

위계공무집행방해·배임수재·병역법위반

[서울동부지방법원 2008. 1. 17. 2007노1027]



【전문】

【피 고 인】 피고인 1외 1

【항 소 인】 피고인들

【검 사】 박혜경

【변 호 인】 법무법인(유) 태평양 담당변호사 류광현외 2인

【원심판결】 서울동부지방법원 2007. 10. 16. 선고 2007고단1631 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인 1을 징역 8월 및 벌금 1,000,000원에, 피고인 회사를 벌금 3,000,000원에 각 처한다.

피고인 1이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 위 피고인을 노역장에 유치한다.

피고인 1에 대한 원심판결 선고 전의 구금일수 53일을 위 징역형에 산입한다.

다만, 피고인 1에 대하여는 이 판결확정일부터 2년간 위 징역형의 집행을 유예한다.

피고인 1로부터 23,812,890원을 추징한다.

위 각 벌금 및 추징에 상당한 금액의 가납을 명한다.

이 사건 공소사실 중 피고인 1에 대한 위계에 의한 공무집행방해의 점은 무죄.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 배임수재죄에 대한 사실오인 내지 법리오해(피고인 1)

첫째, 피고인 1이 공소외 1을 산업기능요원으로 편입시킨 2003년 당시 피고인 회사에 산업기능요원으로 편입되기를 원하는 다른 지원자가 전혀 없었고 공소외 1은 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추고 있었으며, 피고인 1 자신이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 공소외 1을 편입시킨 것이 아니므로, 피고인 1이 받은 청탁, 즉 공소외 1을 산업기능요원으로 편입시켜 달라는 청탁은 임무에 관한 부정한 청탁이라고 보기 어렵다.

둘째, 이 사건 공소사실에 피고인 1이 취득한 것으로 되어 있는 금원은 피고인 1이 아니라 피고인 회사가 취득한 것으로, 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

셋째, 피고인 회사가 공소외 회사로부터 받은 3,300만 원은 편입에 대한 대가로서 지급받은 것이 아니라 파견에 대한 대가로서 지급받은 것이므로, 부정한 청탁의 대가로 지급받은 것으로 볼 수 없어 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 위계공무집행방해죄에 대한 법리오해(피고인 1)

피고인 1이 공소외 1에 대한 파견승인 신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 소명자료를 제출하였다 하더라도 지방병무청장이 이를 받아들인 것은 병무청의 불충분한 심사에 기인한 것이지 위 피고인의 위계에 의한 것으로 볼 수 없어 위계공무집행방해죄가 성립할 여지가 없음에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

병역법위반의 점에 대한 법리오해(피고인들)

첫째, 병역법 시행령 87조 제1항에 의하면 관할지방병무청장으로부터 승인을 받은 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보아야 하는바, 가사 이 사건 파견승인에 하자가 있다 하더라도 그 승인이 유효한 이상 피고인 1이 공소외 1로 하여금 지정업체의 해당분야에 종사하게 하지 아니한 것으로 볼 수 없고, 같은 취지에서 공소외 1에 대한 파견승인을 받은 이상 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수 없다.

둘째, 공소외 1이 공소외 회사에서 근무하기 시작한 것은 2004. 1.경이고 파견근무 승인을 받은 것은 2004. 2. 16.인바, 피고인에게 신상이동통보의무가 인정된다 하더라도 신상이동통보의무를 규정한 병역법 제40조는 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하도록 규정되어 있으므로, 14일이 경과한 날부터 공소시효가 진행된다고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 사건의 경우 신상이동통보의무불이행으로 인한 병역법위반의 점은 공소시효가 완성된 경우에 해당하여 면소가 선고되어야 한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

라. 양형부당(피고인들)

원심이 선고한 각 형량(피고인 1 : 징역 8월 및 벌금 1,000,000원, 피고인 회사 : 벌금 3,000,000원)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 1에 대한 공소사실 중 배임수재의 점에 대하여

(1) 부정한 청탁에 해당하는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 회사의 대표이사인 피고인 1은 2003년도에 피고인 회사에 병역특례자를 채용할 계획이 없어 2003. 12. 하순경까지 병역특례자를 채용하지 않고 있었던 사실, 그런데 2003. 12. 하순경 공소외 회사의 직원인 공소외 1과 공소외 회사의 인사담당자인 공소외 2가 피고인 회사에 현역 배정인원이 남아 있는 사실을 알고 피고인 1을 찾아와 2003년도에 피고인 회사에 배정된 현역 배정인원을 사용하지 않으려면 공소외 1을 형식상 피고인 회사 소속 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 공소외 회사에 파견하는 것으로 해달라고 부탁한 사실, 이에 피고인 1은 공소외 1로 하여금 피고인 회사에서 근무하게 할 생각이 없음에도 불구하고 공소외

1을 형식적으로 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 피고인 회사에서 근무하게 하지 아니하고 공소외 회사에서 계속 근무하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 병역특례제도의 취지에 비추어 볼 때, 비록 피고인의 주장과 같이 당시 피고인 회사에 다른 지원자가 없었고 공소외 1이 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추었다 하더라도, 병역특례자를 형식적으로만 편입시킨 뒤 다른 회사에서 근무하게 해달라는 내용의 청탁은 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 부정한 청탁에 해당된다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장은 이유 없다.

또한 아래 (2)항에서 보는 바와 같이 이 사건의 경우 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 평가함이 상당하므로, 피고인 1이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 청탁을 받아들인 것이 아님을 전제로 부정한 청탁이 아니라는 주장 부분 역시 이유 없다.

(2) 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수 있는지 여부

형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하고 같은 조 제2항의 배임증재죄는 제1항의 재물 또는 이익을 공여한 경우에 성립하는 것으로서, 법문상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 위 죄가 성립하지 않음이 명백하다.

다만, 그 다른 사람이 부정한 청탁을 받은 자의 사자 또는 대리인으로서 재물 또는 재산상 이익을 취득한 경우나 그 밖에 평소 부정한 청탁을 받은 자가 그 다른 사람의 생활비 등을 부담하고 있었다거나 혹은 그 다른 사람에 대하여 채무를 부담하고 있었다는 등의 사정이 있어 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받음으로써 부정한 청탁을 받은 자가 그만큼 지출을 면하게 되는 경우 등 사회통념상 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 부정한 청탁을 받은 자가 직접 받은 것과 동일하게 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 위 죄가 성립할 수 있다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004도2581 판결 참조).

이 사건 기록에 의하면, 공소외 회사는 공동개발계약에 따른 개발비를 지급하는 형식을 취하여 피고 피고인 1이 아닌 피고인 회사의 계좌로 3,300만 원을 송금한 사실을 인정할 수 있으나, 피고인 1은 피고인 회사의 대표이사이자 주요 주주인 이상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 취득할 경우 피고인 1 역시 직접적으로 그로 인한 이익을 얻는 관계에 있다 할 것이므로, 사회통념상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 받는 것은 피고인 1이 받는 것과 사실상 동일하게 평가할 수 있다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

(3) 부정한 청탁의 대가로서 지급받은 것으로 볼 수 있는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 적법하게 편입시킨 공소외 1을 파견하는 데 대한 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것이 아니라 공소외 회사에서 근무하고자 하는 공소외 1을 형식적으로 편입시킨 뒤 공소외 회사에서 근무하도록 해주는 데 대한 포괄적인 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것으로 평가함이 상당하므로, 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

나. 피고인 1에 대한 공소사실 중 위계공무집행방해의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 공소외 회사의 부사장인 공소외 3과 공모하여, 산업기능요원에 대한 관할 지방병무청의 부정기적인 실태점검에서의 적발에 대비하여 공소외 1이 마치 소속 업체인 피고인 회사의 업무를 수행하기 위해 공소외 회사에 파견근무를 하고 있는 것인 양 위장할 생각으로, 2004. 1. 15.경 공소외 3은 공소외 2로 하여금 마치 공소외 회사와 피고인 회사가 2004. 1. 15.부터 2005. 1. 14.까지 "스마트 콘텐츠 토크/필터 데이터 베이스 서버 시스템 개발"이라는 프로젝트를 공동으로 개발하고 이를 위해 피고인 회사 소속의 직원 1명을 공소외 회사에 파견근무하게 하되 공소외 회사가 그에 대해 일시불로 3,630만 원을 피고인 회사에 지급하기로 하는 것인 양 허위 내용의<공동개발계약서>를 작성하게 하고, 피고인 1은 위 공동개발계약서가 허위임을 알면서도 이에 서명날인을 한 다음 같은 해 2. 10.경 공소외 1로 하여금 2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지 공소외 회사에 관련 업무 수행을 위한 파견근무를 할 수 있게 해 달라는 내용의<파견근무 승인신청서>를 작성하여 관할 서울지방병무청에 제출하면서 위와 같이 허위 내용의<공동개발계약서>를 근거서류로 제출하고 이를 진정한 것으로 믿은 서울지방병무청 소속 담당자로 하여금 적법한 파견 근무의 요건이 갖추어진 것으로 판단하게 하여 같은 날 서울지방병무청으로부터 공소외 1에 대한 파견근무 승인을 받음으로써 위계로써 위 서울지방병무청 담당 직원의 병역특례요원 파견요원 심사 및 실태점검 등 병역특례요원 관리업무에 관한 정당한 직무집행을 방해하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

행정관청이 출원에 의한 인·허가 처분을 함에 있어서는 그 출원사유가 사실과 부합하지 아니하는 경우가 있음을 전제로 하여 인·허가할 것인지 여부를 심사·결정하는 것이므로, 행정관청이 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 출원자가 제출한 허위의 출원사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 인가 또는 허가를 하였다면, 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 출원자의 위계에 의한 것이었다고 할 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않는다 할 것인바(대법원 1988. 5. 10. 선고 87도2079 판결 참조), 설령 피고인 1, 공소외 3이 공소외 1에 대한 파견승인신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 공동개발계약서를 작성하여 제출하였다 하더라도 그 신청을 받아 심사하는 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 정당하게 조사하였더라면 출원사유가 허위임을 알 수 있었을 것인데, 출원사유의 사실여부를 조사하지 아니한 채 출원사유 및 첨부서류가 진실한 것으로 경신한 나머지 파견승인을 한 것이라면 이는 위 담당공무원이 출원사유를 충분히 심사하지 못한 결과에 다름없는 것이고, 피고인 1, 공소외 3의 행위로 인하여 위 담당공무원의 심사결정 업무집행이 방해되었다고 할 수 없는 것이다.

따라서 달리 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 조사하였더라도 출원사유가 허위임을 알 수 없었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없는 이상 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

피고인들에 대한 공소사실 중 병역법위반의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 산업기능요원을 지정받아 편입하였을 경우 그 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사시켜야 하고, 산업기능요원이 편입당시 지정업체의 해당 분야에 종사하지 아니한 때에는 사유 발생일로부터 14일 이내에 관할지방병무청장에게 그 사실을 통보하여야 함에도 불구하고, 피고인 1은, 2003. 12. 31.경부터 공소외 1이 공소외 회사로 전직한 2005. 1. 14.경까지 공소외 1이 피고인 회사 소속의 산업기능요원임에도 불구하고 공소외 회사의 품질보증그룹(QA) 사무실에서 공소외 3의 지시를 받아 '미들웨어 적합성 테스트' 업무에 종사하게 함으로써 산업기능요원으로 하여금 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하게 하고, 위와 같이 공소외 1이 편입 당시 지정업체 해당분야가 아닌 다른 업무에 종사함에도 불구하고 관할 서울지방병무청장에게 그 사실을 통보하지 아니하고, 피고인 회사는, 위와 같이 피고인의 고용주인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 위와 같은 위반행위를 하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

(가) 승인을 받은 파견기간(2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지)에 대하여

병역법 시행령 87조 제1항에 의하면, 지정업체의 장이 전문연구요원 및 산업기능요원에 대하여 의무종사 중에 해당분야와 관련되는 국내교육훈련 및 관련업무수행을 위한 국내파견근무를 시키고자 하는 때에는 교육훈련승인신청서 또는 파견근무 승인신청서에 복무기록표 사본을 첨부하여 관할 지방병무청장의 승인을 얻어야 하며, 그 국내교육훈련 및 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보고 있는바, 설령 공소외 1에 대한 파견승인에 하자가 있다 하더라도, 그 승인이 유효하게 존속하고 있는 이상 공소외 1은 승인을 받은 파견기간인 2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지 위 규정에 의하여 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 봄이 상당하고, 나아가 위 규정의 취지상 승인을 받은 기간에 대하여는 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(나) 나머지 기간에 대하여

위 (가)항에서 무죄로 판단된 기간을 제외한 나머지 기간은 승인을 받은 파견기간 전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지 및 파견기간 후인 2004. 12. 23.부터 2005. 1. 14.까지인바, 먼저 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 대한 피고인의 법리오해 주장에 대하여 본다.

