

## 대 법 원

### 제 3 부

### 판 결

사 건 2011도6035 가. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)  
나. 제3자뇌물수수

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인 및 검사

변 호 인 법무법인(유한) 바른 외 1인

원 심 판 결 서울고등법원 2011. 4. 28. 선고 2010노3399 판결

판 결 선 고 2014. 8. 26.

### 주 문

원심판결 중 유죄 부분 및 20억 원 뇌물약속으로 인한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 점에 관한 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.  
나머지 무죄 부분에 관한 검사의 상고를 기각한다.

### 이 유

상고이유에 대하여 판단한다.

#### 1. 피고인의 상고이유에 대한 판단

가. 공소권 남용에 관한 상고이유에 대하여

원심은 채택 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실과 사정을 인정한 다음, 검사의 이 사건 공소제기가 어떠한 악의적 의도에 의한 것으로서 그 소추재량권을 현저히 일탈했다고 볼 수 없어 공소권 남용에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 공소권 남용에 관한 법리를 오해한 위법은 없다.

나. 공소외 1 주식회사 시행 아파트 건설사업 관련 공소사실에 관한 상고이유에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지는 다음과 같다.

피고인은 ○○시장으로서, 2006년 9월경부터 같은 해 12월경까지 사이에 ○○시에서 아파트 건설사업을 추진하던 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라고 한다)의 전무 공소외 2로부터 도시계획심의 등 행정절차를 원활하게 진행시켜 달라는 청탁을 받게 되자, 이를 기회로 자신과 친분이 있는 공소외 3이 운영하는 공소외 4 주식회사(이하 '공소외 4 회사'라고 한다)에게 공소외 1 회사에서 발주하는 아파트 기반시설공사 중 토목공사를 도급해 달라고 부탁하고, 위 공사에 관한 공사대금을 과다 계상하는 방법으로 20억 원을 조성하여 공소외 3을 통해 전달받기로 약속하였다. 공소외 2는 피고인과 사이에 2008년 12월경 위와 같은 약속을 재차 확인한 다음, 2009. 5. 8. 공소외 1 회사와 공소외 4 회사 사이에 아파트 기반시설공사 중 도로공사에 관하여 공사대금 137억 9,400만 원(과다 계상된 20억 원 포함)의 도급계약이 체결되게 하였다. 이로써 피고인은 공소외 2로부터 부정한 청탁을 받고 그 대가로 공소외 2로 하여금 공소외 4 회사에게 실제 공사대금 117억 9,400만 원 상당의 도로공사를 수주하는 재산상 이익을 공여하게 하였다. 한편 피고인은 위 도급계약 체결 전인 2008년 3월 내지 4월경 공소

외 5를 통하여 3회에 걸쳐 합계 1억 원의 뇌물을 수수하였고, 위 도급계약 체결 후인 2009. 8. 16.경 공소외 2가 공소외 3에게 공사기성금으로 지급한 돈 중 1억 원을 공소외 6, 공소외 7을 통하여 전달받아 뇌물을 수수하였다. 또한 피고인은 공소외 2로부터 위와 같이 부정한 청탁을 받고 그를 통해 위 아파트 건설사업의 시공사인 공소외 8 주식회사로 하여금 피고인과 친분관계에 있는 공소외 9에게 현장식당 운영권을 부여하게 함으로써 그에 상당한 재산상 이익을 공소외 9에게 공여하게 하였다.

