

대 법 원

제 3 부

판 결

- 사 건 2017도14104 가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)  
나. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)  
다. 상법위반  
라. 공전자기록등불실기재  
마. 불실기재공전자기록등행사  
바. 국가기술자격법위반  
사. 건설산업기본법위반  
아. 위계공무집행방해  
자. 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반  
차. 뇌물공여  
카. 사기  
타. 부정처사후수뢰  
파. 공전자기록등위작  
하. 위작공전자기록등행사  
거. 허위공문서작성  
너. 허위작성공문서행사  
더. 뇌물수수

- 러. 제3자뇌물수수
- 며. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)
- 버. 직권남용권리행사방해
- 서. 부패방지및국민권익위원회의설치와운영에관한법률  
위반
- 어. 공무상비밀누설
- 저. 제3자뇌물취득

피 고 인	피고인 1 외 3인
상 고 인	피고인 1, 피고인 2, 피고인 3 및 검사(피고인 모두에 대하여)
변 호 인	<p>법무법인 가온누리 담당변호사 손호관(피고인 1을 위하여)</p> <p>법무법인(유한) 바른 담당변호사 정동민 외 2인(피고인 2를 위하여)</p> <p>법무법인(유한) 지평 담당변호사 김지형 외 3인(피고인 3을 위하여)</p> <p>변호사 오재욱(피고인 4를 위한 국선)</p>
원 심 판 결	부산고등법원 2017. 8. 17. 선고 2017노171 판결
판 결 선 고	2023. 1. 12.

## 주 문

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분(이유무죄 부분 포함)을 파기하고, 이 부분 사건을 부산고등법원에 환송한다.

피고인 2, 피고인 3의 상고 및 검사의 상고를 모두 기각한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

### 1. 피고인 1의 상고이유에 관한 판단

가. 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(사기) 및 사기 부분(무죄 부분 제외)

#### 1) 이 부분 공소사실 요지

건설산업기본법에 의하면 전문공사를 도급받으려는 자는 해당 전문공사를 시공하는 업종을 등록하여야 하고, 발주자는 공사내용에 상응하는 업종을 등록한 건설업자에게 도급하여야 하며, 수급인은 공사내용에 상응하는 업종을 등록한 건설업자에게 하도급하여야 한다. 그런데 피고인이 설립한 아이브릿지코퍼레이션은 설립 자본금을 가장납입하고, 자격증 대여자를 보유 건설기술자로 등록하는 등 자본금 요건과 기술자 보유 요건을 가장하여 전문건설업을 부정 등록한 무자격 건설업자로 전문공사를 하도급받을 수 없었다.

가) 피고인은 신명교 가설공사와 관련하여 발주기관과 '해당 공사 중 특허가 사용되는 공사의 전부 또는 일부를 낙찰자로부터 하도급받아 공사를 할 수 있다'는 내용이 포함된 특허 사용협약을 체결하였다. 피고인은 해당 공사를 낙찰받은 건설회사와 하도급 계약을 체결하면서, 아이브릿지코퍼레이션이 위 하도급 계약에 따른 공사를 할 수 있는 전문건설업을 정당한 방법으로 등록한 건설업자인 것처럼 행세하였다.

피고인은 위와 같이 신명교 가설공사의 발주기관을 기망하여 특허 사용협약을 체결

하고, 건설회사 담당자를 기망하여 하도급 계약을 체결한 후, 그 계약에 따른 공사대금을 지급받아 편취하였다.

나) 피고인은 양평교 가설공사와 관련하여 발주기관의 주무 사무관 피고인 3으로부터 RPS 공법의 견적가가 가장 높다는 정보를 전해 듣고 이미 제출된 견적가를 재조정하여 제출하는 견적가 조작을 통하여 양평교에 대하여 RPS 공법이 채택되도록 하였다. 피고인은 아이브릿지코퍼레이션이 전문건설업을 정당한 방법으로 등록한 건설업자인 것처럼 행세하면서, 발주기관과 양평교 시공 관련 RPS 공법에 대한 특허 사용협약을 체결하였고, 해당 공사를 낙찰받은 건설회사와 하도급 계약을 체결하였다.