병역법 제40조는 지정업체의 장은 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하여야 한다고 규정하고 있는바, 규정 취지상 위 신상이동통보의무는 위 규정에 정한 14일이 경과함으로써 소멸되는 것이 아니라 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하는 상태가 계속되는 한 그 의무 또한 계속하는 것이라고 할 것이고, 따라서 위 규정의 '14일 이내'라는 것은 신상이동통보의무의 이행을 유예하는 기간으로 정하여진 것이지, 그 기간 내에 한하여 신상이동통보를 요구하는 취지에서 규정된 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이다.

따라서 신상이동통보의무위반으로 인한 병역법위반죄에 대한 공소시효는 위 기간이 경과한 때부터 진행된다고 볼 것이 아니라 그 후 위 신상이동통보의무의 이행이나 기타의 사정으로 신상이동통보의무가 소멸한 때를 기준으로 하여 그 기간을 기산함이 타당하므로, 피고인의 이 부분 법리오해 주장은 이유 없다.

다만 승인을 받은 파견기간 이전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지의 기간에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄에 대하여 직권으로 살피건대, 기록에 의하면 검사는 2007. 7. 27. 이 사건 공소를 제기한 사실을 인정할 수 있는바, 이 부분에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄의 공소시효는 2004. 2. 23.부터 진행된다고 할 것인데(일응 유효한 파견 승인에 따라 새로운 업무에 종사하게 된 이상, 그 이전의 업무에 대한 종사의무 및 신상이동통보의무는 소멸한다고 봄이 상당하다), 한편 병역법 제84조 제2항, 제92조 제1항에 의하면 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 6월 이하의 징역형 또는 2천만 원 이하의 벌금형, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 200만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금형으로서 형사소송법 제249조 제1항 제5호에 의하여 그 공소시효 기간이 각 3년이므로, 2007. 7. 27. 제기된 이 사건 공소는 공소시효가 완성된 후에 제기되었음이 역수상 분명하다.

따라서 이 부분 공소사실은 공소시효가 완성되었으므로 면소를 선고하여야 할 것인바, 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 잘못이 있다.

3. 결론

피고인들의 항소는 일부 이유 있고 원심판결에는 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 배임수재죄에 대한 사실오인 내지 법리오해(피고인 1)

첫째, 피고인 1이 공소외 1을 산업기능요원으로 편입시킨 2003년 당시 피고인 회사에 산업기능요원으로 편입되기를 원하는 다른 지원자가 전혀 없었고 공소외 1은 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추고 있었으며, 피고인 1 자신이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 공소외 1을 편입시킨 것이 아니므로, 피고인 1이 받은 청탁, 즉 공소외 1을 산업기능요원으로 편입시켜 달라는 청탁은 임무에 관한 부정한 청탁이라고 보기 어렵다.

둘째, 이 사건 공소사실에 피고인 1이 취득한 것으로 되어 있는 금원은 피고인 1이 아니라 피고인 회사가 취득한 것으로, 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

셋째, 피고인 회사가 공소외 회사로부터 받은 3,300만 원은 편입에 대한 대가로서 지급받은 것이 아니라 파견에 대한 대가로서 지급받은 것이므로, 부정한 청탁의 대가로 지급받은 것으로 볼 수 없어 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 위계공무집행방해죄에 대한 법리오해(피고인 1)

피고인 1이 공소외 1에 대한 파견승인 신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 소명자료를 제출하였다 하더라도 지방병무청장이 이를 받아들인 것은 병무청의 불충분한 심사에 기인한 것이지 위 피고인의 위계에 의한 것으로 볼 수 없어 위계공무집행방해죄가 성립할 여지가 없음에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

병역법위반의 점에 대한 법리오해(피고인들)

첫째, 병역법 시행령 87조 제1항에 의하면 관할지방병무청장으로부터 승인을 받은 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보아야 하는바, 가사 이 사건 파견승인에 하자가 있다 하더라도 그 승인이 유효한 이상 피고인 1이 공소외 1로 하여금 지정업체의 해당분야에 종사하게 하지 아니한 것으로 볼 수 없고, 같은 취지에서 공소외 1에 대한 파견승인을 받은 이상 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수 없다.

둘째, 공소외 1이 공소외 회사에서 근무하기 시작한 것은 2004. 1.경이고 파견근무 승인을 받은 것은 2004. 2. 16.인바, 피고인에게 신상이동통보의무가 인정된다 하더라도 신상이동통보의무를 규정한 병역법 제40조는 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하도록 규정되어 있으므로, 14일이 경과한 날부터 공소시효가 진행된다고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 사건의 경우 신상이동통보의무불이행으로 인한 병역법위반의 점은 공소시효가 완성된 경우에 해당하여 면소가 선고되어야 한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

라. 양형부당(피고인들)

원심이 선고한 각 형량(피고인 1 : 징역 8월 및 벌금 1,000,000원, 피고인 회사 : 벌금 3,000,000원)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 1에 대한 공소사실 중 배임수재의 점에 대하여

(1) 부정한 청탁에 해당하는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 회사의 대표이사인 피고인 1은 2003년도에 피고인 회사에 병역특례자를 채용할 계획이 없어 2003. 12. 하순경까지 병역특례자를 채용하지 않고 있었던 사실, 그런데 2003. 12. 하순경 공소외 회사의 직원인 공소외 1과 공소외 회사의 인사담당자인 공소외 2가 피고인 회사에 현역 배정인

원이 남아 있는 사실을 알고 피고인 1을 찾아와 2003년도에 피고인 회사에 배정된 현역 배정인원을 사용하지 않으려면 공소외 1을 형식상 피고인 회사 소속 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 공소외 회사에 파견하는 것으로 해달라고 부탁한 사실, 이에 피고인 1은 공소외 1로 하여금 피고인 회사에서 근무하게 할 생각이 없음에도 불구하고 공소외 1을 형식적으로 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 피고인 회사에서 근무하게 하지 아니하고 공소외 회사에서 계속 근무하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 병역특례제도의 취지에 비추어 볼 때, 비록 피고인의 주장과 같이 당시 피고인 회사에 다른 지원자가 없었고 공소외 1이 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추었다 하더라도, 병역특례자를 형식적으로만 편입시킨 뒤 다른 회사에서 근무하게 해달라는 내용의 청탁은 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 부정한 청탁에 해당된다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장은 이유 없다.

또한 아래 (2)항에서 보는 바와 같이 이 사건의 경우 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 평가함이 상당하므로, 피고인 1이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 청탁을 받아들인 것이 아님을 전제로 부정한 청탁이 아니라는 주장 부분 역시 이유 없다.

(2) 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수 있는지 여부

형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하고 같은 조 제2항의 배임증재죄는 제1항의 재물 또는 이익을 공여한 경우에 성립하는 것으로서, 법문상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 위 죄가 성립하지 않음이 명백하다.

다만, 그 다른 사람이 부정한 청탁을 받은 자의 사자 또는 대리인으로서 재물 또는 재산상 이익을 취득한 경우나 그 밖에 평소 부정한 청탁을 받은 자가 그 다른 사람의 생활비 등을 부담하고 있었다거나 혹은 그 다른 사람에 대하여 채무를 부담하고 있었다는 등의 사정이 있어 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받음으로써 부정한 청탁을 받은 자가 그만큼 지출을 면하게 되는 경우 등 사회통념상 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 부정한 청탁을 받은 자가 직접 받은 것과 동일하게 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 위 죄가 성립할 수 있다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004도2581 판결 참조).

이 사건 기록에 의하면, 공소외 회사는 공동개발계약에 따른 개발비를 지급하는 형식을 취하여 피고인 1이 아닌 피고인 회사의 계좌로 3,300만 원을 송금한 사실을 인정할 수 있으나, 피고인 1은 피고인 회사의 대표이사이자 주요 주주인 이상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 취득할 경우 피고인 1 역시 직접적으로 그로 인한 이익을 얻는 관계에 있다 할 것이므로, 사회통념상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 받는 것은 피고인 1이 받는 것과 사실상 동일하게 평가할 수 있다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

(3) 부정한 청탁의 대가로서 지급받은 것으로 볼 수 있는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 적법하게 편입시킨 공소외 1을 파견하는 데 대한 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것이 아니라 공소외 회사에서 근무하고자 하는 공소외 1을 형식적으로 편입시킨 뒤 공

소외 회사에서 근무하도록 해주는 데 대한 포괄적인 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것으로 평가함이 상당하므로, 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

나. 피고인 1에 대한 공소사실 중 위계공무집행방해의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 공소외 회사의 부사장인 공소외 3과 공모하여, 산업기능요원에 대한 관할 지방병무청의 부정기적인 실태점검에서의 적발에 대비하여 공소외 1이 마치 소속 업체인 피고인 회사의 업무를 수행하기 위해 공소외 회사에 파견근무를 하고 있는 것인 양 위장할 생각으로, 2004. 1. 15.경 공소외 3은 공소외 2로 하여금 마치 공소외 회사와 피고인 회사가 2004. 1. 15.부터 2005. 1. 14.까지 "스마트 콘텐츠 토크/필터 데이터 베이스 서버 시스템 개발"이라는 프로젝트를 공동으로 개발하고 이를 위해 피고인 회사 소속의 직원 1명을 공소외 회사에 파견근무하게 하되 공소외 회사가 그에 대해 일시불로 3,630만 원을 피고인 회사에 지급하기로 하는 것인 양 허위 내용의<공동개발계약서>를 작성하게 하고, 피고인 1은 위 공동개발계약서가 허위임을 알면서도 이에 서명날인을 한 다음 같은 해 2. 10.경 공소외 1로 하여금 2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지 공소외 회사에 관련 업무 수행을 위한 파견근무를 할 수 있게 해 달라는 내용의<파견근무 승인신청서>를 작성하여 관할 서울지방병무청에 제출하면서 위와 같이 허위 내용의<공동개발계약서>를 근거서류로 제출하고 이를 진정한 것으로 믿은 서울지방병무청 소속 담당자로 하여금 적법한 파견 근무의 요건이 갖추어진 것으로 판단하게 하여 같은 날 서울지방병무청으로부터 공소외 1에 대한 파견근무 승인을 받음으로써 위계로써 위 서울지방병무청 담당 직원의 병역특례요원 파견요원 심사 및 실태점검 등 병역특례요원 관리업무에 관한 정당한 직무집행을 방해하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

행정관청이 출원에 의한 인·허가 처분을 함에 있어서는 그 출원사유가 사실과 부합하지 아니하는 경우가 있음을 전제로 하여 인·허가할 것인지 여부를 심사·결정하는 것이므로, 행정관청이 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 출원자가 제출한 허위의 출원사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 인가 또는 허가를 하였다면, 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 출원자의 위계에 의한 것이었다고 할 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않는다 할 것인바(대법원 1988. 5. 10. 선고 87도2079 판결 참조), 설령 피고인 1, 공소외 3이 공소외 1에 대한 파견승인신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 공동개발계약서를 작성하여 제출하였다 하더라도 그 신청을 받아 심사하는 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 정당하게 조사하였더라면 출원사유가 허위임을 알 수 있었을 것인데, 출원사유의 사실여부를 조사하지 아니한 채 출원사유 및 첨부서류가 진실한 것으로 경신한 나머지 파견승인을 한 것이라면 이는 위 담당공무원이 출원사유를 충분히 심사하지 못한 결과에 다름없는 것이고, 피고인 1, 공소외 3의 행위로 인하여 위 담당공무원의 심사결정 업무집행이 방해되었다고 할 수 없는 것이다.