(2) 이에 대하여 제1심은 공소외 2, 공소외 3, 공소외 6의 진술 등을 주된 증거로 삼아 위 공소사실을 모두 유죄로 인정하였는데, 원심은 공소외 2의 진술이 기재된 검사 작성 피의자신문조서 등과 공소외 2가 다른 사람과의 대화내용을 녹음한 음성파일의 증거능력을 다투는 피고인의 주장을 배척하여 일단 그 증거능력을 인정한 다음, 공소외 2 등의 진술 중 2006년 9월경부터 같은 해 12월경까지 사이에 이미 뇌물 20억 원을 공소사실과 같은 방법으로 수수하기로 피고인과 약속하였다는 점에 부합하는 부분은 신빙성이 없고 이를 인정할 다른 증거도 없다고 보아 이 부분 뇌물수수 약속의 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하였다. 그러나 공소외 2의 나머지 진술과 그 외 공소외 3, 공소외 6 등의 진술에 의하면 적어도 2007년 하반기에는 피고인과 공소외 2 사이에 20억 원의 뇌물수수에 관한 약속이 이루어졌고 피고인이 그러한 약속을 기초로 2008년 3월 내지 4월과 2009년 8월경 2회에 걸쳐 2억 원의 뇌물을 수수한 사실은 인정된다고 판단하여 이를 유죄로 인정한 제1심판결을 유지하였다. 아울러 피고인이 공소외 2로부터 위 아파트 건설사업과 관련하여 부정한 청탁을 받고 그 대가로 공소외 4 회사로 하여금 위 도로공사를 수주할 수 있게 하고, 공소외 9가 현장식당 운영권을 얻게 하였다는 공소사실에 관하여도 공소외 2, 공소외 3, 공소외 6 등의 진술

을 신빙하여 이를 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

(3) 그러나 이러한 원심의 판단은 그대로 수긍할 수 없다.

(가) 검사가 작성한 공소외 2에 대한 제3회 이후 피의자신문조서의 증거능력

형사소송법(이하 '법'이라 한다)은 제312조 제4항에서 "검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다."라고 규정하는 한편, 제314조에서는 "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 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다."라고 규정하고 있다.

이는 형사소송에서 헌법이 요구하는 적법절차의 원칙을 구현하기 위하여 사건의 실체에 대한 심증 형성은 법관의 면전에서 본래 증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙을 기본원리로서 채택하면서도, 원진술자의 사망 등으로 위 원칙을 관철할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 '그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때', 즉 그 진술의 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없고

그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 증명된 때에 한하여 예외적으로 증거능력을 인정하고자 하는 취지라고 할 것이다. 그러므로 법원이 법 제314조에 따라 증거능력을 인정하기 위하여는 단순히 그 진술이나 조서의 작성과정에 뚜렷한 절차적 위법이 보이지 않는다거나 진술의 임의성을 의심할 만한 구체적 사정이 없다는 것만으로는 부족하고, 이를 넘어 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 굳이 거치지 않더라도 진술의 신빙성과 임의성을 충분히 담보할 수 있는 구체적이고 외부적인 정황이 있어 그에 기초하여 법원이 유죄의 심증을 형성하더라도 증거재판주의의 원칙에 어긋나지 않는다고 평가할 수 있는 정도에 이르러야 할 것이다(대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도5561 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010도12 판결 등 참조).

이 사건에서 피고인에 대한 뇌물 제공의 약속을 하고 실제로 피고인에게 일부 뇌물을 공여하였으며 피고인의 지시나 요구에 따라 제3자에게 뇌물을 공여하였다고 하는 공소외 2는 검찰에서 수사가 진행되던 2009. 11. 13. 피고인과의 대질신문 도중 쓰러져 결국 사망하였다. 검찰은 전체 피의자신문 중 공소외 2가 피고인에 대한 뇌물 제공 등을 시인하기 시작한 제3회 피의자신문 당시에만 영상녹화를 실시하였다면서 그 영상녹화물을 제출하였는데, 피고인과 변호인은 제3회 피의자신문조서의 내용과 해당 영상녹화물의 내용이 일치하지 않음을 지적하면서 위 피의자신문조서가 사후에 공소사실에 맞추어 고쳐졌을 가능성 등을 제기하고 위 피의자신문조서와 거기에서 진술내용에 기초하여 받은 후속 피의자신문조서의 증거능력이 부인되어야 한다고 주장하였다.

