

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)(피고인들에대하여일부인

정된죄명:업무상배임·업무상횡령·주택법위반·사전자기록등변작.

변작사전자기록등행사

[대전고등법원(청주) 2021. 7. 22. 2021노24]



【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 2인

【항 소 인】 피고인들 및 검사

【검 사】 김기준(기소), 최용규(공판)

【변 호 인】 법무법인 상승 외 3인

【원심판결】 청주지방법원 2021. 1. 22. 선고 2019고합138 판결

【주문】

】

원심판결 중 유죄 부분(이유 무죄 포함)을 파기한다.

피고인 1을 징역 3년에, 피고인 2, 피고인 3을 각 징역 3년 6개월에 각 처한다.

피고인 1과 피고인 2에 대한 이 사건 공소사실 중 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임의 점은 무죄.

원심판결 중 무죄 부분에 대한 검사의 항소를 기각한다.

【이유】

】I. 이 법원의 심판 범위

검사가 피해자 공소외 지역주택조합(이하 '피해자 조합'이라 한다) 소유인 경계지 7필지의 재산적 가치가 5,454,545,000원임을 전제로 그 이전에 의하여 피해자 조합에 발생한 재산상 손해액이 위 5,454,545,000원과 미지급 업무대행비 1,331,000,000원의 차액인 4,123,545,000원이라고 하여 피고인들에게 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용하여 공소를 제기한 데 대하여, 원심은 이 부분 공소사실 중 경계지 7필지의 재산적 가치가 5,454,545,000원에 달한다는 점을 전제로 한 부분은 범죄사실의 증명이 없다고 보아 판결 이유에서 무죄로 판단하면서 피고인들의 행위로 인한 이 부분 재산상 손해액 및 이득액을 1,829,858,000원으로 보아 이 부분 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 유죄로 인정하였다.

이에 대하여 피고인들이 유죄 부분에 대하여 항소하였고, 검사는 위 이유 무죄 부분에 대하여는 별다른 항소이유를 주장하지 않았다.

피고인들의 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 이유 무죄 부분은 상소불가분의 원칙에 따라 유죄 부분과 함께 당심에 이심되기는 하나, 위 이유 무죄 부분은 이미 당사자 사이의 공격·방어 대상에서 벗어나 사실상 심판대상에서 이탈되었으므로, 이 부분에 대하여는 원심의 결론에 그대로 따르기로 하고 당심에서 따로 판단하지 않는다.

II. 항소이유의 요지

1. 피고인 1

가. 사실오인 및 법리오해

1) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분)

가) 피해자 조합이 청주시 (주소 2 생략) 일대 약 71,000㎡ 규모의 대지에 조합원을 모집하여 아파트를 건설하는 사업 (이하 '이 사건 사업'이라 한다)에 관하여 2017. 8. 1. 사업계획승인을 받음으로써 업무대행사인 공소외 2 주식회사 (이하 '공소외 2 회사'라 한다)로서는 2017. 11.경 이미 업무대행비 전액을 청구할 수 있는 지위에 있었다.

피해자 조합, 공소외 3 주식회사(이하 '공소외 3 회사'라 한다), 공소외 2 회사 사이에서 2017. 11. 22. 공사도급계약(이하 '이 사건 공사도급계약'이라 한다)을 체결하면서 업무대행비의 지급시기를 변경하는 조항을 두었더라도, 이는 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 채무의 기한을 불확정기한으로 정하여 지급시기를 유예한 것에 불과하다.

공소외 2 회사가 2017. 12. 31.경 업무대행관계에서 이탈하였다 하더라도 업무대행계약에서 정한 업무가 대부분 완료된 상태였으므로 이미 완성된 기성부분에 대한 업무대행비 채권에 영향을 주지 않는다.

피해자 조합과 공소외 2 회사 사이에서는 업무대행비를 토지로 대물변제하기로 하는 합의가 이미 존재하였고, 이 사건 공사도급계약에 의하여 업무대행비 지급시기를 변경한 것은 공소외 3 회사의 요구에 따른 것일 뿐 위 대물변제 합의와는 무관하다.

이 사건 공사도급계약을 체결하는 과정에서 피해자 조합과 공소외 2 회사, 공소외 3 회사 담당자들은 토지를 대물로 업무대행비를 지급하는 것은 공사도급계약에 정한 업무대행비의 지급시기 및 지급비율 약정과 상관없이 가능하다는 취지로 협의하기도 하였다.

피해자 조합은 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 대물변제로 경계지 7필지를 이전해주는 문제를 제30차 임원회의의 적법한 결의를 거쳐 결정하였고, 경계지 7필지가 대물변제로써 소유권이 이전된 후 ○○○지구 시공사인 공소외 4 주식회사(이하 '공소외 4 회사'라 한다) 앞으로 가등기가 마쳐졌다는 등의 사정은 배임의 성립 여부와 무관하므로, 피해자 조합이 공소외 2 회사에 대물변제 명목으로 경계지 7필지의 소유권을 이전해준 것을 업무상 임무위배행위라 볼 수 없다.

나) 경계지 7필지에 관한 근저당권 설정에 관한 특약은 피고인 2와 공소외 5의 합의에 의하여 삽입되었을 뿐, 피고인 1은 이와 관련한 내용을 전혀 알 수 없었으므로, 피해자 조합과 공소외 2 회사 사이에 경계지 7필지에 대한 근저당권 설정에 관하여 명시적인 의사 합의가 있었다고 할 수 없고, 근저당권 설정 조항은 피고인 2, 공소외 5 사이의 통정허위표시로 무효라고 보아야 한다.

따라서 피해자 조합이 경계지 7필지에 관한 근저당권을 설정 받지 않았다고 하여 피고인들이 업무상 임무위배행위를 한 것이라거나 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없다.

다) 공소외 3 회사가 이 사건 공사도급계약상의 공사비를 모두 지급받은 이상 피해자 조합에 손해배상청구나 구상권을 행사할 여지가 없으므로, 업무대행비의 대물변제로 경계지 7필지를 이전해준 것으로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하거나 발생할 위험이 없다.

손해가 있다 하더라도 피해자 조합이 입은 손해는 지급시기를 유예한 업무대행비 채무를 그 지급시기 이전에 경계지 7필지로 선행하여 대물변제한 데 따른 이자 정도라고 보아야 하므로, 이로 인한 재산상 손해액 및 이득액을 원심이

인정한 1,829,858,000원이라고 볼 수는 없고, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

2) 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 이 사건 공사도급계약에서 업무대행비 지급시기를 조정한 것은 현금으로 지급하는 경우에 한정되므로, 경계지 7필지를 대물변제 받은 이후에도 공소외 2 회사로서는 피해자 조합에 대하여 현금으로 미지급 업무대행비 1,170,000,000원을 청구할 수 있었다.

따라서 피해자 조합이 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급한 것을 업무상 임무위배행위라 볼 수 없고, 피해자 조합의 손해를 인정할 수 없다.

나) 설령 위 550,000,000원의 업무대행비가 이 사건 공사도급계약에서 정한 지급시기보다 앞서 지급됨에 따라 피해자 조합에 손해가 발생하였다 하더라도 그로 인하여 피해자 조합이 입은 손해는 선지급된 업무대행비에 대한 이자 상당이라고 보아야 하므로, 이 부분 공소사실과 같이 550,000,000원 전액을 손해 및 재산상 이익으로 볼 수 없고, 따라서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

3) 2,310,000,000원 상당 무자격 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 3은 공소외 3 회사와의 협상을 주도하면서 효율적인 전략을 구사하여 실제로 공사비를 감액시켰고, 피해자 조합은 공사비 감액에 관한 피고인 3의 기여를 인정하고 그 대가 지급을 위해 공소외 6 주식회사(이하 '공소외 6 회사'라 한다)에 용역비를 지급하기로 하여 적법·유효한 총회와 임원회의의 결의 및 법무법인 △△에 대한 자문의뢰를 거쳐 공소외 6 회사와 사이에 2,310,000,000원(부가세 포함)의 용역계약(이하 '이 사건 용역계약'이라 한다)을 체결하였다.

따라서 피해자 조합은 공소외 6 회사에 대한 위 2,310,000,000원의 용역비채무를 승인한 것이고, 이로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 볼 수 없으므로, 이 사건 용역계약과 관련하여 피고인 1이 배임행위를 하였다고 볼 수 없다.

나) 설령 이 사건 용역계약의 용역비가 과다하게 책정되었다고 하더라도 적정한 수준의 용역비와의 차액만을 손해액으로 인정할 수 있을 뿐 이 부분 용역비 2,310,000,000원 전체가 이 부분 배임행위로 인한 손해에 해당한다고 볼 수 없으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

다) 또한 무효인 지급명령에 기해 이루어진 부동산 강제경매신청에 의한 재산상 실해 발생의 위험은 구체적·현실적인 위험이 야기된 정도에 이르렀다고 볼 수 없어 배임죄의 기수에 이르렀다고 볼 수 없다.

4) 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

피해자 조합이 조합원 자격이 없는 사람들과 사이에 먼저 계약금을 지급받되 추후 미분양분 주택을 공급해주지 못할 경우 계약금을 반환하고 추가로 5,000,000원을 지급하기로 하는 약정(이하 '이 사건 약정'이라 한다)을 체결할 당시 피해자 조합은 주택건설사업계획승인을 받기 전이었으므로 주택법 제54조 제1항의 '사업주체'라고 할 수 없다.

이 사건 약정은 일반분양을 거친 후에도 남은 미분양분 주택이 발생할 것을 정지조건으로 하는 약정으로서, 확정적·최종적으로 분양계약을 체결한 것이 아닌 모집 단계에 그친 것이어서 주택법 제102조 제13호의 '주택을 공급'한 경우에 해당하지 않는다.

5) 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 1은 피해자 조합에 사업비가 절실히 필요한 상황에서 불가피하게 이 사건 약정을 통해 비조합원에 대한 모집행위에 나아간 것으로 피해자 조합을 위한다는 의사가 있었을 뿐 배임의 고의나 불법이득의사가 없었다.

미분양분 주택이 발생할 것을 정지조건으로 하는 이 사건 약정은 미분양분 주택이 발생하지 않는 경우 조건이 불성취되어 피해자 조합으로서는 손해배상을 할 의무가 발생하지 않으므로 손해가 인정되지도 않는다.

나) 피해자 조합과 공소외 7 주식회사(이하 '공소외 7 회사'라 한다) 사이의 조합원 모집 용역계약은 합의에 의하여 구두로 그 내용을 변경할 수 있는 것이고, 피해자 조합은 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 자들을 상대로 미분양분 주택이 발생하는 것을 조건으로 약정을 체결하도록 하면서 그에 따른 용역비를 지급한 것이다.

이는 피해자 조합의 사업 위기를 돌파하기 위한 방편이었을 뿐 공소외 7 회사나 모집된 비조합원에 이익을 주기 위한 것이 아니었고, 공소외 7 회사로서는 용역수행의 대가로 용역비를 받은 것일 뿐 재산상 이익을 얻었다고 할 수 없으며, 그 이익의 가액이 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 금액 이상에 해당한다고 볼 수도 없다.

6) 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점

피고인 1은 조합 자료 미공개를 이유로 한 형사사건으로 수사를 받게 되자 피해자 조합을 방해하는 세력으로부터 조합 사업을 지키기 위하여 조합비용으로 변호사 선임료를 지출한 것이고, 이는 조합장으로서 선량한 관리자의 주의의무를 이행한 것이어서 형법 제20조의 정당행위에 해당함에도 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실에 대하여 유죄로 판단하였다.

7) 조합 자료 미공개에 의한 주택법위반의 점

피고인 1이 조합 자료를 공개하지 않은 것은 비상대책위원회를 칭하며 조합 사업을 방해하는 세력에 대응하여 조합 자료가 악용될 경우의 위험성에 대한 검토를 위하여 일시적으로 취한 조치에 불과하여 형법 제20조의 정당행위에 해당함에도 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 위법하다.

나. 양형부당

피고인 1에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 피고인 2

가. 사실오인 및 법리오해

1) ○○○지구 토지 매입비 등 750,000,000원 수령에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 2와 피해자 조합 설립추진위원회(이하 '피해자 추진위'라 한다) 및 피해자 조합과의 사이에는 재산상 이익을 보호·관리하는 것을 전형적·본질적 내용으로 하는 신임관계가 존재하지 않으므로 피고인 2를 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 볼 수 없다.

나) 이 사건 사업 초기의 피해자 추진위는 피고인 2가 주도하여 구성한 것이어서 피고인 2와 실질적으로 동일하다고 할 수 있었고, 피고인 2는 이 사건 사업 진행에 앞서 도시개발사업을 추진하기 위하여 공소외 21 주식회사(이하 '공소외 21 회사'라 한다)로 하여금 사업부지를 매입하여 도시개발사업을 완료한 후 이를 피해자 조합에 이전하는 방식으로 사업을 진행하기로 하고, 그 집행 근거를 마련하기 위해 공소외 21 회사와 피해자 추진위 사이의 토지매매계약서를 작성하였는데, 그 실질은 순수한 토지매매계약과 여러 가지 용역계약이 포함된 것이었다.

피해자 추진위의 위원장 피고인 3도 자신이 운영하는 □□□□□□를 통하여 용역비를 지급받음으로써 위 토지매매계약서의 존재 및 공소외 21 회사가 피해자 추진위를 위하여 수행한 도시개발사업용역에 따른 대가를 수령하는 것임을 충분히 인식하고 있었다.

공소외 21 회사는 공소외 2 회사가 업무대행사로서 수행하는 이 사건 사업과 명백히 구분되는 도시개발사업에 관한 용역을 수행하였고, 피고인 2로서는 이에 따른 대가를 지급받을 권리 또는 상법 제61조에 따른 상인의 보수청구권에 기하여 위 토지매매계약서 및 피해자 추진위와 공소외 8 주식회사(이하 '공소외 8 회사'라 한다) 사이의 자금관리대리사무계약에서 정한 절차에 따라 적법·정당하게 용역비를 출금 받은 것이다.

따라서 피고인 2에게 어떠한 임무위배행위 및 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없고 피해자 조합에 손해를 발생시켰다고 볼 수도 없다.

2) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분) 및 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 공모관계 관련 공소사실 특정, 증명의 방법 및 정도

피고인들의 공모관계에 관하여 공소사실이 특정되지 않았고, 피고인 2에게 배임죄가 인정되기 위해서는 피고인 1, 피고인 3과 이익대립관계에 있는 피고인 2가 사회적 상당성의 범위를 벗어나 배임행위에 적극 가담하였다는 등의 특별한 사정이 필요함에도 이러한 점이 증명되지 않았다.

피고인 2는 피해자 조합의 업무대행사의 대표이사 지위에서 지극히 일상적인 업무를 수행했을 뿐 피고인 1의 배임행위에 적극 가담한 사실이 없다.

나) 경계지 7필지 이전 관련

(1) 공소외 2 회사는 피해자 조합이 2017. 8. 1. 사업계획승인을 받음으로써 당초 업무대행계약에서 정한 바에 따라 피해자 조합에 대하여 10,912,000,000원 전액을 청구할 업무대행비 청구권을 가지게 되었고(피해자 조합과 공소외 2 회사 사이의 업무대행계약이 해지된다 하더라도 위 청구권이 소멸하지 않는다), 업무대행계약에서 정한 업무도 모두 완료한 상태였다.

공소외 2 회사는 피해자 조합이 업무대행비 잔금 지급을 거절함에 따라 업무대행계약을 해지하였을 뿐이므로 이를 배임의 징표로 삼을 수 없다.

이 사건 공사도급계약으로 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급의무의 변제기가 유예된 것일 뿐이고, 공소외 2 회사로서는 피해자 조합 잔여토지를 업무대행비에 대한 대물로 지급받는 것과 관련하여 공소외 3 회사와 협의할 의무를 부담한다고 볼 수 없다.

이 사건 공사도급계약 제17조 제12호는 분양수입금 인출 순위에 관한 규정일 뿐 업무대행비의 지급 여부 자체를 제한하는 규정으로 볼 수 없으며, 업무대행비를 현금 지급이 아닌 사업 외 부지로 대물변제하는 것은 그 지급시기를 조정할 아무런 이유나 필요성이 없었고 공소외 3 회사와도 이미 협의가 완료된 것이기에 이를 반영하여 위 제17조 제12호 단서조항을 둔 것이다.

경계지 7필지의 대물변제는 피해자 조합 내부의 정당한 절차를 거쳐 이루어졌고, 피고인 2와 피해자 조합 사이에 경계지 7필지에 관하여 근저당권을 설정하기로 하는 합의가 존재하지도 않으며, 이중담보권 설정은 배임죄를 구성하지도 않으므로, 이와 관련하여 피고인 2의 임무위배행위가 있다거나 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없다.

(2) 공소외 2 회사는 피고인 2가 업무대행계약을 해지할 즈음에 이미 피해자 조합과의 업무대행계약에서 정한 업무를 모두 완료하였으므로, 피고인 2는 피해자 조합이 장기간 지급을 지연하던 업무대행비를 정당하게 지급받았을 뿐이다.

또한 경계지 7필지는 사업 외 부지로서 피해자 조합의 사업이 완료된 이후 어차피 매각했어야 할 대지이므로 이를 대물변제한 것은 피해자 조합에 이익을 주는 것일 뿐 손해라고 볼 수 없다.

설령 손해가 있다고 하더라도 그 손해는 '유동성 장애'의 손해로 구체적인 액수를 산정할 수 있는 손해가 아니므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용할 수 없다.

다) 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급 관련

이 사건 공사도급계약에 의하면 공소외 2 회사는 총 5,456,000,000원(=10,912,000,000 원×1/2)의 업무대행비를 계약금 및 중도금으로 지급받을 수 있었는데, 피해자 조합으로부터 4,125,000,000원을 지급받았으므로 그 차액인 1,331,000,000원이 계약금 및 중도금 잔액으로 남아 있었다.

경계지 7필지 이전을 통한 5,100,000,000원의 지급은 현금으로 받을 권리가 있는 계약금 및 중도금이 아니라 현금으로 지급받을 시기가 도래하지 않은 잔금을 지급받은 것이므로, 피고인 2의 2017. 11. 30.자 업무대행비 550,000,000원의 지급 청구는 위 계약금 및 중도금 잔액인 1,331,000,000원 중 일부의 지급을 정당하게 청구한 것일 뿐이어서 배임죄가 성립되지 않는다.

3) 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 이 사건 약정을 체결할 당시 피해자 조합은 주택법상 '사업주체'에 해당하지 않았고, 이 사건 약정은 정지조건부 약정에 불과하며, 조합원 자격이 없는 사람들과 이 사건 약정을 체결한 행위는 '입주자 모집행위' 또는 '주택 공급신청행위'에 해당하지 않아 이를 주택법상 '주택의 공급'에 해당한다고 볼 수 없다.

주택법상 '사업주체'와 '주택의 공급'의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 위배된다.

또한 피고인 2로서는 이 사건 약정이 주택법을 위반할 소지가 있다는 점에 대한 인식, 즉 위법성의 인식을 가질 수 없었다.

4) 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 2와 피고인 1의 이 부분 범행의 공모관계에 관하여 공소사실이 특정되지 않았고, 피고인 2는 피해자 조합의 아파트 분양 업무에 적극적으로 관여하지 않았으므로 배임죄의 공동정범이 될 수 없다.

나) 피해자 조합의 재정상황상 사업비 마련을 위하여 불가피하게 이 사건 약정을 체결할 수밖에 없었고, 이로 인하여 피해자 조합이 얻은 재산상 이익은 위 약정으로 부담할 수도 있는 손해배상채무액보다 훨씬 크며, 미분양 세대가 발생하였다 하여도 피해자 조합이 이 사건 약정의 계약 상대방들에게 부담하는 5,000,000원씩의 채무는 이 사건 약정을 통하여 받은 계약금의 이자 정도에 불과하므로 피해자 조합에 손해가 발생한 것으로 볼 수 없다.

미승인 입주자 모집 관련 손해배상약정에 의한 손해액 214,500,000원은 이 사건 약정으로 인해 발생한 손해라기보다 피해자 조합의 현 집행부의 선부른 약정 해제로 인해 발생한 손해일 뿐이고, 공소외 7 회사는 용역 수행에 따른 정당한 용역비를 지급받은 것이다.

따라서 이와 관련하여 임무위배행위 및 배임의 고의가 있다거나 피해자 조합에 손해가 발생했다고 볼 수 없다.

나. 양형부당

피고인 2에 대한 원심의 형(징역 4년 6개월)은 너무 무거워서 부당하다.

3. 피고인 3

가. 사실오인 및 법리오해

1) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분)

가) 피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 경계지 7필지 이전과 관련하여 업무상 임무위배행위가 있었다거나 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

나) 피고인 3은 경계지 7필지에 대한 매매계약체결에 관여한 적이 없고, 근저당권 설정과 관련한 특약내용은 전혀 알지 못하였음에도 불구하고, 원심은 믿기 어려운 공소외 5의 진술 등을 근거로 사실을 오인하고 법리를 오해하여 피고인 3을 공동정범으로 인정하였다.

2) 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점

피고인 3은 이 사건 사업의 시공사로 이미 공소외 3 회사가 확고히 예정되어 있던 상태에서 다른 건설사를 끌어들여 공소외 3 회사를 압박하여 공사비 협상을 하고자 하였을 뿐, 주택법상의 '시공사 선정에 관한 업무'를 한 것이 아니다.

3) 2,310,000,000원 상당 무자격 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약 및 지급명령 등과 관련하여 피고인 3이 배임행위를 하였다거나 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조의 위반죄가 성립한다거나 배임죄의 기수로 판단할 수 없다.

피고인 3은 이 사건 용역계약을 통하여 실제로 얻은 이익도 없고, 피해자 조합에 손해를 가한다는 인식이나 의사를 가지고 있었던 것도 아니므로 배임의 범의도 인정되지 않는다.

4) 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 이 부분 공소사실 기재 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당한다.

나. 양형부당

피고인 3에 대한 원심의 형(징역 4년 6개월)은 너무 무거워서 부당하다.

4. 검사

가. 사실오인(주문 무죄 부분)

1) 피고인 1의 사전자기기록등변작의 점 및 변작사전자기기록등행사의 점

피해자 조합 소유인 경계지 7필지를 토지매입가격의 120%인 5,454,545,000원(부가세 별도)에 업무대행비로 지급하기로 결의하였다는 내용이 기재된 피해자 조합의 2017. 10. 27.자 제29차 임원회의 회의록이 진정하게 성립되어 있음에도 불구하고, 원심은 위 회의록 전자파일이 진정하게 작성된 사실을 인정할 수 없다고 하면서 피고인 1의 이 부분 각 공소사실을 무죄로 잘못 판단하였다.

2) 피고인 3의 조합 자료 미공개로 인한 주택법위반의 점

피고인 3은 피해자 조합의 업무를 주도적으로 관여하고 결정하였으므로 조합자료 미공개와 관련한 피고인 3의 공모관계를 충분히 인정할 수 있음에도 불구하고, 원심은 피고인 3의 공모사실이 인정되지 않는다고 보아 피고인 3의 이 부분 공소사실을 무죄로 잘못 판단하였다.

나. 양형부당

피고인들에 대한 원심의 위 각 형은 너무 가벼워서 부당하다.

Ⅲ. 판단

1. 피고인 2의 ○○○지구 토지 매입비 등 750,000,000원 수령에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 피고인이 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하는지 여부

1) 피고인은 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제26 내지 28쪽의 '유죄의 이유 1. 나. 이 사건 당시 업무대행사의 대표이사인 피고인 2가 "타인의 사무를 처리하는 자"에 해당하는지 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인의 주장을 배척하였다.

2) 원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인이 피해자 추진위 또는 피해자 조합의 자금을 관리하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없으므로 피고인의 이 부분 주장을 받아들이지 않는다.

① 피고인은 검찰 조사에서 '피고인 3과 함께 이 사건 사업 부지에 대하여 공소외 9를 통하여 토지작업을 한 후 개발 사업을 추진하려고 하였는데, 주택조합에 의한 방식으로 사업을 진행하게 된 것은, 일반분양방식으로 사업을 진행하려면 시공사로부터 돈을 빌려야 하고, 이 사건 사업 부지에 대한 도시개발사업을 진행하기 전에는 시공사로부터 돈을 빌리기 어렵기 때문이었다'라는 취지로 진술하였다.

피고인은 피해자 조합의 추진위를 설립하기 전인 2015. 5.경 공소외 8 회사 사무실에서 전 법무사 공소외 10, 공소외 11 사무소 사무장인 공소외 12, 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14와 함께 이 사건 사업 부지에 대한 도시개발사업

에 대하여 논의하기도 하였으며, 피해자 조합의 규약도 피고인이 직접 만들었다.

이러한 사정들로 보아 피고인은 단순히 피해자 조합을 위한 업무대행사의 대표이사의 지위에 있었던 것만이 아니라 피해자 조합이 설립되기 이전부터 주도적으로 이 사건 사업을 추진하던 주요 인물이었다.

- ② 피고인 3의 검찰 조사 당시 진술에 의하면, 피해자 조합과 공소외 21 회사 사이의 2015. 10. 1.자 토지매매계약서(이하 '이 사건 매매계약서'라 한다)가 작성될 당시와 피해자 조합의 자금 750,000,000원을 공소외 21 회사로 인출한 시기는 피고인 3의 건강상태가 좋지 않아 피고인이 이 사건 사업과 관련한 업무 전반을 알아서 처리하던 때였다.
- ③ 피고인은, 공소외 2 회사, 피해자 추진위 및 피해자 조합, 공소외 8 회사가 체결한 자금관리대리사무계약에서 사업비 집행방법(제4조)에 관하여 자금 집행 시 '피해자 추진위 위원장(피고인 3)이 공소외 2 회사의 자금집행 요청서 검토 및 동의'를 필수사항으로 정하고 있음을 들어 피고인이 전적으로 피해자 조합의 자금관리업무를 대행하는 지위에 있었던 것으로는 볼 수 없다고 주장한다.

그러나 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15는 수사기관 및 원심법정에서 '자금집행 요청서와 공문에 피고인 3의 직인이 찍혀있어 피해자 조합이 동의를 한 것으로 판단하였을 뿐, 피고인 3에게 직접 확인한 사실은 없다'라는 취지로 진술하였는데, 당시 피고인은 피고인 3의 직인을 가지고 있었고, 피고인 3도 위 ②항에서 본 바와 같이 당시 피해자 추진위 내지 피해자 조합의 업무를 피고인에게 모두 맡겼던 것으로 보이므로, 위와 같은 자금관리사무 계약에서 자금집행의 절차에 관하여 정하고 있는 조항과는 무관하게 피고인과 피해자 조합 사이에 신임관계가 존재하는 것으로 봄이 타당하다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 배임행위, 고의 및 손해의 발생 인정 여부

- 1) 배임죄 구성에 있어서 임무에 위배하는 행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함한다(대법원 1990. 6. 8. 선고 89도1417 판결 등 참조). 업무상배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 임무 위배의 인식과 그로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 인식, 즉 배임의 고의가 있어야 하는데, 이러한 인식은 미필적 인식으로도 충분하고, 피고인이 배임의 범의를 부인하는 경우에 배임의 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인지는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1523 판결 등 참조).
- 2) 피고인은 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제28 내지 37쪽의 '유죄의 이유 1. 다. 배임행위와 고의의 인정 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인의 주장을 배척하였다.
- 3) 원심의 위와 같은 판단을 앞서 본 법리에 기초하여 기록과 대조하여 면밀히 살펴보면, 피고인이 피해자 추진위 또는 피해자 조합에 대하여 배임행위를 한 사실, 피고인의 배임의 고의와 이로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

피고인이 당심에서 거듭 강조하는 쟁점에 대하여 다시 살펴보더라도 다음과 같은 이유로 피고인의 이 부분 주장은 받아들이기 어렵다.

가) 피고인은 도시개발사업의 주체가 될 수 없는 피해자 추진위를 위하여 도시개발업무를 성실히 수행하였고, 이에 따른 용역비 청구권을 가지게 되었으며, 이러한 도시개발사업 용역비를 피해자 조합이 지급할 의무가 있어 이 부분 공소사실 기재 금액을 용역비로 청구한 것이며, 자금 출금에 대한 최종 결정권이 있는 공소외 8 회사가 승인하여 이를 수령한 것일 뿐이라고 주장한다.

그러나 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래의 사정들에 의하면, 피고인이 피해자 조합에 대하여 도시개발사업 수행에 따른 용역비 청구권을 가진다고 보기 어렵고, 공소외 8 회사의 승인과 무관하게 배임죄 성립이 가능하므로, 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

① 피고인은 수사기관에서 '공소외 21 회사는 도시개발사업의 주체가 될 수 없고, 도시개발사업을 컨트롤하기 위한 것이기 때문에 자격이 필요 없다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 16은 원심법정에서 '공소외 21 회사는 자기 명의로 도시개발사업을 시행할 수 없었다'라는 취지로 진술한 점 등에 의하면, 공소외 21 회사 또한 도시개발사업을 직접 수행할 수 있는 자격이 없었던 것으로 보인다.

그렇다면 공소외 21 회사가 하였다고 주장하는 도시개발업무는 반드시 공소외 21 회사가 주체가 되어 수행되었어야 할 필연적인 이유가 있었다고 보기 어려운바, 그럼에도 피고인은 공소외 21 회사가 실제로 어떠한 업무를 하였는지도 불분명하고 업무수행에 대한 적법·유효한 계약상 근거도 없는 상황에서 어떠한 합리적인 산정기준도 없이 과다하게 책정된 용역비를 근거로 자금 집행을 청구하였다(이 사건 매매계약서상의 매매대금 700억 원 중 순수 토지매입비로 약 600억 원, 각종 용역비로 약 80억 원을 제외하고 공소외 21 회사의 용역비로는 약 20억 원 정도만을 예정한 것이라는 피고인의 주장을 감안하더라도 마찬가지이다).

② 공소외 8 회사의 공소외 13은 원심법정에서 "저희가 승인을 할 수 있는 건 아니고요. 대리사무계약에 의하면 업무대행사가 요청을 하고 조합 추진위가 검토하고 동의를 해서 그런 시스템이 있어야 돈이 나가고, 저희 마음대로 돈이 나가거나 그런 경우는 없습니다.

저희가 돈이 나가는 경우는 어쨌든 업무대행사, 아니 그러니까 뭐 조합 추진위가 도장을 찍어야 나갈 수 있는 그런 겁니다"라고 진술하였다.

이에 비추어 보면 공소외 8 회사의 자금집행 결정에서 피해자 조합의 검토 및 동의 유무가 가장 중요한 요건이라 할 것이고, 자금집행과 관련하여 공소외 8 회사가 피해자 조합에 우선하는 최종 결정권자라고 볼 수도 없다.

피고인은 자신이 임의로 직접 작성한 이 사건 매매계약서와 피고인 3의 직인을 가지고 피해자 조합의 자금집행의 요청 및 동의가 있는 것처럼 외관을 형성하였고, 이로써 피해자 조합의 동의가 있는 것으로 신뢰한 공소외 8 회사로부터 자금을 인출 받았던 것이므로, 공소외 8 회사의 자금집행 결정을 통하여 자금인출이 이루어졌다는 사정은 피고인의 배임죄 성립에 영향을 미친다고 볼 수 없다.

나) 피고인은, 이 사건 매매계약서는 도시개발사업 등의 근거를 위해 개괄적으로 작성된 것이고, 추후 특약사항을 통해 구체적인 내용을 정하고자 한 것이며, 피고인 3도 위 매매계약을 충분히 인지할 수 있었고, 피해자 조합은 2016. 4. 29.자 창립총회를 통하여 피해자 추진위와 관련된 사항을 포괄승계 하였으므로 이 사건 매매계약서에 기한 권리관계도 포괄승계된 것이라고 주장한다.

그러나 아래의 사정들에 의하면, 피고인 3은 이 사건 매매계약서 작성 사실을 알지 못하였다고 봄이 타당하고, 피해자 조합의 총회에 위 계약 사실이 보고되었다고 볼 자료도 보이지 않으므로 피해자 조합이 위 매매계약서에 기한 권리 관계를 승계하였다고 볼 수 없다.

따라서 피고인의 위 주장도 받아들일 수 없다.

① 피고인은 수사기관에서 '공소외 21 회사의 용역에 대하여 조합원들에게 이야기한 적은 없다, 피고인 3은 도시개발업 무로 별도의 계약을 체결하지 않겠다고 하였다'라는 취지로 진술하였으며, 피고인 3도 수사기관에서 '공소외 21 회사로 집행된 500,000,000원은 잘못 지급된 것으로 나중에 회수되었다, 피고인이 동의 없이 임의로 작성한 이 사건 매매계약서로 인출 받은 것이다, 공소외 21 회사의 용역을 허락한 적이 없으며, 알았다면 총회의 승인이나 동의를 받았을 것이고, 용역계약의 조건도 협의한 바 없다, 총회에 보고한 적도 없다'라는 취지로 진술하였다.

② 2016. 6. 26.자 녹취서에 의하더라도 피고인 3이 공소외 17에게 이 사건 매매계약서가 작성된 사실, 피고인이 750,000,000원을 용역비로 인출한 사실을 몰랐다는 취지로 이야기하고 있음을 알 수 있고, 공소외 17 또한 원심법정에서 피고인 3은 피고인이 500,000,000 원을 용역비로 인출한 사실을 알지 못하고 있었다고 진술하였다.

다) 피고인은, 피해자 추진위가 설립되기 전인 2015. 5.경 공소외 12, 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14 등과 함께 도시개발사업과 관련한 논의를 하여 이 사건 매매계약서를 작성한 것이고, 공소외 8 회사는 위 매매계약서를 근거로 공소외 21 회사에 750,000,000원을 도시개발사업에 대한 용역비로 지급하였으며, 공소외 21 회사와 □□□□□□ 사이의 용역계약에 근거하여 □□□□□□에 용역비를 지급하였으므로 □□□□□□의 운영자인 피고인 3이 이 사건 매매계약서에 근거하여 공소외 21 회사에 용역비를 지급하였다는 것을 알 수밖에 없다고 주장한다.

그러나 아래의 사정들을 고려하면, 피고인이 주장하는 위 사정들만으로 피고인 3이 이 사건 매매계약서의 존재 및 위 매매계약이 용역비 지급의 근거라는 점을 알았다고 보기 어렵다.

① 공소외 8 회사의 공소외 14, 공소외 15는 수사기관에서 '공소외 8 회사는 피고인과 도시개발사업 전체 구조에 대하여 의논한 적은 있으나, 공소외 21 회사의 용역비에 대하여는 협의한 적은 없다', '공소외 21 회사에 지급한 750,000,000원은 도시개발 운영비 명목이 아닌 토지비로 준 것이고, 이 사건 매매계약서의 특약사항에 매수인인 피해자 조합이 토지주와 계약한 사항을 확인한다고 되어 있어 이에 근거하여 지급한 것이다', '공소외 8 회사가 피고인에게 보낸 2017. 2. 13.자 공문에서 공소외 21 회사에 집행한 자금은 토지대금이 아닌 도시개발자금 운영비 명목으로 지급한 것이라는 내용도 사실이 아니고, 피고인이 요구하여 위와 같은 내용의 공문을 보낸 것이다'라는 취지로 진술하였는데, 원심법정에서는 '토지비 명목으로 준 운영비이고, 토지개발사업과 관련한 비용으로 쓰일 것이라 생각하였다', '공소외 21 회사에 지급한 500,000,000원은 도시개발사업에 대한 대가라기보다는 토지를 사는 데 필요한 비용을 포함하여 사업에 필요한 비용이라 생각하여 지급한 것이다'라는 취지로 진술하였다.

위 진술들에 비추어 보면, 피고인과 공소외 8 회사가 도시개발사업에 대한 용역비를 논의한 적은 없는 것으로 보이고, 공소외 8 회사는 공소외 21 회사가 청구하는 비용의 명목이 토지비인지 아니면 운영비인지를 확인하거나 그 비용이 세부적으로 어떻게 산정되었는지를 정확히 확인하지 않고 자금을 집행한 것으로 보인다.

② 앞서 본 바와 같이 이 사건 매매계약서는 피고인 3과는 전혀 논의되지 않은 채 작성된 것으로 보이므로, 피고인 3이 운영하는 □□□□□□이 공소외 21 회사와의 토지매입용역계약을 체결하고 그 용역에 따라 용역비를 지급받았다는 사실만으로 곧바로 피고인 3이 이 사건 매매계약서에 근거하여 공소외 21 회사에 용역비를 지급하였음을 인식할 수 있었다고 보기는 어렵다.

2. 피고인들의 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점 및 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 이 부분 각 공소사실 특정 관련(피고인 2의 주장에 대하여)

1) 관련 법리

가) 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립한다.

이러한 공모관계를 인정하기 위해서는 엄격한 증거가 요구되지만, 피고인이 범죄의 주관적 요소인 공모관계를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없다(대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결 등 참조).

나) 형사소송법 제254조 제4항에 의하면 "공소사실의 기재는 범죄의 일시, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다.

"라고 되어 있는바, 이와 같이 공소사실의 특정을 요구하는 법의 취지는 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 데에 있으므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시, 장소 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위의 정도에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그 공소내용이 특정되지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도11042 판결 등 참조). 그리고 공소 제기된 범죄의 성격에 비추어 그 공소의 원인이 된 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 그 일시·장소·방법·목적 등을 적시하여 특정하면 족하고, 공모의 시간·장소·내용 등을 구체적으로 명시하지 아니하였다거나 그 일부가 다소 불명확하더라도 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 그 공소사실을 특정할 수 있고, 그리하여 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그와 같은 이유만으로 공소사실이 특정되지 아니하였다고 할 수 없다(대법원 2018. 1. 25. 선고 2016도 6757 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

위 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실에 피고인들의 배임행위와 관련한 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되어 있지 아니한 것은 사실이나, 피해자 조합의 조합장으로서 조합 업무 전반을 관장하고 있는 피고인 1, 피해자 조합의 전 조합장 또는 고문 및 자문위원의 지위에서 조합 업무에 관여하여 온 피고인 3, 피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사의 대표이사로서 피해자 조합의 업무 전반을 대행하는 지위에 있는 피고인 2가 어느 한 시기에 한 장소에 모여 범행을 공모한 것이 아니라 수시로 연락을 주고받으면서 암묵적으로 공모를 하고, 피고인들이 각 지위에 기하여 업무를 지시하거나 관장하는 방식으로 이 부분 범죄에 가담한 것이기에 공모의 시기, 장소, 방법 등

이 명확하게 기재되지 못하는 것은 불가피한 측면이 있고, 이 부분 공소사실에는 배임행위의 시기, 내용, 방법 등이 다른 사실과 식별할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 특정되어 있으므로, 위와 같은 공소사실 기재로 인해 피고인 2의 방어권 행사에 별다른 지장은 없는 것으로 보인다.

따라서 이 부분 공소사실은 충분히 특정되었다고 할 것이므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나. 경계지 7필지 이전 관련 부분(피고인들)

1) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피해자 추진위와 공소외 2 회사는 2015. 9. 1. 이 사건 사업에 관하여 업무대행비를 1세대당 10,000,000원으로 정한 업무대행계약(이하 '이 사건 업무대행계약'이라 한다)을 체결하면서, 계약금 10%는 계약 시에, 1차 중도금 40%는 조합 설립신청 시에, 2차 중도금 40%는 조합 설립인가 후에, 잔금 10%는 사업계획 승인 후에 지급하기로 정하였다.
- ② 피해자 조합은 2016. 4. 29. 창립총회를 개최하며 피해자 추진위가 체결한 계약 등을 포괄승계하기로 결의하였고, 2016. 7. 22. 조합 설립인가를 받았으며, 2017. 8. 1. 이 사건 사업 부지에 아파트 992세대를 건축하는 주택건설사업 계획에 대한 승인이 이루어졌다.
- ③ 공소외 21 회사는 피고인 2가 2015. 8. 5. 설립한 회사이고, 피고인 3은 2017년경 피고인 1 명의로 공소외 21 회사의 50% 지분권을 가지게 되었는데, 2017. 10.경 피고인 1의 누나인 공소외 18을 공소외 21 회사의 공동대표이사로 취임시켰다.
- ④ 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 3 회사는 2017. 11. 22. 이 사건 공사도급계약을 체결하였는데, 도급계약서 제 17조 제12호는 아래와 같이 규정하고 있다.

그리고 당시는 일반분양이 진행되기 전이었으며, 공소외 2 회사는 당시까지 피해자 조합으로부터 합계 4,125,000,000원의 업무대행비를 지급받았다.

12. 조합 대행 업무용역비는 일백 구억 일천 이백만 원(10,912,000,000원, 부가세 포함)으로 하며, 피해자 조합과 공소외 2 회사의 용역계약서에 근거하여 아래 각 호와 같이 인출하기로 하되, 공사도급계약 체결 후 소급하여 적용하기로 한다.

- ① 계약 시: 업무용역비의 10% ② 조합설립인가 신청 시: 업무용역비의 40% ③ 일반분양 계약을 50% 달성 후: 업무용역비의 10% ④ 잔금: 업무용역비의 40%(목표분양률 60%, 70% 달성 시 각 10% 지급, 공사비 등 전액회수 시점에 업무용역비 20% 지급) - 조합 대행 업무용역비의 40%(43.6억)는 판촉예비비(7억)의 사용 없이 목표분양률 달성 시 지급하되, 사용금액이 있을 경우 공소외 3 회사가 단독으로 결정하여 차감지급 또는 지급하지 않을 수 있다.

- 단, 업무용역비를 조합 잔여토지로 지급하는 경우 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사가 별도로 협의하여 지급한다.

(주16) (이하 생략)

지급한다.

- ⑤ 피해자 조합 측과 공소외 21 회사 측은 2017. 11. 24.경 처음 경계지 7필지에 관한 매매계약서를 작성하였다가, 세부 내용의 수정을 거쳐 2017. 11. 30. 이 사건 사업 부지에서 제외된 잔여토지에 해당하나 ○○○지구 사업구역에 포함

되어 있는 경계지 7필지를 합계 5,100,000,000원에 공소외 2 회사의 업무대행비 명목으로 대물지급하는 내용의 매매계약을 작성하였다.

그런데 위 매매계약서에는 특약사항으로 "소유권이전 후 4,590,000,000원의 근저당을 설정하기로 한다(공소외 21 회사는 근저당권설정자, 피해자 조합은 근저당권자이다)", "잔금(잔금 지급일은 2018. 2. 20.로 기재됨) 전에 매수인과 매도인은 합의하여 소유권 이전 하되, 잔금액만큼 근저당을 설정하기로 한다"라는 내용이 기재되어 있었다.

⑥ 2017. 11. 30. 경계지 7필지 중 피고인 1 명의로 신탁되어 있었던 토지들은 피고인 2에게, 피해자 조합 명의의 토지들은 공소외 21 회사에 2017. 11. 24. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다.

그리고 피고인 2는 같은 날 경계지 7필지에 관하여 공소외 4 회사 앞으로 ○○○지구 사업 대여금 17,500,000,000원의 담보 목적으로 가등기를 마쳐 주었다.

⑦ 피고인 2는 2017. 12. 29. 피해자 조합 측에 2017. 12. 31.자로 이 사건 업무대행계약이 중단됨을 통보하였고, 공소외 2 회사는 이 사건 사업에서 이탈하였다.

⑧ 피해자 조합은 2018. 7. 19. 입주자 모집공고를 승인받았고, 이후 일반분양을 시작하였다.

2) 구체적 판단

가) 피고인 1의 임무위배행위 성립 여부

위 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 1이 공소외 21 회사에 경계지 7필지를 대물지급한 것은 피해자 조합의 이익을 최우선으로 하여야 하는 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 한 것으로서 배임행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 원심이 피고인 1이 배임행위를 한 것으로 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리 오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(1) 이 사건 공사도급계약에 이 사건 단서조항이 삽입된 경위

① 2017. 8. 1. 이 사건 사업의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 이 사건 업무대행계약에서 당초 정한 바에 따라 피해자 조합이 공소외 2 회사에 지급하여야 하는 업무대행비의 지급시기는 일단 도래하였다.

뒤에서 보는 바와 같이 공소외 2 회사는 피해자 조합과의 업무대행계약에서 정한 업무용역을 대부분 완료한 상태이기도 하였다.

그러나 피해자 조합의 업무대행비 지급이 지연되자 피고인 2는 피해자 조합에 업무대행비를 토지로 지급하여 달라고 요구하였고, 이후 피해자 조합과 피고인 2는 대물지급 문제를 협상하였다.

② 공소외 3 회사는 2017. 11. 14. 피고인 2에게 공사도급계약서 초안을 보냈고, 이 초안에는 업무대행비를 당초의 업무대행계약상의 지급시기보다 늦추어 조합설립 인가 신청 시까지 업무용역비의 50%만을 지급하는 등의 내용으로 규정하고 있었고, 이 사건 단서조항과 같은 내용의 조항은 기재되어 있지 않았다.

피고인 2는 2017. 11. 15. 공소외 3 회사와 공사도급계약과 관련하여 협상을 하는 자리에서 토지를 대물로 지급하는 경우에는 예외로 할 수 있도록 요청하면서 이 사건 단서조항의 삽입을 요구하였고, 이에 따라 위 단서조항이 이 사건 공사도급계약서에 삽입되게 되었다.

(2) 업무대행비 지급시기의 변경을 무시한 대물변제

① 이 사건 공사도급계약서 제17조가 공소외 2 회사의 업무대행비에 우선하여 분양수입금 잔액을 인출해 공사비에 충당하기 위한 공소외 3 회사의 요청을 반영하여 '분양수입금의 인출 배분'에 관하여 마련된 조항이라 하더라도, 앞서 본 이 사건 단서조항의 삽입 경위, 이 사건 공사도급계약에 업무대행사인 공소외 2 회사가 당사자로 참여하여 업무대행비의 지급시기에 관하여 새로이 약정한 점, 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항에서는 업무대행비의 총 액수 및 그 지급시기를 세분하여 정하고 있고, 이 사건 단서조항은 분양수입금과 무관한 잔여토지에 의한 업무대행비 지급임에도 위 조항의 단서로 삽입된 점 등에 비추어 보면, 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기는 토지 등으로 대물지급하는 경우이든 현금으로 지급하는 경우이든 모두 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항이 정한 바에 따라 변경되었다고 봄이 타당하다.

② 앞서 본 바와 같이 2017. 8. 1. 이 사건 사업의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 이 사건 업무대행계약상의 업무대행비의 지급시기는 전부 도래하게 되었으나, 피해자 조합으로서는 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기를 유예할 수 있게 되었다.

즉, 이 사건 공사도급계약에 의하면 피해자 조합이 경계지 7필지의 소유권을 이전할 당시인 2017. 11. 30.에는 일반분양을 시작하기 전이었으므로 총 업무대행비 10,912,000,000원의 50%인 5,456,000,000원에 대하여만 그 지급시기가 도래한 상황이었다.

위와 같은 업무대행비 지급시기 유예가 시공사의 이익을 위한 공소외 3 회사의 요청에 의한 것이었다 할지라도 피해자 조합의 재정적 상황 등을 고려할 때 업무대행비의 지급시기를 연기 받을 수 있는 기회가 생긴 것은 피해자 조합의 재산을 더 오랜 기간 보전할 수 있다는 측면에서 피해자 조합에게도 유리한 것이었다.

③ 피해자 조합이 2017. 11. 30.경까지 공소외 2 회사에 지급한 업무대행비는 4,125,000,000원이었으므로, 위 시기를 기준으로 공소외 2 회사가 지급을 청구할 수 있는 업무대행비는 1,331,000,000원뿐이었다.

그런데 피고인 1은 위와 같이 업무대행비의 지급시기가 유예됨으로 인하여 확보하게 된 기한의 이익을 포기하고 공소외 2 회사의 업무대행비 5,100,000,000원에 대한 대물변제 명목으로 공소외 21 회사에 경계지 7필지의 소유권을 이전하였다.

(3) 공소외 3 회사와의 협의 없는 대물변제

① 2017. 11. 15.자 녹취서에 의하여 알 수 있는 피고인 1, 피고인 2, 공소외 3 회사의 공소외 19 사이의 대화내용과 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항의 문언 등을 모두 종합하여 보면, 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사는 '별도로 협의를 한다면' 피해자 조합의 잔여토지로써 업무대행비를 지급하는 것도 가능하다는 취지에서 이 사건 단서조항을 삽입한 것으로 보인다.

따라서 피고인 1이 공소외 2 회사에 대하여 업무대행비를 피해자 조합의 잔여토지로 지급하기 위해서는 공소외 3 회사와의 협의가 필요하였다.

그럼에도 피고인 1은 잔여토지를 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 대물변제로 지급할지 여부, 잔여토지 중 어떠한 토지를 어느 정도의 가액으로 평가하여 대물변제를 할 것인지 등을 공소외 3 회사와 전혀 협의하지 않은 채 경계지

7필지의 소유권을 공소외 21 회사에 이전해주었다.

- ② 피고인들은, 이 사건 공사도급계약 체결 당시 당사자들 사이에서 경계지 7필지에 대한 대물변제 협의 자체는 완료된 상황에서 그와 같이 협의된 결과를 명확하게 확인해두고자 이 사건 단서조항을 기재한 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 이 사건 단서조항의 문언이 "별도로 협의하여 지급한다"라고 기재되어 있을 뿐 그 지급 대상이 경계지 7필지로 특정되어 있지 않은 점에 비추어 이 사건 공사도급계약 체결 당시 경계지 7필지를 목적물로 하는 대물변제에 관한 협의는 이루어지지 않은 것으로 봄이 타당하고, 앞서 언급한 2017. 11. 15.자 녹취서의 기재에 의하더라도 피고인들 주장과 같은 내용의 협의가 완료되었음을 추단케 하는 대화가 이루어진 것으로 보이지도 않는다.

따라서 피고인들의 위 주장을 받아들일 수 없다.

- ③ 피고인들은, 피해자 조합이나 공소외 2 회사로서는 대물변제의 구체적인 방법(필지 및 가액의 특정)을 대물변제의 당사자가 아닌 공소외 3 회사와 협의할 의무가 없어 경계지 7필지의 대물변제 문제를 공소외 3 회사와 협의하지 않았다 하여 배임이 되는 것이 아니라는 취지로 주장한다.

그러나 공소외 3 회사와 피해자 조합, 공소외 2 회사가 이 사건 공사도급계약을 체결하여 피해자 조합이 공소외 2 회사에 지급할 업무대행비의 지급시기를 새로이 정하는 약정을 한 이상 조합장인 피고인 1로서는 조합의 잔여토지를 어느 정도의 가치로 평가하여 대물변제할 것인지에 관하여 공소외 3 회사와 협의할 의무를 부담하게 되었다고 봄이 타당하고, 피고인 1이 이러한 의무를 준수하지 않은 것은 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 해야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않은 것이라 할 것이다.

따라서 피고인들의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

- ④ 피고인 1과 피고인 3은, 이 사건 단서조항의 의미가 명확하지 않고, 이렇듯 불명확한 조항에 근거하여 피고인 1의 의무 위반 여부를 판단하여 배임행위를 한 것이라 단정할 수 없다고 주장하기도 한다.

그러나 앞서 보았듯이 이 사건 단서조항이 삽입된 경위와 그 문언, 이 사건 공사도급계약이 체결되면서 업무대행비의 지급시기가 변경된 점 등에 비추어 이 사건 단서조항의 의미가 불명확한 것이라 볼 수 없으므로, 피고인 1이 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 해야 할 것으로 기대되는 행위가 무엇인지도 충분히 알 수 있었다고 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고인 1과 피고인 3의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(4) 경계지 7필지에 관한 근저당권 설정 포기

- ① 피고인 1은 경계지 7필지의 소유권을 공소외 21 회사에 이전해주더라도 경계지 7필지에 관한 매매계약의 특약사항으로 정한 4,590,000,000원의 근저당권을 설정 받음으로써 피해자 조합의 재산을 어느 정도 보전할 수 있었다.

그러나 피고인 1은 이러한 근저당권설정등기도 설정받지 않고 포기한 채 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지의 소유권을 조건 없이 이전해주었고, 이에 따라 피고인 2로 하여금 경계지 7필지에 관하여 소유권이전등기가 마쳐진 날인 2017. 11. 30. 공소외 4 회사에 ○○○지구 사업 대여금에 대한 담보를 목적으로 가등기를 마칠 수 있도록 방치하였으며, 이로써 피해자 조합을 위하여 경계지 7필지의 교환가치를 보전할 방안을 상실하게 만들었다.

- ② 피고인들은 피해자 조합과 공소외 21 회사 사이에 경계지 7필지에 관하여 근저당권을 설정하기로 하는 합의가 존재하지 않았다고 주장하나, 위 주장은 받아들일 수 없다.

즉, 피고인 2는 2017. 11. 24. 당시 피해자 조합의 부조합장으로서 공인중개사 자격을 가진 공소외 5와 매매계약서 작성 내용을 협의하는 과정에서 "근저당금액은 매매가의 80%', '계약금 10%, 중도금 10%는 상계하는 거고 80%는 나중에"라는 말을 하였다.

이는 ○○○지구 사업에 필요한 경계지 7필지의 소유권을 조속히 이전받되, 협의한 경계지 7필지의 매매가액 5,100,000,000원 중 20%(계약금과 중도금의 합계액)인 1,020,000,000원을 업무대행비로 지급 받고, 나머지 교환가치인 80%는 피해자 조합에 근저당권으로 보전해 준다는 취지로 보인다.

여기에 공소외 5는 수사기관에서 '피고인 1에게 근저당도 해야 한다고 말을 하였고 그랬더니 피고인 1이 그냥 알았다는 취지로 말을 하였다'라고 진술한 점, 피고인 1도 검찰 조사에서 '경계지 7필지에 4,590,000,000원의 근저당권을 설정한다는 내용의 계약서가 작성된 사실을 알고 있었지만 다 넘어갈 돈이라 근저당권을 설정하지 않았다'는 취지로 진술한 점 등을 더하여 보면, 피고인 1은 경계지 7필지에 관하여 피해자 조합을 위한 근저당권을 설정하기로 한 사실 및 그와 같이 근저당권을 설정하는 것이 피해자 조합을 위하여 이익이 된다는 사정도 충분히 인식한 상태였다고 봄이 타당하다.

나) 배임의 고의

앞서 본 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정에 의하면 피고인 1에게 배임의 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 이는 피해자 조합의 2017. 11. 20. 제30차 임원회의에서 경계지 7필지에 관한 대물변제를 결의하였다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

따라서 원심이 피고인 1의 배임의 고의를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장 또한 받아들이지 않는다.

① 앞서 본 바와 같이 이 사건 공사도급계약이 체결됨에 따라 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급시기 자체가 변경되었고, 잔여토지로 업무대행비를 대물변제하는 경우에도 공소외 3 회사와의 협의를 거쳐야 했음에도 불구하고 피고인 1은 공소외 2 회사에 경계지 7필지로 업무대행비를 지급하겠다는 의사 아래 2017. 11. 30.을 기준으로 공소외 2 회사에 대한 미지급 업무대행비 액수가 1,331,000,000원에 불과함을 알고 있었음에도 공소외 3 회사와 협의하지 않은 채 경계지 7필지에 관한 소유권을 공소외 21 회사에 이전하였고, 경계지 7필지에 관하여 피해자 조합에 유리한 근저당권조차 설정 받지 않았다.

이는 피해자 조합의 이익을 우선하여야 하는 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않았어야 할 행위이므로 피고인 1은 미필적으로나마 피해자 조합에게 손해를 가한다는 인식이 있었다고 봄이 타당하다.

② 피고인들은 경계지 7필지가 ○○○지구 사업에 편입됨으로써 피해자 조합도 경계지를 흠막이 방식에서 오픈컷 방식으로 변경하여 공사비를 절감할 수 있는 이익이 있으므로 배임의 고의가 없었다고 주장하나, 피해자 조합은 2017. 12. 6.경 공소외 20 회사와 사이에 이 사건 사업 부지와 ○○○지구의 경계부 굴착방안에 대한 컨설팅 용역계약을 체결하였는데, 경계지 7필지 이전일인 2017. 11. 30.경에는 경계지를 오픈컷 방식으로 공사할지 여부조차 확실히 알 수 없었으므로, 피고인들이 오픈컷 방식으로 공사를 진행함으로써 피해자 조합에 이익이 된다는 의사로 경계지 7필지를 이전하였다고 볼 수도 없다.

다) 손해 발생

앞서 본 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 피해자 조합은 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기를 최소한 일반분양 비율에 맞추어 미룰 수 있었고, 이에 따라 남은 업무대행비의 50%는 추후 일반분양으로 납부 받은 분양금을 통하여 순차적으로 지급할 수 있었던 점, ② 이와 동시에 경계지 7필지를 조합 재산으로 계속 보유하면서 피해자 조합이 조속히 독자적으로 흠막이 공사를 가능하도록 하고, 필요한 경우에는 경계지 7필지를 사업비로 활용 가능한 재원으로 확보해 놓을 수 있었다고 보이는 점, ③ 그러나 피고인 1이 경계지 7필지로 공소외 2 회사에 대한 업무대행비를 대물변제하고 위 토지에 관한 근저당권 설정을 포기함으로써, 피해자 조합으로 하여금 위와 같은 이익을 상실시키는 손해를 입게 한 점 등에 비추어 보면, 피고인 1의 배임행위로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 봄이 타당하다.

원심이 이 부분 배임행위로 인한 피해자 조합의 손해 발생 사실을 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

다.

업무대행비 명목 550,000,000원 지급 관련 부분(피고인 1, 피고인 2)

1) 피고인 1의 임무위배행위

앞서 위 2. 나. 1)항에서 인정한 사실 및 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 1이 2017. 12. 5. 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급한 것은 피해자 조합의 이익을 최우선으로 하여야 하는 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 한 것으로 배임행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 원심이 피고인 1의 이 부분 배임행위를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 3 회사가 2017. 11. 22. 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기가 변경되었음은 앞서 살핀 바이고, 따라서 위 공사도급계약 당시를 기준으로 공소외 2 회사가 지급받을 수 있는 미지급 업무대행비는 1,331,000,000원이었다.

그런데 앞서 본 바와 같이 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 21 회사는 2017. 11. 23. '경계지 7필지의 가액을 총 5,100,000,000원으로 계산하여 공소외 2 회사가 공소외 21 회사에 지급할 용역비를 경계지 7필지로 대신 지급하고, 피해자 조합은 경계지 7필지에 관하여 공소외 21 회사 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주면 토지대금 5,100,000,000원은 공소외 2 회사에 지급할 업무대행 용역비에서 차감'하기로 한 합의서를 작성하였고, 이어서 피해자 조합과 공소외 2 회사는 2017. 11. 24. 경계지 7필지를 매매대금 5,100,000,000원에 대물지급하는 매매계약서를 작성하면서 '대물지급은 조합이 공소외 2 회사에 지불할 용역비용 중 매매계약 합계금액을 공제처리하기로 한다'라는 특약사항을 기재하였으며, 위 합의 등에 따라 2017. 11. 30. 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지에 관한 소유권이전등기가 마쳐졌는바, 이로써 공소외 2 회사의 업무대행비는 당시까지 도래한 기한에 앞서 과잉 지급되었다.

③ 따라서 공소외 2 회사로서는 이 사건 공사도급계약에서 약정한 업무대행비의 지급시기 조정에 의할 때 2017. 11. 30. 기준으로 피해자 조합에 대하여 추가로 업무대행비의 지급을 청구할 수 없었다.

그럼에도 불구하고 피고인 1은 공소외 2 회사의 용역비 청구서와 피고인 2의 동의서를 첨부하여 공소외 8 회사에(문서 참조: 공소외 3 회사)공소외 2 회사에 대한 550,000,000원의 업무대행비 지급을 요청함으로써 공소외 2 회사가 이를 전액 지급받을 수 있게 하였다.

- ④ 피고인들은, '이 사건 공사도급계약에서 정한 업무대행비의 지급시기는 현금 지급에 한정된 약정이고, 토지를 대물로 지급받는 경우에는 지급시기의 제한을 받지 않도록 이 사건 단서조항을 둔 것이며, 따라서 공소외 2 회사로서는 여전히 현금으로 1,331,000,000원을 현금으로 지급받을 수 있는 것이므로 550,000,000원의 업무대행비를 추가로 지급한 것이 배임이 아니다'라는 취지로 주장한다.

그러나 앞서 보았듯이 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 약정한 업무대행비의 지급시기 조정은 현금 지급의 경우에만 한정된다고 볼 수 없는바, 이 사건 단서조항에서 예정한 공소외 3 회사와의 협의를 거치지 않고 위와 같이 경계지 7필지로 업무대행비를 대물변제함으로써 위 공사도급계약에서 약정한 지급시기가 도래하지 않은 부분에 해당하는 업무대행비까지 기한에 앞서 초과 지급한 것으로 보아야 한다.

따라서 피해자 조합으로서는 경계지 7필지의 이전을 통한 대물변제를 한 것과 별도로 공소외 2 회사에 업무대행비 550,000,000원을 추가 지급할 필요가 없었다 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고인들의 위 주장은 받아들일 수 없다.

2) 배임의 고의

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면 피고인 1에게 업무대행비 명목 550,000,000원의 지급과 관련하여 배임의 고의가 인정되므로, 원심이 피고인 1의 배임의 고의를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해가 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장 또한 받아들이지 않는다.

- ① 앞서 본 바와 같이 공소외 2 회사가 업무대행비를 지급시기보다 앞서 경계지 7필지의 이전을 통하여 약 5,100,000,000원 상당을 지급받았음에도 불구하고, 피고인 2는 2017. 11. 30. 피해자 조합에 550,000,000원의 용역비 청구서를 보내면서 위 청구서에 경계지 7필지 가액 상당의 대물지급액을 반영하지 않은 채 '계약 세대 945세대, 계약금액 10,395,000,000원, 기수취금액 4,125,000,000원, 청구금액 550,000,000원, 잔여보수 5,720,000,000원'이라고 기재하였으며, 업무대행비 지급조건은 2017. 11. 22. 체결한 공사도급계약에 따르지 않고 2015. 9. 1. 체결한 이 사건 업무대행계약에 따라 사업계획승인 후 잔금까지 전액을 받을 수 있다는 내용으로 기재하였다.
- ② 피고인 1은 이 사건 공사도급계약 체결을 통해 업무대행비의 지급시기가 조정된 것을 잘 알고 있었고 경계지 7필지의 대물변제를 통해 당시를 기준으로 지급시기가 도래하지 않은 부분에 해당하는 업무대행비까지 초과 지급된다는 사정을 잘 알 수 있었음에도 위와 같은 대물변제 사실을 알지 못하는 공소외 3 회사에 2017. 11. 30. 앞서 본 바와 같이 공소외 2 회사의 용역비 청구서, 피고인 2의 동의서를 첨부하여 공소외 8 회사에(문서 참조: 공소외 3 회사) 공소외 2 회사에 대한 550,000,000원의 업무대행비 지급을 요청하였다.
- ③ 공소외 3 회사의 공소외 19는 원심법정에서 '공소외 21 회사가 경계지 7필지를 받아간 사실을 모르고 업무대행비 지급에 동의를 해주어서 공소외 2 회사가 업무대행비로 2017. 12. 5. 550,000,000원을 받아갔다', '토지가 나갔다는 것을 저희가 알았다고 하면 당연히 용역비가 집행이 안 되었을 것이다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 19가 2017.

12. 4. 작성한 공소외 3 회사 품의서에는 공소외 2 회사의 업무대행비에 관하여 '기집행 4,125,000,000원, 계약서 50% 지급조건, 금회포함 43% 지급'이라고 기재되어 있는바, 이는 공소외 19의 위 진술을 뒷받침한다.

3) 손해 발생

앞서 인정한 사실들에 의하면, 피고인 1은 이미 경계지 7필지에 관한 소유권을 공소외 21 회사에 이전함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비를 그 지급시기에 앞서 지급하였음에도 불구하고 추가로 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급함으로써 피해자 조합으로 하여금 업무대행비 채무의 기한의 이익을 상실시키는 손해를 입게 하였음이 인정된다.

따라서 원심이 피고인 1의 배임행위로 피해자 조합에게 손해가 발생한 사실을 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인 1과 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

라. 이 부분 각 범행에 관한 피고인 2의 공동정범 성립 여부

1) 관련 법리

거래상대방의 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄에서 거래상대방은 기본적으로 배임행위의 실행행위자와 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임한다는 점을 고려하면, 업무상배임죄의 실행으로 이익을 얻게 되는 수익자는 배임죄의 공범이라고 볼 수 없는 것이 원칙이고, 실행행위자의 행위가 피해자 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 점을 인식한 상태에서 배임의 의도가 전혀 없었던 실행행위자에게 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담한 경우에 한하여 배임의 실행행위자에 대한 공동정범으로 인정할 수 있다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2014도17211 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고인 2가 피고인 1의 경계지 7필지 이전 및 업무대행비 명목 550,000,000원 지급에 의한 배임행위에 적극 가담한 사실이 넉넉히 인정된다.

따라서 원심이 피고인 2를 이 부분 범행의 공동정범으로 판단한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피고인 2는 2017. 8.경부터 피고인 1에게 업무대행비를 토지로 지급하여 달라고 요구하였고, 2017. 9.경 피고인 1과 이메일을 수차례 주고받으면서 대물지급 가격을 협상하였으며, 2017. 10. 17. 피해자 조합에 공식적으로 경계지 7필지를 업무대행비 명목으로 대물지급 해달라는 취지의 공문을 보내기도 하였다.

또한 피해자 조합이 시공사 선정을 마친 2017. 11.경 이후부터 공소외 3 회사와 공사도급계약 내용을 협의하는 과정에 직접 참석하였으므로 업무대행비 지급시기가 일반분양 비율 등에 맞추어 변경된다는 것을 충분히 알 수 있었고, 2017. 11. 15. 피고인 1, 공소외 3 회사 관계자들과 공사도급계약 내용에 관하여 협의하면서 업무대행비를 잔여토지로 지급할 수 있도록 이 사건 단서조항의 삽입을 요구하였다.

그리고 앞서 본 바와 같이 2017. 11. 24. 공소외 5와의 대화를 통해 피해자 조합에 설정해줄 근저당권 채권최고액을 자신이 원하는 대로 요구하기도 하였는데, 그 요구 금액의 액수(계약금과 중도금의 합계액인 1,020,000,000원)에 비추

어 그 무렵 피고인 2 스스로도 자신이 받을 수 있는 업무대행비 채권액이 1,000,000,000원 안팎에 불과하다는 사실도 인식하고 있었던 것으로 보인다.

또한 다른 2017. 11. 30.자 녹취록에 의하면, 피고인 2는 공소외 5에게 근저당 조건을 정정하며 "계약금 10%, 중도금 10%가 아니라 계약금 10%만 510,000,000원만 주고 나머지 금액을 설정하는 걸로. 그래야지 업무대행비를 좀 신청할 수 있을 것 같아 이번에"라고 말하며 근저당권 채권최고액을 4,590,000,000원으로 증액하기도 하였다.

② 또한 위 2017. 11. 30.자 녹취록에 의하면, 피고인 2는 공소외 5와 매매계약서상 근저당권 조항에 관하여 협의하던 중 "그런데 사실 공소외 3 회사만 없다 그러면 아무 문제가 없어. 원래 업무대행계약에 보면 지금 잔금을 다 주게 돼 있던 말이야. 공소외 3 회사가 그렇게 탄지를 거니까 그렇게 해놓는 거라고 사실"이라고 말한 사실을 알 수 있는데, 이는 피고인 2가 적극적으로 근저당권 조항을 삽입하면서까지 공소외 3 회사와 협의가 이루어지지 않았음에도 업무대행비를 지급받으려 하였음을 추단케 하는 사정이다.

③ 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 21 회사가 경계지 7필지의 대물변제에 관하여 합의하면서 작성한 위 2017. 11. 23.자 합의서에는 '경계지 7필지의 토지대금 5,100,000,000원을 공소외 2 회사에 지급할 업무대행 용역비에서 차감한다'는 취지만 기재되어 있을 뿐 근저당권 설정에 관한 아무런 언급이 없다.

이로 보아 피고인 2는 피해자 조합이 경계지 7필지를 5,100,000,000원으로 계산하여 전부 대물지급하려는 의사를 갖고 있었다는 사실 또한 잘 알고 있었을 것으로 보인다.

④ 피고인 2는 피해자 조합과 사이에 경계지 7필지에 대한 대물변제를 논의하면서 동시에 ○○○지구 시공사인 공소외 4 회사와 협의를 하였고, 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지의 소유권이전등기가 마쳐진 2017. 11. 30.에는 피해자 조합에 대한 근저당권을 설정해주지 않은 채 바로 공소외 4 회사에 담보 목적 가등기를 마쳐주었다.

이와 같이 피고인 2는 공소외 21 회사와 ○○○지구 사업의 이익을 위하여, 피고인 1이 피해자 조합의 재산 보호를 위한 아무런 노력을 하지 않는 점을 이용하여 업무대행비 대물지급 결정 초기부터 공소외 4 회사에 대한 가등기를 마칠 때까지 각종 법률행위의 당사자가 되어 배임행위 전 과정에 관여하였다.

이처럼 피고인 2는 피고인 1의 이 부분 배임행위의 전 과정에 적극적으로 관여함으로써 피고인 1의 배임행위에 공모가 담하였다 할 것이고, 이를 단순히 피해자 조합과 서로 대립적 지위에 있는 거래상대방으로서 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임하는 지위에서 피고인 1의 행위가 피해자 조합에 대한 배임행위에 해당한다는 것을 알면서도 소극적으로 그 배임행위에 편승하여 이익을 취득한 것으로만 평가할 수 없다.

⑤ 피고인 2는 이중담보권 설정 행위는 배임이 아니라는 취지로 주장하나, 이 부분 공소사실은 피고인 2가 피해자 조합을 위하여 근저당권설정의무가 있음에도 불구하고 담보가치를 상실시켰으므로 배임에 해당한다는 것이 아니라, 피고인 1의 피해자 조합에 대한 배임행위에 피고인 2가 적극 가담하였다는 것으로 이중담보권 설정과는 무관한 사안이므로, 피고인 2의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 다음으로 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 2가 피고인 1의 업무대행비 명목 550,000,000원의 추가 지급에 의한 업무상 임무위배행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담하고, 그 과정에서 피고인 1과 피고인 2가 암묵적으로 상통하여 배임행위에 대한 의사결합이 이루어진 점을 충분히 인정할 수 있다.

같은 취지의 원심의 이 부분 판단은 정당하고, 거기에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

- ① 피고인 2는 앞서 본 바와 같이 업무대행비 지급시기를 변경하는 내용이 포함된 이 사건 공사도급계약 체결과 경계지 7필지의 대물지급의 전 과정에 관여하였음에도, 공사도급계약에서 약정한 업무대행비의 지급시기가 도래하지 않았음에도 업무대행비 550,000,000원을 청구하여 지급받았고, 그 과정에서 2017. 11. 30. 만약 공소외 3 회사가 경계지 7필지의 대물지급에 관한 매매계약서를 발견하더라도 이의를 제기하지 못하도록 '마치 공사도급계약 내용에 따라 당시 지급받을 수 있었던 약 1,000,000,000원 안팎의 업무대행비 중 경계지 7필지의 가액 5,100,000,000원과 근저당권 설정 채권최고액 4,590,000,000원의 차액인 510,000,000원만을 대물지급 받았기 때문에 여전히 550,000,000원의 현금을 청구할 수 있는 것처럼' 경계지 7필지 매매계약서의 근저당권 설정 조항을 변경하기도 하였다.
- ② 이와 같이 피고인 2는 2017. 11. 30.을 기준으로 해서는 더 이상 지급 받을 수 있는 업무대행비가 없다는 사실을 알고도 550,000,000원의 업무대행비를 청구하였고, 경계지 7필지로서 업무대행비를 대물지급한 사정도 알고 있었던 피고인 1은 위 550,000,000원의 업무대행비 청구에 동의함으로써 피해자 조합의 자금이 추가로 집행되도록 하였다.
- ③ 설령 피고인 2가 업무대행비 550,000,000원의 지급 청구를 한 시점이 같은 날 이루어진 경계지 7필지에 관한 소유권 이전등기신청보다 앞선다 하더라도, 피고인 2는 적어도 2017. 12. 5. 공소외 8 회사로부터 업무대행비로 550,000,000원을 지급받을 무렵에는 경계지 7필지의 소유권이전등기가 마쳐져 그 매매대금 상당의 업무대행비가 지급된 사실을 모두 알았을 것임에도 아무런 조치를 취하지 아니하였다.

마. 경계지 7필지 이전 관련 범행에 관한 피고인 3의 공동정범 성립 여부

- 1) 피고인 3은 원심에서도 동일한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제52 내지 54쪽의 '유죄의 이유 2. 다.
- 4) 피고인 2와 피고인 3의 공동정범성립 여부' 중 '나) 피고인 3의 관여' 및 '다) 피고인들의 암묵적 공모, 가담' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인 3의 위 주장을 배척하고, 피고인 3의 이 부분 범행에 관한 공동정범 성립을 인정하였다.
- 2) 원심이 적절하게 판시한 사정들과 2017. 11. 24.자 녹취록에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 공소외 5가 "◇ 대표님(피고인 2)이랑 오늘 계약(경계지 7필지 소유권 이전에 관한 부동산매매계약) 쓰라고 한 거 아닌가요? 회장님(피고인 3)이?"라고 하자, 피고인 1이 이에 대하여 "맞아요"라고 답변하였는데, 이러한 대화내용을 통하여 이 사건 공사도급계약이 체결된 이후에도 피고인 1과 피고인 3이 매매계약서 작성에 관하여 지속적으로 논의를 계속하면서 공소외 5에게 매매계약서 작성을 지시한 것임을 알 수 있는 점(피고인 3의 피해자 조합에서의 지위 및 역할, 조합 업무에의 관여 정도에 비추어, 피고인 3이 2017. 11. 15. 피고인 1, 피고인 2 등과 공소외 3 회사 담당자들이 이 사건 공사도급계약 내용을 협의하는 자리에 직접 참석하지 않았다고 하여 공소외 2 회사의 업무대행비의 지급시기가 조정되었는지 여부를 알지 못하였다고 볼 수 없다)을 앞서 2. 가. 1) 가)항의 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인 3의 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인 3의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

바. 재산상 이익의 가액에 관하여

- 1) 형법 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하고, 형법 제356조의 업무상배임죄

는 업무상의 임무에 위배하여 제355조 제2항의 죄를 범한 때에 성립하는데, 이때 취득한 재산상 이익의 가액이 얼마인지는 범죄의 성립에 영향을 미치지 아니하는 반면, 배임 또는 업무상배임으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 위반죄는 취득한 재산상 이익의 가액(이하 '이득액'이라 한다)이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 이득액에 따라 형벌도 매우 가중되어 있으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용함에 있어서는 취득한 이득액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써, 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나, 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다.

따라서 업무상배임으로 취득한 재산상 이익이 있더라도 그 가액을 구체적으로 산정할 수 없는 경우에는, 재산상 이익의 가액을 기준으로 가중 처벌하는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용할 수 없다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2014도12619 판결 등 참조).

2) 원심은, 경계지 7필지의 이전에 의한 피고인들의 업무상배임행위와 관련하여 피고인들이 1,331,000,000원의 업무대행비 채무에 대하여 적어도 합계 3,160,858,000원 상당인 경계지 7필지를 대물지급함으로써 1,829,858,000원을 초과 변제하였고, 그 과정에서 4,590,000,000원의 근저당권도 설정 받지 않았으므로, 피해자 조합에는 경계지 7필지 이전 당시 최소한 위 금액 중 적은 금액인 1,829,858,000원 상당의 재산상 손해가 발생하였고, 피고인 1과 피고인 2가 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 추가로 지급한 업무상배임행위와 관련하여 피해자 조합이 입은 재산상 손해가 550,000,000원이라고 판단하면서, 이 부분 각 공소사실에 대하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항을 적용하여 모두 유죄로 인정하였다.

3) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 의하면, 피고인들의 경계지 7필지 이전에 의한 배임행위로 인하여 피해자 조합에 1,829,858,000원 상당의 재산상 손해가 발생하였다거나 공소외 21 회사가 같은 금액 상당의 재산상 이익을 취득하였다고 보기 어렵고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들의 배임행위로 인한 손해액 및 이득액을 명확히 산정할 수 없다.

① 공소외 2 회사가 이 사건 사업의 일반분양이 시작되기 전에 업무대행관계에서 이탈하기는 하였으나, 피해자 조합과의 이 사건 업무대행계약에 의하면 일반분양과 관련한 공소외 2 회사의 업무 범위는 일반분양 자체가 아닌 행정적인 업무만이 포함되는 것으로 보이는 점, 피해자 조합은 공소외 2 회사가 업무대행관계에서 이탈한 이후 2018. 6. 5. 공소외 22 주식회사(이하 '공소외 22 회사'라 한다)와 사이에 컨설팅용역계약을 체결하였는데, 공소외 22 회사의 대표이사 공소외 23은 원심법정에서 '업무대행사의 업무범위를 토지확보, 조합원 모집, 사업계획 승인을 가장 크게 보고 있는데, 이러한 업무들은 다 끝난 상태였다'는 취지로 진술한 점, 또한 위 컨설팅용역계약의 용역비는 660,000,000원(부가세 포함)에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 공소외 21 회사가 경계지 7필지의 소유권을 이전받을 당시 공소외 2 회사는 피해자 조합과의 이 사건 업무대행계약으로 정한 대부분의 용역을 수행하였다고 봄이 타당하다.

② 이 사건 업무대행계약상 공소외 2 회사의 업무대행비 청구 채권은 피해자 조합의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 그 지급시기가 이미 도래하였고, 이 사건 공사도급계약에서 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급시기를 일반분양률에 연동하여 새로 조정하였다고는 하나, 일정한 일반분양률의 달성을 불확정기한이 아닌 정지조건으로 약정하였다고 볼 수는 없으므로, 공소외 2 회사의 업무대행비는 이 사건 공사도급계약에 따라 그 지급시기가 단지 유예된 것에 불과한 것으로 봄이 타당하다(실제로 피해자 조합은 2019. 3. 4. 일반분양을 모두 완료하였다). 또한 공소외 2 회사는 경계지 7필지로 업무대행비를 대물지급 받을 무렵까지 피해자 조합에 대하여 미지급 업무대행비 채권을 포기하겠다는 의사를 표시한 바도 없다.

③ 앞서 본 대로 피고인들의 이 부분 배임행위로 경계지 7필지가 업무대행비의 대물변제 명목으로 공소외 21 회사 앞으로 이전됨으로써 그 무렵 기준으로 지급시기가 도래하지 않은 업무대행비가 초과 지급되었다.

피해자 조합으로서는 지급시기가 도래하지 않은 업무대행비 채무에 관하여 기한의 이익을 포기한 결과가 되었고, 이와 같이 미리 변제한 데 따른 이자 상당의 손해를 입었다고 봄이 타당하다.

④ 한편 공소외 2 회사가 피해자 조합과의 업무대행계약관계에서 이탈할 당시 대부분의 용역 업무를 완료한 것으로는 보이나, 그 후로도 피해자 조합과 컨설팅용역계약을 체결한 공소외 22 회사가 후속 업무를 마무리하였고 그 용역비가 660,000,000원 정도에 이르는 점, 공소외 2 회사가 이탈한 후 공소외 22 회사와의 위 컨설팅용역계약 체결 이전까지 피해자 조합의 조합원들이 조합의 업무를 직접 처리하기도 한 점 등을 고려할 때, 피고인들이 경계지 7필지를 공소외 21 회사에 이전할 당시를 기준으로 공소외 2 회사가 수행한 용역 부분과 관련하여 그 완료된 부분에 상응하여 피해자 조합으로부터 정산, 지급받아야 할 업무대행비를 정확하게 산정하기는 어렵고, 달리 이를 산정할 만한 자료가 없다.

또한 경계지 7필지의 가액을 보면, 공소외 21 회사 앞으로 소유권이 이전된 2017. 11. 30.경은 이 사건 사업이 어느 정도 진척된 이후이므로 ☆☆감정평가법인이 2016. 9. 30.을 기준으로 산정한 감정평가액 3,160,858,000원보다는 그 가치가 상승하였을 것으로는 보이나, 그 가치를 정확하게 산정할 만한 자료가 없다.

그렇다면 검사가 제출한 증거들만으로는 피해자 조합이 이 사건 공사도급계약을 통해 새로 약정한 업무대행비의 지급시기보다 앞서 경계지 7필지로 업무대행비를 대물변제함으로써 입은 손해 및 공소외 21 회사가 얻은 재산상 이익을 정확하게 산정할 수 없다고 보아야 한다.

나) 한편 위에서 살핀 바와 같은 공소외 2 회사의 업무대행비 청구 채권의 도래, 이 사건 공사도급계약을 통한 업무대행비의 지급시기 유예, 공소외 2 회사에 대하여 위와 같이 기한이 유예된 업무대행비를 미리 앞서 지급하는 것은 기한의 이익을 포기하는 것에 해당하여 피해자 조합으로서는 업무대행비를 미리 지급한 것에 따른 이자 상당의 손해를 입은 것에 불과하다 할 것인데, 그 지급시점을 기준으로 공소외 2 회사가 피해자 조합으로부터 지급받아야 할 업무대행비 액수를 정확히 산정하기 어렵다는 사정은, 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 업무상배임행위로 인한 피해자 조합의 재산상 손해 및 공소외 2 회사의 재산상 이익 산정의 경우에도 마찬가지인바, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 피고인 2가 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급함으로써 발생한 피해자 조합의 손해 및 공소외 2 회사가 얻은 이익 역시 정확하게 산정하기 어렵다고 보아야 한다.

사. 소결

따라서 이 부분 각 공소사실(단, 피고인 3에 대하여는 경계지 7필지 이전에 의한 배임행위에 국한된다)은 피고인들의 배임행위로 인한 손해액 및 이득액을 산정할 수 없는 경우에 해당하므로, 피고인들에 대하여 이득액을 기준으로 가중 처벌하는 범죄인 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용할 수는 없고, 다만 이 부분 각 공소사실에 포함된 형법상 업무상배임죄만을 인정할 수 있을 뿐이다.

그럼에도 피고인들의 경계지 7필지의 이전에 의한 업무상배임으로 인한 손해액 및 이득액이 1,829,858,000원이고, 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원의 추가 지급에 의한 업무상배임으로 인한 손해액 및 이득액이 550,000,000원임을 전제로 이 부분 각 공소사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 일부 이유 있다.

3. 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점(피고인 1, 피고인 3)

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피해자 조합이 피고인 3에게 일부 대행하게 한 업무는 단순한 '공사비 협상'이 아니라 주택법이 금지하는 '시공사 선정 지원' 업무에 해당한다고 봄이 타당하다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하고 거기에 피고인 1과 피고인 3이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

피고인 1, 피고인 3의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피해자 조합은 2016. 4. 29. 창립총회에서 공소외 3 회사를 시공사로 선정하고 2016. 11. 22. 공소외 3 회사와 사이에 공사비를 평당 3,620,000원으로 정한 사업약정서를 작성하였으며, 2017. 8. 1.에는 시공사를 공소외 3 회사로 하는 사업계획승인을 받았다.

공소외 3 회사는 2017. 8.경부터 공사비 증액을 요구하였는데, 피해자 조합의 2017. 8. 30. 제26차 임원회의에서는 '시공 예정사인 공소외 3 회사가 공사비 증액을 무리하게 요구할 경우 시공사 변경 총회를 열어 조합원들의 의견을 들을 것'을 결의하였고, 2017. 9. 12.자 제27차 임원회의에서는 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 전 조합장인 피고인 3이 실질적으로 운영하는 공소외 6 회사에 위임하는 안건'을 결의하였다.

② 피고인 1은 공소외 3 회사 담당자를 여러 차례 만나 공사비를 협상하는 한편 공소외 4 회사와의 업무회의에도 참석하였는데, 이 자리에 피고인 3이 함께 참석하기도 하였다.

공소외 4 회사는 2017. 10. 19. 이 사건 사업에 관한 시공참여의향서를 제출하였는데, 공소외 4 회사의 공소외 24는 원심법정에서 '조합 측에서 사업 참여 제안을 요청했었다.

그래서 사업 검토를 하고 제안서를 접수하였다'라고 진술하였다.

또한 피고인 3은 2017. 9. 14.경부터 조합 게시판에 업무 추진에 관한 글들을 게시하였는데, 게시글에는 '시공사 변경할 경우를 대비하여', '공소외 3 회사와 마무리 협상을 할 것이며 기타 건설사인 A사, B사, C사 건설사와도 마무리 협상을 할 것이다', '타 시공사 협의 진행 건에 대해서는 현재 A사는 수주심의 진행 중이며 추후 공소외 3 회사와의 단절

에 대한 법률검토를 얻고자 미팅을 했다', '시공사 선정 건은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사로 압축해서 임시총회를 개최할 예정이다'라는 내용이 있다.

이러한 게시글의 전반적인 내용 등에서 피해자 조합 집행부가 ○○○지구 사업 시공사인 공소외 4 회사 쪽으로 이 사건 사업의 시공사를 변경하려 했던 모습들이 나타난다.

공소외 3 회사를 시공사로 하는 사업계획승인까지 이루어짐에 따라 피해자 조합이 임의로 시공사를 변경하기 용이하지는 않았다는 사정을 고려하더라도, 피고인 3이 게시한 글의 내용 등을 통해 추론되는 피해자 조합 집행부 및 피고인 3의 의도 및 실제로 행한 업무를 단순히 '공사비 증액을 요구하는 공소외 3 회사를 압박하고 협상에서 유리한 지위를 점하기 위한 수단으로 사용하고자 공소외 4 회사 등 다른 건설사와 접촉하여 경쟁업체가 있는 것과 같은 외관을 만드는 것'에 불과하다고 보기 어렵다.

③ 공소외 3 회사의 공소외 19는 원심법정에서 '공소외 4 회사의 시공참여의향서 제출과 피해자 조합의 시공사 변경에 관한 서면결의 예정이라는 이야기를 듣고 당황해서 임시총회 전날인 2017. 11. 10. 피고인 1에게 공사비를 3,715,000원으로 수용한다는 공문을 직접 건네주었다.

피고인 3은 직접 "시공사 교체"라는 말을 언급하기도 하였다'라는 취지로 진술하였다.

④ 피고인 1은 2017. 11. 11. 피해자 조합 임시총회에서 "물론 1호 안건이지만 저희가 시공사 선정 및 협상에 관련해서 위임한 사실이 있고요. 그래서 그 담당자(피고인 3)로서 당사자로서 얘기를 하고 있는 것인지 일단 들어주시기 바랍니다"라고 발언하였고, 피고인 1이 위임하였다는 1호 안건은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사를 두고 시공사를 선정하는 '시공사 선정 건'이었다.

피고인 3은 2017. 11. 11. 위 임시총회에 참석하여 자신의 성과를 주장한 후, 조합원들에게 시공예정사인 공소외 3 회사의 소송에도 자신이 있기 때문에 시공사 변경을 진행했으며 소송은 조합 차원이나 용역사에서 감당할 자신이 있다며 원하는 대로 시공사를 선택할 것을 독려했다.

이는 피고인 3이 관여한 것이 '시공사 선정 지원' 업무라는 점에 부합하는 언행이다.

⑤ 위 2017. 11. 11.자 임시총회에서는 시공사 선정 안건에 대해 공소외 3 회사 328표, 공소외 4 회사 322표, 기관 7표가 나와 과반을 넘는 득표가 없어 안건이 부결되었고, 위 조합 총회 이후인 2017. 11. 16.자 조합장 간담회에서도 여전히 피고인 1, 피고인 2, 피해자 조합의 조합원들은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사의 시공 조건들을 비교하고 있었던바, 이 무렵까지도 공소외 3 회사가 확정적인 시공사 지위를 갖고 있지는 않았던 것으로 보인다.

그 후 2017. 11. 22. 피해자 조합은 공소외 3 회사와 공사비를 평당 3,715,000원으로 정하여 공사도급계약을 체결하였다.

⑥ 피고인 1은 경찰 조사에서 피고인 3과 함께 수행한 공사비 협상업무란 '공소외 3 회사와의 공사비 협상 업무 및 공소외 3 회사와의 협상이 결렬되는 경우 다른 건설사를 선정하는 업무를 모두 포함하는 업무이다'라고 진술하였다.

이와 관련하여 피고인 3은, 공소외 3 회사와의 공사비 협상이 성공했으므로 피고인 3(공소외 6 회사)이 맡기로 한 업무에 관한 약정은 조건 불성취로 무효라는 취지로 주장하나, 앞서 본 바와 같이 피고인 3이 피고인 1과 함께 공소외 3 회사와의 공사비 협상을 진행하면서도 동시에 공소외 4 회사에 이 사건 사업의 참여를 제안하여 2017. 10. 19. 공소외 4 회사로부터 이 사건 사업에 대한 시공참여의향서를 제출받고, 2017. 11. 11.에는 임시총회를 개최하여 공소외

3 회사와 공소외 4 회사 중에서 시공사를 선정하려고 하였던 이상, 이로써 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점이 인정되는 것이고, 피고인 1의 위와 같은 진술에 근거하여 그 행위가 조건 불성취로 무효가 된다고 볼 수 없으므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

4. 피고인 1과 피고인 3의 2,310,000,000원 상당 무자격자 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 각 사실을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 3 회사는 2016. 11. 22. 피해자 조합과 사이에 이 사건 사업에 관한 사업약정서를 작성할 무렵 공사비를 평당 3,620,000원으로 제시하였으나, 2017. 8. 1. 피해자 조합이 주택건설사업계획승인을 받은 후로는 공사비를 평당 3,857,000원으로 증액해줄 것을 요구하였다.

피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사는 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대하여 공사비 협상을 하여 2017. 8. 말경 평당 3,770,000원까지 의견 접근이 이루어졌다.

- ② 한편 피고인 3은 2017. 8. 7.경 피해자 조합의 고문 및 자문위원직에서 사퇴하였고, 피해자 조합은 2017. 9. 12. 제 27차 임원회의를 개최하여 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 공소외 6 회사에게 위임하는 안건'을 결의하였다.

공소외 6 회사는 피고인 3의 아내인 공소외 25 또는 조카인 공소외 18이 명목상 대표이사로 있을 뿐 피고인 3이 실질적으로 운영하는 1인 회사이다.

- ③ 피고인 3은 피고인 1이 공소외 3 회사 담당자를 여러 차례 만나 공사비를 협상하는 자리에 참석하는 한편 공소외 3 회사의 공사비 증액에 효과적으로 대응하기 위해서는 시공사 변경의 여지도 있음을 주장하였고, 이를 전제로 피고인 1과 함께 공소외 4 회사와의 업무회의에 참석하기도 하였다.

피고인 3은 2017. 9. 14.부터 2017. 11. 2.까지 조합 인터넷 카페 게시판에 공소외 3 회사와의 협상 과정 및 다른 건설사와의 협의 과정 등에 관한 글들을 여러 차례 게시하였다.

- ④ 피해자 조합은 피고인 3의 주도로 2017. 11. 6. 공소외 3 회사에 공소외 4 회사와 같은 조건인 평당 공사비 3,715,000원에 공사가 가능한지 여부를 묻는 내용의 공문을 발송하였고, 공소외 3 회사는 피해자 조합 총회가 있기 전날인 2017. 11. 10. 피해자 조합이 제시한 평당 공사비 3,715,000원의 조건을 수용한다는 공문을 보내왔다.

- ⑤ 피해자 조합은 2017. 11. 11. 조합 총회를 열어 1호 안건으로 '공소외 3 회사와 공소외 4 회사 중에서 시공사를 선정하는 안건'을 표결에 부쳤고, 그 결과 공소외 3 회사 328표, 공소외 4 회사 322표, 기권 7표가 나와 과반을 넘는 득표가 없어 안건이 부결되었으나, 그 후 2017. 11. 16. 조합장 간담회 등 조합원들의 의견 수렴을 거쳐 공소외 3 회사가 시공사로 확정되어 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사는 2017. 11. 22. 평당 공사비 3,715,000원(부가세 별도)으로 정하여 이 사건 공사도급계약을 체결하였다.

위 2017. 11. 11.자 조합 총회에서는 2호 안건으로 '공소외 6 회사와 시공사 선정 협의 및 중도금 대출 관련 용역계약의 체결업무를 임원회의에 위임하는 안건'이 결의되었다.

- ⑥ 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이에서 2017. 12. 5. 용역비 2,310,000,000원(부가세 포함)으로 정한 이 사건 용역계약이 체결되었고, 피고인 3은 2018. 1. 31. 피해자 조합에 대하여 공소외 6 회사의 위 용역비 2,310,000,000원을 청구채권으로 하는 지급명령을 신청하여 같은 날 지급명령이 발령되었으며, 피고인 1은 2018. 2. 6. 위 지급명령정본을 송달받았으나 이의하지 않아 2018. 2. 21. 위 지급명령이 확정되었다.
- ⑦ 피고인 3은 2018. 4. 13. 위와 같이 확정된 지급명령을 집행권원으로 피해자 조합의 상가부지 등에 대하여 부동산강제경매를 신청하여 강제경매개시결정을 받았다.

나. 구체적 판단

- 1) 위 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 피고인들이 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약을 체결하여 피해자 조합으로 하여금 2,310,000,000원 상당의 채무를 부담하게 하고 지급명령을 확정시킴으로써 피해자 조합에 대하여 배임행위를 하였고, 이에 따라 공소외 6 회사로 하여금 2,310,000,000원의 재산상 이익을 취득하게 하고 피해자 조합에 같은 액수 상당의 재산상 손해가 발생한 사실을 충분히 인정할 수 있다.
- ① 피해자 추진위와 공소외 2 회사가 2015. 9. 1. 체결한 업무대행계약에 의하면 시공사 선정, 시공조건과 공사비 검토 등은 업무대행사인 공소외 2 회사의 업무였고, 이에 따라 피고인 2는 2017. 8.경까지 공소외 3 회사와 사이에 공사비 협상 업무를 수행하고 있었다.

공소외 3 회사의 공소외 19도 수사기관에서 '2017. 8. 30.경을 기준으로 공사비는 평당 3,770,000원이었고, 이는 피고인 2와 협상을 해서 도출된 금액이다, 그때까지는 피고인 2와 협상을 하였고, 피고인들과는 협상을 한 사실이 없다'라는 취지로 진술하였다.

위와 같이 피고인 2와 공소외 3 회사가 협상을 진행하고 있는 상황에서 피고인 1은 2017. 9. 12. 제27차 임원회의를 개최하여 위 임원회의에서 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 전 조합장인 피고인 3(공소외 6 회사)에게 위임하는 안건'을 결의하였는데, 피고인 3이나 공소외 6 회사는 시공사 선정에 관한 업무를 대행할 자격이 없었다(피고인 3은 이 사건 사업 이전에는 조합 사업을 해본 적이 없었고, 조합을 위한 공사비 협상 업무나 시공사 선정에 관한 업무를 처리해본 경력이나 실적을 가지고 있지 않았던 것으로 보인다).

또한 공소외 4 회사의 공소외 24는 수사기관에서 '조합사업의 경우 이미 조합원들이 모집되어 사업이 진행되고 있기 때문에 공사비를 싸게 책정할 수 있다, 이 사건 사업 부지는 입지가 좋아 분양이 잘 될 것이라 판단하였다, 피고인 3이 회의에 참석하여 사업 전반적인 것을 설명한 것 같은데 특별한 것은 없었다, 공사업체를 경쟁시켜서 시공사를 결정하는 것은 일반적인 방식이고, 특별할 것이 없다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 3 회사의 공소외 26은 당심법정에서 '공사비를 당초 요구했던 가격보다 줄인 이유는 피해자 조합이 시공사를 공소외 4 회사로 변경하려는 모습을 보여서라기보다 이 사건 사업의 입지가 좋았던 이유가 더 컸다'라는 취지로 진술하였다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구를 받은 피해자 조합으로서는 기존의 업무대행사로 하여금 공사비 협상을 계속 수행하게 하거나 조합장을 비롯한 집행부가 직접 공사비 협상 업무를 수행하는 것이 충분히 가능하였던 것으로 보이고, 기존의 업무대행사를 배제시키고 새로운 채무를 부담하면서까지 공소외 6 회사와 이 사건 용역계약을 체결할 합리적인 이유가 있었다고 보이지 않는다.

② 피고인 3은 피해자 조합이 공소외 3 회사와 공사비에 관한 협상을 하는 자리에 참석하여 발언을 하거나 공소외 4 회사 등 다른 시공사와 접촉하여 시공사로 참여할 의향을 이끌어내는가 하면 위와 같은 협상 과정을 피해자 조합의 인터넷 카페에 올려 조합원들에게 알리는 등으로 노력하였고, 그 결과 피해자 조합으로서는 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 효과적으로 대처할 수 있었던 것으로 보인다.

그러나 피해자 추진위 단계에서부터 피해자 조합의 사업 초기 업무 전반을 관장했던 조합장의 지위에 있었고 조카인 피고인 1이 조합장으로 된 후로도 고문 및 자문위원 지위에서 조합 업무에 계속 관여해오고 있었던 피고인 3의 지위 및 경험 내지 이 사건 사업에 대한 이해 정도, 피고인 1과의 신분관계 등을 고려하면, 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대응하여 피고인 3이 행한 업무들은 반드시 별도로 용역계약을 체결할 필요 없이 전직 조합장이자 고문, 자문위원의 지위에서 조합장인 피고인 1을 보좌하여 충분히 수행하였음직한 범위의 것이라고 봄이 타당하다.

③ 실제로 피고인 3은 피해자 조합의 인터넷 카페에 2017. 11. 3. '공소외 6 회사의 용역비를 공소외 2 회사의 업무대행비 내에서 정산하려고 한다'라는 취지로 게시글을 올리는 등으로 당초 시공사 선정 등과 관련하여 자신이 별도의 용역비를 지급받는 것이 아니라는 취지를 밝힌 바 있음에도, 피고인들은 적법한 총회 결의 및 임원회의 결의가 있었다는 전제 아래 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약을 체결하였다.

나아가 피해자 조합 입장에서는 공사비를 감액하도록 협상하는 것이 당연함에도 피고인들은 위 용역계약상 '공사비 절감을 통한 조합의 총 이익금 8,600,000,000원'을 용역비 산정의 기준으로 삼았는데, 이는 공소외 3 회사가 제시한 금액을 전부 그대로 수용할 경우를 기준으로 계산한 것이고, 그것도 이미 피고인 2가 협상을 통해 2017. 8. 말경까지 감액한 공사비 역시 고려하지 않은 금액이었으며, 총 이익금 중 30%라는 용역비 비율 역시 아무런 근거가 없었다.

피고인 3은 수사기관에서 '피고인 1에게 30%를 달라고 요구하였다, 지나가는 소리로 여러 사람들에게 그냥 편하게 알아보았는데 50%를 받은 적이 있다는 이야기를 들었고, 지인에게 물어보니 30%든 40%든 정해진 룰은 없다고 이야기하였다, 알아본 바로는 조합 사업에서 업무대행사 이외 별도로 용역사를 지정하여 시공사와의 공사비 협상 용역비를 지급한 사례는 없었다'라는 취지로 진술하였는데, 피고인 1은 피고인 3의 객관적인 근거가 없는 제안을 그대로 받아들인 것으로 보인다.

④ 배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니며, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 경제적 관점에 따라 판단되어야 하므로 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당한다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보면, 피고인 3이 2018. 1. 31. 피해자 조합에 대하여 공소외 6 회사의 용역비 채권 2,310,000,000원을 청구채권으로 하여 지급명령을 발령받고, 조합장인 피고인 1이 위 지급명령정본을 송달받고도 이의하지 않아 위 지급명령이 확정되게 한 후 나아가 피고인 3이 확정된 지급명령을 집행권원으로 피해자 조합의 상가부지 등에 대하여 부동산강제경매를 신청하여 강제경매개시결정을 받음으로써 피해자 조합의 재산에 압류의 효력이 발생하였을 뿐만 아니라(민사집행법 제83, 84조) 언제든지 후속 환가절차가 진행될 수 있게 된 이상, 이미 피해자 조합의 재산에 대한 실효발생의 위험이 발생하였다 할 것이므로, 피고인들의 이 부분 업무상배임 범행은 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

- ⑤ 또한 앞서 본 바와 같이 피고인들은 기존의 업무대행사를 통하여 진행하거나 피해자 조합 집행부가 직접 수행할 수도 있는 업무에 대하여 업무대행사인 공소외 2 회사 및 피고인 2를 배제시킨 후 합리적인 이유 없이 피해자 조합으로 하여금 2,310,000,000원에 상당하는 새로운 채무를 부담시키고 조합 재산에 강제집행이 이루어지도록 하였으므로 위 금액 상당 전부가 피고인들의 배임행위로 인하여 발생한 손해액 및 이득액에 해당한다고 보아야 한다.

2) 이에 대하여 피고인들은 이 부분 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 범행의 성립 여부에 관하여 다음과 같이 주장하므로 차례로 본다.

가) 먼저 피고인들은 이 사건 용역계약 체결 등과 관련하여 적법·유효한 총회 및 임원회의의 결의가 있었음을 들어 배임행위가 아니라고 주장한다.

그러나 회사의 임원이 그 임무위배행위에 대하여 사실상 대주주의 양해를 얻었다거나 이사회 결의가 있었다는 사유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수 있는 것도 아닌바(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조), 피해자 조합의 적법·유효한 총회, 임원회의 결의가 있었다고 하더라도 피고인들이 위와 같이 피해자 조합에 손해를 가하는 행위를 한 이상 피고인들의 배임행위가 성립하는 것이므로, 피고인들의 위 주장을 받아들일 수 없다.

그렇지 않더라도, 피해자 조합 규약 제28조 제1항 제3호는 '예산으로 정한 사항 및 규약에서 정한 사항 외 조합원에 부담이 될 계약'을 총회 결의사항으로 규정하고 있는데, 위 2017. 11. 11.자 피해자 조합 총회에서는 '공소외 2 회사에 지급할 업무대행비와 무관하게 별도의 용역비를 공소외 6 회사에게 지급할지, 그리고 지급한다면 어느 정도 액수의 용역비를 지급할지'에 관한 논의 없이 '공소외 6 회사와 시공사 선정 협의 및 중도금 대출 관련 용역계약의 체결업무를 임원회의에 위임하는 안건'이 결의되었는데, 결국 위 조합 총회에서는 이 사건 용역계약에 관하여 조합원의 금전적 부담이 발생할지 여부를 결정하는 중요한 부분이 논의되지 않았다고 보아야 하고, 이는 조합 자금의 출연자인 조합원들이 금전적 부담이 될 사안을 미리 고지 받고 스스로 결정하도록 정한 조합 규약 내용의 취지에 반하는 것이므로, 이 사건 용역계약 체결에 관하여 적법·유효한 총회 결의가 있었다고 볼 수도 없다.

또한 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28은 수사 과정에서, 2017. 11. 20.자 임원회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 내용을 반대하였고 이를 의결로써 통과시킨 사실이 없다는 취지로 일관되게 진술하였고, 공소외 5, 공소외 27은 원심법정에서도 같은 취지의 진술을 하였으며, 2017. 11. 29.자 녹취서에 의하면 공소외 27이 공소외 5와 사이에 '임원회의를 월요일에 한다, 용역비 얘기하는 거 아니야?', 공소외 28씨가 왔었는데 임원회의에서 통과시키면 어떻게 되냐고 물었다, 용역비 어떻게 됐느냐고 그래서 아직 잠잠하다고 했다'라는 취지의 대화를 나누었는데, 이는 2017.

11. 29.경까지 공소외 6 회사에 대한 용역비 지급 문제가 임원회의에서 의결되지 않았음을 전제로 한 대화 내용으로서, 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28의 수사 과정에서의 위 진술에 부합한다.

따라서 피해자 조합의 2017. 11. 20. 임원회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 것에 대한 적법한 결의가 있었다고 볼 수 없다(피해자 조합의 2017. 11. 20.자 임원회의 회의록에는 이에 대한 결의가 이루어진 것으로 기재되어 있으나, 피고인 1은 위 회의록을 비롯하여 공개대상 자료인 피해자 조합의 회의록과 주요 계약 관련 자료들을 관련 법률이 정한 공개시기보다 현저히 늦은 2018. 4. 3.에야 공개한 점, 피해자 조합의 2017. 10. 17.자 제29차 임원회의 회의록의 경우 각기 상이하게 편집된 형태로 3개의 회의록이 존재하는 것으로 보아 피고인 1이 임의로 회의록을 작성할 수 있었던 것으로 보이는 점, 2017. 11. 20.자 임원회의에 참석한 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28이 위 회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 내용이 의결된 바 없다는 취지로 진술한 점 등에 비추어 공소외 6 회사에 대한 용역비 지급에 관한 2017. 11. 20.자 회의록의 기재 내용을 그대로 믿기는 어렵다).

