

## 업무상배임·사문서위조·위조사문서행사·명예훼손

[의정부지방법원 2010. 2. 19. 2008노1883]



### 【전문】

#### 【피 고 인】

#### 【항 소 인】 쌍방

#### 【검 사】 김수홍

#### 【변 호 인】 법무법인 성우 담당변호사 이종훈

#### 【원심판결】 의정부지방법원 2008. 10. 10. 선고 2007고단1706, 1879(병합) 판결

### 【주문】

】

원심판결 중 유죄부분을 파기한다.

피고인을 벌금 1,000,000원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

이 사건 공소사실 중 업무상배임의 점은 무죄.

검사의 항소를 기각한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(업무상배임, 사문서위조, 위조사문서행사의 점에 관하여)

- 1) 업무상배임의 점에 관하여, 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점 중 ① 24개는 2005. 6. 9. 공소외 7 주식회사 (2006. 4.경 공소외 8 주식회사로 법인명 변경, 이하 '고소인 회사'라고만 한다)와의 계약이 해지될 당시까지 고소인 회사의 가맹점으로 남아 있었고, 다른 회사로 전환된 사실이 없으며, ② 45개는 피고인과 상관 없이 스스로의 판단에 따라 이탈하거나 폐업한 가맹점이고, ③ 나머지 70개는 피고인 운영의 공소외 1 주식회사{이하 '공소외 1 회사'라 한다}에서 관리하는 가맹점이 아니었거나, 공소외 1 회사의 자대리점에서 독립적으로 모집·관리하는 가맹점이어서 피고인의 지시나 동의 없이 전환한 가맹점이므로, 결국 피고인은 원심 판시 제1항 기재와 같이 신용카드 가맹점들을 상대로 다른 회사의 신용카드조회단말기로 임의 전환하도록 한 사실이 없음에도 피고인에게 업무상배임죄를 인정한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

- 2) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 관하여, 신용카드 가맹점, 고소인 회사, 공소외 1 회사의 3자 명의로 작성된 신용카드거래승인 서비스 계약서는 고소인 회사가 가맹점에 지급하는 장려금을 받기 위하여 형식적으로 작성한 것이고, 고소인 회사의 공소외 9도 이러한 목적을 위하여 해당 가맹점의 동의를 받지 않고 작성된 것이라는 점을 잘 알고 있었음에도 불구하고, 피고인에게 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄의 죄책을 인정한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

## 나. 검사

검사 제출의 증거를 종합하면, 고소인 회사는 동종 업계 회사들 간의 협의회 결정에 따라 수수료를 인하하였고, 대리점들에게 수수료 지급을 보류한 사실이 없음에도 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 호소문을 작성하여 배포함으로써 고소인 회사의 명예를 훼손한 사실을 충분히 인정할 수 있는바, 그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

## 2. 업무상배임의 점에 관한 판단

### 가. 공소사실의 요지

피고인은 공소외 1 회사의 대표이사인바, 2004. 3. 31.경 정보통신부가사업회사{속칭 '밴(VAN : Value Added Network)', 이하 '밴사'라 한다}인 고소인 회사와 피고인 경영의 공소외 1 회사 간에 신용카드조회 단말기 관리대행 대리점 계약을 체결하여 고소인 회사를 위하여 각 신용카드가맹업소와 신용카드 조회 및 거래승인, 자동이체서비스 계약을 체결한 후 각 가맹점을 관리하게 되었으며 고소인 회사로부터 신용카드가맹업소의 교체요구 등 특별한 사정변경이 없는 한 기존가입 가맹업소를 타 밴사 가맹업소로 임의로 전환하여 고소인 회사에 손해가 발생하지 아니하도록 할 업무상 의무가 있음에도, 그 임무에 위배하여, 2005. 1.경 위 공소외 1 회사의 경영이 악화되자 동 회사 부사장인 공소외 2로 하여금 고소인 회사에 가입한 가맹업소들을 상대로 위 공소외 2 명의로 설립된 대리점 ○플러스를 통해 타 밴사 신용카드조회단말기로 임의 전환하도록 하여, 2005. 1. 10.경 위 공소외 2가 고소인 회사 가맹업소인 △△할인마트를 다른 밴사인 공소외 3 주식회사 가입업체로 전환한 것을 비롯하여 그때부터 2005. 6. 8.경 까지 사이에 별지 '전환 가맹점 현황' 기재와 같이 139개 가맹업소를 다른 밴사인 공소외 3 주식회사, 공소외 4 주식회사의 가입업체로 전환함으로써 고소인 회사에 신용카드조회 및 신용카드거래승인시 1건당 67원의, 자동이체서비스시 1건당 12원의 각 수수료 수입을 잃게 하여 고소인 회사에 수수료 합계 액수불상의 재산상 손해를 가하였다.

## 나. 원심의 판단

원심은 피고인이 고소인 회사의 사무인 가맹점 관리 업무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 그 거시 증거를 종합하여 위 공소사실을 유죄로 인정하였다.

## 다.

### 당심의 판단

#### 1) 인정사실

- ① 고소인 회사는 신용카드조회단말기를 이용하여 정보통신부가사업[Value Added Network, 신용카드 조회서비스{신용카드 가맹점이 정보와 지불 정보를 단말기를 통하여 고소인 회사의 전산처리장치로 보내면 고소인 회사가 신용카드사에 위 정보를 전송한 후 신용카드사로부터 승인결과를 전송받아 가맹점에 승인결과를 통보하여 주는 서비스}, 신용 판매대금 자동이체서비스{고소인 회사가 신용카드 가맹점을 대행하여 신용카드사에 판매대금 지급요청을 하여 신용카드사로부터 카드대금이 가맹점의 거래은행 결제계좌로 입금되도록 하고(DATA CAPTURE 업무), 고소인 회사가 신용카드사를 대행하여 가맹점으로부터 카드전표를 수거하여 일정기간 관리, 보관하고 신용카드사의 요청이 있을 경우 이를 제출(DRAFT CAPTURE 업무)하여 주는 서비스} 등을 통해 카드회사로부터 소정의 수수료를 받는

사업, 이른바 '밴(VAN)' 사업]을 영위하는 회사인바, 피고인이 운영하는 공소외 1 회사는 2002년경 고소인 회사와의 사이에 가맹점 관리대행계약, 대리점 계약 및 단말기 무상임대차계약을 체결하고, 고소인 회사의 경기북부 대리점으로서 신용카드단말기의 판매 및 설치, 가맹점 관리 업무 등을 하였으며, 고소인 회사와 공소외 1 회사는 2004. 3.경 위 계약을 갱신하였다.