이에 원심은 그 영상녹화물에 대한 검증 결과와 제3회 피의자신문조서에 편철된 수사과정확인서를 통하여, 검사가 공소외 2에 대하여 2009. 10. 15. 16:48경부터 제3회

피의자신문을 시작하면서 그 조사 과정을 영상녹화한 사실, 검사는 같은 날 18:26경 조사 및 영상녹화를 종료하면서 참여 수사관에게 조서를 정리하여 출력하라고 지시한 사실, 저녁식사 후인 같은 날 20:30경부터 21:25경까지 조서 열람이 이루어진 사실, 위와 같은 조사 및 열람 과정을 통해 작성된 피의자신문조서에는 영상녹화가 이루어질 당시 공소외 2가 진술하였던 내용 중 그 조서에 기재된 내용과 다른 취지의 일부 진술이 누락되어 있거나 반대로 영상녹화물에는 나타나지 않는 내용이 위 피의자신문조서 해당 부분 문답에 공소외 2의 진술로서 기재되어 있는 사실 등을 확인하였다. 그럼에도 원심은 공소외 2가 제3회 피의자신문조서를 열람한 후 자필로 서명하고 무인하였으며, 그 이후 이루어진 조사 과정에서 제3회 피의자신문조서에 기재된 진술을 대체로 유지한 점 등을 들어, 공소외 2가 저녁식사를 마치고 조서를 열람하는 과정에서 일부 진술을 번복하거나 추가하였고 이를 반영하여 최종적으로 제3회 피의자신문조서를 정리·작성한 후 공소외 2의 서명·무인을 받았다는 검사의 주장을 수긍할 수 있고, 진술자가 조서를 열람하는 과정에서 자신의 진술을 일부 번복하거나 추가하는 경우 조사자가 이를 조서에 반영하거나 그 반영 과정에서 추가적인 수사를 하는 것이 법상 허용되지 않는 조사방식이라고 보기는 어려우며, 조서는 진술자의 진술내용을 빠짐없이 모두 기재하는 것이 아니라 그 요지를 기재하는 것으로 진술자가 자신의 종전 진술을 번복하는 경우 그와 같은 진술의 번복 과정을 조서에 기재하지 않았다고 하여 그 이유만으로 수사 자체가 위법하다고 단정할 수 없다는 등의 이유로 그 증거능력을 부정할 수는 없다고 판단하였다.

그러나 원심이 전제하는 바와 같이 조서라는 것이 진술자의 진술내용을 빠짐없이 모두 기재하는 것은 아니라고 하더라도 적어도 그 진술의 내용이 조사자의 의도에 맞추

어 임의로 삭제·가감됨으로써 진술의 취지가 변경·왜곡되어서는 아니될 것이다. 그런데 원심판결의 이유와 기록에 의하면 위 제3회 피의자신문조서에서는 '2006. 10.경 전국체전 당시 숙소에서 혼자 10억, 20억 고민하다 20억 주기로 결심하고, 다음날 공소외 5에게 20억 제안하고, 그 후 공소외 5에게 보고 여부 확인 했다', '공소외 3이 20억 당좌수표로 달라. 그러면 분양승인 도와주겠다고 했다', '피고인이 843만 원에 승인 하겠다고 했다'는 등 공소외 2가 피고인에 대한 뇌물액수를 20억 원으로 정한 시기, 뇌물약속을 제안한 상대방, 뇌물약속의 이행방법, 뇌물약속으로 받을 특혜의 내용으로서 피고인에 대한 공소사실을 유죄로 인정하기 위한 구성요건적 사실이나 핵심적 정황에 관한 사실들이 기재되어 있으나, 그 영상녹화물에는 위와 같은 진술이 없거나 그 내용이 다른 사실을 알 수 있는바, 이처럼 영상녹화물에 나타난 공소외 2의 진술내용과 그에 대응하는 피의자신문조서의 기재 사이에 위와 같은 정도의 차이가 있다면 다른 특별한 사정이 없는 한 그 진술의 내용이나 조서의 작성이 법 제314조에서 말하는 '특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때'에 해당한다고 볼 수는 없다.

