연구총서 22-A-05

www.kicj.re.kr

직권남용죄에 관한 연구

A Study on the Abuse of Authority

이천현 · 이권철 · 고명수



KICJ 한국형사·법무정책연구원
Korean Institute of Criminology and Justice

직권남용죄에 관한 연구

연구책임자

이 천 현 한국형사·법무정책연구원 선임연구위원, 법학박사

공동연구자

이 권 철 백석대학교 경찰학부 교수

고 명 수 고려대학교 법학전문대학원 연구교수

연 구 지 원

우 지 우 한국형사·법무정책연구원 인턴연구원

발간사

2010년대 중반의 소위 '국정농단' 사태 이전에는 직권남용죄(형법 제123조)에 관한 적용 사례가 많지 않았습니다. 남용의 범위와 한계를 설정하는데 어려움이 있을 뿐만 아니라 직권남용이 실제로 의무 없는 일을 하게 하거나 권리 행사를 방해하였는지에 대한 인과 관계의 입증에도 어려움이 있었기 때문입니다.

그러나 2017년 국정농단 사태 이후 직권남용죄와 관련한 고소·고발이 폭증하고 있고 그 죄의 성부가 논란이 되고 있는 상황입니다. 「검찰연감」(대검찰청)에 따르면, 전체 사건 중 직권남용 권리행사방해죄로 2016년에 검찰에 접수된 사건(각하된 사건 포함)은 4,586건이었으나, 2017년 이후에는 9,188건(2017년), 13,738건(2018년), 16,880건(2019년), 16,167건(2020년)으로 급증하고 있습니다. 반면에 그에 대한 기소율은 매우 낮은 것으로 나타나고 있습니다. 2016년에는 그 기소율은 0.52%, 2017년은 0.31%, 2018년은 0.39%, 2019년에는 0.23%, 2020년에는 0.14%에 그치고 있습니다. 그리고, 2017년 이후 기소된 이전 정부의 주요 고위 공직자들의 '직권남용죄'에 대한 무죄판결도 다수 나오고 있는 상황에 있습니다.

직권남용죄 관련 문제는 과거 공직사회의 "적폐청산"이라는 사회적·정치적 큰 흐름의 여파와 함께 국민 인식이 높아지면서 직권남용에 대한 논란이 보편화되어 가고 있는 하나의 사회현상이라고도 할 수 있을 것입니다. 이에 대하여는 국가기능작용의 적정성에 대한 신뢰와 국가의 권력작용에 대한 민주적 통제의 필요성에 따라 직권남용죄의 적극적 해석론·입법론이 주장되고 있기도 합니다. 반면, 공무원에 대한 직권남용죄 고소·고발사건의 증가는 공무원의 적법한 적극적인 직무활동('적극행정')에 대하여 부정적인 영향을 미칠 수 있다는 우려도 있고, 법치주의 원리를 강조하여 직권남용죄의 엄격한 적용과 해석하여야 한다는 입장도 있습니다.

이에 이 연구에서는 직권남용죄의 발생 및 처리 실태를 파악하고, 지금까지 판례를 통해 형성되어 온 직권남용죄의 법리와 그에 대한 해석론에 관한 상세한 검토를 수행하였으며, 이를 토대로 공무원의 불법행위(직권남용)에 대한 엄격한 처벌을 기하면서도

동시에 공무원의 직무활동에 대하여 과도한 국가 형벌권 발동을 억제할 수 있도록 직권남용죄 법리에 관한 입법론적 개선방안을 제시하였습니다.

이 연구가 직권남용죄에 대한 종합적인 이해와 향후 입법작업에 도움이 될 수 있기를 바랍니다. 마지막으로 이 연구에 참여해 주신 이권철 교수님과 고명수 교수님, 그리고 자료 정리 등에 도움을 주신 우지우 인턴연구원께도 감사드립니다.

2022년 12월

연구진 대표하여

선임연구위원 **이 천 현**

목 차

국문요약 ····· 1

제1장 이천현

서 론 ····· 5

제1절 연구 목적 ····· 7

제2절 연구 범위 및 방법 ····· 8

제2장 이천현

직권남용죄 발생 및 처리실태 ····· 11

제1절 공식통계 분석 ····· 13

1. 서론 ····· 13

2.「범죄분석」(대검찰청) ····· 14

3.「검찰연감」(대검찰청) ····· 23

제2절 문재인 정부(2017년) 이후의 사건 분석 ····· 31

제3장 이천현·고명수·이권철

주요 국가의 직권남용죄 규정 ····· 49

제1절 일본의 직권남용죄 규정 ····· 51

1. 일본의 직권남용죄 규정 ····· 51

2. 연혁과 적용실태 ····· 53

3. 공무원 직권남용죄 보호법익과 본질 ····· 59

4. 직권남용죄 해석론 ····· 63

5. 정리 및 시사점 ····· 74
제2절 독일의 직권남용 규율 ····· 74
1. 규율방식 개관 ····· 74
2. 입법연혁 ····· 79
3. 직권남용 관련규정 해석론 및 판례 ····· 86
4. 직권남용 관련통계 ····· 105
5. 정리 및 시사점 ····· 109
제3절 미국에서의 직권남용죄 ····· 113
1. 직권남용죄 유사 규정의 내용 및 입법연혁 ····· 113
2. 직권남용죄에 관한 해석론 ····· 122
3. 직권남용죄 적용실태 및 사례 ····· 129
4. 요약 및 시사점 ····· 140

제4장 이천현

우리나라 직권남용죄에 대한 법리와 쟁점 ····· 143

제1절 직권남용권리행사방해죄(형법 제123조 규정) ····· 145
1. 입법연혁 ····· 145
2. 보호법익 ····· 147
3. 구성요건 ····· 150
4. 기수시기 ····· 162
5. 죄수 ····· 164
제2절 행정법령상의 직권남용죄 규정 ····· 168
1. 직권남용죄 (관련)규정 ····· 168
2. 규정의 특성 ····· 170
제3절 직권남용죄를 둘러싼 쟁점 ····· 173
1. 고위공무원과 일반적 직무권한 ····· 173
2. 헌법원리 위반과 직권의 남용 ····· 190
3. 직권남용 상대방인 '사람'의 의미 ····· 195
4. 인사권 행사와 직권남용권리행사방해 ····· 205
5. 권리행사 방해에서 '권리'의 내용 ····· 218
6. 직권남용권리행사방해죄의 발생 구조 ····· 219

7. 공범관계 성립 문제 ····· 220
8. 죄수관계 ····· 224
제4절 직권남용죄 유형별 사례 ····· 227
1. 유죄 사례 ····· 227
2. 무죄 사례 ····· 269

제5장 이천현
직권남용죄에 관한 합리적 운용 및 입법방안 ····· 331

제1절 해석론적 관점 ····· 333
1. 서론 ····· 333
2. 확대해석론 ····· 334
3. 축소해석론 ····· 346
4. 소결 ····· 351
제2절 입법론적 관점 ····· 352
1. 서론 ····· 352
2. '지위 이용행위' 처벌 ····· 353
3. 목적범으로 규정 ····· 357
4. 미수범 처벌규정 ····· 359
5. 법정형 강화 ····· 361
6. 사법방해죄 신설 ····· 362
7. 행정법령상의 직권남용죄 규정 정비 ····· 363

제6장 이천현
결론 ····· 365

참고문헌 ····· 371

Abstract ····· 379

표 차례

[표 1-1-1] 직권남용 권리행사방해죄 처리인원(전체범죄 기준, 2016년~2020년) ····· 7
[표 2-1-1] 직권남용 발생 및 검거현황 ····· 14
[표 2-1-2] 공무원 범죄자 소속기관별 현황(직권남용) ····· 16
[표 2-1-3] 공무원 범죄자 국가공무원 소속기관별 현황(직권남용) ····· 18
[표 2-1-4(1)] 공무원 범죄자 직급별 현황1(직권남용, 1994~2007년) ····· 20
[표 2-1-4(2)] 공무원 범죄자 직급별 현황2(직권남용, 2008~2020년) ····· 21
[표 2-1-5] 공무원 범죄자 수사단서별 현황(직권남용) ····· 22
[표 2-1-6] 전체사건 중 직권남용죄 접수 및 처리현황 ····· 25
[표 2-1-7] 공무원사건 중 직권남용죄 접수 및 처리현황 ····· 29
[표 2-2-1] 6개 사건의 형량(선고형) ····· 32
[표 2-2-2] 문재인 정부(2017년) 이후의 직권남용죄 사건(요약) ····· 33
[표 3-1-1] 일본의 직권남용죄 관련 규정 ····· 51
[표 3-1-2] 일본형법상의 공무원 직권남용죄(제193조)와
우리의 직권남용죄(제123조) 규정 비교 ····· 53
[표 3-1-3] 일본 구형법(1880년)상의 직권남용죄 규정 ····· 54
[표 3-1-4] 일본 신형법(1907년)상의 직권남용죄 규정과 개정 규정 ····· 55
[표 3-1-5] 공무원범죄 검찰청 신규 접수 및 종국처리 현황: 직권남용죄
(2003~2020년) ····· 56
[표 3-1-6] 일본 형법상 공무원 직권남용죄(제193조)와 강요죄(제223조) 비교 ····· 61
[표 3-2-1] 독일의 직권남용죄 관련 규정 ····· 75
[표 3-2-2] 제240조 제4항 제2호 유·무죄 통계 ····· 105
[표 3-2-3] 제240조 제4항 제2호 유죄선고 형종·형량 통계 ····· 105
[표 3-2-4] 제339조 유·무죄 통계 ····· 106
[표 3-2-5] 제339조 유죄선고 형종·형량 통계 ····· 106
[표 3-2-6] 제344조 및 제345조 유·무죄 통계 ····· 107
[표 3-2-7] 제344조 및 제345조 유죄선고 형종·형량 통계 ····· 107
[표 3-2-8] 제339조, 제344조, 제345조, 제352조, 제353조 경찰단계 범죄통계 ····· 108
[표 3-2-9] 제352조 및 제353조 유·무죄 통계 ····· 109

[표 3-2-10] 제352조 및 제353조 유죄선고 형종·형량 통계 ····· 109
[표 4-2-1] 행정법령상 직권남용죄 규정 ····· 168
[표 4-3-1] 박×× 전대통령 사건 ····· 175
[표 4-3-2] 이×× 전대통령 사건 ····· 176
[표 4-3-3] 원○○ 국정원장의 정치개입 및 특수활동비 불법 사용 등 사건 ····· 179
[표 4-3-4] 소위 "사법농단 의혹사건" 개요 ····· 185
[표 4-3-5] 사법농단 의혹사건 관련 직권남용권리행사방해 부분 ····· 186
[표 5-1-1] 공무원 직무행위 유형(직권남용의 목적-수단 관계) ····· 343
[표 5-1-2] 적극행정 관련 면책규정 ····· 349

그림 차례

[그림 2-1-1] 직권남용 발생현황(건) ····· 15
[그림 2-1-2] 직권남용 검거건수 및 검거율과 검거인원 ····· 16
[그림 2-1-3] 직권남용 공무원 범죄자 직급별 비율(1994~2020년 누계) ····· 19
[그림 2-1-4] 전체범죄 접수 및 기소 현황(1994~2020년) ····· 23
[그림 2-1-5] 직권남용죄 접수 및 기소현황(1994~2020년) ····· 24
[그림 2-1-6] 직무유기죄 접수 및 기소현황(1994~2020년) ····· 27
[그림 2-1-7] 뇌물수수 및 뇌물공여 접수 및 기소현황(1994~2020년) ····· 27
[그림 3-1-1] 직권남용죄 접수현황 ····· 58
[그림 3-1-2] 직권남용죄 처리 및 기소현황 ····· 58
[그림 3-1-3] 직권남용죄 불기소 및 기소유예현황 ····· 59
[그림 3-3-1] 연도별 기소사건 추이 ····· 130
[그림 4-1-1] 직권남용죄 객관적 구성요건 ····· 152

국문요약

우리 사회에서는 2017년 국정농단 사태 이후 직권남용죄와 관련한 고소·고발이 폭증하고 있고 그 죄의 성부가 논란이 되고 있다. 「검찰연감」(대검찰청)에 따르면, 전체 사건 중 직권남용 권리행사방해죄로 2016년에 검찰에 접수된 사건(각화된 사건 포함)은 4,586건이었으나, 2017년 이후에는 9,188건(2017년), 13,738건(2018년), 16,880건(2019년), 16,167건(2020년)으로 급증하고 있다. 반면에 그에 대한 기소율은 매우 낮은 것으로 나타나고 있다. 2016년에는 그 기소율은 0.52%, 2017년은 0.31%, 2018년은 0.39%, 2019년에는 0.23%, 2020년에는 0.14%에 그치고 있다. 그리고, 2017년 이후 기소된 이전 정부의 주요 고위 공직자들의 '직권남용죄'에 대한 무죄판결도 다수 나오고 있는 상황에 있다.

이에 이 연구에서는 직권남용죄의 발생 및 처리 실태를 파악하고, 지금까지 판례를 통해 형성되어 온 직권남용죄의 법리와 그에 대한 해석론에 관한 상세한 검토를 수행하였으며, 이를 토대로 공무원의 불법행위(직권남용)에 대한 엄격한 처벌을 기하면서도 동시에 공무원의 직무활동에 대하여 과도한 국가 형벌권 발동을 억제할 수 있도록 직권남용죄 법리에 관한 입법론적 개선방안을 제시하였다.

우리 판례는 직권남용죄가 성립하기 위해서는 ① '직권남용'(ⓐ 일반적 직무권한의 존재 + ⓑ 직무상 권한을 행사하는 것으로 볼 수 있는 외관의 존재 + ⓒ 실질적 · 구체적으로 위법・부당한 행위(남용행위)), ② '의무없는 일의 강요 또는 권리행사 방해'와 그 결과 발생, 그리고 ③ 인과관계(①과 ② 사이)가 있어야 한다고 하고, 이를 각각 엄격하게 해석하고 있는 입장에 있다.

그런데 특히 직권남용죄의 객관적 성립요건 가운데 '직권남용'에 대한 법원의 제한적 해석(직권남용과 지위이용 불법행위 구별)을 둘러싸고, 이와 같은 판례 이론에 따르면 "실질적 불법과 비난가능성이 오히려 더 클 수 있는 행위"에 대한 처벌의 공백이 발생하고, 이는 국가권력 행사에 있어서 형평에 반하고 청렴하고 공평한 새로운 공직사회 문화 발전을 저해하여 결국 국민의 신뢰에 악영향을 줄 수 있다는 문제 인식에 기반하여 판례 법리에

대한 강력한 비판적 관점을 가지고 직권남용죄 성립 요건에 대하여 확대 해석을 하여야 한다는 견해들이 주장되고 있다. 또 다른 측에서는 법치주의 원리를 강조하여 – 판례와 같이 또는 판례보다 더 엄격하게 - 직권남용죄의 엄격한 적용과 해석을 주문하고 있다.

직권남용죄에 관한 판례의 법리에 대해 제기되는 비판적 시각은, 기본적으로, 한편에서는 지금까지 묵인되어 온 (또는 향후 묵인될 수 있는) 공무원의 불법적인 권한행사에 대한 처벌의 필요성에 기반하고, 다른 한편에서는 정권교체 이후 정치권 인사나 공무원 등에 대한 정치보복의 수단으로 남용될 수 있는 우려에 기반한 것이라 할 수 있을 것이다.

그러나 이러한 문제를 해결해야 하는 형법 제123조가 떠안고 있는 "이중적 과제"(조기영, 위의 글(직권남용의 개정방향), 78면에 원용)는 – 해석론이 아닌 – 입법적 노력으로 해결될 수 밖에 없는 상황이라 할 수 있다. 법원의 법리에 비판적인 해석론은 전개하고 있는 입장에서도 이에 대하여도 의문이 없는 듯하다.

이 연구는 기본적으로 직권남용죄 적용 확대를 위한 해석론과 입법론에 부정적인 입장을 견지하고 있다. 헌법재판소 반대의견(재판관 권성)에서 지적하는 것처럼 직권남용죄의 구성요건인 "'직권남용'과 '의무'는 그 의미가 모호하고 광범위하며 추상적인 개념으로(서) … 자의적인 해석과 적용의 여지를 남기고 있어, 이른바 정권교체의 경우에 전임 정부에서 활동한 고위 공직자들을 처벌하거나 순수한 정책적 판단이 비판의 대상이 된 경우에 공직자를 상징적으로 처벌하는 데에 이용될 위험성"이 있기 때문이다. 이러한 우려는 직권남용죄 규정의 적용 사례가 매우 적은 주요 국가(일본, 독일, 미국)의 운영 실태를 보면 어느 정도 공감할 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 – 이러한 우려와는 별개로 - 직권남용죄의 성립요건을 구체화하는 입법노력 요구나 "실질적 불법과 비난가능성이 오히려 더 클 수 있는 행위"(특히, 공무원의 지위이용행위)에 대한 처벌의 공백을 메꿀 수 있는 방안 마련의 요구에는 답할 필요가 있다.

이에 이 연구에서는 다음과 같이 입법안을 제안하고자 한다.

〈사 안〉 형법

형법 제123조(직권, 지위남용) ① 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 공무원이 위계 또는 위력으로써 지위를 이용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을

하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에도 전항의 형과 같다.
③ 제1항의 미수범은 처벌한다.

"실질적 불법과 비난가능성이 오히려 더 클 수 있는 행위"에 대한 처벌의 공백을 메꿀 수 있도록, 지위 이용행위를 처벌의 범위에 포함시키되, 위계 또는 위력을 수단으로 한 경우로 제한함으로써 일반적 직무권한 없이 이루어지는 지위 이용행위의 성립범위를 다소 제한할 필요가 있다고 생각된다. 또한, 일반적 직무권한을 불법적으로 이용하는 경우(직권 남용행위)에 한하여 미수범 성립을 인정함으로써 처벌 범위 확장도 다소 제한할 수 있을 것으로 생각된다. 이와 같은 입법을 통해 공무원의 직권남용 및 불법적인 직권이용 행위에 대한 엄격한 처벌을 기하면서도 동시에 공무원의 직무활동에 대하여 과도한 국가 형벌권 발동을 억제할 수 있을 것으로 생각된다.

한편, 일부 행정법령의 경우 형법상의 직권남용죄 규정과 동일한(또는 유사한) 형태의 직권남용행위 처벌규정을 두고 있다. 이들 규정 가운데, 형법상의 직권남용죄 규정과의 관계를 고려해 볼 때, 별도의 규정 필요성이 없는 경우나 불합리한 경우에는 당해 규정에 대한 정비가 필요하다. 즉, 국가재정법 제102조에 규정된 구성요건적 내용은 – 부당한 영향력의 행사만 있으면 성립하기 때문에 범죄 기수시기가 앞당겨지는 효과는 있지만 이 경우는 현실적으로 처벌 가능성이 없을 것으로 생각되고 - 형법상 직권남용죄(제123조)로 의율이 가능할 뿐만 아니라 그 법정형도 형법상 직권남용죄(제123조)와 동일하기 때문에, 동 규정을 별도로 둘 이유가 없을 것으로 생각된다. 동 규정의 적용 사례도 찾아보기 어렵다. '구 공정거래법'상의 직권남용죄 규정(구법 제69조)의 경우에도 삭제된 바 있다(2020년 법개정). 그리고 주민등록법의 경우는 - '의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리 행사를 방해한 때' 등과 같은 결과를 규정하지 않고 - "직권을 남용"하면 바로 범죄가 성립되도록 규정하고 있는데(제38조), 경찰관 직무집행법(제12조)과의 정합성을 고려하면 그 결과(예를 들어, "다른 사람에게 해를 끼친 경우" 등)를 규정할 필요가 있다고 생각된다. 주민등록법 제38조가 그 처벌에 대하여는 "「경찰관 직무집행법」 제12조에 따라 처벌한다."고 규정하고 있기 때문이다. 주민소환에 관한 법률(제29조)의 경우에는 공직선거법(제12조)이나 국민투표법(제104조)과의 정합성을 고려하면 법정형을 상향조정할 필요가 있다. 모두가 유사한 투표업무와 관련한 직권남용행위라는 점에서 공통점이 있기 때문이다.

서 론

이천현

제1장

서 론

제1절 | 연구 목적

2010년대 중반의 소위 '국정농단' 사태 이전에는 수사기관에서 직권남용죄(형법 제123조)에 관한 적용사례가 많지 않았다. 남용의 범위와 한계를 설정하는데 어려움이 있을 뿐만 아니라 직권남용이 실제로 의무 없는 일을 하게 하거나 권리 행사를 방해하였는지에 대한 인과 관계의 입증에도 어려움이 있었기 때문이다.

그러나 2017년 국정농단 사태 이후 직권남용죄와 관련한 고소·고발이 폭증하고 있고 그 죄의 성부가 문제가 되고 있는 상황이다. 대검찰청 검찰연감에 따르면, 전체 사건 중 직권남용 권리행사방해죄로 2016년에 검찰에 접수된 사건(각하된 사건 포함)은 4,586건이었으나, 2017년 이후에는 9,188건(2017년), 13,738건(2018년), 16,880건(2019년), 16,167건(2020년)으로 급증하고 있다. 반면에 그에 대한 기소율은 매우 낮은 것으로 나타나고 있다. 2016년에는 그 기소율은 0.52%, 2017년은 0.31%, 2018년은 0.39%, 2019년에는 0.23%, 2020년에는 0.14%에 그치고 있다.

[표 1-1-1] 직권남용 권리행사방해죄 처리인원(전체범죄 기준, 2016년~2020년)

(단위: 명)

	2016년	2017년	2018년	2019년	2020년
접 수	4,586	9,188	13,738	16,880	16,167
기 소	**24**	**29**	**53**	**40**	**23**
불기소*	4,021	8,088	12,341	14,588	13,731
타관송치 등	172	196	388	472	296

※ 1. * 불기소인원 가운데 90% 이상이 '각하'임(2020년의 경우 각하가 12,686명임(92.4%)).
2. 자료: 대검찰청, 2021년 검찰연감, 2021, 568~569면

그런데, 한편으로는 2017년 이후 기소된 이전 정부의 주요 고위 공직자들의 '직권남용죄'에 대한 무죄판결도 다수 나오고 있는 상황에 있다.

직권남용죄 관련 문제는 과거 공직사회의 "적폐청산"이라는 사회적·정치적 큰 흐름의 여파와 함께 국민 인식이 높아지면서 직권남용에 대한 논란이 보편화되어 가고 있는 하나의 사회현상이라고도 할 수 있을 것이다. 이에 대하여 국가기능작용의 적정성에 대한 신뢰와 국가의 권력작용에 대한 민주적 통제의 필요성에 따라 직권남용죄의 적극적 해석론·입법론이 주장되고 있기도 하다. 반면, 공무원에 대한 직권남용죄 고소·고발사건의 증가는 공무원의 적법한 적극적인 직무활동('적극행정')에 대하여 부정적인 영향을 미칠 수 있다는 우려도 있다. 정부는 2019.8.6.에 「적극행정 운영규정」(대통령령 제30016호)을 제정하여 공무원의 적극행정을 장려하고 있기 때문이다.

이와 같은 상황에도 불구하고 현행 직권남용죄와 관련한 해석 기준이 매우 불명확할 뿐만 아니라 그동안 동죄의 적용 사례가 별로 없었고 그에 따라 관련 판례도 많이 축적되어 있지 않은 상황이라 할 수 있다. 최근 들어서 직권남용죄가 적용되는 사례가 급증하면서 직권남용죄의 법리적인 부분에 대한 보다 심도 있는 연구가 더 필요한 상황이다.

이에 이 연구에서는 지금까지 판례를 통해 형성되어 온 직권남용죄의 법리와 해석론에 관한 검토를 수행하고, 또한 공무원의 불법행위(직권남용)에 대한 엄격한 처벌을 기하면서도 동시에 공무원의 직무활동(적극행정)에 대하여 과도한 국가 형벌권 발동을 억제할 수 있도록 직권남용죄 법리에 관한 입법론적 연구를 수행하고자 한다.

제2절 | 연구 범위 및 방법

이 연구는 총 6개 장으로 구성되었다.

제2장은 직권남용죄의 발생 및 처리 실태를 살펴보았다. 공식통계(범죄분석 및 검찰연감)을 활용하여 최근 30여년간의 직권남용죄 발생 및 처리현황을 살펴보았고, 문재인정부 출범(2017년) 이후 40건의 판결문을 토대로 그 실태를 파악하여 보았다.

제3장은 일본, 독일, 미국 등 주요 국가의 직권남용죄 관련 규정의 입법상황, 해석론 및 적용실태를 살펴보고, 시사점을 도출하였다.

제4장은 우리나라 직권남용죄에 관하여 판례 법리를 토대로 이론적 검토를 하였다. 형법상의 직권남용죄(제123조)와 관련하여 범죄성립요건별 법리를 파악하고, 관련된 쟁점에 대하여 심층적인 검토를 하였으며, 그동안 축척된 판례를 유형별로 분류하여 정리하는 작업을 수행하였다. 동시에 각 행정법령상의 직권남용죄 규정에 대한 검토도 수행하였다.

제5장은 직권남용죄 규정의 합리적 운용 및 입법방안 모색을 위하여 종래 판례법리에 대한 비판적 해석론과 입법론을 검토하여 필자의 견해를 제시하였다.

제6장은 이상의 연구 내용을 요약하여 결론을 맺었다.

이 연구는 통계자료 분석과 문헌연구를 중심으로 수행되었다. 국내·외 문헌, 각종 공식통계자료, 관련 문헌, 언론자료, 판결문 등을 수집·분석하였다. 비교법적 연구는 일본, 독일 및 미국 등 세 개 국가를 대상으로 수행하였다.

직권남용죄 발생 및 처리실태

이천현

제2장

직권남용죄 발생 및 처리실태

제1절 | 공식통계 분석

1. 서론

직권남용죄와 관련한 범죄의 발생 및 처리실태를 확인할 수 있는 공식통계는 대검찰청의 「범죄분석」과 「검찰연감」에서 찾아볼 수 있다.

「범죄분석」에는 공무원범죄를 직무유기, 직권남용, 수뢰, 증뢰로 대분류하여 통계를 제시하고 있는바, 여기에서의 '직권남용'은 직권남용죄(형법 제132조) 외에 불법체포·감금죄(형법 제133조), 폭행·가혹행위(형법 제125조) 등이 포함된 광의의 개념이라 할 수 있다(이점은 후술하는 공무원 범죄자 소속기관별 현황 등에서도 확인할 수 있다). 그럼에도 불구하고 이 통계 수치를 통해서 직권남용죄(형법 제132조)의 발생실태, 즉 「검찰연감」에서 확인하기 어려운 부분(공무원범죄자의 소속기관 및 직급별 현황, 수사단서별 현황 등)의 내용을 부분적 또는 간접적으로 확인할 수 있을 것으로 생각된다.

그리고, 「검찰연감」에서는 공무원의 직권남용 관련 범죄를 직권남용죄(형법 제132조), 불법체포·감금죄(형법 제133조), 폭행·가혹행위(형법 제125조) 등으로 세분하여 통계 수치를 제공하고 있다. 따라서 이를 통해서는 공무원의 직권남용권리행사방해죄(형법 제132조)에 한정하여 그 발생 및 처리실태를 명확하게 확인할 수 있다.

2.「범죄분석」(대검찰청)

가. 발생 및 검거현황

[표 2-1-1]은 '직권남용'의 발생 및 검거현황을 나타낸다.

직권남용 발생건수는 2011년 545건으로 증가(2010년 대비 42.6%p 증가)하기 시작하여, 문재인 정부가 들어선 다음 해인 2016년에는 천 건을 넘어섰고 2018년에는 무려 1,835건에 달하여 최고 정점에 달하였다. 이 수치는 2010년 382건 대비 약 5배 증가한 것이다.

[표 2-1-1] 직권남용 발생 및 검거현황

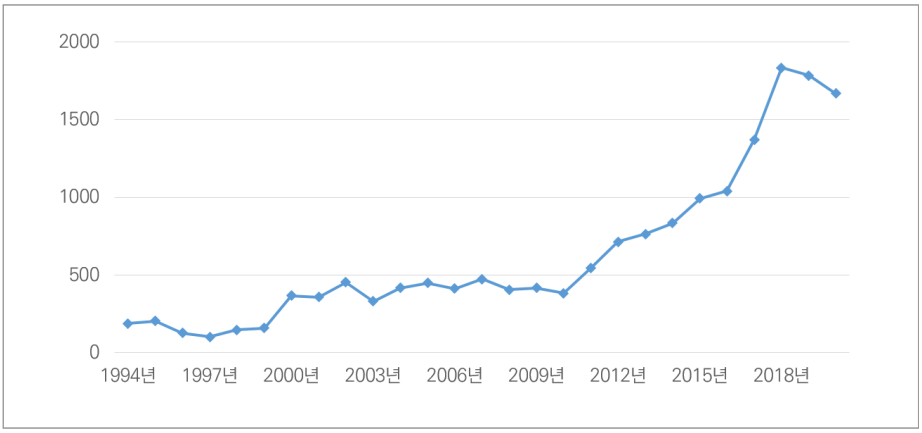
(단위: 건, 명, %)

구 분	발생		검거(건)		검거(계)(명)
	발생건수	발생비	검거건수	검거율	
1994년	186	0.42	168	90.3	337
1995년	203	0.45	164	80.8	387
1996년	125	0.27	116	92.8	222
1997년	100	0.22	99	99	214
1998년	146	0.32	117	80.1	299
1999년	158	0.34	155	98.1	291
2000년	367	0.78	309	84.2	660
2001년	357	0.75	282	79	564
2002년	**453**	0.95	398	87.9	715
2003년	330	0.69	275	83.3	468
2004년	416	0.87	310	74.5	564
2005년	447	0.93	340	76.1	711
2006년	411	0.85	352	85.6	622
2007년	**472**	0.97	406	86	1,113
2008년	406	0.83	352	86.7	658
2009년	416	0.84	335	80.5	618
2010년	382	0.77	282	73.8	456
2011년	545	1.09	387	71	476
2012년	713	1.42	448	62.8	650
2013년	764	1.52	439	57	774

구 분	발생		검거(건)		검거(계)(명)
	발생건수	발생비	검거건수	검거율	
2014년	833	1.64	330	39.6	1,224
2015년	992	1.94	605	60.99	1,423
2016년	1,040	2.03	654	62.9	1,558
2017년	1,372	2.67	801	58.4	2,175
2018년	1,835	3.56	955	52	3,998
2019년	1,784	3.45	1,055	59.1	3,170
2020년	1,668	3.20	885	53.1	2,866

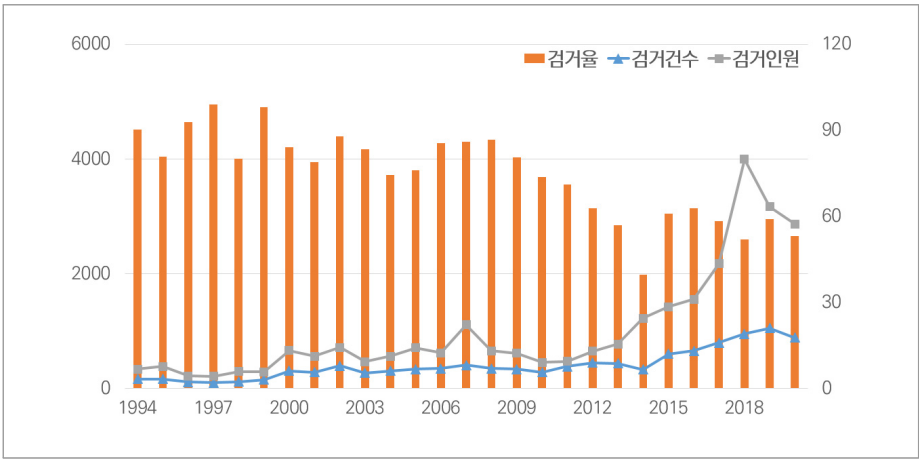
※ 자료: CCJS(https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do)
(대검찰청, 범죄분석)(2022.10.13. 최종방문)

[그림 2-1-1] 직권남용 발생현황(건)



이에 반해 직권남용에 대한 검거 건수는 - 지속적으로 상승하는 추세를 보이고 있기는 하지만 - 그 발생 건수에 비해 높지 않은 것을 확인할 수 있다. 직권남용 검거율(발생건수 대비 검거건수 비율)은 2009년까지 80%대 이상을 유지하다가 2010년 72.8%를 시작으로 하향하기 시작하여 2020년에는 53.1%에 불과한 것으로 나타나고 있다. 그런데 이와는 상반되게 검거 인원 변화 추세는 직권남용 발생 건수 변화추세와 비례하는 것으로 나타나고 있다. 단일 사건에 관계자가 많은 것에 기인한 것으로 생각된다.

[그림 2-1-2] 직권남용 검거건수 및 검거율과 검거인원



나. 공무원 범죄자 소속기관별 현황

[표 2-1-2]은 '직권남용'과 관련한 공무원 범죄자 소속기관별 현황을 나타낸다.

지난 27년간(1994~2020년)의 합계를 기준으로 볼 때, 국가공무원이 전체의 57.1%로 가장 높은 비율을 보이고 있고, 다음으로 지방공무원은 전체의 25.3%를 차지하고 있는 것으로 나타나고 있다. 그 밖의 경우는 모두 1%대를 유지하였다(기타 및 미상은 제외).

[표 2-1-2] 공무원 범죄자 소속기관별 현황(직권남용)

구분	국가 공무원	지방 공무원	교육청 공무원	국회	법원	기타	미상	합계
1994년	199	23	0	0	1	6	0	229
1995년	153	35	0	0	0	0	0	188
1996년	89	31	0	0	4	0	0	124
1997년	57	31	0	0	0	0	0	88
1998년	59	29	0	0	0	0	0	88
1999년	134	66	0	0	0	2	0	202
2000년	209	72	0	0	2	1	0	284
2001년	236	86	0	0	0	6	0	328
2002년	198	54	0	0	0	5	0	257
2003년	244	49	0	0	1	2	0	296
2004년	124	70	0	0	0	2	0	196

구분	국가 공무원	지방 공무원	교육청 공무원	국회	법원	기타	미상	합계
2005년	124	47	0	0	3	0	0	174
2006년	117	89	4	0	2	6	0	218
2007년	117	121	2	0	2	0	0	242
2008년	201	119	0	0	2	5	0	327
2009년	202	118	3	0	0	12	0	335
2010년	184	120	5	1	0	91	0	401
2011년	181	103	10	0	3	142	0	439
2012년	163	72	0	1	8	414	0	658
2013년	295	140	9	0	17	280	0	741
2014년	364	118	5	0	7	7	74	575
2015년	350	186	26	0	18	2	75	657
2016년	486	143	14	0	6	7	42	698
2017년	452	263	20	2	9	22	3	771
2018년	854	269	38	1	34	27	68	1,291
2019년	697	385	19	167	73	15	49	1,405
2020년	570	283	52	4	43	23	176	1,151
합 계	**7,059 (57.1)**	**3,122 (25.3)**	**207 (1.7)**	**176 (1.9)**	**235 (8.7)**	**1,077 (8.7)**	**487 (3.9)**	**12,363 (100)**

※ 자료: CCJS(https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do)
(대검찰청, 범죄분석)(2022.10.13. 최종방문)

특징적인 것은 국가공무원 및 지방공무원을 제외한 그 밖의 공무원의 경우 2009년 이전에는 거의 0명을 기록하다가 2010년 이후부터는 그 점유율이 매우 높다는 점이다. 교육청공무원의 경우에는 2009년 3명을 시작으로 2020년에는 52명에 달하였고, 법원공무원의 경우에도 2011년 3명을 시작으로 2019년에는 73명을 기록하기도 하였다.

한편 국회 공무원의 경우에는 최근 10년간 매년 1~2명인 것으로 나타났지만 2019년에는 167명을 기록하였다.

[표 2-1-3]은 '직권남용'과 관련한 국가공무원 범죄자 소속기관별 현황을 나타낸다.

지난 27년간(1994~2020년)의 합계를 기준으로 볼 때, 경찰청, 법무부, 국세청, 대검찰청 등 범죄수사권이나 조사권 등 공권력을 행사할 수 있는 권한을 가지고 있는 부처 소속 공무원들이 많은 비율을 점하고 있는 것을 알 수 있다. 경찰청 소속 공무원이 전체 국가공무원 가운데 69.0%로 가장 높은 점유율을 보이고 있고, 그 다음으로 법무부가 20.0%를 차지하고 있는 것으로 나타나고 있다.

[표 2-1-3] 공무원 범죄자 국가공무원 소속기관별 현황(직권남용)

구분	국가공무원								
	경찰청	법무부	국세청	대검찰청	교육부	고용 노동부	행안부	기타	합계
1994년	130	22	0	14	3	1	23	6	199
1995년	88	28	2	4	1	2	25	3	153
1996년	67	9	0	6	2	0	0	5	89
1997년	40	8	0	0	5	0	0	4	57
1998년	41	12	0	6	0	0	0	0	59
1999년	84	37	10	1	0	0	0	2	134
2000년	152	44	2	1	0	7	0	3	209
2001년	184	43	0	0	1	0	0	8	236
2002년	132	54	1	0	3	1	0	7	198
2003년	161	64	1	3	8	0	0	7	244
2004년	108	6	4	2	1	0	0	3	124
2005년	111	3	1	0	0	2	0	7	124
2006년	100	12	1	0	2	0	0	2	117
2007년	75	23	3	0	0	0	0	16	117
2008년	172	6	8	0	2	2	1	10	201
2009년	188	5	4	1	0	0	0	4	202
2010년	145	24	3	0	0	0	1	11	184
2011년	114	33	10	4	12	2	0	6	181
2012년	106	32	2	7	0	1	0	15	163
2013년	221	37	1	17	2	7	2	8	295
2014년	263	81	1	9	0	1	0	9	364
2015년	252	49	1	2	0	7	4	35	350
2016년	349	98	3	2	3	6	3	22	486
2017년	288	78	15	3	10	15	2	41	452
2018년	443	358	4	4	20	11	0	14	854
2019년	466	130	6	3	13	12	15	52	697
2020년	390	83	26	10	10	19	3	29	570
합 계	**4,480 (69.0)**	**1,296 (20.0)**	**83 (1.3)**	**89 (1.4)**	**88 (1.4)**	**77 (1.2)**	**76 (1.2)**	**329 (5.1)**	**6,489 (100)**

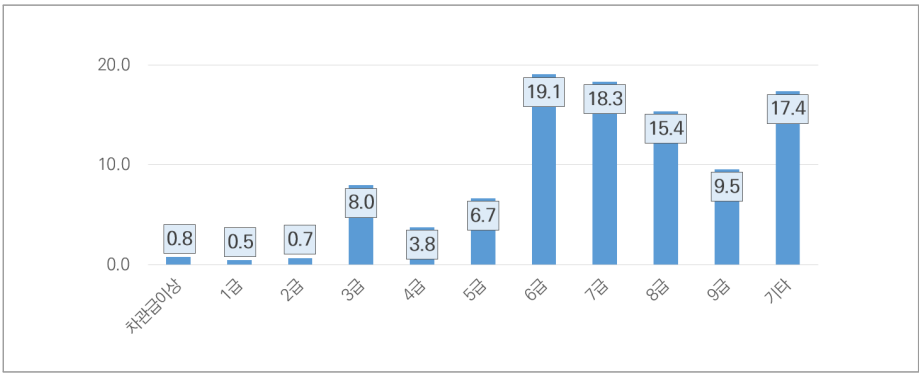
※ 자료: CCJS(https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do)
(대검찰청, 범죄분석)(2022.10.13. 최종방문)

다. 공무원 범죄자 지급별 현황

[표 2-1-4]와 [그림 2-1-3]은 '직권남용'과 관련한 공무원 범죄자 직급별 현황을 나타낸다.

지난 27년간(1994~2020년)의 합계를 기준으로 볼 때, 6급 이하의 하위직 공무원이 점하는 비율이 높다. 즉 공무원 범죄자(직권남용) 가운데 6급 공무원과 7급 공무원이 각각 19.1%와 18.3%를 차지하고 있는 것으로 나타났다. 5급 이상의 공무원 가운데에는 3급 이상이 8.0%로 가장 많은 비율을 차지하고 있다.

[그림 2-1-3] 직권남용 공무원 범죄자 직급별 비율(1994~2020년 누계)



다만, 2017년 이후에는 3급 이상의 공무원의 범죄자도 증가하고 있는 추세를 보이고 있다.

[표 2-1-4(1)] 공무원 범죄자 직급별 현황1(직권남용, 1994~2007년)

	1994	1995	1996	1997*	1998*	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
차관급 이상	2	1	1	0	0	0	4	3	1	5	0	0	1	0
1급	0	0	0	0	0	0	0	2	1	2	0	0	1	0
2	4	2	3	0	0	0	4	2	1	1	4	1	2	6
3	11	2	6	0	0	1	4	4	4	6	2	0	3	9
4	19	6	4	0	0	6	8	12	15	6	6	7	7	8
5	14	13	10	0	0	9	17	21	24	10	14	9	18	47
6	19	30	14	0	0	21	29	56	28	26	26	16	27	42
7	30	25	26	0	0	41	57	70	47	57	38	33	40	36
8	67	33	39	0	0	54	71	97	72	74	57	43	36	32
9	40	44	20	0	0	44	68	38	42	47	30	20	24	14
기타	21	4	48	0	0	26	22	23	22	62	19	45	59	48
합계	**227**	**160**	**171**	**0**	**0**	**202**	**284**	**328**	**257**	**296**	**196**	**174**	**218**	**242**

※ 1. 1997년과 1998년은 「범죄분석」에 집계가 되어 있지 않음.
2. 자료: CCJS(https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do)(대검찰청, 범죄분석)(2022.10.13. 최종방문)

[표 2-1-4(2)] 공무원 범죄자 직급별 현황2(직권남용, 2008~2020년)

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	합계 (1994~2020)
차관급 이상	2	2	1	1	2	1	2	0	1	5	5	21	16	77
1급	3	0	1	0	1	4	1	0	1	6	5	9	8	45
2	3	1	1	4	2	2	2	1	1	1	4	10	1	63
3	4	2	3	7	16	19	15	20	74	50	291	151	64	768
4	6	13	17	17	11	15	15	16	14	16	37	50	31	362
5	27	29	32	35	17	19	22	29	27	18	29	75	78	643
6	48	36	49	48	46	53	36	105	162	170	215	274	264	1,840
7	71	65	71	75	48	108	100	93	108	118	142	131	138	1,768
8	63	60	41	44	34	52	48	61	68	66	81	96	96	1,485
9	24	29	29	19	21	22	15	30	56	46	66	73	60	921
기타	76	98	156	189	46	98	57	55	41	89	107	201	64	1,676
합계	**327**	**335**	**401**	**439**	**244**	**393**	**313**	**410**	**553**	**585**	**982**	**1,091**	**820**	**9,648**

※ 자료: CCJS(https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do)(대검찰청, 범죄분석)(2022.10.13. 최종방문)

라. 수사단서별 현황

[표 2-1-5]는 공무원 범죄자(직권남용) 수사단서별 현황을 나타낸다.

지난 27년간(1994~2020년)의 합계를 기준으로 볼 때, 직권남용 사건의 대부분이 '신고'에 의하여 수사가 개시되는데, 신고 가운데 고소가 차지하는 비율이 82.4%로 대부분을 차지한다. 다음으로는 고소가 11.2%를 점하고 있는 것으로 나타나고 있다.

[표 2-1-5] 공무원 범죄자 수사단서별 현황(직권남용)

	합 계	현행법	신고							미신고
			소계	피해자 신고	고소	고발	자수	진정 투서	타인 신고	
1994년	186	5	173	0	159	10	0	2	2	8
1995년	203	2	191	5	155	27	0	3	1	10
1996년	125	3	114	5	95	12	0	2	0	8
1997년	100	3	89	2	82	4	0	0	1	8
1998년	146	5	131	0	109	19	0	2	1	10
1999년	158	8	143	1	123	16	0	2	1	7
2000년	367	29	305	7	275	18	0	3	2	33
2001년	357	31	264	4	241	14	0	5	0	62
2002년	453	49	322	4	291	25	0	1	1	82
2003년	330	25	241	13	197	28	0	2	1	64
2004년	416	2	388	5	355	25	0	2	1	26
2005년	447	2	416	1	393	20	0	2	0	29
2006년	411	2	388	5	363	13	0	4	3	21
2007년	472	2	432	4	408	16	0	3	1	38
2008년	406	1	379	8	334	33	0	3	1	26
2009년	416	5	375	3	341	25	0	5	1	36
2010년	382	0	303	2	268	24	0	6	3	79
2011년	545	10	309	3	269	29	0	8	0	226
2012년	713	9	386	3	345	31	0	5	2	318
2013년	764	1	429	1	358	59	0	7	4	334
2014년	833	2	437	2	382	44	0	9	0	45
2015년	992	5	594	8	204	17	0	365	0	58
2016년	1,040	0	553	3	469	63	0	17	1	487
2017년	1,372	6	667	4	550	92	0	20	1	699
2018년	1,835	10	892	4	714	145	1	26	2	933
2019년	1,784	2	1,065	3	837	202	0	21	2	717
2020년	1,668	1	1,026	4	753	222	1	43	3	641
합 계	**16,921**	**220**	**11,012**	**104**	**9,070**	**1,233**	**2**	**568**	**35**	**5,005**

※ 1. 미신고: 불심검문, 피해품발견, 변사체, 탐문정보, 여죄, 기타
2. 2014년과 2015년은 각각 349명, 335명이 미상으로 나타남
3. 자료: CCJS(https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do)(대검찰청, 범죄분석) (2022.10.13. 최종방문)

3.「검찰연감」(대검찰청)

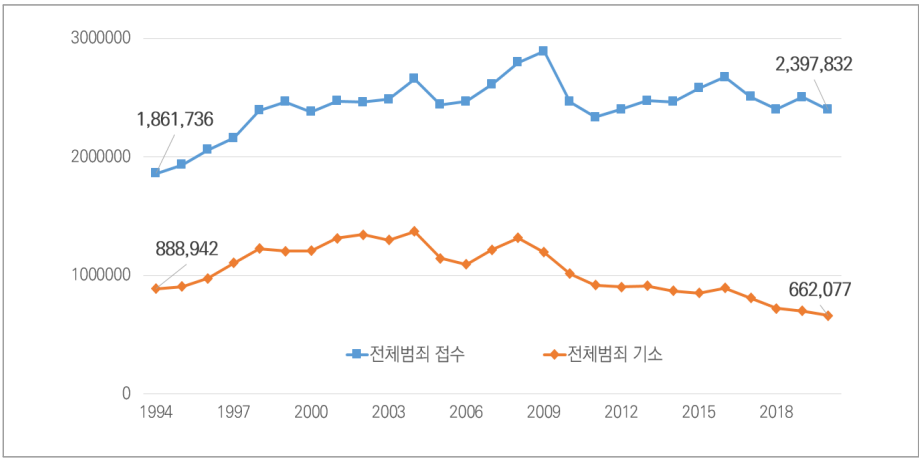
가. 전체사건 중 직권남용죄 접수 및 처리현황

(1) 전체사건 접수 및 기소현황

지난 27년간(1994~2020년)의 전체범죄 접수 건수 추이를 보면, 전반적으로 약간 상승하고 있는 것으로 나타나고 있다. 2020년 접수건수는 2,397,832건으로 1994년 1,861,736건에 비해 약 1.3배 정도 증가한 것으로 나타나고 있다.

반대로 그에 대한 기소 인원은 - 2000년대 중반까지는 다소 상승하였지만 - 2008년부터는 지속적으로 감소하고 있는 추세에 있다.

[그림 2-1-4] 전체범죄 접수 및 기소 현황(1994~2020년)[1)]



(2) 전체사건 중 직권남용죄 접수 및 기소현황

반면, 전체사건 중 직권남용죄(형법 제123조) 접수 및 기소현황은 전체범죄의 접수 및 기소현황과는 다른 양상을 보이고 있다. 지난 약 30여년 간의 직권남용죄 접수건수는 급격히 상승하고 있는 것으로 나타나고 있다. 2020년 직권남용죄 접수건수는 16,167건으로 1994년 300건에 비해 약 54배 정도 증가한 것으로 나타나고 있다.

---

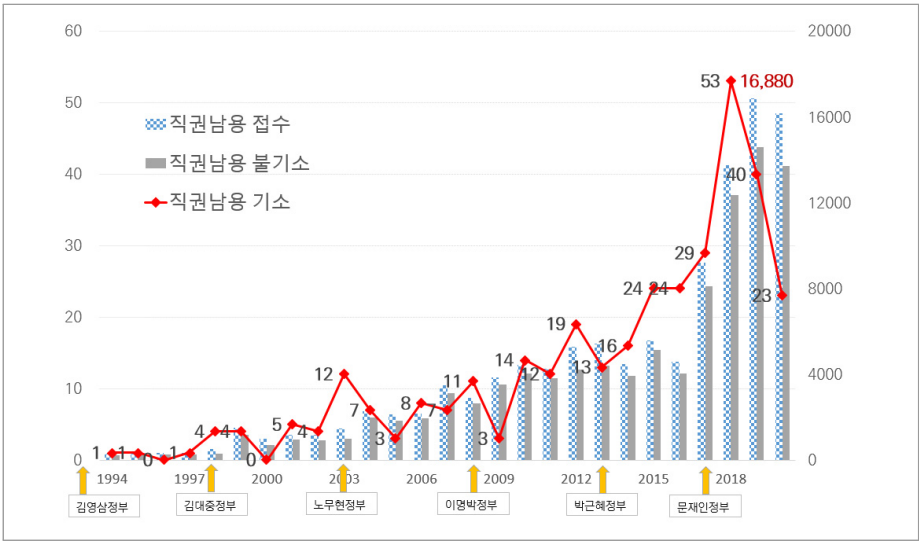
1) 자료: CCJS(https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do)(대검찰청, 검찰연감) (2022.6.21. 최종방문)

2019년 직권남용죄 접수건수는 무려 16,880건에 달하기도 하였다. 이와 비례하여 직권남용죄에 대한 기소 인원도 급격히 증가하였다.

특히, 역대 정권과는 달리 2018년 문재인 정부가 들어서면서 직권남용죄 접수 및 기소 건수가 최대로 증가한 것을 알 수 있다. 2018년 기소 인원은 53명에까지 달하였다.

반면, 2019년부터는 40건, 2020년에는 23건 등으로 직권남용죄 기소인원이 다시 감소하고 있는 것으로 나타나고 있다. 이 기간이 문재인정부가 최우선 국정과제 중의 하나로 추진한 '적폐청산' 작업이 마무리되어 가는 시점이었기 때문이라 생각된다.

[그림 2-1-5] 직권남용죄 접수 및 기소현황(1994~2020년)



[표 2-1-6] 전체사건 중 직권남용죄 접수 및 처리현황

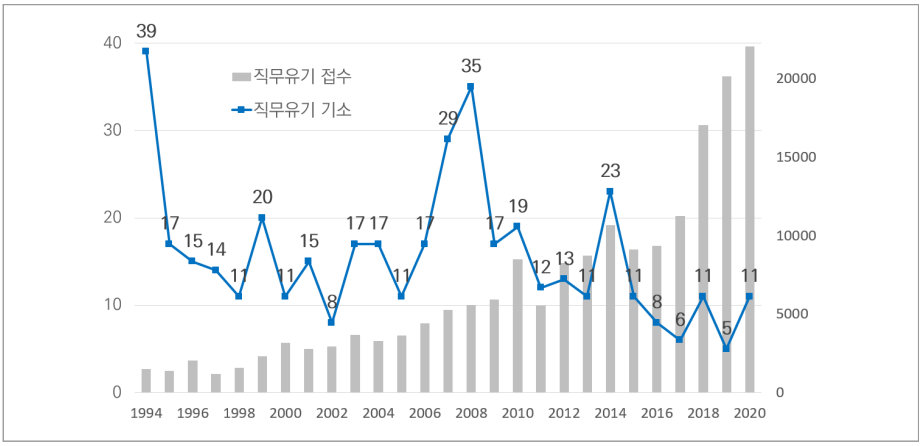
구분	접수	처리계	처리계													
			기소계	기소계			불기소계	불기소계								타관송치
				구속 구공판	불구속 구공판	구약식		혐의 없음	기소 유예	죄가 안됨	공소권 없음	기소 중지	참고인 중지	각하	공소 보류	
1994	300	267	1	0	1	0	215	181	3	0	23	8				51
1995	363	351	1	0	1	0	216	188	1	0	4	3		20		134
1996	343	310	0	0	0	0	267	141	2	0	5	1	0	118		43
1997	319	285	1	0	0	1	270	143	0	0	4	0	0	123		14
1998	508	392	4	3	1	0	311	140	4	0	5	0	1	161	0	77
1999	1,503	1,376	4	2	2	0	1,188	331	6	1	12	0	3	835	0	184
2000	987	879	0	0	0	0	714	317	6	0	21	0	6	364	0	165
2001	1,171	1,051	5	3	2	0	951	306	9	0	17	0	1	618	0	95
2002	1,188	1,106	4	2	2	0	926	273	7	2	29	1	0	614	0	176
2003	1,465	1,312	12	9	3	0	987	314	9	0	0	4	5	655	0	313
2004	2,263	2,122	7	0	5	2	1,983	374	1	2	13	0	3	1,590	0	132
2005	2,146	1,912	3	0	3	0	1,827	383	1	0	10	0	5	1,428	0	82
2006	2,177	2,014	8	1	5	2	1,934	414	5	0	11	0	3	1,501	0	72
2007	3,504	3,271	7	0	5	2	3,133	462	11	0	17	0	2	2,641	0	131
2008	2,900	2,781	11	0	9	2	2,650	542	0	19	23	1	2	2,063	0	120

구분	접수	처리계	처리계													
			기소계	기소계			불기소계	불기소계								타관송치
				구속 구공판	불구속 구공판	구약식		혐의 없음	기소 유예	죄가 안됨	공소권 없음	기소 중지	참고인 중지	각하	공소 보류	
2009	3,861	3,657	3	0	2	1	3,511	603	2	24	31	22	0	2,829	0	143
2010	4,438	4,207	14	6	5	3	4,053	578	8	2	22	21	3	3,419	0	140
2011	4,249	4,057	12	0	9	3	3,834	651	7	0	14	0	0	3,162	0	211
2012	5,279	4,556	19	0	18	1	4,237	555	6	4	10	6	0	3,656	0	300
2013	5,414	4,664	13	4	9	0	4,397	599	4	1	11	63	1	3,718	0	254
2014	4,473	4,102	16	2	9	5	3,936	513	1	1	9	19	0	3,393	0	150
2015	5,579	5,313	24	5	15	4	5,131	618	3	1	15	6	2	4,486	0	158
2016	4,586	4,217	24	14	8	2	4,021	632	5	4	7	22	0	3,351	0	172
2017	9,188	8,313	29	9	19	1	8,088	753	1	1	5	23	2	7,303	0	196
2018	13,738	12,782	53	9	39	5	12,341	957	10	5	39	25	0	11,305	0	388
2019	16,880	15,100	40	1	39	0	14,588	941	7	2	29	31	3	13,575	0	472
2020	16,167	14,050	23	0	21	2	13,731	955	1	0	22	67	0	12,686	0	296

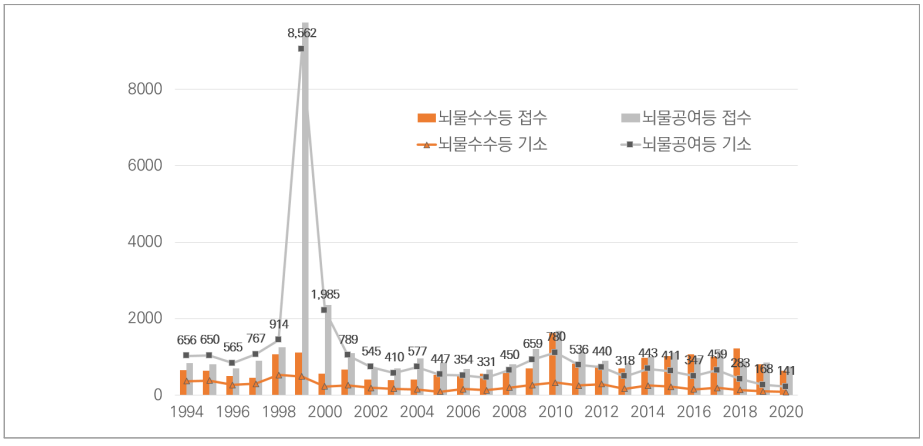
※ 자료: CCJS(https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do)(대검찰청, 범죄분석)(2022.10.13. 최종방문)

직권남용죄 접수 및 기소현황의 특징은 다른 공무원범죄인 직무유기죄와 뇌물죄의 접수 및 기소현황과 비교해 보면 더욱 두드러진다. 직무유기죄의 접수 및 기소현황을 보면, 그 접수는 건수는 증가하는 추세를 보이고 있지만 그에 대한 기소인원은 감소하는 추세를 보이고 있다. 또한, 뇌물죄의 접수 및 기소현황을 보면, IMF 직후인 1999년을 제외하고 전반적으로 안정적인 감소 추세에 있다고 할 수 있다.

[그림 2-1-6] 직무유기죄 접수 및 기소현황(1994~2020년)[2)]



[그림 2-1-7] 뇌물수수 및 뇌물공여 접수 및 기소현황(1994~2020년)[3)]



2) 자료: CCJS(https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do) (대검찰청, 검찰연감)(2022.6.21. 최종방문)

3) 자료: CCJS(https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do) (대검찰청, 검찰연감)(2022.6.21. 최종방문)

나. 공무원범죄 중 직권남용죄 접수 및 처리현황

공무원범죄 중 직권남용죄(형법 제123조) 접수 및 기소현황은 전체사건 중 직권남용죄의 접수 및 기소현황과는 동일한 양상을 보이고 있다.

지난 약 30여년 간의 직권남용죄 접수 건수는 꾸준히 상승하고 있는 것으로 나타나고 있다. 2005년의 경우에는 그 접수건수가 1,210건으로 1,000건대를 넘어섰고, 2017년에는 그 접수건수가 2,835건으로 2,000건대를 넘어서서 그 이후부터는 급격히 상승한 것으로 나타나고 있다. 2019년과 2020년의 경우에는 그 접수건수가 각각 6,223건과 6,110건을 기록하고 있다.

이에 따라 공무원범죄 중 직권남용죄기소 건수도 증가하는 추세를 보이고 있다. 다만, 2019년부터는 10건 이하로 그 수치가 감소하고 있다. 이는 문재인 정부의 '적폐청산' 실행과정과 맞물려 그 정리 기간이기 때문이라 생각된다.

[표 2-1-7] 공무원사건 중 직권남용죄 접수 및 처리현황

구분	접수	처리계	처리계													
			기소계	기소계			불기소계	불기소계								타관송치
				구속 구공판	불구속 구공판	구약식		혐의 없음	기소 유예	죄가 안됨	공소권 없음	기소 중지	참고인 중지	각하	공소 보류	
1994	134	121	0	0	0	0	100	94	3	0	3	0				21
1995	219	211	1	0	1	0	118	110	1	0	1	0		6		92
1996	209	203	0	0	0	0	174	123	2	0	1	1	0	47		29
1997	188	171	1	0	0	1	160	102	0	0	1	0	0	57		10
1998	261	230	2	2	0	0	199	103	4	0	3	0	1	88	0	29
1999	658	599	4	2	2	0	528	277	3	1	6	0	2	239	0	67
2000	483	434	0	0	0	0	360	226	5	0	9	0	4	116	0	74
2001	579	547	3	2	1	0	485	238	8	0	10	0	1	228	0	59
2002	516	498	1	0	1	0	417	213	7	2	20	1	0	174	0	80
2003	645	622	9	7	2	0	468	223	4	0	0	1	2	238	0	145
2004	783	740	4	0	2	2	660	264	1	2	12	0	3	378	0	76
2005	1,210	1,101	3	0	3	0	1,052	299	1	0	6	0	5	741	0	46
2006	1,180	1,094	6	1	3	2	1,061	304	5	0	6	0	3	743	0	27
2007	1,968	1,894	4	0	2	2	1,823	324	7	0	7	0	1	1,484	0	67
2008	1,287	1,240	9	0	7	2	1,171	371	0	0	13	0	2	785	0	60

구분	접수	처리계	처리계													
			기소계	기소계			불기소계	불기소계								타관송치
				구속구공판	불구속구공판	구약식		혐의없음	기소유예	죄가안됨	공소권없음	기소중지	참고인중지	각하	공소보류	
2009	1,810	1,729	1	0	1	0	1,655	304	2	0	10	1	0	1,338	0	73
2010	1,808	1,748	8	4	3	1	1,655	329	7	2	10	19	3	1,285	0	85
2011	1,414	1,369	8	0	6	2	1,294	344	5	0	8	0	0	937	0	67
2012	1,504	1,391	9	0	9	0	1,296	348	6	3	7	6	0	926	0	86
2013	1,926	1,840	9	4	5	0	1,752	436	2	0	4	29	1	1,280	0	79
2014	1,310	1,240	15	2	9	4	1,197	356	1	1	1	15	0	823	0	28
2015	1,488	1,414	20	5	11	4	1,335	409	2	0	6	4	1	913	0	59
2016	2,128	1,971	17	10	5	2	1,885	452	4	4	6	14	0	1,405	0	69
2017	3,224	2,835	18	6	12	0	2,734	582	1	0	1	12	1	2,137	0	83
2018	5,511	5,152	11	0	6	5	4,977	664	1	5	10	20	0	4,277	0	164
2019	6,697	6,223	8	0	8	0	6,093	692	3	2	11	23	2	5,360	0	122
2020	6,110	5,339	4	0	2	2	5,206	696	1	0	4	28	0	4,477	0	129

※ 자료: CCJS(https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do)(대검찰청, 검찰연감)(2022.6.21. 최종방문)

4. 소결

전체사건 중 직권남용죄(형법 제123조) 접수 및 기소추세는 전체범죄의 접수 및 기소추세와 다른 양상을 보이고 있다.

지난 약 30여년 간 전체사건의 접수 건수는 큰 변화가 없는데 반해 전체사건 중 직권남용죄 접수 건수는 급격히 상승하고 있는 것으로 나타나고 있다. 그리고 전체사건에서 기소 인원은 지속적으로 감소하는 추세를 보이고 있지만 전체사건 중 직권남용죄 기소 인원은 급격히 상승하고 있는 것으로 나타나고 있다. 최근 10년간(2011~2020년)의 기소 인원만을 보면 매년 약 25명이 기소되었음을 알 수 있다.

이와 같은 직권남용죄(형법 제123조) 운용실태는 주요 국가(일본, 미국, 독일)와는 매우 상반된다는 것을 알 수 있다.[4)]

제2절 | 문재인 정부(2017년) 이후의 사건 분석

이 절에서는 문재인 정부 출범(2017.5.) 이후부터 2022년 현재까지 선고(최종 확정판결 기준)된 판결 가운데 판결문 확보가 가능한 총 40건(사건기준)의 사건을 분석해 보았다. 문재인 정부은 '적폐청산'을 최우선 국정과제 중의 하나로 추진하였고 이로 인해 이전보다 많은 인원이 기소되었기 때문이다(2017년 이전의 판결 내용은 이 연구 제4장 제4절을 참조하기 바람).

분석 결과 그 특징은 다음과 같이 정리할 수 있다.

(1) 피고인이 주로 이전 (문재인 정부 이전) 정부의 주요 관료라는 점이다. 전직 대통령(2명), 청와대 고위 공무원, 정부 부처의 장·차관, 경찰청장, 국가정보원장 등 정부의 고위공무원뿐만 아니라 사법부의 판사(법원행정처장 등), 국회의원, 지방자치단체장 등 행정부, 사법부 및 입법부를 총 망라하고 이다. 이것은 직권남용죄의 특성에서도 기인하지만 이들 대부분이 '적폐청산'을 위한 수사 결과이기 때문이기도 하다.

---

4) 이에 관한 상세한 내용은 이 연구 제3장 참조 바람.

(2) 사건의 대부분이 직권남용권리행사방해를 포함한 여러 죄의 경합범으로 기소되었다는 점이다. 40건의 사건 가운데 7건만이 '직권남용권리행사방해죄' 1죄로 기소되었다.

(3) '직권남용권리행사방해죄' 1죄로 기소된 7건의 사건 가운데 2건이 무죄로 선고되었다(아래 [표 2-2-2]에서 4번). 이 가운데 유죄가 선고된 5건의 선고형량은 다음과 같다.

[표 2-2-1] 6개 사건의 형량(선고형)

사건번호	3	13	15	18	36
형량	징역 1년 6월	벌금 300만원	징역 8월	징역 1년 6월 (집행유예 3년)	벌금 300만원

(4) 1개의 사건에서도 직권남용권리행사 방해행위가 1건이 아니라 수 건의 행위로 기소되었다는 점이다. 40건의 사건에서 기소된 직권남용권리행사방해 행위는 약 126개로 집계되었다.

(5) 126개의 직권남용권리행사방해 행위 가운데 61개가 유죄(일부유죄 포함)가 선고되었고, 65개의 행위에 대하여는 무죄판결이 나왔다. 기소된 행위의 약 50% 정도가 무죄로 된 것이다.

(6) 무죄 이유가 매우 다양하다. 행위자에 대하여 '일반적 직무권한'이 없는 경우, 상대방(피해자)이 직무집행을 보조하는 사실행위에 불과하여 의무없는 일을 하게 한 것이 아니라는 경우, 고의를 인정할 수 없다고 한 경우, 범죄의 증명이 부족하다고 한 경우 등 다양한 이유로 무죄가 선고되었다.

(7) 이 기간 동안의 판결은 종래의 판례의 법리, 예를 들어 직권남용과 지위 이용 행위의 구분 등을 재확인한 것이 대부분이지만, '의무 없는 일을 하게 한 때'는 일반 사인과 공무원을 구분해 판단해야 한다는 새 법리를 제시하거나, '의무 없는 일'에 해당하는지 여부는 직권을 남용하였는지와 별도로 개별적으로 판단하여야 한다는 등 '의무 없는 일'의 독자적 요건을 강조하기도 하였다.

(8) 40건에 대한 상세한 내용은 제4장 제4절을 참조하기 바란다.

[표 2-2-2] 문재인 정부(2017년) 이후의 직권남용죄 사건(요약)

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해			
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)			무죄이유
1	사이버사령부의 대선개입 은폐 (댓글공작 및 수사방해) 사건 1	대법원 2022.10.27. 선고 2020도15105 판결	정치관여, 직권남용권리행사방해, 뇌물수수, 대통령기록물 관리에관한법률위반, 군사기밀보호법위반	국방부장관 등 3명	수사 진상은폐	관련자 불구속 송치 지시	무죄	직무권한 범위 내 권한행사
						수사상황에 부합하지 않은 중간 수사발표 지시	무죄	- 직무권한 범위 내 권한행사(상대방) - 직무집행을 보조하는 사실행위에 불과
						허위 진술서 작성 등 대선개입 수사 무마	**유죄**	
					군무원 선발 개입	정치적 성향 검증 등을 위한 신원조사 지시	무죄	- 직무권한 범위 내 권한행사 - (상대방) 직무집행을 보조하는 사실행위에 불과
						특정지역 출신 배제 평가 방안 마련·시행 지시	**유죄**	
2	대통령비서실장의 국가안보실 지침의 임의 수정 지시	대법원 2022.8.19. 선고 2020도9714 판결	허위공문서작성, 허위작성공문서행사, 공용서류손상, 직권남용권리행사방해	대통령비서 실장	대통령비서실장의 「국가위기관리기본지침」 임의 수정 지시		무죄	고의(인식)가 없음
3	경찰청장의 '댓글공작' 사건	대법원 2022.6.30. 선고 2022도3744 판결	직권남용권리행사방해	서울지방 검찰청장 → 경찰청장	인터넷 댓글 등을 달아 정부 정책 또는 경찰에 우호적인 여론을 조성하도록 지시		**일부 유죄**	무죄부분: 경찰관임을 드러내거나, 게시자가 경찰관임을 암시하여 경찰관이 올린 것으로 보여지는 댓글 등, 경찰 입장 또는 정부 정책을 옹호하는 것으로 보기 어려운 댓글 부분(의무없는 일 아님)

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해		
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)		무죄이유
4	사법농단사건 4 / (임×× 판사)	대법원 2022.4.28. 선고 2021도11012 판결	직권남용권리행사방해	서울중앙 지법 형사 수석 부장	카토 ○○○ 산케이신문 전 서울지국장의 명예훼손 사건에 대한 재판개입	무죄	일반적 직무권한 없음
					민변 변호사들에 대한 체포치상 사건에 대한 재판개입	무죄	일반적 직무권한 없음
					유명 프로야구 선수에 대한 도박죄 약식명령 공판절차회부 관련 재판개입	무죄	일반적 직무권한 없음
5	장관의 국민연금에 대한 기업합병 찬성 지시	대법원 2022.4.14. 선고 2017도19635 판결	직권남용권리행사방해, 국회에서의증언·감정등에 관한법률위반, 특정경제 범죄가중처벌등에관한 법률위반(배임) (인정된 죄명 업무상배임)	보건복지부 장관	장관이 산하기관 국민연금공단에 삼성물산과 제일모직 합병에 찬성하도록 지시	**일부 유죄**	무죄부분: 기금운용본부 담당실무자에 대하여는 절차 규정 위반 아님(의무없는 일 아님): 무죄
6	국회의원(염○○) 강원랜드 채용비리 사건	대법원 2022.3.17. 선고 2021도2228 판결	직권남용권리행사방해, 업무방해	국회의원	국회의원이 강원랜드에 지인 등을 채용하도록 영향력을 행사	무죄	일반적 직무권한 없음
7	국회의원(권○○) 강원랜드 채용비리 사건	대법원 2022.2.17. 선고 2020도3109 판결	업무방해, 제3자뇌물수수, 직권남용권리행사방해	국회의원	국회의원이 강원랜드에 지인 등을 채용하도록 영향력을 행사	무죄	일반적 직무권한 없음
8	사법농단사건 3 / (이×× 판사 등 4명)	서울고등법원 2022.1.27. 선고 2021노546 판결 (대법원) 진행중	직권남용권리행사방해, 허위공문서작성, 허위작성공문서행사, 공무상비밀누설	법원행정처 기획조정 실장 등 4명	통합진보당 의원 행정소송 재판 개입(4명)	**일부 유죄**	무죄부분: 일반적 직무권한 없음
					국제인권법연구회 등 활동 방해(2명)	**일부 유죄**	무죄부분: 범죄증명이 없는 경우에 해당
					국회의원(반○○·김○○) 사건 재판부 심증 확인 지시(1명)	무죄	일반적 직무권한 없음

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해		
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)		무죄이유
					헌법재판소 파견 법관을 이용하여 부당하게 헌재 사건 정보 및 동향 수집(1명)	**일부 유죄**	무죄부분: 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등에 따름(의무없는 일 아님)
					한정위헌 취지 위헌제청결정 사건 재판 개입(1명)	무죄	일반적 직무권한 없음
					매립지 등의 귀속 분쟁 사건 재판 개입(1명)	무죄	직무권한 범위 내 권한행사
9	환경부 블랙리스트 사건	대법원 2022.1.27. 선고 2021도13541 판결	직권남용권리행사방해, 강요, 업무방해	환경부장관	산하 공공기관 임원 일괄 사표 징구 지시	**공무원 관련: 무죄**	직무집행을 보조하는 사실행위에 불과
						사표제출자 부분: 일부 유죄	무죄부분: 일부는 임기만료(의무없는 일 아님)
					한국환경공단 상임감사(김○민) 표적감사 지시 및 사표제출 요구	직권 부분: 무죄	직무권한 범위 내 권한행사
						사표제출자 부분: 유죄	
					청와대·환경부장관 추천자에 대한 내부자료 제공 등 사전지원 지시	무죄	직무집행을 보조하는 사실행위에 불과

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해		
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)		무죄이유
					청와대·환경부장관 추천자에 대한 현장지원을 임원추천위원회 일부 위원들(당연직 위원으로 참여하는 환경부 실·국장들)에게 지시	**일부 유죄**	무죄부분: 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등에 따름(의무없는 일 아님)
					청와대가 내정한 한국환경공단 상임감사(박○소)가 서류심사에서 탈락하자 면접시험에서 서류심사 합격자 7명 전원을 '적격자 없음'으로 처리 지시	**일부 유죄**	**무죄부분:** 직무집행을 보조하는 사실행위에 불과
					청와대 내정자인 박○소가 한국환경공단 상임감사 서류심사에서 탈락하자 담당 공무원(황○석 국장 및 김○연 과장) 문책성 좌천지시	무죄	직무권한 범위 내 권한행사, 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등에 따름(의무없는 일 아님)
					박○소(서류심사 탈락)를 수도권매립지관리공사가 출자한 ○○주식회사 대표이사로 임명지시	무죄	무죄부분: 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등에 따름(의무없는 일 아님)
10	사법농단사건 2 / (이××판사)	대법원 2021.12.30. 선고 2021도11924 판결	직권남용권리행사방해, 공무상비밀누설	서울서부 지방법원장	집행관사무소 비리에 관한 수사 내용 등을 입수·확인하여 보고하도록 지시	무죄	범죄의 증명이 없음
11	사이버사령부의 대선개입 은폐 (댓글공작 및 수사방해) 사건 2	대법원 2021.12.30. 선고 2018도20968 판결	직권남용권리행사방해, 허위공문서작성, 허위작성 공문서행사, 횡령	국방부 조사본부 산하 수사부 본부장 등 2명	국방부 사이버사령부의 대선개입 사실을 은폐하기 위하여 허위 진술조서 등을 작성하도록 지시	유죄	

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해		
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)		무죄이유
12	사법농단사건 1 / (유×× 판사)	대법원 2021.10.14. 선고 2021도2485 판결	직권남용권리행사방해, 개인정보보호법 위반, 공무상비밀누설, 변호사법위반, 공공기록물관리에관한 법률위반, 절도	대법원 수석재판 연구관	특정 재판 및 관련 재판의 진행경과·처리계획 등을 파악하여 보고하도록 지시	무죄	범죄의 증명이 없음
13	해경(경정)의 부하직원에 대한 부당한 지시	울산지방법원 2021.10.1. 선고 2020고단5072 판결	직권남용권리행사방해	울산해양 경찰서에서 B호정 선박의 부정장 (경정)	음식물 쓰레기를 해상 투기하도록 지시	유죄	
14	청와대 수석비서관의 사찰지시 사건	대법원 2021.9.16. 선고 2021도2748 판결	국회에서의증언·감정등에 관한법률위반, 특별감찰 관법위반, 강요, 직권남용 권리행사방해, 직무유기	청와대 민정수석 비서관	문화체육관광부에 소속 공무원들 (국·과장, 감사담당관)의 좌천성 인사조치 요구	무죄	범죄의 증명이 없음
					대한체육회와 전국 28개 스포츠클럽으로 하여금 부당한 현장실태 점검 준비를 하도록 지시	무죄	범죄의 증명이 없음
					AB가 고발 대상 요건에 미달함에도 공정거래위원회 관계자들을 시켜 검찰 고발이 필요하다는 취지로 진술하도록 함	무죄	직무권한의 범위 내 권한의 행사
					추×× 전 국가정보원 국익정보국장과 공모하여 국정원 국익전략실 또는 국익정보국을 통하여,	-	
					- 특별감찰관 이×수에 대한 사찰 지시	유죄	

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해		
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)		무죄이유
					- 자신에게 유리한 여론 조성 공작 지시(기자들에게 자신에게 우호적인 기사를 전달하도록 지시)	무죄	일반적 직무권한 없음
					- 문체부 공무원 사찰 지시	무죄	범죄의 증명이 없음
					- 김○○ 전 평창동계올림픽대회 조직위원장 사찰 지시	유죄	
					- 교육감 사찰지시	무죄	범죄의 증명이 없음
					- 한국과학기술단체총연합회에 대한 사찰 지시	무죄	범죄의 증명이 없음
					- 한국문화예술진흥원과 한국출판문화산업진흥원 사찰 지시	무죄	범죄의 증명이 없음
15	국군기무사령관의 여론조작 사건	대법원 2021.9.9. 선고 2021도2030 판결[5]	직권남용권리행사방해	국군기무사령관 (중장)	정치관여 글 게시 등 온라인 여론조작 관련 직권남용	**유죄**	
					대통령·정부 비판 ID(닉네임) 신원조회 관련 직권남용	**유죄**	
					기무사에 대한 의혹 제기 ID(닉네임) 신원조회 관련 직권남용	**유죄**	
					팟캐스트 '나는 꼼수다' 녹취·요약본 보고 관련 직권남용	무죄	일반적 직무권한 없음

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해		
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)		무죄이유
					'코나스플러스' 제작·홍보 등 온라인 여론조작 관련 직권남용	**유죄**	
					'일일 사이버 검색결과' 작성 및 뉴미디어비서관실 전송 관련 직권남용	무죄	직무집행을 보조하는 사실행위에 불과
16	국정원장의 정치개입· 특수활동비 불법 사용 등 사건	대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결[6]	특정범죄가중처벌등에 관한법률위반 (국고등손실) [피고인 1, 피고인 3에 대한 예비적 죄명 및 피고인 2에 대한 일부 예비적 죄명 특정 경제범죄가중처벌등에 관한법률위반 (횡령), 피고인 2, 피고인 10에 대한 일부 예비적 죄명 업무상횡령, 피고인 2에 대한 일부 예비적 죄명 업무상배임, 피고인 2, 피고인 3에 대하여 일부 인정된죄명 업무상횡령], 위증, 국가정보원법 위반(피고인 9에 대하여 일부 변경된 명 강요), 업무방해, 노동조합및노동관계조정	국정원장 등 11명	공소외 16(권○○, 전 대통령의 영부인) 여사에 대한 미행·감시 지시	**유죄**	
					공소외 8(박○○, 서울시장)에 대한 미행·감시 지시	**유죄**	
					공소외 9(문○○)에 대한 사찰 지시	**유죄**	
					전직 대통령 비자금과 관련된 사람으로 추정되는 공소외 23에 대한 사찰 지시	**유죄**	
					PD수첩 제작진의 업무배제(인사조치) 지시	무죄	일반적 직무권한 없음
					김○○를 프로그램 진행자직에서 사퇴시키도록 지시	무죄	일반적 직무권한 없음
					라디오 프로그램 출연배제 지시	무죄	일반적 직무권한 없음
					야권 출신 지방자치단체장의 동향 파악 등 지시	**유죄**	
					서울시장 보궐선거 전후 여당 선거대책 마련 지시	**유죄**	
					좌파 연예인 등이 소속된 기획사에 대한 세무조사 지시	무죄	일반적 직무권한 없음

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해			
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)			무죄이유
			법위반, 업무상횡령, 뇌물공여, 허위공문서 작성, 허위작성공문서 행사, 정보통신망이용촉진 및정보보호등에 관한법률위반(명예훼손)		공소외 14(스님 명진)에 대한 사찰 지시		**유죄**	
					공소외 14(스님 명진)에 대한 사찰, 비방 활동 등 지시		**유죄**	
					기업 등을 통한 보수단체 지원지시		무죄	일반적 직무권한 없음
17	해경 차장의 미준공 바지선 출항 지시 사건 (세월호 사건 관련)	대법원 2021.3.11. 선고 2017도7583 판결	직권남용권리행사방해, 업무방해, 선박안전법위반교사, 공무상비밀누설	해경 차장(A), 해경 수색구조과장(B), 수색구조과 소속 경감(C)	A 등이 미준공 바지선 출항 지시, B는 부당한 구난명령 공문 발성 지시, C는 특정업체와 독점계약을 하도록 지시		A·B: 무죄 **C: 유죄**	**무죄부분: A-공목한계 없음, B-직무권한 범위 내 권한행사**
18	금융감독원 부원장보의 특정기업에 대한 특혜 제공 사건	대법원 2021.1.30. 선고 2018도1925 판결	직권남용권리행사방해	금융감독원 부원장보 (국장)	ABL 대출 관련	대출을 압박할 목적으로 직권을 남용하여 J은행에 여신 심사자료 제출을 요구	무죄	직무권한 범위 내 권한행사
						J은행으로 하여금 특정회사 K에 170억 원을 대출하도록 지시	무죄	직무권한 범위 내 권한행사
					워크아웃 관련	주거래은행인 Q에 대한 채무재조정안 재검토 요구	**유죄**	
						Q에 대한 부의안건 재검토 요구	**유죄**	
						채권금융기관들에 대한 부의안건 동의 요구	**유죄**	

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해		
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)		무죄이유
19	지자체장의 인사권 행사	대법원 2020.12.10. 선고 2019도17879 판결[7]	위계공무집행방해, 직권남용권리행사 방해, 허위공문서작성, 허위작성공문서행사	기장군수	자신의 의사에 따라 사전에 선정된 자들을 승진자로 의결하도록 지시	무죄	직무권한 범위 내 권한행사
20	이×× 전대통령 사건	대법원 2020.10.29. 선고 2020도3972 판결	특정범죄가중처벌등에 관한법률위반(뇌물) [일부 인정된 죄명: 수뢰후 부정처사], 특정범죄가중처벌등에 관한법률위반 (조세), 특정경제범죄가중 처벌등에관한 법률위반(횡령), 특정범죄 가중처벌등에 관한법률위반(국고등손 실), 대통령기록물관리에 관한법률위반, 직권남용권리행사 방해, 정치자금법위반	대통령	다스의 미국 소송에 대한 지원 지시	무죄	일반적 직무권한 없음
					처남의 재산 상속세 납부 관련 검토 지시	무죄	일반적 직무권한 없음
21	시장의 강제입원절차 진행 지시 사건	대법원 2020.7.16. 선고 2019도13328 판결 (전원합의체)	직권남용권리행사방해, 공직선거법위반	성남시장	시장이 관할 정신건강센터로 하여금 지신의 형에 대하여 강제입원 절차를 진행하도록 지시	무죄	직무권한 범위 내 권한행사, 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등에 따름(의무없는 일 아님)

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해		
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)		무죄이유
22	금융감독원 총무국장의 인사비리 사건	대법원 2020.4.29. 선고 2018도18526 판결	직권남용권리행사방해, 업무방해	금융감독원 총무국장	특정인 필기시험 합격을 위한 채용인원 확대 지시	**유죄**	
					전형 기준과 다른 2차 면접 전형 실시 지시	무죄	준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등에 따름(의무없는 일 아님)
23	청와대 비서실장 등의 화이트리스트 사건	대법원 2020.2.13. 선고 2019도5186 판결[8]	직권남용권리행사방해, 국가공무원법위반, 공직선거법위반, 강요, 위증, 특정범죄가중처벌등에 관한법률위반(뇌물), 특정범죄가중처벌등에 관한법률위반 (국고등손실)	대통령비서 실장 등 7명	[2014년도 자금지원] 전경련 상근부회장으로 하여금 총 21개 특정 보수단체에 지원금 지급 지시(4명)	**유죄**	
					[2015년도 자금지원] 전경련 상근부회장으로 하여금 총 31개 특정 보수단체에 지원금 지급 지시(4명)	**유죄**	
					[2016년도 자금지원] 전경련 상근부회장으로 하여금 총 23개 특정 보수단체에 지원금 지급 지시(4명)	**유죄**	
24	문체부 차관 등의 국정농단 사건	대법원 2020.2.6. 선고 2018도9809 판결[9]	직권남용권리행사방해, 강요, 보조금관리에관한 법률위반, 사기, 업무상횡령, 공무상비밀누설, 국회에서의증언·감정등에 관한법률위반	장○○ (전 한국 동계영재 스포츠센터 사무국장), 김○ (문체부 차관)	삼성그룹에 한국동계스포츠영재센터에 지원 요구	**유죄**	
					그랜드코리아레저(GKL)에 한국동계스포츠영재센터 후원금 지급 요구	**유죄**	
					그랜드코리아레저(GKL)에 장애인펜싱팀 창단 및 에이전트 용역계약 요구(김○)	무죄	공범관계 불인정
					문체부 산하기관에 미국 특정 대학을 해외연수 위탁계약 우선 협상조로 선정하도록 지시(김○)	**유죄**	

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해		
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)		무죄이유
25	대통령 직속 위원회 위원의 인사비리 등 사건	대법원 2020.2.6. 선고 2018도8808 판결[10]	특정경제범죄가중처벌 등에관한법률 위반(횡령), 직권남용권리 행사방해, 강요, 강요미수, 특정범죄가중처벌등에 관한법률위반(알선수재), 특정범죄가중처벌등에 관한법률위반(뇌물), 사전 뇌물수수, 범죄수익은닉의 규제및처벌등에관한법률 위반, 국회에서의증언· 감정등에관한법률위반	대통령 직속 문화융성 위원회 위원	KT 관련 이○○ 채용 및 보직변경 압력 행사	무죄	일반적 직무권한 없음
					플레이그라운드의 광고대행사 선정 압력 행사	무죄	일반적 직무권한 없음
26	문화계 블랙리스트 사건(특검 기소사건)	대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 판결 (전원합의체)	직권남용권리행사방해· 강요·국회에서의증언· 감정등에관한법률위반	대통령비서 실장 등 7명	문체부 1급공무원 사직강요로 인한 직권남용(7명)	**유죄**	
					노○○(전 문체부 체육국장) 사직강요로 인한 직권남용(2명)	**유죄**	
					예술원 책임심의위원 선정 부당개입(3명)	**유죄**	
					좌파·반정부 문예기금 등 지원배제(7명)	유죄	
					다이빙벨 등 영화관련 지원배제(7명)	**유죄**	
					세종도서 관련 지원배제(7명)	**유죄**	

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해		
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)		무죄이유
27	검찰국장의 검사 인사 보복사건	대법원 2020.1.9. 선고 2019도11698 판결[11]	직권남용권리행사방해	법무부 검찰국장	검사인사에서 특정 검사에게 인사상 불이익을 가하는 인사안 작성 지시	무죄	직무권한 범위 내 권한행사, 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등에 따름(의무없는 일 아님)
28	시장의 산하기관 인사권(채용) 개입	대법원 2019.11.14. 선고 2019도11892 판결	(1, 2심) 수뢰후부정처사, 정치자금법위반, 직권남용권리행사방해, 뇌물공여 (3심) 정치자금법위반	천안시장	시장이 산하 공공기관에 특정인을 채용하도록 지시	무죄	일반적 직무권한 없음
29	박×× 전대통령 관련 국정농단 사건	대법원 2019.8.29. 선고 2018도14303 판결[12] (전원합의체)	특정범죄가중처벌등에 관한법률위반(뇌물), 직권남용권리행사방해, 강요(일부 인정된 죄명 강요미수), 강요미수, 공무상비밀누설	대통령	전경련 소속 대기업(18개)으로부터 미르·K스포츠재단 강제모금	**일부 유죄**	
					현대차에 최○○ 지인 회사 KD코퍼레이션과 납품계약 압력	무죄	인과관계 불인정
					현대차에 최○○ 운영 플레이그라운드에 광고계약 압력	무죄	의무 없는 일을 한 것이라고 볼 수 없음
					롯데그룹에 K스포츠재단 추가출연 요구	무죄	의무 없는 일을 한 것이라고 볼 수 없음
					포스코에 펜싱팀 창단시킨 뒤 최○○ 운영 더블루K가 매니지먼트를 맡도록 강요	무죄	미수
					KT에 최○○ 측근 채용 및 플레이그라운드에 광고 계약 압박	무죄	일반적 직무권한 없음
					한국관광공사 산하 카지노 운영 공기업 그랜드코리아레저(GKL)에 장애인펜싱팀 창단 및 더블루K와 매니지먼트 계약 요구	**유죄**	

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해			
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)			무죄이유
					삼성그룹에 한국동계스포츠영재센터에 지원 요구		**일부 유죄**	
					KEB하나은행 임직원 인사(이○○) 개입		무죄	일반적 직무권한 없음
					문화예술계 블랙리스트 작성 및 실행 지시	예술위 책임심의위원 부당 개입	**유죄**	
						문예기금 지원배제	**유죄**	
						영화, 도서 관련 지원 배제	**유죄**	
					문체부 1급 공무원 3명(최○○ 전 기획조정실장, 김○○ 전 종무실장, 신○○ 전 문화콘텐츠산업실장) 사직 압박		**유죄**	
					노○○(전 문체부 체육국장) 사직 압박		**유죄**	
30	청와대 수석비서관 등의 국정농단 사건 (특검 기소사건)	대법원 2019.8.29. 선고 2018도13792 판결[13] (전원합의체)	직권남용권리행사방해, 강요(일부 인정된 죄명 강요미수), 강요미수, 사기미수, 증거인멸교사, 특정범죄가중처벌등에 관한법률위반(뇌물), 특정범죄가중처벌등에 관한법률위반(뇌물) (인정된 죄명 뇌물수수), 국회에서의	최○○ * 공동정범: 박○○ (전 대통령), 안○○ (청와대 정책조정 수석 비서관)	전경련 소속 대기업(18개)으로부터 미르·K스포츠재단 강제모금			**일부 유죄**	
					현대차에 최○○ 지인 회사 KD코퍼레이션과 납품계약 압력		무죄	인과관계 불인정
					현대차에 최○○ 운영 플레이그라운드에 광고계약 압력		무죄	의무 없는 일을 한 것이라고 볼 수 없음
					롯데그룹에 K스포츠재단 추가출연 요구		무죄	의무 없는 일을 한 것이라고 볼 수 없음

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해		
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)		무죄이유
			증언·감정등에관한법률 위반, 범죄수익은닉의 규제 및처벌등에관한법률 위반, 특정범죄가중처벌 등에관한법률위반(알선수재)		포스코에 펜싱팀 창단시킨 뒤 최○○ 운영 더블루K가 매니지먼트를 맡도록 강요	무죄	미수
					KT에 최○○ 측근 채용 및 플레이그라운드에 광고 계약 압박	무죄	일반적 직무권한 없음
					한국관광공사 산하 카지노 운영 공기업 그랜드코리아레저(GKL)에 장애인펜싱팀 창단 및 더블루K와 매니지먼트 계약 요구	**유죄**	
					삼성그룹에 한국동계스포츠영재센터 지원 요구 (안○○ 제외)	**일부 유죄**	
					KEB하나은행 임직원 인사(이○○) 개입	무죄	일반적 직무권한 없음
31	교육감이 인사담당자에게 위법한 승진 지시	대법원 2019.7.25. 선고 2018도19444 판결	직권남용권리행사방해, 지방공무원법위반	교육감	교육감이 인사담당자에게 특정인을 승진시키도록 위법한 지시	**유죄**	
32	국회의원(최○○) 의원의 공공기관 채용 외압 사건	서울고등법원 2019.4.5. 선고2018노3058 판결 (대법원) 진행중 (2019도4636)	직권남용권리행사방해, 강요	국회의원	국회의원이 중소기업진흥공단에 특정인을 채용하도록 지시	무죄	일반적 직무권한 없음
33	국정원장의 댓글사건 수사방해 사건	대법원 2019.3.14. 선고 2018도18646 판결	위계공무집행방해, 국가정보원법위반 (직권남용), 위증교사, 증인도피, 허위공문서 작성, 허위작성공문서행사	국정원장 등 7명	국가정보원법위반 등 혐의에 관한 중요 증거서류들을 비닉조치하도록 지시	무죄	직무집행을 보조하는 사실행위에 불과
				대정부전복 국장 (1명)	대기업 임직원들로 하여금 보수단체들에게 자금지원 지시	무죄	일반적 직무권한 없음

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해		
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)		무죄이유
34	지방경찰청장의 인사 및 사건배당 개입 사건	대법원 2019.01.10. 선고 2018도14022 판결	제3자뇌물취득, 뇌물공여(일부공소취소), 수뢰후 부정처사, 직권남용권리행사방해, 제3자뇌물교부, 특정범죄가중처벌등에 관한법률위반(알선수재)	서울지방경찰청장 (치안정감)	특정인(Q)을 경위로 특진시킬 것을 지시	무죄	범죄의 증명이 부족
					특정인(R)의 ○○경찰서 지능팀 전보 지시	무죄	범죄의 증명이 부족
					고소사건을 특정한 경찰에게 배당하도록 지시	**유죄**	
35	검찰수사관의 "이××작품 위작설 무마사건"	대법원 2018.10.25. 선고 2018도11121 판결	허위공문서작성, 허위작성공문서행사, 직권남용권리행사방해	서울중앙지방검찰청 소속 검찰수사관	검찰수사관이 "이×× 화백 작품 위작설"을 무마하기 위하여 허위진술서 작성, 위법한 접견 등을 하도록 함	**유죄**	
36	학교장의 방과후 학교 강사 채용방식 변경 지시	전주지방법원 2018.7.19. 선고 2018노153 (대법원) 확인불가	직권남용권리행사방해	익산시 F초등학교 교장	특정인을 강사로 채용하기 위하여 평가방법을 변경할 것을 지시	**유죄**	
37	시장의 민자사업 추진 지시	대법원 2017.6.29. 선고 2017도3800 판결	직권남용권리행사방해, 산지관리법위반, 개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법위반, 특정경제범죄가중처벌등에 관한법률위반(횡령), 사기	남양주시장(A) 및 환경녹지국장(B)	시장(A)가 B와 공모하여 특정인을 위하여 위법한 민자사업을 추진하도록 지시	**A: 무죄 (B: 유죄)**	범죄의 증명이 부족
38	다이아몬드 매장량 관련 허위 보도자료 작성·배포 지시	대법원 2017.6.8. 선고 2016도3411 판결	자본시장과금융투자업에 관한법률위반, 국회에서의증언·감정등에 관한법률위반, 허위공문서작성, 허위작성공문서	외교통상부 에너지자원 대사	다이아몬드 매장량에 대한 외교통상부 명의의 허위 보도자료를 작성·배포	무죄	범죄의 증명이 부족

	사건 (직권남용죄 중심)	최종심(대법원)	사건 죄명	피고인 신분/지위	직권남용권리행사방해		
					공소사실 및 유무죄 여부(확정 기준)		무죄이유
			행사, 직권남용권리행사방해, 주식회사의외부감사에관한법률위반, 공인회계사법위반, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임), 외국환거래법위반				
39	군수의 인사권(승진) 행사	대법원 2017.5.17. 선고 2017도3219 판결	직권남용권리행사방해, 허위공문서작성, 허위작성공문서행사, 지방공무원법위반, 뇌물수수, 알선뇌물수수, 뇌물공여	해남군수	특정 평정대상자들을 피고인이 정한 순서대로 평정하도록 지시	**일부 유죄**	무죄부분: 범죄의 증명이 부족
40	시장의 민간단체 주도 주민투표 실시 사건	대법원 2017.5.11. 선고 2017도1666 판결	직권남용권리행사방해, 기부금품의모집및사용에관한법률위반	삼척시장	시장의 민간단체 주도 주민투표를 실시하도록 지시	무죄	일반적 직무권한 없음

5) (파기환송심) 서울고등법원 2022.8.26. 선고 2021노1684 판결
6) (파기환송심) 서울고등법원 2021.9.17. 선고 2021노488 판결
7) (파기환송심) 부산지방법원 2021.9.10. 선고 2020노4143 판결
8) (파기환송심) 서울고등법원 2020. 6. 26. 선고 2020노331 판결, (재상고심) 대법원 2020.10.15. 선고 2020도9144 판결
9) (파기환송심) 서울고등법원 2020.7.24. 선고 2020노308 판결
10) (파기환송심) 서울고등법원 2020.5.14. 선고 2020노293 판결
11) (파기환송심) 서울중앙지방법원 2020.02.29. 선고 2020노156 판결
12) (파기환송심) 서울고등법원 2020.7.10. 선고 2019노1962, 2019노2657 (병합) 판결, (재상소심) 대법원 2021.1.14. 선고 2020도9836 판결
13) (파기환송심) 서울고등법원 2020.2.14. 선고 2019노1938 판결, (재상고심) 대법원 2020.6.11. 선고 2020도2883 판결 (상고 기각)

주요 국가의 직권남용죄 규정

이천현·고명수·이권철

제3장

주요 국가의 직권남용죄 규정

제1절 | 일본의 직권남용죄 규정

1. 일본의 직권남용죄 규정

일본 형법(刑法, 明治四十年法律第四十五号) 각칙은 총 40장으로 구성되어 있고, 이 가운데 제25장(오직의 죄(汚職の罪), 제193조~제198조)에 공무원의 직무에 관한 범죄가 규정되어 있다. 오직의 죄(제25장 汚職の罪)는 공무원의 ① 직권남용죄(제193조~제196조)와 ② 뇌물죄(제197조~제198조)[14]로 구분해 볼 수 있다.

직권남용죄(제193조~제196조)는 다음과 같이 4개의 형태로 규정되어 있다.[15]

[표 3-1-1] 일본의 직권남용죄 관련 규정

日本刑法 (明治四十年法律第四十五号)	일본형법(번역) 1907.4.24. 제정(법률 제45호)
(公務員職権濫用) **第百九十三条** 公務員がその職権を濫用して、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行	**제193조(공무원 직권남용)** 공무원이 그 직권을 남용하여 사람에게 의무 없는 일을 하게 하거

14) 제197조(수뢰, 수탁수뢰 및 사전수뢰), 제197조의2(제삼자 뇌물공여), 제197조의3(가중수뢰 및 사후수뢰), 제197조의4(알선수뢰), 제197조의5(몰수 및 추징), 제198조(증뢰)

15) 특별형법 영역에서도 직권남용죄 규정이 있는 경우가 있다. 예를 들어, 「무차별 대량 살인행위를 한 단체의 규제에 관한 법률」(無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律) 제42조(공안조사관의 직권남용의 죄)는 "공안조사관이 이 법률에서 규정하는 직권을 남용하여 사람에게 의무가 없는 일을 하게 하거나 권리의 행사를 방해한 때에는 3년 이하의 징역 또는 금고에 처한다"고 규정하고 있다(동법 제43조에서도 동일한 형태로 경찰직원의 직권남용의 죄를 규정하고 있다). 또한 「파괴활동방지법」(破壊活動防止法) 제45조(공안조사관의 직권남용의 죄)도 참조 바람.

日本刑法 (明治四十年法律第四十五号)	일본형법(번역) 1907.4.24. 제정(법률 제45호)
使を妨害したときは、二年以下の懲役又は禁錮に処する。	나, 또는 권리의 행사를 방해한 때에는 2년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.
(特別公務員職権濫用) **第百九十四条**　裁判、検察若しくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者がその職権を濫用して、人を逮捕し、又は監禁したときは、六月以上十年以下の懲役又は禁錮に処する。	**제194조(특별공무원 직권남용)** 재판, 검찰 또는 경찰의 직무를 수행하는 자나 이러한 직무를 보조하는 자가 그 직권을 남용하여 사람을 체포하거나 감금한 때에는 6개월 이상 10년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.
(特別公務員暴行陵虐) **第百九十五条**　裁判、検察若しくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者が、その職務を行うに当たり、被告人、被疑者その他の者に対して暴行又は陵辱若しくは加虐の行為をしたときは、七年以下の懲役又は禁錮に処する。 2　法令により拘禁された者を看守し又は護送する者がその拘禁された者に対して暴行又は陵辱若しくは加虐の行為をしたときも、前項と同様とする。	**제195조(특별공무원 폭행·능학(陵虐))** ① 재판, 검찰 또는 경찰의 직무를 수행하는 자나 이들의 직무를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 있어서 피고인, 피의자 그 밖의 자에 대하여 폭행 또는 능욕(陵辱) 또는 가학 행위를 한 때에는 7년 이하의 징역 또는 금고에 처한다. ② 법령에 의하여 구금된 자를 간수 또는 호송하는 자가 그 구금된 자에 대하여 폭행 또는 능욕 또는 가학 행위를 한 때에도 전항과 같다.
(特別公務員職権濫用等致死傷) **第百九十六条**前二条の罪を犯し、よって人を死傷させた者は、傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。	**제196조(특별공무원 직권남용 등 치사상)** 전 2조의 죄를 범하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 상해죄와 비교하여 중한 형으로 처단한다.

이와 같은 일본 형법상의 직권남용죄 관련 입법은 우리 형법과 – 그 법정형을 제외하면 - 매우 유사하다고 할 수 있다. 즉, 일본 형법상의 공무원 직권남용죄(일본형법 제193조), 특별공무원 직권남용죄(일본형법 제194조), 특별공무원 폭행·능학죄(일본형법 제195조)의 규정은 각각 우리 형법상의 직권남용죄(제123조), 불법체포·감금죄(제124조), 폭행·가혹행위죄(제125조)와 실질적으로 동일한 내용이라 할 수 있다. 다만, 일본 형법이 특별공무원 직권남용 등 치사상죄(제196조)를 규정하고 있다는 점에서 우리 형법과 큰 차이가 있다.[16]

이 가운데 특히, 일본형법 제193조(공무원 직권남용)와 우리형법 제123조(직권남용)를 비교해 보면 다음과 같다. 우리 형법 제123조는 – 상술한 바와 같이 - 의용형법 제193조에 의해 오늘에 이른 것으로서 일본형법 제193조와 거의 동일하다고 할 수

16) 신은영, "일본의 공무원직권남용죄에 관한 검토", 비교형사법연구 제23권 제2호(2021), 50면 참조.

있다. 즉 범죄구성 요건이 완전 일치하며, 다만 법정형에 차이가 있을 뿐이다(공무원 직권남용죄 법정형이 낮은 이유는 후술함).

[표 3-1-2] 일본형법상의 공무원 직권남용죄(제193조)와 우리의 직권남용죄(제123조) 규정 비교

일본형법(번역)	우리형법
제193조(공무원 직권남용) 공무원이 그 직권을 남용하여 사람에게 의무 없는 일을 하게 하거나, 또는 권리의 행사를 방해한 때에는 2년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.	**제123조(직권남용)** 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 연혁과 적용실태

가. 연혁

근대적인 일본 형법의 제정 및 개정사는 크게 3가지 시기로 구분할 수 있다. 즉 프랑스형법전(1810년)을 모델로 한 구형법 제정(1880년), 1871년의 독일형법전(프로이센형법)의 영향을 받은 신형법 제정(1907년), 그리고 제2차 세계대전 패전 이후 헌법 시행(1947년)에 따른 형법개정(1947년)으로 나눌 수 있다.[17] 공무원직권남용죄(현행 제193조) 규정도 이와 맥을 같이하여 변화를 맞이하였다.

(1) 구형법(1880년, 明治13年)

현행 공무원직권남용죄 규정(현행 제193조)은 1880년에 제정된 구형법에서 시작되었다.[18] 이 규정은 1810년 제정된 프랑스 구형법 제114조를 기초로 한 것이라고 한다.[19]

---

17) 일본 형법의 제정 및 개정연혁에 대하여 상세히는 이동희, "일본의 형법 개정의 연혁과 주요쟁점", 비교형사법연구 제21권 제4호(2020.1) 61면 이하 참조.

18) 일본「구형법」(旧刑法)은 明治13년(1880년) 7월 17일 공포되었고, 明治 15년(1882년) 1월 1일부터 시행되었다. 그 이전에도 "신율강령"(新律綱領, 1870)이나 "개정율례"(改定律例, 1873)이 제정되었지만 그것들은 중국법계의 영향을 받은 것으로서 전근대적인 것이었다. 이에 당시 메이지 정부(明治政府)는 1873년(明治 6年) 이를 근대화·서구화하기 위하여 프랑스의 법학자 보아소나드(Gustave Emile Boissonade de Fontarabie)를 초빙하여 새로운 형법전의 기초를 의뢰하였고, 1877년(明治 10年)에 완성된 보아소나드「일본형법초안」을 바탕으로 형법초안심사국의 심사·수정을 거쳐 원로원의 심의를 거쳐 공포되었다
〈https://kotobank.jp/word/%E6%97%A7%E5%88%91%E6%B3%95-52001〉(2022.09.01. 최종방문).

19) 深尾正樹, "公務員職権濫用罪規定(刑法一九三条)の沿革", 神戸法学雑誌 第46巻 第1号(1996), 177면 참조.

형법(1880년) 제276조는 “관리(가) 멋대로 위세와 권세를 이용하여 사람으로 하여금 그 권리없는 일을 행하게 하거나 그 행사할 수 있는 권리를 방해한 자는 11일 이상 2월 이하의 경금고에 처하고 2원 이상 20원 이하의 벌금을 부가한다”고 규정하고 있었다. 동 규정은 형법전 “제2편 공익에 관한 중죄경죄”에서 “제9장 관리독직의 죄”, “제2절 관리인민에 대한 죄”에 위치하고 있었다(第二編公益ニ關スル重罪輕罪 / 第九章官吏涜職ノ罪 / 第二節官吏人民ニ對スル罪).

[표 3-1-3] 일본 구형법(1880년)상의 직권남용죄 규정

日本刑法 (明治13年太政官布告第36号)	일본형법(번역) 1880.7.17.(태정관포고 제36호)
第２節官吏人民ニ對スル罪	**제2절 관리인민에 대한 죄**
第276条官吏擅ニ威權ヲ用ヒ人ヲシテ其權利ナキ事ヲ行ハシメ又ハ其爲ス可キ權利ヲ妨害シタル者ハ十一日以上二月以下ノ輕禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス	**제276조** 관리(가) 멋대로 위세와 권세을 이용하여 사람으로 하여금 그 권리없는 일을 행하게 하거나 그 행사할 수 있는 권리를 방해한 자는 11일 이상 2월 이하의 경금고에 처하고 2원 이상 20원 이하의 벌금을 부가한다.

(2) 신형법(1907년, 明治40年)

1907년에 성립된 현행 「刑法」(1907년 4월 24일, 법률 제45호)[20]에서 공무원직권남용죄 규정은 구형법(1880년)의 문구를 다소 수정하여 규정되었으며 “제25장 독직의 죄”에 위치하였다. 그리고 법정형에 있어서도 징역(또는 금고)만을 규정하였고, 그 상한도 다소 상향 조정되었다.

20) 동법은 明治40年(1907년) 4월 24일에 공포되었고, 明治41年(1908년) 10월 1일에 시행되었다. 구형법전에 대하여는 원로원과 명치정부 내에서의 강한 반발로 1882년(明治15年) 법시행 초부터 개정의 움직임이 있었다. 이에 수 차례의 개정법률안이 마련되었고, 결국 1906년(明治39年) 6월에 사법성 내에 설치된 법률취조위원회(法律取調委員會)에서 종래 개정안들을 기초로 초안을 만들어 제국의회에 제출되었고(1907년), 의회 의결을 거쳐 공포되었다(深尾正樹, 위의 글(公務員職権濫用罪規定(刑法一九三条)の沿革), 201~202면 참조).

[표 3-1-4] 일본 신형법(1907년)상의 직권남용죄 규정과 개정 규정

日本刑法 (明治四十年法律第四十五号)	日本刑法 (改定) (昭和22年10月26日)	日本刑法 (改定) (平成7年6月1日)
第二十五章瀆職ノ罪	**第二十五章瀆職ノ罪**	**第二十五章汚職の罪**
(公務員職権濫用) **第百九十三条** 公務員がその職権を濫用して、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害したときは、六月以下の懲役又は禁錮に処する。	**(公務員職権濫用)** **第百九十三条** 公務員がその職権を濫用して、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害したときは、二年以下の懲役又は禁錮に処する。	**(公務員職権濫用)** **第百九十三条** 公務員がその職権を濫用して、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害したときは、二年以下の懲役又は禁錮に処する。
제25장 독직의 죄	**제25장 독직의 죄**	**제25장 오직의 죄**
제193조(공무원 직권남용) 공무원이 그 직권을 남용하여 사람에게 의무 없는 일을 하게 하거나, 또는 권리의 행사를 방해한 때에는 6월 이하의 징역 또는 금고에 처한다.	**제193조(공무원 직권남용)** 공무원이 그 직권을 남용하여 사람에게 의무 없는 일을 하게 하거나, 또는 권리의 행사를 방해한 때에는 2년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.	**제193조(공무원 직권남용)** 공무원이 그 직권을 남용하여 사람에게 의무 없는 일을 하게 하거나, 또는 권리의 행사를 방해한 때에는 2년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

(3) 1947년(昭和22年) 형법개정

공무원직권남용죄 규정은 1947년 형법개정으로 변화를 맞이한다. 즉, 현행 일본국헌법(日本国憲法, 1946년)의 공포에 수반하여 이루어진 「刑法の一部を改正する法律」(1947년 10월 26일, 법률 제124호)[21]에 의해, 그 구성요건은 그대로 유지하면서 법정형이 '6개월 이하의 징역 또는 금고'에서 '2년 이하의 징역 또는 금고'로 대폭 상향조정되었다.[22]

이는 공무원의 성격이 - 제2차 세계대전 패전 이후 헌법의 시행(1947년)으로[23] - 천황 및 천황의 정부에 대하여 충순근면(忠順勤勉) 해야 할 자에서 국민 전체의 봉사자로 변화됨에 따라, 그 이전에는 공무원이 그 직무의 청렴성을 더럽히는 이른바 천황에 대한 배신행위적인 뇌물죄와는 달리, 직무에 충실하고 열성적으로 일하여 인

21) 개정 내용에 대하여는 중의원(衆議院) 홈페이지 참조 바람 〈https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_housei.nsf/html/houritsu/00119471026124.htm〉 (2022.09.01. 최종방문).

22) 1947년에는 직권남용죄(형법 제193조부터 제196조까지 또는 「파괴활동방지법」 제45조 등)를 주된 대상으로 한 "준기소절차"(일본 형사소송법 제262조 이하)가 도입되었다.

23) 1946년에 공포된 일본국헌법 제14조 제2항은 "모든 공무원은 전체의 봉사자로서 일부 봉사자가 아니다."(全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない)라고 규정하였다.

권을 침해하는 행위 그 자체로서는 직무의 청렴성과는 무관한 행위로 여겨졌던 직권남용죄에 대해서도 주권자인 국민의 입장에서 볼 때 직권의 남용은 도의적으로 강하게 비난받아야 할 행위로 이해되기 시작하였기 때문이었다.[24] 그리고 법정형으로 징역 이외에 '금고'를 유지하여 규정하고 있는 것은 공무원이 직무에 열심인 나머지 지나치게 행위한 사례 등에서는 징역형을 부과하는 것이 가혹한 경우도 있을 수 있음을 고려한 것이다.[25]

(4) 1995년(平成7年) 형법개정

한편, 용어의 평이화(또는 현대용어화)를 목적으로 하여 1995년에 이루어진 「刑法の一部を改正する法律」(1995년 5월 12일, 법률 제91호)에 의해 직권남용죄 규정이 포함되어 있는 형법전 제2편 제25장은 그 장 명이 "독직의 죄"에서 "오직의 죄"로 변경되었다.

나. 직권남용죄 적용실태

지난 18년간 검찰청에 접수 및 처리된 직권남용죄(일본형법 제193조~제196조) 현황을 살펴보면 다음 [표 3-1-5]과 같다.

[표 3-1-5] 공무원범죄 검찰청 신규 접수 및 종국처리 현황: 직권남용죄 (2003~2020년)

(단위: 명)

구분	신규 접수			종국처리						
	합계	사법 경찰원	검찰관 인지·직수	합계	기 소			불기소		
					계	공판 청구	약식 명령 청구	계	기소 유예	기타
2003	1,036	927	109	1,030	2	2	0	1,028	16	1,012
2004	1,338	1,178	160	1,458	4	4	0	1,454	13	1,441

24) 大塚 仁／河上和雄／中山善房／古田佑紀 編, 大コンメンタール刑法〔第二版〕 第10巻(第193条~第208条の3), 2006, 53면.

25) 大塚 仁／河上和雄／中山善房／古田佑紀 編, 위의 책, 54면; 神山敏雄, "職権濫用罪の法益についての一考察", 転換期の刑事法学(井戸田侃先生古稀祝賀論文集), 現代人文社, 1999, 804면.

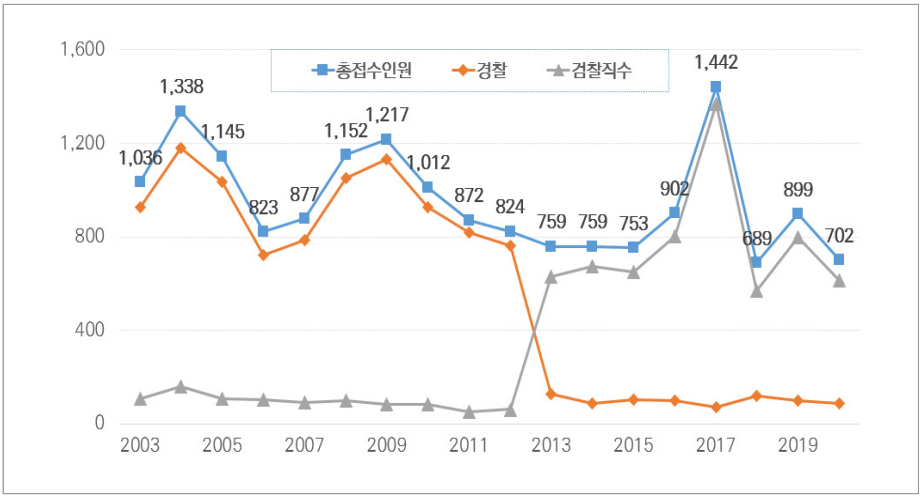
구분	신규 접수			종국처리						
	합계	사법 경찰원	검찰관 인지·직수	합계	기 소			불기소		
					계	공판 청구	약식 명령 청구	계	기소 유예	기타
2005	1,145	1,037	108	1,249	4	4	0	1,245	5	1,240
2006	823	721	102	827	2	2	0	825	7	818
2007	877	787	90	876	3	3	0	873	10	863
2008	1,152	1,053	99	1,141	1	1	0	1,140	10	1,130
2009	1,217	1,132	85	1,245	15	15	0	1,230	9	1,221
2010	1,012	927	85	1,031	6	6	0	1,025	7	1,018
2011	872	820	52	848	4	4	0	844	4	840
2012	824	763	61	820	0	0	0	820	7	813
2013	759	128	631	792	4	4	0	788	15	773
2014	759	86	673	776	0	0	0	776	4	772
2015	753	102	651	759	0	0	0	759	7	752
2016	902	101	801	983	2	2	0	981	3	978
2017	1,442	72	1,370	1,502	1	1	0	1,501	3	1,498
2018	689	119	570	700	0	0	0	700	3	697
2019	899	101	798	916	3	3	0	913	8	905
2020	702	89	613	776	1	1	0	775	6	769
총계	17,201	10,143	7,058	17,729	52	52	0	17,677	137	17,540
(비율%)				(100.00)	(0.29)	(0.29)	(0.0)	(99.71)	(0.77)	(98.93)

※ 자료: 法務省法務総合研究所, 令和３年版 犯罪白書
(https://hakusyo1.moj.go.jp/jp/68/nfm/n68_2_4_11_0_0.html) (2022.08.11. 최종방문);
令和元年版 犯罪白書
(https://hakusyo1.moj.go.jp/jp/66/nfm/n66_2_4_11_0_0.html)(2022.08.11. 최종방문);
平成27年版 犯罪白書
(https://hakusyo1.moj.go.jp/jp/62/nfm/n62_2_1_1_2_2.html)(2022.08.11. 최종방문).

지난 18년간(2003~2020년) 검찰청에 접수(신수 기준)된 직권남용죄 인원은 1년 평균 약 956명인 것으로 나타나고 있다. 직권남용죄 접수 인원은 2005년부터 감소하기 시작하다가 2008년부터 2010년까지는 다시 1,000명대를 넘어섰으나 2011년부터는 - 2017년 1,442명으로 급증한 경우를 제외하면 - 감소하는 추세에 있음을 알 수 있다.

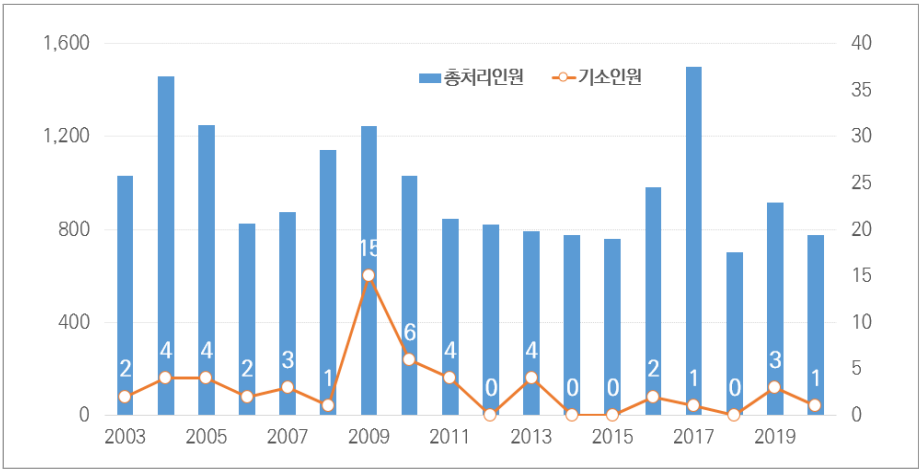
특히, 두드러진 특징은 2012년까지 직권남용죄 접수 인원은 주로 경찰로부터 송치된 것이었지만, 2013년부터는 검찰청 자체 인지·접수가 주를 이루고 있다는 점이다.

[그림 3-1-1] 직권남용죄 접수현황



지난 18년간(2003~2020년)의 직권남용죄로 인한 기소인원은 총 52명으로 매년 평균 3명에 미치지 못하고 있는 것으로 나타났다(총 처리인원의 0.29%만이 기소됨).

