

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)(일부인정된죄명:사기·  
사기방조)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)(일부인정  
된죄명:업무상배임)·배임수재·배임증재·특정범죄가중처벌등에관한  
법률위반(허위세금계산서교부등)·뇌물공여·뇌물수수·특정범죄가중  
처벌등에관한법률위반(뇌물)

[대법원 2018. 4. 12. 2017도21196]



【판시사항】

- [1] 업무상 배임행위를 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)죄로 가중 처벌하기 위해서는 재산상 손해의 발생 및 그 액수에 관한 증거가 있어야 하는지 여부(적극)
- [2] 기망행위를 수단으로 한 권리행사가 사기죄를 구성하는 경우
- [3] 금원 편취를 내용으로 하는 사기죄에서 대가가 일부 지급된 경우, 그 편취액(=교부받은 금원 전부) / 이는 사기로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반죄에서도 마찬가지인지 여부(적극)

【참조조문】

- [1] 형법 제355조 제2항, 제356조, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조, 형사소송법 제308조
- [2] 형법 제347조
- [3] 형법 제347조, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조

【참조판례】

- [1] 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001도3531 판결(공2002상, 122), 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도5220 판결 /
- [2] 대법원 1997. 10. 14. 선고 96도1405 판결(공1997하, 3551), 대법원 2002. 12. 24. 선고 2002도5085 판결, 대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도15454 판결 /
- [3] 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007도6012 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도6983 판결

【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 14인

【상 고 인】 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15 및 검사(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대하여)

【변 호 인】 변호사 이재홍 외 14인

【원심판결】 서울고법 2017. 11. 23. 선고 2017노1729 판결

【주 문】

원심판결 중 피고인 1, 피고인 2에 대한 유죄 부분(이유무죄 부분 포함), 피고인 3, 피고인 4, 피고인 7, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 검사의 피고인 1, 피고인 2에 대한 나머지 상고와 피고인 6에 대한 상고 및 피고인 5, 피고인 8, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 상고를 모두 기각한다.

【이 유】 상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 각 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 7, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대한 임의 화약발파 및 허위 기성청구 부분에 관한 검사 및 위 피고인들의 상고이유에 관하여
- 가. 이 사건 공소사실 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 7(이하 위 피고인들을 통칭하여 '피고인 1 등'이라 한다), 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12(이하 위 4명을 통칭하여 '피고인 9 등'이라 한다)에 대한 임의 화약발파 및 허위 기성청구로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정경제범죄법'이라 한다) 위반(사기) 및 피고인 9 등에 대한 특정경제범죄법 위반(배임)의 점에 관한 변경된 공소사실의 요지는 아래와 같다.
- ① 피고인 1 등 및 피고인 9 등은 공모하여, 2015. 1. 5.부터 2015. 10. 25.까지 이 사건 MTX 공사구간 중 '슈퍼웨이 공법'으로 시공하기로 계약한 공사 구간에서 시공단가가 상대적으로 저렴한 화약을 사용하는 일반발파 공법으로 시공하였음에도 허위의 기성내역서나 준공조서 등을 작성·제출하는 방법으로 피해자 한국철도시설공단을 기망하여 ○○ 컨소시엄으로 하여금 합계 16,837,000,000원을 교부받게 하여 이를 편취하였다.
- ② 이와 동시에 피고인 9 등은 공모하여, 2015. 1. 5.부터 2015. 10. 25.까지 이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간에서 화약발파 사실을 알고도 공사중지 명령 등 필요한 조치를 취하지 않은 채 허위의 검측서류 등을 작성·제출하는 방법으로 감리원으로서의 업무상 임무에 위배되는 행위를 함으로써 ○○ 컨소시엄으로 하여금 합계 16,837,000,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고 피해자 한국철도시설공단에 같은 액수 상당의 손해를 가하였다(피고인 9는 2015. 1.경부터 2015. 6.경까지 10,832,000,000원 부분에 대하여, 피고인 10, 피고인 11은 2015. 7.경부터 2015. 10.경까지 6,005,000,000원 부분에 대하여 각 공모함).
- 나. 원심은, 다음과 같이 인정하여 이 부분 특정경제범죄법 위반(사기) 및 특정경제범죄법 위반(배임)을 이유에서 무죄로 판단하고 이와 각 일죄의 관계에 있는 피고인 1 등에 대한 각 사기죄의 공동정범, 피고인 9 등에 대한 각 사기방조죄, 업무상배임죄의 공동정범에 대하여 모두 유죄로 인정하였다.
- ① 피고인 1, 피고인 3 등 ○○건설 관계자들이 이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간 포함 M3, M4 구간에 대한 계약체결 당시부터 또는 그 구간에 대한 굴착시공을 개시할 당시부터 이미 슈퍼웨이 작업은 배제한 채 화약발파 위주로 시공할 의사였다고 보이지는 않는다.
- 오히려 굴착 초기에는 계약 및 설계 내용에 따라 슈퍼웨이 공법에 의한 굴착이 이뤄지다가 이후 공기 압박 등을 받게 되면서 점차 화약발파의 범위와 정도가 증대한 것으로 보일 뿐이다.
- 따라서 피고인 1 등이 애초부터 슈퍼웨이 공법으로 산정된 공사대금과 실제 굴착공사에 상응하는 공사대금의 차액이 아니라 슈퍼웨이 공법으로 산정된 공사대금 전액에 대한 편취 의사를 갖고 있었다거나 ○○ 컨소시엄의 기성금 청구 전체가 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 없는 정도에 이른다고 단정하기 어렵다.

