

# 대법원 2018도2236 직권남용권리행사방해 등 보도자료 - 김기춘 등 '블랙리스트' 사건

대법원 공보연구관실(02-3480-1895)

대법원(재판장 대법원장 김명수, 주심 대법관 안철상)은 2020. 1. 30. 피고인 김기춘 등에 대한 직권남용권리행사방해 등 사건에서 아래와 같이 판단하여, 원심판결을 법리오해·심리미진 취지로 파기환송(일부 상고기각 있음)하는 전원합의체 판결을 선고하였음(대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결)

- [직권남용권리행사방해] 직권남용권리행사방해죄의 범죄구성요건, 특히 그 중 '의무 없는 일을 하게 한 때' 요건의 해석에 관하여 구체적인 법리를 판시함. ① 피고인들의 지원배제 지시는 '직권을 남용'한 경우에 해당함. ② 그에 따라 한국문화예술위원회, 영화진흥위원회, 한국출판문화산업진흥원 소속 직원들이 한 행위들 중, (i) 법령에서 정한 직무범위를 벗어나거나, 법령에서 정한 의무에 위배되는 행위를 하게 한 부분에 관하여 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 인정한 원심의 유죄 판단에는 잘못이 없으나, (ii) 각종 명단을 송부하게 한 행위, 공모사업 진행 중 수시로 심의 진행 상황을 보고하게 한 행위 부분에 관하여도 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 인정한 원심의 유죄 판단에는 법리오해와 심리미진의 잘못이 있음. ③ 한편, 원심의 죄수 판단에는 포괄일죄와 공동정범에 관한 법리오해와 심리미진의 잘못이 있음

- [강요] 원심의 무죄 판단에 법리오해 등의 잘못이 없음

- [국회증언감정법위반] 원심의 유죄/무죄 판단에 법리오해 등의 잘못이 없음

이러한 다수의견에 대하여, 증거능력에 관한 대법관 조희대(1명)의 제1별개의견, 직권남용권리행사방해죄에 관한 대법관 박상옥(1명)의 제2별개의견, 강요죄에 관한 대법관 박정화, 민유숙, 김선수, 김상환(4명)의 반대의견이 있고,

다수의견에 대한 대법관 박정화, 민유숙, 김선수, 김상환의 제1보충의견(4명)과 대법관 안철상, 노정희의 제2보충의견(2명)이 있음

※ 같은 날 피고인 김기춘의 위헌법률심판제청 신청도 기각함(대법원 2019초기925)

## I. 사안의 개요: 공소사실의 요지

### ※ 피고인들에 대한 기소범위

- 특별검사는 피고인들 전부에 대하여 직권남용권리행사방해죄와 강요죄로 기소하였음. 다만 피고인들의 가담여부에 따라 피고인들이 기소된 공소사실의 범위에는 일부 차이가 있음
- 피고인 김기춘, 조윤선, 김종덕, 정관주에 대하여만 국회증언감정법 위반죄로 기소하였음

### 1. 피고인들의 직위

#### ▣ 박근혜 전 대통령이 재직할 당시 피고인들의 직위는 아래와 같음<sup>1)</sup>

- 피고인 김기춘: 대통령비서실장(이하 '비서실장')
- 피고인 조윤선: 정무수석비서관(이하 '정무수석')
- 피고인 김상률: 교육문화수석비서관(이하 '교문수석')
- 피고인 김소영: 교문수석 산하 문화체육비서관
- 피고인 김종덕: 문화체육관광부(이하 '문체부') 장관
- 피고인 신동철: 정무수석 산하 국민소통비서관, 정무비서관
- 피고인 정관주: 국민소통비서관(피고인 신동철의 후임)

### 2. 직권남용권리행사방해

#### ▣ 직권의 남용

- 피고인 김기춘은 '문화예술계가 좌편향 되어 있어 이에 대한 시정이 필요하다'는 박근혜 전 대통령의 뜻에 따라, 청와대 정무수석실과 교문수석실 등 수석비서관실과 문체부에, 문화예술진흥기금(이하 '문예기금') 등 정부의 지원을 신청한 개인·단체의 이념적 성향이나 정치적 견해 등을 이유로, 한국문화예술위원회·영화진흥위원회·한국출판문화산업진흥원(이하 '예술위', '영진위', '출판진흥원')이 수행하는 각종 사업에서 이른바 좌파 등에 대한 지원배제, 예술위 책임심의위원 선정과정 개입을 지시하

