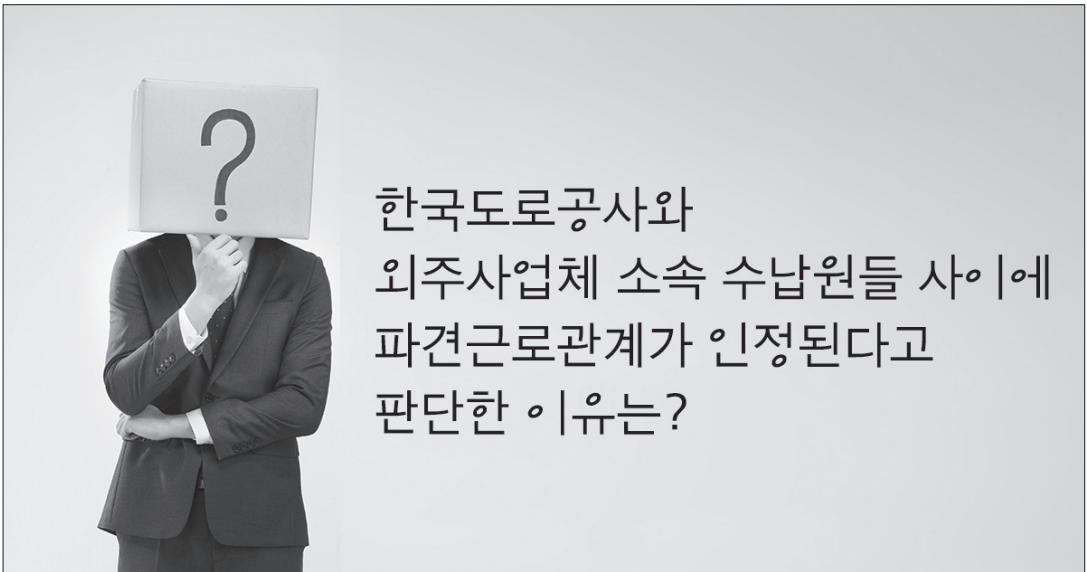


## 최신 판례

한국도로공사와 외주사업체 소속 수납원들 사이에  
파견근로관계가 인정된다고 판단한 이유는?

[대법원 2017다219072]



### ▣ 사안의 내용 및 소송 경과

#### ■ 사안의 내용

- 원고들은 피고(한국도로공사)가 관리하는 도로의 각 요금소에서 수납원으로 근무하였음
- 피고는 과거 수납원을 직접 고용하였으나, 수납업무 외주화를 시작하여 2008. 12.경 모든 영업소의 외주화가 완료되었음
- 피고는 피고의 퇴직직원과 수의계약 방식

으로 용역계약을 체결해 오다가, 점차 공개 입찰을 통하여 외주사업체를 선정하는 방식을 확대하였음

- 원고들은 피고와 통행료 수납업무 용역계약을 체결한 외주사업체 소속으로, 통행권 발행·회수와 통행료 수납업무, 하이패스 관련 업무, 제한차량 관련 업무, 미납차량 적발 업무 등을 수행하였음
- 원고들은, 자신들은 피고(사용사업주)에 대

한 관계에서 파견근로자 보호 등에 관한 법률(=파견법)상 파견근로를 제공하였는데, 외주사업체(파견사업주)가 파견허가를 받지 않았으므로 이는 불법파견에 해당하고, 따라서 파견법에 따라 원고들이 피고의 근로자 지위에 있거나(직접고용간주) 또는 피고에게 원고들을 고용할 의무가 있다(직접고용의무)라고 주장하면서 이 사건 소를 제기함

■ 소송 경과

- 제1심 : 원고들 승소
- 원 심 : 항소 기각<sup>1)</sup>
- 피고 상고

▣ 대법원의 판단

■ 사건의 쟁점

- [쟁점 1] 원고들과 피고가 파견근로관계에 있는지 여부 (피고는 파견근로관계가 아니라고 주장함)
- [쟁점 2] 파견법상 직접고용간주되거나 직접고용의무가 발생한 이후 근로자가 외주사업체로부터 사직하거나 해고를 당한 경우, 그로 인하여 이미 발생한 직접고용간주 또는 직접고용의무 효과가 소멸하는지 여부

■ 판결의 결과

- 피고 상고 기각<sup>2)</sup>

■ 판단의 내용과 근거

- [쟁점 1] 원심이 판단한 아래와 같은 사정들 (①~⑤)을 종합하면, 원고들은 파견근로자

로 인정됨(파견근로관계 인정)

- ① 원고들과 피고 직원은 상호 유기적인 보고와 지시, 협조를 통해 업무를 수행하였고, 피고는 업무 범위를 지정하는 것을 넘어 규정이나 지침 등을 통하여 원고들의 업무수행 자체에 관하여 지시를 하였으며, 피고가 원고들의 업무처리 과정에 관여하여 관리·감독하였음
- ② 원고들과 피고 영업소 관리자는 전체적으로 하나의 작업집단으로서 피고의 필수적이고 상시적인 업무를 수행하였고, 그 과정에서 원고들은 피고의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있음
- ③ 외주사업체가 원고들에 대한 근무태도 점검, 휴가 등에 관한 사항을 독자적으로 결정하였다고 보기 어렵고, 원고들에 대한 기본적인 교육과 훈련은 피고 또는 피고의 지역본부의 주관 아래 실시되었음
- ④ 피고는 각종 지침을 통하여 원고들의 업무를 구체적으로 특정하여 비전형적인 업무를 수행하도록 하는 등 용역계약의 목적 또는 대상이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되었다고 보기 어려움
- ⑤ 외주사업체는 대체로 용역계약을 체결하기 직전까지 피고의 직원이었던 사람들에 의해 운영되고, 피고의 통행료 수납업무에 관한 외주화 과정을 통하여 비로소 형성되어 피고의 통행료 수납업무의 수행만을 위해서만 존재하고 피고만을 상대로 사업을 영위하였음. 외주사업체는 대부분 별도의 조직체계를 갖추고 있지 않고, 피고 영업소 운영을 위하여 별다른 자본을 투자하지 않으며, 특별한 사업경영상의 위험을 부담한다고 보기도 어려움

- [쟁점 2] 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계의 성립이 간주되거나 사용사

1) 원고 1명에 대한 피고 항소가 받아들여졌으나, 주된 쟁점과 무관하므로 이하 생략함

2) 원고 1명에 대한 피고 상고가 받아들여졌으나, 주된 쟁점과 무관하므로 이하 생략함

업주에게 직접고용의무가 발생한 후 파견 근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당하였다고 하더라도, 이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용간주나 직접고용의무와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않음

- 파견근로자가 파견사업주와의 근로관계를 종료하고자 하는 의사로 사직의 의사 표시를 하였다고 하더라도 그러한 사정만으로는 파견법상 '당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우'에 해당한다고 단정할 수 없음

■ **판결의 의의**

- 이 판결은 한국도로공사의 외주사업체 소속으로 근무한 수납원들과 한국도로공사 사이에 파견근로관계가 인정된다는 제1심과 원심의 일치된 판단을 수긍한 사안임
- [쟁점 1] 이 판결은 원고용주가 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다는 기존 법리(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결, 아래 참조)를 재확인하고, 이에 따라 원고들의 파견근로관계를 긍정하였음

※ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결

파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 '파견법'이라고 한다) 제2조 제1호에 의하면, 근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한

후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.