② ○○ 컨소시엄이 얻은 실질적 이득액은 슈퍼웨이 공법으로 산정된 공사대금과 실제 굴착공사에 상응하는 공사대금의 차액이고, 그 구체적 산정을 위해서는 이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간에서 슈퍼웨이 공법에 의한 시공내역·실적과 화약발파 공법에 의한 시공내역·실적이 명확히 구분·특정되어야 하는데, 이에 대한 증거가 없다.

나아가 이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간에서 사용된 화약 및 뇌관의 구체적 수치, 암질 등에 따른 화약발파의 효율 내지 기여도, 슈퍼웨이 공법의 부수작업으로서 허용되는 기계굴착작업(굴착면 깨기 및 정리를 위한 브레이커작업)의 정도 및 기여도 등이 정확히 밝혀진 바 없다.

③ 따라서 이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간에서의 임의 화약발파 및 허위 기성청구로써 ○○ 컨소시엄이 얻은 이득액이 16,837,000,000원 상당이라 볼 수 없고 검사가 제출한 증거들만으로는 ○○ 컨소시엄이 얻은 이득액이 특정경제범죄법 제3조 제1항에 정한 '50억 원 이상' 또는 '5억 원 이상'이라는 사실을 인정하기에 부족하다.

피고인 1 등을 형법상 단순 사기죄가 아닌 특정경제범죄법 위반(사기)죄로 처벌할 수는 없고, 피고인 9 등에 대한 특정경제범죄법 위반(사기) 및 특정경제범죄법 위반(배임)의 점도 마찬가지다.

다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인 1 등을 사기 부분의 공동정범으로, 피고인 9 등을 사기 부분의 방조범 및 업무상배임죄의 공동정범으로 인정한 부분은 정당하고 이 부분 원심판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 공판중심주의의 한계, 편취 및 배임의 범의, 사기죄에서의 기망으로 인한 처분행위, 공모공동정범의 성립과 범위, 공동정범, 방조에 관한 법리오해나 이유모순 등의 잘못이 없다.

그리고 업무상 배임행위를 특정경제범죄법 위반(배임)죄로 가중 처벌하기 위해서는 재산상 손해의 발생 및 그 액수에 관한 증거가 있어야 한다(대법원 2001. 11. 13. 선고 2001도3531 판결 참조). 원심이 피고인 9 등에 대한 특정경제범죄법 위반(배임)의 점을 무죄로 판단한 부분은 이유 설시에 다소 미흡한 부분이 있으나, 위 법리에 비추어 보면 피고인 9 등의 업무상 배임행위로 인하여 ○○ 컨소시엄이 얻은 이득액이 특정경제범죄법 제3조 제1항에 정한 '50억 원 이상' 또는 '5억 원 이상'이라는 사실에 대한 증거가 부족하다고 인정하여 이 부분을 무죄로 판단한 원심의 결론은 수긍할 수 있다.

이 부분 원심판단에 검사의 상고이유 주장과 같이 업무상 배임으로 인한 특정경제범죄법 제3조 제1항 위반죄에서의 이득액 산정에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

라. 그러나 특정경제범죄법 위반(사기) 부분에 관하여 ○○ 컨소시엄이 얻은 실질적 이득액이 슈퍼웨이 공법으로 산정된 공사대금과 실제 굴착공사에 상응하는 공사대금의 액수 미상의 차액임을 전제로 ○○ 컨소시엄이 얻은 이득액이 16,837,000,000원이라 볼 수 없다고 판단한 부분은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

