

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2019도18394 가. 뇌물수수  
나. 허위공문서작성  
다. 허위작성공문서행사

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 법무법인 백제  
담당변호사 김학수 외 2인

원 심 판 결 전주지방법원 2019. 11. 21. 선고 2019노813 판결

판 결 선 고 2021. 9. 16.

주 문

원심판결 중 피고인에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 전주지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 각 뇌물수수에 관한 상고이유 주장에 대하여

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 제1심의 판단을 유지한 것은 정당하다. 거기에 이 부분 상고이유 주장과 같이 뇌물수수에서 직무의 대가성 또는 진술의 신빙성 판단에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

2. 허위공문서작성·허위작성공문서행사에 관한 상고이유 주장에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지는 다음과 같다.

(1) 피고인은 ○○시 △△△△과 □□□□팀 소속 공무원으로 ○○시에서 발주하여 시행하는 ◇◇◇ 테마파크 기반시설 조성사업 공사(이하 '이 사건 공사'라고 한다)의 현장감독자이고, 공소외 1은 피고인의 직근 상급자인 □□□□팀 팀장으로, 피고인과 공소외 1은 이 사건 공사의 기성검사자 및 감독자로 근무하며 이 사건 공사 중 교량(출렁다리) 제작·설치 부분 하도급업체인 공소외 2 회사(이하 '공소외 2 회사'라고만 한다)에서 기성금을 신청하면 공사 설계도서, 품질관리기준 등을 근거로 기성부분에 대한 검사를 실시한 후 공사기성부분 검사조서를 작성하고 실기성률에 따른 기성고의 사정업무를 수행하여야 한다.

피고인과 공소외 1은 2018. 5. 23. ○○시 ☆☆면에 있는 이 사건 공사 현장에서 1차 기성검사를 실시하면서 공소외 2 회사가 공소외 3 회사에 제작 의뢰한 교량 구조물 중 '거더' 부분만 현장에 반입되고, 주탑은 제작 장소인 공소외 3 회사 공장에 보관된 채 현장에 반입되지 않은 사실과 이 경우 기성률을 최대 50/100 범위 안에서 기성부분을 인정하고 공소외 2 회사가 신청한 기성부분 준공금액을 규정에 맞게 감액하여

산정해야 한다는 사실을 잘 알고 있었다.

지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준 제13장 제9절 1-나에 따르면 기성검사에서 검사에 합격된 자재라도 단순히 공사현장에 반입된 것만으로는 기성부분을 인정할 수 없고, 다만 계약상대자가 직접 또는 제3자에게 위탁하여 가공·조립 또는 제작된 자재인 때에는 해당 자재의 특성, 용도 및 시장거래상황 등을 고려하여 반입된 자재(해당 자재를 계약목적물에 투입하는 과정의 특수성으로 인하여 가공·조립 또는 제작하는 공장에서 기성검사를 실시하여 검사에 합격한 경우를 포함)의 50/100 범위 안에서 기성부분으로 인정할 수 있다고 규정되어 있다.

그런데도 피고인은 공소외 1과 공모하여 기성금 지급 용도에 행사할 목적으로 2018. 5. 23. ○○시 (주소 생략)에 있는 ○○시청 의회관 4층 △△△△과 □□□□팀 사무실에서, 피고인이 사용하는 업무용 컴퓨터로 온나라 전자결재문서시스템에 접속하여 이 사건 공사의 기성검사조서를 작성하면서 사실은 위와 같이 주탑이 현장에 반입되지 않은 상태라서 50/100 범위 안에서 이를 반드시 고려하여 기성부분을 인정하고 기성률을 산정하여야 함에도, 원수급업체인 공소외 4 회사(이하 '공소외 4 회사'라고만 한다)가 주탑을 반입하였다는 취지로 작성·제출한 기성부분검사원의 현재공정률 42%, 금회기성금액 1,088,380,000원을 전액 인정하여 기성검사조서 양식의 기성부분 준공금액란에 "1,088,380,000원", 기성률란에 "(42%)", 현장감독 공무원 확인란에 피고인의 성명인 "피고인", 기성검사자 확인란에 "공소외 1", 입회자란에 "공소외 5"를 각각 기입하고, 공소외 1 등에게 이에 결재하도록 한 다음, 기성부분 검사조서(이하 '이 사건 기성 검사조서'라고 한다) 1통을 출력하여 완성하였다.

