

‘삼성 이재용 재판’이 남긴 몇 가지 쟁점*

임 상 규**

〈국문초록〉

삼성전자 이재용 부회장은 박근혜 전대통령에 뇌물을 공여하였다는 혐의로 법원의 재판을 받고 있다. 1심은 징역 5년의 실형을 선고했고, 2심은 징역 2년 6개월에 집행유예 4년을 선고하였는데, 대법원이 항소심의 판단일부를 파기하여 현재 파기환송심이 진행되고 있는 상황이다.

이 사건은 우선 절차법적인 측면에서 구속사유가 충족되었는지가 논란이 되었고, 1심은 1주일에 3회씩의 공판을 진행할 정도로 집중심리하였으며, 재전문증거에 해당하는 업무수첩의 증거능력이 쟁점이 되었다. 이와 관련하여 본고에서는 구속사유를 좀 더 현실화할 필요가 있다는 점, 특검법에 의한 재판기간의 단축은 피고인의 구속기간까지 단축하는 것으로 보아야 한다는 점, 재전문증거는 증거능력보다 증거가치의 문제에 초점을 맞추어야 한다는 점을 지적하였다.

그리고 실체법적으로는 뇌물을 독점한 제3자가 공무원의 뇌물범죄에 공동가공한 경우에 단순뇌물죄와 제3자뇌물제공죄의 공동정범 중 어느 것이 성립하는지, 그리고 제3자뇌물제공죄에서 말하는 ‘부정한 청탁’은 ‘포괄현안에 대한 묵시적 청탁’으로 충분하지 여부가 크게 다투어졌다. 본고에서는 공무원 아닌 제3자가 뇌물을 독점한 경우에는 제3자뇌물제공죄의 공동정범이 성립하고, 포괄현안에 대한 묵시적 청탁으로는 제3자뇌물제공죄에서 말하는 부정한 청탁을 충족할 수 없는 것으로 보았다.

주제어 : 국정농단사건, 제3자뇌물제공죄, 묵시적 부정청탁, 구속사유, 구속기간

• 투고일 : 2020.07.06. / 심사일 : 2020.07.22. / 게재확정일 : 2020.07.23.

I. 머리말

이른바 ‘최순실 국정농단사건’의 특별검사팀¹⁾이 2017. 2. 28. 삼성전자 이재

* 이 논문은 2017학년도 경북대학교 복원학술연구비에 의하여 연구되었음.

** 경북대학교 법학전문대학원 교수, 법학연구원 연구위원

1) ‘박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹사건 규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률’에 의해 임명된 박영수 특별검사와 4명의 특별검사보 및 그 지원인력을 말하며, 이하에서는 ‘특검’으로 약칭한다. 그리고 최순실은 최서원의 개명전 이름이므로 본고

용 부회장을 뇌물공여 등²⁾의 혐의로 구속기소한 후, 1·2·3심을 거쳐 현재 파기환송심이 진행되고 있는 상황이다. 1심은 이 사건의 본질을 ‘정치권력과 자본권력의 부도덕한 밀착’으로 보고 2017. 8. 25. 이재용에게 징역 5년을 선고한 반면에,³⁾ 2심은 비자금을 조성하여 뇌물로 공여하는 등의 ‘전형적인 정경유착’의 모습이 엿보이지 않는다는 점에 주목하여, 2018. 2. 5. 이재용에게 징역 2년 6개월에 집행유예 4년을 선고하고 그를 석방하였다.⁴⁾

1심과 2심의 가장 큰 차이는 세 가지 점이다. 먼저, 1심은 정유라(최서원의 딸)의 승마지원을 위해 독일로 송금한 총 72억 9,427만원을 뇌물로 보았지만, 2심은 그 중 말구입비 36억 5,943만원을 제외하였다. 구입한 말 3필의 소유권은 여전히 삼성전자에 남아 있다고 본 것이다. 다음으로 제3자뇌물제공죄에서 말하는 부정한 청탁의 대상과 관련하여, 1심은 특검이 고안한 이른바 ‘포괄현안으로서의 승계작업’과 그에 대한 ‘묵시적 청탁’을 인정한 반면에, 2심은 아예 그 ‘포괄현안으로서의 승계작업’의 존재 자체를 부정하였다. 끝으로 1심은 안종범 前경제수석이 작성한 업무수첩들의 증거능력을 넓게 인정한 반면에, 2심은 이를 부정하였다.

이와 관련하여 대법원은 말 3필에 대한 실질적인 사용·처분권한이 최서원에게 있다는 점에 대한 의사의 합치가 있었다고 보고, 1심처럼 뇌물액을 72억 9,427만원으로 보았다. 또 부정한 청탁의 대상이나 내용이 구체적일 필요는 없고, 그에 대한 인식도 미필적인 것으로 충분하다는 전제에서, 대법원은 1심처럼 ‘포괄현안으로서의 승계작업’에 대한 묵시적 청탁’을 인정하였다. 그리고 안종범의 업무수첩과 관련하여 대법원은 그 기재내용 중 박전대통령과 이재용의 대화내용과 박전대통령의 지시사항을 구분하여, 전자와 달리 후자는 안종범이 성립의 진정을 인정하면 형소법 제313조 제1항에 따라 증거능력이 있는 것으로 보았다.⁵⁾

에서는 최서원으로 표기하고, 나머지 등장인물들의 경우에는 가독성을 위해 처음에는 실명과 당시의 직책을 함께 언급하되 이후에는 실명만으로 그 표기하고, 박근혜 前대통령은 박전대통령으로 약칭하기로 한다.

- 2) 미르재단 등에 총 433억원의 뇌물을 공여 또는 공여하기로 약속하였다는 것 외에, 그 뇌물 공여를 위해 삼성전자의 돈을 횡령하고, 그 일부를 독일로 송금하였으며(재산국외도피, 범죄수익은닉), 또 국회에서 위증을 하였다는 총 5가지의 혐의로 기소되었다.
- 3) 서울중앙지법 2017. 8. 25. 선고 2017고합194 판결.
- 4) 서울고등법원 2018. 2. 5. 선고 2017노2556 판결.
- 5) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 판결. 그리고 박전대통령이 안종범에게 지시한 사실(즉, 원진술의 존재) 자체가 요증사실인 경우, 안종범의 진술은 전문증거가 아니라 본래 증거라고 보았다.

전체적으로 볼 때, 대법원은 1심의 손을 들어주었고, 이재용의 뇌물공여액은 대폭 늘어났다. 정유라의 승마지원을 위한 말구입비 36억 5,943만원 외에, 동계스포츠 영재센터에 지원한 16억 2,800만원도 추가되어, 뇌물공여액은 88억원을 넘게 되었다. 이 때문에 특가법의 적용법조가 달라지는 것은 아니지만, 그 뇌물공여액은 동시에 삼성전자의 돈을 횡령한 것으로 평가되고, 또 국외도피재산의 증가를 의미하기 때문에,⁶⁾ 양형의 기초가 되는 특정법상의 법정형이 3년 이상의 유기징역(특경법 제3조 제1항 제2호)에서 ‘무기 또는 10년 이상의 징역’(특경법 제4조 제2항 제1호)으로 높아질 여지가 생기게 된다.

사정이 이러하기 때문에, 세간에서는 집행유예를 선고한 2심의 판단이 파기환송심에서도 유지될 수 있는지가 초미의 관심사다. 하지만 파기환송심의 재판장이 공판준비기일에 삼성그룹 준법감시제도의 운영실태를 평가하겠다고 밝히자, 특검은 집행유예를 선고하려는 예단을 드러낸 것이라며 그에 대한 기피신청을 제출했고, 그 재항고사건이 대법원에 계류되어⁷⁾ 불안심리는 계속 지체되고 있는 상황이다. 이에 본고에서는 이 사건에 대한 판결이 확정되기 전이지만, 그동안 드러난 이 사건의 몇 가지 특징적 쟁점들을 미리 정리·분석해 보고자 한다.

II. 사건의 절차법적 쟁점들

1. 구속의 기준과 영장재청구의 문제

이 사건은 무엇보다 현재의 구속사유가 갖는 문제점을 극명하게 드러냈다. 구속을 위해서는 일차적으로 범죄가 어느 정도 소명되어야 하지만, 이는 구속을 위한 필요조건이고 충분조건이 아니다. 주거가 일정한 사람을 구속하기 위해서는 결정적으로 ‘증거인멸 혹은 도주의 우려’가 있어야 한다. 범죄의 중대성이나 재범의 위험성 및 피해자 등에 대한 위해우려 등도 참작할 수는 있지만, 어쨌든 이들은 외부적으로 드러낼 수 있는 구속사유가 아니다. 범죄가 중대하

6) 1심은 승마(64억 6,295만원)와 영재센터(16억 2,800만원) 지원을 위해 삼성전자 등의 자금 합계 80억 9,095만원을 횡령하고, 그 중 36억 3,484만원을 국외로 도피시켰다고 보았지만, 2심은 그 중 용역대금 36억 3,484만원을 횡령한 것으로 보고, 재산국외도피의 범의를 부정하였다.

7) 파이낸셜뉴스 2020. 6. 23일자 사회면(<https://www.fnnews.com/news/202006231611401964>).

더라도 증거인멸이나 도주의 우려가 없다면, 재판이 왜곡·과행될 여지가 없으므로 무죄로 추정되는 피고인에 대해 불구속재판을 하라는 것이 현행법의 취지인 것이다.