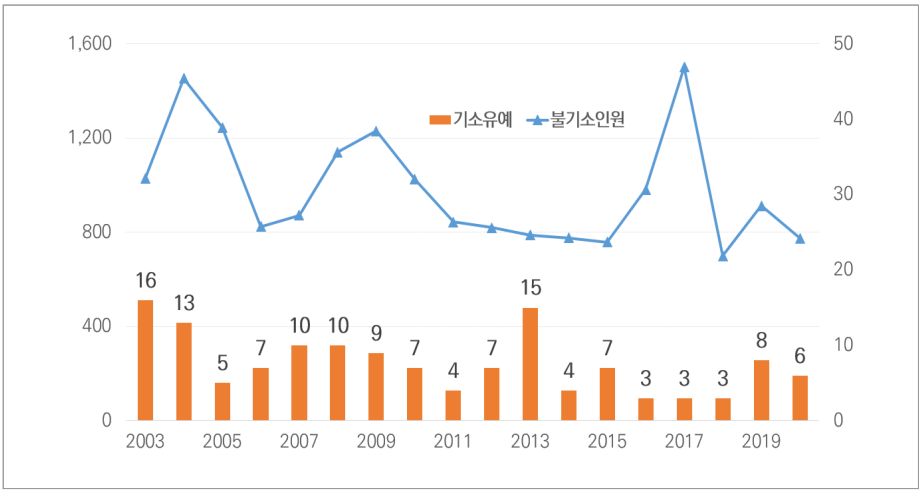
[그림 3-1-2] 직권남용죄 처리 및 기소현황



2009년에 15명으로 가장 많은 인원이 기소되었지만, 그 밖의 경우에는 1년에 1명 정도 기소되고 있음을 알 수 있다.

검찰청의 총 처리인원 가운데 99.71%가 불기소 처리되었는데, 이 가운데 총 137명이 '기소유예' 처분되었다. 매년 평균 약 7~8명이 '기소유예'로 불기소 처리되었다.

[그림 3-1-3] 직권남용죄 불기소 및 기소유예현황



(2) 소결

일본에서는 직권남용죄의 적용에 극히 소극적인 태도를 보이고 있다. 지난 18년간(2003~2020년)의 직권남용죄로 인한 기소인원은 총 52명으로 매년 평균 3명에 미치지 못하고 있다. 검찰의 총 처리인원의 0.29%만이 기소되고 있는 것이다. 이러한 기소 건수도 – 후술하는 판례에 나타난 바와 같이 - 상당수는 "준기소절차"(일본 형사소송법 제262조 이하)를 통해 이루어지고 있다.

3. 공무원 직권남용죄 보호법익과 본질

가. 공무원직권남용죄 보호법익

공무원 직권남용죄(제193조) 보호법익에 대하여는 종래에는 ① 개인의 자유·권리라는 견해와 ② 공무원의 직무의 적정이라는 견해가 대립하였다. 즉 구형법상의 직권남

용죄는 “관리인민에 대한 죄”에 위치하였기 때문에 주로 개인의 자유·권리에 대한 죄로 인식되었지만, 신형법에서는 본죄는 공무원의 직무의 적정이라는 국가적 법익에 대한 죄로 이해되었다. 그러나 전후 공무원의 기능에 대한 인식변화와 인권의식의 고양으로 현재에는 ③ 개인의 자유·권리와 직무의 적성을 보호법익으로 보는 견해(이원설)가 유력설이다.[26]

이원설에서는 두 개의 법익의 관계를 어떻게 볼 것인지에 대해 견해가 나누어지고 있다. 즉, 본 죄를 제1차적으로 개인적 법익에 대한 죄로 제2차적으로 국가적 법익에 대한 죄로 이해하는 견해,[27] 제1차적으로 국가적 법익에 대한 죄로 제2차적으로 개인적 법익에 대한 죄로서 이해하는 견해,[28] 양자는 병렬적(중첩적)이라고 해석하는 견해 등이 있다(다수설).[29] 또한 ‘직권을 남용하여’라는 요건에 관한 해석의 문제는 국가적 법익의 침해라는 부분과, ‘의무 없는 일을 하게 하거나 권리의 행사를 방해한’이라는 요건에 관한 해석의 문제는 개인적 법익의 침해라 하는 부분과 관련되기 때문에 결국 양자의 법익이 침해되지 않는 한 직권남용죄는 성립하지 않기 때문에 이와 같은 보호법익에 대한 논의는 실익이 없다고 하는 견해도 있다.[30]

나. 공무원직권남용죄 본질

본죄의 본질에 관하여 학설상의 가장 활발하게 논의가 이루어지고 있는 것은 직권남용이 상대방의 의사에 어느 정도 작용하여야 하는지에 관한 것이다. 이것은 강요죄(형법 제223조)와의 관계, 직권남용 행위의 해석, 침해된 상대방 권리 해석 등에 관련되기 때문이다.

---

26) 大谷 實, 刑法講義各論[新版 第5版], 2019, 637~638면.
27) 浅田和茂, 刑法各論, 成文堂, 2020, 563~564면.
28) 大谷 實, 위의 책, 637면; 井田 良, 講義刑法学·各論〔第2版〕, 有斐閣, 2020, 624면; 高橋則夫, 刑法各論 第3版, 成文堂, 2018, 689면.
29) 松原芳博, 刑法各論[第2版], 日本評論社, 2021, 604면; 前田雅英, 刑法各論講義 第7版, 東京大学出版会, 2020, 495면; 西田典之/橋爪 隆(補訂), 刑法各論〈第7版〉, 弘文堂, 2018, 505면; 大塚裕史/十河太朗/塩谷 毅, 基本刑法II 各論 第2版, 日本評論社, 2018, 554면.
30) 山口 厚, 問題探究刑法各論, 有斐閣, 1999, 298면(江藤隆之, “行動の自由に対する侵害犯としての公務員職権濫用罪”, 桃山法学 第27号, 2017, 29면에서 재인용).

[표 3-1-6] 일본 형법상 공무원 직권남용죄(제193조)와 강요죄(제223조) 비교

공무원직권남용죄	강요죄
제193조(공무원 직권남용) 공무원이 그 직권을 남용하여 사람에게 의무 없는 일을 하게 하거나, 또는 권리의 행사를 방해한 때에는 2년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.	**제223조(강요)** ① 생명, 신체, 자유, 명예 또는 재산에 대하여 해를 가한다는 취지를 고지하여 협박하거나 폭행을 사용하여 사람에게 의무 없는 일을 하게 하거나 권리의 행사를 방해한 자는 3년 이하의 징역에 처한다. ② 친족의 생명, 신체, 자유, 명예 또는 재산에 대하여 해를 가한다는 취지를 고지하여 협박하거나 사람에게 의무없는 일을 하게 하거나 권리의 행사를 방해한 자도 전 항과 같다. ③ 전2항의 죄의 미수는 벌한다.

(1) 의사억압모델

의사억압모델은 - 직권남용죄와 강요죄는 규정형식이 동일하다는 것을 근거로 - 본죄의 성립을 위해서는 상대방의 의사억압이 필요하다고 한다. 즉, 본죄는 강요죄(제223조)와 동일하게 "사람에게 의무가 없는 일을 하게 하거나 권리의 행사를 방해한"이라고 규정하고 있기 때문에, 상대방의 의사에 압력을 행사하고 이를 억압하여 일정한 작위·부작위를 강요하는 것이 직권남용행위의 본질적 요소라는 것이다.[31]

이 견해에 따르면, 상대방이 직권의 행사임을 인식할 수 있는 외관을 가지고, 상대방의 의사에 작용하여 일정한 행위·부작위를 강요하는 것을 필요로 하기 때문에 범죄의 성립범위를 명확히 한정할 수 있다는 장점이 있지만, 본죄의 성립범위가 지나치게 좁아지는 문제가 있다는 비판이 있다.[32]

(2) 권리침해모델

권리침해모델은 - 직권남용죄와 강요죄의 공통성에 비중을 두지 않고 - 직권의 남용으로 개인의 권리가 침해되었다면 본죄의 성립에 충분하다고 한다. 즉, "본 죄는 국민에게 법률상 또는 사실상의 불이익을 발생시킬 수 있는 효력을 가지는 특별한 권한을 부여받고 있는 공무원이 그 권한을 남용한 결과로서 국민의 이익을 침해한 경우를 처벌함으로써 공무의 적정과 개인의 이익을 보호하려는 것이므로 국민의 이익

31) 原田 保, 刑法における超個人的法益の保護, 成文堂, 1991, 211면(松原芳博, 위의 책, 604면에서 재인용).
32) 井田 良, 앞의 책, 627면; 西田典之/橋爪 隆(補訂), 위의 책, 507면.

을 침해하거나 불이익을 발생시킬 수 있는 권한의 불법적인 행사가 인정되는 한 남용행위는 인정된다. 따라서 그것이 직권행위로서의 외관을 갖추고 있는지, 상대방의 의사에 작용해 거기에 영향을 주는 것인지를 묻지 않는다고 해석하여야 한다. 그러므로 상대방이 눈치를 채지 못하거나 은밀하게 하는 경우에도 남용행위가 될 수 있다."고 하는 견해이다.[33]

이에 대하여는, 권리침해설을 따르게 되면 본 죄의 보호법익 가운데 개인적 법익의 내용이 '모든 권리·자유'가 되어 개인의 권리침해 일반이 본죄의 결과로 보게 되어 "사람에게 의무가 없는 일을 하게 하거나 권리의 행사를 방해한"이라는 문언이 의미가 없어지게 되고, 처벌범위가 부당하게 확대될 우려가 있다."는 비판이 있다.[34]

(3) 확장의사억압모델

확장의사억압모델은 의사억압모델을 기본으로 하면서도 그 의사의 억압 정도를 "직권남용행위 자체가 사람에게 심리적 영향을 미치는 것(심리적 구속사례)은 아니더라도 법적 또는 사실적 효과로서 그 후에 사람으로 하여금 작위·부작위를 수인시키는 것(수인강제사례)"으로 충분하다"고 하는 견해이다. 이렇게 되면 "제193조의 '사람에게 의무가 없는 일을 하게 하거나 권리의 행사를 방해한' 이라는 문언에 포섭할 수 있으며 간접적으로 의사결정·의사활동의 자유를 침해한다고도 할 수 있기 때문"이라는 것이다.[35]

(4) 평가

의사억압모델은 본죄와 강요죄와의 공통성을 강조하고 권리침해모델은 본죄의 독자성을 강조하는 것이다. 확장의사억압모델은 강요죄와의 공통성을 인정하면서 양죄의 행위양태의 차이로 인해 의사억압의 정도를 법적·사실적인 수인강제로까지 완화한 것이라고 할 수 있을 것이다.

본죄의 보호법익 가운데 개인적 법익의 내용은, 의사억압모델에 따르면 의사결정의 자유(심리적 지배로부터의 자유) 및 의사활동의 자유라 할 수 있고, 권리침해모델에

33) 大谷 實, 위의 책, 640면. 또한 高橋則夫, 위의 책, 692면.
34) 井田 良, 앞의 책, 628면; 松原芳博, 위의 책, 605~606면.
35) 松原芳博, 위의 책, 606~607면.

따르면 그것은 모든 개인의 권리·자유가 된다.

이것은 남용행위는 상대방이 직권의 행사임을 인식할 수 있는 것으로 한정되는가에 대한 논의와 연결된다(이에 관하여는 후술).

4. 직권남용죄 해석론

가. 주체

본죄의 주체는 "공무원"이다(진정신분범). 공무원에 대하여는 ① 공무원이면 족하다는 견해,[36] ② 어떤 행위를 강제할 수 있는 권한을 가진 공무원이어야 한다는 견해도 있지만, 현재에는, ③ 해당 공무원의 권한이 남용될 경우 상대방으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 또는 행할 권리의 행사를 사실상 방해할 가능성이 있으면 족하고 반드시 강제력을 수반하는 권한을 가진 공무원임을 요하지 않는다는 견해가 다수설이다(통설).[37]

나. 직권남용

(1) 직권의 의의

'직권'은 – 뇌물죄에서의 '직무에 관하여'의 개념은 시대의 변화에 함께 확장되는 경향이 있음에 반하여 – 그 내용에는 별다른 변화가 없는 것으로 평가되고 있다.[38]

즉, 최고재판소 판례에 따르면, 직권이란 공무원이 직무상 가지고 있는 '일반적 직무권한'을 의미한다. 직무권한이 있는 것처럼 보이는 것만으로 부족하고 현실로 직무권한을 가지고 있어야 한다. 다만, 법령상 명문의 근거규정이 반드시 필요한 것은 아니다.[39]

이와 같은 법리를 처음으로 명확하게 밝힌 판례는 1982년(昭和57년)의 〈재판관의

---

36) 木村祐三/小林敬和, 現代の刑法各論〔改訂第3版〕, 成文堂, 2008, 392면.
37) 大谷 實, 위의 책, 638면; 浅田和茂, 앞의 책, 563면; 高橋則夫, 위의 책, 690면; 日高義博, 刑法各論, 2020, 704~705면; 最決昭和57年1月28日刑集36巻1号1頁〈재판관의 수형자 신분장부 열람사건(후술)〉.
38) 大塚 仁／河上和雄／中山善房／古田佑紀 編, 위의 책, 54면.
39) 大谷 實, 위의 책, 639면.

수형자 신분장부 열람사건〉의 판결에서다. 동 판결에서 최고재판소는 "형법 제193조에서 말하는 '직권의 남용'이란 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 대하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 불법, 부당한 행위를 하는 것을 지칭하지만, 위의 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 아니하고, 그것이 남용된 경우 직권 행사의 상대방에게 사실상 의무 없는 일을 행하게 하거나 또는 행할 권리를 방해하기에 충분한 권한이라면 이에 포함되는 것으로 해석하여야 한다."라고 하였다.[40][41]

〈재판관의 수형자 신분장부 열람사건〉(최고재판소 1982.1.28. 昭和55(あ)第461号決定)[42]

이 사건은 1974년에 당시 재판관이었던 피고인이 대외비인 수형자 개인기록(신분장부)을 열람한 사건이다.

원원판결은 피고인이 신분장부의 내용을 알아야 할 필요가 있는 사건을 담당하고 있는 것처럼 **가장한 것은 아니므로** 재판관의 지위·신용을 악용한 것에 불과한 것으로 그 직권을 남용한 것이라고 할 수 없다고 하여 본 죄의 성립을 부정하였다(東京地判昭53·4·28 刑月10·4=5·953). 그러나 **원판결**은 "재판관이 장래 담당할 사건 일반의 연구, 참고로 활용할 목적으로 재판관으로서의 지위·신분에 따라 행한 조사나 자료의 수집행위도 … 재판관의 일반적 직무권한에 따른 행위이다."라고 하여 본 죄의 성립을 긍정하였다.[43]

최고재판소도 – 원판결과 같은 취지에서 – 공무원직권남용죄 성립을 인정하였다. 즉, "재판관이 형무소장 등에게 자료의 열람, 제공 등을 요구하는 것은 사법연구 또는 그 준비로 하는 경우를 포함하여 양형 기타 집무상의 일반적인 참고에 기여하기 위한 것인 이상, 재판관에게 특유의 직책에 유래해 감옥법상의 순시권(제4조 제2항)에 이르는 정당한 이유에 근거하는 요구라고 해야 하고, 법률상의 강제력을 수반하지 않아도, **형무소장 등에게 행형상 특별한 지장이 없는 한 이에 응하여야 할 사실상의 부담을 지우는 효과를 가지기 때문에**, 그것이 남용된 경우 상대방으로 하여금 의무 없는 일을 행하게 하기에 족한 것으로서, 직권남용죄에 있어서의 재판관의 일반적인 직무권한에 속한다고 인정하는 것이 상당하다."고 하였다.

[사건개요] 도쿄지방법원 하치오지지부(八王子支部) 판사보였던 피고인이 1974년 7월에 아바시리형무소(網走刑務所)를 방문하여, 동 형무소장에게 도쿄지방법원 재판관의 직함이 있는 명찰을 보여주고, 치안관계사건을 연구하고 있고 사법연구라고 하는 것이 있다는 등을 이야기하고, 형무소 소장의 허가를 얻어 – 1933년의 일본공산당 스파이 사문사건(日本共産党スパイ査問事件)으로 1945년 6월

40) 最決昭和57年1月28日刑集36巻1号1頁. 이 사건에서 최고재판소는 재판관이 정당한 목적에 의한 조사행위를 가장하고 교도소장에게 자료의 열람 등을 요구하는 것은 교도소장에게 특별한 사정이 없는 한 이에 응해야 하는 사실상의 부담을 발생시킨다고 하여 재판관의 일반적 직무권한에 속한다고 하였다.

41) 〈간이재판소 판사의 피의자 찻집 호출사건〉(1985년)에서도 최고재판소는 재판관이 사적인 교제를 요구할 의도로 자기가 담당하는 여성 피고인을 찻집에 호출하여 동석시킨 행위에 대해서(피고인에게 출두를 요구하는 것은 재판관의 일반적 직무 권한에 속하는 바) 피해 변상으로 만나고 싶다고 말하는 등 직권 행사의 외형을 갖추고 있지 않다고는 말할 수 없고, 소환을 받은 당사자로서 재판관이 권한을 행사해 출두를 요구했다고 믿게 하기에 충분한 행위라고 하여 본 죄를 구성한다고 하였다(最決昭和60年7月16日刑集39巻5号245頁).

부터 10월까지 아바시리교도소에 복역한 적이 있었던 – 미야모토 켄지(宮本顯治, 일본공산당 위원장)에 관한 신분장부를 열람·사진 촬영하고, 나중에 신분장부 일부 사본을 자택으로 우송시켰다.[44)45)]

[결정요지]

[다수의견] [1] 형법 제193조에 있어서 「**직권의 남용**」이란 공무원이 그 **일반적 직무권한에 속하는 사항에 대하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 불법, 부당한 행위를 하는 것**을 지칭하지만, 위의 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것이 필요하지 않고, 그것이 남용된 경우, 직권 행사의 상대방을 하고 사실상 의무 없는 일을 행하게 하거나 또는 행할 권리를 방해하기에 충분한 권한이라면 이에 포함된다.

[2] 재판관이 사법연구 기타 직무상 참고를 위한 조사·연구라는 정**당한 목적에 의한 조사행위인 것처럼 가장하여** 이와 관계없는 목적을 위해 신분장부의 열람, 그 사본의 교부 등을 요구하고 형무소장 등으로 하여금 이에 응하도록 한 경우에는 공무원직권남용죄가 성립한다.[46)47)]

[보충의견] 재판관 栗本一夫(쿠리모토 카즈오)

[1] 동죄의 성립요건인 일반적 직무권한에 대해서도 명문의 근거규정이 존재하는 경우에 한하는 등 함부로 형식적인 해석에 빠지지 않고 보다 실질적인 관점에서 생각할 필요가 있다. 여기에서는 공무원의 대국민 권력발동 근거 유무가 문제가 되고 있는 것이 아니라 반대로 공무원의 부당한 행동을 억압하기 위한 요건을 어떻게 해석하느냐가 문제이므로 일반적 직무권한에 대해 엄격한 해석을 하지 않는다고 하여 법치주의에 반하는 것이 아니다. 명문이 없는 경우라도 법제도를 종합적, 실질적으로 관찰하여 해당 공무원이 다른 자에게 공무원으로서의 입장에서 압력을 가할 수 있는 권한을 가지며, 이것이 남용된 경우 상대방에게 사실상 의무 없는 일을 하게 하거나 행할 권리를 방해하기에 충분하다고 인정되는 경우에는 직권남용죄의 일반적 직무권한에 포함된다고 해석하는 것은 전술한 바와 같은 동죄의 입법취지에도 부합한다고 할 수 있다.

[2] 원판결이 인정하는 본건의 핵심적 사실은 피고인에게 직무상 조사임을 엿보게 할 만한 언행이 있고 교도소장도 재판관의 직무상 조사라고 인식하였으므로 일반적으로 비밀로 여겨지는 신분장부의 열람·촬영을 허가하였다는 점에 있다고 해석되는 바, 다수의견은 이 사실을 직시하여 법적 구성을 실시한 것으로 충분히 지지할 수 있다고 본다.

[반대의견] 재판관 宮崎梧一(미야자키 고이치)

[1] 국가, 지방공공단체 등의 권력을 행사하는 공무원은 모두 하나하나의 구체적 사항에 대하여 국민의 의사결정의 발현인 법령에 기초한 수권이 있어야만 그 권력 즉 권한을 행사할 수 있다고 할 것은 민주주의적 법치국가의 원리가 요청하는 바이므로 공무원의 직권의 범위·내용은 법령에 의해서만 정해질 수 있다고 해석하여야 하며 법령상의 일반적 권한이 존재하지 않는 곳에 직권남용죄의 성립을 인정하는 것은 그 성립범위를 모호하게 하여 처벌범위를 부당하게 확대한다는 비난을 면할 수 없는 것이다.

[2] 원판결은 관련된 연구를 위한 조사활동도 경우에 따라 법관의 일반적 권한에 포함된다는 견해를 취하지만, 법관에 대해 그러한 일반적, 포괄적 권한을 인정한 법령상의 근거는 어디에도 존재하지 않는다. 또한 법관의 지위·신분에 따라 이러한 권한이 당연히 생긴다고 해석할 합리적 이유도 없다.

[3] 피고인이 사법연구 기타 장래 담당해야 할 사건 일반의 참고로 하기 위한 조사활동인 것으로 가장하였다고 할지라도 기껏해야 재판관의 지위·신분 남용이 있었다고 인정할 수 있음에 불과하고, 형법 제193조에 해당하는 직권남용행위가 있었다고 할 수 없다.

---

42) 最決昭和57年1月28日刑集36巻1号1頁

43) 東京高判昭54·12·26 高刑集 32·3·298

44) 피고인은 1심(도쿄지방법원)에서 무죄판결을 받았으나(1978년), 항소심에서는 이를 파기환송하였고(1979년), 최고재판소도 이를 지지하였다(1982년). 사건을 돌려받은 도쿄지방법원은 피고인에게 징역 10월에 집행유예 2년을 선고하였고(1983년), 1987년에 최고재판소에서 유죄가 확정되었다.

45) 中森喜彦, "職権濫用罪と裁判官の職務権限 (最高裁第二小法廷昭和五七年一月二八日決定刑集三六巻一号一頁)", 同志社法学 34巻6号(1983), 162~165면.

46) https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51196(2022.09.30. 최종방문)

〈간이재판소 판사의 피의자 찻집 호출사건〉(최고재판소 1985.7.16. 昭和58(あ)第1309号 決定)[48]

이 사건은 간이재판소 판사인 피고인이 담당하는 사건 피고인 여성을 사적인 교재를 요구할 의도로 찻집으로 불러 동석시킨 사건이다(뒤에 이루어진 이 여성과 성관계를 맺은 것에 대하여는 뇌물죄 성립이 인정되었다).

이 사건에서, 최고재판소는 "형사사건의 피고인에게 출두를 요구하는 것은 판사의 일반적인 직무권한에 속하는 바, 법관이 그 담당하는 형사사건의 피고인을 위 시각에 전화로 찻집으로 호출하는 행위는 그 직권행사 방법으로서는 비정상적인 것이라 하더라도 당해 형사사건의 심리가 위 상황에 있는 상태에서 변상건으로 만나고 싶다고 말하고 있는 점에 비추어 볼 때 소론에서 말한 것처럼 **직권행사로서의 외형을 갖추지 아니한 것이라고 할 수 없으며,** 위 호출을 받은 형사사건의 피고인으로 하여금 법관이 그 권한을 행사하여 자신에게 출두를 요구한다고 믿게 할 만한 행위라고 인정하는 것이 상당하므로 위 A로 하여금 그 취지를 오신시켜 찻집에까지 나오게 하고, 같은 찻집 내에서 동석시킨 피고인의 위 소위는 직권을 남용하여 위 여자로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 것이라고 해야 한다."고 하여, 원판단은 정당하다고 하였다.

[사건개요] 고쿠라(小倉)간이재판소 판사였던 피고인은, A에 대한 절도피고사건의 심리를 담당하고 있었는데, 이 사건은 피해변상을 기다리기 위하여 다음회 공판기일이 1955년 7월 16일로 지정되어 있었으나, 7월 1일 오후 8시경에 자기와의 교제를 요구할 의도로 A에 전화하여 "사건의 변상은 어떻게 되었습니까", "앞으로의 변상으로 잠깐 만날 수 있을까요" 등이라고 말하여 A를 불러내었고, 위 피고사건에 대하여 출두를 요구받은 것이라고 오신한 A로 하여금 동 9시 무렵 국철 a역 부근의 찻집으로 오게 하여 그 무렵부터 동 9시 30분 무렵까지 당해 찻집에서 동석하게 하였다.

[결정요지] 재판관이 사적인 교제를 요구할 의도로 자기가 담당하는 절도피고사건의 여성 피고인을 야간에 전화로 피해변상 건으로 만나고 싶다고 말하여 찻집으로 불러내어, 동석한 본건 행위는 재판관으로서의 직권을 남용하여 의무없는 일을 하게 한 행위에 해당한다.[49][50]

---

47) 이 판결문은 우리의 이른바 〈사법농단사건〉 항소심(서울고등법원 2021.8.12. 선고 2020노4 판결)에서도 논란이 되었다. 즉, 이 사건에서 검사는 "'일본 최고재판소가 1982. 1. 28.자 昭和55年(あ)第461号 결정에서 "일반적 직무권한이란 반드시 법령상의 강제력을 수반하는 것을 요하지 아니하고, 그것이 남용되었을 경우 그 상대방으로 하여금 실질상 의무 없는 일을 하게 하거나 행사할 수 있는 권리를 방해하기에 충분한 권한을 포함하는 것으로 보아야 한다.'고 하면서 재판관이 자신의 직함이 기재된 명함을 건네고 사법연구 또는 그 밖에 직무상 일반적인 참고를 위한 조사연구라는 목적이 없음에도 정당한 목적에 의한 조사행위로 가장하여 신분장부를 열람하고 이를 촬영한 사진의 교부 등을 요구하여 형무소장 등으로 하여금 이에 응하게 한 경우 직권을 남용하여 의무 없는 일을 하게 한 것이라고 인정하였는바, 이처럼 일반적 직무권한의 범위를 확장하는 해석을 해야 한다는 취지로 주장"하였고, 이에 법원은 "위 결정은 일본 감옥법 제4조 제2항이 재판관에게 형무소 순시권을 부여하고 있고 법령의 해석상 사법연구를 위촉받은 재판관은 연구주제 등에 의하여 신분장부를 열람할 수 있다고 보아 일반적 직무권한이 있다고 한 것이지, 월권행위에 관하여 직권남용권리행사방해죄의 성립을 인정한 것은 아니다."고 하였다(위 항소심 판결문 참조).

48) 最決昭和60年7月16日刑集39巻5号245頁.

49) https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51854(2022.09.30. 최종방문)

50) 이 판결문은 우리의 이른바 〈사법농단사건〉 항소심(서울고등법원 2021.8.12. 선고 2020노471 판결)에서도 논란이 되었다. 즉, 이 사건에서 검사는 "일본 최고재판소가 1985. 7. 16.자 昭和58年(あ)第1309号 결정에서도 재판관이 자신이 담당하는 절도사건의 여성 피고인과 교제할 의도로 전화를 하여 피해변상 문제로 만나고 싶다고 하여 그 여성 피고인을 다방에 불러내어 21:00부터 21:30까지 동석한 것을 직권을 남용하여 그 여성 피고인으로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 것이라고 하여 직권남용권리행사방해죄의 성립을 인정하였는바, 이처럼 **직무권한 외의 직권**

그런데, 이후 1989년(平成元年)의 〈경찰관의 일본공산당 간부 전화도청사건〉에서의 판결은 직권의 범위를 '특별한 권한'으로 한정하였다. 즉 동 판결에서 최고재판소는 "형법 제193조의 공무원직권남용죄에 있어서의 '직권'이란 공무원의 일반적 직무권한을 모두 말하는 것이 아니라 그 중 직권 행사의 상대방에 대하여 법률상 사실상의 부담 또는 불이익을 야기할 수 있는 특별한 직무권한을 말한다."고 하였다.[51]

〈경찰관의 전화 도청사건, 付審判請求事件 特別抗告審〉(최고재판소 1989.3.14. 昭和63(し)第76号 決定)[52]

이 사건은 경찰관이 다른 경찰관과 공모하여 직무로서 일본공산당 간부의 집 전화를 비밀리에 도청한 사건이다.

이 사건에서, 원원결정은 "본건 도청행위는 청구인은 물론 누구에게도 알려지지 않도록 은밀하게 이루어진 것이므로 직권행사의 외관을 갖춘 직권남용행위라 할 수 없어 … 공무원직권남용죄에 해당하지 않는다."는 이유로(東京地判 昭和63年3月7日), 원결정은 "행위의 상대방의 의사에 작용하여 이에 영향을 주는 직권 행사의 성질을 갖춘 것이 아니다."는 것을 이유로 직권을 남용한 행위라고는 할 수 없다고 판단하였다(東京高決 昭和63年8月3日).

이에 대하여 최고재판소도, 그 도청행위가 직무로서 행한 것이라고 할지라도 그 행위 전반을 통해 경찰관에 의한 행위가 아닌 것처럼 가장한 경우에는 그것은 경찰관에게 인정되고 있는 직권의 남용이 있었다고 볼 수 없다고 하였다. 즉, "형법 제193조의 공무원직권남용죄에 있어서의 **"직권"이란 공무원의 일반적 직무권한을 모두 말하는 것이 아니라 그 중 직권 행사의 상대방에 대하여 법률상 사실상의 부담 또는 불이익을 야기할 수 있는 특별한 직무권한을 말한다**(최고재판소 1982.1.28. 昭和55(あ)461 決定 참조). 동 죄가 성립하려면 공무원의 불법한 위의 성질을 가진 직무권한을 남용하여 이루어진 것을 필요로 한다. 즉, 공무원의 불법 행위가 직무로서 이루어졌다고 할지라도 직권을 남용하여 행해지지 않을 때에는 동죄가 성립할 여지가 없고, 그 반면 공무원의 불법 행위가 직무와 무관하게 이루어졌다고 할지라도 직권을 남용하여 행해졌을 때에는 동 죄가 성립할 수 있다(최고재판소 1982.1.28. 昭和55(あ)461 決定; 최고재판소 1985.7.1. 昭和58(あ)1309 決定[53] 참조). 이를 본 건에 대하여 보면, **"피의자들은 도청행위 전반을 통하여 시종 누구라도 경찰관에 의한 행위가 아닌 것처럼 가장하는 행동을 취하였다는 점에서 거기에 경찰관에게 인정되고 있는 직권의 남용이 있었다고 볼 수 없다."**고 하였다.

[사건개요] 가나기와현(神奈川県) 경찰관인 피고인 X와 Y가 직무로서 일본공산당에 관한 경비정보를 확보하기 위하여 다른 경찰관과 공모하여 1986년에 일본공산당 중앙위원회 국제부장인 B의 집 전화를 도청하였다. 도청행위는 전기통신사업법에 저촉되는 위법한 것이기 때문에 전화 회선에 대한 작업, 도청 장소의 확보를 비롯한 도청행위 전반을 통해 누구에게라도 경찰관에 의한 행위가 아닌 것으로 가장하는 행동을 취하고 있었다.

행사로 볼 수 있는 사안에서 일반적 직무권한을 넓게 인정하여야 한다는 취지로 주장"하였고, 이에 법원은 "법령의 해석상 형사사건 피고인의 출석을 요구하는 것은 재판관의 일반적 직무권한에 속하는 것이라고 하면서 위와 같이 전화로 다방으로 불러내는 경우에도 일반적 직무권한이 있다고 한 것이지, 월권행위에 관하여 직권남용권리행사방해죄의 성립을 인정한 것이라 보기는 어렵다"고 하였다(위 항소심 판결문 참조).

51) 最決平成元年3月14日刑集43巻3号283頁. 이 사건에서 최고재판소는 피의자들은 도청행위 전반을 통하여 시종 누구라도 경찰관에 의한 행위가 아닌 것처럼 가장하는 행동을 취하였다는 점에서 거기에 경찰관에게 인정되고 있는 직권의 남용이 있었다고 볼 수 없다고 하였다.

[결정요지] 경찰관이 직무로서 행한 것이라 할지라도, 시종 누구에게라도 경찰관이 아닌 것처럼 가장하여 한 도청행위는 직권을 남용하여 행한 것이라고는 할 수 없으며 공무원 직권남용죄를 구성하지 아니한다.[54]

학설에서는 직권의 범위를 광의의 공무원의 일반적 직무권한이라고 이해하는 견해도 있지만(무한정설), 위의 도청사건에서와 같이 그 범위를 한정하는 견해가 다수설을 차지하고 있다(한정설). 무한정설은 공무원의 불법적인 행위가 직무로서 행해지고 그 결과 개인의 권리, 자유가 침해된 경우에 동죄가 성립한다고 하여 본 죄를 공무원의 불법적인 직무행위를 처벌하기 위한 규정으로 해석하는 입장이다.[55] 한정설은 공무원에게는 공무를 수행하기 위하여 국민에 대하여 법률상, 사실상의 부담·불이익을 발생시키는 특별한 권한이 부여되어 있는 것이며, 그것이 정당하게 행사된 경우에도 국민의 권리, 자유에 영향을 미치게 되므로 본 죄는 특별한 권한을 남용하여 행하는 행위를 처벌하는 규정으로 해석한다.[56]

(2) 남용행위

① 남용의 의의

본죄의 성립요건으로서, 객관적으로 존재하는 '직권'을 남용할 것을 필요로 한다. 다시 말해서, 단순히 공무원의 지위를 이용하는 것이나, 현실에는 존재하지 않는 '직권'이 존재하는 것처럼 가장하는 것으로는 공무원직권남용죄가 성립될 여지가 없다.[57]

직권의 '남용'이란 당해 공무원의 일반적 직무권한에 속하는 사항에 대하여 실질적, 구체적으로 위법, 부당한 행위를 하는 것을 말한다. 직권의 행사에 가탁(仮託)하여 위법·부당한 행위를 하는 것도 포함한다.[58] 행위자에게 해당 직무의 구체적인 할당·수명이 있었던 것이나 행위의 시점에 직무집행의 요건을 충족하고 있을 필요는 없다.[59]

---

52) 最決平成元年3月14日刑集43巻3号283頁.
53) 最決昭和60年7月16日刑集39巻5号245頁.
54) https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=50383(2022.09.30. 최종방문)
55) 大谷 實, 위의 책, 639면; 西田典之/橋爪 隆(補訂), 위의 책, 508면.
56) 高橋則夫, 위의 책, 690~691면; 浅田和茂, 앞의 책, 564면.
57) 松原芳博, 위의 책, 607면.
58) 最決昭和57年1月28日刑集36巻1号1頁

東京高等裁判所 1968.3.15. 昭和42(う)第960号 판결[60]

1. 형법 제193조의 공무원직권남용죄는 공무원이 법령에 정해진 그 일반권한에 속하는 직무사항에 대하여 이를 불법으로 행사함으로써 성립한다.
2. 범죄자예방갱생법 제19조 제2항에 규정하는 보호관찰관의 직무의 대상은 현재 보호관찰이 부과되어 있는 자에 한정되며 보호관찰기간 경과 후의 자는 포함하지 않는다고 해석하는 것이 상당하다.[61]

나가노(長野) 보호관찰소 관찰과장인 피고인은
보호관찰의 대상자인 부녀를 불러 면접하는 권한이 있는 것을 기화로 하여, 자기의 성적 욕망의 만족을 도모하기 위해 부당하게 부녀를 불러 면접하며 추행행위를 할 목적으로,

(1) 1964년 2월 11일부터 동년 3월 14일까지 가출옥으로 보호관찰 대상이었던 C녀(1937년 2월생)에 대해서, 1964년 12월, 1965년 1월, 1966년 1월경에 나가노 구치소 등에서 가슴을 만지거나 키스를 하는 등 외설행위를 하여, 각각 직권을 남용하여 C로 하여금 의무없는 일을 하게 하였고,
(2) 1961년 1월 24일부터 1964년 3월 21일까지 절도로 보호관찰 대상이었던 A녀(1944년 6월생)에 대해서, 1966년 2월, 1966년 9월경에 나가노 보호관찰소에 불러서 가슴을 만지거나 키스를 하는 등 외설 또는 추행행위를 하여, 각각 직권을 남용하여 A로 하여금 의무없는 일을 하게 하였고,
(3) 1966년 5월 30일부터 가퇴원으로 보호관찰의 대상이 된 B녀(1949년 1월생)에 대해서, 동년 9월 9일경, 동월 24일경에 나가노 보호관찰소 등에서 가슴을 만지거나 키스를 하는 등 추행행위를 하여, 각각 직권을 남용하여 B로 하여금 의무없는 일을 하게 하였고,
(4) 1966년 4월 1일부터 절도로 보호관찰의 대상이 된 D녀(1947년 2월생)에 대해서, 동년 9월 1일경, 동월 26일경 나가노 보호관찰소 등에서 음부를 만지는 등의 추행행위를 하여, 각각 직권을 남용하여 D로 하여금 의무없는 일을 하게 하였다.[62]

〈원심〉 강제추행 성립 인정, 공무원직권남용죄는 무죄(징역 1년 6월, 집행유예 3년)
- (1) 및 (2)의 경우는 **보호관찰기간 경과 후**이기 때문에 피고인이 피해자들을 부르거나 면접하는 것은 아무런 법령의 근거가 없는 행위이고,
- (3) 및 (4)의 경우는 당초부터 성적 욕망의 만족을 도모하는 것을 목적으로 피해자들을 부르거나 면접했다고 판정하기에 충분한 자료가 없고, **추행행위**는 공무원의 일반적 권한에 속하지 않기 때문에 본건은 공무원 직권남용죄를 구성하지 않는다.

(1) 범죄자예방갱생법 제19조 제2항에 규정하는 보호관찰관의 직무의 대상은 현재 보호관찰이 부과되어 있는 사람으로 한정되어, 보호관찰기간 경과 후의 사람은 포함하지 않는다고 하는 것이 상당하다. 그러므로 보호관찰관에게는 법령상 보호관찰기간 경과 후의 자를 호출하여 이와 면접할 권한이 없으며, 본 건의 경우 피고인이 C 및 A를 호출하여 그들과 면접한 것은 법령에 근거하는 직무행위라고 하기 어렵기 때문에 형법 제193조의 공무원 직권남용죄가 성립할 여지는 없다.

(2) 공무원이 우연히 직무행위를 한 기회에 한 불법행위는 그것이 다른 범죄를 구성하는 경우에도 관련한 직무 이외의 행위를 한 것이라면 그 행위가 소론과 같이 직무행위와 밀접한 관련으로 이루어졌다고 해서 그 행위 자체가 공무원 직권남용죄를 구성하는 것은 아니다. 본건의 경우 보호관찰관인 피고인이 상대방과 면접 등을 했을 때에 외설 또는 강제추행행위를 한 것은 인정되지만, 위의 행위 자체는 물론 피고인의 직무에 속하는 행위가 아니기 때문에 상대방과 면접 등을 한 것이 공무원 직권남용죄에 해당하는지 여부와는 상관없이 외설 또는 강제추행행위를 한 것 자체는 공무원 직권남용죄에 관한 한 피고인은 무죄이다.

59) 東京高裁昭和43年3月15日高裁判例集 第21巻2号158頁. 이 결정에서는 보호관찰소의 과장이 면접시 아동을 추행한 경우에 직권과 무관하여 공무원직권남용죄가 성립하지 않는다고 하였다.

(3) B 및 D는 모두 당시 보호관찰의 대상자이었고, 피고인에게는 그들을 부르고 면접하는 일반적 권한이 있다. (그러나) 추행행위를 할 의사는 우연히 그 자리에서 발생한 것으로서 미리 그 목적이나 의도가 있는 것은 아니라고 해석될 여지가 있기 때문에, 소론과 같이 피고인이 성욕의 만족을 도모할 목적이나 의도로 상대방과 면접 등을 했다는 증명이 충분하지 않고 이를 단정하기에 부족하다. 만약 본건의 경우에 공무원 직권남용죄가 성립하는 경우가 있다면 피고인이 당초부터 외설 또는 강제추행의 목적을 가지고 상대방을 불러서 면접한 경우인데, 이 경우라고 할지라도 면접한 행위가 동죄에 해당하며, 그 기회에 이루어진 외설 또는 강제추행행위까지 공무원 직권남용죄에 포함되는 것은 아님을 상기 2에서 설명한 바와 같으며, 그것은 별도의 죄를 구성하는 것이다.

② 상대방의 직권행사 인식여부

남용행위는 상대방이 직권의 행사임을 인식할 수 있는 것으로 한정되는가에 대하여는 본죄와 강요죄의 관계를 어떻게 이해하느냐에 따라 논의가 달리 이해되는 것으로 보인다.

본죄와 강요죄의 동질성을 부정하는 견해에 따르면, 본 죄는 국민에게 법률상·사실상의 불이익을 발생시키는 특별한 권한을 부여받고 있는 공무원이 그 권한을 남용해 국민의 이익을 침해한 경우를 처벌함으로써 공무의 적정과 개인의 이익을 보호하려는 것이므로, 그것이 직권행사로서 외관을 갖추고 있는지 또는 상대방의 인식에 관계없이 국민의 이익을 침해하거나 불이익을 발생시킬 수 있도록 권한의 불법적인 행사가 인정되는 한 남용행위가 인정된다고 하는 견해로서 다수설이다.[63][64] 이에 따르면 상대방이 눈치채지 못하거나 비밀리에 행하는 경우에도 남용행위가 될 수 있게 된다**(집행리의 공시팻말 사건 참조)**. 반면에, 본죄와 강요죄의 동질성을 인정하는 견해에 따르게 되면, 본죄의 경우에도 강요죄와 마찬가지로 상대방의 의사에 작용해 영향을 주는 것이 필요하다고 하여 상대방이 직권의 행사라고 인식할 수 있는 것에 한정된다고 이해하게 된다.[65]

60) 東京高裁昭和43年3月15日高裁判例集 第21巻2号158頁.
61) https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail3?id=20910(2022.09.30. 최종방문)
62) https://daihanrei.com/ 에서 검색(2022.09.30. 최종방문).
63) 大谷 實, 위의 책, 640면; 高橋則夫, 위의 책, 692면.
64) 最決昭和38年5月13日刑集17巻4号279頁. 이 결정에서 화해조서의 정본에는 토지를 집행관의 보관에 명하는 등의 조항이 없는데도 집행관이 화해조서의 집행으로서 '본직 이것을 점유 보관한다'라는 취지의 허위 기재를 한 공시팻말을 토지 위에 세운 경우, 그 토지가 우연히 제3자에 속하여 공시팻말 표시의 토지와 다른 것이라 하더라도 공무원직권남용죄가 성립한다고 하였다.
65) 신은영, 위의 글, 57~59면.

〈집행리의 공시팻말 사건〉(最高裁判所 1963.5.13. 昭和36(あ)第134号 決定)[66]

이 사건은 재판소 집행리(執行吏)가 허위의 기재를 한 공시팻말을 잘못된 토지 위에 세운 사건이다.

이 사건 항소심에서 변호인은 "당사자와 물건이 명기되어 있어 당사자 이외의 자에 대하여, 또 표시 물건 이외의 물건에 대하여 효력을 갖지 아니함이 분명하므로, 동 피고인이 위 공시팻말을 … (당사자 이외의) 토지에 세워서도 … (그 토지 소유자의) 소유권은 물론 점유권 행사를 하등 방해하는 것이 없는데도 불구하고, 원판결이 이로써 … (그 토지 소유자의) 토지에 대한 불법점유라고 해석하여 동인 등의 권리를 방해한 것으로 속단한 것은 사실 오인 내지는 법률의 해석을 잘못한 위법이 있다."라고 주장하였다. 이에 대해서 항소심은 "토지의 출입 금지, 입목의 벌채 반출 금지 등의 조항과 함께 그 토지를 '본직 이를 점유보관한다'라고 기재된 공시팻말이 집행 위임을 받은 집행리에 의해서 상대방인 집행 채무자 이외의 자가 소유하는 표시물 이외의 토지에 세워졌을 때에는, 그 공시팻말이 적법하게 철거되기까지는 해당 토지는 위 집행리의 점유보관하는 것이 되고 따라서 그 토지소유자 등은 그동안 그 토지에 대한 점유권이나 그 밖의 권리를 행사할 수 없게 되는 것이므로 피고인이 집행리로서의 자기의 직무에 관하여 토지에 대하여 '본직 이를 점유보관한다'라는 내용으로 채무명의 조항 중에는 없는 완전 허위의 기재를 하여 작성한 공시팻말을 원판시 토지에 세운 것은 동 피고인에 있어서 … (토지소유자의) 토지를 불법으로 점유한 것으로서 집행리의 직권을 남용하여 해당 토지소유자의 토지에 대한 점유권 및 그 밖의 권리의 행사를 방해한 것이라고 해야 한다"고 하였다. 대법원은 이 판단을 승인한 것이다.[67]

[사건개요] 지방재판소 소속 집행리인 피고인이 점유보관을 명하는 채무명의가 하등 존재하지 않음을 알면서도 "본직(本職) 이를 점유보관한다"라고 적힌 공시팻말을 토지에 세워서 토지소유자가 행할 권리를 방해하였다. 다만, 그 공시팻말에 적혀 있는 물건 및 그 당사자는 해당 공시팻말을 세운 토지 및 그 소유자와는 별개였다(즉, 본래 세워야 할 장소와 다른 장소에 공시팻말을 세웠다).[68]

[결정요지] 집행력 있는 화해조서의 정본에는 토지 집행리의 보관에 붙여 그 공시를 명하는 취지의 조항이 존재하지 않음에도, 집행리가 직권을 남용하여 위 화해조서의 집행으로서 "본직 이를 점유보관한다"라고 하는 허위의 기재를 한 공시팻말을 토지 위에 세운 때에는 **그 토지가 우연히 제3자의 소유에 속하여 공시팻말 표시의 토지와 다른 것이라 할지라도 공무원직권남용죄가 성립**한다.[69]

다. 의무없는 일을 하게 하거나 또는 권리의 행사를 방해

"의무 없는 일을 하게 하는 것"이란 법률상 전혀 의무가 없는데 행하게 하거나, 의무가 있는 경우에 부당·불법하게 의무의 태양을 변경하여 행하게 하는 것을 말한다. 수인의무가 없는데도 이를 강제하는 경우도 포함된다. 예를 들어, 의무이행 시기를 앞당겨 변경하거나 이것에 일정한 조건을 붙여 행하게 하는 경우이다.[70] 이와 관련하여서는 상술한 〈신분장부열람사건〉과 〈찻집 동석사건〉을 찾아볼 수 있다.

"권리행사를 방해하는 것"이란 법률상 인정되는 권리의 행사를 방해하는 것이다.

---

66) 最決昭和38年5月13日刑集17巻4号279頁.
67) 江藤隆之, 위의 글, 18~19면 참조.
68) 江藤隆之, "行動の自由に対する侵害犯としての公務員職権濫用罪", 桃山法学 第27号(2017), 18면 참조.
69) https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51730(2022.09.30. 최종방문)
70) 大谷 實, 위의 책, 641면; 高橋則夫, 위의 책, 692면.

권리행사가 불가능하거나 어려워진 상태를 만들어내는 경우도 포함된다. 권리는 반드시 법률상의 권리를 필요로 하지 않고 프라이버시 등 사실상의 이익도 포함된다.[71] 이와 관련하여서는 상술한 〈공시펫말사건〉을 찾아볼 수 있다.

大審院大正11年10月20日判決(日刑集1卷568頁)[72]

이 사건에서는 직권을 행사하기에 적합한 조건을 갖추지 않은 경우임을 인식하였음에도 불구하고 타인을 해할 고의로 위의 조건을 갖춘 경우와 동일한 처분을 하여 타인으로 하여금 과도하게 조세를 납부할 수밖에 없게 되었다면 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 행하게 한 것에 해당한다고 판시하였다.

[사건개요] 정(町)의회 의원인 피고인은 동 의회에서 절대다수를 차지하는 회파의 중진이며, 그 회파를 장악하고 있었다. 피고인은 자파 의원을 자기 뜻대로 조종하여 동 의회의 의사를 좌우할 수 있을 만큼의 세력을 갖추고 있었으며, 정장(町長)도 피고인의 추천에 의한 자이고 피고의 뜻에 따르는 자였다. 그러한 지위 세력 하에서, 피고인은 반대파에 속하는 자나 평소부터 감정적 앙금을 가지고 있는 사람에 대해서, 戶数割(역자 주: 시정촌세 등의 부과방식의 하나로 가구 수를 기반으로 하는 것. 가족 계급, 재산 등에 따라 등급이 결정되어 등급에 따라 조세를 부과함) 등급을 올려서 과중한 납세 의무를 지게 할 의도를 가지고 동 의회에 제안된 호수할등급배당의안(戶数割等差配当議案)에 대해서 자기 지배 하의 동 회파 의원으로만 구성된 조사수정위원회를 설치하고 당초 제안이 가장 적당한 것임에도 불구하고 피고인이 적대하고 있는 사람에 대해서는 중한 과세로 변경하고, 반대의견이 있으면 이를 억압하고 다른 위원을 통해 기 의견에 굴종시키고, 변경안을 가결시킴으로서 피고인이 적대시하는 자에 대하여 과중한 납세의무를 부가하였다.

[판결개요]

"공무원이라는 자는 법령 또는 관례에 따라 성심으로 그 직무에 종사해야 한다는 논리에 따르게 되면, 만약 그 직무를 행사하기에 적당한 조건을 구비하여야 하는 경우임을 인식하였음에도 불구하고 타인을 해할 고의로 위의 조건을 구비한 경우와 동일한 처분을 한 때에는, 이 법령 또는 관례를 무시하여 그 직권을 남용한 것이 아닐 수 없고, 형법 제193조의 규정은 이 같은 경우를 포함하는 것으로 해석하는 것이 상당하다고 할 수 있다."

"피고인은 충심 의원으로서의 직무를 행할 생각이 없이 그 직권을 행사하기에 적당한 조건을 구비하지 않은 경우임에도 불구하고 고의로 이를 구비한 경우와 동일한 결의를 하지 않아, 그 결의의 효력에 의하여 타인으로 하여금 과도하게 조세를 납부할 수밖에 없게 되었다면, 그 행위는 결국 의원인 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 행하게 한 것이나 다름없으며, 그 소위는 앞에서 서술한 형법 제193조에 비추어 처단해야 할 것이다."

"본건과 같이 의원인 피고인 등이 각 가구(戶)의 자력생활상태 등의 실제를 숙지하였음에도 불구하고, 또한 사실의 실제에 적합하지 않다는 인식이 있었음에도 불구하고, 특별한 이유없이 사심을 가지고 종래 인정되어 온 등급을 무시하고 정치적으로 자신에게 반대하는 자 또는 자신에게 호의적이지 않은 자만의 등급을 올려야 한다는 내용의 의안를 제출하고, 다수의원과 공모하여 이것이 가결된 이상, 정당하게 의원직무를 다한 것이라고 할 수 없는 것은 물론, 그 행위는 형법에서 이른바 직권을 남용하는 것이라고 의심하지 않을 수 없다"

71) 大谷 實, 위의 책, 641면; 高橋則夫, 위의 책, 693면; 浅田和茂, 앞의 책, 566면.
72) 江藤隆之, 위의 글, 8~9면 참조.

라. 결과 발생

본 죄는 의무없는 일을 해하게 하거나 권리 행사를 방해한 때라고 규정하고 있기 때문에, 본 죄의 기수가 되기 위해서는 실제로 사람이 의무없는 일을 행하였거나 권리행사가 방해되었다는 결과의 발생을 필요로 한다(결과범). 상대방에게 구체적인 작위·부작위를 강요하지 않아 사실상의 부담 또는 불이익을 감수하게 하는 것을 포함한다.[73]

岐阜地方裁判所決定 平成27年10月9日判時2287号137頁.[74]

이 사건은 가사심판관이 성년후견인으로서 활동한 변호사에게 직권을 남용하여 의무없는 일을 하게 한 사인이다(부심판청구사건(기각, 항고기각: 확정).

[사건개요] 가사심판관 Y (피의자)가 사임 후의 후견이었던 변호사 X (청구인)의 직무에 관한 책임에 대하여 피후견인 A와의 화해성립을 위한 조정을 할 때에 A의 장녀 B의 의향을 지나치게 배려하고 X의 대리인인 C에 대하여 '징계'라는 말을 언급하면서 징계청구의 제척기간에 관한 판례 사본을 C에게 교부하는 등 화해금 지급을 촉구하는 발언을 하였다.

[판결요지] [1] 가사재판관이 사임한 후견인의 직무에 관한 책임에 관하여 피후견인과 화해성립을 위한 조정을 하는 것도 현 후견인이 후견사무로서 실시하여야 하는 피후견인의 재산회복을 촉진하는 측면지원이라고 평가할 수 있는 한 그 일반적 직무권한에 속한다고 해석될 수 있다.

[2] 본건 당시 B의 의향을 지나치게 배려하여 반드시 중립이라고 말하기 어려운 태양으로 화해에 관여하고 있었던 것으로 인정되고, A의 재산관리의 적정화라는 본래의 목적이 대폭 후퇴하여 희석화된 것으로 인정된다. 그런 이상 위 발언은 후견감독의 본래적 목적을 일탈하여 수단으로서의 상당성이 결여된 것으로서 재량을 일탈한 직권남용행위에 해당한다는 혐의를 부정할 수 없다.

[3] 동 죄는 기수만이 처벌의 대상으로 되어 있는 점 등에 비추어 볼 때, "사람에게 의무없는 일을 행하게 하였다."라고 하기 위해서는 작위를 강제하는 경우에도 직권남용행위 상대방의 이익이 실질적으로 침해되었다고 보아야 할 정도의 행위의 존재를 요한다고 해야 하며, 준비행위에 그치는 경우는 이에 해당하지 않는다고 해석하여야 한다. 본 건에서 최종적으로 지불해야 할 금액이나 지불시기 등은 아직 정해지지 않다는 점을 감안하면, X가 행한 것은 지불준비로서도 잠정적인 조치였을 뿐 실질적인 부담이나 불이익을 수반하는 것이 아니므로 그 이익을 실질적으로 침해하였다고 말할 수 없다.[75]

마. 죄수

공무원이 폭행·협박을 가하여 직권남용행위를 한 경우 ① 본죄와 강요죄의 상상적 경합이라는 견해(통설), ② 강요죄만이 성립한다는 견해, ③ 본죄와 폭행죄·협박죄의

---

73) 岐阜地方裁判所決定 平成27年10月9日判時2287号137頁

74) 判例時報 No.2287 (2016.5.11.), 137~138면 참조(成年後見人として活動した弁護士に対する家事審判官による権限行使が公務員職権濫用罪に該当するかが争われた事例)

75) http://blog.livedoor.jp/ok_law/archives/54400191.html (2022.10.04. 최종방문)

상상적 경합이라 견해 등이 대립하고 있다. 통설은 강요죄와 본죄는 죄질 및 행위에 있어서 다르다는 점에서 양죄의 성립을 부정할 수 없다고 한다.[76]

공무원이 직권을 남용하여 사람의 업무를 방해한 경우에는 본죄와 업무방해죄의 상상적 경합이 된다.

5. 정리 및 시사점

우리 직권남용죄 규정과 거의 유사하게 규정하고 있는 일본에 있어서는 동죄로 기소된 인원이 1명 정도에 불과한 수준으로 운영되고 있다. 이에 따라 본죄와 관련한 판결 수도 많지 않다. 그리고 일본 법원은 '일반적 직무권한'을 '특별한 권한'이라고 하여 직권남용의 범위를 국히 축소하려는 경향을 보이고 있다.

이에 따라, 학계에서는 (많지는 않지만) 판례를 기준으로 직권남용 등 불확정 개념에 대한 해석론을 전개하고 있을 뿐이고, 직권남용죄 규정과 관련한 판례에 대한 비판적 시각을 바탕으로 하는 입법론에 대한 심층적인 논의도 찾아보기 어려운 상황이라 할 수 있다.

그러나 일본에서의 판례 및 학계의 논의 상황은 – 직권남용죄 규정의 계수와 마찬가지로 – 우리의 법리 형성에 어느 정도 영향을 주고 있다는 점은 부정하기 어렵다.

제2절 | 독일의 직권남용 규율

1. 규율방식 개관

가. 공직자의 직무범죄

독일형법 각칙 제30장(제331조 내지 제358조)은 공직자의 직무범죄를 규율하고 있다. 단순수뢰죄(제331조), 부정처사수뢰죄(제332조), 단순증뢰죄(제333조), 부정처

76) 大谷 實, 위의 책, 642면; 井田 良, 앞의 책, 629면.

사증뢰죄(제334조), 특히 중한 부정처사수뢰 및 부정처사증뢰죄(제335조), 외국 및 국제기구 공무수행자의 뇌물죄(제335조a), (뇌물로 인한) 직무부작위죄(제336조), 중재법관의 보수에 관한 죄(제337조), 법왜곡죄(제339조), 직무상 상해죄(제340조), 진술강요죄(제343조), 무고한 자에 대한 형사소추에 관한 죄(제344조), 무고한 자에 대한 형사제재 집행에 관한 죄(제345조), 허위공문서작성죄(제348조), 수수료 부당징수죄(제352조), 공과금 부당징수 및 급부금 부당축소죄(제353조), 외교업무상 신뢰위반죄(제353조a), 업무상비밀 및 특별비밀 유지의무 위반죄(제353조b), 법원심리 공표금지 위반죄(제353조d), 조세비밀침해죄(제355조), 변호사 등의 의뢰인 배반죄(제356조), 부하의 범죄행위를 유인한 죄(제357조), 부수효과(제358조) 규정으로 구성되어 있다.[77]

이 외에도 제120조 제2항(공직자의 도주원조죄), 제133조 제3항(공직자의 보관물폐기죄), 제174조b(공무상 지위를 이용한 성적 남용죄), 제240조 제4항 제2호(공직자로서 권한 또는 지위를 남용하여 저지른 강요죄), 제258조a(공직자의 형사처벌방해죄)는 부진정직무범죄를 규율하고 있다.

나. 직권남용 관련규정

위 공직자의 직무범죄 중 직권남용과 관련된 주요 규정은 제339조(법왜곡죄), 제344조(무고한 자에 대한 형사소추에 관한 죄), 제345조(무고한 자에 대한 형사제재 집행에 관한 죄), 제352조(수수료 부당징수죄), 제353조(공과금 부당징수 및 급부금 부당축소죄)이다.

[표 3-2-1] 독일의 직권남용죄 관련 규정

제240조(강요죄) ① 폭행 또는 상당한 해악을 고지한 협박으로 타인에게 작위, 수인 또는 부작위를 위법하게 강요한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
② 의도한 목적을 위한 폭행 또는 해악의 고지가 비난받을 만한 것으로 인정되는 경우에 그 행위는 위법하다.
③ 미수범은 처벌한다.
④ 특히 중한 경우 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 특히 중한 경우는 특별한 사정이 없는 한, 행위자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우이다.

77) 제338조, 제341조, 제342조, 제346조, 제347조, 제349조, 제350조, 제351조, 제353조c, 제354조는 삭제되었다.

1. 임산부에게 낙태를 강요한 경우
2. 공직자로서 자신의 권한 또는 지위를 남용한 경우

제339조(법왜곡죄) 법관, 그 밖의 공직자 또는 중재법관이 법사건을 주재하거나 결정하면서 당사자 일방에게 유리 또는 불리하게 법을 유책하게 왜곡하면 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

제344조(무고한 자에 대한 형사소추에 관한 죄) ① 비자유박탈적 처분(제11조 제1항 제8호)의 명령절차 이외의 형사소송절차에 참여하기 위해 임명된 공직자로서 의도적이거나 인식하면서 죄가 없는 자 또는 법률상 형사소추 되어서는 안 되는 자를 형사소추하거나 그러한 소추를 위해 영향력을 행사한 자는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처하고, 그 행위가 덜 심각한 경우는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 제1문은 관청의 유치명령절차에 참여하기 위해 임명된 공직자에 준용한다.
② 비자유박탈적 처분(제11조 제1항 제8호)의 명령절차에 참여하기 위해 임명된 공직자로서 의도적이거나 인식하면서 법률상 형사소추 되어서는 안 되는 자를 형사소추하거나 그러한 소추를 위해 영향력을 행사한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 제1문은 다음 각 호의 1에 해당하는 절차에 참여하기 위해 임명된 공직자에 준용한다. 미수범은 처벌한다.
1. 과태료 부과절차
2. 징계절차 또는 명예법관·직업법관에 의한 절차

제345조(무고한 자에 대한 형사제재 집행에 관한 죄) ① 자유형, 자유박탈적 보안처분 또는 관청의 유치명령 집행에 참여하기 위해 임명된 공직자로서 법률상 집행되어서는 안 되는 형벌, 보안처분 또는 유치명령을 집행한 자는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 그 행위가 중하지 않은 경우는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
② 행위자가 중과실로(제1항의) 행위를 한 경우는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
③ 제1항의 경우를 제외하고 형벌 또는 처분(제11조 제1항 제8호)의 집행에 참여하기 위해 임명된 공직자로서 법률상 집행되어서는 안 되는 형벌 또는 처분을 집행한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 다음 각 호 1의 집행에 참여하기 위해 임명된 공직자로서 법률상 집행되어서는 안 되는 법률효과를 집행한 자도 동일하게 처벌한다. 미수범은 처벌한다.
1. 소년구금
2. 질서위반법상 과태료 또는 부수효과
3. 질서금 또는 감치
4. 징계처분 또는 명예법관·직업법관에 의한 처분

제352조(수수료 부당징수죄) ① 자신의 이익을 위해 공적 직무에 대한 수수료 또는 기타 보수를 징수해야 하는 공직자, 변호사 또는 기타 법률보조인이, 납부자가 납부할 의무가 전혀 없거나 적은 금액만을 납입할 의무가 있다는 것을 알면서도 수수료 또는 기타 보수를 징수한 경우 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
② 미수범은 처벌한다.

제353조(공과금 부당징수 및 급부금 부당축소죄) ① 공공금고를 위해 세금, 수수료 또는 기타 공과금을 징수해야 하는 공직자가, 납부자가 납부할 의무가 전혀 없거나 적은 금액만을 납부할 의무가 있다는 것을 알면서도 이를 징수하고, 위법하게 징수한 금액의 전부 또는 일부를 공공금고에 귀속시키지 않은 경우 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
② 공직자가 현금 또는 현물의 공적 지급과정에서 수령인에게 위법하게 감액지급하고 이를 완전한 급부를 지급한 것으로 계산한 경우도 동일하게 처벌한다.

다. 한국과의 비교

독일형법과 한국형법의 직권남용 규율방식의 차이는 다음과 같다.

ⅰ) 한국형법에는 공무원에 대한 개념정의가 없는 데 반해, 독일형법 제11조 제1항 제2호는 형법상 공직자 개념을 정의하고 있다.[78] 공직자의 직무범죄를 규율하는 독일형법 제331조 이하 규정 대부분[79]은 진정직무범으로, 공직자 신분은 구성요건요소이다. 공직자는 독일법(연방법 및 주(州)법)에 따라, ① 공무원(a목), ② 법관(동목), ③ 기타 공법상 공직관계에 있는 자(b목), ④ 관청 또는 기타 기관에서, 또는 임무수행을 위해 선택한 조직형태와 관계없이 그 위임을 받아 공공행정임무를 수행하기 위해 임명된 자(c목)를 말한다.

① 공무원은 해당 공무원법[80]에 따라 관할 국가기관이 공무원으로 임용한 사람을 말한다.[81] 공무원 관계는 관할 국가기관의 임명장 수여로 설정되기 때문에, 공무원 신분여부를 결정하는 기준은 임명장 교부이다.[82] 공무원 관계에 있다면 공무원의 구체적인 활동유형은 중요하지 않다. 따라서 공무원이 국가의 상업적 활동업무를 하더라도 공무원 신분은 인정된다.[83] ② 법관에는 직업법관 외에 명예법관도 포함된다.

---

78) 관련개념으로 '유럽연합공직자', '공공서비스에서 특별의무를 지는 사람'이 있다. 유럽연합공직자 개념은 2015년 11월 20일 독일형법 개정을 통해 제11조 제1항 제2호a에 신설되었다. 유럽연합공직자는 a) 유럽연합집행위원회, 유럽중앙은행, 회계감사원 또는 유럽연합법원의 구성원, b) 유럽연합 또는 유럽연합법에 따라 설립된 기관의 공무원 또는 기타 공무수행자, c) 유럽연합 또는 유럽연합법에 따라 설립된 기관의 업무수행을 위임받은 자이다. 부패퇴치법(Gesetz zur Bekämpfung der Korruption)은 유럽연합공직자를 행위주체로 규정하고 있다. 공공서비스에서 특별의무를 지는 사람(독일형법 제11조 제1항 제4호)은 기술적 보조업무(청소, 운전, 심부름, 속기, 통역 등) 수행자를 말한다. 보관물폐기죄(동법 제133조 제3항), 사적비밀침해죄(제203조 제2항), 단순수뢰죄(제331조), 부정처사수뢰죄(제332조) 행위주체이다.

79) 직무상 상해죄(제340조)는 부진정직무범죄이다.

80) 연방공무원 임명에 대해서는 독일연방공무원법 제10조; 주정부, 기초자치단체(Gemeinde), 지방자치단체 소속 영조물에 소속된 지방공무원의 법적 지위 및 임용에 대해서는 공무원신분법; 법관에 대해서는 독일법원법; 군인에 대해서는 군인법; 연방경찰공무원에 대해서는 연방경찰공무원법이 규율하고 있다.

81) 공무원은 독일기본법 제33조 제4항에 근거한 고권적 권한을 부여받는다는 점에서 사무원(Angestellte)과 구별된다. 사무원은 사법상 근무계약에 의한 비(非)공무원이다. 공무원은 헌법과 법률에 의해 공무원 관계, 보수 및 법적 지위를 보장받는 데 반해, 사무원은 근무계약, 임금협약에 의해 그 관계가 정해진다(전주열/김수홍/김봉철/김성배/서보국, 해외 주요국의 국가공무원에 관한 법제분석, 한국법제연구원, 2015, 226면).

82) Hilgendorf, LK-StGB, § 11, Rn. 27.

83) 공무원이 기관의 임무영역에서 완전히 벗어난 업무를 하지 않는 이상, 민간기업에 파견되었다는 이유로 공무원 신분을 부정하지 않는다. 그리고 임명된 직이 정년직(Beamte auf Lebenszeit)이든, 견습직(Beamte auf Probe)이든, 조건부(Beamte auf Widerruf)이든 중요하지 않고, 공직취

직업법관은 관할권과 관계없이 연방법 또는 주(州)법에 따라 임명장을 받아 법관직에 임명된 사람을 말한다.[84] 명예법관은 형사재판에서의 참심법관, 민사·행정·재정·노동·사회·징계재판에서의 비전문법관을 말한다. 연방변호사규정 제92조, 제100조, 제106조상 변호사에 대한 직업재판의 구성원도 포함된다.[85] ③ 기타 공법상 직무관계에 있는 자는 연방정부 구성원(연방총리, 연방장관), 차관, 의회의장, 연방 및 주(州)의 자료보호담당관, 연방의회의 국방위원, 공증인, 사법연수생, 교생 등이다.[86] 기타 공법상 직무관계는 공무원과 유사한 공법상 고용·신뢰관계를 전제로 한다. ④ 관청 또는 기타 기관[87]에서, 또는 임무수행을 위해 선택된 조직형태와 관계없이 그 위임을 받아 공공행정임무를 수행하기 위해 임명된 자도 공직자이다. 급부행정 및 생존배려 영역에서의 국가활동, 영리활동, 재정활동도 포함된다. 기관의 조직형태는 중요하지 않고, 실제 수행하는 임무를 기능적으로 고려하여 공공행정 해당여부를 판단한다.[88]

이를 보건대, 독일형법상 공직자의 범위도 한국과 대동소이하다는 것을 알 수 있다. 다만 독일형법상 공직자에 명예법관은 포함되지만,[89] 우리나라 국회의원에 해당하는 의회의원(Abgeordnete)은 포함되지 않는다. 의회의원의 부정처사 수·증뢰는 별도의 규정(독일형법 제108조e)으로 규율한다. 그리고 독일형법은 공직자는 아니지만, 공공서비스에서 특별의무를 지는 사람(제11조 제1항 제4호)과 중재법관도 일정 직무범죄의 행위주체로 규정하고 있다. 공공서비스에서 특별의무를 지는 사람은 단순수뢰죄, 부정처사수뢰죄의 행위주체, 중재법관은 법관은 아니지만[90] 단순수뢰죄, 부정처사수

임이 의무인지도 중요하지 않다(Hecker, Sch/Schr-StGB, § 11, Rn. 16 f.).

84) 견습직에 임명된 사람도 포함된다(Hecker, Sch/Schr-StGB, § 11, Rn. 28).

85) von Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, § 11, Rn. 34.

86) Hecker, Sch/Schr-StGB, § 11, Rn. 18; 연방정부 구성원에 대해서는 연방정부 구성원의 법적 관계에 관한 법률(Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung) 제1조; 차관에 대해서는 차관의 법적 관계에 관한 법률(Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre) 제1조 제3항; 연방의회 국방위원에 대해서는 독일연방의회 국방위원에 관한 법률(Gesetz über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages) 제15조 제1항; 공증인에 대해서는 연방공증인규정(Bundesnotarordnung) 제1조 및 제7조 제4항 참고.

87) 기타 기관에는 공영방송국, 국책은행, 공공저축은행, 국가시험위원회 등이 해당된다(Rengier, BT Ⅱ, 59/9).

88) von Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, § 11, Rn. 16.

89) 제11조 제1항 제2호 a목은 법관을 공직자로 규정하면서도, 동항 제3호에 법관 개념정의규정을 별도로 두고 있다. 그 이유는 사법부의 특별한 헌법적 지위(기본법 제92조 및 제97조)를 강조하고 직업법관뿐만 아니라 명예법관도 공직자에 포함됨을 분명히 하기 위해서이다(Hecker, Sch/Schr-StGB, § 11, Rn. 28).

90) 중재법관이 분쟁에 대해 결정을 내리는 것은 법률행위이기는 하지만, 사법권에 근거한 것은 아

뢰죄, 단순증뢰죄, 부정처사증뢰죄, 법왜곡죄의 행위주체가 될 수 있다.

ii) 독일은 우리나라와 달리 직권남용에 관한 일반규정이 없다.[91] 대신 법 왜곡행위를 포함하여 구체적인 직권남용 행태를 개별 구성요건을 통해 규율하고 있다.

이하에서는 독일이 직권남용에 관한 일반규정을 두고 있지 않은 이유와 의미를 파악하기 위해 직권남용 관련규정의 제·개정 과정을 분석한다(2. 입법연혁). 그리고 공직자로서 권한 또는 지위를 남용하여 저지른 강요죄(독일형법 제240조 제4항 제2호), 법왜곡죄(제339조), 무고한 자에 대한 형사소추에 관한 죄(제344조), 무고한 자에 대한 형사제재 집행에 관한 죄(제345조), 수수료 부당징수죄(제352조), 공과금 부당징수 및 급부금 부당축소죄(제353조) 구성요건에 대한 해석론과 판례를 검토한다.[92]

2. 입법연혁

가. 1851년 프로이센형법

독일의 직권남용 규율은 1851년 4월 14일 프로이센형법 제314조로 거슬러 올라간다. 이 규정은 직권남용을 표제로 하였다. 그러나 직권남용을 일반적으로 규율하는 규정은 아니었다. 오히려 현행 독일형법 제339조(법왜곡죄) 내용과 유사하였다. 아래 '부당행위' 표지는 현행 독일형법 제339조의 '법왜곡'에 해당한다.

니기 때문이다(Hilgendorf, LK-StGB, § 11, Rn. 64).

91) 참고로 오스트리아와 스위스형법은 직권남용에 관한 일반규정을 두고 있다. 법 왜곡행위도 이 규정으로 처벌한다.
〈오스트리아형법 제302조(직권남용)〉
① 타인의 권리를 침해할 고의를 가진 공무원이 연방, 주(州), 기초지방자치단체연합, 기초지방자치단체 또는 공법인의 기관으로서 법률을 집행하면서 공무를 수행하는 자신의 권한을 알면서도 남용한 경우 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
② 다른 국가, 국제기구 또는 국가 간 기구와의 공무를 수행하면서 전항의 범행을 저지른 자는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 전항의 범행으로 50,000유로 이상의 손해를 야기한 자도 동일하게 처벌한다.
〈스위스형법 제312조(직권남용)〉
관청 구성원 또는 공무원이 자기 자신 또는 타인에게 부적법한 이익을 주거나 타인에게 불이익을 주기 위해 자신의 직권을 남용한 경우 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

92) 관련 선행연구로는 이진국, "독일 형법상 법왜곡죄의 구성요건과 적용", 비교형사법연구 제21권 제1호(2019.4.), 165면 이하; 장진환, "독일형법의 직권남용 규정에 대한 연구", 비교형사법연구 제23권 제2호(2021.7.), 12면 이하 등.

프로이센형법 제314조(직권남용)
법사건을 주재하거나 결정할 때 일방 당사자에게 유리 또는 불리하게 고의로 부당행위를 유책하게 한 공무원은 5년 이하의 징역에 처한다. 자신이 맡은 법적 분쟁을 주재하거나 결정할 때 일방 당사자에게 유리 또는 불리하게 고의로 부당행위를 유책하게 한 중재법관도 동일하게 처벌한다.

프로이센형법 제314조 초안은 하노버왕국의 일반형법전(이하 하노버형법) 제354조를 모델로 하여 작성되었다. 하노버형법 제354조는 "법적 분쟁을 주재하거나 결정할 때 이유를 불문하고 고의로 부당행위를 한 법관은 해임됨과 동시에 경우에 따라 자유형에 처한다."고 규정하여 법관만을 대상으로 하였다. 그러나 프로이센법률위원회는 프로이센법률에 따를 때 모든 법사건이 법원에서만 해결되는 것은 아니라는 점을 고려하여 공무원을 행위주체로 하였다. 그래서 행정공무원도 법 왜곡 행위주체에 포섭되었다. 다만 법률위원회는 모든 행정공무원을 행위주체로 상정하지는 않았고 법사건을 주재하거나 결정할 수 있는 공무원만을 염두에 두었다. 당시 프로이센법률에 따르면 행정공무원도 개별 사건을 주재하거나 결정하였다. 홍수가 났을 때, 계류 중인 법원의 절차가 끝날 때까지 여러 이해관계인(방앗간, 둑, 수문 소유자 대(對) 토지소유자, 물을 이용할 권리가 있는 자)을 중재하는 결정을 내렸다.[93] 이는 현행 독일형법 제339조 해석에도 동일하게 적용된다. 현행 독일형법 제339조는 법관, 그 밖의 공직자 또는 중재법관을 행위주체로 하고 있는데, 행정공무원은 임무영역 및 지위 측면에서 법관에 필적하는 경우에만 법왜곡죄 행위주체가 될 수 있다.[94]

정작 직권남용 행위를 규율하였던 규정은 다음 조항인 프로이센형법 제315조였다. 이 규정도 직권남용에 대한 일반규정은 아니었다. 직권남용이 강요죄의 수단이 된 경우만을 규율하였기 때문이다.[95] 프로이센형법 강요죄(제212조)는 '협박'을 행위수단으로 하였다.[96]

---

93) Alten, Amtsmißbrauch - Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuchs, 2012, S. 371 f.
94) Heine/Hecker, Sch/Schr-StGB, § 339, Rn. 9.
95) Alten, a.a.O., S. 369.
96) 중죄 또는 경죄를 저지르겠다고 문서 또는 구두로 타인을 협박하여 그 자로 하여금 작위 또는 부작위할 것을 강제하거나 강제하려고 시도한 자는 1년 이하의 징역에 처하였다. 제213조는 중한 강요행위를 규율하였다. 타인을 화재 또는 수해(水害)로 협박한 자는 2월 이상 1년 이하의 징역에 처하였다.

프로이센형법 제315조(직권남용을 통한 강요)
누군가에게 작위, 수인 또는 부작위를 하도록 위법하게 강요하기 위해 자신의 직권을 남용한 공무원은 1월 이상의 징역에 처한다.; 유기의 공직 자격정지를 병과할 수 있다.

그리고 프로이센형법에는 특별한 행위유형의 직권남용을 규율하는 개별 구성요건 제326조(위법한 수수료 증액)[97], 제327조(위법한 공과금 증액)[98]도 있었다. 현행 독일 형법 제352조(수수료 부당징수죄), 제353조(공과금 부당징수 및 급부금 부당축소죄)와 유사한 규정이었다.

나. 독일제국형법

프로이센은 1864년 덴마크와의 전쟁, 1866년 오스트리아와의 전쟁에서 승리하면서 북독일 맹주가 된다. 1879년 프랑스와의 전쟁에서도 승리한다. 비스마르크는 남부 독일국가들과 협상하여 프러시아의 왕을 제국의 왕으로 한다는 함부르크, 브레멘, 뤼벡 등 독일 왕가와 자유도시들의 승인을 얻어내 독일 제2제국 시대(1871~1918년)를 연다.[99]

프로이센형법에 기초하여 1870년 5월 31일 북독일연방 형법시행법(Einführungs-Gesetz zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund)이 제정되었고, 이를 1871년 1월 1일 독일연방헌법 제80조에 의해 독일제국에 적용하기로 한다. 1871년 5월 15일 북독일연방 형법전의 독일제국 형법전으로의 편집에 관한 법률(Gesetz, betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich)을 통해, 1872년 1월 1일 독일제국형법전

97) 프로이센형법 제326조(위법한 수수료 증액) ① 자신의 이익을 위해 직무집행에 대한 수수료 또는 기타 보수를 징수해야 하는 공무원이 납부자가 납부할 의무가 전혀 없거나 적은 금액만을 납부할 의무가 있다는 것을 알면서도 수수료 또는 보수를 징수하거나 징수하려고 시도한 경우 100달러 이하의 벌금형 또는 1년 이하의 징역에 처한다. ② 유기의 공직 자격정지를 병과할 수 있다.

98) 프로이센형법 제327조(위법한 공과금 징수) ① 공공금고를 위해 세금, 수수료 또는 기타 공과금을 징수해야 하는 공무원이 납부자가 납부할 의무가 전혀 없거나 적은 금액만을 납부할 의무가 있다는 것을 알면서도 이를 징수하고, 위법하게 징수한 것의 전부 또는 일부를 공공금고에 귀속시키지 않은 경우 3월 이상의 징역에 처한다. ② 유기의 공직 자격정지를 병과할 수 있다. 현금 또는 현물의 공적 지급과정에서 수령인에게 고의적이고 위법하게 감액지급하고 이를 완전한 급부를 지급한 것으로 계산한 공무원도 동일하게 처벌한다.

99) 정재각/심익섭/이승철, 독일의 행정과 공공정책, 대영문화사, 2016, 38면.

(Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich) 칭호와 함께 새로운 법전 형식을 갖추었다. 이것이 현행 독일형법의 모태이다.

독일제국형법 제339조(표제 없음)
① 자신의 직권을 남용하거나 그 직권을 특정한 방식으로 남용할 것을 예고하여 다른 사람에게 작위, 수인 또는 부작위를 위법하게 강요한 공무원은 징역에 처한다.
② 미수범은 처벌한다.
③ 공무원이 제106조, 제107조, 제167조, 제253조[100]에 해당하는 행위를 자신의 직권을 남용하거나 그 직권을 특정한 방식으로 남용할 것을 예고하는 방식으로 한 경우는 폭행 또는 협박이 없더라도 동일한 형으로 처벌한다.

독일제국형법 제339조는 프로이센형법 제315조에 기초하였다. 독일제국형법도 프로이센형법과 마찬가지로 직권남용을 수단으로 한 강요죄를 규율하였을 뿐, 직권남용을 일반적으로 규율하는 규정은 두지 않았다. 독일제국형법 강요죄(제240조)는 '폭행 또는 협박'을 행위수단으로 하였다. 제339조 제3항은 폭행 또는 협박을 수단으로 하지 않은 직권남용을 규율하기는 하였지만, 이것도 직권남용을 일반적으로 규율하는 규정은 아니었다. 직권남용으로 일정 범죄를 범한 경우만을 규율하였기 때문이다.

독일제국형법 제339조의 입법사는 우리에게도 의미가 크다. 일본 개정형법가안 제192조는 독일제국형법 제339조의 영향을 받았고, 이것이 한국형법 제123조로 이어지게 되었기 때문이다.[101] 그러나 정작 독일은 이 규정을 나치시대에 1943년 5월 29일 형법통일명령으로[102] 삭제한다. 강요죄를 가중 처벌하기로 하여 제339조가 더 이상 필요하지 않다는 것이 삭제이유였다. 1943년 개정 전 독일제국형법 제240조는 "폭행 또는 중죄나 경죄를 저지르겠다는 협박으로 타인에게 작위, 수인 또는 부작위를 위법하게 강요한 자를 1년 이하의 징역 또는 200탈러 이하의 벌금에 처한다."고 하고 있었다. 이를 "폭행 또는 '상당한 해악'을 고지한 협박으로 타인에게 작위, 수인 또는 부작위를 위법하게 강요한 자는 강요죄로 징역 또는 벌금에 처한다. 특히 중한 경우에

100) 제106조(입법기관 구성원의 출석·의결을 방해한 죄), 제107조(선거방해죄), 제167조(종교행사방해죄), 제253조(공갈죄)
101) 오병두, "직권남용죄의 성립요건에 관한 검토", 형사법연구 제32권 제2호(2020.6.), 144~152면 참고.
102) 형법통일명령(Strafrechtsangleichungsverordnung) 제10조(Artikel) b); 명령의 정식명칭은 'Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue'이다. 1943년 6월 15일 발효되었다.

는 수용소(Zuchthaus) 또는 6월 이상의 징역에 처한다."(제1항)고 하여 형을 가중하였다. 그러면서 "의도한 목적을 위한 폭행 또는 해악의 고지가 '건전한 국민정서에 반하는 경우'에 그 행위는 위법하다."(제2항)고 하였다. 강요죄 성립을 위해 상당한 해악을 고지할 것, 위법성이 적극적으로 입증될 것을 요구하여 성립범위를 제한하되, 강요죄 형을 가중한 것이다. 그러나 이는 명목상 이유에 불과할 뿐이다. 실제로는 독일제국형법 제339조를 삭제하고 제240조에 불명확한 개념(상당한 해악, 건전한 국민정서)[103]을 끌어들여, 강요행위를 '정치적' 목적에 따라 최대한 유연하게 규율하기 위한 조치였다.[104]

독일제국형법 제336조(표제 없음)
법사건을 주재하거나 결정하는 공무원 또는 중재법관이 고의로 일방 당사자에게 유리 또는 불리하게 법을 유책하게 왜곡한 경우는 5년 이하의 징역에 처한다.

독일제국형법 제336조는 법 왜곡행위를 규율하였다. 그리고 독일제국형법 제352조[105], 제353조[106]는 프로이센형법 제326조, 제327조와 거의 동일하게 수수료 부당징수, 공과금 부당징수·급부금 부당축소행위를 규율하였다. 수수료 부당징수 행위주체의 범위가 다소 확대되었고, 공과금 부당징수죄, 급부금 부당축소죄에 대해서는 공직 자격정지가 부과되지 않았다는 차이만 있었다.

---

103) 현행 독일형법 제240조도 상당한 해악, 그리고 '건전한 국민정서에 반하는 경우' 대신 '비난받을 만한 것으로 인정되는 경우'라는 불명확한 개념을 여전히 사용하고 있다.

104) http://ich-bin-dafuer.org/2016/02/17/nazirecht-gilt-noch-im-21-jahrhundert-ein-beispiel-ist-der-noetigungsparagraf-240-stgb/(2022.08.20. 최종방문); 독일 강요죄의 변천에 관해서는 Schaffstein, FS-Lange, 1976, 983 (983 ff.) 참고.

105) 독일제국형법 제352조(표제 없음) ① 자신의 이익을 위해 직무집행에 대한 수수료 또는 기타 보수를 징수해야 하는 공무원, 변호인, 변호사 또는 기타 법률고문이, 납부자가 납부할 의무가 전혀 없거나 적은 금액만을 납부할 의무가 있다는 것을 알면서도 수수료 또는 보수를 부과한 경우는 100달러 이하의 벌금형 또는 1년 이하의 징역에 처한다. ② 미수범은 처벌한다.

106) 독일제국형법 제353조(표제 없음) ① 공공금고를 위해 세금, 수수료 또는 기타 공과금을 징수해야 하는 공무원이, 납부자가 납부할 의무가 전혀 없거나 적은 금액만을 납부할 의무가 있다는 것을 알면서도 이를 징수하고 위법하게 징수한 것의 전부 또는 일부를 공공금고에 귀속시키지 않은 경우는 3월 이상의 징역에 처한다. ② 현금 또는 현물의 공적 지급과정에서 수령인에게 고의적이고 위법하게 감액지급하고 이를 완전한 급부를 지급한 것으로 계산한 공무원도 동일하게 처벌한다.

다. 동독형법

1968년 1월 12일 동독형법 제129조는 폭행 또는 심각한 불이익을 가하겠다는 협박으로 타인에게 특정행위를 위법하게 강제한 경우를 강요죄로 처벌하였다. '건전한 국민정서' 규정은 두지 않았지만, 강요죄 성립요건을 거의 동일하게 해석하였다.[107] 그리고 동독형법 제244조는 법 왜곡행위를 규율하였다.

동독형법 제244조(법왜곡)
법관, 검사 또는 수사기관 구성원으로서 사법절차 또는 수사절차를 수행하는 과정에서 법률에 반하여 참여자에게 유리 또는 불리하게 결정한 사람은 5년 이하의 자유형에 처한다.

동독형법 제244조a(직권남용)
① 국가나 공동체의 권한 또는 자신의 지위나 업무를 남용하여 자신 또는 타인으로 하여금 공익에 불리하게 상당히 이득을 보게 하거나 자신 또는 타인에게 기타 상당한 이익을 조성한 사람은 5년 이하의 자유형, 집행유예, 벌금형에 처한다.
② 중한 직권남용은 2년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 중한 경우는 공익을 매우 크게 침해하거나 자신 또는 타인에게 이익을 매우 크게 조성한 경우이다.
③ 미수범은 처벌한다.

이후 1990년 6월 29일 개정(제6차 형법개정법률; 1990년 7월 1일 발효)[108]을 통해 동독형법 제244조a에 직권남용을 규정하였다. 그러나 이 규정은 1990년 8월 31일 독일 통일조약 제8조에 의해 1990년 10월 3일 효력을 잃는다. 따라서 이 규정은 실효적 의미는 없다.[109]

---

107) Toepel, NK-StGB, § 240, Rn. 12; 동독형법 제129조 제2항도 강요죄 미수를 처벌하였다.

108) 정식명칭은 'Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung, des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch und zur Strafprozeßordnung, des Gesetzes zur Bekämpfung von Ordnungswidrigkeiten, des Strafregistergesetzes, des Strafvollzugsgesetzes und des Paßgesetzes (6. Strafrechtsänderungsgesetz) vom 29. Juni 1990'이다.

109) 이에 대해서는 박학모/김정환/이승준/신가람, 권력형 직무범죄의 예방 및 실효적 제재를 위한 재구성 방안 연구, 한국형사정책연구원, 2019, 71~72면: 동독형법 제244조a의 명확성원칙 위반을 지적한다. 행위주체가 공무원으로 특정되지 않았고, 공익에 대한 불이익, 그리고 자신 또는 타인에게 이익을 매우 크게 조성한 경우의 범위가 불명확하기 때문이다.

라. 공직자로서 권한 또는 지위남용을 이유로 한 가중 처벌규정 신설

1976년 7월 29일 제1차 경제범죄퇴치법(Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität)[110]에 따른 독일형법 제264조(보조금사기) 신설을 시작으로, 새로운 행태의 직무범죄 및 직권남용범죄에 대응하기 위한 개별 구성요건을 신설한다. 그리고 1998년 1월 26일 제6차 형법개정[111]으로 제240조(강요죄) 제4항 제3호(현재는 제2호[112])를 신설한다. '공직자로서 자신의 권한 또는 지위를 남용한 경우'를 특히 중한 강요행위로 규정하고 가중 처벌한다.[113] 판례가 인정하고 있었던 가중처벌사유를 명문화한 것이다.[114] 이를 통해 1943년 삭제된 독일제국형법 제339조와 유사하게 직권남용을 규율할 것을 기대하였지만, 규정효과는 미미하다(4. 직권남용 관련통계 참고).

마. 정리

독일은 프로이센형법 때부터 직권남용을 일반적으로 규율하지 않고 강요죄와 결부시켜 규율하였다. 다만 독일제국형법 제339조 제3항은 공무원이 일정 범죄행위를 '폭행 또는 협박 없이' 직권을 남용하여 범한 경우를 강요죄와 동일하게 처벌하였다. 이 형태가 한국형법 제123조에 영향을 미친 것으로 보인다. 그런데 정작 독일은 1943년 정치적 목적을 위해 독일제국형법 제339조를 삭제한다. 이후 1998년 제240조(강요죄) 제4항 제3호(현재는 제2호, '공직자로서 자신의 권한 또는 지위를 남용한 경우')를 신설하여 재차 강요행위와 결부된 직권남용을 규율하고 있다.

그리고 독일은 프로이센형법 때부터 법왜곡죄, 수수료·공과금 부당징수와 같은 개별 구성요건을 통해 특별한 유형의 직권남용을 규율하였다. 이 방식이 현행 독일형법에 이어지고 있다.

---

110) BGBl. I 1976, S. 2034.
111) BGBl. I 1998, S. 164.
112) 2016년 11월 4일 제50차 형법개정을 통해 제240조 제4항 제1호(타인에게 성적 행동 또는 부부관계를 강요한 경우)를 삭제하고, 제240조 제4항 제3호를 동항 제2호로 변경하였다.
113) 제240조(강요죄) 제4항 제3호 외에도 제267조(문서위조죄) 제3항 제4호, 제263조(사기죄) 제3항 제4호에 가중 처벌사유로 '공직자로서 자신의 권한 또는 지위를 남용한 경우'를 규정하였다.
114) BT-Drs. 13/8587, S. 42 ff.

이를 고려하여 이하에서는 독일 직권남용 관련 핵심규정인 독일형법 제240조(강요죄) 제4항 제2호, 제339조(법왜곡죄), 법왜곡죄의 특별한 형태인 제344조(무고한 자에 대한 형사소추에 관한 죄) 및 제345조(무고한 자에 대한 형사제재 집행에 관한 죄), 제352조(수수료 부당징수죄), 제353조(공과금 부당징수·급부금 부당축소죄)를 구체적으로 검토하기로 한다. 구성요건해석론과 판례를 중심으로 독일이 직권남용행위를 어떻게 바라보고 있는지를 분석하는 데에 집중한다.

3. 직권남용 관련규정 해석론 및 판례

가. 제240조(강요죄) 제4항 제2호

(1) 개관

독일형법 제240조 제4항 제2호는, 공직자가 폭행 또는 상당한 해악을 고지한 협박으로 타인에게 작위, 수인 또는 부작위를 '위법하게' 강요하면서 '공직자로서 자신의 권한 또는 지위를 남용한 경우'를 6월 이상 5년 이하의 자유형으로 처벌한다고 하고 있다. 어떠한 강요행위가 위법한 것인지는 동조 제2항에서 정의하고 있다. 의도한 목적을 위한 폭행 또는 해악의 고지가 '비난받을 만한 것'으로 인정되는 경우에 그 행위는 위법하다고 하고 있다(비난가능성 조항). 미수범도 처벌한다(동조 제3항). 미수는 강요수단(폭행·협박)이 사용된 이후에 성립할 수 있다. 폭행·협박이 미수에 그치거나, 폭행·협박과 권리행사방해 간에 형법상 인과관계가 없거나, 강요 피해자가 행위자가 의도했던 행위를 아직 개시하지 않은 경우이다.[115] 강요 피해자가 강요받은 행위를 개시하면 강요죄는 기수에 이르기 때문에 미수가 성립할 수 있는 시간적 범위는 매우 좁다.[116]

이하에서는 공직자의 직권남용행위 규율과 관련하여, '비난받을 만한 것'과 '공직자로서 권한 또는 지위 남용' 표지를 검토한다.

---

115) Valerius, BeckOK-StGB, § 240, Rn. 65.
116) Toepel, NK-StGB, § 240, Rn. 196.

(2) 비난받을 만한 것

독일형법 제240조 제2항 비난가능성 조항은 처벌대상을 폭행 또는 상당한 해악을 고지한 협박으로 타인에게 작위, 수인 또는 부작위를 강요한 행위 중 당벌성이 있는 행위로 제한하기 위한 규정이다. 강요수단으로 폭행을 사용한 경우에도 그 행위의 위법성은 제240조 제2항에 따른 비난가능성 평가를 거쳐야만 인정된다. '비난받을 만한 것'은 의도된 목적을 위해 사용된 수단의 반사회성이 증가된 정도,[117] 또는 참을 수 없을 정도로 사회적으로 해로운 것[118]을 의미한다. 의도된 목적은 행위자가 강요수단을 통해 피해자에게 강요하려는 특정 행동을 말한다. 행위자가 피해자에게 그러한 특정 행동을 강요하려는 직접적인 동기[119]를 중심으로 의도하였던 목적을 확정한다.

독일 연방대법원은 특정 강요행위가 비난받을 만한 것인지를 강요수단만으로 내지 의도된 목적만으로 판단하지 않고, 양자 간 상호관계를 고려하여 종합적으로 판단한다.[120] 일반적으로 수단-목적 관계는, 사용된 강요수단이 견딜만한 것일수록 의도된 목적의 반사회성은 낮아지고, 의도된 목적의 반사회성이 클수록 사용된 강요수단이 사회적으로 용인될 가능성이 낮아진다고 이해한다.[121] 그래서 행위자가 자신의 정당한 권리실현을 위해 피해자를 고소할 수 있는 상황에서 피해자에게 관련 사실관계를 이유로 고소하겠다고 고지하는 방식으로 협박했을지라도, 이 강요행위는 의도된 목적과 관련하여 비난받을 만하다는 평가를 받을 수 있다.[122] 그에 반해 불법적인 강요수단을 사용했더라도 의도된 목적이 법적으로 승인되는 경우에는 비난받을 만하지 않다는 평가가 내려질 수 있다.[123] 이 판단에 결정적인 요소는 윤리적인 기준이 아니라 특정 행위의 반사회성이다.[124] 국민의 법 감정도 고려하여 해당 행위의 사회적 조화 여부를 검토한다.[125] 종합적 평가척도는 위법성원칙,[126] 경미성원칙, 국가에 의한

117) BGHSt 17, 328 (331 f.).
118) Roxin/Greco, AT I, § 10, Rn. 47.
119) 그 동기는 객관적으로 판단한다.; BGHSt 35, 270 (278 ff.); Valerius, BeckOK-StGB, § 240, Rn. 51.
120) BGHSt 2, 194 (196); 34, 71 (77); Valerius, BeckOK-StGB, § 240, Rn. 49.
121) OLG Hamm VRS 57, 347 (348); Eisele, Sch/Schr-StGB, § 240, Rn. 17.
122) BGHSt 5, 254 (258 ff.).
123) Sinn, MüKo-StGB, § 240, Rn. 126.
124) BGH NJW 2017, 1487 (1488 f.).
125) BGHSt 18, 389 (391), (393): 분별력 있는 사람을 기준으로 한다.
126) 위법성원칙은 강요된 작위, 수인 또는 부작위가 법질서에 합치될 수 있는지를 따진다. 그래서

강제수단의 우위성원칙,[127] 관련성 결여의 원칙,[128] 자율성원칙과 같이, 법질서 전체에서 도출될 수 있는 객관적인 기준으로 구성된다.[129]

정리하면, 독일형법 제240조 강요죄가 성립하려면 목적과 수단 간 객관적 관련성에 기초한 포괄적인 평가를 거쳐 당벌성이 있는 불법이 확인되어야 한다. 이때 개별 사례의 모든 사정(강요의 강도, 행위자·피해자의 위험에 빠진 권리·법익·이익, 강요의 동기·목표, 행위자와 피해자 간 관계 등)[130]을 고려한다.

(3) 공직자로서 권한 또는 지위 남용

독일형법 제240조 제4항 제2호는 행위자가 공직자로서 자신의 권한 또는 지위를 남용한 경우를 특별한 사정이 없는 한 특히 중한 강요행위로 가중 처벌한다. 이 규정을 통설은 양형규정으로 본다.[131] 기본 구성요건요소 외에 추가 구성요건요소를 요구하여 별개의 규정으로 가중된 형벌을 부과하는 가중 구성요건이 아니라는 것이다. 양형규정은 특히 중한 경우에 해당하는 대표사례를 열거하는 예시규정으로[132] 양형에만 영향을 준다. 그래서 양형규정은 해당 범죄성격을 경죄에서 중죄[133]로 변경시키지 않는다.[134]

공직자에게 위법한 행정행위를 취소할 것을 강요하는 행위는 정당화될 수 있다고 한다(Valerius, BeckOK-StGB, § 240, Rn. 55.1).

127) 자신의 권리와 주장을 실현할 때 국가 강제수단을 우선순위에 놓아야 한다는 원칙을 말한다. 경찰에 신고할 수 있었음에도 불구하고 타인의 범죄를 막기 위해 폭력을 사용한 경우는 일반적으로 비난받을 만하다(BGHSt 39, 133 (137 f.)).

128) 수단-목적 간 관련성이 없는 경우 통설은 일반적으로 비난받을 만하다고 본다(Sinn, MüKo-StGB, § 240, Rn. 134). 이에 따라 행위자가 피해자(외국인)에 대한 자신의 개인적 요구를 관철시킬 목적에서 피해자를 추방 조치하겠다고 협박한 행위는 비난받을 만하다고 보았다(OLG Düsseldorf NStZ-RR 1996, 5 (6)).

129) Roxin, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 187 f.

130) Sinn, MüKo-StGB, § 240, Rn. 124.

131) Sinn, MüKo-StGB, § 240, Rn. 170; Valerius, BeckOK-StGB, § 240, Rn. 67; 독일형법 제263조(사기죄) 제3항 제4호, 제264조(보조금사기) 제2항 제2호, 제266조(배임죄) 제2항, 제267조(문서위조죄) 제3항 제4호, 제268조(기술매체기록위조죄) 제5항 및 제269조(증거로 중요한 데이터의 위작) 제3항도 양형규정이다.

132) 그래서 고속도로를 막고서 시위한 사건을 강요죄의 특히 중한 경우로 보고 가중 처벌한 바 있다(BGH NStZ- RR 1997, 195 (197)).

133) 독일형법 제12조(중죄 및 경죄) ① 중죄는 법정형의 하한이 1년 이상의 자유형으로 규정되어 있는 위법한 행위이다. ② 경죄는 법정형의 하한이 경미한 자유형 또는 벌금형으로 규정되어 있는 위법한 행위이다.

134) BT-Drs. 13/8587, S. 42.

'공직자로서'는 형벌을 가중시키는 특별한 개인적 표지이다. 독일형법 제11조 제1항 제2호에 규정된 공직자만이 제240조 제4항 제2호 행위주체가 된다. 공범도 자신이 공직자인 경우에만 제2호 사유를 이유로 가중 처벌된다.[135] 다만 제240조 제4항이 예시규정이기 때문에 제11조 제1항 제2호상 공직자가 아닌 자의 강요행위가 특히 중한 경우에는 그 자를 가중 처벌할 수 있다.[136]

제2호 사유로 가중 처벌되려면 공직자는 자신의 권한 또는 지위를 남용해야 한다. 권한남용이 인정되려면 행위자가 자신에게 부여된 권한 내에서 행동하기는 하지만, 법률 또는 의무에 반하는 방식으로 권한을 사용한 경우여야 한다. 지위남용이 인정되려면 행위자가 자신에게 부여되지 않은 권한을 제 것인 것처럼 하고 강요수단으로 사용해야 한다.[137]

나. 제339조(법왜곡죄)

(1) 보호법익

법왜곡죄의 보호법익은 '국내' 사법이다(통설).[138] 사법제도를 외부로부터 보호하려는 것이 아니라 법관 등 사법부 내부로부터 법치국가 질서를 보호하기 위한 규정이다. 궁극적으로는 법사건을 주재하거나 결정할 때 사법의 기능, 공정성, 자유재량에 대한 국민일반이 갖는 신뢰를 보호한다.[139] 따라서 정당방위나 피해자 승낙에 의한 위법성조각은 인정되지 않는다.[140] 정당화적 긴급피난은 원칙적으로는 가능하지만, (정치적으로) 예외적인 상황에서만 가능하다고 본다. 예를 들어, 나치시대에 법관이 정치범의 정치범수용소 수감을 막기 위해 실제로는 무죄 또는 경한 형에 불과함에도 법을 왜곡하여 그 자에 대해 유죄 또는 중한 형을 선고한 경우에는 정당화적 긴급피난으로 위법성이 조각될 수 있다.[141]

---

135) Sinn, MüKo-StGB, § 240, Rn. 174.
136) Sinn, MüKo-StGB, § 240, Rn. 173.
137) Eisele, Sch/Schr-StGB, § 240, Rn. 38.
138) BGHSt 40, 272 (275); 41, 247 (248); Hilgendorf, LK-StGB, § 339, Rn. 8; Uebele, MüKo-StGB, § 339, Rn. 1; Heine/Hecker, Sch/Schr-StGB, § 339, Rn. 1.
139) Heine/Hecker, Sch/Schr-StGB, § 339, Rn. 1.
140) Kuhlen, NK-StGB, § 339, Rn. 88.
141) Hilgendorf, LK-StGB, § 339, Rn. 104 f.

제339조로 인해 간접적으로 보호되는 법익도 있다. 제339조는 독일형법 제239조(자유박탈죄), 제258조a(공무원의 처벌방해죄), 제344조(무고한 자에 대한 형사소추에 관한 죄)에 대한 차단효과가 있다. 자유박탈죄 등은 법왜곡죄가 성립된 경우에 한하여 문제된다. 이 효과는 사법의 독립성 보호를 위한 것이다. 그러나 그렇다고 해서 사법의 독립성이 법왜곡죄의 보호법익인 것은 아니다. 제339조가 없더라도 사법의 독립성은 보장되기 때문이다. 다만 제339조는 법관의 독립을 규정한 기본법 제97조가 구현된 것이기 때문에, 이를 해석할 때 사법의 독립성을 감안해야 한다.[142] 당사자에게 불리하게 법을 왜곡하는 것을 금지함으로써 개인적 이익도 간접적으로 보호한다.[143]

(2) 객관적 구성요건

1) 행위주체

법왜곡죄 행위주체는 법관, 그 밖의 공직자(제11조 제1항 제2호), 중재법관이다. 합의부 재판에서는 법을 왜곡하는 결정에 동의한 법관에 대해서만 법왜곡죄가 성립한다(통설).[144] 법을 왜곡하는 결정에 가담·동의하였는지는 서류작성 또는 선고에 대한 공동작용 여부로 판단한다.[145] 실제 합의부 내 협의·표결을 기준으로 판단하면 법왜곡죄 성립이 매우 축소되기 때문이다. 따라서 기소된 법관의 동의표결 없이도 법을 왜곡하는 결정이 최종적으로 내려졌을지라도 그 법관이 법을 왜곡하는 결정에 동의하였다면 법왜곡죄가 성립한다. 법을 왜곡하는 결정이 최종적으로 내려졌더라도 법을 왜곡하는 결정을 거부한 법관에 대해서는 법왜곡죄가 성립하지 않는다. 자신의 의무에 따라 행동한 것이기 때문이다.

공직자가 법왜곡죄 행위주체가 되려면, 공직자의 활동이 직무영역 및 지위 측면에서 법관의 활동과 필적해야 하고 법사건을 주재하거나 결정하는 직무와 관련되어야 한다(2.-가. 참고). 형식적 지위가 아니라 공직자가 법관과 유사한 기능을 하는지 여부가 중요하다.[146] 이것은 공직자의 활동이 법사건을 주재하거나 결정할 때 법을 올바로 실현하는 것을 목표로 하는지, 그리고 비당파성을 띠는지를 기준으로 판단한다. 그래서 법관의

142) Bange, BeckOK-StGB, § 339, Rn. 3, 23.
143) Bange, BeckOK-StGB, § 339, Rn. 3.
144) Mandla, ZIS 4/2009, 143 (143 ff.); Heine/Hecker, Sch/Schr- StGB, § 339, Rn. 3.
145) Heine/Hecker, Sch/Schr-StGB, § 339, Rn. 3.
146) Bange, BeckOK-StGB, § 339, Rn. 7.

직무상 행위일지라도 사법행정업무와 관련된 경우는 법왜곡죄에 해당하지 않는다. 법원 집행관도 법왜곡죄 행위주체가 될 수 없다.[147] 수사절차를 주재하는 검사는 법사건을 주재하는 공직자이기 때문에 법왜곡죄 행위주체가 된다.[148] 검사의 기소 및 불기소처분은 수사절차를 종결하는 처분이자 수사절차상 결정이다. 따라서 검사가 처벌할 수 있는 행위를 의무에 반하여 기소하지 않은 경우,[149] 법에 반하여 기소한 경우, 강제처분(구속영장)을 위법하게 청구하는 경우[150]에는 법왜곡죄가 성립한다. 그리고 경우에 따라 검사가 지나치게 가혹한 형을 구형하면 법왜곡죄 교사 또는 방조가 될 수 있다.[151]

법왜곡죄 사건 대부분은 구동독 법관, 검사를 대상으로 한 것이다. 독일 연방대법원은 구동독 법관, 검사가 정치적 사건에 정치형법을 적용한 경우에도 법왜곡죄가 성립한다고 판시하였다. 구동독과 독일연방공화국의 사법은 서로 큰 차이가 있지만, 양 법왜곡죄 구성요건(구동독의 법왜곡죄 규정은 2.-다. 참고) 간에는 불법의 연속성이 있다고 본 것이다. 다만 행위시법과 재판시법이 다를 경우 가장 경한 법률을 적용하기 때문에(독일형법 제2조 제3항), 독일형법 법왜곡죄에 비해 주관적 구성요건충족이 보다 엄격했던 구동독형법 제244조 성립여부를 검토하였다.[152] 또한 피고인이 법관으로서 헌법상 독립을 보장받지 못했던 정치적 상황을 들어 항변한 사건에서, 독일 연방대법원은 헌법에서 법관의 독립을 보장했더라도 그러한 상황에서는 권력자가 헌법을 사실상 존중하지 않았을 것이라면서 법왜곡죄 성립에 문제가 없다고 보았다.[153]

---

147) Uebele, MüKo-StGB, § 339, Rn. 10.

148) BGHSt 32, 357 (357); 형사소송절차상 검사는 당사자 지위에 있기 때문에 비당파성 요건을 충족시키지 못하여 법왜곡죄 행위주체가 될 수 없다고 보는 견해도 있다(Seebode, FS-Lenckner, 1998, 585 (596)).

149) BGHSt 43, 183 (188).

150) BGHSt 41, 247 (273 ff.): 구동독법에 따라 경죄에 불과한 행위를 이유로 구속영장을 청구한 경우 일반적으로 법왜곡죄 직접고의가 인정된다.
BGH, 23.06.1998 - 5 StR 203/98, Rn. 2: 동베를린검찰청 검사장이 피의자들의 범행이 구속요건에 해당하지 않음에도 불구하고 구속영장을 청구하여 그들을 구속시킨 것은 법왜곡죄를 구성한다고 보았다.; 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. 동베를린 청년 두 명(20살, 22살)은 서베를린이나 서독으로 이주하고자 하였다. 1985년 12월 5일 이른 아침, 그들은 술을 마신 후 인적이 드문 보른홀머(Bornholmer) 거리 국경교차점으로 갔다. 국경수비대에게 신분증을 제시하고 서베를린으로 출국하고 싶다고 말하였다. 이 행위로 유죄를 선고받아 서독으로 추방되기를 바랐다. 바람대로 그들은 체포되었고 같은 날 발부된 구속영장에 의해 구속되었다. 1년 5개월 형을 선고받았고 복역 후(20살 청년은 1년 복역, 22살 청년은 1년 5개월 만기복역) 서독으로 추방되었다.

151) BGHSt 41, 247 (247 f.).

152) BGHSt 41, 257 (257 f.).

2) 법사건을 주재하거나 결정할 것

법왜곡죄는 법관 등이 '법사건을 주재하거나 결정하면서' 법을 왜곡해야 성립한다. 법사건은 상반된 법적 이해를 가진[154] 여러 당사자들이 서로 대립하고, 법적으로 완전히 규율된 절차에서 법원칙에 따라 처리·결정되는 법적 관련성 있는 모든 유형의 사건을 말한다.[155] 따라서 비송사건, 집행절차도 포함된다.[156] 그에 반해 행정절차는 법사건이 아니다.[157] 행정절차에서 공직자는 법을 단순히 정해진 기준에 따라 적용하고 행정대표자로서 시민에 대해 대항적 관계에 있기 때문이다.

법사건을 주재 '또는' 결정하면서 법을 왜곡해야 하기 때문에, 행위자가 주재와 결정 모두를 수행할 필요는 없다. 결정에는 판결 선고, 판결문 작성[158] 등 법사건을 종결짓기 위한 결정 외에도 일정 절차(구속영장 발부 또는 취소)를 종결하는 결정도 포함된다. 주재는 사건 해결을 목표로 하는 모든 유형의 조치를 말한다. 따라서 합의부 재판에서 재판장, 배석판사의 재판운영과 같은 결정 전 조치도 포함된다.[159] 그리고 행위자에게 일정 정도 결정재량이 허용되고 사실상 독립성이 보장되어야 한다.[160]

3) 일방 당사자에게 유리 또는 불리한 결과가 발생할 것

법왜곡죄는 결과범이다. 법 왜곡으로 일방 당사자에게 유리 또는 불리한 '결과'가 발생해야 한다.[161] 결과발생을 요하지 않고 이 요건을 주관적으로 이해하게 되면 제339조 문언에 반한다. 그리고 결과범으로 보아야 규율대상을 이해관계인에게 영향을 미치는 일정 정도 중요성 있는 법 위반으로 제한할 수 있다.

당사자에는 소송절차에서 이해상충이 있는 모든 법적 주체가 포함된다.[162] 일방

---

153) 피고인은 지방법원 합의부 재판장으로서 1950년 12월부터 1951년 1월까지 구동독법에 따라 여호와의 증인 신도 18명에게 스파이활동, 전쟁선동, 보이콧선동을 이유로 징역을 선고하였다는 이유로 법왜곡죄로 기소되었다(BGHSt 14, 147 (147 ff.)).

154) 최소한 법적 이해가 상반될 가능성은 있어야 한다고 본다(Bange, BeckOK-StGB, § 339, Rn. 6).

155) BGHSt 24, 326 (328).

156) BGHSt 38, 381 (384).

157) Bange, BeckOK-StGB, § 339, Rn. 7; 세무공무원의 세액산정절차(BGHSt 24, 326 (327)), 시조사관의 거주허가증발급절차(BGHSt 34, 146 (148))가 이에 해당한다.

158) 판결이유 작성은 법사건 주재에 해당한다(BGH, 18.07.2013 - 4 StR 84/13, Rn. 14).

159) Kuhlen, NK-StGB, § 339, Rn. 27.

160) 그래서 법원심리에 참여한 서기, 통고 처분하는 경찰공무원, 궐석재판으로 인한 강제집행 시 집달관은 결정재량이 없기 때문에 법왜곡죄를 구성하지 않는다(Kuhlen, NK-StGB, § 339, Rn. 25).

161) Kuhlen, NK-StGB, § 339, Rn. 71.

당사자에게 유리 또는 불리한 결과는, 법을 올바르게 또는 정당하게 적용했을 때와 비교했을 때, 법을 왜곡해서 일방 당사자가 유리 또는 불리한 위치에 놓이게 된 경우를 말한다. 유·불리는 구체적으로 파악해야 하고, 유·불리와 행위 간에는 인과관계가 있어야 한다.[163]

4) 법위반행위

법왜곡죄는 법률(Gesetz)이 아니라 법(Recht)을 위반한 경우를 규율한다. 따라서 실정법 외에도 관습법, 초실정법적 규범을 위반한 경우도 포함된다. 법 왜곡행태에는 ⅰ) 사실관계를 왜곡하는 경우, ⅱ) 법을 잘못 적용하는 경우, ⅲ) 확정된 사실관계와 달리 양형과정에서 재량을 남용하는 경우(구성요건에 해당하여 발생하는 법 효과를 잘못 확정하는 경우 포함)가 있다.[164]

어떠한 행위를 법규범 위반으로 볼 것인지와 관련하여 객관설, 주관설, 의무위반설이 대립하고 있다. 객관설은 객관적으로 법에 위반되었는지 여부가 법 왜곡판단에 결정적이라고 본다(다수설). 법을 해석할 때 행위자에게 일정 정도 재량이 부여되어 있다는 점을 고려하여 객관적으로 더 이상 정당화될 수 없는 결정만을 법 왜곡으로 파악한다.[165] 그에 반해 주관설은 행위자 스스로 실정법 위반을 인식하는지를 기준으로 법왜곡죄 성립을 검토한다. 그래서 행위자의 결정이 실제 법을 위반했는지 여부와 무관하게 행위자가 자신의 법적 신념에 반해 행동하면 법을 왜곡한 것으로 본다.[166] 의무위반설은 행위자가 자신에게 부과된 의무를 위반했는지를 기준으로 한다.[167] 객관적으로 더 이상 정당화될 수 없는 결정을 한 경우에는 항상 의무위반이 인정된다. 이 점에서 주관설과 차이가 있다. 그리고 정당화될 수 있는 범위 내의 결정이더라도 근거 없이 내려진 경우에는 의무위반이 인정된다. 이 점에서 객관설과 차이가 있다.

---

162) 그래서 세금소송에서 재무부, 형사소송에서 검찰, 형사소송에서 부대공소인으로서 참가하는 피해자, 증인, 전문가도 포함된다(Kuhlen, NK-StGB, § 339, Rn. 72).

163) Kuhlen, NK-StGB, § 339, Rn. 73.

164) Heine/Hecker, Sch/Schr-StGB, § 339, Rn. 7.

165) Wohlers/Gaede, GA 2002, 483 (492); Hilgendorf, LK-StGB, § 339, Rn. 47; Heine/Hecker, Sch/Schr -StGB, § 339, Rn. 10; Uebele, MüKo-StGB, § 339, Rn. 26.

166) 현재는 주관설을 취하는 학자는 찾아보기 힘들다고 한다(Heine/Hecker, Sch/Schr-StGB, § 339, Rn. 9); 과거 대표적인 주관설로는 Sarstedt, FS-Heinitz, 1972, 427 (429 f.).

167) Rudolphi, ZStW 82(1970), 610 (631); Rengier, BT II, 61/17.

(3) 주관적 구성요건

법왜곡죄 성립을 위해 미필의 고의로 충분하다(통설).[168] 그래서 자신이 법왜곡죄의 행위주체에 해당한다는 사실, 자신이 법사건을 주재하거나 결정한다는 사실, 자신의 법 위반결정이 일방 당사자를 유리 또는 불리하게 한다는 사실을 행위자가 확실히 인식하지는 못하였지만 그것이 가능하다고 인식하고, 인식한 결과발생을 내심으로 감수하면 법왜곡의 고의가 인정된다.

(4) 법효과

법왜곡죄는 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 덜 심각한 경우라는 이유로 형을 감경할 수 없고 독일형법 제46조a에 따라[169] 형량을 변경할 수 없다. 법관 등은 동법 제45조 제1항에 의해 공무담임권과 피선거권을 필요적으로 상실한다. 형을 선고받은 자는 공무담임권을 상실함과 동시에 자신이 가지고 있던 해당 법적 지위 및 권리도 상실하고(동조 제3항), 법률에 특별한 규정이 없는 한, 피선거권을 상실함과 동시에 자신이 가지고 있던 해당 법적 지위 및 권리도 상실한다(동조 제4항). 법왜곡죄 미수·방조 또는 부작위에 의한 법왜곡죄[170]로 6월 이상 1년 이하의 자유형이 선고된 경우에는 동조 제2항에 따라 그 선고를 받은 자의 공무담임권은 2년 이상 5년 이하의 기간 내에서 상실될 수 있다.

---

168) BGHSt 41, 317 (336); Kuhlen, NK-StGB, § 339, Rn. 76.

169) 제46조a는, 행위자가 피해자와 화해하거나 피해자의 손해를 원상회복한 일정한 경우는 특별한 법률상 감경사유(동법 제49조 제1항)로 형을 감경하거나, 형이 1년 이하의 자유형 또는 360일수 이하의 벌금형을 초과하지 않는다면 형을 면제할 수 있게 한다. 일정한 경우로, 행위자가 1. 피해자와 화해하기 위한 노력으로 자신 범행의 전부 또는 주요 부분을 원상회복하였거나 원상회복을 위해 진지하게 노력한 경우, 2. 손해의 원상회복이 행위자의 상당한 개인적 급부 또는 개인적 (권리)포기를 요하는데 피해자에게 손해의 전부 또는 주요 부분을 배상한 경우를 들고 있다.

170) 부작위범은 특별한 법률상 감경사유로서 형이 감경될 수 있다(독일형법 제13조 제2항). 동법 제49조 제1항 제2호 제1문은 특별한 법률상의 감경사유가 있는 경우 유기자유형은 법률에 정한 상한의 최고 4분의 3까지 선고해야 한다고 하고 있다. 따라서 부작위에 의한 법 왜곡행위로 유죄를 선고받는 경우에는 처단형이 줄어들 수 있어, 경우에 따라 공무담임권이 상실되지 않을 수 있다.

