

업무상배임[변경된죄명:특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)]

]·형령

[대구고법 2022. 7. 7. 2021노414]



【판시사항】

공동주택사업을 시행하는 甲 주식회사의 이사 및 직원으로 재직 중 乙 지구 사업 관련 자료들을 작성하였던 피고인들이, 甲 회사와 동종영업을 목적으로 하는 丙 주식회사의 임원으로 취임한 후 위 자료들을 이용하여 丁 지구 사업을 추진함으로써 丙 회사로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하고 甲 회사에 丁 지구 사업에 관한 사업기회를 상실하는 손해를 가하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)으로 기소된 사안에서, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들이 업무상배임죄에서 말하는 업무상 임무를 위배하였거나 그로 인하여 甲 회사에 손해가 발생하였다는 점이 증명되었다고 보기 어렵다는 이유로 공소사실을 무죄로 판단한 사례

【판결요지】

공동주택사업을 시행하는 甲 주식회사의 이사 및 직원으로 재직 중 乙 지구 사업 관련 자료들을 작성하였던 피고인들이, 甲 회사와 동종영업을 목적으로 하는 丙 주식회사의 임원으로 취임한 후 위 자료들을 이용하여 丁 지구 사업을 추진함으로써 丙 회사로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하고 甲 회사에 丁 지구 사업에 관한 사업기회를 상실하는 손해를 가하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)으로 기소된 사안이다. 피고인들은 甲 회사를 퇴사하기 전 이미 丙 회사의 임원으로 취임하여 丁 지구 사업과 관련한 사업성을 검토하고 관련 서류를 작성하였으며, 피고인들의 퇴사 후 얼마 지나지 않아 丙 회사는 丁 지구 사업과 관련하여 甲 회사의 乙 지구 사업 관계사들과 공사도급계약, 대출약정 등을 체결하였으므로, 피고인들이 甲 회사의 임직원으로서 업무상 임무를 위배한 것이 아닌가 의심이 들지만, 제반 사정을 종합할 때 피고인들이 甲 회사에 대한 충실의무 내지 선관주의의무, 경업금지의무, 보고의무, 회사기회유용금지의무 등을 위반하였다고 인정하기에 부족하고, 甲 회사의 고유한 내부 자료를 이용하여 丁 지구 사업과 관련한 업무를 추진하였거나 甲 회사에 허위의 정보를 제공하였다고 인정하기에 부족하며, 상법 제397조의2 제1항 제2호에서 정한 '사업기회'의 이용이 업무상배임죄에서 말하는 임무의 위배에도 해당한다고 인정하려면 막연히 회사가 장차 성실히 노력할 경우 취득할 가능성이 있는 모든 사업기회를 이용하는 것이 아니라 회사가 이미 취득한 현실적이고 구체적인 사업기회를 이용하는 것이어야 하고, '회사가 이미 취득한 현실적이고 구체적인 사업기회'에 해당하는지는 회사가 그 사업기회를 얻기 위하여 과거에 어느 정도의 노력과 비용을 투자하였는지, 장차 회사가 그 사업기회를 이용하여 실제로 사업을 수행할 만한 자본금, 인력, 거래처 등을 보유하고 있는지 등을 고려하여 판단하여야 하는데, 여러 사정에 비추어 甲 회사가 丁 지구 사업에 관하여 사업기회를 보유하고 있었다거나 피고인들의 행위로 인하여 기존의 사업기회를 상실하였다는 점을 인정하기에 부족하므로, 설령 피고인들이 甲 회사에 대한 업무상 임무를 위배하였다고 가정하더라도 피고인들의 업무상 임무 위배로 인하여 甲 회사가 丁 지구 사업에 관한 사업기회를 상실하는 손해를 입었다고 인정할 수 없으므로, 결국 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들이 업무상배임죄에서 말하는 업무상 임무를 위배하였거나 그로 인하여 甲 회사에 손해가 발생하였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵다는 이유로 공소사실을 무죄로 판단한 사례이다.

【참조조문】

형법 제30조, 제355조 제2항, 제356조, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호, 상법 제397조의2 제1항 제2호, 형사소송법 제325조

【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【항 소 인】 검사

【검 사】 박진섭 외 1인

【변 호 인】 법무법인 중원 외 2인

【원심판결】 대구지법 김천지원 2020. 10. 15. 선고 2020고단3 판결

【주문】

】

원심판결 중 업무상배임 부분을 파기한다.

이 사건 공소사실 중 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점은 무죄.

원심판결 중 횡령 부분에 대한 검사의 항소를 기각한다.

【이유】

】 1. 공소장변경에 따른 직권판단

검사는 당심에서 이 사건 공소사실 중 업무상배임의 점에 관하여, ① 죄명을 '업무상배임'에서 '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)'으로, ② 적용법조를 '형법 제356조'에서 '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항, 형법 제356조'로, ③ 공소사실을 [별지] '당심에서 변경된 공소사실' 기재와 같이 '○○3지구 사업 관련 자료들, ○○3지구 사업에 활용된 피해자 지에이치디엔씨 주식회사(이하 '피해자 회사'라 한다)의 ○○2지구 사업 관련 자료들, ○○2지구 사업 관계사들과 ○○3지구 사업에 참여할 기회 각각의 재산 가치에 해당하는 불상의 재산상 이익'에서 '15,148,941,023원 상당의 재산상 이익'으로 각 변경하는 내용의 공소장변경신청을 하였다.

이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결 중 업무상배임 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었으니 그 부분은 파기되어야 한다.