피고인은 위와 같이 견적가 조작을 하고 양평교 가설공사의 발주기관을 기망하여 특허 사용협약을 체결하고, 건설회사 담당자를 기망하여 하도급 계약을 체결한 후, 그 계약에 따른 공사대금을 지급받아 편취하였다.

다) 피고인은 사천2교 가설공사와 관련하여 위 가)항과 같은 방법으로 발주기관을 기망하여 특허 사용협약을 체결한 다음, 경남지방조달청 담당자를 기망하여 제1심 판시 [별지 14] 범죄일람표 순번 4 기재와 같이 RPS 합성거더 제작·설치계약을 체결하고 대금을 지급받아 편취하였다.

라) 피고인은 제1심 판시 [별지 15] 범죄일람표 기재 마산용마고 담장보수공사, 해군군수사 식당보수공사 및 창원터미널 리모델링공사(이하 [별지 15] 범죄일람표 기재 3건의 공사를 합하여 '보수공사'라 한다)와 관련하여 위와 같이 아이브릿지코퍼레이션이 전문건설업을 정당한 방법으로 등록한 건설업자인 것처럼 발주기관들을 기망하여 보수공사 도급계약을 체결하고 발주기관들로부터 공사대금을 지급받아 편취하였다.

## 2) 원심의 판단

원심은 아래와 같은 이유를 들어 피고인에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

특정 공사를 시공하는 건설업체가 건설산업기본법령이 정하고 있는 자본금 및 국가 기술자격자의 보유 요건을 충족하고 있는지는 위 공사에 관한 도급(하도급)계약의 체결 및 대금 지급과 관련해서 중요하게 고려되어야 할 요소이고, 이를 고지하지 않은 행위는 사기죄의 기망에 해당한다.

아이브릿지코퍼레이션이 자본금, 기술능력 등의 건설업 등록기준을 충족하지 않은 채 부정한 방법으로 건설업 등록을 한 업체라는 사실은 건설회사들이 위 사실에 관한 고지를 받았더라면 하도급 계약을 체결하지 않았을 것이라는 관계가 인정되므로, 피고인이 하도급 계약 체결에 앞서 건설회사들에게 위 사실을 고지할 의무가 있음에도 이를 고지하지 않고 묵비한 것은 건설회사들을 기망한 것이다.

피고인의 기망에 의한 건설회사들의 처분행위는 피고인과 하도급 계약을 체결한 것에 그치는 것이 아니라, 피고인에게 위 계약에 따른 하도급대금을 지급한 것에까지 미친다.

### 3) 대법원의 판단

가) 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리고 처분행위를 유발하여 재물을 교부받거나 재산상 이익을 얻음으로써 성립하는 범죄로서 본질은 기망행위에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득이다(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 것이어야 한다. 사기죄의 주관적 구성요건인 불법영득의 의사 내지 편취의 범의는 피고인이 자

백하지 않는 이상 범행 전후 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다. 특히 도급계약에서 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 계약 당시를 기준으로 피고인에게 일을 완성할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 일을 완성할 것처럼 거짓말을 하여 피해자로부터 일의 대가 등을 편취할 고의가 있었는지 여부에 의하여 판단하여야 한다. 이때 법원으로서는 도급계약의 내용, 체결 경위 및 계약의 이행과정이나 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 도급계약이나 물품구매 조달계약 체결 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가 자격, 계약절차 등에 관한 규정을 위반한 사정이 있더라도 그러한 사정만으로 도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정해서는 안 되고, 그 위반으로 말미암아 계약 내용대로 이행되더라도 일의 완성이 불가능하였다고 평가할 수 있을 만큼 그 위법이 일의 내용에 본질적인 것인지 여부를 심리·판단하여야 한다(대법원 2019. 12. 27. 선고 2015도10570 판결, 대법원 2020. 2. 6. 선고 2015도9130 판결 참조).

나) 원심판결 이유 및 기록에 의하면 다음 사실 및 사정들을 알 수 있다.

(1) 아이브릿지코퍼레이션이 하도급받거나 물품구매계약을 체결하여 시공 또는 납품한 신명교, 양평교 및 사천2교 가설공사(이하 위 3건의 교량 가설공사를 합하여 '교량 가설공사'라 한다)는 모두 정상적으로 준공되었고, 해당 공사에 시공상 하자가 발생하였다거나 시공 과정에서 RPS 특허공법의 결함이 밝혀진 사실도 없다. 아이브릿지코퍼

레이션이 도급받은 보수공사 또한 모두 정상적으로 준공된 것으로 보인다.