나) 또한 피고인들은, 이 사건 용역계약에서 용역비를 이익금의 30%로 산정한 것은 법무법인 △△로부터 자문을 받은 결과이므로 피고인들에게 배임의 고의를 인정할 수 없다고 주장하나, 이 사건 용역계약의 체결 경위, 지급명령 발령 및 부동산강제경매개시 경위 등에 비추어 앞서 본 바와 같이 피고인들이 업무상임무에 위배하여 피해자 조합에 손해를 가하였다고 봄이 타당한 이상, 피고인들이 법률전문가의 자문을 받아 이 사건 용역계약을 체결하였다는 사실은 배임죄의 성립이나 배임의 고의 인정에 영향을 준다고 볼 수 없다.

따라서 피고인들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

다) 피고인들은, 이 사건 용역계약 체결에 대하여 총회의 적법·유효한 결의가 없다고 한다면 결국 용역계약 체결은 법률상 무효이기 때문에 피해자 조합에 사실상으로도 손해가 발생하지 않은 것으로 보아야 하고, 총회의 결의가 무효이므로 용역계약 체결도 무효이고, 위 용역계약에 터잡아 이루어진 지급명령도 무효이며, 위 지급명령에 의해 실시한 부동산강제경매도 무효라고 보아야 하므로 피해자 조합에게 사실상으로도 손해가 발생하지 않은 것이고 실해 발생의 위험도 초래하지 않았다고 보아야 한다고도 주장한다.

그러나 지급명령의 발령 및 이에 기한 부동산강제경매개시결정에 따라 조합의 재산에 압류의 효력이 발생하였을 뿐만 아니라(민사집행법 제83, 84조) 언제든지 후속 환가절차가 진행될 수 있는 상태가 되었고, 이는 이 사건 용역계약의 법률상 효력 유무와 상관 없이 경제적인 관점에서 볼 때 이미 피해자 조합의 재산에 대하여 실해 발생의 위험이 발생하였다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 위 주장 또한 받아들이기 어렵다.

라) 피고인들은, 피고인 3의 협상 전략에 따라 공사비가 삭감되어 피해자 조합이 이익을 얻었으므로 그 기여를 인정해 주어야 하고, 그와 같은 삭감된 공사금액에 비하여 공소외 6 회사에 대한 용역비가 과도하다고 할 수 없으며, 용역비가 적정한 수준에 비하여 과다한지 여부를 판단할 객관적이고 합리적인 평가 방법이나 기준 없이 단지 임무위배 행위가 없었더라면 더 낮은 수준의 용역비로 정할 수 있었다는 가능성만을 가지고 재산상 손해 발생이 있었다고 쉽사리 단정해서는 아니 되므로, 피고인들에 대하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없고, 배임의 범의가 인정될 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 피해자 조합은 공소외 3 회사가 이 사건 사업의 공사비를 평당 3,620,000원에서 평당 3,857,000원으로 증액해줄 것을 요구하면서 2017. 8. 말경에는 평당 3,770,000원 수준까지 요구한 데 대하여 공소외 3 회사 측과의 수차

례 협상 등을 통해 최종적으로 평당 3,715,000원에 공사도급계약을 체결한 것인바, 이로써 피해자 조합과 조합원들로서는 공소외 3 회사가 요구하는 증액분에 상응하는 만큼의 공사비 증가액이나 조합원 부담금을 추가로 지출하지 않게 되었다 할 것이고, 여기에 공소외 4 회사 등 다른 시공사와 접촉하는 전략을 제안하기도 한 피고인 3의 기여가 없었다고는 할 수 없다.

그러나 피해자 조합으로서는 조합원들을 위하여 공사비를 감액하도록 협상하는 것이 당연한 것이고, 앞서 본 바와 같이 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대응하여 피고인 3이 행한 업무들은 전직 조합장 및 고문, 자문위원의 지위에서 피고인 1을 보좌해서도 충분히 행할 수 있는 정도의 업무에 불과하다고 할 것임에도, 피고인 1과 피고인 3은 피해자 조합의 이익을 위해서는 따로 체결할 필요도 없는 이 사건 용역계약을 체결하고 피해자 조합으로 하여금 그에 따른 용역비 지급채무를 부담케 한 후 나아가 강제집행까지 이루어지게 한 이상, 피고인 3이 기여한 업무에 대한 적정한 용역비가 얼마인지를 산정할 필요도 없이 피해자 조합에 대하여는 이 사건 용역계약에서 정한 용역비이자 지급명령을 통해 확정된 채권액인 2,310,000,000원 전부의 재산상 손해가 발생한 것으로 보아야 한다.

또한 이 사건 용역계약의 체결 및 지급명령 신청 경과 등에 비추어 피고인들에게는 피해자 조합에 재산상 손해가 발생 또는 발생할 위험이 있다는 인식과 피고인 3이 재산상 이익을 취득한다는 인식이 있었다고 볼 수 있으므로, 배임의 고의도 인정된다.

따라서 피고인들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

3) 따라서 원심이 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 피고인들이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 위법이 없으므로, 피고인들의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

5. 피고인 1과 피고인 2의 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

가. 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니하나(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도7687 판결 등 참조), 형벌법규의 해석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법 취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결, 대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결 등 참조).

나. 피고인들은 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제69 내지 75쪽의 '유죄의 이유 6. 나. 판단' 항목에서 실시한 것과 같이, 피해자 조합을 주택법이 정한 '사업주체'에 해당한다고 보면서, 피고인들이 조합원 자격이 없는 사람들과 미분양분 주택에 관하여 먼저 계약금 등을 지급받고 추후 미분양분 주택을 지급하지 못할 경우 계약금을 반환하고 추가로 5,000,000원을 지급하기로 한 이 사건 약정은 정지조건부 약정이 아니고, 위 약정의 체결은 주택법 제102조 제13호, 제54조 제1항에 위반된다고 보아 피고인들의 주장을 배척하고 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다.

원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 면밀히 살펴보고, 원심이 적절히 실시한 사정들에다 관련 법령에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 더하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인들 주장과 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

- ① 주택법제54조 제1항 제1호에서 일정 규모 이상의 주택을 공급하고자 하는 사업주체가 입주자를 모집하려고 하는 경우에 주택법 등 관련 법령에 따라 원칙적으로 입주자모집승인 절차를 거치도록 한 것은 입주자 모집 시기 및 조건, 절차 등을 규제함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지하는 데 입법 목적이 있는바, 입주자 모집 승인 규정의 적용을 받는 주택법 제54조 제1항 제1호의 '사업주체'에 일정 규모 이상 주택을 공급하려는 자로서 주택법에 따른 주택건설사업계획의 승인을 받을 것을 예정하고 사업을 시행하는 자도 포함된다고 해석하는 것은 주택법의 위와 같은 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석으로서 허용된다고 봄이 타당하다.
- ② 주택법 제102조 제13호는 "제54조 제1항을 위반하여 주택을 건설·공급한 자"를 처벌하도록 규정하고 있는데, 제54조 제1항은 사업주체에게 '주택의 건설·공급'과 관련한 의무를 부과하면서 '입주자를 모집하려는 경우'(제1호)와 '사업주체가 건설하는 주택을 공급하려는 경우'(제2호)를 구별하지 않은 채 그 전문에서 "사업주체는 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 주택을 건설·공급하여야 한다"라고 규정하고 있으므로, 관할 관청의 승인을 받지 않고 입주자를 모집하는 행위는, 확정적·최종적 분양계약을 체결하기 전이라도 결국 "제54조 제1항을 위반하여 주택을 건설·공급"한 경우에 해당한다고 보아야 한다.
- ③ 한편 피고인 2는, 주택공급에 관한 규칙 제15조 제1항은 입주자 모집시기에 관하여 규정하고 있는데, 이에 따르면 '입주자 모집행위'라는 개념은 적어도 조합이 사업계획승인을 받고 착공 신고를 하여 착공이 이루어진 시점부터 인정될 수 있으므로 이 사건 약정을 입주자 모집행위라고 볼 수 없다고 주장하기도 한다.
- 그러나 위 규정은 법령에서 허용하는 입주자를 모집할 수 있는 시기에 관한 것일 뿐 어떤 행위가 입주자 모집에 해당하느냐에 관한 정의 규정이라고 볼 수 없으므로 피고인 2의 위 주장은 받아들일 수 없다.
- ④ 또한 피고인 2는 이 사건 약정이 주택법위반에 해당할 소지가 있음을 인식할 수 없었다는 취지의 주장을 하면서 이 사건 수사과정에서 담당공무원이나 수사기관도 이 사건 약정이 주택법위반에 해당하지 않는다는 의견을 밝히기도 하였다는 사정을 근거로 들고 있으나, 피고인 2의 위 주장은 단순한 법률의 부지를 주장하는 것에 불과하므로 그러한 사정을 들어 피고인 2에게 위법성 인식이 없었다고 볼 수 없다.

피고인 2의 위 주장도 받아들일 수 없다.

6. 피고인 1과 피고인 2의 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임의 점 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 공모관계에 관한 공소사실의 특정 관련 피고인 2의 주장에 대하여

앞서 본 위 2. 가. 1) 가), 나)항의 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실에 피고인 1과 피고인 2 사이에 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 배임행위와 관련한 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되어 있지 아니한 것은 사실이나, 피해자 조합의 조합장으로서 조합 업무 전반을 관장하고 있는 피고인 1과 피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사의 대표이사로서 피해자 조합의 업무 전반을 대행하는 지위에 있는 피고인 2가 어느 한 시기에 한 장소에 모여 범행을 공모한 것이 아니라 수시로 연락을 주고받으면서 암묵적으로 공모를 하고, 피고인들이 각 지위에 기하여 업무를 지시하거나 관장하는 방식으로 이 부분 범죄에 가담한 것이기에 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되지 못하는 것은 불가피한 측면이 있고, 이 부분 공소사실에 배임행위의 시기, 내용, 방법 등이 다른 사실과 식별할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 특정되어 있으므로, 위와 같은 공소사실 기재로 인해 피고인 2의 방어권 행사에 별다른 지장은 없는 것으로 보인다.

따라서 이 부분 공소사실은 충분히 특정되었다고 할 것이므로, 피고인 2의 주장은 받아들이지 않는다.

나. 이 부분 업무상배임죄 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 성립 여부

1) 원심의 판단

피고인들은 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제76~77쪽 '유죄의 이유

7. 나. 인정사실' 항목 기재와 같은 사실을 인정한 다음 제77~81쪽 '유죄의 이유 7. 다.

판단'의 '1) 각 업무상배임죄의 성립 여부'와 '2) 재산상 손해 발생 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인들의 주장을 배척하였다.

2) 이 법원의 판단

가) 임무위배행위 및 배임의 고의가 인정되는지

(1) 관련 법리

어떠한 행위가 임무위배행위에 해당하는지는 그 사무의 성질·내용, 사무집행자의 구체적인 역할과 지위, 행위 당시의 구체적 상황에 따라 그 행위가 신의성실의 원칙에 비추어 통상의 업무집행 범위를 일탈하였는가에 따라 판단하여야 한다.

그리고 경영자의 경영판단과 관련하여 경영자에게 배임의 고의가 있었는지를 판단할 때는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 여러 사정을 고려하여 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식을 가지고 의도적으로 한 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하여야 한다.

이러한 인식이 없으면 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 물을 수는 없으나, 경영자의 경영판단에 관하여 위와 같은 사정을 모두 고려하더라도 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 구체적 상황과 자신의 역할·지위에서 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 아니하거나 당연히 하지 아니하여야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 본인에게 손해를 가하였다면 그에 관한 고의 내지 불법이득의 의사는 여전히 이를 인정함이 마땅하다(대법원 2015. 9. 24. 선고 2015도6363 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 사람들을 대상으로 이 사건 약정을 체결하도록 하고, 그렇게 업무를 수행한 공소외 7 회사에 '조합원 모집'을 한 경우와 동일하게 용역비를 지급한 행위는 모두 합리적인 경영판단의 재량범위 내에 있다고 할 수 없어 피해자 조합에 대한 임무위배행위에 해당하고, 피고인들에게 업무상배임의 고의가 있었음이 인정된다.

원심의 이 부분 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하거나 임무위배행위 내지 배임의 고의와 관련하여 법리를 오해한 위법이 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

① 공소외 4 회사의 공소외 24는 수사기관 및 원심법정에서 '이 사건 사업 부지의 입지가 매우 우수하였고, 분양성에 큰 문제가 없었다고 판단하였다, 피고인 2도 이 지역은 분양이 잘 될 것이라고 말하면서 걱정이 없다고 말하였다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 3 회사의 공소외 19도 수사기관에서 '이 사건 사업의 부지는 입지가 워낙 좋아서 일반분

양에 문제가 없다고 판단되는 곳이었다'라는 취지로 진술하였다.

이와 같은 시공업체들의 평가에 따르면 이 사건 사업 부지는 입지가 우수하여 일반분양에 대한 위험성이 크지 않은 곳이었음을 알 수 있다.

실제로 피해자 조합에 인접하고 있으면서 일반분양방식으로 사업이 진행된 ○○○지구의 경우에도 분양이 전부 완료된 것으로 보이고, 이 사건 사업의 경우에도 2018. 7.경 착공을 시작하고 일반분양을 시작한 시점부터 6, 7개월이 경과한 무렵인 2019. 3. 4. 일반분양을 모두 완료하였다.

② 피해자 조합은 2017. 3.경까지 2차 조합원 모집으로 총 765세대의 조합원을 모집하였고, 이는 피해자 조합이 2016. 7. 22. 설립인가를 받으면서 모집하기로 한 956세대를 기준으로 약 80%에 이르는 정도로서 조합원 모집에 그리 큰 어려움이 없었던 것으로 보인다.

피해자 조합과 공소외 3 회사 사이에 체결된 2016. 11. 22.자 사업약정서에서의 980세대를 기준으로 하면 위 765세대는 약 77%에 해당하여 80%에서 3%가 부족한 결과이기는 하나, 공소외 19는 수사기관에서 '위 2016. 11. 22.자 사업약정서는 공소외 3 회사에서는 필요가 없지만 피해자 조합에서 토지담보대출을 받기 위하여 요청하여 만든 것이다, 765세대는 적당히 잘 모집된 것으로 생각된다, 실제 이 숫자는 어느 정도 세대만 모집되고 돈만 납부되면 큰 문제는 없는 것이다'는 취지로 진술한 것으로 볼 때, 위 모집 세대수가 사업성 평가에 영향을 미칠 만큼 부족하였다고 평가할 수 없다.

③ 공소외 5는 수사기관에서 '피고인 1이나 피고인 3이 임의세대 분양을 너무 많이 하는 것 같아 걱정이라고 말하였다, 매일 아침 임의세대 분양 문제로 업무대행사와 조합과 사이에서 하던 회의에서 여러 번 논의가 되었다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 19는 원심법정에서 '피고인 2에게 실제로 ▽▽동 같은 경우는 입지도 좋기 때문에 일반분양을 하면 수익이 더 늘어날 거니까 일반분양으로 하는 게 좋다고 말씀드렸다'라는 취지로 진술하였다.

앞서 본 것과 같은 이 사건 사업 부지의 우수성과 기대되는 분양 전망, 이 사건 사업 관련자들의 인식 등에 비추어 보면, 피고인들로서는 조합원 부담금보다 훨씬 가격이 높은 일반분양가로 주택을 분양할 기회를 포기하고 조합원 자격이 없는 사람들과 굳이 이 사건 약정을 하여야 할 필연적인 이유가 있었다고 보기 어렵고, 피고인들로서는 피해자 조합이 이 사건 약정을 체결하는 경우의 문제점도 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다.

④ 앞서 본 바와 같이 이 사건 약정은 주택법을 위반하는 행위일 뿐만 아니라, 일반분양보다 더 낮은 가격으로 분양을 함으로써 피해자 조합으로서는 조합원 부담금보다 가격이 높은 일반분양가로 주택을 분양할 기회를 상실케 하는 행위이다.

그럼에도 불구하고 피고인들은 이 사건 약정 체결의 방법으로 조합원 자격이 없는 사람들을 모집하는 것에 관하여 조합 총회에서 동의를 받은 적이 없고 조합원들에게 그와 같은 약정 체결 사실을 알리지도 아니하였다.

⑤ 설령 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 이 사건 약정을 체결하도록 한 것이 피해자 조합의 토지대금 등 추가적인 사업비 조달 등 원활한 사업 진행을 도모하기 위함이었다고 하더라도, 주택법위반에 해당하는 이 사건 약정을 체결하는 행위를 정상적이고 합법적이라고 보기 어렵고, 그 과정에서 조합 총회나 조합원들의 동의를 받지 아니한 점 등에 비추어 보면 이를 합리적인 경영판단의 재량범위 내의 행위라고 평가할 수 없다.

나) 피해자 조합에 손해 또는 손해 발생의 위험이 발생하였는지 여부

나아가 원심이 원심판결 제80쪽 제5행부터 제81쪽 제5행까지에서 실시한 사정들에 의하면, 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 사람들을 대상으로 이 사건 약정을 체결하도록 하고, 그렇게 업무를 수행한 공소외 7 회사에 조합원 모집의 경우와 동일하게 용역비를 지급함으로써, 피해자 조합에는 이 사건 약정의 계약 상대방들에게 손해배상금으로 214,500,000원을 지급하고 공소외 7 회사에 847,000,000원의 용역비를 지출하는 손해가 발생하였다고 볼 수 있다.

피고인들은, 공소외 7 회사에 대한 용역비는 정당한 용역에 대한 대가가 지급된 것에 불과하고, 공소외 7 회사와의 분양대행 용역계약 제5조에 의하면 피해자 조합의 필요에 의하여 업무용역의 범위가 변경될 시에는 그에 따른 비용은 피해자 조합과 공소외 7 회사가 협의하여 결정할 수 있다고 정하였으므로, 공소외 7 회사에 대한 미분양 154대에 대한 용역비 지급은 배임행위가 아니라고 주장한다.

그러나 위 분양대행 용역계약상 공소외 7 회사의 수행업무로 규정된 내용은 '피해자 조합 아파트 개발을 위한 조합원 계약 관련 용역'일 뿐이고, 공소외 7 회사가 조합원 아닌 일반인들을 상대로 이 사건 약정을 체결한 것은 그 용역업무인 '조합원 모집 업무'를 수행하였다고 볼 수 없어 용역비를 지급받을 근거가 없다고 보아야 하므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

다) 재산상 이익을 취득하게 하였는지 여부

(1) 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)(847,000,000원) 부분

앞서 본 바와 같이 공소외 7 회사가 조합원 아닌 일반인들을 상대로 이 사건 약정을 체결한 것은 그 용역업무인 '조합원 모집 업무'를 수행하였다고 볼 수 없어 용역비를 지급받을 근거가 전혀 없으므로, 공소외 7 회사가 수행한 이 부분 용역의 적정한 대가가 얼마인지를 산정할 필요 없이 공소외 7 회사로서는 피해자 조합으로부터 지급받은 이 부분 용역비 전액인 847,000,000원 상당의 재산상 이익을 취득하였다고 할 것이다.

원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고인들이 주장하는 것과 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임(214,500,000원) 부분

원심은 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 일반인들과 사이에 이 사건 약정을 체결함으로써 인하여 피해자 조합이 이 사건 약정을 해제하고 계약 상대방들에게 합계 손해배상금으로 214,500,000원을 지급함에 따라 피해자 조합이 같은 액수 상당의 재산상 손해를 입었다고 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

그러나 원심의 이 부분 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

배임죄는 본인에게 재산상의 손해를 가하는 외에 배임행위로 인하여 행위자 스스로 또는 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득할 것을 요건으로 하므로, 본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 재산상 이익을 행위자 또는 제3자가 취득한 사실이 없다면 배임죄가 성립되지 않는다(대법원 2006. 7. 27. 선고 2006도3145 판결 등 참조).

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자 조합과 이 사건 약정을 체결한 계약 상대방들은 2016. 10.경부터 2017. 3.경까지 이 사건 약정에 따라 피해자 조합에 계약금, 중도금 명목으로 약 50,000,000원씩을 각 납부하였는데, 2018년 중순경 피해자 조합의 새로운 집행부는 주택법에 위반된 부분을 바로잡고 적법한 일반분양절차를 진행하기 위해 이 사건 약정을 해제하고 위 계약 상대방들에게 기납부 금액을 반환하는 한편 손해배상금 명목으로 합계 214,500,000원을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 위와 같이 손해배상금 214,500,000원을 지출한 피해자 조합으로서는 같은 액수의 재산상 손해를 입었다고 할 것이나, 이 부분 배임행위로 인하여 행위자 또는 제3자가 취득한 재산상 이익이 있는지 여부를 보건대, 이 사건 약정의 계약 상대방들이 피해자 조합으로부터 수령한 위 214,500,000원은 이 사건 약정에서 정한 손해배상예정액의 지급 내지는 계약 상대방들이 피해자 조합에 납부하였다가 반환받은 계약금, 중도금 명목의 금원에 대한 법정이자 상당의 손해배상 내지 부당이득 반환의 실질을 가진다고 할 것이어서, 이 사건 약정의 계약 상대방들이 위와 같이 손해배상금을 지급받았다는 사실만으로는 곧바로 재산상 이익을 취득한 것으로 단정할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 이를 인정할 만한 증거가 없다.

그렇다면 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 무죄라 할 것인바, 이와 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 업무상배임죄의 재산상 이익에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

다.

피고인 2의 공동정범 성립 여부

피고인 2는 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제81 내지 83쪽의 '유죄의 이유 7. 다.

3) 피고인 2의 공동정범 성립 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인 2의 주장을 배척하였다.

원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인 2는 이 사건 약정 및 공소외 7 회사에 대한 용역비 지급에 대하여 적극적으로 관여한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로 공동정범에 해당한다.

따라서 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 2가 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없으므로 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피고인 2는 수사기관에서 '이 사건 약정에 의한 비조합원 모집은 (공소외 7 회사의 분양업무를 대대행하는) 공소외 29 주식회사(이하 '공소외 29 회사'라 한다)와의 회의를 통하여 함께 결정하였다, 조합원 자격이 있는 사람을 상대로 계약을 체결한 내역과 조합원을 모집한 내역을 분리해서 보고받았다, 피해자 조합과의 회의 때에는 조합원 자격이 없는 사람을 구분하여 조합 측에 이야기하였다'라는 취지로 진술하였는바, 위 진술에 의하면 피고인 2가 이 사건 약정을 체결하기로 하는 결정과 위 약정의 진행 과정에 적극적으로 관여하였음을 알 수 있다.

피고인 1 또한 원심법정에서 '분양은 분양대행사와 업무대행사가 같이 협의하여 진행하였다'라고 진술하였다.

② 공소외 5도 수사기관 및 원심법정에서 '2016. 12.경 업무대행사인 공소외 2 회사의 사무실에서 회의를 하던 중 임의 세대를 모집한다는 이야기가 있었다, 공소외 5가 회의에서 피고인 2에게 이렇게 하는 것이 합법인지 물으니, 피고인 2는 다른 곳에서도 다 이렇게 한다고 말하였다'는 취지로 진술하였고, 공소외 7 회사의 공소외 30도 원심법정에서

‘업무대행사의 허락을 받고 비조합원 모집을 진행하였다, 공소외 29 회사와 업무대행사는 일주일에 한 번씩 회의를 하였다, 업무대행사에서 준 약정서를 토대로 비조합원을 모집하는 업무를 하였다’는 취지로 진술하였다.

- ③ 피고인 2는, 공소외 2 회사로서는 공소외 7 회사에 대하여 용역비를 지급할 때 자금관리대리사무계약에서 정한 바에 따라 분양업무에 따른 후속절차인 자금처리를 하였을 뿐이라고 주장한다.

그러나 피해자 조합의 공소외 27은 수사기관에서 ‘모집하는 사람을 상대로 입금을 시키고, 입금이 업무대행사에서 확인이 되면 분양대행사가 가입계약신청서를 받고, 필요 서류를 받아서 이를 업무대행사에 준다.

그러면 업무대행사에서 넘버링이 된 정식 계약서를 주면 서명을 받아 분양계약서의 작성을 완료한다.

비조합원에 대한 계약서는 우측 상단에 100이라고 적어서 보내주었다’라고 진술하였는바, 이에 따르면 공소외 2 회사는 자금처리절차만이 아닌 비조합원 모집의 전 과정에 관여하였음을 알 수 있다.

7. 피고인 1과 피고인 3의 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점 및 피고인 1의 조합 자료 미공개에 의한 주택법위반의 점

가. 위법성조각사유로서 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결, 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 등 참조).

나. 먼저 피고인들의 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점에 관하여 본다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인들이 이 부분 공소사실 기재와 같이 피해자 조합 자금으로 11,000,000원의 변호사비용을 지출한 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추었다고 볼 수 없으므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 주택법이 주택조합의 발기인 또는 임원으로 하여금 조합사업 관련 자료를 공개하도록 한 취지는 주택조합사업 추진의 투명성을 제고하기 위한 것인데, 피고인들이 주장하는 사실만으로는 공소외 31 등의 방해로 피해자 조합의 사업이 좌초될 만한 급박한 위험이 있었다고 보기 어렵고, 설령 그와 같은 방해가 있었다 하더라도 그것이 위와 같은 주택법의 취지를 희생시키면서까지 조합원들에게 자료 공개를 하지 않을 사유에 해당한다고 보기 어렵다.

- ② 피고인들은 ‘피고인들이 전·현직 조합장으로서 임원회의 회의록 등을 작성하였음에도 이를 15일 이내에 조합원들에게 공개하지 않았다’라는 혐의사실의 주택법위반 형사사건에 관하여 피해자 조합 자금으로 자신들의 변호사비용을 지출하였다.

위 주택법위반 형사사건은 ‘분쟁에 대한 실질적인 이해관계는 단체에게 있으나 법적인 이유로 그 대표자의 지위에 있는 피고인들이 법적 절차의 당사자가 된 경우’에 해당한다고 볼 수 없고, 따라서 이에 관한 변호사비용을 지출하는 행위는 피해자 조합이 아닌 피고인들 자신의 이익을 위한 것으로 볼 수밖에 없으므로, 그 행위가 정당한 목적이거나 동기에서 이루어졌다고 볼 수 없다.

- ③ 피고인들이 위와 같이 변호사비용을 피해자 조합의 자금으로 지출하는 과정에서 다른 조합원들에게 알리는 등 적법한 절차를 거치지 않고 피해자 조합의 자금을 변호사비용으로 사용해야 할 만한 정당한 이유나 긴급한 사정이 있다고 보이지도 않는다.

다.

다음으로, 피고인 1의 조합 자료 미공개에 의한 주택법 위반의 점에 관하여 본다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인 1의 이 부분 공소사실 기재 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추었다고 볼 수 없으므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 보기 어렵다.

① 구 주택법(2020. 1. 23. 법률 제16870호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1항에 의하면, 주택조합의 발기인 또는 임원은 주택조합사업의 시행에 관한 용역업체 선정 계약서, 조합총회 의사록 등 서류 및 관련 자료가 작성되거나 변경된 후 15일 이내에 이를 조합원이 알 수 있도록 인터넷과 그 밖의 방법을 병행하여 공개하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 제104조 제2호는 위 의무를 위반하여 주택조합사업의 시행에 관련한 서류 및 자료를 공개하지 아니한 자를 1년 이하의 징역 및 10,000,000원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

구 주택법 취지와 위 관련 규정 내용을 고려하면, 구 주택법상 조합의 자료 공개는, 조합 가입 여부를 고민하는 사람들이 주택조합 사업의 내용과 현황을 제대로 알고 의사 결정할 수 있도록 객관적이고 충분한 정보를 제공하고, 모집된 조합원들에게 주택조합 사업의 추진 경과나 과정을 투명하게 알릴 필요성이 있기 때문에 그 주택조합의 설립과 사업을 주도적으로 수행하는 사람들에게 토지확보현황 등 여러 정보를 일반 대중에게 공개하고 조합원의 열람복사 요청에 응할 의무를 부과한 것이라 할 것이다.

② 그럼에도 피고인 1은 피해자 조합의 조합장으로서 공소외 6 회사에 대한 용역계약서, 제29차 임원회의 의사록, 선분양 관련 자료, 경계지 7필지 매매계약서, 회계감사보고서, 제30차 임원회의 의사록 등 자료를 인터넷 등에 공개하지 않았다.

피고인 1은 위 자료들이 법정 기한 내에 공개될 경우 조합 사업을 방해하는 세력이 위 자료들을 악용할 위험성에 대한 검토가 필요하여 일시적으로 미공개한 것뿐이라고 변호하나, 피고인 1이 주장하는 사유는 관련 법령이 부과한 의무를 이행하지 않을 정당한 이유가 될 수 없다.

③ 또한 피고인 1이 피해자 조합의 사업 진행에 지장을 초래하지 않는 방식으로 조합원들에게 조합 자료를 공개할 수 있는 대체수단을 강구해보았다는 사정도 보이지 않는다.

④ 피고인 1이 공개하지 아니한 이 부분 공소사실 기재 자료들은 경계지 7필지에 대한 매매계약, 공소외 6 회사와의 용역계약 등과 같이 피해자 조합 재산의 처분 등 조합원들에게 경제적 부담을 초래하는 중대한 사항에 관한 것일 뿐 아니라, 피고인 1 등의 피해자 조합에 대한 이 사건 배임행위에 부수하여 작성되거나 그 과정에서 작성된 매매계약서 내지 용역계약서, 의사록 등으로서, 피고인 1이 이를 법정 기한 내에 공개하지 않음으로써 조합원들로서는 해당 범행내용을 제대로 인지할 수 없었던 것으로 보이는바, 피고인 1의 이 부분 공소사실 기재 행위가 정당한 목적이나 동기에서 이루어졌다고 보기는 어렵다.

8. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

가. 피고인 1의 사전자기기록등변작의 점 및 변작사전자기기록등행사의 점

1) 형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것이므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이

르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 등 참조).

또한 형사항소심은 속심이면서도 사후심으로서의 성격을 가지고 있는 점과 아울러 형사소송법에서 정한 실질적 직접 심리주의의 정신 등에 비추어 볼 때, 제1심이 증인신문 등의 증거조사 절차를 거친 후에 합리적인 의심을 배제할 만한 증거가 부족하다고 보아 공소사실을 무죄로 판단한 경우에, 항소심의 심리 결과 일부 반대되는 사실에 관한 개연성 또는 의문이 제기될 수 있다 하더라도 제1심이 일으킨 합리적인 의심을 충분히 해소할 수 있을 정도에까지 이르지 아니한다면 그와 같은 사정만으로 범죄의 증거가 부족하다는 제1심의 판단에 사실오인의 위법이 있다고 단정하여 공소사실을 유죄로 인정하여서는 아니 된다(대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도11428 판결 등 참조).

2) 원심은 원심판결 제93~96쪽 '무죄 부분 3. 나. 판단' 항목에서 이에 대한 판단 근거를 자세히 실시하면서 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

위 법리에 기초하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 원심의 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 사실인정에 이르는 논증이 논리와 경험법칙에 어긋나는 등으로 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 볼 만한 합리적인 사정이 있다고 볼 수 없으며, 검사가 제출한 증거들만으로는 이 부분 공소사실 기재와 같은 내용의 2017. 10. 17.자 제29차 임원회의 회의록 전자파일이 진정하게 성립되어 있었다는 사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 볼 수 없으므로, 원심판결에 검사 주장과 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다(검사는, 피고인 3이 2017. 10. 17. 공소외 5에게 '경계지 7필지의 매매가를 매도가격의 120%로 했을 때 54억 원이 나오는 것이 맞느냐, 임원회의 전에 금액산출을 정확히 해 달라'고 했던 대화내용 및 공소외 2 회사의 공소외 32 이사가 피해자 조합의 제29차 임원회의가 있기 전인 2017. 10. 11. 공소외 5에게 경계지 7필지에 관한 매매대금을 기재해 놓은 매매계약서를 이메일로 송부한 사정 등을 근거로 2017. 10. 17. 제29차 임원회의에서 경계지 7필지를 토지매입가격의 120%의 가격에 업무대행비로 지급하기로 한다는 회의록이 작성되어 있었다고 보아야 한다고 주장하나, 원심이 실시한 이 부분 판단 근거에 비추어 위와 같은 사정들만으로는 이 부분 공소사실이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기 어렵다).

나. 피고인 3의 조합 자료 미공개로 인한 주택법위반의 점

원심은, 피고인 3이 이 부분 공소사실 일시인 2017. 11. 30.에는 피해자 조합의 고문 및 자문위원직에서 사퇴한 상태였으므로 구 주택법이 제12조 제1항에서 주택조합사업의 시행에 관련한 서류 및 자료의 공개의무를 부과하고 있는 '주택조합의 임원'에 해당한다고 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 3이 피고인 1에게 2017. 11. 30.경 작성한 제30차 임원회의 회의록을 15일 이내에 조합원들에게 공개하지 않도록 지시하였다거나, 이를 공개하지 않는 데에 가담하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 피고인 3의 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심이 실시한 위와 같은 사정에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 제30차 임원회의 회의록을 포함하여 피해자 조합의 제28 내지 34차 임원회의 회의록은 2018. 4. 3. 피고인 1에 의하여 피해자 조합 인터넷 카페에 일괄 게시되었는데, 그 과정에서 공소외 5와 제30차 임원회의 회의록 정정과 관련하여 대화를 나누거나, 2018. 1. 10. 공소외 5에게 '임원회의 회의록을 올려야 하니 제30차 임원회의의 안건

을 정리해 놓은 것이 있으면 보내달라'고 요청하기도 하는 등 제30차 임원회의 회의록의 작성과 공개를 피고인 1이 직접 주관하였다고 보이는 반면, 여기에 피고인 3이 관여하였다고 볼 만한 사정은 보이지 않는 점, ② 피고인 3이 전직 조합장, 고문 및 자문위원을 역임하였고, 조합장인 피고인 1이 자신의 조카이며, 고문 자리에서 물러난 후로도 피해자 조합의 공사도급계약, 경계지 7필지의 이전, 공소외 6 회사와의 용역계약 체결 등에 어느 정도 관여해 온 것으로 보이는 하나, 이로써 피고인 3이 2017. 11. 30.자 제30차 임원회의 회의록의 작성 및 공개까지 관여하였다고 곧바로 추단할 수는 없고, 달리 이를 인정할 만한 정황이 보이지 않는 점 등을 보태어 보면, 피고인 3에 대한 이 부분 공소사실이 합리적 의심을 배제할 수 있을 만큼 증명되었다고 보기 어렵다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장도 이유 없다.

IV. 결론

그렇다면 피고인들의 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점과 피고인 1, 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장은 일부 이유 있고, 피고인 1, 피고인 2의 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있으므로, 원심판결 중 피고인들에 대한 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 부분과 피고인 1, 피고인 2에 대한 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 부분 및 업무상배임죄 부분은 파기되어야 한다.

다만 피고인들의 위 죄들은 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 피고인들과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄 부분에 관한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 한다.

【이유】

】I. 이 법원의 심판 범위

검사가 피해자 공소외 지역주택조합(이하 '피해자 조합'이라 한다) 소유인 경계지 7필지의 재산적 가치가 5,454,545,000원임을 전제로 그 이전에 의하여 피해자 조합에 발생한 재산상 손해액이 위 5,454,545,000원과 미지급 업무대행비 1,331,000,000원의 차액인 4,123,545,000원이라고 하여 피고인들에게 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용하여 공소를 제기한 데 대하여, 원심은 이 부분 공소사실 중 경계지 7필지의 재산적 가치가 5,454,545,000원에 달한다는 점을 전제로 한 부분은 범죄사실의 증명이 없다고 보아 판결 이유에서 무죄로 판단하면서 피고인들의 행위로 인한 이 부분 재산상 손해액 및 이득액을 1,829,858,000원으로 보아 이 부분 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 유죄로 인정하였다.

이에 대하여 피고인들이 유죄 부분에 대하여 항소하였고, 검사는 위 이유 무죄 부분에 대하여는 별다른 항소이유를 주장하지 않았다.

피고인들의 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 이유 무죄 부분은 상소불가분의 원칙에 따라 유죄 부분과 함께 당심에 이심되기는 하나, 위 이유 무죄 부분은 이미 당사자 사이의 공격·방어 대상에서 벗어나 사실상 심판대상에서 이탈되었으므로, 이 부분에 대하여는 원심의 결론에 그대로 따르기로

하고 당심에서 따로 판단하지 않는다.

II. 항소이유의 요지

1. 피고인 1

가. 사실오인 및 법리오해

1) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분)

가) 피해자 조합이 청주시 (주소 2 생략) 일대 약 71,000㎡ 규모의 대지에 조합원을 모집하여 아파트를 건설하는 사업 (이하 '이 사건 사업'이라 한다)에 관하여 2017. 8. 1. 사업계획승인을 받음으로써 업무대행사인 공소외 2 주식회사 (이하 '공소외 2 회사'라 한다)로서는 2017. 11.경 이미 업무대행비 전액을 청구할 수 있는 지위에 있었다.

피해자 조합, 공소외 3 주식회사(이하 '공소외 3 회사'라 한다), 공소외 2 회사 사이에서 2017. 11. 22. 공사도급계약(이하 '이 사건 공사도급계약'이라 한다)을 체결하면서 업무대행비의 지급시기를 변경하는 조항을 두었더라도, 이는 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 채무의 기한을 불확정기한으로 정하여 지급시기를 유예한 것에 불과하다.

공소외 2 회사가 2017. 12. 31.경 업무대행관계에서 이탈하였다 하더라도 업무대행계약에서 정한 업무가 대부분 완료된 상태였으므로 이미 완성된 기성부분에 대한 업무대행비 채권에 영향을 주지 않는다.

피해자 조합과 공소외 2 회사 사이에서는 업무대행비를 토지로 대물변제하기로 하는 합의가 이미 존재하였고, 이 사건 공사도급계약에 의하여 업무대행비 지급시기를 변경한 것은 공소외 3 회사의 요구에 따른 것일 뿐 위 대물변제 합의와는 무관하다.

이 사건 공사도급계약을 체결하는 과정에서 피해자 조합과 공소외 2 회사, 공소외 3 회사 담당자들은 토지를 대물로 업무대행비를 지급하는 것은 공사도급계약에 정한 업무대행비의 지급시기 및 지급비율 약정과 상관없이 가능하다는 취지로 협의하기도 하였다.

피해자 조합은 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 대물변제로 경계지 7필지를 이전해주는 문제를 제30차 임원회의의 적법한 결의를 거쳐 결정하였고, 경계지 7필지가 대물변제로써 소유권이 이전된 후 ○○○지구 시공사인 공소외 4 주식회사(이하 '공소외 4 회사'라 한다) 앞으로 가등기가 마쳐졌다는 등의 사정은 배임의 성립 여부와 무관하므로, 피해자 조합이 공소외 2 회사에 대물변제 명목으로 경계지 7필지의 소유권을 이전해준 것을 업무상 임무위배행위라 볼 수 없다.

나) 경계지 7필지에 관한 근저당권 설정에 관한 특약은 피고인 2와 공소외 5의 협의에 의하여 삽입되었을 뿐, 피고인 1은 이와 관련한 내용을 전혀 알 수 없었으므로, 피해자 조합과 공소외 2 회사 사이에 경계지 7필지에 대한 근저당권 설정에 관하여 명시적인 의사 합의가 있었다고 할 수 없고, 근저당권 설정 조항은 피고인 2, 공소외 5 사이의 통정허위표시로 무효라고 보아야 한다.

따라서 피해자 조합이 경계지 7필지에 관한 근저당권을 설정 받지 않았다고 하여 피고인들이 업무상 임무위배행위를 한 것이라거나 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없다.

다) 공소외 3 회사가 이 사건 공사도급계약상의 공사비를 모두 지급받은 이상 피해자 조합에 손해배상청구나 구상권을 행사할 여지가 없으므로, 업무대행비의 대물변제로 경계지 7필지를 이전해준 것으로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하거나 발생할 위험이 없다.

손해가 있다 하더라도 피해자 조합이 입은 손해는 지급시기를 유예한 업무대행비 채무를 그 지급시기 이전에 경계지 7필지로 선행하여 대물변제한 데 따른 이자 정도라고 보아야 하므로, 이로 인한 재산상 손해액 및 이득액을 원심이 인정한 1,829,858,000원이라고 볼 수는 없고, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

2) 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 이 사건 공사도급계약에서 업무대행비 지급시기를 조정한 것은 현금으로 지급하는 경우에 한정되므로, 경계지 7필지를 대물변제 받은 이후에도 공소외 2 회사로서는 피해자 조합에 대하여 현금으로 미지급 업무대행비 1,170,000,000원을 청구할 수 있었다.

따라서 피해자 조합이 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급한 것을 업무상 임무위배행위라 볼 수 없고, 피해자 조합의 손해를 인정할 수 없다.

나) 설령 위 550,000,000원의 업무대행비가 이 사건 공사도급계약에서 정한 지급시기보다 앞서 지급됨에 따라 피해자 조합에 손해가 발생하였다 하더라도 그로 인하여 피해자 조합이 입은 손해는 선지급된 업무대행비에 대한 이자 상당이라고 보아야 하므로, 이 부분 공소사실과 같이 550,000,000원 전액을 손해 및 재산상 이익으로 볼 수 없고, 따라서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

3) 2,310,000,000원 상당 무자격 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 3은 공소외 3 회사와의 협상을 주도하면서 효율적인 전략을 구사하여 실제로 공사비를 감액시켰고, 피해자 조합은 공사비 감액에 관한 피고인 3의 기여를 인정하고 그 대가 지급을 위해 공소외 6 주식회사(이하 '공소외 6 회사'라 한다)에 용역비를 지급하기로 하여 적법·유효한 총회와 임원회의의 결의 및 법무법인 △△에 대한 자문의뢰를 거쳐 공소외 6 회사와 사이에 2,310,000,000원(부가세 포함)의 용역계약(이하 '이 사건 용역계약'이라 한다)을 체결하였다.

따라서 피해자 조합은 공소외 6 회사에 대한 위 2,310,000,000원의 용역비채무를 승인한 것이고, 이로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 볼 수 없으므로, 이 사건 용역계약과 관련하여 피고인 1이 배임행위를 하였다고 볼 수 없다.

나) 설령 이 사건 용역계약의 용역비가 과다하게 책정되었다고 하더라도 적정한 수준의 용역비와의 차액만을 손해액으로 인정할 수 있을 뿐 이 부분 용역비 2,310,000,000원 전체가 이 부분 배임행위로 인한 손해에 해당한다고 볼 수 없으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

다) 또한 무효인 지급명령에 기해 이루어진 부동산 강제경매신청에 의한 재산상 실해 발생의 위험은 구체적·현실적인 위험이 야기된 정도에 이르렀다고 볼 수 없어 배임죄의 기수에 이르렀다고 볼 수 없다.

4) 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

피해자 조합이 조합원 자격이 없는 사람들과 사이에 먼저 계약금을 지급받되 추후 미분양분 주택을 공급해주지 못할 경우 계약금을 반환하고 추가로 5,000,000원을 지급하기로 하는 약정(이하 '이 사건 약정'이라 한다)을 체결할 당시

피해자 조합은 주택건설사업계획승인을 받기 전이었으므로 주택법 제54조 제1항의 '사업주체'라고 할 수 없다.

이 사건 약정은 일반분양을 거친 후에도 남은 미분양분 주택이 발생할 것을 정지조건으로 하는 약정으로서, 확정적·최종적으로 분양계약을 체결한 것이 아닌 모집 단계에 그친 것이어서 주택법 제102조 제13호의 '주택을 공급'한 경우에 해당하지 않는다.

5) 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 1은 피해자 조합에 사업비가 절실히 필요한 상황에서 불가피하게 이 사건 약정을 통해 비조합원에 대한 모집행위에 나아간 것으로 피해자 조합을 위한다는 의사가 있었을 뿐 배임의 고의나 불법이득의사가 없었다.

미분양분 주택이 발생할 것을 정지조건으로 하는 이 사건 약정은 미분양분 주택이 발생하지 않는 경우 조건이 불성취되어 피해자 조합으로서는 손해배상을 할 의무가 발생하지 않으므로 손해가 인정되지도 않는다.

나) 피해자 조합과 공소외 7 주식회사(이하 '공소외 7 회사'라 한다) 사이의 조합원 모집 용역계약은 합의에 의하여 구두로 그 내용을 변경할 수 있는 것이고, 피해자 조합은 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 자들을 상대로 미분양분 주택이 발생하는 것을 조건으로 약정을 체결하도록 하면서 그에 따른 용역비를 지급한 것이다.

이는 피해자 조합의 사업 위기를 돌파하기 위한 방편이었을 뿐 공소외 7 회사나 모집된 비조합원에 이익을 주기 위한 것이 아니었고, 공소외 7 회사로서는 용역수행의 대가로 용역비를 받은 것일 뿐 재산상 이익을 얻었다고 할 수 없으며, 그 이익의 가액이 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 금액 이상에 해당한다고 볼 수도 없다.

6) 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점

피고인 1은 조합 자료 미공개를 이유로 한 형사사건으로 수사를 받게 되자 피해자 조합을 방해하는 세력으로부터 조합 사업을 지키기 위하여 조합비용으로 변호사 선임료를 지출한 것이고, 이는 조합장으로서 선량한 관리자의 주의의무를 이행한 것이어서 형법 제20조의 정당행위에 해당함에도 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실에 대하여 유죄로 판단하였다.

7) 조합 자료 미공개에 의한 주택법위반의 점

피고인 1이 조합 자료를 공개하지 않은 것은 비상대책위원회를 칭하며 조합 사업을 방해하는 세력에 대응하여 조합 자료가 악용될 경우의 위험성에 대한 검토를 위하여 일시적으로 취한 조치에 불과하여 형법 제20조의 정당행위에 해당함에도 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 위법하다.

나. 양형부당

피고인 1에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 피고인 2

가. 사실오인 및 법리오해

1) ○○○지구 토지 매입비 등 750,000,000원 수령에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 2와 피해자 조합 설립추진위원회(이하 '피해자 추진위'라 한다) 및 피해자 조합과의 사이에는 재산상 이익을 보호·관리하는 것을 전형적·본질적 내용으로 하는 신임관계가 존재하지 않으므로 피고인 2를 '타인의 사무를 처리하

는 자'라고 볼 수 없다.

나) 이 사건 사업 초기의 피해자 추진위는 피고인 2가 주도하여 구성한 것이어서 피고인 2와 실질적으로 동일하다고 할 수 있었고, 피고인 2는 이 사건 사업 진행에 앞서 도시개발사업을 추진하기 위하여 공소외 21 주식회사(이하 '공소외 21 회사'라 한다)로 하여금 사업부지를 매입하여 도시개발사업을 완료한 후 이를 피해자 조합에 이전하는 방식으로 사업을 진행하기로 하고, 그 집행 근거를 마련하기 위해 공소외 21 회사와 피해자 추진위 사이의 토지매매계약을 작성하였는데, 그 실질은 순수한 토지매매계약과 여러 가지 용역계약이 포함된 것이었다.

피해자 추진위의 위원장 피고인 3도 자신이 운영하는 □□□□□□를 통하여 용역비를 지급받음으로써 위 토지매매계약서의 존재 및 공소외 21 회사가 피해자 추진위를 위하여 수행한 도시개발사업용역에 따른 대가를 수령하는 것임을 충분히 인식하고 있었다.

공소외 21 회사는 공소외 2 회사가 업무대행사로서 수행하는 이 사건 사업과 명백히 구분되는 도시개발사업에 관한 용역을 수행하였고, 피고인 2로서는 이에 따른 대가를 지급받을 권리 또는 상법 제61조에 따른 상인의 보수청구권에 기하여 위 토지매매계약서 및 피해자 추진위와 공소외 8 주식회사(이하 '공소외 8 회사'라 한다) 사이의 자금관리대리사무계약에서 정한 절차에 따라 적법·정당하게 용역비를 출금 받은 것이다.

따라서 피고인 2에게 어떠한 임무위배행위 및 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없고 피해자 조합에 손해를 발생시켰다고 볼 수도 없다.

2) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분) 및 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 공모관계 관련 공소사실 특정, 증명의 방법 및 정도

피고인들의 공모관계에 관하여 공소사실이 특정되지 않았고, 피고인 2에게 배임죄가 인정되기 위해서는 피고인 1, 피고인 3과 이익대립관계에 있는 피고인 2가 사회적 상당성의 범위를 벗어나 배임행위에 적극 가담하였다는 등의 특별한 사정이 필요함에도 이러한 점이 증명되지 않았다.

피고인 2는 피해자 조합의 업무대행사의 대표이사 지위에서 지극히 일상적인 업무를 수행했을 뿐 피고인 1의 배임행위에 적극 가담한 사실이 없다.

나) 경계지 7필지 이전 관련

(1) 공소외 2 회사는 피해자 조합이 2017. 8. 1. 사업계획승인을 받음으로써 당초 업무대행계약에서 정한 바에 따라 피해자 조합에 대하여 10,912,000,000원 전액을 청구할 업무대행비 청구권을 가지게 되었고(피해자 조합과 공소외 2 회사 사이의 업무대행계약이 해지된다 하더라도 위 청구권이 소멸하지 않는다), 업무대행계약에서 정한 업무도 모두 완료한 상태였다.

공소외 2 회사는 피해자 조합이 업무대행비 잔금 지급을 거절함에 따라 업무대행계약을 해지하였을 뿐이므로 이를 배임의 징표로 삼을 수 없다.

이 사건 공사도급계약으로 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급의무의 변제기가 유예된 것일 뿐이고, 공소외 2 회사로서는 피해자 조합 잔여토지를 업무대행비에 대한 대물로 지급받는 것과 관련하여 공소외 3 회사와 협의할 의무를 부담한다고 볼 수 없다.

이 사건 공사도급계약 제17조 제12호는 분양수입금 인출 순위에 관한 규정일 뿐 업무대행비의 지급 여부 자체를 제한하는 규정으로 볼 수 없으며, 업무대행비를 현금 지급이 아닌 사업 외 부지로 대물변제하는 것은 그 지급시기를 조정할 아무런 이유나 필요성이 없었고 공소외 3 회사와도 이미 협의가 완료된 것이기에 이를 반영하여 위 제17조 제12호 단서조항을 둔 것이다.

경계지 7필지의 대물변제는 피해자 조합 내부의 정당한 절차를 거쳐 이루어졌고, 피고인 2와 피해자 조합 사이에 경계지 7필지에 관하여 근저당권을 설정하기로 하는 합의가 존재하지도 않으며, 이중담보권 설정은 배임죄를 구성하지도 않으므로, 이와 관련하여 피고인 2의 임무위배행위가 있다거나 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없다.

(2) 공소외 2 회사는 피고인 2가 업무대행계약을 해지할 즈음에 이미 피해자 조합과의 업무대행계약에서 정한 업무를 모두 완료하였으므로, 피고인 2는 피해자 조합이 장기간 지급을 지연하던 업무대행비를 정당하게 지급받았을 뿐이다.

또한 경계지 7필지는 사업 외 부지로서 피해자 조합의 사업이 완료된 이후 어차피 매각했어야 할 대지이므로 이를 대물변제한 것은 피해자 조합에 이익을 주는 것일 뿐 손해라고 볼 수 없다.

설령 손해가 있다고 하더라도 그 손해는 '유동성 장애'의 손해로 구체적인 액수를 산정할 수 있는 손해가 아니므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용할 수 없다.

다) 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급 관련

이 사건 공사도급계약에 의하면 공소외 2 회사는 총 5,456,000,000원(=10,912,000,000 원×1/2)의 업무대행비를 계약금 및 중도금으로 지급받을 수 있었는데, 피해자 조합으로부터 4,125,000,000원을 지급받았으므로 그 차액인 1,331,000,000원이 계약금 및 중도금 잔액으로 남아 있었다.

경계지 7필지 이전을 통한 5,100,000,000원의 지급은 현금으로 받을 권리가 있는 계약금 및 중도금이 아니라 현금으로 지급받을 시기가 도래하지 않은 잔금을 지급받은 것이므로, 피고인 2의 2017. 11. 30.자 업무대행비 550,000,000원의 지급 청구는 위 계약금 및 중도금 잔액인 1,331,000,000원 중 일부의 지급을 정당하게 청구한 것일 뿐이어서 배임죄가 성립되지 않는다.

3) 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 이 사건 약정을 체결할 당시 피해자 조합은 주택법상 '사업주체'에 해당하지 않았고, 이 사건 약정은 정지조건부 약정에 불과하며, 조합원 자격이 없는 사람들과 이 사건 약정을 체결한 행위는 '입주자 모집행위' 또는 '주택 공급신청행위'에 해당하지 않아 이를 주택법상 '주택의 공급'에 해당한다고 볼 수 없다.

주택법상 '사업주체'와 '주택의 공급'의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 위배된다.

또한 피고인 2로서는 이 사건 약정이 주택법을 위반할 소지가 있다는 점에 대한 인식, 즉 위법성의 인식을 가질 수 없었다.

4) 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 2와 피고인 1의 이 부분 범행의 공모관계에 관하여 공소사실이 특정되지 않았고, 피고인 2는 피해자 조합의 아파트 분양 업무에 적극적으로 관여하지 않았으므로 배임죄의 공동정범이 될 수 없다.

나) 피해자 조합의 재정상황상 사업비 마련을 위하여 불가피하게 이 사건 약정을 체결할 수밖에 없었고, 이로 인하여 피해자 조합이 얻은 재산상 이익은 위 약정으로 부담할 수도 있는 손해배상채무액보다 훨씬 크며, 미분양 세대가 발생하였다 하여도 피해자 조합이 이 사건 약정의 계약 상대방들에게 부담하는 5,000,000원씩의 채무는 이 사건 약정을 통하여 받은 계약금의 이자 정도에 불과하므로 피해자 조합에 손해가 발생한 것으로 볼 수 없다.

미승인 입주자 모집 관련 손해배상약정에 의한 손해액 214,500,000원은 이 사건 약정으로 인해 발생한 손해라기보다 피해자 조합의 현 집행부의 선부른 약정 해제로 인해 발생한 손해일 뿐이고, 공소외 7 회사는 용역 수행에 따른 정당한 용역비를 지급받은 것이다.

따라서 이와 관련하여 임무위배행위 및 배임의 고의가 있다거나 피해자 조합에 손해가 발생했다고 볼 수 없다.

나. 양형부당

피고인 2에 대한 원심의 형(징역 4년 6개월)은 너무 무거워서 부당하다.

3. 피고인 3

가. 사실오인 및 법리오해

1) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분)

가) 피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 경계지 7필지 이전과 관련하여 업무상 임무위배행위가 있었다거나 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

나) 피고인 3은 경계지 7필지에 대한 매매계약체결에 관여한 적이 없고, 근저당권 설정과 관련한 특약내용은 전혀 알지 못하였음에도 불구하고, 원심은 믿기 어려운 공소외 5의 진술 등을 근거로 사실을 오인하고 법리를 오해하여 피고인 3을 공동정범으로 인정하였다.

2) 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점

피고인 3은 이 사건 사업의 시공사로 이미 공소외 3 회사가 확고히 예정되어 있던 상태에서 다른 건설사를 끌어들여 공소외 3 회사를 압박하여 공사비 협상을 하고자 하였을 뿐, 주택법상의 '시공사 선정에 관한 업무'를 한 것이 아니다.

3) 2,310,000,000원 상당 무자격 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약 및 지급명령 등과 관련하여 피고인 3이 배임행위를 하였다거나 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조의 위반죄가 성립한다거나 배임죄의 기수로 판단할 수 없다.

피고인 3은 이 사건 용역계약을 통하여 실제로 얻은 이익도 없고, 피해자 조합에 손해를 가한다는 인식이나 의사를 가지고 있었던 것도 아니므로 배임의 범의도 인정되지 않는다.

4) 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 이 부분 공소사실 기재 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당한다.

나. 양형부당

피고인 3에 대한 원심의 형(징역 4년 6개월)은 너무 무거워서 부당하다.

4. 검사

가. 사실오인(주문 무죄 부분)

1) 피고인 1의 사전자기기록등변작의 점 및 변작사전자기기록등행사의 점

피해자 조합 소유인 경계지 7필지를 토지매입가격의 120%인 5,454,545,000원(부가세 별도)에 업무대행비로 지급하기로 결의하였다는 내용이 기재된 피해자 조합의 2017. 10. 27.자 제29차 임원회의 회의록이 진정하게 성립되어 있음에도 불구하고, 원심은 위 회의록 전자파일이 진정하게 작성된 사실을 인정할 수 없다고 하면서 피고인 1의 이 부분 각 공소사실을 무죄로 잘못 판단하였다.

2) 피고인 3의 조합 자료 미공개로 인한 주택법위반의 점

피고인 3은 피해자 조합의 업무를 주도적으로 관여하고 결정하였으므로 조합자료 미공개와 관련한 피고인 3의 공모관계를 충분히 인정할 수 있음에도 불구하고, 원심은 피고인 3의 공모사실이 인정되지 않는다고 보아 피고인 3의 이 부분 공소사실을 무죄로 잘못 판단하였다.

나. 양형부당

피고인들에 대한 원심의 위 각 형은 너무 가벼워서 부당하다.

Ⅲ. 판단

1. 피고인 2의 ○○○지구 토지 매입비 등 750,000,000원 수령에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 피고인이 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하는지 여부

1) 피고인은 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제26 내지 28쪽의 '유죄의 이유 1. 나. 이 사건 당시 업무대행사의 대표이사인 피고인 2가 "타인의 사무를 처리하는 자"에 해당하는지 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인의 주장을 배척하였다.

2) 원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인이 피해자 추진위 또는 피해자 조합의 자금을 관리하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없으므로 피고인의 이 부분 주장을 받아들이지 않는다.

① 피고인은 검찰 조사에서 '피고인 3과 함께 이 사건 사업 부지에 대하여 공소외 9를 통하여 토지작업을 한 후 개발 사업을 추진하려고 하였는데, 주택조합에 의한 방식으로 사업을 진행하게 된 것은, 일반분양방식으로 사업을 진행하려면 시공사로부터 돈을 빌려야 하고, 이 사건 사업 부지에 대한 도시개발사업을 진행하기 전에는 시공사로부터 돈을 빌리기 어렵기 때문이었다'라는 취지로 진술하였다.

피고인은 피해자 조합의 추진위를 설립하기 전인 2015. 5.경 공소외 8 회사 사무실에서 전 법무사 공소외 10, 공소외 11 사무소 사무장인 공소외 12, 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14와 함께 이 사건 사업 부지에 대한 도시개발사업

에 대하여 논의하기도 하였으며, 피해자 조합의 규약도 피고인이 직접 만들었다.

이러한 사정들로 보아 피고인은 단순히 피해자 조합을 위한 업무대행사의 대표이사의 지위에 있었던 것만이 아니라 피해자 조합이 설립되기 이전부터 주도적으로 이 사건 사업을 추진하던 주요 인물이었다.

- ② 피고인 3의 검찰 조사 당시 진술에 의하면, 피해자 조합과 공소외 21 회사 사이의 2015. 10. 1.자 토지매매계약서(이하 '이 사건 매매계약서'라 한다)가 작성될 당시와 피해자 조합의 자금 750,000,000원을 공소외 21 회사로 인출한 시기는 피고인 3의 건강상태가 좋지 않아 피고인이 이 사건 사업과 관련한 업무 전반을 알아서 처리하던 때였다.
- ③ 피고인은, 공소외 2 회사, 피해자 추진위 및 피해자 조합, 공소외 8 회사가 체결한 자금관리대리사무계약에서 사업비 집행방법(제4조)에 관하여 자금 집행 시 '피해자 추진위 위원장(피고인 3)이 공소외 2 회사의 자금집행 요청서 검토 및 동의'를 필수사항으로 정하고 있음을 들어 피고인이 전적으로 피해자 조합의 자금관리업무를 대행하는 지위에 있었던 것으로는 볼 수 없다고 주장한다.

그러나 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15는 수사기관 및 원심법정에서 '자금집행 요청서와 공문에 피고인 3의 직인이 찍혀있어 피해자 조합이 동의를 한 것으로 판단하였을 뿐, 피고인 3에게 직접 확인한 사실은 없다'라는 취지로 진술하였는데, 당시 피고인은 피고인 3의 직인을 가지고 있었고, 피고인 3도 위 ②항에서 본 바와 같이 당시 피해자 추진위 내지 피해자 조합의 업무를 피고인에게 모두 맡겼던 것으로 보이므로, 위와 같은 자금관리사무 계약에서 자금집행의 절차에 관하여 정하고 있는 조항과는 무관하게 피고인과 피해자 조합 사이에 신임관계가 존재하는 것으로 봄이 타당하다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 배임행위, 고의 및 손해의 발생 인정 여부

- 1) 배임죄 구성에 있어서 임무에 위배하는 행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함한다(대법원 1990. 6. 8. 선고 89도1417 판결 등 참조). 업무상배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 임무 위배의 인식과 그로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 인식, 즉 배임의 고의가 있어야 하는데, 이러한 인식은 미필적 인식으로도 충분하고, 피고인이 배임의 범의를 부인하는 경우에 배임의 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인지는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1523 판결 등 참조).
- 2) 피고인은 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제28 내지 37쪽의 '유죄의 이유 1. 다. 배임행위와 고의의 인정 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인의 주장을 배척하였다.
- 3) 원심의 위와 같은 판단을 앞서 본 법리에 기초하여 기록과 대조하여 면밀히 살펴보면, 피고인이 피해자 추진위 또는 피해자 조합에 대하여 배임행위를 한 사실, 피고인의 배임의 고의와 이로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

피고인이 당심에서 거듭 강조하는 쟁점에 대하여 다시 살펴보더라도 다음과 같은 이유로 피고인의 이 부분 주장은 받아들이기 어렵다.

가) 피고인은 도시개발사업의 주체가 될 수 없는 피해자 추진위를 위하여 도시개발업무를 성실히 수행하였고, 이에 따른 용역비 청구권을 가지게 되었으며, 이러한 도시개발사업 용역비를 피해자 조합이 지급할 의무가 있어 이 부분 공소사실 기재 금액을 용역비로 청구한 것이며, 자금 출금에 대한 최종 결정권이 있는 공소외 8 회사가 승인하여 이를 수령한 것일 뿐이라고 주장한다.

그러나 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래의 사정들에 의하면, 피고인이 피해자 조합에 대하여 도시개발사업 수행에 따른 용역비 청구권을 가진다고 보기 어렵고, 공소외 8 회사의 승인과 무관하게 배임죄 성립이 가능하므로, 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

① 피고인은 수사기관에서 '공소외 21 회사는 도시개발사업의 주체가 될 수 없고, 도시개발사업을 컨트롤하기 위한 것이기 때문에 자격이 필요 없다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 16은 원심법정에서 '공소외 21 회사는 자기 명의로 도시개발사업을 시행할 수 없었다'라는 취지로 진술한 점 등에 의하면, 공소외 21 회사 또한 도시개발사업을 직접 수행할 수 있는 자격이 없었던 것으로 보인다.

그렇다면 공소외 21 회사가 하였다고 주장하는 도시개발업무는 반드시 공소외 21 회사가 주체가 되어 수행되었어야 할 필연적인 이유가 있었다고 보기 어려운바, 그럼에도 피고인은 공소외 21 회사가 실제로 어떠한 업무를 하였는지도 불분명하고 업무수행에 대한 적법·유효한 계약상 근거도 없는 상황에서 어떠한 합리적인 산정기준도 없이 과다하게 책정된 용역비를 근거로 자금 집행을 청구하였다(이 사건 매매계약서상의 매매대금 700억 원 중 순수 토지매입비로 약 600억 원, 각종 용역비로 약 80억 원을 제외하고 공소외 21 회사의 용역비로는 약 20억 원 정도만을 예정한 것이라는 피고인의 주장을 감안하더라도 마찬가지이다).

② 공소외 8 회사의 공소외 13은 원심법정에서 "저희가 승인을 할 수 있는 건 아니고요. 대리사무계약에 의하면 업무대행사가 요청을 하고 조합 추진위가 검토하고 동의를 해서 그런 시스템이 있어야 돈이 나가고, 저희 마음대로 돈이 나가거나 그런 경우는 없습니다.

저희가 돈이 나가는 경우는 어쨌든 업무대행사, 아니 그러니까 뭐 조합 추진위가 도장을 찍어야 나갈 수 있는 그런 겁니다"라고 진술하였다.

이에 비추어 보면 공소외 8 회사의 자금집행 결정에서 피해자 조합의 검토 및 동의 유무가 가장 중요한 요건이라 할 것이고, 자금집행과 관련하여 공소외 8 회사가 피해자 조합에 우선하는 최종 결정권자라고 볼 수도 없다.

피고인은 자신이 임의로 직접 작성한 이 사건 매매계약서와 피고인 3의 직인을 가지고 피해자 조합의 자금집행의 요청 및 동의가 있는 것처럼 외관을 형성하였고, 이로써 피해자 조합의 동의가 있는 것으로 신뢰한 공소외 8 회사로부터 자금을 인출 받았던 것이므로, 공소외 8 회사의 자금집행 결정을 통하여 자금인출이 이루어졌다는 사정은 피고인의 배임죄 성립에 영향을 미친다고 볼 수 없다.

나) 피고인은, 이 사건 매매계약서는 도시개발사업 등의 근거를 위해 개괄적으로 작성된 것이고, 추후 특약사항을 통해 구체적인 내용을 정하고자 한 것이며, 피고인 3도 위 매매계약을 충분히 인지할 수 있었고, 피해자 조합은 2016. 4. 29.자 창립총회를 통하여 피해자 추진위와 관련된 사항을 포괄승계 하였으므로 이 사건 매매계약서에 기한 권리관계도 포괄승계된 것이라고 주장한다.

그러나 아래의 사정들에 의하면, 피고인 3은 이 사건 매매계약서 작성 사실을 알지 못하였다고 봄이 타당하고, 피해자 조합의 총회에 위 계약 사실이 보고되었다고 볼 자료도 보이지 않으므로 피해자 조합이 위 매매계약서에 기한 권리 관계를 승계하였다고 볼 수 없다.

따라서 피고인의 위 주장도 받아들일 수 없다.

① 피고인은 수사기관에서 '공소외 21 회사의 용역에 대하여 조합원들에게 이야기한 적은 없다, 피고인 3은 도시개발업무로 별도의 계약을 체결하지 않겠다고 하였다'라는 취지로 진술하였으며, 피고인 3도 수사기관에서 '공소외 21 회사로 집행된 500,000,000원은 잘못 지급된 것으로 나중에 회수되었다, 피고인이 동의 없이 임의로 작성한 이 사건 매매계약서로 인출 받은 것이다, 공소외 21 회사의 용역을 허락한 적이 없으며, 알았다면 총회의 승인이나 동의를 받았을 것이고, 용역계약의 조건도 협의한 바 없다, 총회에 보고한 적도 없다'라는 취지로 진술하였다.

② 2016. 6. 26.자 녹취서에 의하더라도 피고인 3이 공소외 17에게 이 사건 매매계약서가 작성된 사실, 피고인이 750,000,000원을 용역비로 인출한 사실을 몰랐다는 취지로 이야기하고 있음을 알 수 있고, 공소외 17 또한 원심법정에서 피고인 3은 피고인이 500,000,000 원을 용역비로 인출한 사실을 알지 못하고 있었다고 진술하였다.

다) 피고인은, 피해자 추진위가 설립되기 전인 2015. 5.경 공소외 12, 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14 등과 함께 도시개발사업과 관련한 논의를 하여 이 사건 매매계약서를 작성한 것이고, 공소외 8 회사는 위 매매계약서를 근거로 공소외 21 회사에 750,000,000원을 도시개발사업에 대한 용역비로 지급하였으며, 공소외 21 회사와 □□□□□□ 사이의 용역계약에 근거하여 □□□□□□에 용역비를 지급하였으므로 □□□□□□의 운영자인 피고인 3이 이 사건 매매계약서에 근거하여 공소외 21 회사에 용역비를 지급하였다는 것을 알 수밖에 없다고 주장한다.

그러나 아래의 사정들을 고려하면, 피고인이 주장하는 위 사정들만으로 피고인 3이 이 사건 매매계약서의 존재 및 위 매매계약이 용역비 지급의 근거라는 점을 알았다고 보기 어렵다.

① 공소외 8 회사의 공소외 14, 공소외 15는 수사기관에서 '공소외 8 회사는 피고인과 도시개발사업 전체 구조에 대하여 의논한 적은 있으나, 공소외 21 회사의 용역비에 대하여는 협의한 적은 없다', '공소외 21 회사에 지급한 750,000,000원은 도시개발 운영비 명목이 아닌 토지비로 준 것이고, 이 사건 매매계약서의 특약사항에 매수인인 피해자 조합이 토지주와 계약한 사항을 확인한다고 되어 있어 이에 근거하여 지급한 것이다', '공소외 8 회사가 피고인에게 보낸 2017. 2. 13.자 공문에서 공소외 21 회사에 집행한 자금은 토지대금이 아닌 도시개발자금 운영비 명목으로 지급한 것이라는 내용도 사실이 아니고, 피고인이 요구하여 위와 같은 내용의 공문을 보낸 것이다'라는 취지로 진술하였는데, 원심법정에서는 '토지비 명목으로 준 운영비이고, 토지개발사업과 관련한 비용으로 쓰일 것이라 생각하였다', '공소외 21 회사에 지급한 500,000,000원은 도시개발사업에 대한 대가라기보다는 토지를 사는 데 필요한 비용을 포함하여 사업에 필요한 비용이라 생각하여 지급한 것이다'라는 취지로 진술하였다.

위 진술들에 비추어 보면, 피고인과 공소외 8 회사가 도시개발사업에 대한 용역비를 논의한 적은 없는 것으로 보이고, 공소외 8 회사는 공소외 21 회사가 청구하는 비용의 명목이 토지비인지 아니면 운영비인지를 확인하거나 그 비용이 세부적으로 어떻게 산정되었는지를 정확히 확인하지 않고 자금을 집행한 것으로 보인다.

② 앞서 본 바와 같이 이 사건 매매계약서는 피고인 3과는 전혀 논의되지 않은 채 작성된 것으로 보이므로, 피고인 3이 운영하는 □□□□□□이 공소외 21 회사와의 토지매입용역계약을 체결하고 그 용역에 따라 용역비를 지급받았다는 사실만으로 곧바로 피고인 3이 이 사건 매매계약서에 근거하여 공소외 21 회사에 용역비를 지급하였음을 인식할 수 있었다고 보기는 어렵다.

2. 피고인들의 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점 및 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 이 부분 각 공소사실 특정 관련(피고인 2의 주장에 대하여)

1) 관련 법리

가) 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립한다.

이러한 공모관계를 인정하기 위해서는 엄격한 증거가 요구되지만, 피고인이 범죄의 주관적 요소인 공모관계를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없다(대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결 등 참조).

나) 형사소송법 제254조 제4항에 의하면 "공소사실의 기재는 범죄의 일시, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다.

"라고 되어 있는바, 이와 같이 공소사실의 특정을 요구하는 법의 취지는 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 데에 있으므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시, 장소 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위의 정도에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그 공소내용이 특정되지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도11042 판결 등 참조). 그리고 공소 제기된 범죄의 성격에 비추어 그 공소의 원인이 된 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 그 일시·장소·방법·목적 등을 적시하여 특정하면 족하고, 공모의 시간·장소·내용 등을 구체적으로 명시하지 아니하였다거나 그 일부가 다소 불명확하더라도 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 그 공소사실을 특정할 수 있고, 그리하여 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그와 같은 이유만으로 공소사실이 특정되지 아니하였다고 할 수 없다(대법원 2018. 1. 25. 선고 2016도 6757 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

위 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실에 피고인들의 배임행위와 관련한 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되어 있지 아니한 것은 사실이나, 피해자 조합의 조합장으로서 조합 업무 전반을 관장하고 있는 피고인 1, 피해자 조합의 전 조합장 또는 고문 및 자문위원의 지위에서 조합 업무에 관여하여 온 피고인 3, 피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사의 대표이사로서 피해자 조합의 업무 전반을 대행하는 지위에 있는 피고인 2가 어느 한 시기에 한 장소에 모여 범행을 공모한 것이 아니라 수시로 연락을 주고받으면서 암묵적으로 공모를 하고, 피고인들이 각 지위에 기하여 업무를 지시하거나 관장하는 방식으로 이 부분 범죄에 가담한 것이기에 공모의 시기, 장소, 방법 등

이 명확하게 기재되지 못하는 것은 불가피한 측면이 있고, 이 부분 공소사실에는 배임행위의 시기, 내용, 방법 등이 다른 사실과 식별할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 특정되어 있으므로, 위와 같은 공소사실 기재로 인해 피고인 2의 방어권 행사에 별다른 지장은 없는 것으로 보인다.

따라서 이 부분 공소사실은 충분히 특정되었다고 할 것이므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나. 경계지 7필지 이전 관련 부분(피고인들)

1) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피해자 추진위와 공소외 2 회사는 2015. 9. 1. 이 사건 사업에 관하여 업무대행비를 1세대당 10,000,000원으로 정한 업무대행계약(이하 '이 사건 업무대행계약'이라 한다)을 체결하면서, 계약금 10%는 계약 시에, 1차 중도금 40%는 조합 설립신청 시에, 2차 중도금 40%는 조합 설립인가 후에, 잔금 10%는 사업계획 승인 후에 지급하기로 정하였다.
- ② 피해자 조합은 2016. 4. 29. 창립총회를 개최하며 피해자 추진위가 체결한 계약 등을 포괄승계하기로 결의하였고, 2016. 7. 22. 조합 설립인가를 받았으며, 2017. 8. 1. 이 사건 사업 부지에 아파트 992세대를 건축하는 주택건설사업 계획에 대한 승인이 이루어졌다.
- ③ 공소외 21 회사는 피고인 2가 2015. 8. 5. 설립한 회사이고, 피고인 3은 2017년경 피고인 1 명의로 공소외 21 회사의 50% 지분권을 가지게 되었는데, 2017. 10.경 피고인 1의 누나인 공소외 18을 공소외 21 회사의 공동대표이사로 취임시켰다.
- ④ 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 3 회사는 2017. 11. 22. 이 사건 공사도급계약을 체결하였는데, 도급계약서 제 17조 제12호는 아래와 같이 규정하고 있다.

그리고 당시는 일반분양이 진행되기 전이었으며, 공소외 2 회사는 당시까지 피해자 조합으로부터 합계 4,125,000,000원의 업무대행비를 지급받았다.

12. 조합 대행 업무용역비는 일백 구억 일천 이백만 원(10,912,000,000원, 부가세 포함)으로 하며, 피해자 조합과 공소외 2 회사의 용역계약서에 근거하여 아래 각 호와 같이 인출하기로 하되, 공사도급계약 체결 후 소급하여 적용하기로 한다.

- ① 계약 시: 업무용역비의 10% ② 조합설립인가 신청 시: 업무용역비의 40% ③ 일반분양 계약을 50% 달성 후: 업무용역비의 10% ④ 잔금: 업무용역비의 40%(목표분양률 60%, 70% 달성 시 각 10% 지급, 공사비 등 전액회수 시점에 업무용역비 20% 지급) - 조합 대행 업무용역비의 40%(43.6억)는 판촉예비비(7억)의 사용 없이 목표분양률 달성 시 지급하되, 사용금액이 있을 경우 공소외 3 회사가 단독으로 결정하여 차감지급 또는 지급하지 않을 수 있다.

- 단, 업무용역비를 조합 잔여토지로 지급하는 경우 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사가 별도로 협의하여 지급한다.

(주16) (이하 생략)

지급한다.

- ⑤ 피해자 조합 측과 공소외 21 회사 측은 2017. 11. 24.경 처음 경계지 7필지에 관한 매매계약서를 작성하였다가, 세부 내용의 수정을 거쳐 2017. 11. 30. 이 사건 사업 부지에서 제외된 잔여토지에 해당하나 ○○○지구 사업구역에 포함

되어 있는 경계지 7필지를 합계 5,100,000,000원에 공소외 2 회사의 업무대행비 명목으로 대물지급하는 내용의 매매계약을 작성하였다.

그런데 위 매매계약서에는 특약사항으로 "소유권이전 후 4,590,000,000원의 근저당을 설정하기로 한다(공소외 21 회사는 근저당권설정자, 피해자 조합은 근저당권자이다)", "잔금(잔금 지급일은 2018. 2. 20.로 기재됨) 전에 매수인과 매도인은 합의하여 소유권 이전 하되, 잔금액만큼 근저당을 설정하기로 한다"라는 내용이 기재되어 있었다.

⑥ 2017. 11. 30. 경계지 7필지 중 피고인 1 명의로 신탁되어 있었던 토지들은 피고인 2에게, 피해자 조합 명의의 토지들은 공소외 21 회사에 2017. 11. 24. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다.

그리고 피고인 2는 같은 날 경계지 7필지에 관하여 공소외 4 회사 앞으로 ○○○지구 사업 대여금 17,500,000,000원의 담보 목적으로 가등기를 마쳐 주었다.

⑦ 피고인 2는 2017. 12. 29. 피해자 조합 측에 2017. 12. 31.자로 이 사건 업무대행계약이 중단됨을 통보하였고, 공소외 2 회사는 이 사건 사업에서 이탈하였다.

⑧ 피해자 조합은 2018. 7. 19. 입주자 모집공고를 승인받았고, 이후 일반분양을 시작하였다.

2) 구체적 판단

가) 피고인 1의 임무위배행위 성립 여부

위 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 1이 공소외 21 회사에 경계지 7필지를 대물지급한 것은 피해자 조합의 이익을 최우선으로 하여야 하는 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 한 것으로서 배임행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 원심이 피고인 1이 배임행위를 한 것으로 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리 오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(1) 이 사건 공사도급계약에 이 사건 단서조항이 삽입된 경위

① 2017. 8. 1. 이 사건 사업의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 이 사건 업무대행계약에서 당초 정한 바에 따라 피해자 조합이 공소외 2 회사에 지급하여야 하는 업무대행비의 지급시기는 일단 도래하였다.

뒤에서 보는 바와 같이 공소외 2 회사는 피해자 조합과의 업무대행계약에서 정한 업무용역을 대부분 완료한 상태이기도 하였다.

그러나 피해자 조합의 업무대행비 지급이 지연되자 피고인 2는 피해자 조합에 업무대행비를 토지로 지급하여 달라고 요구하였고, 이후 피해자 조합과 피고인 2는 대물지급 문제를 협상하였다.

② 공소외 3 회사는 2017. 11. 14. 피고인 2에게 공사도급계약서 초안을 보냈고, 이 초안에는 업무대행비를 당초의 업무대행계약상의 지급시기보다 늦추어 조합설립 인가 신청 시까지 업무용역비의 50%만을 지급하는 등의 내용으로 규정하고 있었고, 이 사건 단서조항과 같은 내용의 조항은 기재되어 있지 않았다.

피고인 2는 2017. 11. 15. 공소외 3 회사와 공사도급계약과 관련하여 협상을 하는 자리에서 토지를 대물로 지급하는 경우에는 예외로 할 수 있도록 요청하면서 이 사건 단서조항의 삽입을 요구하였고, 이에 따라 위 단서조항이 이 사건 공사도급계약서에 삽입되게 되었다.

(2) 업무대행비 지급시기의 변경을 무시한 대물변제

① 이 사건 공사도급계약서 제17조가 공소외 2 회사의 업무대행비에 우선하여 분양수입금 잔액을 인출해 공사비에 충당하기 위한 공소외 3 회사의 요청을 반영하여 '분양수입금의 인출 배분'에 관하여 마련된 조항이라 하더라도, 앞서 본 이 사건 단서조항의 삽입 경위, 이 사건 공사도급계약에 업무대행사인 공소외 2 회사가 당사자로 참여하여 업무대행비의 지급시기에 관하여 새로이 약정한 점, 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항에서는 업무대행비의 총 액수 및 그 지급시기를 세분하여 정하고 있고, 이 사건 단서조항은 분양수입금과 무관한 잔여토지에 의한 업무대행비 지급임에도 위 조항의 단서로 삽입된 점 등에 비추어 보면, 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기는 토지 등으로 대물지급하는 경우이든 현금으로 지급하는 경우이든 모두 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항이 정한 바에 따라 변경되었다고 봄이 타당하다.

② 앞서 본 바와 같이 2017. 8. 1. 이 사건 사업의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 이 사건 업무대행계약상의 업무대행비의 지급시기는 전부 도래하게 되었으나, 피해자 조합으로서는 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기를 유예할 수 있게 되었다.

즉, 이 사건 공사도급계약에 의하면 피해자 조합이 경계지 7필지의 소유권을 이전할 당시인 2017. 11. 30.에는 일반분양을 시작하기 전이었으므로 총 업무대행비 10,912,000,000원의 50%인 5,456,000,000원에 대하여만 그 지급시기가 도래한 상황이었다.

위와 같은 업무대행비 지급시기 유예가 시공사의 이익을 위한 공소외 3 회사의 요청에 의한 것이었다 할지라도 피해자 조합의 재정적 상황 등을 고려할 때 업무대행비의 지급시기를 연기 받을 수 있는 기회가 생긴 것은 피해자 조합의 재산을 더 오랜 기간 보전할 수 있다는 측면에서 피해자 조합에게도 유리한 것이었다.

③ 피해자 조합이 2017. 11. 30.경까지 공소외 2 회사에 지급한 업무대행비는 4,125,000,000원이었으므로, 위 시기를 기준으로 공소외 2 회사가 지급을 청구할 수 있는 업무대행비는 1,331,000,000원뿐이었다.

그런데 피고인 1은 위와 같이 업무대행비의 지급시기가 유예됨으로 인하여 확보하게 된 기한의 이익을 포기하고 공소외 2 회사의 업무대행비 5,100,000,000원에 대한 대물변제 명목으로 공소외 21 회사에 경계지 7필지의 소유권을 이전하였다.

(3) 공소외 3 회사와의 협의 없는 대물변제

① 2017. 11. 15.자 녹취서에 의하여 알 수 있는 피고인 1, 피고인 2, 공소외 3 회사의 공소외 19 사이의 대화내용과 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항의 문언 등을 모두 종합하여 보면, 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사는 '별도로 협의를 한다면' 피해자 조합의 잔여토지로써 업무대행비를 지급하는 것도 가능하다는 취지에서 이 사건 단서조항을 삽입한 것으로 보인다.

따라서 피고인 1이 공소외 2 회사에 대하여 업무대행비를 피해자 조합의 잔여토지로 지급하기 위해서는 공소외 3 회사와의 협의가 필요하였다.

그럼에도 피고인 1은 잔여토지를 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 대물변제로 지급할지 여부, 잔여토지 중 어떠한 토지를 어느 정도의 가액으로 평가하여 대물변제를 할 것인지 등을 공소외 3 회사와 전혀 협의하지 않은 채 경계지

7필지의 소유권을 공소외 21 회사에 이전해주었다.

- ② 피고인들은, 이 사건 공사도급계약 체결 당시 당사자들 사이에서 경계지 7필지에 대한 대물변제 협의 자체는 완료된 상황에서 그와 같이 협의된 결과를 명확하게 확인해두고자 이 사건 단서조항을 기재한 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 이 사건 단서조항의 문언이 "별도로 협의하여 지급한다"라고 기재되어 있을 뿐 그 지급 대상이 경계지 7필지로 특정되어 있지 않은 점에 비추어 이 사건 공사도급계약 체결 당시 경계지 7필지를 목적물로 하는 대물변제에 관한 협의는 이루어지지 않은 것으로 봄이 타당하고, 앞서 언급한 2017. 11. 15.자 녹취서의 기재에 의하더라도 피고인들 주장과 같은 내용의 협의가 완료되었음을 추단케 하는 대화가 이루어진 것으로 보이지도 않는다.

따라서 피고인들의 위 주장을 받아들일 수 없다.

- ③ 피고인들은, 피해자 조합이나 공소외 2 회사로서는 대물변제의 구체적인 방법(필지 및 가액의 특정)을 대물변제의 당사자가 아닌 공소외 3 회사와 협의할 의무가 없어 경계지 7필지의 대물변제 문제를 공소외 3 회사와 협의하지 않았다 하여 배임이 되는 것이 아니라는 취지로 주장한다.

그러나 공소외 3 회사와 피해자 조합, 공소외 2 회사가 이 사건 공사도급계약을 체결하여 피해자 조합이 공소외 2 회사에 지급할 업무대행비의 지급시기를 새로이 정하는 약정을 한 이상 조합장인 피고인 1로서는 조합의 잔여토지를 어느 정도의 가치로 평가하여 대물변제할 것인지에 관하여 공소외 3 회사와 협의할 의무를 부담하게 되었다고 봄이 타당하고, 피고인 1이 이러한 의무를 준수하지 않은 것은 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 해야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않은 것이라 할 것이다.

따라서 피고인들의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

- ④ 피고인 1과 피고인 3은, 이 사건 단서조항의 의미가 명확하지 않고, 이렇듯 불명확한 조항에 근거하여 피고인 1의 의무 위반 여부를 판단하여 배임행위를 한 것이라 단정할 수 없다고 주장하기도 한다.

그러나 앞서 보았듯이 이 사건 단서조항이 삽입된 경위와 그 문언, 이 사건 공사도급계약이 체결되면서 업무대행비의 지급시기가 변경된 점 등에 비추어 이 사건 단서조항의 의미가 불명확한 것이라 볼 수 없으므로, 피고인 1이 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 해야 할 것으로 기대되는 행위가 무엇인지도 충분히 알 수 있었다고 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고인 1과 피고인 3의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(4) 경계지 7필지에 관한 근저당권 설정 포기

- ① 피고인 1은 경계지 7필지의 소유권을 공소외 21 회사에 이전해주더라도 경계지 7필지에 관한 매매계약의 특약사항으로 정한 4,590,000,000원의 근저당권을 설정 받음으로써 피해자 조합의 재산을 어느 정도 보전할 수 있었다.

그러나 피고인 1은 이러한 근저당권설정등기도 설정받지 않고 포기한 채 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지의 소유권을 조건 없이 이전해주었고, 이에 따라 피고인 2로 하여금 경계지 7필지에 관하여 소유권이전등기가 마쳐진 날인 2017. 11. 30. 공소외 4 회사에 ○○○지구 사업 대여금에 대한 담보를 목적으로 가등기를 마칠 수 있도록 방치하였으며, 이로써 피해자 조합을 위하여 경계지 7필지의 교환가치를 보전할 방안을 상실하게 만들었다.

- ② 피고인들은 피해자 조합과 공소외 21 회사 사이에 경계지 7필지에 관하여 근저당권을 설정하기로 하는 합의가 존재하지 않았다고 주장하나, 위 주장은 받아들일 수 없다.

즉, 피고인 2는 2017. 11. 24. 당시 피해자 조합의 부조합장으로서 공인중개사 자격을 가진 공소외 5와 매매계약서 작성 내용을 협의하는 과정에서 "근저당금액은 매매가의 80%', '계약금 10%, 중도금 10%는 상계하는 거고 80%는 나중에"라는 말을 하였다.

이는 ○○○지구 사업에 필요한 경계지 7필지의 소유권을 조속히 이전받되, 협의한 경계지 7필지의 매매가액 5,100,000,000원 중 20%(계약금과 중도금의 합계액)인 1,020,000,000원을 업무대행비로 지급 받고, 나머지 교환가치인 80%는 피해자 조합에 근저당권으로 보전해 준다는 취지로 보인다.

여기에 공소외 5는 수사기관에서 '피고인 1에게 근저당도 해야 한다고 말을 하였고 그랬더니 피고인 1이 그냥 알았다는 취지로 말을 하였다'라고 진술한 점, 피고인 1도 검찰 조사에서 '경계지 7필지에 4,590,000,000원의 근저당권을 설정한다는 내용의 계약서가 작성된 사실을 알고 있었지만 다 넘어갈 돈이라 근저당권을 설정하지 않았다'는 취지로 진술한 점 등을 더하여 보면, 피고인 1은 경계지 7필지에 관하여 피해자 조합을 위한 근저당권을 설정하기로 한 사실 및 그와 같이 근저당권을 설정하는 것이 피해자 조합을 위하여 이익이 된다는 사정도 충분히 인식한 상태였다고 봄이 타당하다.

나) 배임의 고의

앞서 본 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정에 의하면 피고인 1에게 배임의 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 이는 피해자 조합의 2017. 11. 20. 제30차 임원회의에서 경계지 7필지에 관한 대물변제를 결의하였다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

따라서 원심이 피고인 1의 배임의 고의를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장 또한 받아들이지 않는다.

① 앞서 본 바와 같이 이 사건 공사도급계약이 체결됨에 따라 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급시기 자체가 변경되었고, 잔여토지로 업무대행비를 대물변제하는 경우에도 공소외 3 회사와의 협의를 거쳐야 했음에도 불구하고 피고인 1은 공소외 2 회사에 경계지 7필지로 업무대행비를 지급하겠다는 의사 아래 2017. 11. 30.을 기준으로 공소외 2 회사에 대한 미지급 업무대행비 액수가 1,331,000,000원에 불과함을 알고 있었음에도 공소외 3 회사와 협의하지 않은 채 경계지 7필지에 관한 소유권을 공소외 21 회사에 이전하였고, 경계지 7필지에 관하여 피해자 조합에 유리한 근저당권조차 설정 받지 않았다.

이는 피해자 조합의 이익을 우선하여야 하는 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않았어야 할 행위이므로 피고인 1은 미필적으로나마 피해자 조합에게 손해를 가한다는 인식이 있었다고 봄이 타당하다.

② 피고인들은 경계지 7필지가 ○○○지구 사업에 편입됨으로써 피해자 조합도 경계지를 흠막이 방식에서 오픈컷 방식으로 변경하여 공사비를 절감할 수 있는 이익이 있으므로 배임의 고의가 없었다고 주장하나, 피해자 조합은 2017. 12. 6.경 공소외 20 회사와 사이에 이 사건 사업 부지와 ○○○지구의 경계부 굴착방안에 대한 컨설팅 용역계약을 체결하였는데, 경계지 7필지 이전일인 2017. 11. 30.경에는 경계지를 오픈컷 방식으로 공사할지 여부조차 확실히 알 수 없었으므로, 피고인들이 오픈컷 방식으로 공사를 진행함으로써 피해자 조합에 이익이 된다는 의사로 경계지 7필지를 이전하였다고 볼 수도 없다.

다) 손해 발생

앞서 본 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 피해자 조합은 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기를 최소한 일반분양 비율에 맞추어 미룰 수 있었고, 이에 따라 남은 업무대행비의 50%는 추후 일반분양으로 납부 받은 분양금을 통하여 순차적으로 지급할 수 있었던 점, ② 이와 동시에 경계지 7필지를 조합 재산으로 계속 보유하면서 피해자 조합이 조속히 독자적으로 흠막이 공사를 가능하도록 하고, 필요한 경우에는 경계지 7필지를 사업비로 활용 가능한 재원으로 확보해 놓을 수 있었다고 보이는 점, ③ 그러나 피고인 1이 경계지 7필지로 공소외 2 회사에 대한 업무대행비를 대물변제하고 위 토지에 관한 근저당권 설정을 포기함으로써, 피해자 조합으로 하여금 위와 같은 이익을 상실시키는 손해를 입게 한 점 등에 비추어 보면, 피고인 1의 배임행위로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 봄이 타당하다.

원심이 이 부분 배임행위로 인한 피해자 조합의 손해 발생 사실을 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

다.

업무대행비 명목 550,000,000원 지급 관련 부분(피고인 1, 피고인 2)

1) 피고인 1의 임무위배행위

앞서 위 2. 나. 1)항에서 인정한 사실 및 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 1이 2017. 12. 5. 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급한 것은 피해자 조합의 이익을 최우선으로 하여야 하는 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 한 것으로 배임행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 원심이 피고인 1의 이 부분 배임행위를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 3 회사가 2017. 11. 22. 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기가 변경되었음은 앞서 살핀 바이고, 따라서 위 공사도급계약 당시를 기준으로 공소외 2 회사가 지급받을 수 있는 미지급 업무대행비는 1,331,000,000원이었다.

그런데 앞서 본 바와 같이 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 21 회사는 2017. 11. 23. '경계지 7필지의 가액을 총 5,100,000,000원으로 계산하여 공소외 2 회사가 공소외 21 회사에 지급할 용역비를 경계지 7필지로 대신 지급하고, 피해자 조합은 경계지 7필지에 관하여 공소외 21 회사 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주면 토지대금 5,100,000,000원은 공소외 2 회사에 지급할 업무대행 용역비에서 차감'하기로 한 합의서를 작성하였고, 이어서 피해자 조합과 공소외 2 회사는 2017. 11. 24. 경계지 7필지를 매매대금 5,100,000,000원에 대물지급하는 매매계약서를 작성하면서 '대물지급은 조합이 공소외 2 회사에 지불할 용역비용 중 매매계약 합계금액을 공제처리하기로 한다'라는 특약사항을 기재하였으며, 위 합의 등에 따라 2017. 11. 30. 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지에 관한 소유권이전등기가 마쳐졌는바, 이로써 공소외 2 회사의 업무대행비는 당시까지 도래한 기한에 앞서 과잉 지급되었다.

③ 따라서 공소외 2 회사로서는 이 사건 공사도급계약에서 약정한 업무대행비의 지급시기 조정에 의할 때 2017. 11. 30. 기준으로 피해자 조합에 대하여 추가로 업무대행비의 지급을 청구할 수 없었다.

그럼에도 불구하고 피고인 1은 공소외 2 회사의 용역비 청구서와 피고인 2의 동의서를 첨부하여 공소외 8 회사에(문서 참조: 공소외 3 회사)공소외 2 회사에 대한 550,000,000원의 업무대행비 지급을 요청함으로써 공소외 2 회사가 이를 전액 지급받을 수 있게 하였다.

- ④ 피고인들은, '이 사건 공사도급계약에서 정한 업무대행비의 지급시기는 현금 지급에 한정된 약정이고, 토지를 대물로 지급받는 경우에는 지급시기의 제한을 받지 않도록 이 사건 단서조항을 둔 것이며, 따라서 공소외 2 회사로서는 여전히 현금으로 1,331,000,000원을 현금으로 지급받을 수 있는 것이므로 550,000,000원의 업무대행비를 추가로 지급한 것이 배임이 아니다'라는 취지로 주장한다.

그러나 앞서 보았듯이 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 약정한 업무대행비의 지급시기 조정은 현금 지급의 경우에만 한정된다고 볼 수 없는바, 이 사건 단서조항에서 예정한 공소외 3 회사와의 협의를 거치지 않고 위와 같이 경계지 7필지로 업무대행비를 대물변제함으로써 위 공사도급계약에서 약정한 지급시기가 도래하지 않은 부분에 해당하는 업무대행비까지 기한에 앞서 초과 지급한 것으로 보아야 한다.

따라서 피해자 조합으로서는 경계지 7필지의 이전을 통한 대물변제를 한 것과 별도로 공소외 2 회사에 업무대행비 550,000,000원을 추가 지급할 필요가 없었다 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고인들의 위 주장은 받아들일 수 없다.

2) 배임의 고의

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면 피고인 1에게 업무대행비 명목 550,000,000원의 지급과 관련하여 배임의 고의가 인정되므로, 원심이 피고인 1의 배임의 고의를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해가 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장 또한 받아들이지 않는다.

- ① 앞서 본 바와 같이 공소외 2 회사가 업무대행비를 지급시기보다 앞서 경계지 7필지의 이전을 통하여 약 5,100,000,000원 상당을 지급받았음에도 불구하고, 피고인 2는 2017. 11. 30. 피해자 조합에 550,000,000원의 용역비 청구서를 보내면서 위 청구서에 경계지 7필지 가액 상당의 대물지급액을 반영하지 않은 채 '계약 세대 945세대, 계약금액 10,395,000,000원, 기수취금액 4,125,000,000원, 청구금액 550,000,000원, 잔여보수 5,720,000,000원'이라고 기재하였으며, 업무대행비 지급조건은 2017. 11. 22. 체결한 공사도급계약에 따르지 않고 2015. 9. 1. 체결한 이 사건 업무대행계약에 따라 사업계획승인 후 잔금까지 전액을 받을 수 있다는 내용으로 기재하였다.
- ② 피고인 1은 이 사건 공사도급계약 체결을 통해 업무대행비의 지급시기가 조정된 것을 잘 알고 있었고 경계지 7필지의 대물변제를 통해 당시를 기준으로 지급시기가 도래하지 않은 부분에 해당하는 업무대행비까지 초과 지급된다는 사정을 잘 알 수 있었음에도 위와 같은 대물변제 사실을 알지 못하는 공소외 3 회사에 2017. 11. 30. 앞서 본 바와 같이 공소외 2 회사의 용역비 청구서, 피고인 2의 동의서를 첨부하여 공소외 8 회사에(문서 참조: 공소외 3 회사) 공소외 2 회사에 대한 550,000,000원의 업무대행비 지급을 요청하였다.
- ③ 공소외 3 회사의 공소외 19는 원심법정에서 '공소외 21 회사가 경계지 7필지를 받아간 사실을 모르고 업무대행비 지급에 동의를 해주어서 공소외 2 회사가 업무대행비로 2017. 12. 5. 550,000,000원을 받아갔다', '토지가 나갔다는 것을 저희가 알았다고 하면 당연히 용역비가 집행이 안 되었을 것이다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 19가 2017.

12. 4. 작성한 공소외 3 회사 품의서에는 공소외 2 회사의 업무대행비에 관하여 '기집행 4,125,000,000원, 계약서 50% 지급조건, 금회포함 43% 지급'이라고 기재되어 있는바, 이는 공소외 19의 위 진술을 뒷받침한다.

3) 손해 발생

앞서 인정한 사실들에 의하면, 피고인 1은 이미 경계지 7필지에 관한 소유권을 공소외 21 회사에 이전함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비를 그 지급시기에 앞서 지급하였음에도 불구하고 추가로 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급함으로써 피해자 조합으로 하여금 업무대행비 채무의 기한의 이익을 상실시키는 손해를 입게 하였음이 인정된다.

따라서 원심이 피고인 1의 배임행위로 피해자 조합에게 손해가 발생한 사실을 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인 1과 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

라. 이 부분 각 범행에 관한 피고인 2의 공동정범 성립 여부

1) 관련 법리

거래상대방의 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄에서 거래상대방은 기본적으로 배임행위의 실행행위자와 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임한다는 점을 고려하면, 업무상배임죄의 실행으로 이익을 얻게 되는 수익자는 배임죄의 공범이라고 볼 수 없는 것이 원칙이고, 실행행위자의 행위가 피해자 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 점을 인식한 상태에서 배임의 의도가 전혀 없었던 실행행위자에게 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담한 경우에 한하여 배임의 실행행위자에 대한 공동정범으로 인정할 수 있다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2014도17211 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고인 2가 피고인 1의 경계지 7필지 이전 및 업무대행비 명목 550,000,000원 지급에 의한 배임행위에 적극 가담한 사실이 넉넉히 인정된다.

따라서 원심이 피고인 2를 이 부분 범행의 공동정범으로 판단한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피고인 2는 2017. 8.경부터 피고인 1에게 업무대행비를 토지로 지급하여 달라고 요구하였고, 2017. 9.경 피고인 1과 이메일을 수차례 주고받으면서 대물지급 가격을 협상하였으며, 2017. 10. 17. 피해자 조합에 공식적으로 경계지 7필지를 업무대행비 명목으로 대물지급 해달라는 취지의 공문을 보내기도 하였다.

또한 피해자 조합이 시공사 선정을 마친 2017. 11.경 이후부터 공소외 3 회사와 공사도급계약 내용을 협의하는 과정에 직접 참석하였으므로 업무대행비 지급시기가 일반분양 비율 등에 맞추어 변경된다는 것을 충분히 알 수 있었고, 2017. 11. 15. 피고인 1, 공소외 3 회사 관계자들과 공사도급계약 내용에 관하여 협의하면서 업무대행비를 잔여토지로 지급할 수 있도록 이 사건 단서조항의 삽입을 요구하였다.

그리고 앞서 본 바와 같이 2017. 11. 24. 공소외 5와의 대화를 통해 피해자 조합에 설정해줄 근저당권 채권최고액을 자신이 원하는 대로 요구하기도 하였는데, 그 요구 금액의 액수(계약금과 중도금의 합계액인 1,020,000,000원)에 비추

어 그 무렵 피고인 2 스스로도 자신이 받을 수 있는 업무대행비 채권액이 1,000,000,000원 안팎에 불과하다는 사실도 인식하고 있었던 것으로 보인다.

또한 다른 2017. 11. 30.자 녹취록에 의하면, 피고인 2는 공소외 5에게 근저당 조건을 정정하며 "계약금 10%, 중도금 10%가 아니라 계약금 10%만 510,000,000원만 주고 나머지 금액을 설정하는 걸로. 그래야지 업무대행비를 좀 신청할 수 있을 것 같아 이번에"라고 말하며 근저당권 채권최고액을 4,590,000,000원으로 증액하기도 하였다.

② 또한 위 2017. 11. 30.자 녹취록에 의하면, 피고인 2는 공소외 5와 매매계약서상 근저당권 조항에 관하여 협의하던 중 "그런데 사실 공소외 3 회사만 없다 그러면 아무 문제가 없어. 원래 업무대행계약에 보면 지금 잔금을 다 주게 돼 있던 말이야. 공소외 3 회사가 그렇게 탄지를 거니까 그렇게 해놓는 거라고 사실"이라고 말한 사실을 알 수 있는데, 이는 피고인 2가 적극적으로 근저당권 조항을 삽입하면서까지 공소외 3 회사와 협의가 이루어지지 않았음에도 업무대행비를 지급받으려 하였음을 추단케 하는 사정이다.

③ 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 21 회사가 경계지 7필지의 대물변제에 관하여 합의하면서 작성한 위 2017. 11. 23.자 합의서에는 '경계지 7필지의 토지대금 5,100,000,000원을 공소외 2 회사에 지급할 업무대행 용역비에서 차감한다'는 취지만 기재되어 있을 뿐 근저당권 설정에 관한 아무런 언급이 없다.

이로 보아 피고인 2는 피해자 조합이 경계지 7필지를 5,100,000,000원으로 계산하여 전부 대물지급하려는 의사를 갖고 있었다는 사실 또한 잘 알고 있었을 것으로 보인다.

④ 피고인 2는 피해자 조합과 사이에 경계지 7필지에 대한 대물변제를 논의하면서 동시에 ○○○지구 시공사인 공소외 4 회사와 협의를 하였고, 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지의 소유권이전등기가 마쳐진 2017. 11. 30.에는 피해자 조합에 대한 근저당권을 설정해주지 않은 채 바로 공소외 4 회사에 담보 목적 가등기를 마쳐주었다.

이와 같이 피고인 2는 공소외 21 회사와 ○○○지구 사업의 이익을 위하여, 피고인 1이 피해자 조합의 재산 보호를 위한 아무런 노력을 하지 않는 점을 이용하여 업무대행비 대물지급 결정 초기부터 공소외 4 회사에 대한 가등기를 마칠 때까지 각종 법률행위의 당사자가 되어 배임행위 전 과정에 관여하였다.

이처럼 피고인 2는 피고인 1의 이 부분 배임행위의 전 과정에 적극적으로 관여함으로써 피고인 1의 배임행위에 공모가 담하였다 할 것이고, 이를 단순히 피해자 조합과 서로 대립적 지위에 있는 거래상대방으로서 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임하는 지위에서 피고인 1의 행위가 피해자 조합에 대한 배임행위에 해당한다는 것을 알면서도 소극적으로 그 배임행위에 편승하여 이익을 취득한 것으로만 평가할 수 없다.

⑤ 피고인 2는 이중담보권 설정 행위는 배임이 아니라는 취지로 주장하나, 이 부분 공소사실은 피고인 2가 피해자 조합을 위하여 근저당권설정의무가 있음에도 불구하고 담보가치를 상실시켰으므로 배임에 해당한다는 것이 아니라, 피고인 1의 피해자 조합에 대한 배임행위에 피고인 2가 적극 가담하였다는 것으로 이중담보권 설정과는 무관한 사안이므로, 피고인 2의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 다음으로 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 2가 피고인 1의 업무대행비 명목 550,000,000원의 추가 지급에 의한 업무상 임무위배행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담하고, 그 과정에서 피고인 1과 피고인 2가 암묵적으로 상통하여 배임행위에 대한 의사결합이 이루어진 점을 충분히 인정할 수 있다.

