

특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)(인정된죄명:뇌물수수)·뇌

물공여·건설산업기본법위반

[대구고법 2008. 3. 13. 2007노491]



【판시사항】

- [1] 도시 및 주거환경정비법상 정비사업 전문관리업자의 임직원이 공무원으로 의제되는 시기
- [2] 도시 및 주거환경정비법에 따른 조합이 설립되기 전 정비사업체의 '시공사 선정에 관한 업무의 지원'이 정비사업체 임직원의 일반적인 직무권한에 속하여 이에 관한 금품의 수수가 뇌물죄를 구성하는지 여부(적극)
- [3] 공무원으로 의제되는 정비사업체의 임직원이 정비사업체 명의로 대여금 명목으로 금원을 송금받은 사안에서, 정비사업체와 임직원 사이에 일체성과 이해의 공통성이 있고 위 금원이 실질적으로 임직원에게 귀속하였다고 평가할 수 있다는 이유로 제3자뇌물제공죄가 아니라 뇌물수수죄가 성립한다고 본 사례
- [4] 도시 및 주거환경정비법상 정비사업체의 임직원이 건설산업기본법 제38조의2에 의하여 부정한 청탁에 의한 재물 또는 재산상의 이익 취득 및 공여의 금지대상이 되는 '이해관계인'에 해당하는지 여부(적극)
- [5] 재개발사업 시공사 선정과 관련한 건설사의 판촉물 제공행위가 사회상규에 반하지 않는 정당행위가 아니라고 한 사례

【판결요지】

- [1] 도시 및 주거환경정비법 제84조는 " 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 조합의 임원과 정비사업 전문관리업자의 대표자(법인인 경우에는 임원을 말한다)·직원은 이를 공무원으로 본다"라고 규정하고 있는바, 정비사업체의 임직원이 일정한 자본·기술인력 등의 기준을 갖추어 시·도지사(2006. 12. 28. 법률 제8125호로 개정되기 전에는 건설교통부 장관)에게 등록한 후에는 추진위원회로부터 정비사업 전문관리업자로 선정되기 전이라도 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 때에 형법 제129조 내지 제132조의 적용대상이 되고, 정비사업체가 추진위원회로부터 정비사업에 관한 업무를 대행할 권한을 위임받은 후에야 비로소 그 임직원이 위 법의 적용대상이 되는 것은 아니다.
- [2] 도시 및 주거환경정비법은 '시공자의 선정은 조합 총회의 의결'을 거쳐야 하고(제24조 제3항 제6호), 정비사업 전문관리업자는 "시공사 선정에 관한 업무의 지원을 조합으로부터 위탁받거나 이와 관련한 자문을 한다"(제69조 제1항 제4호)고 규정하고 있는바, 조합이 설립되기 전에는 정비사업체가 시공사 선정에 관한 직무를 현실적으로 담당한다고 볼 수 없으나, 뇌물죄에서 말하는 '직무'란 장래에 담당할 직무 또는 현실적으로 담당하지 않는 직무라도 법령상 일반적인 직무권한에 속하는 직무 등 공무원이 그 직위에 따라 공무로 담당할 일체의 직무를 포함하므로, '시공사 선정에 관한 업무의 지원'은 정비사업체 임직원의 일반적인 직무권한에 속하는 것으로서, 이러한 직무를 구체적으로 담당하는지 여부 또는 구체적 직무행위를 행하는지 여부가 장래의 조건에 달려 있거나 불확실한 경우라도 이에 관한 금품의 수수는 뇌물죄를 구성한다. 또 추진위원회 또는 조합이 정비사업체 또는 시공사로부터 운영자금을 차입하는 것은 추진위원회 또는 조합의 영세성에 비추어 어느 정도 용인될 수 있지만, 조합은 경쟁입찰의 방법에 의하여 시공자를 선정하여야 하는 점(도시 및 주거환경정비법 제11조 제2항)에 비추어, 정비사업체가 시공자가 되고자 하는 자로부터 운영자금을 차입하는 것은 정비사업체의 시공사 선정에 관련된 직무의 영

결성을 해하고 정비사업의 공정성에 대한 사회일반의 신뢰를 저해할 뿐만 아니라 시공자가 되고자 하는 자들 사이의 공정한 경쟁을 방해할 가능성이 적지 않기 때문에, 정비사업체와 시공자가 되고자 하는 자 사이의 금전거래는 그 명목이 어떠한 것이든 간에 이를 형사법적으로 엄격히 규제할 필요가 있다.

[3] 공무원으로 의제되는 정비사업체의 임직원이 정비사업체 명의로 대여금을 송금받은 사안에서, 정비사업체와 임직원 사이에 일체성과 이해의 공통성이 있고 위 금원이 실질적으로 임직원에게 귀속하였다고 평가할 수 있다는 이유로 제3자뇌물제공죄가 아니라 뇌물수수죄가 성립한다고 본 사례.

[4] 도시 및 주거환경정비법상 정비사업체는 장래 조합(발주자)으로부터 시공사 선정을 지원하는 업무를 위임받을 지위에 있으므로, 그 임직원은 건설산업기본법 제38조의2에 의하여 부정한 청탁에 의한 재물 또는 재산상의 이익 취득 및 공여의 금지대상이 되는 '이해관계인'에 해당한다.

[5] 재개발사업 시공사 선정과 관련한 건설사의 판촉물 제공행위가 사회상규에 반하지 않는 정당행위가 아니라고 한 사례.

【참조조문】

- [1] 형법 제129조 제1항, 도시 및 주거환경정비법 제84조
- [2] 형법 제129조 제1항, 도시 및 주거환경정비법 제11조 제2항, 제24조 제3항 제6호, 제69조 제1항 제4호, 제84조
- [3] 형법 제129조 제1항, 제130조, 도시 및 주거환경정비법 제84조
- [4] 건설산업기본법 제38조의2, 제95조의2, 제98조 제2항
- [5] 형법 제20조, 도시 및 주거환경정비법 제11조 제2항, 건설산업기본법 제38조의2

【참조판례】

- [2] 대법원 1999. 11. 9. 선고 99도2530 판결(공1999하, 2545), 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도4022 판결(공2000상, 639), 대법원 2007. 6. 29. 선고 2007도3105 판결

【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인들 및 검사

【검 사】 엄희준

【변 호 인】 변호사 김진기외 6인

【원심판결】 대구지법 2007. 11. 12. 선고 2007고합323 판결

【주문】

】

1. 원심판결 중 유죄부분과 피고인 1, 2에 대한 2006. 4. 13.자 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반의 점, 피고인 11 주식회사에 대한 2006. 4. 13.자 건설산업기본법 위반의 점에 대한 무죄 부분을 파기한다.

가. 피고인 1을 징역 2년, 피고인 2, 9를 각 징역 1년 6월, 피고인 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10을 각 징역 1년, 피고인 11 주식회사를 벌금 20,000,000원, 피고인 12 주식회사, 피고인 13 주식회사, 피고인 14 주식회사, 피고인 15 주식회사를 각 벌금 10,000,000원에 처한다.

나. 원심판결 선고 전의 구금일수 120일을 피고인 1에 대한, 각 1일을 피고인 2, 10에 대한 위 각 형에 산입한다.

다. 다만, 이 판결확정일로부터 피고인 1에 대하여 3년간, 피고인 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10에 대하여 각 2년간 위 각 형의 집행을 유예한다.

라. 피고인 11 주식회사, 피고인 12 주식회사, 피고인 13 주식회사, 피고인 14 주식회사, 피고인 15 주식회사에 대하여 위 각 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

2. 원심판결의 주문 무죄 부분 중 제1항에서 파기하는 무죄 부분을 제외한 나머지 무죄 부분에 대한 검사의 항소를 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사

① 피고인 1, 2의 뇌물공여죄에 관하여

도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라고 한다) 제84조는 " 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 조합의 임원과 정비사업 전문관리업자의 대표자(법인인 경우에는 임원을 말한다)·직원은 이를 공무원으로 본다. "라고 규정하고 있는바, 피고인 1, 2는 정비사업 전문관리업자의 임직원에게 대여금 또는 용역비를 지급한 것이 아니라 법인(이하 '정비사업체'라고 한다)에게 대여금 또는 용역비를 지급하였고, 또 행정관청의 승인을 얻은 추진위원회와 정식으로 계약을 체결하지 않은 정비사업체의 임직원은 공무원으로 의제되는 것도 아니며, 위 피고인들이 정비사업체에 대여금 또는 용역비를 지급한 것은 그 이자에 상당하는 정보제공을 받기 위한 것으로서 뇌물에 해당하지 아니하므로, 뇌물공여죄가 성립하지 않는다.

② 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 건설산업기본법 위반죄에 관하여

건설산업기본법(이하 '건산법'이라고 한다) 제38조의2에서 말하는 '이해관계인'이란 수급인에 준하는 자 또는 시공사 선정에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 자를 말하는데, 피고인 1, 2 및 대여금 또는 용역비를 지급받은 정비사업체는 이해관계인에 해당하지 아니하고, 또 이 사건 대여금 또는 용역비 수수와 관련하여 어떠한 부정한 청탁도 존재하지 아니하였으므로, 건설산업기본법 위반죄는 성립하지 않는다.

또 판촉물 제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄의 공소사실은 이해관계인과 액수가 특정되지 아니하였으므로 공소가 기각되어야 하고, 가사 그렇지 않더라도 사회상규에 반하지 않는 정당행위에 해당한다.

나아가 위 금원 수수 내지 판촉물 제공 당시 위 피고인들에게는 위법성의 인식이 없었다.

(나) 피고인 3

공소외 1 주식회사의 자금을 조달하기 위하여 위 회사의 부산 전포 2-1구역 주택재개발 정비사업 추진위원회에 대한 용역비 채권을 담보로 피고인 11 주식회사로부터 1억 6,800만 원을 차용하였을 뿐, 정비사업체 임원의 직무에 관하여 위 금원을 수수한 것이 아니다.

(다) 피고인 4, 5, 9, 피고인 14 주식회사

(공통된 주장) ① 피고인 11 주식회사로부터의 각 차용금은 정보제공 협약에 따른 것으로 직무에 관한 뇌물이 아니고, ② 위 차용금으로 인해 회사에 대한 자금조달의무가 면해졌다는 사실만으로 대표이사인 피고인들이 그에 상응하는 금융이익을 얻었다고 볼 수 없다.

(피고인 4) 공소외 2 주식회사의 형식상 대표이사일 뿐, 이 사건 범행에 가담한 바 없다.

(라) 피고인 6, 7, 10, 피고인 12 주식회사, 피고인 15 주식회사

(공통된 주장) ① 정비사업체의 임직원이 공무원으로 의제되는 시기는 해당 재개발 구역 등에서 정비사업 관리자로 선정된 이후이고, ② 이 사건 대여금은 시공사 선정에 관한 업무의 지원과는 직무관련성이 없다.

(피고인 6) 차용금이 피고인 12 주식회사의 운영자금 등으로 사용되었으므로, 위 피고인은 뇌물죄의 주체가 될 수 없고, 직접 위 회사를 경영하지 않아 이 사건 범행에 가담한 바 없다.

(마) 피고인 8, 피고인 13 주식회사

피고인 13 주식회사가 대전 대동 1구역에서 가칭 추진위원회와 조합설립을 위한 동의서 징구 및 홍보업무의 대행에 관한 계약을 체결하였으나, 그 후 대전 동구청장으로부터 주택재개발사업이 불가능하다는 통보를 받아 위 업무가 중단되었으므로, 직무관련성을 인정할 수 없다.