1) 더 자세한 사항은 1심, 2심 보도자료 참조

였음. 또한 정부를 비판하거나 정부의 견해에 의문을 제기하는 영화를 상영한 영화제나 영화관에 대한 지원 배제를 지시하였음

- 피고인 조윤선, 김상률, 김소영, 김종덕, 신동철, 정관주는 위와 같은 지원 배제 행위에 가담하였음
- 이러한 지원배제 지시는 청와대에서 문체부 공무원을 통하여 예술위·영진위·출판진흥원에 하달되어 실제로 구체적인 지원배제 조치가 실행되었음

■ 의무 없는 일을 하게 한 때

- 피고인들은 문체부 공무원과 공모하여 지원배제를 지시하여 예술위·영진위·출판진흥원 소속 직원들로 하여금,
- ① 각종 명단을 송부하는 행위, 공모사업 진행 중 수시로 심의 진행 상황을 보고하는 행위를 하게 하고, → 이하 '① 부분'
- ② 예술위원장·예술위원에게 배제지시를 전달하는 행위, 지원배제 방침이 관철될 때까지 사업진행 절차를 중단하는 행위, 지원배제 대상자에게 불리한 사정을 부각시켜 심의위원에게 전달하는 행위, 지원배제 방침을 심의위원에게 전달하는 행위, 지원배제 업무에 용이하도록 심의위원을 구성하는 행위, 배제대상자를 안건에서 제외하여 심의위원에게 전달하는 행위, 위원회 전체회의 심사를 보류하는 행위, 지원배제를 위한 명분을 발굴하는 행위, 지원배제를 위해 새로운 기준을 발굴하고 이를 적용하기 위하여 사업을 재공고하는 행위, 심의위원에게 의견을 제시하는 행위, 지시에 따라 지원금 삭감 의안을 상정하는 행위, 상영불가 통보 행위 등을 하게 하였음 → 이하 '② 부분'

### 3. 개요

- 피고인들은 문체부 공무원과 공모하여 예술위·영진위·출판진흥원 소속 직원들을 협박하여 위와 같이 직원들로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였음

- 피고인들의 구체적 행위는 직권남용권리행사방해죄와 동일함
- 특별검사는 피고인들의 행위를 직권남용권리행사방해죄와 강요죄의 상상적 경합범으로 기소하였음

#### 4. 국회증언감정법(‘국회에서의 증언·감정에 관한 법률’) 위반

- ▣ 피고인 김기춘, 김종덕은 박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹사건 진상규명을 위한 국정조사 청문회에서 각 위증하였음
- ▣ 피고인 조윤선, 정관주는 국회 교육문화관광위원회 국정감사, 박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹사건 진상규명을 위한 국정조사 청문회에서 각 위증하였음

## II. 소송 경과

### 1. 제1심

#### 가. 직권남용권리행사방해

- ▣ 피고인 조윤선을 제외한 나머지 피고인들: 일부 유죄, 일부 무죄
- ▣ 피고인 조윤선: 전부 무죄

#### 나. 강요

- ▣ 피고인들: 전부 무죄

#### 다. 국회증언감정법 위반

- ▣ 피고인 김기춘, 정관주: 전부 유죄
- ▣ 피고인 조윤선, 김종덕: 일부 유죄, 일부 무죄

피고인	김기춘	조윤선	김상률	김소영	김종덕	신동철	정관주
주문	3년 /일부 무죄	1년, 집유 2년 /일부 무죄	1년6월	1년6월, 집유 2년	2년 /일부 무죄	1년6월	1년6월

## 2. 원심

### 가. 직권남용권리행사방해

- ▣ 피고인들: 일부 유죄, 일부 무죄 (1심보다 유죄 늘어남, 대부분 유죄)

### 나. 강요

- ▣ 피고인들 : 전부 무죄

### 다. 국회증언감정법 위반

- ▣ 피고인 김기춘, 조윤선, 정관주: 전부 유죄
- ▣ 피고인 김종덕: 일부 유죄, 일부 무죄

피고인	김기춘	조윤선	김상률	김소영	김종덕	신동철	정관주
주문	4년	2년 /일부 무죄	1년6월	1년6월, 집유 2년	2년 /일부 무죄	1년6월 /일부 무죄	1년 6월