다만 원심판결 중 업무상배임 부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 불구하고, 종전 공소사실과 변경된 공소사실은 크게 다르지 않고, 원심의 판단 속에 변경된 공소사실과 관련된 내용이 포함되어 있으므로, 검사의 이 부분 공소사실에 대한 항소이유를 아래 제2항에서 판단하기로 한다.

2. 검사의 항소이유 중 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분(원심판결 중 업무상배임 부분)(배척)

가. 항소이유의 요지

피고인들이 피해자 회사 재임 또는 재직 중 피해자 회사 몰래 동종영업을 목적으로 하는 주식회사 웰컴지앤엠[이하 '(주)웰컴지앤엠'이라 한다]의 임원으로 취임하여 ○○3지구 공동주택사업에 종사한 것은, 피고인들 모두에 대하여는 충실의무 내지 선관주의의무, 경업금지의무, 보고의무를 위반한 것이고, 피고인 1에 대하여는 추가로 회사기회유용금지의무를 위반한 것이다.

따라서 피고인들에게 업무상배임죄가 충분히 인정됨에도 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

나. 원심의 판단(무죄)

원심은, 피고인들이 피해자 회사의 이사 또는 직원으로 재직 중 다른 회사의 임원으로 취임하고 그 지위에 기하여 피해자 회사의 영업 목적과 중복되는 ○○3지구 사업 진행에 관여한 바 있으나, 피고인들이 피해자 회사 내부의 고유한 정보를 이용한 것으로 볼 수 없고, 피해자 회사의 ○○3지구 사업에 대한 참여 가능성이 희박하였으며, 피고인 1과 피해자 회사와의 신뢰관계의 파탄, ○○2지구 사업과 ○○3지구 사업의 별개성 등에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들의 행위가 업무상배임죄에서의 그 임무에 위배하는 행위라고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다.

당심의 판단(무죄)

1) 인정 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 아래 ① 내지 ⑥ 기재 사실이 인정된다.

① 피해자 회사의 설립과 피고인들의 취임 및 입사

피고인 1은 피해자 회사에 입사하기 전 주식회사 규형디엔씨[이하 '(주)규형디엔씨'라고 한다]의 대표이사인 공소외 1과 마산에서 2011년경 (건물명 생략) 주상복합 신축공사 사업을 함께 하였고, 그 도중인 2012. 2.경 (주)규형디엔씨와 사이에 (주)규형디엔씨가 투자금의 90%를, 피고인 1이 10%를 투자하여 투자금의 비율에 따라 수익을 정산 배분하기로 하는 투자협약을 체결하였다.

마산사업이 어느 정도 마무리되자 공소외 1이 주식의 70%를, 피고인 1이 주식의 30%를 소유하여 2012. 5.경 건물 신축 판매업 등을 목적으로 하는 피해자 회사를 설립하였고, 공소외 1이 피해자 회사의 대표이사로 취임하였다.

피고인 2는 2013년경부터 2018. 4. 31.경까지 피해자 회사의 부장으로 근무하였다.

② 피해자 회사의 ○○2지구 사업 시행

피해자 회사는 2014년경부터 △△시□□읍○○리에 있는 ○○2지구 공동주택사업을 시공사 지에스건설 주식회사[이하 '지에스건설(주)'라 한다], 신탁사 주식회사 생보부동산신탁[이하 '(주)생보부동산신탁'이라 한다]과 함께 진행하여 '○○파크자이'로 분양하였다.

2017. 7. 말경 ○○2지구 사업의 준공이 이루어졌고, 2017. 9.경 분양이 약 99% 완료되었으며, 2017. 10.경 PF 대출금 변제 및 지에스건설(주)에 대한 공사비 지급 등이 이루어졌고, 2018. 1.경 사업이 성공적으로 마무리하여 약 220억 원

의 시행이익을 얻었다.

공소외 2가 대표이사로 있는 (주)가온디엔씨는 2014. 3. 26. ○○2지구 사업의 PM 용역계약을 용역대금 24억 원으로 하여 체결하고 그 용역을 수행하였다.

③ ○○3지구 사업의 추진 현황

○○3지구 사업은 2014. 11.경 ○○지구 지구단위계획구역 및 지구단위계획 결정이 내려지면서 도시개발사업 진행이 논의되기 시작하였는데, ○○3지구 도시개발사업조합 추진위원회는 2015. 8.경 공소외 2가 실질적인 사주로 있는 주식회사 정토종합개발[이하 '(주)정토종합개발'이라 한다]과 사이에, (주)정토종합개발로부터 사업비를 대여받고, (주)정토종합개발에 ○○3지구 도시개발업의 전반적인 시행권한을 일괄 위탁하는 내용의 도시개발사업협약을 체결하였다.

○○3지구 도시개발사업조합은 2017. 3. 7. 설립인가를 받아 설립되었고, (주)정토종합개발은 조합으로부터 위임받은 각종 업무를 수행하였고, 환지계획인가 시까지 약 45억 원, 공동주택 체비지 매각 시까지 약 53억 원을 ○○3지구 도시개발사업조합에 대여하였다.

(주)정토종합개발은 2016. 12.경 ○○3지구 도시개발사업조합과 (주)세영개발 사이에 공동주택용지매매 양해각서를 체결하였고, 집단체비지와 금전청산대상 토지에 대한 매매계약금 10억 원을 지급받아 (주)세영개발을 ○○3지구 사업의 시행사로 참여시켰다.