같은 취지의 원심의 이 부분 판단은 정당하고, 거기에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

- ① 피고인 2는 앞서 본 바와 같이 업무대행비 지급시기를 변경하는 내용이 포함된 이 사건 공사도급계약 체결과 경계지 7필지의 대물지급의 전 과정에 관여하였음에도, 공사도급계약에서 약정한 업무대행비의 지급시기가 도래하지 않았음에도 업무대행비 550,000,000원을 청구하여 지급받았고, 그 과정에서 2017. 11. 30. 만약 공소외 3 회사가 경계지 7필지의 대물지급에 관한 매매계약서를 발견하더라도 이의를 제기하지 못하도록 '마치 공사도급계약 내용에 따라 당시 지급받을 수 있었던 약 1,000,000,000원 안팎의 업무대행비 중 경계지 7필지의 가액 5,100,000,000원과 근저당권 설정 채권최고액 4,590,000,000원의 차액인 510,000,000원만을 대물지급 받았기 때문에 여전히 550,000,000원의 현금을 청구할 수 있는 것처럼' 경계지 7필지 매매계약서의 근저당권 설정 조항을 변경하기도 하였다.
- ② 이와 같이 피고인 2는 2017. 11. 30.을 기준으로 해서는 더 이상 지급 받을 수 있는 업무대행비가 없다는 사실을 알고도 550,000,000원의 업무대행비를 청구하였고, 경계지 7필지로서 업무대행비를 대물지급한 사정도 알고 있었던 피고인 1은 위 550,000,000원의 업무대행비 청구에 동의함으로써 피해자 조합의 자금이 추가로 집행되도록 하였다.
- ③ 설령 피고인 2가 업무대행비 550,000,000원의 지급 청구를 한 시점이 같은 날 이루어진 경계지 7필지에 관한 소유권 이전등기신청보다 앞선다 하더라도, 피고인 2는 적어도 2017. 12. 5. 공소외 8 회사로부터 업무대행비로 550,000,000원을 지급받을 무렵에는 경계지 7필지의 소유권이전등기가 마쳐져 그 매매대금 상당의 업무대행비가 지급된 사실을 모두 알았을 것임에도 아무런 조치를 취하지 아니하였다.

마. 경계지 7필지 이전 관련 범행에 관한 피고인 3의 공동정범 성립 여부

- 1) 피고인 3은 원심에서도 동일한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제52 내지 54쪽의 '유죄의 이유 2. 다.
- 4) 피고인 2와 피고인 3의 공동정범성립 여부' 중 '나) 피고인 3의 관여' 및 '다) 피고인들의 암묵적 공모, 가담' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인 3의 위 주장을 배척하고, 피고인 3의 이 부분 범행에 관한 공동정범 성립을 인정하였다.
- 2) 원심이 적절하게 판시한 사정들과 2017. 11. 24.자 녹취록에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 공소외 5가 "◇ 대표님(피고인 2)이랑 오늘 계약(경계지 7필지 소유권 이전에 관한 부동산매매계약) 쓰라고 한 거 아닌가요? 회장님(피고인 3)이?"라고 하자, 피고인 1이 이에 대하여 "맞아요"라고 답변하였는데, 이러한 대화내용을 통하여 이 사건 공사도급계약이 체결된 이후에도 피고인 1과 피고인 3이 매매계약서 작성에 관하여 지속적으로 논의를 계속하면서 공소외 5에게 매매계약서 작성을 지시한 것임을 알 수 있는 점(피고인 3의 피해자 조합에서의 지위 및 역할, 조합 업무에의 관여 정도에 비추어, 피고인 3이 2017. 11. 15. 피고인 1, 피고인 2 등과 공소외 3 회사 담당자들이 이 사건 공사도급계약 내용을 협의하는 자리에 직접 참석하지 않았다고 하여 공소외 2 회사의 업무대행비의 지급시기가 조정되었는지 여부를 알지 못하였다고 볼 수 없다)을 앞서 2. 가. 1) 가)항의 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인 3의 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인 3의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

바. 재산상 이익의 가액에 관하여

- 1) 형법 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하고, 형법 제356조의 업무상배임죄

는 업무상의 임무에 위배하여 제355조 제2항의 죄를 범한 때에 성립하는데, 이때 취득한 재산상 이익의 가액이 얼마인지는 범죄의 성립에 영향을 미치지 아니하는 반면, 배임 또는 업무상배임으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 위반죄는 취득한 재산상 이익의 가액(이하 '이득액'이라 한다)이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 이득액에 따라 형벌도 매우 가중되어 있으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용함에 있어서는 취득한 이득액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써, 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나, 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다.

따라서 업무상배임으로 취득한 재산상 이익이 있더라도 그 가액을 구체적으로 산정할 수 없는 경우에는, 재산상 이익의 가액을 기준으로 가중 처벌하는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용할 수 없다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2014도12619 판결 등 참조).

2) 원심은, 경계지 7필지의 이전에 의한 피고인들의 업무상배임행위와 관련하여 피고인들이 1,331,000,000원의 업무대행비 채무에 대하여 적어도 합계 3,160,858,000원 상당인 경계지 7필지를 대물지급함으로써 1,829,858,000원을 초과 변제하였고, 그 과정에서 4,590,000,000원의 근저당권도 설정 받지 않았으므로, 피해자 조합에는 경계지 7필지 이전 당시 최소한 위 금액 중 적은 금액인 1,829,858,000원 상당의 재산상 손해가 발생하였고, 피고인 1과 피고인 2가 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 추가로 지급한 업무상배임행위와 관련하여 피해자 조합이 입은 재산상 손해가 550,000,000원이라고 판단하면서, 이 부분 각 공소사실에 대하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항을 적용하여 모두 유죄로 인정하였다.

3) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 의하면, 피고인들의 경계지 7필지 이전에 의한 배임행위로 인하여 피해자 조합에 1,829,858,000원 상당의 재산상 손해가 발생하였다거나 공소외 21 회사가 같은 금액 상당의 재산상 이익을 취득하였다고 보기 어렵고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들의 배임행위로 인한 손해액 및 이득액을 명확히 산정할 수 없다.

① 공소외 2 회사가 이 사건 사업의 일반분양이 시작되기 전에 업무대행관계에서 이탈하기는 하였으나, 피해자 조합과의 이 사건 업무대행계약에 의하면 일반분양과 관련한 공소외 2 회사의 업무 범위는 일반분양 자체가 아닌 행정적인 업무만이 포함되는 것으로 보이는 점, 피해자 조합은 공소외 2 회사가 업무대행관계에서 이탈한 이후 2018. 6. 5. 공소외 22 주식회사(이하 '공소외 22 회사'라 한다)와 사이에 컨설팅용역계약을 체결하였는데, 공소외 22 회사의 대표이사 공소외 23은 원심법정에서 '업무대행사의 업무범위를 토지확보, 조합원 모집, 사업계획 승인을 가장 크게 보고 있는데, 이러한 업무들은 다 끝난 상태였다'는 취지로 진술한 점, 또한 위 컨설팅용역계약의 용역비는 660,000,000원(부가세 포함)에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 공소외 21 회사가 경계지 7필지의 소유권을 이전받을 당시 공소외 2 회사는 피해자 조합과의 이 사건 업무대행계약으로 정한 대부분의 용역을 수행하였다고 봄이 타당하다.

② 이 사건 업무대행계약상 공소외 2 회사의 업무대행비 청구 채권은 피해자 조합의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 그 지급시기가 이미 도래하였고, 이 사건 공사도급계약에서 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급시기를 일반분양률에 연동하여 새로 조정하였다고는 하나, 일정한 일반분양률의 달성을 불확정기한이 아닌 정지조건으로 약정하였다고 볼 수는 없으므로, 공소외 2 회사의 업무대행비는 이 사건 공사도급계약에 따라 그 지급시기가 단지 유예된 것에 불과한 것으로 봄이 타당하다(실제로 피해자 조합은 2019. 3. 4. 일반분양을 모두 완료하였다). 또한 공소외 2 회사는 경계지 7필지로 업무대행비를 대물지급 받을 무렵까지 피해자 조합에 대하여 미지급 업무대행비 채권을 포기하겠다는 의사를 표시한 바도 없다.

③ 앞서 본 대로 피고인들의 이 부분 배임행위로 경계지 7필지가 업무대행비의 대물변제 명목으로 공소외 21 회사 앞으로 이전됨으로써 그 무렵 기준으로 지급시기가 도래하지 않은 업무대행비가 초과 지급되었다.

피해자 조합으로서는 지급시기가 도래하지 않은 업무대행비 채무에 관하여 기한의 이익을 포기한 결과가 되었고, 이와 같이 미리 변제한 데 따른 이자 상당의 손해를 입었다고 봄이 타당하다.

④ 한편 공소외 2 회사가 피해자 조합과의 업무대행계약관계에서 이탈할 당시 대부분의 용역 업무를 완료한 것으로는 보이나, 그 후로도 피해자 조합과 컨설팅용역계약을 체결한 공소외 22 회사가 후속 업무를 마무리하였고 그 용역비가 660,000,000원 정도에 이르는 점, 공소외 2 회사가 이탈한 후 공소외 22 회사와의 위 컨설팅용역계약 체결 이전까지 피해자 조합의 조합원들이 조합의 업무를 직접 처리하기도 한 점 등을 고려할 때, 피고인들이 경계지 7필지를 공소외 21 회사에 이전할 당시를 기준으로 공소외 2 회사가 수행한 용역 부분과 관련하여 그 완료된 부분에 상응하여 피해자 조합으로부터 정산, 지급받아야 할 업무대행비를 정확하게 산정하기는 어렵고, 달리 이를 산정할 만한 자료가 없다.

또한 경계지 7필지의 가액을 보면, 공소외 21 회사 앞으로 소유권이 이전된 2017. 11. 30.경은 이 사건 사업이 어느 정도 진척된 이후이므로 ☆☆감정평가법인이 2016. 9. 30.을 기준으로 산정한 감정평가액 3,160,858,000원보다는 그 가치가 상승하였을 것으로는 보이나, 그 가치를 정확하게 산정할 만한 자료가 없다.

그렇다면 검사가 제출한 증거들만으로는 피해자 조합이 이 사건 공사도급계약을 통해 새로 약정한 업무대행비의 지급시기보다 앞서 경계지 7필지로 업무대행비를 대물변제함으로써 입은 손해 및 공소외 21 회사가 얻은 재산상 이익을 정확하게 산정할 수 없다고 보아야 한다.

나) 한편 위에서 살핀 바와 같은 공소외 2 회사의 업무대행비 청구 채권의 도래, 이 사건 공사도급계약을 통한 업무대행비의 지급시기 유예, 공소외 2 회사에 대하여 위와 같이 기한이 유예된 업무대행비를 미리 앞서 지급하는 것은 기한의 이익을 포기하는 것에 해당하여 피해자 조합으로서는 업무대행비를 미리 지급한 것에 따른 이자 상당의 손해를 입은 것에 불과하다 할 것인데, 그 지급시점을 기준으로 공소외 2 회사가 피해자 조합으로부터 지급받아야 할 업무대행비 액수를 정확히 산정하기 어렵다는 사정은, 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 업무상배임행위로 인한 피해자 조합의 재산상 손해 및 공소외 2 회사의 재산상 이익 산정의 경우에도 마찬가지인바, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 피고인 2가 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급함으로써 발생한 피해자 조합의 손해 및 공소외 2 회사가 얻은 이익 역시 정확하게 산정하기 어렵다고 보아야 한다.

사. 소결

따라서 이 부분 각 공소사실(단, 피고인 3에 대하여는 경계지 7필지 이전에 의한 배임행위에 국한된다)은 피고인들의 배임행위로 인한 손해액 및 이득액을 산정할 수 없는 경우에 해당하므로, 피고인들에 대하여 이득액을 기준으로 가중 처벌하는 범죄인 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용할 수는 없고, 다만 이 부분 각 공소사실에 포함된 형법상 업무상배임죄만을 인정할 수 있을 뿐이다.

그럼에도 피고인들의 경계지 7필지의 이전에 의한 업무상배임으로 인한 손해액 및 이득액이 1,829,858,000원이고, 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원의 추가 지급에 의한 업무상배임으로 인한 손해액 및 이득액이 550,000,000원임을 전제로 이 부분 각 공소사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 일부 이유 있다.

3. 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점(피고인 1, 피고인 3)

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피해자 조합이 피고인 3에게 일부 대행하게 한 업무는 단순한 '공사비 협상'이 아니라 주택법이 금지하는 '시공사 선정 지원' 업무에 해당한다고 봄이 타당하다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하고 거기에 피고인 1과 피고인 3이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

피고인 1, 피고인 3의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피해자 조합은 2016. 4. 29. 창립총회에서 공소외 3 회사를 시공사로 선정하고 2016. 11. 22. 공소외 3 회사와 사이에 공사비를 평당 3,620,000원으로 정한 사업약정서를 작성하였으며, 2017. 8. 1.에는 시공사를 공소외 3 회사로 하는 사업계획승인을 받았다.

공소외 3 회사는 2017. 8.경부터 공사비 증액을 요구하였는데, 피해자 조합의 2017. 8. 30. 제26차 임원회의에서는 '시공 예정사인 공소외 3 회사가 공사비 증액을 무리하게 요구할 경우 시공사 변경 총회를 열어 조합원들의 의견을 들을 것'을 결의하였고, 2017. 9. 12.자 제27차 임원회의에서는 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 전 조합장인 피고인 3이 실질적으로 운영하는 공소외 6 회사에 위임하는 안건'을 결의하였다.

② 피고인 1은 공소외 3 회사 담당자를 여러 차례 만나 공사비를 협상하는 한편 공소외 4 회사와의 업무회의에도 참석하였는데, 이 자리에 피고인 3이 함께 참석하기도 하였다.

공소외 4 회사는 2017. 10. 19. 이 사건 사업에 관한 시공참여의향서를 제출하였는데, 공소외 4 회사의 공소외 24는 원심법정에서 '조합 측에서 사업 참여 제안을 요청했었다.

그래서 사업 검토를 하고 제안서를 접수하였다'라고 진술하였다.

또한 피고인 3은 2017. 9. 14.경부터 조합 게시판에 업무 추진에 관한 글들을 게시하였는데, 게시글에는 '시공사 변경할 경우를 대비하여', '공소외 3 회사와 마무리 협상을 할 것이며 기타 건설사인 A사, B사, C사 건설사와도 마무리 협상을 할 것이다', '타 시공사 협의 진행 건에 대해서는 현재 A사는 수주심의 진행 중이며 추후 공소외 3 회사와의 단절

에 대한 법률검토를 얻고자 미팅을 했다', '시공사 선정 건은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사로 압축해서 임시총회를 개최할 예정이다'라는 내용이 있다.

이러한 게시글의 전반적인 내용 등에서 피해자 조합 집행부가 ○○○지구 사업 시공사인 공소외 4 회사 쪽으로 이 사건 사업의 시공사를 변경하려 했던 모습들이 나타난다.

공소외 3 회사를 시공사로 하는 사업계획승인까지 이루어짐에 따라 피해자 조합이 임의로 시공사를 변경하기 용이하지는 않았다는 사정을 고려하더라도, 피고인 3이 게시한 글의 내용 등을 통해 추론되는 피해자 조합 집행부 및 피고인 3의 의도 및 실제로 행한 업무를 단순히 '공사비 증액을 요구하는 공소외 3 회사를 압박하고 협상에서 유리한 지위를 점하기 위한 수단으로 사용하고자 공소외 4 회사 등 다른 건설사와 접촉하여 경쟁업체가 있는 것과 같은 외관을 만드는 것'에 불과하다고 보기 어렵다.

③ 공소외 3 회사의 공소외 19는 원심법정에서 '공소외 4 회사의 시공참여의향서 제출과 피해자 조합의 시공사 변경에 관한 서면결의 예정이라는 이야기를 듣고 당황해서 임시총회 전날인 2017. 11. 10. 피고인 1에게 공사비를 3,715,000원으로 수용한다는 공문을 직접 건네주었다.

피고인 3은 직접 "시공사 교체"라는 말을 언급하기도 하였다'라는 취지로 진술하였다.

④ 피고인 1은 2017. 11. 11. 피해자 조합 임시총회에서 "물론 1호 안건이지만 저희가 시공사 선정 및 협상에 관련해서 위임한 사실이 있고요. 그래서 그 담당자(피고인 3)로서 당사자로서 얘기를 하고 있는 것인지 일단 들어주시기 바랍니다"라고 발언하였고, 피고인 1이 위임하였다는 1호 안건은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사를 두고 시공사를 선정하는 '시공사 선정 건'이었다.

피고인 3은 2017. 11. 11. 위 임시총회에 참석하여 자신의 성과를 주장한 후, 조합원들에게 시공예정사인 공소외 3 회사의 소송에도 자신이 있기 때문에 시공사 변경을 진행했으며 소송은 조합 차원이나 용역사에서 감당할 자신이 있다며 원하는 대로 시공사를 선택할 것을 독려했다.

이는 피고인 3이 관여한 것이 '시공사 선정 지원' 업무라는 점에 부합하는 언행이다.

⑤ 위 2017. 11. 11.자 임시총회에서는 시공사 선정 안건에 대해 공소외 3 회사 328표, 공소외 4 회사 322표, 기권 7표가 나와 과반을 넘는 득표가 없어 안건이 부결되었고, 위 조합 총회 이후인 2017. 11. 16.자 조합장 간담회에서도 여전히 피고인 1, 피고인 2, 피해자 조합의 조합원들은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사의 시공 조건들을 비교하고 있었던바, 이 무렵까지도 공소외 3 회사가 확정적인 시공사 지위를 갖고 있지는 않았던 것으로 보인다.

그 후 2017. 11. 22. 피해자 조합은 공소외 3 회사와 공사비를 평당 3,715,000원으로 정하여 공사도급계약을 체결하였다.

⑥ 피고인 1은 경찰 조사에서 피고인 3과 함께 수행한 공사비 협상업무란 '공소외 3 회사와의 공사비 협상 업무 및 공소외 3 회사와의 협상이 결렬되는 경우 다른 건설사를 선정하는 업무를 모두 포함하는 업무이다'라고 진술하였다.

이와 관련하여 피고인 3은, 공소외 3 회사와의 공사비 협상이 성공했으므로 피고인 3(공소외 6 회사)이 맡기로 한 업무에 관한 약정은 조건 불성취로 무효라는 취지로 주장하나, 앞서 본 바와 같이 피고인 3이 피고인 1과 함께 공소외 3 회사와의 공사비 협상을 진행하면서도 동시에 공소외 4 회사에 이 사건 사업의 참여를 제안하여 2017. 10. 19. 공소외 4 회사로부터 이 사건 사업에 대한 시공참여의향서를 제출받고, 2017. 11. 11.에는 임시총회를 개최하여 공소외

3 회사와 공소외 4 회사 중에서 시공사를 선정하려고 하였던 이상, 이로써 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점이 인정되는 것이고, 피고인 1의 위와 같은 진술에 근거하여 그 행위가 조건 불성취로 무효가 된다고 볼 수 없으므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

4. 피고인 1과 피고인 3의 2,310,000,000원 상당 무자격자 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 각 사실을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 3 회사는 2016. 11. 22. 피해자 조합과 사이에 이 사건 사업에 관한 사업약정서를 작성할 무렵 공사비를 평당 3,620,000원으로 제시하였으나, 2017. 8. 1. 피해자 조합이 주택건설사업계획승인을 받은 후로는 공사비를 평당 3,857,000원으로 증액해줄 것을 요구하였다.

피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사는 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대하여 공사비 협상을 하여 2017. 8. 말경 평당 3,770,000원까지 의견 접근이 이루어졌다.

- ② 한편 피고인 3은 2017. 8. 7.경 피해자 조합의 고문 및 자문위원직에서 사퇴하였고, 피해자 조합은 2017. 9. 12. 제 27차 임원회의를 개최하여 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 공소외 6 회사에게 위임하는 안건'을 결의하였다.

공소외 6 회사는 피고인 3의 아내인 공소외 25 또는 조카인 공소외 18이 명목상 대표이사로 있을 뿐 피고인 3이 실질적으로 운영하는 1인 회사이다.

- ③ 피고인 3은 피고인 1이 공소외 3 회사 담당자를 여러 차례 만나 공사비를 협상하는 자리에 참석하는 한편 공소외 3 회사의 공사비 증액에 효과적으로 대응하기 위해서는 시공사 변경의 여지도 있음을 주장하였고, 이를 전제로 피고인 1과 함께 공소외 4 회사와의 업무회의에 참석하기도 하였다.

피고인 3은 2017. 9. 14.부터 2017. 11. 2.까지 조합 인터넷 카페 게시판에 공소외 3 회사와의 협상 과정 및 다른 건설사와의 협의 과정 등에 관한 글들을 여러 차례 게시하였다.

- ④ 피해자 조합은 피고인 3의 주도로 2017. 11. 6. 공소외 3 회사에 공소외 4 회사와 같은 조건인 평당 공사비 3,715,000원에 공사가 가능한지 여부를 묻는 내용의 공문을 발송하였고, 공소외 3 회사는 피해자 조합 총회가 있기 전날인 2017. 11. 10. 피해자 조합이 제시한 평당 공사비 3,715,000원의 조건을 수용한다는 공문을 보내왔다.

- ⑤ 피해자 조합은 2017. 11. 11. 조합 총회를 열어 1호 안건으로 '공소외 3 회사와 공소외 4 회사 중에서 시공사를 선정하는 안건'을 표결에 부쳤고, 그 결과 공소외 3 회사 328표, 공소외 4 회사 322표, 기권 7표가 나와 과반을 넘는 득표가 없어 안건이 부결되었으나, 그 후 2017. 11. 16. 조합장 간담회 등 조합원들의 의견 수렴을 거쳐 공소외 3 회사가 시공사로 확정되어 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사는 2017. 11. 22. 평당 공사비 3,715,000원(부가세 별도)으로 정하여 이 사건 공사도급계약을 체결하였다.

위 2017. 11. 11.자 조합 총회에서는 2호 안건으로 '공소외 6 회사와 시공사 선정 협의 및 중도금 대출 관련 용역계약의 체결업무를 임원회의에 위임하는 안건'이 결의되었다.

⑥ 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이에서 2017. 12. 5. 용역비 2,310,000,000원(부가세 포함)으로 정한 이 사건 용역계약이 체결되었고, 피고인 3은 2018. 1. 31. 피해자 조합에 대하여 공소외 6 회사의 위 용역비 2,310,000,000원을 청구채권으로 하는 지급명령을 신청하여 같은 날 지급명령이 발령되었으며, 피고인 1은 2018. 2. 6. 위 지급명령정본을 송달받았으나 이의하지 않아 2018. 2. 21. 위 지급명령이 확정되었다.

⑦ 피고인 3은 2018. 4. 13. 위와 같이 확정된 지급명령을 집행권원으로 피해자 조합의 상가부지 등에 대하여 부동산강제경매를 신청하여 강제경매개시결정을 받았다.

나. 구체적 판단

1) 위 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 피고인들이 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약을 체결하여 피해자 조합으로 하여금 2,310,000,000원 상당의 채무를 부담하게 하고 지급명령을 확정시킴으로써 피해자 조합에 대하여 배임행위를 하였고, 이에 따라 공소외 6 회사로 하여금 2,310,000,000원의 재산상 이익을 취득하게 하고 피해자 조합에 같은 액수 상당의 재산상 손해가 발생한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

① 피해자 추진위와 공소외 2 회사가 2015. 9. 1. 체결한 업무대행계약에 의하면 시공사 선정, 시공조건과 공사비 검토 등은 업무대행사인 공소외 2 회사의 업무였고, 이에 따라 피고인 2는 2017. 8.경까지 공소외 3 회사와 사이에 공사비 협상 업무를 수행하고 있었다.

공소외 3 회사의 공소외 19도 수사기관에서 '2017. 8. 30.경을 기준으로 공사비는 평당 3,770,000원이었고, 이는 피고인 2와 협상을 해서 도출된 금액이다, 그때까지는 피고인 2와 협상을 하였고, 피고인들과는 협상을 한 사실이 없다'라는 취지로 진술하였다.

위와 같이 피고인 2와 공소외 3 회사가 협상을 진행하고 있는 상황에서 피고인 1은 2017. 9. 12. 제27차 임원회의를 개최하여 위 임원회의에서 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 전 조합장인 피고인 3(공소외 6 회사)에게 위임하는 안건'을 결의하였는데, 피고인 3이나 공소외 6 회사는 시공사 선정에 관한 업무를 대행할 자격이 없었다(피고인 3은 이 사건 사업 이전에는 조합 사업을 해본 적이 없었고, 조합을 위한 공사비 협상 업무나 시공사 선정에 관한 업무를 처리해본 경력이나 실적을 가지고 있지 않았던 것으로 보인다).

또한 공소외 4 회사의 공소외 24는 수사기관에서 '조합사업의 경우 이미 조합원들이 모집되어 사업이 진행되고 있기 때문에 공사비를 싸게 책정할 수 있다, 이 사건 사업 부지는 입지가 좋아 분양이 잘 될 것이라 판단하였다, 피고인 3이 회의에 참석하여 사업 전반적인 것을 설명한 것 같은데 특별한 것은 없었다, 공사업체를 경쟁시켜서 시공사를 결정하는 것은 일반적인 방식이고, 특별할 것이 없다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 3 회사의 공소외 26은 당심법정에서 '공사비를 당초 요구했던 가격보다 줄인 이유는 피해자 조합이 시공사를 공소외 4 회사로 변경하려는 모습을 보여서라기보다 이 사건 사업의 입지가 좋았던 이유가 더 컸다'라는 취지로 진술하였다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구를 받은 피해자 조합으로서는 기존의 업무대행사로 하여금 공사비 협상을 계속 수행하게 하거나 조합장을 비롯한 집행부가 직접 공사비 협상 업무를 수행하는 것이 충분히 가능하였던 것으로 보이고, 기존의 업무대행사를 배제시키고 새로운 채무를 부담하면서까지 공소외 6 회사와 이 사건 용역계약을 체결할 합리적인 이유가 있었다고 보이지 않는다.

② 피고인 3은 피해자 조합이 공소외 3 회사와 공사비에 관한 협상을 하는 자리에 참석하여 발언을 하거나 공소외 4 회사 등 다른 시공사와 접촉하여 시공사로 참여할 의향을 이끌어내는가 하면 위와 같은 협상 과정을 피해자 조합의 인터넷 카페에 올려 조합원들에게 알리는 등으로 노력하였고, 그 결과 피해자 조합으로서는 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 효과적으로 대처할 수 있었던 것으로 보인다.

그러나 피해자 추진위 단계에서부터 피해자 조합의 사업 초기 업무 전반을 관장했던 조합장의 지위에 있었고 조카인 피고인 1이 조합장으로 된 후로도 고문 및 자문위원 지위에서 조합 업무에 계속 관여해오고 있었던 피고인 3의 지위 및 경험 내지 이 사건 사업에 대한 이해 정도, 피고인 1과의 신분관계 등을 고려하면, 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대응하여 피고인 3이 행한 업무들은 반드시 별도로 용역계약을 체결할 필요 없이 전직 조합장이자 고문, 자문위원의 지위에서 조합장인 피고인 1을 보좌하여 충분히 수행하였음직한 범위의 것이라고 봄이 타당하다.

③ 실제로 피고인 3은 피해자 조합의 인터넷 카페에 2017. 11. 3. '공소외 6 회사의 용역비를 공소외 2 회사의 업무대행비 내에서 정산하려고 한다'라는 취지로 게시글을 올리는 등으로 당초 시공사 선정 등과 관련하여 자신이 별도의 용역비를 지급받는 것이 아니라는 취지를 밝힌 바 있음에도, 피고인들은 적법한 총회 결의 및 임원회의 결의가 있었다는 전제 아래 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약을 체결하였다.

나아가 피해자 조합 입장에서는 공사비를 감액하도록 협상하는 것이 당연함에도 피고인들은 위 용역계약상 '공사비 절감을 통한 조합의 총 이익금 8,600,000,000원'을 용역비 산정의 기준으로 삼았는데, 이는 공소외 3 회사가 제시한 금액을 전부 그대로 수용할 경우를 기준으로 계산한 것이고, 그것도 이미 피고인 2가 협상을 통해 2017. 8. 말경까지 감액한 공사비 역시 고려하지 않은 금액이었으며, 총 이익금 중 30%라는 용역비 비율 역시 아무런 근거가 없었다.

피고인 3은 수사기관에서 '피고인 1에게 30%를 달라고 요구하였다, 지나가는 소리로 여러 사람들에게 그냥 편하게 알아보았는데 50%를 받은 적이 있다는 이야기를 들었고, 지인에게 물어보니 30%든 40%든 정해진 룰은 없다고 이야기하였다, 알아본 바로는 조합 사업에서 업무대행사 이외 별도로 용역사를 지정하여 시공사와의 공사비 협상 용역비를 지급한 사례는 없었다'라는 취지로 진술하였는데, 피고인 1은 피고인 3의 객관적인 근거가 없는 제안을 그대로 받아들인 것으로 보인다.

④ 배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니며, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 경제적 관점에 따라 판단되어야 하므로 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당한다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보면, 피고인 3이 2018. 1. 31. 피해자 조합에 대하여 공소외 6 회사의 용역비 채권 2,310,000,000원을 청구채권으로 하여 지급명령을 발령받고, 조합장인 피고인 1이 위 지급명령정본을 송달받고도 이의하지 않아 위 지급명령이 확정되게 한 후 나아가 피고인 3이 확정된 지급명령을 집행권원으로 피해자 조합의 상가부지 등에 대하여 부동산강제경매를 신청하여 강제경매개시결정을 받음으로써 피해자 조합의 재산에 압류의 효력이 발생하였을 뿐만 아니라(민사집행법 제83, 84조) 언제든지 후속 환가절차가 진행될 수 있게 된 이상, 이미 피해자 조합의 재산에 대한 실효발생의 위험이 발생하였다 할 것이므로, 피고인들의 이 부분 업무상배임 범행은 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

- ⑤ 또한 앞서 본 바와 같이 피고인들은 기존의 업무대행사를 통하여 진행하거나 피해자 조합 집행부가 직접 수행할 수도 있는 업무에 대하여 업무대행사인 공소외 2 회사 및 피고인 2를 배제시킨 후 합리적인 이유 없이 피해자 조합으로 하여금 2,310,000,000원에 상당하는 새로운 채무를 부담시키고 조합 재산에 강제집행이 이루어지도록 하였으므로 위 금액 상당 전부가 피고인들의 배임행위로 인하여 발생한 손해액 및 이득액에 해당한다고 보아야 한다.

2) 이에 대하여 피고인들은 이 부분 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 범행의 성립 여부에 관하여 다음과 같이 주장하므로 차례로 본다.

가) 먼저 피고인들은 이 사건 용역계약 체결 등과 관련하여 적법·유효한 총회 및 임원회의의 결의가 있었음을 들어 배임행위가 아니라고 주장한다.

그러나 회사의 임원이 그 임무위배행위에 대하여 사실상 대주주의 양해를 얻었다거나 이사회 결의가 있었다는 사유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수 있는 것도 아닌바(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조), 피해자 조합의 적법·유효한 총회, 임원회의 결의가 있었다고 하더라도 피고인들이 위와 같이 피해자 조합에 손해를 가하는 행위를 한 이상 피고인들의 배임행위가 성립하는 것이므로, 피고인들의 위 주장을 받아들일 수 없다.

그렇지 않더라도, 피해자 조합 규약 제28조 제1항 제3호는 '예산으로 정한 사항 및 규약에서 정한 사항 외 조합원에 부담이 될 계약'을 총회 결의사항으로 규정하고 있는데, 위 2017. 11. 11.자 피해자 조합 총회에서는 '공소외 2 회사에 지급할 업무대행비와 무관하게 별도의 용역비를 공소외 6 회사에게 지급할지, 그리고 지급한다면 어느 정도 액수의 용역비를 지급할지'에 관한 논의 없이 '공소외 6 회사와 시공사 선정 협의 및 중도금 대출 관련 용역계약의 체결업무를 임원회의에 위임하는 안건'이 결의되었는데, 결국 위 조합 총회에서는 이 사건 용역계약에 관하여 조합원의 금전적 부담이 발생할지 여부를 결정하는 중요한 부분이 논의되지 않았다고 보아야 하고, 이는 조합 자금의 출연자인 조합원들이 금전적 부담이 될 사안을 미리 고지 받고 스스로 결정하도록 정한 조합 규약 내용의 취지에 반하는 것이므로, 이 사건 용역계약 체결에 관하여 적법·유효한 총회 결의가 있었다고 볼 수도 없다.

또한 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28은 수사 과정에서, 2017. 11. 20.자 임원회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 내용을 반대하였고 이를 의결로써 통과시킨 사실이 없다는 취지로 일관되게 진술하였고, 공소외 5, 공소외 27은 원심법정에서도 같은 취지의 진술을 하였으며, 2017. 11. 29.자 녹취서에 의하면 공소외 27이 공소외 5와 사이에 '임원회의를 월요일에 한다, 용역비 얘기하는 거 아니야?', 공소외 28씨가 왔었는데 임원회의에서 통과시키면 어떻게 되냐고 물었다, 용역비 어떻게 됐느냐고 그래서 아직 잠잠하다고 했다'라는 취지의 대화를 나누었는데, 이는 2017.

11. 29.경까지 공소외 6 회사에 대한 용역비 지급 문제가 임원회의에서 의결되지 않았음을 전제로 한 대화 내용으로서, 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28의 수사 과정에서의 위 진술에 부합한다.

따라서 피해자 조합의 2017. 11. 20. 임원회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 것에 대한 적법한 결의가 있었다고 볼 수 없다(피해자 조합의 2017. 11. 20.자 임원회의 회의록에는 이에 대한 결의가 이루어진 것으로 기재되어 있으나, 피고인 1은 위 회의록을 비롯하여 공개대상 자료인 피해자 조합의 회의록과 주요 계약 관련 자료들을 관련 법률이 정한 공개시기보다 현저히 늦은 2018. 4. 3.에야 공개한 점, 피해자 조합의 2017. 10. 17.자 제29차 임원회의 회의록의 경우 각기 상이하게 편집된 형태로 3개의 회의록이 존재하는 것으로 보아 피고인 1이 임의로 회의록을 작성할 수 있었던 것으로 보이는 점, 2017. 11. 20.자 임원회의에 참석한 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28이 위 회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 내용이 의결된 바 없다는 취지로 진술한 점 등에 비추어 공소외 6 회사에 대한 용역비 지급에 관한 2017. 11. 20.자 회의록의 기재 내용을 그대로 믿기는 어렵다).

나) 또한 피고인들은, 이 사건 용역계약에서 용역비를 이익금의 30%로 산정한 것은 법무법인 △△로부터 자문을 받은 결과이므로 피고인들에게 배임의 고의를 인정할 수 없다고 주장하나, 이 사건 용역계약의 체결 경위, 지급명령 발령 및 부동산강제경매개시 경위 등에 비추어 앞서 본 바와 같이 피고인들이 업무상임무에 위배하여 피해자 조합에 손해를 가하였다고 봄이 타당한 이상, 피고인들이 법률전문가의 자문을 받아 이 사건 용역계약을 체결하였다는 사정은 배임죄의 성립이나 배임의 고의 인정에 영향을 준다고 볼 수 없다.

따라서 피고인들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

다) 피고인들은, 이 사건 용역계약 체결에 대하여 총회의 적법·유효한 결의가 없다고 한다면 결국 용역계약 체결은 법률상 무효이기 때문에 피해자 조합에 사실상으로도 손해가 발생하지 않은 것으로 보아야 하고, 총회의 결의가 무효이므로 용역계약 체결도 무효이고, 위 용역계약에 터잡아 이루어진 지급명령도 무효이며, 위 지급명령에 의해 실시한 부동산강제경매도 무효라고 보아야 하므로 피해자 조합에게 사실상으로도 손해가 발생하지 않은 것이고 실해 발생의 위험도 초래하지 않았다고 보아야 한다고도 주장한다.

그러나 지급명령의 발령 및 이에 기한 부동산강제경매개시결정에 따라 조합의 재산에 압류의 효력이 발생하였을 뿐만 아니라(민사집행법 제83, 84조) 언제든지 후속 환가절차가 진행될 수 있는 상태가 되었고, 이는 이 사건 용역계약의 법률상 효력 유무와 상관 없이 경제적인 관점에서 볼 때 이미 피해자 조합의 재산에 대하여 실해 발생의 위험이 발생하였다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 위 주장 또한 받아들이기 어렵다.

라) 피고인들은, 피고인 3의 협상 전략에 따라 공사비가 삭감되어 피해자 조합이 이익을 얻었으므로 그 기여를 인정해 주어야 하고, 그와 같은 삭감된 공사금액에 비하여 공소외 6 회사에 대한 용역비가 과도하다고 할 수 없으며, 용역비가 적정한 수준에 비하여 과다한지 여부를 판단할 객관적이고 합리적인 평가 방법이나 기준 없이 단지 임무위배 행위가 없었더라면 더 낮은 수준의 용역비로 정할 수 있었다는 가능성만을 가지고 재산상 손해 발생이 있었다고 쉽사리 단정해서는 아니 되므로, 피고인들에 대하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없고, 배임의 범의가 인정될 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 피해자 조합은 공소외 3 회사가 이 사건 사업의 공사비를 평당 3,620,000원에서 평당 3,857,000원으로 증액해줄 것을 요구하면서 2017. 8. 말경에는 평당 3,770,000원 수준까지 요구한 데 대하여 공소외 3 회사 측과의 수차

례 협상 등을 통해 최종적으로 평당 3,715,000원에 공사도급계약을 체결한 것인바, 이로써 피해자 조합과 조합원들로서는 공소외 3 회사가 요구하는 증액분에 상응하는 만큼의 공사비 증가액이나 조합원 부담금을 추가로 지출하지 않게 되었다 할 것이고, 여기에 공소외 4 회사 등 다른 시공사와 접촉하는 전략을 제안하기도 한 피고인 3의 기여가 없었다고는 할 수 없다.

그러나 피해자 조합으로서는 조합원들을 위하여 공사비를 감액하도록 협상하는 것이 당연한 것이고, 앞서 본 바와 같이 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대응하여 피고인 3이 행한 업무들은 전직 조합장 및 고문, 자문위원의 지위에서 피고인 1을 보좌해서도 충분히 행할 수 있는 정도의 업무에 불과하다고 할 것임에도, 피고인 1과 피고인 3은 피해자 조합의 이익을 위해서는 따로 체결할 필요도 없는 이 사건 용역계약을 체결하고 피해자 조합으로 하여금 그에 따른 용역비 지급채무를 부담케 한 후 나아가 강제집행까지 이루어지게 한 이상, 피고인 3이 기여한 업무에 대한 적정한 용역비가 얼마인지를 산정할 필요도 없이 피해자 조합에 대하여는 이 사건 용역계약에서 정한 용역비이자 지급명령을 통해 확정된 채권액인 2,310,000,000원 전부의 재산상 손해가 발생한 것으로 보아야 한다.

또한 이 사건 용역계약의 체결 및 지급명령 신청 경과 등에 비추어 피고인들에게는 피해자 조합에 재산상 손해가 발생 또는 발생할 위험이 있다는 인식과 피고인 3이 재산상 이익을 취득한다는 인식이 있었다고 볼 수 있으므로, 배임의 고의도 인정된다.

따라서 피고인들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

3) 따라서 원심이 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 피고인들이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 위법이 없으므로, 피고인들의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

5. 피고인 1과 피고인 2의 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

가. 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니하나(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도7687 판결 등 참조), 형벌법규의 해석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법 취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결, 대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결 등 참조).

나. 피고인들은 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제69 내지 75쪽의 '유죄의 이유 6. 나. 판단' 항목에서 실시한 것과 같이, 피해자 조합을 주택법이 정한 '사업주체'에 해당한다고 보면서, 피고인들이 조합원 자격이 없는 사람들과 미분양분 주택에 관하여 먼저 계약금 등을 지급받고 추후 미분양분 주택을 지급하지 못할 경우 계약금을 반환하고 추가로 5,000,000원을 지급하기로 한 이 사건 약정은 정지조건부 약정이 아니고, 위 약정의 체결은 주택법 제102조 제13호, 제54조 제1항에 위반된다고 보아 피고인들의 주장을 배척하고 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다.

원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 면밀히 살펴보고, 원심이 적절히 실시한 사정들에다 관련 법령에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 더하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인들 주장과 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

- ① 주택법제54조 제1항 제1호에서 일정 규모 이상의 주택을 공급하고자 하는 사업주체가 입주자를 모집하려고 하는 경우에 주택법 등 관련 법령에 따라 원칙적으로 입주자모집승인 절차를 거치도록 한 것은 입주자 모집 시기 및 조건, 절차 등을 규제함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지하는 데 입법 목적이 있는바, 입주자 모집 승인 규정의 적용을 받는 주택법 제54조 제1항 제1호의 '사업주체'에 일정 규모 이상 주택을 공급하려는 자로서 주택법에 따른 주택건설사업계획의 승인을 받을 것을 예정하고 사업을 시행하는 자도 포함된다고 해석하는 것은 주택법의 위와 같은 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석으로서 허용된다고 봄이 타당하다.
 - ② 주택법 제102조 제13호는 "제54조 제1항을 위반하여 주택을 건설·공급한 자"를 처벌하도록 규정하고 있는데, 제54조 제1항은 사업주체에게 '주택의 건설·공급'과 관련한 의무를 부과하면서 '입주자를 모집하려는 경우'(제1호)와 '사업주체가 건설하는 주택을 공급하려는 경우'(제2호)를 구별하지 않은 채 그 전문에서 "사업주체는 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 주택을 건설·공급하여야 한다"라고 규정하고 있으므로, 관할 관청의 승인을 받지 않고 입주자를 모집하는 행위는, 확정적·최종적 분양계약을 체결하기 전이라도 결국 "제54조 제1항을 위반하여 주택을 건설·공급"한 경우에 해당한다고 보아야 한다.
 - ③ 한편 피고인 2는, 주택공급에 관한 규칙 제15조 제1항은 입주자 모집시기에 관하여 규정하고 있는데, 이에 따르면 '입주자 모집행위'라는 개념은 적어도 조합이 사업계획승인을 받고 착공 신고를 하여 착공이 이루어진 시점부터 인정될 수 있으므로 이 사건 약정을 입주자 모집행위라고 볼 수 없다고 주장하기도 한다.
- 그러나 위 규정은 법령에서 허용하는 입주자를 모집할 수 있는 시기에 관한 것일 뿐 어떤 행위가 입주자 모집에 해당하느냐에 관한 정의 규정이라고 볼 수 없으므로 피고인 2의 위 주장은 받아들일 수 없다.
- ④ 또한 피고인 2는 이 사건 약정이 주택법위반에 해당할 소지가 있음을 인식할 수 없었다는 취지의 주장을 하면서 이 사건 수사과정에서 담당공무원이나 수사기관도 이 사건 약정이 주택법위반에 해당하지 않는다는 의견을 밝히기도 하였다는 사정을 근거로 들고 있으나, 피고인 2의 위 주장은 단순한 법률의 부지를 주장하는 것에 불과하므로 그러한 사정을 들어 피고인 2에게 위법성 인식이 없었다고 볼 수 없다.

피고인 2의 위 주장도 받아들일 수 없다.

6. 피고인 1과 피고인 2의 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임의 점 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 공모관계에 관한 공소사실의 특정 관련 피고인 2의 주장에 대하여

앞서 본 위 2. 가. 1) 가), 나)항의 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실에 피고인 1과 피고인 2 사이에 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 배임행위와 관련한 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되어 있지 아니한 것은 사실이나, 피해자 조합의 조합장으로서 조합 업무 전반을 관장하고 있는 피고인 1과 피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사의 대표이사로서 피해자 조합의 업무 전반을 대행하는 지위에 있는 피고인 2가 어느 한 시기에 한 장소에 모여 범행을 공모한 것이 아니라 수시로 연락을 주고받으면서 암묵적으로 공모를 하고, 피고인들이 각 지위에 기하여 업무를 지시하거나 관장하는 방식으로 이 부분 범죄에 가담한 것이기에 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되지 못하는 것은 불가피한 측면이 있고, 이 부분 공소사실에 배임행위의 시기, 내용, 방법 등이 다른 사실과 식별할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 특정되어 있으므로, 위와 같은 공소사실 기재로 인해 피고인 2의 방어권 행사에 별다른 지장은 없는 것으로 보인다.

따라서 이 부분 공소사실은 충분히 특정되었다고 할 것이므로, 피고인 2의 주장은 받아들이지 않는다.

나. 이 부분 업무상배임죄 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 성립 여부

1) 원심의 판단

피고인들은 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제76~77쪽 '유죄의 이유

7. 나. 인정사실' 항목 기재와 같은 사실을 인정한 다음 제77~81쪽 '유죄의 이유 7. 다.

판단'의 '1) 각 업무상배임죄의 성립 여부'와 '2) 재산상 손해 발생 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인들의 주장을 배척하였다.

2) 이 법원의 판단

가) 임무위배행위 및 배임의 고의가 인정되는지

(1) 관련 법리

어떠한 행위가 임무위배행위에 해당하는지는 그 사무의 성질·내용, 사무집행자의 구체적인 역할과 지위, 행위 당시의 구체적 상황에 따라 그 행위가 신의성실의 원칙에 비추어 통상의 업무집행 범위를 일탈하였는가에 따라 판단하여야 한다.

그리고 경영자의 경영판단과 관련하여 경영자에게 배임의 고의가 있었는지를 판단할 때는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 여러 사정을 고려하여 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식을 가지고 의도적으로 한 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하여야 한다.

이러한 인식이 없으면 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 물을 수는 없으나, 경영자의 경영판단에 관하여 위와 같은 사정을 모두 고려하더라도 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 구체적 상황과 자신의 역할·지위에서 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 아니하거나 당연히 하지 아니하여야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 본인에게 손해를 가하였다면 그에 관한 고의 내지 불법이득의 의사는 여전히 이를 인정함이 마땅하다(대법원 2015. 9. 24. 선고 2015도6363 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 사람들을 대상으로 이 사건 약정을 체결하도록 하고, 그렇게 업무를 수행한 공소외 7 회사에 '조합원 모집'을 한 경우와 동일하게 용역비를 지급한 행위는 모두 합리적인 경영판단의 재량범위 내에 있다고 할 수 없어 피해자 조합에 대한 임무위배행위에 해당하고, 피고인들에게 업무상배임의 고의가 있었음이 인정된다.

원심의 이 부분 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하거나 임무위배행위 내지 배임의 고의와 관련하여 법리를 오해한 위법이 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

① 공소외 4 회사의 공소외 24는 수사기관 및 원심법정에서 '이 사건 사업 부지의 입지가 매우 우수하였고, 분양성에 큰 문제가 없었다고 판단하였다, 피고인 2도 이 지역은 분양이 잘 될 것이라고 말하면서 걱정이 없다고 말하였다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 3 회사의 공소외 19도 수사기관에서 '이 사건 사업의 부지는 입지가 워낙 좋아서 일반분

양에 문제가 없다고 판단되는 곳이었다'라는 취지로 진술하였다.

이와 같은 시공업체들의 평가에 따르면 이 사건 사업 부지는 입지가 우수하여 일반분양에 대한 위험성이 크지 않은 곳이었음을 알 수 있다.

실제로 피해자 조합에 인접하고 있으면서 일반분양방식으로 사업이 진행된 ○○○지구의 경우에도 분양이 전부 완료된 것으로 보이고, 이 사건 사업의 경우에도 2018. 7.경 착공을 시작하고 일반분양을 시작한 시점부터 6, 7개월이 경과한 무렵인 2019. 3. 4. 일반분양을 모두 완료하였다.

② 피해자 조합은 2017. 3.경까지 2차 조합원 모집으로 총 765세대의 조합원을 모집하였고, 이는 피해자 조합이 2016. 7. 22. 설립인가를 받으면서 모집하기로 한 956세대를 기준으로 약 80%에 이르는 정도로서 조합원 모집에 그리 큰 어려움이 없었던 것으로 보인다.

피해자 조합과 공소외 3 회사 사이에 체결된 2016. 11. 22.자 사업약정서에서의 980세대를 기준으로 하면 위 765세대는 약 77%에 해당하여 80%에서 3%가 부족한 결과이기는 하나, 공소외 19는 수사기관에서 '위 2016. 11. 22.자 사업약정서는 공소외 3 회사에서는 필요가 없지만 피해자 조합에서 토지담보대출을 받기 위하여 요청하여 만든 것이다, 765세대는 적당히 잘 모집된 것으로 생각된다, 실제 이 숫자는 어느 정도 세대만 모집되고 돈만 납부되면 큰 문제는 없는 것이다'는 취지로 진술한 것으로 볼 때, 위 모집 세대수가 사업성 평가에 영향을 미칠 만큼 부족하였다고 평가할 수 없다.

③ 공소외 5는 수사기관에서 '피고인 1이나 피고인 3이 임의세대 분양을 너무 많이 하는 것 같아 걱정이라고 말하였다, 매일 아침 임의세대 분양 문제로 업무대행사와 조합과 사이에서 하던 회의에서 여러 번 논의가 되었다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 19는 원심법정에서 '피고인 2에게 실제로 ▽▽동 같은 경우는 입지도 좋기 때문에 일반분양을 하면 수익이 더 늘어날 거니까 일반분양으로 하는 게 좋다고 말씀드렸다'라는 취지로 진술하였다.

앞서 본 것과 같은 이 사건 사업 부지의 우수성과 기대되는 분양 전망, 이 사건 사업 관련자들의 인식 등에 비추어 보면, 피고인들로서는 조합원 부담금보다 훨씬 가격이 높은 일반분양가로 주택을 분양할 기회를 포기하고 조합원 자격이 없는 사람들과 굳이 이 사건 약정을 하여야 할 필연적인 이유가 있었다고 보기 어렵고, 피고인들로서는 피해자 조합이 이 사건 약정을 체결하는 경우의 문제점도 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다.

④ 앞서 본 바와 같이 이 사건 약정은 주택법을 위반하는 행위일 뿐만 아니라, 일반분양보다 더 낮은 가격으로 분양을 함으로써 피해자 조합으로서는 조합원 부담금보다 가격이 높은 일반분양가로 주택을 분양할 기회를 상실케 하는 행위이다.

그럼에도 불구하고 피고인들은 이 사건 약정 체결의 방법으로 조합원 자격이 없는 사람들을 모집하는 것에 관하여 조합 총회에서 동의를 받은 적이 없고 조합원들에게 그와 같은 약정 체결 사실을 알리지도 아니하였다.

⑤ 설령 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 이 사건 약정을 체결하도록 한 것이 피해자 조합의 토지대금 등 추가적인 사업비 조달 등 원활한 사업 진행을 도모하기 위함이었다고 하더라도, 주택법위반에 해당하는 이 사건 약정을 체결하는 행위를 정상적이고 합법적이라고 보기 어렵고, 그 과정에서 조합 총회나 조합원들의 동의를 받지 아니한 점 등에 비추어 보면 이를 합리적인 경영판단의 재량범위 내의 행위라고 평가할 수 없다.

나) 피해자 조합에 손해 또는 손해 발생의 위험이 발생하였는지 여부

나아가 원심이 원심판결 제80쪽 제5행부터 제81쪽 제5행까지에서 실시한 사정들에 의하면, 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 사람들을 대상으로 이 사건 약정을 체결하도록 하고, 그렇게 업무를 수행한 공소외 7 회사에 조합원 모집의 경우와 동일하게 용역비를 지급함으로써, 피해자 조합에는 이 사건 약정의 계약 상대방들에게 손해배상금으로 214,500,000원을 지급하고 공소외 7 회사에 847,000,000원의 용역비를 지출하는 손해가 발생하였다고 볼 수 있다.

피고인들은, 공소외 7 회사에 대한 용역비는 정당한 용역에 대한 대가가 지급된 것에 불과하고, 공소외 7 회사와의 분양대행 용역계약 제5조에 의하면 피해자 조합의 필요에 의하여 업무용역의 범위가 변경될 시에는 그에 따른 비용은 피해자 조합과 공소외 7 회사가 협의하여 결정할 수 있다고 정하였으므로, 공소외 7 회사에 대한 미분양 154대에 대한 용역비 지급은 배임행위가 아니라고 주장한다.

그러나 위 분양대행 용역계약상 공소외 7 회사의 수행업무로 규정된 내용은 '피해자 조합 아파트 개발을 위한 조합원 계약 관련 용역'일 뿐이고, 공소외 7 회사가 조합원 아닌 일반인들을 상대로 이 사건 약정을 체결한 것은 그 용역업무인 '조합원 모집 업무'를 수행하였다고 볼 수 없어 용역비를 지급받을 근거가 없다고 보아야 하므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

다) 재산상 이익을 취득하게 하였는지 여부

(1) 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)(847,000,000원) 부분

앞서 본 바와 같이 공소외 7 회사가 조합원 아닌 일반인들을 상대로 이 사건 약정을 체결한 것은 그 용역업무인 '조합원 모집 업무'를 수행하였다고 볼 수 없어 용역비를 지급받을 근거가 전혀 없으므로, 공소외 7 회사가 수행한 이 부분 용역의 적정한 대가가 얼마인지를 산정할 필요 없이 공소외 7 회사로서는 피해자 조합으로부터 지급받은 이 부분 용역비 전액인 847,000,000원 상당의 재산상 이익을 취득하였다고 할 것이다.

원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고인들이 주장하는 것과 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임(214,500,000원) 부분

원심은 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 일반인들과 사이에 이 사건 약정을 체결함으로써 피해자 조합이 이 사건 약정을 해제하고 계약 상대방들에게 합계 손해배상금으로 214,500,000원을 지급함에 따라 피해자 조합이 같은 액수 상당의 재산상 손해를 입었다고 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

그러나 원심의 이 부분 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

배임죄는 본인에게 재산상의 손해를 가하는 외에 배임행위로 인하여 행위자 스스로 또는 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득할 것을 요건으로 하므로, 본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 재산상 이익을 행위자 또는 제3자가 취득한 사실이 없다면 배임죄가 성립되지 않는다(대법원 2006. 7. 27. 선고 2006도3145 판결 등 참조).

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자 조합과 이 사건 약정을 체결한 계약 상대방들은 2016. 10.경부터 2017. 3.경까지 이 사건 약정에 따라 피해자 조합에 계약금, 중도금 명목으로 약 50,000,000원씩을 각 납부하였는데, 2018년 중순경 피해자 조합의 새로운 집행부는 주택법에 위반된 부분을 바로잡고 적법한 일반분양절차를 진행하기 위해 이 사건 약정을 해제하고 위 계약 상대방들에게 기납부 금액을 반환하는 한편 손해배상금 명목으로 합계 214,500,000원을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 위와 같이 손해배상금 214,500,000원을 지출한 피해자 조합으로서는 같은 액수의 재산상 손해를 입었다고 할 것이나, 이 부분 배임행위로 인하여 행위자 또는 제3자가 취득한 재산상 이익이 있는지 여부를 보건대, 이 사건 약정의 계약 상대방들이 피해자 조합으로부터 수령한 위 214,500,000원은 이 사건 약정에서 정한 손해배상예정액의 지급 내지는 계약 상대방들이 피해자 조합에 납부하였다가 반환받은 계약금, 중도금 명목의 금원에 대한 법정이자 상당의 손해배상 내지 부당이득 반환의 실질을 가진다고 할 것이어서, 이 사건 약정의 계약 상대방들이 위와 같이 손해배상금을 지급받았다는 사실만으로는 곧바로 재산상 이익을 취득한 것으로 단정할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 이를 인정할 만한 증거가 없다.

그렇다면 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증거가 없는 경우에 해당하여 무죄라 할 것인바, 이와 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 업무상배임죄의 재산상 이익에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

다.

피고인 2의 공동정범 성립 여부

피고인 2는 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제81 내지 83쪽의 '유죄의 이유 7. 다.

3) 피고인 2의 공동정범 성립 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인 2의 주장을 배척하였다.

원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인 2는 이 사건 약정 및 공소외 7 회사에 대한 용역비 지급에 대하여 적극적으로 관여한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로 공동정범에 해당한다.

따라서 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 2가 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없으므로 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피고인 2는 수사기관에서 '이 사건 약정에 의한 비조합원 모집은 (공소외 7 회사의 분양업무를 대대행하는) 공소외 29 주식회사(이하 '공소외 29 회사'라 한다)와의 회의를 통하여 함께 결정하였다, 조합원 자격이 있는 사람을 상대로 계약을 체결한 내역과 조합원을 모집한 내역을 분리해서 보고받았다, 피해자 조합과의 회의 때에는 조합원 자격이 없는 사람을 구분하여 조합 측에 이야기하였다'라는 취지로 진술하였는바, 위 진술에 의하면 피고인 2가 이 사건 약정을 체결하기로 하는 결정과 위 약정의 진행 과정에 적극적으로 관여하였음을 알 수 있다.

피고인 1 또한 원심법정에서 '분양은 분양대행사와 업무대행사가 같이 협의하여 진행하였다'라고 진술하였다.

② 공소외 5도 수사기관 및 원심법정에서 '2016. 12.경 업무대행사인 공소외 2 회사의 사무실에서 회의를 하던 중 임의 세대를 모집한다는 이야기가 있었다, 공소외 5가 회의에서 피고인 2에게 이렇게 하는 것이 합법인지 물으니, 피고인 2는 다른 곳에서도 다 이렇게 한다고 말하였다'는 취지로 진술하였고, 공소외 7 회사의 공소외 30도 원심법정에서

‘업무대행사의 허락을 받고 비조합원 모집을 진행하였다, 공소외 29 회사와 업무대행사는 일주일에 한 번씩 회의를 하였다, 업무대행사에서 준 약정서를 토대로 비조합원을 모집하는 업무를 하였다’는 취지로 진술하였다.

- ③ 피고인 2는, 공소외 2 회사로서는 공소외 7 회사에 대하여 용역비를 지급할 때 자금관리대리사무계약에서 정한 바에 따라 분양업무에 따른 후속절차인 자금처리를 하였을 뿐이라고 주장한다.

그러나 피해자 조합의 공소외 27은 수사기관에서 ‘모집하는 사람을 상대로 입금을 시키고, 입금이 업무대행사에서 확인이 되면 분양대행사가 가입계약신청서를 받고, 필요 서류를 받아서 이를 업무대행사에 준다.

그러면 업무대행사에서 넘버링이 된 정식 계약서를 주면 서명을 받아 분양계약서의 작성을 완료한다.

비조합원에 대한 계약서는 우측 상단에 100이라고 적어서 보내주었다’라고 진술하였는바, 이에 따르면 공소외 2 회사는 자금처리절차만이 아닌 비조합원 모집의 전 과정에 관여하였음을 알 수 있다.

7. 피고인 1과 피고인 3의 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점 및 피고인 1의 조합 자료 미공개에 의한 주택법위반의 점

가. 위법성조각사유로서 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결, 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 등 참조).

나. 먼저 피고인들의 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점에 관하여 본다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인들이 이 부분 공소사실 기재와 같이 피해자 조합 자금으로 11,000,000원의 변호사비용을 지출한 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추었다고 볼 수 없으므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 주택법이 주택조합의 발기인 또는 임원으로 하여금 조합사업 관련 자료를 공개하도록 한 취지는 주택조합사업 추진의 투명성을 제고하기 위한 것인데, 피고인들이 주장하는 사실만으로는 공소외 31 등의 방해로 피해자 조합의 사업이 좌초될 만한 급박한 위험이 있었다고 보기 어렵고, 설령 그와 같은 방해가 있었다 하더라도 그것이 위와 같은 주택법의 취지를 희생시키면서까지 조합원들에게 자료 공개를 하지 않을 사유에 해당한다고 보기 어렵다.

- ② 피고인들은 ‘피고인들이 전·현직 조합장으로서 임원회의 회의록 등을 작성하였음에도 이를 15일 이내에 조합원들에게 공개하지 않았다’라는 혐의사실의 주택법위반 형사사건에 관하여 피해자 조합 자금으로 자신들의 변호사비용을 지출하였다.

위 주택법위반 형사사건은 ‘분쟁에 대한 실질적인 이해관계는 단체에게 있으나 법적인 이유로 그 대표자의 지위에 있는 피고인들이 법적 절차의 당사자가 된 경우’에 해당한다고 볼 수 없고, 따라서 이에 관한 변호사비용을 지출하는 행위는 피해자 조합이 아닌 피고인들 자신의 이익을 위한 것으로 볼 수밖에 없으므로, 그 행위가 정당한 목적이거나 동기에서 이루어졌다고 볼 수 없다.

- ③ 피고인들이 위와 같이 변호사비용을 피해자 조합의 자금으로 지출하는 과정에서 다른 조합원들에게 알리는 등 적법한 절차를 거치지 않고 피해자 조합의 자금을 변호사비용으로 사용해야 할 만한 정당한 이유나 긴급한 사정이 있다고 보이지도 않는다.

다.

다음으로, 피고인 1의 조합 자료 미공개에 의한 주택법 위반의 점에 관하여 본다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인 1의 이 부분 공소사실 기재 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추었다고 볼 수 없으므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 보기 어렵다.

① 구 주택법(2020. 1. 23. 법률 제16870호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1항에 의하면, 주택조합의 발기인 또는 임원은 주택조합사업의 시행에 관한 용역업체 선정 계약서, 조합총회 의사록 등 서류 및 관련 자료가 작성되거나 변경된 후 15일 이내에 이를 조합원이 알 수 있도록 인터넷과 그 밖의 방법을 병행하여 공개하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 제104조 제2호는 위 의무를 위반하여 주택조합사업의 시행에 관련한 서류 및 자료를 공개하지 아니한 자를 1년 이하의 징역 및 10,000,000원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

구 주택법 취지와 위 관련 규정 내용을 고려하면, 구 주택법상 조합의 자료 공개는, 조합 가입 여부를 고민하는 사람들이 주택조합 사업의 내용과 현황을 제대로 알고 의사 결정할 수 있도록 객관적이고 충분한 정보를 제공하고, 모집된 조합원들에게 주택조합 사업의 추진 경과나 과정을 투명하게 알릴 필요성이 있기 때문에 그 주택조합의 설립과 사업을 주도적으로 수행하는 사람들에게 토지확보현황 등 여러 정보를 일반 대중에게 공개하고 조합원의 열람복사 요청에 응할 의무를 부과한 것이라 할 것이다.

② 그럼에도 피고인 1은 피해자 조합의 조합장으로서 공소외 6 회사에 대한 용역계약서, 제29차 임원회의 의사록, 선분양 관련 자료, 경계지 7필지 매매계약서, 회계감사보고서, 제30차 임원회의 의사록 등 자료를 인터넷 등에 공개하지 않았다.

피고인 1은 위 자료들이 법정 기한 내에 공개될 경우 조합 사업을 방해하는 세력이 위 자료들을 악용할 위험성에 대한 검토가 필요하여 일시적으로 미공개한 것뿐이라고 변소하나, 피고인 1이 주장하는 사유는 관련 법령이 부과한 의무를 이행하지 않을 정당한 이유가 될 수 없다.

③ 또한 피고인 1이 피해자 조합의 사업 진행에 지장을 초래하지 않는 방식으로 조합원들에게 조합 자료를 공개할 수 있는 대체수단을 강구해보았다는 사정도 보이지 않는다.

④ 피고인 1이 공개하지 아니한 이 부분 공소사실 기재 자료들은 경계지 7필지에 대한 매매계약, 공소외 6 회사와의 용역계약 등과 같이 피해자 조합 재산의 처분 등 조합원들에게 경제적 부담을 초래하는 중대한 사항에 관한 것일 뿐 아니라, 피고인 1 등의 피해자 조합에 대한 이 사건 배임행위에 부수하여 작성되거나 그 과정에서 작성된 매매계약서 내지 용역계약서, 의사록 등으로서, 피고인 1이 이를 법정 기한 내에 공개하지 않음으로써 조합원들로서는 해당 범행내용을 제대로 인지할 수 없었던 것으로 보이는바, 피고인 1의 이 부분 공소사실 기재 행위가 정당한 목적이나 동기에서 이루어졌다고 보기는 어렵다.

8. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

가. 피고인 1의 사전자기기록등변작의 점 및 변작사전자기기록등행사의 점

1) 형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것이므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이

르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 등 참조).

또한 형사항소심은 속심이면서도 사후심으로서의 성격을 가지고 있는 점과 아울러 형사소송법에서 정한 실질적 직접 심리주의의 정신 등에 비추어 볼 때, 제1심이 증인신문 등의 증거조사 절차를 거친 후에 합리적인 의심을 배제할 만한 증거가 부족하다고 보아 공소사실을 무죄로 판단한 경우에, 항소심의 심리 결과 일부 반대되는 사실에 관한 개연성 또는 의문이 제기될 수 있다 하더라도 제1심이 일으킨 합리적인 의심을 충분히 해소할 수 있을 정도에까지 이르지 아니한다면 그와 같은 사정만으로 범죄의 증거가 부족하다는 제1심의 판단에 사실오인의 위법이 있다고 단정하여 공소사실을 유죄로 인정하여서는 아니 된다(대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도11428 판결 등 참조).

2) 원심은 원심판결 제93~96쪽 '무죄 부분 3. 나. 판단' 항목에서 이에 대한 판단 근거를 자세히 설시하면서 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

위 법리에 기초하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 원심의 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 사실인정에 이르는 논증이 논리와 경험법칙에 어긋나는 등으로 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 볼 만한 합리적인 사정이 있다고 볼 수 없으며, 검사가 제출한 증거들만으로는 이 부분 공소사실 기재와 같은 내용의 2017. 10. 17.자 제29차 임원회의 회의록 전자파일이 진정하게 성립되어 있었다는 사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 볼 수 없으므로, 원심판결에 검사 주장과 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다(검사는, 피고인 3이 2017. 10. 17. 공소외 5에게 '경계지 7필지의 매매가를 매도가격의 120%로 했을 때 54억 원이 나오는 것이 맞느냐, 임원회의 전에 금액산출을 정확히 해 달라'고 했던 대화내용 및 공소외 2 회사의 공소외 32 이사가 피해자 조합의 제29차 임원회의가 있기 전인 2017. 10. 11. 공소외 5에게 경계지 7필지에 관한 매매대금을 기재해 놓은 매매계약서를 이메일로 송부한 사정 등을 근거로 2017. 10. 17. 제29차 임원회의에서 경계지 7필지를 토지매입가격의 120%의 가격에 업무대행비로 지급하기로 한다는 회의록이 작성되어 있었다고 보아야 한다고 주장하나, 원심이 설시한 이 부분 판단 근거에 비추어 위와 같은 사정들만으로는 이 부분 공소사실이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기 어렵다).

나. 피고인 3의 조합 자료 미공개로 인한 주택법위반의 점

원심은, 피고인 3이 이 부분 공소사실 일시인 2017. 11. 30.에는 피해자 조합의 고문 및 자문위원직에서 사퇴한 상태였으므로 구 주택법이 제12조 제1항에서 주택조합사업의 시행에 관련한 서류 및 자료의 공개의무를 부과하고 있는 '주택조합의 임원'에 해당한다고 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 3이 피고인 1에게 2017. 11. 30.경 작성한 제30차 임원회의 회의록을 15일 이내에 조합원들에게 공개하지 않도록 지시하였다거나, 이를 공개하지 않는 데에 가담하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 피고인 3의 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심이 설시한 위와 같은 사정에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 제30차 임원회의 회의록을 포함하여 피해자 조합의 제28 내지 34차 임원회의 회의록은 2018. 4. 3. 피고인 1에 의하여 피해자 조합 인터넷 카페에 일괄 게시되었는데, 그 과정에서 공소외 5와 제30차 임원회의 회의록 정정과 관련하여 대화를 나누거나, 2018. 1. 10. 공소외 5에게 '임원회의 회의록을 올려야 하니 제30차 임원회의의 안건

을 정리해 놓은 것이 있으면 보내달라'고 요청하기도 하는 등 제30차 임원회의 회의록의 작성과 공개를 피고인 1이 직접 주관하였다고 보이는 반면, 여기에 피고인 3이 관여하였다고 볼 만한 사정은 보이지 않는 점, ② 피고인 3이 전직 조합장, 고문 및 자문위원을 역임하였고, 조합장인 피고인 1이 자신의 조카이며, 고문 자리에서 물러난 후로도 피해자 조합의 공사도급계약, 경계지 7필지의 이전, 공소외 6 회사와의 용역계약 체결 등에 어느 정도 관여해 온 것으로 보이는 하나, 이로써 피고인 3이 2017. 11. 30.자 제30차 임원회의 회의록의 작성 및 공개까지 관여하였다고 곧바로 추단할 수는 없고, 달리 이를 인정할 만한 정황이 보이지 않는 점 등을 보태어 보면, 피고인 3에 대한 이 부분 공소사실이 합리적 의심을 배제할 수 있을 만큼 증명되었다고 보기 어렵다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다. 따라서 검사의 이 부분 주장도 이유 없다.

IV. 결론

그렇다면 피고인들의 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점과 피고인 1, 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장은 일부 이유 있고, 피고인 1, 피고인 2의 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있으므로, 원심판결 중 피고인들에 대한 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 부분과 피고인 1, 피고인 2에 대한 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 부분 및 업무상배임죄 부분은 파기되어야 한다.

다만 피고인들의 위 죄들은 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 피고인들과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄 부분에 관한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 한다.

【이유】

】I. 이 법원의 심판 범위

검사가 피해자 공소외 지역주택조합(이하 '피해자 조합'이라 한다) 소유인 경계지 7필지의 재산적 가치가 5,454,545,000원임을 전제로 그 이전에 의하여 피해자 조합에 발생한 재산상 손해액이 위 5,454,545,000원과 미지급 업무대행비 1,331,000,000원의 차액인 4,123,545,000원이라고 하여 피고인들에게 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용하여 공소를 제기한 데 대하여, 원심은 이 부분 공소사실 중 경계지 7필지의 재산적 가치가 5,454,545,000원에 달한다는 점을 전제로 한 부분은 범죄사실의 증명이 없다고 보아 판결 이유에서 무죄로 판단하면서 피고인들의 행위로 인한 이 부분 재산상 손해액 및 이득액을 1,829,858,000원으로 보아 이 부분 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 유죄로 인정하였다.

이에 대하여 피고인들이 유죄 부분에 대하여 항소하였고, 검사는 위 이유 무죄 부분에 대하여는 별다른 항소이유를 주장하지 않았다.

피고인들의 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 이유 무죄 부분은 상소불가분의 원칙에 따라 유죄 부분과 함께 당심에 이심되기는 하나, 위 이유 무죄 부분은 이미 당사자 사이의 공격·방어 대상에서 벗어나 사실상 심판대상에서 이탈되었으므로, 이 부분에 대하여는 원심의 결론에 그대로 따르기로

하고 당심에서 따로 판단하지 않는다.

II. 항소이유의 요지

1. 피고인 1

가. 사실오인 및 법리오해

1) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분)

가) 피해자 조합이 청주시 (주소 2 생략) 일대 약 71,000㎡ 규모의 대지에 조합원을 모집하여 아파트를 건설하는 사업 (이하 '이 사건 사업'이라 한다)에 관하여 2017. 8. 1. 사업계획승인을 받음으로써 업무대행사인 공소외 2 주식회사 (이하 '공소외 2 회사'라 한다)로서는 2017. 11.경 이미 업무대행비 전액을 청구할 수 있는 지위에 있었다.

피해자 조합, 공소외 3 주식회사(이하 '공소외 3 회사'라 한다), 공소외 2 회사 사이에서 2017. 11. 22. 공사도급계약(이하 '이 사건 공사도급계약'이라 한다)을 체결하면서 업무대행비의 지급시기를 변경하는 조항을 두었더라도, 이는 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 채무의 기한을 불확정기한으로 정하여 지급시기를 유예한 것에 불과하다.

공소외 2 회사가 2017. 12. 31.경 업무대행관계에서 이탈하였다 하더라도 업무대행계약에서 정한 업무가 대부분 완료된 상태였으므로 이미 완성된 기성부분에 대한 업무대행비 채권에 영향을 주지 않는다.

피해자 조합과 공소외 2 회사 사이에서는 업무대행비를 토지로 대물변제하기로 하는 합의가 이미 존재하였고, 이 사건 공사도급계약에 의하여 업무대행비 지급시기를 변경한 것은 공소외 3 회사의 요구에 따른 것일 뿐 위 대물변제 합의와는 무관하다.

이 사건 공사도급계약을 체결하는 과정에서 피해자 조합과 공소외 2 회사, 공소외 3 회사 담당자들은 토지를 대물로 업무대행비를 지급하는 것은 공사도급계약에 정한 업무대행비의 지급시기 및 지급비율 약정과 상관없이 가능하다는 취지로 협의하기도 하였다.

피해자 조합은 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 대물변제로 경계지 7필지를 이전해주는 문제를 제30차 임원회의의 적법한 결의를 거쳐 결정하였고, 경계지 7필지가 대물변제로써 소유권이 이전된 후 ○○○지구 시공사인 공소외 4 주식회사(이하 '공소외 4 회사'라 한다) 앞으로 가등기가 마쳐졌다는 등의 사정은 배임의 성립 여부와 무관하므로, 피해자 조합이 공소외 2 회사에 대물변제 명목으로 경계지 7필지의 소유권을 이전해준 것을 업무상 임무위배행위라 볼 수 없다.

나) 경계지 7필지에 관한 근저당권 설정에 관한 특약은 피고인 2와 공소외 5의 합의에 의하여 삽입되었을 뿐, 피고인 1은 이와 관련한 내용을 전혀 알 수 없었으므로, 피해자 조합과 공소외 2 회사 사이에 경계지 7필지에 대한 근저당권 설정에 관하여 명시적인 의사 합의가 있었다고 할 수 없고, 근저당권 설정 조항은 피고인 2, 공소외 5 사이의 통정허위표시로 무효라고 보아야 한다.

따라서 피해자 조합이 경계지 7필지에 관한 근저당권을 설정 받지 않았다고 하여 피고인들이 업무상 임무위배행위를 한 것이라거나 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없다.

다) 공소외 3 회사가 이 사건 공사도급계약상의 공사비를 모두 지급받은 이상 피해자 조합에 손해배상청구나 구상권을 행사할 여지가 없으므로, 업무대행비의 대물변제로 경계지 7필지를 이전해준 것으로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하거나 발생할 위험이 없다.

손해가 있다 하더라도 피해자 조합이 입은 손해는 지급시기를 유예한 업무대행비 채무를 그 지급시기 이전에 경계지 7필지로 선행하여 대물변제한 데 따른 이자 정도라고 보아야 하므로, 이로 인한 재산상 손해액 및 이득액을 원심이 인정한 1,829,858,000원이라고 볼 수는 없고, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

2) 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 이 사건 공사도급계약에서 업무대행비 지급시기를 조정한 것은 현금으로 지급하는 경우에 한정되므로, 경계지 7필지를 대물변제 받은 이후에도 공소외 2 회사로서는 피해자 조합에 대하여 현금으로 미지급 업무대행비 1,170,000,000원을 청구할 수 있었다.

따라서 피해자 조합이 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급한 것을 업무상 임무위배행위라 볼 수 없고, 피해자 조합의 손해를 인정할 수 없다.

나) 설령 위 550,000,000원의 업무대행비가 이 사건 공사도급계약에서 정한 지급시기보다 앞서 지급됨에 따라 피해자 조합에 손해가 발생하였다 하더라도 그로 인하여 피해자 조합이 입은 손해는 선지급된 업무대행비에 대한 이자 상당이라고 보아야 하므로, 이 부분 공소사실과 같이 550,000,000원 전액을 손해 및 재산상 이익으로 볼 수 없고, 따라서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

3) 2,310,000,000원 상당 무자격 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 3은 공소외 3 회사와의 협상을 주도하면서 효율적인 전략을 구사하여 실제로 공사비를 감액시켰고, 피해자 조합은 공사비 감액에 관한 피고인 3의 기여를 인정하고 그 대가 지급을 위해 공소외 6 주식회사(이하 '공소외 6 회사'라 한다)에 용역비를 지급하기로 하여 적법·유효한 총회와 임원회의의 결의 및 법무법인 △△에 대한 자문의뢰를 거쳐 공소외 6 회사와 사이에 2,310,000,000원(부가세 포함)의 용역계약(이하 '이 사건 용역계약'이라 한다)을 체결하였다.

따라서 피해자 조합은 공소외 6 회사에 대한 위 2,310,000,000원의 용역비채무를 승인한 것이고, 이로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 볼 수 없으므로, 이 사건 용역계약과 관련하여 피고인 1이 배임행위를 하였다고 볼 수 없다.

나) 설령 이 사건 용역계약의 용역비가 과다하게 책정되었다고 하더라도 적정한 수준의 용역비와의 차액만을 손해액으로 인정할 수 있을 뿐 이 부분 용역비 2,310,000,000원 전체가 이 부분 배임행위로 인한 손해에 해당한다고 볼 수 없으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

다) 또한 무효인 지급명령에 기해 이루어진 부동산 강제경매신청에 의한 재산상 실해 발생의 위험은 구체적·현실적인 위험이 야기된 정도에 이르렀다고 볼 수 없어 배임죄의 기수에 이르렀다고 볼 수 없다.

4) 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

피해자 조합이 조합원 자격이 없는 사람들과 사이에 먼저 계약금을 지급받되 추후 미분양분 주택을 공급해주지 못할 경우 계약금을 반환하고 추가로 5,000,000원을 지급하기로 하는 약정(이하 '이 사건 약정'이라 한다)을 체결할 당시

피해자 조합은 주택건설사업계획승인을 받기 전이었으므로 주택법 제54조 제1항의 '사업주체'라고 할 수 없다.

이 사건 약정은 일반분양을 거친 후에도 남은 미분양분 주택이 발생할 것을 정지조건으로 하는 약정으로서, 확정적·최종적으로 분양계약을 체결한 것이 아닌 모집 단계에 그친 것이어서 주택법 제102조 제13호의 '주택을 공급'한 경우에 해당하지 않는다.

5) 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 1은 피해자 조합에 사업비가 절실히 필요한 상황에서 불가피하게 이 사건 약정을 통해 비조합원에 대한 모집행위에 나아간 것으로 피해자 조합을 위한다는 의사가 있었을 뿐 배임의 고의나 불법이득의사가 없었다.

미분양분 주택이 발생할 것을 정지조건으로 하는 이 사건 약정은 미분양분 주택이 발생하지 않는 경우 조건이 불성취되어 피해자 조합으로서는 손해배상을 할 의무가 발생하지 않으므로 손해가 인정되지도 않는다.

나) 피해자 조합과 공소외 7 주식회사(이하 '공소외 7 회사'라 한다) 사이의 조합원 모집 용역계약은 합의에 의하여 구두로 그 내용을 변경할 수 있는 것이고, 피해자 조합은 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 자들을 상대로 미분양분 주택이 발생하는 것을 조건으로 약정을 체결하도록 하면서 그에 따른 용역비를 지급한 것이다.

이는 피해자 조합의 사업 위기를 돌파하기 위한 방편이었을 뿐 공소외 7 회사나 모집된 비조합원에 이익을 주기 위한 것이 아니었고, 공소외 7 회사로서는 용역수행의 대가로 용역비를 받은 것일 뿐 재산상 이익을 얻었다고 할 수 없으며, 그 이익의 가액이 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 금액 이상에 해당한다고 볼 수도 없다.

6) 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점

피고인 1은 조합 자료 미공개를 이유로 한 형사사건으로 수사를 받게 되자 피해자 조합을 방해하는 세력으로부터 조합 사업을 지키기 위하여 조합비용으로 변호사 선임료를 지출한 것이고, 이는 조합장으로서 선량한 관리자의 주의의무를 이행한 것이어서 형법 제20조의 정당행위에 해당함에도 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실에 대하여 유죄로 판단하였다.

7) 조합 자료 미공개에 의한 주택법위반의 점

피고인 1이 조합 자료를 공개하지 않은 것은 비상대책위원회를 칭하며 조합 사업을 방해하는 세력에 대응하여 조합 자료가 악용될 경우의 위험성에 대한 검토를 위하여 일시적으로 취한 조치에 불과하여 형법 제20조의 정당행위에 해당함에도 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 위법하다.

나. 양형부당

피고인 1에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 피고인 2

가. 사실오인 및 법리오해

1) ○○○지구 토지 매입비 등 750,000,000원 수령에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 2와 피해자 조합 설립추진위원회(이하 '피해자 추진위'라 한다) 및 피해자 조합과의 사이에는 재산상 이익을 보호·관리하는 것을 전형적·본질적 내용으로 하는 신임관계가 존재하지 않으므로 피고인 2를 '타인의 사무를 처리하

는 자'라고 볼 수 없다.

나) 이 사건 사업 초기의 피해자 추진위는 피고인 2가 주도하여 구성한 것이어서 피고인 2와 실질적으로 동일하다고 할 수 있었고, 피고인 2는 이 사건 사업 진행에 앞서 도시개발사업을 추진하기 위하여 공소외 21 주식회사(이하 '공소외 21 회사'라 한다)로 하여금 사업부지를 매입하여 도시개발사업을 완료한 후 이를 피해자 조합에 이전하는 방식으로 사업을 진행하기로 하고, 그 집행 근거를 마련하기 위해 공소외 21 회사와 피해자 추진위 사이의 토지매매계약을 작성하였는데, 그 실질은 순수한 토지매매계약과 여러 가지 용역계약이 포함된 것이었다.

피해자 추진위의 위원장 피고인 3도 자신이 운영하는 □□□□□□를 통하여 용역비를 지급받음으로써 위 토지매매계약서의 존재 및 공소외 21 회사가 피해자 추진위를 위하여 수행한 도시개발사업용역에 따른 대가를 수령하는 것임을 충분히 인식하고 있었다.

공소외 21 회사는 공소외 2 회사가 업무대행사로서 수행하는 이 사건 사업과 명백히 구분되는 도시개발사업에 관한 용역을 수행하였고, 피고인 2로서는 이에 따른 대가를 지급받을 권리 또는 상법 제61조에 따른 상인의 보수청구권에 기하여 위 토지매매계약서 및 피해자 추진위와 공소외 8 주식회사(이하 '공소외 8 회사'라 한다) 사이의 자금관리대리사무계약에서 정한 절차에 따라 적법·정당하게 용역비를 출금 받은 것이다.

따라서 피고인 2에게 어떠한 임무위배행위 및 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없고 피해자 조합에 손해를 발생시켰다고 볼 수도 없다.

2) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분) 및 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 공모관계 관련 공소사실 특정, 증명의 방법 및 정도

피고인들의 공모관계에 관하여 공소사실이 특정되지 않았고, 피고인 2에게 배임죄가 인정되기 위해서는 피고인 1, 피고인 3과 이익대립관계에 있는 피고인 2가 사회적 상당성의 범위를 벗어나 배임행위에 적극 가담하였다는 등의 특별한 사정이 필요함에도 이러한 점이 증명되지 않았다.

피고인 2는 피해자 조합의 업무대행사의 대표이사 지위에서 지극히 일상적인 업무를 수행했을 뿐 피고인 1의 배임행위에 적극 가담한 사실이 없다.

나) 경계지 7필지 이전 관련

(1) 공소외 2 회사는 피해자 조합이 2017. 8. 1. 사업계획승인을 받음으로써 당초 업무대행계약에서 정한 바에 따라 피해자 조합에 대하여 10,912,000,000원 전액을 청구할 업무대행비 청구권을 가지게 되었고(피해자 조합과 공소외 2 회사 사이의 업무대행계약이 해지된다 하더라도 위 청구권이 소멸하지 않는다), 업무대행계약에서 정한 업무도 모두 완료한 상태였다.

공소외 2 회사는 피해자 조합이 업무대행비 잔금 지급을 거절함에 따라 업무대행계약을 해지하였을 뿐이므로 이를 배임의 징표로 삼을 수 없다.

이 사건 공사도급계약으로 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급의무의 변제기가 유예된 것일 뿐이고, 공소외 2 회사로서는 피해자 조합 잔여토지를 업무대행비에 대한 대물로 지급받는 것과 관련하여 공소외 3 회사와 협의할 의무를 부담한다고 볼 수 없다.

이 사건 공사도급계약 제17조 제12호는 분양수입금 인출 순위에 관한 규정일 뿐 업무대행비의 지급 여부 자체를 제한하는 규정으로 볼 수 없으며, 업무대행비를 현금 지급이 아닌 사업 외 부지로 대물변제하는 것은 그 지급시기를 조정할 아무런 이유나 필요성이 없었고 공소외 3 회사와도 이미 협의가 완료된 것이기에 이를 반영하여 위 제17조 제12호 단서조항을 둔 것이다.

경계지 7필지의 대물변제는 피해자 조합 내부의 정당한 절차를 거쳐 이루어졌고, 피고인 2와 피해자 조합 사이에 경계지 7필지에 관하여 근저당권을 설정하기로 하는 합의가 존재하지도 않으며, 이중담보권 설정은 배임죄를 구성하지도 않으므로, 이와 관련하여 피고인 2의 임무위배행위가 있다거나 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없다.

(2) 공소외 2 회사는 피고인 2가 업무대행계약을 해지할 즈음에 이미 피해자 조합과의 업무대행계약에서 정한 업무를 모두 완료하였으므로, 피고인 2는 피해자 조합이 장기간 지급을 지연하던 업무대행비를 정당하게 지급받았을 뿐이다.

또한 경계지 7필지는 사업 외 부지로서 피해자 조합의 사업이 완료된 이후 어차피 매각했어야 할 대지이므로 이를 대물변제한 것은 피해자 조합에 이익을 주는 것일 뿐 손해라고 볼 수 없다.

설령 손해가 있다고 하더라도 그 손해는 '유동성 장애'의 손해로 구체적인 액수를 산정할 수 있는 손해가 아니므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용할 수 없다.

다) 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급 관련

이 사건 공사도급계약에 의하면 공소외 2 회사는 총 5,456,000,000원(=10,912,000,000 원×1/2)의 업무대행비를 계약금 및 중도금으로 지급받을 수 있었는데, 피해자 조합으로부터 4,125,000,000원을 지급받았으므로 그 차액인 1,331,000,000원이 계약금 및 중도금 잔액으로 남아 있었다.

경계지 7필지 이전을 통한 5,100,000,000원의 지급은 현금으로 받을 권리가 있는 계약금 및 중도금이 아니라 현금으로 지급받을 시기가 도래하지 않은 잔금을 지급받은 것이므로, 피고인 2의 2017. 11. 30.자 업무대행비 550,000,000원의 지급 청구는 위 계약금 및 중도금 잔액인 1,331,000,000원 중 일부의 지급을 정당하게 청구한 것일 뿐이어서 배임죄가 성립되지 않는다.

3) 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 이 사건 약정을 체결할 당시 피해자 조합은 주택법상 '사업주체'에 해당하지 않았고, 이 사건 약정은 정지조건부 약정에 불과하며, 조합원 자격이 없는 사람들과 이 사건 약정을 체결한 행위는 '입주자 모집행위' 또는 '주택 공급신청행위'에 해당하지 않아 이를 주택법상 '주택의 공급'에 해당한다고 볼 수 없다.

주택법상 '사업주체'와 '주택의 공급'의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 위배된다.

또한 피고인 2로서는 이 사건 약정이 주택법을 위반할 소지가 있다는 점에 대한 인식, 즉 위법성의 인식을 가질 수 없었다.

4) 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 2와 피고인 1의 이 부분 범행의 공모관계에 관하여 공소사실이 특정되지 않았고, 피고인 2는 피해자 조합의 아파트 분양 업무에 적극적으로 관여하지 않았으므로 배임죄의 공동정범이 될 수 없다.

나) 피해자 조합의 재정상황상 사업비 마련을 위하여 불가피하게 이 사건 약정을 체결할 수밖에 없었고, 이로 인하여 피해자 조합이 얻은 재산상 이익은 위 약정으로 부담할 수도 있는 손해배상채무액보다 훨씬 크며, 미분양 세대가 발생하였다 하여도 피해자 조합이 이 사건 약정의 계약 상대방들에게 부담하는 5,000,000원씩의 채무는 이 사건 약정을 통하여 받은 계약금의 이자 정도에 불과하므로 피해자 조합에 손해가 발생한 것으로 볼 수 없다.

미승인 입주자 모집 관련 손해배상약정에 의한 손해액 214,500,000원은 이 사건 약정으로 인해 발생한 손해라기보다 피해자 조합의 현 집행부의 선부른 약정 해제로 인해 발생한 손해일 뿐이고, 공소외 7 회사는 용역 수행에 따른 정당한 용역비를 지급받은 것이다.

따라서 이와 관련하여 임무위배행위 및 배임의 고의가 있다거나 피해자 조합에 손해가 발생했다고 볼 수 없다.

나. 양형부당

피고인 2에 대한 원심의 형(징역 4년 6개월)은 너무 무거워서 부당하다.

3. 피고인 3

가. 사실오인 및 법리오해

1) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분)

가) 피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 경계지 7필지 이전과 관련하여 업무상 임무위배행위가 있었다거나 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

나) 피고인 3은 경계지 7필지에 대한 매매계약체결에 관여한 적이 없고, 근저당권 설정과 관련한 특약내용은 전혀 알지 못하였음에도 불구하고, 원심은 믿기 어려운 공소외 5의 진술 등을 근거로 사실을 오인하고 법리를 오해하여 피고인 3을 공동정범으로 인정하였다.

2) 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점

피고인 3은 이 사건 사업의 시공사로 이미 공소외 3 회사가 확고히 예정되어 있던 상태에서 다른 건설사를 끌어들여 공소외 3 회사를 압박하여 공사비 협상을 하고자 하였을 뿐, 주택법상의 '시공사 선정에 관한 업무'를 한 것이 아니다.

3) 2,310,000,000원 상당 무자격 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약 및 지급명령 등과 관련하여 피고인 3이 배임행위를 하였다거나 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조의 위반죄가 성립한다거나 배임죄의 기수로 판단할 수 없다.

피고인 3은 이 사건 용역계약을 통하여 실제로 얻은 이익도 없고, 피해자 조합에 손해를 가한다는 인식이나 의사를 가지고 있었던 것도 아니므로 배임의 범의도 인정되지 않는다.

4) 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 이 부분 공소사실 기재 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당한다.

나. 양형부당

피고인 3에 대한 원심의 형(징역 4년 6개월)은 너무 무거워서 부당하다.

4. 검사

가. 사실오인(주문 무죄 부분)

1) 피고인 1의 사전자기기록등변작의 점 및 변작사전자기기록등행사의 점

피해자 조합 소유인 경계지 7필지를 토지매입가격의 120%인 5,454,545,000원(부가세 별도)에 업무대행비로 지급하기로 결의하였다는 내용이 기재된 피해자 조합의 2017. 10. 27.자 제29차 임원회의 회의록이 진정하게 성립되어 있음에도 불구하고, 원심은 위 회의록 전자파일이 진정하게 작성된 사실을 인정할 수 없다고 하면서 피고인 1의 이 부분 각 공소사실을 무죄로 잘못 판단하였다.

2) 피고인 3의 조합 자료 미공개로 인한 주택법위반의 점

피고인 3은 피해자 조합의 업무를 주도적으로 관여하고 결정하였으므로 조합자료 미공개와 관련한 피고인 3의 공모관계를 충분히 인정할 수 있음에도 불구하고, 원심은 피고인 3의 공모사실이 인정되지 않는다고 보아 피고인 3의 이 부분 공소사실을 무죄로 잘못 판단하였다.

나. 양형부당

피고인들에 대한 원심의 위 각 형은 너무 가벼워서 부당하다.

Ⅲ. 판단

1. 피고인 2의 ○○○지구 토지 매입비 등 750,000,000원 수령에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 피고인이 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하는지 여부

1) 피고인은 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제26 내지 28쪽의 '유죄의 이유 1. 나. 이 사건 당시 업무대행사의 대표이사인 피고인 2가 "타인의 사무를 처리하는 자"에 해당하는지 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인의 주장을 배척하였다.

2) 원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인이 피해자 추진위 또는 피해자 조합의 자금을 관리하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없으므로 피고인의 이 부분 주장을 받아들이지 않는다.

① 피고인은 검찰 조사에서 '피고인 3과 함께 이 사건 사업 부지에 대하여 공소외 9를 통하여 토지작업을 한 후 개발 사업을 추진하려고 하였는데, 주택조합에 의한 방식으로 사업을 진행하게 된 것은, 일반분양방식으로 사업을 진행하려면 시공사로부터 돈을 빌려야 하고, 이 사건 사업 부지에 대한 도시개발사업을 진행하기 전에는 시공사로부터 돈을 빌리기 어렵기 때문이었다'라는 취지로 진술하였다.

피고인은 피해자 조합의 추진위를 설립하기 전인 2015. 5.경 공소외 8 회사 사무실에서 전 법무사 공소외 10, 공소외 11 사무소 사무장인 공소외 12, 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14와 함께 이 사건 사업 부지에 대한 도시개발사업

에 대하여 논의하기도 하였으며, 피해자 조합의 규약도 피고인이 직접 만들었다.

이러한 사정들로 보아 피고인은 단순히 피해자 조합을 위한 업무대행사의 대표이사의 지위에 있었던 것만이 아니라 피해자 조합이 설립되기 이전부터 주도적으로 이 사건 사업을 추진하던 주요 인물이었다.

- ② 피고인 3의 검찰 조사 당시 진술에 의하면, 피해자 조합과 공소외 21 회사 사이의 2015. 10. 1.자 토지매매계약서(이하 '이 사건 매매계약서'라 한다)가 작성될 당시와 피해자 조합의 자금 750,000,000원을 공소외 21 회사로 인출한 시기는 피고인 3의 건강상태가 좋지 않아 피고인이 이 사건 사업과 관련한 업무 전반을 알아서 처리하던 때였다.
- ③ 피고인은, 공소외 2 회사, 피해자 추진위 및 피해자 조합, 공소외 8 회사가 체결한 자금관리대리사무계약에서 사업비 집행방법(제4조)에 관하여 자금 집행 시 '피해자 추진위 위원장(피고인 3)이 공소외 2 회사의 자금집행 요청서 검토 및 동의'를 필수사항으로 정하고 있음을 들어 피고인이 전적으로 피해자 조합의 자금관리업무를 대행하는 지위에 있었던 것으로는 볼 수 없다고 주장한다.

그러나 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15는 수사기관 및 원심법정에서 '자금집행 요청서와 공문에 피고인 3의 직인이 찍혀있어 피해자 조합이 동의를 한 것으로 판단하였을 뿐, 피고인 3에게 직접 확인한 사실은 없다'라는 취지로 진술하였는데, 당시 피고인은 피고인 3의 직인을 가지고 있었고, 피고인 3도 위 ②항에서 본 바와 같이 당시 피해자 추진위 내지 피해자 조합의 업무를 피고인에게 모두 맡겼던 것으로 보이므로, 위와 같은 자금관리사무 계약에서 자금집행의 절차에 관하여 정하고 있는 조항과는 무관하게 피고인과 피해자 조합 사이에 신임관계가 존재하는 것으로 봄이 타당하다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 배임행위, 고의 및 손해의 발생 인정 여부

- 1) 배임죄 구성에 있어서 임무에 위배하는 행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함한다(대법원 1990. 6. 8. 선고 89도1417 판결 등 참조). 업무상배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 임무 위배의 인식과 그로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 인식, 즉 배임의 고의가 있어야 하는데, 이러한 인식은 미필적 인식으로도 충분하고, 피고인이 배임의 범의를 부인하는 경우에 배임의 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인지는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1523 판결 등 참조).
- 2) 피고인은 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제28 내지 37쪽의 '유죄의 이유 1. 다. 배임행위와 고의의 인정 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인의 주장을 배척하였다.
- 3) 원심의 위와 같은 판단을 앞서 본 법리에 기초하여 기록과 대조하여 면밀히 살펴보면, 피고인이 피해자 추진위 또는 피해자 조합에 대하여 배임행위를 한 사실, 피고인의 배임의 고의와 이로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

피고인이 당심에서 거듭 강조하는 쟁점에 대하여 다시 살펴보더라도 다음과 같은 이유로 피고인의 이 부분 주장은 받아들이기 어렵다.

가) 피고인은 도시개발사업의 주체가 될 수 없는 피해자 추진위를 위하여 도시개발업무를 성실히 수행하였고, 이에 따른 용역비 청구권을 가지게 되었으며, 이러한 도시개발사업 용역비를 피해자 조합이 지급할 의무가 있어 이 부분 공소사실 기재 금액을 용역비로 청구한 것이며, 자금 출금에 대한 최종 결정권이 있는 공소외 8 회사가 승인하여 이를 수령한 것일 뿐이라고 주장한다.

그러나 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래의 사정들에 의하면, 피고인이 피해자 조합에 대하여 도시개발사업 수행에 따른 용역비 청구권을 가진다고 보기 어렵고, 공소외 8 회사의 승인과 무관하게 배임죄 성립이 가능하므로, 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

① 피고인은 수사기관에서 '공소외 21 회사는 도시개발사업의 주체가 될 수 없고, 도시개발사업을 컨트롤하기 위한 것이기 때문에 자격이 필요 없다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 16은 원심법정에서 '공소외 21 회사는 자기 명의로 도시개발사업을 시행할 수 없었다'라는 취지로 진술한 점 등에 의하면, 공소외 21 회사 또한 도시개발사업을 직접 수행할 수 있는 자격이 없었던 것으로 보인다.

그렇다면 공소외 21 회사가 하였다고 주장하는 도시개발업무는 반드시 공소외 21 회사가 주체가 되어 수행되었어야 할 필연적인 이유가 있었다고 보기 어려운바, 그럼에도 피고인은 공소외 21 회사가 실제로 어떠한 업무를 하였는지도 불분명하고 업무수행에 대한 적법·유효한 계약상 근거도 없는 상황에서 어떠한 합리적인 산정기준도 없이 과다하게 책정된 용역비를 근거로 자금 집행을 청구하였다(이 사건 매매계약서상의 매매대금 700억 원 중 순수 토지매입비로 약 600억 원, 각종 용역비로 약 80억 원을 제외하고 공소외 21 회사의 용역비로는 약 20억 원 정도만을 예정한 것이라는 피고인의 주장을 감안하더라도 마찬가지이다).

② 공소외 8 회사의 공소외 13은 원심법정에서 "저희가 승인을 할 수 있는 건 아니고요. 대리사무계약에 의하면 업무대행사가 요청을 하고 조합 추진위가 검토하고 동의를 해서 그런 시스템이 있어야 돈이 나가고, 저희 마음대로 돈이 나가거나 그런 경우는 없습니다.

저희가 돈이 나가는 경우는 어쨌든 업무대행사, 아니 그러니까 뭐 조합 추진위가 도장을 찍어야 나갈 수 있는 그런 겁니다"라고 진술하였다.

이에 비추어 보면 공소외 8 회사의 자금집행 결정에서 피해자 조합의 검토 및 동의 유무가 가장 중요한 요건이라 할 것이고, 자금집행과 관련하여 공소외 8 회사가 피해자 조합에 우선하는 최종 결정권자라고 볼 수도 없다.

피고인은 자신이 임의로 직접 작성한 이 사건 매매계약서와 피고인 3의 직인을 가지고 피해자 조합의 자금집행의 요청 및 동의가 있는 것처럼 외관을 형성하였고, 이로써 피해자 조합의 동의가 있는 것으로 신뢰한 공소외 8 회사로부터 자금을 인출 받았던 것이므로, 공소외 8 회사의 자금집행 결정을 통하여 자금인출이 이루어졌다는 사정은 피고인의 배임죄 성립에 영향을 미친다고 볼 수 없다.

나) 피고인은, 이 사건 매매계약서는 도시개발사업 등의 근거를 위해 개괄적으로 작성된 것이고, 추후 특약사항을 통해 구체적인 내용을 정하고자 한 것이며, 피고인 3도 위 매매계약을 충분히 인지할 수 있었고, 피해자 조합은 2016. 4. 29.자 창립총회를 통하여 피해자 추진위와 관련된 사항을 포괄승계 하였으므로 이 사건 매매계약서에 기한 권리관계도 포괄승계된 것이라고 주장한다.

그러나 아래의 사정들에 의하면, 피고인 3은 이 사건 매매계약서 작성 사실을 알지 못하였다고 봄이 타당하고, 피해자 조합의 총회에 위 계약 사실이 보고되었다고 볼 자료도 보이지 않으므로 피해자 조합이 위 매매계약서에 기한 권리 관계를 승계하였다고 볼 수 없다.

따라서 피고인의 위 주장도 받아들일 수 없다.

① 피고인은 수사기관에서 '공소외 21 회사의 용역에 대하여 조합원들에게 이야기한 적은 없다, 피고인 3은 도시개발업 무로 별도의 계약을 체결하지 않겠다고 하였다'라는 취지로 진술하였으며, 피고인 3도 수사기관에서 '공소외 21 회사로 집행된 500,000,000원은 잘못 지급된 것으로 나중에 회수되었다, 피고인이 동의 없이 임의로 작성한 이 사건 매매계약서로 인출 받은 것이다, 공소외 21 회사의 용역을 허락한 적이 없으며, 알았다면 총회의 승인이나 동의를 받았을 것이고, 용역계약의 조건도 협의한 바 없다, 총회에 보고한 적도 없다'라는 취지로 진술하였다.

② 2016. 6. 26.자 녹취서에 의하더라도 피고인 3이 공소외 17에게 이 사건 매매계약서가 작성된 사실, 피고인이 750,000,000원을 용역비로 인출한 사실을 몰랐다는 취지로 이야기하고 있음을 알 수 있고, 공소외 17 또한 원심법 정에서 피고인 3은 피고인이 500,000,000 원을 용역비로 인출한 사실을 알지 못하고 있었다고 진술하였다.

다) 피고인은, 피해자 추진위가 설립되기 전인 2015. 5.경 공소외 12, 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14 등과 함께 도시개발사업과 관련한 논의를 하여 이 사건 매매계약서를 작성한 것이고, 공소외 8 회사는 위 매매계약서를 근거로 공소외 21 회사에 750,000,000원을 도시개발사업에 대한 용역비로 지급하였으며, 공소외 21 회사와 □□□□□□ 사이의 용역계약에 근거하여 □□□□□□에 용역비를 지급하였으므로 □□□□□□의 운영자인 피고인 3이 이 사건 매매계약서에 근거하여 공소외 21 회사에 용역비를 지급하였다는 것을 알 수밖에 없다고 주장한다.

그러나 아래의 사정들을 고려하면, 피고인이 주장하는 위 사정들만으로 피고인 3이 이 사건 매매계약서의 존재 및 위 매매계약이 용역비 지급의 근거라는 점을 알았다고 보기 어렵다.

① 공소외 8 회사의 공소외 14, 공소외 15는 수사기관에서 '공소외 8 회사는 피고인과 도시개발사업 전체 구조에 대하여 의논한 적은 있으나, 공소외 21 회사의 용역비에 대하여는 협의한 적은 없다', '공소외 21 회사에 지급한 750,000,000원은 도시개발 운영비 명목이 아닌 토지비로 준 것이고, 이 사건 매매계약서의 특약사항에 매수인인 피해자 조합이 토지주와 계약한 사항을 확인한다고 되어 있어 이에 근거하여 지급한 것이다', '공소외 8 회사가 피고인에게 보낸 2017. 2. 13.자 공문에서 공소외 21 회사에 집행한 자금은 토지대금이 아닌 도시개발자금 운영비 명목으로 지급한 것이라는 내용도 사실이 아니고, 피고인이 요구하여 위와 같은 내용의 공문을 보낸 것이다'라는 취지로 진술하였는데, 원심법정에서는 '토지비 명목으로 준 운영비이고, 토지개발사업과 관련한 비용으로 쓰일 것이라 생각하였다', '공소외 21 회사에 지급한 500,000,000원은 도시개발사업에 대한 대가라기보다는 토지를 사는 데 필요한 비용을 포함하여 사업에 필요한 비용이라 생각하여 지급한 것이다'라는 취지로 진술하였다.

위 진술들에 비추어 보면, 피고인과 공소외 8 회사가 도시개발사업에 대한 용역비를 논의한 적은 없는 것으로 보이고, 공소외 8 회사는 공소외 21 회사가 청구하는 비용의 명목이 토지비인지 아니면 운영비인지를 확인하거나 그 비용이 세부적으로 어떻게 산정되었는지를 정확히 확인하지 않고 자금을 집행한 것으로 보인다.