따라서 달리 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 조사하였더라도 출원사유가 허위임을 알 수 없었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없는 이상 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

피고인들에 대한 공소사실 중 병역법위반의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 산업기능요원을 지정받아 편입하였을 경우 그 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하여야 하고, 산업기능요원이 편입당시 지정업체의 해당 분야에 종사하지 아니한 때에는 사유 발생일로부터 14일 이내에 관할지방병무청장에게 그 사실을 통보하여야 함에도 불구하고, 피고인 1은, 2003. 12. 31.경부터 공소외 1이 공소외 회사로 전직한 2005. 1. 14.경까지 공소외 1이 피고인 회사 소속의 산업기능요원임에도 불구하고 공소외 회사의 품질보증그룹(QA) 사무실에서 공소외 3의 지시를 받아 '미들웨어 적합성 테스트' 업무에 종사하게 함으로써 산업기능요원으로 하여금 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하게 하고, 위와 같이 공소외 1이 편입 당시 지정업체 해당분야가 아닌 다른 업무에 종사함에도 불구하고 관할 서울지방병무청장에게 그 사실을 통보하지 아니하고, 피고인 회사는, 위와 같이 피고인의 고용주인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 위와 같은 위반행위를 하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

(가) 승인을 받은 파견기간(2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지)에 대하여

병역법 시행령 87조 제1항에 의하면, 지정업체의 장이 전문연구요원 및 산업기능요원에 대하여 의무종사 중에 해당분야와 관련되는 국내교육훈련 및 관련업무수행을 위한 국내파견근무를 시키고자 하는 때에는 교육훈련승인신청서 또는 파견근무 승인신청서에 복무기록표 사본을 첨부하여 관할 지방병무청장의 승인을 얻어야 하며, 그 국내교육훈련 및 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보고 있는바, 설령 공소외 1에 대한 파견승인에 하자가 있다 하더라도, 그 승인이 유효하게 존속하고 있는 이상 공소외 1은 승인을 받은 파견기간인 2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지 위 규정에 의하여 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 봄이 상당하고, 나아가 위 규정의 취지상 승인을 받은 기간에 대하여는 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(나) 나머지 기간에 대하여

위 (가)항에서 무죄로 판단된 기간을 제외한 나머지 기간은 승인을 받은 파견기간 전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지 및 파견기간 후인 2004. 12. 23.부터 2005. 1. 14.까지인바, 먼저 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 대한 피고인의 법리오해 주장에 대하여 본다.

병역법 제40조는 지정업체의 장은 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하여야 한다고 규정하고 있는바, 규정 취지상 위 신상이동통보의무는 위 규정에 정한 14일이 경과함으로써 소멸되는 것이 아니라 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하는 상태가 계속되는 한 그 의무 또한 계속하는 것이라고 할 것이고, 따라서

위 규정의 '14일 이내'라는 것은 신상이동통보의무의 이행을 유예하는 기간으로 정하여진 것이지, 그 기간 내에 한하여 신상이동통보를 요구하는 취지에서 규정된 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이다.

따라서 신상이동통보의무위반으로 인한 병역법위반죄에 대한 공소시효는 위 기간이 경과한 때부터 진행된다고 볼 것이 아니라 그 후 위 신상이동통보의무의 이행이나 기타의 사정으로 신상이동통보의무가 소멸한 때를 기준으로 하여 그 기간을 기산함이 타당하므로, 피고인의 이 부분 법리오해 주장은 이유 없다.

다만 승인을 받은 파견기간 이전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지의 기간에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄에 대하여 직권으로 살피건대, 기록에 의하면 검사는 2007. 7. 27. 이 사건 공소를 제기한 사실을 인정할 수 있는바, 이 부분에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄의 공소시효는 2004. 2. 23.부터 진행된다고 할 것인데(일응 유효한 파견 승인에 따라 새로운 업무에 종사하게 된 이상, 그 이전의 업무에 대한 종사의무 및 신상이동통보의무는 소멸한다고 봄이 상당하다), 한편 병역법 제84조 제2항, 제92조 제1항에 의하면 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 6월 이하의 징역형 또는 2천만 원 이하의 벌금형, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 200만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금형으로서 형사소송법 제249조 제1항 제5호에 의하여 그 공소시효 기간이 각 3년이므로, 2007. 7. 27. 제기된 이 사건 공소는 공소시효가 완성된 후에 제기되었음이 역수상 분명하다.

따라서 이 부분 공소사실은 공소시효가 완성되었으므로 면소를 선고하여야 할 것인바, 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 잘못이 있다.

3. 결론

피고인들의 항소는 일부 이유 있고 원심판결에는 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 배임수재죄에 대한 사실오인 내지 법리오해(피고인 1)

첫째, 피고인 1이 공소외 1을 산업기능요원으로 편입시킨 2003년 당시 피고인 회사에 산업기능요원으로 편입되기를 원하는 다른 지원자가 전혀 없었고 공소외 1은 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추고 있었으며, 피고인 1 자신이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 공소외 1을 편입시킨 것이 아니므로, 피고인 1이 받은 청탁, 즉 공소외 1을 산업기능요원으로 편입시켜 달라는 청탁은 임무에 관한 부정한 청탁이라고 보기 어렵다.

둘째, 이 사건 공소사실에 피고인 1이 취득한 것으로 되어 있는 금원은 피고인 1이 아니라 피고인 회사가 취득한 것으로, 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

셋째, 피고인 회사가 공소외 회사로부터 받은 3,300만 원은 편입에 대한 대가로서 지급받은 것이 아니라 파견에 대한 대가로서 지급받은 것이므로, 부정한 청탁의 대가로 지급받은 것으로 볼 수 없어 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 위계공무집행방해죄에 대한 법리오해(피고인 1)

피고인 1이 공소외 1에 대한 파견승인 신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 소명자료를 제출하였다 하더라도 지방병무청장이 이를 받아들인 것은 병무청의 불충분한 심사에 기인한 것이지 위 피고인의 위계에 의한 것으로 볼 수 없어 위계공무집행방해죄가 성립할 여지가 없음에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

병역법위반의 점에 대한 법리오해(피고인들)

첫째, 병역법 시행령 87조 제1항에 의하면 관할지방병무청장으로부터 승인을 받은 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보아야 하는바, 가사 이 사건 파견승인에 하자가 있다 하더라도 그 승인이 유효한 이상 피고인 1이 공소외 1로 하여금 지정업체의 해당분야에 종사하게 하지 아니한 것으로 볼 수 없고, 같은 취지에서 공소외 1에 대한 파견승인을 받은 이상 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수 없다.

둘째, 공소외 1이 공소외 회사에서 근무하기 시작한 것은 2004. 1.경이고 파견근무 승인을 받은 것은 2004. 2. 16.인바, 피고인에게 신상이동통보의무가 인정된다 하더라도 신상이동통보의무를 규정한 병역법 제40조는 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하도록 규정되어 있으므로, 14일이 경과한 날부터 공소시효가 진행된다고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 사건의 경우 신상이동통보의무불이행으로 인한 병역법위반의 점은 공소시효가 완성된 경우에 해당하여 면소가 선고되어야 한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

라. 양형부당(피고인들)

원심이 선고한 각 형량(피고인 1 : 징역 8월 및 벌금 1,000,000원, 피고인 회사 : 벌금 3,000,000원)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 1에 대한 공소사실 중 배임수재의 점에 대하여

(1) 부정한 청탁에 해당하는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 회사의 대표이사인 피고인 1은 2003년도에 피고인 회사에 병역특례자를 채용할 계획이 없어 2003. 12. 하순경까지 병역특례자를 채용하지 않고 있었던 사실, 그런데 2003. 12. 하순경 공소외 회사의 직원인 공소외 1과 공소외 회사의 인사담당자인 공소외 2가 피고인 회사에 현역 배정인원이 남아 있는 사실을 알고 피고인 1을 찾아와 2003년도에 피고인 회사에 배정된 현역 배정인원을 사용하지 않으려면 공소외 1을 형식상 피고인 회사 소속 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 공소외 회사에 파견하는 것으로 해달라고 부탁한 사실, 이에 피고인 1은 공소외 1로 하여금 피고인 회사에서 근무하게 할 생각이 없음에도 불구하고 공소외 1을 형식적으로 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 피고인 회사에서 근무하게 하지 아니하고 공소외 회사에서 계속 근무하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 병역특례제도의 취지에 비추어 볼 때, 비록 피고인의 주장과 같이 당시 피고인 회사에 다른 지원자가 없었고 공소외 1이 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추었다 하더라도, 병역특례자를 형식적으로만 편입시킨 뒤 다른 회사에서 근무하게 해달라는 내용의 청탁은 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 부정한 청탁에 해당된다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장은 이유 없다.

또한 아래 (2)항에서 보는 바와 같이 이 사건의 경우 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 평가함이 상당하므로, 피고인 1이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 청탁을 받아들인 것이 아님을 전제로 부정한 청탁이 아니라는 주장 부분 역시 이유 없다.

(2) 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수 있는지 여부

형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하고 같은 조 제2항의 배임증재죄는 제1항의 재물 또는 이익을 공여한 경우에 성립하는 것으로서, 법문상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 위 죄가 성립하지 않음이 명백하다.

다만, 그 다른 사람이 부정한 청탁을 받은 자의 사자 또는 대리인으로서 재물 또는 재산상 이익을 취득한 경우나 그 밖에 평소 부정한 청탁을 받은 자가 그 다른 사람의 생활비 등을 부담하고 있었다거나 혹은 그 다른 사람에 대하여 채무를 부담하고 있었다는 등의 사정이 있어 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받음으로써 부정한 청탁을 받은 자가 그만큼 지출을 면하게 되는 경우 등 사회통념상 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 부정한 청탁을 받은 자가 직접 받은 것과 동일하게 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 위 죄가 성립할 수 있다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004도2581 판결 참조).

이 사건 기록에 의하면, 공소외 회사는 공동개발계약에 따른 개발비를 지급하는 형식을 취하여 피고 피고인 1이 아닌 피고인 회사의 계좌로 3,300만 원을 송금한 사실을 인정할 수 있으나, 피고인 1은 피고인 회사의 대표이사이자 주요 주주인 이상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 취득할 경우 피고인 1 역시 직접적으로 그로 인한 이익을 얻는 관계에 있다 할 것이므로, 사회통념상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 받는 것은 피고인 1이 받는 것과 사실상 동일하게 평가할 수 있다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

(3) 부정한 청탁의 대가로서 지급받은 것으로 볼 수 있는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 적법하게 편입시킨 공소외 1을 파견하는 데 대한 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것이 아니라 공소외 회사에서 근무하고자 하는 공소외 1을 형식적으로 편입시킨 뒤 공소외 회사에서 근무하도록 해주는 데 대한 포괄적인 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것으로 평가함이 상당하므로, 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

나. 피고인 1에 대한 공소사실 중 위계공무집행방해의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 공소외 회사의 부사장인 공소외 3과 공모하여, 산업기능요원에 대한 관할 지방병무청의 부정기적인 실태점검에서의 적발에 대비하여 공소외 1이 마치 소속 업체인 피고인 회사의 업무를 수행하기 위해 공소외 회사에 파견근무를 하고 있는 것인 양 위장할 생각으로, 2004. 1. 15.경 공소외 3은 공소외 2로 하여금 마치 공소외 회사와 피고인 회사가 2004. 1. 15.부터 2005. 1. 14.까지 "스마트 콘텐츠 토크/필터 데이터 베이스 서버 시스템 개발"이라는 프로젝트를 공동으로 개발하고 이를 위해 피고인 회사 소속의 직원 1명을 공소외 회사에 파견근무하게 하되 공소외 회사가 그에 대해 일시불로 3,630만 원을 피고인 회사에 지급하기로 하는 것인 양 허위 내용의<공동개발계약서>를 작성하게 하고, 피고인 1은 위 공동개발계약서가 허위임을 알면서도 이에 서명날인을 한 다음 같은 해 2. 10.경 공소외 1로 하여금 2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지 공소외 회사에 관련 업무 수행을 위한 파견근무를 할 수 있게 해 달라는 내용의<파견근무 승인신청서>를 작성하여 관할 서울지방병무청에 제출하면서 위와 같이 허위 내용의<공동개발계약서>를 근거서류로 제출하고 이를 진정한 것으로 믿은 서울지방병무청 소속 담당자로 하여금 적법한 파견 근무의 요건이 갖추어진 것으로 판단하게 하여 같은 날 서울지방병무청으로부터 공소외 1에 대한 파견근무 승인을 받음으로써 위계로써 위 서울지방병무청 담당 직원의 병역특례요원 파견요원 심사 및 실태점검 등 병역특례요원 관리업무에 관한 정당한 직무집행을 방해하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

행정관청이 출원에 의한 인·허가 처분을 함에 있어서는 그 출원사유가 사실과 부합하지 아니하는 경우가 있음을 전제로 하여 인·허가할 것인지 여부를 심사·결정하는 것이므로, 행정관청이 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 출원자가 제출한 허위의 출원사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 인가 또는 허가를 하였다면, 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 출원자의 위계에 의한 것이었다고 할 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않는다 할 것인바(대법원 1988. 5. 10. 선고 87도2079 판결 참조), 설령 피고인 1, 공소외 3이 공소외 1에 대한 파견승인신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 공동개발계약서를 작성하여 제출하였다 하더라도 그 신청을 받아 심사하는 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 정당하게 조사하였더라면 출원사유가 허위임을 알 수 있었을 것인데, 출원사유의 사실여부를 조사하지 아니한 채 출원사유 및 첨부서류가 진실한 것으로 경신한 나머지 파견승인을 한 것이라면 이는 위 담당공무원이 출원사유를 충분히 심사하지 못한 결과에 다름없는 것이고, 피고인 1, 공소외 3의 행위로 인하여 위 담당공무원의 심사결정 업무집행이 방해되었다고 할 수 없는 것이다.