2017. 6.경 ○○3지구에 대한 실시계획인가가 이루어졌고, 2017. 10.경 환지계획인가가 내려져 토지비와 체비지로 매각할 부지의 범위도 확정되었다.

그 무렵 △△시의 분양시장 상황이 악화되어, (주)세영개발에서 토지대금의 지급을 지체하면서 사업진행에 대하여 미온적인 반응을 보였고, 이에 공소외 2는 2017. 11.경 토지를 매각할 새로운 시행사를 물색하기 위해 피고인 1을 비롯하여 여러 업체에게 ○○3지구 사업 참여를 타진하였으나 긍정적인 반응을 얻지 못하였다.

④ 피고인들의 퇴임 및 퇴사

피고인 1은 2015년 하반기부터 공소외 1에게 투자협약에 따른 마산 사업에 대한 수익금 정산을 지속적으로 요청하였으나, 공소외 1은 2017. 4.경 이에 대하여 지급할 수익금이 없다는 입장을 밝히면서 2017년 하반기부터 피고인 1과 피해자 회사 대표이사 공소외 1과 사이에 투자수익금 분배와 관련한 갈등이 있어 왔다[이후 피고인 1이 (주)규형디엔씨를 상대로 수익금 소송을 제기하였고, 서울중앙지방법원 2018가합553781 사건에서 (주)규형디엔씨는 피고인 1에게 약 16억 원을 지급하라는 판결이 선고되었고, 항소심을 거쳐 위 판결은 확정되었다].

2017. 11.경 피고인 1은 주택의 신축판매 및 건설 공급업 등을 목적으로 하는 주식회사 (주)웰컴지앤엠의 대표이사로 취임하였고, 피고인 2는 같은 회사의 감사로 취임하였다.

2018. 1.경 피고인 1은 공소외 1에게 피해자 회사의 사내이사직을 사임할 의사를 밝히면서 ○○2지구 사업과 관련한 수익금 정산을 요청하였고, 공소외 1은 정산 요청을 거절하면서 대여금 형식의 금원 지급을 제안하였다(피해자 회사는 2018. 4.경 피고인 1에게 피해자 회사의 주식을 담보로 20억 원을 대여하였다). 피고인 1은 2018. 3. 20. 피해자 회사의 사내이사에서 퇴임하고, 2018. 3. 31. 피해자 회사에서 퇴사하였으며, 피고인 2는 ○○2지구 정산금 지급이 완료되자 2018. 4. 31. 피해자 회사에서 퇴사하였다.

⑤ ○○3지구 사업의 시행

공소외 2로부터 ○○3지구 사업 참여를 권유받은 피고인 1은 개정 주차장법 시행 전 건축심의만이라도 함께 신청해 보자는 공소외 2의 제의를 받아들여 2018. 1.경 (주)정토종합개발, (주)웰컴지앤엠과 (주)케이디플래너스건축사사무소와 사이에 ○○3지구 건축심의 완료 시까지 용역기간을 정한 ○○3지구 도시개발사업 공동주택 설계용역 계약 체결하였다.

2018. 2.경 △△지역에서 분양된 ◇◇동 및 ☆☆동의 아파트의 분양률이 예상 외로 양호하자, 피고인 1은 2018. 3. 30. ○○3지구 사업에 관한 (주)웰컴지앤엠과 (주)정토종합개발 사이의 업무협약을 체결하였고, 2018. 4. 10.경 지에스건설(주)의 ○○3지구 사업에 대한 내부수주심의가 통과되는 것을 조건으로 (주)웰컴지앤엠과 ○○3지구 도시개발사업조합 사이의 공동주택용지 매매약정을 체결하였으며, 2018. 5.경 지에스건설(주)의 내부수주심의가 통과되고, (주)정토종합개발 공소외 2의 주도로 ○○3지구 도시개발사업조합이 2018. 5. 17. (주)세영개발에 2016. 12. 자 양해각서에 대한 해제통지가 이루어지자, 2018. 5. 29. 자로 ○○3지구 도시개발사업조합과 (주)웰컴지앤엠 사이에 집단체비지 매매계약을 체결하였다.

△△시장은 2018. 8. 1. ○○3지구 주택건설 사업계획을 승인하였고, (주)웰컴지앤엠은 2018. 8. 28.경 지에스건설(주), (주)생보부동산신탁, 메리츠종합금융증권 주식회사[이하 '메리츠종합금융증권(주)'라 한다] 등과의 공사도급계약, 공사도급계약 승계약정, 대출약정을 체결하여 ○○3지구 사업을 추진하였으며, ○○3지구 사업은 2018. 9.경 '○○레이크자이'로 분양이 이루어졌고, 2021년 상반기 무렵 신탁사와의 정산이 이루어졌다.

(주)웰컴지앤엠의 2018년도 당기 순손실은 2,987,808,088원, 2019년도 당기 순이익은 7,843,019,925원, 2020년 당기 순이익은 10,293,729,186원이고, 2020년 말경을 기준으로 누적 순이익은 15,148,941,023원이다.

⑥ 피고인들과 피해자 회사 사이의 민사소송 경과

피해자 회사는 서울중앙지방법원 2020카단801443호로 채무자를 피고인들로, 피보전채권을 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상금 채권으로 하여 부동산 가압류 신청을 하였고, 2020. 1. 29. 인용결정을 받았다.

이에 대하여 피고인들은 서울중앙지방법원 2020카단820075호로 가압류이의 신청을 하였으나 2021. 11. 2. 원결정을 인가하는 결정이 내려졌다.

이에 대하여 피고인들은 서울고등법원 2021라858호로 즉시항고 하였고, 현재 항고심 진행 중이다.

