

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2014도15129 가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)
나. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)
다. 업무상횡령
라. 업무상배임
마. 허위진단서작성
바. 허위작성진단서행사
사. 배임증재
아. 배임수재

피 고 인 피고인 1 외 1인

상 고 인 피고인들 및 검사(피고인들에 대하여)

변 호 인 법무법인(유한) 대륙아주 외 1인

원 심 판 결 서울고등법원 2014. 10. 30. 선고 2014노616 판결

판 결 선 고 2017. 11. 9.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서 등 서면들의 기재는 해당 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 피고인 2 부분

가. 피고인 2의 상고이유에 대하여

(1) 상고이유 제1점에 대하여

(가) 공소장에는 법령이 요구하는 사항만 기재하여야 한다. 공소사실의 첫머리에 공소사실과 관계없이 법원의 예단만 생기게 할 사유를 불필요하게 나열하는 것은 옳다고 할 수 없고, 공소사실과 관련이 있는 것도 원칙적으로 범죄의 구성요건에 적어야 하며 이를 첫머리 사실로서 불필요하게 길고 장황하게 나열하는 것을 적절하다고 할 수 없다. 다만 공소장에 기재된 첫머리 사실이 공소사실의 범의나 공모관계, 공소범행에 이르게 된 동기나 경위 등을 명확히 나타내기 위하여 적시한 것으로 보이는 때에는 공소제기의 방식이 공소장일본주의에 위배되어 위법하다고 할 수 없고(대법원 1992. 9. 22. 선고 92도1751 판결, 대법원 1994. 3. 11. 선고 93도3145 판결, 대법원 1999. 5. 14. 선고 99도202 판결 등 참조), 설령 범죄의 직접적인 동기가 아닌 경우에도 동기의 기재는 공소장의 효력에 영향을 미치지 아니한다(대법원 2007. 5. 11. 선고 2007도748 판결 참조).

그리고 공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 이외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를

기준으로 해당 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다. 이러한 기준에 비추어 공소장일본주의에 위배된 공소제기라고 인정되는 때에는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하는 것으로 보아 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙이다(형사소송법 제327조 제2호). 그러나 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인 측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였거나 이의가 제기되었다가 철회되었고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사 절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때에 이제는 더 이상 공소장일본주의의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다툴 수는 없다고 보아야 한다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결 등 참조).

(나) 원심은, 1) ① 제1심 제1회 공판기일에서 피고인 2가 공소사실 II의 1항 및 2항에 관하여 공소장일본주의에 위배된다고 주장하여, 검사가 공소사실 II의 1항 중 소결 부분 및 2항 중 검찰의 평가 부분을 삭제하고 공소사실을 진술하였고, 이후 검사가 위 소결 부분 및 위 검찰의 평가 부분을 삭제하는 내용의 공소장변경허가신청서를 제출하여 제2회 공판기일에 그에 따른 공소장변경이 이루어졌으며, ② 위 공소장변경 당시 및 그 이후 피고인 2나 변호인은 이의를 하지 아니하였고, ③ 공소사실 II의 1항 및 2항 중 위와 같이 삭제되고 남은 부분은 허위진단서작성, 허위작성진단서행사, 배임수재 범죄의 동기 또는 경위에 해당하며, 위 범죄의 성격상 그 범의나 공모관계, 범행의 동기나 경위 등을 명확히 하기 위하여 구체적인 사정을 적시할 필요가 있다고 인정하고, 2) 이에 비추어 보면 공소장일본주의 위반을 이유로 하는 피고인 2의 항소이유 주장은 이유 없다고 판단하였다.

원심판결의 이유를 기록에서 알 수 있는 심리·판단과정에 종합하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로 볼 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 공소장일본주의에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

(2) 상고이유 제2, 3점에 대하여

(가) 형법 제233조는 의사가 진단서를 허위로 작성한 경우에 처벌하도록 규정하고 있다. 여기서 진단서는 의사가 진찰의 결과에 관한 판단을 표시하여 사람의 건강상태를 증명하기 위하여 작성하는 문서를 말한다.

허위진단서작성죄는 원래 허위의 증명을 금지하려는 것이므로, 진단서의 내용이 실질상 진실에 반하는 기재여야 할 뿐 아니라 그 내용이 허위라는 의사의 주관적 인식이 필요하며(대법원 1990. 3. 27. 선고 89도2083 판결, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2004도3360 판결 등 참조), 그러한 인식은 미필적 인식으로도 충분하나(대법원 2006. 5. 26. 선고 2006도871 판결 등 참조), 이에 대하여는 검사가 증명책임을 진다.

그리고 허위 진단서 작성에 해당하는 허위의 기재는 사실에 관한 것이건 판단에 관한 것이건 불문하므로(대법원 1978. 12. 13. 선고 78도2343 판결, 대법원 1990. 3. 27. 선고 89도2083 판결 등 참조), 현재의 진단명과 증상에 관한 기재뿐만 아니라 현재까지의 진찰 결과로서 발생 가능한 합병증과 향후 치료에 대한 소견을 기재한 경우에도 그로써 환자의 건강상태를 나타내고 있는 이상 허위 진단서 작성의 대상이 될 수 있다.

진단서에는 의료법 시행규칙 제9조 제1항, 제2항에서 정한 사항을 반드시 기재하여야 하나 그 밖의 사항은 반드시 기재하여야 하는 것이 아니다. 그리고 형사소송법 제471조 제1항 제1호에서 정하고 있는 형집행정지의 요건인 '형의 집행으로 인하여 현저

히 건강을 해할 염려가 있는 때'에 해당하는지에 대한 판단은 검사가 직권으로 하는 것이고, 그러한 판단 과정에 의사가 진단서 등으로 어떠한 의견을 제시하였다고 하더라도 검사는 그 의견에 구애받지 아니하며, 검사의 책임 하에 규범적으로 그 형집행정지 여부의 판단이 이루어진다. 그렇지만 이 경우에 의사가 환자의 수형(受刑)생활 또는 수감(收監)생활의 가능 여부에 관하여 기재한 의견이 환자의 건강상태에 기초한 향후 치료 소견의 일부로서 의료적 판단을 기재한 것으로 볼 수 있다면, 이는 환자의 건강상태를 나타내고 있다는 점에서 허위 진단서 작성의 대상이 될 수 있다. 따라서 의사가 진단서에 단순히 환자의 수형생활 또는 수감생활의 가능 여부에 대한 의견만 기재한 것이 아니라, 그 판단의 근거로 그 환자에 대한 진단 결과 또는 향후 치료의견 등을 함께 제시하였고 그와 결합하여 수형생활 또는 수감생활의 가능 여부에 대하여 판단한 것이라면 그 전체가 환자의 건강상태를 나타내고 있는 의료적 판단에 해당한다고 할 수 있다. 그리고 그러한 판단에 결합된 진단 결과 또는 향후 치료 의견이 허위라면 수형생활 또는 수감생활의 가능 여부에 대한 판단 부분도 허위라고 할 수 있다. 그러나 그러한 판단에 결합된 진단 결과 내지 향후 치료의견이 허위가 아니라면, 수형생활 또는 수감생활의 가능 여부에 관한 판단을 허위라고 할 수 있기 위해서는 먼저 환자가 처한 구체적이고 객관적인 수형생활 또는 수감생활의 실체를 확정하고 위 판단에 결합된 진단 결과 내지 향후 치료의견에 의한 환자의 현재 및 장래 건강상태를 거기에 비추어 보아 환자의 실제 수형생활 또는 수감생활 가능 여부가 위 판단과 다르다는 것이 증명되어야 하고 또한 그에 대한 의사의 인식이 인정될 수 있어야 한다.