(5) 법왜곡죄 성립제한 법리

1) 법사건과 주재·결정 간 관련성 요구

독일형법 제339조는 법관 등이 '법사건'을 '주재하거나 결정하면서' 법을 왜곡할 것을 요구한다. 따라서 법사건과 주재·결정 간 일정 관련성은 당연히 전제된다. 그런데 독일 연방대법원은 특정 법사건을 '주재 또는 결정하는 중'에 법을 왜곡할 것,[171] 법사건을 주재·결정하는 자신의 자격에 기초해 법을 위반할 것,[172] 법사건과 공직자의 직무상 임무도 서로 기능적으로 연결되어 있을 것, 즉 내적·기능적 관련성[173]을 요구한다. 그래서 행위자가 자신의 권한범위 내에서 행동하여야만 이 요구를 충족시킬 수 있다. 자신의 권한에서 완전히 벗어난 임무를 수행한 경우에는 이 요구를 충족시키지 못한다.[174] 이로써 법왜곡죄 성립범위를 제한한다.

2) 법위반행위의 제한해석

어떠한 행위를 법규범 위반으로 볼 것인지와 관련하여 객관설, 주관설, 의무위반설이 대립한다(위 (2)-4) 참고). 독일 연방대법원은 객관설에 기초하면서도 그 범위를 제한하려 한다. 법왜곡죄가 1년 이상 5년 이하의 자유형 외에도 공무담임권과 피선거권을 상실시키는 중한 제재를 예정하고 있음을 고려한다. 그래서 법왜곡죄 성립범위를, 알면서도 법률을 '중대하게' 위반하고 국가기관으로서 법이 아니라 자신의 기준에 맞춰 행동한 경우로 제한한다.[175]

3) 고의의 인정범위 축소 시도

현행 독일형법 제339조의 형태는 1974년 3월 2일 형법시행법(Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, EGStGB)에서 갖추어졌다.[176] 이전에 법왜곡죄를 규율하였던

---

171) 따라서 이미 조건부 기소유예처분을 내린 검사가, 해당 피의자가 금전납부 조건을 이행하려고 교부한 수표를 의무에 반하여 전달하지 않고 자신이 사용한 경우에는 법왜곡죄를 구성하지 않는다(BGHSt 38, 381 (384)).

172) BGHSt 32, 357 (362).

173) Kuhlen, NK-StGB, § 339, Rn. 31.

174) Kuhlen, NK-StGB, § 339, Rn. 32.

175) BGHSt 38, 381 (383); 이러한 판례의 태도를 '주관적 성격이 부가된 객관화된 중대성설'이라 한다 (Heine/Hecker, Sch/Schr-StGB, § 339, Rn. 9).

176) 1998년 11월 13일 규정내용 변경 없이 조문숫자만 제336조에서 제339조로 변경되었다(BGBl. I 1998, S. 3322).

독일제국형법 제336조는 '고의로(vorsätzlich)' 문구를 명시적으로 사용하여(2.-나. 참고) 미필의 고의만으로 법왜곡죄 성립이 가능하도록 하였다. 입법자의 의도가 이러하였음에도 불구하고 독일 연방대법원은 1960년대까지는 직접고의를 요구하여 법왜곡죄 성립을 엄격하게 제한하였다.[177] 법관의 사법 활동의 본질적 한계를 그 이유로 들었다. 법관은 종종 자신이 확정한 사실관계가 실제와 일치하는지, 다의적으로 해석할 수 있는 법률문구에 대한 자신의 해석이 올바른 것인지, 자신에게 허용된 재량범위 내에서 결정하고 있는지에 대해 절대적 확신을 가질 수 없다. 그런데도 법관은 결정을 내려야 한다. 미필의 고의만으로 법왜곡죄 성립을 인정하면 이러한 경우에도 법왜곡죄가 성립된다는 우려 때문에 직접고의를 요구했던 것이다.[178]

이를 고려하여 1974년 형법시행법 연방정부안은 '고의로(vorsätzlich)'를 '의도적이거나 인식하면서(absichtlich oder wissentlich)'로 변경한다. 그러나 형법개정위원회는 법왜곡죄 성립에 미필의 고의로 충분하다는 입장을 고수하였다. 위원회는 독일 연방대법원의 우려에 대해, 법률은 법관에게 불가능한 것을 요구하지 않기 때문에 문제되지 않는다고 보았다. 합의부 재판제도, 복잡한 표결제도(법원조직법 제196조), 심급제도와 같은 포괄적인 통제체계가 있기 때문에 법관은 모호한 법률내용을 양심적으로 조사하고 자신이 할 수 있는 최선으로 재량권을 행사하면 되기 때문이다. 법관은 확실성에 대한 의심이 있더라도 이 체계 내에서 가능한 한 최선의 결정을 내리면 된다고 한다. 더 나아가 위원회는 법 왜곡 영역을 고려하여 법왜곡죄 성립에 미필의 고의로 충분하다고 보았다. 법 왜곡은 법적용을 주장할 수 없는 영역에서만 발생한다. 그런데 법적용은 사실 확정, 재량권 행사를 포함해 그 범위가 넓다. 따라서 법적용을 주장할 수 없는 영역에서는 행위자가 법 왜곡행위의 미필의 고의만 있더라도 법왜곡죄 성립이 가능하다는 것이다. 같은 이유에서 미필의 고의만 요구하더라도 사법의 독립에도 영향을 미치지 않는다고 보았다. 그래서 위원회는 연방정부안의 '의도적이거나 인식하면서' 문구를 삭제하였다.[179]

현재 통설은 법왜곡죄 성립에 미필적 고의로 충분하다고 본다. 그런데 2014년 연방대법원 BGHSt 59, 144 판례는, 결정이 규범을 위반하는지 또는 정당한 방식으로

177) BGHSt 10, 294 (298).
178) BT-Dr 7/1261, S. 22.
179) BT-Dr 7/1261, S. 22 f.

이해되는지 여부는 가능성 정도만 인식하면 충분하다고 보면서도(미필의 고의), 법위반의 심각성, 즉 행위자가 자신의 결정이 근본적으로 중요한 규범과 관련되어 있다는 것에 대해서는 직접고의[180]를 요구한 바 있다.[181] 다만 이 판결은 다음의 이유에서 비판받고 있다. 우선 법위반의 중요성에 대한 고의를 구분하여 직접고의를 요구하는 근거가 무엇이며, 과연 그렇게 구분하는 것이 가능한지에 대해 의문을 제기한다.[182] 그리고 법왜곡죄 성립에 직접고의를 요구하더라도 직접고의의 대상은 결정이 법을 위반한다는 사실이어야지 그 위반의 심각성이 아니라고 지적한다.[183] 그 위반 자체가 근본적으로 중요한 규범에 반하는 것이기 때문이다.

다. 제344조(무고한 자에 대한 형사소추에 관한 죄)

(1) 개관

독일형법 제344조는 법 왜곡행위의 특별한 경우를 규율한다. 진정직무범이고, 법왜곡죄와 달리 거동범이다.[184] 법치국가적 절차위반으로 인한 일반대중의 신뢰상실로부터 국내 사법을 보호한다. 부당하게 기소된 자의 개인적 법익도 보호한다.[185]

(2) 객관적 구성요건

행위주체는 특정 유형의 절차에 참여하기 위해 임명된 모든 공직자(독일형법 제11조 제1항 제2호)이다. 일반적으로 해당 절차에 참여하기 위해 임명된 공직자이기만 하면 되고 개별 사례에서 구체적인 권한이 있는지는 중요하지 않다.[186] 검사, 법관도 행위주체가 된다. '형사소추를 위해 영향력을 행사한 자'에는 수사경찰공무원과 같은 형사소추 보조기관도 포함된다.[187]

---

180) 직접고의는 인식적 측면에서 행위자가 자신의 행위가 구성요건적 결과를 발생시킨다는 것을 확실히 알거나 예견했을 것을 요구한다. 의욕적 측면에서는 행위자가 결과발생을 원하지 않았더라도 고의가 인정된다(Wessels /Beulke/Satzger, AT 49. Aufl., Rn. 332).

181) Kuhlen, NK-StGB, § 339, Rn. 77.

182) Rengier, BT Ⅱ, 61/19.

183) Kuhlen, NK-StGB, § 339, Rn. 77: 쿨렌은 이러한 해석방법에 동의하기는 하지만, 위의 이유로 기존의 판례법리가 우선적으로 적용될 것이라고 본다.

184) Geerds, FS-Spendel, 1992, 503 (504).

185) Bange, BeckOK-StGB, § 344, Rn. 3.

186) Hecker, Sch/Schr-StGB, § 344, Rn. 6; Voßen, MüKo-StGB, § 344, Rn. 5.

187) Geerds, FS-Spendel, 1992, 503 (509).

행위객체는 죄가 없는 자 또는 법률상 형사소추 되어서는 안 되는 자이다. 죄가 없는 경우는, 특정 범죄를 저지르지 않았거나 위법성이 조각되거나 면책된 경우, 범죄행위가 독일형법의 적용범위를 벗어난 경우, 형벌배제사유 내지 면제사유가 있는 경우이다.[188] 형사소추되어서는 안 되는 경우는, 유책하게 범죄를 저질렀을 수 있지만 고소가 없었거나, 면제, 기판력, 공소시효와 같은 절차상 장애로 형사소추할 수 없는 경우이다.

제344조는 의도적이거나 인식하면서 죄가 없는 자 또는 법률상 형사소추 되어서는 안 되는 자를 형사소추하거나 그러한 형사소추를 위해 영향력을 행사한 행위를 규율한다. 행위자는 자신의 직무수행 중에 해당 행위를 해야 한다. 형사소추는 수사절차 지원을 위한 모든 공적 직무활동을 말한다. 공고행위, 수사행위, 수사결과를 검찰에 보고하는 행위[189]가 포함된다, 형사소추에 영향력을 행사한 행위에는 형사소추에 참여하는 행위뿐만 아니라 보조기관의 행위도 포함된다.

(3) 주관적 구성요건

제344조가 성립하려면 행위자는 형사소추기관으로서의 지위에서 '의도적이거나 인식하면서' 해당 행위를 해야 한다. 행위자가 행위자의 관점에서 볼 때 형사소추되어서는 안 되는 특정인을 개인적인 적개심이나 복수심 때문에 기소한 경우도 의도적으로 한 것으로 볼 수 있다.[190] 행위자는 형사소추되어서는 안 되는 무고한 자를 형사소추한다는 것을 확실하게 인식해야 한다.[191] 그에 반해 행위자가 형사소추기관으로서의 지위에 있는지에 대해서는 미필의 고의로 충분하다.[192]

(4) 법효과

제344조 제1항상 행위는 1년 이상 10년 이하의 자유형(중죄)에 처한다. 부수효과로 독일형법 제45조 제1항에 의해 행위자의 공무담임권과 피선거권이 필요적으로 상실된다. 유죄판결로 공무원 관계는 공무원신분법 제24조 제1항 제1호, 연방공무원법 제48조 제1호에 의해 종료된다. 제1항상 행위가 덜 심각한 경우는 3월 이상 5년 이하

188) Hecker, Sch/Schr-StGB, § 344, Rn. 16.
189) Bange, BeckOK-StGB, § 344, Rn. 6.
190) Voßen, MüKo-StGB, § 344, Rn. 27.
191) Hecker, Sch/Schr-StGB, § 344, Rn. 18.
192) Bange, BeckOK-StGB, § 344, Rn. 8.

의 자유형에 처한다. 이 경우에도 유죄를 선고받으면 행위자는 일반적으로 면직된다.[193] 덜 심각한 경우인지는 피해자에게 미친 결과의 정도를 기준으로 판단한다.[194] 제344조 제2항상 행위는 3월 이상 5년 이하의 자유형(경죄)에 처한다. 이때에도 행위자의 공무담임권은 상실될 수 있다(독일형법 제358조 및 제45조 제2항).

라. 제345조(무고한 자에 대한 형사제재 집행에 관한 죄)

(1) 개관

무고한 자에 대한 형사제재 집행에 관한 죄(제345조)도 무고한 자에 대한 형사소추에 관한 죄(제344조)와 같이 거동범이자 진정직무범이다.[195] 보호법익도 동일하다.

(2) 객관적 구성요건

행위주체는 법률 또는 행정규칙에 따라 제345조상 제재 집행에 참여하기 위해 임명된 공직자이다. 형집행부의 법관, 집행·행형기관 내 공직자, 집행업무를 위임받은 검사 또는 사법보좌관, 집행기능을 수행하는 법관, 집행책임관(청소년법원법 제83조),[196] 그리고 군형법 제48조 제1항상 공직자와 동일한 지위인 장교, 부사관도 포함된다. 제344조와 마찬가지로, 해당 집행에 참여하기 위해 임명된 공직자이기만 하면 되고, 개별 사례에서 구체적인 권한이 있는지는 중요하지 않다.[197] 그리고 집행에 참여할 때 주재자 지위에 있을 필요는 없다(통설). 행위자가 공동권한이 있고 어떤 방식으로든 공적 행위에 참여하기만 하면 된다.[198]

법률상 집행되어서는 안 되는 처분을 집행한 경우는, 판결이 없었거나 무효이거나 집행할 수 없음에도 불구하고 집행한 경우를 말한다. 집행기관으로서 집행의 근거가 된 결정내용의 정확성을 검토할 필요는 없다.[199] 부작위로 인해 해당 집행이 규정된

193) Bange, BeckOK-StGB, § 344, Rn. 17.
194) Bange, BeckOK-StGB, § 344, Rn. 16.
195) Bange, BeckOK-StGB, § 345, Rn. 2.
196) Voßen, MüKo-StGB, § 345, Rn. 7.
197) Hecker, Sch/Schr-StGB, § 345, Rn. 6; Voßen, MüKo-StGB, § 345, Rn. 32.
198) Hecker, Sch/Schr-StGB, § 345, Rn. 6; Voßen, MüKo-StGB, § 345, Rn. 6 f.: 그래서 행형과정에서 집행일정이나 집행서류를 처리하는 행위도 해당된다.
199) Kuhlen, NK-StGB, § 345, Rn. 8.

기간보다 연장되는 경우도 포함된다.[200] 보증인이 될 수 있는 자는 기관장, 집행책임관이다.[201]

제345조 제1항은 허용되지 않음에도 불구하고 자유형, 자유박탈적 보안처분 또는 관청의 유치명령을 집행한 경우를 규율한다. 이때 당사자에게 손해가 발생해야 한다(통설).[202] 당사자에게 유리하게 집행한 경우, 즉 위법하게, 집행하지 않거나 부분적으로만 집행한 경우는 독일형법 제258조a(공직자의 형사처벌방해죄), 제339조(법왜곡죄)에 의해 처벌될 수 있다. 자유형에는, 동법 제38조에 따른 자유형 외에도 대체자유형(동법 제43조),[203] 청소년형(청소년법원법 제18조), 징벌구금(군형법 제9조)도 포함된다. 구속되어 미결구금(독일형사소송법 제112조)된 경우는 자유형에 포함되지 않는다.[204] 제345조 제3항 제1문은 허용되지 않음에도 불구하고 모든 형법상 비자유박탈적 제재를 집행한 경우를 규율한다.[205] 동항 제2문은 허용되지 않음에도 불구하고 소년구금, 질서위반법상 과태료 또는 부수효과, 질서금 또는 감치, 징계처분 또는 명예법관·직업법관에 의한 처분을 집행한 경우를 규율한다.

(3) 주관적 구성요건

제345조 제1항과 제3항은 행위자의 고의를 요구하고, 제2항은 중과실을 요구한다.

고의와 관련하여, 담당 공직자로서 해당 집행을 한다는 사실, 그리고 그 집행이 허용되지 않는다는 사실에 대한 인식이 있어야 한다. 미필의 고의면 충분하다.[206]

행위자가 중과실로 제1항의 구성요건적 행위를 한 경우는 보다 경하게 처벌한다(제2항). 과실과 관련하여, 집행요건이 있다는 것을 착오하지 않을 수 있었음에도 착오한 모든 과실행위를 규율하지는 않는다. 본질적으로 증가된 중과실이 있어야 한다. 즉 아주 적은 정도라도 의무에 적합하게 주의를 기울였더라면 쉽게 회피할 수 있었을

200) Hecker, Sch/Schr-StGB, § 345, Rn. 5.
201) Bange, BeckOK-StGB, § 345, Rn. 9.
202) Bange, BeckOK-StGB, § 345, Rn. 5; Voßen, MüKo-StGB, § 345, Rn. 15.
203) 제43조(대체자유형) 벌금납입이 불가능한 경우는 자유형으로 대체한다. 자유형 1일은 벌금형 1일수에 해당한다. 대체자유형의 하한은 1일이다.
204) Bange, BeckOK-StGB, § 345, Rn. 6.
205) 벌금형(제40조), 운전금지(제44조), 보안처분(제61조 제4호 내지 제6호), 운전면허 박탈(제69조), 비자유박탈적 처분(제11조 제1항 제8호: 모든 보안처분, 몰수, 폐기처분)이 포함된다(Bange, BeckOK-StGB, § 345, Rn. 7).
206) Bange, BeckOK-StGB, § 345, Rn. 10.

것을 요구한다.[207] 청소년법원법 제85조에 따라 집행책임관이 집행을 넘겨받을 때 형기계산을 검토하지 않은 경우, 사법보좌관의 부정확한 사실진술을 법관 또는 검사가 검토 없이 신뢰하여 추가 집행이 허용되지 않는다는 사실을 알지 못한 경우는 중과실이 인정되지 않는다고 보았다.[208]

(4) 법효과

제345조 제1항과 제344조 제1항의 법효과는 동일하다. 제345조 제2항상 행위는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 동조 제3항상 행위는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 이 경우에도 행위자의 공무담임권은 상실될 수 있다(제358조 및 제45조 제2항).

마. 제352조(수수료 부당징수죄)

(1) 개관

수수료 부당징수죄(제352조)는 재산범이자 진정직무범이다.[209] 따라서 독일형법 제28조 제1항(특별한 인적요소)에 따라 정범성이 없는 교사범, 종범은 그 형이 감경된다(동법 제49조 제1항). 구성요건에 기술되어 있지는 않지만, 실제로 행위자가 수수료 금액에 대해 기망하여야만 제352조가 성립한다(통설).[210] 제352조는 사기죄(제263조)에 대해 차단효과가 있다[211](차단효과에 대해서는 위 나.-(1) 참고). 다만 변호사가 출장을 가지 않았음에도 불구하고 일급과 부재비용을 계산한 경우처럼, 납부자가 수수료규정에 따라 검토할 수 없는 상황과 관련하여 행위자가 추가적으로 기망행위를 한 경우라면 사기죄와의 상상적 경합이 가능하다.[212]

제352조는 공직자 등이 자신의 특별한 지위를 남용해 수수료 또는 기타 보수를 과도하게 요구하는 행위를 규율하여 일반국민을 보호한다.[213]

---

207) Hecker, Sch/Schr-StGB, § 345, Rn. 7.
208) Bange, BeckOK-StGB, § 345, Rn. 11.
209) Heuchemer, BeckOK-StGB, § 352, Rn. 1.
210) Heuchemer, BeckOK-StGB, § 352, Rn. 9.
211) BGH NJW 2006, 3219 (3221).
212) Hecker, Sch/Schr-StGB, § 352, Rn. 15.
213) Heuchemer, BeckOK-StGB, § 352, Rn. 1.

(2) 객관적 구성요건

제352조 행위주체는 자신의 이익을 위해 공적 직무에 대한 수수료 또는 기타 보수를 징수하는 공직자, 변호사 또는 기타 법률보조인이다. 공직자에는 집행관, 공증인도 포함된다. 변호사 개념은 광범위하게 이해한다. 그래서 변리사 또는 파산관재인도 수수료규정에 따라 수수료를 청구할 수 있다면 제352조 행위주체가 된다.[214] 기타 법률보조인은 법률서비스법(Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen) 제13조(등록절차)에 따라 등록된 사람으로, 보수가 변호사보수법Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte)에 의해 정해지고 수수료를 징수할 수 있는 권한이 있는 자를 말한다.[215]

제352조는 행위자가 납부자에게 납부할 의무가 전혀 없거나 적은 금액만을 납입할 의무가 있다는 것을 알면서도 보수를 징수하는 행위를 규율한다. 법(수수료 규정, 영업성과에 대한 수수료 또는 기타 규정)에 의해 징수 근거 및 금액이 결정되어야 하고, 행위자에게 자신의 보수를 정할 수 있는 권리가 있어야 하며, 행위자 자신이 금액을 산정한 경우여야 한다.[216]

(3) 주관적 구성요건

제352조는 고의범을 대상으로 한다. 인식의 정도와 관련해 미필의 고의로는 충분하지 않고 직접고의가 필요하다(다수설).[217] 행위자는 지급의무 없는 교부금이 과도하게 징수된다는 사실을 인식해야 한다. 그리고 수수료 요구의 부적법성도 인식해야 한다.[218]

(4) 법효과

납부자가 수수료 등을 지불한 때 제352조 기수가 된다. 1년 이하 자유형 또는 벌금형에 처한다. 6월 이상의 자유형을 선고받으면 그 자유형에 부가하여 부수효과로서

214) Heuchemer, BeckOK-StGB, § 352, Rn. 3.
215) Hecker, Sch/Schr-StGB, § 352, Rn. 2.
216) 그래서 변호사가 변호사보수법상 법정수수료율을 초과하는 보수계약을 근거로 보수를 청구하거나, 유효하지 않은 보수계약을 근거로 보수를 청구하는 경우는 제352조에 해당하지 않는다(BGH, 06.09.2006 - 5 StR 64/06, Rn. 17).
217) Heuchemer, BeckOK-StGB, § 352, Rn. 10.
218) Heuchemer, BeckOK-StGB, § 352, Rn. 10; Hecker, Sch/Schr-StGB, § 352, Rn. 11.

공무담임권이 상실될 수 있다(독일형법 제358조). 수수료 등을 징수하려 했으나 받지 못한 경우는 미수범으로 처벌한다(제2항).

다른 범죄와의 관계를 살펴보면, 사기죄(동법 제263조), 횡령죄(제246조)에 대해서는 특별관계에 있기 때문에 제352조가 우선 적용된다. 배임죄(제266조)에 대해서는, 독일 연방대법원은 동일한 의무위반으로 수수료 부당징수죄와 배임죄 구성요건이 모두 실현된 경우에는 양 죄의 상상적 경합을 인정하여[219] 특별관계로 인한 효과를 실질적으로 제한한다.

바. 제353조(공과금 부당징수 및 급부금 부당축소죄)

(1) 개관

공과금 부당징수 및 급부금 부당축소죄는 수수료 부당징수죄와 동일하게 재산범이자 진정직무범이다.[220] 따라서 독일형법 제28조 제1항에 따라 정범성이 없는 교사범, 종범은 그 형이 감경된다(동법 제49조 제1항).

보호법익은 사기를 당한 개인의 재산이다. 이 외에도 공공금고의 올바른 운용을 보호법익으로 한다. 급부금 부당축소죄(제2항)는 국가의 재산도 보호한다.[221]

(2) 객관적 구성요건

자신의 직무로 공공금고에 대해 공과금징수를 담당하는 공직자만이 제353조 행위주체가 된다. 행위자에게 공과금징수에 대한 일반적 권한이 있으면 된다. 해당 공과금 징수가 행위자 관할일 필요는 없다.[222]

공과금 부당징수죄(제1항)는 행위자가 납부자에게 납부할 의무가 전혀 없거나 적은 금액만을 납부할 의무가 있다는 것을 알면서도 공과금을 징수하고 위법하게 징수한 금액을 공공금고에 귀속시키지 않으면 성립한다(진정부작위범).[223] 본죄가 성립하려

---

219) BGH, 06.09.2006 - 5 StR 64/06, Rn. 43, 57.
220) Heuchemer, BeckOK-StGB, § 353, Rn. 1.
221) Voßen, MüKo-StGB, § 353, Rn. 1: 공과금 부당징수죄(제1항)의 경우, 국가에게 부당 징수한 교부금에 대한 보호가치 있는 청구권이 없기 때문에 국가재산은 보호법익이 아니다.
222) Heuchemer, BeckOK-StGB, § 353, Rn. 2.
223) Heuchemer, BeckOK-StGB, § 353, Rn. 3.

면 행위자가 공과금 납부의무와 관련하여 납부자를 기망해야 한다.[224] 공과금은 공법적 성격을 지닌 모든 재산법적 급부를 말한다.[225] 공공금고는 국가, 지방자치단체, 기타 공공단체 및 시설의 모든 금고를 포함한다.[226] 관할 공공금고에 해당 금액을 전달하고 규정에 따라 장부에 기입하여야만 공공금고에 귀속시킨 것이 된다. 따라서 행위자가 돈을 횡령하였거나, 추후 횡령할 수 있게 공과금을 일시적으로 장부에 기입하지 않고 금고에 두었거나, 부족분을 부분적으로 감추려고 공과금의 출처를 숨긴 채 금고에 둔 경우도 공과금 부당징수죄에 해당한다.[227]

급부금 부당축소죄(제2항)는 공직자가 금전 또는 현물의 공적 지급과정에서 급부금을 위법하게 감액하고 이를 완전하게 지급한 것으로 계산한 경우를 규율한다. 공과금 부당징수죄(제1항)와 동일하게 처벌한다.

(3) 주관적 구성요건

제353조 성립을 위해 제352조와 동일하게 직접고의를 요구한다(다수설).[228] 행위자는 지급의무 없는 공과금이 과도하게 징수된다는 사실을 인식해야 한다. 그리고 공과금 요구의 부적법성도 인식해야 한다.

(4) 법효과

제353조상 행위는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 제358조에 따라 6월 이상의 자유형을 선고받으면 그 자유형에 부가하여 부수효과로서 공무담임권이 상실될 수 있다. 제353조는 제352조와 달리 미수범 처벌규정이 없다. 제353조도 제352조와 동일하게, 사기죄(제263조), 횡령죄(제246조)에 대해 특별관계에 있다.[229]

---

224) BGHSt 2, 35 (35).
225) Hecker, Sch/Schr-StGB, § 353, Rn. 4.
226) Hecker, Sch/Schr-StGB, § 353, Rn. 3.
227) Hecker, Sch/Schr-StGB, § 353, Rn. 7.
228) Heuchemer, BeckOK-StGB, § 353, Rn. 6; Kuhlen, NK-StGB, § 353, Rn. 13; Hecker, Sch/Schr-StGB, § 353, Rn. 12.
229) BGH, 07.12.1959 - GSSt 1/59, Rn. 9.

4. 직권남용 관련통계

가. 제240조 제4항 제2호

[표 3-2-2] 제240조 제4항 제2호 유·무죄 통계[230]

(단위: 건)

연 도	재판	유죄선고	무죄(절차중단 포함)
2016[231]	3	2	1
2017	2	2	0
2018	0	0	0
2019	4	2	2
2020	10	6	4

[표 3-2-3] 제240조 제4항 제2호 유죄선고 형종·형량 통계[232]

(단위: 건)

연 도	유죄 선고	자유형 실형	자유형 집행유예	벌금형	선고된 자유형기
2016	2	0	0	2	해당 없음
2017	2	0	1	1	1년 이상 2년 이하 자유형(집행유예): 1
2018	0	0	0	0	해당 없음
2019	2	0	1	1	6개월 자유형(집행유예): 1
2020	6	1	1	4	6개월 자유형(집행유예): 1 2년 이상 3년 이하 자유형: 1

직권남용을 수단으로 한 강요행위 처벌규정(독일제국형법 제339조)은 1943년 나치 시대에 삭제되었지만, 이후 1998년에 독일형법 제240조(강요죄) 제4항 제3호(현재는 제2호)로 다시 들어온다(2.-나. 및 2.-라. 참고). 그러나 위 통계에서 볼 수 있듯이, 규정효과는 미미하다. 제240조 제4항 제2호로 기소되는 사건이 적을뿐더러, 유죄선고 대부분은 벌금형에 그치거나 집행유예를 선고하였다.

---

230) Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2020, S. 72; 2019, S. 66; 2018, S. 70; 2017, S. 70; 2016, S. 68.

231) 2016년 11월 4일 제50차 형법개정 전에는 제240조 제4항 제3호에 규정되어 있었다. 이 개정으로 독일형법 제240조 제4항 제1호를 삭제하고 제4항 제3호를 동항 제2호로 변경하였다.

232) Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2020, S. 108, 180 f.; 2019, S. 100, 164; 2018, S. 108; 2017, S. 104, 171; 2016, S. 102.

나. 제339조

[표 3-2-4] 제339조 유·무죄 통계[233]

(단위 : 건)

연 도	재판	유죄선고	무죄(절차중단 포함)
2016	7	6	1
2017	2	1	1
2018	4	4	0
2019	1	0	1
2020	5	4	1

[표 3-2-5] 제339조 유죄선고 형종·형량 통계[234]

(단위: 건)

연 도	유죄 선고	자유형 실형	자유형 집행유예	벌금형	선고된 자유형기
2016	6	0	6	0	1년 이상 2년 이하 자유형(집행유예): 6
2017	1	0	1	0	1년 이상 2년 이하 자유형(집행유예): 1
2018	4	0	3	1	6개월 자유형(집행유예): 1 9개월 이상 1년 이하 자유형(집행유예): 2
2019	0	0	0	0	해당 없음
2020	4	1	3	0	9개월 이상 1년 이하 자유형(집행유예): 1 1년 이상 2년 이하 자유형: 3(실형 1, 집행유예 2)

법왜곡죄의 의미는 정치체제 변경(나치독재 청산 및 특히 독일통일) 후 사법영역에서의 불법을 정리하는 과정에서 두드러지게 확인되었다.[235] 독일연방통계국이 발간한 위 형사소추 통계자료는 1995년 이후에야 법왜곡죄를 별도로 집계하였다.[236] 구동독(제2차 세계대전 후 독일의 소련점령지역 포함)의 법관 또는 검사에 대해 법 왜곡을

233) Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2020, S. 80; 2019, S. 76; 2018, S. 78; 2017, S. 78; 2016, S. 78.

234) Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2020, S. 116, 188 f.; 2018, S. 116, 184 f.; 2017, S. 112, 180 f.; 2016, S. 110, 178 f.

235) Uebele, MüKo-StGB, § 339, Rn. 3.

236) 관련통계를 해석할 때, 2006년까지는 서독지역과 전(全)베를린을 대상으로 하였고 2007년을 기점으로 동독지역 주(州)를 포함하여 독일전역을 대상으로 하였다는 점을 유의할 필요가 있다.

이유로 대규모의 수사가 진행되었다.[237] 그러나 수사 건수에 비해 유죄선고는 많지 않았다. 독일 연방대법원이 법왜곡죄 성립을 제한하고자 하였기 때문이다(3.-나. 참고).[238] 다만 최근 지방법원에서는 법왜곡죄 유죄선고가 증가하고 있다고 한다. 그리고 연방대법원도 법관 또는 검사가 비정치적 동기로 중대하게 잘못된 결정을 내린 경우를 법 왜곡으로 보는 경향이 확인되고 있다. 그러나 여전히 매우 적은 수에 불과하다([표 3-2-4] 참고).[239] 게다가 유죄선고 대부분은 집행유예를 선고하였다([표 3-2-5] 참고).

다. 제344조 및 제345조

[표 3-2-6] 제344조 및 제345조 유·무죄 통계[240]

(단위: 건)

연 도	재판	유죄선고	무죄(절차중단 포함)
2016	18	9	9
2017	19	9	10
2018	7	5	2
2019	3	0	3
2020	2	1	1

[표 3-2-7] 제344조 및 제345조 유죄선고 형종·형량 통계[241]

(단위: 건)

연 도	유죄선고	자유형 실형	자유형 집행유예	벌금형	선고된 자유형기
2016	9	1	0	8	10년 이상 15년 이하 자유형: 1
2017	9	0	0	9	해당 없음
2018	5	0	4	1	9개월 이상 1년 이하 자유형(집행유예): 2 1년 이상 2년 이하 자유형(집행유예): 2
2019	0	0	0	0	해당 없음
2020	1	0	1	0	6개월 자유형(집행유예): 1

237) 1993년에는 10,000건 이상이었다고 한다(Roggemann, JZ 1994, 769 (769 f.)).
238) BGHSt 40, 30 (40 ff.); 40, 169 (178 ff.); Kuhlen, NK-StGB, § 339, Rn. 7.
239) Uebele, MüKo-StGB, § 339, Rn. 3.
240) Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2020, S. 80; 2019, S. 76; 2018, S. 80; 2017, S. 78; 2016, S. 78.
241) Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2020, S. 118, 188; 2018, S. 116, 185; 2017, S. 112; 2016, S. 112, 178 f.

제344조는 2015년부터 조세 관련 형사소송절차, 그리고 이를 위해 수행된 조사가 증가하면서 실질적인 의미를 가지게 되었다.[242] [표 3-2-6]에서 2016년, 2017년 총 재판건수가 증가한 것을 확인할 수 있다. 그러나 최근 제344조 관련 수사 건수는 다시 감소하고 있다([표 3-2-6] 및 아래 [표 3-2-8][243] 참고).

독일연방통계국은 제344조와 제345조의 형사소추 통계를 합쳐 발표한다. 그에 반해 연방범죄수사청은 제344조, 제345조별로 경찰단계 범죄통계를 발표한다. 이에 따르면 제345조는 거의 활용되고 있지 않다([표 3-2-8] 참고).

242) Voßen, MüKo-StGB, § 344, Rn. 3.

243) **[표 3-2-8]** 제339조, 제344조, 제345조, 제352조, 제353조 경찰단계 범죄통계

연도	제339조		제344조		제345조		제352조		제353조	
	전체 사건수	피의자 수	전체 사건수	피의자 수	전체 사건수	피의자 수	전체 사건수	피의자 수	전체 사건수	피의자 수
2015	154건	72명	87건	82명	5건	9명	470건	60명	8건	3명
2016	186건	53명	90건	86명	3건	3명	172건	61명	1건	1명
2017	185건	74명	87건	81명	6건	6명	61건	57명	2건	2명
2018	163건	74명	103건	79명	4건	4명	44건	42명	10건	4명
2019	207건	77명	65건	53명	4건	9명	42건	42명	6건	8명
2020	174건	91명	88건	85명	4건	2명	55건	33명	5건	5명
2021	193건	97명	109건	114명	6건	8명	45건	42명	2건	0명

https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2015/Standardtabellen/standardtabellenFaelle.html?nn=51356 (2015년)
https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2016/Standardtabellen/standardtabellenFaelle.html?nn=65720 (2016년)
이하 2017년 PKS2017, nn=96600; 2018년 PKS 2018, nn=108686; 2019년 PKS 2019, nn=131006; 2020년 PKS 2020, nn=145506; 2021년 PKS 2021, nn=194208 (2022.08.20. 최종방문)

라. 제352조 및 제353조

[표 3-2-9] 제352조 및 제353조 유·무죄 통계[244)]

(단위: 건)

연 도	재판	유죄선고	무죄(절차중단 포함)
2016	0	0	0
2017	0	0	0
2018	8	4	4
2019	9	2	7
2020	8	5	3

[표 3-2-10] 제352조 및 제353조 유죄선고 형종·형량 통계[245)]

(단위: 건)

연 도	유죄선고	자유형 실형	자유형 집행유예	벌금형	선고된 자유형기
2016	0	0	0	0	해당 없음
2017	0	0	0	0	해당 없음
2018	4	0	0	4	해당 없음
2019	2	0	0	2	해당 없음
2020	5	0	0	5	해당 없음

제352조 및 제353조 재판·유죄선고 건수는 매우 적고,([표 3-2-9〉] 참고) 유죄선고 모두 벌금형을 선고하였다([표 3-2-10] 참고).

특히 제353조 관련 사건은 경찰단계에서도 연간 1~10건에 불과하다([표 3-2-8] 참고). 제353조의 중요성은 그리 크지 않다는 것을 알 수 있다.

5. 정리 및 시사점

이상의 분석을 통해 ⅰ) 독일은 우리나라와 달리 형법상 공직자 개념(독일형법 제11조 제1항 제2호)을 정의하고 있음을 확인하였다. 그리고 독일은 단순노무에 종사하는

244) Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2020, S. 80; 2019, S. 76; 2018, S. 80; 2017, S. 78; 2016, S. 78.

245) Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2020, S. 116; 2019, S. 108; 2018, S. 116.

고용직 공무원(환경미화원, 공원, 인부, 사환 등)을 '공공서비스에서 특별의무를 지는 사람'으로 별도로 정의하고(동항 제4호) 직무범죄 중 단순수뢰죄, 부정처사수뢰죄 행위주체로 규정하고 있다. 중재법관도 공직자에는 해당되지 않지만 직무범죄 중 단순수뢰죄, 부정처사수뢰죄, 단순증뢰죄, 부정처사증뢰죄, 법왜곡죄의 행위주체가 된다. 그에 반해 한국형법은 공무원 개념정의규정을 별도로 두지 않고, 공법상 공무원 개념에 따른다. 이에 따르면 공무원은 관련법령에 의해[246] 공무에 종사하는 사람을 말한다. 판례는 공무원을 '광의로는 국가 또는 공공단체의 공무를 담당하는 일체의 자를 의미하며, 협의로는 국가 또는 공공단체와 공법상 근무관계에 있는 모든 자'로 정의하되,[247] '그 노무의 내용이 단순한 기계적·육체적인 것에 한정되어 있지 않은 자'로 제한한다.[248] 즉 단순노무에 종사하는 고용직 공무원은 형법상 공무원 신분이 인정되지 않는다.[249] 한국형법은 직무범죄 행위주체로 공무원만을 규정하고 있다는 점도 독일형법과 차이가 있다. 우리나라는 개별 직무범죄사건에서 행위자가 해당 범죄의 행위주체인 공무원인지를 구체적으로 판단한다.[250] 명확성원칙 및 일반예방효과 측면에서 볼 때, 독일형법과 같이 형법상 공무원 개념을 정의하고 개별 범죄마다 행위주체를 명확히 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다.

그리고 ii) 독일형법에는 한국형법 제123조와 같은 직권남용에 관한 일반규정이 없음을 확인하였다. 독일은 직권남용을 강요수단으로서 규율한다. 과거 프로이센형법 제315조에 이어 독일제국형법 제339조 제1항은 강요수단으로서 직권남용을 처벌하다가, 1943년 나치시대에 강요죄 규정에 포섭되는 형태로 삭제된다. 나치정권은 강요죄 규정을 다분히 불명확한 개념으로 구성하여 정치적 목적으로 활용하고자 하였다. 이후 다시 1998년 독일형법 제240조(강요죄)에 강요행위와 결부된 직권남용을 규정하였다. 이 외에도 독일은 개별 구성요건을 통해 다양한 직권남용행태를 규율한다. 3.에

246) 대법원 1997.3.11. 선고 96도1258 판결에서는 지방의회의원이 형법상 공무원에 해당하는지 여부를 판단하면서, 지방공무원법 제2조 제3항, 지방자치법 제35조 이하, 공직자윤리법을 검토한 바 있다.

247) 대법원 1997.3.11. 선고 96도1258 판결

248) 대법원 1997.6.13. 선고 96도1703 판결

249) 배종대, 형법각론 제13판, 홍문사, 2022, 152/4; 김성돈, 형법각론 제7판, 성균관대학교 출판부, 2021, 765면.

250) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96도1703 판결: 도시계획법 및 동법시행령에 따라 설치된 시·구 도시계획위원회 위원은 '형법 제129조에서 말하는 공무원'에 해당한다고 하였다. 이를 보면 개별 범죄마다 행위주체가 되는 공무원의 범위를 구체적으로 확정한다는 것을 알 수 있다.

서 검토한 독일의 직권남용 관련규정에 관한 법리가 다양한 직권남용행태를 이해하고 우리나라 직권남용죄 해석론[251]을 펼치는 데 도움을 줄 것으로 기대한다.

iii) 독일의 직권남용 관련통계(4. 참고)를 보면, 독일에서 직권남용을 이유로 형사처벌하는 경우는 많지 않다. 강요죄의 한 형태로서 직권남용을 인식해왔고, 직권남용은 공직자에 대한 징계로도 규율가능하며, 강요죄 등 다른 범죄에 해당할 정도의 불법성이 구체적으로 확인된 경우에만 형벌을 투입하여야 한다는 입장이기 때문인 것으로 보인다. 독일은 강요죄마저도 비난가능성조항(독일형법 제240조 제2항)을 두어 처벌되는 강요행위를 제한하고 있다. 독일 연방대법원이 개별 직권남용죄(특히 법왜곡죄) 성립을 엄격히 제한하기 위한 법리를 개발하는 이유도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 독일 공무원조직·제도의 특성도 영향이 있는 것으로 보인다. 특히 독일 관료제는 정치적 중립성을 철저히 견지하여 행정 메커니즘이 정권교체와 무관하게 작동한다고 한다.[252] 이를 감안할 때 한국형법 제123조(직권남용)의 존재의의를 다시 한 번 생각해볼 필요가 있다. 한국형법 제123조는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금을 예정하고, 동법 제324조(강요) 제1항(일반강요)은 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금을 예정하고 있다. 그리고 제135조에 의해 강요죄 법정형의 2분의 1까지 가중된다. 그렇다면 폭행 또는 협박하지 않은 경우를 형사 처벌하는 것이 실질적 불법성의 원칙[253] 및 형법의 최후수단성에 비추어볼 때 정당한 것인지,[254] 폭행 또는 협박한 경우라면 제324조 및 제135조가 보다 중한 형을 예정하고 있는데 제123조를 별도로 둘 이유가 있는지를 생각해 보아야 한다.

마지막으로 iv) 독일형법이 다양한 유형의 개별 직권남용 규정을 둔 것에 주목할 필요가 있다. 우리나라 판례는 직권남용이 되려면 "형식적, 외형적으로는 직무집행으

---

251) 대표적인 해석론으로 독일형법 제240조 제2항(비난가능성 조항; 3.-가.) 참고)에서 착안하여 직권남용 목적-수단 관계에 따라 직권남용죄 성립을 판단하는 견해(조기영, "직권남용과 블랙리스트", 비교형사법연구 제20권 제2호(2018.7.), 27면 이하), 추상적·구체적 직무권한 개념을 구분하고 권한-남용 관계로 직권남용죄 성립을 판단하는 견해(김성돈, "직권남용죄, 남용의 의미와 범위", 법조 제68권 제3호(2019.6.), 205면 이하)가 있다.

252) 그리고 독일 공무원제도는 공무원의 책임성원칙, 정치적 중립성원칙, 그리고 국가와 국민의 봉사자로서 기능을 수행하여야 한다는 원칙을 강조한다. 실제 독일 국민들의 관료제에 대한 신뢰는 견고하게 유지되고 있다고 한다(정재각/심익섭/이승철, 위의 책, 221면).

253) 배종대, 위의 책, 12/59 참고.

254) 이 점에서, 강요죄 미수처벌에서 착안하여 직권남용죄 미수도 처벌하자는 주장은 직권남용 규율을 지나치게 확대하는 문제가 있다. 강요죄 미수도 폭행·협박이 개시된 후에 문제된다는 점을 상기할 필요가 있다(3.-가.-(1) 참고).

로 보이나 실질적으로는 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우"일 것을 요구한다. "공무원이 그의 일반적 직무권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 지위를 이용한 불법행위와는 구별"된다는 입장이다.[255] 독일형법 제339조 법왜곡죄 성립을 위해 법을 왜곡하는 개별 행위와 주재·결정 간 기능적 관련성, 그리고 법 사건과 공직자의 직무상 임무 간 기능적 관련성을 요구하는 것과 같은 관점이다. 독일에서는 사법이 사법부 내부로부터 공격받지 않기 때문에 공직자가 자신의 권한에서 완전히 벗어난 임무를 수행하면 법왜곡죄가 성립하지 않는다고 설명한다. 그에 반해 동법 제240조 제4항 제2호는 공직자가 타인을 강요하면서 자신의 권한을 남용하거나 지위를 남용한 경우를 규율한다. 권한남용이 인정되려면 행위자가 자신에게 부여된 권한 내에서 행동하기는 하지만, 법률 또는 의무에 반하는 방식으로 권한을 사용한 경우여야 한다. 지위남용이 인정되려면 행위자가 자신에게 부여되지 않은 권한을 제 것인 것처럼 하고 강요수단으로 사용해야 한다. 이렇게 양 범죄에서 직권남용의 의미를 달리 볼 수 있는 이유는 양 범죄의 구성요건 간에 차이가 있기 때문이고, 구성요건을 상이하게 규정한 이유는 각 개별범죄의 특성이 상이하기 때문이다. 이러한 관점에서 볼 때, 한국형법 제123조의 추상성·일반성은 직권남용행위를 포괄적으로 규율하는 데 기여하기보다 오히려 규범의 실효성을 저하시키는 측면이 있는 것으로 보인다. 우리나라도 다양한 직권남용행태를 규율하는 개별 구성요건을 두고 그 범죄특성에 맞춰 직권남용을 규정·해석하는 것을 고려해 볼 만하다고 생각한다.[256]

255) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결

256) 같은 맥락에서 개별 부진정직무범죄도 다양화하고 행위유형별로 직권남용의 의미를 구체화하는 방안도 검토할 만하다. 같은 관점으로 허일태, "형사관계공무원(특수공무원) 범죄의 본질과 입법정책 - 특히 법적용의 남용에 관하여 -", 동아법학 제2호(1986.4.), 150면: 특수공무원의 남용규정(형법 제124조 내지 제126조 및 제128조)만으로는 특수공무원의 다양한 직권남용행태를 적절히 규율하기 어렵다고 지적한다.

제3절 | 미국에서의 직권남용죄

1. 직권남용죄 유사 규정의 내용 및 입법연혁

가. 연방법률상 직권남용죄 유사 규정

(1) 규정의 내용

연방 법률에 우리 형법 직권남용 규정과 동일한 내용의 직권남용죄 규정은 존재하지 않는다. 다만, 18 U.S.C. §242는 '법의 컬러'[257]로 타인의 권리를 박탈하는 행위(Deprivation of rights under color of law)'를 범죄로 규율하고 있다. 본 조항의 전문은 다음과 같다.

> "누구든지 법률, 법령, 조례, 규칙 또는 관습의 컬러(color)로 주, 영토, 연방, 점령지 또는 컬럼비아 특별구의 타인에 대하여 고의로 헌법에 의해 보장되거나 보호되는 권리, 특권 또는 면책특권을 박탈하거나, 국적 혹은 피부색 또는 인종을 이유로 자국민 처벌에 대해 규정된 것과 다르게 처벌, 제재 또는 형벌을 부과하는 경우에는 벌금형에 처하거나 1년 이하의 징역에 처할 수 있으며, 이 둘은 병과될 수 있다.
>
> 본 조항을 위반한 행위로 인해 신체에 상해가 발생하거나 그 행위에 위험한 무기, 폭발물 혹은 화재를 사용하거나 사용을 시도 또는 사용 위협을 한 경우 본 편에 의해 벌금형이 부과되거나 10년 이하의 징역에 처하게 되고 이는 병과될 수 있다.
>
> 본 조항을 위반한 행위로 인해 사망의 결과가 발생하거나, 그 행위에 납치 또는 그 미수, 가중 성폭력 및 그 미수, 또는 살인 미수가 포함된 경우에는 본 편에 따라 벌금형이 부과되거나 징역 혹은 무기징역이 선고될 수 있고 또한 병과될 수 있으며, 사형이 선고될 수 있다."

제242조와 관련된 조문으로 같은 제18편 제241조와 제42편 '공중보건 및 복지'의 편(編) 제21장 민권(Civil Rights)에 속한 제1983조가 있다. 먼저 제241조는 제242조 위반 범죄의 공범에 관한 내용을 규율하고 있으며, 2명 이상의 사람이 공모하여 헌법이나 법률로 보장된 권리 또는 특권을 자유롭게 행사하거나 향유하는 사람을 다치게

257) 'Color of Law'의 개념은 미국연방과 일부 주의 직권남용 유사규정의 주요한 요건을 이해하는데 있어 매우 중요한 요건으로 우리말로 다양하게 번역할 수 있겠으나, 용어의 본래 개념을 다소 부정확하게 전달할 우려가 있다고 판단되어 원문의 표현을 그대로 빌어 이하 '법의 컬러'라고 통일하여 칭한다. 동일한 취지의 문헌으로 남형우, "미국의 직권남용 규정과 구체적 처벌사례: 한국 형법 제123조 해석론과의 비교," 국외훈련검사논문집, 법무연수원 (2022, 미발간) 참조.

하거나, 억압하거나, 위협하는 것을 금지하고 있다. 위반행위에 대해서는 제242조와 같이 10년 이하의 징역이나 벌금이 부과될 수 있으며, 발생한 결과에 따라서 가중처벌된다.[258] 제1983조는 제242조 위반사항에 대한 민사소송의 내용을 규율하고 있다. 법관이 권한 내에서 행한 작위 혹은 부작위에 의해 발생한 손해를 제외하고는 제242조 위반행위로 인한 손해에 대해서 배상의 책임이 있음을 밝히고 있다.[259]

(2) 입법 연혁

제242조는 「1866년의 민권법(the Civil Rights Act of 1866)」에 기원을 두고 있다. 이 민권법은 민권을 정의하고 모든 시민이 법에 따라 같은 보호를 받아야 한다고 규정한 연방 법률이다. 이는 연방 수정헌법 제정 당시의 시대적 정신이 입법을 통하여 계승된 것으로, 연방 수정헌법 제14조에 의하여 원래 주(州)의 영역이었던 국민에 대한 보호 및 권리의 보장이 연방정부의 영역으로 옮겨졌다. 의회는 노예해방을 통하여 시민으로 편입된 흑인들을 보호하기 위하여 민권과 관련된 여러 법률을 제정하여 통과시켰고, 연방법원을 통하여 공사(公私)의 영역 모두에서 흑인들을 보호하고 흑인의 민권을 침해한 행위에 대한 구제가 가능하게 되었다. 이와 같은 흐름 속에서 연방법률 제242조는 넓게는 연방과 주 정부에 의한 차별과 폭력을 예방하려는 의도에서, 구체적으로는 공무원들이 흑인을 비롯한 일반인의 헌법적 혹은 법률적 권리를 침해하는 것을 제한하려는 의도에서 제정되었다. 따라서 공무원의 개념은 연방과 주 공무원을 모두 포함하는 개념이었고, 제242조의 내용에 국적, 피부색, 인종 등을 이유로 한 차별을 금지하는 규정도 이와 같은 입법 취지에 따른 것으로 볼 수 있다.

의회는 민권법의 조항에 약간의 수정을 거쳐 미국 연방 법률의 현재 위치로 편제 이동되었는데,[260] 조항의 내용에 대한 수정은 주로 민권의 측면에서 차별금지와 관련된 내용을 시간의 흐름에 따라 현실에 맞게 개정한 수준이라 볼 수 있다. 먼저, 구성요건적 측면에서 ① 행위의 주관적 요소로서 고의를 추가하였고, ② 타인의 범위를 연방, 점령지, 컬럼비아 특별구에 거주하는 사람으로 확대하였으며, ③ 민권법에 따라 보장

258) 18 U.S.C. § 241
259) 42 U.S.C § 1983
260) 현재 제242조의 미연방법률 내 편제 위치는 다음과 같다.
TITLE 18 (CRIMES AND CRIMINAL PROCEDURE) 〉 Part I (CRIMES) 〉 Chapter 13 (CIVIL RIGHTS) 〉 § 242 (Deprivation of rights under color of law)

되는 권리에 한정되었던 박탈의 대상을 연방 헌법과 법률에 따라 보호되는 권리, 특권 및 면책특권으로 확장하였고, ④ 차별적 제재의 사유를 노예, 비자발적 노동상태에서 외국인으로, 차별의 비교 대상을 백인에서 시민으로 수정 확대하였다.[261]

또한 처벌의 측면에서도 개정이 이루어졌다. 본 조항을 위반하면 경한 범죄(misdemeanor)에 해당되어 $1,000 미만의 벌금이나 1년 이하의 징역이 병과될 수 있던 비교적 단순한 규정을 수정하여, 피해의 종류와 경중에 따라 가중요소를 추가하였다. 즉, 기본적으로 ① 1년 이하의 징역이나 벌금을 부과할 수 있고, ② 상해가 발생하거나 위험한 무기나 폭발물 혹은 화재의 이용과 관련된 경우에는 10년 이하의 징역이나 벌금에 처해질 수 있다. 마지막으로 ③ 납치, 성폭력, 살인 등의 경우에는 최소 1년 이하의 징역이나 벌금부터 최대 사형선고까지 가능하도록 개정하였다.[262]

그러나, 법 제정의 취지와는 다르게 제242조가 민권의 침해를 방지하고 침해한 권력에 대한 효과적인 수단으로 활용되지는 못한 것으로 평가된다. 1939년 이전에는 제242조 위반으로 단 2회의 기소가 있었을 뿐이고, 1957년 민권법(the Civil Right Act of 1957)이 제정되고 연방 법무부 산하 민권국(Civil Rights Division)이 설립된 이후 아이젠하워 대통령의 강력한 의지에 의해 기소가 이전보다는 활발해졌다. 1964년 민권법의 제정 이후에는 법무부 민권국이 미국 남부에서 발생하는 시민권 침해행위에 대한 수단으로 본 조항을 확대 적용하여 기소를 수행하는 등의 노력도 일부

261) 수정된 제242조의 구성요건 관련 내용을 원문 그대로 비교해 보면 다음과 같다(원숫자는 비교의 편의를 위해 필자가 추가한 것임).

the Civil Rights Act of 1866	18 U.S.C. §242
That any person who, under color of any law, statute, ordinance, regulation, or custom, shall subject, or cause to be subjected, any inhabitant of ② any State or Territory to the deprivation of ③ any right secured or protected by this act, or to different punishment, pains, or penalties ④ on account of such person having at any time been held in a condition of slavery or involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, or by reason of his color or race, than is prescribed for the punishment of white persons,.....	Whoever, under color of any law, statute, ordinance, regulation, or custom, ① willfully subjects any person in any State, Territory, ② Commonwealth, Possession, or District to the deprivation of ③ any rights, privileges, or immunities secured or protected by the Constitution or laws of the United States, or to different punishments, pains, or penalties, ④ on account of such person being an alien, or by reason of his color, or race, than are prescribed for the punishment of citizens,.....

262) 수정된 제242조의 처벌 관련 내용을 원문 그대로 비교해 보면 다음과 같다(원숫자는 비교의 편의를 위해 필자가 추가한 것임).

있었다.[263] 그러나 수사된 사건의 수에 비해 실제 기소되는 경우는 극히 드물었고, 지난 20년간의 기소율은 다른 범죄에 비해 현저하게 낮다.[264]

나. 주(州)의 직권남용죄 유사 규정

민권의 측면에서 규제되고 이를 시대의 흐름에 맞춰 수정했던 연방 법률 제242조 규정과는 달리 미국 각 주의 직권남용죄 관련 규정은 우리의 직권남용죄 규정과 좀 더 유사한 것으로 보인다. 그러나, 모든 주가 직권남용의 죄를 형사법에 규정하고 있는 것은 아니며, 판례법(common law)에도 직접적으로 정확하고 일관적인 개념이 존재하지는 않는다.[265] 직권남용과 유사한 규정을 입법하여 시행하고 있는 주요 자치주의 경우 그 입법의 유형을 다음의 세 가지로 나누어 살펴볼 수 있다.

(1) "공무상 억압의 죄"로 규정하고 있는 경우

공무상 억압의 죄(official oppression)로 명명하고 규율하고 있는 주의 경우는 대부분 모범형법전의 입법내용을 따른 것으로 보인다. 모범형법전 제243.1조(공무상 억압)

the Civil Rights Act of 1866	18 U.S.C. §242
...shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction, shall be punished by fine not exceeding one thousand dollars, or imprisonment not exceeding one year, or both, in the discretion of the court.	...shall be ① fined under this title or imprisoned not more than one year, or both; and if ② bodily injury results from the acts committed in violation of this section or if such acts include the use, attempted use, or threatened use of a dangerous weapon, explosives, or fire, shall be fined under this title or imprisoned not more than ten years, or both; and if ③ death results from the acts committed in violation of this section or if such acts include kidnapping or an attempt to kidnap, aggravated sexual abuse, or an attempt to commit aggravated sexual abuse, or an attempt to kill, shall be fined under this title, or imprisoned for any term of years or for life, or both, or may be sentenced to death.

263) Brian R. Johnson & Phillip B. Bridgmon, Depriving Civil Rights: An Exploration of 18 U.S.C. 242 Criminal Prosecutions 2001-2006, 34 Crim J. Rev., 2, (2009) p.196-209.

264) 제242조 위반에 대한 기소율 및 불기소처분의 원인에 대해서는 본 절 3. 참조.

265) B. Finberg, Annotation, "What Constitutes Offense of Official Oppression," 83 A.L.R.2d 1007 (1962).

는 직무 권한을 실제로 가지고 행위를 하거나 가지고 있는 것처럼 행하는 경우 혹은 실제로 그런 권한을 이용하거나 권한이 있는 것으로 보여 이를 이용하는 경우 누구든지 자신이 그 행위가 불법이라는 것을 인식하면서 ① 다른 사람을 체포, 구금, 수색, 압수, 부당대우, 재산양도, 감정, 유치권에 처하게 하거나 그 밖의 개인적 또는 재산적 권리에 대해 침해를 하거나, ② 타인의 권리, 특권, 권한 또는 면책특권의 행사 혹은 향유를 거부하거나 방해하면 경한 범죄(misdemeanor)에 해당한다고 규정하고 있다.[266]

공무상 억압의 죄로 규정하고 있는 개별 주는 직무 권한에 관하여 연방 법률의 내용이나 모범형법전의 내용을 선택적으로 사용하고 있으며, 행위 태양도 위의 두 가지 행위를 기본으로 채택하여 규정한다. 특히 우리 형법 제121조의 직권남용권리행사방해의 행위 태양인 타인이 권리 등을 행사하거나 누리는 것을 방해하는 것을 공통으로 규율하고 있는 경우가 많다. 이와 더불어 다른 행위를 다소 추가하거나 연방 법률과 모범형법전의 규정을 일부 수정하여 규율하고 있어 전체적으로는 다양한 입법 양식을 보인다.

1) 텍사스

텍사스는 지위의 남용 장(章)에서 '공무상 권한의 남용(abuse of official capacity)'[267]과 '공무상 억압'의 두 조항으로 나누어 규정하고 있다. 공무상 억압은 연방 법률 제242조의 규정과 같이 공무원이 직무 혹은 고용의 컬러로(under color of his office or employment) 행할 것을 요구한다. 그러나 행위유형은 모범형법전의 규정을 모방하여 사용하고 있다. 먼저, ① 불법인 것을 알면서 의도적으로 타인을 학대, 체포,

---

266) Model Penal Code § 243.1.
"직무 권한을 실제로 가지고 행위를 하거나 가지고 있는 것처럼 행하는 경우 혹은 실제로 그런 권한을 이용하거나 권한이 있는 것으로 보여 이를 이용하는 경우 누구든지 자신이 그 행위가 불법이라는 것을 인식하면서 ① 다른 사람을 체포, 구금, 수색, 압수, 부당대우, 재산양도, 감정, 유치권에 처하게 하거나 그 밖의 개인적 또는 재산적 권리에 대해 침해를 하거나, ② 타인의 권리, 특권, 권한 또는 면책특권의 행사 혹은 향유를 거부하거나 방해하면 경한 범죄(misdemeanor)에 해당한다."

267) 공무상 권한의 남용은 공무원이 이익을 얻거나 타인에게 이익을 얻거나 손해를 가하기 위해 의도적 혹은 인식하에 ① 자신의 공무 혹은 고용과 관련된 법률을 위반하거나, ② 정부의 재화, 서비스, 인력 혹은 가치 있는 어떤 물건을 오용하는 행위를 하는 경우 성립된다. 공적 권한의 남용으로 인정되면 그 행위자는 기본적으로 1급 경한 범죄(Class A misdemeanor)로 처벌되며, 이익 혹은 손해의 정도에 따라 3급 경한 범죄(Class C misdemeanor)부터 1급 중범죄(felony of first degree) 사이에서 처벌의 수준이 결정된다는 내용으로 입법되어 있다. 그러나, 본 조항은 2016년 텍사스 항소법원에 의해 위헌법률로 판단되었다. Ex Parte Perry, 483 S.W.3d 884 (Crim.App. 2016) 참조.

구금, 수색, 압수, 재산양도, 감정, 유치권 등에 처하도록 하거나, ② 자신의 행위가 불법인 것을 알면서 타인이 권리, 특권, 권한, 면책 등의 행사 및 향유를 거부하거나 방해하는 행위를 제시하여 모범형법전 규정과 같은 내용으로 규율하고 있고, 추가로 성적 괴롭힘을 제시하여 "③ 의도적으로 타인을 성적 괴롭힘에 당하게 하"는 경우에도 다른 요건들이 충족되면 공무상 억압의 죄로 처단될 수 있다. 공무상 억압으로 인정되면 그 행위자는 1급 경한 범죄(Class A misdemeanor)로 처벌된다.[268]

2) 펜실베니아

펜실베니아 주는 제53장 지위의 남용(Abuse of office) 장에서 공무상 억압의 행위를 규정하고 있다. 공무상 억압 행위는 모범형법전 제243.1조와 거의 동일하다. 펜실베니아 형법 제5301조에 의하면, 공적 권한을 가지고 행하거나 그렇게 한다고 주장하거나 또는 실제 혹은 주장된 지위를 이용하는 사람이 다음의 행위가 위법이라는 것을 인식하면서 행하는 경우 2급 경한 범죄에 해당한다; ① 타인을 학대, 체포, 구금, 수색, 압수, 재산양도, 감정, 유치권 등에 처해 지도록 하거나 개인적 혹은 재산적 권리를 침해당하도록 하는 행위, ② 타인이 권리, 특권, 면책을 행사하거나 향유하는 것을 거부하거나 방해하는 행위,[269] 공무상 억압의 죄가 성립하면 2급 경한 범죄로 처벌된다.

3) 노스 다코다

노스 다코다 주 형법은 공적 권한을 가지고 행하거나 그렇게 한다고 주장하거나 또는 실제 혹은 주장된 지위를 이용하는 사람이 다음의 행위가 위법이라는 것을 인식하면서 ① 타인을 학대, 체포, 수색, 압수, 부당대우, 재산양도, 감정, 유치권 등에 처해지도록 하거나 개인적 혹은 재산적 권리를 침해당하도록 하는 행위, ② 타인이 권리, 권한, 면책특권을 행사하거나 향유하는 것을 거부하거나 방해하는 행위를 하는 경우 공무상 억압죄에 해당한다고 규정하고 있으며, 이 경우 A급 경한 범죄로 처단된다.[270]

4) 네브레스카주

네브레스카주는 '법의 컬러로 행하는 억압(Oppression under color of office)라는

268) TX PENAL § 39.03.
269) 18 Pa. C.S. § 5301.
270) N.D.C.C. § 12.1-14-01

제목하에 직무남용 관련 행위를 규율하고 있다. 주된 내용은 법의 컬러로 직무를 수행하는 공무원이 계획적이나 의도적으로 또는 부패로 인하여 상해를 가하거나, 속이거나, 손해를 입히거나 억압하거나 그러한 시도를 하는 경우 제2급 경한 범죄에 해당한다. 특이하게 본 조항은 범죄를 규정하고 있으면서 동시에 민사적 손해도 언급하고 있는데 본 범죄가 성립하면 그 공무원은 피해자에게 피해의 3배를 배상해야 한다.[271]

(2) 공무상 위법행위(official misconduct)로 규정하고 있는 경우

공무상 위법행위는 다소 광범위한 개념으로 이 제목하에 공무원의 행위를 규율하는 개별 주의 규정은 다양한 행위를 금지하고 있다. 다양한 금지행위 중에는 타인이 혜택을 받지 못하거나 타인에게 손해를 입히기 위한 행위로 권한 없는 행위를 하는 것을 금지하는 직권남용 유사 규정과 더불어 우리 형법 제121조의 직무유기죄와 유사한 규정이 병기되어 있는 점이 공통적으로 발견된다. 공무원이 타인에게 손해를 입히는 행위 태양 중 직무를 유기하는 행위가 보편적이기 때문인 것으로 보인다. 이와 같은 경향을 가진 개별 주의 대표적인 입법내용을 살펴보면 다음과 같다.

1) 뉴욕 및 뉴저지

뉴욕과 뉴저지는 직권남용과 관련하여 상호 매우 유사하게 규정하고 있으며, 처벌에 대해서만 약간의 다른 모습을 보인다. 본죄는 공무원[272]이 혜택을 취하거나 타인이 혜택을 받지 못하도록 하는 행위이며,[273] ① 권한이 없는 행위임을 알면서 그의 직무와 관련하여 직무 역할의 해당 행위를 하거나, ② 법률에 따라 부과된 직무 혹은 그 직무의 성격상 명백하게 내재한 직무임을 알면서도 하지 않을 때 성립한다.[274] 공무상 위법행위로 인정되면 뉴욕주는 그 행위자를 1급 경한 범죄로 처벌하고, 뉴저지주는 기본적으로 2급 범죄로 처벌하면서 그 이익의 가치가 $200 이하면 3급 범죄로

271) Neb.Rev.St. § 28-926.

272) 공무원은 주(州), 주의 정치적 하부조직 또는 주 정부의 대행기관에 속한 공무원과 피고용인과 이들의 기능을 행사하는 사람을 의미한다. Penal Law §10.00(15) 참조.

273) 혜택은 수익자의 이득 및 이점 등을 의미하며, 이는 수익자의 의도 또는 동의에 따라 제3자에게 주어지는 것도 포함하는 개념이다. Penal Law §10.00(17) 참조.

274) N.Y. Penal Law §195.00; N.J. Criminal Justice §2C:30-2. 뉴저지의 규정은 뉴욕과 동일하고, 다만 "권한이 없는 행위임을 알면서"의 문구에 "또는 허가되지 아니한 방식으로 행한다는 것을 인식하면서"라는 문언을 추가하였다.

낮춰 처벌한다.

2) 플로리다

플로리다주는 공무원이나 공공계약자가 사정을 알면서 의도적으로 타인을 위한 이익을 취득하거나 불법적으로 타인에게 손해를 입히는 다음과 같은 행위는 법규위반으로 처벌한다: ① 공적 기록이나 문서를 위조하거나 타인이 위조하도록 하는 행위, ② 법령 혹은 계약으로 허용되는 경우를 제외하고, 공적 기록이나 문서를 은닉, 은폐, 손괴, 훼손, 개조하거나 타인이 하도록 하는 행위, ③ 정부 기관과 직접 관련되거나 영향을 미치는 중범죄의 실행과 관련하여 공무원 또는 공공계약자가 제공하는 정보의 전달을 방해, 지연 또는 방지하는 행위.[275]

3) 델라웨어

델라웨어는 개인적 이익을 얻거나 타인에게 손해를 입히기 위하여 불법이라는 것을 알면서 ① 권한 없는 직무 역할을 수행하는 행위, ② 공무원이 사정을 인지하면서도 법률에 의해 부여되거나 직무의 성질상 내재한 의무를 수행하지 않는 경우, ③ 공무상 역할 수행에 고려해야 하는 사항들을 종합적으로 판단하더라도 합리적으로 정당화되지 않는 상황에 공무원이 자신의 자산 혹은 재정적 이익을 취득할 의도로 직무 소임을 수행하는 경우, ④ 공무원이 사정을 인지하면서도 인종, 신조, 피부색, 성별, 나이, 장애 여부 및 출신 국가 등을 이유로 차별을 하기 위하여 직무 소임을 수행하는 경우를 공무상 위법행위로 규율하고 있다.

4) 미네소타

미네소타주가 규정하는 공무상 위법 행위죄의 주요 행위 유형은 ① 강제된 직무를 법에서 정한 기한과 방법대로 수행하지 않는 경우, ② 적법한 권한을 초과하는 직무 행위를 하거나 지위 내에서 법으로 금지된 행위를 하는 경우, ③ 직무 권한의 컬러(color)로 혹은 가장하여 의도적이며 불법적으로 타인의 신체, 재산 및 권리에 손해를 입히는 경우 등이며 본 범죄가 성립하면 1년 이하의 징역 또는 3천 달러 이하의 벌금에 처해지고, 이는 병과 가능하다.[276]

---

275) F.S.A. § 838.022.

5) 오레곤

공무원이 이익을 얻거나 타인에게 손해를 가하려는 의도로 그 사정을 알면서도 자신의 직무 성질상 명백히 내재한 의무를 수행하지 않거나 자신의 공무상 허용되지 않는 행위를 하는 경우 제1급의 공무상 위법 행위죄의 책임을 진다.[277]

(3) 기타 유형

1) 테네시

테네시주는 공무상 위법 행위죄와 공무상 억압의 죄를 함께 규정하여 규율하고 있다. 먼저, 공무상 위법행위의 성립을 위한 주관적 요소는 공무원이 이익을 얻거나 타인에게 손해를 끼치기 위하여 그 사정을 알면서 행한다는 점이다. 본 죄가 성립하기 위한 행위의 태양은 두 가지를 제시하고 있는데 ① 공무원 자신의 직(職) 또는 고용과 관련된 직무의 행사를 권한 없이 행한 경우와 ② 자신의 직 또는 고용의 컬러로 자신의 권한을 초과하는 행위를 말한다.[278] 다음으로 공무상 억압의 죄를 규정한 조항은 모범형법전 제243.1조의 내용과 거의 유사하여 모범형법전의 두 가지 행위를 모두 기술하고 있다. 다만, 연방법률 제242조의 '법의 컬러' 개념을 사용하고 있다. 즉, 직무 혹은 고용의 컬러로 행하는 공무원이 다음의 행위를 하면 공무상 억압의 죄가 성립한다. ① 자신의 행위가 위법한 것을 알면서 의도적으로 타인을 학대, 체포, 구금, 정지 및 신체 수색, 압수, 수색, 처분, 감정 또는 담보에 처하게 하는 행위, ② 자신의 행위가 위법한 것을 알면서 의도적으로 타인이 권리, 특권, 권한 또는 면책을 행사하거나 향유하는 것을 거부하거나 방해하는 행위.

테네시의 형법은 공무상 억압의 죄를 규정한 조항에서 '법의 컬러'라는 개념을 명확하게 제시하고 있으며, 그 내용은 모범형법전의 내용과 동일하다. 즉, 공무원이 직무 혹은 고용의 모습으로 행한다고 하는 것은 공적 지위에 근거하여 행위하거나 그렇게 주장하면서 행위하는 것 또는 실제의 지위나 주장된 지위를 이용하여 행위하는 것을 의미한다.[279] 본 죄가 성립하면 E급 중범죄(Class E felony)에 해당하여 처벌된다.

276) M.S.A. § 609.43
277) OR. REV. STAT. ANN. §162.415
278) Tenn. Code § 39-16-402
279) Tenn. Code § 39-16-403.

2) 캘리포니아

캘리포니아 주는 공무상 억압이나 공무상 위법행위와 같은 죄명을 쓰지 않고, 공공의 정의에 반하는 기타 범죄(Other Offenses Against Public Justice)의 장에서 기타 범죄의 하나로 직권남용의 죄를 곧바로 규정하고 있다.[280] 캘리포니아 형벌법(Penal Code)은 모든 공무원 또는 공무원으로 속여 말하는 자가 정상적 절차 혹은 다른 법적 권한 없이 그 절차 혹은 법적 권한을 가장하거나 그 모습으로 행위를 하는 경우 경한 범죄(misdemeanor)로 처벌한다고 규정하면서 그 구체적 행위 태양으로 다음 세 가지 행위를 열거하고 있다. 즉, ① 의사에 반하여 그 타인을 체포하거나 구금하는 행위, ② 재산의 압류 또는 세금의 부과, ③ 토지 혹은 주택을 처분하는 행위이다.[281] 캘리포니아 주(州)는 다른 주와는 다르게 본 범죄의 주체를 공무원에 한정하지 않고 공무원을 사칭하는 자까지 명시적으로 제시하고 있으며, 연방 법률과 다른 주에서 일반적으로 사용하는 표현인 '법의 컬러로'라는 표현 대신 직접적으로 '절차 혹은 법의 권한을 가장하거나 그 모습으로'라는 표현을 사용하고 있다.[282]

2. 직권남용죄에 관한 해석론

가. 구성요건

연방법률 제242조가 요구하는 구성요건은 크게 3가지로 볼 수 있다. 첫째, 행위자는 법의 컬러로 행위하여야 한다. 둘째, 그 행위는 의도(willfully)에 의한 것이어야 하고, 셋째, 그 행위로 인하여 피해자가 연방 헌법이나 법률이 보장하는 권리의 박탈에 처하게 하거나 인종, 피부색, 외국인 여부 등으로 인해 피해자가 차별적 처벌을 당하게 하여야 한다. 이를 좀 더 상세하게 살펴보면 다음과 같다.

---

280) 캘리포니아 주에서 타인의 권리행사를 방해하는 행위는 증오범죄(Hate Crime)의 장에서 다루고 있다. 다만, 공무원에 국한되지 않아 법의 컬러로 이루어지는 행위 여부와 상관없이 누구든지 행위의 주체가 될 수 있어, 우리 형법 제323조의 권리행사방해죄와 유사한 것으로 볼 수 있다. 캘리포니아는 주 또는 연방 헌법과 법률이 보장하는 권리의 향유 및 행사에 대하여 장애, 국적, 성별, 인종, 종교 및 성적 지향 등을 이유로 협박, 간섭, 억압 등의 행위를 하는 경우 1년 이하의 징역 또는 5천 달러 이하의 벌금이 부과 및 병과될 수 있으며, 법원은 사회봉사를 명할 수 있다. CA Penal Code - PEN § 422.6.

281) CA Penal Code - PEN § 146

282) 원문으로는 "under the pretense or color of any process or legal authority"라고 표현하고 있다.

(1) '법의 컬러' 아래 행한 행위 (under color of law)

제242조는 "누구라도 법령의 컬러로(Whoever, under color of any law, statute, ordinance, regulation, or custom)"로 라는 문구를 사용하고 있다. 이는 다른 범죄를 규율하는 다른 연방 법률에도 나타나는 표현이다. 혐오범죄(hate crime) 관련 규정은 "누구든지, 법의 컬러로 행동하든지 그렇지 아니하든지"로 표현하고 있고,[283] 통신·구두·전자적 의사소통의 도청 및 공개를 금지하는 제2511조는 "법의 컬러로 하는 도청 및 공개의 행위자가 적법하게 수사에 관련된 자라면 위법하지 않다"라고 규정하고 있다.[284] '법의 컬러'로 하는 행위에 대한 정의에 대한 논의는 상당히 오래전부터 시작되었다. 1941년에 이루어진 U.S. v. Classic 판결에서 연방대법원은 "주(州) 법에 따라 주어지고 또한 그 불법행위자가 주(州) 법이라는 권위를 입었기 때문에 행사 가능했던 권한을 오용한 것은 법의 컬러 아래 행한 행위"라고 판시하면서 권한의 오용을 '법의 컬러'로 행해진 행위로 설명하였다.[285] 이어서 또 다른 사건을 판단하면서 '법의 컬러'라는 표현은 '법을 가장하여(pretense of law)'라는 것을 의미하는 것이 명백하고, 사적인 목적을 추구하는 행위는 그 개념에 해당하지 않는다고 판시하였다.[286]

그러나, 법원 또한 '법의 컬러' 아래 이루어진 행위와 사적 추구 행위 사이에 명확한 구분선이 존재하지는 않으며,[287] 그 구분을 위해 답하여야 할 질문은 "행위가 직무 중 일부로서 행해진 것인가의 여부가 아니고, 행위자가 법의 권위를 입었기 때문에 이루어질 수 있었던 행위인가의 여부"라고 판단하였다.[288] 이 질문에 대한 답으로 법원은 정부에 의해서 주어진 지위를 남용한 자는 '법의 컬러' 아래 행한 자로 볼 수 있고,[289] 구체적으로는 경찰이 비번일지라도 경찰의 실제 권한 혹은 권한이 있는 것처럼 보일 때에는 '법의 컬러' 아래 행한 자로 볼 수 있다는 태도를 유지하고 있다.[290]

---

283) 18 USC 249 (a) (1): Whoever, whether or not acting under color of law, willfully causes bodily injury to any person...

284) 18 USC 2511 (2)(i) It shall not be unlawful under this chapter for a person acting under color of law to intercept....if the person acting under color of law is lawfully engaged in an investigation

285) 313 U.S. 299 (1941).

286) Screws vs. U.S., 325 U.S. 91 (1945).

287) Pitchell v. Callan, 13 F.3d 545, 548 (2d Cir.1994).

288) U.S. v. Walsh, 194 F.3d 37 (2d Cir. 1999).

289) West v. Atkins, 487 U.S. 42 (1988).

290) Pitchell, 13 F.3d at 548

따라서 그 권한이 적법하지 않아도 외견상 법의 모습으로 이루어지는 행위는 이에 해당하여 법률 위반이 될 수 있다. 같은 취지로 연방대법원은 그 법률이 실제로 주 정부가 인허한 행위만 포함하도록 입법되었다면 '법의 컬러'라는 표현은 법의 취지를 제대로 담아낸 문언이기 어렵다고 판시하여, 그 행위가 외견상 보기에 법의 모습으로 이루어졌다면 실제의 권한 여부는 판단의 요소가 되지 않는다는 입장을 견지하고 있으며,[291] 이 법리는 이후에도 지속해서 연방 또는 주 하급법원의 판단에 적용되었다.[292]

(2) 주관적 요건: 의도적으로(Willfully)

제242조가 그 기원을 두고 있는 「1866년의 민권법」은 '의도성(willfulness)'를 요구하지 않았고 따라서 직권남용의 죄에 있어서는 주관적 구성요건의 입증이 필요하지 않았다.[293] 그러나 1909년에 의회가 의도성을 추가하여 규정함으로써 제242조가 적용될 수 있는 범위는 매우 축소되었다. 즉, 의도를 가지고 제242조에서 규정하는 행위를 한 경우에만 처벌될 수 있게 되었는데 연방대법원의 판례에 의하면 그 의도는 "법령 등에 의해 명확하게 설정된 타인의 연방 권리를 박탈하기 위한 구체적 의욕 혹은 계획"을 의미한다. 따라서 피고인이 연방 수정헌법 등에 의해 보호되는 시민적 권리를 박탈하기 위해 의욕적 혹은 계획적으로 그 행위를 했어야 주관적 요소의 성립이 인정될 수 있다.[294]

(3) 행위: 권리의 박탈 혹은 차별적 처벌

1) 권리의 박탈(Deprivation of rights)

제242조가 금지하는 행위 중에 첫 번째는 권리의 박탈이다. 법률 규정 문언에 그

291) Screws vs. U.S., 325 U.S. 91 (1945)

292) 대표적인 판례로 'Monroe v. Pape, 365 U.S. 167 (1961)'을 들 수 있다. 본 사안에서 경찰은 영장없이 이른 아침에 용의자의 집을 방문하여 그 가족을 거실에 벌거벗은 상태로 서 있도록 하고 각 방을 수색하면서 서랍을 뒤지고 침대 커버를 벗긴 이후 아버지인 용의자를 경찰서로 데리고 가 10시간 동안 사건에 대한 조사하였다. 이후 혐의를 발견할 수 없어 용의자를 석방하였는데 연방대법원은 이와 같은 행위를 법의 컬러로 한 행위로 인정하여 피해자의 손해배상 청구를 인용하였다. 이는 우리 대법원이 제123조의 직권남용을 해석하면서 판시한 "형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미"한다는 취지와 유사한 것으로 보인다(대법원 2017.10.31. 선고 2017도12534 판결).

293) 직권남용을 통한 권리의 박탈 행위에 대해 형사처벌 아닌 민사소송을 규정하고 있는 42 U.S. Code § 1983에서는 1866년 민권법의 규정과 같이 의도(willfulness)의 요소가 규정되어 있지 않다.

294) Screws, 325 U.S. at p.94~95 참조.

권리는 연방 헌법과 연방 법률에 따라 보호되거나 보장되는 권리, 특권 혹은 면책특권이라고 표현하고 있다. 제242조 위반으로 기소되는 사건의 상당수는 헌법상의 권리 박탈을 이유로 한 것으로 보인다. 이를 포괄적으로 보면 헌법상의 권리 중에서도 권리장전을 포함한 연방 수정헌법 제14조가 보장하는 권리가 중심이 되고, 선거권 박탈, 연방 헌법 제8조의 잔혹하고 비정상적인 처벌 금지 조항 위반 및 적법절차(due process of law) 위반 등이 포함된다.[295]

2) 차별적 처벌(Different punishments)

제242조는 피해자의 피부색, 인종 또는 외국인 신분 등을 이유로 시민권자와 다른 처벌, 제재 및 형벌 부과를 하는 것도 금지하고 있다. 그러나 이와 같은 차별적 처벌을 이유로 기소하는 것은 매우 드문 것으로 보인다. 피부색, 인종, 외국인 신분 등을 이유로 했다는 주관적 동기를 입증하는 것이 실무상 매우 어렵기 때문이다.[296]

나. 처벌

기본적 형사처벌은 벌금형 또는 1년 이하의 징역이며, 규정의 해석에 의하면 가중적 요소에 의한 가중처벌이 가능하고 사형까지 선고 가능한 것으로 규정되어 있다.[297] 연방 양형기준(Federal Sentencing Guidelines)에 의하면 18 U.S.C. 242 위반의 범죄에는 가중처벌 요소를 적용한다. 즉, 피고인이 범죄 행위 시 행위자가 공무원이거나

---

295) 연방 법무부가 최근 연방 법률이 보장하는 권리의 박탈에 대해 제242조 위반의 혐의로 얼마나 기소하고 있는지는 명확하지 않다. 다만, 법원은 제242조에서 금지된 행위로 인한 민사소송을 판단하는 과정에서 연방 헌법과는 달리 연방 법률에서 보장한 권리의 박탈을 사유로 한 구제를 긍정하기 꺼리는 경향을 보이고 있으며, 이를 통해 형사 판결에서 연방 법률이 보장하는 권리의 박탈을 인정하여 유죄 판결하는 경향은 더욱 낮을 것으로 보는 견해가 있다. Joanna R. Lampe, "Federal Police Oversight: Criminal Civil Rights Violations Under 18 U.S.C. §242," Congressional Research Service, (2020), p. 3. (https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10495)(2022.8.20. 최종방문)

296) Joanna R. Lampe, at 3.

297) 그러나 실질적으로는 직권남용으로 인해 사망의 결과가 발생한 경우에만 사형선고가 가능할 것으로 보인다. 미연방대법원은 사망의 결과가 발생한 사건, 즉 Homicide가 아니면 사형선고가 불가하다는 견해를 유지하고 있기 때문이다. 강간범에 대한 형의 선고에 있어서 사망의 결과가 발생하지 않았다면 강간범에게 사형을 선고하는 것은 비례성 및 균형성을 위반하여 연방 수정헌법 제8조가 금지하는 잔혹하고 비정상적인 처벌(Cruel and Unusual Punishment)에 해당하고, 따라서 헌법위반으로 판단된다. Coker v. Georgia 433 U.S. 584 (1977) 참고. 연방대법원은 강간의 피해자가 아동인 경우라 할지라도 사망의 결과가 발생하지 않았다면 사형을 선고할 수 없다는 태도를 유지하고 있다. Kennedy v. Louisiana 554 U.S. 407 (2008) 참고.

해당 범죄가 '법의 컬러'로 자행되었을 때 처벌의 수준은 6단계 상승한다.[298]

다. 주요 쟁점

(1) 직무관련성

직권남용의 행위는 직무와 관련성이 있어야 할 것이 요구된다. 연방법원은 공무원의 행위라 하더라도 그 행위가 사적인 목적에 따라 행해진 것이라면 관련성이 인정될 수 없다는 입장이다.[299] 이는 사적인 목적을 추구하는 가운데 나타난 행위는 언제나 '법의 컬러' 아래 이루어진 행위라고 인정할 수 없다는 뜻이 아니라, 행위가 직권의 '오용 또는 남용'으로 인한 것이거나,[300] 해당 행위와 권한 혹은 직무 사이에 '성질상 유사성'이 있거나,[301] 피해자-해당 행위-직무의 수행 사이에 유의미한 '실제적 결합성'이 인정되어야 한다는 것을 의미한다.[302]

이와 같은 입장에서 법원은 경찰이 피의자를 대상으로 사건조사를 마친 이후 즉시 그 피의자를 강간한 사안에서 경찰관이 성행위를 제안하였으나 피의자가 거부하자 경찰관임을 강조하며 협박하고 경찰력을 이용하여 피의자의 남편이 집에 없음을 확인한 후 피의자 소유 차량을 환수하도록 허가하여 집으로 돌아가게 하여 강간한 사안에서, 강간 행위와 그 이전의 여러 행위 사이에는 실제적 결합성이 있으므로 '법의 컬러'에 의한 행위로 인정된다.[303] 반면, 법원은 교도관이 수형자와 게임을 하던 도중 욕설에 격분하여 수형자를 칼로 찌른 행위는 비록 그 칼이 교도행정을 위해 소지한 것이라 할지라도 게임에 참여한 것은 지극히 개인적인 행위이며 '법의 컬러'로 행한 행위가 아니라고 판시하였다.[304] 같은 취지에서 시(市) 교통국 소속 변호사가 동료 변호사를 괴롭힌 행위는 교통국 소속 변호사의 업무 성질과 유사성 및 연결성이 부족하여 '법의

298) USSG, § 2H1.1, 18 U.S.C.A. "(b) Specific Offense Characteristic (1) If (A) the defendant was a public official at the time of the offense; or (B) the offense was committed under color of law, increase by 6 levels."
299) Bustos v. Martini Club Inc., 599 F.3d 458 (5th Cir.2010)
300) United States v. Causey, 185 F.3d 407 (5th Cir.1999); Townsend v. Moya, 291 F.3d 859 (5th Cir.2002)
301) Dang Vang v. Vang Xiong X. Toyed, 944 F.2d 476 (9th Cir. 1991)
302) U. S. v. Causey, 185 F.3d 407, (5th Cir. 1999)
303) Bennett v. Pippin, 74 F.3d 578 (5th Cir. 1996)
304) Townsend v. Moya, 291 F.3d 859 (5th Cir. 2002)

컬러'로 행해진 행위라고 볼 수 없다.[305]

(2) 직무수행 상태 및 지위의 이용

'법의 컬러' 요건의 충족 여부가 직무수행 중에 위법행위가 발생했는지의 여부에 따라 달라지는 것은 아니고, 지위의 위용으로 보일 수 있는가에 따라 그 판단이 달라진다. 즉, 공무원의 지위에서 비롯된 행위를 하였거나, 그렇게 보일 수 있는 경우라면 직무수행의 상태와는 상관없이, 즉 비번인 경우에도 '법의 컬러'로 행한 것으로 인정될 수 있다.[306] 이와 같은 입장은 견지하고 있는 판례를 살펴보면, 경찰이 자신의 부인과 불륜관계인 남성을 자신의 집으로 유인하여 상해를 입힌 사안에서, 법원은 ① 상해의 과정에서 자신의 행위가 경찰관의 직무에 의해서 특별한 권한을 받은 행위라고 말하고, ② 자신이 경찰관이기 때문에 불륜 상대방을 죽일 수 있는 권한이 있다고 주장했으며, ③ 동료 경찰을 호출하여 현장에 오도록 한 이후 자신의 동료 경찰임을 알리고, ④ 그 동료 경찰과 함께 경찰 차량을 이용하여 피해자 불륜남을 쫓아냈다는 점 등을 근거로 여러 행위가 공무원의 지위에서 수행되는 행위로 보일 수 있도록 하였다는 점에서, 상해행위가 '법의 컬러'로 이루어진 행위라고 판단하면서 경찰관으로서의 행위가 아닌 분노와 질투에 사로잡힌 남편으로서의 행위였다는 경찰의 주장을 배척하였다.[307]

이와는 반대로 근무를 마친 경찰관이 자신의 집에서 지인들과 함께 술을 마시다 만취하여 개인소유의 총기로 지인을 상해에 이르게 한 사안에서 해당 행위는 경찰 규정에 따른 행위가 아닐뿐더러 행위 당시 경찰복은 입고 있었다 하더라도 그 행위가 경찰의 권한 또는 허가가 묵시적·추정적으로 인정될 수 있는 행위가 아니므로 '법의 컬러'로 행한 것이 아니라고 판시하였다.[308] 또한 비번인 경찰관이 관할권이 없는 다른 지역에 방문하여 음주를 즐기다가 나이트클럽의 출입문을 지키는 종업원에게 총기를 발사하여 사망에 이르도록 한 사건에서 비번인 경찰관도 총기를 휴대하고

---

305) Dang Vang v. Vang Xiong X. Toyed, 944 F.2d 476 (9th Cir. 1991). 본 사안은 민권의 박탈에 대한 민사소송을 규율하고 있는 연방법률 42편 제1983조 관련 사건에서 판단된 내용이다. 제1983조 또한 '법의 컬러'로 민권을 박탈한 경우에 관한 조항으로 동일한 표현을 사용하고 있다.

306) Joanna R. Lampe, at 2.

307) U.S. v. Tarpley, 945 F.2d 806 (5th Cir. 1991)

308) Pitchell v. Callan, 13 F.3d 545 (2d Cir. 1991)

있도록 규정한 주(州) 법령에 따라 총기를 휴대하고 있었으며 또 자신들이 경찰이라고 밝혔다고 하여도 이는 '법의 컬러'로 행위를 하였다고 간주할 수준의 행위가 아니라고 보았다.[309] 같은 취지에서 연방법원은 비번인 시(市) 소속 응급구조사가 욕조에서 미끄러져 의식을 잃은 환자에게 성범죄를 저지른 경우, 사건 당시 공무원이었다고 해서 그 행위가 '법의 컬러'로 행해진 것으로 판단할 수는 없고 그 공적인 행위의 성질을 고려해야 하며, 공적인 권한을 입고 그 아래 행하는 것으로 보이는 경우에 '법의 컬러'가 인정될 수 있다는 견해를 유지하고 있다.[310]

(3) 행위 주체

직권남용의 경우 공무원이 그 행위의 주체가 되는 것은 당연하다. 우리의 경우 혹은 미국의 여러 주에서 명확히 공무원으로 규정하고 있는 경우에는 공무원의 행위로 제한된다.[311] 그러나 연방 법률에는 "누구든지(Whoever)"로 기술하고 있다. 따라서 연방 법률 제242조의 성립을 검토하는 경우 행위의 주체가 공무원에 한정되는가 아니면 사인도 가능한가의 문제가 제기된다.

문언의 의미를 제한적으로 해석하면 공무원에 한정하는 것이 당연한 것으로 보인다. 미국 연방 법무부도 법의 모습으로 행위를 한다는 의미에 연방, 주 혹은 지자체 공무원이 적법한 권한에 속한 행위를 하는 것뿐만 아니라 그 공무원이 자신의 직무를 수행하는 과정에서 행하는 행위라고 주장하거나 그렇게 보이도록 할 때는 적법 권한을 이탈하는 행위도 포함한다고 설명하면서 제242조의 주된 주체는 공무원임을 암시하고 있다. 이어서 제242조에서 법의 모습으로 행하는 자는 경찰, 교정직 공무원, 이외 기타 법집행 공무직 종사자, 판사, 공공 복지기관 등에서 공무원으로 일하는 자를 포함한다고 소개하고 있으며, 일반 사인의 경우에 대하여는 언급이 없다.[312]

사인이 단독으로 법의 모습으로 행위할 수 있는가에 대해서 법원은 긍정의 입장이다. U.S. vs. Price 사건에서 연방법원은 제242조는 법의 모습으로 행한 사람에게만

309) Rodriguez v. City of Milwaukee, 957 F. Supp. 1055 (1997)
310) DiDonato v. Panatera, 24 F.4th 1156 (7th Cir. 2022)
311) 미국 여러 주의 관련 규정은 Public officer, official 또는 Public servant 등의 용어를 사용하고 있다.
312) 미연방법무부 홈페이지 (https://www.justice.gov/crt/deprivation-rights-under-color-law) (2022.7.20. 최종방문).

적용되지만, 그 행위자가 반드시 '공무원'일 것을 요구하지는 않는다고 판시하였는데 우리의 입법내용 및 주(州) 차원의 유사규정과는 분명한 차이가 있는 부분이다. 또한, 사인이 공무원과 공모하여 제242조에서 금지한 행위를 한 사안에서 그 사인은 본 법률에서 의미하는 '법의 컬러'로 행위를 한 자로 인정될 수 있다고 판단하였다.[313]

3. 직권남용죄 적용실태 및 사례

가. 연방 법률 제242조 위반에 대한 법적 절차

제242조 위반에 대한 법적 절차는 고소 혹은 고발의 형식으로 개시되며 이는 법무부 혹은 지방 연방검찰청에 서신, 전화, 방문 등 다양한 채널를 통해 이루어진다. 일반적으로는 피해자나 고발인에 의해 접수되어 FBI에 입건되기도 하지만 다른 연방기관이나 주 또는 지방 공무원에 진정이 접수되어 사건이 FBI에 이첩되는 일도 있다. 사건에 대하여 대다수의 경우에는 FBI가 수사를 담당하지만, 필요한 경우 법무부의 재량에 의해 수사가 개시될 수도 있다. FBI는 수사를 종결하면서 법무부에 예비 수사 결과에 대한 보고서를 올리고, 추가 수사가 필요한 경우 법무부가 실질 수사를 개시하게 된다. 사실관계가 민권의 침해를 의심할 만한 수준에 이르는 경우 법무부 검사는 지방검찰청 검사와의 협력하에 대배심을 소집할 수 있다. 제242조를 위반한 것으로 의심되는 모든 행위가 기소로 연결되는 것은 아니며, 법무부 지침은 ① 실질적인 연방의 이익이 있는 경우, ② 제1심 재판 이후 소명되지 않은 연방의 이익이 있는 경우, 또는 ③ 승소가 가능한 충분한 증거가 있는 경우와 같은 조건을 기소의 전제요건으로 제시하고 있다.[314]

나. 연방 법률 제242조 위반에 대한 기소 실태

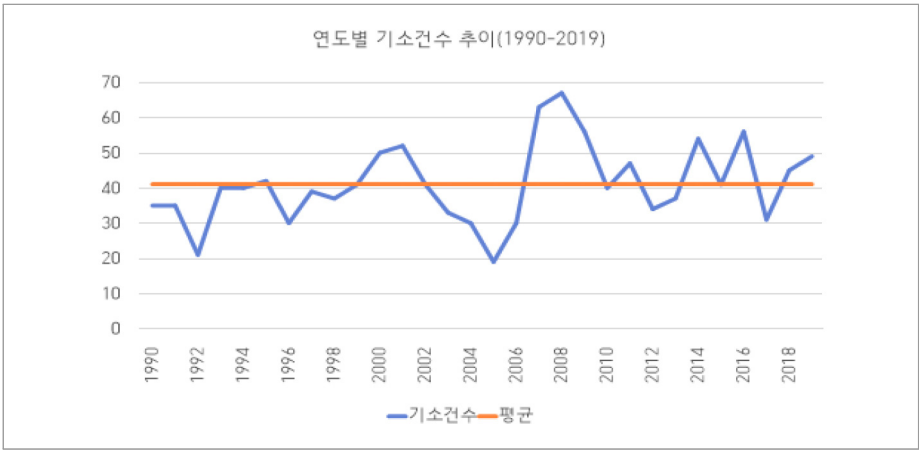
제242조 위반행위에 대한 기소는 주로 경찰력의 과도한 행사와 관련하여 이루어지고 있으며, 교도관의 과도한 폭력행사가 또 다른 주요 위반사항이고, 공무원이 법의

313) 383 U.S. 787 (1966)

314) Brian R. Johnson & Phillip B. Bridgmon, Depriving Civil Rights: An Exploration of 18 U.S.C. 242 Criminal Prosecutions 2001-2006, 34 Crim J. Rev., 2, (2009) p.199.

컬러로 강도, 절도 또는 성폭력을 저지르는 경우도 그중 하나다.[315] 1990년부터 2019년까지 20년간의 기소 건수를 보면, 연평균 41건의 기소가 이루어졌다. 최소 기소 건수를 기록한 해는 2005년으로 19건에 불과하고, 기소가 가장 많이 이루어진 해는 2008년으로 67건의 기소가 이루어졌다. 2019년 한해를 단편적으로 살펴보면 제242조 위반으로 이루어진 기소는 단 49건이다. 2019년 연방검사에 의해 기소된 범죄의 전체 건수 184,274건 대비 0.0266%이며, 범죄 수 10만 건당 26.6건으로 매우 낮은 기소율을 보인다.[316]

[그림 3-3-1] 연도별 기소사건 추이[317]



제242조 위반에 대한 기소 건수가 이와 같이 저조한 수치를 보이는 것은 위반 사건 자체가 적기 때문은 아닌 것으로 보인다. FBI 등 연방 수사기관이 제242조 위반 사건을 수사하여 기소 의견으로 검찰로 송치한 숫자 대비 기소의 비중은 매우 낮은데, 연방검사는 송치된 사건의 약 98.7%를 불기소하는 것으로 알려져 있다. 이 수치는

315) 형사소송 이외 제242조 위반행위에 대한 피해자는 연방 법률 18 U.S.C. 1983에 의해 민사소송을 제기할 수 있다.

316) Transactional Records Access Clearinghouse at Syracuse University, "Police Officers Rarely Charged for Excessive Use of Force in Federal Court" (https://trac.syr.edu/tracreports/crim/615/)(2022.08.24. 최종방문)

317) Transactional Records Access Clearinghouse at Syracuse University, "Police Officers Rarely Charged for Excessive Use of Force in Federal Court" (https://trac.syr.edu/tracreports/crim/615/)(2022.08.24. 최종방문)

다른 사건과 대비하여 매우 이례적이다. 탈세, 미성년자 성착취 금지법 위반, 연방자금 관련 횡령, 추방 이후 재입국 시도 등의 사건에 대한 불기소율이 각각 40%, 51%, 61%, 7%임에 비교할 때, 연방검사가 제242조 위반에 대해 얼마나 기소를 꺼리는지 확연하게 드러나고 있다.[318]

연방검사가 왜 기소하지 않으려 하는지에 대한 조사는 활발하지 않은 것으로 보이나, 연방의회의 질의에 대해 법무부 민권국은 그 주요 원인을 ① 제242조와 같은 범죄의 경우 그 피해자는 사회적으로 동정심을 유발하지 않음에 비해 피고인, 즉 공무원의 경우는 지역 사회를 중심으로 존경받는 인물이라는 사건의 본질적 특성, ② 법의 컬러로 자행된 시민권 침해 행위에 대한 개념과 해석의 법적 측면의 문제, ③ 경찰관이 피고인이 된 사건을 다루는 것을 다소 꺼리는 정치적인 현실, ④ 이와 같은 이유로 제242조 위반행위에 대한 조사와 법적 논리 구성에 시간이 많이 소요되는 현실적 어려움의 문제라고 답하였다.[319]

불기소율이 높은 원인을 파악하기 위하여 2004년 연방검사를 대상으로 한 조사는 의회에 대한 법무부의 답변보다는 조금 더 구체적이고 실무적인 원인을 제시하고 있다. 2004년 1/4분기에 제242조 위반으로 연방 수사기관에 의해 수사되어 연방 검찰에 송치된 사건 수는 모두 230건이며, 이 중에서 3건만이 기소되었고, 기소된 3건 모두 유죄판결을 받은 것으로 집계되었는데, 이 사안에서 검사들을 대상으로 한 조사에서 검사들이 제시한 원인은 대략 크게 3가지로 유형화할 수 있다. 먼저, 제242조가 요구하는 주관적 요소는 "의도성(wilfulness)"인데 이는 가장 높은 수준의 범의(犯意, mens rea) 요소로서 그 입증이 쉽지 않다는 것이다.[320] 아울러 증거와 관련해서는

---

318) Transactional Records Access Clearinghouse at Syracuse University, "Under Color of Law" (https://trac.syr.edu/tracreports/civright/107/)(2022.08.25. 최종방문)

319) Houston Chronicle 2004-12-01 〈City rarely prosecutes civil rights complaints〉 (https://www.chron.com/news/houston-texas/article/City-rarely-prosecutes-civil-rights-complaints-1509188.php)(2022.08.24. 최종방문)

320) Taryn A, Merkl, "Protecting Against Police Brutality and Official Misconduct: a New Feferal Criminal Civil Rights Framework," Brannan Center for Justice at New York Univeristy School of Law(2021), p.6. 2012년 발생한 라말리 그레이엄(Ramarley Graham) 사건이 이 주관적 요소가 입증하기 어렵다는 것을 보여주는 대표적 예라 할 수 있다. 용의자 그레이엄을 뒤좇던 뉴욕시의 경찰관이 용의자의 집 문을 부수고 들어가 용의자를 총으로 쏜 사안에서 경찰관은 용의자가 총을 소지하고 있었다는 정당방위를 주장하였으나, 그 주장이 사실이 아니라는 것이 밝혀졌다. 그러나, 제242조 위반으로 수사된 본 사안에서 연방검사는 경찰관이 그레이엄의 법률 혹은 헌법상의 권리를 "의도적으로" 박탈하려고 하였다는 점을 합리

사안이 제242조의 적용대상인 연방 범죄라는 것을 입증할 증거의 부족과 공판에서 채택될 수 있는 증거 확보가 어렵고, 마지막으로 연방의 측면에서 기소의 실익이 크지 않다는 점을 이유로 들고 있다.[321]

다. 직권남용 관련 주요 사례

(1) '법의 컬러' 요건의 판단

1) Dang Vang v. Vang Xiong X. Toyed 사건

미연방법원은 라오스 출신의 몽골 난민인 피해자가 취업을 위해 워싱턴에 소재한 주립 고용안정사무소에 방문하였다가 운전면허 필기시험을 도와주겠다는 취업처의 소개 및 면접 담당 직원의 호의에 속아 모텔 등에서 복수의 강간을 당한 사건에서 '법의 컬러'로 인한 행위의 여부를 판단하였다.[322] 이 사건 원심에서 배심원은 피고의 행위가 '법의 컬러'로 이루어진 행위라고 판단하였고, 항소심에서 피고 측 변호인은 직원의 불법행위가 고용안정사무소 직원의 직무와 전혀 관련이 없고 유사성도 없다는 점을 주장하며 법의 컬러 요건 충족의 부당함을 주장하였다.[323]

이 사안을 판단하면서 법원은 헌법적 권리가 박탈당하였다는 것은 부인할 수 없는 사실임을 확인하고, 주(州) 정부에 의해서 주어진 지위의 남용, 공적 직위로 인한 행위 및 주(州) 법에 의해 주어진 의무를 수행하는 동안에 이루어진 행위는 '법의 컬러'로 인한 행위라는 이전 판례의 내용을 제시하였다.[324] 이후, 법원은 ① 직원인 워싱턴 고용안정사무소 소속 공무원이고, ② 피해자가 취업을 원하여 해당 사무소가 난민들에게 필요한 일자리를 제공하는 공공기관이라고 신뢰하여 방문하였으며, ③ 취업과

적 의심을 넘어서는 수준으로 입증하는 것이 어렵다고 판단하여 불기소처분하였다.

321) Transactional Records Access Clearinghouse at Syracuse University, "Under Color of Law", (https://trac.syr.edu/tracreports/civright/107/)(2022.08.25. 최종방문)

322) Dang Vang v. Vang Xiong X. Toyed, 944 F.2d 476 (9th Cir. 1991). 본 사안은 형사법 제18편 제242조 위반의 사건이나, 민사소송을 위한 법률 제1983조에 의거한 소송으로, 미연방대법원과 연방 순회법원이 '법의 컬러'라는 개념은 두 조문에서 의미하는 바가 동일하다는 것을 확인한 바 있어, 해당 개념에 관한 판단은 동일하게 적용된다는 점을 밝혀둔다. United States v. Hoffman, 498 F.2d 879 (7th Cir. 1974); United States v. Price, 383 U.S. 787.

323) 피고측이 이 주장을 위하여 인용한 판례는 다음과 같다: Hughes v. Halifax County School Bd., 855 F.2d 183 (4th Cir.1988); Murphy v. Chicago Transit Authority, 638 F. Supp. 464 (1986).

324) West v. Atkins, 487 U.S. 42 (1988)

관련하여 상담하는 과정에서 성폭행을 당했고, ④ 출신 국가의 문화적인 이유로 피해자는 정부의 지원을 전적으로 신뢰하고 공무원에 대한 존경심이 상당했다는 점 등을 토대로, 성폭행하기 위하여 피고가 원고에게 영향을 미치고 물리적 통제를 하기 위해 공무원의 지위를 이용하였고 이는 '법의 컬러'로 이루어진 행위라고 인정한 배심원의 판단에 오류가 없음을 확인하였다.

종합하면, 법원은 피고가 직무의 내용 및 권한을 자신의 직무 장소에서 직무 행위 대상에게 보였고, 이후 직무의 수행과정을 기회로 범행 기회를 만들고, 공무원의 직무에 대한 피해자의 신뢰라는 심리 상태를 이용하여 직무 및 권한을 통하여 통제를 강화하여 범행하였다는 점에서 이는 직무 범위를 벗어나는 행위라 하더라도 '법의 컬러'로 이루어진 행위라고 판단하였다고 볼 수 있다.

2) Van Ort v. Estate of Stanewich 사건

앞서 살펴본 Dang Vang v. Vang Xiong 사건에 대한 법원의 판단이 이루어지고 5년이 흐른 이후 동일한 미연방 제9순회 법원에서 다시 한번 '법의 컬러' 요건의 충족 여부를 판단하였다.[325] 본 사건에서 피고인은 보안관을 보좌하는 샌디에고 카운티의 보안관보(補)로서 마약수사를 담당하고 있었다. 당시 자신이 수사하던 마약사건의 피의자 가택의 수색 과정에서 마약을 발견하지 못하고 금고 속에 현금, 귀금속, 동전 등이 있는 것을 발견하였다. 근무를 마친 이후 보안관보는 위 재물에 대한 강도의 목적으로 피의자의 집에 침입하였고, 침입 당시 마스크, 청바지와 라텍스 장갑, 선글라스와 모자를 착용하고, 경찰 배지를 착용하지 않았으며, 피의자를 만난 상황에서 자신의 신분을 숨겼던 것으로 밝혀졌다.

이와 같은 상황을 종합적으로 고려하여 법원은 보안관보의 강도행위는 '법의 컬러' 아래 이루어진 것이 아니라고 판단했다. 먼저, 만약 보안관보가 직무 수행하는 것으로 보이거나 그렇게 가장했다면 비록 사적인 목적을 가지고 직무의 범위를 이탈한 행위를 한 경우에도 '법의 컬러' 아래 행한 것이라는 것이 인정될 수 있음을 지적하였다.[326] 또한 보안관보의 강도 행위가 직무 범위 내에 속한 행위에서 발생한 것이거나, 피해자

325) Van Ort v. Estate of Stanewich, 92 F.3d 831 (1996)
326) Screws, 325 U.S. at 111, 65 S.Ct.; Bonsignore v. City of New York, 683 F.2d 635 (2d Cir.1982) 참조.

에 대한 영향 및 물리적 통제를 위해 지위를 이용하였다면 '법의 컬러' 요건을 충족할 수 있다고 판시하였다.

그러나 해당 사안에서 앞서 언급된 보안관보의 외모는 보안관의 직무 혹은 권한과는 관련이 없고, 자신의 신분을 숨기기 위해 배지를 착용하지 않고 오히려 보안관임을 숨긴 채 자신을 강도라고 말했던 점 등의 사실에 주목하여, 법원은 보안관보의 행위가 법의 컬러 요건을 충족하지 않는 것으로 판단하였다. 따라서 본 사건에서는 공무원(보안관)의 신분 제시 혹은 신분을 가장한 사실이 없고, 오히려 신분을 숨기는 행위로 인해 피해자가 보안관임을 알 수 없었고, 따라서 지위 또는 권한의 이용을 범행에 이용하지 않은 점과 보안관의 직무에서 활용할 수 있는 총이나 순찰 차량과 같은 직무 관련 자원의 사용이 없었기 때문에, 법의 컬러 아래 행해진 강도행위로 보기에는 어렵다고 판단하였다고 볼 수 있다.

3) U.S. v. Causey 사건

가혹행위 혐의 경찰을 고발하여 내부 감사를 신청한 사람을 그 경찰이 자신의 경찰 동료와 공모하여 살인한 사건에서 '법의 컬러' 아래 행한 행위의 여부가 논의되었다.[327] 본 사안을 판단하면서 연방법원은 공모자들과 만나서 회의를 한 장소가 경찰관서이며, 피해자를 찾기 위해 경찰 차량을 이용했고, 경찰 무전을 이용하여 공모자들과 연락을 주고받았으며, 경찰력을 이용한 보호를 약속하여 공모자들의 협조를 끌어냈고, 범죄 현장에서 살인사건의 은폐를 위해 직무 권한의 이용을 계획했다는 점을 종합적으로 고려하였다. 이에 근거하여 법원은 그 살인 행위가 '법의 컬러' 아래 행한 행위라고 판단하고, 경찰이라는 신분에 근거한 권한의 사용 및 남용과 살인 행위 사이에 관련성이 충족된다고 보았다.[328]

---

327) U.S. v. Causey, 185 F.3d 407 (5th Cir. 1999)

328) 본 판결의 소수의견에서 연방판사 DeMoss는 두 가지 측면에서 본 사안의 살인 행위를 '법의 컬러' 아래 행한 행위로 보기에 어렵다고 주장한다. 첫째는 피고인이 범행을 용이하게 하기 위하여 경찰 무전, 경찰 차량 등 공적 자원을 사용하였다는 사실을 다수의견이 과대평가하고 있다고 지적하고, 그와 같은 활용은 단지 범행의 보조수단에 불과한 것이라고 설명하였다. 즉, 법의 컬러 아래 행한 행위를 인정한 다른 사건에서는 경찰 무전이나 차량의 이용을 통하여 그 행위가 직무에 의한 행위 혹은 직무를 가장한 행위에 포함되는 것에 비해 본 사안의 경찰 자원 활용은 그와 같지 않다고 보았다. 또한 조지아 주법에 따라 체포라는 직무 행위를 하는 과정에서 살인을 한 Screws 사건과 비교하여 의 경우와는 다르게 본 사안에서는 직무행위와 관련이 없는 사적인 목적의 추구 행위에 단순히 경찰 자원이 이용된 것일 뿐이라는 점이다.

4) U.S. vs. Temple 사건

범죄혐의를 받던 국세청(IRS) 소속 품질분석가 피고가 자신의 사무실이 있는 빌딩에서 체포되는 과정에서 욕설과 큰 소리를 지르며 극렬히 저항하면서 세무 감사와 세금 환급 조사를 하겠다고 협박을 하였다. 이에 피고는 연방법률 26 U.S.C. § 7214[329] 위반으로 기소되었고, 주요 쟁점은 '법의 컬러' 아래 행한 행위의 여부였다.[330]

이 사안에 대해 원심은 ① 피고가 감사 혹은 세금 환급 조사를 하여 경찰에게 불이익을 줄 수 있는 직무상 위치가 아니었고, 도리어 여러 징계를 통하여 직무배제가 예정되는 등 고용상태가 매우 불안정한 상태였으며, ② 피고가 경찰서로 이송된 이후에도 격한 감정에 터무니없는 소리를 일삼아 주위 경찰들이 실소를 보냈던 예와 경찰 내 정신의학 진단 및 치료를 받도록 조치된 상황을 보면 협박받은 경찰이 협박의 실현 가능성을 크게 평가하지 않는 등 심각하게 생각하지 않았을 것이고, ③ 체포와 이송 과정에서 행한 협박은 '법의 컬러'로 인한 행위가 아니라 체포 및 이송을 거부하는 과정에서 자연스럽게 나온 행위이며, 따라서 소동을 부리며 협박을 한 행위는 실제 직무의 과정에서 혹은 직무의 가장 아래 이루어진 행위가 아니라고 판단하였다.

그러나, 항소심은 ① 피고가 세무 관련 조사를 실제로 수행할 수 있는지와는 상관없이 경찰은 피고가 그와 같은 권한이 있는 것으로 볼 만한 정황이 있고, ② 고용상태의 불안정은 협박을 받는 순간에 경찰이 알지 못하는 사정이며, ③ 정신적인 문제가 있는 것으로 보이는 상태와는 관련 없이 경찰은 전반적인 상황에서 피고가 직무상 감사 혹은 조사를 할 수 있는 권한이 있는 것으로 느꼈고, ④ 불이익을 줄 수 있다는 전반적인 분위기 형성을 넘어서 자신이 그 권한을 가진 것으로 가장하여 직접적인 협박을 가했다는 점[331] 등을 들어 피고의 위압적 행위는 그 권한이 실제 혹은 외관상 있는 것으로 보이는 상태에서 행한 행위로서 '법의 컬러'로 인한 행위인 것을 명백히 판시하였다.

---

329) 연방 국세청(Internal Revenue Service, IRS) 소속 직원이 '법의 컬러 아래 행한 억압의 죄'로 유죄판결을 받으면 미국의 국세 관련 연방 공무원 혹은 종사자는 직무에서 해제되거나 고용에서 해고되며 5년 이하의 징역에 처해진다. 26 U.S.C. § 7214(a)(1)

330) U.S. vs. Temple, 447 F.3d 130 (2nd Cir. 2006)

331) 권한에 대한 직접적인 언급과 협박은 법의 컬러 아래 행한 행위 요건을 충족하는 하나의 요소라는 점을 강하게 주장하기 위하여, 시장(市長)이 미성년자를 성폭행하면서 피해 미성년자가 저항하거나 지속적인 폭력을 신고하지 못하도록 자신의 권한을 간접적 방식과 전체 분위기로 오인시킨 행위는 법의 컬러 아래 행한 행위로 인정 가능하다고 한 전례를 인용하였다. United States v. Giordano, 442 F.3d 30 (2d Cir.2006).

5) '법의 컬러' 요건에 대한 법원의 입장 및 구체적 판단 요소

이상 본 절에서 살펴본 판례를 종합하여 미국의 법원, 특히 연방법원이 '법의 컬러'를 판단하기 위해 사실관계의 요소를 고려하는 가장 기본이 되는 문제는 법의 권위를 입었기 때문에 가능한 권한의 오용인가의 문제이다.[332] 따라서 권한이 없는 행위 혹은 정당한 직무의 범위를 벗어난 행위도 위와 권한 때문에 가능했던 공무원의 불법행위라면 '법의 컬러' 요건을 충족할 수 있다.[333] 다만, 직무 범위를 벗어난 공무원의 불법행위의 경우 그 행위는 직무와 관련된 것이어야 '법의 컬러'로 인정될 수 있고, 그렇지 못한 경우 단순한 사적 추구가 될 수 있을 뿐이다.

위와 같은 입장에서 법원이 '법의 컬러' 요건을 판단할 때 고려하는 구체적 사실관계를 정리하여 열거한다면, ① 권한 보유의 외관, ② 공무원인 신분의 제시, ③ 권한 또는 지위를 이용한 범행 기회의 취득, ④ 권한에 대한 피해자의 인식 및 그 인식의 이용, ⑤ 직무 관련 인적 또는 물적 자원의 이용, ⑥ 범행의 장소, ⑦ 권한 또는 지위를 이용한 도주 및 은폐, ⑧ 행위의 직무 관련성, ⑨ 권한 또는 지위의 언동을 통한 공적 분위기 조성 등이 될 수 있다.[334]

(2) 행위의 불법성 인식

텍사스 가족 및 보호 서비스부(Texas Department of Family and protective services)의 한 지점 소속 공무원이 가출 청소년의 휴대전화기를 압수했다가 돌려주지 않아 공무상 억압(official oppression)으로 기소된 사건에서 법원은 공무상 억압의 죄가 성립하기 위하여 필요한 주관적 요소는 행위자의 인식이라는 점을 분명히 제시하였다. 본 사건은 마약, 원조교제와 가출 등을 일삼은 아동이 주(州)의 담당 부서에 의해 보호되고 있던 도중 휴대전화를 압수당하여 압수한 공무원이 공무상 억압의 죄에 해당하는지를 판단하는 사안이었다. 본 사안에서 법원은 피고가 자신의 행위가

---

332) U.S v. Classic, 313 U.S. 299 (1941)

333) 직무의 범위를 벗어난 직권남용, 즉 월권적 남용에 대해서 우리의 경우는 학설은 공무원의 일반적 직무 권한과의 관련성에 따라 직권남용으로 인정할 수 있다는 긍정론과 직무 관련성의 여부와 상관없이 직권남용의 성립 가능성을 부정하는 부정론이 대립하고 있으나 법원은 최근까지 긍정론 입장의 판결을 유지하다가 소위 '사법농단 사태' 재판부터 부정론 입장의 판결을 내리고 있다고 보는 견해가 있다. 남형우, 위의 글, 48~59면.

334) 남형우, 위의 글. 45~46면.

불법이라는 것을 알면서 행위를 했다는 것을 주(州) 정부가 밝혀야 한다는 점을 강조하면서 피고의 불법행위에 대한 인식 여부를 판단하였다.