(2) 피고인의 주금납입 가장행위와 관련하여, 납입가장 이후 발주기관이나 건설회사와 사이에 물품구매계약 또는 하도급 계약을 체결할 당시 아이브릿지코퍼레이션이 자본 잠식 상태에 있었다거나 혹은 자본금 부족으로 인한 경영상 문제가 발생하였다는 점이 밝혀지지 않는 아니하였다.

(3) 교량 가설공사와 관련하여, 아이브릿지코퍼레이션과 발주기관들이 체결한 특허사용협약에는 특허공법이 사용되는 공사의 전부 또는 일부의 시공과 품질 확보를 위하여 아이브릿지코퍼레이션이 하도급으로 계약을 이행할 수 있다는 내용이 포함되어 있다. 그런데 피고인과 아이브릿지코퍼레이션이 전용실시권을 보유하고 있는 RPS 특허공법에 기술적 문제점이 있다거나, 이들이 특허권을 취득하는 과정에 문제가 있다는 점이 밝혀지지 않는 아니하였다.

다) 이러한 사실 및 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

(1) 건설산업기본법 제95조의2 제1호의 건설업 부정등록죄는 무자격자의 건설업 영업을 단속하여 건설공사의 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 도모하기 위한 것이고, 구 국가기술자격법(2020. 12. 8. 법률 제1760호로 개정되기 전의 것) 제26조 제3항의 자격증 대여 금지 위반죄는 국가기술자격제도의 효율적 운영과 산업현장의 수요에 적합한 자격제도 확립에 이바지하기 위한 것으로서, 이들은 모두 국가적 또는 공공적 법익을 보호하기 위한 것이며, 상법 제628조 제1항의 납입가장죄는 회사의 자본충실을 기하려는 법의 취지를 유린하는 행위를 단속하려는 데 목적이 있다. 따라서 이를 위반한 경우 건설산업기본법, 구 국가기술자격법이나 상법이 정한 제재를 받는 것은

별론으로 하되, 곧바로 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하였다고 단정할 수 없다.

아이브릿지코퍼레이션이 체결한 교량 가설공사계약과 보수공사계약은 모두 '일의 완성'을 목적으로 하는 도급계약으로, 위 각 계약 당시 국가기술자격증 소지자 전원이 시공에 참여하여야 한다거나 하도급 등을 통한 외부 인력의 참여가 엄격히 금지되어 있다는 등의 특별한 약정이 있었다고 보기도 어렵다.

따라서 아이브릿지코퍼레이션의 설립 또는 사업분야 확장 과정에서 자본금 납입을 가장하였다거나, 국가기술자격증을 대여 받아 전문건설업 등록을 하였다는 사정만으로는 피고인에게 위 각 공사를 완성할 의사나 능력이 없었다고 단정하기 어렵다. 또한 피고인이 운영하는 아이브릿지코퍼레이션은 이러한 공사 완성의 대가로 발주기관 또는 건설회사들로부터 공사대금을 지급받은 것이므로, 설령 피고인이 발주기관 등에게 국가기술자격증 대여 사실이나 자본금의 납입가장 사실을 숨기는 등의 행위를 하였다고 하더라도 그 행위와 공사대금 지급 사이에 상당인과관계를 인정하기도 어렵다.

(2) 기록에 나타난 다음 사정에 비추어 보면, 이 부분 공소사실 중 양평교 가설공사에 관하여 피고인이 피고인 3으로부터 개략 견적가에 관한 정보를 전해 듣고 가격을 수정하였다는 사정만으로는 발주기관 계약 담당 공무원에 대하여 계약이행능력에 관한 기망행위를 하였다고 보기 어렵다.