한편 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 하나(형사소송법 제307조 제2항), 사실 인정의 전제로 행하여지는 증거의 취사 선택 및 증거의 증

명력은 사실심 법원의 자유판단에 속한다(형사소송법 제308조).

(나) 2010. 7. 8.자 진단서(이하 '제2 진단서'라 한다)의 작성 주체 및 허위진단서 작성 동기에 관한 상고이유에 대하여 본다.

원심은, 1) ① 피고인 2가 자신의 명의로 제2 진단서가 작성되는 것을 알고 전공의 공소외 1에게 검토 및 수정지시를 하였다는 사실은 인정하고 있으므로 피고인 2를 작성 주체로 볼 수 있고, ② 환자로부터 부정한 청탁을 받지 아니하고서도 허위진단서를 작성하는 것이 경험칙상 납득하기 어려운 일이라고 단정할 수만은 없다고 인정하여, 2) 이에 관한 피고인 2의 사실오인 내지 법리오해 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다.

이러한 원심 판단의 기초가 된 사실인정을 다투는 취지의 상고이유 주장은 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 원심판결 이유를 위 법리와 원심 판시 관련 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보아도, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 허위진단서작성죄 및 허위작성진단서행사죄의 주체, 동기에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하거나 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

(다) 제2 진단서의 향후 치료 의견 중 '요추부 압박골절 등으로 거동이 불편한 상태이며 전신상태는 극히 쇠약하여 향후 지속적인 입원치료를 요하는 상태'라는 기재 부분에 관한 상고이유에 대하여 본다.

1) 원심은 아래와 같은 요지의 판시와 같은 이유를 들어, 제2 진단서 작성 당시 공소외 2는 제2 진단서 기재와 달리 요추부 압박골절, 전신쇠약을 이유로 지속적인 입원치료가 필요한 상태가 아니었고 피고인 2에게 그에 대한 허위의 인식도 있었다고 인정

하여, 피고인 2의 사실오인 내지 법리오해 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다.

가) 요추부 압박골절은 2008. 11.경 발생한 것으로 그 무렵 입원하여 그와 관련한 치료를 모두 마쳤다. 2010. 1. 6.자 신경외과 전문의 공소외 3의 진단서에 '요추는 안정화되어 더 이상의 수술적 치료는 필요하지 않은 상태'라고 기재되어 있으며, 내과 전문의 공소외 4 및 정형외과 전문의 공소외 5는 요추부 압박골절은 '시간이 경과하면 생활하는 데는 지장이 없다'거나 '유합이 되고 나면 추가적인 골절이 발생하지 않는 이상 통증은 나타나지 않는다'고 진술하였다.

나) ○○○○○병원 안과의사 공소외 6은 환자의 전신상태가 너무 쇠약하면 전신마취를 하지 않는데 공소외 2는 2010. 5. 16.부터 2010. 6. 28.까지 전신마취를 하고 항반부원공 재수술을 받을 정도의 상태는 되었으며, 위 수술 후 퇴원할 무렵 극히 쇠약한 상태는 아니었다고 진술하였고, △△△△병원 전공의 공소외 1은 제2 진단서 작성 무렵 △△△△병원에 입원한 동안 허리 통증을 호소한 적이 없었다고 진술하였다.

다) 제2 진단서에 앞서 작성된 피고인 2 명의의 2010. 7. 7.자 진단서에는 '지속적인 입원치료를 요한다'는 기재가 없고, 하루 만에 상태가 급변하였다는 사정도 없다.

2) 이러한 원심 판단의 기초가 된 사실인정을 다투는 취지의 상고이유 주장은 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다.

그리고 원심판결의 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 아래와 같은 사정을 알 수 있다.

가) 공소외 2는 2008. 11. 하순경 낙상사고로 요추 4번 압박골절 진단을 받았으나,

① △△△△병원 정형외과 전문의 공소외 7은 2008. 12. 10. 보존적 치료가 가능하다

고 진단하였고, ② □□□교도소 의무서기관 공소외 8은 2009. 2.경 요추압박골절은 수술적인 치료는 필요하지 않고 치료방법은 안정가료 및 꾸준한 운동으로서 교도소 내외부의 치료방법이 다르지 않으며, 나이를 고려하더라도 의학상 충분한 회복기간인 3개월 이상이 지났다는 의견을 제시하였고, ③ △△△△병원 신경외과 전문의 공소외 3은 2010. 1. 6. 요추는 안정화되어 치료는 필요하지 아니한 상태라고 진단하였다.

나) 공소외 2는 2010. 7. 1. 컨디션저하를 이유로 △△△△병원에 입원하였다가 2010. 7. 19. 퇴원하였는데 입원 중 보존적 치료 외에 별다른 치료를 받은 것이 없고 또한 뚜렷한 허리통증을 호소하였다는 사정이 나타나 있지 아니하다.

다) 피고인 2는 2010. 1. 6.부터 2010. 7. 7.까지 발급한 공소외 2에 대한 각 진단서에는 요추 압박골절을 이유로 치료가 필요하다는 의견을 기재하지 아니하였다. 그런데 위 각 진단서들과 달리 제2 진단서를 작성할 당시 이 부분 기재와 관련한 객관적인 환자 상태의 변화가 있었다거나 종전의 진단 내용을 갑자기 변경하여야 할 합리적인 사정도 보이지 아니한다. 그럼에도 불구하고 피고인 2는 2010. 7. 7. 공소외 2에 대한 진단서를 작성한 지 불과 하루 뒤에 다시 제2 진단서를 작성하면서 종전과 달리 이 부분을 적극적으로 기재하였으므로 이 부분 기재가 객관적인 환자 상태에 근거한 것이라고 할 수 없고, 오히려 아래에서 보는 것과 같이 수용생활이 불가능 상태라는 향후 치료 의견을 추가하면서 그 근거로서 함께 기재된 것으로 보일 뿐이다.