따라서 달리 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 조사하였더라도 출원사유가 허위임을 알 수 없었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없는 이상 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

피고인들에 대한 공소사실 중 병역법위반의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 산업기능요원을 지정분야 편입하였을 경우 그 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사시켜야 하고, 산업기능요원이 편입당시 지정업체의 해당 분야에 종사하지 아니한 때에는 사유 발생일로부터 14일 이내에 관할지방병무청장에게 그 사실을 통보하여야 함에도 불구하고, 피고인 1은, 2003. 12. 31.경부터 공소외 1이 공소외 회사로 전직한 2005. 1. 14.경까지 공소외 1이 피고인 회사 소속의 산업기능요원임에도 불구하고 공소외 회사의 품질보증그룹(QA) 사무실에서 공소외 3의 지시를 받아 '미들웨어 적합성 테스트' 업무에 종사하게 함으로써 산업기능요원으로 하여금 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하게 하고, 위와 같이 공소외 1이 편입 당시 지정업체 해당분야가 아닌 다른 업무에 종사함에도 불구하고 관할 서울지방병무청장에게 그 사실을 통보하지 아니하고, 피고인 회사는, 위와 같이 피고인의 고용주인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 위와 같은 위반행위를 하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

(가) 승인을 받은 파견기간(2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지)에 대하여

병역법 시행령 87조 제1항에 의하면, 지정업체의 장이 전문연구요원 및 산업기능요원에 대하여 의무종사 중에 해당분야와 관련되는 국내교육훈련 및 관련업무수행을 위한 국내파견근무를 시키고자 하는 때에는 교육훈련승인신청서 또는 파견근무 승인신청서에 복무기록표 사본을 첨부하여 관할 지방병무청장의 승인을 얻어야 하며, 그 국내교육훈련 및 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보고 있는바, 설령 공소외 1에 대한 파견승인에 하자가 있다 하더라도, 그 승인이 유효하게 존속하고 있는 이상 공소외 1은 승인을 받은 파견기간인 2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지 위 규정에 의하여 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 봄이 상당하고, 나아가 위 규정의 취지상 승인을 받은 기간에 대하여는 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(나) 나머지 기간에 대하여

위 (가)항에서 무죄로 판단된 기간을 제외한 나머지 기간은 승인을 받은 파견기간 전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지 및 파견기간 후인 2004. 12. 23.부터 2005. 1. 14.까지인바, 먼저 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 대한 피고인의 법리오해 주장에 대하여 본다.

병역법 제40조는 지정업체의 장은 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하여야 한다고 규정하고 있는바, 규정 취지상 위 신상이동통보 의무는 위 규정에 정한 14일이 경과함으로써 소멸되는 것이 아니라 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하는 상태가 계속되는 한 그 의무 또한 계속하는 것이라고 할 것이고, 따라서 위 규정의 '14일 이내'라는 것은 신상이동통보의무의 이행을 유예하는 기간으로 정하여진 것이지, 그 기간 내에 한하여 신상이동통보를 요구하는 취지에서 규정된 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이다.

따라서 신상이동통보의무위반으로 인한 병역법위반죄에 대한 공소시효는 위 기간이 경과한 때부터 진행된다고 볼 것이 아니라 그 후 위 신상이동통보의무의 이행이나 기타의 사정으로 신상이동통보의무가 소멸한 때를 기준으로 하여 그 기간을 기산함이 타당하므로, 피고인의 이 부분 법리오해 주장은 이유 없다.

다만 승인을 받은 파견기간 이전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지의 기간에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄에 대하여 직권으로 살피건대, 기록에 의하면 검사는 2007. 7. 27. 이 사건 공소를 제기한 사실을 인정할 수 있는바, 이 부분에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄의 공소시효는 2004. 2. 23.부터 진행된다고 할 것인데(일응 유효한 파견 승인에 따라 새로운 업무에 종사하게 된 이상, 그 이전의 업무에 대한 종사의무 및 신상이동통보의무는 소멸한다고 봄이 상당하다), 한편 병역법 제84조 제2항, 제92조 제1항에 의하면 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 6월 이하의 징역형 또는 2천만 원 이하의 벌금형, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 200만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금형으로서 형사소송법 제249조 제1항 제5호에 의하여 그 공소시효 기간이 각 3년이므로, 2007. 7. 27. 제기된 이 사건 공소는 공소시효가 완성된 후에 제기되었음이 역수상 분명하다.

따라서 이 부분 공소사실은 공소시효가 완성되었으므로 면소를 선고하여야 할 것인바, 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 잘못이 있다.

3. 결론

피고인들의 항소는 일부 이유 있고 원심판결에는 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 배임수재죄에 대한 사실오인 내지 법리오해(피고인 1)

첫째, 피고인 1이 공소외 1을 산업기능요원으로 편입시킨 2003년 당시 피고인 회사에 산업기능요원으로 편입되기를 원하는 다른 지원자가 전혀 없었고 공소외 1은 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추고 있었으며, 피고인 1 자신이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 공소외 1을 편입시킨 것이 아니므로, 피고인 1이 받은 청탁, 즉 공소외 1을 산업기능요원으로 편입시켜 달라는 청탁은 임무에 관한 부정한 청탁이라고 보기 어렵다.

둘째, 이 사건 공소사실에 피고인 1이 취득한 것으로 되어 있는 금원은 피고인 1이 아니라 피고인 회사가 취득한 것으로, 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

셋째, 피고인 회사가 공소외 회사로부터 받은 3,300만 원은 편입에 대한 대가로서 지급받은 것이 아니라 파견에 대한 대가로서 지급받은 것이므로, 부정한 청탁의 대가로 지급받은 것으로 볼 수 없어 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 위계공무집행방해죄에 대한 법리오해(피고인 1)

피고인 1이 공소외 1에 대한 파견승인 신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 소명자료를 제출하였다 하더라도 지방병무청장이 이를 받아들인 것은 병무청의 불충분한 심사에 기인한 것이지 위 피고인의 위계에 의한 것으로 볼 수 없어 위계공무집행방해죄가 성립할 여지가 없음에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

병역법위반의 점에 대한 법리오해(피고인들)

첫째, 병역법 시행령 87조 제1항에 의하면 관할지방병무청장으로부터 승인을 받은 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보아야 하는바, 가사 이 사건 파견승인에 하자가 있다 하더라도 그 승인이 유효한 이상 피고인 1이 공소외 1로 하여금 지정업체의 해당분야에 종사하게 하지 아니한 것으로 볼 수 없고, 같은 취지에서 공소외 1에 대한 파견승인을 받은 이상 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수 없다.

둘째, 공소외 1이 공소외 회사에서 근무하기 시작한 것은 2004. 1.경이고 파견근무 승인을 받은 것은 2004. 2. 16.인바, 피고인에게 신상이동통보의무가 인정된다 하더라도 신상이동통보의무를 규정한 병역법 제40조는 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하도록 규정되어 있으므로, 14일이 경과한 날부터 공소시효가 진행된다고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 사건의 경우 신상이동통보의무불이행으로 인한 병역법위반의 점은 공소시효가 완성된 경우에 해당하여 면소가 선고되어야 한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

라. 양형부당(피고인들)

원심이 선고한 각 형량(피고인 1 : 징역 8월 및 벌금 1,000,000원, 피고인 회사 : 벌금 3,000,000원)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 1에 대한 공소사실 중 배임수재의 점에 대하여

(1) 부정한 청탁에 해당하는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 회사의 대표이사인 피고인 1은 2003년도에 피고인 회사에 병역특례자를 채용할 계획이 없어 2003. 12. 하순경까지 병역특례자를 채용하지 않고 있었던 사실, 그런데 2003. 12. 하순경 공소외 회사의 직원인 공소외 1과 공소외 회사의 인사담당자인 공소외 2가 피고인 회사에 현역 배정인원이 남아 있는 사실을 알고 피고인 1을 찾아와 2003년도에 피고인 회사에 배정된 현역 배정인원을 사용하지 않으려면 공소외 1을 형식상 피고인 회사 소속 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 공소외 회사에 파견하는 것으로 해달라고 부탁한 사실, 이에 피고인 1은 공소외 1로 하여금 피고인 회사에서 근무하게 할 생각이 없음에도 불구하고 공소외 1을 형식적으로 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 피고인 회사에서 근무하게 하지 아니하고 공소외 회사에서 계속 근무하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 병역특례제도의 취지에 비추어 볼 때, 비록 피고인의 주장과 같이 당시 피고인 회사에 다른 지원자가 없었고 공소외 1이 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추었다 하더라도, 병역특례자를 형식적으로만 편입시킨 뒤 다른 회사에서 근무하게 해달라는 내용의 청탁은 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 부정한 청탁에 해당된다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장은 이유 없다.

또한 아래 (2)항에서 보는 바와 같이 이 사건의 경우 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 평가함이 상당하므로, 피고인 1이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 청탁을 받아들인 것이 아님을 전제로 부정한 청탁이 아니라는 주장 부분 역시 이유 없다.

(2) 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수 있는지 여부

형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하고 같은 조 제2항의 배임증재죄는 제1항의 재물 또는 이익을 공여한 경우에 성립하는 것으로서, 법문상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 위 죄가 성립하지 않음이 명백하다. 다만, 그 다른 사람이 부정한 청탁을 받은 자의 사자 또는 대리인으로서 재물 또는 재산상 이익을 취득한 경우나 그 밖에 평소 부정한 청탁을 받은 자가 그 다른 사람의 생활비 등을 부담하고 있었다거나 혹은 그 다른 사람에 대하여 채무를 부담하고 있었다는 등의 사정이 있어 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받음으로써 부정한 청탁을 받은 자가 그만큼 지출을 면하게 되는 경우 등 사회통념상 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 부정한 청탁을 받은 자가 직접 받은 것과 동일하게 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 위 죄가 성립할 수 있다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004도2581 판결 참조).

