

대 법 원

판 결

사 건 2009도6788 가. 건설산업기본법위반
나. 뇌물공여
다. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)
(일부 인정된 죄명 : 뇌물수수)

피 고 인 **피고인 1 외 4인**

상 고 인 **피고인 2, 피고인 4** 및 검사(피고인들에 대하여)

변 호 인 법무법인(유한) 태평양
담당변호사 나천수, 박정호, 강동욱, 송진욱(**피고인 1, 피고인 2, 피고인 5** 주식회사를 위하여)
법무법인 와이비엘
담당변호사 윤치영(**피고인 4**를 위하여)

원 심 판 결 서울고등법원 2009. 6. 26. 선고 2008노2778 판결

판 결 선 고 2012. 5. 17.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 건설산업기본법 위반의 점에 관한 검사의 상고이유에 대하여

가. 이 사건 법률의견서의 증거능력에 관한 법리오해의 점

(1) 형사소송법 제314조는 "제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다"라고 정함으로써, 원진술자 등의 진술에 의하여 진정성립이 증명되지 아니하는 전문증거에 대하여 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 사유로 '사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'를 들고 있다. 위 증거능력에 대한 예외사유로 1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 '사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때', 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 '사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'라고 각 규정한 것에 비하여 현행 형사소송법은 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하고 있는데, 이는 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 취지가 반영된 것이다.

한편 형사소송법은 누구든지 자기 또는 친족 등이 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려가 있는 증언을 거부할 수 있도록 하고(제148조), 또한 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 사람은 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거

부할 수 있도록 규정하여(제149조 본문), 증인에게 일정한 사유가 있는 경우 증언을 거부할 수 있는 권리를 보장하고 있다.

위와 같은 현행 형사소송법 제314조의 문언과 개정 취지, 증언거부권 관련 규정의 내용 등에 비추어 보면, 법정에 출석한 증인이 형사소송법 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 아니한다고 할 것이다.

(2) 원심은, **피고인 5 주식회사**(이하 '**피고인 5 회사**'라고 한다)가 판시 범무법인 소속 변호사로부터 법률자문을 받은 내용이 기재된 이 사건 법률의견서의 증거능력을 부정한 제1심의 판단을 그대로 유지하면서, 비록 현행법상 명문의 규정은 없으나 헌법 제12조 제4항에 의하여 인정되는 변호인의 조력을 받을 권리 중 하나로서 변호인과 의뢰인 사이에서 법률자문을 목적으로 비밀리에 이루어진 의사교환에 대하여 의뢰인은 그 공개를 거부할 수 있는 특권을 가진다고 전제하였다. 이에 따라 원심은, 이 사건 법률의견서는 법정에서 작성자인 변호사에 의하여 그 성립의 진정이 인정되지 아니한 이상 증거능력이 없을 뿐만 아니라, 그 성립의 진정이 인정된다고 하더라도 위 법리에 따라 압수절차의 위법 여부와 관계없이 변호인-의뢰인 특권에 의하여 의뢰인인 **피고인 5 회사** 및 **피고인 1**, **피고인 2**에 대한 범죄사실을 인정할 증거로 사용할 수 없다고 판단하였다.

(3) 헌법 제12조 제4항 본문은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다"라고 규정하고 있고, 이와 관련하여 형사소송법 제34조는 변호인 또는 변호인이 되려는 사람에 대하여 신체구속을 당한 피고인 또는 피의

자와 제한 없이 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있도록 허용하고 있다. 한편 형사소송법은 변호사 등이 그 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있고(제112조 본문, 제219조), 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있도록 규정하여(제149조 본문), 변호사와 의뢰인 사이의 법률자문 또는 법률상담의 비밀을 일정한 범위에서 보호하고 있다.

