

# 대 법 원

## 제 1 부

### 판 결

사 건	2015도9130	가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 나. 사기 다. 위계공무집행방해 라. 문화재보호법위반 마. 문화재수리등에관한법률위반
피 고 인	피고인 1 외 1인	
상 고 인	피고인들	
변 호 인	변호사 신대희(피고인들을 위하여)	
원 심 판 결	대전고등법원 2015. 5. 21. 선고 (청주)2014노246 판결	
판 결 선 고	2020. 2. 6.	

### 주 문

원심판결 중 피고인 1에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 대전고등법원에 환송한다.

피고인 2 주식회사의 상고를 기각한다.

## 이 유

1. 피고인 1에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)의 점 및 사기의 점에 관하여 상고이유를 판단하기에 앞서 직권으로 판단한다.

### 가. 원심의 판단

이 부분 공소사실의 요지는 아래와 같다. 제1심은 이에 대하여 유죄로 판단하였고, 원심은 이를 그대로 유지하였다.

피고인 1은 종합문화재수리업자로 등록된 피고인 2 주식회사(이하 '피고인 2 회사'라고 한다)의 대표이사이고, 1심 공동피고인 2는 문화재수리기술자이다. 그런데 종합문화재수리업 등록을 하기 위해서는 상시 근무하는 문화재수리기술자 4명 등을 보유하여야 하는데, 피고인 2 회사는 문화재수리기술자·문화재수리기능자의 자격증을 대여받아 종합문화재수리업 등록을 한 회사로 실질적으로 문화재수리업자로서의 자격을 갖추고 있지 않았다. 또한 피고인 2 회사가 낙찰받은 문화재수리공사는 1심 공동피고인 2가 전적으로 시행할 예정이었으므로 피고인 2 회사는 문화재수리공사를 직접 수행할 의사나 능력이 없었다. 그럼에도 피고인 1은 2009. 6. 18.경 피해자 보은군과 '○○○○영정 보호각 정비사업' 도급계약과 관련하여, 마치 피고인 2 회사가 문화재수리기술자 4명 등을 상시 보유하고 있는 종합문화재수리업자이고, 위 공사를 직접 시행할 것처럼 그 곳 담당 직원에게 '문화재기술자보유현황', '문화재기술자 자격증 사본', '문화재기술자 및 기능자에 대한 급여지급 및 원천징수 내역' 등을 제출하는 방법으로 기망하여 위 계약을 체결한 것을 비롯하여 2013. 11. 11.경까지 제1심 판결문 별지 범죄일람표 1 기재와 같이 64회에 걸쳐 위와 같은 방식으로 피해자 보은군 등과 문화재수리계약을 체결하였다. 이로써 피고인 1은 1심 공동피고인 2, 1심 공동피고인 1과 공모하여 피해

자 보은군 등으로부터 합계 5,823,534,940원을 공사대금으로 지급받아 이를 편취하였다.

#### 나. 대법원의 판단

1) 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리고 그 처분행위를 유발하여 재물을 교부 받거나 재산상 이익을 얻음으로써 성립하는 범죄로서 그 본질은 기망행위에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도48 판결 등 참조). 그리고 사기죄는 보호법익인 재산권이 침해되었을 때 성립하는 범죄이므로, 사기죄의 기망행위라고 하려면 불법영득의 의사 내지 편취의 범의를 가지고 상대방을 기망한 것 이어야 한다. 사기죄의 주관적 구성요건인 불법영득의 의사 내지 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다. 특히 공사도급계약에서 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 계약 당시를 기준으로 피고인에게 공사를 완성할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 공사를 완성할 것처럼 거짓말을 하여 피해자로부터 공사대금 등을 편취할 고의가 있었는지 여부에 의하여 판단하여야 한다. 이때 법원으로서도 공사도급계약의 내용, 그 체결 경위 및 계약의 이행과정이나 그 결과 등을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10416 판결, 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007도9802 판결 등 참조).

한편 사기죄의 보호법익은 재산권이므로, 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익이 침해되었다는 사정만으로 사기죄가 성립한다고 할 수 없다. 따라서 공사도급계약 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가자격, 계약절차 등에 관한 규정을 위반한 사정이 있더라도 그러한 사정만으로 공사도급계약을 체결한 행위가 기

망행위에 해당한다고 단정해서는 안 되고, 그 위반으로 말미암아 계약 내용대로 이행 되더라도 공사의 완성이 불가능하였다고 평가할 수 있을 만큼 그 위법이 공사의 내용에 본질적인 것인지 여부를 심리·판단하여야 한다(대법원 2019. 12. 27. 선고 2015도 10570 판결 참조).

2) 위와 같은 법리에 비추어 원심의 판단을 살펴본다.