이러한 사실관계와 아울러 앞에서 본 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 원심판결의 이유를 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 허위진단서작성죄의 구성요건인 진단 행위, 허위진단의 범위, 허위 및 그에 대한 주관적 인식, 죄형법정주의 등에 관한 법리를 오해하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주

의의 한계를 벗어나거나 방어권 행사에 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 위법이 없다.

(라) 제2 진단서의 향후 치료 의견 중 '수용생활은 불가능 상태로 판단됨'이라는 기재 부분에 관한 상고이유에 대하여 본다.

1) 원심은, ① 앞에서 본 것과 같이 2010. 7. 8. 당시 공소외 2의 건강상태가 요추부 압박골절, 전신쇠약으로 지속적인 입원치료를 요할 정도는 아니었고 단기간 내에 당뇨 증세의 악화, 안과 질환의 악화, 췌장암 또는 유방암 등이 발생할 가능성이 크지 아니하다는 취지의 판시와 같은 사정들을 이유로 들어, ② 2010. 7. 8. 당시 공소외 2의 건강상태가 교도소 내에서의 치료, 통원치료, 출장치료로는 불가능한 상태였다고 보기 어려우므로 위 부분 기재는 객관적 사실에 반하여 허위이며 피고인 2가 특별히 공소외 2의 상태를 잘못 판단할 만한 사정이 없음에 비추어 보면, 피고인 2에게 허위의 인식도 있었다고 인정하여, ③ 피고인 2의 이 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다.

2) 이러한 원심 판단의 기초가 된 사실인정을 다투는 취지의 상고이유 주장은 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다.

3) 그리고 원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 아래와 같은 사정을 알 수 있다.

가) 피고인 2는 2010. 3. 12. 검사의 형집행정지연장결정 전 임검 절차에서 당시 공소외 2의 혈중 종양표지자 CA19-9와 혈당이 정상의 약 3배 정도 증가한 상황에서도 혈중 종양표지자 상승이나 혈당 조절만 놓고 보면 반드시 입원이 필요한 상황이 아니

라고 진술하였다. 그런데 제2 진단서에는 혈중 암포지자가 정상수준으로 회복되었다고 기재되어 있고, △△△△병원 내분비내과 공소외 9의 2010. 7. 2.자 협의진료회신에는 당뇨가 잘 조절되고 있다고 기재되어 있어, 3개월 전보다 훨씬 호전되었다고 할 수 있다.

나) 제2 진단서는 공소외 2의 2009. 12. 22.자 제2차 형집행정지결정에 대한 세 번째 연장신청서에 첨부되어 제출되었다. 공소외 2의 제2차 형집행정지결정 및 그 후 두 차례의 연장결정은 모두 안과 수술 및 그 회복의 필요성을 주된 사유로 한 것이었고, 2010. 7. 8. 제2 진단서 작성 당시에는 위와 같은 사유가 대부분 해소되었다.

다) 피고인 2 명의의 2010. 7. 7.자 진단서의 향후 치료 의견란에는 현재 요추부 압박골절 등으로 거동이 불편하다거나 전신상태가 극히 쇠약하여 향후 지속적인 입원 치료를 요한다는 기재가 없고, 단지 '지속적이고 적극적인 식이 조절, 운동 요법, 약물 치료 및 심리 정신적 안정을 필요로 하며 적절한 치료환경을 제공하는 것이 필요한 상태'라고만 기재되어 있었다. 그러나 불과 하루 뒤에 작성된 제2 진단서에는 '요추부 압박골절 등으로 거동이 불편한 상태이며 전신상태는 극히 쇠약하여 향후 지속적인 입원 치료를 요하는 상태'라는 기재가 추가되면서 이와 함께 '적절한 치료환경을 제공하는 것이 필요한 상태로 판단됨' 부분이 '입원 및 치료가 필요할 것으로 판단되어 수용생활은 불가한 상태로 판단됨'으로 바뀌었다. 위와 같이 바뀐 부분 외에는 2010. 7. 7.자 진단서와 대체로 동일하다.

라) 따라서 제2 진단서의 향후 치료 의견 중 '입원 및 치료가 필요할 것으로 판단되어 수용생활은 불가한 상태로 판단됨' 부분에서 입원이 필요하다고 판단된다는 내용은 2010. 7. 7.자 진단서에는 없다가 이 부분 기재와 함께 새로 추가된 '요추부 압박골절

등으로 거동이 불편한 상태이며 전신 상태는 극히 쇠약하여 향후 지속적인 입원치료를 요하는 상태'라는 기재를 주된 근거로 삼아 기재되었다고 볼 수밖에 없다.

마) 그러나 앞에서 본 것과 같이 '요추부 압박골절 등으로 거동이 불편한 상태이며 전신상태는 극히 쇠약하여 향후 지속적인 입원치료를 요하는 상태'라는 기재는 허위이고, 달리 입원이 필요한 사유도 없다.

결국 지속적인 입원 치료가 필요하므로 수용생활이 불가능하다는 이 부분 기재는 공소외 2의 상태가 병원에 계속 입원하여 치료를 받아야만 하는 상태여서 퇴원을 전제로 하는 수용생활을 할 수 없다는 의미이므로 진단 결과 및 향후 치료의견과 결합하여 환자의 건강상태를 나타내고 있는 의료적 판단에 해당하고, 앞에서 살펴본 것처럼 당시까지의 진찰 결과로서의 향후 입원 치료 필요성에 관하여 실질상의 진실에 어긋나는 사실과 판단에 기초하여 기재한 것이므로 허위 진단서 작성에 해당한다 할 수 있고, 피고인 2에게 그 허위에 대한 인식도 있었다고 보인다.

4) 이러한 사정과 아울러 적법하게 채택된 증거들에 비추어 원심판결의 이유를 살펴보면, 원심의 이유 설시에 일부 적절하지 아니한 부분이 있으나 위와 같은 원심의 판단 및 결론은 앞에서 본 법리에 부합하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 허위진단서작성죄의 구성요건인 진단 행위, 허위진단의 범위, 허위 및 그에 대한 주관적 인식, 죄형법정주의 등에 관한 법리를 오해하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 방어권 행사에 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

나. 검사의 상고이유에 대하여

(1) 형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실에 대한 증명책임은 검사에게 있고, 유죄의

인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진정하다는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 유죄로 판단할 수는 없다(대법원 2001. 8. 21. 선고 2001도2823 판결, 대법원 2006. 3. 9. 선고 2005도8675 판결 등 참조).