주 정부(검사)는 아동이 자신의 휴대전화에 대한 압수수색에 대한 동의를 그 부서의 누구에게도 하지 않았다는 점을 강조하면서, 휴대전화를 압수한 것은 당연한 불법이며 피고는 이를 인식할 수 있었다고 주장하였다. 이에 대해 피고는 해당 부서가 본 상황에 대한 종합적 판단하에 그 아동을 긴급체포하고 있었기 때문에, 피해 아동의 저항에도 불구하고 아동의 휴대전화를 압수하는 것이 가능하다고 믿은 것은 불합리한 것이 아니라고 반박하였다. 또한 휴대전화를 압수한 동기가 아동의 동선을 파악하기 위해서가 아니라 아동의 마약 사용과 관련한 것을 파악하기 위함이었다고 주장하였다.

이와 같은 주장에 대하여 원심은 피고가 아동에게 안전하게 거주할 수 있는 장소를 제공하기 위해 피해 아동을 보호하는 것은 가능한 일이나, 마약 관련 혐의를 입증할 증거를 찾기 위해 휴대전화를 압수하는 것은 허용될 수 없는 일이라는 점에 주목하여 유죄를 선고하였다. 그러나, 항소법원은 피고가 아동의 휴대전화를 압수한 주관적 동기가 무엇이었는지 그리고 피고가 휴대전화를 압수 수색할 적법한 권한이 있는지는 사안의 본질과 상관이 없으며, 피고가 자신의 행동이 위법이라는 것을 인식하였다고 하는 점을 검사가 합리적 의심을 넘어서는 수준으로 입증하였는지가 사안의 본질임을 판시하였다.

피고의 인식 여부를 판단하면서 항소법원은 ① 아동이 도주, 원조교제, 마약 구매 및 판매 등 자기 파괴적 행위를 하지 못하도록 하기 위하여 휴대전화를 압수할 수 있다고 믿는 것은 불합리하지 않고, ② 아동의 휴대전화기 소지가 허용되지 않은 시설에 보호된 이후로 그 아동이 휴대전화기를 더는 소지할 수 없다는 점은 당연하므로, 피고는 자신이 아동의 휴대전화기를 압수하는 것이 위법하지 않다는 합리적 신뢰가 있었다고 판단하였다. 이 판단에 따라 항소법원은 피고인에 대한 유죄를 선고한 원심의 판결을 파기하였다.[335]

(3) 침해의 결과

음주운전으로 재판을 받는 젊은 여성에게 해당 사건의 판사가 사건 관련 중요한 논의 사항이 있다며 피해 여성을 전화로 불러 법원 밖에서 만나 성적인 접촉을 위해

335) Reynolds v. State, 543 S.W.3d 235 (Tex. Crim. App. 2018).

협박의 발언을 한 사안에서 법원은 공무상 억압의 성립 여부를 판단하기 위해 두 가지 쟁점에 대해 심사하였다. 먼저, 사실심 재판을 맡은 판사가 재판이 개정되기 전에 피의자의 연락처를 사건 관련 문서를 통해 입수하여 사적인 만남을 갖고 성희롱적 발언을 함으로써 피해자의 공정한 재판을 받을 권리 또는 우호적인 처분을 받을 권리가 침해되었는지가 첫 번째 쟁점이었다.

이에 대해 법원은 피고인의 행위와 발언에 주목하였다. 고급 레스토랑으로 함께 가서 저녁을 사겠다는 피고인의 제안을 피해 여성은 거절하지 못하였고, 피고인은 피해 여성이 이 성적 접근을 거절하면 자신이 공정한 재판을 받을 수 없을 것이라고 느끼도록 상황을 만들었다고 판단하였다. 또한 판사가 피고인인 피해자에게 ① 현재의 변호인 선임을 유지하면 유죄판결 받을 수 있고, ② 피해자가 만약 자신에게 관심을 둔다면 현재 변호인보다 더 훌륭한 변호인을 구해 주겠으나 관심을 갖지 않는다면 자신이 판사이기 때문에 유죄판결을 선고할 수 있으며, ③ 자신은 피해 여성과 관계를 맺고 싶고, ④ 피해자는 판사의 제안을 변호인 및 다른 누구에게도 말하면 재판에 영향이 있을 것이라고 말한 것은 피해자의 정당한 권리의 행사에 영향을 주는 불법행위라고 판단하였다.

이에 대해 피고인은 그러한 언급이 증명되었다 하더라도 실제 재판이 이루어지지 않았으므로 피해자의 공정한 재판을 받을 권리가 침해된 것이 아니라고 주장하였다. 이에 대해 법원은 만약 피고인이 피해자의 공정한 재판을 받을 미래의 권리가 자신의 성관계 제안에 대한 수락에 좌우되는 상황을 만들었다면, 공무상 억압은 실제 재판이 개정되지 않았다고 하더라도 그 행위 당시에 성립된다고 판시하였다.[336]

라. 개정 관련 주요 논의

(1) 주관적 요소의 완화

18 U.S.C. §242가 규정하는 '의도성(willfully)'에 대하여 개정의 논의가 지속되고

336) Jackson v. State, 352 S.W.3d 288 (Tex. App. 2012). 우리 형법상 직권남용은 침해범의 성격을 갖는 범죄이며 미수범 처벌 규정이 존재하지 않아 이 사안의 경우 처벌이 불가능할 것으로 보이지만, 위 사안에서 법원은 판사의 불법행위가 실제의 재판에 침해의 결과를 나타내기 이전이라도 피해 여성의 권리행사가 방해되었다고 보아 공무상 억압의 죄가 성립 가능하다고 판단하였다.

있다. 연방 법률에서 말하는 의도성은 헌법 등 법령이 보장하는 권리를 박탈하려는 특별한 고의를 의미한다. 그 고의는 부정적인 목적을 지적 요소로 하는 고도의 주관성을 의미한다. Screws 법원은 §242 위반을 판단과정에서 유죄판결을 내리기 위해서는 피고인이 법률이 보장하는 권리 등을 박탈하겠다는 구체적 인식 및 의도를 가지고 행위를 하였음을 합리적 의심을 넘어서는 수준으로 입증해야 한다고 설명하여 제시하고 있다. 이와 같은 특별한 의도는 입증이 매우 어려워 제242조 위반의 행위를 기소하기 꺼리게 되고 따라서 법률이 유명무실해지는 주된 원인으로 인식한다. 따라서 이를 '인식하면서(knowingly)' 또는 '무모하게(recklessly)'로 완화해야 한다는 주장이 지속해서 제기되어 왔다.[337]

모범형법전을 모방한 대부분 주(州)는 주관적 요건으로 의도성(wilfulness)을 요구하고 있지 않다.[338] 주(州) 입법이 요구하는 주관적 요건은 연방 법률이 말하는 부정적 의도가 아닌 지적 고의, 즉 자신의 행위가 불법이라는 것을 인식하는 수준의 요소를 의미한다.[339] 주(州)의 입법 상황과는 다르게 주관적 요소의 완화 주장은 실제 연방 법률의 개정에 반영되지는 않고 있으나, 유사한 다른 법률에는 영향을 준 것으로 보인다. 지난 2020년 미네소타주 미니애폴리스에서 경찰의 체포과정 중 무릎으로 목을 눌려 사망한 조지 플로이드 사건이 사회적 이슈가 되어 발의된 「조지 플로이드 치안 정의 법안(George Floyd Justice in Policing Act of 2021)」은 제242조에 비해 완화된 주관적 요건으로 '의도적으로(wilfully)' 대신 '인식하거나 혹은 무모하게(knowingly or recklessly)'라는 용어를 사용하고 있다. 학자들과 실무자들은 이 변화

337) 이와 같은 주장의 대표적 문헌으로는 다음을 참조. Taryn A. Merkl, "Protecting Against Police Brutality and Official Misconduct: A New Federal Criminal Civil Rights Framework," Brennan Center for Justice at New York University School of Law (2021); Joanna R. Lampe, "Federal Police Oversight: Criminal Civil Rights Violations Under 18 U.S.C. §242," Congressional Research Service, (2020); Brennan Center for Justice, 2021-05-14 〈How Congress Can Give Teeth to the Federal Law on Police Accountability〉. (https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/how-congress-can-give-teeth-federal-law-police-accountability)(2022.09.01. 최종방문).

338) Model Penal Code § 243.1.

339) 의도성(willfully)을 입증하려면 피고인이 자신의 행위가 불법이라는 것을 알면서 동시에 법이 금지하는 것을 하려는 의도, 즉 법을 위반하려는 나쁜 목적이 있었다는 것을 모두 입증해야 한다. 반면, 인식(knowingly)을 입증하기 위해서는 피고인이 의도적이고 자발적으로 행위를 했다는 것을 입증하는 것으로 충분하다. 따라서 주관적 요소의 강도를 볼 때, 의도성(wilfulness), 인식(knowing), 무모성(recklessness)의 순이라고 볼 수 있다. Taryn A. Merkl, p.9.

가 범죄의 필수요소를 변경하는 새로운 법률 구조로의 전환이며, 이를 통하여 경찰의 재량권 행사에 대한 지침 마련과 교육훈련의 개선 등을 유도할 것이라는 예상과 더불어, 경찰의 고도한 물리력 사용, 성적인 접촉, 의료 대응이 필요한 민간인에 대한 무관심 등 일선 경찰이 현장에서 접하는 위법행위에 관해 법률이 무엇을 어떻게 금지하는가에 대한 보다 명확한 지침을 줄 수 있을 것으로 기대하고 있다.[340]

(2) 처벌 수준 및 절차의 신속성 강화

직권남용과 관련하여 연방 법률 §242의 경우는 법정형이 가중요소에 따라 징역 1년부터 사형까지 가능하지만, 주(州)의 차원에서는 테네시나 소수의 주(州)를 제외하고 대부분 경한 범죄(Misdemeanor)를 법정형으로 규정하고 있다. 경한 처벌로는 예방적 효과가 확보되지 않기 때문에 처벌 수준의 강화가 필요하다는 논의가 제기되었다. 처벌의 강도와 더불어 절차적 신속성에 대한 요구도 잇따른다. 위반행위자가 공무원이라는 특성으로 인하여 절차가 지연되는 경우가 있으며, 절차의 지연은 특히 피해자의 회복에 부정적인 영향을 미친다는 점도 신속성 확보의 필요성을 위한 하나의 근거로 주장되고 있다.[341]

4. 요약 및 시사점

우리의 직권남용죄와 입법체계 혹은 조문의 내용 측면에서 거의 같거나 매우 유사하다고 평가할 수 있는 규정이 미국 연방 법률이나 주(州) 법률에 입법되어 있지는 않다. 직권남용의 행위를 금지하고 처벌하는 규정으로 연방 차원에서는 18 U.S.C. §242 (법의 컬러 아래 타인의 권리를 박탈하는 행위)로 규정하고 있다. 또한 주(州)의 차원에서는 각각의 주마다 주의 필요에 맞게 입법/규율하고 있다. 연방은 §242에서 '법의 컬러' 아래 헌법에 의해 보장/보호되는 권리 등을 박탈하거나 자국민 처벌과 다르게 차별하여 처벌하는 행위를 금하고 있다. 이를 위반하면 가중요소에 따라 벌금 혹은 1년 이하의 징역부터 사형까지 처할 수 있다. 주(州)의 경우에는 연방의 법률을

340) Id.
341) Matthew V. Hess, "Good Cop-Bad Cop: Reassessing The Legal Remedies For Police Misconduct," 1993 Utah L. Rev. 149 (1993), p.186~188.

따라 입법한 경우가 있고, 모범형법전에 따른 입법례가 있으며, 자치 주 고유의 입법 양식을 갖춘 예도 있다. 주(州)에 따라 죄명이 조금씩 상이하며 "공무상 억압의 죄(official oppression)," "공무상 위법행위(official misconduct)" 또는 "공공의 정의에 반하는 기타 범죄(Other Offenses Against Public Justice)" 등의 제목하에 필요한 내용을 입법하여 규율하고 있다.

미국의 직권남용을 이해하기 위해서는 '법의 컬러'라는 개념을 이해할 필요가 있으며, 이는 법원의 해석을 통해 가능하다. 연방 법률 및 일부 주의 법률에서 사용하는 '법의 컬러'는 "주(州) 법에 따라 주어지고 또한 그 불법행위자가 주(州) 법이라는 권위를 입었기 때문에 행사 가능했던 권한을 오용한 것은 법의 컬러 아래 행한 행위"라고 개념 지을 수 있으며, '법을 가장하여(pretense of law)'라는 표현과 같다. '법의 컬러' 요건의 판단에 있어 가장 기본이 되는 문제는 법의 권위를 입었기 때문에 가능한 권한의 오용인가라는 점이며, 따라서 권한이 없는 행위 혹은 정당한 직무의 범위를 벗어난 행위도 위의 권한 때문에 가능했던 공무원의 불법행위라면 '법의 컬러' 요건을 충족할 수 있다. 그러나 직무 범위를 이탈한 행위는 직무와 관련된 것이어야 하고, 그렇지 않다면 사적인 목적을 추구하기 위하여 단순히 법적 권한을 이용하는 행위로서 '법의 컬러 아래 행한 행위'에 해당하지 않는다.

법원은 '법의 컬러' 아래 행한 행위와 사적 추구 행위 사이에 명확한 구분 선이 없다는 것을 인정하고 있으며, 해당 사안의 구체적 사실관계를 종합적으로 고려하여 판단하기 위하여, ① 권한 보유의 외관, ② 공무원인 신분의 제시, ③ 권한 또는 지위를 이용한 범행 기회의 취득, ④ 권한에 대한 피해자의 인식 및 그 인식의 이용, ⑤ 직무 관련 인적 또는 물적 자원의 이용, ⑥ 범행의 장소, ⑦ 권한 또는 지위를 이용한 도주 및 은폐, ⑧ 행위의 직무 관련성, ⑨ 권한 또는 지위의 언동을 통한 공적 분위기 조성 등을 검토하는 것으로 파악된다.

연방의 경우, §242 위반의 사건에 대해 연방 수사기관이나 법무부에 의해 수사가 진행되어 기소된다. 기소의 내용은 경찰과 및 교도관의 폭력행위 등 과도한 권한 행사가 주된 사항이고, 공무원 개인이 지위 및 권한을 이용한 일반범죄 등도 해당된다. 기소율은 조사대상 기간 20년 동안 연평균 49건이고, 연방검사에 의해 기소된 전체 범죄 건수 대비 0.0266%로 매우 낮다. 위반 사건 자체는 적지 않으나 기소율이 낮은

이유는 법적 측면에서는 주관적 구성요건을 입증하기 쉽지 않고 증거 확보와 관련된 어려움과 기소의 실익이 크지 않은 점 등이 있고, 피의자가 공무원이며 지역에서 존경받는 인물이기 때문에 꺼리는 정치적 측면의 이유 등이 있다.

18 U.S.C. §242에 대한 개정 논의는 주로 주관적 요소인 의도성(wilfulness)에 집중되어 있으며, 가장 높은 수준의 주관적 요소인 '의도적으로(wilfully)'를 '인식하면서(knowingly)' 또는 '무모하게(recklessly)'로 낮춰야 한다는 주장이 제기되고 있다. 주(州)의 법은 이와 같은 주장을 받아들여 주관적 요소를 완화하고 있으며, 경찰력의 행사 등에 관한 연방 법률에도 이와 같은 수준의 주관적 요소를 요구하는 법령으로 제정 및 개정하고 있다.

우리나라 직권남용죄에 대한 법리와 쟁점

이천현

제4장

우리나라 직권남용죄에 대한 법리와 쟁점

제1절 | 직권남용권리행사방해죄(형법 제123조 규정)

1. 입법연혁

가. 구형법과 제정형법

구형법(의용형법, 1912~1953년)[342]에서는 '공무원직권남용죄'는 '제25장 독직의 죄'에 규정되어 있었다.[343] 현행 규정 규정과 거의 동일하게 규정되어 있었고, 다만 그 표제가 "공무원직권남용"으로 되어 있었으며 법정형이 "6월 이하의 징역 또는 금고"로 매우 경하게 규정되어 있었다는 점에 차이가 있다.

〈구형법(의용형법)〉
제25장 독직의 죄
제193조(공무원직권남용) 공무원이 그 직권을 남용하거나, 사람으로 하여금 의무없는 일을 행하게 하거나 또는 행할 권리를 방해한 때에는 6월 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

1953년에 제정된 우리 제정형법(현행법, 법률 제293호, 1953.9.18. 제정, 1953.10.3. 시행)에서는 직권남용죄 규정이 '제7장 공무원의 직무에 관한 죄'에 규정되었고,

342) 1912년의 조선형사령(朝鮮刑事令, 조선통감부제령 제11호, 1912.3.18. 제정)에 의해 1912년 4월 1일부터 일본 형법(1907년에 제정)이 적용되었다. 조선형사령은 1945년 해방 이후에도 미군정의 군정법령 제21호(이전 법령 등의 효력에 관한 건, 1945.11.2. 제정·시행)와 대한민국 헌법(1948.7.17. 제정·시행) 제100조에 따라 1953년 10월 2일(형법제정)까지 그 효력이 유지되었다.
343) 일본의 직권남용죄 연혁에 대하여는 후술함.

그 표제가 "타인의 권리행사방해"로 수정되었으며 법정형이 '5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지'로 강화되었다.[344]

〈제정형법(1953년)〉
제7장 공무원의 직무에 관한 죄
제123조 (타인의 권리행사방해) 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 행하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.

구형법에서 직권남용죄의 법정형이 경하게 규정되어 있고 그 실무에 있어서도 관대하게 보는 경향은 '관존민비'(官尊民卑) 사상이 반영된 것으로서, 제정형법(현행법)에서는 이러한 "구형법의 전체주의적인 사고방식을 일신하고 민심을 옹호하는 입장에서 공무원의 직무에 관한 죄를 제7장에 규정하면서 전반적으로(뇌물죄나) 직권남용죄에 있어서 형기를 인상하고 있다."고 설명되고 있다.[345] 이 점은 입법과정에서의 "공무원에 대한 적정한 형벌수준의 확보"라는 맥락[346]에서도 이를 확인할 수 있다.

"직권남용죄(타인의 권리행사방해죄)를 규정한 정부안 제134조(현행형법 제123조)는 제2대 국회 "제16회 국회임시회 제14차 회의"(1953.7.1)에서 심의되었다. 당초 정부안은 개정형법가안과 동일한 구성요건으로 하면서 형량만 2년에서 5년으로 올리고 자격정지를 선택형으로 한 것이었다. 여기에 법사위 수정안은 법정형을 "징역 또는 10년 이하의 자격정지"에서 "징역과 10년 이하의 자격정지"로 바꾸었다. "징역과 자격정지를 병과하여 공무원의 부정부패에 적극적으로 대응하기 위한 것이었다." 이 부분에 관하여 입법자들은 명시적으로 논의를 하면서 입장을 정리하였다. 당시 변진갑 의원은 "5년 이하의 징역"을 "5년 이하의 징역이나 금고"로 하자는 수정안을 냈다. 이에 대하여 법제사법위원장대리(엄상섭)은 법제사법위원회 논의과정에서의 직무유기죄(제122조) 등에 관한 논란을 소개하면서, 직권남용죄(제123조)에서 금고를 제외하고 자격정지를 병과형으로 한 이유는 공무원에 대하여 일정한 수준 이상의 처벌을 확보하는 데에 있음을 강조하였다. 또한 엄상섭은 정부안 제144조(현행형법 제135조)를 설명하면서, "이것으로써 공무원을 우대하는 형법이 아닌 것은 잘 알 것입니다."라고 하여 각칙 제7장 공무원의 직무에 관한 죄의 입법적 의도를 간접적으로나마 언급하였다."

※ 오병두, "직권남용죄의 성립요건에 관한 검토", 형사법연구 제32권 제2호(2020 여름), 142~143면.

344) 제정형법에서의 강요죄 규정은 다음과 같이 규정하고 있었다.

제37장 권리행사를 방해하는 죄
제324조 (폭력에 의한 권리행사방해) 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

345) 유기천, 형법학[각론강의 하](전정신판), 일조각, 1982, 273면.

346) 오병두, "직권남용죄의 성립요건에 관한 검토", 형사법연구 제32권 제2호(2020 여름), 142~143면.

나. 1955년 개정법

1995년 형법개정(법률 제5057호, 1995.12.29. 일부개정)으로 형법 제123조는 조문의 표제가 "타인의 권리행사방해"에서 "직권남용"으로 변경되었고, 그 법정형은 '5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지'에서 '5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금'으로 개정되어 선택형으로 '1천만원 이하의 벌금'이 추가되었다.

〈1995년 개정형법〉
제7장 공무원의 직무에 관한 죄
제123조 (직권남용) 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리 행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

죄명이 "직권남용"으로 변경된 것은 "본죄는 현행형법 제323조 내지 제324조의 권리행사방해죄와는 성질을 달리하는 직권남용을 본질로 하는 범죄라는 점을 고려"한 것이고,[347][348] 벌금형을 선택형으로 규정한 것은 "범죄의 불법 정도가 반드시 반드시 자유형에 의하여 처벌해야 할 것은 아니라는 점을 참작하여 벌금형을 활용함으로써 구체적으로 타당한 양형을 가능하게" 하기 위한 것이다.[349]

2. 보호법익

직권남용권리행사방해죄의 보호법익에 대하여는 국가기능의 공정한 행사라는 견해와 국가기능의 공정한 행사 및 의사결정의 자유라는 견해 두 가지로 대별해 볼 수 있다.

전자에는 ① '국가기능의 공정한(또는 정당한) 행사'라는 견해[350]나 ② '국가기능의

347) 법무부, 형사법개정자료(XIV) 형법개정법률안 제안이유서, 1992.10. 256면.
348) 여기에는 구형법에서 '직권남용죄'라고 하였고, 일본 현행형법에서 '공무원직권남용'이라고 되어 있다는 점도 고려한 것으로 보인다(법무부, 형사법개정특별심의위원회 회의록[제6권], 1988, 315면).
349) 법무부, 형사법개정자료(XIV) 형법개정법률안 제안이유서, 1992.10. 255면.
350) 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 2019, 박영사, 710면; 정성근/정준섭, 형법강의각론, 2022, 박영사, 540면; 손동권/김재윤, 새로쓴 형법각론, 2022, 율곡출판사, 747면; 김성돈, 앞의 책, 775면; 박찬걸, 형법각론, 2022, 박영사, 859면.

효율적인 행사를 통한 시민의 권리'라는 견해[351]가 있다. 후자에는 ① 주된 보호법익은 국가기능의 공정한 행사이고, 부차적 보호법익은 사람의 의사결정의 자유라는 견해,[352] ② 국가의 일반권력 기능을 일반적 보호법익, 행정의 공정성과 적법성을 구체적 보호법익으로 하되 피해자 개인의 의사결정 및 의사활동의 자유 역시 보호법익이 된다는 견해,[353] ③ 본 죄의 보호법익은 '국가기능의 공정한 행사'이지만, 그것 자체가 궁극적인 목적이 아니라 국민의 권리를 보호하기 위한 수단에 불과하다는 견해,[354] ④ 직권남용의 측면에서는 공무의 적정한 수행을 보호하기 위한 것이고, 권리행사 측면에서는 개인의 자유와 권리를 보호하기 위한 것이라는 점에서 두 가지 보호법익을 모두 가지고 있다는 견해[355] 등이 있다.

본죄의 보호법익에 대하여는 학설에서는 국가기능의 공정한 행사라는 견해가 다수인 것으로 생각되지만, 판례는 국가기능의 공정한 행사 및 의사결정의 자유라고 하고 있다. 직권남용죄 규정(제123조) 내용을 보았을 때 판례의 견해가 타당하다고 생각된다. 우리 형법(제123조)이 공무원이 '직권을 남용하여'(국가적 법익의 침해) 사람으로 하여금 '의무 없는 일을 하게 하거나 권리의 행사를 방해한' 경우(개인적 법익의 침해)를 그 성립 요건으로 규정하고 있기 때문이다.

우리의 경우 직권남용죄 보호법익을 무엇으로 보느냐에 따른 관점을 범죄 성립요건에 대한 해석론과 관련시켜 논의하는 견해를 찾아보기 어렵다. 그러나 논리적으로는 그 보호법익을 국가기능의 공정한 행사로 보는 견해의 경우에는 '직권남용'의 해석에 논의가 집중되고 동시에 직권남용의 성립범위를 확장하고자 하는 경향을 견지할 수 있을 것으로 생각된다.

---

351) 홍영기, 형법 - 총론과 각론, 2022, 박영사, 569면.
352) 오영근, 형법각론, 2022, 박영사, 699~700면.
353) 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론, 2018, 박영사, 637면.
354) 배종대, 형법각론, 2020, 홍문사, 668면.
355) 이민걸, "직권남용죄에 있어서의 주체와 직권남용의 의미", 형사판례연구[제13권], 2005, 한국형사판례연구회, 394면(이 견해는 "쌍방의 법익의 침해가 없는 한 직권남용죄는 성립하지 않으므로(편면적인 법익침해만으로는 충분한 가벌성이 없다), 논의의 실익이 그다지 크지 않다"고 한다(394면).; 이종수, "공무원의 부당한 직무수행과 직권남용죄의 관계 - 직권남용죄의 보호법익과 '적극행정 면책이론'의 도입 논의를 중심으로", 법조 제70권 제1호(2021), 220면.

헌법재판소 2006.7.27. 선고 2004헌바46 전원재판부

직권을 남용하여 다른 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 공무원을 처벌하는 형법 제123조는 공무원의 직무관련 범죄를 처벌하는 형법 제7장 "공무원의 직무에 관한 죄"에 규정되어 있다. 직권남용을 통한 범죄는 뇌물에 관한 범죄와 함께 공무원의 대표적인 직무관련 범죄인데, 국민에 대한 봉사자로서 국민의 기본권 보장과 공익 실현을 목적으로 하는 국가작용을 현실적으로 수행하는 공무원이 공무 수행을 위해 부여된 직권을 부당하게 사용하여 개인의 자유를 억압하고 권리행사를 방해하는 행위를 처벌함으로써 국가기능의 공정한 행사에 대한 사회 일반의 신뢰를 보호하고 개인의 자유와 권리를 보호하고자 하는 것이 형법 제123조의 입법목적이다.

서울중앙지방법원 2018. 10. 5. 선고 2018고합340 판결

형법 제123조는 형법 제7장 공무원의 직무에 관한 죄에 규정되어 있는 것으로 '공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때' 처벌하는 범죄이다. 한편, 형법 제324조 제1항은 '폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 한 자'를 강요죄로 처벌하고 있다. 위와 같은 각 조문의 위치 및 내용에 비추어 보면, 직권남용죄는 직권남용의 측면에서는 공무의 적정한 수행을 보호하기 위한 것이지만, 권리행사방해 등의 측면에서는 개인의 권리와 의사결정의 자유를 보호하기 위한 것이다.

서울고등법원 2021.1.21. 선고 2019노873 판결(대법원 2021.9.9. 선고 2021도2030 판결)

국민에 대한 봉사자로서 국민의 기본권 보장과 공익 실현을 목적으로 하는 국가작용을 현실적으로 수행하는 공무원이 공무 수행을 위해 부여된 직권을 부당하게 사용하여 개인의 자유를 억압하고 권리행사를 방해하는 행위를 처벌함으로써 국가기능의 공정한 행사에 대한 사회 일반의 신뢰를 보호하고 개인의 자유와 권리를 보호하고자 하는 것이 형법 제123조(직권남용)의 입법목적인 점(헌법재판소 2006.7.27. 선고 2004헌바46 전원재판부 결정), 이는 직권남용의 측면에서는 공무의 적정한 수행을 보호하기 위한 것이고, 권리행사방해의 측면에서는 개인의 자유와 권리를 보호하기 위한 것으로 볼 수 있는 점…이다.

3. 구성요건

가. 행위의 주체

동죄의 행위의 주체는 '공무원'이다. 비신분자가 공무원으로 의제되는 경우[356] 뿐만 아니라 비신분자가 신분자와 공모한 경우에도 공동정범으로서 책임을 진다. 한편, 공무원이 퇴임한 경우 퇴임 전 공모한 범행에 관한 기능적 행위지배가 계속되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 퇴임 후 범행에 관하여는 공범으로서 책임을 지지 않는다.[357]

대법원 2020.2.13. 선고 2019도5186 판결

"직권남용권리행사방해죄는 공무원에게 직권이 존재하는 것을 전제로 하는 범죄이고, 직권은 국가의 권력 작용에 의해 부여되거나 박탈되는 것이므로, 공무원이 공직에서 퇴임하면 해당 직무에서 벗어나고 그 퇴임이 대외적으로도 공표된다. 공무원인 피고인이 퇴임한 이후에는 위와 같은 직권이 존재하지 않으므로, 퇴임 후에도 실질적 영향력을 행사하는 등으로 퇴임 전 공모한 범행에 관한 기능적 행위지배가 계속되었다고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한, 퇴임 후의 범행에 관하여는 공범으로서 책임을 지지 않는다고 보아야 한다."

한편, 비신분자(비공무원 A)이 비신분자(비공무원 B)를 통하여 신분자와 순차 공모한 경우에도 비신분자 A는 동죄의 공동정범으로서 책임을 진다.

〈장○○·김× 사건〉(국정농단 관련 사건)

한국동계스포츠영재센터(2015년 동계스포츠 영재발굴 및 지도육성사업 등을 목적으로 설립된 사단법인) 사무총장인 피고인 A(비신분자)는 최○○원(F, 비신분자), 박×× 전 대통령(G, 신분자)과 순차 공모하여, 대통령의 직권을 남용함과 동시에 이에 두려움을 느낀 피해자 삼성그룹 부회장(C) 등 삼성그룹 관계자들로 하여금 한국동계스포츠영재센터(D)에 후원금 명목으로 총 2회에 걸쳐 합계 16억 2,800만 원을 지원하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).[358]

---

356) 대법원 2020.4.29. 선고 2018도18526 판결 참조. 이것은 금융감독원 총무국장이 특정인을 채용하기 위하여 금융감독원 채용과정에 개입한 사건으로, 공무원 의제규정(금융위원회의 설치 등에 관한 법률 제69조)에 의해 총무국장에게 직권남용죄가 적용되었다.

357) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 판결(전원합의체)

이 사건에서는 변호인은 “피고인 A는 신분범인 직권남용권리행사방해죄의 신분자인 G 전 대통령과 직접 위 범행을 공모한 적이 없고, 비신분자인 F에게 가공하고 다시 F가 G 전 대통령에게 가공하여 순차 공모가 이루어진 것뿐이므로, 피고인 A에게 직권남용권리행사방해 범행에 대한 공동정범의 책임을 인정할 수 없다”고 주장하였다(2심 판결문 참조). 이에 대하여 〈2심〉은 “형법 제33조(에 따라) … 신분범에 있어서 비신분자라 하더라도 신분범의 공범으로 처벌될 수 있고, 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 것이므로 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지게 된다(대법원 2007.7.12. 선고 2006도3150 판결, 대법원 2000.3.14. 선고 99도4923 판결 참조). 따라서 비신분자인 피고인 A가 비신분자인 F를 통하여 신분자인 G 전 대통령과 순차 공모하였다고 하더라도, 피고인 A에게 이 부분 직권남용권리행사방해 및 강요 범행에 대한 공동정범의 책임을 인정할 수 있다.”고 하였다. 이에 대하여는 대법원도 수긍하였다.

그리고, 법원은 동일인이 두 개의 신분을 갖는 경우 각각을 분리하여 엄격하게 신분성을 파악하고 있다.

〈천안시장의 특정인 채용지시 사건〉

천안시장인 피고인은 천안시체육회 사무국장 AC와 천안시체육회 상임부회장 B에게 자신에게 정치헌금을 기부한 X를 천안시체육회 7급 직원으로 채용하라고 지시하였고, 이에 B와 AC는 천안시체육회 인사위원회를 개최하여 X에 대한 면접을 진행하고 적합 평가를 한 후 X를 채용하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).[359]

358) (1심) 서울중앙지방법원 2018.2.13. 선고 2016고합1282, 2016고합1288(병합, 분리), 2017고합399(병합), (2심) 서울고등법원 2018.6.1. 선고 2017노3802 판결, (3심) 대법원 2020.2.6. 선고 2018도9809 판결, (재항고심) 서울고등법원 2020.7.24. 선고 2020노308 판결

359) (1심) 대전지방법원 천안지원 2019.1.16. 선고 2018고합83 판결, (2심) 대전고등법원 2019.7.26. 선고 2019노40 판결, (3심) 대법원 2019.11.14. 선고 2019도11892 판결

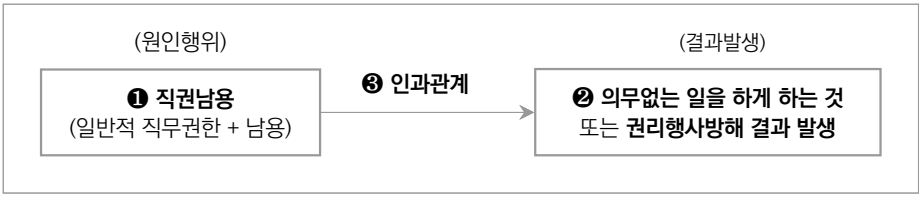
이 사건에서 〈1심〉은 "이 사건 당시 천안시체육회의 임원인 천안시체육회장은 공무원이 아니라 공공기관의 임직원에 해당하였고,[360] 이 사건 당시 천안시체육회 규약상 천안시장이 당연직 회장으로 규정되어 있다고 하더라도, 천안시체육회의 업무와 관련한 천안시체육회장의 권한을 두고 곧바로 공무원인 천안시장이 그 직무에 관하여 가지는 일반적 권한이라고 볼 수 없다"고 하였다.[361] 이에 대하여는 〈2심〉도 수긍하였다(직권남용 부분에 대하여는 상고 제기 없었음).

나. 실행행위

직권남용죄에 대한 해석론은 그동안 형성된 대법원 판결을 토대로 전개되고 있다. 따라서 이하에서는 대법원의 해석론을 중심으로 직권남용죄에 대한 법리를 살펴보기로 한다.

그동안 형성된 대법원의 법리에 따르면, 직권남용권리행사방해죄 성립을 위해서는 ❶ 직권의 남용과 ❷ 의무없는 일을 하게 하였거나 또는 다른 사람의 구체적인 권리행사 방해 결과의 발생, 그리고 ❸ ①과 ② 사이의 인과관계가 있어야 한다고 한다(객관적 구성요건).

[그림 4-1-1] 직권남용죄 객관적 구성요건



360) 공공기관의 운영에 관한 법률 제53조는 "공공기관의 임직원, 운영위원회의 위원과 임원추천위원회의 위원으로서 공무원이 아닌 사람은 「형법」 제129조(수뢰, 사전수뢰)부터 제132조(알선수뢰)까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다."고 규정하고 있을 뿐이다.

361) 대전지방법원 천안지원 2019.1.16. 선고 2018고합83 판결("이 부분 공소사실은 "피고인이 천안시체육회 사무국장 AC과 천안시체육회 상임부회장 B에게 X을 천안시체육회 직원으로 채용하도록 지시하였다."는 것인바, 천안시체육회의 직원 채용과 관련한 업무는 천안시장이 아닌 천안시체육회장의 권한에 해당하고, 피고인이 천안시체육회의 직원 채용과 관련하여 천안시장으로서의 어떠한 권한을 남용하였다는 것인지가 나타나 있지 않다. 앞서 본 관련자들의 진술 내용을 모두 종합하더라도, 피고인이 천안시장으로서의 일반적 권한에 속하는 사항을 불법으로 행사하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.")

(1) 직권남용

대법원은 '직권의 남용'에 대하여 "공무원이 **일반적 직무권한**에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우"를 의미한다고 일관되게 해석하고 있다.[362]

다시 말해서, '직권남용'을 인정하기 위해서는 ① "일반적 직무권한"이 있어야 하고, 그리고 그것이 형식적·외형적으로 공무원이 그의 직무상 권한을 행사하는 것으로 볼 수 있는 "외관"이 존재하여야 하며(일반적 직무권한), ② 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위(남용행위)가 있어야 직권남용권리행사방해죄가 성립할 수 있다.

1) 일반적 직무권한

"일반적 직무권한"에 속하는 사항이라고 인정되기 위해서는 - 상술한 바와 같이 - ① '일반적 직무권한'이 있어야 하고, 그리고 ② 그것이 형식적·외형적으로 공무원이 그의 직무상 권한을 행사하는 것으로 볼 수 있는 "외관"이 존재하여야 한다(일반적 직무권한).

〈사례 1〉 □□로 하여금 정○○ 초등학교 동문 부모의 회사인 KD코퍼레이션과 약 11억원 상당의 제품 납품계약을 체결하도록 한 경우

"관련 법령에 따라 중소기업이 대기업 등과 협력 및 동반성장을 할 수 있도록 시책을 마련하고 **중소기업** 제품의 구매를 촉진하며 판로를 지원할 의무가 있는 피고인이 대기업 회장 등을 만나 국가·정부 정책 등을 설명하고 협조를 구하는 '단독 면담'이라는 형식의 자리에서, 배석한 공소외 1이 □□그룹 부회장 공소외 16 등에게 '좋은 기술을 가지고 있는 중소기업이 있으니 그 기술을 활용할 수 있으면 채택해달라'는 식으로 말하면서 공소외 11 회사 제품의 구매를 요구한 사안이어서, 그 구매 요구를 형식적·외형적으로 대통령과 경제수석비서관의 일반적 직무권한에 속하는 사항이라고 볼 수 있다."[363]

〈사례 2〉 □□로 하여금 최○○이 운영하는 광고기획사 플레이그라운드를 광고대행사로 선정하도록 해 총액 70억 원의 광고를 수주하도록 한 경우

"공소외 1이 피고인과의 **단독 면담을 끝내고 돌아가는 공소외 16에게 공소외 23**

362) 대법원 2011.2.10. 선고 2010도13766 판결; 대법원 2011.7.28. 선고 2011도1739 판결 등
363) 〈박○○ 국정농단 사건〉 서울중앙지방법원 2018.4.6. 선고 2017고합364-1(분리) 판결

회사의 회사소개 자료를 건네면서 단순히 광고 발주를 부탁한 것에 불과하여, 그 부탁을 형식적·외형적으로 대통령이나 경제수석비서관의 일반적 직무권한에 속하는 사항이라고 보기는 어렵다"[364]

한편 '일반적 직무권한'에 대하여는 다음과 같이 법령상의 근거 및 법률상의 강제력 수반 필요성 여부가 논의되고 있다.

ⓐ **법령상의 근거**

어떠한 직무가 공무원의 일반적 권한에 속하는 사항이라고 하기 위해서는 – 법치행정의 원리상 – 원칙적으로는 **법령상의 근거**가 필요하다고 한다.[365] 다만, 법령상의 근거는 **반드시 명문의 근거만을 의미하는 것은 아니고**, 명문이 없는 경우라도 법·제도를 종합적, 실질적으로 관찰해서 그것이 해당 공무원의 직무권한에 속한다고 해석되고, 그것이 남용된 경우 상대방으로 하여금 의무 없는 일을 행하게 하거나 상대방의 권리를 방해하기에 충분한 것이라고 인정되는 경우에는 직권남용죄에서 말하는 '일반적 권한'에 포함된다고 한다.[366]

이와 관련하여, '헌법'이 직무의 법령상 근거로 기능하는지 여부가 문제될 수 있다. 이에 대하여 대법원은 이를 긍정하고 있다. 즉, "2018도2236 전원합의체 판결"[367]에서 다수의견은 (피고인의 지시는) "헌법에서 정한 문화국가원리, 표현의 자유, 평등의 원칙, 문화기본법의 기본이념인 문화의 다양성·자율성·창조성 등에 반하므로 헌법과 법률에 위배된다"고 인정하였다.

ⓑ **법률상의 강제력의 요부**

공무원 직권의 범위에 관하여는 다툼이 있다.

---

364) 〈박○○ 국정농단 사건〉 서울중앙지방법원 2018.4.6. 선고 2017고합364-1(분리) 판결

365) 헌법재판소 2006.7.27. 선고 2004헌바46 전원재판부("직무상 권한의 내용과 범위는 법치주의의 원리에 따라 헌법과 법률 기타 법령에 의해 정해지지만, 공무원의 직무상 권한이 반드시 법령의 직접적이고 명시적인 규정에 의해서만 인정되어야 하는 것은 아니고 조직법상의 근거를 둔 위임이나 지시 또는 명령 등을 통해 법령의 근거를 가지는 것으로 인정되면 족하다고 할 것이다.").

366) 대법원 2021.9.16. 선고 2021도2748 판결; 대법원 2019.3.14. 선고 2018도18646 판결; 대법원 2011.7.28. 선고 2011도1739 판결

367) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결

한정설은, 직권남용죄와 강요죄는 그 구성요건상 유사성이 있기 때문에, "직권남용은 공무원의 직권행사가 일반인에 있어서의 폭행, 협박에 해당할 정도의 의사억압 효과가 있는 정도에 해당하는 경우를 말한다고 해석하여야" 한다고 한다. 또한 정책적인 면에서도 "공무원의 모든 직권을 포함하여 해석하는 경우 결과적으로 부당한 직권행사라면 모두 처벌대상으로 포섭되어 공무원의 공무수행에 대한 형벌권 행사가 자의적으로 될 가능성이 있"기 때문에 "공무원을 정쟁의 소용돌이에서 보호하여 공무원의 정치적 중립성을 보장하기 위해서"는 직권남용죄에 있어서의 직권은 직권행사 자체로 강제력을 수반하는 경우만 해당하는 것으로 제한적으로 해석하여야 한다고 한다.[368]

비한정설은, 직권남용죄는 강요죄와 본질을 달리하고 반드시 폭행 또는 협박에 의할 것을 요하지 않기 때문에 - 공무원의 직권남용죄를 강요죄의 가중처벌사유로 규정하고 있는 독일형법의 해석론으로서는 몰라도 - 한국형법의 해석으로서는 직권남용죄는 강요죄와는 별개의 독립범죄로 이해되어야 하고, 따라서 직권남용죄의 공무원은 법률집행기관으로서 공무를 수행하면 족할 뿐 법률상 강제력을 수반하는 직무권한일 필요는 없다고 한다. 이에 따르면, "직권남용죄의 제한해석은 '직권 남용'이라는 불명확한 문언을 합리적으로 해석하는 방향에서 이루어져야 한다."고 한다.[369] 이와 같은 입장에서는, 구성요건상 명문의 제한이 없고, 공무원들의 엄정한 책임을 강조하는 입법취지에 비추어 신분범의 주체 자체를 제한할 근거는 없으며, 대법원도 의무강요·권리방해의 요건을 엄격하게 해석하고 있으므로 성립범위를 좁히기 위해 한정설을 취할 이유가 없고, 오히려 한정설에 의하면 처벌이 필요한 행위를 제대로 처벌하지 못하여 본죄의 입법취지를 크게 손상시킬 수 있다고 주장한다.[370]

이에 대하여, 대법원은 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 아니하며, 그것이 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금 법률상 의무 없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 것이면 된다고 한다.[371]

---

368) 이완규, "직권남용죄의 성립요건", 범죄방지포럼 제41호(2019.8), 36면; 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론, 2018, 638면; 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 앞의 책, 43/29; 이종수, 위의 글, 225면.

369) 조기영, 위의 글(직권남용과 블랙리스트), 37면. 또한, 김일수/서보학, 앞의 책, 638면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 710면; 배종대, 앞의 책, 668면; 김성돈, 앞의 책, 747면.

370) 오병두, 위의 글(직권남용죄의 성립요건에 관한 검토), 167면.

371) 대법원 2004.5.27. 선고 2002도6251 판결

대법원 2004.5.27. 선고 2002도6251 판결

"직권남용죄는 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립하고, 그 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 아니하며, 그것이 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금 법률상 의무 없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 것이면 된다."

2) 남용행위

공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 "직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위"를 한 경우를 말한다고 하고 있다.[372]

남용에 해당하는지 여부는 - "구체적인 공무원의 직무행위가 그 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 제반 요소를 고려하여 결정하여야 한다."고 하여 - 공무원의 직무행위의 목적, 당해 행위의 필요성·상당성, 법령상의 요건 등을 종합적으로 고려하여야 한다고 한다.[373][374]

3) 지위 또는 신분의 이용

ⓐ **"권한없이 남용 없다"는 원칙**

직권남용이 성립하기 위해서는 일반적 직무권한에 속하는 사항에 대한 남용(부당한 권한행사)이 있어야 한다. 따라서 직권남용은 공무원이 그의 일반적 권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 **지위를 이용한** 불법행위와는 구별된다.[375] **"권한없이 남용 없다"**는 원칙은 판례에서 굳건하게 확립되어 있는 원칙이라 할 수 있다.

---

372) 대법원 2004. 5. 27. 선고 2002도6251 판결

373) 대법원 2012.1.27. 선고 2010도11884 판결

374) 대법원이 제시하고 있는 실질적 기준을 '목적-수단'의 관계에서 분석하는 견해가 있다. 즉 '직권의 행사에 가탁하여 실질적·구체적으로 위법·부당한 행위를 하는 것'은 목적의 위법·부당성을 의미하고, '직무행위가 행하여진 상황에서 볼 때 필요성·상당성과 법령상의 요건을 충족하지 못한 것'은 수단의 위법·부당성을 의미한다고 한다(조기영, "직권남용과 블랙리스트", 비교형사법연구 제20권 제2호(2018.7), 41~45면; 양경승, "직권남용죄의 보호법익과 구성요건", 인권과 정의 Vol. 500(2021년 9월), 183~184면).

375) 대법원 1991.12.27. 선고 90도2800 판결; 대법원 2019.3.14. 선고 2018도18646 판결; 대법원 2019.8.29. 선고 2018도14303 판결; 대법원 2005.4.15. 선고 2002도3453 판결; 대법원 2008.4.10. 선고 2007도9139 판결; 대법원 2011.9.8. 선고 2011도7503 판결

ⓑ 직권남용과 지위 이용

공무원의 직무상 권한의 남용과 그 지위(또는 신분)을 이용하는 행위는 밀접한 관련이 있을 수 있기 때문에, 공무원의 언동에 의하여 상대방이 영향을 받고 이를 통해 상대방의 권리행사 방해 등의 결과가 발생한 경우, 그것이 직권 행사의 결과인지 아니면 단순히 그의 지위나 신분에 기한 것인지는 구별하기 쉽지 않다.[376]

이에, 최근 사법농단 등의 처벌과 관련하여 '직권남용' 요건의 지나친 엄격한 해석으로 인해 당벌적 행위에 대한 처벌의 공백이 생긴다는 인식 하에, 실제로는 권한범위 밖의 직무이지만 권한 범위내의 직무와 관련성이 있는 것을 전제로, 권한범위내의 권한행사라는 외관을 가지고 있어서 상대방이 권한 범위내의 직무집행으로 오신할 수 있는 경우라면 재량권 남용은 아니지만 권한의 '남용'(준월권적 남용)이라는 견해가 있다(이에 관하여는 후에 상술함).[377][378]

4) 대법원의 법리 연혁

대법원은 처음부터 직권남용에 관한 법리를 명확하게 한 것은 아니다. 직권남용죄에 관한 최초 판결(1954년)에서는 당해 구체적인 행위가 일반적인 직무권한에 속한 것인지 여부 등을 묻지 아니하고 하여금 의무없는 일을 행하게 한 사실 여부에 중점을 두고 직권남용죄 성립을 폭넓게 인정하였다.

대법원 1954.9.23. 선고 4287형상72 판결

"철도경찰대 소속 경찰관으로 있는 자는 여객 또는 운송물에 대한 운임징수의 권한이 없는 것이라고 하면서도, 열차의 수하물 소지 여객으로부터 수하물운임 명목으로 금원을 불법징수한 경우에는 공무원이고 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 행하게 한 것으로서 구형법 제193조[379]에 의하여 처벌할 것이다"

---

376) 양경승, 위의 글, 179~180면 참조.

377) 김성돈, "직권남용죄, 남용의 의미와 범위", 법조 제68권 제3호(2019.6), 221~223면(예를 들어, 대법원 2013.11.28. 선고 2011도5329 판결 참조). 또한, 오병두, "직권남용죄의 성립요건에 관한 검토", 형사법연구 제32권 제2호(2020 여름), 172면; 이창섭, "직권남용죄의 성립요건에 대한 고찰", 아주법학 제15권 제2호(2020), 251면; 양경승, 위의 글, 180면, 185면.

378) 이에 관하여는 '일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사를 가장하는 경우'는 '일반적 직무권한 존재 자체를 가장하는 경우'와 구별되어야 한다는 이유로 반대하는 견해가 있다(이민걸, "직권남용죄에 있어서의 주체와 직권남용의 의미", 형사판례연구 [13], 2005, 400~401면).

대법원 1955.10.18 선고 4288형상266 판결

"순경은 불가피한 경우에 상사로부터 구체적인 사건을 특정하여 수사명령을 받지 아니하면 사법경찰관사무를 취급할 권한이 없으므로 순경이 상사의 명령이 없고 입건되지도 아니한 경우 범죄수사를 빙자하여 허위의 명령서를 발부하여 의무 없는 서류제출을 하게 함은 허위공문서작성 및 직권남용죄에 해당한다."

이후 대법원이 직권남용에 관한 법리를 명확하게 하기 시작한 것은 1990년부터인 것으로 보인다. 즉, 1991년 〈기자간담회에 참고할 메모 작성 지시 사건〉에서 "직권남용죄의 '직권남용'이란 공무원이 그의 일반적 권한에 속하는 사항에 관하여 그것을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미"한다고 하였다.[380] 그리고 1992년 〈대통령비서실 민정수석비서관이 공사 대표이사에게 대통령 근친회사와의 수의계약 체결 지시 사건〉에서는 "공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 **가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우**"에 직권남용권리행사방해죄의 구성요건을 충족한다고 하였다.[381][382]

대법원 1991.12.27. 선고 90도2800 판결

"직권남용죄의 "직권남용"이란 공무원이 그의 일반적 권한에 속하는 사항에 관하여 그것을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 따라서 직권남용은 공무원이 그의 일반적 권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 지위를 이용한 불법행위와는 구별되며, 또 직권남용죄에서 말하는 "의무"란 법률상 의무를 가리키고, 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다."

---

379) 구형법 제193조(공무원 직권남용) 공무원이 그 직권을 남용하거나, 사람으로 하여금 의무없는 일을 행하게 하거나 또는 행할 권리를 방해한 때에는 6월 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

380) (1심) 서울형사지방법원 1988.3.12.선고 88고합128 판결, (2심) 서울고등법원 1990.8.17. 선고 88노1327 판결, (3심) 대법원 1991.12.27. 선고 90도2800 판결

381) (1심) 서울형사지방법원 1989.7.11 선고 89고합118 판결, (2심) 서울고등법원 1991.11.12. 선고 89노2615 판결, (3심) 대법원 1992.3.10. 선고 92도116 판결

382) 일본의 경우에는, 상술한 바와 같이, "'직권의 남용'이란 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 대하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 불법, 부당한 행위를 하는 것"을 말한다고 하여 직권남용 법리를 처음으로 명확하게 한 판례는 1982년의 〈재판관의 수형자 신분장부 열람사건〉에서 이다.

대법원 1992. 3. 10. 선고 92도116 판결

"대통령비서실 민정수석비서관이 대통령의 근친관리업무와 관련하여 정부 각 부처에 대한 지시와 협조 요청을 할 수 있는 일반적 권한을 갖고 있었음에 비추어 그가 농수산물 도매시장 관리공사 대표이사에게 요구하여 위 시장 내의 주유소와 써어비스동을 당초 예정된 공개입찰방식이 아닌 수의계약으로 대통령의 근친이 설립한 회사에 임대케 한 행위는 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 해당하여 타인의 권리행사방해죄의 구성요건을 충족한다"

(2) 의무없는 일의 강요 또는 권리행사 방해

대법원은 '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 충족되어야 직권남용권리행사방해죄가 성립한다. 즉 공무원이 한 행위가 직권남용에 해당한다고 하여 그러한 이유만으로 상대방이 한 일이 '의무 없는 일'에 해당한다고 인정할 수는 없다고 한다.

'의무 없는 일'에 해당하는지는 - 직권을 남용하였는지와 별도로 - 상대방이 그러한 일을 할 법령상 의무가 있는지를 살펴 개별적으로 판단하여야 하고, 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 한다(기수).[383]

1) 의무없는 일

'의무 없는 일을 하게 한 때'란 '사람'으로 하여금 **법령상 의무 없는 일**을 하게 하는 때를 의미한다. 즉 여기에서 '의무'란 법률상 의무를 가리키고, 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다.[384][385]

그리고 '의무 없는 일을 하게 한 때'의 판단에 있어서는 직권남용 행위의 상대방에

---

383) 대법원 1978.10.10. 선고 75도2665 판결; 대법원 2005.4.15. 선고 2002도3453 판결; 대법원 2006.2.9. 선고 2003도4599 판결

384) 대법원 1991.12.27. 선고 90도2800 판결; 대법원 2011.2.10. 선고 2010도13766 판결; 2009. 1.30. 선고 2008도 6950 판결.

385) 법률상 의무 없는 일을 하게 한다는 것은 전혀 의무가 없는 일일 뿐만 아니라 의무있는 일이라도 의무를 불리하게 또는 과중하게 변경하는 것을 포함한다(오영근, 형법각론, 2022, 702면; 김성돈, 형법각론, 2021, 777면).

따라 달리 판단하여야 한다고 한다. 즉, 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 있다. 그러나 상대방이 **공무원**이거나 법령에 따라 일정한 공적 임무를 부여받고 있는 공공기관 등의 임직원인 경우에는 법령에 따라 임무를 수행하는 지위에 있으므로 그가 직권에 대응하여 어떠한 일을 한 것이 의무 없는 일인지 여부는 관계 법령 등의 내용에 따라 개별적으로 판단하여야 한다는 것이다.[386]

2) 권리행사 방해

'권리행사를 방해한다 함'은 법령상 행사할 수 있는 권리의 정당한 행사를 방해하는 것을 말한다. 본 죄는 타인의 권리행사를 방해하여야만 성립하는 결과범이므로, 권리의 행사가 방해되기 위해서는 그 권리가 어느 정도 구체화되어 현실적으로 이를 행사할 수 있는 상태에 있어야 한다.[387]

3) 상하 지시관계의 경우

직권을 남용한 공무원의 보조기관인 하위 공무원도 상대방인 타인(사람)이 될 수 있는지 여부에 대하여 대법원은 다음과 같은 원칙을 확립하고 있다.[388]

즉, ① 실무담당자에게 고유한 권한과 역할이 없는 경우에는, 공무원이 **자신의 직무권한에 속하는 사항**에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행

386) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결("행정조직은 날로 복잡·다양화·전문화되고 있는 현대 행정에 대응하는 한편, 민주주의의 요청을 실현하는 것이어야 한다. 따라서 행정조직은 통일된 계통구조를 갖고 효율적으로 운영될 필요가 있고, 민주적으로 운영되어야 하며, 행정목적을 달성하기 위하여 긴밀한 협동과 합리적인 조정이 필요하다. 그로 인하여 행정기관의 의사결정과 집행은 다양한 준비과정과 검토 및 다른 공무원, 부서 또는 유관기관 등과의 협조를 거쳐 이루어지는 것이 통상적이다. 이러한 협조 또는 의견교환 등은 행정의 효율성을 높이기 위하여 필요하고, 동등한 지위 사이뿐만 아니라 상하기관 사이, 감독기관과 피감독기관 사이에서도 이루어질 수 있다. 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 없다.").

387) 대법원 1986.6.30. 선고 86모12 결정; 대법원 2005.2.1. 선고 2004모542 결정; 대법원 2006.2.9. 선고 2003도4599 판결; 대법원 2009.4.9. 선고 2007도9481 판결; 헌법재판소 2007.1.30. 선고 2006헌마1494 결정 등

388) 본 죄는 외부인(일반 국민)의 법익을 보호하기 위한 것이므로 공무원은 애당초 피해자나 상대방에 포함되지 않는다고 견해도 있다(이완규, 위의 글, 39~40면).

위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 할 수 없다고 하고,[389] ② 실무담당자에게 고유한 권한과 역할이 부여된 경우에는, 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 **실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우**에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다.[390] 반면, 공무원이 직권을 남용하여 상대방인 공무원으로 하여금 어떠한 일을 하게 하였는데, 상대방이 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 않는 경우, 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당하지 아니한다.[391]

공무원의 직무집행을 보조하는 실무 담당자에게 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있는지 여부 및 공무원의 직권남용행위로 인하여 실무 담당자가 한 일이 그러한 기준이나 절차를 위반하여 한 것으로서 법령상 의무 없는 일인지 여부는 관련 법령 등의 내용에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.[392]

(3) 인과관계

현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과는 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다.[393]

다. 주관적 구성요건

본죄가 성립하기 위해서는 직권을 남용하여 의무없는 일을 하게 하거나 권리행사를 방해한다는 점에 대한 고의가 필요하다. 즉, 이 고의에는 권리행사를 방해한다는 인식 이외에 직권을 남용한다는 인식도 포함된다.[394]

---

389) 대법원 2011.2.10. 선고 2010도13766 판결
390) 대법원 2012.1.27. 선고 2010도11884 판결; 대법원 2011.2.10. 선고 2010도13766 판결
391) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결
392) 대법원 2020.1.9. 선고 2019도11698 판결; 대법원 2021.9.16. 선고 2021도2748 판결
393) 대법원 2005.4.15. 선고 2002도3453 판결; 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결

대법원 2017.3.9. 선고 2013도16162 판결

범죄의 고의는 확정적 고의뿐만 아니라 결과 발생에 대한 인식이 있고 이를 용인하는 의사인 이른바 미필적 고의도 포함하므로, 피고인이 인신구속에 관한 직무를 집행하는 사법경찰관으로서 체포 당시 상황을 고려하여 경험칙에 비추어 현저하게 합리성을 잃지 않은 채 판단하면 체포 요건이 충족되지 아니함을 충분히 알 수 있었는데도, 자신의 재량 범위를 벗어난다는 사실을 인식하고 그와 같은 결과를 용인한 채 사람을 체포하여 권리행사를 방해하였다면, 직권남용체포죄와 직권남용권리행사방해죄가 성립한다.[395]

4. 기수시기

본죄의 미수범은 벌하지 않는다. 따라서 본죄의 기수가 되기 위해서는 의무없는 일을 하게 하거나 권리를 방해하는 행위가 있었다는 것만으로는 부족하고, 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 한다(기수).[396][397] 이것은 법원의 확고한 입장이다.

---

394) 대법원 1993. 7. 26.자 92모29 결정("형법 제123조의 죄에 관한 주관적 구성요건으로서의 범의에는 권리행사를 방해한다는 인식 이외에 직권을 남용한다는 인식도 포함되는 것이므로 교도소에서 접견업무를 담당하던 교도관이 접견신청에 대하여 행형법 제18조 제2항 소정의 "필요한 용무"가 있는 때에 해당하지 아니한다고 판단하여 그 접견신청을 거부하였다면, 단지 접견신청거부행위의 위법성에 대한 인식이 없었던 것에 불과한 것이 아니라 애초부터 직권남용에 대한 범의 자체가 없어 위 범죄를 구성하지 아니한다.")

395) 이 사건에서, 피고인 측은 "피고인이 당시 피해자의 접견을 허용할 객관적인 상황이 되지 않는다는 판단 하에 접견신청을 거부함과 아울러 피해자의 행위를 접견 목적 없는 체포·호송 방해행위로 평가하여 공무집행방해죄의 현행범으로 체포한 이상 피고인에게 직권남용의 고의가 없다."고 주장하였지만, 〈1심〉은 "이 사건 각 죄가 성립하려면, 공통적으로 공무원으로서 직권을 남용한다는 점에 관한 인식을 요하나 그 인식은 미필적 인식으로 충분하고, 그 외에 다른 어떤 부정한 목적이 있을 필요는 없다 할 것이다. … 피고인이 피해자의 접견교통권 인정여부 등에 관한 신중한 검토 없이 감정적·즉흥적으로 결정한 것으로 볼 수밖에 없는 점 등에 비추어 보면, 경찰에 오랜 기간 근무하면서 인신구속에 관한 업무를 담당해 온 피고인으로서는 접견교통권을 행사하는 변호사인 피해자에 대한 체포행위가 비록 외형상으로는 경찰의 직무집행 범위에 속하더라도 실질은 직무집행의 법령상 요건과 필요성 및 상당성을 결여한 것으로서 피해자의 접견교통권을 침해할 수 있다는 점에 관하여 적어도 미필적으로나마 그 인식이 있었다고 봄이 상당하다."고 하였다(수원지방법원 2013. 2. 6. 선고 2011고단328 판결).

396) 대법원 1978.10.10. 선고 75도2665 판결; 대법원 2005.4.15. 선고 2002도3453 판결; 대법원 2006.2.9. 선고 2003도4599 판결

397) 이에 대하여는 현실적인 권리행사방해의 결과는 불필요하다는 견해(이정원, 형법각론, 2012, 신론사, 716면), 권리행사 방해 등을 '객관적 처벌조건'으로 해석하려는 견해(김성돈, 위의 글, 227면) 등이 있다. 이에 관하여는 후에 상술함.

1975년의 〈정당 회의장 도청기 설치사건〉에서 〈원심〉은 회의경과에 대한 증거를 삼기 위하여 도청장치를 마련한다는 것은 정당한 목적으로 적법한 범위에서 한 일로는 볼 수 없으며 … 여기에 대하여 피고인의 범의가 없다고는 할 수 없다고 판단하여, 도청장치를 마련한 사실이 회의 시작 전에 회의 측에 알려져 도청은 못했다 할지라도 도청장치 때문에 회의가 예정보다 10분 늦어 시작되었으니 권리행사가 방해된 것이라는 판단하였다(대전지방법원 1975.6.25. 선고 75노353 판결). 이에 대하여 대법원은 도청장치를 설치하였지만 회의 시작 전에 그것이 발각되어 뜯겨진 경우에는 "회의진행을 도청당하지 아니할 권리(기타 권리)가 침해된 현실적인 사실은 없다."는 이유로 기수로 논할 수 없다고 하였다. 우리 법률에 "미수의 처벌을 정한 바 없고" 도청기를 설치하였으나 그 "뜻을 못 이룬 피고인의 행위는 다른 죄로는 몰라도 형법 제123조를 적용하여 죄책을 지울 수는 없다."고 하였다.[398]

〈정당 회의장 도청기 설치사건〉(1975년)

[사건 요지]
1975년 2월 온양경찰서에서 정보관계를 담당한 순경이 신민당 온양지구당 집행위원회에서 쓸 회의장소(신민당 충남 2지구당 상무당기위원 연석회의장)에 몰래 도청기를 마련해 놓았다가 회의 개최 전에 들켜 그것을 제거하기 위하여 회의가 열린 시간이 10분 늦어졌다.

[판 단] (대법원 1978.10.10. 선고 75도2665 판결)
형법 제123조의 죄가 기수에 이르려면 의무없는 일을 시키는 행위 또는 권리를 방해하는 행위가 있었다는 것만으로는 부족하고, 지금 당장에 피해자의 의무없는 행위가 이룩된 것 또는 권리방해의 결과가 발생한 것을 필요로 한다고 해석하여야 법문에 충실한 해석이라 하겠다. 따라서 공무원의 직권남용이 있다 하여도 현실적으로 권리행사의 저해가 없다면 본죄의 기수를 인정할 수 없다.
피고인이 도청기를 설치함으로써, 자유롭게 정당활동을 하고 동 회의의 의사를 진행하며, 회의진행을 도청당하지 아니하고 기타 비밀을 침해당하지 아니하는 권리를 침해당한 것이라는 공소사실에 비추어 회의가 10분 늦어진 사실은 공소범위를 벗어난 것으로 인정될 수 있고, 원심이 확정사실과 같이 도청장치를 하였다가 뜯겨서 도청을 못하였다면 회의진행을 **도청당하지 아니할 권리(기타 권리)가 침해된 현실적인 사실은 없다** 하리니 직권남용죄의 기수로 논할 수 없음이 뚜렷하고, 미수의 처벌을 정한 바 없으니 도청을 걸었으나 뜻을 못이룬 피고인의 행위는 다른 죄로는 몰라도 형법 제123조를 적용하여 죄책을 지울 수는 없다고 하겠다.
제123조의 죄가 원판결 설시 한 바와 같이 그 보호객체(법익)가 국권의 공정에 있고 이 법익침해는 침해결과의 발생의 위험이 있으면 족하다고 보아야 하는 점에서 강학상 위태범이라 함은 옳으나 **이 문제와 행위객체로서의 범죄구성요건에 있어서의 행위에 결과가 있어야 그 요건이 충족된다 함은 다르기 때문에** 위태범이라는 이유를 들어 제123조의 죄에 있어서 권리침해사실이 현실적으로 있을 필요가 없다고 할 수는 없다.

398) 대법원 1978.10.10. 선고 75도2665 판결

2019년의 〈국정농단 사건〉에서 "박○○ 전대통령 포스코로 하여금 펜싱팀을 창단시킨 뒤 최○○이 운영하는 더블루K가 매니지먼트를 하기로 하는 내용의 합의를 하게 한 사안"에서 〈1심〉은 원심은 포스코 그룹의 회장 등이 더블루K와 '포스코 그룹 계열사 산하에 2017년부터 창단 비용 16억 원 상당의 펜싱팀을 창단하고 그 매니지먼트를 EG에 맡기도록 하겠다."라는 내용의 합의를 함으로써 '의무 없는 일을 한 것이라고 판단하였으나,[399] 〈2심〉은 포스코 그룹 산하에 스포츠단이 창단되지 않았고, 더블루K와 매니지먼트 계약도 체결되지 않았다(법률상 의무를 지기로 하는 구속력 있는 합의가 완성되지 않았다)고 보고, "스포츠단 창단 및 매니지먼트 계약 체결의 협상 과정에서 이루어진 의견교환을 두고 포스코 그룹 회장, 경영지원본부장(사장)의 의무 없는 행위가 성립되었다고 보기 어렵다."고 하였다.[400]

5. 죄수

가. '의무없는 일을 하게 하는 것'과 '권리행사 방해'의 관계

대법원은 '의무없는 일을 하게 하는 것'과 '권리행사 방해'의 관계에 대하여, 상급 경찰관이 직권을 남용하여 부하 경찰관들의 수사를 중단시키거나 사건을 다른 경찰관서로 이첩하게 한 경우, '부하 경찰관들의 수사권 행사를 방해한 것'(권리행사방해)에 해당함과 동시에 '부하 경찰관들로 하여금 수사를 중단하게 하거나 사건을 이첩하게 한 것'(의무없는 일을 하게 하는 것)에도 해당된다고 볼 여지가 있으나, 이는 어디까지나 하나의 사실을 각기 다른 측면에서 해석한 것에 불과한 것으로서, 각각의 직권남용죄가 별개로 성립하는 것이라고 할 수 없고, 하나의 직권남용죄만 성립한다고 본다.[401]

나. 강요죄와의 관계

공무원이 폭행·협박을 수단으로 타인의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 경우에는, 본죄와 강요죄(제324조)의 상상적 경합설이라는 견해[402]과 강요죄가 성

399) 서울중앙지방법원 2018.4.6. 선고 2017고합364-1(분리) 판결
400) 서울고등법원 2018.8.24. 선고 2018노1087 판결
401) 대법원 2010.1.28. 선고 2008도7312 판결

립한다는 견해[403]가 있다. 판례는 본죄와 강요죄는 상상적 경합관계에 있다고 한다.[404]

다. 업무방해죄와의 관계

공무원이 사인의 업무(예를 들어, 사기업체의 채용 업무 등)에 대하여 '위계 또는 위력'으로서 타인의 권리행사를 방해한 경우에는 본죄와 업무방해죄(제314조)의 상상적 경합이 될 수 있다.

대법원 2021.3.11. 선고 2017도7583 판결

〈공소사실〉

해경 수색구조과 소속 경감인 피고인 A가 - 언딘의 이사 H에게 도움을 주기 위하여 - 청해진해운(주)의 구난업체 선정 계약 담당자 F에게 "서둘러 구난업체를 선정하지 않아 인명피해가 발생하면 선사 측에 큰 문제가 발생할 수 있다."라는 취지로 말하는 등 F를 기망·압박하고, "지금 이미 사고현장에서 작업 중인 언딘이라는 업체가 있다. 언딘 이사 연락처를 알려줄테니 도움을 받아라"라고 말해 언딘이 사고 해역에 먼저 도착해 작업 중인 것처럼 F를 기망하는 등 언딘과의 구난계약 체결을 종용하여 F를 통하여 청해진해운(주)으로 하여금 언딘과 구난독점계약을 체결하게 하여 직권을 남용하여 청해진해운(주)으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다.[405]

〈판단〉

1심은 피고인 A에 대하여 청해진해운(주)에 대한 직권남용권리행사방해죄와 위계로 인한 업무방죄가 성립한다고 하고, 이를 상상적 경합으로 처리하였다(형이 더 무거운 직권남용권리행사방해죄에 정한 형으로 처벌). 대법원은 이를 확정하였다.[406]

---

402) 김성돈, 위의 책, 778면.

403) 오영근 위의 책, 703면(강요죄의 형벌이 더 무겁다는 것을 이유로 한다).

404) 대법원 2020.2.6. 선고 2018도8808 판결. 동 판결은 당해 사건(피고인 A가 - 청와대 경제수석비서관 등과 순차로 공모하여 - KT회장 등에게 특정인의 채용 및 그 보직 변경과 특정 기업의 광고대행사 선정을 요구한 사건)에서, 원심(서울고등법원 2018.5.18. 선고 2017노3557 판결)이 피고인 A의 위와 같은 요구행위에 대하여 강요죄만 유죄로 인정하면서 이와 상상적 경합관계에 있는 이 부분 직권남용권리행사방해의 공소사실을 이유에서 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지한 것에 대하여 수긍하고 있다.

405) 1심 판결문과 대법원, 대법원 선고 2017도7583 직권남용권리행사방해 등 사건에 관한 보도자료(2021-03-11), 1~25면을 참조하여 구성함.

406) (1심) 인천지방법원 2016.10.17. 선고 2014고합931 판결, (2심) 서울고등법원 2019.05.11. 선

반면에, 공무원이 다른 공무원의 업무에 대하여 '위계 또는 위력'으로서 공무원의 업무를 방해한 경우에는 업무방해죄가 성립될 여지가 없고 직권남용권리행사방해죄만 성립한다. '허위사실 유포', '위계', 또는 '위력'에 의한 업무방해죄(제314조)의 업무에는 '공무'가 포함되지 않기 때문이다.[407] 다만, 이 가운데 '위계'으로서 공무원의 업무를 방해한 경우에만 위계공무집행방해죄(제137조)는 성립할 수 있다. **폭행, 협박, 위계**의 방법으로 공무원 업무를 방해한 경우 공무집행방해가 성립할 수 있기 때문이다.

라. 공무집행방해죄와의 관계

공무원이 다른 공무원의 업무에 관여한 경우 **폭행·협박, 위계**로써 공무원의 업무를 방해한 경우에는 본죄와 공무집행방해(제136조 또는 제137조)의 상상적 경합이 될 수 있다.

마. 기타

공무원이 직무관련자에게 제3자와 계약을 체결하도록 요구하여 계약 체결을 하게 한 경우에는 본죄와 제3자뇌물수수죄의 **상상적 경합관계**이 된다.

대법원 2017.3.15. 선고 2016도19659 판결

〈공소사실〉

이천시청 소속 건축공무원인 피고인은 2014.경 아파트 시행사업을 하는 BB로부터 건축 인허가 절차의 신속한 처리를 부탁하는 부정한 청탁을 받고, 피고인의 고등학교 동창인 ○○엔지니어링의 대표 C를 알려주어 ○○엔지니어링과 880만원 상당의 측량 및 설계 용역계약을 체결하게 하여, C회사에게 880만원 상당의 용역계약을 체결할 수 있는 지위 또는 기회 상당의 이익을 공여하도록 하고, 그 직권을 남용하여 직무관련자인 BB로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

고 2016노3443 판결

407) 대법원 2009.11.19. 선고 2009도4166 판결(전원합의체) "형법이 업무방해죄와는 별도로 공무집행방해죄를 규정하고 있는 것은 사적 업무와 공무를 구별하여 공무에 관해서는 공무원에 대한 폭행, 협박 또는 위계의 방법으로 그 집행을 방해하는 경우에 한하여 처벌하겠다는 취지라고 보아야 한다. 따라서 공무원이 직무상 수행하는 공무를 방해하는 행위에 대해서는 업무방해죄로 의율할 수는 없다고 해석함이 상당하다."

〈판단〉

공무원이 직무관련자에게 제3자와 계약을 체결하도록 요구하여 계약 체결을 하게 한 행위가 제3자뇌물수수죄의 구성요건과 직권남용권리행사방해죄의 구성요건에 모두 해당하는 경우에는, 제3자뇌물수수죄와 직권남용권리행사방해죄가 각각 성립하되, 이는 사회 관념상 하나의 행위가 수 개의 죄에 해당하는 경우이므로 두 죄는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다.

한편, 위법한 체포를 하여 그의 권리행사를 방해한 경우에는 직권남용체포죄와 직권남용권리행사방해죄가 성립한다.

대법원 2017.3.9. 선고 2013도16162 판결
(변호인을 위법하게 체포하여 접견교통권 방해)

〈공소사실〉

경찰관인 피고인은 2009년 쌍용자동차 파업현장에서 체포된 노동조합 조합원을 접견하게 해 달라고 요구하며 호송차량의 진행을 막은 변호사를 공무집행방해죄의 현행범으로 체포함으로써 피해자의 접견교통권 행사를 방해하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈판 단〉

피고인이 인신구속에 관한 직무를 집행하는 사법경찰관으로서 체포 당시 상황을 고려하여 경험칙에 비추어 현저하게 합리성을 잃지 않은 채 판단하면 체포 요건이 충족되지 아니함을 충분히 알 수 있었는데도, 자신의 재량 범위를 벗어난다는 사실을 인식하고 그와 같은 결과를 용인한 채 사람을 체포하여 권리행사를 방해하였다면, 직권남용체포죄와 직권남용권리행사방해죄가 성립한다.

제2절 | 행정법령상의 직권남용죄 규정

1. 직권남용죄 (관련)규정

우리나라 행정법령상에 별도로 직권남용죄 규정을 두고 있는 경우는 다음과 같다. 이것은 다섯 가지 형태로 구별이 가능할 수 있다.

첫째는, 국가안전 및 치안관련 분야이다. 이 분야에서의 공무원은 강제력 등을 행사할 수 있는 권한을 가지고 있는 경우라 할 수 있을 것이다. 국가정보원 임직원, 국가경호처 소속 공무원, 경찰관 등이 행위 주체로 규정되어 있다. 둘째는, 국가재정 분야에서 국가재정법에 공무원이 '기금의 자산운용' 관계자에게 직권을 남용하는 경우 그에 대한 처벌규정을 두고 있다. 셋째는, 선거분야이다. 선거의 공정성 확보를 위하여, 선거관리위원회의 위원·직원, 선거사무에 종사하는 공무원 또는 선거인명부작성에 관계있는 자나 경찰공무원 등의 직권남용행위에 대하여 중한 법정형을 규정하고 있다. 넷째는, 기본적으로 직권남용죄의 행위 주체는 공무원임에 반하여, 선원법과 항공안전법의 경에는 비공무원을 직권남용죄 주체로 규정하고 있다. 다섯째, 직권남용을 금지하는 규정은 두고 있지만 이에 대한 처벌규정을 두고 있지 않은 경우이다.

[표 4-2-1] 행정법령상 직권남용죄 규정

구분	법률	규정	처벌규정
국가안전, 치안관련 분야	국가정보원법	제13조(직권 남용의 금지) 원장·차장·기획조정실장 및 그 밖의 직원은 그 직권을 남용하여 법률에 따른 절차를 거치지 아니하고 사람을 체포 또는 감금하거나 다른 기관·단체 또는 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리 행사를 방해하여서는 아니 된다.	제22조(직권남용죄) ① 제13조를 위반하여 사람을 체포 또는 감금하거나 다른 기관·단체 또는 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리 행사를 방해한 사람은 7년 이하의 징역과 7년 이하의 자격정지에 처한다. ② 제1항에 규정된 죄의 미수범은 처벌한다.
	대통령 등의 경호에 관한 법률	제18조(직권 남용 금지 등) ① 소속공무원은 직권을 남용하여서는 아니 된다. ② 경호처에 파견된 경찰공무원은 이 법에 규정된 임무 외의 경찰공무원의 직무를 수행할 수 없다.	제21조(벌칙) ① 제9조제1항, **제18조** 또는 제19조제2항을 위반한 사람은 5년 이하의 징역이나 금고 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. ② (생략)

구분	법률	규정	처벌규정
	경찰관 직무 집행법	제12조(벌칙) 이 법에 규정된 경찰관의 의무를 위반하거나 직권을 남용하여 다른 사람에게 해를 끼친 사람은 1년 이하의 징역이나 금고에 처한다.	
	주민 등록법	제38조(벌칙) 제26조제2항에 따른 사법경찰관리가 그 직무를 수행하면서 직권을 남용하면 「경찰관 직무집행법」 제12조에 따라 처벌한다.	
국가재정 분야	국가 재정법	제102조(벌칙) 공무원이 기금의 자산운용에 영향을 줄 목적으로 직권을 남용하여 기금관리주체 그 밖에 기금의 자산운용을 담당하는 자에게 부당한 영향력을 행사한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.	
선거분야	공직 선거법	제239조(직권남용에 의한 선거의 자유방해죄) 선거에 관하여 선거관리위원회의 위원·직원, 선거사무에 종사하는 공무원 또는 선거인명부(재외선거인명부등을 포함한다. 이하 이 장에서 같다)작성에 관계있는 자나 경찰공무원(사법경찰관리 및 군사법경찰관리를 포함한다)이 직권을 남용하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 하게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다. 1. 선거인명부의 열람을 방해하거나 그 열람에 관한 직무를 유기한 때 2. 정당한 사유없이 후보자를 미행하거나 그 주택·선거사무소 또는 선거연락소에 승낙없이 들어가거나 퇴거요구에 불응한 때	
	국민 투표법	제104조(직권남용에 의한 투표의 자유방해죄) 국민투표에 관하여 선거관리위원회의 위원이나 직원·경찰공무원 기타의 관계 공무원이나 투표인명부 작성에 관계있는 자가 고의로 투표인명부의 열람을 방해하거나 그 직무를 유기하거나 투표통지표를 교부하지 아니하는 등 직권을 남용하여 투표의 자유를 방해하는 때에는 7년 이하의 징역이나 금고에 처한다.	
	주민 소환에 관한 법률	제29조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 1.~8. (생략) 9. 주민소환투표인명부 작성에 관계있는 자로서 그 직권을 남용하여 주민소환투표인명부의 열람을 방해하거나 그 열람에 관한 직무를 유기한 자	
민간영역	선원법	제160조(벌칙) 선장이 그 권한을 남용하여 해원이나 선박 내에 있는 사람에게 의무 없는 일을 시키거나 그 권리의 행사를 방해하였을 때에는 1년 이상 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이상 5천만원 이하의 벌금에 처한다.	
	항공 안전법	제142조(기장 등의 탑승자 권리행사 방해의 죄) ① 직권을 남용하여 항공기에 있는 사람에게 그의 의무가 아닌 일을 시키거나 그의 권리행사를 방해한 기장 또는 조종사는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. ② 폭력을 행사하여 제1항의 죄를 지은 기장 또는 조종사는 3년 이상 15년 이하의 징역에 처한다.	
기타 (훈시 규정)	군인의 지위 및 복무에 관한 기본법	제26조(사적 제재 및 직권남용의 금지) 군인은 어떠한 경우에도 구타, 폭언, 가혹행위 및 집단 따돌림 등 사적 제재를 하거나 직권을 남용하여서는 아니 된다.	(처벌규정 없음)
	대통령직 인수에 관한 법률	제14조(비밀누설 및 직권남용의 금지) 위원회의 위원장·부위원장·위원 및 직원과 그 직(職)에 있었던 사람은 그 직무와 관련하여 알게 된 비밀을 다른 사	(처벌규정 없음)

구분	법률	규정	처벌규정
		람에게 누설하거나 대통령직 인수업무 외의 다른 목적으로 이용할 수 없으며, 직권을 남용하여서는 아니 된다.	
	도로 교통법	제166조(직권 남용의 금지) 이 장의 규정에 따른 통고처분을 할 때에 교통을 단속하는 경찰공무원은 본래의 목적에서 벗어나 직무상의 권한을 함부로 남용하여서는 아니 된다.	(처벌규정 없음)
	독점규제 및 공정 거래에 관한 법률	제84조(조사권의 남용금지) 조사공무원은 이 법의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위에서 조사를 하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용해서는 아니 된다.	(처벌규정 없음)
	국가 경찰과 자치 경찰의 조직 및 운영에 관한 법률	제5조(권한남용의 금지) 경찰은 그 직무를 수행할 때 헌법과 법률에 따라 국민의 자유와 권리 및 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고, 국민 전체에 대한 봉사자로서 공정·중립을 지켜야 하며, 부여된 권한을 남용하여서는 아니 된다.	(처벌규정 없음)
	해양 경비법	제8조(권한남용의 금지) 해양경찰관은 이 법에 따른 직무를 수행할 때 권한을 남용하여 개인의 권리 및 자유를 침해하여서는 아니 된다.	(처벌규정 없음)
	해양 경찰법	제3조(권한남용의 금지 등) 해양경찰은 그 직무를 수행할 때 국민 전체에 대한 봉사자로서 공정·중립을 지켜야 하고, 헌법과 법률에 따라 국민의 자유와 권리를 존중하며, 부여된 권한을 남용하여서는 아니 된다.	(처벌규정 없음)

2. 규정의 특성

형벌에 관한 일반법인 형법에 직권남용죄를 규정이 있음에도 불구하고 국가권력 행사와 관련한 일부 행정법령에 별도로 직권남용죄 규정을 두고 있는 이유는 다음과 같은 국가정보원법상의 직권남용죄 규정(제22조, 제13조)에 대한 판례(대법원 2021. 3.11. 선고 2020도12583 판결)를 통해 확인해 볼 수 있다.

즉, 대법원은, 국가정보원법의 직권남용죄가 형법의 직권남용죄에 비하여 가중된 형을 정하고 있는 것은 - 우리 역사적 경험에 비추어 - 직원들에 의한 "불법적 수사행

위로 인한 개인의 기본적 인권"를 침해하는 것을 엄격하게 금지하기 위한 것이고, "국가정보원법상 직권남용죄는 형법상 직권남용죄의 객체인 '사람' 외에도 '다른 기관·단체'를 추가함으로써 금지되는 직권남용행위를 확장하였는데, 이는 주요 정보를 다루는 국가정보기관의 특성상 그 직권남용의 소지를 다른 공무원보다 더 강력하게 규제하는 데 그 입법 목적이 있다"고 볼 수 있다고 한다.[408]

〈대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결〉

국가정보원법 제19조 제1항 및 제11조 제1항(현행 제22조, 제13조)은 국가정보기관의 직원에 의한 직권남용 등의 소지를 제거함으로써 정보기관으로서의 기능을 보다 충실하게 수행할 수 있도록 1994. 1. 5. 신설되어 현재까지 그대로 유지되어 온 규정이다.

국가정보원법의 직권남용죄가 형법의 직권남용죄에 비하여 **가중된 형을 정하고 있는 것**은 국가정보원의 전신인 국가안전기획부 직원들에 의하여 불법적 수사행위로 개인의 기본적 인권이 유린되었던 적이 있어 이를 엄격하게 금지하고자 한 것이고, 국가정보원법 제19조 제3항에서는 직권남용죄에 관한 **미수범 처벌 규정**을 두어 국가정보원 직원에 의한 국민의 기본권 침해 시도를 금지하고 위반 시 처벌하고 있다.

특히 국가정보원은 국가정보원 직원의 직무와 관련된 범죄, 형법 중 내란의 죄, 외환의 죄, 군형법 중 반란의 죄, 암호 부정사용의 죄, 군사기밀 보호법에 규정된 죄, 국가보안법에 규정된 죄에 대한 수사권한이 있는바(국가정보원법 제3조 제1항 제3호 및 제4호), 그 과정에서 철저한 상명하복 관계에 있는 국가정보원 직원에 대하여 직권남용행위가 발생할 가능성이 얼마든지 있으므로, 국가정보원 원장·차장 기타 직원의 직권남용으로부터 일반 국민뿐만 아니라 국가정보원 직원도 두텁게 보호할 필요성이 있다.

국가정보원법상 직권남용죄는 형법상 직권남용죄의 객체인 '사람' 외에도 '다른 기관·단체'를 추가함으로써 금지되는 직권남용행위를 확장하였는데, 이는 주요 정보를 다루는 국가정보기관의 특성상 그 직권남용의 소지를 다른 공무원보다 더 강력하게 규제하는 데 그 입법 목적이 있다고 볼 수 있…다.

요컨대, 일부 행정법령에 별도로 직권남용죄 규정을 두고 있는 이유는 당해 행정법

408) 대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결. 또한 대법원 2019.3.14. 선고 2018도18646 판결 참조.

령에서 규제하는 주체들의 직무의 특수성에 기한 행위불법의 중대성에 기반하여 형법상의 직권남용죄에 비해 그 처벌범위를 확대하거나 그에 대한 처벌을 강화(중한 법정형)하기 위한 목적에 있다고 할 수 있을 것이다.

이에 따라, 국가정보원법에서는 직권남용에 대한 법정형을 "7년 이하의 징역과 7년 이하의 자격정지"로 규정하고 있고 미수범을 처벌하도록 규정하고 있다(법 제22조). 공직선거법은 특정한 행위(선거인명부 열람방해 등)에 대한 직권남용을 금지하고 있고 이에 대하여는 "7년 이하의 징역"을 규정하고 있다(제239조. 또한 국민투표법 제104조, 주민소환에 관한 법률 제29조도 유사). 경찰관 직무집행법은 직권을 남용하여 국민에게 "해를 끼친 경우"를 처벌하도록 규정하고 있다(제12조)는 점에서 직권남용죄(형법 제123조)보다 포섭 범위가 더 포괄적이라고 할 수 있다.[409]

주민등록법은 - '의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리 행사를 방해한 때' 등과 같은 결과를 규정하지 않고 - "직권을 남용"하면 바로 범죄가 성립되도록 규정하고 있다(제38조. 또한 대통령 등의 경호에 관한 법률 제21조도 동일). 또한, 국가재정법 제102조도 기금운용담당자에 대한 공무원의 "부당한 영향력의 행사"만 범죄가 성립하도록 규정하고 있다(추상적 위험범)이라고 할 수 있다.[410]

한편, 선원법과 항공안전법에서는 비공무원에 대하여 직권남용죄 성립을 인정하는 규정을 두고 있다. 즉 선원법에서는 '선장'에 대하여, 항공안전법은 '기장 또는 조종사'에 대한 직권남용죄를 규정하고 있고, 그에 대한 법정형도 각각 "1년 이상 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이상 5천만원 이하의 벌금"과 "1년 이상 10년 이하의 징역"으로 중하게 규정하고 있다(선원법 제160조, 항공안전법 제142조).

409) 또한 청원경찰법 제10조도 동일하게 규정하고 있다(법정형에서 차이가 있음).
410) 이에 관한 연구는 이주희, "국가재정법상 형사법적 규율에 대한 법정책적 고찰", 법과 정책연구 제17집 제1호(2017), 197면 이하 참조.

제3절 | 직권남용죄를 둘러싼 쟁점

1. 고위공무원과 일반적 직무권한

가. 대통령

법원은 대통령에 대하여는 **공무원 전체의 직무집행과 기업활동에 관한 거의 모든 영역**에서 일반적 직무권한이 있음을 인정하고 있다. 즉, "대통령은 국민에 의해 선출된 국가원수이자 행정부의 수반으로서 광범위하고 포괄적인 권한을 가지고, 그러한 권한의 행사는 대통령의 직·간접적인 지휘를 받는 공무원 전체의 직무 집행에 영향을 미칠" 뿐만 아니라 "대통령은 기업활동에 관한 거의 모든 영역에 대해 직접 또는 간접적인 권한을 행사함으로써 기업활동에 직무상 또는 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있다."고 한다.[411]

서울중앙지방법원 2018. 4. 6. 선고 2017고합364-1(분리) 판결 〈박×× 전대통령 사건〉

"대통령은 정부의 수반으로서 중앙행정기관의 장을 지휘·감독하여 정부의 중요정책을 수립·추진하는 등 모든 행정업무를 총괄하는 직무를 수행하고, 대형건설 사업 및 국토개발에 관한 정책, 통화, 금융, 조세에 관한 정책 및 기업활동에 관한 정책 등 각종 재정·경제 정책의 수립 및 시행을 최종 결정하며, 소관 행정 각 부의 장들에게 위임된 사업자 선정, 신규사업의 인·허가, 금융지원, 세무조사 등 구체적 사항에 대하여 직접 또는 간접적인 권한을 행사함으로써 기업체들의 활동에 있어 직무상 또는 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있고, 국책사업의 사업자 선정도 역시 대통령의 직무범위에 속하거나 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위…이다."(대법원 1997.4.17. 선고 96도3377 전원합의체 판결).

그렇지만, 법원은 "대통령의 권한은 본질적으로 대통령이 정부의 수반으로서 행사하는 행정권(헌법 제66조 제4항, 정부조직법 제11조 제1항 등)에 기초한 것이므로,

411) 서울중앙지방법원 2018.10.5. 선고 2018고합340 판결; 서울중앙지방법원 2018.4.6. 선고 2017고합364-1(분리) 판결

국가의 행정작용과 직·간접적인 관련성이 있는 업무에 관한 지시에 한하여 인정된다."고 한다.[412]

이에 따라 **사기업체에 대하여 특정 개인의 채용 및 보직변경을 요구하거나 특정 기업체를 광고대행사 등으로 선정하도록 요구**하는 행위 등은 그와 같은 권한에 관한 법령상의 근거가 없고, 우리나라의 법·제도를 종합적·실질적으로 검토하더라도 대통령의 직무권한에 속한다고 해석할 여지가 없다고 한다. 또한 이에 대하여 직무권한을 인정할 수 있는 경우라 할지라도 **형식적·외형적으로 직무집행으로 보이는 직무집행의 '외관'이 존재하는 경우에만** 직권남용권리행사방해죄가 성립할 수 있다고 한다.[413]

법원은 〈박×× 전 대통령 사건〉[414]에서 ① 현대자동차로 하여금 최○○이 운영하는 광고기획사 플레이그라운드를 광고대행사로 선정하도록 해 총액 70억 원의 광고를 수주하도록 하게 한 행위에 대하여, 경제수석비서관이 피고인과의 단독 면담을 끝내고 돌아가는 부회장에게 플레이그라운드의 회사소개 자료를 건네면서 단순히 광고 발주를 부탁한 것에 불과하여, 그 부탁을 형식적·외형적으로 대통령이나 경제수석비서관의 일반적 직무권한에 속하는 사항이라고 보기는 어렵다고 하였다.[415] 그리고 ② KT에 대하여 ⓐ 차○○과 최○○이 추천한 이○○와 신○○을 임원으로 채용(2015년) 및 보직변경(전보발령)(2016년) 하도록 하였고, ⓑ 최○○이 운영하는 광고기획사 플레이그라운드에 총액 약 68억 원 상당의 광고 계약을 체결하도록 한 행위와 ③ 최○○의 독일로의 해외송금 등에 있어서 편의를 제공받기 위하여 KEB하나은행에 이○○(전 프랑크푸르트지점장)을 글로벌 영업 2본부장으로 임명하도록 한 행위에 대해서, "그와 같은 권한에 관한 법령상의 근거가 없음은 명백하고, 대통령이나 경제수석비서관이 사기업에 대하여 특정 개인의 채용 및 보직변경, 특정 기업의 광고대행사 선정을 부탁하거나 요청하는 행위는, 우리나라의 법·제도를 종합적·실질적으로 검토하더라도 대통령이나 경제수석비서관의 직무권한에 속한다고 해석할 여지가 없

412) 서울중앙지방법원 2018.10.5. 선고 2018고합340 판결
413) 서울중앙지방법원 2018.10.5. 선고 2018고합340 판결
414) (1심) 서울중앙지방법원 2018.4.6. 선고 2017고합364-1(분리) 판결, (2심) 서울고등법원 2018.8.24. 선고 2018노1087 판결, (3심) 대법원 2019.8.29. 선고 2018도14303 판결, (판기환송심) 서울고등법원 2020.7.10. 선고 2019노1962, 2019노2657 (병합) 판결, (재상고심) 대법원 2021.1.14. 선고 2020도9836 판결
415) 서울중앙지방법원 2018.4.6. 선고 2017고합364-1(분리) 판결

으며, 오히려 기업의 사적 자치 영역에 간섭하여 해당 기업의 재산권 및 기업경영의 자유를 침해하는 위헌적인 행위에 해당하는 것으로 판단된다"고 하였다.[416]

[표 4-3-1] 박×× 전대통령 사건

	공소사실		확정	이유
1	전경련 소속 대기업(18개)으로부터 미르·K스포츠재단 774억원 강제모금		일부 유죄	-
2	현대차에 최○○ 지인 회사 KD코퍼레이션과 11억대 납품계약 압력		**무죄**	인과관계 불인정
3	현대차에 최○○ 운영 플레이그라운드에 70억원의 광고계약 압력		**무죄**	의무없는 일을 한 것이라고 볼 수 없음
4	롯데그룹에 K스포츠재단 70억원 추가출연 요구		**무죄**	의무없는 일을 한 것이라고 볼 수 없음
5	포스코에 펜싱팀 창단시킨 뒤 최○○ 운영 더블루K가 매니지먼트를 맡도록 강요		**무죄**	기수에 이르지 않음
6	KT에 최○○ 측근 채용 및 플레이그라운드에 68억원 광고 계약 압박		**무죄**	일반적 직무권한 없음
7	한국관광공사 산하 카지노 운영 공기업 그랜드코리아레저(GKL)에 장애인펜싱팀 창단 및 더블루K와 매니지먼트 계약 요구		유죄	-
8	삼성그룹에 한국동계스포츠영재센터 16억2800만원 지원 강요		유죄	-
9	KEB하나은행 임직원 인사(이상화) 개입		**무죄**	일반적 직무권한 없음
10	문화예술계 블랙리스트 작성 및 실행 지시	예술위 책임심의위원 부당개입	일부 유죄	-
		문예기금 지원배제	일부 유죄	
		영화, 도서 관련 지원 배제	유죄	
11	문체부 1급 공무원 3명(최○○ 전 기획조정실장, 김○○ 전 종무실장, 신○○ 전 문화콘텐츠산업실장) 사직 압박		유죄	-
12	노○○(전 문체부 체육국장) 사직 압박		유죄	-

〈이×× 전 대통령 사건〉[417]의 경우에도, ① 다스의 미국 소송 개입지시 행위 및 ② 처남을 위한 상속세 절감 방안 등 검토 지시 행위에 대하여, 대법원은 "(이러한) 지시는 사적 업무에 대한 지시에 불과하고, 피고인이 국정현안 관리 업무에 대한

416) 서울중앙지방법원 2018.4.6. 선고 2017고합364-1(분리) 판결

417) (1심) 서울중앙지방법원 2018.10.5. 선고 2018고합340 판결, (2심) 서울고등법원 2020. 2. 19. 선고 2018노2844 판결, (3심) 대법원 2020. 10. 29. 선고 2020도3972 판결

일반적 직무권한을 행사하는 모습을 보였다는 정황도 없는 등 판시와 같은 여러 사정에 비추어 이러한 지시는 대통령의 일반적 직무권한에 속하지 않는다"고 하였다.[418] 이러한 행위는 대통령의 지위를 이용한 불법행위에 불과한 것으로 그 직권을 남용(행사)한 것이라고 볼 수 없다는 것이다.

[표 4-3-2] 이××× 전대통령 사건

	공소사실	확정	1심 판결 내용[419]
1	다스의 미국소송 개입 지시	무죄	사기업이 당사자인 소송에 관하여, 관련 서류 번역, 진행상황보고 및 향후 예측, 쟁점에 대한 법률 검토, 소송 전략 수립, 소 제기 및 취하·상대방과의 합의 내용·수령한 합의금 분배 등 중요사항에 관한 결정사항 전달 등 행위는 소송 당사자인 사기업 또는 그 대리인이 해야 할 업무를 대신해주는 것에 다름 아니어서, 국정수행을 보좌하는 대통령실 공무원이나 IB가 해야 할 업무라고 할 수 없고, 따라서 대통령이 이를 지시할 권한이 있다고 할 수 없다. 피고인이 AF 등으로 하여금 위 행위와 같은 단순한 소송 지원업무를 하도록 지시한 행위는 '대통령 지위를 이용한 불법행위''일지는 몰라도 그 직권을 행사한 것이라고 보기는 어렵다.
2	처남을 위한 상속세 절감 방안 등 검토 지시	무죄	자신의 처남의 사망에 따른 상속재산 처리 및 상속세 절감, 납부 방안을 검토하도록 지시…하는 것이 … 대통령의 직무권한에 포함된다는 명문의 법령상 근거가 없음은 명백하다.

나. 대통령비서실장

대통령비서실장에 대하여도 "정부의 수반으로 모든 행정업무를 총괄하는 대통령을 보좌하면서 대통령의 명을 받아 대통령비서실의 사무를 처리하고 소속 공무원을 지휘·감독하는 지위에 있다"고 하여 포괄적으로 일반적 직무권한을 인정한다.[420] 이와 같은 내용을 가장 잘 보여주는 사례가 소위 〈화이트리스트 사건〉이다.

화이트리스트 사건 〈공소사실〉

대통령비서실장인 피고인 김○○ 등은 공모하여 2014년, 2015년, 2016년에 각 연

418) 대법원 2020.10.29. 선고 2020도3972 판결. 이 사건 1심에서도 "피고인이 … 상속세 절감하는 방안 및 상속세 납부방법을 검토하도록 지시한 행위는 '대통령 지위를 이용한 불법행위'가 될 수 있을지언정 그 직권을 남용한 것이라고 보기는 어렵다."고 하였다(서울중앙지방법원 2018.10.5. 선고 2018고합340 판결).

419) 서울중앙지방법원 2018.10.5. 선고 2018고합340 판결

420) 서울중앙지방법원 2017.7.27. 선고 2017고합102 판결(문화계 블랙리스트 사건)

도별로 그들의 직권을 남용해 전국경제인연합회('전경련')에 특정 정치성향의 시민단체에 대한 자금지원을 요구하여, 청와대의 자금지원 지시에 불응할 경우 정부로부터 각종 부당한 불이익을 당할 위험이 있다는 우려를 일으키게 하여 이에 두려움을 느낀 피해자 전경련 상근부회장 이○○으로 하여금 관제시위 단체(특정 정치성향의 시민단체들)에 69억원을 지원하도록 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다(총 8명)(1심 판결문을 참조하여 구성).[421]

〈화이트리스트 사건〉에서 1심과 2심(및 대법원)은 판단을 달리하였다.

〈1심〉은 "전경련에 특정 시민단체에 대한 자금지원을 요청하는 행위는 비서실장 및 정무수석실의 일반적 직무권한에 속하지 않고, 피고인들의 이 사건 보수단체 지원 요구 행위가 직무집행의 형식과 외형을 갖추었다고 보기도 어렵다"고 하여, "피고인들이 전경련으로 하여금 특정 보수 시민단체에 자금지원을 하게 한 행위는 비서실장 및 정무수석실의 '지위를 이용한 불법행위'에 해당한다고 할 수 있을지언정 비서실장 및 정무수석실의 직권을 남용한 것이라고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다."고 판단하였다(무죄).

서울중앙지방법원 2018.10.5. 선고 2017고합1114, 2018고합116(병합), 391(병합)

가) 일반적 직무권한 부존재

① 비서실장 및 정무수석의 주된 직무권한은 국가의 원수이자 행정부의 수반인 대통령을 보좌하는 것이고, 비서실장 및 정무수석이 전경련에 특정 시민단체에 대한 자금지원을 요구할 수 있는 명문의 법령상 근거는 찾을 수 없다. … 비서실장이나 정무수석이 민간 기업 경영인들의 연합체인 전경련을 상대로 특정 시민단체에 대한 자금지원을 요구하는 행위를 비서실장이나 정무수석의 일반적 직무권한에 속한다고 해석할 여지가 없고, 오히려 그러한 행위는 기업이나 기업 경영인 연합체인 전경련의 사적 자치 영역에 간섭하여 전경련의 재산권 및 경영의 자유를 침해하는 위헌적인 행위에 해당하는 것으로 판단된다.

② 공무원들이 민간단체에 법적 구속력 없는 협조를 요청하는 데 어떠한 법적 제한이 있지 않으므로, 단순한 사실상의 협조요청 가능성을 일반적 직무권한의 근거로 삼게 되면 직권남용과 지위를 이용한 불법행위의 차이가 사라지고 직권남용권리행사방해죄의 처벌 범위가 지나치게 확대되므로, 단순한 사실상의 협조요청 가능성과 명문 또는 법·제도를 종합적, 실질적으로 관찰하여 해석된 법적인 근거에 기초한 일반적 직무권한은 구분되어야 한다. … 대통령비서실이 일정 업

421) (1심) 서울중앙지방법원 2018.10.5. 선고 2017고합1114, 2018고합116(병합), 391(병합), (2심) 서울고등법원 2019.4.12. 선고 2018노2856 판결, (3심) 대법원 2020.02.13. 선고 2019도5186 판결, (파기 환송심) 서울고등법원 2020. 6. 26. 선고 2020노331 판결, (재상고심) 대법원 2020.10.15. 선고 2020도9144 판결

> 무와 관련하여 전경련에 협조를 요구할 권한이 있고 정부가 과거 전경련에 다른 명목의 사업자금지원을 요청하여 전경련이 이에 응한 사례가 있다는 사실만으로 '특정 시민단체에 대한 지원 요구'까지 대통령비서실장 및 정무수석의 일반적 직무권한에 속한다고 볼 수는 없다.
>
> 나) 직무집행의 형식과 외형 부존재
>
> ① 피고인들은 공소외 1을 비롯한 전경련 측에 보수 시민단체에 대한 자금지원을 요청하면서 특별한 공익적 목적이나 명분을 제시한 바가 없다. … 보수 정권을 표방한 대통령비서실의 비서관, 행정관 등이 보수 시민단체를 도와야 한다고 설명한 것을 공익적 목적이나 명분으로 볼 수도 없다.
> ② 피고인들의 자금지원 요구방식도 대통령비서실이 업무로서 민간단체에 협조를 구하는 형식과 외형을 전혀 갖추지 못하였다. 피고인들은 자금지원 요구 사실을 외부에 공개하지도 않았고, 간담회 등 공식적인 의견수렴 절차를 거치거나 공문 등을 보낸 사실도 없다. … 자금지원 요구와 관련된 주요한 만남과 협의 대부분이 청와대나 전경련 사무실이 아닌 식당이나 카페에서 이루어졌다.
> ③ 전경련은 피고인들이 보수단체에 대한 지원을 요구하기 전에는 청와대 경제수석실이나 미래수석실과 주로 업무 협조를 하였을 뿐 정무수석실과는 특별한 업무 협조 관계에 있지 않았다. … 정무수석실에서 전경련에 보수 시민단체에 대한 자금지원을 요구한 이유도 전경련을 직무대상으로 파악하고 있었기 때문이 아니라, 정무수석실이 보수 시민단체 지원 업무를 담당하는데 현실적으로 보수 시민단체에 대한 자금지원이 전경련을 통해서만 가능하였기 때문으로 보인다.

이에 대하여 〈2심〉은 "피고인들이 전경련에 특정 시민단체에 대한 자금지원을 요청한 행위는 비서실장 및 정무수석실의 일반적 직무권한에 속하고 그 직무집행의 형식과 외형을 갖추었을 뿐 아니라, 실질적·구체적으로는 보수 시민단체를 정권 비판세력의 활동을 방해·견제하고 정부에 우호적인 여론을 형성하는 도구로 활용하려는 의도로 전경련에 대하여 보수 시민단체 자금지원을 강제한 것으로 직권남용에 해당하고, 위 직권남용 행위와 전경련의 자금지원 사이의 인과관계도 인정된다"고 하여, 이 부분 원심판결에는 사실을 오인하거나 직권남용권리행사방해죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 하였다.[422]

다. 장관

법원은 장관의 '일반적 직무권한'과 관련하여서는 ① 소속 공무원에 대한 인사권 및 업무지휘·감독권과, ② 산하 공공기관에 대한 인사권(임원에 대한 임명권, 제청권, 해임건의·요구권), 업무지휘·감독권, 감사권 등에 기반하여 그의 일반적 직무권한을 적극적으로 인정하는 태도를 취하고 있다.[423]

---

422) 이에 관한 상세한 설명은 이 연구 제4장 제4절 내용 참조 바람.
423) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30.

〈환경부 블랙리스트 사건〉에서는, 환경부 장관의 지시에 의한 표적감사로 인하여 사표를 제출한 E공단 상임감사 F에 대한 직권남용권리행사방해 사안에 대하여, 〈1심〉은 E공단(준정부기관)의 상임감사는 - 대통령이 임명하는 직위로서 - 환경부장관에게는 직접 해임하거나 해임을 건의할 권한이 없으므로 그로부터 사표를 제출받을 일반적 직무권한이 없다고 하였으나,[424] 〈2심〉은 환경부장관의 E공단 업무에 대한 지도·감독권, 감사권, 상임감사의 해임 가능성(비위사항이 중대한 경우 이사회 결의를 통해), 상임감사 임면에 대한 간접적 관여 가능성 등을 고려하여 피고인 A에게 E공단 상임감사의 인사에 대한 일반적 직무권한을 인정하였다(1심: 무죄, 항소심: 유죄).[425]

다시 말해서, 법원은 법·제도에 대하여 종합적·실질적으로 고려하여 일반적 직무권한을 보다 넓게 포섭하고 있다고 할 수 있다.

라. 국정원장

국가정보원장은 "국정원의 업무를 총괄하고 소속 직원을 지휘·감독"한다(국가정보원법 제9조 제2항). 그 구체적인 일반적인 직무권한에 관한 사항은 〈원○○ 국정원장의 정치개입 및 특수활동비 불법 사용 등 사건〉[426]을 통해 파악해 볼 수 있다.

[표 4-3-3] 원○○ 국정원장의 정치개입 및 특수활동비 불법 사용 등 사건

	혐의 내용	대상(피해자)	1심	2심	대법원	파기환송심
1	공소외 16(권○○, 전 대통령의 영부인) 여사에 대한 미행·감시 지시	A-3처 직원 2, 10	**유죄**	무죄	파기환송	**유죄**
		A-3처장(직원 5)	무죄	무죄	무죄	

선고 2021노354 판결,
(3심) 대법원 2022.1.27. 선고 2021도13541 판결

424) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결

425) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

426) (1심) 서울중앙지방법원 2018. 11. 2. 선고 2017고합1156, 2018고합92(병합) 판결, (2심) 1. 서울중앙지방법원 2020. 2. 7. 선고 2017고합1008, 2017고합1241(병합), 2018고합75(병합), 2018고합112(병합), 2018고합321(병합), 2018고합375(병합), 2018고합494(병합), 2018고합622(병합), 2018고합846(병합), 2019고합13(병합) 판결, 2. 서울고등법원 2020. 8. 31. 선고 2020노486, 2018노3185(병합) 판결, (3심) 대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결, (재항고심) 서울고등법원 2021.9.17. 선고 2021노488 판결

	혐의 내용	대상(피해자)	1심	2심	대법원	파기 환송심
2	공소외 8(박○○, 서울시장)에 대한 미행·감시 지시	A-3처 직원 2, 15 등	**유죄**	무죄	파기 환송	**유죄**
		A-3처장(직원 5)	무죄	무죄	무죄	
3	공소외 9(문○○)에 대한 사찰 지시	B국 소속 직원 특명팀 사이버파트 팀장 18, 팀원 19, 내사파트장 직원 20	무죄	무죄	파기 환송	**유죄**
4	전직 대통령 비자금과 관련된 사람으로 추정되는 공소외 23에 대한 사찰 지시	B국 소속 직원 특명팀 내사파트장 직원 20 등	무죄	무죄	파기 환송	**유죄**
5	PD수첩 제작진의 업무배제(인사조치) 지시	PD수첩 제작진 8명	무죄	무죄	-	
6	김○○를 프로그램 진행자직에서 사퇴시키도록 지시	김미화	무죄	무죄	-	
7	라디오 프로그램 출연배제 지시	김여진 프로그램 제작진 2명	무죄	무죄	-	
8	야권 출신 지방자치단체장의 동향 파악 등 지시	국익전략실 소속 직원인 공소외 17	무죄	무죄	파기 환송	**유죄**
9	서울시장 보궐선거 전후 여당 선거대책 마련 지시	국익전략실 소속 직원 8명	무죄	무죄	파기 환송	**유죄**
10	좌파 연예인 등이 소속된 기획사에 대한 세무조사 지시	국세청 직원 공소외 26	무죄	무죄	무죄	
11	공소외 14(스님 명○)에 대한 사찰 지시	심리전단 방어팀 소속 직원 3명	무죄	무죄	파기 환송	**유죄**
12	공소외 14(스님 명○)에 대한 사찰, 비방 활동 등 지시	B국 소속 직원 특명팀 사이버파트 팀장 18, 팀원 19 등	무죄	무죄	파기 환송	**유죄**
13	기업 등을 통한 보수단체 지원지시	기업집단, 기업, 경제단체 소속 인물들	무죄	무죄	무죄	

(1) 권○○ 및 박○○과 관련한 국정원 직원들에 대한 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반 부분(위의 ①과 ②부분)

① 1심에서는 국정원 실무 담당자들(대북 관련 A국 소속 A-3처 직원들)에게는 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 위 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있었다고 보아 직권남용으로

인한 국가정보원법 위반죄가 성립한다고 보았으나, 2심에서는 국정원 실무 담당자들에게는 피고인의 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하였을 뿐이라는 이유로 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반죄가 성립하지 않는다고 판단하였다.[427]

그러나 대법원은 국정원 실무 담당자들에게도 각자 자신들이 수행할 정보수집 및 분석 등 업무에 관하여 그 대상과 방식을 적절하게 선택하는 등으로 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있었기 때문에 이들의 행위를 단순히 국정원장인 피고인의 직무집행을 보조하는 사실행위를 한 것에 불과하다고 볼 수 없다고 판단하였다(원심의 판단에 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반죄에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다).[428]

② 이에 반해 대북 관련 A국 소속 A-3처장(직원 5)은 피고인의 직권남용으로 인한 국가정보원법위반 범행의 공동정범으로 봄이 상당하다고 하여, 모든 심급에서 그에 대한 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반의 점을 무죄로 판단하였다.

(2) 그 밖의 국정원 직원들에 대한 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반 부분(위의 ③, ④, ⑧, ⑨, ⑪, ⑫ 부분)

1심과 2심은 ① 이들의 행위는 모두 명백한 '정치관여행위'로서 국정원 직원의 일반적 직무권한에 속하지 않으며, ② 직권남용의 상대방으로 특정된 국정원 직원들은 피고인 2, 피고인 7, 피고인 9 등의 정치 관여 행위에 가담한 공범에 해당할 뿐, 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반죄의 피해자로 보기는 어렵고, ③ 설령 이 사건 각 지시가 국정원 직원의 일반적 직무권한에 속한다고 하더라도, 피고인 2는 자신이 총괄하는 국정원의 직무에 속하는 국내 보안정보의 수집·작성 및 배포에 관하여, 피고인 7, 피고인 9는 위와 같은 국정원장의 직무를 보좌하면서, 실무 담당자인 국정원 직원들로 하여금 자신들의 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하였을 뿐이고, 실무 담당자들이 준수할 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있

427) (1심) 서울중앙지방법원 2018. 11. 2. 선고 2017고합1156, 2018고합92(병합) 판결, (2심) 1. 서울중앙지방법원 2020. 2. 7. 선고 2017고합1008, 2017고합1241(병합), 2018고합75(병합), 2018고합112(병합), 2018고합321(병합), 2018고합375(병합), 2018고합494(병합), 2018고합622(병합), 2018고합846(병합), 2019고합13(병합) 판결, 2. 서울고등법원 2020. 8. 31. 선고 2020노486, 2018노3185(병합) 판결

428) 대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결

고, 그들에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있음에도 그들로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에 해당한다고 볼 수 없다. 결국 이 사건 각 지시는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당하지 않는다고 하였다.[429]

이에 대하여 〈대법원〉은 이 사건 각 지시는 형식적, 외형적으로 그 행위자들의 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권을 행사하는 모습을 갖추었다고 판단하였다. 즉 "① 국정원은 '국내 보안정보(대공, 대정부전복, 방첩, 대테러 및 국제범죄조직)의 수집·작성 및 배포', '국가보안법에 규정된 죄에 대한 수사' 등의 직무를 수행한다. 국정원장인 피고인 2는 이러한 국정원의 직무를 통할하고 소속 직원을 지휘·감독할 권한을 가지며(구 국가정보원법 제7조 제2항), (보직명 9 생략)인 피고인 7과 (보직명 10 생략)인 피고인 9는 국정원장을 보좌하여 위와 같은 국정원의 직무에 관하여 소속 직원을 지휘·감독할 권한을 가진다. 위 피고인들로부터 그 직무권한을 위임받아 국정원 실무 담당자들에게 이 사건 각 지시를 최종적으로 내린 공범들도 위 피고인들과 마찬가지로 '국내 보안정보(대공, 대정부전복, 방첩, 대테러 및 국제범죄조직)의 수집·작성 및 배포', '국가보안법에 규정된 죄에 대한 수사' 등의 직무에 관하여 소속 실무 담당자들을 지휘·감독할 일반적 직무권한을 가진다. ② 이 사건 각 지시가 명백한 정치 관여 행위에 해당한다고 단정하기 어렵고, 피고인 2 등이 이 사건 각 지시를 할 당시 정치 관여 목적 등이 있었다고 하더라도 형식적, 외형적으로 위 지시가 직무집행에 해당하는 이상 위 목적 등을 기초로 직권 행사가 없었다고 속단할 것은 아니다"고 하였다. 그리고 "국정원 실무 담당자들에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있었고, 이 사건 각 지시의 이행행위를 국정원 지휘부의 직무집행을 보조하는 사실행위에 불과하다고 볼 수 없다(이 사건 각 지시 당시 국정원 실무 담당자들이 따라야 할 직무집행의 기준과 절차가 법령에 명시되어 있었다)."고 하였다.[430]

---

429) (1심) 서울중앙지방법원 2018. 11. 2. 선고 2017고합1156, 2018고합92(병합) 판결, (2심) 1. 서울중앙지방법원 2020. 2. 7. 선고 2017고합1008, 2017고합1241(병합), 2018고합75(병합), 2018고합112(병합), 2018고합321(병합), 2018고합375(병합), 2018고합494(병합), 2018고합622(병합), 2018고합846(병합), 2019고합13(병합) 판결, 2. 서울고등법원 2020. 8. 31. 선고 2020노486, 2018노3185(병합) 판결

430) 대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결

(3) 국정원 이외 직원들 또는 민간에 대한 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반 부분(위의 ⑤, ⑥, ⑦, ⑩, ⑬ 부분)

모든 심급에서 피고인이 등 국가정보원 직원들이 국세청 직원에게 세무조사를 요청한 행위나 기업이나 민간에 대한 지시행위 등은 국가정보원법이 규정한 직무 범위에 해당하지 않음이 분명하므로, 피고인의 그와 같은 행위는 국가정보원 직원의 지위를 이용한 불법행위에 해당한다고 볼 수 있을지언정, 국가정보원 직원의 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 직권을 남용하였다고 볼 수는 없다고 하였다.[431]

마. 입법부(국회의원)

국회의원은 이중적 직무권한, 즉 국회의원으로서의 일반적 직무권한과 국회 상임위원회 위원으로서의 일반적 직무권한을 갖는다. 법원은 이와 같은 일반적 직무권한을 통해 국회의원은 공공기관 등에 대하여 영업 전반에 대한 관리·감독 권한을 행사할 수 있다고 한다.

〈국회의원으로서의 일반적 직무권한〉

피고인은 국회의원으로서 헌법 및 국회법에 기하여 법률안 등 각종 안건의 발의, 안건에 대한 발언·질의·토론·표결권을 행사할 수 있다. 또한, 법률안 등 각종 안건과 관련하여 내·외부적으로 의견을 표명하는 행위나 다른 국회의원을 상대로 한 입법 활동 등 역시 피고인의 직무권한과 밀접한 관련이 있는 행위로서 피고인의 일반적인 직무권한에 포함된다고 볼 수 있다. 이러한 국회의원으로서의 일반적 직무권한에 기하여 공공기관 등에 대하여 직·간접적으로 관련된 법률안의 제·개정에 관여하게 된다.[432]

---

431) (1심) 서울중앙지방법원 2018. 11. 2. 선고 2017고합1156, 2018고합92(병합) 판결, (2심) 1. 서울중앙지방법원 2020. 2. 7. 선고 2017고합1008, 2017고합1241(병합), 2018고합75(병합), 2018고합112(병합), 2018고합321(병합), 2018고합375(병합), 2018고합494(병합), 2018고합622(병합), 2018고합846(병합), 2019고합13(병합) 판결, 2. 서울고등법원 2020. 8. 31. 선고 2020노486, 2018노3185(병합) 판결, (3심) 대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결

432) 서울중앙지방법원 2020.1.30. 선고 2018고합721 판결

〈국회 상임위원회 위원으로서의 일반적 직무권한〉

국회 상임위원회는 그 소관에 속하는 의안과 청원 등의 심사, 기타 법률에서 정하는 직무를 행하는데, 위원회의 위원은 소관 사항에 대한 발언·질의·토론·표결권을 행사할 수 있다. 또한, 국회는 국정 전반에 관하여 소관 상임위원회별로 매년 정기회 집회일 이전에 국정감사 시작일부터 30일 이내의 기간을 정하여 국정감사를 실시하는데, 국정감사의 대상기관은 '정부조직법 등에 의하여 설치된 국가기관' 외에 '공공기관운영법 제4조에 따른 공공기관'을 포함한다. 이러한 국회의원으로서의 일반적 직무권한에 기하여 공공기관 등에 대하여 영업 전반에 대한 관리·감독 권한을 행사할 수 있다고 볼 수 있다.[433]

그러나, 법원은 공공기관에 대하여 특정 대상자의 채용을 요구하는 행위 등은 국회의원의 일반적인 직무권한에 포함되지 않는다고 하는 점을 명확하게 확립하고 있다. 이에 관하여는 다음과 같은 사례를 들 수 있다(상세히는 이 연구 제4장 제4절의 내용 참조).

