대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2006도4888 가. 부패방지법위반
나. 국토이용관리법위반

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 변호사 안용득, 이균부

원 심 판 결 수원지방법원 2006. 6. 29. 선고 2005노2753 판결

판 결 선 고 2006. 11. 9.

주 문

상고를 기각한다.

상고 후의 구금일수 중 118일을 본형에 산입한다.

이 유

상고이유를 본다.

1. 부패방지법 위반의 점에 관하여

가. 법리오해 주장에 대하여

부패방지법 제50조 제1항의 규정에서 '업무처리 중 알게 된 비밀'이라 함은 그것이

비밀로서 보호할 가치가 있는 한, 반드시 법령에 의하여 비밀로 규정되었거나 비밀로 분류 명시된 사항에 한하지 아니하고 정치, 군사, 외교, 경제, 사회적 필요에 따라 비밀로 된 사항은 물론 정부나 공무소 또는 국민이 객관적, 일반적인 입장에서 외부에 알려지지 않는 것에 상당한 이익이 있는 사항도 포함한다고 해석하여야 할 것이다.

국가나 지방자치단체에서 추진하는 도로개설계획은 그것이 미리 알려질 경우 지가상승을 유발하여 계획의 실행을 어렵게 하고 그 부지를 매수하기 위한 협의 내지 보상 등의 과정에서 복잡한 문제를 발생시킬 수도 있으므로 도로개설을 추진하는 공무소의 입장에서는 그것이 외부에 알려지지 않는 것에 상당한 이익이 있는 것이며, 설령 도로개설계획이 외부에 공개되었다고 하더라도 아직 구체적 노선계획안이 외부에 알려지지 아니한 상태라면 그 구체적 노선계획안은 그 일대의 어느 토지가 도로부지에 포함되는지 또는 인접하는지 여부에 따라 소유자들의 이해관계가 크게 달라지고 그 보상 및 실제 시공업무 등에도 큰 영향을 미치게 되어 도로개설을 추진하는 공무소 입장에서는 그것이 외부에 알려지지 않는 것에 상당한 이익이 있다고 할 것이므로, 도로개설계획 및 구체적 노선계획안은 특별한 사정이 없는 한 공적으로 일반에게 공개되기 전까지는 모두 부패방지법 제50조 제1항 소정의 비밀에 해당한다고 하겠다.

그렇다면, 원심이 같은 취지에서, 과천시 건설과 도로계 계장이던 피고인이 업무처리 중 알게 된 아직 공개되지 않은 도로개설계획과 그 구체적 노선계획안을 이용한 것이 부패방지법 제50조 제1항 소정의 비밀을 이용한 행위에 해당한다고 본 조치는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 부패방지법 제50조 제1항의 비밀의 개념에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 있다고 할 수 없다.

