한 이의가 없었던 점, ㉕ 공소외 6의 집에서 압수된 증거서류 중 피고인 작성의 소명서 초안은 공소외 6의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 내사사건의 혐의를 벗어나게 하는데 필요한 소명서 작성의 기초가 되었고, 이를 토대로 작성된 공소외 6 명의의 소명서, 공소외 3 명의의 소명서가 작성되게 되고, 공소외 3 명의의 소명서는 2006. 7. 3. 공소외 3을 통하여 국방부 검찰단에 제출되고, 소명서 기재내용대로 허위의 사실을 진술하게 한 내용으로서 피고인의 이 사건 문서들은 피고인의 강요방조에 관한 유력한 증거인 점, ㉖ 무엇보다도 이 부분 범죄사실은, 피고인은 1998. 1. 24.부터 2003. 12. 10.까지 해군본부 법무감실 고등검찰부장으로 근무하면서 위 검찰부 및 해군 예하 보통검찰부의 업무를 지휘·감독하고, 2005. 3. 21.부터 2006. 1. 4.까지 국방부 검찰단장으로 근무하면서 위 검찰단의 업무를 총괄하였으며, 2007. 11. 19.부터 이 사건 관련 보직해임이 되기 전인 2009. 10. 13.까지 해군본부 법무실장으로 근무하면서 해군 군사법 업무를 총괄하였던 자인바, 우리나라의 군사법제도의 특성상 피고인이 역임한 위와 같은 각 직책은 누구보다도 공익을 대표하여 군내 비리를 척결하여야 할 군사법기관의 정점에 위치한 직위임에도 불구하고, 이와 같이 막중한 자신의 직책을 망각하고 공소외 2 등의 공소외 3에 대한 강요죄에 대한 실행행위를 용이하게 하여 공소외 3이 국방부 검찰단 소환조사시 허위진술을 함으로써 공소외 6의 3,000만원 수뢰혐의 부분이 무혐의 처분을 받게 하였다는 내용으로서 그 죄책이 결코 가볍다고 할 수 없는 점 등을 인정할 수 있다.

이와 같은 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등 수사기관의 증거수집과정에서 이루어진 절차위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴보면, 이 사건에서 발견된 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하되 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라고 판단하여 이 사건 문서들을 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다는 원심의 판단은 정당하고, 압수절차의 적법성과 증거능력에 관한 법리를 오해하여 이 사건 압수물을 증거로 채택하였으므로 판결결과에 영향을 미친 원심의 판단은 위법하다는 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

② 압수목록의 불특정과 압수목록교부서상의 기재와 압수조서상의 압수목록 기재가 서로 상이하며 압수·수색 절차상의 하자가 있는지 여부를 살펴본다.

군사법원법 제170조에 의하면 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자·소지자, 보관자 기타 이에 준하는 자에게 교부하여야 하며, 피압수자에게 교부되는 압수목록은 압수경위 및 압수물의 내역을 알 수 있도록 정확하게 기재되어야 하고 압수 즉시 또는 압수 후 신속하게 교부되어야 할 것이다.

이에 원심이 적법하게 조사하여 채택한 각 증거들을 종합하면, 다음과 같은 점을 인정할 수 있다.

㉦ 피압수자에게 압수목록 교부시에는 압수물의 종류와 수량을 특정하여 압수목록을 작성하여야 할 것이나 이와 같은 압수시 압수목록을 교부하도록 한 이유는 압수물의 존부·형상변경 등을 둘러싸고 벌어질 수 있는 여러 논란을 사전에 차단하고, 피압수자들의 압수물에 대한 환부·가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는 데 있다 할 것인데, 이 사건에 있어서 비록 압수목록이 구체적으로 특정되어 있진 않으나 현장에서 공소외 6에게 압수목록을 교부하였던 점, ㉧ 당시 공소외 6의 주거에는 책상이나 박스에 보관 중인 다량의 서류봉투가 있었으며, 각 서류봉투 안에는 파일제목을 하나로 특정할 수 없는 편철되어 있지 않은 수많은 제목의 또는 제목이 없는 문서들이 다량으로 섞여 있어 우선 구체적으로 특정할 수 있는 계좌번호를 기재한 각종 통장, 연도별 수첩, 제품명을 기재한 핸드폰·컴퓨터 등을 순번을 매겨 기재하다가 공소외 6이 자신의 처와 딸에게 압수·수색과정을 보지 않도록 이들을 집밖으로 내보낸 상황이고, 공소외 6이 자신의 부친이 집으로 올 시간이 다 되었으니 영장집행을 빨리 끝내달라고 재촉을 하여 이를 배려하는 차원에서 압수목록 교부서상 증제번호 제26번 부동산 관련 서류 1개, 증제번호 제27번 서류봉투 1개, 증제번호 제28번 소명서 자료 1개, 증제번호 제29번 서류봉투 1개, 증제번호 제30번 명함서류 1개, 증제번호 제31번 해군일지 수첩 4개, 증제번호 제32번 부동산 매입 차용서 1개, 증제번호 제33번 서류봉투(육군) 1개, 증제번호 제34~제40번 서류봉투로 간략하게 포괄적으로 기재된 압수목록 교부서를 공소외 6에게 교부한 것으로, 수사기관이 압수를 집행하면서 파일제목을 하나로 특정할 수 없는 편철되어 있지 않은 수많은 문서들이 다량으로 섞여 있는 서류봉투 및 문서들에 대하여 다른 서류봉투 및 문서들과 명확히 구별할 수 있는 수사기관 나름대로 편의상 제목을 붙이지 않았다고 하여 이 사건에 있어서 압수목록교부서의 교부시 수사기관의 악의성, 의도성이 있었다고 인정되지 않는 점, ㉨ 압수목록 교부서에 공소외 6이 압수물에 이상 없음을 확인하는 자필 서명을 하였으며, 압수목록교부서의 기재내용에 대하여 이의를 제기하지 않은 점, ㉩ 공소외 6에게 교부된 압수목록 교부서는 가환부된 품목들이 포함되어 있었고, 공소외 25가 복귀하여 압수조서를 작성하는 과정에서 휴대폰이나 컴퓨터 등 가환부된 일부 압수품을 제외하고 남은 압수품의 목록을 구체적으로 작성한 것으로 압수목록 교부서와 압수조서상의 각 기재상에 일부 차이가 있으나 서류봉투의 수나 그 내용에 별다른 차이가 보이지 않는 점, ㉪ 공소외 6은 원심법정에서 자가에서 압수된 공소외 3 작성의 소명서에 대하여 공소외 2로부터 사본을 받아 보관한 것이지 자신이 공소외 3의 명의로 작성한 것은 아니라고 답변하는 등 압수된 소명자료 등 압수물에 대한 실제 작성자가 누구인지 여부, 작성동기, 소지경위에 대하여 진술하였는데, 이는 압수된 각 소명자료들이 자신의 집에서 압수된 것이라는 전제하에서 진술한 것으로 보이며, 특별히 압수물의 존부·형상변경 여부에 대하여 이의를 제기하지 않은 점 등이 인정된다.

그렇다면 군사법원법 제170조의 입법취지를 비추어 볼 때, 압수목록 교부의 상당성을 벗어났다고 보이지는 않으므로 이 부분 압수·수색절차가 위법하다고 할 수 없다.

㉫ 피고인의 주장에 의하면, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 하는데, 이 사건에서 검찰관이 이와같은 예외적인 경우에 해당한다고 볼만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점에 관하여 충분한 입증이 없었다고 것이다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거, 특히 공소외 25, 26의 원심법정의 진술 등에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지

아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 해당한다는 점에 대하여 검찰관의 입증이 합리적 의심이 들지 않을 정도로 이루어졌다 할 것이므로 피고인의 위 주장은 이유 없다.

3) 피고인과 공소외 2, 공소외 3이 ○○○주점에서 만나 “돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐 천천히 값으라”라고 피고인이 공소외 3에게 말한 사실이 있는지 여부 (공소외 3 진술의 신빙성에 대한 판단)

피고인은, 공소외 2와 함께 2006. 6.경 저녁 무렵 계룡시 엄사면 엄사리 ○○○주점에서 공소외 3을 만난 사실이 없고, 이와 관련된 공소외 3의 법정진술 및 군검찰에서의 진술조서 등은 신빙성이 없다고 주장하고 있는바, 이에 부합하는 직접증거로는 공소외 3의 진술이 있는데, 공소외 3의 진술을 이 부분 공소사실의 증거로 사용하기 위해서는 그 진술의 증거능력이 있어야 함은 물론 합리적인 의심을 배제할 만한 신빙성이 있어야 하고, 그 신빙성 유무를 판단함에 있어서 그 진술내용 자체의 합리성, 객관성, 전후의 일관성뿐만 아니라 그의 인간됨, 그 진술로 얻게 되는 이해관계 유무 등을 아울러 살펴보아야 한다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2007도3798 판결 등 참조).

공소외 3은 2009. 10. 29. 군검찰 제4회 조사시 “수사기관에서 거짓말을 하는 것이 매우 부담스럽고 겁도 났음에도 불구하고 거짓말을 한 이유는 공소외 2가 너무 거침없이 행동을 하니까 눈 밖에 나기 싫었습니다.

저는 무섭기는 했지만 그래도 따로 엄사리에서 피고인 법무실장이 저와 공소외 2를 만나서 옆에서 계속 도와주고 하니 문제가 없는 것이구나 생각을 하고 거절할 수가 없었습니다”라고 진술하면서 “엄사리에서 만났을 때는 심도 있는 이야기는 하지 않고 당황하지 말고 촌스럽게 굴지 말고 이야기 하라는 정도만 이야기한 것 같고, 우리가 공소외 6씨 돈을 빌린 것으로 잘만 이야기하면 잘 될 것이다.

우리가 도와줘야 한다고 이야기를 해서 병과장 일이기도 해서 거짓말을 해야겠다고 생각을 했습니다”, “법무실장이 도와주는 것이어서 저만 이야기를 하면 다른 모든 것은 위에서 잘 처리해서 문제가 되지 않을 것이라고 생각을 했습니다.

법무실장이 직접 나서서 하는 일이 죄가 되리라고 생각을 전혀 못했습니다”고 진술하였다.

2009. 11. 12. 군검찰 조사시에는 사무실 회식 이외에 피고인을 만난 적이 있느냐라는 검찰관의 질문에 “2006년도에 검찰단에 조사받으러 가기 며칠 전 공소외 2와 함께 엄사 사거리에 있는 호프집에서 셋이 만난 적이 있습니다”라고 답변하면서 공소외 2, 피고인과 만난 경위에 대하여 “검찰단 조사 문제로 만났습니다.

공소외 2가 저에게 ‘2,000만원 때문에 약간의 문제가 발생했다.

검찰단에서 너도 곧 부를 거다’라고 말하면서, 자기가 시킨 대로 진술할 것을 요구하였습니다.

실제로 얼마 지나지 않아 검찰단에서 출석 요구 전화가 왔고, 출석하기 며칠 전 저녁 8-9시쯤 공소외 2로부터 잠깐 나오라는 전화를 받고 만나러 나갔습니다.

호프집으로 가면서도 그 허위진술 때문에 부르겠거니 생각은 했던 것 같습니다.

그런데 막상 도착해보니 피고인도 함께 있어 조금 놀랐던 기억이 납니다”, “사실 저도 피고인 앞에서 그런 이야기를 꺼내도 될까하는 생각은 들었는데, 공소외 2가 먼저 말을 꺼내서 괜찮거니 했고, 또 피고인도 이미 다 알고 있었던 것으로 보였습니다.

사실 공소외 2가 피고인과 워낙 절친하여 그런 법적 문제에 대해서는 당연히 의논하고 그랬을 것입니다.

피고인도 고개를 끄덕이며 거들기도 했습니다", " 공소외 2는 저에게 공소외 6 대령 사모님으로부터 빌린 것으로 하자면서 결국 그 돈을 제 친구로부터 빌려 갚은 것으로 하라고 시켰는데, 제가 '그럼 검찰단에서 친구한테 빌린 2,000만 원에 대해 물어보면 어떻게 대답하느냐'고 묻자, 피고인은 제 친구인 것처럼 흥내를 내며 '돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐. 천천히 갚으라'고 말했습니다.

그렇게 대답하라고 시킨 것입니다"라고 진술하였다.

또한 피고인이 그렇게 말한 것이 확실한가요라는 검찰관의 질문에 " 피고인 억양이 조금 특이한데다 그때 '촌년처럼'이라는 표현을 쓰는 것에 깜작 놀랐습니다.

그래서 확실하게 기억합니다"라고 진술하였다.

원심법정에서도 위와 같은 진술내용을 유지하면서 " ○○○주점에서 공소외 2와 이야기를 할 때 피고인도 수금하는 듯 고개를 끄덕이며 이미 다 알고 있는 듯한 태도를 보이면서 제가 친구들에게 돈을 받아서 갚아야 하는데 그것은 어떻게 이야기 할까요라고 물으니깐 피고인이 그에 대하여 직접적으로 이야기하였습니다.

제가 다른 것은 다 기억이 나지 않아도 피고인이 그에 대해 말한 기억은 나는 것이 '보통 상스러운 말을 어떻게 저렇게 하실까'라는 생각을 했기 때문입니다", " 공소외 2하고는 모르겠는데, 피고인하고는 ○○○에 처음 가보았습니다"라고 진술하면서 증인이 변호인측의 질문에 대하여 허위진술한 것과 피고인과의 관계가 없다는 식으로 진술하였는데 맞는가요라는 검찰관의 질문에 대하여 "제가 ○○○에서는 전혀 그런 것에 대해서 어떤 협박이나 그런 것을 전혀 느끼지 못했다는 부분은 사실이고, 그 정황이 다 이미 전화울 것도 다 알고 있고, 누가 할 것이고 가서 이것만 하면 되고, 이미 다 써와서 '이런 부분은 이렇게 이야기 하라'라고 하였을 경우에는 제 생각에는 '내가 가서 형식적으로 이야기만 하면 되는 것이다'라고 생각하였으며, 변호인 측에서 이의를 제기하겠지만 제 생각에는 평소에 (공소외 2가) 피고인과 친하였기 때문에 법률적인 문제에 대하여는 전혀 하자가 없이 모든 것이 다 진행되어 있으니 내일 가서 이야기만 하면 된다.

제가 그런 느낌을 받았기 때문에 그렇게 말한 것입니다"고 답변하였고, 당심법정에서는 "(검찰단 소환조사에 대해) 굉장히 마음의 부담을 가졌습니다.

같이 근무를 해야 되는데 그런 생각도 있고 또 사실이 아닌 것을 가서 얘기를 하려니까 그런 부담감 또 여러가지 부담감이 있었습니다.

(소명서 작성이) 자발적이진 않았습니니다", (검찰단 소환조사시 허위진술을) 안할 수가 없었어요. 솔직히... 제가 뭐"라고 진술하였고, 평소에 허위진술 부분에 대하여 이야기한 적이 없는 피고인이 ○○○주점에 나와 있어 공소외 2가 이런 작업을 다 해왔구나, 내가 나가서 더 이상 허위진술을 해도 허위진술하는 것 자체로는 나한테 어떤 불이익이 없겠구나라는 생각을 했던 것이지요라는 검찰관의 질문에 대하여 "예, 가서 얘기만 하면 별것 아니니까 그렇게 얘기를 했습니다"고 진술하면서 원심법정에서의 진술을 대체로 유지하였다.

그렇다면, 비록 공소외 3은 공소외 2, 피고인과 만난 장소를 "상호불상 호프집"에서 ○○○주점으로, 구체적인 대화 내용 등 세세한 부분에서 "촌스럽게 굴지마라"에서 "촌년처럼 굴지마라"로 일부 진술을 반복하는 등 약간 불명확한 진술이 있기는 하나, 이는 판시 위 범행이 약 3년 내지 4년 전에 이루어진 것으로 진술자의 기억력의 한계로 인한

것일 수 있고, 그 당시 상황에 대하여 비교적 상세히 진술하고 있으며, 이와 같은 공소외 3의 진술, 공소외 6이 2006. 검찰단 조사시 법적 문제에 대하여 피고인에게 조력을 받고 싶어 해서 공소외 6의 사건내용에 대하여 처음에는 공소외 2를 통해서 듣다가 나중에는 공소외 6을 만나 사건의 대략적인 개요를 알게 되었다거나 공소외 2나 공소외 6이 친한 사람들이기 때문에 공소외 6의 내사사건 담당 검찰관인 공소외 8에게 전화로 위 공소외 6 뇌물 사건은 단순한 채권채무관계라고 이야기를 한 것 같다는 취지의 피고인의 군검찰에서의 진술, 피고인이 공소외 6의 금전거래는 단순 금전거래인데 오해가 생겨서 비롯된 사건이라고 설명하여 주었다는 공소외 8의 군검찰에서의 진술 등 그 밖의 부가적인 정황 등을 종합하면, 원심 판시와 같이 공소외 2의 허위진술 요구과정에서 피고인이 ○○○주점에서 "돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐. 천천히 값으라"라는 말을 하였다는 피해자 공소외 3의 진술은 그 합리성, 객관적 상당성, 전후의 일관성, 그 진술 사이의 일치성을 인정할 수 있어 신빙성이 있다 할 것이다.

4) 공소외 2가 공소외 3에게 구체적인 해약의 고지를 한 사실이 있었는지 여부

강요죄에 있어서의 협박은 반드시 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 곤란하게 할 정도에 이를 것을 요하지 않으나 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해약을 고지하면 되며, 해약의 고지는 명시적으로 이루어질 수도 있으나 묵시적으로 이루어질 수 있고, 언어에 의한 것이 보통일 것이나 경우에 따라서는 한마디 말도 없이 거동에 의하여도 할 수 있으며, 협박을 당하는 상대방이 공포심을 일으키게 하는 정도의 해약의 고지인지는 그 행위 당사자 쌍방의 직무, 사회적 지위, 강요된 권리, 의무에 관련된 상호관계 등 관련 사정을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들과 이 사건 제반기록을 종합하면 인정되는 다음과 같은 사실들, ① 공소외 2와 공소외 3은 2000. 9.경부터 2007. 4.경까지 해군본부 예산처에서 함께 근무하였고, 2006. 3. 10. 당시 공소외 6이 해군 경리병과장이었고, 공소외 2와 공소외 3은 당시 같은 회계과 사무실에 함께 근무하였으며, 피해자 공소외 3은 해군본부 전력기획참모부 예산처 소속 직불담당 6급 군무원으로서 공소외 2로부터 평정을 1~2회 정도 받았던 점, ② 공소외 2는 당시 해군 참모총장 공소외 27의 취임식에 공소외 2의 처인 공소외 39가 내빈자리에 초대된 사실을 자랑하며 해군참모총장과 친분을 과시하고, 병과장인 공소외 6과 서로 형, 동생으로 호칭하는 등 자신의 위세를 과시하여 왔던 점, ③ 공소외 2는 평소 사무실에서 피해자 공소외 3에게 소명서의 내용대로 허위 진술할 것을 지속적으로 요구하여 공소외 3은 검찰단에 출두하여 허위 진술하는 것에 대한 많은 부담감을 가지고 있었으며 이를 거절하면 영원히 찍히게 될 것이라고 겁을 먹었으며, 똑같은 상황이 재발 되는 경우에도 공소외 2의 요구대로 할 수 밖에 없었을 것이고, 그렇게 하지 않았으면 사람들이 백령도로 갈 수도 있다는 그런 농담도 할 정도였으며, 2006. 7. 3. 검찰단 조사 며칠 전에 사무실에서 소명서를 공소외 2로부터 교부받고, 공소외 2가 2006. 7. 3. 국방부 검찰단에 참고인조사를 받으러 가는 피해자와 동행하면서 피해자에게 "조사를 하는 사람들도 해군이다.

내가 떨어서 말하는지 안 떨어서 말하는지 다 알 수 있다"라고 이야기 했다고 진술한 점, ④ 공소외 2가 공소외 3에게 전세자금용으로 빌려준 금원이 사실은 공소외 2의 돈이 아니라 공소외 6의 돈이었는데 공소외 23이 수표로 인출하여 주어 문제가 생겨서 검찰단에서 소환조사가 있을 것이라고 알려주었으며, 공소외 3이 실제로는 공소외 6의 배우자인 공소외 24 및 피해자의 친구들로부터 금원을 차용한 사실이 없음에도 불구하고, 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금전을 차용한 후 변제하였다고 진술하라고 요구하여 공소외 3이 "돈을 받았는데 나중에 갚았을 때 내가 돈이 없는데 갚을 때 어떻게 갚느냐"라고 물었을 때 공소외 2가 "친구들에게 받은 돈으로 하고 팩스를 받아라"라고

이야기를 하였으며, 피해자인 공소외 3이 "공소외 6의 처인 공소외 24와 대질을 하면 내가 얼굴을 모르는데 어떻게 합니까"라고 물으면 "그럴 일은 없을 것이다"라고 답변하는 등 구체적인 허위진술의 내용에 대하여 이야기 해주어서 공소외 2에게 피해자의 친구들 이름을 알려준 점 등을 종합하면, 위와 같은 공소외 2의 언동은 군이라는 특수한 계급사회의 구성원인 군무원으로 근무하고 있던 공소외 3에게 자신의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할 수 있다는 공포심을 심어 준 것으로 판단되며, 결국 공소외 2의 협박에 외포된 공소외 3이 검찰단 소환조사시 허위진술을 하게 된 사실을 인정할 수 있으므로, 공소외 3이 공소외 6 병과장의 일을 도와주기 위하여 공소외 2의 부탁을 받아 자의로 소명서 작성에 협조하였다거나 검찰단 조사시에 허위 진술하였다거나 공소외 3에 대한 구체적인 해악의 고지가 없었다는 피고인의 이 부분 각 주장은 이유 없다.

5) 피고인에게 방조의 고의 또는 방조행위가 있었는지 여부

방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심의 사실이므로 피고인이 이를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다 할 것이며, 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 참조). 따라서 이 사건 공소외 6이 공소외 22로부터 금전을 송금받은 사실에 대해서 국방부 검찰단으로부터 내사를 받게 되고, 공소외 2는 공소외 6에게 자신의 차명계좌인 공소외 23의 계좌를 공소외 6에게 제공한 것에 대한 수사가 확대되자 공소외 2와 공소외 6은 자신들의 범죄 혐의사실을 은폐하기 위하여 법률전문가인 피고인의 도움으로 공소외 6의 범죄 은폐에 부합하는 내용의 소명서 초안을 작성하여 공소외 2를 통하여 공소외 6에게 건네주어 공소외 6이 이를 바탕으로 작성한 자신 명의의 소명서를 국방부 검찰단 수사관에게 제출하였고, 공소외 2도 이를 바탕으로 같은 과에 근무하던 공소외 47 소령의 워드작업의 도움을 받아 자신의 사무실에서 작성한 공소외 3 명의의 소명서를 피해자 공소외 3에게 전달하면서 자신의 허위 진술 요구를 거부할 경우 피해자에게 신분상의 불이익이 있을 것 같은 태도를 보이고, 이후 공소외 2와 피고인은 계룡시 엄사리 소재 ○○○주점으로 공소외 3을 불러내어 공소외 2는 "조만간 국방부검찰단에 소환될 것인데, 조사시 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금 2,000만원을 차용하였고, 다시 친구로부터 금전을 재차용하여 위 공소외 24에게 변제하였다고 소명서의 내용과 같이 허위 진술하라"라는 취지로 말하였고, 이에 피해자가 "변제금을 친구로부터 빌린 것으로 하라고 하였는데, 검찰관이 언제까지 갚기로 한 것이냐고 물으면 어떻게 답을 해야 하는가?"라고 묻자, 피고인이 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 차라니 그냥 갚고 천천히 갚으라고 했다고 허위 진술하라"고 말을 하여 이미 공소외 2의 허위진술 요구에 응하지 않으면 피해자의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할지 모른다고 겁을 먹고 있었던 그녀로 하여금 수사기관에 허위진술을 하는 것이 법적으로 아무런 문제가 없다고 믿을 수밖에 없게 하여, 피해자인 공소외 3이 2006. 7. 3. 국방부검찰단에서 위 공소외 6에 대한 내사사건의 참고인조사를 받으면서 공소외 2가 지시한 바와 같이 그 기억에 반하는 허위사실을 진술하고, 위 소명서가 마치 자신이 직접 작성하고 그 내용이 사실인 것인 양 제출함으로써, 공소외 2와 공소외 6이 피해자를 협박하여 그녀로 하여금 의무없는 일을 하도록 하는 것을 용이하게 하였다는 것인바, 그렇다면 피고인이 ○○○주점에서 공소외 3에게 "우리 사이에 뭘 그

렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아"라고 구체적으로 허위진술로 답변하도록 도움을 준 시점에서는 피해자 공소외 3이 공소외 2로부터 허위진술의 요구를 받아 공소외 2의 강요에 의하여 공소외 3이 검찰단에 출두하여 허위진술을 하게 될 것이라는 점에 대하여 미필적으로나마 인식 또는 예견하였다고 보아야 할 것이므로, 이러한 피고인의 위와 같은 행위는 정범인 공소외 2 등의 이 사건 강요 범행의 실행을 직접적으로 용이하게 하는 것이라는 원심의 판단은 정당하고, 거기에 방조죄에 관한 법리오해의 잘못은 없어 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

6) 소결론

따라서 원심판결에 강요방조죄에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 공소외 1에 대한 직권남용권리행사방해의 점

가) 관련법리

직권남용권리행사방해죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해하는 때에 성립하는 범죄로서 여기에서 '직권남용'이란 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 하는 경우 또는 공무원이 일반적 권한에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외에 행위를 하는 경우를 의미한다.

그리고 남용에 해당하는지 여부는 구체적인 공무원의 직무행위의 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 제반요소를 고려하여 결정하여야 하며(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 참조), 공무원의 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 않는다(대법원 2004. 10. 15. 2004도2899 판결).

나) 인정되는 사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

즉, 피고인은 해군 법무실장(병과장)으로 법무병과(직별)의 장병에 대한 인사추천을 할 수 있는 권한이 있고, 같은 병과원인 국방부 검찰단 소속의 수사관인 공소외 1에 대하여도 이러한 권한을 행사할 수 있는바, 피고인의 지시를 사실상 거부하기 어려운 위 공소외 1에게 아래 범죄일람표 기재와 같이 4회에 걸쳐 수사상 기밀에 해당하는 관련자 신병, 수사내용 및 수사방향 등을 보고하게 한 사실을 인정할 수 있다.

범죄 일람표

순번 범행시각 보고내용 비고 1 2009. 3. 5. 공소외 23이 긴급체포되었음(전화통화) 군납비리사건 2 2009. 3. 27. 17:51 오늘 군의관 해군대위 공소외 28 구속청구예정입니다.

(문자메세지) 군의관 무단이탈 사건 3 2009. 9. 16. 14:25 공소외 29에 대한 가계도를 파악하고 있는 것으로 보아 계좌를 볼 것 같습니다.

(문자메세지) 군납비리 사건 4 2009. 9. 16. 15:26 공소외 6, 수표 나온 대전노래방 주인 조사하러 갈 예정이랍니다.

뇌물쪽으로 엮으려는듯함. (문자메시지) "

다) 일반적 직무권한 부존재 여부

위와 같은 법리와 사실관계를 종합하여 보면, 피고인은 해군 법무실장으로서 해법무병과의 장병에 대하여 인사추천할 수 있는 권한이 있으므로 위 공소외 1에 대하여 인사에 관한 일반적인 직무권한을 보유하고 있고, 또한 해군소속 인원에게 대한 사법처리와 관련된 첩보나 정보를 보고 받을 수 있는 일반적인 직무 권한은 있다 할 것이다.

그러나 국방부 검찰단의 계좌 추적이나 출장조사 계획 등 향후 수사의 방향에 대한 내용 등의 정보는 그것이 수사의 대상이 될 가능성이 있는 자 등 수사기관의 외부로 누설이 될 경우 피의자와 관련된 자들이 아직까지 수사기관에서 확보하지 못한 자료를 인멸하거나, 수사기관에서 파악하고 있는 내용에 맞추어 증거를 조작하거나, 허위의 진술을 준비하는 등의 방법으로 수사기관의 범죄수사 기능에 장애를 초래할 위험이 있는 것으로 비록 해군소속의 인원에게 대한 사건이라 할지라도 해당 사건에 대한 종국적인 결정을 하기 전까지는 외부에 누설되어서는 안 되는 국방부 검찰단 내부의 수사기밀임에도 불구하고, 피고인은 평소 친분관계가 있고 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 하고자 상급부대인 국방부 검찰단의 수사내용에 대하여 공소외 1에게 보고 하도록 지시하였다는 것으로, 이러한 피고인의 위와 같은 행위가 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 일반적 직무권한 범위를 넘어 직무의 행사에 가탁한 부당한 행위라는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 법리를 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

나) 의무없는 일을 하게 하였는지 여부 및 피고인에게 직권남용권리행사방해의 고의가 있었는지 여부

① 피고인은, 원심이 위 공소외 1의 진술 법정에서 한 진술을 전체적으로 판단하지 아니하고, 그 중 피고인의 이 사건 공소사실 부분에 부합하는 공소외 1의 진술 부분에 대하여만 신빙성을 인정한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 주장하나, 수사기관에서의 각 진술조서의 기재와 당해 사건의 공판정에서의 같은 사람의 증언으로서의 진술이 상반되는 경우 반드시 공판정에서의 증언에 따라야 한다는 법칙은 없고, 그 중 어느 것을 채용하여 사실인정의 자료로 할 것인가는 오로지 사실심법원의 자유심증에 속하는 것이며, 수사기관에서의 공소외 1에 대한 각 진술조서의 기재와 이에 부합하는 공판정에서의 공소외 1의 일부 증언 등을 종합하여 전체로서 이 사건 공소사실 부분을 인정할 수 있다 할 것이므로, 거기에 피고인의 주장과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 없다.

② 또한, 피고인은, 위 공소외 1이 피고인에게 검찰단의 수사 진행 상황을 보고한 것은 병과장에게 단지 통상의 첩보보고를 해야 한다는 책임감 내지 의무감에 기인한 으로서 의무없는 일을 하게 한 것으로 볼 수 없다고 주장하므로 살피건대, 직권남용죄에서 말하는 '의무'란 법률상의 의무를 가리키고, 단순히 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다고 할 것인바(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 참조), 국방부 검찰단 검찰수사관인 공소외 1의 경우에도 법령에 따라 그 수사업무를 공정하고 객관적으로 수행할 의무가 있는 것이지, 외부에 유출될 경우 검찰단의 수사 기능에 현저한 장애를 초래할 수 있는 국방부 검찰단의 계룡대 근무지원단 군납 비리 수사팀 내부 상황 등 검찰단의 내부 수사 내용에 대하여 수사에 직접 참여하지도 않았으면서 수사팀 내부 수사 상황을 탐문·수집하여 이를 피고인에게 보고할 법률상 의무는 없고, 이는 위 공소외 1의 소속군이 해군이라 하여 달라지는 것

은 아니다.

그렇다면 피고인이 공소외 1에게 앞에서 본 바와 같은 부당한 지지를 한 것은 공소외 1에게 법률상 의무없는 일을 하게 한 것이라고 할 수 있다.

③ 한편, 피고인은 직권을 남용하여 공소외 1에게 의무없는 일을 하게 한다는 인식과 의사가 존재하지 않았다고 주장하라, 앞서 본 바와 같이 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시한 사실이 인정되고, 피고인의 법무실장로서의 지위, 이미 국방부 검찰단장으로 재직하였던 피고인의 경력에 비추어 볼 때 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시할 당시 자신이 부당한 영향력을 행사하거나 위법한 지시를 하고 있다는 인식과 의사가 있었다고 봄이 상당하다.

다) 사회상규에 반하지 않는 정당행위인지 여부

정당행위를 인정하려면, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째, 긴급성, 다섯째, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 참조). 원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들과 이에 의하여 알 수 있는 다음의 사정, 즉 ① 피고인은 2009. 2. 25. 위 공소외 1에게 전화를 걸어 계룡대 근무지원단 납품 비리수사가 해군본부 지휘부에서 신경 쓰고 있는 가장 이슈가 되는 중요한 사건이므로 해군 소속 인원의 신병관계에 대하여 특별한 것이 있으면 기무나 헌병에 비하여 법무는 속보보고가 늦으니 빨리 보고해 달라고 말한 사실이 있다는 취지로 진술한 점, ② 공소외 1은 군검찰에서 2009. 2.경 2~3회 피고인이 공소외 1에게 전화를 걸어 계룡대 근무지원단 사건내용에 대하여 알게 되면 빨리 보고를 해달라고 지시를 받았으며, 피고인으로부터 계룡대 근무지원단 납품비리수사에 참여하느냐는 질문에 자신은 수사에 배제되었다고 답변하자 피고인은 "그러면 네 자리에서 들리는 것이 있으면 보고를 잘해라"라며 이야기하였고, 이와 같은 피고인의 말을 듣고 피고인의 수사상황 보고 지시를 따르지 않으면 수사관으로서 능력이 없다고 판단되어 다음 보직심사시 자신이 원하는 곳으로 가지 못할 것 같을 느낌을 받았으며, 피고인의 위와 같은 전화를 받기 전에는 피고인에게 수사상황을 보고할 마음이 없었는데 그 때부터 보고를 하겠다는 마음을 갖게 되었고, 이 후 피고인에게 위 범죄일람표 순번 기재내용의 전화 통화 또는 문자 메시지를 보고할 의무가 없음에도 보고하였다고 진술한 점, ③ 공소외 1은 피고인에게 검찰단 수사 상황 보고를 하는 것과 관련하여 여러 차례 자신의 어려움을 호소하였는데, 2009. 5.경 피고인과의 전화 통화시 "제가 수사에 참여하지 않아서 아는 게 별로 없어 죄송합니다.

본부와 통화하는 것을 안 좋아하니 실장님이 단장님 동기니 이야기를 하셔서 그런 부분에 대해서는 두 분이 정리를 해주는 것이 좋겠습니다"라며 말을 하자 피고인이 "아무런 문제없다.

그러니 계속 정보를 달라. 당당하게 행동하라'라고 이야기하였고, 같은 해 8.경에는 좀 더 강하게 "더 상황이 안 좋아지고 있습니다.

해군 수사관들이 어려워지고 있다.

위에서 눈치를 많이 주고 있습니다.

그러니 직접 정리 해달라고 이야기 했습니다"라고 말을 하자 "그게 큰 문제가 되지 않는데 네가 힘들어 할 필요가 있느냐"라며 이야기 하였고, 같은 해 9.경 통화에서 같은 취지로 이야기하자 피고인이 "알았다.

공소외 4와 이야기 해 보겠다"라는 말을 들었다고 진술한 점, ④ 당시 계룡대 근무지원단 군납 비리 사건 담당 검찰관 인 공소외 30 중령에게 "저도 힘들어 죽겠다.

제가 이야기하면 안 통하니까 부장님이 직접 이야기 해 주시던지 아니면 단장님과 실장님이 동기니 단장님께 전화로 부탁하여 기관경고 등을 통해 정리를 하여 피고인 대령이 사건 상황을 묻지 않도록 조치를 취해 달라"라고 말하면서 자신의 고충을 호소하였다고 진술한 점(증거목록 제1100면, 제1101면 참조) 등을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이러한 이상, 피고인의 이러한 행위를 두고 형법 제20조에서 정한 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 정당행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

라) 피고인이 공소외 2 등에게 수사정보를 알려 줄 목적이 있었는지 여부

피고인은, 원심이 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적으로 공소외 1에게 수사 관련 사항을 보고하게 하였다고 판시하였으나 이와 같은 목적을 인정할 아무런 증거가 없음에도 불구하고 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적은 있었다고 인정한 원심의 판단은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 주장한다.

그러나 범죄의 주관적 요소인 범행의 목적 또는 동기 등의 내심적 사실은 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야 하며, 이 사건 공소사실 부분에 있어서 피고인과 공소외 2, 6사이의 친분관계, 계룡대 근무지원단 군납비리 수사의 진행 경과, 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시하게 된 동기 및 경과, 보고내용, 전후 정황 등 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적이 있었음을 인정할 수 있으므로 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 소결론

따라서 원심판결에 직권남용권리행사죄에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

나. 검찰관의 주장에 대한 판단

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여

(가) 공소사실의 요지

피고인에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점의 요지는 해군본부 법무감실 고등검찰부장의 직위를 떠난 후인 2004. 6. 10.부터 같은 해 7. 15. 사이에 공소외 2로부터 공소외 2에 대한 내사사건을 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 10,000,000원권 자기앞 수표 6장을 교부받아 그 직무에 관하여 60,000,000원의 뇌물을 수수하였다는 것이다.

(나) 원심의 판단의 요지

검찰관이 제출한 증거에 의하면, 공소외 2는 피고인에게 공소외 23의 □□계좌와 공소외 3의 □□계좌를 각 자신의 차명계좌로 이용하던 중 공소외 23의 □□계좌에서 2004. 6. 30. 인출된 1,000만원권 수표 1장을 공소외 23을 통하여, 공소외 3의 위 □□통장에서 2004. 6. 10. 인출된 1,000만원권 수표 5장을 공소외 3을 통하여, 각 교부 받은 후 위 수표 1,000만원권 수표 6장 합계 금 6,000만원을 차용증 없이 2004. 6. 10.경부터 7. 14.경 사이의 일자불상경 피고인에게 교부하였으며, 또한 2004년 일자 불상경 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞수표 5백만원권 2장을 피고인에게 교부하며 총 7,000만원을 교부받았으며, 이 후 피고인은 2004. 7. 22. 대전시 구 조흥은행(현 신한은행)법원 지점에서 신규로 구 조흥은행 저축예금통장을 개설하여 2004. 7. 23. 8,000만원의 법조인 신용대출을 받아 전액 자기앞수표(1,000만원권 자기앞 수표 7장, 5백만원권 자기앞 수표 2장)로 인출하여 이를 공소외 2에게 교부하여 준 사실이 인정된다.

그렇다면 검찰관이 제출한 증거들만으로는 위 피고인과 공소외 2 사이에 수수된 1,000만원권 수표 6장 합계금 6,000만원이 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 교부받는 것이라기보다는 오히려 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)의 토지에 대한 근저당권부 채권을 양수하는데 필요한 대금의 잔금조로 공소외 2에게 잠시 융통한 8,000만원 중 일부에 불과한 것이라는 피고인의 주장에 부합하여 검찰관이 제출한 증거만으로 피고인이 공소외 2로부터 6,000만원을 뇌물로 수수하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없어 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여 무죄를 선고하였다.

(다) 당심의 판단

뇌물죄에 있어서 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 받은 사실을 시인하면서도 그 돈을 뇌물로 받은 것이 아니라 빌린 것이라고 주장하는 경우 수뢰자가 그 돈을 실제로 빌린 것인지 여부는 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 수수한 동기, 전달 경위 및 방법, 수뢰자와 증뢰자 사이의 관계, 양자의 직책이나 직업 및 경력, 수뢰자의 차용 필요성 및 증뢰자외의 자로부터의 차용가능성, 차용금의 액수 및 용처, 증뢰자의 경제적 상황 및 증뢰와 관련된 경제적 예상이익의 규모, 담보 제공 여부, 변제기 및 이자 약정 여부, 수뢰자의 원리금 변제여부, 채무불이행시 증뢰자의 독촉 및 강제집행의 가능성 등 증거에 의하여 나타나는 객관적인 사정을 모두 종합하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007도3943 판결 참조).

그리고 형사재판에서 기소된 범죄사실에 대한 입증책임은 검찰관에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없는 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 등 판조).

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점을 무죄라고 판단하였는 바(원심판결서 69쪽 내지 91쪽 참조), 위 법리에 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면 ① 공소외 2는 자신이 차명계좌로 이용하고 있던 공소외 3의 □□계좌(계좌번호 3 생

략)에서 2004. 6. 10. 인출된 1,000만원권 수표 5장(수표번호 1~5 생략)을 공소외 3을 통하여 교부받아 보관하고 있던 중 피고인에게 일자불상경 교부한 사실, ② 공소외 2의 또 다른 차명계좌인 공소외 23의 □□계좌(계좌번호 4 생략)에서 2004. 6. 30. 인출된 1,000만원권 수표 1장(수표번호 6 생략)을 공소외 23을 통하여 전달받아 보관 중 피고인에게 일자 불상경 교부한 사실, ③ 공소외 2가 자신의 차명계좌로 공소외 23과 공소외 3의 각 □□계좌를 이용하여 왔으며, 공소외 2가 공소외 23으로부터 교부받은 1,000만원권 수표 1장(수표번호 6 생략)과 공소외 3으로부터 교부받은 1,000만원권 수표 5장(수표번호 1~5 생략)을 차용증 없이 2004. 6. 10.경부터 7. 14.경 사이의 일자 불상경 위와 같이 피고인에게 교부한 사실, ④ 피고인이 위 수표 6장을 자신소유의 땅에 인접해 있는 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)번지의 근저당권부 채권양도인인 공소외 32, 33, 34 중에서 공소외 32에게 양수대금 잔금조로 2004. 7. 14. 교부한 사실, ⑤ 피고인은 2004. 7. 초순경 자신이 이미 소유하고 있던 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 3 생략) 토지에 인접해 있는 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)의 토지를 매수하려고 하고 있던 중 그 방법으로 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)에 설정되어 있던 근저당권 및 피담보채권을 양수하고, 임의 경매를 신청하여 경락하는 방법을 선택하였고, 근저당권부 채권양도인들인 공소외 32, 33, 34의 채권액이 각 4,000만원, 4,000만원, 2,000만원이었고, 피고인이 대금을 지급하고 받은 영수증이 합계 1억 1천만원(3,000만원+8,000만원)으로 원금에 1천만원을 엮어 대금 1억 1천만원을 근저당권부 채권의 매매대금으로 한 사실, ⑥ 우선 피고인은 2004. 7. 6. 3,000만원을 피고인의 처남인 공소외 35로부터 이체 받아 계약금 내지 대금의 일부로 위 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)에 설정되어 있던 근저당권부 채권양도인 3인 중 한 명인 공소외 33에게 지급하고, 2004. 7. 7. 3,000만원에 대한 영수증을 피고인 명의로 교부받은 사실, ⑦ 잔금 8,000만원의 2004. 7. 14.자 영수증은 피고인이 잔금을 지급한 후 양도인인 공소외 32, 33, 34가 피고인 명의가 아닌 공소외 36 앞으로 발행한 사실 ⑧ 위 잔금 8,000만원 중 6,000만원의 출처는 피고인이 2004. 6. 30. 공소외 23 계좌에서 발행된 수표 1,000만원권 1장과 2004. 6. 10. 공소외 3 계좌에서 발행된 수표 1,000만원권 5장을 일자불상경 공소외 2로부터 교부받아 각 배서 후 근저당권부 채권양도인인 공소외 32에게 교부하여 준 사실, ⑨ 원심의 사실조회결과 추가로 발견된 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞 수표 5백만원권 2장(각 수표번호: (수표번호 7 생략), (수표번호 8 생략))은 공소외 37의 모인 공소외 38이 2004. 6. 29. □□ 계좌(계좌번호 5 생략)를 해지 하면서 통장에 잔고로 있던 1,100만원중 1,000만원을 자금원으로 □□ 광주 용주지점에서 2004. 6. 29. 발행되었으며, 위 자기앞수표 5백만원권 2장은 공소외 37이 공소외 2의 처인 공소외 39로부터 공주시 반포면 봉곡리 (지번 4 생략) 토지를 매수하면서 그 매수대금으로 일자불상경 공소외 2측에게 교부되었고, 피고인은 2004년 일자 불상경 공소외 2로부터 위 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞 수표 5백만원권 2장을 교부받아 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략) 토지에 대한 근저당권부 채권양수금액에 대한 매수 잔금 8,000만원의 일부로 공소외 32에게 교부하여 준 사실, ⑩ 피고인은 위 ③항 및 ⑥항에 의하면 공소외 2로 받은 금원은 합계 총 7,000만 원이며, 이를 공소외 2로부터 수수한 뒤 2004. 7. 22. 대전시 구 조흥은행(현 신한은행)법원 지점에서 신규로 구 조흥은행 저축예금통장(계좌번호 6 생략)을 개설하여 2004. 7. 23. 8,000만원의 법조인 신용대출을 받아 전액 자기앞 수표(1,000만원권 자기앞 수표 7장, 5백만원권 자기앞 수표 2장)로 인출하여 8,000만원 전액을 공소외 2에게 교부하여 준 사실을 인정할 수 있어 이를 종합하여 보면, 피고인과 공소외 2와의 사이에 수수된 6,000만원은 이와 같이 근저당권부 채권을 양수하는데 필요한 양수자금으로 잠시 융통한 8,000만원 중 일부인 것으로 보여지고, 군검찰은 피고인이 공소외 2로부터 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마

하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 2004. 6. 10. 및 같은 달 30.경 6,000만원을 수수하고 나서, 뇌물로 수수한 금원을 금전거래의 외관을 가진 정상적인 거래로 위장하기 위하여 급하게 근저당권부 채권을 양수하는 것으로 하여 그 대금으로 지급하는 한편, 근저당권부 채권양수 후에 대출을 받아 이를 기산리 땅에 투자하게 된 것이라고 주장하나 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 교부받았다는 증거를 전혀 찾아 볼 수 없어 이를 선불리 추단할 수는 없으며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 위 수수한 금원 자체를 뇌물로 볼 수 없다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 검찰관이 지적하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(2) 강요 공동정범의 점

공동정범이 성립하기 위하여는 주관적인 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적인 요건으로서 공동의사에 기한 기능적인 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요한 바, 주관적인 요건으로서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 저지하지 아니하고, 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 하며(대법원 1998. 6. 26. 선고 97도3297 판결), 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의 과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지며, 또한 공모에 의한 범죄의 공동실행은 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실천하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2006도1623 판결).

또한, 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도2524 판결).

검찰관이 주장하는 바와 같이 공소외 2가 피내사자인 공소외 6과 함께 공소외 6의 내사사건에 대하여 공소외 6과 피고인을 각각 순차적으로 만나거나 함께 만나서 2006년도 공소외 6에 대한 검찰단의 내사사건과 관련하여 대책을 주도하였으며, 피고인은 공소외 2를 통하여 공소외 6의 내사사건에 대하여 공소외 3의 전세자금 2,000만원이 포함된 소명서 초안을 작성하여 주었으며, 공소외 6 명의의 소명서 작성에 피고인이 가필 또는 수정을 하여 주는 방법으로 도움을 주고, 피고인의 위 소명서 초안을 토대로 작성된 공소외 6 명의의 소명서와 공소외 3 명의의 소명서를 각 작성하여 전자는 공소외 6을 통하여 2006. 6. 8. 검찰단에 제출하고, 후자는 공소외 3을 통하여 2006. 7. 3. 제출되었으며, 공소외 2와 함께 ○○○주점에서 공소외 3을 만나 공소외 3에게 허위진술을 하게 도움을 준 사정은 있으나, 이런 사정들만으로 ① 피고인이 위 소명서 초안을 작성하거나 공소외 6 명의의 소명서 작성에 가필

또는 수정을 할 당시에 위 2,000만원이 공소외 22로부터 받은 공소외 6, 2의 뇌물이라는 점을 알고 있었다고 단정 지을 수 없는 점, ② 공소외 6과 공소외 2와 달리 피고인에게 수사를 공동으로 무마하여야 할 이해관계가 없는 점, ③ 피고인과 공소외 2, 6 사이에 그들 사이에 암묵적으로 상통하여 서로 간의 의사결합으로 공소외 6에 대한 내사사건의 무마를 위하여 공소외 3으로 하여금 검찰단 조사시 허위진술을 하도록 강요했다고 선불리 추단할 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외 2등과 함께 피해자인 공소외 3으로 하여금 의무 없이 검찰단 조사시 허위 진술을 하도록 강요의 공모를 하였다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고인이 공소외 6에 대한 수사가 무마되는 것과 관련하여 공소외 2, 6과 더불어 사건무마의 공동의 이익이 없는 상태에서 피고인의 위와 같은 소명서 초안을 작성하여 주고, ○○○주점에서 피고인이 공소외 3에게 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아"라고 거들어 준 것만으로는 피고인이 공소외 2의 강요 행위를 인식하면서도 공동의 의사로 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옮기는 것을 내용으로 하였다는 등의 기능적 행위지배가 있었다는 점에 대하여 검찰의 합리적인 의심이 없을 정도의 증명력을 가진 증거에 의하여 충분한 입증이 되었다고 보기에는 부족하다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 검찰관이 지적하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(3) 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인의 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해·공무상비밀누설교사의 점에 대한 공소사실의 요지는, 피고인이 2007. 11. 19.경부터 2009. 10. 13.경까지 해군본부 법무실장으로 근무하면서 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관에 대한 인사·행정·관리 권한을 가지고 있으며, 해군 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한은 있었지만 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관으로부터 국방부 검찰단 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한은 없었음에도 불구하고, 피고인은 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 할 목적으로 국방부 검찰단 검찰수사관인 공소외 5에게 "해군 관심사건(특히 계룡대 근무지원단 군납비리 사건)에 관하여 사건내용을 알게 된다면 빨리 보고하라"는 취지로 지시하여, 위와 같은 공소외 5의 보고내용 일람표와 같이 공소외 5로 하여금 9회에 걸쳐 보고의무가 없는 사항 즉, 수사상 기밀에 해당하는 관련자 신병 및 소환관계, 구체적 조사내용, 고발인의 동향, 압수수색 상황 등을 보고하게 하여, 피고인은 자신의 직무상 권한을 남용하여 위 공소외 5에게 의무없는 일을 하게 하였다.

(나) 원심판단의 요지

피고인이 공소외 5에게 계룡대 근무지원단과 관련된 수사내용에 대하여 공무상 비밀을 보고하라는 지시가 있었다는 점에 대한 직접적인 증거가 없으며, 공소외 5는 해군 관련 중요사건의 경우 2009. 2. 26.자 전화 통화와 상관없이 해군의 속보지침 등에 따라 선배들의 교육이나 지시 또는 관행적으로 해군 소속의 신병관계나 공론화된 사항에 대하여는 이미 보고의 의사가 있었다고 판단되며, 특히 공소외 5가 피고인에게 보고한 공소외 40과 관련된 부분에 대하여는 피고인의 지시나 개입정황이 발견되지 아니하고, 압수수색 계획과 같은 수사기밀 등에 대하여도 피고인의 관여 없이 공소외 5의 독단적인 판단하에 과잉충성에 기인한 것이므로 피고인이 공소외 5에게 구체적인 수사내용

이나 공무상 비밀을 보고하도록 의무없는 일을 강요하였다고 볼 증거가 없다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 107면 내지 123면 참조), 당심에서의 공소외 5의 법정진술 및 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 5는 원심법정에서 계룡대 근무지원단 납품비리 수사 당시에 피고인과의 전하 통화 횟수나 수사팀 탈퇴의 구체적 동기 등 일부 사실관계에 대하여 수사기관에서의 진술기재와 다르게 일부 진술을 번복하였으나, 피고인으로부터 법률상 보고할 의무가 없는 사항인 계룡대 근무지원단 수사내용에 대하여 보고하라는 지시를 받았는지에 대하여는 수사기관부터 원심 및 당심법정에 이르기까지 일관되게 자신은 계룡대 근무지원단 납품비리 사건은 해군에서 크게 이슈화되는 중요사건이라 판단하여 법무실장이었던 피고인에게 자발적으로 보고를 한 것이라고 진술하였다.

그렇다면, 위와 같은 공소외 5의 법정진술이 신빙성이 있는지 살펴보면, 공소외 5는 ① 해군 지침에 해군 관련 사건의 경우 중요사건, 사회적으로 이슈가 되는 사건은 보고하도록 되어 있었고, 법률상 의무가 아니라 위 지침에 따라 해군사건은 관행적으로 첩보나 정보를 보고해 왔으며 이러한 지침은 전임 수사관들로부터 받았던 교육 내용이라고 진술한 점, ② 병과장으로서도 총장님께 보고도 해야 하고 사건 파악도 필요하다는 생각에 보고를 하게 된 것이라고 진술하였고, 실제로 피고인이 중령 공소외 40 뇌물수수 사건에 관한 총장보고서를 써야하니 내용을 알려달라고 하여 사건 내용을 알려 준 사실이 있다고 진술한 점, ③ 해군과 관련된 사건이기에 법무병과장에게 보고하는 것이 크게 틀린 행동이라고 생각하지 않았다고 진술한 점, ④ 2009. 2.말경 위 계근단 군납비리 수사에 참여를 하게 되자 피고인에게 먼저 전화를 걸어 "제가 수사를 하게 되었다"라고 이야기를 하니 피고인이 수사와 관련하여 '공론화된 부분'이 있으면 알려달라고 이야기를 하였으나 계룡대 근무지원단 군납비리 수사의 수사방향이나 검찰의 사건 판단 내용 등 구체적인 내용을 물어보진 않았다고 진술하였고, 피고인도 해군 소속병력의 신병관계에 관한 것이거나 계룡대 근무지원단 군납사건과 관련하여 공소외 5에게 공론화되어 있는 부분에 대하여는 보고를 하라는 취지로 지시를 하였을 뿐, 국방부 소속 검찰수사관들에게 구체적이고 개별적인 수사상황이나 압수수색 상황의 수사기밀 등을 보고하라는 지시를 하거나 이를 확인하기 위하여 전화를 한 사실은 없다고 주장하고 있는데, 공소외 5의 이런 '공론화된 부분'에 대한 진술은 군검찰 수사 이전인 2009. 9. 29. 청와대 민정2비서관실에서 조사를 받을 당시부터 이미 진술한 내용으로 이후 군검찰 조사시 진술조서에서도 계속하여 나타나는 것으로 공소외 5가 위 청와대 민정2비서관실 조사 당시에 자신의 공무상비밀누설 범죄혐의를 회피할 목적으로 허위의 사실을 진술한 것이라고 보이지 않는바, 그렇다면 피고인이 공소외 5에 대하여 지시한 '공론화된 부분'이란 피고인의 해군 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 일반적 직무권한 범위 내에서의 보고를 의미한다고 보아야 하는 점, ④ 공소외 5는 계룡대 군납비리 수사에 참여한 2009. 2. 말경 계룡대 근무지원단에 근무하였던 경리관련자들인 공소외 23,공소외 41 등의 납품가격 조작 및 단가를 부풀려서 그 차액을 받은 업무상 배임 등의 범죄혐의에 대한 수사를 하였으며, 공소외 2, 6과 관련된 혐의사실은 전혀 알지 못하였다는 취지로 진술하였고, 실제 공소외 5가 피고인에게 보고한 내용은 공소외 1의 문자메세지에 공소외 6, 29의 수사상황 정보가 있는 것과 달리 공소외 2, 6에 대한 내용이 포함되어 있지 않으며, 당심법정에서도 공소외 2, 6이라는 이름을 알게 된 것은 2009. 9. 내지 10.경으로 검찰단 4층에 조사받으러 왔을

때 화장실에서 공소외 2를 처음 보았다고 진술하는 점 등에 비추어 보면 공소외 5의 법정진술은 신빙성을 인정할 수 있고, 나아가 피고인이 공소외 5에게 공소외 6이나 공소외 2와 관련된 수사상황을 질문하거나 보고하도록 하게 한 정황이 전혀 나타나 있지 않는바, 그렇다면 피고인이 공소외 5를 통하여 얻은 정보로 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 하려는 직권남용에 해당하는 구체적인 직무행위의 목적이 있다고 단정할 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 공소외 5가 피고인으로부터 계룡대근무지원단 군납비리 수사과 관련한 보고를 하도록 지시받은 사실에 대한 증거가 없으며, 피고인의 관여 없이 공소외 5의 독단적인 판단하에 과잉충성에 기인한 것이므로 피고인이 공소외 5에게 구체적인 수사내용이나 공무상 비밀을 보고하도록 의무 없는 일을 강요하였다고 볼 증거도 없는바, 가사 피고인이 계룡대 근무지원단 사건과 관련된 신병관계나 공론화된 내용에 대하여 보고하여 달라는 피고인의 지시를 직권남용으로 보는 경우에도 공소외 5는 피고인의 지시와는 상관없이 공소외 5의 독자적인 판단이나 과잉충성에 의하여 계룡대 근무지원단 수사기밀과 관련된 내용에 대하여 전화 또는 문자메세지를 전달한 것이므로, 피고인의 이와 같은 직권남용과 공소외 5의 법률상 보고할 의무가 없는 계룡대 근무지원단 수사기밀과 관련된 내용에 대하여 전화 또는 문자메세지를 전달한 행위사이에는 인과관계가 단절된다는 이유로 무죄라고 판단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

범죄일람표 (주 15)

순번 보고시각 보고내용 비고 1 2009. 2. 26. 18:29 현재 공소외 41이 소환조사 중이며, 물가조사와 관련된 조사를 진행 중임. (전화통화) 군납비리 사건 2 2009. 3. 4. 10:14 공소외 41을 조사하였으며, 선납 및 선불증 관련 부분에 관하여 조사를 하는 것 같았음. 최근 공소외 42는 단가계산을 하고 있음. (전화통화) " 3 2009. 3. 5. 08:57 공소외 23을 어제 긴급체포하였음. (전화통화) " 4 2009. 8. 27. 22:32 중령 공소외 40 긴급체포했습니다.

(문자메시지) 공소외 40 뇌물수수 사건 5 2009. 8. 28. 11:19 공소외 40 부인이 다니는 대전문화센터 사물함에 2천만원과 달러 압수하러 출발합니다.

(문자메시지) " 6 2009. 8. 28. 15:42 노은동 롯데문화센터에서 이천만원 이천달러 회수 후 다시 서울로 복귀합니다.

(문자메시지) " 7 2009. 9. 7. 12:54 공소외 40 및 공소외 7은 특가법위반(뇌물)로 기소하기로 하고 이번 주 내로 이견 종결예정입니다.

(문자메시지) " 8 2009. 9. 16. 22:23 오늘 공소외 23이 올라와서 조사를 받는 것으로 알고 있음. (전화통화) 군납비리 사건 9 2009. 9. 23. 17:41 군납비리 사건과 관련하여 수사방해가 있다고 하며, 2009. 9. 말경 공소외 23 사건을 종결하라고 상부에서 지시가 있었다고 함. (전화통화) "

(4) 공소외 8과 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인은 해군 법무실장으로 각급 검찰부의 검찰사무를 통할하는 직무를 수행하던 중 2007. 말경 평소 친분이 있던 해군 중령 공소외 10이 2007. 6. 14. 해군 헌병 체포조 활동비 횡령 사건과 관련하여 기소유예 처분을 받아 인사상 불이익을 받고 있는 상태를 해소하여 줄 목적으로, 위 기소유예 처분이 검찰관의 적법한 수사 및 합리적인 사실판단·법리적용에 따른 적정한 처분이었으며 위 기소유예 처분을 재기하여 혐의없음 결정을 내릴만한 새로운 증거나 자

료가 발견된 사실이 전혀 없었고, 당시 국방부 조사본부 수사단에서 근무하여 해군본부 법무실에서는 위 기소유예 처분 사건을 재기 하더라도 종국 처분을 내릴 관할이 없음에도 불구하고, 이를 재기하여 혐의없음 처분을 하여 주기로 마음먹었다.

피고인은 2008 5.경 위 공소외 10으로 하여금 해군본부 법무실에 진정을 제기하게 한 후, 2008. 8. 11. 국방부 시설본부 중령(진) 공소외 8과 작전사령부 소속 대위 공소외 9를 "특정임무 관련 특별검찰관 업무수행"목적으로 해군본부 법무실에 파견하는 동시에 위 공소외 8을 해군본부 검찰관으로 임명하는 명령을 각 발령하였으나 피고인은 위 사건에 관하여 해군본부 인권과에 법리검토를 지시하여 자신의 의도에 부합하는 취지의 "혐의없음 결정이 타당하다"는 결론을 이미 받아놓은 상황이었기 때문에, 검찰관인 위 공소외 8과 공소외 9로 하여금 단순히 위 인권과의 법리검토 결과만을 적용하여 혐의없음 처분을 하도록 할 의도였을 뿐 사건을 전면적으로 재조사하여 사실관계 및 증거관계를 확정된 후 법리적용을 하도록 할 의도는 전혀 없었다.

이후 피고인은 위 공소외 8, 9로 하여금 2008. 8. 18. 위 기소유예사건을 재기하도록 하여 추가적인 사실관계나 증거조사없이 법률적 구속력이나 권위있는 유권해석 결과가 아닌 해군본부 법무실 법무과에서 해군본부 기획관리참모부 예산회계처 재정관리과에 의견조회한 결과를 주요한 근거로 하여 예산전용이 가능하여 위 공소외 10의 예산항목 유용에 불법영득의 의사가 없다고 판단하여 2008. 8. 22. 혐의없음 처분을 하도록 하였다.

이로써 피고인은 자신의 직권을 남용하여 위 공소외 8, 9에게 의무없는 일을 하게 하였다.

(나) 원심판단의 요지

공소외 8과 공소외 9의 진술들을 종합하여 보면, 재기 수사당시 사적유용에 대한 증거가 없었고, 예산 전용 부분에 있어서는 법리상 전용사실만 가지고는 횡령죄의 성립을 인정하기에 힘들었고, 공소유지가 어려운 상황에서 기소유예 처분을 하는 것은 문제가 있다고 생각하여 검찰관으로서 독립적이고 객관적으로 판단하여 증거가 불충분하다는 결론을 내렸을 뿐 피고인으로부터 사건처리 방향에 대하여 영향을 받아 처리한 것은 아니라는 취지로 검찰 이후 이 법정에 이르기까지 일관되게 진술한 사실이 인정된다.

이와 같은 사실들과 군사법제도상의 검찰관의 지위나 권한 등을 종합하여 보면, 피고인이 관할도 없는 공소외 10 중령의 인사상의 불이익을 해소하기 위하여 공소외 8이나 공소외 9에게 사건처리방향에 대하여 혐의 없음의 처분을 유도한 직권남용이 있었다고 하여도 공소외 8이나 공소외 9는 피고인의 암묵적인 유도나 지시에 상관없이 자신들에게 주어진 검찰관으로서의 객관적인 양심에 따라 독립적으로 공소외 10 사건에 대하여 재수사를 하여 당시에는 증거가 불충분하다고 판단하였고, 당시 상황하에서는 최선을 다하여 무혐의 처분을 한 것이라고 검찰단계와 법정에서 일관되게 주장하고 있고, 이들이 피고인의 무혐의 유도 정황사실로 인하여 의무없는 일을 한 것에 대한 인식조차 이 법정에서 하지 않고 있는 이상 피고인의 직권남용과 공소외 8이나 공소외 9의 무혐의 처분사이에는 인과관계가 단절되었다고 판단되고, 공소외 8이나 공소외 9의 검찰관으로서의 권리행사의 개인적인 보호법익이 침해되었다는 점에 대한 법관으로 하여금 합리적인 의심이 배제될 만큼의 입증이 되지 않고 있다.

그렇다면, 피고인의 공소외 8이나 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대한 공소사실은 범죄에 대한 증거가 없는 경우에 해당하여 군사법원법 제380조 후단에 의하여 무죄를 선고하였다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 공소외 8과 공소외 9에 대한 사건처리 관련 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 124쪽 내지 146쪽 참조), 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 직권남용권리행사죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람으로 하여금 권리행사를 방해한 때 성립하는 것으로 '직권남용'과 '의무없는 일을 하게 한 것' 사이에 인과관계가 존재하여야 하는데, 이 사건에서 비록 피고인이 공소외 10에 대한 기소유예처분의 인사상의 불이익을 해소하기 위해 특별검찰관의 임명을 하여 기존의 불기소사건을 재기하게 하여 무혐의를 유도한 정황이 인정된다 하더라도 이와 같은 피고인의 직권남용이 위 공소외 8이나 공소외 9의 무혐의 처분의 의사결정에 어떠한 영향을 미치지 않았으며, 공소외 8이나 공소외 9는 검찰관으로서의 주어진 권리행사를 독립적으로 판단하여 위 공소외 10에 대한 무혐의 처분을 하였다는 것으로, 그렇다면 피고인의 직권남용행위와 공소외 8, 9의 공소외 10에 대한 무혐의 처분행위 사이에 인과관계가 없다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(5) 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여

(가) 공소사실의 요지

피고인은 2007. 11. 19.경부터 2009. 10. 13.경까지 해군법무실 업무를 총괄하는 자로서 해군 법무관 출신 변호사 공소외 11로부터 변호사 업무관련 편의제공의 대가로 피고인의 자 공소외 15의 □□계좌(계좌번호 1 생략)로 2008. 10. 27. 100만원, 2008. 11. 28. 100만원 총 200만원의 뇌물을 수수하였다는 것이다.

(나) 원심판단의 요지

피고인은 2008. 12. 중순경 공소외 11과의 전화통화에서 공소외 11이 100만원을 사무실 회식비로 자신의 처에게 보내주었다는 사실을 알게 되어 즉시 반환의사를 표시하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 계좌이체를 할 수 없었던 사정이 인정되고, 당시 피고인의 직책이 해군 법무병과장으로서 해군참모총장의 중요참모이자 병과장으로서 쉽게 자리이동을 할 수 없는 상황이었으므로 공소외 11을 직접 만날 수 있는 가장 가까운 기회인 2009. 1. 10. 진해에서 열린 공소외 12 준위의 자제 결혼식에 참석하여 공소외 11에게 200만원을 인지도시점으로부터 1개월이 채 지나지 않은 단기간에 돌려주었으므로 피고인에게는 위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 이 사건 피고인이 변호사 업무관련 편의제공의 대가로 공소외 11로부터 총 200만원의 뇌물수수의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 146쪽 내지 154쪽 참조), 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, ① 피고인의 처인 공소외 43이 변호사 공소외 11로부터 아들 공소외 15의 계좌로 각 100만원씩 2008. 10. 27.과 같은 해 11. 28.경을 전후하여 공소외 11 변호사의 장모인 공소외 44와 사무실 여직원 명의로 각 송금을 받은 점, ② 위 공소외 43은 공소외 11 변호사로부터 2008. 10. 27. 100만원을 송

금 받게 된 경위에 대하여 공소외 11 변호사로부터 2008. 10. 27. 송금 받기 하루 전에 한차례 전화를 받고 거절하였으나 그 후 다시 전화를 하여 연말이 다가 오니 자녀들 옷이나 식사라도 하라고 하면서 자녀 명의의 통장계좌번호를 알려 달라고 하여 이를 알려주게 되어 공소외 11 변호사가 아들 공소외 15 계좌로 송금하게 되어 수수하게 된 것이고, 두 번째 100만원은 공소외 11 변호사가 피고인에게 전달하여 회식비로 사용하게 하라는 의미로 송금한 것인데 남편(피고인)이 워낙에 바빠서 거의 집에는 자주 없었고, 자신도 어머니 병원 왔다 갔다 하느라고 바빠서 정신이 없어서 이야기를 하지 못했다고 진술한 점, ③ 피고인은 공소외 11 변호사가 같은 해 12. 중순경 전화를 걸어 위 2008. 11. 28.경 송금한 100만원으로 사무실 회식은 잘하였느냐고 물어보아서 이를 인지하게 되었고, 공소외 11 변호사에게 반환의사를 표시하고 계좌번호 불러달라고 하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 이에 피고인은 2009. 1. 10. 진해에서 있는 공소외 12의 아들 결혼식 때 오느냐 물어보았고, 이에 공소외 11 변호사가 간다고 말을 하였으며, 이후 자신의 처인 공소외 43에게 확인한 후 2008. 10. 27. 100만원 수수사실도 인지하게 되었으며, 당시 위 금원이 공소외 45 주식회사 주식을 매수하는데 사용된 사실을 알고, 그 돈을 그대로 빼서 반환하라고 피고인이 자신의 처인 공소외 43에게 화를 내었고, 이 후 피고인은 2009. 1. 10. 공소외 12 준위의 아들 결혼식 참석 후 진해의 중원로타리 해군사관학교 근처의 상호불상의 2층 커피숍에서 공소외 11을 만나 현금 봉투 2개로 200만원을 다시 돌려주었으며, 2009. 1. 23. 공소외 11에게 마음만은 고맙다는 내용의 편지를 해군달력과 함께 보내주었다고 진술한 점, ④ 공소외 11도 피고인으로부터 위와 같은 내용의 편지를 달력과 함께 받았다고 진술한 점, ⑤ 등기우편물 배달자료의 그 기재를 보면, 편지와 달력이 계룡시 남선면 부남리 소재 501군사 우체국에서 2009. 1. 23. 16:18경에 접수되어 영수증 번호가 각 (영수증번호 1 생략), (영수증번호 2 생략)으로 발행되어 발송되었으며, 피고인 작성의 편지, 문서정보 캡처화면, 디스켓의 각 기재 및 현존에 의하면 편지 내용은 피고인의 사무실 컴퓨터에 저장되어 있다가 다른 자료들과 함께 법무실장으로 보직해임된 후 2일 뒤인 2009. 10. 15.에 디스켓에 옮겨진 것으로 추정되며, 위 피고인 작성의 편지, 문서정보 캡처화면, 디스켓이 사후에 인위적으로 조작되었다는 증거가 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 피고인은 2008. 12. 중순경 공소외 11과의 전화통화에서 공소외 11이 100만원을 사무실 회식비로 자신의 처에게 보내주었다는 사실을 알게 되어 즉시 반환의사를 표시하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 계좌이체를 할 수 없었던 사정이 인정되고, 공소외 11을 직접 만날 수 있는 가장 가까운 기회인 2009. 1. 10. 진해에서 열린 공소외 12 준위의 자제 결혼식에 참석하여 공소외 11에게 200만원을 인지도로부터 1개월이 채 지나지 않은 단기간에 돌려준 사실을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이와 같다면, 피고인이 이 사건 공소사실 부분 기재와 같이 피고인에게 위 금원의 수수사실을 인지도 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다고 판단한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원심판결 중 피고인의 유죄 부분에 대한 피고인의 일부 항소는 이유 있으므로 이 부분은 그대로 유지될 수 있는바, 원심이 이 부분 범죄사실과 당심이 유죄로 인정한 나머지 범죄사실을 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 하여 하나의 형을 선고하였으므로 원심판결 중 유죄 부분은 그 전부가 더 이상 유지될 수 없으므로 피고인과 검찰관의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 군사법원법 제431조, 제414조 11호에 의하여 유죄 부분에 대한 원심판결을 파기하고, 사건 제반기록에 의하여 본 군사법원이 자판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조

에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 직접 판결하며, 피고인의 무죄 부분에 대한 검찰관의 항소는 이유 없어 같은 법 제430조 제1항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

】 1. 당심의 심판범위

원심은 ① 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 대하여는 유죄, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점, 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 및 직권남용권리행사방해의 점, 공소외 8 및 공소외 9에 대한 각 직권남용권리행사방해의 점, 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여는 각 무죄를 선고하였고, ② 상상적 경합 관계에 있는 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 및 직권남용권리 행사방해의 점에 대하여 직권남용권리행사방해 부분은 유죄를 인정(원심 판시 범죄사실 제3항)하고, 공무상 비밀누설교사의 부분은 무죄로 판단(이유무죄)하였으며, ③ 공소외 3에 대한 강요의 점에 대하여는 축소사실로 강요방조를 유죄로 인정(원심 판시 범죄사실 제2항, 강요의 점에 대하여 이유무죄)하였는바, 피고인과 검찰관은 이에 대하여 모두 항소하였으나, 검찰관은 항소이유로서 위 공소외 5 및 공소외 1에 대한 각 공무상 비밀 누설교사 부분을 제외한 피고인에 대한 나머지 무죄 부분에 대해서만 각 사실오인, 법리오해 및 양형부당만을 이유로 항소하였고, 원심 판시 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사의 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사의 이유 무죄 부분은 각 항소를 하지 아니하였으므로, 원심 판시 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 이유 무죄 부분은 당심에 이심되었지만 당사자간의 공방대상에서 벗어났다고 보아야 할 것이어서, 이 부분에 대하여는 원심판결의 무죄결론에 따르고, 당심의 심판범위는 이 부분을 제외한 피고인에 대한 원심의 유죄 및 무죄부분에 한정된다(따라서 결론을 같이하는 원심판결의 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 이유 무죄 부분은 다시 판단하지 아니한다).

2. 항소이유의 요지

가. 항소이유서 제출기간 도과 후에 제출된 답변서, 변론요지서는 항소이유서에 기재된 항소이유를 보충하는 범위 내에서 판단한다.

나. 피고인(사실오인 및 법리오해, 양형부당)

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 대하여

가) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄는 그 법정형이 1년 이상의 유기징역형으로 규정되어 있어 구 형사소송법에 의할 때 공소시효가 7년이고, 이 부분의 피고인의 범죄행위의 종료일인 2002. 6. 15.부터 7년이 경과한 2009. 11. 20.경 피고인에 대한 공소가 제기되었음이 명백하므로 이미 공소시효가 완성되었고, 위 공소사실에 대하여 피고인에 대해서만 공소를 제기하고 당시 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점을 1차적으로 인정한 육군 고등검찰부장인 공소외 4와 검찰수사관인 공소외 13에 대하여는 공소를 제기하지 아니한 것은 차별적인 기소에 해당하여 공소권이 남용된 것으로 공소기각이 되어야 한다.

나) 원심이 공소장변경 없이 피고인의 방어에 실질적 불이익을 가져오는 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄의 주요 공소사실부분인 피고인의 인지 경위 및 직무유기 행위에 관하여 " 공소외 4로부터 위 내사사건을 전화로 통보받아 사건을 인지"하였고, " 공소외 4에게 사건을 보내지 않으면 좋겠다는 취지로 전화통화하고 사건을 보

내지 않으면 좋겠다는 취지로 이야기하는 등 부탁"하였다고 인정한 것은 판결에 영향을 미친 법률위반에 해당한다.

다) 특수직무유기죄가 성립하기 위해서는 적어도 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위가 있어야 비로소 '인지'가 있다고 볼 수 있으나, 피고인은 단지 공소외 2가 공소외 14와의 금전거래로 인하여 육군 고등검찰부의 내사를 받고 있다는 정에 대한 인식 정도만 가졌을 뿐이며, 피고인에게는 형식적 인지(범죄인지보고서 등)는 물론 실질적 인지(범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위)조차 존재하지 않는다.

라) 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의의 내사종결은 육군 고등검찰부장인 공소외 4의 독자적인 판단에 따른 결과일 뿐이고, 육군 고등검찰부장과 해군 고등검찰부장은 상하의 관계가 아닌 동등한 지위에 있으므로 서로 요구하거나 지시할 수 있는 사이가 아니므로 피고인의 지시나 부탁에 근거하며 이첩하지 않은 것이 아니며, 원심이 이 사건 공소사실 부분에 부합하는 직접적인 증거로 거시한 증인 공소외 4의 법정진술 및 수사기관에서의 진술조서는 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 1차적으로 인지하고도 해군 고등검찰부로 이첩하는 등의 적법한 조치를 취하지 않은 공소외 4가 자신의 특수직무유기 책임을 모면하기 위하여 막연한 자신의 추측을 진술한 것에 불과하여 신빙성이 없고, 공소외 13의 진술 또한 공소외 14가 진술하지 않은 내용을 임의로 조서에 기재하는 등 편파적인 수사를 한 사실이 있어 신빙성이 없다.

마) 피고인은 단순히 공소외 2가 금품수수와 관련한 범죄혐의를 받고 있다는 사실 이외에 구체적인 사실에 근거를 둔 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 인지한 사실이 없어서 직무수행의 의무가 존재하지 않았고, 직무를 유기하는 행위도 없다.

(2) 강요방조의 점에 대하여

가) 원심이 피고인에 대하여 공소장변경 없이 강요의 공동정범을 강요방조로 유죄로 인정한 것은 피고인의 방어권을 침해한 것으로 이는 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나) 공소외 6의 집에서 압수한 압수조서상의 증거목록 중 소명자료 등의 증거서류는 ① 공소외 6에 대한 이 사건 압수·수색영장 집행시 영장의 원본이 아닌 영장사본을 제시하여 수집한 증거이므로 위법하고, ② 공소외 6의 집에서 압수된 증거물인 소명자료 등 증거서류의 종류와 수량 등을 구체적으로 특정하여야 함에도 불구하고 전혀 특정되지 않은 압수목록을 교부한 위법이 있으며, 최초 피압수자인 공소외 6에게 수기로 작성하여 준 압수목록교부서상의 기재와 압수조서상의 압수목록이 서로 상이하여 압수·수색 절차상의 명백한 하자가 존재하고, ③ 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사 사법정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 하는데, 이 사건에서 검찰관이 이와같은 예외적인 경우에 해당한다고 볼만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점에 관하여 충분한 입증을 못한 점 등을 고려할 때 공소외 6의 집에서 압수한 증거물들은 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

다) 피고인은 공소외 2와 함께 2006. 6.경 저녁 무렵 계룡시 엄사면 엄사리 ○○○주점에서 공소외 3을 만난 사실이 없고, 이와 관련된 공소외 3의 법정진술 및 군검찰에서의 진술조서 등은 신빙성이 없다.

라) 공소외 2가 공소외 3에게 구체적으로 해악을 고지하였다는 점에 대한 증거가 없으므로 공소외 2에게 강요죄가 성립되지 않고, 가사 공소외 2에게 강요죄가 성립한다고 하더라도 피고인에게 정범인 공소외 2의 행위가 강요죄의 구성요건에 해당한다는 인식 및 공소외 2의 강요행위를 방조한다는 인식이 없었다.

(3) 공소외 1에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

가) 피고인은 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관으로부터 국방부 검찰단 관할사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한 자체가 없어 직권남용권리행사방해죄가 성립할 수 없다.

나) 공소외 1의 전화통화 및 문자메시지 내용은 공무상 비밀이 아니거나 자신의 개인적 추측을 피고인의 요청과는 무관하게 보고한 것에 불과하여, 공소외 1이 피고인이 요청한 신병 관련 정보를 넘어서 피고인에게 구체적 조사내용 등 수사상 비밀이라고 평가할 수 있는 정보를 알려주었다고 하더라도 이는 피고인의 직권남용에 따른 결과가 아닌 공소외 1의 단순한 책임감 내지 의무감에 따른 것이었다고 보아야 하므로 피고인이 직권을 남용하여 공소외 1에게 의무없는 일을 하게 하였다고 인정할 수 없다.

다) 원심은, 피고인이 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있는 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 할 목적으로 공소외 1에게 수사 관련 사항을 보고하게 하였다고 판시하였으나 피고인에게 이러한 목적이나 의도가 있었다는 것을 인정할만한 증거가 없음에도 이와 같은 사실을 인정한 것은 사실오인의 위법이 있다.

라) 피고인이 공소외 1에게 보고하도록 한 행위는 형법 제20조에 규정한 사회상규에 위반되지 않는 행위(정당행위)이다.

(4) 양형부당

원심의 양형(징역 2년, 집행유예 3년)은 피고인의 정상에 비추어 너무 무거워 부당하다.

나. 검찰관의 항소이유

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인이 해군본부 법무감실 고등검찰부장의 직위를 떠난 후인 2004. 6. 10.부터 같은 해 7. 15. 사이에 공소외 2로부터 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) 내사사건을 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 10,000,000원권 자기앞 수표 6장을 교부받아 그 직무에 관하여 60,000,000원의 뇌물을 수수한 사실이 명백함에도 원심이 이에 대한 입증이 부족하다는 이유로 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)죄 부분에 대하여 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(2) 강요의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인, 공소외 2, 6이 공동하여 피해자 공소외 3으로 하여금 국방부 검찰단 소환조사시 자신의 기억에 반하는 허위진술을 하도록 하게 강요한 사실이 명백함에도 원심이 피고인의 기능적 행위 지배가 없다는 이유로 강요의 공동정범을 부정하고, 공소외 3에 대한 강요 방조만을 인정한 것은 사실오인 및 공동정범에 대한 법리오해의 위법이 있다.

(3) 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

증인의 증언이 수사기관에서의 진술과 상반되는 내용인 경우라면 기존의 진술을 배척할 수 있는 특단의 사정이 존재하여야 하고, 이와 같은 특단의 사정이 존재하지 않는 경우라면 쉽사리 위 공소사실에 부합하는 공소외 5의 수사기관에서의 진술을 배척할 수 없음에도 불구하고 원심이 신빙성이 없는 공소외 5의 법정진술만을 받아들여 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해죄 부분에 대하여 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(3) 공소외 8 및 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인은 해군 중령 공소외 10에 대한 기소유예 처분 사건을 재기하여 혐의없음 처분을 해줄 목적으로 자신의 직권을 남용하여 공소외 8 등에게 공소외 10에 대한 기소유예 처분 사건을 재기하여 혐의없음 처분을 하도록 하는 등 의무없는 일을 하게 한 사실이 명백함에도 원심이 신빙성이 의심되는 공소외 8, 9의 진술만을 받아들여 공소외 8 및 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해죄 부분의 입증이 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하며 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(4) 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인은 2008. 10. 27. 해군 법무관 출신 변호사 공소외 11로부터 변호사 업무 관련 편의 제공의 대가로 피고인의 자 공소외 15의 □□계좌(계좌번호 1 생략)로 1,000,000원을 수수하고, 같은 해 11. 28. 위 공소외 11로부터 위와 같은 편의 제공의 대가로 위 공소외 15의 □□계좌로 1,000,000원을 수수하여 직무에 관하여 2회에 걸쳐 총 2,000,000만원의 뇌물을 수수한 사실이 명백함에도 원심이 이에 대하여 피고인에게는 위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다는 이유로 무죄를 선고한 것은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(5) 양형부당

피고인에 대한 원심의 양형은 피고인의 정상에 비추어 너무 가벼워서 부당하다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 주장에 대한 판단

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인은 1998. 1. 24.경부터 2003. 12. 10.경까지 해군본부 법무감실 고등검찰부장으로 범죄수사의 업무를 담당하는 공무원이었다.