- 대법원 2022.3.17. 선고 2021도2228 판결 〈국회의원 염○○의 강원랜드 채용비리 사건〉
- 대법원 2022.2.17. 선고 2020도3109 판결 〈국회의원 권○○ 강원랜드 채용비리 사건〉
- 서울고등법원 2019.4.5. 선고 2018노3058 판결 〈국회의원 최○○의 채용외압 사건〉

바. 사법부: 사법행정권자(판사)의 직무권한

사법부 사법행정권자(판사)의 직무권한과 관련하여 많은 쟁점이 소위 '사법농단 사건'에서 다루어졌다.

〈사법농단 사건〉은 양○○ 전 대법원장 재임 시절(2011.9~2017.9)에 사법행정 업무에 종사하는 판사들이 사법행정권을 남용하여 일선 재판에 개입하고 법관의 독립을 침해한 혐의로 2018년 11월부터 2019년 3월까지 전·현직 판사 14명이 차례로 기소된 사건을 소위 '사법농단 의혹사건'이라 한다.[434]

---

433) 서울중앙지방법원 2020.1.30. 선고 2018고합721 판결

434) 한겨레 2021-07-12 "1000일간의 사법농단 재판…아직도 멀지만 가야 할 길" 〈https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1002977.html〉(2022.11.17. 최종방문) 참조.

이와 관련한 사건은 – 아래 [표 4-3-4]에서 보는 바와 같이 - 총 7개의 사건으로 재판이 진행되었고(또는 진행되고 있고), 이 가운데 ⑤번 사건(공무상비밀누설죄)을 제외한 6개의 사건이 직권남용권리행사방해죄와 관련이 있다(①과 ②사건은 현재 1심 진행 중이다).

[표 4-3-4] 소위 "사법농단 의혹사건" 개요

구분	사건번호	피고인	재판상황
①	2018고합1088[435]	임○○(법원행정처장)	1심 진행중
②	2019고합130[436]	양○○(대법원장), 박○○(법원행정처장), 고○○(법원행정처장)	1심 진행중
③	(1심)서울중앙지방법원 2020.1.13. 선고 2019고합186 판결 (2심)서울고등법원 2021.2.4. 선고 2020노132 판결 (3심)대법원 2021.10.14. 선고 2021도2485 판결[437]	유○○ (대법원 수석재판연구관)	확정 (대법원)
④	(1심)서울중앙지방법원 2021.3.23. 선고 2019고합187 판결 (2심)서울고등법원 2022.1.27. 2021노546 판결[438] **(3심)진행중**	이○○(법원행정처 기획조정실장), 이△△(대법원 양형실장), 방○○(전주지법 부장판사), 심○○(서울고등법원장)	3심 진행중
⑤	(1심)서울중앙지방법원 2020.2.13. 선고 2019고합188 판결 (2심)서울고등법원 2021.1.29. 선고 2020노531 판결 (3심)대법원 2021.11.25. 선고 2021도2486 판결[439]	신○○(서울중앙지법 형사수석부장), 조○○(서울중앙지법 영장전담 부장판사), 성○○(서울중앙지법 영장전담 부장판사)	확정 (대법원)
⑥	(1심)서울중앙지방법원 2020.2.14. 선고 2019고합189 판결 (2심)서울고등법원 2021.8.12. 선고 2020노471 판결 (3심)대법원 2022. 4. 28. 선고 2021도11012 판결[440]	임○○ (서울중앙지법 형사수석부장)	확정 (대법원)
⑦	(1심)서울중앙지방법원 2020.9.18. 선고 2019고합190 판결 (2심)대법원 2021.12.30. 선고 2021도11924 판결 (3심)서울고등법원 2021.8.19. 선고 2020노1756 판결[441]	이ⅩⅩ (서울서부지법원장)	확정 (대법원)

[표 4-3-5] 사법농단 의혹사건 관련 직권남용권리행사방해 부분

구분	사건번호 (최종심 기준)	범죄사실	1심	2심	대법원	
1	2021도2485 (유○○ 판사)	특정 재판 및 관련 재판의 진행경과·처리 계획 등을 파악하여 보고하도록 지시	무죄	무죄	무죄	범죄의 증명이 없음
2	2021노546 (이○○ 외 3명)	통합진보당 의원 행정소송 재판개입	일부 유죄	일부 무죄	진행 중	무죄부분: 직무권한 없음
		국제인권법연구회 등 활동 방해	일부 유죄	일부 유죄		무죄부분: 범죄 증명이 없는 경우에 해당
		국회의원(박○○·김○○) 사건 재판부 심증 확인 지시	무죄	무죄		직무권한 없음
		헌법재판소 파견 법관을 이용하여 부당하게 헌재 사건 정보 및 동향 수집	일부 유죄	일부 유죄		무죄부분: 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등에 따름
		한정위헌 취지 위헌제청결정 사건 재판 개입	유죄	무죄		직무권한 없음
		매립지 등의 귀속 분쟁 사건 재판 개입	무죄	무죄		직무권한에 속하는 직권행사
3	2021도 11012 (임○○ 판사)	카토 ○○○ 산케이신문 전 서울지국장의 명예훼손 사건에 대한 재판개입 - 판결 이유 수정 및 선고 시 구체적 구술 내용 변경 등 지시 - 보도의 허위성에 대한 중간판결적 판단 지시 - 판결 이유 수정 및 선고 시 구체적 구술 내용 변경 등 지시	무죄	무죄	무죄	직무권한 없음
		민변 변호사들에 대한 체포치상 사건에 대한 재판개입	무죄	무죄	무죄	직무권한 없음
		유명 프로야구 선수에 대한 도박죄 약식명령 공판절차회부 관련 재판개입 - 담당 판사에게 공판절차회부 재검토 지시	무죄	무죄	무죄	직무권한 없음
4	2020노1756 (이ⅩⅩ 판사)	집행관사무소 비리에 관한 영장청구서 사본 등 수서내용을 입수·확인하여 보고하도록 지시	무죄	무죄	무죄	범죄의 증명이 없음

435) 직권남용권리행사방해, 직무유기, 공무상비밀누설죄, 위계에 의한 공무집행방해, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률상 국고손실, 허위공문서 작성 및 행사, 형사사법절차 전자화 촉진법 위반, 공전자기록 등 위작 및 행사

436) 직권남용권리행사방해, 공무상비밀누설죄, 위계에 의한 공무집행방해, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률상 국고손실, 허위공문서 작성 및 행사, 공전자기록 등 위작 및 행사

437) 직권남용권리행사방해, 개인정보보호법위반, 공무상비밀누설, 변호사법위반, 공공기록물관리에관한법률위반, 절도

438) 직권남용권리행사방해, 허위공문서작성, 허위작성공문서행사, 공무상비밀누설

439) 공무상비밀누설죄

440) 직권남용권리행사방해

441) 직권남용권리행사방해, 공무상비밀누설

법원은 법원행정처 판사가 재판에 개입하는 경우에는 일반적 직무권한을 부정하여 죄의 성립을 부정하고 있다.

대법원 2021.10.14. 선고 2021도2485 판결 (사법농단사건 1 / 유×× 판사)[442]

"검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 박○○로 하여금 이 사건 사안요약 문건을 작성하게 하도록 지시하여 임○○에게 이를 전달하였다거나, 임○○이 청와대 법무비서관 곽○○(주위적 공소사실) 또는 사법부 외부의 성명불상자(예비적 공소사실)에게 이를 제공하였다거나, 이에 관하여 피고인이 임○○과 공모하였다는 사실을 인정하기 어렵다."

서울고등법원 2022.1.27. 선고 2021노546 판결 (사법농단사건 3, 이×× 판사 등 4명)[443]

〈1심〉은 재판개입, 즉 "특정 사건 재판사무의 핵심영역에 대한 지적(또는 권고)"는 대법원장과 법원행정처의 사무에 해당한다고 인정하고, 그것이 남용된 경우 상대방인 해당 재판사무 담당 판사로 하여금 사실상 의무없는 일을 하게 하거나 판사의 재판권행사를 방해하기에 충분한 것에 해당한다고 하였다. 그리고 이러한 권한은 대법원장과 법원행정처(법원행정처장 또는 법원행정처차장)만 가지고 있기 때문에, "법원행정처 기획조정실장, 양형위원회 상임위원 등이 대법원장 또는 법원행정처장 또는 법원행정처차장의 지시도 없이 특정 사건 재판사무를 담당하는 판사에게 그 핵심영역에 대하여 지적을 한 경우 이는 직권의 주체와 아무런 관련성이 없어 직권의 남용이라고 볼 수 없고, 지위 이용에 불과하다"고 보았다. 이에 따라 통합진보당 국회의원 등의 행정소송 재판 개입행위에 대하여, 일반적 직무권한(사법행정권) 인정을 전제하고, 재판 개입행위는 재판의 독립에 반하는 행위를 하는 데 사법행정권을 행사하는 것으로서 사법행정권이 인정되는 목적에 반하여 직권남용이라고 인정하였다. 다만, 직접 재판을 담당하는 재판장에 대한 권한남용과 관련하여서는, "재판을 담당하는 재판장의 재판의 결론을 유도하였으나, 당해 재판장은 그 유도에 아무런 주의를 기울이지 않은 채 자의로 재판을 하였으므로, 사법행정권의 공정이라는 보호법익이 침해될 위험이 충분하다고 볼 수 없어 이때 직권남용권리행사방해죄에 있어서 권리행사방해 및 인과관계를 인정

442) (1심) 서울중앙지방법원 2020.1.13. 선고 2019고합186 판결, (2심) 서울고등법원 2021.2.4. 선고 2020노132 판결

443) (1심) 서울중앙지방법원 2021.3.23. 선고 2019고합187 판결, (2심) 서울고등법원 2022.1.27. 선고 2021노546 판결, (3심) 진행중

할 수 없다"고 하였다.[444]

이에 대하여 〈2심〉에서는 재판권과 사법행정에 관한 법령 및 제도를 종합적, 실질적으로 살펴보아도 "지적권한이 대법원장과 법원행정처의 사법행정권에 속한다고 해석되지 않는다"고 하여 피고인 등의 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권을 행사한 것이라고 볼 수 없다고 하였다.[445]

대법원 2022.4.28. 선고 2021도11012 판결ⓐ (사법농단사건 4, 임×× 판사 사건)[446]

- 카토 ○○○ 산케이신문 전 서울지국장 사건에 대한 재판개입

〈공소사실〉

서울중앙지법 형사수석부장인 피고인은 - BB(당시 기조실장)와 공모하여 - 가토 ○○○ 전 일본 산케이신문 서울지국장의 명예훼손사건(세월호 여객선 침몰 당일에 박×× 전 대통령의 7시간 행적에 관한 허위 기사를 게재하여 대통령 등의 명예를 훼손한 사건)과 관련하여, ① 담당재판장 AA에게 법정에서 공개적으로 중간판결적 판단을 하도록 요구하는 등 법관의 재판상 독립을 침해하는 위법·부당한 지시를 함으로써 AA으로 하여금 판결 선고 전에 대통령의 행적에 대한 보도가 허위라는 점이 입증되었다는 점을 밝히며 향후 '비방 목적 유무' 등에 변론을 집중하도록 소송지휘권을 행사하게 하는 등 의무 없는 일을 하게 하고, AA의 법과 양심에 따른 법관의 독립된 재판권 행사를 방해하였고(보도의 허위성에 대한 중간판결적 판단 지시), ② 담당재판장 AA에게 판결 이유 및 선고 시 구술내용을 판결 선고 전에 미리 보고하게 하고 그에 대한 구체적인 내용 수정 등을 지시하는 등 법관의 재판상 독립을 침해하는 위법·부당한 지시를 함으로써 AA으로 하여금 선고 시 구술할 내용을 미리 피고인에게 보고하고, 피고인의 의견을 반영하여 선고 시 구술할 내용과 판결 이유를 수정하고, 선고기일에 외교부의 선처 요청 사실을 언급하고, 무죄 판결을 선고하면서도 카토 ○○○의 행위가 부적절하다는 취지의 내용을 언급하는 등 의무 없는 일을 하게 하고, AA의 법과 양심에 따른 법관의 독립된 재판권 행사를 방해하였다(판결 이유 수정 및 선고 시 구체적 구술내용 변경 등 지시)(1심 판결문을 참조하여 구성).

---

444) 서울중앙지방법원 2021.3.23. 선고 2019고합187 판결
445) 서울고등법원 2022.1.27. 선고 2021노546 판결
446) (1심) 서울중앙지방법원 2020.2.14. 선고 2019고합189 판결, (2심) 서울고등법원 2021.8.12. 선고 2020노471 판결

〈법원 판단, 2심〉

"피고인은 자신의 지위 또는 개인적 친분관계를 이용하여 카토 사건에 관여하여 AA으로 하여금 중간판결적 판단을 고지하도록 요청하는 등 부당한 재판관여행위를 하였으나, 서울중앙지방법원 형사수석부장판사의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁한 것은 아니고, 피고인의 재판관여행위로 AA의 권리행사가 방해되었다고 할 수도 없으며, AA이 중간판결적 판단을 고지한 것은 소송지휘권 행사의 범주 내에 있는 것으로서 직무수행 과정에서 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등을 위반하였다고까지는 볼 수 없어 이를 의무 없는 일을 하게 한 것이라고 할 수도 없다."

(보도의 허위성에 대한 중간판결적 판단 지시 관련)

① 재판업무에는 재판권 내지 핵심영역에 속하는 사항과 그 밖의 영역에 속하는 사항이 있고, 계속 중인 구체적인 사건에 있어 재판업무 중 핵심영역에 속하는 사항은 전적으로 그 사건을 담당한 법관의 재판권에 관한 것으로 이에 관하여는 사법행정권이 개입될 여지는 없다고 봄이 상당하다. … 서울중앙지방법원장뿐만 아니라 법원행정처 차장 및 기획조정실장 등 사법행정권자에게는 계속 중인 구체적인 사건의 재판업무 중 핵심영역에 관하여는 직무감독 등 사법행정권이 없으므로, 이 부분 재판관여행위에 관하여 피고인에게는 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 일반적 직무권한이 없다고 할 것이다.

② 당시 AA은 카토사건의 재판장 판사로서 '헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판할 권한'(헌법 제103조)이 있었고, 나아가 재판절차의 진행을 신속하고 원활하게 하기 위한 소송지휘권(형사소송법 제279조)도 있었는바, 이러한 권한 역시 위 법리에 비추어 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '권리'에 해당한다고 할 수는 있다. 재판관여행위는 위와 같이 소송지휘권을 행사하라고 촉구하는 취지여서, 이를 가지고 소송지휘권의 행사를 방해한 것이라고 평가하기는 어렵다. 단지 소송지휘권의 행사에 간섭하였다는 것만으로는 구체화된 권리의 현실적인 방해라고 할 수도 없다.

③ 피고인의 재판관여행위는 재판장 판사 이CC를 상대방으로 하는 것이므로, 이CC가 한 중간판결적 판단의 고지가 형식과 내용 등에 있어 직무범위 내에 속하는 사항으로서 법령, 그 밖의 관련 규정에 따라 직무수행 과정에서 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등을 위반하여야만 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 할 것인데, 원심과 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음의 사정을 종합하면 이CC의 중간판결적 판단 고지가 법령, 그 밖의 관련 규정에 따라

직무수행 과정에서 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등을 위반하였다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(판결 이유 수정 및 선고 시 구체적 구술내용 변경 등 지시 관련)

① 피고인의 이 부분 재판관여행위는 선고기일에서 고지하는 판결 이유 등 구술할 내용을 대상으로 하는 것이어서, 계속 중인 사건의 재판업무 중 핵심영역에 관한 것이라 할 것인데, 피고인은 당시 서울중앙지방법원 형사수석부장판사로서 재판업무 중 핵심영역에 대한 직무감독 등을 할 일반적인 직무권한이 없으며, 법원장이 궐위되거나 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우나 사법행정권자의 구체적인 위임 또는 지시가 있는 경우 등에는 법원장의 사법행정권을 행사할 수는 있으나, 법원장뿐 아니라 공범인 법원행정처 차장 및 기획조정실장에게도 계속 중인 사건에 대한 직무감독 등과 같은 재판업무 중 핵심영역에 대한 사법행정권은 없다. 따라서 피고인의 이 부분 재판관여행위는 피고인의 일반적 직무권한에 속한다고 할 수 없다.

② 이CC는 피고인의 이 부분 재판관여행위를 권고나 권유 정도로만 생각하여 이CC의 자유의사가 제약되었다고 보기도 어렵다.

2. 헌법원리 위반과 직권의 남용

공무원의 헌법 위반행위가 직권남용이 될 수 있는지 여부에 대하여 법원은 이를 긍정하고 있다.

가. 소위 '블랙리스트' 사건[447]

(1) 지원배제 지시 등 행위(문화계 블랙리스트 사건ⓐ)[448]

대통령비서실장인 피고인이 정부의 지원을 신청한 개인·단체의 이념적 성향이나 정치적 견해 등을 이유로 한국문화예술위원회·영화진흥위원회·한국출판문화산업진

447) (1심) 1. 서울중앙지방법원 2017.7.27. 선고 2017고합77 판결, 2. 서울중앙지방법원 2017.7.27. 선고 2017고합102 판결, (2심) 서울고등법원 2018.1.23. 선고 2017노2425, 2424(병합) 판결, (3심) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 판결, (파기환송심) 서울고등법원 2020.6.27. 선고, 〈재상고심〉 대법원 2020.10.15. 선고

448) (1심) 1. 서울중앙지방법원 2017.7.27. 선고 2017고합77 판결, 2. 서울중앙지방법원 2017.7.27. 선고 2017고합102 판결, (2심) 서울고등법원 2018.1.23. 선고 2017노2425, 2424(병합) 판결, (3심) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 판결

흥원(이하 각각 '예술위', '영진위', '출판진흥원'이라 한다)이 수행한 각종 사업에서 좌파 등에 대한 지원배제 등을 지시한 사안에서, 법원은 직권남용권리행사방해죄 성립을 인정하였다.

이 사안의 판결에서 '다수의견'은 어떤 행위가 헌법에 부합하지 아니한 경우 직권남용에 해당할 수 있다고 한다. 즉 "피고인들의 위와 같은 지원배제 지시는 헌법에서 정한 문화국가원리, 표현의 자유, 평등의 원칙, 문화기본법의 기본이념인 문화의 다양성·자율성·창조성 등에 반하여 헌법과 법률에 위배되므로 '직권남용'에 해당"한다고 하였다. 그리고 '보충의견'은 피고인들 행위는 "예술가들의 예술의 자유 등 헌법상 기본적 인권을 무시한 행위"로서 직권 남용 부분을 충족한다고 하였다.

〈대법원〉 2020.1.30. 선고 2018도2236 판결

[다수의견] 문화예술진흥법, 문화예술진흥기금사업 지원심의 운영규정, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(이하 '영화비디오법'이라 한다), 영화진흥사업 심사관리규정, 출판문화산업 진흥법 등에서 정부가 문화예술에 관한 지원을 직접 하지 않고 관련 법령에서 별도로 설치된 예술위, 영진위로 하여금 직무상 외부의 간섭을 받지 않고 지원에 관한 사항을 결정하도록 하였으며, 출판진흥원으로 하여금 양서출판 의욕 고취 및 국민의 독서문화 향상을 목적으로 하는 우수도서의 선정·보급을 위한 세종도서 사업을 위탁하여 수행하도록 하였다. 이는 위와 같은 **헌법상 원리를 실현하기 위한 제도적 장치**이다. 피고인 1의 위와 같은 지시는 예술위, 영진위의 지원 여부 결정 과정, 예술위 책임심의 위원 선정과정에 개입하는 것으로서 예술위, 영진위 위원의 직무상 독립성 등을 침해하여 위법하고, 출판진흥원에 대한 문체부 장관의 정당한 지휘·감독권의 범위에 속하는 사항도 아니다.

[다수의견에 대한 대법관 박정화, 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 김상환의 보충의견]

이 사건 지원배제지시는 피고인들이 헌법 제7조에서 규정한 공직자의 국민전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 정치적 중립성 규범을 무시한 채 정치적 중립의 자리에서 멀리 일탈하여 정당한 이유 없이 일부 문화예술인들을 자의적으로 차별하기 위한 것이다. 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 하다. 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 충족한다.

이에 대하여 '별개 의견'(대법관 박상옥)은 "추상적인 기준인 헌법 위반을 이유로 형사처벌을 받게 되어 명확성 원칙 등 죄형법정주의에 위반될 우려가 있다."는 이유로 이를 반대하고 있다.

"피고인들의 행위가 재량권을 일탈·남용한 행위로 평가되거나 그에 따른 법령상 책임을 지는 것을 넘어 정책목적이 헌법에 부합하지 아니하거나 부당하다는 이유만으로 형법 제123조에서 말하는 직권을 남용한 것으로 보아 형사책임을 묻는 것은 형사법의 기본원리에 배치된다. 특히 직무권한의 범위가 넓은 고위공무원의 경우 정치적 지형의 변화에 따라 추상적인 기준인 헌법 위반을 이유로 형사처벌을 받게 되어 명확성 원칙 등 죄형법정주의에 위반될 우려가 있다. 헌법원리는 이를 위반할 때 형사처벌이 예정되는 구체적인 행위규범으로서는 기능하기 어렵기 때문이다. 따라서 피고인들의 행위가 위헌적이라는 이유로 이를 직권의 남용이라고 본 다수의견의 결론에 찬동하기 어렵다."[449]

(2) 1급 공무원에 대한 사직 강요(문화계 블랙리스트 사건ⓑ)[450]

문체부 1급 공무원 3명에게 청와대의 지시에 따른 위법한 문화예술계 지원배제명단(이른바 '블랙리스트')의 집행에 소극적인 문체부 장관의 측근이고 그들 역시 위 지원배제명단의 집행에 소극적이었다는 사정 등을 이유로 사직서를 제출하도록 한 사안에서, 법원은 헌법에서 보장하는 직업공무원제도를 침해한다는 이유로 직권남용을 인정하였다.

즉, 이 사건 〈1심〉에서는 "1급 공무원은 의사에 반하여 면직되지 않을 법령상의

449) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 판결

450) (1심) 1. 서울중앙지방법원 2017.7.27. 선고 2017고합77 판결, 2. 서울중앙지방법원 2017.7.27. 선고 2017고합102 판결, (2심) 서울고등법원 2018.1.23. 선고 2017노2425, 2424(병합) 판결, (3심) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 판결

권리를 가진다고 볼 수 없으므로 1급 공무원들이 의사에 반하여 면직을 당하였다고 하더라도 법령상의 권리행사가 방해되었거나 의무없는 일을 한 것으로 볼 수는 없다." 고 하였으나, 〈2심〉에서는 "근거 없이 임용권자의 자의에 따라 1급 공무원을 그 의사에 반하여 면직할 수 있다고 해석하는 것은 앞서 본 **헌법에서 보장하는 직업공무원제도**를 형해화하여 채택할 수 없다."고 하였다.

〈1심〉 국가공무원법의 관련 규정은 1급 공무원을 신분보장의 대상에서 제외하고 있고, … 1급 공무원의 임면에 관해서는 임용권자인 대통령에게 광범위한 재량권이 부여되어 있다. … 1급 공무원들에 대한 사직요구가 지원배제 명단 적용에 소극적이었던 실장들을 제거하고 문체부 공무원들을 지원배제 명단 적용 지시에 순응하도록 만들기 위함이었다고 인정하기에는 부족하고, 그 밖에 1급 공무원에게 사직을 요구하여 면직한 것이 1급 공무원에 대한 임면권 행사에 있어 재량권을 일탈하여 직무권한을 불법하게 행사한 것으로 볼 증거가 부족한 점, 1급 공무원은 의사에 반하여 면직되지 않을 법령상의 권리를 가진다고 볼 수 없으므로 1급 공무원들이 의사에 반하여 면직을 당하였다고 하더라도 법령상의 권리행사가 방해되었거나 의무없는 일을 한 것으로 볼 수는 없다.

〈2심〉 1급 공무원을 직권면직함에 있어서도 임용권자는 객관적이고 합리적인 처분의 근거를 갖추어야 하고, 이와 달리 그러한 근거 없이 임용권자의 자의에 따라 1급 공무원을 그 의사에 반하여 면직할 수 있다고 해석하는 것은 앞서 본 헌법에서 보장하는 **직업공무원제도를 형해화하여 채택할 수 없다.** 1급 공무원들 사직서를 제출한 것은 실질상 그들의 의사에 반하여 면직을 당한 것이라고 볼 수 있고, … 이들에 대한 사직서 제출 요구는 객관적이고 합리적인 사유 없이 주로 그들이 위법한 지원배제명단의 실행에 소극적인 공소외 1 문체부 장관의 측근이었다는 사정 등을 이유로 하여 자의적으로 이루어진 것이라고 봄이 상당하다.[451]

451) (1심) 1. 서울중앙지방법원 2017.7.27. 선고 2017고합77 판결, 2. 서울중앙지방법원 2017.7.27. 선고 2017고합102 판결, (2심) 서울고등법원 2018.1.23. 선고 2017노2425, 2424 (병합) 판결

나. 박×× 전대통령 사건

KT에 대하여 ⓐ 차○○과 최○○이 추천한 이○○와 신○○을 임원으로 채용(2015년) 및 보직변경(전보발령)(2016년) 하도록 하고, ⓑ 최○○이 운영하는 광고기획사 플레이그라운드에 총액 약 68억 원 상당의 광고 계약을 체결하도록 한 서안에서도, 법원은 헌법에서도 권한에 대한 근거 조항을 고려하고 있다. 즉 사기업에 대하여 특정 기업체에 광고를 발주하도록 요구하는 행위에 관련하여 그와 같은 권한에 관한 법령상의 근거가 없음은 명백하고 또한 헌법 조항을 고려해 보더라도 직무권한에 속한다고 해석할 여지가 없다고 하였다(무죄).[452]

서울중앙지방법원 2018.4.6. 선고 2017고합364-1(분리) 판결

직권남용권리행사방해죄는 공무원이 그 '일반적 직무권한'에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립하므로, 사기업인 □□□□□그룹에 대하여 특정 기업체에 광고를 발주하도록 요구하는 행위가 대통령이나 경제수석비서관의 일반적 직무권한에 포함되는지에 관하여 본다. **먼저, 그와 같은 권한에 관한 법령상의 근거가 없음은 명백하다.** 한편, 헌법 제15조, 제126조는 기업의 자유로운 운영을 내용으로 하는 기업경영의 자유를 보장하고, 헌법 제23조 제1항은 '모든 국민의 재산권은 보장된다', 헌법 제119조 제1항은 '대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다'고 천명하고 있으며, 헌법 제37조 제2항은 기본권은 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다는 한계를 설정하고 있다. 위와 같은 **헌법 조항을 고려해 보면,** 대통령이나 경제수석비서관이 사기업에 대하여 특정 기업에 광고를 발주하도록 요구하는 행위는, 우리나라의 법·제도를 종합적·실질적으로 검토하더라도 대통령이나 경제수석비서관의 직무권한에 **속한다고 해석할 여지가 없고,** 오히려 기업의 사적 자치 영역에 간섭하여 해당 기업의 재산권 및 기업경영의 자유를 침해하는 **위헌적인 행위에 해당**하는 것으로 판단된다.

또한 검사의 주장에 위와 같은 요구가 경영지도 내지 행정지도의 일환으로 대통령이나 경제수석비서관의 일반적 권한에 포함된다는 취지의 주장이 포함된 것으로 선해하

452) 서울중앙지방법원 2018.4.6. 선고 2017고합364-1(분리) 판결

더라도, 특정 기업체에 광고를 발주하도록 요구하는 행위는 앞서 본 바와 같은 이유로 행정지도의 영역을 벗어난 것이라고 보아야 하고, 그 요구내용 자체로 외형적으로도 공행정목적을 위한 행정지도로 볼 여지가 없다.

3. 직권남용 상대방인 '사람'의 의미

가. 공무원 포함여부

직권남용의 상대방인 '사람'에는 일반 국민만 포함되는지 또는 공무원도 포함되는지에 대한 의문이 있을 수 있다.

이와 관련하여, 직권남용권리행사방해죄에서의 상대방인 "사람은 그 공무원의 직권행사라는 관점에서 보면 그 공무원과 구별되는 **외부인으로서 권리 또는 의무의 주체**라고 할 것"이므로, "관청이 권한을 행사함에 있어서 보조기관을 이용하는 것은 권한 행사행위에 당연히 포함되는 것이므로 보조기관인 공무원을 별도로 직권행사의 상대방이라고 볼 수는 없다"하는 견해가 있다.[453] 이는 "관청과 보조기관 사이에 있어서는 보조기관은 관청인 공무원의 직권행사라는 관점에서는 관청의 팔에 해당하고, … 이 경우 그 보조기관은 해당 직무에 관하여 법률상 권한자가 아니므로 **권리행사 방해라는 측면에서 방해당할 권리 자체가 없는 것**이고 지시에 따라 행하더라도 그 법률적 효과가 지시권자에게 귀속되고 보조기관 스스로에게 효과가 귀속되는 일을 한 것이 아니어서 의무없는 일을 하게 하였다고 할 수도 없는 것이"기 때문이라고 한다.[454]

한편, 판례에서는 일명 **〈기무사령관의 여론조작사건〉** 제1심[455]에서 다툼이 있었다(2019년). 피고인 측에서는 "직권남용의 상대방인 '사람'은 원칙적으로 일반 국민만을 의미하고, 공무원은 예외적으로 해당 공무원 자신이 인사나 처우 등에 관한 직권행사의 대상이 된 경우에만 이에 포함된다"고 주장하였다.[456]

---

453) 이완규, "직권남용죄의 성립요건", 범죄방지포럼 제41호(2019.8), 39면.
454) 이완규, 위의 글, 40면.
455) 서울중앙지방법원 2019.2.19. 선고 2018고합588, 2018고합728(병합), 2018고합833(병합) 판결
456) 서울중앙지방법원 2019.2.19. 선고 2018고합588, 2018고합728(병합), 2018고합833(병합) 판결

> "직권남용의 상대방인 '사람'은 원칙적으로 일반 국민만을 의미하고, 공무원은 예외적으로 해당 공무원 자신이 인사나 처우 등에 관한 직권행사의 대상이 된 경우에만 직권남용의 상대방인 '사람'에 포함된다고 할 것인바, 판시 각 범죄사실의 경우 기무사령부 부대원들의 인사나 처우 등에 관한 직권행사가 아님이 명백하므로, 피고인에 대하여 직권남용권리행사방해죄가 성립한다고 볼 수 없다." (1심 판결문)

이에 대하여 제1심 재판부는 법 문언상의 '사람'의 의미를 좁게 해석할 이유가 없고, 직권남용의 상대방이 공무원인 경우에도 직권남용권리행사방해죄의 보호법익(국가기능의 공정한 행사) 침해는 발생하게 된다는 이유로 피고인의 주장을 받아들이지 않았다.[457]

> "형법 제123조는 직권남용권리행사방해의 상대방을 '사람'이라고만 규정하고 있을 뿐이므로 문언상으로도 위 '사람'의 의미를 '일반 국민' 및 '인사나 처우 등에 관한 직권행사의 상대방인 공무원'만을 포함하는 것으로 좁게 해석할 수는 없는 점, 직권남용권리행사방해죄는 일반적 권한에 속하는 사항을 불법하게 행사한 경우에만 성립하므로 직권남용의 상대방이 공무원인 경우에도 직권남용권리행사방해죄의 보호법익인 '국가기능의 공정한 행사'라는 국가적 법익에 대한 침해는 여전히 발생하게 되는 점 등을 고려하면, 피고인과 변호인의 주장과 같이 직권행사의 상대방이 일반 국민이거나 직권 행사의 상대방인 공무원의 인사나 처우에 관한 경우에만 직권남용권리행사방해죄가 성립한다고 볼 수 없다. 따라서 피고인과 변호인의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다." (1심 판결문)

또한, 국가정보원법상 직권남용죄 규정(현행 제13조)[458]과 관련하여 〈국정원장의 댓글사건 수사방해 사건〉에서 다툼이 있었다.[459] 〈1심〉은 "국정원 자체가 직권남용의 상대방이 될 수는 없으므로 '다른 기관·단체'는 국정원 아닌 기관·단체를 의미하는

---

457) 서울중앙지방법원 2019.2.19. 선고 2018고합588, 2018고합728(병합), 2018고합833(병합) 판결

458) 당시 국가정보원법 제11조 제1항은 "원장·차장과 그 밖의 직원은 그 직권을 남용하여 법률에 따른 절차를 거치지 아니하고 사람을 체포 또는 감금하거나 다른 기관·단체 또는 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리 행사를 방해하여서는 아니 된다"고 규정하고 있었다.

459) 서울중앙지방법원 2018. 5. 23. 선고 2017고합1162, 2017고합1204(병합), 2017고합1255(병합) 판결; 서울고등법원 2018.11.16. 선고 2018노1537 판결

것으로 해석되지만, 위 규정의 문언 자체로도 '다른'이 '기관·단체'뿐만 아니라 '사람'까지 수식한다고 해석할 수는 없다. 아울러 위 조항은 국정원의 직무와 특수성을 고려하여 직권남용의 상대방에 기관·단체까지 포함하는 데 그 취지가 있는 것으로 보일 뿐 '사람'의 범위를 제한하기 위한 것으로 보이지도 않는다."고 하였다.[460]

> "법률을 해석할 때는 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 사용할 수 있는데, 위 규정의 '사람'에서 '국가정보원 직원'을 제외할 어떠한 합리적 이유도 찾을 수 없다. 특히 형법의 직권남용죄는 직권남용의 상대방을 '사람'이라고 규정하고 있는 점, 국정원의 원장·차장과 그 밖의 직원이 직권을 남용하여 의무 없는 일을 하게 한 경우, 국정원 직원과 국정원 직원이 아닌 사람을 달리 평가할 합리적인 이유가 없는 점, 같은 조항에서 권리행사를 방해하는 행위 태양의 상대방으로 '사람'이라고만 규정하고 있어 의무 없는 일을 하게 하는 행위 태양의 상대방 또한 '사람'으로 해석함이 조화로운 점 등을 고려하면, 위 조항의 '사람'은 형법의 직권남용죄와 동일하게 '사람'으로 해석하는 것이 타당하다."(1심 판결문)

〈국정원장의 정치개입·특수활동비 불법 사용 등 사건〉에서 대법원[461]도 – 국가정보원법상 직권남용죄 규정(현행 제13조)과 관련하여 - "직권남용으로 인한 국가정보원법 위반죄의 객체인 **'사람'은 행위자와 공범자 이외의 모든 타인을 말하므로,** 행위자의 부하 공무원은 물론 기타 공무원도 거기에 포함될 수 있다."고 하였다.[462]

나. 일반 사인인 경우와 공무원(또는 공공기관 등의 임직원)인 경우

대법원은 – 2020년에 - 일명 **〈문화계 '블랙리스트' 사건〉**[463]에서 직권남용 행위의 상대방이 '일반 사인(私人)'인 경우와 '공무원'인 경우를 구분하여 "의무 없는 일을 하게 한 때"에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다는 **새로운 법리**를 내놓았다.

---

460) 서울중앙지방법원 2019.2.19. 선고 2018고합588, 2018고합728(병합), 2018고합833(병합) 판결
461) 대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결
462) 대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결("이 사건 각 지시의 행위자들이 가지는 직권(지휘권한)은 그 상대방으로 하여금 의무 없는 일을 하도록 하기에 충분한 것이므로, 이 사건 각 지시를 받은 국정원 실무 담당자들은 직권남용의 상대방이 될 수 있다.")
463) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 판결

직권남용 행위의 상대방인 일반 사인과 공무원은 일반적으로 직권에 대응하여 따라야 할 의무 내용에 있어서 차이가 있기 때문에, 그 상대방에 따라 "의무 없는 일을 하게 한 때"의 판단에도 차이가 있어야 한다는 것이다. 즉, "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 있(지만), … 상대방이 공무원이거나 법령에 따라 일정한 공적 임무를 부여받고 있는 **공공기관 등의 임직원인 경우**에는 법령에 따라 임무를 수행하는 지위에 있으므로 그가 직권에 대응하여 어떠한 일을 한 것이 의무 없는 일인지 여부는 관계 법령 등의 내용에 따라 개별적으로 판단하여야 한다."고 하여(대법원 판결문), 상대방이 공무원인 경우에는 "의무 없는 일을 하게 한 때"의 해당성을 좁게 해석하였다.

> "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 있다. 그러나 … (중략) … 상대방이 **공무원 또는 유관기관의 임직원인 경우**에는 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 어렵다."(대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 판결)

다. 부하직원인 경우 (상하 지시관계인 경우)

공직사회에서 통상적으로 의무 없는 일을 하게 하게 하는 경우는 공무권 내부의 상하관계에서 상사가 직무집행을 보조 내지 보좌하는 부하직원(또는 실무담당자)에 대한 지시행위로 나타난다.

이와 관련하여 직권을 남용한 공무원의 보조기관인 하위 공무원도 의무없는 일을 하게 하는 상대방인 '사람'에 해당될 수 있는지 여부가 논란이 될 수 있다. 이 점은 하위 공무원의 공범성립 가능성과도 연관된 것이다.

(1) 견해 대립

1) 부정설

부정설은 "관청과 보조기관 사이에서 보조기관은 관청인 공무원의 직권행사라는 관점에서는 관청의 팔에 해당하고, 관청이 권한을 행사함에 있어서 보조기관을 이용하는 것은 권한 행사행위에 당연히 포함되는 것이므로 보조기관인 공무원을 별도로 직권행사의 상대방이라고 볼 수는 없다."고 하여, 관청이 그 권한의 행사를 위해 지휘감독관계에 있는 보조기관에 지시한 것 자체를 직권남용죄로 의율하는 것은 부적절하다고 한다.[464)465)]

이 견해는, 상급관청과 하급관청의 관계에서는, "관청은 국가의 권한행사로서의 처분을 외부적으로 행할 수 있는 고유한 권한과 역할을 가지는 기관이다. 이러한 관청들 사이에서 일정한 관청이 다른 관청의 지휘감독을 받는 관계로 구성될 수 있는데 이러한 지휘감독권을 남용하는 경우 하급 관청은 고유한 권한과 역할을 가지므로 직권남용의 상대방이 될 수 있다."고 한다.[466)]

이 견해는 보조기관인 하위 공무원(실무담당 공무원)의 지위와 권한을 지나치게 단순하게 도식화하고 있다는 점에서 한계가 있다고 생각된다.

2) 판례(이원론)

직권을 남용한 공무원의 보조기관인 하위 공무원도 상대방인 타인(사람)이 될 수 있는지 여부에 대하여 대법원은 다음과 같은 원칙을 확립하고 있다. 즉, 실무담당자에게 고유한 권한과 역할이 없는 경우와 있는 경우를 구분하여 후자의 경우에는 의무없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 한다.

---

464) 이완규, "직권남용죄의 성립요건", 범죄방지포럼 제41호(2019.8), 39~40면.

465) 이 견해는 "관청과 보조기관의 관계에 있어서는 보조기관은 권한행사 기관이 아니고 관청을 보조하는 기능을 할 뿐이며 보조기관이 관청이 정한 일정한 내부적인 권한위임 규정에 따라 권한행사를 하는 경우에도 그 권한행사의 법률적 귀속자는 관청이며 보조기관 고유의 권한행사가 아니라"는 이유로 "그 보조기관은 ① 해당 직무에 관하여 법률상 권한자가 아니므로 권리행사 방해라는 측면에서 방해당할 권리 자체가 없는 것이고 ② 지시에 따라 행하더라도 그 법률적 효과가 지시권자에게 귀속되고 보조기관 스스로에게 효과가 귀속되는 일을 한 것이 아니어서 의무없는 일을 하게 하였다고 할 수도 없는 것이다."라고 한다(이완규, 위의 글, 39~40면).

466) 이완규, 위의 글, 39면.

가) 실무담당자에게 고유한 권한과 역할이 없는 경우

대법원은, 직권남용권리행사방해죄에서 '의무 없는 일을 하게 한 때'란 '사람'으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하는 때를 의미하기 때문에, "공무원이 **자신의 직무권한에 속하는 사항**에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 할 수 없다."고 한다.[467]

예를 들어, 〈환경부장관이 인사담당 직원들에게 산하 공공기관 임원들에 대한 일괄사표 징구를 지시한 사건〉에서, 환경부장관의 **임명권 행사(사표징구나 후임자 임명)**는 그의 고유한 권한이기 때문에, 그의 직무집행을 보좌하는 인사실무 담당자들에게는 직무집행 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있지 않다고 하고 있다.

환경부장관이 인사담당 직원들에게 산하 공공기관 임원들에 대한 일괄사표징구 지시 (대법원 2022.1.27. 선고 2021도13541 판결)

〈공소사실〉 환경부장관이 합리적 사유 없이 공공기관 임원들을 사퇴시킨 후에 후임자를 임명하기 위해 환경부장관의 인사권, 업무지휘권 및 산하 공공기관에 대한 인사권을 남용하여, 환경부 공무원들과 산하 공공기관 임·직원들로 하여금 산하 공공기관 임원 15명에 대하여 잔여 임기나 실적, 전문성 보유 여부와 상관없이 일괄하여 사표 제출을 요구하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈판결요지〉 "산하 공공기관 임원의 임명절차와 관련하여 환경부 공무들에 직무집행 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있지 아니하다" … "피고인이 환경부 공무들에 대하여 사표징구를 지시한 것은 환경부장관의 공무원들에 대한 지휘·감독권한을 남용한 것에는 해당하지만, 환경부 공무원들이 산하 공공기관 임원들에게 사표를 제출을 요구한 행위는 피고인의 인사권을 보조하는 사실행위를 한 것에 불과하고, 이러한 환경부 공무원들의 행위는 피고인의 직무집행으로 귀결되므로 환경부 공무원들로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 것이라고 볼 수 없다"(원심인용).[468]

---

467) 대법원 2011.2.10. 선고 2010도13766 판결

468) 서울고등법원 2021.9.24. 선고 2021노354 판결(2심); 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결(1심)

나) 실무담당자에게 고유한 권한과 역할이 부여된 경우

ⓐ 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우

직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 **실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우**에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다.[469]

판례는, 특히 인사권자의 승진권 행사와 관련하여서는, 최종 임용권자라 하더라도 승진후보자 명부 작성 과정 등에 위법하게 개입하는 경우에는 직권남용권리행사방해죄의 성립을 인정하고 있다. 다시 말해서, 승진업무를 담당하는 직원들에게는 통상적으로 – 인사권(승진인사권) 행사를 보조하는 사실행위를 한 것에 지나지 않는 것이 아니라 - "직무집행의 기준과 절차에 따라 수행하여야 하는 고유한 권한과 역할을 부여받았다"고 판단하고 있다.

서울시 교육감이 인사 실무담당 장학관에게 위법한 승진 지시
(대법원 2011.2.10. 선고 2010도13766 판결)

〈공소사실〉 서울특별시 교육감이 인사담당장학관 등에게 지시하여 승진후보자명부상 승진 또는 자격연수 대상이 될 수 없는 특정 교원들을 적격 후보자인 것처럼 추천하거나 임의로 평정점을 조정하는 방법으로 승진임용하거나 그 대상자가 되도록 하여 인사담당장학관 등에게 의무없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈판결요지〉 피고인이 인사 실무를 담당하는 장학관이나 장학사로 하여금 법령에 위배되는 일을 하게 하여 그들이 앞서 본 바와 같은 역할을 수행한 것은 그들에게 법령상 의무 없는 일을 하게 한 것이고, 인사 실무를 담당하는 장학관이나 장학사가 피고인의 인사권 행사를 보조하는 사실행위를 한 것에 지나지 않는다고 볼 수 없다.

전라북도 교육감이 인사담당자들에게 위법한 승진후보자 명부 작성 지시
(대법원 2019.7.25. 선고 2018도19444 판결)

〈공소사실〉 전라북도교육감이 인사담당자들로 하여금 관련 법령에서 규정하고 있는 적법한 근평 절차를 거치지 아니하고 5급에서 4급으로의 승진후보자 순위를 먼저

469) 대법원 2012.1.27. 선고 2010도11884 판결; 대법원 2011.2.10. 선고 2010도13766 판결

정한 다음 피고인이 정한 순위대로 승진후보자 명부를 작성하게 하고, 평정대상공무원들의 근평 순위와 근평점을 피고인이 정한 승진후보자 순위에 맞춰 정하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈판결요지〉 승진후보자 명부(안)를 작성한 인사담당자들이 단순히 근평 절차에서 평정자와 확인자를 보조하는 사실행위만을 수행하는 것으로 볼 수 없고, 여러 단계에 걸쳐서 이루어지는 근평 과정에서 관련 법령에서 규정한 직무집행의 기준과 절차에 따라 수행하여야 하는 고유한 권한과 역할을 부여받았다고 볼 수 있다(원심 인용).[470]

※ 〈1심 판단〉 인사담당자들이 피고인의 의견을 반영하여 승진후보자 명부(안)를 작성하고 그 안이 확정되면 그에 맞추어 본청 소속 평정대상사무관에 대한 근무성적평정서와 평장단위별 서열명부를 작성한 행위는, 평정자인 행정국장과 확인자인 부교육감의 평정업무를 보조하는 사실행위로서 행정국장과 부교육감의 지시 및 용인에 따른 것으로 볼 수 있다.[471]

ⓑ 기준과 절차를 위반하지 않고 직무집행을 보조하게 한 경우

반면에, 공무원이 직권을 남용하여 상대방인 공무원으로 하여금 어떠한 일을 하게 하였는데, 상대방이 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 않는 경우**, 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당하지 아니한다.[472]

대법원은, 소위 '블랙리스트 사건'에서 "공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 어떠한 일을 하게 한 때에 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 어렵다."고 하였다.[473]

---

470) "근평 절차에 적극적으로 개입하여 특정 공무원을 승진자로 내정하고 인사담당자들에게 그에 맞춰 근평 순위와 근평점을 조정하게 하거나 자신의 측근의 근평 순위와 근평점을 상향 변경하도록 구체적으로 지시한 것은, 인사담당자들로 하여금 관련 법령에 정해진 절차에 정면으로 반하는 위법한 직무수행을 지시한 것으로서 그 자체로 법령상 의무 없는 일을 하게 한 것으로 봄이 상당하다."(전주지방법원 2018.11.16. 선고 2018노45 판결)

471) 전주지방법원 2018. 1. 4. 선고 2017고단434 판결

472) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결

검찰국장의 서○○ 검사 전보인사 사건 (대법원 2020.1.09. 선고 2019도11698 판결)

〈공소사실〉 법무부 검찰국장인 피고인은, 법무부 검찰국이 마련하는 인사안 결정과 관련한 검찰국장의 업무권한을 남용하여, 검찰국 검찰과 검사인사담당 검사 AA로 하여금 부치지청(부장검사를 둔 지청)인 수원지검 여주지청에 근무하고 있던 경력검사 서○○을 다시 부치지청인 창원지검 통영지청으로 전보시키는 인사안을 작성하게 함으로써, 검사인사담당 검사 AA로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다.[474]

〈판결요지〉 [1] 검사에 대한 전보인사는 검찰청법 등 관련 법령에 근거한 것으로서 법령에서 정한 원칙과 기준에 따라야 하나, 한편 전보인사는 인사권자의 권한에 속하고, 검사는 고도의 전문지식과 직무능력, 인격을 갖출 것이 요구되므로 인사권자는 법령의 제한을 벗어나지 않는 한 여러 사정을 참작하여 전보인사의 내용을 결정할 필요가 있고 이를 결정함에 있어 상당한 재량을 가지며, 인사권자의 지시 또는 위임에 따라 검사인사에 관한 직무집행을 보조 내지 보좌하는 실무 담당자도 그 범위에서 일정한 권한과 역할이 부여되어 재량을 가진다고 볼 수 있다

[2] 위 인사안 작성 당시 경력검사 부치지청 배치제도가 인사기준 내지 고려사항의 하나로 유지되고 있었더라도, 이는 부치지청에서 근무한 경력검사를 차기 전보인사에서 배려한다는 내용에 불과하며, 관련 법령이나 검찰인사위원회의 심의·의결사항 등을 전제로 한 여러 인사기준 또는 다양한 고려사항들 중 하나로서, 검사인사담당 검사가 검사의 전보인사안을 작성할 때 지켜야 할 일의적·절대적 기준이라고 볼 수 없고, 다른 인사기준 내지 다양한 고려사항들보다 일방적으로 우위에 있는 것으로 볼 만한 근거도 찾기 어려운 점 등의 사정을 종합하면, 피고인이 AA으로 하여금 위 인사안을 작성하게 한 것을 두고 피고인의 직무집행을 보조하는 갑으로 하여금 그가 지켜야 할 직무집행의 기준과 절차를 위반하여 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 보기 어렵다.

※ 〈항소심의 판단〉 이 사건 "인사안은 검사인사의 원칙과 기준의 하나에 해당하는 경력검사 부치지청 배치제도를 실질적으로 위반하는 것"이고, 인사요소를 종합적으로 고려하여 인사배치를 함에 있어서는 '검찰인사원칙집'상 전보근속기간, 경향교류 관련 인사원칙, 경력검사배치 원칙, 여성검사 배치 등의 원칙을 고려하되 상황

473) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결

474) 대법원, 대법원 선고 2019도11698 직권남용권리행사방해 사건에 관한 보도자료(2020-01-09) 참조.

에 따라 상호 보완적 혹은 우선적으로 적용할 수 있다고 보이지만, 여기에서 나아가 위 각 원칙에 명백히 어긋나는 인사배치까지 용인하는 취지로 보기는 어렵다."[475]

ⓒ 실무담당자의 고유한 권한·역할의 부여 여부 및 기준·절차 위반여부 판단기준

대법원은, 공무원의 직무집행을 보조하는 실무 담당자에게 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있는지 여부 및 공무원의 직권남용행위로 인하여 실무 담당자가 한 일이 그러한 기준이나 절차를 위반하여 한 것으로서 법령상 의무 없는 일인지 여부는 관련 법령 등의 내용에 따라 **개별적으로 판단**하여야 한다고 하였다.[476]

라. 협조 또는 의견교환 관계인 경우

대법원은 상하관계가 아닌 행정조직 간의 '협조 또는 의견교환 관계'에 있는 경우에는, "일방이 상대방의 요청을 청취하고 자신의 의견을 밝히거나 협조하는 등 요청에 응하는 행위를 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 법령상 의무 없는 일이라고 단정할 수 없다"고 하고 있다.

소위 '블랙리스트' 사건 (대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결)

〈공소사실〉 대통령비서실장인 피고인이 - 정치적인 성향이나 정부에 비판적인 활동을 한 문화예술계의 특정 대상자에 대한 보조금 지원을 배제하기 위하여 - 한국문화예술위원회, 영화진흥위원회, 한국출판문화산업진흥원 직원들로 하여금 문체부 공무원에게 각 보조금 지원사업 관련 심의과정에서 책임심의위원 후보자 명단, 공모사업 신청자 및 각 단계별 심의 통과자 명단을 송부하도록 하였으며, 공모사업 진행 중 수시로 심의 진행 상황을 보고하도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈판결요지〉 행정조직은 날로 복잡·다양화·전문화되고 있는 현대 행정에 대응하는 한편, 민주주의의 요청을 실현하는 것이어야 한다. 따라서 행정조직은 통일된 계통구조를 갖고 효율적으로 운영될 필요가 있고, 민주적으로 운영되어야 하며, 행정목적을

475) 서울중앙지방법원 2019.07.18. 선고 2019노424 판결
476) 대법원 2020.1.9. 선고 2019도11698 판결; 대법원 2021.9.16. 선고 2021도2748 판결

달성하기 위하여 긴밀한 협동과 합리적인 조정이 필요하다. 그로 인하여 행정기관의 의사결정과 집행은 다양한 준비과정과 검토 및 다른 공무원, 부서 또는 유관기관 등과의 협조를 거쳐 이루어지는 것이 통상적이다. 이러한 협조 또는 의견교환 등은 행정의 효율성을 높이기 위하여 필요하고, 동등한 지위 사이뿐만 아니라 상하기관 사이, 감독기관과 피감독기관 사이에서도 이루어질 수 있다. 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 없다.

※ **〈원심 판단〉** 원심은 이와 같은 보고하도록 하는 행위는, 직접적인 법령상의 근거가 존재하지 않아, '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 판단하였다.[477]

4. 인사권 행사와 직권남용권리행사방해

가. 정부부처 장관의 인사권 행사 – 환경부 〈블랙리스트 사건〉[478]을 중심으로

이 판결은 그동안 정권이 교체되면 관행적으로 이루어져 왔던 정부부처 산하 공공기관장 등 임원에 대한 일괄 사표징구와 내정자의 임명 등 정부부처 장관 등의 인사권 행사에 대한 사법적 판단이 처음으로 이루어졌다는 점에서 검토가 필요하다.

[공소사실](요지)

피고인 A는 - 전 환경부 장관으로서 - 전 정부에서 임명한 환경부 산하 공공기관의 임원들을 사퇴시키고 청와대와의 협의에 따른 내정자를 산하 공공기관 임원으로 임명하기 위하여, 인사권, 업무지휘권 및 산하 공공기관에 대한 인사권을 남용하여, ① 산하 공공기관 임원 15명에게 일괄하여 사표 징구를 지시하였고, ② 그 과정에서 사표 제출을 거부하는 E공단 상임감사 F에 대해서 표적감사를 실시하도록 지시하여 사표를 제출받았다. 또한 피고인 A는 산하 공공기관의 임원 후임자 임명과 관련하여, ③ 환경부 운영지원과 공무원들에게 청와대 및 환경부장관 내정자들을 임원추천위원회 심사에서 최종 후보자에 포함되도록 지원하라고 지시하였으며(사전 지원), 임원추천위원회에 당연직 위원으로 참여하는 환경부 실·국장들에게 내정자들이 각 임원추천위원회에

477) 서울고등법원 2018.1.23. 선고 2017노2425, 2424(병합) 판결

478) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결,
(3심) 대법원 2022.1.27. 선고 2021도13541 판결

서 최종 후보자에 들게 하도록 지시하였다(현장 지원). ④ 그 과정에서 한국환경공단 상임감사 내정자 박○소가 서류심사에서 탈락하자 환경부 공무원들에게 임원추천위원회 면접심사에서 서류심사 합격자 7명을 모두 적격자 없음 처리하도록 지시하였고, ⑤ 내정자 박○소의 서류심사 탈락에 대한 문책성 인사로서 환경부 운영지원과 인사팀에게 환경부 황○석(국장)과 김○연(과장)을 좌천시키도록 지시하였으며, ⑥ 서류심사에서 탈락한 박○소를 수도권매립지관리공사가 출자한 ○○주식회사 대표이사로 임명하도록 지시하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

이로써 피고인 A는 환경부 공무원들 및 산하 공공기관 임원 및 직원들에 대하여 의무없는 일을 하게 하였다.

환경부 장관의 인사권 행사는 (ⅰ) 산하 공공기관 임원(들)에 대한 사표징구(위의 ①~②)와 후임자 임명권 행사(③~④, ⑥), 그리고 (ⅱ) 이와 관련한 보복성 인사로서 환경부 인사관련 부서 직원(들)에 대한 전보권 행사(⑤)로 나누어 볼 수 있다.

(1) 사표징구 관련

법원은, 사표를 징구해 오라고 지시한 행위는 환경부장관의 공무원들에 대한 지휘·감독권한을 남용한 것에는 해당한다고 전제하고, 동 지시를 받고 행위한 관계자들의 행위가 의무없는 일에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다. 즉, 환경부 공무원들 및 산하 공공기관 직원들에 대한 직권남용권리행사방해 부분에서는, 환경부 공무원들이 산하 공공기관 임원들에게 사표를 제출을 요구한 행위는 피고인 A의 인사권을 보조하는 사실행위를 한 것에 불과하고, 이들의 행위는 피고인 A의 직무집행으로 귀결되므로 환경부 공무원들로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 것이라고 볼 수 없다고 하였다. 이러한 논리는 F의 표적감사와 관련하여 E공단 감사실 직원들로 하여금 자료 제출 등의 의무 없는 일을 한 행위에 대하여 동일하게 적용되었다(1심 및 항소심: 모두 무죄).[479]

산하 공공기관 임원 13명(사표제출자)에 대한 직권남용권리행사방해 부분에서는,

479) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

사표 제출자 13명 중 8명의 임원은 임기가 만료되었고, 연임신청을 하지 않았거나 연임통보를 받지 못한 상태에 있었기 때문에 사표를 제출하였다 하더라도 이것이 법령상 의무없는 일에 해당하지 않고, 또한 이로 인해 산하기관 임원들의 사표 제출이 반드시 피고인 A의 사표 제출 지시로 인한 것이라고 인정하기 어렵다고 하였다(인과관계 부정).[480]

다만, 표적감사로 인하여 사표를 제출한 상임감사 F에 대한 직권남용권리행사방해 부분에서는 결론을 달리하였다. 즉, 〈1심〉은 피고인 A는 대통령이 임명하는 준정부기관(E공단)의 상임감사를 직접 해임하거나 해임을 건의할 권한이 없으므로 그로부터 사표를 제출받을 일반적 직무권한이 없고, AU 또한 그와 같은 직무권한이 없으므로, 비록 위와 같은 행위가 부당하다고 하더라도 이 부분 공소사실은 직권남용권리행사방해죄에 해당하지 않는다고 하였다.[481] 그러나 〈항소심〉은 환경부장관은 산하 공공기관 중 E공단의 업무에 대한 지도·감독권이 있고 E공단에 대한 감사권이 있다는 점, E공단에 대하여 자체감사를 실시하고 그 결과를 E공단의 장 및 감사원에 통보할 권한과 의무가 있는 점, 자체감사 결과 상임감사의 비위사항이 중대한 경우 이사회 결의를 통하여 해임될 수 있다는 점, E공단의 이사에 대한 임면에 관여할 수 있으므로 이를 통해 상임감사의 해임에도 간접적으로 관여할 수 있다고 보이는 점에서, 피고인 A에게 E공단 상임감사의 인사에 대한 일반적 직무권한이 인정된다고 하였다. 그리고 피고인 A는 F로부터 사표를 제출받을 목적으로 E공단 임원들에 대한 복무감사를 빙자하여 표적감사를 실시한 것으로서, 위와 같이 부당한 목적으로 E공단 상임감사 F에 대한 표적감사를 지시한 것은 피고인 A의 직권을 남용한 것에 해당하고 하였고, 피고인 A의 사표 제출 요구에 응하지 않아 표적감사를 받게 되자 비로소 사표를 제출하였던 점에 비추어 E공단 상임감사 F가 사표를 제출한 것은 의무 없는 일을 한 것에 해당한다고 하였다.[482]

---

480) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

481) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결

482) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

(2) 임명권 행사

청와대 등 추천 인사에 대한 임명권 행사와 관련하여서도 동 지시를 받고 행위한 관계자들의 행위가 의무없는 일에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다. 법원은 청와대·환경부장관 추천자에 대한 "사전 지원" 관련 환경부 공무원들에 대한 직권남용권리행사방해 부분에서는, 공무원들의 내정자들의 사전 지원은 산하 공공기관 임원의 인사에 관한 권한이 있는 피고인의 직무집행을 보조하는 사실행위에 불과하다는 것이라고 하였다.[483]

청와대·환경부장관 추천자에 대한 "현장 지원" 관련 환경부 공무원들(임원추천위원회 당연직 위원들)에 대한 직권남용권리행사방해 부분에서는, 임원추천위원회에 참석하는 환경부 실·국장이 주무기관의 의사를 대변하는 정도를 넘어서 위원으로서의 객관성·공정성에 반하여 심사기준을 무시한 채 청와대나 환경부 장관의 지침에 따라 내정자에게 일방적으로 높은 점수를 부여하거나 임원추천위원회 회의 과정에서 내정자를 옹호하는 것은 공공기관운영법에 따른 적법한 행위가 아니라고 전제한 뒤, 증명의 정도에 따라, 1심은 청와대·환경부장관 추천자 17명 가운데 14명에 대한 현장 지원 관련 부분에 대하여 유죄를 인정하였으나, 항소심은 이 가운데 12명 관련 부분에 대해서 유죄를 인정하였다.[484]

청와대 추천 인사 D의 E공단 상임감사 탈락 관련 직권남용권리행사방해 부분에서는, ⓐ 임원추천위원회 위원에 대한 부탁(요청) 과정에서 환경부 공무원들과 한국환경공단 직원들에 대한 직권남용권리행사방해와 관련하여, 법원은 위의 청와대·환경부장관 추천자에 대한 사전 지원 관련한 환경부 공무원들의 행위는 피고인의 직무집행을 보조하는 사실행위에 불과하다고 하여 무죄로 판단하였지만, ⓑ 임원추천위원회 면접심사 과정에서 임원추천위원회 당연직 위원 황○석(G)에 대한 직권남용권리행사방해와 관련하여, 법원은 1심과 항소심 모두 유죄를 인정하였다. G는 환경부 공무원의 자격으로 임원추천위원회에 참석한 것이 아니고, G 역시 객관적이고 공정한 입장에서 산하 공공기관 임원 추천 후보자를 선정할 권리와 의무가 있음에도, G 역시 객관적이

483) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

484) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

고 공정한 입장에서 산하 공공기관 임원 추천 후보자를 선정할 권리와 의무가 있음에도, G는 피고인 A의 지시를 받아 임원추천위원회에서 면접 대상자 중 적격자가 없다는 발언을 하는 방법으로 '적격자 없음 의결'을 유도한 바 G가 피고인 A의 지시로 인해 의무 없는 일을 한 것이라고 하였다.[485]

(3) 전보권 행사

① G에 대한 전보권 행사 관련

G에 대한 전보권 행사 관련 환경부 공무원들에 대한 직권남용권리행사방해에 대하여는 1심과 항소심은 판단을 달리하였다(1심: 유죄, 항소심: 무죄).[486]

〈1심〉은 피고인 A가 인사권을 남용하여 G에게 D의 E공단 상임감사 탈락과 관련된 문책성 인사로 전보인사를 한 사실을 인정할 수 있고, F를 국립생물자원관 생물자원활용부장으로 전보하는 것은 법령이 정한 전보인사 요건을 갖추지 못한 것으로 판단되고, 환경부 운영지원과장과 환경부 인사팀 공무원들은 G에 대한 위법한 전보인사안을 작성하지 않을 권한과 의무가 있으므로, 피고인 A가 자신의 직권을 남용하여 그들로 하여금 위법한 전보인사안을 작성하게 지시하여 그들이 위 전보인사안을 작성한 것은 의무 없는 일을 한 것에 해당한다고 하였다.[487]

이에 대해 〈항소심〉은 고위공무원에 대한 전보인사는 인사권자의 권한에 속하고, ① 고위공무원은 고도의 전문지식과 직무능력, 인격을 갖출 것이 요구되므로 인사권자는 법령의 제한을 벗어나지 않는 한 여러 사정을 참작하여 전보인사의 내용을 결정할 필요가 있고 이를 결정함에 있어 상당한 재량을 가지고 있고, 인사권자의 지시 또는 위임에 따라 인사에 관한 직무집행을 보조 내지 보좌하는 실무 담당자도 그 범위에서 일정한 권한과 역할이 부여되어 재량을 가진다고 볼 수 있으며, ② 인사관리 세칙은 법규적 효력이 없는 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과한데 고위공무원단 인사에 엄격하게 적용되어 왔다고 보기도 어려우므로, G에 대한 전보인사가 인사관리 세칙을 준수하지 않았다고 하여 곧바로 위법하다고 보아 AT 및 인사팀 공무원들이

485) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결
486) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결
487) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결

의무 없는 일을 한 것이라고 단정할 수는 없다고 하였다.[488]

② AT에 대한 전보권 행사 관련

AT에 대한 전보권 행사 관련 환경부 공무원들에 대한 직권남용권리행사방해에 대하여는 - 위의 고위공직자 G에 대한 전보권 행사와는 달리 - 1심과 항소심 모두 무죄로 판단하였다.

AT에 대한 인사는 문책성 인사로 전보인사를 한 사실을 인정할 수 있지만(직권남용), 전보인사는 원칙적으로 인사권자의 권한에 속하고, 특히 상위직급에 대해서는 전문지식과 직무능력을 고려할 필요성이 크므로 인사권자는 법령의 제한을 벗어나지 않는 한 여러 사정을 참작하여 전보인사의 내용을 결정할 필요가 있고, 이를 결정함에 있어 상당한 재량을 가지며, 인사권자의 지시 또는 위임에 따라 전보인사에 관한 직무집행을 보조 내지 보좌하는 실무 담당자도 그 범위에서 일정한 권한과 역할이 부여되어 재량을 가진다고 보아야 한다. 따라서 운영지원과장 등이 AT를 FC 기획총괄팀장으로 전보하는 인사안을 작성한 것은 그들의 인사재량의 범위 내에 속하므로, 검사가 제출한 증거들만으로는 운영지원과장 등이 의무 없는 일을 하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 하였다.[489]

(4) 소결

장관의 인사권 행사와 관련하여 법원의 입장을 정리하면, 법원은 대부분의 사안에 대하여 '직권남용'(일반적 직무권한 + 남용)을 인정하면서, 당해 행위의 결과, 즉 "의무 없는 일을 하게 한 것"에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다.

1) 직권남용

법원은 장관의 인사권과 관련하여 '일반적 직무권한'을 적극적으로 인정하는 태도를 취하고 있다. 심지어 표적감사로 인하여 사표를 제출한 상임감사 F에 대한 직권남용권리행사방해 부분에서도 E공단(준정부기관)의 상임감사는 대통령이 임명하는 직위임에도, E공단 업무에 대한 지도·감독권, 감사권, 상임감사의 해임 가능성(비위사

488) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결
489) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

항이 중대한 경우 이사회 결의를 통해), 상임감사 임면에 대한 간접적 관여 가능성 등을 고려하는 피고인 A에게 E공단 상임감사의 인사에 대한 일반적 직무권한을 인정하였다.[490]

2) 의무없는 일의 강요

ⓐ 사표 징구

사표징구와 관련하여, 변호인은 산하 공공기관 임원들은 신분보장이 되지 않으므로 그들로부터 사표를 징구하는 것은 산하 공공기관 임원들로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 한 것이 아니며, 사표 징구는 산하 공공기관 임원들에 대한 비연임 통보나 정당한 해임 처분으로 해석할 수 있으므로 산하 공공기관 임원들로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 것이 아니라 하였다. 그러나 법원(항소심)은 「공공기관의 운영에 관한 법률」 등 관련 법령에서 공공기관 임원의 신분을 보장하고 있기 때문에(임기제), 사표 제출을 요구받아, 이로 인해 임기 만료 전에 사표를 제출하였다면 이는 '의무 없는 일'을 하게 한 것이라고 하였다.

이러한 판결은 그동안 정권이 바뀔 때마다 관행적으로 이루어져 왔던 공공기관 임원들에 대한 사표 일괄 징구의 불법성 판단에 대한 객관적 기준(사표 제출을 요구받아 임기 만료 전에 사표 제출: 사표징구)을 제시해주고 있다고 할 수 있다. 사표 제출 후 임기 이후 계속 근무한 것은 범행 후의 정황에 불과한 것으로 양형사유로 참작할 수 있을 뿐이라는 것이다.[491]

ⓑ 직무집행을 보조 내지 보좌하는 실무 담당자의 재량권 인정 여부

이 판결에서는 장관의 인사권 행사와 관련하여 두 가지 태도를 보이고 있다.

먼저, 임면권 행사(사표징구, 후임자 임명)와 관련하여서는, 직무집행을 보조 내지 보좌하는 실무 담당자에게 재량권을 인정하지 않고 있다. 사표를 징구하는 경우(또는 임원을 임명하는 경우)에는 그들에게 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할을 인정할 수 없기 때문에 직무집행을 보조 내지 보좌하는 실무

490) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

491) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

담당자의 행위(사표 제출 요구행위 또는 임명절차에서의 지원행위)는 인사권자(피고인 A)의 인사권을 보조하는 사실행위를 한 것에 불과하여 그들의 행위는 피고인 A의 직무집행으로 귀결되므로 실무담당자들(환경부 공무원들)로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 것으로 볼 수 없다는 것이다.[492]

반면, 전보인사의 경우에는, 직무집행을 보조 내지 보좌하는 실무 담당자는 - 인사권자의 광범위한 재량권과 연동되어 - 일정한 범위의 권한과 역할(재량권)을 갖는다고 인정하고 있다.[493] 전보인사권한은 인사권자의 권한에 속하고, 특히 상위직급에 대해서는 전문지식과 직무능력을 고려할 필요성이 크므로 인사권자는 법령의 제한을 벗어나지 않는 한 여러 사정을 참작하여 전보인사의 내용을 결정할 필요가 있어 상당한 재량을 가지며, 인사권자의 지시 또는 위임에 따라 "전보인사에 관한 직무 집행을 보조 내지 보좌하는 실무 담당자도 그 범위에서 일정한 권한과 역할이 부여되어 재량을 가진다고 보아야 한다"고 하였다.[494]

이와 같은 법리에 따라, 환경부 운영지원과장 등에게도 공무원에 대한 '전보 인사안'을 작성함에 있어 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다고 인정된다.[495] 이 경우에, 만약 실무담당자가 재량권의 범위를 넘어 직무를 수행하도록 한 경우, 즉 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당하게 된다.[496]

---

492) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

493) 이러한 경향은 '승진'인사권 행사에서도 동일하다(대법원 2020.1.9. 선고 2019도11698 판결 참조).

494) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

495) 변호인은 과장급 이상의 인사에 대해서는 피고인 A가 모든 내용을 결정한 다음 환경부 운영지원과장을 통해 전보인사안 작성을 지시하였으므로 운영지원과장 등은 단순한 사실행위를 한 것에 불과하다고 주장하였다. 그러나, 법원은 관계 법령(국가공무원법, 공무원임용령, 환경부 인사관리세칙)에서 전보인사의 기준을 구체적으로 명시하고 있는 점, 운영지원과장 등은 우선적으로 관계법령에 따라 인사대상자를 선정하여야 하는 점, 운영지원과장 등이 인사대상자를 추려 복수의 후보자를 피고인 A에게 제시하면 피고인 A가 최종 인사안을 확정하였다는 점 등을 고려해 볼 때 운영지원과장 등이 전보인사에 관한 권한을 가지고 있다고 하였다(1심 판결문).

496) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

ⓒ 임원추천위원회 당연직 위원(환경부 공무원)의 기능

임원추천위원회 당연직 위원으로 참여하는 환경부 공무원(G)에 대한 직권남용권리행사방해와 관련하여, 법원은 1심과 항소심 모두 유죄를 인정하였다.[497]

변호인은 주무기관 소속 공무원이 산하 공공기관 임원추천위원회의 (당연직) 위원으로 되어 있기 때문에, 환경부장관이 임원추천위원회 위원으로 참석하는 실·국장을 통해 임원추천위원회의 추천인사 선정에 개입할 수 있다는 취지로 주장하였다. 그러나 공공기관의 운영에 관한 법률 등에서 규정하고 있는 임원추천위원회 제도의 도입 취지, 산하 공공기관의 임원추천위원회 운영 규정 등을 종합하면, 산하 공공기관 임원추천위원회에 주무기관 소속 공무원이 위원이 될 수 있도록 규정한 것은 주무기관 소속 공무원의 업무상 전문성을 고려한 것으로 보일 뿐, 임원추천위원회에 참석하는 환경부 실·국장이 위원으로서의 객관성·공정성에 반하여 심사기준을 무시한 채 청와대나 환경부장관의 지침에 따라 내정자에게 일방적으로 높은 점수를 부여하거나 회의 과정에서 편향된 입장에 서서 내정자를 옹호하는 것은 공공기관 임원임명의 객관성·공정성을 확보하기 위해 설치된 임원추천위원회의 기능을 형해화하는 것으로서 허용될 수 없다고 하였다.[498]

법원이 임원추천위원회에 당연직으로 참석하는 환경부 소속 공무원(국장급)의 지위를 장관의 지휘·감독을 받은 자(공무원)로서의 지위와 임원추천위원회에서 객관적·독립적으로 활용하는 자(위원)로서의 지위를 명확하게 구별하고 있다는 점에서 타당한 판단이라 생각된다.

④ 인사담당부서 직원(들)의 피해자성

대상판결은 피고인 A(장관)의 지시를 받아 이행(또는 전달)한, 즉 최초(최고) 지시자와 최종 행위 상대방(피해자) 중간에 위치하고 있는 환경부 인사담당부서 직원(들)도 행위 상대방(피해자)으로 등장하고 있다는 점에서 특정이 있다고 할 수 있다.

피고인 A는 사표징구와 관련하여 사표를 제출한 산하 공공기관 임원뿐만 아니라

497) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

498) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

피고인 A의 지시사항을 전달한 환경부 인사담당부서 직원(들)도 행위 상대방(피해자)로 기소되었고, 임명권 행사와 관련하여 제도적으로 역할을 하는 임원추천위원회 위원(들) 외에 피고인 A의 지시사항을 단순 이행한 환경부 인사담당부서 직원(들)이 행위 상대방(피해자)로 기소되었다. 그러나 법원은 사표징구나 임명권 행사와 관련한 인사권 행사의 경우에는 이들 실무담당자들의 행위는 모두 인사권자(피고인 A)의 인사권을 보조하는 사실행위를 한 것에 불과하여 그들의 행위를 피고인 A의 직무집행으로 귀결되므로 실무담당자들(환경부 공무원들)로 하여금 의무 없는 일을 하게 된 것이라고 볼 수 없다고 명확하게 하였다.[499] 따라서 향후 이와 같이 관계에 있는 정부부처 실무담당자들을 행위 상대방(피해자)로 하는 기소는 그 정당성을 인정받기 어려울 것으로 생각된다(전보권 또는 승진권 행사는 별개의 문제임).

나. 지방자치단체장의 인사권 행사

대법원은 지방자치단체장의 인사권 행사(특히, 승진임용)에 관하여도 광범위한 재량을 인정하고 있다. 즉 "임용권자에게 일반 국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에서와는 비교할 수 없을 정도의 매우 광범위한 재량이 부여되어 있으므로 승진임용자의 자격을 정한 관련 법령 규정에 위배되지 아니하고 사회통념상 합리성을 갖춘 사유에 따른 것이라는 일응의 주장·증명이 있다면 쉽사리 위법하다고 판단하여서는 안된다"고 하고 있다.[500]

대법원 2020. 12. 10. 선고 2019도17879 판결

지방공무원의 임용권자는 일정한 기준에 따라 승진예정인원을 산정하고 근무성적평정 결과 등을 집계하여 승진후보자명부를 작성한 다음 인사위원회의 사전심의를 거친 후 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자부터 차례로 승진임용 여부를 심사하여 결정하여야 하지만, 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자를 반드시 승진임용하여야 하는 것은 아니다. 지방공무원 승진임용에 관해서는 임용권자에게 일반 국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에서와는 비교할 수 없을 정도의 매우 광범

499) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

500) 대법원 2020.12.10. 선고 2019도17879 판결

위한 재량이 부여되어 있으므로 승진임용자의 자격을 정한 관련 법령 규정에 위배되지 아니하고 사회통념상 합리성을 갖춘 사유에 따른 것이라는 일응의 주장·증명이 있다면 쉽사리 위법하다고 판단하여서는 안 된다(대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두47492 판결 등 참조). 특히 승진후보자명부에 있는 후보자들 중에서 어느 후보자가 승진임용에 더욱 적합한지는 임용권자의 정성적 평가가 필요한 사항이다. 행정청의 전문적인 정성적 평가 결과는 그 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있거나 그 판단이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 객관적으로 불합리하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원이 그 당부를 심사하기에는 적절하지 않으므로 가급적 존중되어야 한다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결 등 참조).

이에 따라 ① 기장군수가 자신의 의사에 따라 사전에 선정된 자들을 승진자로 의결하도록 지시한 사건,[501] ② 해남군수가 특정 평정대상자들을 피고인이 정한 순서대로 평정하도록 지시한 사건[502] 등에서 죄의 성립(의무없는 일을 하게 하는 것)을 부정하였다.

대법원 2020.12.10. 선고 2019도17879 판결

지방자치단체의 장이 승진후보자명부 방식에 의한 5급 공무원 승진임용 절차에서 인사위원회의 사전심의·의결 결과를 참고하여 승진후보자명부상 후보자들에 대하여 승진임용 여부를 심사하고서 최종적으로 승진대상자를 결정하는 것이 아니라, 미리 승진후보자명부상 후보자들 중에서 승진대상자를 실질적으로 결정한 다음 그 내용을 인사위원회 간사, 서기 등을 통해 인사위원회 위원들에게 '승진대상자 추천'이라는 명목으로 제시하여 인사위원회로 하여금 자신이 특정한 후보자들을 승진대상자로 의결하도록 유도하는 행위는 인사위원회 사전심의 제도의 취지에 부합하지 않다는 점에서 바람직하지 않다고 볼 수 있지만, 그것만으로는 직권남용권리행사방해죄의 구성요건인 '직권의 남용' 및 '의무 없는 일을 하게 한 경우'로 볼 수 없다.

501) 대법원 2020.12.10. 선고 2019도17879 판결
502) 대법원 2017.5.17. 선고 2017도3219 판결

다. 법무부 검찰국장의 특정 검사에게 인사상 불이익을 가하는 인사안 작성

법무부 검찰국장의 특정 검사에게 인사상 불이익을 가하는 인사안 작성한 사건에서, 대법원은 "검사의 전보인사에 광범위한 재량이 인정되고, 인사기준 역시 다양한 기준과 고려사항들을 종합적으로 참작할 것을 전제로 하고 있으며, 검사의 전보인사는 다수 인사대상자들의 보직과 근무지를 일괄적으로 정하는 방식으로 이루어져 상호 연쇄적인 영향을 미치는 등의 사정에 비추어 보면, 인사권자의 지시나 위임에 따라 인사안을 작성하는 실무 담당자는 인사대상자 전원에 대하여 위와 같은 여러 기준 또는 고려사항을 종합하여 인사안을 작성할 재량이 있고, 그 과정에 각 기준 또는 고려사항을 모두 충족할 수 없는 경우에는 재량의 범위 내에서 우열을 판단하여 적용할 수 있다고 보아야 한다."고 하여 유죄를 선고한 원심을 파기하였다.

대법원 2020.1.9. 선고 2019도11698 판결 〈공소사실〉

법무부 검찰국장인 피고인은, 2015년 하반기 검사인사에서, 법무부 검찰국이 마련하는 인사안 결정과 관련한 검찰국장의 업무권한을 남용하여 검찰국 검찰과 검사인사담당 검사 신○○으로 하여금 부치지청인 수원지검 여주지청에 근무하고 있던 경력검사 서○○을 다시 부치지청인 창원지검 통영지청으로 전보시키는 서○○에게 인사상 불이익을 가하는 인사안을 작성하게 함으로써, 검사인사담당 검사 신○○으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다[503].

라. 청와대 수서비석관의 공무원들에 대한 좌천성 인사지시

청와대 수석비서관의 문화체육관광부에 소속 공무원들(국·과장, 감사담당관)의 좌천성 인사조치 요구한 사건에서,[504] 법원은 범죄의 증명이 부족하다고 하여 무죄를 선고하였다.

---

503) 대법원, 대법원 선고 2019도11698 직권남용권리행사방해 사건에 관한 보도자료(2020-01-09) 참조.

504) (1심) 서울중앙지방법원 2018.12.7. 선고 2018고합29 판결, (2심) 서울고등법원 2021.2.4. 선고 2018노826, 2018노3573(병합), (3심) 대법원 2021.9.16. 선고 2021도2748 판결

대법원 2021.9.16. 선고 2021도2748 판결

〈공소사실〉 문체부 국·과장 6명 및 감사담당관에 대한 좌천성 인사조치 요구

대통령 민정수석비서관인 피고인은 공직자 복무점검·직무감찰업무라는 수석의 직권을 남용하여 피고인의 요구를 거절할 경우 입게 될 불이익을 우려한 문체부 소속 EU정책관 EH로 하여금 비위 혐의가 발견되어 정식으로 징계절차가 개시되거나 징계사유가 확정된 것도 아니었고 EG 등의 경우 필수 보직기간을 채우지도 않아 사실상 전보조치를 할 수 없었음에도 불구하고 EE 등 국장 3명과 과장 3명의 공무원, 그리고 감사담당관 J에 대한 좌천성 인사조치를 단행하도록 강요하여 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문 참조하여 구성).

2심은 "피고인은 전 대통령의 지시나 승인에 기하여 후속 조치로서 문체부 소속국·과장들에 대한 인사조치를 요구하게 된 것으로 봄이 타당하다."고 하며, 전보에 한정된 대통령의 장관에 대한 인사조치 요구가 대통령의 지휘·감독권의 범위를 넘어선다거나 직업공무원제도를 형해화 시킬 정도의 위법한 것이라고 보기는 어렵다고 하였다.[505]

마. 유죄 사례

반면, 법원은 최종 인사권자라 하더라도, **그 인사권 행사 이전에 근평절차나 승진후보자 명부 작성 과정에 개입**하여 특정한 공무원의 근평 순위를 정하게 하거나 승진후보자 명부를 작성하게 하는 경우에는 직권직권남용권리행사방해에 해당한다는 점을 분명하게 하고 있다. 이에 관하여는 다음과 같은 사례를 들 수 있다(상세히는 이 연구 제4장 제4절의 내용 참조).

- 대법원 2017.5.17. 선고 2017도3219 판결 〈군수가 특정 직원들에 관한 근무성적평정 변경 지시한 사건〉
- 대법원 2019.7.25. 선고 2018도19444 판결 〈교육감이 인사담당자에게 위법한 승진후보자 명부 작성 지시〉

505) 서울고등법원 2021.2.4. 선고 2018노826, 2018노3573(병합)

5. 권리행사 방해에서 '권리'의 내용

권리행사의 방행에서의 '권리'는 "법률에 명기된 권리에 한하지 않고 법령상 보호되어야 할 이익이면 족한 것으로서, 공법상의 권리인지 사법상의 권리인지를 묻지 않는다".[506]

〈상급경찰관의 부하경찰관에 대한 수사 중단, 이첩 지시 사건〉에서 피고인측은 수사권은 사법경찰관리의 '직무 내지 권한'에 불과할 뿐 '권리'라고 볼 수 없기 때문에 수사권을 상급자 등의 직권남용에 의하여 그 행사를 방해받을 수 있는 권리라고 인정할 수 없다고 주장하였다. 또한 설사 수사권이 '권리'라고 하더라도 수사권은 수사관서의 장에게 귀속되고 수사관서의 장 이하의 사법경찰관리는 수사권 행사에 대한 보조자에 불과하므로 이 사건의 피해자들은 수사관서의 장 이하의 사법경찰관리로서 수사권이 없다고 하였다.[507] 이에 대하여 〈2심〉은 "사법경찰관리는 범죄를 수사할 직권을 가지고 있다고 인정할 수 있고(경찰관직무집행법 제1조 제2항), 이는 수사의 단서가 발견된 때에는 외부의 조직이나 권력으로부터, 나아가 경찰 내부 상급자의 위법·부당한 지시로부터도 방해받지 아니하고 범죄를 수사할 수 있는 권리이며, 위와 같은 '법령'에 의하여 행사할 수 있는 '권리'라고 봄이 상당하다."고 하였다.[508] 〈대법원〉은 더 나아가 "여기서 말하는 '권리'는 법률에 명기된 권리에 한하지 않고 법령상 보호되어야 할 이익이면 족한 것으로서, 공법상의 권리인지 사법상의 권리인지를 묻지 않는다고 봄이 상당하다."고 하였다.[509]

그리고 〈국정농단 사건〉에서 "문화예술계 지원배제 명단을 적용하라는 지시를 수용하지 않은 문화체육관광부 1급 공무원 3명으로 하여금 사직서를 제출하도록 한 사안"에서 피고인측은 "1급 공무원의 경우 원칙적으로 신분보장이 되지 않으므로 1급 공무원을 면직할 때 반드시 객관적이고 합리적인 근거가 있어야 하는 것은 아니다."고 주장하였다.[510]

한편, 〈시장의 폐기물처리장 부지 분양추첨 절차 참여를 위한 입주추천서 발급 거부 사건〉에서 〈원심〉은 "합리적인 추천기준을 마련하거나 심의절차를 거치는 등의

506) 대법원 2010.1.28. 선고 2008도7312 판결
507) 서울중앙지방법원 2008.7.24. 선고 2008노546 판결 참조
508) 서울중앙지방법원 2008.7.24. 선고 2008노546 판결
509) 대법원 2010.1.28. 선고 2008도7312 판결
510) 서울중앙지방법원 2018.4.6. 선고 2017고합364-1(분리) 판결

조치를 취하지 아니한 채 특정업체가 위 부지를 취득할 수 있도록 하기 위하여 결격사유도 제시하지 않고 A주식회사의 입주추천서 발급의뢰를 거절한 점" 등을 이유로 직권남용죄 성립을 인정하였으나,[511] 〈대법원〉은 "A주식회사가 그 입주추천서를 발급받기 전에는 단지 위 분양추첨 절차에 참가할 수 있다는 **기대를 갖는 것에 불과**하므로, 그 입주추천서를 발급받지 못한 이상 A주식회사에게 위 분양추첨 절차에 참가할 수 있는 **구체화된 법령상의 권리도 인정되지 않는다**"고 하였다.[512]

6. 직권남용권리행사방해죄의 발생 구조

직권남용권리행사방해 행위의 발생 구조는 다음과 같이 3가지 유형으로 대별하여 볼 수 있다.

첫째는 - 〈사례 1〉에서와 같이 - 직권남용 행위자(A)와 의무없는 일을 한 피해자(상대방, AA)로 이루어지는 유형이다.

둘째는 - 〈사례 2〉에서와 같이 - 직권남용 행위자(B), 의무없는 일을 한 피해자(상대방, DD) 그리고 부당한 전보인사로 인해 피해를 당한 피해자(제3자, CC)로 이루어지는 유형이다. 한편 〈사례 2-1〉의 경우에는 직권남용 행위자(D)와 의무없는 일을 한 피해자(상대방, I), 그리고 대출을 받은 제3자(GG)로 행위가 구성되지만, GG는 피해를 당하지 않고 이익을 얻었다는 점에서는 〈사례 2〉와 차이가 있다.

셋째는 - 〈사례 3〉에서와 같이 - 직권남용 행위자(C), 의무없는 일을 한 피해자1(상대방1, EE) 및 의무없는 일을 한 피해자2(상대방2, FF)로 이루어지는 유형이다.

〈사례 1〉 해경(경정)의 부하직원에 대한 부당행위 지시[513]

남해지방해양경찰청 울산해양경찰서에서 X호정 선박의 부정장(직급: 경정)인 피고인 A가 해상 순찰 등을 목적으로 출정 중에 있던 선박에서 취사 담당 의경 AA(직급: 이경)에게 취사장 내 비치된 음식물 잔반통과 잔반 거름채반 등에 들어 있던 음식물 쓰레기를 해상 투기하도록 지시하였다(본 판결문 참조).

---

511) 대구고법 2007.10.11. 선고 2007노248 판결
512) 대법원 2008.12.24. 선고 2007도9287 판결
513) 울산지방법원 2021.10.1. 선고 2020고단5072 판결

〈사례 2〉 검찰국장의 CC 검사에 대한 부당 전보인사 지시 사건[514]
법무부 검찰국장인 피고인 B가 검찰국 검찰과 검사인사담당 검사 DD로 하여금 수원지검 여주지청에 근무하고 있던 경력검사 CC를 부치지청인 창원지검 통영지청으로 전보시키는 인사안을 작성하게 하였다(본 판결문 참조).

〈사례 2-1〉 재정경제원장관이 은행장에게 사돈이 운영하는 기업에 대출지시[515]
재정경제원장관인 피고인 D이 H은행의 은행장 I에게 자신의 사돈이 경영하는 기업GG에게 대출을 지시하였다(본 판결문 참조).

〈사례 3〉 환경부장관의 산하 공공기관 임원에 대한 사표징구 지시[516]
환경부 장관인 피고인 C는 환경부 공무원 EE 등으로 하여금 산하 공공기관 임원 FF에 대하여 사표 제출을 요구하게 하였고, 이에 따라 FF는 사표를 제출하였다(본 판결문 참조).

통상적으로 우리나라 판례에 나타나는 사례는 상급공무원이 하급공무원을 동원하여 의무없는 일을 하게 한 경우가 많기 때문에 대부분 위의 〈사례 2〉 또는 〈사례 2-1〉의 행위 구조를 갖는다. 〈사례 2-1〉의 경우에는 제3자(GG)가 이익을 얻는 경우에 해당하기 때문에 별다른 문제가 없지만, 〈사례 2〉의 경우에는 제3자(CC)가 불이익을 당하는 입장에 있기 때문에 단지 제3자가 아닌 행위의 '상대방'의 지위에 설 수 있는 가능성도 존재한다(다만, 침해당한 권리의 권리성이 인정되는 것이 전제되어야 한다).[517]

7. 공범관계 성립 문제

가. 공범과 피해자(상대방)

상술한 바와 같이, 우리나라 판례의 다수 사례는 상급공무원이 하급공무원을 동원하여 의무없는 일을 하게 한 경우이기 때문에, 상사의 위법한 명령에 따른 하위 공무원

514) 대법원 2020.1.9. 선고 2019도11698 판결
515) 대법원 2004.5.27. 선고 2002도6251 판결
516) 대법원 2022.1.27. 선고 2021도13541 판결
517) 〈대법원 2020.1.9. 선고 2019도11698 판결〉과 관련하여 제3자(CC)에 대한 고려를 검토한 문헌으로는 김한균, "직권남용과 성폭력 2차 가해", 형사판례연구[30], 2022, 155면 이하 참조.

의 지위, 즉 하위 공무원이 공범(공동정범)이 되는지 또는 피해자(행위 상대방)가 되는지 논란이 있을 수 있다.

〈사례〉 원○○ 국정원장이 서울시장 보궐선거 전후 여당 선거대책 마련 지시(국가정보원법(직권남용) 위반)[518]

[범죄사실] 국정원장인 피고인 A와 국정원차장 B는 - 국익전략실장 C, 국익정보국장 D 등과 순차 공모하여 - 원장·차장 또는 국가정보원 직원의 직권을 남용하여 국정원장 및 차장의 지휘감독하에 있는 **국익전략실 소속 직원**인 DD, EE, FF, GG, HH 및 **국익정보국 소속 직원**인 II, JJ, KK 등으로 하여금 서울시장 보궐선거 전 야권 정당 및 정치인들의 동향을 살피고 서울시장 보궐선거에서 여당이 패배한 후에는 여당 패배의 원인을 분석하여 대응방안을 마련하며 다음 선거를 준비하는 야권 정당 및 정치인들의 동향을 살피는 한편, 여당의 지지도 회복 등을 위한 전략을 수립하고 야권 측의 선거법위반 사례를 취합하여 이에 대한 엄정한 처벌의 필요성을 보고하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

위 사건에서 〈1심〉과 〈2심〉은 "국익전략실 소속 직원인 DD, EE, FF, GG, HH 및 국익정보국 소속 직원인 II, JJ, KK 등 이 부분 각 공소사실에 기재된 보고서의 작성에 관여한 국가정보원 직원들은 피고인 A와 B 등 국가정보원 지휘부의 정치관여 행위 또는 적어도 정치관여 행위와 밀접한 관련이 있는 행위에 가담한 공범이라고 봄이 상당하고, 정치관여죄의 공범으로 처벌받아야 하는 위 국정원 직원 등을 직권남용으로 인한 국가정보원법위반죄의 피해자로 보기는 어렵다."고 판단하였다. 그 주요 이유는 ① 피고인 A 등 국가정보원 지휘부로부터 국가정보원법에서 금지하고 있는 정치관여 행위로 볼 수 있는 내용의 보고서를 작성하라는 지시를 받은 DD 등 국가정보원 직원들로서는 그 지시가 정치관여 행위에 관한 지시로서 외형상·형식상으로도 국가정보원의 일반적인 직무권한에 포함되지 않는 것임을 충분히 인식할 수 있었고, ② 따라서 … 하급자인 공무원은 상급자의 명백히 위법 내지 불법한 명령에 복종할 의무가 없으므로(대법원 1999.4.23. 선고 99도636 판결 참조) DD 등 국가정보원 직원들은 피고인 A, B 등 지휘부의 위와 같은 위법한 지시를 합당한 사유를 들어 거부할 수

518) 대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결

있었음에도, 다른 이유로 만연히 그 지시를 따랐다는 것이다.[519]

이에 대하여 〈대법원〉은 객체인 '사람'은 행위자와 공범자 이외의 모든 타인을 의미하고, 국정원 실무 담당자들에게는 피고인 A 등의 권한 남용 행위에 대한 본질적인 기여를 통한 기능적 행위지배를 하였다고 보기는 어려워 직권남용행위의 공범에 해당하지 않는다고 하였다.[520]

대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결
"(1) 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반죄의 객체인 '사람'은 행위자와 공범자 이외의 모든 타인을 말하므로, 행위자의 부하 공무원은 물론 기타 공무원도 거기에 포함될 수 있다. 그런데 앞서 본 바와 같이 이 사건 각 지시의 행위자들이 가지는 직권(지휘 권한)은 그 상대방으로 하여금 의무 없는 일을 하도록 하기에 충분한 것이므로, 이 사건 각 지시를 받은 국정원 실무 담당자들은 직권남용의 상대방이 될 수 있다.
(2) 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는데, 공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라도 공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있지만, 이를 위해서는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되어야 한다(대법원 2007. 10. 26. 선고 2007도4702 판결 등 참조). 그런데 이 사건 **각 지시를 이행한 국정원 실무 담당자들은 위와 같은 국정원 지휘부의 지휘 권한에 복종하여 그 지시를 따랐을 뿐, 국정원 지휘부와 사이에 정치 관여에 관한 의사의 합치에 이르렀다거나 피고인 A 등의 권한 남용 행위에 대한 본질적인 기여를 통한 기능적 행위지배를 하였다고 보기는 어렵다.** 따라서 위 실무 담당자들은 이 사건 각 지시를 통한 직권남용행위의 공범에 해당하지 않고, 설령 그들이 이 사건 각 지시에 정치 관여 목적이 게재되어 있음을 의심할 수 있었다고 하더라도, 직권남용의 상대방에서 제외된다고 볼 수 없다."

나. 퇴임 이후 범행에 대한 책임

대법원은 "공무원인 피고인이 퇴임한 이후에는 위와 같은 직권이 존재하지 않으므로, 퇴임 후에도 실질적 영향력을 행사하는 등으로 퇴임 전 공모한 범행에 관한 기능적 행위지배가 계속되었다고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한, 퇴임 후의 범행에 관하여는 공범으로서 책임을 지지 않는다고 보아야 한다."고 하고 있다.[521]

---

519) (1심) 서울중앙지방법원 2018.11.2. 선고 2017고합1156, 2018고합92(병합) 판결, (1심) 서울중앙지방법원 2020.2.7. 선고 2017고합1008, 2017고합1241(병합), 2018고합75(병합), 2018고합112(병합), 2018고합321(병합), 2018고합375(병합), 2018고합494(병합), 2018고합622(병합), 2018고합846(병합), 2019고합13(병합) 판결, (2심) 서울고등법원 2020.8.31. 선고 2020노486, 2018노3185(병합) 판결

520) 대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결

521) 대법원 2020.2.13. 선고 2019도5186 판결; 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결

대법원 2020.2.13. 선고 2019도5186 판결
"직권남용권리행사방해죄는 공무원에게 직권이 존재하는 것을 전제로 하는 범죄이고, 직권은 국가의 권력 작용에 의해 부여되거나 박탈되는 것이므로, 공무원이 공직에서 퇴임하면 해당 직무에서 벗어나고 그 퇴임이 대외적으로도 공표된다. 공무원인 피고인이 퇴임한 이후에는 위와 같은 직권이 존재하지 않으므로, 퇴임 후에도 실질적 영향력을 행사하는 등으로 퇴임 전 공모한 범행에 관한 기능적 행위지배가 계속되었다고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한, 퇴임 후의 범행에 관하여는 공범으로서 책임을 지지 않는다고 보아야 한다."

이와 같은 논리에서 대법원은 〈문화계 블랙리스트 사건〉[522] 피고인에게 퇴임 후의 범행에 관하여는 직권남용권리행사방해죄의 공범으로서 책임을 인정하지 않았다. 〈원심〉은 "문예기금 지원심의 등 부당개입, 2015년 예술영화지원사업 지원배제, 도서 관련 지원배제 부분의 직권남용권리행사방해죄 전부를 포괄일죄로 인정하고 그 전제에서 위 전부에 관하여 피고인에게 공동정범이 성립한다."고 판단하였다. 위 부분 직권남용권리행사방해 범행은 "모두 피고인의 지시로 마련된 '문제단체 조치내역 및 관리방안'과 '건전 문화예술 생태계 진흥 및 지원방안', '건전 문화예술 생태계 진흥 세부 실행계획'에 따라 이루어졌으므로 범의의 단일성과 계속성이 인정되고, 각 지원배제 지시는 공모사업 신청자 명단 등을 송부받아 지원배제대상자 명단을 하달하는 방법으로 이루어졌으며, 각 사업별 시간적 간격이 크지 않고, 보호법익이 동일하므로 포괄일죄에 해당한다. 피고인이 2015. 2.경 비서실장에서 퇴임하였으나 공범에 의하여 포괄일죄 관계에 있는 나머지 범행이 이루어졌으므로 그 부분에 대하여도 공범으로서 죄책을 부담한다"고 하였다.[523] 그러나 대법원은 "위 부분 직권남용권리행사방해 범행이 피고인의 지시로 마련된 '문제단체 조치내역 및 관리방안'과 '건전 문화예술 생태계 진흥 및 지원방안', '건전 문화예술 생태계 진흥 세부 실행계획'에 따라 이루어졌으나, 예술위·영진위·출판진흥원이라는 서로 다른 공공기관을 통하여 각 기관이 주관하는 사업별로 별도로 실행되었다. 위 각 공공기관이 수행하는 사업은 사업수행자, 근거 법령, 기금의 조성 목적, 회계 관리와 운용, 사업계획의 수립 및 수행과정,

522) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결
523) 서울고등법원 2018.1.23. 선고 2017노2425, 2424(병합) 판결

사업의 신청·심사·선정 절차와 선정기준이 다르며, 각 사업수행자별로 매년 다음 연도의 기금 운용계획 또는 예산을 수립하여 문체부 장관의 승인을 받아 해당 연도의 사업을 수행한다. 이러한 사정에 비추어 보면 각 사업수행자별 사업 사이 및 각 연도별 사업 사이에서는 범의의 단일성과 방법의 동일성을 인정하기 어렵다. 따라서 원심이 들고 있는 사정을 고려하더라도 위 부분의 직권남용권리행사방해죄 전부를 포괄일죄로 볼 수는 없다"고 하였다.[524]

8. 죄수관계

다수의 피해자에 대하여 각각 직권을 남용하여 의무 없는 일을 하게 하거나 권리행사를 방해하는 경우에 대하여, 대법원은 〈원○○ 국정원장의 정치개입 및 특수활동비 불법 사용 등 사건〉[525]에서 수인을 상대로 한 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반죄에서 포괄일죄가 성립할 수 있는지 여부(적극) 및 그 판단 기준에 관하여 최초로 설시하였다.

대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결

〈공소사실〉 국가정보원장인 피고인은 원장의 직권을 남용하여 본인의 지휘감독하에 있는 심리전단 방어팀(특명팀) 사이버파트 팀장 BB 및 팀원 CC, 내사파트장 AA 등으로 하여금 전 대통령을 비판하는 승려 명진의 책자 출판에 대한 견제 활동 전략을 수립하여 보고하거나 위와 같이 수립된 대응계획에 따라 일부 보수단체를 동원하여 승려 명진를 규탄하는 집회 개최, 비난 광고 게재 등의 활동을 실행하게 함으로써 국정원 심리전단 방어팀 소속 직원들에 대하여 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈대법원〉 "형법상 직권남용권리행사방해죄는 국가기능의 공정한 행사라는 국가적 법익을 보호하는 데 주된 목적이 있고, 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반죄도 마찬가지이다. 따라서 국가정보원 직원이 동일한 사안에 관한 일련의 직무집행 과정에서 **단일하고 계속된 범의로 일정 기간 계속하여 저지른 직권남용행위**에 대하여는 설령 그 상대방이 수인이라고 하더라도 포괄일죄가 성립할 수 있다고 봄이 타당하다. 다만

524) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결
525) 대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결

각 직권남용 범행이 포괄일죄가 되느냐 경합범이 되느냐에 따라 공소시효의 완성 여부, 기판력이 미치는 범위 등이 달라질 수 있으므로, 개별 사안에서 포괄일죄의 성립 여부는 직무집행 대상의 동일 여부, 범행의 태양과 동기, 각 범행 사이의 시간적 간격, 범의의 단절이나 갱신 여부 등을 세밀하게 살펴 판단하여야 한다."

이 사건에서 〈1심 및 2심〉은 ① "국가정보원법 제19조 제1항에서 정하고 있는 직권남용죄는 '원장·차장과 그 밖의 직원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해하는 경우'에 성립하는 범죄인바, 국민에 대한 봉사자로서 국민의 기본권 보장과 공익 실현을 목적으로 하는 국가작용을 현실적으로 수행하는 공무원이 공무 수행을 위해 부여된 직권을 부당하게 사용하여 개인의 자유를 억압하고 권리행사를 방해하는 행위를 처벌함으로써 국가기능의 공정한 행사에 대한 사회 일반의 신뢰를 보호하고 개인의 자유와 권리를 보호하고자 하는 것이 형법 제123조의 입법목적인 점(헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌바46 전원재판부 결정), 이는 직권남용의 측면에서는 공무의 적정한 수행을 보호하기 위한 것이고, 권리행사방해의 측면에서는 개인의 자유와 권리를 보호하기 위한 것으로 볼 수 있는 점, 본죄는 현실적인 국가기능의 침해가 있어야 하는 것은 아니지만 피해자로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 피해자의 권리행사가 현실적으로 방해받은 때 기수가 되는 점 등에 비추어 보면, 직권남용으로 인한 국가정법원법위반죄는 피해자인 '사람' 별로 별개의 범죄가 성립한다고 봄이 타당하다"고 하면서 ② "다수의 피해자에 대하여 각각 직권을 남용하여 의무 없는 일을 하게 하거나 권리행사를 방해하는 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄일죄로 파악할 수 없고 피해자별로 독립한 범죄가 성립한다고 보아야 할 것인바, 피고인이 특명팀을 통해 승려 명진에 대한 사찰이라는 단일한 범의와 동일한 범행 방법에 기하여 특명팀 사이버파트 팀장 BB, 팀원 CC, 내사파트장 직원 AA로 하여금 정보 수집·분석 등을 지시하였다고 하더라도 각 피해자들에 대한 직권남용으로 인한 국가정법원법위반죄는 피해자별로 독립한 범죄가 성립한다고 보아야 하고, 이를 포괄일죄의 관계에 있다고 볼 수 없다(이러한 죄수판단에 따라 원심은, 내사파트장 AA가 피고인의 지시를 하달받아 승려 명진

에 대한 내사계획을 수립하여 피고인 등에게 보고한 2010. 7. 13.로부터 공소시효 7년이 지난 2018. 6. 25. 이 부분 공소가 제기되었다는 이유로, 피고인 원세훈의 승려 명진과 관련한 내사파트장 AA에 대한 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반 부분에 대하여 면소로 판단하였다)"고 하였다.[526]

이에 대하여 〈대법원〉은 "원심의 판단에는 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반죄, 포괄일죄에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다"고 하였다. 즉 "피고인과 공범인 공소외 D 등의 AA, BB, CC에 대한 행위는 모두 승려 명진이라는 동일한 정보수집대상에 대한 것으로서 단일하고 계속된 범의로 일정 기간 계속하여 행해진 것이므로, 위 행위에 대하여 포괄하여 하나의 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반죄가 성립한다고 봄이 타당하다"고 하였다.[527]

대법원은 이와 같은 법리는 〈국군기무사령관 여론조작 사건〉[528]에서도 확인하고 있다. 형법상 직권남용죄는 국가기능의 공정한 행사라는 국가적 법익을 보호하는 데 주된 목적이 있음. 따라서 공무원이 동일한 사안에 관한 일련의 직무집행 과정에서 단일하고 계속된 범의로 일정 기간 계속하여 저지른 직권남용행위에 대하여는 설령 그 상대방이 수인이라고 하더라도 포괄일죄가 성립할 수 있다는 것이다.[529]

---

526) (1심) 1. 서울중앙지방법원 2018.11.2. 선고 2017고합1156, 2018고합92(병합) 판결, 2. 서울중앙지방법원 2020.2.7. 선고 2017고합1008, 2017고합1241(병합), 2018고합75(병합), 2018고합112(병합), 2018고합321(병합), 2018고합375(병합), 2018고합494(병합), 2018고합622(병합), 2018고합846(병합), 2019고합13(병합) 판결, (2심) 서울고등법원 2020.8.31. 선고 2020노486, 2018노3185(병합) 판결

527) 대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결(이에 따라, "위 행위로 인한 범죄행위의 종료 시기는 CC가 피고인 등이 행한 지시의 이행을 마친 '2011. 5. 12.경'으로 보아야 하는데, 그로부터 공소시효 기간인 7년이 경과하기 전인 2018. 5. 4. 공범인 공소외 D에 대한 공소제기가 이루어짐으로써(서울중앙지방법원 2018고합466호) 피고인에 대한 시효의 진행도 함께 정지되었다가(형사소송법 제253조 제2항), 그 시효가 다시 진행되기 전인 2018. 6. 25. 피고인에 대한 이 부분 공소제기가 이루어졌음은 기록상 명백하거나 이 법원에 현저하다. 따라서 피고인의 승려 명진과 관련한 AA에 대한 직권남용으로 인한 국가정보원법 위반 부분에 대하여만 별도로 공소시효가 완성되었다고 볼 수 없다."고 판단하였다).

528) 대법원 2021.9.9. 선고 2021도2030 판결

529) 대법원 2021.9.9. 선고 2021도2030 판결

제4절 | 직권남용죄 유형별 사례

현재까지 입수 가능한 판결문을 토대로 유죄판결과 무죄판결을 각각 ⓐ 개인의 사적이익 도모행위, ⓑ 타인에게 불이익 주거나 이익을 배제시키는 행위, ⓒ 특정인에 대한 특혜를 제공하는 행위, ⓓ 특정 사항에 대한 개입·지시행위, ⓔ 인사권 행사행위 등으로 구분하여 유형화 하면 다음과 같다.

1. 유죄 사례

가. 개인의 사적이익 도모행위

(1) 대법원 2006.5.26. 선고 2005도6966 판결 (검사가 개인적 목적으로 교도관에게 수용자 소환 지시)[530]

〈공소사실〉

피고인이 울산지방검찰청 및 수원지방검찰청 검사로 재직할 당시 부산구치소 및 여주교도소에 수감되어 있던 다른 검사가 수사하고 있는 사건의 수사대상자인 G를 참고인조사 명목으로 검사실로 소환하여, 실제로는 로비자금 수사나 범죄정보의 수집을 위한 것이라기보다는 G에게 가족들을 면회할 수 있는 편의를 제공하거나 피고인 자신의 장인과 관련된 사건을 해결하기 위한 목적 등으로 소환한 것이었다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉 / 원심판단 수긍

검사는 수사에 관하여는 … 규정에 비추어 보면 검사가 참고인 조사를 위하여 타청 관할에 속하는 교도소장에 대하여 참고인의 소환을 요청하는 것은 그의 일반적 직무권한에 속하는 사항이라고 할 것이다.

피고인이 검사실로 G를 소환한 목적은 로비자금 수사나 범죄정보의 수집을 위하여 소환한 것이라기보다는 **G에게 가족들과 면회할 수 있는 편의를 제공하거나 자신의**

530) (1심) 서울남부지방법원 2005.2.16. 선고 2004고단3373 판결, (2심) 서울남부지방법원 2005. 8.26. 선고 2005노314 판결

장인인 H과 관련된 문제를 해결하는 등의 목적으로 소환한 것이라고 봄이 상당하다.

위와 같은 일반적 직무권한을 가진 피고인이 실제로는 **개인적인 목적을 위하여** G를 소환하면서도 수사 목적이라는 명분을 내세워 G가 수용된 구치소 또는 교도소의 교도관리에게 G에 대한 소환요구 또는 출석요구를 하였고, 이에 따라 교도관리들이 G를 검사실로 호송한 행위는, **검사로서의 일반적 직무권한에 속하는 업무에 가탁하여 실질적, 구체적으로는 교도관리들로 하여금 직무상 의무 없는 일을 하게 한 것으로서 직권남용죄가 성립**한다고 보아야 할 것이다.

(2) 대법원 2004.5.27. 선고 2002도6251 판결 (재정경제원장관이 은행장에게 사돈이 운영하는 기업에 대출지시)[531]

〈공소사실〉

국가경제 전반, 특히 금융사무에 관하여 포괄적인 권한을 행사하는 재정경제원(D) 장관인 피고인이 - 재정경제원 금융정책실장 E를 통하여 - 그 주거래 은행인 서울은행의 **은행장** I에게 국민경제에 미치는 영향력이 심대한 대기업에 해당되지도 아니하고 회생 가능성도 불투명하여 대출이 가능한 요건을 갖추었다고 보기 어려운 자신의 사돈이 경영하는 G그룹을 도와주기 위한 개인적 목적으로 대출을 실행하여 줄 것을 요구하고, 이 요구에 따라 I가 이미 서울은행으로부터 대출 신청이 거절당한 바 있는 G그룹에 대하여 새로이 다른 채권은행장들과 협조융자를 추진하고 189억 원을 대출하도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).[532]

〈법원 판단〉 / 원심판단 수긍

직권남용죄는 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립하고, 그 일반적

531) (1심) 서울지방법원 1999.8.20. 선고 98고합504 판결, (2심) 서울고등법원 2002.10.17. 선고 99노2359 판결

532) 이 사건은 당시 재정경제원 장관인 강○○이 금융정책실장을 통하여 주거래은행인 서울은행장에게 자신과 사돈 관계인 G그룹을 도와주기 위한 개인적 목적으로 대출을 실행해 줄 것을 요구하고, 서울은행장이 이미 서울은행으로부터 대출을 거절당한 바 있는 G그룹에 대해 새로이 다른 은행장들과 협조융자를 추진하고 189억원을 대출하도록 한 사건이다(리걸 타임즈 2004-05-29) 〈https://www.legaltimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=273〉(2022.11.11. 최종방문).

직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 아니하며, 그것이 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금 법률상 의무 없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 것이면 된다.

당시 D장관은 … 국가경제 전반, 특히 금융사무에 관하여 포괄적인 권한을 행사하는 재정경제원장관이, 국민경제에 미치는 영향력이 심대한 대기업 등의 도산과 그로 인한 관련 기업들의 연쇄도산, 금융기관의 부실화, 대량실업의 발생 등 국가경제의 안정과 발전을 저해하는 사태의 발생을 방지하기 위하여, 국민경제에 미치는 영향력이 큰 기업으로서 회생 가능성이 있는 기업에 대하여는 자구계획의 수립과 실천 등 일정한 요건을 갖출 것을 전제로 융자를 해 주도록 금융기관에 권고하거나 이를 요청하는 것은 그의 일반적 직무권한에 속하는 사항이라고 할 것이다.

위와 같은 일반적 직무권한을 가진 위 피고인이 D실장 E를 통하여 위에서 본 대기업에 해당되지도 아니하며 회생 가능성도 불투명하여 대출이 가능한 요건을 갖추었다고 보기 어려운 G그룹에 대하여 은행감독원장으로부터 경영개선명령을 받아 신규대출을 기피하고 있던 주거래 은행인 H은행의 은행장 I에게 **자신의 사돈이 경영하는 위 기업을 도와주기 위한 개인적 목적으로 대출을 실행하여 줄 것을 요구**하고, 위 요구에 따라 위에서 본 바와 같이 I가 이미 H은행으로부터 대출 신청이 거절당한 바 있는 G그룹에 대하여 새로이 다른 채권은행장들과 협조융자를 추진하고 189억 원을 대출하도록 한 행위는 D장관 등의 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 **위법·부당한 행위**를 한 경우에 해당한다고 할 것이어서 직권남용죄가 성립한다고 보아야 할 것이다.

나. 타인에게 불이익 주거나 이익 배제

(1) 대법원 2021.9.16. 선고 2021도2748 판결ⓓ (청와대 수석비서관의 사찰 지시)[533]

〈공소사실〉

대통령 민정수석비서관인 피고인이 추○○ 전 국가정보원 국익정보국장과 공모하

533) (1심) 서울중앙지방법원 2018.2.22. 선고 2017고합365, 732(병합) 판결; 서울중앙지방법원 2018.12.7. 선고 2018고합29 판결, (2심) 서울고등법원 2021.2.4. 선고 2018노826, 2018노3573(병합) 판결

여 국정원 국익전략실 또는 국익정보국을 통하여, 특별감찰을 방해하고 이를 무력화시킬 의도로 특별감찰관의 친교관계, 특별감찰관실의 감찰진행 상황, 감찰내용 등의 정보를 수집하여 보고서로 작성하도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

CZ국 UB처 소속 직원의 V에 대한 정보수집은 국정원 직원의 일상적인 정보수집 활동에 해당한다고 할 수 없고 오히려 V나 W실의 동향을 파악하여 피감찰대상자인 피고인에게 보고하기 위한 위법한 목적에서 이루어진 것으로 위법한 행위이며, 공무원은 상관의 위법한 직무상 명령에 대해서는 이를 따를 의무가 없는 이상 위 국정원 직원은 위 동향 정보를 수집함으로써 의무 없는 일을 한 것이고, CY가 CZ국 VJ처 소속 직원들에게 피고인에 대한 특별감찰 진행상황 등이 기재된 2016. 8. 5.자 보고서를 작성하게 한 것은 특별감찰의 피감찰대상자인 피고인의 감찰 대응이라는 개인적 이익을 위한 목적에서 이루어진 것으로 위법한 행위이며, 기재된 내용이 '국내 보안정보'에 해당하지도 않으므로, CZ국 VJ처 직원들은 위 보고서를 작성함으로써 의무 없는 일을 한 것이다.

(2) 대법원 2013.9.12. 선고 2013도6570 판결 (ⓐ) (부당한 압박목적으로 공무원에게 감사준비 및 자료제출 지시)[534]

〈공소사실〉

국무총리실 국무차장인 피고인 A가 청탁을 받은 회사에게 울산광역시로부터 산업단지 개발 승인을 하도록 압박하기 위하여 공직윤리지원관실 조직을 장악하여 지휘·감독하고 있는 대통령실 노사고용비서관 B와 국무총리실 공직윤리지원관 C를 순차로 통하여, 공무원의 비리 조사 또는 산업단지 인허가에 관한 감사 등을 빙자하여 울산광역시 공무원들로 하여금 감사 준비 및 자료를 제출하도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

534) (1심) 서울중앙지방법원 2012.10.17. 선고 2012고합543, 2012고합480(병합), 2012고합733(병합), 2012고합1018(병합) 판결, (2심) 서울고등법원 2013.5.24. 선고 2012노3504 판결

〈법원 판단〉 / 원심판단 수긍

피고인 A는 CA주식회사 대표이사로부터 담당 공무원에게 영향력을 행사하여 CA주식회사가 울산광역시로부터 산업단지 개발 승인을 받을 수 있도록 도와달라는 부탁을 받고 울산광역시 공무원들에게 부당한 압박을 가하려는 의도로 피고인 B를 통하여 공직윤리지원관실을 동원하였고, ② 피고인 B, 피고인 C는 그러한 의도를 인식하면서 피고인 A의 지시 사항을 공직윤리지원관실 점검4팀장 및 팀원들에게 순차 전달하였으며, ③ 이에 따라 공직윤리지원관실 점검4팀은 CA주식회사의 이익을 위하여 울산광역시 공무원들에게 부당한 압박을 가하려는 의도로 울산광역시 공무원의 비리 조사 또는 산업단지 인허가에 관한 감사 등을 빙자하여 울산광역시 공무원들로 하여금 수감을 위한 감사장 및 감사자료를 준비하고 관련 자료를 제출하도록 하여, 피고인 A, 피고인 B, 피고인 C가 - 점검4팀장 및 팀원들과 순차 공모하여 - 공무원의 직권을 남용하여 울산광역시 공무원들로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다

(3) 대법원 2013.9.12. 선고 2013도6570 판결 (ⓑ) (부당한 압박목적으로 공무원에게 자료제출 지시)[535]

〈공소사실〉

대통령실 노사고용비서관인 피고인 B가 특정 회사와 부산광역시 상수도사업본부 구매 담당 공무원들의 유착 관계를 알아봐 달라는 사적인 부탁을 받고 비리에 관한 구체적 자료가 없는데도 공무원들에게 부당한 압박을 가하려는 의도로 국무총리실 공직윤리지원관실에 지시하여 자재 구매현황 자료를 제출하도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉 / 원심판단 수긍

피고인 B가 친분관계에 있는 CP주식회사 대표이사로부터 자신의 동생이 설립한 CB주식회사와 부산광역시 상수도사업본부 구매 담당 공무원들의 유착 관계를 알아봐 달라는 사적인 부탁을 받고 비리에 관한 구체적 자료가 없는데도 공무원들에게 **부당한 압박을 가하려는 의도**로 공직윤리지원관실에 지시하여 부산광역시 상수도사업본

535) (1심) 서울중앙지방법원 2012.10.17. 선고 2012고합543, 2012고합480(병합), 2012고합733(병합), 2012고합1018(병합) 판결, (2심) 서울고등법원 2013.5.24. 선고 2012노3504 판결

부 구매 담당 공무원들에 대하여 CB주식회사에 대한 발주를 문제 삼을 것처럼 하면서 자료제출을 요구하도록 하고, ② 그 지시에 따라 공직윤리지원관실 소속 직원이 부산광역시 상수도사업본부 구매 담당 공무원들과 민간기업 사이의 유착의혹 조사를 빙자하여 부산광역시 상수도사업본부 공무원으로 하여금 자재 구매현황 자료를 제출하도록 하여, 피고인 B가 - 공직윤리지원관실 직원과 공모하여 - 공무원의 직권을 남용하여 부산광역시 상수도사업본부 공무원으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다.

