



MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 법원로4길 23 양지빌딩 2층
전화 02) 522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 <http://minbyun.org>
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 : 17-2-사무-7

수 신 : 각 언론사 제위

발 신 : 민주사회를 위한 변호사모임

제 목 : [민변][의견서] 박대통령이 재벌들로부터 수수한 뇌물죄 수사 관련

전송일자 : 2017. 2. 9.(목)

전송매수 : 총 32 매

[의견서] 박대통령이 재벌들로부터 수수한 뇌물죄 수사 관련

박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹사건
규명을 위한 특별검사 귀중

목 차

I. 의견서 요지

II. 삼성 합병과 부정한 청탁

1. 특검이 이재용에게 적용한 뇌물공여 혐의
2. 부정한 청탁
 - 가. '(부정한) 청탁을 받고'의 의미
 - 나. 제주도지사 제3자 뇌물수수 사례
3. 삼성과 다른 재벌의 경우

III. 재단법인과 뇌물

1. 공소장 기재 재단 설립의 과정
2. 대통령은 뇌물로 무엇을 받은 것인가?
 - 가. 재단의 지배권 또는 지배이익
 - 나. 제3자 뇌물수수가 아니라 단순수뢰죄가 바로 가능하다.
 - 다. 이사회 결의로 처분 가능한 금액을 뇌물의 가액으로 볼 수 있다.
 - 라. 소결
3. 자금 출연 이유에 대한 변명들

IV. 결론

I. 의견서 요지

1. 묵시적 '부정한 청탁'은 넓게 해석 가능합니다.

형법 제130조 소정의 제3자 뇌물수수 구성요건인 '부정한 청탁'에 있어 묵시적 의사표시에 의한 청탁의 해석과 관련하여, 대법원 판례 중 일부는 처벌범위를 명확히 하게 하고자 '대가관계에 대한 공통의 인식이나 상호 양해'가 있는지 여부를 판단하고 있는데(대법원 2009. 01. 30. 선고 2008도6950 판결), 이는 단순수뢰죄와 같은 '전체적 대가관계'로는 부족하고, '보다 구체적이고 특정한 대가관계'가 있어야 한다는 것으로 새길 수 있습니다.

그런데 ① 일본형법은 수탁수뢰죄를 단순수뢰죄 보다 가중처벌하고 있기 때문에 청탁의 대상이 되는 직무행위의 구체성을 요구하고 있는바, 이와 달리 단순수뢰죄와 제3자 뇌물수수죄의 형량이 같은 우리나라는 달리 보아야 하는 점, ② 독일 형법은 단순수뢰와 제3자 뇌물수수를 구별하지 않고 하나의 죄로 다루고 있는데, 이는 직무행위의 불가매수성을 보호법익으로 하고 있기 때문인 점, ③ 직무행위의 불가매수성과 그에 대한 일반의 신뢰를 뇌물죄의 보호법익으로 보는 우리나라 형법 해석상 뇌물을 '직접 받은 경우'와 '제3자에게 주도록 한 경우'에 있어 불법의 정도를 달리 볼 필요가 없는 점을 종합하면, '묵시적 부정한 청탁'의 범위를 위와 같이 좁게 해석하는 것은 부당하고, 최근 대법원 판시(대법원 2007. 01. 26. 선고 2004도1632 판결)에서와 같이 광의의 부정한 청탁, 즉 청탁의 대상이 된 직무집행 그 자체는 위법·부당한 것이 아니라 하더라도 당해 직무집행을 어떤 대가관계와 연결시켜 그 직무집행에 대한 대가의 교부를 내용으로 하는 청탁과 같이 넓게 해석하여야 하며, 궁극적으로는 제3자 뇌물죄에 있어서도 단순수뢰죄의 포괄적 대가관계 법리를 적절히 채용함이 타당합니다.

부정한 청탁의 존부에 관한 판단기준을 제시한 대법원 판례와 과거 제3자 뇌물수수 죄 성립이 긍정된 제주도지사 사례(대법원 2007. 01. 26. 선고 2004도1632 판결), 공정거래위원회 위원장 사례(2006. 06. 15. 선고 2004도3424 판결)를 종합하면, 삼성물산과 제일모직 합병 관련 문형표 보건복지부장관의 개입 의혹이 결정적 단서가 되는 삼성 사례의 경우 부정한 청탁의 존재는 분명하고, 다른 재벌 역시도 구체적인 특정한 청탁이 존재하였을 것으로 추정됩니다.

2. 대통령은 재단 지배권이라는 뇌물을 수수하였습니다(단순수뢰).

미르, K스포츠 재단 출연행위와 관련된 최순실 등의 공소장을 살펴보면, 박대통령은 설립 당시는 물론 설립 후까지도 두 재단을 지배한 것으로 볼 수 있습니다.

이에 대하여 박대통령측은 재단법인을 사적으로 소유함이 법률상 불가능하다는 점을 들어 개인적 이익을 취한 것이 없다는 주장을 하고 있으나, ① 박대통령은 적어도 재단에 대한 지배권을 받은 것으로 평가할 수 있는 점, ② 재단에 대한 지배권과 함께 보통재산에 대한 처분권도 함께 받은 점, ③ 과거 삼성장학재단도 재단 지배권을 정부에게 이전시킨 사례가 있는 점 등을 고려하면, 박대통령이 미르, K스포츠 재단의 지배권을 넘겨받은 것은 제3자 뇌물수수가 아닌 단순수뢰죄로 처벌가능하며, 이사회 결의로 처분 가능한 금액을 뇌물의 가액으로 볼 수 있을 것입니다.

3. 자금출연 이유에 관한 박대통령측의 변명도 이유가 없습니다.

박대통령측은 이전 정권도 유사한 형태의 출연금 모금행위가 있었음을 들어 뇌물죄 성립을 수긍할 수 없다는 주장을 펴기도 하나, 이명박, 박근혜 정권의 기부금,

출연금 모금 사례와 미르, K스포츠 재단 사례의 특징을 비교분석하면, 다른 사례와 달리 미르, K스포츠재단 관련 모금행위는 ① 정책 목적이 명확하지 않고, 사실상 특정인이 재단을 사유화하여 그 운영을 전횡하려는데 목적이 있었으며, ② 재단의 정책상 필요성과 사업 계획에 대한 정부 차원의 공식적인 심의 및 입안 절차가 전혀 없었던 점, ③ 출연금 할당 및 정관 작성 등 설립행위가 졸속적인 점 등에 비추어 과거의 사례와는 뚜렷하게 구분되는 차이가 존재합니다.

4. 결론 및 당부의 말씀

특검의 노고에 감사드리며, 수사와 관련한 몇 가지 당부의 말씀을 드립니다.

II. 삼성 합병과 부정한 청탁

1. 특검이 이재용에게 적용한 뇌물공여 혐의

특검은 지난 2017년 1월 16일 이재용 삼성전자 부회장에 대해 뇌물공여, 횡령 및 국회에서의 위증 혐의를 적용하여 구속영장을 청구하였으나, 법원은 영장청구를 기각하였습니다.

삼성그룹은 2015년 10월 미르재단에 125억 원, 2016년 1월 K스포츠재단에 79억 원을 각각 출연하였습니다. 삼성전자는 그 전인 2015년 8월 최순실과 정유라가 지분 100%를 보유한 코어스포츠(비텍스포츠의 전신)와 약 213억 원대 컨설팅 계약을 맺고 그 후 약 80억 원을 송금하였습니다. 삼성전자는 또한 최순실 조카 장시호가 운영하는 한국동계스포츠센터에 2015년 10월부터 2016년 3월까지 16억 2800

만 원을 지원하였습니다. 이에 관하여 특검은, 코어스포츠에 대한 지원은 단순뇌물로, 미르재단, K스포츠재단 및 한국동계스포츠센터에 대한 지원은 제3자 뇌물로 판단한 것으로 보입니다.¹⁾

다만, 이규철 특검대변인은 구체적인 뇌물 금액에 대하여, “전체 뇌물공여액은 약속한 금액 포함 총 430억 원이다. 그리고 구체적으로 뇌물공여 경우는 단순뇌물과 제3자 뇌물공여를 구별 안 하기 때문에 수수자 기준으로 할 때 단순뇌물과 제3자 뇌물 모두 포함돼 있다. 구체적 금액은 말할 수 없다.”고 하였습니다. 또한 단순뇌물죄 적용과 관련한 “최순실씨 재산과 박근혜 대통령 재산이 이른바 경제적 공동체라는 게 물증을 통해 입증됐다는 이야기인가?”라는 기자의 질문에, “경제적 공동체라는 개념은 법률 개념이 아니라 적절치 않다. 저희가 지금까지 조사한 바에 의하면 대통령과 최순실 사이에 이익의 공유 관계에 대해서는 관련된 여러 자료 통해 상당부분 입증됐다고 판단했다. 따라서 대통령과 최순실의 공모 관계는 객관적 물증을 충분히 확보했다고 판단하고 있다.”고 말했습니다.²⁾

한편, 구속영장 청구를 기각한 법원은, 뇌물공여 범죄 혐의와 관련하여, “뇌물 범죄의 요건이 되는 대가관계와 부정한 청탁 등에 대한 현재까지의 소명 정도, 각종 지원 경위에 관한 구체적 사실관계와 그 법률적 평가를 둘러싼 다툼의 여지, 관련자 조사를 포함해 현재까지 이뤄진 수사 내용과 진행 경과 등에 비춰 볼 때, 현 단계에서 구속의 사유와 필요성, 상당성(타당성)을 인정하기 어렵다”고 보았습니다.