이 사건 기록에 의하면, 공소외 회사는 공동개발계약에 따른 개발비를 지급하는 형식을 취하여 피고인 1이 아닌 피고인 회사의 계좌로 3,300만 원을 송금한 사실을 인정할 수 있으나, 피고인 1은 피고인 회사의 대표이사이자 주요 주주인 이상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 취득할 경우 피고인 1 역시 직접적으로 그로 인한 이익을 얻

는 관계에 있다 할 것이므로, 사회통념상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 받는 것은 피고인 1이 받는 것과 사실상 동일하게 평가할 수 있다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

(3) 부정한 청탁의 대가로서 지급받은 것으로 볼 수 있는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 적법하게 편입시킨 공소외 1을 파견하는 데 대한 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것이 아니라 공소외 회사에서 근무하고자 하는 공소외 1을 형식적으로 편입시킨 뒤 공소외 회사에서 근무하도록 해주는 데 대한 포괄적인 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것으로 평가함이 상당하므로, 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

나. 피고인 1에 대한 공소사실 중 위계공무집행방해의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 공소외 회사의 부사장인 공소외 3과 공모하여, 산업기능요원에 대한 관할 지방병무청의 부정기적인 실태점검에서의 적발에 대비하여 공소외 1이 마치 소속 업체인 피고인 회사의 업무를 수행하기 위해 공소외 회사에 파견근무를 하고 있는 것인 양 위장할 생각으로, 2004. 1. 15.경 공소외 3은 공소외 2로 하여금 마치 공소외 회사와 피고인 회사가 2004. 1. 15.부터 2005. 1. 14.까지 "스마트 콘텐츠 토크/필터 데이터 베이스 서버 시스템 개발"이라는 프로젝트를 공동으로 개발하고 이를 위해 피고인 회사 소속의 직원 1명을 공소외 회사에 파견근무하게 하되 공소외 회사가 그에 대해 일시불로 3,630만 원을 피고인 회사에 지급하기로 하는 것인 양 허위 내용의<공동개발계약서>를 작성하게 하고, 피고인 1은 위 공동개발계약서가 허위임을 알면서도 이에 서명날인을 한 다음 같은 해 2. 10.경 공소외 1로 하여금 2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지 공소외 회사에 관련 업무 수행을 위한 파견근무를 할 수 있게 해 달라는 내용의<파견근무 승인신청서>를 작성하여 관할 서울지방병무청에 제출하면서 위와 같이 허위 내용의<공동개발계약서>를 근거서류로 제출하고 이를 진정한 것으로 믿은 서울지방병무청 소속 담당자로 하여금 적법한 파견 근무의 요건이 갖추어 진 것으로 판단하게 하여 같은 날 서울지방병무청으로부터 공소외 1에 대한 파견근무 승인을 받음으로써 위계로써 위 서울지방병무청 담당 직원의 병역특례요원 파견요원 심사 및 실태점검 등 병역특례요원 관리업무에 관한 정당한 직무집행을 방해하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

행정관청이 출원에 의한 인·허가 처분을 함에 있어서는 그 출원사유가 사실과 부합하지 아니하는 경우가 있음을 전제로 하여 인·허가할 것인지 여부를 심사·결정하는 것이므로, 행정관청이 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 출원자가 제출한 허위의 출원사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 인가 또는 허가를 하였다면, 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 출원자의 위계에 의한 것이었다고 할 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않는다 할 것인바(대법원 1988. 5. 10. 선고 87도2079 판결 참조), 설령 피고인 1, 공소외 3이 공소외 1에 대한 파견승인신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 공동개발계약서를 작성하여 제출하였다 하더라도 그 신청을 받아 심사하는 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 정당하게 조사하였더라면 출원사유가 허위임을

알 수 있었을 것인데, 출원사유의 사실여부를 조사하지 아니한 채 출원사유 및 첨부서류가 진실한 것으로 경신한 나머지 파견승인을 한 것이라면 이는 위 담당공무원이 출원사유를 충분히 심사하지 못한 결과에 다름없는 것이고, 피고인 1, 공소외 3의 행위로 인하여 위 담당공무원의 심사결정 업무집행이 방해되었다고 할 수 없는 것이다.

따라서 달리 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 조사하였더라도 출원사유가 허위임을 알 수 없었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없는 이상 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

피고인들에 대한 공소사실 중 병역법위반의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 산업기능요원을 지정받아 편입하였을 경우 그 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하여야 하고, 산업기능요원이 편입당시 지정업체의 해당 분야에 종사하지 아니한 때에는 사유 발생일로부터 14일 이내에 관할지방병무청장에게 그 사실을 통보하여야 함에도 불구하고, 피고인 1은, 2003. 12. 31.경부터 공소외 1이 공소외 회사로 전직한 2005. 1. 14.경까지 공소외 1이 피고인 회사 소속의 산업기능요원임에도 불구하고 공소외 회사의 품질보증그룹(QA) 사무실에서 공소외 3의 지시를 받아 '미들웨어 적합성 테스트' 업무에 종사하게 함으로써 산업기능요원으로 하여금 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하게 하고, 위와 같이 공소외 1이 편입 당시 지정업체 해당분야가 아닌 다른 업무에 종사함에도 불구하고 관할 서울지방병무청장에게 그 사실을 통보하지 아니하고, 피고인 회사는, 위와 같이 피고인의 고용주인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 위와 같은 위반행위를 하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

(가) 승인을 받은 파견기간(2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지)에 대하여

병역법 시행령 87조 제1항에 의하면, 지정업체의 장이 전문연구요원 및 산업기능요원에 대하여 의무종사 중에 해당분야와 관련되는 국내교육훈련 및 관련업무수행을 위한 국내파견근무를 시키고자 하는 때에는 교육훈련승인신청서 또는 파견근무 승인신청서에 복무기록표 사본을 첨부하여 관할 지방병무청장의 승인을 얻어야 하며, 그 국내교육훈련 및 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보고 있는바, 설령 공소외 1에 대한 파견승인에 하자가 있다 하더라도, 그 승인이 유효하게 존속하고 있는 이상 공소외 1은 승인을 받은 파견기간인 2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지 위 규정에 의하여 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 봄이 상당하고, 나아가 위 규정의 취지상 승인을 받은 기간에 대하여는 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(나) 나머지 기간에 대하여

위 ㉠항에서 무죄로 판단된 기간을 제외한 나머지 기간은 승인을 받은 파견기간 전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지 및 파견기간 후인 2004. 12. 23.부터 2005. 1. 14.까지인바, 먼저 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 대한 피고인의 법리오해 주장에 대하여 본다.

병역법 제40조는 지정업체의 장은 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하여야 한다고 규정하고 있는바, 규정 취지상 위 신상이동통보의무는 위 규정에 정한 14일이 경과함으로써 소멸되는 것이 아니라 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하는 상태가 계속되는 한 그 의무 또한 계속하는 것이라고 할 것이고, 따라서 위 규정의 '14일 이내'라는 것은 신상이동통보의무의 이행을 유예하는 기간으로 정하여진 것이지, 그 기간 내에 한하여 신상이동통보를 요구하는 취지에서 규정된 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이다.

따라서 신상이동통보의무위반으로 인한 병역법위반죄에 대한 공소시효는 위 기간이 경과한 때부터 진행된다고 볼 것이 아니라 그 후 위 신상이동통보의무의 이행이나 기타의 사정으로 신상이동통보의무가 소멸한 때를 기준으로 하여 그 기간을 기산함이 타당하므로, 피고인의 이 부분 법리오해 주장은 이유 없다.

다만 승인을 받은 파견기간 이전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지의 기간에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄에 대하여 직권으로 살피건대, 기록에 의하면 검사는 2007. 7. 27. 이 사건 공소를 제기한 사실을 인정할 수 있는바, 이 부분에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄의 공소시효는 2004. 2. 23.부터 진행된다고 할 것인데(일용 유효한 파견 승인에 따라 새로운 업무에 종사하게 된 이상, 그 이전의 업무에 대한 종사의무 및 신상이동통보의무는 소멸한다고 봄이 상당하다), 한편 병역법 제84조 제2항, 제92조 제1항에 의하면 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 6월 이하의 징역형 또는 2천만 원 이하의 벌금형, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 200만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금형으로서 형사소송법 제249조 제1항 제5호에 의하여 그 공소시효 기간이 각 3년이므로, 2007. 7. 27. 제기된 이 사건 공소는 공소시효가 완성된 후에 제기되었음이 역수상 분명하다.

따라서 이 부분 공소사실은 공소시효가 완성되었으므로 면소를 선고하여야 할 것인바, 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 잘못이 있다.

3. 결론

피고인들의 항소는 일부 이유 있고 원심판결에는 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 배임수재죄에 대한 사실오인 내지 법리오해(피고인 1)

첫째, 피고인 1이 공소외 1을 산업기능요원으로 편입시킨 2003년 당시 피고인 회사에 산업기능요원으로 편입되기를 원하는 다른 지원자가 전혀 없었고 공소외 1은 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추고 있었으며, 피고인 1 자신이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 공소외 1을 편입시킨 것이 아니므로, 피고인 1이 받은 청탁, 즉 공소외 1을 산

업기능요원으로 편입시켜 달라는 청탁은 임무에 관한 부정한 청탁이라고 보기 어렵다.

둘째, 이 사건 공소사실에 피고인 1이 취득한 것으로 되어 있는 금원은 피고인 1이 아니라 피고인 회사가 취득한 것으로, 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

셋째, 피고인 회사가 공소외 회사로부터 받은 3,300만 원은 편입에 대한 대가로서 지급받은 것이 아니라 파견에 대한 대가로서 지급받은 것이므로, 부정한 청탁의 대가로 지급받은 것으로 볼 수 없어 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 위계공무집행방해죄에 대한 법리오해(피고인 1)

피고인 1이 공소외 1에 대한 파견승인 신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 소명자료를 제출하였다 하더라도 지방병무청장이 이를 받아들인 것은 병무청의 불충분한 심사에 기인한 것이지 위 피고인의 위계에 의한 것으로 볼 수 없어 위계공무집행방해죄가 성립할 여지가 없음에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

병역법위반의 점에 대한 법리오해(피고인들)

첫째, 병역법 시행령 87조 제1항에 의하면 관할지방병무청장으로부터 승인을 받은 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보아야 하는바, 가사 이 사건 파견승인에 하자가 있다 하더라도 그 승인이 유효한 이상 피고인 1이 공소외 1로 하여금 지정업체의 해당분야에 종사하게 하지 아니한 것으로 볼 수 없고, 같은 취지에서 공소외 1에 대한 파견승인을 받은 이상 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수 없다.

둘째, 공소외 1이 공소외 회사에서 근무하기 시작한 것은 2004. 1.경이고 파견근무 승인을 받은 것은 2004. 2. 16.인바, 피고인에게 신상이동통보의무가 인정된다 하더라도 신상이동통보의무를 규정한 병역법 제40조는 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하도록 규정되어 있으므로, 14일이 경과한 날부터 공소시효가 진행된다고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 사건의 경우 신상이동통보의무불이행으로 인한 병역법위반의 점은 공소시효가 완성된 경우에 해당하여 면소가 선고되어야 한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

라. 양형부당(피고인들)

원심이 선고한 각 형량(피고인 1 : 징역 8월 및 벌금 1,000,000원, 피고인 회사 : 벌금 3,000,000원)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 1에 대한 공소사실 중 배임수재의 점에 대하여

(1) 부정한 청탁에 해당하는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 회사의 대표이사인 피고인 1은 2003년도에 피고인 회사에 병역특례자를 채용할 계획이 없어 2003. 12. 하순경까지 병역특례자를 채용하지 않고 있었던 사실, 그런데 2003. 12. 하순경 공소외 회사의 직원인 공소외 1과 공소외 회사의 인사담당자인 공소외 2가 피고인 회사에 현역 배정인원이 남아 있는 사실을 알고 피고인 1을 찾아와 2003년도에 피고인 회사에 배정된 현역 배정인원을 사용하지 않으려면 공소외 1을 형식상 피고인 회사 소속 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 공소외 회사에 파견하는 것으로 해달라고 부탁한 사실, 이에 피고인 1은 공소외 1로 하여금 피고인 회사에서 근무하게 할 생각이 없음에도 불구하고 공소외 1을 형식적으로 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 피고인 회사에서 근무하게 하지 아니하고 공소외 회사에서 계속 근무하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 병역특례제도의 취지에 비추어 볼 때, 비록 피고인의 주장과 같이 당시 피고인 회사에 다른 지원자가 없었고 공소외 1이 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추었다 하더라도, 병역특례자를 형식적으로만 편입시킨 뒤 다른 회사에서 근무하게 해달라는 내용의 청탁은 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 부정한 청탁에 해당된다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장은 이유 없다.

또한 아래 (2)항에서 보는 바와 같이 이 사건의 경우 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 평가함이 상당하므로, 피고인 1이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 청탁을 받아들인 것이 아님을 전제로 부정한 청탁이 아니라는 주장 부분 역시 이유 없다.

(2) 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수 있는지 여부

형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하고 같은 조 제2항의 배임증재죄는 제1항의 재물 또는 이익을 공여한 경우에 성립하는 것으로서, 법문상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 위 죄가 성립하지 않음이 명백하다.

다만, 그 다른 사람이 부정한 청탁을 받은 자의 사자 또는 대리인으로서 재물 또는 재산상 이익을 취득한 경우나 그 밖에 평소 부정한 청탁을 받은 자가 그 다른 사람의 생활비 등을 부담하고 있었다거나 혹은 그 다른 사람에 대하여 채무를 부담하고 있었다는 등의 사정이 있어 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받음으로써 부정한 청탁을 받은 자가 그만큼 지출을 면하게 되는 경우 등 사회통념상 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 부정한 청탁을 받은 자가 직접 받은 것과 동일하게 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 위 죄가 성립할 수 있다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004도2581 판결 참조).