- ② 고소인 회사와 공소외 1 회사 간에 체결된 위 각 계약서에 따르면, 공소외 1 회사는 가맹점 관리대행계약에 의하여 신용카드 가맹점으로부터 'DDC(Data & Draft Capture) 서비스'의 이용신청을 받아 각 가맹점이 고소인 회사로부터 위 서비스를 제공받도록 하고, 고소인 회사에 대해서는 가맹점의 매출전표를 수거하고 위 'DDC 서비스' 제공 과정에서 불량 가맹점이 있는 경우 이를 고소인 회사에 통보·처리할 의무를 부담하며, 또한 대리점 계약 및 단말기 임대차계약에 의하여 고소인 회사의 단말기를 가맹점에 판매·설치하고 위 단말기의 보수 등 관리 의무를 부담하도록 되어 있다.
- ③ 또한 위 대리점 계약에서는, 공소외 1 회사의 영업장이 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 사업장으로 이용되거나 공소외 1 회사의 직원이 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 영업을 대행하거나 중개하는 경우 고소인 회사는 공소외 1 회사에 경고 및 시정요구 등의 조치를 취할 수 있도록 정하고 있고, 공소외 1 회사 또는 그 연대보증인이 고소인 회사의 동종 업종과 대리점 계약을 체결하거나 실질적으로 경쟁업체의 영업을 대행하거나 중개한다고 판단되는 경우 14일간의 기간을 정하여 공소외 1 회사에 최고하고, 위 계약을 해지할 수 있도록 정하고 있다.
- ④ 그런데 공소외 1 회사의 부사장이던 공소외 2는 이전에 자신이 공소외 1 회사의 영업을 위하여 피고인에게 대여한 3억 원을 변제받기 어렵게 되자 2004년 말경 피고인에게 공소외 1 회사의 가맹점 30만 건을 자신에게 이전하여 줄 것을 요구하면서 2004. 12.경 공소외 1 회사의 사무실에서 공소외 1 회사와 동일한 업무를 하는 회사인 ○플러스를 설립하였다.
- ⑤ 공소외 2가 설립한 ○플러스는 2005. 1.경부터 공소외 1 회사의 직원이던 공소외 5, 6을 직원으로 하여 주로 공소외 1 회사의 기존 가맹점들을 상대로 영업을 한 결과 2005. 1.경부터 2005. 5.경까지 공소외 1 회사의 상당수 가맹점들이 ○플러스를 통하여 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 다른 뱅사인 공소외 3 주식회사( 영문명칭 생략)이나 공소외 4 주식회사( 영문명칭 생략)의 가맹점으로 등록하였다.
- ⑥ 고소인 회사는 이러한 가맹점의 이탈 현상을 알게 되자 2005. 6. 9.경 공소외 1 회사에 대하여 대리점 계약에 정하여진 동종업종 겸업금지 및 가맹점 이탈 등으로 인한 영업실적 저조를 이유로 대리점 계약해지를 통보하였다.
- ⑦ 한편 고소인 회사가 공소외 1 회사 및 피고인을 상대로 제기한 손해배상금 청구 소송에서, 공소외 1 회사는 고소인 회사와의 대리점 계약에 따라 가맹점을 성실히 관리하고 고소인 회사가 판매·임대하는 카드단말기와 동종 또는 유사한 카드단말기를 판매하거나 용역을 제공해서는 아니되며 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 영업을 대행하거나 중개해서는 안 될 의무가 있음에도 공소외 1 회사가 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점을 다른 뱅사

로 이탈시킨 계약 위반사실이 있음을 이유로 하여 공소외 1 회사 및 연대보증인인 피고인이 고소인 회사에 그 서비스 수익 상실 상당의 손해를 배상할 책임이 있다는 취지의 원고 일부승소 판결이 선고되어 확정되었다(서울고등법원 2008. 1. 16. 선고 2006나114494 판결).

## 2) 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이득을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 하는데, 여기서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 하고, 만약 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도 그 는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등 참조).

이 사건에서 위 공소사실 기재와 같이 피고인이 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점을 다른 뱅사로 임의 전환하도록 한 사실이 있는지 판단하기에 앞서 피고인이 고소인 회사에 대하여 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있는지에 관하여 보건대, 위 인정사실 및 위 사실을 통하여 인정되는 공소외 1 회사와 고소인 회사 간의 계약상 지위 및 권리의무 관계 등을 종합하여 보면, 고소인 회사는 각 신용카드 가맹점에 신용카드 조회서비스, 신용 판매대금 자동이체서비스 등을 제공하는 뱅 사업을 함에 있어 그 서비스 제공 및 가맹점 관리를 원활하게 하기 위하여 공소외 1 회사와 별도의 가맹점 관리대행계약, 대리점 계약 등을 체결하였고, 공소외 1 회사는 고소인 회사와의 계약에 따라 고소인 회사의 단말기를 가맹점에 판매·설치하고, 매출전표를 수거하며, 가맹점 정기점검을 통해 불량 가맹점을 관리하는 일을 담당하면서 이를 통해 고소인 회사로부터 일정한 수수료를 받는 것을 주된 사업으로 하는바, 피고인이 이러한 사업 과정에서 스스로 영업을 통하여 고소인 회사의 단말기를 사용할 가맹점을 모집하는 것은 자신이 고소인 회사로부터 더 많은 수수료 이익을 취득하기 위한 피고인 자신의 사무라고 봄이 상당하고, 고소인 회사와 피고인의 관계가 상호 신임관계에 기초하여 고소인 회사의 재산을 보호하거나 관리하는 데 그 본질적 내용이 있다고 보이지는 아니한다.

따라서 피고인이 동종 경쟁업체의 영업을 대행하거나 중개해서는 안된다는 의무를 부담한다 하더라도 이는 고소인 회사와의 계약 기간 동안에는 다른 동종 업체의 단말기를 판매·제공해서는 안된다는 계약상 채무에 불과하다 할 것이고, 위와 같이 가맹점의 모집 및 유지·관리 업무가 피고인 자신의 사무인 이상 피고인이 관리하던 가맹점들이 다른 뱅사로 전환하여 간 결과 고소인 회사에 소정의 수수료 상당의 손해가 발생했다 하더라도 이로 인하여 공소외 1 회사나 피고인이 민사상 계약위반의 책임을 부담함은 별론으로 하더라도, 피고인이 고소인 회사에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 볼 만한 증거가 없다.

## 3) 소결론

그렇다면 피고인이 고소인 회사에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 피고인에게 업무상배임 죄를 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

## 3. 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 그 명의자들의 동의 없이 별지 범죄일람표 기재와 같이 6개 주유소 대표의 명의로 '신용카드거래승인 서비스 계약서'를 작성하고, 고소인 회사로부터 판매장려금을 받기 위하여 위 각 계약서를 고소인 회사의 직원인 공소외 9에게 제출하여 이를 행사한 사실을 충분히 인정할 수 있고, 피고인이 주장하는 바와 같이 가맹점들로부터 삼자계약서를 받는 것이 사실상 불가능하여 형식적으로 위 각 계약서를 작성한 것이라거나 공소외 9가 "삼자계약서를 만들어 오면 판매장려금을 주겠다.

어떻게든 만들어오라."라고 말하였다는 사정만으로는 피고인에게 위 계약서들을 행사할 목적이 없었다거나 공소외 9가 위 위조사실을 알고 있었다고 보기는 어려우므로, 이에 관한 피고인의 주장은 이유 없다.

#### 4. 명예훼손의 점에 관한 판단

##### 가. 공소사실의 요지

피고인은 2005. 6. 28.경 위 공소외 1 회사 사무실에서 사실은 고소인 회사가 대리점에 대한 수수료를 일방적으로 삭감하거나 지급을 보류한 사실이 없음에도 불구하고 고소인 회사를 지칭하며 "수수료를 일방적으로 삭감하고 지급을 보류하는 상도에 어긋나는 행위를 일삼아 왔습니다.

"라고 기재된 호소문을 작성한 다음 이를 500여 곳의 가맹점에 우편으로 배포하여 공연히 허위 사실을 적시하여 고소인 회사의 명예를 훼손하였다.

##### 나. 당심의 판단

피고인이 고소인 회사에 대하여 "수수료를 일방적으로 삭감하고 지급을 보류하는 상도에 어긋나는 행위를 일삼아 왔습니다.

"라는 내용의 호소문을 작성하여 배포한 것이 허위의 사실을 적시하여 고소인 회사의 명예를 훼손한 것인지에 관하여 보건대, 이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 고소인 회사는 2005. 5. 10.경 전 영업본부 및 대리점을 상대로 카드사와 전 뱅사 간의 약정에 따라 DDC 수수료 중 대리점 지급수수료를 인하하겠다고 고지하면서 그 적용시점은 2005. 3. 거래발생분부터 해당한다고 통지한 점, ② 공정거래위원회는 2008. 3. 5. 10개의 뱅사들이 대리점에 지급하는 DDC 수수료 지급수준을 합의하는 것은 부당한 공동행위에 해당한다는 취지의 의결을 한 바 있는 점, ③ 고소인 회사의 직원인 공소외 10은 당심 법정에서 대리점에 지급하여야 할 수수료를 지급하지 않고 상계처리한 사실이 있다고 진술한 점 등에 비추어 보면, 피고인이 호소문에 기재한 위 내용이 반드시 허위라고 단정하기 어렵고, 검사 제출의 나머지 증거들만으로는 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

뿐만 아니라 피고인의 위 행위는 고소인 회사의 지급수수료 인하가 대리점들과의 협의 없이 이루어진 사실을 지적하면서 다른 대리점들에 이를 알리는 취지인 것으로 보이는바, 당시 피고인에게 명예훼손의 고의가 있었다고 보기도 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 범죄의 증거가 없다는 이유로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 원심의 조처는 정당한 것으로 수긍이 되고, 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 보이지는 아니하므로, 검사의 주장은 이유 없다.