한편 관련자 공소외 2는 2002. 6.경 건설업자인 공소외 14로부터 육군본부 문서고 페인트공사 등 4건의 군 발주 공사에 대한 공사계획자료 제공 및 공사편의를 알선하여 주는 대가로 현금 합계 4,150만원을 수수한 혐의로 육군 고등검찰부에서 내사를 받고 있었다.

피고인은 그 무렵 평소 친분이 있던 위 공소외 2로부터 위 사건에 관하여 이야기를 듣고 위 내사사건을 무마하여 달라는 취지의 청탁을 받았다.

이러한 경우 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취했어야 한다.

그럼에도 불구하고, 피고인은 2002. 6. 13. ~ 15.경 위 공소외 14에게 전화하여 "사건을 더 이상 확대하지 말라"는 취지로 이야기하는 한편, 육군 고등검찰부장으로 근무하던 중령 공소외 4에게 위 사건을 해군 검찰부에 이첩하지 않을 것을 부탁하는 등 위 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다.

(나) 원심판단의 요지

1) 원심은 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인 및 그 변호인의 주장에 대해서는 아래와 같은 이유를 들어 받아들이지 아니하였다.

2) 공소시효의 완성 및 공소권 남용(차별적 공소제기) 여부

검찰수사관 작성의 인사조회목록의 기재에 의하면, 피고인의 해군 고등검찰부장의 재직기간은 1998. 1. 24.부터 2003. 12. 10.까지인 사실을 알 수 있고, 재직기간 종료일인 2003. 12. 10.까지는 수사가 가능한 상태였으므로 공소시효가 진행되지 않았고, 2003. 12. 11.부터 공소시효기간 7년 이내인 2009. 11. 20. 공소제기 되었으므로 피고인에 대한 본건의 범죄에 대한 공소시효가 완성되지 않았다고 판단된다.

동일한 구성요건에 해당하는 행위를 한 공동피의자 중 일부만을 기소하고 다른 일부에 대하여는 불기소처분을 하였다 할지라도 평등권을 침해하였거나 공소권을 남용하였다고 할 수 없고(대법원 1990. 6. 8. 90도646 판결), 다수의 동종의 뇌물수수자 중 피고인들만이 기소되어 유죄의 판결이 선고되었다 하여도 그것이 앞서 본 피고인들의 주관적·객관적 일절의 사정에 의한 것이고, 헌법 제10조에서 규정하는 성별·종교·사회적 신분의 차별에 의한 것이 아니므로 이를 가리켜 헌법 제10조에서 규정한 평등권에 위반된다거나 기소자체가 위법하다고는 할 수 없으며(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1909 판결), 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수는 있는 것이고, 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이나마 어떤 의도가 있어야 한다고 볼 것이다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결 등 참조).

위 판례의 법리와 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 당시 육군 고등검찰부장 중령 공소외 4는 '범죄수사의 직무에 종사하는 공무원'으로서 육군검찰수사관인 준위 공소외 13 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 보고받아 공소외 2의 특정범죄가중처벌법위반(알선수재)의 점을 인지한 사정을 알 수 있으나 당시 공소외 4 고등

검찰부장은 관할부서인 해군본부 고등검찰부로 이첩하기 위하여 피고인에게 전화하는 등 시도를 하였으나 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 혐의에 대한 공소외 14에 대한 참고인 진술조서를 이첩 받는 것에 대하여 부정적인 태도를 유지하면서 보내지 말라는 취지로 이야기 하여 보내더라도 사건처리가 제대로 되지 않을 것이라고 생각하고, 당시 법무감에게 보고한 후 위 진술조서를 육군 고등검찰부에서 보관하게 된 사실, 당시 육군고등검찰부에서는 육군 소속의 중령 공소외 16의 뇌물수수 혐의에 대하여 수사를 하는데 수사력을 집중하고 있었던 사실, 피내사자인 공소외 2는 해군본부 소속이었으므로 육군고등검찰부에서는 관할 대상이 아니어서 수사를 더이상 진행하지 않았다는 정황 등 이첩하지 않게 된 경위에 참작할 사정이 있었던 사실을 인정할 수 있다.

이에 비하여 피고인은 해군소속의 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 당지 공소외 4 고등검찰부장으로부터 통보받았음에도 불구하고, 이에 대하여 수사를 개시하지 않은 사정에 더 나아가 후술하는 바와 같이 2005. 3. 21.부터 2006. 1. 4.까지 국방부 검찰단장의 보직을 마친 후 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)혐의로 내사를 받고 있던 공소외 6 대령에 대한 2006. 4. 25.자, 2006. 6. 8.자 2회에 걸친 국방부 검찰단의 소환조사를 대비하여 공소외 6의 소명서의 작성에 깊이 관여하여 공소외 6이 무혐의 처분을 받게 하는데 관여하는 등 피고인에 대한 비난가능성이 높다는 검찰관의 합리적인 판단을 통해 피고인만을 기소한 것으로 보여지고, 헌법상 금지된 성별, 종교, 사회적 신분 등 자의적인 구분에 따른 차별의도나 보복 또는 정당한 권리행사를 방해하는 등 합리성을 인정할 수 없는 어떤 의도가 존재하였다고 보여 지지 않는다.

3) 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 인지했다는 증거가 있는지 여부
 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 인지하였다는 점에 대한 증거로는 증인 공소외 4의 원심법정에서의 진술과 검찰관 작성의 공소외 4에 대한 진술조서가 직접 증거로 존재한다.

즉, 증인 공소외 4의 이 법정에서의 진술과 검찰관 작성의 공소외 4에 대한 진술조서를 종합하면, 검찰단계(국방부 특별조사단)에서의 조사시에 육군본부 고등검찰부장이었던 공소외 4는 2002년 당시 해군본부 고등검찰부장인 피고인에게 "우리가 이러한 사건을 인지하였는데 위 사건 기록 전체를 이첩하여 주겠다"고 하고, "본건 처리와 관련하여 한번 찾아왔던 것으로 기억한다"고 진술을 한 사실, 공소외 4 부장은 이 법정에 이르러서도 동일하게 공소외 13이 2002. 6. 28.자 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 들고와서 공소외 13으로부터 보고받은 후 피고인에게 전화를 하여 사건 내용 즉 군공사와 관련하여 공사계획자료제공 및 공사편의 대가로 공사수주자인 공소외 14로부터 합계 금 4,150만원을 받은 사실과 공소외 2 사건을 이송하겠다는 취지로 이야기를 한 사실, 피고인과 당시 서로 자주 통화하는 관계가 아니었기 때문에 구체적으로 어떤 용어를 사용하였는지 말하기 곤란하지만, "사건을 보내지 말라"는 취지로 이야기를 한 사실은 명확히 기억한다고 진술한 사실, 당시 공소외 4 부장이 피고인에게 전화로 통보를 하였을 때에 이미 피고인이 이를 알고 있었던 것으로 생각된다고 진술한 사실, 2002. 6.경 전화통화시 어느 정도까지 피고인에게 말해 주었는지에 대하여 "진술조서를 보고 난 후 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다라는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내주겠다고 알려주었다"고 진술하고, 더 구체적으로는 "당시 전화한 이유가 조서의 내용을 알려주는 것이었고, 해군관련자에 대한 피의사실을 알려주는 부분이었기에 조서를 보면서 수수금액인 합계 금 4,150만원이라는 구체적인 액수나 대가 등 범죄의 요소에 해

당하는 부분들은 전부 다 말을 했을 것으로 생각이 되고, 피고인이 자신의 사무실에 한 두번 정도 찾아와서 만난 것 같다"고 각 진술한 사실 등이 인정된다.

이와 같은 사실들을 종합하면, 피고인은 공소외 2와 만나서 공소외 2에 대한 내사사건에 대하여 인지한 후 당시 공소외 4육군 고등검찰부장이 2002. 6. 28. 전화통화시 피고인에게 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실에 대하여 알려주었으나 피고인은 사건을 보내지 말라는 취지로 이야기 하고, 그 후 피고인이 공소외 4 부장의 사무실 방문시에도 "사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다"라는 취지로 공소외 4 부장에게 이야기 한 사실이 인정되므로 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 구체적으로 인지하고서도 적절한 조치를 취하지 아니하여 그 직무에 관한 의식적인 방임 또는 유기한 사실이 인정된다.

또한, 증인 공소외 4의 진술에 부합하는 정황증거로는 증인 공소외 14와 공소외 13, 피고인의 이 법정에서의 각 진술과 검찰관 작성의 2009. 11. 19.자 공소외 3 및 공소외 13에 대한 각 진술조서, 검찰관 작성의 피고인에 대한 제3회 진술조서, 검찰관 작성의 2009. 11. 14.자 공소외 2에 대한 진술조서, 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서 등이 있다.

이들 증거들을 종합하면, 공소외 3은 검찰조사시에 공소외 2가 국방대학교 교육 중에 "죽을 뻔한 일이 생겨 밤에 계룡대에 내려왔다 서울로 갔다"는 취지의 말을 공소외 2로부터 들은 사실이 있고, 공소외 14는 검찰조사시에 2002. 6. 28. 공소외 13 수사관으로부터 참고인 조사를 받으면서 공사계획자료 제공 및 공사편의 제공 등의 대가로 차용금액 1천만원을 포함하여 공소외 2에게 4,150만원을 제공한 사실이 있다고 진술한 바 있으나 이 법정에 이르러서는 위 금원을 제공한 사실은 있지만 위 금원이 문제가 되자 2002. 6. 28. 이후 대차관계로서 위 금원을 되돌려 받았다는 취지의 진술을 하여 당시 공소외 2가 공소외 14로부터 받은 금원의 성격과 관련하여 육군본부 고등검찰부에서 공소외 2에 대하여 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 혐의로 2002. 6.경 내사가 진행 중이었던 정황이 인정되고, 공소외 13 검찰수사관은 공소외 14에 대한 조사를 마친 후 곧바로 당시 육군본부 법무실 고등검찰부장인 공소외 4에게 조사내용을 보고하면서 해군관할 사건이므로 이송처리를 하자는 취지로 건의를 하였고, 공소외 4 부장의 사무실에 결재 때문에 들어갔을 때 피고인을 2~3번 정도 본 기억이 있고, 그 전에는 피고인을 본적이 없으며, 그 후 공소외 4 부장으로부터 사건을 이송하지 말고 자체 종결하라는 지시를 받아 수사자료를 그대로 존안하였다고 진술한 사실, 당시 공소외 4가 피고인에게 "해군 중에 이러 이러한 사건이 있다"라는 취지로 전화를 하여 당시 공소외 2 내사사건에 대하여 공소외 4 부장과 대화를 한 것 자체는 피고인도 시인한 사실, 피고인이 공소외 2 내사사건과 관련하여 공소외 4 부장의 사무실에서 만난 사실에 대하여는 전화 외에는 다른 접촉이 없었다고 부인하거나 또는 기억이 없다고 진술하다가 다시 피고인이 공소외 4 부장의 사무실에서 공소외 2의 내사사건에 관하여 한번 정도 만나서 얘기하였다고 최초의 진술을 번복한 사실 등이 인정되는 바, 이러한 간접사실 등도 위 공소외 4의 진술에 부합하는 정황증거들이다.

한편, 공소외 2의 진술서와 검찰관 작성의 공소외 2에 대한 2009. 11. 14.자 진술조서의 진술기재 및 검찰관 작성의 피고인에 대한 제1회 피의자신문조서의 진술기재를 종합하면, 피고인은 자신이 수사하여야 할 대상인 공소외 2의 부탁으로 상담을 하고 변호사까지 소개하여 주었던 사실을 인정할 수 있는바, 공소외 2는 자신에 대한 특정범죄가중

처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의가 해군 고등검찰부로 이첩될 경우 오히려 수사를 하여야 할 해군 검찰부의 수장인 피고인에게 자신의 혐의에 대해 육군에서 내사중인 것에 대하여 아는 것이 있느냐고 부탁하고, 피고인은 해군 고등검찰부장으로서 자신의 관할 대상인 공소외 2의 내사사건에 대하여 사실관계를 확인하여 조사를 하여야 할 지위에 있음에도 불구하고, 피의자인 공소외 2의 변명만을 믿고, 그가 혐의를 벗어나도록 변호인을 소개하여 주는 것은 피고인이 고의적으로 수사주체자로서의 직무를 유기했음을 나타내주는 정황으로 판단이 된다.

4) 피고인이 공소외 2의 뇌물 사건을 인지한 정황이 모호하거나 간접적이었는지 여부

공소외 14는 공소외 13 검찰수사관의 공소외 14에 대한 진술조서 작성시인 2002. 6. 28.경 공소외 2에게 차용해준 금액 1,000만원을 포함한 4,150만원이 공사계획자료 제공과 공사편의 대가로 준 것이라고 진술한 바 있다.

그러나 공소외 14와 그의 처인 공소외 17은 이 법정에서 증인으로 나와 최초 공소외 14가 위 금원이 대차관계였음에도 불구하고 위와같이 공사계획자료 제공과 공사편의 대가로 뇌물이라는 취지로 진술서를 작성한 것은 육군본부 고등검찰부에서 군수사관 4~5명이 2002. 6. 12. 오후 1시경부터 밤 10시경까지 강압적인 조사분위기 속에서 겁을 먹은 상태였기 때문이라고 주장하므로 피고인이 공소외 2의 뇌물사건을 인지한 정황이 모호하거나 간접적이었는지 여부를 알기 위해서는 공소외 2와 공소외 14 사이에 수수된 금원 4,150만원이 군검찰의 강압수사로 인하여 대차관계를 뇌물로 진술한 것인지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

그러므로 살피건대, 증인 공소외 4, 13, 14, 17의 이 법정에서의 각 진술과 계룡대 근무지원단 보안담당관 작성의 출입일지 및 육군본부 계룡대 출입현황 관련 사실조회 통보서의 각 기재에 의하면, ① 공소외 14는 2002. 06. 12. 13:08경 육군본부 제2정문에서 상사 공소외 18의 안내로 육군 법무감실 소속 고등검찰부 수사관 준위 공소외 19와의 공무상의 필요 때문에 들어왔다가 같은 날 17:47경 다시 나간 것으로 기재되어 있는 사실, ② 공소외 14의 처인 공소외 17도 2002. 7. 2. 10:50경 육군본부 제2정문에서 공소외 18 상사의 안내로 육군 고등검찰부장을 만나기 위하여 방문을 한 사실, ③ 공소외 13은 2002. 6. 28. 공소외 14에 대하여 진술조서 작성 당시 강압이나 협박을 한 사실이 없고, 스스로 4,150만원을 공소외 2에게 공사계획자료의 제공 및 공사편의대가로 교부하여 주었다고 진술을 하여 조서에 남긴 것이라고 진술한 사실, ④ 증인 공소외 4는 공소외 17의 방문목적이 남편에 대한 가혹한 수사나 강압적인 수사 부분에 대한 항의를 위한 것이 아니고, 공소외 14는 심약한 사람이었는데 당황한 상태에서 조사를 받아 있지도 않은 말을 하였다는 그러한 취지의 주장을 한 것으로 기억한다고 진술하고, 남편을 10시간 동안이나 무서운 곳에 가두고 수사를 하였다는 것에 대한 얘기를 공소외 17로부터 들은 기억은 없으며, 당시 공소외 17이 찾아와서 강압수사에 대한 항의를 한다는 느낌은 전혀 아니었으며, 공소외 17을 만나준 이유도 수사과정에서 가혹수사에 대한 민원제기를 막기 위한 것은 전혀 아니었다고 진술한 사실, ⑤ 증인 공소외 14도 이 법정에서 검찰관의 주신문시 공소외 13이 2002. 6. 28. 공소외 14에 대한 조사시와 동일하게 공소외 14가 공소외 2에게 공사계획자료와 공사편의 등의 대가로 합계 4,150만원의 현금을 제공한 사실을 진술하였다가 위 금원이 문제가 되자 공소외 2가 전화로 '돈 빌려준거 이제 돌려주어야겠다'라고 하여 2002. 6. 28.이후로 되돌려 받았다는 취지의 진술을 하면서 최초에는 뇌물을 다시 돌려 받은 것이라고 진술하였다가 다시 대차관계였다고 진술하는 등 그 진술에 일관성이 없는 사실, ⑥ 증인 공소외 17은 공소외 2와는 1999년도에 1,500만원을 차용하여 주고 곧바로 상환받고, 1990년도 말이나 2000년 초순경에 약 2,000만원에서 2,500만원 정도를 차용하여 주고 현금으로 상환받은 사실이

있을 뿐이고 2000년 내지 2002년도에는 대차관계가 한번도 없었다고 진술하였으나 증인 공소외 14가 이 법정에서 당시 공소외 2에게 교부한 4,150만원이 공사계획자료제공 및 공사편의의 대가로 지급한 것이 아니고, 2002. 6. 28. 이후 대차관계 있는 금원으로서 주고 받았다는 취지의 진술과도 일치되지 않는 진술을 한 사실, 또한 증인 공소외 17은 이 법정에서 당시 공소외 14가 군으로부터 수주한 “군관련 공사는 단 한건밖에 없었다”는 취지로 진술한 바 있으나 육군본부 보통군사법원 2002고10의 판결 등본 중 육군 중령 공소외 16에 대한 뇌물수수 등 사건의 확정된 판결문에서 공소외 14가 군납 브로커라는 취지로 기재될 만큼 공소외 14가 군관련 공사를 다수 수주한 사실에 배치되는 진술을 한 사실 등이 인정된다.

이와 같은 사실들을 종합하여 보면, 공소외 14는 공소외 19 수사관으로부터 소환되어 약 4시간 40분동안 위 장소에 머무르며 조사를 받고 2002. 6. 12.자 진술서를 작성한 후 다시 17:47경에 귀가한 것으로 보여지고, 당시 강압적인 수사로 인하여 이슈가 되었거나 그러한 사실을 공소외 4 부장이 보고받거나 공소외 17이 당시 육군 고등검찰부장인 공소외 4를 만나게 된 목적이 자신의 남편인 공소외 14에 대한 강압 수사에 대한 항의성 방문이 아니었다고 보여지므로 위에서 본 바와 같이 당시 상황이 강압적인 수사 분위기가 있었다고 볼 증거가 없고, 증인 공소외 17의 이 법정에서의 진술도 증인 공소외 14의 진술과 일치하지 않고 증인 공소외 14의 진술도 일관성이 없어 그 진술에 신빙성이 매우 떨어져서 믿기 어렵고, 같은 취지의 공소외 14 및 공소외 17 작성의 각 사실확인서도 믿기 어렵다고 판단되고, 2002. 6. 28. 당시 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서상의 “공소외 14가 위 공소외 2에게 2002. 6월경 공소외 2에게 공사편의 등의 대가로 함께 4,150만원의 현금을 제공한 사실이 있다”는 취지의 진술기재 부분이 증인 공소외 14가 공소외 17의 이 법정에서의 각 진술보다 더 신빙성이 있다고 판단된다.

또한, 증인 공소외 2의 이 법정에서의 진술은, 2002. 6. 자신과 공소외 14의 부인과의 금전차용관계에서 비롯된 공소외 14의 진술로 인하여 육군본부 고등검찰부의 조사가 있게 되자 피고인에게 “뭐 아는 것이 있느냐”라고 물었고, 이에 피고인은 “아는 것이 없다.

문제가 있으면 해군으로 넘기지 않겠느냐”라고 조언하여 주었을 뿐이며, 공소외 2는 스스로 공소외 14측과의 접촉을 통하여 금전차용문제에 대한 해결을 취함과 동시에 자신이 알고 있던 공소외 20 변호사를 통하여 육군본부 고등검찰부를 접촉하게 하여 자신에 대한 조사를 중단시킨 것이라는 취지이나 증인 공소외 2의 이 법정에서의 진술은 공소외 20 변호사의 선임 경위에 있어서 진술의 일관성이 없는 등 그 진술의 태도나 과정에 비추어 신빙성이 매우 떨어져 믿기 어렵다고 판단된다.

또한, 증인 공소외 4의 진술과 피고인의 진술 중 어느 진술이 더 신빙성이 있는지에 대하여 살펴볼 필요가 있는 바, 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 2002년 당시 육본 고등검찰부에서의 공소외 2 내사 사건을 누구를 통하여 먼저 인지하게 된 것인지 여부, 당시 피고인의 공소외 4 부장 사무실에서의 방문 여부, 공소외 4 부장의 전화통보후 피고인의 태도 등에 대하여, 증인 공소외 4의 각 진술은 검찰이래 이 법정에 이르기까지 피고인보다 더 일관된 점에 비추어 위 사항에 대하여 일관성이 없는 피고인의 각 진술보다 더 신빙성이 있다.

따라서 당시 육군본부 고등검찰부장인 공소외 4나 검찰수사관인 공소외 13에 비하여 피고인이 공소외 2에 대한 어떤 범죄혐의를 인지하기에는 피고인에게 전달된 정보 내지 자료가 너무나 모호하거나 간접적인 것이었다는 피고인

및 변호인의 주장은 이유없다.

- 5) 공소외 2에 대한 공소외 4 부장의 내사종결이 공소외 20 변호사의 활동을 통하여 된 것이므로 직무유기가 없었다는 주장에 대한 판단

이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 2002. 6. 28. 공소외 4 부장과 전화통화 및 그 후 2~3차례 방문을 통하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였다는 사실을 피고인이 이미 인지한 사실이 인정되고 피고인이 공소외 4부장의 사무실을 찾아와서 "사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다"라는 취지로 이야기 하여 그 직무를 의식적으로 방임한 사실에는 변함이 없는 이상 그 이후 육군 고등검찰부에서 내사종결이 가사 공소외 20 변호사의 활동을 통하여 최종적으로 종결이 되었다고 하더라도 피고인의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 구성요건을 충족시킴에는 큰 영향이 없다고 할 것이어서 이 부분에 대한 피고인 및 변호인들의 주장은 피고인의 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 구성요건과는 관련이 없는 주장이라고 할 것이다.

따라서 이 부분에 대한 피고인 및 변호인들의 주장도 이유 없다.

(다) 당심의 판단

- 1) 공소시효의 완성 및 공소권 남용(차별적 공소제기) 주장에 관한 판단

가) 직무유기죄는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있는 바, 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위상태가 계속되는 한 가별적 위법상태는 계속 존재하는 것인바(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도675 판결 참조), 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 피고인의 해군 고등검찰부장 재직기간은 1998. 1. 24. 부터 2003. 12. 10.까지인 사실을 알 수 있고, 이 사건 공소제기 일자는 공소시효기간 7년 이내인 2009. 11. 20.이므로 원심이 본건 범행에 대한 공소시효가 완성되지 않았다고 판단한 것은 정당하고, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 검찰관이 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나(2004. 4. 27. 선고 2004482 판결 참조), 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적으로나마 어떤 의도가 있어야 한다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결 등 참조). 원심은, 검찰관이 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원의 신분을 가진 당시 육군 고등검찰부장 중령 공소외 4가 육군 고등검찰부 검찰수사관인 준위 공소외 13 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 보고 받아 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) 혐의사실을 인지한 사정을 알 수 있으나, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면 검찰관의 위와 같은 조치가 공소권을 남용한 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이 사건에서 검찰관의 공소제기가 자의적인 공소권 행사로 인하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 볼 수 있을 만한 객관적인 근거가 없어, 이러한 원심의 판단은 정당하여 수긍할 수 있어 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

2) 공소장변경 없는 사실인정(불고불리 원칙 위배) 주장에 대한 판단

피고인의 방어권행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 법원이 공소장변경절차를 거치지 않고 다르게 인정하였다 할지라도 불고불리의 원칙에 위반되지 않는다(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도970 판결, 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도1060 판결 등 참조).

기록에 의하면, 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 관하여 공소장에는, "육군 고등검찰부장으로 근무하던 중령 공소외 4에게 위 사건을 해군 검찰부에 이첩하지 않을 것을 부탁하는 등 위 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다"로 되어있는 것을 "육군 고등검찰부장인 중령 공소외 4로부터 해군관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였음에도 불구하고 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하고, 오히려 '사건을 보내지 말라'는 취지로 전화통화를 하고, 그 후 육군 고등검찰부장의 사무실을 방문하여 위 '사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다'는 취지로 이야기 하는 등 부탁하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다"라고 인정하였으나, 기록에 의하여 살펴보면, 이는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 특수직무유기행위의 태양을 보다 구체적으로 상세히 특정한 것이거나 또는 불명확한 점을 바로잡은 것에 지나지 아니할 뿐만 아니라, 피고인은 원심에서 이 부분의 공소사실을 다투었고, 그에 관하여 심리가 충분히 되어 있음이 인정됨에 비추어, 원심이 공소장변경절차를 거치지 않고 공소사실과 다르게 사실을 인정하였다 하더라도 그것이 공소사실의 동일성의 범위를 벗어날 정도로 기본적 사실관계를 달리 하는 것이라든지, 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 준 것도 아니라 할 것이다.

따라서 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 사람을 인지하지 않았다는 주장 및 직무를 유기하지 않았다는 주장에 대한 판단

가) 판단

범죄인지란 수사기관이 각종 수사의 단서에 의하여 곧바로 또는 내사의 과정을 거쳐 적극적·능동적으로 범죄혐의를 인정하고 수사를 개시하는 처분으로 수사개시를 위한 범죄혐의는 수사기관의 주관적 혐의를 의미하고 아직 객관적 혐의로 발전함을 요하지는 아니하나 어느 정도 구체적인 사실에 근거를 두어야 하고, 검찰관이 어떤 사건에 대하여 범죄혐의가 인정되면 인지절차를 통하여 사건을 수리 즉, 입건하여야 하며, 사건의 수리 후 혐의자는 피의자가 된다.

이를 입건이라고도 한다.

검찰관은 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치도록 되어 있으므로 특단의 사정이 없는 한 수사기관이 그와 같은 절차를 거친 때에 범죄인지가 된 것으로 볼 것이나, 범죄의 인지는 실질적인 개념으로서 검찰관은 그와 같은 절차를 거치기도 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고, 그 뒤 범죄인지서를 작성하여 사건수리절차를 밟은 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것이 아니다(대법원 1989. 6. 20. 선고 89도648 판결 참조).

한편, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제15조의 특수직무유기행위는 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반의 범죄사실을 인지하는 경우 이에 대한 범죄인지서를 작성하고 범죄수사를 하여야 할 직무가 있음에도 불구하고 정당한 이유 없이 위와 같은 조치를 취하지 아니하는 경우에도 그 범죄의 성립이 인정되는바(대법원 1984. 7. 24. 선고 84도705 판결 참조), 그렇다면 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서 말하는 '인지'란 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 동법 소정의 죄를 범한 자라는 '정을 알면서도' 또는 '범인을 알면서도'라는 의미로서 실제로 동법 소정의 범죄를 범한 자라는 것을 인식하면 족하며, 범인의 성명이나 범죄의 구체적인 내용을 알 필요는 없다 할 것이고, 범죄를 범한 자는 범죄의 혐의를 받아 수사가 진행 중인 자나 아직 수사의 대상이 되지 않은 자도 여기서 말하는 죄를 범한자에 포함되는 것으로 피의자·피내사자, 참고인 조사 및 물적 증거 수집 등 실질적인 수사를 개시하는 행위가 있어야 비로소 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서의 '인지'가 있었다고 볼 수 있는 것은 아니다.

한편, 직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는 데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식 하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립한다(대법원 1997. 4. 22. 선고 95도748 판결, 대법원 1999. 11. 26. 선고 99도1904 판결 등 참조). 그리고 이러한 직무유기죄는 공무원이 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니라, 직무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니함으로써 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 구체적인 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립하는 것이므로, 공무원의 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우에는 직무유기죄는 성립하지 아니하며, 또한 어떠한 형태로든 직무집행의 의사로 자신의 직무를 수행한 경우에는 그 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 것은 아니다(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도657 판결, 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1390 판결 등 참조).

나) 위 가)항의 법리에 비추어 위 공소사실, 즉, 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인지하였음에도 불구하고 오히려 공소외 4에게 사건을 해군에 이첩하지 말라고 부탁하는 등 사건을 무마시켰다는 것이 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에 해당하는 것인지에 관하여 살피건대, 원심은 판시 증거에 기초하여 그 판시 사정을 들어 피고인은, 평소 친분이 있던 위 공소외 2로부터 육군 고등검찰부의 공소외 2에 대한 내사사건에 대하여 "알아봐 달라"고 부탁을 받은 후, 2002. 6. 28.경 당시 육군 고등검찰부장인 중령 공소외 4로부터 해군관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였음에도 불구하고 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하고, 오히려 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다고 하여 유죄를 인정하였으나, 원심 판시의 사정들을 여러 정황에 비추어 볼 때, 검찰관이 제출한 증거만으로는 아래 다)항에서 보는 바와 같이 피고인이 이 사건 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄의 범죄 혐의사실을 실제로 알았다거나 그러고도 구체적으로 그 직무를 회피하여 수사를 하지 않았다고 단정할 수 없고, 비록 피고인이 위 공소외 2의 범죄 혐의사실을 사건이첩이나 인지보고서를 작성하는 등의 방법으로 신속, 적절하게 수사하지 않았다 하더라도 이를 두고 특정범죄가중처벌등에관한법률(특수직무유기)죄에 해당한다고 할 수 없다.

다) ① 공소장 기재 이 부분 공소사실을 살펴보면, 피고인은 2002. 6.경 평소 친분이 있던 공소외 2가 건설업자 공소외 14로부터 육군본부 문서고 페인트공사 등 4건의 군 발주 공사에 대한 공사계획자료 제공 및 공사편의를 알선하여 주는 대가로 현금 합계 4,150만원을 수수한 혐의로 육군 고등검찰부에서 내사를 받고 있어 위 내사사건을 무마하여 달라는 취지의 청탁을 받았으며, 이러한 경우 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취했어야 했는데 정당한 이유 없이 직무를 유기하였다는 것으로서, 공소사실 자체만으로 보자면, 피고인이 구체적으로 어느 시점에서 어떤 상황에서 어떤 경위를 통하여 공소외 2가 위 범죄를 범한 자임을 인식하였는지 잘 나타나지 않으며, 아래 ②항에서 보는 바와 같이 공소외 4의 법정진술 및 수사기관 진술기재에 의하여도 2002. 6.경 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 의도적으로 직무를 유기하였다고 단정할 수 없다(실제로 원심에서 피고인 및 변호인 측은 이 부분 공소사실에 대하여 이의를 제기하고 다투었는바, 원심은 공소사실과 달리 피고인이 공소외 4로부터 전화로 통보받아 인지한 것으로 범죄사실을 수정하여 인정하였다).

② 원심 판시 이 부분 범죄사실은, 피고인이 육군 고등검찰부장 공소외 4로부터 해군 관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였다는 것으로 이에 부합하는 직접증거로 공소외 4의 법정진술 및 수사기관 진술조서의 기재를 들고 있으며, 그 진술내용은 2002. 6.경 공소외 13으로부터 공소외 14에 대한 진술조서 내용을 보고를 받은 후 피고인에게 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다고 하는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내주겠다는 이야기를 하였으나 피고인이 전체적으로 꺼리는 듯한 태도를 보여 사건을 보내지 말라는 취지로 부탁을 하여 사건을 해군으로 이첩하지 않았다는 것이나, 이와 같은 공소외 4의 진술은 추상적이거나 추측에 기한 것들에 불과하여 공소외 4의 이러한 취지의 진술만으로 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 이를 일부러 수사하지 않았다고 인정할 수 없다 할 것이다.

즉, 공소외 4는 수사기관에서 2002. 6. 28.경 공소외 13으로부터 공소외 2의 뇌물수수 관련 공소외 14의 진술조서 내용을 보고 받은 후 당시 해군 고등검찰부장인 피고인에게 전화를 걸어 공소외 2의 뇌물수수 사건을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 피고인은 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보여 해군으로 보내지 않았으며, 이와 관련하여 한 번 정도 자신의 사무실로 찾아 왔으나 피고인이 원래 말을 명쾌하게 하는 스타일이 아니기 때문에 이 사건과 관련하여 구체적으로 어떠한 이야기를 했는지 정확한 기억은 없다는 취지로 진술하였는데(증거기록 제315면 내지 319면 참조), 공소외 4는 군검찰 조사시 피고인에게 전화로 알려 준 사건 내용에 대하여는 " 피고인 대령에게 우리가 이러한 사건을 인지하였는데, 위 사건 기록 전체를 이첩하여 주겠다는 취지로 이야기하였습니다", " 피고인 대령이 말을 명쾌하게 하는 스타일이 아닙니다.

당시 저를 찾아와서 이야기를 나누었다면 사건 관련하여 이야기를 하였을 텐데 정확한 기억은 없습니다", "당시 제가 사건 이첩을 위하여 이첩 이전에 업무 협조 차원에서 당시 해군 고등검찰부장인 피고인에게 사건에 관하여 이야기를 하였습니다.

그 전화를 하였던 당시 피고인 대령이 사건을 보내지 말라는 취지로 이야기를 하였습니다.

하지만 어떠한 이유로 보내지 말라고 하였는지는 정확히 기억이 나지 않습니다"라고 진술하였고, 해군에 사건을 이첩하지 않는 결정에 대하여 피고인이 미친 영향에 대하여는 "당시 사건을 이첩하여도 곧바로 사건 처리가 될 것

같지 않다는 생각을 하였고, 이에 법무감에게 일단 해군 고등검찰부장이 사건 이첩을 하지 않았으면, 좋겠다고 한다는 내용의 보고를 하였습니다.

이에 당시 법무감께서는 그렇다면 굳이 보낼 필요 없다는 취지로 말씀하셨고, 이에 고등검찰부에서 위 사건을 보관하게 된 것입니다", "그 당시 해군의 수사이지가 없다고 보여 사건 수사를 진행하지 않았고, 제가 고등검찰부장 직책을 떠나면서 위 사건에 대하여 잊고 있어서 결국 공소시효가 도과되었습니다.

지금 생각해보니 국방부 검찰단으로 즉시 이송하는 것이 옳았다고 생각합니다"고 진술하였다.

원심법정에서는 피고인에게 전화로 사건 내용을 통보해준 경과에 대하여 "진술조서를 보고 난 후 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내겠다고 알려주었습니다", "(공소외 14에 대한 참고인조서나 관련 수자기록을) 보여 달라고 요구를 하지 않았기 때문에 보여준 기억은 없습니다.

만약에 보여 달라고 하였다면 당연히 보여 주었을 것이나 스스로 보라고 제가 억지로 보여 준 기억은 없습니다"라고 진술하였고, 피고인과의 전화 통화나 피고인이 사무실을 방문하여 나눈 대화가 구체적으로 어떠한 내용인지에 대하여는 "정확한 상황은 구체적으로 기억하기 어렵습니다.

피고인이 어떤 내용을 명쾌하게 말하는 스타일도 아니었고, 당시 사용했던 용어도 기억나지 않습니다.

다만, 전체적인 취지가 사건을 해군 검찰부로 보내는 것이 적절하지 않다 또는 보내지 않았으면 좋겠다는 취지였던 것 같습니다", "(피고인 방문의 핵심 요지가 공소외 2 건을 해군에 보내지 마라라는) 그러한 목적을 가지고 왔었는지 정확하게 한마디로 이야기하기 어렵지만 전체적으로 전화 통화할 당시의 태도나 그 이후의 태도 등으로 보아서 보내는 것에 대해 꺼리는 듯 해 보였습니다"라고 진술하였고, 피고인에게 전화 통화를 할 당시 피고인이 공소외 2의 내사사건에 관하여 어느 정도나 미리 알고 있었다고 생각하는 지에 대하여는 "어느 정도 알고 있었는지에 대하여는 제가 판단할 수 있는 상황이 아니었습니다.

공소외 14에 대한 진술조서를 보면 피고인이 전화를 걸어서 사건을 확대시키지 마라라는 진술이 나오는데, 공소외 14의 진술이 사실이라면 그것으로 미루어 볼 때는 피고인이 저보다는 먼저 알고 있었을 수도 있는 것입니다"라고 진술하였고, 피고인이 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보인 이유를 물어 보았는가요라는 질문에 대하여는 "그 부분은 묻지 않아도 어떤 곤란한 이유가 있을 것으로 짐작이 되었고, 말 못할 사정이 있겠거니 생각을 하였습니다.

그리고 해군과 육군 사이에 그런 것을, 상대방의 어떤 요청을 무시해가면서 사건을 보내서 곤란하게, 어찌 보면 사건을 받으면 곤란해질 수 있다는 느낌 때문에 보내지 말라라는 부탁을 한 것으로 기억이 되고, 그 당시에 크게 깊이 생각을 하지 않았기 때문에 그렇게 결정을 한 것입니다.

요즘의 분위기나 업무처리 관행을 보면 있을 수 없는 것처럼 보이겠지만 그 당시에는 그렇게 판단을 하였고, 그것 말고는 다른 이유가 없는 것입니다", "그 당시에 이 사건에 대해서 크게 고심했던 것이 아니기 때문에 전반적으로 기억이 희미합니다"라고 진술하였는바, 원심에서 위와 같은 공소외 4의 진술은 피고인과의 전화 통화시 피고인이 구체적으로 어떤 말을 했는지는 기억이 나지 않으며, 이후 피고인이 1번 내지 2번 정도 자신의 사무실을 방문하여 대화를 나누었지만 정확한 내용은 기억이 나지 않으나 전체적인 취지가 사건을 해군검찰부로 보내는 것이 적절치 않다는 이야기인 것 같고, 자신이 피고인에게 전화를 걸었을 때 이미 피고인은 공소외 2 관련 사건 내용을 어느 정도 알

고 있었을 것으로 생각하는데 그 이유는 공소외 14의 진술조서를 보면 공소외 14가 피고인으로부터 사건을 확대시키지 말아달라는 내용의 전화를 받았었다고 진술한 부분이 있어 그것이 사실이라면 피고인이 자신 보다 먼저 알고 있었을 것이라고 추측하는 듯한 진술에 불과하고, 결과적으로 피고인이 어떠한 이유에서 사건을 받기를 꺼리는지를 물어보거나 공소외 14의 진술조서 등 관련 기록을 보여주진 않았으며, 해군에 보낸다 하더라도 제대로 수사가 될 것 같지 않다는 판단 하에 육군 법무감에게 보고 한 후 기록을 자체 보관하는 것으로 결정하였으며, 이 사건 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실에 대하여 육군고등검찰부에서 절차에 따라 입건하거나 내사사건으로 수리하지는 않았다는 것이다.

당심법정에서는 "사실 전화통화로 어떤 말을 주고받았는지 대하여는 지금 제대로 기억하기가 어려운데 일반적으로 사건내용을, 우리 육군 수사관이 획득한 수사 그러니까 범죄자료에 해당하는 것인데 이러한 진술서와 진술조서, 그 사건의 내용, 그 서류의 내용에 공소외 14라는 사람이 있고, 그 다음에 공소외 14가 해군 소속 군무원에게 공사 관련해서 돈을 주었다는 부분을 진술하고 있다는 부분은 범죄사실에 대한 통지를 하기 위한 전화였기 때문에 그런 부분들은 포함을 해서 알려주었을 것으로 생각합니다", "(피고인과의 전화 통화시 나는 대화 내용을 구체적으로 표현하면) 전체적으로 주고 받은 내용을 기억하기는 어렵지만 지난번 1심 법정에서도 보내지 말라는 취지의 답을 들었다고 했지만 좀 더 구체적으로 말을 한다면 내가 말하듯이 보내지 말라라 이런 것이 아니었고 대구 지방 사람이기 때문에 대구 말씨가 강한데 '뭐 하러 보내시렵니까?' 또는 '뭐 하러 보내려 하십니까?' 그런 식의 말을 들었기 때문에 이 사건을, 이 기록을 받아가기를 원치 않는다.

어떤 수사하고자 하는 그런 관심이 좀 없다는 그런 느낌을, 그런 생각을, 판단을 했기 때문에 사실 기록을 바로 송부하지 않았고 가지고 있도록 한 것입니다"라고 진술하였으나 위와 같은 "뭐 하러 보내시렵니까? 또는 '뭐 하러 보내려 하십니까?'라는 대화 내용은 수사기관 조사단계부터 원심법정에 이르기까지 한 번도 나오지 않았는데 그 용어가 확실한 건가요라는 변호인의 질문에 "그 당시에 기억은 사실 지금도 어떤 말을 먼저 했고 어떤 말을 답으로 들었고 그렇게 기억할 수 없는 것인데 구체적인 단어를 써 가면서 핵심적인 용어를 좀 말해보라 한다면 그 정도..."라며 진술하였는데, 결국 공소외 4는 피고인과의 전화통화 및 사무실 방문시 어떠한 내용의 대화를 하였는지는 기억이 나지 않으나 피고인이 사건을 보내지 말아달라는 취지의 이야기를 한 것 같으며, 전체적으로 볼 때 피고인이 사건을 이첩받기를 꺼리는 듯한 모습이었던 원심법정에서의 진술과 기본적으로 일관되게 진술하면서, 통상적으로 검찰기관에 종사하는 사람들은 이런 사건이 있으면 호기심을 가지고 그 내용이 무엇인지 빨리 보고 싶어 하고, 구체적인 서류가 있다면 서류를 보내달라고 하든지 하는 반응을 보이는데, 당시 피고인은 그와 같은 반응을 보이지 않았고, 당시 공소외 14의 처 공소외 17이 공소외 14의 진술조서는 검찰수사관인 공소외 13의 강압수사로 인한 공황상태에서 사실과 다른 진술을 한 것이므로 조서 자체를 없애 달라는 항의방문을 하는 등 참고인 진술조서의 증거능력 유지가 어려워 수사를 하기에 어려운 사건이 아닌가 하는 판단도 있었던 것 같다고 진술하고 있는바, 그렇다면 공소외 4의 이러한 취지의 진술만으로 피고인이 실제로 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 이를 일부러 유기하였다고 단정할 수는 없다 할 것이다.

③ 한편, 이 사건 공소사실을 뒷받침할 만한 간접증거로는 공소외 14, 13, 3의 각 수사기관 진술 및 법정진술이 있으나, 아래에서 보는 바와 같은 사유로 이부분 공소사실을 인정하기에 부족하다.

우선, 공소외 14는 2002. 6. 28.경 수사기관에서는 공사계획자료 제공 및 공사편의 대가로 공소외 2에게 함께 금 4,150만원을 교부하였다고 진술하였고(피고인은 공소외 14의 진술조서와 관련하여 원심법정에서 공소외 14는 진술조서의 일부에 대한 실질적 진정성립을 부인한 것이 아니라 강압수사를 이유로 진술조서 전체의 임의성을 부인한 것이라고 주장하나 원심의 판단을 기록과 대조하여 살펴보면 공소외 14의 수사기관에서의 진술은 임의의 진술로 인정되고 달리 그 진술이 피고인의 주장과 같이 임의성이 없다거나 이를 의심할 만한 사유가 있다고 인정할 만한 증거를 찾아 볼 수 없어 위 공소외 14의 진술조서가 임의성이 없어 증거능력이 없다는 피고인의 항소논지는 그 이유가 없다), 원심법정에서는 증인으로 출석하여 위 금원의 성격이 대차관계라고 하면서도 이 금원 수수가 문제가 된 2002. 6. 28. 이후 공소외 2로부터 차용금을 돌려받았으며, 2002. 6. 28. 자 진술조서상 공소외 2에게 공사계획자료 제공 및 공사편의 대가로 4,150만원을 제공하였다는 부분은 원진술자가 진술한대로 기재되어 있으나 "해군 고등검찰부장으로부터 2002. 6. 13.~15.경 2번 전화를 받은 사실이 있습니다.

그 내용은 안부 전화였으나 사건을 확대시키지 말라는 취지의 전화를 받았습시다"라는 부분은 진술한대로 기재되어 있지 않다고 진술하였는데, 원심은 이에 대하여 위와 같은 해군 고등검찰부장이 전화로 사건을 더 이상 확대하지 말라는 취지로 이야기하였다는 부분에 대하여 이를 부인하는 공소외 14의 법정진술은 진술의 신빙성이 매우 떨어짐에도 불구하고 실질적 진정성립을 부인하였으므로 증거능력이 없다고 판시하였으나, 살펴건대, 공소외 14는 원심법정에서 2002. 6. 13.경 공소외 13이 자신의 사무실로 방문조사를 하겠다는 전화를 하면서 방문시간을 확인하던 중에 혹시 해군 법무감실에서 전화가 온 적 있느냐라는 질문을 받고 "전화 온 적 없다"고 답변하였는데, 그날 저녁에 방문 조사시 공소외 13이 이미 진술조서 초안을 만들어 와서 읽어보고 도장을 찍으라고 하였는데, 위 진술조서 초안에는 해군 고등검찰부장으로부터 전화를 받았다는 내용도 포함되어 있었고 이에 대하여 공소외 13이 질문을 하자 얼떨결에 전화가 왔다고 답변하였으나 이는 공소외 13 수사관이 자신에게 6. 13. 및 6. 28. 각 전화를 건 것을 답변한 것에 불과하고, 돈 관리는 전적으로 자신의 처인 공소외 17이 하였기 때문에 자신이 정확히 기억하는 것은 별로 없어 검찰관과 변호인의 질문에 정확한 답변을 하지 못한다는 취지로 진술하였고(공판기록 제320면, 제321면 참조), 이와 관련하여 당시 공소외 14의 진술조서를 작성한 공소외 13은 당시법정에서 2002. 6. 28. 공소외 14를 조사하기 전에 미리 질문사항을 노트북에 적어 가지고 갔으며, 준비해간 질문사항을 물어본 후 그 진술한 내용을 받아 적었고, 위 진술조서를 받은 뒤에 며칠 후 공소외 14가 사무실에 1~2번 찾아와서 진술을 번복할 테니, 사실과 다르니 다시 진술하게 해 달라는 요청을 하였지만 거부하였으며, 그렇다면 해군 고등검찰부장 부분이라도 빼 달라는 이야기를 한 사실이 있다고 진술하면서, 진술조서를 받은 구체적인 방법에 대하여는 "여기 제가 진술조서 받은 상에는 계획자료라든가 뭐를 제공하고 그런 부분은 안 나옵니다.

여기 계획자료이라든가 뭘로 안 나왔고 그때 당시 진술내용이 하여튼 편의를 봐줘 가지고, 그 양반이 하는데, 공소외 14는 초등학교 뿐이 안 나온 걸로 기억이 됩니다.

그래가지고 예를 들어서 무시를 하는 것이 아니라 사실은 A라는 질문을 해도 '예', B라는 해도 '예'하고 겁을 많이 먹는 사람입니다.

착해 가지고 참 순진한 사람이에요. 그 모든 업무를 와이프가 다 합니다.

공소외 14는 시키는 대로 합니다.

거의"라며 진술하였다.

그렇다면 위에서 살펴본 바와 같이 공소외 13이 공소외 14의 진술조서를 받을 당시 노트북에 질문사항만을 미리 작성해 같다는 취지로 진술하지만 실제로는 육군복지근무지원단 경리실장인 중령 공소외 16의 부대 계약 관련 범죄 혐의를 수사하던 중에 공소외 14와 관련한 첩보를 입수하고 이를 확인하는 내용의 질문사항과 공소외 14의 예상 답변까지도 미리 준비해 간 것으로 보이며, 기록에 첨부된 공소외 14의 진술조서(증거기록 제1216면 내지 1221면 참조)의 내용은 초등학교만을 나온 공소외 14의 학력이나 위와 같은 공소외 13의 진술 등에 비추어 볼 때, 공소외 14 혼자만의 생각으로 진술하였다고 보기에는 이례적으로 상당히 구체적이고 논리적이며, 세부적인 사항에 대하여도 상세하게 기재되어 있어 질문에 대한 예상 답변 내용이 어느 정도 작성된 진술조서 초안을 보면서 진위(眞僞)를 확인하는 방법으로 위 진술조서가 작성된 것이라는 취지의 공소외 14의 진술에 부합하는 점, 공소외 13도 당심법정에서 명시적으로 진술조서의 답변내용을 미리 작성하였다고 인정하진 않았으나 공소외 14가 초등학교 정도를 졸업한 사람으로 질문하는 사항의 의미가 정확히 무엇인지 인식하지도 못하면서도 모두 인정하였다는 것이나 편의를 봐주었다는 의미 또한 같은 취지로 이해할 수 있어 결국 공소외 14의 위 진술조서상의 해군검찰부장이 사건을 확대하지 말라는 취지의 전화를 받았다는 기재 부분은 원심법정에서 공소외 14가 진정성립을 부인하여 그 증거능력이 없고, 공소외 2에게 공사편의 등의 대가로 합계 4,150만원의 현금을 제공하였다는 기재 부분도 공소외 14가 임의성 및 진정성립을 각 인정하여 증거능력은 인정될 것이나 위에서 살펴 본 바와 같이 공소외 14의 진술조서 작성 경위, 공소외 14와 그의 처 공소외 17과의 관계 등에 비추어 볼 때 수사기관에서의 공소외 14의 진술은 선뜻 믿기 어려워 신빙성이 없다 할 것이고, 공소외 14의 법정진술 또한 당시 공소외 2와의 금전거래를 비롯한 사업 관련 자금 관리를 전적으로 공소외 14의 처인 공소외 17이 하는 관계로 정확한 돈거래 성격은 알지 못한다는 취지에 불과하여 이 사건 공소사실 부분에 대한 유죄의 증거로 삼기에 부족하다.

또한, 공소외 13은 수사기관에서부터 당심에 이르기까지 이 사건 공소사실 부분에 대하여 기본적인 골격에 있어서 대체로 일관되게, 2002. 6. 28. 공소외 14에 대한 조사를 마친 후 곧바로 당시 육군 고등검찰부장인 공소외 4에게 조사내용을 보고하면서 해군관할사건이므로 절차에 따라 정식 입건하여 수사를 더 하거나 해군에 이송처리 하자는 취지로 건의하였고 공소외 4부장의 사무실에 결재 때문에 들어갔을 때 피고인을 2~3번 정도 본 기억이 있으나, 그 전에는 피고인을 본 적이 없으며, 그 후 공소외 4 부장으로부터 사건을 이송하지 말고 자체 종결하라는 지시를 받아 수사자료를 그대로 존안하였다는 것으로 이는 공소외 4가 공소외 2의 알선수재 범죄 혐의사실을 해군에 이첩하지 않은 경과에 대한 진술일 뿐 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인식하였는지에 대한 직접 증거가 아니어서 증거로 삼기에 부족하다.

한편, 공소외 3의 군검찰에서의 진술은 공소외 2가 국방대학교 교육 중에 "죽을뻔 한 일이 생겨 밤에 계룡대에 내려왔다 서울로 갔다"는 취지의 말을 공소외 2로 들었다는 진술일 뿐 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인식하였는지에 대한 직접 증거가 아니어서 이 또한 증거로 삼기에 부족하다.

④ 더욱이, 위에서 살펴 본 바와 같이 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서 달하는 '인지'란 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 동법 소정의 죄를 범한 자라는 '정을 알면서도' 또는 '범인을 알면서도'라는 의미로써 실제로 동법 소정의 범죄를 범한 자라는 것에 대한 인식이 있었음을 요한다 할 것인바, 비록 피고인이 공소외 4로부터 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 피고인은 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보이며, 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 한 점, 피고인과 공소외 4는 같은 군법무관 동기생이나 특별한 친분관계가 없어 평소 전화 통화를 하거나 사무실을 방문하는 등의 교류가 거의 없었는데 이 사건과 관련하여 공소외 4의 전화를 받은 후 공소외 4의 사무실을 방문한 점, 공소외 2가 육군 고등검찰부에서 자신에 대하여 내사 중인 사실을 공소외 14의 처 공소외 17로부터 전해 듣고 당시 친분이 있던 피고인에게 아는 것이 있는지 물어본 후 피고인이 변호사를 통해서 잘 해결하라 또는 동기생 중에 공소외 20 변호사가 있는데 육군고등검찰부장의 동기생이니깐 한번 물어보라 등의 조언을 해 준 점 등 피고인과 공소외 2 간의 유착관계가 의심되는 여러 사정을 인정할 수 있는바, 그렇다면 수사업무에 종사하는 해군 고등검찰부장인 피고인의 입장에서 범죄에 대한 신빙성 있는 정보 내지 첩보를 확인하는 경우에 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정할 때에는 즉시 수사에 착수하여야 할 것임에도 불구하고 육군 고등검찰부장인 공소외 4가 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보이며, 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 하였다는 것인바, 이는 공무원으로서 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우가 아니라 수사업무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니한 경우에 해당되어 형법 제122조의 직무유기죄의 범죄가 성립될 여지가 있으나, 이 때문에 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하거나 그러고도 직무를 유기하였다고 추단할 수는 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고, 이와 달리 이 부분 공소사실을 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄로 인정한 원심 판결은 사실을 오인한 위법이 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

라) 소결론

따라서 피고인의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

(2) 강요방조의 점

(가) 공소사실의 요지

건설업체인 공소외 21 주식회사는 2001년경부터 2005년경까지 해병대사령부 공사대금 22억 3,800만원 상당을 비롯하여 해군 및 해병대 발주공사 23건 공사대금 합계 147억 7,200만원 상당을 수주·시공하였다.

관련자 공소외 6은 공소외 22로부터 2004. 10. 15.경 1,000만원, 2005. 5. 4.경 2,000만원 합계 3,000만원을 관련자 공소외 2가 제공한 공소외 23 명의의 공소외 2의 차명계좌(계좌번호 2 생략)로 송금받았고, 2005. 5.경 공소외 2는 같은 사무실에 근무하던 피해자 해군 6급 군무원 공소외 3(여, 39세)이 전세금이 부족하자 공소외 23에게 지시하여 위 송금액 중 2005. 5. 4. 송금된 금 2,000만원을 피해자에게 빌려주도록 하여 피해자는 이를 전세자금으로 사용하였다.

2006. 3. 10.경 공소외 6이 위와 같이 공소외 22로부터 금전을 송금받은 사실에 대해서 국방부검찰단으로부터 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 혐의로 내사를 받게 되자, 관련자 공소외 2와 같은 공소외 6은 위와 같은 자신의 범죄 혐의사실을 은폐하기 위하여 법률전문가인 피고인에게 문의하였고, 피고인과 공소외 2, 6은 피해자가 공소외 23으로부터 금원을 차용하였을 뿐 공소외 6의 배우자인 공소외 24 및 피해자의 친구들로부터 금원을 차용한 사실이 없음에도 불구하고, 피고인, 공소외 2의 직위 및 직무를 이용하여 피해자로 하여금 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금전을 차용한 후, 친구들로부터 다시 금전을 차용하여 위 공소외 24에게 변제한 것으로 하는 허위사실을 진술하도록 공모하였다.

위 공모에 따라, 피고인과 공소외 2, 6은 2006. 6. 일자불상 경 불상의 장소에서 상호 의사연락하여 위와 같은 허위사실이 기재된 공소외 6명의 소명서와 피해자 명의의 소명서를 각 작성한 후 공소외 6 명의의 허위 소명서는 2004. 6. 8. 국방부 검찰단 수사관 공소외 79에게 제출하고, 피해자 명의의 소명서는 공소외 2가 이를 피해자에게 전달하여 허위진술을 위하여 그 내용을 숙지하게 하였다.

한편, 피고인과 공소외 2는 같은 달 일자불상 저녁경에 충남 계룡시 엄사리 소재 ○○○주점에서 피해자를 불러 "조만간 국방부검찰단에 소환될 것인데, 조사 시 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금 2,000만원을 차용하였고, 다시 친구들로부터 금전을 재차용하여 위 공소외 24에게 변제하였다고 공소외 2가 피해자에게 전달하여 이미 전달한 소명서의 내용과 같은 허위 진술하라."라는 취지로 말하였다.

이에 피해자가 "변제금을 친구로부터 빌린 것으로 하라고 하였는데, 검찰관이 언제까지 갚기로 한 것이냐고 물으면 어떻게 답을 해야 하는가?"라고 묻자, 피고인이 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아라고 했다고 허위 진술하라"라고 말하여 피고인의 직위와 직무를 이용하여 마치 그녀가 수사기관에 허위진술을 하는 것이 법적으로 아무런 문제가 없으며 공소외 2의 허위진술 요구에 응하지 않으면 오히려 피해자의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할 것 같은 태도를 보임으로써 그녀를 외포하게 하여 허위진술을 할 수밖에 없도록 하였다.

계속하여 위 공모에 따라, 공소외 2는 2006. 7. 3. 국방부 검찰단에 참고인조사를 받으러 가는 피해자와 동행하면서 피해자에게 "조사를 하는 사람들도 해군이다.

네가 떨면서 말하는지 안 떨면서 말하는지 다 알 수 있다.

"라고 말하여 피해자가 위와 같은 허위진술을 하지 아니할 경우 그 지위 및 직무를 이용하여 그녀의 지위나 신상에 어떤 위해를 가할 것 같은 태도를 보임으로써 그녀를 협박하였으며, 이미 피고인과 공소외 2가 함께 있는 자리에서 허위진술을 할 것을 강요받은 피해자로서는 해군 고위법무관인 피고인과 친한 공소외 2의 지위를 고려할 때, 수사절차 진행과 관련된 위 공소외 2의 말들이 모두 사실이라고 믿을 수밖에 없었고 이로 인하여 더욱 외포되어 허위진술을 하기로 결심을 하였다.

결국 피해자는 위와 같은 피고인과 공소외 2가 공동하여 직위와 지위를 이용하여 행한 협박에 외포당하여, 2006. 7. 3. 국방부검찰단에서 위 공소외 6에 대한 내사사건의 참고인조사를 받으면서 피고인과 공소외 2가 지시한 바와 같이 그 기억에 반하는 허위사실을 진술하고, 위 소명서가 마치 자신이 직접 작성하고 그 내용이 사실인 것처럼 하여 제출함으로써, 피고인은 공소외 2, 6과 공동하여 피해자를 협박하여 그녀로 하여금 의무없는 일을 하게 하여 강요하는데 결정적인 기능적 역할을 수행하였다.

(나) 원심판단의 요지

피고인이 최초 공소외 2에게 소명서 초안을 작성하여 교부하여 줄 때에는 공소외 2 등이 공소외 3을 협박하여 의무 없는 일을 시킬 것이라는 점에 대하여 인지하지 못하였다고 하여도 ○○○주점에서 피고인이 공소외 3에게 '우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아'라고 구체적으로 허위진술로 답변하도록 도움을 준 시점에서는 적어도 공소외 3 피해자가 검찰단에 출두하여 공소외 3이 공소외 2로부터 허위진술의 요구를 받아 공소외 2의 강요에 의하여 허위진술을 하게 될 것이라는 점을 인식한 상태에서 언제까지 상환하여 주기로 하였느냐는 질문에 피고인이 이와 같이 허위사실의 진술을 구체적으로 애기하여 도와주어서 공소외 3이 검찰단에서 허위진술을 하여도 문제가 없는 것이라고 생각을 하도록 하여 공소외 2의 강요죄의 실행을 용이하게 하여 이를 방조하였다.

그러나 피고인이 공소외 2, 6과 함께 공소외 3으로 하여금 의무없는 일을 하도록 강요한 사실에 대한 기능적인 행위 지배가 있다고 보기는 어려워 공소외 2와 공소외 6의 공소외 3에 대한 강요의 공모나 모의한 사실에 대한 증거가 없다는 피고인 및 변호인들의 주장은 이유 있으므로 피고인에게 강요의 공동정범의 죄책을 물을 수 없다.

(다) 당심의 판단

1) 공소장변경 절차 없이 강요의 공동정범을 강요의 방조로 인정할 수 있는 지 여부에 대한 판단

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실 보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다고 할 것이므로 공동정범으로 기소된 범죄사실을 방조사실로 인정할 수 있다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결, 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 등 참조). 원심이 공소장변경 없이 강요죄의 공동정범으로 기소된 피고인을 강요방조죄로 처단한 조치는 위 법리에 비추어 정당하고, 거기에 항소이유로 주장하는 바처럼 공소장변경에 대한 법리오해 등 위법은 없다.

2) 공소외 6의 집에서 압수한 소명자료 등 증거서류의 증거능력 인정에 대한 판단

가) 원심판단

원심은, 압수·수색 절차상의 하자가 영장주의의 취지를 몰각하여 압수물의 증거능력을 부인할 정도에는 이르지 않아 압수물은 증거능력이 있으므로 이를 증거로 채택한다는 증거결정을 하였다.

나) 판단

헌법과 형사소송법 및 군사법원법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라도 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법 절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법 및 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

그러나 이러한 예외적인 경우를 함부로 인정하게 되면 결과적으로 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다는 원칙을 훼손하는 결과를 초래할 위험이 있으므로, 법원은 구체적 사안이 위와 같은 예외적인 경우에 해당하는지를 판단하는 과정에서 위와 같은 결과가 초래되지 않도록 유념하여야 한다.

나아가, 법원이 수사기관의 절차 위반행위에도 불구하고, 그 수집된 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 있으려면, 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 한다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결).

① 영장 원본이 아닌 사본 제시의 위법성 여부

헌법 제12조 제3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 하며, 군사법원법 제159조는 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다고 규정하고 있으며, 동법 제258조에 의하여 수사기관의 압수·수색에 관하여도 준용한다.

또한 여러 통의 압수·수색영장의 청구 및 발부제도가 있으며, 여러 통을 청구 및 발부할 경우 압수·수색영장에 그 사유를 적어야 하며(군사법원법 제120조, 제232조의6), 압수·수색영장은 발부한 법원이 그 집행기관인 검찰관에게 영장의 원본을 교부하여야 한다(군사법원의 소송절차에 관한 규칙 제51조, 제64조). 그렇다면, 압수·수색 처분을 받은 자에게 제시되어야 하는 영장은 특별한 사정이 없는 한 원본을 의미하므로 이 사건에서 군검찰이 공소외 6에게 영장 원본이 아닌 사본을 제시하고 영장을 집행한 것은 군사법원법 제258조를 위반한 것으로 일 위법하다고 할 것이다.

이 사건에서 위법한 부분은 압수·수색영장을 아예 제시하지 않은 것이 아니라 이를 제시하기는 하였으나 원본이 아닌 사본으로 제시하였다는 것인바, 이에 대하여 살펴본다.

우선, 압수·수색영장의 제시제도는 영장주의의 본질이라기보다는 영장주의의 취지를 철저하게 구현하기 위한 것이라고 할 것이고, 이 경우 영장의 원본을 제시하도록 요구하는 것은 영장 사본을 작출하는 과정에서 인위적인 조작이 가해지는 것을 방지하고 상대방에게 영장의 발부사실 및 그 내용을 보다 명백히 확인시킴으로써 위와 같은 압수·수색영장 제시제도를 보다 확실히 하기 위한 방법이라고 할 것이다.

그리고 이 사건 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 다음과 같은 점을 인정할 수 있다.

- ㉗ 군판사에 의하여 이 사건 영장이 발부된 것이 사실이고, 제시된 문서가 영장 그대로의 사본임이 틀림없으며 그 영장의 취지대로 집행이 되었으므로 그 과정에서 영장 사본이 제시되었다는 이유만으로 영장주의의 본질이 훼손하는 중대한 위법이 있다고 할 수는 없는 점, ㉘ 당시 위 영장은 서울에 있는 국방부 보통군사법원에서 발부되었던 것이고, 그 집행장소는 대전에 있는 피고인 공소외 6의 주거 등 영장을 집행하여야 할 곳이 10곳에 이르렀으며, 수사의 긴급성과 밀행성, 특히 여러 장소에 흩어진 다수 물건의 수색·압수, 영장의 발부지와 집행지가 원거리인 경우 등에 있어서의 현실적인 필요성과 직무수행의 어려움 등을 이유로 영장의 원본 집행만을 고수할 수 없는 사정이 엿보이는 점, ㉙ 영장 집행 당시 공소외 6 등으로부터 제시된 영장이 사본이라는 점에 관하여 아무런 이의가 없었을 뿐만 아니라, 집행절차 전반에 관하여도 특별한 이의가 없었던 점, ㉚ 공소외 6의 집에서 압수된 증거서류 중 피고인 작성의 소명서 초안은 공소외 6의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 내사사건의 혐의를 벗어나게 하는데 필요한 소명서 작성의 기초가 되었고, 이를 토대로 작성된 공소외 6 명의의 소명서, 공소외 3 명의의 소명서가 작성

되게 되고, 공소외 3 명의의 소명서는 2006. 7. 3. 공소외 3을 통하여 국방부 검찰단에 제출되고, 소명서 기재내용 대로 허위의 사실을 진술하게 한 내용으로서 피고인의 이 사건 문서들은 피고인의 강요방조에 관한 유력한 증거인 점, ㉞ 무엇보다도 이 부분 범죄사실은, 피고인은 1998. 1. 24.부터 2003. 12. 10.까지 해군본부 법무감실 고등검찰부장으로 근무하면서 위 검찰부 및 해군 예하 보통검찰부의 업무를 지휘·감독하고, 2005. 3. 21.부터 2006. 1. 4.까지 국방부 검찰단장으로 근무하면서 위 검찰단의 업무를 총괄하였으며, 2007. 11. 19.부터 이 사건 관련 보직해임이 되기 전인 2009. 10. 13.까지 해군본부 법무실장으로 근무하면서 해군 군사법 업무를 총괄하였던 자인바, 우리나라의 군사법제도의 특성상 피고인이 역임한 위와 같은 각 직책은 누구보다도 공익을 대표하여 군내 비리를 척결하여야 할 군사법기관의 정점에 위치한 직위임에도 불구하고, 이와 같이 막중한 자신의 직책을 망각하고 공소외 2 등의 공소외 3에 대한 강요죄에 대한 실행행위를 용이하게 하여 공소외 3이 국방부 검찰단 소환조사시 허위진술을 함으로써 공소외 6의 3,000만원 수뢰혐의 부분이 무혐의 처분을 받게 하였다는 내용으로서 그 죄책이 결코 가볍다고 할 수 없는 점 등을 인정할 수 있다.

이와 같은 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등 수사기관의 증거수집과정에서 이루어진 절차위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴보면, 이 사건에서 발견된 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하되 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라고 판단하여 이 사건 문서들을 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다는 원심의 판단은 정당하고, 압수절차의 적법성과 증거능력에 관한 법리를 오해하여 이 사건 압수물을 증거로 채택하였으므로 판결결과에 영향을 미친 원심의 판단은 위법하다는 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

② 압수목록의 불특정과 압수목록교부서상의 기재와 압수조서상의 압수목록 기재가 서로 상이하며 압수·수색 절차상의 하자가 있는지 여부를 살펴본다.

군사법원법 제170조에 의하면 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자·소지자, 보관자 기타 이에 준하는 자에게 교부하여야 하며, 피압수자에게 교부되는 압수목록은 압수경위 및 압수물의 내역을 알 수 있도록 정확하게 기재되어야 하고 압수 즉시 또는 압수 후 신속하게 교부되어야 할 것이다.

이에 원심이 적법하게 조사하여 채택한 각 증거들을 종합하면, 다음과 같은 점을 인정할 수 있다.

㉞ 피압수자에게 압수목록 교부시에는 압수물의 종류와 수량을 특정하여 압수목록을 작성하여야 할 것이나 이와 같은 압수시 압수목록을 교부하도록 한 이유는 압수물의 존부·형상변경 등을 둘러싸고 벌어질 수 있는 여러 논란을 사전에 차단하고, 피압수자들의 압수물에 대한 환부·가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는 데 있다 할 것인데, 이 사건에 있어서 비록 압수목록이 구체적으로 특정되어 있진 않으나 현장에서 공소외 6에게 압수목록을 교부하였던 점, ㉞ 당시 공소외 6의 주거에는 책상이나 박스에 보관 중인 다량의 서류봉투가 있었으며, 각 서류봉투 안에는 파일제목을 하나로 특정할 수 없는 편철되어 있지 않은 수많은 제목의 또는 제목이 없는 문서들이 다량으로 섞여 있어 우선 구체적으로 특정할 수 있는 계좌번호를 기재한 각종 통장, 연도별 수첩, 제품명을 기재한 핸드폰·컴퓨터 등

을 순번을 매겨 기재하다가 공소외 6이 자신의 처와 딸에게 압수·수색과정을 보지 않도록 이들을 집밖으로 내보낸 상황이고, 공소외 6이 자신의 부친이 집으로 올 시간이 다 되었으니 영장집행을 빨리 끝내달라고 재촉을 하여 이를 배려하는 차원에서 압수목록 교부서상 증제번호 제26번 부동산 관련 서류 1개, 증제번호 제27번 서류봉투 1개, 증제번호 제28번 소명서 자료 1개, 증제번호 제29번 서류봉투 1개, 증제번호 제30번 명함서류 1개, 증제번호 제31번 해군일지 수첩 4개, 증제번호 제32번 부동산 매입 차용서 1개, 증제번호 제33번 서류봉투(육군) 1개, 증제번호 제34~제40번 서류봉투로 간략하게 포괄적으로 기재된 압수목록 교부서를 공소외 6에게 교부한 것으로, 수사기관이 압수를 집행하면서 파일제목을 하나로 특정할 수 없는 편철되어 있지 않은 수많은 문서들이 다량으로 섞여 있는 서류봉투 및 문서들에 대하여 다른 서류봉투 및 문서들과 명확히 구별할 수 있는 수사기관 나름대로 편의상 제목을 붙이지 않았다고 하여 이 사건에 있어서 압수목록교부서의 교부시 수사기관의 악의성, 의도성이 있었다고 인정되지 않는 점, ㉔ 압수목록 교부서에 공소외 6이 압수물에 이상 없음을 확인하는 자필 서명을 하였으며, 압수목록교부서의 기재내용에 대하여 이의를 제기하지 않은 점, ㉕ 공소외 6에게 교부된 압수목록 교부서는 가환부된 품목들이 포함되어 있었고, 공소외 25가 복귀하여 압수조서를 작성하는 과정에서 휴대폰이나 컴퓨터 등 가환부된 일부 압수품을 제외하고 남은 압수품의 목록을 구체적으로 작성한 것으로 압수목록 교부서와 압수조서상의 각 기재상에 일부 차이가 있으나 서류봉투의 수나 그 내용에 별다른 차이가 보이지 않는 점, ㉖ 공소외 6은 원심법정에서 자가에서 압수된 공소외 3 작성의 소명서에 대하여 공소외 2로부터 사본을 받아 보관한 것이지 자신이 공소외 3의 명의로 작성한 것은 아니라고 답변하는 등 압수된 소명자료 등 압수물에 대한 실제 작성자가 누구인지 여부, 작성동기, 소지경위에 대하여 진술하였는데, 이는 압수된 각 소명자료들이 자신의 집에서 압수된 것이라는 전제하에서 진술한 것으로 보이며, 특별히 압수물의 존부·형상변경 여부에 대하여 이의를 제기하지 않은 점 등이 인정된다.

그렇다면 군사법원법 제170조의 입법취지를 비추어 볼 때, 압수목록 교부의 상당성을 벗어났다고 보이지는 않으므로 이 부분 압수·수색절차가 위법하다고 할 수 없다.

③ 피고인의 주장에 의하면, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 하는데, 이 사건에서 검찰관이 이와같은 예외적인 경우에 해당한다고 볼만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점에 관하여 충분한 입증이 없었다고 것이다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거, 특히 공소외 25, 26의 원심법정의 진술 등에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 해당한다는 점에 대하여 검찰관의 입증이 합리적 의심이 들지 않을 정도로 이루어졌다 할 것이므로 피고인의 위 주장은 이유 없다.

3) 피고인과 공소외 2, 공소외 3이 ○○○주점에서 만나 "돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐 천천히 갚으라"라고 피고인이 공소외 3에게 말한 사실이 있는지 여부 (공소외 3 진술의 신빙성에 대한 판단)

피고인은, 공소외 2와 함께 2006. 6.경 저녁 무렵 계룡시 엄사면 엄사리 ○○○주점에서 공소외 3을 만난 사실이 없고, 이와 관련된 공소외 3의 법정진술 및 군검찰에서의 진술조서 등은 신빙성이 없다고 주장하고 있는바, 이에 부합하는 직접증거로는 공소외 3의 진술이 있는데, 공소외 3의 진술을 이 부분 공소사실의 증거로 사용하기 위해서는 그 진술의 증거능력이 있어야 함은 물론 합리적인 의심을 배제할 만한 신빙성이 있어야 하고, 그 신빙성 유무를 판단함에 있어서 그 진술내용 자체의 합리성, 객관성, 전후의 일관성뿐만 아니라 그의 인간됨, 그 진술로 얻게 되는 이해관계 유무 등을 아울러 살펴보아야 한다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2007도3798 판결 등 참조).

공소외 3은 2009. 10. 29. 군검찰 제4회 조사시 "수사기관에서 거짓말을 하는 것이 매우 부담스럽고 겁도 났음에도 불구하고 거짓말을 한 이유는 공소외 2가 너무 거침없이 행동을 하니까 눈 밖에 나기 싫었습니다.

저는 무섭기는 했지만 그래도 따로 엄사리에서 피고인 법무실장이 저와 공소외 2를 만나서 옆에서 계속 도와주고 하니 문제가 없는 것이구나 생각을 하고 거절할 수가 없었습니다"라고 진술하면서 "엄사리에서 만났을 때는 심도 있는 이야기는 하지 않고 당황하지 말고 촌스럽게 굴지 말고 이야기 하라는 정도만 이야기한 것 같고, 우리가 공소외 6씨 돈을 빌린 것으로 잘만 이야기하면 잘 될 것이다.

우리가 도와줘야 한다고 이야기를 해서 병과장 일이기도 해서 거짓말을 해야겠다고 생각을 했습니다", "법무실장이 도와주는 것이어서 저만 이야기를 하면 다른 모든 것은 위에서 잘 처리해서 문제가 되지 않을 것이라고 생각을 했습니다.

법무실장이 직접 나서서 하는 일이 죄가 되리라고 생각을 전혀 못했습니다"고 진술하였다.

2009. 11. 12. 군검찰 조사시에는 사무실 회식 이외에 피고인을 만난 적이 있느냐라는 검찰관의 질문에 "2006년도에 검찰단에 조사받으러 가기 며칠 전 공소외 2와 함께 엄사 사거리에 있는 호프집에서 셋이 만난 적이 있습니다"라고 답변하면서 공소외 2, 피고인과 만난 경위에 대하여 "검찰단 조사 문제로 만났습니다.

공소외 2가 저에게 '2,000만원 때문에 약간의 문제가 발생했다.

검찰단에서 너도 곧 부를 거다'라고 말하면서, 자기가 시킨 대로 진술할 것을 요구하였습니다.

실제로 얼마 지나지 않아 검찰단에서 출석 요구 전화가 왔고, 출석하기 며칠 전 저녁 8-9시쯤 공소외 2로부터 잠깐 나 오라는 전화를 받고 만나러 나갔습니다.

호프집으로 가면서도 그 허위진술 때문에 부르겠거니 생각은 했던 것 같습니다.

그런데 막상 도착해보니 피고인도 함께 있어 조금 놀랐던 기억이 납니다", "사실 저도 피고인 앞에서 그런 이야기를 꺼내도 될까하는 생각은 들었는데, 공소외 2가 먼저 말을 꺼내서 괜찮거니 했고, 또 피고인도 이미 다 알고 있었던 것으로 보였습니다.

사실 공소외 2가 피고인과 워낙 절친하여 그런 법적 문제에 대해서는 당연히 의논하고 그랬을 것입니다.

피고인도 고개를 끄덕이며 거들기도 했습니다", " 공소외 2는 저에게 공소외 6 대령 사모님으로부터 빌린 것으로 하자면서 결국 그 돈을 제 친구로부터 빌려 갚은 것으로 하라고 시켰는데, 제가 '그럼 검찰단에서 친구한테 빌린 2,000만원에 대해 물어보면 어떻게 대답하느냐'고 묻자, 피고인은 제 친구인 것처럼 흉내를 내며 '돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐. 천천히 갚으라'고 말했습니다.

그렇게 대답하라고 시킨 것입니다"라고 진술하였다.

또한 피고인이 그렇게 말한 것이 확실한가요라는 검찰관의 질문에 " 피고인 억양이 조금 특이한데다 그때 '촌년처럼'이라는 표현을 쓰는 것에 깜작 놀랐습니다.

그래서 확실하게 기억합니다"라고 진술하였다.

원심법정에서도 위와 같은 진술내용을 유지하면서 " ○○○주점에서 공소외 2와 이야기를 할 때 피고인도 수궁하는 듯 고개를 끄덕이며 이미 다 알고 있는 듯한 태도를 보이면서 제가 친구들에게 돈을 받아서 갚아야 하는데 그것은 어떻게 이야기 할까요라고 물으니깐 피고인이 그에 대하여 직접적으로 이야기하였습니다.

제가 다른 것은 다 기억이 나지 않아도 피고인이 그에 대해 말한 기억은 나는 것이 '보통 상스러운 말을 어떻게 저렇게 하실까'라는 생각을 했기 때문입니다", " 공소외 2하고는 모르겠는데, 피고인하고는 ○○○에 처음 가보았습니다"라고 진술하면서 증인이 변호인측의 질문에 대하여 허위진술한 것과 피고인과의 관계가 없다는 식으로 진술하였는데 맞는가요라는 검찰관의 질문에 대하여 "제가 ○○○에서는 전혀 그런 것에 대해서 어떤 협박이나 그런 것을 전혀 느끼지 못했다는 부분은 사실이고, 그 정황이 다 이미 전화올 것도 다 알고 있고, 누가 할 것이고 가서 이것만 하면 되고, 이미 다 써와서 '이런 부분은 이렇게 이야기 하라'라고 하였을 경우에는 제 생각에는 '내가 가서 형식적으로 이야기만 하면 되는 것이다'라고 생각하였으며, 변호인 측에서 이의를 제기하겠지만 제 생각에는 평소에 (공소외 2가) 피고인과 친하였기 때문에 법률적인 문제에 대하여는 전혀 하자가 없이 모든 것이 다 진행되어 있으니 내일 가서 이야기만 하면 된다.

제가 그런 느낌을 받았기 때문에 그렇게 말한 것입니다"고 답변하였고, 당심법정에서는 "(검찰단 소환조사에 대해) 굉장히 마음의 부담을 가졌습니다.

같이 근무를 해야 되는데 그런 생각도 있고 또 사실이 아닌 것을 가서 얘기를 하려니까 그런 부담감 또 여러가지 부담감이 있었습니다.

(소명서 작성이) 자발적이진 않았습니다", (검찰단 소환조사시 허위진술을) 안할 수가 없었어요. 솔직히... 제가 뭐"라고 진술하였고, 평소에 허위진술 부분에 대하여 이야기한 적이 없는 피고인이 ○○○주점에 나와 있어 공소외 2가 이런 작업을 다 해왔구나, 내가 나가서 더 이상 허위진술을 해도 허위진술하는 것 자체로는 나한테 어떤 불이익이 없겠구나라는 생각을 했던 것이지요라는 검찰관의 질문에 대하여 "예, 가서 얘기만 하면 별것 아니니까 그렇게 얘기를 했습니다"고 진술하면서 원심법정에서의 진술을 대체로 유지하였다.

그렇다면, 비록 공소외 3은 공소외 2, 피고인과 만난 장소를 "상호불상 호프집"에서 ○○○주점으로, 구체적인 대화 내용 등 세세한 부분에서 "촌스럽게 굴지마라"에서 "촌년처럼 굴지마라"로 일부 진술을 반복하는 등 약간 불명확한 진술이 있기는 하나, 이는 판시 위 범행이 약 3년 내지 4년 전에 이루어진 것으로 진술자의 기억력의 한계로 인한 것일 수 있고, 그 당시 상황에 대하여 비교적 상세히 진술하고 있으며, 이와 같은 공소외 3의 진술, 공소외 6이 2006. 검찰단 조사시 법적 문제에 대하여 피고인에게 조력을 받고 싶어 해서 공소외 6의 사건내용에 대하여 처음에는 공소외 2를 통해서 듣다가 나중에는 공소외 6을 만나 사건의 대략적인 개요를 알게 되었다거나 공소외 2나 공소외 6이 친한 사람들이기 때문에 공소외 6의 내사사건 담당 검찰관인 공소외 8에게 전화로 위 공소외 6 뇌물 사건은 단순한 채권채무관계라고 이야기를 한 것 같다는 취지의 피고인의 군검찰에서의 진술, 피고인이 공소외 6의 금전거래는 단순 금전거래인데 오해가 생겨서 비롯된 사건이라고 설명하여 주었다는 공소외 8의 군검찰에서의 진술 등 그 밖의 부가적인 정황 등을 종합하면, 원심 판시와 같이 공소외 2의 허위진술 요구과정에서 피고인이 ○○○주점에서 "돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐. 천천히 갚으라"라는 말을 하였다는 피해자 공소외 3의 진술은 그

합리성, 객관적 상당성, 전후의 일관성, 그 진술 사이의 일치성을 인정할 수 있어 신빙성이 있다 할 것이다.

4) 공소외 2가 공소외 3에게 구체적인 해약의 고지를 한 사실이 있었는지 여부

강요죄에 있어서의 협박은 반드시 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 곤란하게 할 정도에 이를 것을 요하지 않으나 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해약을 고지하면 되며, 해약의 고지는 명시적으로 이루어질 수도 있으나 묵시적으로 이루어질 수 있고, 언어에 의한 것이 보통일 것이나 경우에 따라서는 한마디 말도 없이 거동에 의하여도 할 수 있으며, 협박을 당하는 상대방이 공포심을 일으키게 하는 정도의 해약의 고지인지는 그 행위 당사자 쌍방의 직무, 사회적 지위, 강요된 권리, 의무에 관련된 상호관계 등 관련 사정을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들과 이 사건 제반기록을 종합하면 인정되는 다음과 같은 사실들, ① 공소외 2와 공소외 3은 2000. 9.경부터 2007. 4.경까지 해군본부 예산처에서 함께 근무하였고, 2006. 3. 10. 당시 공소외 6이 해군 경리병과장이었고, 공소외 2와 공소외 3은 당시 같은 회계과 사무실에 함께 근무하였으며, 피해자 공소외 3은 해군본부 전력기획참모부 예산처 소속 직불담당 6급 군무원으로서 공소외 2로부터 평정을 1~2회 정도 받았던 점, ② 공소외 2는 당시 해군 참모총장 공소외 27의 취임식에 공소외 2의 처인 공소외 39가 내빈자리에 초대된 사실을 자랑하며 해군참모총장과 친분을 과시하고, 병과장인 공소외 6과 서로 형, 동생으로 호칭하는 등 자신의 위세를 과시하여 왔던 점, ③ 공소외 2는 평소 사무실에서 피해자 공소외 3에게 소명서의 내용대로 허위 진술할 것을 지속적으로 요구하여 공소외 3은 검찰단에 출두하여 허위 진술하는 것에 대한 많은 부담감을 가지고 있었으며 이를 거절하면 영원히 찍히게 될 것이라고 겁을 먹었으며, 똑같은 상황이 재발 되는 경우에도 공소외 2의 요구대로 할 수 밖에 없었을 것이고, 그렇게 하지 않았으면 사람들이 백령도로 갈 수도 있다는 그런 농담도 할 정도였으며, 2006. 7. 3. 검찰단 조사 며칠 전에 사무실에서 소명서를 공소외 2로부터 교부받고, 공소외 2가 2006. 7. 3. 국방부 검찰단에 참고인조사를 받으러 가는 피해자와 동행하면서 피해자에게 "조사를 하는 사람들도 해군이다.