이로써 피고인은 공소외 1과 공모하여 행사할 목적으로 공문서인 피고인 및 공소

외 1 명의로 된 기성검사조서 1통을 허위로 작성하였다(허위공문서작성의 점).

(2) 피고인은 2018. 5. 23. 위 ○○시청 본관 4층 ▽▽과 사무실에서, 이 사건 기성검사조서가 허위로 작성 사실을 모르는 ○○시 ▽▽과 ◎◎팀 담당 공무원인 공소외 6에게 위 (1)항 기재와 같이 허위로 작성한 이 사건 기성검사조서를 마치 진정하게 작성된 것처럼 제출하여 이를 행사하였다(허위작성공문서행사의 점).

나. 원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 기성검사조서가 허위의 공문서에 해당한다고 판단하여 피고인에 대한 허위공문서작성과 허위작성공문서행사의 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 유지하였다.

(1) 피고인이 이 사건 기성검사조서를 작성하였을 당시에는 주탑을 제외한 거더(girder)만 현장에 반입되었을 뿐 구조물 상부공에 관한 어떠한 시공도 이루어지지 않았으므로, '자재의 제작이 완료되었더라도 공사현장에 반입되어 시공되지 않은 이상 기성부분으로 인정할 수 없다'는 지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준 제13장 제9절 1-나의 규정에 따라 위 구조물 제작의 진척상황을 기성부분으로 인정할 수 없다.

(2) 기성금 청구 및 기성대가 지급과정에 관한 관계법령의 내용을 종합해보면, 기성검사에 있어 검사자로 임명된 공사감독자가 작성하는 감독조서는 계약상대자에게 지급할 기성대가를 정하기 위하여 기성부분을 확인하여 작성하는 것으로 봄이 상당하고, 이 사건 기성검사조서 중 문제가 되는 각 해당란의 기재 내용이 표상하는 사실은 그 기재 내용 자체로 제작물의 반입사실 또는 감독관의 직접적인 확인을 거쳐 인정된 해당 제작물의 100% 제작사실 등 기성금 지급요건의 충족을 전제로 지급 가능한 기성금액이라고 봄이 상당하다.

(3) 이 사건 기성검사조서의 기성부분 준공금액란의 기재는 최소한 주탑 부분이

100% 제작되어 현장에 반입되었다는 것을 조건으로 하는데, 피고인은 주탑 부분이 100% 제작되었는지 여부에 관하여도 현장에서 세밀히 직접 확인하지 않은 채 전화 등을 통해 공정률을 추정하여 인정한 점에서도 이 사건 기성검사조서의 기성금액 인정 부분은 진실에 반하는 허위의 내용으로 볼 수 있다.

다. 그러나 원심의 위와 같은 판단과 조치는 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

(1) 이 부분 공소는 이 사건 기성검사조서 중 이 사건 공사 전체의 기성고 비율로 "42%"를, 기성부분 준공금액으로 "1,088,380,000원"을 기재한 부분이 허위라는 것이다. 그 부분이 허위라는 구체적인 이유로 이 사건 공사 중 공소외 2 회사가 그 제작·설치를 하도급 받은 구조물 상부공의 자재인 주탑 부분이 현장에 반입되지 않아 거더와의 결합 등 구조물 상부공의 시공이 이루어지지 않았으므로, 지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준 제13장 제9절 1-나의 규정에 따라 기성부분을 인정할 수 없는 것이 원칙이고 자재 제작공장에서의 검사 합격 등의 조건이 충족되는 경우라도 같은 규정 단서에 따라 50% 한도 내에서만 기성고 비율을 인정할 수 있는데도, 주탑 등 교량 구조물이 100% 제작되었음을 전제로 이 사건 공사 전체의 기성고 비율 및 기성부분 준공금액을 산출하여 이 사건 기성검사조서에 기재하였다는 점을 들고 있다. 즉, 이 부분 공소는 피고인이 이 사건 기성검사조서를 작성하면서 위 지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준 규정상 미시공 자재의 예외적 기성 인정 한도인 50%를 넘어서 100%의 기성고 비율을 적용한 기성부분검사원의 기재를 그대로 받아들인 잘못이 있다고 하면서 그와 같은 잘못이 반영되어 산출된 이 사건 공사 전체의 기성고 비율과 기성부분 준공금액을 기재한 부분이 허위라는 것이다.