(2) 양형부당

피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사를 제외한 나머지 피고인들에 대한 원심 선고 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검 사

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 주문 무죄 부분

원심이 정비사업체의 임직원의 직무에 있어 뇌물죄에서 요구되는 직무관련성과 대가성의 요건이 충족되기 위해서는 "시공사 선정에 관한 업무의 지원 또는 이와 관련한 자문과 밀접한 관계가 있는 행위 또는 이와 관례상이나 사실상 관여하는 행위와 관련하여 금품의 수수가 있어야 한다"는 전제 하에, 원심 판시 주문 무죄 부분에 대하여 직무관련성을 인정하지 않은 것은 그 범위를 부당하게 축소하여 해석한 것으로서 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(나) 이유 무죄 부분

피고인 11 주식회사가 수주에 실패한 정비구역에 대해서만 정비사업체에게 지급한 돈을 회수한 점, 기타 피고인 11 주식회사의 내부문건 등에 비추어 정비사업체에 공여한 돈은 그 전부가 정비사업체의 대표인 피고인들에 대한 뇌물

인 동시에 부정한 청탁에 의한 재물이고, 그렇지 않다 하더라도 위 피고인들은 피고인 11 주식회사로부터 자금을 차용함으로 인해 최소한 (기업집단 이름 생략)그룹 계열사 사이의 금전소비대차계약 당시 약정이율인 연 9%의 이자 상당의 재산상 이익을 얻었음에도 불구하고, 원심은 공여된 금원 전체를 뇌물이나 부정한 청탁에 의한 재물로 보지 않고 용역수주로 인한 미상의 이익과 미상의 금융이익만을 뇌물 또는 부정한 청탁에 의한 재산상 이익이라고 판단한 다음 주장을 하지 아니하였으니, 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당

제반사정에 비추어 원심의 징역형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단(원심판결 별지 범죄일람표 1.의 기재 순번 9, 30번에 대한 주문 무죄 부분에 대하여)

가. 별지 범죄일람표 1.의 순번 9번에 대하여(피고인 1, 2, 6)

(1) 주위적 공소사실에 대한 판단

(가) 원심의 판단

원심은, 피고인 11 주식회사가 2005. 4. 13. 피고인 12 주식회사에게 5,000만 원을 대여한 사실은 인정되나, 피고인 12 주식회사가 그로부터 상당 기간이 지난 후에야 부천 심곡본동구역 재개발추진위원회를 상대로 정비사업과 관련한 업무를 관리·자문하였으므로, 그러한 사실만으로 위 구역의 주민을 상대로 정비사업 관리자의 직무를 수행한 것으로 볼 수 없어, 위 대여금은 직무에 관하여 지급된 것이 아니라고 판단하여, 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 위 구역은 위 대여일로부터 상당한 기간이 지난 2005. 10. 무렵부터 일부 주민들의 재개발 요구로 가칭 추진위원회가 설립되었는데, 피고인 12 주식회사가 그때부터 정비사업에 관한 서류작성을 대행해 주었고 2006. 2. 23. 무렵 가칭 추진위원회에게 '소요된 경비를 청구하지 않는다'는 취지의 이행각서를 작성해주는 등으로 위 구역에서 정비사업에 관여하게 된 사실(증거기록 1-4, 73쪽 이하), 위 대여금은 대여 이후 1주일 만에 바로 상환된 사실(증거기록 1-3, 1145쪽, 2006. 4. 25.자 시니어미팅 주택재개발 수주추진계획안에는 대여금이 1억 원이라고 기재되어 있고, 5,000만 원에 대한 자료는 없다)이 인정되고, 이에다 다른 소비대차의 경우와는 달리 위 대여금에 대하여는 시니어미팅 회의록, 금전소비대차 계약서가 존재하지 않는 점, 피고인 11 주식회사가 위 구역의 재개발과 관련하여 피고인 12 주식회사에게 지급한 2006. 5. 19.자 대여금과는 시간적 간격이 있는 점을 더하여 보면, 위 2005. 4. 13.자 대여금 5,000만 원은 피고인 12 주식회사가 위 구역에서 수행하고 있거나 장래에 수행할 정비사업 업무 대행 등의 직무와 관련하여 지급된 것으로 보이지 않는다.

따라서 원심이 피고인 1, 2, 6에 대한 위 2005. 4. 13.자 5,000만 원 부분의 뇌물공여, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)의 점에 관하여 위 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 예비적 공소사실에 대한 판단

검사는 당심에 이르러 예비적으로, 이 부분 공소사실을 " 피고인 1, 2는 2005. 4. 13. 피고인 6에게 5,000만 원을 대여 함으로써 그에 대하여 연 9% 이자 상당의 금융이익과 위와 같은 자금을 사용할 수 있는 기회비용 상당의 금융이익 을 뇌물로 공여하였고, 피고인 6은 이를 수수하였다"는 취지로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하고, 당원은 이를 허가하였다.

살피건대, 위 2005. 4. 13.자 5,000만 원이 피고인 12 주식회사가 부천심곡본동 재개발구역에서 수행하고 있거나 장래 에 수행할 정비사업 관리자로서의 직무에 관하여 지급되었음을 인정할 증거가 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 이 부분 예비적 공소사실 역시 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄 를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 위 피고인들에 대한 이 부분 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 이에 대하여 검사가 항소를 제기한 당심에서 예비적으로 이 부분 공소사실을 추가하였다고 하더라도 원심과 결론이 동 일하므로, 달리 주문에서 이 부분 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 않고 검사의 항소를 기각한다.

나. 별지 범죄일람표 1.의 순번 30번에 대하여{ 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사}

(1) 주위적 공소사실에 대한 판단

(가) 원심의 판단

원심은, 피고인 11 주식회사로부터 공소외 3 주식회사에게 지급된 2006. 5. 16.자 2억 원에 대하여 공소외 3 주식회사 의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 직무관련성을 인정할 증거가 없다고 판단하여 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 피고인 11 주식회사가 2006. 5. 16. 공소외 3 주식회사에게 2억 원 을 지급한 사실은 인정되나(증거기록 1-6, 1963쪽), 위 돈이 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 관련되어 지급되어 있음을 인정할 증거가 없고, '2006. 2. 무렵 피고인 11 주식회사공소외 4 과장의 소개로 공소외 5를 만났는데, 2006. 4. 무렵 공소외 5로부터 부천지역 재개발 시장 정보를 지속적으로 제공할 테니 부족한 운영비 를 지원해 줄 수 있느냐라는 부탁을 받고, 2006. 5. 16. 2억 원을 무이자로 빌려주었다'는 내용의 피고인 11 주식회 사 인천지사장 공소외 6의 진술기재(증거기록 1-7, 148쪽), 피고인 11 주식회사의 2006. 4. 25.자 시니어미팅 회의 록(부천 괴안 1-4 재개발지구는 부천시의 기본계획 결정 고시가 2006. 6.로 예정되어 있었다)만으로는 직무관련성 을 인정하기 부족하고, 달리 이 점을 인정할 증거가 없으므로, 원심이 피고인 1, 2에 대한 위 2006. 5. 16.자 2억 원 부분의 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반의 점, 피고인 11 주식회사에 대한 건설산업기본법 위반의 점에 관하여 위 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사 실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 예비적 공소사실에 대한 판단

검사는 당심에 이르러 예비적으로, 이 부분 공소사실을 ' 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사가 2006. 5. 16. 공소외 3 주식회사에게 2억 원을 대여함으로써 그에 대하여 연 9% 이자 상당의 금융이익을 뇌물로 공여함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여하였다'는 취지로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하고, 당원은 이를 허가하였다.

살피건대, 위 대여금이 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 관련되어 지급되었음을 인정할 증거가 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 이 부분 예비적 공소사실 역시 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 위 피고인들에 대한 이 부분 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 이에 대하여 검사가 항소를 제기한 당심에서 예비적으로 이 부분 공소사실을 추가하였다고 하더라도 원심과 결론이 동일하므로, 달리 주문에서 이 부분 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 않고 검사의 항소를 기각한다.

3. 직권판단

피고인들 및 검사의 나머지 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 피고인들의 유죄부분{ 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 판촉물제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄 제외}에 대하여

원심은, 피고인들이 금원 자체를 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재물을 공여·취득하였다는 공소사실에 대하여, 공소장변경절차를 거치지 아니하고, 피고인들이 금융이익 또는 용역수주로 인한 이익을 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여·취득하였다는 범죄사실을 유죄로 인정하였다.

그러나 법원이 공소장의 변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정하기 위하여는 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내이어야 할 뿐더러 또한 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없어야 한다(대법원 2005. 4. 14. 선고 2005도913 판결 등 참조).

그러므로 살피건대, 금원 자체를 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재물을 공여·취득하였다는 공소사실에 금융이익 또는 용역수주로 인한 이익을 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여·취득하였다는 점이 포함되어 있다고 보기 어렵고, 공소제기된 금원의 공여 등 행위와 원심이 인정한 금융이익의 공여 등 행위는 그 범죄행위의 내용 내지 태양이 서로 달라서 그에 대응할 방어행위 역시 달라질 수밖에 없다고 할 것인바, 원심의 심리절차에서 금원을 차용한 것인지 여부에 대하여 어느 정도 심리가 행하여진 것으로 보이기는 하나, 이는 금원수수라는 공소사실을 방어의 대상으로 하여 방어권을 행사함에 따라 심리가 행하여진 것에 불과하고, 금융이익 상당을 수수한 점이 심판의 대상으로 될 것을 예상하여 이를 방어의 대상으로 하여 방어권을 행사한 것으로 보기에 부족하므로, 그 부분에 관련하여 충분한 방어권 행사가 되었다고 볼 수는 없다고 할 것이어서 공소장변경 없이 금융이익 상당을 공여·수수·취득한 것으로 인정하는 것은 방어권 행사상 실질적인 불이익이 초래된 것으로 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고, 원심은 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점에 대하여 공소장변경절차를 거치지 아니한 채 직권으로 유죄로 판단하였으니, 이 부분 원심판결에는 방어권 행사상 실질적인 불이익이 있는지 여부에 대하여 심리를 다하지 아니하였거나 공소장변경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다(이에 검사

는 당심에서 유죄부분에 대하여 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장 변경신청을 하고 당심은 이를 허가하였다).

나. 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 판촉물 제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄에 대하여 이 부분 공소사실과 원심이 인정한 나머지 공소사실은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 부분 원심판결도 그대로 유지될 수 없다.

다.

피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 2006. 4. 13.자 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반죄에 대한 주문 무죄 부분에 대하여

검사는 위 주문 무죄 부분에 대하여 당심에서 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 이 부분 원심판결도 더 이상 유지될 수 없다.

4. 결 론

따라서 원심판결 중 유죄부분과 피고인 1, 2에 대한 2006. 4. 13.자 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반의 점, 피고인 11 주식회사에 대한 2006. 4. 13.자 건설산업기본법 위반의 점에 대한 무죄 부분은 위에서 본 바와 같이 직권파기 사유가 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 직권으로 이를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결의 주문 무죄 부분 중 위에서 파기하는 무죄 부분을 제외한 나머지 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사

① 피고인 1, 2의 뇌물공여죄에 관하여

도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라고 한다) 제84조는 " 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 조합의 임원과 정비사업 전문관리업자의 대표자(법인인 경우에는 임원을 말한다)·직원은 이를 공무원으로 본다. "라고 규정하고 있는바, 피고인 1, 2는 정비사업 전문관리업자의 임직원에게 대여금 또는 용역비를 지급한 것이 아니라 법인(이하 '정비사업체'라고 한다)에게 대여금 또는 용역비를 지급하였고, 또 행정관청의 승인을 얻은 추진위원회와 정식으로 계약을 체결하지 않은 정비사업체의 임직원은 공무원으로 의제되는 것도 아니며, 위 피고인들이 정비사업체에 대여금 또는 용역비를 지급한 것은 그 이자에 상당하는 정보제공을 받기 위한 것으로서 뇌물에 해당하지 아니하므로, 뇌물공여죄가 성립하지 않는다.

② 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 건설산업기본법 위반죄에 관하여

건설산업기본법(이하 '건설법'이라고 한다) 제38조의2에서 말하는 '이해관계인'이란 수급인에 준하는 자 또는 시공사 선정에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 자를 말하는데, 피고인 1, 2 및 대여금 또는 용역비를 지급받은 정비사업체는 이해관계인에 해당하지 아니하고, 또 이 사건 대여금 또는 용역비 수수와 관련하여 어떠한 부정한 청탁도 존재하지 아니하였으므로, 건설산업기본법 위반죄는 성립하지 않는다.

또 판촉물 제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄의 공소사실은 이해관계인과 액수가 특정되지 아니하였으므로 공소가 기각되어야 하고, 가사 그렇지 않더라도 사회상규에 반하지 않는 정당행위에 해당한다.