## 5. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 업무상배임의 점에 관한 피고인의 항소는 이유 있으므로 원심판결 중 이 부분은 형사소송법 제364조 제6항에 따라 파기되어야 할 것이나, 이 부분과 나머지 판시 각 사문서위조죄, 각 위조사문서행사죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있으므로 원심판결 중 유죄부분 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

### 【이유】

#### 1. 항소이유의 요지

가. 피고인(업무상배임, 사문서위조, 위조사문서행사의 점에 관하여)

- 1) 업무상배임의 점에 관하여, 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점 중 ① 24개는 2005. 6. 9. 공소외 7 주식회사(2006. 4.경 공소외 8 주식회사로 법인명 변경, 이하 '고소인 회사'라고만 한다)와의 계약이 해지될 당시까지 고소인 회사의 가맹점으로 남아 있었고, 다른 회사로 전환된 사실이 없으며, ② 45개는 피고인과 상관 없이 스스로의 판단에 따라 이탈하거나 폐업한 가맹점이고, ③ 나머지 70개는 피고인 운영의 공소외 1 주식회사{이하 '공소외 1 회사'라 한다}에서 관리하는 가맹점이 아니었거나, 공소외 1 회사의 자대리점에서 독립적으로 모집·관리하는 가맹점이었어서 피고인의 지시나 동의 없이 전환한 가맹점이므로, 결국 피고인은 원심 판시 제1항 기재와 같이 신용카드 가맹점들을 상대로 다른 회사의 신용카드조회단말기로 임의 전환하도록 한 사실이 없음에도 피고인에게 업무상배임죄를 인정한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.
- 2) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 관하여, 신용카드 가맹점, 고소인 회사, 공소외 1 회사의 3자 명의로 작성된 신용카드거래승인 서비스 계약서는 고소인 회사가 가맹점에 지급하는 장려금을 받기 위하여 형식적으로 작성한 것이고, 고소인 회사의 공소외 9도 이러한 목적을 위하여 해당 가맹점의 동의를 받지 않고 작성된 것이라는 점을 잘 알고 있었음에도 불구하고, 피고인에게 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄의 죄책을 인정한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

나. 검사

검사 제출의 증거를 종합하면, 고소인 회사는 동종 업계 회사들 간의 협의회 결정에 따라 수수료를 인하하였고, 대리점들에게 수수료 지급을 보류한 사실이 없음에도 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 호소문을 작성하여 배포함으로써 고소인 회사의 명예를 훼손한 사실을 충분히 인정할 수 있는바, 그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

#### 2. 업무상배임의 점에 관한 판단

가. 공소사실의 요지

피고인은 공소외 1 회사의 대표이사인바, 2004. 3. 31.경 정보통신부가사업회사{속칭 '밴(VAN : Value Added Network)', 이하 '밴사'라 한다}인 고소인 회사와 피고인 경영의 공소외 1 회사 간에 신용카드조회 단말기 관리대행

대리점 계약을 체결하여 고소인 회사를 위하여 각 신용카드가맹업소와 신용카드 조회 및 거래승인, 자동이체서비스 계약을 체결한 후 각 가맹점을 관리하게 되었으며 고소인 회사로부터 신용카드가맹업소의 교체요구 등 특별한 사정변경이 없는 한 기존가입 가맹업소를 타 뱅크 가맹업소로 임의로 전환하여 고소인 회사에 손해가 발생하지 아니하도록 할 업무상 의무가 있음에도, 그 임무에 위배하여, 2005. 1.경 위 공소외 1 회사의 경영이 악화되자 동 회사 부사장인 공소외 2로 하여금 고소인 회사에 가입한 가맹업소들을 상대로 위 공소외 2 명의로 설립된 대리점 ○플러스를 통해 타 뱅크 신용카드조회단말기로 임의 전환하도록 하여, 2005. 1. 10.경 위 공소외 2가 고소인 회사 가맹업소인 △△할인마트를 다른 뱅크인 공소외 3 주식회사 가입업체로 전환한 것을 비롯하여 그때부터 2005. 6. 8.경까지 사이에 별지 '전환 가맹점 현황' 기재와 같이 139개 가맹업소를 다른 뱅크인 공소외 3 주식회사, 공소외 4 주식회사의 가입업체로 전환함으로써 고소인 회사에 신용카드조회 및 신용카드거래승인시 1건당 67원의, 자동이체서비스시 1건당 12원의 각 수수료 수입을 잃게 하여 고소인 회사에 수수료 합계 액수불상의 재산상 손해를 가하였다.

#### 나. 원심의 판단

원심은 피고인이 고소인 회사의 사무인 가맹점 관리 업무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 그 거시 증거를 종합하여 위 공소사실을 유죄로 인정하였다.

다.

#### 당심의 판단

##### 1) 인정사실

- ① 고소인 회사는 신용카드조회단말기를 이용하여 정보통신부가사업[Value Added Network, 신용카드 조회서비스(신용카드 가맹점이 정보와 지불 정보를 단말기를 통하여 고소인 회사의 전산처리장치로 보내면 고소인 회사가 신용카드사에 위 정보를 전송한 후 신용카드사로부터 승인결과를 전송받아 가맹점에 승인결과를 통보하여 주는 서비스), 신용 판매대금 자동이체서비스(고소인 회사가 신용카드 가맹점을 대행하여 신용카드사에 판매대금 지급요청을 하여 신용카드사로부터 카드대금이 가맹점의 거래은행 결제계좌로 입금되도록 하고(DATA CAPTURE 업무), 고소인 회사가 신용카드사를 대행하여 가맹점으로부터 카드전표를 수거하여 일정기간 관리, 보관하고 신용카드사의 요청이 있을 경우 이를 제출(DRAFT CAPTURE 업무)하여 주는 서비스} 등을 통해 카드회사로부터 소정의 수수료를 받는 사업, 이른바 '뱅크(VAN)' 사업)을 영위하는 회사인바, 피고인이 운영하는 공소외 1 회사는 2002년경 고소인 회사와의 사이에 가맹점 관리대행계약, 대리점 계약 및 단말기 무상임대차계약을 체결하고, 고소인 회사의 경기북부 대리점으로서 신용카드단말기의 판매 및 설치, 가맹점 관리 업무 등을 하였으며, 고소인 회사와 공소외 1 회사는 2004. 3.경 위 계약을 갱신하였다.

- ② 고소인 회사와 공소외 1 회사 간에 체결된 위 각 계약서에 따르면, 공소외 1 회사는 가맹점 관리대행계약에 의하여 신용카드 가맹점으로부터 'DDC(Data & Draft Capture) 서비스'의 이용신청을 받아 각 가맹점이 고소인 회사로부터 위 서비스를 제공받도록 하고, 고소인 회사에 대해서는 가맹점의 매출전표를 수거하고 위 'DDC 서비스' 제공 과정에서 불량 가맹점이 있는 경우 이를 고소인 회사에 통보·처리할 의무를 부담하며, 또한 대리점 계약 및 단말기 임대차계약에 의하여 고소인 회사의 단말기를 가맹점에 판매·설치하고 위 단말기의 보수 등 관리 의무를 부담하도록 되

어 있다.