그러나 허위공문서작성죄는 공문서에 진실에 반하는 기재를 하는 때에 성립하는 범죄이므로, 공문서를 작성하는 과정에서 법령 등을 잘못 적용하거나 적용하여야 할 법령 등을 적용하지 아니한 잘못이 있더라도 그 적용의 전제가 된 사실관계에 관하여 거짓된 기재가 없다면 허위공문서작성죄가 성립할 수 없고, 이는 그와 같은 잘못이 공무원의 고의에 기한 것이라도 달리 볼 수 없다(대법원 2000. 6. 27. 선고 2000도1858 판결, 대법원 1996. 5. 14. 선고 96도554 판결 등 참조). 공문서 작성 과정에서 법령 등을 잘못 적용하였다고 하여 반드시 진실에 반하는 기재를 하여 공문서를 작성하게 되는 것은 아니므로, 공문서 작성 과정에서 법령 등의 적용에 잘못이 있다는 것과 기재된 공문서 내용이 허위인지 여부는 구별되어야 한다.

(2) 이 사건 기성검사조서에는 위 지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준 규정 적용에 전제가 되는 사실관계, 즉 주탑 등 자재의 제작 및 현장 반입 여부, 제작 공장에서의 기성검사 실시 및 합격 여부, 자재의 특성이나 용도 및 시장거래상황 등에 관하여 아무런 기재가 없다. 따라서 피고인이 이 사건에서 위 규정 적용에 전제가 되는 사실관계에 관하여 허위로 기재할 여지도 없다.

(3) 이 사건 기성검사조서에 기재된 전체 기성고 비율 42%와 기성부분 준공금액 1,088,380,000원이 객관적 진실에 반하여 허위라고 보기도 어렵다.

원심판결 이유와 기록에 의하면, 공소외 4 회사는 ○○시에 기성대가 지급을 청구하면서 기성부분검사원에 기성내역서를 첨부하여 제출하였는데 위 기성내역서에 이 사건 공사를 탐방로, ◇◇◇교량, 부대공 등 공종별로 나누어 기재하였고, 그중 ◇◇◇교량 부분이 토공, 구조물공, 부대공으로 나누어져 있으며, 구조물공은 다시 기초공과 상부공으로 나뉘어 그중 상부공이 강교 제작, 제작공장에서 시공 현장으로의 강재 운반,

강교 가설, 경량형강철골조 조립·설치 등으로 세분되어 있는 사실, 위 기성내역서에 각 세부 공종별로 도급 단가와 도급 단위가 기재되어 있고, 그중 강교 제작 부분 도급액이 418,869,963원, 강제 운반 부분 도급액이 13,577,102원, 강교 가설 부분 도급액이 43,353,023원, 경량형 강철 골조 조립·설치 부분 도급액이 48,823,413원으로 각각 기재되어 있는 사실, 위 기성내역서에 강교 설치 부분 기성 비율이 100%로, 강제 운반, 강교 가설, 경량형 강철 골조 조립·설치 부분 기성 비율은 각각 0%로 기재되어 있는 사실(주탑을 반입하였다는 취지로 기성검사원이 신청되었다는 공소사실의 기재는 이 점에서도 사실과 다르다), 피고인과 공소외 1 그리고 공소외 7 등 공소외 2 회사의 임직원과 공소외 2 회사로부터 주탑 부분 제작을 하도급 받은 공소외 3 회사의 대표이사인 공소외 8 등은 모두 이 사건 기성 검사 당시 주탑 제작이 완료되어 있었다는 취지로 진술하였고, 달리 주탑 등 교량 자재의 제작이 완료되지 않았음을 인정할 만한 증거를 찾을 수 없는 사실, 위 지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준은 이른바 '공사계약일반조건'으로서 ○○시와 공소외 4 회사 사이의 이 사건 공사계약의 내용에도 편입되어 있는 사실, 이 사건 기성검사조서의 기재 내용 중 이 사건 공사 전체의 기성고 비율 42%는 위 '강교 제작' 부분 기성 비율을 100%로 인정하여 산출된 것이고, 기성부분 준공금액 1,088,380,000원은 위 '강교 제작' 부분 기성 금액을 위 기성내역서상 그 부분 도급액 전액인 418,869,963원으로 인정한 다음 나머지 공종의 준공금액과 합산하여 산출된 것임을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계를 종합하면, ○○시와 공소외 4 회사는 교량 설치에 필요한 주탑 등 자재의 제작과 운반, 조립·설치를 서로 다른 공종으로 나눈 다음 그중 자재의 운반 및 조립·설치를 제외한 교량 자재의 제작 부분만을 '강교 제작' 공종으로 구