그런데 이 사건과 관련하여 특검은 누차에 걸쳐 ‘증거가 차고 넘친다’고 외쳤고,⁸⁾ 따라서 구속을 위한 선택지는 사실상 ‘도주의 우려’ 하나가 남아 있을 뿐이었다. 이러한 상황에서 2017. 1. 16. 특검이 구속영장을 청구하자 영장담당판사는 아예 범죄의 소명이 부족하다는 점에 초점을 맞추어 그 청구를 기각하였다.⁹⁾ 그리고 이는 실로 엄청난 사회적 파장을 불러일으켰다. ‘삼성공화국은 무법지대’¹⁰⁾라는 등의 비난여론이 비등하였고, 심지어 일부 변호사와 법학 교수들은 법원 입구에서의 노숙농성을 벌이기도 하였다.¹¹⁾

이에 특검은 2017. 2. 13. 이재용을 다시 불러 조사한 후 구속영장을 재청구하였고, 이재용은 2017. 2. 17. 결국 구속되었다. 구속사유는 ‘도주의 우려’였던 것으로 알려졌다.¹²⁾ 특검은 1차 영장청구가 기각된 후 이재용의 범죄를 소명하는데 성공한 셈이다. 이와 관련하여 특검은 ① 2017. 1. 안종범의 보좌관 김건훈이 제출한 안종범의 수첩 39권이 결정적 증거가 되었고, ② 삼성물산과 제일모직의 합병만이 아니라 삼성그룹의 여러 개별현안들이 지향하는 “포괄현안으로서의 ‘승계작업’이 있다”는 논리를 개발했으며, 이재용은 이 승계작업을 위해 뇌물을 공여했다는 취지로 피의사실을 변경한 것이 주효했다고 한다.¹³⁾

하지만 이미 언급한 것처럼, 범죄혐의의 소명은 구속의 필요조건이지 충분조건은 아니고, 또 이재용이 도주할 우려가 있는 것도 아닐 것이다. 변경된 사정이 있다면, 그것은 1차 영장기각에 대한 사회의 비난여론이 비등했다는 점과

8) 심지어 특검은 ‘영장내용을 보면 사람들 기절할 수준’이라고 표현하기도 하였다. 서울신문 2017. 1. 17일자(http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20170117500054&wlog_tag3=naver).

9) 영장담당판사는 “뇌물범죄의 요건이 되는 대가관계와 부정한 청탁 등에 대한 현재까지의 소명 정도, 각종 지원경위에 관한 구체적인 사실관계와 그 법률적 평가를 둘러싼 다툼의 여지, 관련자 조사를 포함하여 현재까지 이루어진 수사내용과 진행경과 등에 비추어볼 때, 현 단계에서 구속의 사유와 필요성, 상당성을 인정하기 어렵다”고 기각이유를 밝혔다. 그 외에 ‘피의자의 주거 및 생활환경의 고려, 뇌물수수자에 대한 조사미비’도 고려하였으나 이는 발표에서 배제하였다. 김성룡, “삼성전자 이재용 부회장 구속영장 발부를 둘러싼 법적 쟁점”, 『형사법연구』 제29권 제2호, 한국형사법학회, 2017/6, 98면.

10) https://www.huffingtonpost.kr/impeter/story_b_14258100.html?utm_id=naver

11) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20170120108200004?input=1195m>

12) 김성룡, 전제논문 99면.

13) 조선일보 2017. 2. 17일자 사회면(http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2017/02/17/2017021702507.html)

영장담당판사가 바뀌었다는 점이다. 하지만 판사의 성향이나 사회의 여론에 따라 영장의 발부여부가 좌우된다는 것은 매우 우려스러운 일이다. 확실한 판단 기준 내지 잣대가 없다는 의미이기 때문이다. 물론, 이러한 문제를 개선하기 위하여 일찍이 ‘구속요소의 계량화를 통한 구속기준 정립안’¹⁴⁾ ‘영장향고제도 등 불복제도의 도입방안’¹⁵⁾ 등이 제안되기도 하였다.

그러나 구속요소의 계량화에는 일정한 한계가 있다. 무엇보다 최종결정에 영향을 미치는 개별요소들을 모두 나열하기가 어렵다. 이들의 대부분을 나열한다고 하더라도 그 개별요소들을 평가한 값을 합산하여 최종결정에 이르는 것이 아니라, 오히려 최종결정을 먼저 내리고 이에 맞추어 개별요소들에 대한 평가를 조절해 갈 여지도 없지 않다. 사람들은 사안해결과 관련하여 미리 일정한 결론을 내려놓고 이를 확인해 나가는 확증편향(confirmation bias)과 같은 인지적 편향성(cognitive bias)을 가지고 있기 때문이다.¹⁶⁾ 따라서 구속사유의 계량화는 아마도 투입한 노력에 비해 얻는 이익이 그리 많을 것으로 여겨진다.

영장향고제도와 같은 불복제도도 큰 실익이 없을 것이다. 우선 구속영장의 발부에 대한 피의자의 불복은 현행 체포·구속적부심의 장점을 능가하지 못한다.¹⁷⁾ 여기에서는 피해자와의 합의와 같은 영장발부 이후의 사정까지 고려될 수 있기 때문이다. 그리고 영장기각에 대한 검사의 항고는 무엇보다 피의자의 지위가 장기간 유동적인 상태에 놓여 불안정하게 된다.¹⁸⁾ 물론, ‘추가적인 보강수사를 통해 영장을 재청구하는 경우’보다 이 불복의 허용이 피의자에게 유리한 측면도 있지만, 이 사건처럼 혐의가 여럿인 경우에는 영장기각과 이에 대한 불복, 그리고 그 절차가 종료된 후에 새로운 혐의를 추가한 영장의 재청구를 막을 방안이 없다.

따라서 이 사건이 시사하는 가장 현실적인 개선책으로, ‘재범의 위험성’과 ‘피해자 등에 대한 위해 우려’는 현행처럼 구속의 참작사유로 두되, ‘범죄의 중대성’을 이제는 하나의 독립된 구속사유로 인정하는 것이다. 다만, 이 범죄의

14) 김병수, “구속요소의 계량화를 통한 구속기준 정립”, 『형사법연구』 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 271면 이하.

15) 정준섭, “영장향고제도 도입의 필요성과 정당성”, 『법학연구』 제49권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2009, 217면 이하 ; 김경수, “영장향고제도 도입필요성에 관한 연구”, 『형사정책연구』 통권 제84호, 형사정책연구원, 2010/12, 193면 이하 ; 권양섭, “구속영장향고제도 도입에 관한 논의와 절충적 제안”, 『법학연구』 제55권, 한국법학회, 2014/9, 183면 이하.

16) 김청택/최인철, “법정의사결정에서의 판사들의 인지편향”, 『서울대학교 법학』 제51권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2010, 328면 이하.

17) 김경수, 전개논문, 215면.

18) 대법원 2006. 12. 18. 자 2006모646 결정.

중대성은 무죄추정의 원칙과 충돌할 여지가 많은 만큼, 중대한 범죄는 사형, 무기 또는 단기 5년 이상의 징역이나 금고형을 기준으로 삼는 등의 방법으로 보다 구체화할 필요가 있다.¹⁹⁾ ‘도주의 우려’를 판단할 때 범죄의 중대성을 너무 과도하게 고려하는 현행 실무²⁰⁾에 제동을 거는 동시에, 이 사건과 같은 극히 예외적인 사례에서 막연히 ‘도주의 우려’를 실시해야 하는 부담을 덜어주자는 취지이다.

2. 재판기간과 집중심리의 문제

그리고 2016. 11. 22. 시행된 ‘박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정 농단 의혹사건 규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률’ 제10조 제1항은 이전에 시행된 다른 특검법들²¹⁾과 마찬가지로 재판기간을 “제1심에서는 공소 제기일부터 3개월 이내에, 제2심 및 제3심에서는 전심의 판결선고일부터 각각 2개월 이내에 하여야 한다”고 명시하였다. ‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제21조의 판결선고기간을 절반으로 단축한 것이다. 그리고 동법 제10조 제2항은 상소와 상소이유서 및 답변서의 제출과 같은 상소절차 진행기간들을 모두 7일로 단축하였다.

헌법재판소는 이러한 기간단축이 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다고 보았다.²²⁾ 즉, 단축된 “기간 내에 가능한 신속하게 재판을 종결함으로써 국민적 의혹을 조기에 해소하고 정치적 혼란을 수습하자는 것일 뿐, 피고인의 방어권이나 적정절차를 보장하지 않은 채 재판이 위 기간 내에 종결되어야 한 다거나 위 기간이 도과하면 재판의 효력이 상실된다는 취지는 아니다”고 한다.

19) 조성용, “개정 형사소송법상 구속사유 심사의 필요적 고려사항의 문제점과 개선방향 : ‘범죄의 중대성 및 재범의 위험성’을 중심으로”, 인권과정의 제386호, 대한변호사협회, 2008, 48면에서는 그 기준으로 사형, 무기 또는 장기 10년 이상의 징역이나 금고형을 제시하고 있다.

20) 김성돈, “개정형사소송법에 있어서 인신구속제도 - 불구속수사 및 불구속재판원칙의 확대방안을 중심으로”, 『성신법학』 제8권, 성신여자대학교 법학연구소, 2009/2, 47면 이하 ; 조성용, “위장된 구속사유”, 『법조』 통권 제638호, 법조협회, 2009/11, 240면 ; 이승주, “헌행 구속사유 해석을 둘러싼 혼란과 그 개선방안”, 『저스티스』 제167호, 한국법학원, 2018/8, 150면.

