

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)(일부인정된죄명사기)
사기미수·컴퓨터등장애업무방해·배임증재·배임증재미수(변경된죄명
배임증재)·입찰방해·사기

[광주고등법원 2015. 11. 12. 2015노372]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인 및 검사

【검 사】 한지혁, 유진승(기소), 김은정(공판)

【변 호 인】 변호사 장정희 외 1인

【원심판결】 광주지방법원 2015. 7. 6. 선고 2015고합30, 150(병합) 판결

【주 문】

피고인 및 검사의 항소를 모두 기각한다.

【이 유】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심이 선고한 형(징역 3년)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해 주장 - 배임증재의 점

① 피고인은 공소외 1에게 편취한 수익을 분배하는 것이 아니라 입찰 조작의 대가로써 돈을 지급한 것인 점, ② 피고인이 지급한 돈의 액수는 공사대금에 비례하여 일정한 비율로 정하여진 것이 아닌 점, ③ 배임수증재의 경우 오히려 수재자가 교부받을 돈의 액수를 결정하고 요구하는 사례도 다수 존재하는 점, ④ 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3(이하 '공소외 1 등'이라고 한다)은 공사입찰과 관련된 ○○○○공사(이하 '○○'이라고 한다) 입찰시스템을 관리, 유지, 보수하면서 입찰 조작 시마다 특정 공사업자들의 청탁에 의하여 입찰을 조작하였으므로 부정한 청탁이 명백히 존재하는 점, ⑤ 공소외 1 등이 돈을 수수한 시기는 주로 계약 체결 이전 또는 첫 공사대금 지급 전이고, 공소외 1 등은 공사업자가 1순위로 낙찰되었으나 적격심사에 탈락하여 ○○과 계약체결에 이르지 못하였음에도 공사업자로부터 돈을 지급받기도 한 점 등에 비추어, 피고인이 공소외 1에게 돈을 교부한 행위는 배임증재에 해당한다.

그런데도 원심은 피고인이 공소외 1에게 돈을 교부한 것은 사기의 공동정범들 사이에 사기 범행으로 인하여 얻은 수익의 내부적인 사후분배행위에 지나지 않는다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

따라서 원심판결에는 사실오인 및 법리오해로 인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당 주장

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

가. 공소사실의 요지

피고인은 2013. 4.경 공소외 5로부터 "○○과 ○○ 관련된 쪽에서 근무하는 자들에게 금품을 주면 낙찰금액을 정확히 알아내 원하는 공사를 낙찰받을 수 있다.

공사를 낙찰받게 되면 공사금액의 약 10%를 달라."는 취지의 제안을 받고 이를 승낙하였다.

이에 피고인은 2013. 4. 18.경 '장성읍 영천리 지중화공사'에 대하여 투찰을 하면서 위 공사와 관련하여 전·현직 ○○ 입찰시스템 관리자들인 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3과 공범관계에 있는 공소외 5에게 "○○ 입찰시스템관리자들로부터 특정 공사의 낙찰하한가 정보를 알아내 달라."는 부정한 청탁을 하고, 공소외 5는 위 청탁을 공소외 1에게 전달하여 피고인이 운영하는 공소외 22 주식회사인 원심 판시 범죄사실 기재와 같은 방법으로 위 공사를 낙찰받게 한 후 그 무렵 피고인으로부터 낙찰정보에 대한 대가로 9,300만 원을 전달받아 공소외 1에게 교부하였다.

이를 비롯하여 피고인은 그 무렵부터 2014. 6.경까지 원심 판결의 별지 범죄일람표 순번 1, 2, 4, 5, 7~9 기재와 같이 총 7회에 걸쳐 공소외 5와 함께 공소외 1에게 547,600,000원을 범행 대가로 교부하였다.

이로써 피고인은 공소외 5와 공모하여 타인의 사무를 처리하는 ○○ 입찰시스템 관리자들에게 그 임무에 반하는 부정한 청탁을 하고, 위와 같이 그 대가로 금품을 교부하였다.