제1심은 피고인 1과 1심 공동피고인 2에 대하여, 원심은 피고인 1에 대하여, 위 피고인들이 문화재수리기술자 등의 자격증을 대여받아 사용한 행위, 피고인 1이 1심 공동피고인 2에게 피고인 2 회사가 도급받은 문화재수리공사를 시행하게 한 행위 등과 관련하여 각기 구 문화재보호법(2010. 2. 4. 법률 제10000호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 문화재보호법'이라고 한다) 위반죄 또는 구 문화재수리 등에 관한 법률(2015. 3. 27. 법률 제13250호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 문화재수리법'이라고 한다) 위반죄에 해당한다고 판단하였다. 이들 죄는 문화재수리의 품질향상과 문화재수리업의 건전한 발전이라는 국가적 또는 공공적 법익을 보호법익으로 하는 범죄이므로, 이러한 범죄가 행해졌다 하여 언제나 사기죄의 보호법익인 재산권이 침해되었다고 단정할 것은 아니다. 그러므로 이들 죄와는 별도로 사기죄가 성립되었다고 하려면 이러한 사정에 더하여 이 사건 문화재수리에 관한 공사도급계약의 내용과 그 체결 경위, 계약의 이행 과정이나 그 결과 등까지 종합하여 살펴볼 때 과연 위 피고인들이 공사도급계약을 이행할 의사와 능력이 없음에도 불구하고 공사도급을 가장하여 공사대금을 편취하려 하였는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다.

제1심과 원심이 피고인 1과 1심 공동피고인 2에 대하여 사기죄를 유죄로 인정한 근거를 살펴보면, 첫째는 위와 같이 구 문화재보호법 등을 위반하였다는 것이고, 둘째는

실제로는 1심 공동피고인 2로 하여금 피고인 2 회사가 도급받는 문화재수리공사를 시행하도록 되어 있었는데도 피고인 2 회사가 문화재수리공사를 직접 시행할 것처럼 속여서 공사를 도급받았다는 것이다. 그런데 제1심이 적법하게 채택한 증거에 의하더라도, 1심 공동피고인 2는 피고인 2 회사에 소속된 문화재수리기술자라는 것이므로, 이를 피고인 2 회사의 공사로 보지 않는 이유가 무엇인지 이해하기 어렵다. 그리고 문화재수리기술자 등의 자격증을 대여받아 사용한 행위가 곧바로 사기죄에서의 기망행위에 해당한다고 단정할 수 없음은 이미 살펴본 바와 같다.

한편 위에서 본 증거에 의하면, 이 사건 각 문화재수리계약이 체결되었다고 하여 곧바로 그 공사대금이 지급되는 것은 아니고, 그 공사를 발주한 지방자치단체 등이 공사가 그 계약 내용에 따라 이행되었는지 여부를 확인한 후 공사대금을 지급한다는 것인데, 이 사건 문화재수리공사가 계약에서 정한 내용과 기한에 맞추어 진행되지 않았거나 그 완성된 공사에 별다른 하자나 문제점 등이 발견되었다는 등의 사정도 찾아볼 수 없다.

그런데도 원심은 피고인 1이 공사대금을 편취할 의사로 이 사건 각 문화재수리계약을 체결하였다고 단정하였다. 이러한 원심의 판단에는 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하였거나 사기죄에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 피고인들에 대한 명의대여로 인한 각 구 문화재보호법 위반의 점 및 구 문화재수리법 위반의 점에 관한 상고이유를 판단한다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인 1이 1심 공동피고인 2에게 피고인 2 회사의 상호를 사용하여 문화재수리를 시행하게 하였다는 내용의 구 문화재보호법 위반과 구 문화재수

리법 위반의 공소사실이 유죄로 인정된다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 관련 법리를 오해한 위법이 없다.

3. 피고인들에 대한 자격증 대여사용으로 인한 각 구 문화재보호법 위반의 점, 구 문화재수리법 위반의 점, 피고인 1에 대한 위계에 의한 공무집행방해의 점에 대하여도 상고가 제기되었으나, 이 부분에 관하여는 상고장이나 상고이유서에 상고이유의 기재가 없다.

4. 위와 같은 이유로 원심판결 중 피고인 1에 대한 각 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기), 사기 부분을 파기하여야 하는데, 원심은 이 부분과 나머지 유죄 부분이 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있다는 이유로 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결 중 유죄 부분을 전부 파기하여야 한다.

5. 그러므로 피고인 1의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하고, 피고인 2 회사에 대한 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            권순일    \_\_\_\_\_

                          대법관            이기택    \_\_\_\_\_

주    심            대법관            박정화    \_\_\_\_\_

대법관 김선수 \_\_\_\_\_