다. 특정인에 대한 특혜제공

(1) 대법원 2022.4.14. 선고 2017도19635 판결 (장관의 국민연금에 대한 기업합병 찬성 지시)[536]

〈공소사실〉

2015년 삼성기룹 계열사인 제일모직(주)과 삼성물산은 합병비율을 1(제일모직) : 0.35(구 삼성물산)로 하는 내용의 합병계약을 체결하였다. 이 사건 합병비율은 삼성물산 주주에게 불리하다는 객관적 정황이 다수 존재하여 합병이 성사되면 삼성물산의 주주인 국민연금공단이 손해를 입게 됨에도 불구하고, 보건복지부장관인 피고인은 보건복지부 담당 공무원인 조○○ 등을 통해 국민연금공단 기금운용본부 담당자인 홍○○, 채○○로 하여금 이 사건 합병 안건을 기금운용본부의 전문위원회에 부의하지 못하게 하고, 기금운용본부 내부직원들로만 구성된 투자위원회에서 심의하여 합병 찬성을 의결하게 함으로써 보건복지부 장관의 국민연금공단에 대한 지도·감독권을 남용하여 홍○○, 채○○ 등으로 하여금 의무없는 일을 하게 하였다.[537]

〈법원 판단〉[538]

(1) 피고인의 일련의 행위 특히 보건복지부의 기금운용본부에 대한 압력 행사는 보건복지부장관이자 기금운용위원회 위원장으로서 **국민연금공단에 지도 감독권을**

536) (1심) 서울중앙지방법원 2017.6.8. 선고 2017고합34, 183(병합) 판결, (2심) 서울고등법원 2017.11.14. 선고 2017노1886 판결

537) 대법원, 대법원 선고 2017도19635 직권남용권리행사방해 등 사건에 관한 보도자료(2022-4-14) 참조.

538) 1심 판결문(서울중앙지방법원 2017.6.8. 선고 2017고합34, 183(병합) 판결)을 토대로 정리한 것임. 2심에서도 원심의 판단에 이유불비 내지 이유모순이 있다고 보기는 어렵다고 하였다.

갖는 피고인이 보건복지부 공무원들을 통해 기금운용의 독립성이 보장되는 국민연금공단의 개별 의결권 행사 사안에 개입하여 그 결정 방향을 구체적으로 지시한 것으로서 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행사한 경우에 해당한다.

⑵ 피고인의 위와 같은 직권남용행위에 의하여, ① 홍○○은 이 사건 합병 안건을 당초 기금운용본부의 의견과 종전의 관례대로 전문위원회에 부의하지 못하고 투자위원회에서 심의하게 된 상황에서 채○○에게 합병시너지 수치를 조작하여 투자위원회 회의에서 설명하도록 하고, 회의 개최 전과 정회 시간에 일부 위원들에게 합병 찬성을 권유하는 등으로 투자위원회가 합병 찬성을 의결하도록 유도하고, ② 채○○는 홍○○의 지시에 따라 합병시너지 수치를 조작하고 이를 투자위원회 회의에서 설명하는 등으로 합병 찬성을 유도한 각 의무 없는 일을 하였다고 봄이 상당하다.

⑶ 다만, 기금운용본부 담당실무자인 이○○, 정○○이 이 사건 합병 안건을 상정하면서 관례대로 소관부서(책임투자팀)의 의견을 의결주문란에 기재하지 않고, 위원들이 안건에 대한 결론을 '찬성/반대/중립/기권/표결기권' 중에서 선택하도록 하는 표결 방식을 채택한 것은 의결권행사지침에 더욱 충실하기 위하여 이러한 표결 방식을 고안하였던 것으로 보이고 그 과정에서 준법감시인실의 법령 검토까지 거쳤다. 따라서 이것은 국민연금공단의 의결권 행사 절차 규정을 위반한 것이 아니므로 법령상 의무 없는 일에 해당하지 아니한다(이러한 표결 방식이 관례와 다르다거나 그 결과 투자위원회에서 합병 찬성으로 의결되었다는 사정만으로 이○○, 정○○이 전문위원회 부의를 막으려는 의도로 이러한 표결 방식을 고안하였다고 추단할 수도 없다).

⑵ 대법원 2021.3.11. 선고 2017도7583 판결 (해경 차장의 미준공 바지선 출항 지시 사건 (세월호 사건 관련))[539]

〈공소사실〉

피고인 C(해경 수색구조과 소속 경감)은 언딘의 이사 H에게 도움을 주기 위하여 청해진해운(주)의 구난업체 선정 계약 담당자 F에게 "서둘러 구난업체를 선정하지 않아 인명피해가 발생하면 선사 측에 큰 문제가 발생할 수 있다"라는 취지로 말하는

539) 인천지방법원 2016.10.17. 선고 2014고합931 판결, (2심) 서울고등법원 2019.05.11. 선고 2016노3443 판결

등 F를 기망·압박하고, "지금 이미 사고현장에서 작업 중인 언딘이라는 업체가 있다. 언딘 이사 연락처를 알려줄테니 도움을 받아라"라고 말해 언딘이 사고 해역에 먼저 도착해 작업 중인 것처럼 F를 기망하는 등 언딘과의 구난계약 체결을 종용하여 F를 통하여 청해진해운(주)으로 하여금 언딘과 구난독점계약을 체결하게 하여 직권을 남용하여 청해진해운(주)으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다.[540]

〈법원 판단〉 / 원심 수긍

(1) 해경이 선박소유자에게 특정 민간구난업체와 구난계약을 체결할 것을 권고하거나 강제할 수 있는 근거법령은 존재하지 않는다. 그러나 ① 구 수난구호법 제5조가 해수면에서 조난된 사람 및 선박의 구조 및 구난에 관한 사항을 총괄하기 위해 해경에 중앙구조본부를 설치하도록 한 점, ② 구 해사안전법 제43조가 해경으로 하여금 해양사고 발생시 선박소유자에게 해양사고를 신속하게 수습하고 해상교통의 안전을 확보하기 위하여 필요한 조치를 취할 것을 명할 수 있도록 한 점, ③ 피고인 C이 해경본청 수색구조과 반장으로서 민간해양구조대원 편성·운영, 민·관 수색구조 협력 등의 업무를 담당하고 있었던 점을 종합하면, 직접적인 근거법령의 존재와 상관없이 피고인 C이 청해진해운(주)에 언딘과의 구난계약 체결을 종용한 것은 피고인 C의 일반적 직무 권한에 속하던 사항이라고 봄이 타당하다.

(2) 피고인 C이 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로는 위법·부당한 행위를 하였고, 피고인 C에게 직권남용의 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있다. 설사 피고인 C가 F에게 구난계약을 체결하라고 종용한 것이 구난만이 아닌 구조의 목적도 포함되어 있었다고 가정하더라도, 앞서 보았듯이 구조는 해경의 직무에 속하는 사항이므로 해경이 선사에 구조를 위한 구난계약을 체결하라고 강제할 권한이 없었을 뿐만 아니라, 선사가 어떤 민간구난업체와 구난계약을 체결할지 여부는 전적으로 선사가 결정할 사항이고 해경이 이에 관여할 권한이 없었으므로, 피고인 C가 직권남용행위를 하였다는 결론에는 변동이 없다.

---

540) 1심 판결문과 대법원, 대법원 선고 2017도7583 직권남용권리행사방해 등 사건에 관한 보도자료(2021-03-11), 1~25면을 참조하여 구성함.

⑶ 청해진해운(주)은 보험회사와 협의하여 자유롭게 구난업체를 선정하고 용역대금을 협상할 수 있었음에도, 피고인 C의 직권남용행위로 인하여 청해진해운(주) 해무팀 이사가 다른 회사와 구두로 협의한 구난계약을 취소하였고, G와 용역대금을 정하지 않은 불합리한 독점적 구난계약을 체결하게 되었으므로, 피고인 C의 직권남용행위로 인하여 E가 법령상 의무 없는 일을 하게 되었음이 인정된다.

⑶ 대법원 2021.1.30. 선고 2018도1925 판결ⓑ (금융감독원 부원장보의 특정기업에 대한 특혜 제공 사건)[541]

〈공소사실〉

금융감독원 부원장보(국장)인 피고인은, 피고인은 2013년 주식회사 K에 대한 대출 압박 목적으로 10년 동안의 전체 여신심사자료 등을 신한은행 여신담당자들로 하여금 제출하게 함으로써 공무원으로 의제되는 금융감독원 국장의 직권을 남용하여 신안은행 담당자로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였고, 2013년 신한은행장 N과 부행장 O를 금융감독원으로 불러 K에 대한 여신지원을 종용함으로써 신한은행이 K에 대하여 170억 원을 대출하게 함으로써 신안은행 담당자로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원판단〉 / 원심 판단 수긍

〈2심〉은 (1) 여신심사자료 제출 관련 직권남용권리행사방해 부분에 관하여, 피고인이 J의 업무에 대한 감독 또는 검사를 위한 정당한 목적으로 이 사건 자료제출 요구를 한 것으로 볼 수 없고 오히려 K에 대한 대출을 압박하기 위한 부당한 목적으로 자료제출을 요구한 것으로 보인다. 또한 피고인은 J 직원들로 하여금 매우 단기간 내에 상당한 분량의 자료를 준비하도록 요구하여 J 직원들에게 과도한 부담을 주었으며 그 자료가 감독 또는 검사 업무를 위하여 반드시 필요하였다고 인정되지도 않는다. 따라서 피고인의 이 사건 자료제출 요구는 정당한 권한을 넘어 위법, 부당하게 직권을 남용한 경우에 해당한다고 하였다.[542]

---

541) (1심) 서울중앙지법 2016.10.18. 선고 2015고합519 판결, (2심) 서울고등법원 2018.01.24. 선고 2016노3468 판결

542) 〈1심〉에서는 J에 대한 여신 심사자료 제출을 요구 부분에 대하여는, J에 여신심사자료의 제출

(2) 대출 관련 직권남용권리행사방해 부분에 관하여는, 설령 피고인의 판단과 같이 당시 K에 대한 여신지원이 국민경제 전체의 입장에서 필요하고 또한 적절하였다고 하더라도, J는 K에 추가 대출을 해야 하는 금융기관으로서 손실을 최소화하고 그 이익을 극대화하기 위하여 대출의 필요성과 적절성 여부를 피고인 또는 금융감독원과 달리, 보다 보수적으로 평가하여 대출 여부를 결정할 수 있는 것이므로, 설령 J의 판단이 피고인의 판단보다 다소 비합리적이거나 이기적인 측면이 있다 하더라도, 피고인이 이러한 J의 결정에 대하여 단순한 권고나 조언을 하는 것을 넘어 그 결정을 재검토하여 여신지원을 하도록 압박하는 것은 사경제주체인 J의 경제활동의 자유를 침해하고 자유시장경제질서에도 반하는 것으로 정당한 권한 행사라고 볼 수 없다고 하였다.[543]

(4) 대법원 2020.10.29. 선고 2020도3972 판결 (대통령이 사기업의 소송개입 등을 지시)[544]

〈공소사실〉

대통령인 피고인은 ① 김○○(AF)을 대통령실 총무비서관으로, 2008. 5.경 미국변호사 FA를 IB로 임명한 다음, 대통령실 소속 공무원들 및 외교부 소속 공무원으로 하여금 업무를 수행하도록 할 수 있는 대통령의 권한을 이용하여 AF에게는 다스주식회사 미국소송을 공무원을 동원하여 총괄 지원하고, FA에게는 현지에서 다스 미국소송을 총괄하여 지원하도록 지시하였다(다스의 미국 소송 개입지시). ② 그리고 피고인은

을 요구한 피고인의 행위가 자료제출의 필요성이나 상당성이 없음에도 자신의 인사 청탁 대가로 K에 대한 대출을 성사시키기 위한 목적에서 한 행위라는 점이 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 보기 어렵다. 오히려 …, 피고인의 행위는 K에 대한 여신지원의 조정·중재 과정에서 J의 여신심사절차가 내규와 달리 이루어지고 있다는 의혹을 가지고 구체적인 사실관계를 파악하여 위규사항이 있는지 여부를 확인하고자 한 정당한 직무행위였을 가능성을 배제할 수 없다고 하였다(1심 판결문).

543) 〈1심〉에서는 K에 대한 170억 원 대출과 관련하여서는, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인의 이러한 행위와 J의 대출 승인 사이에 인과관계가 있다는 점이 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 보기 어렵다. 오히려 증거들에 의하여 인정되는 아래 사정들에 비추어 보면, J 담당자는 피고인으로부터 의무 없는 행위를 부당하게 요구받고 이를 거부하지 못하였던 것이 아니라, 피고인의 대출 중재행위가 있기 전부터 주거래은행인 Q에게 일정한 조건 하에 여신 지원에 참여하겠다는 입장을 밝혀 오다가 P가 K에 대한 대출에 참여함으로써 3개 이상의 금융기관 참여라는 자신들의 요구조건이 충족되자 K에 대하여 위 170억 원을 자발적으로 대출한 것으로 보인다고 하였다(1심 판결문).

544) (1심) 서울중앙지방법원 2018.10.5. 선고 2018고합340 판결, (2심) 서울고등법원 2020.2.19. 선고 2018노2844 판결

자신의 재산을 차명으로 관리해오던 처남 김○○(BN)이 서울대병원 중환자실에 입원하자, 재단법인 설립이 상속세 절감에 도움이 된다고 판단하고, 대통령실 소속 공무원들로 하여금 업무를 수행하도록 할 수 있는 대통령의 권한을 이용하여, 대통령실 총무비서관 AF에게 재단법인 설립, BN 명의 차명재산상속 및 상속세 절감 방안 등을 검토하라고 지시하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단, 1심〉 / 대법원 수긍

① 다스의 미국 소송 개입지시 관련

ⓐ BD 미국소송은 모두 대한민국 정부와는 무관한 사기업 또는 미국 정부가 당사자인 소송들뿐이어서 대한민국 정부는 소송결과에 아무런 이해관계도 없음은 분명하고, BD의 실소유주가 피고인이라거나 외형상 피고인의 친인척 소유라고 하더라도 소송결과에 따른 피고인 또는 친인척의 경제적 득실이 피고인의 국정수행 어떠한 영향을 준다고 보기도 어렵다(검사는 BD 미국소송이 피고인의 국정수행에 상당한 영향력이 있었다는 취지로 주장하나, 이러한 영향력은 BD 미국소송 경과가 국민들에게 알려짐으로써 피고인과 BD의 관계가 다시 이슈화 되는 것 자체에 의해 생기는 것이지, 소송결과에 좌우되는 것은 아니다). 따라서 피고인에게 AL비서관을 비롯한 대통령실 소속 공무원들이나 IB로 하여금 자신이 실소유하는(그리고 외형상 대통령 친인척 소유인) 사기업의 소송 진행상황을 지속적으로 점검하고 소송전략을 검토·지원하도록 지시할 수 있는 직무상 권한이 있었다고 볼 수 없다. ② 사기업이 당사자인 소송에 관하여, 관련 서류 번역, 진행상황보고 및 향후 예측, 쟁점에 대한 법률 검토, 소송 전략 수립, 소 제기 및 취하·상대방과의 합의 내용·수령한 합의금 분배 등 중요사항에 관한 결정사항 전달 등 행위는 소송 당사자인 사기업 또는 그 대리인이 해야 할 업무를 대신해주는 것에 다름 아니어서, 국정수행을 보좌하는 대통령실 공무원이나 IB가 해야 할 업무라고 할 수 없고, 따라서 대통령이 이를 지시할 권한이 있다고 할 수 없다. 피고인이 AF 등으로 하여금 위 행위와 같은 단순한 소송 지원업무를 하도록 지시한 행위는 '대통령 지위를 이용한 불법행위'일지는 몰라도 그 직권을 행사한 것이라고 보기는 어렵다.

② 처남 김○○ 재산 상속관련

ⓐ 피고인이 AF, DS에게 BN 사망에 따른 상속재산 처리 및 상속세 절감, 납부방안을 검토하도록 지시…하는 것이 … 대통령의 직무권한에 포함된다는 명문의 법령상 근거가 없음은 명백하다. ⓑ 피고인이 AF로 하여금 BN 명의 재산에 대한 상속세 규모를 파악하고, AN재단을 설립하여 BN 명의 BD 주식을 출연하는 것을 포함한 상속세 절감하는 방안 및 상속세 납부방법을 검토하도록 지시한 행위는 '대통령 지위를 이용한 불법행위'가 될 수 있을지언정 그 직권을 남용한 것이라고 보기는 어렵다.

(5) 대법원 2020.2.13. 선고 2019도5186 판결 (청와대 비서실장 등의 화이트리스트 사건)[545]

〈공소사실〉

피고인 김○○ 등은 공모하여 2014년, 2015년, 2016년에 각 연도별로 대통령비서실장 또는 정무수석비서관실의 직권을 남용해 전국경제인연합회('전경련')에 특정 정치성향의 시민단체에 대한 자금지원을 요구하여, 청와대의 자금지원 지시에 불응할 경우 정부로부터 각종 부당한 불이익을 당할 위험이 있다는 우려를 일으키게 하여 이에 두려움을 느낀 피해자 전경련 상근부회장 이○○으로 하여금 관제시위단체(특정 정치성향의 시민단체들)에 69억원을 지원하도록 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.[546]

〈1심 판결〉

전경련에 특정 시민단체에 대한 자금지원을 요청하는 행위는 비서실장 및 정무수석실의 일반적 직무권한에 속하지 않고, 피고인들의 이 사건 보수단체 지원요구 행위가 직무집행의 형식과 외형을 갖추었다고 보기도 어렵다. 따라서 피고인들이 전경련으로 하여금 특정 보수 시민단체에 자금지원을 하게 한 행위는 비서실장 및 정무수석실의

545) (1심) 서울중앙지방법원 2018.10.5. 선고 2017고합1114, 2018고합116(병합), 391(병합), (2심) 서울고등법원 2019.4.12. 선고 2018노2856 판결, (3심) 대법원 2020.02.13. 선고 2019도5186 판결, (파기 환송심) 서울고등법원 2020.6.26. 선고 2020노331 판결, (재상고심) 대법원 2020.10.15. 선고 2020도9144 판결

546) 대법원, 대법원 선고 2019도5186 직권남용권리행사방해 등 사건에 관한 보도자료(2020-12-13) 참조

'지위를 이용한 불법행위'에 해당한다고 할 수 있을지언정 비서실장 및 정무수석실의 직권을 남용한 것이라고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

〈2심 판결〉 / 대법원 수긍

피고인들이 전경련에 특정 시민단체에 대한 자금지원을 요청한 행위는 비서실장 및 정무수석실의 일반적 직무권한에 속하고 그 직무집행의 형식과 외형을 갖추었을 뿐 아니라, 실질적·구체적으로는 보수 시민단체를 정권 비판세력의 활동을 방해·견제하고 정부에 우호적인 여론을 형성하는 도구로 활용하려는 의도로 전경련에 대하여 보수 시민단체 자금지원을 강제한 것으로 직권남용에 해당하고, 위 직권남용 행위와 전경련의 자금지원 사이의 인과관계도 인정된다. 이 부분 원심판결에는 사실을 오인하거나 직권남용권리행사방해죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

- (일반적 직무권한 존재) 직무상 권한의 내용과 범위는 법치주의의 원리에 따라 헌법과 법률 기타 법령에 의해 정해지지만, 공무원의 직무상 권한이 반드시 법령의 직접적이고 명시적인 규정에 의해서만 인정되어야 하는 것은 아니고 조직법상의 근거를 둔 위임이나 지시 또는 명령 등을 통해 법령의 근거를 가지는 것으로 인정되면 족하다(헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌바46 결정 참조) … 정무수석실의 분장사무인 국정철학 확산이나 시민단체 지원을 위한 직능단체와의 협력 추진에는 전경련에 대한 특정 시민단체 자금지원 요청이 포함된다. … 대통령비서실과 전경련의 협력 관계는 과거부터 꾸준히 존재하여 왔는데 그 내용에는 자금지원 요청도 포함되어 있었으므로 위 '협력 추진'에는 '자금지원 요청'도 포함될 수 있다. … 법·제도 등을 종합적·실질적으로 관찰할 때 정무수석실이 전경련에 특정 시민단체에 대한 자금지원을 요청하는 행위가 정무수석실의 직무권한에 속한다고 해석되고, 그것이 법률상 강제력을 수반하지는 않더라도 부당한 목적으로 행하여지거나 그 태양이나 방법이 사실상 지시나 강제의 형태를 띠는 등으로 남용되는 경우 상대방으로 하여금 의무 없는 일을 행하게 하기에 충분한 것으로 인정되므로, 이는 직권남용죄에서 말하는 일반적 직무권한에 해당한다.
- (직무집행의 형식과 외형 존재) 전경련에 대한 보수 시민단체 자금지원 요청은 대통령비서실 내부의 정책결정에 따라 비서실장, 정무수석, 소통비서관, 담당행

정관 등 일련의 지휘체계를 통하여 이루어졌다. … 구체적인 자금지원 요청 방식과 관련하여서도 강압적인 언사를 직접적으로 사용하지는 않고 전경련의 자율성을 존중하는 듯한 태도를 취함으로써 형식적·외형적으로는 협조 요청의 한계를 준수하였다. … 피고인들은 전경련에 보수 시민단체에 대한 자금지원을 요청하면서 보수 시민단체를 정권 비판세력의 활동을 방해하고 견제하는 도구로 활용하려는 실제 의도를 은폐하였고, 명시적이지는 않지만 시민사회단체 사이의 불균형 해소를 통한 균형적 발전, 시장경제 발전을 비롯한 국정철학의 확산 등을 명분으로 내세우는 듯한 태도를 취했다. … 정무수석실의 자금지원 요청에 대하여 전경련 관계자들은 모두 대통령비서실이 직무집행의 일환으로 위와 같은 요청을 하는 것으로 인식하였다. … 이러한 사정들을 종합하여 보면, 피고인들이 전경련 관계자들에게 보수 시민단체에 대한 자금지원을 요청한 행위는 형식적·외형적으로 직무집행으로 보이는 외관을 갖추었다고 판단된다.

- (직권의 남용) 정무수석실의 전경련에 대한 자금지원 요구 행위는 외형상으로는 정무수석실의 일반적 직무권한에 근거한 직무행위로 보이나, 보수 시민단체에 대한 자금지원을 통하여 보수 시민단체를 정권 비판세력의 활동을 방해·견제하고 정부에 우호적인 여론을 형성하는 도구로 활용하려는 목적 아래 전경련의 자율성을 억압하는 강압적인 방법으로 이루어진 것으로 직권을 남용한 경우에 해당한다.
- (인과관계) 전경련은 피고인들로부터 '◎◎' 단체와 북한 관련 단체가 다수 포함된 지원 대상 보수 시민단체 명단 및 단체별 할당액을 통보받게 되자, 기존의 자율적 기준에 따른 심사를 제대로 하지 못한 채 지원 요구 시민단체에 다액의 자금을 지원하게 되었다. 피고인들의 위와 같은 직권남용 행위로 인하여 전경련은 시민단체 자금지원에 있어서 그 대상 및 지원금액 결정에 관한 자율적인 판단과 심사의 기회를 사실상 박탈당한 채 피고인들이 요구한 보수 시민단체에 대한 자금을 지원하게 되었으므로, 그 인과관계가 인정된다.

(6) 대법원 2018.10.25. 선고 2018도11121 판결 (검찰수사관의 "이×× 작품 위작설 무마사건")[547]

〈공소사실〉

서울중앙지방검찰청 소속 검찰공무원인 피고인은 - 2013년 당시에는 위조미술품 수사와는 전혀 관계없는 직무에 종사하고 있었음에도 - 이×× 화백 작품의 유통에 관여한 화랑주 및 미술품 거래상 등으로부터 위작설이 확산되어 수사로 이어지는 것을 막아 달라는 부탁을 받고, 마치 위조미술품 수사를 하는 것과 같은 외양을 갖추면서 검찰수사관이라는 신분을 이용하여, ① 감정평가원 서양화 감정위원장 Y로부터 이×× 화백 작품에 대한 감정의뢰목록, 감정 경위와 내역을 기재한 감정기록, 감정서 등 비공개자료인 감정평가원의 내부문서를 제출받았고, ② 미술관 관장 AD도 소환하여 "당신 왜 헛소문을 내고 다녀, 사실이 아닌 것을 허위로 소문을 내면 혼난다"는 등의 위협적인 발언으로 위작설과 관련하여 그가 알고 있는 사실에 대한 진술을 포기하게 한 다음 자신이 불러주는 대로 진술서를 작성하게 하여 제출받았다. 또한 ③ 피고인은 위와 같은 위작설 무마 활동 중 X로부터 자신과 관련된 민사사송을 해결해달라는 취지의 부탁을 받고, 추징팀에서 수사를 진행한 이 사건 내사사건 수사를 가장하여 이 사건 민사사송에서 X에게 유리하게 작용할 수 있는 자료를 수집할 목적으로, 서울구치소에 허위의 수사협조요청 공문 등을 발송하여 서울구치소에 복무하는 AI와 X의 접견을 실시하도록 하게 함으로써, 서울구치소장 및 교도관 등으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단, 1심〉 / 2심과 대법원 원심 수긍

(1) 피고인은 주임검사 AP에게 사전 또는 사후 보고 없이, 자신이 구체적으로 담당한 직무와 관련이 없는 위작설과 관련한 조사 및 그것이 아무런 근거가 없다는 자신의 신념을 확인하기 위해, Y와 AD로 하여금 검찰청에 출석 및 자료 또는 진술서 제출을 하도록 요구하였는바, 이는 검찰수사관의 직권을 남용한 경우에 해당하고, 이로써 Y와 AD에게 법률상 의무 없는 일을 하게 한 것이다.

---

547) (1심) 서울중앙지방법원 2018.2.13. 선고 2016고단7714 판결, (2심) 서울중앙지방법원 2018.7.5. 선고 2018노694 판결

(2) 피고인이 AI에 대한 수사접견을 신청한 것은, 자신이 속한 O 추징팀의 업무인 P의 은닉재산 찾기와 관련이 없고, X으로 하여금 AI를 면회하는 데에 편의를 제공하기 위한 것이라고 인정할 수 있는바, 이는 검찰수사관으로서 직권을 남용하여 서울구치소장 및 수사접견 담당 교도관으로 하여금 법률상 의무 없는 일, 즉 수사접견 허가 및 이에 따른 업무를 하게 한 것이다.

(7) 대법원 2017.3.15. 선고 2016도19659 판결 (인허가 신청자에게 자신의 동창과 용역계약체결 요구)[548]

〈공소사실〉

이천시청 소속 건축공무원인 피고인은 아파트 시행사업을 하는 BB로부터 건축인허가 절차의 신속한 처리를 부탁하는 부정한 청탁을 받고, 피고인의 고등학교 동창인 ○○엔지니어링의 대표 C를 알려주어 ○○엔지니어링과 880만원 상당의 측량 및 설계 용역계약을 체결하게 하여, C회사에게 880만원 상당의 용역계약을 체결할 수 있는 지위 또는 기회 상당의 이익을 공여하도록 하고, 그 직권을 남용하여 직무관련자인 BB로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉 / 원심 인용

피고인이 이천시의 건축 관련 민원을 담당하는 공무원으로서 이천시에서 아파트시행사업을 하는 BB에게 그의 사업체가 관내 업체가 아니라는 지적을 하고 구체적인 이유에 관한 설명 없이 인허가절차가 지연될 수 있다는 말을 한 점, 피고인은 BB에게 용역계약체결의 상대방으로 ○○엔지니어링 한 업체만을 소개하고 그 운영자인 C의 명함을 직접 건넨 점, BB는 그때 처음으로 ○○엔지니어링과 C를 알게 된 점, BB는 ○○엔지니어링 사무실을 찾아가서 C를 만나 다소 비싼 가격으로 용역계약을 체결한 점, 피고인은 위 용역계약 이행과정에 관여하기도 한 점 등 그 판시와 같은 사정을 들어 피고인에 대한 공소사실 중 ○○엔지니어링 관련 제3자뇌물수수 및 직권남용권리행사방해의 점이 모두 인정된다.

548) (1심) 수원지방법원 여주지원 2016.4.4. 선고 2015고단1036, 2015고단1146(병합) 판결, (2심) 수원지법 2016.11.11. 선고 2016노2199-1(분리) 판결

공무원이 직무관련자에게 제3자와 계약을 체결하도록 요구하여 계약 체결을 하게 한 행위가 제3자뇌물수수죄의 구성요건과 직권남용권리행사방해죄의 구성요건에 모두 해당하는 경우에는, 제3자뇌물수수죄와 직권남용권리행사방해죄가 각각 성립하되, 이는 사회 관념상 하나의 행위가 수 개의 죄에 해당하는 경우이므로 두 죄는 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다.

(8) 대법원 1992.3.10. 선고 92도116 판결 (ⓐ)(대통령비서실 민정수석비서관이 공사 대표이사에게 대통령 근친 회사와의 수의계약 체결 지시)[549]

〈공소사실〉

대통령비서실 민정수석비서관인 피고인이 서울시장과 농수산물 가락동시장 관리공사 대표이사에게 가락동시장 내의 주유소와 써어비스동을 당초 예정된 공개입찰방식이 아닌 수의계약으로 대통령 매제 조○○이 설립한 BB주식회사에 임대하게 하였다(대법원 판결문을 참조하여 구성).

〈판단〉/ 원심판단 수긍

대통령비서실 비서관이 대통령의 근친관리업무와 관련하여 정부 각 부처에 대한 지시와 협조 요청을 할 수 있는 일반적 권한을 갖고 있었음에 비추어 그가 농수산물 B시장 관리공사 대표이사에게 요구하여 위 시장 내의 주유소와 써어비스동을 당초 예정된 공개입찰방식이 아닌 수의계약으로 대통령의 근친이 설립한 회사에 임대케 한 행위는 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 해당하여 타인의 권리행사방해죄의 구성요건을 충족한다.

549) (1심) 서울형사지방법원 1989.7.11 선고 89고합118 판결, (2심) 서울고등법원 1991.11.12. 선고 89노2615 판결

(9) 대법원 1992.3.10. 선고 92도116 판결 (ⓑ)(대통령비서실 민정수석비서관이 감사원에 특정 기관에 대한 감사 중단 지시)[550]

〈공소사실〉

대통령비서실 민정수석비서관인 피고인은 노량진 수산시장의 소유자인 한국냉장에 전○○ 씨가 내는 시설 임대료를 낮춰주도록 지시하였고, 이러한 임대료 인하가 부당하다며 감사원에서 주식회사 한국냉장에 대한 감사를 실시하자 감사원 사무총장에게 감사 중단을 지시하였다(대법원 판결문을 참조하여 구성).

〈판단〉 / 원심판단 수긍

대통령비서실 A비서관이 평소 감사원의 감사업무에 관련된 각종 정보를 수집하여 필요한 경우 감사원 사무총장에게 특정 기관 등에 대한 감사활동의 강화 또는 중단, 단축을 지시하고 그 조치 결과를 보고받는 등 하여 왔다면 현실적으로 수행하여 온 직무집행 방식이 감사원의 직무의 독립성을 보장하고 있는 감사원법의 정신에 위배될 소지가 있다 할지라도 그러한 직무권한의 행사에 가탁하여 노량진수산시장에 대한 임대료 인하 문제와 관련하여 진행중이던 감사원의 주식회사 한국냉장에 대한 감사를 중단케 한 것이 타인의 권리행사방해죄의 구성요건에 해당된다.

(10) 대법원 2009.1.30. 선고 2008도6950 (ⓐ) (대통령비서실 정책실장이 사찰에 대한 특별교부세 교부 지시)[551]

〈공소사실〉

대통령비서실 정책실장이 공무원으로 하여금 특별교부세 교부대상이 아닌 특정 사찰의 증·개축사업을 지원하는 특별교부세 교부신청 및 교부결정을 하도록 하였다(대법원 판결문을 참조하여 구성).[552]

---

550) (1심) 서울형사지방법원 1989.7.11 선고 89고합118 판결, (2심) 서울고등법원 1991.11.12. 선고 89노2615 판결

551) (1심) 서울서부지방법원 2008.3.31. 선고 2007고단2270, 2007고단2576(병합), 2007고단2590(병합), 2007고단2622(병합) 판결, (2심) 서울서부지방법원 2008.7.22. 선고 2008노422 판결

552) 이 사건은 변○○ 전 청와대 정책실장이 임용택 전 동국대 이사장인 영배 스님이 회주로 있는 울주군 흥덕사와 자신이 다니던 과천시 보광사에 특별교부세가 편법으로 집행되도록 지시한 혐의로 기소된 사건이다(서울경제 2007-10-30 "변양균·신정아씨 구속 기소") 〈https://www.sedaily.com/NewsView/1HMHRZVDM2〉(2022.11.21. 최종방문).

〈판단〉 / 원심판단 수긍

대통령비서실 정책실장인 피고인이 행정자치부 및 울주군과 과천시의 특별교부세 담당 공무원으로 하여금 특별교부세 교부대상이 아닌 ○○사와 △△사의 증·개축사업에 특별교부세를 교부하기 위하여 교부요건에는 해당하나 이미 예산이 확보된 다른 공공사업에 특별교부세를 신청하여 교부된 금액 상당액에 해당하는 지방자치단체의 재원으로 ○○사와 △△사의 증·개축사업을 지원하도록 특별교부세 교부신청 및 교부결정을 하도록 하게 한 행위가 대통령비서실 정책실장으로서의 직권을 남용하여 행정자치부 및 울주군과 과천시의 특별교부세 담당공무원으로 하여금 의무 없는 일을 한 것이라고 한 원심의 판단은 정당하고 거기에 이른바 피고인의 상고이유 주장과 같은 헌법상 통치행위 및 특별교부세에 관한 법리오해의 위법이 없다.

(11) 대법원 2004.10.15. 선고 2004도2899 판결 (시흥시 자치행정국장이 자신의 인척에게 축사허가신청을 허가하도록 지시)[553]

〈공소사실〉

시흥시 자치행정국장인 피고인이 자신의 제수인 A 명의의 주택이축 및 축사신축 허가신청과 관련하여 업무담당자가 해당 토지가 맹지라는 등의 이유로 허가가 곤란하다고 하자, 허가처리가 지연되면 감사를 받게 하겠다고 이야기하고 인사상의 불이익을 줄 것 같은 태도를 보여 허가신청을 허가하도록 하였다(대법원 판결문을 참조하여 구성).

〈판단〉 / 원심판단 수긍

시흥시의 조직관리, 공무원 인사 및 민원사무 등 내무행정 전반을 총괄하고 있는 자치행정국장인 피고인이 비록 다른 부서의 직원이지만 개발제한구역내의 행위에 관한 허가 등 민원업무를 담당하는 공소외인의 승진 등 인사에 관여하거나 공소외인의 민원업무에 대한 감사를 요구하는 것은 피고인의 일반적인 직무권한에 속하는 사항이라고 봄이 상당하다.

---

553) (1심) 수원지방법원안산지원 2003.9.17 선고 2003고단124 판결, (2심) 수원지방법원 2004.4.22. 선고 2003노3608 판결

일반적인 직무권한을 가진 피고인이 이 사건 허가신청과 관련하여 그 업무담당자인 공소외인에게 **동인의 승진문제를 언급하고 허가처리가 지연되면 감사를 시키겠다**고 함으로써 공소외인으로 하여금 허가요건을 갖추지 못한 이 사건 허가신청을 허가하도록 한 행위는 시흥시 자치행정국장의 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 해당한다고 할 것이어서 직권남용죄가 성립한다.

(12) 서울지방법원 2003.9.26. 선고 2003고합580 판결 (대통령 경제수석비서관이 한국산업은행 총재에게 기업에 대한 부당대출 지시)

〈공소사실〉

전 청와대 경제수석인 피고인이 한국산업은행 총재 등에게 현대건설에게 그 자금상황, 부채현황, 회사채 인수대금의 용처, 회사채의 변제가능성 등을 구체적으로 검토하지 아니하고 실질적으로 양도가능성이 거의 없거나 기간 내 변제가능성이 매우 적은 현대건설의 사모사채를 인수하는 방식으로 1,500억 원을 사실상 대출하여 주도록 지시하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).[554]

〈판단〉

대통령은 재정경제부장관을 임명하고 재정경제부장관을 지휘·감독할 권한이 있고, 재정경제부장관은 한국산업은행에 대하여 일반적인 감독권과 그에 필요한 명령을 발할 수 있는 권한이 있으며, 한편 대통령 경제수석비서관은 대통령의 경제정책결정 등 경제전반에 관한 국정수행을 보필하는 임무를 수행하면서 대통령의 명을 받아 재정경제부 등 경제부처에 지시와 협조를 요청할 수 있는 일반적 직무권한을 가지고 있다 할 것이고, 따라서 대통령 경제수석비서관은 한국산업은행의 총재와 이사에 대해서도 대통령의 명을 받아 재정경제부장관을 통해 또는 직접 감독과 지시를 할 수

554) 이 사건은 - 일명 '대북송금 및 현대비자금 특검사건'으로서 - 이○○ 전 청와대 경제수석이 이×× 당시 한국산업은행 총재 등에게 현대건설에게 무리한 여신지원을 하도록 한 사건이다. 피고인 이○○는 1심 판결에 대하여 항소하였으나 '직권남용권리행사방해죄'에 관한 부분을 다투지 않았으며(서울고등법원 2003.11.28. 선고 2003노2634 판결), 2심 판결에 대하여 상고하지 않았다(관련 대법원 판결은 〈대법원 2004.3.26. 선고 2003도7878 판결〉이다). 이○○는 2004.05.25.에 석가탄신일 특별사면을 받았다.

있는 일반적 직무권한이 있으므로, 대통령 경제수석비서관이 그러한 직무권한에 터잡아 한국산업은행 총재 등에게 대출 지시를 한 것은 단순한 신분·지위의 남용이 아니며 형법상 직권남용권리행사방해죄를 구성한다.

비록 경제수석비서관이 그 직책의 성질상 한국산업은행 총재 등에 직접적으로 강제력을 수반하는 직무상 명령을 내릴 수는 없다고 하나, 앞서 인정되는 일반적 직무권한에 기초하여 상피고인 이근영, 박상배 등으로 하여금 의무 없는 여신지원을 하도록 영향력을 행사하여 사실상의 부담을 지웠고 그 결과 무리하게 위법·부당한 여신지원이 감행되었으므로 결국 피고인으로서는 직권남용권리행사방해죄의 죄책을 질 수밖에 없다 할 것이다.

라. 특정사항 개입·지시

(1) 대법원 2022.10.27. 선고 2020도15105 판결 (사이버사령부의 대선개입 은폐 (댓글공작 및 수사방해) 사건 1)[555]

〈공소사실〉

국군사이버사령부 소속 530단 부대원들이 2011.11.~2013. 6.까지 인터넷에 특정 정치세력이나 정치인을 비판하는 내용 또는 그들이 제시한 의견에 반대하는 내용의 게시글과 댓글을 작성하고, 관련글을 트윗 또는 리트윗하는 등의 행위(정치관여)를 하였고, 이러한 정치관여에 대하여 2013. 10.경 피고인 甲(국방부장관)의 수사 지시로 국방부조사본부 내에 수사본부가 편성되어 국군사이버사령부 정치관여 등 의혹사건에 관한 수사가 개시되었다.[556]

국방부장관인 피고인 A는 이 사건 수사 과정에서 ① 수사본부 소속 DT수사관 EA로 하여금 EB와 함께 EC에 대한 허위 내용의 참고인 진술조서를 작성하도록 하고, BS로부터 허위 내용의 진술서를 제출받게 함으로써 그 직권을 남용하여 EA으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였으며, ② 수사본부 소속 DT수사관 DV로 하여금 DW에 대한 허위 내용의 참고인 진술조서를 작성하도록 함으로써 그 직권을 남용하여 DV로 하여

555) (1심) 서울중앙지방법원 2019.2.21. 선고 2018고합297 판결, (2심) 서울고등법원 2020.10.22. 선고 2019노772 판결

556) 대법원, 대법원 선고 2020도15105 정치관여 등 사건에 대한 보도자료(2022-10-27), 2면 참조.

금 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

피고인은 이 사건 수사로 인하여 O사의 조직적인 정치관여행위의 진상이 드러나는 것을 막을 의도로 CU로부터 수사 진행 상황을 수시로 보고받으면서, CU에게 군 차원의 조직적인 대선 개입 및 정치관여 사건이 나닌 AM단 부대원들의 개인적 일탈행위로 사건이 마무리 될 수 있도록 지시함으로써, CU, DC, DI와 순차 공모하여 수사관 DU를 DS본부의 수사업무에서 배제하고, 수사관 EA, DV로 하여금 EC, BS, DW에 대한 허위의 진술조서를 작성하거나 허위의 진술서를 제출받게 하였다고 인정된다. 이는 피고인이 부당한 의도와 목적을 가지고 DS본부 소속 부대원들에 대한 지휘·감독 권한을 남용하여 DU의 권리행사를 방해하고, EA, DV로 하여금 의무 없는 일을 하도록 한 경우에 해당한다(1심 판결, 2심 및 대법원 원심 수긍).

(2) 대법원 2022.6.30. 선고 2022도3744 판결 (경찰청장의 '댓글공작' 사건)[557]

〈공소사실〉

피고인은 2010~2012년 서울지방경찰청장, 경찰청장으로 재임하던 중 소속 경찰관들에게 신분을 드러내지 않은 채 정보·보안·홍보 부문 경찰관 1500여명을 동원해 천안함 사건, 한진중공업 희망버스, 제주 강정마을 등 사회 현안에 대해 마치 일반 시민들이 인터넷상의 각종 이슈에 관하여 경찰 입장 또는 정부 정책을 옹호하는 의견을 제시하는 것처럼 인터넷 댓글 1만2880개를 달아 정부 정책 또는 경찰에 우호적인 여론을 조성하도록 지시하여 그 지시를 받은 경찰관들로 하여금 의무없는 일을 하게 하였다다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단, 2심〉 / 대법원 수긍

(유죄이유) 피고인의 여론대응 지시는 관련 법령과 직무집행의 형식 및 외관 등에 비추어 피고인의 일반적 직무권한 범위에 속하고, 경찰관들에게는 **경찰관 신분을 숨긴 채** 정부 정책 또는 경찰에 우호적인 여론 조성을 위한 댓글을 작성 및 게시할

557) (1심) 서울중앙지방법원 2020.2.15. 선고 2018고합1036, (2심) 서울고등법원 2022.2.15 선고 2020노507, 및 2020초기179 위헌법률심판제청

의무가 없으므로, 피고인이 자신의 직무권한을 남용하여 경찰관들에게 위와 같이 의무 없는 일을 지시한 행위는 직권남용권리행사방해 행위에 해당하고, 피고인의 그에 관한 고의 및 위법성 인식도 인정된다.

(일부 무죄이유) ① **경찰관임을 드러내거나, 게시자가 경찰관임을 암시**하여 경찰관이 올린 것으로 보여지는 댓글·AZ글, ② **경찰 입장 또는 정부 정책을 옹호하는 것으로 보기 어려운** 댓글·AZ글 등은 국민의사를 왜곡하거나 조작한 것으로 볼 수 없으므로, 이를 작성·게시하게 한 것은 피고인이 그의 지휘·감독을 받는 경찰관들로 하여금 의무 없는 일을 하도록 한 것에해당하지 않는다. 따라서 별지 무죄 부분 댓글 기재 댓글, AZ글에 대해서는 피고인에게 직권남용 권리행사방해죄가 성립하지 않는다.

(3) 대법원 2021.12.30. 선고 2018도20968 판결 (사이버사령부의 대선개입 은폐 (댓글공작 및 수사방해) 사건 2)[558]

〈공소사실〉

피고인들 - 피고인1은 '국방부 사이버사령부 댓글의혹 사건 수사본부'의 수사본부장, 피고인2는 그 상관인 국방부 조사본부장 - 은 당시 국방부 장관의 지시에 따라 국방부 사이버사령부의 대선개입 사실을 은폐할 의도로 수사를 진행하던 중, 수사본부 소속 헌병수사관 A의 조사 중 사이버사령부 소속 부대원으로부터 사이버사령부 단장으로부터 당시 야당 대통령 후보자에 대한 비난 취지의 글을 온라인상에 게시하라는 지시를 받았다는 취지의 참고인 진술조서가 작성되자, 수사관 A에 대하여 보직을 변경하여 사건 수사에서 배제시키고 다른 수사관인 B와 C에게 사이버사령부 부대원들로부터 기존 진술에 반하는 취지로 진술조서 등을 작성하도록 하였다(1심 판결문을 참조로 구성).

〈법원 판단, 1심〉 / 2심 및 대법원 수긍

① 군사법경찰관의 복종의무는 어디까지나 상관의 직무상 명령이 적법한 것임을 전제로 하는 것이고, … A를 수사본부의 구성원에서 제외하고 당초 A가 소속되어

558) (1심) 서울중앙지방법원 2018.6.27. 선고 2018고합166, 211(병합) 판결, (2심) 서울고등법원 2018.12.20. 선고 2018노1942 판결

있던 부대로 복귀시킴으로써 이 사건 수사에 관한 업무를 더 이상 수행하지 못하도록 한 행위는 직무행위의 목적, 필요성·상당성 여부, 법령상 요건 충족 여부 등 제반 요소를 고려하였을 때 형식적, 외형적으로는 직무권한 내의 행위로 보이나 실질은 정당한 권한 외의 행위에 해당하는 경우로서 직권남용권리행사방해죄에서 '직권의 남용'에 해당한다고 봄이 타당하다.

② 피고인들의 직권남용에 의하여 A가 2014. 4. 9.경 수사본부의 구성원에서 제외되고 이 사건 수사에 관한 업무를 수행할 수 없게 됨으로써 위와 같은 구체적인 수사권들의 행사가 현실적으로 방해되었다고 봄이 타당하다(A에 대한 권리행사방해가 문제되는 이 사건에서 다른 수사관들에 의하여 이 사건 수사가 계속 이루어졌다는 사정은 범죄 성립여부와 관련이 없을 뿐만 아니라, 판시 범죄사실 기재와 같이 이 사건 대선개입 혐의에 관한 수사권 행사가 현실적으로 방해되기도 하였다).

③ B이 2014. 4. 24.경 AN과 함께 AO에 대한 허위내용의 참고인 진술조서를 작성하고, 2014. 4. 29.경 AP으로부터 허위내용 진술서를 제출받은 것, C가 2014. 5. 1.경 AG에 대한 허위내용의 참고인 진술조서를 작성한 것은 피고인들이 직권을 남용한 결과이고 단순한 심리적 의무감 또는 스스로의 의사에 따른 것이라고 볼 수 없다.

(4) 울산지방법원 2021.10.1. 선고 2020고단5072 판결 (해경(경정)의 부하직원에 대한 부당한 지시)[559]

〈공소사실〉

남해지방해양경찰청 울산해양경찰서에서 B호정 선박의 부정장(직급: 경정)인 피고인은 2019. 4. 9.경 울산 인근 해역에서 해상 순찰 등을 목적으로 출정 중에 있던 B호정 선박 내에서 그곳 취사장 내 비치된 음식물 잔반통과 잔반 거름채반 등에 음식물 쓰레기가 있는 것을 발견하고 취사 담당 의경 C(직급: 이경)를 질책하면서 그에게 당장 위 음식물 쓰레기를 해상 투기하도록 지시하고, 이에 따라 그 무렵 위 C가 위 취사장에서 함께 근무하는 선배 의경인 D(직급: 수경)와 함께 이를 해상에 투기하게 하는 등 공무원이 직권을 남용하여 부하직원인 위 C로 하여금 의무 없는 일을 하게

559) 직권남용권리행사방해(확정, 벌금 300만원)

하였다(판결문을 참조하여 구성).[560]

〈법원 판단, 1심〉

피고인이 부정장으로서 정장을 보좌하여 B호정 내 직원 및 의경에 관한 일반적인 관리와 위생 환경상태 전반을 총괄하는 권한을 가지고 있는 상태에서, 선박 내부의 위생을 위하여 C에게 음식물쓰레기를 바다에 투기하라고 지시한 행위가 실질적, 구체적으로 위법·부당한지 보건대, 영해기선으로부터 3해리 이내 바다로 출항하는 B호정에서 음식물쓰레기를 그대로 바다에 배출하는 행위는 해양환경관리법 제22조 제1항에 따른 오염물질의 배출금지 조항에 위반되고, 피고인을 비롯한 일부 승조원들도 음식찌꺼기는 영해기선으로부터 최소한 12해리 이상의 해역에 버리되, 음식물분쇄기를 사용하여 처리된 일정 크기 이하의 잔여물만 영해기선으로부터 3해리 밖에 버릴 수 있다는 규정(선박에서의 오염방지에 관한 규칙)을 알고 있었으므로 피고인의 위 지시는 위법·부당한 행위라 할 것이고, 그 결과 위법한 명령을 따를 법률상 의무가 없는 C로 하여금 이를 이행하게 한 것은 직권남용권리행사방해죄에 해당한다고 봄이 상당하다.

(5) 대법원 2021.9.9. 선고 2021도2030 판결ⓐ (국군기무사령관의 여론조작 사건)[561]

〈공소사실〉

국군기무사령관(중장)인 피고인 A는 2011~2013년 댓글 공작 조직인 '스파르타'를 운영하면서 당시 여권 지지나 야권에 반대하는 정치 관여 글 2만 여건을 온라인상에 게시하도록 지시하였고, 이×× 전 대통령과 정부에 비판적인 글을 쓴 네티즌 ID 수백 개의 가입자 정보를 불법 조회 등을 하게 함으로써 국군기무사 실무담당자로 하여금 의무없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

---

560) "C은 2019.4.9.부터 2019.4.27.까지 B호정에 의경으로 배치받아 취사업무 등을 하는 과정에서 피고인을 비롯한 일부 승조원들의 언행을 견디지 못하고 자살 충동을 느껴 2019.4.25. 유서를 작성하였고, 그 일로 2019.4.말경부터 마더스병원에서 정신건강 관련 입원치료를 받으면서 자신의 기억을 되살려 일부 승조원들로부터 겪은 여러 가지 부당한 대우에 관하여 몇 차례 진술서를 작성하였는데, 그 진술서들을 비롯하여 이후 수사기관과 이 법정에 이르기까지 약 2년 동안 일관되게 출항 시 음식물쓰레기를 바다에 버리라고 지시한 사람이 피고인이라고 지목하고 있다." (출처: 판결문 내용)

561) (1심) 서울중앙지방법원 2019.2.19. 선고 2018고합588, 2018고합728(병합), 2018고합833(병합) 판결, (2심) 서울고등법원 2021.1.21. 선고 2019노873 판결, (3심) 대법원 2021.09.09. 선고 2021도2030 판결, (파기환송심) 서울고등법원 2022.8.26. 선고 2021노1684 판결

〈법원 판단〉

① 정치관여 글 게시 등 온라인 여론조작 관련 직권남용

피고인은 - 참모장 O 등과 순차 공모하여 - 사령관의 직권을 남용하여 그들의 지휘감독하에 있는 AR계 계원들 및 예하부대 CZ 전담관들로 하여금 총 20,378회에 걸쳐 사령부의 직무범위를 벗어나 특정 정당이나 정치인을 지지·찬양 또는 반대·비방하거나 대통령 및 국가정책을 홍보하는 등 정치적 의견을 공표하는 글을 작성하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다(유죄-무죄-유죄).

〈2심〉

피고인은 자신이 총괄하는 M사령부의 직무에 속하는 군 방첩업무 및 군 첩보 수집 활동을 참모장 O, AF부장 Y, AC처장 AG, AC처 AM과장 AJ, AR계장 AO, AV계장 AT에 지시 또는 위임하는 한편, 실무담당자인 AR계 계원들 및 예하부대 CZ 전담관들에 대하여는 **그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하였을 뿐**이고, 그 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있다거나 실무담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있음에도 실무담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로, 결국 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다.

〈대법원〉

ⓐ '군 방첩 업무' 또는 '군 관련 첩보의 수집·작성 및 처리' 등 B 및 예하 L 소속 실무 담당자들이 수행하는 직무는 그 자체로 국민의 기본권을 침해할 가능성을 내포하고 있는 점, ⓑ 이 사건 트위터 활동을 담당한 부대원들은 상부로부터 임무를 부여받아 직접 트위터 계정을 생성한 후 특정 주제와 관련하여 다른 사용자들의 여러 트윗 중 그들의 활동 목적에 부합한다고 판단하는 특정한 트윗을 선정하여 리트윗하는 등으로 일종의 재량을 가지고 활동하였던 점, ⓒ 이 사건 트위터 활동은 국민의 여론 형성에 영향을 미칠 수 있고, 경우에 따라 국민 개개인에 대한 기본권 침해가 수반되거

나 구 군형법 제94조에 따라 처벌되는 정치 관여 행위에 해당할 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 방첩 또는 첩보 업무를 수행하는 실무 담당자들에게도 각자 자신들이 수행할 정보의 수집 및 처리 등 업무에 관하여 그 대상과 방식을 적절하게 선택하는 등으로 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있었다고 봄이 타당하고, 위 실무 담당자들이 행한 이 사건 트위터 활동을 두고 피고인의 직무집행을 보조하는 사실행위에 불과하다고 할 수 없다.

② 대통령·정부 비판 ID(닉네임) 신원조회 관련 직권남용

피고인은 - 참모장 O 등과 순차 공모하여 - 사령관의 직권을 남용하여 그들의 지휘감독하에 있는 예하 BP부대 DE 요원들로 하여금 사령부의 직무범위에 해당하지 아니하는 대통령·정부 비판 ID(닉네임) 사용자의 신원을 조회하게 함으로써(총 31회에 걸쳐 합계 319개의 닉네임에 대한 가입자정보를 요청하는 업무협조의뢰 공문을 발송하고 그중 301개 닉네임의 가입자정보를 회신받아 지휘계선에 따라 피고인에게 보고) 의무 없는 일을 하게 하였다(유죄-유죄-유죄).

〈1심〉 / 2심 및 대법원 수긍

ⓐ 대통령 등 비판 ID 신원조회는 전기통신사업법 및 군사법원법 등 관계 법령에서 허용되지 않는 행위로서 위법하다. 따라서 피고인이 AO 등과 공모하여 M사령부의 예하 BP부대 DE 요원들로 하여금 이 사건 대통령 등 비판 ID 신원조회를 하도록 지시한 것은 M사령관으로서 직무상 명령·지시 권한을 이용하여 위 DE 요원들에게 형식적, 외형적으로는 구 M사령부령 등 관계 법령이 규정한 군 관련 범죄수사 등 M사령부의 직무집행으로 보이나 실질적으로는 M사령부의 정당한 권한에 해당하지 않는 위법·부당한 행위를 하도록 한 것이어서 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 봄이 상당하다.

ⓑ 위 DE 요원들은 군사법경찰관 겸 특별사법경찰관으로서 군사기밀보호법 등 일부 법률에 규정된 범죄에 대한 수사권을 가지고 있고, 수사를 위하여 필요하다고 판단하는 경우에는 전기통신사업법 등 관계 법령에 따라 전기통신사업자에 대하여 통신자료제공을 요청할 수 있는 고유한 권한이 있으므로, 예하 BP부대 DE 요원들의 이 사건 대통령 등 비판 ID의 신원조회 행위가 피고인과 AO 등의 직무집행을 보조하

는 사실행위에 불과하다고 볼 수 없다.

③ '코나스플러스' 제작·홍보 등 온라인 여론조작 관련 직권남용

피고인은 - 전임 사령관 DP 등과 순차 공모하여 - 사령관의 직권을 남용하여 그들의 지휘감독하에 있는 DV으로 하여금 총 45회에 걸쳐 친여권 성향의 웹진(인터넷 잡지) '코나스플러스'(C)를 제작하여 게재·전파하는 등 사령부의 직무범위를 벗어나 대통령 및 국가정책을 홍보하고 이에 동조하는 세력을 지지하거나 이에 비판적인 세력을 반대·비방하는 등 정치적 의견을 공표하는 활동을 하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다(유죄-무죄-유죄).

〈2심〉

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피고인은 자신이 총괄하는 M사령부의 직무에 속하는 국방정책 홍보활동을 참모장 O, AF부장 Y, AC처 AM과장 DQ, 담당계장 DB에 지시 또는 위임하는 한편, 실무담당자인 DV에 대하여는 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하였을 뿐이고, 그 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있다거나 실무담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있음에도 실무담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로, 결국 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다.

〈대법원〉

ⓐ AB은 'C'를 제작할 당시 주제와 구체적인 내용을 결정할 재량을 가지고 있었던 점, ⓑ 'C' 제작은 국민의 여론 형성에 영향을 미칠 수 있는 행위로서 경우에 따라서는 구 군형법 제94조에 따라 처벌되는 정치 관여 행위에 해당될 수 있는 점 등을 고려하여 보면, 실무 담당자인 AB에게도 위 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있었고, AB의 'C' 제작 및 전송행위를 B 지휘부의 직무집행을 보조하는 사실행위에 불과하다고 볼 수 없다.

(6) 대법원 2017. 10. 31. 선고 2017도12534 판결 (교육감이 교육부의 특정감사 자료 제출요구 거부 지시)[562]

〈공소사실〉

Ⅰ교육감인 피고인이 Ⅰ교육청 소속 공무원들과 관내 학교의 교장들에게 교육과학기술부의 학교생활기록부 작성 실태와 현황을 점검하기 위한 추가 특정감사 자료 제출 요구를 거부하도록 지시(학교폭력 사항과 관련된 일체의 감사자료 제출을 거부하도록 하는 내용의 『학교생활기록부 감사와 관련한 교육감 지시사항 안내』 공문 시행)함으로써 교과부장관의 감사활동에 협조할 의무가 있는 소속 공무원 및 학교장들로 하여금 법령에 위배되는 일을 하게 하여 그들이 감사자료 제출을 거부하도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

원심이 소속 공무원 및 학교장에 대한 지도·감독권, 징계권, 승진임용권 등을 가진 피고인이 소속 공무원 및 학교장에 대하여 교과부의 특정감사와 관련하여 학교폭력 사항과 관련된 일체의 감사자료 제출을 거부하도록 하는 이 사건 지시를 함으로써 소속 공무원 및 학교장들이 감사자료 제출에 관한 법령상 의무에도 불구하고 교과부의 감사자료 제출요구에 불응한 것으로 보아, 피고인의 이 사건 지시행위와 Ⅰ교육청 소속 공무원 및 학교장들이 감사자료 제출을 거부한 행위 사이에 인과관계가 있다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

(7) 대법원 2017.3.9. 선고 2013도16162 판결 (변호인을 위법하게 체포하여 접견교통권 방해)[563]

〈공소사실〉

경찰관인 피고인은 2009년 쌍용자동차 파업현장에서 체포된 노동조합 조합원을

562) (1심) 전주지방법원 2016.8.19. 선고 2015고단2235 판결, (2심) 전주지방법원 2017.7.14. 선고 2016노1139 판결

563) (1심) 수원지방법원 2013.2.6. 선고 2011고단328 판결, (2심) 수원지방법원 2013.11.28. 선고 2013노888 판결

접견하게 해 달라고 요구하며 호송차량의 진행을 막은 변호사를 공무집행방해죄의 현행범으로 체포함으로써 피해자의 접견교통권 행사를 방해하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).[564]

〈판단〉 / 원심판단 수긍

현행범인 체포의 요건을 갖추었는지에 관한 검사나 사법경찰관 등의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있으나, 체포 당시 상황으로 보아도 요건 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관 등의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우 그 체포는 위법하다. 그리고 **범죄의 고의는 확정적 고의뿐만 아니라 결과 발생에 대한 인식이 있고 이를 용인하는 의사인 이른바 미필적 고의도 포함**하므로, 피고인이 인신구속에 관한 직무를 집행하는 사법경찰관으로서 체포 당시 상황을 고려하여 경험칙에 비추어 현저하게 합리성을 잃지 않은 채 판단하면 체포 요건이 충족되지 아니함을 충분히 알 수 있었는데도, 자신의 재량 범위를 벗어난다는 사실을 인식하고 그와 같은 결과를 용인한 채 사람을 체포하여 권리행사를 방해하였다면, 직권남용체포죄와 직권남용권리행사방해죄가 성립한다.

〈대법원 2017.3.9. 선고 2013도16162 판결〉

원심은, ① 피고인이 20년 이상 인신구속에 관한 직무를 수행하는 경찰관으로 근무하였고, 공소외 1을 체포할 당시에는 현장 지휘관의 임무를 맡고 있었으므로 인신구속 절차를 숙지하고 있었다고 보이는 점, ② 피고인은 공소외 1에 대한 체포 절차가 형사소송법에서 정한 현행범인 체포의 요건을 준수하지 못하였음을 충분히 알 수 있었고, 변호사인 피해자가 공소외 1에 대한 체포 절차의 문제점을 지적하면서 접견을 요청하였음을 알고 있었던 점, ③ 접견을 요청하는 변호사를 공무집행방해의 현행범인으로 체포하는 것이 흔한 일이 아닌데도, 피고인이 앞서 다른 조합원들을 체포할 때와 달리 상부에 상황을 보고하고 지시를 기다리는 등의 절차를 거치지 아니한 채 피해자를 공무집행방해의 현행범인으로 체포한 점 등의 사정을 들어, 피고인이 인신구속에 관한 직무를 행하는 공무원인 사법경찰관으로서 직권을 남용하여 피해자를 체포하고 피해자의 권리행사를 방해하였고, 피고인은 피해자에 대한 체포행위가 직무집행의 법령상 요건과 필요성 및 상당성을 결여한 것임을 적어도 미필적으로나마 인식하고 있었다고 판단하였다. 또한 원심은 피고인이 피해자를 체포할 당시 따랐다는 상부의 지침은 공무집행

564) 이 사건은 2009년 6월 쌍용자동차 평택공장 농성장에서 경찰을 지휘하던 경기지방경찰청 전투경찰대 중대장(경감)인 C가 노동조합 조합원 A가 체포되는 것을 발견한 민변 소속의 변호사 B가 체포된 조합원을 접견하게 해달라고 요구하며 A를 호송하던 승합차량의 진행을 막자 변호사 B를 공무집행방해의 현행범인으로 체포하였고, 이후 C는 검찰에서 불기소처분을 받았으나, 서울고등법원에서 재정신청이 받아들여져 직권남용권리행사방해죄 및 직권남용체포죄로 기소된 사건이다(리걸 타임즈 2017-03-11 "'근로자 접견요구 변호사 불법체포' 경찰관 유죄 확정") 〈https://www.legaltimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=32024〉(2022.10.28. 최종방문).

방해에 대하여 엄정히 대처하라는 원칙을 확인한 데 불과하다고 보이고, 피고인이 현장 지휘관으로서 그 책임 아래 피해자를 현행범인으로 체포하였다는 이유로 적법행위에 대한 기대가능성이 없었다는 피고인의 주장을 배척하였다.

앞에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 직권남용의 고의와 기대가능성, 재심사유 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 수 없다.

(8) 대법원 2011.7.28. 선고 2011도1739 (해군본부 법무실장이 국방부 검찰수사관에게 수사기밀 보고 지시)[565]

〈공소사실〉

해군본부 법무실장인 피고인이 국방부 검찰수사관 B에게 군내 납품비리 수사와 관련한 수사기밀사항을 보고하게 하여 직무상 권한을 남용하였다는 내용으로 기소되었다(대법원 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉 / 원심판단 수긍

원심은 … 피고인은 해군 검찰업무뿐 아니라 소송, 징계업무 등 법무업무 전반에 관하여 해군참모총장을 보좌하는 자로서 해군 소속 인원의 사법처리와 관련된 중요사항에 관하여 보고를 받을 **일반적인 직무권한이 있으나,** 여기서 나아가 국방부 검찰단의 향후 수사 방향에 대한 내용 등 수사기밀사항에 대한 보고를 요구하는 행위는 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 실질은 일반적 직무권한 범위를 넘어 **직무의 행사에 가탁**한 부당한 행위이고, B으로서는 외부에 유출될 경우 검찰단의 수사기능에 현저한 장애를 초래할 수 있는 검찰단 내부 수사 내용을 피고인에게 보고할 법률상의 의무가 없었다고 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 직권남용권리행사방해죄의 구성요건에 관한 법리오해의 위법이 없다.

565) (1심) 보통군사법원 2010.5.13. 선고 2010고54 판결, (2심) 고등군사법원 2010.12.14. 선고 2010노106 판결

(9) 대법원 2010.1.28. 선고 2008도7312 판결 (상급경찰관의 부하경찰관에 대한 수사 중단, 이첩 지시)[566]

〈공소사실〉

피고인이 - 공소외 1과 공모하여 - 관내 범죄수사를 지휘할 권한을 남용하여 남대문경찰서의 수사를 중단시켜 공소외 2 등의 범죄수사에 관한 권리행사를 방해하였고, 또한 피고인은 - 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여 - 범죄수사를 지도하고 광역수사대를 운영할 권한을 남용하여 광역수사대의 수사를 중단시키고 남대문경찰서에 이첩시킴으로써 공소외 6 등의 범죄수사에 관한 권리행사를 방해하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).[567]

〈법원 판단〉/ 원심판단 수긍

직권남용권리행사방해죄에서 말하는 **'권리'는 법률에 명기된 권리에 한하지 않고 법령상 보호되어야 할 이익이면 족한 것**으로서, 공법상의 권리인지 사법상의 권리인지를 묻지 않는다고 봄이 상당하다. 원심이 경찰관 직무집행법의 관련 규정을 근거로 경찰관은 범죄를 수사할 권한을 가지고 있다고 인정한 다음, 이러한 범죄수사권은 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '권리'에 해당한다고 인정한 것은 위와 같은 법리에 따른 것으로서 정당하고 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.[568]

'부하 경찰관들의 수사권 행사를 방해한 것'에 해당함과 아울러 '부하 경찰관들로

---

566) (1심) 서울중앙지방법원 2008.1.24. 선고 2007고단3751 판결, (2심) 서울중앙지방법원 2008.7.24. 선고 2008노546 판결

567) 이 사건은 김×× 한화그룹 회장의 '룸싸롱 보복폭행' 사건을 축소·은폐하려 한 혐의(직권남용권리행사방해)로 최○○ 전 경찰청장이 기소된 사건이다(징역 1년, 집행유예 2년 확정). 최 전 청장의 지시를 받고 수사를 중단한 혐의(폭처법상 직무유기 및 직권남용권리행사방해)로 장○○ 전 서울 남대문경찰서장과 강○○ 전 남대문서 수사과장도 기소되었다(법률신문 2010-01-28, "김승연 회장 '보복폭행 무마' 전 경찰간부 징역형 확정" 〈https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=51055〉(2022.11.21. 최종방문).

568) "경찰관직무집행법 제1조 제2항은 "이 법에 규정된 경찰관의 '직권'은 그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니된다."고 규정하고 있고, 같은 법 제2조 제1호는 '범죄의 예방·진압 및 수사'를 그 직무로 규정하고 있으므로, 사법경찰관리는 범죄를 수사할 직권을 가지고 있다고 인정할 수 있고, 이는 수사의 단서가 발견된 때에는 외부의 조직이나 권력으로부터, 나아가 경찰 내부 상급자의 위법·부당한 지시로부터도 방해받지 아니하고 범죄를 수사할 수 있는 권리이며, 위와 같은 '법령'에 의하여 행사할 수 있는 '권리'라고 봄이 상당하다."(2심 판결문).

하여금 수사를 중단하거나 사건을 다른 경찰관서로 이첩할 의무가 없음에도 불구하고 수사를 중단하게 하거나 사건을 이첩하게 한 것'에도 해당된다고 볼 여지가 있다. 그러나 이는 어디까지나 하나의 사실을 각기 다른 측면에서 해석한 것에 불과한 것으로서, **'권리행사를 방해함으로 인한 직권남용권리행사방해죄'와 '의무 없는 일을 하게 함으로 인한 직권남용권리행사방해죄'가 별개로 성립하는 것이라고 할 수는 없다. 따라서 위 두 가지 행위 태양에 모두 해당하는 것으로 기소된 경우, '권리행사를 방해함으로 인한 직권남용권리행사방해죄'만 성립하고 '의무 없는 일을 하게 함으로 인한 직권남용권리행사방해죄'는 따로 성립하지 아니하는 것으로 봄이 상당**하다.

(10) 대법원 2007.6.14. 선고 2004도5561 판결 (검찰총장이 검사에게 내사종결처리 지시)[569]

〈공소사실〉

대검찰청 차장검사와 검찰총장으로 재직하고 있던 피고인은 - 평소 친분관계가 있는 자로부터 부탁을 받고 - 면담 혹은 전화 통화 등의 방법으로 울산지방검찰청 검사장으로 하여금 울산지검 특수부장을 통하여 수사검사에게 울산시장 뇌물사건에 대한 내사보류와 종결을 지시하게 하여 결국 범죄 혐의없음을 이유로 내사종결처분을 하도록 하였다(2심 판결문을 참조하여 구성).[570]

〈법원 판단〉 / 원심판단 수긍

피고인의 내사중단 지시에 의하여 담당 검사로 하여금 구체적인 혐의 사실을 발견하여 정상적인 처리절차를 진행중이던 울산시장 수뢰사건에 대한 내사를 중도에서 그만두고 종결처리토록 한 행위는 대검찰청 차장검사 혹은 검찰총장의 직권을 남용하여 담당 검사로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 행위에 해당한다.

---

569) (1심) 서울중앙지방법원 2003.12.2. 선고 2002고합717, 718(병합) 판결, (2심) 서울고등법원 2004.8.20. 선고 2003노3391 판결

570) 이 사건은 신○○ 전 검찰총장이 대검차장이던 2001년 5월 초 평창종건의 울산시장 뇌물공여 사건에 대한 내사중단을 지시하고, 같은 달 25일 자신의 검찰총장 취임식에 인사차 올라온 울산지검 지검장에게 내사를 빨리 종결하라고 거듭 지시하여, 결국 '혐의 없음'을 이유로 내사가 종결된 사건이다. 신 전 총장은 이른바 '이용호 특검' 수사 과정에서 이 혐의가 드러났다(한겨레 2016-12-20 ("대법, 뇌물사건 내사종결 지시한 검찰총장도 '직권남용' 인정") 〈https://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/775311.html〉(2022.11.10. 최종방문).

마. 인사권 부당 행사

(1) 채용(임용) 개입

1) 대법원 2020.4.29. 선고 2018도18526 판결 (금융감독원 총무국장의 인사비리 사건)[571]

〈공소사실〉

금융감독원 총무국장인 피고인은 2015년 금감원 신입직원 신입채용 당시 A금융지주 회장(전 금융감독원 수석부원장)의 부탁을 받고 한국수출입은행 간부 아들인 BB를 필기시험에서 합격시키기 위해, BB가 경제학 분야 필기시험에서 23등을 받아 합격정원인 22등 안에 들지 못하게 되자 전체 채용인원을 53명에서 56명으로 늘리고 인원을 추가 배정하여 합격시켰다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단, 2심〉 / 대법원 수긍

피고인이 BB의 필기전형 불합격 사실을 알고 그를 합격시킬 생각으로 인사팀장 N에게 채용예정인원을 늘리도록 지시하여 합격자 명단을 다시 작성하게 한 후 그 정을 모르는 수석부원장의 결재를 받아 BB를 필기전형에 합격시킴으로써 필기전형 합격자를 대상으로 하는 면접시험에 응시하도록 한 사실을 인정할 수 있고, 위 사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인의 이러한 행위는 면접위원들로 하여금 면접시험 응시자의 정당한 자격 유무에 관하여 오인·착각 또는 부지를 일으키게 하는 위계에 해당하고, 그 위계에 의하여 피고인을 제외한 면접위원들이 수행하는 면접업무의 적정성 또는 공정성이 저해되었다고 보아야 하며, 종국에는 수석부원장 H의 신입직원 면접 합격자 결정업무 및 금감원장 및 금감원의 신입직원 채용업무를 방해하였음이 인정된다. 또한 그 과정에서 피고인이 직권을 남용하여 인사팀 실무자인 J로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였음도 인정된다.

---

571) (1심) 서울남부지방법원 2018.5.18. 선고 2017고단6075 판결, (2심) 서울남부지방법원 2018.10.30. 선고 2018노938 판결

2) 전주지방법원 2018.7.19.선고 2018노153 (학교장의 방과후학교 강사 채용방식 변경 지시)[572]

〈공소사실〉

익산시에 있는 F초등학교 교장인 피고인 A는 C의 채용청탁에 따라, 인사실무 담당자인 B에게, 별도의 서면 보고 없이 학교운영위원회의 심의 결과와 다르게, F초등학교의 방과후학교 프로그램 중 '한자' 과목을 '한자속독'으로 변경하고, 서류 및 면접심사가 끝난 이후에 D를 한자속독 강사로 채용하기 위하여 평가방법을 변경할 것을 지시함으로써, B로 하여금 의무없는 일을 하게 하였다(2심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

① 피고인은 C의 부탁에 따라 B에게 F초등학교의 방과후학교 프로그램 중 '한자' 과목을 '한자속독'으로 변경하고, 서류 및 면접심사가 끝난 이후에 D을 한자속독 강사로 채용하기 위하여 평가방법을 변경할 것을 지시하였다고 봄이 타당하다.

② 방과후학교 과목 선정 및 강사 채용은 교장인 피고인의 일반적인 직무권한에 속하는 사항이라고 할 것이지만, 원심 및 당심 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정을 종합할 때, 피고인의 행위는 정당한 권한 행사를 넘어 부당한 행위로서 직권남용에 해당하고, 실무를 담당하는 B로 하여금 법령 등에서 정한 기준과 절차에 위배되는 일을 하게 함으로써 법령상 의무 없는 일을 하게 한 것으로 봄이 타당하다.

- B는 ○○초등학교의 담임 교사이자 방과후학교 전담 보직교사로서, 방과후학교 운영 프로그램 수요를 조사하여 연간운영계획을 수립하고, 학교운영위원회의 심의 결과에 따라 강사 채용 공고를 하며, 방과후학교 프로그램을 운영하는 등의 구체적인 업무를 담당하고 있다.
- 초중등교육법 제60조 제1항은 "국·공립학교의 장은 운영위원회의 심의결과를 최대한 존중하여야 하며, 그 심의결과와 다르게 시행하고자 하는 경우에는 이를 운영위원회와 관할청에 서면으로 보고하여야 한다."고 규정하고 있다.

572) 상고 여부 확인 불가. (1심) 전주지방법원 군산지원 2018.1.24. 선고 2017고단297 판결

- B는 위와 같이 법령에 정해진 기준에 따라 직무를 집행하려 하였음에도 불구하고, 피고인은 별도의 서면 보고 없이 학교운영위원회의 심의 결과와 다르게 과목을 변경하여 강사 채용 공고를 올릴 것을 지시함으로써 위와 같은 기준과 절차에 위반하여 직무집행을 보조하게 하였다.

(2) 사표징구 지시

1) 대법원 2022.1.27. 선고 2021도13541 판결ⓐ (산하 공공기관 임원 일괄 사표 징구 지시)[573]

〈공소사실〉

환경부장관인 피고인 A는 ① 전임 정부에서 임명한 공공기관 임원들을 사퇴시킨 후에 후임자를 임명하기 위해, 환경부 공무원들과 산하 공공기관 임·직원들로 하여금 산하 공공기관 임원 15명에 대하여 잔여 임기나 실적, 전문성 보유 여부와 상관없이 일괄하여 사표 제출을 요구하게 하여, 산하 공공기관 임원들 13명으로 하여금 사표를 제출하도록 하였다. ② 한편, 피고인 A는 E공단 상임감사 김○민(F)이 즉시 사표 제출을 거부하자 - 환경부 감사관실 서기관 AU와 공모하여 - 환경부 감사관실에 그의 사퇴를 압박할 목적으로 F를 주요 감사 대상으로 하여 E공단 감사실로부터 자료를 제출받아 업무추진비 사용 내역 등을 집중적으로 살펴보았고, F는 사표를 제출하지 않을 경우 추가 감사 진행, 형사고발, 부하직원들에게 가해질 불이익 등이 있을 것이라는 우려에 바로 사표를 제출하였다. 이로써 피고인 A는 산하 공공기관에 대한 인사권과 감사권을 남용하여, ⓐ E공단 감사실 직원들로 하여금 자료 제출 등의 의무 없는 일을 하게 하였고, ⓑ E공단 상임감사 F로 하여금 사표를 제출하게 하는 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원의 판단, 2심〉

① 산하 공공기관 임원 13명(사표제출자)에 대한 직권남용권리행사방해

〈1심〉은 사표 제출자 13명 중 12명과 관련하여, 단지 전 정권에서 임명된 임원들을

573) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

소위 '물갈이'하기 위해 사표 제출을 요구하였던 것인 점에 비추어 산하 공공기관 임원들이 사표를 제출한 것은 의무 없는 일을 한 것에 해당하고, 사표 제출을 요구받은 산하 공공기관 임원들은 사표 제출 요구를 받았기 때문에 내심의 의사에 반하여 사표를 제출하거나, 과거 정권 교체 이후 재신임 등을 목적으로 한 사표 징구 관행을 고려하여 사표를 제출한 것으로 봄이 상당하다고 하였다. 〈2심〉은 사표 제출자 13명 중 8명의 임원은 임기가 만료되었고, 연임신청을 하지 않았거나 연임통보를 받지 못한 상태에 있었기 때문에 사표를 제출하였다 하더라도 이것이 법령상 의무없는 일에 해당하지 않고, 또한 이로 인해 산하기관 임원들의 사표 제출이 반드시 피고인 A의 사표 제출 지시로 인한 것이라고 인정하기 어렵다고 하였다(인과관계 부정).

② 표적감사로 인하여 사표를 제출한 상임감사 F에 대한 직권남용권리행사방해

〈1심〉은 피고인 A는 대통령이 임명하는 준정부기관(E공단)의 상임감사를 직접 해임하거나 해임을 건의할 권한이 없으므로 그로부터 사표를 제출받을 일반적 직무권한이 없고, AU 또한 그와 같은 직무권한이 없으므로, 비록 위와 같은 행위가 부당하다고 하더라도 이 부분 공소사실은 직권남용권리행사방해죄에 해당하지 않는다고 하였다. 그러나 〈항소심〉은 환경부장관은 산하 공공기관 중 E공단의 업무에 대한 지도·감독권이 있고 E공단에 대한 감사권이 있다는 점, E공단에 대하여 자체감사를 실시하고 그 결과를 E공단의 장 및 감사원에 통보할 권한과 의무가 있는 점, 자체감사 결과 상임감사의 비위사항이 중대한 경우 이사회 결의를 통하여 해임될 수 있다는 점, E공단의 이사에 대한 임면에 관여할 수 있으므로 이를 통해 상임감사의 해임에도 간접적으로 관여할 수 있다고 보이는 점에서, 피고인 A에게 E공단 상임감사의 인사에 대한 일반적 직무권한이 인정된다고 하였다. 그리고 피고인 A는 F로부터 사표를 제출받을 목적으로 E공단 임원들에 대한 복무감사를 빙자하여 표적감사를 실시한 것으로서, 위와 같이 부당한 목적으로 E공단 상임감사 F에 대한 표적감사를 지시한 것은 피고인 A의 직권을 남용한 것에 해당하고 하였고, 피고인 A의 사표 제출 요구에 응하지 않아 표적감사를 받게 되자 비로소 사표를 제출하였던 점에 비추어 E공단 상임감사 F가 사표를 제출한 것은 의무 없는 일을 한 것에 해당한다고 하였다.

(3) 승진성 인사 지시

1) 대법원 2019.7.25. 선고 2018도19444 판결 (교육감이 인사담당자에게 위법한 승진후보자 명부 작성 지시)[574]

〈공소사실〉

전라북도교육감인 피고인은 2013년 상반기 근무평정, 2014년 상반기 근무평정, 2015년 상반기 근무평정, 2015년 하반기 근무평정에서 총무과장 D 등 인사담당자들로 하여금 관련 법령에서 규정하고 있는 적법한 근평 절차를 거치지 아니하고 5급에서 4급으로의 승진후보자 순위를 먼저 정한 다음 피고인이 정한 순위대로 승진후보자 명부를 작성하게 하고, 관련 법령에 따라 평정자인 행정국장, 확인자인 부교육감 및 근평위원회에서 평정하여야 할 평정대상공무원들의 근평 순위와 근평점을 피고인이 정한 승진후보자 순위에 맞춰 정하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈1심〉 (무죄)

(1) 인사담당자들이 피고인의 의견을 반영하여 승진후보자 명부(안)를 작성하고 그 안이 확정되면 그에 맞추어 본청 소속 평정대상사무관에 대한 근무성적평정서와 평장단위별 서열명부를 작성한 행위는, 평정자인 행정국장과 확인자인 부교육감의 평정업무를 보조하는 사실행위로서 행정국장과 부교육감의 지시 및 용인에 따른 것으로 볼 수 있다. 승진후보자 명부(안)가 확정된 후에 본청 평정대상사무관에 대한 개인별 근무성정평정서와 평장단위별 서열명부를 작성하였다고 하더라도, 승진후보자 명부(안)가 관련 법령이 정한 정식의 승진후보자 명부는 아니므로, 그 자체로 관련 법령에 정한 기준과 절차를 위반한 것으로 볼 수 없다. 근무성적평정서와 평장단위별 서열명부의 작성 권한은 행정국장과 부교육감에게 전속하는 것이고, 인사담당자들에게 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다고 볼 증거가 없으므로, 행정국장 O, 부교육감 P의 의사에 따라 근평서류들이 작성된 이상 이는 O와 P의 직무집행으로 귀결될 뿐이라고 할 것이다.

574) (1심) 전주지방법원 2018.1.4. 선고 2017고단434 판결, (2심) 전주지방법원 2018.11.16. 선고 2018노45 판결

〈2심〉 / 대법원 수긍

(1) 피고인은 관련 법령에 따라 정상적인 근무성적평정(이하 '근평'이라고 한다)이 이루어지기 전에 근평 절차에 적극적으로 개입하여 자신의 주관적인 판단에 따라 특정공무원을 서기관 승진자로 내정한 후 인사담당자들에게 이에 맞춰 근평 순위와 근평점을 조정하도록 하거나, 자신의 측근의 근평 순위와 근평점을 상향 변경하도록 구체적으로 지시하였다. 이는 피고인이 관련 법령에서 정한 **임용권자의 권한의 범위를 넘어 직권을 남용한 것**에 해당한다.

(2) 승진후보자 명부(안)를 작성한 **인사담당자들이** 단순히 근평 절차에서 평정자와 확인자를 보조하는 사실행위만을 수행하는 것으로 볼 수 없고, **여러 단계에 걸쳐서 이루어지는 근평 과정에서 관련 법령에서 규정한 직무집행의 기준과 절차에 따라 수행하여야 하는 고유한 권한과 역할을 부여받았다고 볼 수 있다.**

(3) 피고인은 적어도 2013. 7.경에는 임용권자가 특정 공무원에 대한 근평 순위를 변경·조정하는 것이 관련 법령에 반하는 것이라는 사정을 알았으므로, 피고인에게 직권남용권리행사방해죄의 고의가 인정된다.

2) 대법원 2017.5.17. 선고 2017도3219 판결 (군수의 인사권(승진) 행사)[575]

〈공소사실〉

해남군수인 피고인 A는 직권을 남용하여 해남군 행정지원과 행정담당 인사실무 직원인 X(2014년에는 AO), 행정담당(팀장) Z(2014년에는 U), 행정지원과장 AA(2013년 하반기에는 AB, 2014년에는 AR), 해남군 근무성적평정위원회 위원들 등으로 하여금 관련 법령에서 규정하고 있는 적법한 근무성적평정 절차를 거치지 아니하고 피고인이 정한 순서대로 **2013년 상·하반기 및 2014년 하반기 근무성적평정표**를 작성하게 하면서, 관련 법령에 따른 평정자 및 확인자 등이 평정하여야 할 평정대상 공무원들의 근평 순위와 근평점수를 피고인이 정한 순위에 맞춰 정하게 함으로써 위 X, Z, AA 해남군 근무성적평정위원회 위원들 등에게 의무 없는 일을 하도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

---

575) (1심) 광주지방법원 2016.10.13. 선고 2016고단1580 판결, (2심) 광주지방법원 2017.2.8. 선고 2016노4109 판결

〈1심〉 (유죄)

평정자·확인자의 근무성적평정서, 평정단위별 서열 명부 작성 → 근무성적평정위원회의 근무성적평정표 작성(평정등급 및 평정점 부여) → 임용권자인 피고인의 승진후보자명부 작성의 순으로 근무성적평정 작업이 진행되어야 함에도 불구하고 피고인이 인사실무 담당 직원 등과 공모하여 승진후보자 명부 순위 확정(안)을 통하여 평정등급 및 평정점을 일응 확정하고, 그 후 근무성적평정위원회의 서면 심의·결의만으로 승진후보자 명부 순위 확정(안)의 평정등급 및 평정점이 그대로 유지되는 근무성적평정표가 작성되게 함과 아울러 평정자의 근무성적평정서, 평정단위별 서열 명부까지 일부 재작성하게 함으로써 평정자·확인자의 평정권한, 근무성적평정위원회의 평정등급 및 평정점 부여에 관한 심사·의결권한을 철저하게 무력화 시켰으며, 2013년 상·하반기, 2014년 상·하반기의 4회의 평정 대상 기간 동안 비교적 광범위하게 계획적·지능적으로 근무성적평정을 조작 … 하였다.

〈2심〉

(1) 피고인이 직권을 남용하여 해남군 행정지원과 행정담당 인사실무 직원, 행정담당(팀장), 행정지원과장 등으로 하여금 의무 없는 일을 하도록 한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이에 대한 원심 판단은 정당하고 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인이 근무성적평정위원회의 근무평정 기초가 되는 근무성적평정표를 자신의 의사대로 작성하도록 한 사실은 인정되나, 직권을 남용하여 해남군 근무성적평정위원회 위원들로 하여금 근무성적평정위원회를 개최하지 못하도록 하거나 위원회를 개최하더라도 피고인이 지시한 내용과 다른 내용의 의결을 하지 못하게 하는 등 의무 없는 일을 하도록 한 사실을 인정하기에는 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

3) 대법원 2012.1.27. 선고 2010도11884 판결 (시장이 특정 공무원에 대한 평정순위 변경 지시)[576]

〈공소사실〉

용인시장인 피고인 A가 자신의 인사관리업무를 보좌하는 행정과장 피고인 B와 공동하여, 관련 법령에서 정한 절차에 따라 평정대상 공무원에 대한 평정단위별 서열명부가 작성되고 이에 따라 평정순위가 정해졌는데도 평정권자나 실무 담당자 등에게 특정 공무원들에 대한 평정순위 변경을 구체적으로 지시하여 평정단위별 서열명부를 새로 작성하도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉/ 원심판단 수긍

지방공무원법, 지방공무원 임용령, 지방공무원 평정규칙이 지방공무원의 근무성적평정에 관하여 임용권자와 평정권자·확인권자를 분리하고, 그 평정 절차와 방법, 평정결과의 공개와 불복 방법 등을 구체적으로 규정하고 있는 것은 지방공무원의 근무성적평정이 객관적이고 공정하며 타당하게 실시될 수 있도록 하고자 한 데에 그 입법목적이 있다고 할 것이므로, 평정권자나 확인권자가 아닌 지방공무원의 임용권자이자 인사권자로서 소속 지방공무원의 인사관리업무 등을 지휘·감독하는 지위에 있는 지방자치단체의 장이나 그의 인사관리업무를 보좌하는 자에게는 소속 공무원에게 지시하여 관련 법령에서 정해진 절차에 따라 작성된 평정단위별 서열명부를 특정 공무원에 대한 평정순위를 변경하는 내용으로 재작성하게 할 권한이 있다고 할 수 없다.

피고인들의 이러한 행위는 공동하여 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권을 남용하여 평정권자나 실무 담당자 등으로 하여금 의무 없는 일을 하도록 한 것으로서 직권남용권리행사방해죄의 공동정범에 해당하고, 이에 대한 피고인들의 고의도 인정할 수 있으며, 위와 같은 행위에 대한 위법성 인식이 없었다거나 그 인식의 결여에 정당한 이유가 있었다고 보기도 어렵다.

---

576) (1심) 수원지방법원 2010.4.14. 선고 2010고단39 판결, (2심) 수원지방법원 2010.8.26. 선고 2010노1799 판결

4) 대법원 2011.2.10. 선고 2010도13766 판결 (서울시 교육감이 인사담당자에게 위법한 승진 지시)[577]

〈공소사실〉

① 피고인은 2006년 교육청 정기인사에서 승진후보자 순위명부상 순위가 41위에 불과하여 장학관으로 승진할 수 없는 장학사 F를 인사실무위원회 및 교육공무원 승진·전직심사위원회에서 승진후보자로 추천하도록 실무담당장학관 AA에게 지시하였다. 또한 ② 피고인은 직속 부하직원인 중등인사담당 장학관 BB에게 - 해당자들이 순위명부상 서열이 낮아 승진 또는 자격연수 자격연수를 받을 수 없다고 보고 받았음에도 불구하고 - 2008년 인사에 공소외 7(B)을 교장으로 승진시켜 △△중학교 교장으로 임용토록 하고, 공소외 8(C)을 장학관으로 승진시키고, 공소외 6(D)을 2008년도 교장 자격연수를 받을 수 있도록 해라'고 지시하였고, 이에 BB는 부하직원인 장학사 CC에게 동일한 사항을 지시하였다. 그 지시를 받은 CC는 순위를 조작함으로써 2008 인사에서 B가 교장으로, C는 장학관으로 각 승진하고, D가 중등교장 자격연수를 받을 수 있도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).[578]

〈판단〉/ 원심판단 수긍

서울특별시 교육감인 피고인이 인사담당장학관 등에게 지시하여 승진후보자명부상 승진 또는 자격연수 대상이 될 수 없는 특정 교원들을 적격 후보자인 것처럼 추천하거나 임의로 평정점을 조정하는 방법으로 승진임용하거나 그 대상자가 되도록 한 사안에서, 서울특별시교육청 소속 교육공무원에 대한 인사권은 교육감인 피고인의 일반적인 직무권한에 속하는 사항이지만, 피고인이 승진대상자를 특정한 후 그들을 승진시킬 목적으로 법령에 위반하여 위와 같은 행위를 한 것이라면 그 실질은 정당한 권한 행사를 넘어 직무의 행사에 가탁한 부당한 행위라고 할 것이므로 직권남용에

---

577) (1심) 서울서부지방법원 2010.6.16. 선고 2010고합74 판결, (2심) 서울고등법원 2010.10.1. 선고 2010노1697 판결

578) 이 사건은 전 교육감인 공○○이 서울시 교육감으로 재직 중이던 2005~2009년 교육청 간부 9명으로부터 인사 청탁 등 명목으로 1억 4600만원을 받고 승진 순위가 아닌 장학사·교사를 장학관·교장으로 승진시키도록 인사담당자에게 지시한 혐의 등으로 2010년 4월 구속기소된 사건이다(한경 2022-07.14. ("공○○ 전 서울시교육감 '뇌물' 혐의로 징역 4년 선고") 〈https://www.hankyung.com/news/article/201102106434k〉(2022.10.16. 최종방문).

해당하고, 인사 실무를 담당하는 장학관이나 장학사로 하여금 법령에 위배되는 일을 하게 하여 그들이 이와 같은 역할을 수행한 것은 그들에게 법령상 의무 없는 일을 하게 한 것이다.

서울특별시교육청 소속 교육공무원에 대한 인사권은 교육감인 피고인의 일반적인 직무권한에 속하는 사항이라고 할 것이지만, 피고인이 승진대상자를 특정한 후 그들을 승진시킬 목적으로 법령에 위반하여 위와 같은 행위를 한 것이라면 그 실질은 정당한 권한 행사를 넘어 직무의 행사에 가탁한 부당한 행위라고 할 것이므로 이는 직권남용에 해당한다. 그리고 피고인이 인사 실무를 담당하는 장학관이나 장학사로 하여금 법령에 위배되는 일을 하게 하여 그들이 앞서 본 바와 같은 역할을 수행한 것은 그들에게 법령상 의무 없는 일을 하게 한 것이고, 인사 실무를 담당하는 장학관이나 장학사가 피고인의 인사권 행사를 보조하는 사실행위를 한 것에 지나지 않는다고 볼 수 없다.

4) 좌천성 인사 지시

해당 판례 없음

2. 무죄 사례

가. 개인의 사적이익 도모

(1) 대법원 2018.2.13. 선고 2014도11441 판결(사법경찰관이 특정인에 대한 고소 요구 및 소환조사)[579]

〈사건개요〉

강남경찰서 J팀에서 근무하던 피고인은 주식회사 O의 주식회사 P에 대한 고소사건을 수사함에 있어 P의 대표이사 Q가 U의 소개로 신안상호저축은행으로부터 38억 원을 대출받아 P 명의의 계좌로 입금한 후 이를 인출하여 신안상호저축은행에 반환한 행위가 강제집행면탈죄 또는 횡령죄에 해당하지 않는다는 사실을 인식하였고, U는 P의 임직원이 아닐 뿐만 아니라 U가 Q의 범행에 가담하였다고 볼 만한 근거가 없고,

579) (1심) 수원지방법원 2013.1.4. 선고 2012고합434, 544(병합) 판결, (2심) 서울고등법원 2014.8.22. 선고 2013노507 판결

단지 Q가 운영하는 주식회사 BJ가 위 38억 원을 대출받도록 소개해 준 것에 불과함에도, U를 참고인으로 조사해 보지도 않은 채 강남경찰서 J팀에서 함께 근무하던 A를 통해 투자자문업에 종사하던 N에게 U를 고소하라고 하였다. 이후 N이 2009. 5. 13. O의 명의로 Q 및 U에 대한 고소장을 제출하고 피고인이 배당을 받았는데, 피고인은 위 고소장이 제출되기도 전인 2009. 5. 11.경 또는 같은 달 12.경 U에게 전화하여 피고소인 신분으로 출석할 것을 요구하였고, 2009. 5. 13. U에 대해 피의자신문을 실시하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단, 1심〉 / 2심 및 대법원 원심 판단 수긍

피고인이 U에게 혐의가 있다고 판단하여 U를 소환하여 조사한 것이 경찰관으로서의 직권을 남용하였다거나 U로 하여금 의무없는 일을 하게 하였다고 인정하기 어렵다.

- 피고인이 O의 P에 대한 고소 사건을 진행하면서 U를 의심할 만한 상당한 이유가 있었고, 피고인으로서는 U를 소환하여 조사할 강한 필요성이 있었다.
- 피고인이 U에 대한 범죄인지 절차를 거치지 아니하고 O로 하여금 고소장을 제출하도록 한 다음 그 즉시 U를 피의자로 신문하는 등 절차상 부적절한 측면이 없지 아니하나, 그것만으로 피고인이 U에 대한 혐의없음을 인식하면서도 고소장의 제출을 요구하였음을 인정할 자료가 없다.
- 형사소송법 제200조는 "검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다."고 하여 범죄혐의가 있다고 판단되는 경우 피의자를 상대로 출석을 요구하여 조사를 진행할 수 있음을 명문으로 규정하고 있는데, 위와 같이 피고인이 U에게 범죄혐의가 있다고 판단한 이상 위 법령에 따라 U에게 출석을 요구하여 조사를 진행할 수 있고, 이러한 조치가 정당한 권한 외의 행위라고 할 수 없다.
- 비록 T가 Q 등에게 BL 명의의 예금거래신청서 작성권한을 위임한 적이 있다고 진술하였으나, T가 대표이사의 사임 이후에 진행된 위 대출 및 예금거래신청서의 작성사실을 직접 알 수 없는 상황에서 이를 위임하였다는 진술은 제3자를 쉽게 납득시키기 어려운 내용이므로, 수사경찰관으로서는 고소장의 접수 이후 관여자 중 1인 U를 피의자로 소환하여 조사할 수도 있고, 이러한 행위에 필요성과 상당성이 인정되지 아니한다고 보기 어렵다.

(2) 대법원 2013.11.28. 선고 2011도5329 판결(국무총리실 공직윤리담당관실 직원이 사기업에 대한 조사 실시)[580]

〈공소사실〉

국무총리실 소속 공직윤리지원관실 점검 팀원(4팀 및 1팀)으로 근무하는 경찰공무원(경정)인 피고인은 - 점검1팀장 O 및 팀원 P 등과 함께 - 2008년 9월 중순경부터 대통령과 정부 정책을 비방하는 글과 동영상이 게시된 T(후에 회사 상호가 주식회사 AB로 변경) 대표이사 R(후에 대표이사가 AB로 변경)에 대하여 내사하였고, 2008년 9월 말경에는 - O, P 등과 함께 - AB 사무실에 찾아가, 위 회사 대표이사인 피해자 AD, 경리부장인 피해자 AE에게 가명 'AF'가 기재된 명함을 제시하면서 "국무총리실 공직윤리점검반에서 나왔다"고 말하는 등 위세를 과시하고, 피고인과 U는 사장실을 둘러보면서 책상 서랍 등을 마음대로 열어보고, O와 P는 사장실에서 피해자 AD를 상대로 R이 일본으로 출국한 경위, R의 AB 지분 이전 여부 등을 캐묻는 등 피해자 AD로 하여금 조사를 받게 하고, 피해자 AE 등으로 하여금 '급여 총괄표' 등 회사 재무·회계 서류 100페이지 가량을 컴퓨터에서 출력하여 이를 제출하도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈1심 판결〉

직권남용권리행사방해죄는 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립하고, 그 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 아니하며, 그것이 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금 법률상 의무 없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 것이면 된다(대법원 2004. 5. 27. 선고 2002도6251 판결 참조).

살피건대, 공직윤리지원관실은 그 담당 업무(판시 범죄사실 중 전제사실 2.항 기재와 같다)와 관련하여 공직자 및 그 이외의 자에 대한 임의적인 조사권한을 보유한다고 할 것인바(다만, 공직자가 아닌 자에 대하여는 공직자의 비위 등 조사의 경우로 제한된

580) (1심) 서울중앙지방법원 2010.11.22. 선고 2010고합1257 판결, (2심) 서울고등법원 2011.4.12. 선고 2010노3364 판결

다고 할 것이다), 특히 피고인 등이 원 소속 기관의 신분을 유지한 채 공직윤리지원관실에 파견된 상태에서, AB 사무실에 들어가 위세를 과시하며 조사를 하고 자료를 제출받은 행위는, 외형상 그 일반적 직무권한에 속하는 것으로 오신될 여지가 있는 직무권한의 행사에 가탁하여 상대방으로 하여금 법률상 의무 없는 일을 하게 한 행위로서, 직권남용권리행사방해죄가 성립한다고 할 것이다.

〈2심 판결〉 / 대법원 수긍

직권남용권리행사방해죄는 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립하는 것으로서, 여기서의 직권남용은 공무원이 그의 일반적 권한에 속하는 사항에 관하여 그것을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 실질적으로는 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 공무원이 그의 일반적 권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 지위를 이용한 불법행위와는 구별된다(대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2800 판결 등 참조).

R이 대표이사로 재직하고 있던 T가 공공기관에 해당하지 않으므로 R이 공공기관 종사자라고 볼 수 없는 점, 공직윤리지원관실 소속 공무원들인 피고인 C 등이 위와 같이 2008. 9. 29.경 공공기관에 해당하지 않는 T 임직원인 AD 등을 조사하고 그들로부터 회계 관련 자료 등을 제출받을 당시 R이 공공기관 종사자가 아니고, T 역시 공공기관에 해당하지 않으며, AD 등도 공공기관 종사자가 아니라는 사정을 잘 알고 있었던 점은 앞서 본 바와 같고, 피고인 C 등의 위 행위가 공무원이나 공공기관 종사자들의 비위 등과 관련된 사항에 대한 조사의 일환으로 행해진 사실을 인정할 증거도 없으며, 달리 피고인 C 등이 T 임직원인 AD 등을 조사하고 회계 관련 자료 등을 제출받은 행위가 공직윤리지원관실의 일반적인 직무권한에 포함된다고 인정할 증거가 없다.

(3) 대법원 2008.12.24. 선고 2007도9287 판결(시장이 입주추천서 발급 거절)[581]

〈공소사실〉

포항시장인 피고인은 - 한국토지공사 경북지사가 분양하는 포항4일반지방산업단

581) (1심) 대구지방법원 포항지원 2007.5.31. 선고 2006고합123, 2007고합2(병합) 판결, (2심) 대구고등법원 2007.10.11. 선고 2007노248 판결

지 내 폐기물처리장 부지를 BB회사로 하여금 분양받게 하기 위하여 - 한국토지공사 경북지사와 협의하여 그 폐기물처리장 부지에 관한 분양추첨 절차에 참가할 수 있는 자격을 포항시장의 입주추천서를 발급받은 자로 제한하기로 한 다음, 2004년 위 폐기물처리장 부지를 분양받고자 하는 A주식회사로부터 입주추천서 발급을 의뢰받았음에도, 폐기물최종처리업을 하고자 하는 자를 한국토지공사에 심의·추천할 수 있는 직권을 남용하여 특별한 사유 없이 A주식회사에 대하여 입주추천서 발급을 거절함으로써 A주식회사의 입찰참가 권리를 방해하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

〈2심〉

피고인은 폐기물처리업 허가권자인 포항시장으로서 사업시행자인 한국토지공사 경북지사와 폐기물처리장 처분계획을 협의하여 폐기물처리장 부지의 공급대상자의 자격을 포항시장의 입주추천서를 발급받은 자로 제한함으로써 그에 관한 심의·추천권을 가지게 되었으므로, 그러한 직무권한을 적법·타당하게 행사하여야 할 것인데도 합리적인 추천기준을 마련하거나 심의절차를 거치는 등의 조치를 취하지 아니한 채 특정업체가 위 부지를 취득할 수 있도록 하기 위하여 결격사유도 제시하지 않고 A주식회사의 입주추천서 발급의뢰를 거절한 점, 위 분양공고에 따른 추첨일인 2004. 4. 6.까지 BB회사는 입주추천서 발급의뢰를 한 사실이 없음에도 같은 날 A주식회사에 대하여 입주추천서 발급의뢰 거절 통지를 한 점 등에 비추어보면, 피고인은 그 직권을 남용하였다고 할 것이고, 나아가 이 사건 폐기물처리장 부지는 산업입지의 원활한 공급과 산업의 합리적 배치를 통하여 균형있는 국토개발과 지속적인 산업발전을 촉진함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 제정된 산업입지 및 개발에 관한 법률에 근거하여 조성한 산업단지 내의 부지로서 사업시행자가 그러한 부지를 분양하고자 하는 경우에는 분양계획서를 작성하고 그 계획에 따라 분양하여야 하는 등 법령의 규정에 따라 처분하여야 하는 점(위 법률 시행령 제39조), 사업시행자인 한국토지공사 경북지사가 그와 같은 규정에 따라 위와 같은 분양공고를 한 점에 비추어 보면, 피고인이 직권을 남용하여 A주식회사의 입주추천서 발급의뢰를 거절함으로써 A주식회사가 위와 같은 관계 규정에 따라 그 부지를 공급받고자 하는 자로서 분양

추첨에 참가할 권리의 현실적인 행사가 방해되는 결과가 발생되었다고 할 것이므로 피고인의 행위는 직권남용권리행사방해죄에 해당한다.

〈대법원〉

피고인은 포항시장으로서 한국토지공사 경북지사와의 협의에 의하여 포항4일반지방산업단지 내의 폐기물처리장 부지에 관한 분양추첨 절차에 참가할 수 있는 입주대상자를 심의·추천할 수 있는 권한을 부여받게 되었고, 한편 그러한 권한에 기하여 A주식회사에 대하여 입주추천서를 발급할 것인지 여부는 피고인 4의 재량에 속한다 할 것이므로, A주식회사의 입주추천서 발급의뢰가 있다고 하여 피고인이 당연히 입주추천서를 발급하여야 하는 것은 아니다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 A주식회사에게 피고인에 대하여 입주추천서의 발급을 구할 수 있는 구체화된 법령상의 권리가 인정된다고 볼 수 없다. 또한, A주식회사가 그 입주추천서를 발급받기 전에는 단지 위 분양추첨 절차에 참가할 수 있다는 기대를 갖는 것에 불과하므로, 그 입주추천서를 발급받지 못한 이상 A주식회사에게 위 분양추첨 절차에 참가할 수 있는 구체화된 법령상의 권리도 인정되지 않는다. 따라서 비록 피고인이 A주식회사에 대하여 입주추천서 발급을 거부함에 따라 결과적으로 A주식회사가 그 분양추첨 절차에 참가할 수 없게 되었다 하더라도 그러한 사정만으로는 A주식회사의 구체화된 권리의 현실적인 행사가 방해되었다고 볼 수 없다.

나. 타인에게 불이익 주거나 이익 배제

(1) 대법원 2021.9.16. 선고 2021도2748 판결ⓑ (청와대 수석비서관의 현장점검 준비 등을 하도록 요구)[582]

〈공소사실〉

대통령 민정수석비서관인 피고인은 - 고위공직자 등에 대한 비위감찰만 할 수 있는 O반 직원들까지 동원하여 H에 대한 현장실태점검을 직접 하기로 결정하고 - 민정수석실 행정관을 통해 문체부와 대한체육회에게 민정수석실에서 직접 전국 28개 H스포

582) (1심) 서울중앙지방법원 2018.2.22. 선고 2017고합365, 732(병합) 판결; 서울중앙지방법원 2018.12.7. 선고 2018고합29 판결, (2심) 서울고등법원 2021.2.4. 선고 2018노826, 2018노3573(병합) 판결

츠클럽에 대한 현장실태점검을 나가겠다고 통보하였고, 이에 대한체육회 GE부장은 자체 수감 계획을 수립하여 문체부 및 대한체육회 내부 보고를 하고, 현장실사 당일 정무수석실 직원들을 안내할 대한체육회 직원들을 지정하여 출장준비를 지시하고, 정무수석실의 요청에 따라 당일 이용할 차량 렌트 등을 알아보며 전국 28개 H스포츠클럽에 현장실사 예정 안내 공문을 발송하여 현장점검을 준비하게 하고, 전국 28개 H스포츠클럽에서는 현장실태점검을 위해 수감 자료를 급하게 준비하였다(그 후 피고인은 민정수석실 행정관을 통해 문체부 담당자에게 하위 부실평가를 받은 6개 H스포츠클럽에 대한 즉각적인 지원중단을 요구하였다)(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

제1 원심은 제1 원심 판시 인정사실 및 제1 원심이 적법하게 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 이 사건 지원사업에 대한 전반적인 점검을 실시함과 더불어 B에 대한 현장점검을 준비한 목적이 AX재단의 이 사건 지원사업 참여 기회와 폭을 확보하기 위한 것이었거나 전 대통령과 공모한 AP 등의 그와 같은 의도를 인식하고 한 것이라고 단정하기 어렵다는 등의 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

제1 원심이 설시한 위와 같은 사정에다가 제1 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 더하여 보면, 제1 원심이 피고인에 대한 이 부분 직권남용권리행사방해의 점 및 강요의 점에 관하여 모두 무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다. 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

(2) 대법원 2021.9.16. 선고 2021도2748 판결ⓒ (청와대 수석비서관의 여론 조성 공작 지시)[583]

〈공소사실〉

대통령 민정수석비서관인 피고인은 추○○ 전 국가정보원 국익정보국장과 공모하

583) (1심) 서울중앙지방법원 2018.2.22. 선고 2017고합365, 732(병합) 판결; 서울중앙지방법원 2018.12.7. 선고 2018고합29 판결, (2심) 서울고등법원 2021.2.4. 선고 2018노826, 2018노3573(병합) 판결

여 국정원 국익전략실 또는 국익정보국을 통하여, 피고인에 대한 특별감찰관실의 특별감찰을 방해하고, 이를 무력화 시킬 의도에서 관계 부처에 대하여 지시·협조요청을 하거나 공직자에 대하여 사실상 영향력을 행사할 수 있는 청와대 정무수석으로서의 직권을 남용하여 국정원 CZ국 WK처 소속 직원으로 하여금 특별감찰관 이석수의 감찰개시 경위에 정치적인 의도가 있다는 취지의 내용을 기자들에게 전파하고, 그와 같은 내용의 기사가 보도되도록 하여 위 직원으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

피고인에게 국정 관련 민심·동향 등 여론수렴에 관한 직무권한이 인정된다 하더라도, 더 나아가 적극적으로 피고인 개인에 대한 여론을 특정 방향으로 조성하는 것까지도 피고인의 일반적인 직무권한에 포함된다고 보기는 어렵고, 피고인의 관계 부처 등에 대한 지시·협조요청 권한 역시 피고인의 정당한 직무범위 내에 속하는 사항에 관하여만 인정될 수 있는 것이므로 국정원 직원에게 피고인 개인에 대한 여론 조성에 관하여 지시하는 것이 피고인의 일반적 직무권한에 포함된다고 볼 수도 없으므로, 결국 피고인의 이 부분 지시가 직권을 남용한 경우에 해당한다고 할 수 없다. 같은 취지인 제2 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이 사실을 오인하거나 직권남용죄의 성립요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다. 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 대법원 2021.9.16. 선고 2021도2748 판결ⓒ (청와대 수석비서관의 여론 조성 공작 지시 등)[584]

〈공소사실〉

대통령 민정수석비서관인 피고인은 (1) 정부의 특정 정책이나 사업에 미온적이라는 이유로 해당 문체부공무원들에 대한 '찍어내기식' 인사조치를 할 의도로 - TU, CY 등과 순차 공모하여 청와대 C수석, 국정원 TS, CZ국장으로서의 각 직권을 남용하여

584) (1심) 서울중앙지방법원 2018.2.22. 선고 2017고합365, 732(병합) 판결; 서울중앙지방법원 2018.12.7. 선고 2018고합29 판결, (2심) 서울고등법원 2021.2.4. 선고 2018노826, 2018노3573(병합) 판결

- CZ국 WX처 소속 직원들로 하여금 국내 보안정보에 해당하지 않는 공직자 사찰 정보를 수집하도록 하고, CZ국 VJ처 소속 직원으로 하여금 WX처 직원들이 위와 같이 수집한 사찰 정보를 정리하여 보고서로 작성하도록 하였다. 그리고 (2) 정부비판 교육감들에 대하여 운영상 문제점, 개인적 취약점 등을 이용하여 정부비판 교육감들을 견제할 의도로 - 정무수석 산하 비서관 AC, 국가정보원 실장 TV와 순차 공모하여 - 직권을 남용하여 국정원 UJ처 직원들로 하여금 정부 비판성향 교육감들에 대한 정보를 수집하고 그 결과를 보고하도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

① 문체부 공무원에 대한 사찰 지시 부분

검사가 제출한 증거들만으로는 CY가 국정원 직원들에게 문체부 공무원들에 대한 세평 수집을 지시한 것이 그 직권을 '남용'한 경우에 해당한다고 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다.

② 교육감에 대한 사찰 지시

검사가 제출한 다른 모든 증거를 종합하여 보더라도 피고인이 교육감을 견제·제압하는 데 이용할 의도로 국정원 직원들로 하여금 교육감의 개인적 비리, 취약점 등 부정적 내용의 첩보를 포함한 정보를 수집하게 함으로써 그 직권을 남용하였다거나 피고인에게 직권남용의 범의가 있었음을 인정하기 어렵다.

피고인이 국정원 직원들로 하여금 국내보안정보가 아닌 정보를 수집하게 하였다는 사정만으로 피고인이 그 직권을 남용하였다거나 피고인에게 직권남용의 범의가 있었음을 인정하기 어렵다.

(3) 대법원 2020.7.16. 선고 2019도13328 판결(전원합의체) (시장의 강제입원절차 진행 지시 사건)[585]

〈공소사실〉

○○시 시장인 피고인은 - 직접 또는 비서실장인 M을 통하여 - 평소 사이가 좋지

585) (1심) 수원지방법원 성남지원 2019.5.16. 선고 2018고합266, 2018고합267(병합) 판결, (2심) 수원고등법원 2019.9.6. 선고 2019노119 판결

않고 지속적으로 피고인의 시정운영에 반대하고 있었던 Y(피고인의 친형)을 사회에서 격리시키려는 의도로 N구보건소 소장 AN로 하여금 ○○시 정신건강센터(이하 '센터'라 한다)의 센터장 AE에게 Y에 대한 조울병 평가문건의 수정을 요구하게 하고, 수정된 평가문건에 BB의 도장을 날인하여 오게 하는 등 Y에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

① AE의 Y에 대한 평가문건 수정 등

피고인은 M과 공모하여, Y가 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청의 대상자가 되는 것처럼 보이게 할 목적으로 ○○시장의 직권을 남용하여 ① AN로 하여금 AE가 기존에 작성한 Y에 대한 평가문건을 AE의 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 수정하게 하고, 마치 전문의의 정식 소견서로 보일 수 있도록 수정된 평가문건에 AE의 도장을 날인하여 오게 하였고, ② AE로 하여금 정신건강의학과전문의로서 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 위 평가문건을 수정하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

② Y에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등

피고인은 M과 공모하여, Y에 대해 구 정신보건법 제25조에 의한 입원 절차를 개시하게 할 목적으로 ○○시장의 직권을 남용하여 ① AT(N구보건소 소장 AN의 후임) 등 N구보건소 관계자로 하여금 센터에 Z(Y의 친모)의 면담결과를 요청하게 하고, Y에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 하였고, ② AE 등 센터 관계자로 하여금 N구보건소에 Z의 면담결과를 송부하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

③ Y에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송

피고인은 M과 공모하여 Y를 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 ○○시장의 직권을 남용하여 AE 등 센터 관계자로 하여금 Y에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

④ Y에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도

피고인은 M과 공모하여 Y를 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 ○○시장의 직권을 남용하여 AT 등 N구보건소 관계자로 하여금 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하게 하고, AT, AE 등으로 하여금 Y를 강제입원시키기 위해

앰뷸런스를 타고 Y가 있는 곳으로 가도록 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다(이상 내용은 2심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원의 판단, 1심 및 2심〉

① AN의 평가문건 수정 및 날인 요구 부분

(1심) ⓐ AE에 대한 평가문건 수정 요구는 종래의 자문의견 내용에 병의 심각성 및 입원의 필요성에 대한 기재가 없어 그 부분에 대한 보완을 구하면서 의견을 제시한 것으로서 그것이 피고인의 위법·부당한 직권의 행사에 해당한다고 보기 어렵다. ⓑ 피고인이 해당 문건에 직인 등을 요청한 것 자체가 위법하거나 부당한 직권의 행사에 해당한다고 보기도 어렵다. ⓒ AN에게 AE가 작성한 평가문건의 수정 의견이나 직인 날인의 요청을 전달하게 한 행위는 자문행위에 관한 피고인의 의견을 전달하려는 직권행사를 보조하게 하는 사실행위에 불과하다고 판단되고, 단순한 전달자로서 역할만 부탁한 행위 자체를 독자적인 직권남용의 대상이 되는 행위라고 볼 수 없다.

(2심) ⓐ 피고인이 AN로 하여금 Y에 대한 평가문건의 수정을 요구하게 하고, 위 평가문건에 AE의 도장을 날인하여 오게 한 것은, 피고인이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 한 것으로서 이는 피고인 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이거나, 수정된 평가문건을 Y의 보호자들을 설득하는 데 사용할 목적이었을 뿐이므로, 그 수정 요구가 직무집행에 관한 기준과 절차를 위반하는 것이라고 단정하기도 어렵다. ⓑ AE가 평가문건에 수정한 내용은 조울증의 위험성 및 치료 필요성에 관한 일반적 내용에 불과하고, AE가 평가문건을 수정해 준 것은 AN의 요청이나 친분에 기댄 부탁 등으로 인해 심리적 의무감에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '법률상 의무 없는 일'을 한 것이라고 단정할 수 없다.