이와 같이, 삼성의 경우를 포함한 기업들의 미르재단 및 K스포츠재단 출연행위에 관하여는, 뇌물죄 성립 요건인 ‘직무관련성-대가성’ 문제와 더불어 제3자 뇌물수수죄 성립 요건인 ‘부정한 청탁’ 문제가 중요한 법적 쟁점이 될 수 있습니다. 아래에서는 먼저 통상적인 이해 방식과 마찬가지로 미르재단 및 K스포츠재단을 제3자

1) 2017. 01. 16.자 한겨레, 이재용이 박대통령에 건넨 433억 ‘승계대가’ 판단

2) 2017. 01. 16.자 경향신문, 특검 “이재용 부회장 구속영장 청구”...특검 브리핑 일문일답

뇌물수수죄에 있어서의 제3자로 보고 부정한 청탁의 존재 여부를 중심으로 검토해 보겠습니다.

그런데 이 사건에서는 이미 설립된 재단에 자금을 출연하거나 기부한 것이 아니라 재단을 새로 설립해 주었다는 특징이 있어서, 단순히 재단을 제3자로 보고 제3자 뇌물죄로만 의율하기에는 석연치 않은 점이 있습니다. 즉, 박대통령이 기업들로부터 재단 자체의 소유권³⁾이나 또는 그와 비슷한 어떤 것(재단의 지배권 같은 것)을 받은 것은 아닌지 하는 의문이 들 수 있다. 이러한 추론이 성립한다면 박대통령은 제3자 뇌물죄가 아니라 단순수뢰죄로 처벌될 수 있습니다.

단순수뢰죄에 있어서는, 이른바 ‘포괄적 대가관계’의 법리(잘 알려져 있는 대로 대통령의 경우에는 가장 광범위한 수준의 포괄적 대가관계가 인정됩니다)가 바로 적용되므로, 뇌물죄 성립이 보다 쉽게 인정될 수 있습니다. 이러한 관점에 기초한 분석에 대해서는 장을 나누어 따로 살펴보겠습니다.

한편, 특검이 “대통령과 최순실 사이에 이익의 공유 관계에 대해서는 관련된 여러 자료 통해 상당부분 입증되었다”고 하면서 코어스포츠에 대한 지원을 단순뇌물죄로 의율한 점은 사실관계와 증거의 문제가 큰 쟁점이 될 수 있겠으나, 이에 관하여는 아직 정확히 공개된 증거나 자료가 없으므로 여기서 따로 검토하지는 않겠습니다. 참고로, 판례에 의하면, 「공무원이 직접 뇌물을 받지 아니하고 증뢰자로 하여금 다른 사람에게 뇌물을 공여하도록 한 경우, 그 다른 사람이 공무원의 사자 또는 대리인으로서 뇌물을 받은 경우나 그 밖에 예컨대, 평소 공무원이 그 다른 사람의 생활비 등을 부담하고 있었다거나 혹은 그 다른 사람에 대하여 채무를 부담하고 있었다는 등의 사정이 있어서 그 다른 사람이 뇌물을 받음으로써 공무원은 그만큼 지출을 면하게 되는 경우 등 사회통념상 그 다른 사람이 뇌물을 받은 것을 공무원

3) 이것은 법적으로 성립할 수 없는 개념이지만 오히려 재단법인에 대한 법률적 이해가 부족한 일반인의 상식에서 그런 용법으로 흔히 사용되기도 합니다.

이 직접 받은 것과 같이 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 형법 제130조의 제3자 뇌물제공죄가 아니라, 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄가 성립한다.»고 하고 있습니다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도8077 판결 등). 따라서 최순실과 박대통령 관계가 위에서 말하는 ‘사회통념상 그 다른 사람이 뇌물을 받은 것을 공무원이 직접 받은 것과 같이 평가할 수 있는 관계’로 볼 수 있다면, 최순실과 그 관계회사가 받은 뇌물에 대해서도 박대통령을 단순수뢰죄로 처벌할 수 있을 것입니다.

2. 부정한 청탁

가. ‘(부정한) 청탁을 받고’ 의 의미

제3자 뇌물죄는 ‘부정한 청탁’을 요건으로 하는 점에서 단순수뢰죄와 차이가 있습니다. 대법원 판례는 ‘부정한 청탁’은 묵시적 의사표시에 의해서도 가능하다고 보는데, 묵시적 의사표시에 의한 청탁이 있다고 인정하려면, 「청탁의 대상이 되는 직무집행의 내용과 제3자에게 제공되는 금품이 그 직무집행에 대한 대가라는 점에 대하여 당사자 사이에 공통의 인식이나 양해가 있어야 한다」고 판시하고, 나아가, 「형법상 수뢰죄의 경우 공무원의 직무와 금품의 수수가 전체적으로 대가관계에 있으면 성립하는 것과는 달리 제3자 뇌물제공죄의 경우 ‘부정한 청탁’을 범죄성립의 구성요건으로 하고 있고 이는 처벌의 범위가 불명확해지지 않도록 하려는 데 취지가 있다」고 설명하고 있습니다(대법원 2011.4.14, 선고, 2010도12313 판결 등).

이에 따라 판례는, 「당사자 사이에 청탁의 부정성을 규정짓는 대가관계에 관한 양해가 없었다면 단지 나중에 제3자에 대한 금품제공이 있었다는 사정만으로 어떠한 직무가 소급하여 부정한 청탁에 의한 것이라고 평가될 수는 없다」든지(위 판결), 「당사자 사이에 청탁의 대상이 되는 직무집행의 내용과 제3자에게 제공되는 금품이 그 직무집행에 대한 대가라는 점에 대하여 공통의 인식이나 양해가 존재하여야

하고, 그러한 인식이나 양해 없이 막연히 선처하여 줄 것이라는 기대에 의하거나 직무집행과는 무관한 다른 동기에 의하여 제3자에게 금품을 공여한 경우에는 묵시적인 의사표시에 의한 부정한 청탁이 있다고 보기 어렵다」고 하여(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결), 부정한 청탁이 성립되는 경우를 제한하고 있습니다.

제3자 뇌물죄의 ‘묵시적 의사표시에 의한 청탁’이 있는지 여부의 판단기준을 위 판례의 표현처럼 단순히 ‘대가관계에 대한 상호 양해’가 있는지 여부로 따진다고 하면, ‘부정한 청탁’이라는 요소로 제3자 뇌물죄의 처벌범위가 명확해지는 것인지는 사실 의문입니다. 단순수뢰죄에도 일반적으로 뇌물공여자와 수뢰자 양자의 ‘대가관계에 대한 고의(인식)’는 필요할 것인데, 이것과 판례가 언급하는 ‘대가관계에 대한 상호 양해’라는 것이 결국 크게 다른 것 같지는 않기 때문입니다. 즉, ‘대가관계에 대한 상호 양해’라는 표지만으로는 궁극적으로 제3자 뇌물죄의 처벌범위가 더 명확해 진다고 보기는 어렵다고 생각합니다.

이런 관점에서 보면, 판례가 ‘부정한 청탁’이라는 요소를 통하여 제3자 뇌물죄의 처벌범위를 명확히 한다고 할 때 그 의미는, 제3자 뇌물죄에서는 (단순수뢰죄의 요건인) ‘전체적 대가관계’(이른바 ‘포괄적 뇌물’과 같은 취지)로는 부족하고, ‘보다 구체적인’ 또는 ‘보다 특정한 대가관계’가 있어야 한다는 것처럼 해석함이 타당합니다. 실제로 판례가 다루는 사안의 구체적인 사실관계를 살펴보면 이러한 접근을 하고 있는 것으로 보입니다.

참고로, 제3자 뇌물죄에 관한 판례에서는 위와 같은 명확한 설시를 확인하지 못하였으나, ‘청탁을 받고’라는 요건이 추가로 필요한 사전수뢰죄에 관한 판례에서는, 청탁의 구체성에 대해서 언급한 사례가 있습니다. 즉, 사전수뢰죄에 관한 대법원 1999. 9. 7. 선고 99도2569 판결이 제1심과 고등법원의 판단을 그대로 유지하였

는데, 그 제1심 판결은 사전수뢰죄의 ‘청탁을 받고’라는 구성요건을 강조하면서 범
죄성립을 위해서는 「어느 정도 구체적이고 특정된 직무행위에 대한 부탁과 그에
대한 승낙」이 있을 것을 요하고, 청탁과 승낙은 「반드시 명시적이어야 할 필요는
없고 묵시적이어도 무방하나, 구체적이고 특정된 직무행위에 관한 것이어야 한다」
고 판시하였습니다(오경식, 사전수뢰죄에 있어서 청탁의 법리에 대한 재해석 - 대
법원 1999. 9. 7, 99도2569 판결을 중심으로, 형사판례연구 20, p457에서 재인
용).