나. 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정을 종합하면, 피고인은 2005년 경부터 계속되어 온 공소외 1 등의 사기 범행에 가담하여 그 사기 범행에 따른 수익을 공소외 5를 통하여 공소외 1에게 지급한 것으로, 이는 원심 판시 사기 범행의 공동정범들로서 전산을 조작한 공소외 1 등과 낙찰자를 중개한 공소외 5, 직접 낙찰을 받은 피고인 사이에서 그 범행에 의하여 취득한 돈의 내부적인 사후분배행위에 지나지 않는다고 판단하였다.

[원심이 인정한 사정들]

1) 이 사건 각 사기 범행의 구조 및 피고인이 돈을 주게 된 경위

- ① 공소외 1은 2005. 8.경 공소외 5와 사이에, 공소외 5가 낙찰정보를 고가에 구매할 의사가 있는 공사업자를 물색해오면, 자신은 공사업자가 원하는 해당 입찰공사 공구의 낙찰가를 계산, 조작하고, 투찰가를 알려주어 부정하게 낙찰시켜 주기로 하고, 이에 따라 ○○으로부터 공사대금을 편취하게 되는 공사업자들로부터 돈을 교부받기로 함으로써, 공소외 1과 공소외 5는 처음부터 ○○을 상대로 한 사기 범행을 공모하였다.
 - ② 공소외 5는 위 공모에 따라 낙찰정보를 원하는 피고인 등의 공사업자를 물색하여 사기 범행에 가담할 것을 제안하였고, 위 공모에 따라 분업적 역할분담을 하여 ○○을 기망하고 이로 인한 공사계약에 기하여 공사대금을 편취한 피고인 등의 공사업자들로부터 공사대금의 일정 비율에 해당되는 돈을 교부받았다.
 - ③ 공소외 2는 공소외 1의 권유로, 공소외 3은 공소외 2의 권유로, 공소외 4는 공소외 3의 권유로 순차로 이 사건 각 사기 범행에 가담하여 전자조달시스템의 조작과 같은 기술적인 업무를 담당하였고, 공소외 1 등은 공소외 5 외에 공소외 6 등으로부터 공사업자들을 소개받아 낙찰정보를 알려주었으며(피고인은 이 부분 공소사실 외에 원심판결의 별지 범죄일람표 순번 3, 6, 10, 11, 13, 16, 17번 범행에 대하여는 공소외 1 등에게 공소외 7 등 공사업자들을 소개하는 중개자 역할을 하였다), 공소외 5 등은 공소외 1 등으로부터 전달받은 낙찰정보를 피고인 등의 공사업자들에게 알려주고 그들로부터 공사대금의 일정한 비율에 해당하는 약정된 돈을 교부받아 자기 몫을 뺀 나머지를 공소외 1에게 교부하였고, 공소외 1은 자기 몫을 뺀 나머지를 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4에게 분배하였다.
- 또한 공소외 5 등은 공사업자들을 소개하는 대신에 공소외 1 등으로부터 낙찰정보를 입수하여 부정한 방법으로 직접 낙찰받아 공사대금을 편취하기도 하였다.

2) 공소외 1 등이 지급받은 돈의 비율

- ① 공소외 1은 낙찰정보를 공사업자에게 제공하는 대가로 공소외 5에게 단가 공사의 경우 고압은 1억 5,000만 원, 저압은 5,000만 원, 추가 공사의 경우 2005년, 2006년경에는 공사 낙찰금액의 약 1%, 2007~2011년경에는 공사 낙찰금액의 약 3%, 2012~2014년경에는 공사 낙찰금액의 약 5% 등 편취하려는 금액의 일정 비율에 해당되는 돈을 요구하였고, 공소외 5 이외에 공소외 6 등 다른 중개자들에게도 편취하려는 공사 낙찰금액을 기준으로 한 일정 비율(약 5~7%)의 돈을 요구하였다.
- ② 공소외 5 등의 중개자들은 공소외 1로부터 요구받은 것보다 더 많은 비율의 돈을 피고인 등의 공사업자들에게 요구하여(다만 피고인은 공소외 5가 요구한 액수를 공소외 7에게 그대로 고지하였다) 그들로부터 약정한 돈을 받아서 자신의 몫을 챙긴 다음 공소외 1에게 요구받은 돈을 지급하였고, 공소외 1은 그 돈 중 일부를 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4에게 분배하였다.