이 사건 기록에 의하면, 공소외 회사는 공동개발계약에 따른 개발비를 지급하는 형식을 취하여 피고 피고인 1이 아닌 피고인 회사의 계좌로 3,300만 원을 송금한 사실을 인정할 수 있으나, 피고인 1은 피고인 회사의 대표이사이자 주요 주주인 이상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 취득할 경우 피고인 1 역시 직접적으로 그로 인한 이익을 얻는 관계에 있다 할 것이므로, 사회통념상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 받는 것은 피고인 1이 받는 것과 사실상 동일하게 평가할 수 있다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

(3) 부정한 청탁의 대가로서 지급받은 것으로 볼 수 있는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 적법하게 편입시킨 공소외 1을 파견하는 데 대한 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것이 아니라 공소외 회사에서 근무하고자 하는 공소외 1을 형식적으로 편입시킨 뒤 공소외 회사에서 근무하도록 해주는 데 대한 포괄적인 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것으로 평가함이 상당하므로, 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

나. 피고인 1에 대한 공소사실 중 위계공무집행방해의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 공소외 회사의 부사장인 공소외 3과 공모하여, 산업기능요원에 대한 관할 지방병무청의 부정기적인 실태점검에서의 적발에 대비하여 공소외 1이 마치 소속 업체인 피고인 회사의 업무를 수행하기 위해 공소외 회사에 파견근무를 하고 있는 것인 양 위장할 생각으로, 2004. 1. 15.경 공소외 3은 공소외 2로 하여금 마치 공소외 회사와 피고인 회사가 2004. 1. 15.부터 2005. 1. 14.까지 "스마트 콘텐츠 토크/필터 데이터 베이스 서버 시스템 개발"이라는 프로젝트를 공동으로 개발하고 이를 위해 피고인 회사 소속의 직원 1명을 공소외 회사에 파견근무하게 하되 공소외 회사가 그에 대해 일시불로 3,630만 원을 피고인 회사에 지급하기로 하는 것인 양 허위 내용의<공동개발계약서>를 작성하게 하고, 피고인 1은 위 공동개발계약서가 허위임을 알면서도 이에 서명날인을 한 다음 같은 해 2. 10.경 공소외 1로 하여금 2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지 공소외 회사에 관련 업무 수행을 위한 파견근무를 할 수 있게 해 달라는 내용의<파견근무 승인신청서>를 작성하여 관할 서울지방병무청에 제출하면서 위와 같이 허위 내용의<공동개발계약서>를 근거서류로 제출하고 이를 진정한 것으로 믿은 서울지방병무청 소속 담당자로 하여금 적법한 파견 근무의 요건이 갖추어 진 것으로 판단하게 하여 같은 날 서울지방병무청으로부터 공소외 1에 대한 파견근무 승인을 받음으로써 위계로써 위 서울지방병무청 담당 직원의 병역특례요원 파견요원 심사 및 실태점검 등 병역특례요원 관리업무에 관한 정당한 직무집행을 방해하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

행정관청이 출원에 의한 인·허가 처분을 함에 있어서는 그 출원사유가 사실과 부합하지 아니하는 경우가 있음을 전제로 하여 인·허가할 것인지 여부를 심사·결정하는 것이므로, 행정관청이 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 출원자가 제출한 허위의 출원사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 인가 또는 허가를 하였다면, 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 출원자의 위계에 의한 것이었다고 할 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않는

다 할 것인바(대법원 1988. 5. 10. 선고 87도2079 판결 참조), 설령 피고인 1, 공소외 3이 공소외 1에 대한 파견승인 신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 공동개발계약을 작성하여 제출하였다 하더라도 그 신청을 받아 심사하는 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 정당하게 조사하였더라면 출원사유가 허위임을 알 수 있었을 것인데, 출원사유의 사실여부를 조사하지 아니한 채 출원사유 및 첨부서류가 진실한 것으로 경신한 나머지 파견승인을 한 것이라면 이는 위 담당공무원이 출원사유를 충분히 심사하지 못한 결과에 다름없는 것이고, 피고인 1, 공소외 3의 행위로 인하여 위 담당공무원의 심사결정 업무집행이 방해되었다고 할 수 없는 것이다.

따라서 달리 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 조사하였더라도 출원사유가 허위임을 알 수 없었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없는 이상 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

피고인들에 대한 공소사실 중 병역법위반의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 산업기능요원을 지정받아 편입하였을 경우 그 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사시켜야 하고, 산업기능요원이 편입당시 지정업체의 해당 분야에 종사하지 아니한 때에는 사유 발생일로부터 14일 이내에 관할지방병무청장에게 그 사실을 통보하여야 함에도 불구하고, 피고인 1은, 2003. 12. 31.경부터 공소외 1이 공소외 회사로 전직한 2005. 1. 14.경까지 공소외 1이 피고인 회사 소속의 산업기능요원임에도 불구하고 공소외 회사의 품질보증그룹(QA) 사무실에서 공소외 3의 지시를 받아 '미들웨어 적합성 테스트' 업무에 종사하게 함으로써 산업기능요원으로 하여금 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하게 하고, 위와 같이 공소외 1이 편입 당시 지정업체 해당분야가 아닌 다른 업무에 종사함에도 불구하고 관할 서울지방병무청장에게 그 사실을 통보하지 아니하고, 피고인 회사는, 위와 같이 피고인의 고용주인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 위와 같은 위반행위를 하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

(가) 승인을 받은 파견기간(2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지)에 대하여

병역법 시행령 87조 제1항에 의하면, 지정업체의 장이 전문연구요원 및 산업기능요원에 대하여 의무종사 중에 해당분야와 관련되는 국내교육훈련 및 관련업무수행을 위한 국내파견근무를 시키고자 하는 때에는 교육훈련승인신청서 또는 파견근무 승인신청서에 복무기록표 사본을 첨부하여 관할 지방병무청장의 승인을 얻어야 하며, 그 국내교육훈련 및 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보고 있는바, 설령 공소외 1에 대한 파견승인에 하자가 있다 하더라도, 그 승인이 유효하게 존속하고 있는 이상 공소외 1은 승인을 받은 파견기간인 2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지 위 규정에 의하여 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 봄이 상당하고, 나아가 위 규정의 취지상 승인을 받은 기간에 대하여는 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(나) 나머지 기간에 대하여

위 (가)항에서 무죄로 판단된 기간을 제외한 나머지 기간은 승인을 받은 파견기간 전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지 및 파견기간 후인 2004. 12. 23.부터 2005. 1. 14.까지인바, 먼저 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 대한 피고인의 법리오해 주장에 대하여 본다.

병역법 제40조는 지정업체의 장은 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하여야 한다고 규정하고 있는바, 규정 취지상 위 신상이동통보의무는 위 규정에 정한 14일이 경과함으로써 소멸되는 것이 아니라 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하는 상태가 계속되는 한 그 의무 또한 계속하는 것이라고 할 것이고, 따라서 위 규정의 '14일 이내'라는 것은 신상이동통보의무의 이행을 유예하는 기간으로 정하여진 것이지, 그 기간 내에 한하여 신상이동통보를 요구하는 취지에서 규정된 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이다.

따라서 신상이동통보의무위반으로 인한 병역법위반죄에 대한 공소시효는 위 기간이 경과한 때부터 진행된다고 볼 것이 아니라 그 후 위 신상이동통보의무의 이행이나 기타의 사정으로 신상이동통보의무가 소멸한 때를 기준으로 하여 그 기간을 기산함이 타당하므로, 피고인의 이 부분 법리오해 주장은 이유 없다.

다만 승인을 받은 파견기간 이전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지의 기간에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄에 대하여 직권으로 살피건대, 기록에 의하면 검사는 2007. 7. 27. 이 사건 공소를 제기한 사실을 인정할 수 있는바, 이 부분에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄의 공소시효는 2004. 2. 23.부터 진행한다고 할 것인데(일응 유효한 파견 승인에 따라 새로운 업무에 종사하게 된 이상, 그 이전의 업무에 대한 종사의무 및 신상이동통보의무는 소멸한다고 봄이 상당하다), 한편 병역법 제84조 제2항, 제92조 제1항에 의하면 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 6월 이하의 징역형 또는 2천만 원 이하의 벌금형, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 200만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금형으로서 형사소송법 제249조 제1항 제5호에 의하여 그 공소시효 기간이 각 3년이므로, 2007. 7. 27. 제기된 이 사건 공소는 공소시효가 완성된 후에 제기되었음이 역수상 분명하다.

따라서 이 부분 공소사실은 공소시효가 완성되었으므로 면소를 선고하여야 할 것인바, 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 잘못이 있다.

3. 결론

피고인들의 항소는 일부 이유 있고 원심판결에는 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 배임수재죄에 대한 사실오인 내지 법리오해(피고인 1)

첫째, 피고인 1이 공소외 1을 산업기능요원으로 편입시킨 2003년 당시 피고인 회사에 산업기능요원으로 편입되기를 원하는 다른 지원자가 전혀 없었고 공소외 1은 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추고 있었으며, 피고인 1 자신이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 공소외 1을 편입시킨 것이 아니므로, 피고인 1이 받은 청탁, 즉 공소외 1을 산업기능요원으로 편입시켜 달라는 청탁은 임무에 관한 부정한 청탁이라고 보기 어렵다.

둘째, 이 사건 공소사실에 피고인 1이 취득한 것으로 되어 있는 금원은 피고인 1이 아니라 피고인 회사가 취득한 것으로, 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

셋째, 피고인 회사가 공소외 회사로부터 받은 3,300만 원은 편입에 대한 대가로서 지급받은 것이 아니라 파견에 대한 대가로서 지급받은 것이므로, 부정한 청탁의 대가로 지급받은 것으로 볼 수 없어 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 위계공무집행방해죄에 대한 법리오해(피고인 1)

피고인 1이 공소외 1에 대한 파견승인 신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 소명자료를 제출하였다 하더라도 지방병무청장이 이를 받아들인 것은 병무청의 불충분한 심사에 기인한 것이지 위 피고인의 위계에 의한 것으로 볼 수 없어 위계공무집행방해죄가 성립할 여지가 없음에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

병역법위반의 점에 대한 법리오해(피고인들)

첫째, 병역법 시행령 87조 제1항에 의하면 관할지방병무청장으로부터 승인을 받은 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보아야 하는바, 가사 이 사건 파견승인에 하자가 있다 하더라도 그 승인이 유효한 이상 피고인 1이 공소외 1로 하여금 지정업체의 해당분야에 종사하게 하지 아니한 것으로 볼 수 없고, 같은 취지에서 공소외 1에 대한 파견승인을 받은 이상 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수 없다.

둘째, 공소외 1이 공소외 회사에서 근무하기 시작한 것은 2004. 1.경이고 파견근무 승인을 받은 것은 2004. 2. 16.인바, 피고인에게 신상이동통보의무가 인정된다 하더라도 신상이동통보의무를 규정한 병역법 제40조는 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하도록 규정되어 있으므로, 14일이 경과한 날부터 공소시효가 진행된다고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 사건의 경우 신상이동통보의무불이행으로 인한 병역법위반의 점은 공소시효가 완성된 경우에 해당하여 면소가 선고되어야 한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

라. 양형부당(피고인들)

원심이 선고한 각 형량(피고인 1 : 징역 8월 및 벌금 1,000,000원, 피고인 회사 : 벌금 3,000,000원)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 1에 대한 공소사실 중 배임수재의 점에 대하여

(1) 부정한 청탁에 해당하는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 회사의 대표이사인 피고인 1은 2003년도에 피고인 회사에 병역특례자를 채용할 계획이 없어 2003. 12. 하순경까지 병역특례자를 채용하지 않고 있었던 사실, 그런데 2003. 12. 하순경 공소외 회사의 직원인 공소외 1과 공소외 회사의 인사담당자인 공소외 2가 피고인 회사에 현역 배정인원이 남아 있는 사실을 알고 피고인 1을 찾아와 2003년도에 피고인 회사에 배정된 현역 배정인원을 사용하지 않으려면 공소외 1을 형식상 피고인 회사 소속 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 공소외 회사에 파견하는 것으로 해달라고 부탁한 사실, 이에 피고인 1은 공소외 1로 하여금 피고인 회사에서 근무하게 할 생각이 없음에도 불구하고 공소외 1을 형식적으로 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 피고인 회사에서 근무하게 하지 아니하고 공소외 회사에서 계속 근무하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 병역특례제도의 취지에 비추어 볼 때, 비록 피고인의 주장과 같이 당시 피고인 회사에 다른 지원자가 없었고 공소외 1이 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추었다 하더라도, 병역특례자를 형식적으로만 편입시킨 뒤 다른 회사에서 근무하게 해달라는 내용의 청탁은 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 부정한 청탁에 해당된다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장은 이유 없다.