나아가 위 금원 수수 내지 판촉물 제공 당시 위 피고인들에게는 위법성의 인식이 없었다.

(나) 피고인 3

공소외 1 주식회사의 자금을 조달하기 위하여 위 회사의 부산 전포 2-1구역 주택재개발 정비사업 추진위원회에 대한 용역비 채권을 담보로 피고인 11 주식회사로부터 1억 6,800만 원을 차용하였을 뿐, 정비사업체 임원의 직무에 관하여 위 금원을 수수한 것이 아니다.

(다) 피고인 4, 5, 9, 피고인 14 주식회사

(공통된 주장) ① 피고인 11 주식회사로부터의 각 차용금은 정보제공 협약에 따른 것으로 직무에 관한 뇌물이 아니고, ② 위 차용금으로 인해 회사에 대한 자금조달의무가 면해졌다는 사실만으로 대표이사인 피고인들이 그에 상응하는 금융이익을 얻었다고 볼 수 없다.

(피고인 4) 공소외 2 주식회사의 형식상 대표이사일 뿐, 이 사건 범행에 가담한 바 없다.

(라) 피고인 6, 7, 10, 피고인 12 주식회사, 피고인 15 주식회사

(공통된 주장) ① 정비사업체의 임직원이 공무원으로 의제되는 시기는 해당 재개발 구역 등에서 정비사업 관리자로 선정된 이후이고, ② 이 사건 대여금은 시공사 선정에 관한 업무의 지원과는 직무관련성이 없다.

(피고인 6) 차용금이 피고인 12 주식회사의 운영자금 등으로 사용되었으므로, 위 피고인은 뇌물죄의 주체가 될 수 없고, 직접 위 회사를 경영하지 않아 이 사건 범행에 가담한 바 없다.

(마) 피고인 8, 피고인 13 주식회사

피고인 13 주식회사가 대전 대동 1구역에서 가칭 추진위원회의와 조합설립을 위한 동의서 징구 및 홍보업무의 대행에 관한 계약을 체결하였으나, 그 후 대전 동구청장으로부터 주택재개발사업이 불가능하다는 통보를 받아 위 업무가 중단되었으므로, 직무관련성을 인정할 수 없다.

(2) 양형부당

피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사를 제외한 나머지 피고인들에 대한 원심 선고 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검 사

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 주문 무죄 부분

원심이 정비사업체의 임직원의 직무에 있어 뇌물죄에서 요구되는 직무관련성과 대가성의 요건이 충족되기 위해서는 "시공자 선정에 관한 업무의 지원 또는 이와 관련한 자문과 밀접한 관계가 있는 행위 또는 이와 관례상이나 사실상 관여하는 행위와 관련하여 금품의 수수가 있어야 한다"는 전제 하에, 원심 판시 주문 무죄 부분에 대하여 직무관련성을 인정하지 않은 것은 그 범위를 부당하게 축소하여 해석한 것으로서 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(나) 이유 무죄 부분

피고인 11 주식회사가 수주에 실패한 정비구역에 대해서만 정비사업체에게 지급한 돈을 회수한 점, 기타 피고인 11 주식회사의 내부문건 등에 비추어 정비사업체에 공여한 돈은 그 전부가 정비사업체의 대표인 피고인들에 대한 뇌물인 동시에 부정한 청탁에 의한 재물이고, 그렇지 않다 하더라도 위 피고인들은 피고인 11 주식회사로부터 자금을 차용함으로써 인해 최소한 (기업집단 이름 생략)그룹 계열사 사이의 금전소비대차계약 당시 약정이율인 연 9%의 이자 상당의 재산상 이익을 얻었음에도 불구하고, 원심은 공여된 금원 전체를 뇌물이나 부정한 청탁에 의한 재물로 보지 않고 용역수주로 인한 미상의 이익과 미상의 금융이익만을 뇌물 또는 부정한 청탁에 의한 재산상 이익이라고 판단한 다음 주장을 하지 아니하였으니, 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당

제반사정에 비추어 원심의 징역형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단(원심판결 별지 범죄일람표 1.의 기재 순번 9, 30번에 대한 주문 무죄 부분에 대하여)

가. 별지 범죄일람표 1.의 순번 9번에 대하여(피고인 1, 2, 6)

(1) 주위적 공소사실에 대한 판단

(가) 원심의 판단

원심은, 피고인 11 주식회사가 2005. 4. 13. 피고인 12 주식회사에게 5,000만 원을 대여한 사실은 인정되나, 피고인 12 주식회사가 그로부터 상당 기간이 지난 후에서야 부천 심곡본동구역 재개발추진위원회를 상대로 정비사업과 관련한 업무를 관리·자문하였으므로, 그러한 사실만으로 위 구역의 주민을 상대로 정비사업 관리자의 직무를 수행한 것으로 볼 수 없어, 위 대여금은 직무에 관하여 지급된 것이 아니라고 판단하여, 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 위 구역은 위 대여일로부터 상당한 기간이 지난 2005. 10. 무렵부터 일부 주민들의 재개발 요구로 가칭 추진위원회가 설립되었는데, 피고인 12 주식회사가 그때부터 정비사업에 관한 서류작성을 대행해 주었고 2006. 2. 23. 무렵 가칭 추진위원회에게 '소요된 경비를 청구하지 않는다'는 취지의 이행각서를 작성해주는 등으로 위 구역에서 정비사업에 관여하게 된 사실(증거기록 1-4, 73쪽 이하), 위 대여금은 대여 이후 1주일 만에 바로 상환된 사실(증거기록 1-3, 1145쪽, 2006. 4. 25.자 시니어미팅 주택재개발 수주추진계획안에는 대여금이 1억 원이라고 기재되어 있고, 5,000만 원에 대한 자료는 없다)이 인정되고, 이에다 다른 소비대차의 경

우와는 달리 위 대여금에 대하여는 시니어미팅 회의록, 금전소비대차 계약서가 존재하지 않는 점, 피고인 11 주식회사가 위 구역의 재개발과 관련하여 피고인 12 주식회사에게 지급한 2006. 5. 19.자 대여금과는 시간적 간격이 있는 점을 더하여 보면, 위 2005. 4. 13.자 대여금 5,000만 원은 피고인 12 주식회사가 위 구역에서 수행하고 있거나 장래에 수행할 정비사업 업무 대행 등의 직무와 관련하여 지급된 것으로 보이지 않는다.

따라서 원심이 피고인 1, 2, 6에 대한 위 2005. 4. 13.자 5,000만 원 부분의 뇌물공여, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)의 점에 관하여 위 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 예비적 공소사실에 대한 판단

검사는 당심에 이르러 예비적으로, 이 부분 공소사실을 " 피고인 1, 2는 2005. 4. 13. 피고인 6에게 5,000만 원을 대여 함으로써 그에 대하여 연 9% 이자 상당의 금융이익과 위와 같은 자금을 사용할 수 있는 기회비용 상당의 금융이익 을 뇌물로 공여하였고, 피고인 6은 이를 수수하였다"는 취지로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하고, 당원은 이를 허가하였다.

살피건대, 위 2005. 4. 13.자 5,000만 원이 피고인 12 주식회사가 부천심곡본동 재개발구역에서 수행하고 있거나 장래에 수행할 정비사업 관리자로서의 직무에 관하여 지급되었음을 인정할 증거가 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 이 부분 예비적 공소사실 역시 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 위 피고인들에 대한 이 부분 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 이에 대하여 검사가 항소를 제기한 당심에서 예비적으로 이 부분 공소사실을 추가하였다고 하더라도 원심과 결론이 동일하므로, 달리 주문에서 이 부분 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 않고 검사의 항소를 기각한다.

나. 별지 범죄일람표 1.의 순번 30번에 대하여{ 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사}

(1) 주위적 공소사실에 대한 판단

(가) 원심의 판단

원심은, 피고인 11 주식회사로부터 공소외 3 주식회사에게 지급된 2006. 5. 16.자 2억 원에 대하여 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 직무관련성을 인정할 증거가 없다고 판단하여 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 피고인 11 주식회사가 2006. 5. 16. 공소외 3 주식회사에게 2억 원을 지급한 사실은 인정되나(증거기록 1-6, 1963쪽), 위 돈이 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 관련되어 지급되어 있음을 인정할 증거가 없고, '2006. 2. 무렵 피고인 11 주식회사공소외 4 과장의 소개로 공소외 5를 만났는데, 2006. 4. 무렵 공소외 5로부터 부천지역 재개발 시장 정보를 지속적으로 제공할 테니 부족한 운영비를 지원해 줄 수 있느냐라는 부탁을 받고, 2006. 5. 16. 2억 원을 무이자로 빌려주었다'는 내용의 피고인 11 주식회

사 인천지사장 공소외 6의 진술기재(증거기록 1-7, 148쪽), 피고인 11 주식회사의 2006. 4. 25.자 시니어미팅 회의록(부천 괴안 1-4 재개발지구는 부천시의 기본계획 결정 고시가 2006. 6.로 예정되어 있었다)만으로는 직무관련성을 인정하기 부족하고, 달리 이 점을 인정할 증거가 없으므로, 원심이 피고인 1, 2에 대한 위 2006. 5. 16.자 2억 원 부분의 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반의 점, 피고인 11 주식회사에 대한 건설산업기본법 위반의 점에 관하여 위 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 예비적 공소사실에 대한 판단

검사는 당심에 이르러 예비적으로, 이 부분 공소사실을 ' 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사가 2006. 5. 16. 공소외 3 주식회사에게 2억 원을 대여함으로써 그에 대하여 연 9% 이자 상당의 금융이익을 뇌물로 공여함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여하였다'는 취지로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하고, 당원은 이를 허가하였다.

살피건대, 위 대여금이 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 관련되어 지급되었음을 인정할 증거가 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 이 부분 예비적 공소사실 역시 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 위 피고인들에 대한 이 부분 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 이에 대하여 검사가 항소를 제기한 당심에서 예비적으로 이 부분 공소사실을 추가하였다고 하더라도 원심과 결론이 동일하므로, 달리 주문에서 이 부분 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 않고 검사의 항소를 기각한다.

3. 직권판단

피고인들 및 검사의 나머지 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 피고인들의 유죄부분{ 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 판촉물제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄 제외}에 대하여

원심은, 피고인들이 금원 자체를 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재물을 공여·취득하였다는 공소사실에 대하여, 공소장변경절차를 거치지 아니하고, 피고인들이 금융이익 또는 용역수주로 인한 이익을 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여·취득하였다는 범죄사실을 유죄로 인정하였다.

그러나 법원이 공소장의 변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정하기 위하여는 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내이어야 할 뿐더러 또한 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없어야 한다(대법원 2005. 4. 14. 선고 2005도913 판결 등 참조).

그러므로 살피건대, 금원 자체를 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재물을 공여·취득하였다는 공소사실에 금융이익 또는 용역수주로 인한 이익을 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여·취득하였다는 점이 포함되어 있다고 보기 어렵고, 공소제기된 금원의 공여 등 행위와 원심이 인정한 금융이익의 공여 등 행위는 그 범죄행위의 내용 내지 태양이 서로 달라서 그에 대응할 방어행위 역시 달라질 수밖에 없다고 할 것인바, 원심의 심리절차에서 금원을 차용한 것인지 여부에 대하여 어느 정도 심리가 행하여진 것으로 보이기는

하나, 이는 금원수수라는 공소사실을 방어의 대상으로 하여 방어권을 행사함에 따라 심리가 행하여진 것에 불과하고, 금융이익 상당을 수수한 점이 심판의 대상으로 될 것을 예상하여 이를 방어의 대상으로 하여 방어권을 행사한 것으로 보기에 부족하므로, 그 부분에 관련하여 충분한 방어권 행사가 되었다고 볼 수는 없다고 할 것이어서 공소장변경 없이 금융이익 상당을 공여·수수·취득한 것으로 인정하는 것은 방어권 행사상 실질적인 불이익이 초래된 것으로 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고, 원심은 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점에 대하여 공소장변경절차를 거치지 아니한 채 직권으로 유죄로 판단하였으니, 이 부분 원심판결에는 방어권 행사상 실질적인 불이익이 있는지 여부에 대하여 심리를 다하지 아니하였거나 공소장변경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다(이에 검사는 당심에서 유죄부분에 대하여 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경신청을 하고 당심은 이를 허가하였다).