나. 사실오인 주장에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인은 과천시 건설과의 선임 계장으로서 이 사건 도로개설 업무에 관한 보고가 이루어진 건설과 업무회의에 출근 참석하였을 뿐 아니라, 과장 부재시에는 이 사건 도로개설과 관련한 '도로실시용역 발주의뢰', '도로개설 민원조치 종합보고' 등을 직접 결재하기도 함으로써 업무로서 이 사건 도로개설의 정확한 시기와 구체적 노선안에 관한 내용을 여러 차례 접하였던 사실, 이 사건 도로개설계획은 2001년 하반기부터 현황측량의 실시와 민원회신 등을 통하여 일부 관심 있는 주민들에게 알려지기는 하였으나 그 구체적인 노선계획안은 2002. 2. 21.자 주민회의에 이르러서야 비로소 외부에 공개된 사실, 피고인은 그 직전인 2002. 2. 5. 이 사건 도로개설계획 자체를 알지 못하였던 공소외인으로부터 당시까지는 개발제한구역 내의 맹지였으나 개설될 이 사건 도로에 거의 인접하게 되는 토지 2필지(이하 '이 사건 토지'라 한다)를 대금 3억 7,000만 원에 매입한 사실, 그 직후 이 사건 도로개설계획이 관보 등에 공고되면서 도로개설사업이 진행되었고 피고인은 2002. 9. 위 토지에서 개설될 도로에 이르는 진입로 20평을 추가로 8,000만 원에 매수한 다음 2002. 11. 건축허가를 받았으나 착공은 계속 미룬 사실, 위 각 토지 매입 당시 피고인은 거주 중인 아파트 외에는 다른 재산이나 여유자금이 전혀 없었음에도 그 아파트와 연금을 담보로 1억 9,000만 원을 대출받고 다시 피고인의 동생, 조카, 처제 등에게 땅값이 올라 나중에 되팔게 되면 이익을 나누자고 투자를 권유하여 합계 2억 8,000만 원을 대출받는 등으로 그 매입자금 4억 5,000만 원을 전액 차입금으로 충당한 사실, 피고인은 매입 후 불과 1년 7개월 만인 2003. 9. 위 토지를 16억 5,000만 원에 매도하여 12억 원의 전매차익을 얻고는 자신이 돈을 빌린 친지들에게 빌린 돈의 두 배 정도를 되돌려주고 남은 돈으로 다시 다른 곳의 부동산을 매입한 사실을 넉넉히 인정할 수 있으므로, 같은

취지에서 원심이 그 판시와 같은 여러 정황을 토대로 피고인이 이 사건 토지를 취득하였다가 전매함으로써 전매차익 상당의 재산상 이익을 취득한 것이 그가 업무처리 중 알게 된 비밀인 이 사건 도로의 개설계획안을 이용한 것이라고 인정한 조치는 정당하고, 거기에 이 부분 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배 또는 심리미진으로 인한 사실오인 등의 잘못이 있다고 할 수 없다.

다. 직권판단

원심은 제1심판결을 인용하여, '피고인이 이 사건 토지를 매수하였다가 되팔아 12억 원의 전매차익을 올리는 방법으로 공직자가 업무처리 중 알게 된 비밀을 이용하여 재산상의 이익을 취득하였다'는 사실을 인정하고 이를 부패방지법 제50조 제1항에 의음함으로써, 결국 피고인이 위 전매차익 상당의 재산상의 이익을 취한 행위가 이 사건 범죄행위로 된다고 판단하고 있다.

그러나 부패방지법 제50조 제1항은 공직자가 업무처리 중 알게 된 비밀을 이용하여 '재물' 또는 '재산상의 이익'을 취득하는 행위를 처벌하고 있는데, 어떤 물건의 객관적 가치에 관한 주요 정보가 비밀에 부쳐져 공개되지 않고 있는 까닭에 그 시세가 위 정보를 반영하지 못한 채 실질적인 재산 가치에 비해 낮게 형성되어 있는 경우, 업무처리 중 비밀로 되어 있는 그 정보를 알게 된 공직자가 그러한 기회를 이용하여 그 물건을 낮은 시세로 매수하였다면, 이는 곧 위 법조가 규정하는 '업무처리 중 알게 된 비밀을 이용하여 재물을 취득'한 행위로서 그 물건을 매수한 때에 바로 위 법조 소정의 범죄가 성립한다 할 것이고, 나중에 그 비밀이 공개되어 시세가 상승한 다음 이를 다시 처분하여 전매차익을 얻음으로써 위 범죄로 인한 이익을 현실화하였다 하여, 그때 비로소 위 법조 소정의 '재산상의 이득'을 취득한 범죄가 성립한다고 볼 것은 아니다.

이 사건에서도 원심이 판시하는 바와 같이, 업무처리 중 이 사건 토지에 인접하여 도로가 새로 개설된다는 비밀을 알게 된 피고인이 그 정보가 알려져 있지 않아 시세가 낮게 형성되어 있는 기회를 타서 위 토지를 매수하였다면 그때 이미 위 법조 소정의 '재물'을 취득한 범죄가 성립한 것이고, 그 이후 위 토지를 전매하여 12억 원 상당의 전매차익을 얻은 때에 비로소 그 전매차익 상당의 '재산상의 이익'을 취득한 범죄가 성립하는 것은 아니라 할 것이다.