위와 같은 변호인의 조력을 받을 권리, 변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호 범위 등에 관한 헌법과 형사소송법 규정의 내용과 취지 등에 비추어 볼 때, 아직 수사나 공판 등 형사절차가 개시되지 아니하여 피의자 또는 피고인에 해당한다고 볼 수 없는 사람이 일상적 생활관계에서 변호사와 상담한 법률자문에 대하여도 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로서 그 비밀의 공개를 거부할 수 있는 의뢰인의 특권을 도출할 수 있다거나, 위 특권에 의하여 의뢰인의 동의가 없는 관련 압수물은 압수절차의 위법 여부와 관계없이 형사재판의 증거로 사용할 수 없다는 견해는 받아들일 수 없다고 하겠다. 원심이 이 사건 법률의견서의 증거능력을 부정하는 이유를 설시함에 있어 위와 같은 이른바 변호인-의뢰인 특권을 근거로 내세운 것은 적절하다고 할 수 없다.

(4) 그러나 원심이 이 사건 법률의견서의 증거능력을 부정하고 이를 증거로 채택하지 아니한 결론은 다음과 같은 이유에서 정당하다고 할 것이다.

압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건을 진술증거로 사용하는 경우 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되므로 형사소송법에 따라 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다(대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결, 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257

판결 등 참조).

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 이 사건 법률의견서는 판시 법무법인 소속 변호사가 작성한 후 전자우편으로 피고인 5 회사 측에 전송한 전자문서를 검사가 컴퓨터 등 디지털 저장매체의 압수를 통하여 취득한 다음 이를 출력하여 증거로 신청한 서류로서, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5 회사가 이를 증거로 함에 동의하지 아니한 사실, 위 변호사는 원심 제6회 공판기일에 증인으로 출석하였으나 증언하여야 할 내용이 피고인 5 회사로부터 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 타인의 비밀에 관한 것임을 소명한 후 재판장으로부터 증언을 거부할 수 있다는 설명을 듣고 증언을 거부한 사실을 알 수 있다.

위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 법률의견서는 압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건으로서 그 실질에 있어서 형사소송법 제313조 제1항에 규정된 '피고인 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류'에 해당한다고 할 것인데, 공판준비 또는 공판기일에서 그 작성자 또는 진술자인 위 변호사의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되지 아니하였으므로 위 규정에 의하여 이 사건 법률의견서의 증거능력을 인정할 수는 없다. 나아가 원심 공판기일에 출석한 위 변호사가 이 사건 법률의견서의 진정성립 등에 관하여 진술하지 아니한 것은 형사소송법 제149조에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사한 경우에 해당하므로, 앞서 본 법리에 따라 형사소송법 제314조에 의하여 이 사건 법률의견서의 증거능력을 인정할 수도 없다.

따라서 원심의 이유설시에 앞서 본 것과 같은 잘못이 있기는 하나 이 사건 법률의견서의 증거능력을 배척한 원심의 결론이 정당한 이상, 이로 인하여 판결 결과에 영향을

미쳤다고 할 수 없다. 이 부분 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

나. 증거채택에 관한 법령위반 및 채증법칙위반의 점

(1) 압수물인 디지털 저장매체로부터 출력한 문건을 증거로 사용하려면 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력한 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위하여는 디지털 저장매체 원본이 압수된 이후 문건 출력에 이르기까지 변경되지 아니하였음이 담보되어야 한다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결 등 참조).

기록에 의하면, 원심은, 검사가 증거로 신청한 회계자료, 품의서목록 등은 디지털 저장매체를 원본으로 하여 출력한 문건으로서 그 기재된 내용이 증거자료가 되는 증거서류, 즉 진술증거에 해당하는데, 디지털 저장매체 원본에 저장된 원래 내용과의 동일성이 인정되지 아니할 뿐만 아니라 형사소송법의 규정에 따라 그 성립의 진정함이 증명되지도 아니하였다는 등의 이유로 이를 증거로 채택하지 아니하였음을 알 수 있다.