피해자 회사는 서울중앙지방법원 2020카단821248호로 채무자를 공소외 3, 공소외 4 등으로, 피보전채권을 공소외 3 등이 피고인들의 배임행위에 가담하여 발생한 불법행위로 인한 손해배상금 채권으로 하여 부동산가압류 신청을 하

였고, 2020. 2. 11. 인용결정을 받았다.

이에 대하여 공소외 3 등은 서울중앙지방법원 2020카단821248호로 가압류이의 신청을 하였고, 위 법원은 2021. 2. 18. '피해자 회사가 주장하는 피보전채권이 소멸되지 아니하였다.

'는 이유로 원결정을 취소하고 가압류신청을 기각하는 결정을 하였다.

이에 대하여 피해자 회사는 서울중앙지방법원 2021라157호로 항고하였으나 2021. 5. 11. 항고기각 결정이 내려졌고, 피해자 회사는 다시 대법원 2021마5940호로 재항고하였으나, 2021. 10. 5. 재항고 기각 결정이 내려져서, 위 결정은 그대로 확정되었다.

피해자 회사는 서울중앙지방법원 2020가합517320호로 피고인들 및 (주)웰컴지앤엠 등을 상대로 손해배상 소송을 제기하였고, 현재 1심 진행 중이다.

2) 법리

형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 증명이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명에 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 든다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도231 판결 등 참조).

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는바, 여기에서 그 임무에 위배하는 행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함한다(대법원 1990. 6. 8. 선고 89도1417 판결 등 참조).

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 경우에 성립하는바, 재산상의 이익취득에 관하여 배임죄의 죄책을 인정하기 위해서는 그러한 재산상의 이익취득과 임무위배행위 사이에 상당인과관계가 인정되어야 한다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결, 대법원 2008. 6. 26. 선고 2007도7060 판결 등 참조).

업무상배임죄의 고의가 인정되려면, 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사가 있어야 하고, 자기 또는 제3자에게 재산상의 이득을 주려는 의사가 있어야 할 뿐만 아니라, 그의 행위가 임무에 위배된다는 인식이 있어야 할 것이다.

피고인이 배임죄의 범의를 부인하고 있는 경우에 배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의, 동기 등의 내심적 사실)은 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도8297 판결 등 참조).

3) 판단

가) 검사가 제출한 증거에 의하여 인정되는 아래 ① 내지 ④ 기재 사정들을 종합하면, 피고인들이 피해자 회사의 이사 및 직원으로서의 업무상 임무를 위배한 것이 아닌가 하는 의심이 들기는 한다.

① 피고인들은 피해자 회사를 퇴사하기 전 이미 (주)웰컴지앤엠의 임원으로 취임하였을 뿐만 아니라 ○○3지구 사업과 관련한 사업성을 검토하고 관련 서류를 작성하였으며, 피고인들의 퇴사 후 얼마 지나지 않아 (주)웰컴지앤엠은 ○○3지구 사업과 관련하여 지에스건설(주), (주)생보부동산신탁, 메리츠종합금융증권(주) 등과 공사도급계약, 대출 약정 등을 체결하였다.

② ○○3지구 사업은, ○○2지구 사업이 성공한 후 추진되었고 그 사업부지도 인근에 위치하고 있으며, 공소외 2는 2018. 3. 27. ○○3지구 도시개발사업조합 이사회에서 (주)웰컴지앤엠을 ○○2지구 사업의 시행사라고 거짓으로 소개하였다.

공소외 2는 2016. 9.경 피고인 1로부터 ○○3지구 사업시행을 위한 법인설립 계약과 관련한 투자계약 제안을 받았다고 진술하였다(원심 녹취록 제13쪽). 공소외 2가 ○○3지구 사업과 관련하여 피고인 1을 사업에 참여시킨 이유는, 피고인 1이 지에스건설(주)의 임원 출신으로서 지에스건설(주)의 지인을 통하여 지에스건설(주)을 시공사로 참여시킬 가능성이 높았기 때문이다.

③ 피고인 1은 공소외 1에게, 자신이 피해자 회사에서 퇴사하겠다고 이야기하면서 ○○3지구 사업에 대하여는 이를 끝까지 말하지 않았다(증거기록 제1958쪽). 피고인 1이 2018. 4.경 피해자 회사로부터 받은 대여금이 ○○3지구 사업의 사업자금으로 사용되었다.

④ 피해자 회사는, ○○2지구 사업만을 위하여 설립된 법인이 아니고 ○○2지구 사업이 종료된 이후에도 청산이 이루어지지 않고 현재까지도 존속하고 있다.

나) 그러나 위 인정 사실 및 기록에 의하여 인정되는 다음 (1) 내지 (3) 기재 사정들을 종합하면, 검사가 제출한 증거로는, 피고인들이 업무상배임죄에서 말하는 업무상 임무를 위배하였다고 인정하기 어려우며, 설령 피고인들이 업무상 임무를 위배하였다고 하더라도 그로 인하여 피해자 회사에 손해가 발생하였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 항소이유 주장은 받아들일 수 없다.

(1) 피해자 회사에 대한 업무상 임무 위배의 점 입증부족

기록에 의하여 인정되는 아래 ① 내지 ⑥ 기재 사정에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거로는, 피고인들이 피해자 회사에 대한 충실의무 내지 선관주의의무, 경업금지의무, 보고의무, 회사기회유용금지의무 등을 위반하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 피고인 2는 피고인 1의 추천으로 2013년경부터 피해자 회사에서 근무하기 시작하였으나 근로계약서를 작성하지는 않았고, 피고인 1은 2015. 3.경 피해자 회사의 사내이사로 취임하였으나 위임계약서를 작성하지는 않았다.