나. 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 판촉물 제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄에 대하여
이 부분 공소사실과 원심이 인정한 나머지 공소사실은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 부분 원심판결도 그대로 유지될 수 없다.

다.

피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 2006. 4. 13.자 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반죄에 대한 주문 무죄 부분에 대하여

검사는 위 주문 무죄 부분에 대하여 당심에서 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 이 부분 원심판결도 더 이상 유지될 수 없다.

4. 결 론

따라서 원심판결 중 유죄부분과 피고인 1, 2에 대한 2006. 4. 13.자 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반의 점, 피고인 11 주식회사에 대한 2006. 4. 13.자 건설산업기본법 위반의 점에 대한 무죄 부분은 위에서 본 바와 같이 직권파기 사유가 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 직권으로 이를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결의 주문 무죄 부분 중 위에서 파기하는 무죄 부분을 제외한 나머지 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사

① 피고인 1, 2의 뇌물공여죄에 관하여

도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라고 한다) 제84조는 " 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 조합의 임원과 정비사업 전문관리업자의 대표자(법인인 경우에는 임원을 말한다)·직원은 이를 공무원으로 본다.

"라고 규정하고 있는바, 피고인 1, 2는 정비사업 전문관리업자의 임직원에게 대여금 또는 용역비를 지급한 것이 아니라 법인(이하 '정비사업체'라고 한다)에게 대여금 또는 용역비를 지급하였고, 또 행정관청의 승인을 얻은 추진위원회와 정식으로 계약을 체결하지 않은 정비사업체의 임직원은 공무원으로 의제되는 것도 아니며, 위 피고인들이 정비사업체에 대여금 또는 용역비를 지급한 것은 그 이자에 상당하는 정보제공을 받기 위한 것으로서 뇌물에 해당하지 아니하므로, 뇌물공여죄가 성립하지 않는다.

② 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 건설산업기본법 위반죄에 관하여

건설산업기본법(이하 '건설법'이라고 한다) 제38조의2에서 말하는 '이해관계인'이란 수급인에 준하는 자 또는 시공사 선정에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 자를 말하는데, 피고인 1, 2 및 대여금 또는 용역비를 지급받은 정비사업체는 이해관계인에 해당하지 아니하고, 또 이 사건 대여금 또는 용역비 수수와 관련하여 어떠한 부정한 청탁도 존재하지 아니하였으므로, 건설산업기본법 위반죄는 성립하지 않는다.

또 판촉물 제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄의 공소사실은 이해관계인과 액수가 특정되지 아니하였으므로 공소가 기각되어야 하고, 가사 그렇지 않더라도 사회상규에 반하지 않는 정당행위에 해당한다.

나아가 위 금원 수수 내지 판촉물 제공 당시 위 피고인들에게는 위법성의 인식이 없었다.

(나) 피고인 3

공소외 1 주식회사의 자금을 조달하기 위하여 위 회사의 부산 전포 2-1구역 주택재개발 정비사업 추진위원회에 대한 용역비 채권을 담보로 피고인 11 주식회사로부터 1억 6,800만 원을 차용하였을 뿐, 정비사업체 임원의 직무에 관하여 위 금원을 수수한 것이 아니다.

(다) 피고인 4, 5, 9, 피고인 14 주식회사

(공통된 주장) ① 피고인 11 주식회사로부터의 각 차용금은 정보제공 협약에 따른 것으로 직무에 관한 뇌물이 아니고,

② 위 차용금으로 인해 회사에 대한 자금조달의무가 면해졌다는 사실만으로 대표이사인 피고인들이 그에 상응하는 금용이익을 얻었다고 볼 수 없다.

(피고인 4) 공소외 2 주식회사의 형식상 대표이사일 뿐, 이 사건 범행에 가담한 바 없다.

(라) 피고인 6, 7, 10, 피고인 12 주식회사, 피고인 15 주식회사

(공통된 주장) ① 정비사업체의 임직원이 공무원으로 의제되는 시기는 해당 재개발 구역 등에서 정비사업 관리자로 선정된 이후이고, ② 이 사건 대여금은 시공사 선정에 관한 업무의 지원과는 직무관련성이 없다.

(피고인 6) 차용금이 피고인 12 주식회사의 운영자금 등으로 사용되었으므로, 위 피고인은 뇌물죄의 주체가 될 수 없고, 직접 위 회사를 경영하지 않아 이 사건 범행에 가담한 바 없다.

(마) 피고인 8, 피고인 13 주식회사

피고인 13 주식회사가 대전 대동 1구역에서 가칭 추진위원회의와 조합설립을 위한 동의서 징구 및 홍보업무의 수행에 관한 계약을 체결하였으나, 그 후 대전 동구청장으로부터 주택재개발사업이 불가능하다는 통보를 받아 위 업무가 중단되었으므로, 직무관련성을 인정할 수 없다.

(2) 양형부당

피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사를 제외한 나머지 피고인들에 대한 원심 선고 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검 사

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 주문 무죄 부분

원심이 정비사업체의 임직원의 직무에 있어 뇌물죄에서 요구되는 직무관련성과 대가성의 요건이 충족되기 위해서는 "시공자 선정에 관한 업무의 지원 또는 이와 관련한 자문과 밀접한 관계가 있는 행위 또는 이와 관례상이나 사실상 관여하는 행위와 관련하여 금품의 수수가 있어야 한다"는 전제 하에, 원심 판시 주문 무죄 부분에 대하여 직무관련성을 인정하지 않은 것은 그 범위를 부당하게 축소하여 해석한 것으로서 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(나) 이유 무죄 부분

피고인 11 주식회사가 수주에 실패한 정비구역에 대해서만 정비사업체에게 지급한 돈을 회수한 점, 기타 피고인 11 주식회사의 내부문건 등에 비추어 정비사업체에 공여한 돈은 그 전부가 정비사업체의 대표인 피고인들에 대한 뇌물인 동시에 부정한 청탁에 의한 재물이고, 그렇지 않다 하더라도 위 피고인들은 피고인 11 주식회사로부터 자금을 차용함으로써 최소한 (기업집단 이름 생략)그룹 계열사 사이의 금전소비대차계약 당시 약정이율인 연 9%의 이자 상당의 재산상 이익을 얻었음에도 불구하고, 원심은 공여된 금원 전체를 뇌물이나 부정한 청탁에 의한 재산상 이익이라고 판단한 다음 추징을 하지 아니하였으니, 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당

제반사정에 비추어 원심의 징역형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단(원심판결 별지 범죄일람표 1.의 기재 순번 9, 30번에 대한 주문 무죄 부분에 대하여)

가. 별지 범죄일람표 1.의 순번 9번에 대하여(피고인 1, 2, 6)

(1) 주위적 공소사실에 대한 판단

(가) 원심의 판단

원심은, 피고인 11 주식회사가 2005. 4. 13. 피고인 12 주식회사에게 5,000만 원을 대여한 사실은 인정되나, 피고인 12 주식회사가 그로부터 상당 기간이 지난 후에서야 부천 심곡본동구역 재개발추진위원회를 상대로 정비사업과 관련한 업무를 관리·자문하였으므로, 그러한 사실만으로 위 구역의 주민을 상대로 정비사업 관리자의 직무를 수행한 것으로 볼 수 없어, 위 대여금은 직무에 관하여 지급된 것이 아니라고 판단하여, 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 위 구역은 위 대여일로부터 상당한 기간이 지난 2005. 10. 무렵부터 일부 주민들의 재개발 요구로 가칭 추진위원회가 설립되었는데, 피고인 12 주식회사가 그때부터 정비사업에 관한 서류작성을 대행해 주었고 2006. 2. 23. 무렵 가칭 추진위원회에게 '소요된 경비를 청구하지 않는다'는 취지의 이행 각서를 작성해주는 등으로 위 구역에서 정비사업에 관여하게 된 사실(증거기록 1-4, 73쪽 이하), 위 대여금은 대여 이후 1주일 만에 바로 상환된 사실(증거기록 1-3, 1145쪽, 2006. 4. 25.자 시니어미팅 주택재개발 수주추진계획안에는 대여금이 1억 원이라고 기재되어 있고, 5,000만 원에 대한 자료는 없다)이 인정되고, 이에다 다른 소비대차의 경우와는 달리 위 대여금에 대하여는 시니어미팅 회의록, 금전소비대차 계약서가 존재하지 않는 점, 피고인 11 주식회사가 위 구역의 재개발과 관련하여 피고인 12 주식회사에게 지급한 2006. 5. 19.자 대여금과는 시간적 간격이 있는 점을 더하여 보면, 위 2005. 4. 13.자 대여금 5,000만 원은 피고인 12 주식회사가 위 구역에서 수행하고 있거나 장래에 수행할 정비사업 업무 대행 등의 직무와 관련하여 지급된 것으로 보이지 않는다.

따라서 원심이 피고인 1, 2, 6에 대한 위 2005. 4. 13.자 5,000만 원 부분의 뇌물공여, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)의 점에 관하여 위 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 예비적 공소사실에 대한 판단

검사는 당심에 이르러 예비적으로, 이 부분 공소사실을 " 피고인 1, 2는 2005. 4. 13. 피고인 6에게 5,000만 원을 대여 함으로써 그에 대하여 연 9% 이자 상당의 금융이익과 위와 같은 자금을 사용할 수 있는 기회비용 상당의 금융이익을 뇌물로 공여하였고, 피고인 6은 이를 수수하였다"는 취지로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하고, 당원은 이를 허가하였다.

살피건대, 위 2005. 4. 13.자 5,000만 원이 피고인 12 주식회사가 부천심곡본동 재개발구역에서 수행하고 있거나 장래에 수행할 정비사업 관리자로서의 직무에 관하여 지급되었음을 인정할 증거가 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 이 부분 예비적 공소사실 역시 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 위 피고인들에 대한 이 부분 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 이에 대하여 검사가 항소를 제기한 당심에서 예비적으로 이 부분 공소사실을 추가하였다고 하더라도 원심과 결론이 동일하므로, 달리 주문에서 이 부분 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 않고 검사의 항소를 기각한다.

나. 별지 범죄일람표 1.의 순번 30번에 대하여{ 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사}

(1) 주위적 공소사실에 대한 판단

(가) 원심의 판단

원심은, 피고인 11 주식회사로부터 공소외 3 주식회사에게 지급된 2006. 5. 16.자 2억 원에 대하여 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 직무관련성을 인정할 증거가 없다고 판단하여 위 공소사실에 대하여 무죄를

선고하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 피고인 11 주식회사가 2006. 5. 16. 공소외 3 주식회사에게 2억 원을 지급한 사실은 인정되나(증거기록 1-6, 1963쪽), 위 돈이 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 관련되어 지급되어 있음을 인정할 증거가 없고, '2006. 2. 무렵 피고인 11 주식회사공소외 4 과장의 소개로 공소외 5를 만났는데, 2006. 4. 무렵 공소외 5로부터 부천지역 재개발 시장 정보를 지속적으로 제공할 테니 부족한 운영비를 지원해 줄 수 있느냐라는 부탁을 받고, 2006. 5. 16. 2억 원을 무이자로 빌려주었다'는 내용의 피고인 11 주식회사 인천지사장 공소외 6의 진술기재(증거기록 1-7, 148쪽), 피고인 11 주식회사의 2006. 4. 25.자 시니어미팅 회의록(부천 괴안 1-4 재개발지구는 부천시의 기본계획 결정 고시가 2006. 6.로 예정되어 있었다)만으로는 직무관련성을 인정하기 부족하고, 달리 이 점을 인정할 증거가 없으므로, 원심이 피고인 1, 2에 대한 위 2006. 5. 16.자 2억 원 부분의 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반의 점, 피고인 11 주식회사에 대한 건설산업기본법 위반의 점에 관하여 위 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 예비적 공소사실에 대한 판단

검사는 당심에 이르러 예비적으로, 이 부분 공소사실을 ' 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사가 2006. 5. 16. 공소외 3 주식회사에게 2억 원을 대여함으로써 그에 대하여 연 9% 이자 상당의 금융이익을 뇌물로 공여함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여하였다'는 취지로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하고, 당원은 이를 허가하였다.