분하여 그 부분의 도급액을 따로 정하였을 가능성이 다분하고, 이 사건 기성 검사 당시 위 '강교 제작' 부분이 이미 완료되어 있었을 가능성을 배제할 수 없어 보인다. 여기에 이른바 '기성검사'는 전체 공사가 완료되기 전에 기성부분, 즉 이미 공사가 완료된 부분의 대가를 지급하기 위하여 공사의 진척 정도를 금전적으로 평가하는 것으로서, 그 평가액은 계약에서 세부 공종별 물량과 단가에 관하여 정한 바가 있으면 이를 기준으로 하여 산정하여야 하는 점과 이 사건 기성검사조서에 '이 기성검사조사의 기성고 비율이나 기성부분 준공금액은 미시공 자재의 기성 인정 한도에 관한 지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준 또는 공사계약일반조건의 규정을 적용하여 산출된 것'이라는 취지의 기재가 없는 점을 더하여 보면, 이 사건 기성검사조서에 기재된 기성고 비율이나 기성부분 준공금액은 공종의 분류, 공종별 도급액 등 공사계약의 내용과 실제 공종별 진척 정도에 따라 산정된 수치와 일치할 가능성이 있고, 따라서 객관적 진실에 반한다고 단정할 수 없다.

(4) 이 사건 기성검사조서는 '현장감독관인 피고인이 이 사건 공사에 대한 기성부분 검사를 마쳐 기성부분 준공금액이 1,088,380,000원, 기성고 비율이 42%임을 확인하였다'는 내용일 뿐, 제작공장이나 공사 현장에서 주탑 등 교량 자재의 제작 완료 여부를 직접 세밀하게 확인하였음을 확인하거나 증명하는 내용이 아니므로, 설령 피고인이 교량용 자재의 제작 또는 보관 현장에서 직접 그 제작 완료 여부를 세밀하게 확인하지 않은 채 자재의 운반 및 조립·설치를 제외한 '강교 제작' 부분의 기성고 비율을 평가하고 그에 따라 산출된 이 사건 공사 전체의 기성고 비율이나 기성부분 준공금액을 이 사건 기성검사조서에 기재하였다고 하여 거기에 어떤 허위가 있다고 할 수 없다. 또 피고인이 기성부분을 확인한 방법이나 장소는 공소사실에 허위의 내용으로 적

시되어 있지도 않다.

라. 그럼에도 이 사건 기성검사조서가 허위의 공문서에 해당한다고 보아 허위공문서작성과 허위작성공문서행사의 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단과 조치에는 허위공문서작성죄·허위작성공문서행사죄에서 '허위 작성'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 파기의 범위

이상과 같은 이유로 원심판결의 피고인에 대한 부분 중 허위공문서작성·허위작성공문서행사 부분은 파기되어야 하는데, 원심은 이 부분과 피고인에 대한 나머지 공소사실이 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 보아 피고인에 대하여 하나의 형을 선고한 제1심을 유지하였으므로, 원심판결 중 피고인에 대한 부분 전부를 파기하여야 한다.

### 4. 결론

그러므로 원심판결 중 피고인에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            이흥구

                      대법관            김재형

주 심      대법관      안철상

              대법관      노정희