## Ⅲ. 상고심의 쟁점

### 1. 주요 쟁점

- ▣ 피고인들의 지원배제 지시가 '직권을 남용'한 것인지, 피고인들의 지원배제 지시로 인하여 예술위·영진위·출판진흥원 소속 직원들이 한 행위가 직권 남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일'에 해당하는지 여부

## 2. 법률 규정

### ▣ 직권남용권리행사방해죄 (형법 제123조)

공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리 행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

### ▣ 강요죄 (형법 제324조 제1항)

폭행 또는 협박으로 사람의 권리 행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

### ▣ 국회증언감정법 위반죄 (제14조 제1항)

이 법에 따라 선서한 증인 또는 감정인이 허위의 진술(서면답변을 포함한다)이나 감정을 하였을 때에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. 다만 범죄가 발각되기 전에 자백하였을 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

## IV. 대법원의 판단<sup>2)3)</sup>

### 1. 직권남용권리행사방해 ⇒ 파기환송

#### 가. 다수의견 (11명) : 일부 유죄 수긍, 일부 법리오해·심리미진 파기

▣ [직권의 남용] 피고인들이 문체부 공무원을 통하여 예술위·영진위·출판진흥원 소속 직원들에게 지원배제를 지시한 것은 박근혜 전 대통령과 공모하여 대통령, 비서실장, 정무수석, 교문수석, 문체부 장관 등의 **직권을 남용한 것에 해당함**

- 원심은 피고인들이 박근혜 정부에서 비서실장, 정무수석, 문체부 장관 등으로서 박근혜 전 대통령의 뜻에 따라 문화예술진흥기금 등 정부의 지원을 신청한 개인 또는 단체의 이념적 성향이나 정치적 견해 등을 이유로 예술위·영진위·출판진흥원이 수행한 각종 사업에서 정부의 지원을 배

2) 피고인들(피고인 김소영 제외)과 특별검사가 상고하였음

3) 대법원 판결의 주문, 목차는 별지 참조

제하도록 지시한 것은 헌법과 법률에 위배되고, 위원회에 속한 위원의 직무상 독립성을 침해하여 위법하므로 직권의 남용에 해당한다고 판단 하였음

- 원심의 판단에 법리오해 등의 잘못이 없음

▣ **[의무 없는 일 - 1]** 피고인들이 직권남용에 해당하는 지시를 하여 예술위·영진위·출판진흥원 소속 직원들로 하여금 **② 부분 행위를 하게 한 것**은 모두 위원들의 독립성을 침해하고 자율적인 절차진행과 운영을 훼손하는 것으로서 위에서 본 예술위·영진위·출판진흥원 직원이 준수해야 하는 법령상 의무에 위배되므로 **'의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당함**

- 원심의 판단에 법리오해 등의 잘못이 없음

▣ **[의무 없는 일 - 2]** 그러나 원심이 **① 부분도 유죄로 판단한 것은** 직권남용 권리행사방해죄의 **의무 없는 일에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다 하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있음**

- '사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 것'과 '사람의 권리행사를 방해한 것'은 형법 제123조가 규정하고 있는 객관적 구성요건요소인 '결과'로서 둘 중 어느 하나가 충족되면 직권남용권리행사방해죄가 성립함. 이는 '공무원이 직권을 남용하여'와 구별되는 별개의 범죄성립요건임. **'의무 없는 일'에 해당하는지는 직권을 남용하였는지와 별도로 상대방이 그러한 일을 할 법령상 의무가 있는지를 살펴 개별적으로 판단하여야 함**

- 직권남용 행위의 상대방이 일반 사인인 경우 특별한 사정이 없는 한 직권에 대응하여 따라야 할 의무가 없으므로 그에게 어떠한 행위를 하게 하였다면 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당할 수 있음. 그러나 **직권남용 행위의 상대방이 공무원이거나 법령에 따라 일정한 공적 임무를 부여 받고 있는 공공기관 등의 임직원인 경우에는, 법령에 따라 임무를 수행하는 지위에 있으므로 그가 직권에 대응하여 어떠한 일을 한 것이 의무 없**