또한 아래 (2)항에서 보는 바와 같이 이 사건의 경우 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 평가함이 상당하므로, 피고인 1이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 청탁을 받아들인 것이 아님을 전제로 부정한 청탁이 아니라는 주장 부분 역시 이유 없다.

(2) 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수 있는지 여부

형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하고 같은 조 제2항의 배임증재죄는 제1항의 재물 또는 이익을 공여한 경우에 성립하는 것으로서, 법문상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 위 죄가 성립하지 않음이 명백하다. 다만, 그 다른 사람이 부정한 청탁을 받은 자의 사자 또는 대리인으로서 재물 또는 재산상 이익을 취득한 경우나 그 밖에 평소 부정한 청탁을 받은 자가 그 다른 사람의 생활비 등을 부담하고 있었다거나 혹은 그 다른 사람에 대하여 채무를 부담하고 있었다는 등의 사정이 있어 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받음으로써 부정한 청탁을 받

은 자가 그만큼 지출을 면하게 되는 경우 등 사회통념상 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 부정한 청탁을 받은 자가 직접 받은 것과 동일하게 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 위 죄가 성립할 수 있다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004도2581 판결 참조).

이 사건 기록에 의하면, 공소외 회사는 공동개발계약에 따른 개발비를 지급하는 형식을 취하여 피고 피고인 1이 아닌 피고인 회사의 계좌로 3,300만 원을 송금한 사실을 인정할 수 있으나, 피고인 1은 피고인 회사의 대표이사이자 주요 주주인 이상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 취득할 경우 피고인 1 역시 직접적으로 그로 인한 이익을 얻는 관계에 있다 할 것이므로, 사회통념상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 받는 것은 피고인 1이 받는 것과 사실상 동일하게 평가할 수 있다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

(3) 부정한 청탁의 대가로서 지급받은 것으로 볼 수 있는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 적법하게 편입시킨 공소외 1을 파견하는 데 대한 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것이 아니라 공소외 회사에서 근무하고자 하는 공소외 1을 형식적으로 편입시킨 뒤 공소외 회사에서 근무하도록 해주는 데 대한 포괄적인 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것으로 평가함이 상당하므로, 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

나. 피고인 1에 대한 공소사실 중 위계공무집행방해의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 공소외 회사의 부사장인 공소외 3과 공모하여, 산업기능요원에 대한 관할 지방병무청의 부정기적인 실태점검에서의 적발에 대비하여 공소외 1이 마치 소속 업체인 피고인 회사의 업무를 수행하기 위해 공소외 회사에 파견근무를 하고 있는 것인 양 위장할 생각으로, 2004. 1. 15.경 공소외 3은 공소외 2로 하여금 마치 공소외 회사와 피고인 회사가 2004. 1. 15.부터 2005. 1. 14.까지 "스마트 콘텐츠 토크/필터 데이터 베이스 서버 시스템 개발"이라는 프로젝트를 공동으로 개발하고 이를 위해 피고인 회사 소속의 직원 1명을 공소외 회사에 파견근무하게 하되 공소외 회사가 그에 대해 일시불로 3,630만 원을 피고인 회사에 지급하기로 하는 것인 양 허위 내용의<공동개발계약서>를 작성하게 하고, 피고인 1은 위 공동개발계약서가 허위임을 알면서도 이에 서명날인을 한 다음 같은 해 2. 10.경 공소외 1로 하여금 2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지 공소외 회사에 관련 업무 수행을 위한 파견근무를 할 수 있게 해 달라는 내용의<파견근무 승인신청서>를 작성하여 관할 서울지방병무청에 제출하면서 위와 같이 허위 내용의<공동개발계약서>를 근거서류로 제출하고 이를 진정한 것으로 믿은 서울지방병무청 소속 담당자로 하여금 적법한 파견 근무의 요건이 갖추어진 것으로 판단하게 하여 같은 날 서울지방병무청으로부터 공소외 1에 대한 파견근무 승인을 받음으로써 위계로써 위 서울지방병무청 담당 직원의 병역특례요원 파견요원 심사 및 실태점검 등 병역특례요원 관리업무에 관한 정당한 직무집행을 방해하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

행정관청이 출원에 의한 인·허가 처분을 함에 있어서는 그 출원사유가 사실과 부합하지 아니하는 경우가 있음을 전제로 하여 인·허가할 것인지 여부를 심사·결정하는 것이므로, 행정관청이 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 출원자가 제출한 허위의 출원사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 인가 또는 허가를 하였다면, 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 출원자의 위계에 의한 것이었다고 할 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않는다 할 것인바(대법원 1988. 5. 10. 선고 87도2079 판결 참조), 설령 피고인 1, 공소외 3이 공소외 1에 대한 파견승인 신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 공동개발계약을 작성하여 제출하였다 하더라도 그 신청을 받아 심사하는 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 정당하게 조사하였더라면 출원사유가 허위임을 알 수 있었을 것인데, 출원사유의 사실여부를 조사하지 아니한 채 출원사유 및 첨부서류가 진실한 것으로 경신한 나머지 파견승인을 한 것이라면 이는 위 담당공무원이 출원사유를 충분히 심사하지 못한 결과에 다름없는 것이고, 피고인 1, 공소외 3의 행위로 인하여 위 담당공무원의 심사결정 업무집행이 방해되었다고 할 수 없는 것이다.

따라서 달리 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 조사하였더라도 출원사유가 허위임을 알 수 없었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없는 이상 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

피고인들에 대한 공소사실 중 병역법위반의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 산업기능요원을 지정받아 편입하였을 경우 그 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사시켜야 하고, 산업기능요원이 편입당시 지정업체의 해당 분야에 종사하지 아니한 때에는 사유 발생일로부터 14일 이내에 관할지방병무청장에게 그 사실을 통보하여야 함에도 불구하고, 피고인 1은, 2003. 12. 31.경부터 공소외 1이 공소외 회사로 전직한 2005. 1. 14.경까지 공소외 1이 피고인 회사 소속의 산업기능요원임에도 불구하고 공소외 회사의 품질보증그룹(QA) 사무실에서 공소외 3의 지시를 받아 '미들웨어 적합성 테스트' 업무에 종사하게 함으로써 산업기능요원으로 하여금 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하게 하고, 위와 같이 공소외 1이 편입 당시 지정업체 해당분야가 아닌 다른 업무에 종사함에도 불구하고 관할 서울지방병무청장에게 그 사실을 통보하지 아니하고, 피고인 회사는, 위와 같이 피고인의 고용주인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 위와 같은 위반행위를 하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

(가) 승인을 받은 파견기간(2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지)에 대하여

병역법 시행령 87조 제1항에 의하면, 지정업체의 장이 전문연구요원 및 산업기능요원에 대하여 의무종사 중에 해당분야와 관련되는 국내교육훈련 및 관련업무수행을 위한 국내파견근무를 시키고자 하는 때에는 교육훈련승인신청서 또는 파견근무 승인신청서에 복무기록표 사본을 첨부하여 관할 지방병무청장의 승인을 얻어야 하며, 그 국내교육훈련 및 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보고 있는바, 설령 공소외 1에 대한 파견승인에 하자가 있다 하더라도, 그 승인이 유효하게 존속하고 있는 이상 공소외 1은 승인을 받은 파견기간인 2004. 2. 23.부터

2004. 12. 22.까지 위 규정에 의하여 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 봄이 상당하고, 나아가 위 규정의 취지상 승인을 받은 기간에 대하여는 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(나) 나머지 기간에 대하여

위 (가)항에서 무죄로 판단된 기간을 제외한 나머지 기간은 승인을 받은 파견기간 전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지 및 파견기간 후인 2004. 12. 23.부터 2005. 1. 14.까지인바, 먼저 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 대한 피고인의 법리오해 주장에 대하여 본다.

병역법 제40조는 지정업체의 장은 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하여야 한다고 규정하고 있는바, 규정 취지상 위 신상이동통보의무는 위 규정에 정한 14일이 경과함으로써 소멸되는 것이 아니라 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하는 상태가 계속되는 한 그 의무 또한 계속하는 것이라고 할 것이고, 따라서 위 규정의 '14일 이내'라는 것은 신상이동통보의무의 이행을 유예하는 기간으로 정하여진 것이지, 그 기간 내에 한하여 신상이동통보를 요구하는 취지에서 규정된 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이다.

따라서 신상이동통보의무위반으로 인한 병역법위반죄에 대한 공소시효는 위 기간이 경과한 때부터 진행된다고 볼 것이 아니라 그 후 위 신상이동통보의무의 이행이나 기타의 사정으로 신상이동통보의무가 소멸한 때를 기준으로 하여 그 기간을 기산함이 타당하므로, 피고인의 이 부분 법리오해 주장은 이유 없다.

다만 승인을 받은 파견기간 이전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지의 기간에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄에 대하여 직권으로 살피건대, 기록에 의하면 검사는 2007. 7. 27. 이 사건 공소를 제기한 사실을 인정할 수 있는바, 이 부분에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄의 공소시효는 2004. 2. 23.부터 진행한다고 할 것인데(일응 유효한 파견 승인에 따라 새로운 업무에 종사하게 된 이상, 그 이전의 업무에 대한 종사의무 및 신상이동통보의무는 소멸한다고 봄이 상당하다), 한편 병역법 제84조 제2항, 제92조 제1항에 의하면 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 6월 이하의 징역형 또는 2천만 원 이하의 벌금형, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 200만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금형으로서 형사소송법 제249조 제1항 제5호에 의하여 그 공소시효 기간이 각 3년이므로, 2007. 7. 27. 제기된 이 사건 공소는 공소시효가 완성된 후에 제기되었음이 역수상 분명하다.

따라서 이 부분 공소사실은 공소시효가 완성되었으므로 면소를 선고하여야 할 것인바, 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 잘못이 있다.

3. 결론

피고인들의 항소는 일부 이유 있고 원심판결에는 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 배임수재죄에 대한 사실오인 내지 법리오해(피고인 1)

첫째, 피고인 1이 공소외 1을 산업기능요원으로 편입시킨 2003년 당시 피고인 회사에 산업기능요원으로 편입되기를 원하는 다른 지원자가 전혀 없었고 공소외 1은 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추고 있었으며, 피고인 1 자신이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 공소외 1을 편입시킨 것이 아니므로, 피고인 1이 받은 청탁, 즉 공소외 1을 산업기능요원으로 편입시켜 달라는 청탁은 임무에 관한 부정한 청탁이라고 보기 어렵다.

둘째, 이 사건 공소사실에 피고인 1이 취득한 것으로 되어 있는 금원은 피고인 1이 아니라 피고인 회사가 취득한 것으로, 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

셋째, 피고인 회사가 공소외 회사로부터 받은 3,300만 원은 편입에 대한 대가로서 지급받은 것이 아니라 파견에 대한 대가로서 지급받은 것이므로, 부정한 청탁의 대가로 지급받은 것으로 볼 수 없어 배임수재죄가 성립하지 아니한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 위계공무집행방해죄에 대한 법리오해(피고인 1)

피고인 1이 공소외 1에 대한 파견승인 신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 소명자료를 제출하였다 하더라도 지방병무청장이 이를 받아들인 것은 병무청의 불충분한 심사에 기인한 것이지 위 피고인의 위계에 의한 것으로 볼 수 없어 위계공무집행방해죄가 성립할 여지가 없음에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

병역법위반의 점에 대한 법리오해(피고인들)

첫째, 병역법 시행령 87조 제1항에 의하면 관할지방병무청장으로부터 승인을 받은 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보아야 하는바, 가사 이 사건 파견승인에 하자가 있다 하더라도 그 승인이 유효한 이상 피고인 1이 공소외 1로 하여금 지정업체의 해당분야에 종사하게 하지 아니한 것으로 볼 수 없고, 같은 취지에서 공소외 1에 대한 파견승인을 받은 이상 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수 없다.

둘째, 공소외 1이 공소외 회사에서 근무하기 시작한 것은 2004. 1.경이고 파견근무 승인을 받은 것은 2004. 2. 16.인바, 피고인에게 신상이동통보의무가 인정된다 하더라도 신상이동통보의무를 규정한 병역법 제40조는 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하도록 규정되어 있으므로, 14일이 경과한 날부터 공소시효가 진행된다고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 사건의 경우 신상이동통보의무불이행으로 인한 병역법위반의 점은 공소시효가 완성된 경우에 해당하여 면소가 선고되어야 한다.