21) 첫 특검법은 1999. 9. 30. 시행된 ‘한국조폐공사 노동조합 파업 유도 및 전(前) 검찰총장 부인에 대한 옷 로비 의혹사건 진상규명을 위한 특별검사 등의 임명에 관한 법률’이다.

22) 헌법재판소 2008. 1. 10. 2007헌마1468 결정. ‘한나라당 대통령후보 이명박의 주가조작 등 범죄혐의의 진상규명을 위한 특별검사 임명 등에 관한 법률’ 제10조의 재판기간 단축은 합헌이라고 보았다.

또 ‘재판부가 집중심리방식으로 사건을 진행하는 경우 그 기간 내에 재판을 마무리하는 것이 무리한 일로 보이지 않는 점’ 및 공직선거법도 재판기간을 단축하고 있는 점을 놓고 볼 때, 재판기간을 한정된 것을 정당화할 합리적 이유가 있다고 한다.

학계에서도 소송촉진특례법 제21조나 민사소송법 제199조가 언급하고 있는 판결의 선고기간은 훈시규정일 뿐이라는 점에 이의가 없고,²³⁾ 따라서 이 사건의 심리도 특검법상의 재판기간이 아니라, 형소법상의 피고인 구속기간에 맞추어 진행되었다. 가령, 1심은 구속기간 만료일인 2017. 8. 27.보다 이틀 앞선 2017. 8. 25. 선고되었다. 이에 반해 특검법상의 단축된 상소절차 진행기간은 여기에서도 반드시 지켜야 하는 불변기간으로 다루어졌고, 특검과 변호인단은 판결선고 다음날 즉각 항소한 후 법원으로부터 2017. 9. 6. 소송기록접수통지서가 송달되자 7일이 경과하기 직전일인 2017. 9. 12. 각각 항소이유서를 제출하였다.

그러나 소송촉진특례법 제21조의 재판기간을 훈시규정으로 볼 수밖에 없는 측면을 감안하더라도, 특검법상의 재판기간을 단축한 입법자의 의사가 단지 ‘가능한 한 빨리하라’는 의미에 그치는 것인지는 재고해 보아야 한다. 가령, 소송촉진특례법 제21조의 재판기간은 심급별 피고인의 구속기간에 맞추어 각각 6개월, 4개월, 4개월로 정하고 있었다. 그런데 2007년 형사소송법을 개정하면서 2심과 3심의 구속기간을 각각 2개월씩 더 연장할 가능성을 열어두었음에도(형소법 제92조 제2항), 소송촉진특례법 제21조는 이에 맞추어 개정되지 않았다. 따라서 현행법은 재판기간을 넘어서는 피고인의 구속가능성을 열어놓고 있는 셈이다.

하지만 상식적으로 재판기간을 넘는 ‘피고인 구속’은 있을 수가 없다. 따라서 입법자가 재판기간을 이번 특검법처럼 단축하면, 피고인의 구속기간도 그것에 따라 함께 단축되고, 또 이렇게 한번 단축된 불변기간(피고인의 구속기간)은 재판기간을 훈시규정으로 보는 것과는 별개로 형사소송법상의 피고인 구속기간으로 다시 환원되지 않는다고 볼 필요가 있다. 이러한 강한 해석이 ‘가능한 한 재판을 빨리하라’는 입법자의 의사를 더욱 존중하는 길일 것이다. 뿐만 아니라, 그러한 강한 해석이 공평의 이념에 더욱 부합하는 측면도 있다.

가령, 이 사건의 1심은 공소제기 후 178일 동안 공판준비기일 3회를 포함하여 총 56회의 기일을 진행하였다. 평균 약 3일에 1회의 공판, 실제로는 1주일에

23) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 「형사소송법」, 홍문사, 2015, 379면 ; 정승환, 「형사소송법」, 박영사, 2018, 360면.

거의 3회 꼴로 심리기일이 지정되었고, 심지어 공판이 자정을 넘겨 끝나는 경우도 있었다.²⁴⁾ 통상 이러한 집중심리는 피고인의 이익으로 작용할 수도 있지만, 이처럼 너무 지나친 집중심리는 오히려 피고인의 방어권을 심각하게 침해한다. 22명 규모의 이른바 ‘매머드급’ 변호인단이 구성되었다고 하더라도, 자정을 넘기기도 하는 주 3회의 재판에서 59명에 이르는 증인들의 오락가락하는 진술을 파악하여 그것에 제대로 대응한다는 것은 극히 어려운 일이기 때문이다.

“자정을 막 넘긴 시각, 부장판사를 비롯한 좌우 배석판사, 좌측의 검사들, 우측의 변호인들, 법원 직원들까지 고개를 푹 숙이거나 하품을 참지 못하며 피곤한 기색을 숨기지 못했다”는 언론보도²⁵⁾가 시사하듯, - 헌법재판소의 표현을 빌려보면 - 이 사건의 경우에는 ‘단축된 기간 내에 재판을 마무리하는 것은 극히 무리한 일’이었다. 피고인의 구속기간을 늘려주지는 못할망정, 아예 재판기간을 단축한 특검법 제10조의 위헌성이 엿보인다. 그럼에도 재판부는 ‘가능한 한 빨리 하라’는 특검법의 요구 및 피고인의 구속기간에 쫓겨 심리를 지나치게 집중시켰고, 공정한 재판이었는지를 의심할 여지가 없지 않아 보인다.

물론, 이 과도한 집중심리는 특검의 기소전략에 기인한다. 혐의를 뒷받침할 증거가 ‘차고 넘친다’고 하면서도 실은 확실한 증거 몇 개에 집중하지 않고, 그저 그럴듯한 정황증거들로 차고 넘치게 만들었다.²⁶⁾ 특검의 이러한 기소전략과 ‘가능한 빨리 하라’는 입법자의 의사가 합쳐지면, 재판은 졸속으로 진행될 여지가 없지 않다. 따라서 이러한 졸속재판의 가능성에 강한 방어막을 친다는 차원에서, 입법자가 재판기간을 단축하면 그에 상응하여 피고인의 구속기간도 단축되고, 이렇게 한번 단축된 불변기간은 - 그 재판기간을 훈시규정으로 이해하는 것과는 별개로 - 다시 원래의 불변기간으로 환원되지 않는다고 보아야 한다.

3. 안중범 업무수첩의 증거능력 문제

한편, 특검이 표현한 ‘차고 넘치는 증거’, 이재용이 보면 ‘기절할 것이라는 증거’는 무엇보다 총 57권에 이르는 안중범의 업무수첩이었다. 박전대통령의 지

24) 이경재, 「417호 대법정」, 실크로드, 2019, 330면.

25) 미디어오늘 2017. 5. 31일자(<http://www.mediatoday.co.kr/?mod=news&act=articleView&idxno=137113>).

26) 이경재, 전제서, 328면에 따르면, 검찰의 산더미같은 기록공세(관련 증거기록 30만 쪽)는 재판부에 유죄의 심증, 즉 ‘증거가 차고 넘친다’는 것을 은연중 심어주고, 변호인들에게는 변론 전의를 상실케 하는 정도였다고 한다.

시사항 등을 사초(史草) 수준으로 꼼꼼히 적어 이 사건의 스모킹으로 평가받기도 하였다. 이에 반해 변호인단은 특검이 2016. 11. 7. 입수한 11권은 기망에 의해 압수한 것으로 위법수집증거이고,²⁷⁾ 게다가 그 11권은 국정농단사건이 불거지기 시작한 2016. 10. 25. 이후 가필된 것으로 앞뒤가 맞지 않는 내용이 기재되어 있는 등 신빙성 없는 전문증거일 뿐이라고 주장하였다. 즉, 전문증거로서 증거능력이 없을 뿐만 아니라, 그 증거가치조차도 없다는 취지이다.

하지만 그 수첩이 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정하여진다. 가령, ① 박전대통령과 최서원의 공모사실 혹은 박전대통령과 이재용의 뇌물에 대한 합의사실(주요사실), ② 박전대통령과 이재용의 대화내용, ③ 박전대통령의 안중범에 대한 지시내용, ④ 이 지시 내지 대화내용의 전달사실, ⑤ 수첩에 기재된 내용의 진실성과 관계없는 간접사실, 그리고 ⑥ 수첩에 어떤 기재가 있다는 사실 그 자체 등이 요증사실이 될 수 있다. 여기에서 ①, ②, ③이 문제될 때에는 그 수첩이 전문증거이지만, ⑥이 요증사실인 경우, 즉 원진술의 내용이 아니라 그 존재 자체가 문제될 때에는 전문증거가 아니라는 점에 다툼이 없다.²⁸⁾ 이 경우에는 그 수첩이 진술증거가 아니라, 증거물인 서면에 해당하기 때문이다.²⁹⁾

문제는 ④와 ⑤가 요증사실인 경우이다. 대법원은 “어떤 진술이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용함에 있어서는 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용함에 있어서는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다”고 하고,³⁰⁾ 나아가 “무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다”고 밝힌 바 있다.³¹⁾

1심은 위 대법원 판결을 인용한 후, 안중범의 수첩이 그 기재 내용의 진실성과 관계없는 ‘간접사실에 대한 정황증거’로는 전문증거가 아닌 본래증거로서의 증거능력과 증거가치를 가진다고 보았다.³²⁾ 그러나 2심은 1심이 말하는 간

27) 하지만 법원은 단순히 ‘열람 후 돌려주겠다’고 말한 사정만으로는 압수절차가 위법하다고 볼 수 없다고 보았다(서울중앙지방법원 2017. 8. 25. 선고 2017고합194 판결, 31면).

28) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결.

29) 차정인, “이른바 ‘안중범 업무수첩’의 증거능력”, 『동아법학』 제82호, 동아대학교 법학연구소, 2019, 479면.

30) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도1252 판결 ; 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결.

31) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결.

32) 서울중앙지방법원 2017. 8. 25. 선고 2017고합194 판결, 34면 이하.

접사실이 무엇인지가 특정되지 않았을 뿐만 아니라, 요증사실을 인정할 ‘간접사실에 대한 정황증거’로도 인정하지 말아야 한다고 보았다. “요증사실인 그 기재내용의 진실성을 입증하기 위한 직접증거로는 사용될 수 없는 전문증거가 그 기재의 존재를 인정하는 증거로 사용될 수 있게 됨으로써 우회적으로 그 기재내용의 진실성을 인정하는 증거로 사용되는 결과”가 되고, 이는 결국 “전문증거의 증거능력을 배제하려는 전문법칙의 취지를 잠탈하는 결과를 초래하게 된다”는 취지이다.³³⁾

사실 1심이 말하는 간접사실이 무엇인지는 분명하지 않다. 혹자는 박전대통령의 업무지시 내지 대화내용의 전달 자체를 그 간접사실로 보고, 여기에는 요증사실(뇌물공여의 합의)의 진위 내지 존부에 관한 주장(assertion)이 담겨 있지 않기 때문에, 그 간접사실을 인정할 본래증거이지 전문증거가 아니라고 보기도 한다.³⁴⁾ 그러나 ‘A라는 지시사실’ 또는 A라는 대화내용의 전달사실’ 자체의 존부 문제는 그 A라는 지시 내지 A라는 대화‘내용의 진위문제’와 직결된다.³⁵⁾ 이러한 점에서 2심이 지적하는 것처럼 전문법칙의 취지가 잠탈될 우려도 있는 만큼, 전문증거가 아니라 본래증거라는 주장에는 동의할 수 없다.

그리고 전문법칙의 취지가 잠탈될 우려가 있다는 이유로, 위 ⑥과 ④의 경우, 즉 원진술의 존재 자체를 요증사실로 하는 증거신청과 채택을 막을 이유도 없다. 가령, 2015. 7. 25.자 안종범의 수첩에는 위 ④ 또는 ⑤에 해당한다고 볼 수 있는 ‘삼성 엘리트 대책’, ‘M&A 활성화 전개’ 및 ‘고창수→제주지검장’ 등의 기재가 있는데, 이는 ②와 ③을 거쳐 궁극적으로 ①의 사실을 추론할 수도 있는 간접사실들이다. 물론, 이러한 추론으로 전문법칙이 잠탈될 우려가 있기 때문에, 대법원은 전문증거를 ‘그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거’로 그 사용을 극히 제한하려고 한다.

하지만 진술의 진실성과 관계있는지 여부를 구분하는 것은 그리 간단한 일이 아닐 뿐만 아니라, 그 진실성은 증거능력이 아니라 증거가치의 문제이다. 종종 이 두 가지가 서로 뒤엉켜 논의되는데, 가령 대법원은 전문진술을 기재한 조서와 달리, 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서는 증거능력이 없다고 본다.³⁶⁾ 신빙성이 없다는 이유로 이미 증거능력을 부정하는 것이다. 증거가치

33) 서울고등법원 2018. 2. 5. 선고 2017노2556 판결, 18면 이하.

34) 차정인, 전게논문, 490면 이하.

35) 따라서 차정인 교수는 논문의 후반부에 이르러, 1심이 ‘안종범의 수첩은 박전대통령의 지시내용, 박전대통령과 이재용의 대화내용을 인정할 간접사실에 대한 본래증거’라고 판시한 부분에서 ‘간접사실에 대한’이라는 일곱 글자는 삭제되어야 한다고 주장한다(차정인, 전게논문, 496면).

에 대한 애매한 설명보다는 증거능력에 관한 강한 논증으로 자기 결론의 정당성을 뒷받침하려는 이 실무경향 탓에, 1심과 2심은 실행과 집행유예라는 각자의 결론을 선취하고, 이에 맞추어 그 증거능력을 평가한 것인지도 모른다.

그런데 대법원은 ‘박전대통령의 지시사항’과 ‘박전대통령과 이재용의 대화내용’을 구분하고, 전자의 경우에는 안중범의 수첩이 형소법 제313조 제1항에 따라 증거능력이 인정될 수 있지만, 후자의 경우에는 형소법 제316조 제2항의 필요성 요건을 충족하지 못하기 때문에, 대화내용을 추단할 수 있는 간접사실의 증거로도 사용될 수 없다고 보았다.³⁷⁾ 대화내용 중 이재용의 말이 문제되는 경우에는 필요성 요건을 충족하지 못하지만, 박전대통령의 말이 문제되는 경우에는 필요성 요건이 충족된다고 볼 여지도 있다.³⁸⁾ 하지만 대법원은 이를 구분하지 아니하고, 그 신빙성이 낮다는 이유로 간접사실에 대한 증거사용도 부정한 것으로 보인다.

그러나 증거능력과 증거가치를 구분한다면, 안중범의 업무수첩이 요증사실에 따라 재전문증거나 재재전문증거 혹은 그 이상이라고 하더라도 현행법의 필요성 요건을 충족하면 그 증거능력 자체를 부정할 일은 아니다.³⁹⁾ 문제는 안중범의 수첩이 증거가치를 가지고 있는지는 것이다. 이미 언급한 것처럼, 스모킹건으로 작용한 11권의 수첩은 국정농단사건이 불거지기 시작한 2016. 10. 25. 이후 가필된 것이라는 주장도 제기되고, 또한 박전대통령과 독대한 기업 회장들의 면담일자가 서로 뒤바뀌어 있거나 혹은 삼성관련 메모에 ‘홈쇼핑’, ‘면세점’ 등과 같이 전혀 관련성이 없는 내용이 뒤섞여 기재되어 있다고 한다.⁴⁰⁾

게다가 안중범은 박전대통령이 ‘무엇을 한번 알아보라’고 하면, 이 알아보는 수준을 넘어 이미 일정한 조치로 나아간 경우가 허다하였고,⁴¹⁾ 결혼하는 딸의 예단문제를 넘기지 언급하며 뇌물을 요구하기도 하였다.⁴²⁾ 이러한 사실은 안

36) 대법원 2000. 3. 10. 선고 2000도159 판결 ; 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도5255 판결 ; 대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결 ; 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도5948 판결.

37) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 판결.

38) 대법원은 증인이 소환에 계속 불응하고 구인장조차 집행되지 않은 경우, 제314조 또는 제316조 제2항에서 말하는 ‘소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유’로 볼 수 있다고 하고(대법원 1995. 6. 13. 선고 95도52 판결 ; 대법원 2005. 9. 30. 선고 2005도2654 판결), 재판을 거부하는 박전대통령을 구인하는 것이 사실상 어려운 측면이 있기 때문이다.

39) 권오걸, 「형사소송법」, 형설출판사, 2010, 762면 ; 이은모, 「형사소송법」 제6판, 박영사, 2018, 692면 ; 이재상/조균석, 「형사소송법」 제11판, 박영사, 2017, 638면 ; 이창현, 「형사소송법」 제3판, 피앤씨미디어, 2017, 931면.

40) 시사오늘 2017. 7. 5일자, ‘뒤죽박죽 안중범 수첩’(http://www.sisaon.co.kr/news/articleView.html?idxno= 59398)

41) 검찰의 피의자신문에서 박전대통령이 직접 진술한 내용이다(월간조선, 2017년 6월호, 303면).

종범이 자신의 죄책을 가볍게 하고자 ‘대통령이 시켜서 한 일’이라는 취지로 수첩내용을 사후에 가필하였다는 의심이 들게 한다. 뿐만 아니라, 박전대통령은 검찰의 피의자신문에서 안종범의 수첩과 관련된 지시사실 자체를 부인하기도 하였다.⁴³⁾ 따라서 과기환송심에서는 수첩의 증거능력을 넘어 그 증거가치를 재음미해 볼 수 있는 기회확보(가령, 박전대통령의 직접적인 반대신문)에 초점을 맞출 필요가 있을 것이다.

III. 사건의 실체법적 쟁점들

1. 뇌물수수의 공모여부와 뇌물죄의 구조

이 사건에서 이재용이 뇌물로 공여했다는 돈은 전액 최서원 측에 전달되었고, 적어도 박전대통령이 직접 수령한 것은 없었다. 이에 특검은 ‘박전대통령과 최서원이 공모하여 뇌물을 수수했다’는 점과 더불어, 두 사람이 사실상의 ‘경제공동체’관계에 있었다는 점을 강조하였다. 공무원과 비공무원 사이에 일정한 경제적 공동관계가 인정될 때에는 그 비공무원이 받은 뇌물도 공무원이 직접 받은 것으로 보아야 한다는 대법원의 입장⁴⁴⁾을 의식한 것이었다. 국정농단사건이 불거지고 이에 대한 수사가 진행될 당시에 박전대통령과 최서원은 마치 ‘한 몸’과 같은 경제공동체였음을 시사하는 언론보도도 넘쳐났었다.⁴⁵⁾

하지만 재판과정에서 특검이 주장하는 그 경제공동체는 입증되지 않았고, 오히려 그 반대를 시사하는 수많은 증거들이 현출되었다.⁴⁶⁾ 그러자 1심과 2심

42) 경향신문, 2017. 5. 12일자(<http://news.khan.co.kr/khnews/khanartview.html?artid=201705121528001>).