뿐만 아니라 피의자신문조서의 작성에 관한 법 제244조 제2항은 "제1항의 조서는 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려주어야 하며, 진술한 대로 기재되지 아니하였거나 사실과 다른 부분의 유무를 물어 피의자가 증감 또는 변경의 청구 등 이의를 제기하거나 의견을 진술한 때에는 이를 조서에 추가로 기재하여야 한다. 이 경우 피의자가 이의를 제기하였던 부분은 읽을 수 있도록 남겨두어야 한다."고 규정하고 있는데, 피의자신문조서와 영상녹화물 사이에 이 부분 구성요건적 사실이나 핵심적 정황에 관하여 위와 같은 정도의 차이가 있음에도 불구하고, 그 피의자신문조서는 마치 공소외 2가 처음부터 이 부분 공소사실에 완전히 부합하는 진술을 한 것처럼 작성되어 있으므로, 이

러한 사정에 비추어 보더라도 그 진술의 내용이나 조서의 작성이 '특히 신빙할 수 있는 상태 하에서' 이루어졌다고 보기는 어렵다.

그리고 공소외 2는 제3회 피의자신문에서 이루어진 진술을 토대로 진행된 이후의 피의자신문 과정에서 그 진술 내용을 대체로 유지하였는데, 위에서 본 바와 같이 유일하게 영상녹화물이 존재하는 제3회 피의자신문조서에 기재된 진술 및 그 조서의 작성조차 '특히 신빙할 수 있는 상태 하에서' 행하여졌다는 점에 관한 증거가 있다고 보기 어려운 상황에서, 공소외 2의 진술 중 이 사건 공소사실의 기초를 이루는 범행계획에 관한 부분인 2006년 9월경부터 같은 해 12월경까지 사이에 피고인과 공소외 2 사이에 뇌물 20억 원을 공소사실과 같은 방법으로 수수하기로 의사의 합치가 이루어졌다는 점은 원심의 판단에 의하더라도 그 판시에서 지적하는 바와 같이 객관적 정황과 맞지 아니하여 신빙성이 없다는 것이며, 여기에 공소외 2가 방광암 말기의 질환을 가진 환자로서 구속된 상태에서 그 자신에 대한 업무상횡령 등과 피고인에 대한 뇌물공여 등의 혐의와 관련하여 2009. 10. 13.부터 2009. 11. 12.까지 약 1개월 동안 19차례 소환되어 11차례의 야간조사를 포함한 총 15차례에 걸친 피의자신문을 받고 결국 그 수사과정에서 사망에 이른 점 등 기록에 나타난 여러 사정까지 보태어 보면, 공소외 2에 대한 제3회 피의자신문 후에 이루어진 같은 취지의 제4회 이후의 피의자신문조서들에 대하여 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 거치지 않더라도 진술의 신빙성과 임의성을 충분히 담보할 수 있는 구체적이고 외부적인 정황이 존재하여 그에 기초하여 법원이 유죄의 심증을 형성하더라도 증거재판주의의 원칙에 어긋나지 않는다고 평가하기는 어렵다.

따라서 검사가 작성한 공소외 2에 대한 제3회 피의자신문조서와 그 후의 피의자신문



조서들은 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되었다고 보기 어려워 이를 증거로 삼을 수 없으므로, 그 증거능력을 인정한 원심 판단에는 법 제 314조에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(나) 공소외 2가 타인과의 대화를 녹음한 음성파일의 증거능력

녹음테이프는 그 성질상 작성자나 진술자의 서명이나 날인이 없을 뿐만 아니라 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 그 내용이 편집·조작될 위험이 있으므로, 그 대화 내용을 녹음한 원본이거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야만 하고, 그러한 증거가 없는 경우에는 쉽게 그 증거능력을 인정할 수 없으며, 녹음테이프에 수록된 대화내용이 이를 풀어쓴 녹취록의 기재와 일치한다거나 녹음테이프의 대화내용이 중단되었다고 볼 만한 사정이 없다는 점만으로는 위와 같은 증거가 있다고 할 수 없다(대법원 2008. 12. 24. 선고 2008도9414 판결 등 참조).

검사가 제출한 공소외 2와 공소외 5, 공소외 3, 공소외 10 등 사이의 대화내용이 녹음된 음성파일(이하 '이 사건 녹음파일'이라 한다)은 공소외 2가 휴대용 녹음장치로 녹음한 음성파일을 범용직렬버스(USB) 저장장치에 복사한 사본이라는 것인데, 기록을 살펴봐도 이 사건 녹음파일이 원본의 복사과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임을 인정할 수 있는 근거가 없다.