따라서 원심이 피고인의 판시 행위에 대하여, 이 사건 토지라는 재물을 취득한 행위에 의한 부패방지법 위반죄가 아닌 그 전매차익 상당의 재산상 이익을 취득한 행위에 의한 부패방지법 위반죄로 의율하여 처단한 것은 잘못이라고 할 것이지만, 이는 피고인의 연속된 일련의 행위에서 범죄성립시기를 착오한 것에 불과할 뿐 아니라 공직자가 업무처리 중 알게 된 비밀을 이용하여 재물을 취득한 죄와 재산상 이익을 취득한 죄는 다 같이 부패의 발생을 예방하고 청렴한 공직 및 사회풍토를 확립하기 위하여 공직자의 직무상 비밀 이용에 의한 부정한 재산취득행위를 처벌하는 범죄로서 죄질이 동일하고 그 형벌에 있어서도 같은 조문에 규정되어 있어 경중의 차이가 없어, 원심의 위와 같은 잘못이 판결결과에 영향을 미치는 것은 아니라고 할 것이므로, 원심판결을 파기할 사유가 되지는 아니한다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2003도8095 판결, 대법원 1990. 3. 27. 선고 78도1083 판결 등 참조).

라. 추징의 액수에 관하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, 피고인이 12억 원의 전매차익을 올리는 방법으로 업무처리 중 알게 된 비밀을 이용하여 재산상의 이익을 취득하였다는 범죄사실을 유죄로 인정하면서도 그 추징액을 판단함에 있어서는, 피고인이 이 사건 도로의 개설계획

안에 관한 비밀을 이용하여 이 사건 토지를 취득함으로써 '장래 지가의 급등에 의하여 실현할 것으로 충분히 예상되는 기대이익'을 취득하였고, 비록 그러한 이익은 피고인이 위 토지를 취득한 당시에는 아직 실현되지 아니한 미확정의 이익이기는 하나, 피고인이 그러한 이익을 취득한 이상 부패방지법 제50조 제3항의 규정에 따라 그 가액 상당을 사후에 평가하여 추징하여야 할 것이라고 전제한 다음, 피고인이 제출한 감정평가서(위 감정평가서는 이 사건 토지의 전매차익 12억 원 중 ①이 사건 도로개설로 인한 증가분이 8,955만 원, ②개발제한구역 해제예정공고로 인한 증가분이 4억 6,143만 원, ③진입로를 개설하고 건축허가를 받는 등 이용상황 변화로 인한 증가분이 5억 7,253만 원, ④정상지가 상승분이 7,650만 원이라는 내용이다)를 기초로 하여, 피고인이 이 사건 토지를 전매하기 이전인 2003. 7.경 이 사건 토지 등에 관한 개발제한구역 해제예정공고가 있었고 그 해제예정공고에 따른 지가변동은 피고인이 이 사건 토지를 취득할 당시에 예상되는 기대이익과 별개의 것으로서 이를 구분하여 평가해야 할 것이고, 건축허가 등 이용상황의 변화는 이 사건 도로의 개설로 인하여 비로소 가능하게 된 것으로 그에 따른 지가변동은 위 기대이익에 포함될 수 있다는 이유로, 전매차익 12억 원에서 위 감정평가서상의 ②개발제한구역 해제예정공고에 따른 지가변동액 4억 6,143만 원을 공제한 나머지 7억 3,857만 원을 피고인으로부터 추징하였다.