3) 지급받은 돈의 액수를 결정한 사람

위와 같이 공동정범으로서 전산조작자인 공소외 1 등과 공소외 5 등의 중개자 및 입찰정보를 전달받은 피고인 등의 공사업자들 사이에 내부적인 분배비율을 결정한 사람은 공소외 5 등의 중개자나 피고인 등의 공사업자들이 아니라 공소외 1인데, 배임수증재죄의 수재자가 위와 같이 행동하는 것은 극히 이례적이라 할 것이다(수재자가 증재자에게 먼저 돈을 요구하고 그 범위까지 결정하여 주는 경우도 있지만 증재자가 부정한 청탁을 하고 자신의 판단에 따라 적정하다고 생각하는 액수를 정하여 수재자에게 건네주는 것이 일반적인 모습이다).

4) 피고인 등의 공사업자들이 ○○으로부터 공사대금을 교부받은 시기와 공소외 1 등이 피고인 등의 공사업자들로부터 돈을 교부받은 시기의 시간적 간격

- ① 공소외 1은 입찰정보를 제공한 직후 내지 공사업자들이 공사를 낙찰받은 직후에 공소외 5 등의 중개자나 이들을 통하여 피고인 등의 공사업자들로부터 위와 같은 비율에 따른 약정한 돈을 지급받았는데, ○○은 공기업으로 ○○공사를 입찰 받은 이상 그 공사대금을 지급받는 것이 보장되므로, 공소외 5 등의 중개자나 피고인 등의 공사업자들이 공소외 1에게 지급한 돈은 사기 범행에 따른 수익인 공사대금의 일부를 선지급한 것으로 볼 수 있다.
- ② 따라서 중개자 내지 공사업자들이 ○○으로부터 공사대금을 수령하기 이전에 먼저 공소외 1에게 위와 같은 비율에 따른 돈을 지급하였다거나, 공소외 1이 사기 범행이 미수에 그친 경우에도 중개자 내지 공사업자들로부터 위와 같은 비율에 따른 약정한 돈을 지급받은 경우가 일부 있었다는 사정만으로 이를 공사대금과 무관한 돈으로 볼 것은 아니다.

5) 공소외 1 등과 중개자 및 피고인 등의 공사업자들의 의사

- ① 공소외 1은 공사업자들로부터 부정한 청탁에 대한 대가를 받는다는 의사보다는 처음부터 공소외 5 등의 중개자들을 통하여 ○○에 대한 사기 범행에 공사업자들을 가담시켜 ○○으로부터 공사대금을 편취하기로 순차적으로 공모하고, 그 공모에 따라 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4와 중개자 및 피고인 등의 공사업자들이 전산에 의한 낙찰하한가의 조작, 정보 제공, 그 낙찰하한가를 토대로 한 투찰 참여 등의 기능적인 역할분담을 하여 ○○을 기망한 후 공사계약을 체결하고 이에 따른 편취 이익으로서 공사대금의 일부를 지급받는다는 의사가 있었던 것으로 보인다.

- ② 공소외 5 등의 중개자나 피고인 등의 공사업자들도 공소외 1에게 부정한 청탁을 하는 대가를 자신이 지급한다는 인식보다는 공모하여 ○○으로부터 편취하려는 공사대금 중 일부를 약정에 의하여 미리 지급한다는 의사가 있었던 것으로 보인다.