살피건대, 위 대여금이 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 관련되어 지급되었음을 인정할 증거가 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 이 부분 예비적 공소사실 역시 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 위 피고인들에 대한 이 부분 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 이에 대하여 검사가 항소를 제기한 당심에서 예비적으로 이 부분 공소사실을 추가하였다고 하더라도 원심과 결론이 동일하므로, 달리 주문에서 이 부분 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 않고 검사의 항소를 기각한다.

3. 직권판단

피고인들 및 검사의 나머지 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 피고인들의 유죄부분{ 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 판촉물제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄 제외}에 대하여

원심은, 피고인들이 금원 자체를 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재물을 공여·취득하였다는 공소사실에 대하여, 공소장변경절차를 거치지 아니하고, 피고인들이 금융이익 또는 용역수주로 인한 이익을 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여·취득하였다는 범죄사실을 유죄로 인정하였다.

그러나 법원이 공소장의 변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정하기 위하여는 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내이어야 할 뿐더러 또한 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없어야 한다(대법원 2005. 4. 14. 선고 2005도913 판결 등 참조).

그러므로 살피건대, 금원 자체를 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재물을 공여·취득하였다는 공소사실에 금융이익 또는 용역수주로 인한 이익을 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여·취득하였다는 점이 포함되어 있다고 보기 어렵고, 공소제기된 금원의 공여 등 행위와 원심이 인정한 금융이익의 공여 등 행위는 그 범죄행위의 내용 내지 태양이 서로 달라서 그에 대응할 방어행위 역시 달라질 수밖에 없다고 할 것인바, 원심의 심리절차에서 금원을 차용한 것인지 여부에 대하여 어느 정도 심리가 행하여진 것으로 보이기는 하나, 이는 금원수수라는 공소사실을 방어의 대상으로 하여 방어권을 행사함에 따라 심리가 행하여진 것에 불과하고, 금융이익 상당을 수수한 점이 심판의 대상으로 될 것을 예상하여 이를 방어의 대상으로 하여 방어권을 행사한 것으로 보기에는 부족하므로, 그 부분에 관련하여 충분한 방어권 행사가 되었다고 볼 수는 없다고 할 것이어서 공소장변경 없이 금융이익 상당을 공여·수수·취득한 것으로 인정하는 것은 방어권 행사상 실질적인 불이익이 초래된 것으로 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고, 원심은 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점에 대하여 공소장변경절차를 거치지 아니한 채 직권으로 유죄로 판단하였으니, 이 부분 원심판결에는 방어권 행사상 실질적인 불이익이 있는지 여부에 대하여 심리를 다하지 아니하였거나 공소장변경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다(이에 검사는 당심에서 유죄부분에 대하여 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경신청을 하고 당심은 이를 허가하였다).

나. 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 판촉물 제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄에 대하여

이 부분 공소사실과 원심이 인정한 나머지 공소사실은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 부분 원심판결도 그대로 유지될 수 없다.

다.

피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 2006. 4. 13.자 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반죄에 대한 주문 무죄 부분에 대하여

검사는 위 주문 무죄 부분에 대하여 당심에서 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 이 부분 원심판결도 더 이상 유지될 수 없다.

4. 결 론

따라서 원심판결 중 유죄부분과 피고인 1, 2에 대한 2006. 4. 13.자 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반의 점, 피고인 11 주식회사에 대한 2006. 4. 13.자 건설산업기본법 위반의 점에 대한 무죄 부분은 위에서 본 바와 같이 직권파기 사유가 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 직권으로 이를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결의 주문 무죄 부분 중 위에서 파기하는 무죄 부분을 제외한 나머지 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사

① 피고인 1, 2의 뇌물공여죄에 관하여

도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라고 한다) 제84조는 " 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 조합의 임원과 정비사업 전문관리업자의 대표자(법인인 경우에는 임원을 말한다)·직원은 이를 공무원으로 본다.

"라고 규정하고 있는바, 피고인 1, 2는 정비사업 전문관리업자의 임직원에게 대여금 또는 용역비를 지급한 것이 아니라 법인(이하 '정비사업체'라고 한다)에게 대여금 또는 용역비를 지급하였고, 또 행정관청의 승인을 얻은 추진위원회와 정식으로 계약을 체결하지 않은 정비사업체의 임직원은 공무원으로 의제되는 것도 아니며, 위 피고인들이 정비사업체에 대여금 또는 용역비를 지급한 것은 그 이자에 상당하는 정보제공을 받기 위한 것으로서 뇌물에 해당하지 아니하므로, 뇌물공여죄가 성립하지 않는다.

② 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 건설산업기본법 위반죄에 관하여

건설산업기본법(이하 '건설법'이라고 한다) 제38조의2에서 말하는 '이해관계인'이란 수급인에 준하는 자 또는 시공자 선정에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 자를 말하는데, 피고인 1, 2 및 대여금 또는 용역비를 지급받은 정비사업체는 이해관계인에 해당하지 아니하고, 또 이 사건 대여금 또는 용역비 수수와 관련하여 어떠한 부정한 청탁도 존재하지 아니하였으므로, 건설산업기본법 위반죄는 성립하지 않는다.

또 판촉물 제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄의 공소사실은 이해관계인과 액수가 특정되지 아니하였으므로 공소가 기각되어야 하고, 가사 그렇지 않더라도 사회상규에 반하지 않는 정당행위에 해당한다.

나아가 위 금원 수수 내지 판촉물 제공 당시 위 피고인들에게는 위법성의 인식이 없었다.

(나) 피고인 3

공소외 1 주식회사의 자금을 조달하기 위하여 위 회사의 부산 전포 2-1구역 주택재개발 정비사업 추진위원회에 대한 용역비 채권을 담보로 피고인 11 주식회사로부터 1억 6,800만 원을 차용하였을 뿐, 정비사업체 임원의 직무에 관하여 위 금원을 수수한 것이 아니다.

(다) 피고인 4, 5, 9, 피고인 14 주식회사

(공통된 주장) ① 피고인 11 주식회사로부터의 각 차용금은 정보제공 협약에 따른 것으로 직무에 관한 뇌물이 아니고,

② 위 차용금으로 인해 회사에 대한 자금조달의무가 면해졌다는 사실만으로 대표이사인 피고인들이 그에 상응하는 금융이익을 얻었다고 볼 수 없다.

(피고인 4) 공소외 2 주식회사의 형식상 대표이사일 뿐, 이 사건 범행에 가담한 바 없다.

(라) 피고인 6, 7, 10, 피고인 12 주식회사, 피고인 15 주식회사

(공통된 주장) ① 정비사업체의 임직원이 공무원으로 의제되는 시기는 해당 재개발 구역 등에서 정비사업 관리자로 선정된 이후이고, ② 이 사건 대여금은 시공사 선정에 관한 업무의 지원과는 직무관련성이 없다.

(피고인 6) 차용금이 피고인 12 주식회사의 운영자금 등으로 사용되었으므로, 위 피고인은 뇌물죄의 주체가 될 수 없고, 직접 위 회사를 경영하지 않아 이 사건 범행에 가담한 바 없다.

(마) 피고인 8, 피고인 13 주식회사

피고인 13 주식회사가 대전 대동 1구역에서 가칭 추진위원회와 조합설립을 위한 동의서 징구 및 홍보업무의 대행에 관한 계약을 체결하였으나, 그 후 대전 동구청장으로부터 주택재개발사업이 불가능하다는 통보를 받아 위 업무가 중단되었으므로, 직무관련성을 인정할 수 없다.

(2) 양형부당

피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사를 제외한 나머지 피고인들에 대한 원심 선고 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검 사

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 주문 무죄 부분

원심이 정비사업체의 임직원의 직무에 있어 뇌물죄에서 요구되는 직무관련성과 대가성의 요건이 충족되기 위해서는 "시공사 선정에 관한 업무의 지원 또는 이와 관련한 자문과 밀접한 관계가 있는 행위 또는 이와 관례상이나 사실상 관여하는 행위와 관련하여 금품의 수수가 있어야 한다"는 전제 하에, 원심 판시 주문 무죄 부분에 대하여 직무관련성을 인정하지 않은 것은 그 범위를 부당하게 축소하여 해석한 것으로서 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(나) 이유 무죄 부분

피고인 11 주식회사가 수주에 실패한 정비구역에 대해서만 정비사업체에게 지급한 돈을 회수한 점, 기타 피고인 11 주식회사의 내부문건 등에 비추어 정비사업체에 공여한 돈은 그 전부가 정비사업체의 대표인 피고인들에 대한 뇌물인 동시에 부정한 청탁에 의한 재물이고, 그렇지 않다 하더라도 위 피고인들은 피고인 11 주식회사로부터 자금을 차용함으로써 인해 최소한 (기업집단 이름 생략)그룹 계열사 사이의 금전소비대차계약 당시 약정이율인 연 9%의 이자 상당의 재산상 이익을 얻었음에도 불구하고, 원심은 공여된 금원 전체를 뇌물이나 부정한 청탁에 의한 재물로 보지 않고 용역수주로 인한 미상의 이익과 미상의 금융이익만을 뇌물 또는 부정한 청탁에 의한 재산상 이익이라고 판단한 다음 추징을 하지 아니하였으니, 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당

제반사정에 비추어 원심의 징역형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단(원심판결 별지 범죄일람표 1.의 기재 순번 9, 30번에 대한 주문 무죄 부분에 대하여)

가. 별지 범죄일람표 1.의 순번 9번에 대하여(피고인 1, 2, 6)

(1) 주위적 공소사실에 대한 판단

(가) 원심의 판단

원심은, 피고인 11 주식회사가 2005. 4. 13. 피고인 12 주식회사에게 5,000만 원을 대여한 사실은 인정되나, 피고인 12 주식회사가 그로부터 상당 기간이 지난 후에야 부천 심곡본동구역 재개발추진위원회를 상대로 정비사업과 관련한 업무를 관리·자문하였으므로, 그러한 사실만으로 위 구역의 주민을 상대로 정비사업 관리자의 직무를 수행한 것으로 볼 수 없어, 위 대여금은 직무에 관하여 지급된 것이 아니라고 판단하여, 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 위 구역은 위 대여일로부터 상당한 기간이 지난 2005. 10. 무렵부터 일부 주민들의 재개발 요구로 가칭 추진위원회가 설립되었는데, 피고인 12 주식회사가 그때부터 정비사업에 관한 서류작성을 대행해 주었고 2006. 2. 23. 무렵 가칭 추진위원회에게 '소요된 경비를 청구하지 않는다'는 취지의 이행 각서를 작성해주는 등으로 위 구역에서 정비사업에 관여하게 된 사실(증거기록 1-4, 73쪽 이하), 위 대여금은 대여 이후 1주일 만에 바로 상환된 사실(증거기록 1-3, 1145쪽, 2006. 4. 25.자 시니어미팅 주택재개발 수주추진계획안에는 대여금이 1억 원이라고 기재되어 있고, 5,000만 원에 대한 자료는 없다)이 인정되고, 이에다 다른 소비대차의 경우와는 달리 위 대여금에 대하여는 시니어미팅 회의록, 금전소비대차 계약서가 존재하지 않는 점, 피고인 11 주식회사가 위 구역의 재개발과 관련하여 피고인 12 주식회사에게 지급한 2006. 5. 19.자 대여금과는 시간적 간격이 있는 점을 더하여 보면, 위 2005. 4. 13.자 대여금 5,000만 원은 피고인 12 주식회사가 위 구역에서 수행하고 있거나 장래에 수행할 정비사업 업무 대행 등의 직무와 관련하여 지급된 것으로 보이지 않는다.

따라서 원심이 피고인 1, 2, 6에 대한 위 2005. 4. 13.자 5,000만 원 부분의 뇌물공여, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)의 점에 관하여 위 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 예비적 공소사실에 대한 판단

검사는 당심에 이르러 예비적으로, 이 부분 공소사실을 " 피고인 1, 2는 2005. 4. 13. 피고인 6에게 5,000만 원을 대여 함으로써 그에 대하여 연 9% 이자 상당의 금융이익과 위와 같은 자금을 사용할 수 있는 기회비용 상당의 금융이익을 뇌물로 공여하였고, 피고인 6은 이를 수수하였다"는 취지로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하고, 당원은 이를 허가하였다.