(2) 2008. 10. 14.자 진단서(이하 '제1 진단서'라 한다) 부분에 관한 상고이유에 대하여 본다.

(가) 원심은 이 부분 공소사실에 관하여 제1심판결 이유를 인용하는 등의 판시와 같은 이유를 들어, 1) 제1 진단서 중 '종양표지자의 혈중농도의 상승'이라는 기재 및 '수감생활은 암의 재발은 물론이고 환자의 생명에 직접적인 영향을 줄 수 있을 것'이라는 기재에 관하여, 그 각 기재가 허위라거나 허위의 진단이라고 단정하기에 증거가 부족하다는 취지로 인정하여, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결에 대한 검사의 사실오인 등의 항소이유 주장을 받아들이지 아니하고, 2) 제1 진단서 작성 당시 공소외 2가 심한 천식발작에 의하여 생명이 위협받을 정도였으므로 '수감생활을 감당할 수 없는 건강상태'라고 진단한 것은 객관적인 사실에 부합하여 허위의 진단이라고 할 수 없다고 판단하여, 원심에서 추가된 공소사실 부분을 무죄로 판단하였다.

(나) 상고이유 주장은 실질적으로 이러한 원심 판단에 이른 사실인정을 다투는 취지로서, 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 원심판결 이유를 위 법리와 앞에서 본 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보아도, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 진단서의 허위성에 관한 법리를 오해하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증

주의의 한계를 벗어나거나 판단을 누락하는 등의 위법이 없다.

(3) 제2 진단서 중 무죄 부분에 관한 상고이유에 대하여 본다.

(가) 원심은 이 부분 공소사실에 관하여 판시와 같은 이유를 들어, 1) 검사가 제출한 증거만으로는 제2 진단서 중 '현재 환자는 황반부 원공 및 백내장 수술상태이다' 부분 기재가 허위라고 단정하기 어렵다거나 피고인 2에게 허위의 인식이 있었다고 보기 어렵다고 인정하여, 이에 관한 검사의 사실오인 등의 항소이유 주장을 받아들이지 아니하고, 2) '환자의 경우 현재의 호전 상태를 유지할 수 없는 경우 당뇨의 악화 및 그로 인한 황반부 원공 등 안과 질환의 악화 우려가 있고 암재발의 위험을 동반할 수 있어' 부분은 문리적으로 논리척상 당연한 문구를 기재한 것에 불과하여 그 자체만으로는 객관적 사실에 반하지 아니한다고 인정하여, 이를 유죄로 인정한 제1심을 파기하고 무죄로 판단하였다.

(나) 이러한 원심의 판단은 당시 공소외 2가 우안 백내장수술, 좌안 황반부원공 재수술을 받고 퇴원한지 오래되지 아니하였고, '현재의 호전 상태를 유지할 수 없는 경우'라고 기재하고 있으므로 그 부분 관련 문구 자체를 허위라고 단정하기는 어려우며, 다만 공소외 2의 눈에 관한 객관적인 건강상태는 '수용생활은 불가능 상태로 판단됨'이라는 기재 부분의 허위 진단 여부와 관련하여 그 부분에서 살펴본다는 취지로 보인다.

이러한 사정과 아울러 앞에서 본 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 원심판결 이유를 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 진단서의 허위성에 관한 법리를 오해하거나 판단을 누락하는 등의 위법이 없다.

(4) 2012. 11. 29.자 진단서(이하 '제3 진단서'라 한다) 부분에 관한 상고이유에 대하여 본다.

(가) 파킨슨 증후군을 제외한 나머지 병명 부분

원심판결 이유 및 제1심판결 이유에 의하면, 제3 진단서는 2012. 11. 29. 피고인 2가 작성한 진단서로서, 최종진단의 병명으로 오른쪽 유방암 등의 12개의 병명이 기재되어 있고 그에 관한 향후 치료 의견이 일괄하여 기재되어 있음을 알 수 있다.

원심은 이 부분 공소사실에 관하여 제1심판결 이유를 인용하는 등의 판시와 같은 이유를 들어, 1) ① △△△△병원의 전자의료기록시스템상 환자에게 인정되는 병명이 다수인 경우에 병명별로 최종진단 또는 임상적 추정을 선택할 수 없고 일괄하여 임상적 추정 또는 최종진단 중 하나만을 선택할 수 있게 되어 있으며, 공소외 2에게 최종진단으로 할 수 있는 병명이 상당 부분 있고, ② 그 기재된 병명들이 수술을 받고 치료를 받고 있거나 진단을 받았거나 증상이 있는 상태였다고 판단하여, ③ 이 부분 기재를 허위라고 보기 어렵다는 취지로 인정하여, 2) 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결에 대한 검사의 사실오인 등의 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다.

이러한 원심 판단의 기초가 된 사실인정을 다투는 취지의 상고이유 주장은 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 원심판결의 이유를 앞에서 본 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보아도, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 진단서의 허위성에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

(나) 공소사실의 향후 치료 의견 기재 내용 순번 4 부분

1) 원심은 이 부분 공소사실에 관하여 판시와 같은 이유를 들어, 진단서의 표현이 일반인으로 하여금 오인하게 할 가능성이 있다는 사정만으로 허위라고 할 수 없고 '집

중관찰이 필요하다'는 표현이 의료계에서 '입원치료가 필요하다'는 의미로 사용되고 있음을 인정할 증거가 없다고 인정하여, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심을 파기하고 무죄로 판단하였다.

2) 원심판결의 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심은 이 부분의 CA19-9 검사결과와 전신 PET-CT 검사결과 등 객관적인 사실은 정확히 기재되어 있고, 공소외 10의 진술에 의하더라도 주기적인 관찰은 필요하다는 취지이며, 검사가 제출한 증거만으로는 '향후 집중적인 관찰을 요한다'는 기재가 입원치료가 필요하다는 의미로 기재되었다는 증거가 부족하므로 이 부분 기재를 허위라고 단정할 수 없다는 취지로 보인다. 또한 앞에서 본 것처럼 피고인 2가 제2 진단서의 향후 치료 의견에서는 지속적인 입원 치료가 필요하다고 명시적으로 기재하였으나, 이 부분에서는 그와 같은 내용의 기재를 하지 아니하였다.

위와 같은 사정들과 아울러 원심판결의 이유를 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 진단서의 허위성에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 보기 어렵다.