는 일인지 여부는 관계 법령 등의 내용에 따라 개별적으로 판단하여야 함

- 행정기관의 의사결정과 집행은 다양한 준비과정과 검토 및 다른 공무원, 부서 또는 유관기관 등과의 협조를 거쳐 이루어지는 것이 통상적임. 이러한 협조 또는 의견교환 등은 행정의 효율성을 높이기 위하여 필요하고, 동등한 지위 사이뿐만 아니라 상하기관 사이, 감독기관과 피감독기관 사이에서도 이루어질 수 있음. 이러한 관계에서 일방이 상대방의 요청을 청취하고 자신의 의견을 밝히거나 협조하는 등 요청에 응하는 행위를 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 법령상 의무 없는 일이라고 단정할 수 없음
- 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 어떠한 일을 하게 한 때 그 상대방이 공무원 또는 유관기관의 임직원인 경우에는 그가 한 일이 형식과 내용 등에 있어 직무범위 내에 속하는 사항으로서 법령 그 밖의 관련 규정에 따라 직무수행 과정에서 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등을 위반하지 않는다면 특별한 사정이 없는 한 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 보기 어려움
- 원심은 예술위·영진위·출판진흥원 소속 직원들이 종전에도 문체부에 업무협조나 의견 교환 등의 차원에서 명단을 송부하고 사업 진행 상황을 보고하였는지, 그 근거는 무엇인지, 이 사건 공소사실에서 의무 없는 일로 특정한 각 명단 송부 행위와 심의 진행 상황 보고 행위가 종전에 한 행위와 어떠한 차이가 있는지 등을 살피는 방법으로 법령 등의 위반 여부를 심리하여 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당하는지를 판단했어야 함. 그럼에도 이러한 사항에 대한 심리·판단 없이 ① 부분에 관하여 곧바로 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 판단한 것에는 직권남용 권리행사방해죄의 의무 없는 일에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있음<sup>4)</sup>

4) (주의) 파기환송의 취지는 ‘직권남용권리행사방해죄에 관한 법리오해와 그로 인한 심리미진’임. 반드시 ‘무죄 취지 파기환송’이라고 할 수 없음



▣ [죄수] 한편, 원심의 직권남용권리행사방해죄 포괄일죄에 관한 판단에 법리 오해의 잘못이 있고, 원심이 이를 전제로 피고인들의 공동정범의 성립 범위를 판단한 것은 심리미진의 잘못이 있음

- 원심은 이 사건 공소사실 중 문예기금 지원심의 등 부당개입, 2015년 예술영화지원사업 지원배제, 도서 관련 지원배제 부분 각 직권남용권리행사방해죄 전부를 포괄일죄로 인정하는 전제에서 위 전부에 관하여 피고인들의 공모와 기능적 행위지배가 인정된다고 판단하였음. 그러나 예술위·영진위·출판진흥원 사이 및 각 연도별 사업 사이에는 포괄일죄가 성립한다고 볼 수 없음
- 또한 피고인 김기춘, 조윤선이 그 직에서 퇴임한 이후에는 직권이 존재하지 않음. 퇴임 후에도 실질적 영향력을 행사하는 등으로 퇴임 전 공모한 범행에 관한 기능적 행위지배가 계속되었다고 인정할 만한 특별한 사정이 없다면, 퇴임 후의 범행에 관하여는 직권남용권리행사방해죄의 공범으로서 책임을 지지 않는다고 보아야 함
- 원심으로서 위와 같은 사정에 관하여 심리한 다음 피고인들의 공모와 기능적 행위지배가 미치는 범위를 확정하였어야 함. 원심의 판단에는 포괄일죄, 공동정범 등에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있음

#### 나. 대법관 조희대의 제1별개의견 (1명) : 무죄 취지

▣ 박근혜 전 대통령의 탄핵 후 새로 취임한 문재인 대통령이 임명한 대통령비서실 직원들이 청와대 문건을 피고인들에 대한 공소를 유지하고 있던 특별검사에게 제공하고 특별검사가 원심에 증거로 제출한 것은, 특별검사의 직무상 공정성과 정치적 중립성, 독립성을 침해하여 위법하게 수집된 증거이므로, 청와대 문건과 그로 인한 2차적 증거인 진술조서, 피의자신문조서, 법정진술은 모두 증거능력이 없음