원래 사전수뢰죄나 제3자 뇌물죄에 나오는 ‘(부정한) 청탁을 받고’라는 표현은 구
형법 단순수뢰죄 가중 요건(현행 일본 형법 197조 등⁴⁾ 참고)에서 유래한 것이라고
합니다.⁵⁾ 위 평석자의 해설에 따르면, ‘청탁을 받고’는 단순수뢰죄의 가중처벌 요건
(일본 형법 제197조 제1항 후단, 이른바 ‘수탁수뢰죄’)이고, 이어서 사전수뢰죄와
제3자 뇌물죄에 같은 문구가 규정되어 있는데, 그 ‘청탁’의 의미를 ‘수탁수뢰죄’와
‘사전수뢰죄’에서 동일하게 해석한다고 합니다. 나아가, 일본의 학설과 판례는 “청
탁이 있다고 하기 위하여는 뇌물의 공여 자체에 따라 묵시적인 의뢰의 취지가 보여
지면 족하다고 하고, 청탁은 반드시 뇌물공여 사전에 명시적으로 이루어질 것을 필
요로 하지 않고, 뇌물공여하는 것 자체에 의하여 묵시적인 의뢰의 취지를 표시하는
것도 청탁에 다름 아니라고 할 것이라고 해석하는데, 다만 청탁의 대상이 되는 직
무행위가 어느 정도 구체성을 갖는 것을 필요로 한다”고 하면서, 이는 ‘수탁수뢰’
가중처벌의 이유라고 설명한다고 합니다(위 오경식 평석 p. 458)

4) 일본형법, 2007. 12. 법무부 발간(번역)

(수뢰, 수탁수뢰 및 사전수뢰)

제197조 ① 공무원이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역에 처한다. 이 경
우에 청탁을 받은 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.

② 공무원으로 될 자가 그 담당할 직무에 관하여 청탁을 받고 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 공무원이
된 경우에 5년 이하의 징역에 처한다.

(제3자 뇌물공여)

제197조의2 공무원이 그 직무에 관하여 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하거나 그 공여의 요구 또는 약
속한 때에는 5년 이하의 징역에 처한다.

5) 이와 관련하여, 주석형법에서도 “구 형법의 해석에 있어서도 청탁의 유무는 죄책의 경중에 대한 표준이 되지
못하고, 오직 그 직무와 그에 대한 대가관계의 유무를 결정하는 하나의 표준이 되는데 지나지 않을 뿐이라고
하여 왔다”고 설명하고 있습니다(주석형법 형법각칙(1) p. 376)

한편, 독일의 개정 형법 뇌물죄에 관한 제331조⁶⁾는 단순수뢰와 제3자 뇌물을 구별하지 않고(“자신 또는 제3자를 위하여 직무수행에 대한 이익을 요구하거나…….”) 하나의 조항에서 다루고 있으므로, 우리 형법과 같이 제3자 뇌물수수죄에서 ‘부정한 청탁’을 추가로 검토할 필요가 없습니다. 단순수뢰와 제3자 뇌물수수를 따로 구별하지 않는 독일 형법의 태도에 대하여는, “(제3자에게 이익을 주도록 하여) 이타적으로 행동하는 공무원도 행정의 객관성과 합법성을 침해하고 따라서 국가적 결정의 객관성에 대한 국민의 신뢰를 동요시킨다는 원칙 때문이다.”라고 설명하기도 합니다(성낙현, 독일 형법의 뇌물규정, 영남법학 10권 1호, 2004, p151).

이런 점에서 본다면, 궁극적으로는 ‘부정한 청탁을 받고’라는 요건으로 제3자 뇌물죄 성립을 단순수뢰죄보다 더 까다롭게 하는 것이 과연 타당한 논리인지 의문이 듭니다. 뇌물죄는 공직행위의 불가매수성이라든지 국가기능의 공정성 및 그에 대한 일반의 신뢰를 보호법익으로 한다고 할 때, 뇌물을 ‘직접 받은 경우’와 ‘제3자에게 주도록 한 경우’가 그 불법의 정도에 있어서 크게 다르다고 볼 수 없기 때문입니다. 그렇다면, 제3자 뇌물에 대하여 ‘부정한 청탁’ 요건을 추가하는 것이나, 나아가 실제 사건에서 이 요건을 사실상 ‘구체적인 특정한 청탁’ 요건으로 해석, 운용하는 것은 뇌물죄 보호법익이라는 근본적인 관점을 고려할 때 옳지 않다는 결론에 이릅니다.

나. 제주도지사 제3자 뇌물수수 사례

6) 독일형법. 2008. 05. 법무부 발간(번역)

제331조【수뢰】① 공무원 또는 공적 업무를 위하여 특별한 의무를 지는 자가 자신 또는 제3자를 위하여 직무수행에 대한 이익을 요구하거나, 약속받거나 또는 수수한 때에는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

② 법관 또는 중재법관이 이미 행한 재판 또는 장래 행할 재판에 대한 대가로서 자신 또는 제3자를 위한 이익을 요구하거나, 약속받거나 또는 수수한 때에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 미수범은 처벌한다.

③ 제1항에서 행위자가 스스로 요구하지 아니한 이익을 약속받거나 또는 수수한 경우, 관할관청이 그 권한의 범위 내에서 이익의 수수를 사전에 승인했거나 또는 행위자가 지체 없이 관할관청에 신고하여 그 수수를 허가 받은 경우에는 제1항에 의하여 처벌하지 아니한다.

대법원 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결은 제주도지사(신구범)의 제3자 뇌물 사건에 관한 것입니다. 이 사건에서는 자금 공여자가 복지사업 목적의 재단 설립을 위하여 자금을 출연하였는데 이것이 제3자 뇌물로 인정되었습니다.

대법원이 요약한 이 사건의 사실관계는 아래와 같습니다.

① 공소외 1 주식회사의 경영자인 공소외 2는 피고인(제주도지사 신구범)측과 아무런 연고 없이 지내다가 이 사건 무렵에 이르러 총 30억 원이나 되는 거액을 피고인의 요구에 따라 공소외 3 복지법인의 설립에 출연하였다.

② 위 출연 무렵 공소외 1 주식회사가 골프장 등의 용도로 (지구명 생략)지구 내 소유지에 대한 구체적인 개발계획을 세우고 있었는데, 그 전에 이미 관광지구지정에서 해제된 데에 이어 1994. 12.경부터는 관할 시·도에 의하여 그 중 상당부분이 준농림지역으로 용도변경 될 움직임이 있었다. 당초 계획대로의 개발을 위하여 제반 절차면에서 보다 유리한 관광지구로 다시 지정받기를 원하고 있었다.

③ 1996. 1.경 20억 원의 출연시점은 피고인이 선거공약사업 이행의 일환으로 위 관광지구 추가지정을 위한 절차를 밟아 나가던 시점과 일치하고, 1997. 6.경 나머지 10억 원의 출연 또한 위 (지구명 생략)지구의 관광지구(사업시행예정자) 지정 이후 그에 대한 구체적인 사업시행승인을 받기 이전이었다.

④ 위 관광지구 추가지정의 방안으로는 당초 총 3개 방안이 담당 연구원에 의하여 제시되었다가 도지사 주재회의에서 사업시행능력을 우선 고려하기로 하는 방침이 채택됨에 따라 위 (지구명 생략)지구를 사실상 포함하는 절충안이 채택됨으로써 결과적으로 공소외 1 주식회사의 이해관계에 부합하는 결정이 이루어졌다.

⑤ 공소외 3 복지법인의 이사진에는 출연자인 공소외 2측 관계자는 전혀 들어 있지 아니한 반면, 피고인의 처가 재단 이사로 되어 있어 피고인이 처를 통하여 공소외 3 복지

법인에 대해 사실상의 운영권을 행사할 수 있었다.

이상의 사실관계를 기초로 대법원은, 「그렇다면, 위 30억 원의 복지재단 출연금은 위 관광지구 추가지정 및 관련 절차의 진행에 있어서 이를 총괄하는 도지사로서의 피고인의 직무와 관련하여 제3자 뇌물공여죄에서 뜻하는 광의의 부정한 청탁을 매개로 이루어진 것으로 봄이 상당하다 할 것」이라고 판단하였습니다.

달리 명시적인 청탁의 증거나 그 외에 드러난 청탁의 정황이 없었던 위의 사례에서 대법원이 중요시한 사정은, 재단 출연금 지급의 계기(아무런 연고가 없는 도지사가 부탁한 재단설립을 위해 갑자기 거액을 출연)와 지급의 시점(관광지구 추가지정 절차 진행 중 또는 사업시행 승인 전)이었던 것으로 보입니다. 나아가, 관광지구 지정 과정 자체는 도지사의 공약사항을 이행한 것으로서 절차나 내용상 딱히 위법한 점은 없었던 것으로 볼 수도 있는데, 이 점과 관련하여 위 판결은 '광의의 부정한 청탁'("청탁의 대상이 된 직무집행 그 자체는 위법·부당한 것이 아니라 하더라도 당해 직무집행을 어떤 대가관계와 연결시켜 그 직무집행에 관한 대가의 교부를 내용으로 하는 청탁"도 포함하는 의미에서)이라는 표현을 쓴 것으로 보입니다.