살피건대, 위 2005. 4. 13.자 5,000만 원이 피고인 12 주식회사가 부천심곡본동 재개발구역에서 수행하고 있거나 장래에 수행할 정비사업 관리자로서의 직무에 관하여 지급되었음을 인정할 증거가 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 이 부분 예비적 공소사실 역시 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄

를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 위 피고인들에 대한 이 부분 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 이에 대하여 검사가 항소를 제기한 당심에서 예비적으로 이 부분 공소사실을 추가하였다고 하더라도 원심과 결론이 동일하므로, 달리 주문에서 이 부분 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 않고 검사의 항소를 기각한다.

나. 별지 범죄일람표 1.의 순번 30번에 대하여{ 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사}

(1) 주위적 공소사실에 대한 판단

(가) 원심의 판단

원심은, 피고인 11 주식회사로부터 공소외 3 주식회사에게 지급된 2006. 5. 16.자 2억 원에 대하여 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 직무관련성을 인정할 증거가 없다고 판단하여 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 피고인 11 주식회사가 2006. 5. 16. 공소외 3 주식회사에게 2억 원을 지급한 사실은 인정되나(증거기록 1-6, 1963쪽), 위 돈이 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 관련되어 지급되어 있음을 인정할 증거가 없고, '2006. 2. 무렵 피고인 11 주식회사공소외 4 과장의 소개로 공소외 5를 만났는데, 2006. 4. 무렵 공소외 5로부터 부천지역 재개발 시장 정보를 지속적으로 제공할 테니 부족한 운영비를 지원해 줄 수 있느냐라는 부탁을 받고, 2006. 5. 16. 2억 원을 무이자로 빌려주었다'는 내용의 피고인 11 주식회사 인천지사장 공소외 6의 진술기재(증거기록 1-7, 148쪽), 피고인 11 주식회사의 2006. 4. 25.자 시니어미팅 회의록(부천 괴안 1-4 재개발지구는 부천시의 기본계획 결정 고시가 2006. 6.로 예정되어 있었다)만으로는 직무관련성을 인정하기 부족하고, 달리 이 점을 인정할 증거가 없으므로, 원심이 피고인 1, 2에 대한 위 2006. 5. 16.자 2억 원 부분의 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반의 점, 피고인 11 주식회사에 대한 건설산업기본법 위반의 점에 관하여 위 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 예비적 공소사실에 대한 판단

검사는 당심에 이르러 예비적으로, 이 부분 공소사실을 ' 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사가 2006. 5. 16. 공소외 3 주식회사에게 2억 원을 대여함으로써 그에 대하여 연 9% 이자 상당의 금융이익을 뇌물로 공여함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여하였다'는 취지로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하고, 당원은 이를 허가하였다.

살피건대, 위 대여금이 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 관련되어 지급되었음을 인정할 증거가 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 이 부분 예비적 공소사실 역시 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 위 피고인들에 대한 이 부분 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 이에 대하여 검사가 항소를 제기한 당심에서 예비적으로 이 부분 공소사실을 추가하였다고 하더라도 원심과 결론이 동일하므로, 달리 주문에서 이 부분 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 않

고 검사의 항소를 기각한다.

3. 직권판단

피고인들 및 검사의 나머지 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 피고인들의 유죄부분{ 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 판촉물제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄 제외}에 대하여

원심은, 피고인들이 금원 자체를 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재물을 공여·취득하였다는 공소사실에 대하여, 공소장변경절차를 거치지 아니하고, 피고인들이 금융이익 또는 용역수주로 인한 이익을 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여·취득하였다는 범죄사실을 유죄로 인정하였다.

그러나 법원이 공소장의 변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정하기 위하여는 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내이어야 할 뿐더러 또한 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없어야 한다(대법원 2005. 4. 14. 선고 2005도913 판결 등 참조).

그러므로 살피건대, 금원 자체를 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재물을 공여·취득하였다는 공소사실에 금융이익 또는 용역수주로 인한 이익을 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여·취득하였다는 점이 포함되어 있다고 보기 어렵고, 공소제기된 금원의 공여 등 행위와 원심이 인정한 금융이익의 공여 등 행위는 그 범죄행위의 내용 내지 태양이 서로 달라서 그에 대응할 방어행위 역시 달라질 수밖에 없다고 할 것인바, 원심의 심리절차에서 금원을 차용한 것인지 여부에 대하여 어느 정도 심리가 행하여진 것으로 보이기는 하나, 이는 금원수수라는 공소사실을 방어의 대상으로 하여 방어권을 행사함에 따라 심리가 행하여진 것에 불과하고, 금융이익 상당을 수수한 점이 심판의 대상으로 될 것을 예상하여 이를 방어의 대상으로 하여 방어권을 행사한 것으로 보기에는 부족하므로, 그 부분에 관련하여 충분한 방어권 행사가 되었다고 볼 수는 없다고 할 것이어서 공소장변경 없이 금융이익 상당을 공여·수수·취득한 것으로 인정하는 것은 방어권 행사상 실질적인 불이익이 초래된 것으로 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고, 원심은 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점에 대하여 공소장변경절차를 거치지 아니한 채 직권으로 유죄로 판단하였으니, 이 부분 원심판결에는 방어권 행사상 실질적인 불이익이 있는지 여부에 대하여 심리를 다하지 아니하였거나 공소장변경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다(이에 검사는 당심에서 유죄부분에 대하여 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경신청을 하고 당심은 이를 허가하였다).

나. 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 판촉물 제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄에 대하여

이 부분 공소사실과 원심이 인정한 나머지 공소사실은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 부분 원심판결도 그대로 유지될 수 없다.

다.

피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 2006. 4. 13.자 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반죄에 대한 주문 무죄 부분에 대하여

검사는 위 주문 무죄 부분에 대하여 당심에서 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 이 부분 원심 판결도 더 이상 유지될 수 없다.

4. 결 론

따라서 원심판결 중 유죄부분과 피고인 1, 2에 대한 2006. 4. 13.자 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반의 점, 피고인 11 주식회사에 대한 2006. 4. 13.자 건설산업기본법 위반의 점에 대한 무죄 부분은 위에서 본 바와 같이 직권파기 사유가 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 직권으로 이를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결의 주문 무죄 부분 중 위에서 파기하는 무죄 부분을 제외한 나머지 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사

① 피고인 1, 2의 뇌물공여죄에 관하여

도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라고 한다) 제84조는 " 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 조합의 임원과 정비사업 전문관리업자의 대표자(법인인 경우에는 임원을 말한다)·직원은 이를 공무원으로 본다. "라고 규정하고 있는바, 피고인 1, 2는 정비사업 전문관리업자의 임직원에게 대여금 또는 용역비를 지급한 것이 아니라 법인(이하 '정비사업체'라고 한다)에게 대여금 또는 용역비를 지급하였고, 또 행정관청의 승인을 얻은 추진위원회와 정식으로 계약을 체결하지 않은 정비사업체의 임직원은 공무원으로 의제되는 것도 아니며, 위 피고인들이 정비사업체에 대여금 또는 용역비를 지급한 것은 그 이자에 상당하는 정보제공을 받기 위한 것으로서 뇌물에 해당하지 아니하므로, 뇌물공여죄가 성립하지 않는다.

② 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 건설산업기본법 위반죄에 관하여

건설산업기본법(이하 '건산법'이라고 한다) 제38조의2에서 말하는 '이해관계인'이란 수급인에 준하는 자 또는 시공사 선정에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 자를 말하는데, 피고인 1, 2 및 대여금 또는 용역비를 지급받은 정비사업체는 이해관계인에 해당하지 아니하고, 또 이 사건 대여금 또는 용역비 수수와 관련하여 어떠한 부정한 청탁도 존재하지 아니하였으므로, 건설산업기본법 위반죄는 성립하지 않는다.

또 판촉물 제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄의 공소사실은 이해관계인과 액수가 특정되지 아니하였으므로 공소가 기각되어야 하고, 가사 그렇지 않더라도 사회상규에 반하지 않는 정당행위에 해당한다.

나아가 위 금원 수수 내지 판촉물 제공 당시 위 피고인들에게는 위법성의 인식이 없었다.

(나) 피고인 3

공소외 1 주식회사의 자금을 조달하기 위하여 위 회사의 부산 전포 2-1구역 주택재개발 정비사업 추진위원회에 대한 용역비 채권을 담보로 피고인 11 주식회사로부터 1억 6,800만 원을 차용하였을 뿐, 정비사업체 임원의 직무에 관하여 위 금원을 수수한 것이 아니다.

(다) 피고인 4, 5, 9, 피고인 14 주식회사

(공통된 주장) ① 피고인 11 주식회사로부터의 각 차용금은 정보제공 협약에 따른 것으로 직무에 관한 뇌물이 아니고, ② 위 차용금으로 인해 회사에 대한 자금조달의무가 면해졌다는 사실만으로 대표이사인 피고인들이 그에 상응하는 금융이익을 얻었다고 볼 수 없다.

(피고인 4) 공소외 2 주식회사의 형식상 대표이사일 뿐, 이 사건 범행에 가담한 바 없다.

(라) 피고인 6, 7, 10, 피고인 12 주식회사, 피고인 15 주식회사

(공통된 주장) ① 정비사업체의 임직원이 공무원으로 의제되는 시기는 해당 재개발 구역 등에서 정비사업 관리자로 선정된 이후이고, ② 이 사건 대여금은 시공사 선정에 관한 업무의 지원과는 직무관련성이 없다.

(피고인 6) 차용금이 피고인 12 주식회사의 운영자금 등으로 사용되었으므로, 위 피고인은 뇌물죄의 주체가 될 수 없고, 직접 위 회사를 경영하지 않아 이 사건 범행에 가담한 바 없다.

(마) 피고인 8, 피고인 13 주식회사

피고인 13 주식회사가 대전 대동 1구역에서 가칭 추진위원회와 조합설립을 위한 동의서 징구 및 홍보업무의 대행에 관한 계약을 체결하였으나, 그 후 대전 동구청장으로부터 주택재개발사업이 불가능하다는 통보를 받아 위 업무가 중단되었으므로, 직무관련성을 인정할 수 없다.

(2) 양형부당

피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사를 제외한 나머지 피고인들에 대한 원심 선고 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검 사

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 주문 무죄 부분

원심이 정비사업체의 임직원의 직무에 있어 뇌물죄에서 요구되는 직무관련성과 대가성의 요건이 충족되기 위해서는 "시공사 선정에 관한 업무의 지원 또는 이와 관련한 자문과 밀접한 관계가 있는 행위 또는 이와 관례상이나 사실상 관여하는 행위와 관련하여 금품의 수수가 있어야 한다"는 전제 하에, 원심 판시 주문 무죄 부분에 대하여 직무관련성을 인정하지 않은 것은 그 범위를 부당하게 축소하여 해석한 것으로서 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(나) 이유 무죄 부분

피고인 11 주식회사가 수주에 실패한 정비구역에 대해서만 정비사업체에게 지급한 돈을 회수한 점, 기타 피고인 11 주식회사의 내부문건 등에 비추어 정비사업체에 공여한 돈은 그 전부가 정비사업체의 대표인 피고인들에 대한 뇌물

인 동시에 부정한 청탁에 의한 재물이고, 그렇지 않다 하더라도 위 피고인들은 피고인 11 주식회사로부터 자금을 차용함으로 인해 최소한 (기업집단 이름 생략)그룹 계열사 사이의 금전소비대차계약 당시 약정이율인 연 9%의 이자 상당의 재산상 이익을 얻었음에도 불구하고, 원심은 공여된 금원 전체를 뇌물이나 부정한 청탁에 의한 재물로 보지 않고 용역수주로 인한 미상의 이익과 미상의 금융이익만을 뇌물 또는 부정한 청탁에 의한 재산상 이익이라고 판단한 다음 주장을 하지 아니하였으니, 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당

제반사정에 비추어 원심의 징역형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단(원심판결 별지 범죄일람표 1.의 기재 순번 9, 30번에 대한 주문 무죄 부분에 대하여)
가. 별지 범죄일람표 1.의 순번 9번에 대하여(피고인 1, 2, 6)