- ③ 또한 위 대리점 계약에서는, 공소외 1 회사의 영업장이 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 사업장으로 이용되거나 공소외 1 회사의 직원이 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 영업을 대행하거나 중개하는 경우 고소인 회사는 공소외 1 회사에 경고 및 시정요구 등의 조치를 취할 수 있도록 정하고 있고, 공소외 1 회사 또는 그 연대보증인이 고소인 회사의 동종 업종과 대리점 계약을 체결하거나 실질적으로 경쟁업체의 영업을 대행하거나 중개한다고 판단되는 경우 14일간의 기간을 정하여 공소외 1 회사에 최고하고, 위 계약을 해지할 수 있도록 정하고 있다.
- ④ 그런데 공소외 1 회사의 부사장이던 공소외 2는 이전에 자신이 공소외 1 회사의 영업을 위하여 피고인에게 대여한 3억 원을 변제받기 어렵게 되자 2004년 말경 피고인에게 공소외 1 회사의 가맹점 30만 건을 자신에게 이전하여 줄 것을 요구하면서 2004. 12.경 공소외 1 회사의 사무실에서 공소외 1 회사와 동일한 업무를 하는 회사인 ○플러스를 설립하였다.
- ⑤ 공소외 2가 설립한 ○플러스는 2005. 1.경부터 공소외 1 회사의 직원이던 공소외 5, 6을 직원으로 하여 주로 공소외 1 회사의 기존 가맹점들을 상대로 영업을 한 결과 2005. 1.경부터 2005. 5.경까지 공소외 1 회사의 상당수 가맹점들이 ○플러스를 통하여 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 다른 회사인 공소외 3 주식회사( 영문명칭 생략)이나 공소외 4 주식회사( 영문명칭 생략)의 가맹점으로 등록하였다.
- ⑥ 고소인 회사는 이러한 가맹점의 이탈 현상을 알게 되자 2005. 6. 9.경 공소외 1 회사에 대하여 대리점 계약에 정해진 동종업종 겸업금지 및 가맹점 이탈 등으로 인한 영업실적 저조를 이유로 대리점 계약해지를 통보하였다.
- ⑦ 한편 고소인 회사가 공소외 1 회사 및 피고인을 상대로 제기한 손해배상금 청구 소송에서, 공소외 1 회사는 고소인 회사와의 대리점 계약에 따라 가맹점을 성실히 관리하고 고소인 회사가 판매·임대하는 카드단말기와 동종 또는 유사한 카드단말기를 판매하거나 용역을 제공해서는 아니되며 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 영업을 대행하거나 중개해서는 안 될 의무가 있음에도 공소외 1 회사가 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점을 다른 회사로 이탈시킨 계약 위반사실이 있음을 이유로 하여 공소외 1 회사 및 연대보증인인 피고인이 고소인 회사에 그 서비스 수익 상실 상당의 손해를 배상할 책임이 있다는 취지의 원고 일부승소 판결이 선고되어 확정되었다( 서울고등법원 2008. 1. 16. 선고 2006나114494 판결).

## 2) 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이득을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 하는데, 여기서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 하고, 만약 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도 그 는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등 참조).



이 사건에서 위 공소사실 기재와 같이 피고인이 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점을 다른 뱅사로 임의 전환하도록 한 사실이 있는지 판단하기에 앞서 피고인이 고소인 회사에 대하여 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있는지에 관하여 보건대, 위 인정사실 및 위 사실을 통하여 인정되는 공소외 1 회사와 고소인 회사 간의 계약상 지위 및 권리의무 관계 등을 종합하여 보면, 고소인 회사는 각 신용카드 가맹점에 신용카드 조회서비스, 신용 판매대금 자동이체서비스 등을 제공하는 뱅 사업을 함에 있어 그 서비스 제공 및 가맹점 관리를 원활하게 하기 위하여 공소외 1 회사와 별도의 가맹점 관리대행계약, 대리점 계약 등을 체결하였고, 공소외 1 회사는 고소인 회사와의 계약에 따라 고소인 회사의 단말기를 가맹점에 판매·설치하고, 매출전표를 수거하며, 가맹점 정기점검을 통해 불량 가맹점을 관리하는 일을 담당하면서 이를 통해 고소인 회사로부터 일정한 수수료를 받는 것을 주된 사업으로 하는바, 피고인이 이러한 사업 과정에서 스스로 영업을 통하여 고소인 회사의 단말기를 사용할 가맹점을 모집하는 것은 자신이 고소인 회사로부터 더 많은 수수료 이익을 취득하기 위한 피고인 자신의 사무라고 봄이 상당하고, 고소인 회사와 피고인의 관계가 상호 신임관계에 기초하여 고소인 회사의 재산을 보호하거나 관리하는 데 그 본질적 내용이 있다고 보이지는 아니한다.

따라서 피고인이 동종 경쟁업체의 영업을 대행하거나 중개해서는 안된다는 의무를 부담한다 하더라도 이는 고소인 회사와의 계약 기간 동안에는 다른 동종 업체의 단말기를 판매·제공해서는 안된다는 계약상 채무에 불과하다 할 것이고, 위와 같이 가맹점의 모집 및 유지·관리 업무가 피고인 자신의 사무인 이상 피고인이 관리하던 가맹점들이 다른 뱅사로 전환하여 간 결과 고소인 회사에 소정의 수수료 상당의 손해가 발생했다 하더라도 이로 인하여 공소외 1 회사나 피고인이 민사상 계약위반의 책임을 부담함은 별론으로 하더라도, 피고인이 고소인 회사에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 볼 만한 증거가 없다.

### 3) 소결론

그렇다면 피고인이 고소인 회사에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 피고인에게 업무상배임 죄를 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

## 3. 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 그 명의자들의 동의 없이 별지 범죄일람표 기재와 같이 6개 주유소 대표의 명의로 '신용카드거래승인 서비스 계약서'를 작성하고, 고소인 회사로부터 판매장려금을 받기 위하여 위 각 계약서를 고소인 회사의 직원인 공소외 9에게 제출하여 이를 행사한 사실을 충분히 인정할 수 있고, 피고인이 주장하는 바와 같이 가맹점들로부터 삼자계약서를 받는 것이 사실상 불가능하여 형식적으로 위 각 계약서를 작성한 것이라거나 공소외 9가 "삼자계약서를 만들어 오면 판매장려금을 주겠다.

어떻게든 만들어오라."라고 말하였다는 사정만으로는 피고인에게 위 계약서들을 행사할 목적이 없었다거나 공소외 9가 위 위조사실을 알고 있었다고 보기는 어려우므로, 이에 관한 피고인의 주장은 이유 없다.

## 4. 명예훼손의 점에 관한 판단

### 가. 공소사실의 요지

피고인은 2005. 6. 28.경 위 공소외 1 회사 사무실에서 사실은 고소인 회사가 대리점에 대한 수수료를 일방적으로 삭감하거나 지급을 보류한 사실이 없음에도 불구하고 고소인 회사를 지칭하며 "수수료를 일방적으로 삭감하고 지급을 보류하는 상도에 어긋나는 행위를 일삼아 왔습니다.

"라고 기재된 호소문을 작성한 다음 이를 500여 곳의 가맹점에 우편으로 배포하여 공연히 허위 사실을 적시하여 고소인 회사의 명예를 훼손하였다.

#### 나. 당심의 판단

피고인이 고소인 회사에 대하여 "수수료를 일방적으로 삭감하고 지급을 보류하는 상도에 어긋나는 행위를 일삼아 왔습니다.

"라는 내용의 호소문을 작성하여 배포한 것이 허위의 사실을 적시하여 고소인 회사의 명예를 훼손한 것인지에 관하여 보건대, 이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 고소인 회사는 2005. 5. 10.경 전 영업본부 및 대리점을 상대로 카드사와 전 뱅사 간의 약정에 따라 DDC 수수료 중 대리점 지급수수료를 인하하겠다고 고지하면서 그 적용시점은 2005. 3. 거래발생분부터 해당한다고 통지한 점, ② 공정거래위원회는 2008. 3. 5. 10개의 뱅사들이 대리점에 지급하는 DDC 수수료 지급수준을 합의하는 것은 부당한 공동행위에 해당한다는 취지의 의결을 한 바 있는 점, ③ 고소인 회사의 직원인 공소외 10은 당심 법정에서 대리점에 지급하여야 할 수수료를 지급하지 않고 상계처리한 사실이 있다고 진술한 점 등에 비추어 보면, 피고인이 호소문에 기재한 위 내용이 반드시 허위라고 단정하기 어렵고, 검사 제출의 나머지 증거들만으로는 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

뿐만 아니라 피고인의 위 행위는 고소인 회사의 지급수수료 인하가 대리점들과의 협의 없이 이루어진 사실을 지적하면서 다른 대리점들에 이를 알리는 취지인 것으로 보이는바, 당시 피고인에게 명예훼손의 고의가 있었다고 보기도 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 범죄의 증거가 없다는 이유로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 원심의 조처는 정당한 것으로 수긍이 되고, 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 보이지는 아니하므로, 검사의 주장은 이유 없다.