참고로, 위 판결의 원심(고등법원)도 제3자 뇌물죄 성립을 인정하였는데, 특히 피고인의 수뢰의사(제1심은 이를 인정하지 않아 무죄로 판단했습니다)에 대하여 다음과 같이 논하고 있습니다(서울고등법원 2004. 2. 12. 선고 2003노1645 판결).

「그러면, 과연 피고인 1에게는 뇌물을 수수하고자하는 의사가 없었는가 하는 점에 관하여 살피건대, 공소외 2와 피고인 1이 처음 만나게 된 것이 관광지구 신청이 이루어질 무렵인 점, 처음에 장학금 3,000만 원 정도를 기탁하려했던 공소외 2 부부에게 무리하게 30억 원을 기부하도록 한 점, 피고인 1은 도지사로서 관광지구 지정에 절대적인 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있었던 점, 불과 1년전에 중산간지대라

는 이유로 관광지구에서 제외된 (지구명 생략)지구가 별다른 사정 변경 없이 다시 관광지구로 지정된 점, (지구명 생략)지구에 관광지구로 신청된 것 중 공소외 1 주식회사에 대하여만 관광지구로 지정된 점, 롯데건설주식회사가 관광지구 지정에 제외된 사유가 석연치 않은 점 등을 미루어 보면 피고인 1에게 대가성에 대한 인식이 있었다고 판단함이 합리적이라고 보여지고」

위와 같은 고등법원의 판단은, 미르재단, K스포츠재단 등에 대해 박대통령이 취하고 있는 입장(“추호도 개인적 이익을 취한 바 없고, 뇌물죄는 특검이 완전히 나를 엮은 것이다”)을 반박할 수 있는 하나의 전범이 되지 않나 생각됩니다.

3. 삼성과 다른 재벌의 경우

부정한 청탁과 관련 대법원은, 「부정한 청탁이 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 ① 그 직무 혹은 청탁의 내용, ② 이익 제공자와의 관계, ③ 이익의 다과 및 ④ 수수경위와 시기 등의 제반사정과 아울러 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무수행의 불가매수성이라고 하는 뇌물죄의 보호법익에 비추어, ⑤ 그 이익의 수수로 인하여 사회 일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 여부도 판단 기준이 된다(번호는 필자가 삽입)」고 판시하고 있습니다.

그런데, 위의 기준은 실은 뇌물죄 일반의 직무관련성-대가성 판단의 기준과 같은 것입니다.

「공무원이 얻은 어떤 이익이 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익으로서 뇌물해당하는지 여부는 ① 그 공무원의 직무내용, ② 직무와 이익제공자와의 관계, ③ 쌍방간에 특수한 사적 친분관계가 존재하는지 여부, ④ 이익의 다과, ⑤ 이익을 수수한 경위와 시기 등 모든 사정을 참작하여 결정되어야 하고, 뇌물죄가 직무집행의

공정과 이에 대한 사회의 신뢰를 그 보호법익으로 하고 있음에 비추어 ⑥ 공무원이 그 이익을 수수하는 것으로 인하여 사회일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 여부도 뇌물죄 성부의 판단 기준이 되어야 하며(번호는 필자가 삽입)」(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도970 판결 등)

미르재단, K스포츠재단 자금 출연에 있어서, ① 공무원의 직무내용은 대통령의 직무로서 공무원 중에 가장 포괄적이고, ② 직무와 이익제공자의 관계는 대통령과 재벌의 관계로서 역시 더 살펴보지 않아도 공여자가 공무원의 직무수행으로 직접적인 이해관계가 생기는 것이 자명하며, 심지어 삼성의 경우에는 당장 삼성물산 합병이라는 중대 현안도 있었습니다. ③ 쌍방 간에 특수한 친분관계 여부는 물론 전혀 그런 것이 없고, ④ 이익의 다과 문제에 있어서는 무언가에 대한 대가로 밖에 볼 수 없는 충분히 큰 금액입니다. ⑤ 이익을 수수한 경위와 시기는 따져 보아야 할 문제로 남겠지만, ⑥ 이익 수수로 공정성을 의심받게 되는지 여부 역시 당연히 의심받게 된다고 할 것입니다.

특히, ‘이익을 수수한 경위와 시기’라는 요소와 관련하여, 신문기사를 기초로 삼성과 박대통령, 최순실의 면담 및 거래 관계를 간단히 살펴보면 다음과 같습니다.

지난 2014년 9월 15일 대구경북창조경제혁신센터 개소식이 끝나고 박 대통령은 이 부회장을 따로 불러, 승마 유망주 지원을 요청했다. 그해 11월 삼성과 한화그룹 사이에 방산사업 빅딜이 이뤄졌고, 정부 승인도 금세 떨어졌다.

삼성은 2015년 3월 승마협회를 통해 최씨의 딸인 정유라씨 지원 작업을 본격화 한다. 이어 같은해 5월 삼성물산과 제일모직 합병 결의 공시가 나고, 7월10일 복지부 산하 국민연금은 합병 찬성을 결정했다.

보름이 지난 7월 25일 박 대통령과 이 부회장은 다시 독대했다. 이 자리에서 박 대통령

은 지난 10개월여 동안 삼성의 승마지원이 제대로 되지 않았다면서, 이 부회장을 크게 질책했다.

당시 박 대통령의 말씀자료에는 '이번 정부에서 삼성 후계승계 문제 해결을 기대한다'는 내용이 들어가 있었다. 이 부회장은 독대 직후, 26일 그룹에서 대책회의를 열었고 박상진 승마협회장(삼성전자 사장)을 독일로 보냈다. 박 사장은 그해 8월 26일 최씨의 코레스포츠쪽과 220억원대의 지원계약을 맺는다.

삼성은 또 지난 2015년 10월부터 2016년 3월 사이 최씨의 조카 장시호씨가 운영하는 한국동계스포츠영재센터에 16억2800만 원을 지원하기도 했다. 박 대통령과 이 부회장의 세번째 독대 역시 작년 2월15일이었다. 이 자리에서 박 대통령은 이 부회장에게 장씨의 영재센터가 만든 기획서를 건네면서 9억 원을 지원하라고 말한 것으로 알려졌다. (이상 2017. 01. 12.자 오마이뉴스, [박근혜-이재용 뇌물 퍼즐 맞췄다?](#))

정확한 증거자료를 확인하기 전이어서 단정하여 판단하기는 어려우나, 앞서 본 제 주도지사의 경우와 비교해 볼 때, 삼성의 경우 부정한 청탁이 존재하고 제3자 뇌물이 성립한다고 보는데 무리가 없다고 생각합니다. 더구나, 삼성물산 합병 과정에서 문형표 보건복지부장관과 국민연금 기금운용본부장 등이 조직적으로 개입하여 국민연금의 합병 찬성 결정을 위법하게 이끌어냈다는 점도 결정적 단서가 됩니다.

한편, 삼성을 포함한 다른 재벌들 모두, 대통령과 재벌의 관계에서는 이른바 민원 사항이 다양한 분야에서 끊임없이, 그리고 장래에도 계속하여 발생할 수밖에 없다는 특성을 고려해야 합니다. 나아가 앞서 검토한 바와 같이 제3자 뇌물죄라고 하여 '전체적 대가관계(포괄적 뇌물)'를 간단히 배제하고, 사실상 '보다 구체적이고 특수한 직무수행의 청탁'을 요건으로 한다면, 이는 뇌물죄의 보호법익과 대법원 판례의 추세에 비추어 타당하지 않다고 봅니다. 즉, 제3자 뇌물죄에 있어서도 '포괄적 대가관계'의 법리를 적절히 채용하는 것이 맞고, 이 경우 제3자가 이익 수령자가

된다는 사정으로 인하여 처벌의 범위가 불명확해지는 문제는, ‘직무관련성-대가성’의 기준을 섬세하게 적용함으로써 해결할 수 있습니다.

나아가, 적어도 2015년 7월 24일, 25일 청와대 안가 독대에 참석한 재벌 그룹들(현대자동차, CJ, SK, 삼성, LG, 한화, 한진)은, 그 동안 드러난 자료나 정황들(안종범의 업무수첩, 독대 시 대통령 말씀 자료 등)로 미루어 볼 때, 단지 포괄적 대가 관계에 그치지 않고 구체적이고 특정한 청탁이 있었을 것으로 추정됩니다. 앞으로 이 부분에 대하여 특검이 수사력을 집중하여 철저히 밝혀 낼 것을 기대하겠습니다.

III. 재단법인과 뇌물

1. 공소장에 기재된 재단 설립의 과정

최순실 등에 대한 공소장은 재단 설립을 위한 정관 작성과 임원 선임 등 절차에 관하여 다음과 같이 기술하고 있습니다.