- 수사권이 없는 대통령이나 대통령을 보좌하는 기관인 대통령비서실 또는 수사권과 무관한 행정부처의 누군가가 특정인으로 하여금 수사, 기소 및 유죄의 판결을 받게 하기 위하여 의도적으로 증거를 수집하여 검사 또는 특별검사에게 제출하는 것은 일반적인 수사절차의 모습이 아니고, 특정인을 형사처벌하기 위해 검사 또는 특별검사의 수사절차에 개입하는 것임
- 이러한 대통령이나 대통령비서실 또는 행정부의 행위를 허용하게 되면, 대통령과 대통령비서실 및 그들의 지시를 받는 행정부의 막강한 행정력을 이용하여 정치적 보복을 위해 전임 정부에서 활동한 인사들이나 고위 공직자들을 처벌하는데 악용될 가능성을 배제할 수 없게 됨
- ▣ 원심이 위 증거들을 유죄의 증거로 사용하여 직권남용권리행사방해죄를 인정한 것은 위법수집증거 배제 원칙에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못임
- ▣ 원심을 파기환송하여야 함 (다수의견과 파기환송 결론이 같으므로 반대의견이 아니라 별개의견임)

#### 다. 대법관 박상옥의 제2별개의견 (1명) : 무죄 취지

- ▣ 피고인들의 지원배제 지시 행위가 헌법상 문화국가의 원리에 위배되고, 표현의 자유를 침해하였으며, 평등의 원칙에 반한다고 단정하기 어려우므로, '직권남용'에 해당한다고 보기 어려움
- 공무원의 행위가 위헌적으로 평가된다는 이유만으로 직권남용권리행사 방해죄의 구성요건인 직권을 남용하였다고 인정한다면 죄형법정주의에 위반될 소지가 큼. 구체적인 금지규범을 특정하지 않은 채 추상적인 헌법원리에 위배된다는 이유만으로 형사처벌을 받게 된다면, 헌법의 대원칙인 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위반되어 죄형법정주의가 전면적으로 형해화하는 결과가 초래될 수 있음. 한편 모든 문화적 활

등을 기계적으로 균등하게 지원해야 할 국가의 의무나 이에 대응하는 개인의 권리는 존재하지 않음. 차별적 지원배제 자체가 헌법이 국가에 부여한 문화국가 원리에 곧바로 위반된다고 볼 수 없고, 피고인들이 이러한 정책을 수립·시행한 것이 위헌적인 직권의 행사라고 볼 수 없음

- 더군다나 지원이 배제된 단체나 개인은 국가가 조성한 기금을 지원받지 못할 뿐이지, 그들의 문화·예술행위 자체를 국가가 제한하는 것이 아닌 이상 이를 두고 표현의 자유를 침해한 것이라 볼 수도 없음

- 또한 이 사건 공소사실은 국가정책에 따른 한정된 재원의 분배 과정에서 이루어진 것임. 급부행정에서 평등의 원칙 위반이 있다고 보려면 동질의 비교집단 사이에 합리적 이유 없는 차별취급이 확인되어야 함. 이미 불가쟁력이 발생한 특정 단체나 개인에 대한 지원배제 및 지원결정을 두고 사후적으로 평등의 원칙에 위반되었다는 이유로 이러한 정책의 시행에 관여한 공무원들을 직권남용권리행사방해죄로 형사처벌한다면, 본질적으로 차별적 집행일 수밖에 없는 급부행정 정책에 관여하는 공무원들은 언제든지 형사처벌을 받게 될 위험에 놓이게 됨

- 피고인들의 행위로 인하여 각 법인의 심의 과정이나 결정에 영향을 미쳤거나 국가재정법에 반하는 지출이 이루어졌다는 점이 구체적으로 증명되었다고 보기 어려우므로, 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일'을 한 것으로 평가할 수 없음