따라서 앞서 본 법리에 비추어 이 사건 녹음파일은 그 증거능력을 인정하기 어렵다고 할 것인데, 원심은 그 판시와 같은 사정만으로 증거능력을 인정하여 이를 유죄의 증거로 채택하였으므로, 이러한 원심의 판단에는 녹음파일의 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(다) 검사가 작성한 공소외 7에 대한 피의자신문조서들의 증거능력

한편 피고인은 검사가 작성한 공소외 7에 대한 피의자신문조서들의 증거능력에 관하여도 다투고 있다.

기록에 의하면, 공소외 7이 2009. 11. 2. 22:00경 긴급체포되어 조사를 받고 구속영장이 청구되지 아니하여 2009. 11. 4. 20:10경 석방되었음에도 검사가 그로부터 30일 이내에 법 제200조의4에 따른 석방통지를 법원에 하지 아니한 사실을 알 수 있으나, 공소외 7에 대한 긴급체포 당시의 상황과 경위, 긴급체포 후 조사 과정 등에 특별한 위법이 있다고 볼 수 없는 이상, 단지 사후에 석방통지가 법에 따라 이루어지지 않았다는 사정만으로 그 긴급체포에 의한 유치 중에 작성된 공소외 7에 대한 피의자신문조서들의 작성이 소급하여 위법하게 된다고 볼 수는 없다.

같은 취지에서 공소외 7에 대한 위 피의자신문조서들의 증거능력을 인정한 원심의 판단에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 석방통지와 피의자신문조서의 증거능력 등에 관한 법리오해의 위법은 없다.

(4) 위와 같이 공소외 2에 대한 제3회 이후 피의자신문조서들과 이 사건 녹음파일은 증거능력이 없음에도 원심은 그 판시와 같은 이유로 그 증거능력을 인정하고 이를 유력한 증거로 채택하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였는데, 증거능력이 없는 위 증거들을 배제하고 공소외 3, 공소외 6의 진술 등 나머지 증거들만으로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분하다고 단정하기는 어려우므로, 결국 이 부분에 관한 원심판결에는 형사소송법 제314조와 녹음파일의 증거능력 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장에는 정당한 이유가 있다.

다. 공소외 11 및 공소외 12 주식회사에 대한 제3자 뇌물수수의 점에 관한 상고이유에 대하여

원심판결의 이유를 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 이 부분 각 공소사실을 유죄로 인정한 것은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 있다고 할 수 없다.

## 2. 검사의 상고이유에 대한 판단

원심판결의 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건 공소사실 중 20억 원 뇌물약속으로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)의 점 및 3,000만 원 뇌물수수로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)의 점에 대하여 그 판시와 같은 이유로 범죄의 증명이 없다고 보아 각 무죄로 판단한 것은 정당하여 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

## 3. 결론

이러한 이유로 원심판결 중 공소외 5, 공소외 6을 통한 각 1억 원 뇌물수수로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물) 부분과 공소외 4 회사, 공소외 9에 대한 각 제3자 뇌물수수 부분은 파기되어야 하고, 파기되는 위 유죄 부분의 범죄사실과 원심이 적법하게 유죄로 인정한 공소외 11 및 공소외 12 주식회사에 대한 각 제3자 뇌물수수의 범죄사실은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 1개의 형이 선고되었으므로, 결국 원심판결 중 유죄 부분은 그 전부를 파기할 수밖에 없다.

한편 원심판결 중 20억 원 뇌물약속으로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위

반(뇌물)의 점에 관한 무죄 부분은 위와 같이 파기되는 유죄 부분 중 공소외 5, 공소외 6을 통한 각 1억 원 뇌물수수로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)의 점과 포괄일죄의 관계에 있으므로 함께 파기되어야 한다.

그러므로 피고인의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결 중 유죄 부분 및 20억 원 뇌물약속으로 인한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)의 점에 관한 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 나머지 무죄 부분에 관한 검사의 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      김   신   \_\_\_\_\_

                 대법관      민일영   \_\_\_\_\_

주   심      대법관      이인복   \_\_\_\_\_

                 대법관      박보영   \_\_\_\_\_