네가 떨어서 말하는지 안 떨어서 말하는지 다 알 수 있다"라고 이야기 했다고 진술한 점, ④ 공소외 2가 공소외 3에게 전세자금용으로 빌려준 금원이 사실은 공소외 2의 돈이 아니라 공소외 6의 돈이었는데 공소외 23이 수표로 인출하여 주어 문제가 생겨서 검찰단에서 소환조사가 있을 것이라고 알려주었으며, 공소외 3이 실제로는 공소외 6의 배우자인 공소외 24 및 피해자의 친구들로부터 금원을 차용한 사실이 없음에도 불구하고, 공소외 6의 처인 공소외 24로부터 금전을 차용한 후 변제하였다고 진술하라고 요구하여 공소외 3이 "돈을 받았는데 나중에 갚았을 때 내가 돈이 없는데 갚을 때 어떻게 갚느냐"라고 물었을 때 공소외 2가 "친구들에게 받은 돈으로 하고 팩스를 받아라"라고 이야기를 하였으며, 피해자인 공소외 3이 "공소외 6의 처인 공소외 24와 대질을 하면 내가 얼굴을 모르는데 어떻게 합니까"라고 물으면 "그럴 일은 없을 것이다"라고 답변하는 등 구체적인 허위진술의 내용에 대하여 이야기 해주어서 공소외 2에게 피해자의 친구들 이름을 알려준 점 등을 종합하면, 위와 같은 공소외 2의 언동은 군이라는 특수한 계급사회의 구성원인 군무원으로 근무하고 있던 공소외 3에게 자신의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할 수 있다는 공포심을 심어 준 것으로 판단되며, 결국 공소외 2의 협박에 외포된 공소외 3이 검찰단 소환조사이 허위진술을 하게 된 사실을 인정할 수 있으므로, 공소외 3이 공소외 6 병과장의 일을 도와주기 위하여 공소외 2의 부탁을 받아 자의로 소명서 작성에 협조하였다거나 검찰단 조사시에 허위 진술하였다거나 공소외 3에 대한 구체적인 해약의 고지가 없었다는 피고인의 이 부분 각 주장은 이유 없다.

5) 피고인에게 방조의 고의 또는 방조행위가 있었는지 여부

방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심의 사실이므로 피고인이 이를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다 할 것이며, 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 참조). 따라서 이 사건 공소외 6이 공소외 22로부터 금전을 송금받은 사실에 대해서 국방부 검찰단으로부터 내사를 받게 되고, 공소외 2는 공소외 6에게 자신의 차명계좌인 공소외 23의 계좌를 공소외 6에게 제공한 것에 대한 수사가 확대되자 공소외 2와 공소외 6은 자신들의 범죄 혐의사실을 은폐하기 위하여 법률전문가인 피고인의 도움으로 공소외 6의 범죄 은폐에 부합하는 내용의 소명서 초안을 작성하여 공소외 2를 통하여 공소외 6에게 건네주어 공소외 6이 이를 바탕으로 작성한 자신 명의의 소명서를 국방부 검찰단 수사관에게 제출하였고, 공소외 2도 이를 바탕으로 같은 과에 근무하던 공소외 47 소령의 워드작업의 도움을 받아 자신의 사무실에서 작성한 공소외 3 명의의 소명서를 피해자 공소외 3에게 전달하면서 자신의 허위 진술 요구를 거부할 경우 피해자에게 신분상의 불이익이 있을 것 같은 태도를 보이고, 이후 공소외 2와 피고인은 계룡시 엄사리 소재 ○○○주점으로 공소외 3을 불러내어 공소외 2는 "조만간 국방부검찰단에 소환될 것인데, 조사시 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금 2,000만원을 차용하였고, 다시 친구로부터 금전을 재차용하여 위 공소외 24에게 변제하였다고 소명서의 내용과 같이 허위 진술하라"라는 취지로 말하였고, 이에 피해자가 "변제금을 친구로부터 빌린 것으로 하라고 하였는데, 검찰관이 언제까지 갚기로 한 것이냐고 물으면 어떻게 답을 해야 하는가?"라고 묻자, 피고인이 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚으라고 했다고 허위 진술하라"고 말을 하여 이미 공소외 2의 허위진술 요구에 응하지 않으면 피해자의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할지 모른다고 겁을 먹고 있었던 그녀로 하여금 수사기관에 허위진술을 하는 것이 법적으로 아무런 문제가 없다고 믿을 수밖에 없게 하여, 피해자인 공소외 3이 2006. 7. 3. 국방부검찰단에서 위 공소외 6에 대한 내사사건의 참고인조사를 받으면서 공소외 2가 지시한 바와 같이 그 기억에 반하는 허위사실을 진술하고, 위 소명서가 마치 자신이 직접 작성하고 그 내용이 사실인 것인 양 제출함으로써, 공소외 2와 공소외 6이 피해자를 협박하여 그녀로 하여금 의무없는 일을 하도록 하는 것을 용이하게 하였다는 것인바, 그렇다면 피고인이 ○○○주점에서 공소외 3에게 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아"라고 구체적으로 허위진술로 답변하도록 도움을 준 시점에서는 피해자 공소외 3이 공소외 2로부터 허위진술의 요구를 받아 공소외 2의 강요에 의하여 공소외 3이 검찰단에 출두하여 허위진술을 하게 될 것이라는 점에 대하여 미필적으로나마 인식 또는 예견하였다고 보아야 할 것이므로, 이러한 피고인의 위와 같은 행위는 정범인 공소외 2 등의 이 사건 강요 범행의 실행을 직접적으로 용이하게 하는 것이라는 원심의 판단은 정당하고, 거기에 방조죄에 관한 법리오해의 잘못은 없어 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

6) 소결론

따라서 원심판결에 강요방조죄에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 공소외 1에 대한 직권남용권리행사방해의 점

가) 관련법리

직권남용권리행사방해죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해하는 때에 성립하는 범죄로서 여기에서 '직권남용'이란 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 하는 경우 또는 공무원이 일반적 권한에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외에 행위를 하는 경우를 의미한다.

그리고 남용에 해당하는지 여부는 구체적인 공무원의 직무행위의 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 제반요소를 고려하여 결정하여야 하며(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 참조), 공무원의 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 않는다(대법원 2004. 10. 15. 2004도2899 판결).

나) 인정되는 사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

즉, 피고인은 해군 법무실장(병과장)으로 법무병과(직별)의 장병에 대한 인사추천을 할 수 있는 권한이 있고, 같은 병과원인 국방부 검찰단 소속의 수사관인 공소외 1에 대하여도 이러한 권한을 행사할 수 있는바, 피고인의 지시를 사실상 거부하기 어려운 위 공소외 1에게 아래 범죄일람표 기재와 같이 4회에 걸쳐 수사상 기밀에 해당하는 관련자 신병, 수사내용 및 수사방향 등을 보고하게 한 사실을 인정할 수 있다.

범죄 일람표

순번 범행시각 보고내용 비고 1 2009. 3. 5. 공소외 23이 긴급체포되었음(전화통화) 군납비리사건 2 2009. 3. 27. 17:51 오늘 군의관 해군대위 공소외 28 구속청구예정입니다.

(문자메세지) 군의관 무단이탈 사건 3 2009. 9. 16. 14:25 공소외 29에 대한 가계도를 파악하고 있는 것으로 보아 계좌를 볼 것 같습니다.

(문자메세지) 군납비리 사건 4 2009. 9. 16. 15:26 공소외 6, 수표 나온 대전노래방 주인 조사하러 갈 예정이랍니다.

뇌물쪽으로 엮으려는듯함. (문자메세지) "

다) 일반적 직무권한 부존재 여부

위와 같은 법리와 사실관계를 종합하여 보면, 피고인은 해군 법무실장으로서 해법무병과의 장병에 대하여 인사추천할 수 있는 권한이 있으므로 위 공소외 1에 대하여 인사에 관한 일반적인 직무권한을 보유하고 있고, 또한 해군소속 인원내 대한 사법처리와 관련된 첩보나 정보를 보고 받을 수 있는 일반적인 직무 권한은 있다 할 것이다.

그러나 국방부 검찰단의 계좌 추적이나 출장조사 계획 등 향후 수사의 방향에 대한 내용 등의 정보는 그것이 수사의 대상이 될 가능성이 있는 자 등 수사기관의 외부로 누설이 될 경우 피의자와 관련된 자들이 아직까지 수사기관에서 확보하지 못한 자료를 인멸하거나, 수사기관에서 파악하고 있는 내용에 맞추어 증거를 조작하거나, 허위의 진술을

준비하는 등의 방법으로 수사기관의 범죄수사 기능에 장애를 초래할 위험이 있는 것으로 비록 해군소속의 인원에 대한 사건이라 할지라도 해당 사건에 대한 종국적인 결정을 하기 전까지는 외부에 누설되어서는 안 되는 국방부 검찰단 내부의 수사기밀임에도 불구하고, 피고인은 평소 친분관계가 있고 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 하고자 상급부대인 국방부 검찰단의 수사내용에 대하여 공소외 1에게 보고 하도록 지시하였다는 것으로, 이러한 피고인의 위와 같은 행위가 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 일반적 직무권한 범위를 넘어 직무의 행사에 가탁한 부당한 행위라는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 법리를 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

나) 의무없는 일을 하게 하였는지 여부 및 피고인에게 직권남용권리행사방해의 고의가 있었는지 여부

① 피고인은, 원심이 위 공소외 1의 원심 법정에서 한 진술을 전체적으로 판단하지 아니하고, 그 중 피고인의 이 사건 공소사실 부분에 부합하는 공소외 1의 진술 부분에 대하여만 신빙성을 인정한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 주장하나, 수사기관에서의 각 진술조서의 기재와 당해 사건의 공판정에서의 같은 사람의 증인으로서의 진술이 상반되는 경우 반드시 공판정에서의 증언에 따라야 한다는 법칙은 없고, 그 중 어느 것을 채용하여 사실인정의 자료로 할 것인가는 오로지 사실심법원의 자유심증에 속하는 것이며, 수사기관에서의 공소외 1에 대한 각 진술조서의 기재와 이에 부합하는 공판정에서의 공소외 1의 일부 증언 등을 종합하여 전체로서 이 사건 공소사실 부분을 인정할 수 있다 할 것이므로, 거기에 피고인의 주장과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 없다.

② 또한, 피고인은, 위 공소외 1이 피고인에게 검찰단의 수사 진행 상황을 보고한 것은 병과장에게 단지 통상의 첩보보고를 해야 한다는 책임감 내지 의무감에 기인한 으로서 의무없는 일을 하게 한 것으로 볼 수 없다고 주장하므로 살피건대, 직권남용죄에서 말하는 '의무'란 법률상의 의무를 가리키고, 단순히 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다고 할 것인바(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 참조), 국방부 검찰단 검찰수사관인 공소외 1의 경우에도 법령에 따라 그 수사업무를 공정하고 객관적으로 수행할 의무가 있는 것이지, 외부에 유출될 경우 검찰단의 수사 기능에 현저한 장애를 초래할 수 있는 국방부 검찰단의 계룡대 근무지원단 군납 비리 수사팀 내부 상황 등 검찰단의 내부 수사 내용에 대하여 수사에 직접 참여하지도 않았으면서 수사팀 내부 수사 상황을 탐문·수집하여 이를 피고인에게 보고할 법률상 의무는 없고, 이는 위 공소외 1의 소속군이 해군이라 하여 달라지는 것은 아니다.

그렇다면 피고인이 공소외 1에게 앞에서 본 바와 같은 부당한 지지를 한 것은 공소외 1에게 법률상 의무없는 일을 하게 한 것이라고 할 수 있다.

③ 한편, 피고인은 직권을 남용하여 공소외 1에게 의무없는 일을 하게 한다는 인식과 의사가 존재하지 않았다고 주장하러, 앞서 본 바와 같이 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시한 사실이 인정되고, 피고인의 법무실장로서의 지위, 이미 국방부 검찰단장으로 재직하였던 피고인의 경력에 비추어 볼 때 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시할 당시 자신이 부당한 영향력을 행사하거나 위법한 지시를 하

고 있다는 인식과 의사가 있었다고 봄이 상당하다.

다) 사회상규에 반하지 않는 정당행위인지 여부

정당행위를 인정하려면, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째, 긴급성, 다섯째, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 참조). 원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들과 이에 의하여 알 수 있는 다음의 사정, 즉 ① 피고인은 2009. 2. 25. 위 공소외 1에게 전화를 걸어 계룡대 근무지원단 납품 비리수사가 해군본부 지휘부에서 신경 쓰고 있는 가장 이슈가 되는 중요한 사건이므로 해군 소속 인원의 신병관계에 대하여 특별한 것이 있으면 기무나 헌병에 비하여 법무는 속보보고가 늦으니 빨리 보고해 달라고 말한 사실이 있다는 취지로 진술한 점, ② 공소외 1은 군검찰에서 2009. 2.경 2~3회 피고인이 공소외 1에게 전화를 걸어 계룡대 근무지원단 사건내용에 대하여 알게 되면 빨리 보고를 해달라고 지시를 받았으며, 피고인으로부터 계룡대 근무지원단 납품비리수사에 참여하느냐는 질문에 자신은 수사에 배제되었다고 답변하자 피고인은 “그러면 네 자리에서 들리는 것이 있으면 보고를 잘해라”라며 이야기하였고, 이와 같은 피고인의 말을 듣고 피고인의 수사상황 보고 지시를 따르지 않으면 수사관으로서 능력이 없다고 판단되어 다음 보직심사시 자신이 원하는 곳으로 가지 못할 것 같을 느낌을 받았으며, 피고인의 위와 같은 전화를 받기 전에는 피고인에게 수사상황을 보고할 마음이 없었는데 그 때부터 보고를 하겠다는 마음을 갖게 되었고, 이 후 피고인에게 위 범죄일람표 순번 기재내용의 전화 통화 또는 문자 메시지를 보고할 의무가 없음에도 보고하였다고 진술한 점, ③ 공소외 1은 피고인에게 검찰단 수사 상황 보고를 하는 것과 관련하여 여러 차례 자신의 어려움을 호소하였는데, 2009. 5.경 피고인과의 전화 통화시 “제가 수사에 참여하지 않아서 아는 게 별로 없어 죄송합니다.

본부와 통화하는 것을 안 좋아하니 실장님이 단장님 동기니 이야기를 하셔서 그런 부분에 대해서는 두 분이 정리를 해주는 것이 좋겠습니다”라며 말을 하자 피고인이 “아무런 문제없다.

그러니 계속 정보를 달라. 당당하게 행동하라’라고 이야기하였고, 같은 해 8.경에는 좀 더 강하게 “더 상황이 안 좋아지고 있습니다.

해군 수사관들이 어려워지고 있다.

위에서 눈치를 많이 주고 있습니다.

그러니 직접 정리 해달라고 이야기 했습니다”라고 말을 하자 “그게 큰 문제가 되지 않는데 네가 힘들어 할 필요가 있느냐”라며 이야기 하였고, 같은 해 9.경 통화에서 같은 취지로 이야기하자 피고인이 “알았다.

공소외 4와 이야기 해 보겠다”라는 말을 들었다고 진술한 점, ④ 당시 계룡대 근무지원단 군납 비리 사건 담당 검찰관인 공소외 30 중령에게 “저도 힘들어 죽겠다.

제가 이야기하면 안 통하니까 부장님이 직접 이야기 해 주시던지 아니면 단장님과 실장님이 동기니 단장님께 전화로 부탁하여 기관경고 등을 통해 정리를 하여 피고인 대령이 사건 상황을 묻지 않도록 조치를 취해 달라”라고 말하면서 자신의 고충을 호소하였다고 진술한 점(증거목록 제1100면, 제1101면 참조) 등을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이러한 이상, 피고인의 이러한 행위를 두고 형법 제20조에서 정한 ‘법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 정당행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

라) 피고인이 공소외 2 등에게 수사정보를 알려 줄 목적이 있었는지 여부

피고인은, 원심이 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적으로 공소외 1에게 수사 관련 사항을 보고하게 하였다고 판시하였으나 이와 같은 목적을 인정할 아무런 증거가 없음에도 불구하고 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적은 있었다고 인정한 원심의 판단은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 주장한다.

그러나 범죄의 주관적 요소인 범행의 목적 또는 동기 등의 내심적 사실은 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야 하며, 이 사건 공소사실 부분에 있어서 피고인과 공소외 2, 6사이의 친분관계, 계룡대 근무지원단 군납비리 수사의 진행 경과, 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시하게 된 동기 및 경과, 보고내용, 전후 정황 등 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적이 있었음을 인정할 수 있으므로 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 소결론

따라서 원심판결에 직권남용권리행사죄에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

나. 검찰관의 주장에 대한 판단

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여

(가) 공소사실의 요지

피고인에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점의 요지는 해군본부 법무감실 고등검찰부장의 직위를 떠난 후인 2004. 6. 10.부터 같은 해 7. 15. 사이에 공소외 2로부터 공소외 2에 대한 내사사건을 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 10,000,000원권 자기앞 수표 6장을 교부받아 그 직무에 관하여 60,000,000원의 뇌물을 수수하였다는 것이다.

(나) 원심의 판단의 요지

검찰관이 제출한 증거에 의하면, 공소외 2는 피고인에게 공소외 23의 □□계좌와 공소외 3의 □□계좌를 각 자신의 차명계좌로 이용하던 중 공소외 23의 □□계좌에서 2004. 6. 30. 인출된 1,000만원권 수표 1장을 공소외 23을 통하여, 공소외 3의 위 □□통장에서 2004. 6. 10. 인출된 1,000만원권 수표 5장을 공소외 3을 통하여, 각 교부 받은 후 위 수표 1,000만원권 수표 6장 합계 금 6,000만원을 차용증 없이 2004. 6. 10.경부터 7. 14.경 사이의 일자불상경 피고인에게 교부하였으며, 또한 2004년 일자 불상경 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞수표 5백만원권 2장을 피고인에게 교부하며 총 7,000만원을 교부받았으며, 이 후 피고인은 2004. 7. 22. 대전시 구 조흥은행(현 신한은행)법원 지점에서 신규로 구 조흥은행 저축예금통장을 개설하여 2004. 7. 23. 8,000만원의 법조인 신용대출을 받아 전액

자기앞수표(1,000만원권 자기앞 수표 7장, 5백만원권 자기앞 수표 2장)로 인출하여 이를 공소외 2에게 교부하여 준 사실이 인정된다.

그렇다면 검찰관이 제출한 증거들만으로는 위 피고인과 공소외 2 사이에 수수된 1,000만원권 수표 6장 합계금 6,000만원이 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 교부받는 것이라기보다는 오히려 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)의 토지에 대한 근저당권부 채권을 양수하는데 필요한 대금의 잔금조로 공소외 2에게 잠시 융통한 8,000만원 중 일부에 불과한 것이라는 피고인의 주장에 부합하여 검찰관이 제출한 증거만으로 피고인이 공소외 2로부터 6,000만원을 뇌물로 수수하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없어 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여 무죄를 선고하였다.

(다) 당심의 판단

뇌물죄에 있어서 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 받은 사실을 시인하면서도 그 돈을 뇌물로 받은 것이 아니라 빌린 것이라고 주장하는 경우 수뢰자가 그 돈을 실제로 빌린 것인지 여부는 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 수수한 동기, 전달 경위 및 방법, 수뢰자와 증뢰자 사이의 관계, 양자의 직책이나 직업 및 경력, 수뢰자의 차용 필요성 및 증뢰자외의 자로부터의 차용가능성, 차용금의 액수 및 용처, 증뢰자의 경제적 상황 및 증뢰와 관련된 경제적 예상이익의 규모, 담보 제공 여부, 변제기 및 이자 약정 여부, 수뢰자의 원리금 변제여부, 채무불이행시 증뢰자의 독촉 및 강제집행의 가능성 등 증거에 의하여 나타나는 객관적인 사정을 모두 종합하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007도3943 판결 참조).

그리고 형사재판에서 기소된 범죄사실에 대한 입증책임은 검찰관에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없는 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 등 판조).

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점을 무죄라고 판단하였는 바(원심판결서 69쪽 내지 91쪽 참조), 위 법리에 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면 ① 공소외 2는 자신이 차명계좌로 이용하고 있던 공소외 3의 □□계좌(계좌번호 3 생략)에서 2004. 6. 10. 인출된 1,000만원권 수표 5장(수표번호 1~5 생략)을 공소외 3을 통하여 교부받아 보관하고 있던 중 피고인에게 일자불상경 교부한 사실, ② 공소외 2의 또 다른 차명계좌인 공소외 23의 □□계좌(계좌번호 4 생략)에서 2004. 6. 30. 인출된 1,000만원권 수표 1장(수표번호 6 생략)을 공소외 23을 통하여 전달받아 보관 중 피고인에게 일자 불상경 교부한 사실, ③ 공소외 2가 자신의 차명계좌로 공소외 23과 공소외 3의 각 □□계좌를 이용하여 왔으며, 공소외 2가 공소외 23으로부터 교부받은 1,000만원권 수표 1장(수표번호 6 생략)과 공소외 3으로부터 교부받은 1,000만원권 수표 5장(수표번호 1~5 생략)을 차용증 없이 2004. 6. 10.경부터 7. 14.경 사이의 일자 불상경 위와 같이 피고인에게 교부한 사실, ④ 피고인이 위 수표 6장을 자신소유의 땅에 인접해 있는 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)번지의 근저당권부 채권양도인인 공소외 32, 33, 34 중에서 공소외 32에게 양수대금 잔금조로 2004. 7. 14. 교부한 사실, ⑤ 피고인은 2004. 7. 초순경 자신이 이미 소유하고 있던 계룡

시 엄사면 엄사리 (지번 3 생략) 토지에 인접해 있는 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)의 토지를 매수하려고 하고 있던 중 그 방법으로 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)에 설정되어 있던 근저당권 및 피담보채권을 양수하고, 임의 경매를 신청하여 경락하는 방법을 선택하였고, 근저당권부 채권양도인들인 공소외 32, 33, 34의 채권액이 각 4,000만원, 4,000만원, 2,000만원이었고, 피고인이 대금을 지급하고 받은 영수증이 합계 1억 1천만원(3,000만원+8,000만원)으로 원금에 1천만원을 얹어 대금 1억 1천만원을 근저당권부 채권의 매매대금으로 한 사실, ⑥ 우선 피고인은 2004. 7. 6. 3,000만원을 피고인의 처남인 공소외 35로부터 이체 받아 계약금 내지 대금의 일부로 위 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)에 설정되어 있던 근저당권부 채권양도인 3인 중 한 명인 공소외 33에게 지급하고, 2004. 7. 7. 3,000만원에 대한 영수증을 피고인 명의로 교부받은 사실, ⑦ 잔금 8,000만원의 2004. 7. 14.자 영수증은 피고인이 잔금을 지급한 후 양도인인 공소외 32, 33, 34가 피고인 명이가 아닌 공소외 36 앞으로 발행한 사실 ⑧ 위 잔금 8,000만원 중 6,000만원의 출처는 피고인이 2004. 6. 30. 공소외 23 계좌에서 발행된 수표 1,000만원권 1장과 2004. 6. 10. 공소외 3 계좌에서 발행된 수표 1,000만원권 5장을 일자불상경 공소외 2로부터 교부받아 각 배서 후 근저당권부 채권양도인인 공소외 32에게 교부하여 준 사실, ⑨ 원심의 사실조회결과 추가로 발견된 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞 수표 5백만원권 2장(각 수표번호: (수표번호 7 생략), (수표번호 8 생략))은 공소외 37의 모인 공소외 38이 2004. 6. 29. □□ 계좌(계좌번호 5 생략)를 해지 하면서 통장에 잔고로 있던 1,100만원중 1,000만원을 자금원으로 □□ 광주 용주지점에서 2004. 6. 29. 발행되었으며, 위 자기앞수표 5백만원권 2장은 공소외 37이 공소외 2의 처인 공소외 39로부터 공주시 반포면 봉곡리 (지번 4 생략) 토지를 매수하면서 그 매수대금으로 일자불상경 공소외 2측에게 교부되었고, 피고인은 2004년 일자 불상경 공소외 2로부터 위 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞 수표 5백만원권 2장을 교부받아 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략) 토지에 대한 근저당권부 채권양수금액에 대한 매수 잔금 8,000만원의 일부로 공소외 32에게 교부하여 준 사실, ⑩ 피고인은 위 ③항 및 ⑥항에 의하면 공소외 2로 받은 금원은 합계 총 7,000만 원이며, 이를 공소외 2로부터 수수한 뒤 2004. 7. 22. 대전시 구 조흥은행(현 신한은행)법원 지점에서 신규로 구 조흥은행 저축예금통장(계좌번호 6 생략)을 개설하여 2004. 7. 23. 8,000만원의 법조인 신용대출을 받아 전액 자기앞 수표(1,000만원권 자기앞 수표 7장, 5백만원권 자기앞 수표 2장)로 인출하여 8,000만원 전액을 공소외 2에게 교부하여 준 사실을 인정할 수 있어 이를 종합하여 보면, 피고인과 공소외 2와의 사이에 수수된 6,000만원은 이와 같이 근저당권부 채권을 양수하는데 필요한 양수자금으로 잠시 융통한 8,000만원 중 일부인 것으로 보여지고, 군검찰은 피고인이 공소외 2로부터 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 2004. 6. 10. 및 같은 달 30.경 6,000만원을 수수하고 나서, 뇌물로 수수한 금원을 금전거래의 외관을 가진 정상적인 거래로 위장하기 위하여 급하게 근저당권부 채권을 양수하는 것으로 하여 그 대금으로 지급하는 한편, 근저당권부 채권양수 후에 대출을 받아 이를 기산리 땅에 투자하게 된 것이라고 주장하나 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 교부받았다는 증거를 전혀 찾아 볼 수 없어 이를 선불리 추단할 수는 없으며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 위 수수한 금원 자체를 뇌물로 볼 수 없다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 검찰관이 지적하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(2) 강요 공동정범의 점

공동정범이 성립하기 위하여는 주관적인 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적인 요건으로서 공동의사에 기한 기능적인 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요한 바, 주관적인 요건으로서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 저지하지 아니하고, 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 하며(대법원 1998. 6. 26. 선고 97도3297 판결), 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의 과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지며, 또한 공모에 의한 범죄의 공동실행은 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실현하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2006도1623 판결).

또한, 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도2524 판결).

검찰관이 주장하는 바와 같이 공소외 2가 피내사자인 공소외 6과 함께 공소외 6의 내사사건에 대하여 공소외 6과 피고인을 각각 순차적으로 만나거나 함께 만나서 2006년도 공소외 6에 대한 검찰단의 내사사건과 관련하여 대책을 주도하였으며, 피고인은 공소외 2를 통하여 공소외 6의 내사사건에 대하여 공소외 3의 전세자금 2,000만원이 포함된 소명서 초안을 작성하여 주었으며, 공소외 6 명의의 소명서 작성에 피고인이 가필 또는 수정을 하여 주는 방법으로 도움을 주고, 피고인의 위 소명서 초안을 토대로 작성된 공소외 6 명의의 소명서와 공소외 3 명의의 소명서를 각 작성하여 전자는 공소외 6을 통하여 2006. 6. 8. 검찰단에 제출하고, 후자는 공소외 3을 통하여 2006. 7. 3. 제출되었으며, 공소외 2와 함께 ○○○주점에서 공소외 3을 만나 공소외 3에게 허위진술을 하게 도움을 준 사정은 있으나, 이런 사정들만으로 ① 피고인이 위 소명서 초안을 작성하거나 공소외 6 명의의 소명서 작성에 가필 또는 수정을 할 당시에 위 2,000만원이 공소외 2로부터 받은 공소외 6, 2의 뇌물이라는 점을 알고 있었다고 단정 지을 수 없는 점, ② 공소외 6과 공소외 2와 달리 피고인에게 수사를 공동으로 무마하여야 할 이해관계가 없는 점, ③ 피고인과 공소외 2, 6 사이에 그들 사이에 암묵적으로 상통하여 서로 간의 의사의 결합으로 공소외 6에 대한 내사사건의 무마를 위하여 공소외 3으로 하여금 검찰단 조사시 허위진술을 하도록 강요했다고 선불리 추단할 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외 2등과 함께 피해자인 공소외 3으로 하여금 의무 없이 검찰단 조사시 허위 진술을 하도록 강요의 공모를 하였다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고인이 공소외 6에 대한 수사가 무마되는 것과 관련하여 공소외 2, 6과 더불어 사건무마의 공동의 이익이 없는 상태에서 피고인의 위와 같은 소명서 초안을 작성하여 주고, ○○○주점에서 피고인이 공소외 3에게 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아"라고 거들어 준 것만으로는 피고인이 공소외 2의 강요

행위를 인식하면서도 공동의 의사로 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옮기는 것을 내용으로 하였다는 등의 기능적 행위지배가 있었다는 점에 대하여 검찰의 합리적인 의심이 없을 정도의 증명력을 가진 증거에 의하여 충분한 입증이 되었다고 보기에에는 부족하다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 검찰관이 지적하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(3) 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인의 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해·공무상비밀누설교사의 점에 대한 공소사실의 요지는, 피고인이 2007. 11. 19.경부터 2009. 10. 13.경까지 해군본부 법무실장으로 근무하면서 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관에 대한 인사·행정·관리 권한을 가지고 있으며, 해군 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한은 있었지만 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관으로부터 국방부 검찰단 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한은 없었음에도 불구하고, 피고인은 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 할 목적으로 국방부 검찰단 검찰수사관인 공소외 5에게 "해군 관심사건(특히 계룡대 근무지원단 군납비리 사건)에 관하여 사건내용을 알게 된다면 빨리 보고하라"는 취지로 지시하여, 위와 같은 공소외 5의 보고내용 일람표와 같이 공소외 5로 하여금 9회에 걸쳐 보고의무가 없는 사항 즉, 수사상 기밀에 해당하는 관련자 신병 및 소환관계, 구체적 조사내용, 고발인의 동향, 압수수색 상황 등을 보고하게 하여, 피고인은 자신의 직무상 권한을 남용하여 위 공소외 5에게 의무없는 일을 하게 하였다.

(나) 원심판단의 요지

피고인이 공소외 5에게 계룡대 근무지원단과 관련된 수사내용에 대하여 공무상 비밀을 보고하라는 지시가 있었다는 점에 대한 직접적인 증거가 없으며, 공소외 5는 해군 관련 중요사건의 경우 2009. 2. 26.자 전화 통화와 상관없이 해군의 속보지침 등에 따라 선배들의 교육이나 지시 또는 관행적으로 해군 소속의 신병관계나 공론화된 사항에 대하여는 이미 보고의 의사가 있었다고 판단되며, 특히 공소외 5가 피고인에게 보고한 공소외 40과 관련된 부분에 대하여는 피고인의 지시나 개입정황이 발견되지 아니하고, 압수수색 계획과 같은 수사기밀 등에 대하여도 피고인의 관여 없이 공소외 5의 독단적인 판단하에 과잉충성에 기인한 것이므로 피고인이 공소외 5에게 구체적인 수사내용이나 공무상 비밀을 보고하도록 의무없는 일을 강요하였다고 볼 증거가 없다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 107면 내지 123면 참조), 당심에서의 공소외 5의 법정진술 및 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 5는 원심법정에서 계룡대 근무지원단 납품비리 수사 당시에 피고인과의 전화 통화 횟수나 수사팀 탈퇴의 구체적 동기 등 일부 사실관계에 대하여 수사기관에서의 진술기재와 다르게 일부 진술을 번복하였으나, 피고인으로부터 법률상 보고할 의무가 없는 사항인 계룡대 근무지원단 수사내용에 대하여 보고하라는 지시를 받았는지에 대하여는 수사기관부터 원심 및 당심법정에 이르기까지 일관되게 자신은 계룡대 근무지원단

납품비리 사건은 해군에서 크게 이슈화되는 중요사건이라 판단하여 법무실장이었던 피고인에게 자발적으로 보고를 한 것이라고 진술하였다.

그렇다면, 위와 같은 공소외 5의 법정진술이 신빙성이 있는지 살펴보면, 공소외 5는 ① 해군 지침에 해군 관련 사건의 경우 중요사건, 사회적으로 이슈가 되는 사건은 보고하도록 되어 있었고, 법률상 의무가 아니라 위 지침에 따라 해군사건은 관행적으로 첩보나 정보를 보고해 왔으며 이러한 지침은 전임 수사관들로부터 받았던 교육 내용이라고 진술한 점, ② 병과장으로서도 총장님께 보고도 해야 하고 사건 파악도 필요하다는 생각에 보고를 하게 된 것이라고 진술하였고, 실제로 피고인이 중령 공소외 40 뇌물수수 사건에 관한 총장보고서를 써야하니 내용을 알려달라고 하여 사건 내용을 알려 준 사실이 있다고 진술한 점, ③ 해군과 관련된 사건이기에 법무병과장에게 보고하는 것이 크게 틀린 행동이라고 생각하지 않았다고 진술한 점, ④ 2009. 2. 말경 위 계급단 군납비리 수사에 참여를 하게 되자 피고인에게 먼저 전화를 걸어 "제가 수사를 하게 되었다"라고 이야기를 하니 피고인이 수사와 관련하여 '공론화된 부분'이 있으면 알려달라고 이야기를 하였으나 계룡대 근무지원단 군납비리 수사의 수사방향이나 검찰의 사건 판단 내용 등 구체적인 내용을 물어보진 않았다고 진술하였고, 피고인도 해군 소속병력의 신병관계에 관한 것이거나 계룡대 근무지원단 군납사건과 관련하여 공소외 5에게 공론화되어 있는 부분에 대하여는 보고를 하라는 취지로 지시를 하였을 뿐, 국방부 소속 검찰수사관들에게 구체적이고 개별적인 수사상황이나 압수수색 상황의 수사기밀 등을 보고하라는 지시를 하거나 이를 확인하기 위하여 전화를 한 사실은 없다고 주장하고 있는데, 공소외 5의 이런 '공론화된 부분'에 대한 진술은 군검찰 수사 이전인 2009. 9. 29. 청와대 민정2비서관실에서 조사를 받을 당시부터 이미 진술한 내용으로 이후 군검찰 조사시 진술조서에서도 계속하여 나타나는 것으로 공소외 5가 위 청와대 민정2비서관실 조사 당시에 자신의 공무상비밀누설 범죄혐의를 회피할 목적으로 허위의 사실을 진술한 것이라고 보이지 않는바, 그렇다면 피고인이 공소외 5에 대하여 지시한 '공론화된 부분'이란 피고인의 해군 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 일반적 직무권한 범위 내에서의 보고를 의미한다고 보아야 하는 점, ④ 공소외 5는 계룡대 군납비리 수사에 참여한 2009. 2. 말경 계룡대 근무지원단에 근무하였던 경리관련자들인 공소외 23, 공소외 41 등의 납품가격 조작 및 단가를 부풀려서 그 차액을 받은 업무상 배임 등의 범죄혐의에 대한 수사를 하였으며, 공소외 2, 6과 관련된 혐의사실은 전혀 알지 못하였다는 취지로 진술하였고, 실제 공소외 5가 피고인에게 보고한 내용은 공소외 1의 문자메세지에 공소외 6, 29의 수사상황 정보가 있는 것과 달리 공소외 2, 6에 대한 내용이 포함되어 있지 않으며, 당시법정에서도 공소외 2, 6이라는 이름을 알게 된 것은 2009. 9. 내지 10.경으로 검찰단 4층에 조사받으러 왔을 때 화장실에서 공소외 2를 처음 보았다고 진술하는 점 등에 비추어 보면 공소외 5의 법정진술은 신빙성을 인정할 수 있고, 나아가 피고인이 공소외 5에게 공소외 6이나 공소외 2와 관련된 수사상황을 질문하거나 보고하도록 하거나 정황이 전혀 나타나 있지 않는바, 그렇다면 피고인이 공소외 5를 통하여 얻은 정보로 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 하려는 직권남용에 해당하는 구체적인 직무행위의 목적이 있다고 단정할 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 공소외 5가 피고인으로부터 계룡대근무지원단 군납비리 수사와 관련한 보고를 하도록 지시받은 사실에 대한 증거가 없으며, 피고인의 관여 없이 공소외 5의 독단적인 판단하에 과잉충성에 기인한 것이므로 피고인이 공소외 5에게 구체적인 수사내용이나 공무상 비밀을 보고하도록 의무 없는 일을 강요하였다고 볼 증거도 없는바, 가사 피고인이 계룡대 근무지원단 사건과 관련된 신병관계나 공론화된 내용에 대하여 보고하여 달라는 피고인의 지시를 직권

남용으로 보는 경우에도 공소외 5는 피고인의 지시와는 상관없이 공소외 5의 독자적인 판단이나 과잉충성에 의하여 계룡대 근무지원단 수사기밀과 관련된 내용에 대하여 전화 또는 문자메세지를 전달한 것이므로, 피고인의 이와 같은 직권남용과 공소외 5의 법률상 보고할 의무가 없는 계룡대 근무지원단 수사기밀과 관련된 내용에 대하여 전화 또는 문자메세지를 전달한 행위사이에는 인과관계가 단절된다는 이유로 무죄라고 판단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

범죄일람표 (주 15)

순번 보고시각 보고내용 비고 1 2009. 2. 26. 18:29 현재 공소외 41이 소환조사 중이며, 물가조사와 관련된 조사를 진행 중임. (전화통화) 군납비리 사건 2 2009. 3. 4. 10:14 공소외 41을 조사하였으며, 선납 및 선불증 관련 부분에 관하여 조사를 하는 것 같았음. 최근 공소외 42는 단가계산을 하고 있음. (전화통화) " 3 2009. 3. 5. 08:57 공소외 23을 어제 긴급체포하였음. (전화통화) " 4 2009. 8. 27. 22:32 중령 공소외 40 긴급체포했습니다.

(문자메시지) 공소외 40 뇌물수수 사건 5 2009. 8. 28. 11:19 공소외 40 부인이 다니는 대전문화센터 사물함에 2천만원과 달러 압수하러 출발합니다.

(문자메시지) " 6 2009. 8. 28. 15:42 노은동 롯데문화센터에서 이천만원 이천달러 회수 후 다시 서울로 복귀합니다.

(문자메시지) " 7 2009. 9. 7. 12:54 공소외 40 및 공소외 7은 특가법위반(뇌물)로 기소하기로 하고 이번 주 내로 이건 종결예정입니다.

(문자메시지) " 8 2009. 9. 16. 22:23 오늘 공소외 23이 올라와서 조사를 받는 것으로 알고 있음. (전화통화) 군납비리 사건 9 2009. 9. 23. 17:41 군납비리 사건과 관련하여 수사방해가 있다고 하며, 2009. 9. 말경 공소외 23 사건을 종결 하라고 상부에서 지시가 있었다고 함. (전화통화) "

(4) 공소외 8과 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인은 해군 법무실장으로 각급 검찰부의 검찰사무를 통할하는 직무를 수행하던 중 2007. 말경 평소 친분이 있던 해군 중령 공소외 10이 2007. 6. 14. 해군 헌병 체포조 활동비 횡령 사건과 관련하여 기소유예 처분을 받아 인사상 불이익을 받고 있는 상태를 해소하여 줄 목적으로, 위 기소유예 처분이 검찰관의 적법한 수사 및 합리적인 사실판단·법리적용에 따른 적정한 처분이었으며 위 기소유예 처분을 재기하여 혐의없음 결정을 내릴만한 새로운 증거나 자료가 발견된 사실이 전혀 없었고, 당시 국방부 조사본부 수사단에서 근무하여 해군본부 법무실에서는 위 기소유예 처분 사건을 재기 하더라도 중국 처분을 내릴 관할이 없음에도 불구하고, 이를 재기하여 혐의없음 처분을 하여 주기로 마음먹었다.

피고인은 2008 5.경 위 공소외 10으로 하여금 해군본부 법무실에 진정을 제기하게 한 후, 2008. 8. 11. 국방부 시설본부 중령(진) 공소외 8과 작전사령부 소속 대위 공소외 9를 "특정임무 관련 특별검찰관 업무수행"목적으로 해군본부 법무실에 파견하는 동시에 위 공소외 8을 해군본부 검찰관으로 임명하는 명령을 각 발령하였으나 피고인은 위 사건에 관하여 해군본부 인권과에 법리검토를 지시하여 자신의 의도에 부합하는 취지의 "혐의없음 결정이 타당하다"는 결론을 이미 받아놓은 상황이었기 때문에, 검찰관인 위 공소외 8과 공소외 9로 하여금 단순히 위 인권과의 법리검토 결과만을 적용하여 혐의없음 처분을 하도록 할 의도였을 뿐 사건을 전면적으로 재조사하여 사실관계 및 증

거관계를 확정된 후 법리적용을 하도록 할 의도는 전혀 없었다.

이후 피고인은 위 공소외 8, 9로 하여금 2008. 8. 18. 위 기소유예사건을 재기하도록 하여 추가적인 사실관계나 증거조사가 없이 법률적 구속력이나 권위있는 유권해석 결과가 아닌 해군본부 법무실 법무과에서 해군본부 기획관리참모부 예산회계처 재정관리과에 의견조회한 결과를 주요한 근거로 하여 예산전용이 가능하여 위 공소외 10의 예산항목 유용에 불법영득의 의사가 없다고 판단하여 2008. 8. 22. 혐의없음 처분을 하도록 하였다.

이로써 피고인은 자신의 직권을 남용하여 위 공소외 8, 9에게 의무없는 일을 하게 하였다.

(나) 원심판단의 요지

공소외 8과 공소외 9의 진술들을 종합하여 보면, 재기 수사당시 사적유용에 대한 증거가 없었고, 예산 전용 부분에 있어서는 법리상 전용사실만 가지고는 횡령죄의 성립을 인정하기에 힘들었고, 공소유지가 어려운 상황에서 기소유예 처분을 하는 것은 문제가 있다고 생각하여 검찰관으로서 독립적이고 객관적으로 판단하여 증거가 불충분하다는 결론을 내렸을 뿐 피고인으로부터 사건처리 방향에 대하여 영향을 받아 처리한 것은 아니라는 취지로 검찰 이후 이 법정에 이르기까지 일관되게 진술한 사실이 인정된다.

이와 같은 사실들과 군사법제도상의 검찰관의 지위나 권한 등을 종합하여 보면, 피고인이 관할도 없는 공소외 10 중령의 인사상의 불이익을 해소하기 위하여 공소외 8이나 공소외 9에게 사건처리방향에 대하여 혐의 없음의 처분을 유도한 직권남용이 있었다고 하여도 공소외 8이나 공소외 9는 피고인의 암묵적인 유도나 지시에 상관없이 자신들에게 주어진 검찰관으로서의 객관적인 양심에 따라 독립적으로 공소외 10 사건에 대하여 재수사를 하여 당시에는 증거가 불충분하다고 판단하였고, 당시 상황하에서는 최선을 다하여 무혐의 처분을 한 것이라고 검찰단계와 법정에서 일관되게 주장하고 있고, 이들이 피고인의 무혐의 유도 정황사실로 인하여 의무없는 일을 한 것에 대한 인식조차 이 법정에서 하지 않고 있는 이상 피고인의 직권남용과 공소외 8이나 공소외 9의 무혐의 처분사이에는 인과관계가 단절되었다고 판단되고, 공소외 8이나 공소외 9의 검찰관으로서의 권리행사의 개인적인 보호법익이 침해되었다는 점에 대한 법관으로 하여금 합리적인 의심이 배제될 만큼의 입증이 되지 않고 있다.

그렇다면, 피고인의 공소외 8이나 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대한 공소사실은 범죄에 대한 증거가 없는 경우에 해당하여 군사법원법 제380조 후단에 의하여 무죄를 선고하였다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 공소외 8과 공소외 9에 대한 사건처리 관련 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 124쪽 내지 146쪽 참조), 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 직권남용권리행사죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람으로 하여금 권리행사를 방해한 때 성립하는 것으로 '직권남용'과 '의무없는 일을 하게 한 것' 사이에 인과관계가 존재하여야 하는데, 이 사건에서 비록 피고인이 공소외 10에 대한 기소유예처분의 인사상의 불이익을 해소하기 위해 특별검찰관의 임명을 하여 기존의 불기소사건을 재기하게 하여 무혐의를 유도한 정황이 인정된다 하더라도 이와 같은 피고인의 직권남용이 위 공소외 8이나 공소외 9의 무혐의 처분의 의사결정에 어떠한 영향을 미치지 않았으며, 공소외 8이나 공소외 9는 검찰관으로서의 주어진 권리행사를 독립적으로 판단하여 위 공소외 10에 대한 무혐의 처분을 하였다는 것으로, 그렇다면 피고인의 직권남용행위와 공소외 8, 9의 공소외 10에 대한 무혐의 처분행

위 사이에 인과관계가 없다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(5) 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여

(가) 공소사실의 요지

피고인은 2007. 11. 19.경부터 2009. 10. 13.경까지 해군법무실 업무를 총괄하는 자로서 해군 법무관 출신 변호사 공소외 11로부터 변호사 업무관련 편의제공의 대가로 피고인의 자 공소외 15의 □□계좌(계좌번호 1 생략)로 2008. 10. 27. 100만원, 2008. 11. 28. 100만원 총 200만원의 뇌물을 수수하였다는 것이다.

(나) 원심판단의 요지

피고인은 2008. 12. 중순경 공소외 11과의 전화통화에서 공소외 11이 100만원을 사무실 회식비로 자신의 처에게 보내주었다는 사실을 알게 되어 즉시 반환의사를 표시하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 계좌이체를 할 수 없었던 사정이 인정되고, 당시 피고인의 직책이 해군 법무병과장으로서 해군참모총장의 중요참모이자 병과장으로서 쉽게 자리이동을 할 수 없는 상황이었으므로 공소외 11을 직접 만날 수 있는 가장 가까운 기회인 2009. 1. 10. 진해에서 열린 공소외 12 준위의 자제 결혼식에 참석하여 공소외 11에게 200만원을 인지시점으로부터 1개월이 채 지나지 않은 단기간에 돌려주었으므로 피고인에게는 위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 이 사건 피고인이 변호사 업무관련 편의제공의 대가로 공소외 11로부터 총 200만원의 뇌물수수의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 146쪽 내지 154쪽 참조), 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, ① 피고인의 처인 공소외 43이 변호사 공소외 11로부터 아들 공소외 15의 계좌로 각 100만원씩 2008. 10. 27.과 같은 해 11. 28.경을 전후하여 공소외 11 변호사의 장모인 공소외 44와 사무실 여직원 명의로 각 송금을 받은 점, ② 위 공소외 43은 공소외 11 변호사로부터 2008. 10. 27. 100만원을 송금 받게 된 경위에 대하여 공소외 11 변호사로부터 2008. 10. 27. 송금 받기 하루 전에 한차례 전화를 받고 거절하였으나 그 후 다시 전화를 하여 연말이 다가 오니 자녀들 옷이나 식사라도 하라고 하면서 자녀 명의의 통장계좌번호를 알려 달라고 하여 이를 알려주게 되어 공소외 11 변호사가 아들 공소외 15 계좌로 송금하게 되어 수수하게 된 것이고, 두 번째 100만원은 공소외 11 변호사가 피고인에게 전달하여 회식비로 사용하게 하라는 의미로 송금한 것인데 남편(피고인)이 워낙에 바빠서 거의 집에는 자주 없었고, 자신도 어머니님 병원 왔다 갔다 하느라고 바빠서 정신이 없어서 이야기를 하지 못했다고 진술한 점, ③ 피고인은 공소외 11 변호사가 같은 해 12. 중순경 전화를 걸어 위 2008. 11. 28.경 송금한 100만원으로 사무실 회식은 잘하였느냐고 물어보아서 이를 인지하게 되었고, 공소외 11 변호사에게 반환의사를 표시하고 계좌번호 불러달라고 하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 이에 피고인은 2009. 1. 10. 진해에서 있는 공소외 12의 아들 결혼식 때 오느냐 물어보았고, 이에 공소외 11 변호사가 간다고 말을 하였으며, 이후 자신의 처인 공소외 43에게 확인한 후 2008. 10. 27. 100만원 수수사실도 인지하게 되

었으며, 당시 위 금원이 공소외 45 주식회사 주식을 매수하는데 사용된 사실을 알고, 그 돈을 그대로 빼서 반환하라고 피고인이 자신의 처인 공소외 43에게 화를 내었고, 이 후 피고인은 2009. 1. 10. 공소외 12 준위의 아들 결혼식 참석 후 진해의 중원로타리 해군사관학교 근처의 상호불상의 2층 커피숍에서 공소외 11을 만나 현금 봉투 2개로 200만원을 다시 돌려주었으며, 2009. 1. 23. 공소외 11에게 마음만은 고맙다는 내용의 편지를 해군달력과 함께 보내주었다고 진술한 점, ④ 공소외 11도 피고인으로부터 위와 같은 내용의 편지를 달력과 함께 받았다고 진술한 점, ⑤ 등기우편물 배달자료의 그 기재를 보면, 편지와 달력이 계룡시 남선면 부남리 소재 501군사 우체국에서 2009. 1. 23. 16:18경에 접수되어 영수증 번호가 각 (영수증번호 1 생략), (영수증번호 2 생략)으로 발행되어 발송되었으며, 피고인 작성의 편지, 문서정보 캡처화면, 디스켓의 각 기재 및 현존에 의하면 편지 내용은 피고인의 사무실 컴퓨터에 저장되어 있다가 다른 자료들과 함께 법무실장으로 보직해임된 후 2일 뒤인 2009. 10. 15.에 디스켓에 옮겨진 것으로 추정되며, 위 피고인 작성의 편지, 문서정보 캡처화면, 디스켓이 사후에 인위적으로 조작되었다는 증거가 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 피고인은 2008. 12. 중순경 공소외 11과의 전화통화에서 공소외 11이 100만원을 사무실 회식비로 자신의 처에게 보내주었다는 사실을 알게 되어 즉시 반환의사를 표시하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 계좌이체를 할 수 없었던 사정이 인정되고, 공소외 11을 직접 만날 수 있는 가장 가까운 기회인 2009. 1. 10. 진해에서 열린 공소외 12 준위의 자제 결혼식에 참석하여 공소외 11에게 200만원을 인지시점으로부터 1개월이 채 지나지 않은 단기간에 돌려준 사실을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이와 같다면, 피고인이 이 사건 공소사실 부분 기재와 같이 피고인에게 위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다고 판단한 원심의 판단은 상당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원심판결 중 피고인의 유죄 부분에 대한 피고인의 일부 항소는 이유 있으므로 이 부분은 그대로 유지될 수 있는바, 원심이 이 부분 범죄사실과 당심이 유죄로 인정한 나머지 범죄사실을 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 하여 하나의 형을 선고하였으므로 원심판결 중 유죄 부분은 그 전부가 더 이상 유지될 수 없으므로 피고인과 검찰관의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 군사법원법 제431조, 제414조 11호에 의하여 유죄 부분에 대한 원심판결을 파기하고, 사건 제반기록에 의하여 본 군사법원이 자판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 직접 판결하며, 피고인의 무죄 부분에 대한 검찰관의 항소는 이유 없어 같은 법 제430조 제1항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

】 1. 당심의 심판범위

원심은 ① 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 대하여는 유죄, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점, 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 및 직권남용권리행사방해의 점, 공소외 8 및 공소외 9에 대한 각 직권남용권리행사방해의 점, 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여는 각 무죄를 선고하였고, ② 상상적 경합 관계에 있는 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 및 직권남용권리 행사방해의 점에 대하여 직권남용권리행사방해 부분은 유죄를 인정(원심 판시 범죄사실 제3항)하고, 공무상 비밀누설교사의 부분은

무죄로 판단(이유무죄)하였으며, ③ 공소외 3에 대한 강요의 점에 대하여는 축소사실로 강요방조를 유죄로 인정(원심 판시 범죄사실 제2항, 강요의 점에 대하여 이유무죄)하였는바, 피고인과 검찰관은 이에 대하여 모두 항소하였으나, 검찰관은 항소이유로서 위 공소외 5 및 공소외 1에 대한 각 공무상 비밀 누설교사 부분을 제외한 피고인에 대한 나머지 무죄 부분에 대해서만 각 사실오인, 법리오해 및 양형부당만을 이유로 항소하였고, 원심 판시 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사의 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사의 이유 무죄 부분은 각 항소를 하지 아니하였으므로, 원심 판시 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 이유 무죄 부분은 당심에 이심되었지만 당사자간의 공방대상에서 벗어났다고 보아야 할 것이어서, 이 부분에 대하여는 원심판결의 무죄결론에 따르고, 당심의 심판범위는 이 부분을 제외한 피고인에 대한 원심의 유죄 및 무죄부분에 한정된다(따라서 결론을 같이하는 원심판결의 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 이유 무죄 부분은 다시 판단하지 아니한다).

2. 항소이유의 요지

가. 항소이유서 제출기간 도과 후에 제출된 답변서, 변론요지서는 항소이유서에 기재된 항소이유를 보충하는 범위 내에서 판단한다.

나. 피고인(사실오인 및 법리오해, 양형부당)

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 대하여

가) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄는 그 법정형이 1년 이상의 유기징역형으로 규정되어 있어 구 형사소송법에 의할 때 공소시효가 7년이고, 이 부분의 피고인의 범죄행위의 종료일인 2002. 6. 15.부터 7년이 경과한 2009. 11. 20.경 피고인에 대한 공소가 제기되었음이 명백하므로 이미 공소시효가 완성되었고, 위 공소사실에 대하여 피고인에 대해서만 공소를 제기하고 당시 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점을 1차적으로 인정한 육군 고등검찰부장인 공소외 4와 검찰수사관인 공소외 13에 대하여는 공소를 제기하지 아니한 것은 차별적인 기소에 해당하여 공소권이 남용된 것으로 공소기각이 되어야 한다.

나) 원심이 공소장변경 없이 피고인의 방어에 실질적 불이익을 가져오는 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄의 주요 공소사실부분인 피고인의 인지 경위 및 직무유기 행위에 관하여 " 공소외 4로부터 위 내사사건을 전화로 통보받아 사건을 인지"하였고, " 공소외 4에게 사건을 보내지 않으면 좋겠다는 취지로 전화통화하고 사건을 보내지 않으면 좋겠다는 취지로 이야기하는 등 부탁"하였다고 인정한 것은 판결에 영향을 미친 법률위반에 해당한다.

다) 특수직무유기죄가 성립하기 위해서는 적어도 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위가 있어야 비로소 '인지'가 있다고 볼 수 있으나, 피고인은 단지 공소외 2가 공소외 14와의 금전거래로 인하여 육군 고등검찰부의 내사를 받고 있다는 정에 대한 인식 정도만 가졌을 뿐이며, 피고인에게는 형식적 인지(범죄인지보고서 등)는 물론 실질적 인지(범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위)조차 존재하지 않는다.

라) 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의의 내사종결은 육군 고등검찰부장인 공소외 4의 독자적인 판단에 따른 결과일 뿐이고, 육군 고등검찰부장과 해군 고등검찰부장은 상하의 관계가 아닌 동등한

지위에 있으므로 서로 요구하거나 지시할 수 있는 사이가 아니므로 피고인의 지시나 부탁에 근거하며 이첩하지 않은 것이 아니며, 원심이 이 사건 공소사실 부분에 부합하는 직접적인 증거로 거시한 증인 공소외 4의 법정진술 및 수사기관에서의 진술조서는 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 1차적으로 인지하고도 해군 고등검찰부로 이첩하는 등의 적법한 조치를 취하지 않은 공소외 4가 자신의 특수직무유기 책임을 모면하기 위하여 막연한 자신의 추측을 진술한 것에 불과하여 신빙성이 없고, 공소외 13의 진술 또한 공소외 14가 진술하지 않은 내용을 임의로 조서에 기재하는 등 편파적인 수사를 한 사실이 있어 신빙성이 없다.

마) 피고인은 단순히 공소외 2가 금품수수와 관련한 범죄혐의를 받고 있다는 사실 이외에 구체적인 사실에 근거를 둔 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 인지한 사실이 없어서 직무수행의 의무가 존재하지 않았고, 직무를 유기하는 행위도 없다.

(2) 강요방조의 점에 대하여

가) 원심이 피고인에 대하여 공소장변경 없이 강요의 공동정범을 강요방조로 유죄로 인정한 것은 피고인의 방어권을 침해한 것으로 이는 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나) 공소외 6의 집에서 압수한 압수조서상의 증거목록 중 소명자료 등의 증거서류는 ① 공소외 6에 대한 이 사건 압수·수색영장 집행시 영장의 원본이 아닌 영장사본을 제시하여 수집한 증거이므로 위법하고, ② 공소외 6의 집에서 압수된 증거물인 소명자료 등 증거서류의 종류와 수량 등을 구체적으로 특정하여야 함에도 불구하고 전혀 특정되지 않은 압수목록을 교부한 위법이 있으며, 최초 피압수자인 공소외 6에게 수기로 작성하여 준 압수목록교부서상의 기재와 압수조서상의 압수목록이 서로 상이하여 압수·수색 절차상의 명백한 하자가 존재하고, ③ 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사 사법정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 하는데, 이 사건에서 검찰관이 이와같은 예외적인 경우에 해당한다고 볼만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점에 관하여 충분한 입증을 못한 점 등을 고려할 때 공소외 6의 집에서 압수한 증거물들은 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

다) 피고인은 공소외 2와 함께 2006. 6.경 저녁 무렵 계룡시 엄사면 엄사리 ○○○주점에서 공소외 3을 만난 사실이 없고, 이와 관련된 공소외 3의 법정진술 및 군검찰에서의 진술조서 등은 신빙성이 없다.

라) 공소외 2가 공소외 3에게 구체적으로 해악을 고지하였다는 점에 대한 증거가 없으므로 공소외 2에게 강요죄가 성립되지 않고, 가사 공소외 2에게 강요죄가 성립한다고 하더라도 피고인에게 정범인 공소외 2의 행위가 강요죄의 구성요건에 해당한다는 인식 및 공소외 2의 강요행위를 방조한다는 인식이 없었다.

(3) 공소외 1에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

가) 피고인은 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관으로부터 국방부 검찰단 관할사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한 자체가 없어 직권남용권리행사방해죄가 성립할 수 없다.

나) 공소외 1의 전화통화 및 문자메시지 내용은 공무상 비밀이 아니거나 자신의 개인적 추측을 피고인의 요청과는 무관하게 보고한 것에 불과하여, 공소외 1이 피고인이 요청한 신병 관련 정보를 넘어서 피고인에게 구체적 조사내용 등 수사상 비밀이라고 평가할 수 있는 정보를 알려주었다고 하더라도 이는 피고인의 직권남용에 따른 결과가 아닌 공소외 1의 단순한 책임감 내지 의무감에 따른 것이었다고 보아야 하므로 피고인이 직권을 남용하여 공소외 1에게 의무없는 일을 하게 하였다고 인정할 수 없다.

다) 원심은, 피고인이 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있는 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 할 목적으로 공소외 1에게 수사 관련 사항을 보고하게 하였다고 판시하였으나 피고인에게 이러한 목적이나 의도가 있었다는 것을 인정할만한 증거가 없음에도 이와 같은 사실을 인정한 것은 사실오인의 위법이 있다.

라) 피고인이 공소외 1에게 보고하도록 한 행위는 형법 제20조에 규정한 사회상규에 위반되지 않는 행위(정당행위)이다.

(4) 양형부당

원심의 양형(징역 2년, 집행유예 3년)은 피고인의 정상에 비추어 너무 무거워 부당하다.

나. 검찰관의 항소이유

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인이 해군본부 법무감실 고등검찰부장의 직위를 떠난 후인 2004. 6. 10.부터 같은 해 7. 15. 사이에 공소외 2로부터 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) 내사사건을 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 10,000,000원권 자기앞 수표 6장을 교부받아 그 직무에 관하여 60,000,000원의 뇌물을 수수한 사실이 명백함에도 원심이 이에 대한 입증이 부족하다는 이유로 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)죄 부분에 대하여 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(2) 강요의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인, 공소외 2, 6이 공동하여 피해자 공소외 3으로 하여금 국방부 검찰단 소환조사시 자신의 기억에 반하는 허위진술을 하도록 하게 강요한 사실이 명백함에도 원심이 피고인의 기능적 행위 지배가 없다는 이유로 강요의 공동정범을 부정하고, 공소외 3에 대한 강요 방조만을 인정한 것은 사실오인 및 공동정범에 대한 법리오해의 위법이 있다.

(3) 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

증인의 증언이 수사기관에서의 진술과 상반되는 내용인 경우라면 기존의 진술을 배척할 수 있는 특단의 사정이 존재하여야 하고, 이와 같은 특단의 사정이 존재하지 않는 경우라면 쉽사리 위 공소사실에 부합하는 공소외 5의 수사기관에서의 진술을 배척할 수 없음에도 불구하고 원심이 신빙성이 없는 공소외 5의 법정진술만을 받아들여 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해죄 부분에 대하여 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(3) 공소외 8 및 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인은 해군 중령 공소외 10에 대한 기소유예 처분 사건을 재기하여 혐의없음 처분을 해줄 목적으로 자신의 직권을 남용하여 공소외 8 등에게 공소외 10에 대한 기소유예 처분 사건을 재기하여 혐의없음 처분을 하도록 하는 등 의무없는 일을 하게 한 사실이 명백함에도 원심이 신빙성이 의심되는 공소외 8, 9의 진술만을 받아들여 공소외 8 및 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해죄 부분의 입증이 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하며 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(4) 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인은 2008. 10. 27. 해군 법무관 출신 변호사 공소외 11로부터 변호사 업무 관련 편의 제공의 대가로 피고인의 자 공소외 15의 □□계좌(계좌번호 1 생략)로 1,000,000원을 수수하고, 같은 해 11. 28. 위 공소외 11로부터 위와 같은 편의 제공의 대가로 위 공소외 15의 □□계좌로 1,000,000원을 수수하여 직무에 관하여 2회에 걸쳐 총 2,000,000만원의 뇌물을 수수한 사실이 명백함에도 원심이 이에 대하여 피고인에게 위 금원의 수수사실을 인정한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다는 이유로 무죄를 선고한 것은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(5) 양형부당

피고인에 대한 원심의 양형은 피고인의 정상에 비추어 너무 가벼워서 부당하다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 주장에 대한 판단

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인은 1998. 1. 24.경부터 2003. 12. 10.경까지 해군본부 법무감실 고등검찰부장으로서 범죄수사의 업무를 담당하는 공무원이었다.

한편 관련자 공소외 2는 2002. 6.경 건설업자인 공소외 14로부터 육군본부 문서고 페인트공사 등 4건의 군 발주 공사에 대한 공사계획자료 제공 및 공사편의를 알선하여 주는 대가로 현금 합계 4,150만원을 수수한 혐의로 육군 고등검찰부에서 내사를 받고 있었다.

피고인은 그 무렵 평소 친분이 있던 위 공소외 2로부터 위 사건에 관하여 이야기를 듣고 위 내사사건을 무마하여 달라는 취지의 청탁을 받았다.

이러한 경우 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취했어야 한다.

그럼에도 불구하고, 피고인은 2002. 6. 13. ~ 15.경 위 공소외 14에게 전화하여 "사건을 더 이상 확대하지 말라"는 취지로 이야기하는 한편, 육군 고등검찰부장으로 근무하던 중령 공소외 4에게 위 사건을 해군 검찰부에 이첩하지 않을 것을 부탁하는 등 위 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다.

(나) 원심판단의 요지

1) 원심은 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인 및 그 변호인의 주장에 대해서는 아래와 같은 이유를 들어 받아들이지 아니하였다.

2) 공소시효의 완성 및 공소권 남용(차별적 공소제기) 여부

검찰수사관 작성의 인사조회목록의 기재에 의하면, 피고인의 해군 고등검찰부장의 재직기간은 1998. 1. 24.부터 2003. 12. 10.까지인 사실을 알 수 있고, 재직기간 종료일인 2003. 12. 10.까지는 수사가 가능한 상태였으므로 공소시효가 진행되지 않았고, 2003. 12. 11.부터 공소시효기간 7년 이내인 2009. 11. 20. 공소제기 되었으므로 피고인에 대한 본건의 범죄에 대한 공소시효가 완성되지 않았다고 판단된다.

동일한 구성요건에 해당하는 행위를 한 공동피의자 중 일부만을 기소하고 다른 일부에 대하여는 불기소처분을 하였다 할지라도 평등권을 침해하였거나 공소권을 남용하였다고 할 수 없고(대법원 1990. 6. 8. 90도646 판결), 다수의 동종의 뇌물수수자 중 피고인들만이 기소되어 유죄의 판결이 선고되었다 하여도 그것이 앞서 본 피고인들의 주관적·객관적 일절의 사정에 의한 것이고, 헌법 제10조에서 규정하는 성별·종교·사회적 신분의 차별에 의한 것이 아니므로 이를 가리켜 헌법 제10조에서 규정한 평등권에 위반된다거나 기소자체가 위법하다고는 할 수 없으며(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1909 판결), 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수는 있는 것이고, 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다고 볼 것이다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결 등 참조).

위 판례의 법리와 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 당시 육군 고등검찰부장 중령 공소외 4는 '범죄수사의 직무에 종사하는 공무원'으로서 육본검찰수사관인 준위 공소외 13 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 보고받아 공소외 2의 특정범죄가중처벌법위반(알선수재)의 점을 인지한 사정을 알 수 있으나 당시 공소외 4 고등검찰부장은 관할부서인 해군본부 고등검찰부로 이첩하기 위하여 피고인에게 전화하는 등 시도를 하였으나 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 혐의에 대한 공소외 14에 대한 참고인 진술조서를 이첩 받는 것에 대하여 부정적인 태도를 유지하면서 보내지 말라는 취지로 이야기 하여 보내더라도 사건처리가 제대로 되지 않을 것이라고 생각하고, 당시 법무감에게 보고한 후 위 진술조서를 육군 고등검찰부에서 보관하게 된 사실, 당시 육군고등검찰부에서는 육군 소속의 중령 공소외 16의 뇌물수수 혐의에 대하여 수사를 하는데 수사력을 집중하고 있었던 사실, 피내사자인 공소외 2는 해군본부 소속이었으므로 육군고등검찰부에서는 관할 대상이 아니어서 수사를 더이상 진행하지 않았다는 정황 등 이첩하지 않게 된 경위에 참작할 사정이 있었던 사실을 인정할 수 있다.

이에 비하여 피고인은 해군소속의 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 당지 공소외 4 고등검찰부장으로부터 통보받았음에도 불구하고, 이에 대하여 수사를 개시하지 않은 사정에 더 나아가 후술하는 바와 같이 2005. 3. 21.부터 2006. 1. 4.까지 국방부 검찰단장의 보직을 마친 후 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)혐의로 내사를 받고 있던 공소외 6 대령에 대한 2006. 4. 25.자, 2006. 6. 8.자 2회에 걸친 국방부 검찰단의 소환조사를 대비하여 공소외 6의 소명서의 작성에 깊이 관여하여 공소외 6이 무혐의 처분을 받게 하는데 관여하는 등 피고인에 대한 비난가능성이 높다는 검찰관의 합리적인 판단을 통해 피고인만을 기소한 것으로 보여지고, 헌법상 금지된 성별, 종교, 사회적 신분 등 자의적인 구분에 따른 차별의도나 보복 또는 정당한 권리행사를 방해하는 등 합리성을 인정할 수 없는 어떤 의도가 존재하였다고 보여 지지 않는다.

3) 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 인지했다는 증거가 있는지 여부
피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 인지하였다는 점에 대한 증거로는 증인 공소외 4의 원심법정에서의 진술과 검찰관 작성의 공소외 4에 대한 진술조서가 직접 증거로 존재한다.

즉, 증인 공소외 4의 이 법정에서의 진술과 검찰관 작성의 공소외 4에 대한 진술조서를 종합하면, 검찰단계(국방부 특별조사단)에서의 조사시에 육군본부 고등검찰부장이었던 공소외 4는 2002년 당시 해군본부 고등검찰부장인 피고인에게 “우리가 이러한 사건을 인지하였는데 위 사건 기록 전체를 이첩하여 주겠다”고 하고, “본건 처리와 관련하여 한번 찾아왔던 것으로 기억한다”고 진술을 한 사실, 공소외 4 부장은 이 법정에 이르러서도 동일하게 공소외 13이 2002. 6. 28.자 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 들고와서 공소외 13으로부터 보고받은 후 피고인에게 전화를 하여 사건 내용 즉 군공사와 관련하여 공사계획자료제공 및 공사편의 대가로 공사수주자인 공소외 14로부터 합계 금 4,150만원을 받은 사실과 공소외 2 사건을 이송하겠다는 취지로 이야기를 한 사실, 피고인과 당시 서로 자주 통화하는 관계가 아니었기 때문에 구체적으로 어떤 용어를 사용하였는지 말하기 곤란하지만, “사건을 보내지 말라”는 취지로 이야기를 한 사실은 명확히 기억한다고 진술한 사실, 당시 공소외 4 부장이 피고인에게 전화로 통보를 하였을 때에 이미 피고인이 이를 알고 있었던 것으로 생각된다고 진술한 사실, 2002. 6.경 전화통화시 어느 정도까지 피고인에게 말해 주었는지에 대하여 “진술조서를 보고 난 후 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다라는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내주겠다라고 알려주었다”고 진술하고, 더 구체적으로는 “당시 전화한 이유가 조서의 내용을 알려주는 것이었고, 해군관련자에 대한 피의사실을 알려주는 부분이었기에 조서를 보면서 수수금액인 합계 금 4,150만원이라는 구체적인 액수나 대가 등 범죄의 요소에 해당하는 부분들은 전부 다 말을 했을 것으로 생각이 되고, 피고인이 자신의 사무실에 한 두번 정도 찾아와서 만난 것 같다”고 각 진술한 사실 등이 인정된다.

이와 같은 사실들을 종합하면, 피고인은 공소외 2와 만나서 공소외 2에 대한 내사사건에 대하여 인지한 후 당시 공소외 4육군 고등검찰부장이 2002. 6. 28. 전화통화시 피고인에게 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실에 대하여 알려주었으나 피고인은 사건을 보내지 말라는 취지로 이야기 하고, 그 후 피고인이 공소외 4 부장의 사무실 방문시에도 “사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다”라는 취지로 공소외 4 부장에게 이야기 한 사실이 인정되므로 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 구체적으로 인지하고서도

적절한 조치를 취하지 아니하여 그 직무에 관한 의식적인 방임 또는 유기한 사실이 인정된다.

또한, 증인 공소외 4의 진술에 부합하는 정황증거로는 증인 공소외 14와 공소외 13, 피고인의 이 법정에서의 각 진술과 검찰관 작성의 2009. 11. 19.자 공소외 3 및 공소외 13에 대한 각 진술조서, 검찰관 작성의 피고인에 대한 제3회 진술조서, 검찰관 작성의 2009. 11. 14.자 공소외 2에 대한 진술조서, 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서 등이 있다.

이들 증거들을 종합하면, 공소외 3은 검찰조사시에 공소외 2가 국방대학교 교육 중에 "죽을 뻔한 일이 생겨 밤에 계룡대에 내려왔다 서울로 갔다"는 취지의 말을 공소외 2로부터 들은 사실이 있고, 공소외 14는 검찰조사시에 2002. 6. 28. 공소외 13 수사관으로부터 참고인 조사를 받으면서 공사계획자료 제공 및 공사편의 제공 등의 대가로 차용금액 1천만원을 포함하여 공소외 2에게 4,150만원을 제공한 사실이 있다고 진술한 바 있으나 이 법정에 이르러서는 위 금원을 제공한 사실은 있지만 위 금원이 문제가 되자 2002. 6. 28. 이후 대차관계로서 위 금원을 되돌려 받았다는 취지의 진술을 하여 당시 공소외 2가 공소외 14로부터 받은 금원의 성격과 관련하여 육군본부 고등검찰부에서 공소외 2에 대하여 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 혐의로 2002. 6.경 내사가 진행 중이었던 정황이 인정되고, 공소외 13 검찰수사관은 공소외 14에 대한 조사를 마친 후 곧바로 당시 육군본부 법무실 고등검찰부장인 공소외 4에게 조사내용을 보고하면서 해군관할 사건이므로 이송처리를 하자는 취지로 건의를 하였고, 공소외 4 부장의 사무실에 결재 때문에 들어갔을 때 피고인을 2~3번 정도 본 기억이 있고, 그 전에는 피고인을 본 적이 없으며, 그 후 공소외 4 부장으로부터 사건을 이송하지 말고 자체 종결하라는 지시를 받아 수사자료를 그대로 존안하였다고 진술한 사실, 당시 공소외 4가 피고인에게 "해군 중에 이러 이러한 사건이 있다"라는 취지로 전화를 하여 당시 공소외 2 내사사건에 대하여 공소외 4 부장과 대화를 한 것 자체는 피고인도 시인한 사실, 피고인이 공소외 2 내사사건과 관련하여 공소외 4 부장의 사무실에서 만난 사실에 대하여는 전화 외에는 다른 접촉이 없었다고 부인하거나 또는 기억이 없다고 진술하다가 다시 피고인이 공소외 4 부장의 사무실에서 공소외 2의 내사사건에 관하여 한번 정도 만나서 얘기하였다고 최초의 진술을 번복한 사실 등이 인정되는 바, 이러한 간접사실 등도 위 공소외 4의 진술에 부합하는 정황증거들이다.

한편, 공소외 2의 진술서와 검찰관 작성의 공소외 2에 대한 2009. 11. 14.자 진술조서의 진술기재 및 검찰관 작성의 피고인에 대한 제1회 피의자신문조서의 진술기재를 종합하면, 피고인은 자신이 수사하여야 할 대상인 공소외 2의 부탁으로 상담을 하고 변호사까지 소개하여 주었던 사실을 인정할 수 있는바, 공소외 2는 자신에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의가 해군 고등검찰부로 이첩될 경우 오히려 수사를 하여야 할 해군 검찰부의 수장인 피고인에게 자신의 혐의에 대해 육군에서 내사중인 것에 대하여 아는 것이 있느냐고 부탁하고, 피고인은 해군 고등검찰부장으로서 자신의 관할 대상인 공소외 2의 내사사건에 대하여 사실관계를 확인하여 조사를 하여야 할 지위에 있음에도 불구하고, 피의자인 공소외 2의 변명만을 믿고, 그가 혐의를 벗어나도록 변호인을 소개하여 주는 것은 피고인이 고의적으로 수사주체자로서의 직무를 유기했음을 나타내주는 정황으로 판단이 된다.

4) 피고인이 공소외 2의 뇌물 사건을 인지한 정황이 모호하거나 간접적이었는지 여부

공소외 14는 공소외 13 검찰수사관의 공소외 14에 대한 진술조서 작성시인 2002. 6. 28.경 공소외 2에게 차용해준 금액 1,000만원을 포함한 4,150만원이 공사계획자료 제공과 공사편의 대가로 준 것이라고 진술한 바 있다.

그러나 공소외 14와 그의 처인 공소외 17은 이 법정에서 증인으로 나와 최초 공소외 14가 위 금원이 대차관계였음에도 불구하고 위와같이 공사계획자료 제공과 공사편의 대가로 뇌물이라는 취지로 진술서를 작성한 것은 육군본부 고등검찰부에서 군수사관 4~5명이 2002. 6. 12. 오후 1시경부터 밤 10시경까지 강압적인 조사분위기 속에서 겁을 먹은 상태였기 때문이라고 주장하므로 피고인이 공소외 2의 뇌물사건을 인지한 정황이 모호하거나 간접적이었는지 여부를 알기 위해서는 공소외 2와 공소외 14 사이에 수수된 금원 4,150만원이 군검찰의 강압수사로 인하여 대차관계를 뇌물로 진술한 것인지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

그러므로 살피건대, 증인 공소외 4, 13, 14, 17의 이 법정에서의 각 진술과 계룡대 근무지원단 보안담당관 작성의 출입일지 및 육군본부 계룡대 출입현황 관련 사실조회 통보서의 각 기재에 의하면, ① 공소외 14는 2002. 06. 12. 13:08경 육군본부 제2정문에서 상사 공소외 18의 안내로 육군 법무감실 소속 고등검찰부 수사관 준위 공소외 19와의 공무상의 필요 때문에 들어왔다가 같은 날 17:47경 다시 나간 것으로 기재되어 있는 사실, ② 공소외 14의 처인 공소외 17도 2002. 7. 2. 10:50경 육군본부 제2정문에서 공소외 18 상사의 안내로 육군 고등검찰부장을 만나기 위하여 방문을 한 사실, ③ 공소외 13은 2002. 6. 28. 공소외 14에 대하여 진술조서 작성 당시 강압이나 협박을 한 사실이 없고, 스스로 4,150만원을 공소외 2에게 공사계획자료의 제공 및 공사편의대가로 교부하여 주었다고 진술을 하여 조서에 남긴 것이라고 진술한 사실, ④ 증인 공소외 4는 공소외 17의 방문목적이 남편에 대한 가혹한 수사나 강압적인 수사 부분에 대한 항의를 위한 것이 아니고, 공소외 14는 심약한 사람이었는데 당황한 상태에서 조사를 받아 있지도 않은 말을 하였다는 그러한 취지의 주장을 한 것으로 기억한다고 진술하고, 남편을 10시간 동안이나 무서운 곳에 가두고 수사를 하였다는 것에 대한 얘기를 공소외 17로부터 들은 기억은 없으며, 당시 공소외 17이 찾아와서 강압수사에 대한 항의를 한다는 느낌은 전혀 아니었으며, 공소외 17을 만나준 이유도 수사과정에서 가혹수사에 대한 민원제기를 막기 위한 것은 전혀 아니었다고 진술한 사실, ⑤ 증인 공소외 14도 이 법정에서 검찰관의 주신문시 공소외 13이 2002. 6. 28. 공소외 14에 대한 조사시와 동일하게 공소외 14가 공소외 2에게 공사계획자료와 공사편의 등의 대가로 합계 4,150만원의 현금을 제공한 사실을 진술하였다가 위 금원이 문제가 되자 공소외 2가 전화로 '돈 빌려준거 이제 돌려주어야겠다'라고 하여 2002. 6. 28.이후로 되돌려 받았다는 취지의 진술을 하면서 최초에는 뇌물을 다시 돌려 받은 것이라고 진술하였다가 다시 대차관계였다고 진술하는 등 그 진술에 일관성이 없는 사실, ⑥ 증인 공소외 17은 공소외 2와는 1999년도에 1,500만원을 차용하여 주고 곧바로 상환받고, 1999년도 말이나 2000년 초순경에 약 2,000만원에서 2,500만원 정도를 차용하여 주고 현금으로 상환받은 사실이 있을 뿐이고 2000년 내지 2002년도에는 대차관계가 한번도 없었다고 진술하였으나 증인 공소외 14가 이 법정에서 당시 공소외 2에게 교부한 4,150만원이 공사계획자료제공 및 공사편의의 대가로 지급한 것이 아니고, 2002. 6. 28. 이후 대차관계 있는 금원으로서 주고 받았다는 취지의 진술과도 일치되지 않는 진술을 한 사실, 또한 증인 공소외 17은 이 법정에서 당시 공소외 14가 군으로부터 수주한 "군관련 공사는 단 한건밖에 없었다"는 취지로 진술한 바 있으나 육군본부 보통군사법원 2002고10의 판결 등본 중 육군 중령 공소외 16에 대한 뇌물수수 등 사건의 확정된 판결문에서 공소외 14가 군납 브로커라는 취지로 기재될 만큼 공소외 14가 군관련 공사를 다수 수주한 사실에 배치되는 진술을 한 사실 등이 인정된다.

이와 같은 사실들을 종합하여 보면, 공소외 14는 공소외 19 수사관으로부터 소환되어 약 4시간 40분동안 위 장소에 머무르며 조사를 받고 2002. 6. 12.자 진술서를 작성한 후 다시 17:47경에 귀가한 것으로 보여지고, 당시 강압적인 수사로 인하여 이슈가 되었거나 그러한 사실을 공소외 4 부장이 보고받거나 공소외 17이 당시 육군 고등검찰부장인 공소외 4를 만나게 된 목적이 자신의 남편인 공소외 14에 대한 강압 수사에 대한 항의성 방문이 아니었다고 보여지므로 위에서 본 바와 같이 당시 상황이 강압적인 수사 분위기가 있었다고 볼 증거가 없고, 증인 공소외 17의 이 법정에서의 진술도 증인 공소외 14의 진술과 일치하지 않고 증인 공소외 14의 진술도 일관성이 없어 그 진술에 신빙성이 매우 떨어져서 믿기 어렵고, 같은 취지의 공소외 14 및 공소외 17 작성의 각 사실확인서도 믿기 어렵다고 판단되고, 2002. 6. 28. 당시 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서상의 "공소외 14가 위 공소외 2에게 2002. 6월경 공소외 2에게 공사편의 등의 대가로 함께 4,150만원의 현금을 제공한 사실이 있다"는 취지의 진술기재 부분이 증인 공소외 14가 공소외 17의 이 법정에서의 각 진술보다 더 신빙성이 있다고 판단된다.