- 다수의견은 예술위·영진위·출판진흥원의 기금배분은 각 법인의 심의를 거쳐 이루어진 사실을 간과하고 있음. 비록 피고인들이 특정 개인이나 단체를 기금의 배분 대상에서 제외하는 정책을 위원회에 전달하도록 예술위·영진위·출판진흥원의 직원들에게 지시하였다고 하더라도, 그러한 권한의 행사로 말미암아 각 법인의 심의 과정이나 결정에 영향을 미쳤거나 국가재정법에 반하는 지출이 이루어졌다는 점이 구체적으로 증명되어야 함. 그러나 이 사건에서는 그러한 증거가 부족함
- 다수의견은 '의무 없는 일을 한 때'의 판단기준을 예술위·영진위·출판

진흥원의 직원들이 '법령상 의무 없는 일을 하였는지 여부'로 보고 있으면서도 각 법인의 직원들에게 부여된 법령상 의무의 근거에 관하여 구체적·개별적으로 논증하지 않고 있음

- 굳이 피고인들을 직권남용권리행사방해죄로 의율하려면, 공소사실과 같이 예술위·영진위·출판진흥원의 직원들에게 의무 없는 일을 하도록 한 것이 아니라, 피고인들의 행위로 인하여 각 법인의 기금 배분을 위한 공모사업 신청자들에 대한 권리행사를 방해한 것으로 보는 것이 실제적 진실에는 보다 더 부합하는 것일 수 있음. 그런데 이 사건에서 각 법인 직원들로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다는 점은 지원배제라는 피고인들의 목적을 달성하는 결과에 이르는 과정에 불과함. 목적 달성 과정에서 이루어진 이러한 행위들을 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 의무 없는 일로 포섭한다면 앞서 본 직권남용의 부당한 확장해석과 더해져 직권남용권리행사방해죄의 처벌 범위가 무한하게 확대될 수 있음
- 원심이 직권남용권리행사방해죄를 유죄로 판단한 것에는 직권남용권리행사방해죄에 관한 법리를 오해한 잘못이 있음
- 원심을 파기환송하여야 함 (다수의견과 파기환송 결론이 같으므로 반대의견이 아니라 별개의견임)

## 라. 다수의견에 대하여 아래와 같은 보충의견이 있음

### (1) 대법관 박정화, 민유숙, 김선수, 김상환의 제1보충의견 (4명)

- 이 사건 지원배제지시는 피고인들이 헌법 제7조에서 규정한 공직자의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 정치적 중립성 규범을 무시한 채 정치적 중립의 자리에서 멀리 일탈하여 정당한 이유 없이 일부 문화예술인들을 자의적으로 차별하기 위한 것임
- 특정 정치적 견해나 성향 등이 우리 헌법질서에서 자유롭게 공존할 수 있는 것임에도 국가권력이 그와 반대의 입장에서 오직 특정 정치적 성향

이나 입장 등을 부정 또는 배제하려는 의도로 자신의 공적 권한을 행사한다면, 이는 헌법 제7조에서 명시한 공직자의 국민전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 정치적 중립성 규범을 명백히 위반하는 것임

- 문화예술에 대한 국가의 지원은 '조건 없는 재정적 지원', '정치 지도자들이 영향력을 행사하지 않는 지원', '경제적 지원에만 머물고 창작행위와 내용에 간섭하지 않는 지원'이어야 함

■ 문화예술인과 단체를 피고인들 및 그들이 속한 정치집단과 정치적 견해를 같이 하는가를 기준으로 둘로 나누어 정치적 표적 집단에 속하는 쪽에게 불이익을 주기 위한 것이라는 점에서 해당 예술가들의 예술의 자유 등 헌법상 기본적 인권을 무시한 것이기도 함

- 이 사건 지원배제지시는 예술가로 하여금 표현의 자유와 정부의 지원 중 하나를 선택하도록 함으로써, 문화예술인들의 예술적 상상력과 이를 표현하려는 의지를 위축 또는 왜곡시킬 수 있음

- 이 사건 지원배제지시는 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하는 것일 뿐만 아니라, 결과적으로 국민으로 하여금 정부의 판단에 의해 선택된 예술, 정부에게 우호적인 내용의 문화만을 향유하게 할 위험이 생긴다는 점에서 표현에 대한 사전검열을 금지하는 헌법 규정의 취지에 정면으로 반함