“한편 피고인 최서원은 2015. 9.말경부터 10.경까지 문화재단에서 일할 임직원을 직접 면접을 본 후 선정하였고 같은 달 하순경 문화재단의 명칭을 ‘미르’라고 정하였으며, 위 재단 이사장을 ‘김형수’, 사무총장을 ‘이성한’, 이사를 ‘이XX’ 등으로 하는 임원진 명단과 조직표 및 정관을 마련하였다.

피고인 안종범은 2015. 10. 21. 대통령으로부터 ‘재단 명칭은 용의 순수어로 신비롭고 영향력이 있다는 뜻을 가진 미르라고 하라. 이사장은 김형수, 이사는 장XX, 이XX, 송XX, 조XX, 김XX으로 하고 사무총장은 이성한으로 하라. 사무실은 강남 부근으로 알아보라’는 취지의 지시를 받고 최상목에게 이를 전달하였다.”

”2015.10.26. 서울 서초구 XXXX에서 재단법인 미르의 이사로 내정된 사람들이 상견례를 하는 한편, 이XX 등 전경련 관계자는 500억 원을 출연하는 각 그룹사 관계자들을 불러 재산출연증서 등 서류를 제출받고, 전경련에서 준비한 정관 및 마쳐 출연기업 임원들이 재단 이사장 등을 추천한 것처럼 작성된 창립총회 회의록에 법인 인감을 날인받았다.”

이에 따르면, 미르재단 정관의 성안과 임원 선임은 대통령이 지시 또는 승인하고 최순실이 실무를 진행하였고, 이를 기초로 대통령-안종범(경제수석비서관)-최상목(경제금융비서관)의 지시 내용에 따라 전경련이 설립 서류(정관, 창립총회 회의록 등) 작성에 관한 실무를 담당하였으며, 출연기업들은 전경련이 준비한 서류들에 날인함으로써 정관 작성 등 법인설립행위를 하였습니다. 즉, 공소장에 따르면, 대통령은 위 재단들을 그 설립 당시부터 사실상 “지배”하고 있다고 보는데 무리가 없습니다.

설립 후 대통령과 최순실에 의한 재단 인사와 운영의 전횡, 대통령의 국외 순방 등과 관련하여 두 재단이 협력사업의 주체로 등장하는 사정(한불 융합요리 시식행사, 아프리카 K-meal 사업, 이란 K-타워 건립사업, 태권도 시범단(K스피릿) 공연 등), 대통령 지원 하에 더블루케이를 통해 롯데, 포스코 등을 상대로 각종 이권에 개입한 점도 대통령의 재단 지배를 보여 주는 증거가 될 것입니다. “대통령이 퇴임 후 재단으로 올 것이라고 들었다”는 K스포츠 재단 박현영 과장의 국정조사 증언도 있었습니다.⁷⁾

2. 대통령은 뇌물로 무엇을 받은 것인가?

가. 재단의 지배권 또는 지배이익

7) 2016. 12. 26.자 JTBC ‘퇴임 대비용’ 증언 파장...뇌물죄 수사 단서 될 수도.

재단법인의 경우 재단을 누군가 소유한다는 것은 법률상 불가능합니다. 탄핵소추에 대한 답변서, 유명하 변호사의 입장발표문은 이 점을 근거로 대통령이 재단을 사유화하는 것은 불가능하므로 개인적으로 받은 것이 없다는 주장을 하였습니다.

그러나 재단법인의 그와 같은 법률적 특성에도 불구하고, 이 사건에서 대통령은 **분명히 받은 것이 있습니다.**

첫째, 대통령은 적어도 재단에 대한 지배권(관리·운영권) 또는 지배이익을 받았습니다(지배권이라는 개념이 법적으로 명료하지 않다면 지배이익이라는 표현을 사용할 수 있을 것이고, 어떤 대상이 뇌물의 객체가 되는 데는 이것으로 충분합니다. 이하에서는 양자를 구별하지 않고 ‘지배권’이라는 표현을 사용합니다).

둘째, 대통령이 재단에 대한 지배권을 받았다면, 일정한 규모의 돈(보통재산)에 대한 처분권까지 포함하여 받은 것이라고 할 수 있습니다. 비록 법령과 정관에 따라 사용 목적과 지출 절차가 제한된 돈이지만, 이러한 제한이 있다고 해서 돈에 대한 재단의 지배자가 그 돈의 처분권을 받았다는 점이 달라지지는 않습니다. 즉, 이런 저런 좋은 일에 쓰라고 준 돈도 뇌물은 뇌물입니다.

재단법인은 출연자 또는 그 특수관계인이 직접 이사가 되고 또한 출연자와 그 가족이 통제할 수 있는 사람을 다수 이사로 선임하여 재단을 사실상 영속적으로 지배하는 경우가 대부분입니다. 보통의 경우, 재단의 이사는 연임 제한이 없고, 후임 이사는 이사회가 선임하며, 정관 변경을 포함한 주요 의사결정도 이사회에 전속하고, 관할 관청의 감독권은 매우 제한적으로만 행사됩니다. 한국에서는 이러한 지배구조 아래 재단 출연자가 이사회 장악을 통하여 재단을 계속 지배하는 것이 공공연한 관행인 것입니다.

그런데 만일 재단법인의 출연자가 그러한 지배권을 행사하지 않고 이사들에게 재단 운영을 완전히 맡긴다면 어떻게 될 것이냐가 문제됩니다. 이 경우 이제 재단은 이사들 또는 이사들 중 유력자가 지배하는 것으로 볼 수 있습니다. 아래 논의는 이와 같은 재단의 경영자지배 현상을 잘 분석하고 있습니다(실제로 연세대 재단의 경우 한 때 이와 같은 경영자 지배가 관철되어 유력 이사가 재단을 지배하는 단계로 가고 있다는 논란이 있었습니다 - 아래 논문 p. 215-216).

회사의 경우 공개회사와 같이 출자자가 분산되는 경우 경영자지배가 일어날 수 있다. 이에 반해, 공익단체에서는 출연자의 지배권이 인정되지 않으므로 항상 경영자지배가 일어난다. 출연자는 자신을 경영자로 선임하는 경우에만 경영자로서 공익단체를 지배할 수 있을 뿐이다. 따라서, 출연자가 더 이상 경영자지위를 갖지 않는 경우(예: 설립자가 이사장직을 포기하는 경우) 경영자지배는 확실해 진다(이중기, 공익단체의 지배구조, 법조 2014-6, p. 215).

또한 만일, 출연자가 제3자에게 이사진의 구성과 정관의 제정·개정 권한을 넘겨준다면 이 경우에는 재단의 지배권이 출연자로부터 제3자에게로 이전된다고 볼 수 있습니다. 삼성장학재단은 이러한 재단 지배권 이전의 좋은 사례입니다. 아래 기사에서 실제로 사용한 표현도 “장학재단의 소유, 운영권을 교육부에 넘겼다”고 하고 있습니다.

삼성그룹은 사실상 그룹이 소유했던 삼성이건희장학재단의 소유, 운영권을 교육부에 넘겼으며 홍창선 (열린우리당 국회의원) 이사장과 이건희 회장의 아들인 이재용 삼성전자 상무 등 재단의 이사진 전원이 사퇴했다고 4일 밝혔다.

삼성그룹에 따르면 지난 5월말 이 회장의 사재와 이 상무, 숨진 이 회장의 딸 윤형씨를 비롯한 이 회장 자녀들의 주식 등을 출연해 삼성이건희장학재단의 보유재산을 8천억원으로 확대한 후 이 재단의 운영권 일체를 교육부에 넘긴다는 뜻을 전했다.

이와 함께 이사진 전원도 사퇴해 삼성이건희장학재단은 삼성그룹과는 완전히 관계를 끊

게 됐으나 현재 사무국의 실무인력 소수가 남아 이미 선발된 장학생들에 대한 지원업무 등을 담당하고 있다.

삼성 관계자는 "새 이사진의 선임과 장학재단의 사업목적, 운영방법 등은 모두 교육부가 알아서 정할 일이며 삼성이 개입할 여지는 완전히 사라졌다"면서 "심지어 재단 명칭에서 '삼성'이나 '이건희'라는 이름을 남겨둘 지 여부도 새 이사진과 교육부가 결정하게 될 것"이라고 밝혔다⁸⁾. (삼성 “장학재단 완전히 손 뺐다…이사진도 전원 사퇴”, 한국경제신문, 2006-08-04)

위 사안은 삼성과 이건희 일가가 추가 출연을 통하여 원래부터 존재하던 재단의 규모를 키워서 정부에 헌납한 사례입니다. 만일 헌납 상대가 정부가 아니라 특정 공무원이었다면 역시 뇌물죄가 문제될 수 있을 것입니다.

참고로, 사립학교 재단이라는 특수성이 있기는 하지만, 재단법인에 있어서 이사들이 갖는 제도적 의미를 서술하고 있는 판결이 있어서 인용해 봅니다. 이 판결은, 사안의 구체적인 결론에 대해서는 논란이 있겠지만, 재단법인에 있어서 경영자 지배 현상을 이해할 수 있는 법률적 틀을 보여 주는 측면이 있다고 생각합니다.