(다) 병명 중 파킨슨 증후군 부분 및 공소사실의 향후 치료 의견 기재 내용 순번 6 중 원심 판시 첫째 문장 부분

1) 원심은 이 부분 공소사실에 관하여 아래와 같은 요지의 판시와 같은 이유를 들어, 제3 진단서 작성 당시 파킨슨 증후군이 없다고 확진된 것은 아니고 여전히 파킨슨 증후군이 있는지 여부를 의심할 만한 상황이었으므로 이 부분 기재를 허위라고 보기 어렵다고 인정하여, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심을 파기하고 무죄로 판단하였다.

가) 파킨슨병, 파킨슨 증후군, 파킨슨 증후군 의증은 구별되며, 파킨슨 증후군 의증은 파킨슨 증후군을 확진하지는 못하였으나 파킨슨 증후군이 의심되는 경우에 붙이는 병명이다.

나) △△△△병원 신경과 교수 공소외 11, 유방외과 전임의 공소외 12는 제1심에서, 유방외과 임상강사 공소외 13은 원심에서, '신경과 협진회신에 의하면 신경과에서 공소외 2의 파킨슨 증후군을 완전히 배제한 것은 아니며, 다만 현재 증상(전신쇠약 등)이 파킨슨 증후군에 의한 것이 아니라는 의미'라고 진술하였고, 협진회신을 협진의뢰와 비교하면 위 진술이 사실일 가능성을 배제할 수 없다.

다) 신경과에서 2012. 1. 13. 검사를 시행한 결과, 약물 유발 파킨슨 증후군의 가능성이 높으니 원인이 되는 약물의 중단을 권유하였고, 그 후 파킨슨병 치료약인 퍼킨(perkin)을 처방하여 증량하였다. 그 후 2012. 2.부터 2014. 4.까지 증상이 호전되었고, 파킨슨 증상 악화 정도를 측정하는 임상척도인 UPDRS 검사결과가 2012. 1. 9. 49점에서 2012. 4. 27. 27점으로 내려갔다.

라) 신경과에서는 ① 2012. 5.경부터 2012. 8.경까지 파킨슨 증후군 악화소견은 보이지 않고 정신과 진료를 고려하라는 취지로 회신하였고, ② 2012. 11. 1.에는 파킨슨 증상은 이전과 비슷한 정도로 관찰되나, 전신쇠약으로 해석에 어려움이 있고 현재 증상이 파킨슨병일 가능성 매우 낮으며 약물 유발 파킨슨 증후군의 악화에 의한 가능성도 매우 낮다고 회신하였으며, ③ 2012. 11. 13. 파킨슨 증후군 유발 약물을 중단한지 10개월이 지난 상태로 현재 파킨슨병의 증거는 불충분하고 상기 증상이 약물 유발 파킨슨 증후군일 가능성도 낮으며, 환자가 호소하는 전신의 쇠약이 진실한 쇠약인지 우선 생각해야 할 것 같고 퍼킨을 줄이다가 점점 끊는 것이 가능한 상태이며 환자 동의할

경우 약물을 줄이다가 끊기 바라며 약 감량시 증상 악화 보이면 협의진료 의뢰를 바란다고 회신하였다.

마) △△△△병원 신경과 전공의 공소외 14는 2013. 3. 18. 타병원용 진단서를 작성하면서 2012. 11. 1.자 및 2012. 11. 13.자 위 신경과 회신을 보지 못하고 파킨슨 증후군을 임상적 추정 진단으로 기재하였는데, 만일 위 회신을 보았다면 주 진단명으로 기성 행동장애, 두 번째로 약물 유발 파킨슨 증후군 의증이라고 붙일 수 있다고 진술하였다.

2) 이러한 원심 판단의 기초가 된 사실인정을 다투는 취지의 상고이유 주장은 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다.

3) 그리고 원심판결의 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 아래와 같은 사정을 알 수 있다.

가) 피고인 2는 2011. 9.경부터 1년간 안식년을 보낸 후 복귀하였는데, 위 기간 동안에는 △△△△병원 유방외과의 공소외 15가 공소외 2를 진료하였다.

공소외 15는 2012. 2. 28.자 진단서의 향후 치료 의견란에 '파킨슨 증후군 의증'으로 기재하고, 2012. 3. 10.자 및 2012. 5. 31.자 각 진단서의 향후 치료 의견란에는 '파킨슨 증후군'으로 진단하였다고 기재하였는데 이는 앞에서 본 신경과 협진회신 내용에 부합한다. 한편 공소외 15는 위 각 진단서의 병명란에는 모두 'Parkinsonism'으로 기재하였다. 그리고 공소외 15는 위 2012. 3. 10.자 및 2012. 5. 31.자 각 진단서에서 위 증상과 관련하여 치료 약제를 투여하고 집중 관찰 중이나 '치료에 대한 반응이 느린 상태로 증상 호전에 장기간이 소요될 것으로 사료'되며 또한 '파킨슨 증상 악화에 따른

인지 기능 장애'와 같은 합병증에 대한 예방이 필요하다고 기재하였다.

나) 피고인 2는 안식년에서 복귀한 후 2012. 11. 1.자 및 2012. 11. 13.자 신경과 협진회신과 공소외 15가 작성한 위 각 진단서의 내용 등을 참고하여 제3 진단서를 작성하면서 향후 치료 의견란에 '파킨슨 증후군 의증'으로 기재하였고, 또한 합병증 부분에서도 2012. 3. 10.자 및 2012. 5. 31.자 공소외 15의 진단서에 기재되어 있던 '파킨슨 증상 악화에 따른 인지 기능 장애'를 제외하였다.

다) 공소외 11은 검찰에서 UPDRS 검사결과가 2012. 1. 9. 49점에서 2012. 4. 27. 27점으로 좋아진 것은 약물에 의한 파킨슨 증후군(DIP) 진단이 맞았다는 것을 의미한다고 진술하였다. 그리고 공소외 11은 2014. 7. 25.자 진술서(증 제47호증의 1)에서 UPDRS 기록의 변화에 의하면 2012. 11.의 파킨슨 증후군 증상이 2012년 초에 비하여 호전되어 있지만 말하기, 얼굴표정, 다리의 민첩성이나 느린 행동 등 파킨슨 증후군 증상은 여전히 존재하는 것으로 기록되어 있고, 또한 2012. 11. 13.자 신경과 협진회신에 기재된 'tapering out'이라는 의미는 즉시 치료약 퍼킨을 끊으라는 의미가 아니라 우선 시간을 두고 감량을 해 본 뒤 증상 악화가 없을 경우에 퍼킨을 끊을 수 있다는 것으로서, 완전히 파킨슨 증후군 의증을 배제할 수 있다는 의미는 아니라고 의견을 밝히고 있으며, 제1심에서의 진술 내용도 위 의견에 배치되지 아니한다.