이에 대하여 피고인은 상고이유로서, 부패방지법에 의한 추징은 피고인이 도로개설에 관한 비밀을 이용하여 얻은 이득만을 대상으로 하는 것이므로, 위 감정결과에 따른 ④일반적인 지가상승분이나 ③피고인이 진입로를 개설하고 건축허가를 받는 등 이 사건 토지를 개발한 부가가치인 이용상황 변화로 인한 지가상승분도 추징액에서 공제되어야 하는 것임에도, 원심이 추징액 산정에 관한 법리를 오해하였다고 주장한다.

그러나 이 사건에 있어서는, 앞서 본 바와 같이 피고인의 범행 내용이 이 사건 토지의 전매차익 상당의 재산상 이익을 취득하였다는 데 있는 것이 아니라 재물인 이 사건 토지를 취득하였다는 데 있는 것이므로, 부패방지법 제50조 제3항에 의하여 이 사건 토지 그 자체가 몰수의 대상이 된다 할 것인데, 피고인이 이미 이를 처분하여 몰수가 불가능하므로 그 가액 상당액을 추징하여야 할 것이다. 따라서 피고인의 이 사건 범행 내용이 지가 상승에 의한 '재산상의 이익'을 취득한 데 있는 것으로 보고 그 이익을 추징의 대상으로 삼은 원심은 이 점에서 별써 위 법조에 의한 추징의 법리를 오해한 잘못을 범하였다 할 것이다.

다만, 피고인으로부터 추징하여야 할 이 사건 토지의 가액 상당액은 피고인이 이를 전매한 가격에 비추어 원심이 추징을 명한 7억 3,857만 원을 초과함이 명백한바, 추징도 몰수에 대신하는 처분으로서 몰수와 마찬가지로 형에 준하여 평가하여야 할 것이므로 그에 관하여도 형사소송법 제368조의 불이익변경금지의 원칙이 적용되는 것이고, 따라서 피고인만이 상고한 이 사건에서 추징액을 원심보다 피고인에게 더 불리하도록 변경할 수 없는 이상 원심의 위와 같은 잘못이 원심을 파기할 사유가 되지 못하므로 이를 그대로 유지하기로 한다. 결국, 피고인의 상고 논지는 받아들일 수 없다.

2. 구 국토이용관리법(2002. 2. 4. 법률 제665호로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 위반의 점에 관하여

구 국토이용관리법 제31조의2 제1항은 허가를 받지 아니하고 토지거래계약을 체결하거나 사위 기타 부정한 방법으로 토지거래계약허가를 받은 자를 처벌하도록 규정하고 있는바, 단기간에 시세차익을 남기기 위하여 전매할 목적으로 토지거래허가구역 내의 농지를 매수하는 것일 뿐 실제로는 영농을 할 의사가 없으면서, 토지거래계약허가를

신청함에 있어 이를 숨기고 마치 그 토지를 이용하여 농업을 영위할 것처럼 허위의 농업경영계획서를 제출하여 그 정을 모르는 담당공무원으로부터 토지거래계약 허가를 받는 것은 '사위 기타 부정한 방법'으로 그 허가를 받은 경우에 해당한다고 할 것이다.

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정되는 앞서 본 피고인의 이 사건 토지의 취득경위와 여기에 더하여 피고인이 이를 보유한 1년 7개월 동안 전혀 영농을 하지 아니한 채 이를 전매한 점 등을 종합하여 보면, 피고인은 오로지 단기간에 전매차익을 얻기 위한 투기적 목적에서 이 사건 토지를 매입하였을 뿐 영농 의사가 전혀 없으면서 허위의 농업경영계획서를 제출함으로써 사위 기타 부정한 방법으로 토지거래계약 허가를 받았다는 이 부분 공소사실은 그 증명이 충분하다고 할 것이므로, 같은 취지의 원심의 조치는 정당하고 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 구 국토이용관리법에 관한 법리오해 내지 채증법칙 위배로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 결론

그러므로 피고인의 상고를 기각하고, 상고 후의 구금일수 중 일부를 본형에 산입하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 전수안 _____

 대법관 고헌철 _____

주 심 대법관 양승태 _____

대법관 김지형 _____