원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

- [쟁점 2] 한편 파견법에 따라 직접고용간주, 또는 직접고용의무가 발생한 이후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당하였다고 하더라도, 이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용간주나 직접고용의무와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않는다는 법리를 최초로 판시하였음

피고인 이재용 등의 뇌물공여 등의 사건이 대법원 전원합의체에서 파기환송된 이유는?  
[대법원 2018도2738]



I. 다수의견 요지

■ 피고인들의 상고이유 주장

● 정유라 승마 지원 관련 뇌물공여와 특경법 위반(횡령)

(1) 공무원과 공무원이 아닌 사람이 뇌물수수죄의 공동정범이 될 수 있는지 여부와 그 범위

- 원심은, 박근혜 전 대통령이 피고인 이재용에게 정유라에 대한 승마 지원에 관한 뇌물을 요구하고 최서원은 승마 지원을 통한 뇌물수수 범행에 이르는 핵심 경과를 조종하거나 저지, 촉진하는 등으로 박근혜 전 대통령과 자신의 의사를 실행에 옮기는 정도

에 이르렀으며, 정유라에 대한 승마 지원과 관련된 뇌물이 비공무원인 최서원에게 모두 귀속되었다라도 공무원인 박근혜 전 대통령과 비공무원인 최서원 사이에는 뇌물수수죄의 공동정범이 성립하고, 피고인들이 용역대금을 송금하기 전에 박근혜 전 대통령의 승마 지원 요구가 최서원의 딸 정유라에 대한 승마 지원이라는 점과 용역대금이 뇌물이라는 점을 알았으므로 뇌물수수에 관한 박근혜 전 대통령과 최서원의 뇌물수수죄 공동정범 관계를 인식하였다고 판단하였음

- 원심의 판단은 정당하고, 피고인들의 이 부분 상고는 이유 없음

(2) 직무관련성과 대가성이 있는지 여부

- 원심은, 박근혜 전 대통령이 피고인 이재용에게 형식적으로는 대한승마협회 회장사인수, 승마종목의 올림픽 출전 지원 등을 요구하면서 실질적으로는 최서원과 공모하여 정유라 개인에 대한 승마 지원을 요구하였고, 피고인들도 이를 알고 있었으며, 2015. 8. 26. 삼성전자와 코어스포츠 사이에 체결된 용역계약은 처음부터 정유라만을 지원하는 것을 가장 은폐하기 위한 것이고, 피고인들과 최서원은 은밀한 방법으로 승마 지원 이익을 제공·수수하였고, 박근혜 전 대통령과 피고인 이재용 사이에는 정유라에 대한 승마 지원을 요구하고 수락할 만한 특수한 사적 친분관계가 없고, 승마 지원의 범위와 규모, 이익의 귀속주체에 비추어 직무집행의 공정성에 대한 의심을 불러일으키기에 충분하다는 이유로 박근혜 전 대통령의 직무집행과 피고인들의 승마 지원 사이에 직무관련성과 대가성이 있다고 판단하고, 강요죄 등의 피해자라는 피고인들의 주장을 받아들이지 않았음
- 피고인들의 이 부분 상고이유는 원심의 증거 선택과 증명력에 관한 판단을 다투는 것인바, 원심 판단에 잘못이 없음

(3) 용역대금이 뇌물인지 여부

- 원심은, 이 사건 용역계약은 정유라만 지원한다는 사실을 은폐하기 위해 5명의 선수를 추가로 선발하여 지원하는 것으로 가장하고 있고, 피고인들은 용역대금 송금 당시 용역계약의 내용에 따른 선수선발이나 지원 인력이 다 갖추어지지 않았는데도 분기별

용역대금 전액을 송금하였으며, 용역대금이 실질적으로 최서원에게 제공된다는 것도 인식하고 있었으므로, 용역대금은 뇌물에 해당하고 피고인들이 이를 횡령하였다고 판단하였음

- 피고인들의 이 부분 상고이유는 원심의 증거 선택과 증명력에 관한 판단을 다투는 것인바, 원심 판단에 잘못이 없음

(4) 피고인 이재용이 관여와 고의 인정 여부

- 원심은, 피고인 이재용은 삼성그룹 내부에서 사실상 그룹의 후계자로 인정되는 부회장의 지위에서 2014. 9. 15. 대통령 단독 면담 이후부터 정유라에 대한 승마 지원이 이루어지는 기간 동안 피고인 최지성, 장충기, 박상진에게 박근혜 전 대통령의 요구를 전달하고, 승마 지원에 관한 포괄적인 지시를 하며, 피고인 최지성, 장충기로부터 위 지원 경위를 보고받으며 확인하는 등의 방법으로 지원행위에 관여하였으므로, 피고인 이재용은 정유라에 대한 승마 지원을 통해 박근혜 전 대통령에게 뇌물을 제공한다는 것에 대한 고의가 있었고, 다른 피고인들과 순차적·암묵적으로 공모하여 승마 지원의 핵심적 경과를 조종하거나 촉진하는 등으로 기능적 행위지배를 하였다고 판단하였음
- 피고인들의 이 부분 상고이유는 원심의 증거 선택과 증명력에 관한 판단을 다투는 것인바, 원심 판단에 잘못이 없음

● 범죄수익은닉규제법 위반

- 원심은, 피고인들이 정유라의 승마훈련을 지원하기로 하면서도 대외적으로는 정유라만이 아니라 총 6명의 선수를 선발하여 해외전지훈련을 지원하는 것처럼 가장하고자 이 사건 용역계약을 체결하고 그에 따른 내

부품의서를 작성하였고, 이와 같이 가장된 사실에 기초하여 용역대금을 코어스포츠 명의의 계좌로 지급하여 뇌물공여죄와 업무상횡령죄가 기수에 이르렀으므로, 이 사건 용역계약을 체결하고 그에 따른 내부품의서를 작성하는 등의 행위는 범죄수익인 용역대금의 발생 원인에 관한 사실을 가장한 것이고, 범죄수익을 발생시키는 범죄행위인 뇌물공여 행위나 업무상횡령 행위와는 별도의 행위라고 판단하였음

- 원심의 판단은 정당하고, 피고인들의 이 부분 상고는 이유 없음

### ● 피고인 이재용의 국회증언감정법 위반

- 원심은, 피고인 이재용이 '박근혜 정부의 최서원 등 민간인에 의한 국정농단 의혹사건 진상규명을 위한 국정조사' 제1차 청문회에서 '삼성그룹 임직원들로부터 미르재단과 케이스포츠재단에 출연한다는 보고를 받지 못하였다.', '최서원, 정유라가 누구인지 몰랐고, 삼성그룹 임직원들로부터 승마관련 지원을 한다는 보고를 받지 못하였다.'는 취지로 증언한 것은 기억에 반하는 허위의 진술로 위증에 해당한다고 판단하였음
- 피고인들의 이 부분 상고이유는 원심의 증거 선택과 증명력에 관한 판단을 다투는 것 인바, 원심 판단에 잘못이 없음

### ● 공소장일본주의 위반

- 원심은, 이 사건 공소장에 이견희와 관련된 과거의 사실을 기재한 부분이나 증거로 제출된 관련자의 진술을 인용하는 부분 등이 일부 포함되어 있다고 하더라도, 그것이 법관에게 예단을 생기게 하여 법관이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있을 정도에 이르렀다고 보기 어렵다고 판단하였음