피해자 회사는 근로자의 임금, 근로시간, 연차, 휴가 등을 정한 취업규칙을 제정하지 않았고, 피고인들로부터 경업금지각서나 비밀유지각서 등을 작성받지도 않았다.

② 피고인 1은 피해자 회사의 지분 30%를 가지고 나머지 지분 70%를 가진 공소외 1과 동업을 하는 관계였는데, 피고인 1은 2015. 3.경부터 피해자 회사로부터 급여를 수령하기 시작하였고, 그 급여액은 공소외 1과의 지분비율에 따라 피고인 1은 월 1,500만 원, 공소외 1은 3,500만 원이었다(증거기록 제644쪽).

피해자 회사의 임원과 직원은 대표이사를 포함하여 6명 내외에 불과하였는데, 피해자 회사에는 피고인 2, 공소외 5 과 장 정도만 상주하여 근무하였고, 피고인 1 등은 필요할 때 사무실에서 근무하고 외부 업무 등을 자유롭게 보는 편이었다.

③ 피해자 회사의 사업 목적은 '건물 신축 판매업, 주택 신축 판매업, 토목 공사업, 건축 공사업, 부동산 매매 및 임대업 등'이고, 그 사업구역도 특정 지역으로 한정되어 있지 않으므로, 피해자 회사의 사업 목적인 사업은 '우리나라 전부에서 하는 건물 신축 판매업, 주택 신축 판매업, 토목 공사업, 건축 공사업, 부동산 매매 및 임대업 등'이라고 할 것이다.

피해자 회사의 사업목적인 사업은 너무나 광범위한 점, 피해자 회사가 임원 또는 직원과 사이에 피해자 회사의 사업을 하는 것을 금지하는 내용의 계약서를 작성하지 않은 점 등을 종합하면, 피해자 회사의 임원 또는 직원이라고 하더라도 피해자 회사의 사업 목적인 사업을 하는 것이 금지된다고 볼 수 없다.

실제로 피해자 회사의 대표이사인 공소외 1은, 피해자 회사와 별도로 부동산 분양업 등을 목적으로 하는 (주)규형디엔씨의 대표이사에 취임하였고 (업체명 생략)이라는 개인사업체도 운영하면서, 피해자 회사의 사업이 아니라 (주)규형디엔씨와 (업체명 생략)의 사업인 (사업명 1 생략), (사업명 2 생략) 등 부동산 개발사업을 진행하였다.

피고인 회사의 직원 공소외 5는 (주)규형디엔씨와 (업체명 생략)의 회계, 관리 업무도 함께 처리하였다.

④ 피해자 회사 대표이사 공소외 1은 ○○3지구 사업에 대하여, ○○3지구 사업이 진행 중이라는 점과 그 사업의 진행 정도에 관하여 인지하고 있었음에도, 피고인들에게 그 사업의 참여 여부에 관하여 구체적인 지시를 한 바 없으므로, 피고인들이 그 사업에 참여하기 위하여 최선을 다할 의무가 있다고 할 수 없다.

공소외 1은 원심 법정에서 '피고인들에 대하여 ○○3지구 사업에 관하여 사업성 검토를 구체적으로 지시하였다.

'고 증언하였고(원심 녹취록 제37쪽), 당심 법정에서 "2015년 말이나 2016년 초부터 피고인들에게 ○○3지구 사업을 검토해보라고 구두로 지시하기 시작했으나, 피고인들이 '아예 분양이 안 된다.

사업이 아예 진척이 안 된다.

'고 거짓보고를 하였기 때문에 가설계를 뜨라거나 수주분석을 하라는 등의 구체적인 지시를 하지 못하였다.

"라고 증언하였다(당심 녹취록 제4쪽).

그러나 공소외 1의 당심 법정 증언은 결국 구체적인 지시를 못하였다는 것인 점, 공소외 1의 측근인 공소외 6은 '피해자 회사의 전체적인 회의 내용은 △△ 분양시장이 많이 어려워져서 분양성이 없다는 것이고, 공소외 1이 ○○3지구 사업을 검토해보라거나 수주분석을 해보라는 이야기를 못하였다.

공소외 1이 △△분양시장의 상황과 ○○3지구 사업에 관하여 전반적인 진행상황에 관해 물어보았다.

'는 취지로 진술하여 공소외 1의 증언과 배치되는 점, △△시는 2016. 11.경 미분양관리지역으로 지정된 이후 2018년 초경까지 지속적으로 부동산 경기가 악화되었고 2017년경에는 신규 분양이 전혀 없었기 때문에 공소외 1이 주장하던 2015년 말경부터 2016년 초경까지 피고인들이 분양이 안 된다고 보고하였더라도 이는 허위보고라고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 공소외 1은 ○○3지구 사업과 관련하여 구체적인 지시를 하지 않았다고 판단된다.

⑤ 피고인 1이 2018. 1.경 공소외 1에게 ○○2지구 사업과 관련하여 정산을 요구하자 공소외 1은 '동업관계를 중단한다면 피해자 회사를 청산하고, 직원들도 정리해야 한다.