또한, 증인 공소외 2의 이 법정에서의 진술은, 2002. 6. 자신과 공소외 14의 부인과의 금전차용관계에서 비롯된 공소외 14의 진술로 인하여 육군본부 고등검찰부의 조사가 있게 되자 피고인에게 "뭐 아는 것이 있느냐"라고 물었고, 이에 피고인은 "아는 것이 없다.

문제가 있으면 해군으로 넘기지 않겠느냐"라고 조언하여 주었을 뿐이며, 공소외 2는 스스로 공소외 14측과의 접촉을 통하여 금전차용문제에 대한 해결을 취함과 동시에 자신이 알고 있던 공소외 20 변호사를 통하여 육군본부 고등검찰부를 접촉하게 하여 자신에 대한 조사를 중단시킨 것이라는 취지이나 증인 공소외 2의 이 법정에서의 진술은 공소외 20 변호사의 선임 경위에 있어서 진술의 일관성이 없는 등 그 진술의 태도나 과정에 비추어 신빙성이 매우 떨어져 믿기 어렵다고 판단된다.

또한, 증인 공소외 4의 진술과 피고인의 진술 중 어느 진술이 더 신빙성이 있는지에 대하여 살펴볼 필요가 있는 바, 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 2002년 당시 육본 고등검찰부에서의 공소외 2 내사 사건을 누구를 통하여 먼저 인지하게 된 것인지 여부, 당시 피고인의 공소외 4 부장 사무실예의 방문 여부, 공소외 4 부장의 전화통보후 피고인의 태도 등에 대하여, 증인 공소외 4의 각 진술은 검찰이래 이 법정에 이르기까지 피고인보다 더 일관된 점에 비추어 위 사항에 대하여 일관성이 없는 피고인의 각 진술보다 더 신빙성이 있다.

따라서 당시 육군본부 고등검찰부장인 공소외 4나 검찰수사관인 공소외 13에 비하여 피고인이 공소외 2에 대한 어떤 범죄혐의를 인지하기에는 피고인에게 전달된 정보 내지 자료가 너무나 모호하거나 간접적인 것이었다는 피고인 및 변호인의 주장은 이유없다.

5) 공소외 2에 대한 공소외 4 부장의 내사종결이 공소외 20 변호사의 활동을 통하여 된 것이므로 직무유기가 없었다는 주장에 대한 판단

이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 2002. 6. 28. 공소외 4 부장과의 전화통화 및 그 후 2~3차례 방문을 통하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였다는 사실을 피고인이 이미 인지한 사실이 인정되고 피고인이 공소외 4부장의 사무실을 찾아와서 "사건을 해군 검찰부로 보내지 않았

으면 좋겠다"라는 취지로 이야기 하여 그 직무를 의식적으로 방임한 사실에는 변함이 없는 이상 그 이후 육군 고등 검찰부에서 내사종결이 가사 공소외 20 변호사의 활동을 통하여 최종적으로 종결이 되었다고 하더라도 피고인의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 구성요건을 충족시킴에는 큰 영향이 없다고 할 것이어서 이 부분에 대한 피고인 및 변호인들의 주장은 피고인의 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 구성요건과는 관련이 없는 주장이라고 할 것이다.

따라서 이 부분에 대한 피고인 및 변호인들의 주장도 이유 없다.

(다) 당심의 판단

1) 공소시효의 완성 및 공소권 남용(차별적 공소제기) 주장에 관한 판단

가) 직무유기죄는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있는 바, 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위상태가 계속되는 한 가별적 위법상태는 계속 존재하는 것인바(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도675 판결 참조), 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 피고인의 해군 고등검찰부장 재직기간은 1998. 1. 24. 부터 2003. 12. 10.까지인 사실을 알 수 있고, 이 사건 공소제기 일자는 공소시효기간 7년 이내인 2009. 11. 20.이므로 원심이 본건 범행에 대한 공소시효가 완성되지 않았다고 판단한 것은 정당하고, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 검찰관이 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나(2004. 4. 27. 선고 2004482 판결 참조), 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적으로나마 어떤 의도가 있어야 한다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결 등 참조). 원심은, 검찰관이 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원의 신분을 가진 당시 육군 고등검찰부장 중령 공소외 4가 육군 고등검찰부 검찰수사관인 준위 공소외 13 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 보고 받아 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) 혐의사실을 인지한 사정을 알 수 있으나, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면 검찰관의 위와 같은 조치가 공소권을 남용한 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이 사건에서 검찰관의 공소제기가 자의적인 공소권 행사로 인하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 볼 수 있을 만한 객관적인 근거가 없어, 이러한 원심의 판단은 정당하여 수긍할 수 있어 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

2) 공소장변경 없는 사실인정(불고불리 원칙 위배) 주장에 대한 판단

피고인의 방어권행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 법원이 공소장변경절차를 거치지 않고 다르게 인정하였다 할지라도 불고불리의 원칙에 위반되지 않는다(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도970 판결, 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도1060 판결 등 참조).

기록에 의하면, 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 관하여 공소장에는, "육군 고등검찰부장으로 근무하던 중령 공소외 4에게 위 사건을 해군 검찰부에 이첩하지 않을 것을 부탁하는 등 위

공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다"로 되어있는 것을 "육군 고등검찰부장인 중령 공소외 4로부터 해군관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였음에도 불구하고 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하고, 오히려 '사건을 보내지 말라'는 취지로 전화통화를 하고, 그 후 육군 고등검찰부장의 사무실을 방문하여 위 '사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다'는 취지로 이야기 하는 등 부탁하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다"라고 인정하였으나, 기록에 의하여 살펴보면, 이는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 특수직무유기행위의 태양을 보다 구체적으로 상세히 특정한 것이거나 또는 불명확한 점을 바로잡은 것에 지나지 아니할 뿐만 아니라, 피고인은 원심에서 이 부분의 공소사실을 다투었고, 그에 관하여 심리가 충분히 되어 있음이 인정됨에 비추어, 원심이 공소장변경절차를 거치지 않고 공소사실과 다르게 사실을 인정하였다 하더라도 그것이 공소사실의 동일성의 범위를 벗어날 정도로 기본적 사실관계를 달리 하는 것이라든지, 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 준 것도 아니라 할 것이다.

따라서 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 사람을 인지하지 않았다는 주장 및 직무를 유기하지 않았다는 주장에 대한 판단

가) 판단

범죄인지란 수사기관이 각종 수사의 단서에 의하여 곧바로 또는 내사의 과정을 거쳐 적극적·능동적으로 범죄혐의를 인정하고 수사를 개시하는 처분으로 수사개시를 위한 범죄혐의는 수사기관의 주관적 혐의를 의미하고 아직 객관적 혐의로 발전함을 요하지는 아니하나 어느 정도 구체적인 사실에 근거를 두어야 하고, 검찰관이 어떤 사건에 대하여 범죄혐의가 인정되면 인지절차를 통하여 사건을 수리 즉, 입건하여야 하며, 사건의 수리 후 혐의자는 피의자가 된다.

이를 입건이라고도 한다.

검찰관은 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치도록 되어 있으므로 특단의 사정이 없는 한 수사기관이 그와 같은 절차를 거친 때에 범죄인지가 된 것으로 볼 것이나, 범죄의 인지는 실질적인 개념으로서 검찰관은 그와 같은 절차를 거치기도 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고, 그 뒤 범죄인지서를 작성하여 사건수리절차를 밟은 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것이 아니다(대법원 1989. 6. 20. 선고 89도648 판결 참조).

한편, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제15조의 특수직무유기행위는 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반의 범죄사실을 인지하는 경우 이에 대한 범죄인지서를 작성하고 범죄수사를 하여야 할 직무가 있음에도 불구하고 정당한 이유 없이 위와 같은 조치를 취하지 아니하는 경우에도 그 범죄의 성립이 인정되는바(대법원 1984. 7. 24. 선고 84도705 판결 참조), 그렇다면 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서 말하는 '인지'란 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 동법 소정의 죄를 범한 자라는 '정을 알면서도' 또는 '범인을 알면서도'라는 의미로서 실제로 동법 소정의 범죄를 범한 자라는 것을 인식하면 족하며, 범인의 성명이나 범죄의 구체적인 내용을 알 필요는 없다 할 것이고, 범죄를 범한 자는 범죄의 혐의를 받아 수사가 진행 중인 자

나 아직 수사의 대상이 되지 않은 자도 여기서 말하는 죄를 범한자에 포함되는 것으로 피의자·피내사자, 참고인 조사 및 물적 증거 수집 등 실질적인 수사를 개시하는 행위가 있어야 비로소 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서의 '인지'가 있었다고 볼 수 있는 것은 아니다.

한편, 직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는 데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식 하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립한다(대법원 1997. 4. 22. 선고 95도748 판결, 대법원 1999. 11. 26. 선고 99도1904 판결 등 참조). 그리고 이러한 직무유기죄는 공무원이 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니라, 직무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니함으로써 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 구체적인 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립하는 것이므로, 공무원의 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우에는 직무유기죄는 성립하지 아니하며, 또한 어떠한 형태로든 직무집행의 의사로 자신의 직무를 수행한 경우에는 그 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 것은 아니다(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도657 판결, 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1390 판결 등 참조).

나) 위 가)항의 법리에 비추어 위 공소사실, 즉, 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인지하였음에도 불구하고 오히려 공소외 4에게 사건을 해군에 이첩하지 말라고 부탁하는 등 사건을 무마시켰다는 것이 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에 해당하는 것인지에 관하여 살펴건대, 원심은 판시 증거에 기초하여 그 판시 사정을 들어 피고인은, 평소 친분이 있던 위 공소외 2로부터 육군 고등검찰부의 공소외 2에 대한 내사사건에 대하여 "알아봐 달라"고 부탁을 받은 후, 2002. 6. 28.경 당시 육군 고등검찰부장인 중령 공소외 4로부터 해군관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였음에도 불구하고 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하고, 오히려 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다고 하여 유죄를 인정하였으나, 원심 판시의 사정들을 여러 정황에 비추어 볼 때, 검찰관이 제출한 증거만으로는 아래 다)항에서 보는 바와 같이 피고인이 이 사건 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄의 범죄 혐의사실을 실제로 알았다거나 그리고도 구체적으로 그 직무를 회피하여 수사를 하지 않았다고 단정할 수 없고, 비록 피고인이 위 공소외 2의 범죄 혐의사실을 사건이첩이나 인지보고서를 작성하는 등의 방법으로 신속, 적절하게 수사하지 않았다 하더라도 이를 두고 특정범죄가중처벌등에관한법률(특수직무유기)죄에 해당한다고 할 수 없다.

다) ① 공소장 기재 이 부분 공소사실을 살펴보면, 피고인은 2002. 6.경 평소 친분이 있던 공소외 2가 건설업자 공소외 14로부터 육군본부 문서고 페인트공사 등 4건의 군 발주 공사에 대한 공사계획자료 제공 및 공사편의를 알선하여 주는 대가로 현금 합계 4,150만원을 수수한 혐의로 육군 고등검찰부에서 내사를 받고 있어 위 내사사건을 무마하여 달라는 취지의 청탁을 받았으며, 이러한 경우 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취했어야 했는데 정당한 이유 없이 직무를 유기하였다는 것으로서, 공소사실 자체만으로 보자면, 피고인이 구체적으로 어느 시점에서 어떤 상황에서 어떤 경위를 통하여 공소외

2가 위 범죄를 범한 자임을 인식하였는지 잘 나타나지 않으며, 아래 ②항에서 보는 바와 같이 공소외 4의 법정진술 및 수사기관 진술기재에 의하여도 2002. 6.경 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 의도적으로 직무를 유기하였다고 단정할 수 없다(실제로 원심에서 피고인 및 변호인 측은 이 부분 공소사실에 대하여 이의를 제기하고 다투었는바, 원심은 공소사실과 달리 피고인이 공소외 4로부터 전화로 통보받아 인지한 것으로 범죄사실을 수정하여 인정하였다).

- ② 원심 판시 이 부분 범죄사실은, 피고인이 육군 고등검찰부장 공소외 4로부터 해군 관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였다는 것으로 이에 부합하는 직접증거로 공소외 4의 법정진술 및 수사기관 진술조서의 기재를 들고 있으며, 그 진술내용은 2002. 6.경 공소외 13으로부터 공소외 14에 대한 진술조서 내용을 보고를 받은 후 피고인에게 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다고 하는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내주겠다는 이야기를 하였으나 피고인이 전체적으로 꺼리는 듯한 태도를 보여 사건을 보내지 말라는 취지로 부탁을 하여 사건을 해군으로 이첩하지 않았다는 것이나, 이와 같은 공소외 4의 진술은 추상적이거나 추측에 기한 것들에 불과하여 공소외 4의 이러한 취지의 진술만으로 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 이를 일부러 수사하지 않았다고 인정할 수 없다 할 것이다.

즉, 공소외 4는 수사기관에서 2002. 6. 28.경 공소외 13으로부터 공소외 2의 뇌물수수 관련 공소외 14의 진술조서 내용을 보고 받은 후 당시 해군 고등검찰부장인 피고인에게 전화를 걸어 공소외 2의 뇌물수수 사건을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 피고인은 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보여 해군으로 보내지 않았으며, 이와 관련하여 한 번 정도 자신의 사무실로 찾아 왔으나 피고인이 원래 말을 명쾌하게 하는 스타일이 아니기 때문에 이 사건과 관련하여 구체적으로 어떠한 이야기를 했는지 정확한 기억은 없다는 취지로 진술하였는데(증거기록 제315면 내지 319면 참조), 공소외 4는 군검찰 조사시 피고인에게 전화로 알려 준 사건 내용에 대하여는 " 피고인 대령에게 우리가 이러한 사건을 인지하였는데, 위 사건 기록 전체를 이첩하여 주겠다는 취지로 이야기하였습니다", " 피고인 대령이 말을 명쾌하게 하는 스타일이 아닙니다.

당시 저를 찾아와서 이야기를 나누었다면 사건 관련하여 이야기를 하였을 텐데 정확한 기억은 없습니다", "당시 제가 사건 이첩을 위하여 이첩 이전에 업무 협조 차원에서 당시 해군 고등검찰부장인 피고인에게 사건에 관하여 이야기를 하였습니다.

그 전화를 하였던 당시 피고인 대령이 사건을 보내지 말라는 취지로 이야기를 하였습니다.

하지만 어떠한 이유로 보내지 말라고 하였는지는 정확히 기억이 나지 않습니다"라고 진술하였고, 해군에 사건을 이첩하지 않는 결정에 대하여 피고인이 미친 영향에 대하여는 "당시 사건을 이첩하여도 곧바로 사건 처리가 될 것 같지 않다는 생각을 하였고, 이에 법무감에게 일단 해군 고등검찰부장이 사건 이첩을 하지 않았으면, 좋겠다고 한다는 내용의 보고를 하였습니다.

이에 당시 법무감께서는 그렇다면 굳이 보낼 필요 없다는 취지로 말씀하셨고, 이에 고등검찰부에서 위 사건을 보관하게 된 것입니다", "그 당시 해군의 수사여지가 없다고 보여 사건 수사를 진행하지 않았고, 제가 고등검찰부장 직책을 떠나면서 위 사건에 대하여 잊고 있어서 결국 공소시효가 도과되었습니다.

지금 생각해보니 국방부 검찰단으로 즉시 이송하는 것이 옳았다고 생각합니다"고 진술하였다.

원심법정에서는 피고인에게 전화로 사건 내용을 통보해준 경과에 대하여 "진술조서를 보고 난 후 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내겠다고 알려주었습니다", "(공소외 14에 대한 참고인조서나 관련 수자기록을) 보여 달라고 요구를 하지 않았기 때문에 보여준 기억은 없습니다.

만약에 보여 달라고 하였다면 당연히 보여 주었을 것이나 스스로 보라고 제가 억지로 보여 준 기억은 없습니다"라고 진술하였고, 피고인과의 전화 통화나 피고인이 사무실을 방문하여 나눈 대화가 구체적으로 어떠한 내용인지에 대하여는 "정확한 상황은 구체적으로 기억하기 어렵습니다.

피고인이 어떤 내용을 명쾌하게 말하는 스타일도 아니었고, 당시 사용했던 용어도 기억나지 않습니다.

다만, 전체적인 취지가 사건을 해군 검찰부로 보내는 것이 적절하지 않다 또는 보내지 않았으면 좋겠다는 취지였던 것 같습니다", "(피고인 방문의 핵심 요지가 공소외 2 건을 해군에 보내지 마라라는) 그러한 목적을 가지고 왔었는지 정확하게 한마디로 이야기하기 어렵지만 전체적으로 전화 통화할 당시의 태도나 그 이후의 태도 등으로 보아서 보내는 것에 대해 꺼리는 듯 해 보였습니다"라고 진술하였고, 피고인에게 전화 통화를 할 당시 피고인이 공소외 2의 내사사건에 관하여 어느 정도나 미리 알고 있었다고 생각하는 지에 대하여는 "어느 정도 알고 있었는지에 대하여는 제가 판단할 수 있는 상황이 아니었습니다.

공소외 14에 대한 진술조서를 보면 피고인이 전화를 걸어서 사건을 확대시키지 마라라는 진술이 나오는데, 공소외 14의 진술이 사실이라면 그것으로 미루어 볼 때는 피고인이 저보다는 먼저 알고 있었을 수도 있는 것입니다"라고 진술하였고, 피고인이 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보인 이유를 물어 보았는가요라는 질문에 대하여는 "그 부분은 묻지 않아도 어떤 곤란한 이유가 있을 것으로 짐작이 되었고, 말 못할 사정이 있겠거니 생각을 하였습니다.

그리고 해군과 육군 사이에 그런 것을, 상대방의 어떤 요청을 무시해가면서 사건을 보내서 곤란하게, 어찌 보면 사건을 받으면 곤란해질 수 있다는 느낌 때문에 보내지 말라라는 부탁을 한 것으로 기억이 되고, 그 당시에 크게 깊이 생각을 하지 않았기 때문에 그렇게 결정을 한 것입니다.

요즘의 분위기나 업무처리 관행을 보면 있을 수 없는 것처럼 보이겠지만 그 당시에는 그렇게 판단을 하였고, 그것 말고는 다른 이유가 없는 것입니다", "그 당시에 이 사건에 대해서 크게 고심했던 것이 아니기 때문에 전반적으로 기억이 희미합니다"라고 진술하였는바, 원심에서 위와 같은 공소외 4의 진술은 피고인과의 전화 통화시 피고인이 구체적으로 어떤 말을 했는지는 기억이 나지 않으며, 이후 피고인이 1번 내지 2번 정도 자신의 사무실을 방문하여 대화를 나누었지만 정확한 내용은 기억이 나지 않으나 전체적인 취지가 사건을 해군검찰부로 보내는 것이 적절치 않다는 이야기인 것 같고, 자신이 피고인에게 전화를 걸었을 때 이미 피고인은 공소외 2 관련 사건 내용을 어느 정도 알고 있었을 것으로 생각하는데 그 이유는 공소외 14의 진술조서를 보면 공소외 14가 피고인으로부터 사건을 확대시키지 말아달라는 내용의 전화를 받았었다고 진술한 부분이 있어 그것이 사실이라면 피고인이 자신 보다 먼저 알고 있었을 것이라고 추측하는 듯한 진술에 불과하고, 결과적으로 피고인이 어떠한 이유에서 사건을 받기를 꺼리는 지를 물어보거나 공소외 14의 진술조서 등 관련 기록을 보여주진 않았으며, 해군에 보낸다 하더라도 제대로 수사가 될 것 같지 않다는 판단 하에 육군 법무감에게 보고 한 후 기록을 자체 보관하는 것으로 결정하였으며, 이 사건 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실에 대하여 육군고등검찰부에서 절차에 따라 입건하거나 내사사건으로 수리하지는 않

았다는 것이다.

당심법정에서는 "사실 전화통화로 어떤 말을 주고받았는지 대하여는 지금 제대로 기억하기가 어려운데 일반적으로 사건내용을, 우리 육군 수사관이 획득한 수사 그러니까 범죄자료에 해당하는 것인데 이러한 진술서와 진술조서, 그 사건의 내용, 그 서류의 내용에 공소외 14라는 사람이 있고, 그 다음에 공소외 14가 해군 소속 군무원에게 공사 관련 해서 돈을 주었다는 부분을 진술하고 있다는 부분은 범죄사실에 대한 통지를 하기 위한 전화였기 때문에 그런 부분들은 포함을 해서 알려주었을 것으로 생각합니다", "(피고인과의 전화 통화시 나는 대화 내용을 구체적으로 표현하면) 전체적으로 주고 받은 내용을 기억하기는 어렵지만 지난번 1심 법정에서도 보내지 말라는 취지의 답을 들었고 했지만 좀 더 구체적으로 말을 한다면 내가 말하듯이 보내지 말라라 이런 것이 아니었고 대구 지방 사람이기 때문에 대구 말씨가 강한데 '뭐 하러 보내시렵니까?' 또는 '뭐 하러 보내려 하십니까?' 그런 식의 말을 들었기 때문에 이 사건을, 이 기록을 받아가기를 원치 않는다.

어떤 수사하고자 하는 그런 관심이 좀 없다는 그런 느낌을, 그런 생각을, 판단을 했기 때문에 사실 기록을 바로 송부하지 않았고 가지고 있도록 한 것입니다"라고 진술하였으나 위와 같은 "뭐 하러 보내시렵니까? 또는 "뭐 하러 보내려 하십니까?"라는 대화 내용은 수사기관 조사단계부터 원심법정에 이르기까지 한 번도 나오지 않았는데 그 용어가 확실한 건가요라는 변호인의 질문에 "그 당시에 기억은 사실 지금도 어떤 말을 먼저 했고 어떤 말을 답으로 들었고 그렇게 기억할 수 없는 것인데 구체적인 단어를 써 가면서 핵심적인 용어를 좀 말해보라 한다면 그 정도..."라며 진술하였는데, 결국 공소외 4는 피고인과의 전화통화 및 사무실 방문시 어떠한 내용의 대화를 하였는지는 기억이 나지 않으나 피고인이 사건을 보내지 말아달라는 취지의 이야기를 한 것 같으며, 전체적으로 볼 때 피고인이 사건을 이첩받기를 꺼리는 듯한 모습이었던 원심법정에서의 진술과 기본적으로 일관되게 진술하면서, 통상적으로 검찰기관에 종사하는 사람들은 이런 사건이 있으면 호기심을 가지고 그 내용이 무엇인지 빨리 보고 싶어 하고, 구체적인 서류가 있다면 서류를 보내달라고 하든지 하는 반응을 보이는데, 당시 피고인은 그와 같은 반응을 보이지 않았고, 당시 공소외 14의 처 공소외 17이 공소외 14의 진술조서는 검찰수사관인 공소외 13의 강압수사로 인한 공황상태에서 사실과 다른 진술을 한 것이므로 조서 자체를 없애 달라는 항의방문을 하는 등 참고인 진술조서의 증거능력 유지가 어려워 수사를 하기에 어려운 사건이 아닌가 하는 판단도 있었던 것 같다고 진술하고 있는바, 그렇다면 공소외 4의 이러한 취지의 진술만으로 피고인이 실제로 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 이를 일부러 유기하였다고 단정할 수는 없다 할 것이다.

③ 한편, 이 사건 공소사실을 뒷받침할 만한 간접증거로는 공소외 14, 13, 3의 각 수사기관 진술 및 법정진술이 있으나, 아래에서 보는 바와 같은 사유로 이부분 공소사실을 인정하기에 부족하다.

우선, 공소외 14는 2002. 6. 28.경 수사기관에서는 공사계획자료 제공 및 공사편의 대가로 공소외 2에게 합계 금 4,150만원을 교부하였다고 진술하였고(피고인은 공소외 14의 진술조서와 관련하여 원심법정에서 공소외 14는 진술조서의 일부에 대한 실질적 진정성립을 부인한 것이 아니라 강압수사를 이유로 진술조서 전체의 임의성을 부인한 것이라고 주장하나 원심의 판단을 기록과 대조하여 살펴보면 공소외 14의 수사기관에서의 진술은 임의의 진술로 인정되고 달리 그 진술이 피고인의 주장과 같이 임의성이 없다거나 이를 의심할 만한 사유가 있다고 인정할 만

한 증거를 찾아 볼 수 없어 위 공소외 14의 진술조서가 임의성이 없어 증거능력이 없다는 피고인의 항소논지는 그 이유가 없다), 원심법정에서는 증인으로 출석하여 위 금원의 성격이 대차관계라고 하면서도 이 금원 수수가 문제가 된 2002. 6. 28. 이후 공소외 2로부터 차용금을 돌려받았으며, 2002. 6. 28. 자 진술조서상 공소외 2에게 공사계획 자료 제공 및 공사편의 대가로 4,150만원을 제공하였다는 부분은 원진술자가 진술한대로 기재되어 있으나 "해군 고등검찰부장으로부터 2002. 6. 13.~15.경 2번 전화를 받은 사실이 있습니다.

그 내용은 안부 전화였으나 사건을 확대시키지 말라는 취지의 전화를 받았습니"라는 부분은 진술한대로 기재되어 있지 않다고 진술하였는데, 원심은 이에 대하여 위와 같은 해군 고등검찰부장이 전화로 사건을 더 이상 확대하지 말라는 취지로 이야기하였다는 부분에 대하여 이를 부인하는 공소외 14의 법정진술은 진술의 신빙성이 매우 떨어짐에도 불구하고 실질적 진정성립을 부인하였으므로 증거능력이 없다고 판시하였으나, 살피건대, 공소외 14는 원심법정에서 2002. 6. 13.경 공소외 13이 자신의 사무실로 방문조사를 하겠다는 전화를 하면서 방문시간을 확인하던 중에 혹시 해군 법무감실에서 전화가 온 적 있느냐라는 질문을 받고 "전화 온 적 없다"고 답변하였는데, 그날 저녁에 방문 조사시 공소외 13이 이미 진술조서 초안을 만들어 와서 읽어보고 도장을 찍으라고 하였는데, 위 진술조서 초안에는 해군 고등검찰부장으로부터 전화를 받았다는 내용도 포함되어 있었고 이에 대하여 공소외 13이 질문을 하자 얼떨결에 전화가 왔다고 답변하였으나 이는 공소외 13 수사관이 자신에게 6. 13. 및 6. 28. 각 전화를 건 것을 답변한 것에 불과하고, 돈 관리는 전적으로 자신의 처인 공소외 17이 하였기 때문에 자신이 정확히 기억하는 것은 별로 없어 검찰관과 변호인의 질문에 정확한 답변을 하지 못한다는 취지로 진술하였고(공판기록 제320면, 제321면 참조), 이와 관련하여 당시 공소외 14의 진술조서를 작성한 공소외 13은 당시법정에서 2002. 6. 28. 공소외 14를 조사하기 전에 미리 질문사항을 노트북에 적어 가지고 갔으며, 준비해간 질문사항을 물어본 후 그 진술한 내용을 받아 적었고, 위 진술조서를 받은 뒤에 며칠 후 공소외 14가 사무실에 1~2번 찾아와서 진술을 반복할 테니, 사실과 다르니 다시 진술하게 해 달라는 요청을 하였지만 거부하였으며, 그렇다면 해군 고등검찰부장 부분이라도 빼 달라는 이야기를 한 사실이 있다고 진술하면서, 진술조서를 받은 구체적인 방법에 대하여는 "여기 제가 진술조서 받은 상에는 계획자료라든가 뭐를 제공하고 그런 부분은 안 나옵니다.

여기 계획자료이라든가 뭘로 안 나왔고 그때 당시 진술내용이 하여튼 편의를 봐줘 가지고, 그 양반이 하는데, 공소외 14는 초등학교 뿐이 안 나온 걸로 기억이 됩니다.

그래가지고 예를 들어서 무시를 하는 것이 아니라 사실은 A라는 질문을 해도 '예', B라는 해도 '예'하고 겁을 많이 먹는 사람입니다.

착해 가지고 참 순진한 사람이에요. 그 모든 업무를 와이프가 다 합니다.

공소외 14는 시키는 대로 합니다.

거의"라며 진술하였다.

그렇다면 위에서 살펴본 바와 같이 공소외 13이 공소외 14의 진술조서를 받을 당시 노트북에 질문사항만을 미리 작성해 같다는 취지로 진술하지만 실제로는 육군복지근무지원단 경리실장인 중령 공소외 16의 부대 계약 관련 범죄 혐의를 수사하던 중에 공소외 14와 관련한 첩보를 입수하고 이를 확인하는 내용의 질문사항과 공소외 14의 예상 답변까지도 미리 준비해 간 것으로 보이며, 기록에 첨부된 공소외 14의 진술조서(증거기록 제1216면 내지 1221면 참조)의 내용은 초등학교만을 나온 공소외 14의 학력이나 위와 같은 공소외 13의 진술 등에 비추어 볼 때, 공소외

14 혼자만의 생각으로 진술하였다고 보기에는 이례적으로 상당히 구체적이고 논리적이며, 세부적인 사항에 대하여도 상세하게 기재되어 있어 질문에 대한 예상 답변 내용이 어느 정도 작성된 진술조서 초안을 보면서 진위(眞僞)를 확인하는 방법으로 위 진술조서가 작성된 것이라는 취지의 공소외 14의 진술에 부합하는 점, 공소외 13도 당시 법정에서 명시적으로 진술조서의 답변내용을 미리 작성하였다고 인정하진 않았으나 공소외 14가 초등학교 정도를 졸업한 사람으로 질문하는 사항의 의미가 정확히 무엇인지 인식하지도 못하면서도 모두 인정하였다는 것이나 편의를 봐주었다는 의미 또한 같은 취지로 이해할 수 있어 결국 공소외 14의 위 진술조서상의 해군검찰부장이 사건을 확대하지 말라는 취지의 전화를 받았다는 기재 부분은 원심법정에서 공소외 14가 진정성립을 부인하여 그 증거능력이 없고, 공소외 2에게 공사편의 등의 대가로 함께 4,150만원의 현금을 제공하였다는 기재 부분도 공소외 14가 임의성 및 진정성립을 각 인정하여 증거능력은 인정될 것이나 위에서 살펴 본 바와 같이 공소외 14의 진술조서 작성 경위, 공소외 14와 그의 처 공소외 17과의 관계 등에 비추어 볼 때 수사기관에서의 공소외 14의 진술은 선뜻 믿기 어려워 신빙성이 없다 할 것이고, 공소외 14의 법정진술 또한 당시 공소외 2와의 금전거래를 비롯한 사업 관련 자금 관리를 전적으로 공소외 14의 처인 공소외 17이 하는 관계로 정확한 돈거래 성격은 알지 못한다는 취지에 불과하여 이 사건 공소사실 부분에 대한 유죄의 증거로 삼기에 부족하다.

또한, 공소외 13은 수사기관에서부터 당심에 이르기까지 이 사건 공소사실 부분에 대하여 기본적인 골격에 있어서 대체로 일관되게, 2002. 6. 28. 공소외 14에 대한 조사를 마친 후 곧바로 당시 육군 고등검찰부장인 공소외 4에게 조사내용을 보고하면서 해군관할사건이므로 절차에 따라 정식 입건하여 수사를 더 하거나 해군에 이송처리 하자는 취지로 건의하였고 공소외 4부장의 사무실에 결재 때문에 들어갔을 때 피고인을 2~3번 정도 본 기억이 있으나, 그 전에는 피고인을 본 적이 없으며, 그 후 공소외 4 부장으로부터 사건을 이송하지 말고 자체 종결하라는 지시를 받아 수사자료를 그대로 존안하였다는 것으로 이는 공소외 4가 공소외 2의 알선수재 범죄 혐의사실을 해군에 이첩하지 않은 경과에 대한 진술일 뿐 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인식하였는지에 대한 직접 증거가 아니어서 증거로 삼기에 부족하다.

한편, 공소외 3의 군검찰에서의 진술은 공소외 2가 국방대학교 교육 중에 "죽을뻔 한 일이 생겨 밤에 계룡대에 내려왔다 서울로 갔다"는 취지의 말을 공소외 2로 들었다는 진술일 뿐 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인식하였는지에 대한 직접 증거가 아니어서 이 또한 증거로 삼기에 부족하다.

④ 더욱이, 위에서 살펴 본 바와 같이 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서 말하는 '인지'란 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 동법 소정의 죄를 범한 자라는 '정을 알면서도' 또는 '범인을 알면서도'라는 의미로써 실제로 동법 소정의 범죄를 범한 자라는 것에 대한 인식이 있었음을 요한다 할 것인바, 비록 피고인이 공소외 4로부터 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 피고인은 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보이며, 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 한 점, 피고인과 공소외 4는 같은 군법무관 동기생이나 특별한 친분관계가 없어 평소 전화 통화를 하거나 사무실을 방문하는 등의 교류가 거의 없었는데 이 사건과 관련하여 공소외 4의 전화를 받은 후 공소외 4의 사무실을 방문한 점, 공소외 2가 육군 고등검찰부에서 자신에 대하여 내사 중인 사실을 공소외 14의 처 공소외 17로부터 전해 듣고 당시 친분이 있던 피고

인에게 아는 것이 있는지 물어본 후 피고인이 변호사를 통해서 잘 해결하라 또는 동기생 중에 공소외 20 변호사가 있는데 육군고등검찰부장의 동기생이니까 한번 물어보라 등의 조언을 해 준 점 등 피고인과 공소외 2 간의 유착관계가 의심되는 여러 사정을 인정할 수 있는바, 그렇다면 수사업무에 종사하는 해군 고등검찰부장인 피고인의 입장에서는 범죄에 대한 신빙성 있는 정보 내지 첩보를 확인하는 경우에 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정할 때에는 즉시 수사에 착수하여야 할 것임에도 불구하고 육군 고등검찰부장인 공소외 4가 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보이며, 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 하였다는 것인바, 이는 공무원으로서 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우가 아니라 수사업무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니한 경우에 해당되어 형법 제122조의 직무유기죄의 범죄가 성립될 여지가 있으나, 이 때문에 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하거나 그러고도 직무를 유기하였다고 추단할 수는 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고, 이와 달리 이 부분 공소사실을 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄로 인정한 원심 판결은 사실을 오인한 위법이 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

라) 소결론

따라서 피고인의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

(2) 강요방조의 점

(가) 공소사실의 요지

건설업체인 공소외 21 주식회사는 2001년경부터 2005년경까지 해병대사령부 공사대금 22억 3,800만원 상당을 비롯하여 해군 및 해병대 발주공사 23건 공사대금 합계 147억 7,200만원 상당을 수주·시공하였다.

관련자 공소외 6은 공소외 22로부터 2004. 10. 15.경 1,000만원, 2005. 5. 4.경 2,000만원 합계 3,000만원을 관련자 공소외 2가 제공한 공소외 23 명의의 공소외 2의 차명계좌(계좌번호 2 생략)로 송금받았고, 2005. 5.경 공소외 2는 같은 사무실에 근무하던 피해자 해군 6급 군무원 공소외 3(여, 39세)이 전세금이 부족하자 공소외 23에게 지시하여 위 송금액 중 2005. 5. 4. 송금된 금 2,000만원을 피해자에게 빌려주도록 하여 피해자는 이를 전세자금으로 사용하였다.

2006. 3. 10.경 공소외 6이 위와 같이 공소외 22로부터 금전을 송금받은 사실에 대해서 국방부검찰단으로부터 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 혐의로 내사를 받게 되자, 관련자 공소외 2와 같은 공소외 6은 위와 같은 자신의 범죄 혐의사실을 은폐하기 위하여 법률전문가인 피고인에게 문의하였고, 피고인과 공소외 2, 6은 피해자가 공소외 23으로부터 금원을 차용하였을 뿐 공소외 6의 배우자인 공소외 24 및 피해자의 친구들로부터 금원을 차용한 사실이 없음에도 불구하고, 피고인, 공소외 2의 직위 및 직무를 이용하여 피해자로 하여금 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금전을 차용한 후, 친구들로부터 다시 금전을 차용하여 위 공소외 24에게 변제한 것으로 하는 허위사실을 진술하도록 공모하였다.

위 공모에 따라, 피고인과 공소외 2, 6은 2006. 6. 일자불상 경 불상의 장소에서 상호 의사연락하여 위와 같은 허위사실이 기재된 공소외 6명의의 소명서와 피해자 명의의 소명서를 각 작성한 후 공소외 6 명의의 허위 소명서는

2004. 6. 8. 국방부 검찰단 수사관 공소외 79에게 제출하고, 피해자 명의의 소명서는 공소외 2가 이를 피해자에게 전달하여 허위진술을 위하여 그 내용을 숙지하게 하였다.

한편, 피고인과 공소외 2는 같은 달 일자불상 저녁경에 충남 계룡시 엄사리 소재 ○○○주점에서 피해자를 불러 "조만간 국방부검찰단에 소환될 것인데, 조사 시 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금 2,000만원을 차용하였고, 다시 친구들로부터 금전을 재차용하여 위 공소외 24에게 변제하였다고 공소외 2가 피해자에게 전달하여 이미 전달한 소명서의 내용과 같은 허위 진술하라."라는 취지로 말하였다.

이에 피해자가 "변제금을 친구로부터 빌린 것으로 하라고 하였는데, 검찰관이 언제까지 갚기로 한 것이냐고 물으면 어떻게 답을 해야 하는가?"라고 묻자, 피고인이 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아라고 했다고 허위 진술하라"라고 말하여 피고인의 직위와 직무를 이용하여 마치 그녀가 수사기관에 허위진술을 하는 것이 법적으로 아무런 문제가 없으며 공소외 2의 허위진술 요구에 응하지 않으면 오히려 피해자의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할 것 같은 태도를 보임으로써 그녀를 외포하게 하여 허위진술을 할 수밖에 없도록 하였다.

계속하여 위 공모에 따라, 공소외 2는 2006. 7. 3. 국방부 검찰단에 참고인조사를 받으러 가는 피해자와 동행하면서 피해자에게 "조사를 하는 사람들도 해군이다.

네가 떨면서 말하는지 안 떨면서 말하는지 다 알 수 있다.

"라고 말하여 피해자가 위와 같은 허위진술을 하지 아니할 경우 그 지위 및 직무를 이용하여 그녀의 지위나 신상에 어떤 위해를 가할 것 같은 태도를 보임으로써 그녀를 협박하였으며, 이미 피고인과 공소외 2가 함께 있는 자리에서 허위진술을 할 것을 강요받은 피해자로서는 해군 고위법무관인 피고인과 친한 공소외 2의 지위를 고려할 때, 수사절차 진행과 관련된 위 공소외 2의 말들이 모두 사실이라고 믿을 수밖에 없었고 이로 인하여 더욱 외포되어 허위진술을 하기로 결심을 하였다.

결국 피해자는 위와 같은 피고인과 공소외 2가 공동하여 직위와 지위를 이용하여 행한 협박에 외포당하여, 2006. 7. 3. 국방부검찰단에서 위 공소외 6에 대한 내사사건의 참고인조사를 받으면서 피고인과 공소외 2가 지시한 바와 같이 그 기억에 반하는 허위사실을 진술하고, 위 소명서가 마치 자신이 직접 작성하고 그 내용이 사실인 것처럼 하여 제출함으로써, 피고인은 공소외 2, 6과 공동하여 피해자를 협박하여 그녀로 하여금 의무없는 일을 하게 하여 강요하는데 결정적인 기능적 역할을 수행하였다.

(나) 원심판단의 요지

피고인이 최초 공소외 2에게 소명서 초안을 작성하여 교부하여 줄 때에는 공소외 2 등이 공소외 3을 협박하여 의무없는 일을 시킬 것이라는 점에 대하여 인지하지 못하였다고 하여도 ○○○주점에서 피고인이 공소외 3에게 '우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아'라고 구체적으로 허위진술로 답변하도록 도움을 준 시점에서는 적어도 공소외 3 피해자가 검찰단에 출두하여 공소외 3이 공소외 2로부터 허위진술의 요구를 받아 공소외 2의 강요에 의하여 허위진술을 하게 될 것이라는 점을 인식한 상태에서 언제까지 상환하여 주기로 하였느냐는 질문에 피고인이 이와 같이 허위사실의 진술을 구체적으로 애기하여 도와주어서 공소외 3이 검찰단에서 허위진술을 하여도 문제가 없는 것이라고 생각을 하도록 하여 공소외 2의 강요죄의 실행을 용이하게 하여 이를 방조하였다.

그러나 피고인이 공소외 2, 6과 함께 공소외 3으로 하여금 의무없는 일을 하도록 강요한 사실에 대한 기능적인 행위 지배가 있다고 보기는 어려워 공소외 2와 공소외 6의 공소외 3에 대한 강요의 공모나 모의한 사실에 대한 증거가 없다는 피고인 및 변호인들의 주장은 이유 있으므로 피고인에게 강요의 공동정범의 죄책을 물을 수 없다.

(다) 당심의 판단

1) 공소장변경 절차 없이 강요의 공동정범을 강요의 방조로 인정할 수 있는 지 여부에 대한 판단

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실 보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다고 할 것이므로 공동정범으로 기소된 범죄사실을 방조사실로 인정할 수 있다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결, 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 등 참조). 원심이 공소장변경 없이 강요죄의 공동정범으로 기소된 피고인을 강요방조죄로 처단한 조치는 위 법리에 비추어 정당하고, 거기에 항소이유로 주장하는 바처럼 공소장변경에 대한 법리오해 등 위법은 없다.

2) 공소외 6의 집에서 압수한 소명자료 등 증거서류의 증거능력 인정에 대한 판단

가) 원심판단

원심은, 압수·수색 절차상의 하자가 영장주의의 취지를 몰각하여 압수물의 증거능력을 부인할 정도에는 이르지 않아 압수물은 증거능력이 있으므로 이를 증거로 채택한다는 증거결정을 하였다.

나) 판단

헌법과 형사소송법 및 군사법원법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라도 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법 절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법 및 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

그러나 이러한 예외적인 경우를 함부로 인정하게 되면 결과적으로 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다는 원칙을 훼손하는 결과를 초래할 위험이 있으므로, 법원은 구체적 사안이 위와 같은 예외적인 경우에 해당하는지를 판단하는 과정에서 위와 같은 결과가 초래되지 않도록 유념하여야 한다.

나아가, 법원이 수사기관의 절차 위반행위에도 불구하고, 그 수집된 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 있으려면, 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 한다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결).

① 영장 원본이 아닌 사본 제시의 위법성 여부

헌법 제12조 제3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 하며, 군사법원법 제159조는 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다고 규정하고 있으며, 동법 제258조에 의하여 수사기관의 압수·수색에 관하여도 준용한다.

또한 여러 통의 압수·수색영장의 청구 및 발부제도가 있으며, 여러 통을 청구 및 발부할 경우 압수·수색영장에 그 사유를 적어야 하며(군사법원법 제120조, 제232조의6), 압수·수색영장은 발부한 법원이 그 집행기관인 검찰관에게 영장의 원본을 교부하여야 한다(군사법원의 소송절차에 관한 규칙 제51조, 제64조). 그렇다면, 압수·수색 처분을 받은 자에게 제시되어야 하는 영장은 특별한 사정이 없는 한 원본을 의미하므로 이 사건에서 군검찰이 공소외 6에게 영장 원본이 아닌 사본을 제시하고 영장을 집행한 것은 군사법원법 제258조를 위반한 것으로 일 위법하다고 할 것이다.

이 사건에서 위법한 부분은 압수·수색영장을 아예 제시하지 않은 것이 아니라 이를 제시하기는 하였으나 원본이 아닌 사본으로 제시하였다는 것인바, 이에 대하여 살펴본다.

우선, 압수·수색영장의 제시제도는 영장주의의 본질이라기보다는 영장주의의 취지를 철저하게 구현하기 위한 것이라고 할 것이고, 이 경우 영장의 원본을 제시하도록 요구하는 것은 영장 사본을 작출하는 과정에서 인위적인 조작이 가해지는 것을 방지하고 상대방에게 영장의 발부사실 및 그 내용을 보다 명백히 확인시킴으로써 위와 같은 압수·수색영장 제시제도를 보다 확실히 하기 위한 방법이라고 할 것이다.

그리고 이 사건 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 다음과 같은 점을 인정할 수 있다.

- ㉓ 군판사에 의하여 이 사건 영장이 발부된 것이 사실이고, 제시된 문서가 영장 그대로의 사본임이 틀림없으며 그 영장의 취지대로 집행이 되었으므로 그 과정에서 영장 사본이 제시되었다는 이유만으로 영장주의의 본질이 훼손하는 중대한 위법이 있다고 할 수는 없는 점, ㉔ 당시 위 영장은 서울에 있는 국방부 보통군사법원에서 발부되었던 것이고, 그 집행장소는 대전에 있는 피고인 공소외 6의 주거 등 영장을 집행하여야 할 곳이 10곳에 이르렀으며, 수사의 긴급성과 밀행성, 특히 여러 장소에 흩어진 다수 물건의 수색·압수, 영장의 발부지와 집행지가 원거리인 경우 등에 있어서의 현실적인 필요성과 직무수행의 어려움 등을 이유로 영장의 원본 집행만을 고수할 수 없는 사정이 엿보이는 점, ㉕ 영장 집행 당시 공소외 6 등으로부터 제시된 영장이 사본이라는 점에 관하여 아무런 이의가 없었을 뿐만 아니라, 집행절차 전반에 관하여도 특별한 이의가 없었던 점, ㉖ 공소외 6의 집에서 압수된 증거서류 중 피고인 작성의 소명서 초안은 공소외 6의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 내사사건의 혐의를 벗어나게 하는데 필요한 소명서 작성의 기초가 되었고, 이를 토대로 작성된 공소외 6 명의의 소명서, 공소외 3 명의의 소명서가 작성되게 되고, 공소외 3 명의의 소명서는 2006. 7. 3. 공소외 3을 통하여 국방부 검찰단에 제출되고, 소명서 기재내용대로 허위의 사실을 진술하게 한 내용으로서 피고인의 이 사건 문서들은 피고인의 강요방조에 관한 유력한 증거인 점, ㉗ 무엇보다도 이 부분 범죄사실은, 피고인은 1998. 1. 24.부터 2003. 12. 10.까지 해군본부 법무감실 고등검찰부장으로 근무하면서 위 검찰부 및 해군 예하 보통검찰부의 업무를 지휘·감독하고, 2005. 3. 21.부터 2006. 1. 4.까지 국방부 검찰단장으로 근무하면서 위 검찰단의 업무를 총괄하였으며, 2007. 11. 19.부터 이 사건 관련 보직해임이 되기 전인 2009. 10. 13.까지 해군본부 법무실장으로 근무하면서 해군 군사법 업무를 총괄하였던 자인바, 우리나라의 군사법제도의 특성상 피고인이 역임한 위와 같은 각 직책은 누구보다도 공익을 대표하여 군내 비리를 척결하여야 할 군사법기관의 정점에 위치한 직위임에도 불구하고, 이와 같이 막중한 자신의 직책을 망각하고 공소외 2 등의 공소외 3에 대한 강요죄에 대한 실행행위를 용이하게 하여 공소외 3이 국방부 검찰단 소환조사시 허위진술을 함으로써 공소외 6의 3,000만원 수뢰혐의 부분이 무혐의 처분을 받게 하였다는 내용으로서 그 죄책이 결코 가볍다고 할 수 없는 점 등을 인정할 수 있다.

이와 같은 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등 수사기관의 증거수집과정에서 이루어진 절차위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴보면, 이 사건에서 발견된 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하되 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라고 판단하여 이 사건 문서들을 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다는 원심의 판단은 정당하고, 압수절차의 적법성과 증거능력에 관한 법리를 오해하여 이 사건 압수물을 증거로 채택하였으므로 판결결과에 영향을 미친 원심의 판단은 위법하다는 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

② 압수목록의 불특정과 압수목록교부서상의 기재와 압수조서상의 압수목록 기재가 서로 상이하며 압수·수색 절차상의 하자가 있는지 여부를 살펴본다.

군사법원법 제170조에 의하면 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자·소지자, 보관자 기타 이에 준하는 자에게 교부하여야 하며, 피압수자에게 교부되는 압수목록은 압수경위 및 압수물의 내역을 알 수 있도록 정확하게 기재되어야 하고 압수 즉시 또는 압수 후 신속하게 교부되어야 할 것이다.

이에 원심이 적법하게 조사하여 채택한 각 증거들을 종합하면, 다음과 같은 점을 인정할 수 있다.

- ㉓ 피압수자에게 압수목록 교부시에는 압수물의 종류와 수량을 특정하여 압수목록을 작성하여야 할 것이나 이와 같은 압수시 압수목록을 교부하도록 한 이유는 압수물의 존부·형상변경 등을 둘러싸고 벌어질 수 있는 여러 논란을 사전에 차단하고, 피압수자들의 압수물에 대한 환부·가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는 데 있다 할 것인데, 이 사건에 있어서 비록 압수목록이 구체적으로 특정되어 있진 않으나 현장에서 공소외 6에게 압수목록을 교부하였던 점, ㉔ 당시 공소외 6의 주거에는 책상이나 박스에 보관 중인 다량의 서류봉투가 있었으며, 각 서류봉투 안에는 파일제목을 하나로 특정할 수 없는 편철되어 있지 않은 수많은 제목의 또는 제목이 없는 문서들이 다량으로 섞여 있어 우선 구체적으로 특정할 수 있는 계좌번호를 기재한 각종 통장, 연도별 수첩, 제품명을 기재한 핸드폰·컴퓨터 등을 순번을 매겨 기재하다가 공소외 6이 자신의 처와 딸에게 압수·수색과정을 보지 않도록 이들을 집밖으로 내보낸 상황이고, 공소외 6이 자신의 부친이 집으로 올 시간이 다 되었으니 영장집행을 빨리 끝내달라고 재촉을 하여 이를 배려하는 차원에서 압수목록 교부서상 증제번호 제26번 부동산 관련 서류 1개, 증제번호 제27번 서류봉투 1개, 증제번호 제28번 소명서 자료 1개, 증제번호 제29번 서류봉투 1개, 증제번호 제30번 명함서류 1개, 증제번호 제31번 해군일지 수첩 4개, 증제번호 제32번 부동산 매입 차용서 1개, 증제번호 제33번 서류봉투(육군) 1개, 증제번호 제34~제40번 서류봉투로 간략하게 포괄적으로 기재된 압수목록 교부서를 공소외 6에게 교부한 것으로, 수사기관이 압수를 집행하면서 파일제목을 하나로 특정할 수 없는 편철되어 있지 않은 수많은 문서들이 다량으로 섞여 있는 서류봉투 및 문서들에 대하여 다른 서류봉투 및 문서들과 명확히 구별할 수 있는 수사기관 나름대로 편의상 제목을 붙이지 않았다고 하여 이 사건에 있어서 압수목록교부서의 교부시 수사기관의 악의성, 의도성이 있었다고 인정되지 않는 점, ㉕ 압수목록 교부서에 공소외 6이 압수물에 이상 없음을 확인하는 자필 서명을 하였으며, 압수목록교부서의 기재내용에 대하여 이의를 제기하지 않은 점, ㉖ 공소외 6에게 교부된 압수목록 교부서는 가환부된 품목들이 포

함되어 있었고, 공소외 25가 복귀하여 압수조서를 작성하는 과정에서 휴대폰이나 컴퓨터 등 가환부된 일부 압수품을 제외하고 남은 압수품의 목록을 구체적으로 작성한 것으로 압수목록 교부서와 압수조서상의 각 기재상에 일부 차이가 있으나 서류봉투의 수나 그 내용에 별다른 차이가 보이지 않는 점, ㉔ 공소외 6은 원심법정에서 자가에서 압수된 공소외 3 작성의 소명서에 대하여 공소외 2로부터 사본을 받아 보관한 것이지 자신이 공소외 3의 명의로 작성한 것은 아니라고 답변하는 등 압수된 소명자료 등 압수물에 대한 실제 작성자가 누구인지 여부, 작성동기, 소지경위에 대하여 진술하였는데, 이는 압수된 각 소명자료들이 자신의 집에서 압수된 것이라는 전제하에서 진술한 것으로 보이며, 특별히 압수물의 존부·형상변경 여부에 대하여 이의를 제기하지 않은 점 등이 인정된다.

그렇다면 군사법원법 제170조의 입법취지를 비추어 볼 때, 압수목록 교부의 상당성을 벗어났다고 보이지는 않으므로 이 부분 압수·수색절차가 위법하다고 할 수 없다.

③ 피고인의 주장에 의하면, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 하는데, 이 사건에서 검찰관이 이와같은 예외적인 경우에 해당한다고 볼만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점에 관하여 충분한 입증이 없었다고 것이다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거, 특히 공소외 25, 26의 원심법정의 진술 등에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 해당한다는 점에 대하여 검찰관의 입증이 합리적 의심이 들지 않을 정도로 이루어졌다 할 것이므로 피고인의 위 주장은 이유 없다.

3) 피고인과 공소외 2, 공소외 3이 ○○○주점에서 만나 "돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐 천천히 값으라"라고 피고인이 공소외 3에게 말한 사실이 있는지 여부 (공소외 3 진술의 신빙성에 대한 판단)

피고인은, 공소외 2와 함께 2006. 6.경 저녁 무렵 계룡시 엄사면 엄사리 ○○○주점에서 공소외 3을 만난 사실이 없고, 이와 관련된 공소외 3의 법정진술 및 군검찰에서의 진술조서 등은 신빙성이 없다고 주장하고 있는바, 이에 부합하는 직접증거로는 공소외 3의 진술이 있는데, 공소외 3의 진술을 이 부분 공소사실의 증거로 사용하기 위해서는 그 진술의 증거능력이 있어야 함은 물론 합리적인 의심을 배제할 만한 신빙성이 있어야 하고, 그 신빙성 유무를 판단함에 있어서 그 진술내용 자체의 합리성, 객관성, 전후의 일관성뿐만 아니라 그의 인간됨, 그 진술로 얻게 되는 이해관계 유무 등을 아울러 살펴봐야 한다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2007도3798 판결 등 참조).

공소외 3은 2009. 10. 29. 군검찰 제4회 조사시 "수사기관에서 거짓말을 하는 것이 매우 부담스럽고 겁도 났음에도 불구하고 거짓말을 한 이유는 공소외 2가 너무 거침없이 행동을 하니까 눈 밖에 나기 싫었습니다.

저는 무섭기는 했지만 그래도 따로 엄사리에서 피고인 법무실장이 저와 공소외 2를 만나서 옆에서 계속 도와주고 하니 문제가 없는 것이구나 생각을 하고 거절할 수가 없었습니다"라고 진술하면서 "엄사리에서 만났을 때는 심도 있는 이야기는 하지 않고 당황하지 말고 촌스럽게 굴지 말고 이야기 하라는 정도만 이야기한 것 같고, 우리가 공소외

6씨 돈을 빌린 것으로 잘만 이야기하면 잘 될 것이다.

우리가 도와줘야 한다고 이야기를 해서 병과장 일이기도 해서 거짓말을 해야겠다고 생각을 했습니다", "법무실장이 도와주는 것이어서 저만 이야기를 하면 다른 모든 것은 위에서 잘 처리해서 문제가 되지 않을 것이라고 생각을 했습니다.

법무실장이 직접 나서서 하는 일이 죄가 되리라고 생각을 전혀 못했습니다"고 진술하였다.

2009. 11. 12. 군검찰 조사시에는 사무실 회식 이외에 피고인을 만난 적이 있느냐라는 검찰관의 질문에 "2006년도에 검찰단에 조사받으러 가기 며칠 전 공소외 2와 함께 엄사 사거리에 있는 호프집에서 셋이 만난 적이 있습니다"라고 답변하면서 공소외 2, 피고인과 만난 경위에 대하여 "검찰단 조사 문제로 만났습니다.

공소외 2가 저에게 '2,000만원 때문에 약간의 문제가 발생했다.

검찰단에서 너도 곧 부를 거다'라고 말하면서, 자기가 시킨 대로 진술할 것을 요구하였습니다.

실제로 얼마 지나지 않아 검찰단에서 출석 요구 전화가 왔고, 출석하기 며칠 전 저녁 8-9시쯤 공소외 2로부터 잠깐 나오라는 전화를 받고 만나러 나갔습니다.

호프집으로 가면서도 그 허위진술 때문에 부르겠거니 생각은 했던 것 같습니다.

그런데 막상 도착해보니 피고인도 함께 있어 조금 놀랐던 기억이 납니다", "사실 저도 피고인 앞에서 그런 이야기를 꺼내도 될까하는 생각은 들었는데, 공소외 2가 먼저 말을 꺼내서 괜찮거니 했고, 또 피고인도 이미 다 알고 있었던 것으로 보였습니다.

사실 공소외 2가 피고인과 워낙 절친하여 그런 법적 문제에 대해서는 당연히 의논하고 그랬을 것입니다.

피고인도 고개를 끄덕이며 거들기도 했습니다", "공소외 2는 저에게 공소외 6 대령 사모님으로부터 빌린 것으로 하면서 결국 그 돈을 제 친구로부터 빌려 갚은 것으로 하라고 시켰는데, 제가 '그럼 검찰단에서 친구한테 빌린 2,000만원에 대해 물어보면 어떻게 대답하느냐'고 묻자, 피고인은 제 친구인 것처럼 흉내를 내며 '돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐. 천천히 갚으라'고 말했습니다.

그렇게 대답하라고 시킨 것입니다"라고 진술하였다.

또한 피고인이 그렇게 말한 것이 확실한가요라는 검찰관의 질문에 "피고인 억양이 조금 특이한데다 그때 '촌년처럼'이라는 표현을 쓰는 것에 깜작 놀랐습니다.

그래서 확실하게 기억합니다"라고 진술하였다.

원심법정에서도 위와 같은 진술내용을 유지하면서 "○○○주점에서 공소외 2와 이야기를 할 때 피고인도 수궁하는 듯 고개를 끄덕이며 이미 다 알고 있는 듯한 태도를 보이면서 제가 친구들에게 돈을 받아서 갚아야 하는데 그것은 어떻게 이야기 할까요라고 물으니깐 피고인이 그에 대하여 직접적으로 이야기하였습니다.

제가 다른 것은 다 기억이 나지 않아도 피고인이 그에 대해 말한 기억은 나는 것이 '보통 상스러운 말을 어떻게 저렇게 하실까'라는 생각을 했기 때문입니다", "공소외 2하고는 모르겠는데, 피고인하고는 ○○○에 처음 가보았습니다"라고 진술하면서 증인이 변호인측의 질문에 대하여 허위진술한 것과 피고인과의 관계가 없다는 식으로 진술하였는데 맞는가요라는 검찰관의 질문에 대하여 "제가 ○○○에서는 전혀 그런 것에 대해서 어떤 협박이나 그런 것을 전혀 느끼지 못했다는 부분은 사실이고, 그 정황이 다 이미 전화올 것도 다 알고 있고, 누가 할 것이고 가서 이것만 하면 되고, 이미 다 써와서 '이런 부분은 이렇게 이야기 하라'라고 하였을 경우에는 제 생각에는 '내가 가서 형식적

으로 이야기만 하면 되는 것이다'라고 생각하였으며, 변호인 측에서 이의를 제기하겠지만 제 생각에는 평소에 (공소외 2가) 피고인과 친하였기 때문에 법률적인 문제에 대하여는 전혀 하자가 없이 모든 것이 다 진행되어 있으니 내일 가서 이야기만 하면 된다.

제가 그런 느낌을 받았기 때문에 그렇게 말한 것입니다"고 답변하였고, 원심법정에서는 "(검찰단 소환조사에 대해) 굉장히 마음의 부담을 가졌습니다.

같이 근무를 해야 되는데 그런 생각도 있고 또 사실이 아닌 것을 가서 얘기를 하려니까 그런 부담감 또 여러가지 부담감이 있었습니다.

(소명서 작성이) 자발적이진 않았습니다", (검찰단 소환조사시 허위진술을) 안할 수가 없었어요. 솔직히... 제가 뭐"라고 진술하였고, 평소에 허위진술 부분에 대하여 이야기한 적이 없는 피고인이 ○○○주점에 나와 있어 공소외 2가 이런 작업을 다 해왔구나, 내가 나가서 더 이상 허위진술을 해도 허위진술하는 것 자체로는 나한테 어떤 불이익이 없겠구나라는 생각을 했던 것이지요라는 검찰관의 질문에 대하여 "예, 가서 얘기만 하면 별것 아니니까 그렇게 얘기를 했습니다"고 진술하면서 원심법정에서의 진술을 대체로 유지하였다.

그렇다면, 비록 공소외 3은 공소외 2, 피고인과 만난 장소를 "상호불상 호프집"에서 ○○○주점으로, 구체적인 대화 내용 등 세세한 부분에서 "촌스럽게 굴지마라"에서 "촌년처럼 굴지마라"로 일부 진술을 반복하는 등 약간 불명확한 진술이 있기는 하나, 이는 판시 위 범행이 약 3년 내지 4년 전에 이루어진 것으로 진술자의 기억력의 한계로 인한 것일 수 있고, 그 당시 상황에 대하여 비교적 상세히 진술하고 있으며, 이와 같은 공소외 3의 진술, 공소외 6이 2006. 검찰단 조사시 법적 문제에 대하여 피고인에게 조력을 받고 싶어 해서 공소외 6의 사건내용에 대하여 처음에는 공소외 2를 통해서 듣다가 나중에는 공소외 6을 만나 사건의 대략적인 개요를 알게 되었다거나 공소외 2나 공소외 6이 친한 사람들이기 때문에 공소외 6의 내사사건 담당 검찰관인 공소외 8에게 전화로 위 공소외 6 뇌물 사건은 단순한 채권채무관계라고 이야기를 한 것 같다는 취지의 피고인의 군검찰에서의 진술, 피고인이 공소외 6의 금전거래는 단순 금전거래인데 오해가 생겨서 비롯된 사건이라고 설명하여 주었다는 공소외 8의 군검찰에서의 진술 등 그 밖의 부가적인 정황 등을 종합하면, 원심 판시와 같이 공소외 2의 허위진술 요구과정에서 피고인이 ○○○주점에서 "돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐. 천천히 갚으라"라는 말을 하였다는 피해자 공소외 3의 진술은 그 합리성, 객관적 상당성, 전후의 일관성, 그 진술 사이의 일치성을 인정할 수 있어 신빙성이 있다 할 것이다.

4) 공소외 2가 공소외 3에게 구체적인 해악의 고지를 한 사실이 있었는지 여부

강요죄에 있어서의 협박은 반드시 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 곤란하게 할 정도에 이를 것을 요하지 않으나 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하면 되며, 해악의 고지는 명시적으로 이루어질 수도 있으나 묵시적으로 이루어질 수 있고, 언어에 의한 것이 보통일 것이나 경우에 따라서는 한마디 말도 없이 거동에 의하여도 할 수 있으며, 협박을 당하는 상대방이 공포심을 일으키게 하는 정도의 해악의 고지인지는 그 행위 당사자 쌍방의 직무, 사회적 지위, 강요된 권리, 의무에 관련된 상호관계 등 관련 사정을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들과 이 사건 제반기록을 종합하면 인정되는 다음과 같은 사실들, ① 공소외 2와 공소외 3은 2000. 9.경부터 2007. 4.경까지 해군본부 예산처에서 함께 근무하였고, 2006. 3. 10. 당시 공소외 6이 해

군 경리병과장이었고, 공소외 2와 공소외 3은 당시 같은 회계과 사무실에 함께 근무하였으며, 피해자 공소외 3은 해군본부 전력기획참모부 예산처 소속 직불담당 6급 군무원으로서 공소외 2로부터 평정을 1~2회 정도 받았던 점, ② 공소외 2는 당시 해군 참모총장 공소외 27의 취임식에 공소외 2의 처인 공소외 39가 내빈자리에 초대된 사실을 자랑하며 해군참모총장과 친분을 과시하고, 병과장인 공소외 6과 서로 형, 동생으로 호칭하는 등 자신의 위세를 과시하여 왔던 점, ③ 공소외 2는 평소 사무실에서 피해자 공소외 3에게 소명서의 내용대로 허위 진술할 것을 지속적으로 요구하여 공소외 3은 검찰단에 출두하여 허위 진술하는 것에 대한 많은 부담감을 가지고 있었으며 이를 거절하면 영원히 찍히게 될 것이라고 겁을 먹었으며, 똑같은 상황이 재발 되는 경우에도 공소외 2의 요구대로 할 수 밖에 없었을 것이고, 그렇게 하지 않았으면 사람들이 백령도로 갈 수도 있다는 그런 농담도 할 정도였으며, 2006. 7. 3. 검찰단 조사 며칠 전에 사무실에서 소명서를 공소외 2로부터 교부받고, 공소외 2가 2006. 7. 3. 국방부 검찰단에 참고인조사를 받으러 가는 피해자와 동행하면서 피해자에게 "조사를 하는 사람들도 해군이다.

네가 떨면서 말하는지 안 떨면서 말하는지 다 알 수 있다"라고 이야기 했다고 진술한 점, ④ 공소외 2가 공소외 3에게 전세자금용으로 빌려준 금원이 사실은 공소외 2의 돈이 아니라 공소외 6의 돈이었는데 공소외 23이 수표로 인출하여 주어 문제가 생겨서 검찰단에서 소환조사가 있을 것이라고 알려주었으며, 공소외 3이 실제로는 공소외 6의 배우자인 공소외 24 및 피해자의 친구들로부터 금원을 차용한 사실이 없음에도 불구하고, 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금전을 차용한 후 변제하였다고 진술하라고 요구하여 공소외 3이 "돈을 받았는데 나중에 갚았을 때 내가 돈이 없는데 갚을 때 어떻게 갚느냐"라고 물었을 때 공소외 2가 "친구들에게 받은 돈으로 하고 팩스를 받아라"라고 이야기를 하였으며, 피해자인 공소외 3이 "공소외 6의 처인 공소외 24와 대질을 하면 내가 얼굴을 모르는데 어떻게 합니까"라고 물으면 "그럴 일은 없을 것이다"라고 답변하는 등 구체적인 허위진술의 내용에 대하여 이야기 해주어서 공소외 2에게 피해자의 친구들 이름을 알려준 점 등을 종합하면, 위와 같은 공소외 2의 언동은 군이라는 특수한 계급사회의 구성원인 군무원으로 근무하고 있던 공소외 3에게 자신의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할 수 있다는 공포심을 심어 준 것으로 판단되며, 결국 공소외 2의 협박에 외포된 공소외 3이 검찰단 소환조사이 허위진술을 하게 된 사실을 인정할 수 있으므로, 공소외 3이 공소외 6 병과장의 일을 도와주기 위하여 공소외 2의 부탁을 받아 자의로 소명서 작성에 협조하였다거나 검찰단 조사시에 허위 진술하였다거나 공소외 3에 대한 구체적인 해악의 고지가 없었다는 피고인의 이 부분 각 주장은 이유 없다.

5) 피고인에게 방조의 고의 또는 방조행위가 있었는지 여부

방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심의 사실이므로 피고인이 이를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다 할 것이며, 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 참조). 따라서 이 사건 공소외 6이 공소외 22로부터 금전을 송금받은 사실에 대해서 국방부 검찰단으로부터 내사를 받게 되고, 공소외 2는 공소외 6에게 자신의 차명계좌인 공소외 23의 계좌를 공소외 6에게 제공한 것에 대한 수사가 확대되자 공소외 2와 공소외 6은 자신들의 범죄 혐의사실을 은폐하기 위하여

법률전문가인 피고인의 도움으로 공소외 6의 범죄 은폐에 부합하는 내용의 소명서 초안을 작성하여 공소외 2를 통하여 공소외 6에게 건네주어 공소외 6이 이를 바탕으로 작성한 자신 명의의 소명서를 국방부 검찰단 수사관에게 제출하였고, 공소외 2도 이를 바탕으로 같은 과에 근무하던 공소외 47 소령의 워드작업의 도움을 받아 자신의 사무실에서 작성한 공소외 3 명의의 소명서를 피해자 공소외 3에게 전달하면서 자신의 허위 진술 요구를 거부할 경우 피해자에게 신분상의 불이익이 있을 것 같은 태도를 보이고, 이후 공소외 2와 피고인은 계룡시 엄사리 소재 ○○○주점으로 공소외 3을 불러내어 공소외 2는 "조만간 국방부검찰단에 소환될 것인데, 조사시 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금 2,000만원을 차용하였고, 다시 친구로부터 금전을 재차용하여 위 공소외 24에게 변제하였다고 소명서의 내용과 같이 허위 진술하라"라는 취지로 말하였고, 이에 피해자가 "변제금을 친구로부터 빌린 것으로 하라고 하였는데, 검찰관이 언제까지 갚기로 한 것이냐고 물으면 어떻게 답을 해야 하는가?"라고 묻자, 피고인이 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚으라고 했다고 허위 진술하라"고 말을 하여 이미 공소외 2의 허위진술 요구에 응하지 않으면 피해자의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할지 모른다고 겁을 먹고 있었던 그녀로 하여금 수사기관에 허위진술을 하는 것이 법적으로 아무런 문제가 없다고 믿을 수밖에 없게 하여, 피해자인 공소외 3이 2006. 7. 3. 국방부검찰단에서 위 공소외 6에 대한 내사사건의 참고인조사를 받으면서 공소외 2가 지시한 바와 같이 그 기억에 반하는 허위사실을 진술하고, 위 소명서가 마치 자신이 직접 작성하고 그 내용이 사실인 것인 양 제출함으로써, 공소외 2와 공소외 6이 피해자를 협박하여 그녀로 하여금 의무없는 일을 하도록 하는 것을 용이하게 하였다는 것인바, 그렇다면 피고인이 ○○○주점에서 공소외 3에게 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아"라고 구체적으로 허위진술로 답변하도록 도움을 준 시점에서는 피해자 공소외 3이 공소외 2로부터 허위진술의 요구를 받아 공소외 2의 강요에 의하여 공소외 3이 검찰단에 출두하여 허위진술을 하게 될 것이라는 점에 대하여 미필적으로나마 인식 또는 예견하였다고 보아야 할 것이므로, 이러한 피고인의 위와 같은 행위는 정범인 공소외 2 등의 이 사건 강요 범행의 실행을 직접적으로 용이하게 하는 것이라는 원심의 판단은 정당하고, 거기에 방조죄에 관한 법리오해의 잘못은 없어 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

6) 소결론

따라서 원심판결에 강요방조죄에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 공소외 1에 대한 직권남용권리행사방해의 점

가) 관련법리

직권남용권리행사방해죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해하는 때에 성립하는 범죄로서 여기에서 '직권남용'이란 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 하는 경우 또는 공무원이 일반적 권한에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외에 행위를 하는 경우를 의미한다.

그리고 남용에 해당하는지 여부는 구체적인 공무원의 직무행위의 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 제반요소를 고려하여 결정하여야 하며(대법원

2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 참조), 공무원의 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 않는다(대법원 2004. 10. 15. 2004도2899 판결).

나) 인정되는 사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

즉, 피고인은 해군 법무실장(병과장)으로 법무병과(직별)의 장병에 대한 인사추천을 할 수 있는 권한이 있고, 같은 병과 원인 국방부 검찰단 소속의 수사관인 공소외 1에 대하여도 이러한 권한을 행사할 수 있는바, 피고인의 지시를 사실상 거부하기 어려운 위 공소외 1에게 아래 범죄일람표 기재와 같이 4회에 걸쳐 수사상 기밀에 해당하는 관련자 신병, 수사내용 및 수사방향 등을 보고하게 한 사실을 인정할 수 있다.

범죄 일람표

순번 범행시각 보고내용 비고 1 2009. 3. 5. 공소외 23이 긴급체포되었음(전화통화) 군납비리사건 2 2009. 3. 27. 17:51 오늘 군의관 해군대위 공소외 28 구속청구예정입니다.

(문자메세지) 군의관 무단이탈 사건 3 2009. 9. 16. 14:25 공소외 29에 대한 가계도를 파악하고 있는 것으로 보아 계좌를 볼 것 같습니다.

(문자메세지) 군납비리 사건 4 2009. 9. 16. 15:26 공소외 6, 수표 나온 대전노래방 주인 조사하러 갈 예정이랍니다.

뇌물쪽으로 엮으려는듯함. (문자메세지) "

다) 일반적 직무권한 부존재 여부

위와 같은 법리와 사실관계를 종합하여 보면, 피고인은 해군 법무실장으로서 해법무병과의 장병에 대하여 인사추천할 수 있는 권한이 있으므로 위 공소외 1에 대하여 인사에 관한 일반적인 직무권한을 보유하고 있고, 또한 해군소속 인원에 대한 사법처리와 관련된 첩보나 정보를 보고 받을 수 있는 일반적인 직무 권한은 있다 할 것이다.

그러나 국방부 검찰단의 계좌 추적이나 출장조사 계획 등 향후 수사의 방향에 대한 내용 등의 정보는 그것이 수사의 대상이 될 가능성이 있는 자 등 수사기관의 외부로 누설이 될 경우 피의자와 관련된 자들이 아직까지 수사기관에서 확보하지 못한 자료를 인멸하거나, 수사기관에서 파악하고 있는 내용에 맞추어 증거를 조작하거나, 허위의 진술을 준비하는 등의 방법으로 수사기관의 범죄수사 기능에 장애를 초래할 위험이 있는 것으로 비록 해군소속의 인원에 대한 사건이라 할지라도 해당 사건에 대한 중대한 결정을 하기 전까지는 외부에 누설되어서는 안 되는 국방부 검찰단 내부의 수사기밀임에도 불구하고, 피고인은 평소 친분관계가 있고 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 하고자 상급부대인 국방부 검찰단의 수사내용에 대하여 공소외 1에게 보고 하도록 지시하였다는 것으로, 이러한 피고인의 위와 같은 행위가 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 일반적 직무권한 범위를 넘어 직무의 행사에 가탁한 부당한 행위라는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 법리를 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

나) 의무없는 일을 하게 하였는지 여부 및 피고인에게 직권남용권리행사방해의 고의가 있었는지 여부

① 피고인은, 원심이 위 공소외 1의 원심 법정에서 한 진술을 전체적으로 판단하지 아니하고, 그 중 피고인의 이 사건 공소사실 부분에 부합하는 공소외 1의 진술 부분에 대하여만 신빙성을 인정한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을

오인한 위법이 있다고 주장하나, 수사기관에서의 각 진술조서의 기재와 당해 사건의 공판정에서의 같은 사람의 증인으로서는 진술이 상반되는 경우 반드시 공판정에서의 증언에 따라야 한다는 법칙은 없고, 그 중 어느 것을 채용하여 사실인정의 자료로 할 것인가는 오로지 사실심법원의 자유심증에 속하는 것이며, 수사기관에서의 공소외 1에 대한 각 진술조서의 기재와 이에 부합하는 공판정에서의 공소외 1의 일부 증언 등을 종합하여 전체로서 이 사건 공소사실 부분을 인정할 수 있다 할 것이므로, 거기에 피고인의 주장과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 없다.

- ② 또한, 피고인은, 위 공소외 1이 피고인에게 검찰단의 수사 진행 상황을 보고한 것은 병과장에게 단지 통상의 첩보보고를 해야 한다는 책임감 내지 의무감에 기인한 으로서 의무없는 일을 하게 한 것으로 볼 수 없다고 주장하므로 살피건대, 직권남용죄에서 말하는 '의무'란 법률상의 의무를 가리키고, 단순히 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다고 할 것인바(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 참조), 국방부 검찰단 검찰수사관인 공소외 1의 경우에도 법령에 따라 그 수사업무를 공정하고 객관적으로 수행할 의무가 있는 것이지, 외부에 유출될 경우 검찰단의 수사 기능에 현저한 장애를 초래할 수 있는 국방부 검찰단의 계룡대 근무지원단 군납 비리 수사팀 내부 상황 등 검찰단의 내부 수사 내용에 대하여 수사에 직접 참여하지도 않았으면서 수사팀 내부 수사 상황을 탐문·수집하여 이를 피고인에게 보고할 법률상 의무는 없고, 이는 위 공소외 1의 소속군이 해군이라 하여 달라지는 것은 아니다.

그렇다면 피고인이 공소외 1에게 앞에서 본 바와 같은 부당한 지지를 한 것은 공소외 1에게 법률상 의무없는 일을 하게 한 것이라고 할 수 있다.

- ③ 한편, 피고인은 직권을 남용하여 공소외 1에게 의무없는 일을 하게 한다는 인식과 의사가 존재하지 않았다고 주장하러, 앞서 본 바와 같이 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시한 사실이 인정되고, 피고인의 법무실장로서의 지위, 이미 국방부 검찰단장으로 재직하였던 피고인의 경력에 비추어 볼 때 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시할 당시 자신이 부당한 영향력을 행사하거나 위법한 지시를 하고 있다는 인식과 의사가 있었다고 봄이 상당하다.

다) 사회상규에 반하지 않는 정당행위인지 여부

정당행위를 인정하려면, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째, 긴급성, 다섯째, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 참조). 원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들과 이에 의하여 알 수 있는 다음의 사정, 즉 ① 피고인은 2009. 2. 25. 위 공소외 1에게 전화를 걸어 계룡대 근무지원단 납품 비리수사가 해군본부 지휘부에서 신경 쓰고 있는 가장 이슈가 되는 중요한 사건이므로 해군 소속 인원의 신병관계에 대하여 특별한 것이 있으면 기무나 헌병에 비하여 법무는 속보보고가 늦으니 빨리 보고해 달라고 말한 사실이 있다는 취지로 진술한 점, ② 공소외 1은 군검찰에서 2009. 2.경 2~3회 피고인이 공소외 1에게 전화를 걸어 계룡대 근무지원단 사건내용에 대하여 알게 되면 빨리 보고를 해달라고 지시를 받았으며, 피고인으로부터 계룡대 근무지원단 납품비리수사에 참여하느냐는 질문에 자신은 수사에 배제되었다고 답변하자 피고인은 "그러면 네 자리에서

들리는 것이 있으면 보고를 잘해라"라며 이야기하였고, 이와 같은 피고인의 말을 듣고 피고인의 수사상황 보고 지시를 따르지 않으면 수사관으로서 능력이 없다고 판단되어 다음 보직심사시 자신이 원하는 곳으로 가지 못할 것 같을 느낌을 받았으며, 피고인의 위와 같은 전화를 받기 전에는 피고인에게 수사상황을 보고할 마음이 없었는데 그 때부터 보고를 하겠다는 마음을 갖게 되었고, 이 후 피고인에게 위 범죄일람표 순번 기재내용의 전화 통화 또는 문자 메시지를 보고할 의무가 없음에도 보고하였다고 진술한 점, ③ 공소외 1은 피고인에게 검찰단 수사 상황 보고를 하는 것과 관련하여 여러 차례 자신의 어려움을 호소하였는데, 2009. 5.경 피고인과의 전화 통화시 "제가 수사에 참여하지 않아서 아는 게 별로 없어 죄송합니다.

본부와 통화하는 것을 안 좋아하니 실장님이 단장님 동기니 이야기를 하셔서 그런 부분에 대해서는 두 분이 정리를 해주는 것이 좋겠습니다"라며 말을 하자 피고인이 "아무런 문제없다.

그러니 계속 정보를 달라. 당당하게 행동하라'라고 이야기하였고, 같은 해 8.경에는 좀 더 강하게 "더 상황이 안 좋아지고 있습니다.

해군 수사관들이 어려워지고 있다.

위에서 눈치를 많이 주고 있습니다.

그러니 직접 정리 해달라고 이야기 했습니다"라고 말을 하자 "그게 큰 문제가 되지 않는데 네가 힘들어 할 필요가 있느냐"라며 이야기 하였고, 같은 해 9.경 통화에서 같은 취지로 이야기하자 피고인이 "알았다.

공소외 4와 이야기 해 보겠다"라는 말을 들었다고 진술한 점, ④ 당시 계룡대 근무지원단 군납 비리 사건 담당 검찰관인 공소외 30 중령에게 "저도 힘들어 죽겠다.

제가 이야기하면 안 통하니까 부장님이 직접 이야기 해 주시던지 아니면 단장님과 실장님이 동기니 단장님께 전화로 부탁하여 기관경고 등을 통해 정리를 하여 피고인 대령이 사건 상황을 묻지 않도록 조치를 취해 달라"라고 말하면서 자신의 고충을 호소하였다고 진술한 점(증거목록 제1100면, 제1101면 참조) 등을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이러한 이상, 피고인의 이러한 행위를 두고 형법 제20조에서 정한 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 정당행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

라) 피고인이 공소외 2 등에게 수사정보를 알려 줄 목적이 있었는지 여부

피고인은, 원심이 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적으로 공소외 1에게 수사 관련 사항을 보고하게 하였다고 판시하였으나 이와 같은 목적을 인정할 아무런 증거가 없음에도 불구하고 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적은 있었다고 인정한 원심의 판단은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 주장한다.

그러나 범죄의 주관적 요소인 범행의 목적 또는 동기 등의 내심적 사실은 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야 하며, 이 사건 공소사실 부분에 있어서 피고인과 공소외 2, 6사이의 친분관계, 계룡대 근무지원단 군납비리 수사의 진행 경과, 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황

을 보고하도록 지시하게 된 동기 및 경과, 보고내용, 전후 정황 등 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적이 있었음을 인정할 수 있으므로 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 소결론

따라서 원심판결에 직권남용권리행사죄에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

나. 검찰관의 주장에 대한 판단

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여

(가) 공소사실의 요지

피고인에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점의 요지는 해군본부 법무감실 고등검찰부장의 직위를 떠난 후인 2004. 6. 10.부터 같은 해 7. 15. 사이에 공소외 2로부터 공소외 2에 대한 내사사건을 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 10,000,000원권 자기앞 수표 6장을 교부받아 그 직무에 관하여 60,000,000원의 뇌물을 수수하였다는 것이다.