- 원심의 판단은 정당하고, 피고인들의 이 부분 상고는 이유 없음

## ▣ 특별검사의 상고이유 주장

### ● 증거능력

(1) 안중범 업무수첩과 진술의 증거능력 인정 여부

- 원심은 다음과 같이 판단하였음
  - 안중범의 업무수첩에 일정한 기재가 존재하는 것 자체에 관하여는 본래증거이지 전문증거가 아니고, 증거물인 서면으로서 증거능력이 인정됨. 안중범의 업무수첩이 박근혜 전 대통령이 안중범에게 지시한 내용, 박근혜 전 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화 내용 등을 증명하기 위한 증거라면 요증사실과의 관계에 비추어 볼 때 원진술의 존재 자체가 아니라 그 내용의 진실성이 문제되는 경우에 해당함. 이러한 경우에는 그 기재 내용의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거라고 볼 수는 없음. 박근혜 전 대통령의 진술을 들었다는 안중범의 진술 역시 마찬가지임
  - 안중범의 업무수첩에 박근혜 전 대통령이 안중범에게 지시한 내용의 기재, 박근혜 전 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화 내용의 기재가 있다는 그 자체를 박근혜 전 대통령이 안중범에게 지시한 내용, 전 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화 내용을 인정할 간접사실에 대한 증거로 사용할 수 없음
- 안중범의 업무수첩 등의 대화 내용 부분이 박근혜 전 대통령과 개별 면담자 사이에서 대화한 내용을 증명하기 위한 진술증거인

경우에는 전문진술로서, 형사소송법 제316조 제2항에 따라 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 한 것임이 증명된 때에 한하여 증거로 사용할 수 있는데, 이 사건에서 안중범의 업무수첩 등은 이 요건을 충족하지 못함. 따라서 안중범의 업무수첩 등은 전 대통령과 개별 면담자가 나눈 대화 내용을 추단할 수 있는 간접사실의 증거로 사용하는 것도 허용되지 않음. 이를 허용하면 대화 내용을 증명하기 위한 직접증거로 사용할 수 없는 것을 결국 대화 내용을 증명하는 증거로 사용하는 결과가 되기 때문임. 이 부분 원심 판단에 상고이유 주장과 같은 전문법칙 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없음. 특별검사의 이 부분 상고는 이유 없음

- 그러나 안중범의 진술 중 지시 사항 부분은 박근혜 전 대통령이 안중범에게 지시를 한 사실을 증명하기 위한 것이라면 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에 해당하여 본래증거이고 전문증거가 아님. 그리고 안중범의 업무수첩 중 지시 사항 부분은 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비나 공판기일에서 그 작성자인 안중범의 진술로 성립의 진정함이 증명된 경우에는 진술 증거로 사용할 수 있음. 그런데도 원심이 이 부분에 관하여 박근혜 전 대통령이 안중범에게 지시한 내용을 증명하기 위해 사용하는 경우에도 증거능력이 없다고 판단한 것은 전문법칙에 관한 법리를 오해한 잘못이 있음. 이를 지적하는 특별검사의 상고는 정당함

(2) 김영한 업무일지의 증거능력 인정 여부

- 원심은, 김영한의 업무일지에 어떠한 내용

의 기재가 존재하는 것을 통하여 그 기재 내용의 진실성을 인정하는 간접사실에 대한 정황증거로 사용되는 경우라면 전문증거에 해당하여 증거능력이 없다고 판단하였음

- 원심이 김영한의 업무일지 기재를 그 내용에 따라 증거능력의 요건을 구분하지 않고 판단한 것은 적절하지 않으나, 증거능력을 인정하지 않은 원심 판단에 전문법칙에 관한 법리를 오해하고 판단을 누락하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없음. 이 부분 특별검사의 상고는 이유 없음

(3) 피고인 박상진에 대한 특별검사의 제2회 진술조서의 증거능력 인정 여부

- 원심은, 피고인 박상진에 대한 특별검사 작성의 제2회 진술조서가 실질적으로 피의자 신문조서에 해당하고, 특별검사가 제출한 증거만으로는 피고인 박상진에게 위 진술조서를 작성하기 전에 진술거부권을 고지하였다고 인정할 만한 증거가 부족하므로, 위 진술조서는 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다고 판단하였음
- 원심의 판단은 정당하고, 특별검사의 이 부분 상고는 이유 없음

◎ 정유라 승마 지원 관련 뇌물공여

(1) 말들 또는 그 구입대금이 뇌물인지 여부

- 원심은, 피고인들이 최서원에게 살시도, 비타나, 라우싱 말들의 소유권을 이전해 주었다고 보기 어려우므로, 피고인들이 박근혜 전 대통령과 최서원에게 말들 또는 그 구입대금을 뇌물로 공여하였다고 볼 수 없다고 판단하였음 (그에 따라 말들을 뇌물로 공여하였다고 인정한 제1심판결을 파기하고, 말들에 관한 액수 미상의 무상 사용이익을 뇌물로 공여하였다고 인정하였음)

- 최서원이 2015. 11. 15.경 박원오를 통하여 피고인 박상진에게 화를 낸 것은 말 소유권을 이전해 달라고 요구한 것으로 보기는 어려움. 피고인 박상진은 2015. 11. 15. 최서원이 화를 내며 독일로 들어오라고 요구한 것에 대하여 박원오에게 '기본적으로 원하시는 대로 해드리겠다는 것이고, 결정하시는 대로 지원해드리겠다는 것이 우리 입장'이라는 취지의 문자메시지를 전송하였으나, 이는 최서원이 요구하면 이를 모두 들어줄 수 있다는 것일 뿐 소유권 이전의 승낙으로 볼 수 없음
- 최서원이 살시도의 소유권 이전을 요구한 것으로 볼 수 없고, 피고인 박상진 역시 살시도의 소유권 이전을 승낙하였다고 볼 수 없으므로, 이를 전제로 최서원이 향후 구입할 말인 비타나와 라우싱의 소유권 이전을 요구하거나 피고인 박상진이 이를 약속하였다고 볼 수도 없음
- 살시도 구입 당시와 비타나, 라우싱 구입 당시의 차이점 등은 비타나와 라우싱의 소유권 이전이 이루어졌다는 직접증거가 될 수 없고, 그와 같은 사정만으로는 비타나, 라우싱의 소유권이 이전되었다고 볼 수 없음
- 그러나 아래와 같은 이유에서 최서원과 피고인 박상진 사이에 2015. 11. 15. 살시도와 향후 구입할 말들에 관하여 실질적인 사용·처분권한이 최서원에게 있다는 의사의 합치가 있었다고 판단할 수 있음. 피고인들은 최서원에게 2015. 11. 15.부터 구입대금 상당의 살시도, 비타나, 라우싱을 뇌물로 제공하였고, 최서원은 피고인들로부터 위 말들을 뇌물로 받았다고 보아야 함. 이를 지적하는 특별검사의 상고는 정당함
- 피고인 이재용은 전 대통령과 단독 면담을 할 때 전 대통령으로부터 승마 지원을 요구받고 전 대통령의 직무와 관련한 뇌물을 제공하기 위하여 정유라에게 승마 지원을 하였음. 두 차례의 단독 면담에서 전 대통령으로부터 '좋은 말을 사줘라'는 요구를 받았고 2차 단독 면담에서 채차 요구를 받은 다음 적극적이고 신속하게 승마 지원을 진행하였음. 그 과정에서 지원의 구체적인 내용은 최서원 측에서 정하는 대로 이루어졌음. 박근혜 전 대통령의 요구에 따라 최서원에게 뇌물을 제공하는 피고인 이재용 등으로서 최서원이 가급적 만족할 수 있도록 원하는 대로 뇌물을 제공하되 그 사실이 외부에 드러나지 않도록 하는 것이 중요한 관심사였다고 볼 수 있음. 이러한 경위로 최서원에게 정유라가 탈 말과 최서원이 요구하는 돈을 지급한 피고인 이재용 등이 최서원으로부터 말 소유권을 갖기를 원한다는 의사를 전달받고 원하는 대로 해주겠다는 의사를 밝혔으므로 양측 사이에 말을 반환할 필요가 없고 실질적인 사용·처분권한을 이전한다는 의사의 합치가 있었다고 보아야 함
- 위와 같은 합의 이후 말들에 대한 조치들은 모두 위 합의를 기초로 이루어졌음. 피고인 이재용 등이 삼성전자의 자금으로 구입한 말들에 대한 점유가 최서원에게 이전되어 최서원이 원하는 대로 말들을 계속 사용하였음. 2015. 11. 15. 이후에는 최서원이 삼성전자에 말들을 반환할 필요가 없었으며, 최서원이 말들을 임의로 처분하거나 그의 잘못으로 말들이 죽거나 다치더라도 그 손해를 삼성전자에 물어주어야 할 필요가 없음. 이러한 경우에 피고인 이재용 등이 최서원에게 제공한 뇌물