② 앞서 본 바와 같이 이 사건 매매계약서는 피고인 3과는 전혀 논의되지 않은 채 작성된 것으로 보이므로, 피고인 3이 운영하는 □□□□□□이 공소외 21 회사와의 토지매입용역계약을 체결하고 그 용역에 따라 용역비를 지급받았다는 사실만으로 곧바로 피고인 3이 이 사건 매매계약서에 근거하여 공소외 21 회사에 용역비를 지급하였음을 인식할 수 있었다고 보기는 어렵다.

2. 피고인들의 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점 및 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 이 부분 각 공소사실 특정 관련(피고인 2의 주장에 대하여)

1) 관련 법리

가) 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립한다.

이러한 공모관계를 인정하기 위해서는 엄격한 증거가 요구되지만, 피고인이 범죄의 주관적 요소인 공모관계를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없다(대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결 등 참조).

나) 형사소송법 제254조 제4항에 의하면 "공소사실의 기재는 범죄의 일시, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다.

"라고 되어 있는바, 이와 같이 공소사실의 특정을 요구하는 법의 취지는 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 데에 있으므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시, 장소 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위의 정도에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그 공소내용이 특정되지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도11042 판결 등 참조). 그리고 공소 제기된 범죄의 성격에 비추어 그 공소의 원인이 된 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 그 일시·장소·방법·목적 등을 적시하여 특정하면 족하고, 공모의 시간·장소·내용 등을 구체적으로 명시하지 아니하였다거나 그 일부가 다소 불명확하더라도 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 그 공소사실을 특정할 수 있고, 그리하여 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그와 같은 이유만으로 공소사실이 특정되지 아니하였다고 할 수 없다(대법원 2018. 1. 25. 선고 2016도 6757 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

위 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실에 피고인들의 배임행위와 관련한 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되어 있지 아니한 것은 사실이나, 피해자 조합의 조합장으로서 조합 업무 전반을 관장하고 있는 피고인 1, 피해자 조합의 전 조합장 또는 고문 및 자문위원의 지위에서 조합 업무에 관여하여 온 피고인 3, 피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사의 대표이사로서 피해자 조합의 업무 전반을 대행하는 지위에 있는 피고인 2가 어느 한 시기에 한 장소에 모여 범행을 공모한 것이 아니라 수시로 연락을 주고받으면서 암묵적으로 공모를 하고, 피고인들이 각 지위에 기하여 업무를 지시하거나 관장하는 방식으로 이 부분 범죄에 가담한 것이기에 공모의 시기, 장소, 방법 등

이 명확하게 기재되지 못하는 것은 불가피한 측면이 있고, 이 부분 공소사실에는 배임행위의 시기, 내용, 방법 등이 다른 사실과 식별할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 특정되어 있으므로, 위와 같은 공소사실 기재로 인해 피고인 2의 방어권 행사에 별다른 지장은 없는 것으로 보인다.

따라서 이 부분 공소사실은 충분히 특정되었다고 할 것이므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나. 경계지 7필지 이전 관련 부분(피고인들)

1) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피해자 추진위와 공소외 2 회사는 2015. 9. 1. 이 사건 사업에 관하여 업무대행비를 1세대당 10,000,000원으로 정한 업무대행계약(이하 '이 사건 업무대행계약'이라 한다)을 체결하면서, 계약금 10%는 계약 시에, 1차 중도금 40%는 조합 설립신청 시에, 2차 중도금 40%는 조합 설립인가 후에, 잔금 10%는 사업계획 승인 후에 지급하기로 정하였다.
- ② 피해자 조합은 2016. 4. 29. 창립총회를 개최하며 피해자 추진위가 체결한 계약 등을 포괄승계하기로 결의하였고, 2016. 7. 22. 조합 설립인가를 받았으며, 2017. 8. 1. 이 사건 사업 부지에 아파트 992세대를 건축하는 주택건설사업 계획에 대한 승인이 이루어졌다.
- ③ 공소외 21 회사는 피고인 2가 2015. 8. 5. 설립한 회사이고, 피고인 3은 2017년경 피고인 1 명의로 공소외 21 회사의 50% 지분권을 가지게 되었는데, 2017. 10.경 피고인 1의 누나인 공소외 18을 공소외 21 회사의 공동대표이사로 취임시켰다.
- ④ 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 3 회사는 2017. 11. 22. 이 사건 공사도급계약을 체결하였는데, 도급계약서 제 17조 제12호는 아래와 같이 규정하고 있다.

그리고 당시는 일반분양이 진행되기 전이었으며, 공소외 2 회사는 당시까지 피해자 조합으로부터 합계 4,125,000,000원의 업무대행비를 지급받았다.

12. 조합 대행 업무용역비는 일백 구억 일천 이백만 원(10,912,000,000원, 부가세 포함)으로 하며, 피해자 조합과 공소외 2 회사의 용역계약서에 근거하여 아래 각 호와 같이 인출하기로 하되, 공사도급계약 체결 후 소급하여 적용하기로 한다.

- ① 계약 시: 업무용역비의 10% ② 조합설립인가 신청 시: 업무용역비의 40% ③ 일반분양 계약을 50% 달성 후: 업무용역비의 10% ④ 잔금: 업무용역비의 40%(목표분양률 60%, 70% 달성 시 각 10% 지급, 공사비 등 전액회수 시점에 업무용역비 20% 지급) - 조합 대행 업무용역비의 40%(43.6억)는 판촉예비비(7억)의 사용 없이 목표분양률 달성 시 지급하되, 사용금액이 있을 경우 공소외 3 회사가 단독으로 결정하여 차감지급 또는 지급하지 않을 수 있다.

- 단, 업무용역비를 조합 잔여토지로 지급하는 경우 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사가 별도로 협의하여 지급한다.

(주16) (이하 생략)

지급한다.

- ⑤ 피해자 조합 측과 공소외 21 회사 측은 2017. 11. 24.경 처음 경계지 7필지에 관한 매매계약서를 작성하였다가, 세부 내용의 수정을 거쳐 2017. 11. 30. 이 사건 사업 부지에서 제외된 잔여토지에 해당하나 ○○○지구 사업구역에 포함

되어 있는 경계지 7필지를 합계 5,100,000,000원에 공소외 2 회사의 업무대행비 명목으로 대물지급하는 내용의 매매계약을 작성하였다.

그런데 위 매매계약서에는 특약사항으로 "소유권이전 후 4,590,000,000원의 근저당을 설정하기로 한다(공소외 21 회사는 근저당권설정자, 피해자 조합은 근저당권자이다)", "잔금(잔금 지급일은 2018. 2. 20.로 기재됨) 전에 매수인과 매도인은 합의하여 소유권 이전 하되, 잔금액만큼 근저당을 설정하기로 한다"라는 내용이 기재되어 있었다.

⑥ 2017. 11. 30. 경계지 7필지 중 피고인 1 명의로 신탁되어 있었던 토지들은 피고인 2에게, 피해자 조합 명의의 토지들은 공소외 21 회사에 2017. 11. 24. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다.

그리고 피고인 2는 같은 날 경계지 7필지에 관하여 공소외 4 회사 앞으로 ○○○지구 사업 대여금 17,500,000,000원의 담보 목적으로 가등기를 마쳐 주었다.

⑦ 피고인 2는 2017. 12. 29. 피해자 조합 측에 2017. 12. 31.자로 이 사건 업무대행계약이 중단됨을 통보하였고, 공소외 2 회사는 이 사건 사업에서 이탈하였다.

⑧ 피해자 조합은 2018. 7. 19. 입주자 모집공고를 승인받았고, 이후 일반분양을 시작하였다.

2) 구체적 판단

가) 피고인 1의 임무위배행위 성립 여부

위 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 1이 공소외 21 회사에 경계지 7필지를 대물지급한 것은 피해자 조합의 이익을 최우선으로 하여야 하는 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 한 것으로서 배임행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 원심이 피고인 1이 배임행위를 한 것으로 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리 오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(1) 이 사건 공사도급계약에 이 사건 단서조항이 삽입된 경위

① 2017. 8. 1. 이 사건 사업의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 이 사건 업무대행계약에서 당초 정한 바에 따라 피해자 조합이 공소외 2 회사에 지급하여야 하는 업무대행비의 지급시기는 일단 도래하였다.

뒤에서 보는 바와 같이 공소외 2 회사는 피해자 조합과의 업무대행계약에서 정한 업무용역을 대부분 완료한 상태이기도 하였다.

그러나 피해자 조합의 업무대행비 지급이 지연되자 피고인 2는 피해자 조합에 업무대행비를 토지로 지급하여 달라고 요구하였고, 이후 피해자 조합과 피고인 2는 대물지급 문제를 협상하였다.

② 공소외 3 회사는 2017. 11. 14. 피고인 2에게 공사도급계약서 초안을 보냈고, 이 초안에는 업무대행비를 당초의 업무대행계약상의 지급시기보다 늦추어 조합설립 인가 신청 시까지 업무용역비의 50%만을 지급하는 등의 내용으로 규정하고 있었고, 이 사건 단서조항과 같은 내용의 조항은 기재되어 있지 않았다.

피고인 2는 2017. 11. 15. 공소외 3 회사와 공사도급계약과 관련하여 협상을 하는 자리에서 토지를 대물로 지급하는 경우에는 예외로 할 수 있도록 요청하면서 이 사건 단서조항의 삽입을 요구하였고, 이에 따라 위 단서조항이 이 사건 공사도급계약서에 삽입되게 되었다.

(2) 업무대행비 지급시기의 변경을 무시한 대물변제

① 이 사건 공사도급계약서 제17조가 공소외 2 회사의 업무대행비에 우선하여 분양수입금 잔액을 인출해 공사비에 충당하기 위한 공소외 3 회사의 요청을 반영하여 '분양수입금의 인출 배분'에 관하여 마련된 조항이라 하더라도, 앞서 본 이 사건 단서조항의 삽입 경위, 이 사건 공사도급계약에 업무대행사인 공소외 2 회사가 당사자로 참여하여 업무대행비의 지급시기에 관하여 새로이 약정한 점, 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항에서는 업무대행비의 총 액수 및 그 지급시기를 세분하여 정하고 있고, 이 사건 단서조항은 분양수입금과 무관한 잔여토지에 의한 업무대행비 지급임에도 위 조항의 단서로 삽입된 점 등에 비추어 보면, 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기는 토지 등으로 대물지급하는 경우이든 현금으로 지급하는 경우이든 모두 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항이 정한 바에 따라 변경되었다고 봄이 타당하다.

② 앞서 본 바와 같이 2017. 8. 1. 이 사건 사업의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 이 사건 업무대행계약상의 업무대행비의 지급시기는 전부 도래하게 되었으나, 피해자 조합으로서는 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기를 유예할 수 있게 되었다.

즉, 이 사건 공사도급계약에 의하면 피해자 조합이 경계지 7필지의 소유권을 이전할 당시인 2017. 11. 30.에는 일반분양을 시작하기 전이었으므로 총 업무대행비 10,912,000,000원의 50%인 5,456,000,000원에 대하여만 그 지급시기가 도래한 상황이었다.

위와 같은 업무대행비 지급시기 유예가 시공사의 이익을 위한 공소외 3 회사의 요청에 의한 것이었다 할지라도 피해자 조합의 재정적 상황 등을 고려할 때 업무대행비의 지급시기를 연기 받을 수 있는 기회가 생긴 것은 피해자 조합의 재산을 더 오랜 기간 보전할 수 있다는 측면에서 피해자 조합에게도 유리한 것이었다.

③ 피해자 조합이 2017. 11. 30.경까지 공소외 2 회사에 지급한 업무대행비는 4,125,000,000원이었으므로, 위 시기를 기준으로 공소외 2 회사가 지급을 청구할 수 있는 업무대행비는 1,331,000,000원뿐이었다.

그런데 피고인 1은 위와 같이 업무대행비의 지급시기가 유예됨으로 인하여 확보하게 된 기한의 이익을 포기하고 공소외 2 회사의 업무대행비 5,100,000,000원에 대한 대물변제 명목으로 공소외 21 회사에 경계지 7필지의 소유권을 이전하였다.

(3) 공소외 3 회사와의 협의 없는 대물변제

① 2017. 11. 15.자 녹취서에 의하여 알 수 있는 피고인 1, 피고인 2, 공소외 3 회사의 공소외 19 사이의 대화내용과 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항의 문언 등을 모두 종합하여 보면, 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사는 '별도로 협의를 한다면' 피해자 조합의 잔여토지로서 업무대행비를 지급하는 것도 가능하다는 취지에서 이 사건 단서조항을 삽입한 것으로 보인다.

따라서 피고인 1이 공소외 2 회사에 대하여 업무대행비를 피해자 조합의 잔여토지로 지급하기 위해서는 공소외 3 회사와의 협의가 필요하였다.

그럼에도 피고인 1은 잔여토지를 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 대물변제로 지급할지 여부, 잔여토지 중 어떠한 토지를 어느 정도의 가액으로 평가하여 대물변제를 할 것인지 등을 공소외 3 회사와 전혀 협의하지 않은 채 경계지

7필지의 소유권을 공소외 21 회사에 이전해주었다.

- ② 피고인들은, 이 사건 공사도급계약 체결 당시 당사자들 사이에서 경계지 7필지에 대한 대물변제 협의 자체는 완료된 상황에서 그와 같이 협의된 결과를 명확하게 확인해두고자 이 사건 단서조항을 기재한 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 이 사건 단서조항의 문언이 "별도로 협의하여 지급한다"라고 기재되어 있을 뿐 그 지급 대상이 경계지 7필지로 특정되어 있지 않은 점에 비추어 이 사건 공사도급계약 체결 당시 경계지 7필지를 목적물로 하는 대물변제에 관한 협의는 이루어지지 않은 것으로 봄이 타당하고, 앞서 언급한 2017. 11. 15.자 녹취서의 기재에 의하더라도 피고인들 주장과 같은 내용의 협의가 완료되었음을 추단케 하는 대화가 이루어진 것으로 보이지도 않는다.

따라서 피고인들의 위 주장을 받아들일 수 없다.

- ③ 피고인들은, 피해자 조합이나 공소외 2 회사로서는 대물변제의 구체적인 방법(필지 및 가액의 특정)을 대물변제의 당사자가 아닌 공소외 3 회사와 협의할 의무가 없어 경계지 7필지의 대물변제 문제를 공소외 3 회사와 협의하지 않았다 하여 배임이 되는 것이 아니라는 취지로 주장한다.

그러나 공소외 3 회사와 피해자 조합, 공소외 2 회사가 이 사건 공사도급계약을 체결하여 피해자 조합이 공소외 2 회사에 지급할 업무대행비의 지급시기를 새로이 정하는 약정을 한 이상 조합장인 피고인 1로서는 조합의 잔여토지를 어느 정도의 가치로 평가하여 대물변제할 것인지에 관하여 공소외 3 회사와 협의할 의무를 부담하게 되었다고 봄이 타당하고, 피고인 1이 이러한 의무를 준수하지 않은 것은 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 해야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않은 것이라 할 것이다.

따라서 피고인들의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

- ④ 피고인 1과 피고인 3은, 이 사건 단서조항의 의미가 명확하지 않고, 이렇듯 불명확한 조항에 근거하여 피고인 1의 의무 위반 여부를 판단하여 배임행위를 한 것이라 단정할 수 없다고 주장하기도 한다.

그러나 앞서 보았듯이 이 사건 단서조항이 삽입된 경위와 그 문언, 이 사건 공사도급계약이 체결되면서 업무대행비의 지급시기가 변경된 점 등에 비추어 이 사건 단서조항의 의미가 불명확한 것이라 볼 수 없으므로, 피고인 1이 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 해야 할 것으로 기대되는 행위가 무엇인지도 충분히 알 수 있었다고 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고인 1과 피고인 3의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(4) 경계지 7필지에 관한 근저당권 설정 포기

- ① 피고인 1은 경계지 7필지의 소유권을 공소외 21 회사에 이전해주더라도 경계지 7필지에 관한 매매계약의 특약사항으로 정한 4,590,000,000원의 근저당권을 설정 받음으로써 피해자 조합의 재산을 어느 정도 보전할 수 있었다.

그러나 피고인 1은 이러한 근저당권설정등기도 설정받지 않고 포기한 채 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지의 소유권을 조건 없이 이전해주었고, 이에 따라 피고인 2로 하여금 경계지 7필지에 관하여 소유권이전등기가 마쳐진 날인 2017. 11. 30. 공소외 4 회사에 ○○○지구 사업 대여금에 대한 담보를 목적으로 가등기를 마칠 수 있도록 방치하였으며, 이로써 피해자 조합을 위하여 경계지 7필지의 교환가치를 보전할 방안을 상실하게 만들었다.

- ② 피고인들은 피해자 조합과 공소외 21 회사 사이에 경계지 7필지에 관하여 근저당권을 설정하기로 하는 합의가 존재하지 않았다고 주장하나, 위 주장은 받아들일 수 없다.

즉, 피고인 2는 2017. 11. 24. 당시 피해자 조합의 부조합장으로서 공인중개사 자격을 가진 공소외 5와 매매계약서 작성 내용을 협의하는 과정에서 "근저당금액은 매매가의 80%', '계약금 10%, 중도금 10%는 상계하는 거고 80%는 나중에"라는 말을 하였다.

이는 ○○○지구 사업에 필요한 경계지 7필지의 소유권을 조속히 이전받되, 협의한 경계지 7필지의 매매가액 5,100,000,000원 중 20%(계약금과 중도금의 합계액)인 1,020,000,000원을 업무대행비로 지급 받고, 나머지 교환가치인 80%는 피해자 조합에 근저당권으로 보전해 준다는 취지로 보인다.

여기에 공소외 5는 수사기관에서 '피고인 1에게 근저당도 해야 한다고 말을 하였고 그랬더니 피고인 1이 그냥 알았다는 취지로 말을 하였다'라고 진술한 점, 피고인 1도 검찰 조사에서 '경계지 7필지에 4,590,000,000원의 근저당권을 설정한다는 내용의 계약서가 작성된 사실을 알고 있었지만 다 넘어갈 돈이라 근저당권을 설정하지 않았다'는 취지로 진술한 점 등을 더하여 보면, 피고인 1은 경계지 7필지에 관하여 피해자 조합을 위한 근저당권을 설정하기로 한 사실 및 그와 같이 근저당권을 설정하는 것이 피해자 조합을 위하여 이익이 된다는 사정도 충분히 인식한 상태였다고 봄이 타당하다.

나) 배임의 고의

앞서 본 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정에 의하면 피고인 1에게 배임의 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 이는 피해자 조합의 2017. 11. 20. 제30차 임원회의에서 경계지 7필지에 관한 대물변제를 결의하였다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

따라서 원심이 피고인 1의 배임의 고의를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장 또한 받아들이지 않는다.

① 앞서 본 바와 같이 이 사건 공사도급계약이 체결됨에 따라 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급시기 자체가 변경되었고, 잔여토지로 업무대행비를 대물변제하는 경우에도 공소외 3 회사와의 협의를 거쳐야 했음에도 불구하고 피고인 1은 공소외 2 회사에 경계지 7필지로 업무대행비를 지급하겠다는 의사 아래 2017. 11. 30.을 기준으로 공소외 2 회사에 대한 미지급 업무대행비 액수가 1,331,000,000원에 불과함을 알고 있었음에도 공소외 3 회사와 협의하지 않은 채 경계지 7필지에 관한 소유권을 공소외 21 회사에 이전하였고, 경계지 7필지에 관하여 피해자 조합에 유리한 근저당권조차 설정 받지 않았다.

이는 피해자 조합의 이익을 우선하여야 하는 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않았어야 할 행위이므로 피고인 1은 미필적으로나마 피해자 조합에게 손해를 가한다는 인식이 있었다고 봄이 타당하다.

② 피고인들은 경계지 7필지가 ○○○지구 사업에 편입됨으로써 피해자 조합도 경계지를 흠막이 방식에서 오픈컷 방식으로 변경하여 공사비를 절감할 수 있는 이익이 있으므로 배임의 고의가 없었다고 주장하나, 피해자 조합은 2017. 12. 6.경 공소외 20 회사와 사이에 이 사건 사업 부지와 ○○○지구의 경계부 굴착방안에 대한 컨설팅 용역계약을 체결하였는데, 경계지 7필지 이전일인 2017. 11. 30.경에는 경계지를 오픈컷 방식으로 공사할지 여부조차 확실히 알 수 없었으므로, 피고인들이 오픈컷 방식으로 공사를 진행함으로써 피해자 조합에 이익이 된다는 의사로 경계지 7필지를 이전하였다고 볼 수도 없다.

다) 손해 발생

앞서 본 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 피해자 조합은 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기를 최소한 일반분양 비율에 맞추어 미룰 수 있었고, 이에 따라 남은 업무대행비의 50%는 추후 일반분양으로 납부 받은 분양금을 통하여 순차적으로 지급할 수 있었던 점, ② 이와 동시에 경계지 7필지를 조합 재산으로 계속 보유하면서 피해자 조합이 조속히 독자적으로 흠막이 공사를 가능하도록 하고, 필요한 경우에는 경계지 7필지를 사업비로 활용 가능한 재원으로 확보해 놓을 수 있었다고 보이는 점, ③ 그러나 피고인 1이 경계지 7필지로 공소외 2 회사에 대한 업무대행비를 대물변제하고 위 토지에 관한 근저당권 설정을 포기함으로써, 피해자 조합으로 하여금 위와 같은 이익을 상실시키는 손해를 입게 한 점 등에 비추어 보면, 피고인 1의 배임행위로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 봄이 타당하다.

원심이 이 부분 배임행위로 인한 피해자 조합의 손해 발생 사실을 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

다.

업무대행비 명목 550,000,000원 지급 관련 부분(피고인 1, 피고인 2)

1) 피고인 1의 임무위배행위

앞서 위 2. 나. 1)항에서 인정한 사실 및 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 1이 2017. 12. 5. 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급한 것은 피해자 조합의 이익을 최우선으로 하여야 하는 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 한 것으로 배임행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 원심이 피고인 1의 이 부분 배임행위를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 3 회사가 2017. 11. 22. 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기가 변경되었음은 앞서 살핀 바이고, 따라서 위 공사도급계약 당시를 기준으로 공소외 2 회사가 지급받을 수 있는 미지급 업무대행비는 1,331,000,000원이었다.

그런데 앞서 본 바와 같이 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 21 회사는 2017. 11. 23. '경계지 7필지의 가액을 총 5,100,000,000원으로 계산하여 공소외 2 회사가 공소외 21 회사에 지급할 용역비를 경계지 7필지로 대신 지급하고, 피해자 조합은 경계지 7필지에 관하여 공소외 21 회사 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주면 토지대금 5,100,000,000원은 공소외 2 회사에 지급할 업무대행 용역비에서 차감'하기로 한 합의서를 작성하였고, 이어서 피해자 조합과 공소외 2 회사는 2017. 11. 24. 경계지 7필지를 매매대금 5,100,000,000원에 대물지급하는 매매계약서를 작성하면서 '대물지급은 조합이 공소외 2 회사에 지불할 용역비용 중 매매계약 합계금액을 공제처리하기로 한다'라는 특약사항을 기재하였으며, 위 합의 등에 따라 2017. 11. 30. 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지에 관한 소유권이전등기가 마쳐졌는바, 이로써 공소외 2 회사의 업무대행비는 당시까지 도래한 기한에 앞서 과잉 지급되었다.

③ 따라서 공소외 2 회사로서는 이 사건 공사도급계약에서 약정한 업무대행비의 지급시기 조정에 의할 때 2017. 11. 30. 기준으로 피해자 조합에 대하여 추가로 업무대행비의 지급을 청구할 수 없었다.

그럼에도 불구하고 피고인 1은 공소외 2 회사의 용역비 청구서와 피고인 2의 동의서를 첨부하여 공소외 8 회사에(문서 참조: 공소외 3 회사)공소외 2 회사에 대한 550,000,000원의 업무대행비 지급을 요청함으로써 공소외 2 회사가 이를 전액 지급받을 수 있게 하였다.

- ④ 피고인들은, '이 사건 공사도급계약에서 정한 업무대행비의 지급시기는 현금 지급에 한정된 약정이고, 토지를 대물로 지급받는 경우에는 지급시기의 제한을 받지 않도록 이 사건 단서조항을 둔 것이며, 따라서 공소외 2 회사로서는 여전히 현금으로 1,331,000,000원을 현금으로 지급받을 수 있는 것이므로 550,000,000원의 업무대행비를 추가로 지급한 것이 배임이 아니다'라는 취지로 주장한다.

그러나 앞서 보았듯이 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 약정한 업무대행비의 지급시기 조정은 현금 지급의 경우에만 한정된다고 볼 수 없는바, 이 사건 단서조항에서 예정한 공소외 3 회사와의 협의를 거치지 않고 위와 같이 경계지 7필지로 업무대행비를 대물변제함으로써 위 공사도급계약에서 약정한 지급시기가 도래하지 않은 부분에 해당하는 업무대행비까지 기한에 앞서 초과 지급한 것으로 보아야 한다.

따라서 피해자 조합으로서는 경계지 7필지의 이전을 통한 대물변제를 한 것과 별도로 공소외 2 회사에 업무대행비 550,000,000원을 추가 지급할 필요가 없었다 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고인들의 위 주장은 받아들일 수 없다.

2) 배임의 고의

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면 피고인 1에게 업무대행비 명목 550,000,000원의 지급과 관련하여 배임의 고의가 인정되므로, 원심이 피고인 1의 배임의 고의를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해가 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장 또한 받아들이지 않는다.

- ① 앞서 본 바와 같이 공소외 2 회사가 업무대행비를 지급시기보다 앞서 경계지 7필지의 이전을 통하여 약 5,100,000,000원 상당을 지급받았음에도 불구하고, 피고인 2는 2017. 11. 30. 피해자 조합에 550,000,000원의 용역비 청구서를 보내면서 위 청구서에 경계지 7필지 가액 상당의 대물지급액을 반영하지 않은 채 '계약 세대 945세대, 계약금액 10,395,000,000원, 기수취금액 4,125,000,000원, 청구금액 550,000,000원, 잔여보수 5,720,000,000원'이라고 기재하였으며, 업무대행비 지급조건은 2017. 11. 22. 체결한 공사도급계약에 따르지 않고 2015. 9. 1. 체결한 이 사건 업무대행계약에 따라 사업계획승인 후 잔금까지 전액을 받을 수 있다는 내용으로 기재하였다.
- ② 피고인 1은 이 사건 공사도급계약 체결을 통해 업무대행비의 지급시기가 조정된 것을 잘 알고 있었고 경계지 7필지의 대물변제를 통해 당시를 기준으로 지급시기가 도래하지 않은 부분에 해당하는 업무대행비까지 초과 지급된다는 사정을 잘 알 수 있었음에도 위와 같은 대물변제 사실을 알지 못하는 공소외 3 회사에 2017. 11. 30. 앞서 본 바와 같이 공소외 2 회사의 용역비 청구서, 피고인 2의 동의서를 첨부하여 공소외 8 회사에(문서 참조: 공소외 3 회사) 공소외 2 회사에 대한 550,000,000원의 업무대행비 지급을 요청하였다.
- ③ 공소외 3 회사의 공소외 19는 원심법정에서 '공소외 21 회사가 경계지 7필지를 받아간 사실을 모르고 업무대행비 지급에 동의를 해주어서 공소외 2 회사가 업무대행비로 2017. 12. 5. 550,000,000원을 받아갔다', '토지가 나갔다는 것을 저희가 알았다고 하면 당연히 용역비가 집행이 안 되었을 것이다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 19가 2017.

12. 4. 작성한 공소외 3 회사 품의서에는 공소외 2 회사의 업무대행비에 관하여 '기집행 4,125,000,000원, 계약서 50% 지급조건, 금회포함 43% 지급'이라고 기재되어 있는바, 이는 공소외 19의 위 진술을 뒷받침한다.

3) 손해 발생

앞서 인정한 사실들에 의하면, 피고인 1은 이미 경계지 7필지에 관한 소유권을 공소외 21 회사에 이전함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비를 그 지급시기에 앞서 지급하였음에도 불구하고 추가로 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급함으로써 피해자 조합으로 하여금 업무대행비 채무의 기한의 이익을 상실시키는 손해를 입게 하였음이 인정된다.

따라서 원심이 피고인 1의 배임행위로 피해자 조합에게 손해가 발생한 사실을 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인 1과 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

라. 이 부분 각 범행에 관한 피고인 2의 공동정범 성립 여부

1) 관련 법리

거래상대방의 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄에서 거래상대방은 기본적으로 배임행위의 실행행위자와 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임한다는 점을 고려하면, 업무상배임죄의 실행으로 이익을 얻게 되는 수익자는 배임죄의 공범이라고 볼 수 없는 것이 원칙이고, 실행행위자의 행위가 피해자 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 점을 인식한 상태에서 배임의 의도가 전혀 없었던 실행행위자에게 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담한 경우에 한하여 배임의 실행행위자에 대한 공동정범으로 인정할 수 있다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2014도17211 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고인 2가 피고인 1의 경계지 7필지 이전 및 업무대행비 명목 550,000,000원 지급에 의한 배임행위에 적극 가담한 사실이 넉넉히 인정된다.

따라서 원심이 피고인 2를 이 부분 범행의 공동정범으로 판단한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피고인 2는 2017. 8.경부터 피고인 1에게 업무대행비를 토지로 지급하여 달라고 요구하였고, 2017. 9.경 피고인 1과 이메일을 수차례 주고받으면서 대물지급 가격을 협상하였으며, 2017. 10. 17. 피해자 조합에 공식적으로 경계지 7필지를 업무대행비 명목으로 대물지급 해달라는 취지의 공문을 보내기도 하였다.

또한 피해자 조합이 시공사 선정을 마친 2017. 11.경 이후부터 공소외 3 회사와 공사도급계약 내용을 협의하는 과정에 직접 참석하였으므로 업무대행비 지급시기가 일반분양 비율 등에 맞추어 변경된다는 것을 충분히 알 수 있었고, 2017. 11. 15. 피고인 1, 공소외 3 회사 관계자들과 공사도급계약 내용에 관하여 협의하면서 업무대행비를 잔여토지로 지급할 수 있도록 이 사건 단서조항의 삽입을 요구하였다.

그리고 앞서 본 바와 같이 2017. 11. 24. 공소외 5와의 대화를 통해 피해자 조합에 설정해줄 근저당권 채권최고액을 자신이 원하는 대로 요구하기도 하였는데, 그 요구 금액의 액수(계약금과 중도금의 합계액인 1,020,000,000원)에 비추

어 그 무렵 피고인 2 스스로도 자신이 받을 수 있는 업무대행비 채권액이 1,000,000,000원 안팎에 불과하다는 사실도 인식하고 있었던 것으로 보인다.

또한 다른 2017. 11. 30.자 녹취록에 의하면, 피고인 2는 공소외 5에게 근저당 조건을 정정하며 "계약금 10%, 중도금 10%가 아니라 계약금 10%만 510,000,000원만 주고 나머지 금액을 설정하는 걸로. 그래야지 업무대행비를 좀 신청할 수 있을 것 같아 이번에"라고 말하며 근저당권 채권최고액을 4,590,000,000원으로 증액하기도 하였다.

② 또한 위 2017. 11. 30.자 녹취록에 의하면, 피고인 2는 공소외 5와 매매계약서상 근저당권 조항에 관하여 협의하던 중 "그런데 사실 공소외 3 회사만 없다 그러면 아무 문제가 없어. 원래 업무대행계약에 보면 지금 잔금을 다 주게 돼 있던 말이야. 공소외 3 회사가 그렇게 탄지를 거니까 그렇게 해놓는 거라고 사실"이라고 말한 사실을 알 수 있는데, 이는 피고인 2가 적극적으로 근저당권 조항을 삽입하면서까지 공소외 3 회사와 협의를 이루어지지 않았음에도 업무대행비를 지급받으려 하였음을 추단케 하는 사정이다.

③ 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 21 회사가 경계지 7필지의 대물변제에 관하여 합의하면서 작성한 위 2017. 11. 23.자 합의서에는 '경계지 7필지의 토지대금 5,100,000,000원을 공소외 2 회사에 지급할 업무대행 용역비에서 차감한다'는 취지만 기재되어 있을 뿐 근저당권 설정에 관한 아무런 언급이 없다.

이로 보아 피고인 2는 피해자 조합이 경계지 7필지를 5,100,000,000원으로 계산하여 전부 대물지급하려는 의사를 갖고 있었다는 사실 또한 잘 알고 있었을 것으로 보인다.

④ 피고인 2는 피해자 조합과 사이에 경계지 7필지에 대한 대물변제를 논의하면서 동시에 ○○○지구 시공사인 공소외 4 회사와 협의를 하였고, 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지의 소유권이전등기가 마쳐진 2017. 11. 30.에는 피해자 조합에 대한 근저당권을 설정해주지 않은 채 바로 공소외 4 회사에 담보 목적 가등기를 마쳐주었다.

이와 같이 피고인 2는 공소외 21 회사와 ○○○지구 사업의 이익을 위하여, 피고인 1이 피해자 조합의 재산 보호를 위한 아무런 노력을 하지 않는 점을 이용하여 업무대행비 대물지급 결정 초기부터 공소외 4 회사에 대한 가등기를 마칠 때까지 각종 법률행위의 당사자가 되어 배임행위 전 과정에 관여하였다.

이처럼 피고인 2는 피고인 1의 이 부분 배임행위의 전 과정에 적극적으로 관여함으로써 피고인 1의 배임행위에 공모가 담하였다 할 것이고, 이를 단순히 피해자 조합과 서로 대립적 지위에 있는 거래상대방으로서 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임하는 지위에서 피고인 1의 행위가 피해자 조합에 대한 배임행위에 해당한다는 것을 알면서도 소극적으로 그 배임행위에 편승하여 이익을 취득한 것으로만 평가할 수 없다.

⑤ 피고인 2는 이중담보권 설정 행위는 배임이 아니라는 취지로 주장하나, 이 부분 공소사실은 피고인 2가 피해자 조합을 위하여 근저당권설정의무가 있음에도 불구하고 담보가치를 상실시켰으므로 배임에 해당한다는 것이 아니라, 피고인 1의 피해자 조합에 대한 배임행위에 피고인 2가 적극 가담하였다는 것으로 이중담보권 설정과는 무관한 사안이므로, 피고인 2의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 다음으로 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 2가 피고인 1의 업무대행비 명목 550,000,000원의 추가 지급에 의한 업무상 임무위배행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담하고, 그 과정에서 피고인 1과 피고인 2가 암묵적으로 상통하여 배임행위에 대한 의사결합이 이루어진 점을 충분히 인정할 수 있다.

같은 취지의 원심의 이 부분 판단은 정당하고, 거기에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

- ① 피고인 2는 앞서 본 바와 같이 업무대행비 지급시기를 변경하는 내용이 포함된 이 사건 공사도급계약 체결과 경계지 7필지의 대물지급의 전 과정에 관여하였음에도, 공사도급계약에서 약정한 업무대행비의 지급시기가 도래하지 않았음에도 업무대행비 550,000,000원을 청구하여 지급받았고, 그 과정에서 2017. 11. 30. 만약 공소외 3 회사가 경계지 7필지의 대물지급에 관한 매매계약서를 발견하더라도 이의를 제기하지 못하도록 '마치 공사도급계약 내용에 따라 당시 지급받을 수 있었던 약 1,000,000,000원 안팎의 업무대행비 중 경계지 7필지의 가액 5,100,000,000원과 근저당권 설정 채권최고액 4,590,000,000원의 차액인 510,000,000원만을 대물지급 받았기 때문에 여전히 550,000,000원의 현금을 청구할 수 있는 것처럼' 경계지 7필지 매매계약서의 근저당권 설정 조항을 변경하기도 하였다.
- ② 이와 같이 피고인 2는 2017. 11. 30.을 기준으로 해서는 더 이상 지급 받을 수 있는 업무대행비가 없다는 사실을 알고도 550,000,000원의 업무대행비를 청구하였고, 경계지 7필지로서 업무대행비를 대물지급한 사정도 알고 있었던 피고인 1은 위 550,000,000원의 업무대행비 청구에 동의함으로써 피해자 조합의 자금이 추가로 집행되도록 하였다.
- ③ 설령 피고인 2가 업무대행비 550,000,000원의 지급 청구를 한 시점이 같은 날 이루어진 경계지 7필지에 관한 소유권 이전등기신청보다 앞선다 하더라도, 피고인 2는 적어도 2017. 12. 5. 공소외 8 회사로부터 업무대행비로 550,000,000원을 지급받을 무렵에는 경계지 7필지의 소유권이전등기가 마쳐져 그 매매대금 상당의 업무대행비가 지급된 사실을 모두 알았을 것임에도 아무런 조치를 취하지 아니하였다.

마. 경계지 7필지 이전 관련 범행에 관한 피고인 3의 공동정범 성립 여부

- 1) 피고인 3은 원심에서도 동일한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제52 내지 54쪽의 '유죄의 이유 2. 다.
- 4) 피고인 2와 피고인 3의 공동정범성립 여부' 중 '나) 피고인 3의 관여' 및 '다) 피고인들의 암묵적 공모, 가담' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인 3의 위 주장을 배척하고, 피고인 3의 이 부분 범행에 관한 공동정범 성립을 인정하였다.
- 2) 원심이 적절하게 판시한 사정들과 2017. 11. 24.자 녹취록에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 공소외 5가 "◇ 대표님(피고인 2)이랑 오늘 계약(경계지 7필지 소유권 이전에 관한 부동산매매계약) 쓰라고 한 거 아닌가요? 회장님(피고인 3)이?"라고 하자, 피고인 1이 이에 대하여 "맞아요"라고 답변하였는데, 이러한 대화내용을 통하여 이 사건 공사도급계약이 체결된 이후에도 피고인 1과 피고인 3이 매매계약서 작성에 관하여 지속적으로 논의를 계속하면서 공소외 5에게 매매계약서 작성을 지시한 것임을 알 수 있는 점(피고인 3의 피해자 조합에서의 지위 및 역할, 조합 업무에의 관여 정도에 비추어, 피고인 3이 2017. 11. 15. 피고인 1, 피고인 2 등과 공소외 3 회사 담당자들이 이 사건 공사도급계약 내용을 협의하는 자리에 직접 참석하지 않았다고 하여 공소외 2 회사의 업무대행비의 지급시기가 조정되었는지 여부를 알지 못하였다고 볼 수 없다)을 앞서 2. 가. 1) 가)항의 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인 3의 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인 3의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

바. 재산상 이익의 가액에 관하여

- 1) 형법 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하고, 형법 제356조의 업무상배임죄

는 업무상의 임무에 위배하여 제355조 제2항의 죄를 범한 때에 성립하는데, 이때 취득한 재산상 이익의 가액이 얼마인지는 범죄의 성립에 영향을 미치지 아니하는 반면, 배임 또는 업무상배임으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 위반죄는 취득한 재산상 이익의 가액(이하 '이득액'이라 한다)이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 이득액에 따라 형벌도 매우 가중되어 있으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용함에 있어서는 취득한 이득액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써, 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나, 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다.

따라서 업무상배임으로 취득한 재산상 이익이 있더라도 그 가액을 구체적으로 산정할 수 없는 경우에는, 재산상 이익의 가액을 기준으로 가중 처벌하는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용할 수 없다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2014도12619 판결 등 참조).

2) 원심은, 경계지 7필지의 이전에 의한 피고인들의 업무상배임행위와 관련하여 피고인들이 1,331,000,000원의 업무대행비 채무에 대하여 적어도 합계 3,160,858,000원 상당인 경계지 7필지를 대물지급함으로써 1,829,858,000원을 초과 변제하였고, 그 과정에서 4,590,000,000원의 근저당권도 설정 받지 않았으므로, 피해자 조합에는 경계지 7필지 이전 당시 최소한 위 금액 중 적은 금액인 1,829,858,000원 상당의 재산상 손해가 발생하였고, 피고인 1과 피고인 2가 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 추가로 지급한 업무상배임행위와 관련하여 피해자 조합이 입은 재산상 손해가 550,000,000원이라고 판단하면서, 이 부분 각 공소사실에 대하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항을 적용하여 모두 유죄로 인정하였다.

3) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 의하면, 피고인들의 경계지 7필지 이전에 의한 배임행위로 인하여 피해자 조합에 1,829,858,000원 상당의 재산상 손해가 발생하였다거나 공소외 21 회사가 같은 금액 상당의 재산상 이익을 취득하였다고 보기 어렵고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들의 배임행위로 인한 손해액 및 이득액을 명확히 산정할 수 없다.

① 공소외 2 회사가 이 사건 사업의 일반분양이 시작되기 전에 업무대행관계에서 이탈하기는 하였으나, 피해자 조합과의 이 사건 업무대행계약에 의하면 일반분양과 관련한 공소외 2 회사의 업무 범위는 일반분양 자체가 아닌 행정적인 업무만이 포함되는 것으로 보이는 점, 피해자 조합은 공소외 2 회사가 업무대행관계에서 이탈한 이후 2018. 6. 5. 공소외 22 주식회사(이하 '공소외 22 회사'라 한다)와 사이에 컨설팅용역계약을 체결하였는데, 공소외 22 회사의 대표이사 공소외 23은 원심법정에서 '업무대행사의 업무범위를 토지확보, 조합원 모집, 사업계획 승인을 가장 크게 보고 있는데, 이러한 업무들은 다 끝난 상태였다'는 취지로 진술한 점, 또한 위 컨설팅용역계약의 용역비는 660,000,000원(부가세 포함)에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 공소외 21 회사가 경계지 7필지의 소유권을 이전받을 당시 공소외 2 회사는 피해자 조합과의 이 사건 업무대행계약으로 정한 대부분의 용역을 수행하였다고 봄이 타당하다.

② 이 사건 업무대행계약상 공소외 2 회사의 업무대행비 청구 채권은 피해자 조합의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 그 지급시기가 이미 도래하였고, 이 사건 공사도급계약에서 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급시기를 일반분양률에 연동하여 새로 조정하였다고는 하나, 일정한 일반분양률의 달성을 불확정기한이 아닌 정지조건으로 약정하였다고 볼 수는 없으므로, 공소외 2 회사의 업무대행비는 이 사건 공사도급계약에 따라 그 지급시기가 단지 유예된 것에 불과한 것으로 봄이 타당하다(실제로 피해자 조합은 2019. 3. 4. 일반분양을 모두 완료하였다). 또한 공소외 2 회사는 경계지 7필지로 업무대행비를 대물지급 받을 무렵까지 피해자 조합에 대하여 미지급 업무대행비 채권을 포기하겠다는 의사를 표시한 바도 없다.

③ 앞서 본 대로 피고인들의 이 부분 배임행위로 경계지 7필지가 업무대행비의 대물변제 명목으로 공소외 21 회사 앞으로 이전됨으로써 그 무렵 기준으로 지급시기가 도래하지 않은 업무대행비가 초과 지급되었다.

피해자 조합으로서는 지급시기가 도래하지 않은 업무대행비 채무에 관하여 기한의 이익을 포기한 결과가 되었고, 이와 같이 미리 변제한 데 따른 이자 상당의 손해를 입었다고 봄이 타당하다.

④ 한편 공소외 2 회사가 피해자 조합과의 업무대행계약관계에서 이탈할 당시 대부분의 용역 업무를 완료한 것으로는 보이나, 그 후로도 피해자 조합과 컨설팅용역계약을 체결한 공소외 22 회사가 후속 업무를 마무리하였고 그 용역비가 660,000,000원 정도에 이르는 점, 공소외 2 회사가 이탈한 후 공소외 22 회사와의 위 컨설팅용역계약 체결 이전까지 피해자 조합의 조합원들이 조합의 업무를 직접 처리하기도 한 점 등을 고려할 때, 피고인들이 경계지 7필지를 공소외 21 회사에 이전할 당시를 기준으로 공소외 2 회사가 수행한 용역 부분과 관련하여 그 완료된 부분에 상응하여 피해자 조합으로부터 정산, 지급받아야 할 업무대행비를 정확하게 산정하기는 어렵고, 달리 이를 산정할 만한 자료가 없다.

또한 경계지 7필지의 가액을 보면, 공소외 21 회사 앞으로 소유권이 이전된 2017. 11. 30.경은 이 사건 사업이 어느 정도 진척된 이후이므로 ☆☆감정평가법인이 2016. 9. 30.을 기준으로 산정한 감정평가액 3,160,858,000원보다는 그 가치가 상승하였을 것으로는 보이나, 그 가치를 정확하게 산정할 만한 자료가 없다.

그렇다면 검사가 제출한 증거들만으로는 피해자 조합이 이 사건 공사도급계약을 통해 새로 약정한 업무대행비의 지급시기보다 앞서 경계지 7필지로 업무대행비를 대물변제함으로써 입은 손해 및 공소외 21 회사가 얻은 재산상 이익을 정확하게 산정할 수 없다고 보아야 한다.

나) 한편 위에서 살핀 바와 같은 공소외 2 회사의 업무대행비 청구 채권의 도래, 이 사건 공사도급계약을 통한 업무대행비의 지급시기 유예, 공소외 2 회사에 대하여 위와 같이 기한이 유예된 업무대행비를 미리 앞서 지급하는 것은 기한의 이익을 포기하는 것에 해당하여 피해자 조합으로서는 업무대행비를 미리 지급한 것에 따른 이자 상당의 손해를 입은 것에 불과하다 할 것인데, 그 지급시점을 기준으로 공소외 2 회사가 피해자 조합으로부터 지급받아야 할 업무대행비 액수를 정확히 산정하기 어렵다는 사정은, 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 업무상배임행위로 인한 피해자 조합의 재산상 손해 및 공소외 2 회사의 재산상 이익 산정의 경우에도 마찬가지인바, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 피고인 2가 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급함으로써 발생한 피해자 조합의 손해 및 공소외 2 회사가 얻은 이익 역시 정확하게 산정하기 어렵다고 보아야 한다.

사. 소결

따라서 이 부분 각 공소사실(단, 피고인 3에 대하여는 경계지 7필지 이전에 의한 배임행위에 국한된다)은 피고인들의 배임행위로 인한 손해액 및 이득액을 산정할 수 없는 경우에 해당하므로, 피고인들에 대하여 이득액을 기준으로 가중 처벌하는 범죄인 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용할 수는 없고, 다만 이 부분 각 공소사실에 포함된 형법상 업무상배임죄만을 인정할 수 있을 뿐이다.

그럼에도 피고인들의 경계지 7필지의 이전에 의한 업무상배임으로 인한 손해액 및 이득액이 1,829,858,000원이고, 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원의 추가 지급에 의한 업무상배임으로 인한 손해액 및 이득액이 550,000,000원임을 전제로 이 부분 각 공소사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 일부 이유 있다.

3. 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점(피고인 1, 피고인 3)

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피해자 조합이 피고인 3에게 일부 대행하게 한 업무는 단순한 '공사비 협상'이 아니라 주택법이 금지하는 '시공사 선정 지원' 업무에 해당한다고 봄이 타당하다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하고 거기에 피고인 1과 피고인 3이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

피고인 1, 피고인 3의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피해자 조합은 2016. 4. 29. 창립총회에서 공소외 3 회사를 시공사로 선정하고 2016. 11. 22. 공소외 3 회사와 사이에 공사비를 평당 3,620,000원으로 정한 사업약정서를 작성하였으며, 2017. 8. 1.에는 시공사를 공소외 3 회사로 하는 사업계획승인을 받았다.

공소외 3 회사는 2017. 8.경부터 공사비 증액을 요구하였는데, 피해자 조합의 2017. 8. 30. 제26차 임원회의에서는 '시공 예정사인 공소외 3 회사가 공사비 증액을 무리하게 요구할 경우 시공사 변경 총회를 열어 조합원들의 의견을 들을 것'을 결의하였고, 2017. 9. 12.자 제27차 임원회의에서는 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 전 조합장인 피고인 3이 실질적으로 운영하는 공소외 6 회사에 위임하는 안건'을 결의하였다.

② 피고인 1은 공소외 3 회사 담당자를 여러 차례 만나 공사비를 협상하는 한편 공소외 4 회사와의 업무회의에도 참석하였는데, 이 자리에 피고인 3이 함께 참석하기도 하였다.

공소외 4 회사는 2017. 10. 19. 이 사건 사업에 관한 시공참여의향서를 제출하였는데, 공소외 4 회사의 공소외 24는 원심법정에서 '조합 측에서 사업 참여 제안을 요청했었다.

그래서 사업 검토를 하고 제안서를 접수하였다'라고 진술하였다.

또한 피고인 3은 2017. 9. 14.경부터 조합 게시판에 업무 추진에 관한 글들을 게시하였는데, 게시글에는 '시공사 변경할 경우를 대비하여', '공소외 3 회사와 마무리 협상을 할 것이며 기타 건설사인 A사, B사, C사 건설사와도 마무리 협상을 할 것이다', '타 시공사 협의 진행 건에 대해서는 현재 A사는 수주심의 진행 중이며 추후 공소외 3 회사와의 단절

에 대한 법률검토를 얻고자 미팅을 했다', '시공사 선정 건은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사로 압축해서 임시총회를 개최할 예정이다'라는 내용이 있다.

이러한 게시글의 전반적인 내용 등에서 피해자 조합 집행부가 ○○○지구 사업 시공사인 공소외 4 회사 쪽으로 이 사건 사업의 시공사를 변경하려 했던 모습들이 나타난다.

공소외 3 회사를 시공사로 하는 사업계획승인까지 이루어짐에 따라 피해자 조합이 임의로 시공사를 변경하기 용이하지는 않았다는 사정을 고려하더라도, 피고인 3이 게시한 글의 내용 등을 통해 추론되는 피해자 조합 집행부 및 피고인 3의 의도 및 실제로 행한 업무를 단순히 '공사비 증액을 요구하는 공소외 3 회사를 압박하고 협상에서 유리한 지위를 점하기 위한 수단으로 사용하고자 공소외 4 회사 등 다른 건설사와 접촉하여 경쟁업체가 있는 것과 같은 외관을 만드는 것'에 불과하다고 보기 어렵다.

③ 공소외 3 회사의 공소외 19는 원심법정에서 '공소외 4 회사의 시공참여의향서 제출과 피해자 조합의 시공사 변경에 관한 서면결의 예정이라는 이야기를 듣고 당황해서 임시총회 전날인 2017. 11. 10. 피고인 1에게 공사비를 3,715,000원으로 수용한다는 공문을 직접 건네주었다.

피고인 3은 직접 "시공사 교체"라는 말을 언급하기도 하였다'라는 취지로 진술하였다.

④ 피고인 1은 2017. 11. 11. 피해자 조합 임시총회에서 "물론 1호 안건이지만 저희가 시공사 선정 및 협상에 관련해서 위임한 사실이 있고요. 그래서 그 담당자(피고인 3)로서 당사자로서 얘기를 하고 있는 것인지 일단 들어주시기 바랍니다"라고 발언하였고, 피고인 1이 위임하였다는 1호 안건은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사를 두고 시공사를 선정하는 '시공사 선정 건'이었다.

피고인 3은 2017. 11. 11. 위 임시총회에 참석하여 자신의 성과를 주장한 후, 조합원들에게 시공예정사인 공소외 3 회사의 소송에도 자신이 있기 때문에 시공사 변경을 진행했으며 소송은 조합 차원이나 용역사에서 감당할 자신이 있다며 원하는 대로 시공사를 선택할 것을 독려했다.

이는 피고인 3이 관여한 것이 '시공사 선정 지원' 업무라는 점에 부합하는 언행이다.

⑤ 위 2017. 11. 11.자 임시총회에서는 시공사 선정 안건에 대해 공소외 3 회사 328표, 공소외 4 회사 322표, 기권 7표가 나와 과반을 넘는 득표가 없어 안건이 부결되었고, 위 조합 총회 이후인 2017. 11. 16.자 조합장 간담회에서도 여전히 피고인 1, 피고인 2, 피해자 조합의 조합원들은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사의 시공 조건들을 비교하고 있었던바, 이 무렵까지도 공소외 3 회사가 확정적인 시공사 지위를 갖고 있지는 않았던 것으로 보인다.

그 후 2017. 11. 22. 피해자 조합은 공소외 3 회사와 공사비를 평당 3,715,000원으로 정하여 공사도급계약을 체결하였다.

⑥ 피고인 1은 경찰 조사에서 피고인 3과 함께 수행한 공사비 협상업무란 '공소외 3 회사와의 공사비 협상 업무 및 공소외 3 회사와의 협상이 결렬되는 경우 다른 건설사를 선정하는 업무를 모두 포함하는 업무이다'라고 진술하였다.

이와 관련하여 피고인 3은, 공소외 3 회사와의 공사비 협상이 성공했으므로 피고인 3(공소외 6 회사)이 맡기로 한 업무에 관한 약정은 조건 불성취로 무효라는 취지로 주장하나, 앞서 본 바와 같이 피고인 3이 피고인 1과 함께 공소외 3 회사와의 공사비 협상을 진행하면서도 동시에 공소외 4 회사에 이 사건 사업의 참여를 제안하여 2017. 10. 19. 공소외 4 회사로부터 이 사건 사업에 대한 시공참여의향서를 제출받고, 2017. 11. 11.에는 임시총회를 개최하여 공소외

3 회사와 공소외 4 회사 중에서 시공사를 선정하려고 하였던 이상, 이로써 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점이 인정되는 것이고, 피고인 1의 위와 같은 진술에 근거하여 그 행위가 조건 불성취로 무효가 된다고 볼 수 없으므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

4. 피고인 1과 피고인 3의 2,310,000,000원 상당 무자격자 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 각 사실을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 3 회사는 2016. 11. 22. 피해자 조합과 사이에 이 사건 사업에 관한 사업약정서를 작성할 무렵 공사비를 평당 3,620,000원으로 제시하였으나, 2017. 8. 1. 피해자 조합이 주택건설사업계획승인을 받은 후로는 공사비를 평당 3,857,000원으로 증액해줄 것을 요구하였다.

피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사는 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대하여 공사비 협상을 하여 2017. 8. 말경 평당 3,770,000원까지 의견 접근이 이루어졌다.

- ② 한편 피고인 3은 2017. 8. 7.경 피해자 조합의 고문 및 자문위원직에서 사퇴하였고, 피해자 조합은 2017. 9. 12. 제 27차 임원회의를 개최하여 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 공소외 6 회사에게 위임하는 안건'을 결의하였다.

공소외 6 회사는 피고인 3의 아내인 공소외 25 또는 조카인 공소외 18이 명목상 대표이사로 있을 뿐 피고인 3이 실질적으로 운영하는 1인 회사이다.

- ③ 피고인 3은 피고인 1이 공소외 3 회사 담당자를 여러 차례 만나 공사비를 협상하는 자리에 참석하는 한편 공소외 3 회사의 공사비 증액에 효과적으로 대응하기 위해서는 시공사 변경의 여지도 있음을 주장하였고, 이를 전제로 피고인 1과 함께 공소외 4 회사와의 업무회의에 참석하기도 하였다.

피고인 3은 2017. 9. 14.부터 2017. 11. 2.까지 조합 인터넷 카페 게시판에 공소외 3 회사와의 협상 과정 및 다른 건설사와의 협의 과정 등에 관한 글들을 여러 차례 게시하였다.

- ④ 피해자 조합은 피고인 3의 주도로 2017. 11. 6. 공소외 3 회사에 공소외 4 회사와 같은 조건인 평당 공사비 3,715,000원에 공사가 가능한지 여부를 묻는 내용의 공문을 발송하였고, 공소외 3 회사는 피해자 조합 총회가 있기 전날인 2017. 11. 10. 피해자 조합이 제시한 평당 공사비 3,715,000원의 조건을 수용한다는 공문을 보내왔다.

- ⑤ 피해자 조합은 2017. 11. 11. 조합 총회를 열어 1호 안건으로 '공소외 3 회사와 공소외 4 회사 중에서 시공사를 선정하는 안건'을 표결에 부쳤고, 그 결과 공소외 3 회사 328표, 공소외 4 회사 322표, 기권 7표가 나와 과반을 넘는 득표가 없어 안건이 부결되었으나, 그 후 2017. 11. 16. 조합장 간담회 등 조합원들의 의견 수렴을 거쳐 공소외 3 회사가 시공사로 확정되어 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사는 2017. 11. 22. 평당 공사비 3,715,000원(부가세 별도)으로 정하여 이 사건 공사도급계약을 체결하였다.

위 2017. 11. 11.자 조합 총회에서는 2호 안건으로 '공소외 6 회사와 시공사 선정 협의 및 중도금 대출 관련 용역계약의 체결업무를 임원회의에 위임하는 안건'이 결의되었다.

- ⑥ 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이에서 2017. 12. 5. 용역비 2,310,000,000원(부가세 포함)으로 정한 이 사건 용역계약이 체결되었고, 피고인 3은 2018. 1. 31. 피해자 조합에 대하여 공소외 6 회사의 위 용역비 2,310,000,000원을 청구채권으로 하는 지급명령을 신청하여 같은 날 지급명령이 발령되었으며, 피고인 1은 2018. 2. 6. 위 지급명령정본을 송달받았으나 이의하지 않아 2018. 2. 21. 위 지급명령이 확정되었다.
- ⑦ 피고인 3은 2018. 4. 13. 위와 같이 확정된 지급명령을 집행권원으로 피해자 조합의 상가부지 등에 대하여 부동산강제경매를 신청하여 강제경매개시결정을 받았다.

나. 구체적 판단

- 1) 위 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 피고인들이 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약을 체결하여 피해자 조합으로 하여금 2,310,000,000원 상당의 채무를 부담하게 하고 지급명령을 확정시킴으로써 피해자 조합에 대하여 배임행위를 하였고, 이에 따라 공소외 6 회사로 하여금 2,310,000,000원의 재산상 이익을 취득하게 하고 피해자 조합에 같은 액수 상당의 재산상 손해가 발생한 사실을 충분히 인정할 수 있다.
- ① 피해자 추진위와 공소외 2 회사가 2015. 9. 1. 체결한 업무대행계약에 의하면 시공사 선정, 시공조건과 공사비 검토 등은 업무대행사인 공소외 2 회사의 업무였고, 이에 따라 피고인 2는 2017. 8.경까지 공소외 3 회사와 사이에 공사비 협상 업무를 수행하고 있었다.

공소외 3 회사의 공소외 19도 수사기관에서 '2017. 8. 30.경을 기준으로 공사비는 평당 3,770,000원이었고, 이는 피고인 2와 협상을 해서 도출된 금액이다, 그때까지는 피고인 2와 협상을 하였고, 피고인들과는 협상을 한 사실이 없다'라는 취지로 진술하였다.

위와 같이 피고인 2와 공소외 3 회사가 협상을 진행하고 있는 상황에서 피고인 1은 2017. 9. 12. 제27차 임원회의를 개최하여 위 임원회의에서 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 전 조합장인 피고인 3(공소외 6 회사)에게 위임하는 안건'을 결의하였는데, 피고인 3이나 공소외 6 회사는 시공사 선정에 관한 업무를 대행할 자격이 없었다(피고인 3은 이 사건 사업 이전에는 조합 사업을 해본 적이 없었고, 조합을 위한 공사비 협상 업무나 시공사 선정에 관한 업무를 처리해본 경력이나 실적을 가지고 있지 않았던 것으로 보인다).

또한 공소외 4 회사의 공소외 24는 수사기관에서 '조합사업의 경우 이미 조합원들이 모집되어 사업이 진행되고 있기 때문에 공사비를 싸게 책정할 수 있다, 이 사건 사업 부지는 입지가 좋아 분양이 잘 될 것이라 판단하였다, 피고인 3이 회의에 참석하여 사업 전반적인 것을 설명한 것 같은데 특별한 것은 없었다, 공사업체를 경쟁시켜서 시공사를 결정하는 것은 일반적인 방식이고, 특별할 것이 없다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 3 회사의 공소외 26은 당심법정에서 '공사비를 당초 요구했던 가격보다 줄인 이유는 피해자 조합이 시공사를 공소외 4 회사로 변경하려는 모습을 보여서라기보다 이 사건 사업의 입지가 좋았던 이유가 더 컸다'라는 취지로 진술하였다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구를 받은 피해자 조합으로서는 기존의 업무대행사로 하여금 공사비 협상을 계속 수행하게 하거나 조합장을 비롯한 집행부가 직접 공사비 협상 업무를 수행하는 것이 충분히 가능하였던 것으로 보이고, 기존의 업무대행사를 배제시키고 새로운 채무를 부담하면서까지 공소외 6 회사와 이 사건 용역계약을 체결할 합리적인 이유가 있었다고 보이지 않는다.

② 피고인 3은 피해자 조합이 공소외 3 회사와 공사비에 관한 협상을 하는 자리에 참석하여 발언을 하거나 공소외 4 회사 등 다른 시공사와 접촉하여 시공사로 참여할 의향을 이끌어내는가 하면 위와 같은 협상 과정을 피해자 조합의 인터넷 카페에 올려 조합원들에게 알리는 등으로 노력하였고, 그 결과 피해자 조합으로서는 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 효과적으로 대처할 수 있었던 것으로는 보인다.

그러나 피해자 추진위 단계에서부터 피해자 조합의 사업 초기 업무 전반을 관장했던 조합장의 지위에 있었고 조카인 피고인 1이 조합장으로 된 후로도 고문 및 자문위원 지위에서 조합 업무에 계속 관여해오고 있었던 피고인 3의 지위 및 경험 내지 이 사건 사업에 대한 이해 정도, 피고인 1과의 신분관계 등을 고려하면, 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대응하여 피고인 3이 행한 업무들은 반드시 별도로 용역계약을 체결할 필요 없이 전직 조합장이자 고문, 자문위원의 지위에서 조합장인 피고인 1을 보좌하여 충분히 수행하였음직한 범위의 것이라고 봄이 타당하다.

③ 실제로 피고인 3은 피해자 조합의 인터넷 카페에 2017. 11. 3. '공소외 6 회사의 용역비를 공소외 2 회사의 업무대행비 내에서 정산하려고 한다'라는 취지로 게시글을 올리는 등으로 당초 시공사 선정 등과 관련하여 자신이 별도의 용역비를 지급받는 것이 아니라는 취지를 밝힌 바 있음에도, 피고인들은 적법한 총회 결의 및 임원회의 결의가 있었다는 전제 아래 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약을 체결하였다.

나아가 피해자 조합 입장에서는 공사비를 감액하도록 협상하는 것이 당연함에도 피고인들은 위 용역계약상 '공사비 절감을 통한 조합의 총 이익금 8,600,000,000원'을 용역비 산정의 기준으로 삼았는데, 이는 공소외 3 회사가 제시한 금액을 전부 그대로 수용할 경우를 기준으로 계산한 것이고, 그것도 이미 피고인 2가 협상을 통해 2017. 8. 말경까지 감액한 공사비 역시 고려하지 않은 금액이었으며, 총 이익금 중 30%라는 용역비 비율 역시 아무런 근거가 없었다.

피고인 3은 수사기관에서 '피고인 1에게 30%를 달라고 요구하였다, 지나가는 소리로 여러 사람들에게 그냥 편하게 알아보았는데 50%를 받은 적이 있다는 이야기를 들었고, 지인에게 물어보니 30%든 40%든 정해진 룰은 없다고 이야기하였다, 알아본 바로는 조합 사업에서 업무대행사 이외 별도로 용역사를 지정하여 시공사와의 공사비 협상 용역비를 지급한 사례는 없었다'라는 취지로 진술하였는데, 피고인 1은 피고인 3의 객관적인 근거가 없는 제안을 그대로 받아들인 것으로 보인다.

④ 배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니며, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 경제적 관점에 따라 판단되어야 하므로 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당한다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보면, 피고인 3이 2018. 1. 31. 피해자 조합에 대하여 공소외 6 회사의 용역비 채권 2,310,000,000원을 청구채권으로 하여 지급명령을 발령받고, 조합장인 피고인 1이 위 지급명령정본을 송달받고도 이의하지 않아 위 지급명령이 확정되게 한 후 나아가 피고인 3이 확정된 지급명령을 집행권원으로 피해자 조합의 상가부지 등에 대하여 부동산강제경매를 신청하여 강제경매개시결정을 받음으로써 피해자 조합의 재산에 압류의 효력이 발생하였을 뿐만 아니라(민사집행법 제83, 84조) 언제든지 후속 환가절차가 진행될 수 있게 된 이상, 이미 피해자 조합의 재산에 대한 실효발생의 위험이 발생하였다 할 것이므로, 피고인들의 이 부분 업무상배임 범행은 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

- ⑤ 또한 앞서 본 바와 같이 피고인들은 기존의 업무대행사를 통하여 진행하거나 피해자 조합 집행부가 직접 수행할 수도 있는 업무에 대하여 업무대행사인 공소외 2 회사 및 피고인 2를 배제시킨 후 합리적인 이유 없이 피해자 조합으로 하여금 2,310,000,000원에 상당하는 새로운 채무를 부담시키고 조합 재산에 강제집행이 이루어지도록 하였으므로 위 금액 상당 전부가 피고인들의 배임행위로 인하여 발생한 손해액 및 이득액에 해당한다고 보아야 한다.

2) 이에 대하여 피고인들은 이 부분 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 범행의 성립 여부에 관하여 다음과 같이 주장하므로 차례로 본다.

가) 먼저 피고인들은 이 사건 용역계약 체결 등과 관련하여 적법·유효한 총회 및 임원회의의 결의가 있었음을 들어 배임행위가 아니라고 주장한다.

그러나 회사의 임원이 그 임무위배행위에 대하여 사실상 대주주의 양해를 얻었다거나 이사회 결의가 있었다는 사유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수 있는 것도 아닌바(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조), 피해자 조합의 적법·유효한 총회, 임원회의 결의가 있었다고 하더라도 피고인들이 위와 같이 피해자 조합에 손해를 가하는 행위를 한 이상 피고인들의 배임행위가 성립하는 것이므로, 피고인들의 위 주장을 받아들일 수 없다.

그렇지 않더라도, 피해자 조합 규약 제28조 제1항 제3호는 '예산으로 정한 사항 및 규약에서 정한 사항 외 조합원에 부담이 될 계약'을 총회 결의사항으로 규정하고 있는데, 위 2017. 11. 11.자 피해자 조합 총회에서는 '공소외 2 회사에 지급할 업무대행비와 무관하게 별도의 용역비를 공소외 6 회사에게 지급할지, 그리고 지급한다면 어느 정도 액수의 용역비를 지급할지'에 관한 논의 없이 '공소외 6 회사와 시공사 선정 협의 및 중도금 대출 관련 용역계약의 체결업무를 임원회의에 위임하는 안건'이 결의되었는데, 결국 위 조합 총회에서는 이 사건 용역계약에 관하여 조합원의 금전적 부담이 발생할지 여부를 결정하는 중요한 부분이 논의되지 않았다고 보아야 하고, 이는 조합 자금의 출연자인 조합원들이 금전적 부담이 될 사안을 미리 고지 받고 스스로 결정하도록 정한 조합 규약 내용의 취지에 반하는 것이므로, 이 사건 용역계약 체결에 관하여 적법·유효한 총회 결의가 있었다고 볼 수도 없다.

또한 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28은 수사 과정에서, 2017. 11. 20.자 임원회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 내용을 반대하였고 이를 의결로써 통과시킨 사실이 없다는 취지로 일관되게 진술하였고, 공소외 5, 공소외 27은 원심법정에서도 같은 취지의 진술을 하였으며, 2017. 11. 29.자 녹취서에 의하면 공소외 27이 공소외 5와 사이에 '임원회의를 월요일에 한다, 용역비 얘기하는 거 아니야?', 공소외 28씨가 왔었는데 임원회의에서 통과시키면 어떻게 되냐고 물었다, 용역비 어떻게 됐느냐고 그래서 아직 잠잠하다고 했다'라는 취지의 대화를 나누었는데, 이는 2017.

11. 29.경까지 공소외 6 회사에 대한 용역비 지급 문제가 임원회의에서 의결되지 않았음을 전제로 한 대화 내용으로서, 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28의 수사 과정에서의 위 진술에 부합한다.

따라서 피해자 조합의 2017. 11. 20. 임원회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 것에 대한 적법한 결의가 있었다고 볼 수 없다(피해자 조합의 2017. 11. 20.자 임원회의 회의록에는 이에 대한 결의가 이루어진 것으로 기재되어 있으나, 피고인 1은 위 회의록을 비롯하여 공개대상 자료인 피해자 조합의 회의록과 주요 계약 관련 자료들을 관련 법률이 정한 공개시기보다 현저히 늦은 2018. 4. 3.에야 공개한 점, 피해자 조합의 2017. 10. 17.자 제29차 임원회의 회의록의 경우 각기 상이하게 편집된 형태로 3개의 회의록이 존재하는 것으로 보아 피고인 1이 임의로 회의록을 작성할 수 있었던 것으로 보이는 점, 2017. 11. 20.자 임원회의에 참석한 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28이 위 회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 내용이 의결된 바 없다는 취지로 진술한 점 등에 비추어 공소외 6 회사에 대한 용역비 지급에 관한 2017. 11. 20.자 회의록의 기재 내용을 그대로 믿기는 어렵다).

나) 또한 피고인들은, 이 사건 용역계약에서 용역비를 이익금의 30%로 산정한 것은 법무법인 △△로부터 자문을 받은 결과이므로 피고인들에게 배임의 고의를 인정할 수 없다고 주장하나, 이 사건 용역계약의 체결 경위, 지급명령 발령 및 부동산강제경매개시 경위 등에 비추어 앞서 본 바와 같이 피고인들이 업무상임무에 위배하여 피해자 조합에 손해를 가하였다고 봄이 타당한 이상, 피고인들이 법률전문가의 자문을 받아 이 사건 용역계약을 체결하였다는 사실은 배임죄의 성립이나 배임의 고의 인정에 영향을 준다고 볼 수 없다.

따라서 피고인들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

다) 피고인들은, 이 사건 용역계약 체결에 대하여 총회의 적법·유효한 결의가 없다고 한다면 결국 용역계약 체결은 법률상 무효이기 때문에 피해자 조합에 사실상으로도 손해가 발생하지 않은 것으로 보아야 하고, 총회의 결의가 무효이므로 용역계약 체결도 무효이고, 위 용역계약에 터잡아 이루어진 지급명령도 무효이며, 위 지급명령에 의해 실시한 부동산강제경매도 무효라고 보아야 하므로 피해자 조합에게 사실상으로도 손해가 발생하지 않은 것이고 실행 발생의 위험도 초래하지 않았다고 보아야 한다고도 주장한다.

그러나 지급명령의 발령 및 이에 기한 부동산강제경매개시결정에 따라 조합의 재산에 압류의 효력이 발생하였을 뿐만 아니라(민사집행법 제83, 84조) 언제든지 후속 환가절차가 진행될 수 있는 상태가 되었고, 이는 이 사건 용역계약의 법률상 효력 유무와 상관 없이 경제적인 관점에서 볼 때 이미 피해자 조합의 재산에 대하여 실행 발생의 위험이 발생하였다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 위 주장 또한 받아들이기 어렵다.

라) 피고인들은, 피고인 3의 협상 전략에 따라 공사비가 삭감되어 피해자 조합이 이익을 얻었으므로 그 기여를 인정해 주어야 하고, 그와 같은 삭감된 공사금액에 비하여 공소외 6 회사에 대한 용역비가 과도하다고 할 수 없으며, 용역비가 적정한 수준에 비하여 과다한지 여부를 판단할 객관적이고 합리적인 평가 방법이나 기준 없이 단지 임무위배 행위가 없었더라면 더 낮은 수준의 용역비로 정할 수 있었다는 가능성만을 가지고 재산상 손해 발생이 있었다고 쉽사리 단정해서는 아니 되므로, 피고인들에 대하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없고, 배임의 범의가 인정될 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 피해자 조합은 공소외 3 회사가 이 사건 사업의 공사비를 평당 3,620,000원에서 평당 3,857,000원으로 증액해줄 것을 요구하면서 2017. 8. 말경에는 평당 3,770,000원 수준까지 요구한 데 대하여 공소외 3 회사 측과의 수차

례 협상 등을 통해 최종적으로 평당 3,715,000원에 공사도급계약을 체결한 것인바, 이로써 피해자 조합과 조합원들로서는 공소외 3 회사가 요구하는 증액분에 상응하는 만큼의 공사비 증가액이나 조합원 부담금을 추가로 지출하지 않게 되었다 할 것이고, 여기에 공소외 4 회사 등 다른 시공사와 접촉하는 전략을 제안하기도 한 피고인 3의 기여가 없었다고는 할 수 없다.

그러나 피해자 조합으로서는 조합원들을 위하여 공사비를 감액하도록 협상하는 것이 당연한 것이고, 앞서 본 바와 같이 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대응하여 피고인 3이 행한 업무들은 전직 조합장 및 고문, 자문위원의 지위에서 피고인 1을 보좌해서도 충분히 행할 수 있는 정도의 업무에 불과하다고 할 것임에도, 피고인 1과 피고인 3은 피해자 조합의 이익을 위해서는 따로 체결할 필요도 없는 이 사건 용역계약을 체결하고 피해자 조합으로 하여금 그에 따른 용역비 지급채무를 부담케 한 후 나아가 강제집행까지 이루어지게 한 이상, 피고인 3이 기여한 업무에 대한 적정한 용역비가 얼마인지를 산정할 필요도 없이 피해자 조합에 대하여는 이 사건 용역계약에서 정한 용역비이자 지급명령을 통해 확정된 채권액인 2,310,000,000원 전부의 재산상 손해가 발생한 것으로 보아야 한다.

또한 이 사건 용역계약의 체결 및 지급명령 신청 경과 등에 비추어 피고인들에게는 피해자 조합에 재산상 손해가 발생 또는 발생할 위험이 있다는 인식과 피고인 3이 재산상 이익을 취득한다는 인식이 있었다고 볼 수 있으므로, 배임의 고의도 인정된다.

따라서 피고인들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

3) 따라서 원심이 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 피고인들이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 위법이 없으므로, 피고인들의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

5. 피고인 1과 피고인 2의 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

가. 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니하나(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도7687 판결 등 참조), 형벌법규의 해석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법 취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결, 대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결 등 참조).

나. 피고인들은 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제69 내지 75쪽의 '유죄의 이유 6. 나. 판단' 항목에서 실시한 것과 같이, 피해자 조합을 주택법이 정한 '사업주체'에 해당한다고 보면서, 피고인들이 조합원 자격이 없는 사람들과 미분양분 주택에 관하여 먼저 계약금 등을 지급받고 추후 미분양분 주택을 지급하지 못할 경우 계약금을 반환하고 추가로 5,000,000원을 지급하기로 한 이 사건 약정은 정지조건부 약정이 아니고, 위 약정의 체결은 주택법 제102조 제13호, 제54조 제1항에 위반된다고 보아 피고인들의 주장을 배척하고 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다.

원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 면밀히 살펴보고, 원심이 적절히 실시한 사정들에다 관련 법령에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 더하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인들 주장과 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

- ① 주택법제54조 제1항 제1호에서 일정 규모 이상의 주택을 공급하고자 하는 사업주체가 입주자를 모집하려고 하는 경우에 주택법 등 관련 법령에 따라 원칙적으로 입주자모집승인 절차를 거치도록 한 것은 입주자 모집 시기 및 조건, 절차 등을 규제함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지하는 데 입법 목적이 있는바, 입주자 모집 승인 규정의 적용을 받는 주택법 제54조 제1항 제1호의 '사업주체'에 일정 규모 이상 주택을 공급하려는 자로서 주택법에 따른 주택건설사업계획의 승인을 받을 것을 예정하고 사업을 시행하는 자도 포함된다고 해석하는 것은 주택법의 위와 같은 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석으로서 허용된다고 봄이 타당하다.
 - ② 주택법 제102조 제13호는 "제54조 제1항을 위반하여 주택을 건설·공급한 자"를 처벌하도록 규정하고 있는데, 제54조 제1항은 사업주체에게 '주택의 건설·공급'과 관련한 의무를 부과하면서 '입주자를 모집하려는 경우'(제1호)와 '사업주체가 건설하는 주택을 공급하려는 경우'(제2호)를 구별하지 않은 채 그 전문에서 "사업주체는 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 주택을 건설·공급하여야 한다"라고 규정하고 있으므로, 관할 관청의 승인을 받지 않고 입주자를 모집하는 행위는, 확정적·최종적 분양계약을 체결하기 전이라도 결국 "제54조 제1항을 위반하여 주택을 건설·공급"한 경우에 해당한다고 보아야 한다.
 - ③ 한편 피고인 2는, 주택공급에 관한 규칙 제15조 제1항은 입주자 모집시기에 관하여 규정하고 있는데, 이에 따르면 '입주자 모집행위'라는 개념은 적어도 조합이 사업계획승인을 받고 착공 신고를 하여 착공이 이루어진 시점부터 인정될 수 있으므로 이 사건 약정을 입주자 모집행위라고 볼 수 없다고 주장하기도 한다.
- 그러나 위 규정은 법령에서 허용하는 입주자를 모집할 수 있는 시기에 관한 것일 뿐 어떤 행위가 입주자 모집에 해당하느냐에 관한 정의 규정이라고 볼 수 없으므로 피고인 2의 위 주장은 받아들일 수 없다.
- ④ 또한 피고인 2는 이 사건 약정이 주택법위반에 해당할 소지가 있음을 인식할 수 없었다는 취지의 주장을 하면서 이 사건 수사과정에서 담당공무원이나 수사기관도 이 사건 약정이 주택법위반에 해당하지 않는다는 의견을 밝히기도 하였다는 사정을 근거로 들고 있으나, 피고인 2의 위 주장은 단순한 법률의 부지를 주장하는 것에 불과하므로 그러한 사정을 들어 피고인 2에게 위법성 인식이 없었다고 볼 수 없다.

피고인 2의 위 주장도 받아들일 수 없다.

6. 피고인 1과 피고인 2의 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임의 점 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 공모관계에 관한 공소사실의 특정 관련 피고인 2의 주장에 대하여

앞서 본 위 2. 가. 1) 가), 나)항의 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실에 피고인 1과 피고인 2 사이에 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 배임행위와 관련한 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되어 있지 아니한 것은 사실이나, 피해자 조합의 조합장으로서 조합 업무 전반을 관장하고 있는 피고인 1과 피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사의 대표이사로서 피해자 조합의 업무 전반을 대행하는 지위에 있는 피고인 2가 어느 한 시기에 한 장소에 모여 범행을 공모한 것이 아니라 수시로 연락을 주고받으면서 암묵적으로 공모를 하고, 피고인들이 각 지위에 기하여 업무를 지시하거나 관장하는 방식으로 이 부분 범죄에 가담한 것이기에 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되지 못하는 것은 불가피한 측면이 있고, 이 부분 공소사실에 배임행위의 시기, 내용, 방법 등이 다른 사실과 식별할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 특정되어 있으므로, 위와 같은 공소사실 기재로 인해 피고인 2의 방어권 행사에 별다른 지장은 없는 것으로 보인다.

따라서 이 부분 공소사실은 충분히 특정되었다고 할 것이므로, 피고인 2의 주장은 받아들이지 않는다.

나. 이 부분 업무상배임죄 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 성립 여부

1) 원심의 판단

피고인들은 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제76~77쪽 '유죄의 이유

7. 나. 인정사실' 항목 기재와 같은 사실을 인정한 다음 제77~81쪽 '유죄의 이유 7. 다.

판단'의 '1) 각 업무상배임죄의 성립 여부'와 '2) 재산상 손해 발생 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인들의 주장을 배척하였다.

2) 이 법원의 판단

가) 임무위배행위 및 배임의 고의가 인정되는지

(1) 관련 법리

어떠한 행위가 임무위배행위에 해당하는지는 그 사무의 성질·내용, 사무집행자의 구체적인 역할과 지위, 행위 당시의 구체적 상황에 따라 그 행위가 신의성실의 원칙에 비추어 통상의 업무집행 범위를 일탈하였는가에 따라 판단하여야 한다.

그리고 경영자의 경영판단과 관련하여 경영자에게 배임의 고의가 있었는지를 판단할 때는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 여러 사정을 고려하여 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식을 가지고 의도적으로 한 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하여야 한다.

이러한 인식이 없으면 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 물을 수는 없으나, 경영자의 경영판단에 관하여 위와 같은 사정을 모두 고려하더라도 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 구체적 상황과 자신의 역할·지위에서 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 아니하거나 당연히 하지 아니하여야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 본인에게 손해를 가하였다면 그에 관한 고의 내지 불법이득의 의사는 여전히 이를 인정함이 마땅하다(대법원 2015. 9. 24. 선고 2015도6363 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 사람들을 대상으로 이 사건 약정을 체결하도록 하고, 그렇게 업무를 수행한 공소외 7 회사에 '조합원 모집'을 한 경우와 동일하게 용역비를 지급한 행위는 모두 합리적인 경영판단의 재량범위 내에 있다고 할 수 없어 피해자 조합에 대한 임무위배행위에 해당하고, 피고인들에게 업무상배임의 고의가 있었음이 인정된다.

원심의 이 부분 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하거나 임무위배행위 내지 배임의 고의와 관련하여 법리를 오해한 위법이 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

① 공소외 4 회사의 공소외 24는 수사기관 및 원심법정에서 '이 사건 사업 부지의 입지가 매우 우수하였고, 분양성에 큰 문제가 없었다고 판단하였다, 피고인 2도 이 지역은 분양이 잘 될 것이라고 말하면서 걱정이 없다고 말하였다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 3 회사의 공소외 19도 수사기관에서 '이 사건 사업의 부지는 입지가 워낙 좋아서 일반분

양에 문제가 없다고 판단되는 곳이었다'라는 취지로 진술하였다.

이와 같은 시공업체들의 평가에 따르면 이 사건 사업 부지는 입지가 우수하여 일반분양에 대한 위험성이 크지 않은 곳이었음을 알 수 있다.

실제로 피해자 조합에 인접하고 있으면서 일반분양방식으로 사업이 진행된 ○○○지구의 경우에도 분양이 전부 완료된 것으로 보이고, 이 사건 사업의 경우에도 2018. 7.경 착공을 시작하고 일반분양을 시작한 시점부터 6, 7개월이 경과한 무렵인 2019. 3. 4. 일반분양을 모두 완료하였다.

② 피해자 조합은 2017. 3.경까지 2차 조합원 모집으로 총 765세대의 조합원을 모집하였고, 이는 피해자 조합이 2016. 7. 22. 설립인가를 받으면서 모집하기로 한 956세대를 기준으로 약 80%에 이르는 정도로서 조합원 모집에 그리 큰 어려움이 없었던 것으로 보인다.

피해자 조합과 공소외 3 회사 사이에 체결된 2016. 11. 22.자 사업약정서에서의 980세대를 기준으로 하면 위 765세대는 약 77%에 해당하여 80%에서 3%가 부족한 결과이기는 하나, 공소외 19는 수사기관에서 '위 2016. 11. 22.자 사업약정서는 공소외 3 회사에서는 필요가 없지만 피해자 조합에서 토지담보대출을 받기 위하여 요청하여 만든 것이다, 765세대는 적당히 잘 모집된 것으로 생각된다, 실제 이 숫자는 어느 정도 세대만 모집되고 돈만 납부되면 큰 문제는 없는 것이다'는 취지로 진술한 것으로 볼 때, 위 모집 세대수가 사업성 평가에 영향을 미칠 만큼 부족하였다고 평가할 수 없다.

③ 공소외 5는 수사기관에서 '피고인 1이나 피고인 3이 임의세대 분양을 너무 많이 하는 것 같아 걱정이라고 말하였다, 매일 아침 임의세대 분양 문제로 업무대행사와 조합과 사이에서 하던 회의에서 여러 번 논의가 되었다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 19는 원심법정에서 '피고인 2에게 실제로 ▽▽동 같은 경우는 입지도 좋기 때문에 일반분양을 하면 수익이 더 늘어날 거니까 일반분양으로 하는 게 좋다고 말씀드렸다'라는 취지로 진술하였다.

앞서 본 것과 같은 이 사건 사업 부지의 우수성과 기대되는 분양 전망, 이 사건 사업 관련자들의 인식 등에 비추어 보면, 피고인들로서는 조합원 부담금보다 훨씬 가격이 높은 일반분양가로 주택을 분양할 기회를 포기하고 조합원 자격이 없는 사람들과 굳이 이 사건 약정을 하여야 할 필연적인 이유가 있었다고 보기 어렵고, 피고인들로서는 피해자 조합이 이 사건 약정을 체결하는 경우의 문제점도 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다.

④ 앞서 본 바와 같이 이 사건 약정은 주택법을 위반하는 행위일 뿐만 아니라, 일반분양보다 더 낮은 가격으로 분양을 함으로써 피해자 조합으로서는 조합원 부담금보다 가격이 높은 일반분양가로 주택을 분양할 기회를 상실케 하는 행위이다.

그럼에도 불구하고 피고인들은 이 사건 약정 체결의 방법으로 조합원 자격이 없는 사람들을 모집하는 것에 관하여 조합 총회에서 동의를 받은 적이 없고 조합원들에게 그와 같은 약정 체결 사실을 알리지도 아니하였다.

⑤ 설령 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 이 사건 약정을 체결하도록 한 것이 피해자 조합의 토지대금 등 추가적인 사업비 조달 등 원활한 사업 진행을 도모하기 위함이었다고 하더라도, 주택법위반에 해당하는 이 사건 약정을 체결하는 행위를 정상적이고 합법적이라고 보기 어렵고, 그 과정에서 조합 총회나 조합원들의 동의를 받지 아니한 점 등에 비추어 보면 이를 합리적인 경영판단의 재량범위 내의 행위라고 평가할 수 없다.

나) 피해자 조합에 손해 또는 손해 발생의 위험이 발생하였는지 여부

나아가 원심이 원심판결 제80쪽 제5행부터 제81쪽 제5행까지에서 실시한 사정들에 의하면, 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 사람들을 대상으로 이 사건 약정을 체결하도록 하고, 그렇게 업무를 수행한 공소외 7 회사에 조합원 모집의 경우와 동일하게 용역비를 지급함으로써, 피해자 조합에는 이 사건 약정의 계약 상대방들에게 손해배상금으로 214,500,000원을 지급하고 공소외 7 회사에 847,000,000원의 용역비를 지출하는 손해가 발생하였다고 볼 수 있다.

피고인들은, 공소외 7 회사에 대한 용역비는 정당한 용역에 대한 대가가 지급된 것에 불과하고, 공소외 7 회사와의 분양대행 용역계약 제5조에 의하면 피해자 조합의 필요에 의하여 업무용역의 범위가 변경될 시에는 그에 따른 비용은 피해자 조합과 공소외 7 회사가 협의하여 결정할 수 있다고 정하였으므로, 공소외 7 회사에 대한 미분양 154대에 대한 용역비 지급은 배임행위가 아니라고 주장한다.

그러나 위 분양대행 용역계약상 공소외 7 회사의 수행업무로 규정된 내용은 '피해자 조합 아파트 개발을 위한 조합원 계약 관련 용역'일 뿐이고, 공소외 7 회사가 조합원 아닌 일반인들을 상대로 이 사건 약정을 체결한 것은 그 용역업무인 '조합원 모집 업무'를 수행하였다고 볼 수 없어 용역비를 지급받을 근거가 없다고 보아야 하므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

다) 재산상 이익을 취득하게 하였는지 여부

(1) 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)(847,000,000원) 부분

앞서 본 바와 같이 공소외 7 회사가 조합원 아닌 일반인들을 상대로 이 사건 약정을 체결한 것은 그 용역업무인 '조합원 모집 업무'를 수행하였다고 볼 수 없어 용역비를 지급받을 근거가 전혀 없으므로, 공소외 7 회사가 수행한 이 부분 용역의 적정한 대가가 얼마인지를 산정할 필요 없이 공소외 7 회사로서는 피해자 조합으로부터 지급받은 이 부분 용역비 전액인 847,000,000원 상당의 재산상 이익을 취득하였다고 할 것이다.

원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고인들이 주장하는 것과 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임(214,500,000원) 부분

원심은 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 일반인들과 사이에 이 사건 약정을 체결함으로써 피해자 조합이 이 사건 약정을 해제하고 계약 상대방들에게 합계 손해배상금으로 214,500,000원을 지급함에 따라 피해자 조합이 같은 액수 상당의 재산상 손해를 입었다고 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

그러나 원심의 이 부분 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

배임죄는 본인에게 재산상의 손해를 가하는 외에 배임행위로 인하여 행위자 스스로 또는 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득할 것을 요건으로 하므로, 본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 재산상 이익을 행위자 또는 제3자가 취득한 사실이 없다면 배임죄가 성립되지 않는다(대법원 2006. 7. 27. 선고 2006도3145 판결 등 참조).

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자 조합과 이 사건 약정을 체결한 계약 상대방들은 2016. 10.경부터 2017. 3.경까지 이 사건 약정에 따라 피해자 조합에 계약금, 중도금 명목으로 약 50,000,000원씩을 각 납부하였는데, 2018년 중순경 피해자 조합의 새로운 집행부는 주택법에 위반된 부분을 바로잡고 적법한 일반분양절차를 진행하기 위해 이 사건 약정을 해제하고 위 계약 상대방들에게 기납부 금액을 반환하는 한편 손해배상금 명목으로 합계 214,500,000원을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 위와 같이 손해배상금 214,500,000원을 지출한 피해자 조합으로서는 같은 액수의 재산상 손해를 입었다고 할 것이나, 이 부분 배임행위로 인하여 행위자 또는 제3자가 취득한 재산상 이익이 있는지 여부를 보건대, 이 사건 약정의 계약 상대방들이 피해자 조합으로부터 수령한 위 214,500,000원은 이 사건 약정에서 정한 손해배상예정액의 지급 내지는 계약 상대방들이 피해자 조합에 납부하였다가 반환받은 계약금, 중도금 명목의 금원에 대한 법정이자 상당의 손해배상 내지 부당이득 반환의 실질을 가진다고 할 것이어서, 이 사건 약정의 계약 상대방들이 위와 같이 손해배상금을 지급받았다는 사실만으로는 곧바로 재산상 이익을 취득한 것으로 단정할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 이를 인정할 만한 증거가 없다.

그렇다면 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 무죄라 할 것인바, 이와 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 업무상배임죄의 재산상 이익에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

다.

피고인 2의 공동정범 성립 여부

피고인 2는 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제81 내지 83쪽의 '유죄의 이유 7. 다.

3) 피고인 2의 공동정범 성립 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인 2의 주장을 배척하였다.

원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인 2는 이 사건 약정 및 공소외 7 회사에 대한 용역비 지급에 대하여 적극적으로 관여한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로 공동정범에 해당한다.

따라서 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 2가 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없으므로 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피고인 2는 수사기관에서 '이 사건 약정에 의한 비조합원 모집은 (공소외 7 회사의 분양업무를 대대행하는) 공소외 29 주식회사(이하 '공소외 29 회사'라 한다)와의 회의를 통하여 함께 결정하였다, 조합원 자격이 있는 사람을 상대로 계약을 체결한 내역과 조합원을 모집한 내역을 분리해서 보고받았다, 피해자 조합과의 회의 때에는 조합원 자격이 없는 사람을 구분하여 조합 측에 이야기하였다'라는 취지로 진술하였는바, 위 진술에 의하면 피고인 2가 이 사건 약정을 체결하기로 하는 결정과 위 약정의 진행 과정에 적극적으로 관여하였음을 알 수 있다.

피고인 1 또한 원심법정에서 '분양은 분양대행사와 업무대행사가 같이 협의하여 진행하였다'라고 진술하였다.

② 공소외 5도 수사기관 및 원심법정에서 '2016. 12.경 업무대행사인 공소외 2 회사의 사무실에서 회의를 하던 중 임의 세대를 모집한다는 이야기가 있었다, 공소외 5가 회의에서 피고인 2에게 이렇게 하는 것이 합법인지 물으니, 피고인 2는 다른 곳에서도 다 이렇게 한다고 말하였다'는 취지로 진술하였고, 공소외 7 회사의 공소외 30도 원심법정에서

‘업무대행사의 허락을 받고 비조합원 모집을 진행하였다, 공소외 29 회사와 업무대행사는 일주일에 한 번씩 회의를 하였다, 업무대행사에서 준 약정서를 토대로 비조합원을 모집하는 업무를 하였다’는 취지로 진술하였다.

- ③ 피고인 2는, 공소외 2 회사로서는 공소외 7 회사에 대하여 용역비를 지급할 때 자금관리대리사무계약에서 정한 바에 따라 분양업무에 따른 후속절차인 자금처리를 하였을 뿐이라고 주장한다.

그러나 피해자 조합의 공소외 27은 수사기관에서 ‘모집하는 사람을 상대로 입금을 시키고, 입금이 업무대행사에서 확인이 되면 분양대행사가 가입계약신청서를 받고, 필요 서류를 받아서 이를 업무대행사에 준다.

그러면 업무대행사에서 넘버링이 된 정식 계약서를 주면 서명을 받아 분양계약서의 작성을 완료한다.

비조합원에 대한 계약서는 우측 상단에 100이라고 적어서 보내주었다’라고 진술하였는바, 이에 따르면 공소외 2 회사는 자금처리절차만이 아닌 비조합원 모집의 전 과정에 관여하였음을 알 수 있다.

7. 피고인 1과 피고인 3의 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점 및 피고인 1의 조합 자료 미공개에 의한 주택법위반의 점

가. 위법성조각사유로서 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결, 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 등 참조).

나. 먼저 피고인들의 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점에 관하여 본다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인들이 이 부분 공소사실 기재와 같이 피해자 조합 자금으로 11,000,000원의 변호사비용을 지출한 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추었다고 볼 수 없으므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 주택법이 주택조합의 발기인 또는 임원으로 하여금 조합사업 관련 자료를 공개하도록 한 취지는 주택조합사업 추진의 투명성을 제고하기 위한 것인데, 피고인들이 주장하는 사실만으로는 공소외 31 등의 방해로 피해자 조합의 사업이 좌초될 만한 급박한 위험이 있었다고 보기 어렵고, 설령 그와 같은 방해가 있었다 하더라도 그것이 위와 같은 주택법의 취지를 희생시키면서까지 조합원들에게 자료 공개를 하지 않을 사유에 해당한다고 보기 어렵다.

- ② 피고인들은 ‘피고인들이 전·현직 조합장으로서 임원회의 회의록 등을 작성하였음에도 이를 15일 이내에 조합원들에게 공개하지 않았다’라는 혐의사실의 주택법위반 형사사건에 관하여 피해자 조합 자금으로 자신들의 변호사비용을 지출하였다.

위 주택법위반 형사사건은 ‘분쟁에 대한 실질적인 이해관계는 단체에게 있으나 법적인 이유로 그 대표자의 지위에 있는 피고인들이 법적 절차의 당사자가 된 경우’에 해당한다고 볼 수 없고, 따라서 이에 관한 변호사비용을 지출하는 행위는 피해자 조합이 아닌 피고인들 자신의 이익을 위한 것으로 볼 수밖에 없으므로, 그 행위가 정당한 목적이거나 동기에서 이루어졌다고 볼 수 없다.

- ③ 피고인들이 위와 같이 변호사비용을 피해자 조합의 자금으로 지출하는 과정에서 다른 조합원들에게 알리는 등 적법한 절차를 거치지 않고 피해자 조합의 자금을 변호사비용으로 사용해야 할 만한 정당한 이유나 긴급한 사정이 있다고 보이지도 않는다.

다.

다음으로, 피고인 1의 조합 자료 미공개에 의한 주택법 위반의 점에 관하여 본다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인 1의 이 부분 공소사실 기재 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추었다고 볼 수 없으므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 보기 어렵다.

① 구 주택법(2020. 1. 23. 법률 제16870호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1항에 의하면, 주택조합의 발기인 또는 임원은 주택조합사업의 시행에 관한 용역업체 선정 계약서, 조합총회 의사록 등 서류 및 관련 자료가 작성되거나 변경된 후 15일 이내에 이를 조합원이 알 수 있도록 인터넷과 그 밖의 방법을 병행하여 공개하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 제104조 제2호는 위 의무를 위반하여 주택조합사업의 시행에 관련한 서류 및 자료를 공개하지 아니한 자를 1년 이하의 징역 및 10,000,000원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

구 주택법 취지와 위 관련 규정 내용을 고려하면, 구 주택법상 조합의 자료 공개는, 조합 가입 여부를 고민하는 사람들이 주택조합 사업의 내용과 현황을 제대로 알고 의사 결정할 수 있도록 객관적이고 충분한 정보를 제공하고, 모집된 조합원들에게 주택조합 사업의 추진 경과나 과정을 투명하게 알릴 필요성이 있기 때문에 그 주택조합의 설립과 사업을 주도적으로 수행하는 사람들에게 토지확보현황 등 여러 정보를 일반 대중에게 공개하고 조합원의 열람복사 요청에 응할 의무를 부과한 것이라 할 것이다.

② 그럼에도 피고인 1은 피해자 조합의 조합장으로서 공소외 6 회사에 대한 용역계약서, 제29차 임원회의 의사록, 선분양 관련 자료, 경계지 7필지 매매계약서, 회계감사보고서, 제30차 임원회의 의사록 등 자료를 인터넷 등에 공개하지 않았다.

피고인 1은 위 자료들이 법정 기한 내에 공개될 경우 조합 사업을 방해하는 세력이 위 자료들을 악용할 위험성에 대한 검토가 필요하여 일시적으로 미공개한 것뿐이라고 변소하나, 피고인 1이 주장하는 사유는 관련 법령이 부과한 의무를 이행하지 않을 정당한 이유가 될 수 없다.

③ 또한 피고인 1이 피해자 조합의 사업 진행에 지장을 초래하지 않는 방식으로 조합원들에게 조합 자료를 공개할 수 있는 대체수단을 강구해보았다는 사정도 보이지 않는다.

④ 피고인 1이 공개하지 아니한 이 부분 공소사실 기재 자료들은 경계지 7필지에 대한 매매계약, 공소외 6 회사와의 용역계약 등과 같이 피해자 조합 재산의 처분 등 조합원들에게 경제적 부담을 초래하는 중대한 사항에 관한 것일 뿐 아니라, 피고인 1 등의 피해자 조합에 대한 이 사건 배임행위에 부수하여 작성되거나 그 과정에서 작성된 매매계약서 내지 용역계약서, 의사록 등으로서, 피고인 1이 이를 법정 기한 내에 공개하지 않음으로써 조합원들로서는 해당 범행내용을 제대로 인지할 수 없었던 것으로 보이는바, 피고인 1의 이 부분 공소사실 기재 행위가 정당한 목적이나 동기에서 이루어졌다고 보기는 어렵다.

8. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

가. 피고인 1의 사전자기기록등변작의 점 및 변작사전자기기록등행사의 점

1) 형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것이므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이

르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 등 참조).

또한 형사항소심은 속심이면서도 사후심으로서의 성격을 가지고 있는 점과 아울러 형사소송법에서 정한 실질적 직접 심리주의의 정신 등에 비추어 볼 때, 제1심이 증인신문 등의 증거조사 절차를 거친 후에 합리적인 의심을 배제할 만한 증거가 부족하다고 보아 공소사실을 무죄로 판단한 경우에, 항소심의 심리 결과 일부 반대되는 사실에 관한 개연성 또는 의문이 제기될 수 있다 하더라도 제1심이 일으킨 합리적인 의심을 충분히 해소할 수 있을 정도에까지 이르지 아니한다면 그와 같은 사정만으로 범죄의 증거가 부족하다는 제1심의 판단에 사실오인의 위법이 있다고 단정하여 공소사실을 유죄로 인정하여서는 아니 된다(대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도11428 판결 등 참조).

2) 원심은 원심판결 제93~96쪽 '무죄 부분 3. 나. 판단' 항목에서 이에 대한 판단 근거를 자세히 실시하면서 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

위 법리에 기초하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 원심의 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 사실인정에 이르는 논증이 논리와 경험법칙에 어긋나는 등으로 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 볼 만한 합리적인 사정이 있다고 볼 수 없으며, 검사가 제출한 증거들만으로는 이 부분 공소사실 기재와 같은 내용의 2017. 10. 17.자 제29차 임원회의 회의록 전자파일이 진정하게 성립되어 있었다는 사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 볼 수 없으므로, 원심판결에 검사 주장과 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다(검사는, 피고인 3이 2017. 10. 17. 공소외 5에게 '경계지 7필지의 매매가를 매도가격의 120%로 했을 때 54억 원이 나오는 것이 맞느냐, 임원회의 전에 금액산출을 정확히 해 달라'고 했던 대화내용 및 공소외 2 회사의 공소외 32 이사가 피해자 조합의 제29차 임원회의가 있기 전인 2017. 10. 11. 공소외 5에게 경계지 7필지에 관한 매매대금을 기재해 놓은 매매계약서를 이메일로 송부한 사정 등을 근거로 2017. 10. 17. 제29차 임원회의에서 경계지 7필지를 토지매입가격의 120%의 가격에 업무대행비로 지급하기로 한다는 회의록이 작성되어 있었다고 보아야 한다고 주장하나, 원심이 실시한 이 부분 판단 근거에 비추어 위와 같은 사정들만으로는 이 부분 공소사실이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기 어렵다).

나. 피고인 3의 조합 자료 미공개로 인한 주택법위반의 점

원심은, 피고인 3이 이 부분 공소사실 일시인 2017. 11. 30.에는 피해자 조합의 고문 및 자문위원직에서 사퇴한 상태였으므로 구 주택법이 제12조 제1항에서 주택조합사업의 시행에 관련한 서류 및 자료의 공개의무를 부과하고 있는 '주택조합의 임원'에 해당한다고 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 3이 피고인 1에게 2017. 11. 30.경 작성한 제30차 임원회의 회의록을 15일 이내에 조합원들에게 공개하지 않도록 지시하였다거나, 이를 공개하지 않는 데에 가담하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 피고인 3의 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심이 실시한 위와 같은 사정에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 제30차 임원회의 회의록을 포함하여 피해자 조합의 제28 내지 34차 임원회의 회의록은 2018. 4. 3. 피고인 1에 의하여 피해자 조합 인터넷 카페에 일괄 게시되었는데, 그 과정에서 공소외 5와 제30차 임원회의 회의록 정정과 관련하여 대화를 나누거나, 2018. 1. 10. 공소외 5에게 '임원회의 회의록을 올려야 하니 제30차 임원회의의 안건

을 정리해 놓은 것이 있으면 보내달라'고 요청하기도 하는 등 제30차 임원회의 회의록의 작성과 공개를 피고인 1이 직접 주관하였다고 보이는 반면, 여기에 피고인 3이 관여하였다고 볼 만한 사정은 보이지 않는 점, ② 피고인 3이 전직 조합장, 고문 및 자문위원을 역임하였고, 조합장인 피고인 1이 자신의 조카이며, 고문 자리에서 물러난 후로도 피해자 조합의 공사도급계약, 경계지 7필지의 이전, 공소외 6 회사와의 용역계약 체결 등에 어느 정도 관여해 온 것으로 보이는 하나, 이로써 피고인 3이 2017. 11. 30.자 제30차 임원회의 회의록의 작성 및 공개까지 관여하였다고 곧바로 추단할 수는 없고, 달리 이를 인정할 만한 정황이 보이지 않는 점 등을 보태어 보면, 피고인 3에 대한 이 부분 공소사실이 합리적 의심을 배제할 수 있을 만큼 증명되었다고 보기 어렵다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장도 이유 없다.

IV. 결론

그렇다면 피고인들의 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점과 피고인 1, 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장은 일부 이유 있고, 피고인 1, 피고인 2의 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있으므로, 원심판결 중 피고인들에 대한 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 부분과 피고인 1, 피고인 2에 대한 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 부분 및 업무상배임죄 부분은 파기되어야 한다.

다만 피고인들의 위 죄들은 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 피고인들과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄 부분에 관한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 한다.

【이유】

】I. 이 법원의 심판 범위

검사가 피해자 공소외 지역주택조합(이하 '피해자 조합'이라 한다) 소유인 경계지 7필지의 재산적 가치가 5,454,545,000원임을 전제로 그 이전에 의하여 피해자 조합에 발생한 재산상 손해액이 위 5,454,545,000원과 미지급 업무대행비 1,331,000,000원의 차액인 4,123,545,000원이라고 하여 피고인들에게 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용하여 공소를 제기한 데 대하여, 원심은 이 부분 공소사실 중 경계지 7필지의 재산적 가치가 5,454,545,000원에 달한다는 점을 전제로 한 부분은 범죄사실의 증명이 없다고 보아 판결 이유에서 무죄로 판단하면서 피고인들의 행위로 인한 이 부분 재산상 손해액 및 이득액을 1,829,858,000원으로 보아 이 부분 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 유죄로 인정하였다.