(나) 원심의 판단의 요지

검찰관이 제출한 증거에 의하면, 공소외 2는 피고인에게 공소외 23의 □□계좌와 공소외 3의 □□계좌를 각 자신의 차명계좌로 이용하던 중 공소외 23의 □□계좌에서 2004. 6. 30. 인출된 1,000만원권 수표 1장을 공소외 23을 통하여, 공소외 3의 위 □□통장에서 2004. 6. 10. 인출된 1,000만원권 수표 5장을 공소외 3을 통하여, 각 교부 받은 후 위 수표 1,000만원권 수표 6장 합계 금 6,000만원을 차용증 없이 2004. 6. 10.경부터 7. 14.경 사이의 일자불상경 피고인에게 교부하였으며, 또한 2004년 일자 불상경 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞수표 5백만원권 2장을 피고인에게 교부하며 총 7,000만원을 교부받았으며, 이 후 피고인은 2004. 7. 22. 대전시 구 조흥은행(현 신한은행)법원 지점에서 신규로 구 조흥은행 저축예금통장을 개설하여 2004. 7. 23. 8,000만원의 법조인 신용대출을 받아 전액 자기앞수표(1,000만원권 자기앞 수표 7장, 5백만원권 자기앞 수표 2장)로 인출하여 이를 공소외 2에게 교부하여 준 사실이 인정된다.

그렇다면 검찰관이 제출한 증거들만으로는 위 피고인과 공소외 2 사이에 수수된 1,000만원권 수표 6장 합계금 6,000만원이 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 교부받는 것이라기보다는 오히려 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)의 토지에 대한 근저당권부 채권을 양수하는데 필요한 대금의 잔금조로 공소외 2에게 잠시 융통한 8,000만원 중 일부에 불과한 것이라는 피고인의 주장에 부합하여 검찰관이 제출한 증거만으로 피고인이 공소외 2로부터 6,000만원을 뇌물로 수수하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없어 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여 무죄를 선고하였다.

(다) 당심의 판단

뇌물죄에 있어서 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 받은 사실을 시인하면서도 그 돈을 뇌물로 받은 것이 아니라 빌린 것이라고 주장하는 경우 수뢰자가 그 돈을 실제로 빌린 것인지 여부는 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 수수한 동기, 전달 경위 및 방법, 수뢰자와 증뢰자 사이의 관계, 양자의 직책이나 직업 및 경력, 수뢰자의 차용 필요성 및 증뢰자외의 자로부터의 차용가능성, 차용금의 액수 및 용처, 증뢰자의 경제적 상황 및 증뢰와 관련된 경제적 예상이익의 규모, 담보 제공 여부, 변제기 및 이자 약정 여부, 수뢰자의 원리금 변제여부, 채무불이행시 증뢰자의 독촉 및 강제집행의 가능성 등 증거에 의하여 나타나는 객관적인 사정을 모두 종합하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007도3943 판결 참조).

그리고 형사재판에서 기소된 범죄사실에 대한 입증책임은 검찰관에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없는 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 등 판조).

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률 위반(뇌물)의 점을 무죄라고 판단하였는 바(원심판결서 69쪽 내지 91쪽 참조), 위 법리에 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면 ① 공소외 2는 자신이 차명계좌로 이용하고 있던 공소외 3의 □□계좌(계좌번호 3 생략)에서 2004. 6. 10. 인출된 1,000만원권 수표 5장(수표번호 1~5 생략)을 공소외 3을 통하여 교부받아 보관하고 있던 중 피고인에게 일자불상경 교부한 사실, ② 공소외 2의 또 다른 차명계좌인 공소외 23의 □□계좌(계좌번호 4 생략)에서 2004. 6. 30. 인출된 1,000만원권 수표 1장(수표번호 6 생략)을 공소외 23을 통하여 전달받아 보관 중 피고인에게 일자 불상경 교부한 사실, ③ 공소외 2가 자신의 차명계좌로 공소외 23과 공소외 3의 각 □□계좌를 이용하여 왔으며, 공소외 2가 공소외 23으로부터 교부받은 1,000만원권 수표 1장(수표번호 6 생략)과 공소외 3으로부터 교부받은 1,000만원권 수표 5장(수표번호 1~5 생략)을 차용증 없이 2004. 6. 10.경부터 7. 14.경 사이의 일자 불상경 위와 같이 피고인에게 교부한 사실, ④ 피고인이 위 수표 6장을 자신소유의 땅에 인접해 있는 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)번지의 근저당권부 채권양도인인 공소외 32, 33, 34 중에서 공소외 32에게 양수대금 잔금조로 2004. 7. 14. 교부한 사실, ⑤ 피고인은 2004. 7. 초순경 자신이 이미 소유하고 있던 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 3 생략) 토지에 인접해 있는 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)의 토지를 매수하려고 하고 있던 중 그 방법으로 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)에 설정되어 있던 근저당권 및 피담보채권을 양수하고, 임의 경매를 신청하여 경락하는 방법을 선택하였고, 근저당권부 채권양도인들인 공소외 32, 33, 34의 채권액이 각 4,000만원, 4,000만원, 2,000만원이었고, 피고인이 대금을 지급하고 받은 영수증이 합계 1억 1천만원(3,000만원+8,000만원)으로 원금에 1천만원을 엮어 대금 1억 1천만원을 근저당권부 채권의 매매대금으로 한 사실, ⑥ 우선 피고인은 2004. 7. 6. 3,000만원을 피고인의 처남인 공소외 35로부터 이체 받아 계약금 내지 대금의 일부로 위 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)에 설정되어 있던 근저당권부 채권양도인 3인 중 한 명인 공소외 33에게 지급하고, 2004. 7. 7. 3,000만원에 대한 영수증을 피고인 명의로 교부받은 사실, ⑦ 잔금 8,000만원의 2004. 7. 14.자 영수증은 피고인이 잔금을 지급한 후 양도인인 공소외 32, 33, 34가 피고인 명의가 아닌 공소외 36 앞으로 발행한 사실 ⑧ 위 잔금 8,000만원 중 6,000만원의 출처는 피고인이 2004. 6. 30. 공소외 23 계좌에서 발행된 수표 1,000만원권 1장과 2004. 6. 10. 공소외 3 계좌에서 발행된 수표 1,000만원권 5장을 일자불상경 공소외 2로부

터 교부받아 각 배서 후 근저당권부 채권양도인인 공소외 32에게 교부하여 준 사실, ⑨ 원심의 사실조회결과 추가로 발견된 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞 수표 5백만원권 2장(각 수표번호: (수표번호 7 생략), (수표번호 8 생략))은 공소외 37의 모인 공소외 38이 2004. 6. 29. □□ 계좌(계좌번호 5 생략)를 해지 하면서 통장에 잔고로 있던 1,100만원중 1,000만원을 자금원으로 □□ 광주 용주지점에서 2004. 6. 29. 발행되었으며, 위 자기앞수표 5백만원권 2장은 공소외 37이 공소외 2의 처인 공소외 39로부터 공주시 반포면 봉곡리 (지번 4 생략) 토지를 매수하면서 그 매수대금으로 일자불상경 공소외 2측에게 교부되었고, 피고인은 2004년 일자 불상경 공소외 2로부터 위 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞 수표 5백만원권 2장을 교부받아 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략) 토지에 대한 근저당권부 채권양수금액에 대한 매수 잔금 8,000만원의 일부로 공소외 32에게 교부하여 준 사실, ⑩ 피고인은 위 ③항 및 ⑥항에 의하면 공소외 2로 받은 금원은 합계 총 7,000만 원이며, 이를 공소외 2로부터 수수한 뒤 2004. 7. 22. 대전시 구 조흥은행(현 신한은행)법원 지점에서 신규로 구 조흥은행 저축예금통장(계좌번호 6 생략)을 개설하여 2004. 7. 23. 8,000만원의 법조인 신용대출을 받아 전액 자기앞 수표(1,000만원권 자기앞 수표 7장, 5백만원권 자기앞 수표 2장)로 인출하여 8,000만원 전액을 공소외 2에게 교부하여 준 사실을 인정할 수 있어 이를 종합하여 보면, 피고인과 공소외 2와의 사이에 수수된 6,000만원은 이와 같이 근저당권부 채권을 양수하는데 필요한 양수자금으로 잠시 유통한 8,000만원 중 일부인 것으로 보여지고, 균검찰은 피고인이 공소외 2로부터 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 2004. 6. 10. 및 같은 달 30.경 6,000만원을 수수하고 나서, 뇌물로 수수한 금원을 금전거래의 외관을 가진 정상적인 거래로 위장하기 위하여 급하게 근저당권부 채권을 양수하는 것으로 하여 그 대금으로 지급하는 한편, 근저당권부 채권양수 후에 대출을 받아 이를 기산리 땅에 투자하게 된 것이라고 주장하나 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 교부받았다는 증거를 전혀 찾아 볼 수 없어 이를 선불리 추단할 수는 없으며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 위 수수한 금원 자체를 뇌물로 볼 수 없다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 검찰관이 지적하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(2) 강요 공동정범의 점

공동정범이 성립하기 위하여는 주관적인 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적인 요건으로서 공동의사에 기한 기능적인 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요한 바, 주관적인 요건으로서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 저지하지 아니하고, 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 하며(대법원 1998. 6. 26. 선고 97도3297 판결), 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의 과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지며, 또한 공모에 의한 범죄의 공동실행은 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실천하는 것을 전제로 하지 아니하

고, 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2006도1623 판결).

또한, 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도2524 판결).

검찰관이 주장하는 바와 같이 공소외 2가 피내사자인 공소외 6과 함께 공소외 6의 내사사건에 대하여 공소외 6과 피고인을 각각 순차적으로 만나거나 함께 만나서 2006년도 공소외 6에 대한 검찰단의 내사사건과 관련하여 대책을 주도하였으며, 피고인은 공소외 2를 통하여 공소외 6의 내사사건에 대하여 공소외 3의 전세자금 2,000만원이 포함된 소명서 초안을 작성하여 주었으며, 공소외 6 명의의 소명서 작성에 피고인이 가필 또는 수정을 하여 주는 방법으로 도움을 주고, 피고인의 위 소명서 초안을 토대로 작성된 공소외 6 명의의 소명서와 공소외 3 명의의 소명서를 각 작성하여 전자는 공소외 6을 통하여 2006. 6. 8. 검찰단에 제출하고, 후자는 공소외 3을 통하여 2006. 7. 3. 제출되었으며, 공소외 2와 함께 ○○○주점에서 공소외 3을 만나 공소외 3에게 허위진술을 하게 도움을 준 사정은 있으나, 이런 사정들만으로 ① 피고인이 위 소명서 초안을 작성하거나 공소외 6 명의의 소명서 작성에 가필 또는 수정을 할 당시에 위 2,000만원이 공소외 2로부터 받은 공소외 6, 2의 뇌물이라는 점을 알고 있었다고 단정 지을 수 없는 점, ② 공소외 6과 공소외 2와 달리 피고인에게 수사를 공동으로 무마하여야 할 이해관계가 없는 점, ③ 피고인과 공소외 2, 6 사이에 그들 사이에 암묵적으로 상통하여 서로 간의 의사결합으로 공소외 6에 대한 내사사건의 무마를 위하여 공소외 3으로 하여금 검찰단 조사시 허위진술을 하도록 강요했다고 선불리 추단할 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외 2등과 함께 피해자인 공소외 3으로 하여금 의무 없이 검찰단 조사시 허위 진술을 하도록 강요의 공모를 하였다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고인이 공소외 6에 대한 수사가 무마되는 것과 관련하여 공소외 2, 6과 더불어 사건무마의 공동의 이익이 없는 상태에서 피고인의 위와 같은 소명서 초안을 작성하여 주고, ○○○주점에서 피고인이 공소외 3에게 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아"라고 거들여 준 것만으로는 피고인이 공소외 2의 강요행위를 인식하면서도 공동의 의사로 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옮기는 것을 내용으로 하였다는 등의 기능적 행위지배가 있었다는 점에 대하여 검찰의 합리적인 의심이 없을 정도의 증명력을 가진 증거에 의하여 충분한 입증이 되었다고 보기에는 부족하다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 검찰관이 지적하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(3) 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인의 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해·공무상비밀누설교사의 점에 대한 공소사실의 요지는, 피고인이 2007. 11. 19.경부터 2009. 10. 13.경까지 해군본부 법무실장으로 근무하면서 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관에 대한 인사·행정·관리 권한을 가지고 있으며, 해군 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한은 있었지만 해

군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관으로부터 국방부 검찰단 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한은 없었음에도 불구하고, 피고인은 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 할 목적으로 국방부 검찰단 검찰수사관인 공소외 5에게 "해군 관심사건(특히 계룡대 근무지원단 군납비리 사건)에 관하여 사건내용을 알게 된다면 빨리 보고하라"는 취지로 지시하여, 위와 같은 공소외 5의 보고내용 일람표와 같이 공소외 5로 하여금 9회에 걸쳐 보고의무가 없는 사항 즉, 수사상 기밀에 해당하는 관련자 신병 및 소환관계, 구체적 조사내용, 고발인의 동향, 압수수색 상황 등을 보고하게 하여, 피고인은 자신의 직무상 권한을 남용하여 위 공소외 5에게 의무없는 일을 하게 하였다.

(나) 원심판단의 요지

피고인이 공소외 5에게 계룡대 근무지원단과 관련된 수사내용에 대하여 공무상 비밀을 보고하라는 지시가 있었다는 점에 대한 직접적인 증거가 없으며, 공소외 5는 해군 관련 중요사건의 경우 2009. 2. 26.자 전화 통화와 상관없이 해군의 속보지침 등에 따라 선배들의 교육이나 지시 또는 관행적으로 해군 소속의 신병관계나 공론화된 사항에 대하여는 이미 보고의 의사가 있었다고 판단되며, 특히 공소외 5가 피고인에게 보고한 공소외 40과 관련된 부분에 대하여는 피고인의 지시나 개입정황이 발견되지 아니하고, 압수수색 계획과 같은 수사기밀 등에 대하여도 피고인의 관여 없이 공소외 5의 독단적인 판단하에 과잉충성에 기인한 것이므로 피고인이 공소외 5에게 구체적인 수사내용이나 공무상 비밀을 보고하도록 의무없는 일을 강요하였다고 볼 증거가 없다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 107면 내지 123면 참조), 당심에서의 공소외 5의 법정진술 및 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 5는 원심법정에서 계룡대 근무지원단 납품비리 수사 당시에 피고인과의 전하 통화 횟수나 수사팀 탈퇴의 구체적 동기 등 일부 사실관계에 대하여 수사기관에서의 진술기재와 다르게 일부 진술을 번복하였으나, 피고인으로부터 법률상 보고할 의무가 없는 사항인 계룡대 근무지원단 수사내용에 대하여 보고하라는 지시를 받았는지에 대하여는 수사기관부터 원심 및 당심법정에 이르기까지 일관되게 자신은 계룡대 근무지원단 납품비리 사건은 해군에서 크게 이슈화되는 중요사건이라 판단하여 법무실장이었던 피고인에게 자발적으로 보고를 한 것이라고 진술하였다.

그렇다면, 위와 같은 공소외 5의 법정진술이 신빙성이 있는지 살펴보면, 공소외 5는 ① 해군 지침에 해군 관련 사건의 경우 중요사건, 사회적으로 이슈가 되는 사건은 보고하도록 되어 있었고, 법률상 의무가 아니라 위 지침에 따라 해군사건은 관행적으로 첩보나 정보를 보고해 왔으며 이러한 지침은 전임 수사관들로부터 받았던 교육 내용이라고 진술한 점, ② 병과장으로서도 총장님께 보고도 해야 하고 사건 파악도 필요하다는 생각에 보고를 하게 된 것이라고 진술하였고, 실제로 피고인이 중령 공소외 40 뇌물수수 사건에 관한 총장보고서를 써야하니 내용을 알려달라고 하여 사건 내용을 알려 준 사실이 있다고 진술한 점, ③ 해군과 관련된 사건이기에 법무병과장에게 보고하는 것이 크게 틀린 행동이라고 생각하지 않았다고 진술한 점, ④ 2009. 2.말경 위 계군단 군납비리 수사에 참여를 하게 되자 피고인에게 먼저 전화를 걸어 "제가 수사를 하게 되었다"라고 이야기를 하니 피고인이 수사와 관련하여 '공론화된 부

분'이 있으면 알려달라고 이야기를 하였으나 계룡대 근무지원단 군납비리 수사의 수사방향이나 검찰의 사건 판단 내용 등 구체적인 내용을 물어보진 않았다고 진술하였고, 피고인도 해군 소속병력의 신병관계에 관한 것이거나 계룡대 근무지원단 군납사건과 관련하여 공소외 5에게 공론화되어 있는 부분에 대하여는 보고를 하라는 취지로 지시를 하였을 뿐, 국방부 소속 검찰수사관들에게 구체적이고 개별적인 수사상황이나 압수수색 상황의 수사기밀 등을 보고하라는 지시를 하거나 이를 확인하기 위하여 전화를 한 사실은 없다고 주장하고 있는데, 공소외 5의 이런 '공론화된 부분'에 대한 진술은 군검찰 수사 이전인 2009. 9. 29. 청와대 민정2비서관실에서 조사를 받을 당시부터 이미 진술한 내용으로 이후 군검찰 조사시 진술조서에서도 계속하여 나타나는 것으로 공소외 5가 위 청와대 민정2비서관실 조사 당시에 자신의 공무상비밀누설 범죄혐의를 회피할 목적으로 허위의 사실을 진술한 것이라고 보이지 않는바, 그렇다면 피고인이 공소외 5에 대하여 지시한 '공론화된 부분'이란 피고인의 해군 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 일반적 직무권한 범위 내에서의 보고를 의미한다고 보아야 하는 점, ④ 공소외 5는 계룡대 군납비리 수사에 참여한 2009. 2. 말경 계룡대 근무지원단에 근무하였던 경리관련자들인 공소외 23, 공소외 41 등의 납품가격 조작 및 단가를 부풀려서 그 차액을 받은 업무상 배임 등의 범죄혐의에 대한 수사를 하였으며, 공소외 2, 6과 관련된 혐의사실은 전혀 알지 못하였다는 취지로 진술하였고, 실제 공소외 5가 피고인에게 보고한 내용은 공소외 1의 문자메세지에 공소외 6, 29의 수사상황 정보가 있는 것과 달리 공소외 2, 6에 대한 내용이 포함되어 있지 않으며, 당심법정에서도 공소외 2, 6이라는 이름을 알게 된 것은 2009. 9. 내지 10.경으로 검찰단 4층에 조사받으러 왔을 때 화장실에서 공소외 2를 처음 보았다고 진술하는 점 등에 비추어 보면 공소외 5의 법정진술은 신빙성을 인정할 수 있고, 나아가 피고인이 공소외 5에게 공소외 6이나 공소외 2와 관련된 수사상황을 질문하거나 보고하도록 하게한 정황이 전혀 나타나 있지 않는바, 그렇다면 피고인이 공소외 5를 통하여 얻은 정보로 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 하려는 직권남용에 해당하는 구체적인 직무행위의 목적이 있다고 단정할 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 공소외 5가 피고인으로부터 계룡대근무지원단 군납비리 수사와 관련한 보고를 하도록 지시받은 사실에 대한 증거가 없으며, 피고인의 관여 없이 공소외 5의 독단적인 판단하에 과잉충성에 기인한 것이므로 피고인이 공소외 5에게 구체적인 수사내용이나 공무상 비밀을 보고하도록 의무 없는 일을 강요하였다고 볼 증거도 없는바, 가사 피고인이 계룡대 근무지원단 사건과 관련된 신병관계나 공론화된 내용에 대하여 보고하여 달라는 피고인의 지시를 직권남용으로 보는 경우에도 공소외 5는 피고인의 지시와는 상관없이 공소외 5의 독자적인 판단이나 과잉충성에 의하여 계룡대 근무지원단 수사기밀과 관련된 내용에 대하여 전화 또는 문자메세지를 전달한 것이므로, 피고인의 이와 같은 직권남용과 공소외 5의 법률상 보고할 의무가 없는 계룡대 근무지원단 수사기밀과 관련된 내용에 대하여 전화 또는 문자메세지를 전달한 행위사이에는 인과관계가 단절된다는 이유로 무죄라고 판단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

범죄일람표 (주 15)

순번 보고시각 보고내용 비고 1 2009. 2. 26. 18:29 현재 공소외 41이 소환조사 중이며, 물가조사와 관련된 조사를 진행 중임. (전화통화) 군납비리 사건 2 2009. 3. 4. 10:14 공소외 41을 조사하였으며, 선납 및 선불증 관련 부분에 관하여 조사를 하는 것 같았음. 최근 공소외 42는 단가계산을 하고 있음. (전화통화) " 3 2009. 3. 5. 08:57 공소외 23을 어

제 긴급체포하였음. (전화통화) " 4 2009. 8. 27. 22:32 중령 공소외 40 긴급체포했습니다.

(문자메시지) 공소외 40 뇌물수수 사건 5 2009. 8. 28. 11:19 공소외 40 부인이 다니는 대전문화센터 사물함에 2천만원과 달러 압수하러 출발합니다.

(문자메시지) " 6 2009. 8. 28. 15:42 노은동 롯데문화센터에서 이천만원 이천달러 회수 후 다시 서울로 복귀합니다.

(문자메시지) " 7 2009. 9. 7. 12:54 공소외 40 및 공소외 7은 특가법위반(뇌물)로 기소하기로 하고 이번 주 내로 이견 종결예정입니다.

(문자메시지) " 8 2009. 9. 16. 22:23 오늘 공소외 23이 올라와서 조사를 받는 것으로 알고 있음. (전화통화) 군납비리 사건 9 2009. 9. 23. 17:41 군납비리 사건과 관련하여 수사방해가 있다고 하며, 2009. 9. 말경 공소외 23 사건을 종결하라고 상부에서 지시가 있었다고 함. (전화통화) "

(4) 공소외 8과 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인은 해군 법무실장으로 각급 검찰부의 검찰사무를 통할하는 직무를 수행하던 중 2007. 말경 평소 친분이 있던 해군 중령 공소외 10이 2007. 6. 14. 해군 헌병 체포조 활동비 횡령 사건과 관련하여 기소유예 처분을 받아 인사상 불이익을 받고 있는 상태를 해소하여 줄 목적으로, 위 기소유예 처분이 검찰관의 적법한 수사 및 합리적인 사실판단·법리적용에 따른 적정한 처분이었으며 위 기소유예 처분을 재기하여 혐의없음 결정을 내릴만한 새로운 증거나 자료가 발견된 사실이 전혀 없었고, 당시 국방부 조사본부 수사단에서 근무하여 해군본부 법무실에서는 위 기소유예 처분 사건을 재기 하더라도 종국 처분을 내릴 관할이 없음에도 불구하고, 이를 재기하여 혐의없음 처분을 하여 주기로 마음먹었다.

피고인은 2008 5.경 위 공소외 10으로 하여금 해군본부 법무실에 진정을 제기하게 한 후, 2008. 8. 11. 국방부 시설본부 중령(진) 공소외 8과 작전사령부 소속 대위 공소외 9를 "특정임무 관련 특별검찰관 업무수행"목적으로 해군본부 법무실에 파견하는 동시에 위 공소외 8을 해군본부 검찰관으로 임명하는 명령을 각 발령하였으나 피고인은 위 사건에 관하여 해군본부 인권과에 법리검토를 지시하여 자신의 의도에 부합하는 취지의 "혐의없음 결정이 타당하다"는 결론을 이미 받아놓은 상황이었기 때문에, 검찰관인 위 공소외 8과 공소외 9로 하여금 단순히 위 인권과의 법리검토 결과만을 적용하여 혐의없음 처분을 하도록 할 의도였을 뿐 사건을 전면적으로 재조사하여 사실관계 및 증거관계를 확정 후 법리적용을 하도록 할 의도는 전혀 없었다.

이후 피고인은 위 공소외 8, 9로 하여금 2008. 8. 18. 위 기소유예사건을 재기하도록 하여 추가적인 사실관계나 증거조사없이 법률적 구속력이나 권위있는 유권해석 결과가 아닌 해군본부 법무실 법무과에서 해군본부 기획관리참모부 예산회계처 재정관리과에 의견조회한 결과를 주요한 근거로 하여 예산전용이 가능하여 위 공소외 10의 예산항목 유용에 불법영득의 의사가 없다고 판단하여 2008. 8. 22. 혐의없음 처분을 하도록 하였다.

이로써 피고인은 자신의 직권을 남용하여 위 공소외 8, 9에게 의무없는 일을 하게 하였다.

(나) 원심판단의 요지

공소외 8과 공소외 9의 진술들을 종합하여 보면, 재기 수사당시 사적유용에 대한 증거가 없었고, 예산 전용 부분에 있어서는 법리상 전용사실만 가지고는 횡령죄의 성립을 인정하기에 힘들었고, 공소유지가 어려운 상황에서 기소유예 처분을 하는 것은 문제가 있다고 생각하여 검찰관으로서 독립적이고 객관적으로 판단하여 증거가 불충분하다는 결

론을 내렸을 뿐 피고인으로부터 사건처리 방향에 대하여 영향을 받아 처리한 것은 아니라는 취지로 검찰 이후 이 법정에 이르기까지 일관되게 진술한 사실이 인정된다.

이와 같은 사실들과 군사법제도상의 검찰관의 지위나 권한 등을 종합하여 보면, 피고인이 관할도 없는 공소외 10 중령의 인사상의 불이익을 해소하기 위하여 공소외 8이나 공소외 9에게 사건처리방향에 대하여 혐의 없음의 처분을 유도한 직권남용이 있었다고 하여도 공소외 8이나 공소외 9는 피고인의 암묵적인 유도나 지시에 상관없이 자신들에게 주어진 검찰관으로서의 객관적인 양심에 따라 독립적으로 공소외 10 사건에 대하여 재수사를 하여 당시에는 증거가 불충분하다고 판단하였고, 당시 상황하에서는 최선을 다하여 무혐의 처분을 한 것이라고 검찰단계와 법정에서 일관되게 주장하고 있고, 이들이 피고인의 무혐의 유도 정황사실로 인하여 의무없는 일을 한 것에 대한 인식조차 이 법정에서 하지 않고 있는 이상 피고인의 직권남용과 공소외 8이나 공소외 9의 무혐의 처분사이에는 인과관계가 단절되었다고 판단되고, 공소외 8이나 공소외 9의 검찰관으로서의 권리행사의 개인적인 보호법익이 침해되었다는 점에 대한 법관으로 하여금 합리적인 의심이 배제될 만큼의 입증이 되지 않고 있다.

그렇다면, 피고인의 공소외 8이나 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대한 공소사실은 범죄에 대한 증명이 없는 경우에 해당하여 군사법원법 제380조 후단에 의하여 무죄를 선고하였다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 공소외 8과 공소외 9에 대한 사건처리 관련 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 124쪽 내지 146쪽 참조), 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 직권남용권리행사죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람으로 하여금 권리행사를 방해한 때 성립하는 것으로 '직권남용'과 '의무없는 일을 하게 한 것' 사이에 인과관계가 존재하여야 하는데, 이 사건에서 비록 피고인이 공소외 10에 대한 기소유예처분의 인사상의 불이익을 해소하기 위해 특별검찰관의 임명을 하여 기존의 불기소사건을 재기하게 하여 무혐의를 유도한 정황이 인정된다 하더라도 이와 같은 피고인의 직권남용이 위 공소외 8이나 공소외 9의 무혐의 처분의 의사결정에 어떠한 영향을 미치지 않았으며, 공소외 8이나 공소외 9는 검찰관으로서의 주어진 권리행사를 독립적으로 판단하여 위 공소외 10에 대한 무혐의 처분을 하였다는 것으로, 그렇다면 피고인의 직권남용행위와 공소외 8, 9의 공소외 10에 대한 무혐의 처분행위 사이에 인과관계가 없다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(5) 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여

(가) 공소사실의 요지

피고인은 2007. 11. 19.경부터 2009. 10. 13.경까지 해군법무실 업무를 총괄하는 자로서 해군 법무관 출신 변호사 공소외 11로부터 변호사 업무관련 편의제공의 대가로 피고인의 자 공소외 15의 □□계좌(계좌번호 1 생략)로 2008. 10. 27. 100만원, 2008. 11. 28. 100만원 총 200만원의 뇌물을 수수하였다는 것이다.

(나) 원심판단의 요지

피고인은 2008. 12. 중순경 공소외 11과의 전화통화에서 공소외 11이 100만원을 사무실 회식비로 자신의 처에게 보내주었다는 사실을 알게 되어 즉시 반환의사를 표시하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 계좌이체를 할 수 없었던 사정이 인정되고, 당시 피고인의 직책이 해군 법무병과장으로서 해군참모총장의 중요참모이자 병과장으로서 쉽게 자리이동을 할 수 없는 상황이었으므로 공소외 11을 직접 만날 수 있는 가장 가까운 기회인 2009. 1. 10. 진해에서 열린 공소외 12 준위의 자제 결혼식에 참석하여 공소외 11에게 200만원을 인지시점으로부터 1개월이 채 지나지 않은 단기간에 돌려주었으므로 피고인에게 위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 이 사건 피고인이 변호사 업무관련 편의제공의 대가로 공소외 11로부터 총 200만원의 뇌물수수의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 146쪽 내지 154쪽 참조), 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, ① 피고인의 처인 공소외 43이 변호사 공소외 11로부터 아들 공소외 15의 계좌로 각 100만원씩 2008. 10. 27.과 같은 해 11. 28.경을 전후하여 공소외 11 변호사의 장모인 공소외 44와 사무실 여직원 명의로 각 송금을 받은 점, ② 위 공소외 43은 공소외 11 변호사로부터 2008. 10. 27. 100만원을 송금 받게 된 경위에 대하여 공소외 11 변호사로부터 2008. 10. 27. 송금 받기 하루 전에 한차례 전화를 받고 거절하였으나 그 후 다시 전화를 하여 연말이 다가 오니 자녀들 옷이나 식사라도 하라고 하면서 자녀 명의의 통장계좌번호를 알려 달라고 하여 이를 알려주게 되어 공소외 11 변호사가 아들 공소외 15 계좌로 송금하게 되어 수수하게 된 것이고, 두 번째 100만원은 공소외 11 변호사가 피고인에게 전달하여 회식비로 사용하게 하라는 의미로 송금한 것인데 남편(피고인)이 워낙에 바빠서 거의 집에는 자주 없었고, 자신도 어머니 병원 왔다 갔다 하느라고 바빠서 정신이 없어서 이야기를 하지 못했다고 진술한 점, ③ 피고인은 공소외 11 변호사가 같은 해 12. 중순경 전화를 걸어 위 2008. 11. 28.경 송금한 100만원으로 사무실 회식은 잘하였느냐고 물어보아서 이를 인지하게 되었고, 공소외 11 변호사에게 반환의사를 표시하고 계좌번호 불러달라고 하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 이에 피고인은 2009. 1. 10. 진해에서 있는 공소외 12의 아들 결혼식 때 오느냐 물어보았고, 이에 공소외 11 변호사가 간다고 말을 하였으며, 이후 자신의 처인 공소외 43에게 확인한 후 2008. 10. 27. 100만원 수수사실도 인지하게 되었으며, 당시 위 금원이 공소외 45 주식회사 주식을 매수하는데 사용된 사실을 알고, 그 돈을 그대로 빼서 반환하라고 피고인이 자신의 처인 공소외 43에게 화를 내었고, 이 후 피고인은 2009. 1. 10. 공소외 12 준위의 아들 결혼식 참석 후 진해의 중원로타리 해군사관학교 근처의 상호불상의 2층 커피숍에서 공소외 11을 만나 현금 봉투 2개로 200만원을 다시 돌려주었으며, 2009. 1. 23. 공소외 11에게 마음만은 고맙다는 내용의 편지를 해군달력과 함께 보내주었다고 진술한 점, ④ 공소외 11도 피고인으로부터 위와 같은 내용의 편지를 달력과 함께 받았다고 진술한 점, ⑤ 등기우편물 배달자료의 그 기재를 보면, 편지와 달력이 계룡시 남선면 부남리 소재 501군사 우체국에서 2009. 1. 23. 16:18경에 접수되어 영수증 번호가 각 (영수증번호 1 생략), (영수증번호 2 생략)으로 발행되어 발송되었으며, 피고인 작성의 편지, 문서정보 캡처화면, 디스켓의 각 기재 및 현존에 의하면 편지 내용은 피고인의 사무실 컴퓨터에 저장되어 있다가 다른 자료들과 함께 법무실장으로 보직해임된 후 2일 뒤인 2009. 10. 15.에 디스켓에 옮겨진 것으로 추정되며, 위 피고인 작성의 편지, 문서정보 캡처화면, 디스켓이 사후에 인위적으로 조작되었다는 증거

가 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 피고인은 2008. 12. 중순경 공소외 11과의 전화통화에서 공소외 11이 100만원을 사무실 회식비로 자신의 처에게 보내주었다는 사실을 알게 되어 즉시 반환의사를 표시하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 계좌이체를 할 수 없었던 사정이 인정되고, 공소외 11을 직접 만날 수 있는 가장 가까운 기회인 2009. 1. 10. 진해에서 열린 공소외 12 준위의 자제 결혼식에 참석하여 공소외 11에게 200만원을 인지시점으로부터 1개월이 채 지나지 않은 단기간에 돌려준 사실을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이와 같다면, 피고인이 이 사건 공소사실 부분 기재와 같이 피고인에게 위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다고 판단한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원심판결 중 피고인의 유죄 부분에 대한 피고인의 일부 항소는 이유 있으므로 이 부분은 그대로 유지될 수 없는바, 원심이 이 부분 범죄사실과 당심이 유죄로 인정한 나머지 범죄사실을 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 하여 하나의 형을 선고하였으므로 원심판결 중 유죄 부분은 그 전부가 더 이상 유지될 수 없으므로 피고인과 검찰관의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 군사법원법 제431조, 제414조 11호에 의하여 유죄 부분에 대한 원심판결을 파기하고, 사건 제반기록에 의하여 본 군사법원이 재판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 직접 판결하며, 피고인의 무죄 부분에 대한 검찰관의 항소는 이유 없어 같은 법 제430조 제1항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

1. 당심의 심판범위

원심은 ① 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 대하여는 유죄, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점, 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 및 직권남용권리행사방해의 점, 공소외 8 및 공소외 9에 대한 각 직권남용권리행사방해의 점, 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여는 각 무죄를 선고하였고, ② 상상적 경합 관계에 있는 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 및 직권남용권리 행사방해의 점에 대하여 직권남용권리행사방해 부분은 유죄를 인정(원심 판시 범죄사실 제3항)하고, 공무상 비밀누설교사의 부분은 무죄로 판단(이유무죄)하였으며, ③ 공소외 3에 대한 강요의 점에 대하여는 축소사실로 강요방조를 유죄로 인정(원심 판시 범죄사실 제2항, 강요의 점에 대하여 이유무죄)하였는바, 피고인과 검찰관은 이에 대하여 모두 항소하였으나, 검찰관은 항소이유로서 위 공소외 5 및 공소외 1에 대한 각 공무상 비밀 누설교사 부분을 제외한 피고인에 대한 나머지 무죄 부분에 대해서만 각 사실오인, 법리오해 및 양형부당만을 이유로 항소하였고, 원심 판시 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사의 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사의 이유 무죄 부분은 각 항소를 하지 아니하였으므로, 원심 판시 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 이유 무죄 부분은 당심에 이심되었지만 당사자간의 공방대상에서 벗어났다고 보아야 할 것이어서, 이 부분에 대하여는 원심판결의 무죄결론에 따르고, 당심의 심판범위는 이 부분을 제외한 피고인에 대한 원심의 유죄 및 무죄부분에 한정된다(따라서 결론을 같이하는 원심판결의 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 이유 무죄 부분은 다시 판단하지 아니한다).

2. 항소이유의 요지

가. 항소이유서 제출기간 도과 후에 제출된 답변서, 변론요지서는 항소이유서에 기재된 항소이유를 보충하는 범위 내에서 판단한다.

나. 피고인(사실오인 및 법리오해, 양형부당)

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 대하여

가) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄는 그 법정형이 1년 이상의 유기징역형으로 규정되어 있어 구 형사소송법에 의할 때 공소시효가 7년이고, 이 부분의 피고인의 범죄행위의 종료일인 2002. 6. 15.부터 7년이 경과한 2009. 11. 20.경 피고인에 대한 공소가 제기되었음이 명백하므로 이미 공소시효가 완성되었고, 위 공소사실에 대하여 피고인에 대해서만 공소를 제기하고 당시 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점을 1차적으로 인정한 육군 고등검찰부장인 공소외 4와 검찰수사관인 공소외 13에 대하여는 공소를 제기하지 아니한 것은 차별적인 기소에 해당하여 공소권이 남용된 것으로 공소기각이 되어야 한다.

나) 원심이 공소장변경 없이 피고인의 방어에 실질적 불이익을 가져오는 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄의 주요 공소사실부분인 피고인의 인지 경위 및 직무유기 행위에 관하여 " 공소외 4로부터 위 내사사건을 전화로 통보받아 사건을 인지"하였고, " 공소외 4에게 사건을 보내지 않으면 좋겠다는 취지로 전화통화하고 사건을 보내지 않으면 좋겠다는 취지로 이야기하는 등 부탁"하였다고 인정한 것은 판결에 영향을 미친 법률위반에 해당한다.

다) 특수직무유기죄가 성립하기 위해서는 적어도 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위가 있어야 비로소 '인지'가 있다고 볼 수 있으나, 피고인은 단지 공소외 2가 공소외 14와의 금전거래로 인하여 육군 고등검찰부의 내사를 받고 있다는 정에 대한 인식 정도만 가졌을 뿐이며, 피고인에게서는 형식적 인지(범죄인지보고서 등)는 물론 실질적 인지(범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위)조차 존재하지 않는다.

라) 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의의 내사종결은 육군 고등검찰부장인 공소외 4의 독자적인 판단에 따른 결과일 뿐이고, 육군 고등검찰부장과 해군 고등검찰부장은 상하의 관계가 아닌 동등한 지위에 있으므로 서로 요구하거나 지시할 수 있는 사이가 아니므로 피고인의 지시나 부탁에 근거하며 이첩하지 않은 것이 아니며, 원심이 이 사건 공소사실 부분에 부합하는 직접적인 증거로 거시한 증인 공소외 4의 법정진술 및 수사기관에서의 진술조서는 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 1차적으로 인지하고도 해군 고등검찰부로 이첩하는 등의 적법한 조치를 취하지 않은 공소외 4가 자신의 특수직무유기 책임을 모면하기 위하여 막연한 자신의 추측을 진술한 것에 불과하여 신빙성이 없고, 공소외 13의 진술 또한 공소외 14가 진술하지 않은 내용을 임의로 조서에 기재하는 등 편파적인 수사를 한 사실이 있어 신빙성이 없다.

마) 피고인은 단순히 공소외 2가 금품수수와 관련한 범죄혐의를 받고 있다는 사실 이외에 구체적인 사실에 근거를 둔 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 인지한 사실이 없어서 직무수행의 의무가 존재하지 않았고, 직무를 유기하는 행위도 없다.

(2) 강요방조의 점에 대하여

가) 원심이 피고인에 대하여 공소장변경 없이 강요의 공동정범을 강요방조로 유죄로 인정한 것은 피고인의 방어권을 침해한 것으로 이는 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나) 공소외 6의 집에서 압수한 압수조서상의 증거목록 중 소명자료 등의 증거서류는 ① 공소외 6에 대한 이 사건 압수·수색영장 집행시 영장의 원본이 아닌 영장사본을 제시하여 수집한 증거이므로 위법하고, ② 공소외 6의 집에서 압수된 증거물인 소명자료 등 증거서류의 종류와 수량 등을 구체적으로 특정하여야 함에도 불구하고 전혀 특정되지 않은 압수목록을 교부한 위법이 있으며, 최초 피압수자인 공소외 6에게 수기로 작성하여 준 압수목록교부서상의 기재와 압수조서상의 압수목록이 서로 상이하여 압수·수색 절차상의 명백한 하자가 존재하고, ③ 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사 사법정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 하는데, 이 사건에서 검찰관이 이와같은 예외적인 경우에 해당한다고 볼만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점에 관하여 충분한 입증을 못한 점 등을 고려할 때 공소외 6의 집에서 압수한 증거물들은 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

다) 피고인은 공소외 2와 함께 2006. 6.경 저녁 무렵 계룡시 엄사면 엄사리 ○○○주점에서 공소외 3을 만난 사실이 없고, 이와 관련된 공소외 3의 법정진술 및 군검찰에서의 진술조서 등은 신빙성이 없다.

라) 공소외 2가 공소외 3에게 구체적으로 해악을 고지하였다는 점에 대한 증거가 없으므로 공소외 2에게 강요죄가 성립되지 않고, 가사 공소외 2에게 강요죄가 성립한다고 하더라도 피고인에게 정범인 공소외 2의 행위가 강요죄의 구성요건에 해당한다는 인식 및 공소외 2의 강요행위를 방조한다는 인식이 없었다.

(3) 공소외 1에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

가) 피고인은 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관으로부터 국방부 검찰단 관할사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한 자체가 없어 직권남용권리행사방해죄가 성립할 수 없다.

나) 공소외 1의 전화통화 및 문자메시지 내용은 공무상 비밀이 아니거나 자신의 개인적 추측을 피고인의 요청과는 무관하게 보고한 것에 불과하여, 공소외 1이 피고인이 요청한 신병 관련 정보를 넘어서 피고인에게 구체적 조사내용 등 수사상 비밀이라고 평가할 수 있는 정보를 알려주었다고 하더라도 이는 피고인의 직권남용에 따른 결과가 아닌 공소외 1의 단순한 책임감 내지 의무감에 따른 것이었다고 보아야 하므로 피고인이 직권을 남용하여 공소외 1에게 의무없는 일을 하게 하였다고 인정할 수 없다.

다) 원심은, 피고인이 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있는 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 할 목적으로 공소외 1에게 수사 관련 사항을 보고하게 하였다고 판시하였으나 피고인에게 이러한 목적이나 의도가 있었다는 것을 인정할만한 증거가 없음에도 이와 같은 사실을 인정

한 것은 사실오인의 위법이 있다.

라) 피고인이 공소외 1에게 보고하도록 한 행위는 형법 제20조에 규정한 사회상규에 위반되지 않는 행위(정당행위)이다.

(4) 양형부당

원심의 양형(징역 2년, 집행유예 3년)은 피고인의 정상에 비추어 너무 무거워 부당하다.

나. 검찰관의 항소이유

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인이 해군본부 법무감실 고등검찰부장의 직위를 떠난 후인 2004. 6. 10.부터 같은 해 7. 15. 사이에 공소외 2로부터 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) 내사사건을 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 10,000,000원권 자기앞 수표 6장을 교부받아 그 직무에 관하여 60,000,000원의 뇌물을 수수한 사실이 명백함에도 원심이 이에 대한 입증이 부족하다는 이유로 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)죄 부분에 대하여 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(2) 강요의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인, 공소외 2, 6이 공동하여 피해자 공소외 3으로 하여금 국방부 검찰단 소환조사시 자신의 기억에 반하는 허위진술을 하도록 하게 강요한 사실이 명백함에도 원심이 피고인의 기능적 행위 지배가 없다는 이유로 강요의 공동정범을 부정하고, 공소외 3에 대한 강요 방조만을 인정한 것은 사실오인 및 공동정범에 대한 법리오해의 위법이 있다.

(3) 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

증인의 증언이 수사기관에서의 진술과 상반되는 내용인 경우라면 기존의 진술을 배척할 수 있는 특단의 사정이 존재하여야 하고, 이와 같은 특단의 사정이 존재하지 않는 경우라면 쉽사리 위 공소사실에 부합하는 공소외 5의 수사기관에서의 진술을 배척할 수 없음에도 불구하고 원심이 신빙성이 없는 공소외 5의 법정진술만을 받아들여 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해죄 부분에 대하여 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(3) 공소외 8 및 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인은 해군 중령 공소외 10에 대한 기소유예 처분 사건을 재기하여 혐의없음 처분을 해줄 목적으로 자신의 직권을 남용하여 공소외 8 등에게 공소외 10에 대한 기소유예 처분 사건을 재기하여 혐의없음 처분을 하도록 하는 등 의무없는 일을 하게 한 사실이 명백함에도 원심이 신빙성이 의심되는 공소외 8, 9의 진술만을 받아들여 공소외 8 및 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해죄 부분의 입증이 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하며 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(4) 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인은 2008. 10. 27. 해군 법무관 출신 변호사 공소외 11로부터 변호사 업무 관련 편의 제공의 대가로 피고인의 자 공소외 15의 □□계좌(계좌번호 1 생략)로 1,000,000원을 수수하고, 같은 해 11. 28. 위 공소외 11로부터 위와 같은 편의 제공의 대가로 위 공소외 15의 □□계좌로 1,000,000원을 수수하여 직무에 관하여 2회에 걸쳐 총 2,000,000만원의 뇌물을 수수한 사실이 명백함에도 원심이 이에 대하여 피고인에게 위 금원의 수수사실을 인정한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다는 이유로 무죄를 선고한 것은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(5) 양형부당

피고인에 대한 원심의 양형은 피고인의 정상에 비추어 너무 가벼워서 부당하다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 주장에 대한 판단

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인은 1998. 1. 24.경부터 2003. 12. 10.경까지 해군본부 법무감실 고등검찰부장으로서 범죄수사의 업무를 담당하는 공무원이었다.

한편 관련자 공소외 2는 2002. 6.경 건설업자인 공소외 14로부터 육군본부 문서고 페인트공사 등 4건의 군 발주 공사에 대한 공사계획자료 제공 및 공사편의를 알선하여 주는 대가로 현금 합계 4,150만원을 수수한 혐의로 육군 고등검찰부에서 내사를 받고 있었다.

피고인은 그 무렵 평소 친분이 있던 위 공소외 2로부터 위 사건에 관하여 이야기를 듣고 위 내사사건을 무마하여 달라는 취지의 청탁을 받았다.

이러한 경우 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취했어야 한다.

그럼에도 불구하고, 피고인은 2002. 6. 13. ~ 15.경 위 공소외 14에게 전화하여 "사건을 더 이상 확대하지 말라"는 취지로 이야기하는 한편, 육군 고등검찰부장으로 근무하던 중령 공소외 4에게 위 사건을 해군 검찰부에 이첩하지 않을 것을 부탁하는 등 위 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다.

(나) 원심판단의 요지

1) 원심은 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인 및 그 변호인의 주장에 대해서는 아래와 같은 이유를 들어 받아들이지 아니하였다.

2) 공소시효의 완성 및 공소권 남용(차별적 공소제기) 여부

검찰수사관 작성의 인사조회목록의 기재에 의하면, 피고인의 해군 고등검찰부장의 재직기간은 1998. 1. 24.부터 2003. 12. 10.까지인 사실을 알 수 있고, 재직기간 종료일인 2003. 12. 10.까지는 수사가 가능한 상태였으므로 공소시효가

진행되지 않았고, 2003. 12. 11.부터 공소시효기간 7년 이내인 2009. 11. 20. 공소제기 되었으므로 피고인에 대한 본 건의 범죄에 대한 공소시효가 완성되지 않았다고 판단된다.

동일한 구성요건에 해당하는 행위를 한 공동피의자 중 일부만을 기소하고 다른 일부에 대하여는 불기소처분을 하였다 할지라도 평등권을 침해하였거나 공소권을 남용하였다고 할 수 없고(대법원 1990. 6. 8. 90도646 판결), 다수의 동종의 뇌물수수자 중 피고인들만이 기소되어 유죄의 판결이 선고되었다 하여도 그것이 앞서 본 피고인들의 주관적·객관적 일절의 사정에 의한 것이고, 헌법 제10조에서 규정하는 성별·종교·사회적 신분의 차별에 의한 것이 아니므로 이를 가리켜 헌법 제10조에서 규정한 평등권에 위반된다거나 기소자체가 위법하다고는 할 수 없으며(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1909 판결), 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수는 있는 것이고, 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다고 볼 것이다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결 등 참조).

위 판례의 법리와 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 당시 육군 고등검찰부장 중령 공소외 4는 '범죄수사의 직무에 종사하는 공무원'으로서 육본검찰수사관인 준위 공소외 13 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 보고받아 공소외 2의 특정범죄가중처벌법위반(알선수재)의 점을 인지한 사정을 알 수 있으나 당시 공소외 4 고등검찰부장은 관할부서인 해군본부 고등검찰부로 이첩하기 위하여 피고인에게 전화하는 등 시도를 하였으나 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 혐의에 대한 공소외 14에 대한 참고인 진술조서를 이첩 받는 것에 대하여 부정적인 태도를 유지하면서 보내지 말라는 취지로 이야기 하여 보내더라도 사건처리가 제대로 되지 않을 것이라고 생각하고, 당시 법무감에게 보고한 후 위 진술조서를 육군 고등검찰부에서 보관하게 된 사실, 당시 육군고등검찰부에서는 육군 소속의 중령 공소외 16의 뇌물수수 혐의에 대하여 수사를 하는데 수사력을 집중하고 있었던 사실, 피내사자인 공소외 2는 해군본부 소속이었으므로 육군고등검찰부에서는 관할 대상이 아니어서 수사를 더이상 진행하지 않았다는 정황 등 이첩하지 않게 된 경위에 참작할 사정이 있었던 사실을 인정할 수 있다.

이에 비하여 피고인은 해군소속의 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 당지 공소외 4 고등검찰부장으로부터 통보받았음에도 불구하고, 이에 대하여 수사를 개시하지 않은 사정에 더 나아가 후술하는 바와 같이 2005. 3. 21.부터 2006. 1. 4.까지 국방부 검찰단장의 보직을 마친 후 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)혐의로 내사를 받고 있던 공소외 6 대령에 대한 2006. 4. 25.자, 2006. 6. 8.자 2회에 걸친 국방부 검찰단의 소환조사를 대비하여 공소외 6의 소명서의 작성에 깊이 관여하여 공소외 6이 무혐의 처분을 받게 하는데 관여하는 등 피고인에 대한 비난가능성이 높다는 검찰관의 합리적인 판단을 통해 피고인만을 기소한 것으로 보여지고, 헌법상 금지된 성별, 종교, 사회적 신분 등 자의적인 구분에 따른 차별의도나 보복 또는 정당한 권리행사를 방해하는 등 합리성을 인정할 수 없는 어떤 의도가 존재하였다고 보여 지지 않는다.

3) 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 인지했다는 증거가 있는지 여부
 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 인지하였다는 점에 대한 증거로는 증인 공소외 4의 원심법정에서의 진술과 검찰관 작성의 공소외 4에 대한 진술조서가 직접 증거로 존재한다.

즉, 증인 공소외 4의 이 법정에서의 진술과 검찰관 작성의 공소외 4에 대한 진술조서를 종합하면, 검찰단계(국방부 특별조사단)에서의 조사시에 육군본부 고등검찰부장이었던 공소외 4는 2002년 당시 해군본부 고등검찰부장인 피고인에게 "우리가 이러한 사건을 인지하였는데 위 사건 기록 전체를 이첩하여 주겠다"고 하고, "본건 처리와 관련하여 한번 찾아왔던 것으로 기억한다"고 진술을 한 사실, 공소외 4 부장은 이 법정에 이르러서도 동일하게 공소외 13이 2002. 6. 28.자 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 들고와서 공소외 13으로부터 보고받은 후 피고인에게 전화를 하여 사건 내용 즉 군공사와 관련하여 공사계획자료제공 및 공사편의 대가로 공사수주자인 공소외 14로부터 합계 금 4,150만원을 받은 사실과 공소외 2 사건을 이송하겠다는 취지로 이야기를 한 사실, 피고인과 당시 서로 자주 통화하는 관계가 아니었기 때문에 구체적으로 어떤 용어를 사용하였는지 말하기 곤란하지만, "사건을 보내지 말라"는 취지로 이야기를 한 사실은 명확히 기억한다고 진술한 사실, 당시 공소외 4 부장이 피고인에게 전화로 통보를 하였을 때에 이미 피고인이 이를 알고 있었던 것으로 생각된다고 진술한 사실, 2002. 6.경 전화통화시 어느 정도까지 피고인에게 말해 주었는지에 대하여 "진술조서를 보고 난 후 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다라는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내주겠다고 알려주었다"고 진술하고, 더 구체적으로는 "당시 전화한 이유가 조서의 내용을 알려주는 것이었고, 해군관련자에 대한 피의사실을 알려주는 부분이었기에 조서를 보면서 수수금액인 합계 금 4,150만원이라는 구체적인 액수나 대가 등 범죄의 요소에 해당하는 부분들은 전부 다 말을 했을 것으로 생각이 되고, 피고인이 자신의 사무실에 한 두번 정도 찾아와서 만난 것 같다"고 각 진술한 사실 등이 인정된다.

이와 같은 사실들을 종합하면, 피고인은 공소외 2와 만나서 공소외 2에 대한 내사사건에 대하여 인지한 후 당시 공소외 4육군 고등검찰부장이 2002. 6. 28. 전화통화시 피고인에게 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실에 대하여 알려주었으나 피고인은 사건을 보내지 말라는 취지로 이야기 하고, 그 후 피고인이 공소외 4 부장의 사무실 방문시에도 "사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다"라는 취지로 공소외 4 부장에게 이야기 한 사실이 인정되므로 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 구체적으로 인지하고서도 적절한 조치를 취하지 아니하여 그 직무에 관한 의식적인 방임 또는 유기한 사실이 인정된다.

또한, 증인 공소외 4의 진술에 부합하는 정황증거로는 증인 공소외 14와 공소외 13, 피고인의 이 법정에서의 각 진술과 검찰관 작성의 2009. 11. 19.자 공소외 3 및 공소외 13에 대한 각 진술조서, 검찰관 작성의 피고인에 대한 제3회 진술조서, 검찰관 작성의 2009. 11. 14.자 공소외 2에 대한 진술조서, 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서 등이 있다.

이들 증거들을 종합하면, 공소외 3은 검찰조사시에 공소외 2가 국방대학교 교육 중에 "죽을 뻔한 일이 생겨 밤에 계룡대에 내려왔다 서울로 갔다"는 취지의 말을 공소외 2로부터 들은 사실이 있고, 공소외 14는 검찰조사시에 2002. 6. 28. 공소외 13 수사관으로부터 참고인 조사를 받으면서 공사계획자료 제공 및 공사편의 제공 등의 대가로 차용금액 1천만원을 포함하여 공소외 2에게 4,150만원을 제공한 사실이 있다고 진술한 바 있으나 이 법정에 이르러서는 위 금원을 제공한 사실은 있지만 위 금원이 문제가 되자 2002. 6. 28. 이후 대차관계로서 위 금원을 되돌려 받았다는 취지의 진술을 하여 당시 공소외 2가 공소외 14로부터 받은 금원의 성격과 관련하여 육군본부 고등검찰부에서

공소외 2에 대하여 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 혐의로 2002. 6.경 내사가 진행 중이었던 정황이 인정되고, 공소외 13 검찰수사관은 공소외 14에 대한 조사를 마친 후 곧바로 당시 육군본부 법무실 고등검찰부장인 공소외 4에게 조사내용을 보고하면서 해군관할 사건이므로 이송처리를 하자는 취지로 건의를 하였고, 공소외 4 부장의 사무실에 결재 때문에 들어갔을 때 피고인을 2~3번 정도 본 기억이 있고, 그 전에는 피고인을 본 적이 없으며, 그 후 공소외 4 부장으로부터 사건을 이송하지 말고 자체 종결하라는 지시를 받아 수사자료를 그대로 존안하였다고 진술한 사실, 당시 공소외 4가 피고인에게 "해군 중에 이러 이러한 사건이 있다"라는 취지로 전화를 하여 당시 공소외 2 내사사건에 대하여 공소외 4 부장과 대화를 한 것 자체는 피고인도 시인한 사실, 피고인이 공소외 2 내사사건과 관련하여 공소외 4 부장의 사무실에서 만난 사실에 대하여는 전화 외에는 다른 접촉이 없었다고 부인하거나 또는 기억이 없다고 진술하다가 다시 피고인이 공소외 4 부장의 사무실에서 공소외 2의 내사사건에 관하여 한번 정도 만나서 얘기하였다고 최초의 진술을 반복한 사실 등이 인정되는 바, 이러한 간접사실 등도 위 공소외 4의 진술에 부합하는 정황증거들이다.

한편, 공소외 2의 진술서와 검찰관 작성의 공소외 2에 대한 2009. 11. 14.자 진술조서의 진술기재 및 검찰관 작성의 피고인에 대한 제1회 피의자신문조서의 진술기재를 종합하면, 피고인은 자신이 수사하여야 할 대상인 공소외 2의 부탁으로 상담을 하고 변호사까지 소개하여 주었던 사실을 인정할 수 있는바, 공소외 2는 자신에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의가 해군 고등검찰부로 이첩될 경우 오히려 수사를 하여야 할 해군 검찰부의 수장인 피고인에게 자신의 혐의에 대해 육군에서 내사중인 것에 대하여 아는 것이 있느냐고 부탁하고, 피고인은 해군 고등검찰부장으로서 자신의 관할 대상인 공소외 2의 내사사건에 대하여 사실관계를 확인하여 조사를 하여야 할 지위에 있음에도 불구하고, 피의자인 공소외 2의 변명만을 믿고, 그가 혐의를 벗어나도록 변호인을 소개하여 주는 것은 피고인이 고의적으로 수사주체자로서의 직무를 유기했음을 나타내주는 정황으로 판단이 된다.

4) 피고인이 공소외 2의 뇌물 사건을 인지한 정황이 모호하거나 간접적이었는지 여부

공소외 14는 공소외 13 검찰수사관의 공소외 14에 대한 진술조서 작성시인 2002. 6. 28.경 공소외 2에게 차용해준 금액 1,000만원을 포함한 4,150만원이 공사계획자료 제공과 공사편의 대가로 준 것이라고 진술한 바 있다.

그러나 공소외 14와 그의 처인 공소외 17은 이 법정에서 증인으로 나와 최초 공소외 14가 위 금원이 대차관계였음에도 불구하고 위와같이 공사계획자료 제공과 공사편의 대가로 뇌물이라는 취지로 진술서를 작성한 것은 육군본부 고등검찰부에서 군수사관 4~5명이 2002. 6. 12. 오후 1시경부터 밤 10시경까지 강압적인 조사분위기 속에서 겁을 먹은 상태였기 때문이라고 주장하므로 피고인이 공소외 2의 뇌물사건을 인지한 정황이 모호하거나 간접적이었는지 여부를 알기 위해서는 공소외 2와 공소외 14 사이에 수수된 금원 4,150만원이 군검찰의 강압수사로 인하여 대차관계를 뇌물로 진술한 것인지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

그러므로 살피건대, 증인 공소외 4, 13, 14, 17의 이 법정에서의 각 진술과 계룡대 근무지원단 보안담당관 작성의 출입일지 및 육군본부 계룡대 출입현황 관련 사실조회 통보서의 각 기재에 의하면, ① 공소외 14는 2002. 06. 12. 13:08경 육군본부 제2정문에서 상사 공소외 18의 안내로 육군 법무감실 소속 고등검찰부 수사관 준위 공소외 19와의 공무상의 필요 때문에 들어왔다가 같은 날 17:47경 다시 나간 것으로 기재되어 있는 사실, ② 공소외 14의

처인 공소외 17도 2002. 7. 2. 10:50경 육군본부 제2정문에서 공소외 18 상사의 안내로 육군 고등검찰부장을 만나기 위하여 방문을 한 사실, ③ 공소외 13은 2002. 6. 28. 공소외 14에 대하여 진술조서 작성 당시 강압이나 협박을 한 사실이 없고, 스스로 4,150만원을 공소외 2에게 공사계획자료의 제공 및 공사편의대가로 교부하여 주었다고 진술을 하여 조서에 남긴 것이라고 진술한 사실, ④ 증인 공소외 4는 공소외 17의 방문목적이 남편에 대한 가혹한 수사나 강압적인 수사 부분에 대한 항의를 위한 것이 아니고, 공소외 14는 심약한 사람이었는데 당황한 상태에서 조사를 받아 있지도 않은 말을 하였다는 그러한 취지의 주장을 한 것으로 기억한다고 진술하고, 남편을 10시간 동안이나 무서운 곳에 가두고 수사를 하였다는 것에 대한 얘기를 공소외 17로부터 들은 기억은 없으며, 당시 공소외 17이 찾아와서 강압수사에 대한 항의를 한다는 느낌은 전혀 아니었으며, 공소외 17을 만나준 이유도 수사과정에서 가혹수사에 대한 민원제기를 막기 위한 것은 전혀 아니었다고 진술한 사실, ⑤ 증인 공소외 14도 이 법정에서 검찰관의 주신문시 공소외 13이 2002. 6. 28. 공소외 14에 대한 조사시와 동일하게 공소외 14가 공소외 2에게 공사계획자료와 공사편의 등의 대가로 함께 4,150만원의 현금을 제공한 사실을 진술하였다가 위 금원이 문제가 되자 공소외 2가 전화로 '돈 빌려준거 이제 돌려주어야겠다'라고 하여 2002. 6. 28.이후로 되돌려 받았다는 취지의 진술을 하면서 최초에는 뇌물을 다시 돌려 받은 것이라고 진술하였다가 다시 대차관계였다고 진술하는 등 그 진술에 일관성이 없는 사실, ⑥ 증인 공소외 17은 공소외 2와는 1999년도에 1,500만원을 차용하여 주고 곧바로 상환받고, 1990년도 말이나 2000년 초순경에 약 2,000만원에서 2,500만원 정도를 차용하여 주고 현금으로 상환받은 사실이 있을 뿐이고 2000년 내지 2002년도에는 대차관계가 한번도 없었다고 진술하였으나 증인 공소외 14가 이 법정에서 당시 공소외 2에게 교부한 4,150만원이 공사계획자료제공 및 공사편의의 대가로 지급한 것이 아니고, 2002. 6. 28. 이후 대차관계 있는 금원으로서 주고 받았다는 취지의 진술과도 일치되지 않는 진술을 한 사실, 또한 증인 공소외 17은 이 법정에서 당시 공소외 14가 군으로부터 수주한 "군관련 공사는 단 한건밖에 없었다"는 취지로 진술한 바 있으나 육군본부 보통군사법원 2002고10의 판결 등본 중 육군 중령 공소외 16에 대한 뇌물수수 등 사건의 확정된 판결문에서 공소외 14가 군납 브로커라는 취지로 기재될 만큼 공소외 14가 군관련 공사를 다수 수주한 사실에 배치되는 진술을 한 사실 등이 인정된다.

이와 같은 사실들을 종합하여 보면, 공소외 14는 공소외 19 수사관으로부터 소환되어 약 4시간 40분동안 위 장소에 머무르며 조사를 받고 2002. 6. 12.자 진술서를 작성한 후 다시 17:47경에 귀가한 것으로 보여지고, 당시 강압적인 수사로 인하여 이슈가 되었거나 그러한 사실을 공소외 4 부장이 보고받거나 공소외 17이 당시 육군 고등검찰부장인 공소외 4를 만나게 된 목적이 자신의 남편인 공소외 14에 대한 강압 수사에 대한 항의성 방문이 아니었다고 보여지므로 위에서 본 바와 같이 당시 상황이 강압적인 수사 분위기가 있었다고 볼 증거가 없고, 증인 공소외 17의 이 법정에서의 진술도 증인 공소외 14의 진술과 일치하지 않고 증인 공소외 14의 진술도 일관성이 없어 그 진술에 신빙성이 매우 떨어져서 믿기 어렵고, 같은 취지의 공소외 14 및 공소외 17 작성의 각 사실확인서도 믿기 어렵다고 판단되고, 2002. 6. 28. 당시 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서상의 "공소외 14가 위 공소외 2에게 2002. 6월경 공소외 2에게 공사편의 등의 대가로 함께 4,150만원의 현금을 제공한 사실이 있다"는 취지의 진술기재 부분이 증인 공소외 14가 공소외 17의 이 법정에서의 각 진술보다 더 신빙성이 있다고 판단된다.

또한, 증인 공소외 2의 이 법정에서의 진술은, 2002. 6. 자신과 공소외 14의 부인과의 금전차용관계에서 비롯된 공소외 14의 진술로 인하여 육군본부 고등검찰부의 조사가 있게 되자 피고인에게 "뭐 아는 것이 있느냐"라고 물었고, 이

에 피고인은 "아는 것이 없다.

문제가 있으면 해군으로 넘기지 않겠느냐"라고 조언하여 주었을 뿐이며, 공소외 2는 스스로 공소외 14측과의 접촉을 통하여 금전차용문제에 대한 해결을 취함과 동시에 자신이 알고 있던 공소외 20 변호사를 통하여 육군본부 고등검찰부를 접촉하게 하여 자신에 대한 조사를 중단시킨 것이라는 취지이나 증인 공소외 2의 이 법정에서의 진술은 공소외 20 변호사의 선임 경위에 있어서 진술의 일관성이 없는 등 그 진술의 태도나 과정에 비추어 신빙성이 매우 떨어져 믿기 어렵다고 판단된다.

또한, 증인 공소외 4의 진술과 피고인의 진술 중 어느 진술이 더 신빙성이 있는지에 대하여 살펴볼 필요가 있는 바, 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 2002년 당시 육본 고등검찰부에서의 공소외 2 내사 사건을 누구를 통하여 먼저 인지하게 된 것인지 여부, 당시 피고인의 공소외 4 부장 사무실로의 방문 여부, 공소외 4 부장의 전화통보후 피고인의 태도 등에 대하여, 증인 공소외 4의 각 진술은 검찰이라 이 법정에 이르기까지 피고인보다 더 일관된 점에 비추어 위 사항에 대하여 일관성이 없는 피고인의 각 진술보다 더 신빙성이 있다.

따라서 당시 육군본부 고등검찰부장인 공소외 4나 검찰수사관인 공소외 13에 비하여 피고인이 공소외 2에 대한 어떤 범죄혐의를 인지하기에는 피고인에게 전달된 정보 내지 자료가 너무나 모호하거나 간접적인 것이었다는 피고인 및 변호인의 주장은 이유없다.

5) 공소외 2에 대한 공소외 4 부장의 내사종결이 공소외 20 변호사의 활동을 통하여 된 것이므로 직무유기가 없었다는 주장에 대한 판단

이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 2002. 6. 28. 공소외 4 부장과의 전화통화 및 그 후 2~3차례 방문을 통하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였다는 사실을 피고인이 이미 인지한 사실이 인정되고 피고인이 공소외 4부장의 사무실을 찾아와서 "사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다"라는 취지로 이야기 하여 그 직무를 의식적으로 방임한 사실에는 변함이 없는 이상 그 이후 육군 고등검찰부에서 내사종결이 가사 공소외 20 변호사의 활동을 통하여 최종적으로 종결이 되었다고 하더라도 피고인의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 구성요건을 충족시킴에는 큰 영향이 없다고 할 것이어서 이 부분에 대한 피고인 및 변호인들의 주장은 피고인의 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 구성요건과는 관련이 없는 주장이라고 할 것이다.

따라서 이 부분에 대한 피고인 및 변호인들의 주장도 이유 없다.

(다) 당심의 판단

1) 공소시효의 완성 및 공소권 남용(차별적 공소제기) 주장에 관한 판단

가) 직무유기죄는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있는 바, 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위상태가 계속되는 한 가벌적 위법상태는 계속 존재하는 것인바(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도675 판결 참조), 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 피고인의 해

군 고등검찰부장 재직기간은 1998. 1. 24. 부터 2003. 12. 10.까지인 사실을 알 수 있고, 이 사건 공소제기 일자는 공소시효기간 7년 이내인 2009. 11. 20.이므로 원심이 본건 범행에 대한 공소시효가 완성되지 않았다고 판단한 것은 정당하고, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 검찰관이 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나(2004. 4. 27. 선고 2004482 판결 참조), 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적으로나마 어떤 의도가 있어야 한다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결 등 참조). 원심은, 검찰관이 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원의 신분을 가진 당시 육군 고등검찰부장 중령 공소외 4가 육군 고등검찰부 검찰수사관인 준위 공소외 13 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 보고 받아 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) 혐의사실을 인지한 사정을 알 수 있으나, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면 검찰관의 위와 같은 조치가 공소권을 남용한 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이 사건에서 검찰관의 공소제기가 자의적인 공소권 행사로 인하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 볼 수 있을 만한 객관적인 근거가 없어, 이러한 원심의 판단은 정당하여 수긍할 수 있어 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

2) 공소장변경 없는 사실인정(불고불리 원칙 위배) 주장에 대한 판단

피고인의 방어권행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 법원이 공소장변경절차를 거치지 않고 다르게 인정하였다 할지라도 불고불리의 원칙에 위반되지 않는다(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도970 판결, 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도1060 판결 등 참조).

기록에 의하면, 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 관하여 공소장에는, "육군 고등검찰부장으로 근무하던 중령 공소외 4에게 위 사건을 해군 검찰부에 이첩하지 않을 것을 부탁하는 등 위 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다"로 되어있는 것을 "육군 고등검찰부장인 중령 공소외 4로부터 해군관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였음에도 불구하고 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하고, 오히려 '사건을 보내지 말라'는 취지로 전화통화를 하고, 그 후 육군 고등검찰부장의 사무실을 방문하여 위 '사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다'는 취지로 이야기 하는 등 부탁하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다"라고 인정하였으나, 기록에 의하여 살펴보면, 이는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 특수직무유기행위의 태양을 보다 구체적으로 상세히 특정한 것이거나 또는 불명확한 점을 바로잡은 것에 지나지 아니할 뿐만 아니라, 피고인은 원심에서 이 부분의 공소사실을 다투었고, 그에 관하여 심리가 충분히 되어 있음이 인정됨에 비추어, 원심이 공소장변경절차를 거치지 않고 공소사실과 다르게 사실을 인정하였다 하더라도 그것이 공소사실의 동일성의 범위를 벗어날 정도로 기본적 사실관계를 달리 하는 것이라든지, 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 준 것도 아니라 할 것이다.

따라서 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 사람을 인지하지 않았다는 주장 및 직무를 유기하지 않았다는 주장에 대한 판단

가) 판단

범죄인지란 수사기관이 각종 수사의 단서에 의하여 곧바로 또는 내사의 과정을 거쳐 적극적·능동적으로 범죄혐의를 인정하고 수사를 개시하는 처분으로 수사개시를 위한 범죄혐의는 수사기관의 주관적 혐의를 의미하고 아직 객관적 혐의로 발전함을 요하지는 아니하나 어느 정도 구체적인 사실에 근거를 두어야 하고, 검찰관이 어떤 사건에 대하여 범죄혐의가 인정되면 인지절차를 통하여 사건을 수리 즉, 입건하여야 하며, 사건의 수리 후 혐의자는 피의자가 된다.

이를 입건이라고도 한다.

검찰관은 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치도록 되어 있으므로 특단의 사정이 없는 한 수사기관이 그와 같은 절차를 거친 때에 범죄인지가 된 것으로 볼 것이나, 범죄의 인지는 실질적인 개념으로서 검찰관은 그와 같은 절차를 거치기도 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고, 그 뒤 범죄인지서를 작성하여 사건수리절차를 밟은 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것이 아니다(대법원 1989. 6. 20. 선고 89도648 판결 참조).

한편, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제15조의 특수직무유기행위는 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반의 범죄사실을 인지하는 경우 이에 대한 범죄인지서를 작성하고 범죄수사를 하여야 할 직무가 있음에도 불구하고 정당한 이유 없이 위와 같은 조치를 취하지 아니하는 경우에도 그 범죄의 성립이 인정되는바(대법원 1984. 7. 24. 선고 84도705 판결 참조), 그렇다면 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서 말하는 '인지'란 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 동법 소정의 죄를 범한 자라는 '정을 알면서도' 또는 '범인을 알면서도'라는 의미로서 실제로 동법 소정의 범죄를 범한 자라는 것을 인식하면 족하며, 범인의 성명이나 범죄의 구체적인 내용을 알 필요는 없다 할 것이고, 범죄를 범한 자는 범죄의 혐의를 받아 수사가 진행 중인 자나 아직 수사의 대상이 되지 않은 자도 여기서 말하는 죄를 범한자에 포함되는 것으로 피의자·피내사자, 참고인 조사 및 물적 증거 수집 등 실질적인 수사를 개시하는 행위가 있어야 비로소 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서의 '인지'가 있었다고 볼 수 있는 것은 아니다.

한편, 직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는 데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식 하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립한다(대법원 1997. 4. 22. 선고 95도748 판결, 대법원 1999. 11. 26. 선고 99도1904 판결 등 참조). 그리고 이러한 직무유기죄는 공무원이 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니라, 직무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니함으로써 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 구체적인 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립하는 것이므로, 공무원의 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우에는 직무유기죄는 성립하지 아니하며, 또한 어떠한 형태로든 직무집행의 의사로 자신의 직무를

수행한 경우에는 그 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 것은 아니다(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도657 판결, 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1390 판결 등 참조).

나) 위 가)항의 법리에 비추어 위 공소사실, 즉, 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인지하였음에도 불구하고 오히려 공소외 4에게 사건을 해군에 이첩하지 말라고 부탁하는 등 사건을 무마시켰다는 것이 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에 해당하는 것인지에 관하여 살펴건대, 원심은 판시 증거에 기초하여 그 판시 사정을 들어 피고인은, 평소 친분이 있던 위 공소외 2로부터 육군 고등검찰부의 공소외 2에 대한 내사사건에 대하여 "알아봐 달라"고 부탁을 받은 후, 2002. 6. 28.경 당시 육군 고등검찰부장인 중령 공소외 4로부터 해군관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였음에도 불구하고 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하고, 오히려 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다고 하여 유죄를 인정하였으나, 원심 판시의 사정들을 여러 정황에 비추어 볼 때, 검찰관이 제출한 증거만으로는 아래 다)항에서 보는 바와 같이 피고인이 이 사건 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄의 범죄 혐의사실을 실제로 알았다거나 그러고도 구체적으로 그 직무를 회피하여 수사를 하지 않았다고 단정할 수 없고, 비록 피고인이 위 공소외 2의 범죄 혐의사실을 사건이첩이나 인지보고서를 작성하는 등의 방법으로 신속, 적절하게 수사하지 않았다 하더라도 이를 두고 특정범죄가중처벌등에관한법률(특수직무유기)죄에 해당한다고 할 수 없다.

다) ① 공소장 기재 이 부분 공소사실을 살펴보면, 피고인은 2002. 6.경 평소 친분이 있던 공소외 2가 건설업자 공소외 14로부터 육군본부 문서고 페인트공사 등 4건의 군 발주 공사에 대한 공사계획자료 제공 및 공사편의를 알선하여 주는 대가로 현금 합계 4,150만원을 수수한 혐의로 육군 고등검찰부에서 내사를 받고 있어 위 내사사건을 무마하여 달라는 취지의 청탁을 받았으며, 이러한 경우 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취했어야 했는데 정당한 이유 없이 직무를 유기하였다는 것으로서, 공소사실 자체만으로 보자면, 피고인이 구체적으로 어느 시점에서 어떤 상황에서 어떤 경위를 통하여 공소외 2가 위 범죄를 범한 자임을 인식하였는지 잘 나타나지 않으며, 아래 ②항에서 보는 바와 같이 공소외 4의 법정진술 및 수사기관 진술기재에 의하여도 2002. 6.경 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 의도적으로 직무를 유기하였다고 단정할 수 없다(실제로 원심에서 피고인 및 변호인 측은 이 부분 공소사실에 대하여 이의를 제기하고 다투었는바, 원심은 공소사실과 달리 피고인이 공소외 4로부터 전화로 통보받아 인지한 것으로 범죄사실을 수정하여 인정하였다).

② 원심 판시 이 부분 범죄사실은, 피고인이 육군 고등검찰부장 공소외 4로부터 해군 관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였다는 것으로 이에 부합하는 직접증거로 공소외 4의 법정진술 및 수사기관 진술조서의 기재를 들고 있으며, 그 진술내용은 2002. 6.경 공소외 13으로부터 공소외 14에 대한 진술조서 내용을 보고를 받은 후 피고인에게 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다고 하는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내주겠다는 이야기를 하였으나 피고인이 전체적으로 꺼리는 듯한 태도를 보여 사건을 보내지 말라는 취지로 부탁을 하여 사건을 해군으로 이첩하지 않았다는 것이나, 이와 같은 공소외 4의 진술은 추상적이거나 추측에 기한 것들에 불과하여 공소외 4의 이러한 취지의 진술만으로 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률

위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 이를 일부러 수사하지 않았다고 인정할 수 없다 할 것이다.

즉, 공소외 4는 수사기관에서 2002. 6. 28.경 공소외 13으로부터 공소외 2의 뇌물수수 관련 공소외 14의 진술조서 내용을 보고 받은 후 당시 해군 고등검찰부장인 피고인에게 전화를 걸어 공소외 2의 뇌물수수 사건을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 피고인은 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보여 해군으로 보내지 않았으며, 이와 관련하여 한 번 정도 자신의 사무실로 찾아 왔으나 피고인이 원래 말을 명쾌하게 하는 스타일이 아니기 때문에 이 사건과 관련하여 구체적으로 어떠한 이야기를 했는지 정확한 기억은 없다는 취지로 진술하였는데(증거기록 제315면 내지 319면 참조), 공소외 4는 군검찰 조사시 피고인에게 전화로 알려 준 사건 내용에 대하여는 " 피고인 대령에게 우리가 이러한 사건을 인지하였는데, 위 사건 기록 전체를 이첩하여 주겠다는 취지로 이야기하였습니다", " 피고인 대령이 말을 명쾌하게 하는 스타일이 아닙니다.

당시 저를 찾아와서 이야기를 나누었다면 사건 관련하여 이야기를 하였을 텐데 정확한 기억은 없습니다", "당시 제가 사건 이첩을 위하여 이첩 이전에 업무 협조 차원에서 당시 해군 고등검찰부장인 피고인에게 사건에 관하여 이야기를 하였습니다.

그 전화를 하였던 당시 피고인 대령이 사건을 보내지 말라는 취지로 이야기를 하였습니다.

하지만 어떠한 이유로 보내지 말라고 하였는지는 정확히 기억이 나지 않습니다"라고 진술하였고, 해군에 사건을 이첩하지 않는 결정에 대하여 피고인이 미친 영향에 대하여는 "당시 사건을 이첩하여도 곧바로 사건 처리가 될 것 같지 않다는 생각을 하였고, 이에 법무감에게 일단 해군 고등검찰부장이 사건 이첩을 하지 않았으면, 좋겠다고 한다는 내용의 보고를 하였습니다.

이에 당시 법무감께서는 그렇다면 굳이 보낼 필요 없다는 취지로 말씀하셨고, 이에 고등검찰부에서 위 사건을 보관하게 된 것입니다", "그 당시 해군의 수사의지가 없다고 보여 사건 수사를 진행하지 않았고, 제가 고등검찰부장 직책을 떠나면서 위 사건에 대하여 잊고 있어서 결국 공소시효가 도과되었습니다.

지금 생각해보니 국방부 검찰단으로 즉시 이송하는 것이 옳았다고 생각합니다"고 진술하였다.

원심법정에서는 피고인에게 전화로 사건 내용을 통보해준 경과에 대하여 "진술조서를 보고 난 후 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내겠다고 알려주었습니다", "(공소외 14에 대한 참고인조서나 관련 수사기록을) 보여 달라고 요구를 하지 않았기 때문에 보여준 기억은 없습니다.

만약에 보여 달라고 하였다면 당연히 보여 주었을 것이나 스스로 보라고 제가 억지로 보여 준 기억은 없습니다"라고 진술하였고, 피고인과의 전화 통화나 피고인이 사무실을 방문하여 나눈 대화가 구체적으로 어떠한 내용인지에 대하여는 "정확한 상황은 구체적으로 기억하기 어렵습니다.

피고인이 어떤 내용을 명쾌하게 말하는 스타일도 아니었고, 당시 사용했던 용어도 기억나지 않습니다.

다만, 전체적인 취지가 사건을 해군 검찰부로 보내는 것이 적절하지 않다 또는 보내지 않았으면 좋겠다는 취지였던 것 같습니다", "(피고인 방문의 핵심 요지가 공소외 2 건을 해군에 보내지 마라라는) 그러한 목적을 가지고 왔었는지 정확하게 한마디로 이야기하기 어렵지만 전체적으로 전화 통화할 당시의 태도나 그 이후의 태도 등으로 보아서 보내는 것에 대해 꺼리는 듯 해 보였습니다"라고 진술하였고, 피고인에게 전화 통화를 할 당시 피고인이 공소외 2의

내사사건에 관하여 어느 정도나 미리 알고 있었다고 생각하는 지에 대하여는 "어느 정도 알고 있었는지에 대하여는 제가 판단할 수 있는 상황이 아니었습니다.

공소외 14에 대한 진술조서를 보면 피고인이 전화를 걸어서 사건을 확대시키지 말라라는 진술이 나오는데, 공소외 14의 진술이 사실이라면 그것으로 미루어 볼 때는 피고인이 저보다는 먼저 알고 있었을 수도 있는 것입니다"라고 진술하였고, 피고인이 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보인 이유를 물어 보았는가요라는 질문에 대하여는 "그 부분은 묻지 않아도 어떤 곤란한 이유가 있을 것으로 짐작이 되었고, 말 못할 사정이 있겠거니 생각을 하였습니다.

그리고 해군과 육군 사이에 그런 것을, 상대방의 어떤 요청을 무시해가면서 사건을 보내서 곤란하게, 어찌 보면 사건을 받으면 곤란해질 수 있다는 느낌 때문에 보내지 말라라는 부탁을 한 것으로 기억이 되고, 그 당시에 크게 깊이 생각을 하지 않았기 때문에 그렇게 결정을 한 것입니다.