은 말들이라고 보아야 하고, 비타나와 라우싱은 구입대금을 뇌물로 볼 수도 있음. 이와 달리 뇌물로 제공한 것이 말들에 관한 액수 미상의 사용이익에 불과하다고 보는 것은 논리와 경험의 법칙에 반하고 일반 상식에도 어긋남

(2) 213억 원의 뇌물공여약속 성립 여부

- 원심은, 이 사건 용역계약서에 표시된 금액이 용역계약의 이행에 필요한 잠정적인 예산을 추정한 것에 불과하여 피고인들과 최서원 사이에 ‘삼성전자가 이 사건 용역계약에 따라 총액 213억 원을 코어스포츠에 지급하겠다.’는 확정적인 합의가 있었다고 보기 어렵고, 이 사건 용역계약 체결 당시 계약 총액에 상당한 뇌물의 제공을 약속하였다는 증거가 부족하다는 이유로, 피고인들이 전 대통령, 최서원에게 213억 원의 뇌물공여를 약속하였다고 볼 수 없다고 판단하였음
- 원심의 판결이유에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 원심의 판단에 판결에 영향을 미친 위법은 없음

(3) 선수단차량 3대와 말 운송차량 1대의 구입대금이 뇌물인지 여부

- 원심은, 삼성전자와 코어스포츠가 작성한 확인서에 이 사건 차량들의 소유권이 삼성전자에 있다고 기재되어 있고, 삼성전자가 2016. 2. 초순 코어스포츠에 선수단차량을, 2017. 4. 12. 다른 독일 회사에 말 운송차량 1대를 매도하고 대금을 수령한 사실 등에 비추어 보면, 피고인들이 이 사건 차량들의 구입대금을 최서원에게 뇌물로 제공하였다는 증거가 부족하다고 판단하였음
- 특별검사의 이 부분 상고이유는 원심의 증

거 선택과 증명력에 관한 판단을 다투는 것인바, 원심의 판결이유에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 원심의 판단에 판결에 영향을 미친 위법은 없음

(4) 정유라 승마 지원 관련 특경법 위반(횡령)

- 원심은, 피고인들이 최서원에게 말들과 이 사건 차량들의 소유권을 이전하지 않았다는 이유를 들어 그 구입대금 또는 살시도 자체를 횡령하였다고 볼 수 없다고 판단하였음
- 원심의 판단 중 살시도 구입대금과 이 사건 차량들의 구입대금에 관한 부분에는 잘못이 없음
- 그러나 피고인들은 최서원에게 2015. 11. 15.부터 살시도, 비타나, 라우싱을 뇌물로 제공하였고, 이를 위하여 삼성전자의 자금으로 비타나, 라우싱의 구입대금을 지급하였으므로, 피고인들이 2015. 11. 15.경 살시도 자체를 횡령하고 그 후 비타나, 라우싱의 구입대금을 횡령하였다고 보아야 함. 그런데도 원심은 이 부분 업무상횡령죄가 성립하지 않는다고 판단한 잘못이 있음. 이를 지적하는 특별검사의 상고는 정당함

● 특경법 위반(재산국외도피)

(1) 독일 KEB하나은행 코어스포츠 명의 계좌에 송금한 부분

- 원심은, 피고인들이 삼성전자의 국내 자금을 용역대금 명목으로 독일 KEB하나은행 코어스포츠 명의의 계좌에 송금하였으나, 뇌물수수자인 최서원이 위 용역대금을 해외에서 자신의 필요에 따라 임의로 지배.관리하였고 뇌물공여자인 피고인들이 용역대금에 대하여 임의로 소비, 축적, 은닉 등 지배.관리하였던 것으로 볼 수 없다는 이유로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였음

- 원심의 판결이유에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 원심의 판단에 판결에 영향을 미친 위법은 없음. 특별검사의 이 부분 상고는 이유 없음

(2) 독일 KEB하나은행 삼성전자 명의 계좌에 예치한 부분

- 원심은, 독일 KEB하나은행 삼성전자 명의의 계좌에 송금된 돈에 관하여 예금거래신고서가 제출될 당시를 기준으로 예금거래신고서에 기재된 예치사유에 허위가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였음
- 원심의 판단은 정당하고, 특별검사의 이 부분 상고는 이유 없음

● 범죄수익은닉규제법 위반

(1) 범죄수익의 발생 원인에 관한 사실을 가장하는 행위 부분

- 원심은, 피고인들이 최서원에게 살시도, 비타나, 라우싱 또는 그 구입대금과 이 사건 차량들 구입대금을 뇌물로 공여하였다고 볼 수 없고, 위 말들과 이 사건 차량들의 구입대금 등을 횡령하였다고 볼 수 없다는 전제에서 이를 범죄수익으로 인정하지 않아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였음
- 원심의 판단 중 살시도 구입대금, 이 사건 차량들 구입대금이 범죄수익에 해당하지 않는다는 전제로 판단한 부분에는 잘못이 없음
- 그러나 피고인들은 최서원에게 살시도, 비타나, 라우싱을 뇌물로 제공하였고, 살시도 자체와 비타나, 라우싱의 구입대금을 횡령하였음. 따라서 원심은 위 말들 또는 구입대금이 범죄수익에 해당한다는 전제에서 피고인들이 이 부분 공소사실 기재와 같이 범

죄수익인 말들과 구입대금의 발생 원인에 관한 사실을 가장하였는지에 관하여 심리하여 판단했어야 함. 원심의 판단에는 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있음. 이를 지적하는 특별검사의 상고는 정당함

(2) 범죄수익의 처분에 관한 사실을 가장하는 행위 부분

- 원심은, 피고인들이 살시도, 비타나, 라우싱을 뇌물로 제공 하였다고 볼 수 없고, 비타나, 라우싱의 구입대금을 횡령한 것으로 볼 수 없으므로 말들은 범죄수익 또는 범죄수익에서 유래한 재산이 아니며, 따라서 위 말들이 범죄수익 등에 해당함을 전제로 하는 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다고 판단하였음
- 그러나 피고인들은 최서원에게 살시도, 비타나, 라우싱을 뇌물로 제공하였고, 살시도 자체와 비타나, 라우싱의 구입대금을 횡령하였으므로, 위 말들은 범죄수익은닉규제법 제2조에서 정한 범죄수익 또는 범죄수익에서 유래한 재산에 해당함. 따라서 원심은 이러한 전제에서 피고인들이 이 부분 공소사실 기재와 같이 말들의 처분에 관한 사실을 가장하였는지에 관하여 심리하여 판단했어야 함. 원심의 판단에는 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있음. 이를 지적하는 특별검사의 상고는 정당함

● 한국동계스포츠영재센터 관련 뇌물공여

- 원심은, 아래와 같은 이유를 들어, 피고인이 재용과 박근혜 전 대통령 사이에 영재센터 지원금 합계 16억 2,800만 원과 관련하여 부정한 청탁을 인정할 수 없다고 보아,