(1) 주위적 공소사실에 대한 판단

(가) 원심의 판단

원심은, 피고인 11 주식회사가 2005. 4. 13. 피고인 12 주식회사에게 5,000만 원을 대여한 사실은 인정되나, 피고인 12 주식회사가 그로부터 상당 기간이 지난 후에야 부천 심곡본동구역 재개발추진위원회를 상대로 정비사업과 관련한 업무를 관리·자문하였으므로, 그러한 사실만으로 위 구역의 주민을 상대로 정비사업 관리자의 직무를 수행한 것으로 볼 수 없어, 위 대여금은 직무에 관하여 지급된 것이 아니라고 판단하여, 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 위 구역은 위 대여일로부터 상당한 기간이 지난 2005. 10. 무렵부터 일부 주민들의 재개발 요구로 가칭 추진위원회가 설립되었는데, 피고인 12 주식회사가 그때부터 정비사업에 관한 서류작성을 대행해 주었고 2006. 2. 23. 무렵 가칭 추진위원회에게 '소요된 경비를 청구하지 않는다'는 취지의 이행각서를 작성해주는 등으로 위 구역에서 정비사업에 관여하게 된 사실(증거기록 1-4, 73쪽 이하), 위 대여금은 대여 이후 1주일 만에 바로 상환된 사실(증거기록 1-3, 1145쪽, 2006. 4. 25.자 시니어미팅 주택재개발 수주추진계획안에는 대여금이 1억 원이라고 기재되어 있고, 5,000만 원에 대한 자료는 없다)이 인정되고, 이에다 다른 소비대차의 경우와는 달리 위 대여금에 대하여는 시니어미팅 회의록, 금전소비대차 계약서가 존재하지 않는 점, 피고인 11 주식회사가 위 구역의 재개발과 관련하여 피고인 12 주식회사에게 지급한 2006. 5. 19.자 대여금과는 시간적 간격이 있는 점을 더하여 보면, 위 2005. 4. 13.자 대여금 5,000만 원은 피고인 12 주식회사가 위 구역에서 수행하고 있거나 장래에 수행할 정비사업 업무 대행 등의 직무와 관련하여 지급된 것으로 보이지 않는다.

따라서 원심이 피고인 1, 2, 6에 대한 위 2005. 4. 13.자 5,000만 원 부분의 뇌물공여, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)의 점에 관하여 위 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 예비적 공소사실에 대한 판단

검사는 당심에 이르러 예비적으로, 이 부분 공소사실을 " 피고인 1, 2는 2005. 4. 13. 피고인 6에게 5,000만 원을 대여 함으로써 그에 대하여 연 9% 이자 상당의 금융이익과 위와 같은 자금을 사용할 수 있는 기회비용 상당의 금융이익 을 뇌물로 공여하였고, 피고인 6은 이를 수수하였다"는 취지로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하고, 당원은 이를 허가하였다.

살피건대, 위 2005. 4. 13.자 5,000만 원이 피고인 12 주식회사가 부천심곡본동 재개발구역에서 수행하고 있거나 장래 에 수행할 정비사업 관리자로서의 직무에 관하여 지급되었음을 인정할 증거가 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 이 부분 예비적 공소사실 역시 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄 를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 위 피고인들에 대한 이 부분 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 이에 대하여 검사가 항소를 제기한 당심에서 예비적으로 이 부분 공소사실을 추가하였다고 하더라도 원심과 결론이 동 일하므로, 달리 주문에서 이 부분 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 않고 검사의 항소를 기각한다.

나. 별지 범죄일람표 1.의 순번 30번에 대하여{ 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사}

(1) 주위적 공소사실에 대한 판단

(가) 원심의 판단

원심은, 피고인 11 주식회사로부터 공소외 3 주식회사에게 지급된 2006. 5. 16.자 2억 원에 대하여 공소외 3 주식회사 의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 직무관련성을 인정할 증거가 없다고 판단하여 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 피고인 11 주식회사가 2006. 5. 16. 공소외 3 주식회사에게 2억 원 을 지급한 사실은 인정되나(증거기록 1-6, 1963쪽), 위 돈이 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 관련되어 지급되어 있음을 인정할 증거가 없고, '2006. 2. 무렵 피고인 11 주식회사공소외 4 과장의 소개로 공소외 5를 만났는데, 2006. 4. 무렵 공소외 5로부터 부천지역 재개발 시장 정보를 지속적으로 제공할 테니 부족한 운영비 를 지원해 줄 수 있느냐라는 부탁을 받고, 2006. 5. 16. 2억 원을 무이자로 빌려주었다'는 내용의 피고인 11 주식회 사 인천지사장 공소외 6의 진술기재(증거기록 1-7, 148쪽), 피고인 11 주식회사의 2006. 4. 25.자 시니어미팅 회의 록(부천 괴안 1-4 재개발지구는 부천시의 기본계획 결정 고시가 2006. 6.로 예정되어 있었다)만으로는 직무관련성 을 인정하기 부족하고, 달리 이 점을 인정할 증거가 없으므로, 원심이 피고인 1, 2에 대한 위 2006. 5. 16.자 2억 원 부분의 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반의 점, 피고인 11 주식회사에 대한 건설산업기본법 위반의 점에 관하여 위 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사 실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 예비적 공소사실에 대한 판단

검사는 당심에 이르러 예비적으로, 이 부분 공소사실을 ' 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사가 2006. 5. 16. 공소외 3 주식회사에게 2억 원을 대여함으로써 그에 대하여 연 9% 이자 상당의 금융이익을 뇌물로 공여함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여하였다'는 취지로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하고, 당원은 이를 허가하였다.

살피건대, 위 대여금이 공소외 3 주식회사의 부친 괴안 1-4 구역 재개발사업과 관련되어 지급되었음을 인정할 증거가 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 이 부분 예비적 공소사실 역시 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 위 피고인들에 대한 이 부분 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 이에 대하여 검사가 항소를 제기한 당심에서 예비적으로 이 부분 공소사실을 추가하였다고 하더라도 원심과 결론이 동일하므로, 달리 주문에서 이 부분 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 않고 검사의 항소를 기각한다.

3. 직권판단

피고인들 및 검사의 나머지 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 피고인들의 유죄부분{ 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 판촉물제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄 제외}에 대하여

원심은, 피고인들이 금원 자체를 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재물을 공여·취득하였다는 공소사실에 대하여, 공소장변경절차를 거치지 아니하고, 피고인들이 금융이익 또는 용역수주로 인한 이익을 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여·취득하였다는 범죄사실을 유죄로 인정하였다.

그러나 법원이 공소장의 변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정하기 위하여는 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내이어야 할 뿐더러 또한 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없어야 한다(대법원 2005. 4. 14. 선고 2005도913 판결 등 참조).

그러므로 살피건대, 금원 자체를 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재물을 공여·취득하였다는 공소사실에 금융이익 또는 용역수주로 인한 이익을 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여·취득하였다는 점이 포함되어 있다고 보기 어렵고, 공소제기된 금원의 공여 등 행위와 원심이 인정한 금융이익의 공여 등 행위는 그 범죄행위의 내용 내지 태양이 서로 달라서 그에 대응할 방어행위 역시 달라질 수밖에 없다고 할 것인바, 원심의 심리절차에서 금원을 차용한 것인지 여부에 대하여 어느 정도 심리가 행하여진 것으로 보이기는 하나, 이는 금원수수라는 공소사실을 방어의 대상으로 하여 방어권을 행사함에 따라 심리가 행하여진 것에 불과하고, 금융이익 상당을 수수한 점이 심판의 대상으로 될 것을 예상하여 이를 방어의 대상으로 하여 방어권을 행사한 것으로 보기에 부족하므로, 그 부분에 관련하여 충분한 방어권 행사가 되었다고 볼 수는 없다고 할 것이어서 공소장변경 없이 금융이익 상당을 공여·수수·취득한 것으로 인정하는 것은 방어권 행사상 실질적인 불이익이 초래된 것으로 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고, 원심은 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점에 대하여 공소장변경절차를 거치지 아니한 채 직권으로 유죄로 판단하였으니, 이 부분 원심판결에는 방어권 행사상 실질적인 불이익이 있는지 여부에 대하여 심리를 다하지 아니하였거나 공소장변경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다(이에 검사

는 당심에서 유죄부분에 대하여 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장 변경신청을 하고 당심은 이를 허가하였다).

나. 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 판촉물 제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄에 대하여 이 부분 공소사실과 원심이 인정한 나머지 공소사실은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 부분 원심판결도 그대로 유지될 수 없다.

다.

피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 2006. 4. 13.자 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반죄에 대한 주문 무죄 부분에 대하여

검사는 위 주문 무죄 부분에 대하여 당심에서 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 이 부분 원심판결도 더 이상 유지될 수 없다.

4. 결 론

따라서 원심판결 중 유죄부분과 피고인 1, 2에 대한 2006. 4. 13.자 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반의 점, 피고인 11 주식회사에 대한 2006. 4. 13.자 건설산업기본법 위반의 점에 대한 무죄 부분은 위에서 본 바와 같이 직권파기 사유가 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 직권으로 이를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결의 주문 무죄 부분 중 위에서 파기하는 무죄 부분을 제외한 나머지 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사

① 피고인 1, 2의 뇌물공여죄에 관하여

도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라고 한다) 제84조는 " 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 조합의 임원과 정비사업 전문관리업자의 대표자(법인인 경우에는 임원을 말한다)·직원은 이를 공무원으로 본다. "라고 규정하고 있는바, 피고인 1, 2는 정비사업 전문관리업자의 임직원에게 대여금 또는 용역비를 지급한 것이 아니라 법인(이하 '정비사업체'라고 한다)에게 대여금 또는 용역비를 지급하였고, 또 행정관청의 승인을 얻은 추진위원회와 정식으로 계약을 체결하지 않은 정비사업체의 임직원은 공무원으로 의제되는 것도 아니며, 위 피고인들이 정비사업체에 대여금 또는 용역비를 지급한 것은 그 이자에 상당하는 정보제공을 받기 위한 것으로서 뇌물에 해당하지 아니하므로, 뇌물공여죄가 성립하지 않는다.

② 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 건설산업기본법 위반죄에 관하여

건설산업기본법(이하 '건설법'이라고 한다) 제38조의2에서 말하는 '이해관계인'이란 수급인에 준하는 자 또는 시공사 선정에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 자를 말하는데, 피고인 1, 2 및 대여금 또는 용역비를 지급받은 정비사업체는 이해관계인에 해당하지 아니하고, 또 이 사건 대여금 또는 용역비 수수와 관련하여 어떠한 부정한 청탁도 존재하지 아니하였으므로, 건설산업기본법 위반죄는 성립하지 않는다.

또 판촉물 제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄의 공소사실은 이해관계인과 액수가 특정되지 아니하였으므로 공소가 기각되어야 하고, 가사 그렇지 않더라도 사회상규에 반하지 않는 정당행위에 해당한다.

나아가 위 금원 수수 내지 판촉물 제공 당시 위 피고인들에게는 위법성의 인식이 없었다.

(나) 피고인 3

공소외 1 주식회사의 자금을 조달하기 위하여 위 회사의 부산 전포 2-1구역 주택재개발 정비사업 추진위원회에 대한 용역비 채권을 담보로 피고인 11 주식회사로부터 1억 6,800만 원을 차용하였을 뿐, 정비사업체 임원의 직무에 관하여 위 금원을 수수한 것이 아니다.

(다) 피고인 4, 5, 9, 피고인 14 주식회사

(공통된 주장) ① 피고인 11 주식회사로부터의 각 차용금은 정보제공 협약에 따른 것으로 직무에 관한 뇌물이 아니고, ② 위 차용금으로 인해 회사에 대한 자금조달의무가 면해졌다는 사실만으로 대표이사인 피고인들이 그에 상응하는 금융이익을 얻었다고 볼 수 없다.

(피고인 4) 공소외 2 주식회사의 형식상 대표이사일 뿐, 이 사건 범행에 가담한 바 없다.

(라) 피고인 6, 7, 10, 피고인 12 주식회사, 피고인 15 주식회사

(공통된 주장) ① 정비사업체의 임직원이 공무원으로 의제되는 시기는 해당 재개발 구역 등에서 정비사업 관리자로 선정된 이후이고, ② 이 사건 대여금은 시공사 선정에 관한 업무의 지원과는 직무관련성이 없다.