요즘의 분위기나 업무처리 관행을 보면 있을 수 없는 것처럼 보이겠지만 그 당시에는 그렇게 판단을 하였고, 그것 말고는 다른 이유가 없는 것입니다", "그 당시에 이 사건에 대해서 크게 고심했던 것이 아니기 때문에 전반적으로 기억이 희미합니다"라고 진술하였는바, 원심에서 위와 같은 공소외 4의 진술은 피고인과의 전화 통화시 피고인이 구체적으로 어떤 말을 했는지는 기억이 나지 않으며, 이후 피고인이 1번 내지 2번 정도 자신의 사무실을 방문하여 대화를 나누었지만 정확한 내용은 기억이 나지 않으나 전체적인 취지가 사건을 해군검찰부로 보내는 것이 적절치 않다는 이야기인 것 같고, 자신이 피고인에게 전화를 걸었을 때 이미 피고인은 공소외 2 관련 사건 내용을 어느 정도 알고 있었을 것으로 생각하는데 그 이유는 공소외 14의 진술조서를 보면 공소외 14가 피고인으로부터 사건을 확대시키지 말아달라는 내용의 전화를 받았었다고 진술한 부분이 있어 그것이 사실이라면 피고인이 자신 보다 먼저 알고 있었을 것이라고 추측하는 듯한 진술에 불과하고, 결과적으로 피고인이 어떠한 이유에서 사건을 받기를 꺼리는지를 물어보거나 공소외 14의 진술조서 등 관련 기록을 보여주진 않았으며, 해군에 보내다 하더라도 제대로 수사가 될 것 같지 않다는 판단 하에 육군 법무감에게 보고 한 후 기록을 자체 보관하는 것으로 결정하였으며, 이 사건 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실에 대하여 육군고등검찰부에서 절차에 따라 입건하거나 내사사건으로 수리하지는 않았다는 것이다.

당심법정에서는 "사실 전화통화로 어떤 말을 주고받았는지 대하여는 지금 제대로 기억하기가 어려운데 일반적으로 사건내용을, 우리 육군 수사관이 획득한 수사 그러니까 범죄자료에 해당하는 것인데 이러한 진술서와 진술조서, 그 사건의 내용, 그 서류의 내용에 공소외 14라는 사람이 있고, 그 다음에 공소외 14가 해군 소속 군무원에게 공사 관련해서 돈을 주었다는 부분을 진술하고 있다는 부분은 범죄사실에 대한 통지를 하기 위한 전화였기 때문에 그런 부분들은 포함을 해서 알려주었을 것으로 생각합니다", "(피고인과의 전화 통화시 나는 대화 내용을 구체적으로 표현하면) 전체적으로 주고 받은 내용을 기억하기는 어렵지만 지난번 1심 법정에서도 보내지 말라는 취지의 답을 들었다고 했지만 좀 더 구체적으로 말을 한다면 내가 말하듯이 보내지 말라라 이런 것이 아니었고 대구 지방 사람이기 때문에 대구 말씨가 강한데 '뭐 하러 보내시렵니까?' 또는 '뭐 하러 보내려 하십니까?' 그런 식의 말을 들었기 때문에 이 사건을, 이 기록을 받아가기를 원치 않는다.

어떤 수사하고자 하는 그런 관심이 좀 없다는 그런 느낌을, 그런 생각을, 판단을 했기 때문에 사실 기록을 바로 송부하지 않았고 가지고 있도록 한 것입니다"라고 진술하였으나 위와 같은 "뭐 하러 보내시렵니까? 또는 "뭐 하러 보내려

하십니까?"라는 대화 내용은 수사기관 조사단계부터 원심법정에 이르기까지 한 번도 나오지 않았는데 그 용어가 확실한 건가요라는 변호인의 질문에 "그 당시에 기억은 사실 지금도 어떤 말을 먼저 했고 어떤 말을 답으로 들었고 그렇게 기억할 수 없는 것인데 구체적인 단어를 써 가면서 핵심적인 용어를 좀 말해보라 한다면 그 정도..."라며 진술하였는데, 결국 공소외 4는 피고인과의 전화통화 및 사무실 방문시 어떠한 내용의 대화를 하였는지는 기억이 나지 않으나 피고인이 사건을 보내지 말아달라는 취지의 이야기를 한 것 같으며, 전체적으로 볼 때 피고인이 사건을 이첩 받기를 꺼리는 듯한 모습이었다는 원심법정에서의 진술과 기본적으로 일관되게 진술하면서, 통상적으로 검찰기관에 종사하는 사람들은 이런 사건이 있으면 호기심을 가지고 그 내용이 무엇인지 빨리 보고 싶어 하고, 구체적인 서류가 있다면 서류를 보내달라고 하든지 하는 반응을 보이는데, 당시 피고인은 그와 같은 반응을 보이지 않았고, 당시 공소외 14의 처 공소외 17이 공소외 14의 진술조서는 검찰수사관인 공소외 13의 강압수사로 인한 공황상태에서 사실과 다른 진술을 한 것이므로 조서 자체를 없애 달라는 항의방문을 하는 등 참고인 진술조서의 증거능력 유지가 어려워 수사를 하기에 어려운 사건이 아닌가 하는 판단도 있었던 것 같다고 진술하고 있는바, 그렇다면 공소외 4의 이러한 취지의 진술만으로 피고인이 실제로 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 이를 일부러 유기하였다고 단정할 수는 없다 할 것이다.

- ③ 한편, 이 사건 공소사실을 뒷받침할 만한 간접증거로는 공소외 14, 13, 3의 각 수사기관 진술 및 법정진술이 있으나, 아래에서 보는 바와 같은 사유로 이부분 공소사실을 인정하기에 부족하다.

우선, 공소외 14는 2002. 6. 28.경 수사기관에서는 공사계획자료 제공 및 공사편의 대가로 공소외 2에게 합계 금 4,150만원을 교부하였다고 진술하였고(피고인은 공소외 14의 진술조서와 관련하여 원심법정에서 공소외 14는 진술조서의 일부에 대한 실질적 진정성립을 부인한 것이 아니라 강압수사를 이유로 진술조서 전체의 임의성을 부인한 것이라고 주장하나 원심의 판단을 기록과 대조하여 살펴보면 공소외 14의 수사기관에서의 진술은 임의의 진술로 인정되고 달리 그 진술이 피고인의 주장과 같이 임의성이 없다거나 이를 의심할 만한 사유가 있다고 인정할 만한 증거를 찾아 볼 수 없어 위 공소외 14의 진술조서가 임의성이 없어 증거능력이 없다는 피고인의 항소논지는 그 이유가 없다), 원심법정에서는 증인으로 출석하여 위 금원의 성격이 대차관계라고 하면서도 이 금원 수수가 문제가 된 2002. 6. 28. 이후 공소외 2로부터 차용금을 돌려받았으며, 2002. 6. 28. 자 진술조서상 공소외 2에게 공사계획자료 제공 및 공사편의 대가로 4,150만원을 제공하였다는 부분은 원진술자가 진술한대로 기재되어 있으나 "해군 고등검찰부장으로부터 2002. 6. 13.~15.경 2번 전화를 받은 사실이 있습니다.

그 내용은 안부 전화였으나 사건을 확대시키지 말라는 취지의 전화를 받았습니다"라는 부분은 진술한대로 기재되어 있지 않다고 진술하였는데, 원심은 이에 대하여 위와 같은 해군 고등검찰부장이 전화로 사건을 더 이상 확대하지 말라는 취지로 이야기하였다는 부분에 대하여 이를 부인하는 공소외 14의 법정진술은 진술의 신빙성이 매우 떨어짐에도 불구하고 실질적 진정성립을 부인하였으므로 증거능력이 없다고 판시하였으나, 살펴건대, 공소외 14는 원심법정에서 2002. 6. 13.경 공소외 13이 자신의 사무실로 방문조사를 하겠다는 전화를 하면서 방문시간을 확인하던 중에 혹시 해군 법무감실에서 전화가 온 적 있느냐라는 질문을 받고 "전화 온 적 없다"고 답변하였는데, 그날 저녁에 방문 조사시 공소외 13이 이미 진술조서 초안을 만들어 와서 읽어보고 도장을 찍으라고 하였는데, 위 진술조서 초안에는 해군 고등검찰부장으로부터 전화를 받았다는 내용도 포함되어 있었고 이에 대하여 공소외 13이 질문을

하자 열떨결에 전화가 왔다고 답변하였으나 이는 공소외 13 수사관이 자신에게 6. 13. 및 6. 28. 각 전화를 건 것을 답변한 것에 불과하고, 돈 관리는 전적으로 자신의 처인 공소외 17이 하였기 때문에 자신이 정확히 기억하는 것은 별로 없어 검찰관과 변호인의 질문에 정확한 답변을 하지 못한다는 취지로 진술하였고(공판기록 제320면, 제321면 참조), 이와 관련하여 당시 공소외 14의 진술조서를 작성한 공소외 13은 당심법정에서 2002. 6. 28. 공소외 14를 조사하기 전에 미리 질문사항을 노트북에 적어 가지고 갔으며, 준비해간 질문사항을 물어본 후 그 진술한 내용을 받아 적었고, 위 진술조서를 받은 뒤에 며칠 후 공소외 14가 사무실에 1~2번 찾아와서 진술을 반복할 테니, 사실과 다르니 다시 진술하게 해 달라는 요청을 하였지만 거부하였으며, 그렇다면 해군 고등검찰부장 부분이라도 빼 달라는 이야기를 한 사실이 있다고 진술하면서, 진술조서를 받은 구체적인 방법에 대하여는 "여기 제가 진술조서 받은 상에는 계획자료라든가 뭐를 제공하고 그런 부분은 안 나옵니다.

여기 계획자료이라든가 뭘로 안 나왔고 그때 당시 진술내용이 하여튼 편의를 봐줘 가지고, 그 양반이 하는데, 공소외 14는 초등학교 뿐이 안 나온 걸로 기억이 됩니다.

그래가지고 예를 들어서 무시를 하는 것이 아니라 사실은 A라는 질문을 해도 '예', B라는 해도 '예'하고 겁을 많이 먹는 사람입니다.

착해 가지고 참 순진한 사람이에요. 그 모든 업무를 와이프가 다 합니다.

공소외 14는 시키는 대로 합니다.

거의"라며 진술하였다.

그렇다면 위에서 살펴본 바와 같이 공소외 13이 공소외 14의 진술조서를 받을 당시 노트북에 질문사항만을 미리 작성해 갈다는 취지로 진술하지만 실제로는 육군복지근무지원단 경리실장인 중령 공소외 16의 부대 계약 관련 범죄 혐의를 수사하던 중에 공소외 14와 관련한 첩보를 입수하고 이를 확인하는 내용의 질문사항과 공소외 14의 예상 답변까지도 미리 준비해 간 것으로 보이며, 기록에 첨부된 공소외 14의 진술조서(증거기록 제1216면 내지 1221면 참조)의 내용은 초등학교만을 나온 공소외 14의 학력이나 위와 같은 공소외 13의 진술 등에 비추어 볼 때, 공소외 14 혼자만의 생각으로 진술하였다고 보기에는 이례적으로 상당히 구체적이고 논리적이며, 세부적인 사항에 대하여도 상세하게 기재되어 있어 질문에 대한 예상 답변 내용이 어느 정도 작성된 진술조서 초안을 보면서 진위(眞僞)를 확인하는 방법으로 위 진술조서가 작성된 것이라는 취지의 공소외 14의 진술에 부합하는 점, 공소외 13도 당심법정에서 명시적으로 진술조서의 답변내용을 미리 작성하였다고 인정하진 않았으나 공소외 14가 초등학교 정도를 졸업한 사람으로 질문하는 사항의 의미가 정확히 무엇인지 인식하지도 못하면서도 모두 인정하였다는 것이나 편의를 봐주었다는 의미 또한 같은 취지로 이해할 수 있어 결국 공소외 14의 위 진술조서상의 해군검찰부장이 사건을 확대하지 말라는 취지의 전화를 받았다는 기재 부분은 원심법정에서 공소외 14가 진정성립을 부인하여 그 증거능력이 없고, 공소외 2에게 공사편의 등의 대가로 합계 4,150만원의 현금을 제공하였다는 기재 부분도 공소외 14가 임의성 및 진정성립을 각 인정하여 증거능력은 인정될 것이나 위에서 살펴 본 바와 같이 공소외 14의 진술조서 작성 경위, 공소외 14와 그의 처 공소외 17과의 관계 등에 비추어 볼 때 수사기관에서의 공소외 14의 진술은 선뜻 믿기 어려워 신빙성이 없다 할 것이고, 공소외 14의 법정진술 또한 당시 공소외 2와의 금전거래를 비롯한 사업 관련 자금 관리를 전적으로 공소외 14의 처인 공소외 17이 하는 관계로 정확한 돈거래 성격은 알지 못한다는 취지에 불과하여 이사건 공소사실 부분에 대한 유죄의 증거로 삼기에 부족하다.

또한, 공소외 13은 수사기관에서부터 당심에 이르기까지 이 사건 공소사실 부분에 대하여 기본적인 골격에 있어서 대체로 일관되게, 2002. 6. 28. 공소외 14에 대한 조사를 마친 후 곧바로 당시 육군 고등검찰부장인 공소외 4에게 조사내용을 보고하면서 해군관할사건이므로 절차에 따라 정식 입건하여 수사를 더 하거나 해군에 이송처리 하자는 취지로 건의하였고 공소외 4부장의 사무실에 결재 때문에 들어갔을 때 피고인을 2~3번 정도 본 기억이 있으나, 그 전에는 피고인을 본 적이 없으며, 그 후 공소외 4 부장으로부터 사건을 이송하지 말고 자체 종결하라는 지시를 받아 수사자료를 그대로 존안하였다는 것으로 이는 공소외 4가 공소외 2의 알선수재 범죄 혐의사실을 해군에 이첩하지 않은 경과에 대한 진술일 뿐 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인식하였는지에 대한 직접 증거가 아니어서 증거로 삼기에 부족하다.

한편, 공소외 3의 군검찰에서의 진술은 공소외 2가 국방대학교 교육 중에 "죽을뻔 한 일이 생겨 밤에 계룡대에 내려왔다 서울로 갔다"는 취지의 말을 공소외 2로 들었다는 진술일 뿐 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인식하였는지에 대한 직접 증거가 아니어서 이 또한 증거로 삼기에 부족하다.

④ 더욱이, 위에서 살펴 본 바와 같이 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서 말하는 '인지'란 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 동법 소정의 죄를 범한 자라는 '정을 알면서도' 또는 '범인을 알면서도'라는 의미로써 실제로 동법 소정의 범죄를 범한 자라는 것에 대한 인식이 있었음을 요한다 할 것인바, 비록 피고인이 공소외 4로부터 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 피고인은 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보이며, 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 한 점, 피고인과 공소외 4는 같은 군법무관 동기생이나 특별한 친분관계가 없어 평소 전화 통화를 하거나 사무실을 방문하는 등의 교류가 거의 없었는데 이 사건과 관련하여 공소외 4의 전화를 받은 후 공소외 4의 사무실을 방문한 점, 공소외 2가 육군 고등검찰부에서 자신에 대하여 내사 중인 사실을 공소외 14의 처 공소외 17로부터 전해 듣고 당시 친분이 있던 피고인에게 아는 것이 있는지 물어본 후 피고인이 변호사를 통해서 잘 해결하라 또는 동기생 중에 공소외 20 변호사가 있는데 육군고등검찰부장의 동기생이니깐 한번 물어보라 등의 조언을 해 준 점 등 피고인과 공소외 2 간의 유착관계가 의심되는 여러 사정을 인정할 수 있는바, 그렇다면 수사업무에 종사하는 해군 고등검찰부장인 피고인의 입장에서는 범죄에 대한 신빙성 있는 정보 내지 첩보를 확인하는 경우에 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정할 때에는 즉시 수사에 착수하여야 할 것임에도 불구하고 육군 고등검찰부장인 공소외 4가 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보이며, 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 하였다는 것인바, 이는 공무원으로서 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우가 아니라 수사업무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니한 경우에 해당되어 형법 제122조의 직무유기죄의 범죄가 성립될 여지가 있으나, 이 때문에 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하거나 그러고도 직무를 유기하였다고 추단할 수는 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고, 이와 달리 이 부분 공소사실을 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄로 인정한 원심 판결

은 사실을 오인한 위법이 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

라) 소결론

따라서 피고인의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

(2) 강요방조의 점

(가) 공소사실의 요지

건설업체인 공소외 21 주식회사는 2001년경부터 2005년경까지 해병대사령부 공사대금 22억 3,800만원 상당을 비롯하여 해군 및 해병대 발주공사 23건 공사대금 합계 147억 7,200만원 상당을 수주·시공하였다.

관련자 공소외 6은 공소외 22로부터 2004. 10. 15.경 1,000만원, 2005. 5. 4.경 2,000만원 합계 3,000만원을 관련자 공소외 2가 제공한 공소외 23 명의의 공소외 2의 차명계좌(계좌번호 2 생략)로 송금받았고, 2005. 5.경 공소외 2는 같은 사무실에 근무하던 피해자 해군 6급 군무원 공소외 3(여, 39세)이 전세금이 부족하자 공소외 23에게 지시하여 위 송금액 중 2005. 5. 4. 송금된 금 2,000만원을 피해자에게 빌려주도록 하여 피해자는 이를 전세자금으로 사용하였다.

2006. 3. 10.경 공소외 6이 위와 같이 공소외 22로부터 금전을 송금받은 사실에 대해서 국방부검찰단으로부터 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 혐의로 내사를 받게 되자, 관련자 공소외 2와 같은 공소외 6은 위와 같은 자신의 범죄 혐의사실을 은폐하기 위하여 법률전문가인 피고인에게 문의하였고, 피고인과 공소외 2, 6은 피해자가 공소외 23으로부터 금원을 차용하였을 뿐 공소외 6의 배우자인 공소외 24 및 피해자의 친구들로부터 금원을 차용한 사실이 없음에도 불구하고, 피고인, 공소외 2의 직위 및 직무를 이용하여 피해자로 하여금 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금전을 차용한 후, 친구들로부터 다시 금전을 차용하여 위 공소외 24에게 변제한 것으로 하는 허위사실을 진술하도록 공모하였다.

위 공모에 따라, 피고인과 공소외 2, 6은 2006. 6. 일자불상 경 불상의 장소에서 상호 의사연락하여 위와 같은 허위사실이 기재된 공소외 6명의의 소명서와 피해자 명의의 소명서를 각 작성한 후 공소외 6 명의의 허위 소명서는 2004. 6. 8. 국방부 검찰단 수사관 공소외 79에게 제출하고, 피해자 명의의 소명서는 공소외 2가 이를 피해자에게 전달하여 허위진술을 위하여 그 내용을 숙지하게 하였다.

한편, 피고인과 공소외 2는 같은 달 일자불상 저녁경에 충남 계룡시 엄사리 소재 ○○○주점에서 피해자를 불러 "조만간 국방부검찰단에 소환될 것인데, 조사 시 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금 2,000만원을 차용하였고, 다시 친구들로부터 금전을 재차용하여 위 공소외 24에게 변제하였다고 공소외 2가 피해자에게 전달하여 이미 전달한 소명서의 내용과 같은 허위 진술하라."라는 취지로 말하였다.

이에 피해자가 "변제금을 친구로부터 빌린 것으로 하라고 하였는데, 검찰관이 언제까지 갚기로 한 것이냐고 물으면 어떻게 답을 해야 하는가?"라고 묻자, 피고인이 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아라고 했다고 허위 진술하라"라고 말하여 피고인의 직위와 직무를 이용하여 마치 그녀가 수사기관에 허위진술을 하는 것이 법적으로 아무런 문제가 없으며 공소외 2의 허위진술 요구에 응하지 않으면 오히려 피해자의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할 것 같은 태도를 보임으로써 그녀를 외포하게 하여 허위진술을 할 수밖에 없도록 하였다.

계속하여 위 공소에 따라, 공소외 2는 2006. 7. 3. 국방부 검찰단에 참고인조사를 받으러 가는 피해자와 동행하면서 피해자에게 "조사를 하는 사람들도 해군이다.

네가 떨어서 말하는지 안 떨어서 말하는지 다 알 수 있다.

"라고 말하여 피해자가 위와 같은 허위진술을 하지 아니할 경우 그 지위 및 직무를 이용하여 그녀의 지위나 신상에 어떤 위해를 가할 것 같은 태도를 보임으로써 그녀를 협박하였으며, 이미 피고인과 공소외 2가 함께 있는 자리에서 허위진술을 할 것을 강요받은 피해자로서는 해군 고위법무관인 피고인과 친한 공소외 2의 지위를 고려할 때, 수사절차 진행과 관련된 위 공소외 2의 말들이 모두 사실이라고 믿을 수밖에 없었고 이로 인하여 더욱 외포되어 허위진술을 하기로 결심을 하였다.

결국 피해자는 위와 같은 피고인과 공소외 2가 공동하여 직위와 지위를 이용하여 행한 협박에 외포당하여, 2006. 7. 3. 국방부검찰단에서 위 공소외 6에 대한 내사사건의 참고인조사를 받으면서 피고인과 공소외 2가 지시한 바와 같이 그 기억에 반하는 허위사실을 진술하고, 위 소명서가 마치 자신이 직접 작성하고 그 내용이 사실인 것처럼 하여 제출함으로써, 피고인은 공소외 2, 6과 공동하여 피해자를 협박하여 그녀로 하여금 의무없는 일을 하게 하여 강요하는데 결정적인 기능적 역할을 수행하였다.

(나) 원심판단의 요지

피고인이 최초 공소외 2에게 소명서 초안을 작성하여 교부하여 줄 때에는 공소외 2 등이 공소외 3을 협박하여 의무없는 일을 시킬 것이라는 점에 대하여 인지하지 못하였다고 하여도 ○○○주점에서 피고인이 공소외 3에게 '우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아'라고 구체적으로 허위진술로 답변하도록 도움을 준 시점에서는 적어도 공소외 3 피해자가 검찰단에 출두하여 공소외 3이 공소외 2로부터 허위진술의 요구를 받아 공소외 2의 강요에 의하여 허위진술을 하게 될 것이라는 점을 인식한 상태에서 언제까지 상환하여 주기로 하였느냐는 질문에 피고인이 이와 같이 허위사실의 진술을 구체적으로 애기하여 도와주어서 공소외 3이 검찰단에서 허위진술을 하여도 문제가 없는 것이라고 생각을 하도록 하여 공소외 2의 강요죄의 실행을 용이하게 하여 이를 방조하였다.

그러나 피고인이 공소외 2, 6과 함께 공소외 3으로 하여금 의무없는 일을 하도록 강요한 사실에 대한 기능적인 행위 지배가 있다고 보기는 어려워 공소외 2와 공소외 6의 공소외 3에 대한 강요의 공모나 모의한 사실에 대한 증거가 없다는 피고인 및 변호인들의 주장은 이유 있으므로 피고인에게 강요의 공동정범의 죄책을 물을 수 없다.

(다) 당심의 판단

1) 공소장변경 절차 없이 강요의 공동정범을 강요의 방조로 인정할 수 있는 지 여부에 대한 판단

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실 보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다고 할 것이므로 공동정범으로 기소된 범죄사실을 방조사실로 인정할 수 있다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결, 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 등 참조). 원심이 공소장변경 없이 강요죄의 공동정범으로 기소된 피고인을 강요방조죄로 처단한 조치는 위 법리에 비추어 정당하고, 거기에 항소이유로 주장하는 바처럼 공소장변경에 대한 법리오해 등 위법은 없다.

2) 공소외 6의 집에서 압수한 소명자료 등 증거서류의 증거능력 인정에 대한 판단

가) 원심판단

원심은, 압수·수색 절차상의 하자가 영장주의의 취지를 몰각하여 압수물의 증거능력을 부인할 정도에는 이르지 않아 압수물은 증거능력이 있으므로 이를 증거로 채택한다는 증거결정을 하였다.

나) 판단

헌법과 형사소송법 및 군사법원법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라도 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법 절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법 및 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

그러나 이러한 예외적인 경우를 함부로 인정하게 되면 결과적으로 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다는 원칙을 훼손하는 결과를 초래할 위험이 있으므로, 법원은 구체적 사안이 위와 같은 예외적인 경우에 해당하는지를 판단하는 과정에서 위와 같은 결과가 초래되지 않도록 유념하여야 한다.

나아가, 법원이 수사기관의 절차 위반행위에도 불구하고, 그 수집된 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 있으려면, 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 한다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결).

① 영장 원본이 아닌 사본 제시의 위법성 여부

헌법 제12조 제3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 하며, 군사법원법 제159조는 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다고 규정하고 있으며, 동법 제258조에 의하여 수사기관의 압수·수색에 관하여도 준용한다.

또한 여러 통의 압수·수색영장의 청구 및 발부제도가 있으며, 여러 통을 청구 및 발부할 경우 압수·수색영장에 그 사유를 적어야 하며(군사법원법 제120조, 제232조의6), 압수·수색영장은 발부한 법원이 그 집행기관인 검찰관에게 영장의 원본을 교부하여야 한다(군사법원의 소송절차에 관한 규칙 제51조, 제64조). 그렇다면, 압수·수색 처분을 받은 자에게 제시되어야 하는 영장은 특별한 사정이 없는 한 원본을 의미하므로 이 사건에서 군검찰이 공소외 6에게 영장 원본이 아닌 사본을 제시하고 영장을 집행한 것은 군사법원법 제258조를 위반한 것으로 일 위법하다고 할 것이다.

이 사건에서 위법한 부분은 압수·수색영장을 아예 제시하지 않은 것이 아니라 이를 제시하기는 하였으나 원본이 아닌 사본으로 제시하였다는 것인바, 이에 대하여 살펴본다.

우선, 압수·수색영장의 제시제도는 영장주의의 본질이라기보다는 영장주의의 취지를 철저하게 구현하기 위한 것이라고 할 것이고, 이 경우 영장의 원본을 제시하도록 요구하는 것은 영장 사본을 작출하는 과정에서 인위적인 조작이 가해지는 것을 방지하고 상대방에게 영장의 발부사실 및 그 내용을 보다 명백히 확인시킴으로써 위와 같은 압

수·수색영장 제시제도를 보다 확실히 하기 위한 방법이라고 할 것이다.

그리고 이 사건 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 다음과 같은 점을 인정할 수 있다.

- ㉓ 군판사에 의하여 이 사건 영장이 발부된 것이 사실이고, 제시된 문서가 영장 그대로의 사본임이 틀림없으며 그 영장의 취지대로 집행이 되었으므로 그 과정에서 영장 사본이 제시되었다는 이유만으로 영장주의의 본질이 훼손하는 중대한 위법이 있다고 할 수는 없는 점, ㉔ 당시 위 영장은 서울에 있는 국방부 보통군사법원에서 발부되었던 것이고, 그 집행장소는 대전에 있는 피고인 공소외 6의 주거 등 영장을 집행하여야 할 곳이 10곳에 이르렀으며, 수사의 긴급성과 밀행성, 특히 여러 장소에 흩어진 다수 물건의 수색·압수, 영장의 발부지와 집행지가 원거리인 경우 등에 있어서의 현실적인 필요성과 직무수행의 어려움 등을 이유로 영장의 원본 집행만을 고수할 수 없는 사정이 엿보이는 점, ㉕ 영장 집행 당시 공소외 6 등으로부터 제시된 영장이 사본이라는 점에 관하여 아무런 이의가 없었을 뿐만 아니라, 집행절차 전반에 관하여도 특별한 이의가 없었던 점, ㉖ 공소외 6의 집에서 압수된 증거서류 중 피고인 작성의 소명서 초안은 공소외 6의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 내사사건의 혐의를 벗어나게 하는데 필요한 소명서 작성의 기초가 되었고, 이를 토대로 작성된 공소외 6 명의의 소명서, 공소외 3 명의의 소명서가 작성되게 되고, 공소외 3 명의의 소명서는 2006. 7. 3. 공소외 3을 통하여 국방부 검찰단에 제출되고, 소명서 기재내용대로 허위의 사실을 진술하게 한 내용으로서 피고인의 이 사건 문서들은 피고인의 강요방조에 관한 유력한 증거인 점, ㉗ 무엇보다도 이 부분 범죄사실은, 피고인은 1998. 1. 24.부터 2003. 12. 10.까지 해군본부 법무감실 고등검찰부장으로서 근무하면서 위 검찰부 및 해군 예하 보통검찰부의 업무를 지휘·감독하고, 2005. 3. 21.부터 2006. 1. 4.까지 국방부 검찰단장으로 근무하면서 위 검찰단의 업무를 총괄하였으며, 2007. 11. 19.부터 이 사건 관련 보직해임이 되기 전인 2009. 10. 13.까지 해군본부 법무실장으로 근무하면서 해군 군사법 업무를 총괄하였던 자인바, 우리나라의 군사법제도의 특성상 피고인이 역임한 위와 같은 각 직책은 누구보다도 공익을 대표하여 군내 비리를 척결하여야 할 군사법기관의 정점에 위치한 직위임에도 불구하고, 이와 같이 막중한 자신의 직책을 망각하고 공소외 2 등의 공소외 3에 대한 강요죄에 대한 실행행위를 용이하게 하여 공소외 3이 국방부 검찰단 소환조사시 허위진술을 함으로써 공소외 6의 3,000만원 수뢰혐의 부분이 무혐의 처분을 받게 하였다는 내용으로서 그 죄책이 결코 가볍다고 할 수 없는 점 등을 인정할 수 있다.

이와 같은 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등 수사기관의 증거수집과정에서 이루어진 절차위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴보면, 이 사건에서 발견된 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하되 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라고 판단하여 이 사건 문서들을 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다는 원심의 판단은 정당하고, 압수절차의 적법성과 증거능력에 관한 법리를 오해하여 이 사건 압수물을 증거로 채택하였으므로 판결결과에 영향을 미친 원심의 판단은 위법하다는 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

② 압수목록의 불특정과 압수목록교부서상의 기재와 압수조서상의 압수목록 기재가 서로 상이하며 압수·수색 절차상의 하자가 있는지 여부를 살펴본다.

군사법원법 제170조에 의하면 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자·소지자, 보관자 기타 이에 준하는 자에게 교부하여야 하며, 피압수자에게 교부되는 압수목록은 압수경위 및 압수물의 내역을 알 수 있도록 정확하게 기재되어야 하고 압수 즉시 또는 압수 후 신속하게 교부되어야 할 것이다.

이에 원심이 적법하게 조사하여 채택한 각 증거들을 종합하면, 다음과 같은 점을 인정할 수 있다.

㉠ 피압수자에게 압수목록 교부시에는 압수물의 종류와 수량을 특정하여 압수목록을 작성하여야 할 것이나 이와 같은 압수시 압수목록을 교부하도록 한 이유는 압수물의 존부·형상변경 등을 둘러싸고 벌어질 수 있는 여러 논란을 사전에 차단하고, 피압수자들의 압수물에 대한 환부·가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는 데 있다 할 것인데, 이 사건에 있어서 비록 압수목록이 구체적으로 특정되어 있진 않으나 현장에서 공소외 6에게 압수목록을 교부하였던 점, ㉡ 당시 공소외 6의 주거에는 책상이나 박스에 보관 중인 다량의 서류봉투가 있었으며, 각 서류봉투 안에는 파일제목을 하나로 특정할 수 없는 편철되어 있지 않은 수많은 제목의 또는 제목이 없는 문서들이 다량으로 섞여 있어 우선 구체적으로 특정할 수 있는 계좌번호를 기재한 각종 통장, 연도별 수첩, 제품명을 기재한 핸드폰·컴퓨터 등을 순번을 매겨 기재하다가 공소외 6이 자신의 처와 딸에게 압수·수색과정을 보지 않도록 이들을 집밖으로 내보낸 상황이고, 공소외 6이 자신의 부친이 집으로 올 시간이 다 되었으니 영장집행을 빨리 끝내달라고 재촉을 하여 이를 배려하는 차원에서 압수목록 교부서상 증제번호 제26번 부동산 관련 서류 1개, 증제번호 제27번 서류봉투 1개, 증제번호 제28번 소명서 자료 1개, 증제번호 제29번 서류봉투 1개, 증제번호 제30번 명함서류 1개, 증제번호 제31번 해군일지 수첩 4개, 증제번호 제32번 부동산 매입 차용서 1개, 증제번호 제33번 서류봉투(육군) 1개, 증제번호 제34~제40번 서류봉투로 간략하게 포괄적으로 기재된 압수목록 교부서를 공소외 6에게 교부한 것으로, 수사기관이 압수를 집행하면서 파일제목을 하나로 특정할 수 없는 편철되어 있지 않은 수많은 문서들이 다량으로 섞여 있는 서류봉투 및 문서들에 대하여 다른 서류봉투 및 문서들과 명확히 구별할 수 있는 수사기관 나름대로 편의상 제목을 붙이지 않았다고 하여 이 사건에 있어서 압수목록교부서의 교부시 수사기관의 악의성, 의도성이 있었다고 인정되지 않는 점, ㉢ 압수목록 교부서에 공소외 6이 압수물에 이상 없음을 확인하는 자필 서명을 하였으며, 압수목록교부서의 기재내용에 대하여 이의를 제기하지 않은 점, ㉣ 공소외 6에게 교부된 압수목록 교부서는 가환부된 품목들이 포함되어 있었고, 공소외 25가 복귀하여 압수조서를 작성하는 과정에서 휴대폰이나 컴퓨터 등 가환부된 일부 압수품을 제외하고 남은 압수품의 목록을 구체적으로 작성한 것으로 압수목록 교부서와 압수조서상의 각 기재상에 일부 차이가 있으나 서류봉투의 수나 그 내용에 별다른 차이가 보이지 않는 점, ㉤ 공소외 6은 원심법정에서 자가에서 압수된 공소외 3 작성의 소명서에 대하여 공소외 2로부터 사본을 받아 보관한 것이지 자신이 공소외 3의 명의로 작성한 것은 아니라고 답변하는 등 압수된 소명자료 등 압수물에 대한 실제 작성자가 누구인지 여부, 작성동기, 소지경위에 대하여 진술하였는데, 이는 압수된 각 소명자료들이 자신의 집에서 압수된 것이라는 전제하에서 진술한 것으로 보이며, 특별히 압수물의 존부·형상변경 여부에 대하여 이의를 제기하지 않은 점 등이 인정된다.

그렇다면 군사법원법 제170조의 입법취지를 비추어 볼 때, 압수목록 교부의 상당성을 벗어났다고 보이지는 않으므로 이 부분 압수·수색절차가 위법하다고 할 수 없다.

③ 피고인의 주장에 의하면, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 하는데, 이 사건에서 검찰관이 이와같은 예외적인 경우에 해당한다고 볼만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점에 관하여 충분한 입증이 없었다고 것이다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거, 특히 공소외 25, 26의 원심법정의 진술 등에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 해당한다는 점에 대하여 검찰관의 입증이 합리적 의심이 들지 않을 정도로 이루어졌다 할 것이므로 피고인의 위 주장은 이유 없다.

3) 피고인과 공소외 2, 공소외 3이 ○○○주점에서 만나 "돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐 천천히 갚으라"라고 피고인이 공소외 3에게 말한 사실이 있는지 여부 (공소외 3 진술의 신빙성에 대한 판단)

피고인은, 공소외 2와 함께 2006. 6.경 저녁 무렵 계룡시 엄사면 엄사리 ○○○주점에서 공소외 3을 만난 사실이 없고, 이와 관련된 공소외 3의 법정진술 및 군검찰에서의 진술조서 등은 신빙성이 없다고 주장하고 있는바, 이에 부합하는 직접증거로는 공소외 3의 진술이 있는데, 공소외 3의 진술을 이 부분 공소사실의 증거로 사용하기 위해서는 그 진술의 증거능력이 있어야 함은 물론 합리적인 의심을 배제할 만한 신빙성이 있어야 하고, 그 신빙성 유무를 판단함에 있어서 그 진술내용 자체의 합리성, 객관성, 전후의 일관성뿐만 아니라 그의 인간됨, 그 진술로 얻게 되는 이해관계 유무 등을 아울러 살펴보아야 한다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2007도3798 판결 등 참조).

공소외 3은 2009. 10. 29. 군검찰 제4회 조사시 "수사기관에서 거짓말을 하는 것이 매우 부담스럽고 겁도 났음에도 불구하고 거짓말을 한 이유는 공소외 2가 너무 거침없이 행동을 하니까 눈 밖에 나기 싫었습니다.

저는 무섭기는 했지만 그래도 따로 엄사리에서 피고인 법무실장이 저와 공소외 2를 만나서 옆에서 계속 도와주고 하니 문제가 없는 것이구나 생각을 하고 거절할 수가 없었습니다"라고 진술하면서 "엄사리에서 만났을 때는 심도 있는 이야기는 하지 않고 당황하지 말고 촌스럽게 굴지 말고 이야기 하라는 정도만 이야기한 것 같고, 우리가 공소외 6씨 돈을 빌린 것으로 잘만 이야기하면 잘 될 것이다.

우리가 도와줘야 한다고 이야기를 해서 병과장 일이기도 해서 거짓말을 해야겠다고 생각을 했습니다", "법무실장이 도와주는 것이어서 저만 이야기를 하면 다른 모든 것은 위에서 잘 처리해서 문제가 되지 않을 것이라고 생각을 했습니다.

법무실장이 직접 나서서 하는 일이 죄가 되리라고 생각을 전혀 못했습니다"고 진술하였다.

2009. 11. 12. 군검찰 조사시에는 사무실 회식 이외에 피고인을 만난 적이 있느냐라는 검찰관의 질문에 "2006년도에 검찰단에 조사받으러 가기 며칠 전 공소외 2와 함께 엄사 사거리에 있는 호프집에서 셋이 만난 적이 있습니다"라고 답변하면서 공소외 2, 피고인과 만난 경위에 대하여 "검찰단 조사 문제로 만났습니다.

공소외 2가 저에게 '2,000만원 때문에 약간의 문제가 발생했다.

검찰단에서 너도 곧 부를 거다'라고 말하면서, 자기가 시킨 대로 진술할 것을 요구하였습니다.

실제로 얼마 지나지 않아 검찰단에서 출석 요구 전화가 왔고, 출석하기 며칠 전 저녁 8-9시쯤 공소외 2로부터 잠깐 나오라는 전화를 받고 만나러 나갔습니다.

호프집으로 가면서도 그 허위진술 때문에 부르겠거니 생각은 했던 것 같습니다.

그런데 막상 도착해보니 피고인도 함께 있어 조금 놀랐던 기억이 납니다", "사실 저도 피고인 앞에서 그런 이야기를 꺼내도 될까하는 생각은 들었는데, 공소외 2가 먼저 말을 꺼내서 괜찮거니 했고, 또 피고인도 이미 다 알고 있었던 것으로 보였습니다.

사실 공소외 2가 피고인과 워낙 절친하여 그런 법적 문제에 대해서는 당연히 의논하고 그랬을 것입니다.

피고인도 고개를 끄덕이며 거들기도 했습니다", "공소외 2는 저에게 공소외 6 대령 사모님으로부터 빌린 것으로 하면서 결국 그 돈을 제 친구로부터 빌려 갚은 것으로 하라고 시켰는데, 제가 '그럼 검찰단에서 친구한테 빌린 2,000만 원에 대해 물어보면 어떻게 대답하느냐'고 묻자, 피고인은 제 친구인 것처럼 흥내를 내며 '돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐. 천천히 갚으라'고 말했습니다.

그렇게 대답하라고 시킨 것입니다"라고 진술하였다.

또한 피고인이 그렇게 말한 것이 확실한가요라는 검찰관의 질문에 "피고인 억양이 조금 특이한데다 그때 '촌년처럼'이라는 표현을 쓰는 것에 깜작 놀랐습니다.

그래서 확실하게 기억합니다"라고 진술하였다.

원심법정에서도 위와 같은 진술내용을 유지하면서 "○○○주점에서 공소외 2와 이야기를 할 때 피고인도 수궁하는 듯 고개를 끄덕이며 이미 다 알고 있는 듯한 태도를 보이면서 제가 친구들에게 돈을 받아서 갚아야 하는데 그것은 어떻게 이야기 할까요라고 물으니깐 피고인이 그에 대하여 직접적으로 이야기하였습니다.

제가 다른 것은 다 기억이 나지 않아도 피고인이 그에 대해 말한 기억은 나는 것이 '보통 상스러운 말을 어떻게 저렇게 하실까'라는 생각을 했기 때문입니다", "공소외 2하고는 모르겠는데, 피고인하고는 ○○○에 처음 가보았습니다"라고 진술하면서 증인이 변호인측의 질문에 대하여 허위진술한 것과 피고인과의 관계가 없다는 식으로 진술하였는데 맞는가요라는 검찰관의 질문에 대하여 "제가 ○○○에서는 전혀 그런 것에 대해서 어떤 협박이나 그런 것을 전혀 느끼지 못했다는 부분은 사실이고, 그 정황이 다 이미 전화올 것도 다 알고 있고, 누가 할 것이고 가서 이것만 하면 되고, 이미 다 써와서 '이런 부분은 이렇게 이야기 하라'라고 하였을 경우에는 제 생각에는 '내가 가서 형식적으로 이야기만 하면 되는 것이다'라고 생각하였으며, 변호인 측에서 이의를 제기하겠지만 제 생각에는 평소에 (공소외 2가) 피고인과 친하였기 때문에 법률적인 문제에 대하여는 전혀 하자가 없이 모든 것이 다 진행되어 있으니 내일 가서 이야기만 하면 된다.

제가 그런 느낌을 받았기 때문에 그렇게 말한 것입니다"고 답변하였고, 당심법정에서는 "(검찰단 소환조사에 대해) 굉장히 마음의 부담을 가졌습니다.

같이 근무를 해야 되는데 그런 생각도 있고 또 사실이 아닌 것을 가서 얘기를 하려니까 그런 부담감 또 여러가지 부담감이 있었습니다.

(소명서 작성이) 자발적이진 않았습니다", (검찰단 소환조사시 허위진술을) 안할 수가 없었어요. 솔직히... 제가 뭐"라고 진술하였고, 평소에 허위진술 부분에 대하여 이야기한 적이 없는 피고인이 ○○○주점에 나와 있어 공소외 2가 이

런 작업을 다 해왔구나, 내가 나가서 더 이상 허위진술을 해도 허위진술하는 것 자체로는 나한테 어떤 불이익이 없겠구나라는 생각을 했던 것이지요라는 검찰관의 질문에 대하여 "예, 가서 얘기만 하면 별것 아니니까 그렇게 얘기를 했습니다"고 진술하면서 원심법정에서의 진술을 대체로 유지하였다.

그렇다면, 비록 공소외 3은 공소외 2, 피고인과 만난 장소를 "상호불상 호프집"에서 ○○○주점으로, 구체적인 대화 내용 등 세세한 부분에서 "촌스럽게 굴지마라"에서 "촌년처럼 굴지마라"로 일부 진술을 반복하는 등 약간 불명확한 진술이 있기는 하나, 이는 판시 위 범행이 약 3년 내지 4년 전에 이루어진 것으로 진술자의 기억력의 한계로 인한 것일 수 있고, 그 당시 상황에 대하여 비교적 상세히 진술하고 있으며, 이와 같은 공소외 3의 진술, 공소외 6이 2006. 검찰단 조사시 법적 문제에 대하여 피고인에게 조력을 받고 싶어 해서 공소외 6의 사건내용에 대하여 처음에는 공소외 2를 통해서 듣다가 나중에는 공소외 6을 만나 사건의 대략적인 개요를 알게 되었다거나 공소외 2나 공소외 6이 친한 사람들이기 때문에 공소외 6의 내사사건 담당 검찰관인 공소외 8에게 전화로 위 공소외 6 뇌물 사건은 단순한 채권채무관계라고 이야기를 한 것 같다는 취지의 피고인의 군검찰에서의 진술, 피고인이 공소외 6의 금전거래는 단순 금전거래인데 오해가 생겨서 비롯된 사건이라고 설명하여 주었다는 공소외 8의 군검찰에서의 진술 등 그 밖의 부가적인 정황 등을 종합하면, 원심 판시와 같이 공소외 2의 허위진술 요구과정에서 피고인이 ○○○주점에서 "돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐. 천천히 갚으라"라는 말을 하였다는 피해자 공소외 3의 진술은 그 합리성, 객관적 상당성, 전후의 일관성, 그 진술 사이의 일치성을 인정할 수 있어 신빙성이 있다 할 것이다.

4) 공소외 2가 공소외 3에게 구체적인 해약의 고지를 한 사실이 있었는지 여부

강요죄에 있어서의 협박은 반드시 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 곤란하게 할 정도에 이를 것을 요하지 않으나 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해약을 고지하면 되며, 해약의 고지는 명시적으로 이루어질 수도 있으나 묵시적으로 이루어질 수 있고, 언어에 의한 것이 보통일 것이나 경우에 따라서는 한마디 말도 없이 거동에 의하여도 할 수 있으며, 협박을 당하는 상대방이 공포심을 일으키게 하는 정도의 해약의 고지인지는 그 행위 당사자 쌍방의 직무, 사회적 지위, 강요된 권리, 의무에 관련된 상호관계 등 관련 사정을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들과 이 사건 제반기록을 종합하면 인정되는 다음과 같은 사실들, ① 공소외 2와 공소외 3은 2000. 9.경부터 2007. 4.경까지 해군본부 예산처에서 함께 근무하였고, 2006. 3. 10. 당시 공소외 6이 해군 경리병과장이었고, 공소외 2와 공소외 3은 당시 같은 회계과 사무실에 함께 근무하였으며, 피해자 공소외 3은 해군본부 전력기획참모부 예산처 소속 직불담당 6급 군무원으로서 공소외 2로부터 평정을 1~2회 정도 받았던 점, ② 공소외 2는 당시 해군 참모총장 공소외 27의 취임식에 공소외 2의 처인 공소외 39가 내빈자리에 초대된 사실을 자랑하며 해군참모총장과 친분을 과시하고, 병과장인 공소외 6과 서로 형, 동생으로 호칭하는 등 자신의 위세를 과시하여 왔던 점, ③ 공소외 2는 평소 사무실에서 피해자 공소외 3에게 소명서의 내용대로 허위 진술할 것을 지속적으로 요구하여 공소외 3은 검찰단에 출두하여 허위 진술하는 것에 대한 많은 부담감을 가지고 있었으며 이를 거절하면 영원히 찍히게 될 것이라고 겁을 먹었으며, 똑같은 상황이 재발 되는 경우에도 공소외 2의 요구대로 할 수 밖에 없었을 것이고, 그렇게 하지 않았으면 사람들이 백령도로 갈 수도 있다는 그런 농담도 할 정도였으며, 2006. 7. 3. 검찰단 조사 며칠 전에 사무실에서 소명서를 공소외 2로부터 교부받고, 공소외 2가 2006. 7. 3. 국방부 검찰단

에 참고인조사를 받으러 가는 피해자와 동행하면서 피해자에게 "조사를 하는 사람들도 해군이다.

네가 떨면서 말하는지 안 떨면서 말하는지 다 알 수 있다"라고 이야기 했다고 진술한 점, ④ 공소외 2가 공소외 3에게 전세자금용으로 빌려준 금원이 사실은 공소외 2의 돈이 아니라 공소외 6의 돈이었는데 공소외 23이 수표로 인출하여 주어 문제가 생겨서 검찰단에서 소환조사가 있을 것이라고 알려주었으며, 공소외 3이 실제로는 공소외 6의 배우자인 공소외 24 및 피해자의 친구들로부터 금원을 차용한 사실이 없음에도 불구하고, 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금전을 차용한 후 변제하였다고 진술하라고 요구하여 공소외 3이 "돈을 받았는데 나중에 갚았을 때 내가 돈이 없는데 갚을 때 어떻게 갚느냐"라고 물었을 때 공소외 2가 "친구들에게 받은 돈으로 하고 팩스를 받아라"라고 이야기를 하였으며, 피해자인 공소외 3이 "공소외 6의 처인 공소외 24와 대질을 하면 내가 얼굴을 모르는데 어떻게 합니까"라고 물으면 "그럴 일은 없을 것이다"라고 답변하는 등 구체적인 허위진술의 내용에 대하여 이야기 해주어서 공소외 2에게 피해자의 친구들 이름을 알려준 점 등을 종합하면, 위와 같은 공소외 2의 언동은 군이라는 특수한 계급사회의 구성원인 군무원으로 근무하고 있던 공소외 3에게 자신의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할 수 있다는 공포심을 심어 준 것으로 판단되며, 결국 공소외 2의 협박에 외포된 공소외 3이 검찰단 소환조사이 허위진술을 하게 된 사실을 인정할 수 있으므로, 공소외 3이 공소외 6 병과장의 일을 도와주기 위하여 공소외 2의 부탁을 받아 자의로 소명서 작성에 협조하였다거나 검찰단 조사시에 허위 진술하였다거나 공소외 3에 대한 구체적인 해악의 고지가 없었다는 피고인의 이 부분 각 주장은 이유 없다.

5) 피고인에게 방조의 고의 또는 방조행위가 있었는지 여부

방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심의 사실이므로 피고인이 이를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다 할 것이며, 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 참조). 따라서 이 사건 공소외 6이 공소외 22로부터 금전을 송금받은 사실에 대해서 국방부 검찰단으로부터 내사를 받게 되고, 공소외 2는 공소외 6에게 자신의 차명계좌인 공소외 23의 계좌를 공소외 6에게 제공한 것에 대한 수사가 확대되자 공소외 2와 공소외 6은 자신들의 범죄 혐의사실을 은폐하기 위하여 법률전문가인 피고인의 도움으로 공소외 6의 범죄 은폐에 부합하는 내용의 소명서 초안을 작성하여 공소외 2를 통하여 공소외 6에게 건네주어 공소외 6이 이를 바탕으로 작성한 자신 명의의 소명서를 국방부 검찰단 수사관에게 제출하였고, 공소외 2도 이를 바탕으로 같은 과에 근무하던 공소외 47 소령의 워드작업의 도움을 받아 자신의 사무실에서 작성한 공소외 3 명의의 소명서를 피해자 공소외 3에게 전달하면서 자신의 허위 진술 요구를 거부할 경우 피해자에게 신분상의 불이익이 있을 것 같은 태도를 보이고, 이후 공소외 2와 피고인은 계룡시 엄사리 소재 ○○○주점으로 공소외 3을 불러내어 공소외 2는 "조만간 국방부검찰단에 소환될 것인데, 조사시 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금 2,000만원을 차용하였고, 다시 친구로부터 금전을 재차용하여 위 공소외 24에게 변제하였다고 소명서의 내용과 같이 허위 진술하라"라는 취지로 말하였고, 이에 피해자가 "변제금을 친구로부터 빌린 것으로 하라고 하였는데, 검찰관이 언제까지 갚기로 한 것이냐고 물으면 어떻게 답을 해야 하는가?"라고 묻자, 피고인이 "우

리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚으라고 했다고 허위 진술하라"고 말을 하여 이미 공소외 2의 허위진술 요구에 응하지 않으면 피해자의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할지 모른다고 겁을 먹고 있었던 그녀로 하여금 수사기관에 허위진술을 하는 것이 법적으로 아무런 문제가 없다고 믿을 수밖에 없게 하여, 피해자인 공소외 3이 2006. 7. 3. 국방부검찰단에서 위 공소외 6에 대한 내사사건의 참고인조사를 받으면서 공소외 2가 지시한 바와 같이 그 기억에 반하는 허위사실을 진술하고, 위 소명서가 마치 자신이 직접 작성하고 그 내용이 사실인 것인 양 제출함으로써, 공소외 2와 공소외 6이 피해자를 협박하여 그녀로 하여금 의무없는 일을 하도록 하는 것을 용이하게 하였다는 것인바, 그렇다면 피고인이 ○○○주점에서 공소외 3에게 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아"라고 구체적으로 허위진술로 답변하도록 도움을 준 시점에서는 피해자 공소외 3이 공소외 2로부터 허위진술의 요구를 받아 공소외 2의 강요에 의하여 공소외 3이 검찰단에 출두하여 허위진술을 하게 될 것이라는 점에 대하여 미필적으로나마 인식 또는 예견하였다고 보아야 할 것이므로, 이러한 피고인의 위와 같은 행위는 정범인 공소외 2 등의 이 사건 강요 범행의 실행을 직접적으로 용이하게 하는 것이라는 원심의 판단은 정당하고, 거기에 방조죄에 관한 법리오해의 잘못은 없어 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

6) 소결론

따라서 원심판결에 강요방조죄에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 공소외 1에 대한 직권남용권리행사방해의 점

가) 관련법리

직권남용권리행사방해죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해하는 때에 성립하는 범죄로서 여기에서 '직권남용'이란 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 하는 경우 또는 공무원이 일반적 권한에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외에 행위를 하는 경우를 의미한다.

그리고 남용에 해당하는지 여부는 구체적인 공무원의 직무행위의 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 제반요소를 고려하여 결정하여야 하며(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 참조), 공무원의 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 않는다(대법원 2004. 10. 15. 2004도2899 판결).

나) 인정되는 사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

즉, 피고인은 해군 법무실장(병과장)으로 법무병과(직별)의 장병에 대한 인사추천을 할 수 있는 권한이 있고, 같은 병과 원인 국방부 검찰단 소속의 수사관인 공소외 1에 대하여도 이러한 권한을 행사할 수 있는바, 피고인의 지시를 사실상 거부하기 어려운 위 공소외 1에게 아래 범죄일람표 기재와 같이 4회에 걸쳐 수사상 기밀에 해당하는 관련자 신병, 수사내용 및 수사방향 등을 보고하게 한 사실을 인정할 수 있다.

범죄 일람표

순번 범행시각 보고내용 비고 1 2009. 3. 5. 공소외 23이 긴급체포되었음(전화통화) 군납비리사건 2 2009. 3. 27. 17:51
오늘 군의관 해군대위 공소외 28 구속청구에정입니다.

(문자메세지) 군의관 무단이탈 사건 3 2009. 9. 16. 14:25 공소외 29에 대한 가계도를 파악하고 있는 것으로 보아 계좌를
볼 것 같습니다.

(문자메세지) 군납비리 사건 4 2009. 9. 16. 15:26 공소외 6, 수표 나온 대전노래방 주인 조사하러 갈 예정입니다.

뇌물쪽으로 엮으려는듯함. (문자메세지) "

다) 일반적 직무권한 부존재 여부

위와 같은 법리와 사실관계를 종합하여 보면, 피고인은 해군 법무실장으로서 해법무병과의 장병에 대하여 인사추천할
수 있는 권한이 있으므로 위 공소외 1에 대하여 인사에 관한 일반적인 직무권한을 보유하고 있고, 또한 해군소속
인원에 대한 사법처리와 관련된 첩보나 정보를 보고 받을 수 있는 일반적인 직무 권한은 있다 할 것이다.

그러나 국방부 검찰단의 계좌 추적이나 출장조사 계획 등 향후 수사의 방향에 대한 내용 등의 정보는 그것이 수사의
대상이 될 가능성이 있는 자 등 수사기관의 외부로 누설이 될 경우 피의자와 관련된 자들이 아직까지 수사기관에서
확보하지 못한 자료를 인멸하거나, 수사기관에서 파악하고 있는 내용에 맞추어 증거를 조작하거나, 허위의 진술을
준비하는 등의 방법으로 수사기관의 범죄수사 기능에 장애를 초래할 위험이 있는 것으로 비록 해군소속의 인원에
대한 사건이라 할지라도 해당 사건에 대한 중국적인 결정을 하기 전까지는 외부에 누설되어서는 안 되는 국방부 검
찰단 내부의 수사기밀임에도 불구하고, 피고인은 평소 친분관계가 있고 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되
어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 하고자 상
급부대인 국방부 검찰단의 수사내용에 대하여 공소외 1에게 보고 하도록 지시하였다는 것으로, 이러한 피고인의
위와 같은 행위가 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 일반적 직무권한 범위를 넘어 직무의 행사
에 가탁한 부당한 행위라는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 법리를 오인하여 판결에 영향을 미친
위법이 없다.

나) 의무없는 일을 하게 하였는지 여부 및 피고인에게 직권남용권리행사방해의 고의가 있었는지 여부

- ① 피고인은, 원심이 위 공소외 1의 원심 법정에서 한 진술을 전체적으로 판단하지 아니하고, 그 중 피고인의 이 사건
공소사실 부분에 부합하는 공소외 1의 진술 부분에 대하여만 신빙성을 인정한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을
오인한 위법이 있다고 주장하나, 수사기관에서의 각 진술조서의 기재와 당해 사건의 공판정에서의 같은 사람의 증
언으로서의 진술이 상반되는 경우 반드시 공판정에서의 증언에 따라야 한다는 법칙은 없고, 그 중 어느 것을 채용하
여 사실인정의 자료로 할 것인가는 오로지 사실심법원의 자유심증에 속하는 것이며, 수사기관에서의 공소외 1에
대한 각 진술조서의 기재와 이에 부합하는 공판정에서의 공소외 1의 일부 증언 등을 종합하여 전체로서 이 사건
공소사실 부분을 인정할 수 있다 할 것이므로, 거기에 피고인의 주장과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위
법이 없다.

② 또한, 피고인은, 위 공소외 1이 피고인에게 검찰단의 수사 진행 상황을 보고한 것은 병과장에게 단지 통상의 첩보보고를 해야 한다는 책임감 내지 의무감에 기인한 것으로 의무없는 일을 하게 한 것으로 볼 수 없다고 주장하므로 살피건대, 직권남용죄에서 말하는 '의무'란 법률상의 의무를 가리키고, 단순히 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다고 할 것인바(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 참조), 국방부 검찰단 검찰수사관인 공소외 1의 경우에도 법령에 따라 그 수사업무를 공정하고 객관적으로 수행할 의무가 있는 것이지, 외부에 유출될 경우 검찰단의 수사 기능에 현저한 장애를 초래할 수 있는 국방부 검찰단의 계룡대 근무지원단 군납 비리 수사팀 내부 상황 등 검찰단의 내부 수사 내용에 대하여 수사에 직접 참여하지도 않았으면서 수사팀 내부 수사 상황을 탐문·수집하여 이를 피고인에게 보고할 법률상 의무는 없고, 이는 위 공소외 1의 소속군이 해군이라 하여 달라지는 것은 아니다.

그렇다면 피고인이 공소외 1에게 앞에서 본 바와 같은 부당한 지지를 한 것은 공소외 1에게 법률상 의무없는 일을 하게 한 것이라고 할 수 있다.

③ 한편, 피고인은 직권을 남용하여 공소외 1에게 의무없는 일을 하게 한다는 인식과 의사가 존재하지 않았다고 주장하러, 앞서 본 바와 같이 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시한 사실이 인정되고, 피고인의 법무실장로서의 지위, 이미 국방부 검찰단장으로 재직하였던 피고인의 경력에 비추어 볼 때 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시할 당시 자신이 부당한 영향력을 행사하거나 위법한 지시를 하고 있다는 인식과 의사가 있었다고 봄이 상당하다.

다) 사회상규에 반하지 않는 정당행위인지 여부

정당행위를 인정하려면, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째, 긴급성, 다섯째, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 참조). 원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들과 이에 의하여 알 수 있는 다음의 사정, 즉 ① 피고인은 2009. 2. 25. 위 공소외 1에게 전화를 걸어 계룡대 근무지원단 납품 비리수사가 해군본부 지휘부에서 신경 쓰고 있는 가장 이슈가 되는 중요한 사건이므로 해군 소속 인원의 신병관계에 대하여 특별한 것이 있으면 기무나 헌병에 비하여 법무는 속보보고가 늦으니 빨리 보고해 달라고 말한 사실이 있다는 취지로 진술한 점, ② 공소외 1은 군검찰에서 2009. 2.경 2~3회 피고인이 공소외 1에게 전화를 걸어 계룡대 근무지원단 사건내용에 대하여 알게 되면 빨리 보고를 해달라고 지시를 받았으며, 피고인으로부터 계룡대 근무지원단 납품비리수사에 참여하느냐는 질문에 자신은 수사에 배제되었다고 답변하자 피고인은 "그러면 네 자리에서 들리는 것이 있으면 보고를 잘해라"라며 이야기하였고, 이와 같은 피고인의 말을 듣고 피고인의 수사상황 보고 지시를 따르지 않으면 수사관으로서 능력이 없다고 판단되어 다음 보직심사시 자신이 원하는 곳으로 가지 못할 것 같을 느낌을 받았으며, 피고인의 위와 같은 전화를 받기 전에는 피고인에게 수사상황을 보고할 마음이 없었는데 그 때부터 보고를 하겠다는 마음을 갖게 되었고, 이 후 피고인에게 위 범죄일람표 순번 기재내용의 전화 통화 또는 문자 메시지를 보고할 의무가 없음에도 보고하였다고 진술한 점, ③ 공소외 1은 피고인에게 검찰단 수사 상황 보고를 하는 것과 관련하여 여러 차례 자신의 어려움을 호소하였는데, 2009. 5.경 피고인과의 전화 통화시 "제가 수사에 참여하지 않아서 아는 게 별로 없어 죄송합니다.

본부와 통화하는 것을 안 좋아하니 실장님이 단장님 동기니 이야기를 하셔서 그런 부분에 대해서는 두 분이 정리를 해주는 것이 좋겠습니다"라며 말을 하자 피고인이 "아무런 문제없다.

그러니 계속 정보를 달라. 당당하게 행동하라'라고 이야기하였고, 같은 해 8.경에는 좀 더 강하게 "더 상황이 안 좋아지고 있습니다.

해군 수사관들이 어려워지고 있다.

위에서 눈치를 많이 주고 있습니다.

그러니 직접 정리 해달라고 이야기 했습니다"라고 말을 하자 "그게 큰 문제가 되지 않는데 네가 힘들어 할 필요가 있느냐"라며 이야기 하였고, 같은 해 9.경 통화에서 같은 취지로 이야기하자 피고인이 "알았다.

공소외 4와 이야기 해 보겠다"라는 말을 들었다고 진술한 점, ④ 당시 계룡대 근무지원단 군납 비리 사건 담당 검찰관인 공소외 30 중령에게 "저도 힘들어 죽겠다.

제가 이야기하면 안 통하니까 부장님이 직접 이야기 해 주시던지 아니면 단장님과 실장님이 동기니 단장님께 전화로 부탁하여 기관경고 등을 통해 정리를 하여 피고인 대령이 사건 상황을 묻지 않도록 조치를 취해 달라"라고 말하면서 자신의 고충을 호소하였다고 진술한 점(증거목록 제1100면, 제1101면 참조) 등을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이러한 이상, 피고인의 이러한 행위를 두고 형법 제20조에서 정한 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 정당행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

라) 피고인이 공소외 2 등에게 수사정보를 알려 줄 목적이 있었는지 여부

피고인은, 원심이 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적으로 공소외 1에게 수사 관련 사항을 보고하게 하였다고 판시하였으나 이와 같은 목적을 인정할 아무런 증거가 없음에도 불구하고 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적은 있었다고 인정한 원심의 판단은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 주장한다.

그러나 범죄의 주관적 요소인 범행의 목적 또는 동기 등의 내심적 사실은 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야 하며, 이 사건 공소사실 부분에 있어서 피고인과 공소외 2, 6사이의 친분관계, 계룡대 근무지원단 군납비리 수사의 진행 경과, 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시하게 된 동기 및 경과, 보고내용, 전후 정황 등 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적이 있었음을 인정할 수 있으므로 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 소결론

따라서 원심판결에 직권남용권리행사죄에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

나. 검찰관의 주장에 대한 판단

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여

(가) 공소사실의 요지

피고인에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점의 요지는 해군본부 법무감실 고등검찰부장의 직위를 떠난 후인 2004. 6. 10.부터 같은 해 7. 15. 사이에 공소외 2로부터 공소외 2에 대한 내사사건을 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 10,000,000원권 자기앞 수표 6장을 교부받아 그 직무에 관하여 60,000,000원의 뇌물을 수수하였다는 것이다.

(나) 원심의 판단의 요지

검찰관이 제출한 증거에 의하면, 공소외 2는 피고인에게 공소외 23의 □□계좌와 공소외 3의 □□계좌를 각 자신의 차명계좌로 이용하던 중 공소외 23의 □□계좌에서 2004. 6. 30. 인출된 1,000만원권 수표 1장을 공소외 23을 통하여, 공소외 3의 위 □□통장에서 2004. 6. 10. 인출된 1,000만원권 수표 5장을 공소외 3을 통하여, 각 교부 받은 후 위 수표 1,000만원권 수표 6장 합계 금 6,000만원을 차용증 없이 2004. 6. 10.경부터 7. 14.경 사이의 일자불상경 피고인에게 교부하였으며, 또한 2004년 일자 불상경 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞수표 5백만원권 2장을 피고인에게 교부하며 총 7,000만원을 교부받았으며, 이 후 피고인은 2004. 7. 22. 대전시 구 조흥은행(현 신한은행)법원 지점에서 신규로 구 조흥은행 저축예금통장을 개설하여 2004. 7. 23. 8,000만원의 법조인 신용대출을 받아 전액 자기앞수표(1,000만원권 자기앞 수표 7장, 5백만원권 자기앞 수표 2장)로 인출하여 이를 공소외 2에게 교부하여 준 사실이 인정된다.

그렇다면 검찰관이 제출한 증거들만으로는 위 피고인과 공소외 2 사이에 수수된 1,000만원권 수표 6장 합계금 6,000만원이 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 교부받는 것이라기보다는 오히려 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)의 토지에 대한 근저당권부 채권을 양수하는데 필요한 대금의 잔금조로 공소외 2에게 잠시 융통한 8,000만원 중 일부에 불과한 것이라는 피고인의 주장에 부합하여 검찰관이 제출한 증거만으로 피고인이 공소외 2로부터 6,000만원을 뇌물로 수수하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없어 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여 무죄를 선고하였다.

(다) 당심의 판단

뇌물죄에 있어서 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 받은 사실을 시인하면서도 그 돈을 뇌물로 받은 것이 아니라 빌린 것이라고 주장하는 경우 수뢰자가 그 돈을 실제로 빌린 것인지 여부는 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 수수한 동기, 전달 경위 및 방법, 수뢰자와 증뢰자 사이의 관계, 양자의 직책이나 직업 및 경력, 수뢰자의 차용 필요성 및 증뢰자외의 자로부터의 차용가능성, 차용금의 액수 및 용처, 증뢰자의 경제적 상황 및 증뢰와 관련된 경제적 예상이익의 규모, 담보 제공 여부, 변제기 및 이자 약정 여부, 수뢰자의 원리금 변제여부, 채무불이행시 증뢰자의 독촉 및 강제집행의 가능성 등 증거에 의하여 나타나는 객관적인 사정을 모두 종합하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007도3943 판결 참조).

그리고 형사재판에서 기소된 범죄사실에 대한 입증책임은 검찰관에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없는 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 등 판조).

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률 위반(뇌물)의 점을 무죄라고 판단하였는 바(원심판결서 69쪽 내지 91쪽 참조), 위 법리에 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면 ① 공소외 2는 자신이 차명계좌로 이용하고 있던 공소외 3의 □□계좌(계좌번호 3 생략)에서 2004. 6. 10. 인출된 1,000만원권 수표 5장(수표번호 1~5 생략)을 공소외 3을 통하여 교부받아 보관하고 있던 중 피고인에게 일자불상경 교부한 사실, ② 공소외 2의 또 다른 차명계좌인 공소외 23의 □□계좌(계좌번호 4 생략)에서 2004. 6. 30. 인출된 1,000만원권 수표 1장(수표번호 6 생략)을 공소외 23을 통하여 전달받아 보관 중 피고인에게 일자 불상경 교부한 사실, ③ 공소외 2가 자신의 차명계좌로 공소외 23과 공소외 3의 각 □□계좌를 이용하여 왔으며, 공소외 2가 공소외 23으로부터 교부받은 1,000만원권 수표 1장(수표번호 6 생략)과 공소외 3으로부터 교부받은 1,000만원권 수표 5장(수표번호 1~5 생략)을 차용증 없이 2004. 6. 10.경부터 7. 14.경 사이의 일자 불상경 위와 같이 피고인에게 교부한 사실, ④ 피고인이 위 수표 6장을 자신소유의 땅에 인접해 있는 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)번지의 근저당권부 채권양도인인 공소외 32, 33, 34 중에서 공소외 32에게 양수대금 잔금조로 2004. 7. 14. 교부한 사실, ⑤ 피고인은 2004. 7. 초순경 자신이 이미 소유하고 있던 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 3 생략) 토지에 인접해 있는 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)의 토지를 매수하려고 하고 있던 중 그 방법으로 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)에 설정되어 있던 근저당권 및 피담보채권을 양수하고, 임의 경매를 신청하여 경락하는 방법을 선택하였고, 근저당권부 채권양도인들인 공소외 32, 33, 34의 채권액이 각 4,000만원, 4,000만원, 2,000만원이었고, 피고인이 대금을 지급하고 받은 영수증이 합계 1억 1천만원(3,000만원+8,000만원)으로 원금에 1천만원을 엮어 대금 1억 1천만원을 근저당권부 채권의 매매대금으로 한 사실, ⑥ 우선 피고인은 2004. 7. 6. 3,000만원을 피고인의 처남인 공소외 35로부터 이체 받아 계약금 내지 대금의 일부로 위 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)에 설정되어 있던 근저당권부 채권양도인 3인 중 한 명인 공소외 33에게 지급하고, 2004. 7. 7. 3,000만원에 대한 영수증을 피고인 명의로 교부받은 사실, ⑦ 잔금 8,000만원의 2004. 7. 14.자 영수증은 피고인이 잔금을 지급한 후 양도인인 공소외 32, 33, 34가 피고인 명의가 아닌 공소외 36 앞으로 발행한 사실 ⑧ 위 잔금 8,000만원 중 6,000만원의 출처는 피고인이 2004. 6. 30. 공소외 23 계좌에서 발행된 수표 1,000만원권 1장과 2004. 6. 10. 공소외 3 계좌에서 발행된 수표 1,000만원권 5장을 일자불상경 공소외 2로부터 교부받아 각 배서 후 근저당권부 채권양도인인 공소외 32에게 교부하여 준 사실, ⑨ 원심의 사실조회결과 추가로 발견된 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞 수표 5백만원권 2장(각 수표번호: (수표번호 7 생략), (수표번호 8 생략))은 공소외 37의 모인 공소외 38이 2004. 6. 29. □□ 계좌(계좌번호 5 생략)를 해지 하면서 통장에 잔고로 있던 1,100만원중 1,000만원을 자금원으로 □□ 광주 용주지점에서 2004. 6. 29. 발행되었으며, 위 자기앞수표 5백만원권 2장은 공소외 37이 공소외 2의 처인 공소외 39로부터 공주시 반포면 봉곡리 (지번 4 생략) 토지를 매수하면서 그 매수대금으로 일자불상경 공소외 2측에게 교부되었고, 피고인은 2004년 일자 불상경 공소외 2로부터 위 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞 수표 5백만원권 2장을 교부받아 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략) 토지에 대한 근저당권부 채권양수금액에 대한 매수 잔금 8,000만원의 일부로 공소외 32에게 교부하여 준

사실, ⑩ 피고인은 위 ③항 및 ⑥항에 의하면 공소외 2로 받은 금원은 합계 총 7,000만 원이며, 이를 공소외 2로부터 수수한 뒤 2004. 7. 22. 대전시 구 조흥은행(현 신한은행)법원 지점에서 신규로 구 조흥은행 저축예금통장(계좌번호 6 생략)을 개설하여 2004. 7. 23. 8,000만원의 법조인 신용대출을 받아 전액 자기앞 수표(1,000만원권 자기앞 수표 7장, 5백만원권 자기앞 수표 2장)로 인출하여 8,000만원 전액을 공소외 2에게 교부하여 준 사실을 인정할 수 있어 이를 종합하여 보면, 피고인과 공소외 2와의 사이에 수수된 6,000만원은 이와 같이 근저당권부 채권을 양수하는데 필요한 양수자금으로 잠시 유통한 8,000만원 중 일부인 것으로 보여지고, 군검찰은 피고인이 공소외 2로부터 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 2004. 6. 10. 및 같은 달 30.경 6,000만원을 수수하고 나서, 뇌물로 수수한 금원을 금전거래의 외관을 가진 정상적인 거래로 위장하기 위하여 급하게 근저당권부 채권을 양수하는 것으로 하여 그 대금으로 지급하는 한편, 근저당권부 채권양수 후에 대출을 받아 이를 기산리 땅에 투자하게 된 것이라고 주장하나 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 교부받았다는 증거를 전혀 찾아 볼 수 없어 이를 선불리 추단할 수는 없으며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 위 수수한 금원 자체를 뇌물로 볼 수 없다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 검찰관이 지적하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(2) 강요 공동정범의 점

공동정범이 성립하기 위하여는 주관적인 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적인 요건으로서 공동의사에 기한 기능적인 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요한 바, 주관적인 요건으로서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 저지하지 아니하고, 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 하며(대법원 1998. 6. 26. 선고 97도3297 판결), 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의 과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지며, 또한 공모에 의한 범죄의 공동실행은 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실천하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실행행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2006도1623 판결).

또한, 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도2524 판결).

검찰관이 주장하는 바와 같이 공소외 2가 피내사자인 공소외 6과 함께 공소외 6의 내사사건에 대하여 공소외 6과 피고인을 각각 순차적으로 만나거나 함께 만나서 2006년도 공소외 6에 대한 검찰단의 내사사건과 관련하여 대책을 주도하였으며, 피고인은 공소외 2를 통하여 공소외 6의 내사사건에 대하여 공소외 3의 전세자금 2,000만원이 포함된 소명서 초안을 작성하여 주었으며, 공소외 6 명의의 소명서 작성에 피고인이 가필 또는 수정을 하여 주는 방법으로 도움을 주고, 피고인의 위 소명서 초안을 토대로 작성된 공소외 6 명의의 소명서와 공소외 3 명의의 소명서를 각 작성하여 전자는 공소외 6을 통하여 2006. 6. 8. 검찰단에 제출하고, 후자는 공소외 3을 통하여 2006. 7. 3. 제출되었으며, 공소외 2와 함께 ○○○주점에서 공소외 3을 만나 공소외 3에게 허위진술을 하게 도움을 준 사정은 있으나, 이런 사정들만으로 ① 피고인이 위 소명서 초안을 작성하거나 공소외 6 명의의 소명서 작성에 가필 또는 수정을 할 당시에 위 2,000만원이 공소외 2로부터 받은 공소외 6, 2의 뇌물이라는 점을 알고 있었다고 단정 지을 수 없는 점, ② 공소외 6과 공소외 2와 달리 피고인에게 수사를 공동으로 무마하여야 할 이해관계가 없는 점, ③ 피고인과 공소외 2, 6 사이에 그들 사이에 암묵적으로 상통하여 서로 간의 의사결합으로 공소외 6에 대한 내사사건의 무마를 위하여 공소외 3으로 하여금 검찰단 조사시 허위진술을 하도록 강요했다고 선불리 추단할 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외 2등과 함께 피해자인 공소외 3으로 하여금 의무 없이 검찰단 조사시 허위 진술을 하도록 강요의 공모를 하였다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고인이 공소외 6에 대한 수사가 무마되는 것과 관련하여 공소외 2, 6과 더불어 사건무마의 공동의 이익이 없는 상태에서 피고인의 위와 같은 소명서 초안을 작성하여 주고, ○○○주점에서 피고인이 공소외 3에게 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아"라고 거들어 준 것만으로는 피고인이 공소외 2의 강요 행위를 인식하면서도 공동의 의사로 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옮기는 것을 내용으로 하였다는 등의 기능적 행위지배가 있었다는 점에 대하여 검찰의 합리적인 의심이 없을 정도의 증명력을 가진 증거에 의하여 충분한 입증이 되었다고 보기에는 부족하다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 검찰관이 지적하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(3) 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인의 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해·공무상비밀누설교사의 점에 대한 공소사실의 요지는, 피고인이 2007. 11. 19.경부터 2009. 10. 13.경까지 해군본부 법무실장으로 근무하면서 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관에 대한 인사·행정·관리 권한을 가지고 있으며, 해군 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한은 있었지만 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관으로부터 국방부 검찰단 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한은 없었음에도 불구하고, 피고인은 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 할 목적으로 국방부 검찰단 검찰수사관인 공소외 5에게 "해군 관심사건(특히 계룡대 근무지원단 군납비리 사건)에 관하여 사건내용을 알게 된다면 빨리 보고하라"는 취지로 지시하여, 위와 같은 공소외 5의 보고내용 일람표와 같이 공소외 5로 하여금 9회에 걸쳐 보고의무가 없는 사항 즉, 수사상 기밀에 해당하는 관련자 신병 및 소환관계, 구체적 조사내용, 고발인의 동향, 압수수색 상황 등을 보고하게 하여, 피고인은 자신의 직무상 권한을 남용하여 위 공소외 5에게 의무없는 일을 하게 하였다.

(나) 원심판단의 요지

피고인이 공소외 5에게 계룡대 근무지원단과 관련된 수사내용에 대하여 공무상 비밀을 보고하라는 지시가 있었다는 점에 대한 직접적인 증거가 없으며, 공소외 5는 해군 관련 중요사건의 경우 2009. 2. 26.자 전화 통화와 상관없이 해군의 속보지침 등에 따라 선배들의 교육이나 지시 또는 관행적으로 해군 소속의 신병관계나 공론화된 사항에 대하여는 이미 보고의 의사가 있었다고 판단되며, 특히 공소외 5가 피고인에게 보고한 공소외 40과 관련된 부분에 대하여는 피고인의 지시나 개입정황이 발견되지 아니하고, 압수수색 계획과 같은 수사기밀 등에 대하여도 피고인의 관여 없이 공소외 5의 독단적인 판단하에 과잉충성에 기인한 것이므로 피고인이 공소외 5에게 구체적인 수사내용이나 공무상 비밀을 보고하도록 의무없는 일을 강요하였다고 볼 증거가 없다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 107면 내지 123면 참조), 당심에서의 공소외 5의 법정진술 및 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 5는 원심법정에서 계룡대 근무지원단 납품비리 수사 당시에 피고인과의 전화 통화 횟수나 수사팀 탈퇴의 구체적 동기 등 일부 사실관계에 대하여 수사기관에서의 진술기재와 다르게 일부 진술을 번복하였으나, 피고인으로부터 법률상 보고할 의무가 없는 사항인 계룡대 근무지원단 수사내용에 대하여 보고하라는 지시를 받았는지에 대하여는 수사기관부터 원심 및 당심법정에 이르기까지 일관되게 자신은 계룡대 근무지원단 납품비리 사건은 해군에서 크게 이슈화되는 중요사건이라 판단하여 법무실장이었던 피고인에게 자발적으로 보고를 한 것이라고 진술하였다.

그렇다면, 위와 같은 공소외 5의 법정진술이 신빙성이 있는지 살펴보면, 공소외 5는 ① 해군 지침에 해군 관련 사건의 경우 중요사건, 사회적으로 이슈가 되는 사건은 보고하도록 되어 있었고, 법률상 의무가 아니라 위 지침에 따라 해군사건은 관행적으로 첩보나 정보를 보고해 왔으며 이러한 지침은 전임 수사관들로부터 받았던 교육 내용이라고 진술한 점, ② 병과장으로서도 총장님께 보고도 해야 하고 사건 파악도 필요하다는 생각에 보고를 하게 된 것이라고 진술하였고, 실제로 피고인이 중령 공소외 40 뇌물수수 사건에 관한 총장보고서를 써야하니 내용을 알려달라고 하여 사건 내용을 알려 준 사실이 있다고 진술한 점, ③ 해군과 관련된 사건이기에 법무병과장에게 보고하는 것이 크게 틀린 행동이라고 생각하지 않았다고 진술한 점, ④ 2009. 2.말경 위 계근단 군납비리 수사에 참여를 하게 되자 피고인에게 먼저 전화를 걸어 "제가 수사를 하게 되었다"라고 이야기를 하니 피고인이 수사와 관련하여 '공론화된 부분'이 있으면 알려달라고 이야기를 하였으나 계룡대 근무지원단 군납비리 수사의 수사방향이나 검찰의 사건 판단 내용 등 구체적인 내용을 물어보진 않았다고 진술하였고, 피고인도 해군 소속병력의 신병관계에 관한 것이거나 계룡대 근무지원단 군납사건과 관련하여 공소외 5에게 공론화되어 있는 부분에 대하여는 보고를 하라는 취지로 지시를 하였을 뿐, 국방부 소속 검찰수사관들에게 구체적이고 개별적인 수사상황이나 압수수색 상황의 수사기밀 등을 보고하라는 지시를 하거나 이를 확인하기 위하여 전화를 한 사실은 없다고 주장하고 있는데, 공소외 5의 이런 '공론화된 부분'에 대한 진술은 군검찰 수사 이전인 2009. 9. 29. 청와대 민정2비서관실에서 조사를 받을 당시부터 이미 진술한 내용으로 이후 군검찰 조사시 진술조서에서도 계속하여 나타나는 것으로 공소외 5가 위 청와대 민정2비

서관실 조사 당시에 자신의 공무상비밀누설 범죄혐의를 회피할 목적으로 허위의 사실을 진술한 것이라고 보이지 않는바, 그렇다면 피고인이 공소외 5에 대하여 지시한 '공론화된 부분'이란 피고인의 해군 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 일반적 직무권한 범위 내에서의 보고를 의미한다고 보아야 하는 점, ④ 공소외 5는 계룡대 군납비리 수사에 참여한 2009. 2. 말경 계룡대 근무지원단에 근무하였던 경리관련자들인 공소외 23, 공소외 41 등의 납품가격 조작 및 단가를 부풀려서 그 차액을 받은 업무상 배임 등의 범죄혐의에 대한 수사를 하였으며, 공소외 2, 6과 관련된 혐의사실은 전혀 알지 못하였다는 취지로 진술하였고, 실제 공소외 5가 피고인에게 보고한 내용은 공소외 1의 문자메세지에 공소외 6, 29의 수사상황 정보가 있는 것과 달리 공소외 2, 6에 대한 내용이 포함되어 있지 않으며, 당시법정에서도 공소외 2, 6이라는 이름을 알게 된 것은 2009. 9. 내지 10.경으로 검찰단 4층에 조사받으러 왔을 때 화장실에서 공소외 2를 처음 보았다고 진술하는 점 등에 비추어 보면 공소외 5의 법정진술은 신빙성을 인정할 수 있고, 나아가 피고인이 공소외 5에게 공소외 6이나 공소외 2와 관련된 수사상황을 질문하거나 보고하도록 하거나 정황이 전혀 나타나 있지 않는바, 그렇다면 피고인이 공소외 5를 통하여 얻은 정보로 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 하려는 직권남용에 해당하는 구체적인 직무행위의 목적이 있다고 단정할 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 공소외 5가 피고인으로부터 계룡대근무지원단 군납비리 수사와 관련한 보고를 하도록 지시받은 사실에 대한 증거가 없으며, 피고인의 관여 없이 공소외 5의 독단적인 판단하에 과잉충성에 기인한 것이므로 피고인이 공소외 5에게 구체적인 수사내용이나 공무상 비밀을 보고하도록 의무 없는 일을 강요하였다고 볼 증거도 없는바, 가사 피고인이 계룡대 근무지원단 사건과 관련된 신빙관계나 공론화된 내용에 대하여 보고하여 달라는 피고인의 지시를 직권남용으로 보는 경우에도 공소외 5는 피고인의 지시와는 상관없이 공소외 5의 독자적인 판단이나 과잉충성에 의하여 계룡대 근무지원단 수사기밀과 관련된 내용에 대하여 전화 또는 문자메세지를 전달한 것이므로, 피고인의 이와 같은 직권남용과 공소외 5의 법률상 보고할 의무가 없는 계룡대 근무지원단 수사기밀과 관련된 내용에 대하여 전화 또는 문자메세지를 전달한 행위사이에는 인과관계가 단절된다는 이유로 무죄라고 판단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

범죄일람표 (주 15)

순번 보고시각 보고내용 비고 1 2009. 2. 26. 18:29 현재 공소외 41이 소환조사 중이며, 물가조사와 관련된 조사를 진행 중임. (전화통화) 군납비리 사건 2 2009. 3. 4. 10:14 공소외 41을 조사하였으며, 선납 및 선불증 관련 부분에 관하여 조사를 하는 것 같았음. 최근 공소외 42는 단가계산을 하고 있음. (전화통화) " 3 2009. 3. 5. 08:57 공소외 23을 어제 긴급체포하였음. (전화통화) " 4 2009. 8. 27. 22:32 중령 공소외 40 긴급체포했습니다. (문자메시지) 공소외 40 뇌물수수 사건 5 2009. 8. 28. 11:19 공소외 40 부인이 다니는 대전문화센터 사물함에 2천만원과 달러 압수하러 출발합니다. (문자메시지) " 6 2009. 8. 28. 15:42 노은동 롯데문화센터에서 이천만원 이천달러 회수 후 다시 서울로 복귀합니다. (문자메시지) " 7 2009. 9. 7. 12:54 공소외 40 및 공소외 7은 특가법위반(뇌물)로 기소하기로 하고 이번 주 내로 이건 종결예정입니다.