이에 대하여 피고인들이 유죄 부분에 대하여 항소하였고, 검사는 위 이유 무죄 부분에 대하여는 별다른 항소이유를 주장하지 않았다.

피고인들의 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 이유 무죄 부분은 상소불가분의 원칙에 따라 유죄 부분과 함께 당심에 이심되기는 하나, 위 이유 무죄 부분은 이미 당사자 사이의 공격·방어 대상에서 벗어나 사실상 심판대상에서 이탈되었으므로, 이 부분에 대하여는 원심의 결론에 그대로 따르기로

하고 당심에서 따로 판단하지 않는다.

II. 항소이유의 요지

1. 피고인 1

가. 사실오인 및 법리오해

1) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분)

가) 피해자 조합이 청주시 (주소 2 생략) 일대 약 71,000㎡ 규모의 대지에 조합원을 모집하여 아파트를 건설하는 사업 (이하 '이 사건 사업'이라 한다)에 관하여 2017. 8. 1. 사업계획승인을 받음으로써 업무대행사인 공소외 2 주식회사 (이하 '공소외 2 회사'라 한다)로서는 2017. 11.경 이미 업무대행비 전액을 청구할 수 있는 지위에 있었다.

피해자 조합, 공소외 3 주식회사(이하 '공소외 3 회사'라 한다), 공소외 2 회사 사이에서 2017. 11. 22. 공사도급계약(이하 '이 사건 공사도급계약'이라 한다)을 체결하면서 업무대행비의 지급시기를 변경하는 조항을 두었더라도, 이는 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 채무의 기한을 불확정기한으로 정하여 지급시기를 유예한 것에 불과하다.

공소외 2 회사가 2017. 12. 31.경 업무대행관계에서 이탈하였다 하더라도 업무대행계약에서 정한 업무가 대부분 완료된 상태였으므로 이미 완성된 기성부분에 대한 업무대행비 채권에 영향을 주지 않는다.

피해자 조합과 공소외 2 회사 사이에서는 업무대행비를 토지로 대물변제하기로 하는 합의가 이미 존재하였고, 이 사건 공사도급계약에 의하여 업무대행비 지급시기를 변경한 것은 공소외 3 회사의 요구에 따른 것일 뿐 위 대물변제 합의와는 무관하다.

이 사건 공사도급계약을 체결하는 과정에서 피해자 조합과 공소외 2 회사, 공소외 3 회사 담당자들은 토지를 대물로 업무대행비를 지급하는 것은 공사도급계약에 정한 업무대행비의 지급시기 및 지급비율 약정과 상관없이 가능하다는 취지로 협의하기도 하였다.

피해자 조합은 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 대물변제로 경계지 7필지를 이전해주는 문제를 제30차 임원회의의 적법한 결의를 거쳐 결정하였고, 경계지 7필지가 대물변제로써 소유권이 이전된 후 ○○○지구 시공사인 공소외 4 주식회사(이하 '공소외 4 회사'라 한다) 앞으로 가등기가 마쳐졌다는 등의 사정은 배임의 성립 여부와 무관하므로, 피해자 조합이 공소외 2 회사에 대물변제 명목으로 경계지 7필지의 소유권을 이전해준 것을 업무상 임무위배행위라 볼 수 없다.

나) 경계지 7필지에 관한 근저당권 설정에 관한 특약은 피고인 2와 공소외 5의 협의에 의하여 삽입되었을 뿐, 피고인 1은 이와 관련한 내용을 전혀 알 수 없었으므로, 피해자 조합과 공소외 2 회사 사이에 경계지 7필지에 대한 근저당권 설정에 관하여 명시적인 의사 합의가 있었다고 할 수 없고, 근저당권 설정 조항은 피고인 2, 공소외 5 사이의 통정허위표시로 무효라고 보아야 한다.

따라서 피해자 조합이 경계지 7필지에 관한 근저당권을 설정 받지 않았다고 하여 피고인들이 업무상 임무위배행위를 한 것이라거나 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없다.

다) 공소외 3 회사가 이 사건 공사도급계약상의 공사비를 모두 지급받은 이상 피해자 조합에 손해배상청구나 구상권을 행사할 여지가 없으므로, 업무대행비의 대물변제로 경계지 7필지를 이전해준 것으로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하거나 발생할 위험이 없다.

손해가 있다 하더라도 피해자 조합이 입은 손해는 지급시기를 유예한 업무대행비 채무를 그 지급시기 이전에 경계지 7필지로 선행하여 대물변제한 데 따른 이자 정도라고 보아야 하므로, 이로 인한 재산상 손해액 및 이득액을 원심이 인정한 1,829,858,000원이라고 볼 수는 없고, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

2) 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 이 사건 공사도급계약에서 업무대행비 지급시기를 조정한 것은 현금으로 지급하는 경우에 한정되므로, 경계지 7필지를 대물변제 받은 이후에도 공소외 2 회사로서는 피해자 조합에 대하여 현금으로 미지급 업무대행비 1,170,000,000원을 청구할 수 있었다.

따라서 피해자 조합이 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급한 것을 업무상 임무위배행위라 볼 수 없고, 피해자 조합의 손해를 인정할 수 없다.

나) 설령 위 550,000,000원의 업무대행비가 이 사건 공사도급계약에서 정한 지급시기보다 앞서 지급됨에 따라 피해자 조합에 손해가 발생하였다 하더라도 그로 인하여 피해자 조합이 입은 손해는 선지급된 업무대행비에 대한 이자 상당이라고 보아야 하므로, 이 부분 공소사실과 같이 550,000,000원 전액을 손해 및 재산상 이익으로 볼 수 없고, 따라서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

3) 2,310,000,000원 상당 무자격 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 3은 공소외 3 회사와의 협상을 주도하면서 효율적인 전략을 구사하여 실제로 공사비를 감액시켰고, 피해자 조합은 공사비 감액에 관한 피고인 3의 기여를 인정하고 그 대가 지급을 위해 공소외 6 주식회사(이하 '공소외 6 회사'라 한다)에 용역비를 지급하기로 하여 적법·유효한 총회와 임원회의의 결의 및 법무법인 △△에 대한 자문의뢰를 거쳐 공소외 6 회사와 사이에 2,310,000,000원(부가세 포함)의 용역계약(이하 '이 사건 용역계약'이라 한다)을 체결하였다.

따라서 피해자 조합은 공소외 6 회사에 대한 위 2,310,000,000원의 용역비채무를 승인한 것이고, 이로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 볼 수 없으므로, 이 사건 용역계약과 관련하여 피고인 1이 배임행위를 하였다고 볼 수 없다.

나) 설령 이 사건 용역계약의 용역비가 과다하게 책정되었다고 하더라도 적정한 수준의 용역비와의 차액만을 손해액으로 인정할 수 있을 뿐 이 부분 용역비 2,310,000,000원 전체가 이 부분 배임행위로 인한 손해에 해당한다고 볼 수 없으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

다) 또한 무효인 지급명령에 기해 이루어진 부동산 강제경매신청에 의한 재산상 실해 발생의 위험은 구체적·현실적인 위험이 야기된 정도에 이르렀다고 볼 수 없어 배임죄의 기수에 이르렀다고 볼 수 없다.

4) 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

피해자 조합이 조합원 자격이 없는 사람들과 사이에 먼저 계약금을 지급받되 추후 미분양분 주택을 공급해주지 못할 경우 계약금을 반환하고 추가로 5,000,000원을 지급하기로 하는 약정(이하 '이 사건 약정'이라 한다)을 체결할 당시

피해자 조합은 주택건설사업계획승인을 받기 전이었으므로 주택법 제54조 제1항의 '사업주체'라고 할 수 없다.

이 사건 약정은 일반분양을 거친 후에도 남은 미분양분 주택이 발생할 것을 정지조건으로 하는 약정으로서, 확정적·최종적으로 분양계약을 체결한 것이 아닌 모집 단계에 그친 것이어서 주택법 제102조 제13호의 '주택을 공급'한 경우에 해당하지 않는다.

5) 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 1은 피해자 조합에 사업비가 절실히 필요한 상황에서 불가피하게 이 사건 약정을 통해 비조합원에 대한 모집행위에 나아간 것으로 피해자 조합을 위한다는 의사가 있었을 뿐 배임의 고의나 불법이득의사가 없었다.

미분양분 주택이 발생할 것을 정지조건으로 하는 이 사건 약정은 미분양분 주택이 발생하지 않는 경우 조건이 불성취되어 피해자 조합으로서는 손해배상을 할 의무가 발생하지 않으므로 손해가 인정되지도 않는다.

나) 피해자 조합과 공소외 7 주식회사(이하 '공소외 7 회사'라 한다) 사이의 조합원 모집 용역계약은 합의에 의하여 구두로 그 내용을 변경할 수 있는 것이고, 피해자 조합은 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 자들을 상대로 미분양분 주택이 발생하는 것을 조건으로 약정을 체결하도록 하면서 그에 따른 용역비를 지급한 것이다.

이는 피해자 조합의 사업 위기를 돌파하기 위한 방편이었을 뿐 공소외 7 회사나 모집된 비조합원에 이익을 주기 위한 것이 아니었고, 공소외 7 회사로서는 용역수행의 대가로 용역비를 받은 것일 뿐 재산상 이익을 얻었다고 할 수 없으며, 그 이익의 가액이 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 금액 이상에 해당한다고 볼 수도 없다.

6) 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점

피고인 1은 조합 자료 미공개를 이유로 한 형사사건으로 수사를 받게 되자 피해자 조합을 방해하는 세력으로부터 조합 사업을 지키기 위하여 조합비용으로 변호사 선임료를 지출한 것이고, 이는 조합장으로서 선량한 관리자의 주의의무를 이행한 것이어서 형법 제20조의 정당행위에 해당함에도 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실에 대하여 유죄로 판단하였다.

7) 조합 자료 미공개에 의한 주택법위반의 점

피고인 1이 조합 자료를 공개하지 않은 것은 비상대책위원회를 칭하며 조합 사업을 방해하는 세력에 대응하여 조합 자료가 악용될 경우의 위험성에 대한 검토를 위하여 일시적으로 취한 조치에 불과하여 형법 제20조의 정당행위에 해당함에도 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 위법하다.

나. 양형부당

피고인 1에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 피고인 2

가. 사실오인 및 법리오해

1) ○○○지구 토지 매입비 등 750,000,000원 수령에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 2와 피해자 조합 설립추진위원회(이하 '피해자 추진위'라 한다) 및 피해자 조합과의 사이에는 재산상 이익을 보호·관리하는 것을 전형적·본질적 내용으로 하는 신임관계가 존재하지 않으므로 피고인 2를 '타인의 사무를 처리하

는 자'라고 볼 수 없다.

나) 이 사건 사업 초기의 피해자 추진위는 피고인 2가 주도하여 구성한 것이어서 피고인 2와 실질적으로 동일하다고 할 수 있었고, 피고인 2는 이 사건 사업 진행에 앞서 도시개발사업을 추진하기 위하여 공소외 21 주식회사(이하 '공소외 21 회사'라 한다)로 하여금 사업부지를 매입하여 도시개발사업을 완료한 후 이를 피해자 조합에 이전하는 방식으로 사업을 진행하기로 하고, 그 집행 근거를 마련하기 위해 공소외 21 회사와 피해자 추진위 사이의 토지매매계약을 작성하였는데, 그 실질은 순수한 토지매매계약과 여러 가지 용역계약이 포함된 것이었다.

피해자 추진위의 위원장 피고인 3도 자신이 운영하는 □□□□□□를 통하여 용역비를 지급받음으로써 위 토지매매계약서의 존재 및 공소외 21 회사가 피해자 추진위를 위하여 수행한 도시개발사업용역에 따른 대가를 수령하는 것임을 충분히 인식하고 있었다.

공소외 21 회사는 공소외 2 회사가 업무대행사로서 수행하는 이 사건 사업과 명백히 구분되는 도시개발사업에 관한 용역을 수행하였고, 피고인 2로서는 이에 따른 대가를 지급받을 권리 또는 상법 제61조에 따른 상인의 보수청구권에 기하여 위 토지매매계약서 및 피해자 추진위와 공소외 8 주식회사(이하 '공소외 8 회사'라 한다) 사이의 자금관리대리사무계약에서 정한 절차에 따라 적법·정당하게 용역비를 출금 받은 것이다.

따라서 피고인 2에게 어떠한 임무위배행위 및 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없고 피해자 조합에 손해를 발생시켰다고 볼 수도 없다.

2) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분) 및 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 공모관계 관련 공소사실 특정, 증명의 방법 및 정도

피고인들의 공모관계에 관하여 공소사실이 특정되지 않았고, 피고인 2에게 배임죄가 인정되기 위해서는 피고인 1, 피고인 3과 이익대립관계에 있는 피고인 2가 사회적 상당성의 범위를 벗어나 배임행위에 적극 가담하였다는 등의 특별한 사정이 필요함에도 이러한 점이 증명되지 않았다.

피고인 2는 피해자 조합의 업무대행사의 대표이사 지위에서 지극히 일상적인 업무를 수행했을 뿐 피고인 1의 배임행위에 적극 가담한 사실이 없다.

나) 경계지 7필지 이전 관련

(1) 공소외 2 회사는 피해자 조합이 2017. 8. 1. 사업계획승인을 받음으로써 당초 업무대행계약에서 정한 바에 따라 피해자 조합에 대하여 10,912,000,000원 전액을 청구할 업무대행비 청구권을 가지게 되었고(피해자 조합과 공소외 2 회사 사이의 업무대행계약이 해지된다 하더라도 위 청구권이 소멸하지 않는다), 업무대행계약에서 정한 업무도 모두 완료한 상태였다.

공소외 2 회사는 피해자 조합이 업무대행비 잔금 지급을 거절함에 따라 업무대행계약을 해지하였을 뿐이므로 이를 배임의 징표로 삼을 수 없다.

이 사건 공사도급계약으로 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급의무의 변제기가 유예된 것일 뿐이고, 공소외 2 회사로서는 피해자 조합 잔여토지를 업무대행비에 대한 대물로 지급받는 것과 관련하여 공소외 3 회사와 협의할 의무를 부담한다고 볼 수 없다.

이 사건 공사도급계약 제17조 제12호는 분양수입금 인출 순위에 관한 규정일 뿐 업무대행비의 지급 여부 자체를 제한하는 규정으로 볼 수 없으며, 업무대행비를 현금 지급이 아닌 사업 외 부지로 대물변제하는 것은 그 지급시기를 조정할 아무런 이유나 필요성이 없었고 공소외 3 회사와도 이미 협의가 완료된 것이기에 이를 반영하여 위 제17조 제12호 단서조항을 둔 것이다.

경계지 7필지의 대물변제는 피해자 조합 내부의 정당한 절차를 거쳐 이루어졌고, 피고인 2와 피해자 조합 사이에 경계지 7필지에 관하여 근저당권을 설정하기로 하는 합의가 존재하지도 않으며, 이중담보권 설정은 배임죄를 구성하지도 않으므로, 이와 관련하여 피고인 2의 임무위배행위가 있다거나 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없다.

(2) 공소외 2 회사는 피고인 2가 업무대행계약을 해지할 즈음에 이미 피해자 조합과의 업무대행계약에서 정한 업무를 모두 완료하였으므로, 피고인 2는 피해자 조합이 장기간 지급을 지연하던 업무대행비를 정당하게 지급받았을 뿐이다.

또한 경계지 7필지는 사업 외 부지로서 피해자 조합의 사업이 완료된 이후 어차피 매각했어야 할 대지이므로 이를 대물변제한 것은 피해자 조합에 이익을 주는 것일 뿐 손해라고 볼 수 없다.

설령 손해가 있다고 하더라도 그 손해는 '유동성 장애'의 손해로 구체적인 액수를 산정할 수 있는 손해가 아니므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용할 수 없다.

다) 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급 관련

이 사건 공사도급계약에 의하면 공소외 2 회사는 총 5,456,000,000원(=10,912,000,000 원×1/2)의 업무대행비를 계약금 및 중도금으로 지급받을 수 있었는데, 피해자 조합으로부터 4,125,000,000원을 지급받았으므로 그 차액인 1,331,000,000원이 계약금 및 중도금 잔액으로 남아 있었다.

경계지 7필지 이전을 통한 5,100,000,000원의 지급은 현금으로 받을 권리가 있는 계약금 및 중도금이 아니라 현금으로 지급받을 시기가 도래하지 않은 잔금을 지급받은 것이므로, 피고인 2의 2017. 11. 30.자 업무대행비 550,000,000원의 지급 청구는 위 계약금 및 중도금 잔액인 1,331,000,000원 중 일부의 지급을 정당하게 청구한 것일 뿐이어서 배임죄가 성립되지 않는다.

3) 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 이 사건 약정을 체결할 당시 피해자 조합은 주택법상 '사업주체'에 해당하지 않았고, 이 사건 약정은 정지조건부 약정에 불과하며, 조합원 자격이 없는 사람들과 이 사건 약정을 체결한 행위는 '입주자 모집행위' 또는 '주택 공급신청행위'에 해당하지 않아 이를 주택법상 '주택의 공급'에 해당한다고 볼 수 없다.

주택법상 '사업주체'와 '주택의 공급'의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 위배된다.

또한 피고인 2로서는 이 사건 약정이 주택법을 위반할 소지가 있다는 점에 대한 인식, 즉 위법성의 인식을 가질 수 없었다.

4) 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 2와 피고인 1의 이 부분 범행의 공모관계에 관하여 공소사실이 특정되지 않았고, 피고인 2는 피해자 조합의 아파트 분양 업무에 적극적으로 관여하지 않았으므로 배임죄의 공동정범이 될 수 없다.

나) 피해자 조합의 재정상황상 사업비 마련을 위하여 불가피하게 이 사건 약정을 체결할 수밖에 없었고, 이로 인하여 피해자 조합이 얻은 재산상 이익은 위 약정으로 부담할 수도 있는 손해배상채무액보다 훨씬 크며, 미분양 세대가 발생하였다 하여도 피해자 조합이 이 사건 약정의 계약 상대방들에게 부담하는 5,000,000원씩의 채무는 이 사건 약정을 통하여 받은 계약금의 이자 정도에 불과하므로 피해자 조합에 손해가 발생한 것으로 볼 수 없다.

미승인 입주자 모집 관련 손해배상약정에 의한 손해액 214,500,000원은 이 사건 약정으로 인해 발생한 손해라기보다 피해자 조합의 현 집행부의 선부른 약정 해제로 인해 발생한 손해일 뿐이고, 공소외 7 회사는 용역 수행에 따른 정당한 용역비를 지급받은 것이다.

따라서 이와 관련하여 임무위배행위 및 배임의 고의가 있다거나 피해자 조합에 손해가 발생했다고 볼 수 없다.

나. 양형부당

피고인 2에 대한 원심의 형(징역 4년 6개월)은 너무 무거워서 부당하다.

3. 피고인 3

가. 사실오인 및 법리오해

1) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분)

가) 피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 경계지 7필지 이전과 관련하여 업무상 임무위배행위가 있었다거나 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

나) 피고인 3은 경계지 7필지에 대한 매매계약체결에 관여한 적이 없고, 근저당권 설정과 관련한 특약내용은 전혀 알지 못하였음에도 불구하고, 원심은 믿기 어려운 공소외 5의 진술 등을 근거로 사실을 오인하고 법리를 오해하여 피고인 3을 공동정범으로 인정하였다.

2) 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점

피고인 3은 이 사건 사업의 시공사로 이미 공소외 3 회사가 확고히 예정되어 있던 상태에서 다른 건설사를 끌어들여 공소외 3 회사를 압박하여 공사비 협상을 하고자 하였을 뿐, 주택법상의 '시공사 선정에 관한 업무'를 한 것이 아니다.

3) 2,310,000,000원 상당 무자격 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약 및 지급명령 등과 관련하여 피고인 3이 배임행위를 하였다거나 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조의 위반죄가 성립한다거나 배임죄의 기수로 판단할 수 없다.

피고인 3은 이 사건 용역계약을 통하여 실제로 얻은 이익도 없고, 피해자 조합에 손해를 가한다는 인식이나 의사를 가지고 있었던 것도 아니므로 배임의 범의도 인정되지 않는다.

4) 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 이 부분 공소사실 기재 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당한다.

나. 양형부당

피고인 3에 대한 원심의 형(징역 4년 6개월)은 너무 무거워서 부당하다.

4. 검사

가. 사실오인(주문 무죄 부분)

1) 피고인 1의 사전자기기록등변작의 점 및 변작사전자기기록등행사의 점

피해자 조합 소유인 경계지 7필지를 토지매입가격의 120%인 5,454,545,000원(부가세 별도)에 업무대행비로 지급하기로 결의하였다는 내용이 기재된 피해자 조합의 2017. 10. 27.자 제29차 임원회의 회의록이 진정하게 성립되어 있음에도 불구하고, 원심은 위 회의록 전자파일이 진정하게 작성된 사실을 인정할 수 없다고 하면서 피고인 1의 이 부분 각 공소사실을 무죄로 잘못 판단하였다.

2) 피고인 3의 조합 자료 미공개로 인한 주택법위반의 점

피고인 3은 피해자 조합의 업무를 주도적으로 관여하고 결정하였으므로 조합자료 미공개와 관련한 피고인 3의 공모관계를 충분히 인정할 수 있음에도 불구하고, 원심은 피고인 3의 공모사실이 인정되지 않는다고 보아 피고인 3의 이 부분 공소사실을 무죄로 잘못 판단하였다.

나. 양형부당

피고인들에 대한 원심의 위 각 형은 너무 가벼워서 부당하다.

Ⅲ. 판단

1. 피고인 2의 ○○○지구 토지 매입비 등 750,000,000원 수령에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 피고인이 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하는지 여부

1) 피고인은 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제26 내지 28쪽의 '유죄의 이유 1. 나. 이 사건 당시 업무대행사의 대표이사인 피고인 2가 "타인의 사무를 처리하는 자"에 해당하는지 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인의 주장을 배척하였다.

2) 원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인이 피해자 추진위 또는 피해자 조합의 자금을 관리하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없으므로 피고인의 이 부분 주장을 받아들이지 않는다.

① 피고인은 검찰 조사에서 '피고인 3과 함께 이 사건 사업 부지에 대하여 공소외 9를 통하여 토지작업을 한 후 개발 사업을 추진하려고 하였는데, 주택조합에 의한 방식으로 사업을 진행하게 된 것은, 일반분양방식으로 사업을 진행하려면 시공사로부터 돈을 빌려야 하고, 이 사건 사업 부지에 대한 도시개발사업을 진행하기 전에는 시공사로부터 돈을 빌리기 어렵기 때문이었다'라는 취지로 진술하였다.

피고인은 피해자 조합의 추진위를 설립하기 전인 2015. 5.경 공소외 8 회사 사무실에서 전 법무사 공소외 10, 공소외 11 사무소 사무장인 공소외 12, 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14와 함께 이 사건 사업 부지에 대한 도시개발사업

에 대하여 논의하기도 하였으며, 피해자 조합의 규약도 피고인이 직접 만들었다.

이러한 사정들로 보아 피고인은 단순히 피해자 조합을 위한 업무대행사의 대표이사의 지위에 있었던 것만이 아니라 피해자 조합이 설립되기 이전부터 주도적으로 이 사건 사업을 추진하던 주요 인물이었다.

- ② 피고인 3의 검찰 조사 당시 진술에 의하면, 피해자 조합과 공소외 21 회사 사이의 2015. 10. 1.자 토지매매계약서(이하 '이 사건 매매계약서'라 한다)가 작성될 당시와 피해자 조합의 자금 750,000,000원을 공소외 21 회사로 인출한 시기는 피고인 3의 건강상태가 좋지 않아 피고인이 이 사건 사업과 관련한 업무 전반을 알아서 처리하던 때였다.
- ③ 피고인은, 공소외 2 회사, 피해자 추진위 및 피해자 조합, 공소외 8 회사가 체결한 자금관리대리사무계약에서 사업비 집행방법(제4조)에 관하여 자금 집행 시 '피해자 추진위 위원장(피고인 3)이 공소외 2 회사의 자금집행 요청서 검토 및 동의'를 필수사항으로 정하고 있음을 들어 피고인이 전적으로 피해자 조합의 자금관리업무를 대행하는 지위에 있었던 것으로는 볼 수 없다고 주장한다.

그러나 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15는 수사기관 및 원심법정에서 '자금집행 요청서와 공문에 피고인 3의 직인이 찍혀있어 피해자 조합이 동의를 한 것으로 판단하였을 뿐, 피고인 3에게 직접 확인한 사실은 없다'라는 취지로 진술하였는데, 당시 피고인은 피고인 3의 직인을 가지고 있었고, 피고인 3도 위 ②항에서 본 바와 같이 당시 피해자 추진위 내지 피해자 조합의 업무를 피고인에게 모두 맡겼던 것으로 보이므로, 위와 같은 자금관리사무 계약에서 자금집행의 절차에 관하여 정하고 있는 조항과는 무관하게 피고인과 피해자 조합 사이에 신임관계가 존재하는 것으로 봄이 타당하다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 배임행위, 고의 및 손해의 발생 인정 여부

- 1) 배임죄 구성에 있어서 임무에 위배하는 행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함한다(대법원 1990. 6. 8. 선고 89도1417 판결 등 참조). 업무상배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 임무 위배의 인식과 그로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 인식, 즉 배임의 고의가 있어야 하는데, 이러한 인식은 미필적 인식으로도 충분하고, 피고인이 배임의 범의를 부인하는 경우에 배임의 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인지는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1523 판결 등 참조).
- 2) 피고인은 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제28 내지 37쪽의 '유죄의 이유 1. 다. 배임행위와 고의의 인정 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인의 주장을 배척하였다.
- 3) 원심의 위와 같은 판단을 앞서 본 법리에 기초하여 기록과 대조하여 면밀히 살펴보면, 피고인이 피해자 추진위 또는 피해자 조합에 대하여 배임행위를 한 사실, 피고인의 배임의 고의와 이로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

피고인이 당심에서 거듭 강조하는 쟁점에 대하여 다시 살펴보더라도 다음과 같은 이유로 피고인의 이 부분 주장은 받아들이기 어렵다.

가) 피고인은 도시개발사업의 주체가 될 수 없는 피해자 추진위를 위하여 도시개발업무를 성실히 수행하였고, 이에 따른 용역비 청구권을 가지게 되었으며, 이러한 도시개발사업 용역비를 피해자 조합이 지급할 의무가 있어 이 부분 공소사실 기재 금액을 용역비로 청구한 것이며, 자금 출금에 대한 최종 결정권이 있는 공소외 8 회사가 승인하여 이를 수령한 것일 뿐이라고 주장한다.

그러나 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래의 사정들에 의하면, 피고인이 피해자 조합에 대하여 도시개발사업 수행에 따른 용역비 청구권을 가진다고 보기 어렵고, 공소외 8 회사의 승인과 무관하게 배임죄 성립이 가능하므로, 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

① 피고인은 수사기관에서 '공소외 21 회사는 도시개발사업의 주체가 될 수 없고, 도시개발사업을 컨트롤하기 위한 것이기 때문에 자격이 필요 없다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 16은 원심법정에서 '공소외 21 회사는 자기 명의로 도시개발사업을 시행할 수 없었다'라는 취지로 진술한 점 등에 의하면, 공소외 21 회사 또한 도시개발사업을 직접 수행할 수 있는 자격이 없었던 것으로 보인다.

그렇다면 공소외 21 회사가 하였다고 주장하는 도시개발업무는 반드시 공소외 21 회사가 주체가 되어 수행되었어야 할 필연적인 이유가 있었다고 보기 어려운바, 그럼에도 피고인은 공소외 21 회사가 실제로 어떠한 업무를 하였는지도 불분명하고 업무수행에 대한 적법·유효한 계약상 근거도 없는 상황에서 어떠한 합리적인 산정기준도 없이 과다하게 책정된 용역비를 근거로 자금 집행을 청구하였다(이 사건 매매계약서상의 매매대금 700억 원 중 순수 토지매입비로 약 600억 원, 각종 용역비로 약 80억 원을 제외하고 공소외 21 회사의 용역비로는 약 20억 원 정도만을 예정한 것이라는 피고인의 주장을 감안하더라도 마찬가지이다).

② 공소외 8 회사의 공소외 13은 원심법정에서 "저희가 승인을 할 수 있는 건 아니고요. 대리사무계약에 의하면 업무대행사가 요청을 하고 조합 추진위가 검토하고 동의를 해서 그런 시스템이 있어야 돈이 나가고, 저희 마음대로 돈이 나가거나 그런 경우는 없습니다.

저희가 돈이 나가는 경우는 어쨌든 업무대행사, 아니 그러니까 뭐 조합 추진위가 도장을 찍어야 나갈 수 있는 그런 겁니다"라고 진술하였다.

이에 비추어 보면 공소외 8 회사의 자금집행 결정에서 피해자 조합의 검토 및 동의 유무가 가장 중요한 요건이라 할 것이고, 자금집행과 관련하여 공소외 8 회사가 피해자 조합에 우선하는 최종 결정권자라고 볼 수도 없다.

피고인은 자신이 임의로 직접 작성한 이 사건 매매계약서와 피고인 3의 직인을 가지고 피해자 조합의 자금집행의 요청 및 동의가 있는 것처럼 외관을 형성하였고, 이로써 피해자 조합의 동의가 있는 것으로 신뢰한 공소외 8 회사로부터 자금을 인출 받았던 것이므로, 공소외 8 회사의 자금집행 결정을 통하여 자금인출이 이루어졌다는 사정은 피고인의 배임죄 성립에 영향을 미친다고 볼 수 없다.

나) 피고인은, 이 사건 매매계약서는 도시개발사업 등의 근거를 위해 개괄적으로 작성된 것이고, 추후 특약사항을 통해 구체적인 내용을 정하고자 한 것이며, 피고인 3도 위 매매계약을 충분히 인지할 수 있었고, 피해자 조합은 2016. 4. 29.자 창립총회를 통하여 피해자 추진위와 관련된 사항을 포괄승계 하였으므로 이 사건 매매계약서에 기한 권리관계도 포괄승계된 것이라고 주장한다.

그러나 아래의 사정들에 의하면, 피고인 3은 이 사건 매매계약서 작성 사실을 알지 못하였다고 봄이 타당하고, 피해자 조합의 총회에 위 계약 사실이 보고되었다고 볼 자료도 보이지 않으므로 피해자 조합이 위 매매계약서에 기한 권리 관계를 승계하였다고 볼 수 없다.

따라서 피고인의 위 주장도 받아들일 수 없다.

① 피고인은 수사기관에서 '공소외 21 회사의 용역에 대하여 조합원들에게 이야기한 적은 없다, 피고인 3은 도시개발업 무로 별도의 계약을 체결하지 않겠다고 하였다'라는 취지로 진술하였으며, 피고인 3도 수사기관에서 '공소외 21 회사로 집행된 500,000,000원은 잘못 지급된 것으로 나중에 회수되었다, 피고인이 동의 없이 임의로 작성한 이 사건 매매계약서로 인출 받은 것이다, 공소외 21 회사의 용역을 허락한 적이 없으며, 알았다면 총회의 승인이나 동의를 받았을 것이고, 용역계약의 조건도 협의한 바 없다, 총회에 보고한 적도 없다'라는 취지로 진술하였다.

② 2016. 6. 26.자 녹취서에 의하더라도 피고인 3이 공소외 17에게 이 사건 매매계약서가 작성된 사실, 피고인이 750,000,000원을 용역비로 인출한 사실을 물렸다는 취지로 이야기하고 있음을 알 수 있고, 공소외 17 또한 원심법정에서 피고인 3은 피고인이 500,000,000 원을 용역비로 인출한 사실을 알지 못하고 있었다고 진술하였다.

다) 피고인은, 피해자 추진위가 설립되기 전인 2015. 5.경 공소외 12, 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14 등과 함께 도시개발사업과 관련한 논의를 하여 이 사건 매매계약서를 작성한 것이고, 공소외 8 회사는 위 매매계약서를 근거로 공소외 21 회사에 750,000,000원을 도시개발사업에 대한 용역비로 지급하였으며, 공소외 21 회사와 □□□□□□ 사이의 용역계약에 근거하여 □□□□□□에 용역비를 지급하였으므로 □□□□□□의 운영자인 피고인 3이 이 사건 매매계약서에 근거하여 공소외 21 회사에 용역비를 지급하였다는 것을 알 수밖에 없다고 주장한다.

그러나 아래의 사정들을 고려하면, 피고인이 주장하는 위 사정들만으로 피고인 3이 이 사건 매매계약서의 존재 및 위 매매계약이 용역비 지급의 근거라는 점을 알았다고 보기 어렵다.

① 공소외 8 회사의 공소외 14, 공소외 15는 수사기관에서 '공소외 8 회사는 피고인과 도시개발사업 전체 구조에 대하여 의논한 적은 있으나, 공소외 21 회사의 용역비에 대하여는 협의한 적은 없다', '공소외 21 회사에 지급한 750,000,000원은 도시개발 운영비 명목이 아닌 토지비로 준 것이고, 이 사건 매매계약서의 특약사항에 매수인인 피해자 조합이 토지주와 계약한 사항을 확인한다고 되어 있어 이에 근거하여 지급한 것이다', '공소외 8 회사가 피고인에게 보낸 2017. 2. 13.자 공문에서 공소외 21 회사에 집행한 자금은 토지대금이 아닌 도시개발자금 운영비 명목으로 지급한 것이라는 내용도 사실이 아니고, 피고인이 요구하여 위와 같은 내용의 공문을 보낸 것이다'라는 취지로 진술하였는데, 원심법정에서는 '토지비 명목으로 준 운영비이고, 토지개발사업과 관련한 비용으로 쓰일 것이라 생각하였다', '공소외 21 회사에 지급한 500,000,000원은 도시개발사업에 대한 대가라기보다는 토지를 사는 데 필요한 비용을 포함하여 사업에 필요한 비용이라 생각하여 지급한 것이다'라는 취지로 진술하였다.

위 진술들에 비추어 보면, 피고인과 공소외 8 회사가 도시개발사업에 대한 용역비를 논의한 적은 없는 것으로 보이고, 공소외 8 회사는 공소외 21 회사가 청구하는 비용의 명목이 토지비인지 아니면 운영비인지를 확인하거나 그 비용이 세부적으로 어떻게 산정되었는지를 정확히 확인하지 않고 자금을 집행한 것으로 보인다.

② 앞서 본 바와 같이 이 사건 매매계약서는 피고인 3과는 전혀 논의되지 않은 채 작성된 것으로 보이므로, 피고인 3이 운영하는 □□□□□□이 공소외 21 회사와의 토지매입용역계약을 체결하고 그 용역에 따라 용역비를 지급받았다는 사실만으로 곧바로 피고인 3이 이 사건 매매계약서에 근거하여 공소외 21 회사에 용역비를 지급하였음을 인식할 수 있었다고 보기는 어렵다.

2. 피고인들의 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점 및 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 이 부분 각 공소사실 특정 관련(피고인 2의 주장에 대하여)

1) 관련 법리

가) 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립한다.

이러한 공모관계를 인정하기 위해서는 엄격한 증거가 요구되지만, 피고인이 범죄의 주관적 요소인 공모관계를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없다(대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결 등 참조).

나) 형사소송법 제254조 제4항에 의하면 "공소사실의 기재는 범죄의 일시, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다.

"라고 되어 있는바, 이와 같이 공소사실의 특정을 요구하는 법의 취지는 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 데에 있으므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시, 장소 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위의 정도에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그 공소내용이 특정되지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도11042 판결 등 참조). 그리고 공소 제기된 범죄의 성격에 비추어 그 공소의 원인이 된 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 그 일시·장소·방법·목적 등을 적시하여 특정하면 족하고, 공모의 시간·장소·내용 등을 구체적으로 명시하지 아니하였다거나 그 일부가 다소 불명확하더라도 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 그 공소사실을 특정할 수 있고, 그리하여 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그와 같은 이유만으로 공소사실이 특정되지 아니하였다고 할 수 없다(대법원 2018. 1. 25. 선고 2016도 6757 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

위 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실에 피고인들의 배임행위와 관련한 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되어 있지 아니한 것은 사실이나, 피해자 조합의 조합장으로서 조합 업무 전반을 관장하고 있는 피고인 1, 피해자 조합의 전 조합장 또는 고문 및 자문위원의 지위에서 조합 업무에 관여하여 온 피고인 3, 피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사의 대표이사로서 피해자 조합의 업무 전반을 대행하는 지위에 있는 피고인 2가 어느 한 시기에 한 장소에 모여 범행을 공모한 것이 아니라 수시로 연락을 주고받으면서 암묵적으로 공모를 하고, 피고인들이 각 지위에 기하여 업무를 지시하거나 관장하는 방식으로 이 부분 범죄에 가담한 것이기에 공모의 시기, 장소, 방법 등

이 명확하게 기재되지 못하는 것은 불가피한 측면이 있고, 이 부분 공소사실에는 배임행위의 시기, 내용, 방법 등이 다른 사실과 식별할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 특정되어 있으므로, 위와 같은 공소사실 기재로 인해 피고인 2의 방어권 행사에 별다른 지장은 없는 것으로 보인다.

따라서 이 부분 공소사실은 충분히 특정되었다고 할 것이므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나. 경계지 7필지 이전 관련 부분(피고인들)

1) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피해자 추진위와 공소외 2 회사는 2015. 9. 1. 이 사건 사업에 관하여 업무대행비를 1세대당 10,000,000원으로 정한 업무대행계약(이하 '이 사건 업무대행계약'이라 한다)을 체결하면서, 계약금 10%는 계약 시에, 1차 중도금 40%는 조합 설립신청 시에, 2차 중도금 40%는 조합 설립인가 후에, 잔금 10%는 사업계획 승인 후에 지급하기로 정하였다.
- ② 피해자 조합은 2016. 4. 29. 창립총회를 개최하며 피해자 추진위가 체결한 계약 등을 포괄승계하기로 결의하였고, 2016. 7. 22. 조합 설립인가를 받았으며, 2017. 8. 1. 이 사건 사업 부지에 아파트 992세대를 건축하는 주택건설사업 계획에 대한 승인이 이루어졌다.
- ③ 공소외 21 회사는 피고인 2가 2015. 8. 5. 설립한 회사이고, 피고인 3은 2017년경 피고인 1 명의로 공소외 21 회사의 50% 지분권을 가지게 되었는데, 2017. 10.경 피고인 1의 누나인 공소외 18을 공소외 21 회사의 공동대표이사로 취임시켰다.
- ④ 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 3 회사는 2017. 11. 22. 이 사건 공사도급계약을 체결하였는데, 도급계약서 제 17조 제12호는 아래와 같이 규정하고 있다.

그리고 당시는 일반분양이 진행되기 전이었으며, 공소외 2 회사는 당시까지 피해자 조합으로부터 합계 4,125,000,000원의 업무대행비를 지급받았다.

12. 조합 대행 업무용역비는 일백 구억 일천 이백만 원(10,912,000,000원, 부가세 포함)으로 하며, 피해자 조합과 공소외 2 회사의 용역계약서에 근거하여 아래 각 호와 같이 인출하기로 하되, 공사도급계약 체결 후 소급하여 적용하기로 한다.

- ① 계약 시: 업무용역비의 10% ② 조합설립인가 신청 시: 업무용역비의 40% ③ 일반분양 계약을 50% 달성 후: 업무용역비의 10% ④ 잔금: 업무용역비의 40%(목표분양률 60%, 70% 달성 시 각 10% 지급, 공사비 등 전액회수 시점에 업무용역비 20% 지급) - 조합 대행 업무용역비의 40%(43.6억)는 판촉예비비(7억)의 사용 없이 목표분양률 달성 시 지급하되, 사용금액이 있을 경우 공소외 3 회사가 단독으로 결정하여 차감지급 또는 지급하지 않을 수 있다.

- 단, 업무용역비를 조합 잔여토지로 지급하는 경우 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사가 별도로 협의하여 지급한다.

(주16) (이하 생략)

지급한다.

- ⑤ 피해자 조합 측과 공소외 21 회사 측은 2017. 11. 24.경 처음 경계지 7필지에 관한 매매계약서를 작성하였다가, 세부 내용의 수정을 거쳐 2017. 11. 30. 이 사건 사업 부지에서 제외된 잔여토지에 해당하나 ○○○지구 사업구역에 포함

되어 있는 경계지 7필지를 합계 5,100,000,000원에 공소외 2 회사의 업무대행비 명목으로 대물지급하는 내용의 매매계약을 작성하였다.

그런데 위 매매계약서에는 특약사항으로 "소유권이전 후 4,590,000,000원의 근저당을 설정하기로 한다(공소외 21 회사는 근저당권설정자, 피해자 조합은 근저당권자이다)", "잔금(잔금 지급일은 2018. 2. 20.로 기재됨) 전에 매수인과 매도인은 합의하여 소유권 이전 하되, 잔금액만큼 근저당을 설정하기로 한다"라는 내용이 기재되어 있었다.

⑥ 2017. 11. 30. 경계지 7필지 중 피고인 1 명의로 신탁되어 있었던 토지들은 피고인 2에게, 피해자 조합 명의의 토지들은 공소외 21 회사에 2017. 11. 24. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다.

그리고 피고인 2는 같은 날 경계지 7필지에 관하여 공소외 4 회사 앞으로 ○○○지구 사업 대여금 17,500,000,000원의 담보 목적으로 가등기를 마쳐 주었다.

⑦ 피고인 2는 2017. 12. 29. 피해자 조합 측에 2017. 12. 31.자로 이 사건 업무대행계약이 중단됨을 통보하였고, 공소외 2 회사는 이 사건 사업에서 이탈하였다.

⑧ 피해자 조합은 2018. 7. 19. 입주자 모집공고를 승인받았고, 이후 일반분양을 시작하였다.

2) 구체적 판단

가) 피고인 1의 임무위배행위 성립 여부

위 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 1이 공소외 21 회사에 경계지 7필지를 대물지급한 것은 피해자 조합의 이익을 최우선으로 하여야 하는 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 한 것으로서 배임행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 원심이 피고인 1이 배임행위를 한 것으로 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리 오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(1) 이 사건 공사도급계약에 이 사건 단서조항이 삽입된 경위

① 2017. 8. 1. 이 사건 사업의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 이 사건 업무대행계약에서 당초 정한 바에 따라 피해자 조합이 공소외 2 회사에 지급하여야 하는 업무대행비의 지급시기는 일단 도래하였다.

뒤에서 보는 바와 같이 공소외 2 회사는 피해자 조합과의 업무대행계약에서 정한 업무용역을 대부분 완료한 상태이기도 하였다.

그러나 피해자 조합의 업무대행비 지급이 지연되자 피고인 2는 피해자 조합에 업무대행비를 토지로 지급하여 달라고 요구하였고, 이후 피해자 조합과 피고인 2는 대물지급 문제를 협상하였다.

② 공소외 3 회사는 2017. 11. 14. 피고인 2에게 공사도급계약서 초안을 보냈고, 이 초안에는 업무대행비를 당초의 업무대행계약상의 지급시기보다 늦추어 조합설립 인가 신청 시까지 업무용역비의 50%만을 지급하는 등의 내용으로 규정하고 있었고, 이 사건 단서조항과 같은 내용의 조항은 기재되어 있지 않았다.

피고인 2는 2017. 11. 15. 공소외 3 회사와 공사도급계약과 관련하여 협상을 하는 자리에서 토지를 대물로 지급하는 경우에는 예외로 할 수 있도록 요청하면서 이 사건 단서조항의 삽입을 요구하였고, 이에 따라 위 단서조항이 이 사건 공사도급계약서에 삽입되게 되었다.

(2) 업무대행비 지급시기의 변경을 무시한 대물변제

① 이 사건 공사도급계약서 제17조가 공소외 2 회사의 업무대행비에 우선하여 분양수입금 잔액을 인출해 공사비에 충당하기 위한 공소외 3 회사의 요청을 반영하여 '분양수입금의 인출 배분'에 관하여 마련된 조항이라 하더라도, 앞서 본 이 사건 단서조항의 삽입 경위, 이 사건 공사도급계약에 업무대행사인 공소외 2 회사가 당사자로 참여하여 업무대행비의 지급시기에 관하여 새로이 약정한 점, 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항에서는 업무대행비의 총 액수 및 그 지급시기를 세분하여 정하고 있고, 이 사건 단서조항은 분양수입금과 무관한 잔여토지에 의한 업무대행비 지급임에도 위 조항의 단서로 삽입된 점 등에 비추어 보면, 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기는 토지 등으로 대물지급하는 경우이든 현금으로 지급하는 경우이든 모두 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항이 정한 바에 따라 변경되었다고 봄이 타당하다.

② 앞서 본 바와 같이 2017. 8. 1. 이 사건 사업의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 이 사건 업무대행계약상의 업무대행비의 지급시기는 전부 도래하게 되었으나, 피해자 조합으로서는 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기를 유예할 수 있게 되었다.

즉, 이 사건 공사도급계약에 의하면 피해자 조합이 경계지 7필지의 소유권을 이전할 당시인 2017. 11. 30.에는 일반분양을 시작하기 전이었으므로 총 업무대행비 10,912,000,000원의 50%인 5,456,000,000원에 대하여만 그 지급시기가 도래한 상황이었다.

위와 같은 업무대행비 지급시기 유예가 시공사의 이익을 위한 공소외 3 회사의 요청에 의한 것이었다 할지라도 피해자 조합의 재정적 상황 등을 고려할 때 업무대행비의 지급시기를 연기 받을 수 있는 기회가 생긴 것은 피해자 조합의 재산을 더 오랜 기간 보전할 수 있다는 측면에서 피해자 조합에게도 유리한 것이었다.

③ 피해자 조합이 2017. 11. 30.경까지 공소외 2 회사에 지급한 업무대행비는 4,125,000,000원이었으므로, 위 시기를 기준으로 공소외 2 회사가 지급을 청구할 수 있는 업무대행비는 1,331,000,000원뿐이었다.

그런데 피고인 1은 위와 같이 업무대행비의 지급시기가 유예됨으로 인하여 확보하게 된 기한의 이익을 포기하고 공소외 2 회사의 업무대행비 5,100,000,000원에 대한 대물변제 명목으로 공소외 21 회사에 경계지 7필지의 소유권을 이전하였다.

(3) 공소외 3 회사와의 협의 없는 대물변제

① 2017. 11. 15.자 녹취서에 의하여 알 수 있는 피고인 1, 피고인 2, 공소외 3 회사의 공소외 19 사이의 대화내용과 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항의 문언 등을 모두 종합하여 보면, 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사는 '별도로 협의를 한다면' 피해자 조합의 잔여토지로써 업무대행비를 지급하는 것도 가능하다는 취지에서 이 사건 단서조항을 삽입한 것으로 보인다.

따라서 피고인 1이 공소외 2 회사에 대하여 업무대행비를 피해자 조합의 잔여토지로 지급하기 위해서는 공소외 3 회사와의 협의가 필요하였다.

그럼에도 피고인 1은 잔여토지를 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 대물변제로 지급할지 여부, 잔여토지 중 어떠한 토지를 어느 정도의 가액으로 평가하여 대물변제를 할 것인지 등을 공소외 3 회사와 전혀 협의하지 않은 채 경계지

7필지의 소유권을 공소외 21 회사에 이전해주었다.

- ② 피고인들은, 이 사건 공사도급계약 체결 당시 당사자들 사이에서 경계지 7필지에 대한 대물변제 협의 자체는 완료된 상황에서 그와 같이 협의된 결과를 명확하게 확인해두고자 이 사건 단서조항을 기재한 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 이 사건 단서조항의 문언이 "별도로 협의하여 지급한다"라고 기재되어 있을 뿐 그 지급 대상이 경계지 7필지로 특정되어 있지 않은 점에 비추어 이 사건 공사도급계약 체결 당시 경계지 7필지를 목적물로 하는 대물변제에 관한 협의는 이루어지지 않은 것으로 봄이 타당하고, 앞서 언급한 2017. 11. 15.자 녹취서의 기재에 의하더라도 피고인들 주장과 같은 내용의 협의가 완료되었음을 추단케 하는 대화가 이루어진 것으로 보이지도 않는다.

따라서 피고인들의 위 주장을 받아들일 수 없다.

- ③ 피고인들은, 피해자 조합이나 공소외 2 회사로서는 대물변제의 구체적인 방법(필지 및 가액의 특정)을 대물변제의 당사자가 아닌 공소외 3 회사와 협의할 의무가 없어 경계지 7필지의 대물변제 문제를 공소외 3 회사와 협의하지 않았다 하여 배임이 되는 것이 아니라는 취지로 주장한다.

그러나 공소외 3 회사와 피해자 조합, 공소외 2 회사가 이 사건 공사도급계약을 체결하여 피해자 조합이 공소외 2 회사에 지급할 업무대행비의 지급시기를 새로이 정하는 약정을 한 이상 조합장인 피고인 1로서는 조합의 잔여토지를 어느 정도의 가치로 평가하여 대물변제할 것인지에 관하여 공소외 3 회사와 협의할 의무를 부담하게 되었다고 봄이 타당하고, 피고인 1이 이러한 의무를 준수하지 않은 것은 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 해야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않은 것이라 할 것이다.

따라서 피고인들의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

- ④ 피고인 1과 피고인 3은, 이 사건 단서조항의 의미가 명확하지 않고, 이렇듯 불명확한 조항에 근거하여 피고인 1의 의무 위반 여부를 판단하여 배임행위를 한 것이라 단정할 수 없다고 주장하기도 한다.

그러나 앞서 보았듯이 이 사건 단서조항이 삽입된 경위와 그 문언, 이 사건 공사도급계약이 체결되면서 업무대행비의 지급시기가 변경된 점 등에 비추어 이 사건 단서조항의 의미가 불명확한 것이라 볼 수 없으므로, 피고인 1이 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 해야 할 것으로 기대되는 행위가 무엇인지도 충분히 알 수 있었다고 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고인 1과 피고인 3의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(4) 경계지 7필지에 관한 근저당권 설정 포기

- ① 피고인 1은 경계지 7필지의 소유권을 공소외 21 회사에 이전해주더라도 경계지 7필지에 관한 매매계약의 특약사항으로 정한 4,590,000,000원의 근저당권을 설정 받음으로써 피해자 조합의 재산을 어느 정도 보전할 수 있었다.

그러나 피고인 1은 이러한 근저당권설정등기도 설정받지 않고 포기한 채 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지의 소유권을 조건 없이 이전해주었고, 이에 따라 피고인 2로 하여금 경계지 7필지에 관하여 소유권이전등기가 마쳐진 날인 2017. 11. 30. 공소외 4 회사에 ○○○지구 사업 대여금에 대한 담보를 목적으로 가등기를 마칠 수 있도록 방치하였으며, 이로써 피해자 조합을 위하여 경계지 7필지의 교환가치를 보전할 방안을 상실하게 만들었다.

- ② 피고인들은 피해자 조합과 공소외 21 회사 사이에 경계지 7필지에 관하여 근저당권을 설정하기로 하는 합의가 존재하지 않았다고 주장하나, 위 주장은 받아들일 수 없다.

즉, 피고인 2는 2017. 11. 24. 당시 피해자 조합의 부조합장으로서 공인중개사 자격을 가진 공소외 5와 매매계약서 작성 내용을 협의하는 과정에서 "근저당금액은 매매가의 80%', '계약금 10%, 중도금 10%는 상계하는 거고 80%는 나중에"라는 말을 하였다.

이는 ○○○지구 사업에 필요한 경계지 7필지의 소유권을 조속히 이전받되, 협의한 경계지 7필지의 매매가액 5,100,000,000원 중 20%(계약금과 중도금의 합계액)인 1,020,000,000원을 업무대행비로 지급 받고, 나머지 교환가치인 80%는 피해자 조합에 근저당권으로 보전해 준다는 취지로 보인다.

여기에 공소외 5는 수사기관에서 '피고인 1에게 근저당도 해야 한다고 말을 하였고 그랬더니 피고인 1이 그냥 알았다는 취지로 말을 하였다'라고 진술한 점, 피고인 1도 검찰 조사에서 '경계지 7필지에 4,590,000,000원의 근저당권을 설정한다는 내용의 계약서가 작성된 사실을 알고 있었지만 다 넘어갈 돈이라 근저당권을 설정하지 않았다'는 취지로 진술한 점 등을 더하여 보면, 피고인 1은 경계지 7필지에 관하여 피해자 조합을 위한 근저당권을 설정하기로 한 사실 및 그와 같이 근저당권을 설정하는 것이 피해자 조합을 위하여 이익이 된다는 사정도 충분히 인식한 상태였다고 봄이 타당하다.

나) 배임의 고의

앞서 본 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정에 의하면 피고인 1에게 배임의 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 이는 피해자 조합의 2017. 11. 20. 제30차 임원회의에서 경계지 7필지에 관한 대물변제를 결의하였다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

따라서 원심이 피고인 1의 배임의 고의를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장 또한 받아들이지 않는다.

① 앞서 본 바와 같이 이 사건 공사도급계약이 체결됨에 따라 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급시기 자체가 변경되었고, 잔여토지로 업무대행비를 대물변제하는 경우에도 공소외 3 회사와의 협의를 거쳐야 했음에도 불구하고 피고인 1은 공소외 2 회사에 경계지 7필지로 업무대행비를 지급하겠다는 의사 아래 2017. 11. 30.을 기준으로 공소외 2 회사에 대한 미지급 업무대행비 액수가 1,331,000,000원에 불과함을 알고 있었음에도 공소외 3 회사와 협의하지 않은 채 경계지 7필지에 관한 소유권을 공소외 21 회사에 이전하였고, 경계지 7필지에 관하여 피해자 조합에 유리한 근저당권조차 설정 받지 않았다.

이는 피해자 조합의 이익을 우선하여야 하는 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않았어야 할 행위이므로 피고인 1은 미필적으로나마 피해자 조합에게 손해를 가한다는 인식이 있었다고 봄이 타당하다.

② 피고인들은 경계지 7필지가 ○○○지구 사업에 편입됨으로써 피해자 조합도 경계지를 흠막이 방식에서 오픈컷 방식으로 변경하여 공사비를 절감할 수 있는 이익이 있으므로 배임의 고의가 없었다고 주장하나, 피해자 조합은 2017. 12. 6.경 공소외 20 회사와 사이에 이 사건 사업 부지와 ○○○지구의 경계부 굴착방안에 대한 컨설팅 용역계약을 체결하였는데, 경계지 7필지 이전일인 2017. 11. 30.경에는 경계지를 오픈컷 방식으로 공사할지 여부조차 확실히 알 수 없었으므로, 피고인들이 오픈컷 방식으로 공사를 진행함으로써 피해자 조합에 이익이 된다는 의사로 경계지 7필지를 이전하였다고 볼 수도 없다.

다) 손해 발생

앞서 본 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 피해자 조합은 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기를 최소한 일반분양 비율에 맞추어 미룰 수 있었고, 이에 따라 남은 업무대행비의 50%는 추후 일반분양으로 납부 받은 분양금을 통하여 순차적으로 지급할 수 있었던 점, ② 이와 동시에 경계지 7필지를 조합 재산으로 계속 보유하면서 피해자 조합이 조속히 독자적으로 흠막이 공사를 가능하도록 하고, 필요한 경우에는 경계지 7필지를 사업비로 활용 가능한 재원으로 확보해 놓을 수 있었다고 보이는 점, ③ 그러나 피고인 1이 경계지 7필지로 공소외 2 회사에 대한 업무대행비를 대물변제하고 위 토지에 관한 근저당권 설정을 포기함으로써, 피해자 조합으로 하여금 위와 같은 이익을 상실시키는 손해를 입게 한 점 등에 비추어 보면, 피고인 1의 배임행위로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 봄이 타당하다.

원심이 이 부분 배임행위로 인한 피해자 조합의 손해 발생 사실을 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

다.

업무대행비 명목 550,000,000원 지급 관련 부분(피고인 1, 피고인 2)

1) 피고인 1의 임무위배행위

앞서 위 2. 나. 1)항에서 인정한 사실 및 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 1이 2017. 12. 5. 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급한 것은 피해자 조합의 이익을 최우선으로 하여야 하는 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 한 것으로 배임행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 원심이 피고인 1의 이 부분 배임행위를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 3 회사가 2017. 11. 22. 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기가 변경되었음은 앞서 살핀 바이고, 따라서 위 공사도급계약 당시를 기준으로 공소외 2 회사가 지급받을 수 있는 미지급 업무대행비는 1,331,000,000원이었다.

그런데 앞서 본 바와 같이 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 21 회사는 2017. 11. 23. '경계지 7필지의 가액을 총 5,100,000,000원으로 계산하여 공소외 2 회사가 공소외 21 회사에 지급할 용역비를 경계지 7필지로 대신 지급하고, 피해자 조합은 경계지 7필지에 관하여 공소외 21 회사 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주면 토지대금 5,100,000,000원은 공소외 2 회사에 지급할 업무대행 용역비에서 차감'하기로 한 합의서를 작성하였고, 이어서 피해자 조합과 공소외 2 회사는 2017. 11. 24. 경계지 7필지를 매매대금 5,100,000,000원에 대물지급하는 매매계약서를 작성하면서 '대물지급은 조합이 공소외 2 회사에 지불할 용역비용 중 매매계약 합계금액을 공제처리하기로 한다'라는 특약사항을 기재하였으며, 위 합의 등에 따라 2017. 11. 30. 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지에 관한 소유권이전등기가 마쳐졌는바, 이로써 공소외 2 회사의 업무대행비는 당시까지 도래한 기한에 앞서 과잉 지급되었다.

③ 따라서 공소외 2 회사로서는 이 사건 공사도급계약에서 약정한 업무대행비의 지급시기 조정에 의할 때 2017. 11. 30. 기준으로 피해자 조합에 대하여 추가로 업무대행비의 지급을 청구할 수 없었다.

그럼에도 불구하고 피고인 1은 공소외 2 회사의 용역비 청구서와 피고인 2의 동의서를 첨부하여 공소외 8 회사에(문서 참조: 공소외 3 회사)공소외 2 회사에 대한 550,000,000원의 업무대행비 지급을 요청함으로써 공소외 2 회사가 이를 전액 지급받을 수 있게 하였다.

- ④ 피고인들은, '이 사건 공사도급계약에서 정한 업무대행비의 지급시기는 현금 지급에 한정된 약정이고, 토지를 대물로 지급받는 경우에는 지급시기의 제한을 받지 않도록 이 사건 단서조항을 둔 것이며, 따라서 공소외 2 회사로서는 여전히 현금으로 1,331,000,000원을 현금으로 지급받을 수 있는 것이므로 550,000,000원의 업무대행비를 추가로 지급한 것이 배임이 아니다'라는 취지로 주장한다.

그러나 앞서 보았듯이 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 약정한 업무대행비의 지급시기 조정은 현금 지급의 경우에만 한정된다고 볼 수 없는바, 이 사건 단서조항에서 예정한 공소외 3 회사와의 협의를 거치지 않고 위와 같이 경계지 7필지로 업무대행비를 대물변제함으로써 위 공사도급계약에서 약정한 지급시기가 도래하지 않은 부분에 해당하는 업무대행비까지 기한에 앞서 초과 지급한 것으로 보아야 한다.

따라서 피해자 조합으로서는 경계지 7필지의 이전을 통한 대물변제를 한 것과 별도로 공소외 2 회사에 업무대행비 550,000,000원을 추가 지급할 필요가 없었다 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고인들의 위 주장은 받아들일 수 없다.

2) 배임의 고의

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면 피고인 1에게 업무대행비 명목 550,000,000원의 지급과 관련하여 배임의 고의가 인정되므로, 원심이 피고인 1의 배임의 고의를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해가 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장 또한 받아들이지 않는다.

- ① 앞서 본 바와 같이 공소외 2 회사가 업무대행비를 지급시기보다 앞서 경계지 7필지의 이전을 통하여 약 5,100,000,000원 상당을 지급받았음에도 불구하고, 피고인 2는 2017. 11. 30. 피해자 조합에 550,000,000원의 용역비 청구서를 보내면서 위 청구서에 경계지 7필지 가액 상당의 대물지급액을 반영하지 않은 채 '계약 세대 945세대, 계약금액 10,395,000,000원, 기수취금액 4,125,000,000원, 청구금액 550,000,000원, 잔여보수 5,720,000,000원'이라고 기재하였으며, 업무대행비 지급조건은 2017. 11. 22. 체결한 공사도급계약에 따르지 않고 2015. 9. 1. 체결한 이 사건 업무대행계약에 따라 사업계획승인 후 잔금까지 전액을 받을 수 있다는 내용으로 기재하였다.
- ② 피고인 1은 이 사건 공사도급계약 체결을 통해 업무대행비의 지급시기가 조정된 것을 잘 알고 있었고 경계지 7필지의 대물변제를 통해 당시를 기준으로 지급시기가 도래하지 않은 부분에 해당하는 업무대행비까지 초과 지급된다는 사정을 잘 알 수 있었음에도 위와 같은 대물변제 사실을 알지 못하는 공소외 3 회사에 2017. 11. 30. 앞서 본 바와 같이 공소외 2 회사의 용역비 청구서, 피고인 2의 동의서를 첨부하여 공소외 8 회사에(문서 참조: 공소외 3 회사) 공소외 2 회사에 대한 550,000,000원의 업무대행비 지급을 요청하였다.
- ③ 공소외 3 회사의 공소외 19는 원심법정에서 '공소외 21 회사가 경계지 7필지를 받아간 사실을 모르고 업무대행비 지급에 동의를 해주어서 공소외 2 회사가 업무대행비로 2017. 12. 5. 550,000,000원을 받아갔다', '토지가 나갔다는 것을 저희가 알았다고 하면 당연히 용역비가 집행이 안 되었을 것이다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 19가 2017.

12. 4. 작성한 공소외 3 회사 품의서에는 공소외 2 회사의 업무대행비에 관하여 '기집행 4,125,000,000원, 계약서 50% 지급조건, 금회포함 43% 지급'이라고 기재되어 있는바, 이는 공소외 19의 위 진술을 뒷받침한다.

3) 손해 발생

앞서 인정한 사실들에 의하면, 피고인 1은 이미 경계지 7필지에 관한 소유권을 공소외 21 회사에 이전함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비를 그 지급시기에 앞서 지급하였음에도 불구하고 추가로 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급함으로써 피해자 조합으로 하여금 업무대행비 채무의 기한의 이익을 상실시키는 손해를 입게 하였음이 인정된다.

따라서 원심이 피고인 1의 배임행위로 피해자 조합에게 손해가 발생한 사실을 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인 1과 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

라. 이 부분 각 범행에 관한 피고인 2의 공동정범 성립 여부

1) 관련 법리

거래상대방의 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄에서 거래상대방은 기본적으로 배임행위의 실행행위자와 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임한다는 점을 고려하면, 업무상배임죄의 실행으로 이익을 얻게 되는 수익자는 배임죄의 공범이라고 볼 수 없는 것이 원칙이고, 실행행위자의 행위가 피해자 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 점을 인식한 상태에서 배임의 의도가 전혀 없었던 실행행위자에게 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담한 경우에 한하여 배임의 실행행위자에 대한 공동정범으로 인정할 수 있다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2014도17211 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고인 2가 피고인 1의 경계지 7필지 이전 및 업무대행비 명목 550,000,000원 지급에 의한 배임행위에 적극 가담한 사실이 넉넉히 인정된다.

따라서 원심이 피고인 2를 이 부분 범행의 공동정범으로 판단한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피고인 2는 2017. 8.경부터 피고인 1에게 업무대행비를 토지로 지급하여 달라고 요구하였고, 2017. 9.경 피고인 1과 이메일을 수차례 주고받으면서 대물지급 가격을 협상하였으며, 2017. 10. 17. 피해자 조합에 공식적으로 경계지 7필지를 업무대행비 명목으로 대물지급 해달라는 취지의 공문을 보내기도 하였다.

또한 피해자 조합이 시공사 선정을 마친 2017. 11.경 이후부터 공소외 3 회사와 공사도급계약 내용을 협의하는 과정에 직접 참석하였으므로 업무대행비 지급시기가 일반분양 비율 등에 맞추어 변경된다는 것을 충분히 알 수 있었고, 2017. 11. 15. 피고인 1, 공소외 3 회사 관계자들과 공사도급계약 내용에 관하여 협의하면서 업무대행비를 잔여토지로 지급할 수 있도록 이 사건 단서조항의 삽입을 요구하였다.

그리고 앞서 본 바와 같이 2017. 11. 24. 공소외 5와의 대화를 통해 피해자 조합에 설정해줄 근저당권 채권최고액을 자신이 원하는 대로 요구하기도 하였는데, 그 요구 금액의 액수(계약금과 중도금의 합계액인 1,020,000,000원)에 비추

어 그 무렵 피고인 2 스스로도 자신이 받을 수 있는 업무대행비 채권액이 1,000,000,000원 안팎에 불과하다는 사실도 인식하고 있었던 것으로 보인다.

또한 다른 2017. 11. 30.자 녹취록에 의하면, 피고인 2는 공소외 5에게 근저당 조건을 정정하며 "계약금 10%, 중도금 10%가 아니라 계약금 10%만 510,000,000원만 주고 나머지 금액을 설정하는 걸로. 그래야지 업무대행비를 좀 신청할 수 있을 것 같아 이번에"라고 말하며 근저당권 채권최고액을 4,590,000,000원으로 증액하기도 하였다.

② 또한 위 2017. 11. 30.자 녹취록에 의하면, 피고인 2는 공소외 5와 매매계약서상 근저당권 조항에 관하여 협의하던 중 "그런데 사실 공소외 3 회사만 없다 그러면 아무 문제가 없어. 원래 업무대행계약에 보면 지금 잔금을 다 주게 돼 있던 말이야. 공소외 3 회사가 그렇게 탄지를 거니까 그렇게 해놓는 거라고 사실"이라고 말한 사실을 알 수 있는데, 이는 피고인 2가 적극적으로 근저당권 조항을 삽입하면서까지 공소외 3 회사와 협의가 이루어지지 않았음에도 업무대행비를 지급받으려 하였음을 추단케 하는 사정이다.

③ 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 21 회사가 경계지 7필지의 대물변제에 관하여 합의하면서 작성한 위 2017. 11. 23.자 합의서에는 '경계지 7필지의 토지대금 5,100,000,000원을 공소외 2 회사에 지급할 업무대행 용역비에서 차감한다'는 취지만 기재되어 있을 뿐 근저당권 설정에 관한 아무런 언급이 없다.

이로 보아 피고인 2는 피해자 조합이 경계지 7필지를 5,100,000,000원으로 계산하여 전부 대물지급하려는 의사를 갖고 있었다는 사실 또한 잘 알고 있었을 것으로 보인다.

④ 피고인 2는 피해자 조합과 사이에 경계지 7필지에 대한 대물변제를 논의하면서 동시에 ○○○지구 시공사인 공소외 4 회사와 협의를 하였고, 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지의 소유권이전등기가 마쳐진 2017. 11. 30.에는 피해자 조합에 대한 근저당권을 설정해주지 않은 채 바로 공소외 4 회사에 담보 목적 가등기를 마쳐주었다.

이와 같이 피고인 2는 공소외 21 회사와 ○○○지구 사업의 이익을 위하여, 피고인 1이 피해자 조합의 재산 보호를 위한 아무런 노력을 하지 않는 점을 이용하여 업무대행비 대물지급 결정 초기부터 공소외 4 회사에 대한 가등기를 마칠 때까지 각종 법률행위의 당사자가 되어 배임행위 전 과정에 관여하였다.

이처럼 피고인 2는 피고인 1의 이 부분 배임행위의 전 과정에 적극적으로 관여함으로써 피고인 1의 배임행위에 공모·가담하였다 할 것이고, 이를 단순히 피해자 조합과 서로 대립적 지위에 있는 거래상대방으로서 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임하는 지위에서 피고인 1의 행위가 피해자 조합에 대한 배임행위에 해당한다는 것을 알면서도 소극적으로 그 배임행위에 편승하여 이익을 취득한 것으로만 평가할 수 없다.

⑤ 피고인 2는 이중담보권 설정 행위는 배임이 아니라는 취지로 주장하나, 이 부분 공소사실은 피고인 2가 피해자 조합을 위하여 근저당권설정의무가 있음에도 불구하고 담보가치를 상실시켰으므로 배임에 해당한다는 것이 아니라, 피고인 1의 피해자 조합에 대한 배임행위에 피고인 2가 적극 가담하였다는 것으로 이중담보권 설정과는 무관한 사안이므로, 피고인 2의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 다음으로 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 2가 피고인 1의 업무대행비 명목 550,000,000원의 추가 지급에 의한 업무상 임무위배행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담하고, 그 과정에서 피고인 1과 피고인 2가 암묵적으로 상통하여 배임행위에 대한 의사결합이 이루어진 점을 충분히 인정할 수 있다.

같은 취지의 원심의 이 부분 판단은 정당하고, 거기에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

- ① 피고인 2는 앞서 본 바와 같이 업무대행비 지급시기를 변경하는 내용이 포함된 이 사건 공사도급계약 체결과 경계지 7필지의 대물지급의 전 과정에 관여하였음에도, 공사도급계약에서 약정한 업무대행비의 지급시기가 도래하지 않았음에도 업무대행비 550,000,000원을 청구하여 지급받았고, 그 과정에서 2017. 11. 30. 만약 공소외 3 회사가 경계지 7필지의 대물지급에 관한 매매계약서를 발견하더라도 이의를 제기하지 못하도록 '마치 공사도급계약 내용에 따라 당시 지급받을 수 있었던 약 1,000,000,000원 안팎의 업무대행비 중 경계지 7필지의 가액 5,100,000,000원과 근저당권 설정 채권최고액 4,590,000,000원의 차액인 510,000,000원만을 대물지급 받았기 때문에 여전히 550,000,000원의 현금을 청구할 수 있는 것처럼' 경계지 7필지 매매계약서의 근저당권 설정 조항을 변경하기도 하였다.
- ② 이와 같이 피고인 2는 2017. 11. 30.을 기준으로 해서는 더 이상 지급 받을 수 있는 업무대행비가 없다는 사실을 알고도 550,000,000원의 업무대행비를 청구하였고, 경계지 7필지로서 업무대행비를 대물지급한 사정도 알고 있었던 피고인 1은 위 550,000,000원의 업무대행비 청구에 동의함으로써 피해자 조합의 자금이 추가로 집행되도록 하였다.
- ③ 설령 피고인 2가 업무대행비 550,000,000원의 지급 청구를 한 시점이 같은 날 이루어진 경계지 7필지에 관한 소유권 이전등기신청보다 앞선다 하더라도, 피고인 2는 적어도 2017. 12. 5. 공소외 8 회사로부터 업무대행비로 550,000,000원을 지급받을 무렵에는 경계지 7필지의 소유권이전등기가 마쳐져 그 매매대금 상당의 업무대행비가 지급된 사실을 모두 알았을 것임에도 아무런 조치를 취하지 아니하였다.

마. 경계지 7필지 이전 관련 범행에 관한 피고인 3의 공동정범 성립 여부

- 1) 피고인 3은 원심에서도 동일한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제52 내지 54쪽의 '유죄의 이유 2. 다.
- 4) 피고인 2와 피고인 3의 공동정범성립 여부' 중 '나) 피고인 3의 관여' 및 '다) 피고인들의 암묵적 공모, 가담' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인 3의 위 주장을 배척하고, 피고인 3의 이 부분 범행에 관한 공동정범 성립을 인정하였다.
- 2) 원심이 적절하게 판시한 사정들과 2017. 11. 24.자 녹취록에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 공소외 5가 "◇ 대표님(피고인 2)이랑 오늘 계약(경계지 7필지 소유권 이전에 관한 부동산매매계약) 쓰라고 한 거 아닌가요? 회장님(피고인 3)이?"라고 하자, 피고인 1이 이에 대하여 "맞아요"라고 답변하였는데, 이러한 대화내용을 통하여 이 사건 공사도급계약이 체결된 이후에도 피고인 1과 피고인 3이 매매계약서 작성에 관하여 지속적으로 논의를 계속하면서 공소외 5에게 매매계약서 작성을 지시한 것임을 알 수 있는 점(피고인 3의 피해자 조합에서의 지위 및 역할, 조합 업무에의 관여 정도에 비추어, 피고인 3이 2017. 11. 15. 피고인 1, 피고인 2 등과 공소외 3 회사 담당자들이 이 사건 공사도급계약 내용을 협의하는 자리에 직접 참석하지 않았다고 하여 공소외 2 회사의 업무대행비의 지급시기가 조정되었는지 여부를 알지 못하였다고 볼 수 없다)을 앞서 2. 가. 1) 가)항의 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인 3의 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인 3의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

바. 재산상 이익의 가액에 관하여

- 1) 형법 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하고, 형법 제356조의 업무상배임죄

는 업무상의 임무에 위배하여 제355조 제2항의 죄를 범한 때에 성립하는데, 이때 취득한 재산상 이익의 가액이 얼마인지는 범죄의 성립에 영향을 미치지 아니하는 반면, 배임 또는 업무상배임으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 위반죄는 취득한 재산상 이익의 가액(이하 '이득액'이라 한다)이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 이득액에 따라 형벌도 매우 가중되어 있으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용함에 있어서는 취득한 이득액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써, 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나, 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다.

따라서 업무상배임으로 취득한 재산상 이익이 있더라도 그 가액을 구체적으로 산정할 수 없는 경우에는, 재산상 이익의 가액을 기준으로 가중 처벌하는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용할 수 없다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2014도12619 판결 등 참조).

2) 원심은, 경계지 7필지의 이전에 의한 피고인들의 업무상배임행위와 관련하여 피고인들이 1,331,000,000원의 업무대행비 채무에 대하여 적어도 합계 3,160,858,000원 상당인 경계지 7필지를 대물지급함으로써 1,829,858,000원을 초과 변제하였고, 그 과정에서 4,590,000,000원의 근저당권도 설정 받지 않았으므로, 피해자 조합에는 경계지 7필지 이전 당시 최소한 위 금액 중 적은 금액인 1,829,858,000원 상당의 재산상 손해가 발생하였고, 피고인 1과 피고인 2가 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 추가로 지급한 업무상배임행위와 관련하여 피해자 조합이 입은 재산상 손해가 550,000,000원이라고 판단하면서, 이 부분 각 공소사실에 대하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항을 적용하여 모두 유죄로 인정하였다.

3) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 의하면, 피고인들의 경계지 7필지 이전에 의한 배임행위로 인하여 피해자 조합에 1,829,858,000원 상당의 재산상 손해가 발생하였다거나 공소외 21 회사가 같은 금액 상당의 재산상 이익을 취득하였다고 보기 어렵고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들의 배임행위로 인한 손해액 및 이득액을 명확히 산정할 수 없다.

① 공소외 2 회사가 이 사건 사업의 일반분양이 시작되기 전에 업무대행관계에서 이탈하기는 하였으나, 피해자 조합과의 이 사건 업무대행계약에 의하면 일반분양과 관련한 공소외 2 회사의 업무 범위는 일반분양 자체가 아닌 행정적인 업무만이 포함되는 것으로 보이는 점, 피해자 조합은 공소외 2 회사가 업무대행관계에서 이탈한 이후 2018. 6. 5. 공소외 22 주식회사(이하 '공소외 22 회사'라 한다)와 사이에 컨설팅용역계약을 체결하였는데, 공소외 22 회사의 대표이사 공소외 23은 원심법정에서 '업무대행사의 업무범위를 토지확보, 조합원 모집, 사업계획 승인을 가장 크게 보고 있는데, 이러한 업무들은 다 끝난 상태였다'는 취지로 진술한 점, 또한 위 컨설팅용역계약의 용역비는 660,000,000원(부가세 포함)에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 공소외 21 회사가 경계지 7필지의 소유권을 이전받을 당시 공소외 2 회사는 피해자 조합과의 이 사건 업무대행계약으로 정한 대부분의 용역을 수행하였다고 봄이 타당하다.

② 이 사건 업무대행계약상 공소외 2 회사의 업무대행비 청구 채권은 피해자 조합의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 그 지급시기가 이미 도래하였고, 이 사건 공사도급계약에서 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급시기를 일반분양률에 연동하여 새로 조정하였다고는 하나, 일정한 일반분양률의 달성을 불확정기한이 아닌 정지조건으로 약정하였다고 볼 수는 없으므로, 공소외 2 회사의 업무대행비는 이 사건 공사도급계약에 따라 그 지급시기가 단지 유예된 것에 불과한 것으로 봄이 타당하다(실제로 피해자 조합은 2019. 3. 4. 일반분양을 모두 완료하였다). 또한 공소외 2 회사는 경계지 7필지로 업무대행비를 대물지급 받을 무렵까지 피해자 조합에 대하여 미지급 업무대행비 채권을 포기하겠다는 의사를 표시한 바도 없다.

③ 앞서 본 대로 피고인들의 이 부분 배임행위로 경계지 7필지가 업무대행비의 대물변제 명목으로 공소외 21 회사 앞으로 이전됨으로써 그 무렵 기준으로 지급시기가 도래하지 않은 업무대행비가 초과 지급되었다.

피해자 조합으로서는 지급시기가 도래하지 않은 업무대행비 채무에 관하여 기한의 이익을 포기한 결과가 되었고, 이와 같이 미리 변제한 데 따른 이자 상당의 손해를 입었다고 봄이 타당하다.

④ 한편 공소외 2 회사가 피해자 조합과의 업무대행계약관계에서 이탈할 당시 대부분의 용역 업무를 완료한 것으로는 보이나, 그 후로도 피해자 조합과 컨설팅용역계약을 체결한 공소외 22 회사가 후속 업무를 마무리하였고 그 용역비가 660,000,000원 정도에 이르는 점, 공소외 2 회사가 이탈한 후 공소외 22 회사와의 위 컨설팅용역계약 체결 이전까지 피해자 조합의 조합원들이 조합의 업무를 직접 처리하기도 한 점 등을 고려할 때, 피고인들이 경계지 7필지를 공소외 21 회사에 이전할 당시를 기준으로 공소외 2 회사가 수행한 용역 부분과 관련하여 그 완료된 부분에 상응하여 피해자 조합으로부터 정산, 지급받아야 할 업무대행비를 정확하게 산정하기는 어렵고, 달리 이를 산정할 만한 자료가 없다.

또한 경계지 7필지의 가액을 보면, 공소외 21 회사 앞으로 소유권이 이전된 2017. 11. 30.경은 이 사건 사업이 어느 정도 진척된 이후이므로 ☆☆감정평가법인이 2016. 9. 30.을 기준으로 산정한 감정평가액 3,160,858,000원보다는 그 가치가 상승하였을 것으로는 보이나, 그 가치를 정확하게 산정할 만한 자료가 없다.

그렇다면 검사가 제출한 증거들만으로는 피해자 조합이 이 사건 공사도급계약을 통해 새로 약정한 업무대행비의 지급시기보다 앞서 경계지 7필지로 업무대행비를 대물변제함으로써 입은 손해 및 공소외 21 회사가 얻은 재산상 이익을 정확하게 산정할 수 없다고 보아야 한다.

나) 한편 위에서 살핀 바와 같은 공소외 2 회사의 업무대행비 청구 채권의 도래, 이 사건 공사도급계약을 통한 업무대행비의 지급시기 유예, 공소외 2 회사에 대하여 위와 같이 기한이 유예된 업무대행비를 미리 앞서 지급하는 것은 기한의 이익을 포기하는 것에 해당하여 피해자 조합으로서는 업무대행비를 미리 지급한 것에 따른 이자 상당의 손해를 입은 것에 불과하다 할 것인데, 그 지급시점을 기준으로 공소외 2 회사가 피해자 조합으로부터 지급받아야 할 업무대행비 액수를 정확히 산정하기 어렵다는 사정은, 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 업무상배임행위로 인한 피해자 조합의 재산상 손해 및 공소외 2 회사의 재산상 이익 산정의 경우에도 마찬가지인바, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 피고인 2가 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급함으로써 발생한 피해자 조합의 손해 및 공소외 2 회사가 얻은 이익 역시 정확하게 산정하기 어렵다고 보아야 한다.

사. 소결

따라서 이 부분 각 공소사실(단, 피고인 3에 대하여는 경계지 7필지 이전에 의한 배임행위에 국한된다)은 피고인들의 배임행위로 인한 손해액 및 이득액을 산정할 수 없는 경우에 해당하므로, 피고인들에 대하여 이득액을 기준으로 가중 처벌하는 범죄인 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용할 수는 없고, 다만 이 부분 각 공소사실에 포함된 형법상 업무상배임죄만을 인정할 수 있을 뿐이다.

그럼에도 피고인들의 경계지 7필지의 이전에 의한 업무상배임으로 인한 손해액 및 이득액이 1,829,858,000원이고, 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원의 추가 지급에 의한 업무상배임으로 인한 손해액 및 이득액이 550,000,000원임을 전제로 이 부분 각 공소사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 일부 이유 있다.

3. 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점(피고인 1, 피고인 3)

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피해자 조합이 피고인 3에게 일부 대행하게 한 업무는 단순한 '공사비 협상'이 아니라 주택법이 금지하는 '시공사 선정 지원' 업무에 해당한다고 봄이 타당하다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하고 거기에 피고인 1과 피고인 3이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

피고인 1, 피고인 3의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피해자 조합은 2016. 4. 29. 창립총회에서 공소외 3 회사를 시공사로 선정하고 2016. 11. 22. 공소외 3 회사와 사이에 공사비를 평당 3,620,000원으로 정한 사업약정서를 작성하였으며, 2017. 8. 1.에는 시공사를 공소외 3 회사로 하는 사업계획승인을 받았다.

공소외 3 회사는 2017. 8.경부터 공사비 증액을 요구하였는데, 피해자 조합의 2017. 8. 30. 제26차 임원회의에서는 '시공 예정사인 공소외 3 회사가 공사비 증액을 무리하게 요구할 경우 시공사 변경 총회를 열어 조합원들의 의견을 들을 것'을 결의하였고, 2017. 9. 12.자 제27차 임원회의에서는 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 전 조합장인 피고인 3이 실질적으로 운영하는 공소외 6 회사에 위임하는 안건'을 결의하였다.

② 피고인 1은 공소외 3 회사 담당자를 여러 차례 만나 공사비를 협상하는 한편 공소외 4 회사와의 업무회의에도 참석하였는데, 이 자리에 피고인 3이 함께 참석하기도 하였다.

공소외 4 회사는 2017. 10. 19. 이 사건 사업에 관한 시공참여의향서를 제출하였는데, 공소외 4 회사의 공소외 24는 원심법정에서 '조합 측에서 사업 참여 제안을 요청했었다.

그래서 사업 검토를 하고 제안서를 접수하였다'라고 진술하였다.

또한 피고인 3은 2017. 9. 14.경부터 조합 게시판에 업무 추진에 관한 글들을 게시하였는데, 게시글에는 '시공사 변경할 경우를 대비하여', '공소외 3 회사와 마무리 협상을 할 것이며 기타 건설사인 A사, B사, C사 건설사와도 마무리 협상을 할 것이다', '타 시공사 협의 진행 건에 대해서는 현재 A사는 수주심의 진행 중이며 추후 공소외 3 회사와의 단절

에 대한 법률검토를 얻고자 미팅을 했다', '시공사 선정 건은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사로 압축해서 임시총회를 개최할 예정이다'라는 내용이 있다.

이러한 게시글의 전반적인 내용 등에서 피해자 조합 집행부가 ○○○지구 사업 시공사인 공소외 4 회사 쪽으로 이 사건 사업의 시공사를 변경하려 했던 모습들이 나타난다.

공소외 3 회사를 시공사로 하는 사업계획승인까지 이루어짐에 따라 피해자 조합이 임의로 시공사를 변경하기 용이하지는 않았다는 사정을 고려하더라도, 피고인 3이 게시한 글의 내용 등을 통해 추론되는 피해자 조합 집행부 및 피고인 3의 의도 및 실제로 행한 업무를 단순히 '공사비 증액을 요구하는 공소외 3 회사를 압박하고 협상에서 유리한 지위를 점하기 위한 수단으로 사용하고자 공소외 4 회사 등 다른 건설사와 접촉하여 경쟁업체가 있는 것과 같은 외관을 만드는 것'에 불과하다고 보기 어렵다.

③ 공소외 3 회사의 공소외 19는 원심법정에서 '공소외 4 회사의 시공참여의향서 제출과 피해자 조합의 시공사 변경에 관한 서면결의 예정이라는 이야기를 듣고 당황해서 임시총회 전날인 2017. 11. 10. 피고인 1에게 공사비를 3,715,000원으로 수용한다는 공문을 직접 건네주었다.

피고인 3은 직접 "시공사 교체"라는 말을 언급하기도 하였다'라는 취지로 진술하였다.

④ 피고인 1은 2017. 11. 11. 피해자 조합 임시총회에서 "물론 1호 안건이지만 저희가 시공사 선정 및 협상에 관련해서 위임한 사실이 있고요. 그래서 그 담당자(피고인 3)로서 당사자로서 얘기를 하고 있는 것인지 일단 들어주시기 바랍니다"라고 발언하였고, 피고인 1이 위임하였다는 1호 안건은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사를 두고 시공사를 선정하는 '시공사 선정 건'이었다.

피고인 3은 2017. 11. 11. 위 임시총회에 참석하여 자신의 성과를 주장한 후, 조합원들에게 시공예정사인 공소외 3 회사의 소송에도 자신이 있기 때문에 시공사 변경을 진행했으며 소송은 조합 차원이나 용역사에서 감당할 자신이 있다며 원하는 대로 시공사를 선택할 것을 독려했다.

이는 피고인 3이 관여한 것이 '시공사 선정 지원' 업무라는 점에 부합하는 언행이다.

⑤ 위 2017. 11. 11.자 임시총회에서는 시공사 선정 안건에 대해 공소외 3 회사 328표, 공소외 4 회사 322표, 기관 7표가 나와 과반을 넘는 득표가 없어 안건이 부결되었고, 위 조합 총회 이후인 2017. 11. 16.자 조합장 간담회에서도 여전히 피고인 1, 피고인 2, 피해자 조합의 조합원들은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사의 시공 조건들을 비교하고 있었던바, 이 무렵까지도 공소외 3 회사가 확정적인 시공사 지위를 갖고 있지는 않았던 것으로 보인다.

그 후 2017. 11. 22. 피해자 조합은 공소외 3 회사와 공사비를 평당 3,715,000원으로 정하여 공사도급계약을 체결하였다.

⑥ 피고인 1은 경찰 조사에서 피고인 3과 함께 수행한 공사비 협상업무란 '공소외 3 회사와의 공사비 협상 업무 및 공소외 3 회사와의 협상이 결렬되는 경우 다른 건설사를 선정하는 업무를 모두 포함하는 업무이다'라고 진술하였다.

이와 관련하여 피고인 3은, 공소외 3 회사와의 공사비 협상이 성공했으므로 피고인 3(공소외 6 회사)이 맡기로 한 업무에 관한 약정은 조건 불성취로 무효라는 취지로 주장하나, 앞서 본 바와 같이 피고인 3이 피고인 1과 함께 공소외 3 회사와의 공사비 협상을 진행하면서도 동시에 공소외 4 회사에 이 사건 사업의 참여를 제안하여 2017. 10. 19. 공소외 4 회사로부터 이 사건 사업에 대한 시공참여의향서를 제출받고, 2017. 11. 11.에는 임시총회를 개최하여 공소외

3 회사와 공소외 4 회사 중에서 시공사를 선정하려고 하였던 이상, 이로써 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점이 인정되는 것이고, 피고인 1의 위와 같은 진술에 근거하여 그 행위가 조건 불성취로 무효가 된다고 볼 수 없으므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

4. 피고인 1과 피고인 3의 2,310,000,000원 상당 무자격자 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 각 사실을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 3 회사는 2016. 11. 22. 피해자 조합과 사이에 이 사건 사업에 관한 사업약정서를 작성할 무렵 공사비를 평당 3,620,000원으로 제시하였으나, 2017. 8. 1. 피해자 조합이 주택건설사업계획승인을 받은 후로는 공사비를 평당 3,857,000원으로 증액해줄 것을 요구하였다.

피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사는 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대하여 공사비 협상을 하여 2017. 8. 말경 평당 3,770,000원까지 의견 접근이 이루어졌다.

- ② 한편 피고인 3은 2017. 8. 7.경 피해자 조합의 고문 및 자문위원직에서 사퇴하였고, 피해자 조합은 2017. 9. 12. 제 27차 임원회의를 개최하여 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 공소외 6 회사에게 위임하는 안건'을 결의하였다.

공소외 6 회사는 피고인 3의 아내인 공소외 25 또는 조카인 공소외 18이 명목상 대표이사로 있을 뿐 피고인 3이 실질적으로 운영하는 1인 회사이다.

- ③ 피고인 3은 피고인 1이 공소외 3 회사 담당자를 여러 차례 만나 공사비를 협상하는 자리에 참석하는 한편 공소외 3 회사의 공사비 증액에 효과적으로 대응하기 위해서는 시공사 변경의 여지도 있음을 주장하였고, 이를 전제로 피고인 1과 함께 공소외 4 회사와의 업무회의에 참석하기도 하였다.

피고인 3은 2017. 9. 14.부터 2017. 11. 2.까지 조합 인터넷 카페 게시판에 공소외 3 회사와의 협상 과정 및 다른 건설사와의 협의 과정 등에 관한 글들을 여러 차례 게시하였다.

- ④ 피해자 조합은 피고인 3의 주도로 2017. 11. 6. 공소외 3 회사에 공소외 4 회사와 같은 조건인 평당 공사비 3,715,000원에 공사가 가능한지 여부를 묻는 내용의 공문을 발송하였고, 공소외 3 회사는 피해자 조합 총회가 있기 전날인 2017. 11. 10. 피해자 조합이 제시한 평당 공사비 3,715,000원의 조건을 수용한다는 공문을 보내왔다.

- ⑤ 피해자 조합은 2017. 11. 11. 조합 총회를 열어 1호 안건으로 '공소외 3 회사와 공소외 4 회사 중에서 시공사를 선정하는 안건'을 표결에 부쳤고, 그 결과 공소외 3 회사 328표, 공소외 4 회사 322표, 기권 7표가 나와 과반을 넘는 득표가 없어 안건이 부결되었으나, 그 후 2017. 11. 16. 조합장 간담회 등 조합원들의 의견 수렴을 거쳐 공소외 3 회사가 시공사로 확정되어 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사는 2017. 11. 22. 평당 공사비 3,715,000원(부가세 별도)으로 정하여 이 사건 공사도급계약을 체결하였다.

위 2017. 11. 11.자 조합 총회에서는 2호 안건으로 '공소외 6 회사와 시공사 선정 협의 및 중도금 대출 관련 용역계약의 체결업무를 임원회의에 위임하는 안건'이 결의되었다.

- ⑥ 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이에서 2017. 12. 5. 용역비 2,310,000,000원(부가세 포함)으로 정한 이 사건 용역계약이 체결되었고, 피고인 3은 2018. 1. 31. 피해자 조합에 대하여 공소외 6 회사의 위 용역비 2,310,000,000원을 청구채권으로 하는 지급명령을 신청하여 같은 날 지급명령이 발령되었으며, 피고인 1은 2018. 2. 6. 위 지급명령정본을 송달받았으나 이의하지 않아 2018. 2. 21. 위 지급명령이 확정되었다.
- ⑦ 피고인 3은 2018. 4. 13. 위와 같이 확정된 지급명령을 집행권원으로 피해자 조합의 상가부지 등에 대하여 부동산강제경매를 신청하여 강제경매개시결정을 받았다.

나. 구체적 판단

- 1) 위 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 피고인들이 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약을 체결하여 피해자 조합으로 하여금 2,310,000,000원 상당의 채무를 부담하게 하고 지급명령을 확정시킴으로써 피해자 조합에 대하여 배임행위를 하였고, 이에 따라 공소외 6 회사로 하여금 2,310,000,000원의 재산상 이익을 취득하게 하고 피해자 조합에 같은 액수 상당의 재산상 손해가 발생한 사실을 충분히 인정할 수 있다.
- ① 피해자 추진위와 공소외 2 회사가 2015. 9. 1. 체결한 업무대행계약에 의하면 시공사 선정, 시공조건과 공사비 검토 등은 업무대행사인 공소외 2 회사의 업무였고, 이에 따라 피고인 2는 2017. 8.경까지 공소외 3 회사와 사이에 공사비 협상 업무를 수행하고 있었다.

공소외 3 회사의 공소외 19도 수사기관에서 '2017. 8. 30.경을 기준으로 공사비는 평당 3,770,000원이었고, 이는 피고인 2와 협상을 해서 도출된 금액이다, 그때까지는 피고인 2와 협상을 하였고, 피고인들과는 협상을 한 사실이 없다'라는 취지로 진술하였다.

위와 같이 피고인 2와 공소외 3 회사가 협상을 진행하고 있는 상황에서 피고인 1은 2017. 9. 12. 제27차 임원회의를 개최하여 위 임원회의에서 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 전 조합장인 피고인 3(공소외 6 회사)에게 위임하는 안건'을 결의하였는데, 피고인 3이나 공소외 6 회사는 시공사 선정에 관한 업무를 대행할 자격이 없었다(피고인 3은 이 사건 사업 이전에는 조합 사업을 해본 적이 없었고, 조합을 위한 공사비 협상 업무나 시공사 선정에 관한 업무를 처리해본 경력이나 실적을 가지고 있지 않았던 것으로 보인다).

또한 공소외 4 회사의 공소외 24는 수사기관에서 '조합사업의 경우 이미 조합원들이 모집되어 사업이 진행되고 있기 때문에 공사비를 싸게 책정할 수 있다, 이 사건 사업 부지는 입지가 좋아 분양이 잘 될 것이라 판단하였다, 피고인 3이 회의에 참석하여 사업 전반적인 것을 설명한 것 같은데 특별한 것은 없었다, 공사업체를 경쟁시켜서 시공사를 결정하는 것은 일반적인 방식이고, 특별할 것이 없다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 3 회사의 공소외 26은 당심법정에서 '공사비를 당초 요구했던 가격보다 줄인 이유는 피해자 조합이 시공사를 공소외 4 회사로 변경하려는 모습을 보여서라기보다 이 사건 사업의 입지가 좋았던 이유가 더 컸다'라는 취지로 진술하였다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구를 받은 피해자 조합으로서는 기존의 업무대행사로 하여금 공사비 협상을 계속 수행하게 하거나 조합장을 비롯한 집행부가 직접 공사비 협상 업무를 수행하는 것이 충분히 가능하였던 것으로 보이고, 기존의 업무대행사를 배제시키고 새로운 채무를 부담하면서까지 공소외 6 회사와 이 사건 용역계약을 체결할 합리적인 이유가 있었다고 보이지 않는다.

② 피고인 3은 피해자 조합이 공소외 3 회사와 공사비에 관한 협상을 하는 자리에 참석하여 발언을 하거나 공소외 4 회사 등 다른 시공사와 접촉하여 시공사로 참여할 의향을 이끌어내는가 하면 위와 같은 협상 과정을 피해자 조합의 인터넷 카페에 올려 조합원들에게 알리는 등으로 노력하였고, 그 결과 피해자 조합으로서는 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 효과적으로 대처할 수 있었던 것으로 보인다.

그러나 피해자 추진위 단계에서부터 피해자 조합의 사업 초기 업무 전반을 관장했던 조합장의 지위에 있었고 조카인 피고인 1이 조합장으로 된 후로도 고문 및 자문위원 지위에서 조합 업무에 계속 관여해오고 있었던 피고인 3의 지위 및 경험 내지 이 사건 사업에 대한 이해 정도, 피고인 1과의 신분관계 등을 고려하면, 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대응하여 피고인 3이 행한 업무들은 반드시 별도로 용역계약을 체결할 필요 없이 전직 조합장이자 고문, 자문위원의 지위에서 조합장인 피고인 1을 보좌하여 충분히 수행하였음직한 범위의 것이라고 봄이 타당하다.

③ 실제로 피고인 3은 피해자 조합의 인터넷 카페에 2017. 11. 3. '공소외 6 회사의 용역비를 공소외 2 회사의 업무대행비 내에서 정산하려고 한다'라는 취지로 게시글을 올리는 등으로 당초 시공사 선정 등과 관련하여 자신이 별도의 용역비를 지급받는 것이 아니라는 취지를 밝힌 바 있음에도, 피고인들은 적법한 총회 결의 및 임원회의 결의가 있었다는 전제 아래 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약을 체결하였다.

나아가 피해자 조합 입장에서는 공사비를 감액하도록 협상하는 것이 당연함에도 피고인들은 위 용역계약상 '공사비 절감을 통한 조합의 총 이익금 8,600,000,000원'을 용역비 산정의 기준으로 삼았는데, 이는 공소외 3 회사가 제시한 금액을 전부 그대로 수용할 경우를 기준으로 계산한 것이고, 그것도 이미 피고인 2가 협상을 통해 2017. 8. 말경까지 감액한 공사비 역시 고려하지 않은 금액이었으며, 총 이익금 중 30%라는 용역비 비율 역시 아무런 근거가 없었다.

피고인 3은 수사기관에서 '피고인 1에게 30%를 달라고 요구하였다, 지나가는 소리로 여러 사람들에게 그냥 편하게 알아보았는데 50%를 받은 적이 있다는 이야기를 들었고, 지인에게 물어보니 30%든 40%든 정해진 룰은 없다고 이야기하였다, 알아본 바로는 조합 사업에서 업무대행사 이외 별도로 용역사를 지정하여 시공사와의 공사비 협상 용역비를 지급한 사례는 없었다'라는 취지로 진술하였는데, 피고인 1은 피고인 3의 객관적인 근거가 없는 제안을 그대로 받아들인 것으로 보인다.

④ 배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니며, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 경제적 관점에 따라 판단되어야 하므로 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당한다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보면, 피고인 3이 2018. 1. 31. 피해자 조합에 대하여 공소외 6 회사의 용역비 채권 2,310,000,000원을 청구채권으로 하여 지급명령을 발령받고, 조합장인 피고인 1이 위 지급명령정본을 송달받고도 이의하지 않아 위 지급명령이 확정되게 한 후 나아가 피고인 3이 확정된 지급명령을 집행권원으로 피해자 조합의 상가부지 등에 대하여 부동산강제경매를 신청하여 강제경매개시결정을 받음으로써 피해자 조합의 재산에 압류의 효력이 발생하였을 뿐만 아니라(민사집행법 제83, 84조) 언제든지 후속 환가절차가 진행될 수 있게 된 이상, 이미 피해자 조합의 재산에 대한 실효발생의 위험이 발생하였다 할 것이므로, 피고인들의 이 부분 업무상배임 범행은 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

- ⑤ 또한 앞서 본 바와 같이 피고인들은 기존의 업무대행사를 통하여 진행하거나 피해자 조합 집행부가 직접 수행할 수도 있는 업무에 대하여 업무대행사인 공소외 2 회사 및 피고인 2를 배제시킨 후 합리적인 이유 없이 피해자 조합으로 하여금 2,310,000,000원에 상당하는 새로운 채무를 부담시키고 조합 재산에 강제집행이 이루어지도록 하였으므로 위 금액 상당 전부가 피고인들의 배임행위로 인하여 발생한 손해액 및 이득액에 해당한다고 보아야 한다.

2) 이에 대하여 피고인들은 이 부분 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 범행의 성립 여부에 관하여 다음과 같이 주장하므로 차례로 본다.

가) 먼저 피고인들은 이 사건 용역계약 체결 등과 관련하여 적법·유효한 총회 및 임원회의의 결의가 있었음을 들어 배임행위가 아니라고 주장한다.

그러나 회사의 임원이 그 임무위배행위에 대하여 사실상 대주주의 양해를 얻었다거나 이사회 결의가 있었다는 사유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수 있는 것도 아닌바(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조), 피해자 조합의 적법·유효한 총회, 임원회의 결의가 있었다고 하더라도 피고인들이 위와 같이 피해자 조합에 손해를 가하는 행위를 한 이상 피고인들의 배임행위가 성립하는 것이므로, 피고인들의 위 주장을 받아들일 수 없다.

그렇지 않더라도, 피해자 조합 규약 제28조 제1항 제3호는 '예산으로 정한 사항 및 규약에서 정한 사항 외 조합원에 부담이 될 계약'을 총회 결의사항으로 규정하고 있는데, 위 2017. 11. 11.자 피해자 조합 총회에서는 '공소외 2 회사에 지급할 업무대행비와 무관하게 별도의 용역비를 공소외 6 회사에게 지급할지, 그리고 지급한다면 어느 정도 액수의 용역비를 지급할지'에 관한 논의 없이 '공소외 6 회사와 시공사 선정 협의 및 중도금 대출 관련 용역계약의 체결업무를 임원회의에 위임하는 안건'이 결의되었는데, 결국 위 조합 총회에서는 이 사건 용역계약에 관하여 조합원의 금전적 부담이 발생할지 여부를 결정하는 중요한 부분이 논의되지 않았다고 보아야 하고, 이는 조합 자금의 출연자인 조합원들이 금전적 부담이 될 사안을 미리 고지 받고 스스로 결정하도록 정한 조합 규약 내용의 취지에 반하는 것이므로, 이 사건 용역계약 체결에 관하여 적법·유효한 총회 결의가 있었다고 볼 수도 없다.

또한 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28은 수사 과정에서, 2017. 11. 20.자 임원회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 내용을 반대하였고 이를 의결로써 통과시킨 사실이 없다는 취지로 일관되게 진술하였고, 공소외 5, 공소외 27은 원심법정에서도 같은 취지의 진술을 하였으며, 2017. 11. 29.자 녹취서에 의하면 공소외 27이 공소외 5와 사이에 '임원회의를 월요일에 한다, 용역비 얘기하는 거 아니야?', 공소외 28씨가 왔었는데 임원회의에서 통과시키면 어떻게 되냐고 물었다, 용역비 어떻게 됐느냐고 그래서 아직 잠잠하다고 했다'라는 취지의 대화를 나누었는데, 이는 2017.

11. 29.경까지 공소외 6 회사에 대한 용역비 지급 문제가 임원회의에서 의결되지 않았음을 전제로 한 대화 내용으로서, 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28의 수사 과정에서의 위 진술에 부합한다.

따라서 피해자 조합의 2017. 11. 20. 임원회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 것에 대한 적법한 결의가 있었다고 볼 수 없다(피해자 조합의 2017. 11. 20.자 임원회의 회의록에는 이에 대한 결의가 이루어진 것으로 기재되어 있으나, 피고인 1은 위 회의록을 비롯하여 공개대상 자료인 피해자 조합의 회의록과 주요 계약 관련 자료들을 관련 법률이 정한 공개시기보다 현저히 늦은 2018. 4. 3.에야 공개한 점, 피해자 조합의 2017. 10. 17.자 제29차 임원회의 회의록의 경우 각기 상이하게 편집된 형태로 3개의 회의록이 존재하는 것으로 보아 피고인 1이 임의로 회의록을 작성할 수 있었던 것으로 보이는 점, 2017. 11. 20.자 임원회의에 참석한 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28이 위 회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 내용이 의결된 바 없다는 취지로 진술한 점 등에 비추어 공소외 6 회사에 대한 용역비 지급에 관한 2017. 11. 20.자 회의록의 기재 내용을 그대로 믿기는 어렵다).

나) 또한 피고인들은, 이 사건 용역계약에서 용역비를 이익금의 30%로 산정한 것은 법무법인 △△로부터 자문을 받은 결과이므로 피고인들에게 배임의 고의를 인정할 수 없다고 주장하나, 이 사건 용역계약의 체결 경위, 지급명령 발령 및 부동산강제경매개시 경위 등에 비추어 앞서 본 바와 같이 피고인들이 업무상임무에 위배하여 피해자 조합에 손해를 가하였다고 봄이 타당한 이상, 피고인들이 법률전문가의 자문을 받아 이 사건 용역계약을 체결하였다는 사정은 배임죄의 성립이나 배임의 고의 인정에 영향을 준다고 볼 수 없다.

따라서 피고인들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

다) 피고인들은, 이 사건 용역계약 체결에 대하여 총회의 적법·유효한 결의가 없다고 한다면 결국 용역계약 체결은 법률상 무효이기 때문에 피해자 조합에 사실상으로도 손해가 발생하지 않은 것으로 보아야 하고, 총회의 결의가 무효이므로 용역계약 체결도 무효이고, 위 용역계약에 터잡아 이루어진 지급명령도 무효이며, 위 지급명령에 의해 실시한 부동산강제경매도 무효라고 보아야 하므로 피해자 조합에게 사실상으로도 손해가 발생하지 않은 것이고 실해 발생의 위험도 초래하지 않았다고 보아야 한다고도 주장한다.