6) 부정한 청탁의 인정 여부

배임수증재죄에서 부정한 청탁이란 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 청탁을 의미하고, 부정한 청탁인지를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이와 관련되어 교부받거나 공여한 재물의 액수, 형식, 보호법익인 사무처리자의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 할 것인데(대법원 2002. 4. 9. 선고 99도2165 판결 참조), 위와 같이 전산조작자인 공소외 1 등이 공소외 5 등의 중개자, 피고인 등의 공사업자들과 사기 범행을 순차적으로 공모하고, 그 공모에 따라 공사업자들이 부정한 방법으로 투찰하여 ○○을 기망한 행위를 공소외 5 등의 중개자 내지 공사업자인 피고인이 공소외 1 등의 임무에 관하여 부정한 청탁을 한 것이라고 보기도 어렵다.

다.

이 법원의 판단

1) 관련 법리

형법 제357조 제1항에 정한 배임수증재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상 이익을 얻는 경우에 성립하는 범죄로서 원칙적으로 타인의 사무를 처리하는 자라야 그 범죄의 주체가 될 수 있고, 그러한 신분을 가지지 아니한 자는 신분 있는 자의 범행에 가공한 경우에 한하여 그 주체가 될 수 있으며, 배임수증재죄의 주체로서 '타인의 사무를 처리하는 자'라 함은 타인과의 대내 관계에 있어서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 의미하고, 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 그 사무에 관한 권한이 존재할 것을 요하지 않으며, 또 그 사무가 포괄적 위탁사무일 것을 요하는 것도 아니고, 사무처리의 근거, 즉 신임관계의 발생근거는 법령의 규정, 법률행위, 관습 또는 사무관리에 의하여도 발생할 수 있으며, 배임수증재죄에 있어 '임무에 관하여'라 함은 타인의 사무를 처리하는 자가 위탁받은 사무를 말하는 것이나 이는 그 위탁관계로 인한 본래의 사무뿐만 아니라 그와 밀접한 관계가 있는 범위 내의 사무도 포함되고, 나아가 고유의 권한으로서 그 처리를 하는 자에 한하지 않고 그 자의 보조기관으로서 직접 또는 간접으로 그 처리에 관한 사무를 담당하는 자도 포함된다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도6433 판결 등 참조).

한편, 공동의 사기 또는 배임 범행으로 인하여 얻은 금원을 공범자끼리 수수한 행위는 공동정범들 사이의 그 범행에 의하여 취득한 금원의 내부적인 사후분배행위에 지나지 않는 것이어서 그 금원 수수행위가 따로 배임수증재죄를 구성한다고 볼 수는 없다(대법원 1985. 8. 20. 선고 84도2599 판결, 대법원 1997. 2. 25. 선고 94도3346 판결, 대법원 2013. 10. 24. 선고 2013도7201 판결 등 참조).

2) 판단

가) 원심에서 실시한 위와 같은 사정에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정을 더하여 보면, 피고인이 공소외 5를 통하여 공소외 1에게 돈을 교부한 것은 사기 범행의 공범 사이에서 그 범행에 의하여 취득한 돈의 내부적인 사후분배행위에 지나지 않는다고 봄이 타당하다.

① 공소외 1 등은 사기 범행을 공모한 것이지 배임수재 범행을 공모한 것이 아니다.

즉, 공소외 1 등은 자신들이 사기 범행을 기획한 다음 공소외 5와 같은 브로커들을 통해 피고인과 같은 공사업자를 사기 범행의 공범으로 끌어들이었다.

공소외 1 및 공소외 5 등은 공사업자가 사기 범행에 가담할 것을 승낙하면 낙찰대금의 일정 비율에 해당하는 돈의 지급을 조건으로 낙찰정보를 피고인 등의 공사업자에게 알려주었다.

사정이 이와 같다면, 공소외 1 등에게 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 타인으로부터 돈을 받는다는 의사가 있었다고 볼 것이 아니라, 자신들이 기획한 범행에 가담한 공범자들로부터 그 범행으로 얻게 되는 수익을 분배 받는다는 의사가 있었다고 보는 것이 더 정확한 분석이다.

② 공소외 1이 공사업자가 1순위로 낙찰되었으나 적격심사에 탈락하여 ○○과 계약체결에 이르지 못하였음에도 공사업자로부터 돈을 지급받은 경우가 일부 있기는 하다.

