

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

【특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)(일부인정된죄명사기)·사기미수·컴퓨터등장애업무방해·배임증재·배임증재미수(변경된죄명배임증재)·입찰방해·사기】 , [미간행]

【전문】

【피 고 인】 피고인

【검 사】 한지혁, 유진승(기소), 김은정(공판)

【변 호 인】 변호사 김용출

【주문】

피고인을 징역 3년에 처한다.

이 사건 공소사실 중 각 배임증재의 점은 각 무죄.

위 무죄 부분에 대한 판결의 요지를 공시한다.

【이유】

【한국전력공사 전자입찰 시스템 개요】

○○○○공사 (이하 ‘○○’이라 한다)가 발주하는 각종 전기공사 중 적격심사제 방식에 따른 전자입찰은 자체 전자조달시스템(인터넷 주소 생략) 상에서 이루어지고, 입찰공고, 예비가격 주1) 기초금액 작성, 투찰, 개찰, 낙찰 예정자에 대한 적격심사, 낙찰자 선정, 계약의 순서로 진행되는데, ① 먼저 계약체결 부서 책임자가 해당 공사에 관한 예비가격 기초금액을 결정하여 입찰공고하고, ② 전자조달시스템 서버는 입찰 마감 전일 16:00 기초금액의 $\pm 2.5\%$ 범위 내에서 생성이 가능한 예비가격 중 15개를 임의로 선택하여 암호화한 후 저장하고, ③ 입찰자가 입찰기간 중 전자조달시스템에 접속하여 투찰금액을 입력하고 각각의 예비가격을 상징하는 15개의 추첨번호 중 임의로 4개를 선택하면 그 값이 서버에 전송·저장되며, ④ 개찰이 개시되면 전자조달시스템 서버는 위 15개의 예비가격을 15개의 추첨번호에 자동으로 무작위로 연결지어 각 입찰자들이 선택한 예비가격 추첨번호 중 가장 많이 선택된 상위 4개의 번호에 대응하는 예비가격을 확정된 후, 이를 평균하여 공사예정가격을, 여기에 투찰율(공사 가액 10억 원 미만: 87.745%, 공사 가액 10억 원 이상 30억 원 미만: 86.745%)을 곱한 낙찰하한가를 산정하게 되고, ⑤ 낙찰하한가 이상 공사예정가격 이하로서 낙찰하한가에 가장 근접한 입찰금액으로 투찰한 입찰자를 낙찰예정자로 선정한 후, 계약이행경험, 기술능력, 재무상태, 신인도 등에 대한 적격심사를 거쳐 최종 낙찰자로 결정하여 계약을 체결하게 된다.

【피고인 등의 지위】

피고인은 공소외 15 주식회사, 공소외 16 주식회사, 공소외 17 주식회사, 공소외 18 주식회사 를 실제 운영하는 전기공사업자, 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4 는 각자 IT업계에서 프로그램 개발, 관리

경력을 쌓아온 사람들로서, 공소외 1 은 2005. 1. 20.경부터 2008. 12.말경까지 IT인력파견업체인 공소외 8 주식회사 소속 직원으로서 ○○ 의 자회사이자 ○○ 입찰시스템 유지·보수업무를 담당하고 있는 공소외 9 주식회사 내 E-biz 팀에 파견되어 ○○ 입찰시스템 유지·보수업무를 담당하였고, 공소외 2 는 2008. 8. 6.경부터 2013. 1.경까지, 공소외 3 은 2012. 7. 26.경부터 2014. 7. 25.경까지, 공소외 4 는 2014. 10. 1.경부터 현재까지 각 IT인력파견업체 공소외 10 주식회사 소속 직원으로서 위 E-biz 팀에 파견되어 같은 업무를 담당하였으며, 공소외 5 는 공소외 11 주식회사, 공소외 12 주식회사, 공소외 13 주식회사, 공소외 14 주식회사 를 실제 운영하는 사람이다.