그러나 지급명령의 발령 및 이에 기한 부동산강제경매개시결정에 따라 조합의 재산에 압류의 효력이 발생하였을 뿐만 아니라(민사집행법 제83, 84조) 언제든지 후속 환가절차가 진행될 수 있는 상태가 되었고, 이는 이 사건 용역계약의 법률상 효력 유무와 상관 없이 경제적인 관점에서 볼 때 이미 피해자 조합의 재산에 대하여 실해 발생의 위험이 발생하였다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 위 주장 또한 받아들이기 어렵다.

라) 피고인들은, 피고인 3의 협상 전략에 따라 공사비가 삭감되어 피해자 조합이 이익을 얻었으므로 그 기여를 인정해 주어야 하고, 그와 같은 삭감된 공사금액에 비하여 공소외 6 회사에 대한 용역비가 과도하다고 할 수 없으며, 용역비가 적정한 수준에 비하여 과다한지 여부를 판단할 객관적이고 합리적인 평가 방법이나 기준 없이 단지 임무위배 행위가 없었더라면 더 낮은 수준의 용역비로 정할 수 있었다는 가능성만을 가지고 재산상 손해 발생이 있었다고 쉽사리 단정해서는 아니 되므로, 피고인들에 대하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없고, 배임의 범의가 인정될 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 피해자 조합은 공소외 3 회사가 이 사건 사업의 공사비를 평당 3,620,000원에서 평당 3,857,000원으로 증액해줄 것을 요구하면서 2017. 8. 말경에는 평당 3,770,000원 수준까지 요구한 데 대하여 공소외 3 회사 측과의 수차

례 협상 등을 통해 최종적으로 평당 3,715,000원에 공사도급계약을 체결한 것인바, 이로써 피해자 조합과 조합원들로서는 공소외 3 회사가 요구하는 증액분에 상응하는 만큼의 공사비 증가액이나 조합원 부담금을 추가로 지출하지 않게 되었다 할 것이고, 여기에 공소외 4 회사 등 다른 시공사와 접촉하는 전략을 제안하기도 한 피고인 3의 기여가 없었다고는 할 수 없다.

그러나 피해자 조합으로서는 조합원들을 위하여 공사비를 감액하도록 협상하는 것이 당연한 것이고, 앞서 본 바와 같이 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대응하여 피고인 3이 행한 업무들은 전직 조합장 및 고문, 자문위원의 지위에서 피고인 1을 보좌해서도 충분히 행할 수 있는 정도의 업무에 불과하다고 할 것임에도, 피고인 1과 피고인 3은 피해자 조합의 이익을 위해서는 따로 체결할 필요도 없는 이 사건 용역계약을 체결하고 피해자 조합으로 하여금 그에 따른 용역비 지급채무를 부담케 한 후 나아가 강제집행까지 이루어지게 한 이상, 피고인 3이 기여한 업무에 대한 적정한 용역비가 얼마인지를 산정할 필요도 없이 피해자 조합에 대하여는 이 사건 용역계약에서 정한 용역비이자 지급명령을 통해 확정된 채권액인 2,310,000,000원 전부의 재산상 손해가 발생한 것으로 보아야 한다.

또한 이 사건 용역계약의 체결 및 지급명령 신청 경과 등에 비추어 피고인들에게는 피해자 조합에 재산상 손해가 발생 또는 발생할 위험이 있다는 인식과 피고인 3이 재산상 이익을 취득한다는 인식이 있었다고 볼 수 있으므로, 배임의 고의도 인정된다.

따라서 피고인들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

3) 따라서 원심이 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 피고인들이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 위법이 없으므로, 피고인들의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

5. 피고인 1과 피고인 2의 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

가. 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니하나(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도7687 판결 등 참조), 형벌법규의 해석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법 취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결, 대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결 등 참조).

나. 피고인들은 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제69 내지 75쪽의 '유죄의 이유 6. 나. 판단' 항목에서 실시한 것과 같이, 피해자 조합을 주택법이 정한 '사업주체'에 해당한다고 보면서, 피고인들이 조합원 자격이 없는 사람들과 미분양분 주택에 관하여 먼저 계약금 등을 지급받고 추후 미분양분 주택을 지급하지 못할 경우 계약금을 반환하고 추가로 5,000,000원을 지급하기로 한 이 사건 약정은 정지조건부 약정이 아니고, 위 약정의 체결은 주택법 제102조 제13호, 제54조 제1항에 위반된다고 보아 피고인들의 주장을 배척하고 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다.

원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 면밀히 살펴보고, 원심이 적절히 실시한 사정들에다 관련 법령에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 더하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인들 주장과 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

- ① 주택법제54조 제1항 제1호에서 일정 규모 이상의 주택을 공급하고자 하는 사업주체가 입주자를 모집하려고 하는 경우에 주택법 등 관련 법령에 따라 원칙적으로 입주자모집승인 절차를 거치도록 한 것은 입주자 모집 시기 및 조건, 절차 등을 규제함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지하는 데 입법 목적이 있는바, 입주자 모집 승인 규정의 적용을 받는 주택법 제54조 제1항 제1호의 '사업주체'에 일정 규모 이상 주택을 공급하려는 자로서 주택법에 따른 주택건설사업계획의 승인을 받을 것을 예정하고 사업을 시행하는 자도 포함된다고 해석하는 것은 주택법의 위와 같은 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석으로서 허용된다고 봄이 타당하다.
 - ② 주택법 제102조 제13호는 "제54조 제1항을 위반하여 주택을 건설·공급한 자"를 처벌하도록 규정하고 있는데, 제54조 제1항은 사업주체에게 '주택의 건설·공급'과 관련한 의무를 부과하면서 '입주자를 모집하려는 경우'(제1호)와 '사업주체가 건설하는 주택을 공급하려는 경우'(제2호)를 구별하지 않은 채 그 전문에서 "사업주체는 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 주택을 건설·공급하여야 한다"라고 규정하고 있으므로, 관할 관청의 승인을 받지 않고 입주자를 모집하는 행위는, 확정적·최종적 분양계약을 체결하기 전이라도 결국 "제54조 제1항을 위반하여 주택을 건설·공급"한 경우에 해당한다고 보아야 한다.
 - ③ 한편 피고인 2는, 주택공급에 관한 규칙 제15조 제1항은 입주자 모집시기에 관하여 규정하고 있는데, 이에 따르면 '입주자 모집행위'라는 개념은 적어도 조합이 사업계획승인을 받고 착공 신고를 하여 착공이 이루어진 시점부터 인정될 수 있으므로 이 사건 약정을 입주자 모집행위라고 볼 수 없다고 주장하기도 한다.
- 그러나 위 규정은 법령에서 허용하는 입주자를 모집할 수 있는 시기에 관한 것일 뿐 어떤 행위가 입주자 모집에 해당하는지에 관한 정의 규정이라고 볼 수 없으므로 피고인 2의 위 주장은 받아들일 수 없다.
- ④ 또한 피고인 2는 이 사건 약정이 주택법위반에 해당할 소지가 있음을 인식할 수 없었다는 취지의 주장을 하면서 이 사건 수사과정에서 담당공무원이나 수사기관도 이 사건 약정이 주택법위반에 해당하지 않는다는 의견을 밝히기도 하였다는 사정을 근거로 들고 있으나, 피고인 2의 위 주장은 단순한 법률의 부지를 주장하는 것에 불과하므로 그러한 사정을 들어 피고인 2에게 위법성 인식이 없었다고 볼 수 없다.

피고인 2의 위 주장도 받아들일 수 없다.

6. 피고인 1과 피고인 2의 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임의 점 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 공모관계에 관한 공소사실의 특정 관련 피고인 2의 주장에 대하여

앞서 본 위 2. 가. 1) 가), 나)항의 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실에 피고인 1과 피고인 2 사이에 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 배임행위와 관련한 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되어 있지 아니한 것은 사실이나, 피해자 조합의 조합장으로서 조합 업무 전반을 관장하고 있는 피고인 1과 피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사의 대표이사로서 피해자 조합의 업무 전반을 대행하는 지위에 있는 피고인 2가 어느 한 시기에 한 장소에 모여 범행을 공모한 것이 아니라 수시로 연락을 주고받으면서 암묵적으로 공모를 하고, 피고인들이 각 지위에 기하여 업무를 지시하거나 관장하는 방식으로 이 부분 범죄에 가담한 것이기에 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되지 못하는 것은 불가피한 측면이 있고, 이 부분 공소사실에 배임행위의 시기, 내용, 방법 등이 다른 사실과 식별할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 특정되어 있으므로, 위와 같은 공소사실 기재로 인해 피고인 2의 방어권 행사에 별다른 지장은 없는 것으로 보인다.

따라서 이 부분 공소사실은 충분히 특정되었다고 할 것이므로, 피고인 2의 주장은 받아들이지 않는다.

나. 이 부분 업무상배임죄 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 성립 여부

1) 원심의 판단

피고인들은 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제76~77쪽 '유죄의 이유

7. 나. 인정사실' 항목 기재와 같은 사실을 인정한 다음 제77~81쪽 '유죄의 이유 7. 다.

판단'의 '1) 각 업무상배임죄의 성립 여부'와 '2) 재산상 손해 발생 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인들의 주장을 배척하였다.

2) 이 법원의 판단

가) 임무위배행위 및 배임의 고의가 인정되는지

(1) 관련 법리

어떠한 행위가 임무위배행위에 해당하는지는 그 사무의 성질·내용, 사무집행자의 구체적인 역할과 지위, 행위 당시의 구체적 상황에 따라 그 행위가 신의성실의 원칙에 비추어 통상의 업무집행 범위를 일탈하였는가에 따라 판단하여야 한다.

그리고 경영자의 경영판단과 관련하여 경영자에게 배임의 고의가 있었는지를 판단할 때는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 여러 사정을 고려하여 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식을 가지고 의도적으로 한 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하여야 한다.

이러한 인식이 없으면 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 물을 수는 없으나, 경영자의 경영판단에 관하여 위와 같은 사정을 모두 고려하더라도 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 구체적 상황과 자신의 역할·지위에서 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 아니하거나 당연히 하지 아니하여야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 본인에게 손해를 가하였다면 그에 관한 고의 내지 불법이득의 의사는 여전히 이를 인정함이 마땅하다(대법원 2015. 9. 24. 선고 2015도6363 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 사람들을 대상으로 이 사건 약정을 체결하도록 하고, 그렇게 업무를 수행한 공소외 7 회사에 '조합원 모집'을 한 경우와 동일하게 용역비를 지급한 행위는 모두 합리적인 경영판단의 재량범위 내에 있다고 할 수 없어 피해자 조합에 대한 임무위배행위에 해당하고, 피고인들에게 업무상배임의 고의가 있었음이 인정된다.

원심의 이 부분 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하거나 임무위배행위 내지 배임의 고의와 관련하여 법리를 오해한 위법이 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

① 공소외 4 회사의 공소외 24는 수사기관 및 원심법정에서 '이 사건 사업 부지의 입지가 매우 우수하였고, 분양성에 큰 문제가 없었다고 판단하였다, 피고인 2도 이 지역은 분양이 잘 될 것이라고 말하면서 걱정이 없다고 말하였다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 3 회사의 공소외 19도 수사기관에서 '이 사건 사업의 부지는 입지가 워낙 좋아서 일반분

양에 문제가 없다고 판단되는 곳이었다'라는 취지로 진술하였다.

이와 같은 시공업체들의 평가에 따르면 이 사건 사업 부지는 입지가 우수하여 일반분양에 대한 위험성이 크지 않은 곳이었음을 알 수 있다.

실제로 피해자 조합에 인접하고 있으면서 일반분양방식으로 사업이 진행된 ○○○지구의 경우에도 분양이 전부 완료된 것으로 보이고, 이 사건 사업의 경우에도 2018. 7.경 착공을 시작하고 일반분양을 시작한 시점부터 6, 7개월이 경과한 무렵인 2019. 3. 4. 일반분양을 모두 완료하였다.

② 피해자 조합은 2017. 3.경까지 2차 조합원 모집으로 총 765세대의 조합원을 모집하였고, 이는 피해자 조합이 2016. 7. 22. 설립인가를 받으면서 모집하기로 한 956세대를 기준으로 약 80%에 이르는 정도로서 조합원 모집에 그리 큰 어려움이 없었던 것으로 보인다.

피해자 조합과 공소외 3 회사 사이에 체결된 2016. 11. 22.자 사업약정서에서의 980세대를 기준으로 하면 위 765세대는 약 77%에 해당하여 80%에서 3%가 부족한 결과이기는 하나, 공소외 19는 수사기관에서 '위 2016. 11. 22.자 사업약정서는 공소외 3 회사에서는 필요가 없지만 피해자 조합에서 토지담보대출을 받기 위하여 요청하여 만든 것이다, 765세대는 적당히 잘 모집된 것으로 생각된다, 실제 이 숫자는 어느 정도 세대만 모집되고 돈만 납부되면 큰 문제는 없는 것이다'는 취지로 진술한 것으로 볼 때, 위 모집 세대수가 사업성 평가에 영향을 미칠 만큼 부족하였다고 평가할 수 없다.

③ 공소외 5는 수사기관에서 '피고인 1이나 피고인 3이 임의세대 분양을 너무 많이 하는 것 같아 걱정이라고 말하였다, 매일 아침 임의세대 분양 문제로 업무대행사와 조합과 사이에서 하던 회의에서 여러 번 논의가 되었다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 19는 원심법정에서 '피고인 2에게 실제로 ▽▽동 같은 경우는 입지도 좋기 때문에 일반분양을 하면 수익이 더 늘어날 거니까 일반분양으로 하는 게 좋다고 말씀드렸다'라는 취지로 진술하였다.

앞서 본 것과 같은 이 사건 사업 부지의 우수성과 기대되는 분양 전망, 이 사건 사업 관련자들의 인식 등에 비추어 보면, 피고인들로서는 조합원 부담금보다 훨씬 가격이 높은 일반분양가로 주택을 분양할 기회를 포기하고 조합원 자격이 없는 사람들과 굳이 이 사건 약정을 하여야 할 필연적인 이유가 있었다고 보기 어렵고, 피고인들로서는 피해자 조합이 이 사건 약정을 체결하는 경우의 문제점도 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다.

④ 앞서 본 바와 같이 이 사건 약정은 주택법을 위반하는 행위일 뿐만 아니라, 일반분양보다 더 낮은 가격으로 분양을 함으로써 피해자 조합으로서는 조합원 부담금보다 가격이 높은 일반분양가로 주택을 분양할 기회를 상실케 하는 행위이다.

그럼에도 불구하고 피고인들은 이 사건 약정 체결의 방법으로 조합원 자격이 없는 사람들을 모집하는 것에 관하여 조합 총회에서 동의를 받은 적이 없고 조합원들에게 그와 같은 약정 체결 사실을 알리지도 아니하였다.

⑤ 설령 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 이 사건 약정을 체결하도록 한 것이 피해자 조합의 토지대금 등 추가적인 사업비 조달 등 원활한 사업 진행을 도모하기 위함이었다고 하더라도, 주택법위반에 해당하는 이 사건 약정을 체결하는 행위를 정상적이고 합법적이라고 보기 어렵고, 그 과정에서 조합 총회나 조합원들의 동의를 받지 아니한 점 등에 비추어 보면 이를 합리적인 경영판단의 재량범위 내의 행위라고 평가할 수 없다.

나) 피해자 조합에 손해 또는 손해 발생의 위험이 발생하였는지 여부

나아가 원심이 원심판결 제80쪽 제5행부터 제81쪽 제5행까지에서 실시한 사정들에 의하면, 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 사람들을 대상으로 이 사건 약정을 체결하도록 하고, 그렇게 업무를 수행한 공소외 7 회사에 조합원 모집의 경우와 동일하게 용역비를 지급함으로써, 피해자 조합에는 이 사건 약정의 계약 상대방들에게 손해배상금으로 214,500,000원을 지급하고 공소외 7 회사에 847,000,000원의 용역비를 지출하는 손해가 발생하였다고 볼 수 있다.

피고인들은, 공소외 7 회사에 대한 용역비는 정당한 용역에 대한 대가가 지급된 것에 불과하고, 공소외 7 회사와의 분양대행 용역계약 제5조에 의하면 피해자 조합의 필요에 의하여 업무용역의 범위가 변경될 시에는 그에 따른 비용은 피해자 조합과 공소외 7 회사가 협의하여 결정할 수 있다고 정하였으므로, 공소외 7 회사에 대한 미분양 154대에 대한 용역비 지급은 배임행위가 아니라고 주장한다.

그러나 위 분양대행 용역계약상 공소외 7 회사의 수행업무로 규정된 내용은 '피해자 조합 아파트 개발을 위한 조합원 계약 관련 용역'일 뿐이고, 공소외 7 회사가 조합원 아닌 일반인들을 상대로 이 사건 약정을 체결한 것은 그 용역업무인 '조합원 모집 업무'를 수행하였다고 볼 수 없어 용역비를 지급받을 근거가 없다고 보아야 하므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

다) 재산상 이익을 취득하게 하였는지 여부

(1) 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)(847,000,000원) 부분

앞서 본 바와 같이 공소외 7 회사가 조합원 아닌 일반인들을 상대로 이 사건 약정을 체결한 것은 그 용역업무인 '조합원 모집 업무'를 수행하였다고 볼 수 없어 용역비를 지급받을 근거가 전혀 없으므로, 공소외 7 회사가 수행한 이 부분 용역의 적정한 대가가 얼마인지를 산정할 필요 없이 공소외 7 회사로서는 피해자 조합으로부터 지급받은 이 부분 용역비 전액인 847,000,000원 상당의 재산상 이익을 취득하였다고 할 것이다.

원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고인들이 주장하는 것과 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임(214,500,000원) 부분

원심은 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 일반인들과 사이에 이 사건 약정을 체결함으로써 피해자 조합이 이 사건 약정을 해제하고 계약 상대방들에게 합계 손해배상금으로 214,500,000원을 지급함에 따라 피해자 조합이 같은 액수 상당의 재산상 손해를 입었다고 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

그러나 원심의 이 부분 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

배임죄는 본인에게 재산상의 손해를 가하는 외에 배임행위로 인하여 행위자 스스로 또는 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득할 것을 요건으로 하므로, 본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 재산상 이익을 행위자 또는 제3자가 취득한 사실이 없다면 배임죄가 성립되지 않는다(대법원 2006. 7. 27. 선고 2006도3145 판결 등 참조).

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자 조합과 이 사건 약정을 체결한 계약 상대방들은 2016. 10.경부터 2017. 3.경까지 이 사건 약정에 따라 피해자 조합에 계약금, 중도금 명목으로 약 50,000,000원씩을 각 납부하였는데, 2018년 중순경 피해자 조합의 새로운 집행부는 주택법에 위반된 부분을 바로잡고 적법한 일반분양절차를 진행하기 위해 이 사건 약정을 해제하고 위 계약 상대방들에게 기납부 금액을 반환하는 한편 손해배상금 명목으로 합계 214,500,000원을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 위와 같이 손해배상금 214,500,000원을 지출한 피해자 조합으로서는 같은 액수의 재산상 손해를 입었다고 할 것이나, 이 부분 배임행위로 인하여 행위자 또는 제3자가 취득한 재산상 이익이 있는지 여부를 보건대, 이 사건 약정의 계약 상대방들이 피해자 조합으로부터 수령한 위 214,500,000원은 이 사건 약정에서 정한 손해배상예정액의 지급 내지는 계약 상대방들이 피해자 조합에 납부하였다가 반환받은 계약금, 중도금 명목의 금원에 대한 법정이자 상당의 손해배상 내지 부당이득 반환의 실질을 가진다고 할 것이어서, 이 사건 약정의 계약 상대방들이 위와 같이 손해배상금을 지급받았다는 사실만으로는 곧바로 재산상 이익을 취득한 것으로 단정할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 이를 인정할 만한 증거가 없다.

그렇다면 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증거가 없는 경우에 해당하여 무죄라 할 것인바, 이와 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 업무상배임죄의 재산상 이익에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

다.

피고인 2의 공동정범 성립 여부

피고인 2는 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제81 내지 83쪽의 '유죄의 이유 7. 다.

3) 피고인 2의 공동정범 성립 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인 2의 주장을 배척하였다.

원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인 2는 이 사건 약정 및 공소외 7 회사에 대한 용역비 지급에 대하여 적극적으로 관여한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로 공동정범에 해당한다.

따라서 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 2가 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없으므로 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피고인 2는 수사기관에서 '이 사건 약정에 의한 비조합원 모집은 (공소외 7 회사의 분양업무를 대대행하는) 공소외 29 주식회사(이하 '공소외 29 회사'라 한다)와의 회의를 통하여 함께 결정하였다, 조합원 자격이 있는 사람을 상대로 계약을 체결한 내역과 조합원을 모집한 내역을 분리해서 보고받았다, 피해자 조합과의 회의 때에는 조합원 자격이 없는 사람을 구분하여 조합 측에 이야기하였다'라는 취지로 진술하였는바, 위 진술에 의하면 피고인 2가 이 사건 약정을 체결하기로 하는 결정과 위 약정의 진행 과정에 적극적으로 관여하였음을 알 수 있다.

피고인 1 또한 원심법정에서 '분양은 분양대행사와 업무대행사가 같이 협의하여 진행하였다'라고 진술하였다.

② 공소외 5도 수사기관 및 원심법정에서 '2016. 12.경 업무대행사인 공소외 2 회사의 사무실에서 회의를 하던 중 임의 세대를 모집한다는 이야기가 있었다, 공소외 5가 회의에서 피고인 2에게 이렇게 하는 것이 합법인지 물으니, 피고인 2는 다른 곳에서도 다 이렇게 한다고 말하였다'는 취지로 진술하였고, 공소외 7 회사의 공소외 30도 원심법정에서

‘업무대행사의 허락을 받고 비조합원 모집을 진행하였다, 공소외 29 회사와 업무대행사는 일주일에 한 번씩 회의를 하였다, 업무대행사에서 준 약정서를 토대로 비조합원을 모집하는 업무를 하였다’는 취지로 진술하였다.

- ③ 피고인 2는, 공소외 2 회사로서는 공소외 7 회사에 대하여 용역비를 지급할 때 자금관리대리사무계약에서 정한 바에 따라 분양업무에 따른 후속절차인 자금처리를 하였을 뿐이라고 주장한다.

그러나 피해자 조합의 공소외 27은 수사기관에서 ‘모집하는 사람을 상대로 입금을 시키고, 입금이 업무대행사에서 확인이 되면 분양대행사가 가입계약신청서를 받고, 필요 서류를 받아서 이를 업무대행사에 준다.

그러면 업무대행사에서 넘버링이 된 정식 계약서를 주면 서명을 받아 분양계약서의 작성을 완료한다.

비조합원에 대한 계약서는 우측 상단에 100이라고 적어서 보내주었다’라고 진술하였는바, 이에 따르면 공소외 2 회사는 자금처리절차만이 아닌 비조합원 모집의 전 과정에 관여하였음을 알 수 있다.

7. 피고인 1과 피고인 3의 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점 및 피고인 1의 조합 자료 미공개에 의한 주택법위반의 점

가. 위법성조각사유로서 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결, 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 등 참조).

나. 먼저 피고인들의 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점에 관하여 본다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인들이 이 부분 공소사실 기재와 같이 피해자 조합 자금으로 11,000,000원의 변호사비용을 지출한 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추었다고 볼 수 없으므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 주택법이 주택조합의 발기인 또는 임원으로 하여금 조합사업 관련 자료를 공개하도록 한 취지는 주택조합사업 추진의 투명성을 제고하기 위한 것인데, 피고인들이 주장하는 사실만으로는 공소외 31 등의 방해로 피해자 조합의 사업이 좌초될 만한 급박한 위험이 있었다고 보기 어렵고, 설령 그와 같은 방해가 있었다 하더라도 그것이 위와 같은 주택법의 취지를 희생시키면서까지 조합원들에게 자료 공개를 하지 않을 사유에 해당한다고 보기 어렵다.

- ② 피고인들은 ‘피고인들이 전·현직 조합장으로서 임원회의 회의록 등을 작성하였음에도 이를 15일 이내에 조합원들에게 공개하지 않았다’라는 혐의사실의 주택법위반 형사사건에 관하여 피해자 조합 자금으로 자신들의 변호사비용을 지출하였다.

위 주택법위반 형사사건은 ‘분쟁에 대한 실질적인 이해관계는 단체에게 있으나 법적인 이유로 그 대표자의 지위에 있는 피고인들이 법적 절차의 당사자가 된 경우’에 해당한다고 볼 수 없고, 따라서 이에 관한 변호사비용을 지출하는 행위는 피해자 조합이 아닌 피고인들 자신의 이익을 위한 것으로 볼 수밖에 없으므로, 그 행위가 정당한 목적이거나 동기에서 이루어졌다고 볼 수 없다.

- ③ 피고인들이 위와 같이 변호사비용을 피해자 조합의 자금으로 지출하는 과정에서 다른 조합원들에게 알리는 등 적법한 절차를 거치지 않고 피해자 조합의 자금을 변호사비용으로 사용해야 할 만한 정당한 이유나 긴급한 사정이 있다고 보이지도 않는다.

다.

다음으로, 피고인 1의 조합 자료 미공개에 의한 주택법 위반의 점에 관하여 본다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인 1의 이 부분 공소사실 기재 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추었다고 볼 수 없으므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 보기 어렵다.

① 구 주택법(2020. 1. 23. 법률 제16870호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1항에 의하면, 주택조합의 발기인 또는 임원은 주택조합사업의 시행에 관한 용역업체 선정 계약서, 조합총회 의사록 등 서류 및 관련 자료가 작성되거나 변경된 후 15일 이내에 이를 조합원이 알 수 있도록 인터넷과 그 밖의 방법을 병행하여 공개하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 제104조 제2호는 위 의무를 위반하여 주택조합사업의 시행에 관련한 서류 및 자료를 공개하지 아니한 자를 1년 이하의 징역 및 10,000,000원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

구 주택법 취지와 위 관련 규정 내용을 고려하면, 구 주택법상 조합의 자료 공개는, 조합 가입 여부를 고민하는 사람들이 주택조합 사업의 내용과 현황을 제대로 알고 의사 결정할 수 있도록 객관적이고 충분한 정보를 제공하고, 모집된 조합원들에게 주택조합 사업의 추진 경과나 과정을 투명하게 알릴 필요성이 있기 때문에 그 주택조합의 설립과 사업을 주도적으로 수행하는 사람들에게 토지확보현황 등 여러 정보를 일반 대중에게 공개하고 조합원의 열람복사 요청에 응할 의무를 부과한 것이라 할 것이다.

② 그럼에도 피고인 1은 피해자 조합의 조합장으로서 공소외 6 회사에 대한 용역계약서, 제29차 임원회의 의사록, 선분양 관련 자료, 경계지 7필지 매매계약서, 회계감사보고서, 제30차 임원회의 의사록 등 자료를 인터넷 등에 공개하지 않았다.

피고인 1은 위 자료들이 법정 기한 내에 공개될 경우 조합 사업을 방해하는 세력이 위 자료들을 악용할 위험성에 대한 검토가 필요하여 일시적으로 미공개한 것뿐이라고 변소하나, 피고인 1이 주장하는 사유는 관련 법령이 부과한 의무를 이행하지 않을 정당한 이유가 될 수 없다.

③ 또한 피고인 1이 피해자 조합의 사업 진행에 지장을 초래하지 않는 방식으로 조합원들에게 조합 자료를 공개할 수 있는 대체수단을 강구해보았다는 사정도 보이지 않는다.

④ 피고인 1이 공개하지 아니한 이 부분 공소사실 기재 자료들은 경계지 7필지에 대한 매매계약, 공소외 6 회사와의 용역계약 등과 같이 피해자 조합 재산의 처분 등 조합원들에게 경제적 부담을 초래하는 중대한 사항에 관한 것일 뿐 아니라, 피고인 1 등의 피해자 조합에 대한 이 사건 배임행위에 부수하여 작성되거나 그 과정에서 작성된 매매계약서 내지 용역계약서, 의사록 등으로서, 피고인 1이 이를 법정 기한 내에 공개하지 않았으므로 조합원들로서는 해당 범행내용을 제대로 인지할 수 없었던 것으로 보이는바, 피고인 1의 이 부분 공소사실 기재 행위가 정당한 목적이나 동기에서 이루어졌다고 보기는 어렵다.

8. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

가. 피고인 1의 사전자기기록등변작의 점 및 변작사전자기기록등행사의 점

1) 형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것이므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이

르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 등 참조).

또한 형사항소심은 속심이면서도 사후심으로서의 성격을 가지고 있는 점과 아울러 형사소송법에서 정한 실질적 직접 심리주의의 정신 등에 비추어 볼 때, 제1심이 증인신문 등의 증거조사 절차를 거친 후에 합리적인 의심을 배제할 만한 증거가 부족하다고 보아 공소사실을 무죄로 판단한 경우에, 항소심의 심리 결과 일부 반대되는 사실에 관한 개연성 또는 의문이 제기될 수 있다 하더라도 제1심이 일으킨 합리적인 의심을 충분히 해소할 수 있을 정도에까지 이르지 아니한다면 그와 같은 사정만으로 범죄의 증거가 부족하다는 제1심의 판단에 사실오인의 위법이 있다고 단정하여 공소사실을 유죄로 인정하여서는 아니 된다(대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도11428 판결 등 참조).

2) 원심은 원심판결 제93~96쪽 '무죄 부분 3. 나. 판단' 항목에서 이에 대한 판단 근거를 자세히 실시하면서 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

위 법리에 기초하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 원심의 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 사실인정에 이르는 논증이 논리와 경험법칙에 어긋나는 등으로 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 볼 만한 합리적인 사정이 있다고 볼 수 없으며, 검사가 제출한 증거들만으로는 이 부분 공소사실 기재와 같은 내용의 2017. 10. 17.자 제29차 임원회의 회의록 전자파일이 진정하게 성립되어 있었다는 사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 볼 수 없으므로, 원심판결에 검사 주장과 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다(검사는, 피고인 3이 2017. 10. 17. 공소외 5에게 '경계지 7필지의 매매가를 매도가격의 120%로 했을 때 54억 원이 나오는 것이 맞느냐, 임원회의 전에 금액산출을 정확히 해 달라'고 했던 대화내용 및 공소외 2 회사의 공소외 32 이사가 피해자 조합의 제29차 임원회의가 있기 전인 2017. 10. 11. 공소외 5에게 경계지 7필지에 관한 매매대금을 기재해 놓은 매매계약서를 이메일로 송부한 사정 등을 근거로 2017. 10. 17. 제29차 임원회의에서 경계지 7필지를 토지매입가격의 120%의 가격에 업무대행비로 지급하기로 한다는 회의록이 작성되어 있었다고 보아야 한다고 주장하나, 원심이 실시한 이 부분 판단 근거에 비추어 위와 같은 사정들만으로는 이 부분 공소사실이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기 어렵다).

나. 피고인 3의 조합 자료 미공개로 인한 주택법위반의 점

원심은, 피고인 3이 이 부분 공소사실 일시인 2017. 11. 30.에는 피해자 조합의 고문 및 자문위원직에서 사퇴한 상태였으므로 구 주택법이 제12조 제1항에서 주택조합사업의 시행에 관련한 서류 및 자료의 공개의무를 부과하고 있는 '주택조합의 임원'에 해당한다고 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 3이 피고인 1에게 2017. 11. 30.경 작성한 제30차 임원회의 회의록을 15일 이내에 조합원들에게 공개하지 않도록 지시하였다거나, 이를 공개하지 않는 데에 가담하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 피고인 3의 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심이 실시한 위와 같은 사정에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 제30차 임원회의 회의록을 포함하여 피해자 조합의 제28 내지 34차 임원회의 회의록은 2018. 4. 3. 피고인 1에 의하여 피해자 조합 인터넷 카페에 일괄 게시되었는데, 그 과정에서 공소외 5와 제30차 임원회의 회의록 정정과 관련하여 대화를 나누거나, 2018. 1. 10. 공소외 5에게 '임원회의 회의록을 올려야 하니 제30차 임원회의의 안건

을 정리해 놓은 것이 있으면 보내달라'고 요청하기도 하는 등 제30차 임원회의 회의록의 작성과 공개를 피고인 1이 직접 주관하였다고 보이는 반면, 여기에 피고인 3이 관여하였다고 볼 만한 사정은 보이지 않는 점, ② 피고인 3이 전직 조합장, 고문 및 자문위원을 역임하였고, 조합장인 피고인 1이 자신의 조카이며, 고문 자리에서 물러난 후로도 피해자 조합의 공사도급계약, 경계지 7필지의 이전, 공소외 6 회사와의 용역계약 체결 등에 어느 정도 관여해 온 것으로 보이는 하나, 이로써 피고인 3이 2017. 11. 30.자 제30차 임원회의 회의록의 작성 및 공개까지 관여하였다고 곧바로 추단할 수는 없고, 달리 이를 인정할 만한 정황이 보이지 않는 점 등을 보태어 보면, 피고인 3에 대한 이 부분 공소사실이 합리적 의심을 배제할 수 있을 만큼 증명되었다고 보기 어렵다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장도 이유 없다.

IV. 결론

그렇다면 피고인들의 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점과 피고인 1, 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장은 일부 이유 있고, 피고인 1, 피고인 2의 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있으므로, 원심판결 중 피고인들에 대한 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 부분과 피고인 1, 피고인 2에 대한 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 부분 및 업무상배임죄 부분은 파기되어야 한다.

다만 피고인들의 위 죄들은 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 피고인들과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄 부분에 관한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 한다.

【이유】

】I. 이 법원의 심판 범위

검사가 피해자 공소외 지역주택조합(이하 '피해자 조합'이라 한다) 소유인 경계지 7필지의 재산적 가치가 5,454,545,000원임을 전제로 그 이전에 의하여 피해자 조합에 발생한 재산상 손해액이 위 5,454,545,000원과 미지급 업무대행비 1,331,000,000원의 차액인 4,123,545,000원이라고 하여 피고인들에게 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용하여 공소를 제기한 데 대하여, 원심은 이 부분 공소사실 중 경계지 7필지의 재산적 가치가 5,454,545,000원에 달한다는 점을 전제로 한 부분은 범죄사실의 증명이 없다고 보아 판결 이유에서 무죄로 판단하면서 피고인들의 행위로 인한 이 부분 재산상 손해액 및 이득액을 1,829,858,000원으로 보아 이 부분 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 유죄로 인정하였다.

이에 대하여 피고인들이 유죄 부분에 대하여 항소하였고, 검사는 위 이유 무죄 부분에 대하여는 별다른 항소이유를 주장하지 않았다.

피고인들의 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 이유 무죄 부분은 상소불가분의 원칙에 따라 유죄 부분과 함께 당심에 이심되기는 하나, 위 이유 무죄 부분은 이미 당사자 사이의 공격·방어 대상에서 벗어나 사실상 심판대상에서 이탈되었으므로, 이 부분에 대하여는 원심의 결론에 그대로 따르기로

하고 당심에서 따로 판단하지 않는다.

II. 항소이유의 요지

1. 피고인 1

가. 사실오인 및 법리오해

1) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분)

가) 피해자 조합이 청주시 (주소 2 생략) 일대 약 71,000㎡ 규모의 대지에 조합원을 모집하여 아파트를 건설하는 사업 (이하 '이 사건 사업'이라 한다)에 관하여 2017. 8. 1. 사업계획승인을 받음으로써 업무대행사인 공소외 2 주식회사 (이하 '공소외 2 회사'라 한다)로서는 2017. 11.경 이미 업무대행비 전액을 청구할 수 있는 지위에 있었다.

피해자 조합, 공소외 3 주식회사(이하 '공소외 3 회사'라 한다), 공소외 2 회사 사이에서 2017. 11. 22. 공사도급계약(이하 '이 사건 공사도급계약'이라 한다)을 체결하면서 업무대행비의 지급시기를 변경하는 조항을 두었더라도, 이는 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 채무의 기한을 불확정기한으로 정하여 지급시기를 유예한 것에 불과하다.

공소외 2 회사가 2017. 12. 31.경 업무대행관계에서 이탈하였다 하더라도 업무대행계약에서 정한 업무가 대부분 완료된 상태였으므로 이미 완성된 기성부분에 대한 업무대행비 채권에 영향을 주지 않는다.

피해자 조합과 공소외 2 회사 사이에서는 업무대행비를 토지로 대물변제하기로 하는 합의가 이미 존재하였고, 이 사건 공사도급계약에 의하여 업무대행비 지급시기를 변경한 것은 공소외 3 회사의 요구에 따른 것일 뿐 위 대물변제 합의와는 무관하다.

이 사건 공사도급계약을 체결하는 과정에서 피해자 조합과 공소외 2 회사, 공소외 3 회사 담당자들은 토지를 대물로 업무대행비를 지급하는 것은 공사도급계약에 정한 업무대행비의 지급시기 및 지급비율 약정과 상관없이 가능하다는 취지로 협의하기도 하였다.

피해자 조합은 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 대물변제로 경계지 7필지를 이전해주는 문제를 제30차 임원회의의 적법한 결의를 거쳐 결정하였고, 경계지 7필지가 대물변제로써 소유권이 이전된 후 ○○○지구 시공사인 공소외 4 주식회사(이하 '공소외 4 회사'라 한다) 앞으로 가등기가 마쳐졌다는 등의 사정은 배임의 성립 여부와 무관하므로, 피해자 조합이 공소외 2 회사에 대물변제 명목으로 경계지 7필지의 소유권을 이전해준 것을 업무상 임무위배행위라 볼 수 없다.

나) 경계지 7필지에 관한 근저당권 설정에 관한 특약은 피고인 2와 공소외 5의 합의에 의하여 삽입되었을 뿐, 피고인 1은 이와 관련한 내용을 전혀 알 수 없었으므로, 피해자 조합과 공소외 2 회사 사이에 경계지 7필지에 대한 근저당권 설정에 관하여 명시적인 의사 합의가 있었다고 할 수 없고, 근저당권 설정 조항은 피고인 2, 공소외 5 사이의 통정허위표시로 무효라고 보아야 한다.

따라서 피해자 조합이 경계지 7필지에 관한 근저당권을 설정 받지 않았다고 하여 피고인들이 업무상 임무위배행위를 한 것이라거나 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없다.

다) 공소외 3 회사가 이 사건 공사도급계약상의 공사비를 모두 지급받은 이상 피해자 조합에 손해배상청구나 구상권을 행사할 여지가 없으므로, 업무대행비의 대물변제로 경계지 7필지를 이전해준 것으로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하거나 발생할 위험이 없다.

손해가 있다 하더라도 피해자 조합이 입은 손해는 지급시기를 유예한 업무대행비 채무를 그 지급시기 이전에 경계지 7필지로 선행하여 대물변제한 데 따른 이자 정도라고 보아야 하므로, 이로 인한 재산상 손해액 및 이득액을 원심이 인정한 1,829,858,000원이라고 볼 수는 없고, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

2) 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 이 사건 공사도급계약에서 업무대행비 지급시기를 조정한 것은 현금으로 지급하는 경우에 한정되므로, 경계지 7필지를 대물변제 받은 이후에도 공소외 2 회사로서는 피해자 조합에 대하여 현금으로 미지급 업무대행비 1,170,000,000원을 청구할 수 있었다.

따라서 피해자 조합이 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급한 것을 업무상 임무위배행위라 볼 수 없고, 피해자 조합의 손해를 인정할 수 없다.

나) 설령 위 550,000,000원의 업무대행비가 이 사건 공사도급계약에서 정한 지급시기보다 앞서 지급됨에 따라 피해자 조합에 손해가 발생하였다 하더라도 그로 인하여 피해자 조합이 입은 손해는 선지급된 업무대행비에 대한 이자 상당이라고 보아야 하므로, 이 부분 공소사실과 같이 550,000,000원 전액을 손해 및 재산상 이익으로 볼 수 없고, 따라서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

3) 2,310,000,000원 상당 무자격 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 3은 공소외 3 회사와의 협상을 주도하면서 효율적인 전략을 구사하여 실제로 공사비를 감액시켰고, 피해자 조합은 공사비 감액에 관한 피고인 3의 기여를 인정하고 그 대가 지급을 위해 공소외 6 주식회사(이하 '공소외 6 회사'라 한다)에 용역비를 지급하기로 하여 적법·유효한 총회와 임원회의의 결의 및 법무법인 △△에 대한 자문의뢰를 거쳐 공소외 6 회사와 사이에 2,310,000,000원(부가세 포함)의 용역계약(이하 '이 사건 용역계약'이라 한다)을 체결하였다.

따라서 피해자 조합은 공소외 6 회사에 대한 위 2,310,000,000원의 용역비채무를 승인한 것이고, 이로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 볼 수 없으므로, 이 사건 용역계약과 관련하여 피고인 1이 배임행위를 하였다고 볼 수 없다.

나) 설령 이 사건 용역계약의 용역비가 과다하게 책정되었다고 하더라도 적정한 수준의 용역비와의 차액만을 손해액으로 인정할 수 있을 뿐 이 부분 용역비 2,310,000,000원 전체가 이 부분 배임행위로 인한 손해에 해당한다고 볼 수 없으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

다) 또한 무효인 지급명령에 기해 이루어진 부동산 강제경매신청에 의한 재산상 실해 발생의 위험은 구체적·현실적인 위험이 야기된 정도에 이르렀다고 볼 수 없어 배임죄의 기수에 이르렀다고 볼 수 없다.

4) 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

피해자 조합이 조합원 자격이 없는 사람들과 사이에 먼저 계약금을 지급받되 추후 미분양분 주택을 공급해주지 못할 경우 계약금을 반환하고 추가로 5,000,000원을 지급하기로 하는 약정(이하 '이 사건 약정'이라 한다)을 체결할 당시

피해자 조합은 주택건설사업계획승인을 받기 전이었으므로 주택법 제54조 제1항의 '사업주체'라고 할 수 없다.

이 사건 약정은 일반분양을 거친 후에도 남은 미분양분 주택이 발생할 것을 정지조건으로 하는 약정으로서, 확정적·최종적으로 분양계약을 체결한 것이 아닌 모집 단계에 그친 것이어서 주택법 제102조 제13호의 '주택을 공급'한 경우에 해당하지 않는다.

5) 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 1은 피해자 조합에 사업비가 절실히 필요한 상황에서 불가피하게 이 사건 약정을 통해 비조합원에 대한 모집행위에 나아간 것으로 피해자 조합을 위한다는 의사가 있었을 뿐 배임의 고의나 불법이득의사가 없었다.

미분양분 주택이 발생할 것을 정지조건으로 하는 이 사건 약정은 미분양분 주택이 발생하지 않는 경우 조건이 불성취되어 피해자 조합으로서는 손해배상을 할 의무가 발생하지 않으므로 손해가 인정되지도 않는다.

나) 피해자 조합과 공소외 7 주식회사(이하 '공소외 7 회사'라 한다) 사이의 조합원 모집 용역계약은 합의에 의하여 구두로 그 내용을 변경할 수 있는 것이고, 피해자 조합은 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 자들을 상대로 미분양분 주택이 발생하는 것을 조건으로 약정을 체결하도록 하면서 그에 따른 용역비를 지급한 것이다.

이는 피해자 조합의 사업 위기를 돌파하기 위한 방편이었을 뿐 공소외 7 회사나 모집된 비조합원에 이익을 주기 위한 것이 아니었고, 공소외 7 회사로서는 용역수행의 대가로 용역비를 받은 것일 뿐 재산상 이익을 얻었다고 할 수 없으며, 그 이익의 가액이 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 금액 이상에 해당한다고 볼 수도 없다.

6) 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점

피고인 1은 조합 자료 미공개를 이유로 한 형사사건으로 수사를 받게 되자 피해자 조합을 방해하는 세력으로부터 조합 사업을 지키기 위하여 조합비용으로 변호사 선임료를 지출한 것이고, 이는 조합장으로서 선량한 관리자의 주의의무를 이행한 것이어서 형법 제20조의 정당행위에 해당함에도 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실에 대하여 유죄로 판단하였다.

7) 조합 자료 미공개에 의한 주택법위반의 점

피고인 1이 조합 자료를 공개하지 않은 것은 비상대책위원회를 칭하며 조합 사업을 방해하는 세력에 대응하여 조합 자료가 악용될 경우의 위험성에 대한 검토를 위하여 일시적으로 취한 조치에 불과하여 형법 제20조의 정당행위에 해당함에도 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 위법하다.

나. 양형부당

피고인 1에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 피고인 2

가. 사실오인 및 법리오해

1) ○○○지구 토지 매입비 등 750,000,000원 수령에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 2와 피해자 조합 설립추진위원회(이하 '피해자 추진위'라 한다) 및 피해자 조합과의 사이에는 재산상 이익을 보호·관리하는 것을 전형적·본질적 내용으로 하는 신임관계가 존재하지 않으므로 피고인 2를 '타인의 사무를 처리하

는 자'라고 볼 수 없다.

나) 이 사건 사업 초기의 피해자 추진위는 피고인 2가 주도하여 구성한 것이어서 피고인 2와 실질적으로 동일하다고 할 수 있었고, 피고인 2는 이 사건 사업 진행에 앞서 도시개발사업을 추진하기 위하여 공소외 21 주식회사(이하 '공소외 21 회사'라 한다)로 하여금 사업부지를 매입하여 도시개발사업을 완료한 후 이를 피해자 조합에 이전하는 방식으로 사업을 진행하기로 하고, 그 집행 근거를 마련하기 위해 공소외 21 회사와 피해자 추진위 사이의 토지매매계약을 작성하였는데, 그 실질은 순수한 토지매매계약과 여러 가지 용역계약이 포함된 것이었다.

피해자 추진위의 위원장 피고인 3도 자신이 운영하는 □□□□□□를 통하여 용역비를 지급받음으로써 위 토지매매계약서의 존재 및 공소외 21 회사가 피해자 추진위를 위하여 수행한 도시개발사업용역에 따른 대가를 수령하는 것임을 충분히 인식하고 있었다.

공소외 21 회사는 공소외 2 회사가 업무대행사로서 수행하는 이 사건 사업과 명백히 구분되는 도시개발사업에 관한 용역을 수행하였고, 피고인 2로서는 이에 따른 대가를 지급받을 권리 또는 상법 제61조에 따른 상인의 보수청구권에 기하여 위 토지매매계약서 및 피해자 추진위와 공소외 8 주식회사(이하 '공소외 8 회사'라 한다) 사이의 자금관리대리사무계약에서 정한 절차에 따라 적법·정당하게 용역비를 출금 받은 것이다.

따라서 피고인 2에게 어떠한 임무위배행위 및 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없고 피해자 조합에 손해를 발생시켰다고 볼 수도 없다.

2) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분) 및 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 공모관계 관련 공소사실 특정, 증명의 방법 및 정도

피고인들의 공모관계에 관하여 공소사실이 특정되지 않았고, 피고인 2에게 배임죄가 인정되기 위해서는 피고인 1, 피고인 3과 이익대립관계에 있는 피고인 2가 사회적 상당성의 범위를 벗어나 배임행위에 적극 가담하였다는 등의 특별한 사정이 필요함에도 이러한 점이 증명되지 않았다.

피고인 2는 피해자 조합의 업무대행사의 대표이사 지위에서 지극히 일상적인 업무를 수행했을 뿐 피고인 1의 배임행위에 적극 가담한 사실이 없다.

나) 경계지 7필지 이전 관련

(1) 공소외 2 회사는 피해자 조합이 2017. 8. 1. 사업계획승인을 받음으로써 당초 업무대행계약에서 정한 바에 따라 피해자 조합에 대하여 10,912,000,000원 전액을 청구할 업무대행비 청구권을 가지게 되었고(피해자 조합과 공소외 2 회사 사이의 업무대행계약이 해지된다 하더라도 위 청구권이 소멸하지 않는다), 업무대행계약에서 정한 업무도 모두 완료한 상태였다.

공소외 2 회사는 피해자 조합이 업무대행비 잔금 지급을 거절함에 따라 업무대행계약을 해지하였을 뿐이므로 이를 배임의 징표로 삼을 수 없다.

이 사건 공사도급계약으로 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급의무의 변제기가 유예된 것일 뿐이고, 공소외 2 회사로서는 피해자 조합 잔여토지를 업무대행비에 대한 대물로 지급받는 것과 관련하여 공소외 3 회사와 협의할 의무를 부담한다고 볼 수 없다.

이 사건 공사도급계약 제17조 제12호는 분양수입금 인출 순위에 관한 규정일 뿐 업무대행비의 지급 여부 자체를 제한하는 규정으로 볼 수 없으며, 업무대행비를 현금 지급이 아닌 사업 외 부지로 대물변제하는 것은 그 지급시기를 조정할 아무런 이유나 필요성이 없었고 공소외 3 회사와도 이미 협의가 완료된 것이기에 이를 반영하여 위 제17조 제12호 단서조항을 둔 것이다.

경계지 7필지의 대물변제는 피해자 조합 내부의 정당한 절차를 거쳐 이루어졌고, 피고인 2와 피해자 조합 사이에 경계지 7필지에 관하여 근저당권을 설정하기로 하는 합의가 존재하지도 않으며, 이중담보권 설정은 배임죄를 구성하지도 않으므로, 이와 관련하여 피고인 2의 임무위배행위가 있다거나 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없다.

(2) 공소외 2 회사는 피고인 2가 업무대행계약을 해지할 즈음에 이미 피해자 조합과의 업무대행계약에서 정한 업무를 모두 완료하였으므로, 피고인 2는 피해자 조합이 장기간 지급을 지연하던 업무대행비를 정당하게 지급받았을 뿐이다.

또한 경계지 7필지는 사업 외 부지로서 피해자 조합의 사업이 완료된 이후 어차피 매각했어야 할 대지이므로 이를 대물변제한 것은 피해자 조합에 이익을 주는 것일 뿐 손해라고 볼 수 없다.

설령 손해가 있다고 하더라도 그 손해는 '유동성 장애'의 손해로 구체적인 액수를 산정할 수 있는 손해가 아니므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용할 수 없다.

다) 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급 관련

이 사건 공사도급계약에 의하면 공소외 2 회사는 총 5,456,000,000원(=10,912,000,000 원×1/2)의 업무대행비를 계약금 및 중도금으로 지급받을 수 있었는데, 피해자 조합으로부터 4,125,000,000원을 지급받았으므로 그 차액인 1,331,000,000원이 계약금 및 중도금 잔액으로 남아 있었다.

경계지 7필지 이전을 통한 5,100,000,000원의 지급은 현금으로 받을 권리가 있는 계약금 및 중도금이 아니라 현금으로 지급받을 시기가 도래하지 않은 잔금을 지급받은 것이므로, 피고인 2의 2017. 11. 30.자 업무대행비 550,000,000원의 지급 청구는 위 계약금 및 중도금 잔액인 1,331,000,000원 중 일부의 지급을 정당하게 청구한 것일 뿐이어서 배임죄가 성립되지 않는다.

3) 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 이 사건 약정을 체결할 당시 피해자 조합은 주택법상 '사업주체'에 해당하지 않았고, 이 사건 약정은 정지조건부 약정에 불과하며, 조합원 자격이 없는 사람들과 이 사건 약정을 체결한 행위는 '입주자 모집행위' 또는 '주택 공급신청행위'에 해당하지 않아 이를 주택법상 '주택의 공급'에 해당한다고 볼 수 없다.

주택법상 '사업주체'와 '주택의 공급'의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 위배된다.

또한 피고인 2로서는 이 사건 약정이 주택법을 위반할 소지가 있다는 점에 대한 인식, 즉 위법성의 인식을 가질 수 없었다.

4) 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 2와 피고인 1의 이 부분 범행의 공모관계에 관하여 공소사실이 특정되지 않았고, 피고인 2는 피해자 조합의 아파트 분양 업무에 적극적으로 관여하지 않았으므로 배임죄의 공동정범이 될 수 없다.

나) 피해자 조합의 재정상황상 사업비 마련을 위하여 불가피하게 이 사건 약정을 체결할 수밖에 없었고, 이로 인하여 피해자 조합이 얻은 재산상 이익은 위 약정으로 부담할 수도 있는 손해배상채무액보다 훨씬 크며, 미분양 세대가 발생하였다 하여도 피해자 조합이 이 사건 약정의 계약 상대방들에게 부담하는 5,000,000원씩의 채무는 이 사건 약정을 통하여 받은 계약금의 이자 정도에 불과하므로 피해자 조합에 손해가 발생한 것으로 볼 수 없다.

미승인 입주자 모집 관련 손해배상약정에 의한 손해액 214,500,000원은 이 사건 약정으로 인해 발생한 손해라기보다 피해자 조합의 현 집행부의 선부른 약정 해제로 인해 발생한 손해일 뿐이고, 공소외 7 회사는 용역 수행에 따른 정당한 용역비를 지급받은 것이다.

따라서 이와 관련하여 임무위배행위 및 배임의 고의가 있다거나 피해자 조합에 손해가 발생했다고 볼 수 없다.

나. 양형부당

피고인 2에 대한 원심의 형(징역 4년 6개월)은 너무 무거워서 부당하다.

3. 피고인 3

가. 사실오인 및 법리오해

1) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분)

가) 피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 경계지 7필지 이전과 관련하여 업무상 임무위배행위가 있었다거나 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

나) 피고인 3은 경계지 7필지에 대한 매매계약체결에 관여한 적이 없고, 근저당권 설정과 관련한 특약내용은 전혀 알지 못하였음에도 불구하고, 원심은 믿기 어려운 공소외 5의 진술 등을 근거로 사실을 오인하고 법리를 오해하여 피고인 3을 공동정범으로 인정하였다.

2) 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점

피고인 3은 이 사건 사업의 시공사로 이미 공소외 3 회사가 확고히 예정되어 있던 상태에서 다른 건설사를 끌어들여 공소외 3 회사를 압박하여 공사비 협상을 하고자 하였을 뿐, 주택법상의 '시공사 선정에 관한 업무'를 한 것이 아니다.

3) 2,310,000,000원 상당 무자격 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약 및 지급명령 등과 관련하여 피고인 3이 배임행위를 하였다거나 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조의 위반죄가 성립한다거나 배임죄의 기수로 판단할 수 없다.

피고인 3은 이 사건 용역계약을 통하여 실제로 얻은 이익도 없고, 피해자 조합에 손해를 가한다는 인식이나 의사를 가지고 있었던 것도 아니므로 배임의 범의도 인정되지 않는다.

4) 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 이 부분 공소사실 기재 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당한다.

나. 양형부당

피고인 3에 대한 원심의 형(징역 4년 6개월)은 너무 무거워서 부당하다.

4. 검사

가. 사실오인(주문 무죄 부분)

1) 피고인 1의 사전자기기록등변작의 점 및 변작사전자기기록등행사의 점

피해자 조합 소유인 경계지 7필지를 토지매입가격의 120%인 5,454,545,000원(부가세 별도)에 업무대행비로 지급하기로 결의하였다는 내용이 기재된 피해자 조합의 2017. 10. 27.자 제29차 임원회의 회의록이 진정하게 성립되어 있음에도 불구하고, 원심은 위 회의록 전자파일이 진정하게 작성된 사실을 인정할 수 없다고 하면서 피고인 1의 이 부분 각 공소사실을 무죄로 잘못 판단하였다.

2) 피고인 3의 조합 자료 미공개로 인한 주택법위반의 점

피고인 3은 피해자 조합의 업무를 주도적으로 관여하고 결정하였으므로 조합자료 미공개와 관련한 피고인 3의 공모관계를 충분히 인정할 수 있음에도 불구하고, 원심은 피고인 3의 공모사실이 인정되지 않는다고 보아 피고인 3의 이 부분 공소사실을 무죄로 잘못 판단하였다.

나. 양형부당

피고인들에 대한 원심의 위 각 형은 너무 가벼워서 부당하다.

Ⅲ. 판단

1. 피고인 2의 ○○○지구 토지 매입비 등 750,000,000원 수령에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 피고인이 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하는지 여부

1) 피고인은 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제26 내지 28쪽의 '유죄의 이유 1. 나. 이 사건 당시 업무대행사의 대표이사인 피고인 2가 "타인의 사무를 처리하는 자"에 해당하는지 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인의 주장을 배척하였다.

2) 원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인이 피해자 추진위 또는 피해자 조합의 자금을 관리하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없으므로 피고인의 이 부분 주장을 받아들이지 않는다.

① 피고인은 검찰 조사에서 '피고인 3과 함께 이 사건 사업 부지에 대하여 공소외 9를 통하여 토지작업을 한 후 개발 사업을 추진하려고 하였는데, 주택조합에 의한 방식으로 사업을 진행하게 된 것은, 일반분양방식으로 사업을 진행하려면 시공사로부터 돈을 빌려야 하고, 이 사건 사업 부지에 대한 도시개발사업을 진행하기 전에는 시공사로부터 돈을 빌리기 어렵기 때문이었다'라는 취지로 진술하였다.

피고인은 피해자 조합의 추진위를 설립하기 전인 2015. 5.경 공소외 8 회사 사무실에서 전 법무사 공소외 10, 공소외 11 사무소 사무장인 공소외 12, 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14와 함께 이 사건 사업 부지에 대한 도시개발사업

에 대하여 논의하기도 하였으며, 피해자 조합의 규약도 피고인이 직접 만들었다.

이러한 사정들로 보아 피고인은 단순히 피해자 조합을 위한 업무대행사의 대표이사의 지위에 있었던 것만이 아니라 피해자 조합이 설립되기 이전부터 주도적으로 이 사건 사업을 추진하던 주요 인물이었다.

- ② 피고인 3의 검찰 조사 당시 진술에 의하면, 피해자 조합과 공소외 21 회사 사이의 2015. 10. 1.자 토지매매계약서(이하 '이 사건 매매계약서'라 한다)가 작성될 당시와 피해자 조합의 자금 750,000,000원을 공소외 21 회사로 인출한 시기는 피고인 3의 건강상태가 좋지 않아 피고인이 이 사건 사업과 관련한 업무 전반을 알아서 처리하던 때였다.
- ③ 피고인은, 공소외 2 회사, 피해자 추진위 및 피해자 조합, 공소외 8 회사가 체결한 자금관리대리사무계약에서 사업비 집행방법(제4조)에 관하여 자금 집행 시 '피해자 추진위 위원장(피고인 3)이 공소외 2 회사의 자금집행 요청서 검토 및 동의'를 필수사항으로 정하고 있음을 들어 피고인이 전적으로 피해자 조합의 자금관리업무를 대행하는 지위에 있었던 것으로는 볼 수 없다고 주장한다.

그러나 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15는 수사기관 및 원심법정에서 '자금집행 요청서와 공문에 피고인 3의 직인이 찍혀있어 피해자 조합이 동의를 한 것으로 판단하였을 뿐, 피고인 3에게 직접 확인한 사실은 없다'라는 취지로 진술하였는데, 당시 피고인은 피고인 3의 직인을 가지고 있었고, 피고인 3도 위 ②항에서 본 바와 같이 당시 피해자 추진위 내지 피해자 조합의 업무를 피고인에게 모두 맡겼던 것으로 보이므로, 위와 같은 자금관리사무 계약에서 자금집행의 절차에 관하여 정하고 있는 조항과는 무관하게 피고인과 피해자 조합 사이에 신임관계가 존재하는 것으로 봄이 타당하다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 배임행위, 고의 및 손해의 발생 인정 여부

- 1) 배임죄 구성에 있어서 임무에 위배하는 행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함한다(대법원 1990. 6. 8. 선고 89도1417 판결 등 참조). 업무상배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 임무 위배의 인식과 그로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 인식, 즉 배임의 고의가 있어야 하는데, 이러한 인식은 미필적 인식으로도 충분하고, 피고인이 배임의 범의를 부인하는 경우에 배임의 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인지는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1523 판결 등 참조).
- 2) 피고인은 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제28 내지 37쪽의 '유죄의 이유 1. 다. 배임행위와 고의의 인정 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인의 주장을 배척하였다.
- 3) 원심의 위와 같은 판단을 앞서 본 법리에 기초하여 기록과 대조하여 면밀히 살펴보면, 피고인이 피해자 추진위 또는 피해자 조합에 대하여 배임행위를 한 사실, 피고인의 배임의 고의와 이로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

피고인이 당심에서 거듭 강조하는 쟁점에 대하여 다시 살펴보더라도 다음과 같은 이유로 피고인의 이 부분 주장은 받아들이기 어렵다.

가) 피고인은 도시개발사업의 주체가 될 수 없는 피해자 추진위를 위하여 도시개발업무를 성실히 수행하였고, 이에 따른 용역비 청구권을 가지게 되었으며, 이러한 도시개발사업 용역비를 피해자 조합이 지급할 의무가 있어 이 부분 공소사실 기재 금액을 용역비로 청구한 것이며, 자금 출금에 대한 최종 결정권이 있는 공소외 8 회사가 승인하여 이를 수령한 것일 뿐이라고 주장한다.

그러나 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래의 사정들에 의하면, 피고인이 피해자 조합에 대하여 도시개발사업 수행에 따른 용역비 청구권을 가진다고 보기 어렵고, 공소외 8 회사의 승인과 무관하게 배임죄 성립이 가능하므로, 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

① 피고인은 수사기관에서 '공소외 21 회사는 도시개발사업의 주체가 될 수 없고, 도시개발사업을 컨트롤하기 위한 것이기 때문에 자격이 필요 없다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 16은 원심법정에서 '공소외 21 회사는 자기 명의로 도시개발사업을 시행할 수 없었다'라는 취지로 진술한 점 등에 의하면, 공소외 21 회사 또한 도시개발사업을 직접 수행할 수 있는 자격이 없었던 것으로 보인다.

그렇다면 공소외 21 회사가 하였다고 주장하는 도시개발업무는 반드시 공소외 21 회사가 주체가 되어 수행되었어야 할 필연적인 이유가 있었다고 보기 어려운바, 그럼에도 피고인은 공소외 21 회사가 실제로 어떠한 업무를 하였는지도 불분명하고 업무수행에 대한 적법·유효한 계약상 근거도 없는 상황에서 어떠한 합리적인 산정기준도 없이 과다하게 책정된 용역비를 근거로 자금 집행을 청구하였다(이 사건 매매계약서상의 매매대금 700억 원 중 순수 토지매입비로 약 600억 원, 각종 용역비로 약 80억 원을 제외하고 공소외 21 회사의 용역비로는 약 20억 원 정도만을 예정한 것이라는 피고인의 주장을 감안하더라도 마찬가지이다).

② 공소외 8 회사의 공소외 13은 원심법정에서 "저희가 승인을 할 수 있는 건 아니고요. 대리사무계약에 의하면 업무대행사가 요청을 하고 조합 추진위가 검토하고 동의를 해서 그런 시스템이 있어야 돈이 나가고, 저희 마음대로 돈이 나가거나 그런 경우는 없습니다.

저희가 돈이 나가는 경우는 어쨌든 업무대행사, 아니 그러니까 뭐 조합 추진위가 도장을 찍어야 나갈 수 있는 그런 겁니다"라고 진술하였다.

이에 비추어 보면 공소외 8 회사의 자금집행 결정에서 피해자 조합의 검토 및 동의 유무가 가장 중요한 요건이라 할 것이고, 자금집행과 관련하여 공소외 8 회사가 피해자 조합에 우선하는 최종 결정권자라고 볼 수도 없다.

피고인은 자신이 임의로 직접 작성한 이 사건 매매계약서와 피고인 3의 직인을 가지고 피해자 조합의 자금집행의 요청 및 동의가 있는 것처럼 외관을 형성하였고, 이로써 피해자 조합의 동의가 있는 것으로 신뢰한 공소외 8 회사로부터 자금을 인출 받았던 것이므로, 공소외 8 회사의 자금집행 결정을 통하여 자금인출이 이루어졌다는 사정은 피고인의 배임죄 성립에 영향을 미친다고 볼 수 없다.

나) 피고인은, 이 사건 매매계약서는 도시개발사업 등의 근거를 위해 개괄적으로 작성된 것이고, 추후 특약사항을 통해 구체적인 내용을 정하고자 한 것이며, 피고인 3도 위 매매계약을 충분히 인지할 수 있었고, 피해자 조합은 2016. 4. 29.자 창립총회를 통하여 피해자 추진위와 관련된 사항을 포괄승계 하였으므로 이 사건 매매계약서에 기한 권리관계도 포괄승계된 것이라고 주장한다.

그러나 아래의 사정들에 의하면, 피고인 3은 이 사건 매매계약서 작성 사실을 알지 못하였다고 봄이 타당하고, 피해자 조합의 총회에 위 계약 사실이 보고되었다고 볼 자료도 보이지 않으므로 피해자 조합이 위 매매계약서에 기한 권리 관계를 승계하였다고 볼 수 없다.

따라서 피고인의 위 주장도 받아들일 수 없다.

① 피고인은 수사기관에서 '공소외 21 회사의 용역에 대하여 조합원들에게 이야기한 적은 없다, 피고인 3은 도시개발업 무로 별도의 계약을 체결하지 않겠다고 하였다'라는 취지로 진술하였으며, 피고인 3도 수사기관에서 '공소외 21 회사로 집행된 500,000,000원은 잘못 지급된 것으로 나중에 회수되었다, 피고인이 동의 없이 임의로 작성한 이 사건 매매계약서로 인출 받은 것이다, 공소외 21 회사의 용역을 허락한 적이 없으며, 알았다면 총회의 승인이나 동의를 받았을 것이고, 용역계약의 조건도 협의한 바 없다, 총회에 보고한 적도 없다'라는 취지로 진술하였다.

② 2016. 6. 26.자 녹취서에 의하더라도 피고인 3이 공소외 17에게 이 사건 매매계약서가 작성된 사실, 피고인이 750,000,000원을 용역비로 인출한 사실을 몰랐다는 취지로 이야기하고 있음을 알 수 있고, 공소외 17 또한 원심법 정에서 피고인 3은 피고인이 500,000,000 원을 용역비로 인출한 사실을 알지 못하고 있었다고 진술하였다.

다) 피고인은, 피해자 추진위가 설립되기 전인 2015. 5.경 공소외 12, 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14 등과 함께 도시개발사업과 관련한 논의를 하여 이 사건 매매계약서를 작성한 것이고, 공소외 8 회사는 위 매매계약서를 근거로 공소외 21 회사에 750,000,000원을 도시개발사업에 대한 용역비로 지급하였으며, 공소외 21 회사와 □□□□□□ 사이의 용역계약에 근거하여 □□□□□□에 용역비를 지급하였으므로 □□□□□□의 운영자인 피고인 3이 이 사건 매매계약서에 근거하여 공소외 21 회사에 용역비를 지급하였다는 것을 알 수밖에 없다고 주장한다.

그러나 아래의 사정들을 고려하면, 피고인이 주장하는 위 사정들만으로 피고인 3이 이 사건 매매계약서의 존재 및 위 매매계약이 용역비 지급의 근거라는 점을 알았다고 보기 어렵다.

① 공소외 8 회사의 공소외 14, 공소외 15는 수사기관에서 '공소외 8 회사는 피고인과 도시개발사업 전체 구조에 대하여 의논한 적은 있으나, 공소외 21 회사의 용역비에 대하여는 협의한 적은 없다', '공소외 21 회사에 지급한 750,000,000원은 도시개발 운영비 명목이 아닌 토지비로 준 것이고, 이 사건 매매계약서의 특약사항에 매수인인 피해자 조합이 토지주와 계약한 사항을 확인한다고 되어 있어 이에 근거하여 지급한 것이다', '공소외 8 회사가 피고인에게 보낸 2017. 2. 13.자 공문에서 공소외 21 회사에 집행한 자금은 토지대금이 아닌 도시개발자금 운영비 명목으로 지급한 것이라는 내용도 사실이 아니고, 피고인이 요구하여 위와 같은 내용의 공문을 보낸 것이다'라는 취지로 진술하였는데, 원심법정에서는 '토지비 명목으로 준 운영비이고, 토지개발사업과 관련한 비용으로 쓰일 것이라 생각하였다', '공소외 21 회사에 지급한 500,000,000원은 도시개발사업에 대한 대가라기보다는 토지를 사는 데 필요한 비용을 포함하여 사업에 필요한 비용이라 생각하여 지급한 것이다'라는 취지로 진술하였다.

위 진술들에 비추어 보면, 피고인과 공소외 8 회사가 도시개발사업에 대한 용역비를 논의한 적은 없는 것으로 보이고, 공소외 8 회사는 공소외 21 회사가 청구하는 비용의 명목이 토지비인지 아니면 운영비인지를 확인하거나 그 비용이 세부적으로 어떻게 산정되었는지를 정확히 확인하지 않고 자금을 집행한 것으로 보인다.

② 앞서 본 바와 같이 이 사건 매매계약서는 피고인 3과는 전혀 논의되지 않은 채 작성된 것으로 보이므로, 피고인 3이 운영하는 □□□□□□이 공소외 21 회사와의 토지매입용역계약을 체결하고 그 용역에 따라 용역비를 지급받았다는 사실만으로 곧바로 피고인 3이 이 사건 매매계약서에 근거하여 공소외 21 회사에 용역비를 지급하였음을 인식할 수 있었다고 보기는 어렵다.

2. 피고인들의 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점 및 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 이 부분 각 공소사실 특정 관련(피고인 2의 주장에 대하여)

1) 관련 법리

가) 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립한다.

이러한 공모관계를 인정하기 위해서는 엄격한 증거가 요구되지만, 피고인이 범죄의 주관적 요소인 공모관계를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없다(대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결 등 참조).

나) 형사소송법 제254조 제4항에 의하면 "공소사실의 기재는 범죄의 일시, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다.

"라고 되어 있는바, 이와 같이 공소사실의 특정을 요구하는 법의 취지는 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 데에 있으므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시, 장소 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위의 정도에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그 공소내용이 특정되지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도11042 판결 등 참조). 그리고 공소 제기된 범죄의 성격에 비추어 그 공소의 원인이 된 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 그 일시·장소·방법·목적 등을 적시하여 특정하면 족하고, 공모의 시간·장소·내용 등을 구체적으로 명시하지 아니하였다거나 그 일부가 다소 불명확하더라도 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 그 공소사실을 특정할 수 있고, 그리하여 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그와 같은 이유만으로 공소사실이 특정되지 아니하였다고 할 수 없다(대법원 2018. 1. 25. 선고 2016도 6757 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

위 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실에 피고인들의 배임행위와 관련한 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되어 있지 아니한 것은 사실이나, 피해자 조합의 조합장으로서 조합 업무 전반을 관장하고 있는 피고인 1, 피해자 조합의 전 조합장 또는 고문 및 자문위원의 지위에서 조합 업무에 관여하여 온 피고인 3, 피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사의 대표이사로서 피해자 조합의 업무 전반을 대행하는 지위에 있는 피고인 2가 어느 한 시기에 한 장소에 모여 범행을 공모한 것이 아니라 수시로 연락을 주고받으면서 암묵적으로 공모를 하고, 피고인들이 각 지위에 기하여 업무를 지시하거나 관장하는 방식으로 이 부분 범죄에 가담한 것이기에 공모의 시기, 장소, 방법 등

이 명확하게 기재되지 못하는 것은 불가피한 측면이 있고, 이 부분 공소사실에는 배임행위의 시기, 내용, 방법 등이 다른 사실과 식별할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 특정되어 있으므로, 위와 같은 공소사실 기재로 인해 피고인 2의 방어권 행사에 별다른 지장은 없는 것으로 보인다.

따라서 이 부분 공소사실은 충분히 특정되었다고 할 것이므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나. 경계지 7필지 이전 관련 부분(피고인들)

1) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피해자 추진위와 공소외 2 회사는 2015. 9. 1. 이 사건 사업에 관하여 업무대행비를 1세대당 10,000,000원으로 정한 업무대행계약(이하 '이 사건 업무대행계약'이라 한다)을 체결하면서, 계약금 10%는 계약 시에, 1차 중도금 40%는 조합 설립신청 시에, 2차 중도금 40%는 조합 설립인가 후에, 잔금 10%는 사업계획 승인 후에 지급하기로 정하였다.
- ② 피해자 조합은 2016. 4. 29. 창립총회를 개최하며 피해자 추진위가 체결한 계약 등을 포괄승계하기로 결의하였고, 2016. 7. 22. 조합 설립인가를 받았으며, 2017. 8. 1. 이 사건 사업 부지에 아파트 992세대를 건축하는 주택건설사업 계획에 대한 승인이 이루어졌다.
- ③ 공소외 21 회사는 피고인 2가 2015. 8. 5. 설립한 회사이고, 피고인 3은 2017년경 피고인 1 명의로 공소외 21 회사의 50% 지분권을 가지게 되었는데, 2017. 10.경 피고인 1의 누나인 공소외 18을 공소외 21 회사의 공동대표이사로 취임시켰다.
- ④ 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 3 회사는 2017. 11. 22. 이 사건 공사도급계약을 체결하였는데, 도급계약서 제 17조 제12호는 아래와 같이 규정하고 있다.

그리고 당시는 일반분양이 진행되기 전이었으며, 공소외 2 회사는 당시까지 피해자 조합으로부터 합계 4,125,000,000원의 업무대행비를 지급받았다.

12. 조합 대행 업무용역비는 일백 구억 일천 이백만 원(10,912,000,000원, 부가세 포함)으로 하며, 피해자 조합과 공소외 2 회사의 용역계약서에 근거하여 아래 각 호와 같이 인출하기로 하되, 공사도급계약 체결 후 소급하여 적용하기로 한다.

- ① 계약 시: 업무용역비의 10% ② 조합설립인가 신청 시: 업무용역비의 40% ③ 일반분양 계약을 50% 달성 후: 업무용역비의 10% ④ 잔금: 업무용역비의 40%(목표분양률 60%, 70% 달성 시 각 10% 지급, 공사비 등 전액회수 시점에 업무용역비 20% 지급) - 조합 대행 업무용역비의 40%(43.6억)는 판촉예비비(7억)의 사용 없이 목표분양률 달성 시 지급하되, 사용금액이 있을 경우 공소외 3 회사가 단독으로 결정하여 차감지급 또는 지급하지 않을 수 있다.

- 단, 업무용역비를 조합 잔여토지로 지급하는 경우 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사가 별도로 협의하여 지급한다.

(주16) (이하 생략)

지급한다.

- ⑤ 피해자 조합 측과 공소외 21 회사 측은 2017. 11. 24.경 처음 경계지 7필지에 관한 매매계약서를 작성하였다가, 세부 내용의 수정을 거쳐 2017. 11. 30. 이 사건 사업 부지에서 제외된 잔여토지에 해당하나 ○○○지구 사업구역에 포함

되어 있는 경계지 7필지를 합계 5,100,000,000원에 공소외 2 회사의 업무대행비 명목으로 대물지급하는 내용의 매매계약을 작성하였다.

그런데 위 매매계약서에는 특약사항으로 "소유권이전 후 4,590,000,000원의 근저당을 설정하기로 한다(공소외 21 회사는 근저당권설정자, 피해자 조합은 근저당권자이다)", "잔금(잔금 지급일은 2018. 2. 20.로 기재됨) 전에 매수인과 매도인은 합의하여 소유권 이전 하되, 잔금액만큼 근저당을 설정하기로 한다"라는 내용이 기재되어 있었다.

⑥ 2017. 11. 30. 경계지 7필지 중 피고인 1 명의로 신탁되어 있었던 토지들은 피고인 2에게, 피해자 조합 명의의 토지들은 공소외 21 회사에 2017. 11. 24. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다.

그리고 피고인 2는 같은 날 경계지 7필지에 관하여 공소외 4 회사 앞으로 ○○○지구 사업 대여금 17,500,000,000원의 담보 목적으로 가등기를 마쳐 주었다.

⑦ 피고인 2는 2017. 12. 29. 피해자 조합 측에 2017. 12. 31.자로 이 사건 업무대행계약이 중단됨을 통보하였고, 공소외 2 회사는 이 사건 사업에서 이탈하였다.

⑧ 피해자 조합은 2018. 7. 19. 입주자 모집공고를 승인받았고, 이후 일반분양을 시작하였다.

2) 구체적 판단

가) 피고인 1의 임무위배행위 성립 여부

위 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 1이 공소외 21 회사에 경계지 7필지를 대물지급한 것은 피해자 조합의 이익을 최우선으로 하여야 하는 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 한 것으로서 배임행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 원심이 피고인 1이 배임행위를 한 것으로 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리 오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(1) 이 사건 공사도급계약에 이 사건 단서조항이 삽입된 경위

① 2017. 8. 1. 이 사건 사업의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 이 사건 업무대행계약에서 당초 정한 바에 따라 피해자 조합이 공소외 2 회사에 지급하여야 하는 업무대행비의 지급시기는 일단 도래하였다.

뒤에서 보는 바와 같이 공소외 2 회사는 피해자 조합과의 업무대행계약에서 정한 업무용역을 대부분 완료한 상태이기도 하였다.

그러나 피해자 조합의 업무대행비 지급이 지연되자 피고인 2는 피해자 조합에 업무대행비를 토지로 지급하여 달라고 요구하였고, 이후 피해자 조합과 피고인 2는 대물지급 문제를 협상하였다.

② 공소외 3 회사는 2017. 11. 14. 피고인 2에게 공사도급계약서 초안을 보냈고, 이 초안에는 업무대행비를 당초의 업무대행계약상의 지급시기보다 늦추어 조합설립 인가 신청 시까지 업무용역비의 50%만을 지급하는 등의 내용으로 규정하고 있었고, 이 사건 단서조항과 같은 내용의 조항은 기재되어 있지 않았다.

피고인 2는 2017. 11. 15. 공소외 3 회사와 공사도급계약과 관련하여 협상을 하는 자리에서 토지를 대물로 지급하는 경우에는 예외로 할 수 있도록 요청하면서 이 사건 단서조항의 삽입을 요구하였고, 이에 따라 위 단서조항이 이 사건 공사도급계약서에 삽입되게 되었다.

(2) 업무대행비 지급시기의 변경을 무시한 대물변제

① 이 사건 공사도급계약서 제17조가 공소외 2 회사의 업무대행비에 우선하여 분양수입금 잔액을 인출해 공사비에 충당하기 위한 공소외 3 회사의 요청을 반영하여 '분양수입금의 인출 배분'에 관하여 마련된 조항이라 하더라도, 앞서 본 이 사건 단서조항의 삽입 경위, 이 사건 공사도급계약에 업무대행사인 공소외 2 회사가 당사자로 참여하여 업무대행비의 지급시기에 관하여 새로이 약정한 점, 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항에서는 업무대행비의 총 액수 및 그 지급시기를 세분하여 정하고 있고, 이 사건 단서조항은 분양수입금과 무관한 잔여토지에 의한 업무대행비 지급임에도 위 조항의 단서로 삽입된 점 등에 비추어 보면, 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기는 토지 등으로 대물지급하는 경우이든 현금으로 지급하는 경우이든 모두 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항이 정한 바에 따라 변경되었다고 봄이 타당하다.

② 앞서 본 바와 같이 2017. 8. 1. 이 사건 사업의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 이 사건 업무대행계약상의 업무대행비의 지급시기는 전부 도래하게 되었으나, 피해자 조합으로서는 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기를 유예할 수 있게 되었다.

즉, 이 사건 공사도급계약에 의하면 피해자 조합이 경계지 7필지의 소유권을 이전할 당시인 2017. 11. 30.에는 일반분양을 시작하기 전이었으므로 총 업무대행비 10,912,000,000원의 50%인 5,456,000,000원에 대하여만 그 지급시기가 도래한 상황이었다.

위와 같은 업무대행비 지급시기 유예가 시공사의 이익을 위한 공소외 3 회사의 요청에 의한 것이었다 할지라도 피해자 조합의 재정적 상황 등을 고려할 때 업무대행비의 지급시기를 연기 받을 수 있는 기회가 생긴 것은 피해자 조합의 재산을 더 오랜 기간 보전할 수 있다는 측면에서 피해자 조합에게도 유리한 것이었다.

③ 피해자 조합이 2017. 11. 30.경까지 공소외 2 회사에 지급한 업무대행비는 4,125,000,000원이었으므로, 위 시기를 기준으로 공소외 2 회사가 지급을 청구할 수 있는 업무대행비는 1,331,000,000원뿐이었다.

그런데 피고인 1은 위와 같이 업무대행비의 지급시기가 유예됨으로 인하여 확보하게 된 기한의 이익을 포기하고 공소외 2 회사의 업무대행비 5,100,000,000원에 대한 대물변제 명목으로 공소외 21 회사에 경계지 7필지의 소유권을 이전하였다.

(3) 공소외 3 회사와의 협의 없는 대물변제

① 2017. 11. 15.자 녹취서에 의하여 알 수 있는 피고인 1, 피고인 2, 공소외 3 회사의 공소외 19 사이의 대화내용과 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항의 문언 등을 모두 종합하여 보면, 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사는 '별도로 협의를 한다면' 피해자 조합의 잔여토지로서 업무대행비를 지급하는 것도 가능하다는 취지에서 이 사건 단서조항을 삽입한 것으로 보인다.

따라서 피고인 1이 공소외 2 회사에 대하여 업무대행비를 피해자 조합의 잔여토지로 지급하기 위해서는 공소외 3 회사와의 협의가 필요하였다.

그럼에도 피고인 1은 잔여토지를 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 대물변제로 지급할지 여부, 잔여토지 중 어떠한 토지를 어느 정도의 가액으로 평가하여 대물변제를 할 것인지 등을 공소외 3 회사와 전혀 협의하지 않은 채 경계지

7필지의 소유권을 공소외 21 회사에 이전해주었다.

- ② 피고인들은, 이 사건 공사도급계약 체결 당시 당사자들 사이에서 경계지 7필지에 대한 대물변제 협의 자체는 완료된 상황에서 그와 같이 협의된 결과를 명확하게 확인해두고자 이 사건 단서조항을 기재한 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 이 사건 단서조항의 문언이 "별도로 협의하여 지급한다"라고 기재되어 있을 뿐 그 지급 대상이 경계지 7필지로 특정되어 있지 않은 점에 비추어 이 사건 공사도급계약 체결 당시 경계지 7필지를 목적물로 하는 대물변제에 관한 협의는 이루어지지 않은 것으로 봄이 타당하고, 앞서 언급한 2017. 11. 15.자 녹취서의 기재에 의하더라도 피고인들 주장과 같은 내용의 협의가 완료되었음을 추단케 하는 대화가 이루어진 것으로 보이지도 않는다.

따라서 피고인들의 위 주장을 받아들일 수 없다.

- ③ 피고인들은, 피해자 조합이나 공소외 2 회사로서는 대물변제의 구체적인 방법(필지 및 가액의 특정)을 대물변제의 당사자가 아닌 공소외 3 회사와 협의할 의무가 없어 경계지 7필지의 대물변제 문제를 공소외 3 회사와 협의하지 않았다 하여 배임이 되는 것이 아니라는 취지로 주장한다.

그러나 공소외 3 회사와 피해자 조합, 공소외 2 회사가 이 사건 공사도급계약을 체결하여 피해자 조합이 공소외 2 회사에 지급할 업무대행비의 지급시기를 새로이 정하는 약정을 한 이상 조합장인 피고인 1로서는 조합의 잔여토지를 어느 정도의 가치로 평가하여 대물변제할 것인지에 관하여 공소외 3 회사와 협의할 의무를 부담하게 되었다고 봄이 타당하고, 피고인 1이 이러한 의무를 준수하지 않은 것은 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 해야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않은 것이라 할 것이다.

따라서 피고인들의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

- ④ 피고인 1과 피고인 3은, 이 사건 단서조항의 의미가 명확하지 않고, 이렇듯 불명확한 조항에 근거하여 피고인 1의 의무 위반 여부를 판단하여 배임행위를 한 것이라 단정할 수 없다고 주장하기도 한다.

그러나 앞서 보았듯이 이 사건 단서조항이 삽입된 경위와 그 문언, 이 사건 공사도급계약이 체결되면서 업무대행비의 지급시기가 변경된 점 등에 비추어 이 사건 단서조항의 의미가 불명확한 것이라 볼 수 없으므로, 피고인 1이 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 해야 할 것으로 기대되는 행위가 무엇인지도 충분히 알 수 있었다고 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고인 1과 피고인 3의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(4) 경계지 7필지에 관한 근저당권 설정 포기

- ① 피고인 1은 경계지 7필지의 소유권을 공소외 21 회사에 이전해주더라도 경계지 7필지에 관한 매매계약의 특약사항으로 정한 4,590,000,000원의 근저당권을 설정 받음으로써 피해자 조합의 재산을 어느 정도 보전할 수 있었다.

그러나 피고인 1은 이러한 근저당권설정등기도 설정받지 않고 포기한 채 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지의 소유권을 조건 없이 이전해주었고, 이에 따라 피고인 2로 하여금 경계지 7필지에 관하여 소유권이전등기가 마쳐진 날인 2017. 11. 30. 공소외 4 회사에 ○○○지구 사업 대여금에 대한 담보를 목적으로 가등기를 마칠 수 있도록 방치하였으며, 이로써 피해자 조합을 위하여 경계지 7필지의 교환가치를 보전할 방안을 상실하게 만들었다.

- ② 피고인들은 피해자 조합과 공소외 21 회사 사이에 경계지 7필지에 관하여 근저당권을 설정하기로 하는 합의가 존재하지 않았다고 주장하나, 위 주장은 받아들일 수 없다.

즉, 피고인 2는 2017. 11. 24. 당시 피해자 조합의 부조합장으로서 공인중개사 자격을 가진 공소외 5와 매매계약서 작성 내용을 협의하는 과정에서 "근저당금액은 매매가의 80%', '계약금 10%, 중도금 10%는 상계하는 거고 80%는 나중에"라는 말을 하였다.

이는 ○○○지구 사업에 필요한 경계지 7필지의 소유권을 조속히 이전받되, 협의한 경계지 7필지의 매매가액 5,100,000,000원 중 20%(계약금과 중도금의 합계액)인 1,020,000,000원을 업무대행비로 지급 받고, 나머지 교환가치인 80%는 피해자 조합에 근저당권으로 보전해 준다는 취지로 보인다.

여기에 공소외 5는 수사기관에서 '피고인 1에게 근저당도 해야 한다고 말을 하였고 그랬더니 피고인 1이 그냥 알았다는 취지로 말을 하였다'라고 진술한 점, 피고인 1도 검찰 조사에서 '경계지 7필지에 4,590,000,000원의 근저당권을 설정한다는 내용의 계약서가 작성된 사실을 알고 있었지만 다 넘어갈 돈이라 근저당권을 설정하지 않았다'는 취지로 진술한 점 등을 더하여 보면, 피고인 1은 경계지 7필지에 관하여 피해자 조합을 위한 근저당권을 설정하기로 한 사실 및 그와 같이 근저당권을 설정하는 것이 피해자 조합을 위하여 이익이 된다는 사정도 충분히 인식한 상태였다고 봄이 타당하다.

나) 배임의 고의

앞서 본 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정에 의하면 피고인 1에게 배임의 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 이는 피해자 조합의 2017. 11. 20. 제30차 임원회의에서 경계지 7필지에 관한 대물변제를 결의하였다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

따라서 원심이 피고인 1의 배임의 고의를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장 또한 받아들이지 않는다.

① 앞서 본 바와 같이 이 사건 공사도급계약이 체결됨에 따라 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급시기 자체가 변경되었고, 잔여토지로 업무대행비를 대물변제하는 경우에도 공소외 3 회사와의 협의를 거쳐야 했음에도 불구하고 피고인 1은 공소외 2 회사에 경계지 7필지로 업무대행비를 지급하겠다는 의사 아래 2017. 11. 30.을 기준으로 공소외 2 회사에 대한 미지급 업무대행비 액수가 1,331,000,000원에 불과함을 알고 있었음에도 공소외 3 회사와 협의하지 않은 채 경계지 7필지에 관한 소유권을 공소외 21 회사에 이전하였고, 경계지 7필지에 관하여 피해자 조합에 유리한 근저당권조차 설정 받지 않았다.

이는 피해자 조합의 이익을 우선하여야 하는 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않았어야 할 행위이므로 피고인 1은 미필적으로나마 피해자 조합에게 손해를 가한다는 인식이 있었다고 봄이 타당하다.

② 피고인들은 경계지 7필지가 ○○○지구 사업에 편입됨으로써 피해자 조합도 경계지를 흠막이 방식에서 오픈컷 방식으로 변경하여 공사비를 절감할 수 있는 이익이 있으므로 배임의 고의가 없었다고 주장하나, 피해자 조합은 2017. 12. 6.경 공소외 20 회사와 사이에 이 사건 사업 부지와 ○○○지구의 경계부 굴착방안에 대한 컨설팅 용역계약을 체결하였는데, 경계지 7필지 이전일인 2017. 11. 30.경에는 경계지를 오픈컷 방식으로 공사할지 여부조차 확실히 알 수 없었으므로, 피고인들이 오픈컷 방식으로 공사를 진행함으로써 피해자 조합에 이익이 된다는 의사로 경계지 7필지를 이전하였다고 볼 수도 없다.

다) 손해 발생

앞서 본 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 피해자 조합은 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기를 최소한 일반분양 비율에 맞추어 미룰 수 있었고, 이에 따라 남은 업무대행비의 50%는 추후 일반분양으로 납부 받은 분양금을 통하여 순차적으로 지급할 수 있었던 점, ② 이와 동시에 경계지 7필지를 조합 재산으로 계속 보유하면서 피해자 조합이 조속히 독자적으로 흠막이 공사를 가능하도록 하고, 필요한 경우에는 경계지 7필지를 사업비로 활용 가능한 재원으로 확보해 놓을 수 있었다고 보이는 점, ③ 그러나 피고인 1이 경계지 7필지로 공소외 2 회사에 대한 업무대행비를 대물변제하고 위 토지에 관한 근저당권 설정을 포기함으로써, 피해자 조합으로 하여금 위와 같은 이익을 상실시키는 손해를 입게 한 점 등에 비추어 보면, 피고인 1의 배임행위로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 봄이 타당하다.

원심이 이 부분 배임행위로 인한 피해자 조합의 손해 발생 사실을 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

다.

업무대행비 명목 550,000,000원 지급 관련 부분(피고인 1, 피고인 2)

1) 피고인 1의 임무위배행위

앞서 위 2. 나. 1)항에서 인정한 사실 및 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 1이 2017. 12. 5. 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급한 것은 피해자 조합의 이익을 최우선으로 하여야 하는 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 한 것으로 배임행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 원심이 피고인 1의 이 부분 배임행위를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 3 회사가 2017. 11. 22. 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기가 변경되었음은 앞서 살핀 바이고, 따라서 위 공사도급계약 당시를 기준으로 공소외 2 회사가 지급받을 수 있는 미지급 업무대행비는 1,331,000,000원이었다.

그런데 앞서 본 바와 같이 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 21 회사는 2017. 11. 23. '경계지 7필지의 가액을 총 5,100,000,000원으로 계산하여 공소외 2 회사가 공소외 21 회사에 지급할 용역비를 경계지 7필지로 대신 지급하고, 피해자 조합은 경계지 7필지에 관하여 공소외 21 회사 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주면 토지대금 5,100,000,000원은 공소외 2 회사에 지급할 업무대행 용역비에서 차감'하기로 한 합의서를 작성하였고, 이어서 피해자 조합과 공소외 2 회사는 2017. 11. 24. 경계지 7필지를 매매대금 5,100,000,000원에 대물지급하는 매매계약서를 작성하면서 '대물지급은 조합이 공소외 2 회사에 지불할 용역비용 중 매매계약 합계금액을 공제처리하기로 한다'라는 특약사항을 기재하였으며, 위 합의 등에 따라 2017. 11. 30. 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지에 관한 소유권이전등기가 마쳐졌는바, 이로써 공소외 2 회사의 업무대행비는 당시까지 도래한 기한에 앞서 과잉 지급되었다.

③ 따라서 공소외 2 회사로서는 이 사건 공사도급계약에서 약정한 업무대행비의 지급시기 조정에 의할 때 2017. 11. 30. 기준으로 피해자 조합에 대하여 추가로 업무대행비의 지급을 청구할 수 없었다.

그럼에도 불구하고 피고인 1은 공소외 2 회사의 용역비 청구서와 피고인 2의 동의서를 첨부하여 공소외 8 회사에(문서 참조: 공소외 3 회사)공소외 2 회사에 대한 550,000,000원의 업무대행비 지급을 요청함으로써 공소외 2 회사가 이를 전액 지급받을 수 있게 하였다.

- ④ 피고인들은, '이 사건 공사도급계약에서 정한 업무대행비의 지급시기는 현금 지급에 한정된 약정이고, 토지를 대물로 지급받는 경우에는 지급시기의 제한을 받지 않도록 이 사건 단서조항을 둔 것이며, 따라서 공소외 2 회사로서는 여전히 현금으로 1,331,000,000원을 현금으로 지급받을 수 있는 것이므로 550,000,000원의 업무대행비를 추가로 지급한 것이 배임이 아니다'라는 취지로 주장한다.

그러나 앞서 보았듯이 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 약정한 업무대행비의 지급시기 조정은 현금 지급의 경우에만 한정된다고 볼 수 없는바, 이 사건 단서조항에서 예정한 공소외 3 회사와의 협의를 거치지 않고 위와 같이 경계지 7필지로 업무대행비를 대물변제함으로써 위 공사도급계약에서 약정한 지급시기가 도래하지 않은 부분에 해당하는 업무대행비까지 기한에 앞서 초과 지급한 것으로 보아야 한다.

따라서 피해자 조합으로서는 경계지 7필지의 이전을 통한 대물변제를 한 것과 별도로 공소외 2 회사에 업무대행비 550,000,000원을 추가 지급할 필요가 없었다 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고인들의 위 주장은 받아들일 수 없다.

2) 배임의 고의

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면 피고인 1에게 업무대행비 명목 550,000,000원의 지급과 관련하여 배임의 고의가 인정되므로, 원심이 피고인 1의 배임의 고의를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해가 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장 또한 받아들이지 않는다.

- ① 앞서 본 바와 같이 공소외 2 회사가 업무대행비를 지급시기보다 앞서 경계지 7필지의 이전을 통하여 약 5,100,000,000원 상당을 지급받았음에도 불구하고, 피고인 2는 2017. 11. 30. 피해자 조합에 550,000,000원의 용역비 청구서를 보내면서 위 청구서에 경계지 7필지 가액 상당의 대물지급액을 반영하지 않은 채 '계약 세대 945세대, 계약금액 10,395,000,000원, 기수취금액 4,125,000,000원, 청구금액 550,000,000원, 잔여보수 5,720,000,000원'이라고 기재하였으며, 업무대행비 지급조건은 2017. 11. 22. 체결한 공사도급계약에 따르지 않고 2015. 9. 1. 체결한 이 사건 업무대행계약에 따라 사업계획승인 후 잔금까지 전액을 받을 수 있다는 내용으로 기재하였다.
- ② 피고인 1은 이 사건 공사도급계약 체결을 통해 업무대행비의 지급시기가 조정된 것을 잘 알고 있었고 경계지 7필지의 대물변제를 통해 당시를 기준으로 지급시기가 도래하지 않은 부분에 해당하는 업무대행비까지 초과 지급된다는 사정을 잘 알 수 있었음에도 위와 같은 대물변제 사실을 알지 못하는 공소외 3 회사에 2017. 11. 30. 앞서 본 바와 같이 공소외 2 회사의 용역비 청구서, 피고인 2의 동의서를 첨부하여 공소외 8 회사에(문서 참조: 공소외 3 회사) 공소외 2 회사에 대한 550,000,000원의 업무대행비 지급을 요청하였다.
- ③ 공소외 3 회사의 공소외 19는 원심법정에서 '공소외 21 회사가 경계지 7필지를 받아간 사실을 모르고 업무대행비 지급에 동의를 해주어서 공소외 2 회사가 업무대행비로 2017. 12. 5. 550,000,000원을 받아갔다', '토지가 나갔다는 것을 저희가 알았다고 하면 당연히 용역비가 집행이 안 되었을 것이다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 19가 2017.

12. 4. 작성한 공소외 3 회사 품의서에는 공소외 2 회사의 업무대행비에 관하여 '기집행 4,125,000,000원, 계약서 50% 지급조건, 금회포함 43% 지급'이라고 기재되어 있는바, 이는 공소외 19의 위 진술을 뒷받침한다.

3) 손해 발생

앞서 인정한 사실들에 의하면, 피고인 1은 이미 경계지 7필지에 관한 소유권을 공소외 21 회사에 이전함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비를 그 지급시기에 앞서 지급하였음에도 불구하고 추가로 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급함으로써 피해자 조합으로 하여금 업무대행비 채무의 기한의 이익을 상실시키는 손해를 입게 하였음이 인정된다.

따라서 원심이 피고인 1의 배임행위로 피해자 조합에게 손해가 발생한 사실을 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인 1과 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

라. 이 부분 각 범행에 관한 피고인 2의 공동정범 성립 여부

1) 관련 법리

거래상대방의 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄에서 거래상대방은 기본적으로 배임행위의 실행행위자와 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임한다는 점을 고려하면, 업무상배임죄의 실행으로 이익을 얻게 되는 수익자는 배임죄의 공범이라고 볼 수 없는 것이 원칙이고, 실행행위자의 행위가 피해자 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 점을 인식한 상태에서 배임의 의도가 전혀 없었던 실행행위자에게 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담한 경우에 한하여 배임의 실행행위자에 대한 공동정범으로 인정할 수 있다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2014도17211 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고인 2가 피고인 1의 경계지 7필지 이전 및 업무대행비 명목 550,000,000원 지급에 의한 배임행위에 적극 가담한 사실이 넉넉히 인정된다.

따라서 원심이 피고인 2를 이 부분 범행의 공동정범으로 판단한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피고인 2는 2017. 8.경부터 피고인 1에게 업무대행비를 토지로 지급하여 달라고 요구하였고, 2017. 9.경 피고인 1과 이메일을 수차례 주고받으면서 대물지급 가격을 협상하였으며, 2017. 10. 17. 피해자 조합에 공식적으로 경계지 7필지를 업무대행비 명목으로 대물지급 해달라는 취지의 공문을 보내기도 하였다.

또한 피해자 조합이 시공사 선정을 마친 2017. 11.경 이후부터 공소외 3 회사와 공사도급계약 내용을 협의하는 과정에 직접 참석하였으므로 업무대행비 지급시기가 일반분양 비율 등에 맞추어 변경된다는 것을 충분히 알 수 있었고, 2017. 11. 15. 피고인 1, 공소외 3 회사 관계자들과 공사도급계약 내용에 관하여 협의하면서 업무대행비를 잔여토지로 지급할 수 있도록 이 사건 단서조항의 삽입을 요구하였다.

그리고 앞서 본 바와 같이 2017. 11. 24. 공소외 5와의 대화를 통해 피해자 조합에 설정해줄 근저당권 채권최고액을 자신이 원하는 대로 요구하기도 하였는데, 그 요구 금액의 액수(계약금과 중도금의 합계액인 1,020,000,000원)에 비추

어 그 무렵 피고인 2 스스로도 자신이 받을 수 있는 업무대행비 채권액이 1,000,000,000원 안팎에 불과하다는 사실도 인식하고 있었던 것으로 보인다.

또한 다른 2017. 11. 30.자 녹취록에 의하면, 피고인 2는 공소외 5에게 근저당 조건을 정정하며 "계약금 10%, 중도금 10%가 아니라 계약금 10%만 510,000,000원만 주고 나머지 금액을 설정하는 걸로. 그래야지 업무대행비를 좀 신청할 수 있을 것 같아 이번에"라고 말하며 근저당권 채권최고액을 4,590,000,000원으로 증액하기도 하였다.

② 또한 위 2017. 11. 30.자 녹취록에 의하면, 피고인 2는 공소외 5와 매매계약서상 근저당권 조항에 관하여 협의하던 중 "그런데 사실 공소외 3 회사만 없다 그러면 아무 문제가 없어. 원래 업무대행계약에 보면 지금 잔금을 다 주게 돼 있단 말이야. 공소외 3 회사가 그렇게 탄지를 거니까 그렇게 해놓는 거라고 사실"이라고 말한 사실을 알 수 있는데, 이는 피고인 2가 적극적으로 근저당권 조항을 삽입하면서까지 공소외 3 회사와 협의가 이루어지지 않았음에도 업무대행비를 지급받으려 하였음을 추단케 하는 사정이다.

③ 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 21 회사가 경계지 7필지의 대물변제에 관하여 합의하면서 작성한 위 2017. 11. 23.자 합의서에는 '경계지 7필지의 토지대금 5,100,000,000원을 공소외 2 회사에 지급할 업무대행 용역비에서 차감한다'는 취지만 기재되어 있을 뿐 근저당권 설정에 관한 아무런 언급이 없다.

이로 보아 피고인 2는 피해자 조합이 경계지 7필지를 5,100,000,000원으로 계산하여 전부 대물지급하려는 의사를 갖고 있었다는 사실 또한 잘 알고 있었을 것으로 보인다.

④ 피고인 2는 피해자 조합과 사이에 경계지 7필지에 대한 대물변제를 논의하면서 동시에 ○○○지구 시공사인 공소외 4 회사와 협의를 하였고, 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지의 소유권이전등기가 마쳐진 2017. 11. 30.에는 피해자 조합에 대한 근저당권을 설정해주지 않은 채 바로 공소외 4 회사에 담보 목적 가등기를 마쳐주었다.

이와 같이 피고인 2는 공소외 21 회사와 ○○○지구 사업의 이익을 위하여, 피고인 1이 피해자 조합의 재산 보호를 위한 아무런 노력을 하지 않는 점을 이용하여 업무대행비 대물지급 결정 초기부터 공소외 4 회사에 대한 가등기를 마칠 때까지 각종 법률행위의 당사자가 되어 배임행위 전 과정에 관여하였다.

이처럼 피고인 2는 피고인 1의 이 부분 배임행위의 전 과정에 적극적으로 관여함으로써 피고인 1의 배임행위에 공모가 담하였다 할 것이고, 이를 단순히 피해자 조합과 서로 대립적 지위에 있는 거래상대방으로서 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임하는 지위에서 피고인 1의 행위가 피해자 조합에 대한 배임행위에 해당한다는 것을 알면서도 소극적으로 그 배임행위에 편승하여 이익을 취득한 것으로만 평가할 수 없다.

⑤ 피고인 2는 이중담보권 설정 행위는 배임이 아니라는 취지로 주장하나, 이 부분 공소사실은 피고인 2가 피해자 조합을 위하여 근저당권설정의무가 있음에도 불구하고 담보가치를 상실시켰으므로 배임에 해당한다는 것이 아니라, 피고인 1의 피해자 조합에 대한 배임행위에 피고인 2가 적극 가담하였다는 것으로 이중담보권 설정과는 무관한 사안이므로, 피고인 2의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 다음으로 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 2가 피고인 1의 업무대행비 명목 550,000,000원의 추가 지급에 의한 업무상 임무위배행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담하고, 그 과정에서 피고인 1과 피고인 2가 암묵적으로 상통하여 배임행위에 대한 의사결합이 이루어진 점을 충분히 인정할 수 있다.

같은 취지의 원심의 이 부분 판단은 정당하고, 거기에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

- ① 피고인 2는 앞서 본 바와 같이 업무대행비 지급시기를 변경하는 내용이 포함된 이 사건 공사도급계약 체결과 경계지 7필지의 대물지급의 전 과정에 관여하였음에도, 공사도급계약에서 약정한 업무대행비의 지급시기가 도래하지 않았음에도 업무대행비 550,000,000원을 청구하여 지급받았고, 그 과정에서 2017. 11. 30. 만약 공소외 3 회사가 경계지 7필지의 대물지급에 관한 매매계약서를 발견하더라도 이의를 제기하지 못하도록 '마치 공사도급계약 내용에 따라 당시 지급받을 수 있었던 약 1,000,000,000원 안팎의 업무대행비 중 경계지 7필지의 가액 5,100,000,000원과 근저당권 설정 채권최고액 4,590,000,000원의 차액인 510,000,000원만을 대물지급 받았기 때문에 여전히 550,000,000원의 현금을 청구할 수 있는 것처럼' 경계지 7필지 매매계약서의 근저당권 설정 조항을 변경하기도 하였다.
- ② 이와 같이 피고인 2는 2017. 11. 30.을 기준으로 해서는 더 이상 지급 받을 수 있는 업무대행비가 없다는 사실을 알고도 550,000,000원의 업무대행비를 청구하였고, 경계지 7필지로서 업무대행비를 대물지급한 사정도 알고 있었던 피고인 1은 위 550,000,000원의 업무대행비 청구에 동의함으로써 피해자 조합의 자금이 추가로 집행되도록 하였다.
- ③ 설령 피고인 2가 업무대행비 550,000,000원의 지급 청구를 한 시점이 같은 날 이루어진 경계지 7필지에 관한 소유권 이전등기신청보다 앞선다 하더라도, 피고인 2는 적어도 2017. 12. 5. 공소외 8 회사로부터 업무대행비로 550,000,000원을 지급받을 무렵에는 경계지 7필지의 소유권이전등기가 마쳐져 그 매매대금 상당의 업무대행비가 지급된 사실을 모두 알았을 것임에도 아무런 조치를 취하지 아니하였다.