43) 가령, 박전대통령은 문화재단의 설립을 지시한 사실, 플레이그라운드의 광고대행사 선정을 지시한 사실 등 혐의사실 대부분을 부정하였다(월간조선, 2017년 6월호, 291면, 301면 이하).

44) 대법원 1998. 9. 22. 선고 98도1234 판결.

45) 약 10억원에 이르는 박전대통령의 옷값이나 진료비를 최서원이 지불했다거나 박전대통령의 삼성동 사저구입비 일부를 최서원의 어머니가 지불했다는 보도 등이 넘쳐났다. 중앙일보, 2016. 11. 22. 사회면 ; 조선일보 2016. 12. 19. 정치면 ; 조선일보 2017. 1. 25. 정치면. 심지어 박전대통령은 최태민과 최서원 무당부녀에게 완전히 조정당하는 꼭두각시처럼 묘사하기도 하고, 팔선녀나 오방낭과 같은 샤머니즘적 용어도 횡행하였다(중앙일보 2016. 10. 31. 사회면 ; 중앙일보 2017. 1. 20. 외피니언 ‘이철호의 시사각각’),

46) 월간조선, 2017년 4월호, 144면. 당시 언론의 허위, 왜곡, 과장보도에 대해서는 월간조선, 2017년 3월호, 108면 이하. 당시의 언론보도에 대한 자세한 분석으로는 윤철수/김경호,

은 특검이 주장하는 경제공동체의 대용물로 박전대통령과 최서원의 공모관계를 끌어들이고, “뇌물죄의 공동정범이 성립하는 경우에는 뇌물의 귀속주체가 누구인지는 문제가 되지 않는다”고 보았다.⁴⁷⁾ 대법원도 이를 그대로 받아들였다.⁴⁸⁾ 그러나 “사람을 어떻게 그렇게 더럽게 만듭니까”라거나 “최서원에게 속았다”는 박전대통령의 진술⁴⁹⁾이 있었다는 점을 감안하자면, 과연 이 사건 1심 재판부가 그 공모관계를 적극적으로 판단하는 것이 옳았는지는 의문이다.⁵⁰⁾

무엇보다 이 사건의 1심 재판부는 박전대통령을 대면한 바 없고, 또 박전대통령과 최서원 사건의 심리는 상당히 지체되고 있었다.⁵¹⁾ 이러한 상황에서 1심은 그 공모관계에 대한 판단없이 이재용에게 증뢰의사가 있었는지에 집중할 수도 있었다. 공무원의 뇌물수수죄가 부정되더라도 그 대항범인 이재용에게 증뢰의사가 있었다면 적어도 그에게는 뇌물공여죄가 성립할 여지가 있기 때문이다.⁵²⁾ 물론, 그렇다고 마냥 다른 재판의 심리종결을 기다릴 수 없겠지만, 박전대통령을 대면한 바 없는 이 사건의 1심이 피고인의 구속기간에 쫓겨 그 공모관계를 가장 먼저 인정하고 나선 것은 다소 아쉬움을 남기는 것이 사실이다.⁵³⁾

이러한 아쉬움에도 불구하고, 1심이 그 공모관계의 설명에 집중했던 이유는

“박근혜 대통령 탄핵사건 보도에 대한 비판적 담론 분석 : 일간신문의 정파성과 담론경쟁을 중심으로”, 『정치커뮤니케이션연구』 통권48호, 한국정치커뮤니케이션학회, 2018/3, 102면 이하 참조.

47) 서울중앙지방법원 2017. 8. 25. 선고 2017고합194 판결, 134면 ; 서울고등법원 2018. 2. 5. 선고 2017노2556 판결, 21면.

48) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 판결.

49) 조선일보 2018. 4. 19. 이명진 논설위원의 ‘논설실의 뉴스읽기’

50) 박전대통령과 최서원의 관계에 관한 박전대통령의 진술에 대해서는 이경재, 전게서, 346면, 그리고 변호인단에서는 당연히 ‘박전대통령과 최서원이 범행을 공모하지 않았다’고 주장하였다(이경재, 전게서, 371면 이하),

51) 이재용 사건의 1심 선고는 2017. 8. 25일이었고, 최서원 사건의 1심 선고는 2018. 2. 13일, 박전대통령 사건의 1심 선고는 2018. 4. 6일이었다.

52) 권오걸, 『형법각론』, 형설출판사, 2011, 1017면 ; 오영근, 『형법각론』 제2판, 박영사, 2009, 915면. 대법원도 동생의 결혼식에서 뇌물성에 대한 인식없이 20만원의 축의금을 받은 공무원은 무죄이지만, 증뢰의사로 축의금을 건넨 피고인에게는 뇌물공여죄가 성립한다고 보았다(대법원 1987. 12. 22. 선고 87도1699 판결).

53) 가령, 1심은 박전대통령과 최서원이 박전대통령과 이재용의 1차 독대(2014. 9. 15) 이전에 이미 뇌물수수를 공모했다고 보았지만, 삼성에서는 2차 독대(2015. 7. 25)까지 약 10개월 동안 승마협회 회장을 맡는 것 외에는 그 어떠한 승마지원도 하지 않았고, 삼성과 코어스포츠의 용역계약은 2015. 8. 26일에 체결되었다. 이는 ‘사회공헌 차원에서 이루어진 삼성의 정상적인 스포츠지원 프로그램이 최서원의 영향으로 인해 정유라 개인에 대한 지원으로 변질된 것’이라는 변호인단의 주장에 부합하는 측면이 없지 않다. 그리고 이경재 변호사는 박전대통령과 최서원 사이에 금전적 이해관계가 서로 얽혀있지 않다고 한다(이경재, 전게서, 368면 이하).

이미 언급한 것처럼 그 공모관계를 특검이 주장하는 경제공동체의 대용물로 보았기 때문이다. 즉, 뇌물죄의 공동정범이 성립하면, 그 뇌물을 최서원이 독점했다고 하더라도 박전대통령은 형법 제129조 제1항의 단순수뢰죄의 공동정범이 되고, 이재용도 바로 그 대항범인 뇌물공여죄의 죄책을 진다는 것이다. 변호인단에서는 최서원이 뇌물을 독점한 이상 박전대통령에게는 형법 제130조의 제3자뇌물제공죄가 성립하고,⁵⁴⁾ 여기에는 부정한 청탁이 있어야 한다고 주장하였지만, 1, 2, 3심은 공히 이러한 주장을 배척하고 단순수뢰죄의 공동정범으로 본 것이다.

하지만 박상옥 대법관이 지적하는 것처럼, 형법은 단순수뢰죄와 제3자뇌물제공죄를 구분하고 있고, 그 기준은 바로 뇌물이 누구에게 귀속되느냐는 것이고, 공무원과 비공무원 사이에 공모관계가 있었느냐의 여부가 아니다.⁵⁵⁾ 따라서 ‘공무원이 전적으로 혹은 비공무원과 함께 뇌물을 수수하기로 하는 범죄행위’에 비공무원이 공동가공한 경우에는 그 역시 단순수뢰죄의 공동정범이 되지만, 비공무원이 뇌물을 독점하기로 하는 범죄행위를 공무원과 공모한 경우에는 그 공무원을 제3자뇌물제공죄의 공동정범으로 보아야 한다. 다수의견에 따르면, 이 제3자뇌물제공죄의 공범은 가능하지만, 그 공동정범은 있을 수 없다는 결론에 이른다.

1심은 “제3자뇌물제공죄에서 말하는 제3자란 행위자와 공동정범 이외의 사람을 말하고, 교사자나 방조자도 포함될 수 있다”는 대법원 판례⁵⁶⁾를 인용하고 있는데, 이는 단순뇌물죄가 아니라 제3자뇌물제공죄의 공동정범에 관한 것이다. 즉, ‘제3자란 행위자와 공동정범 이외의 사람’이라고 할 때의 행위자는 제3자뇌물제공죄를 범하는 공무원이고, 공동정범은 그 범죄행위에 공동가공한 자, 즉 제3자뇌물제공죄의 공동정범을 말한다. 그리고 대법원은 뇌물을 독점한 제3자가 공무원의 제3자뇌물제공죄를 교사·방조한 경우도 처벌한다는 취지에서

54) 삼성이 승마지원과 관련하여 그 경제적 이익의 귀속주체는 독일 소재 ‘코어스포츠’라는 회사였기 때문에, 승마지원 역시 제3자뇌물제공죄가 쟁점이 되어야 하지만, 이 경우에는 박전대통령이 삼성과 코어스포츠의 용역계약에 대해 전혀 아는 바가 없었다는 장애물을 넘기 어려워 특검이 단순뇌물죄로 기소한 측면이 없지 않다(이경제 전제서, 370면). 그럼에도 2심은 이와 관련된 법리문제를 엄밀히 살피지 아니하고, 그저 “검찰이 단순뇌물죄로 기소하면, 법원은 그 성립여부를 따질 뿐”이라고 설시하였다(서울고등법원 2018. 2. 5. 선고 2017노2556 판결, 22면 이하).

55) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 판결의 소수의견.

56) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19659 판결. 권오걸, 「형법각론」, 형설출판사, 2011, 1043면 ; 김성돈, 「형법각론」 제2판, 성균관대학교 출판부, 2009, 725면 이하 ; 오영근, 「형법각론」 제2판, 박영사, 2009, 928면 ; 이재상/장영민/강동범, 「형법각론」 제10보정판, 박영사, 2017, 730면 ; 임웅, 「형법각론」 제9정판, 법문사, 2018, 943면.

“(그 제3자에는) 교사자나 방조자도 포함될 수 있다”고 한 것이다.

이와는 달리, 뇌물의 이익이 전혀 귀속된 바 없는 박전대통령도 최서원과의 공모관계를 이유로 단순수뢰죄의 공동정범으로 보는 대법원의 다수의견에 따르면, 형평성의 문제가 제기될 수 있다. 가령, 뇌물을 독점한 제3자가 공무원을 교사·방조한 사례와 그것을 넘어 공동가공의 실행행위까지 나아간 사례를 비교해 보면, 후자의 공무원이 사실상 실행행위를 더 적게 하는 셈이다. 그럼에도 전자의 공무원을 제3자뇌물제공죄로 처벌하고, 후자의 공무원을 단순수뢰죄의 공동정범으로 다룬다면, 이는 형평에 반하는 일이다. 따라서 박전대통령의 경우에도 최서원이 뇌물을 독점한 이상, 제3자뇌물제공죄의 공동정범이 될 수 있을 뿐이라고 보아야 한다.

2. ‘포괄적 현안’에 대한 ‘묵시적 청탁’이 가능한지 여부

박전대통령에게 제3자뇌물제공죄가 성립할 수 있을 뿐이라면, 이재용이 박전대통령에게 ‘부정한 청탁’을 한 사실이 입증되어야 한다. 특검은 무엇보다 미르재단과 케이스포츠재단 및 동계스포츠영재센터에 공여된 돈의 경우에는 제3자뇌물제공죄가 문제될 수 있다고 보고, 그 ‘부정한 청탁’을 입증하려고 노력하였다. 특히, ‘삼성생명과 제일모직의 합병’ 등 삼성그룹의 8개 개별현안⁵⁷⁾을 적시하고, 이들을 위한 부정한 청탁이 있었다고 주장하였다. 그러나 특검이 표현한 것처럼 ‘대통령과의 단독면담이라는 비밀의 커튼’ 뒤에서 행하여졌을 것으로 보는 그 개별청탁들을 입증한다는 것은 그리 용이한 일이 아니다.⁵⁸⁾

이에 특검은, 그 개별현안은 모두 「최소한의 개인자금을 사용하여 삼성그룹 핵심 계열사들인 삼성전자와 삼성생명에 대하여 사실상 행사할 수 있는 의결권을 최대한 확보할 수 있도록 하는 것을 목표로 하는 삼성그룹 지배구조 개편」을 지향한다는 점에 주목하여, ‘포괄현안으로 이른바 승계작업’이 있었다고 강조하였다. 이 승계작업은 1996년 이재용의 에버랜드 전환사채 인수시부터 삼성그룹 미래전략실 주도 하에 지속적으로 추진되어 왔으며, 박전대통령과 이재

57) ① 중간금융지주회사 제도도입, ② 삼성SDS 및 제일모직의 상장, ③ 삼성중공업과 삼성엔지니어링의 합병, ④ 삼성테크윈 등 4개 비핵심 계열사 매각, ⑤ 삼성물산과 제일모직의 합병, ⑥ 엘리엇 등 외국자본에 대한 경영권방어 강화, ⑦ 신규 순환출자 고리해소를 위한 삼성물산 주식처분의 최소화 및 ⑧ 삼성생명의 금융지주회사에 대한 금융위원회의 승인을 말한다.

58) 이재용은 그 부정청탁을 부인하고, 박전대통령에 대한 조사는 이루어지지 못한 상황이었기 때문에 더욱 그러하다.

용은 3차례의 단독면담을 하면서 적어도 이 포괄현안으로서의 ‘승계작업’에 대한 명시 혹은 묵시적 청탁이 있었다는 점을 부각시키고자 한 것이다.⁵⁹⁾

하지만 변호인단은 이재용은 물론 미래전략실 임직원 누구도 대통령 또는 정부의 관련자에게 그 개별현안을 위해 부정한 청탁을 한 사실이 없고, 또 삼성그룹의 지배구조 개편 등과 관련된 그 개별현안들은 각 계열사의 사업상 필요에 의해 추진된 것으로, 이재용의 핵심 계열사들에 대한 지배권확보를 목표로 하는 그 승계작업의 일환으로 추진된 것이 아니라고 반박하였다. 즉, 그 승계작업이라는 것은 각 계열사의 개별현안들을 오직 이재용의 개인적 이익을 위한 수단으로 만들기 위해 특검이 고안한 가공의 틀에 불과하고, 그러한 가공의 틀을 대상으로 청탁이 이루어졌다고 보는 것은 어불성설이라는 것이다.⁶⁰⁾

이와 관련하여 1심은 개별현안들에 대한 부정청탁이 있었다는 점을 뒷받침할 증거가 없지만, 포괄현안으로서의 ‘승계작업’ 자체는 있었고, 이재용은 물론 박진대통령도 개괄적으로나마 그 필요성을 인식하고 있었다고 보았다. 이른바 ‘포괄적 직무관련성 내지 포괄적 대가관계’⁶¹⁾가 인정된다고 본 것이다. 하지만 1심은 제3자뇌물제공죄의 부정한 청탁은 ‘유의미한 정도의 구체성 있는 청탁’이어야지,⁶²⁾ ‘막연히 선처하여 줄 것이라는 기대’ 정도로는 부족하다는 보고,⁶³⁾ 미르재단과 케이스포츠재단에 출연한 돈의 대가성을 부정하였고, 다만 동계스포츠영재센터에 지원한 돈의 경우에는 그 포괄적 대가성을 인정하였다.

하지만 2심은 아예 승계작업의 존재 자체를 부정하였다. 제3자뇌물제공죄가 성립하기 위해서는 당사자들 사이에 뇌물의 대가성에 대한 공통의 인식과 양해가 있어야 하는데, “승계작업이 명확하지 않거나 개괄적이게 되면 공통의 인식이나 양해의 존부판단에 영향을 주어 처벌의 범위가 불명확해지게 되므로 제3자뇌물제공죄에 있어서 ‘부정한 청탁’을 요건으로 하는 취지에 반하게” 된다는 것이다. 나아가 삼성그룹의 개별현안들이 추진될 무렵에 많은 전문가들이 이재용의 ‘계열사에 대한 지배력 확보와 관련이 있다’고 평가·분석하고 있었다는 사정들을 더하여 보더라도 ‘승계작업’의 존재를 인정할 수 없다고 보았다.

59) 서울중앙지방법원 2017. 8. 25. 선고 2017고합194 판결, 48면.

60) 서울중앙지방법원 2017. 8. 25. 선고 2017고합194 판결, 49면 이하.

61) 포괄적 대가관계로 족하다는 견해로는 권오걸, 「형법각론」, 형설출판사, 2011, 1021면 ; 김성돈, 「형법각론」 제2판, 성균관대학교 출판부, 2009, 716면 ; 임웅, 「형법각론」 제10판, 2019, 935면 ; 강수진, “부정청탁금지법안상 금품 등 수수행위의 직무관련성”, 「안암법학」 제42권, 안암법학회, 2013, 49면 ; 한정환, “뇌물죄의 보호법익, 그리고 뇌물과 직무행위의 대가관계”, 「형사법연구」 제9호, 한국형사법학회, 1997, 261면 이하.

62) 서울서부지방법원 2008. 7. 22. 선고 2008노422 판결.

63) 이는 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결의 취지에 따른 것이다.

이 1심과 2심의 입장이 알려지자, 뇌물죄의 해석을 달리하여야 한다는 주장도 제기되었다. 즉, “단순뇌물죄는 포괄적 대가관계로 충분할 수 있지만, 제3자 뇌물제공죄는 보다 구체적인 대가관계를 요한다”고 본 것이 기존의 실무경향이었지만,⁶⁴⁾ 현행법의 단순뇌물죄는 직무관련성 외에 따로 대가관계를 필요로 하지 않는 만큼,⁶⁵⁾ 포괄적 대가관계의 범리를 오히려 제3자뇌물제공죄에 적용하자는 것이다.⁶⁶⁾ 특히, 이 사건에서 보는 바와 같이 대규모의 뇌물수수는 의도적으로 제3자인 법인 등을 통해서 우회적으로 발생할 가능성이 많기 때문에, 우리 사회에 만연한 정경유착을 근절하기 위하여 뇌물죄의 처벌범위를 확대하자는 취지이다.

하지만 단순뇌물죄는 대가관계를 요하지 않는다는 것과 제3자뇌물제공죄의 ‘부정한 청탁’을 ‘포괄적 대가관계’로 완화하는 것은 차원을 달리하는 문제이다. 현행법이 명시하지 않은 대가관계를 원용하여 실무가 단순뇌물죄의 성립을 제한하여 온 바도 있었지만, 최근에 언급되는 포괄적 대가관계는 사실상 포괄적 직무관련성과 거의 같은 의미로 사용되고 있다.⁶⁷⁾ 그럼에도 제3자뇌물제공죄의 ‘부정한 청탁’을 이 포괄적 대가관계의 의미정도로 완화한다면, 뇌물의 귀속주체가 누구냐에 따라 단순수뢰죄와 제3자뇌물제공죄를 구분하여 후자의 성립범위를 보다 엄격하게 제한하려는 현행법의 입법취지가 사실상 몰각되어 버린다.