【공모관계】

공소외 1 은 ○○ 입찰시스템을 관리하며 시스템 작동원리를 익혀 나가던 중, DB서버에 비정상적인 접근통로를 만들어 암호화된 15개의 복수예가와 가장 많은 입찰자들이 선택한 상위 4개의 추천번호 정보를 실시간으로 엿볼 수 있고 나아가 자신이 원하는 번호로 조작할 수 있으며, 15개의 복수예가와 15개의 추천번호를 무작위로 연결하는 기능을 수행하는 일부 개찰 프로그램을 조작하여 낙찰금액을 1원의 오차도 없이 사전에 정확하게 계산하거나 변경할 수 있음을 알게 되었다. 공소외 1 은 2005. 8.경 서울 신림동 고시촌에서 만나 인연을 맺은 공소외 5 와 이러한 사실에 대해 이야기하다가 공소외 5 가 낙찰정보를 고가에 구매할 의사가 있는 전기공사업자를 물색해보면, 자신은 공사업자가 원하는 해당 입찰공사 공구의 낙찰가를 계산, 조작하고, 투찰가를 알려주어 부정하게 낙찰시켜 줌으로써 재산상 이익을 취득하기로 하고, 자신과 함께 혹은 자신의 퇴사 이후 이러한 프로그램 조작 작업을 수행할 기술자인 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4 등을 차례로 이 사건 범행에 끌어들었다.

이에 공소외 5 는 2013. 4.경 피고인에게 ‘○○ 에서 발주하는 배전공사 등의 입찰에서 불법적인 방법으로 개찰 전 낙찰금액을 미리 알려주어 낙찰을 받을 수 있게 해줄테니 낙찰금액의 일정 비율을 달라’는 제안을 하고, 피고인은 공소외 5 의 제안을 승낙하여 공소외 5 와 함께 불법적으로 낙찰하한가를 미리 알아낸 다음 낙찰이 가능한 입찰금액으로 투찰하여 ○○ 에서 발주한 공사를 낙찰받기로 마음먹었다.

그리하여 피고인과 공소외 5, 공소외 1 등은 ○○ 이 자체적으로 주관하여 실시하는 각종 공사의 입찰결과를 조작하고, 부정한 방법으로 낙찰을 받아 ○○ 으로부터 공사대금을 받아 편취하는 범행을 추진하기로 순차 공모하였다.

【범죄사실】

피고인은 2014. 11.경 공소외 5 에게 ‘불법적인 방법을 통하여 낙찰하한가를 미리 알려주면 공사를 진행하여 남은 이득금 중 일정 비율을 지급하겠다’는 취지로 낙찰하한가 정보를 빼내달라고 부탁하고, 공소외 5 는 이를 승낙한 후 공소외 1, 공소외 3, 공소외 4 와 함께 낙찰결과를 조작하여 피고인이 운영하는 업체로 하여금 특정 공구의 공사를 낙찰 받게 한 다음 피고인으로부터 그 대가를 지급받기로 마음먹었다.

공소외 1 은 2014. 11. 중순경 공소외 5 로부터 전남지역본부 나주시사 고압B 공구 등 낙찰결과를 조작하려는 특정 입찰공고의 일련번호를 전달받아 공소외 3 을 통하여 공소외 4 에게 전달하였다. 공소외 4 는 2014. 11. 14. 15:09경 위 특정 입찰공고의 일련번호가 인식될 경우 자신들이 사전에 정한 순열대로 복수예가를 추천번호에 배열하여 낙찰하한가를 산출토록 하는 부정한 명령문을 주2) 와스서버 에 업로드하여 낙찰금액 결정에 관한 중요 연산 기능을 장악하였다. 공소외 1 과 공소외 3 은 입찰시스템의 민감한 정보를 조회할 목적으로 자신들이 은밀하게 만들어 놓은 웹페이지를 통해 입찰 마감 전날 입찰시스템에서 만들어진 15개의 복수예가 및 입찰 마감 무렵까지 입찰자들이 가장 많이 선택한 4개의 추천번호 정보를 빼내거나 조작하여 해당 공구의 낙찰금액을 정확히 계산하였다. 공소외 1 은 공소외 5 에게 전화하여 낙찰 받을 수 있는 투찰가를 전달하고, 공소외 5 는 다시 위 투찰가를 피고인에게 알려주어 피고인이 운영하는 공소외 15 주식회사 가 나주시사 고압B 공구 입찰(경쟁률 308:1)에서 부정하게 낙찰 받게 한 것을 비롯하여 공소외 5, 공소외 1 등과 순차 공모하여 2013. 4. 18.경부터 2014. 11. 14.경까지 별지 범죄일람표 기재와 같이 17회에 걸쳐 ○○ 입찰시스템에서 진행된 각종 공사의 낙찰결과를 조작하였다.