앞서 본 법리에 비추어 보면 원심의 위와 같은 조치는 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 증거채택에 관한 법령위반의 잘못이 없다.

(2) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 **피고인 1**, **피고인 2**가 공소사실과 같은 건설산업기본법 위반의 범행에 가담하거나 공모하였음을 인정하기 어렵다고 판단하여 위 피고인들과 **피고인 5 회사**에 대한 이 부분 공소사실에 관하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

2. 장위1구역 재개발 관련 뇌물공여 및 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 위반(뇌

물)의 점에 관한 검사의 상고이유에 대하여

가. 기록에 의하면, 원심은, 검사가 이 부분 공소사실에 관하여 증거로 신청한 신규 시공권확보추진 현황, 집행품의 현황 등 디지털 저장매체로부터 출력한 문건에 대하여, 위 증거들은 진술증거로서 디지털 저장매체 원본에 저장된 원래 내용과의 동일성이 인정되지 아니하고 형사소송법의 규정에 따라 그 성립의 진정함이 증명되지도 아니하였다는 등의 이유에서 이를 증거로 채택하지 아니하였음을 알 수 있다.

앞서 본 법리에 비추어 보면 원심의 위와 같은 조치는 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 증거채택에 관한 법령위반의 잘못이 없다.

나. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 **피고인 1, 피고인 2, 피고인 3**이 공소사실과 같이 시공사 선정에 관한 청탁 명목으로 금원을 교부 또는 수수하였음을 인정하기 부족하다고 판단하여, 위 피고인들의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

3. 장위3구역 재개발 관련 뇌물공여 및 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 위반(뇌물)의 점에 관한 **피고인 2, 피고인 4**와 검사의 각 상고이유에 대하여

가. 공무원이 얻는 어떤 이익이 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익으로서 뇌물에 해당하는지 여부는 당해 공무원의 직무의 내용, 직무와 이익제공자와의 관계, 쌍방 간에 특수한 사적인 친분관계가 존재하는지의 여부, 이익의 다과, 이익을 수수한 경위와 시기 등의 제반 사정을 참작하여 결정하여야 한다. 이는 '도시 및 주거환경정비법'에

의하여 공무원으로 의제되는 정비사업전문관리업자의 임직원의 경우도 마찬가지이고, 이때 정비사업전문관리업자가 반드시 정비조합이나 조합설립추진위원회와 특정 재건축 또는 재개발 정비사업에 관하여 구체적인 업무위탁계약을 체결하고 그 직무에 관하여 이익을 취득하여야만 그 임직원이 얻는 어떤 이익이 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익으로서 뇌물에 해당하는 것은 아니다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도2590 판결 등 참조).

한편 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄는 공무원이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 때에 적용되는 것으로서, 공무원이 직접 뇌물을 받지 아니하고 증뢰자로 하여금 다른 사람에게 뇌물을 공여하도록 한 경우라 하더라도 그 다른 사람이 공무원의 사자 또는 대리인으로서 뇌물을 받은 경우 등과 같이 사회통념상 그 다른 사람이 뇌물을 받은 것을 공무원이 직접 받은 것과 같이 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄가 성립하고, 이러한 법리는 공무원으로 의제되는 정비사업전문관리업자의 임직원이 직무에 관하여 자신이 아닌 정비사업전문관리업자 등에게 뇌물을 공여하게 하는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2011도9585 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 그 채택증거에 의하여 **피고인 2**가 정비사업전문관리업자인 **공소외 1 주식회사**의 대표이사로서 공무원으로 의제되는 **피고인 4**에게 재개발공사 시공사 선정과 관련한 청탁을 하면서 그 대가로 3억 3천만 원의 자금을 위 회사에 1년간 무상으로 대여하여 그로 말미암은 금융이익 상당액을 제공한 사실을 인정하였다. 이어서 원심은, 그 판시와 같은 사정을 종합하여 위 회사에 위와 같은 재산상 이익을 제공한 것은 사회통념상 **피고인 4**에게 직접 이를 공여한 것과 같이 평가할 수