물론, 애초의 입법취지와는 달리, 제3자뇌물제공죄의 ‘부정한 청탁’은 ‘위법 또는 부당한 직무집행에 대한 청탁’에 국한되지 않고, 청탁의 대상이 된 직무집행 그 자체는 위법·부당하지 않더라도 ‘당해 직무집행에 대한 대가의 교부를 내용으로 하는 청탁’도 포괄하는 것으로 이해되고 있다.⁶⁸⁾ 이 완화해석으로

64) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 ; 서울서부지법 2008. 7. 22. 선고 2008노422 판결.

65) 김창균, “뇌물죄에 관한 연구”, 『판례연구』 제2집, 제주판례연구회, 1999, 206면 이하 ; 김혜경, “뇌물죄의 성립범위와 직무관련성 및 대가성의 해석”, 『최신판례분석』 제67권 제4호, 법조협회, 2018/8, 419면 ; 오영근, “현행 뇌물범죄 처벌규정의 문제점과 개선방안”, 『대검찰청 정책연구 보고서』, 2010, 16면 ; 임상규, “청탁금지법상의 ‘직무관련성’ 개념과 그 문제점”, 『형사정책』, 제29권 제1호, 한국형사정책학회, 2017/4, 103면.

66) 노종화, “정경유착 근절을 위한 뇌물죄 범리의 재정립 필요성”, 『경제개혁리포트』 2018년 5월호, 경제개혁연구소, 35면 이하 ; 최정학, “뇌물죄와 제3자 뇌물제공죄에서 ‘대가관계’와 ‘청탁’의 요건”, 『형사법연구』 제30권 제3호, 한국형사법학회, 2018/9, 137면.

67) 대법원도 뇌물죄의 성립에는 대가관계가 요구되지만, 개개의 특정한 직무행위와 대가관계에 있을 필요는 없고, 포괄적 대가관계로도 충분하다고 한다(대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결 ; 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3378 판결).

68) 대법원 2006. 6. 15. 선고 2004도3424 판결. 입법당시 엄상섭 의원은 ‘청탁’을 언급한 사건 수뢰죄와 달리 제3자뇌물제공죄에 ‘부정한 청탁’을 명기하는 이유와 관련하여, 부정한 청탁을 ‘부당한 직무집행에 대한 청탁’으로 보아 제3자뇌물제공죄의 성립을 제한하려는 취지라고 설명하였다(형법제정자료집, 한국형사정책연구원, 1990, 350면).

인해 이미 스포츠단체를 후원하거나 각종 모금활동에 응하는 기업들의 사회공헌활동은 실은 교도소담장 위를 걷는 일이 될 수 있다. 여러 현안문제들에 골몰할 수밖에 없는 기업들이 특히 비인기 스포츠종목을 후원하는 경우, 그 현안문제와 관련있는 공무원의 호의적인 일처리나 선처를 기대한다고 볼 여지가 다분하기 때문이다.

이재용이 어떤 생각으로 돈을 교부하였는지는 추론할 수밖에 없지만, ‘포괄현안에 대한 묵시적 청탁’이 문제된다면, 대략 ‘대통령에게 잘 보이면 어떤 도움을 받을 수 있다거나 혹은 적어도 손해를 입을 염려를 없을 것’이라는 정도의 기대감이 남을 것이다. 대법원은 이러한 정도의 막연한 기대감으로는 (알선)수뢰죄가 성립할 수 없다고 보았다.⁶⁹⁾ 하지만 이 사건과 관련하여 대법원은 “부정한 청탁의 대상 또는 내용은 구체적일 필요가 없고, 부정한 청탁에 대한 인식은 미필적인 것으로 충분하다”고 보았다.⁷⁰⁾ 박전대통령과 이재용 사이에 승계작업을 매개로 동계스포츠영재센터를 지원한다는 묵시적인 양해가 있었다고 본 것이다.

대법원의 이 판단이 앞으로 기업인들의 활동에 어떤 영향을 미칠지가 주목된다. 기업들은 수많은 현안들을 안고 있고, 또 이들이 수많은 스포츠단체를 후원하거나 혹은 각종 모금활동에도 응하고 있는 것이 현실이다. 그럼에도 기업의 총수가 고위공무원이나 포괄적 직무관련성을 가진 대통령과 독대한다면, 이제 제3자뇌물제공죄가 마치 ‘조좌룡 현 칼’처럼 위세를 부릴지도 모른다. 하지만 이는 결코 바람직한 장면이 아니다. 따라서 개별현안에 대한 명시 혹은 묵시적 청탁, 그리고 포괄현안에 대한 명시적 청탁이 입증되는 경우가 아니라면, 적어도 그 ‘포괄현안에 대한 묵시적 청탁’은 인정될 여지가 없다고 보아야 할 것이다.⁷¹⁾

3. 말 3필의 소유권귀속 문제

한편, 이 사건의 법정형에 크게 영향을 미칠 사유 하나는 ‘살시도, 비타나, 라우싱’이라는 말 3필의 소유권이 누구에게 귀속되느냐하는 점이다. 살시도를 구입할 당시 작성된 삼성전자의 내부기안문에는 ‘삼성전자가 마필의 소유주로

69) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도12346 판결.

70) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 판결.

71) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 판결의 소수의견. 반대견해로는 노종화, 전계논문, 35면 이하 ; 최정학, 전계논문, 137면.

패스포트를 기재될 것’이라고 기재되어 있고, 실제로 패스포트에 삼성전자가 기재되었으며, 또 삼성전자의 유형자산으로 자산관리대장에도 등록되어 있었다. 하지만 그 후에 비타나와 라우싱을 구입할 때에는 200만 유로를 선금금으로 회계처리하였을 뿐, 내부기안문에 패스포트와 소유주에 대한 기록이 생략되어 있고, 또 삼성전자의 자산관리대장에 유형자산으로 등재되지도 않았다.

이러한 차이점에 관한 여러 상이한 증언들이 있었지만, 1심은 말 3필 모두의 소유권이 최서원에게 이전되었다고 보고, 그 구입비용과 보험료를 합친 36억 5,943만원도 뇌물로 평가하였다. 특히, 1심은 “동산 및 부동산에 관한 물건 또는 등기하여야 하는 권리는 그 목적물의 소재지법에 따른다”는 국제사법 제 19제 제1항에 따라 독일민법이 준거법이 된다고 보고, 독일민법 제929조 후문의 간이인도⁷²⁾로 살시도의 소유권이 최서원에게 이전되었다고 보았다. 최서원과 삼성전자 사이에 살시도의 소유권이전에 관한 합의가 있었고, 이는 비타나와 라우싱의 경우에도 마찬가지였다고 본 것이다. 대법원의 다수의견도 이를 받아들였다.⁷³⁾

그러나 2심과 대법원 소수의견의 판단은 달랐다. 무엇보다 삼성전자의 박상진 상무는 삼성전자의 자금으로 차량 3대를 매수하여 최서원의 코어스포츠에서 사용하도록 하였는데, 그 얼마 후 그 중 2대를 코어스포츠에 대도하고 차량대금을 송금받은 사실에 주목하였다. 고가의 말들을 뇌물로 제공하였다면, 소액의 차량매각대금을 송금받은 것을 설명하기 어렵다는 것이다. 그리고 2016. 9. 23. 삼성의 승마지원이 언론에 보도되자, 최서원과 박상진은 두 차례에 걸쳐 그 지원사실을 숨기는 방안을 협의하면서 그 소유권이전을 2018년 이후에 추진하기로 협의한 사실을 놓고 보더라도 그 때까지는 소유권이 이전되지 않은 것으로 보아야 한다는 것이다.

대법원까지 올라가는 형사사건이 늘 그러하듯이 고려할 요소는 많고 판단은 어려운 것이 사실이다. 하지만 이러한 경우에 늘 강조되어야 하는 것이 바로 ‘형사처벌의 최후수단성 내지 보충성 원칙’이고, 또 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 형사소송법의 대원칙이다. 그럼에도 실무는 ‘실질적’ 혹은 ‘사실상’이라는 용어를 동원하여 종종 형사처벌의 엄격성을 와해시키는 경우가 없지 않다.⁷⁴⁾ 구체적 타당성이라는 관점에서 그러한 확장해석이 전혀 불가하다고

72) 독일민법 제929조 : 동산소유권의 양도에는 소유자가 양수인에게 물건을 인도하고 또 쌍방이 소유권의 이전에 합의하는 것을 요한다. 양수인이 물건을 점유하고 있는 경우에는 소유권 이전의 합의로 족하다.

73) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 판결.

할 수는 없지만, 그렇더라도 그것은 그야말로 필요최소한에 머물러야 한다.

2심이나 대법원의 소수의견처럼 본다고 하더라도, 말 3필에 관한 액수 미상의 무상 사용이익이 뇌물로 공여되었다고 볼 수 있다. 다수의견과 소수의견은 일차적으로 특경법 제4조 제2항 제1호(무기 또는 10년 이상의 징역)를 적용할 것인가 아니면 그 제2호(5년 이상의 유기징역)를 적용할 것인가의 차이로 나타난다. 물론, 2심의 집행유예가 유지될 것이냐의 판단에도 상당한 영향을 미칠 수가 있다. 그러나 집행유예를 할 것인가는 전체를 종합하여 판단할 사안이다. 만일 그 이전에 이미 ‘집행유예를 어렵게 하겠다’는 의도에서 ‘사실상’이나 ‘실질적’과 같은 맥락을 끌어들여 형사범의 형식적 확실성 내지 그 엄정성을 슬쩍 허물려고 한다면, 이는 결코 바람직한 일이 아닐 것이다.