피고인은 공소외 5, 공소외 1 등과 함께 피고인이 운영하는 공소외 15 주식회사 가 ‘나주시사 고압B 공구 입찰공사’를 위와 같은 방법으로 부정하게 낙찰 받게 하고, 피고인은 총 308개의 전기공사업체가 참가한 위 입찰에서 마치 정상적인 경쟁입찰을 거쳐 낙찰을 받은 것처럼 행세하며 피해자 ○○ 을 기망하여, 형식적인

자격심사를 거쳐 2014. 12. 31. 피해자와 공사계약을 체결하였다.

이를 비롯하여 피고인은 2013. 4. 18.경부터 2014. 11. 14.경까지 사이에 위와 같은 방법으로 ○○ 공사를 부정 낙찰 받고, 그 후 공사계약을 체결하여 2013. 6. 13.경부터 2015. 2. 11.경까지 피해자로부터 별지 범죄일람표 1~11, 16 기재와 같이 총 12회에 걸쳐 합계 9,097,135,240원 상당의 공사대금을 지급받고, 별지 범죄일람표 12~15, 17 기재와 같이 총 5회에 걸쳐 합계 17,915,083,700원 상당의 공사대금을 지급받으려고 하였으나 부정 낙찰을 받은 업체가 공사를 완료하지 못하여 지급받지 못하였다.

이로써 피고인은 공소외 5, 전산조작자인 공소외 1, 공소외 3, 공소외 2, 공소외 4 및 피고인이 공소외 5를 연결시켜 준 별지 범죄일람표 기재 공소외 7 등의 공사업자들과 공모하여 위와 같이 피해자를 속여 거액의 공사대금을 편취하고, 거액의 공사계약금액을 편취하려 하였으나 일부 공사의 경우 공사대금을 지급받지 못해 미수에 그침과 동시에 컴퓨터 등 정보처리장치에 부정한 명령을 입력하고 정보처리에 장애를 발생하게 하여 낙찰금액 산출 및 낙찰자 결정에 관한 피해자의 업무를 방해함과 동시에 피고인 등이 정상적인 경쟁 입찰을 거쳐 낙찰받은 것처럼 가장하는 등 위계를 이용하여 입찰의 공정을 해하였다

1. 피고인의 법정진술

1. 피고인, 공소외 4, 공소외 3, 공소외 2, 공소외 1, 공소외 5, 공소외 7에 대한 각 검찰 피의자신문조서

1. 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21에 대한 각 검찰 진술조서

1. 압수조서

1. 특이파일 업로드의심 등의 자료 사본, 특이파일 업로드 작업 IP주소 자료 사본, 예가 순번 세팅표, WAS서버 내 특이파일 생성일자 확인, 각 낙찰정보, 각 전자세금계산서, 각 계좌거래내역, 입찰조작 내역 메모, 해킹 프로그램 조작 방법, 입찰조작 내역에 대한 낙찰 내역, 2015년도 고압공사 관련 자료, 공소외 1 파일 출력물, 각 입찰공고, 각 공소장, index(A1).jsp 파일 소스, BidOpenn.java 파일 중 15개 숫자 입력란 부분 출력물, BidOpenn.java 파일 소스 전체, 관리명세서 파일 출력물, 각 부정명령문 입력 자료, 배전공사 협력회사 적격심사기준

1. 범죄사실에 대한 해당법조

각 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호, 형법 제347조 제1항, 제30조 (별지 범죄일람표 순번 1 내지 5, 9번 사기의 점), 각 형법 제347조 제1항, 제30조 (별지 범죄일람표 순번 6 내지 8, 10, 11, 16번 사기의 점), 각 형법 제352조, 제347조 제1항, 제30조 (사기미수의 점), 각 형법 제314조 제2항, 제1항, 제30조 (컴퓨터등장애업무방해의 점), 각 형법 제315조, 제30조 (입찰방해의 점)

1. 상상적 경합

형법 제40조, 제50조 [① 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄, 각 컴퓨터등장애업무방해죄, 각 입찰방해죄 상호간 형이 가장 무거운 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄에 정한 형으로 처벌, ② 각 사기죄, 각 컴퓨터등장애업무방해죄, 각 입찰방해죄 상호간 형이 가장 무거운 각 사기죄에 정한 형으로 처벌, ③ 각 사기미수죄, 각 컴퓨터등장애업무방해죄, 각 입찰방해죄 상호간 형이 가장 무거운 각 사기미수죄에 정한 형으로 처벌]