있다고 판단하여, **피고인 2**, **피고인 4**에 대하여 위 금융이익 상당액에 관한 뇌물공여 및 뇌물수수의 범죄사실을 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 **피고인 2**, **피고인 4**의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 뇌물수수죄의 주체 또는 직무관련성에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

나. 원심판결 이유에 의하면, 원심은, **피고인 1**, **피고인 2**, **피고인 4**가 위와 같은 청탁의 대가로 3억 3천만 원 전액을 뇌물로 공여하고 수수하였다는 이 부분 공소사실과 관련하여, 그 판시와 같은 사정을 들어 제1심판결이 **피고인 1**에 대하여는 검사가 제출한 증거만으로 위 범행의 공모 또는 가담사실을 인정하기 어렵다는 이유로 공소사실 전부에 대하여, **피고인 2**, **피고인 4**에 대하여는 반환의사 없이 위 금액을 주고받았음을 인정하기 어렵다는 이유로 위 금융이익 상당액의 뇌물을 초과하는 범위의 공소사실에 대하여 각 무죄라고 판단한 조치를 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 건설산업기본법 위반 부분 등에 대한 대법관 안대희의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치되었다.

5. 대법관 안대희의 반대의견은 다음과 같다.

가. 다수의견은, 이 사건 법률의견서는 그 실질에 있어 형사소송법 제313조 제1항의 전문증거로서 위 규정 또는 같은 법 제314조에 의하여 그 증거능력이 인정되지 아니하므로, 이 사건 법률의견서의 증거능력을 인정하지 아니한 원심의 결론이 정당하다고 한다. 그러나 다음에서 보는 바와 같이 이 사건 법률의견서의 증거능력을 배척한 원심의 판단은 위법하다고 할 것이므로, 다수의견에 동의할 수 없다.

(1) 먼저 다수의견이 이른바 변호인-의뢰인 특권을 내세워 이 사건 법률의견서의 증거능력을 배척한 원심의 설시내용이 적절하지 아니하다고 지적한 것은 타당하다. 형사소송절차에서의 증거사용의 범위와 제한의 문제는 원칙적으로 입법의 재량 또는 선택의 영역에 속하는 것으로서 이를 존중하여야 하는바, 법률의 규정에 의하지 않고 헌법으로부터 직접 증거사용을 제한하려는 시도는 가능한 지양하여야 할 것이다. 그리고 형사소송법 제112조, 제219조 등에 의하면, 변호사가 의뢰인과의 법률자문에 관하여 작성한 법률의견서 등을 의뢰인이 소지 또는 보관하는 경우 그에 대한 압수 또는 증거사용이 특별히 제한되지 아니함이 분명하다고 할 것이다.

(2) 그러나 다수의견이 이 사건 법률의견서를 형사소송법 제313조 제1항의 전문증거로 보고 그 증거능력이 인정되지 아니한다고 판단한 데 대해서는 다음과 같은 이유로 동의할 수 없다.

(가) 우선 이 사건 법률의견서가 형사소송법 제313조 제1항의 전문증거에 해당한다는 다수의견의 전제에 찬성할 수 없다는 뜻을 밝히고자 한다.

전문증거는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술로서(형사소송법 제310조의2), 원진술의 내용이 된 사실 자체의 존부가 요증사실을 이루는 증거를 의미

한다. 그러므로 형사소송법 제313조 제1항의 전문증거로서 '피고인이 아닌 자가 작성한 진술서'는 요증사실을 직접 체험한 사람이 그 내용을 기재한 서류를 말하고, 요증사실을 체험한 내용과 관계없이 단지 자기의 의견을 표명하는 것에 불과한 서면은 위 규정의 전문증거라고 볼 수 없어 전문증거법칙에 의하여 그 증거능력을 제한할 수 없다고 할 것이다.

