

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2009도988 가.건설산업기본법위반 나.배임중재(추가)
피 고 인	피고인 1 외 4
상 고 인	피고인들
변 호 인	변호사 이임수, 황정근, 정병문, 류용호, 임재동 (피고인 1, 피고인 4 주식회사를 위하여) 범무법인 율촌 담당변호사 신성택, 박해성, 박해식, 이상민, 정성엽 (피고인 2, 피고인 5 주식회사를 위하여) 변호사 정수근 (피고인 3을 위하여)
원 심 판 결	서울동부지방법원 2009. 1. 8. 선고 2008노720 판결
판 결 선 고	2009. 5. 28.

주 문

원심판결 중 피고인들에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울동부지방법원 합의부로 환송한다.

이 유

1. 피고인들에 대한 건설산업기본법위반의 점에 대하여

직권으로 본다.

건설산업기본법(이하 '건산법'이라고 한다) 제38조의2는 “도급계약의 체결 또는 건설공사의 시공과 관련하여 발주자, 수급인, 하수급인 또는 이해관계인은 부정한 청탁에 의한 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 공여하여서는 아니된다”고 하고, 제95조의2는 “제38조의2의 규정을 위반하여 부정한 청탁에 의한 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 공여한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다”고 정하고 있다. 위 조항들의 문언상 그 처벌대상이 되는 행위는 발주자, 수급인, 하수급인 또는 이해관계인(이하 '발주자 등'이라고 한다)이 도급계약의 체결 또는 건설공사의 시공과 관련하여 스스로 영득하기로 하는 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위에 한정되고, 그와 달리 발주자 등의 사용인 기타 종업원 등이 개인적으로 영득하기 위하여 배임수증재적 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위는 위 조항에 의하여 처벌되는 행위에 포함되지 아니한다.

한편, 건산법 제98조 제2항은 “법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제94조 내지 제97조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 당해 법인이나 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다”는 양벌조항을 마련하고 있는바, 이는 업무주가 아니면서 당해 업무를 실제로 집행하는 자가 있는 때에 벌칙조항의 실효성을 확보하기 위하여 그 적용대상자를 당해 업무를 실제로 집행하는 자에게까지 확장함으로써 그러한 자가 당해 업무집행과 관련하여 벌칙조항의 위반행위를 한 경우 위 양벌조항에 의하여 처벌할 수 있도록 한 행위

자의 처벌규정임과 동시에 그 위반행위의 이익귀속주체인 업무주에 대한 처벌조항이라고 할 것이므로(대법원 1999. 7. 15. 선고 95도2870 전원합의체 판결 등 참조), 위 양벌조항에 의하여 발주자 등의 대표자, 대리인·사용인 기타 종업원(이하 '사용인 등'이라고 한다)도 건산법 제38조의2와 제95조의2에 의한 처벌대상이 될 수 있다.

그러나 앞서 본 바와 같이 건산법 제38조의2와 제95조의2에 의하여 처벌되는 행위는 발주자 등이 스스로 영득하기로 하는 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위에 한정되므로, 위 양벌조항이 적용되는 사용인 등의 행위 역시 객관적으로 보아 발주자 등이 스스로 영득하기로 하는 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위로 평가될 수 있는 경우에 한정되고, 그와 달리 사용인 등이 개인적으로 영득하기 위하여 배임수증재적 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위는 이에 포함시킬 수 없다. 발주자 등이 스스로 영득하기 위한 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위와 사용인 등이 배임수증재적 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위는 그 본질, 성격과 내용을 전혀 달리하는 별개의 행위이므로, 만약 양벌조항을 매개로 삼아 전자의 행위를 처벌하는 조항으로 후자의 행위까지 처벌하게 된다면 이 경우 위 양벌조항은 단순히 처벌조항의 주체를 확장시키는 정도를 넘어 전혀 다른 새로운 구성요건을 창출하는 것이어서 죄형법정주의의 원칙상 쉽게 허용할 수 없기 때문이다.

원심판결 이유에 의하면 원심은, 건산법 제38조의2의 '수급인' 또는 '이해관계인'에 해당하는 피고인 4 주식회사, 피고인 5 주식회사 및 공소의 1 주식회사(이하 통틀어

‘피고인 회사 등’이라고 하고, 상호 중 ‘주식회사’는 생략한다)의 임직원으로서 위 양벌규정에 의한 피고인 회사 등의 ‘사용인’에 해당하는 피고인 1, 2, 3이, ○○공사가 발주한 동남권유통단지 이주전문상가 ‘가’ 블록 공사 입찰의 설계적격심의위원회 평가위원으로 선정되어 평가업무를 담당함으로써 위 양벌규정에 의해 발주자의 ‘사용인’에 해당하게 된 원심 공동피고인 6에게 부정한 청탁에 의한 재물을 공여하고, 평가위원인 원심 공동피고인 6은 그 재물을 취득하였다는 이유로, 피고인들 및 원심 공동피고인 6에 대한 건산법위반죄를 모두 유죄로 인정하였는바, 이 사건에서 위 평가위원인 원심 공동피고인 6을 발주자의 사용인으로 볼 수 있다 하더라도, 피고인 1, 2, 3이나 위 원심 공동피고인 6은 모두 객관적으로 보아도 발주자인 ○○공사에 영득시킨다는 명목으로 재물을 취득하거나 공여한 것이 아니고, 발주자의 사용인인 원심 공동피고인 6이 개인적으로 영득하기 위하여 배임수증채적 명목으로 재물을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여한 것이므로, 앞서 본 법리에 비추어, 평가위원인 원심 공동피고인 6에 대하여는 물론, 피고인들에 대하여도 건산법 제95조의2 위반죄는 성립하지 않는다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 발주자의 사용인이 개인적으로 영득하기 위하여 배임수증채적 명목으로 부정한 청탁에 의한 재물을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여한 경우에도 위 건산법위반죄가 성립한다고 보아 피고인들에 대한 건산법위반죄를 모두 유죄로 인정한 데에는 건산법 제38조의2, 제95조의2, 제98조 제2항에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이다. 따라서 피고인들의 건산법위반의 점에 대한 상고이유에 대하여 나아가 판단할 필요 없이 원심판결 중 피고인들에 대한 건산법위반죄 부분은 위법하여 모두 파기를 면할 수 없다고 할 것이다.