② Y에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등

(1심) ⓐ Z의 면담결과를 보내달라고 요청한 것은 당시 현안이 되고 있는 Y에 대한 업무처리 방향을 정하기 위한 자료수집의 일환으로 Z의 면담결과를 확인하려 함에 있었다고 볼 여지가 있는 사정이 인정되고, 또 이를 공문으로 수행한 것은 공문 없이 임의로 해당 자료를 보내주기 어렵다는 AE의 요청이 있었다는 점을 고려하면, 이

부분 행위에 대한 지시가 위법·부당한 직권남용행위라고 평가하기는 어렵다. ⓑ Y에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 것은 P센터에서 Y에 대한 진단 및 보호신청에 나아갈 것인지에 대하여 검토하고 명시적인 답을 달라는 취지 이상의 의미가 있다고 보이지 않는 점 등…에 비추어보면, 이 부분행위에 대한 지시가 직권을 남용한 행위에 해당한다고 평가하기는 어렵다.

(2심) ⓐ AT 등으로 하여금 센터에 Z의 면담결과를 요청하게 한 부분이나 AE 등으로 하여금 N구보건소에 Z의 면담결과를 송부하게 한 부분은 모두 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다. ⓑ AT 등으로 하여금 센터에 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 부분도 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

③ Y에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송

(1심) ⓐ 피고인의 직권 행사와 이 부분 AE 및 O시 P센터의 직원들이 행한 진단 및 보호신청 사이에 인과관계가 있다고 보기 어렵다. ⓑ AE에 대한 직권행사의 외관을 가지는 행위가 있다고 하더라도 직권행사의 내용이 AE의 의학적 판단을 무시한 채 진단 및 보호신청에 나아갈 것을 요구하는 정도에 이르러, AE가 의학적 판단과 무관하게 지시에 응한 정도에 이른 것이 아닌 한 직권남용에 해당하는 행위라고 볼 수 없다. ⓒ 직권남용죄에서 의무 없는 일이란 '법규범이 의무로 규정하고 있지 않은 일'을 의미하는 것이지 개인의 내면적, 심리적 차원에서 의무로 느끼지 않은 일을 의미하는 것은 아닌바, 진단 및 보호신청권한은 구 정신보건법상 정신건강의학과 전문의인 AE의 고유 영역으로 비록 피고인 또는 M이 AE에게 어떠한 영향력을 행사하였다고 할지라도 그것이 AE의 의사결정의 자유를 침해하여 법령상 의무 없는 일을 하게 하였다고 평가할 수도 없다.

(2심) AE가 Y에 대하여 진단 및 보호신청을 한 것은 스스로의 판단에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 피고인의 직권 행사로 인한 것이라고 보기 어렵다.

④ Y에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도

(1심) ⓐ 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원 집행을 위해서는 정신건강의학과 전문의가 직접 대상자를 대면하고 관찰하여 평가한 대면진단이 있어야 하고, 구 정신보건법 제25조 제3항은 같은 법 제2항에 따라 실제 진단이 이루어진 경우의 후속 절차를 의미한다고 봄이 상당하다. 따라서 Y에 대한 입원을 집행하는 것은 진단 없는 입원을 집행하려 한 것으로 위법한 행위가 된다. ⓑ AT가 차량에 탑승하여 BE경찰서로 이동한 것이 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 Y의 강제입원을 시도한 행위라는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어렵다. 오히려 당시 AT가 Y를 설득하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단이 이루어지게 할 목적으로 BE경찰서로 이동하였다고 보아야 할 사정도 다분하다. ⓒ AT는 Y가 설득에 저항할 경우 상황에 따라 Y를 데려갈 내심의 의사가 있었다고 하더라도, 진단을 받게 하기 위한 호송행위 및 그 과정에서의 물리력 행사는 구 정신보건법 제25조 제2항에서 예정한 집행 방법의 하나라고 할 것이므로 이 부분 행위를 위법하다거나 부당한 행위로 평가하기 어렵다. ⓓ AT가 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한 이유는 … 입원 집행의 시도를 위함이 아니라 Y로 하여금 진단을 받게 하여 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 완성하기 위한 것이고, 지역의 정신질환 의심자에 대한 관리 업무를 담당하는 O시 P센터의 지위에 비추어보면, 그 행위가 직권을 남용한 위법·부당한 행위에 해당한다고 평가하기 어렵다.

(2심) 검사가 제출한 증거만으로 AT, AE 등이 2012. 8. 17. Y가 있다는 BE경찰서로 간 것이 Y를 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 강제입원시키기 위해서였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵고, 나아가 AT가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하고, AT, AE 등이 위와 같이 BE경찰서로 간 것이 피고인의 지시 또는 재촉으로 인하여 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일'을 한 것이라고 보기 어렵다.

(4) 대법원 2011.4.14. 선고 2010도12313 판결 (구청장이 기업으로 하여금 경로당 폐기관련 비용 부담)[586]

〈공소사실〉

울산광역시 남구청장인 피고인은 – 관련 공무원과 공모하여 - 아파트 건설 시행사업을 하던 A 주식회사가 기존 경로당의 용도폐지를 요구하자, 무상 용도폐지는 불가하다고 하면서 아파트 사업과 아무런 관련이 없는 새로운 경로당 건설비용 및 집기비용, 임대경로당 임대료 등 합계 5억원 상당을 A 주식회사에 부담하게 함으로써 아파트 사업승인에 관한 협의권한 중 행정재산의 용도폐지와 관련한 직권을 남용하여 의무 없는 일을 하게 하였다(대법원 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉 / 원심판단 수용

A 주식회사는 울산광역시 남구 소유의 기존 경로당이 위치한 어린이공원을 사업부지에 포함시킴에 따라 기존 경로당의 철거를 위하여 그 용도폐지가 필요했던 사실, 그런데 관련 법령상 공유재산의 용도폐지가 엄격히 제한되고 있을 뿐만 아니라 기존 경로당이 철거될 경우 A 주식회사가 사업부지 내에 신축하는 경로당과 별도로 이를 대체할 경로당이 필요하였던 사실, 따라서 공소외 1 주식회사가 추진하는 당초의 아파트 사업계획 승인단계에서부터 대체 경로당의 신축이 사업계획에 반영되었어야 함에도 관련자들의 업무처리과정에서 대체 경로당 신축 부분이 반영되지 않은 사실, 이에 따라 남구청 관계자들과 A 주식회사 측이 기존 경로당의 매수 및 대체 경로당 신축 등을 협의하게 되었는데, 대체 경로당의 신축과 관련하여서는 관련 규정이 변경되어 종전과 같이 어린이공원 내에 경로당을 신축하는 것이 불가능하게 되어 사업부지 외에 대체 경로당을 신축하는 것으로 협의된 사실 등을 인정한 다음, A 주식회사는 자신의 사업상 필요에 따라 기존 경로당을 매수하고 대체 경로당 신축 및 임대료 부담 등을 약정한 것으로 봄이 상당하고, 이를 관련 공무원들이 반대급부 없는 기부금품을 모집하였다거나 직권을 남용하여 A 주식회사로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다고 할 수 없으며, 그 판시와 같은 사정에 비추어 피고인이 관련 공무원과 공모하여 이 부분 공소사실과

586) (1심) 울산지방법원 2010.6.25. 선고 2010고합93 판결, (2심) 부산고등법원 2010.9.8. 선고 2010노495 판결

같은 범행을 하였다고 보기 어렵거나 **범죄행위에 대한 범의가 있었다고 단정하기도 어렵다.**

다. 특정인에 대한 특혜제공

(1) 대법원 2021.1.30. 선고 2018도1925 판결ⓑ (금융감독원 부원장보의 특정기업에 대한 특혜 제공 사건)[587]

〈공소사실〉

금융감독원 부원장보(국장)인 피고인은, ① K 대주주 M에게 유리한 내용으로 채무재조정안이 협의되도록 하기 위하여 주거래은행인 Q 담당자를 압박하여, 채무재조정안에서 '대주주 무상감자' 부분을 삭제하도록 하는 한편, 채권단 전체 지분이 대주주의 지분을 초과하지 않거나 출자전환을 전혀 하지 않는 수준의 채무재조정안을 검토, 작성하게 하였고, ② 피고인은 K의 워크아웃 과정에서 Z 등 채권금융기관주거래은행인 Q에 대한 부의안건 재검토 요구 직권남용들이 위 부의안건에 대주주가 사재출연이나 무상감자 등으로 손실을 분담하지 아니한 채 아무런 조건 없이 우선매수청구권을 보유하게 되는 신규자금 지원계획을 포함하고 있는 것에 대하여 이의를 제기하고 부의안건을 재검토하지 않을 경우 부동의하겠다는 태도를 보이자, 금융감독원 S팀장 T에게 Z 본부장 AA를 압박하도록 지시하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단, 2심〉 / 대법원 원심 판단 수긍

① Q 직원들에 대한 2014. 1. 9.자 및 1. 10.자 직권남용권리행사방해의 점에 관한 공소사실은 검사가 제출한 증거만으로는 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 볼 수 없다. 따라서 같은 취지의 원심판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 원심판결에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로 검사의 주장은 이유 없다.

② Z 직원들에 대한 직권남용권리행사방해 부분 공소사실은 검사가 제출한 증거만

587) (1심) 서울중앙지법 2016.10.18. 선고 2015고합519 판결, (2심) 서울고등법원 2018.01.24. 선고 2016노3468 판결

으로는 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 볼 수 없다. 따라서 같은 취지의 원심판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 원심판결에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로 검사의 주장은 이유 없다.

(2) 대법원 2019.8.29. 선고 2018도14303 판결(박×× 전대통령 관련 국정농단 사건)[588]

〈공소사실〉

박×× 전대통령은 ① 현대자동차로 하여금 정○○ 초등학교 동문 부모의 회사인 KD코퍼레이션과 약 11억원 상당의 제품 납품계약을 체결하도록 하였고, ② 현대자동차로 하여금 최○○이 운영하는 광고기획사 플레이그라운드를 광고대행사로 선정하도록 해 총액 70억 원의 광고를 수주하도록 하였으며, ③ 롯데그룹으로 하여금 K스포츠재단에 70억 원을 추가 지원하게 하였고, ④ 포스코로 하여금 펜싱팀을 창단시킨 뒤 최○○이 운영하는 더블루K가 매니지먼트를 하기로 하는 내용의 합의를 하게 하였으며, ⑤ KT에 대하여 ⓐ 차×택과 최×실이 추천한 이○○과 신○○을 임원으로 채용(2015년) 및 보직변경(전보발령)(2016년) 하도록 하였고, ⓑ 최○○이 운영하는 광고기획사 플레이그라운드에 총액 약 68억 원 상당의 광고 계약을 체결하도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원판단〉

① 현대자동차에 대한 KD코퍼레이션과의 제품 납품계약 지시(유죄-무죄-무죄)

현대자동차 부회장이 수석비서관의 요구에 따라 KD코퍼레이션과 거래를 결정하고 담당 임원에게 납품계약 체결을 지시하였음을 인정할 수 있으나, 현대자동차 회장이 위와 같은 결정 또는 지시를 하여 의무 없는 일을 하였다는 점을 인정할 증거가 없다(공소장 기재에 의하더라도 경제수석비서관의 요구에 대하여 현대자동차 회장이 어떠한 행위를 하였다는 기재가 없다).

---

588) (1심) 서울중앙지방법원 2018.4.6. 선고 2017고합364-1(분리) 판결, (2심) 서울고등법원 2018.8.24. 선고 2018노1087 판결, (3심) 대법원 2019.8.29. 선고 2018도14303 판결, (판기환송심) 서울고등법원 2020.7.10. 선고 2019노1962, 2019노2657 (병합) 판결, (재상고심) 대법원 2021.1.14. 선고 2020도9836 판결

② 현대자동차로 하여금 플레이그라운드를 광고대행사로 선정하도록 지시(무죄-무죄-무죄)

피고인 및 경제수석비서관이 부회장 등으로 하여금 플레이그라운드에 광고를 발주하게 한 행위는 대통령이나 경제수석비서관의 '지위를 이용한 불법행위'일 뿐 대통령이나 경제수석비서관의 직권을 남용한 것이라고 보기는 어렵다(앞서 본 바와 같이 현대자동차그룹에 대한 KD코퍼레이션 관련 직권남용권리행사방해죄는 유죄로 인정하였는바, 해당 범죄사실의 경우, 관련 법령에 따라 중소기업이 대기업 등과 협력 및 동반성장을 할 수 있도록 시책을 마련하고 중소기업 제품의 구매를 촉진하며 판로를 지원할 의무가 있는 피고인이 대기업 회장 등을 만나 국가·정부 정책 등을 설명하고 협조를 구하는 '단독 면담'이라는 형식의 자리에서, 배석한 경제수석비서관이 현대자동차그룹 부회장 등에게 '좋은 기술을 가지고 있는 중소기업이 있으니 그 기술을 활용할 수 있으면 채택해달라'는 식으로 말하면서 KD코퍼레이션 제품의 구매를 요구한 사안이어서, 그 구매 요구를 형식적·외형적으로 대통령과 경제수석비서관의 일반적 직무권한에 속하는 사항이라고 볼 수 있다. 그에 반해 이 부분 현대자동차그룹에 대한 플레이그라운드 관련 직권남용권리행사방해의 점의 경우, 경제수석비서관이 피고인과의 단독 면담을 끝내고 돌아가는 부회장에게 플레이그라운드의 회사소개 자료를 건네면서 단순히 광고 발주를 부탁한 것에 불과하여, 그 부탁을 형식적·외형적으로 대통령이나 경제수석비서관의 일반적 직무권한에 속하는 사항이라고 보기는 어렵다).

③ 롯데그룹에 K스포츠재단에 추가 지원(유죄-무죄-무죄)

사장은 재단 관계자들을 만나 협상을 하고, 재단에 75억 원을 지원하는 내용의 기안문에 결재를 하였으나 이는 부회장의의 지시에 따라 업무를 처리한 것에 불과하고, 직접 재단에 대한 추가 지원을 결정하였다고 보기 어렵다. 부회장은 수석비서관의 지시에 따라, 사장은 부회장의 지시에 따라 관련 업무를 처리한 것일 뿐 대통령의 직권남용 또는 강요에 의하여 의무 없는 일을 한 것이라고 볼 수 없다.

④ 포스코로 하여금 펜싱팀을 창단 및 더블루K가 매니지먼트 계약체결 지시(유죄-무죄-무죄)

사안의 경과 및 기록에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 이 부분

직권남용권리행사방해 및 강요 범행이 기수에 이르렀다고 볼 수 없다.

이 부분 직권남용권리행사방해 및 강요 범행으로 피고인 등이 의도했던 결과는 '포스코 그룹으로 하여금 스포츠단을 창단하도록 하고 그 창단 또는 운영과 관련하여 EG와 용역계약을 체결하게 하는 것'이다. 그런데 포스코 행정그룹장 OT가 더블루K의 이사 X에게 펜싱팀을 창단하도록 계열사를 소개시켜 주겠다고 제안하였고, EG가 펜싱팀 창단계획서를 보냈으며, 포스코 그룹이 이에 따라 펜싱 선수단 창단계획안을 마련하였을 뿐, 펜싱팀을 창단할 포스코 계열사의 펜싱팀 운영방안 등에 관한 구체적인 자료 요구에 더블루K가 응하지 않음으로써 포스코 그룹 산하에 스포츠단이 창단되지 않았고, 더블루K와 매니지먼트 계약도 체결되지 않았다.

나아가 포스코 그룹 측과 EG 측 사이에서 펜싱팀 창단 등 합의가 있었다고 볼 수도 없다. 포스코 그룹의 펜싱팀 창단 관련 실무를 담당한 EX 등이 진술한 '합의'는 교섭과정에서 통합스포츠단 창단 대신 펜싱팀창단을 추진하기로 하였다는 것에 불과하고, 포스코 그룹이 펜싱팀을 창단하고 EG에게 매니지먼트를 맡기는 법률상 의무를 지기로 하는 구속력 있는 합의가 완성되었다는 취지는 아니다. 스포츠단 창단 및 매니지먼트 계약 체결의 협상 과정에서 이루어진 의견교환을 두고 포스코 그룹 회장, 경영지원본부장(사장)의 의무 없는 행위가 성립되었다고 보기 어렵다.

⑤ KT에 대하여 임원 채용 및 보직변경(전보발령), 플레이그라운드와 광고계약 체결지시(무죄-무죄-무죄)

피고인 및 경제수석비서관이 KT 회장 등으로 하여금 이○○과 신○○을 KT에 채용하게 하고, 이후 이들을 광고 업무를 총괄하거나 담당하는 직책으로 전보하게 한 행위 및 플레이그라운드(회사)를 광고대행사로 선정하게 한 행위는 대통령이나 경제수석비서관의 '지위를 이용한 불법행위'일 뿐 대통령이나 경제수석비서관의 직권을 남용한 것이라고 보기는 어렵다.

(3) 대법원 2019.3.14. 선고 2018도18646 판결 (국정원장의 댓글사건 수사방해 사건)[589]

〈공소사실〉

국정원장 피고인 1 등은 - 공소외 3과 순차 공모하여 - 당시 수사 중이던 국정원 심리전단 사건에 관한 증거자료인 21건의 녹취록과 문건에 관하여, 국정원의 조직·소재지·정원이나 국가기밀 또는 직무상 비밀 사항으로서 국가안전보장을 위하여 필요하거나 국가의 안전보장에 중대한 영향을 미치거나 국가의 중대한 이익을 해하는 경우가 아니어서 적법한 비공개 대상에 해당되지 아니함에도, 원○○ 前 국정원장과 심리전단 직원들에 대한 국가정보원법위반 등 혐의에 관한 중요 증거서류들을 비닉조치하게 하고, 이를 검찰에 제출하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

(1심) ① 비닉처리를 한 보안성 검토는 그 필요성·상당성을 인정할 수 없을 뿐만 아니라 법령상의 요건을 충족하지도 못하는 것이어서 '직권의 남용'에 해당한다. 아울러 국정원이 임의로 제출하는 문서라고 하더라도 보안성 검토가 아무런 제한 없이 마음대로 이루어져도 된다고 볼 수 없고(오히려 압수수색 등에 의하여 강제로 제출하는 것이 더 상정하기 어려운 예외적인 경우이다), 보안성 검토에 관하여 직권을 남용한 이상 실질적인 증거은닉의 효과가 있었는지 등은 아무런 영향이 없다. ② 국정원 감찰실의 보안성 검토는 그 직무집행의 기준과 절차가 법령에 명시되어 있고 실무담당자인 감찰실 직원들에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여된 업무라고 할 것이어서 감찰실 직원들에게 그러한 기준과 절차에 위반하여 직무집행을 하게 한 경우 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다. ③공무원은 상관의 직무상 명령이 위법하고 부당한 경우 이를 따를 의무가 없다. 감찰실 직원이 ○○실장 등의 명령에 복종할 의무가 있다고 하더라도 '직권의 남용'에 해당하는 직무상 명령에 의한 행위가 '의무 없는 일'이 아니게 되는 것은 아니다.

(2심) ① 보안성 검토는 국정원이 그 조직·소재지 및 정원과 비밀스러운 업무의 내용이나 업무수행 과정에서 얻은 정보 등에 관하여 외부에 공개되지 않도록 하기

589) (1심) 서울중앙지방법원 2018.5.23. 선고 2017고합1162, 2017고합1204(병합), 2017고합1255(병합) 판결, (2심) 서울고등법원 2018.11.16. 선고 2018노1537 판결

위하여 그에 해당하는 내용을 비닉처리 하는 사무로서, 위와 같은 보안성 검토의 목적, 내용, 성질과 국정원의 특성에 비추어 보안성 검토는 국정원장 직속 ○○실장의 책임과 재량 하에 통일적으로 이루어져야 하는 것으로 보인다. 따라서 국정원 감찰실 직원들의 보안성 검토업무를 위 판례(대법원 2010도13766 판결) 사안에서의 인사업무 등과 같이 법령이 정한 기준과 절차에 의하여 고유한 권한과 역할을 부여받은 공무원이 상급자를 포함한 외부의 압력을 받지 않고 공정하게 처리해야 하는 종류의 업무와 동일하게 평가할 수 없다. ② 결국 보안성 검토는 ○○실장인 피고인 5의 직무권한에 해당하고, 감찰실 보안처 지도과 소속 직원들은 ○○실장의 지시에 따라 단지 실무 담당자로서 비닉처리라는 사실행위를 대신하였다고 판단된다.

(4) 대법원 2017.6.29. 선고 2017도3800 판결 (시장의 민자사업 추진 지시)[590]

〈공소사실〉

남양주시장인 피고인 A는 – 환경녹지국장 피고인 B와 공모하여 – 골프클럽 운영자인 C로 하여금 개발제한구역 내 쓰레기매립장 3차 유휴부지에서 국토해양부의 승인 등 필요한 행정절차를 밟지 아니한 채 야구장을 설치·운영하게 하여 수익을 얻게 해 줄 목적이면서도, 마치 지역주민들의 복지증진을 위한 주민 편의시설로서 야구장을 설치하는 정당한 지시인 것처럼 쓰레기매립장 관리·운영에 관한 지휘·감독권 행사에 관한 직권을 남용하여, 환경녹지국 자원순환과장(V) 및 남양주도시공사 사장(X)에게 국토해양부 장관의 승인 등 필요한 행정절차 없이 야구장을 설치하도록 지시하여 남양주도시공사로 하여금 야구장 설치 민자사업을 추진하게 하고, V으로 하여금 위와 같은 위법한 민자사업 추진을 승인하는 내용의 공문을 작성하는 등 관련 업무를 수행하게 함으로써 V, X에게 각 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원의 판단, 1심, 피고인 A: 무죄, 피고인 B: 유죄〉 / 2심 및 대법원 원심 판단 수긍

(피고인 A) ① 피고인에 대하여 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄가 성립하기 위하여는, 피고인이 남양주도시공사가 주관하여 3차 유휴부지에 야구장을 설치하더라도 여전히 관리계획 변경절차가 필요하다는 보고를 받는 등으로 이를 인지하고

590) (1심) 서울중앙지방법원 2016.06.30. 선고 2015고합838 판결, (2심) 서울고등법원 2017.2.16. 선고 2016노2026 판결

있었으면서도 위 공소사실 기재와 같이 B에게 "남양주도시공사 주관 하에 야구장 설치를 추진하라"고 지시하여 담당공무원 V 및 남양주도시공사 사장 X로 하여금 구체적으로 개발제한구역법에 반하는 업무처리를 하게 하였다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 입증되어야 한다. ② 피고인이 B에게 개발제한구역법을 위반하여 남양주도시공사로 하여금 야구장 설치 사업을 추진하라고 직접적·구체적으로 지시하였다고 단정할 수 없다. ③ 피고인이 관리계획 변경승인이 반드시 필요함에도 이를 거치지 않고 위법한 절차에 따라 야구장 설치 사업이 추진된다는 사정을 인지하고 있었다고 단정할 수도 없다. ④ 그 밖에 피고인이 B의 진술과 같이 법령을 위반하여 특정인에게 특혜를 주면서까지 야구장을 설치할 만한 동기를 찾을 수 없다.

(피고인 B) 3차 유휴부지 내에 야구장을 설치하기 위하여는 국토해양부 장관의 관리계획 변경승인이 필요하다. 그리고 피고인은 남양주 시내 폐기물처리시설 관련 주무부서인 환경녹지국의 국장으로서 3차 유휴부지 관리·운영에 관하여 일반적 직무권한이 있고, 남양주시는 남양주시 광역 소각잔재 매립장 운영 조례 제15조 제5항 및 폐기물처리시설 운영·관리의 위·수탁 협약서 제15조에 의하여 남양주도시공사에 대하여 지휘(지시)·감독권한을 가지고 있으므로, 피고인의 부하직원인 V에 대해서뿐만 아니라 X에 대한 직권남용권리행사방해의 범죄사실 역시 유죄로 인정된다.

(5) 대법원 2009.1.30. 선고 2008도6950 (ⓑ) (대통령비서실 정책실장이 기업들에게 미술관 전시회 후원 지시)[591]

〈공소사실〉

대통령비서실 정책실장이 개인적 친분이 있는 기업체들에 대하여 기업 메세나(Mecenat) 활동의 일환인 미술관 전시회 후원을 하도록 하였다(대법원 판결을 참조하여 구성).[592]

---

591) (1심) 서울서부지방법원 2008.3.31. 선고 2007고단2270, 2007고단2576(병합), 2007고단2590(병합), 2007고단2622(병합) 판결, (2심) 서울서부지방법원 2008.7.22. 선고 2008노422 판결

592) 이 사건은 변○○ 전 청와대 정책실장이 자신의 기획처 장관과 청와대 정책실장의 지위를 이용해 기업체들에 신××가 일하던 성곡미술관에 후원금을 내도록 한 혐의로 기소된 사건이다(서울경제 2007-10-30 "변양균·신정아씨 구속 기소")
〈https://www.sedaily.com/NewsView/1HMHRZVDM2〉 (2022.10.10. 최종방문).

〈판단〉/ 원심판단 수긍

'직권남용'이란 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 하는 경우를 의미하고, 공무원이 직무와는 상관없이 단순히 개인적인 친분에 근거하여 문화예술 활동에 대한 지원을 권유하거나 협조를 의뢰한 것에 불과한 경우까지 직권남용에 해당한다고 할 수는 없다. 그리고 직권남용죄에서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고, 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다. 이러한 법리에 비추어 피고인 1이 임원들과 개인적 친분이 있는 기업체들에 대하여 기업 메세나(Mecenat) 활동의 일환인 미술관 전시회 후원을 요청한 이 사건 행위가 직권남용권리행사방해죄에 해당하지 않는다고 본 원심의 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 직권남용에 관한 법리오해의 위법이 없다.

라. 특정사항 개입·지시

(1) 대법원 2022.8.19. 선고 2020도9714 판결 (대통령비서실장의 국가안보실 지침의 임의 수정 지시)[593]

〈공소사실〉

대통령 비서실장인 피고인 A는 "국가안보실은 재난 컨트롤타워가 아니다."는 발언으로 '청와대가 사고에 대한 책임을 회피하려고만 한다.'는 비난이 가중되자, 국가안보실 위기관리센터장인 신M로부터 「국가위기관리기본지침」 수정 관련 회의 내용과 결과를 모두 보고받고, 그 지침을 임의로 수정하고 정부 각 기관 및 부처에 수정 지시를 하달한다는 내용의 개정검토 보고서(이하 '이 사건 보고서'라 한다)를 최종책임자의 권한으로 승인하였다. 이에 따라 위기관리센터 위기관리제도 담당인 박N은 위기관리센터 대응팀 인턴사원 신O에게 지시하여 이 사건 지침을 임의로 수정하도록 하였고(「국가위기관리기본지침」 중 '청와대(국가안보실)가 재난 대응에 대한 컨트롤타워로서의 역할을 한다.'는 문구를 '안보 위기에 대해서는 국가안보실이, 재난 위기에 대해서는 안전행정부(중앙재난안전대책본부)가 각 컨트롤타워가 된다.'는 취지 등으로 임

593) (1심) 서울중앙지방법원 2019.8.14. 선고 2018고합306 판결, (2심) 서울고등법원 2020.7.9. 선고 2019노1880 판결

의 수정), 그 수정한 내역을 첨부하여 이 사건 지침 사본을 관리하는 방위사업청 등 65개 정부부처 및 기관에 '국가위기관리 기본지침 수정 지시' 공문을 시달하여 각 부처 지침 담당자들로 하여금 보관 중인 지침 사본을 동일한 방법으로 삭제·수정하게 하였다. 이로써 피고인은 청와대 국가안보실장의 직권을 남용하여 관련 담당자들로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

(1심) 피고인이 당시 국가안보실장으로서 국가안보실 위기관리센터장인 신M로부터 이 사건 지침 수정에 관한 비서실의 회의 결과, 박N이 작성한 2014. 7. 25.자 이 사건 보고서 등을 보고받고 지침 개정에 관하여 승인한 사실은 인정되나, 피고인이 적법한 개정절차를 거치지 않고 삭선, 가필하는 방법으로 위 지침을 수정하여 공용서류를 손상한다는 사실에 대한 인식이 있었다거나 이에 대해 김V, 신M과 공모했다는 점에 대해서 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다.

국가위기관리기본지침을 **임의 수정하여 공용서류를 손상한다는 인식이 있었음을 인정하지 않는 이상** 위 수정된 지침과 같은 방법으로 다른 정부부처 등에 보관되어 있던 지침을 수정하라는 지시를 시달하여 국가안보실장의 직권을 남용하여 의무 없는 일을 하게 하였다는 공소사실도 인정할 수 없다.

(2심) 피고인이 이 사건 보고서를 승인한 시점은 2014. 7. 7. 국회운영위 및 2014. 7. 10. 국조특위 등 국회로부터 강한 추궁을 받을 염려가 있는 상황이 끝난 이후로, 대외비를 이유로 이 사건 지침 원본의 제출을 거부하고 있었고, 2014. 10.경 국정감사까지는 2개월의 기간이 남은 상황이었으므로, 굳이 형사처벌을 감수하면서까지 이 사건 지침의 개정을 서두를 필요는 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 원심의 판단을 충분히 수긍할 수 있고, 거기에 검사의 주장과 같은 사실오인, 법리오해의 잘못이 없다.

(2) 대법원 2022.4.28. 선고 2021도11012 판결ⓐ (사법농단사건 4, 임×× 판사 사건)[594]

〈공소사실〉

서울중앙지법 형사수석부장인 피고인은 민변 변호사 체포치상 사건(민변 소속 변호사들인 피고인들이 공모하여 덕수궁 대한문 앞 인도에서 집회를 방해한다는 이유로 서울남대문경찰서 경비과장을 체포하려고 하였으나 미수에 그친 사건) 재판장 BB에게 '이 사건은 다양한 논란이 예상되는데, 양형의 이유 부분에서 일부 논란이 있을 만한 표현들이 있는 것 같다. 톤을 다운하는 것이 어떨지 검토해보라'고 말하여 이미 선고한 최종 판결의 양형 이유를 자신이 요구한 대로 변경하도록 하는 등 재판의 독립을 침해하는 위법·부당한 지시를 함으로써 BB로 하여금 이미 선고한 판결 이유를 수정 및 삭제하게 하고, 기 등록된 판결문을 등록취소하여 재등록하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단, 2심〉

피고인은 자신의 지위 또는 개인적 친분관계를 기초로 ◎◎ 변호사들에 대한 체포치상 사건에 관여하여 최DD로 하여금 판결서 중 양형의 이유 부분을 수정하라고 요청하였으나, 서울○○지방법원 형사수석부장판사의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁한 것은 아니고, 피고인의 이 부분 재판관여행위로 최DD의 권리행사가 방해되었다고 할 수도 없으며, 최DD로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 것도 아니라고 할 것이다. 따라서 이 부분 공소사실에 대하여 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 무죄를 선고한 원심의 판단은 정당하고, 검사의 이 부분 사실오인·법리오해 주장은 이유 없다.

ⓐ 판결서는 그 판결의 내용을 기재한 문서로, 판결과는 개념상 별개이다. … 판결이 선고되어 외부적으로 성립하면 법원 자신도 이를 철회하거나 변경할 수 없는 구속력(불가변경력)이 발생한다. 그러나 이러한 구속력은 판결에만 발생하는 것이고 판결서의 기재에까지 발생하는 것은 아니다. … 따라서 판결 선고 이후에 판결서 중 양형의 이유 부분을 수정한 것 자체는 위법하다고 볼 수 없다.

---

594) (1심) 서울중앙지방법원 2020.2.14. 선고 2019고합189 판결, (2심) 서울고등법원 2021.8.12. 선고 2020노471 판결

ⓑ 피고인의 이 부분 재판관여행위는 판결서 중 이유 부분에 관한 것으로, 계속 중인 사건의 재판업무 중 핵심영역에 관한 것이라 할 것인데, 피고인은 당시 서울○○지방법원 형사수석부장판사로서 재판업무 중 핵심영역에 대한 직무감독 등을 할 일반적인 직무권한이 없고, 법원장이 궐위되거나 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우나 사법행정권자의 구체적인 위임 또는 지시가 있는 경우 등에는 법원장의 사법행정권을 행사할 수는 있으나, 법원장에게는 계속 중인 사건에 대한 직무감독 등과 같은 재판업무 중 핵심영역에 대한 사법행정권이 없다.

ⓒ 피고인의 이 부분 재판관여행위가 계기가 되기는 하였지만, 최DD는 재판부 합의를 거쳐서 판결서 중 양형의 이유 부분을 수정하는 방식으로 재판권을 행사하였고 이에 대한 현실적인 방해는 없었던 것으로 보인다. … 수정된 양형의 이유 부분은 판결 선고 당시 고지한 양형의 이유와 내용상 크게 다르지 않은 것으로 보인다.

ⓓ 최DD는 재판부 합의를 거쳐 검사 또는 피고인에게 송달하기 전에 위 판결서를 수정하여 판결 선고 당일 17:54경 주심 판사 이SS로 하여금 등록하게 하였고, 앞서 본 바와 같이 수정된 양형의 이유 부분은 판결 선고 당시 고지한 양형의 이유와 내용상 크게 다르지는 않아, 수정된 판결서는 판결의 선고 내용과 일치하는 것으로 보인다. 따라서 위 판결서 중 양형의 이유 부분 수정 그 자체가 위법하다고 보기는 어렵다.

(3) 대법원 2022.4.28. 선고 2021도11012 판결ⓑ (사법농단사건 4, 임×× 판사 사건)[595]

〈공소사실〉

피고인은 임○○ 등에 대한 도박죄 약식명령청구사건(프로야구 선수 피고인 임○○와 피고인 오○○가 마카오에서 원정도박을 한 사건)과 관련하여, ① 담당 판사 CC에게 공판절차에 회부함이 적정하다는 결정에 따라 관련 공판절차회부서 출력, 공판절차회부통지서 생성 등 공판절차회부를 위한 절차가 진행된 사건을 재검토해 보라는 등 법관의 재판상 독립을 침해하는 위법·부당한 지시를 함으로써 판사 CC로 하여금 약식사건에 대하여 이미 공판절차에 회부하기로 결정한 것을 재검토하여 약식명령을 발령하도록 하고, 공판절차회부서를 등록완료된 것은 담당 실무관의 착오입력으로

595) (1심) 서울중앙지방법원 2020.2.14. 선고 2019고합189 판결, (2심) 서울고등법원 2021.8.12. 선고 2020노471 판결

대응토록 하는 등 의무 없는 일을 하게 하고, CC의 법과 양심에 따른 법관의 독립된 재판권 행사를 방해하였고(담당 판사에 대한 직권남용), ② 형사단독 △△과장 DD 및 담당 판사 CC를 통하여 재판사무시스템에 대한 접근권한이 있는 실무관에게 공판절차회부를 위한 후속절차를 보류토록 하라는 위법·부당한 지시를 함으로써, 담당 실무관으로 하여금 후속 절차를 보류하고 재판사무시스템상 기 입력된 공판절차회부 통지서를 삭제토록 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다(담당실무관에 대한 직권남용)(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

(담당 판사에 대한 직권남용)

피고인의 이 부분 재판관여행위는 공판절차회부 결정 그 자체를 대상으로 하는 것이어서 계속 중인 사건의 재판업무 중 핵심영역에 관한 것이라고 할 것인데, 피고인은 당시 서울○○지방법원 형사수석부장판사로서 재판업무 중 핵심영역에 대한 직무감독 등을 할 일반적인 직무권한이 없으며, 법원장이 궐위되거나 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우나 사법행정권자의 구체적인 위임 또는 지시가 있는 경우 등에는 법원장의 사법행정권을 행사할 수는 있으나, 법원장에게는 계속 중인 사건에 대한 직무감독 등과 같은 재판업무 중 핵심영역에 대한 사법행정권이 없다. 따라서 피고인의 이 부분 재판관여행위는 피고인의 일반적 직무권한에 속한다고 할 수도 없다.

재판사무시스템 설계상 잘못으로 담당 판사가 실제로 공판절차회부서에 날인함으로써 내부적으로 성립하기도 전에 공판절차회부서가 재판사무시스템에 등록되는 경우가 발생하는 것으로 이를 담당 판사의 잘못이라든가 담당 실무관의 잘못이라고는 할 수 없다. 따라서 피고인이 이를 담당 판사의 잘못으로 인정하지 아니하였다고 하여 이를 권한남용행위라고 할 수는 없다.

CC이 비록 공판절차에 회부하도록 후속조치를 취하라고 지시하였으나 공판절차회부서에 날인하는 등 공판절차회부 결정이 내부적으로도 성립되지 않은 상태이므로, 그 지시를 번복하여 약식명령을 발령하였다고 하더라도 이를 법령, 그 밖의 관련 규정에 따라 직무수행 과정에서 준수하여야 할 원칙이나 기준, 절차 등을 위반하였다고 할 수 없다.

(담당 실무관에 대한 직권남용)

재판사무시스템 공판절차회부 접근권한은 기술적인 필요 등에 따라 판사의 직무집행을 보조하는 실무 담당자에게만 부여할 수 있는 것이어서 위 접근권한이 부여되었다는 사정만으로는 그 실무 담당자에게 법령상 권한과 임무가 부여되었다고 볼 수 없으며, 형사재판 실무관 업무편람은 담당 실무관에게 판사 등의 직무집행을 보조하는 방법을 알려준 것에 불과하여 이것만으로는 그 실무 담당자에게 법령상 권한과 임무가 부여되었다고 볼 수는 없다.

(3) 서울고등법원 2022.1.27. 선고 2021노546 판결 (사법농단사건 3, 이×× 판사 등 4명)[596]

〈공소사실〉

전 대법원 양형위원회 상임위원인 피고인 이BB는 - 법원행정차장 등과 공모하여 - 헌법재판소와의 관계에서 대법원의 위상을 강화하고 권한을 확대하여 헌법재판소를 견제할 목적으로, 위 사건 담당 재판연구관 CE에게 대법원에 중복하여 진행 중인 사건들에 대해 헌법재판소 결정 이전에 조기 선고를 할 수 있도록 신속히 검토할 것을 지시하였고, 이후 재차 AD 및 CE에게 대법원에 진행 중인 특정 사건에 대하여 조기 선고하는 절차를 진행하도록 하는 등 법관의 재판상 독립을 침해하는 위법·부당한 지시 내지 요청을 함으로써, ① AD로 하여금 매립지 등의 귀속에 관한 대법원과 헌법재판소에 동일한 내용으로 계류 중인 4개의 사건에 대해 헌법재판소보다 앞서 대법원에서 조기 선고하는 방안을 검토하여 AU에게 보고하게 하는 등 의무 없는 일을 하게 하고, ② CE로 하여금 위 사건들의 조기선고를 위한 사건 검토에 착수하여 재판연구관 검토보고서를 작성하여 주심 대법관들에게 보고하게 하고, 그 중 CF 대법관 주심사건에 대해 조기 선고 절차를 진행하도록 하는 등 의무 없는 일을 하게 하고, CE 및 CF 대법관을 비롯한 주심 대법관들의 법과 양심에 따른 독립된 재판권 행사를 방해하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

---

596) (1심) 서울중앙지방법원 2021.3.23. 선고 2019고합187 판결, (2심) 서울고등법원 2022.1.27. 선고 2021노546 판결, (3심) 진행중

〈법원 판단〉

(1심)

매립지 등의 귀속에 관하여 대법원과 헌법재판소에서 중복하여 심리 중인 4개의 사건에 관해서는 해당 대법원 사건의 성질에 따라 법원행정처가 위 대법원 사건의 심리 및 재판에 관한 신속한 조사·연구를 권고할 수 있고, 그러한 권고가 법원행정처의 사법행정권에 속하는 사항이라고 본다. 따라서 이 법원은, 고KK의 위와 같은 권고는 사법행정권을 정당한 범위 내에서 행사한 것이고, 정당한 범위를 벗어나 행사한 것은 아니라고 본다.

반면, 피고인의 2016. 11. 17.자 권고는 AO, AU나 BA의 지시 없이 한 것이므로 직권의 남용이라고 볼 수 없고, 지위 이용에 불과하다.

(2심)

피고인의 2016. 10. 19.자 권고 및 2016. 11. 17.자 권고는 피고인의 헌법과 관련된 사법지원에 관한 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권을 행사한 것으로 봄이 타당하다.

피고인은 헌법과 관련된 사법지원 업무 등을 총괄하였는바, 2016. 10. 19.자 권고나 2016. 11. 17.자 권고는 대법원 매립지 사건이 헌법재판소에서 계속 중이던 권한쟁의 심판 사건과 관련이 있어 그에 관한 정보의 제공과 함께 대법원 매립지 사건의 선고 시기에 관한 의견 등이었으므로, 외형상 피고인의 헌법과 관련된 사법지원 업무의 일부로 볼 수 있다.

위와 같은 권고가 대법원 매립지 사건의 재판에 직접 개입하거나 영향을 미치는 행위라고 볼 수 없고, 나아가 법령상의 요건을 충족하지 않았다고 볼 만한 뚜렷한 사정도 없다.

피고인의 직무권한에 속하는 사항이 아니라 지위를 이용한 행위에 불과하다고 판단한 원심의 이 부분 판단에는 직권남용권리행사방해죄의 일반적 직무권한에 관한 법리를 오해하거나 사실을 오인한 잘못이 있으나, 2016. 10. 19.자 권고와 2016. 11. 17.자 권고는 모두 '직권남용'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 원심의 이 부분 결론은 정당하다.

(4) 대법원 2021.12.30. 선고 2021도11924 판결 (사법농단사건 2, 이×× 판사)[597]

〈공소사실〉

서울서부지방검찰청에서는 2016. 8.경 서울서부지방법원 소속 집행관사무소 사무원들이 채권자의 위임을 받아 압류한 채무자 소유의 물건을 특정 보관업자에게 보관하도록 알선해 주고 금품을 수수하거나 압류 사건 현장에 참여한 노무자의 인건비를 부풀려 이를 편취한 혐의에 대해 수사를 개시하였고, 2016. 8. 31.경 및 2016. 9. 12.경 사건 관련자들에 대한 계좌추적영장을 발부받아 계좌추적을 실시하였다.

이에 서울서부지방법원장인 피고인은 2016. 10.경 검찰 수사가 집행관 및 다른 법원 소속집행관사무소로 확대되는 것을 저지할 목적으로 직권을 남용하여 서울서부지방법원 사무국장 L, 총무과장 M, 형사과장 K, 감사계장 AE, 대표집행관 AF에게 집행관사무소 비리에 관한 영장청구서 사본 및 사건 관련자의 검찰 진술내용 등을 신속히 입수·확인하여 보고하도록 하는 위법·부당한 지시를 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원의 판단, 1심〉 / 2심 및 대법원 수긍

(K에 대한 직권남용) ① 피고인에게 감사의 목적을 초과한 수사 확대 저지의 목적이 인정되지 않는다. ② 고인은 평소에도 통상적인 업무로서 영장공람결재를 하고 있고, 중요사건의 경우에는 종국결정이 있기 전이라도 영장청구사건의 접수 사실을 별도로 보고받을 수 있는 것으로 보인다. 피고인은 특별히 지시하지 않았지만 자연스럽게 K의 보고가 이루어졌다고 주장하고 있는데, 가사 피고인이 K에게 영장청구서 사본을 보고하라고 지시하였더라도, 그 지시는 정당한 업무 수행에 관한 것이므로, 직권남용 행위에 해당한다고 할 수 없다. ③ 피고인이 K에게 영장청구서 사본을 총무과에 제공하라고 지시하였다는 사실을 인정하기 어렵다.

(L·M·AF·AE에 대한 직권남용) ① 피고인이 L, M에게 검찰 진술내용을 파악하고 그 진술내용을 N에게도 제공할 것을 지시하고, M이 이를 AF에게 전달하였다고 인정하기 어렵다. ② T, U가 처음으로 검찰 조사를 받은 일자는 2016. 10. 26.인 것으로

597) (1심) 서울중앙지방법원 2020.9.18. 선고 2019고합190 판결, (2심) 서울고등법원 2021.8.19. 선고 2020노1756 판결

확인되므로, 검사가 제출한 증거들만으로는 M이 조사 일자보다 앞선 2016. 10. 21.경 T, U로부터 검찰 진술내용을 확인하였다고 인정하기 어렵다. ③ AE가 AB, BI에 대해 감사에 필요한 조사를 한 사실은 알 수 있으나, 피고인이 L, M에게 관련자들의 검찰 진술내용을 파악하여 그 진술내용을 N에게 제공할 것을 지시하고, M이 이를 AE에게 전달하였다고 인정하기 어렵다.

(5) 대법원 2021.10.14. 선고 2021도2485 판결 (사법농단사건 1 / 유×× 판사)[598]

〈공소사실〉

대법원 수석재판연구관인 피고인은 - 법원행정처장 임○○의 지시에 따라 - 지적재산권조 총괄 재판연구관 박○○에게 J법원 재판 중인 Z 특허등록무효 사건의 내용 및 처리계획, 관련사건 진행경과 등을 상세히 파악하여 보고할 것을 지시하여 박○○로부터 이 사건 사안요약 문건을 보고받고, 이를 전달받은 법원행정처장이 이를 청와대(또는 성명불상자)에 전달하였다(1심 판결문을 참조하여 구성) .

〈법원 판단, 1심〉 2심 및 대법원 수긍

검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 박○○으로 하여금 이 사건 사안요약 문건을 작성하게 하도록 지시하여 임○○에게 이를 전달하였다거나, 임○○이 청와대 법무비서관 곽○○(주위적 공소사실) 또는 사법부 외부의 성명불상자(예비적 공소사실)에게 이를 제공하였다거나, 이에 관하여 피고인이 임○○과 공모하였다는 사실을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(6) 대법원 2021.9.9. 선고 2021도2030 판결⑥ (국군기무사령관의 여론조작 사건)[599]

〈공소사실〉

국군기무사령관(중장)인 피고인 A는 ① O 등과 순차 공모하여, M사령관의 직권을 남용하여 그들의 지휘감독하에 있는 CS 등 부대원들로 하여금 총 24회에 걸쳐 M사령

598) (1심) 서울중앙지방법원 2020.1.13. 선고 2019고합186 판결, (2심) 서울고등법원 2021.2.4. 선고 2020노132 판결

599) (1심) 서울중앙지방법원 2019.2.19. 선고 2018고합588, 2018고합728(병합), 2018고합833(병합) 판결, (2심) 서울고등법원 2021.1.21. 선고 2019노873 판결, (3심) 대법원 2021.09.09. 선고 2021도2030 판결, (파기환송심) 서울고등법원 2022.8.26. 선고 2021노1684 판결

부의 직무범위에 해당하지 아니하는 'G' 방송 내용의 녹취록·요약본을 작성하여 IJ비서관실에 전송하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였고, ② 초대 GU비서관 LL 등과 순차 공모하여, M사령관의 부대원들에 대한 일반적인 지휘권한 및 청와대 BY수석실 산하 BZ비서관 또는 IJ비서관의 대통령·정부정책과 관련한 각종 여론을 파악하는 업무와 관련한 각 기관에 대한 지시·협조요청을 함으로써 총 759회에 걸쳐 M사령부의 직무범위에 해당하지 아니하는 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단, 1심〉 / 2심 및 대법원 수긍

① 팟캐스트 '나는 꼼수다' 녹취·요약본 보고 관련 직권남용: ⓐ M사령부 소속 부대원이 공개된 민간 F 방송인 'G'의 내용을 단순히 녹취·요약하여 청와대에 전송하는 행위는 군 보안업무나 군 방첩업무, 군 첩보나 군 관련첩보 수집·작성 및 처리를 포함하여 앞서 살펴본 구 M사령부령가 정한 M사령부의 어느 업무에도 해당된다고 보기 어렵다. ⓑ 설령 피고인과 AO 등이 CS 등 BP부대원들로 하여금 인터넷상의 민간 F 방송인 'G'의 내용을 녹취·요약하여 청와대에 전송하도록 지시한 사실이 있다고 하더라도, 피고인과 AO 등의 위와 같은 행위가 형식적·외형적으로 M사령부의 일반적인 직무권한에 속하는 사항에 관한 지시라고 단정하기 어려우므로, 피고인과 변호인의 나머지 주장에 나아가 판단할 필요 없이 피고인과 AO 등이 공모하여 직권을 남용하여 CS 등 BP부대원들로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다는 이 부분 공소사실이 법관으로 하여금 합리적 의심의 여지를 배제하게 할 정도로 증명되었다고 인정하기에 부족하다.

② '일일 사이버 검색결과' 작성 및 뉴미디어비서관실 전송 관련 직권남용: 검사가 제출한 증거들만으로 이 부분 공소사실이 법관으로 하여금 합리적 의심의 여지를 배제하게 할 정도로 증명되었다고 인정하기에 부족하다.

(7) 대법원 2017.6.8. 선고 2016도3411 판결 (다이아몬드 매장량 관련 허위 보도자료 작성·배포 지시)[600]

〈공소사실〉

외교통상부 에너지자원대사인 피고인 A는 - 피고인 CNK인터내셔널 대표 B와 공모하여 - CNK 인터내셔널의 카메룬에서의 방대한 규모의 다이아몬드 허위 매장량 정보를 엄격히 검토한 것처럼 외교통상부 명의의 보도자료를 작성·배포하게 함으로써, 외교통상부 부하 직원인 EW, EX에게 의무 없는 일을 하도록 하였다(대법원 판결문을 참조하여 구성).[601]

〈법원 판단〉

원심은 … 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 A가 고의로 외교통상부 명의의 1, 2차 보도자료를 허위로 작성하였다고 인정하기 부족하고, 피고인 A가 2차 보도자료 배포와 관련하여 직권을 남용하여 EW, EX에게 의무 없는 일을 하도록 하였다거나 정당한 권한 이외의 행위를 하였다고 보기 어렵다고 판단하여 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 원심 판시 관련 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 관련 법리를 오해한 잘못이 없다.

(8) 대법원 2017.5.11. 선고 2017도1666 판결 (시장의 민간단체 주도 주민투표 실시 사건)[602]

〈공소사실〉

삼척 원전 유치신청 철회에 관한 주민투표를 반드시 실시하겠다는 공약을 내세워

---

600) (1심) 서울중앙지방법원 2015.01.23. 선고 2013고합160 판결, (2심) 서울고등법원 2016.2.3. 선고 2015노548 판결

601) 이 사건은 "CNK인터내셔널이 카메룬에서 방대한 규모의 다이아몬드 매장을 확인했다는 내용의 보도자료를 외교통상부가 발표하였고, 이후 CNK의 주가가 급등하였고 회사 대주주는 보유 주식을 팔아 차익을 남겼으나 이후 다이아몬드 광산 개발은 지지부진해졌다. 이에 외교부가 허위 또는 과장된 내용을 발표했고 이를 통해 김은석 에너지자원 대사 등 외교부 공직자 등이 부당이득을 취득했다는 의혹에 대해 검찰이 수사한 사건"이다 (https://p.peoplepower21.org/WatchPro/case_detail.php?id=172) (2022.10.28. 최종방문).

602) (1심) 춘천지방법원 강릉지원 2016.10.6. 선고 2016고단8 판결, (2심) 춘천지방법원 강릉지원 2017.1.10. 선고 2016노481 판결

삼척시장에 당선된 피고인 A가 삼척선거관리위원회로부터 이와 관련한 주민투표 사무관리가 주민투표법상 불가능하다는 통보를 받자, 삼척시 자치행정국장이었던 피고인 B 등과 공모하여 삼척시의 종교단체 및 사회단체 대표 등 민간단체가 주도하는 '삼척 원전 유치 찬반 주민투표관리위원회'를 출범하여 주민투표를 계획·실시하면서, 시장의 지도·감독에 관한 직권을 남용하여 삼척시 이·통장들에게 주민들을 방문하여 개인정보동의서를 작성·제출받도록 지시하였고, 삼척시 공무원들에게 개인정보동의서 징구, 읍·면·동별 징구 실적 보고, 투표인명부 작성, 투개표사무 종사 업무를 하도록 지시함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉 2심 및 대법원 원심 수긍

① (비법정 주민투표는 공정하고 전문적인 선거관리업무가 이루어지기 어려워 그 결과에 대하여 소수집단이 승복하지 아니하거나 투표를 주도하는 세력에 의한 선동과 여론조작의 위험성이 있고, 본 사안과 같이 국가와 지방자치단체의 입장이 충돌하는 경우 그 갈등을 심화시킬 가능성이 있음은 부정할 수 없다. 하지만) 비법정 주민투표에는 법률에서 부여하는 효력이 인정되지 않는 점, 자유민주주의는 대립하는 다양한 견해가 논리와 설득력의 경합을 통해 공동체적 다수의견을 형성해 가는 과정이고, 비법정 주민투표도 그러한 노력의 일환이라고 평가할 수 있는 점, 행정의 분권화와 지방의 균형 있는 발전을 위하여 보장되는 지방자치제도의 취지 등을 고려하여 보면, 앞서 본 우려를 이유로 지방자치단체장이 법정 주민투표를 시도하다가 실패한 뒤 추진한 비법정 주민투표가 곧바로 불법행위가 된다고 보기는 어렵다.

② 전원개발사업자가 전원개발사업 실시계획을 수립하여 산업통상자원부장관의 승인을 받기 전까지는 원자력발전소의 건설 계획이 확정되었다고 볼 수 없고(전원개발촉진법 제5조 참조), 그 승인시까지 지방자치단체의 장이 유치신청을 철회하는 등의 의사표시를 하는 것은 국가의 정책결정과정에 사실상 영향을 미친다고 할 것인바, 그러한 유치신청 철회 여부를 결정하고, 철회의 의사표시에 설득력을 더하기 위하여 주민의 의견을 수렴하는 것은 지방자치단체의 사무에 속한다고 보인다. 나아가 전원개발촉진법 제5조 제4항은 산업통상자원부장관이 전원개발사업 실시계획을 승인하려는 경우 미리 해당 전원개발사업구역을 관할하는 시장·군수·구청장 및 특별시장·광역시

장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사의 의견을 듣도록 규정하고 있는바(2006. 1. 27. 법률 제13862호로 개정되면서 시장·군수·구청장에 대한 의견청취가 추가되었다), 이러한 의견청취절차를 준비하는 것도 지방자치단체의 사무에 해당한다.

③ 피고인들이 이 사건 주민투표를 통하여 주민들의 의견을 수렴한 행위에 직무집행의 필요성과 상당성이 인정되지 않는다고 보기 어렵다.

(9) 대법원 2014.12.24. 선고 2012도4531 판결 (국방부 근무지원단장이 수사권한이 없는 사건에 관하여 검찰에 내사 요청)[603]

〈공소사실〉

국방부 근무지원단장인 피고인(소장)은 국방부 근무지원단 헌병대대 수사과장(준위)으로 하여금 자신들의 상관인 해병대 사령관과 관련된 '쌀군납 사건 및 진급로비 사건' 의혹과 관련하여 대구지방검찰청 포항지청에 이행각서 등 내사자료를 제공하며 내사요청을 하도록 하였다(대법원 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉 / 원심 파기

국방부 근무지원단장인 피고인에 대하여 직권남용권리행사방해죄가 성립하기 위해서는 국방부 근무지원단장의 '일반적 권한'에 속하는 사항에 관하여 그것을 불법으로 행사하여야 하는데, 피고인에게는 국방부 근무지원단 헌병대대의 임무에 속하는 사항에 대하여만 이를 지휘·감독할 권한이 있으며 국방부 근무지원단 헌병대대는 그 관할에 속하는 사건에 대한 수사권한만 가지고 있고 그 관할을 벗어난 해병대 사령관에 대한 직접적 수사 권한이나 민간 수사기관에 이에 대한 내사를 요청할 권한은 없다고 할 것이므로, 국방부 근무지원단장인 피고인에게는 해병대 사령관의 '쌀군납 사건 및 진급로비 사건'에 대한 수사를 지시하거나 포항지청에 이에 대한 내사요청을 지시할 '일반적 권한' 자체가 없다고 할 것이다. 따라서 피고인이 국방부 근무지원단 헌병대대에 속한 **공소외 1로 하여금** 공소외 6과 공소외 4를 직접 만나서 사실관계를 확인하게 하였다거나 포항지청에 내사요청을 하였다고 하더라도, 위 행위들을 가지고 피고인의 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 직무권한을 행사한 것이라고 할 수 없다.

603) (2심) 고등군사법원 2012.4.6. 선고 2011노284 판결

그럼에도 이와 달리 원심은, 피고인 예하 헌병대대가 그 진위가 의심되는 미확인된 첩보를 지휘계통인 국방부 조사본부에 보고할 법령상 의무가 있었다거나 피고인이 예하 헌병대대 수사과장에 대한 업무 지휘·감독권이라는 일반적 권한을 가지고 있었다는 사정만을 가지고, 그러한 일반적 권한에 속하지 아니하는 위 행위들에 대하여 피고인의 직권과 아무 관련 없는 행위라고 볼 수 없다고 인정하여, 위 행위들이 직권남용권리행사방해죄에 해당한다고 판단하였다. 결국 이러한 원심의 판단에는 직권남용권리행사방해죄에서의 '직권남용'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

(10) 대법원 2013.1.31. 선고 2012도2409 판결 (회생법원 재판장이 관리인들에게 특정 변호사와의 상담을 권고)[604]

〈공소사실〉

회생법원의 재판장인 피고인은 주식회사 A, 주식회사 B의 효율적인 회생을 위하여 재산을 유지·보전하는 방법을 강구하고 있던 바, 기존 경영진들에 대한 손해배상책임 추궁이 가능하며 그와 같은 손해배상청구에는 법률적으로 어려움이 예상되니 변호사와 상의하여 구체적인 방안을 마련하는 것이 필요하다고 하면서 당시 회생사건을 수 회 처리해본 경험이 있고 건설회사의 관리인 대리의 경험이 있는 C 변호사를 찾아가 상담해보고 손해배상을 받을 방안을 수립해 보라고 하였고, 그에 따라 관리인들로 하여금 C 변호사를 선임하여야 할 아무런 법적인 의무가 없음에도 피고인 C를 손해배상청구소송 등의 대리인으로 선임하도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉 / 원심판단 수긍

피고인이 A회사와 B회사의 관리인들에게 변호사 C를 찾아가 상담해 보라고 말한 행위는 위 회사들의 회생절차를 맡고 있던 파산부 재판장으로서 위 회사들의 회생을 위하여 기존 경영진에 대한 손해배상청구권 중 일부라도 회수함으로써 위 회사들의 회생을 원활히 하고자 하는 목적 아래 관리인들이 그 업무를 잘 처리할 수 있도록 그 방법에 관하여 조언하였거나 권고한 것으로서 직무 본래의 취지에 반하여 권한을 행사하

604) (1심) 광주지방법원 2011.9.29. 선고 2011고합200 판결, (2심) 서울고등법원 2012.2.2. 선고 2011노3226 판결

였다고 볼 수 없고, 또한 위 관리인들의 의사결정을 왜곡하여 변호사C의 선임을 강제하였다고 볼 수 없어 관리인들로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 것으로 볼 수도 없다.

(11) 대법원 1991.12.27. 선고 90도2800 판결 (기자간담회에 참고할 메모 작성 지시)[605]

〈공소사실〉

치안본부장이 국립과학수사연구소 법의학1과장에게 고문치사자의 사인에 관하여 기자간담회에 참고할 메모를 작성하도록 요구해서 그의 의사에 반하는 메모를 작성토록 하여 교부받았다(대법원 판결문을 참조하여 구성).[606]

〈판단〉 / 원심판단 수긍

직권남용죄의 "직권남용"이란 공무원이 그의 일반적 권한에 속하는 사항에 관하여 그것을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 따라서 직권남용은 공무원이 그의 일반적 권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 지위를 이용한 불법행위와는 구별되며, 또 직권남용죄에서 말하는 "의무"란 법률상 의무를 가리키고, 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다.

C과장의 메모작성행위가 B연구소의 행정업무에 관한 행정상 보고의무라고 할 수 없고 A본부장이 위 과장에게 메모를 작성토록 한 행위가 그 일반적 권한에 속하는 사항이라고도 볼 수 없으며 또 위 과장이 그 요청에 따라 작성해 준 메모는 정식 부검소견서가 아니어서 동인이 위 메모를 작성하여 줄 법률상 의무가 있는 것도 아닐 뿐만 아니라, 그와 같은 메모를 작성하여 준 것도 단순한 심리적 의무감 또는 스스로의 의사에 기한 것으로 볼 수 있을 뿐이어서 법률상 의무에 기인한 것이라고 인정할 수도 없으므로, A본부장이 동인에게 메모의 작성을 요구하고 이를 동인이 내심의 의사에 반하여 두 번이나 고쳐 작성하도록 하였다 하여도 이를 의무 없는 일을 하게 한 것이라고 볼 수 없어 직권남용죄는 성립되지 아니한다.

---

605) (1심) 확인 불가, (2심) 서울고등법원 1990.8.17. 선고 88노1327 판결

606) 이 사건은 치안본부장 강○○이 공소외 박○○을 부검한 국립과학수사연구소 의사 황적준에게 직접 기자간담회용 메모의 작성을 지시하고 두 차례에 걸쳐 부검소견에 어긋나는 내용을 메모에 기재토록 요구하여 이를 교부받은 사건이다(대법원 1991.12.27. 선고 90도2800 판결문 참조).

(12) 대법원 2009.4.9. 선고, 2007도9481 판결 (경찰서 상황실장이 직무를 거부하여 긴급체포된 자의 호송받기를 거부)[607]

〈사건개요〉

강릉경찰서 상황실장인 피고인이 검사의 피체포자 호송 및 구금 지휘를 받은 유치장 근무 경찰관 BB로부터 긴급체포된 자를 호송할 수 있도록 유치장 출입문 외부잠금장치를 해제하여 달라는 취지의 요청을 받고도 자신이 통제하고 있는 위 외부잠금장치의 해제를 거부하여 BB로 하여금 위 검사의 지시에 따라 유치장을 나와 위 지청으로 출동하여 긴급체포된 자를 호송해 오지 못하도록 함으로써, 직권을 남용하여 BB의 권리행사를 방해하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

〈1심〉

① 상황실장인 피고인이 유치장 안에서 야간 근무를 하는 순경 BB에게 근무 장소에서의 이탈금지 지시와 함께 유치장 출입문 외부잠금장치를 해제하지 않은 행위는 상황실장으로서 피고인의 일반적 권한에 속하는 행위이다.

② 피고인이 당시 유치장의 출입문 외부잠금장치를 해제하지 아니한 행위는 실질적으로 검사의 피체포자 호송 및 구금 지휘를 정당한 이유 없이 거절하기 위한 수단으로 행사한 것으로 보이고, 그 실질은 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 하는 경우로 볼 수 있으므로 이는 직권남용죄에서의 직권남용에 해당한다고 할 것이다.

③ 직권남용죄의 보호법익은, 직권남용의 측면에서 볼 때 공무의 적정한 수행을 보호하기 위한 것이고, 권리행사방해 등의 측면에서 볼 때에는 개인의 자유와 권리를 보호하기 위한 것이므로, 양측의 법익 침해가 모두 인정되지 않는 이상 직권남용죄는 성립하지 않는 것이다.

④ 당시 피고인이 유치장 출입문 외부잠금장치를 해제하지 않음으로써 결과적으로

607) (1심) 춘천지방법원 강릉지원 2007.4.30. 선고 2007고합6 판결, (2심) 서울고등법원 2007.10.19. 선고, 2007노1093 판결

BB가 피체포자의 호송 및 구금 업무를 수행하지 못하게 되었다고 하더라도, 당직 근무자로서 원래부터 부담하는 BB 자신의 직무상 의무가 검사의 수사지휘로 인해 새롭게 개인의 자유와 권리로 보호받을 정도의 현실적인 권리로 구체화되었다고 보기 어렵고, 나아가 BB의 위와 같은 직무상 임무는 경찰 당직 근무자라는 그 지위에서 비롯되는 국가 및 국민에 대한 충근의무로 볼 수 있을지언정 이를 개인적인 이익으로 향유할 수 있는 의사의 지배주체로서의 권리에 해당한다고는 도저히 보기 어렵다.

〈2심〉

① 피고인이 유치장 출입문의 외부잠금장치를 해제하지 아니하고 순경으로 하여금 밖으로 나가서 피의자 호송 및 구금 업무를 하지 못하도록 한 것은 상황실장으로서의 직권을 남용한 것이라고 한 원심의 판단은 정당하다고 보인다.

② 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에서 '권리행사를 방해한다' 함은 법령상 행사할 수 있는 권리의 정당한 행사를 방해하는 것을 말하므로, 이에 해당하려면 구체화된 권리의 현실적인 행사가 방해된 경우라 할 것이고, 공무원의 직권남용행위가 있었다 할지라도 현실적으로 권리행사의 방해라는 결과가 발생하지 아니하였다면 본죄의 기수를 인정할 수 없는바(대법원 2006.2.9. 선고 2003도4599 판결), 이 사건 당시 검사가 한 수사지휘는, 경찰서의 어떤 특정한 경찰관을 지목하여 한 것이 아니라, 경찰서의 내부 규정이나 관례에 따라 피의자 호송업무를 담당하도록 되어 있는 경찰관이든, 특별한 사정이 있어서 상황실장이 위 호송업무를 담당할 직원으로 지정한 경찰관이든 위 호송업무가 적정히 이루어질 수만 있다면 그 호송업무를 처리할 사람에 대하여는 경찰서 자체적으로 정하여 위 호송업무를 처리하라는 취지이다. 따라서, 이 사건 당일 유치장 근무 직원인 BB가 E 경장, T 순경으로부터 검사의 피의자 호송에 관한 수사지휘를 전달받았다 하더라도, 경찰서에 특별한 사정이 있거나 상황실장이 위 호송업무를 수행할 직원을 변경하는 지시를 하는 등으로 BB 순경이 아닌 다른 직원이 피의자 호송업무를 수행하게 될 가능성도 얼마든지 있는 것이므로, BB 순경은 피의자 호송업무에 관하여 이를 수행할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있는 잠정적인 지위에 있을 뿐이라고 할 것이다.

③ 그리고, 실제로도 이 사건 당시 야간 당직근무 중인 직원들에 대한 관리, 감독 업무를 총괄하는 상황실장인 피고인이 명시적으로 유치장 근무 중인 BB 순경에게 유치장에서 계속 근무할 것을 명하고 밖으로 나가지 말 것을 지시한 이상, 경찰서의 그동안의 관례에 따르면 BB 순경이 피의자 호송업무를 수행할 자로 잠정적으로 정하여진다는 것만으로는, BB 순경에게 유치장 밖으로 나가 피의자를 호송할 수 있는 권리가 구체화되었다고 할 수는 없다고 판단된다.

④ 그렇다면, BB에게는, 피고인의 위와 같은 직권남용 행위로 인하여 그 행사가 방해될 만한 구체화된 권리가 있다고 할 수 없으므로, 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심은 결론에 있어 정당하고, 검사의 위 주장은 이유 없다.

〈대법원〉

① 형법 제123조가 규정하는 직권남용권리행사방해죄에서 권리행사를 방해한다 함은 법령상 행사할 수 있는 권리의 정당한 행사를 방해하는 것을 말한다고 할 것이므로, 이에 해당하려면 구체화된 권리의 현실적인 행사가 방해된 경우라야 할 것이고, 또한 공무원의 직권남용행위가 있었다 할지라도 현실적으로 권리행사의 방해라는 결과가 발생하지 아니하였다면 본죄의 기수를 인정할 수 없다(대법원 2006.2.9. 선고 2003도4599 판결, 대법원 1986.6.30.자 86모12 결정 등 참조).

② 원심은, 적법하게 채용한 증거들에 의하여 그 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 그 인정사실들을 종합하면 이 사건 공소사실 제2항과 관련하여 당시 BB경찰서 유치장 근무 직원인 김○○ 순경에게는 피고인의 위 공소사실 기재와 같은 직권남용행위로 인하여 그 현실적인 행사가 방해될 만한 구체화된 권리가 있었다고 할 수 없다고 하여 피고인의 이 사건 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 무죄로 판단하였는바, 앞서 본 바와 같은 법리 및 기록에 비추어 살펴보면 위와 같은 원심에서의 증거의 취사선택과 사실인정 및 판단은 정당하여 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 직권남용권리행사방해죄에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(13) 대법원 2006.2.9. 선고 2003도4599 판결 (정통부장관이 통신사업자 선정 관련 배점방식 변경 지시)[608]

〈공소사실〉

정보통신부장관인 피고인은 1996년 개인휴대통신(PCS) 사업자 선정 과정에서 청문심사의 배점 방식 등을 LG텔레콤에 유리하도록 통신위원회 심의·의결없이 "평균 배점방식"에서 "전부 또는 전무 배점방식"(청문심사위원 7명이 토론을 통하여 의견을 종합하고 다수로 우세업체를 정하여 세부심사항목별로 우세업체에게는 만점을 주고 경쟁업체는 영점처리하는 방식)으로 일방적으로 변경토록 지시하여, 결국 LG텔레콤이 '통신사업에의 참여 타당성' 등 청문 세부심사항목 5개에 배정된 점수의 만점(2.2점)을 받아 사업자로 선정된 반면 경쟁업체인 에버넷(삼성·현대의 콘소시움)은 영점 처리되어, 사업계획서 심사에서 LG텔레콤보다 0.38점을 앞섰던 에버넷을 사업자 선정에서 탈락하게 함으로써 직권을 남용하여 에버넷이 LG텔레콤과 적법한 행정절차 아래에서 공정하게 경쟁하여 개인휴대통신 사업자로 선정될 수 있는 권리의 행사를 방해하였다(2심 판결문을 참조하여 구성).

〈판단〉 / 원심판단 수긍

원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시의 사실을 인정한 다음, ① 개인 휴대통신의 사업자 선정과정에서 청문심사의 도입이나 청문심사의 배점과 관련하여 평균배점방식에서 전무배점방식으로의 변경이 모두 피고인의 지시에 의하여 이루어진 점, ② 피고인이 공소외 1 국장으로부터 주식회사 엘지텔레콤(이하 '엘지텔레콤'이라 한다)과 에버넷(삼성·현대의 컨소시엄)의 우열을 가리기 힘들다는 보고를 받은 다음날 이미 공고된 평균배점방식을 통신위원회 심의나 공고 없이 임의로 전무배점방식으로 변경할 것을 실무자들에게 지시하여 시행한 점, ③ 심사위원들에게 평가방법이 변경되었다는 사실을 알리지 아니하여 당시 심사위원들은 평균배점방식에 의한 채점을 하였으며, 전무배점방식은 사전에 심사위원들의 논의와 의사수렴과정을 거쳐 결정된 것이라고는 보기 어려운 점, ④ 심사기준 등은 통신위원회의 심의를 거쳐 공고하도록 되어

608) (1심) 서울지방법원 2002.4.26. 선고 2001고합420 판결, (2심) 서울고등법원 2003.7.24. 선고 2002노1153 판결

있는데 심사위원들은 이미 공고된 기준과 방법과 달리 정할 수 없는 점, ⑤ 전무배점방식은 열세업체에게 부분점수가 전혀 인정되지 않고, 토론을 거쳐 우세업체를 다수결로 결정하게 되므로 토론 과정에서 세부심사항목의 전문가인 발제자가 특정 업체를 지지하면 비전문가인 나머지 심사위원들이 발제자의 의견을 따라갈 가능성이 있어 점수가 한쪽으로 치우쳐질 가능성이 매우 높으며, 평균배점에서의 근소한 차이가 전무배점에서는 만점과 영점으로 극단적인 차이를 가져오므로 이러한 평가방법은 아주 예외적인 평가방법으로 보이는 점, ⑥ 피고인은 단순히 채점방식의 변경이라 하지만 결국은 배점방식의 변경에 이르게 된다는 점, ⑦ 피고인은 청문평가시 심사위원 7명 중 공소외 2, 공소외 3을 제외한 나머지 5명을 직접 선정하였고, 그 5명이 전부 피고인의 의사가 반영될 여지가 있던 사람들이었던 점, ⑧ 피고인은 공소외 1로부터 보고를 받아 엘지텔레콤과 에버넷이 우열을 가리기 힘들다는 사실을 알고 있었고 청문심사를 전무배점방식으로 하도록 지시한 상태라서 청문심사가 사업자 선정을 좌우하게 될 것이라는 사실을 알면서도 조찬 모임에서 청문심사가 사업자 선정에 영향을 미치지 못한다고 말하면서 청문심사 5개 항목과 관련이 없는 경제력 집중과 기업의 도덕성을 강조한 점, ⑨ 사업계획서 심사는 10일간에 이루어졌음에도 청문심사는 단 2시간에 걸쳐 심사위원들에게 청문심사와 관련된 자료를 검토할 기회를 제대로 부여하지 않은 채 진행된 것인 점 등에 비추어 **피고인이 직권을 남용하였다고 판단하면서도,** 직권남용의 행위가 있다 하더라도 본죄가 기수에 이르려면 현실적으로 권리행사의 저해가 있어야 하는데 청문심사 및 평가 과정에서 에버넷만이 청문심사위원들에 의하여 불공정한 대우를 받아 공정하게 경쟁을 할 수 없었다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라 청문평가의 배점이 2.2점으로 정하여져 있는 상황에서 에버넷이 이전의 사업계획서의 심사결과에서 엘지텔레콤보다 0.38점 앞서 있었다는 사정만으로는 에버넷이 전기통신사업법상 개인휴대통신사업자로 선정될 수 있는 권리라는 것은 **아직 구체화된 권리라고 볼 수 없어서, 결국 에버넷이 가진 구체적인 권리의 현실적 행사가 방해되는 결과가 발생하지는 아니하였다**는 이유로 무죄를 선고하였다.

원심판결 이유를 위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 직권남용권리행사방해죄에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(14) 대법원 2005.4.15. 선고 2002도3453 판결 (대검찰청 공안부장이 조폐공사 사장에게 구조조정 등 지시)[609]

〈공소사실〉

대검찰청 공안부장인 피고인이 고등학교 후배인 조폐공사 사장에게 전화를 하여 조폐공사의 쟁의행위·경영에 관련하여 임금삭감안 대신 옥산과 경산 조폐창을 조기 통폐합하는 구조조정안을 추진하도록 지시하였다(대법원 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉 / 원심판단 수긍

대공·선거·노사·학원 등의 공안사건에 관한 검찰업무를 지휘·감독하는 권한을 행사하는 대검찰청 공안부장이 한국조폐공사 사장에게 조폐공사의 쟁의행위·경영에 관하여 어떠한 지시나 명령을 할 수 있는 권한을 가지고 있다고 볼 수 없으므로, 대검찰청 공안부장인 피고인이 조폐공사 사장인 공소외인에게 조폐공사의 쟁의행위·경영에 관하여 공소사실과 같은 언행을 하였다 하더라도 그것이 피고인의 일반적 직무권한에 속하는 사항이라고 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거만으로는, … 피고인의 위 전화행위와 공소외인이 직장폐쇄를 철회하고, 인력감축을 하지 않으려던 경영방침을 포기한 후 옥천조폐창을 경산조폐창으로 조기에 통합하기로 결정한 것 사이에 인과관계가 있다고 볼 수 없다.

마. 인사권 부당 행사

(1) 채용(임용) 개입

1) 대법원 2022.3.17. 선고 2021도2228 판결 (국회의원(염○○) 강원랜드 채용비리 사건)[610]

〈공소사실〉[611]

(강원랜드 1차 교육생 채용 관련 직권남용권리행사방해)

국회의원인 피고인은 2012년 11월경 강원랜드 대표이사 BB에게 보좌관을 통해

609) (1심) 서울지방법원 2001.7.27 선고 99고합790 판결, (2심) 서울고등법원 2002.6.14. 선고 2001노2159 판결

610) (1심) 서울중앙지방법원 2020.1.30. 선고 2018고합721 판결, (2심) 서울고등법원 2021.1.29. 선고 2020노309 판결

611) 1심 판결문 및 대법원, 대법원 선고 2021도2228 직권남용권리행사방해 등 사건 보도자료(2022-03-17), 1~2면 참조하여 구성함.

강원랜드 부사장 및 인사팀장에게 채용을 요구하는 사람들의 명단을 전달하였고, BB는 피고인의 요구에 따라 강원랜드 인사팀 실무자들에게 그 대상자들을 합격시키도록 지시하였고 위 실무자들은 피고인이 채용을 요구한 응시자들의 자기소개서 평가점수를 인위적으로 상승시켜 서류전형을 통과시키거나 직무능력검사 결과를 무시한 채 면접 참고자료로만 활용함으로써 이들이 부당하게 면접에 응시할 수 있게 하고, 그 중 면접전형에 합격한 18명이 강원랜드 1차 교육생으로 채용되게 하였다. 이로써 피고인은 보좌진 EE 등과 공모하여 강원 정선군 지역구 국회의원 및 국회 문화체육관광방송통신위원회 위원으로서 그 직권을 남용하여 강원랜드 대표 최BB을 통해 그 인사팀 소속 CC, DD 등 교육생 채용업무 담당자들로 하여금 피고인의 채용 요구 대상자 28명에 대해 자기소개 시 점수를 조작하거나 직무능력검사 결과를 반영하지 않은 채 면접전형에 응시하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

(강원랜드 2차 교육생 채용 관련 직권남용권리행사방해)

피고인은 2013년 3월 말~4월 초순경 비서를 통해 강원랜드 전무이사 및 인사팀장에게 채용요구 명단을 전달하며 이들을 2차 교육생으로 채용할 것을 요구하고, 2013년 4월경 강원랜드 대표이사 BB에게 위 명단을 전달하면서 합격할 수 있게 해달라고 하였다. BB는 강원랜드 인사팀장에게 위 명단을 건네주면서 대상자들의 채용을 지시하였고, 인사팀 실무자들은 피고인이 채용을 요구하는 응시자들의 면접점수를 합격점인 8.0점 이상으로 인위적으로 상승시키는 등의 방법으로 이들이 강원랜드 2차 교육생으로 채용되게 하였다. 이로써 피고인은 보좌진 GG 등과 공모하여 강원 정선군 지역구 국회의원 및 국회 문화체육관광방송통신위원회 내지 교육문화체육관광위원회 위원으로서 그 직권을 남용하여 BB를 통해 강원랜드 인사팀 소속 CC, DD 등 강원랜드 교육생 채용 업무 담당자들로 하여금 피고인의 채용 요구 대상자 21명에 대해 면접점수를 조작하여 채용되게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

〈법원 판단, 1심〉 / 2심 및 대법원 원심 인용

(1차 교육생 채용과 관련)

(1) 강원랜드의 카지노 영업 전반에 대한 관리·감독 업무가 문화체육관광부의 소관에

속하는 이상 문화체육관광방송통신위원회 역시 강원랜드에 대한 국정감사를 통하여 강원랜드의 카지노 영업 전반에 대한 관리·감독 권한을 행사할 수 있다고 볼 수 있다.

(2) 피고인이 국회나 문화체육관광방송통신위원회와는 무관하게 보좌관 등을 통해 강원랜드의 대표이사 등 관계자를 따로 만나 강원랜드의 직원 채용을 포함한 인사업무에 관하여 관리·감독권을 행사하는 것은 피고인의 일반적 직무권한에 포함될 수 없고, 결국, 피고인의 이 사건 부정 채용 요구행위는 피고인이 문화체육관광방송통신위원회 위원으로서 가지는 관리·감독 권한의 행사라는 외관을 갖추었다고 보기도 어렵다.

피고인 및 피고인의 보좌관 EE는 1차 교육생 채용과 관련하여 CC 등에게 피고인 청탁대상자의 명단을 전달하면서, 단순히 '잘 봐달라'는 취지의 요구를 하였을 뿐, 그 요구에 따르지 않으면 강원랜드에 대한 관리·감독 권한을 행사하여 강원랜드 및 그 관계자에게 불이익을 주겠다는 취지의 의사를 전달한 사실은 없다. 따라서 피고인의 이 사건 부정 채용 요구행위가 피고인이 국회의원 또는 상임위원회 위원으로서의 직무권한과 관련하여 이루어졌다고 보기도 어렵다.

결국, 이 사건 부정 채용 요구행위는 피고인이 BB와의 개인적 친분이나 강원랜드가 있는 정선군 지역구 국회의원으로서 가지는 사실상의 세력을 이용하여 BB로 하여금 자신의 청탁을 받아들이게 한 행위로 볼 수는 있겠으나, 달리 피고인이 자신의 직무권한 자체를 남용한 행위로 보이지는 않는다.

(2차 교육생 채용과 관련)

(관련자들의 진술을 믿기 어려워) 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다.

2) 대법원 2022.2.17. 선고 2020도3109 판결 (국회의원(권○○) 강원랜드 채용비리 사건)[612]

〈공소사실〉

국회의원인 피고인은 - 산업통상자원부 공무원들과 공모하여 - 강원랜드 사외이사

612) (1심) 서울중앙지방법원 2019.6.24. 선고 2018고합718 판결, (2심) 서울고등법원 202.2.13. 선고 2019노1529 판결

지명권을 가지는 광해관리공단 업무담당자들로 하여금 피고인의 친한 고등학교 동기 동창이자 선거운동을 지속적으로 도와준 D를 강원랜드 사외이사로 지명하게 함으로 직권을 남용하여 **광해관리공단 업무 담당자들**의 강원랜드 사외이사 지명에 관한 권리행사를 방해하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단, 1심〉 / 2심 및 대법원 원심 수긍

① 산업부 담당공무원이 광해공단 임직원에게 D를 강원랜드 사외이사로 지명하라고 요구하면서 자신의 요구에 불응할 경우 광해공단 또는 그 임직원에게 어떠한 불이익을 주겠다거나 이를 암시하는 언동을 하는 등으로 사실상 강제력을 행사하거나 법률적 불이익 등의 고지에 의하여 심리적으로 강제력을 행사하지 아니하여 산업부 담당공무원의 위와 같은 요구 행위에 형식적·외형적으로나마 직무집행으로 보이는 외관이 존재하였다고 볼 수 없고, D는 강원랜드의 사외이사가 될 수 없는 결격자도 아니므로 산업부가 관계 법령에 따른 광해공단에 대한 지도·감독의 일환으로 광해공단이 보유한 강원랜드에 대한 사외이사 지명권 행사에 관여한 것을 위법하거나 부당한 지시로 보기도 어려우며, 광해공단은 오래된 관행에 따라 산업부의 요구를 수용하여 강원랜드의 사외이사 지명권 행사에 필요한 형식적인 절차만 거쳤을 뿐 애초부터 광해공단의 독자적 의사에 따라 강원랜드 사외이사 지명권을 행사할 의사가 없어 권리행사를 방해당하지도 아니하였으므로, 어느 모로 보나 직권남용권리행사방해죄가 성립하지 않는다.

② 피고인은 산업부 담당공무원에게 D를 강원랜드 사외이사로 추천한 적이 없고, 설령 그렇지 않더라도 특수한 정책 목표의 달성을 위하여 폐특법에 따라 설립된 산업부 산하 공공기관인 강원랜드의 임원은 산업부나 청와대가 적임자라고 판단한 사람이 절차를 거쳐서 선정되는 것이어서 국회의원인 피고인이 그 선임 과정에 별다른 영향력을 행사할 수 없는 구조이므로, 피고인이 산업부 담당공무원들의 직권남용권리행사방해 범행에 공모하는 방법으로 가담하였다고 볼 수 없다.

3) 대법원 2020.2.6. 선고 2018도8808 판결 (대통령 직속 위원회 위원의 인사비리 등 사건)[613]

〈공소사실〉

피고인 A(CF 감독, 대통령 직속 문화융성위원회 위원)는 - 경제수석비서관 및 대통령과 순차 공모하여 대통령의 직권과 수석비서관의 직권을 남용하여 – KT 회장 등으로 하여금 자신의 지인인 제일기획 출신 이○○를 KT에 채용하게 하고, 다시 그를 광고 업무를 총괄하는 직책으로 전보하게 하였으며, 이○○를 통해 자신이 세운 '플레이그라운드'를 광고대행사로 선정하게 하는 등 의무 없는 일을 하게 하였다(대법원 판결문을 참조하여 구성).

〈법원판단, 2심〉 대법원 원심 수긍

① 원심은, 경제수석비서관인 V이 KT 회장 AU 등에게 전화하여 단순히 AR의 채용 및 보직변경을 요구하거나 P를 광고대행사로 선정하도록 요구하였을 뿐, 그 요구에 따르지 않으면 사업자 선정이나 각종 인·허가, 금융지원, 세무조사 등에 관한 권한을 행사하여 KT에 어떠한 불이익을 주겠다고 하거나 이를 암시하는 언동을 하였음을 인정할 증거가 없어, V의 위와 같은 행위에 형식적·외형적으로 직무집행으로 보이는 '외관'이 존재한다고 볼 수 없고, 나아가 V가 AU 등에게 위와 같은 요구를 하면서 '대통령의 지시사항, 관심사항'이라는 말을 하였다고 하더라도, 그와 같은 사실만으로 직무집행의 외관이 존재하였다고 보기도 어려우므로, 결국 V의 위와 같은 행위를 직권남용으로 인정할 수 없다는 이유로, 피고인에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 판단하였다.

② 검사의 이 부분 공소사실 중 대통령 및 경제수석비서관인 V가 남용한 권한이 무엇인지에 관하여 공소사실 기재만으로는 명확하지 않으나, 원심이 판시한 바와 같이, 다음의 두 가지로 해석될 여지가 있다. 즉, 일반 사기업인 KT에 대하여 특정 개인의 채용 및 보직 변경을 요구하는 것과 특정 기업체를 광고대행사로 선정하도록

613) (1심) 서울중앙지방법원 2017.11.22. 선고 2016고합1227, 2017고합497(병합), 2017고합519(병합) 판결, (2심) 서울고등법원 2018.5.18. 선고 2017노3557 판결, (3심) 대법원 2020.2.6. 선고 2018도8808 판결, (재항고심) 서울고등법원 2020.5.14. 선고 2020노293 판결

요구하는 것이 대통령과 경제수석비서관의 일반적 직무권한에 속하는 것임을 전제로 대통령 또는 V가 그와 같은 권한을 남용하였다는 것으로 보는 것이 그 중 하나이고, 대통령 또는 V가 개별 기업에 대한 사업자 선정, 각종 인·허가, 금융지원, 세무조사 등에 관한 권한을 남용하였다는 것으로 해석하는 것이 다른 하나이다.

- 우선, 전자로 보는 경우 사기업인 KT에 특정 개인의 채용 및 보직변경을 요구하거나 특정 기업체를 광고대행사로 선정하도록 요구하는 행위가 대통령이나 경제수석비서관의 일반적 직무권한에 포함되는지에 관하여는 이를 인정할만한 법령상 근거가 없고, 헌법 및 정부조직법을 포함하여 관련 법제를 종합적, 실질적으로 살펴보더라도 대통령이나 경제수석비서관의 일반적 직무권한에 위와 같은 행위가 포함된다고 볼 수는 없다.
- 검사는 AS가 정부 소유 주식을 모두 매각하여 민영화가 되었지만, 지배주주가 없는 상황에서 청와대의 통제를 받으면서 임원인사가 이루어졌고, 이를 통해 청와대가 KT의 경영에까지 영향력을 미쳐왔으며, 이러한 관계가 KT의 민영화 이후에도 15년 가까이 이어져 옴으로써 사실상 관례화되었다면서 KT의 특정 개인에 대한 인사 및 특정 기업체에 대한 광고대행사 선정에 대한 간섭도 대통령과 경제수석비서관의 일반적 직무권한 행사의 외형을 구비한 것이라는 취지로 주장한다. 그러나 직권남용죄의 '직권남용'이란 공무원이 그의 일반적 권한에 속하는 사항에 관하여 그것을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 따라서 직권남용은 공무원이 그의 일반적 권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 지위를 이용한 불법행위와는 구별되는데(대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2800 판결 참조), 가사 KT의 민영화 이후에도 정부가 KT의 인사나 계약체결 등과 같은 경영사항에 관하여 관례적으로 간섭을 해 왔다고 하더라도, 이는 정부가 그의 일반적 권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 지위를 이용한 불법행위에 해당할 뿐이고, 이러한 위법한 사실상의 관행을 근거로 위와 같은 행위가 대통령 및 경제수석비서관의 일반적 직무권한에 포함된다고 볼 수는 없다.
- 다음으로, 후자로 보는 경우에도 직권남용권리행사방해죄는 적어도 형식적·외형적으로 직무집행으로 보이는 직무집행의 '외관'이 존재하는 경우에만 성립할 수

있는데, 대통령이나 V이 개별 기업에 대한 사업자 선정, 각종 인·허가, 금융지원, 세무조사 등에 관한 권한을 행사하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없다. 다만, 앞서 본 것처럼 V가 AU에게 AR의 채용 및 보직변경과 P의 광고대행사 선정을 요구하였고, 그로 인하여 AU로 하여금 위와 같은 요구에 응하지 않는 경우 유·무형의 불이익을 초래할 위험이 있다는 위구심을 야기하게 하여 그와 같은 요구에 응하게 된 사실은 인정되나, V의 위와 같은 행위에 형식적·외형적으로 직무집행으로 보이는 외관이 존재한다고 볼 수 없어 V의 위 행위는 형법상 강요죄에 해당될 뿐 직권남용권리행사방해죄에 해당된다고 보기는 어렵다.

③ 따라서 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 원심판결에 검사가 주장하는 바와 같은 법리오해의 위법이 있다고 보기는 어려우므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

4) 대법원 2019.11.14. 선고 2019도11892 판결 (시장의 산하기관 인사권(채용) 개입)[614]

〈공소사실〉

천안시장인 피고인은 천안시 체육교육과장 AB를 통하여 천안시체육회 사무국장 AC에게 자신에게 정치헌금을 기부한 X를 천안시체육회 7급 직원으로 채용하라고 지시하였고, 자신을 찾아와 "X가 평이 좋지 않아 채용하기 어렵다"며 X의 채용에 반대하는 천안시체육회 상임부회장 B에게 채용하도록 지시하였고, 이에 B와 AC는 천안시체육회 인사위원회를 개최하여 X에 대한 면접을 진행하고 적합 평가를 한 후, X를 D시 체육회 7급 직원으로 채용하게 하였다. 이로써 피고인은 직권을 남용하여 B, AC로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단, 1심〉 / 2심 인용, 직권남용 부분은 상고제기 없었음

① 이 사건 당시 천안시체육회의 임원인 천안시체육회장은 공무원이 아니라 공공기관의 임직원에 해당하였다.[615] 이 사건 당시 천안시체육회 규약상 천안시장이 당연직

614) (1심) 대전지방법원 천안지원 2019.1.16. 선고 2018고합83 판결, (2심) 대전고등법원 2019.7.26. 선고 2019노40 판결

615) "공공기관의 운영에 관한 법률 제53조는 공공기관의 임직원을 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서는 공무원으로 의제하도록 규정하고 있으나, 직권남용권리행사방해죄에 관하여는 이러한 취지의 규정을 두고 있지 않으며, 2016.3.22. 공공기관의 운영에 관한 법률 제53조

회장으로 규정되어 있다고 하더라도, 천안시체육회의 업무와 관련한 천안시체육회장의 권한을 두고 곧바로 공무원인 천안시장이 그 직무에 관하여 가지는 일반적 권한이라고 볼 수 없다.

② 이 부분 공소사실은 "피고인이 천안시체육회 사무국장 AC와 천안시체육회 상임부회장 B에게 X를 천안시체육회 직원으로 채용하도록 지시하였다."는 것인바, 천안시체육회의 직원 채용과 관련한 업무는 천안시장이 아닌 천안시체육회장의 권한에 해당하고, 피고인이 천안시체육회의 직원 채용과 관련하여 천안시장으로서의 어떠한 권한을 남용하였다는 것인지가 나타나 있지 않다. 앞서 본 관련자들의 진술 내용을 모두 종합하더라도, 피고인이 천안시장으로서의 일반적 권한에 속하는 사항을 불법으로 행사하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

5) 서울고등법원 2019.4.5. 선고 2018노3058 판결 (국회의원(최○○)의원의 공공기관 채용 외압 사건)[616]

〈공소사실〉

국회의원인 피고인은 자신의 지역구 사무실 인턴직원이었던 황FF가 신규직원으로 채용될 수 있도록 해달라는 요구를 하였고, 이에 중소기업진흥공단 이사장 박GG는 집권 여당의 원내대표이자 국회 산업통상자원위원회 위원인 피고인으로부터 요구받은 황FF의 합격처리 요구를 따르지 않을 경우 중소기업진흥공단의 예산안이나 업무분담, 국정감사 등 각종 현안에 불이익을 당할 위험이 있다는 우려를 하게 되어, 같은 날 중소기업진흥공단 사무실로 돌아와 권KK에게 황FF를 합격시키도록 지시하여 황FF가 같은 달 2월경 중소기업진흥공단의 2013년도 하반기 신규직원 공개경쟁채용에 최종 합격하게 함으로써, 박GG로 하여금 황FF에게 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

가 위와 같은 내용으로 개정되기 전인 이 사건 당시에는 기타공공기관의 임직원은 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 공무원으로 의제되지 아니하였다."(판결문 내용)

616) (1심) 수원지방법원 안양지원 2018.10.5. 선고 2017고합41 판결, (2심) 서울고등법원 2019.4.5. 선고 2018노3058 판결, (3심) 진행중(2019도4636)

〈법원 판단, 1심〉

국회의원인 피고인은 자신을 찾아온 박GG와의 대화 과정에서 박GG에게 단순히 황FF의 채용을 요구하였을 뿐, 그 요구에 따르지 않으면 ◇◇공에 대한 감시·감독 권한을 행사하여 ◇◇공 또는 ◇◇공의 이사장인 박GG 개인에게 어떠한 불이익을 주겠다고 하거나 이를 암시하는 언행을 하였음을 인정할 증거가 없어, 피고인의 위와 같은 행위에 형식적·외형적으로 직무집행으로 보이는 '외관'이 존재한다고 볼 수 없다. 또한, ◇◇공에 특정인을 채용하도록 요구하는 행위가 국회의원의 일반적 직무권한에 포함된다고 볼 아무런 법령상의 근거가 없고, 피고인이 국회의원으로서 소속 상임위원회 활동을 통하여 ◇◇공의 업무에 대하여 사후적 관리·감독 권한을 행사할 수 있다고 하더라도, ◇◇공에 대하여 자신과 친분관계가 있는 특정 개인의 채용을 요구하는 행위는 사후적 관리·감독 권한과는 무관한 행위임이 그 요구행위 자체로도 명백하므로, 피고인의 직권남용으로 박GG가 자신의 의사에 반하여 의무 없는 일을 하였다고는 도저히 볼 수 없다.

형벌법규의 해석과 적용은 엄격하여야 하므로, 비록 범행 결과가 매우 중대하고 범행 동기나 방법 및 범행 정황에 비난 가능성이 크다는 사정이 있더라도, 이를 양형에 불리한 요소로 고려하여 그 형을 무겁게 정하는 것은 별론으로 하고, 그러한 사정을 이유로 형법 문언의 의미를 피고인에게 불리하게 확장하거나 형사재판에서 범죄사실의 증명책임을 완화할 수 없다. 이 법원은 공소장에 기재된 구체적 범죄사실이 검사가 제출한 증거들만으로는 공소장에 기재된 적용법조의 범죄에는 해당하지 않는다고 판단한 것이지, 피고인의 행위가 윤리적·도덕적으로 정당하다거나 허용된다는 취지는 아니다. 피고인의 채용 청탁에 따라 직접 채용 비리를 저지른 ◇◇공 관련자들이 유죄 판결을 받았음에도, 채용 청탁을 한 피고인에게 무죄를 선고하는 것이 결과만을 고려하였을 때 불공평할 뿐만 아니라 국민들의 법감정에 반할 수 있다는 측면에서 고민이 되기도 한다. 그러나 공소장에 기재된 죄명으로는 피고인이 유죄라는 확신이 들지 않은 이상 '의심스러울 때는 피고인의 이익으로'라는 형사법의 기본원칙을 따를 수밖에 없다.

(2) 사표징구 지시

1) 대법원 2022.1.27. 선고 2021도13541 판결ⓑ (산하 공공기관 임원 일괄 사표 징구 지시)[617]

〈공소사실〉

환경부장관인 피고인 A은 전임 정부에서 임명한 공공기관 임원들을 사퇴시킨 후에 후임자를 임명하기 위해, 환경부 공무원들과 산하 공공기관 임·직원들로 하여금 산하 공공기관 임원 15명에 대하여 잔여 임기나 실적, 전문성 보유 여부와 상관없이 일괄하여 사표 제출을 요구하게 하였다. 이로써 피고인 A는 인사권, 업무지휘권 및 산하 공공기관에 대한 인사권을 남용하여, ⓐ 환경부 공무원들과 산하 공공기관 임직원들에 대한 지시를 통하여 이들로 하여금 산하 공공기관 15명의 임원에 대하여 사표제출을 요구하도록 하는 의무없는 일을 하게 하였고, ⓑ 산하 공공기관 임원들 13명으로 하여금 사표를 제출하도록 하는 의무없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원의 판단〉

① 환경부 공무원들 및 산하 공공기관 직원들에 대한 직권남용권리행사방해

환경부 공무원들과 산하 공공기관 임직원들로 하여금 산하 공공기관 임원들에게 사표 제출을 요구하도록 한 행위에 대하여 1심과 항소심은 모두 무죄를 선고하였다. 사표를 징구해 오라고 지시한 행위는 환경부장관의 공무원들에 대한 지휘·감독권한을 남용한 것에는 해당하지만, 환경부 공무원들이 산하 공공기관 임원들에게 사표를 제출을 요구한 행위는 피고인 A의 인사권을 보조하는 사실행위를 한 것에 불과하고, 이들의 행위는 피고인 A의 직무집행으로 귀결되므로 환경부 공무원들로 하여금 의무없는 일을 하게 한 것이라고 볼 수 없다는 것이다.

② 산하 공공기관 임원 13명(사표제출자)에 대한 직권남용권리행사방해

1심은 환경부 산하 공공기관 임원 사표 제출자 13명 중 12명에 대한 행위에 대하여 유죄를 인정하였고, 항소심은 이 가운데 4명에 대해서만 유죄를 인정하였다. 〈1심〉은

617) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

사표 제출자 13명 중 12명과 관련하여, 단지 전 정권에서 임명된 임원들을 소위 '물갈이'하기 위해 사표 제출을 요구하였던 것인 점에 비추어 산하 공공기관 임원들이 사표를 제출한 것은 의무 없는 일을 한 것에 해당하고, 사표 제출을 요구받은 산하 공공기관 임원들은 사표 제출 요구를 받았기 때문에 내심의 의사에 반하여 사표를 제출하거나, 과거 정권 교체 이후 재신임 등을 목적으로 한 사표 징구 관행을 고려하여 사표를 제출한 것으로 봄이 상당하다고 하였다. 〈항소심〉은 사표 제출자 13명 중 8명의 임원은 임기가 만료되었고, 연임신청을 하지 않았거나 연임통보를 받지 못한 상태에 있었기 때문에 사표를 제출하였다 하더라도 이것이 법령상 의무없는 일에 해당하지 않고, 또한 이로 인해 산하기관 임원들의 사표 제출이 반드시 피고인 A의 사표 제출 지시로 인한 것이라고 인정하기 어렵다고 하였다(인과관계 부정). 반면 4명의 임원에 대하여는 사표 제출을 요구함으로써 직권을 남용하여 그들에게 의무 없는 일을 하게 한 사실 및 피고인 A의 직권남용과 산하 공공기관 임원들의 사표 제출 사이의 인과관계를 충분히 인정할 수 있다고 하였다. 예를 들어, E공단 상임이사(CK본부장) CL이 2018. 12. 임기가 만료되고도 2020. 6.경까지 실제로 계속 근무하였다고 하더라도, 이는 2018. 1.경 피고인 A이 직권을 남용하여 CL으로 하여금 임기 만료 전에 사표를 제출하는 '의무 없는 일'을 하게 한 다음 발생한 범행 후의 정황에 불과하다고 하였다.

(3) 승진성 인사 지시

1) 대법원 2020.12.10. 선고 2019도17879 판결(지자체장의 인사권 행사)[618]

〈공소사실〉

기장군수인 피고인 A은 2015. 7. 말경 기장군청 군수실에서 인사실무 담당자인 피고인 B로부터 승진후보자 49명에 대한 보고를 받던 중 49번 E 등 17명의 이름 옆에 'V'표시를 하는 방법으로 5급 승진대상자를 특정하고, 피고인 B에게 인사위원회에서 위 특정한 사람들을 추천하도록 하였다. 이에 따라 피고인 B는 인사위원장인 부군수 F 등에게 피고인 A가 5급 승진대상자 17명을 추천한 사실을 보고하였고, 피고

618) (1심) 부산지방법원 동부지원 2019.2.20. 선고 2018고단419 판결, (2심) 부산지방법원 2019.11.21. 선고 2019노876 판결

인 A가 특정한 17명이 승진대상자로 의결되도록 인사위원회 간사가 위 17명을 승진추천자로 호명하였고, 인사위원회에 참석한 X 등 인사위원들로 하여금 승진후보자 명부의 순위와 달리 평가할 구체적인 근거가 없음에도 위와 같이 호명된 17명을 각 5급 승진자로 의결하도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

지방공무원법령 규정에 따르면, 지방공무원의 임용권자는 일정한 기준에 따라 승진예정인원을 산정하고 근무성적평정 결과 등을 집계하여 승진후보자명부를 작성한 다음 인사위원회의 사전심의를 거친 후 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자부터 차례로 승진임용 여부를 심사하여 결정하여야 하지만, 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자를 반드시 승진임용하여야 하는 것은 아니다. 지방공무원 승진임용에 관해서는 임용권자에게 일반 국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에서와는 비교할 수 없을 정도의 매우 광범위한 재량이 부여되어 있으므로 승진임용자의 자격을 정한 관련 법령 규정에 위배되지 아니하고 사회통념상 합리성을 갖춘 사유에 따른 것이라는 일응의 주장·증명이 있다면 쉽사리 위법하다고 판단하여서는 안 된다(대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두47492 판결 등 참조). 특히 승진후보자명부에 있는 후보자들 중에서 어느 후보자가 승진임용에 더욱 적합한지는 임용권자의 정성적 평가가 필요한 사항이다. 행정청의 전문적인 정성적 평가 결과는 그 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있거나 그 판단이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 객관적으로 불합리하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원이 그 당부를 심사하기에는 적절하지 않으므로 가급적 존중되어야 한다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결 등 참조).

지방자치단체의 장이 승진후보자명부 방식에 의한 5급 공무원 승진임용 절차에서 인사위원회의 사전심의·의결 결과를 참고하여 승진후보자명부상 후보자들에 대하여 승진임용 여부를 심사하고서 최종적으로 승진대상자를 결정하는 것이 아니라, 미리 승진 후보자명부상 후보자들 중에서 승진대상자를 실질적으로 결정한 다음 그 내용을 인사 위원회 간사, 서기 등을 통해 인사위원회 위원들에게 '승진대상자 추천'이라는 명목으로 제시하여 인사위원회로 하여금 자신이 특정한 후보자들을 승진대상자로

의결하도록 유도하는 행위는 인사위원회 사전심의 제도의 취지에 부합하지 않다는 점에서 바람직하지 않다고 볼 수 있지만, 그것만으로는 직권남용권리행사방해죄의 구성요건인 '직권의 남용' 및 '의무 없는 일을 하게 한 경우'로 볼 수 없다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 지방공무원 승진임용에서 승진예정인원은 임용권자가 연간 퇴직률, 증원 예상 인원 등을 고려하여 장래의 승진임용 예정일자를 기준으로 결원을 예측·추산한 결과이므로, 그 결과가 실제 승진임용일자에 발생한 결원과 다소 차이가 있다는 이유만으로 승진예정인원의 산정이 위법하다고 단정할 수 없다. 장래에 발생할 불확실한 상황에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 내용이 현저히 불합리하지 않은 이상 폭넓게 존중되어야 하기 때문이다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결 등 참조).

② 승진후보자명부에 포함된 후보자들 중에서 승진대상자를 결정할 최종적인 권한은 임용권자에게 있다. 임용권자가 인사위원회의 심의·의결 결과와는 다른 내용으로 승진대상자를 결정하여 승진임용을 하는 것이 허용되는 이상, 임용권자가 미리 의견을 조율하는 차원에서 승진대상자 선정에 관한 자신의 의견을 인사위원회에 제시하는 것이 위법하다고 볼 수는 없다.

③ 임용권자가 승진후보자명부에 포함된 후보자들 중 특정인을 승진대상자로 제시한 경우에도, 인사위원회 회의에서 위원들은 자신의 독자적인 심의권한을 행사하여 여러 후보자들 중에서 누가 승진임용에 더욱 적합한지에 관한 의견을 개진하고 구성원 2/3 이상의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하는 방식으로 인사위원회 차원에서 승진대상자를 선정하여 임용권자에게 제시할 권한과 의무가 있다. 특히 신분이 보장되는 외부위원이 1/2 이상 참여하는 회의에서 인사위원회가 심도 있는 심의를 하지 않은 채 임용권자가 제시한 특정 후보자들을 그대로 승진대상자로 의결하였다면, 이는 인사위원회 위원들 스스로가 자신들의 권한을 소극적으로 행사한 것일 뿐, '의무 없는 일을 한 것'이라고 볼 수는 없다.

2) 대법원 2019.01.10. 선고 2018도14022 판결(지방경찰청장의 인사 개입)[619]

〈공소사실〉

서울지방경찰청장(치안정감)인 피고인 A는 ① 2015. 5.경 특진심사를 진행하던 서울지방경찰청 수사부장 AW에게 Q을 경위로 특진시킬 것을 지시하여 2015. 5. 수사부 공적심사위원회에서 Q을 수사부 1순위로 추천되도록 하고, 2015. 5. 서울지방경찰청 특별승진 심사위원회에서 Q을 최종 특진자로 결정되도록 하였다. 그리고 ② 2015. 7. 하순경 C의 부탁을 받은 B로부터 "지난번에 C 회장의 부탁으로 경위로 특진시킨 R 경위를 영등포경찰서 지능범죄수사과 지능팀으로 전보발령을 내 달라"는 청탁을 받은 후, 서울지방경찰청 담당자를 통해 영등포경찰서장 AX에게 "R의 보직을 챙겨줄 것"을 지시하여 2015. 7. 20.경 R 경위를 유사수신범행 등 경제사범 관련 인지수사를 담당하는 경찰서 지능범죄수사과 지능팀에 배치되도록 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단, 1심〉 / 2심 및 대법원 원심 승인

① 이 사건에서 피고인이 AW에게 Q에 대한 특진과 관련하여 어떠한 언급을 하였다고 보더라도, 구체적으로 무슨 내용의 말을 하였는지, 그 말의 의미가 과연 특정한 지시로 평가할 수 있는지, 나아가 직권남용권리행사방해죄에서 요구하는 위와 같은 요건을 충족하는지를 판단할 자료는 전혀 제출되어 있지 않다.

- 이 부분 공소사실에 따르면 단지 결과적으로 AW가 피고인의 지시에 따라 자신이 위원장인 기능별 공적심사위원회에서 Q를 1순위로 추천하였다는 것뿐이며 그러한 특진심사절차에 있어 AW 등이 법령에 정해진 어떠한 기준과 절차를 위반하였다는 것인지 자체가 분명하지 않고, AW, AG, BG 기타 관련자들의 진술이나 모든 증거를 살펴보아도 이에 관한 구체적인 내용을 찾아볼 수 없다.
- 임용권자인 피고인이 자신의 권한 범위에 속하는 사항에 관하여 의견을 개진하였다고 하더라도 그것만으로 당연히 직권남용 권리행사방해죄를 구성한다고 볼 수는 없다. 또한 형사과에서 자체 면접심사결과 Q가 5순위로 추천되었다고 하더

619) (2심) 서울중앙지방법원 2018.2.22. 선고 2017고합1089, 1119(병합), 1152(병합) 판결, (2심) 서울고등법원 2018.8.22. 선고 2018노918 판결

라도 이러한 자료는 공적심사위원회의 회의에 참고자료로 활용됨에 그치는 것이고, 수사부 특별승진 후보자추천은 기본적으로 대상자의 공적조서 등을 바탕으로 수사부 공적심사위원회의 자체적인 의결에 따라 정해지는 것이므로 수사부 공적심사위원회에서 당초 형사과 추천순위와는 달리 Q가 1순위로 추천되었다는 사정만으로 당연히 직무집행의 기준과 절차에 위반되는 것이라고 보기도 어렵다.

② 피고인이 R의 S경찰서 내 부서 배치에 관한 지시를 하였다고 하더라도, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 직권을 남용하였다거나 S경찰서 경찰관들에게 의무 없는 일을 하게 한 것이라고 단정하기는 어렵다.

- 특정 경찰관을 임의로 어디에 배치하라는 명시적인 지시였다기보다는 본인의 인사희망을 반영해주라는 정도의 언급으로 볼 여지도 있는데, 인사에 관여하는 언급 자체가 부적절한지는 별론으로 하더라도 그러한 취지의 언급만으로 곧바로 피고인의 행위가 공무원의 직무행위로서 필요성과 상당성을 벗어난 것으로서 직권을 남용한 행위에 해당하는 것이라고 단정하기는 어렵다.
- 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 AX 등의 재량권을 부당하게 제약함으로써 의사결정의 자유를 침해하여 법령상 의무 없는 일을 하게 하였다고 단정하기에는 부족하다.

(4) 좌천성 인사 지시

1) 대법원 2022.1.27. 선고 2021도13541 판결ⓒ (장관이 청와대 내정자가 E공단 상임감사 서류심사에서 탈락하자 담당 공무원(국장 및 과장) 문책성 좌천지시)[620]

〈공소사실〉

환경부 장관인 피고인 A는 E공단 상임감사로 청와대가 내정한 박○소(D)가 서류심사에서 탈락하자 이에 대한 책임이 있는 환경경제정책관(국장급) G와 운영지원과장 AT에 대하여 문책성 인사를 단행하였다. 즉, ① G가 임원추천위원회에 적극 개입하지 않음으로써 D가 서류심사에서 탈락하고 이로 인하여 청와대의 분노를 야기하는 상황

620) (1심) 서울중앙지방법원 2021.2.9. 선고 2019고합350 판결, (2심) 서울고등법원 2021.09.30. 선고 2021노354 판결

이 발생하자, 피고인 A는 G에게 그 책임을 묻기로 마음먹고 G를 '국립생물자원관 생물자원활용부장'으로 전보하라고 지시하였고, 운영지원과 과장 이○석(H)은 인사팀과 함께 전보 인사안을 작성하였다. 이로써 환경부 운영지원과장 H 및 운영지원과 인사팀 소속 공무원들로 하여금 인사원칙에 반하여 전보 인사안을 작성하는 의무 없는 일을 하게 하였다. ② 또한 피고인 A는 환경부 운영지원과장 AT에 대하여도 필수보직기간(3년)이 도과하지 않았고 전보해야 할 특별한 필요성이 없음에도 불구하고 BE 기획총괄팀장으로 전보하라고 지시하였고, 운영지원과 과장 AT는 인사팀과 함께 운영지원과장으로 부임한 지 불과 8개월 만에 자신을 FC 기획총괄팀장으로 전보하는 인사안을 작성하였다. 이로써 환경부 운영지원과장 AT 및 운영지원과 인사팀 소속 공무원들로 하여금 인사원칙에 반하여 전보 인사안을 작성하는 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원 판단〉

① G에 대한 전보권 행사 관련

G에 대한 전보권 행사 관련 환경부 공무원들에 대한 직권남용권리행사방해에 대하여는 1심과 항소심은 판단을 달리하였다(1심: 유죄, 항소심: 무죄).

〈1심〉은 피고인 A가 인사권을 남용하여 G에게 D의 E공단 상임감사 탈락과 관련된 문책성 인사로 전보인사를 한 사실을 인정할 수 있고, F를 국립생물자원관 생물자원활용부장으로 전보하는 것은 법령이 정한 전보인사 요건을 갖추지 못한 것으로 판단되고, 환경부 운영지원과장과 환경부 인사팀 공무원들은 G에 대한 위법한 전보인사안을 작성하지 않을 권한과 의무가 있으므로, 피고인 A가 자신의 직권을 남용하여 그들로 하여금 위법한 전보인사안을 작성하게 지시하여 그들이 위 전보인사안을 작성한 것은 의무 없는 일을 한 것에 해당한다고 하였다.

이에 대해 〈항소심〉은 고위공무원에 대한 전보인사는 인사권자의 권한에 속하고, ① 고위공무원은 고도의 전문지식과 직무능력, 인격을 갖출 것이 요구되므로 인사권자는 법령의 제한을 벗어나지 않는 한 여러 사정을 참작하여 전보인사의 내용을 결정할 필요가 있고 이를 결정함에 있어 상당한 재량을 가지고 있고, 인사권자의 지시 또는 위임에 따라 인사에 관한 직무집행을 보조 내지 보좌하는 실무 담당자도 그

범위에서 일정한 권한과 역할이 부여되어 재량을 가진다고 볼 수 있으며, ② 인사관리 세칙은 법규적 효력이 없는 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과한데 고위공무원단 인사에 엄격하게 적용되어 왔다고 보기도 어려우므로, G에 대한 전보인사가 인사관리 세칙을 준수하지 않았다고 하여 곧바로 위법하다고 보아 AT 및 인사팀 공무원들이 의무 없는 일을 한 것이라고 단정할 수는 없다고 하였다.

② AT에 대한 전보권 행사 관련

AT에 대한 전보권 행사 관련 환경부 공무원들에 대한 직권남용권리행사방해에 대하여는 - 위의 고위공직자 G에 대한 전보권 행사와는 달리 - 1심과 항소심 모두 무죄로 판단하였다.

AT에 대한 인사는 문책성 인사로 전보인사를 한 사실을 인정할 수 있지만(직권남용), 전보인사는 원칙적으로 인사권자의 권한에 속하고, 특히 상위직급에 대해서는 전문지식과 직무능력을 고려할 필요성이 크므로 인사권자는 법령의 제한을 벗어나지 않는 한 여러 사정을 참작하여 전보인사의 내용을 결정할 필요가 있고, 이를 결정함에 있어 상당한 재량을 가지며, 인사권자의 지시 또는 위임에 따라 전보인사에 관한 직무집행을 보조 내지 보좌하는 실무 담당자도 그 범위에서 일정한 권한과 역할이 부여되어 재량을 가진다고 보아야 한다. 따라서 운영지원과장 등이 AT를 FC 기획총괄팀장으로 전보하는 인사안을 작성한 것은 그들의 인사재량의 범위 내에 속하므로, 검사가 제출한 증거들만으로는 운영지원과장 등이 의무 없는 일을 하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

2) 대법원 2021.9.16. 선고 2021도2748 판결ⓓ (청와대 수석비서관의 문화체육관광부에 소속 공무원들(국·과장, 감사담당관)의 좌천성 인사조치 요구)[621]

〈공소사실〉

청와대 수석비서관인 피고인은 공직자 복무점검·직무감찰업무라는 수석의 직권을 남용하여 피고인의 요구를 거절할 경우 입게 될 불이익을 우려한 EH로 하여금 비위 혐의가 발견되어 정식으로 징계절차가 개시되거나 징계사유가 확정된 것도 아니었고

621) (1심) 서울중앙지방법원 2018.2.22. 선고 2017고합365, 732(병합) 판결; 서울중앙지방법원 2018.12.7. 선고 2018고합29 판결, (2심) 서울고등법원 2021.2.4. 선고 2018노826, 2018노3573(병합) 판결

EG 등의 경우 필수 보직기간을 채우지도 않아 사실상 전보조치를 할 수 없었음에도 불구하고 EE 등 국장 3명과 과장 3명의 공무원에 대한 좌천성 인사조치를 단행하도록 강요하여 의무 없는 일을 하게 하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

〈법원판단〉

검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 EK에게 문체부 국·과장에 대한 전보조치를 요구한 행위가 피고인이 자신의 직권을 남용함과 동시에 협박으로 EK로 하여금 의무 없는 일을 하도록 강요한 것으로 보기는 어렵다.

3) 대법원 2020.1.9. 선고 2019도11698 판결 (검찰국장의 검사 인사 보복사건)[622]

〈공소사실〉

법무부 검찰국장인 피고인은, 2015년 하반기 검사인사에서, 법무부 검찰국이 마련하는 인사안 결정과 관련한 검찰국장의 업무권한을 남용하여 검찰국 검찰과 검사인사담당 검사 AO으로 하여금 부치지청인 수원지검 여주지청에 근무하고 있던 경력검사 X를 다시 부치지청인 창원지검 통영지청으로 전보시키는 X에게 인사상 불이익을 가하는 인사안을 작성하게 함으로써, 검사인사담당 검사 AO으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다[623].

〈법원의 판단〉

〈1심〉 / 2심은 수긍

① 검찰인사위원회의 심의 및 의결을 통하여 축적된 검사의 임용·전보의 원칙과 기준에 관한 사항 등은 법무부 J국장과 AM과장을 비롯한 검사인사담당 검사가 준수하여야 하는 검사인사의 원칙과 기준이 되므로, 검사인사담당 검사는 검사에 대한 인사안을 작성함에 있어서 이러한 검사인사의 원칙과 기준에 따라야 할 의무가 있다. 따라서 검사인사담당 검사에게도 검사에 대한 인사안을 작성함에 있어 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다고 할 수 있다.

622) (1심) 서울중앙지방법원 2019.1.23. 2018고단2426 판결, (2심) 서울중앙지방법원 2019.7.18. 2019노424 판결, (3심) 대법원 2020.1.9. 선고 2019도11698 판결, (재항소심) 서울중앙지방법원 2020.9.29. 선고 2020노156 판결

623) 대법원, 대법원 선고 2019도11698 직권남용권리행사방해 사건에 관한 보도자료(2020-01-09) 참조.