피고인 이재용, 최지성, 장충기에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였음

- 부정한 청탁의 대상이 되는 ‘승계작업’을 인정할 수 없음. 특별검사가 주장하는 현안들 중 일부는 그것이 성공에 이르는 경우 피고인 이재용의 삼성전자 또는 삼성 생명에 대한 지배력 확보에 직접적·간접적으로 유리한 영향을 미치는 효과가 있었다고 인정할 수 있으나, 그러한 사정만으로 승계작업을 바로 인정할 수는 없음
- 승계작업은 피고인 이재용과 박근혜 전 대통령 사이에 부정한 청탁의 대상이 되는 것이므로 명확하게 정의된 내용으로 그 존재 여부가 합리적 의심이 없이 인정되어야 함. 묵시적 의사표시에 의한 부정한 청탁에 필요한 공통의 인식과 양해의 대상인 승계작업이 명확하지 않거나 개괄적이게 되면 처벌의 범위가 불명확해지기 때문임
- 승계작업은 부정한 청탁의 대상으로서의 의미를 갖는 것이므로 그에 대한 당사자들의 인식도 뚜렷하고 명확하여야 함. 박근혜 전 대통령이 승계작업을 인식하였다고 볼 수 없음
- 승계작업을 인정할 수 없으므로, 박근혜 전 대통령이 승계작업에 대하여 인식하고 있었다거나 박근혜 전 대통령과 피고인 이재용 사이에 승계작업을 매개로 영재센터를 지원한다는 묵시적인 인식과 양해가 있었다고 볼 수 없음

• 그러나 아래와 같은 이유에서 원심은 박근혜 전 대통령의 직무와 청탁의 내용, 박근혜 전 대통령과 피고인 이재용의 관계, 이익의 다과, 수수 경위와 시기, 이익의 수수로 인하여 사회 일반으로부터 직무집행의 공정

성을 의심받게 되는지 등을 심리하여 박근혜 전 대통령의 직무와 영재센터 지원금 사이에 대가관계가 있는지 여부와 그와 관련된 부정한 청탁이 인정되는지를 판단했어야 함. 원심의 판단에는 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있음. 이를 지적하는 특별검사의 상고는 정당함

- 부정한 청탁의 대상 또는 내용은 구체적일 필요가 없고 공무원의 직무와 제3자에게 제공되는 이익 사이의 대가관계를 인정할 수 있을 정도로 특정되면 충분함. 그리고 이러한 부정한 청탁의 내용은 죄의 성립요소인 사실이므로 그에 대한 인식은 미필적인 것으로 충분하고, 확정적일 필요가 없음. 그런데도 원심은 부정한 청탁의 대상이 명확하게 정의되어야 하고, 부정한 청탁의 대상에 대한 인식은 뚜렷하고 명확하여야 한다는 근거를 들어, 부정한 청탁의 대상이 되는 승계작업을 인정할 수 없고, 전 대통령이 승계작업을 인식하고 있었다고 볼 수 없다며 부정한 청탁을 인정하지 않았음. 이러한 원심의 판단은 위 법리에 배치됨

- 대통령은 정부의 수반으로서 중앙행정기관의 장을 지휘·감독하여 정부의 중요정책을 수립·추진하는 등 모든 행정업무를 총괄하는 직무를 수행하고, 대형건설 사업과 국토개발에 관한 정책, 통화, 금융, 조세에 관한 정책, 기업활동에 관한 정책 등 각종 재정·경제 정책의 수립과 시행을 최종 결정하며, 소관 행정 각 부의 장들에게 위임된 사업자 선정, 신규사업의 인·허가, 금융지원, 세무조사 등 구체적인 사항에 대하여 직접 또는 간접적인 권한을 행사함으로써 기업체들의 활동에 있어 직무

상 또는 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있음

- 위에서 본 것처럼 부정한 청탁은 묵시적 의사표시로도 가능하고 청탁의 대상인 직무행위의 내용이 구체적일 필요도 없음. 부정한 청탁의 내용도 박근혜 전 대통령의 직무와 피고인 이재용 등의 영재센터에 대한 자금 지원 사이에 대가관계를 인정할 수 있을 정도면 충분함. 위에서 본 대통령의 포괄적인 권한에 비추어 보면, 영재센터 지원금은 대통령 직무와 대가관계가 있다고 볼 여지가 충분함

● **한국동계스포츠영재센터 관련 특경법 위반(횡령)**

- 원심은, 영재센터 지원행위와 관련하여 '부정한 청탁'을 인정할 수 없으므로 이를 전제로 한 뇌물공여죄가 성립하지 않는다는 등의 이유로 피고인 이재용, 최지성, 장충기가 그 돈을 횡령한 것으로 볼 수 없다고 판단하였음
- 그러나 위 피고인들에 대한 영재센터 관련 뇌물공여를 무죄로 판단한 원심판결을 파기하므로 위 뇌물공여가 성립하지 않는 것을 전제로 하는 이 부분 원심판결도 유지될 수 없음. 원심의 판단에는 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있음. 이를 지적하는 특별검사의 상고는 정당함

● **미르재단, 케이스포츠재단 관련 뇌물공여**

- 원심은, 박근혜 전 대통령의 직무집행과 피고인 이재용, 최지성, 장충기의 재단지원 사이에 대가관계가 있다고 단정하기 어렵고, 이 사건 각 재단은 제3자뇌물수수죄에서 말하는 제3자이고, 위 피고인들이 전 대통령

과 최서원이 설립하려고 하는 재단의 출연금을 대납해 준 것으로 볼 수도 없고 최서원과 전 대통령이 이 사건 각 재단 출연금을 직접 받은 것과 동일하게 볼 수 없다고 판단하였음

- 원심의 판결이유에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 원심의 판단에 판결에 영향을 미친 위법은 없음. 특별검사의 이 부분 상고는 이유 없음

● **미르재단, 케이스포츠재단 관련 특경법 위반(횡령)**

- 원심은, 이 사건 각 재단에 출연금을 송금한 것을 피고인 이재용, 최지성, 장충기의 뇌물공여라 볼 수 없고, 정부가 주도하며 전경련이 주관하며 주요 그룹들이 모두 출연한다는 설명을 듣고 출연한 사정 등에 비추어 보면 위 피고인들의 불법영득의사를 인정하기 어렵다고 판단하였음
- 원심의 판단은 정당하고, 특별검사의 이 부분 상고는 이유 없음

● **피고인 이재용의 국회증언감정법 위반**

- 원심은, 이 사건 청문회에서 피고인 이재용이 박근혜 전 대통령으로부터 2015. 7. 25. 이 사건 각 재단 설립자금의 기부를 요구받았는지에 관하여 기억이 없다고 답변한 것은 피고인 이재용이 기억에 반하여 허위의 진술을 한 것이라고 단정하기 어렵다고 판단하였음
- 특별검사의 이 부분 상고이유는 원심의 증거 선택과 증명력에 관한 판단을 다투는 것인바, 원심 판단에 잘못이 없음

▣ 파기의 범위

- 원심판결의 피고인들에 대한 정유라 승마 지원 말들 관련 뇌물공여, 말들 또는 그 구입대금 관련 특경법 위반(횡령)과 범죄수익 은닉규제법 위반 부분, 피고인 이재용, 최지성, 장충기에 대한 영재센터 관련 뇌물공여와 특경법 위반(횡령) 부분은 파기되어야 함
- 그리고 정유라 승마 지원 관련 나머지 뇌물공여와 뇌물공여약속, 특경법위반(횡령), 범죄수익은닉규제법 위반 부분, 피고인 이재용에 대한 국회증언감정법 위반 부분은 위 파기부분과 포괄일죄 관계에 있거나 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되었으므로 함께 파기되어야 함
- 결국 피고인들에 대한 유죄부분(이유무죄 부분 포함) 전부와 무죄부분 중 각 범죄수익 등의 처분에 관한 사실 가장에 의한 범죄수익 은닉규제법 위반 부분, 피고인 이재용, 최지성, 장충기에 대한 영재센터 관련 뇌물공여와 특경법 위반(횡령) 부분은 파기되어야 함