마. 경계지 7필지 이전 관련 범행에 관한 피고인 3의 공동정범 성립 여부

- 1) 피고인 3은 원심에서도 동일한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제52 내지 54쪽의 '유죄의 이유 2. 다.
- 4) 피고인 2와 피고인 3의 공동정범성립 여부' 중 '나) 피고인 3의 관여' 및 '다) 피고인들의 암묵적 공모, 가담' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인 3의 위 주장을 배척하고, 피고인 3의 이 부분 범행에 관한 공동정범 성립을 인정하였다.
- 2) 원심이 적절하게 판시한 사정들과 2017. 11. 24.자 녹취록에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 공소외 5가 "◇ 대표님(피고인 2)이랑 오늘 계약(경계지 7필지 소유권 이전에 관한 부동산매매계약) 쓰라고 한 거 아닌가요? 회장님(피고인 3)이?"라고 하자, 피고인 1이 이에 대하여 "맞아요"라고 답변하였는데, 이러한 대화내용을 통하여 이 사건 공사도급계약이 체결된 이후에도 피고인 1과 피고인 3이 매매계약서 작성에 관하여 지속적으로 논의를 계속하면서 공소외 5에게 매매계약서 작성을 지시한 것임을 알 수 있는 점(피고인 3의 피해자 조합에서의 지위 및 역할, 조합 업무에의 관여 정도에 비추어, 피고인 3이 2017. 11. 15. 피고인 1, 피고인 2 등과 공소외 3 회사 담당자들이 이 사건 공사도급계약 내용을 협의하는 자리에 직접 참석하지 않았다고 하여 공소외 2 회사의 업무대행비의 지급시기가 조정되었는지 여부를 알지 못하였다고 볼 수 없다)을 앞서 2. 가. 1) 가)항의 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인 3의 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인 3의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

바. 재산상 이익의 가액에 관하여

- 1) 형법 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하고, 형법 제356조의 업무상배임죄

는 업무상의 임무에 위배하여 제355조 제2항의 죄를 범한 때에 성립하는데, 이때 취득한 재산상 이익의 가액이 얼마인지는 범죄의 성립에 영향을 미치지 아니하는 반면, 배임 또는 업무상배임으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 위반죄는 취득한 재산상 이익의 가액(이하 '이득액'이라 한다)이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 이득액에 따라 형벌도 매우 가중되어 있으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용함에 있어서는 취득한 이득액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써, 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나, 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다.

따라서 업무상배임으로 취득한 재산상 이익이 있더라도 그 가액을 구체적으로 산정할 수 없는 경우에는, 재산상 이익의 가액을 기준으로 가중 처벌하는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용할 수 없다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2014도12619 판결 등 참조).

2) 원심은, 경계지 7필지의 이전에 의한 피고인들의 업무상배임행위와 관련하여 피고인들이 1,331,000,000원의 업무대행비 채무에 대하여 적어도 합계 3,160,858,000원 상당인 경계지 7필지를 대물지급함으로써 1,829,858,000원을 초과 변제하였고, 그 과정에서 4,590,000,000원의 근저당권도 설정 받지 않았으므로, 피해자 조합에는 경계지 7필지 이전 당시 최소한 위 금액 중 적은 금액인 1,829,858,000원 상당의 재산상 손해가 발생하였고, 피고인 1과 피고인 2가 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 추가로 지급한 업무상배임행위와 관련하여 피해자 조합이 입은 재산상 손해가 550,000,000원이라고 판단하면서, 이 부분 각 공소사실에 대하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항을 적용하여 모두 유죄로 인정하였다.

3) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 의하면, 피고인들의 경계지 7필지 이전에 의한 배임행위로 인하여 피해자 조합에 1,829,858,000원 상당의 재산상 손해가 발생하였다거나 공소외 21 회사가 같은 금액 상당의 재산상 이익을 취득하였다고 보기 어렵고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들의 배임행위로 인한 손해액 및 이득액을 명확히 산정할 수 없다.

① 공소외 2 회사가 이 사건 사업의 일반분양이 시작되기 전에 업무대행관계에서 이탈하기는 하였으나, 피해자 조합과의 이 사건 업무대행계약에 의하면 일반분양과 관련한 공소외 2 회사의 업무 범위는 일반분양 자체가 아닌 행정적인 업무만이 포함되는 것으로 보이는 점, 피해자 조합은 공소외 2 회사가 업무대행관계에서 이탈한 이후 2018. 6. 5. 공소외 22 주식회사(이하 '공소외 22 회사'라 한다)와 사이에 컨설팅용역계약을 체결하였는데, 공소외 22 회사의 대표이사 공소외 23은 원심법정에서 '업무대행사의 업무범위를 토지확보, 조합원 모집, 사업계획 승인을 가장 크게 보고 있는데, 이러한 업무들은 다 끝난 상태였다'는 취지로 진술한 점, 또한 위 컨설팅용역계약의 용역비는 660,000,000원(부가세 포함)에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 공소외 21 회사가 경계지 7필지의 소유권을 이전받을 당시 공소외 2 회사는 피해자 조합과의 이 사건 업무대행계약으로 정한 대부분의 용역을 수행하였다고 봄이 타당하다.

② 이 사건 업무대행계약상 공소외 2 회사의 업무대행비 청구 채권은 피해자 조합의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 그 지급시기가 이미 도래하였고, 이 사건 공사도급계약에서 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급시기를 일반분양률에 연동하여 새로 조정하였다고는 하나, 일정한 일반분양률의 달성을 불확정기한이 아닌 정지조건으로 약정하였다고 볼 수는 없으므로, 공소외 2 회사의 업무대행비는 이 사건 공사도급계약에 따라 그 지급시기가 단지 유예된 것에 불과한 것으로 봄이 타당하다(실제로 피해자 조합은 2019. 3. 4. 일반분양을 모두 완료하였다). 또한 공소외 2 회사는 경계지 7필지로 업무대행비를 대물지급 받을 무렵까지 피해자 조합에 대하여 미지급 업무대행비 채권을 포기하겠다는 의사를 표시한 바도 없다.

③ 앞서 본 대로 피고인들의 이 부분 배임행위로 경계지 7필지가 업무대행비의 대물변제 명목으로 공소외 21 회사 앞으로 이전됨으로써 그 무렵 기준으로 지급시기가 도래하지 않은 업무대행비가 초과 지급되었다.

피해자 조합으로서는 지급시기가 도래하지 않은 업무대행비 채무에 관하여 기한의 이익을 포기한 결과가 되었고, 이와 같이 미리 변제한 데 따른 이자 상당의 손해를 입었다고 봄이 타당하다.

④ 한편 공소외 2 회사가 피해자 조합과의 업무대행계약관계에서 이탈할 당시 대부분의 용역 업무를 완료한 것으로는 보이나, 그 후로도 피해자 조합과 컨설팅용역계약을 체결한 공소외 22 회사가 후속 업무를 마무리하였고 그 용역비가 660,000,000원 정도에 이르는 점, 공소외 2 회사가 이탈한 후 공소외 22 회사와의 위 컨설팅용역계약 체결 이전까지 피해자 조합의 조합원들이 조합의 업무를 직접 처리하기도 한 점 등을 고려할 때, 피고인들이 경계지 7필지를 공소외 21 회사에 이전할 당시를 기준으로 공소외 2 회사가 수행한 용역 부분과 관련하여 그 완료된 부분에 상응하여 피해자 조합으로부터 정산, 지급받아야 할 업무대행비를 정확하게 산정하기는 어렵고, 달리 이를 산정할 만한 자료가 없다.

또한 경계지 7필지의 가액을 보면, 공소외 21 회사 앞으로 소유권이 이전된 2017. 11. 30.경은 이 사건 사업이 어느 정도 진척된 이후이므로 ☆☆감정평가법인이 2016. 9. 30.을 기준으로 산정한 감정평가액 3,160,858,000원보다는 그 가치가 상승하였을 것으로는 보이나, 그 가치를 정확하게 산정할 만한 자료가 없다.

그렇다면 검사가 제출한 증거들만으로는 피해자 조합이 이 사건 공사도급계약을 통해 새로 약정한 업무대행비의 지급시기보다 앞서 경계지 7필지로 업무대행비를 대물변제함으로써 입은 손해 및 공소외 21 회사가 얻은 재산상 이익을 정확하게 산정할 수 없다고 보아야 한다.

나) 한편 위에서 살핀 바와 같은 공소외 2 회사의 업무대행비 청구 채권의 도래, 이 사건 공사도급계약을 통한 업무대행비의 지급시기 유예, 공소외 2 회사에 대하여 위와 같이 기한이 유예된 업무대행비를 미리 앞서 지급하는 것은 기한의 이익을 포기하는 것에 해당하여 피해자 조합으로서는 업무대행비를 미리 지급한 것에 따른 이자 상당의 손해를 입은 것에 불과하다 할 것인데, 그 지급시점을 기준으로 공소외 2 회사가 피해자 조합으로부터 지급받아야 할 업무대행비 액수를 정확히 산정하기 어렵다는 사정은, 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 업무상배임행위로 인한 피해자 조합의 재산상 손해 및 공소외 2 회사의 재산상 이익 산정의 경우에도 마찬가지인바, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 피고인 2가 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급함으로써 발생한 피해자 조합의 손해 및 공소외 2 회사가 얻은 이익 역시 정확하게 산정하기 어렵다고 보아야 한다.

사. 소결

따라서 이 부분 각 공소사실(단, 피고인 3에 대하여는 경계지 7필지 이전에 의한 배임행위에 국한된다)은 피고인들의 배임행위로 인한 손해액 및 이득액을 산정할 수 없는 경우에 해당하므로, 피고인들에 대하여 이득액을 기준으로 가중 처벌하는 범죄인 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용할 수는 없고, 다만 이 부분 각 공소사실에 포함된 형법상 업무상배임죄만을 인정할 수 있을 뿐이다.

그럼에도 피고인들의 경계지 7필지의 이전에 의한 업무상배임으로 인한 손해액 및 이득액이 1,829,858,000원이고, 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원의 추가 지급에 의한 업무상배임으로 인한 손해액 및 이득액이 550,000,000원임을 전제로 이 부분 각 공소사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 일부 이유 있다.

3. 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점(피고인 1, 피고인 3)

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피해자 조합이 피고인 3에게 일부 대행하게 한 업무는 단순한 '공사비 협상'이 아니라 주택법이 금지하는 '시공사 선정 지원' 업무에 해당한다고 봄이 타당하다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하고 거기에 피고인 1과 피고인 3이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

피고인 1, 피고인 3의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피해자 조합은 2016. 4. 29. 창립총회에서 공소외 3 회사를 시공사로 선정하고 2016. 11. 22. 공소외 3 회사와 사이에 공사비를 평당 3,620,000원으로 정한 사업약정서를 작성하였으며, 2017. 8. 1.에는 시공사를 공소외 3 회사로 하는 사업계획승인을 받았다.

공소외 3 회사는 2017. 8.경부터 공사비 증액을 요구하였는데, 피해자 조합의 2017. 8. 30. 제26차 임원회의에서는 '시공 예정사인 공소외 3 회사가 공사비 증액을 무리하게 요구할 경우 시공사 변경 총회를 열어 조합원들의 의견을 들을 것'을 결의하였고, 2017. 9. 12.자 제27차 임원회의에서는 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 전 조합장인 피고인 3이 실질적으로 운영하는 공소외 6 회사에 위임하는 안건'을 결의하였다.

② 피고인 1은 공소외 3 회사 담당자를 여러 차례 만나 공사비를 협상하는 한편 공소외 4 회사와의 업무회의에도 참석하였는데, 이 자리에 피고인 3이 함께 참석하기도 하였다.

공소외 4 회사는 2017. 10. 19. 이 사건 사업에 관한 시공참여의향서를 제출하였는데, 공소외 4 회사의 공소외 24는 원심법정에서 '조합 측에서 사업 참여 제안을 요청했었다.

그래서 사업 검토를 하고 제안서를 접수하였다'라고 진술하였다.

또한 피고인 3은 2017. 9. 14.경부터 조합 게시판에 업무 추진에 관한 글들을 게시하였는데, 게시글에는 '시공사 변경할 경우를 대비하여', '공소외 3 회사와 마무리 협상을 할 것이며 기타 건설사인 A사, B사, C사 건설사와도 마무리 협상을 할 것이다', '타 시공사 협의 진행 건에 대해서는 현재 A사는 수주심의 진행 중이며 추후 공소외 3 회사와의 단절

에 대한 법률검토를 얻고자 미팅을 했다', '시공사 선정 건은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사로 압축해서 임시총회를 개최할 예정이다'라는 내용이 있다.

이러한 게시글의 전반적인 내용 등에서 피해자 조합 집행부가 ○○○지구 사업 시공사인 공소외 4 회사 쪽으로 이 사건 사업의 시공사를 변경하려 했던 모습들이 나타난다.

공소외 3 회사를 시공사로 하는 사업계획승인까지 이루어짐에 따라 피해자 조합이 임의로 시공사를 변경하기 용이하지는 않았다는 사정을 고려하더라도, 피고인 3이 게시한 글의 내용 등을 통해 추론되는 피해자 조합 집행부 및 피고인 3의 의도 및 실제로 행한 업무를 단순히 '공사비 증액을 요구하는 공소외 3 회사를 압박하고 협상에서 유리한 지위를 점하기 위한 수단으로 사용하고자 공소외 4 회사 등 다른 건설사와 접촉하여 경쟁업체가 있는 것과 같은 외관을 만드는 것'에 불과하다고 보기 어렵다.

③ 공소외 3 회사의 공소외 19는 원심법정에서 '공소외 4 회사의 시공참여의향서 제출과 피해자 조합의 시공사 변경에 관한 서면결의 예정이라는 이야기를 듣고 당황해서 임시총회 전날인 2017. 11. 10. 피고인 1에게 공사비를 3,715,000원으로 수용한다는 공문을 직접 건네주었다.

피고인 3은 직접 "시공사 교체"라는 말을 언급하기도 하였다'라는 취지로 진술하였다.

④ 피고인 1은 2017. 11. 11. 피해자 조합 임시총회에서 "물론 1호 안건이지만 저희가 시공사 선정 및 협상에 관련해서 위임한 사실이 있고요. 그래서 그 담당자(피고인 3)로서 당사자로서 얘기를 하고 있는 것인지 일단 들어주시기 바랍니다"라고 발언하였고, 피고인 1이 위임하였다는 1호 안건은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사를 두고 시공사를 선정하는 '시공사 선정 건'이었다.

피고인 3은 2017. 11. 11. 위 임시총회에 참석하여 자신의 성과를 주장한 후, 조합원들에게 시공예정사인 공소외 3 회사의 소송에도 자신이 있기 때문에 시공사 변경을 진행했으며 소송은 조합 차원이나 용역사에서 감당할 자신이 있다며 원하는 대로 시공사를 선택할 것을 독려했다.

이는 피고인 3이 관여한 것이 '시공사 선정 지원' 업무라는 점에 부합하는 언행이다.

⑤ 위 2017. 11. 11.자 임시총회에서는 시공사 선정 안건에 대해 공소외 3 회사 328표, 공소외 4 회사 322표, 기관 7표가 나와 과반을 넘는 득표가 없어 안건이 부결되었고, 위 조합 총회 이후인 2017. 11. 16.자 조합장 간담회에서도 여전히 피고인 1, 피고인 2, 피해자 조합의 조합원들은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사의 시공 조건들을 비교하고 있었던바, 이 무렵까지도 공소외 3 회사가 확정적인 시공사 지위를 갖고 있지는 않았던 것으로 보인다.

그 후 2017. 11. 22. 피해자 조합은 공소외 3 회사와 공사비를 평당 3,715,000원으로 정하여 공사도급계약을 체결하였다.

⑥ 피고인 1은 경찰 조사에서 피고인 3과 함께 수행한 공사비 협상업무란 '공소외 3 회사와의 공사비 협상 업무 및 공소외 3 회사와의 협상이 결렬되는 경우 다른 건설사를 선정하는 업무를 모두 포함하는 업무이다'라고 진술하였다.

이와 관련하여 피고인 3은, 공소외 3 회사와의 공사비 협상이 성공했으므로 피고인 3(공소외 6 회사)이 맡기로 한 업무에 관한 약정은 조건 불성취로 무효라는 취지로 주장하나, 앞서 본 바와 같이 피고인 3이 피고인 1과 함께 공소외 3 회사와의 공사비 협상을 진행하면서도 동시에 공소외 4 회사에 이 사건 사업의 참여를 제안하여 2017. 10. 19. 공소외 4 회사로부터 이 사건 사업에 대한 시공참여의향서를 제출받고, 2017. 11. 11.에는 임시총회를 개최하여 공소외

3 회사와 공소외 4 회사 중에서 시공사를 선정하려고 하였던 이상, 이로써 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점이 인정되는 것이고, 피고인 1의 위와 같은 진술에 근거하여 그 행위가 조건 불성취로 무효가 된다고 볼 수 없으므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

4. 피고인 1과 피고인 3의 2,310,000,000원 상당 무자격자 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 각 사실을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 3 회사는 2016. 11. 22. 피해자 조합과 사이에 이 사건 사업에 관한 사업약정서를 작성할 무렵 공사비를 평당 3,620,000원으로 제시하였으나, 2017. 8. 1. 피해자 조합이 주택건설사업계획승인을 받은 후로는 공사비를 평당 3,857,000원으로 증액해줄 것을 요구하였다.

피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사는 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대하여 공사비 협상을 하여 2017. 8. 말경 평당 3,770,000원까지 의견 접근이 이루어졌다.

- ② 한편 피고인 3은 2017. 8. 7.경 피해자 조합의 고문 및 자문위원직에서 사퇴하였고, 피해자 조합은 2017. 9. 12. 제 27차 임원회의를 개최하여 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 공소외 6 회사에게 위임하는 안건'을 결의하였다.

공소외 6 회사는 피고인 3의 아내인 공소외 25 또는 조카인 공소외 18이 명목상 대표이사로 있을 뿐 피고인 3이 실질적으로 운영하는 1인 회사이다.

- ③ 피고인 3은 피고인 1이 공소외 3 회사 담당자를 여러 차례 만나 공사비를 협상하는 자리에 참석하는 한편 공소외 3 회사의 공사비 증액에 효과적으로 대응하기 위해서는 시공사 변경의 여지도 있음을 주장하였고, 이를 전제로 피고인 1과 함께 공소외 4 회사와의 업무회의에 참석하기도 하였다.

피고인 3은 2017. 9. 14.부터 2017. 11. 2.까지 조합 인터넷 카페 게시판에 공소외 3 회사와의 협상 과정 및 다른 건설사와의 협의 과정 등에 관한 글들을 여러 차례 게시하였다.

- ④ 피해자 조합은 피고인 3의 주도로 2017. 11. 6. 공소외 3 회사에 공소외 4 회사와 같은 조건인 평당 공사비 3,715,000원에 공사가 가능한지 여부를 묻는 내용의 공문을 발송하였고, 공소외 3 회사는 피해자 조합 총회가 있기 전날인 2017. 11. 10. 피해자 조합이 제시한 평당 공사비 3,715,000원의 조건을 수용한다는 공문을 보내왔다.

- ⑤ 피해자 조합은 2017. 11. 11. 조합 총회를 열어 1호 안건으로 '공소외 3 회사와 공소외 4 회사 중에서 시공사를 선정하는 안건'을 표결에 부쳤고, 그 결과 공소외 3 회사 328표, 공소외 4 회사 322표, 기권 7표가 나와 과반을 넘는 득표가 없어 안건이 부결되었으나, 그 후 2017. 11. 16. 조합장 간담회 등 조합원들의 의견 수렴을 거쳐 공소외 3 회사가 시공사로 확정되어 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사는 2017. 11. 22. 평당 공사비 3,715,000원(부가세 별도)으로 정하여 이 사건 공사도급계약을 체결하였다.

위 2017. 11. 11.자 조합 총회에서는 2호 안건으로 '공소외 6 회사와 시공사 선정 협의 및 중도금 대출 관련 용역계약의 체결업무를 임원회의에 위임하는 안건'이 결의되었다.

- ⑥ 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이에서 2017. 12. 5. 용역비 2,310,000,000원(부가세 포함)으로 정한 이 사건 용역계약이 체결되었고, 피고인 3은 2018. 1. 31. 피해자 조합에 대하여 공소외 6 회사의 위 용역비 2,310,000,000원을 청구채권으로 하는 지급명령을 신청하여 같은 날 지급명령이 발령되었으며, 피고인 1은 2018. 2. 6. 위 지급명령정본을 송달받았으나 이의하지 않아 2018. 2. 21. 위 지급명령이 확정되었다.
- ⑦ 피고인 3은 2018. 4. 13. 위와 같이 확정된 지급명령을 집행권원으로 피해자 조합의 상가부지 등에 대하여 부동산강제경매를 신청하여 강제경매개시결정을 받았다.

나. 구체적 판단

- 1) 위 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 피고인들이 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약을 체결하여 피해자 조합으로 하여금 2,310,000,000원 상당의 채무를 부담하게 하고 지급명령을 확정시킴으로써 피해자 조합에 대하여 배임행위를 하였고, 이에 따라 공소외 6 회사로 하여금 2,310,000,000원의 재산상 이익을 취득하게 하고 피해자 조합에 같은 액수 상당의 재산상 손해가 발생한 사실을 충분히 인정할 수 있다.
- ① 피해자 추진위와 공소외 2 회사가 2015. 9. 1. 체결한 업무대행계약에 의하면 시공사 선정, 시공조건과 공사비 검토 등은 업무대행사인 공소외 2 회사의 업무였고, 이에 따라 피고인 2는 2017. 8.경까지 공소외 3 회사와 사이에 공사비 협상 업무를 수행하고 있었다.

공소외 3 회사의 공소외 19도 수사기관에서 '2017. 8. 30.경을 기준으로 공사비는 평당 3,770,000원이었고, 이는 피고인 2와 협상을 해서 도출된 금액이다, 그때까지는 피고인 2와 협상을 하였고, 피고인들과는 협상을 한 사실이 없다'라는 취지로 진술하였다.

위와 같이 피고인 2와 공소외 3 회사가 협상을 진행하고 있는 상황에서 피고인 1은 2017. 9. 12. 제27차 임원회의를 개최하여 위 임원회의에서 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 전 조합장인 피고인 3(공소외 6 회사)에게 위임하는 안건'을 결의하였는데, 피고인 3이나 공소외 6 회사는 시공사 선정에 관한 업무를 대행할 자격이 없었다(피고인 3은 이 사건 사업 이전에는 조합 사업을 해본 적이 없었고, 조합을 위한 공사비 협상 업무나 시공사 선정에 관한 업무를 처리해본 경력이나 실적을 가지고 있지 않았던 것으로 보인다).

또한 공소외 4 회사의 공소외 24는 수사기관에서 '조합사업의 경우 이미 조합원들이 모집되어 사업이 진행되고 있기 때문에 공사비를 싸게 책정할 수 있다, 이 사건 사업 부지는 입지가 좋아 분양이 잘 될 것이라 판단하였다, 피고인 3이 회의에 참석하여 사업 전반적인 것을 설명한 것 같은데 특별한 것은 없었다, 공사업체를 경쟁시켜서 시공사를 결정하는 것은 일반적인 방식이고, 특별할 것이 없다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 3 회사의 공소외 26은 당심법정에서 '공사비를 당초 요구했던 가격보다 줄인 이유는 피해자 조합이 시공사를 공소외 4 회사로 변경하려는 모습을 보여서라기보다 이 사건 사업의 입지가 좋았던 이유가 더 컸다'라는 취지로 진술하였다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구를 받은 피해자 조합으로서는 기존의 업무대행사로 하여금 공사비 협상을 계속 수행하게 하거나 조합장을 비롯한 집행부가 직접 공사비 협상 업무를 수행하는 것이 충분히 가능하였던 것으로 보이고, 기존의 업무대행사를 배제시키고 새로운 채무를 부담하면서까지 공소외 6 회사와 이 사건 용역계약을 체결할 합리적인 이유가 있었다고 보이지 않는다.

② 피고인 3은 피해자 조합이 공소외 3 회사와 공사비에 관한 협상을 하는 자리에 참석하여 발언을 하거나 공소외 4 회사 등 다른 시공사와 접촉하여 시공사로 참여할 의향을 이끌어내는가 하면 위와 같은 협상 과정을 피해자 조합의 인터넷 카페에 올려 조합원들에게 알리는 등으로 노력하였고, 그 결과 피해자 조합으로서는 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 효과적으로 대처할 수 있었던 것으로 보인다.

그러나 피해자 추진위 단계에서부터 피해자 조합의 사업 초기 업무 전반을 관장했던 조합장의 지위에 있었고 조카인 피고인 1이 조합장으로 된 후로도 고문 및 자문위원 지위에서 조합 업무에 계속 관여해오고 있었던 피고인 3의 지위 및 경험 내지 이 사건 사업에 대한 이해 정도, 피고인 1과의 신분관계 등을 고려하면, 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대응하여 피고인 3이 행한 업무들은 반드시 별도로 용역계약을 체결할 필요 없이 전직 조합장이자 고문, 자문위원의 지위에서 조합장인 피고인 1을 보좌하여 충분히 수행하였음직한 범위의 것이라고 봄이 타당하다.

③ 실제로 피고인 3은 피해자 조합의 인터넷 카페에 2017. 11. 3. '공소외 6 회사의 용역비를 공소외 2 회사의 업무대행비 내에서 정산하려고 한다'라는 취지로 게시글을 올리는 등으로 당초 시공사 선정 등과 관련하여 자신이 별도의 용역비를 지급받는 것이 아니라는 취지를 밝힌 바 있음에도, 피고인들은 적법한 총회 결의 및 임원회의 결의가 있었다는 전제 아래 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약을 체결하였다.

나아가 피해자 조합 입장에서는 공사비를 감액하도록 협상하는 것이 당연함에도 피고인들은 위 용역계약상 '공사비 절감을 통한 조합의 총 이익금 8,600,000,000원'을 용역비 산정의 기준으로 삼았는데, 이는 공소외 3 회사가 제시한 금액을 전부 그대로 수용할 경우를 기준으로 계산한 것이고, 그것도 이미 피고인 2가 협상을 통해 2017. 8. 말경까지 감액한 공사비 역시 고려하지 않은 금액이었으며, 총 이익금 중 30%라는 용역비 비율 역시 아무런 근거가 없었다.

피고인 3은 수사기관에서 '피고인 1에게 30%를 달라고 요구하였다, 지나가는 소리로 여러 사람들에게 그냥 편하게 알아보았는데 50%를 받은 적이 있다는 이야기를 들었고, 지인에게 물어보니 30%든 40%든 정해진 룰은 없다고 이야기하였다, 알아본 바로는 조합 사업에서 업무대행사 이외 별도로 용역사를 지정하여 시공사와의 공사비 협상 용역비를 지급한 사례는 없었다'라는 취지로 진술하였는데, 피고인 1은 피고인 3의 객관적인 근거가 없는 제안을 그대로 받아들인 것으로 보인다.

④ 배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니며, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 경제적 관점에 따라 판단되어야 하므로 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당한다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보면, 피고인 3이 2018. 1. 31. 피해자 조합에 대하여 공소외 6 회사의 용역비 채권 2,310,000,000원을 청구채권으로 하여 지급명령을 발령받고, 조합장인 피고인 1이 위 지급명령정본을 송달받고도 이의하지 않아 위 지급명령이 확정되게 한 후 나아가 피고인 3이 확정된 지급명령을 집행권원으로 피해자 조합의 상가부지 등에 대하여 부동산강제경매를 신청하여 강제경매개시결정을 받음으로써 피해자 조합의 재산에 압류의 효력이 발생하였을 뿐만 아니라(민사집행법 제83, 84조) 언제든지 후속 환가절차가 진행될 수 있게 된 이상, 이미 피해자 조합의 재산에 대한 실효발생의 위험이 발생하였다 할 것이므로, 피고인들의 이 부분 업무상배임 범행은 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

- ⑤ 또한 앞서 본 바와 같이 피고인들은 기존의 업무대행사를 통하여 진행하거나 피해자 조합 집행부가 직접 수행할 수도 있는 업무에 대하여 업무대행사인 공소외 2 회사 및 피고인 2를 배제시킨 후 합리적인 이유 없이 피해자 조합으로 하여금 2,310,000,000원에 상당하는 새로운 채무를 부담시키고 조합 재산에 강제집행이 이루어지도록 하였으므로 위 금액 상당 전부가 피고인들의 배임행위로 인하여 발생한 손해액 및 이득액에 해당한다고 보아야 한다.

2) 이에 대하여 피고인들은 이 부분 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 범행의 성립 여부에 관하여 다음과 같이 주장하므로 차례로 본다.

가) 먼저 피고인들은 이 사건 용역계약 체결 등과 관련하여 적법·유효한 총회 및 임원회의의 결의가 있었음을 들어 배임행위가 아니라고 주장한다.

그러나 회사의 임원이 그 임무위배행위에 대하여 사실상 대주주의 양해를 얻었다거나 이사회 결의가 있었다는 사유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수 있는 것도 아닌바(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조), 피해자 조합의 적법·유효한 총회, 임원회의 결의가 있었다고 하더라도 피고인들이 위와 같이 피해자 조합에 손해를 가하는 행위를 한 이상 피고인들의 배임행위가 성립하는 것이므로, 피고인들의 위 주장을 받아들일 수 없다.

그렇지 않더라도, 피해자 조합 규약 제28조 제1항 제3호는 '예산으로 정한 사항 및 규약에서 정한 사항 외 조합원에 부담이 될 계약'을 총회 결의사항으로 규정하고 있는데, 위 2017. 11. 11.자 피해자 조합 총회에서는 '공소외 2 회사에 지급할 업무대행비와 무관하게 별도의 용역비를 공소외 6 회사에게 지급할지, 그리고 지급한다면 어느 정도 액수의 용역비를 지급할지'에 관한 논의 없이 '공소외 6 회사와 시공사 선정 협의 및 중도금 대출 관련 용역계약의 체결업무를 임원회의에 위임하는 안건'이 결의되었는데, 결국 위 조합 총회에서는 이 사건 용역계약에 관하여 조합원의 금전적 부담이 발생할지 여부를 결정하는 중요한 부분이 논의되지 않았다고 보아야 하고, 이는 조합 자금의 출연자인 조합원들이 금전적 부담이 될 사안을 미리 고지 받고 스스로 결정하도록 정한 조합 규약 내용의 취지에 반하는 것이므로, 이 사건 용역계약 체결에 관하여 적법·유효한 총회 결의가 있었다고 볼 수도 없다.

또한 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28은 수사 과정에서, 2017. 11. 20.자 임원회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 내용을 반대하였고 이를 의결로써 통과시킨 사실이 없다는 취지로 일관되게 진술하였고, 공소외 5, 공소외 27은 원심법정에서도 같은 취지의 진술을 하였으며, 2017. 11. 29.자 녹취서에 의하면 공소외 27이 공소외 5와 사이에 '임원회의를 월요일에 한다, 용역비 얘기하는 거 아니야?', 공소외 28씨가 왔었는데 임원회의에서 통과시키면 어떻게 되냐고 물었다, 용역비 어떻게 됐느냐고 그래서 아직 잠잠하다고 했다'라는 취지의 대화를 나누었는데, 이는 2017.

11. 29.경까지 공소외 6 회사에 대한 용역비 지급 문제가 임원회의에서 의결되지 않았음을 전제로 한 대화 내용으로서, 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28의 수사 과정에서의 위 진술에 부합한다.

따라서 피해자 조합의 2017. 11. 20. 임원회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 것에 대한 적법한 결의가 있었다고 볼 수 없다(피해자 조합의 2017. 11. 20.자 임원회의 회의록에는 이에 대한 결의가 이루어진 것으로 기재되어 있으나, 피고인 1은 위 회의록을 비롯하여 공개대상 자료인 피해자 조합의 회의록과 주요 계약 관련 자료들을 관련 법률이 정한 공개시기보다 현저히 늦은 2018. 4. 3.에야 공개한 점, 피해자 조합의 2017. 10. 17.자 제29차 임원회의 회의록의 경우 각기 상이하게 편집된 형태로 3개의 회의록이 존재하는 것으로 보아 피고인 1이 임의로 회의록을 작성할 수 있었던 것으로 보이는 점, 2017. 11. 20.자 임원회의에 참석한 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28이 위 회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 내용이 의결된 바 없다는 취지로 진술한 점 등에 비추어 공소외 6 회사에 대한 용역비 지급에 관한 2017. 11. 20.자 회의록의 기재 내용을 그대로 믿기는 어렵다).

나) 또한 피고인들은, 이 사건 용역계약에서 용역비를 이익금의 30%로 산정한 것은 법무법인 △△로부터 자문을 받은 결과이므로 피고인들에게 배임의 고의를 인정할 수 없다고 주장하나, 이 사건 용역계약의 체결 경위, 지급명령 발령 및 부동산강제경매개시 경위 등에 비추어 앞서 본 바와 같이 피고인들이 업무상임무에 위배하여 피해자 조합에 손해를 가하였다고 봄이 타당한 이상, 피고인들이 법률전문가의 자문을 받아 이 사건 용역계약을 체결하였다는 사실은 배임죄의 성립이나 배임의 고의 인정에 영향을 준다고 볼 수 없다.

따라서 피고인들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

다) 피고인들은, 이 사건 용역계약 체결에 대하여 총회의 적법·유효한 결의가 없다고 한다면 결국 용역계약 체결은 법률상 무효이기 때문에 피해자 조합에 사실상으로도 손해가 발생하지 않은 것으로 보아야 하고, 총회의 결의가 무효이므로 용역계약 체결도 무효이고, 위 용역계약에 터잡아 이루어진 지급명령도 무효이며, 위 지급명령에 의해 실시한 부동산강제경매도 무효라고 보아야 하므로 피해자 조합에게 사실상으로도 손해가 발생하지 않은 것이고 실효 발생의 위험도 초래하지 않았다고 보아야 한다고도 주장한다.

그러나 지급명령의 발령 및 이에 기한 부동산강제경매개시결정에 따라 조합의 재산에 압류의 효력이 발생하였을 뿐만 아니라(민사집행법 제83, 84조) 언제든지 후속 환가절차가 진행될 수 있는 상태가 되었고, 이는 이 사건 용역계약의 법률상 효력 유무와 상관 없이 경제적인 관점에서 볼 때 이미 피해자 조합의 재산에 대하여 실효 발생의 위험이 발생하였다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 위 주장 또한 받아들이기 어렵다.

라) 피고인들은, 피고인 3의 협상 전략에 따라 공사비가 삭감되어 피해자 조합이 이익을 얻었으므로 그 기여를 인정해 주어야 하고, 그와 같은 삭감된 공사금액에 비하여 공소외 6 회사에 대한 용역비가 과도하다고 할 수 없으며, 용역비가 적정한 수준에 비하여 과다한지 여부를 판단할 객관적이고 합리적인 평가 방법이나 기준 없이 단지 임무위배 행위가 없었더라면 더 낮은 수준의 용역비로 정할 수 있었다는 가능성만을 가지고 재산상 손해 발생이 있었다고 쉽사리 단정해서는 아니 되므로, 피고인들에 대하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없고, 배임의 범의가 인정될 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 피해자 조합은 공소외 3 회사가 이 사건 사업의 공사비를 평당 3,620,000원에서 평당 3,857,000원으로 증액해줄 것을 요구하면서 2017. 8. 말경에는 평당 3,770,000원 수준까지 요구한 데 대하여 공소외 3 회사 측과의 수차

례 협상 등을 통해 최종적으로 평당 3,715,000원에 공사도급계약을 체결한 것인바, 이로써 피해자 조합과 조합원들로서는 공소외 3 회사가 요구하는 증액분에 상응하는 만큼의 공사비 증가액이나 조합원 부담금을 추가로 지출하지 않게 되었다 할 것이고, 여기에 공소외 4 회사 등 다른 시공사와 접촉하는 전략을 제안하기도 한 피고인 3의 기여가 없었다고는 할 수 없다.

그러나 피해자 조합으로서는 조합원들을 위하여 공사비를 감액하도록 협상하는 것이 당연한 것이고, 앞서 본 바와 같이 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대응하여 피고인 3이 행한 업무들은 전직 조합장 및 고문, 자문위원의 지위에서 피고인 1을 보좌해서도 충분히 행할 수 있는 정도의 업무에 불과하다고 할 것임에도, 피고인 1과 피고인 3은 피해자 조합의 이익을 위해서는 따로 체결할 필요도 없는 이 사건 용역계약을 체결하고 피해자 조합으로 하여금 그에 따른 용역비 지급채무를 부담케 한 후 나아가 강제집행까지 이루어지게 한 이상, 피고인 3이 기여한 업무에 대한 적정한 용역비가 얼마인지를 산정할 필요도 없이 피해자 조합에 대하여는 이 사건 용역계약에서 정한 용역비이자 지급명령을 통해 확정된 채권액인 2,310,000,000원 전부의 재산상 손해가 발생한 것으로 보아야 한다.

또한 이 사건 용역계약의 체결 및 지급명령 신청 경과 등에 비추어 피고인들에게는 피해자 조합에 재산상 손해가 발생 또는 발생할 위험이 있다는 인식과 피고인 3이 재산상 이익을 취득한다는 인식이 있었다고 볼 수 있으므로, 배임의 고의도 인정된다.

따라서 피고인들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

3) 따라서 원심이 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 피고인들이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 위법이 없으므로, 피고인들의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

5. 피고인 1과 피고인 2의 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

가. 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니하나(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도7687 판결 등 참조), 형벌법규의 해석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법 취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결, 대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결 등 참조).

나. 피고인들은 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제69 내지 75쪽의 '유죄의 이유 6. 나. 판단' 항목에서 실시한 것과 같이, 피해자 조합을 주택법이 정한 '사업주체'에 해당한다고 보면서, 피고인들이 조합원 자격이 없는 사람들과 미분양분 주택에 관하여 먼저 계약금 등을 지급받고 추후 미분양분 주택을 지급하지 못할 경우 계약금을 반환하고 추가로 5,000,000원을 지급하기로 한 이 사건 약정은 정지조건부 약정이 아니고, 위 약정의 체결은 주택법 제102조 제13호, 제54조 제1항에 위반된다고 보아 피고인들의 주장을 배척하고 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다.

원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 면밀히 살펴보고, 원심이 적절히 실시한 사정들에다 관련 법령에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 더하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인들 주장과 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

- ① 주택법제54조 제1항 제1호에서 일정 규모 이상의 주택을 공급하고자 하는 사업주체가 입주자를 모집하려고 하는 경우에 주택법 등 관련 법령에 따라 원칙적으로 입주자모집승인 절차를 거치도록 한 것은 입주자 모집 시기 및 조건, 절차 등을 규제함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지하는 데 입법 목적이 있는바, 입주자 모집 승인 규정의 적용을 받는 주택법 제54조 제1항 제1호의 '사업주체'에 일정 규모 이상 주택을 공급하려는 자로서 주택법에 따른 주택건설사업계획의 승인을 받을 것을 예정하고 사업을 시행하는 자도 포함된다고 해석하는 것은 주택법의 위와 같은 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석으로서 허용된다고 봄이 타당하다.
 - ② 주택법 제102조 제13호는 "제54조 제1항을 위반하여 주택을 건설·공급한 자"를 처벌하도록 규정하고 있는데, 제54조 제1항은 사업주체에게 '주택의 건설·공급'과 관련한 의무를 부과하면서 '입주자를 모집하려는 경우'(제1호)와 '사업주체가 건설하는 주택을 공급하려는 경우'(제2호)를 구별하지 않은 채 그 전문에서 "사업주체는 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 주택을 건설·공급하여야 한다"라고 규정하고 있으므로, 관할 관청의 승인을 받지 않고 입주자를 모집하는 행위는, 확정적·최종적 분양계약을 체결하기 전이라도 결국 "제54조 제1항을 위반하여 주택을 건설·공급"한 경우에 해당한다고 보아야 한다.
 - ③ 한편 피고인 2는, 주택공급에 관한 규칙 제15조 제1항은 입주자 모집시기에 관하여 규정하고 있는데, 이에 따르면 '입주자 모집행위'라는 개념은 적어도 조합이 사업계획승인을 받고 착공 신고를 하여 착공이 이루어진 시점부터 인정될 수 있으므로 이 사건 약정을 입주자 모집행위라고 볼 수 없다고 주장하기도 한다.
- 그러나 위 규정은 법령에서 허용하는 입주자를 모집할 수 있는 시기에 관한 것일 뿐 어떤 행위가 입주자 모집에 해당하느냐에 관한 정의 규정이라고 볼 수 없으므로 피고인 2의 위 주장은 받아들일 수 없다.
- ④ 또한 피고인 2는 이 사건 약정이 주택법위반에 해당할 소지가 있음을 인식할 수 없었다는 취지의 주장을 하면서 이 사건 수사과정에서 담당공무원이나 수사기관도 이 사건 약정이 주택법위반에 해당하지 않는다는 의견을 밝히기도 하였다는 사정을 근거로 들고 있으나, 피고인 2의 위 주장은 단순한 법률의 부지를 주장하는 것에 불과하므로 그러한 사정을 들어 피고인 2에게 위법성 인식이 없었다고 볼 수 없다.

피고인 2의 위 주장도 받아들일 수 없다.

6. 피고인 1과 피고인 2의 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임의 점 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 공모관계에 관한 공소사실의 특정 관련 피고인 2의 주장에 대하여

앞서 본 위 2. 가. 1) 가), 나)항의 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실에 피고인 1과 피고인 2 사이에 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 배임행위와 관련한 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되어 있지 아니한 것은 사실이나, 피해자 조합의 조합장으로서 조합 업무 전반을 관장하고 있는 피고인 1과 피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사의 대표이사로서 피해자 조합의 업무 전반을 대행하는 지위에 있는 피고인 2가 어느 한 시기에 한 장소에 모여 범행을 공모한 것이 아니라 수시로 연락을 주고받으면서 암묵적으로 공모를 하고, 피고인들이 각 지위에 기하여 업무를 지시하거나 관장하는 방식으로 이 부분 범죄에 가담한 것이기에 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되지 못하는 것은 불가피한 측면이 있고, 이 부분 공소사실에 배임행위의 시기, 내용, 방법 등이 다른 사실과 식별할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 특정되어 있으므로, 위와 같은 공소사실 기재로 인해 피고인 2의 방어권 행사에 별다른 지장은 없는 것으로 보인다.

따라서 이 부분 공소사실은 충분히 특정되었다고 할 것이므로, 피고인 2의 주장은 받아들이지 않는다.

나. 이 부분 업무상배임죄 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 성립 여부

1) 원심의 판단

피고인들은 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제76~77쪽 '유죄의 이유

7. 나. 인정사실' 항목 기재와 같은 사실을 인정한 다음 제77~81쪽 '유죄의 이유 7. 다.

판단'의 '1) 각 업무상배임죄의 성립 여부'와 '2) 재산상 손해 발생 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인들의 주장을 배척하였다.

2) 이 법원의 판단

가) 임무위배행위 및 배임의 고의가 인정되는지

(1) 관련 법리

어떠한 행위가 임무위배행위에 해당하는지는 그 사무의 성질·내용, 사무집행자의 구체적인 역할과 지위, 행위 당시의 구체적 상황에 따라 그 행위가 신의성실의 원칙에 비추어 통상의 업무집행 범위를 일탈하였는가에 따라 판단하여야 한다.

그리고 경영자의 경영판단과 관련하여 경영자에게 배임의 고의가 있었는지를 판단할 때는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 여러 사정을 고려하여 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식을 가지고 의도적으로 한 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하여야 한다.

이러한 인식이 없으면 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 물을 수는 없으나, 경영자의 경영판단에 관하여 위와 같은 사정을 모두 고려하더라도 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 구체적 상황과 자신의 역할·지위에서 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 아니하거나 당연히 하지 아니하여야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 본인에게 손해를 가하였다면 그에 관한 고의 내지 불법이득의 의사는 여전히 이를 인정함이 마땅하다(대법원 2015. 9. 24. 선고 2015도6363 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 사람들을 대상으로 이 사건 약정을 체결하도록 하고, 그렇게 업무를 수행한 공소외 7 회사에 '조합원 모집'을 한 경우와 동일하게 용역비를 지급한 행위는 모두 합리적인 경영판단의 재량범위 내에 있다고 할 수 없어 피해자 조합에 대한 임무위배행위에 해당하고, 피고인들에게 업무상배임의 고의가 있었음이 인정된다.

원심의 이 부분 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하거나 임무위배행위 내지 배임의 고의와 관련하여 법리를 오해한 위법이 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

① 공소외 4 회사의 공소외 24는 수사기관 및 원심법정에서 '이 사건 사업 부지의 입지가 매우 우수하였고, 분양성에 큰 문제가 없었다고 판단하였다, 피고인 2도 이 지역은 분양이 잘 될 것이라고 말하면서 걱정이 없다고 말하였다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 3 회사의 공소외 19도 수사기관에서 '이 사건 사업의 부지는 입지가 워낙 좋아서 일반분

양에 문제가 없다고 판단되는 곳이었다'라는 취지로 진술하였다.

이와 같은 시공업체들의 평가에 따르면 이 사건 사업 부지는 입지가 우수하여 일반분양에 대한 위험성이 크지 않은 곳이었음을 알 수 있다.

실제로 피해자 조합에 인접하고 있으면서 일반분양방식으로 사업이 진행된 ○○○지구의 경우에도 분양이 전부 완료된 것으로 보이고, 이 사건 사업의 경우에도 2018. 7.경 착공을 시작하고 일반분양을 시작한 시점부터 6, 7개월이 경과한 무렵인 2019. 3. 4. 일반분양을 모두 완료하였다.

② 피해자 조합은 2017. 3.경까지 2차 조합원 모집으로 총 765세대의 조합원을 모집하였고, 이는 피해자 조합이 2016. 7. 22. 설립인가를 받으면서 모집하기로 한 956세대를 기준으로 약 80%에 이르는 정도로서 조합원 모집에 그리 큰 어려움이 없었던 것으로 보인다.

피해자 조합과 공소외 3 회사 사이에 체결된 2016. 11. 22.자 사업약정서에서의 980세대를 기준으로 하면 위 765세대는 약 77%에 해당하여 80%에서 3%가 부족한 결과이기는 하나, 공소외 19는 수사기관에서 '위 2016. 11. 22.자 사업약정서는 공소외 3 회사에서는 필요가 없지만 피해자 조합에서 토지담보대출을 받기 위하여 요청하여 만든 것이다, 765세대는 적당히 잘 모집된 것으로 생각된다, 실제 이 숫자는 어느 정도 세대만 모집되고 돈만 납부되면 큰 문제는 없는 것이다'는 취지로 진술한 것으로 볼 때, 위 모집 세대수가 사업성 평가에 영향을 미칠 만큼 부족하였다고 평가할 수 없다.

③ 공소외 5는 수사기관에서 '피고인 1이나 피고인 3이 임의세대 분양을 너무 많이 하는 것 같아 걱정이라고 말하였다, 매일 아침 임의세대 분양 문제로 업무대행사와 조합과 사이에서 하던 회의에서 여러 번 논의가 되었다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 19는 원심법정에서 '피고인 2에게 실제로 ▽▽동 같은 경우는 입지도 좋기 때문에 일반분양을 하면 수익이 더 늘어날 거니까 일반분양으로 하는 게 좋다고 말씀드렸다'라는 취지로 진술하였다.

앞서 본 것과 같은 이 사건 사업 부지의 우수성과 기대되는 분양 전망, 이 사건 사업 관련자들의 인식 등에 비추어 보면, 피고인들로서는 조합원 부담금보다 훨씬 가격이 높은 일반분양가로 주택을 분양할 기회를 포기하고 조합원 자격이 없는 사람들과 굳이 이 사건 약정을 하여야 할 필연적인 이유가 있었다고 보기 어렵고, 피고인들로서는 피해자 조합이 이 사건 약정을 체결하는 경우의 문제점도 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다.

④ 앞서 본 바와 같이 이 사건 약정은 주택법을 위반하는 행위일 뿐만 아니라, 일반분양보다 더 낮은 가격으로 분양을 함으로써 피해자 조합으로서는 조합원 부담금보다 가격이 높은 일반분양가로 주택을 분양할 기회를 상실케 하는 행위이다.

그럼에도 불구하고 피고인들은 이 사건 약정 체결의 방법으로 조합원 자격이 없는 사람들을 모집하는 것에 관하여 조합 총회에서 동의를 받은 적이 없고 조합원들에게 그와 같은 약정 체결 사실을 알리지도 아니하였다.

⑤ 설령 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 이 사건 약정을 체결하도록 한 것이 피해자 조합의 토지대금 등 추가적인 사업비 조달 등 원활한 사업 진행을 도모하기 위함이었다고 하더라도, 주택법위반에 해당하는 이 사건 약정을 체결하는 행위를 정상적이고 합법적이라고 보기 어렵고, 그 과정에서 조합 총회나 조합원들의 동의를 받지 아니한 점 등에 비추어 보면 이를 합리적인 경영판단의 재량범위 내의 행위라고 평가할 수 없다.

나) 피해자 조합에 손해 또는 손해 발생의 위험이 발생하였는지 여부

나아가 원심이 원심판결 제80쪽 제5행부터 제81쪽 제5행까지에서 실시한 사정들에 의하면, 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 사람들을 대상으로 이 사건 약정을 체결하도록 하고, 그렇게 업무를 수행한 공소외 7 회사에 조합원 모집의 경우와 동일하게 용역비를 지급함으로써, 피해자 조합에는 이 사건 약정의 계약 상대방들에게 손해배상금으로 214,500,000원을 지급하고 공소외 7 회사에 847,000,000원의 용역비를 지출하는 손해가 발생하였다고 볼 수 있다.

피고인들은, 공소외 7 회사에 대한 용역비는 정당한 용역에 대한 대가가 지급된 것에 불과하고, 공소외 7 회사와의 분양대행 용역계약 제5조에 의하면 피해자 조합의 필요에 의하여 업무용역의 범위가 변경될 시에는 그에 따른 비용은 피해자 조합과 공소외 7 회사가 협의하여 결정할 수 있다고 정하였으므로, 공소외 7 회사에 대한 미분양 154대에 대한 용역비 지급은 배임행위가 아니라고 주장한다.

그러나 위 분양대행 용역계약상 공소외 7 회사의 수행업무로 규정된 내용은 '피해자 조합 아파트 개발을 위한 조합원 계약 관련 용역'일 뿐이고, 공소외 7 회사가 조합원 아닌 일반인들을 상대로 이 사건 약정을 체결한 것은 그 용역업무인 '조합원 모집 업무'를 수행하였다고 볼 수 없어 용역비를 지급받을 근거가 없다고 보아야 하므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

다) 재산상 이익을 취득하게 하였는지 여부

(1) 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)(847,000,000원) 부분

앞서 본 바와 같이 공소외 7 회사가 조합원 아닌 일반인들을 상대로 이 사건 약정을 체결한 것은 그 용역업무인 '조합원 모집 업무'를 수행하였다고 볼 수 없어 용역비를 지급받을 근거가 전혀 없으므로, 공소외 7 회사가 수행한 이 부분 용역의 적정한 대가가 얼마인지를 산정할 필요 없이 공소외 7 회사로서는 피해자 조합으로부터 지급받은 이 부분 용역비 전액인 847,000,000원 상당의 재산상 이익을 취득하였다고 할 것이다.

원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고인들이 주장하는 것과 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임(214,500,000원) 부분

원심은 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 일반인들과 사이에 이 사건 약정을 체결함으로써 피해자 조합이 이 사건 약정을 해제하고 계약 상대방들에게 합계 손해배상금으로 214,500,000원을 지급함에 따라 피해자 조합이 같은 액수 상당의 재산상 손해를 입었다고 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

그러나 원심의 이 부분 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

배임죄는 본인에게 재산상의 손해를 가하는 외에 배임행위로 인하여 행위자 스스로 또는 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득할 것을 요건으로 하므로, 본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 재산상 이익을 행위자 또는 제3자가 취득한 사실이 없다면 배임죄가 성립되지 않는다(대법원 2006. 7. 27. 선고 2006도3145 판결 등 참조).

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자 조합과 이 사건 약정을 체결한 계약 상대방들은 2016. 10.경부터 2017. 3.경까지 이 사건 약정에 따라 피해자 조합에 계약금, 중도금 명목으로 약 50,000,000원씩을 각 납부하였는데, 2018년 중순경 피해자 조합의 새로운 집행부는 주택법에 위반된 부분을 바로잡고 적법한 일반분양절차를 진행하기 위해 이 사건 약정을 해제하고 위 계약 상대방들에게 기납부 금액을 반환하는 한편 손해배상금 명목으로 합계 214,500,000원을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 위와 같이 손해배상금 214,500,000원을 지출한 피해자 조합으로서는 같은 액수의 재산상 손해를 입었다고 할 것이나, 이 부분 배임행위로 인하여 행위자 또는 제3자가 취득한 재산상 이익이 있는지 여부를 보건대, 이 사건 약정의 계약 상대방들이 피해자 조합으로부터 수령한 위 214,500,000원은 이 사건 약정에서 정한 손해배상예정액의 지급 내지는 계약 상대방들이 피해자 조합에 납부하였다가 반환받은 계약금, 중도금 명목의 금원에 대한 법정이자 상당의 손해배상 내지 부당이득 반환의 실질을 가진다고 할 것이어서, 이 사건 약정의 계약 상대방들이 위와 같이 손해배상금을 지급받았다는 사실만으로는 곧바로 재산상 이익을 취득한 것으로 단정할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 이를 인정할 만한 증거가 없다.

그렇다면 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증거가 없는 경우에 해당하여 무죄라 할 것인바, 이와 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 업무상배임죄의 재산상 이익에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

다.

피고인 2의 공동정범 성립 여부

피고인 2는 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제81 내지 83쪽의 '유죄의 이유 7. 다.

3) 피고인 2의 공동정범 성립 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인 2의 주장을 배척하였다.

원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인 2는 이 사건 약정 및 공소외 7 회사에 대한 용역비 지급에 대하여 적극적으로 관여한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로 공동정범에 해당한다.

따라서 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 2가 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없으므로 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피고인 2는 수사기관에서 '이 사건 약정에 의한 비조합원 모집은 (공소외 7 회사의 분양업무를 대대행하는) 공소외 29 주식회사(이하 '공소외 29 회사'라 한다)와의 회의를 통하여 함께 결정하였다, 조합원 자격이 있는 사람을 상대로 계약을 체결한 내역과 조합원을 모집한 내역을 분리해서 보고받았다, 피해자 조합과의 회의 때에는 조합원 자격이 없는 사람을 구분하여 조합 측에 이야기하였다'라는 취지로 진술하였는바, 위 진술에 의하면 피고인 2가 이 사건 약정을 체결하기로 하는 결정과 위 약정의 진행 과정에 적극적으로 관여하였음을 알 수 있다.

피고인 1 또한 원심법정에서 '분양은 분양대행사와 업무대행사가 같이 협의하여 진행하였다'라고 진술하였다.

② 공소외 5도 수사기관 및 원심법정에서 '2016. 12.경 업무대행사인 공소외 2 회사의 사무실에서 회의를 하던 중 임의 세대를 모집한다는 이야기가 있었다, 공소외 5가 회의에서 피고인 2에게 이렇게 하는 것이 합법인지 물으니, 피고인 2는 다른 곳에서도 다 이렇게 한다고 말하였다'는 취지로 진술하였고, 공소외 7 회사의 공소외 30도 원심법정에서

‘업무대행사의 허락을 받고 비조합원 모집을 진행하였다, 공소외 29 회사와 업무대행사는 일주일에 한 번씩 회의를 하였다, 업무대행사에서 준 약정서를 토대로 비조합원을 모집하는 업무를 하였다’는 취지로 진술하였다.

- ③ 피고인 2는, 공소외 2 회사로서는 공소외 7 회사에 대하여 용역비를 지급할 때 자금관리대리사무계약에서 정한 바에 따라 분양업무에 따른 후속절차인 자금처리를 하였을 뿐이라고 주장한다.

그러나 피해자 조합의 공소외 27은 수사기관에서 ‘모집하는 사람을 상대로 입금을 시키고, 입금이 업무대행사에서 확인이 되면 분양대행사가 가입계약신청서를 받고, 필요 서류를 받아서 이를 업무대행사에 준다.

그러면 업무대행사에서 넘버링이 된 정식 계약서를 주면 서명을 받아 분양계약서의 작성을 완료한다.

비조합원에 대한 계약서는 우측 상단에 100이라고 적어서 보내주었다’라고 진술하였는바, 이에 따르면 공소외 2 회사는 자금처리절차만이 아닌 비조합원 모집의 전 과정에 관여하였음을 알 수 있다.

7. 피고인 1과 피고인 3의 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점 및 피고인 1의 조합 자료 미공개에 의한 주택법위반의 점

가. 위법성조각사유로서 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결, 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 등 참조).

나. 먼저 피고인들의 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점에 관하여 본다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인들이 이 부분 공소사실 기재와 같이 피해자 조합 자금으로 11,000,000원의 변호사비용을 지출한 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추었다고 볼 수 없으므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 주택법이 주택조합의 발기인 또는 임원으로 하여금 조합사업 관련 자료를 공개하도록 한 취지는 주택조합사업 추진의 투명성을 제고하기 위한 것인데, 피고인들이 주장하는 사실만으로는 공소외 31 등의 방해로 피해자 조합의 사업이 좌초될 만한 급박한 위험이 있었다고 보기 어렵고, 설령 그와 같은 방해가 있었다 하더라도 그것이 위와 같은 주택법의 취지를 희생시키면서까지 조합원들에게 자료 공개를 하지 않을 사유에 해당한다고 보기 어렵다.

- ② 피고인들은 ‘피고인들이 전·현직 조합장으로서 임원회의 회의록 등을 작성하였음에도 이를 15일 이내에 조합원들에게 공개하지 않았다’라는 혐의사실의 주택법위반 형사사건에 관하여 피해자 조합 자금으로 자신들의 변호사비용을 지출하였다.

위 주택법위반 형사사건은 ‘분쟁에 대한 실질적인 이해관계는 단체에게 있으나 법적인 이유로 그 대표자의 지위에 있는 피고인들이 법적 절차의 당사자가 된 경우’에 해당한다고 볼 수 없고, 따라서 이에 관한 변호사비용을 지출하는 행위는 피해자 조합이 아닌 피고인들 자신의 이익을 위한 것으로 볼 수밖에 없으므로, 그 행위가 정당한 목적이거나 동기에서 이루어졌다고 볼 수 없다.

- ③ 피고인들이 위와 같이 변호사비용을 피해자 조합의 자금으로 지출하는 과정에서 다른 조합원들에게 알리는 등 적법한 절차를 거치지 않고 피해자 조합의 자금을 변호사비용으로 사용해야 할 만한 정당한 이유나 긴급한 사정이 있다고 보이지도 않는다.

다.

다음으로, 피고인 1의 조합 자료 미공개에 의한 주택법 위반의 점에 관하여 본다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인 1의 이 부분 공소사실 기재 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추었다고 볼 수 없으므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 보기 어렵다.

① 구 주택법(2020. 1. 23. 법률 제16870호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1항에 의하면, 주택조합의 발기인 또는 임원은 주택조합사업의 시행에 관한 용역업체 선정 계약서, 조합총회 의사록 등 서류 및 관련 자료가 작성되거나 변경된 후 15일 이내에 이를 조합원이 알 수 있도록 인터넷과 그 밖의 방법을 병행하여 공개하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 제104조 제2호는 위 의무를 위반하여 주택조합사업의 시행에 관련한 서류 및 자료를 공개하지 아니한 자를 1년 이하의 징역 및 10,000,000원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

구 주택법 취지와 위 관련 규정 내용을 고려하면, 구 주택법상 조합의 자료 공개는, 조합 가입 여부를 고민하는 사람들이 주택조합 사업의 내용과 현황을 제대로 알고 의사 결정할 수 있도록 객관적이고 충분한 정보를 제공하고, 모집된 조합원들에게 주택조합 사업의 추진 경과나 과정을 투명하게 알릴 필요성이 있기 때문에 그 주택조합의 설립과 사업을 주도적으로 수행하는 사람들에게 토지확보현황 등 여러 정보를 일반 대중에게 공개하고 조합원의 열람복사 요청에 응할 의무를 부과한 것이라 할 것이다.

② 그럼에도 피고인 1은 피해자 조합의 조합장으로서 공소외 6 회사에 대한 용역계약서, 제29차 임원회의 의사록, 선분양 관련 자료, 경계지 7필지 매매계약서, 회계감사보고서, 제30차 임원회의 의사록 등 자료를 인터넷 등에 공개하지 않았다.

피고인 1은 위 자료들이 법정 기한 내에 공개될 경우 조합 사업을 방해하는 세력이 위 자료들을 악용할 위험성에 대한 검토가 필요하여 일시적으로 미공개한 것뿐이라고 변소하나, 피고인 1이 주장하는 사유는 관련 법령이 부과한 의무를 이행하지 않을 정당한 이유가 될 수 없다.

③ 또한 피고인 1이 피해자 조합의 사업 진행에 지장을 초래하지 않는 방식으로 조합원들에게 조합 자료를 공개할 수 있는 대체수단을 강구해보았다는 사정도 보이지 않는다.

④ 피고인 1이 공개하지 아니한 이 부분 공소사실 기재 자료들은 경계지 7필지에 대한 매매계약, 공소외 6 회사와의 용역계약 등과 같이 피해자 조합 재산의 처분 등 조합원들에게 경제적 부담을 초래하는 중대한 사항에 관한 것일 뿐 아니라, 피고인 1 등의 피해자 조합에 대한 이 사건 배임행위에 부수하여 작성되거나 그 과정에서 작성된 매매계약서 내지 용역계약서, 의사록 등으로서, 피고인 1이 이를 법정 기한 내에 공개하지 않음으로써 조합원들로서는 해당 범행내용을 제대로 인지할 수 없었던 것으로 보이는바, 피고인 1의 이 부분 공소사실 기재 행위가 정당한 목적이나 동기에서 이루어졌다고 보기는 어렵다.

8. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

가. 피고인 1의 사전자기기록등변작의 점 및 변작사전자기기록등행사의 점

1) 형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것이므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이

르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 등 참조).

또한 형사항소심은 속심이면서도 사후심으로서의 성격을 가지고 있는 점과 아울러 형사소송법에서 정한 실질적 직접 심리주의의 정신 등에 비추어 볼 때, 제1심이 증인신문 등의 증거조사 절차를 거친 후에 합리적인 의심을 배제할 만한 증거가 부족하다고 보아 공소사실을 무죄로 판단한 경우에, 항소심의 심리 결과 일부 반대되는 사실에 관한 개연성 또는 의문이 제기될 수 있다 하더라도 제1심이 일으킨 합리적인 의심을 충분히 해소할 수 있을 정도에까지 이르지 아니한다면 그와 같은 사정만으로 범죄의 증거가 부족하다는 제1심의 판단에 사실오인의 위법이 있다고 단정하여 공소사실을 유죄로 인정하여서는 아니 된다(대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도11428 판결 등 참조).

2) 원심은 원심판결 제93~96쪽 '무죄 부분 3. 나. 판단' 항목에서 이에 대한 판단 근거를 자세히 실시하면서 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

위 법리에 기초하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 원심의 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 사실인정에 이르는 논증이 논리와 경험법칙에 어긋나는 등으로 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 볼 만한 합리적인 사정이 있다고 볼 수 없으며, 검사가 제출한 증거들만으로는 이 부분 공소사실 기재와 같은 내용의 2017. 10. 17.자 제29차 임원회의 회의록 전자파일이 진정하게 성립되어 있었다는 사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 볼 수 없으므로, 원심판결에 검사 주장과 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다(검사는, 피고인 3이 2017. 10. 17. 공소외 5에게 '경계지 7필지의 매매가를 매도가격의 120%로 했을 때 54억 원이 나오는 것이 맞느냐, 임원회의 전에 금액산출을 정확히 해 달라'고 했던 대화내용 및 공소외 2 회사의 공소외 32 이사가 피해자 조합의 제29차 임원회의가 있기 전인 2017. 10. 11. 공소외 5에게 경계지 7필지에 관한 매매대금을 기재해 놓은 매매계약서를 이메일로 송부한 사정 등을 근거로 2017. 10. 17. 제29차 임원회의에서 경계지 7필지를 토지매입가격의 120%의 가격에 업무대행비로 지급하기로 한다는 회의록이 작성되어 있었다고 보아야 한다고 주장하나, 원심이 실시한 이 부분 판단 근거에 비추어 위와 같은 사정들만으로는 이 부분 공소사실이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기 어렵다).

나. 피고인 3의 조합 자료 미공개로 인한 주택법위반의 점

원심은, 피고인 3이 이 부분 공소사실 일시인 2017. 11. 30.에는 피해자 조합의 고문 및 자문위원직에서 사퇴한 상태였으므로 구 주택법이 제12조 제1항에서 주택조합사업의 시행에 관련한 서류 및 자료의 공개의무를 부과하고 있는 '주택조합의 임원'에 해당한다고 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 3이 피고인 1에게 2017. 11. 30.경 작성한 제30차 임원회의 회의록을 15일 이내에 조합원들에게 공개하지 않도록 지시하였다거나, 이를 공개하지 않는 데에 가담하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 피고인 3의 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심이 실시한 위와 같은 사정에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 제30차 임원회의 회의록을 포함하여 피해자 조합의 제28 내지 34차 임원회의 회의록은 2018. 4. 3. 피고인 1에 의하여 피해자 조합 인터넷 카페에 일괄 게시되었는데, 그 과정에서 공소외 5와 제30차 임원회의 회의록 정정과 관련하여 대화를 나누거나, 2018. 1. 10. 공소외 5에게 '임원회의 회의록을 올려야 하니 제30차 임원회의의 안건

을 정리해 놓은 것이 있으면 보내달라'고 요청하기도 하는 등 제30차 임원회의 회의록의 작성과 공개를 피고인 1이 직접 주관하였다고 보이는 반면, 여기에 피고인 3이 관여하였다고 볼 만한 사정은 보이지 않는 점, ② 피고인 3이 전직 조합장, 고문 및 자문위원을 역임하였고, 조합장인 피고인 1이 자신의 조카이며, 고문 자리에서 물러난 후로도 피해자 조합의 공사도급계약, 경계지 7필지의 이전, 공소외 6 회사와의 용역계약 체결 등에 어느 정도 관여해 온 것으로 보이는 하나, 이로써 피고인 3이 2017. 11. 30.자 제30차 임원회의 회의록의 작성 및 공개까지 관여하였다고 곧바로 추단할 수는 없고, 달리 이를 인정할 만한 정황이 보이지 않는 점 등을 보태어 보면, 피고인 3에 대한 이 부분 공소사실이 합리적 의심을 배제할 수 있을 만큼 증명되었다고 보기 어렵다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다. 따라서 검사의 이 부분 주장도 이유 없다.

IV. 결론

그렇다면 피고인들의 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점과 피고인 1, 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장은 일부 이유 있고, 피고인 1, 피고인 2의 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있으므로, 원심판결 중 피고인들에 대한 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 부분과 피고인 1, 피고인 2에 대한 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 부분 및 업무상배임죄 부분은 파기되어야 한다.

다만 피고인들의 위 죄들은 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 피고인들과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄 부분에 관한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 한다.

【이유】

】I. 이 법원의 심판 범위

검사가 피해자 공소외 지역주택조합(이하 '피해자 조합'이라 한다) 소유인 경계지 7필지의 재산적 가치가 5,454,545,000원임을 전제로 그 이전에 의하여 피해자 조합에 발생한 재산상 손해액이 위 5,454,545,000원과 미지급 업무대행비 1,331,000,000원의 차액인 4,123,545,000원이라고 하여 피고인들에게 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용하여 공소를 제기한 데 대하여, 원심은 이 부분 공소사실 중 경계지 7필지의 재산적 가치가 5,454,545,000원에 달한다는 점을 전제로 한 부분은 범죄사실의 증명이 없다고 보아 판결 이유에서 무죄로 판단하면서 피고인들의 행위로 인한 이 부분 재산상 손해액 및 이득액을 1,829,858,000원으로 보아 이 부분 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 유죄로 인정하였다.

이에 대하여 피고인들이 유죄 부분에 대하여 항소하였고, 검사는 위 이유 무죄 부분에 대하여는 별다른 항소이유를 주장하지 않았다.

피고인들의 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 이유 무죄 부분은 상소불가분의 원칙에 따라 유죄 부분과 함께 당심에 이심되기는 하나, 위 이유 무죄 부분은 이미 당사자 사이의 공격·방어 대상에서 벗어나 사실상 심판대상에서 이탈되었으므로, 이 부분에 대하여는 원심의 결론에 그대로 따르기로

하고 당심에서 따로 판단하지 않는다.

II. 항소이유의 요지

1. 피고인 1

가. 사실오인 및 법리오해

1) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분)

가) 피해자 조합이 청주시 (주소 2 생략) 일대 약 71,000㎡ 규모의 대지에 조합원을 모집하여 아파트를 건설하는 사업 (이하 '이 사건 사업'이라 한다)에 관하여 2017. 8. 1. 사업계획승인을 받음으로써 업무대행사인 공소외 2 주식회사 (이하 '공소외 2 회사'라 한다)로서는 2017. 11.경 이미 업무대행비 전액을 청구할 수 있는 지위에 있었다.

피해자 조합, 공소외 3 주식회사(이하 '공소외 3 회사'라 한다), 공소외 2 회사 사이에서 2017. 11. 22. 공사도급계약(이하 '이 사건 공사도급계약'이라 한다)을 체결하면서 업무대행비의 지급시기를 변경하는 조항을 두었더라도, 이는 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 채무의 기한을 불확정기한으로 정하여 지급시기를 유예한 것에 불과하다.

공소외 2 회사가 2017. 12. 31.경 업무대행관계에서 이탈하였다 하더라도 업무대행계약에서 정한 업무가 대부분 완료된 상태였으므로 이미 완성된 기성부분에 대한 업무대행비 채권에 영향을 주지 않는다.

피해자 조합과 공소외 2 회사 사이에서는 업무대행비를 토지로 대물변제하기로 하는 합의가 이미 존재하였고, 이 사건 공사도급계약에 의하여 업무대행비 지급시기를 변경한 것은 공소외 3 회사의 요구에 따른 것일 뿐 위 대물변제 합의와는 무관하다.

이 사건 공사도급계약을 체결하는 과정에서 피해자 조합과 공소외 2 회사, 공소외 3 회사 담당자들은 토지를 대물로 업무대행비를 지급하는 것은 공사도급계약에 정한 업무대행비의 지급시기 및 지급비율 약정과 상관없이 가능하다는 취지로 협의하기도 하였다.

피해자 조합은 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 대물변제로 경계지 7필지를 이전해주는 문제를 제30차 임원회의의 적법한 결의를 거쳐 결정하였고, 경계지 7필지가 대물변제로써 소유권이 이전된 후 ○○○지구 시공사인 공소외 4 주식회사(이하 '공소외 4 회사'라 한다) 앞으로 가등기가 마쳐졌다는 등의 사정은 배임의 성립 여부와 무관하므로, 피해자 조합이 공소외 2 회사에 대물변제 명목으로 경계지 7필지의 소유권을 이전해준 것을 업무상 임무위배행위라 볼 수 없다.

나) 경계지 7필지에 관한 근저당권 설정에 관한 특약은 피고인 2와 공소외 5의 합의에 의하여 삽입되었을 뿐, 피고인 1은 이와 관련한 내용을 전혀 알 수 없었으므로, 피해자 조합과 공소외 2 회사 사이에 경계지 7필지에 대한 근저당권 설정에 관하여 명시적인 의사 합의가 있었다고 할 수 없고, 근저당권 설정 조항은 피고인 2, 공소외 5 사이의 통정허위표시로 무효라고 보아야 한다.

따라서 피해자 조합이 경계지 7필지에 관한 근저당권을 설정 받지 않았다고 하여 피고인들이 업무상 임무위배행위를 한 것이라거나 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없다.

다) 공소외 3 회사가 이 사건 공사도급계약상의 공사비를 모두 지급받은 이상 피해자 조합에 손해배상청구나 구상권을 행사할 여지가 없으므로, 업무대행비의 대물변제로 경계지 7필지를 이전해준 것으로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하거나 발생할 위험이 없다.

손해가 있다 하더라도 피해자 조합이 입은 손해는 지급시기를 유예한 업무대행비 채무를 그 지급시기 이전에 경계지 7필지로 선행하여 대물변제한 데 따른 이자 정도라고 보아야 하므로, 이로 인한 재산상 손해액 및 이득액을 원심이 인정한 1,829,858,000원이라고 볼 수는 없고, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

2) 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 이 사건 공사도급계약에서 업무대행비 지급시기를 조정한 것은 현금으로 지급하는 경우에 한정되므로, 경계지 7필지를 대물변제 받은 이후에도 공소외 2 회사로서는 피해자 조합에 대하여 현금으로 미지급 업무대행비 1,170,000,000원을 청구할 수 있었다.

따라서 피해자 조합이 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급한 것을 업무상 임무위배행위라 볼 수 없고, 피해자 조합의 손해를 인정할 수 없다.

나) 설령 위 550,000,000원의 업무대행비가 이 사건 공사도급계약에서 정한 지급시기보다 앞서 지급됨에 따라 피해자 조합에 손해가 발생하였다 하더라도 그로 인하여 피해자 조합이 입은 손해는 선지급된 업무대행비에 대한 이자 상당이라고 보아야 하므로, 이 부분 공소사실과 같이 550,000,000원 전액을 손해 및 재산상 이익으로 볼 수 없고, 따라서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

3) 2,310,000,000원 상당 무자격 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 3은 공소외 3 회사와의 협상을 주도하면서 효율적인 전략을 구사하여 실제로 공사비를 감액시켰고, 피해자 조합은 공사비 감액에 관한 피고인 3의 기여를 인정하고 그 대가 지급을 위해 공소외 6 주식회사(이하 '공소외 6 회사'라 한다)에 용역비를 지급하기로 하여 적법·유효한 총회와 임원회의의 결의 및 법무법인 △△에 대한 자문의뢰를 거쳐 공소외 6 회사와 사이에 2,310,000,000원(부가세 포함)의 용역계약(이하 '이 사건 용역계약'이라 한다)을 체결하였다.

따라서 피해자 조합은 공소외 6 회사에 대한 위 2,310,000,000원의 용역비채무를 승인한 것이고, 이로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 볼 수 없으므로, 이 사건 용역계약과 관련하여 피고인 1이 배임행위를 하였다고 볼 수 없다.

나) 설령 이 사건 용역계약의 용역비가 과다하게 책정되었다고 하더라도 적정한 수준의 용역비와의 차액만을 손해액으로 인정할 수 있을 뿐 이 부분 용역비 2,310,000,000원 전체가 이 부분 배임행위로 인한 손해에 해당한다고 볼 수 없으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없다.

다) 또한 무효인 지급명령에 기해 이루어진 부동산 강제경매신청에 의한 재산상 실해 발생의 위험은 구체적·현실적인 위험이 야기된 정도에 이르렀다고 볼 수 없어 배임죄의 기수에 이르렀다고 볼 수 없다.

4) 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

피해자 조합이 조합원 자격이 없는 사람들과 사이에 먼저 계약금을 지급받되 추후 미분양분 주택을 공급해주지 못할 경우 계약금을 반환하고 추가로 5,000,000원을 지급하기로 하는 약정(이하 '이 사건 약정'이라 한다)을 체결할 당시

피해자 조합은 주택건설사업계획승인을 받기 전이었으므로 주택법 제54조 제1항의 '사업주체'라고 할 수 없다.

이 사건 약정은 일반분양을 거친 후에도 남은 미분양분 주택이 발생할 것을 정지조건으로 하는 약정으로서, 확정적·최종적으로 분양계약을 체결한 것이 아닌 모집 단계에 그친 것이어서 주택법 제102조 제13호의 '주택을 공급'한 경우에 해당하지 않는다.

5) 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 1은 피해자 조합에 사업비가 절실히 필요한 상황에서 불가피하게 이 사건 약정을 통해 비조합원에 대한 모집행위에 나아간 것으로 피해자 조합을 위한다는 의사가 있었을 뿐 배임의 고의나 불법이득의사가 없었다.

미분양분 주택이 발생할 것을 정지조건으로 하는 이 사건 약정은 미분양분 주택이 발생하지 않는 경우 조건이 불성취되어 피해자 조합으로서는 손해배상을 할 의무가 발생하지 않으므로 손해가 인정되지도 않는다.

나) 피해자 조합과 공소외 7 주식회사(이하 '공소외 7 회사'라 한다) 사이의 조합원 모집 용역계약은 합의에 의하여 구두로 그 내용을 변경할 수 있는 것이고, 피해자 조합은 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 자들을 상대로 미분양분 주택이 발생하는 것을 조건으로 약정을 체결하도록 하면서 그에 따른 용역비를 지급한 것이다.

이는 피해자 조합의 사업 위기를 돌파하기 위한 방편이었을 뿐 공소외 7 회사나 모집된 비조합원에 이익을 주기 위한 것이 아니었고, 공소외 7 회사로서는 용역수행의 대가로 용역비를 받은 것일 뿐 재산상 이익을 얻었다고 할 수 없으며, 그 이익의 가액이 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 금액 이상에 해당한다고 볼 수도 없다.

6) 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점

피고인 1은 조합 자료 미공개를 이유로 한 형사사건으로 수사를 받게 되자 피해자 조합을 방해하는 세력으로부터 조합 사업을 지키기 위하여 조합비용으로 변호사 선임료를 지출한 것이고, 이는 조합장으로서 선량한 관리자의 주의의무를 이행한 것이어서 형법 제20조의 정당행위에 해당함에도 원심은 법리를 오해하여 이 부분 공소사실에 대하여 유죄로 판단하였다.

7) 조합 자료 미공개에 의한 주택법위반의 점

피고인 1이 조합 자료를 공개하지 않은 것은 비상대책위원회를 칭하며 조합 사업을 방해하는 세력에 대응하여 조합 자료가 악용될 경우의 위험성에 대한 검토를 위하여 일시적으로 취한 조치에 불과하여 형법 제20조의 정당행위에 해당함에도 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 위법하다.

나. 양형부당

피고인 1에 대한 원심의 형(징역 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 피고인 2

가. 사실오인 및 법리오해

1) ○○○지구 토지 매입비 등 750,000,000원 수령에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 2와 피해자 조합 설립추진위원회(이하 '피해자 추진위'라 한다) 및 피해자 조합과의 사이에는 재산상 이익을 보호·관리하는 것을 전형적·본질적 내용으로 하는 신임관계가 존재하지 않으므로 피고인 2를 '타인의 사무를 처리하

는 자'라고 볼 수 없다.

나) 이 사건 사업 초기의 피해자 추진위는 피고인 2가 주도하여 구성한 것이어서 피고인 2와 실질적으로 동일하다고 할 수 있었고, 피고인 2는 이 사건 사업 진행에 앞서 도시개발사업을 추진하기 위하여 공소외 21 주식회사(이하 '공소외 21 회사'라 한다)로 하여금 사업부지를 매입하여 도시개발사업을 완료한 후 이를 피해자 조합에 이전하는 방식으로 사업을 진행하기로 하고, 그 집행 근거를 마련하기 위해 공소외 21 회사와 피해자 추진위 사이의 토지매매계약을 작성하였는데, 그 실질은 순수한 토지매매계약과 여러 가지 용역계약이 포함된 것이었다.

피해자 추진위의 위원장 피고인 3도 자신이 운영하는 □□□□□□를 통하여 용역비를 지급받음으로써 위 토지매매계약서의 존재 및 공소외 21 회사가 피해자 추진위를 위하여 수행한 도시개발사업용역에 따른 대가를 수령하는 것임을 충분히 인식하고 있었다.

공소외 21 회사는 공소외 2 회사가 업무대행사로서 수행하는 이 사건 사업과 명백히 구분되는 도시개발사업에 관한 용역을 수행하였고, 피고인 2로서는 이에 따른 대가를 지급받을 권리 또는 상법 제61조에 따른 상인의 보수청구권에 기하여 위 토지매매계약서 및 피해자 추진위와 공소외 8 주식회사(이하 '공소외 8 회사'라 한다) 사이의 자금관리대리사무계약에서 정한 절차에 따라 적법·정당하게 용역비를 출금 받은 것이다.

따라서 피고인 2에게 어떠한 임무위배행위 및 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없고 피해자 조합에 손해를 발생시켰다고 볼 수도 없다.

2) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분) 및 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 공모관계 관련 공소사실 특정, 증명의 방법 및 정도

피고인들의 공모관계에 관하여 공소사실이 특정되지 않았고, 피고인 2에게 배임죄가 인정되기 위해서는 피고인 1, 피고인 3과 이익대립관계에 있는 피고인 2가 사회적 상당성의 범위를 벗어나 배임행위에 적극 가담하였다는 등의 특별한 사정이 필요함에도 이러한 점이 증명되지 않았다.

피고인 2는 피해자 조합의 업무대행사의 대표이사 지위에서 지극히 일상적인 업무를 수행했을 뿐 피고인 1의 배임행위에 적극 가담한 사실이 없다.

나) 경계지 7필지 이전 관련

(1) 공소외 2 회사는 피해자 조합이 2017. 8. 1. 사업계획승인을 받음으로써 당초 업무대행계약에서 정한 바에 따라 피해자 조합에 대하여 10,912,000,000원 전액을 청구할 업무대행비 청구권을 가지게 되었고(피해자 조합과 공소외 2 회사 사이의 업무대행계약이 해지된다 하더라도 위 청구권이 소멸하지 않는다), 업무대행계약에서 정한 업무도 모두 완료한 상태였다.

공소외 2 회사는 피해자 조합이 업무대행비 잔금 지급을 거절함에 따라 업무대행계약을 해지하였을 뿐이므로 이를 배임의 징표로 삼을 수 없다.

이 사건 공사도급계약으로 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급의무의 변제기가 유예된 것일 뿐이고, 공소외 2 회사로서는 피해자 조합 잔여토지를 업무대행비에 대한 대물로 지급받는 것과 관련하여 공소외 3 회사와 협의할 의무를 부담한다고 볼 수 없다.

이 사건 공사도급계약 제17조 제12호는 분양수입금 인출 순위에 관한 규정일 뿐 업무대행비의 지급 여부 자체를 제한하는 규정으로 볼 수 없으며, 업무대행비를 현금 지급이 아닌 사업 외 부지로 대물변제하는 것은 그 지급시기를 조정할 아무런 이유나 필요성이 없었고 공소외 3 회사와도 이미 협의가 완료된 것이기에 이를 반영하여 위 제17조 제12호 단서조항을 둔 것이다.

경계지 7필지의 대물변제는 피해자 조합 내부의 정당한 절차를 거쳐 이루어졌고, 피고인 2와 피해자 조합 사이에 경계지 7필지에 관하여 근저당권을 설정하기로 하는 합의가 존재하지도 않으며, 이중담보권 설정은 배임죄를 구성하지도 않으므로, 이와 관련하여 피고인 2의 임무위배행위가 있다거나 배임의 고의가 있었다고 볼 수 없다.

(2) 공소외 2 회사는 피고인 2가 업무대행계약을 해지할 즈음에 이미 피해자 조합과의 업무대행계약에서 정한 업무를 모두 완료하였으므로, 피고인 2는 피해자 조합이 장기간 지급을 지연하던 업무대행비를 정당하게 지급받았을 뿐이다.

또한 경계지 7필지는 사업 외 부지로서 피해자 조합의 사업이 완료된 이후 어차피 매각했어야 할 대지이므로 이를 대물변제한 것은 피해자 조합에 이익을 주는 것일 뿐 손해라고 볼 수 없다.

설령 손해가 있다고 하더라도 그 손해는 '유동성 장애'의 손해로 구체적인 액수를 산정할 수 있는 손해가 아니므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용할 수 없다.

다) 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급 관련

이 사건 공사도급계약에 의하면 공소외 2 회사는 총 5,456,000,000원(=10,912,000,000 원×1/2)의 업무대행비를 계약금 및 중도금으로 지급받을 수 있었는데, 피해자 조합으로부터 4,125,000,000원을 지급받았으므로 그 차액인 1,331,000,000원이 계약금 및 중도금 잔액으로 남아 있었다.

경계지 7필지 이전을 통한 5,100,000,000원의 지급은 현금으로 받을 권리가 있는 계약금 및 중도금이 아니라 현금으로 지급받을 시기가 도래하지 않은 잔금을 지급받은 것이므로, 피고인 2의 2017. 11. 30.자 업무대행비 550,000,000원의 지급 청구는 위 계약금 및 중도금 잔액인 1,331,000,000원 중 일부의 지급을 정당하게 청구한 것일 뿐이어서 배임죄가 성립되지 않는다.

3) 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 이 사건 약정을 체결할 당시 피해자 조합은 주택법상 '사업주체'에 해당하지 않았고, 이 사건 약정은 정지조건부 약정에 불과하며, 조합원 자격이 없는 사람들과 이 사건 약정을 체결한 행위는 '입주자 모집행위' 또는 '주택 공급신청행위'에 해당하지 않아 이를 주택법상 '주택의 공급'에 해당한다고 볼 수 없다.

주택법상 '사업주체'와 '주택의 공급'의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 위배된다.

또한 피고인 2로서는 이 사건 약정이 주택법을 위반할 소지가 있다는 점에 대한 인식, 즉 위법성의 인식을 가질 수 없었다.

4) 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가) 피고인 2와 피고인 1의 이 부분 범행의 공모관계에 관하여 공소사실이 특정되지 않았고, 피고인 2는 피해자 조합의 아파트 분양 업무에 적극적으로 관여하지 않았으므로 배임죄의 공동정범이 될 수 없다.

나) 피해자 조합의 재정상황상 사업비 마련을 위하여 불가피하게 이 사건 약정을 체결할 수밖에 없었고, 이로 인하여 피해자 조합이 얻은 재산상 이익은 위 약정으로 부담할 수도 있는 손해배상채무액보다 훨씬 크며, 미분양 세대가 발생하였다 하여도 피해자 조합이 이 사건 약정의 계약 상대방들에게 부담하는 5,000,000원씩의 채무는 이 사건 약정을 통하여 받은 계약금의 이자 정도에 불과하므로 피해자 조합에 손해가 발생한 것으로 볼 수 없다.

미승인 입주자 모집 관련 손해배상약정에 의한 손해액 214,500,000원은 이 사건 약정으로 인해 발생한 손해라기보다 피해자 조합의 현 집행부의 선부른 약정 해제로 인해 발생한 손해일 뿐이고, 공소외 7 회사는 용역 수행에 따른 정당한 용역비를 지급받은 것이다.

따라서 이와 관련하여 임무위배행위 및 배임의 고의가 있다거나 피해자 조합에 손해가 발생했다고 볼 수 없다.

나. 양형부당

피고인 2에 대한 원심의 형(징역 4년 6개월)은 너무 무거워서 부당하다.

3. 피고인 3

가. 사실오인 및 법리오해

1) 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(유죄 부분)

가) 피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 경계지 7필지 이전과 관련하여 업무상 임무위배행위가 있었다거나 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

나) 피고인 3은 경계지 7필지에 대한 매매계약체결에 관여한 적이 없고, 근저당권 설정과 관련한 특약내용은 전혀 알지 못하였음에도 불구하고, 원심은 믿기 어려운 공소외 5의 진술 등을 근거로 사실을 오인하고 법리를 오해하여 피고인 3을 공동정범으로 인정하였다.

2) 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점

피고인 3은 이 사건 사업의 시공사로 이미 공소외 3 회사가 확고히 예정되어 있던 상태에서 다른 건설사를 끌어들여 공소외 3 회사를 압박하여 공사비 협상을 하고자 하였을 뿐, 주택법상의 '시공사 선정에 관한 업무'를 한 것이 아니다.

3) 2,310,000,000원 상당 무자격 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약 및 지급명령 등과 관련하여 피고인 3이 배임행위를 하였다거나 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조의 위반죄가 성립한다거나 배임죄의 기수로 판단할 수 없다.

피고인 3은 이 사건 용역계약을 통하여 실제로 얻은 이익도 없고, 피해자 조합에 손해를 가한다는 인식이나 의사를 가지고 있었던 것도 아니므로 배임의 범의도 인정되지 않는다.

4) 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점

피고인 1의 이 부분 항소이유와 같은 이유로, 이 부분 공소사실 기재 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당한다.

나. 양형부당

피고인 3에 대한 원심의 형(징역 4년 6개월)은 너무 무거워서 부당하다.

4. 검사

가. 사실오인(주문 무죄 부분)

1) 피고인 1의 사전자기기록등변작의 점 및 변작사전자기기록등행사의 점

피해자 조합 소유인 경계지 7필지를 토지매입가격의 120%인 5,454,545,000원(부가세 별도)에 업무대행비로 지급하기로 결의하였다는 내용이 기재된 피해자 조합의 2017. 10. 27.자 제29차 임원회의 회의록이 진정하게 성립되어 있음에도 불구하고, 원심은 위 회의록 전자파일이 진정하게 작성된 사실을 인정할 수 없다고 하면서 피고인 1의 이 부분 각 공소사실을 무죄로 잘못 판단하였다.

2) 피고인 3의 조합 자료 미공개로 인한 주택법위반의 점

피고인 3은 피해자 조합의 업무를 주도적으로 관여하고 결정하였으므로 조합자료 미공개와 관련한 피고인 3의 공모관계를 충분히 인정할 수 있음에도 불구하고, 원심은 피고인 3의 공모사실이 인정되지 않는다고 보아 피고인 3의 이 부분 공소사실을 무죄로 잘못 판단하였다.

나. 양형부당

피고인들에 대한 원심의 위 각 형은 너무 가벼워서 부당하다.

Ⅲ. 판단

1. 피고인 2의 ○○○지구 토지 매입비 등 750,000,000원 수령에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 피고인이 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하는지 여부

1) 피고인은 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제26 내지 28쪽의 '유죄의 이유 1. 나. 이 사건 당시 업무대행사의 대표이사인 피고인 2가 "타인의 사무를 처리하는 자"에 해당하는지 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인의 주장을 배척하였다.

2) 원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인이 피해자 추진위 또는 피해자 조합의 자금을 관리하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없으므로 피고인의 이 부분 주장을 받아들이지 않는다.

① 피고인은 검찰 조사에서 '피고인 3과 함께 이 사건 사업 부지에 대하여 공소외 9를 통하여 토지작업을 한 후 개발 사업을 추진하려고 하였는데, 주택조합에 의한 방식으로 사업을 진행하게 된 것은, 일반분양방식으로 사업을 진행하려면 시공사로부터 돈을 빌려야 하고, 이 사건 사업 부지에 대한 도시개발사업을 진행하기 전에는 시공사로부터 돈을 빌리기 어렵기 때문이었다'라는 취지로 진술하였다.

피고인은 피해자 조합의 추진위를 설립하기 전인 2015. 5.경 공소외 8 회사 사무실에서 전 법무사 공소외 10, 공소외 11 사무소 사무장인 공소외 12, 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14와 함께 이 사건 사업 부지에 대한 도시개발사업

에 대하여 논의하기도 하였으며, 피해자 조합의 규약도 피고인이 직접 만들었다.

이러한 사정들로 보아 피고인은 단순히 피해자 조합을 위한 업무대행사의 대표이사의 지위에 있었던 것만이 아니라 피해자 조합이 설립되기 이전부터 주도적으로 이 사건 사업을 추진하던 주요 인물이었다.

- ② 피고인 3의 검찰 조사 당시 진술에 의하면, 피해자 조합과 공소외 21 회사 사이의 2015. 10. 1.자 토지매매계약서(이하 '이 사건 매매계약서'라 한다)가 작성될 당시와 피해자 조합의 자금 750,000,000원을 공소외 21 회사로 인출한 시기는 피고인 3의 건강상태가 좋지 않아 피고인이 이 사건 사업과 관련한 업무 전반을 알아서 처리하던 때였다.
- ③ 피고인은, 공소외 2 회사, 피해자 추진위 및 피해자 조합, 공소외 8 회사가 체결한 자금관리대리사무계약에서 사업비 집행방법(제4조)에 관하여 자금 집행 시 '피해자 추진위 위원장(피고인 3)이 공소외 2 회사의 자금집행 요청서 검토 및 동의'를 필수사항으로 정하고 있음을 들어 피고인이 전적으로 피해자 조합의 자금관리업무를 대행하는 지위에 있었던 것으로는 볼 수 없다고 주장한다.

그러나 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15는 수사기관 및 원심법정에서 '자금집행 요청서와 공문에 피고인 3의 직인이 찍혀있어 피해자 조합이 동의를 한 것으로 판단하였을 뿐, 피고인 3에게 직접 확인한 사실은 없다'라는 취지로 진술하였는데, 당시 피고인은 피고인 3의 직인을 가지고 있었고, 피고인 3도 위 ②항에서 본 바와 같이 당시 피해자 추진위 내지 피해자 조합의 업무를 피고인에게 모두 맡겼던 것으로 보이므로, 위와 같은 자금관리사무 계약에서 자금집행의 절차에 관하여 정하고 있는 조항과는 무관하게 피고인과 피해자 조합 사이에 신임관계가 존재하는 것으로 봄이 타당하다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 배임행위, 고의 및 손해의 발생 인정 여부

- 1) 배임죄 구성에 있어서 임무에 위배하는 행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함한다(대법원 1990. 6. 8. 선고 89도1417 판결 등 참조). 업무상배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 임무 위배의 인식과 그로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 인식, 즉 배임의 고의가 있어야 하는데, 이러한 인식은 미필적 인식으로도 충분하고, 피고인이 배임의 범의를 부인하는 경우에 배임의 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인지는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1523 판결 등 참조).
- 2) 피고인은 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제28 내지 37쪽의 '유죄의 이유 1. 다. 배임행위와 고의의 인정 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인의 주장을 배척하였다.
- 3) 원심의 위와 같은 판단을 앞서 본 법리에 기초하여 기록과 대조하여 면밀히 살펴보면, 피고인이 피해자 추진위 또는 피해자 조합에 대하여 배임행위를 한 사실, 피고인의 배임의 고의와 이로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

피고인이 당심에서 거듭 강조하는 쟁점에 대하여 다시 살펴보더라도 다음과 같은 이유로 피고인의 이 부분 주장은 받아들이기 어렵다.

가) 피고인은 도시개발사업의 주체가 될 수 없는 피해자 추진위를 위하여 도시개발업무를 성실히 수행하였고, 이에 따른 용역비 청구권을 가지게 되었으며, 이러한 도시개발사업 용역비를 피해자 조합이 지급할 의무가 있어 이 부분 공소사실 기재 금액을 용역비로 청구한 것이며, 자금 출금에 대한 최종 결정권이 있는 공소외 8 회사가 승인하여 이를 수령한 것일 뿐이라고 주장한다.

그러나 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래의 사정들에 의하면, 피고인이 피해자 조합에 대하여 도시개발사업 수행에 따른 용역비 청구권을 가진다고 보기 어렵고, 공소외 8 회사의 승인과 무관하게 배임죄 성립이 가능하므로, 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

① 피고인은 수사기관에서 '공소외 21 회사는 도시개발사업의 주체가 될 수 없고, 도시개발사업을 컨트롤하기 위한 것이기 때문에 자격이 필요 없다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 16은 원심법정에서 '공소외 21 회사는 자기 명의로 도시개발사업을 시행할 수 없었다'라는 취지로 진술한 점 등에 의하면, 공소외 21 회사 또한 도시개발사업을 직접 수행할 수 있는 자격이 없었던 것으로 보인다.

그렇다면 공소외 21 회사가 하였다고 주장하는 도시개발업무는 반드시 공소외 21 회사가 주체가 되어 수행되었어야 할 필연적인 이유가 있었다고 보기 어려운바, 그럼에도 피고인은 공소외 21 회사가 실제로 어떠한 업무를 하였는지도 불분명하고 업무수행에 대한 적법·유효한 계약상 근거도 없는 상황에서 어떠한 합리적인 산정기준도 없이 과다하게 책정된 용역비를 근거로 자금 집행을 청구하였다(이 사건 매매계약서상의 매매대금 700억 원 중 순수 토지매입비로 약 600억 원, 각종 용역비로 약 80억 원을 제외하고 공소외 21 회사의 용역비로는 약 20억 원 정도만을 예정한 것이라는 피고인의 주장을 감안하더라도 마찬가지이다).

② 공소외 8 회사의 공소외 13은 원심법정에서 "저희가 승인을 할 수 있는 건 아니고요. 대리사무계약에 의하면 업무대행사가 요청을 하고 조합 추진위가 검토하고 동의를 해서 그런 시스템이 있어야 돈이 나가고, 저희 마음대로 돈이 나가거나 그런 경우는 없습니다.

저희가 돈이 나가는 경우는 어쨌든 업무대행사, 아니 그러니까 뭐 조합 추진위가 도장을 찍어야 나갈 수 있는 그런 겁니다"라고 진술하였다.

이에 비추어 보면 공소외 8 회사의 자금집행 결정에서 피해자 조합의 검토 및 동의 유무가 가장 중요한 요건이라 할 것이고, 자금집행과 관련하여 공소외 8 회사가 피해자 조합에 우선하는 최종 결정권자라고 볼 수도 없다.

피고인은 자신이 임의로 직접 작성한 이 사건 매매계약서와 피고인 3의 직인을 가지고 피해자 조합의 자금집행의 요청 및 동의가 있는 것처럼 외관을 형성하였고, 이로써 피해자 조합의 동의가 있는 것으로 신뢰한 공소외 8 회사로부터 자금을 인출 받았던 것이므로, 공소외 8 회사의 자금집행 결정을 통하여 자금인출이 이루어졌다는 사정은 피고인의 배임죄 성립에 영향을 미친다고 볼 수 없다.

나) 피고인은, 이 사건 매매계약서는 도시개발사업 등의 근거를 위해 개괄적으로 작성된 것이고, 추후 특약사항을 통해 구체적인 내용을 정하고자 한 것이며, 피고인 3도 위 매매계약을 충분히 인지할 수 있었고, 피해자 조합은 2016. 4. 29.자 창립총회를 통하여 피해자 추진위와 관련된 사항을 포괄승계 하였으므로 이 사건 매매계약서에 기한 권리관계도 포괄승계된 것이라고 주장한다.

그러나 아래의 사정들에 의하면, 피고인 3은 이 사건 매매계약서 작성 사실을 알지 못하였다고 봄이 타당하고, 피해자 조합의 총회에 위 계약 사실이 보고되었다고 볼 자료도 보이지 않으므로 피해자 조합이 위 매매계약서에 기한 권리 관계를 승계하였다고 볼 수 없다.

따라서 피고인의 위 주장도 받아들일 수 없다.

① 피고인은 수사기관에서 '공소외 21 회사의 용역에 대하여 조합원들에게 이야기한 적은 없다, 피고인 3은 도시개발업 무로 별도의 계약을 체결하지 않겠다고 하였다'라는 취지로 진술하였으며, 피고인 3도 수사기관에서 '공소외 21 회사로 집행된 500,000,000원은 잘못 지급된 것으로 나중에 회수되었다, 피고인이 동의 없이 임의로 작성한 이 사건 매매계약서로 인출 받은 것이다, 공소외 21 회사의 용역을 허락한 적이 없으며, 알았다면 총회의 승인이나 동의를 받았을 것이고, 용역계약의 조건도 협의한 바 없다, 총회에 보고한 적도 없다'라는 취지로 진술하였다.

② 2016. 6. 26.자 녹취서에 의하더라도 피고인 3이 공소외 17에게 이 사건 매매계약서가 작성된 사실, 피고인이 750,000,000원을 용역비로 인출한 사실을 몰랐다는 취지로 이야기하고 있음을 알 수 있고, 공소외 17 또한 원심법 정에서 피고인 3은 피고인이 500,000,000 원을 용역비로 인출한 사실을 알지 못하고 있었다고 진술하였다.

다) 피고인은, 피해자 추진위가 설립되기 전인 2015. 5.경 공소외 12, 공소외 8 회사의 공소외 13, 공소외 14 등과 함께 도시개발사업과 관련한 논의를 하여 이 사건 매매계약서를 작성한 것이고, 공소외 8 회사는 위 매매계약서를 근거로 공소외 21 회사에 750,000,000원을 도시개발사업에 대한 용역비로 지급하였으며, 공소외 21 회사와 □□□□□□ 사이의 용역계약에 근거하여 □□□□□□에 용역비를 지급하였으므로 □□□□□□의 운영자인 피고인 3이 이 사건 매매계약서에 근거하여 공소외 21 회사에 용역비를 지급하였다는 것을 알 수밖에 없다고 주장한다.

그러나 아래의 사정들을 고려하면, 피고인이 주장하는 위 사정들만으로 피고인 3이 이 사건 매매계약서의 존재 및 위 매매계약이 용역비 지급의 근거라는 점을 알았다고 보기 어렵다.

① 공소외 8 회사의 공소외 14, 공소외 15는 수사기관에서 '공소외 8 회사는 피고인과 도시개발사업 전체 구조에 대하여 의논한 적은 있으나, 공소외 21 회사의 용역비에 대하여는 협의한 적은 없다', '공소외 21 회사에 지급한 750,000,000원은 도시개발 운영비 명목이 아닌 토지비로 준 것이고, 이 사건 매매계약서의 특약사항에 매수인인 피해자 조합이 토지주와 계약한 사항을 확인한다고 되어 있어 이에 근거하여 지급한 것이다', '공소외 8 회사가 피고인에게 보낸 2017. 2. 13.자 공문에서 공소외 21 회사에 집행한 자금은 토지대금이 아닌 도시개발자금 운영비 명목으로 지급한 것이라는 내용도 사실이 아니고, 피고인이 요구하여 위와 같은 내용의 공문을 보낸 것이다'라는 취지로 진술하였는데, 원심법정에서는 '토지비 명목으로 준 운영비이고, 토지개발사업과 관련한 비용으로 쓰일 것이라 생각하였다', '공소외 21 회사에 지급한 500,000,000원은 도시개발사업에 대한 대가라기보다는 토지를 사는 데 필요한 비용을 포함하여 사업에 필요한 비용이라 생각하여 지급한 것이다'라는 취지로 진술하였다.

위 진술들에 비추어 보면, 피고인과 공소외 8 회사가 도시개발사업에 대한 용역비를 논의한 적은 없는 것으로 보이고, 공소외 8 회사는 공소외 21 회사가 청구하는 비용의 명목이 토지비인지 아니면 운영비인지를 확인하거나 그 비용이 세부적으로 어떻게 산정되었는지를 정확히 확인하지 않고 자금을 집행한 것으로 보인다.

② 앞서 본 바와 같이 이 사건 매매계약서는 피고인 3과는 전혀 논의되지 않은 채 작성된 것으로 보이므로, 피고인 3이 운영하는 □□□□□□이 공소외 21 회사와의 토지매입용역계약을 체결하고 그 용역에 따라 용역비를 지급받았다는 사실만으로 곧바로 피고인 3이 이 사건 매매계약서에 근거하여 공소외 21 회사에 용역비를 지급하였음을 인식할 수 있었다고 보기는 어렵다.

2. 피고인들의 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점 및 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 이 부분 각 공소사실 특정 관련(피고인 2의 주장에 대하여)

1) 관련 법리

가) 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립한다.

이러한 공모관계를 인정하기 위해서는 엄격한 증거가 요구되지만, 피고인이 범죄의 주관적 요소인 공모관계를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없다(대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결 등 참조).

나) 형사소송법 제254조 제4항에 의하면 "공소사실의 기재는 범죄의 일시, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다.