「학교법인은 사립학교를 설치·경영하기 위한 목적으로 설립된 재단법인의 일종으로서 그 운영시 설립 당시의 설립자의 의사, 즉 설립목적에 존중함이 마땅하고, 이러한 학교법인의 설립목적은 그 의사결정기관 및 의사집행기관을 구성하는 자연인인 이사들에 의하여 실현되는 것이므로, 설립자가 최초의 이사들을, 그 다음에는 그 이사들이 후임이사들을, 또 그 다음에는 그 후임이사들이 자신의 후임이사들을 선임하는 방식으로 순차적으로 이사를 선임함으로써 학교법인의 설립목적이 영속성 있게 실현되도록 하는 것이 학교법인의 이사 제도의 본질이라 할 수 있다」(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결).

8) 2006. 08. 04.자 한국경제신문, 삼성 “장학재단

한편, 민법학의 법이론에서 한 발 비켜서서 생각해 보면, 사실 재단법인이란 것은 그냥 재산, 재물의 집합일 뿐입니다. 재단법인은 “법적으로 독립된, 일정한 목적의 구속을 받는 특수재산”이라는 독일 학자의 정의는 이러한 특성을 잘 반영합니다. 본래 재단법인이라는 제도는 19세기 독일 법학자들이 이론적 구성을 통해 만들어 낸 것이라고 합니다. 그 전에는 현재 재단법인이 하는 기능을 신탁제도가 수행했고, 영미법에는 지금도 재단법인 제도가 없습니다. 따라서 법률전문가가 아닌 일반인의 관점으로 보면, 재단법인이라는 틀은 결국 어떤 재산을 그 관리자에게 신탁적으로 이전하는 것과 가장 유사하다고 할 수 있습니다. 그런 관점에서도 재단법인을 만드는 행위에는 항상 출연하는 재산을 그 지배자(이사들 또는 이사들을 지배하는 자)에게 넘기는 행위가 숨어 있는 것으로 볼 수 있습니다.

나. 제3자 뇌물수수가 아니라 단순수취죄가 바로 가능하다

최순실 등에 대한 공소장 기재와 같이, 대통령과 최순실이 재단 출연자인 기업들의 의사도 묻지 않은 채 미르, K스포츠 재단의 정관 작성과 이사 선임을 독단적으로 결정했고, 기업들은 이를 그대로 추인한 것이라면, 기업들은 대통령에게 재단을 설립하여 그 지배권을 넘겨주는 방식으로 재산적 및 비재산적 이익을 제공한 것입니다.

뇌물의 객체는 금전에 한하지 않고 심지어 재산적 이익에만 한정되지도 않습니다.

판례는 「뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요, 욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유형, 무형의 이익을 포함한다」고 함으로써 제3설의 입장을 선택한 것으로 해석된다. 학설상으로도 판례의 입장을 따르는 견해가 지배적이다(주석 형법각칙(1) p331).

따라서 대통령이 기업들로부터 재단의 지배권을 넘겨 받은 것이라면 이로써 충분히 뇌물의 객체에 해당하는 재산적, 비재산적 이익을 교부 받은 것이라고 볼 수 있습니다. 즉, 기업들은 재단을 만들어 그 지배권을 헌납하는 방식으로 뇌물을 제공한 것입니다.

다. 이사회 결의로 처분 가능한 금액을 뇌물의 가액으로 볼 수 있다

재단의 지배권에는 재단을 지배하는 동안 재단의 재산 중 일부를 처분할 수 있는 권한이 포함됩니다.

물론, 그와 같이 관할 관청의 허가 없이 처분이 허용되는 재산은 법령과 정관에 따라 기본재산이 아닌 재산으로 제한되어 있고, 그러한 처분의 목적은 법령과 정관이 정하는 바에 구속되어야 하며, 이사회 결의 등 절차를 거쳐야 합니다. 나아가 공익법인의 경우에는 공시의무 등 추가적인 규제도 받습니다(참고로, 유명하 변호사 답변에서 미르 재단 등이 공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률에 근거한 공익법인⁹⁾이라고 설명하는 대목이 있으나, 국세청 홈택스에 공시된 자료에 따르면, 미르 재단은 설립 근거법을 단순히 민법 32조와 문화체육부 및 문화재청 소관 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙으로만 표시하고 있습니다. 따라서 미르재단은 상속세 및 증여세법 16조 2항에 규정한 공익법인¹⁰⁾에는 해당할 수 있다고 하더라도, 이것과 공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률에 따른 공익법인은 다릅니다).

그런데, 사용목적과 절차가 제한되어 있다고 해서 재단의 지배자가 일정한 돈의 처분권을 가진다는 사실 그 자체가 달라지는 것은 아닙니다. 따라서 재단의 지배권

9) 공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률 제2조에서 “재단법인이나 사단법인으로서 사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금, 장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선(慈善)에 관한 사업을 목적으로 하는 법인”을 공익법인으로 정의하고 있고, 지배구조, 관할관청의 감독 등이 일반 법인보다 엄격합니다.

10) 공익법인 등을 “종교, 자선, 학술 또는 그 밖의 공익을 목적으로 하는 사업을 하는 자”로 정의하고, 상속세 및 증여세법 시행령 제12조에서 그 범위를 나열하고 있는데, 공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률에 따른 공익법인은 그 중 하나로 포함하고 있기는 하나, 훨씬 더 다양합니다.

을 받은 사람은 일정한 돈의 처분권을 함께 받은 것이라고 보아야 합니다. 이는 마치 신탁재산의 수탁자가 신탁 목적의 규제 아래에서 신탁재산에 대해 처분권을 가지는 것과 같은 이치입니다.

그렇다면, 이 사건에서 대통령은 재단의 지배권을 넘겨받음으로써, 그 지배권을 유지하는 동안 이사회 결의로 처분할 수 있는 범위의 보통재산에 대한 처분권을 함께 받은 것이라고 할 수 있습니다. 따라서 뇌물의 가액은 적어도 위 보통재산의 금액에 이르는 것으로 평가하여야 할 것입니다.

라. 소결

공소장에 기재된 재단 설립 과정에 관한 사실 관계만 그대로 입증되면 그 자체로 대통령이 위와 같이 재단에 대한 지배권 등을 받았다고 판단할 수 있습니다. 따라서 만일 기업들의 출연행위에 직무관련-대가성이 있다는 것이 입증되면 이로써 대통령에게는 (제3자 뇌물이 아니라) 단순수뢰죄가 성립할 수 있습니다.

검찰 수사로 드러난 사실과 특검에서 추가로 밝혀내고 있는 사실에 비추어 볼 때, 기업들의 출연행위에 대해 포괄적 뇌물의 법리에 따라 직무관련-대가성을 인정하는 것은 어렵지 않을 것으로 예상됩니다. 다만, 대통령이 재단법인의 지배권을 받았다는 점 및 기업들이 포괄적 대가관계를 인식하고 재단 출연금을 뇌물로서 제공했다는 점과 관련하여, 재단들의 지배구조, 이사들의 선임과 해임, 재단의 운영에 대한 관여, 재단의 지배권과 관련한 최순실과 대통령의 관계, 자금을 제공한 기업들의 의사결정 과정, 자금 출연의 의미에 대한 기업들의 인식 등이 좀 더 명확히 밝혀져야 할 것으로 보입니다.

3. 자금 출연 이유에 대한 변명들

한편, 대통령이나 최순실 변호인들은 미르, K스포츠 재단의 출연금 모금이 그 동안 있었던 다양한 기부금 모금 사례들과 비슷한 활동으로서 문화융성 등 순수한 정책 목적을 위한 것이라고 주장합니다.

이명박 정부와 박근혜 정부가 기업들로부터 기부금 또는 출연금을 모금한 사례로는 대·중소기업 상생협력재단, 농어촌 상생기금, 미소금융재단, 은행권청년창업재단, 청년희망재단, 지역별 창조경제혁신센터, 지능정보기술연구원 등이 있습니다.

이 중에는 법령상 재단이나 기금의 설립 근거와 기업으로부터 기부금 등을 받을 근거가 함께 명시되어 있는 경우(미소금융재단, 농어촌 상생기금)도 있고, 재단의 설립 근거는 있으나 기부금 등을 받을 근거는 명시되어 있지 않은 경우(대·중소기업 상생협력재단) 및 재단의 설립근거 법령이 사후적으로 보완된 경우(창조경제혁신센터)도 있으며, 재단이나 출연금 모금의 법령상 근거는 없지만 정부가 공표한 정책 방침에 따라 민간과 정부가 협업하는 형태로 진행된 경우(은행권청년창업재단, 청년희망재단)도 있습니다(위 사례들 중 대표적인 몇 가지에 대하여는 별지를 통해 그 법령상의 근거와 진행 경과 등을 검토합니다).