1) 기망행위를 수단으로 한 권리행사의 경우 그 권리행사에 속하는 행위와 그 수단에 속하는 기망행위를 전체적으로 관찰하여 그와 같은 기망행위가 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 없는 정도라면 그 권리행사에 속하는 행위는 사기죄를 구성한다(대법원 1997. 10. 14. 선고 96도1405 판결, 대법원 2002. 12. 24. 선고 2002도5085 판결 등 참조). 또한 금원 편취를 내용으로 하는 사기죄에서는 기망으로 인한 금원 교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 바로 사기죄가 성립하고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없으므로 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 금원으로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 금원 전부이고(대법원 2007. 10. 11. 선고

2007도6012 판결 등 참조), 이는 사기로 인한 특정경제범죄법 위반죄에 있어서도 마찬가지다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도6983 판결 참조).

2) 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

① 이 사건 MTX 단선터널 구간은 작업구 M3에 인접한 구간(이하 'M3 구간'이라 한다)과 작업구 M4(이하 'M4 구간'이라 한다)에 인접한 구간으로 나뉘어 공사가 진행되었다.

M3 구간은 △△토건이 ○○건설로부터 하도급받아 공사를 진행하였고, M4 구간은 ○○건설이 직영으로 공사를 진행하다가 2015. 4. 17.부터는 △△토건이 이를 하도급받아 공사를 진행하였다.

② 이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간의 굴착공사는 2015. 1. 5.부터 2015. 10. 25.까지(295일) 시행되었고, 상부 반단면(이하 '상반'이라 한다)과 하부 반단면(이하 '하반'이라 한다)을 나누어 굴진하였다.

이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간이 1,415.26m이므로 상반과 하반을 합쳐 총 2,830.52m를 슈퍼웨이 장비로 굴진해야 한다.

위 구간의 공사기간 295일(2015. 1. 5.부터 2015. 10. 25.까지) 동안 일일 평균 굴진량은 약 9.5m이다.

③ 2015. 1. 중순경 ○○건설이 직영하던 M4 구간에서 화약발파가 시작되었고 이후 △△토건이 공사하는 M3 구간에서 화약발파가 시작되었다.

2015. 1. 5.부터 2015. 10. 26.까지 M3, M4 구간에 사용된 총 화약량은 92,318kg, 뇌관은 102,119개이다.

2015. 4. 2.부터 2015. 5. 11.까지는 M3, M4 구간 중 이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간에서만 공사가 진행되었는데도 9,922kg의 화약이 사용되었다.

④ 슈퍼웨이 작업을 위해서는 선대구경 작업이 선행되어야 하는데, ○○건설은 2015. 1. 5.부터 2015. 4. 20.까지 직영구간인 M4 구간에서 선대구경 작업을 1, 2회(50m 내지 70m 굴착 연장)밖에 하지 않았고, 이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간에 대한 공사기간 중 슈퍼웨이 장비 3대가 임대된 기간은 50일이 되지 않는다.

그런데 이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간의 일일 평균 굴진량은 9.5m 이상이었고, 특히 2015. 7. 9.부터 2015. 10. 25.까지는 일일 평균 굴진량이 약 11m였다.

⑤ 피해자 한국철도시설공단이 ○○ 컨소시엄과 이 사건 MTX 공사계약을 체결하면서 일부 구간을 화약발파 공법 대비 시공단가가 5배 내지 6배나 비싼 슈퍼웨이 공법으로만 시공하도록 약정한 것은, 공사 구간에 인접하여 KTX 본선터널이 지나가고 있고 공사 구간 인근에 주민들이 거주하고 있어 이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간에서의 안전상 우려 및 진동·소음으로 인한 주민 피해를 고려하였기 때문이다.

그럼에도 이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간에서의 발파로 인해 8회(2015. 3. 4., 2015. 3. 20., 2015. 3. 27., 2015. 4. 20., 2015. 5. 18., 2015. 5. 29., 2015. 8. 1., 2015. 8. 31.)에 걸쳐 화약발파를 문제 삼는 민원이 제기되었다.

⑥ 2015. 1.경부터 2015. 4.경까지 M4 구간에서 근무했던 ○○건설 소속 공소외 1, 공소외 2는 검찰 또는 제1심에서 처음에는 슈퍼웨이 작업을 조금 했으나 나중에는 대부분 화약발파 작업을 하였다고 진술하였다.

이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간에서 화약주임으로 근무한 자들은 터널의 약 60% 내지 70% 이상을 화약발파로 하였고 막장 하반의 경우 화약발파 비중이 100%라고 진술하거나, 슈퍼웨이 작업은 거의 시늉이나 내는 정도였다고 진술하였다.