'는 취지로 대답하였는데(피고인 제출 증 제24호증 제5~6쪽), ㉠ 정산 방법에 대하여도 2018. 4. 9. 피해자 회사가 피고인 1 소유의 피해자 회사 주식 18,000주를 담보로 피고인 1에게 변제기 2022. 3. 31. 이자 연 4.6%로 하여 20억 원을 대여하고, 위 변제기까지 감자절차를 진행하며, ㉡ 변제기한은 위 변제기 도래 여부를 불문하고 감자대금 지급일로 하되, ㉢ 위 대여금 채권과 위 감자대금 채권을 대등액에서 상계하기로 정산방법을 정하였다(증거기록 제 556~557쪽).

이처럼 피고인 1과 공소외 1은 피해자 회사를 계속해서 존속시키며 회사 규모를 키우는 데 목적이 있었던 것이 아니라, 부동산 개발사업의 위험을 줄이고 그 이익을 극대화하기 위한 목적으로 설립한 것으로 보인다.

⑥ 피고인들이 2017. 11.경 (주)웰컴지앤엠의 대표이사 및 감사로 각 취임하였으나, 피고인들의 위와 같은 타 회사 임원으로의 취임은 피해자 회사가 진행하던 ○○2지구 사업이 마무리될 즈음이고, 피고인들 외에도 피해자 회사의 직원으로 사업현장에서 감독업무, 분양업무를 수행한 공소외 7, 공소외 8은 2018. 1.경 내지 3월경 피해자 회사에서 퇴사하였다.

(2) 피해자 회사의 내부정보를 이용하였다는 점 입증부족

기록에 의하여 인정되는 아래 ① 내지 ④ 기재 사정에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거로는, 피고인들이 피해자 회사의 고유한 내부 자료를 이용하여 ○○3지구 사업과 관련한 업무를 추진하였다거나, 피고인들이 피해자 회사에 허위의 정보를 제공하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 피고인들이 2017. 11.경까지 ○○3지구 사업 시행대행을 맡고 있는 공소외 2의 부탁 등으로 공소사실 기재와 같이 사업수지검토표, cash flow 등 검토표, △△○○3지구 공동주택 분석보고서 IM, ○○3지구 도시개발사업지구 내 공동주택용지 매매계약서 초안, 투자계약서 초안, 대여금약정서 초안, 집단체비지 매매계약서 초안 등의 서류를 작성하는 등으로 ○○3지구 사업의 사업성에 관하여 검토한 사실은 있다.

그러나 위 서류는 구체적인 근거자료 없이 추정치를 넣어 가상의 수익률을 계산해 보거나, 실제로 체결한 바 없는 계약서 초안을 작성한 것에 불과하고, 위 문서 등에 사용된 ○○2지구 관련 분양가격, 선호 평형 등은 피해자 회사의 내부인이 아니더라도 시장조사를 통해서 충분히 확보할 수 있는 자료로서 업무상 보호가치 있는 기밀이라고 보기도 어렵다.

② 피고인들이 피해자 회사의 회의에서 2017년 말경까지의 △△의 아파트 분양시장에 대하여 부정적인 입장을 밝힌 바 있으나, 실제로 2016년경 △△지역의 아파트 입주 물량이 폭증하고 미분양 물량이 증가하여 2016. 12. 말경을 기준으로 △△시 미분양 주택은 총 2,555세대에 달하였고(증거기록 제1753~1755쪽), 2016. 10.경부터 2019. 8.경까지 3개월을 제외한 모든 기간 동안 △△시가 미분양관리지역으로 지정되었으며, 2017. 4.경 ○○2지구 아파트에 대해 마이너스 프리미엄이 붙는 등 분양상황이 나빠졌다.

③ ○○3지구 사업과 관련한 주요한 계약은 피고인 1이 피해자 회사의 이사에서 퇴임한 이후 또는 피고인 2가 피해자 회사에서 퇴직한 이후에서야 이루어졌고, 위 계약의 내용은 ○○3지구 사업에 맞추어진 고유한 것으로서 피해자 회사의 내부 정보가 사용된 것이 아니다.

④ 공소외 2는 2016. 12.경 ○○3지구 사업과 관련하여 (주)세영개발과 사이에 공동주택용지매매 양해각서를 체결하고 (주)세영개발을 시행사로 참여시켰다가 2018. 5. 17. 위 양해각서에 대한 해제통지를 하였다.

적어도 공소외 2가 (주)세영개발을 통하여 ○○3지구 사업을 시행하려는 계획이 구체적으로 진행되고 있던 기간 동안에는 피고인들이 (주)웰컴지앤엠을 ○○3지구 사업에 시행사로 참여시키려는 계획이 현실적으로 구체화되었다고 보기는 어렵다.

(3) 업무상 임무 위배로 인하여 피해자 회사에 손해를 입혔다는 점 입증부족

이사는 이사회의 승인 없이 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하지 아니할 의무를 부담하고(상법 제397조의2 제1항), 이때 그 사업기회는 '직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회(제1호)', '회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회(제2호)'를 말한다.

상법 제397조의2 제1항 제2호 소정의 '사업기회'의 이용이 업무상배임죄에서 말하는 임무의 위배에도 해당한다고 인정하려면, 죄형법정주의 원칙에 비추어 볼 때, 막연히 회사가 장차 성실히 노력할 경우 취득할 가능성이 있는 모든 사업기회를 이용하는 것이 아니라 회사가 이미 취득한 현실적이고 구체적인 사업기회를 이용하는 것이어야 한다.

위와 같은 '회사가 이미 취득한 현실적이고 구체적인 사업기회'에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, 회사가 그 사업기회를 얻기 위하여 과거에 어느 정도의 노력과 비용을 투자하였는지, 장차 회사가 그 사업기회를 이용하여 실제로 사업을 수행할 만한 자본금, 인력, 거래처 등을 보유하고 있는지 여부 등을 고려하여야 한다.