그러나 미르, K스포츠 재단의 출연금 모금행위는 그 동안 관행적으로 이루어지던 기부금 또는 출연금 모금 사례와 달리, 정책 목적이 명확하지 않고, 사실상 특정인이 재단을 사유화하여 그 운영을 전횡하려는데 그 목적이 있었으며, 재단의 정책상 필요성과 사업 계획에 대한 정부 차원의 공식적인 심의 및 입안 절차가 전혀 없었다는 특징이 있습니다. 또한 출연금 할당 및 정관 작성 등 설립행위에 있어서 형식적으로라도 기업들의 자발적 의사와 협조를 얻는 대신 사실상 반강제적으로 이루어졌으며, 설립과정은 물론 설립 후에도 대통령과 최순실이 재단들을 사실상 지배했습니다. 따라서 미르, K스포츠 재단의 출연금 모금행위는 그동안 관행적으로 이루

어지던 기부금 등 모금 사례들과는 뚜렷이 구별됩니다.

한편, 기업들은 검찰과 특검에 의해 사건의 진실이 하나 둘 드러나자, 이제는 자신들이 청와대의 강요에 따른 피해자라고 주장합니다. 물론 일부 그런 면이 있고, 또 그러한 관점에서는 재단 출연금 모금에 대해 직권남용죄가 성립될 가능성도 크다고 봅니다. 그러나 어느 정도의 강압이 있었다고 하더라도, 그로 인하여 공여자들의 의사형성의 자유가 완전히 제압될 정도에 이르지 않은 이상, 기업들이 직무관련-대가성을 인식하고 뇌물을 공여했다는 점 자체는 변함이 없다고 할 것입니다.

IV. 결론

우리 모임은 박근혜 정권의 국정농단, 정경유착, 입시비리, 공작정치, 비선의료 의혹사건 등에 관한 진실을 규명하고, 불철주야 엄정한 수사를 통해 관련자들을 단죄하고 있는 특별검사 및 수사관계자 전원의 노고에 대해 존경과 응원을 표합니다.

지금까지 살펴본 바와 같이 박대통령과 최순실이 공모하여 삼성을 비롯한 재벌들로부터 미르, K스포츠재단 출연금을 모금한 행위는 뇌물죄로 평가함에 부족함이 없습니다. 또 박대통령측 변명도 전혀 설득력이 없습니다. 무엇보다도 우리 국민들은 사라졌어야 할 폐습인 정경유착이 시대를 역행하여 부활하였고, 끝까지 변명으로 일관하는 박대통령 측근과 재벌들의 태도에 실망과 분노를 금치 못하고 있습니다. 이재용 부회장에 대한 영장기각 결정에 수많은 법률가들이 반발하며 법원 앞에서 철야 농성을 하고, 구름과 같은 인파가 법원과 강남역 삼성그룹 본관을 거쳐 광화문에 운집한 지난 2017. 02. 11. 촛불집회가 바로 이를 뒷받침합니다.

다만, 미르, K스포츠재단 출연행위에 대한 적용법조를 제3자 뇌물수수죄로 의율할 경우 삼성 외에 현대자동차, 롯데, SK 등 다른 재벌들의 부정한 청탁 사실도 입증

하여 기소해야 할 것인데 제한된 특검기간 내 이에 대한 수사가 마무리 될 수 있을지에 관한 다소의 우려가 있습니다. 공작정치와 관련해서는 문화계 탄압(블랙리스트)에 대한 수사가 완결된 것으로 보이나, 고 김영한 업무수첩에서 드러난 언론계와 전교조, 시민단체(민변) 탄압, 법원인사개입, 국정원 개입, 민주주의 파괴에 앞장 선 관제데모 동원 등에 대한 의혹의 실체는 여전히 드러난 바가 없습니다.

우리 모임은, 특검법 개정과 같이 수사기간 연장 및 기존사건에 관한 검찰의 공소유지 권한을 특검이 넘겨받는 등 국민의 열망에 부응한 특검 수사성과를 실질화하도록 하는데 모든 노력을 강구하겠습니다. 특검 역시도 정경유착에 가담한 다른 재벌들에 대한 충분한 수사가 이루어질 수 있도록 조속한 수사를 통해 만반의 태세를 갖추어 주시고, 박대통령에 대한 대면조사도 반드시 관철시키기를 당부 드립니다. 또 주위적(제3자 뇌물수수), 예비적(단순수뢰) 공소사실과 같이 재벌들이 향후 형사재판에서 무죄로 방면될 가능성을 원천적으로 차단하는 방안도 아울러 고려해주시기 바랍니다.

제한된 시간과 인력의 제약조건 하에 여러 어려움을 뚫고 국민들의 여망에 부응하는 특검의 노고에 거듭 감사와 응원의 말씀을 드리며, 향후 수사에 이상과 같은 의견을 고려해주시기를 앙망합니다.

별지

이명박, 박근혜 정권의 기부금, 출연금 모금 사례 및 미르, K스포츠 재단 사례의 특징 분석

(1) 미소금융

노무현 정권 당시인 2007년 8월 공포된 휴면예금관리재단의 설립 등에 관한 법률 (이하, 휴면예금관리재단법) 제3조 등에 근거하여 2008년 4월 휴면예금관리재단(별칭: 소액서민금융재단)이 설립 등기를 마쳤다.

휴면예금관리재단법 10조에 따라, 휴면예금관리재단의 이사장은 금융위원회 위원장의 제청에 의하여 대통령이 임명하고 이사는 행정 각부 차관, 전국은행연합회장 등이 맡도록 되어 있었다.

휴면예금관리재단법 22조에 따라 휴면예금관리재단은 법인, 단체, 개인의 기부금품을 운영의 재원으로 할 수 있도록 되어 있었다. (휴면예금관리재단법 22조) 그러나 설립 당시에는 기업들로부터 기부금을 모금할 계획은 없었다.

이명박 정권은, 2000년 이후 약 10년간 30여개의 민간단체가 재정, 지자체 예산, 소액서민금융재단자금, 민간 기부금을 재원으로 수행해 온 소규모 사업을 중앙재단을 통해 관리하기 위해 2009년 9월 24일 소액서민금융재단을 미소금융중앙재단(정관상 별칭 변경)으로 확대 개편하였다.

2009년 10월 13일 삼성 등 6대 그룹이 미소금융중앙재단과 10년간 1조원을 미소금융재단에 기부하기로 하는 협정식을 가졌다. 해당 기부금은 6대 그룹이 설립하는

개별 미소금융재단에 배분되고, 개별 기업 미소금융재단은 자율성을 갖고 독자적으로 소액대출사업을 운영하기로 하였다.

이상 미소금융 사업의 특징은 다음과 같다.

- ① 사업주체인 미소금융중앙재단은 휴면예금관리재단법이라는 특정 법률에 따라 설립된 재단이다.
- ② 이사진이 법정되어 있고 금융위원회가 법에 따라 해당 재단을 지배, 감독한다.
- ③ 법률에 재단이 기업으로부터 기부를 받을 수 있는 근거가 있다.
- ④ 기업의 기부는 기업들과 재단의 공식적인 협약을 통해 이루어졌다.
- ⑤ 기업이 기부한 돈은 다시 개별 기업재단에 분배되어 미소금융중앙재단의 감독 하에 각 기업이 자율적으로 사용한다.

(2) 은행권 청년창업재단

2012년 1월 3일 신년 국정연설에서 이명박 대통령은 “창업에 나서는 젊은이들이 더 많은 기회를 가질 수 있도록 1인 창업 및 팀 창업을 지원하는 조치를 획기적으로 강화하겠다”고 밝혔다.

2012년 3월 20일 김석동 금융위원장은 “청년층이 창업을 해서 사회에 진입하는 것이 대단히 중요한 시점이라고 생각해 앞으로 은행권에서 3년간 5000억원 정도 재원 조성을 추진 중”이라고 발표했다.

2012년 4월 19일 전국은행연합회는 5천억원 규모의 은행권 청년창업지원펀드 조성 계획을 발표하였다. 은행권이 3년간 5천억원을 출연하여 비영리재단법인(‘청년창업지원펀드’)을 설립한 후 예비창업자 등을 보증 및 투자 방식으로 지원한다는 내용이다.

2012년 5월 30일 전국은행연합회에서 은행권 청년창업재단 출범식을 가졌다. 창립 당시 이사장은 박병원 은행연합회장이 맡고, 이사는 각 시중은행장, 신용보증기금 이사장 등이 맡았다.

이상 은행권청년창업재단 사업의 특징은 다음과 같다.

- ① 사업주체인 은행권청년창업재단은 금융위원회의 공식적인 지원 및 은행연합회의 주도 하에 시중은행들이 설립하였다. 민법에 따른 재단이고 별도로 특별한 설립 근거법률은 없다.
- ② 은행연합회의 주관으로 시중은행들이 지배, 관리한다.
- ③ 정부가 신속히 지정기부금단체로 지정하여 은행의 출연을 지원하였다.
- ④ 은행의 출연은 재단과의 출연 약정에 따라 진행되었고, 해당 재원은 각 은행의 사회공헌예산에 반영하여 준비되었다.