IV. 결 어

이 사건에서 유죄로 인정된 삼성의 승마지원과 관련하여 확실히 인정되는 것은 삼성이 최서원의 코아스포츠에 상당한 자금을 송금하였다는 사실이다. 애초에 삼성 측은 ‘기업의 사회공헌이라는 차원에서 이루어진 정상적인 스포츠 지원활동’이라고 주장하였지만, 이는 무죄가 선언된 케이스포츠재단 또는 동계 스포츠영재센터에 대한 지원에 국한되고, 정유라의 승마지원은 그리 정상적이지 않았다. 특히, 2015. 7. 25. 이재용이 박전대통령과 2차 독대를 한 이후 삼성 측은 매우 부산하게 움직였다. ‘정상적인 스포츠 지원계획이 최서원의 욕심 또는 겁박으로 변질되었다’고 하였지만, 삼성 측은 분명 정상적이지 않음을 알고도 그 길로 나아갔다.

이것이 박전대통령 또는 그 주변인물의 위세에 눌려 어쩔 수 없이 빚어진 일인지, 아니면 특검이 말하는 승계작업을 위해 그야말로 ‘통 큰 베팅’을 한 것인지는 파기환송심에서 다시 한 번 엄밀하게 점검해 볼 일이다. 일각에서는 이재용의 부친이 갑자기 쓰러지자 그의 입지를 강화하기 위하여 삼성 측이 먼저 최서원에게 접근하였고, 삼성이 이리저리 세탁한 돈을 마음 놓고 쓸 수 있게 만들어 주면서 최서원의 ‘간이 붓게 되었다’는 평가도 있지만,⁷⁵⁾ 최서원의 존재를

74) 가령, 피해자가 속아서 주문·제작한 도자기가 아직 기망자에게 아직 교부되지 않았더라도 도자기에 특유의 문양이나 글귀가 새겨진 경우에는 기망자의 ‘사실상의 지배’가 있다고 보고 이미 교부된 도자기로 다루기도 한다(대법원 2003. 5. 16. 선고 2001도1825 판결).

75) 월간조선 2017년 2월호, 72면.

파악할 정도의 대단한 정보력을 가진 것으로 평가받는 삼성이 어떻게 최서원에게 그렇게 허망하게 끌려 다니고 말았는지는 이해하기 어려운 측면이 있다.

실체관계에 관한 여러 의문 외에도, 이 사건은 형사사법에 많은 시사점을 남겼다. 기업총수나 전직 대통령에게는 현행 구속사유가 다소 괴이하게 비치고, 또 이 사안처럼 복잡한 사건의 경우에는 피고인의 구속기간이 너무 지나친 집중심리를 초래할 수 있다는 점도 드러났다. 그리고 실체적 진실을 밝히는 것도 중요하겠지만, 그렇다고 수십만 쪽에 달하는 수사기록을 그대로 접수하여야 하는지도 한번 반문해 보아야 한다.⁷⁶⁾ 검찰의 이 기소전략에 따라, 뇌물공여자와 수수자를 함께 재판하기 심히 곤란한 사정이 연출되고, 결국 같은 쟁점에 대해 재판부마다 판단을 달리한 점⁷⁷⁾은 사법신뢰를 저해한 측면이 없지 않았다. 사법 및 검찰개혁이 강조되고 있는 요즘, 이 사건이 보여준 형사재판의 특이문제들도 함께 논의될 수 있었으면 한다.

76) 이경재, 전제서, 298면에서는 “특검의 삼성 관련 뇌물 공소장은 기소공학(起訴工學)의 제조물”이었다고 평가하고 있다.

77) 가령, 삼성이 동계스포츠영재센터에 지원한 16억 2,800만원과 관련하여, 이 사건 1심 재판부는 유죄로 보았지만, 최서원과 박전대통령 사건의 1심 재판부는 각기 무죄를 선고하였다. 그리고 이 사건 2심 재판부도 무죄를 선고했지만, 박전대통령 사건의 2심 재판부는 유죄로 보았다.

[참고문헌]

- 강수진, “부정청탁금지법안상 금품 등 수수행위의 직무관련성 - 미국불법사례수 수죄를 중심으로”, 『안암법학』 제42호, 안암법학회, 2013.
- 권양섭, “구속영장항고제도 도입에 관한 논의와 절충적 제안”, 『법학연구』 제55권, 한국법학회, 2014.
- 김경수, “영장항고제도 도입필요성에 관한 연구”, 『형사정책연구』 통권 제84호, 한국형사정책연구원, 2010.
- 김병수, “구속요소의 계량화를 통한 구속기준 정립”, 『형사법연구』 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012.
- 김성돈, “개정형사소송법에 있어서 인신구속제도 - 불구속수사 및 불구속재판원칙의 확대방안을 중심으로”, 『성신법학』 제8권, 성신여자대학교 법학연구소, 2009.
- 김성룡, “삼성전자 이재용 부회장 구속영장 발부를 둘러싼 법적 쟁점”, 『형사법연구』 제29권 제2호, 한국형사법학회, 2017.
- 김창균, “뇌물죄에 관한 연구”, 『판례연구』 제2집, 제주판례연구회, 1999.
- 김혜경, “뇌물죄의 성립범위와 직무관련성 및 대가성의 해석”, 『최신판례분석』 제67권 제4호, 법조협회, 2018.
- 노종화, “정경유착 근절을 위한 뇌물죄 법리의 재정립 필요성”, 『경제개혁리포트』 2018년 5월호, 경제개혁연구소.
- 오영근, “현행 뇌물범죄 처벌규정의 문제점과 개선방안”, 『대검찰청 정책연구 보고서』, 2010.
- 윤철수/김경호, “박근혜 대통령 탄핵사건 보도에 대한 비판적 담론 분석 : 일간신문의 정파성과 담론경쟁을 중심으로”, 『정치커뮤니케이션연구』 통권48호, 한국정치커뮤니케이션학회, 2018.
- 이경재, 417호 대법정, 실크로드, 2019.
- 이승주, “현행 구속사유 해석을 둘러싼 혼란과 그 개선방안”, 『저스티스』 제167호, 한국법학원, 2018.
- 이재학, “뇌물죄 규정의 구조적 한계와 포괄적 뇌물죄의 확대에 관한 고찰”, 『일감법학』 제38호, 건국대학교 법학연구소, 2017.
- 정준섭, “영장항고제도 도입의 필요성과 정당성”, 『법학연구』 제49권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2009.
- 조성용, “개정 형사소송법상 구속사유 심사의 필요적 고려사항의 문제점과 개선방

향 : ‘범죄의 중대성 및 재범의 위험성’을 중심으로”, 『인권과정의』 제386호, 2008.

조성용, “위장된 구속사유”, 『법조』 통권 제638호, 법조협회, 2009.

차정인, “이른바 ‘안종범의 업무수첩의 증거능력’”, 『동아법학』 제82호, 동아대학교 법학연구소, 2019.

최정학, “뇌물죄와 제3자 뇌물제공죄에서 ‘대가관계’와 ‘청탁’의 요건”, 『형사법연구』 제30권 제3호, 한국형사법학회, 2018.

한정환, “뇌물죄의 보호법익, 그리고 뇌물과 직무행위와의 대가관계”, 『형사법연구』 제9호, 한국형사법학회, 1997.

[Abstract]

The issues about trial ‘Samsung Lee Jae-Yong’*

IM, Sang-Gyu**

The Vice President of Samsung Electronics Lee Jae-Yong is facing a retrial on bribery charges against South Korea’s former president Park Geun-Hye. A court of first instance sentenced Lee Jae-Yong to 5 years in prison and the appellate court sentenced 2 year and 6 months prison and 4 years probation for Lee Jae-Yong. However, the supreme court destroyed some appeals in the appellate court, which leads to the current retrial.

The case was at first controversial whether the reason for his arrest was met in terms of the procedural law and then the issue in a court of first instance was the fact that a court hearing has tightly proceeded three times a week and the business notebook’s ability of evidence corresponding to the double hearsay rule. This article made three points about the case; first, the reason for arrest should be realized, second, shortening trial period should be regarded as shortening the defendant’s arrest period, and finally the double hearsay should focus on the value of evidence rather than the ability of evidence.

Another issue of this case was whether it is a simple bribery or the joint punishment of the third party’s bribery in terms of substantive law in case the third party monopolizing bribe co-process official’s bribery. The issue also was whether ‘dishonest solicitation’ in the third party’s bribery is sufficient for ‘implied solicitation about comprehensive issues.’ This article argues that the joint punishment of the third party’s bribery should be established in case that the third party rather than official monopolizes bribery, and ‘implied

* This Research was supported by Kyungpook National University Research Fund, 2017.

** Prof. Dr. at the Kyungpook National University

solicitation about comprehensive issues’ is not a sufficient requirement for ‘dishonest solicitation’.

Keywords : The Monopoly of Government Affairs, The Third Party’s Bribery, Implied Solicitation, Reason for Arrest, Arrest period