II. 대법관 박상옥의 별개의견 요지

☞ 뇌물수수죄의 공동정범 부분

- 다수의견의 논리 중,
  - (1) 공무원과 비공무원이 공동가공의 의사와 이를 기초로 한 기능적 행위지배를 통하여 공무원의 직무에 관하여 뇌물을 수수하는 범죄를 실행하였다면 공무원과 비공무원에게 형법 제129조 제1항 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한다는 부분은 동의하지만,
  - (2) 금품이나 이익 전부에 관하여 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한 이후에 뇌물이 실제로 공동정범인 공무원 또는 비공무원 중 누구에게 귀속되었는지는 이미 성립한

뇌물수수죄에 영향을 미치지 않고, 공무원과 비공무원이 사전에 뇌물을 비공무원에게 귀속시키기로 모의하였거나 뇌물의 성질상 비공무원이 사용하거나 소비할 것이라고 하더라도 이러한 사정은 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한 이후 뇌물의 처리에 관한 것에 불과하므로 뇌물수수죄가 성립하는 데 영향을 미치지 않는다는 부분에는 동의하지 않음

- 형법은 제129조 제1항 뇌물수수죄와 별도로 제130조에서 제3자뇌물수수죄를 규정하고 있음. 제3자뇌물수수죄와 뇌물수수죄를 비교해 보면, 공무원이 직접 뇌물을 받지 않고 증뢰자로 하여금 제3자에게 뇌물을 공여하도록 한 경우에는 부정한 청탁을 받고 그와 같은 행위를 한 경우에 한하여 뇌물수수죄와 같은 형으로 처벌하고, 만일 부정한 청탁을 받지 않았다면 처벌하지 않는다는 취지임
- 뇌물수수죄의 공동정범에서 말하는 공동가공 의사의 내용인 ‘특정한 범죄행위’는 ‘공무원이 전적으로 또는 비공무원과 함께 뇌물을 수수하기로 하는 범죄행위’를 말한다고 보아야 함. 그런데 공범자 상호간의 의사나 뇌물의 성질에 비추어 비공무원이 뇌물을 사용하거나 소비할 것이 예정되어 있고 실제로 비공무원이 뇌물을 모두 수수한 경우에는 공무원을 뇌물을 수수하지 않았음. 따라서 이러한 경우에는 제3자뇌물수수죄가 성립할 수 있을 뿐이고 뇌물수수죄의 공동정범은 성립할 수 없음
- 이 사건은 박근혜 전 대통령과 피고인 최서원의 공모 내용은 물론 피고인 최서원이 이재용 등으로부터 실제로 수수한 이익은 모두 정유라에 대한 승마 지원임. 이러한 뇌물

은 그 성질상 박근혜 전 대통령이 필요로 하거나 누릴 수 있는 이익이 전혀 아님. 따라서 박근혜 전 대통령과 피고인 최서원의 인식이나 의사는 박근혜 전 대통령이 제3자인 피고인 최서원 또는 정유라로 하여금 뇌물을 수수하게 하는 것임. 즉 뇌물수수죄가 아닌 제3자뇌물수수죄의 고의가 있었다고 보는 것이 자연스러움. 범죄 또는 공동정범의 성립 범위는 행위자의 고의와 공모, 실행행위의 내용에 따라 결정되어야 함. 피고인 최서원과 박근혜 전 대통령 사이에는 제3자뇌물수수죄가 성립할 수 있을 뿐임. 이러한 경우에도 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한다고 보는 다수의견에 찬성할 수 없음

### III. 대법관 조희대, 안철상, 이동원의 반대의견 요지

#### ☞ 뇌물수수죄의 공동정범, 말이 뇌물인지 여부, 영재센터 관련 제3자뇌물수수 부분

#### ● 공무원과 비공무원이 뇌물수수죄의 공동정범이 될 수 있는 범위

- 공무원과 비공무원이 공동가공의 의사와 이를 기초로 한 기능적 행위지배를 통하여 공무원의 직무에 관하여 뇌물을 수수하는 범죄를 실행하였다면 공무원과 비공무원에게 형법 제129조 제1항에서 정한 뇌물수수죄의 공동정범이 성립할 수 있음
- 그러나 공무원과 비공무원이 뇌물을 받으면 뇌물을 비공무원에게 귀속시키기로 미리 모의하거나 뇌물의 성질에 비추어 비공무원이 전적으로 사용하거나 소비할 것임이 명백한 경우에 공무원이 증뢰자로 하여금 비공무원에게 뇌물을 공여하게 하였다면 형법 제130조의 제3자뇌물수수죄의 성립여부가 문제될 뿐이며, 공무원과 비공무

원에게 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한다고 할 수는 없음

- 이러한 점에서 다수의견에 동의하기 어려움

#### ● 말들이 뇌물인지 여부

- 아래와 같은 이유로 피고인 최서원과 박상진 사이에 2015. 11. 15. 살시도 및 그 이후 구입하는 말들의 소유권이나 실질적인 처분권한을 피고인 최서원에게 넘겨주었다고 단정하기 어려움

- 피고인 최서원이 황성수로부터 마필 위탁관리계약서를 작성해 달라는 요구를 받고 화를 낸 것은, 황성수가 피고인 최서원에게 살시도의 소유권을 명시적으로 확인하려고 한 행동에 화를 낸 것이지, 소유권이나 실질적 처분권한의 이전을 요구한 것으로 볼 수 없음. 설령 그렇다 하더라도 박상진은 피고인 최서원의 면담 요구를 완곡하게 거절하면서 피고인 최서원의 요구사항을 알려주면 그것을 지원해 주겠다는 의사를 표시하였을 뿐이지, 살시도의 소유권 또는 실질적 처분권의 이전 요구를 받아들였다고 보기는 어려움. 박원오가 2015. 11. 17. 황성수에게 보낸 피고인 최서원의 요구사항에도 패스포트의 마주 란에 삼성전자를 기재하지 말아달라는 요구가 있을 뿐 살시도의 소유권을 요구하는 내용은 없음. 이러한 막연한 사정들만으로 살시도의 소유권 또는 실질적 처분권을 이전하려는 의사의 합치가 있었다고 보기는 어려움
- 2015. 11. 15. 이후에도 말들의 소유권이나 실질적인 처분권한을 피고인 최서원에게 이전한다는 의사의 합치가 있었다고 인정할 수 없음