(문자메시지) " 8 2009. 9. 16. 22:23 오늘 공소외 23이 올라와서 조사를 받는 것으로 알고 있음. (전화통화) 군납비리 사건 9 2009. 9. 23. 17:41 군납비리 사건과 관련하여 수사방해가 있다고 하며, 2009. 9. 말경 공소외 23 사건을 종결 하라고 상부에서 지시가 있었다고 함. (전화통화) "

(4) 공소외 8과 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인은 해군 법무실장으로 각급 검찰부의 검찰사무를 통할하는 직무를 수행하던 중 2007. 말경 평소 친분이 있던 해군 중령 공소외 10이 2007. 6. 14. 해군 헌병 체포조 활동비 횡령 사건과 관련하여 기소유예 처분을 받아 인사상 불이익을 받고 있는 상태를 해소하여 줄 목적으로, 위 기소유예 처분이 검찰관의 적법한 수사 및 합리적인 사실판단·법리적용에 따른 적정한 처분이었으며 위 기소유예 처분을 재기하여 혐의없음 결정을 내릴만한 새로운 증거나 자료가 발견된 사실이 전혀 없었고, 당시 국방부 조사본부 수사단에서 근무하여 해군본부 법무실에서는 위 기소유예 처분 사건을 재기 하더라도 중국 처분을 내릴 관할이 없음에도 불구하고, 이를 재기하여 혐의없음 처분을 하여 주기로 마음먹었다.

피고인은 2008 5.경 위 공소외 10으로 하여금 해군본부 법무실에 진정을 제기하게 한 후, 2008. 8. 11. 국방부 시설본부 중령(진) 공소외 8과 작전사령부 소속 대위 공소외 9를 "특정임무 관련 특별검찰관 업무수행"목적으로 해군본부 법무실에 파견하는 동시에 위 공소외 8을 해군본부 검찰관으로 임명하는 명령을 각 발령하였으나 피고인은 위 사건에 관하여 해군본부 인권과에 법리검토를 지시하여 자신의 의도에 부합하는 취지의 "혐의없음 결정이 타당하다"는 결론을 이미 받아놓은 상황이었기 때문에, 검찰관인 위 공소외 8과 공소외 9로 하여금 단순히 위 인권과의 법리검토 결과만을 적용하여 혐의없음 처분을 하도록 할 의도였을 뿐 사건을 전면적으로 재조사하여 사실관계 및 증거관계를 확정된 후 법리적용을 하도록 할 의도는 전혀 없었다.

이후 피고인은 위 공소외 8, 9로 하여금 2008. 8. 18. 위 기소유예사건을 재기하도록 하여 추가적인 사실관계나 증거조사없이 법률적 구속력이나 권위있는 유권해석 결과가 아닌 해군본부 법무실 법무과에서 해군본부 기획관리참모부 예산회계처 재정관리과에 의견조회한 결과를 주요한 근거로 하여 예산전용이 가능하여 위 공소외 10의 예산항목 유용에 불법영득의 의사가 없다고 판단하여 2008. 8. 22. 혐의없음 처분을 하도록 하였다.

이로써 피고인은 자신의 직권을 남용하여 위 공소외 8, 9에게 의무없는 일을 하게 하였다.

(나) 원심판단의 요지

공소외 8과 공소외 9의 진술들을 종합하여 보면, 재기 수사당시 사적유용에 대한 증거가 없었고, 예산 전용 부분에 있어서는 법리상 전용사실만 가지고는 횡령죄의 성립을 인정하기에 힘들었고, 공소유지가 어려운 상황에서 기소유예 처분을 하는 것은 문제가 있다고 생각하여 검찰관으로서 독립적이고 객관적으로 판단하여 증거가 불충분하다는 결론을 내렸을 뿐 피고인으로부터 사건처리 방향에 대하여 영향을 받아 처리한 것은 아니라는 취지로 검찰 이후 이 법정에 이르기까지 일관되게 진술한 사실이 인정된다.

이와 같은 사실들과 군사법제도상의 검찰관의 지위나 권한 등을 종합하여 보면, 피고인이 관할도 없는 공소외 10 중령의 인사상의 불이익을 해소하기 위하여 공소외 8이나 공소외 9에게 사건처리방향에 대하여 혐의 없음의 처분을 유도한 직권남용이 있었다고 하여도 공소외 8이나 공소외 9는 피고인의 암묵적인 유도나 지시에 상관없이 자신들에게 주어진 검찰관으로서의 객관적인 양심에 따라 독립적으로 공소외 10 사건에 대하여 재수사를 하여 당시에는

증거가 불충분하다고 판단하였고, 당시 상황하에서는 최선을 다하여 무혐의 처분을 한 것이라고 검찰단계와 법정에서 일관되게 주장하고 있고, 이들이 피고인의 무혐의 유도 정황사실로 인하여 의무없는 일을 한 것에 대한 인식조치가 법정에서 하지 않고 있는 이상 피고인의 직권남용과 공소외 8이나 공소외 9의 무혐의 처분사이에는 인과관계가 단절되었다고 판단되고, 공소외 8이나 공소외 9의 검찰관으로서의 권리행사의 개인적인 보호법익이 침해되었다는 점에 대한 법관으로 하여금 합리적인 의심이 배제될 만큼의 입증이 되지 않고 있다.

그렇다면, 피고인의 공소외 8이나 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대한 공소사실은 범죄에 대한 증거가 없는 경우에 해당하여 군사법원법 제380조 후단에 의하여 무죄를 선고하였다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 공소외 8과 공소외 9에 대한 사건처리 관련 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 124쪽 내지 146쪽 참조), 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 직권남용권리행사죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람으로 하여금 권리행사를 방해한 때 성립하는 것으로 '직권남용'과 '의무없는 일을 하게 한 것' 사이에 인과관계가 존재하여야 하는데, 이 사건에서 비록 피고인이 공소외 10에 대한 기소유예처분의 인사상의 불이익을 해소하기 위해 특별검찰관의 임명을 하여 기존의 불기소사건을 재기하게 하여 무혐의를 유도한 정황이 인정된다 하더라도 이와 같은 피고인의 직권남용이 위 공소외 8이나 공소외 9의 무혐의 처분의 의사결정에 어떠한 영향을 미치지 않았으며, 공소외 8이나 공소외 9는 검찰관으로서의 주어진 권리행사를 독립적으로 판단하여 위 공소외 10에 대한 무혐의 처분을 하였다는 것으로, 그렇다면 피고인의 직권남용행위와 공소외 8, 9의 공소외 10에 대한 무혐의 처분행위 사이에 인과관계가 없다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(5) 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여

(가) 공소사실의 요지

피고인은 2007. 11. 19.경부터 2009. 10. 13.경까지 해군법무실 업무를 총괄하는 자로서 해군 법무관 출신 변호사 공소외 11로부터 변호사 업무관련 편의제공의 대가로 피고인의 자 공소외 15의 □□계좌(계좌번호 1 생략)로 2008. 10. 27. 100만원, 2008. 11. 28. 100만원 총 200만원의 뇌물을 수수하였다는 것이다.

(나) 원심판단의 요지

피고인은 2008. 12. 중순경 공소외 11과의 전화통화에서 공소외 11이 100만원을 사무실 회식비로 자신의 처에게 보내주었다는 사실을 알게 되어 즉시 반환의사를 표시하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 계좌이체를 할 수 없었던 사정이 인정되고, 당시 피고인의 직책이 해군 법무병과장으로서 해군참모총장의 중요참모이자 병과장으로서 쉽게 자리이동을 할 수 없는 상황이었으므로 공소외 11을 직접 만날 수 있는 가장 가까운 기회인 2009. 1. 10. 진해에서 열린 공소외 12 준위의 자제 결혼식에 참석하여 공소외 11에게 200만원을 인지시점으로부터 1개월이 채 지나지 않은 단기간에 돌려주었으므로 피고인에게는 위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영

득의사가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 이 사건 피고인이 변호사 업무관련 편의제공의 대가로 공소외 11로부터 총 200만원의 뇌물수수의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 146쪽 내지 154쪽 참조), 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, ① 피고인의 처인 공소외 43이 변호사 공소외 11로부터 아들 공소외 15의 계좌로 각 100만원씩 2008. 10. 27.과 같은 해 11. 28.경을 전후하여 공소외 11 변호사의 장모인 공소외 44와 사무실 직원 명의로 각 송금을 받은 점, ② 위 공소외 43은 공소외 11 변호사로부터 2008. 10. 27. 100만원을 송금 받게 된 경위에 대하여 공소외 11 변호사로부터 2008. 10. 27. 송금 받기 하루 전에 한차례 전화를 받고 거절하였으나 그 후 다시 전화를 하여 연말이 다가 오니 자녀들 옷이나 식사라도 하라고 하면서 자녀 명의의 통장계좌번호를 알려 달라고 하여 이를 알려주게 되어 공소외 11 변호사가 아들 공소외 15 계좌로 송금하게 되어 수수하게 된 것이고, 두 번째 100만원은 공소외 11 변호사가 피고인에게 전달하여 회식비로 사용하게 하라는 의미로 송금한 것인데 남편(피고인)이 워낙에 바빠서 거의 집에는 자주 없었고, 자신도 어머니 병원 왔다 갔다 하느라고 바빠서 정신이 없어서 이야기를 하지 못했다고 진술한 점, ③ 피고인은 공소외 11 변호사가 같은 해 12. 중순경 전화를 걸어 위 2008. 11. 28.경 송금한 100만원으로 사무실 회식은 잘하였느냐고 물어보아서 이를 인지하게 되었고, 공소외 11 변호사에게 반환의사를 표시하고 계좌번호 불러달라고 하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 이에 피고인은 2009. 1. 10. 진해에서 있는 공소외 12의 아들 결혼식 때 오느냐 물어보았고, 이에 공소외 11 변호사가 간다고 말을 하였으며, 이후 자신의 처인 공소외 43에게 확인한 후 2008. 10. 27. 100만원 수수사실도 인지하게 되었으며, 당시 위 금원이 공소외 45 주식회사 주식을 매수하는데 사용된 사실을 알고, 그 돈을 그대로 빼서 반환하라고 피고인이 자신의 처인 공소외 43에게 화를 내었고, 이 후 피고인은 2009. 1. 10. 공소외 12 준위의 아들 결혼식 참석 후 진해의 중원로타리 해군사관학교 근처의 상호불상의 2층 커피숍에서 공소외 11을 만나 현금 봉투 2개로 200만원을 다시 돌려주었으며, 2009. 1. 23. 공소외 11에게 마음만은 고맙다는 내용의 편지를 해군달력과 함께 보내주었다고 진술한 점, ④ 공소외 11도 피고인으로부터 위와 같은 내용의 편지를 달력과 함께 받았다고 진술한 점, ⑤ 등기우편물 배달자료의 그 기재를 보면, 편지와 달력이 계룡시 남선면 부남리 소재 501군사 우체국에서 2009. 1. 23. 16:18경에 접수되어 영수증 번호가 각 (영수증번호 1 생략), (영수증번호 2 생략)으로 발행되어 발송되었으며, 피고인 작성의 편지, 문서정보 캡처화면, 디스켓의 각 기재 및 현존에 의하면 편지 내용은 피고인의 사무실 컴퓨터에 저장되어 있다가 다른 자료들과 함께 법무실장으로 보직해임된 후 2일 뒤인 2009. 10. 15.에 디스켓에 옮겨진 것으로 추정되며, 위 피고인 작성의 편지, 문서정보 캡처화면, 디스켓이 사후에 인위적으로 조작되었다는 증거가 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 피고인은 2008. 12. 중순경 공소외 11과의 전화통화에서 공소외 11이 100만원을 사무실 회식비로 자신의 처에게 보내주었다는 사실을 알게 되어 즉시 반환의사를 표시하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 계좌이체를 할 수 없었던 사정이 인정되고, 공소외 11을 직접 만날 수 있는 가장 가까운 기회인 2009. 1. 10. 진해에서 열린 공소외 12 준위의 자제 결혼식에 참석하여 공소외 11에게 200만원을 인지시점으로부터 1개월이 채 지나지 않은 단기간에 돌려준 사실을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이와 같다면, 피고인이 이 사건 공소사실 부분 기재와 같이 피고인에게 위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다고 판단한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해

의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원심판결 중 피고인의 유죄 부분에 대한 피고인의 일부 항소는 이유 있으므로 이 부분은 그대로 유지될 수 없
는바, 원심이 이 부분 범죄사실과 당심이 유죄로 인정한 나머지 범죄사실을 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있
다고 하여 하나의 형을 선고하였으므로 원심판결 중 유죄 부분은 그 전부가 더 이상 유지될 수 없으므로 피고인과
검찰관의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 군사법원법 제431조, 제414조 11호에 의하여 유죄 부분에 대한
원심판결을 파기하고, 사건 제반기록에 의하여 본 군사법원이 자판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조
에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 직접 판결하며, 피고인의 무죄 부분에 대한 검찰관의 항소는 이유 없어 같은
법 제430조 제1항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

1. 당심의 심판범위

원심은 ① 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 대하여는 유죄, 특정범죄가
중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점, 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 및 직권남용권리행사방해의 점, 공소
외 8 및 공소외 9에 대한 각 직권남용권리행사방해의 점, 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여는 각 무죄를
선고하였고, ② 상상적 경합 관계에 있는 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 및 직권남용권리 행사방해의 점에
대하여 직권남용권리행사방해 부분은 유죄를 인정(원심 판시 범죄사실 제3항)하고, 공무상 비밀누설교사의 부분은
무죄로 판단(이유무죄)하였으며, ③ 공소외 3에 대한 강요의 점에 대하여는 축소사실로 강요방조를 유죄로 인정(원
심 판시 범죄사실 제2항, 강요의 점에 대하여 이유무죄)하였는바, 피고인과 검찰관은 이에 대하여 모두 항소하였으
나, 검찰관은 항소이유로서 위 공소외 5 및 공소외 1에 대한 각 공무상 비밀 누설교사 부분을 제외한 피고인에 대
한 나머지 무죄 부분에 대해서만 각 사실오인, 법리오해 및 양형부당만을 이유로 항소하였고, 원심 판시 공소외
5에 대한 공무상 비밀누설교사의 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사의 이유 무죄 부분은 각 항소
를 하지 아니하였으므로, 원심 판시 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 무죄 부분 및 공소외 1에 대한 공무상
비밀누설교사 이유 무죄 부분은 당심에 이심되었지만 당사자간의 공방대상에서 벗어났다고 보아야 할 것이어서, 이
부분에 대하여는 원심판결의 무죄결론에 따르고, 당심의 심판범위는 이 부분을 제외한 피고인에 대한 원심의 유죄
및 무죄부분에 한정된다(따라서 결론을 같이하는 원심판결의 공소외 5에 대한 공무상 비밀누설교사 무죄 부분 및
공소외 1에 대한 공무상 비밀누설교사 이유 무죄 부분은 다시 판단하지 아니한다).

2. 항소이유의 요지

가. 항소이유서 제출기간 도과 후에 제출된 답변서, 변론요지서는 항소이유서에 기재된 항소이유를 보충하는 범위
내에서 판단한다.

나. 피고인(사실오인 및 법리오해, 양형부당)

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 대하여

가) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄는 그 법정형이 1년 이상의 유기징역형으로 규정되어 있어 구
형사소송법에 의할 때 공소시효가 7년이고, 이 부분의 피고인의 범죄행위의 종료일인 2002. 6. 15.부터 7년이 경과

한 2009. 11. 20.경 피고인에 대한 공소가 제기되었음이 명백하므로 이미 공소시효가 완성되었고, 위 공소사실에 대하여 피고인에 대해서만 공소를 제기하고 당시 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점을 1차적으로 인정한 육군 고등검찰부장인 공소외 4와 검찰수사관인 공소외 13에 대하여는 공소를 제기하지 아니한 것은 차별적인 기소에 해당하여 공소권이 남용된 것으로 공소기각이 되어야 한다.

나) 원심이 공소장변경 없이 피고인의 방어에 실질적 불이익을 가져오는 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄의 주요 공소사실부분인 피고인의 인지 경위 및 직무유기 행위에 관하여 " 공소외 4로부터 위 내사사건을 전화로 통보받아 사건을 인지"하였고, " 공소외 4에게 사건을 보내지 않으면 좋겠다는 취지로 전화통화하고 사건을 보내지 않으면 좋겠다는 취지로 이야기하는 등 부탁"하였다라고 인정한 것은 판결에 영향을 미친 법률위반에 해당한다.

다) 특수직무유기죄가 성립하기 위해서는 적어도 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위가 있어야 비로소 '인지'가 있다고 볼 수 있으나, 피고인은 단지 공소외 2가 공소외 14와의 금전거래로 인하여 육군 고등검찰부의 내사를 받고 있다는 정에 대한 인식 정도만 가졌을 뿐이며, 피고인에게는 형식적 인지(범죄인지보고서 등)는 물론 실질적 인지(범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위)조차 존재하지 않는다.

라) 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의의 내사종결은 육군 고등검찰부장인 공소외 4의 독자적인 판단에 따른 결과일 뿐이고, 육군 고등검찰부장과 해군 고등검찰부장은 상하의 관계가 아닌 동등한 지위에 있으므로 서로 요구하거나 지시할 수 있는 사이가 아니므로 피고인의 지시나 부탁에 근거하며 이첩하지 않은 것이 아니며, 원심이 이 사건 공소사실 부분에 부합하는 직접적인 증거로 거시한 증인 공소외 4의 법정진술 및 수사기관에서의 진술조서는 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 1차적으로 인지하고도 해군 고등검찰부로 이첩하는 등의 적법한 조치를 취하지 않은 공소외 4가 자신의 특수직무유기 책임을 모면하기 위하여 막연한 자신의 추측을 진술한 것에 불과하여 신빙성이 없고, 공소외 13의 진술 또한 공소외 14가 진술하지 않은 내용을 임의로 조서에 기재하는 등 편파적인 수사를 한 사실이 있어 신빙성이 없다.

마) 피고인은 단순히 공소외 2가 금품수수와 관련한 범죄혐의를 받고 있다는 사실 이외에 구체적인 사실에 근거를 둔 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 인지한 사실이 없어서 직무수행의 의무가 존재하지 않았고, 직무를 유기하는 행위도 없다.

(2) 강요방조의 점에 대하여

가) 원심이 피고인에 대하여 공소장변경 없이 강요의 공동정범을 강요방조로 유죄로 인정한 것은 피고인의 방어권을 침해한 것으로 이는 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나) 공소외 6의 집에서 압수한 압수조서상의 증거목록 중 소명자료 등의 증거서류는 ① 공소외 6에 대한 이 사건 압수·수색영장 집행시 영장의 원본이 아닌 영장사본을 제시하여 수집한 증거이므로 위법하고, ② 공소외 6의 집에서 압수된 증거물인 소명자료 등 증거서류의 종류와 수량 등을 구체적으로 특정하여야 함에도 불구하고 전혀 특정되지

않은 압수목록을 교부한 위법이 있으며, 최초 피압수자인 공소외 6에게 수기로 작성하여 준 압수목록교부서상의 기재와 압수조서상의 압수목록이 서로 상이하여 압수·수색 절차상의 명백한 하자가 존재하고, ③ 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사 사법정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 하는데, 이 사건에서 검찰관이 이와같은 예외적인 경우에 해당한다고 볼만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점에 관하여 충분한 입증을 못한 점 등을 고려할 때 공소외 6의 집에서 압수한 증거물들은 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

다) 피고인은 공소외 2와 함께 2006. 6.경 저녁 무렵 계룡시 엄사면 엄사리 ○○○주점에서 공소외 3을 만난 사실이 없고, 이와 관련된 공소외 3의 법정진술 및 군검찰에서의 진술조서 등은 신빙성이 없다.

라) 공소외 2가 공소외 3에게 구체적으로 해악을 고지하였다는 점에 대한 증거가 없으므로 공소외 2에게 강요죄가 성립되지 않고, 가사 공소외 2에게 강요죄가 성립한다고 하더라도 피고인에게 정범인 공소외 2의 행위가 강요죄의 구성요건에 해당한다는 인식 및 공소외 2의 강요행위를 방조한다는 인식이 없었다.

(3) 공소외 1에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

가) 피고인은 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관으로부터 국방부 검찰단 관할사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한 자체가 없어 직권남용권리행사방해죄가 성립할 수 없다.

나) 공소외 1의 전화통화 및 문자메시지 내용은 공무상 비밀이 아니거나 자신의 개인적 추측을 피고인의 요청과는 무관하게 보고한 것에 불과하여, 공소외 1이 피고인이 요청한 신병 관련 정보를 넘어서 피고인에게 구체적 조사내용 등 수사상 비밀이라고 평가할 수 있는 정보를 알려주었다고 하더라도 이는 피고인의 직권남용에 따른 결과가 아닌 공소외 1의 단순한 책임감 내지 의무감에 따른 것이었다고 보아야 하므로 피고인이 직권을 남용하여 공소외 1에게 의무없는 일을 하게 하였다고 인정할 수 없다.

다) 원심은, 피고인이 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있는 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 할 목적으로 공소외 1에게 수사 관련 사항을 보고하게 하였다고 판시하였으나 피고인에게 이러한 목적이나 의도가 있었다는 것을 인정할만한 증거가 없음에도 이와 같은 사실을 인정한 것은 사실오인의 위법이 있다.

라) 피고인이 공소외 1에게 보고하도록 한 행위는 형법 제20조에 규정한 사회상규에 위반되지 않는 행위(정당행위)이다.

(4) 양형부당

원심의 양형(징역 2년, 집행유예 3년)은 피고인의 정상에 비추어 너무 무거워 부당하다.

나. 검찰관의 항소이유

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인이 해군본부 법무감실 고등검찰부장의 직위를 떠난 후인 2004. 6. 10.부터 같은 해 7. 15. 사이에 공소외 2로부터 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) 내사사건을 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 10,000,000원권 자기앞 수표 6장을 교부 받아 그 직무에 관하여 60,000,000원의 뇌물을 수수한 사실이 명백함에도 원심이 이에 대한 입증이 부족하다는 이유로 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)죄 부분에 대하여 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(2) 강요의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인, 공소외 2, 6이 공동하여 피해자 공소외 3으로 하여금 국방부 검찰단 소환조사시 자신의 기억에 반하는 허위진술을 하도록 하게 강요한 사실이 명백함에도 원심이 피고인의 기능적 행위 지배가 없다는 이유로 강요의 공동정범을 부정하고, 공소외 3에 대한 강요 방조만을 인정한 것은 사실오인 및 공동정범에 대한 법리오해의 위법이 있다.

(3) 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

증인의 증언이 수사기관에서의 진술과 상반되는 내용인 경우라면 기존의 진술을 배척할 수 있는 특단의 사정이 존재하여야 하고, 이와 같은 특단의 사정이 존재하지 않는 경우라면 쉽사리 위 공소사실에 부합하는 공소외 5의 수사기관에서의 진술을 배척할 수 없음에도 불구하고 원심이 신빙성이 없는 공소외 5의 법정진술만을 받아들여 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해죄 부분에 대하여 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(3) 공소외 8 및 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인은 해군 중령 공소외 10에 대한 기소유예 처분 사건을 재기하여 혐의없음 처분을 해줄 목적으로 자신의 직권을 남용하여 공소외 8 등에게 공소외 10에 대한 기소유예 처분 사건을 재기하여 혐의없음 처분을 하도록 하는 등 의무없는 일을 하게 한 사실이 명백함에도 원심이 신빙성이 의심되는 공소외 8, 9의 진술만을 받아들여 공소외 8 및 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해죄 부분의 입증이 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위반하며 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

(4) 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여

검찰관이 제출한 증거들을 종합하면, 피고인은 2008. 10. 27. 해군 법무관 출신 변호사 공소외 11로부터 변호사 업무 관련 편의 제공의 대가로 피고인의 자 공소외 15의 □□계좌(계좌번호 1 생략)로 1,000,000원을 수수하고, 같은 해 11. 28. 위 공소외 11로부터 위와 같은 편의 제공의 대가로 위 공소외 15의 □□계좌로 1,000,000원을 수수하여 직무에 관하여 2회에 걸쳐 총 2,000,000만원의 뇌물을 수수한 사실이 명백함에도 원심이 이에 대하여 피고인에게는

위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다는 이유로 무죄를 선고한 것은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(5) 양형부당

피고인에 대한 원심의 양형은 피고인의 정상에 비추어 너무 가벼워서 부당하다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 주장에 대한 판단

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인은 1998. 1. 24.경부터 2003. 12. 10.경까지 해군본부 법무감실 고등검찰부장으로서 범죄수사의 업무를 담당하는 공무원이었다.

한편 관련자 공소외 2는 2002. 6.경 건설업자인 공소외 14로부터 육군본부 문서고 페인트공사 등 4건의 군 발주 공사에 대한 공사계획자료 제공 및 공사편의를 알선하여 주는 대가로 현금 합계 4,150만원을 수수한 혐의로 육군 고등검찰부에서 내사를 받고 있었다.

피고인은 그 무렵 평소 친분이 있던 위 공소외 2로부터 위 사건에 관하여 이야기를 듣고 위 내사사건을 무마하여 달라는 취지의 청탁을 받았다.

이러한 경우 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취했어야 한다.

그럼에도 불구하고, 피고인은 2002. 6. 13. ~ 15.경 위 공소외 14에게 전화하여 "사건을 더 이상 확대하지 말라"는 취지로 이야기하는 한편, 육군 고등검찰부장으로 근무하던 중령 공소외 4에게 위 사건을 해군 검찰부에 이첩하지 않을 것을 부탁하는 등 위 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다.

(나) 원심판단의 요지

1) 원심은 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인 및 그 변호인의 주장에 대해서는 아래와 같은 이유를 들어 받아들이지 아니하였다.

2) 공소시효의 완성 및 공소권 남용(차별적 공소제기) 여부

검찰수사관 작성의 인사조회목록의 기재에 의하면, 피고인의 해군 고등검찰부장의 재직기간은 1998. 1. 24.부터 2003. 12. 10.까지인 사실을 알 수 있고, 재직기간 종료일인 2003. 12. 10.까지는 수사가 가능한 상태였으므로 공소시효가 진행되지 않았고, 2003. 12. 11.부터 공소시효기간 7년 이내인 2009. 11. 20. 공소제기 되었으므로 피고인에 대한 본건의 범죄에 대한 공소시효가 완성되지 않았다고 판단된다.

동일한 구성요건에 해당하는 행위를 한 공동피의자 중 일부만을 기소하고 다른 일부에 대하여는 불기소처분을 하였다 할지라도 평등권을 침해하였거나 공소권을 남용하였다고 할 수 없고(대법원 1990. 6. 8. 90도646 판결), 다수의 동종의 뇌물수수자 중 피고인들만이 기소되어 유죄의 판결이 선고되었다 하여도 그것이 앞서 본 피고인들의 주관적·객관적 일절의 사정에 의한 것이고, 헌법 제10조에서 규정하는 성별·종교·사회적 신분의 차별에 의한 것이 아니므로

로 이를 가리켜 헌법 제10조에서 규정한 평등권에 위반된다거나 기소자체가 위법하다고는 할 수 없으며(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1909 판결), 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수는 있는 것이고, 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다고 볼 것이다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결 등 참조).

위 판례의 법리와 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 당시 육군 고등검찰부장 중령 공소외 4는 '범죄수사의 직무에 종사하는 공무원'으로서 육본검찰수사관인 준위 공소외 13 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 보고받아 공소외 2의 특정범죄가중처벌법위반(알선수재)의 점을 인지한 사정을 알 수 있으나 당시 공소외 4 고등검찰부장은 관할부서인 해군본부 고등검찰부로 이첩하기 위하여 피고인에게 전화하는 등 시도를 하였으나 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 혐의에 대한 공소외 14에 대한 참고인 진술조서를 이첩 받는 것에 대하여 부정적인 태도를 유지하면서 보내지 말라는 취지로 이야기 하여 보내더라도 사건처리가 제대로 되지 않을 것이라고 생각하고, 당시 법무감에게 보고한 후 위 진술조서를 육군 고등검찰부에서 보관하게 된 사실, 당시 육군고등검찰부에서는 육군 소속의 중령 공소외 16의 뇌물수수 혐의에 대하여 수사를 하는데 수사력을 집중하고 있었던 사실, 피내사자인 공소외 2는 해군본부 소속이었으므로 육군고등검찰부에서는 관할 대상이 아니어서 수사를 더이상 진행하지 않았다는 정황 등 이첩하지 않게 된 경위에 참작할 사정이 있었던 사실을 인정할 수 있다.

이에 비하여 피고인은 해군소속의 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의를 당지 공소외 4 고등검찰부장으로부터 통보받았음에도 불구하고, 이에 대하여 수사를 개시하지 않은 사정에 더 나아가 후술하는 바와 같이 2005. 3. 21.부터 2006. 1. 4.까지 국방부 검찰단장의 보직을 마친 후 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)혐의로 내사를 받고 있던 공소외 6 대령에 대한 2006. 4. 25.자, 2006. 6. 8.자 2회에 걸친 국방부 검찰단의 소환조사를 대비하여 공소외 6의 소명서의 작성에 깊이 관여하여 공소외 6이 무혐의 처분을 받게 하는데 관여하는 등 피고인에 대한 비난가능성이 높다는 검찰관의 합리적인 판단을 통해 피고인만을 기소한 것으로 보여지고, 헌법상 금지된 성별, 종교, 사회적 신분 등 자의적인 구분에 따른 차별의도나 보복 또는 정당한 권리행사를 방해하는 등 합리성을 인정할 수 없는 어떤 의도가 존재하였다고 보여 지지 않는다.

3) 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 인지했다는 증거가 있는지 여부
 피고인이 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 인지하였다는 점에 대한 증거로는 증인 공소외 4의 원심법정에서의 진술과 검찰관 작성의 공소외 4에 대한 진술조서가 직접 증거로 존재한다.

즉, 증인 공소외 4의 이 법정에서의 진술과 검찰관 작성의 공소외 4에 대한 진술조서를 종합하면, 검찰단계(국방부 특별조사단)에서의 조사시에 육군본부 고등검찰부장이었던 공소외 4는 2002년 당시 해군본부 고등검찰부장인 피고인에게 "우리가 이러한 사건을 인지하였는데 위 사건 기록 전체를 이첩하여 주겠다"고 하고, "본건 처리와 관련하여 한번 찾아왔던 것으로 기억한다"고 진술을 한 사실, 공소외 4 부장은 이 법정에 이르러서도 동일하게 공소외 13이 2002. 6. 28.자 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 들고와서 공소외 13으로부터 보고받은 후 피고인에게 전화를 하여 사건 내용 즉 군공사와 관련하여 공사계획자료제공 및 공사편의 대가로 공사수주자인 공소외

14로부터 합계 금 4,150만원을 받은 사실과 공소외 2 사건을 이송하겠다는 취지로 이야기를 한 사실, 피고인과 당시 서로 자주 통화하는 관계가 아니었기 때문에 구체적으로 어떤 용어를 사용하였는지 말하기 곤란하지만, "사건을 보내지 말라"는 취지로 이야기를 한 사실은 명확히 기억한다고 진술한 사실, 당시 공소외 4 부장이 피고인에게 전화로 통보를 하였을 때에 이미 피고인이 이를 알고 있었던 것으로 생각된다고 진술한 사실, 2002. 6.경 전화통화시 어느 정도까지 피고인에게 말해 주었는지에 대하여 "진술조서를 보고 난 후 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다라는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내주겠다고 알려주었다"고 진술하고, 더 구체적으로는 "당시 전화한 이유가 조서의 내용을 알려주는 것이었고, 해군관련자에 대한 피의사실을 알려주는 부분이었기에 조서를 보면서 수수금액인 합계 금 4,150만원이라는 구체적인 액수나 대가 등 범죄의 요소에 해당하는 부분들은 전부 다 말을 했을 것으로 생각이 되고, 피고인이 자신의 사무실에 한 두번 정도 찾아와서 만난 것 같다"고 각 진술한 사실 등이 인정된다.

이와 같은 사실들을 종합하면, 피고인은 공소외 2와 만나서 공소외 2에 대한 내사사건에 대하여 인지한 후 당시 공소외 4육군 고등검찰부장이 2002. 6. 28. 전화통화시 피고인에게 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실에 대하여 알려주었으나 피고인은 사건을 보내지 말라는 취지로 이야기 하고, 그 후 피고인이 공소외 4 부장의 사무실 방문시에도 "사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다"라는 취지로 공소외 4 부장에게 이야기 한 사실이 인정되므로 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사실을 구체적으로 인지하고서도 적절한 조치를 취하지 아니하여 그 직무에 관한 의식적인 방임 또는 유기한 사실이 인정된다.

또한, 증인 공소외 4의 진술에 부합하는 정황증거로는 증인 공소외 14와 공소외 13, 피고인의 이 법정에서의 각 진술과 검찰관 작성의 2009. 11. 19.자 공소외 3 및 공소외 13에 대한 각 진술조서, 검찰관 작성의 피고인에 대한 제3회 진술조서, 검찰관 작성의 2009. 11. 14.자 공소외 2에 대한 진술조서, 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서 등이 있다.

이들 증거들을 종합하면, 공소외 3은 검찰조사시에 공소외 2가 국방대학교 교육 중에 "죽을 뻔한 일이 생겨 밤에 계룡대에 내려왔다 서울로 갔다"는 취지의 말을 공소외 2로부터 들은 사실이 있고, 공소외 14는 검찰조사시에 2002. 6. 28. 공소외 13 수사관으로부터 참고인 조사를 받으면서 공사계획자료 제공 및 공사편의 제공 등의 대가로 차용금액 1천만원을 포함하여 공소외 2에게 4,150만원을 제공한 사실이 있다고 진술한 바 있으나 이 법정에 이르러서는 위 금원을 제공한 사실은 있지만 위 금원이 문제가 되자 2002. 6. 28. 이후 대차관계로서 위 금원을 되돌려 받았다는 취지의 진술을 하여 당시 공소외 2가 공소외 14로부터 받은 금원의 성격과 관련하여 육군본부 고등검찰부에서 공소외 2에 대하여 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 혐의로 2002. 6.경 내사가 진행 중이었던 정황이 인정되고, 공소외 13 검찰수사관은 공소외 14에 대한 조사를 마친 후 곧바로 당시 육군본부 법무실 고등검찰부장인 공소외 4에게 조사내용을 보고하면서 해군관할 사건이므로 이송처리를 하자는 취지로 건의를 하였고, 공소외 4 부장의 사무실에 결재 때문에 들어갔을 때 피고인을 2~3번 정도 본 기억이 있고, 그 전에는 피고인을 본 적이 없으며, 그 후 공소외 4 부장으로부터 사건을 이송하지 말고 자체 종결하라는 지시를 받아 수사자료를 그대로 존안하였다고 진술한 사실, 당시 공소외 4가 피고인에게 "해군 중에 이러 이러한 사건이 있다"라는 취지로 전화를 하여 당시 공소외 2 내사사건에 대하여 공소외 4 부장과 대화를 한 것 자체는 피고인도 시인한 사실, 피고인이 공소외

2 내사사건과 관련하여 공소외 4 부장의 사무실에서 만난 사실에 대하여는 전화 외에는 다른 접촉이 없었다고 부인하거나 또는 기억이 없다고 진술하다가 다시 피고인이 공소외 4 부장의 사무실에서 공소외 2의 내사사건에 관하여 한번 정도 만나서 얘기하였다고 최초의 진술을 번복한 사실 등이 인정되는 바, 이러한 간접사실 등도 위 공소외 4의 진술에 부합하는 정황증거들이다.

한편, 공소외 2의 진술서와 검찰관 작성의 공소외 2에 대한 2009. 11. 14.자 진술조서의 진술기재 및 검찰관 작성의 피고인에 대한 제1회 피의자신문조서의 진술기재를 종합하면, 피고인은 자신이 수사하여야 할 대상인 공소외 2의 부탁으로 상담을 하고 변호사까지 소개하여 주었던 사실을 인정할 수 있는바, 공소외 2는 자신에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의가 해군 고등검찰부로 이첩될 경우 오히려 수사를 하여야 할 해군 검찰부의 수장인 피고인에게 자신의 혐의에 대해 육군에서 내사중인 것에 대하여 아는 것이 있느냐고 부탁하고, 피고인은 해군 고등검찰부장으로서 자신의 관할 대상인 공소외 2의 내사사건에 대하여 사실관계를 확인하여 조사를 하여야 할 지위에 있음에도 불구하고, 피의자인 공소외 2의 변명만을 믿고, 그가 혐의를 벗어나도록 변호인을 소개하여 주는 것은 피고인이 고의적으로 수사주체자로서의 직무를 유기했음을 나타내주는 정황으로 판단이 된다.

4) 피고인이 공소외 2의 뇌물 사건을 인지한 정황이 모호하거나 간접적이었는지 여부

공소외 14는 공소외 13 검찰수사관의 공소외 14에 대한 진술조서 작성시인 2002. 6. 28.경 공소외 2에게 차용해준 금액 1,000만원을 포함한 4,150만원이 공사계획자료 제공과 공사편의 대가로 준 것이라고 진술한 바 있다.

그러나 공소외 14와 그의 처인 공소외 17은 이 법정에서 증인으로 나와 최초 공소외 14가 위 금원이 대차관계였음에도 불구하고 위와같이 공사계획자료 제공과 공사편의 대가로 뇌물이라는 취지로 진술서를 작성한 것은 육군본부 고등검찰부에서 군수사관 4~5명이 2002. 6. 12. 오후 1시경부터 밤 10시경까지 강압적인 조사분위기 속에서 겁을 먹은 상태였기 때문이라고 주장하므로 피고인이 공소외 2의 뇌물사건을 인지한 정황이 모호하거나 간접적이었는지 여부를 알기 위해서는 공소외 2와 공소외 14 사이에 수수된 금원 4,150만원이 군검찰의 강압수사로 인하여 대차관계를 뇌물로 진술한 것인지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

그러므로 살피건대, 증인 공소외 4, 13, 14, 17의 이 법정에서의 각 진술과 계룡대 근무지원단 보안담당관 작성의 출입일지 및 육군본부 계룡대 출입현황 관련 사실조회 통보서의 각 기재에 의하면, ① 공소외 14는 2002. 06. 12. 13:08경 육군본부 제2정문에서 상사 공소외 18의 안내로 육군 법무감실 소속 고등검찰부 수사관 준위 공소외 19와의 공무상의 필요 때문에 들어왔다가 같은 날 17:47경 다시 나간 것으로 기재되어 있는 사실, ② 공소외 14의 처인 공소외 17도 2002. 7. 2. 10:50경 육군본부 제2정문에서 공소외 18 상사의 안내로 육군 고등검찰부장을 만나기 위하여 방문을 한 사실, ③ 공소외 13은 2002. 6. 28. 공소외 14에 대하여 진술조서 작성 당시 강압이나 협박을 한 사실이 없고, 스스로 4,150만원을 공소외 2에게 공사계획자료의 제공 및 공사편의대가로 교부하여 주었다고 진술을 하여 조서에 남긴 것이라고 진술한 사실, ④ 증인 공소외 4는 공소외 17의 방문목적이 남편에 대한 가혹한 수사나 강압적인 수사 부분에 대한 항의를 위한 것이 아니고, 공소외 14는 심약한 사람이었는데 당황한 상태에서 조사를 받아 있지도 않은 말을 하였다는 그러한 취지의 주장을 한 것으로 기억한다고 진술하고, 남편을 10시간 동안이나 무서운 곳에 가두고 수사를 하였다는 것에 대한 얘기를 공소외 17로부터 들은 기억은 없으며, 당시 공소외

17이 찾아와서 강압수사에 대한 항의를 한다는 느낌은 전혀 아니었으며, 공소외 17을 만나준 이유도 수사과정에서 가혹수사에 대한 민원제기를 막기 위한 것은 전혀 아니었다고 진술한 사실, ⑤ 증인 공소외 14도 이 법정에서 검찰관의 주신문시 공소외 13이 2002. 6. 28. 공소외 14에 대한 조사시와 동일하게 공소외 14가 공소외 2에게 공사계획자료와 공사편의 등의 대가로 함께 4,150만원의 현금을 제공한 사실을 진술하였다가 위 금원이 문제가 되자 공소외 2가 전화로 '돈 빌려준거 이제 돌려주어야겠다'라고 하여 2002. 6. 28.이후로 되돌려 받았다는 취지의 진술을 하면서 최초에는 뇌물을 다시 돌려 받은 것이라고 진술하였다가 다시 대차관계였다고 진술하는 등 그 진술에 일관성이 없는 사실, ⑥ 증인 공소외 17은 공소외 2와는 1999년도에 1,500만원을 차용하여 주고 곧바로 상환받고, 1990년도 말이나 2000년 초순경에 약 2,000만원에서 2,500만원 정도를 차용하여 주고 현금으로 상환받은 사실이 있을 뿐이고 2000년 내지 2002년도에는 대차관계가 한번도 없었다고 진술하였으나 증인 공소외 14가 이 법정에서 당시 공소외 2에게 교부한 4,150만원이 공사계획자료제공 및 공사편의의 대가로 지급한 것이 아니고, 2002. 6. 28. 이후 대차관계 있는 금원으로서 주고 받았다는 취지의 진술과도 일치되지 않는 진술을 한 사실, 또한 증인 공소외 17은 이 법정에서 당시 공소외 14가 군으로부터 수주한 "군관련 공사는 단 한건밖에 없었다"는 취지로 진술한 바 있으나 육군본부 보통군사법원 2002고10의 판결 등본 중 육군 중령 공소외 16에 대한 뇌물수수 등 사건의 확정된 판결문에서 공소외 14가 군납 브로커라는 취지로 기재될 만큼 공소외 14가 군관련 공사를 다수 수주한 사실에 배치되는 진술을 한 사실 등이 인정된다.

이와 같은 사실들을 종합하여 보면, 공소외 14는 공소외 19 수사관으로부터 소환되어 약 4시간 40분동안 위 장소에 머무르며 조사를 받고 2002. 6. 12.자 진술서를 작성한 후 다시 17:47경에 귀가한 것으로 보여지고, 당시 강압적인 수사로 인하여 이슈가 되었거나 그러한 사실을 공소외 4 부장이 보고받거나 공소외 17이 당시 육군 고등검찰부장인 공소외 4를 만나게 된 목적이 자신의 남편인 공소외 14에 대한 강압 수사에 대한 항의성 방문이 아니었다고 보여지므로 위에서 본 바와 같이 당시 상황이 강압적인 수사 분위기가 있었다고 볼 증거가 없고, 증인 공소외 17의 이 법정에서의 진술도 증인 공소외 14의 진술과 일치하지 않고 증인 공소외 14의 진술도 일관성이 없어 그 진술에 신빙성이 매우 떨어져서 믿기 어렵고, 같은 취지의 공소외 14 및 공소외 17 작성의 각 사실확인서도 믿기 어렵다고 판단되고, 2002. 6. 28. 당시 검찰수사관 작성의 공소외 14에 대한 진술조서상의 "공소외 14가 위 공소외 2에게 2002. 6월경 공소외 2에게 공사편의 등의 대가로 함께 4,150만원의 현금을 제공한 사실이 있다"는 취지의 진술기재 부분이 증인 공소외 14가 공소외 17의 이 법정에서의 각 진술보다 더 신빙성이 있다고 판단된다.

또한, 증인 공소외 2의 이 법정에서의 진술은, 2002. 6. 자신과 공소외 14의 부인과의 금전차용관계에서 비롯된 공소외 14의 진술로 인하여 육군본부 고등검찰부의 조사가 있게 되자 피고인에게 "뭐 아는 것이 있느냐"라고 물었고, 이에 피고인은 "아는 것이 없다.

문제가 있으면 해군으로 넘기지 않겠느냐"라고 조언하여 주었을 뿐이며, 공소외 2는 스스로 공소외 14측과의 접촉을 통하여 금전차용문제에 대한 해결을 취함과 동시에 자신이 알고 있던 공소외 20 변호사를 통하여 육군본부 고등검찰부를 접촉하게 하여 자신에 대한 조사를 중단시킨 것이라는 취지이나 증인 공소외 2의 이 법정에서의 진술은 공소외 20 변호사의 선임 경위에 있어서 진술의 일관성이 없는 등 그 진술의 태도나 과정에 비추어 신빙성이 매우 떨어져 믿기 어렵다고 판단된다.

또한, 증인 공소외 4의 진술과 피고인의 진술 중 어느 진술이 더 신빙성이 있는지에 대하여 살펴볼 필요가 있는 바, 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 2002년 당시 육본 고등검찰부에서의 공소외 2 내사 사건을 누구를 통하여 먼저 인지하게 된 것인지 여부, 당시 피고인의 공소외 4 부장 사무실로의 방문 여부, 공소외 4 부장의 전화통보후 피고인의 태도 등에 대하여, 증인 공소외 4의 각 진술은 검찰이라 이 법정에 이르기까지 피고인보다 더 일관된 점에 비추어 위 사항에 대하여 일관성이 없는 피고인의 각 진술보다 더 신빙성이 있다.

따라서 당시 육군본부 고등검찰부장인 공소외 4나 검찰수사관인 공소외 13에 비하여 피고인이 공소외 2에 대한 어떤 범죄혐의를 인지하기에는 피고인에게 전달된 정보 내지 자료가 너무나 모호하거나 간접적인 것이었다는 피고인 및 변호인의 주장은 이유없다.

5) 공소외 2에 대한 공소외 4 부장의 내사종결이 공소외 20 변호사의 활동을 통하여 된 것이므로 직무유기가 없었다는 주장에 대한 판단

이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 2002. 6. 28. 공소외 4 부장과의 전화통화 및 그 후 2~3차례 방문을 통하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였다는 사실을 피고인이 이미 인지한 사실이 인정되고 피고인이 공소외 4부장의 사무실을 찾아와서 "사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다"라는 취지로 이야기 하여 그 직무를 의식적으로 방임한 사실에는 변함이 없는 이상 그 이후 육군 고등검찰부에서 내사종결이 가사 공소외 20 변호사의 활동을 통하여 최종적으로 종결이 되었다고 하더라도 피고인의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 구성요건을 충족시킴에는 큰 영향이 없다고 할 것이어서 이 부분에 대한 피고인 및 변호인들의 주장은 피고인의 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 구성요건과는 관련이 없는 주장이라고 할 것이다.

따라서 이 부분에 대한 피고인 및 변호인들의 주장도 이유 없다.

(다) 당심의 판단

1) 공소시효의 완성 및 공소권 남용(차별적 공소제기) 주장에 관한 판단

가) 직무유기죄는 그 직무를 수행하여야 하는 작위의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있는 바, 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위상태가 계속되는 한 가벌적 위법상태는 계속 존재하는 것인바(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도675 판결 참조), 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 피고인의 해군 고등검찰부장 재직기간은 1998. 1. 24. 부터 2003. 12. 10.까지인 사실을 알 수 있고, 이 사건 공소제기 일자는 공소시효기간 7년 이내인 2009. 11. 20.이므로 원심이 본건 범행에 대한 공소시효가 완성되지 않았다고 판단한 것은 정당하고, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 검찰관이 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나(2004. 4. 27. 선고

2004482 판결 참조), 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적으로나마 어떤 의도가 있어야 한다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결 등 참조). 원심은, 검찰관이 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원의 신분을 가진 당시 육군 고등검찰부장 중령 공소외 4가 육군 고등검찰부 검찰수사관인 준위 공소외 13 작성의 공소외 14에 대한 진술조서를 보고 받아 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(알선수재) 혐의사실을 인지한 사정을 알 수 있으나, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면 검찰관의 위와 같은 조치가 공소권을 남용한 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이 사건에서 검찰관의 공소제기가 자의적인 공소권 행사로 인하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 볼 수 있을 만한 객관적인 근거가 없어, 이러한 원심의 판단은 정당하여 수긍할 수 있어 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

2) 공소장변경 없는 사실인정(불고불리 원칙 위배) 주장에 대한 판단

피고인의 방어권행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 법원이 공소장변경절차를 거치지 않고 다르게 인정하였다 할지라도 불고불리의 원칙에 위반되지 않는다(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도970 판결, 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도1060 판결 등 참조).

기록에 의하면, 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)의 점에 관하여 공소장에는, "육군 고등검찰부장으로 근무하던 중령 공소외 4에게 위 사건을 해군 검찰부에 이첩하지 않을 것을 부탁하는 등 위 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다"로 되어있는 것을 "육군 고등검찰부장인 중령 공소외 4로부터 해군관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였음에도 불구하고 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하고, 오히려 '사건을 보내지 말라'는 취지로 전화통화를 하고, 그 후 육군 고등검찰부장의 사무실을 방문하여 위 '사건을 해군 검찰부로 보내지 않았으면 좋겠다'는 취지로 이야기 하는 등 부탁하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다"라고 인정하였으나, 기록에 의하여 살펴보면, 이는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 특수직무유기행위의 태양을 보다 구체적으로 상세히 특정한 것이거나 또는 불명확한 점을 바로잡은 것에 지나지 아니할 뿐만 아니라, 피고인은 원심에서 이 부분의 공소사실을 다투었고, 그에 관하여 심리가 충분히 되어 있음이 인정됨에 비추어, 원심이 공소장변경절차를 거치지 않고 공소사실과 다르게 사실을 인정하였다 하더라도 그것이 공소사실의 동일성의 범위를 벗어날 정도로 기본적 사실관계를 달리 하는 것이라든지, 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 준 것도 아니라 할 것이다.

따라서 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 사람을 인지하지 않았다는 주장 및 직무를 유기하지 않았다는 주장에 대한 판단

가) 판단

범죄인지란 수사기관이 각종 수사의 단서에 의하여 곧바로 또는 내사의 과정을 거쳐 적극적·능동적으로 범죄혐의를 인정하고 수사를 개시하는 처분으로 수사개시를 위한 범죄혐의는 수사기관의 주관적 혐의를 의미하고 아직 객

관적 혐의로 발전함을 요하지는 아니하나 어느 정도 구체적인 사실에 근거를 두어야 하고, 검찰관이 어떤 사건에 대하여 범죄혐의가 인정되면 인지절차를 통하여 사건을 수리 즉, 입건하여야 하며, 사건의 수리 후 혐의자는 피의자가 된다.

이를 입건이라고도 한다.

검찰관은 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치도록 되어 있으므로 특단의 사정이 없는 한 수사기관이 그와 같은 절차를 거친 때에 범죄인지가 된 것으로 볼 것이나, 범죄의 인지는 실질적인 개념으로서 검찰관은 그와 같은 절차를 거치기도 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고, 그 뒤 범죄인지서를 작성하여 사건수리절차를 밟은 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것이 아니다(대법원 1989. 6. 20. 선고 89도648 판결 참조).

한편, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제15조의 특수직무유기행위는 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반의 범죄사실을 인지하는 경우 이에 대한 범죄인지서를 작성하고 범죄수사를 하여야 할 직무가 있음에도 불구하고 정당한 이유 없이 위와 같은 조치를 취하지 아니하는 경우에도 그 범죄의 성립이 인정되는바(대법원 1984. 7. 24. 선고 84도705 판결 참조), 그렇다면 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서 말하는 '인지'란 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 동법 소정의 죄를 범한 자라는 '정을 알면서도' 또는 '범인을 알면서도'라는 의미로서 실제로 동법 소정의 범죄를 범한 자라는 것을 인식하면 족하며, 범인의 성명이나 범죄의 구체적인 내용을 알 필요는 없다 할 것이고, 범죄를 범한 자는 범죄의 혐의를 받아 수사가 진행 중인 자나 아직 수사의 대상이 되지 않은 자도 여기서 말하는 죄를 범한자에 포함되는 것으로 피의자·피내사자, 참고인 조사 및 물적 증거 수집 등 실질적인 수사를 개시하는 행위가 있어야 비로소 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서의 '인지'가 있었다고 볼 수 있는 것은 아니다.

한편, 직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는 데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식 하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립한다(대법원 1997. 4. 22. 선고 95도748 판결, 대법원 1999. 11. 26. 선고 99도1904 판결 등 참조). 그리고 이러한 직무유기죄는 공무원이 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니라, 직무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니함으로써 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 구체적인 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립하는 것이므로, 공무원의 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우에는 직무유기죄는 성립하지 아니하며, 또한 어떠한 형태로든 직무집행의 의사로 자신의 직무를 수행한 경우에는 그 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 것은 아니다(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도657 판결, 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1390 판결 등 참조).

나) 위 가)항의 법리에 비추어 위 공소사실, 즉, 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인지하였음에도 불구하고 오히려 공소외 4에게 사건을 해군에 이첩하지 말라고 부탁하는 등 사건을 무마시켰다는 것이 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에 해당하는 것인지에 관하여 살피건대, 원심은 판시 증거에 기초하여 그 판시 사정을 들어 피고인은, 평소 친분이 있던 위 공소외 2로부터 육군 고등검찰부의 공소외 2에 대한 내사사건에 대하여 "알아봐 달라"고 부탁을 받은 후, 2002. 6. 28.경 당시 육군 고등검찰부장

인 중령 공소외 4로부터 해군관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였음에도 불구하고 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하고, 오히려 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 하여 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범하였음을 인지하고도 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하였다고 하여 유죄를 인정하였으나, 원심 판시의 사정들을 여러 정황에 비추어 볼 때, 검찰관이 제출한 증거만으로는 아래 다)항에서 보는 바와 같이 피고인이 이 사건 공소외 2의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄의 범죄 혐의사실을 실제로 알았다거나 그리고도 구체적으로 그 직무를 회피하여 수사를 하지 않았다고 단정할 수 없고, 비록 피고인이 위 공소외 2의 범죄 혐의사실을 사건이첩이나 인지보고서를 작성하는 등의 방법으로 신속, 적절하게 수사하지 않았다고 하더라도 이를 두고 특정범죄가중처벌등에관한법률(특수직무유기)죄에 해당한다고 할 수 없다.

다) ① 공소장 기재 이 부분 공소사실을 살펴보면, 피고인은 2002. 6.경 평소 친분이 있던 공소외 2가 건설업자 공소외 14로부터 육군본부 문서고 페인트공사 등 4건의 군 발주 공사에 대한 공사계획자료 제공 및 공사편의를 알선하여 주는 대가로 현금 합계 4,150만원을 수수한 혐의로 육군 고등검찰부에서 내사를 받고 있어 위 내사사건을 무마하여 달라는 취지의 청탁을 받았으며, 이러한 경우 피고인은 이를 처리할 수 있도록 사건이첩을 요구하거나 해군 법무실 자체에서 이를 인지하여 수사하는 등 적절한 조치를 취했어야 했는데 정당한 이유 없이 직무를 유기하였다는 것으로서, 공소사실 자체만으로 보자면, 피고인이 구체적으로 어느 시점에서 어떤 상황에서 어떤 경위를 통하여 공소외 2가 위 범죄를 범한 자임을 인식하였는지 잘 나타나지 않으며, 아래 ②항에서 보는 바와 같이 공소외 4의 법정진술 및 수사기관 진술기재에 의하여도 2002. 6.경 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 의도적으로 직무를 유기하였다고 단정할 수 없다(실제로 원심에서 피고인 및 변호인 측은 이 부분 공소사실에 대하여 이의를 제기하고 다투었는바, 원심은 공소사실과 달리 피고인이 공소외 4로부터 전화로 통보받아 인지한 것으로 범죄사실을 수정하여 인정하였다).

② 원심 판시 이 부분 범죄사실은, 피고인이 육군 고등검찰부장 공소외 4로부터 해군 관할 대상인 위 내사사건을 전화로 통보받아 인지하였다는 것으로 이에 부합하는 직접증거로 공소외 4의 법정진술 및 수사기관 진술조서의 기재를 들고 있으며, 그 진술내용은 2002. 6.경 공소외 13으로부터 공소외 14에 대한 진술조서 내용을 보고를 받은 후 피고인에게 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다고 하는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내주겠다는 이야기를 하였으나 피고인이 전체적으로 꺼리는 듯한 태도를 보여 사건을 보내지 말라는 취지로 부탁을 하여 사건을 해군으로 이첩하지 않았다는 것이나, 이와 같은 공소외 4의 진술은 추상적이거나 추측에 기한 것들에 불과하여 공소외 4의 이러한 취지의 진술만으로 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 이를 일부러 수사하지 않았다고 인정할 수 없다 할 것이다.

즉, 공소외 4는 수사기관에서 2002. 6. 28.경 공소외 13으로부터 공소외 2의 뇌물수수 관련 공소외 14의 진술조서 내용을 보고 받은 후 당시 해군 고등검찰부장인 피고인에게 전화를 걸어 공소외 2의 뇌물수수 사건을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 피고인은 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보여 해군으로 보내지 않았으며, 이와 관련하여 한 번 정도 자신의 사무실로 찾아 왔으나 피고인이 원래 말을 명쾌하게 하는 스타일이 아니기 때문에 이 사건과 관련하여 구체적으로 어떠한 이야기를 했는지 정확한 기억은 없다는 취지로 진술하

었는데(증거기록 제315면 내지 319면 참조), 공소외 4는 군검찰 조사시 피고인에게 전화로 알려 준 사건 내용에 대하여는 " 피고인 대령에게 우리가 이러한 사건을 인지하였는데, 위 사건 기록 전체를 이첩하여 주겠다는 취지로 이야기하였습니다", " 피고인 대령이 말을 명쾌하게 하는 스타일이 아닙니다.

당시 저를 찾아와서 이야기를 나누었다면 사건 관련하여 이야기를 하였을 텐데 정확한 기억은 없습니다", "당시 제가 사건 이첩을 위하여 이첩 이전에 업무 협조 차원에서 당시 해군 고등검찰부장인 피고인에게 사건에 관하여 이야기를 하였습니다.

그 전화를 하였던 당시 피고인 대령이 사건을 보내지 말라는 취지로 이야기를 하였습니다.

하지만 어떠한 이유로 보내지 말라고 하였는지는 정확히 기억이 나지 않습니다"라고 진술하였고, 해군에 사건을 이첩하지 않는 결정에 대하여 피고인이 미친 영향에 대하여는 "당시 사건을 이첩하여도 곧바로 사건 처리가 될 것 같지 않다는 생각을 하였고, 이에 법무감에게 일단 해군 고등검찰부장이 사건 이첩을 하지 않았으면, 좋겠다고 한다는 내용의 보고를 하였습니다.

이에 당시 법무감께서는 그렇다면 굳이 보낼 필요 없다는 취지로 말씀하셨고, 이에 고등검찰부에서 위 사건을 보관하게 된 것입니다", "그 당시 해군의 수사외지가 없다고 보여 사건 수사를 진행하지 않았고, 제가 고등검찰부장 직책을 떠나면서 위 사건에 대하여 잊고 있어서 결국 공소시효가 도과되었습니다.

지금 생각해보니 국방부 검찰단으로 즉시 이송하는 것이 옳았다고 생각합니다"고 진술하였다.

원심법정에서는 피고인에게 전화로 사건 내용을 통보해준 경과에 대하여 "진술조서를 보고 난 후 공소외 14라는 사람이 공소외 2라는 군무원에게 돈을 주었다는 진술조서가 있고, 이것을 해군에서 수사를 하도록 보내겠다고 알려주었습니다", "(공소외 14에 대한 참고인조서나 관련 수자기록을) 보여 달라고 요구를 하지 않았기 때문에 보여준 기억은 없습니다.

만약에 보여 달라고 하였다면 당연히 보여 주었을 것이나 스스로 보라고 제가 억지로 보여 준 기억은 없습니다"라고 진술하였고, 피고인과의 전화 통화나 피고인이 사무실을 방문하여 나눈 대화가 구체적으로 어떠한 내용인지에 대하여는 "정확한 상황은 구체적으로 기억하기 어렵습니다.

피고인이 어떤 내용을 명쾌하게 말하는 스타일도 아니었고, 당시 사용했던 용어도 기억나지 않습니다.

다만, 전체적인 취지가 사건을 해군 검찰부로 보내는 것이 적절하지 않다 또는 보내지 않았으면 좋겠다는 취지였던 것 같습니다", "(피고인 방문의 핵심 요지가 공소외 2 건을 해군에 보내지 마라라는) 그러한 목적을 가지고 왔었는지 정확하게 한마디로 이야기하기 어렵지만 전체적으로 전화 통화할 당시의 태도나 그 이후의 태도 등으로 보아서 보내는 것에 대해 꺼리는 듯 해 보였습니다"라고 진술하였고, 피고인에게 전화 통화를 할 당시 피고인이 공소외 2의 내사사건에 관하여 어느 정도나 미리 알고 있었다고 생각하는 지에 대하여는 "어느 정도 알고 있었는지에 대하여는 제가 판단할 수 있는 상황이 아니었습니다.

공소외 14에 대한 진술조서를 보면 피고인이 전화를 걸어서 사건을 확대시키지 마라라는 진술이 나오는데, 공소외 14의 진술이 사실이라면 그것으로 미루어 볼 때는 피고인이 저보다는 먼저 알고 있었을 수도 있는 것입니다"라고 진술하였고, 피고인이 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보인 이유를 물어 보았는가요라는 질문에 대하여는 "그 부분은 묻지 않아도 어떤 곤란한 이유가 있을 것으로 짐작이 되었고, 말 못할 사정이 있겠거니 생각을 하였습니다.

그리고 해군과 육군 사이에 그런 것을, 상대방의 어떤 요청을 무시해가면서 사건을 보내서 곤란하게, 어찌 보면 사건을 받으면 곤란해질 수 있다는 느낌 때문에 보내지 말라라는 부탁을 한 것으로 기억이 되고, 그 당시에 크게 깊이 생각을 하지 않았기 때문에 그렇게 결정을 한 것입니다.

요즘의 분위기나 업무처리 관행을 보면 있을 수 없는 것처럼 보이겠지만 그 당시에는 그렇게 판단을 하였고, 그것 말고는 다른 이유가 없는 것입니다", "그 당시에 이 사건에 대해서 크게 고심했던 것이 아니기 때문에 전반적으로 기억이 희미합니다"라고 진술하였는바, 원심에서 위와 같은 공소외 4의 진술은 피고인과의 전화 통화시 피고인이 구체적으로 어떤 말을 했는지는 기억이 나지 않으며, 이후 피고인이 1번 내지 2번 정도 자신의 사무실을 방문하여 대화를 나누었지만 정확한 내용은 기억이 나지 않으나 전체적인 취지가 사건을 해군검찰부로 보내는 것이 적절치 않다는 이야기인 것 같고, 자신이 피고인에게 전화를 걸었을 때 이미 피고인은 공소외 2 관련 사건 내용을 어느 정도 알고 있었을 것으로 생각하는데 그 이유는 공소외 14의 진술조서를 보면 공소외 14가 피고인으로부터 사건을 확대시키지 말아달라는 내용의 전화를 받았었다고 진술한 부분이 있어 그것이 사실이라면 피고인이 자신 보다 먼저 알고 있었을 것이라고 추측하는 듯한 진술에 불과하고, 결과적으로 피고인이 어떠한 이유에서 사건을 받기를 꺼리는지를 물어보거나 공소외 14의 진술조서 등 관련 기록을 보여주진 않았으며, 해군에 보낸다 하더라도 제대로 수사가 될 것 같지 않다는 판단 하에 육군 법무감에게 보고 한 후 기록을 자체 보관하는 것으로 결정하였으며, 이 사건 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실에 대하여 육군고등검찰부에서 절차에 따라 입건하거나 내사사건으로 수리하지는 않았다는 것이다.

당심법정에서는 "사실 전화통화로 어떤 말을 주고받았는지 대하여는 지금 제대로 기억하기가 어려운데 일반적으로 사건내용을, 우리 육군 수사관이 획득한 수사 그러니까 범죄자료에 해당하는 것인데 이러한 진술서와 진술조서, 그 사건의 내용, 그 서류의 내용에 공소외 14라는 사람이 있고, 그 다음에 공소외 14가 해군 소속 군무원에게 공사 관련해서 돈을 주었다는 부분을 진술하고 있다는 부분은 범죄사실에 대한 통지를 하기 위한 전화였기 때문에 그런 부분들은 포함을 해서 알려주었을 것으로 생각합니다", "(피고인과의 전화 통화시 나는 대화 내용을 구체적으로 표현하면) 전체적으로 주고 받은 내용을 기억하기는 어렵지만 지난번 1심 법정에서도 보내지 말라는 취지의 답을 들었다고 했지만 좀 더 구체적으로 말을 한다면 내가 말하듯이 보내지 말라라 이런 것이 아니었고 대구 지방 사람이기 때문에 대구 말씨가 강한데 '뭐 하러 보내시렵니까?' 또는 '뭐 하러 보내려 하십니까?' 그런 식의 말을 들었기 때문에 이 사건을, 이 기록을 받아가기를 원치 않는다.

어떤 수사하고자 하는 그런 관심이 좀 없다는 그런 느낌을, 그런 생각을, 판단을 했기 때문에 사실 기록을 바로 송부하지 않았고 가지고 있도록 한 것입니다"라고 진술하였으나 위와 같은 "뭐 하러 보내시렵니까? 또는 '뭐 하러 보내려 하십니까?'라는 대화 내용은 수사기관 조사단계부터 원심법정에 이르기까지 한 번도 나오지 않았는데 그 용어가 확실한 건가요라는 변호인의 질문에 "그 당시에 기억은 사실 지금도 어떤 말을 먼저 했고 어떤 말을 답으로 들었고 그렇게 기억할 수 없는 것인데 구체적인 단어를 써 가면서 핵심적인 용어를 좀 말해보라 한다면 그 정도..."라며 진술하였는데, 결국 공소외 4는 피고인과의 전화통화 및 사무실 방문시 어떠한 내용의 대화를 하였는지는 기억이 나지 않으나 피고인이 사건을 보내지 말아달라는 취지의 이야기를 한 것 같으며, 전체적으로 볼 때 피고인이 사건을 이첩받기를 꺼리는 듯한 모습이었던 원심법정에서의 진술과 기본적으로 일관되게 진술하면서, 통상적으로 검찰기관에 종사하는 사람들은 이런 사건이 있으면 호기심을 가지고 그 내용이 무엇인지 빨리 보고 싶어 하고, 구체적인 서

류가 있다면 서류를 보내달라고 하든지 하는 반응을 보이는데, 당시 피고인은 그와 같은 반응을 보이지 않았고, 당시 공소외 14의 처 공소외 17이 공소외 14의 진술조서는 검찰수사관인 공소외 13의 강압수사로 인한 공황상태에서 사실과 다른 진술을 한 것이므로 조서 자체를 없애 달라는 항의방문을 하는 등 참고인 진술조서의 증거능력 유지가 어려워 수사를 하기에 어려운 사건이 아닌가 하는 판단도 있었던 것 같다고 진술하고 있는바, 그렇다면 공소외 4의 이러한 취지의 진술만으로 피고인이 실제로 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하고서도 이를 일부러 유기하였다고 단정할 수는 없다 할 것이다.

- ③ 한편, 이 사건 공소사실을 뒷받침할 만한 간접증거로는 공소외 14, 13, 3의 각 수사기관 진술 및 법정진술이 있으나, 아래에서 보는 바와 같은 사유로 이부분 공소사실을 인정하기에 부족하다.

우선, 공소외 14는 2002. 6. 28.경 수사기관에서는 공사계획자료 제공 및 공사편의 대가로 공소외 2에게 함께 금 4,150만원을 교부하였다고 진술하였고(피고인은 공소외 14의 진술조서와 관련하여 원심법정에서 공소외 14는 진술조서의 일부에 대한 실질적 진정성립을 부인한 것이 아니라 강압수사를 이유로 진술조서 전체의 임의성을 부인한 것이라고 주장하나 원심의 판단을 기록과 대조하여 살펴보면 공소외 14의 수사기관에서의 진술은 임의의 진술로 인정되고 달리 그 진술이 피고인의 주장과 같이 임의성이 없다거나 이를 의심할 만한 사유가 있다고 인정할 만한 증거를 찾아 볼 수 없어 위 공소외 14의 진술조서가 임의성이 없어 증거능력이 없다는 피고인의 항소논지는 그 이유가 없다), 원심법정에서는 증인으로 출석하여 위 금원의 성격이 대차관계라고 하면서도 이 금원 수수가 문제가 된 2002. 6. 28. 이후 공소외 2로부터 차용금을 돌려받았으며, 2002. 6. 28. 자 진술조서상 공소외 2에게 공사계획자료 제공 및 공사편의 대가로 4,150만원을 제공하였다는 부분은 원진술자가 진술한대로 기재되어 있으나 "해군 고등검찰부장으로부터 2002. 6. 13.~15.경 2번 전화를 받은 사실이 있습니다.

그 내용은 안부 전화였으나 사건을 확대시키지 말라는 취지의 전화를 받았습시다"라는 부분은 진술한대로 기재되어 있지 않다고 진술하였는데, 원심은 이에 대하여 위와 같은 해군 고등검찰부장이 전화로 사건을 더 이상 확대하지 말라는 취지로 이야기하였다는 부분에 대하여 이를 부인하는 공소외 14의 법정진술은 진술의 신빙성이 매우 떨어짐에도 불구하고 실질적 진정성립을 부인하였으므로 증거능력이 없다고 판시하였으나, 살펴건대, 공소외 14는 원심법정에서 2002. 6. 13.경 공소외 13이 자신의 사무실로 방문조사를 하겠다는 전화를 하면서 방문시간을 확인하던 중에 혹시 해군 법무감실에서 전화가 온 적 있느냐라는 질문을 받고 "전화 온 적 없다"고 답변하였는데, 그날 저녁에 방문 조사시 공소외 13이 이미 진술조서 초안을 만들어 와서 읽어보고 도장을 찍으라고 하였는데, 위 진술조서 초안에는 해군 고등검찰부장으로부터 전화를 받았다는 내용도 포함되어 있었고 이에 대하여 공소외 13이 질문을 하자 얼떨결에 전화가 왔다고 답변하였으나 이는 공소외 13 수사관이 자신에게 6. 13. 및 6. 28. 각 전화를 건 것을 답변한 것에 불과하고, 돈 관리는 전적으로 자신의 처인 공소외 17이 하였기 때문에 자신이 정확히 기억하는 것은 별로 없어 검찰관과 변호인의 질문에 정확한 답변을 하지 못한다는 취지로 진술하였고(공판기록 제320면, 제321면 참조), 이와 관련하여 당시 공소외 14의 진술조서를 작성한 공소외 13은 당시법정에서 2002. 6. 28. 공소외 14를 조사하기 전에 미리 질문사항을 노트북에 적어 가지고 갔으며, 준비해간 질문사항을 물어본 후 그 진술한 내용을 받아 적었고, 위 진술조서를 받은 뒤에 며칠 후 공소외 14가 사무실에 1~2번 찾아와서 진술을 반복할 테니, 사실과 다르니 다시 진술하게 해 달라는 요청을 하였지만 거부하였으며, 그렇다면 해군 고등검찰부장 부분이라도 빼 달라

는 이야기를 한 사실이 있다고 진술하면서, 진술조서를 받은 구체적인 방법에 대하여는 "여기 제가 진술조서 받은 상에는 계획자료라든가 뭐를 제공하고 그런 부분은 안 나옵니다.

여기 계획자료이라든가 뭘로 안 나왔고 그때 당시 진술내용이 하여튼 편의를 봐줘 가지고, 그 양반이 하는데, 공소외 14는 초등학교 뿐이 안 나온 걸로 기억이 됩니다.

그래가지고 예를 들어서 무시를 하는 것이 아니라 사실은 A라는 질문을 해도 '예', B라는 해도 '예'하고 겁을 많이 먹는 사람입니다.

착해 가지고 참 순진한 사람이에요. 그 모든 업무를 와이프가 다 합니다.

공소외 14는 시키는 대로 합니다.

거의"라며 진술하였다.

그렇다면 위에서 살펴본 바와 같이 공소외 13이 공소외 14의 진술조서를 받을 당시 노트북에 질문사항만을 미리 작성해 같다는 취지로 진술하지만 실제로는 육군복지근무지원단 경리실장인 중령 공소외 16의 부대 계약 관련 범죄 혐의를 수사하던 중에 공소외 14와 관련한 첩보를 입수하고 이를 확인하는 내용의 질문사항과 공소외 14의 예상 답변까지도 미리 준비해 간 것으로 보이며, 기록에 첨부된 공소외 14의 진술조서(증거기록 제1216면 내지 1221면 참조)의 내용은 초등학교만을 나온 공소외 14의 학력이나 위와 같은 공소외 13의 진술 등에 비추어 볼 때, 공소외 14 혼자만의 생각으로 진술하였다고 보기에는 이례적으로 상당히 구체적이고 논리적이며, 세부적인 사항에 대하여도 상세하게 기재되어 있어 질문에 대한 예상 답변 내용이 어느 정도 작성된 진술조서 초안을 보면서 진위(眞僞)를 확인하는 방법으로 위 진술조서가 작성된 것이라는 취지의 공소외 14의 진술에 부합하는 점, 공소외 13도 당심법정에서 명시적으로 진술조서의 답변내용을 미리 작성하였다고 인정하진 않았으나 공소외 14가 초등학교 정도를 졸업한 사람으로 질문하는 사항의 의미가 정확히 무엇인지 인식하지도 못하면서도 모두 인정하였다는 것이나 편의를 봐주었다는 의미 또한 같은 취지로 이해할 수 있어 결국 공소외 14의 위 진술조서상의 해군검찰부장이 사건을 확대하지 말라는 취지의 전화를 받았다는 기재 부분은 원심법정에서 공소외 14가 진정성립을 부인하여 그 증거능력이 없고, 공소외 2에게 공사편의 등의 대가로 합계 4,150만원의 현금을 제공하였다는 기재 부분도 공소외 14가 임의성 및 진정성립을 각 인정하여 증거능력은 인정될 것이나 위에서 살펴 본 바와 같이 공소외 14의 진술조서 작성 경위, 공소외 14와 그의 처 공소외 17과의 관계 등에 비추어 볼 때 수사기관에서의 공소외 14의 진술은 선뜻 믿기 어려워 신빙성이 없다 할 것이고, 공소외 14의 법정진술 또한 당시 공소외 2와의 금전거래를 비롯한 사업 관련 자금 관리를 전적으로 공소외 14의 처인 공소외 17이 하는 관계로 정확한 돈거래 성격은 알지 못한다는 취지에 불과하여 이 사건 공소사실 부분에 대한 유죄의 증거로 삼기에 부족하다.

또한, 공소외 13은 수사기관에서부터 당심에 이르기까지 이 사건 공소사실 부분에 대하여 기본적인 골격에 있어서 대체로 일관되게, 2002. 6. 28. 공소외 14에 대한 조사를 마친 후 곧바로 당시 육군 고등검찰부장인 공소외 4에게 조사내용을 보고하면서 해군관할사건이므로 절차에 따라 정식 입건하여 수사를 더 하거나 해군에 이송처리 하자는 취지로 건의하였고 공소외 4부장의 사무실에 결재 때문에 들어갔을 때 피고인을 2~3번 정도 본 기억이 있으나, 그 전에는 피고인을 본 적이 없으며, 그 후 공소외 4 부장으로부터 사건을 이송하지 말고 자체 종결하라는 지시를 받아 수사자료를 그대로 존안하였다는 것으로 이는 공소외 4가 공소외 2의 알선수재 범죄 혐의사실을 해군에 이첩

하지 않은 경과에 대한 진술일 뿐 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인식하였는지에 대한 직접 증거가 아니어서 증거로 삼기에 부족하다.

한편, 공소외 3의 군검찰에서의 진술은 공소외 2가 국방대학교 교육 중에 "죽을뻔 한 일이 생겨 밤에 계룡대에 내려왔다 서울로 갔다"는 취지의 말을 공소외 2로 들었다는 진술일 뿐 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 인식하였는지에 대한 직접 증거가 아니어서 이 또한 증거로 삼기에 부족하다.

④ 더욱이, 위에서 살펴 본 바와 같이 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄에서 말하는 '인지'란 범죄수사의 직무에 종사하는 공무원이 동법 소정의 죄를 범한 자라는 '정을 알면서도' 또는 '범인을 알면서도'라는 의미로써 실제로 동법 소정의 범죄를 범한 자라는 것에 대한 인식이 있었음을 요한다 할 것인바, 비록 피고인이 공소외 4로부터 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 피고인은 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보이며, 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 한 점, 피고인과 공소외 4는 같은 군법무관 동기생이나 특별한 친분관계가 없어 평소 전화 통화를 하거나 사무실을 방문하는 등의 교류가 거의 없었는데 이 사건과 관련하여 공소외 4의 전화를 받은 후 공소외 4의 사무실을 방문한 점, 공소외 2가 육군 고등검찰부에서 자신에 대하여 내사 중인 사실을 공소외 14의 처 공소외 17로부터 전해 듣고 당시 친분이 있던 피고인에게 아는 것이 있는지 물어본 후 피고인이 변호사를 통해서 잘 해결하라 또는 동기생 중에 공소외 20 변호사가 있는데 육군고등검찰부장의 동기생이니깐 한번 물어보라 등의 조언을 해 준 점 등 피고인과 공소외 2 간의 유착관계가 의심되는 여러 사정을 인정할 수 있는바, 그렇다면 수사업무에 종사하는 해군 고등검찰부장인 피고인의 입장에서는 범죄에 대한 신빙성 있는 정보 내지 첩보를 확인하는 경우에 그 진상을 내사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정할 때에는 즉시 수사에 착수하여야 할 것임에도 불구하고 육군 고등검찰부장인 공소외 4가 공소외 2의 뇌물수수 혐의사실을 알려주며 해군으로 이첩하겠다는 취지로 이야기하였으나 해군에서의 사건 처리를 꺼리는 듯한 태도를 보이며, 사건을 보내지 말라는 취지의 부탁을 하였다 하는 것인바, 이는 공무원으로서 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우가 아니라 수사업무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니한 경우에 해당되어 형법 제122조의 직무유기죄의 범죄가 성립될 여지가 있으나, 이 때문에 피고인이 공소외 2가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄를 범한 자임을 명백히 인식하거나 그러고도 직무를 유기하였다고 추단할 수는 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고, 이와 달리 이 부분 공소사실을 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수직무유기)죄로 인정한 원심 판결은 사실을 오인한 위법이 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

라) 소결론

따라서 피고인의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

(2) 강요방조의 점

(가) 공소사실의 요지

건설업체인 공소외 21 주식회사는 2001년경부터 2005년경까지 해병대사령부 공사대금 22억 3,800만원 상당을 비롯하여 해군 및 해병대 발주공사 23건 공사대금 합계 147억 7,200만원 상당을 수주·시공하였다.

관련자 공소외 6은 공소외 22로부터 2004. 10. 15.경 1,000만원, 2005. 5. 4.경 2,000만원 합계 3,000만원을 관련자 공소외 2가 제공한 공소외 23 명의의 공소외 2의 차명계좌(계좌번호 2 생략)로 송금받았고, 2005. 5.경 공소외 2는 같은 사무실에 근무하던 피해자 해군 6급 군무원 공소외 3(여, 39세)이 전세금이 부족하자 공소외 23에게 지시하여 위 송금액 중 2005. 5. 4. 송금된 금 2,000만원을 피해자에게 빌려주도록 하여 피해자는 이를 전세자금으로 사용하였다.