■ 이런 점 등에 비추어 보면 피고인들 행위의 실질은, 그들이 내세운 동기와 명분과는 전혀 달리, 헌법과 법률에 위배된 행위로서 직권남용권리행사방해죄의 구성요건 중 하나인 '공무원이 직권을 남용하여' 부분을 충족함

## (2) 대법관 안철상, 노정희의 제2보충의견 (2명)

■ 직권남용권리행사방해죄는 본래 일반 국민을 상대로 하는 범죄로 설계된 것이고, 이러한 시각에서 보면 '국가에 대한 범죄'라기보다는 '국가(기관)에 의한 범죄'라고 하는 것이 더 적절함. 다만, 이 죄에서 직권행사의 상대방인 '사람'에 대하여 아무런 제한을 두고 있지 않으므로 다른 공무원이나 관련기

관의 직원 등도 국민의 한 사람으로서 직권남용권리행사방해죄의 상대방이 될 수 있고, 이 경우에는 일반 사인의 경우와 달리 보아야 함

● 이 사건 공소사실은, 대법관 박상옥의 별개의견에서 지적한 바와 같이, 문화예술인 등에 대한 문예기금 등 지원배제라는 중대한 결과를 발생시킨 행위를 소추하지 않고 관련기관의 직원들에 대한 명단송부 등 지원배제 과정에서 이루어진 행위를 소추하였음

● 다만, 이들 각 행위는 범죄 성립에 있어 택일관계에 있는 것이 아니므로, 아래에서 보는 바와 같이 후자만 기소한 것이 문제가 되기는 하지만, 법원으로서 기소된 행위에 대한 판단을 하면 되고, 전자를 기소하지 않았다고 하여 후자에 대한 판단을 달리할 것은 아님

■ 사회적으로 큰 파장을 일으키는 사건이 발생한 때에는, 가장 중대한 결과를 발생시킨 위법행위를 형사처벌의 대상으로 삼는 것이 기본이지만, 이와 함께 그러한 결과를 초래하게 한 과정의 위법행위도 그 대상으로 삼을 수 있음. 이 사건에서는 문예기금 등 지원배제라는 '최종행위'가 아니라 그에 이르는 일련의 과정에서 행해진 명단송부, 진행상황 보고, 지원배제 방침 전달과 같은 '과정의 행위'를 기소하였음

● 직권남용권리행사방해죄는 그 상대방에 따라 각각의 죄가 성립하는 것이므로, 과정의 행위를 한 사람은 최종행위에 대해서는 직권남용권리행사방해죄의 공범이 될 수 있고 과정의 행위와 관련해서는 직권남용권리행사방해죄의 상대방이 될 수 있음

● 직권남용권리행사방해죄는 최종행위에 대한 책임을 묻는 것이 기본이어야 함. 과정의 행위도 구성요건에 해당하고 가벌성이 있는 경우에는 함께 소추하는 것은 문제가 없지만, 최종행위를 기소하지 아니한 채 과정의 행위만을 기소하여 직권남용의 결과에 대한 책임까지 지도록 하려는 태도는 바람직하다고 할 수 없음

■ 직권남용권리행사방해죄는 직권남용의 의사나 동기만으로 성립하지 아니할

뿐만 아니라, 형법은 직권남용권리행사방해죄의 미수를 처벌하는 규정을 두고 있지 않음. 따라서 공무원이 직권남용 행위를 한 경우에도 상대방으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 상대방의 권리행사를 방해하는 결과가 발생하지 않았다면 처벌되지 아니함

- 법령상 의무의 범위 내에서 어떠한 일을 한 것이라면 설령 그 행위를 지시하거나 요구한 공무원이 직권을 남용하였다 하더라도 직권남용권리행사방해죄의 또 다른 성립요건인 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 보아서는 안 됨. 상대방인 공무원 또는 관련 공공기관의 임직원 등이 법령에서 정한 직무의 범위를 벗어나거나 법령 그 밖의 관련 규정에 따라 직무수행 과정에서 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등을 위반하게 한 경우에만 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 보아야 함

## 2. 강요 ⇒ 상고기각

### 가. 다수의견 (9명) : 무죄 수긍

#### ▣ 원심의 판단에 강요죄의 협박에 관한 법리오해 등의 잘못이 없음

- 제1심은 피고인들이 상대방의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하였다는 증거가 부족하다는 이유로 강요죄를 무죄로 판단하였음
- 원심이 제1심의 판단에 사실을 오인하거나 강요죄의 법리를 오해한 잘못이 없다고 판단한 것에는 강요죄의 협박에 관한 법리오해 등의 잘못이 없음