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 이 사건 법률의견서는 피고인 5 회사 측의 자문의뢰에 따라 판시 법무법인 소속 변호사가 밝힌 법적 의견을 그 내용으로 하는 서면으로서, 작성자인 위 변호사가 요증사실을 직접 체험하여 그 내용을 기재한 서류가 아님을 알 수 있다. 그러므로 이 사건 법률의견서를 형사소송법 제313조 제1항 등의 전문증거로 보고 그 증거능력을 제한하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

(나) 설령 이 사건 법률의견서가 형사소송법 제313조 제1항의 전문증거에 해당한다고 보더라도, 다수의견의 해석론과 달리 같은 법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에는 그 서류의 작성자 또는 원진술자가 법정에 출석하여 증언거부권을 행사한 경우도 포함된다고 할 것이므로, 이 사건 법률의견서는 여전히 증거능력이 인정될 수 있다.

첫째, 형사소송법 제314조는 작성자 또는 원진술자의 법정진술에 의하여 진정성립이 증명되지 아니한 서류라도 일정한 경우 증거로 할 수 있도록 허용한 규정으로서, 전문증거의 증거능력을 지나치게 엄격하게 제한함으로써 형사소송의 지도이념인 실체적 진실발견을 방해하여서는 아니 된다는 데 그 목적과 취지가 있다. 따라서 위 규정의 '진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'라 함은 서류의 작성자 또는 원진술자가 공판준비 또는 공판기

일에 출석할 수 없는 경우는 물론이고 법정에서 출석하더라도 그로부터 해당 서류의 진정성립에 관한 진술을 들을 수 없는 경우도 널리 포함한다고 해석하여야 한다. 증인이 사망·질병·외국거주·소재불명 등인 때와 법정에서 출석한 증인이 증언거부권을 행사한 때는 모두 증거신청자인 검사의 책임 없이 해당 서류의 진정성립을 증명할 수 없게 된 경우로서 실체적 진실발견을 위하여 전문법칙의 예외를 인정할 필요성의 정도에서 차이가 없다.

그동안 대법원은 법정에서 출석한 증인이 증언거부권을 행사하여 증언을 거절한 경우는 형사소송법 제314조의 예외사유에 해당한다고 일관하여 왔는바(대법원 1992. 8. 14. 선고 92도1211 판결, 대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1244 판결, 대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도3619 판결 등), 이는 위 규정의 목적과 취지를 통찰한 해석론으로서 전적으로 타당하다. 다수의견은 구 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호 등으로 개정되기 전의 것)의 '기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'라는 문언과 달리 현행 형사소송법 제314조는 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'라고 규정함으로써 전문법칙의 예외사유를 더욱 엄격하게 제한하였다고 해석하나, 이는 법문의 정비 과정에서 나타난 일부 표현상의 차이에 불과할 뿐 실질적인 의미가 변경된 것으로 볼 수는 없다. 따라서 개정 전후의 사소한 표현상 차이를 이유로 종전의 판례와 전혀 다른 해석론을 펼치는 다수의견에는 찬성할 수 없다.

둘째, 변호사 등의 증언거부권을 규정한 형사소송법 제149조는 변호사 등의 비밀유지의무를 보장하기 위한 것으로서, 위 규정에 따라 변호사 등에게 업무를 위탁한 의뢰인의 비밀이 보호되는 측면이 있다고 하더라도 이는 변호사 등의 증언거부권 행사에 따른 간접적·부수적 효과임을 유의할 필요가 있다. 이 점은 변호사 등에게는 증언거

부의 권리가 있을 뿐 그 의무가 있다고 할 수는 없어, 증언거부권을 행사하지 않고 증언한 경우 그 진술의 증거능력에 아무런 문제가 없다는 데서도 알 수 있다. 따라서 다수의견이 형사소송법 제149조의 증언거부권 행사로써 변호사 등이 작성하거나 그 진술을 기재한 서류의 증거능력이 부정된다고 단정하는 것은 위 규정의 목적 또는 취지에 맞는 해석이라고 할 수 없다.