#### 5. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 업무상배임의 점에 관한 피고인의 항소는 이유 있으므로 원심판결 중 이 부분은 형사소송법 제364조 제6항에 따라 파기되어야 할 것이나, 이 부분과 나머지 판시 각 사문서위조죄, 각 위조사문서행사죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있으므로 원심판결 중 유죄부분 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(업무상배임, 사문서위조, 위조사문서행사의 점에 관하여)

- 1) 업무상배임의 점에 관하여, 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점 중 ① 24개는 2005. 6. 9. 공소외 7 주식회사 (2006. 4.경 공소외 8 주식회사로 법인명 변경, 이하 '고소인 회사'라고만 한다)와의 계약이 해지될 당시까지 고소인 회사의 가맹점으로 남아 있었고, 다른 회사로 전환된 사실이 없으며, ② 45개는 피고인과 상관 없이 스스로의 판단에 따라 이탈하거나 폐업한 가맹점이고, ③ 나머지 70개는 피고인 운영의 공소외 1 주식회사{이하 '공소외 1 회사'라 한다}에서 관리하는 가맹점이 아니었거나, 공소외 1 회사의 자대리점에서 독립적으로 모집·관리하는 가맹점이어서 피고인의 지시나 동의 없이 전환한 가맹점이므로, 결국 피고인은 원심 판시 제1항 기재와 같이 신용카드 가맹점들을 상대로 다른 회사의 신용카드조회단말기로 임의 전환하도록 한 사실이 없음에도 피고인에게 업무상배임죄를 인정한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.
- 2) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 관하여, 신용카드 가맹점, 고소인 회사, 공소외 1 회사의 3자 명의로 작성된 신용카드거래승인 서비스 계약서는 고소인 회사가 가맹점에 지급하는 장려금을 받기 위하여 형식적으로 작성한 것이고, 고소인 회사의 공소외 9도 이러한 목적을 위하여 해당 가맹점의 동의를 받지 않고 작성된 것이라는 점을 잘 알고 있었음에도 불구하고, 피고인에게 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄의 죄책을 인정한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

나. 검사

검사 제출의 증거를 종합하면, 고소인 회사는 동종 업계 회사들 간의 협의회 결정에 따라 수수료를 인하하였고, 대리점들에게 수수료 지급을 보류한 사실이 없음에도 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 호소문을 작성하여 배포함으로써 고소인 회사의 명예를 훼손한 사실을 충분히 인정할 수 있는바, 그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

## 2. 업무상배임의 점에 관한 판단

가. 공소사실의 요지

피고인은 공소외 1 회사의 대표이사인바, 2004. 3. 31.경 정보통신부가사업회사{속칭 '밴(VAN : Value Added Network)', 이하 '밴사'라 한다}인 고소인 회사와 피고인 경영의 공소외 1 회사 간에 신용카드조회 단말기 관리대행 대리점 계약을 체결하여 고소인 회사를 위하여 각 신용카드가맹업소와 신용카드 조회 및 거래승인, 자동이체서비스 계약을 체결한 후 각 가맹점을 관리하게 되었으며 고소인 회사로부터 신용카드가맹업소의 교체요구 등 특별한 사정변경이 없는 한 기존가입 가맹업소를 타 밴사 가맹업소로 임의로 전환하여 고소인 회사에 손해가 발생하지 아니하도록 할 업무상 의무가 있음에도, 그 임무에 위배하여, 2005. 1.경 위 공소외 1 회사의 경영이 악화되자 동 회사 부사장인 공소외 2로 하여금 고소인 회사에 가입한 가맹업소들을 상대로 위 공소외 2 명의로 설립된 대리점 ○플러스를 통해 타 밴사 신용카드조회단말기로 임의 전환하도록 하여, 2005. 1. 10.경 위 공소외 2가 고소인 회사 가맹업소인 △△할인마트를 다른 밴사인 공소외 3 주식회사 가입업체로 전환한 것을 비롯하여 그때부터 2005. 6. 8.경 까지 사이에 별지 '전환 가맹점 현황' 기재와 같이 139개 가맹업소를 다른 밴사인 공소외 3 주식회사, 공소외 4 주식회사의 가입업체로 전환함으로써 고소인 회사에 신용카드조회 및 신용카드거래승인시 1건당 67원의, 자동이체서

비스시 1건당 12원의 각 수수료 수입을 잃게 하여 고소인 회사에 수수료 합계 액수불상의 재산상 손해를 가하였다.

#### 나. 원심의 판단

원심은 피고인이 고소인 회사의 사무인 가맹점 관리 업무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 그 거시 증거를 종합하여 위 공소사실을 유죄로 인정하였다.

다.

#### 당심의 판단

##### 1) 인정사실

- ① 고소인 회사는 신용카드조회단말기를 이용하여 정보통신부가사업[Value Added Network, 신용카드 조회서비스(신용카드 가맹점이 정보와 지불 정보를 단말기를 통하여 고소인 회사의 전산처리장치로 보내면 고소인 회사가 신용카드사에 위 정보를 전송한 후 신용카드사로부터 승인결과를 전송받아 가맹점에 승인결과를 통보하여 주는 서비스}, 신용 판매대금 자동이체서비스(고소인 회사가 신용카드 가맹점을 대행하여 신용카드사에 판매대금 지급요청을 하여 신용카드사로부터 카드대금이 가맹점의 거래은행 결제계좌로 입금되도록 하고(DATA CAPTURE 업무), 고소인 회사가 신용카드사를 대행하여 가맹점으로부터 카드전표를 수거하여 일정기간 관리, 보관하고 신용카드사의 요청이 있을 경우 이를 제출(DRAFT CAPTURE 업무)하여 주는 서비스} 등을 통해 카드회사로부터 소정의 수수료를 받는 사업, 이른바 '밴(VAN)' 사업}을 영위하는 회사인바, 피고인이 운영하는 공소외 1 회사는 2002년경 고소인 회사와의 사이에 가맹점 관리대행계약, 대리점 계약 및 단말기 무상임대차계약을 체결하고, 고소인 회사의 경기북부 대리점으로서 신용카드단말기의 판매 및 설치, 가맹점 관리 업무 등을 하였으며, 고소인 회사와 공소외 1 회사는 2004. 3.경 위 계약을 갱신하였다.
- ② 고소인 회사와 공소외 1 회사 간에 체결된 위 각 계약서에 따르면, 공소외 1 회사는 가맹점 관리대행계약에 의하여 신용카드 가맹점으로부터 'DDC(Data & Draft Capture) 서비스'의 이용신청을 받아 각 가맹점이 고소인 회사로부터 위 서비스를 제공받도록 하고, 고소인 회사에 대해서는 가맹점의 매출전표를 수거하고 위 'DDC 서비스' 제공 과정에서 불량 가맹점이 있는 경우 이를 고소인 회사에 통보·처리할 의무를 부담하며, 또한 대리점 계약 및 단말기 임대차계약에 의하여 고소인 회사의 단말기를 가맹점에 판매·설치하고 위 단말기의 보수 등 관리 의무를 부담하도록 되어 있다.
- ③ 또한 위 대리점 계약에서는, 공소외 1 회사의 영업장이 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 사업장으로 이용되거나 공소외 1 회사의 직원이 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 영업을 대행하거나 중개하는 경우 고소인 회사는 공소외 1 회사에 경고 및 시정요구 등의 조치를 취할 수 있도록 정하고 있고, 공소외 1 회사 또는 그 연대보증인이 고소인 회사의 동종 업종과 대리점 계약을 체결하거나 실질적으로 경쟁업체의 영업을 대행하거나 중개한다고 판단되는 경우 14일간의 기간을 정하여 공소외 1 회사에 최고하고, 위 계약을 해지할 수 있도록 정하고 있다.