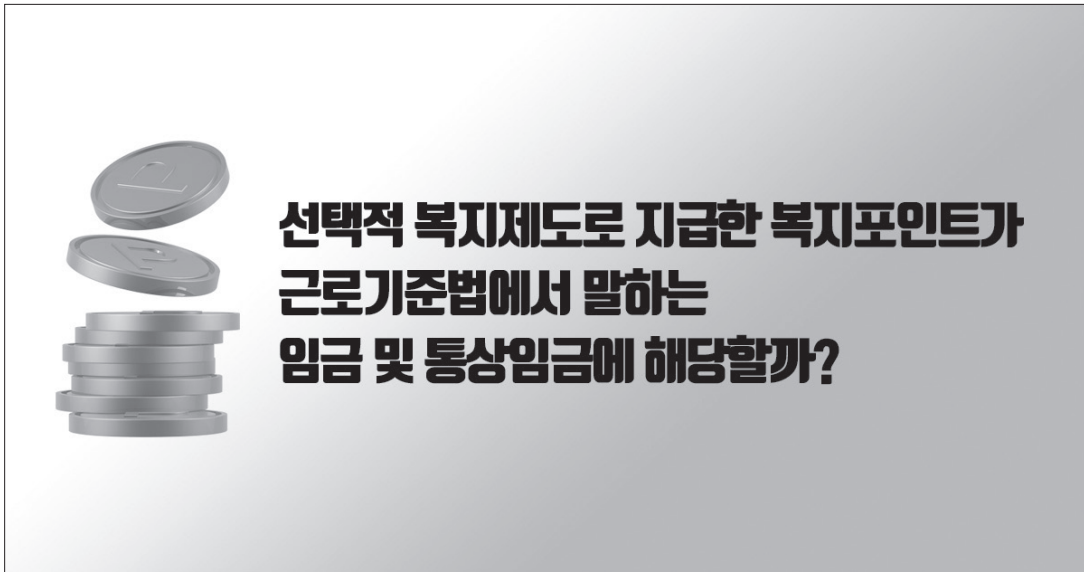
- 박상진 등은 삼성전자의 자금으로 차량 3대를 매수해서 최서원의 코어스포츠에서 사용하도록 하였는데, 그 후 얼마 안 되어 그 중 2대를 코어스포츠에 매도하고 차량대금을 송금받았음. 고가의 말들을 뇌물로 제공하였다면 소액의 차량대금을 지급 받고 매도한 것을 설명하기 어려움
- 2016. 9. 23. 언론에서 삼성의 정유라에 대한 승마 지원을 보도하였고 그 후 피고인 최서원과 박상진 등은 두 차례 회의를 하면서 승마 지원사실을 숨기는 방안을 논의하였음. 이때 스타샤와 라우싱의 소유권을 2018년 이후에 이전하기로 추진한다고 협의하였음. 이러한 내용은 그때까지는 말들의 소유권이나 실질적인 처분권한을 피고인 최서원에게 이전하지 않았다는 것을 의미함
- 피고인 최서원이 박근혜 전 대통령의 권력을 배경으로 승마 지원을 받은 것이므로 박상진 등은 피고인 최서원의 요구에 따를 수밖에 없는 관계였다고 하더라도 말들의 소유권이나 실질적인 처분권한을 이전한다는 의사의 합치가 있었다고 보기에는 증거가 부족함
- 위와 같이 증거가 부족하다면 말들을 뇌물로 인정할 수는 없음

● 영재센터 관련 부정한 청탁을 인정할 수 있는지 여부

- 승계작업은 박근혜 전 대통령과 이재용 사이에 부정한 청탁의 대상이 되는 것이므로 그 존재 여부가 합리적 의심이 들지 않을 정도로 인정되어야 함. 그러나 특별검사가 사실심 법원에 제출한 모든 증거들을 종합해 보더라도 공소사실에 특정된 내용의 부정

- 한 청탁의 대상이 되는 승계작업을 인정하기 어려움
- 특별검사가 주장하는 현안들 중 일부는 그것이 성공할 경우에는 이재용의 삼성전자 또는 삼성생명에 대한 지배력 확보에 직접적·간접적으로 유리한 영향을 미치는 효과가 있었다고 인정할 수 있는 것도 있음. 그러나 이는 사후적·결과적으로 그러한 효과가 일부 확인된다는 것으로, 구조조정을 통한 사업의 합리화 등과 같은 여러 효과들 중 하나일 뿐임. 이러한 사정만으로 승계작업을 인정하기에는 부족함
- 그리고 묵시적인 의사표시에 의한 부정한 청탁이 있다고 하려면 당사자 사이에 청탁의 대상이 되는 직무집행의 내용과 제3자에게 제공되는 금품이 그 직무집행의 대가라는 점에 대하여 공통의 인식이나 양해가 있어야 함. 이 사건에서 승계작업을 인정하기 어려울 뿐만 아니라 이재용과 박근혜 전 대통령 사이에서 승계작업에 관한 박근혜 전 대통령의 직무집행의 내용과 영재센터 지원금이 그 직무집행의 대가라는 점에 대한 공통의 인식이나 양해가 있었다는 것이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기 어려움
- 그러한 인식이나 양해 없이 막연히 선처해 줄 것이라는 기대에 의하거나 직무집행과는 무관한 다른 동기에 의하여 제3자에게 금품을 공여한 경우에는 묵시적인 의사표시에 의한 부정한 청탁이 있다고 인정할 수 없음
- 범죄사실은 검사가 증명하여야 하고, 그와 같은 증거가 없으면 무죄로 판단하여야 함. 부정한 청탁을 인정한 원심 판단은 법리를 오해하여 사실을 오인한 잘못이 있음

선택적 복지제도로 지급한 복지포인트가 근로기준법에  
서 말하는 임금 및 통상임금에 해당할까?  
[대법원 2016다48785]



▣ 사안의 내용

● 사안의 요지

- 피고(서울특별시 서울의료원)는 2008년부터 시행한 선택적 복지제도 운영지침에 따라 소속 임직원에게 매년 일정한 복지포인트(‘이 사건 복지포인트’)를 지급해 왔음
- 피고의 지침에 따른 선택적 복지제도는 임직원 각자에게 배정된 복지포인트 한도 내에서 사전에 설계된 다양한 복리후생 항목 중 개인이 원하는 복지항목 등을 선택하여 누릴 수 있는 제도임(‘이 사건 선택적 복지제도’)

- 피고는 재직자에 대하여 매년 1월 1일에 공통포인트와 근속포인트를 배정하여 1월과 7월에 균등 분할 지급하였음. 휴직자, 중도 퇴직자, 신규 입사자(12월 입사자 제외)에 대하여도 일할 계산하여 복지포인트를 배정·지급하였음
- 원고들은 피고 직원 전용 온라인 쇼핑사이트인 인터넷복리후생관에서 물품 등을 구매하면서 배정받은 복지포인트를 바로 사용하거나, 또는 복지카드를 이용하여 인터넷복리후생관, 복지가맹업체 등에서 물품 등을 우선 구매한 후 복지포인트 사용 신청



을 함으로써 그 복지포인트 상당액의 돈을 환급받았음

- 이 사건 복지포인트는 매년 12월 20일까지 사용하지 못한 경우 소멸하고, 사용 항목이 제한되어 있으며, 타인에게 양도할 수 없음
- 피고는 이 사건 복지포인트가 통상임금에서 제외됨을 전제로 연장근로수당 등을 계산하여 원고들에게 지급하여 왔음
- 원고들은 이 사건 복지포인트 등이 통상임금에 해당한다고 주장하며 피고를 상대로 이 사건 복지포인트 등을 통상임금에 포함하여 다시 계산한 연장근로수당 등과 기 지급 연장근로수당 등의 차액을 청구하는 이 사건 소를 제기하였음

● 소송 경과

- 1심, 2심은 모두 이 사건 복지포인트가 임금 및 통상임금에 해당한다고 판단하였음
  - 1심 : 원고 일부승
  - 2심 : 항소기각

▣ 대법원의 판단

● 사건의 쟁점

이 사건 복지포인트가 근로기준법에서 말하는 임금 및 통상임금에 해당하는지 여부

● 관련 법령

- 근로기준법 제2조(정의) 제1항 제5호
  - “임금”이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.
- 근로기준법 시행령 제6조(통상임금) 제2항
  - 법과 이 영에서 “통상임금”이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간

급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액을 말한다.