"라고 되어 있는바, 이와 같이 공소사실의 특정을 요구하는 법의 취지는 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 데에 있으므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시, 장소 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위의 정도에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그 공소내용이 특정되지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도11042 판결 등 참조). 그리고 공소 제기된 범죄의 성격에 비추어 그 공소의 원인이 된 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 그 일시·장소·방법·목적 등을 적시하여 특정하면 족하고, 공모의 시간·장소·내용 등을 구체적으로 명시하지 아니하였다거나 그 일부가 다소 불명확하더라도 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 그 공소사실을 특정할 수 있고, 그리하여 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그와 같은 이유만으로 공소사실이 특정되지 아니하였다고 할 수 없다(대법원 2018. 1. 25. 선고 2016도 6757 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

위 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실에 피고인들의 배임행위와 관련한 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되어 있지 아니한 것은 사실이나, 피해자 조합의 조합장으로서 조합 업무 전반을 관장하고 있는 피고인 1, 피해자 조합의 전 조합장 또는 고문 및 자문위원의 지위에서 조합 업무에 관여하여 온 피고인 3, 피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사의 대표이사로서 피해자 조합의 업무 전반을 대행하는 지위에 있는 피고인 2가 어느 한 시기에 한 장소에 모여 범행을 공모한 것이 아니라 수시로 연락을 주고받으면서 암묵적으로 공모를 하고, 피고인들이 각 지위에 기하여 업무를 지시하거나 관장하는 방식으로 이 부분 범죄에 가담한 것이기에 공모의 시기, 장소, 방법 등

이 명확하게 기재되지 못하는 것은 불가피한 측면이 있고, 이 부분 공소사실에는 배임행위의 시기, 내용, 방법 등이 다른 사실과 식별할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 특정되어 있으므로, 위와 같은 공소사실 기재로 인해 피고인 2의 방어권 행사에 별다른 지장은 없는 것으로 보인다.

따라서 이 부분 공소사실은 충분히 특정되었다고 할 것이므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나. 경계지 7필지 이전 관련 부분(피고인들)

1) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피해자 추진위와 공소외 2 회사는 2015. 9. 1. 이 사건 사업에 관하여 업무대행비를 1세대당 10,000,000원으로 정한 업무대행계약(이하 '이 사건 업무대행계약'이라 한다)을 체결하면서, 계약금 10%는 계약 시에, 1차 중도금 40%는 조합 설립신청 시에, 2차 중도금 40%는 조합 설립인가 후에, 잔금 10%는 사업계획 승인 후에 지급하기로 정하였다.
- ② 피해자 조합은 2016. 4. 29. 창립총회를 개최하며 피해자 추진위가 체결한 계약 등을 포괄승계하기로 결의하였고, 2016. 7. 22. 조합 설립인가를 받았으며, 2017. 8. 1. 이 사건 사업 부지에 아파트 992세대를 건축하는 주택건설사업 계획에 대한 승인이 이루어졌다.
- ③ 공소외 21 회사는 피고인 2가 2015. 8. 5. 설립한 회사이고, 피고인 3은 2017년경 피고인 1 명의로 공소외 21 회사의 50% 지분권을 가지게 되었는데, 2017. 10.경 피고인 1의 누나인 공소외 18을 공소외 21 회사의 공동대표이사로 취임시켰다.
- ④ 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 3 회사는 2017. 11. 22. 이 사건 공사도급계약을 체결하였는데, 도급계약서 제 17조 제12호는 아래와 같이 규정하고 있다.

그리고 당시는 일반분양이 진행되기 전이었으며, 공소외 2 회사는 당시까지 피해자 조합으로부터 합계 4,125,000,000원의 업무대행비를 지급받았다.

12. 조합 대행 업무용역비는 일백 구억 일천 이백만 원(10,912,000,000원, 부가세 포함)으로 하며, 피해자 조합과 공소외 2 회사의 용역계약서에 근거하여 아래 각 호와 같이 인출하기로 하되, 공사도급계약 체결 후 소급하여 적용하기로 한다.

- ① 계약 시: 업무용역비의 10% ② 조합설립인가 신청 시: 업무용역비의 40% ③ 일반분양 계약을 50% 달성 후: 업무용역비의 10% ④ 잔금: 업무용역비의 40%(목표분양률 60%, 70% 달성 시 각 10% 지급, 공사비 등 전액회수 시점에 업무용역비 20% 지급) - 조합 대행 업무용역비의 40%(43.6억)는 판촉예비비(7억)의 사용 없이 목표분양률 달성 시 지급하되, 사용금액이 있을 경우 공소외 3 회사가 단독으로 결정하여 차감지급 또는 지급하지 않을 수 있다.

- 단, 업무용역비를 조합 잔여토지로 지급하는 경우 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사가 별도로 협의하여 지급한다.

(주16) (이하 생략)

지급한다.

- ⑤ 피해자 조합 측과 공소외 21 회사 측은 2017. 11. 24.경 처음 경계지 7필지에 관한 매매계약서를 작성하였다가, 세부 내용의 수정을 거쳐 2017. 11. 30. 이 사건 사업 부지에서 제외된 잔여토지에 해당하나 ○○○지구 사업구역에 포함

되어 있는 경계지 7필지를 합계 5,100,000,000원에 공소외 2 회사의 업무대행비 명목으로 대물지급하는 내용의 매매계약을 작성하였다.

그런데 위 매매계약서에는 특약사항으로 "소유권이전 후 4,590,000,000원의 근저당을 설정하기로 한다(공소외 21 회사는 근저당권설정자, 피해자 조합은 근저당권자이다)", "잔금(잔금 지급일은 2018. 2. 20.로 기재됨) 전에 매수인과 매도인은 합의하여 소유권 이전 하되, 잔금액만큼 근저당을 설정하기로 한다"라는 내용이 기재되어 있었다.

⑥ 2017. 11. 30. 경계지 7필지 중 피고인 1 명의로 신탁되어 있었던 토지들은 피고인 2에게, 피해자 조합 명의의 토지들은 공소외 21 회사에 2017. 11. 24. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다.

그리고 피고인 2는 같은 날 경계지 7필지에 관하여 공소외 4 회사 앞으로 ○○○지구 사업 대여금 17,500,000,000원의 담보 목적으로 가등기를 마쳐 주었다.

⑦ 피고인 2는 2017. 12. 29. 피해자 조합 측에 2017. 12. 31.자로 이 사건 업무대행계약이 중단됨을 통보하였고, 공소외 2 회사는 이 사건 사업에서 이탈하였다.

⑧ 피해자 조합은 2018. 7. 19. 입주자 모집공고를 승인받았고, 이후 일반분양을 시작하였다.

2) 구체적 판단

가) 피고인 1의 임무위배행위 성립 여부

위 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 1이 공소외 21 회사에 경계지 7필지를 대물지급한 것은 피해자 조합의 이익을 최우선으로 하여야 하는 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 한 것으로서 배임행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 원심이 피고인 1이 배임행위를 한 것으로 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리 오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(1) 이 사건 공사도급계약에 이 사건 단서조항이 삽입된 경위

① 2017. 8. 1. 이 사건 사업의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 이 사건 업무대행계약에서 당초 정한 바에 따라 피해자 조합이 공소외 2 회사에 지급하여야 하는 업무대행비의 지급시기는 일단 도래하였다.

뒤에서 보는 바와 같이 공소외 2 회사는 피해자 조합과의 업무대행계약에서 정한 업무용역을 대부분 완료한 상태이기도 하였다.

그러나 피해자 조합의 업무대행비 지급이 지연되자 피고인 2는 피해자 조합에 업무대행비를 토지로 지급하여 달라고 요구하였고, 이후 피해자 조합과 피고인 2는 대물지급 문제를 협상하였다.

② 공소외 3 회사는 2017. 11. 14. 피고인 2에게 공사도급계약서 초안을 보냈고, 이 초안에는 업무대행비를 당초의 업무대행계약상의 지급시기보다 늦추어 조합설립 인가 신청 시까지 업무용역비의 50%만을 지급하는 등의 내용으로 규정하고 있었고, 이 사건 단서조항과 같은 내용의 조항은 기재되어 있지 않았다.

피고인 2는 2017. 11. 15. 공소외 3 회사와 공사도급계약과 관련하여 협상을 하는 자리에서 토지를 대물로 지급하는 경우에는 예외로 할 수 있도록 요청하면서 이 사건 단서조항의 삽입을 요구하였고, 이에 따라 위 단서조항이 이 사건 공사도급계약서에 삽입되게 되었다.

(2) 업무대행비 지급시기의 변경을 무시한 대물변제

① 이 사건 공사도급계약서 제17조가 공소외 2 회사의 업무대행비에 우선하여 분양수입금 잔액을 인출해 공사비에 충당하기 위한 공소외 3 회사의 요청을 반영하여 '분양수입금의 인출 배분'에 관하여 마련된 조항이라 하더라도, 앞서 본 이 사건 단서조항의 삽입 경위, 이 사건 공사도급계약에 업무대행사인 공소외 2 회사가 당사자로 참여하여 업무대행비의 지급시기에 관하여 새로이 약정한 점, 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항에서는 업무대행비의 총 액수 및 그 지급시기를 세분하여 정하고 있고, 이 사건 단서조항은 분양수입금과 무관한 잔여토지에 의한 업무대행비 지급임에도 위 조항의 단서로 삽입된 점 등에 비추어 보면, 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기는 토지 등으로 대물지급하는 경우이든 현금으로 지급하는 경우이든 모두 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항이 정한 바에 따라 변경되었다고 봄이 타당하다.

② 앞서 본 바와 같이 2017. 8. 1. 이 사건 사업의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 이 사건 업무대행계약상의 업무대행비의 지급시기는 전부 도래하게 되었으나, 피해자 조합으로서는 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기를 유예할 수 있게 되었다.

즉, 이 사건 공사도급계약에 의하면 피해자 조합이 경계지 7필지의 소유권을 이전할 당시인 2017. 11. 30.에는 일반분양을 시작하기 전이었으므로 총 업무대행비 10,912,000,000원의 50%인 5,456,000,000원에 대하여만 그 지급시기가 도래한 상황이었다.

위와 같은 업무대행비 지급시기 유예가 시공사의 이익을 위한 공소외 3 회사의 요청에 의한 것이었다 할지라도 피해자 조합의 재정적 상황 등을 고려할 때 업무대행비의 지급시기를 연기 받을 수 있는 기회가 생긴 것은 피해자 조합의 재산을 더 오랜 기간 보전할 수 있다는 측면에서 피해자 조합에게도 유리한 것이었다.

③ 피해자 조합이 2017. 11. 30.경까지 공소외 2 회사에 지급한 업무대행비는 4,125,000,000원이었으므로, 위 시기를 기준으로 공소외 2 회사가 지급을 청구할 수 있는 업무대행비는 1,331,000,000원뿐이었다.

그런데 피고인 1은 위와 같이 업무대행비의 지급시기가 유예됨으로 인하여 확보하게 된 기한의 이익을 포기하고 공소외 2 회사의 업무대행비 5,100,000,000원에 대한 대물변제 명목으로 공소외 21 회사에 경계지 7필지의 소유권을 이전하였다.

(3) 공소외 3 회사와의 협의 없는 대물변제

① 2017. 11. 15.자 녹취서에 의하여 알 수 있는 피고인 1, 피고인 2, 공소외 3 회사의 공소외 19 사이의 대화내용과 이 사건 공사도급계약 제17조 제12항의 문언 등을 모두 종합하여 보면, 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사는 '별도로 협의를 한다면' 피해자 조합의 잔여토지로써 업무대행비를 지급하는 것도 가능하다는 취지에서 이 사건 단서조항을 삽입한 것으로 보인다.

따라서 피고인 1이 공소외 2 회사에 대하여 업무대행비를 피해자 조합의 잔여토지로 지급하기 위해서는 공소외 3 회사와의 협의가 필요하였다.

그럼에도 피고인 1은 잔여토지를 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 대물변제로 지급할지 여부, 잔여토지 중 어떠한 토지를 어느 정도의 가액으로 평가하여 대물변제를 할 것인지 등을 공소외 3 회사와 전혀 협의하지 않은 채 경계지

7필지의 소유권을 공소외 21 회사에 이전해주었다.

- ② 피고인들은, 이 사건 공사도급계약 체결 당시 당사자들 사이에서 경계지 7필지에 대한 대물변제 협의 자체는 완료된 상황에서 그와 같이 협의된 결과를 명확하게 확인해두고자 이 사건 단서조항을 기재한 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 이 사건 단서조항의 문언이 "별도로 협의하여 지급한다"라고 기재되어 있을 뿐 그 지급 대상이 경계지 7필지로 특정되어 있지 않은 점에 비추어 이 사건 공사도급계약 체결 당시 경계지 7필지를 목적물로 하는 대물변제에 관한 협의는 이루어지지 않은 것으로 봄이 타당하고, 앞서 언급한 2017. 11. 15.자 녹취서의 기재에 의하더라도 피고인들 주장과 같은 내용의 협의가 완료되었음을 추단케 하는 대화가 이루어진 것으로 보이지도 않는다.

따라서 피고인들의 위 주장을 받아들일 수 없다.

- ③ 피고인들은, 피해자 조합이나 공소외 2 회사로서는 대물변제의 구체적인 방법(필지 및 가액의 특정)을 대물변제의 당사자가 아닌 공소외 3 회사와 협의할 의무가 없어 경계지 7필지의 대물변제 문제를 공소외 3 회사와 협의하지 않았다 하여 배임이 되는 것이 아니라는 취지로 주장한다.

그러나 공소외 3 회사와 피해자 조합, 공소외 2 회사가 이 사건 공사도급계약을 체결하여 피해자 조합이 공소외 2 회사에 지급할 업무대행비의 지급시기를 새로이 정하는 약정을 한 이상 조합장인 피고인 1로서는 조합의 잔여토지를 어느 정도의 가치로 평가하여 대물변제할 것인지에 관하여 공소외 3 회사와 협의할 의무를 부담하게 되었다고 봄이 타당하고, 피고인 1이 이러한 의무를 준수하지 않은 것은 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 해야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않은 것이라 할 것이다.

따라서 피고인들의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

- ④ 피고인 1과 피고인 3은, 이 사건 단서조항의 의미가 명확하지 않고, 이렇듯 불명확한 조항에 근거하여 피고인 1의 의무 위반 여부를 판단하여 배임행위를 한 것이라 단정할 수 없다고 주장하기도 한다.

그러나 앞서 보았듯이 이 사건 단서조항이 삽입된 경위와 그 문언, 이 사건 공사도급계약이 체결되면서 업무대행비의 지급시기가 변경된 점 등에 비추어 이 사건 단서조항의 의미가 불명확한 것이라 볼 수 없으므로, 피고인 1이 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 해야 할 것으로 기대되는 행위가 무엇인지도 충분히 알 수 있었다고 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고인 1과 피고인 3의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(4) 경계지 7필지에 관한 근저당권 설정 포기

- ① 피고인 1은 경계지 7필지의 소유권을 공소외 21 회사에 이전해주더라도 경계지 7필지에 관한 매매계약의 특약사항으로 정한 4,590,000,000원의 근저당권을 설정 받음으로써 피해자 조합의 재산을 어느 정도 보전할 수 있었다.

그러나 피고인 1은 이러한 근저당권설정등기도 설정받지 않고 포기한 채 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지의 소유권을 조건 없이 이전해주었고, 이에 따라 피고인 2로 하여금 경계지 7필지에 관하여 소유권이전등기가 마쳐진 날인 2017. 11. 30. 공소외 4 회사에 ○○○지구 사업 대여금에 대한 담보를 목적으로 가등기를 마칠 수 있도록 방치하였으며, 이로써 피해자 조합을 위하여 경계지 7필지의 교환가치를 보전할 방안을 상실하게 만들었다.

- ② 피고인들은 피해자 조합과 공소외 21 회사 사이에 경계지 7필지에 관하여 근저당권을 설정하기로 하는 합의가 존재하지 않았다고 주장하나, 위 주장은 받아들일 수 없다.

즉, 피고인 2는 2017. 11. 24. 당시 피해자 조합의 부조합장으로서 공인중개사 자격을 가진 공소외 5와 매매계약서 작성 내용을 협의하는 과정에서 "근저당금액은 매매가의 80%', '계약금 10%, 중도금 10%는 상계하는 거고 80%는 나중에"라는 말을 하였다.

이는 ○○○지구 사업에 필요한 경계지 7필지의 소유권을 조속히 이전받되, 협의한 경계지 7필지의 매매가액 5,100,000,000원 중 20%(계약금과 중도금의 합계액)인 1,020,000,000원을 업무대행비로 지급 받고, 나머지 교환가치인 80%는 피해자 조합에 근저당권으로 보전해 준다는 취지로 보인다.

여기에 공소외 5는 수사기관에서 '피고인 1에게 근저당도 해야 한다고 말을 하였고 그랬더니 피고인 1이 그냥 알았다는 취지로 말을 하였다'라고 진술한 점, 피고인 1도 검찰 조사에서 '경계지 7필지에 4,590,000,000원의 근저당권을 설정한다는 내용의 계약서가 작성된 사실을 알고 있었지만 다 넘어갈 돈이라 근저당권을 설정하지 않았다'는 취지로 진술한 점 등을 더하여 보면, 피고인 1은 경계지 7필지에 관하여 피해자 조합을 위한 근저당권을 설정하기로 한 사실 및 그와 같이 근저당권을 설정하는 것이 피해자 조합을 위하여 이익이 된다는 사정도 충분히 인식한 상태였다고 봄이 타당하다.

나) 배임의 고의

앞서 본 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정에 의하면 피고인 1에게 배임의 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 이는 피해자 조합의 2017. 11. 20. 제30차 임원회의에서 경계지 7필지에 관한 대물변제를 결의하였다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

따라서 원심이 피고인 1의 배임의 고의를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장 또한 받아들이지 않는다.

① 앞서 본 바와 같이 이 사건 공사도급계약이 체결됨에 따라 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급시기 자체가 변경되었고, 잔여토지로 업무대행비를 대물변제하는 경우에도 공소외 3 회사와의 협의를 거쳐야 했음에도 불구하고 피고인 1은 공소외 2 회사에 경계지 7필지로 업무대행비를 지급하겠다는 의사 아래 2017. 11. 30.을 기준으로 공소외 2 회사에 대한 미지급 업무대행비 액수가 1,331,000,000원에 불과함을 알고 있었음에도 공소외 3 회사와 협의하지 않은 채 경계지 7필지에 관한 소유권을 공소외 21 회사에 이전하였고, 경계지 7필지에 관하여 피해자 조합에 유리한 근저당권조차 설정 받지 않았다.

이는 피해자 조합의 이익을 우선하여야 하는 피해자 조합의 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않았어야 할 행위이므로 피고인 1은 미필적으로나마 피해자 조합에게 손해를 가한다는 인식이 있었다고 봄이 타당하다.

② 피고인들은 경계지 7필지가 ○○○지구 사업에 편입됨으로써 피해자 조합도 경계지를 흠막이 방식에서 오픈컷 방식으로 변경하여 공사비를 절감할 수 있는 이익이 있으므로 배임의 고의가 없었다고 주장하나, 피해자 조합은 2017. 12. 6.경 공소외 20 회사와 사이에 이 사건 사업 부지와 ○○○지구의 경계부 굴착방안에 대한 컨설팅 용역계약을 체결하였는데, 경계지 7필지 이전일인 2017. 11. 30.경에는 경계지를 오픈컷 방식으로 공사할지 여부조차 확실히 알 수 없었으므로, 피고인들이 오픈컷 방식으로 공사를 진행함으로써 피해자 조합에 이익이 된다는 의사로 경계지 7필지를 이전하였다고 볼 수도 없다.

다) 손해 발생

앞서 본 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 피해자 조합은 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기를 최소한 일반분양 비율에 맞추어 미룰 수 있었고, 이에 따라 남은 업무대행비의 50%는 추후 일반분양으로 납부 받은 분양금을 통하여 순차적으로 지급할 수 있었던 점, ② 이와 동시에 경계지 7필지를 조합 재산으로 계속 보유하면서 피해자 조합이 조속히 독자적으로 흠막이 공사를 가능하도록 하고, 필요한 경우에는 경계지 7필지를 사업비로 활용 가능한 재원으로 확보해 놓을 수 있었다고 보이는 점, ③ 그러나 피고인 1이 경계지 7필지로 공소외 2 회사에 대한 업무대행비를 대물변제하고 위 토지에 관한 근저당권 설정을 포기함으로써, 피해자 조합으로 하여금 위와 같은 이익을 상실시키는 손해를 입게 한 점 등에 비추어 보면, 피고인 1의 배임행위로 인하여 피해자 조합에 손해가 발생하였다고 봄이 타당하다.

원심이 이 부분 배임행위로 인한 피해자 조합의 손해 발생 사실을 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

다.

업무대행비 명목 550,000,000원 지급 관련 부분(피고인 1, 피고인 2)

1) 피고인 1의 임무위배행위

앞서 위 2. 나. 1)항에서 인정한 사실 및 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 1이 2017. 12. 5. 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급한 것은 피해자 조합의 이익을 최우선으로 하여야 하는 조합장으로서 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 한 것으로 배임행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 원심이 피고인 1의 이 부분 배임행위를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 3 회사가 2017. 11. 22. 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비의 지급시기가 변경되었음은 앞서 살핀 바이고, 따라서 위 공사도급계약 당시를 기준으로 공소외 2 회사가 지급받을 수 있는 미지급 업무대행비는 1,331,000,000원이었다.

그런데 앞서 본 바와 같이 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 21 회사는 2017. 11. 23. '경계지 7필지의 가액을 총 5,100,000,000원으로 계산하여 공소외 2 회사가 공소외 21 회사에 지급할 용역비를 경계지 7필지로 대신 지급하고, 피해자 조합은 경계지 7필지에 관하여 공소외 21 회사 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주면 토지대금 5,100,000,000원은 공소외 2 회사에 지급할 업무대행 용역비에서 차감'하기로 한 합의서를 작성하였고, 이어서 피해자 조합과 공소외 2 회사는 2017. 11. 24. 경계지 7필지를 매매대금 5,100,000,000원에 대물지급하는 매매계약서를 작성하면서 '대물지급은 조합이 공소외 2 회사에 지불할 용역비용 중 매매계약 합계금액을 공제처리하기로 한다'라는 특약사항을 기재하였으며, 위 합의 등에 따라 2017. 11. 30. 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지에 관한 소유권이전등기가 마쳐졌는바, 이로써 공소외 2 회사의 업무대행비는 당시까지 도래한 기한에 앞서 과잉 지급되었다.

③ 따라서 공소외 2 회사로서는 이 사건 공사도급계약에서 약정한 업무대행비의 지급시기 조정에 의할 때 2017. 11. 30. 기준으로 피해자 조합에 대하여 추가로 업무대행비의 지급을 청구할 수 없었다.

그럼에도 불구하고 피고인 1은 공소외 2 회사의 용역비 청구서와 피고인 2의 동의서를 첨부하여 공소외 8 회사에(문서 참조: 공소외 3 회사)공소외 2 회사에 대한 550,000,000원의 업무대행비 지급을 요청함으로써 공소외 2 회사가 이를 전액 지급받을 수 있게 하였다.

- ④ 피고인들은, '이 사건 공사도급계약에서 정한 업무대행비의 지급시기는 현금 지급에 한정된 약정이고, 토지를 대물로 지급받는 경우에는 지급시기의 제한을 받지 않도록 이 사건 단서조항을 둔 것이며, 따라서 공소외 2 회사로서는 여전히 현금으로 1,331,000,000원을 현금으로 지급받을 수 있는 것이므로 550,000,000원의 업무대행비를 추가로 지급한 것이 배임이 아니다'라는 취지로 주장한다.

그러나 앞서 보았듯이 이 사건 공사도급계약을 체결함으로써 약정한 업무대행비의 지급시기 조정은 현금 지급의 경우에만 한정된다고 볼 수 없는바, 이 사건 단서조항에서 예정한 공소외 3 회사와의 협의를 거치지 않고 위와 같이 경계지 7필지로 업무대행비를 대물변제함으로써 위 공사도급계약에서 약정한 지급시기가 도래하지 않은 부분에 해당하는 업무대행비까지 기한에 앞서 초과 지급한 것으로 보아야 한다.

따라서 피해자 조합으로서는 경계지 7필지의 이전을 통한 대물변제를 한 것과 별도로 공소외 2 회사에 업무대행비 550,000,000원을 추가 지급할 필요가 없었다 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고인들의 위 주장은 받아들일 수 없다.

2) 배임의 고의

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면 피고인 1에게 업무대행비 명목 550,000,000원의 지급과 관련하여 배임의 고의가 인정되므로, 원심이 피고인 1의 배임의 고의를 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해가 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장 또한 받아들이지 않는다.

- ① 앞서 본 바와 같이 공소외 2 회사가 업무대행비를 지급시기보다 앞서 경계지 7필지의 이전을 통하여 약 5,100,000,000원 상당을 지급받았음에도 불구하고, 피고인 2는 2017. 11. 30. 피해자 조합에 550,000,000원의 용역비 청구서를 보내면서 위 청구서에 경계지 7필지 가액 상당의 대물지급액을 반영하지 않은 채 '계약 세대 945세대, 계약금액 10,395,000,000원, 기수취금액 4,125,000,000원, 청구금액 550,000,000원, 잔여보수 5,720,000,000원'이라고 기재하였으며, 업무대행비 지급조건은 2017. 11. 22. 체결한 공사도급계약에 따르지 않고 2015. 9. 1. 체결한 이 사건 업무대행계약에 따라 사업계획승인 후 잔금까지 전액을 받을 수 있다는 내용으로 기재하였다.
- ② 피고인 1은 이 사건 공사도급계약 체결을 통해 업무대행비의 지급시기가 조정된 것을 잘 알고 있었고 경계지 7필지의 대물변제를 통해 당시를 기준으로 지급시기가 도래하지 않은 부분에 해당하는 업무대행비까지 초과 지급된다는 사정을 잘 알 수 있었음에도 위와 같은 대물변제 사실을 알지 못하는 공소외 3 회사에 2017. 11. 30. 앞서 본 바와 같이 공소외 2 회사의 용역비 청구서, 피고인 2의 동의서를 첨부하여 공소외 8 회사에(문서 참조: 공소외 3 회사) 공소외 2 회사에 대한 550,000,000원의 업무대행비 지급을 요청하였다.
- ③ 공소외 3 회사의 공소외 19는 원심법정에서 '공소외 21 회사가 경계지 7필지를 받아간 사실을 모르고 업무대행비 지급에 동의를 해주어서 공소외 2 회사가 업무대행비로 2017. 12. 5. 550,000,000원을 받아갔다', '토지가 나갔다는 것을 저희가 알았다고 하면 당연히 용역비가 집행이 안 되었을 것이다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 19가 2017.

12. 4. 작성한 공소외 3 회사 품의서에는 공소외 2 회사의 업무대행비에 관하여 '기집행 4,125,000,000원, 계약서 50% 지급조건, 금회포함 43% 지급'이라고 기재되어 있는바, 이는 공소외 19의 위 진술을 뒷받침한다.

3) 손해 발생

앞서 인정한 사실들에 의하면, 피고인 1은 이미 경계지 7필지에 관한 소유권을 공소외 21 회사에 이전함으로써 공소외 2 회사에 대한 업무대행비를 그 지급시기에 앞서 지급하였음에도 불구하고 추가로 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급함으로써 피해자 조합으로 하여금 업무대행비 채무의 기한의 이익을 상실시키는 손해를 입게 하였음이 인정된다.

따라서 원심이 피고인 1의 배임행위로 피해자 조합에게 손해가 발생한 사실을 인정한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인 1과 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

라. 이 부분 각 범행에 관한 피고인 2의 공동정범 성립 여부

1) 관련 법리

거래상대방의 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄에서 거래상대방은 기본적으로 배임행위의 실행행위자와 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임한다는 점을 고려하면, 업무상배임죄의 실행으로 이익을 얻게 되는 수익자는 배임죄의 공범이라고 볼 수 없는 것이 원칙이고, 실행행위자의 행위가 피해자 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 점을 인식한 상태에서 배임의 의도가 전혀 없었던 실행행위자에게 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담한 경우에 한하여 배임의 실행행위자에 대한 공동정범으로 인정할 수 있다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2014도17211 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고인 2가 피고인 1의 경계지 7필지 이전 및 업무대행비 명목 550,000,000원 지급에 의한 배임행위에 적극 가담한 사실이 넉넉히 인정된다.

따라서 원심이 피고인 2를 이 부분 범행의 공동정범으로 판단한 것은 정당하고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피고인 2는 2017. 8.경부터 피고인 1에게 업무대행비를 토지로 지급하여 달라고 요구하였고, 2017. 9.경 피고인 1과 이메일을 수차례 주고받으면서 대물지급 가격을 협상하였으며, 2017. 10. 17. 피해자 조합에 공식적으로 경계지 7필지를 업무대행비 명목으로 대물지급 해달라는 취지의 공문을 보내기도 하였다.

또한 피해자 조합이 시공사 선정을 마친 2017. 11.경 이후부터 공소외 3 회사와 공사도급계약 내용을 협의하는 과정에 직접 참석하였으므로 업무대행비 지급시기가 일반분양 비율 등에 맞추어 변경된다는 것을 충분히 알 수 있었고, 2017. 11. 15. 피고인 1, 공소외 3 회사 관계자들과 공사도급계약 내용에 관하여 협의하면서 업무대행비를 잔여토지로 지급할 수 있도록 이 사건 단서조항의 삽입을 요구하였다.

그리고 앞서 본 바와 같이 2017. 11. 24. 공소외 5와의 대화를 통해 피해자 조합에 설정해줄 근저당권 채권최고액을 자신이 원하는 대로 요구하기도 하였는데, 그 요구 금액의 액수(계약금과 중도금의 합계액인 1,020,000,000원)에 비추

어 그 무렵 피고인 2 스스로도 자신이 받을 수 있는 업무대행비 채권액이 1,000,000,000원 안팎에 불과하다는 사실도 인식하고 있었던 것으로 보인다.

또한 다른 2017. 11. 30.자 녹취록에 의하면, 피고인 2는 공소외 5에게 근저당 조건을 정정하며 "계약금 10%, 중도금 10%가 아니라 계약금 10%만 510,000,000원만 주고 나머지 금액을 설정하는 걸로. 그래야지 업무대행비를 좀 신청할 수 있을 것 같아 이번에"라고 말하며 근저당권 채권최고액을 4,590,000,000원으로 증액하기도 하였다.

② 또한 위 2017. 11. 30.자 녹취록에 의하면, 피고인 2는 공소외 5와 매매계약서상 근저당권 조항에 관하여 협의하던 중 "그런데 사실 공소외 3 회사만 없다 그러면 아무 문제가 없어. 원래 업무대행계약에 보면 지금 잔금을 다 주게 돼 있던 말이야. 공소외 3 회사가 그렇게 탄지를 거니까 그렇게 해놓는 거라고 사실"이라고 말한 사실을 알 수 있는데, 이는 피고인 2가 적극적으로 근저당권 조항을 삽입하면서까지 공소외 3 회사와 협의가 이루어지지 않았음에도 업무대행비를 지급받으려 하였음을 추단케 하는 사정이다.

③ 피해자 조합, 공소외 2 회사, 공소외 21 회사가 경계지 7필지의 대물변제에 관하여 합의하면서 작성한 위 2017. 11. 23.자 합의서에는 '경계지 7필지의 토지대금 5,100,000,000원을 공소외 2 회사에 지급할 업무대행 용역비에서 차감한다'는 취지만 기재되어 있을 뿐 근저당권 설정에 관한 아무런 언급이 없다.

이로 보아 피고인 2는 피해자 조합이 경계지 7필지를 5,100,000,000원으로 계산하여 전부 대물지급하려는 의사를 갖고 있었다는 사실 또한 잘 알고 있었을 것으로 보인다.

④ 피고인 2는 피해자 조합과 사이에 경계지 7필지에 대한 대물변제를 논의하면서 동시에 ○○○지구 시공사인 공소외 4 회사와 협의를 하였고, 공소외 21 회사 앞으로 경계지 7필지의 소유권이전등기가 마쳐진 2017. 11. 30.에는 피해자 조합에 대한 근저당권을 설정해주지 않은 채 바로 공소외 4 회사에 담보 목적 가등기를 마쳐주었다.

이와 같이 피고인 2는 공소외 21 회사와 ○○○지구 사업의 이익을 위하여, 피고인 1이 피해자 조합의 재산 보호를 위한 아무런 노력을 하지 않는 점을 이용하여 업무대행비 대물지급 결정 초기부터 공소외 4 회사에 대한 가등기를 마칠 때까지 각종 법률행위의 당사자가 되어 배임행위 전 과정에 관여하였다.

이처럼 피고인 2는 피고인 1의 이 부분 배임행위의 전 과정에 적극적으로 관여함으로써 피고인 1의 배임행위에 공모가 담하였다 할 것이고, 이를 단순히 피해자 조합과 서로 대립적 지위에 있는 거래상대방으로서 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임하는 지위에서 피고인 1의 행위가 피해자 조합에 대한 배임행위에 해당한다는 것을 알면서도 소극적으로 그 배임행위에 편승하여 이익을 취득한 것으로만 평가할 수 없다.

⑤ 피고인 2는 이중담보권 설정 행위는 배임이 아니라는 취지로 주장하나, 이 부분 공소사실은 피고인 2가 피해자 조합을 위하여 근저당권설정의무가 있음에도 불구하고 담보가치를 상실시켰으므로 배임에 해당한다는 것이 아니라, 피고인 1의 피해자 조합에 대한 배임행위에 피고인 2가 적극 가담하였다는 것으로 이중담보권 설정과는 무관한 사안이므로, 피고인 2의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 다음으로 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피고인 2가 피고인 1의 업무대행비 명목 550,000,000원의 추가 지급에 의한 업무상 임무위배행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담하고, 그 과정에서 피고인 1과 피고인 2가 암묵적으로 상통하여 배임행위에 대한 의사결합이 이루어진 점을 충분히 인정할 수 있다.

같은 취지의 원심의 이 부분 판단은 정당하고, 거기에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

- ① 피고인 2는 앞서 본 바와 같이 업무대행비 지급시기를 변경하는 내용이 포함된 이 사건 공사도급계약 체결과 경계지 7필지의 대물지급의 전 과정에 관여하였음에도, 공사도급계약에서 약정한 업무대행비의 지급시기가 도래하지 않았음에도 업무대행비 550,000,000원을 청구하여 지급받았고, 그 과정에서 2017. 11. 30. 만약 공소외 3 회사가 경계지 7필지의 대물지급에 관한 매매계약서를 발견하더라도 이의를 제기하지 못하도록 '마치 공사도급계약 내용에 따라 당시 지급받을 수 있었던 약 1,000,000,000원 안팎의 업무대행비 중 경계지 7필지의 가액 5,100,000,000원과 근저당권 설정 채권최고액 4,590,000,000원의 차액인 510,000,000원만을 대물지급 받았기 때문에 여전히 550,000,000원의 현금을 청구할 수 있는 것처럼' 경계지 7필지 매매계약서의 근저당권 설정 조항을 변경하기도 하였다.
- ② 이와 같이 피고인 2는 2017. 11. 30.을 기준으로 해서는 더 이상 지급 받을 수 있는 업무대행비가 없다는 사실을 알고도 550,000,000원의 업무대행비를 청구하였고, 경계지 7필지로서 업무대행비를 대물지급한 사정도 알고 있었던 피고인 1은 위 550,000,000원의 업무대행비 청구에 동의함으로써 피해자 조합의 자금이 추가로 집행되도록 하였다.
- ③ 설령 피고인 2가 업무대행비 550,000,000원의 지급 청구를 한 시점이 같은 날 이루어진 경계지 7필지에 관한 소유권 이전등기신청보다 앞선다 하더라도, 피고인 2는 적어도 2017. 12. 5. 공소외 8 회사로부터 업무대행비로 550,000,000원을 지급받을 무렵에는 경계지 7필지의 소유권이전등기가 마쳐져 그 매매대금 상당의 업무대행비가 지급된 사실을 모두 알았을 것임에도 아무런 조치를 취하지 아니하였다.

마. 경계지 7필지 이전 관련 범행에 관한 피고인 3의 공동정범 성립 여부

- 1) 피고인 3은 원심에서도 동일한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제52 내지 54쪽의 '유죄의 이유 2. 다.
- 4) 피고인 2와 피고인 3의 공동정범성립 여부' 중 '나) 피고인 3의 관여' 및 '다) 피고인들의 암묵적 공모, 가담' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인 3의 위 주장을 배척하고, 피고인 3의 이 부분 범행에 관한 공동정범 성립을 인정하였다.
- 2) 원심이 적절하게 판시한 사정들과 2017. 11. 24.자 녹취록에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 공소외 5가 "◇ 대표님(피고인 2)이랑 오늘 계약(경계지 7필지 소유권 이전에 관한 부동산매매계약) 쓰라고 한 거 아닌가요? 회장님(피고인 3)이?"라고 하자, 피고인 1이 이에 대하여 "맞아요"라고 답변하였는데, 이러한 대화내용을 통하여 이 사건 공사도급계약이 체결된 이후에도 피고인 1과 피고인 3이 매매계약서 작성에 관하여 지속적으로 논의를 계속하면서 공소외 5에게 매매계약서 작성을 지시한 것임을 알 수 있는 점(피고인 3의 피해자 조합에서의 지위 및 역할, 조합 업무에의 관여 정도에 비추어, 피고인 3이 2017. 11. 15. 피고인 1, 피고인 2 등과 공소외 3 회사 담당자들이 이 사건 공사도급계약 내용을 협의하는 자리에 직접 참석하지 않았다고 하여 공소외 2 회사의 업무대행비의 지급시기가 조정되었는지 여부를 알지 못하였다고 볼 수 없다)을 앞서 2. 가. 1) 가)항의 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인 3의 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인 3의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

바. 재산상 이익의 가액에 관하여

- 1) 형법 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하고, 형법 제356조의 업무상배임죄

는 업무상의 임무에 위배하여 제355조 제2항의 죄를 범한 때에 성립하는데, 이때 취득한 재산상 이익의 가액이 얼마인지는 범죄의 성립에 영향을 미치지 아니하는 반면, 배임 또는 업무상배임으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 위반죄는 취득한 재산상 이익의 가액(이하 '이득액'이라 한다)이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 이득액에 따라 형벌도 매우 가중되어 있으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용함에 있어서는 취득한 이득액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써, 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나, 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다.

따라서 업무상배임으로 취득한 재산상 이익이 있더라도 그 가액을 구체적으로 산정할 수 없는 경우에는, 재산상 이익의 가액을 기준으로 가중 처벌하는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용할 수 없다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2014도12619 판결 등 참조).

2) 원심은, 경계지 7필지의 이전에 의한 피고인들의 업무상배임행위와 관련하여 피고인들이 1,331,000,000원의 업무대행비 채무에 대하여 적어도 합계 3,160,858,000원 상당인 경계지 7필지를 대물지급함으로써 1,829,858,000원을 초과 변제하였고, 그 과정에서 4,590,000,000원의 근저당권도 설정 받지 않았으므로, 피해자 조합에는 경계지 7필지 이전 당시 최소한 위 금액 중 적은 금액인 1,829,858,000원 상당의 재산상 손해가 발생하였고, 피고인 1과 피고인 2가 공소외 2 회사에 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 추가로 지급한 업무상배임행위와 관련하여 피해자 조합이 입은 재산상 손해가 550,000,000원이라고 판단하면서, 이 부분 각 공소사실에 대하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항을 적용하여 모두 유죄로 인정하였다.

3) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 의하면, 피고인들의 경계지 7필지 이전에 의한 배임행위로 인하여 피해자 조합에 1,829,858,000원 상당의 재산상 손해가 발생하였다거나 공소외 21 회사가 같은 금액 상당의 재산상 이익을 취득하였다고 보기 어렵고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들의 배임행위로 인한 손해액 및 이득액을 명확히 산정할 수 없다.

① 공소외 2 회사가 이 사건 사업의 일반분양이 시작되기 전에 업무대행관계에서 이탈하기는 하였으나, 피해자 조합과의 이 사건 업무대행계약에 의하면 일반분양과 관련한 공소외 2 회사의 업무 범위는 일반분양 자체가 아닌 행정적인 업무만이 포함되는 것으로 보이는 점, 피해자 조합은 공소외 2 회사가 업무대행관계에서 이탈한 이후 2018. 6. 5. 공소외 22 주식회사(이하 '공소외 22 회사'라 한다)와 사이에 컨설팅용역계약을 체결하였는데, 공소외 22 회사의 대표이사 공소외 23은 원심법정에서 '업무대행사의 업무범위를 토지확보, 조합원 모집, 사업계획 승인을 가장 크게 보고 있는데, 이러한 업무들은 다 끝난 상태였다'는 취지로 진술한 점, 또한 위 컨설팅용역계약의 용역비는 660,000,000원(부가세 포함)에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 공소외 21 회사가 경계지 7필지의 소유권을 이전받을 당시 공소외 2 회사는 피해자 조합과의 이 사건 업무대행계약으로 정한 대부분의 용역을 수행하였다고 봄이 타당하다.

② 이 사건 업무대행계약상 공소외 2 회사의 업무대행비 청구 채권은 피해자 조합의 주택건설사업계획이 승인됨에 따라 그 지급시기가 이미 도래하였고, 이 사건 공사도급계약에서 피해자 조합의 공소외 2 회사에 대한 업무대행비 지급시기를 일반분양률에 연동하여 새로 조정하였다고는 하나, 일정한 일반분양률의 달성을 불확정기한이 아닌 정지조건으로 약정하였다고 볼 수는 없으므로, 공소외 2 회사의 업무대행비는 이 사건 공사도급계약에 따라 그 지급시기가 단지 유예된 것에 불과한 것으로 봄이 타당하다(실제로 피해자 조합은 2019. 3. 4. 일반분양을 모두 완료하였다). 또한 공소외 2 회사는 경계지 7필지로 업무대행비를 대물지급 받을 무렵까지 피해자 조합에 대하여 미지급 업무대행비 채권을 포기하겠다는 의사를 표시한 바도 없다.

③ 앞서 본 대로 피고인들의 이 부분 배임행위로 경계지 7필지가 업무대행비의 대물변제 명목으로 공소외 21 회사 앞으로 이전됨으로써 그 무렵 기준으로 지급시기가 도래하지 않은 업무대행비가 초과 지급되었다.

피해자 조합으로서는 지급시기가 도래하지 않은 업무대행비 채무에 관하여 기한의 이익을 포기한 결과가 되었고, 이와 같이 미리 변제한 데 따른 이자 상당의 손해를 입었다고 봄이 타당하다.

④ 한편 공소외 2 회사가 피해자 조합과의 업무대행계약관계에서 이탈할 당시 대부분의 용역 업무를 완료한 것으로는 보이나, 그 후로도 피해자 조합과 컨설팅용역계약을 체결한 공소외 22 회사가 후속 업무를 마무리하였고 그 용역비가 660,000,000원 정도에 이르는 점, 공소외 2 회사가 이탈한 후 공소외 22 회사와의 위 컨설팅용역계약 체결 이전까지 피해자 조합의 조합원들이 조합의 업무를 직접 처리하기도 한 점 등을 고려할 때, 피고인들이 경계지 7필지를 공소외 21 회사에 이전할 당시를 기준으로 공소외 2 회사가 수행한 용역 부분과 관련하여 그 완료된 부분에 상응하여 피해자 조합으로부터 정산, 지급받아야 할 업무대행비를 정확하게 산정하기는 어렵고, 달리 이를 산정할 만한 자료가 없다.

또한 경계지 7필지의 가액을 보면, 공소외 21 회사 앞으로 소유권이 이전된 2017. 11. 30.경은 이 사건 사업이 어느 정도 진척된 이후이므로 ☆☆감정평가법인이 2016. 9. 30.을 기준으로 산정한 감정평가액 3,160,858,000원보다는 그 가치가 상승하였을 것으로는 보이나, 그 가치를 정확하게 산정할 만한 자료가 없다.

그렇다면 검사가 제출한 증거들만으로는 피해자 조합이 이 사건 공사도급계약을 통해 새로 약정한 업무대행비의 지급시기보다 앞서 경계지 7필지로 업무대행비를 대물변제함으로써 입은 손해 및 공소외 21 회사가 얻은 재산상 이익을 정확하게 산정할 수 없다고 보아야 한다.

나) 한편 위에서 살핀 바와 같은 공소외 2 회사의 업무대행비 청구 채권의 도래, 이 사건 공사도급계약을 통한 업무대행비의 지급시기 유예, 공소외 2 회사에 대하여 위와 같이 기한이 유예된 업무대행비를 미리 앞서 지급하는 것은 기한의 이익을 포기하는 것에 해당하여 피해자 조합으로서는 업무대행비를 미리 지급한 것에 따른 이자 상당의 손해를 입은 것에 불과하다 할 것인데, 그 지급시점을 기준으로 공소외 2 회사가 피해자 조합으로부터 지급받아야 할 업무대행비 액수를 정확히 산정하기 어렵다는 사정은, 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 업무상배임행위로 인한 피해자 조합의 재산상 손해 및 공소외 2 회사의 재산상 이익 산정의 경우에도 마찬가지인바, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 피고인 2가 업무대행비 명목으로 550,000,000원을 지급함으로써 발생한 피해자 조합의 손해 및 공소외 2 회사가 얻은 이익 역시 정확하게 산정하기 어렵다고 보아야 한다.

사. 소결

따라서 이 부분 각 공소사실(단, 피고인 3에 대하여는 경계지 7필지 이전에 의한 배임행위에 국한된다)은 피고인들의 배임행위로 인한 손해액 및 이득액을 산정할 수 없는 경우에 해당하므로, 피고인들에 대하여 이득액을 기준으로 가중 처벌하는 범죄인 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용할 수는 없고, 다만 이 부분 각 공소사실에 포함된 형법상 업무상배임죄만을 인정할 수 있을 뿐이다.

그럼에도 피고인들의 경계지 7필지의 이전에 의한 업무상배임으로 인한 손해액 및 이득액이 1,829,858,000원이고, 피고인 1과 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원의 추가 지급에 의한 업무상배임으로 인한 손해액 및 이득액이 550,000,000원임을 전제로 이 부분 각 공소사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 적용하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 일부 이유 있다.

3. 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점(피고인 1, 피고인 3)

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 의하면, 피해자 조합이 피고인 3에게 일부 대행하게 한 업무는 단순한 '공사비 협상'이 아니라 주택법이 금지하는 '시공사 선정 지원' 업무에 해당한다고 봄이 타당하다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하고 거기에 피고인 1과 피고인 3이 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

피고인 1, 피고인 3의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피해자 조합은 2016. 4. 29. 창립총회에서 공소외 3 회사를 시공사로 선정하고 2016. 11. 22. 공소외 3 회사와 사이에 공사비를 평당 3,620,000원으로 정한 사업약정서를 작성하였으며, 2017. 8. 1.에는 시공사를 공소외 3 회사로 하는 사업계획승인을 받았다.

공소외 3 회사는 2017. 8.경부터 공사비 증액을 요구하였는데, 피해자 조합의 2017. 8. 30. 제26차 임원회의에서는 '시공 예정사인 공소외 3 회사가 공사비 증액을 무리하게 요구할 경우 시공사 변경 총회를 열어 조합원들의 의견을 들을 것'을 결의하였고, 2017. 9. 12.자 제27차 임원회의에서는 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 전 조합장인 피고인 3이 실질적으로 운영하는 공소외 6 회사에 위임하는 안건'을 결의하였다.

② 피고인 1은 공소외 3 회사 담당자를 여러 차례 만나 공사비를 협상하는 한편 공소외 4 회사와의 업무회의에도 참석하였는데, 이 자리에 피고인 3이 함께 참석하기도 하였다.

공소외 4 회사는 2017. 10. 19. 이 사건 사업에 관한 시공참여의향서를 제출하였는데, 공소외 4 회사의 공소외 24는 원심법정에서 '조합 측에서 사업 참여 제안을 요청했었다.

그래서 사업 검토를 하고 제안서를 접수하였다'라고 진술하였다.

또한 피고인 3은 2017. 9. 14.경부터 조합 게시판에 업무 추진에 관한 글들을 게시하였는데, 게시글에는 '시공사 변경할 경우를 대비하여', '공소외 3 회사와 마무리 협상을 할 것이며 기타 건설사인 A사, B사, C사 건설사와도 마무리 협상을 할 것이다', '타 시공사 협의 진행 건에 대해서는 현재 A사는 수주심의 진행 중이며 추후 공소외 3 회사와의 단절

에 대한 법률검토를 얻고자 미팅을 했다', '시공사 선정 건은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사로 압축해서 임시총회를 개최할 예정이다'라는 내용이 있다.

이러한 게시글의 전반적인 내용 등에서 피해자 조합 집행부가 ○○○지구 사업 시공사인 공소외 4 회사 쪽으로 이 사건 사업의 시공사를 변경하려 했던 모습들이 나타난다.

공소외 3 회사를 시공사로 하는 사업계획승인까지 이루어짐에 따라 피해자 조합이 임의로 시공사를 변경하기 용이하지는 않았다는 사정을 고려하더라도, 피고인 3이 게시한 글의 내용 등을 통해 추론되는 피해자 조합 집행부 및 피고인 3의 의도 및 실제로 행한 업무를 단순히 '공사비 증액을 요구하는 공소외 3 회사를 압박하고 협상에서 유리한 지위를 점하기 위한 수단으로 사용하고자 공소외 4 회사 등 다른 건설사와 접촉하여 경쟁업체가 있는 것과 같은 외관을 만드는 것'에 불과하다고 보기 어렵다.

③ 공소외 3 회사의 공소외 19는 원심법정에서 '공소외 4 회사의 시공참여의향서 제출과 피해자 조합의 시공사 변경에 관한 서면결의 예정이라는 이야기를 듣고 당황해서 임시총회 전날인 2017. 11. 10. 피고인 1에게 공사비를 3,715,000원으로 수용한다는 공문을 직접 건네주었다.

피고인 3은 직접 "시공사 교체"라는 말을 언급하기도 하였다'라는 취지로 진술하였다.

④ 피고인 1은 2017. 11. 11. 피해자 조합 임시총회에서 "물론 1호 안건이지만 저희가 시공사 선정 및 협상에 관련해서 위임한 사실이 있고요. 그래서 그 담당자(피고인 3)로서 당사자로서 얘기를 하고 있는 것인지 일단 들어주시기 바랍니다"라고 발언하였고, 피고인 1이 위임하였다는 1호 안건은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사를 두고 시공사를 선정하는 '시공사 선정 건'이었다.

피고인 3은 2017. 11. 11. 위 임시총회에 참석하여 자신의 성과를 주장한 후, 조합원들에게 시공예정사인 공소외 3 회사의 소송에도 자신이 있기 때문에 시공사 변경을 진행했으며 소송은 조합 차원이나 용역사에서 감당할 자신이 있다며 원하는 대로 시공사를 선택할 것을 독려했다.

이는 피고인 3이 관여한 것이 '시공사 선정 지원' 업무라는 점에 부합하는 언행이다.

⑤ 위 2017. 11. 11.자 임시총회에서는 시공사 선정 안건에 대해 공소외 3 회사 328표, 공소외 4 회사 322표, 기관 7표가 나와 과반을 넘는 득표가 없어 안건이 부결되었고, 위 조합 총회 이후인 2017. 11. 16.자 조합장 간담회에서도 여전히 피고인 1, 피고인 2, 피해자 조합의 조합원들은 공소외 3 회사와 공소외 4 회사의 시공 조건들을 비교하고 있었던바, 이 무렵까지도 공소외 3 회사가 확정적인 시공사 지위를 갖고 있지는 않았던 것으로 보인다.

그 후 2017. 11. 22. 피해자 조합은 공소외 3 회사와 공사비를 평당 3,715,000원으로 정하여 공사도급계약을 체결하였다.

⑥ 피고인 1은 경찰 조사에서 피고인 3과 함께 수행한 공사비 협상업무란 '공소외 3 회사와의 공사비 협상 업무 및 공소외 3 회사와의 협상이 결렬되는 경우 다른 건설사를 선정하는 업무를 모두 포함하는 업무이다'라고 진술하였다.

이와 관련하여 피고인 3은, 공소외 3 회사와의 공사비 협상이 성공했으므로 피고인 3(공소외 6 회사)이 맡기로 한 업무에 관한 약정은 조건 불성취로 무효라는 취지로 주장하나, 앞서 본 바와 같이 피고인 3이 피고인 1과 함께 공소외 3 회사와의 공사비 협상을 진행하면서도 동시에 공소외 4 회사에 이 사건 사업의 참여를 제안하여 2017. 10. 19. 공소외 4 회사로부터 이 사건 사업에 대한 시공참여의향서를 제출받고, 2017. 11. 11.에는 임시총회를 개최하여 공소외

3 회사와 공소외 4 회사 중에서 시공사를 선정하려고 하였던 이상, 이로써 무자격자 업무대행에 의한 주택법위반의 점이 인정되는 것이고, 피고인 1의 위와 같은 진술에 근거하여 그 행위가 조건 불성취로 무효가 된다고 볼 수 없으므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

4. 피고인 1과 피고인 3의 2,310,000,000원 상당 무자격자 업무대행 용역비 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 각 사실을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 3 회사는 2016. 11. 22. 피해자 조합과 사이에 이 사건 사업에 관한 사업약정서를 작성할 무렵 공사비를 평당 3,620,000원으로 제시하였으나, 2017. 8. 1. 피해자 조합이 주택건설사업계획승인을 받은 후로는 공사비를 평당 3,857,000원으로 증액해줄 것을 요구하였다.

피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사는 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대하여 공사비 협상을 하여 2017. 8. 말경 평당 3,770,000원까지 의견 접근이 이루어졌다.

- ② 한편 피고인 3은 2017. 8. 7.경 피해자 조합의 고문 및 자문위원직에서 사퇴하였고, 피해자 조합은 2017. 9. 12. 제 27차 임원회의를 개최하여 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 공소외 6 회사에게 위임하는 안건'을 결의하였다.

공소외 6 회사는 피고인 3의 아내인 공소외 25 또는 조카인 공소외 18이 명목상 대표이사로 있을 뿐 피고인 3이 실질적으로 운영하는 1인 회사이다.

- ③ 피고인 3은 피고인 1이 공소외 3 회사 담당자를 여러 차례 만나 공사비를 협상하는 자리에 참석하는 한편 공소외 3 회사의 공사비 증액에 효과적으로 대응하기 위해서는 시공사 변경의 여지도 있음을 주장하였고, 이를 전제로 피고인 1과 함께 공소외 4 회사와의 업무회의에 참석하기도 하였다.

피고인 3은 2017. 9. 14.부터 2017. 11. 2.까지 조합 인터넷 카페 게시판에 공소외 3 회사와의 협상 과정 및 다른 건설사와의 협의 과정 등에 관한 글들을 여러 차례 게시하였다.

- ④ 피해자 조합은 피고인 3의 주도로 2017. 11. 6. 공소외 3 회사에 공소외 4 회사와 같은 조건인 평당 공사비 3,715,000원에 공사가 가능한지 여부를 묻는 내용의 공문을 발송하였고, 공소외 3 회사는 피해자 조합 총회가 있기 전날인 2017. 11. 10. 피해자 조합이 제시한 평당 공사비 3,715,000원의 조건을 수용한다는 공문을 보내왔다.

- ⑤ 피해자 조합은 2017. 11. 11. 조합 총회를 열어 1호 안건으로 '공소외 3 회사와 공소외 4 회사 중에서 시공사를 선정하는 안건'을 표결에 부쳤고, 그 결과 공소외 3 회사 328표, 공소외 4 회사 322표, 기권 7표가 나와 과반을 넘는 득표가 없어 안건이 부결되었으나, 그 후 2017. 11. 16. 조합장 간담회 등 조합원들의 의견 수렴을 거쳐 공소외 3 회사가 시공사로 확정되어 피해자 조합, 공소외 3 회사, 공소외 2 회사는 2017. 11. 22. 평당 공사비 3,715,000원(부가세 별도)으로 정하여 이 사건 공사도급계약을 체결하였다.

위 2017. 11. 11.자 조합 총회에서는 2호 안건으로 '공소외 6 회사와 시공사 선정 협의 및 중도금 대출 관련 용역계약의 체결업무를 임원회의에 위임하는 안건'이 결의되었다.

⑥ 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이에서 2017. 12. 5. 용역비 2,310,000,000원(부가세 포함)으로 정한 이 사건 용역계약이 체결되었고, 피고인 3은 2018. 1. 31. 피해자 조합에 대하여 공소외 6 회사의 위 용역비 2,310,000,000원을 청구채권으로 하는 지급명령을 신청하여 같은 날 지급명령이 발령되었으며, 피고인 1은 2018. 2. 6. 위 지급명령정본을 송달받았으나 이의하지 않아 2018. 2. 21. 위 지급명령이 확정되었다.

⑦ 피고인 3은 2018. 4. 13. 위와 같이 확정된 지급명령을 집행권원으로 피해자 조합의 상가부지 등에 대하여 부동산강제경매를 신청하여 강제경매개시결정을 받았다.

나. 구체적 판단

1) 위 인정사실과 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 피고인들이 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약을 체결하여 피해자 조합으로 하여금 2,310,000,000원 상당의 채무를 부담하게 하고 지급명령을 확정시킴으로써 피해자 조합에 대하여 배임행위를 하였고, 이에 따라 공소외 6 회사로 하여금 2,310,000,000원의 재산상 이익을 취득하게 하고 피해자 조합에 같은 액수 상당의 재산상 손해가 발생한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

① 피해자 추진위와 공소외 2 회사가 2015. 9. 1. 체결한 업무대행계약에 의하면 시공사 선정, 시공조건과 공사비 검토 등은 업무대행사인 공소외 2 회사의 업무였고, 이에 따라 피고인 2는 2017. 8.경까지 공소외 3 회사와 사이에 공사비 협상 업무를 수행하고 있었다.

공소외 3 회사의 공소외 19도 수사기관에서 '2017. 8. 30.경을 기준으로 공사비는 평당 3,770,000원이었고, 이는 피고인 2와 협상을 해서 도출된 금액이다, 그때까지는 피고인 2와 협상을 하였고, 피고인들과는 협상을 한 사실이 없다'라는 취지로 진술하였다.

위와 같이 피고인 2와 공소외 3 회사가 협상을 진행하고 있는 상황에서 피고인 1은 2017. 9. 12. 제27차 임원회의를 개최하여 위 임원회의에서 '시공사 협상 및 중도금 대출 관련 업무를 전 조합장인 피고인 3(공소외 6 회사)에게 위임하는 안건'을 결의하였는데, 피고인 3이나 공소외 6 회사는 시공사 선정에 관한 업무를 대행할 자격이 없었다(피고인 3은 이 사건 사업 이전에는 조합 사업을 해본 적이 없었고, 조합을 위한 공사비 협상 업무나 시공사 선정에 관한 업무를 처리해본 경력이나 실적을 가지고 있지 않았던 것으로 보인다).

또한 공소외 4 회사의 공소외 24는 수사기관에서 '조합사업의 경우 이미 조합원들이 모집되어 사업이 진행되고 있기 때문에 공사비를 싸게 책정할 수 있다, 이 사건 사업 부지는 입지가 좋아 분양이 잘 될 것이라 판단하였다, 피고인 3이 회의에 참석하여 사업 전반적인 것을 설명한 것 같은데 특별한 것은 없었다, 공사업체를 경쟁시켜서 시공사를 결정하는 것은 일반적인 방식이고, 특별할 것이 없다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 3 회사의 공소외 26은 당심법정에서 '공사비를 당초 요구했던 가격보다 줄인 이유는 피해자 조합이 시공사를 공소외 4 회사로 변경하려는 모습을 보여서라기보다 이 사건 사업의 입지가 좋았던 이유가 더 컸다'라는 취지로 진술하였다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구를 받은 피해자 조합으로서는 기존의 업무대행사로 하여금 공사비 협상을 계속 수행하게 하거나 조합장을 비롯한 집행부가 직접 공사비 협상 업무를 수행하는 것이 충분히 가능하였던 것으로 보이고, 기존의 업무대행사를 배제시키고 새로운 채무를 부담하면서까지 공소외 6 회사와 이 사건 용역계약을 체결할 합리적인 이유가 있었다고 보이지 않는다.

② 피고인 3은 피해자 조합이 공소외 3 회사와 공사비에 관한 협상을 하는 자리에 참석하여 발언을 하거나 공소외 4 회사 등 다른 시공사와 접촉하여 시공사로 참여할 의향을 이끌어내는가 하면 위와 같은 협상 과정을 피해자 조합의 인터넷 카페에 올려 조합원들에게 알리는 등으로 노력하였고, 그 결과 피해자 조합으로서는 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 효과적으로 대처할 수 있었던 것으로 보인다.

그러나 피해자 추진위 단계에서부터 피해자 조합의 사업 초기 업무 전반을 관장했던 조합장의 지위에 있었고 조카인 피고인 1이 조합장으로 된 후로도 고문 및 자문위원 지위에서 조합 업무에 계속 관여해오고 있었던 피고인 3의 지위 및 경험 내지 이 사건 사업에 대한 이해 정도, 피고인 1과의 신분관계 등을 고려하면, 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대응하여 피고인 3이 행한 업무들은 반드시 별도로 용역계약을 체결할 필요 없이 전직 조합장이자 고문, 자문위원의 지위에서 조합장인 피고인 1을 보좌하여 충분히 수행하였음직한 범위의 것이라고 봄이 타당하다.

③ 실제로 피고인 3은 피해자 조합의 인터넷 카페에 2017. 11. 3. '공소외 6 회사의 용역비를 공소외 2 회사의 업무대행비 내에서 정산하려고 한다'라는 취지로 게시글을 올리는 등으로 당초 시공사 선정 등과 관련하여 자신이 별도의 용역비를 지급받는 것이 아니라는 취지를 밝힌 바 있음에도, 피고인들은 적법한 총회 결의 및 임원회의 결의가 있었다는 전제 아래 피해자 조합과 공소외 6 회사 사이의 이 사건 용역계약을 체결하였다.

나아가 피해자 조합 입장에서는 공사비를 감액하도록 협상하는 것이 당연함에도 피고인들은 위 용역계약상 '공사비 절감을 통한 조합의 총 이익금 8,600,000,000원'을 용역비 산정의 기준으로 삼았는데, 이는 공소외 3 회사가 제시한 금액을 전부 그대로 수용할 경우를 기준으로 계산한 것이고, 그것도 이미 피고인 2가 협상을 통해 2017. 8. 말경까지 감액한 공사비 역시 고려하지 않은 금액이었으며, 총 이익금 중 30%라는 용역비 비율 역시 아무런 근거가 없었다.

피고인 3은 수사기관에서 '피고인 1에게 30%를 달라고 요구하였다, 지나가는 소리로 여러 사람들에게 그냥 편하게 알아보았는데 50%를 받은 적이 있다는 이야기를 들었고, 지인에게 물어보니 30%든 40%든 정해진 룰은 없다고 이야기하였다, 알아본 바로는 조합 사업에서 업무대행사 이외 별도로 용역사를 지정하여 시공사와의 공사비 협상 용역비를 지급한 사례는 없었다'라는 취지로 진술하였는데, 피고인 1은 피고인 3의 객관적인 근거가 없는 제안을 그대로 받아들인 것으로 보인다.

④ 배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니며, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 경제적 관점에 따라 판단되어야 하므로 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당한다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보면, 피고인 3이 2018. 1. 31. 피해자 조합에 대하여 공소외 6 회사의 용역비 채권 2,310,000,000원을 청구채권으로 하여 지급명령을 발령받고, 조합장인 피고인 1이 위 지급명령정본을 송달받고도 이의하지 않아 위 지급명령이 확정되게 한 후 나아가 피고인 3이 확정된 지급명령을 집행권원으로 피해자 조합의 상가부지 등에 대하여 부동산강제경매를 신청하여 강제경매개시결정을 받음으로써 피해자 조합의 재산에 압류의 효력이 발생하였을 뿐만 아니라(민사집행법 제83, 84조) 언제든지 후속 환가절차가 진행될 수 있게 된 이상, 이미 피해자 조합의 재산에 대한 실효발생의 위험이 발생하였다 할 것이므로, 피고인들의 이 부분 업무상배임 범행은 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

- ⑤ 또한 앞서 본 바와 같이 피고인들은 기존의 업무대행사를 통하여 진행하거나 피해자 조합 집행부가 직접 수행할 수도 있는 업무에 대하여 업무대행사인 공소외 2 회사 및 피고인 2를 배제시킨 후 합리적인 이유 없이 피해자 조합으로 하여금 2,310,000,000원에 상당하는 새로운 채무를 부담시키고 조합 재산에 강제집행이 이루어지도록 하였으므로 위 금액 상당 전부가 피고인들의 배임행위로 인하여 발생한 손해액 및 이득액에 해당한다고 보아야 한다.

2) 이에 대하여 피고인들은 이 부분 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 범행의 성립 여부에 관하여 다음과 같이 주장하므로 차례로 본다.

가) 먼저 피고인들은 이 사건 용역계약 체결 등과 관련하여 적법·유효한 총회 및 임원회의의 결의가 있었음을 들어 배임행위가 아니라고 주장한다.

그러나 회사의 임원이 그 임무위배행위에 대하여 사실상 대주주의 양해를 얻었다거나 이사회 결의가 있었다는 사유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수 있는 것도 아닌바(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조), 피해자 조합의 적법·유효한 총회, 임원회의 결의가 있었다고 하더라도 피고인들이 위와 같이 피해자 조합에 손해를 가하는 행위를 한 이상 피고인들의 배임행위가 성립하는 것이므로, 피고인들의 위 주장을 받아들일 수 없다.

그렇지 않더라도, 피해자 조합 규약 제28조 제1항 제3호는 '예산으로 정한 사항 및 규약에서 정한 사항 외 조합원에 부담이 될 계약'을 총회 결의사항으로 규정하고 있는데, 위 2017. 11. 11.자 피해자 조합 총회에서는 '공소외 2 회사에 지급할 업무대행비와 무관하게 별도의 용역비를 공소외 6 회사에게 지급할지, 그리고 지급한다면 어느 정도 액수의 용역비를 지급할지'에 관한 논의 없이 '공소외 6 회사와 시공사 선정 협의 및 중도금 대출 관련 용역계약의 체결업무를 임원회의에 위임하는 안건'이 결의되었는데, 결국 위 조합 총회에서는 이 사건 용역계약에 관하여 조합원의 금전적 부담이 발생할지 여부를 결정하는 중요한 부분이 논의되지 않았다고 보아야 하고, 이는 조합 자금의 출연자인 조합원들이 금전적 부담이 될 사안을 미리 고지 받고 스스로 결정하도록 정한 조합 규약 내용의 취지에 반하는 것이므로, 이 사건 용역계약 체결에 관하여 적법·유효한 총회 결의가 있었다고 볼 수도 없다.

또한 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28은 수사 과정에서, 2017. 11. 20.자 임원회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 내용을 반대하였고 이를 의결로써 통과시킨 사실이 없다는 취지로 일관되게 진술하였고, 공소외 5, 공소외 27은 원심법정에서도 같은 취지의 진술을 하였으며, 2017. 11. 29.자 녹취서에 의하면 공소외 27이 공소외 5와 사이에 '임원회의를 월요일에 한다, 용역비 얘기하는 거 아니야?', 공소외 28씨가 왔었는데 임원회의에서 통과시키면 어떻게 되냐고 물었다, 용역비 어떻게 됐느냐고 그래서 아직 잠잠하다고 했다'라는 취지의 대화를 나누었는데, 이는 2017.

11. 29.경까지 공소외 6 회사에 대한 용역비 지급 문제가 임원회의에서 의결되지 않았음을 전제로 한 대화 내용으로서, 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28의 수사 과정에서의 위 진술에 부합한다.

따라서 피해자 조합의 2017. 11. 20. 임원회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 것에 대한 적법한 결의가 있었다고 볼 수 없다(피해자 조합의 2017. 11. 20.자 임원회의 회의록에는 이에 대한 결의가 이루어진 것으로 기재되어 있으나, 피고인 1은 위 회의록을 비롯하여 공개대상 자료인 피해자 조합의 회의록과 주요 계약 관련 자료들을 관련 법률이 정한 공개시기보다 현저히 늦은 2018. 4. 3.에야 공개한 점, 피해자 조합의 2017. 10. 17.자 제29차 임원회의 회의록의 경우 각기 상이하게 편집된 형태로 3개의 회의록이 존재하는 것으로 보아 피고인 1이 임의로 회의록을 작성할 수 있었던 것으로 보이는 점, 2017. 11. 20.자 임원회의에 참석한 공소외 5, 공소외 27, 공소외 28이 위 회의에서 공소외 6 회사에 용역비를 지급하는 내용이 의결된 바 없다는 취지로 진술한 점 등에 비추어 공소외 6 회사에 대한 용역비 지급에 관한 2017. 11. 20.자 회의록의 기재 내용을 그대로 믿기는 어렵다).

나) 또한 피고인들은, 이 사건 용역계약에서 용역비를 이익금의 30%로 산정한 것은 법무법인 △△로부터 자문을 받은 결과이므로 피고인들에게 배임의 고의를 인정할 수 없다고 주장하나, 이 사건 용역계약의 체결 경위, 지급명령 발령 및 부동산강제경매개시 경위 등에 비추어 앞서 본 바와 같이 피고인들이 업무상임무에 위배하여 피해자 조합에 손해를 가하였다고 봄이 타당한 이상, 피고인들이 법률전문가의 자문을 받아 이 사건 용역계약을 체결하였다는 사실은 배임죄의 성립이나 배임의 고의 인정에 영향을 준다고 볼 수 없다.

따라서 피고인들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

다) 피고인들은, 이 사건 용역계약 체결에 대하여 총회의 적법·유효한 결의가 없다고 한다면 결국 용역계약 체결은 법률상 무효이기 때문에 피해자 조합에 사실상으로도 손해가 발생하지 않은 것으로 보아야 하고, 총회의 결의가 무효이므로 용역계약 체결도 무효이고, 위 용역계약에 터잡아 이루어진 지급명령도 무효이며, 위 지급명령에 의해 실시한 부동산강제경매도 무효라고 보아야 하므로 피해자 조합에게 사실상으로도 손해가 발생하지 않은 것이고 실해 발생의 위험도 초래하지 않았다고 보아야 한다고도 주장한다.

그러나 지급명령의 발령 및 이에 기한 부동산강제경매개시결정에 따라 조합의 재산에 압류의 효력이 발생하였을 뿐만 아니라(민사집행법 제83, 84조) 언제든지 후속 환가절차가 진행될 수 있는 상태가 되었고, 이는 이 사건 용역계약의 법률상 효력 유무와 상관 없이 경제적인 관점에서 볼 때 이미 피해자 조합의 재산에 대하여 실해 발생의 위험이 발생하였다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 위 주장 또한 받아들이기 어렵다.

라) 피고인들은, 피고인 3의 협상 전략에 따라 공사비가 삭감되어 피해자 조합이 이익을 얻었으므로 그 기여를 인정해 주어야 하고, 그와 같은 삭감된 공사금액에 비하여 공소외 6 회사에 대한 용역비가 과도하다고 할 수 없으며, 용역비가 적정한 수준에 비하여 과다한지 여부를 판단할 객관적이고 합리적인 평가 방법이나 기준 없이 단지 임무위배 행위가 없었더라면 더 낮은 수준의 용역비로 정할 수 있었다는 가능성만을 가지고 재산상 손해 발생이 있었다고 쉽사리 단정해서는 아니 되므로, 피고인들에 대하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용하여 처벌할 수 없고, 배임의 범의가 인정될 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 피해자 조합은 공소외 3 회사가 이 사건 사업의 공사비를 평당 3,620,000원에서 평당 3,857,000원으로 증액해줄 것을 요구하면서 2017. 8. 말경에는 평당 3,770,000원 수준까지 요구한 데 대하여 공소외 3 회사 측과의 수차

례 협상 등을 통해 최종적으로 평당 3,715,000원에 공사도급계약을 체결한 것인바, 이로써 피해자 조합과 조합원들로서는 공소외 3 회사가 요구하는 증액분에 상응하는 만큼의 공사비 증가액이나 조합원 부담금을 추가로 지출하지 않게 되었다 할 것이고, 여기에 공소외 4 회사 등 다른 시공사와 접촉하는 전략을 제안하기도 한 피고인 3의 기여가 없었다고는 할 수 없다.

그러나 피해자 조합으로서는 조합원들을 위하여 공사비를 감액하도록 협상하는 것이 당연한 것이고, 앞서 본 바와 같이 공소외 3 회사의 공사비 증액 요구에 대응하여 피고인 3이 행한 업무들은 전직 조합장 및 고문, 자문위원의 지위에서 피고인 1을 보좌해서도 충분히 행할 수 있는 정도의 업무에 불과하다고 할 것임에도, 피고인 1과 피고인 3은 피해자 조합의 이익을 위해서는 따로 체결할 필요도 없는 이 사건 용역계약을 체결하고 피해자 조합으로 하여금 그에 따른 용역비 지급채무를 부담케 한 후 나아가 강제집행까지 이루어지게 한 이상, 피고인 3이 기여한 업무에 대한 적정한 용역비가 얼마인지를 산정할 필요도 없이 피해자 조합에 대하여는 이 사건 용역계약에서 정한 용역비이자 지급명령을 통해 확정된 채권액인 2,310,000,000원 전부의 재산상 손해가 발생한 것으로 보아야 한다.

또한 이 사건 용역계약의 체결 및 지급명령 신청 경과 등에 비추어 피고인들에게는 피해자 조합에 재산상 손해가 발생 또는 발생할 위험이 있다는 인식과 피고인 3이 재산상 이익을 취득한다는 인식이 있었다고 볼 수 있으므로, 배임의 고의도 인정된다.

따라서 피고인들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

3) 따라서 원심이 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 피고인들이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 위법이 없으므로, 피고인들의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

5. 피고인 1과 피고인 2의 154세대 미승인 입주자 모집으로 인한 주택법위반의 점

가. 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니하나(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도7687 판결 등 참조), 형벌법규의 해석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법 취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결, 대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결 등 참조).

나. 피고인들은 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제69 내지 75쪽의 '유죄의 이유 6. 나. 판단' 항목에서 실시한 것과 같이, 피해자 조합을 주택법이 정한 '사업주체'에 해당한다고 보면서, 피고인들이 조합원 자격이 없는 사람들과 미분양분 주택에 관하여 먼저 계약금 등을 지급받고 추후 미분양분 주택을 지급하지 못할 경우 계약금을 반환하고 추가로 5,000,000원을 지급하기로 한 이 사건 약정은 정지조건부 약정이 아니고, 위 약정의 체결은 주택법 제102조 제13호, 제54조 제1항에 위반된다고 보아 피고인들의 주장을 배척하고 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다.

원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 면밀히 살펴보고, 원심이 적절히 실시한 사정들에다 관련 법령에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 더하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인들 주장과 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

- ① 주택법제54조 제1항 제1호에서 일정 규모 이상의 주택을 공급하고자 하는 사업주체가 입주자를 모집하려고 하는 경우에 주택법 등 관련 법령에 따라 원칙적으로 입주자모집승인 절차를 거치도록 한 것은 입주자 모집 시기 및 조건, 절차 등을 규제함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지하는 데 입법 목적이 있는바, 입주자 모집 승인 규정의 적용을 받는 주택법 제54조 제1항 제1호의 '사업주체'에 일정 규모 이상 주택을 공급하려는 자로서 주택법에 따른 주택건설사업계획의 승인을 받을 것을 예정하고 사업을 시행하는 자도 포함된다고 해석하는 것은 주택법의 위와 같은 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석으로서 허용된다고 봄이 타당하다.
 - ② 주택법 제102조 제13호는 "제54조 제1항을 위반하여 주택을 건설·공급한 자"를 처벌하도록 규정하고 있는데, 제54조 제1항은 사업주체에게 '주택의 건설·공급'과 관련한 의무를 부과하면서 '입주자를 모집하려는 경우'(제1호)와 '사업주체가 건설하는 주택을 공급하려는 경우'(제2호)를 구별하지 않은 채 그 전문에서 "사업주체는 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 주택을 건설·공급하여야 한다"라고 규정하고 있으므로, 관할 관청의 승인을 받지 않고 입주자를 모집하는 행위는, 확정적·최종적 분양계약을 체결하기 전이라도 결국 "제54조 제1항을 위반하여 주택을 건설·공급"한 경우에 해당한다고 보아야 한다.
 - ③ 한편 피고인 2는, 주택공급에 관한 규칙 제15조 제1항은 입주자 모집시기에 관하여 규정하고 있는데, 이에 따르면 '입주자 모집행위'라는 개념은 적어도 조합이 사업계획승인을 받고 착공 신고를 하여 착공이 이루어진 시점부터 인정될 수 있으므로 이 사건 약정을 입주자 모집행위라고 볼 수 없다고 주장하기도 한다.
- 그러나 위 규정은 법령에서 허용하는 입주자를 모집할 수 있는 시기에 관한 것일 뿐 어떤 행위가 입주자 모집에 해당하느냐에 관한 정의 규정이라고 볼 수 없으므로 피고인 2의 위 주장은 받아들일 수 없다.
- ④ 또한 피고인 2는 이 사건 약정이 주택법위반에 해당할 소지가 있음을 인식할 수 없었다는 취지의 주장을 하면서 이 사건 수사과정에서 담당공무원이나 수사기관도 이 사건 약정이 주택법위반에 해당하지 않는다는 의견을 밝히기도 하였다는 사정을 근거로 들고 있으나, 피고인 2의 위 주장은 단순한 법률의 부지를 주장하는 것에 불과하므로 그러한 사정을 들어 피고인 2에게 위법성 인식이 없었다고 볼 수 없다.

피고인 2의 위 주장도 받아들일 수 없다.

6. 피고인 1과 피고인 2의 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임의 점 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점

가. 공모관계에 관한 공소사실의 특정 관련 피고인 2의 주장에 대하여

앞서 본 위 2. 가. 1) 가), 나)항의 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실에 피고인 1과 피고인 2 사이에 미승인 입주자 모집 손해배상약정 및 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 배임행위와 관련한 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되어 있지 아니한 것은 사실이나, 피해자 조합의 조합장으로서 조합 업무 전반을 관장하고 있는 피고인 1과 피해자 조합의 업무대행사인 공소외 2 회사의 대표이사로서 피해자 조합의 업무 전반을 대행하는 지위에 있는 피고인 2가 어느 한 시기에 한 장소에 모여 범행을 공모한 것이 아니라 수시로 연락을 주고받으면서 암묵적으로 공모를 하고, 피고인들이 각 지위에 기하여 업무를 지시하거나 관장하는 방식으로 이 부분 범죄에 가담한 것이기에 공모의 시기, 장소, 방법 등이 명확하게 기재되지 못하는 것은 불가피한 측면이 있고, 이 부분 공소사실에 배임행위의 시기, 내용, 방법 등이 다른 사실과 식별할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 특정되어 있으므로, 위와 같은 공소사실 기재로 인해 피고인 2의 방어권 행사에 별다른 지장은 없는 것으로 보인다.

따라서 이 부분 공소사실은 충분히 특정되었다고 할 것이므로, 피고인 2의 주장은 받아들이지 않는다.

나. 이 부분 업무상배임죄 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 성립 여부

1) 원심의 판단

피고인들은 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제76~77쪽 '유죄의 이유

7. 나. 인정사실' 항목 기재와 같은 사실을 인정한 다음 제77~81쪽 '유죄의 이유 7. 다.

판단'의 '1) 각 업무상배임죄의 성립 여부'와 '2) 재산상 손해 발생 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인들의 주장을 배척하였다.

2) 이 법원의 판단

가) 임무위배행위 및 배임의 고의가 인정되는지

(1) 관련 법리

어떠한 행위가 임무위배행위에 해당하는지는 그 사무의 성질·내용, 사무집행자의 구체적인 역할과 지위, 행위 당시의 구체적 상황에 따라 그 행위가 신의성실의 원칙에 비추어 통상의 업무집행 범위를 일탈하였는가에 따라 판단하여야 한다.

그리고 경영자의 경영판단과 관련하여 경영자에게 배임의 고의가 있었는지를 판단할 때는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 여러 사정을 고려하여 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식을 가지고 의도적으로 한 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하여야 한다.

이러한 인식이 없으면 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 물을 수는 없으나, 경영자의 경영판단에 관하여 위와 같은 사정을 모두 고려하더라도 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 구체적 상황과 자신의 역할·지위에서 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 아니하거나 당연히 하지 아니하여야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 본인에게 손해를 가하였다면 그에 관한 고의 내지 불법이득의 의사는 여전히 이를 인정함이 마땅하다(대법원 2015. 9. 24. 선고 2015도6363 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 사람들을 대상으로 이 사건 약정을 체결하도록 하고, 그렇게 업무를 수행한 공소외 7 회사에 '조합원 모집'을 한 경우와 동일하게 용역비를 지급한 행위는 모두 합리적인 경영판단의 재량범위 내에 있다고 할 수 없어 피해자 조합에 대한 임무위배행위에 해당하고, 피고인들에게 업무상배임의 고의가 있었음이 인정된다.

원심의 이 부분 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하거나 임무위배행위 내지 배임의 고의와 관련하여 법리를 오해한 위법이 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

① 공소외 4 회사의 공소외 24는 수사기관 및 원심법정에서 '이 사건 사업 부지의 입지가 매우 우수하였고, 분양성에 큰 문제가 없었다고 판단하였다, 피고인 2도 이 지역은 분양이 잘 될 것이라고 말하면서 걱정이 없다고 말하였다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 3 회사의 공소외 19도 수사기관에서 '이 사건 사업의 부지는 입지가 워낙 좋아서 일반분

양에 문제가 없다고 판단되는 곳이었다'라는 취지로 진술하였다.

이와 같은 시공업체들의 평가에 따르면 이 사건 사업 부지는 입지가 우수하여 일반분양에 대한 위험성이 크지 않은 곳이었음을 알 수 있다.

실제로 피해자 조합에 인접하고 있으면서 일반분양방식으로 사업이 진행된 ○○○지구의 경우에도 분양이 전부 완료된 것으로 보이고, 이 사건 사업의 경우에도 2018. 7.경 착공을 시작하고 일반분양을 시작한 시점부터 6, 7개월이 경과한 무렵인 2019. 3. 4. 일반분양을 모두 완료하였다.

② 피해자 조합은 2017. 3.경까지 2차 조합원 모집으로 총 765세대의 조합원을 모집하였고, 이는 피해자 조합이 2016. 7. 22. 설립인가를 받으면서 모집하기로 한 956세대를 기준으로 약 80%에 이르는 정도로서 조합원 모집에 그리 큰 어려움이 없었던 것으로 보인다.

피해자 조합과 공소외 3 회사 사이에 체결된 2016. 11. 22.자 사업약정서에서의 980세대를 기준으로 하면 위 765세대는 약 77%에 해당하여 80%에서 3%가 부족한 결과이기는 하나, 공소외 19는 수사기관에서 '위 2016. 11. 22.자 사업약정서는 공소외 3 회사에서는 필요가 없지만 피해자 조합에서 토지담보대출을 받기 위하여 요청하여 만든 것이다, 765세대는 적당히 잘 모집된 것으로 생각된다, 실제 이 숫자는 어느 정도 세대만 모집되고 돈만 납부되면 큰 문제는 없는 것이다'는 취지로 진술한 것으로 볼 때, 위 모집 세대수가 사업성 평가에 영향을 미칠 만큼 부족하였다고 평가할 수 없다.

③ 공소외 5는 수사기관에서 '피고인 1이나 피고인 3이 임의세대 분양을 너무 많이 하는 것 같아 걱정이라고 말하였다, 매일 아침 임의세대 분양 문제로 업무대행사와 조합과 사이에서 하던 회의에서 여러 번 논의가 되었다'라는 취지로 진술하였고, 공소외 19는 원심법정에서 '피고인 2에게 실제로 ▽▽동 같은 경우는 입지도 좋기 때문에 일반분양을 하면 수익이 더 늘어날 거니까 일반분양으로 하는 게 좋다고 말씀드렸다'라는 취지로 진술하였다.

앞서 본 것과 같은 이 사건 사업 부지의 우수성과 기대되는 분양 전망, 이 사건 사업 관련자들의 인식 등에 비추어 보면, 피고인들로서는 조합원 부담금보다 훨씬 가격이 높은 일반분양가로 주택을 분양할 기회를 포기하고 조합원 자격이 없는 사람들과 굳이 이 사건 약정을 하여야 할 필연적인 이유가 있었다고 보기 어렵고, 피고인들로서는 피해자 조합이 이 사건 약정을 체결하는 경우의 문제점도 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다.

④ 앞서 본 바와 같이 이 사건 약정은 주택법을 위반하는 행위일 뿐만 아니라, 일반분양보다 더 낮은 가격으로 분양을 함으로써 피해자 조합으로서는 조합원 부담금보다 가격이 높은 일반분양가로 주택을 분양할 기회를 상실케 하는 행위이다.

그럼에도 불구하고 피고인들은 이 사건 약정 체결의 방법으로 조합원 자격이 없는 사람들을 모집하는 것에 관하여 조합 총회에서 동의를 받은 적이 없고 조합원들에게 그와 같은 약정 체결 사실을 알리지도 아니하였다.

⑤ 설령 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 이 사건 약정을 체결하도록 한 것이 피해자 조합의 토지대금 등 추가적인 사업비 조달 등 원활한 사업 진행을 도모하기 위함이었다고 하더라도, 주택법위반에 해당하는 이 사건 약정을 체결하는 행위를 정상적이고 합법적이라고 보기 어렵고, 그 과정에서 조합 총회나 조합원들의 동의를 받지 아니한 점 등에 비추어 보면 이를 합리적인 경영판단의 재량범위 내의 행위라고 평가할 수 없다.

나) 피해자 조합에 손해 또는 손해 발생의 위험이 발생하였는지 여부

나아가 원심이 원심판결 제80쪽 제5행부터 제81쪽 제5행까지에서 실시한 사정들에 의하면, 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 사람들을 대상으로 이 사건 약정을 체결하도록 하고, 그렇게 업무를 수행한 공소외 7 회사에 조합원 모집의 경우와 동일하게 용역비를 지급함으로써, 피해자 조합에는 이 사건 약정의 계약 상대방들에게 손해배상금으로 214,500,000원을 지급하고 공소외 7 회사에 847,000,000원의 용역비를 지출하는 손해가 발생하였다고 볼 수 있다.

피고인들은, 공소외 7 회사에 대한 용역비는 정당한 용역에 대한 대가가 지급된 것에 불과하고, 공소외 7 회사와의 분양대행 용역계약 제5조에 의하면 피해자 조합의 필요에 의하여 업무용역의 범위가 변경될 시에는 그에 따른 비용은 피해자 조합과 공소외 7 회사가 협의하여 결정할 수 있다고 정하였으므로, 공소외 7 회사에 대한 미분양 154대에 대한 용역비 지급은 배임행위가 아니라고 주장한다.

그러나 위 분양대행 용역계약상 공소외 7 회사의 수행업무로 규정된 내용은 '피해자 조합 아파트 개발을 위한 조합원 계약 관련 용역'일 뿐이고, 공소외 7 회사가 조합원 아닌 일반인들을 상대로 이 사건 약정을 체결한 것은 그 용역업무인 '조합원 모집 업무'를 수행하였다고 볼 수 없어 용역비를 지급받을 근거가 없다고 보아야 하므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

다) 재산상 이익을 취득하게 하였는지 여부

(1) 미승인 입주자 모집에 따른 분양대행 용역비 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)(847,000,000원) 부분

앞서 본 바와 같이 공소외 7 회사가 조합원 아닌 일반인들을 상대로 이 사건 약정을 체결한 것은 그 용역업무인 '조합원 모집 업무'를 수행하였다고 볼 수 없어 용역비를 지급받을 근거가 전혀 없으므로, 공소외 7 회사가 수행한 이 부분 용역의 적정한 대가가 얼마인지를 산정할 필요 없이 공소외 7 회사로서는 피해자 조합으로부터 지급받은 이 부분 용역비 전액인 847,000,000원 상당의 재산상 이익을 취득하였다고 할 것이다.

원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고인들이 주장하는 것과 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임(214,500,000원) 부분

원심은 피고인들이 공소외 7 회사로 하여금 조합원 자격이 없는 일반인들과 사이에 이 사건 약정을 체결함으로써 피해자 조합이 이 사건 약정을 해제하고 계약 상대방들에게 합계 손해배상금으로 214,500,000원을 지급함에 따라 피해자 조합이 같은 액수 상당의 재산상 손해를 입었다고 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

그러나 원심의 이 부분 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

배임죄는 본인에게 재산상의 손해를 가하는 외에 배임행위로 인하여 행위자 스스로 또는 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득할 것을 요건으로 하므로, 본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 재산상 이익을 행위자 또는 제3자가 취득한 사실이 없다면 배임죄가 성립되지 않는다(대법원 2006. 7. 27. 선고 2006도3145 판결 등 참조).

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자 조합과 이 사건 약정을 체결한 계약 상대방들은 2016. 10.경부터 2017. 3.경까지 이 사건 약정에 따라 피해자 조합에 계약금, 중도금 명목으로 약 50,000,000원씩을 각 납부하였는데, 2018년 중순경 피해자 조합의 새로운 집행부는 주택법에 위반된 부분을 바로잡고 적법한 일반분양절차를 진행하기 위해 이 사건 약정을 해제하고 위 계약 상대방들에게 기납부 금액을 반환하는 한편 손해배상금 명목으로 합계 214,500,000원을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 위와 같이 손해배상금 214,500,000원을 지출한 피해자 조합으로서는 같은 액수의 재산상 손해를 입었다고 할 것이나, 이 부분 배임행위로 인하여 행위자 또는 제3자가 취득한 재산상 이익이 있는지 여부를 보건대, 이 사건 약정의 계약 상대방들이 피해자 조합으로부터 수령한 위 214,500,000원은 이 사건 약정에서 정한 손해배상예정액의 지급 내지는 계약 상대방들이 피해자 조합에 납부하였다가 반환받은 계약금, 중도금 명목의 금원에 대한 법정이자 상당의 손해배상 내지 부당이득 반환의 실질을 가진다고 할 것이어서, 이 사건 약정의 계약 상대방들이 위와 같이 손해배상금을 지급받았다는 사실만으로는 곧바로 재산상 이익을 취득한 것으로 단정할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 이를 인정할 만한 증거가 없다.

그렇다면 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증거가 없는 경우에 해당하여 무죄라 할 것인바, 이와 다른 전제에서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 업무상배임죄의 재산상 이익에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

다.

피고인 2의 공동정범 성립 여부

피고인 2는 원심에서도 같은 취지의 주장을 하였으나, 원심은 원심판결 제81 내지 83쪽의 '유죄의 이유 7. 다.

3) 피고인 2의 공동정범 성립 여부' 항목에서 든 상세한 사정을 근거로 피고인 2의 주장을 배척하였다.

원심이 적절하게 판시한 사정들에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 피고인 2는 이 사건 약정 및 공소외 7 회사에 대한 용역비 지급에 대하여 적극적으로 관여한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로 공동정범에 해당한다.

따라서 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 2가 주장하는 사실오인 및 법리오해의 위법이 없으므로 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

① 피고인 2는 수사기관에서 '이 사건 약정에 의한 비조합원 모집은 (공소외 7 회사의 분양업무를 대대행하는) 공소외 29 주식회사(이하 '공소외 29 회사'라 한다)와의 회의를 통하여 함께 결정하였다, 조합원 자격이 있는 사람을 상대로 계약을 체결한 내역과 조합원을 모집한 내역을 분리해서 보고받았다, 피해자 조합과의 회의 때에는 조합원 자격이 없는 사람을 구분하여 조합 측에 이야기하였다'라는 취지로 진술하였는바, 위 진술에 의하면 피고인 2가 이 사건 약정을 체결하기로 하는 결정과 위 약정의 진행 과정에 적극적으로 관여하였음을 알 수 있다.

피고인 1 또한 원심법정에서 '분양은 분양대행사와 업무대행사가 같이 협의하여 진행하였다'라고 진술하였다.

② 공소외 5도 수사기관 및 원심법정에서 '2016. 12.경 업무대행사인 공소외 2 회사의 사무실에서 회의를 하던 중 임의 세대를 모집한다는 이야기가 있었다, 공소외 5가 회의에서 피고인 2에게 이렇게 하는 것이 합법인지 물으니, 피고인 2는 다른 곳에서도 다 이렇게 한다고 말하였다'는 취지로 진술하였고, 공소외 7 회사의 공소외 30도 원심법정에서

‘업무대행사의 허락을 받고 비조합원 모집을 진행하였다, 공소외 29 회사와 업무대행사는 일주일에 한 번씩 회의를 하였다, 업무대행사에서 준 약정서를 토대로 비조합원을 모집하는 업무를 하였다’는 취지로 진술하였다.

- ③ 피고인 2는, 공소외 2 회사로서는 공소외 7 회사에 대하여 용역비를 지급할 때 자금관리대리사무계약에서 정한 바에 따라 분양업무에 따른 후속절차인 자금처리를 하였을 뿐이라고 주장한다.

그러나 피해자 조합의 공소외 27은 수사기관에서 ‘모집하는 사람을 상대로 입금을 시키고, 입금이 업무대행사에서 확인이 되면 분양대행사가 가입계약신청서를 받고, 필요 서류를 받아서 이를 업무대행사에 준다.

그러면 업무대행사에서 넘버링이 된 정식 계약서를 주면 서명을 받아 분양계약서의 작성을 완료한다.

비조합원에 대한 계약서는 우측 상단에 100이라고 적어서 보내주었다’라고 진술하였는바, 이에 따르면 공소외 2 회사는 자금처리절차만이 아닌 비조합원 모집의 전 과정에 관여하였음을 알 수 있다.

7. 피고인 1과 피고인 3의 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점 및 피고인 1의 조합 자료 미공개에 의한 주택법위반의 점

가. 위법성조각사유로서 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결, 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 등 참조).

나. 먼저 피고인들의 변호사비용 지출에 의한 업무상횡령의 점에 관하여 본다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인들이 이 부분 공소사실 기재와 같이 피해자 조합 자금으로 11,000,000원의 변호사비용을 지출한 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추었다고 볼 수 없으므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 주택법이 주택조합의 발기인 또는 임원으로 하여금 조합사업 관련 자료를 공개하도록 한 취지는 주택조합사업 추진의 투명성을 제고하기 위한 것인데, 피고인들이 주장하는 사실만으로는 공소외 31 등의 방해로 피해자 조합의 사업이 좌초될 만한 급박한 위험이 있었다고 보기 어렵고, 설령 그와 같은 방해가 있었다 하더라도 그것이 위와 같은 주택법의 취지를 희생시키면서까지 조합원들에게 자료 공개를 하지 않을 사유에 해당한다고 보기 어렵다.

- ② 피고인들은 ‘피고인들이 전·현직 조합장으로서 임원회의 회의록 등을 작성하였음에도 이를 15일 이내에 조합원들에게 공개하지 않았다’라는 혐의사실의 주택법위반 형사사건에 관하여 피해자 조합 자금으로 자신들의 변호사비용을 지출하였다.

위 주택법위반 형사사건은 ‘분쟁에 대한 실질적인 이해관계는 단체에게 있으나 법적인 이유로 그 대표자의 지위에 있는 피고인들이 법적 절차의 당사자가 된 경우’에 해당한다고 볼 수 없고, 따라서 이에 관한 변호사비용을 지출하는 행위는 피해자 조합이 아닌 피고인들 자신의 이익을 위한 것으로 볼 수밖에 없으므로, 그 행위가 정당한 목적이거나 동기에서 이루어졌다고 볼 수 없다.

- ③ 피고인들이 위와 같이 변호사비용을 피해자 조합의 자금으로 지출하는 과정에서 다른 조합원들에게 알리는 등 적법한 절차를 거치지 않고 피해자 조합의 자금을 변호사비용으로 사용해야 할 만한 정당한 이유나 긴급한 사정이 있다고 보이지도 않는다.

다.

다음으로, 피고인 1의 조합 자료 미공개에 의한 주택법 위반의 점에 관하여 본다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인 1의 이 부분 공소사실 기재 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추었다고 볼 수 없으므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 보기 어렵다.

① 구 주택법(2020. 1. 23. 법률 제16870호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1항에 의하면, 주택조합의 발기인 또는 임원은 주택조합사업의 시행에 관한 용역업체 선정 계약서, 조합총회 의사록 등 서류 및 관련 자료가 작성되거나 변경된 후 15일 이내에 이를 조합원이 알 수 있도록 인터넷과 그 밖의 방법을 병행하여 공개하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 제104조 제2호는 위 의무를 위반하여 주택조합사업의 시행에 관련한 서류 및 자료를 공개하지 아니한 자를 1년 이하의 징역 및 10,000,000원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

구 주택법 취지와 위 관련 규정 내용을 고려하면, 구 주택법상 조합의 자료 공개는, 조합 가입 여부를 고민하는 사람들이 주택조합 사업의 내용과 현황을 제대로 알고 의사 결정할 수 있도록 객관적이고 충분한 정보를 제공하고, 모집된 조합원들에게 주택조합 사업의 추진 경과나 과정을 투명하게 알릴 필요성이 있기 때문에 그 주택조합의 설립과 사업을 주도적으로 수행하는 사람들에게 토지확보현황 등 여러 정보를 일반 대중에게 공개하고 조합원의 열람복사 요청에 응할 의무를 부과한 것이라 할 것이다.

② 그럼에도 피고인 1은 피해자 조합의 조합장으로서 공소외 6 회사에 대한 용역계약서, 제29차 임원회의 의사록, 선분양 관련 자료, 경계지 7필지 매매계약서, 회계감사보고서, 제30차 임원회의 의사록 등 자료를 인터넷 등에 공개하지 않았다.

피고인 1은 위 자료들이 법정 기한 내에 공개될 경우 조합 사업을 방해하는 세력이 위 자료들을 악용할 위험성에 대한 검토가 필요하여 일시적으로 미공개한 것뿐이라고 변소하나, 피고인 1이 주장하는 사유는 관련 법령이 부과한 의무를 이행하지 않을 정당한 이유가 될 수 없다.

③ 또한 피고인 1이 피해자 조합의 사업 진행에 지장을 초래하지 않는 방식으로 조합원들에게 조합 자료를 공개할 수 있는 대체수단을 강구해보았다는 사정도 보이지 않는다.

④ 피고인 1이 공개하지 아니한 이 부분 공소사실 기재 자료들은 경계지 7필지에 대한 매매계약, 공소외 6 회사와의 용역계약 등과 같이 피해자 조합 재산의 처분 등 조합원들에게 경제적 부담을 초래하는 중대한 사항에 관한 것일 뿐 아니라, 피고인 1 등의 피해자 조합에 대한 이 사건 배임행위에 부수하여 작성되거나 그 과정에서 작성된 매매계약서 내지 용역계약서, 의사록 등으로서, 피고인 1이 이를 법정 기한 내에 공개하지 않음으로써 조합원들로서는 해당 범행내용을 제대로 인지할 수 없었던 것으로 보이는바, 피고인 1의 이 부분 공소사실 기재 행위가 정당한 목적이나 동기에서 이루어졌다고 보기는 어렵다.

8. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

가. 피고인 1의 사전자기기록등변작의 점 및 변작사전자기기록등행사의 점

1) 형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것이므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이

르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 등 참조).

또한 형사항소심은 속심이면서도 사후심으로서의 성격을 가지고 있는 점과 아울러 형사소송법에서 정한 실질적 직접 심리주의의 정신 등에 비추어 볼 때, 제1심이 증인신문 등의 증거조사 절차를 거친 후에 합리적인 의심을 배제할 만한 증거가 부족하다고 보아 공소사실을 무죄로 판단한 경우에, 항소심의 심리 결과 일부 반대되는 사실에 관한 개연성 또는 의문이 제기될 수 있다 하더라도 제1심이 일으킨 합리적인 의심을 충분히 해소할 수 있을 정도에까지 이르지 아니한다면 그와 같은 사정만으로 범죄의 증거가 부족하다는 제1심의 판단에 사실오인의 위법이 있다고 단정하여 공소사실을 유죄로 인정하여서는 아니 된다(대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도11428 판결 등 참조).

2) 원심은 원심판결 제93~96쪽 '무죄 부분 3. 나. 판단' 항목에서 이에 대한 판단 근거를 자세히 설시하면서 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

위 법리에 기초하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 원심의 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 사실인정에 이르는 논증이 논리와 경험법칙에 어긋나는 등으로 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 볼 만한 합리적인 사정이 있다고 볼 수 없으며, 검사가 제출한 증거들만으로는 이 부분 공소사실 기재와 같은 내용의 2017. 10. 17.자 제29차 임원회의 회의록 전자파일이 진정하게 성립되어 있었다는 사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 볼 수 없으므로, 원심판결에 검사 주장과 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다(검사는, 피고인 3이 2017. 10. 17. 공소외 5에게 '경계지 7필지의 매매가를 매도가격의 120%로 했을 때 54억 원이 나오는 것이 맞느냐, 임원회의 전에 금액산출을 정확히 해 달라'고 했던 대화내용 및 공소외 2 회사의 공소외 32 이사가 피해자 조합의 제29차 임원회의가 있기 전인 2017. 10. 11. 공소외 5에게 경계지 7필지에 관한 매매대금을 기재해 놓은 매매계약서를 이메일로 송부한 사정 등을 근거로 2017. 10. 17. 제29차 임원회의에서 경계지 7필지를 토지매입가격의 120%의 가격에 업무대행비로 지급하기로 한다는 회의록이 작성되어 있었다고 보아야 한다고 주장하나, 원심이 설시한 이 부분 판단 근거에 비추어 위와 같은 사정들만으로는 이 부분 공소사실이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기 어렵다).

나. 피고인 3의 조합 자료 미공개로 인한 주택법위반의 점

원심은, 피고인 3이 이 부분 공소사실 일시인 2017. 11. 30.에는 피해자 조합의 고문 및 자문위원직에서 사퇴한 상태였으므로 구 주택법이 제12조 제1항에서 주택조합사업의 시행에 관련한 서류 및 자료의 공개의무를 부과하고 있는 '주택조합의 임원'에 해당한다고 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 3이 피고인 1에게 2017. 11. 30.경 작성한 제30차 임원회의 회의록을 15일 이내에 조합원들에게 공개하지 않도록 지시하였다거나, 이를 공개하지 않는 데에 가담하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 피고인 3의 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심이 설시한 위와 같은 사정에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 제30차 임원회의 회의록을 포함하여 피해자 조합의 제28 내지 34차 임원회의 회의록은 2018. 4. 3. 피고인 1에 의하여 피해자 조합 인터넷 카페에 일괄 게시되었는데, 그 과정에서 공소외 5와 제30차 임원회의 회의록 정정과 관련하여 대화를 나누거나, 2018. 1. 10. 공소외 5에게 '임원회의 회의록을 올려야 하니 제30차 임원회의의 안건

을 정리해 놓은 것이 있으면 보내달라'고 요청하기도 하는 등 제30차 임원회의 회의록의 작성과 공개를 피고인 1이 직접 주관하였다고 보이는 반면, 여기에 피고인 3이 관여하였다고 볼 만한 사정은 보이지 않는 점, ② 피고인 3이 전직 조합장, 고문 및 자문위원을 역임하였고, 조합장인 피고인 1이 자신의 조카이며, 고문 자리에서 물러난 후로도 피해자 조합의 공사도급계약, 경계지 7필지의 이전, 공소외 6 회사와의 용역계약 체결 등에 어느 정도 관여해 온 것으로 보이는 하나, 이로써 피고인 3이 2017. 11. 30.자 제30차 임원회의 회의록의 작성 및 공개까지 관여하였다고 곧바로 추단할 수는 없고, 달리 이를 인정할 만한 정황이 보이지 않는 점 등을 보태어 보면, 피고인 3에 대한 이 부분 공소사실이 합리적 의심을 배제할 수 있을 만큼 증명되었다고 보기 어렵다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장도 이유 없다.

IV. 결론

그렇다면 피고인들의 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점과 피고인 1, 피고인 2의 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장은 일부 이유 있고, 피고인 1, 피고인 2의 미승인 입주자 모집 손해배상약정에 의한 업무상배임의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있으므로, 원심판결 중 피고인들에 대한 피해자 조합 소유인 경계지 7필지 이전에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 부분과 피고인 1, 피고인 2에 대한 업무대행비 명목 550,000,000원 추가 지급에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 부분 및 업무상배임죄 부분은 파기되어야 한다.

다만 피고인들의 위 죄들은 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 피고인들과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄 부분에 관한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 한다.