기록에 의하여 인정되는 아래 ① 내지 ④ 기재 사정에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거로는, 피해자 회사가 ○○3지구 사업에 관하여 사업기회를 보유하고 있었다거나 피고인들의 행위로 인하여 기존의 사업기회를 상실하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 설령 피고인들이 피해자 회사에 대한 업무상 임무를 위배하였다고 가정하더라도, 피고인들의 업무상 임무 위배로 인하여 ○○3지구 사업에 관한 사업기회를 상실하는 손해를 입었다고 인정할 수 없다.

① 피해자 회사가 어느 부동산에 관하여 개발사업을 내부적으로 사업성을 검토하였더라도, 실제로 사업을 추진하기 위하여 대외적으로 사업부지를 매수하는 준비를 하거나 토지소유자와 사이에 업무대행계약 등을 체결하기 위한 협상을 하기 전에는, 피해자 회사가 그 사업을 할 기회를 현실적으로 취득하였다고 할 수는 없다.

피고인 2가 2013. 2.경부터 2018. 4.경까지 피해자 회사에서 내부적으로 사업성을 검토한 부동산 개발사업은 최소 238건에 이르나, 피해자 회사가 위 238건의 사업기회를 실제로 취득하였다고 인정할 수는 없다.

② 피해자 회사가 과거 지에스건설(주)과 ○○2지구 사업을 함께 한 적이 있으나, 그런 경력만으로 피해자 회사가 이와 전혀 별개의 사업인 ○○3지구 사업을 지에스건설(주)과 함께 참여할 기회를 실제로 취득하였다고 인정할 수 없다.

○○3지구 사업은, 시공사가 지에스건설(주)이고, 금융자문사가 메리츠종합금융증권(주)이며, 신탁사가 (주)생보부동산신탁이므로, ○○2지구 사업의 시공사, 금융자문사 및 신탁사와 동일하기는 하나, ○○3지구 사업의 주체는 ○○2지구 사업의 주체와 다르고, 그 시공사 등의 선정은 피해자 회사가 좌우할 수 없는 것이다.

○○3지구 사업의 대출금융사, 설계회사, 토목공사업체, 모텔하우스 업체 등은 ○○2지구 사업과 다르고, 해당 회사들은 ○○2지구 사업과 아무런 관련이 없다.

○○2지구 사업과 ○○3지구 사업은 지리상 인접한 사업지구라는 점 외에는 체비지와 집단환지의 비율 등 공동주택용지의 성격, 공공주택용지의 매매방식 및 매매에 따른 이익 귀속 주체, 공동주택사업의 진행 방식 등이 다른 전혀 별개의 사업이다.

○○3지구 사업의 부지는 체비지가 75%, 집단환지가 25%로서 체비지의 비중이 높고, 체비지의 소유권은 ○○3지구 도시개발사업조합이 가지고 있었다.

○○3지구 사업부지에 대한 소유권을 취득하지 못한 피해자 회사로서는, ○○3지구 사업부지의 소유자와 사이에 별도의 계약을 체결한 후에 비로소 ○○3지구 사업에 참여하는 것이 가능하다.

그러나 피해자 회사는 ○○3지구 사업부지의 소유자로부터 별도의 계약을 체결하자는 청약을 받은 적도 없고, 피해자 회사가 그런 청약을 한 적도 없다.

③ (주)정토종합개발은 ○○3지구 사업부지의 소유자인 도시개발사업조합과 사이에 협약을 체결한 후 위 조합을 대행하여 각종 업무를 진행하였고, 환지계획인가시까지 약 45억 원, 공동주택 체비지 매각 시까지 약 53억 원을 ○○3지구 도시개발사업조합에게 대여하였다.

피해자 회사로서는 사실상 (주)정토종합개발을 배제하고 ○○3지구 사업에 시행사로 참여하는 것은 어려운 상황이었다.

(주)정토종합개발의 실질적인 사주인 공소외 2는 ○○2지구 사업의 토목공사 수주 등의 과정에서 공소외 1에 대한 신뢰를 상실하여 피해자 회사와는 ○○3지구 사업을 하지 않으려고 하였고, 실제로도 공소외 2가 공소외 1에게 ○○3지구 사업과 관련하여 사업기회를 제안하였다고 볼 만한 사정도 없는바, 피해자 회사가 ○○3지구 사업에 참여하는 것은 현실적으로 어려웠다.

즉, 공소외 2는 ○○2지구 사업 당시 (주)가온디엔씨를 통하여 피해자 회사와 사이에 PM 용역계약을 체결하고 그 용역을 수행하였는데, 용역대금의 감액으로 수익을 남기지 못하게 되자 피해자 회사에 ○○2지구 사업의 토목공사 수주를 요청하였으나 공소외 1이 공사대금의 과다를 이유로 이를 거절하여 토목공사 수주가 무산되었다.

이후 공소외 1이 공소외 2가 제시한 금액보다 더 많은 금액으로 위 토목공사를 타 업체에 맡긴 사실을 공소외 2가 알게 되었고, 이를 계기로 공소외 2는 사석에서 공소외 1에 대하여 향후 사업을 함께 하지 않겠다는 취지의 발언을 하는 등 관계가 악화되었다.