실제로 ① 공소외 2에 대한 UPDRS 검사결과는 2012. 1. 9. 중등도의 파킨슨 증상을 나타내는 49점에서 2012. 4. 27. 27점으로 호전되었으나 계속된 치료에 불구하고 그 후 2012. 11. 1.경까지 뚜렷한 호전을 보이지 아니하였고, ② 파킨슨 증후군 증상 치료를 위하여 퍼킨은 2012. 1. 20. 1일 150mg이 투여되기 시작하여 2012. 2. 9.까지 1일 600mg으로 용량을 늘렸으며, 그 후 위 2012. 11. 13.자 신경과 협진회신이 있을 무렵

까지도 장기간 같은 용량이 유지되었고, 또한 2013. 1. 30. 퇴원 시까지도 계속 같은 용량의 퍼킨이 투여되어 왔으므로, 이러한 사정들은 위 공소외 11의 의견에 부합한다.

라) △△△△병원 재활의학교실 부교수 공소외 16은 ① 검찰에서 공소외 2에게 2012. 11.경 '서동증'에 의한 파킨슨 증후군 의증은 있었는데, 파킨슨 증상인 서동증은 보이나 손떨림 등 다른 증상이 없고 도파민 등 신경전달물질 검사결과 등을 통해 객관적으로 확인되지 않으면 파킨슨 증후군 의증으로 진단한다고 진술하였으며, ② 제1심에서 공소외 2에 대하여 '파킨슨 증후군 의증'이라고 진단한 것을 허위라고 볼 수는 없다고 진술하였다.

마) 서울서부지방검찰청 검사는 2012. 12. 7. △△△△병원에서 공소외 2를 임검한 결과 전반적으로 심신이 쇠약한 상태로 휠체어나 지팡이 등 보조기구조차 사용하지 못하고 용변 및 식사 등에도 간병인 등 보호자의 도움을 전적으로 받고 있으며, 파킨슨 병증으로 인해 머리 및 손발 떨림이 관찰되고 제대로 된 의사소통을 하지 못하고 있는 상태로 교도소 측 수용자 관리 부담이 심대할 것으로 보인다고 판단하였다.

4) 이러한 사정과 아울러 앞에서 본 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 원심 판결의 이유를 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 진단서의 허위성에 관한 법리를 오해하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 판단을 누락하는 등의 위법이 없다.

(라) 공소사실의 향후 치료 의견 기재 내용 순번 7 부분

1) 원심은 이 부분 공소사실에 관하여 아래와 같은 요지의 판시와 같은 이유를 들며, 이 부분 기재가 객관적인 사실에 반하는 허위라고 보기는 어렵다고 인정하여, 이를 유죄로 인정한 제1심을 파기하고 무죄로 판단하였다.

가) 당시 공소외 2가 파킨슨 증후군 의증으로 진단된 상태였고 전신 쇠약, 우울증, 치매, 수면장애, 위장관이나 연하의 장애를 호소하거나 진단된 상태였으며, 장애 발생 가능한 합병증을 기재하였다는 것만으로 허위라 할 수 없고, '집중감시와 평가'가 입원 치료를 요한다는 뜻으로 사용됨을 인정할 증거가 없다.

나) 2012. 1.경 CDR 검사에서 경한 치매로 진단되었는데, 그에 앞서 2010. 12. 2. ◇ 정신과의원에서 중증도의 우울성 에피소드로 진단하고, 2010. 12. 10. 신경정신과 전문의 공소외 17이 중증 우울증 및 망상장애로 진단하였으며, 2011. 5. 11.자 해밀튼 우울증 검사결과 중증의 심각한 우울증으로 진단되었다.

2) 이러한 원심 판단의 기초가 된 사실인정을 다투는 취지의 상고이유 주장은 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 앞에서 본 것과 같이 피고인 2는 공소외 15가 작성한 진단서를 참조하여 제3 진단서를 작성하였고, 그 과정에서 공소외 15의 2012. 5. 31.자 진단서의 향후 치료 의견란에 기재된 '파킨슨 증후군'을 '파킨슨 증후군 의증'으로 바꾸고, 합병증 기재 중 '파킨슨증상 악화에 따른 인지 기능 장애' 부분을 '전신쇠약'으로 바꾸었다. 이러한 사정과 아울러 앞에서 본 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 원심판결의 이유를 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 진단서의 허위성에 관한 법리를 오해하거나 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

(마) 공소사실의 향후 치료 의견 기재 내용 순번 8 부분

1) 원심은 이 부분 공소사실에 관하여 판시와 같은 이유를 들어, '수감생활은 가능하지 않은 것으로 판단됨'이라는 기재 부분이 허위가 아니라는 합리적 의심을 배제할 수 없고, 설령 이 부분 기재가 공소외 2의 실제 건강상태와 맞지 않아 허위라고 하더라도

피고인 2에게 허위의 인식이 있었다고 단정하기 어렵다고 인정하여, 이를 유죄로 인정
한 제1심을 파기하고 무죄로 판단하였다.

2) 이러한 원심 판단의 기초가 된 사실인정을 다투는 취지의 상고이유 주장은 실질
적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을
타타하는 것에 불과하다.

3) 그리고 앞에서 본 것처럼 이 부분 기재의 근거로 제시된 진단 결과와 향후 치료
의견에 관한 기재가 허위라고 보기 어려우므로 '67세라는 환자의 연령과 육체적 정신
적 상태를 고려할 때 수감생활은 환자의 건강에 극심한 악영향을 미칠 수 있으므로 가
능하지 않다'는 기재를 허위라고 하기 위해서는 먼저 객관적인 수감생활의 실체를 확
정하고 공소외 2의 건강상태를 거기에 비추어 보아 수감생활의 가능 여부에 관한 실질
상의 진실과 이 부분 기재가 불일치한다는 것이 증명되어야 한다. 또한 피고인 2에게
이 부분 기재가 허위라는 주관적 인식이 있었다는 것도 증명되어야 한다.

그런데 원심판결의 이유를 적법하게 채택된 증거들을 비롯한 기록에 비추어 살펴보
면, 아래와 같은 사정을 알 수 있다.

가) 피고인 2는 안식년에서 돌아온 후 자신의 안식년 기간 동안 공소외 15가 작성한
진단서들을 참조하여 제3 진단서를 작성하였는데, 이 부분 기재는 공소외 15가 작성한
2012. 5. 31.자 진단서에 기재된 것과 동일하며, 공소외 15가 작성한 2012. 2. 28.자 및
2012. 3. 10.자 각 진단서에 기재된 것과도 유사하다.