(3) 청년희망재단

2015년 9월 15일 박근혜 대통령은 국무회의에서 (갑자기!) 청년희망펀드를 제안하고 펀드 조성방안 마련을 지시하면서, 스스로 2천만원을 기부하고 연봉의 20%를 매달 납입하겠다고 약속하였다. 같은 해 9월 13일 일반해고, 취업규칙 변경 요건 완화 등을 내용으로 하는 노사정합의안이 도출된 직후였다.

2015년 9월 16일 황교안 국무총리 주재로 국무위원 간담회를 열어 ‘청년희망펀드 공익신탁’ 형태로 국민들로부터 자발적 기부를 받는 방안을 마련하였다. 또한 펀드의 운영과 관리를 위하여 ‘청년희망재단(가칭)’을 신설하고 연말까지 사업시행을 준비하겠다고 밝혔다. 그 후 바로 국무조정실장 주재로 기재부, 미래부, 행자부, 고용부, 문체부 차관들을 모아놓고 펀드조성 및 활용, 재단 설립 등에 대한 추진계획을 논의했다.

2015년 9월 21일 ‘청년희망펀드 공익신탁’이 5개 은행에서 공동으로 출시되었다. 공익신탁펀드의 수탁자는 공무원인 국무조정실 이상로 과장이었다. 박근혜 대통령이 1호 기부자로 서명하였다. 수탁은행들은 임직원에게 가입을 독려하는 등 사실상 기부를 강요한 것으로 보인다. 기부금 약정자의 절반 가까이가 수탁은행 직원으로 4만8천명에 달한다. 2015년 10월 22일 이견희 삼성전자 회장 200억원을 필두로 재벌 회장들의 고액 기부가 이어졌다.

2015년 10월 초부터 고용노동부와 한국산업인력공단 등 정부 산하기관 직원들이 ‘청년희망재단 설립지원 티에프(TF)를 구성하여 설립 및 사업 발굴 등 사무를 진행했다.

2015년 10월 19일 청년희망재단이 설립되었다. 공익신탁으로 모금한 돈은 청년희망재단에 출연되었다. 초대 이사장은 황철주 주성엔지니어링 대표, 초대 이사는 류철균 이화여대 교수, 김대환 노사정위원장, 김동만 한국노총 위원장, 박병원 한국격영자총협회 회장, 이기권 고용노동부 장관 등 주로 노동계, 경영계 인사가 맡았다.

청년희망재단은 공익법인의 설립·운영에 관한 법률(공익법인법)에 따른 공익법인으로, 공익법인법에 따라 그 지배구조와 운영 등에 대해 비교적 엄격한 감독을 받는다. (공익법인법은 “재단법인이나 사단법인으로서 사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선(慈善)에 관한 사업을 목적으로 하는 법인”을 공익법인으로 정의)

이상 청년희망재단 사업의 특징은 다음과 같다.

- ① 사업주체인 청년희망재단은 국무총리, 국무조정실, 국무위원 간담회 등의 공식적인 지원 및 노동부의 비공식적인 지원 하에 설립되었다.
- ② 재단 출연금은 대통령의 공개 제안 이후 정부의 총체적인 지원으로 공익신탁법에 따라 모금되었다.

③ 재벌 총수, 기업 임원 등이 은행원, 일반 국민들과 함께 개인 자격으로 기부하였다.

④ 청년희망재단은 공익법인법에 따른 공익법인으로서 지배구조와 운영 등에 대해 관할 관청으로부터 비교적 엄격한 감독을 받는다.

(4) 창조경제혁신센터

2013년 8월 국민경제자문회의는 ‘(가칭)민관 창조경제기획단’을 제안했고, 10월 국가정책조정회의에서 ‘창조경제 민관 협력체계 강화 방안’이 확정되었으며, 12월 창조경제 민관협의회 등의 설치 및 운영에 관한 규정(대통령령)이 제정되었다.

2014년 1월 민관합동 창조경제추진단이 출범하였고, 2월 전국 17개 시·도에 창조경제혁신센터를 1개소씩 설치·운영하여 지역경제 혁신과 창업의 전진기지로 육성한다는 내용의 「경제혁신 3개년 계획」이 발표되었다.

2014년 3월7일 창조경제민관협의회를 열고 ‘창조경제혁신센터 구축 운영방안’을 의결했다. 이때만 해도 창조경제혁신센터나 창조경제와 관련된 사업은 ‘지역 주도, 지역 내 혁신 역량을 갖춘 중소벤처기업’이 중심이었다. 당시 대기업은 창조경제사업을 주도적으로 이끌 대상이 아니었다.

2014년 6월 당시 안종범 청와대 경제수석이 청와대에 입성한 이후, 상황이 달라지기 시작했다. 같은 해 9월 박 대통령은 국무회의에서 “전국 17개 시도별로 주요 대기업과 창조경제혁신센터를 1대1로 매칭시켜, 전담 지원 체계를 구축할 것”이라고 언급했다. 삼성은 대구창조경제혁신센터를, SK텔레콤은 대전창조경제혁신센터 등 특정 대기업의 실명까지 거론하며 지역별로 할당했다.

대통령의 국무회의 지시 이후 9월 4일 당시 이석준 미래부 차관은 전경련 회관 3층 에머랄드룸에서 대기업 관계자들과 조찬간담회를 열고 대기업이 참여하는 창조

경제혁신센터 발전방안에 대해 논의를 시작했다.

정부가 2014년 10월 발표한 「창조경제혁신센터 운영방안」에 따르면 창조경제혁신센터는 책임 범위를 명확하게 하기 위해 별도의 법인으로 설립할 수 있고, 이 때 중소·중견 기업의 성장 지원과 벤처기업 육성 사업을 효과적으로 추진할 수 있도록 재단법인(비영리)으로 설립하도록 하고 있다.

안종범 수석은 정책조정수석으로 자리를 바꾼 뒤에도 대통령 훈령까지 변경해가며 창조경제민관협의회에 계속 참여했다. 이 과정에서 창조경제혁신센터 사업에 삼성이 120억원, 현대자동차가 116억원, KT가 133억원, 한화 62억원, LG 76억원 등 총 700억원이 넘는 금액을 기부했다.

한편, 창조경제혁신센터에 관한 근거법령으로, 2015년 12월 22일 과학기술기본법에 16조의4 3항이, 2016년 6월 21일 과학기술법 시행령에 24조의3및 24조의4가 신설되었다.

이상 창조경제혁신센터 사업의 특징은 다음과 같다.

- ① 사업주체인 각 지역 창조경제혁신센터는, 창조경제 민관협의회 등의 설치 및 운영에 관한 규정(대통령령)에 따라 창조경제민관협의회가 구성된 후 그 협의회가 의결한 ‘창조경제혁신센터 구축 운영방안’, 대통령의 국무회의 발언, 미래부 장관관과 대기업 대표들의 간담회 등을 통하여 법령상 근거를 기초로 정부의 공식적 지원 하에 설립되었고, 추가적으로 과학기술기본법과 시행령에 따라 그 법령상 근거를 보강하였다.
- ② 각 지역 창조경제혁신센터는 국가를 설립 주체로 하고 정부 및 지방자치단체 보조금으로 운영된다.
- ③ 각 지역 창조경제혁신센터를 개별 재벌기업에 전담시키고 기업들로부터 기부금을 받는 것 자체에 대한 법령상 근거는 없다. 다만, 대중소기업협력재단 출연금 세

액공제 제도를 활용하여 기부에 대해 세제혜택을 주었다.

④ 각 지역 창조경제혁신센터는 창조경제혁신센터 운영위원회와 지역창조경제 협의회가 직접 소관하고, 창조경제 민관협의회와 민관합동 창조경제추진단은 창조경제 정책 전반을 관장하는 거버넌스로서 각 지역 창조경제혁신센터에 직·간접적인 영향을 미친다.

(5) 미르, K스포츠 재단

위에서 본 이명박, 박근혜 정부의 각종 기부금, 출연금 모집 사례와 비교해 볼 때, 미르, K스포츠 재단 사례는 다음과 같이 위 사례들과는 다른 여러 특징을 갖는다.

- ① 사업주체인 각 재단은 민법에 따른 일반 재단이고 다른 특별한 설립 근거 법령은 없다. 또한 설립 과정에서 국무회의나 기타 정부의 공식적인 절차를 전혀 거치지 않았다. 설립의 취지와 정책 목표 등에 대해 정부에서 공표한 내용도 전혀 없다.
- ② 이사진이 대부분 관계 행정부처나 출연기업들과는 무관한 사람들로 구성되었다.
- ③ 관련 법령에 기업으로부터 출연을 받을 직접적인 근거 조항이 없고, 정부 차원에서 기업의 출연을 지원하는 다른 장치도 없다.
- ④ 출연 기업이 재단에 대하여 통제 또는 관여할 방법이 없다. 재단법인으로서 관할 관청의 통상적인 감독을 받는 것과 미르재단이 세법상 공시 의무를부담하는것외에는, 달리 두 재단에 대한 감독 방안이 없다.

2017년 2월 9일

민주사회를 위한 변호사모임

회장 정연순