- ④ 그런데 공소외 1 회사의 부사장이던 공소외 2는 이전에 자신이 공소외 1 회사의 영업을 위하여 피고인에게 대여한 3억 원을 변제받기 어렵게 되자 2004년 말경 피고인에게 공소외 1 회사의 가맹점 30만 건을 자신에게 이전하여 줄 것을 요구하면서 2004. 12.경 공소외 1 회사의 사무실에서 공소외 1 회사와 동일한 업무를 하는 회사인 ○플러스를 설립하였다.
- ⑤ 공소외 2가 설립한 ○플러스는 2005. 1.경부터 공소외 1 회사의 직원이던 공소외 5, 6을 직원으로 하여 주로 공소외 1 회사의 기존 가맹점들을 상대로 영업을 한 결과 2005. 1.경부터 2005. 5.경까지 공소외 1 회사의 상당수 가맹점들이 ○플러스를 통하여 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 다른 뱅사인 공소외 3 주식회사( 영문명칭 생략)이나 공소외 4 주식회사( 영문명칭 생략)의 가맹점으로 등록하였다.
- ⑥ 고소인 회사는 이러한 가맹점의 이탈 현상을 알게 되자 2005. 6. 9.경 공소외 1 회사에 대하여 대리점 계약에 정해진 동종업종 겸업금지 및 가맹점 이탈 등으로 인한 영업실적 저조를 이유로 대리점 계약해지를 통보하였다.
- ⑦ 한편 고소인 회사가 공소외 1 회사 및 피고인을 상대로 제기한 손해배상금 청구 소송에서, 공소외 1 회사는 고소인 회사와의 대리점 계약에 따라 가맹점을 성실히 관리하고 고소인 회사가 판매·임대하는 카드단말기와 동종 또는 유사한 카드단말기를 판매하거나 용역을 제공해서는 아니되며 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 영업을 대행하거나 중개해서는 안 될 의무가 있음에도 공소외 1 회사가 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점을 다른 뱅사로 이탈시킨 계약 위반사실이 있음을 이유로 하여 공소외 1 회사 및 연대보증인인 피고인이 고소인 회사에 그 서비스 수익 상실 상당의 손해를 배상할 책임이 있다는 취지의 원고 일부승소 판결이 선고되어 확정되었다( 서울고등법원 2008. 1. 16. 선고 2006나114494 판결).

## 2) 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이득을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 하는데, 여기서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 하고, 만약 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도 그는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등 참조).

이 사건에서 위 공소사실 기재와 같이 피고인이 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점을 다른 뱅사로 임의 전환하도록 한 사실이 있는지 판단하기에 앞서 피고인이 고소인 회사에 대하여 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있는지에 관하여 보건대, 위 인정사실 및 위 사실을 통하여 인정되는 공소외 1 회사와 고소인 회사 간의 계약상 지위 및 권리의무 관계 등을 종합하여 보면, 고소인 회사는 각 신용카드 가맹점에 신용카드 조회서비스, 신용 판매대금 자동이체서비스 등을 제공하는 뱅 사업을 함에 있어 그 서비스 제공 및 가맹점 관리를 원활하게 하기 위하여 공소외 1 회사와 별도의 가맹점 관리대행계약, 대리점 계약 등을 체결하였고, 공소외 1 회사는 고소인 회사와의 계약에 따라 고소인 회사의 단말기를 가맹점에 판매·설치하고, 매출전표를 수거하며, 가맹점 정기점검을 통해 불량 가맹점을 관리하는 일을 담당하면서 이를 통해 고소인 회사로부터 일정한 수수료를 받는 것을 주된 사업으로 하는바, 피고

인이 이러한 사업 과정에서 스스로 영업을 통하여 고소인 회사의 단말기를 사용할 가맹점을 모집하는 것은 자신이 고소인 회사로부터 더 많은 수수료 이익을 취득하기 위한 피고인 자신의 사무라고 봄이 상당하고, 고소인 회사와 피고인의 관계가 상호 신임관계에 기초하여 고소인 회사의 재산을 보호하거나 관리하는 데 그 본질적 내용이 있다고 보이지는 아니한다.

따라서 피고인이 동종 경쟁업체의 영업을 대행하거나 중개해서는 안된다는 의무를 부담한다 하더라도 이는 고소인 회사와의 계약 기간 동안에는 다른 동종 업체의 단말기를 판매·제공해서는 안된다는 계약상 채무에 불과하다 할 것이고, 위와 같이 가맹점의 모집 및 유지·관리 업무가 피고인 자신의 사무인 이상 피고인이 관리하던 가맹점들이 다른 벤사로 전환하여 간 결과 고소인 회사에 소정의 수수료 상당의 손해가 발생했다 하더라도 이로 인하여 공소외 1 회사나 피고인이 민사상 계약위반의 책임을 부담함은 별론으로 하더라도, 피고인이 고소인 회사에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 볼 만한 증거가 없다.

### 3) 소결론

그렇다면 피고인이 고소인 회사에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 피고인에게 업무상배임 죄를 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

## 3. 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 그 명의자들의 동의 없이 별지 범죄일람표 기재와 같이 6개 주유소 대표의 명의로 '신용카드거래승인 서비스 계약서'를 작성하고, 고소인 회사로부터 판매장려금을 받기 위하여 위 각 계약서를 고소인 회사의 직원인 공소외 9에게 제출하여 이를 행사한 사실을 충분히 인정할 수 있고, 피고인이 주장하는 바와 같이 가맹점들로부터 삼자계약서를 받는 것이 사실상 불가능하여 형식적으로 위 각 계약서를 작성한 것이라거나 공소외 9가 "삼자계약서를 만들어 오면 판매장려금을 주겠다.

어떻게든 만들어오라."라고 말하였다는 사정만으로는 피고인에게 위 계약서들을 행사할 목적이 없었다거나 공소외 9가 위 위조사실을 알고 있었다고 보기는 어려우므로, 이에 관한 피고인의 주장은 이유 없다.

## 4. 명예훼손의 점에 관한 판단

### 가. 공소사실의 요지

피고인은 2005. 6. 28.경 위 공소외 1 회사 사무실에서 사실은 고소인 회사가 대리점에 대한 수수료를 일방적으로 삭감하거나 지급을 보류한 사실이 없음에도 불구하고 고소인 회사를 지칭하며 "수수료를 일방적으로 삭감하고 지급을 보류하는 상도에 어긋나는 행위를 일삼아 왔습니다.

"라고 기재된 호소문을 작성한 다음 이를 500여 곳의 가맹점에 우편으로 배포하여 공연히 허위 사실을 적시하여 고소인 회사의 명예를 훼손하였다.

### 나. 당심의 판단

피고인이 고소인 회사에 대하여 "수수료를 일방적으로 삭감하고 지급을 보류하는 상도에 어긋나는 행위를 일삼아 왔습니다.

"라는 내용의 호소문을 작성하여 배포한 것이 허위의 사실을 적시하여 고소인 회사의 명예를 훼손한 것인지에 관하여 보건대, 이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 고소인 회사는 2005. 5. 10.경 전 영업본부 및 대리점을 상대로 카드사와 전 뱅사 간의 약정에 따라 DDC 수수료 중 대리점 지급수수를 인하하겠다고 고지하면서 그 적용시점은 2005. 3. 거래발생분부터 해당한다고 통지한 점, ② 공정거래위원회는 2008. 3. 5. 10개의 뱅사들이 대리점에 지급하는 DDC 수수료 지급수준을 합의하는 것은 부당한 공동행위에 해당한다는 취지의 의결을 한 바 있는 점, ③ 고소인 회사의 직원인 공소외 10은 당심 법정에서 대리점에 지급하여야 할 수수료를 지급하지 않고 상계처리한 사실이 있다고 진술한 점 등에 비추어 보면, 피고인이 호소문에 기재한 위 내용이 반드시 허위라고 단정하기 어렵고, 검사 제출의 나머지 증거들만으로는 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

뿐만 아니라 피고인의 위 행위는 고소인 회사의 지급수수료 인하가 대리점들과의 협의 없이 이루어진 사실을 지적하면서 다른 대리점들에 이를 알리는 취지인 것으로 보이는바, 당시 피고인에게 명예훼손의 고의가 있었다고 보기도 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 범죄의 증거가 없다는 이유로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 원심의 조처는 정당한 것으로 수긍이 되고, 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 보이지는 아니하므로, 검사의 주장은 이유 없다.