원심판결 이유에 의하면, 이 사건 법률의견서의 작성자인 변호사가 원심 공판기일에 증인으로 출석하였으나 그 진정성립 등에 관한 증언을 거부한 사실을 알 수 있는바, 원심으로서도 설령 이 사건 법률의견서가 형사소송법 제313조 제1항의 전문증거에 해당하고 위 규정에 의하여 그 진정성립이 증명되지 아니한다고 하더라도 그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌는지를 살펴 같은 법 제314조에 의하여 이를 증거로 할 수 있는지를 더 심리·판단하였어야 할 것이다.

나. 그러므로 원심으로서도 이 사건 법률의견서를 증거로 할 수 있는지 더 심리하여 증거능력이 인정되는 경우 이를 증거로 채택한 후 그 증거조사결과도 종합하여 이 부분 공소사실의 인정 여부를 판단하였어야 한다. 그럼에도 원심은 이러한 심리·판단에 이르지 아니한 채 이 사건 법률의견서의 증거능력을 배척하고 나머지 증거들만으로 이 부분 공소사실을 인정하기 어렵다는 이유로 이에 대하여 무죄를 선고한 제1심을 유지하였으니, 위와 같은 원심의 판단에는 이 사건 법률의견서의 증거능력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

따라서 원심판결 중 건설산업기본법 위반 부분은 이에 대한 검사의 나머지 상고이유를 더 살필 필요 없이 파기되어야 하고, 또한 피고인 2의 피고인 4에 대한 뇌물공여

부분은 위 피고인의 건설산업기본법 위반 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있으므로 함께 파기되어야 할 것이다.

다. 한편 상고이유로 주장된 것은 아니지만, **공소외 2**, **공소외 3**에 대한 각 검찰 진술조서의 증거능력에 관한 원심의 판단에 대해서도 아래와 같이 의견을 밝히고자 한다.

원심은, 위 각 진술조서는 수사기관이 이 사건 법률의견서의 내용을 확인한 후 그 작성 경위와 기재 내용에 관하여 신문한 것으로서 변호인-의뢰인 특권을 인정하는 취지에 비추어 이 역시 증거로 할 수 없다고 판단하였다.

그러나 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률의견서의 증거능력을 부정하는 것은 타당하지 아니하고, 설령 다수의견과 같이 전문증거법칙에 의하여 그 증거능력이 제한된다고 하더라도 이는 판사가 발부한 압수수색영장에 의하여 수사기관이 적법한 절차에 따라 그 내용을 취득한 것으로서 위법하게 수집한 증거에 해당한다고 볼 여지는 없다고 할 것이다. 그럼에도 원심은 위 각 진술조서가 이 사건 법률의견서의 작성 경위 등을 내용으로 한다는 이유만으로 곧바로 그 증거능력을 부정하였는바, 이러한 원심의 조치는 적법하게 압수한 물건에 대한 수사기관의 정당한 신문까지 근거 없이 제한하는 결과가 되어 타당하다고 할 수 없다.

그러므로 사건이 파기환송될 경우 원심으로서는 위 각 진술조서의 증거능력에 대해서도 다시 심리·판단하여야 한다는 점을 지적하고자 한다.

이상과 같이 다수의견에 대하여 반대하는 취지를 밝힌다.

재판장 대법원장 양승태 _____

 대법관 박일환 _____

 대법관 김능환 _____

 대법관 전수안 _____

 대법관 안대희 _____

주 심 대법관 양창수 _____

 대법관 신영철 _____

 대법관 민일영 _____

 대법관 이인복 _____

 대법관 이상훈 _____

 대법관 박병대 _____

대법관 김용덕 _____

대법관 박보영 _____