나) 공소외 2의 2012. 11. 29. 당시 상태는 2012. 2. 28. 및 2012. 5. 31. 당시와 비
교하여 파킨슨 증후군 의증에서 파킨슨 증후군으로 진단되었다가 다시 의증으로 바뀌
었을 뿐이며, 상태가 크게 달라졌다고 보이지는 아니한다.

다) 서울서부지방검찰청 의료자문위원 공소외 18은 2012. 3. 15. 우측유방암 등으로 견디기 힘든 많은 치료로 다양한 합병증이 발생한 상태이고, 향후 지속적인 치료가 필요하며 그럼에도 불구하고 점점 상태가 악화될 것으로 생각되며, 67세의 고령으로 수감생활이 건강을 악화시키는데 결정적 역할을 할 수도 있다고 생각한다는 등 취지의 의료자문 소견서를 제출하였다.

라) 앞에서 본 것처럼 서울서부지방검찰청 검사는 2012. 12. 7. △△△△병원에서 공소외 2를 직접 임검한 결과 공소외 2의 건강상태에 관하여 교도소 측의 수용자 관리 부담이 심대할 것이라고 판단하였다.

마) 당시 공소외 2는 2011. 3. 18. 3차 형집행정지결정을 받고 다섯 차례 연장결정을 받은 상태였다. 위 형집행정지결정 및 각 연장결정은 모두 우울증, 망상장애로 인한 자살위험성 등을 주된 사유로 하였고, 이는 피고인 2 또는 공소외 15의 진단서를 근거로 한 것이 아니라 ☆☆☆☆병원 의사 공소외 17의 정신감정서 등 △△△△병원이 아닌 다른 병의원 의사들이 발급한 진단서 등을 근거로 한 것으로 보인다. 그런데 서울서부지방검찰청 검사는 2012. 12. 7.에도 공소외 2에 대하여 극심한 스트레스와 우울증 등으로 신경쇠약 상태에 있으며 망상장애(자살위험) 상태에 있다고 판단하였다.

바) 이 사건에서 공소외 2가 재수감될 경우에 처하게 될 구체적인 수감생활 및 교정시설 내 의료 시설·처우의 객관적인 실체가 어떠한지, 피고인 2가 당시 위와 같은 수감생활 등의 실체에 대하여 인식한 정도와 그 내용이 어떠한지, 과연 공소외 2의 연령과 육체적, 정신적 상태에 비추어 수감생활이 가능하다고 인식하였는지 등에 관하여 합리적 의심을 배제할 정도의 증거가 있다고 보기에 부족하다. 오히려 검사가 2013. 4. 경 서울서부지방검찰청 의료자문위원들에게 확인한 내용에 의하면 5명의 의료자문위원

들 중 4명이 환자의 연령과 육체적, 정신적 상태를 고려할 때 수감생활은 어렵거나 가능하지 않다는 의견이었고, 나머지 1명도 현재의 정보만으로는 판단하기 어렵다는 의견이었다.

4) 이러한 사정과 아울러 앞에서 본 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 원심 판결의 이유를 살펴보면, 원심의 이유 설시에 일부 미흡한 부분이 있으나 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 진단서의 허위성에 관한 법리를 오해하고 판단을 누락하거나 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(5) 검사는 제3 진단서 관련 공소사실의 향후 치료 의견 기재 내용 순번 1, 2, 3, 5 부분 및 순번 6 원심 판시 둘째 문장 부분에 관한 무죄 부분과 피고인 2의 유죄 부분에 대하여도 상고하였으나 상고장이나 상고이유서에 이에 관한 구체적인 상고이유의 기재가 없다.

2. 피고인들의 배임수증죄 부분

가. 원심은 이 부분 공소사실에 관하여 제1심판결 이유를 인용하고 새로운 이유를 추가하는 등의 아래와 같은 요지의 판시와 같은 이유를 들어, 이 부분 공소사실에 대하여 이를 증명할 직접증거가 전혀 없으며 간접증거 역시 부족하여 범죄의 증명이 없다고 보아 무죄로 판단한 제1심판결이 정당하다고 인정하여, 이에 관한 검사의 사실오인 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다.

(1) 피고인들이 2011. 8. 9. 서로 전화통화를 하거나 만났음을 직접적으로 인정할 증거가 없다. 당초 수사기관에서는 범행시간을 특정하지 못하였는데 오히려 피고인들이 자신들이 만난 사실조차 없다고 변소하며 수술 기록, ▽▽▽동 입실 기록, 카드결제 기

록 등을 적극적으로 제출하였다.

(2) 피고인 2가 외환계좌를 개설하기 전날 피고인 1이 직원을 통하여 미화를 수령한 사실이 이 부분 공소사실의 유력한 간접사실이 된다고 볼 수 없다.

(3) 피고인 2의 처이모 부부가 상당한 재력가였음을 감안하면 피고인 2가 처이모로부터 돈을 받았을 가능성이 전혀 없다고 단정할 수 없다.

(4) 피고인 2가 피고인 1로부터 이 부분 공소사실과 같이 부정한 청탁을 받았음을 인정할 증거가 없다.

나. 이러한 원심 판단의 기초가 된 사실인정을 다투는 취지의 검사의 상고이유 주장은 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 원심판결의 이유를 앞에서 본 법리 및 적법하게 채택된 증거들을 비롯한 기록에 비추어 살펴보아도, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

3. 피고인 1 부분

가. 피고인 1의 상고이유에 대하여

(1) 피해자 공소외 19 주식회사(이하 '공소외 19 회사'라 한다)에 대한 업무상횡령 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, (가) 공소외 20에게 지급된 급여 명목의 돈은 대표이사 급여 지급을 빙자하여 피고인 1이 횡령한 것이라고 인정하고, 이에 대한 피고인 1의 사실오인 및 법리오해 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였으며, (나) 원심에서 변경된 공소사실 횡령액에 원심 판시 별지 범죄일람표 I의 '주차장급여차액분' 합계

23,714,990원이 포함되어 있으므로 이를 횡령액에서 공제하여야 한다고 인정하는 한편, 위 금액 외에도 공제될 주차장급여 차액분이 더 있다는 피고인 1의 주장을 받아들이지 아니하였다.

이 부분 상고이유 주장은 이러한 원심의 판단에 이른 사실인정을 다투는 취지로서, 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보아도, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 대표이사 급여에 관한 법리를 오해하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 위법이 없다.

피고인 1은 피해자 공소외 19 회사에 대한 나머지 업무상횡령 및 업무상배임 부분에 관하여도 상고하였으나 상고장이나 상고이유서에 이에 관한 구체적인 상고이유의 기재가 없다.