## 5. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 업무상배임의 점에 관한 피고인의 항소는 이유 있으므로 원심판결 중 이 부분은 형사소송법 제364조 제6항에 따라 파기되어야 할 것이나, 이 부분과 나머지 판시 각 사문서위조죄, 각 위조사문서행사죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있으므로 원심판결 중 유죄부분 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(업무상배임, 사문서위조, 위조사문서행사의 점에 관하여)

- 1) 업무상배임의 점에 관하여, 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점 중 ① 24개는 2005. 6. 9. 공소외 7 주식회사(2006. 4.경 공소외 8 주식회사로 법인명 변경, 이하 '고소인 회사'라고만 한다)와의 계약이 해지될 당시까지 고소인 회사의 가맹점으로 남아 있었고, 다른 회사로 전환된 사실이 없으며, ② 45개는 피고인과 상관 없이 스스로의 판단에 따라 이탈하거나 폐업한 가맹점이고, ③ 나머지 70개는 피고인 운영의 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라 한다)에서 관리하는 가맹점이 아니었거나, 공소외 1 회사의 자대리점에서 독립적으로 모집·관리하는 가맹점이어서 피고인의 지시나 동의 없이 전환한 가맹점이므로, 결국 피고인은 원심 판시 제1항 기재와 같이 신용카드 가맹점들을 상대로 다른 회사의 신용카드조회단말기로 임의 전환하도록 한 사실이 없음에도 피고인에게 업무상배임죄를 인정한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

- 2) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 관하여, 신용카드 가맹점, 고소인 회사, 공소외 1 회사의 3자 명의로 작성된 신용카드거래승인 서비스 계약서는 고소인 회사가 가맹점에 지급하는 장려금을 받기 위하여 형식적으로 작성한 것이고, 고소인 회사의 공소외 9도 이러한 목적을 위하여 해당 가맹점의 동의를 받지 않고 작성된 것이라는 점을 잘 알고 있었음에도 불구하고, 피고인에게 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄의 죄책을 인정한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

#### 나. 검사

검사 제출의 증거를 종합하면, 고소인 회사는 동종 업계 회사들 간의 협의회 결정에 따라 수수료를 인하하였고, 대리점들에게 수수료 지급을 보류한 사실이 없음에도 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 호소문을 작성하여 배포함으로써 고소인 회사의 명예를 훼손한 사실을 충분히 인정할 수 있는바, 그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

### 2. 업무상배임의 점에 관한 판단

#### 가. 공소사실의 요지

피고인은 공소외 1 회사의 대표이사인바, 2004. 3. 31.경 정보통신부가사업회사{속칭 '밴(VAN : Value Added Network)', 이하 '밴사'라 한다}인 고소인 회사와 피고인 경영의 공소외 1 회사 간에 신용카드조회 단말기 관리대행 대리점 계약을 체결하여 고소인 회사를 위하여 각 신용카드가맹업소와 신용카드 조회 및 거래승인, 자동이체서비스 계약을 체결한 후 각 가맹점을 관리하게 되었으며 고소인 회사로부터 신용카드가맹업소의 교체요구 등 특별한 사정변경이 없는 한 기존가입 가맹업소를 타 밴사 가맹업소로 임의로 전환하여 고소인 회사에 손해가 발생하지 아니하도록 할 업무상 의무가 있음에도, 그 임무에 위배하여, 2005. 1.경 위 공소외 1 회사의 경영이 악화되자 동 회사 부사장인 공소외 2로 하여금 고소인 회사에 가입한 가맹업소들을 상대로 위 공소외 2 명의로 설립된 대리점 ○플러스를 통해 타 밴사 신용카드조회단말기로 임의 전환하도록 하여, 2005. 1. 10.경 위 공소외 2가 고소인 회사 가맹업소인 △△할인마트를 다른 밴사인 공소외 3 주식회사 가입업체로 전환한 것을 비롯하여 그때부터 2005. 6. 8.경 까지 사이에 별지 '전환 가맹점 현황' 기재와 같이 139개 가맹업소를 다른 밴사인 공소외 3 주식회사, 공소외 4 주식회사의 가입업체로 전환함으로써 고소인 회사에 신용카드조회 및 신용카드거래승인시 1건당 67원의, 자동이체서비스시 1건당 12원의 각 수수료 수입을 잃게 하여 고소인 회사에 수수료 합계 액수불상의 재산상 손해를 가하였다.

#### 나. 원심의 판단

원심은 피고인이 고소인 회사의 사무인 가맹점 관리 업무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 그 거시 증거를 종합하여 위 공소사실을 유죄로 인정하였다.

#### 다.

#### 당심의 판단



1) 인정사실

- ① 고소인 회사는 신용카드조회단말기를 이용하여 정보통신부가사업[Value Added Network, 신용카드 조회서비스(신용카드 가맹점이 정보와 지불 정보를 단말기를 통하여 고소인 회사의 전산처리장치로 보내면 고소인 회사가 신용카드사에 위 정보를 전송한 후 신용카드사로부터 승인결과를 전송받아 가맹점에 승인결과를 통보하여 주는 서비스}], 신용 판매대금 자동이체서비스(고소인 회사가 신용카드 가맹점을 대행하여 신용카드사에 판매대금 지급요청을 하여 신용카드사로부터 카드대금이 가맹점의 거래은행 결제계좌로 입금되도록 하고(DATA CAPTURE 업무), 고소인 회사가 신용카드사를 대행하여 가맹점으로부터 카드전표를 수거하여 일정기간 관리, 보관하고 신용카드사의 요청이 있을 경우 이를 제출(DRAFT CAPTURE 업무)하여 주는 서비스} 등을 통해 카드회사로부터 소정의 수수료를 받는 사업, 이른바 '밴(VAN)' 사업을 영위하는 회사인바, 피고인이 운영하는 공소외 1 회사는 2002년경 고소인 회사와의 사이에 가맹점 관리대행계약, 대리점 계약 및 단말기 무상임대차계약을 체결하고, 고소인 회사의 경기북부 대리점으로서 신용카드단말기의 판매 및 설치, 가맹점 관리 업무 등을 하였으며, 고소인 회사와 공소외 1 회사는 2004. 3.경 위 계약을 갱신하였다.
- ② 고소인 회사와 공소외 1 회사 간에 체결된 위 각 계약서에 따르면, 공소외 1 회사는 가맹점 관리대행계약에 의하여 신용카드 가맹점으로부터 'DDC(Data & Draft Capture) 서비스'의 이용신청을 받아 각 가맹점이 고소인 회사로부터 위 서비스를 제공받도록 하고, 고소인 회사에 대해서는 가맹점의 매출전표를 수거하고 위 'DDC 서비스' 제공 과정에서 불량 가맹점이 있는 경우 이를 고소인 회사에 통보·처리할 의무를 부담하며, 또한 대리점 계약 및 단말기 임대차계약에 의하여 고소인 회사의 단말기를 가맹점에 판매·설치하고 위 단말기의 보수 등 관리 의무를 부담하도록 되어 있다.
- ③ 또한 위 대리점 계약에서는, 공소외 1 회사의 영업장이 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 사업장으로 이용되거나 공소외 1 회사의 직원이 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 영업을 대행하거나 중개하는 경우 고소인 회사는 공소외 1 회사에 경고 및 시정요구 등의 조치를 취할 수 있도록 정하고 있고, 공소외 1 회사 또는 그 연대보증인이 고소인 회사의 동종 업종과 대리점 계약을 체결하거나 실질적으로 경쟁업체의 영업을 대행하거나 중개한다고 판단되는 경우 14일간의 기간을 정하여 공소외 1 회사에 최고하고, 위 계약을 해지할 수 있도록 정하고 있다.
- ④ 그런데 공소외 1 회사의 부사장이던 공소외 2는 이전에 자신이 공소외 1 회사의 영업을 위하여 피고인에게 대여한 3억 원을 변제받기 어렵게 되자 2004년 말경 피고인에게 공소외 1 회사의 가맹점 30만 건을 자신에게 이전하여 줄 것을 요구하면서 2004. 12.경 공소외 1 회사의 사무실에서 공소외 1 회사와 동일한 업무를 하는 회사인 ○플러스를 설립하였다.
- ⑤ 공소외 2가 설립한 ○플러스는 2005. 1.경부터 공소외 1 회사의 직원이던 공소외 5, 6을 직원으로 하여 주로 공소외 1 회사의 기존 가맹점들을 상대로 영업을 한 결과 2005. 1.경부터 2005. 5.경까지 공소외 1 회사의 상당수 가맹점들이 ○플러스를 통하여 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 다른 뱅사인 공소외 3 주식회사(영문명칭 생략)이나 공소외 4 주식회사(영문명칭 생략)의 가맹점으로 등록하였다.