그러나 적격심사 탈락은 순전히 공범자인 공사업자의 잘못으로 인한 것이므로 공소외 1은 전체 사기 범행의 구도 안에서 자신의 역할을 성공적으로 마친 것에 대한 대가를 요구한 것으로 보이고, 공사업자는 당해 사기 범행이 실패했음에도 차후의 범행에서 얻을 장래의 수익을 염두에 두고 공소외 1에게 일정한 돈을 지급한 것으로 보인다.

따라서 공사업자가 사기 범행이 실패했는데도 공소외 1에게 돈을 지급했다는 사정만으로는 그것이 공범 사이의 수익분배행위가 아니라고 단정할 수 없다.

③ 공소외 5 등에게 돈을 요구하고 그 돈을 받은 사람은 공소외 1이다.

공소외 1은 2005. 1. 20.부터 2008. 12.말경까지 공소외 8 주식회사 직원으로서 ○○ 입찰시스템 유지·보수업무를 담당하고 있는 공소외 9 주식회사에 파견되어 ○○ 입찰시스템 유지·보수업무를 담당하였을 뿐, 그 이후 위 회사를 퇴사하였다.

피고인이 관련된 이 사건 사기 범행을 포함하여 공소외 1 등이 저지른 사기 범행은 거의 대부분 공소외 1이 퇴사한 이후에 이루어졌다.

사정이 이와 같다면, 공소외 1이 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에서 피고인 등의 공사업자로부터 돈을 받았다고 할 수 없다.

공소외 2, 공소외 3, 공소외 4는 공소외 1에게 낙찰정보를 제공해주는 대가로 공소외 1로부터 매월 일정한 돈을 지급받았을 뿐 공소외 1이 누구로부터 어떠한 방법으로 얼마의 돈을 받는지에 대하여 전혀 알지 못하였고 이에 관하여 공소외 1과 모의한 적도 없는 것으로 보이므로, 공소외 1이 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있던 공소외 2 등과 배임수재 행위를 공모하였다고 하기도 어렵다.

따라서 공소외 1이 낙찰정보를 제공받는 대가로 공소외 2 등에게 돈을 지급한 것을 배임증재 행위로 볼 수 있을지 여부는 별론으로 하더라도, 피고인이 공소외 5를 통하여 공소외 1에게 돈을 지급한 것을 배임증재 행위로 평가할 수는 없다.

나) 따라서 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 것과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

3. 양형부당 주장에 대한 판단

피고인이 자신의 범행을 깊이 뉘우치고 있는 점, 피고인이 편취한 공사대금 전부를 실질적인 손해 액수로 보기 어려운 점, 피고인이 공소외 1 등에게 공사업자들을 소개하면서 자신이 별도로 취득한 이익은 없는 점, 이 사건 이전에 형사처벌 받은 전력이 없는 점 등은 피고인에게 유리한 정상이다.

반면, 피고인 등의 범행으로 인하여 ○○의 전자조달시스템의 신뢰성이 심각하게 훼손된 점, 피고인이 이 사건 범행으로 인하여 공사를 낙찰받거나 낙찰받으려고 한 횟수 17회에 달하고, 편취한 공사대금의 액수는 약 79억 원(그밖에 편취하려 한 공사대금 액수는 약 179억 원)에 이르는 점, 이 사건 범행이 상당한 기간에 걸쳐 조직적·반복적으로 이루어진 점, 자신이 직접 낙찰받는 데 그치지 않고 공소외 5 등에게 다른 공사업자를 소개하여 중개하기도 한 점 등은 피고인에게 불리한 정상이다.

위에서 본 각 정상들 및 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 환경, 이 사건 범행의 경위, 범행 후의 정황 등의 양형요소 및 양형위원회의 양형기준(징역 4년 ~ 45년)을 종합적으로 고려하여 보면, 원심이 피고인에 대하여 선고한 형은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다고 보이지 않는다.

4. 결론

피고인 및 검사의 항소는 각 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 서경환(재판장) 김성주 양영희