그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

라. 양형부당(피고인들)

원심이 선고한 각 형량(피고인 1 : 징역 8월 및 벌금 1,000,000원, 피고인 회사 : 벌금 3,000,000원)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 1에 대한 공소사실 중 배임수재의 점에 대하여

(1) 부정한 청탁에 해당하는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 회사의 대표이사인 피고인 1은 2003년도에 피고인 회사에 병역특례자를 채용할 계획이 없어 2003. 12. 하순경까지 병역특례자를 채용하지 않고 있었던 사실, 그런데 2003. 12. 하순경 공소외 회사의 직원인 공소외 1과 공소외 회사의 인사담당자인 공소외 2가 피고인 회사에 현역 배정인원이 남아 있는 사실을 알고 피고인 1을 찾아와 2003년도에 피고인 회사에 배정된 현역 배정인원을 사용하지 않으려면 공소외 1을 형식상 피고인 회사 소속 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 공소외 회사에 파견하는 것으로 해달라고 부탁한 사실, 이에 피고인 1은 공소외 1로 하여금 피고인 회사에서 근무하게 할 생각이 없음에도 불구하고 공소외 1을 형식적으로 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 피고인 회사에서 근무하게 하지 아니하고 공소외 회사에서 계속 근무하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 병역특례제도의 취지에 비추어 볼 때, 비록 피고인의 주장과 같이 당시 피고인 회사에 다른 지원자가 없었고 공소외 1이 병역특례자로 채용될 충분한 자격을 갖추었다 하더라도, 병역특례자를 형식적으로만 편입시킨 뒤 다른 회사에서 근무하게 해달라는 내용의 청탁은 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 부정한 청탁에 해당된다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장은 이유 없다.

또한 아래 (2)항에서 보는 바와 같이 이 사건의 경우 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 평가함이 상당하므로, 피고인 1이 금전적인 이익을 취득하기 위하여 청탁을 받아들인 것이 아님을 전제로 부정한 청탁이 아니라는 주장 부분 역시 이유 없다.

(2) 피고인 1이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수 있는지 여부

형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하고 같은 조 제2항의 배임증재죄는 제1항의 재물 또는 이익을 공여한 경우에 성립하는 것으로서, 법문상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 위 죄가 성립하지 않음이 명백하다.

다만, 그 다른 사람이 부정한 청탁을 받은 자의 사자 또는 대리인으로서 재물 또는 재산상 이익을 취득한 경우나 그 밖에 평소 부정한 청탁을 받은 자가 그 다른 사람의 생활비 등을 부담하고 있었다거나 혹은 그 다른 사람에 대하여 채무를 부담하고 있었다는 등의 사정이 있어 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받음으로써 부정한 청탁을 받은 자가 그만큼 지출을 면하게 되는 경우 등 사회통념상 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 부정한 청탁을 받은 자가 직접 받은 것과 동일하게 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 위 죄가 성립할 수 있다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004도2581 판결 참조).

이 사건 기록에 의하면, 공소외 회사는 공동개발계약에 따른 개발비를 지급하는 형식을 취하여 피고 피고인 1이 아닌 피고인 회사의 계좌로 3,300만 원을 송금한 사실을 인정할 수 있으나, 피고인 1은 피고인 회사의 대표이사이자 주요 주주인 이상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 취득할 경우 피고인 1 역시 직접적으로 그로 인한 이익을 얻는 관계에 있다 할 것이므로, 사회통념상 피고인 회사가 재물 또는 재산상 이익을 받는 것은 피고인 1이 받는 것과 사실상 동일하게 평가할 수 있다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

(3) 부정한 청탁의 대가로서 지급받은 것으로 볼 수 있는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 적법하게 편입시킨 공소외 1을 파견하는 데 대한 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것이 아니라 공소외 회사에서 근무하고자 하는 공소외 1을 형식적으로 편입시킨 뒤 공소외 회사에서 근무하도록 해주는 데 대한 포괄적인 대가로서 3,300만 원을 지급받은 것으로 평가함이 상당하므로, 이 부분 피고인 1의 주장 역시 이유 없다.

나. 피고인 1에 대한 공소사실 중 위계공무집행방해의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1은 공소외 회사의 부사장인 공소외 3과 공모하여, 산업기능요원에 대한 관할 지방병무청의 부정기적인 실태점검에서의 적발에 대비하여 공소외 1이 마치 소속 업체인 피고인 회사의 업무를 수행하기 위해 공소외 회사에 파견근무를 하고 있는 것인 양 위장할 생각으로, 2004. 1. 15.경 공소외 3은 공소외 2로 하여금 마치 공소외 회사와 피고인 회사가 2004. 1. 15.부터 2005. 1. 14.까지 "스마트 콘텐츠 토크/필터 데이터 베이스 서버 시스템 개발"이라는 프로젝트를 공동으로 개발하고 이를 위해 피고인 회사 소속의 직원 1명을 공소외 회사에 파견근무하게 하되 공소외 회사가 그에 대해 일시불로 3,630만 원을 피고인 회사에 지급하기로 하는 것인 양 허위 내용의<공동개발계약서>를 작성하게 하고, 피고인 1은 위 공동개발계약서가 허위임을 알면서도 이에 서명날인을 한 다음 같은 해 2. 10.경 공소외 1로 하여금 2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지 공소외 회사에 관련 업무 수행을 위한 파견근무를 할 수 있게 해 달라는 내용의<파견근무 승인신청서>를 작성하여 관할 서울지방병무청에 제출하면서 위와 같이 허위 내용의<공동개발계약서>를 근거서류로 제출하고 이를 진정한 것으로 믿은 서울지방병무청 소속 담당자로 하여금 적법한 파견 근무의 요건이 갖추어 진 것으로 판단하게 하여 같은 날 서울지방병무청으로부터 공소외 1에 대한 파견근무 승인을 받음으로써 위계로써 위 서울지방병무청 담당 직원의 병역특례요원 파견요원 심사 및 실태점검 등 병역특례요원 관리업무에 관한 정당한 직무집행을 방해하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

행정관청이 출원에 의한 인·허가 처분을 함에 있어서는 그 출원사유가 사실과 부합하지 아니하는 경우가 있음을 전제로 하여 인·허가할 것인지 여부를 심사·결정하는 것이므로, 행정관청이 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 출원자가 제출한 허위의 출원사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 인가 또는 허가를 하였다면, 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 출원자의 위계에 의한 것이었다고 할 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않는다 할 것인바(대법원 1988. 5. 10. 선고 87도2079 판결 참조), 설령 피고인 1, 공소외 3이 공소외 1에 대한 파견승인 신청을 함에 있어 관할 지방병무청장에게 원심 판시와 같이 허위의 공동개발계약을 작성하여 제출하였다 하더라도 그 신청을 받아 심사하는 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 정당하게 조사하였더라면 출원사유가 허위임을 알 수 있었을 것인데, 출원사유의 사실여부를 조사하지 아니한 채 출원사유 및 첨부서류가 진실한 것으로 경신한 나머지 파견승인을 한 것이라면 이는 위 담당공무원이 출원사유를 충분히 심사하지 못한 결과에 다름없는 것이고, 피고인 1, 공소외 3의 행위로 인하여 위 담당공무원의 심사결정 업무집행이 방해되었다고 할 수 없는 것이다.

따라서 달리 담당공무원이 출원사유의 사실 여부를 조사하였더라도 출원사유가 허위임을 알 수 없었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없는 이상 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다.

피고인들에 대한 공소사실 중 병역법위반의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는, 산업기능요원을 지정받아 편입하였을 경우 그 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사시켜야 하고, 산업기능요원이 편입당시 지정업체의 해당 분야에 종사하지 아니한 때에는 사유 발생일로부터 14일 이내에 관할지방병무청장에게 그 사실을 통보하여야 함에도 불구하고, 피고인 1은, 2003. 12. 31.경부터 공소외 1이 공소외 회사로 전직한 2005. 1. 14.경까지 공소외 1이 피고인 회사 소속의 산업기능요원임에도 불구하고 공소외 회사의 품질보증그룹(QA) 사무실에서 공소외 3의 지시를 받아 '미들웨어 적합성 테스트' 업무에 종사하게 함으로써 산업기능요원으로 하여금 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하게 하고, 위와 같이 공소외 1이 편입 당시 지정업체 해당분야가 아닌 다른 업무에 종사함에도 불구하고 관할 서울지방병무청장에게 그 사실을 통보하지 아니하고, 피고인 회사는, 위와 같이 피고인의 고용주인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 위와 같은 위반행위를 하였다는 것이다.

원심은 그 거시 증거들을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당원의 판단

(가) 승인을 받은 파견기간(2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지)에 대하여

병역법 시행령 87조 제1항에 의하면, 지정업체의 장이 전문연구요원 및 산업기능요원에 대하여 의무종사 중에 해당분야와 관련되는 국내교육훈련 및 관련업무수행을 위한 국내파견근무를 시키고자 하는 때에는 교육훈련승인신청서 또

는 파견근무 승인신청서에 복무기록표 사본을 첨부하여 관할 지방병무청장의 승인을 얻어야 하며, 그 국내교육훈련 및 국내파견근무기간은 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 보고 있는바, 설령 공소외 1에 대한 파견승인에 하자가 있다 하더라도, 그 승인이 유효하게 존속하고 있는 이상 공소외 1은 승인을 받은 파견기간인 2004. 2. 23.부터 2004. 12. 22.까지 위 규정에 의하여 지정업체의 해당분야에 종사한 것으로 봄이 상당하고, 나아가 위 규정의 취지상 승인을 받은 기간에 대하여는 피고인 1이 별도로 신상이동통보의무를 부담한다고 볼 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당한다 할 것임에도, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(나) 나머지 기간에 대하여

위 (가)항에서 무죄로 판단된 기간을 제외한 나머지 기간은 승인을 받은 파견기간 전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지 및 파견기간 후인 2004. 12. 23.부터 2005. 1. 14.까지인바, 먼저 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반의 점에 대한 피고인의 법리오해 주장에 대하여 본다.

병역법 제40조는 지정업체의 장은 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니한 때에는 14일 이내에 관할지방병무청장에게 통보하여야 한다고 규정하고 있는바, 규정 취지상 위 신상이동통보의무는 위 규정에 정한 14일이 경과함으로써 소멸되는 것이 아니라 전문연구요원이나 산업기능요원이 편입 당시 지정업체의 해당분야에 종사하지 아니하는 상태가 계속되는 한 그 의무 또한 계속하는 것이라고 할 것이고, 따라서 위 규정의 '14일 이내'라는 것은 신상이동통보의무의 이행을 유예하는 기간으로 정하여진 것이지, 그 기간 내에 한하여 신상이동통보를 요구하는 취지에서 규정된 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이다.

따라서 신상이동통보의무위반으로 인한 병역법위반죄에 대한 공소시효는 위 기간이 경과한 때부터 진행된다고 볼 것이 아니라 그 후 위 신상이동통보의무의 이행이나 기타의 사정으로 신상이동통보의무가 소멸한 때를 기준으로 하여 그 기간을 기산함이 타당하므로, 피고인의 이 부분 법리오해 주장은 이유 없다.

다만 승인을 받은 파견기간 이전인 2003. 12. 31.부터 2004. 2. 22.까지의 기간에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄에 대하여 직권으로 살피건대, 기록에 의하면 검사는 2007. 7. 27. 이 사건 공소를 제기한 사실을 인정할 수 있는바, 이 부분에 대한 종사의무위반 및 신상이동통보불이행으로 인한 각 병역법위반죄의 공소시효는 2004. 2. 23.부터 진행한다고 할 것인데(일응 유효한 파견 승인에 따라 새로운 업무에 종사하게 된 이상, 그 이전의 업무에 대한 종사의무 및 신상이동통보의무는 소멸한다고 봄이 상당하다), 한편 병역법 제84조 제2항, 제92조 제1항에 의하면 신상이동통보불이행으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 6월 이하의 징역형 또는 2천만 원 이하의 벌금형, 종사의무위반으로 인한 병역법위반죄의 법정형은 200만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금형으로서 형사소송법 제249조 제1항 제5호에 의하여 그 공소시효 기간이 각 3년이므로, 2007. 7. 27. 제기된 이 사건 공소는 공소시효가 완성된 후에 제기되었음이 역수상 분명하다.

따라서 이 부분 공소사실은 공소시효가 완성되었으므로 면소를 선고하여야 할 것인바, 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 잘못이 있다.

3. 결론

피고인들의 항소는 일부 이유 있고 원심판결에는 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.