2006. 3. 10.경 공소외 6이 위와 같이 공소외 22로부터 금전을 송금받은 사실에 대해서 국방부검찰단으로부터 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 혐의로 내사를 받게 되자, 관련자 공소외 2와 같은 공소외 6은 위와 같은 자신의 범죄 혐의사실을 은폐하기 위하여 법률전문가인 피고인에게 문의하였고, 피고인과 공소외 2, 6은 피해자가 공소외 23으로부터 금원을 차용하였을 뿐 공소외 6의 배우자인 공소외 24 및 피해자의 친구들로부터 금원을 차용한 사실이 없음에도 불구하고, 피고인, 공소외 2의 직위 및 직무를 이용하여 피해자로 하여금 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금전을 차용한 후, 친구들로부터 다시 금전을 차용하여 위 공소외 24에게 변제한 것으로 하는 허위사실을 진술하도록 공모하였다.

위 공모에 따라, 피고인과 공소외 2, 6은 2006. 6. 일자불상 경 불상의 장소에서 상호 의사연락하여 위와 같은 허위사실이 기재된 공소외 6명의의 소명서와 피해자 명의의 소명서를 각 작성한 후 공소외 6 명의의 허위 소명서는 2004. 6. 8. 국방부 검찰단 수사관 공소외 79에게 제출하고, 피해자 명의의 소명서는 공소외 2가 이를 피해자에게 전달하여 허위진술을 위하여 그 내용을 숙지하게 하였다.

한편, 피고인과 공소외 2는 같은 달 일자불상 저녁경에 충남 계룡시 엄사리 소재 ○○○주점에서 피해자를 불러 “조만간 국방부검찰단에 소환될 것인데, 조사 시 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금 2,000만원을 차용하였고, 다시 친구들로부터 금전을 재차용하여 위 공소외 24에게 변제하였다고 공소외 2가 피해자에게 전달하여 이미 전달한 소명서의 내용과 같은 허위 진술하라.”라는 취지로 말하였다.

이에 피해자가 “변제금을 친구로부터 빌린 것으로 하라고 하였는데, 검찰관이 언제까지 갚기로 한 것이냐고 물으면 어떻게 답을 해야 하는가?”라고 묻자, 피고인이 “우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아라고 했다고 허위 진술하라”라고 말하여 피고인의 직위와 직무를 이용하여 마치 그녀가 수사기관에 허위진술을 하는 것이 법적으로 아무런 문제가 없으며 공소외 2의 허위진술 요구에 응하지 않으면 오히려 피해자의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할 것 같은 태도를 보임으로써 그녀를 외포하게 하여 허위진술을 할 수밖에 없도록 하였다.

계속하여 위 공모에 따라, 공소외 2는 2006. 7. 3. 국방부 검찰단에 참고인조사를 받으러 가는 피해자와 동행하면서 피해자에게 “조사를 하는 사람들도 해군이다.

네가 떨면서 말하는지 안 떨면서 말하는지 다 알 수 있다.

”라고 말하여 피해자가 위와 같은 허위진술을 하지 아니할 경우 그 지위 및 직무를 이용하여 그녀의 지위나 신상에 어떤 위해를 가할 것 같은 태도를 보임으로써 그녀를 협박하였으며, 이미 피고인과 공소외 2가 함께 있는 자리에서 허위진술을 할 것을 강요받은 피해자로서는 해군 고위법무관인 피고인과 친한 공소외 2의 지위를 고려할 때, 수사절차 진행과 관련된 위 공소외 2의 말들이 모두 사실이라고 믿을 수밖에 없었고 이로 인하여 더욱 외포되어 허위진술을

하기로 결심을 하였다.

결국 피해자는 위와 같은 피고인과 공소외 2가 공동하여 직위와 지위를 이용하여 행한 협박에 외포당하여, 2006. 7. 3. 국방부검찰단에서 위 공소외 6에 대한 내사사건의 참고인조사를 받으면서 피고인과 공소외 2가 지시한 바와 같이 그 기억에 반하는 허위사실을 진술하고, 위 소명서가 마치 자신이 직접 작성하고 그 내용이 사실인 것처럼 하여 제출함으로써, 피고인은 공소외 2, 6과 공동하여 피해자를 협박하여 그녀로 하여금 의무없는 일을 하게 하여 강요하는데 결정적인 기능적 역할을 수행하였다.

(나) 원심판단의 요지

피고인이 최초 공소외 2에게 소명서 초안을 작성하여 교부하여 줄 때에는 공소외 2 등이 공소외 3을 협박하여 의무없는 일을 시킬 것이라는 점에 대하여 인지하지 못하였다고 하여도 ○○○주점에서 피고인이 공소외 3에게 '우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아'라고 구체적으로 허위진술로 답변하도록 도움을 준 시점에서는 적어도 공소외 3 피해자가 검찰단에 출두하여 공소외 3이 공소외 2로부터 허위진술의 요구를 받아 공소외 2의 강요에 의하여 허위진술을 하게 될 것이라는 점을 인식한 상태에서 언제까지 상환하여 주기로 하였느냐는 질문에 피고인이 이와 같이 허위사실의 진술을 구체적으로 애기하여 도와주어서 공소외 3이 검찰단에서 허위진술을 하여도 문제가 없는 것이라고 생각을 하도록 하여 공소외 2의 강요죄의 실행을 용이하게 하여 이를 방조하였다.

그러나 피고인이 공소외 2, 6과 함께 공소외 3으로 하여금 의무없는 일을 하도록 강요한 사실에 대한 기능적인 행위 지배가 있다고 보기는 어려워 공소외 2와 공소외 6의 공소외 3에 대한 강요의 공모나 모의한 사실에 대한 증거가 없다는 피고인 및 변호인들의 주장은 이유 있으므로 피고인에게 강요의 공동정범의 죄책을 물을 수 없다.

(다) 당심의 판단

1) 공소장변경 절차 없이 강요의 공동정범을 강요의 방조로 인정할 수 있는 지 여부에 대한 판단

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실 보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다고 할 것이므로 공동정범으로 기소된 범죄사실을 방조사실로 인정할 수 있다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결, 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 등 참조). 원심이 공소장변경 없이 강요죄의 공동정범으로 기소된 피고인을 강요방조죄로 처단한 조치는 위 법리에 비추어 정당하고, 거기에 항소이유로 주장하는 바처럼 공소장변경에 대한 법리오해 등 위법은 없다.

2) 공소외 6의 집에서 압수한 소명자료 등 증거서류의 증거능력 인정에 대한 판단

가) 원심판단

원심은, 압수·수색 절차상의 하자가 영장주의의 취지를 몰각하여 압수물의 증거능력을 부인할 정도에는 이르지 않아 압수물은 증거능력이 있으므로 이를 증거로 채택한다는 증거결정을 하였다.

나) 판단

헌법과 형사소송법 및 군사법원법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라도 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법 절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법 및 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

그러나 이러한 예외적인 경우를 함부로 인정하게 되면 결과적으로 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다는 원칙을 훼손하는 결과를 초래할 위험이 있으므로, 법원은 구체적 사안이 위와 같은 예외적인 경우에 해당하는지를 판단하는 과정에서 위와 같은 결과가 초래되지 않도록 유념하여야 한다.

나아가, 법원이 수사기관의 절차 위반행위에도 불구하고, 그 수집된 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 있으려면, 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 한다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결).

① 영장 원본이 아닌 사본 제시의 위법성 여부

헌법 제12조 제3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 하며, 군사법원법 제159조는 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다고 규정하고 있으며, 동법 제258조에 의하여 수사기관의 압수·수색에 관하여도 준용한다.

또한 여러 통의 압수·수색영장의 청구 및 발부제도가 있으며, 여러 통을 청구 및 발부할 경우 압수·수색영장에 그 사유를 적어야 하며(군사법원법 제120조, 제232조의6), 압수·수색영장은 발부한 법원이 그 집행기관인 검찰관에게 영장의 원본을 교부하여야 한다(군사법원의 소송절차에 관한 규칙 제51조, 제64조). 그렇다면, 압수·수색 처분을 받은 자에게 제시되어야 하는 영장은 특별한 사정이 없는 한 원본을 의미하므로 이 사건에서 군검찰이 공소외 6에게 영장 원본이 아닌 사본을 제시하고 영장을 집행한 것은 군사법원법 제258조를 위반한 것으로 일 위법하다고 할 것이다.

이 사건에서 위법한 부분은 압수·수색영장을 아예 제시하지 않은 것이 아니라 이를 제시하기는 하였으나 원본이 아닌 사본으로 제시하였다는 것인바, 이에 대하여 살펴본다.

우선, 압수·수색영장의 제시제도란 것은 영장주의의 본질이라기보다는 영장주의의 취지를 철저하게 구현하기 위한 것이라고 할 것이고, 이 경우 영장의 원본을 제시하도록 요구하는 것은 영장 사본을 작출하는 과정에서 인위적인 조작이 가해지는 것을 방지하고 상대방에게 영장의 발부사실 및 그 내용을 보다 명백히 확인시킴으로써 위와 같은 압수·수색영장 제시제도를 보다 확실히 하기 위한 방법이라고 할 것이다.

그리고 이 사건 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 다음과 같은 점을 인정할 수 있다.

- ㉗ 군판사에 의하여 이 사건 영장이 발부된 것이 사실이고, 제시된 문서가 영장 그대로의 사본임이 틀림없으며 그 영장의 취지대로 집행이 되었으므로 그 과정에서 영장 사본이 제시되었다는 이유만으로 영장주의의 본질이 훼손하는 중대한 위법이 있다고 할 수는 없는 점, ㉘ 당시 위 영장은 서울에 있는 국방부 보통군사법원에서 발부되었던 것이고, 그 집행장소는 대전에 있는 피고인 공소외 6의 주거 등 영장을 집행하여야 할 곳이 10곳에 이르렀으며, 수사의

긴급성과 밀행성, 특히 여러 장소에 흩어진 다수 물건의 수색·압수, 영장의 발부지와 집행지가 원거리인 경우 등에 있어서의 현실적인 필요성과 직무수행의 어려움 등을 이유로 영장의 원본 집행만을 고수할 수 없는 사정이 엿보이는 점, ㉔ 영장 집행 당시 공소외 6 등으로부터 제시된 영장이 사본이라는 점에 관하여 아무런 이의가 없었을 뿐만 아니라, 집행절차 전반에 관하여도 특별한 이의가 없었던 점, ㉕ 공소외 6의 집에서 압수된 증거서류 중 피고인 작성의 소명서 초안은 공소외 6의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 내사사건의 혐의를 벗어나게 하는데 필요한 소명서 작성의 기초가 되었고, 이를 토대로 작성된 공소외 6 명의의 소명서, 공소외 3 명의의 소명서가 작성되게 되고, 공소외 3 명의의 소명서는 2006. 7. 3. 공소외 3을 통하여 국방부 검찰단에 제출되고, 소명서 기재내용대로 허위의 사실을 진술하게 한 내용으로서 피고인의 이 사건 문서들은 피고인의 강요방조에 관한 유력한 증거인 점, ㉖ 무엇보다도 이 부분 범죄사실은, 피고인은 1998. 1. 24.부터 2003. 12. 10.까지 해군본부 법무감실 고등검찰부장으로서 근무하면서 위 검찰부 및 해군 예하 보통검찰부의 업무를 지휘·감독하고, 2005. 3. 21.부터 2006. 1. 4.까지 국방부 검찰단장으로 근무하면서 위 검찰단의 업무를 총괄하였으며, 2007. 11. 19.부터 이 사건 관련 보직해임이 되기 전인 2009. 10. 13.까지 해군본부 법무실장으로 근무하면서 해군 군사법 업무를 총괄하였던 자인바, 우리나라의 군사법제도의 특성상 피고인이 역임한 위와 같은 각 직책은 누구보다도 공익을 대표하여 군내 비리를 척결하여야 할 군사법기관의 정점에 위치한 직위임에도 불구하고, 이와 같이 막중한 자신의 직책을 망각하고 공소외 2 등의 공소외 3에 대한 강요죄에 대한 실행행위를 용이하게 하여 공소외 3이 국방부 검찰단 소환조사시 허위진술을 함으로써 공소외 6의 3,000만원 수뢰혐의 부분이 무혐의 처분을 받게 하였다는 내용으로서 그 죄책이 결코 가볍다고 할 수 없는 점 등을 인정할 수 있다.

이와 같은 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등 수사기관의 증거수집과정에서 이루어진 절차위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴보면, 이 사건에서 발견된 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하되 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라고 판단하여 이 사건 문서들을 유죄인정의 증거로 사용할 수 있다는 원심의 판단은 정당하고, 압수절차의 적법성과 증거능력에 관한 법리를 오해하여 이 사건 압수물을 증거로 채택하였으므로 판결결과에 영향을 미친 원심의 판단은 위법하다는 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

② 압수목록의 불특정과 압수목록교부서상의 기재와 압수조서상의 압수목록 기재가 서로 상이하며 압수·수색 절차상의 하자가 있는지 여부를 살펴본다.

군사법원법 제170조에 의하면 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자·소지자, 보관자 기타 이에 준하는 자에게 교부하여야 하며, 피압수자에게 교부되는 압수목록은 압수경위 및 압수물의 내역을 알 수 있도록 정확하게 기재되어야 하고 압수 즉시 또는 압수 후 신속하게 교부되어야 할 것이다.

이에 원심이 적법하게 조사하여 채택한 각 증거들을 종합하면, 다음과 같은 점을 인정할 수 있다.

㉦ 피압수자에게 압수목록 교부시에는 압수물의 종류와 수량을 특정하여 압수목록을 작성하여야 할 것이나 이와 같은 압수시 압수목록을 교부하도록 한 이유는 압수물의 존부·형상변경 등을 둘러싸고 벌어질 수 있는 여러 논란을 사전에 차단하고, 피압수자들의 압수물에 대한 환부·가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는 데 있다 할 것인데, 이 사건에 있어서 비록 압수목록이 구체적으로 특정되어 있진 않으나 현장에서 공소외 6에게 압수목록을 교부하였던 점, ㉧ 당시 공소외 6의 주거에는 책상이나 박스에 보관 중인 다량의 서류봉투가 있었으며, 각 서류봉투 안에는 파일제목을 하나로 특정할 수 없는 편철되어 있지 않은 수많은 제목의 또는 제목이 없는 문서들이 다량으로 섞여 있어 우선 구체적으로 특정할 수 있는 계좌번호를 기재한 각종 통장, 연도별 수첩, 제품명을 기재한 핸드폰·컴퓨터 등을 순번을 매겨 기재하다가 공소외 6이 자신의 처와 딸에게 압수·수색과정을 보지 않도록 이들을 집밖으로 내보낸 상황이고, 공소외 6이 자신의 부친이 집으로 올 시간이 다 되었으니 영장집행을 빨리 끝내달라고 재촉을 하여 이를 배려하는 차원에서 압수목록 교부서상 증제번호 제26번 부동산 관련 서류 1개, 증제번호 제27번 서류봉투 1개, 증제번호 제28번 소명서 자료 1개, 증제번호 제29번 서류봉투 1개, 증제번호 제30번 명함서류 1개, 증제번호 제31번 해군일지 수첩 4개, 증제번호 제32번 부동산 매입 차용서 1개, 증제번호 제33번 서류봉투(육군) 1개, 증제번호 제34~제40번 서류봉투로 간략하게 포괄적으로 기재된 압수목록 교부서를 공소외 6에게 교부한 것으로, 수사기관이 압수를 집행하면서 파일제목을 하나로 특정할 수 없는 편철되어 있지 않은 수많은 문서들이 다량으로 섞여 있는 서류봉투 및 문서들에 대하여 다른 서류봉투 및 문서들과 명확히 구별할 수 있는 수사기관 나름대로 편의상 제목을 붙이지 않았다고 하여 이 사건에 있어서 압수목록교부서의 교부시 수사기관의 악의성, 의도성이 있었다고 인정되지 않는 점, ㉨ 압수목록 교부서에 공소외 6이 압수물에 이상 없음을 확인하는 자필 서명을 하였으며, 압수목록교부서의 기재내용에 대하여 이의를 제기하지 않은 점, ㉩ 공소외 6에게 교부된 압수목록 교부서는 가환부된 품목들이 포함되어 있었고, 공소외 25가 복귀하여 압수조서를 작성하는 과정에서 휴대폰이나 컴퓨터 등 가환부된 일부 압수품을 제외하고 남은 압수품의 목록을 구체적으로 작성한 것으로 압수목록 교부서와 압수조서상의 각 기재상에 일부 차이가 있으나 서류봉투의 수나 그 내용에 별다른 차이가 보이지 않는 점, ㉪ 공소외 6은 원심법정에서 자가에서 압수된 공소외 3 작성의 소명서에 대하여 공소외 2로부터 사본을 받아 보관한 것이지 자신이 공소외 3의 명의로 작성한 것은 아니라고 답변하는 등 압수된 소명자료 등 압수물에 대한 실제 작성자가 누구인지 여부, 작성동기, 소지경위에 대하여 진술하였는데, 이는 압수된 각 소명자료들이 자신의 집에서 압수된 것이라는 전제하에서 진술한 것으로 보이며, 특별히 압수물의 존부·형상변경 여부에 대하여 이의를 제기하지 않은 점 등이 인정된다.

그렇다면 군사법원법 제170조의 입법취지를 비추어 볼 때, 압수목록 교부의 상당성을 벗어났다고 보이지는 않으므로 이 부분 압수·수색절차가 위법하다고 할 수 없다.

㉫ 피고인의 주장에 의하면, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 것은 검찰관이 입증하여야 하는데, 이 사건에서 검찰관이 이와같은 예외적인 경우에 해당한다고 볼만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점에 관하여 충분한 입증이 없었다고 것이다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거, 특히 공소외 25, 26의 원심법정의 진술 등에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지

아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법, 군사법원법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 해당한다는 점에 대하여 검찰관의 입증이 합리적 의심이 들지 않을 정도로 이루어졌다 할 것이므로 피고인의 위 주장은 이유 없다.

3) 피고인과 공소외 2, 공소외 3이 ○○○주점에서 만나 “돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐 천천히 값으라”라고 피고인이 공소외 3에게 말한 사실이 있는지 여부 (공소외 3 진술의 신빙성에 대한 판단)

피고인은, 공소외 2와 함께 2006. 6.경 저녁 무렵 계룡시 엄사면 엄사리 ○○○주점에서 공소외 3을 만난 사실이 없고, 이와 관련된 공소외 3의 법정진술 및 군검찰에서의 진술조서 등은 신빙성이 없다고 주장하고 있는바, 이에 부합하는 직접증거로는 공소외 3의 진술이 있는데, 공소외 3의 진술을 이 부분 공소사실의 증거로 사용하기 위해서는 그 진술의 증거능력이 있어야 함은 물론 합리적인 의심을 배제할 만한 신빙성이 있어야 하고, 그 신빙성 유무를 판단함에 있어서 그 진술내용 자체의 합리성, 객관성, 전후의 일관성뿐만 아니라 그의 인간됨, 그 진술로 얻게 되는 이해관계 유무 등을 아울러 살펴보아야 한다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2007도3798 판결 등 참조).

공소외 3은 2009. 10. 29. 군검찰 제4회 조사시 “수사기관에서 거짓말을 하는 것이 매우 부담스럽고 겁도 났음에도 불구하고 거짓말을 한 이유는 공소외 2가 너무 거침없이 행동을 하니까 눈 밖에 나기 싫었습니다.

저는 무섭기는 했지만 그래도 따로 엄사리에서 피고인 법무실장이 저와 공소외 2를 만나서 옆에서 계속 도와주고 하니 문제가 없는 것이구나 생각을 하고 거절할 수가 없었습니다”라고 진술하면서 “엄사리에서 만났을 때는 심도 있는 이야기는 하지 않고 당황하지 말고 촌스럽게 굴지 말고 이야기 하라는 정도만 이야기한 것 같고, 우리가 공소외 6씨 돈을 빌린 것으로 잘만 이야기하면 잘 될 것이다.

우리가 도와줘야 한다고 이야기를 해서 병과장 일이기도 해서 거짓말을 해야겠다고 생각을 했습니다”, “법무실장이 도와주는 것이어서 저만 이야기를 하면 다른 모든 것은 위에서 잘 처리해서 문제가 되지 않을 것이라고 생각을 했습니다.

법무실장이 직접 나서서 하는 일이 죄가 되리라고 생각을 전혀 못했습니다”고 진술하였다.

2009. 11. 12. 군검찰 조사시에는 사무실 회식 이외에 피고인을 만난 적이 있느냐라는 검찰관의 질문에 “2006년도에 검찰단에 조사받으러 가기 며칠 전 공소외 2와 함께 엄사 사거리에 있는 호프집에서 셋이 만난 적이 있습니다”라고 답변하면서 공소외 2, 피고인과 만난 경위에 대하여 “검찰단 조사 문제로 만났습니다.

공소외 2가 저에게 ‘2,000만원 때문에 약간의 문제가 발생했다.

검찰단에서 너도 곧 부를 거다’라고 말하면서, 자기가 시킨 대로 진술할 것을 요구하였습니다.

실제로 얼마 지나지 않아 검찰단에서 출석 요구 전화가 왔고, 출석하기 며칠 전 저녁 8-9시쯤 공소외 2로부터 잠깐 나오라는 전화를 받고 만나러 나갔습니다.

호프집으로 가면서도 그 허위진술 때문에 부르겠거니 생각은 했던 것 같습니다.

그런데 막상 도착해보니 피고인도 함께 있어 조금 놀랐던 기억이 납니다”, “사실 저도 피고인 앞에서 그런 이야기를 꺼내도 될까하는 생각은 들었는데, 공소외 2가 먼저 말을 꺼내서 괜찮거니 했고, 또 피고인도 이미 다 알고 있었던 것으로 보였습니다.

사실 공소외 2가 피고인과 워낙 절친하여 그런 법적 문제에 대해서는 당연히 의논하고 그랬을 것입니다.

피고인도 고개를 끄덕이며 거들기도 했습니다", " 공소외 2는 저에게 공소외 6 대령 사모님으로부터 빌린 것으로 하자면서 결국 그 돈을 제 친구로부터 빌려 갚은 것으로 하라고 시켰는데, 제가 '그럼 검찰단에서 친구한테 빌린 2,000만 원에 대해 물어보면 어떻게 대답하느냐'고 묻자, 피고인은 제 친구인 것처럼 흥내를 내며 '돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐. 천천히 갚으라'고 말했습니다.

그렇게 대답하라고 시킨 것입니다"라고 진술하였다.

또한 피고인이 그렇게 말한 것이 확실한가요라는 검찰관의 질문에 " 피고인 억양이 조금 특이한데다 그때 '촌년처럼'이라는 표현을 쓰는 것에 깜작 놀랐습니다.

그래서 확실하게 기억합니다"라고 진술하였다.

원심법정에서도 위와 같은 진술내용을 유지하면서 " ○○○주점에서 공소외 2와 이야기를 할 때 피고인도 수궁하는 듯 고개를 끄덕이며 이미 다 알고 있는 듯한 태도를 보이면서 제가 친구들에게 돈을 받아서 갚아야 하는데 그것은 어떻게 이야기 할까요라고 물으니깐 피고인이 그에 대하여 직접적으로 이야기하였습니다.

제가 다른 것은 다 기억이 나지 않아도 피고인이 그에 대해 말한 기억은 나는 것이 '보통 상스러운 말을 어떻게 저렇게 하실까'라는 생각을 했기 때문입니다", " 공소외 2하고는 모르겠는데, 피고인하고는 ○○○에 처음 가보았습니다"라고 진술하면서 증인이 변호인측의 질문에 대하여 허위진술한 것과 피고인과의 관계가 없다는 식으로 진술하였는데 맞는가요라는 검찰관의 질문에 대하여 "제가 ○○○에서는 전혀 그런 것에 대해서 어떤 협박이나 그런 것을 전혀 느끼지 못했다는 부분은 사실이고, 그 정황이 다 이미 전화울 것도 다 알고 있고, 누가 할 것이고 가서 이것만 하면 되고, 이미 다 써와서 '이런 부분은 이렇게 이야기 하라'라고 하였을 경우에는 제 생각에는 '내가 가서 형식적으로 이야기만 하면 되는 것이다'라고 생각하였으며, 변호인 측에서 이의를 제기하겠지만 제 생각에는 평소에 (공소외 2가) 피고인과 친하였기 때문에 법률적인 문제에 대하여는 전혀 하자가 없이 모든 것이 다 진행되어 있으니 내일 가서 이야기만 하면 된다.

제가 그런 느낌을 받았기 때문에 그렇게 말한 것입니다"고 답변하였고, 당심법정에서는 "(검찰단 소환조사에 대해) 굉장히 마음의 부담을 가졌습니다.

같이 근무를 해야 되는데 그런 생각도 있고 또 사실이 아닌 것을 가서 얘기를 하려니까 그런 부담감 또 여러가지 부담감이 있었습니다.

(소명서 작성이) 자발적이진 않았습니니다", (검찰단 소환조사시 허위진술을) 안할 수가 없었어요. 솔직히... 제가 뭐"라고 진술하였고, 평소에 허위진술 부분에 대하여 이야기한 적이 없는 피고인이 ○○○주점에 나와 있어 공소외 2가 이런 작업을 다 해왔구나, 내가 나가서 더 이상 허위진술을 해도 허위진술하는 것 자체로는 나한테 어떤 불이익이 없겠구나라는 생각을 했던 것이지요라는 검찰관의 질문에 대하여 "예, 가서 얘기만 하면 별것 아니니까 그렇게 얘기를 했습니다"고 진술하면서 원심법정에서의 진술을 대체로 유지하였다.

그렇다면, 비록 공소외 3은 공소외 2, 피고인과 만난 장소를 "상호불상 호프집"에서 ○○○주점으로, 구체적인 대화 내용 등 세세한 부분에서 "촌스럽게 굴지마라"에서 "촌년처럼 굴지마라"로 일부 진술을 반복하는 등 약간 불명확한 진술이 있기는 하나, 이는 판시 위 범행이 약 3년 내지 4년 전에 이루어진 것으로 진술자의 기억력의 한계로 인한

것일 수 있고, 그 당시 상황에 대하여 비교적 상세히 진술하고 있으며, 이와 같은 공소외 3의 진술, 공소외 6이 2006. 검찰단 조사시 법적 문제에 대하여 피고인에게 조력을 받고 싶어 해서 공소외 6의 사건내용에 대하여 처음에는 공소외 2를 통해서 듣다가 나중에는 공소외 6을 만나 사건의 대략적인 개요를 알게 되었다거나 공소외 2나 공소외 6이 친한 사람들이기 때문에 공소외 6의 내사사건 담당 검찰관인 공소외 8에게 전화로 위 공소외 6 뇌물 사건은 단순한 채권채무관계라고 이야기를 한 것 같다는 취지의 피고인의 군검찰에서의 진술, 피고인이 공소외 6의 금전거래는 단순 금전거래인데 오해가 생겨서 비롯된 사건이라고 설명하여 주었다는 공소외 8의 군검찰에서의 진술 등 그 밖의 부가적인 정황 등을 종합하면, 원심 판시와 같이 공소외 2의 허위진술 요구과정에서 피고인이 ○○○주점에서 "돈 갖고 촌년처럼 왜 그러느냐. 천천히 값으라"라는 말을 하였다는 피해자 공소외 3의 진술은 그 합리성, 객관적 상당성, 전후의 일관성, 그 진술 사이의 일치성을 인정할 수 있어 신빙성이 있다 할 것이다.

4) 공소외 2가 공소외 3에게 구체적인 해약의 고지를 한 사실이 있었는지 여부

강요죄에 있어서의 협박은 반드시 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 곤란하게 할 정도에 이를 것을 요하지 않으나 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해약을 고지하면 되며, 해약의 고지는 명시적으로 이루어질 수도 있으나 묵시적으로 이루어질 수 있고, 언어에 의한 것이 보통일 것이나 경우에 따라서는 한마디 말도 없이 거동에 의하여도 할 수 있으며, 협박을 당하는 상대방이 공포심을 일으키게 하는 정도의 해약의 고지인지는 그 행위 당사자 쌍방의 직무, 사회적 지위, 강요된 권리, 의무에 관련된 상호관계 등 관련 사정을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들과 이 사건 제반기록을 종합하면 인정되는 다음과 같은 사실들, ① 공소외 2와 공소외 3은 2000. 9.경부터 2007. 4.경까지 해군본부 예산처에서 함께 근무하였고, 2006. 3. 10. 당시 공소외 6이 해군 경리병과장이었고, 공소외 2와 공소외 3은 당시 같은 회계과 사무실에 함께 근무하였으며, 피해자 공소외 3은 해군본부 전력기획참모부 예산처 소속 직불담당 6급 군무원으로서 공소외 2로부터 평정을 1~2회 정도 받았던 점, ② 공소외 2는 당시 해군 참모총장 공소외 27의 취임식에 공소외 2의 처인 공소외 39가 내빈자리에 초대된 사실을 자랑하며 해군참모총장과 친분을 과시하고, 병과장인 공소외 6과 서로 형, 동생으로 호칭하는 등 자신의 위세를 과시하여 왔던 점, ③ 공소외 2는 평소 사무실에서 피해자 공소외 3에게 소명서의 내용대로 허위 진술할 것을 지속적으로 요구하여 공소외 3은 검찰단에 출두하여 허위 진술하는 것에 대한 많은 부담감을 가지고 있었으며 이를 거절하면 영원히 찍히게 될 것이라고 겁을 먹었으며, 똑같은 상황이 재발 되는 경우에도 공소외 2의 요구대로 할 수 밖에 없었을 것이고, 그렇게 하지 않았으면 사람들이 백령도로 갈 수도 있다는 그런 농담도 할 정도였으며, 2006. 7. 3. 검찰단 조사 며칠 전에 사무실에서 소명서를 공소외 2로부터 교부받고, 공소외 2가 2006. 7. 3. 국방부 검찰단에 참고인조사를 받으러 가는 피해자와 동행하면서 피해자에게 "조사를 하는 사람들도 해군이다.

네가 떨어서 말하는지 안 떨어서 말하는지 다 알 수 있다"라고 이야기 했다고 진술한 점, ④ 공소외 2가 공소외 3에게 전세자금용으로 빌려준 금원이 사실은 공소외 2의 돈이 아니라 공소외 6의 돈이었는데 공소외 23이 수표로 인출하여 주어 문제가 생겨서 검찰단에서 소환조사가 있을 것이라고 알려주었으며, 공소외 3이 실제로는 공소외 6의 배우자인 공소외 24 및 피해자의 친구들로부터 금원을 차용한 사실이 없음에도 불구하고, 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금전을 차용한 후 변제하였다고 진술하라고 요구하여 공소외 3이 "돈을 받았는데 나중에 갚았을 때 내가 돈이 없는데 갚을 때 어떻게 갚느냐"라고 물었을 때 공소외 2가 "친구들에게 받은 돈으로 하고 팩스를 받아라"라고

이야기를 하였으며, 피해자인 공소외 3이 "공소외 6의 처인 공소외 24와 대질을 하면 내가 얼굴을 모르는데 어떻게 합니까"라고 물으면 "그럴 일은 없을 것이다"라고 답변하는 등 구체적인 허위진술의 내용에 대하여 이야기 해주어서 공소외 2에게 피해자의 친구들 이름을 알려준 점 등을 종합하면, 위와 같은 공소외 2의 언동은 군이라는 특수한 계급사회의 구성원인 군무원으로 근무하고 있던 공소외 3에게 자신의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할 수 있다는 공포심을 심어 준 것으로 판단되며, 결국 공소외 2의 협박에 외포된 공소외 3이 검찰단 소환조사시 허위진술을 하게 된 사실을 인정할 수 있으므로, 공소외 3이 공소외 6 병과장의 일을 도와주기 위하여 공소외 2의 부탁을 받아 자의로 소명서 작성에 협조하였다거나 검찰단 조사시에 허위 진술하였다거나 공소외 3에 대한 구체적인 해악의 고지가 없었다는 피고인의 이 부분 각 주장은 이유 없다.

5) 피고인에게 방조의 고의 또는 방조행위가 있었는지 여부

방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심의 사실이므로 피고인이 이를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다 할 것이며, 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 참조). 따라서 이 사건 공소외 6이 공소외 22로부터 금전을 송금받은 사실에 대해서 국방부 검찰단으로부터 내사를 받게 되고, 공소외 2는 공소외 6에게 자신의 차명계좌인 공소외 23의 계좌를 공소외 6에게 제공한 것에 대한 수사가 확대되자 공소외 2와 공소외 6은 자신들의 범죄 혐의사실을 은폐하기 위하여 법률전문가인 피고인의 도움으로 공소외 6의 범죄 은폐에 부합하는 내용의 소명서 초안을 작성하여 공소외 2를 통하여 공소외 6에게 건네주어 공소외 6이 이를 바탕으로 작성한 자신 명의의 소명서를 국방부 검찰단 수사관에게 제출하였고, 공소외 2도 이를 바탕으로 같은 과에 근무하던 공소외 47 소령의 워드작업의 도움을 받아 자신의 사무실에서 작성한 공소외 3 명의의 소명서를 피해자 공소외 3에게 전달하면서 자신의 허위 진술 요구를 거부할 경우 피해자에게 신분상의 불이익이 있을 것 같은 태도를 보이고, 이후 공소외 2와 피고인은 계룡시 엄사리 소재 ○○○주점으로 공소외 3을 불러내어 공소외 2는 "조만간 국방부검찰단에 소환될 것인데, 조사시 공소외 6의 처 공소외 24로부터 금 2,000만원을 차용하였고, 다시 친구로부터 금전을 재차용하여 위 공소외 24에게 변제하였다고 소명서의 내용과 같이 허위 진술하라"라는 취지로 말하였고, 이에 피해자가 "변제금을 친구로부터 빌린 것으로 하라고 하였는데, 검찰관이 언제까지 갚기로 한 것이냐고 물으면 어떻게 답을 해야 하는가?"라고 묻자, 피고인이 "우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 차년처럼 굴지 말고 천천히 갚으라고 했다고 허위 진술하라"고 말을 하여 이미 공소외 2의 허위진술 요구에 응하지 않으면 피해자의 지위나 신상에 어떠한 위해가 발생할지 모른다고 겁을 먹고 있었던 그녀로 하여금 수사기관에 허위진술을 하는 것이 법적으로 아무런 문제가 없다고 믿을 수밖에 없게 하여, 피해자인 공소외 3이 2006. 7. 3. 국방부검찰단에서 위 공소외 6에 대한 내사사건의 참고인조사를 받으면서 공소외 2가 지시한 바와 같이 그 기억에 반하는 허위사실을 진술하고, 위 소명서가 마치 자신이 직접 작성하고 그 내용이 사실인 것인 양 제출함으로써, 공소외 2와 공소외 6이 피해자를 협박하여 그녀로 하여금 의무없는 일을 하도록 하는 것을 용이하게 하였다는 것인바, 그렇다면 피고인이 ○○○주점에서 공소외 3에게 "우리 사이에 뭘 그

렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아"라고 구체적으로 허위진술로 답변하도록 도움을 준 시점에서는 피해자 공소외 3이 공소외 2로부터 허위진술의 요구를 받아 공소외 2의 강요에 의하여 공소외 3이 검찰단에 출두하여 허위진술을 하게 될 것이라는 점에 대하여 미필적으로나마 인식 또는 예견하였다고 보아야 할 것이므로, 이러한 피고인의 위와 같은 행위는 정범인 공소외 2 등의 이 사건 강요 범행의 실행을 직접적으로 용이하게 하는 것이라는 원심의 판단은 정당하고, 거기에 방조죄에 관한 법리오해의 잘못은 없어 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

6) 소결론

따라서 원심판결에 강요방조죄에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 공소외 1에 대한 직권남용권리행사방해의 점

가) 관련법리

직권남용권리행사방해죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해하는 때에 성립하는 범죄로서 여기에서 '직권남용'이란 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 하는 경우 또는 공무원이 일반적 권한에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외에 행위를 하는 경우를 의미한다.

그리고 남용에 해당하는지 여부는 구체적인 공무원의 직무행위의 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 제반요소를 고려하여 결정하여야 하며(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 참조), 공무원의 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 않는다(대법원 2004. 10. 15. 2004도2899 판결).

나) 인정되는 사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

즉, 피고인은 해군 법무실장(병과장)으로 법무병과(직별)의 장병에 대한 인사추천을 할 수 있는 권한이 있고, 같은 병과원인 국방부 검찰단 소속의 수사관인 공소외 1에 대하여도 이러한 권한을 행사할 수 있는바, 피고인의 지시를 사실상 거부하기 어려운 위 공소외 1에게 아래 범죄일람표 기재와 같이 4회에 걸쳐 수사상 기밀에 해당하는 관련자 신병, 수사내용 및 수사방향 등을 보고하게 한 사실을 인정할 수 있다.

범죄 일람표

순번 범행시각 보고내용 비고 1 2009. 3. 5. 공소외 23이 긴급체포되었음(전화통화) 군납비리사건 2 2009. 3. 27. 17:51 오늘 군의관 해군대위 공소외 28 구속청구예정입니다.

(문자메세지) 군의관 무단이탈 사건 3 2009. 9. 16. 14:25 공소외 29에 대한 가계도를 파악하고 있는 것으로 보아 계좌를 볼 것 같습니다.

(문자메세지) 군납비리 사건 4 2009. 9. 16. 15:26 공소외 6, 수표 나온 대전노래방 주인 조사하러 갈 예정이랍니다.

뇌물쪽으로 엮으려는듯함. (문자메시지) "

다) 일반적 직무권한 부존재 여부

위와 같은 법리와 사실관계를 종합하여 보면, 피고인은 해군 법무실장으로서 해법무병과의 장병에 대하여 인사추천할 수 있는 권한이 있으므로 위 공소외 1에 대하여 인사에 관한 일반적인 직무권한을 보유하고 있고, 또한 해군소속 인원에 대한 사법처리와 관련된 첩보나 정보를 보고 받을 수 있는 일반적인 직무 권한은 있다 할 것이다.

그러나 국방부 검찰단의 계좌 추적이나 출장조사 계획 등 향후 수사의 방향에 대한 내용 등의 정보는 그것이 수사의 대상이 될 가능성이 있는 자 등 수사기관의 외부로 누설이 될 경우 피의자와 관련된 자들이 아직까지 수사기관에서 확보하지 못한 자료를 인멸하거나, 수사기관에서 파악하고 있는 내용에 맞추어 증거를 조작하거나, 허위의 진술을 준비하는 등의 방법으로 수사기관의 범죄수사 기능에 장애를 초래할 위험이 있는 것으로 비록 해군소속의 인원에 대한 사건이라 할지라도 해당 사건에 대한 종국적인 결정을 하기 전까지는 외부에 누설되어서는 안 되는 국방부 검찰단 내부의 수사기밀임에도 불구하고, 피고인은 평소 친분관계가 있고 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 하고자 상급부대인 국방부 검찰단의 수사내용에 대하여 공소외 1에게 보고 하도록 지시하였다는 것으로, 이러한 피고인의 위와 같은 행위가 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 일반적 직무권한 범위를 넘어 직무의 행사에 가탁한 부당한 행위라는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 법리를 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

나) 의무없는 일을 하게 하였는지 여부 및 피고인에게 직권남용권리행사방해의 고의가 있었는지 여부

① 피고인은, 원심이 위 공소외 1의 원심 법정에서 한 진술을 전체적으로 판단하지 아니하고, 그 중 피고인의 이 사건 공소사실 부분에 부합하는 공소외 1의 진술 부분에 대하여만 신빙성을 인정한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 주장하나, 수사기관에서의 각 진술조서의 기재와 당해 사건의 공판정에서의 같은 사람의 증인으로서의 진술이 상반되는 경우 반드시 공판정에서의 증언에 따라야 한다는 법칙은 없고, 그 중 어느 것을 채용하여 사실인정의 자료로 할 것인가는 오로지 사실심법원의 자유심증에 속하는 것이며, 수사기관에서의 공소외 1에 대한 각 진술조서의 기재와 이에 부합하는 공판정에서의 공소외 1의 일부 증언 등을 종합하여 전체로서 이 사건 공소사실 부분을 인정할 수 있다 할 것이므로, 거기에 피고인의 주장과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 없다.

② 또한, 피고인은, 위 공소외 1이 피고인에게 검찰단의 수사 진행 상황을 보고한 것은 병과장에게 단지 통상의 첩보보고를 해야 한다는 책임감 내지 의무감에 기인한 으로서 의무없는 일을 하게 한 것으로 볼 수 없다고 주장하므로 살피건대, 직권남용죄에서 말하는 '의무'란 법률상의 의무를 가리키고, 단순히 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다고 할 것인바(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 참조), 국방부 검찰단 검찰수사관인 공소외 1의 경우에도 법령에 따라 그 수사업무를 공정하고 객관적으로 수행할 의무가 있는 것이지, 외부에 유출될 경우 검찰단의 수사 기능에 현저한 장애를 초래할 수 있는 국방부 검찰단의 계룡대 근무지원단 군납 비리 수사팀 내부 상황 등 검찰단의 내부 수사 내용에 대하여 수사에 직접 참여하지도 않았으면서 수사팀 내부 수사 상황을 탐문·수집하여 이를 피고인에게 보고할 법률상 의무는 없고, 이는 위 공소외 1의 소속군이 해군이라 하여 달라지는 것

은 아니다.

그렇다면 피고인이 공소외 1에게 앞에서 본 바와 같은 부당한 지지를 한 것은 공소외 1에게 법률상 의무없는 일을 하게 한 것이라고 할 수 있다.

③ 한편, 피고인은 직권을 남용하여 공소외 1에게 의무없는 일을 하게 한다는 인식과 의사가 존재하지 않았다고 주장하라, 앞서 본 바와 같이 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시한 사실이 인정되고, 피고인의 법무실장로서의 지위, 이미 국방부 검찰단장으로 재직하였던 피고인의 경력에 비추어 볼 때 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시할 당시 자신이 부당한 영향력을 행사하거나 위법한 지시를 하고 있다는 인식과 의사가 있었다고 봄이 상당하다.

다) 사회상규에 반하지 않는 정당행위인지 여부

정당행위를 인정하려면, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째, 긴급성, 다섯째, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 참조). 원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들과 이에 의하여 알 수 있는 다음의 사정, 즉 ① 피고인은 2009. 2. 25. 위 공소외 1에게 전화를 걸어 계룡대 근무지원단 납품 비리수사가 해군본부 지휘부에서 신경 쓰고 있는 가장 이슈가 되는 중요한 사건이므로 해군 소속 인원의 신병관계에 대하여 특별한 것이 있으면 기무나 헌병에 비하여 법무는 속보보고가 늦으니 빨리 보고해 달라고 말한 사실이 있다는 취지로 진술한 점, ② 공소외 1은 군검찰에서 2009. 2.경 2~3회 피고인이 공소외 1에게 전화를 걸어 계룡대 근무지원단 사건내용에 대하여 알게 되면 빨리 보고를 해달라고 지시를 받았으며, 피고인으로부터 계룡대 근무지원단 납품비리수사에 참여하느냐는 질문에 자신은 수사에 배제되었다고 답변하자 피고인은 "그러면 네 자리에서 들리는 것이 있으면 보고를 잘해라"라며 이야기하였고, 이와 같은 피고인의 말을 듣고 피고인의 수사상황 보고 지시를 따르지 않으면 수사관으로서 능력이 없다고 판단되어 다음 보직심사시 자신이 원하는 곳으로 가지 못할 것 같을 느낌을 받았으며, 피고인의 위와 같은 전화를 받기 전에는 피고인에게 수사상황을 보고할 마음이 없었는데 그 때부터 보고를 하겠다는 마음을 갖게 되었고, 이 후 피고인에게 위 범죄일람표 순번 기재내용의 전화 통화 또는 문자 메시지를 보고할 의무가 없음에도 보고하였다고 진술한 점, ③ 공소외 1은 피고인에게 검찰단 수사 상황 보고를 하는 것과 관련하여 여러 차례 자신의 어려움을 호소하였는데, 2009. 5.경 피고인과의 전화 통화시 "제가 수사에 참여하지 않아서 아는 게 별로 없어 죄송합니다.

본부와 통화하는 것을 안 좋아하니 실장님이 단장님 동기니 이야기를 하셔서 그런 부분에 대해서는 두 분이 정리를 해주는 것이 좋겠습니다"라며 말을 하자 피고인이 "아무런 문제없다.

그러니 계속 정보를 달라. 당당하게 행동하라'라고 이야기하였고, 같은 해 8.경에는 좀 더 강하게 "더 상황이 안 좋아지고 있습니다.

해군 수사관들이 어려워지고 있다.

위에서 눈치를 많이 주고 있습니다.

그러니 직접 정리 해달라고 이야기 했습니다"라고 말을 하자 "그게 큰 문제가 되지 않는데 네가 힘들어 할 필요가 있느냐"라며 이야기 하였고, 같은 해 9.경 통화에서 같은 취지로 이야기하자 피고인이 "알았다.

공소외 4와 이야기 해 보겠다"라는 말을 들었다고 진술한 점, ④ 당시 계룡대 근무지원단 군납 비리 사건 담당 검찰관 인 공소외 30 중령에게 "저도 힘들어 죽겠다.

제가 이야기하면 안 통하니까 부장님이 직접 이야기 해 주시던지 아니면 단장님과 실장님이 동기니 단장님께 전화로 부탁하여 기관경고 등을 통해 정리를 하여 피고인 대령이 사건 상황을 묻지 않도록 조치를 취해 달라"라고 말하면서 자신의 고충을 호소하였다고 진술한 점(증거목록 제1100면, 제1101면 참조) 등을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이러한 이상, 피고인의 이러한 행위를 두고 형법 제20조에서 정한 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 정당행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

라) 피고인이 공소외 2 등에게 수사정보를 알려 줄 목적이 있었는지 여부

피고인은, 원심이 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적으로 공소외 1에게 수사 관련 사항을 보고하게 하였다고 판시하였으나 이와 같은 목적을 인정할 아무런 증거가 없음에도 불구하고 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적은 있었다고 인정한 원심의 판단은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 주장한다.

그러나 범죄의 주관적 요소인 범행의 목적 또는 동기 등의 내심적 사실은 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야 하며, 이 사건 공소사실 부분에 있어서 피고인과 공소외 2, 6사이의 친분관계, 계룡대 근무지원단 군납비리 수사의 진행 경과, 피고인이 공소외 1에게 검찰단 내부 수사 상황을 보고하도록 지시하게 된 동기 및 경과, 보고내용, 전후 정황 등 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방안을 마련할 수 있게 할 목적이 있었음을 인정할 수 있으므로 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 소결론

따라서 원심판결에 직권남용권리행사죄에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

나. 검찰관의 주장에 대한 판단

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여

(가) 공소사실의 요지

피고인에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점의 요지는 해군본부 법무감실 고등검찰부장의 직위를 떠난 후인 2004. 6. 10.부터 같은 해 7. 15. 사이에 공소외 2로부터 공소외 2에 대한 내사사건을 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 10,000,000원권 자기앞 수표 6장을 교부받아 그 직무에 관하여 60,000,000원의 뇌물을 수수하였다는 것이다.

(나) 원심의 판단의 요지

검찰관이 제출한 증거에 의하면, 공소외 2는 피고인에게 공소외 23의 □□계좌와 공소외 3의 □□계좌를 각 자신의 차명계좌로 이용하던 중 공소외 23의 □□계좌에서 2004. 6. 30. 인출된 1,000만원권 수표 1장을 공소외 23을 통하여, 공소외 3의 위 □□통장에서 2004. 6. 10. 인출된 1,000만원권 수표 5장을 공소외 3을 통하여, 각 교부 받은 후 위 수표 1,000만원권 수표 6장 합계 금 6,000만원을 차용증 없이 2004. 6. 10.경부터 7. 14.경 사이의 일자불상경 피고인에게 교부하였으며, 또한 2004년 일자 불상경 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞수표 5백만원권 2장을 피고인에게 교부하며 총 7,000만원을 교부받았으며, 이 후 피고인은 2004. 7. 22. 대전시 구 조흥은행(현 신한은행)법원 지점에서 신규로 구 조흥은행 저축예금통장을 개설하여 2004. 7. 23. 8,000만원의 법조인 신용대출을 받아 전액 자기앞수표(1,000만원권 자기앞 수표 7장, 5백만원권 자기앞 수표 2장)로 인출하여 이를 공소외 2에게 교부하여 준 사실이 인정된다.

그렇다면 검찰관이 제출한 증거들만으로는 위 피고인과 공소외 2 사이에 수수된 1,000만원권 수표 6장 합계금 6,000만원이 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 교부받는 것이라기보다는 오히려 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)의 토지에 대한 근저당권부 채권을 양수하는데 필요한 대금의 잔금조로 공소외 2에게 잠시 융통한 8,000만원 중 일부에 불과한 것이라는 피고인의 주장에 부합하여 검찰관이 제출한 증거만으로 피고인이 공소외 2로부터 6,000만원을 뇌물로 수수하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없어 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 대하여 무죄를 선고하였다.

(다) 당심의 판단

뇌물죄에 있어서 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 받은 사실을 시인하면서도 그 돈을 뇌물로 받은 것이 아니라 빌린 것이라고 주장하는 경우 수뢰자가 그 돈을 실제로 빌린 것인지 여부는 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 수수한 동기, 전달 경위 및 방법, 수뢰자와 증뢰자 사이의 관계, 양자의 직책이나 직업 및 경력, 수뢰자의 차용 필요성 및 증뢰자외의 자로부터의 차용가능성, 차용금의 액수 및 용처, 증뢰자의 경제적 상황 및 증뢰와 관련된 경제적 예상이익의 규모, 담보 제공 여부, 변제기 및 이자 약정 여부, 수뢰자의 원리금 변제여부, 채무불이행시 증뢰자의 독촉 및 강제집행의 가능성 등 증거에 의하여 나타나는 객관적인 사정을 모두 종합하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007도3943 판결 참조).

그리고 형사재판에서 기소된 범죄사실에 대한 입증책임은 검찰관에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없는 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 등 판조).

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점을 무죄라고 판단하였는 바(원심판결서 69쪽 내지 91쪽 참조), 위 법리에 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면 ① 공소외 2는 자신이 차명계좌로 이용하고 있던 공소외 3의 □□계좌(계좌번호 3 생

략)에서 2004. 6. 10. 인출된 1,000만원권 수표 5장(수표번호 1~5 생략)을 공소외 3을 통하여 교부받아 보관하고 있던 중 피고인에게 일자불상경 교부한 사실, ② 공소외 2의 또 다른 차명계좌인 공소외 23의 □□계좌(계좌번호 4 생략)에서 2004. 6. 30. 인출된 1,000만원권 수표 1장(수표번호 6 생략)을 공소외 23을 통하여 전달받아 보관 중 피고인에게 일자 불상경 교부한 사실, ③ 공소외 2가 자신의 차명계좌로 공소외 23과 공소외 3의 각 □□계좌를 이용하여 왔으며, 공소외 2가 공소외 23으로부터 교부받은 1,000만원권 수표 1장(수표번호 6 생략)과 공소외 3으로부터 교부받은 1,000만원권 수표 5장(수표번호 1~5 생략)을 차용증 없이 2004. 6. 10.경부터 7. 14.경 사이의 일자 불상경 위와 같이 피고인에게 교부한 사실, ④ 피고인이 위 수표 6장을 자신소유의 땅에 인접해 있는 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)번지의 근저당권부 채권양도인인 공소외 32, 33, 34 중에서 공소외 32에게 양수대금 잔금조로 2004. 7. 14. 교부한 사실, ⑤ 피고인은 2004. 7. 초순경 자신이 이미 소유하고 있던 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 3 생략) 토지에 인접해 있는 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)의 토지를 매수하려고 하고 있던 중 그 방법으로 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)에 설정되어 있던 근저당권 및 피담보채권을 양수하고, 임의 경매를 신청하여 경락하는 방법을 선택하였고, 근저당권부 채권양도인들인 공소외 32, 33, 34의 채권액이 각 4,000만원, 4,000만원, 2,000만원이었고, 피고인이 대금을 지급하고 받은 영수증이 합계 1억 1천만원(3,000만원+8,000만원)으로 원금에 1천만원을 엮어 대금 1억 1천만원을 근저당권부 채권의 매매대금으로 한 사실, ⑥ 우선 피고인은 2004. 7. 6. 3,000만원을 피고인의 처남인 공소외 35로부터 이체 받아 계약금 내지 대금의 일부로 위 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략)에 설정되어 있던 근저당권부 채권양도인 3인 중 한 명인 공소외 33에게 지급하고, 2004. 7. 7. 3,000만원에 대한 영수증을 피고인 명의로 교부받은 사실, ⑦ 잔금 8,000만원의 2004. 7. 14.자 영수증은 피고인이 잔금을 지급한 후 양도인인 공소외 32, 33, 34가 피고인 명의가 아닌 공소외 36 앞으로 발행한 사실 ⑧ 위 잔금 8,000만원 중 6,000만원의 출처는 피고인이 2004. 6. 30. 공소외 23 계좌에서 발행된 수표 1,000만원권 1장과 2004. 6. 10. 공소외 3 계좌에서 발행된 수표 1,000만원권 5장을 일자불상경 공소외 2로부터 교부받아 각 배서 후 근저당권부 채권양도인인 공소외 32에게 교부하여 준 사실, ⑨ 원심의 사실조회결과 추가로 발견된 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞 수표 5백만원권 2장(각 수표번호: (수표번호 7 생략), (수표번호 8 생략))은 공소외 37의 모인 공소외 38이 2004. 6. 29. □□ 계좌(계좌번호 5 생략)를 해지 하면서 통장에 잔고로 있던 1,100만원중 1,000만원을 자금원으로 □□ 광주 용주지점에서 2004. 6. 29. 발행되었으며, 위 자기앞수표 5백만원권 2장은 공소외 37이 공소외 2의 처인 공소외 39로부터 공주시 반포면 봉곡리 (지번 4 생략) 토지를 매수하면서 그 매수대금으로 일자불상경 공소외 2측에게 교부되었고, 피고인은 2004년 일자 불상경 공소외 2로부터 위 □□ 광주 용주지점장 발행의 자기앞 수표 5백만원권 2장을 교부받아 계룡시 엄사면 엄사리 (지번 1 생략), (지번 2 생략) 토지에 대한 근저당권부 채권양수금액에 대한 매수 잔금 8,000만원의 일부로 공소외 32에게 교부하여 준 사실, ⑩ 피고인은 위 ③항 및 ⑥항에 의하면 공소외 2로 받은 금원은 합계 총 7,000만 원이며, 이를 공소외 2로부터 수수한 뒤 2004. 7. 22. 대전시 구 조흥은행(현 신한은행)법원 지점에서 신규로 구 조흥은행 저축예금통장(계좌번호 6 생략)을 개설하여 2004. 7. 23. 8,000만원의 법조인 신용대출을 받아 전액 자기앞 수표(1,000만원권 자기앞 수표 7장, 5백만원권 자기앞 수표 2장)로 인출하여 8,000만원 전액을 공소외 2에게 교부하여 준 사실을 인정할 수 있어 이를 종합하여 보면, 피고인과 공소외 2와의 사이에 수수된 6,000만원은 이와 같이 근저당권부 채권을 양수하는데 필요한 양수자금으로 잠시 융통한 8,000만원 중 일부인 것으로 보여지고, 군검찰은 피고인이 공소외 2로부터 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마

하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 2004. 6. 10. 및 같은 달 30.경 6,000만원을 수수하고 나서, 뇌물로 수수한 금원을 금전거래의 외관을 가진 정상적인 거래로 위장하기 위하여 급하게 근저당권부 채권을 양수하는 것으로 하여 그 대금으로 지급하는 한편, 근저당권부 채권양수 후에 대출을 받아 이를 기산리 땅에 투자하게 된 것이라고 주장하나 2002. 6.경 공소외 2에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)혐의에 대한 내사사건을 피고인이 무마하여 준 것에 대한 사례금 및 향후 형사사건 관련 편의제공의 대가로 공소외 2로부터 교부받았다는 증거를 전혀 찾아 볼 수 없어 이를 선불리 추단할 수는 없으며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 위 수수한 금원 자체를 뇌물로 볼 수 없다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 검찰관이 지적하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(2) 강요 공동정범의 점

공동정범이 성립하기 위하여는 주관적인 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적인 요건으로서 공동의사에 기한 기능적인 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요한 바, 주관적인 요건으로서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 저지하지 아니하고, 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 하며(대법원 1998. 6. 26. 선고 97도3297 판결), 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의 과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지며, 또한 공모에 의한 범죄의 공동실행은 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실천하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실행행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2006도1623 판결).

또한, 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도2524 판결).

검찰관이 주장하는 바와 같이 공소외 2가 피내사자인 공소외 6과 함께 공소외 6의 내사사건에 대하여 공소외 6과 피고인을 각각 순차적으로 만나거나 함께 만나서 2006년도 공소외 6에 대한 검찰단의 내사사건과 관련하여 대책을 주도하였으며, 피고인은 공소외 2를 통하여 공소외 6의 내사사건에 대하여 공소외 3의 전세자금 2,000만원이 포함된 소명서 초안을 작성하여 주었으며, 공소외 6 명의의 소명서 작성에 피고인이 가필 또는 수정을 하여 주는 방법으로 도움을 주고, 피고인의 위 소명서 초안을 토대로 작성된 공소외 6 명의의 소명서와 공소외 3 명의의 소명서를 각 작성하여 전자는 공소외 6을 통하여 2006. 6. 8. 검찰단에 제출하고, 후자는 공소외 3을 통하여 2006. 7. 3. 제출되었으며, 공소외 2와 함께 ○○○주점에서 공소외 3을 만나 공소외 3에게 허위진술을 하게 도움을 준 사정은 있으나, 이런 사정들만으로 ① 피고인이 위 소명서 초안을 작성하거나 공소외 6 명의의 소명서 작성에 가필

또는 수정을 할 당시에 위 2,000만원이 공소외 22로부터 받은 공소외 6, 2의 뇌물이라는 점을 알고 있었다고 단정 지을 수 없는 점, ② 공소외 6과 공소외 2와 달리 피고인에게 수사를 공동으로 무마하여야 할 이해관계가 없는 점, ③ 피고인과 공소외 2, 6 사이에 그들 사이에 암묵적으로 상통하여 서로 간의 의사결합으로 공소외 6에 대한 내사사건의 무마를 위하여 공소외 3으로 하여금 검찰단 조사시 허위진술을 하도록 강요했다고 선불리 추단할 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외 2등과 함께 피해자인 공소외 3으로 하여금 의무 없이 검찰단 조사시 허위 진술을 하도록 강요의 공모를 하였다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고인이 공소외 6에 대한 수사가 무마되는 것과 관련하여 공소외 2, 6과 더불어 사건무마의 공동의 이익이 없는 상태에서 피고인의 위와 같은 소명서 초안을 작성하여 주고, ○○○주점에서 피고인이 공소외 3에게 “우리 사이에 뭘 그렇게 급하게 갚으려고 그래. 촌년처럼 굴지 말고 천천히 갚아”라고 거들어 준 것만으로는 피고인이 공소외 2의 강요 행위를 인식하면서도 공동의 의사로 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옮기는 것을 내용으로 하였다는 등의 기능적 행위지배가 있었다는 점에 대하여 검찰의 합리적인 의심이 없을 정도의 증명력을 가진 증거에 의하여 충분한 입증이 되었다고 보기에는 부족하다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 검찰관이 지적하는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(3) 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인의 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해·공무상비밀누설교사의 점에 대한 공소사실의 요지는, 피고인이 2007. 11. 19.경부터 2009. 10. 13.경까지 해군본부 법무실장으로 근무하면서 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관에 대한 인사·행정·관리 권한을 가지고 있으며, 해군 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한은 있었지만 해군 소속 국방부 검찰단 검찰수사관으로부터 국방부 검찰단 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 직무상 권한은 없었음에도 불구하고, 피고인은 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 할 목적으로 국방부 검찰단 검찰수사관인 공소외 5에게 “해군 관심사건(특히 계룡대 근무지원단 군납비리 사건)에 관하여 사건내용을 알게 된다면 빨리 보고하라”는 취지로 지시하여, 위와 같은 공소외 5의 보고내용 일람표와 같이 공소외 5로 하여금 9회에 걸쳐 보고의무가 없는 사항 즉, 수사상 기밀에 해당하는 관련자 신병 및 소환관계, 구체적 조사내용, 고발인의 동향, 압수수색 상황 등을 보고하게 하여, 피고인은 자신의 직무상 권한을 남용하여 위 공소외 5에게 의무없는 일을 하게 하였다.

(나) 원심판단의 요지

피고인이 공소외 5에게 계룡대 근무지원단과 관련된 수사내용에 대하여 공무상 비밀을 보고하라는 지시가 있었다는 점에 대한 직접적인 증거가 없으며, 공소외 5는 해군 관련 중요사건의 경우 2009. 2. 26.자 전화 통화와 상관없이 해군의 속보지침 등에 따라 선배들의 교육이나 지시 또는 관행적으로 해군 소속의 신병관계나 공론화된 사항에 대하여는 이미 보고의 의사가 있었다고 판단되며, 특히 공소외 5가 피고인에게 보고한 공소외 40과 관련된 부분에 대하여는 피고인의 지시나 개입정황이 발견되지 아니하고, 압수수색 계획과 같은 수사기밀 등에 대하여도 피고인의 관여 없이 공소외 5의 독단적인 판단하에 과잉충성에 기인한 것이므로 피고인이 공소외 5에게 구체적인 수사내용

이나 공무상 비밀을 보고하도록 의무없는 일을 강요하였다고 볼 증거가 없다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 공소외 5에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 107면 내지 123면 참조), 당심에서의 공소외 5의 법정진술 및 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 5는 원심법정에서 계룡대 근무지원단 납품비리 수사 당시에 피고인과의 전하 통화 횟수나 수사팀 탈퇴의 구체적 동기 등 일부 사실관계에 대하여 수사기관에서의 진술기재와 다르게 일부 진술을 번복하였으나, 피고인으로부터 법률상 보고할 의무가 없는 사항인 계룡대 근무지원단 수사내용에 대하여 보고하라는 지시를 받았는지에 대하여는 수사기관부터 원심 및 당심법정에 이르기까지 일관되게 자신은 계룡대 근무지원단 납품비리 사건은 해군에서 크게 이슈화되는 중요사건이라 판단하여 법무실장이었던 피고인에게 자발적으로 보고를 한 것이라고 진술하였다.

그렇다면, 위와 같은 공소외 5의 법정진술이 신빙성이 있는지 살펴보면, 공소외 5는 ① 해군 지침에 해군 관련 사건의 경우 중요사건, 사회적으로 이슈가 되는 사건은 보고하도록 되어 있었고, 법률상 의무가 아니라 위 지침에 따라 해군사건은 관행적으로 첩보나 정보를 보고해 왔으며 이러한 지침은 전임 수사관들로부터 받았던 교육 내용이라고 진술한 점, ② 병과장으로서도 총장님께 보고도 해야 하고 사건 파악도 필요하다는 생각에 보고를 하게 된 것이라고 진술하였고, 실제로 피고인이 중령 공소외 40 뇌물수수 사건에 관한 총장보고서를 써야하니 내용을 알려달라고 하여 사건 내용을 알려 준 사실이 있다고 진술한 점, ③ 해군과 관련된 사건이기에 법무병과장에게 보고하는 것이 크게 틀린 행동이라고 생각하지 않았다고 진술한 점, ④ 2009. 2.말경 위 계근단 군납비리 수사에 참여를 하게 되자 피고인에게 먼저 전화를 걸어 "제가 수사를 하게 되었다"라고 이야기를 하니 피고인이 수사와 관련하여 '공론화된 부분'이 있으면 알려달라고 이야기를 하였으나 계룡대 근무지원단 군납비리 수사의 수사방향이나 검찰의 사건 판단 내용 등 구체적인 내용을 물어보진 않았다고 진술하였고, 피고인도 해군 소속병력의 신병관계에 관한 것이거나 계룡대 근무지원단 군납사건과 관련하여 공소외 5에게 공론화되어 있는 부분에 대하여는 보고를 하라는 취지로 지시를 하였을 뿐, 국방부 소속 검찰수사관들에게 구체적이고 개별적인 수사상황이나 압수수색 상황의 수사기밀 등을 보고하라는 지시를 하거나 이를 확인하기 위하여 전화를 한 사실은 없다고 주장하고 있는데, 공소외 5의 이런 '공론화된 부분'에 대한 진술은 군검찰 수사 이전인 2009. 9. 29. 청와대 민정2비서관실에서 조사를 받을 당시부터 이미 진술한 내용으로 이후 군검찰 조사시 진술조서에서도 계속하여 나타나는 것으로 공소외 5가 위 청와대 민정2비서관실 조사 당시에 자신의 공무상비밀누설 범죄혐의를 회피할 목적으로 허위의 사실을 진술한 것이라고 보이지 않는바, 그렇다면 피고인이 공소외 5에 대하여 지시한 '공론화된 부분'이란 피고인의 해군 관할 사건에 관한 수사보고를 받을 일반적 직무권한 범위 내에서의 보고를 의미한다고 보아야 하는 점, ④ 공소외 5는 계룡대 군납비리 수사에 참여한 2009. 2. 말경 계룡대 근무지원단에 근무하였던 경리관련자들인 공소외 23,공소외 41 등의 납품가격 조작 및 단가를 부풀려서 그 차액을 받은 업무상 배임 등의 범죄혐의에 대한 수사를 하였으며, 공소외 2, 6과 관련된 혐의사실은 전혀 알지 못하였다는 취지로 진술하였고, 실제 공소외 5가 피고인에게 보고한 내용은 공소외 1의 문자메세지에 공소외 6, 29의 수사상황 정보가 있는 것과 달리 공소외 2, 6에 대한 내용이 포함되어 있지 않으며, 당심법정에서도 공소외 2, 6이라는 이름을 알게 된 것은 2009. 9. 내지 10.경으로 검찰단 4층에 조사받으러 왔을

때 화장실에서 공소외 2를 처음 보았다고 진술하는 점 등에 비추어 보면 공소외 5의 법정진술은 신빙성을 인정할 수 있고, 나아가 피고인이 공소외 5에게 공소외 6이나 공소외 2와 관련된 수사상황을 질문하거나 보고하도록 하게 한 정황이 전혀 나타나 있지 않는바, 그렇다면 피고인이 공소외 5를 통하여 얻은 정보로 계룡대 근무지원단 군납비리 사건에 연루되어 있던 관련자 공소외 2, 6에게 수사상황 등의 정보를 알려주어 그에 대한 대응방법을 마련할 수 있게 하려는 직권남용에 해당하는 구체적인 직무행위의 목적이 있다고 단정할 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 공소외 5가 피고인으로부터 계룡대근무지원단 군납비리 수사와 관련한 보고를 하도록 지시받은 사실에 대한 증거가 없으며, 피고인의 관여 없이 공소외 5의 독단적인 판단하에 과잉충성에 기인한 것이므로 피고인이 공소외 5에게 구체적인 수사내용이나 공무상 비밀을 보고하도록 의무 없는 일을 강요하였다고 볼 증거도 없는바, 가사 피고인이 계룡대 근무지원단 사건과 관련된 신병관계나 공론화된 내용에 대하여 보고하여 달라는 피고인의 지시를 직권남용으로 보는 경우에도 공소외 5는 피고인의 지시와는 상관없이 공소외 5의 독자적인 판단이나 과잉충성에 의하여 계룡대 근무지원단 수사기밀과 관련된 내용에 대하여 전화 또는 문자메세지를 전달한 것이므로, 피고인의 이와 같은 직권남용과 공소외 5의 법률상 보고할 의무가 없는 계룡대 근무지원단 수사기밀과 관련된 내용에 대하여 전화 또는 문자메세지를 전달한 행위사이에는 인과관계가 단절된다는 이유로 무죄라고 판단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

범죄일람표 (주 15)

순번 보고시각 보고내용 비고 1 2009. 2. 26. 18:29 현재 공소외 41이 소환조사 중이며, 물가조사와 관련된 조사를 진행 중임. (전화통화) 군납비리 사건 2 2009. 3. 4. 10:14 공소외 41을 조사하였으며, 선납 및 선불증 관련 부분에 관하여 조사를 하는 것 같았음. 최근 공소외 42는 단가계산을 하고 있음. (전화통화) " 3 2009. 3. 5. 08:57 공소외 23을 어제 긴급체포하였음. (전화통화) " 4 2009. 8. 27. 22:32 중령 공소외 40 긴급체포했습니다.

(문자메시지) 공소외 40 뇌물수수 사건 5 2009. 8. 28. 11:19 공소외 40 부인이 다니는 대전문화센터 사물함에 2천만원과 달러 압수하러 출발합니다.

(문자메시지) " 6 2009. 8. 28. 15:42 노은동 롯데문화센터에서 이천만원 이천달러 회수 후 다시 서울로 복귀합니다.

(문자메시지) " 7 2009. 9. 7. 12:54 공소외 40 및 공소외 7은 특가법위반(뇌물)로 기소하기로 하고 이번 주 내로 이건 종결예정입니다.

(문자메시지) " 8 2009. 9. 16. 22:23 오늘 공소외 23이 올라와서 조사를 받는 것으로 알고 있음. (전화통화) 군납비리 사건 9 2009. 9. 23. 17:41 군납비리 사건과 관련하여 수사방해가 있다고 하며, 2009. 9. 말경 공소외 23 사건을 종결하라고 상부에서 지시가 있었다고 함. (전화통화) "

(4) 공소외 8과 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점

(가) 공소사실의 요지

피고인은 해군 법무실장으로 각급 검찰부의 검찰사무를 통할하는 직무를 수행하던 중 2007. 말경 평소 친분이 있던 해군 중령 공소외 10이 2007. 6. 14. 해군 헌병 체포조 활동비 횡령 사건과 관련하여 기소유예 처분을 받아 인사상 불이익을 받고 있는 상태를 해소하여 줄 목적으로, 위 기소유예 처분이 검찰관의 적법한 수사 및 합리적인 사실판단·법리적용에 따른 적정한 처분이었으며 위 기소유예 처분을 재기하여 혐의없음 결정을 내릴만한 새로운 증거나 자

료가 발견된 사실이 전혀 없었고, 당시 국방부 조사본부 수사단에서 근무하여 해군본부 법무실에서는 위 기소유예 처분 사건을 재기 하더라도 종국 처분을 내릴 관할이 없음에도 불구하고, 이를 재기하여 혐의없음 처분을 하여 주기로 마음먹었다.

피고인은 2008 5.경 위 공소외 10으로 하여금 해군본부 법무실에 진정을 제기하게 한 후, 2008. 8. 11. 국방부 시설본부 중령(진) 공소외 8과 작전사령부 소속 대위 공소외 9를 "특정임무 관련 특별검찰관 업무수행"목적으로 해군본부 법무실에 파견하는 동시에 위 공소외 8을 해군본부 검찰관으로 임명하는 명령을 각 발령하였으나 피고인은 위 사건에 관하여 해군본부 인권과에 법리검토를 지시하여 자신의 의도에 부합하는 취지의 "혐의없음 결정이 타당하다"는 결론을 이미 받아놓은 상황이었기 때문에, 검찰관인 위 공소외 8과 공소외 9로 하여금 단순히 위 인권과의 법리검토 결과만을 적용하여 혐의없음 처분을 하도록 할 의도였을 뿐 사건을 전면적으로 재조사하여 사실관계 및 증거관계를 확정된 후 법리적용을 하도록 할 의도는 전혀 없었다.

이후 피고인은 위 공소외 8, 9로 하여금 2008. 8. 18. 위 기소유예사건을 재기하도록 하여 추가적인 사실관계나 증거조사가 없이 법률적 구속력이나 권위있는 유권해석 결과가 아닌 해군본부 법무실 법무과에서 해군본부 기획관리참모부 예산회계처 재정관리과에 의견조회한 결과를 주요한 근거로 하여 예산전용이 가능하여 위 공소외 10의 예산항목 유용에 불법영득의 의사가 없다고 판단하여 2008. 8. 22. 혐의없음 처분을 하도록 하였다.

이로써 피고인은 자신의 직권을 남용하여 위 공소외 8, 9에게 의무없는 일을 하게 하였다.

(나) 원심판단의 요지

공소외 8과 공소외 9의 진술들을 종합하여 보면, 재기 수사당시 사적유용에 대한 증거가 없었고, 예산 전용 부분에 있어서는 법리상 전용사실만 가지고는 횡령죄의 성립을 인정하기에 힘들었고, 공소유지가 어려운 상황에서 기소유예 처분을 하는 것은 문제가 있다고 생각하여 검찰관으로서 독립적이고 객관적으로 판단하여 증거가 불충분하다는 결론을 내렸을 뿐 피고인으로부터 사건처리 방향에 대하여 영향을 받아 처리한 것은 아니라는 취지로 검찰 이후 이 법정에 이르기까지 일관되게 진술한 사실이 인정된다.

이와 같은 사실들과 군사법제도상의 검찰관의 지위나 권한 등을 종합하여 보면, 피고인이 관할도 없는 공소외 10 중령의 인사상의 불이익을 해소하기 위하여 공소외 8이나 공소외 9에게 사건처리방향에 대하여 혐의 없음의 처분을 유도한 직권남용이 있었다고 하여도 공소외 8이나 공소외 9는 피고인의 암묵적인 유도나 지시에 상관없이 자신들에게 주어진 검찰관으로서의 객관적인 양심에 따라 독립적으로 공소외 10 사건에 대하여 재수사를 하여 당시에는 증거가 불충분하다고 판단하였고, 당시 상황하에서는 최선을 다하여 무혐의 처분을 한 것이라고 검찰단계와 법정에서 일관되게 주장하고 있고, 이들이 피고인의 무혐의 유도 정황사실로 인하여 의무없는 일을 한 것에 대한 인식조차 이 법정에서 하지 않고 있는 이상 피고인의 직권남용과 공소외 8이나 공소외 9의 무혐의 처분사이에는 인과관계가 단절되었다고 판단되고, 공소외 8이나 공소외 9의 검찰관으로서의 권리행사의 개인적인 보호법익이 침해되었다는 점에 대한 법관으로 하여금 합리적인 의심이 배제될 만큼의 입증이 되지 않고 있다.

그렇다면, 피고인의 공소외 8이나 공소외 9에 대한 직권남용권리행사방해의 점에 대한 공소사실은 범죄에 대한 증거가 없는 경우에 해당하여 군사법원법 제380조 후단에 의하여 무죄를 선고하였다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 공소외 8과 공소외 9에 대한 사건처리 관련 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 124쪽 내지 146쪽 참조), 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, 직권남용권리행사죄는 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람으로 하여금 권리행사를 방해한 때 성립하는 것으로 '직권남용'과 '의무없는 일을 하게 한 것' 사이에 인과관계가 존재하여야 하는데, 이 사건에서 비록 피고인이 공소외 10에 대한 기소유예처분의 인사상의 불이익을 해소하기 위해 특별검찰관의 임명을 하여 기존의 불기소사건을 재기하게 하여 무혐의를 유도한 정황이 인정된다 하더라도 이와 같은 피고인의 직권남용이 위 공소외 8이나 공소외 9의 무혐의 처분의 의사결정에 어떠한 영향을 미치지 않았으며, 공소외 8이나 공소외 9는 검찰관으로서의 주어진 권리행사를 독립적으로 판단하여 위 공소외 10에 대한 무혐의 처분을 하였다는 것으로, 그렇다면 피고인의 직권남용행위와 공소외 8, 9의 공소외 10에 대한 무혐의 처분행위 사이에 인과관계가 없다는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

(5) 공소외 11로부터 뇌물수수의 점에 대하여

(가) 공소사실의 요지

피고인은 2007. 11. 19.경부터 2009. 10. 13.경까지 해군법무실 업무를 총괄하는 자로서 해군 법무관 출신 변호사 공소외 11로부터 변호사 업무관련 편의제공의 대가로 피고인의 자 공소외 15의 □□계좌(계좌번호 1 생략)로 2008. 10. 27. 100만원, 2008. 11. 28. 100만원 총 200만원의 뇌물을 수수하였다는 것이다.

(나) 원심판단의 요지

피고인은 2008. 12. 중순경 공소외 11과의 전화통화에서 공소외 11이 100만원을 사무실 회식비로 자신의 처에게 보내주었다는 사실을 알게 되어 즉시 반환의사를 표시하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 계좌이체를 할 수 없었던 사정이 인정되고, 당시 피고인의 직책이 해군 법무병과장으로서 해군참모총장의 중요참모이자 병과장으로서 쉽게 자리이동을 할 수 없는 상황이었으므로 공소외 11을 직접 만날 수 있는 가장 가까운 기회인 2009. 1. 10. 진해에서 열린 공소외 12 준위의 자제 결혼식에 참석하여 공소외 11에게 200만원을 인지시점으로부터 1개월이 채 지나지 않은 단기간에 돌려주었으므로 피고인에게는 위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심은 그 판시와 같은 법리와 증거판단을 토대로 이 사건 피고인이 변호사 업무관련 편의제공의 대가로 공소외 11로부터 총 200만원의 뇌물수수의 점에 대하여 무죄라고 판단하였는바(원심판결서 146쪽 내지 154쪽 참조), 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 살펴보면, ① 피고인의 처인 공소외 43이 변호사 공소외 11로부터 아들 공소외 15의 계좌로 각 100만원씩 2008. 10. 27.과 같은 해 11. 28.경을 전후하여 공소외 11 변호사의 장모인 공소외 44와 사무실 여직원 명의로 각 송금을 받은 점, ② 위 공소외 43은 공소외 11 변호사로부터 2008. 10. 27. 100만원을 송

금 받게 된 경위에 대하여 공소외 11 변호사로부터 2008. 10. 27. 송금 받기 하루 전에 한차례 전화를 받고 거절하였으나 그 후 다시 전화를 하여 연말이 다가 오니 자녀들 옷이나 식사라도 하라고 하면서 자녀 명의의 통장계좌번호를 알려 달라고 하여 이를 알려주게 되어 공소외 11 변호사가 아들 공소외 15 계좌로 송금하게 되어 수수하게 된 것이고, 두 번째 100만원은 공소외 11 변호사가 피고인에게 전달하여 회식비로 사용하게 하라는 의미로 송금한 것인데 남편(피고인)이 워낙에 바빠서 거의 집에는 자주 없었고, 자신도 어머니 병원 왔다 갔다 하느라고 바빠서 정신이 없어서 이야기를 하지 못했다고 진술한 점, ③ 피고인은 공소외 11 변호사가 같은 해 12. 중순경 전화를 걸어 위 2008. 11. 28.경 송금한 100만원으로 사무실 회식은 잘하였느냐고 물어보아서 이를 인지하게 되었고, 공소외 11 변호사에게 반환의사를 표시하고 계좌번호 불러달라고 하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 이에 피고인은 2009. 1. 10. 진해에서 있는 공소외 12의 아들 결혼식 때 오느냐 물어보았고, 이에 공소외 11 변호사가 간다고 말을 하였으며, 이후 자신의 처인 공소외 43에게 확인한 후 2008. 10. 27. 100만원 수수사실도 인지하게 되었으며, 당시 위 금원이 공소외 45 주식회사 주식을 매수하는데 사용된 사실을 알고, 그 돈을 그대로 빼서 반환하라고 피고인이 자신의 처인 공소외 43에게 화를 내었고, 이 후 피고인은 2009. 1. 10. 공소외 12 준위의 아들 결혼식 참석 후 진해의 중원로타리 해군사관학교 근처의 상호불상의 2층 커피숍에서 공소외 11을 만나 현금 봉투 2개로 200만원을 다시 돌려주었으며, 2009. 1. 23. 공소외 11에게 마음만은 고맙다는 내용의 편지를 해군달력과 함께 보내주었다고 진술한 점, ④ 공소외 11도 피고인으로부터 위와 같은 내용의 편지를 달력과 함께 받았다고 진술한 점, ⑤ 등기우편물 배달자료의 그 기재를 보면, 편지와 달력이 계룡시 남선면 부남리 소재 501군사 우체국에서 2009. 1. 23. 16:18경에 접수되어 영수증 번호가 각 (영수증번호 1 생략), (영수증번호 2 생략)으로 발행되어 발송되었으며, 피고인 작성의 편지, 문서정보 캡처화면, 디스켓의 각 기재 및 현존에 의하면 편지 내용은 피고인의 사무실 컴퓨터에 저장되어 있다가 다른 자료들과 함께 법무실장으로 보직해임된 후 2일 뒤인 2009. 10. 15.에 디스켓에 옮겨진 것으로 추정되며, 위 피고인 작성의 편지, 문서정보 캡처화면, 디스켓이 사후에 인위적으로 조작되었다는 증거가 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 피고인은 2008. 12. 중순경 공소외 11과의 전화통화에서 공소외 11이 100만원을 사무실 회식비로 자신의 처에게 보내주었다는 사실을 알게 되어 즉시 반환의사를 표시하였으나 공소외 11이 계좌번호를 알려주지 않아서 계좌이체를 할 수 없었던 사정이 인정되고, 공소외 11을 직접 만날 수 있는 가장 가까운 기회인 2009. 1. 10. 진해에서 열린 공소외 12 준위의 자제 결혼식에 참석하여 공소외 11에게 200만원을 인지시점으로부터 1개월이 채 지나지 않은 단기간에 돌려준 사실을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이와 같다면, 피고인이 이 사건 공소사실 부분 기재와 같이 피고인에게 위 금원의 수수사실을 인지한 시점에 뇌물수수의 영득의사가 없다고 판단한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검찰관이 지적하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않으므로, 검찰관의 이 부분 항소이유는 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원심판결 중 피고인의 유죄 부분에 대한 피고인의 일부 항소는 이유 있으므로 이 부분은 그대로 유지될 수 있는바, 원심이 이 부분 범죄사실과 당심이 유죄로 인정한 나머지 범죄사실을 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 하여 하나의 형을 선고하였으므로 원심판결 중 유죄 부분은 그 전부가 더 이상 유지될 수 없으므로 피고인과 검찰관의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 군사법원법 제431조, 제414조 11호에 의하여 유죄 부분에 대한 원심판결을 파기하고, 사건 제반기록에 의하여 본 군사법원이 자판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조

에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 직접 판결하며, 피고인의 무죄 부분에 대한 검찰관의 항소는 이유 없어 같은 법 제430조 제1항에 의하여 이를 기각한다.