(2) 피해자 농업회사법인 공소외 21 주식회사(이하 '공소외 21 회사'라 한다)에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, (가) 피고인 1이 ① 공소외 21 회사의 법인자금에서 원심 판시 범죄일람표Ⅳ 중 순번 47의 2,300,000원을 제외한 나머지 1,671,398,630원을 대표이사 가지급금 명목으로 인출하여 횡령하고, ② 원심 판시 별지 범죄일람표Ⅴ 기재와 같이 공소외 21 회사의 돼지 매각대금 576,331,500원을 임의로 사용하여 횡령하였다고 인정하는 한편, (나) ① 공소외 21 회사 계좌에 피고인 1이 주장하는 합계 406,000,000원이 입금되어 있으나, 입금자가 공소외 22 또는 불명으로 입금된 부분이 피고인 1이 자신의 돈으로 공소외 21 회사에 지원한 것이라고 인정하기 어렵고 또한

피고인 1이 입금한 것으로 확인되는 금액이 일부 있더라도 이미 성립한 횡령죄에 영향을 미치지 아니하며, ② 피고인 1이 공소외 21 회사에 돈분처리비 명목으로 961,160,460원을 지원하였다는 사실을 인정하기에 부족하고, ③ 피고인 1이 공소외 21 회사에 2006. 4. 5.부터 2008. 10. 24.까지 합계 400,006,008원을 입금하였다 하더라도 이미 성립한 횡령죄에 영향이 없으며, ④ 피고인이 공소외 23이 사용하였다고 주장하는 257,753,551원에 관하여도, 제3자의 이익을 위하여 재물을 처분하는 경우에도 불법영득의 의사가 인정되는 법리 등에 비추어 피고인 1의 횡령죄가 성립한다는 취지로 인정하고, (다) 따라서 위 (나)항의 각 금액을 피고인 1의 위 횡령액에서 공제하지 아니한 제1심의 판단이 정당하다고 인정하여, 이에 관한 피고인 1의 사실오인 및 법리오해 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다.

이 부분 상고이유 주장은 이러한 원심의 판단에 이른 사실인정을 다투는 취지로서, 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 원심 판시 관련 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보아도, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 횡령죄의 불법영득의사에 관한 법리를 오해하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나며 판단을 누락하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 없다.

(3) 공소외 21 회사 관련 피해자 공소외 24 주식회사(이하 '공소외 24 회사'라 한다)에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, (가) ① 피고인 1은 공소외 21 회사에서 상당한 돈을 횡령할 것을 의도하였고 그로 인하여 공소외 21 회사의 재정이 부실하게 되어 공소

외 24 회사에 대한 사료대금채무를 변제할 수 없을 것임을 미필적으로라도 인식하였음에도 공소외 24 회사로 하여금 담보를 받지 않고 공소외 21 회사에 사료를 공급하게 한 결과 공소외 21 회사가 재정 부실로 사실상 폐업함으로써 공소외 24 회사가 사료대금을 회수하지 못하는 손해가 현실화되었으므로 배임의 고의가 인정되고, 배임액수는 공소외 24 회사가 회수하지 못한 사료대금채무 전액을 배임액으로 보아야 하며, ② 공소외 24 회사가 공소외 21 회사에 대하여 시험사료 공급에 관한 손실 및 수익보전 약정을 하였으나 판시 사정들에 비추어 공소외 24 회사가 공소외 21 회사에 무담보로 사료공급을 한 것이 손실보전약정에 의한 정산을 염두에 둔 것이라고 보기 어렵고 또한 피고인 1이 주장하는 손실보전금채권이 있다고 보기 어려우므로 이를 고려하여 배임을 부정하거나 배임액에서 공제하여야 한다는 피고인 1의 주장은 이유 없다는 취지로 판단하여, (나) 원심 판결 별지 범죄일람표IX 순번 14 내지 47 기재 합계 1,666,023,814원 상당의 손해를 입게 하였다는 이 부분 범죄사실을 유죄로 인정하고, 이에 관한 피고인 1의 사실오인 및 법리오해에 관한 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다.

이 부분 상고이유 주장은 이러한 원심의 판단에 이른 사실인정을 다투는 취지로서 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 원심 판시 관련 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보아도, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 채무변제능력 상실 및 고의 등의 배임죄 성립요건, 손실 및 수익보전약정, 배임액, 증명책임 등에 관한 법리를 오해하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 판단을 누락하는 등의 위법이 없다.

(4) 피해자 영농조합법인 공소외 25(이하 '공소외 25 법인'이라 한다)에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 26이 피고인 1에게 원심 판시 별지 범죄일람표Ⅷ과 같이 교부한 돈은 공소외 26과 피고인 1이 공모하여 공소외 25 법인의 자금을 횡령한 것이라고 인정하여, 원심에서 추가된 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

이 부분 상고이유 주장은 이러한 원심의 판단에 이른 사실인정을 다투는 취지로서 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 원심 판시 관련 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보아도, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 횡령죄와 대여금에 대한 법리를 오해하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 위법이 없다.

(5) 피해자 공소외 24 회사에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 중 유죄 부분

피고인 1은 이 부분에 관하여도 상고하였으나 상고장이나 상고이유서에 이에 관한 구체적인 상고이유의 기재가 없다.

나. 검사의 상고이유에 대하여

(1) 공소외 25 법인 관련 피해자 공소외 24 회사에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분

원심은 이 부분 공소사실에 관하여 판시와 같은 이유를 들어, 피고인 1의 공소외 25

법인 자금 횡령으로 인하여 공소외 25 법인이 부실화되었거나 공소외 24 회사의 공소외 25 법인에 대한 사료공급이 오로지 피고인 1이 공소외 25 법인의 돈을 횡령하기 위한 것이라고 보기 어려우므로 피고인 1의 공소외 24 회사에 대한 배임의 고의를 인정하기 어렵다는 취지로 판단하여, 이에 관한 검사의 사실오인 및 법리오해 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다.

이러한 원심 판단의 기초가 된 사실인정을 다투는 취지의 상고이유 주장은 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 원심판결의 이유를 앞에서 본 법리와 원심 판시 관련 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보아도, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 배임죄에 관한 법리를 오해하거나 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

(2) 나머지 무죄 부분 및 유죄 부분

검사는 피고인 1의 나머지 무죄 부분 및 유죄 부분에 대하여도 상고하였으나 상고장이나 상고이유서에 이에 관한 구체적인 상고이유의 기재가 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 박상옥 _____

주 심 대법관 김용덕 _____

 대법관 김 신 _____

 대법관 박정화 _____