[실체적 경합범으로 공소제기 된 수죄를 공소장 변경없이도 상상적 경합범으로 처단할 수 있다(대법원 1980. 12. 9. 선고 80도2236 판결 참조). 피고인이 공소외 1 등과 함께 컴퓨터등장애업무방해, 입찰방해 등 범행으로 낙찰하한가의 결정 과정을 적극적으로 왜곡하고, 그와 같이 부정한 방법으로 정하여진 낙찰하한가를 토대로 피고인 등 특정 입찰자가 입찰가격을 정하여 투찰한 일련의 행위는 전체적으로 보아 피해자에 대한 하나의 기망행위로 평가될 수 있는바, 컴퓨터등장애업무방해죄, 입찰방해죄, 사기(미수)죄 등이 모두 성립하고, 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하다고 할 것이어서 1개의 행위가 수 개의 죄에 해당하는 경우에 해당하므로 위 각 범죄는 상상적 경합의 관계에 있다고 봄이 상당하다]

1. 형의 선택

사기죄, 사기미수죄에 대하여 각 징역형을 선택

1. 경합범가중

형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조 [형과 범정이 가장 무거운 별지 범죄일람표 순번 9번의 특

정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄에 정한 형에 경합범가중]

1. 주장의 요지

피해자는 피고인과 공소외 1 등의 입찰방해 행위 등으로 낙찰하한가에 가장 가까운 금액으로 공사계약을 체결하게 되었다. 피해자에게 재산상 손해가 발생하지 않았거나 오히려 상당한 이득을 보았으므로, 사기죄가 성립하지 않는다.

2. 판단

사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있고 이로써 상대방의 재산이 침해되는 것이므로, 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생할 필요는 없다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도4914 판결 참조). 재물편취를 내용으로 하는 사기죄에 있어서는 기망으로 인한 재물교부가 있으면 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 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부라 할 것이다(대법원 1995. 3. 24. 선고 95도203 판결, 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결 등 참조).

따라서 공소외 1 등은 악성프로그램을 이용한 전산조작의 방법으로 낙찰하한가를 왜곡하거나 인지하였음에도 낙찰가격의 일정 비율을 받기로 하고 특정 입찰자에게 그 낙찰하한가에 기초한 투찰가를 알려주고, 그 특정 입찰자는 부정한 방법으로 알게 된 투찰가로 입찰에 참가하여 낙찰예정자로 지정되어 자격심사를 받고 최종 낙찰자가 되었는데, 공소외 1 등과 특정 입찰자의 위와 같은 행위는 입찰과정에서 입찰자가 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 것으로서 낙찰하한가가 왜곡되거나 노출되었다는 것을 알지 못하는 ○○ 입찰당당자에 대한 적극적인 기망행위에 해당되고, 그 입찰당당자는 이러한 것을 알았다더라면 그 특정 입찰자를 입찰과정에서 배제하거나 최종 낙찰자로 결정하지 않았을 것임에도 착오에 빠져 이를 모른 채 그 특정 입찰자에 대하여 자격심사를 진행한 다음 최종 낙찰자로 결정하고 이에 따라 공사계약 체결과 변경(설계 수정 등으로 인한) 및 공사대금 지급 등의 일련의 행위가 이루어졌으므로, 그 기망행위와 처분행위 사이에 인과관계가 인정된다고 볼 것이다. 즉, 피고인이 공소외 5 및 공소외 1 등의 전산조작자와의 공모로 피해자를 기망하여 피고인을 비롯한 특정 입찰자와 피해자 사이에 공사계약 체결이 이루어지고 그 계약에 기하여 특정 입찰자가 피해자로부터 공사대금을 교부받음으로써 피고인에게 사기죄가 성립하는 것이고, 피해자가 피고인과 공소외 5 및 공소외 1 등의 이 사건 사기 범행으로 오히려 자신들의 예산 범위 내에서 가장 낮은 금액으로 공사계약을 체결하게 되어 현실적으로 손해를 입지 않았거나, 피고인 등의 공사업자들이 실제로 공사계약에 따라 공사를 완공하였다는 등의 사정은 사기죄의 성립에 아무런 영향이 없다. 또한 공사계약에 따라 공사를 하였다고 하여 이득액의 산정에 있어서 그 공사비 등을 공제해야 하는 것도 아니다.