### 나. 대법관 박정화, 민유숙, 김선수, 김상환의 반대의견 (4명) : 유죄 취지

- ▣ 강요죄에서 해악의 고지, 특히 묵시적 해악의 고지가 있었는지 판단하는 기준은 특정한 정치적·사회적 환경 속에서 살아가는 평균적인 사회인의 관점에서 형성된 경험법칙이 되어야 함

- 당시의 여러 사정이나 문체부 공무원들이 예술위·영진위·출판진흥원 소속 직원들에게 한 말 등에 비추어 볼 때, 일부 피고인들이 노태강이나 문체부 1급 공무원 최규학, 김용삼, 신용언에 대하여 사직을 요구한 행위나 문체부 공무원들과 공모하여 예술위·영진위·출판진흥원 소속 직원들에게 한 지시는 강요죄에서 말하는 해악의 고지에 해당하므로 강요죄가 성립함

### 3. 국회증언감정법 위반 ⇒ 상고기각

- 원심의 유죄/무죄 판단에 국회증언감정법 위반죄에 관한 법리오해 등의 잘못이 없음

## V. 판결의 의의

- 직권남용권리행사방해죄 관련하여,
  - 문화예술진흥기금 등 정부의 지원을 신청한 개인 또는 단체의 이념적 성향이나 정치적 견해 등을 이유로 예술위·영진위·출판진흥원이 수행한 각종 사업에서 정부의 지원을 배제하도록 지시한 것은 헌법과 법률에 위배되어 '직권의 남용'에 해당한다는 원심의 판단을 확정하였음
  - 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일을 하게 한 때'의 의미를 구체적으로 판시하여 직권남용권리행사방해죄의 구성요건에 대한 법리 해석을 명확하게 제시하고, 이 부분 원심 판단에 관하여 일부를 수긍하고 일부를 법리오해·심리미진으로 파기하였음
- 원심의 강요죄, 국회증언감정법위반죄에 관한 판단을 수긍하였음



## 2018도2236 판결의 주문과 목차

### ▣ 주문

- 원심판결 중 피고인 김기춘, 김상률, 김소영, 정관주에 대한 부분과 피고인 조운선, 김종덕, 신동철에 대한 유죄부분(이유무죄 부분 포함)을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.
- 피고인 조운선, 김종덕, 신동철의 나머지 부분에 관한 특별검사의 상고를 모두 기각한다.

### ▣ 목차

1. 피고인 김기춘의 상고이유에 대한 판단 - 4p
2. 피고인 조운선의 상고이유에 대한 판단 - 20p
3. 피고인 김상률의 상고이유에 대한 판단 - 25p
4. 피고인 김종덕의 상고이유에 대한 판단 - 26p
5. 피고인 신동철의 상고이유에 대한 판단 - 28p
6. 피고인 정관주의 상고이유에 대한 판단 - 29p
7. 특별검사의 상고이유에 대한 판단 - 31p
8. 파기의 범위 - 36p
9. 결론 - 37p
10. 증거능력에 관한 대법관 조희대의 별개의견 - 37p
11. 직권남용권리행사방해죄에 관한 대법관 박상옥의 별개의견 - 45p<sup>5)</sup>
12. 강요죄에 관한 대법관 박정화, 민유숙, 김선수, 김상환의 반대의견 - 57p
13. 다수의견에 대한 대법관 박정화, 민유숙, 김선수, 김상환의 보충의견 - 63p
14. 다수의견에 대한 대법관 안철상, 노정희의 보충의견 - 71p<sup>6)</sup>

5) 10, 11은 모두 직권남용권리행사방해죄에 관한 것임 10, 11은 무죄 취지 의견으로서 실질적으로 '반대의견'인 측면이 있으나, 결과적으로 다수의견과 결론(파기환송 주문, 다수의견이 전부 유죄 취지 의견은 아님)이 같으므로 '별개의견'임

6) 13, 14 역시 모두 직권남용권리행사방해죄에 관한 것임