대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2015도10570 사기
피 고 인	피고인 1 외 1인
상 고 인	검사(피고인들에 대하여)
변 호 인	법무법인 양지(피고인들을 위하여) 담당변호사 황성주 외 1인
원 심 판 결	청주지방법원 2015. 6. 12. 선고 2014노1137 판결
판 결 선 고	2019. 12. 27.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실 중 사기의 점의 요지는 다음과 같다.

피고인 1은 종합문화재수리업자로 등록된 공소외 주식회사(이하 '공소외 회사'라 한다)의 대표이사이고, 피고인 2는 공소외 회사 소속 문화재수리기술자이다. 그런데 공소

외 회사가 보유하고 있는 문화재수리기술자 4명 중 일부, 문화재수리기능자 6명은 자격증을 대여한 것일 뿐 상시 근무한 것은 아니므로 피고인 1은 공소외 회사를 거짓 또는 부정한 방법으로 문화재수리업자로 등록을 하고 문화재수리업을 영위한 것이다. 또한 피고인 1은 공소외 회사가 문화재수리공사를 낙찰받는 경우 피고인 2로 하여금 공소외 회사 명의로 문화재수리공사를 시행하게 할 계획이어서 실제로는 문화재수리를 직접 수행할 의사와 능력이 없었다. 그럼에도 피고인 1은 2012. 8. 17. 피해자 ○○시와 '○○△△△ 주변 정비공사' 도급계약을 체결하면서, 마치 공소외 회사가 문화재수리기술자 4명 등을 상시 보유하고 있는 종합문화재수리업자이고, 공소외 회사에서 위 공사를 직접 시행할 것처럼 피해자를 기망하여 피해자에게 '문화재기술자보유현황', '문화재기술자 자격증 사본', '문화재기술자 및 기능자에 대한 급여지급 및 원천징수 내역' 등을 제출한 것을 비롯하여 2013. 10. 25.경까지 13회에 걸쳐 원심판결문 별지 범죄일람표 기재 각 계약(이하 '이 사건 각 계약'이라 한다)을 체결하였다. 이로써 피고인들은 공모하여 피해자 ○○시 등으로부터 합계 1,475,368,000원을 공사대금으로 지급받아 이를 편취하였다.

2. 원심은 다음과 같은 이유를 들어 위 공소사실을 유죄로 판단한 제1심 판결을 파기하고 무죄로 판단하였다.

첫째, 공사도급계약에서 당사자 사이에 특약이 있거나 일의 성질상 수급인 자신이 하지 않으면 채무의 본지에 따른 이행이 될 수 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한 반드시 수급인 자신이 직접 일을 완성하여야 하는 것은 아니고, 이행보조자 또는 이행대행자를 사용하더라도 공사도급계약에서 정한 대로 공사를 이행하는 한 계약을 불이행하였다고 볼 수 없다. 이 사건에서 문화재수리업계의 오래된 고질적 관행인 명의대여

나 현장전도금의 지급, 사실상 하도급 등의 행위를 문화재수리 등에 관한 법률 위반죄, 위계에 의한 공무집행방해죄로 처벌하는 것은 별론으로 하고, 공소외 회사가 피고인 2를 통하여 이 사건 각 계약에서 정한 내용과 기한에 맞추어 그 공사를 제대로 이행하는 한, 이를 계약을 불이행한 것이라고 볼 수 없고, 나아가 이를 사기죄의 성립요건인 기망행위라고 보기 어렵다.

둘째, 문화재수리 등에 관한 법률(이하 '문화재수리법'이라고 한다)에서 종합문화재수리업자의 자격요건을 정하고 문화재수리계약을 체결할 때 '문화재기술자보유현황' 등을 제출받는 것은 실제 문화재수리를 할 수 있는 능력이 있는지를 판단하는 간명하고 객관적인 기준을 설정하여 계약절차를 명확하게 하고 입찰절차의 공정성 등을 준수하기 위한 방편으로서 공익적 목적을 입법취지로 하는 단속법규가 규정하고 있는 절차이자 방식이다. 이러한 단속법규 위반행위에 대해서는 행정상 제재나 형사책임을 묻는 것은 당연하지만, 사기죄의 규율 대상이나 단속법규의 입법취지에 비추어 볼 때 이러한 모든 경우에 공사를 수행할 의사나 능력이 없음에도 발주자를 기망하여 공사계약을 체결하고 공사대금을 편취하였다고 볼 수 없다.

셋째, 이 사건 각 계약 당시까지 확인되는 여러 공사실적에 의하여 문화재수리공사를 수행할 능력이 인정되는 문화재수리기술자인 피고인 2가 공사를 시행할 예정이었고, 실제로도 그가 시행한 이 사건 문화재수리공사가 모두 완료되었으며 별다른 하자나 문제점은 발견되지 않은 이 사건에서, 달리 피고인들에게 문화재수리공사를 수행할 의사나 능력이 없었다는 사실을 증명할 증거들이 없다.

3. 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리고 그 처분행위를 유발하여 재물을 교부받거나 재산상 이익을 얻음으로써 성립하는 범죄로서 그 본질은 기망행위에 의한 재물

이나 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 것이어야 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 법원으로서는 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 있는 때에는 그러한 사정만으로 공사도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정해서는 안 되고, 그 위반으로 말미암아 계약 내용대로 이행되더라도 공사의 완성이 불가능하였다고 평가할 수 있을 만큼 그 위법이 공사의 내용에 본질적인 것인지 여부를 심리·판단하여야 한다.

4. 이러한 법리에 비추어 원심의 판단을 살펴본다. 원심은 피고인 1이 부정한 방법으로 문화재수리업 등록을 한 행위, 자격증을 대여받아 사용한 행위 등은 문화재수리법

위반죄에, 계약담당 공무원들의 직무집행을 방해한 행위는 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당하지만, 사기죄에 대하여는 이 사건 각 계약 체결 당시 피고인들에게 공사를 수행할 의사나 능력이 없었다고 보기 어렵다는 이유로 무죄를 선고하였다. 원심이 유죄로 인정한 각 죄는 모두 국가적 또는 공공적 법익을 보호법익으로 하는 범죄이고 이러한 행위가 곧바로 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 행위가 아님은 분명하다. 또한 이 사건 각 계약이 체결되었다고 하여 곧바로 공사대금이 지급되는 것도 아니다. 원심은 피고인들이 이 사건 각 계약에서 정한 내용과 기한에 맞추어 공사를 진행하여 이를 모두 완료하였고 그 완성된 공사에 별다른 하자나 문제점 등이 발견되지도 않은 이상 그 공사대금을 지급한 행위가 사기죄에서의 재물의 편취에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 채증법칙을 위반하거나 사기죄에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

5. 그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 박정화 _____

주 심 대법관 권순일 _____

대법관 이기택 _____

대법관 김선수 _____