1. 처단형의 범위 : 징역 3년 ~ 45년

2. 양형기준의 적용

[유형의 결정] 사기 > 조직적 사기 > 제4유형(50억 원 이상, 300억 원 미만)

[특별양형인자]

- 감경요소 : 손해발생의 위험이 크게 현실화되지 아니한 경우
- 가중요소 : 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우

[권고영역의 결정] 기본영역

[권고형의 범위] 징역 4년 ~ 9년(동종경합 합산 결과 유형 1단계 상승)

3. 다수범죄 처리기준에 따른 권고형의 범위 : 징역 4년 ~ 45년[컴퓨터등장애업무방해죄, 입찰방해죄, 사기미수죄 등에는 양형기준이 설정되어 있지 아니하므로, 위 권고형의 하한에 따르되, 처단형을 고려(양형기준에서는 상상적 경합범에 대한 별도의 처리방식을 제시하지 않고 있으나, 양형기준의 취지상 상상적 경합관계에 있는 각 범죄의 형량범위 중 가장 높은 하한인 위 권고형의 하한을 참고한다)]

4. 선고형의 결정

이 사건 범행이 상당한 기간에 걸쳐 조직적, 반복적으로 이루어졌고, ○○ 의 전자조달시스템의 신뢰성을 심각하게 훼손한 점, 피고인이 이 사건 범행에 가담한 기간 동안 불법으로 낙찰받거나 낙찰받으려 한 공사의 횟수가 17회, 편취한 공사대금 합계액이 약 90억 원, 편취하려 한 공사대금 합계액이 약 179억 원에 이르는

점, 공사를 직접 낙찰받는 데 그치지 않고, 공소의 1 등에게 다른 공사업자들을 소개하는 중개자 역할도 한 점 등은 피고인에게 불리한 정상이다. 피해자의 손해발생의 위험이 크게 현실화되었다거나 부정 낙찰받은 공사의 공사대금 합계액 전부를 ○○의 실질적인 손해로 보기는 어려운 점, 공소의 1 등에게 다른 공사업자들을 소개하면서 별도의 이익을 취득하지는 않은 점, 이 사건 이전에 형사처벌을 받은 전력이 없고, 반성하는 점 등은 피고인에게 유리한 정상이다. 그 밖에 피고인의 연령, 성행과 가정환경, 이 사건 범행의 경위, 가담 정도, 범행 후의 정황 등 제반 양형조건을 참작하여 주문과 같이 형을 정한다.

1. 공소사실의 요지(각 배임증재의 점)

피고인은 2013. 4.경 공소의 5로부터 ‘○○과 ○○ 관련된 쪽에서 근무하는 자들에게 금품을 주면 낙찰금액을 정확히 알아내 원하는 공사를 낙찰 받을 수 있다. 공사를 낙찰 받게 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 공소의 1, 공소의 2, 공소의 3과 공범관계에 있는 공소의 5에게 ‘○○ 입찰시스템관리자들로부터 특정 공사의 낙찰하한가 정보를 알아내 달라’는 부정한 청탁을 하고, 공소의 5는 위 청탁을 공소의 1에게 전달하여 피고인이 운영하는 공소의 22 주식회사 가 판시 범죄사실 기재와 같은 방법으로 위 공사를 낙찰 받게 한 후 그 무렵 피고인으로부터 낙찰정보에 대한 대가로 9,300만 원을 전달받아 공소의 1에게 교부하였다.

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

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

2. 판단

가. 형법 제357조 제1항에 정한 배임수재죄는 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, 배임수재죄의 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 위탁 사무일 것을 요하는 것도 아니고, 사무처리의 근거, 즉 신임관계의 발생근거는 법령의 규정, 법률행위, 관습 또는 사무관리에 의하여도 발생할 수 있으며, 배임수재죄에 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 참조).

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, 1997. 2. 25. 선고 94도3346 판결, 2013. 10. 24. 선고 2013도7201 판결 등 참조).