(피고인 6) 차용금이 피고인 12 주식회사의 운영자금 등으로 사용되었으므로, 위 피고인은 뇌물죄의 주체가 될 수 없고, 직접 위 회사를 경영하지 않아 이 사건 범행에 가담한 바 없다.

(마) 피고인 8, 피고인 13 주식회사

피고인 13 주식회사가 대전 대동 1구역에서 가칭 추진위원회의와 조합설립을 위한 동의서 징구 및 홍보업무의 대행에 관한 계약을 체결하였으나, 그 후 대전 동구청장으로부터 주택재개발사업이 불가능하다는 통보를 받아 위 업무가 중단되었으므로, 직무관련성을 인정할 수 없다.

(2) 양형부당

피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사를 제외한 나머지 피고인들에 대한 원심 선고 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검 사

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 주문 무죄 부분

원심이 정비사업체의 임직원의 직무에 있어 뇌물죄에서 요구되는 직무관련성과 대가성의 요건이 충족되기 위해서는 "시공자 선정에 관한 업무의 지원 또는 이와 관련한 자문과 밀접한 관계가 있는 행위 또는 이와 관례상이나 사실상 관여하는 행위와 관련하여 금품의 수수가 있어야 한다"는 전제 하에, 원심 판시 주문 무죄 부분에 대하여 직무관련성을 인정하지 않은 것은 그 범위를 부당하게 축소하여 해석한 것으로서 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(나) 이유 무죄 부분

피고인 11 주식회사가 수주에 실패한 정비구역에 대해서만 정비사업체에게 지급한 돈을 회수한 점, 기타 피고인 11 주식회사의 내부문건 등에 비추어 정비사업체에 공여한 돈은 그 전부가 정비사업체의 대표인 피고인들에 대한 뇌물인 동시에 부정한 청탁에 의한 재물이고, 그렇지 않다 하더라도 위 피고인들은 피고인 11 주식회사로부터 자금을 차용함으로써 인해 최소한 (기업집단 이름 생략)그룹 계열사 사이의 금전소비대차계약 당시 약정이율인 연 9%의 이자 상당의 재산상 이익을 얻었음에도 불구하고, 원심은 공여된 금원 전체를 뇌물이나 부정한 청탁에 의한 재물로 보지 않고 용역수주로 인한 미상의 이익과 미상의 금융이익만을 뇌물 또는 부정한 청탁에 의한 재산상 이익이라고 판단한 다음 주장을 하지 아니하였으니, 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당

제반사정에 비추어 원심의 징역형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단(원심판결 별지 범죄일람표 1.의 기재 순번 9, 30번에 대한 주문 무죄 부분에 대하여)

가. 별지 범죄일람표 1.의 순번 9번에 대하여(피고인 1, 2, 6)

(1) 주위적 공소사실에 대한 판단

(가) 원심의 판단

원심은, 피고인 11 주식회사가 2005. 4. 13. 피고인 12 주식회사에게 5,000만 원을 대여한 사실은 인정되나, 피고인 12 주식회사가 그로부터 상당 기간이 지난 후에서야 부천 심곡본동구역 재개발추진위원회를 상대로 정비사업과 관련한 업무를 관리·자문하였으므로, 그러한 사실만으로 위 구역의 주민을 상대로 정비사업 관리자의 직무를 수행한 것으로 볼 수 없어, 위 대여금은 직무에 관하여 지급된 것이 아니라고 판단하여, 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 위 구역은 위 대여일로부터 상당한 기간이 지난 2005. 10. 무렵부터 일부 주민들의 재개발 요구로 가칭 추진위원회가 설립되었는데, 피고인 12 주식회사가 그때부터 정비사업에 관한 서류작성을 대행해 주었고 2006. 2. 23. 무렵 가칭 추진위원회에게 '소요된 경비를 청구하지 않는다'는 취지의 이행각서를 작성해주는 등으로 위 구역에서 정비사업에 관여하게 된 사실(증거기록 1-4, 73쪽 이하), 위 대여금은 대여 이후 1주일 만에 바로 상환된 사실(증거기록 1-3, 1145쪽, 2006. 4. 25.자 시니어미팅 주택재개발 수주추진계획안에는 대여금이 1억 원이라고 기재되어 있고, 5,000만 원에 대한 자료는 없다)이 인정되고, 이에다 다른 소비대차의 경

우와는 달리 위 대여금에 대하여는 시니어미팅 회의록, 금전소비대차 계약서가 존재하지 않는 점, 피고인 11 주식회사가 위 구역의 재개발과 관련하여 피고인 12 주식회사에게 지급한 2006. 5. 19.자 대여금과는 시간적 간격이 있는 점을 더하여 보면, 위 2005. 4. 13.자 대여금 5,000만 원은 피고인 12 주식회사가 위 구역에서 수행하고 있거나 장래에 수행할 정비사업 업무 대행 등의 직무와 관련하여 지급된 것으로 보이지 않는다.

따라서 원심이 피고인 1, 2, 6에 대한 위 2005. 4. 13.자 5,000만 원 부분의 뇌물공여, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)의 점에 관하여 위 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 예비적 공소사실에 대한 판단

검사는 당심에 이르러 예비적으로, 이 부분 공소사실을 " 피고인 1, 2는 2005. 4. 13. 피고인 6에게 5,000만 원을 대여 함으로써 그에 대하여 연 9% 이자 상당의 금융이익과 위와 같은 자금을 사용할 수 있는 기회비용 상당의 금융이익 을 뇌물로 공여하였고, 피고인 6은 이를 수수하였다"는 취지로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하고, 당원은 이를 허가하였다.

살피건대, 위 2005. 4. 13.자 5,000만 원이 피고인 12 주식회사가 부천심곡본동 재개발구역에서 수행하고 있거나 장래에 수행할 정비사업 관리자로서의 직무에 관하여 지급되었음을 인정할 증거가 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 이 부분 예비적 공소사실 역시 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 위 피고인들에 대한 이 부분 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 이에 대하여 검사가 항소를 제기한 당심에서 예비적으로 이 부분 공소사실을 추가하였다고 하더라도 원심과 결론이 동일하므로, 달리 주문에서 이 부분 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 않고 검사의 항소를 기각한다.

나. 별지 범죄일람표 1.의 순번 30번에 대하여{ 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사}

(1) 주위적 공소사실에 대한 판단

(가) 원심의 판단

원심은, 피고인 11 주식회사로부터 공소외 3 주식회사에게 지급된 2006. 5. 16.자 2억 원에 대하여 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 직무관련성을 인정할 증거가 없다고 판단하여 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 피고인 11 주식회사가 2006. 5. 16. 공소외 3 주식회사에게 2억 원을 지급한 사실은 인정되나(증거기록 1-6, 1963쪽), 위 돈이 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 관련되어 지급되어 있음을 인정할 증거가 없고, '2006. 2. 무렵 피고인 11 주식회사공소외 4 과장의 소개로 공소외 5를 만났는데, 2006. 4. 무렵 공소외 5로부터 부천지역 재개발 시장 정보를 지속적으로 제공할 테니 부족한 운영비를 지원해 줄 수 있느냐라는 부탁을 받고, 2006. 5. 16. 2억 원을 무이자로 빌려주었다'는 내용의 피고인 11 주식회

사 인천지사장 공소외 6의 진술기재(증거기록 1-7, 148쪽), 피고인 11 주식회사의 2006. 4. 25.자 시니어미팅 회의록(부천 괴안 1-4 재개발지구는 부천시의 기본계획 결정 고시가 2006. 6.로 예정되어 있었다)만으로는 직무관련성을 인정하기 부족하고, 달리 이 점을 인정할 증거가 없으므로, 원심이 피고인 1, 2에 대한 위 2006. 5. 16.자 2억 원 부분의 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반의 점, 피고인 11 주식회사에 대한 건설산업기본법 위반의 점에 관하여 위 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 예비적 공소사실에 대한 판단

검사는 당심에 이르러 예비적으로, 이 부분 공소사실을 ' 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사가 2006. 5. 16. 공소외 3 주식회사에게 2억 원을 대여함으로써 그에 대하여 연 9% 이자 상당의 금융이익을 뇌물로 공여함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여하였다'는 취지로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하고, 당원은 이를 허가하였다.

살피건대, 위 대여금이 공소외 3 주식회사의 부천 괴안 1-4 구역 재개발사업과 관련되어 지급되었음을 인정할 증거가 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 이 부분 예비적 공소사실 역시 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 위 피고인들에 대한 이 부분 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 이에 대하여 검사가 항소를 제기한 당심에서 예비적으로 이 부분 공소사실을 추가하였다고 하더라도 원심과 결론이 동일하므로, 달리 주문에서 이 부분 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 않고 검사의 항소를 기각한다.

3. 직권판단

피고인들 및 검사의 나머지 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 피고인들의 유죄부분{ 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 판촉물제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄 제외}에 대하여

원심은, 피고인들이 금원 자체를 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재물을 공여·취득하였다는 공소사실에 대하여, 공소장변경절차를 거치지 아니하고, 피고인들이 금융이익 또는 용역수주로 인한 이익을 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여·취득하였다는 범죄사실을 유죄로 인정하였다.

그러나 법원이 공소장의 변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정하기 위하여는 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내이어야 할 뿐더러 또한 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없어야 한다(대법원 2005. 4. 14. 선고 2005도913 판결 등 참조).

그러므로 살피건대, 금원 자체를 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재물을 공여·취득하였다는 공소사실에 금융이익 또는 용역수주로 인한 이익을 뇌물로 공여·수수함과 동시에 부정한 청탁에 의한 재산상의 이익을 공여·취득하였다는 점이 포함되어 있다고 보기 어렵고, 공소제기된 금원의 공여 등 행위와 원심이 인정한 금융이익의 공여 등 행위는 그 범죄행위의 내용 내지 태양이 서로 달라서 그에 대응할 방어행위 역시 달라질 수밖에 없다고 할 것인바, 원심의 심리절차에서 금원을 차용한 것인지 여부에 대하여 어느 정도 심리가 행하여진 것으로 보이기는

하나, 이는 금원수수라는 공소사실을 방어의 대상으로 하여 방어권을 행사함에 따라 심리가 행하여진 것에 불과하고, 금융이익 상당을 수수한 점이 심판의 대상으로 될 것을 예상하여 이를 방어의 대상으로 하여 방어권을 행사한 것으로 보기에 부족하므로, 그 부분에 관련하여 충분한 방어권 행사가 되었다고 볼 수는 없다고 할 것이어서 공소장변경 없이 금융이익 상당을 공여·수수·취득한 것으로 인정하는 것은 방어권 행사상 실질적인 불이익이 초래된 것으로 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고, 원심은 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점에 대하여 공소장변경절차를 거치지 아니한 채 직권으로 유죄로 판단하였으니, 이 부분 원심판결에는 방어권 행사상 실질적인 불이익이 있는지 여부에 대하여 심리를 다하지 아니하였거나 공소장변경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다(이에 검사는 당심에서 유죄부분에 대하여 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경신청을 하고 당심은 이를 허가하였다).

나. 피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 판촉물 제공으로 인한 건설산업기본법 위반죄에 대하여

이 부분 공소사실과 원심이 인정한 나머지 공소사실은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 부분 원심판결도 그대로 유지될 수 없다.

다.

피고인 1, 2, 피고인 11 주식회사의 2006. 4. 13.자 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반죄에 대한 주문 무죄 부분에 대하여

검사는 위 주문 무죄 부분에 대하여 당심에서 금융이익 상당의 뇌물공여 등의 점을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 이 부분 원심판결도 더 이상 유지될 수 없다.

4. 결 론

따라서 원심판결 중 유죄부분과 피고인 1, 2에 대한 2006. 4. 13.자 뇌물공여 및 건설산업기본법 위반의 점, 피고인 11 주식회사에 대한 2006. 4. 13.자 건설산업기본법 위반의 점에 대한 무죄 부분은 위에서 본 바와 같이 직권파기 사유가 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 직권으로 이를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결의 주문 무죄 부분 중 위에서 파기하는 무죄 부분을 제외한 나머지 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.