④ 피고인 1은 지에스건설(주)의 직원 공소외 9의 권유로 2018. 4. 9. (주)웰컴지앤엠 명의로 지에스건설(주)의 ○○3지구 사업 참여의사를 문의하는 공문을 발송하였고, 지에스건설(주)은 내부수주심의를 거쳐 2018. 5.경 수주의사를 확정하였다.

지에스건설(주)의 내부수주심의 과정에서 ○○3지구의 사업성과 시행사의 토지에 대한 권원 확보 여부가 핵심적인 요인으로 평가·검토되었을 뿐, (주)웰컴지앤엠의 임원이 피해자 회사의 임직원으로서 ○○2지구 사업에 참여하였는지 여부가 고려된 것으로 보이지 않는다.

3. 검사의 항소이유 중 횡령 부분

가. 항소이유의 요지(사실오인 및 법리오해)

피고인들은 노트북을 증여받았다고 인지한 것은 아니고, 증여로 생각하였다면 이후에 반환할 이유도 없다.

피고인들은 노트북 안의 자료를 활용하기 위해 이를 임의로 가져간 것이므로 피고인들에게 불법영득의사가 있었다고 충분히 인정됨에도 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

나. 이 부분 공소사실의 요지

1) 피고인 1

피고인은 2018. 3.경 서울 강남구 (주소 생략)에 있는 피해자 회사에서 ○○2지구 사업 등 피해자 회사 사업 관련 전자 정보 등이 저장된 피해자 회사 소유인 노트북 컴퓨터 1대를 보관하던 중 피해자 회사를 퇴사하면서 위 컴퓨터를 반환하지 아니한 채 임의로 가지고 가 횡령하였다.

2) 피고인 2

피고인은 2018. 4.경 서울 강남구 (주소 생략)에 있는 피해자 회사에서 ○○2지구 사업 등 피해자 회사 사업 관련 전자 정보 등이 저장된 피해자 회사 소유인 노트북 컴퓨터 1대를 보관하던 중 피해자 회사를 퇴사하면서 위 컴퓨터를 반환하지 아니한 채 임의로 가지고 가 횡령하였다.

다.

원심의 판단(무죄)

원심은, 아래와 같은 이유로, 피고인들에게 각 노트북 컴퓨터에 대한 불법영득의사가 있었다고 인정하기 부족하다고 하여, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

① 피고인들은 피해자 회사에 입사한 이래 피해자 회사로부터 지급받은 각 노트북 컴퓨터를 항시 소지하여 사용하여 왔다.

피해자 회사는 노트북 컴퓨터 지급시 노트북 컴퓨터의 소유관계, 반납의 필요성과 관련하여 피고인들로부터 어떠한 확인 절차를 거친바 없고, 위 노트북 컴퓨터에 대하여 별다른 관리를 하지 아니하였다.

② 피고인들이 각 피해자 회사를 퇴사할 무렵 노트북 컴퓨터에 있는 피해자 회사 관련 데이터를 정리하여 피해자 회사에 인계하였으나, 피해자 회사의 관리 업무 등 실무를 담당하던 직원 공소외 5조차 노트북의 반환 요청의 필요성을 인식하지 못하고 있었고, 피해자 회사는 위 퇴사 무렵을 비롯하여 2018. 7.경 피고인들이 위 노트북을 자진 반납할 때까지도 피고인들에 대하여 노트북 컴퓨터의 반환을 요구한 사실이 없다.

③ 위 노트북 컴퓨터의 반환 여부가 문제 된 것은 피고인들의 퇴사 후 수개월이 경과한 2018. 6.경 피해자 회사의 대표이사 공소외 1이 지에스건설(주) 관계자로부터 피고인들이 ○○ 제3지구 사업에 참여한다는 사정을 전해 듣고 이에

대하여 지에스건설(주) 관계자에게 항의를 한 이후이고, 피고인들은 2018. 7.경 위 노트북 컴퓨터를 피해자 회사에 자진 반환하였다.

라. 당심의 판단(무죄)

항소심이 그 심리 과정에서 심증의 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 불구하고 제1심의 판단을 재평가하여 사후심적으로 판단하여 뒤집고자 할 때에는, 제1심의 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 사실인정에 이르는 논증이 논리와 경험법칙에 어긋나는 등으로 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 볼 만한 합리적인 사정이 있어야 하고, 그러한 예외적 사정도 없이 제1심의 사실인정에 관한 판단을 함부로 뒤집어서는 안 된다(대법원 2017. 3. 22. 선고 2016도18031 판결 등 참조).

원심이 든 사정들을 관련 법리와 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심판결에 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 사실인정에 이르는 논증이 논리와 경험법칙에 어긋나는 등으로 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저하게 부당하다고 볼 만한 합리적인 사정을 찾아볼 수 없다.

이 법원의 심리 과정에서도 심증 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새롭게 드러나지 않았다.

따라서 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 항소이유 주장은 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면 원심판결 중 업무상배임 부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

한편 원심판결 중 횡령 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각한다.

[특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분에 대하여 다시 쓰는 판결 이유]

1. 공소사실의 요지

[별지] 기재와 같다.

2. 판단

앞서 제2항에서 본 바와 같이, 검사가 제출한 증거로는 피고인들이 업무상배임죄에서 말하는 업무상 임무를 위배하였다고 인정하기 어려우며, 설령 피고인들이 업무상 임무를 위배하였다고 하더라도 그로 인하여 피해자 회사에 손해가 발생하였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증명이 없는 때에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 따라 피고인들에게 무죄를 선고하고, 형법 제58조 제2항 단서에 따라 그 판결의 요지를 공시하지 않는다.

판사 진성철(재판장) 이영제 김준영