● 다수의견(8명) : 이 사건 복지포인트는 근로기준법에서 말하는 임금에 해당하지 않고, 그 결과 통상임금에도 해당하지 않음 → 파기환송

- 선택적 복지제도의 근거 법령에 비추어 복지포인트를 임금으로 볼 수 없음
  - 복지포인트의 전제가 되는 선택적 복지제도는 근로복지기본법에서 정한 제도임
    - ☞ 근로복지기본법 제3장 ‘기업근로복지’ 중 제3절에서 선택적 복지제도를 규율하고 있음
  - 근로복지기본법 제3조 제1항은 근로복지의 개념에서 임금을 명시적으로 제외하고 있음 ☞ “근로복지(임금·근로시간 등 기본적인 근로조건은 제외한다. 이하 같다) 정책은 근로자의 경제·사회활동의 참여 기회 확대 ... ”
- 선택적 복지제도의 연혁과 그 도입 경위에 비추어 복지포인트를 임금이라고 할 수 없음
  - 우리 법제와 기업실무가 도입한 선택적 복지제도는 근로자의 임금 상승이나 임금 보전을 위해 시작된 것이 아니고, 기업 내 임금 아닌 복리후생제도와 관련하여 근로자의 욕구를 반영한 새로운 기업복지체계를 구축한 것임
  - 즉 종래 임금성을 가진 복지수당 위주에서 벗어나 비임금성 기업복지제도로서의 실질을 갖추기 위해 그 형식과 내용을 변화시킨 것임

- 아래와 같은 사정들을 종합해 보더라도 복지포인트를 근로 제공의 대가로 볼 수 없음
  - 복지포인트는 여행, 건강관리, 문화생활, 자기계발 등으로 사용 용도가 제한되어 있고, 통상 1년 내 사용하지 않으면 이월되지 않고 소멸하며, 양도 가능성이 없음 ☞ 임금이라고 보기에는 적절하지 않은 특성임
  - 통상적으로 복지포인트는 근로자의 근로 제공과 무관하게 매년 초에 일괄하여 배정됨 ☞ 우리 노사 현실에서 이러한 형태의 임금은 쉽사리 찾아보기 어려움
  - 개별 사업장에서 단체협약이나 취업규칙 등에서 복지포인트를 보수나 임금으로 명시하지 않은 경우가 대부분임 ☞ 복지포인트가 임금이 아님을 근로관계 당사자도 인식하고 있다고 할 수 있음
- 한편 복지포인트의 임금성을 긍정하고 복지포인트의 배정을 임금의 지급으로 보는 견해(반대의견)는 다음과 같은 문제가 있음
  - 반대의견은 사용자의 정산을 위한 지출 내지는 근로자의 경제적 이익의 취득이 이루어지지도 아니한 상태에서 단지 복지포인트가 배정되었다는 것만으로 임금의 지급이 이루어진 것으로 본다는 것이어서 부당함
  - 반대의견에 의하면 복지포인트의 배정이 이루어지기만 하면 임금채권에 대한 근로기준법의 적용이 배제되고, 그 이후에는 오로지 민사법에 의한 규율이 이루어지는 결과가 되어 부당함
  - 반대의견은 근로기준법이 임금 지급 원칙을 정한 취지와 맞지 않고, 사용자의 형사처벌 문제와 관련하여서도 부당한 결과가 발생함

- 복지포인트가 임금에 해당한다고 할 경우 새로운 기업복지제도로써 선택적 복지제도의 활성화에 사실상 장애가 되는 문제도 중요하게 고려하여야 함

● **별개의견(1명) : 사용자가 근로자에게 이 사건 복지포인트를 배정하고 근로자가 이를 사용하는 일련의 과정을 임금 지급으로 평가할 수 있음 → 파기환송 의견**

- 사용자가 근로자에게 이 사건 복지포인트를 배정하고 근로자가 이를 사용하는 일련의 과정을 임금 지급으로 평가할 수 있음
- 다만, 사용자가 배정한 복지포인트 중 근로자에 의하여 실제로 사용된 복지포인트에 해당하는 금액만큼만 사용자의 임금 지급이 최종적으로 이루어진 것으로 보아야 함
- 결국 복지포인트의 배정 자체만으로 임금 지급이 완료되었다고 보아 이를 전제로 근로자별 복지포인트 미사용액에 대한 고려 없이 연 단위 복지포인트 배정액 전부가 통상임금에 해당한다고 본 원심판단에는 복지포인트의 임금성과 통상임금성에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 않은 잘못이 있음

● **반대의견(4명) : 이 사건 복지포인트는 근로기준법상 임금에 해당하고, 통상임금에도 해당함 → 상고기각 의견**

- 계속적·정기적으로 배정되고 단체협약이나 취업규칙 등에 사용자의 배정의무가 지워져 있는 복지포인트는 근로의 대가로 지급되는 금품이라고 보아야 함
- 복지포인트는 근로제공과 직접적 또는 밀접한 관련이 있는 것이라고 새기는 것이 타당함
- 실비변상 또는 은혜적인 이유로 지급되

- 거나, 근로제공과 무관한 특수하고 우연한 사정에 의해 지급되는 금품과 같이 임금성을 부정할 만한 ‘특별한 사정이 있는 경우’에 해당하지 않음
  - 복지포인트가 연초에 일괄하여 제공된다  
는 사정, 단체협약이나 취업규칙에서 복지포인트를 보수나 임금 항목으로 분류하지 않고 있다는 사정 등을 들어 임금이 아니라고 할 수 없음
  - 오히려 근로자들은 복지포인트를 별도의 임금이라고 인식하고 있음
- 복지포인트의 배정은 사용자의 근로자에 대한 금품 지급으로 평가할 수 있음
    - 복지포인트는 사용 용도에 다소 제한이 있지만 실질적으로 해당 금액이 통화로 지급되는 것과 다르지 않음
    - 더구나 이 사건과 같이 온라인 쇼핑몰에서 복지포인트로 직접 물품 등을 구매할 수 있는 이상, 복지포인트 배정은 근로자에게 재산적 이익을 현실적으로 부여하는 금품의 지급으로 보아야 함
  - 선택적 복지제도의 근거 법령만을 들어 복지포인트의 임금성을 부정할 수 없음
    - 복지포인트가 임금에 해당하는지는 근로기준법의 관점에서 그 실질에 비추어 임금으로 보호할 필요성이 있는지를 고려해서 판단하여야 함
    - 근로복지기본법이 2010년 선택적 복지제도를 처음으로 규율하기 이전에 이미 각종 공공기관이나 사기업체에서 선택적 복지제도를 시행하여 복지포인트를 지급하고 있었음 ☞ 이 사건 피고도 마찬가지임

- 선택적 복지제도 도입 경과와 현재의 운용 실태에 비추어도 복지포인트의 임금성을 부정할 수 없음
  - 우리나라 선택적 복지제도의 실질은 원래 복리후생적 임금 항목을 선택적 복지제도로 전환한 것에 불과하고, 제도가 설계·운용되고 있는 현실적인 모습 역시 사용자에 의한 임금 지급과 크게 다르지 않음
  - 복지포인트의 임금성을 긍정하는 것이 선택적 복지제도의 활성화에 장애가 된다고 할 수도 없음

### ■ 판결의 의의

- 다수의 공공기관과 공기업 등에서 운영하고 있는 선택적 복지제도에 기초하여 지급되는 복지포인트가 근로기준법에서 말하는 임금 및 통상임금에 해당하는지에 관하여 하급심에서 판단이 엇갈리고 있었음
- 이 전원합의체 판결은 위 쟁점에 관한 최초의 대법원 판결로서 “단체협약, 취업규칙 등에 근거하여 근로자들에게 계속적·정기적으로 배정한 경우라고 하더라도 이러한 복지포인트는 근로기준법에서 말하는 임금 및 통상임금에 해당하지 않는다.”고 판단하였음
- 이로써 대법원은 하급심에서 판단이 엇갈려 왔던 복지포인트의 임금성 및 통상임금성을 부정하는 방향으로 논란을 정리하였음. 향후 동일한 쟁점 또는 유사한 사안의 해석 지침으로 기능할 것으로 예상됨

(출처/법원사람들)