또한, 공무원이 관공서에 필요한 공사의 시행이나 물품의 구입을 위하여 수의계약을 체결하면서 해당 공사업자 등으로부터 돈을 수수한 경우, 그 돈의 성격을 공무원의 직무와 관련하여 수수된 뇌물로 볼 것인지, 아니면 적정한 금액보다 과다하게 부풀린 금액으로 계약을 체결하기로 공사업자 등과 사전 약정하여 이를 횡령(국고손실)한 것으로 볼 것인지 여부는 돈을 공여하고 수수한 당사자들의 의사, 해당 계약 자체의 내용 및 성격, 계약금액과 수수된 금액 사이의 비율, 수수된 돈 자체의 액수, 그 계약이행을 통해 공사업자 등이 취득할 수 있는 적정한 이익, 공사업자 등이 공무원으로부터 공사대금 등을 지급받은 시기와 돈을 공무원에게 교부한 시간적 간격, 공사업자 등이 공무원에게 교부한 돈이 공무원으로부터 지급받은 바로 그 돈인지 여부, 수수한 장소 및 방법 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 평가하여 판단해야 한다(대법원 2007. 10. 12. 선고 2005

도7112 판결 참조). 공무원의 뇌물죄에 상응하는 사적 뇌물죄로서 거래의 청렴성 등을 보호법익으로 하는 배임수증제죄에도 위와 같은 평가기준 및 척도를 적용할 수 있다.

나. 위 법리와 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들을 종합하여 보면, 피고인은 2005년경부터 계속되어 온 공소의 1 등의 사기 범행에 가담하여 사기 범행에 따른 수익을 공소의 5 를 통하여 공소의 1 에게 지급한 것으로, 이는 판시 사기 범행의 공동정범들로서 전산을 조작한 공소의 1 등과 낙찰자를 중개한 공소의 5 , 직접 낙찰을 받은 피고인 사이에서 그 범행에 의하여 취득한 금원의 내부적인 사후분배행위에 지나지 않는다 할 것이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인의 행위를 별도의 배임증제 행위로 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

1) 이 사건 각 사기 범행의 구조 및 피고인이 돈을 주게 된 경위

① 공소의 1 은 2005. 8.경 공소의 5 와 사이에, 공소의 5 가 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 금원을 교부받기로 함으로써, 공소의 1 과 공소의 5 는 처음부터 ○○ 을 상대로 한 사기 범행을 공모하였다. ② 공소의 5 는 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 금원을 교부받았다. ③ 공소의 2 는 공소의 1 의 권유로, 공소의 3 은 공소의 2 의 권유로, 공소의 4 는 공소의 3 의 권유로 순차로 이 사건 각 사기 범행에 가담하여 전자조달시스템의 조작과 같은 기술적인 업무를 담당하였고, 공소의 1 등은 공소의 5 외에 공소의 6 등으로부터 공사업자들을 소개받아 낙찰정보를 알려주었으며(피고인은 이 부분 공소사실 외에 별지 범죄일람표 순번 3, 6, 10, 11, 13, 16, 17번 범행에 대하여는 공소의 1 등에게 공소의 7 등 공사업자들을 소개하는 중개자 역할을 하였다), 공소의 5 등은 공소의 1 등으로부터 전달받은 낙찰정보를 피고인 등의 공사업자들에게 알려주고 그들로부터 공사대금의 일정한 비율에 해당하는 약정된 금원을 교부받아서 자기 몫을 뺀 나머지를 공소의 1 에게 교부하였고, 공소의 1 은 자기 몫을 뺀 나머지를 공소의 2 , 공소의 3 , 공소의 4 에게 분배하였다. 또한 공소의 5 등은 공사업자들을 소개하는 대신에 공소의 1 등으로부터 낙찰정보를 입수하여 부정한 방법으로 직접 낙찰받아 공사대금을 편취하기도 하였다.

2) 공소의 1 등이 지급받은 돈의 비율

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

3) 지급받은 돈의 액수를 결정한 사람

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

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

① 공소의 1 은 입찰정보를 제공한 직후 내지 공사업자들이 공사를 낙찰받은 직후에 공소의 5 등의 중개자나

이들을 통하여 피고인 등의 공사업자들로부터 위와 같은 비율에 따른 약정한 돈을 지급받았는데, ○○은 공기업으로 ○○공사를 입찰받은 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 공사계약 체결 및 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 것인바(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.

3. 결론

그렇다면 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하고, 형법 제58조 제2항에 의하여 위 무죄 부분의 판결의 요지를 공시한다.

[별지 생략]

판사 홍진표(재판장) 공우진 정철희

주1) 추정가격(입찰, 계약방법 결정, 적격심사 기준의 적용범위를 규정하는 금액)에 부가가치세를 더한 금액으로서 기초금액을 기준으로 일정 사정을 범위 내에서 복수예비가격(이하 '복수예가'라 한다)을 산정함.

주2) 입찰시스템에서 논리, 연산기능을 수행하는 서버를 말하고, 와스서버의 각종 작업 결과가 DB서버에 저장됨.