⑦ 이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간에 대한 기성금은 2015. 4. 24. 3,770,000,000원, 2015. 9. 16. 13,067,000,000원 합계 16,837,000,000원이 지급되었다.

3) 위와 같은 사실을 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 슈퍼웨이 공법 계약 구간에서 공사를 시작한 지 얼마 되지 않은 시점부터 화약발파를 시작하여 실제로 슈퍼웨이 공법으로 시공한 기간은 공사 시작 후 최초 기성금 지급 일인 2015. 4. 24.까지의 기간 초반 일부에 불과해 보이고, 안전과 소음·진동으로 인한 주민 피해 등을 고려하여 화약발파에 비하여 비용이 훨씬 많이 드는 슈퍼웨이 공법으로 시공하기로 계약하였음에도 피고인 1 등이 위와 같이 이 사건 슈퍼웨이 공사 계약 구간 중 상당한 부분을 계약의 취지에 반하는 형태로 공사를 한 후 마치 계약대로 공사를 시공한 것처럼 피해자 한국철도시설공단을 기망한 행위는 전체적으로 보아 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 없는 정도에 해당한다.

따라서 위 기망행위로 지급받은 기성금 전부가 편취액에 해당하고, ○○ 컨소시엄이 취득한 이득액 또한 피해자 한국철도시설공단으로부터 교부받은 기성금 전부라고 보는 것이 타당하다.

4) 그런데도 원심은 위 인정에 방해가 되지 않는 판시와 같은 이유만으로 이와 달리 판단하여 피고인 1 등 및 피고인 9 등에 대한 특정경제범죄법 위반(사기) 부분을 무죄로 판단하였으니, 이 부분 원심판단에는 특정경제범죄법 위반(사기)죄의 이득액 산정 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이를 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 검사의 피고인 6, 피고인 1에 대한 2016. 2. 초순경 배임수재 부분 및 피고인 2에 대한 2016. 2. 초순경 배임증재 부분에 대한 상고이유에 관하여

가. 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인 6에 대한 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄법 위반(사기)의 점에 대하여 범죄의 증거가 없다고 보아, 이를 유죄로 판단한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 관련 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 한편 검사는 피고인 6에 대한 원심판결 전부 및 원심판결 중 피고인 1의 2016. 2. 초순경 배임수재 부분과 피고인 2의 2016. 2. 초순경 배임증재 부분에 관한 각 무죄 부분에 대하여도 상고하였으나, 앞서 판단한 부분을 제외한 피고인 6에 대한 나머지 부분과 피고인 1, 피고인 2에 대한 위 각 무죄 부분에 대하여는 상고장에 이유의 기재가 없고 상고이유서에도 이에 대한 불복이유의 기재를 찾아볼 수 없다.

3. 피고인 5, 피고인 8, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 상고이유에 관하여

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 피고인 5, 피고인 8, 피고인 13, 피고인 14에 대한 이 사건 공소사실(각 이유무죄 부분 제외), 피고인 15에 대한 이 사건 공소사실 중 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)의 점을 모두 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.

거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 사기죄의 고의, 공판중심주의의 한계, 뇌물죄에서의 수뢰자, 직무관련성 및 대가성, 뇌물 액수의 산정, 배임수재죄에서의 부정한 청탁 등에 관한 법리오해, 판단누락, 이유모순 등의 잘못이 없다.

4. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 7, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대한 파기의 범위

앞서 본 이유로, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 7, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대한 임의 화약발파 및 허위 기성청구로 인한 특정경제범죄법 위반(사기)의 점에 관한 이유무죄 부분은 모두

파기되어야 한다.

그런데 위 각 파기 부분은, 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분(이유무죄 부분 포함)과는 일죄 또는 포괄일죄, 형법 제37조 전단의 경합범 관계에, 피고인 2에 대한 유죄 부분(이유무죄 부분 포함)과는 일죄 또는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에, 피고인 3에 대한 부분과 일죄 또는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에, 피고인 4, 피고인 7에 대한 부분과 각 일죄의 관계에, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대한 부분과 일죄 또는 상상적 경합범 관계에 있어 이들 전부에 대하여 각각 하나의 형을 선고하여야 하므로 전부 파기될 수밖에 없다.

#### 5. 결론

그러므로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 7, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12의 나머지 상고 이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2에 대한 유죄 부분(이유무죄 부분 포함), 피고인 3, 피고인 4, 피고인 7, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 검사의 피고인 1, 피고인 2에 대한 나머지 상고와 피고인 6에 대한 상고, 피고인 5, 피고인 8, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박상옥(재판장) 김신 이기택 박정화(주심)