2. 피고인 1, 2, 3에 대한 배임증재의 점에 대한 상고이유에 대하여

가. 부정한 청탁 및 대가관계에 관한 법리오해, 채증법칙 위반 등 주장에 대하여

배임수재죄와 배임증재죄에 있어서 ‘부정한 청탁’이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고, 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이와 관련되어 교부받거나 공여한 재물의 액수, 형식, 보호법익인 사무처리자의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며, 그 청탁이 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007도7760 판결 참조).

원심은, 적법하게 채용한 증거들에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 그 인정 사실에 나타난 다음과 같은 사정들, 즉, 이 사건 공사 입찰과 관련하여 입찰참가 업체는 평가위원 후보자들과의 사전 접촉이 금지되어 있었음에도, 입찰에 참가한 피고인 회사 등이 평가위원 후보자 별로 각 전담직원을 정하고, 그 전담직원들이 심의 전일까지도 수차례 평가위원 후보자들을 찾아가 설계안에 대한 설명을 하고 선처를 부탁하였을 뿐만 아니라, 심의 당일 새벽에도 평가위원 후보자들에게 전화를 하여 평가위원으로 선정된 사실이 있는지를 확인한 후 자사 설계안에 대하여 좋은 점수를 부여해 달라는 취지의 청탁을 한 점, 이 사건 공사의 입찰과 관련하여 평가위원들의 설계적격 심의 결과가 낙찰에 결정적인 영향을 미치는 점, 원심 공동피고인 6이 피고인 1, 2로부터 용역의 대가를 가장하여 현금을 지급받은 점 등을 종합하여 보면, 위와 같이 피고인 1, 2, 3이 심의 당일 평가위원 선정 통보가 있는 직후까지 지속적·조직적으로 원심 공동피고인 6에게 자신들의 회사가 낙찰 받을 수 있게 설계안에 대하여 좋은 점수를 부여해 달라고 청탁한 것은 입찰의 공정성을 해하는 것으로서 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 부정한 청탁에 해당하고, 나아가 위와 같은 사정에다가 용역의 대가를 가장하여 원심 공동피고인 6에게 돈을 지급한 피고인 1, 2의 경우, 피고인 1의 소속사

인 피고인 4 주식회사가 원심 공동피고인 6과 사이에 용역계약서를 작성하지 않았다가 이 사건 수사가 개시된 이후 계약일자를 소급하여 용역계약서를 작성한 점, 원심 공동피고인 6이 피고인 4 주식회사의 용역 발주에 따라 작성하였다는 안전점검보고서도 대부분 피고인 4 주식회사가 제공한 안전진단자료를 근거로 작성된 것인 점, 피고인 2의 소속사인 피고인 5 주식회사의 경우 연구소나 대학이 아닌, 개인에게 연구용역을 발주한 적이 없고, 원심 공동피고인 6이 피고인 5 주식회사로부터 발주 받았다는 연구용역을 특별히 수행한 사실이 있는 것으로 보이지 않는 점, 피고인 1, 2가 원심 공동피고인 6에게 지급한 돈을 용역비용으로 회계처리나 세무처리를 한 바 없고, 이를 모두 현금으로 지급한 점 등의 사정까지 종합해 보면, 피고인 1, 2, 3이 설계심의가 끝난 후 원심 공동피고인 6에게 공여한 돈이나 상품권은 모두 부정한 청탁에 대한 대가로 봄이 상당하다고 판단하는 한편, 피고인 1이 원심 공동피고인 6에게 공여한 2,000만 원은 용역의 대가를 가장한 것으로서 그 전체가 부정한 청탁에 의한 금품 수수에 해당한다는 이유로, 위 2,000만 원 중 용역의 대가 부분을 공제해야 한다는 피고인 1의 주장을 배척하였다. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해나 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.

따라서 피고인 1, 2, 3의 이 부분 상고이유의 주장은 모두 받아들일 수 없다.

나. 타인의 사무를 처리하는 자의 해석에 관한 법리오해 주장에 대하여

원심은, 적법하게 채용한 증거들에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원심 공동피고인 6은 2006. 9. 19. 새벽 서울시 직원과 전화 통화를 하여 평가위원이 될 것을 수락함으로써 발주자인 ○○공사의 사무를 처리하는 자의 지위를 취득하였다고

대법관 김능환 _____

주 심 대법관 차한성 _____