피고인 3의 정보 누설행위가 피고인의 지시 내지 요구에 의한 것이라는 아무런 증거가 없으므로 이를 피고인의 발주기관에 대한 기망 여부를 평가하는 요소로 삼기 어렵다. 개략 견적가는 실제 시공단계에서 소요될 공사비를 개략적으로 가늠하기 위한 추정공사비로서 현장 상황에 따라 달라질 여지가 크고 피고인이 수정하기 전의 RPS 특허공법에 따른 개략 견적가는 정식의 입찰서류가 아닌 공법 소개 홍보물에 기재되어



있었으므로 수정 불가능한 투찰가격의 성질을 갖는 것으로 보기도 어렵다. 수정 제출한 개략 견적가가 역시 비교 대상 공법 중 최저가가 아니었고 실시설계에 이르지 않은 이상 정확한 공사비를 알 수 없기 때문에 개략 견적가는 큰 의미가 없었다.

(3) 그렇다면 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 발주기관 또는 건설회사들로부터 공사대금을 지급받은 행위가 사기죄에서의 기망행위로 인한 재물의 편취에 해당한다고 보기 어렵다.

#### 라) 소결

그런데도 원심이 판시와 같은 이유로 피고인에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 데에는, 사기죄의 성립에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다.

#### 나. 나머지 부분

원심은 판시와 같은 이유로 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 2012. 10. 15.경 주금 납입가장으로 인한 상법위반 및 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록등행사, 국가기술자격법위반, 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」위반(횡령), 뇌물공여(이유무죄 부분 제외) 부분을 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 납입가장의 고의, 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」위반(횡령)죄의 성립범위나 뇌물죄에서 대가성 또는 직무관련성 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

한편 피고인은 원심판결 전부에 관하여 상고하였으나, 2014. 4. 2.경 주금 납입가장으로 인한 상법위반, 건설산업기본법위반, 위계공무집행방해, 범죄수익은닉규제법위반

부분에 관하여는 상고장이나 상고이유서에 불복이유의 기재가 없다.

## 2. 피고인 2, 피고인 3의 상고이유에 관한 판단

원심은 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실 중 피고인 2에 대한 부정처사후수뢰, 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(알선수재) 및 뇌물수수(주문무죄 및 이유무죄 부분 제외) 부분, 피고인 3에 대한 공무상비밀누설, 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 위반, 부정처사후수뢰(이유무죄 부분 제외) 부분을 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 뇌물죄에서 직무관련성, 대가관계와 인과관계, 수뢰액의 산정방법, 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(알선수재)죄에서 알선행위의 의미, 인과관계 및 뇌물죄와 알선수재죄에서 추징액의 산정방법, 공무상비밀누설죄에서 비밀의 의미 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

한편 피고인 2, 피고인 3은 원심판결 전부에 관하여 상고하였으나, 나머지 부분에 관하여는 상고장이나 상고이유서에 불복이유의 기재가 없다.

## 3. 검사의 상고이유에 관한 판단

원심은 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실 중 피고인 1에 대한 원말홀교, 해운교, 율리교 가설공사 관련 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(사기), 뇌물공여(이유무죄 부분), 피고인 2에 대한 직권남용권리행사방해, 피고인 4로부터의 500만 원 뇌물수수, 제3자뇌물수수, 피고인 3에 대한 부정처사후수뢰(이유무죄 부분), 피고인 4에 대한 제3자뇌물취득(이유무죄 부분), 피고인 2에 대한 500만 원 뇌물공여 부분에 대하여 각

범죄의 증거가 없다고 보아 이를 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 사기죄와 직권남용권리행사방해죄의 성립, 뇌물죄에서 수뢰액의 산정방법 등에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

#### 4. 파기의 범위

위와 같은 이유로 원심판결 중 피고인 1에 대한 교량 가설공사와 보수공사 관련 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(사기) 및 사기 부분(무죄 부분 제외)은 파기되어야 한다. 그런데 위 파기 부분은 피고인 1에 대한 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 이들 전부에 대하여 하나의 형이 선고되어야 하고, 한편 위 나머지 유죄 부분 중 뇌물공여의 유죄 부분과 이유무죄 부분은 단일죄 또는 포괄일죄의 관계에 있다. 그러므로 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분(이유무죄 부분 포함)은 전부 파기되어야 한다.

#### 5. 결론

그러므로 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분(이유무죄 부분 포함)을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 피고인 2, 피고인 3의 상고 및 검사의 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            오석준 \_\_\_\_\_

대법관 안철상 \_\_\_\_\_

주 심 대법관 노정희 \_\_\_\_\_