② 검찰청법 제35조 제1항, 제4항에 따라 법무부 검찰국장과 검찰과장을 비롯한 검사인사담당 검사가 직무집행의 기준과 절차에 따라야 하는 의무의 이행으로 검찰인사위원회의 심의 및 의결을 통하여 축적된 검사의 임용·전보의 원칙과 기준에 관한 사항 등을 준수하여야 하는 의무를 부담하는 이상, 직무집행의 기준과 절차를 이루는 내용이 된다고 할 수 있는 검사의 임용·전보의 원칙과 기준에 관한 사항 등이 비록 법령에 구체적으로 규정되어 있지 아니하고 검찰인사위원회의 심의 및 의결을 통하여 형성되는 것이라고 하더라도, 검사의 인사에 관한 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있지 아니하다고 할 수 없다.

③ X를 통영지청에 배치하는 인사안은 검사인사의 원칙과 기준의 하나에 해당하는 경력검사 부치지청 배치제도를 실질적으로 위반하는 것으로서 실무 담당자인 검사인사담당 검사 AO이 직무집행의 기준과 절차를 위반하였다고 볼 수 있다.

④ AO가 경력검사인 X를 여주지청에 유임시키거나 AR지방검찰청, AS지방검찰청, AV지방검찰청 AW지청, R지방검찰청 S지청, AX지방검찰청, AY지방검찰청, AZ지방검찰청 등 차치지청 이상 검찰청에 배치하는 인사안을 작성하였다가 검찰인사위원회 개최 후 X를 부치지청인 통영지청으로 배치하는 인사안을 작성한 것인데, X를 위와 같이 차치지청 이상 검찰청에 배치하는 인사안이 검찰인사위원회 개최 무렵 J국장인 피고인에게 보고가 된 것으로 보이는 이상, AO가 검사인사 업무를 총괄하는 피고인의 지시 없이 독자적으로 X를 통영지청에 배치함으로써 검사인사의 원칙과 기준의 하나에 해당하는 경력검사 부치지청 배치제도를 실질적으로 위반하는 인사안을 작성하여 피고인의 결재를 받는다는 것은 수긍하기 어렵고, BJ 대신 X를 통영지청에 배치하는 인사안을 작성한 과정이 자연스럽지 아니할뿐더러 X가 사직원을 제출하였다는 내용의 2015. 8. 24.자 보고서가 작성된 경위도 석연치 아니하므로, AO가 피고인의 지시를 받고 X를 통영지청에 배치하는 인사안을 작성하였다고 봄이 상당하다.

〈대법원〉

검사에 대한 전보인사는 검찰청법 등 관련 법령에 근거한 것으로서 법령에서 정한 원칙과 기준에 따라야 하나, 한편 ① 전보인사는 인사권자의 권한에 속하고, 검사는

고도의 전문지식과 직무능력, 인격을 갖출 것이 요구되므로 인사권자는 법령의 제한을 벗어나지 않는 한 여러 사정을 참작하여 전보인사의 내용을 결정할 필요가 있고 이를 결정함에 있어 **상당한 재량**을 가지며, ② **인사권자의 지시 또는 위임에 따라 검사인사에 관한 직무집행을 보조 내지 보좌하는 실무 담당자도 그 범위에서 일정한 권한과 역할이 부여되어 재량을 가진다고 볼 수** 있는 점,[624] ③ 위 인사안 작성 당시 경력검사 부치지청 배치제도가 인사기준 내지 고려사항의 하나로 유지되고 있었더라도, 이는 부치지청에서 근무한 경력검사를 차기 전보인사에서 배려한다는 내용에 불과하며, 관련 법령이나 검찰인사위원회의 심의·의결사항 등을 전제로 한 여러 인사기준 또는 다양한 고려사항들 중 하나로서, 검사인사담당 검사가 검사의 전보인사안을 작성할 때 지켜야 할 일의적·절대적 기준이라고 볼 수 없고, **다른 인사기준 내지 다양한 고려사항들보다 일방적으로 우위에 있는 것으로 볼 만한 근거도 찾기 어려운 점** 등의 사정을 종합하면, … 따라서 이 사건 인사안이 부치지청인 여주지청에 근무하고 있던 경력검사인 X를 부치지청인 통영지청으로 다시 전보시키는 내용이라 하더라도 그러한 사정만으로 경력검사부치지청 배치제도의 본질에 반한다거나 검사인사의 원칙과 기준에 반하는 것이라고 단정할 수 없다.

---

624) "검사의 전보인사에 광범위한 재량이 인정되고, 인사기준 역시 다양한 기준과 고려사항들을 종합적으로 참작할 것을 전제로 하고 있으며, 검사의 전보인사는 다수 인사대상자들의 보직과 근무지를 일괄적으로 정하는 방식으로 이루어져 상호 연쇄적인 영향을 미치는 등의 사정에 비추어 보면, 인사권자의 지시나 위임에 따라 인사안을 작성하는 실무 담당자는 인사대상자 전원에 대하여 위와 같은 여러 기준 또는 고려사항을 종합하여 인사안을 작성할 재량이 있고, 그 과정에 각 기준 또는 고려사항을 모두 충족할 수 없는 경우에는 재량의 범위 내에서 우열을 판단하여 적용할 수 있다고 보아야 한다."(판결문 일부)

직권남용죄에 관한 합리적 운용 및 입법방안

이천현

제5장

직권남용죄에 관한 합리적 운용 및 입법방안

제1절 | 해석론적 관점

1. 서론

우리의 판례는 – 그 내용을 보면 – 변화의 모습을 보이고 있는 것이 있다. 즉, 직권남용죄 객관적 구성요건인 '직권남용'(①)과 '의무없는 일의 강요 또는 권리행사 방해'(②)에 있어서 기존의 판결들이 전자(①)를 비중 있게 다루었다면 최근의 판결들은 후자(②)에 비중을 두고 판단하는 사건이 점차로 증가하고 있다는 것이다.[625]

법원행정처 소속 대법원장 등이 일선 재판에 개입한 이른바 〈사법농단 사건〉에서는 "권한없이 남용없다"는 원칙을 다시 한번 재선언하면서 직권의 남용과 지위를 이용한 불법행위는 엄격하게 구별하여 후자에 대해서는 직권남용죄 성립을 확고하게 부정하고 있기는 하다.[626] 그러나 박근혜 정부 시절 문화·예술계 특정 인사를 정부 지원 대상에서 배제하기 위해 작성한 이른바 〈블랙리스트 사건〉에서 대법원은 행위가 '헌법'에 부합하지 아니하거나 부당하다는 이유로 일반적 직무권한을 인정하는 등 직권남용의 범위를 다소 확대는 모습을 보이고 있다.

반면, 이 〈블랙리스트 사건〉에서는 '의무 없는 일을 하게 한 때'는 일반 사인과 공무원을 구분해 판단해야 한다는 새 법리를 만들어 내놓음으로써 상대방이 공무원인

625) 또한 이러한 주장에 대하여 오병두, "직권남용죄의 성립요건에 관한 검토", 형사법연구 제32권 제2호(2020 여름), 163면 참조.

626) 대법원 2008.4.10. 선고 2007도9139 판결; 대법원 1991.12.27. 선고 90도2800 판결; 대법원 2019.8.29. 선고 2018도14303 전원합의체 판결 등

경우에는 의무없는 일을 하게 하는 것의 범위를 축소하려는 경향을 보이고 있다.[627][628] 또한, 종래의 "남용된 경우 상대방으로 하여금 의무 없는 일을 행하게 하거나 상대방의 권리를 방해하기에 충분한 것이라고 인정되는 경우에는 직권남용죄에서 말하는 '일반적 권한'에 포함된다"[629]고 하는 '직권남용'과 '의무없는 일의 강요·권리행사 방해'의 관계성을 인정하면서도, 최근 이른바 〈화이트리스트 사건〉에서 대법원은 "공무원이 한 행위가 직권남용에 해당한다고 하여 그러한 이유만으로 상대방이 한 일이 '의무 없는 일'에 해당한다고 인정할 수는 없다고. '의무 없는 일'에 해당하는지는 직권을 남용하였는지와 별도로 상대방이 그러한 일을 할 법령상 의무가 있는지를 살펴 개별적으로 판단하여야 한다."고 하여 직무집행 방해 등의 '독자적' 요건을 강조하고 있다.[630]

그러나, 결론적으로는, 우리 판례는 직권남용죄가 성립하기 위해서는 ① '직권남용'(일반적 직무권한의 존재 + 직무상 권한을 행사하는 것으로 볼 수 있는 외관의 존재 + 실질적·구체적으로 위법·부당한 행위(남용행위)), ② '의무없는 일의 강요 또는 권리행사 방해'와 그 결과 발생, 그리고 ③ 인과관계(①과 ② 사이)가 있어야 한다고 하고, 이를 각각 엄격하게 해석하고 있는 입장에 있다고 할 수 있다.

2. 확대해석론

현재 형성되어 있는 위와 같은 판례 이론에 대한 비판적 관점을 가지고 직권남용죄 성립 요건에 대하여 확대 해석을 하여야 한다는 주장들이 있다.

이들 확대해석론은 직권남용죄의 객관적 성립요건 가운데 '직권남용'에 대한 법원의 제한적해석(직권남용과 지위이용 불법행위 구별)에 대하여 중점을 두고 있다. 이들 견해는, 판례의 입장에 따르게 되면, "실질적 불법과 비난가능성이 오히려 더 클 수 있는 행위"에 대한 처벌의 공백이 발생하고, 이는 국가권력 행사에 있어서 형평에

627) 대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결
628) 또한, 대법원 2020.2.13. 선고 2019도5186 판결; 대법원 2020.12.10. 선고 2019도17879 판결 참조.
629) 대법원 2019.3.14. 선고 2018도18646 판결 등
630) 대법원 2020.2.13. 선고 2019도5186 판결(전경련 부회장으로 하여금 관제시위 단체(특정 정치성향의 시민단체들)에 자금을 지원하도록 한 사건)

반하고 청렴하고 공평한 새로운 공직사회 문화 발전을 저해하여 결국 국민의 신뢰에 악영향을 줄 수 있다는 문제 인식에 기반하고 있다고 할 수 있다.[631]

가. 제1설

(1) 내용

이 견해(김성돈 교수)는 직권남용죄(제123조)의 경우에는 "재량적 남용뿐 아니라 준월권적 남용도 포함하는 것으로 해석되어야 한다"고 한다. 즉, 이 견해는 먼저 공무원의 직무권한의 범위를 – 판례에서의 '일반적 직무권한'이라는 불확정 표지를 사용할 것이 아니라 - ① 구체적 직무권한과 ② 추상적 직무권한으로 구분한다. 이는 남용 여부를 판단하기 위해서 사전에 확정되어야 한다고 한다.[632]

여기에서 '추상적 직무권한'은 이론적으로 해당 공무원에게 귀속될 수 있는 권한, 즉 법령상 인정되어 있는 모든 직무를 수행할 수 있는 권한을 의미하고, '구체적 직무권한'은 해당 공무원에게 추상적 직무권한 범위 내에서 구체적으로 귀속되는 직무권한, 즉 자신에게 위임된 제한된 직무권한을 말한다. 예를 들어, 경찰서에 내근하면서 운전면허증 발급하는 직무를 수행하도록 배치된 경찰관 A가 경찰차를 타고 도로를 주행하던 중 신호를 위반하는 운전자 B를 발견하고 그에게 범칙금 납부를 명하는 통고처분을 한 경우, 통고처분 권한은 A의 추상적 직무권한 범위 내의 권한이긴 하지만 구체적인 직무권한 범위 내의 권한은 아니다(A는 이론상 할 수 있는 추상적인 직무권한 가운데 면허증을 발급하는 직무를 수행하는 구체적 직무를 수행할 수 있다).[633]

이를 바탕을 남용개념을 ① 재량권 남용(구체적 직무권한 범위 내), ② 제1 준월권적 남용(추상적 직무권한 범위 내), ③ 제2 준월권적 남용(추상적 직무권한 범위 밖) 등도 남용이라고 한다. 즉, 구체적인 직무권한 범위 내에서 형식적인 방식과 절차 등의 위반 및 본래의 권한부여의 목적초과라는 객관적 기준을 넘어서는 '재량권 남용' 뿐만 아니라, 구체적인 직무권한의 범위를 형식적으로 넘어서 추상적인 직무권한을 행사하였을 경우

631) 조기영, "직권남용죄의 개정방향", 비교형사법연구 제23권 제2호(2021), 83면; 김성돈, "직권남용죄, 남용의 의미와 범위", 법조 제68권 제3호(2019) 221면 등.
632) 김성돈, 위의 글, 216면.
633) 김성돈, 위의 글, 216면.

에도 남용(제1 준월권적 남용)이 되고, 더 나아가 추상적인 직무권한의 범위를 초과한 경우에도 그 초과부분이 외형적으로는 권한 있는 자의 직무권한을 행사하는 것과 같은 외관을 보이고 있는 경우에도 직권의 남용(제2 준월권적 남용)을 인정한다.[634]

이러한 주장은 ① 공무원으로서 직무권한 밖의 권한을 행사하는 경우(일반적 권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 지위를 이용한 불법행위, 또는 직권과 전혀 관계없는 권한을 모용하는 행위)가 ② 형식적 외관상 직무집행으로 보이지만 실제로는 아닌 경우 또는 직권을 핑계삼아 실질적으로 정당하지 못한 행위를 한 경우(대법원이 남용으로 포섭하는 경우)와 본질적인 차이를 발견하기 어렵고, 남용의 일상언어적인 용법과 사전적 정의에 따르면, 권한의 이탈인 월권을 남용의 의미에서 반드시 제외된다고 말하기 어렵다는 인식에 기반한 것이다.

권한범위내의 권한행사라는 외관을 가지고 있어서 상대방이 권한범위 내의 직무집행으로 오신할 수 있는 경우라면 외부 객관적인 입장에서는 '권한'의 '남용'이 될 수 있기 때문이다. 이에 따르면 해당 공무원의 구체적 직무권한 또는 추상적 직무권한을 벗어나더라도 적어도 상대방에게는 그러한 권한범위 내에 있는 외관을 주어 그 권한에 따라야 할 것이라는 오신을 심어줄 수 있을 것을 전제조건으로 하면 재량권 남용은 아니지만 권한의 '남용'이라고 할 수 있다. 이러한 외관을 통한 오신은 직무권한과 전적으로 무관한 집무집행이 아니라 직무권한과 관련성있는 직무집행(직무관련성)도 야기할 수 있기 때문에 실제로는 권한범위 밖의 직무이지만 권한범위 내의 직무와 관련성 있을 것을 조건으로 하면 이 역시 권한의 남용이라고 할 수 있다는 것이다.[635]

(2) 비판

이 견해에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 즉 "(이 설은) 권한범위 밖의 행위인 월권과 권한범위 내의 행위인 남용이 접점을 이루는 부분을 남용개념의 내포로 포함시키는 해석론이라고 할 수 있다. 지위의 남용이라는 불법이 직무권한 내의 직권의 남용의 불법보다 더 클 수 있고, 양자의 불법에 본질적인 차이를 발견하기 어렵다는 점에서 기본적으로 타당한 통찰을 바탕으로 하고 있는 견해라고 평가할 수 있다.

634) 김성돈, 위의 글, 224~225면.
635) 김성돈, 위의 글, 219면.

그러나 직권남용죄의 성립 여부를 판단하면서 피해자의 오신가능성을 고려하는 것은 행위자의 불법이 아닌 피해자의 사정을 형법상 범죄성립 여부에 대한 판단요소로 도입하는 이론으로서 적절하지 못하고, 직무권한과 밀접한 범위에 관한 해석론상 각종의 논란을 야기하게 할 수 있다."는 것이다.[636]

(3) 판례에서의 논의

이러한 관점은 일명 〈사법농단사건〉[637]에서 '사법행정권' 행사와 관련하여 법원에서도 다툼이 있었다.

〈사법농단사건 공소요지〉

대법원 양형위원회 상임위원인 피고인 A는 - 법원행정처 기획조정실장 등과 공모하여 - 그 직권을 남용하여 헌법재판소에 유리하게 이용될 수 있는 서울남부지법 민사합의부 부장판사 BB로 하여금 한정위헌 취지 위헌제청결정을 취소하고 '단순위헌' 취지로 재결정하게 하도록 하는 위법·부당한 권고를 함으로써, BX의 위 한정위헌 취지 위헌제청결정에 관한 구체화된 재판권의 행사를 방해하였다(1심 판결문을 참조하여 구성).

이에 대하여는 1심에서는, "특정 사건 재판사무의 핵심영역에 대한 지적은 대법원장과 법원행정처의 사무에 해당한다."고 하여, 지적 권한이 대법원장과 법원행정처의 사법행정권에 속한다고 인정하고 있다. 그리고 법원행정처에서는 법원행정처장이 판사의 인사 사무를 관장하고 법원행정처차장이 법원행정처장을 보좌하여 판사의 인사 사무를 수행하는 점에 주목하여 지적권한은 법원행정처장과 법원행정처차장의 사무에 해당한다고 보았다.[638] 따라서 "법원행정처 기획조정실장, 양형위원회 상임위원 등은 설령 그 수행이 대법원장 또는 법원행정처장 또는 법원행정처차장의 의사에 반하지 않는다고 하더라도 스스로 판단하여 특정 사건 재판사무의 핵심영역에 대한

636) 조기영, 위의 글(직권남용의 개정방향), 86면.
637) (1심) 서울중앙지방법원 2021.3.23 선고 2019고합187 판결, (2심) 서울고등법원 2022.1.27 선고 2021노546 판결, (3심) 대법원 진행중
638) 서울중앙지방법원 2021.3.23 선고 2019고합187 판결

지적 사무를 수행할 수는 없고, 대법원장 또는 법원행정처장 또는 법원행정처차장의 지시에 따라 그 지적을 전달할 수 있을 뿐"이라고 한다. 이에 따라 "법원행정처 기획조정실장, 양형위원회 상임위원 등이 대법원장 또는 법원행정처장 또는 법원행정처차장의 지시도 없이 특정 사건 재판사무를 담당하는 판사에게 그 핵심영역에 대하여 지적을 한 경우 이는 직권의 주체와 아무런 관련성이 없어 직권의 남용이라고 볼 수 없고, 지위 이용에 불과하다"고 보았다.[639]

그리고, 1심 법원은 직권의 재량적 남용뿐만 아니라 직권의 월권적 남용도 직권남용권리행사방해죄에서의 '직권남용'에 해당한다고 보았다. 즉 어떠한 행위가 사법행정권의 범위 내에서 이루어졌으나 그 행위의 동기나 목적이 위법·부당한 경우(직권의 재량적 남용) 뿐만 아니라, 어떠한 행위가 사법행정권의 정당한 범위를 벗어나 이루어진 경우라고 하더라도 그 행위의 내용과 그 일반적 직권에 속하는 사항의 내용을 비교하였을 때 상당한 정도로 관련성이 인정되는 경우(직권의 월권적 남용)도 직권남용권리행사방해죄에서의 '직권남용'에 해당한다고 판시하였다.[640]

〈서울중앙지방법원 2021.3.23 선고 2019고합187 판결〉

"대법원은 직권남용권리행사방해죄는 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권을 행사하는 모습으로 그 상대방에게 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립한다는 **법리를 판례로 확립**하였다. 이 법원은 이때 대법원 판례가 말하는 '해당 행위가 그 공무원의 일반적 직권에 속하는 사항에 관한 것일 것'이라고 함은, 일반적 직권의 범위 내에서 행위를 하였는데 그 행위의 동기나 목적이 위법·부당한 경우(직권의 재량적 남용)를 말함은 물론, 일반적 직권의 정당한 범위를 벗어난 행위라고 하더라도 그 행위의 내용과 그 일반적 직권에 속하는 사항의 내용을 비교하였을 때 상당한 정도로 관련성이 인정되는 경우(직권의 월권적 남용)도 말한다고 본다. **즉 이 법원은 직권의 재량적 남용뿐만 아니라 직권의 월권적 남용도 직권남용권리행사방해죄에서의 '직권남용'에 해당한다고 본다.**

위에서 본 것과 같이 대법원 판례는 공무원이 그 일반적 직권에 속하는 사항에 관하여 행위를 한 경우에 직권남용권리행사방해죄가 성립할 수 있다고 하고 있는데, 이때 그 일반적 직권에 속하는 사항이라는 부분, 즉 '속하는' 부분을 강조하면, 대법원 판례가 말하는 것은 일반적 직권의 '정당한 범위 내에서' 행위를 한 경우만을 말한다고 보게 되나, 이 법원은 위와 같이 '속하는' 부분만을 강조하여 볼 것은 아니고 오히려 그 일반적 직권에 속하는 사항에 관련되었다는 부분, 즉 **'관하여' 부분을 주목하여 보아야 한다**고 본다. 실제로 대법원 판례의 사안을 여럿 살펴보았을 때(대법원 1992.3.10. 선고 92도116 판결, 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도2899 판결, 대법원2011. 7. 28. 선고 2011도1739 판결, 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도4168 판결, 대법원 2020. 9. 24. 선고 2017도 5693 판결 등 참조), 직권남용권리행사방해죄가 인정된 사안이 모두 그 행위가 일반적 직권의 '정당한 범위 내에서' 행해진 사안인 것은 아니고 그 행위가 일반적 직권에 속하는 사항과 '관련하여' 행해진 사안인 것도 여럿 있기 때문이다. 게다가 본래 '남용'의 사전적 의미는 '일정한 기준이나 한도를 넘어서 함부로 씀', '권리나 권한

639) 서울중앙지방법원 2021.3.23 선고 2019고합187 판결
640) 서울중앙지방법원 2021.3.23. 선고 2019고합187 판결

따위를 본래의 목적이나 범위를 벗어나 함부로 행사함'인 바, 어떠한 행위가 일반적 직권의 정당한 범위를 벗어나 이루어진 경우 그것이 일반적 직권의 남용에 해당한다고 보는 것이 위와 같은 사전적 의미에 부합한다.

위와 같이 이 법원은 대법원 판례가 말하는 '해당 행위가 그 공무원의 일반적 직권에 속하는 사항에 관한 것일 것'이라고 함은 그 행위의 내용과 그 일반적 직권에 속하는 사항의 내용을 비교하였을 때 일정한 정도로 관련성이 인정되는 경우도 말한다고 보나, 그 관련성을 너무 넓게 인정하는 경우 직권남용과 지위 이용의 구별이 무의미하게 될 수 있으므로, **이 법원은 그 행위의 내용과 그 일반적 직권에 속하는 사항의 내용을 비교하였을 때 서로 상당한 정도로 관련되었다고 볼 수 있는 경우에 한하여 직권남용권리행사방해죄가 성립할 수 있다고 본다.**"

이에 따라, "① 특정 사건의 재판사무를 담당하는 판사가 핵심영역에 속하는 사항에 관하여 잘못된 결정을 하기는 했으나 그 결정이 잘못되었음이 명백하다고까지 볼 수는 없는데, 법원행정처가 그 판사에게 위와 같은 결정이 명백하게 잘못되었다고 지적하는 경우, ② 특정 사건의 재판사무를 담당하는 판사가 핵심영역에 속하는 사항에 관하여 잘못된 결정을 하기는 했으나 그 결정이 잘못되었음이 명백하다고까지 볼 수는 없는데, 법원행정처가 그 판사에게 위와 같은 결정이 명백하게 잘못되었다고 지적하는 것을 벗어나 이를 바로잡기 위하여 그 결정을 취소하고 다른 결정을 하라고 권고하는 경우, ③ 특정 사건의 재판사무를 담당하는 판사가 핵심영역에 속하는 사항에 관하여 아직 아무런 판단도 내리지 않았는데, 법원행정처가 먼저 그 판사에게 그에 관하여 이러한 판단을 내리면 명백하게 잘못된 판단일 수 있다고 지적하는 경우, ④ 특정 사건의 재판사무를 담당하는 판사가 핵심영역에 속하는 사항에 관하여 아직 아무런 판단도 내리지 않았는데, 법원행정처가 먼저 그 판사에게 그에 관하여 이러한 판단을 내리면 명백하게 잘못된 판단일 수 있다고 지적하고, 나아가 이를 벗어나 저러한 판단을 내려야 적절하다고 권고하는 경우"를 상정하고, "① 행위의 내용(명백하지 않은 잘못에 대한 지적)과 일반적 직권에 속하는 사항의 내용(특정 사건 재판사무의 핵심영역에 관한 명백한 잘못 지적), ② 행위의 내용(명백하지 않은 잘못에 대한 취소 및 재결정 권고)과 일반적 직권에 속하는 사항의 내용(특정 사건 재판사무의 핵심영역에 관한 명백한 잘못 지적), ③ 행위의 내용(부적절한 판단에 대한 사전 지적 또는 부적절한 판단을 하지 말라는 권고)과 일반적 직권에 속하는 사항의 내용(특정 사건 재판사무의 핵심영역에 관한 명백한 잘못 지적), ④ 행위의 내용(부적절한 판단에 대한 사전 지적 및 적절한 판단에 대한 권고)과 일반적 직권에 속하는 사항의 내용(특

정 사건 재판사무의 핵심영역에 관한 명백한 잘못 지적)"의 관계를 볼 때, "이 둘은 서로 상당한 정도로 관련되어 있다고 볼 수 있고, 따라서 이때 그 행위는 일반적 직권에 속하는 사항에 관한 것이라고 볼 수 있고, 그 행위가 지위 이용에 불과한 것은 아니다"라고 하였다.[641]

이에 대하여 항소심은 지적권한이 대법원장과 법원행정처의 사법행정권에 속한다고 한 부분에 대하여, "① 헌법, 법원조직법, 구 법원사무기구규칙 등 **관련 법령을 모두 살펴보아도** 대법원장이나 법원행정처의 지적권한을 규정하고 있는 **명문의 규정이 없다**. 오히려 헌법 제103조는 법관이 재판권을 행사함에 있어 사법부 외부는 물론 내부의 영향을 받지 않고 독립하여 심판하여야 한다는 원칙을 선언하고 있다. ② 재판권과 사법행정에 관한 법령을 종합적, 실질적으로 살펴보아도 지적권한이 대법원장과 법원행정처의 사법행정권에 속한다고 해석되지 않는다(ⓐ 입법자는 신속한 재판을 받을 권리와 재판의 공정 내지 적정에 대한 요청을 함께 고려하여 민사소송 및 형사소송 등 소송절차에서 위와 같은 제도를 마련하고 있으나 대법원장이나 법원행정처의 지적권한을 별도로 규정하고 있지 않고, ⓑ 대법원은 하급심법원의 판결을 파기·환송할 수 있을 뿐 자신의 견해를 따르도록 요청하거나 권유할 수 없으며, ⓒ 법관인사의 기본원칙과 절차를 정하고 있는 법관인사규칙은 법관의 임용, 배치 및 전보, 연임 등을 규정하고 있을 뿐 그 인사 사무에 수반하여 대법원장이나 법원행정처의 지적권한을 규정하고 있지 않다). ③ 재판권과 사법행정에 관한 **제도를 종합적, 실질적으로 살펴보아도 지적권한이 대법원장과 법원행정처의 사법행정권에 속한다고 보기 어렵다**(ⓐ 소송절차에서 입법자가 형성한 상소제도 이외에 현행 사법제도 내에서 판결의 오판을 시정하는 제도는 존재하지 않고, 실제로도 판결의 오판 시정이나 미숙한 법관의 재판과정에서의 잘못을 즉시 시정하기 위하여 대법원장과 법원행정처의 사법행정권에 기초한 지적권한이 현행 사법제도 내에 형성되어 있다고 볼 만한 아무런 사정이 없고, ⓑ 명백한 잘못을 저지르는 법관이 있을 수 있다고 하더라도 이를 시정하기 위하여 관련 법령에 따른 상소제도, 법관기피제도, 징계제도, 인사제도, 사법행정상 직무감독권 및 법관의 사무분담에 관한 원칙 등이 마련되어 있을 뿐이고, ⓒ 법관의 모든 재판절차에 관한 상시적인 감독을 할 수 있는 조직과 체계도 없으며, 그와 같은

641) 서울중앙지방법원 2021.3.23. 선고 2019고합187 판결

조직과 체계는 헌법이 천명하고 있는 사법권의 독립에 정면으로 반할 뿐만 아니라 재판권에 대한 사법행정권의 상시적인 감시를 초래할 위험이 있고, ⓓ 미숙하고 나태한 법관이 실제로 행사되지도 않는 지적권한의 존재를 의식하여 재판권 행사의 오류를 스스로 시정하거나 예방할 것이라고 기대하기도 어려울 뿐만 아니라, 오히려 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하여야 할 법관이 재판업무를 수행하면서 지적권한의 존재를 의식할 경우 적정한 재판권 행사가 위축될 위험이 있다)"고 하여 지적권한이 대법원장과 법원행정처의 사법행정권에 속하지 않는다고 하였다.[642]

그리고, 항소심은 일반적 직권의 정당한 범위를 벗어난 행위라고 하더라도 그 행위의 내용과 일반적 직권에 속하는 사항의 내용을 비교하였을 때 상당한 정도로 '관련성'이 인정되는 경우(직권의 월권적 남용)도 직권남용권리행사방해죄에서의 '직권남용'에 해당한다고 한 부분에 대하여, "직권남용권리행사방해죄의 직권남용은 공무원이 일반적 직무권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 '지위를 이용한 불법행위'와 구별된다고 판시한 관련 법리에 비추어보면, ① 원심이 판시한 '직권의 월권적 남용'에 해당하는 행위는 공무원이 일반적 직무권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 '지위를 이용한 불법행위'의 범주에 포함될 수밖에 없는 점, ② 일반적 직무권한에 속하지 않는 행위에 대하여 일반적 직무권한과의 '관련성' 여부에 따라 '직권의 월권적 남용'을 인정할 경우 그 처벌범위가 부당하게 확대될 위험이 있는 점, ③ 일반적 직무권한에 속하지 않는 행위에 대하여 일반적 직무권한과 관련성이 있는지, 그렇지 않으면 지위를 이용한 행위에 해당하는지에 따라 범죄 성립 여부가 좌우되게 되어 구성요건 해당성 여부가 매우 불명확하게 되어 수범자의 예측가능성이 떨어지고, 자의적 법집행의 위험이 초래될 수 있는 점, ④ 일반적 직무권한에 속하지 않지만, 일반적 직무권한과 관련성이 있는 행위에 대한 처벌의 필요성이 있다면 별도의 처벌규정을 신설하여 대응하는 것이 죄형법정주의의 원칙이나 권력분립의 원칙에 비추어 타당한 점등에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단을 받아들이기 어렵다"고 하였다.[643]

이에 따라. 2심 재판부는, 동 사건에 대하여, "대법원장이나 각급 법원장의 직무감독권 등 사법행정권도 … 계속 중인 구체적인 사건과 관련하여 재판에 개입하거나 영향

642) 서울고등법원 2022.1.27. 선고 2021노546 판결
643) 서울고등법원 2022.1.27. 선고 2021노546 판결

을 미칠 수 없다는 한계가 있음이 명백하다. 여기서 재판에는 종국재판의 기초가 되는 사실인정, 인정사실에 대한 법령의 해석·적용뿐만 아니라 이러한 종국재판을 위한 모든 실체적, 절차적 판단까지 포함된다." 따라서, "피고인이 BX에 대하여 이 사건 원결정을 직권취소하고 단순위헌 취지의 위헌제청결정을 하게 한 행위는 이 사건 원결정에 대한 BX의 재판에 실질적으로 개입하거나 영향을 미치는 것으로 봄이 타당하므로, 사법행정권의 범위에 포함된다고 볼 수 없다. 따라서 피고인의 BX에 대한 위와 같은 행위가 '지위를 이용한 불법행위'에 해당하는지 여부는 별론으로 하고, 피고인 등의 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권을 행사한 것이라고 볼 수 없음에도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 이 부분 판단에는 직권남용권리행사방해죄의 '직권남용'에 관한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다."고 하였다.[644]

나. 제2설

(1) 내용

이 견해(조기영 교수)는 – 일반적 직무권한이 확정된 이후의 '남용'의 관점에 중점을 두고 - 직권남용죄의 "제한해석은 '직권 남용'이라는 불명확한 문언을 합리적으로 해석하는 방향에서 이루어져야 한다."고 전제하고서, 직권남용죄의 제한해석론의 하나로 독일형법상 강요죄에서 인정되고 있는 '비난가능성조항'(Verwerflichkeitsklausel)에 관한 해석론을 참조하여, 직무행위의 목적-수단 관계를 고려하여 직권남용에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다고 한다.

이에 따르면, 공무원의 직무행위는 다음과 같이 4가지 유형으로 분류하여 '실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위'를 판단할 수 있다고 한다. 여기서 직권행사의 목적은 외형이 아닌 실질에 따라 판단한다.[645] 반면, 직권행사의 수단 내지 방법은 외형에 나타난 그대로를 전제로 하여 판단하여야 한다고 한다.[646]

---

644) 서울고등법원 2022.1.27. 선고 2021노546 판결

645) 실질상 정당한 목적인지 또는 부당한 목적인지 여부는 목적의 비난가능성 여부, 헌법의 원칙과 취지 위반 여부, 법률 규정 및 취지에 위배되는지 여부 등을 고려하여 판단할 수 있다(조기영, 위의 글(직권남용과 블랙리스트), 42면).

646) 외형상 정당한 수단 또는 위법·부당한 수단인지를 구별하는 기준은 법질서 전체가 금지하고

[표 5-1-1] 공무원 직무행위 유형(직권남용의 목적-수단 관계)

구분	실질상 정당한 목적	실질상 부당한 목적
외형·형식상 정당한 수단 (행위)	① (불성립)	② (성립 가능!)
외형·형식상 위법·부당한 수단 (행위)	③ (다른 범죄 성립 가능!)	④ (성립)

※ 조기영, 위의 글(직권남용과 블랙리스트), 42면.

여기에서 - 목적과 수단과의 관련성을 고려해 볼 때 - 양자 모두 정당한 때에는(① 유형) 정당한 직권행사에 해당하고, 양자 모두가 부당한 때(④ 유형)에는 직권남용의 당벌성이 높아 직권남용죄가 성립한다고 한다. 그리고 목적은 정당하지만 수단이 부당한 경우(③ 유형)에는 그 수단의 위법유형에 따라 별개의 다른 범죄가 성립한다고 하고, 목적이 부당하지만 수단이 정당한 경우(② 유형)에는 - 이 경우 쉽사리 직권남용죄의 성립을 인정하는 것은 타당하지 않고 - 목적과 수단과의 관련성, 현저성의 원칙, 자율성의 원칙 등을 종합적으로 고려하여 '강화된 정도의 반사회성'이 인정될 때 직권남용죄의 성립을 인정해야 한다고 한다.[647]

(2) 비판

이에 대하여는 "이러한 도식적인 기준에 따르더라도 최우선 기준으로 삼고 있는 목적의 부당성판단에서 그 부당성의 외곽한계선을 긋기 어렵게 만들 뿐 아니라, 행위자의 '목적' 내지 '의도'에 과도한 의존성을 보임으로써 직권남용죄를 주관주의적(심정형법)으로 채색하고 있는 측면도 보여준다. 특히 이 견해는 구성요건해당성 판단 단계에서 직권남용 여부를 판단함에 있어 형식적 측면인 행위(수단)의 외형에 '반사회성'이라는 실질적 척도를 추가함으로써 대법원의 태도보다 법적 안정성을 더욱 위태롭게 할 우려도 배제하기 어렵다."는 비판이 있다.[648]

있는 행위 유형에 해당하는지 여부이다. 형법이나 다른 법률이 금지하는 행위유형이거나, 비례원칙을 위반한 수단이거나, 관련자의 독립성 내지 자율성(Autonomie)을 침해하는 경우에는 그 수단의 위법·부당성이 인정될 수 있다(조기영, 위의 글(직권남용과 블랙리스트), 42면).

647) 조기영, 위의 글(직권남용과 블랙리스트), 42~43면.

648) 김성돈, 위의 글, 212면.

다. 제3설

(1) 내용

이 견해(최병천 교수)는 의무 없는 일을 하게 하거나 권리행사를 방해한 원인이 '공무원의 지위에 수반된 직무권한의 행사가능성'이 있다면 이는 직권행사에 해당한다고 보아야 한다는 입장이다. 즉, "판례에 의해 직권남용이 부정된 사례들에서와 같이 공무원이 권한도 없이 상대방으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 권리행사를 하지 못하도록 하는 행위가 판례에 의해 직권남용이 인정된 사례들에서와 같이 공무원이 권한은 있지만 그 권한을 부당하게 행사함으로써 상대방으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 권리행사를 하지 못하도록 하는 행위보다 더 위법하다고 보아야"[649] 한다는 전제에서, "공무원의 지위를 이용한 불법행위는 공무원이 지위에 수반한 직무권한을 가지기 때문에 그러한 불법행위를 할 수 있는 것이어서, 공무원의 지위는 곧 직무권한의 행사가능성을 의미한다고 보아야 한다. 즉 공무원이 상대방으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 권리행사를 하지 못하도록 하였고, 그 원인이 공무원의 지위에 수반된 직무권한의 행사가능성이라면 그러한 직무권한의 행사가능성은 권리행사방해죄에 있어서의 직권행사에 해당한다고 보고, 나아가 그러한 직권의 행사가 직권의 남용이라고 인정되는 경우에 비로소 직권남용권리행사방해죄가 성립된다고 보아야 할 것이다."고 한다.[650]

(2) 비판

이 견해에 대하여는 '공무원의 지위에 수반한 직무권한 행사가능성'이라는 기준이 명확하지 않다는 비판이 있다.[651] 즉, "공무원의 지위와 직무의 관계에 주목하고 있다는 점에서 일반인의 법감정에 부합하는 측면이 있다. 예컨대, 법원행정처장의 지시가 있었기 때문에 법관이 그 지시를 따라야 할 지의 여부를 고민하게 되는 것이지, 동일한 내용에 대한 지시나 부탁이 법원 조직에 속하지 않은 변호사나 일반인에 의해 이루어졌다면 법관은 적어도 앞의 경우보다는 특별한 고민을 하지 않을 것이 우리의 경험칙

649) 최병천, "직권남용권리행사방해죄 – 공무원의 직권남용을 중심으로", 경찰법연구 제17권 제2호(2019), 41~42면.
650) 최병천, 위의 글, 43면.
651) 조기영, 위의 글(직권남용의 개정방향), 86~87면.

에 부합한다. 그러나 이 견해는 공무원의 지위와 직무권한의 범위를 명확하게 구분하고 있지 않고 있다. 공무원의 지위로 인한 장래의 직권 행사 가능성은 판례가 이야기하는 일반적 직무권한의 범위에 속하는 것으로 볼 수 있다. 〈메모 지시사건〉에서 이 행위의 지시 내지 부탁이 치안본부장의 직무권한에 속한다고 주장하는 것은 가능할 수 있다. 그러나 치안본부장의 직무권한에는 속하지 않으나 그 지위로 인한 직권 행사 가능성이 있다는 주장은 이해하기 어렵다. 결국 공무원의 지위에 수반한 직무권한 행사가능성이라는 기준은 직무권한의 범위와 내용과 명확하게 구별되지 않을 뿐만 아니라 나아가 지위와 직무권한을 구별한다고 하더라도 언제 지위를 이용한 행위를 직권을 행사한 행위와 동가치적으로 평가할 수 있는지에 대한 아무런 기준을 제시하고 있지 못한다."는 문제점이 지적되고 있다.[652]

라. 제4설

(1) 내용

이 견해(오병두 교수)는 "일반적 직무권한은 공무원이 공무원으로서 한 행위와 사인으로서 한 행위를 구별하는 최초의 기준으로서 직권남용죄에서 여전히 유지될 필요는 있다"고 전제하고, 그러나 그 기준은 "직무를 행함에 당하여"와 "직권을 남용하여"의 대비론과 같은 형식적 것이 아닌, 국민의 입장에서 외관상, 외형상 자유의 제한을 초래할 만한 수준의 공권력 행사로서의 외형·외관이 있었는가를 기준으로 할 필요가 있다고 한다. 그리고 난 후 '남용' 여부의 검토를 통해 그 범위를 제한하여야 한다고 한다.[653]

이 견해에 따르면 "일반적 직무권한의 외연을 확정하는 문제는 결국 개별적·구체적 사안별로 판단되어야 한다. 즉, 일정한 '직무'와 직권남용죄에서의 '직권' 내지 '일반적 직무권한'으로 인정되기 위해서는 직무로서의 외관·형식을 일차적 기준으로 하면서 '직권'의 유형별로 엄격한 해석이 필요한 경우와 완화된 해석이 가능한 경우를 나누어 접근할 필요가 있다고 한다. 이 때 공무원이 담당하는 '직권'과 관련된 '직무'의 기능과 성격(법률상의 명시적 근거가 있는지 아니면 법질서 전체를 종합적·합리적으로 판단

652) 조기영, 위의 글(직권남용의 개정방향), 86~87면.
653) 오병두, "직권남용죄 성립범위", 건국대 일감법학 제44호(2019), 128면.

하여야 하는지, 법령이 정한 엄격한 형식을 취하고 있는지, 상대방에게 침해적인지 아니면 수익적인지, 기속행위인지 아니면 재량행위인지 등), 그리고 실행하는 '직권'이 미치는 사실상·법률상 효과와 범위(공익적 효과와 그 범위와 크기, 정책결정의 영향력이 가지는 지속성, 대상자의 범위, 국민의 자유와 권리에 미치는 효과와 범위 등)가 고려될 수 있을 것이다"고 한다.[654]

이에 따르면, 소위 '직무가탁형 권한남용'사례(일본의 '신분장부 열람사건')에서 찾아볼 수 있는 바와 같이, "판사와 검사에게는 법적 결정을 함에 있어서 광범한 재량과 권한이 유보되어 있고, 그 행위는 내부자에게나 외부자에게나 법적 형식을 통해 이루어지는 것이 일반적이고, 이 점에서 판사와 검사의 경우 광범한 재량권이 인정되는 정치적 공무원과 유사한 점이 있어, 권한과 재량의 폭과 함께, 일반적 직무권한과 그에 대한 형사책임영역이 넓어질 수 있다"고 한다.[655]

(2) 비판

이 설에 대하여는, "'일반적 직무권한'을 공권력 행사로서의 외형·외관이 있었는가라는 최소 기준으로 이해하고, '남용' 개념에 대한 제한해석을 통해 직권남용죄의 이중적 과제를 해결하자는 방안으로 볼 수 있다. 직권남용죄의 해석에 있어서 행정상 통솔범위가 넓은 고위공무원의 경우 그 일반적 직무권한이 넓어진다는 점에서 설득력 있는 견해로 생각된다. 그러나 '일반적 직무권한'의 범위를 직권의 성격과 기능에 따라 달리 해석할 수 있는 여지가 생긴다면, 그 범위를 어떠한 경우에 신축적으로 적용할 수 있는지에 대한 해석론의 차이가 나타날 수밖에 없고, 결국 법원의 자의적 해석이 이루어질 우려가 있다는 문제점이 있다."는 지적이 있다.[656]

3. 축소해석론

이 입장은 기본적으로 현재 직권남용죄 성립 요건을 제한적으로 해석하는 판례이론에 긍정하거나 또는 현행보다 더 축소해석하여야 한다는 입장이라 할 수 있을

654) 오병두, 위의 글(직권남용죄 성립범위), 129~130면.
655) 오병두, 위의 글(직권남용죄 성립범위, 130~131면.
656) 조기영, 위의 글(직권남용의 개정방향), 87면.

것이다. 이 입장은 형벌규정에 대한 자의적 적용·해석의 우려 또는 법치주의 원리를 기반으로 한다고 할 수 있다.

가. 문언해석 충실설

이 견해(이종수 변호사)는 형벌규정 해석에 있어서는 처벌의 필요성보다는 법치주의 원리가 우선되어야 한다고 한다.

이에 따르면, 형법상 직권남용죄 해석에 있어서 "직권남용을 '공무원이 그의 일반적 권한에 속하는 사항에 관하여 그것을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적·외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우'를 의미한다고 보면서, 직권남용에 있어 '일반적 직무권한'에 대하여 반드시 법률상 강제력을 수반하는 것임을 요하지 아니(한) … 것"으로 보는 판례의 태도는 "직권남용죄를 공무원의 직무상 위법하거나 부당한 업무수행의 일반적이고 보충적인 범죄로 전용하는 결과를 초래할 수 있다."고 우려[657]하면서, 그 구성요건에 대한 제한적인 해석이 필요하다고 한다.[658]

그리고 "아무리 처벌의 필요성 내지 당위성이 인정되는 행위라고 하더라도, 형법의 구성요건은 엄격하고도 제한적으로 해석되어야 한다는 원칙을 양보하여 그 범위를 넓히는 것은 법치국가적 형법 측면에서 볼 때 허용될 수 없으며, '마땅히 처벌하여야 하는 행위'라는 개념은 그 적용 내지 집행자의 시각에 따라 언제든지 가변적으로 해석될 수 있을 뿐만 아니라, 아무리 처벌의 당위성이 있다고 하더라도 그 문언 해석의 한계는 넘을 수 없다고 해야 한다."고 한다.[659]

나. 법원(소수의견)의 입장

헌법재판소와 대법원에서도 – 소수의견으로서 – 직권남용죄 규정의 남용가능성과

---

657) 이종수, "공무원의 부당한 직무수행과 직권남용죄의 관계 - 직권남용죄의 보호법익과 '적극행정 면책이론'의 도입 논의를 중심으로 -", 법조 제70권 제1호(통권 제745호, 2021), 236면("공무원이 직무상 다소 무리한 업무를 수행하거나 위법까지 이르지는 않은, 도덕적으로 비난가능한 부적절한 업무를 처리한 경우까지 대부분 직권남용죄에 포섭되는 우려가 있다.").

658) 이종수, 위의 글, 235면.

659) 이종수, 위의 글, 237면.

함께 죄형법정주의에 따른 엄격해석의 원칙 및 최소침해의 원칙이 준수되어야 한다는 주장이 계속되고 있다.

헌법재판소 2006.7.27. 선고 2004헌바46 전원재판부

[재판관 권 성의 반대의견] "직권남용"과 "의무"는 그 의미가 모호하고 광범위하며 추상적인 개념으로 법원의 해석 역시 추상적인 기준만을 제시할 뿐 직권남용의 의미를 파악해 내기가 쉽지 않아, 수사기관이 그 규범 내용을 명확하게 인식하여 어떠한 행위가 이 사건 법률조항에 해당하는지를 일관성 있게 판단하기 어렵게 함으로써 자의적인 해석과 적용의 여지를 남기고 있어, 이른바 정권교체의 경우에 전임 정부에서 활동한 고위 공직자들을 처벌하거나 순수한 정책적 판단이 비판의 대상이 된 경우에 공직자를 상징적으로 처벌하는 데에 이용될 위험성도 있으므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다.

대법원 2020.1.30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결

[대법관 박상옥의 별개의견] 형법 제123조에 규정된 직권남용권리행사방해죄의 구성요건해당성을 충족하기 위하여는 공무원이 직권을 남용한 사실 및 그로 인하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 사실이 모두 증명되어야 한다. 그런데 직권남용권리행사방해죄는 '직권', '남용', '의무'와 같이 광범위한 해석의 여지를 두고 있는 불확정 개념을 구성요건으로 하고 있으므로 이를 해석·적용할 때에는 헌법 제13조에서 천명하고 있는 형사법의 대원칙인 죄형법정주의에 따라 엄격해석의 원칙 및 최소침해의 원칙이 준수되어야 한다.

다. 적극행정 면책론

(1) 적극행정과 직권남용

공직사회는 기본적으로 신분이 보장된 공무원들로서는 적극적인 업무수행에 따른 법적 책임의 부담이나 위험을 회피하려는 경향이 있다.[660] 이에 정부는 2019년에 '대통령령'으로 공무원의 적극행정[661]을 장려하여 국민에게 봉사하는 공직문화를 조

660) 이종수, 위의 글, 239면.

661) "적극행정"이란 공무원이 불합리한 규제를 개선하는 등 공공의 이익을 위해 창의성과 전문성을 바탕으로 적극적으로 업무를 처리하는 행위를 말한다(운영규정 제2조 제1호).

성함으로써 국가 경쟁력의 강화와 국민의 삶의 질 향상에 이바지함을 목적으로 「적극행정 운영규정」(대통령령 제30016호, 2019.8.6. 제정·시행)을 마련하여 시행하고 있다.[662] 동 규정에서는 적극행정과 관련한 "면책" 규정을 다음과 같이 규정하고 있다.

[표 5-1-2] 적극행정 관련 면책규정

구분	내용
징계요구 등 면책 (제16조)	적극행정을 추진한 결과에 대해 그의 행위에 고의 또는 중대한 과실이 없는 경우에는 「감사원법」 제34조의3 및 「공공감사에 관한 법률」 제23조의2에 따라 징계 요구 또는 문책 요구 등 책임을 묻지 않는다.
	사전컨설팅 의견대로 업무를 처리한 경우에는 제1항에 따른 면책 요건을 충족한 것으로 추정한다(다만, 공무원과 대상 업무 사이에 사적인 이해관계가 있거나 감사원이나 감사기구의 장이 사전컨설팅을 하는 데 필요한 정보를 충분히 제공하지 않은 경우는 제외)
징계 등 면제 (제7조)	적극행정을 추진한 결과에 대해 그의 행위에 고의 또는 중대한 과실이 없는 경우에는 징계 관련 법령에 따라 징계의결 또는 징계부가금 부과의결(이하 "징계의결등"이라 한다)을 하지 않는다.
	공무원이 사전컨설팅 의견대로 업무를 처리한 경우에는 징계 관계 법령에 따라 징계의결등을 하지 않는다(다만, 공무원과 대상 업무 사이에 사적인 이해관계가 있거나 감사원이나 감사기구의 장이 사전컨설팅을 하는 데 필요한 정보를 충분히 제공하지 않은 경우는 제외).
	공무원이 적극행정 지원위원회(제13조)가 제시한 의견대로 업무를 처리한 경우에는 징계의결 등을 하지 않는다(다만, 공무원과 대상 업무 사이에 사적인 이해관계가 있거나 위원회가 심의하는 데 필요한 정보를 충분히 제공하지 않은 경우는 제외).
	「공무원 징계령」 제2조제1항에 따른 징계위원회는 징계의결등이 요구된 공무원이 적극행정 추진에 따라 발생한 비위임을 주장할 경우에는 징계 관계 법령에 따라 이를 고려하여 심의하고 그 결과를 징계 및 징계부가금(이하 "징계등"이라 한다) 의결서에 구체적으로 밝혀야 한다.

※ 적극행정 운영규정 제16조 및 제17조

662) 공무원의 적극행정 및 적극행정 면책제도는 2009년 「적극행정 면책 및 공무원 경고 등 처분에 관한 규정」(행정안전부훈령 제140호, 2009.2.2. 제정·시행)으로 시작되었다. 동 규정은 행정안전부 훈령이라는 한계가 있었다. 동 훈령에서는 적극행정 면책기준으로서 ① 감사를 받는 공무원 등의 업무 처리가 불합리한 규제의 개선, 공익사업의 추진 등 공공의 이익을 위한 것일 것, ② 감사를 받는 공무원 등이 대상 업무를 적극적으로 처리하였을 것 및 ③ 감사를 받는 공무원 등의 행위에 고의나 중대한 과실이 없을 것 등을 규정하고 있고(제5조 제1항), 여기에서의 고의·중과실 요건으로서 ① 감사를 받는 공무원 등과 대상 업무 사이에 사적인 이해관계가 없을 것 및 ② 대상 업무를 처리하면서 중대한 절차상의 하자가 없었을 것 등을 규정하고 있다(제5조 제2항).

그런데, 직권남용죄와 관련하여, 현재 이루어지고 있는 직권남용죄에 근거한 검찰의 적극적인 기소 흐름, 직권남용죄의 적극적 해석론, 직권남용행위에 대한 처벌의 확장 또는 강화하는 입법론 등은 공무원의 적극행정 기조에 부정적인 영향을 야기할 수 있다.

(2) 적극행정 면책론

적극행정과 그에 따른 '면책'은 '행정' 영역에서의 공무원의 징계에 관한 것이고, 직권남용죄 성립에 관한 것은 '형법' 영역에서의 공무원의 처벌에 관한 것으로서 양자는 그 본질을 달리한다. 또한, 적극행정이 지향하는 것도 범죄(직권남용죄 성립)임에도 불구하고 적극적인 업무처리를 할 것을 요구하는 것은 아니기 때문에 양자가 기본적으로는 충돌관계에 있다고 할 수 없다.[663]

그러나, 직권남용죄 성립범위를 확장하기 위한 적극적 해석론이나 입법론이 지배적인 경우에 있어서는, 공무원의 징계 영역, 즉 '행정' 영역이 '형법' 영역으로 넘어올 수 있는 가능성이 농후하기 때문에 양자가 상호 관계가 없다고 말하기 어렵게 된다. 이에 "적극행정 면책이론에서 이야기하는 여러 가지 요소들이 배임죄에 있어 경영판단의 법칙이 그랬던 것처럼 직권남용죄의 '고의'를 인정하는 기준으로 준용할 수 있다."는 제안도 있다.[664]

> "국민의 생명과 안전을 지키기 위한 업무를 수행함에 있어 공무원은 적극적이고 창의적이며 선제적인 업무 집행 내지 그에 관한 지시를 하여야 하는데, 그러한 업무수행 과정에서는 필연적으로 조직 내부는 물론 외부와의 의견 충돌이 발생할 수밖에 없다고 할 것이며, 그러한 경우까지 직권남용의 고의에 관한 해석기준을 완화할 수는 없는 것이다. 이러한 측면에서 볼 때, 해당 공무원이 그 업무 처리 내지 지시를 함에 있어 (i) 해당 업무가 공공의 이익을 위한 것이고, (ii) 그 공무원이 그러한 업무를 적극적으로 처리하였으며, (iii) 그 업무 과정에서 사적인 이해관계가 인정되지 않을 뿐만 아니라, (iv) 해당 업무를 처리함에 있어 중대한 절차상 하자가 인정되지 않고, (v) 법치행정의 원칙에 따라 합법적인 것으로 인정된다면 직권남용의 고의를 인정할 수 없다고 할 것이다."
>
> ※ 이종수, 위의 글, 245면

663) 이에 따라, ① 적극행정 면책이론은 행정법상 공무원에 대한 징계 영역에서의 고려되어야 할 것이며, ② 적극행정 면책이론이 적용되는 조건이라면 직권남용죄의 객관적 구성요건 요소인 '직권남용'에 해당하지 않고, ③ 범죄성립에 엄격한 입장을 취하고 있는 대법원의 입장을 고려해 보면, 직권남용죄와 관련한 적극적 면책이론의 논의의 실익이 크지 않을 수 있다는 지적도 있다(이종수, 위의 글, 344면).

664) 이종수, 위의 글, 245면.

적극행정 면책이론은 면책요건이 엄격하게 규정되어 있을 뿐만 아니라 행정상 징계 면책 요건을 형법상의 면책 요건화 등 관점에서 고려하여야 할 사항이 많다. 그러나, 이러한 논의는 직권남용죄의 성립범위를 – 주관적 구성요건 성립과 관하여 - 보다 엄격하게 하고자 하는 견해로도 이해할 수 있을 것이다.

4. 소결

직권남용죄에 관한 판례의 법리와 관련하여 제기되는 논쟁은, 기본적으로, 한편에서는 지금까지 묵인되어 온 (또는 향후 묵인될 수 있는) 공무원의 불법적인 권한행사에 대한 처벌의 필요성에 기반하고, 다른 한편에서는 정권교체 이후 정치권 인사나 공무원 등에 대한 정치보복의 수단으로 남용될 수 있는 우려에 기반한 것이라 할 수 있을 것이다.[665]

공무원의 불법적인 권한행사에 대한 처벌의 필요성에 기반한 현행 판례의 법리에 대한 비판적 견해들은 나름대로 합리적이고 타당한 주장이라 평가할 수 있을 것이다.

그러나 현행 형법상의 직권남용죄(제123조) 규정의 내용에 기반하여, 죄형법정주의에 따른 엄격해석의 원칙 및 최소침해의 원칙이 준수와 직권남용죄 규정의 남용가능성을 고려해 볼 때, 현재 확립되어 있는 판례의 법리가 오히려 타당하다고 할 수 있을 것이다. 특히, 주요 국가(일본, 독일, 미국 등)에서는 – 상술한 바와 같이 – 직권남용죄 규정의 적용 사례가 매우 적다는 점을 고려해 보면, 그 적용사례가 상대적으로 많은 우리나라에서는 직권남용죄 규정의 남용가능성이 매우 크다는 점을 부인하기 어렵다고 생각된다. 우리와 동일한 입법례를 취하고 있는 일본에서도 그 적용사례도 많지 않을 뿐만 아니라 그에 대한 해석론도 우리와 유사하게 제한적으로 이루어지고 있다는 점에 유의할 필요가 있을 것이다.

요컨대, 판례의 법리와 같이 현행 형법 제123조(직권남용죄)의 제한적 해석론이

---

665) 조기영, 위의 글(직권남용의 개정방향), 77~78면 참조. 이에 조기영 교수는 형법 제123조는 “공무원의 불법적인 직권행사를 방지함으로써 국가기능의 공정한 행사를 보장하고 국민의 자유와 권리를 보장하여야 하고”, “한편으로는 직권남용죄 조항이 공무원에 대한 정치적 보복 수단이 되거나 공무원의 직무수행을 위축시키지 않도록 하기 위하여 자의적 해석이 허용되지 않고 예측가능성이 확보되어야 한다.”는 이중적 과제를 가지고 있다고 한다(조기영, 위의 글(직권남용의 개정방향), 77~78면).

타당하다고 생각되며, 이에 대한 비판적 견해들이 주장하는 처벌의 필요성이 인정되는 공무원의 불법적인 권한행사(특히, 공무원의 지위이용행위)에 대한 처벌의 문제는 해석론으로 해결할 문제가 아니라 입법적으로 해결해야 할 문제라고 할 것이다. 즉 제123조(직권남용죄) 성립범위를 확장하는 작업은 '사법부'의 역할이 아닌 '입법부'의 역할이라 할 수밖에 없을 것이다.

제2절 | 입법론적 관점

1. 서론

현재 법원에서도 직권남용죄에 관한 법원 자신의 법리에 대한 문제 인식이 분명하다는 점은 확인할 수 있다. 즉 대법원도 '지위를 이용한 불법행위'는 '직권남용' 못지않게 처벌의 필요성이 필요한 경우가 있다는 점을 인정하고 있다. 그러나, 이러한 행위의 처벌은 형법상의 대원칙인 죄형법정주의에 따라 해석이 아닌 입법으로 해결해야 한다는 점도 명확하게 밝히고 있다.

이러한 대법원의 논리는 정당하다고 생각되며 따라서 합리적인 '입법' 노력이 필요로 된다.

대법원 2021.3.11. 선고 2020도12583 판결

"대법원은 공무원이 그 지위를 이용하여 일반적 직무권한에 속하지 않는 위법행위를 한 경우인 '지위를 이용한 불법행위'는 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 권한을 위법·부당하게 행사한 경우와 달리 직권남용죄의 처벌 대상이 아니라고 보고 있다. 위와 같은 '지위를 이용한 불법행위'를 '직권'의 남용에 해당한다고 해석하는 것은 문언의 가능한 범위를 벗어나는 확장해석 또는 유추해석으로서 죄형법정주의에 위반되기 때문이다.

공무원이 그 직무권한의 행사로 인해 불이익을 받을 것을 우려하는 사람을 상대로 직무 권한을 넘어서는 위법·부당한 행위를 하여 그 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 그 사람의 권리행사를 방해하는 것은 자신에게 속하는 직무권한을 위법·

부당하게 행사하는 것 못지않게 국가기능의 공정한 행사에 대한 사회 일반의 신뢰를 떨어뜨리고 개인의 자유와 권리를 침해할 위험이 크다고 볼 수 있다. **그러나 별도의 입법이 없는 이상 현행법의 해석만으로 공무원의 직무권한에 속하지 않는 행위를 직권남용죄로 처벌하기는 어렵다.**"

서울고등법원 2019.4.5. 선고 2018노3058 판결 (대법원: 진행중(2019도4636))

"형벌법규의 해석과 적용은 엄격하여야 하므로, 비록 범행 결과가 매우 중대하고 범행 동기나 방법 및 범행 정황에 비난 가능성이 크다는 사정이 있더라도, 이를 양형에 불리한 요소로 고려하여 그 형을 무겁게 정하는 것은 별론으로 하고, 그러한 사정을 이유로 형법 문언의 의미를 피고인에게 불리하게 확장하거나 형사재판에서 범죄사실의 증명책임을 완화할 수 없다. 이 법원은 공소장에 기재된 구체적 범죄사실이 검사가 제출한 증거들만으로는 공소장에 기재된 적용법조의 범죄에는 해당하지 않는다고 판단한 것이지, 피고인의 행위가 윤리적·도덕적으로 정당하다거나 허용된다는 취지는 아니다. 피고인의 채용 청탁에 따라 직접 채용 비리를 저지른 ××공사 관련자들이 유죄 판결을 받았음에도, 채용 청탁을 한 피고인에게 무죄를 선고하는 것이 결과만을 고려하였을 때 불공평할 뿐만 아니라 국민들의 법감정에 반할 수 있다는 측면에서 고민이 되기도 한다. 그러나 공소장에 기재된 죄명으로는 피고인이 유죄라는 확신이 들지 않은 이상 '의심스러울 때는 피고인의 이익으로'라는 형사법의 기본원칙을 따를 수밖에 없다.

2. '지위 이용행위' 처벌

가. 논의사항

현재 직권남용죄 성립과 관련하여 가장 논란이 있는 것은, 국가기능의 공정한 행사에 대한 사회 일반의 신뢰를 떨어뜨리고 개인의 자유와 권리를 침해할 위험이 크다고 볼 수 있는 행위 즉, 공무원의 '지위 남용'행위에 대한 것이다.

이에 대하여, 상술한 바와 같이, 판례는 현행법상으로는 '지위의 남용'은 직권남용죄로 처벌할 수 없다는 확고한 입장을 취하고 있다. 이에 대하여, 학계에서는 ① 구체적인 직무권한의 범위를 형식적으로 넘어서 추상적인 직무권한을 행사하였을 경우 또는 추상적인 직무권한의 범위를 초과한 경우에도 그 초과부분이 외형적으로는 권한 있는 자의 직무권한을 행사하는 것과 같은 외관을 보이고 있는 경우에도 직권남용이

될 수 있다거나,[666] ② 직무행위의 목적-수단 관계를 기준으로, 목적이 부당하지만 수단이 정당한 경우에는, 그 목적과 수단과의 관련성, 현저성의 원칙, 자율성의 원칙 등을 종합적으로 고려하여 '강화된 정도의 반사회성'이 인정될 때 직권남용죄의 성립을 인정할 수 있다고 하고,[667] ③ 공무원의 지위에 수반된 직무권한의 행사가능성이 인정되는 경우에는 직권남용죄가 성립된다고 보아야 한다거나,[668] ④ 공무원이 담당하는 '직권'과 관련된 '직무'의 기능과 성격, 그리고 실행하는 '직권'이 미치는 사실상·법률상 효과와 범위 등을 개별적·구체적 사안별로 판단하여 일반적 직무권한의 외연을 확정하여야 한다는 견해[669] 등이 있다.

이러한 논의를 전개하는 견해들도, 그에 관련한 **입법론**으로서, ① 준월권적 남용을 일반직권남용죄의 남용개념에 포함시키더라도 그 외의 월권적 남용은 남용이 형법상 별도의 구성요건적 행위로 포섭될 수 없는 한 여전히 처벌의 공백은 남게 되기 때문에, 국가권력의 공정이라는 법익을 보호하기 위한 구성요건체계를 정비하기 위해서는 월권적 남용을 규율하기 위해 지위 내지 직위남용행위를 일반 직권남용죄의 구성요건에 추가하여야 한다는 견해,[670] ② 입법론 차원에서는 독일형법 제240조 제4항 제3호 등과 같이, '지위의 남용'과 '권한의 남용'을 개념적으로 구별하고 전자와 후자를 나누어 규정하는 것도 고려할 필요가 있다는 견해,[671] ③ 공무원의 권한의 남용과 지위의 남용을 동등한 불법으로 파악하고 있는 독일형법 제240조를 입법론적으로 참고하여 지위남용행위를 직권남용죄의 불법으로 규정하는 것이 필요하다는 견해[672] 등이 주장되고 있다.

---

666) 김성돈, 위의 글, 224~225면.
667) 조기영, 위의 글(직권남용과 블랙리스트), 42~43면.
668) 최병천, 위의 글, 41~43면.
669) 오병두, 위의 글(직권남용죄 성립범위), 129~130면.
670) 김성돈, 위의 글, 228면(이 견해에 따르면, 공무원의 문서작성권한이라는 구체적 직무권한이 특정되어 있는 구성요건의 체계가 모범이 될 수 있다고 한다. 즉, "문서에 관한 죄는 그 권한 범위 내에서 실질적 내용변경에 해당하는 변조와 허위공문서작성(재량권 남용과 비교), 작성권자로서의 자격 없는 자의 자격모용에 의한 문서위조(자격사칭에 해당), 그리고 작성권한 없는 자의 형식적 위조(월권적 남용과 비교) 등 세 가지 행위태양을 모두 구성요건에 담고 있다(모용+유형위조+변조+허위문서작성= 최광위의 위조). 이에 비해 일반 직권남용죄의 경우는 재량권 남용(또는준월권적 남용)만 행위태양으로 두고 있고, 해석을 통해 자격사칭 및 월권적 남용을 포함되는 것으로 남용의 의미를 재구성할 수는 없다"고 한다).
671) 오병두, 위의 글(직권남용죄 성립범위), 130면.
672) 조기영, 위의 글(직권남용의 개정방향), 90면. 이 견해는 우리 형법 제132조(알선수뢰)의 예를 들어 '지위의 남용'을 직권남용죄의 행위태양으로 인정하는 것이 현행형법이나 법체계에서 생경한 개념을 도입하는 것은 아니라고 한다(동, 92면). 그리고 '지위의 남용'을 직권남용죄의 새로운 구성요건으로 포함시키기 위해서는 '지위'라는 개념에 대한 정치한 해석론의 전개가

나. 국회입법안

박주민의원 대표발의안(의안번호 제2114626호, 제안일자: 2022-01-28)은 "직권남용죄의 구성요건" 중 '직권'의 의미와 그 범위를 어떻게 해석하느냐에 따라 공무원의 일반적 직무권한에 속하지 않는 '지위'를 이용한 불법행위의 경우 처벌의 공백이 발생할 수 있다는 우려가 지속적으로 제기"되고 있다는 점을 이유로 '지위를 이용'하여 타인에게 의무없는 일을 하게 한 경우나 권리행사를 방해한 경우에도 처벌할 수 있도록 규정하고 있다(안 제123조).

〈박주민의원 대표발의안〉

제123조(직권남용) ① 공무원이 직권을 남용하거나 지위를 이용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

다. 소결

상술한 바와 같이(이 연구의 제3장) 현행 독일형법 제240조 제4항 제2호는 공직자가 "자신의 권한 또는 지위를 남용한 경우"를 처벌하도록 규정하고 있고, 미국의 연방형법 제242조도 '법의 컬러'라는 개념을 사용하여 공무원이 지위를 이용한 불법행위를 포섭할 여지를 두고 있다.

또한, 형법(제132조), 국가정보원법(제11조 제2항 제2호) 및 공직선거법(제85조 제1항 및 제2항) 등에서도 공무원의 "지위(직위)를 이용"하는 행위에 대하여 처벌하는 내용이 규정되어 있는 경우도 있다.

국가정보원법

제11조(정치 관여 금지) ① 원장·차장 및 기획조정실장과 그 밖의 직원은 정당이나 정치단체에 가입하거나 정치활동에 관여하는 행위를 하여서는 아니 된다.
② 제1항에서 정치활동에 관여하는 행위란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.
1. (생략)

필요한데, 알선수뢰죄에서 '공무원이 그 지위를 이용'한다는 구성요건표지에 대한 대법원의 해석을 그 출발점으로 삼을 수 있을 것이라고 한다(동, 92면).

2. **그 직위를 이용**[673]하여 특정 정당이나 특정 정치인에 대하여 지지 또는 반대 의견을 유포하거나, 그러한 여론을 조성할 목적으로 특정 정당이나 특정 정치인에 대하여 찬양하거나 비방하는 내용의 의견 또는 사실을 유포하는 행위
3.~7. (생략)
③~⑥ (생략)

공직선거법

제85조(공무원 등의 선거관여 등 금지) ① 공무원 등 법령에 따라 정치적 중립을 지켜야 하는 자는 **직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여** 선거에 부당한 영향력을 행사하는 등 선거에 영향을 미치는 행위를 할 수 없다.
② 공무원은 **그 지위를 이용**하여 선거운동을 할 수 없다. (이하 생략)
③·④ (생략)

그러나 비교법적 측면에서 볼 때, 독일의 경우에는 직권남용죄(독일형법 제240조 제4항 제2호)는 강요죄의 중한 경우를 규정한 것으로서 "폭행 또는 폭행 또는 상당한 해악을 고지한 협박"을 수단으로 하고 있고, 미국의 연방형법(제242조)은 '법의 컬러' 아래 행한 행위로 "권리, 특권 또는 면책특권을 박탈"하거나, 또는 "처벌, 제재 또는 형벌을 부과"하는 경우에 처벌하도록 규정하고 있다는 점에도 주의할 필요가 있다. 우리나라에서는 직권남용죄 규정을 매우 적극적으로 적용하여 기소가 이루어지고 있지만, 이와는 달리 – 상술한 바와 같이 - 주요 국가(일본, 독일, 미국 등)에서는 그 적용 사례가 매우 적다는 점도 우리와는 다르다.

한편, 우리 형법(제132조), 국가정보원법(제11조 제2항 제2호) 및 공직선거법(제85조 제1항 및 제2항) 등에의 공무원의 지위(직위)을 이용행위의 금지 대상(결과)은 특정한 행위로 제한되어 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 즉, 형법 제132조는 '알선 수뢰 행위'로, 국가정보원법(제11조 제2항 제2호) 및 공직선거법(제85조 제1항 및 제2항)은 '부당한 선거 개입'으로 행위 결과를 제한하고 있다는 사실이다.

이와 같은 입법례의 차이와 운용실태의 차이를 고려해 볼 때, "지위 이용"행위를 '권한 남용'행위와 병렬적으로 규정하는 입법론은 신중을 기할 필요가 있다고 생각된다. 지위이용 불법행위에 대한 처벌규정을 마련하기 위해서는 독일과 같이 그 수단을

673) 대법원 2018.4.19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결(여기에서 '그 직위를 이용하여'는 구 공직선거법(2014.2.13. 법률 제12393호로 개정되기 전의 것)상 공무원의 선거운동 금지 규정에 있는 '공무원이 그 지위를 이용하여'와 같은 의미로 해석할 수 있다.")

제한하는 방안이나, 미국에서와 같이 행위결과를 – 현행과 같이 광범위한 '의무없는 일을 하게 하거나 권리행사를 방해한 때'라고 규정할 것이 아니라 – 제한적으로 규정하는 방안이 동시에 고려되어야 할 것으로 생각된다. 우리와 동일한 입법례를 취하고 있는 일본에서는 그 적용사례도 많지 않을 뿐만 아니라 그에 대한 개정론(지위 이용행위 처벌론)도 찾아보기 어렵다.

3. 목적범으로 규정

가. 논의사항

직권남용죄 규정을 목적범으로 규정하자는 제안은 '이수진 의원실 입법공청회 개정초안'에서 찾아 볼 수 있다(이 안은 아직 국회에 제출되지 않았다). 이 개정안은 '지위' 남용행위도 처벌의 대상으로 확대시키면서, '직권 또는 지위 남용'행위의 범위를 명확하게 한정하기 위하여 ① 목적범으로 규정함과 동시에 ② 행위 수단을 '위계 또는 위력'으로 한정하여 규정하고 있다.[674] 이와 같이 목적범 형태의 입법은 스위스 형법(제312조)에서 찾아 볼 수 있다.

〈이수진 의원실 입법공청회 개정초안〉

제123조(직권, 지위남용) 공무원이 자기 또는 제3자로 하여금 불법한 이익을 얻게 하거나 타인에게 불이익을 부과하기 위한 목적으로 위계 또는 위력으로써 직권이나 지위를 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

〈스위스 형법〉

제312조(직권남용) 관청의 구성원 또는 공무원으로서, 자기 또는 타인으로 하여금 위법한 이익을 얻도록 하기 위하여 또는 타인에게 불이익을 가하기 위하여 자신의 직권을 남용한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금역에 처한다.[675]

674) 이수진 의원실 안에 관한 사항은 조기영, 위의 글(직권남용의 개정방향), 93면에서 재인용.
675) 한국형사정책연구원, 스위스 형법전, 2009, 40면에서 원용.

나. 소결

직권남용죄를 – 지위이용행위를 처벌대상으로 포함(확대)시키는 것을 전제로 – 목적범으로 규정하는 것은 그 성립범위를 '목적'으로 '제한'하고자 하는 취지 측면에서는 긍정적으로 평가할 수도 있을 것이다.

그러나, 스위스 형법(제312조)은 목적범(자기 또는 타인으로 하여금 위법한 이익을 얻도록 하기 위하여 또는 타인에게 불이익을 가하기 위하여)으로 규정하고 있기는 하지만, 이것은 우리형법과는 달리 '의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해'할 것을 구성요건요소로 규정하고 있지 않기 때문에 그 필요성이 인정될 수 있다고 할 수 있을 것이다.[676] 그리고 스위스 형법(제312조)은 '직권 남용' 행위만을 처벌 대상으로 하고 있다는 차이점도 고려할 필요가 있을 것이다. 또한 '목적'의 내용을 이욕범의 형태로 규정하는 경우도 충분한 검토가 필요하다. 직권남용죄의 행위태양을 보면(특히, 이 연구 제4장 제4절 참조) 모든 가벌적 행위(처벌의 필요성이 인정되는 행위)가 ① (자기 또는 제3자의) '불법한 이익 취득' 또는 ② (타인에게) '불이익 부과'로 환원될 수 없을 뿐만 아니라(예를 들어, 사법농단 사건 참조), '이익' 또는 '불이익'의 개념이 지나치게 불명확한 개념요소이기 때문이다.

한편, 지위이용 행위를 처벌대상으로 포함(확대)시키는 것을 전제로 하여 그 행위수단을 '위계 또는 위력'으로 한정하여 규정하는 것은 충분히 고려해 볼 가치가 있다고 생각된다.[677] 위계·위력에 의한 범죄 성립범위 제한은 '지위이용 행위' 처벌 범위를 제한할 수 있는 안전장치로서 기능할 수 있기 때문이다. 그러나 '이수진 의원실 입법공청회 개정초안'에서 처럼, '위계 또는 위력'의 수단이 '직권 남용행위'와 '지위 남용행위' 양자를 모두 제한하는 것은 타당하지 않다고 생각된다. '직권 남용행위'의 처벌의 범위가 '위계 또는 위력'을 수단으로 하는 경우로 극히 제한되기 때문에, 오히려 현행 규정보다 더 처벌의 범위를 제한하는 결과를 야기할 수 있기 때문이다. 요컨대, '지위

676) 조기영, 위의 글(직권남용의 개정방향), 94면.

677) 이에 대하여 "폭행·협박 또는 그보다는 불법이 낮은 위계·위력을 사용하지 않는 직권 내지 지위 남용도 형법적 당벌성이 인정되는 경우가 있을 수 있고, 판례 이론에 따르면 '남용'이라는 개념에는 이미 위계·위력이 포함되어 있는 것으로 볼 수 있으며, 공무원범죄에 대한 엄정한 대처라는 직권남용죄의 입법취지에도 부합되지 않는다"는 견해가 있다(조기영, 위의 글(직권남용의 개정방향), 95~96면).

남용행위'에 한정하여 그 행위 수단을 '위계 또는 위력'으로 한정하여 규정하는 것이 타당하다고 생각된다.

4. 미수범 처벌규정

가. 논의사항

상술한 바와 같이(이 연구 제4장 제1절 참조) 대법원은 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 본죄의 기수를 인정하고 있다(미수범 처벌규정 없음).

이에 대하여, 대법원이 권리행사 방해 등의 요건이 충족되지 않을 경우 권리행사방해죄가 성립하지 않는다고 하는 것은 "협애한 태도"로서, 일반직권남용죄의 '보호법익이 국가기능의 공정성'에 있다는 점, '보호법익의 보호정도는 추상적 위험범'으로 해석하는 것이 타당하다는 점, 동 죄는 '미수 처벌 규정이 없다"는 점 등을 고려해 보면, 이 죄의 구성요건에 규정되어 있는 "권리행사 방해 등의 체계적 지위는 '구성요건적 결과'가 아니라 '객관적 처벌조건'으로 해석"되어야 한다는 견해가 있다.[678] 이와 같은 미수범 처벌규정의 부존재에 따른 처벌의 공백을 해석론을 통해 메꾸려는 견해는 타당하지 않다고 할 것이다. 해석에 의한 범죄 성립범위의 확장은 피고인에게 불리하게 작용하기 때문이다.[679]

이에 위와 같은 해석론을 전개하는 견해도 미수범 신설을 주장하고 있다. "폭행·협박으로 권리행사를 방해하는 등의 행위를 한 강요죄(형법 제324조)의 경우는 미수범 처벌규정이 있다"는 것을 근거로 "동일한 내용이 동일한 구성요건 구조 속에서 범죄체계론상의 지위가 이렇게 다르게 근거지워질 본질적인 이유가 없다면 입법적으로 미수범을 두는 것이 바람직"하다는 것이다.[680]

678) 김성돈, 위의 글, 227면.
679) 이종수, 위의 글, 246면.
680) 김성돈, 위의 글, 227면.

나. 국회입법안

박주민의원 대표발의안(의안번호 제2114626호, 제안일자: 2022-01-28)은 "직권남용죄에는 강요죄와는 달리 미수범 처벌규정이 존재하지 않는바, 이에 따라 타인이 의무없는 일을 하거나 권리행사의 방해를 당했다는 결과가 발생하지 않으면 처벌이 어려운 측면이 있다."는 점을 이유로 - 지위를 이용한 행위를 처벌범위에 포함시키는 것과 동시에 - 해당 범죄에 대한 미수범 처벌규정을 신설하고 있다(안 제123조).

〈박주민의원 대표발의안〉

제123조(직권남용) ① 공무원이 직권을 남용하거나 지위를 이용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 미수범은 처벌한다.

다. 소결

현행 국가정보원법에서도 직권남용죄에 대한 미수범 처벌규정이 있다(법 제22조 제2항). 그리고 일본에서도 – 소수이기는 하지만 - 미수범 신설규정을 주장하는 견해가 있다. 즉, 강요죄와의 관련성(유사성), 직권남용죄 적용 현실 고려(타인의 행동의 자유에 대한 침해 위험이 있는 행위의 처벌 필요성), 그리고 직권의 '남용행위' 그 자체의 처벌을 위해서는 미수규정이 필요하다는 주장이 있다.[681] 다시 말해서, 미수범 신설규정을 주장하는 견해는 입법론으로서 "구성요건을 변경하지 않는 한 강요죄와 마찬가지로 미수범 처벌규정을 두는 것이 타당하다."고 하고 있다.[682]

국가정보원법

제13조(직권 남용의 금지) 원장·차장·기획조정실장 및 그 밖의 직원은 그 직권을 남용하여 법률에 따른 절차를 거치지 아니하고 사람을 체포 또는 감금하거나 다른 기관·단체 또는 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리 행사를 방해하여서는 아니 된다.

제22조(직권남용죄) ① 제13조를 위반하여 사람을 체포 또는 감금하거나 다른 기관·단체 또는 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리 행사를 방해한 사람은 7년 이하의 징역과 7년 이하의 자격정지에 처한다.

② 제1항에 규정된 죄의 미수범은 처벌한다.

681) 江藤隆之, "行動の自由に対する侵害犯としての公務員職権濫用罪", 桃山法学 第27号(2017.11.), 27면.
682) 団藤重光, 刑法綱要各論, 創文社, 1988, 122면.

미수범 처벌규정 신설 입장은 직권남용죄 객관적 구성요건인 '직권남용' 행위(①)와 '의무없는 일의 강요 또는 권리행사 방해' 결과(②) 가운데 후자(②)의 성립 완화를 통하여 직권남용죄의 성립범위 확장을 도모하는 것이라 할 수 있을 것이다.

그러나 미수범 처벌규정의 실효성에 의문이 있다. 지금까지 나온 판례를 검토해 보면 '의무없는 일의 강요 또는 권리행사 방해' 결과 미발생(미수)으로 처벌이 되지 않은 사례가 거의 없었기 때문이다(이 연구 제2장 제2절에서 미수로 범죄 성립이 부정된 사안은 126개 직권남용행위 가운데 2개 행위였다(사안은 동일)).

그리고, 강요죄는 폭행·협박을 수단으로 하고 있고, 본죄와 강요죄는 보호법익를 달리하고 있다는 점에서 동일한 구성요건 구조 속에서 동일한 내용으로 구성되어 있다고 볼 수 없기 때문에, 직권남용죄와 강요죄를 동일한 범죄체계론상의 지위를 부여하여 직권남용죄에 대한 미수범 처벌규정 신설을 주장하는 것은 타당하지 않다고 본다. 특히, 박주민의원안과 같이 '지위 이용행위'를 처벌의 범위에 포함시키는 것과 동시에 '미수범 규정'을 신설하는 것은 타당하지 않다. '확대적용 가능성 우려'라는 직권남용죄에 대한 중대한 문제에 대한 답을 하고 있지 않기 때문이다.

요컨대, 미수범 처벌규정의 실효성에 의문이 있기는 하지만, 현행 구성요건을 그대로 유지하는 것을 전제로 '미수범' 규정을 신설하는 것은 가능할 수 있을 것으로 생각된다.

5. 법정형 강화

가. 국회 입법안

국회에서는 이른바 〈국정농단 사건〉을 계기로 직권남용죄의 법정형을 상향조정하는 형법개정법률안이 제출된 바 있다.

예를 들어, 진선미의원 대표발의안(의안번호 제2010682호, 제안일자: 2017-12-07, 임기만료폐기)에서는 "국정농단 사건과 같이 공직자들이 부패하거나 그 권한을 남용하는 경우 사회에 큰 해악을 끼치게 됨에도 불구하고 그 해악에 비해 현재 처벌 형량이 낮다는 비판이 지속적으로 제기되고 있고, 또 공무원은 국민으로부터 그 권한을 위임받아 행사하는 만큼 막중한 책임의식이 필요할 뿐만 아니라 우리나라의 정책에 영향을 끼칠 수 있는 고위 공무원들의 경우에는 특히 그 권한에 맞는 책임을 져야 할

것"이라는 이유로 직권남용죄의 법정형을 상향하였다.[683]

〈진선미의원 대표발의안〉

제123조(직권남용) ① 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

② 제1항의 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

나. 소결

직권남용죄(제123)와 함께 규정되어 있는 불법체포·감금죄(제124조, 7년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지), 폭행·가혹행위죄(제125조, 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지) 등 불법성이 더 중한 범죄, 그리고 '폭행 또는 협박'으로 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 하는 강요죄(제324조, 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하 벌금)와의 형평성을 고려하여야 할 것으로 생각된다. 단순한 법정형의 강화만으로는 범죄 예방효과를 기대하기는 어려울 것이다.

일본의 경우에는, 직권남용죄(제193조) 법정형이 "2년 이하의 징역 또는 금고"로 규정하고 있고, 강요죄(제223조) 법정형이 "3년 이하의 징역"으로 규정되어 있다는 점을 고려해 볼 때,[684] 본죄의 법정형 강화 주장[685]은 타당성이 있다고 생각된다.

6. 사법방해죄 신설

국회에서는 이른바 '법원의 사법농단 사건'을 계기로 법왜곡죄를 신설하는 형법개정법률안이 제안되고 있다.[686]

---

683) 또한, 박광온의원 대표발의안(의안번호 제2007855호, 제안일자: 2017-07-10, 임기만료폐기)도 직권남용죄의 법정형을 "3년 이상의 징역"으로 상향하고 있고(안 제123조, 벌금형과 자격정지는 삭제), 김성원의원 대표발의안(의안번호 제2005268호, 제안일자: 2017-01-25, 임기만료폐기)은 직권남용죄의 법정형을 "7년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지 또는 2천만원 이하의 벌금"으로 상향하였다(안 제123조).

684) 특별공무원 직권남용죄(형법 제194조)에 대하여는 "6개월 이상 10년 이하의 징역 또는 금고", 특별공무원 폭행·능학죄(형법 제195조)에 대하여는 "7년 이하의 징역 또는 금고"로 규정하고 있다.

685) 江藤隆之, 위의 글, 27면.

686) 최기상의원 대표발의안(의안번호 제2114791호, 제안일자: 2022-02-21), 김용민의원 대표발의안(의안번호 제2103745호, 제안일자: 2020-09-10), 김남국의원 대표발의안(의안번호 제2101090호, 제안일자: 2020-06-26), 주광덕의원 대표발의안(의안번호 제2020908호, 제안일

법왜곡죄를 신설하자는 입장은 – 특히, 독일규정(이 연구 제3장 제2절 참조) 등을 참고하여 - 법원의 엄격해석에 따른 직권남용죄의 적용의 한계를 보완하고, 불법체포·감금죄 등과 같이 특정 공무원의 특정한 행위('구체적 행위')를 처벌할 것을 제안하고 있다는 점이 특징이라 할 수 있을 것이다.

> 김남국의원 대표발의안(의안번호 제2101090호, 제안일자: 2020-06-26)
> 제123조의2(법왜곡) 판사, 검사 또는 경찰공무원 등 범죄수사나 재판에 관한 직무를 행하는 공무원이 그 직무를 행함에 있어 위법 또는 부당한 목적을 가지고 사실관계를 왜곡·조작하거나 법규를 부당하게 적용하는 등 법을 왜곡하는 때에는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 7천만원 이하의 벌금에 처한다.

법 기술상의 한계를 비롯하여 국가간의 형사사법시스템의 차이 등에 따른 국가간 단순 비교의 어려움 등이 있지만 우리의 사법제도에 대한 국민의 신뢰를 제고하고 국민의 기본권 보호를 강화하기 위해서는 법왜곡죄 도입에 대한 적극적인 검토가 필요하다고 본다(이 부분은 이 연구의 연구범위를 벗어나기 때문에 상세한 검토는 생략함).[687]

7. 행정법령상의 직권남용죄 규정 정비

일부 행정법령이 규제하는 주체들의 직무의 특수성에 기한 행위불법의 중대성에 기반하여 별도의 규정을 두는 것은 우리 입법상 별다른 문제는 없다. 그러나 형법상의 직권남용죄 규정과의 관계를 고려해 볼 때, 별도의 규정 필요성이 없는 경우나 불합리한 경우에는 당해 규정에 대한 정비가 필요하다.

국가재정법 제102조에 규정된 구성요건적 내용은 – 부당한 영향력의 행사만 있으면 성립하기 때문에 범죄 기수시기가 앞당겨지는 효과는 있지만 이 경우는 현실적으로 처벌 가능성이 없을 것으로 생각되고 - 형법상 직권남용죄(제123조)로 의율이 가능할 뿐만 아니라 그 법정형도 형법상 직권남용죄(제123조)와 동일하기 때문에, 동 규정을

자: 2019-06-11), 심상정의원 대표발의안(의안번호 제2015764호, 제안일자: 2018-09-28), 조수진의원 대표발의안(의안번호 제2105742호, 제안일자: 2020-11-25) 등.

687) 이에 관한 연구로는 강석구/주승희, 형사사법 분야의 법왜곡 방지를 위한 입법정책, 한국형사정책연구원, 2019 등을 참조 바람.

별도로 둘 이유가 없을 것으로 생각된다. 동 규정의 적용 사례도 찾아보기 어렵다. '구 공정거래법'상의 직권남용죄 규정(구법 제69조)의 경우에도 삭제된 바 있다(2020년 법개정).[688]

주민등록법의 경우는 - '의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리 행사를 방해한 때' 등과 같은 결과를 규정하지 않고 - "직권을 남용"하면 바로 범죄가 성립되도록 규정하고 있는데(제38조), 경찰관 직무집행법(제12조)과의 정합성을 고려하면 그 결과(예를 들어, "다른 사람에게 해를 끼친 경우" 등)를 규정할 필요가 있다고 생각된다. 주민등록법 제38조가 그 처벌에 대하여는 "「경찰관 직무집행법」 제12조에 따라 처벌한다."고 규정하고 있기 때문이다.

주민소환에 관한 법률(제29조)의 경우에는 공직선거법(제12조)이나 국민투표법(제104조)과의 정합성을 고려하면 법정형을 상향조정할 필요가 있다. 모두가 유사한 투표업무와 관련한 직권남용행위라는 점에서 공통점이 있기 때문이다.

688) 구 공정거래법(2020.12.29. 전면 개정(법률 제17799호) 이전의 법률)
제69조(벌칙) ①제50조(위반행위의 조사등)제5항의 요건에 해당하지 아니함에도 불구하고 그 직권을 남용하여 금융기관의 특정점포의 장에게 금융거래정보의 제출을 요구한 자 또는 동조 제9항의 규정을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 〈신설 2004. 12. 31.〉
② (생략)

결 론

이천현

제6장

결 론

우리 판례는 직권남용죄가 성립하기 위해서는 ① '직권남용'(일반적 직무권한의 존재 + 직무상 권한을 행사하는 것으로 볼 수 있는 외관의 존재 + 실질적·구체적으로 위법·부당한 행위(남용행위)), ② '의무없는 일의 강요 또는 권리행사 방해'와 그 결과 발생, 그리고 ③ 인과관계(①과 ② 사이)가 있어야 한다고 하고, 이를 각각 엄격하게 해석하고 있는 입장에 있다.

그런데 특히 직권남용죄의 객관적 성립요건 가운데 '직권남용'에 대한 법원의 제한적 해석(직권남용과 지위이용 불법행위 구별)을 둘러싸고, 이와 같은 판례 이론에 따르면 "실질적 불법과 비난가능성이 오히려 더 클 수 있는 행위"에 대한 처벌의 공백이 발생하고, 이는 국가권력 행사에 있어서 형평에 반하고 청렴하고 공평한 새로운 공직사회 문화 발전을 저해하여 결국 국민의 신뢰에 악영향을 줄 수 있다는 문제인식에 기반하여 판례 법리에 대한 강력한 비판적 관점을 가지고 직권남용죄 성립요건에 대하여 확대 해석을 하여야 한다는 견해들이 주장되고 있다. 또 다른 측에서는 법치주의 원리를 강조하여 – 판례와 같이 또는 판례보다 더 엄격하게 - 직권남용죄의 엄격한 적용과 해석을 주문하고 있다.

직권남용죄에 관한 판례의 법리에 대해 제기되는 비판적 시각은, 기본적으로, 한편에서는 지금까지 묵인되어 온 (또는 향후 묵인될 수 있는) 공무원의 불법적인 권한행사에 대한 처벌의 필요성에 기반하고, 다른 한편에서는 정권교체 이후 정치권 인사나 공무원 등에 대한 정치보복의 수단으로 남용될 수 있는 우려에 기반한 것이라 할 수 있을 것이다.

그러나 이러한 문제를 해결해야 하는 형법 제123조가 떠안고 있는 "이중적 과제"(조기영, 위의 글(직권남용의 개정방향), 78면에 원용)는 – 해석론이 아닌 – 입법적 노력으로 해결될 수 밖에 없는 상황이라 할 수 있다. 법원의 법리에 비판적인 해석론은

전개하고 있는 입장에서도 이에 대하여도 의문이 없는 듯하다.

이 연구는 기본적으로 직권남용죄 적용 확대를 위한 해석론과 입법론에 부정적인 입장을 견지하고 있다. 헌법재판소 반대의견(재판관 권성)에서 지적하는 것처럼 직권남용죄의 구성요건인 "'직권남용'과 '의무'는 그 의미가 모호하고 광범위하며 추상적인 개념으로(서) … 자의적인 해석과 적용의 여지를 남기고 있어, 이른바 정권교체의 경우에 전임 정부에서 활동한 고위 공직자들을 처벌하거나 순수한 정책적 판단이 비판의 대상이 된 경우에 공직자를 상징적으로 처벌하는 데에 이용될 위험성"이 있기 때문이다. 이러한 우려는 직권남용죄 규정의 적용 사례가 매우 적은 주요 국가(일본, 독일, 미국)의 운영 실태를 보면 어느 정도 공감할 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 – 이러한 우려와는 별개로 - 직권남용죄의 성립요건을 구체화하는 입법노력 요구나 "실질적 불법과 비난가능성이 오히려 더 클 수 있는 행위"(특히, 공무원의 지위이용행위)에 대한 처벌의 공백을 메꿀 수 있는 방안 마련의 요구에는 답할 필요가 있다.

이에 이 연구에서는 다음과 같이 입법안을 제안하고자 한다.

〈사 안〉 형법

형법 제123조(직권, 지위남용) ① 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 공무원이 위계 또는 위력으로써 지위를 이용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에도 전항의 형과 같다.

③ 제1항의 미수범은 처벌한다.

"실질적 불법과 비난가능성이 오히려 더 클 수 있는 행위"에 대한 처벌의 공백을 메꿀 수 있도록, 지위 이용행위를 처벌의 범위에 포함시키되, 위계 또는 위력을 수단으로 한 경우로 제한함으로써 일반적 직무권한 없이 이루어지는 지위 이용행위의 성립범위를 다소 제한할 필요가 있다고 생각된다. 또한, 일반적 직무권한을 불법적으로 이용하는 경우(직권 남용행위)에 한하여 미수범 성립을 인정함으로써 처벌 범위 확장도 다소 제한할 수 있을 것으로 생각된다. 이와 같은 입법을 통해 공무원의 직권남용 및 불법적인 직권이용 행위에 대한 엄격한 처벌을 기하면서도 동시에 공무원의 직무

활동에 대하여 과도한 국가 형벌권 발동을 억제할 수 있을 것으로 생각된다.

한편, 일부 행정법령의 경우 형법상의 직권남용죄 규정과 동일한(또는 유사한) 형태의 직권남용행위 처벌규정을 두고 있다. 이들 규정 가운데, 형법상의 직권남용죄 규정과의 관계를 고려해 볼 때, 별도의 규정 필요성이 없는 경우나 불합리한 경우에는 당해 규정에 대한 정비가 필요하다. 즉, 국가재정법 제102조에 규정된 구성요건적 내용은 – 부당한 영향력의 행사만 있으면 성립하기 때문에 범죄 기수시기가 앞당겨지는 효과는 있지만 이 경우는 현실적으로 처벌 가능성이 없을 것으로 생각되고 - 형법상 직권남용죄(제123조)로 의율이 가능할 뿐만 아니라 그 법정형도 형법상 직권남용죄(제123조)와 동일하기 때문에, 동 규정을 별도로 둘 이유가 없을 것으로 생각된다. 동 규정의 적용 사례도 찾아보기 어렵다. '구 공정거래법'상의 직권남용죄 규정(구법 제69조)의 경우에도 삭제된 바 있다(2020년 법개정). 그리고 주민등록법의 경우는 - '의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리 행사를 방해한 때' 등과 같은 결과를 규정하지 않고 - "직권을 남용"하면 바로 범죄가 성립되도록 규정하고 있는데(제38조), 경찰관 직무집행법(제12조)과의 정합성을 고려하면 그 결과(예를 들어, "다른 사람에게 해를 끼친 경우" 등)를 규정할 필요가 있다고 생각된다. 주민등록법 제38조가 그 처벌에 대하여는 "「경찰관 직무집행법」 제12조에 따라 처벌한다."고 규정하고 있기 때문이다. 주민소환에 관한 법률(제29조)의 경우에는 공직선거법(제12조)이나 국민투표법(제104조)와의 정합성을 고려하면 법정형을 상향조정할 필요가 있다. 모두가 유사한 투표업무와 관련한 직권남용행위라는 점에서 공통점이 있기 때문이다.

참고문헌

[국내 문헌]

강석구/주승희, 형사사법 분야의 법왜곡 방지를 위한 입법정책, 한국형사정책연구원, 2019.

김성돈, “직권남용죄, 남용의 의미와 범위”, 법조 제68권 제3호(2019.6).

김성돈, 형법각론 제7판, 성균관대학교 출판부, 2021.

김일수/서보학, 새로쓴 형법각론, 2018, 박영사.

김한균, “직권남용과 성폭력 2차 가해”, 형사판례연구[30], 2022.

남형우, “미국의 직권남용 규정과 구체적 처벌사례: 한국 형법 제123조 해석론과의 비교,” 국외훈련검사논문집, 법무연수원 (2022, 미발간).

박찬걸, 형법각론, 2022, 박영사.

박학모/김정환/이승준/신가람, 권력형 직무범죄의 예방 및 실효적 제재를 위한 재구성 방안 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2019.

배종대, 형법각론 제13판, 홍문사, 2022.

법무부, 형사법개정자료(XIV) 형법개정법률안 제안이유서, 1992.10.

법무부, 형사법개정특별심의위원회 회의록[제6권], 1988.

손동권/김재윤, 새로쓴 형법각론, 2022, 율곡출판사.

신은영, “일본의 공무원직권남용죄에 관한 검토”, 비교형사법연구 제23권 제2호(2021).

양경승, “직권남용죄의 보호법익과 구성요건”, 인권과 정의 Vol. 500 (2021년 9월).

오병두, “직권남용죄 성립범위”, 건국대 일감법학 제44호(2019).

오병두, “직권남용죄의 성립요건에 관한 검토”, 형사법연구 제32권 제2호(2020 여름).

오영근, 형법각론, 2022, 박영사.

유기천, 형법학[각론강의 하](전정신판), 일조각, 1982.

이동희, “일본의 형법 개정의 연혁과 주요쟁점”, 비교형사법연구 제21권 제4호(2020.1).

이민걸, “직권남용죄에 있어서의 주체와 직권남용의 의미”, 형사판례연구[제13권], 2005, 한국형사판례연구회.

이완규, “직권남용죄의 성립요건”, 범죄방지포럼 제41호(2019.8)
이재상/장영민/강동범, 형법각론, 2019, 박영사.
이정원, 형법각론, 2012, 신론사.
이종수, “공무원의 부당한 직무수행과 직권남용죄의 관계 - 직권남용죄의 보호법익과 ‘적극행정 면책이론’의 도입 논의를 중심으로 -”, 법조 제70권 제1호(통권 제745호, 2021).
이주희, “국가재정법상 형사법적 규율에 대한 법정책적 고찰”, 법과 정책연구 제17집 제1호(2017).
이진국, “독일 형법상 법왜곡죄의 구성요건과 적용”, 비교형사법연구 제21권 제1호(2019.4.).
이창섭, “직권남용죄의 성립요건에 대한 고찰”, 아주법학 제15권 제2호(2020), 251면
장진환, “독일형법의 직권남용 규정에 대한 연구”, 비교형사법연구 제23권 제2호(2021.7.).
전주열/김수홍/김봉철/김성배/서보국, 해외 주요국의 국가공무원에 관한 법제분석, 한국법제연구원, 2015.
정성근/정준섭, 형법강의각론, 2022, 박영사.
정재각/심익섭/이승철, 독일의 행정과 공공정책, 대영문화사, 2016.
조기영, “직권남용과 블랙리스트”, 비교형사법연구 제20권 제2호(2018.7).
조기영, “직권남용죄의 개정방향”, 비교형사법연구 제23권 제2호(2021).
최병천, “직권남용권리행사방해죄 – 공무원의 직권남용을 중심으로”, 경찰법연구 제17권 제2호(2019).
한국형사정책연구원, 스위스 형법전, 2009.
허일태, “형사관계공무원(특수공무원) 범죄의 본질과 입법정책 - 특히 법적용의 남용에 관하여 -”, 동아법학 제2호(1986.4.).
홍영기, 형법 – 총론과 각론, 2022, 박영사.
김남국의원 대표발의안(의안번호 제2101090호, 제안일자: 2020-06-26).
김성원의원 대표발의안(의안번호 제2005268호, 제안일자: 2017-01-25).
김용민의원 대표발의안(의안번호 제2103745호, 제안일자: 2020-09-10).
박광온의원 대표발의안(의안번호 제2007855호, 제안일자: 2017-07-10).
심상정의원 대표발의안(의안번호 제2015764호, 제안일자: 2018-09-28).

조수진의원 대표발의안(의안번호 제2105742호, 제안일자: 2020-11-25).
주광덕의원 대표발의안(의안번호 제2020908호, 제안일자: 2019-06-11).
최기상의원 대표발의안(의안번호 제2114791호, 제안일자: 2022-02-21).
대법원, 대법원 선고 2019도11698 직권남용권리행사방해 사건에 관한 보도자료(2020-01-09)
대법원, 대법원 선고 2019도5186 직권남용권리행사방해 등 사건에 관한 보도자료(2020-12-13)
대법원, 대법원 선고 2017도7583 직권남용권리행사방해 등 사건에 관한 보도자료(2021-03-11)
대법원, 대법원 선고 2021도2228 직권남용권리행사방해 등 사건 보도자료(2022-03-17)
대법원, 대법원 선고 2017도19635 직권남용권리행사방해 등 사건에 관한 보도자료(2022-4-14)
대법원, 대법원 선고 2020도15105 정치관여 등 사건에 대한 보도자료(2022-10-27)

[해외 문헌]

江藤隆之, “行動の自由に対する侵害犯としての公務員職権濫用罪”, 桃山法学 第27号, 2017.11.
高橋則夫, 刑法各論 第3版, 成文堂, 2018.
団藤重光, 刑法綱要各論, 創文社, 1988.
大谷 實, 刑法講義各論[新版 第5版], 2019.
大塚 仁／河上和雄／中山善房／古田佑紀 編, 大コンメンタール刑法〔第二版〕第10巻(第193条~第208条の3), 2006.
大塚裕史/十河太朗/塩谷 毅, 基本刑法II 各論 第2版, 日本評論社, 2018.
木村祐三/小林敬和, 現代の刑法各論〔改訂第3版〕, 成文堂, 2008.
山口 厚, 問題探究刑法各論, 有斐閣, 1999.
西田典之/橋爪 隆(補訂), 刑法各論〈第7版〉, 弘文堂, 2018.
松原芳博, 刑法各論[第2版], 日本評論社, 2021.
神山敏雄, “職権濫用罪の法益についての一考察”, 転換期の刑事法学(井戸田侃先生古稀祝賀論文集), 現代人文社, 1999.

深尾正樹, “公務員職権濫用罪規定(刑法一九三条)の沿革”, 神戸法学雑誌 第46巻 第1号, 1996.
原田 保, 刑法における超個人的法益の保護, 成文堂, 1991.
日高義博, 刑法各論, 2020.
前田雅英, 刑法各論講義 第7版, 東京大学出版会, 2020.
井田 良, 講義刑法学·各論〔第2版〕, 有斐閣, 2020.
中森喜彦, “職権濫用罪と裁判官の職務権限 (最高裁第二小法廷昭和五七年一月二八日決定刑集三六巻一号一頁)”, 同志社法学 34巻6号, 1983.
浅田和茂, 刑法各論, 成文堂, 2020.

Alten, Klaus, Amtsmißbrauch: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuchs, Universitätsverlag Göttingen, 2012.
B. Finberg, Annotation, “What Constitutes Offense of Official Oppression,” 83 A.L.R.2d 1007 (1962).
Beck’sche Online-Kommentare Strafgesetzbuch: StGB, 53. Ed., C.H.BECK, 2022 (저자, BeckOK-StGB, §, Rn. 로 인용).
Brennan Center for Justice, 2021-05-14 〈How Congress Can Give Teeth to the Federal Law on Police Accountability〉. (https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/how-congress-can-give-teeth-federal-law-police-accountability)(2022.09.01. 최종방문).
Brian R. Johnson & Phillip B. Bridgmon, Depriving Civil Rights: An Exploration of 18 U.S.C. 242 Criminal Prosecutions 2001-2006, 34 Crim J. Rev., 2, (2009).
Geerds, Friedrich, Verfolgung Unschuldiger(§ 344 StGB), in: Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, 1992, S. 503 ff.
Houston Chronicle 2004-12-01 〈City rarely prosecutes civil rights complaints〉. (https://www.chron.com/news/houston-texas/article/City-rarely-prosecutes-civil-rights-complaints-1509188.php)(2022.08.24. 최종방문)
Joanna R. Lampe, “Federal Police Oversight: Criminal Civil Rights Violations Under 18 U.S.C. §242,” Congressional Research Service 2020. (https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10495)(2022.8.20. 최종방문)

Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Nomos, 2017(저자, NK-StGB, §, Rn. 로 인용).

Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 1: Einleitung; §§ 1-18, 13. Aufl., De Gruyter, 2020(저자, LK-StGB, §, Rn. 로 인용).

Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 9: §§ 339-358; Nachtrag zum StGB; Gesamtregister, 11. Aufl., De Gruyter, 2006(저자, LK-StGB, §, Rn. 로 인용).

Mandla, Christoph, Senatus legibus solutus – Kollegialrichter können straflos Recht beugen: Über ein degeneriertes „natürliches Recht“, richterliche Willkür, Geheimjustiz, Gleichheit vor dem Gesetz und historische Parallelen, in: ZIS 4/2009, S. 143 ff.

Matthew V. Hess, “Good Cop-Bad Cop: Reassessing The Legal Remedies For Police Misconduct,” 1993 Utah L. Rev. 149 (1993).

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Bd. 4: §§ 185-262, 4. Aufl., C.H.BECK, 2021(저자, MüKo-StGB, §, Rn. 로 인용).

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Bd. 5: §§ 263-358, 3. Aufl., C.H.BECK, 2019(저자, MüKo-StGB, §, Rn. 로 인용).

Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II: Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 23. Aufl., C.H.BECK, 2022.

Roggemann, Herwig, Richterstrafbarkeit und Wechsel der Rechtsordnung, in: JZ 1994, S. 769 ff.

Roxin, Claus, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, De Gruyter, 1973, S. 184 ff.

Roxin, Claus/Greco, Luis, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., C.H.BECK, 2020.

Rudolphi, Hans-Joachim, Zum Wesen der Rechtsbeugung, in: ZStW 82(1970), S. 610 ff.

Sarstedt, Werner, Fragen zur Rechtsbeugung, in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, De Gruyter, 1972, S. 427 ff.

Schaffstein, Friedrich, Vom Crimen vis zur Nötigung. Eine Studie zur Tatbestandsbildung im Gemeinen Strafrecht, in: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, De Gruyter, 1976, S. 983 ff.

Schönke/Schröder Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar, 30. Aufl., C.H.BECK, 2019 (저자, Sch/Schr-StGB, §, Rn. 로 인용).

Seebode, Manfred, DDR-Justiz vor Gericht, in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, C.H.BECK, 1998. S. 585 ff.

Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2016~2020.

Taryn A, Merkl, "Protecting Against Police Brutality and Official Misconduct: a New Feferal Criminal Civil Rights Framework," Brannan Center for Justice at New York University School of Law (2021).

Transactional Records Access Clearinghouse at Syracuse University, "Police Officers Rarely Charged for Excessive Use of Force in Federal Court". (https://trac.syr.edu/tracreports/crim/615/)(2022.08.24. 최종방문)

Transactional Records Access Clearinghouse at Syracuse University, "Under Color of Law", (https://trac.syr.edu/tracreports/civright/107/)(2022.08.25. 최종방문)

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau, 49. Aufl., C.F.Müller, 2019.

Wohlers, Wolfgang/Gaede, Karsten, Rechtsbeugung durch Handeln aus sachfremden Erwägungen?, in: GA 2002, S. 483 ff.

[링크]

법률신문, 2010-01-28, "김승연 회장 '보복폭행 무마' 전 경찰간부 징역형 확정" 〈https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=51055〉 (2022.11.21. 최종방문)

서울경제, 2007-10-30, "변양균·신정아씨 구속 기소" 〈https://www.sedaily.com/NewsView/1HMHRZVDM2〉 (2022.11.21. 최종방문)

한겨레, 2021-07-12, "1000일간의 사법농단 재판…아직도 멀지만 가야 할 길"

〈https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1002977.html〉(2022.11.17. 최종방문)

한경, 2022-07.14, "공정택 전 서울시교육감 '뇌물' 혐의로 징역 4년 선고" 〈https://www.hankyung.com/news/article/201102106434k〉 (2022.10.16. 최종방문)

한겨레, 2016-12-20, "대법, 뇌물사건 내사종결 지시한 검찰총장도 '직권남용' 인정" https://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/775311.html (2022.11.10. 최종방문)

한국형사법무정책연구원, CCJS (https://www.crimestats.or.kr/portal/main/indexPage.do) (2022.6.21. 최종방문) (2022.10.13. 최종방문).

法務省, 令和3年版 犯罪白書 (https://hakusyo1.moj.go.jp/jp/68/nfm/n68_2_4_11_0_0.html) (2022.08.11. 최종방문)

法務省, 令和元年版 犯罪白書 (https://hakusyo1.moj.go.jp/jp/66/nfm/n66_2_4_11_0_0.html) (2022.08.11. 최종방문)

法務省, 平成27年版 犯罪白書 (https://hakusyo1.moj.go.jp/jp/62/nfm/n62_2_1_1_2_2.html) (2022.08.11. 최종방문)

http://blog.livedoor.jp/ok_law/archives/54400191.html (2022.10.04. 최종방문)

https://daihanrei.com/ (2022.09.30. 최종방문)

http://ich-bin-dafuer.org/2016/02/17/nazirecht-gilt-noch-im-21-jahrhundert-ein-beispiel-ist-der-noetigungsparagraf-240-stgb/(2022.08.20. 최종방문)

https://www.justice.gov/crt/deprivation-rights-under-color-law) (2022.7.20. 최종방문).

https://kotobank.jp/word/%E6%97%A7%E5%88%91%E6%B3%95-52001. (2022.09.01. 최종방문)

https://p.peoplepower21.org/WatchPro/case_detail.php?id=172 (2022.10.28. 최종방문).

https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2015/Standardtabellen/standardtabellenFaelle.html?nn=51356 (2015년)(2022.08.20. 최종방문)

https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2016/Standardtabellen/standardtabellenFaelle.html?nn=65720 (2016년)(2022.08.20. 최종방문)

https://www.chron.com/news/houston-texas/article/City-rarely-prosecutes-civil-rights-complaints-1509188.php (2022.08.24. 최종방문)

https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=50383 (2022.09.30. 최종방문)

https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51196 (2022.09.30. 최종방문)

https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51730 (2022.09.30. 최종방문)

https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51854 (2022.09.30. 최종방문)

https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail3?id=20910 (2022.09.30. 최종방문)

https://www.legaltimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=273 (2022.11.11. 최종방문)

https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_housei.nsf/html/houritsu/00119471026124.htm. (2022.09.01. 최종방문)

Abstract

A Study on the Abuse of Authority (Article 123, Criminal Act)

Lee Cheonhyun, Lee Kwoncheol, Ko Myoungsu

In our society, the number of accusations related to abuse of authority has increased sharply since the Influence-Peddling Scandal(Meddling in State Affairs) 2017, and it is controversial whether any abuse of authority is guilty. According to the Prosecutor's Almanac (the Supreme Prosecutors' Office), of the total cases, 4,586 cases were filed with the prosecution for abuse of authority in 2016, but since 2017, the number has soared to 9,188 (2017), 13,738 (2018), 16,880 (2019), and 16,167 (2020). On the other hand, the prosecution rate for them is shown to be very low. The prosecution rate stood at 0.52% in 2016, 0.31% in 2017, 0.39% in 2018, 0.23%, and 0.14% in 2020. And, There are also a number of acquittal rulings on 'abuse of authority' against major high-ranking government officials indicted since 2018.

In this study, the occurrence and treatment of abuse of authority were identified, and a detailed review of the law theory on abuse of authority and its interpretation theory formed through the court's judgment was conducted. And, based on this, legislative improvement measures on the law of abuse of authority were proposed to prevent excessive use of state punishment rights for public officials' job activities while strictly punishing them for illegal activities.

According to our court, the following three conditions are necessary for abuse of authority to be established: ⓐ abuse of authority (existence of general job authority + appearance that can be regarded as exercising job authority + actual and specific illegal acts (abuse), ⓑ compulsory work or obstruction of exercise

of rights, and ⓒ causal relationship (between ⓐ and ⓑ). And our court are interpreting each of these requirements strictly.

However, among the objective requirements for the establishment of abuse of authority, there is a strong criticism of the court's limited interpretation of "abuse of authority" (distinction between abuse of authority and illegal activities using status). These critical views argue as follows: According to these precedents, there is a gap in punishment for "substantial illegality and acts that may be more likely to be criticized" which can undermine the development of a new official society that is fair and clean and fair in the exercise of state power, eventually adversely affecting public trust. These views also argue that an extended interpretation of the requirements for the establishment of abuse of authority should be made. On the other side, the principle of the rule of law is emphasized - as in precedents or more strictly than precedents - emphasizing the strict application and interpretation of the crime of abuse of authority.

The critical view of the abuse of authority case is basically based on the need for punishment for illegal exercise of authority by public officials that has been tolerated (or may be tolerated in the future) and concerns that can be abused as a means of political retaliation against political personnel or public officials after regime change.

However, the "dual task" that Article 123 of the Criminal Code has to solve these problems – not interpretation – is bound to be solved through legislative efforts. Critics of the precedent seem to have no questions about this.

This study basically maintains a negative position on the theory of interpretation and legislative theory to expand the application of abuse of authority. As pointed out in the Constitutional Court's Dissenting Opinion (Judge Kwon Sung), the constituent elements of abuse of authority are ambiguous, broad, and abstract concepts, and there is a risk of punishing high-ranking officials in the previous administration or symbolically punishing public officials in the event of a regime

change.

These concerns are bound to be sympathized to some extent when looking at the operation status of major countries (Japan, Germany, and the United States), where there are very few cases of application of regulations on abuse of authority. Nevertheless - apart from these concerns - it is necessary to respond to legislative efforts to specify the requirements for establishing abuse of authority or to prepare a measure to fill the gap in punishment for "substantial illegality and acts that may be more likely to be blamed(In particular, the act of a civil servant exploiting his position)".

Therefore, this study intends to propose a legislative proposal as follows.

Criminal Law

Article 123 (Abuse of Authority) (1) A public official who, by abusing his official authority, causes a person to perform the conduct which is not to be performed by the person, or obstructs the person from exercising a right which the person is entitled to exercise, shall be punished by imprisonment for not more than five years and suspension of qualifications for not more than ten years, or fine not exceeding ten million won.

(2) If a public official who, by using his official status through fraudulent means or by the threat of force, causes a person to perform the conduct which is not to be performed by the person, or obstructs the person from exercising a right which the person is entitled to exercise, the punishment specified in the preceding paragraph shall be imposed.

(3) Attempts to commit crimes specified in the paragraph (1) shall be punished.

In order to fill the gap in punishment for "s"substantial illegality and acts that may be more likely to be blamed", it is necessary to limit the scope of the establishment of status use without general job authority by limiting the use of

status to cases of “through fraudulent means or by the threat of force”. In addition, the expansion of the scope of punishment may be somewhat limited by acknowledging the establishment of an attempted criminal only for the illegal use of general job authority (abuse of authority). Through such legislation, it will be possible to impose strict punishment for public officials’ abuse of authority and illegal use of authority, while at the same time suppressing the excessive exercise of state punishment rights for public officials’ job activities.

On the other hand, some administrative laws have the same (or similar) regulations of punishment against abuse of authority as ‘abuse of authority’ under the Criminal Law. Among these regulations, considering the relationship with the crime of abuse of authority under the Criminal Law, it is necessary to improve the relevant regulations if there is no need for separate regulations or if it is unreasonable.

Since the contents of the constituent requirements stipulated in Article 102 of the National Finance Act are established only with the exercise of unfair influence, the timing of the establishment of the crime may be accelerated. However, in this case, there is no possibility of punishment, and there is no reason to separate the provisions because it is possible to be defined as a crime of abuse of authority (Article 123) under the Criminal Law, and the statutory sentence is the same as the crime of abuse (Article 123). It is also difficult to find an application case of this regulation. The provisions for the crime of abuse of authority under the “Old Fair Trade Act”(Article 69 of the former Act) have also been deleted (amended by the 2020 Act).

In addition, the Resident Registration Act stipulates that a crime is established immediately if there is “abuse of authority”, without stipulating results such as “causes a person to perform the conduct which is not to be performed by the person, or obstructs the person from exercising a right which the person is entitled to exercise”(Article 38). However, considering the consistency with the

Act on the Performance of Duties by Police Officers Article 12), it is necessary to stipulate the results (e.g., "If you have harmed others" etc.). This is because Article 38 of the Resident Registration Act stipulates that the punishment is "shall be punishable pursuant to Article 12 of the Act on the Performance of Duties by Police Officers."

In the case of the Recall of Elected Officials Act (Article 29), it is necessary to raise the statutory sentence in consideration of the consistency with the Public Official Election Act (Article 12) or the Referendum Act (Article 104). This is because all of them have something in common in that they are abuse of authority related to similar voting work.

연구총서 22-A-05

직권남용죄에 관한 연구

발　　행 | 2022년 12월

발 행 처 | 한국형사·법무정책연구원

발 행 인 | 하 태 훈

등　　록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주　　소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전　　화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kicj.re.kr

정　　가 | 10,000원

인　　쇄 | (주)현대아트컴 02)2278-4482

I S B N | 979-11-91565-54-6 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.