- ⑥ 고소인 회사는 이러한 가맹점의 이탈 현상을 알게 되자 2005. 6. 9.경 공소외 1 회사에 대하여 대리점 계약에 정해진 동종업종 겸업금지 및 가맹점 이탈 등으로 인한 영업실적 저조를 이유로 대리점 계약해지를 통보하였다.
- ⑦ 한편 고소인 회사가 공소외 1 회사 및 피고인을 상대로 제기한 손해배상금 청구 소송에서, 공소외 1 회사는 고소인 회사와의 대리점 계약에 따라 가맹점을 성실히 관리하고 고소인 회사가 판매·임대하는 카드단말기와 동종 또는 유사한 카드단말기를 판매하거나 용역을 제공해서는 아니되며 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 영업을 대행하거나 중개해서는 안 될 의무가 있음에도 공소외 1 회사가 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점을 다른 뱅스로 이탈시킨 계약 위반사실이 있음을 이유로 하여 공소외 1 회사 및 연대보증인인 피고인이 고소인 회사에 그 서비스 수익 상실 상당의 손해를 배상할 책임이 있다는 취지의 원고 일부승소 판결이 선고되어 확정되었다(서울고등법원 2008. 1. 16. 선고 2006나114494 판결).

## 2) 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이익을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 하는데, 여기서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 하고, 만약 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도 그 는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등 참조).

이 사건에서 위 공소사실 기재와 같이 피고인이 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점을 다른 뱅스로 임의 전환하도록 한 사실이 있는지 판단하기에 앞서 피고인이 고소인 회사에 대하여 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있는지에 관하여 보건대, 위 인정사실 및 위 사실을 통하여 인정되는 공소외 1 회사와 고소인 회사 간의 계약상 지위 및 권리의무 관계 등을 종합하여 보면, 고소인 회사는 각 신용카드 가맹점에 신용카드 조회서비스, 신용 판매대금 자동이체서비스 등을 제공하는 뱅 사업을 함에 있어 그 서비스 제공 및 가맹점 관리를 원활하게 하기 위하여 공소외 1 회사와 별도의 가맹점 관리대행계약, 대리점 계약 등을 체결하였고, 공소외 1 회사는 고소인 회사와의 계약에 따라 고소인 회사의 단말기를 가맹점에 판매·설치하고, 매출전표를 수거하며, 가맹점 정기점검을 통해 불량 가맹점을 관리하는 일을 담당하면서 이를 통해 고소인 회사로부터 일정한 수수료를 받는 것을 주된 사업으로 하는바, 피고인이 이러한 사업 과정에서 스스로 영업을 통하여 고소인 회사의 단말기를 사용할 가맹점을 모집하는 것은 자신이 고소인 회사로부터 더 많은 수수료 이익을 취득하기 위한 피고인 자신의 사무라고 봄이 상당하고, 고소인 회사와 피고인의 관계가 상호 신임관계에 기초하여 고소인 회사의 재산을 보호하거나 관리하는 데 그 본질적 내용이 있다고 보이지는 아니한다.

따라서 피고인이 동종 경쟁업체의 영업을 대행하거나 중개해서는 안된다는 의무를 부담한다 하더라도 이는 고소인 회사와의 계약 기간 동안에는 다른 동종 업체의 단말기를 판매·제공해서는 안된다는 계약상 채무에 불과하다 할 것이고, 위와 같이 가맹점의 모집 및 유지·관리 업무가 피고인 자신의 사무인 이상 피고인이 관리하던 가맹점들이 다른 뱅스로 전환하여 간 결과 고소인 회사에 소정의 수수료 상당의 손해가 발생했다 하더라도 이로 인하여 공소외 1 회사나 피고인이 민사상 계약위반의 책임을 부담함은 별론으로 하더라도, 피고인이 고소인 회사에 대한 관계에서

타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 볼 만한 증거가 없다.

### 3) 소결론

그렇다면 피고인이 고소인 회사에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 피고인에게 업무상배임 죄를 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

### 3. 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 그 명의자들의 동의 없이 별지 범죄일람표 기재와 같이 6개 주유소 대표의 명의로 '신용카드거래승인 서비스 계약서'를 작성하고, 고소인 회사로부터 판매장려금을 받기 위하여 위 각 계약서를 고소인 회사의 직원인 공소외 9에게 제출하여 이를 행사한 사실을 충분히 인정할 수 있고, 피고인이 주장하는 바와 같이 가맹점들로부터 삼자계약서를 받는 것이 사실상 불가능하여 형식적으로 위 각 계약서를 작성한 것이라거나 공소외 9가 "삼자계약서를 만들어 오면 판매장려금을 주겠다.

어떻게든 만들어오라."라고 말하였다는 사정만으로는 피고인에게 위 계약서들을 행사할 목적이 없었다거나 공소외 9가 위 위조사실을 알고 있었다고 보기는 어려우므로, 이에 관한 피고인의 주장은 이유 없다.

### 4. 명예훼손의 점에 관한 판단

#### 가. 공소사실의 요지

피고인은 2005. 6. 28.경 위 공소외 1 회사 사무실에서 사실은 고소인 회사가 대리점에 대한 수수료를 일방적으로 삭감하거나 지급을 보류한 사실이 없음에도 불구하고 고소인 회사를 지칭하며 "수수료를 일방적으로 삭감하고 지급을 보류하는 상도에 어긋나는 행위를 일삼아 왔습니다.

"라고 기재된 호소문을 작성한 다음 이를 500여 곳의 가맹점에 우편으로 배포하여 공연히 허위 사실을 적시하여 고소인 회사의 명예를 훼손하였다.

#### 나. 당심의 판단

피고인이 고소인 회사에 대하여 "수수료를 일방적으로 삭감하고 지급을 보류하는 상도에 어긋나는 행위를 일삼아 왔습니다.

"라는 내용의 호소문을 작성하여 배포한 것이 허위의 사실을 적시하여 고소인 회사의 명예를 훼손한 것인지에 관하여 보건대, 이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 고소인 회사는 2005. 5. 10.경 전 영업본부 및 대리점을 상대로 카드사와 전 뱅사 간의 약정에 따라 DDC 수수료 중 대리점 지급수수료를 인하하겠다고 고지하면서 그 적용시점은 2005. 3. 거래발생분부터 해당한다고 통지한 점, ② 공정거래위원회는 2008. 3. 5. 10개의 뱅사들이 대리점에 지급하는 DDC 수수료 지급수준을 합의하는 것은 부당한 공동행위에 해당한다는 취지의 의결을 한 바 있는 점, ③ 고소인 회사의 직원인 공소외 10은 당심 법정에서 대리점에 지급하여야 할 수수료를 지급하지 않고 상계처리한 사실이 있다고 진술한 점 등에 비추어 보면, 피고인이 호소문에 기재한 위 내용이 반드시 허위라고 단정하기 어렵고, 검사 제출의 나머지 증거들만으로는 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

뿐만 아니라 피고인의 위 행위는 고소인 회사의 지급수수로 인하가 대리점들과의 협의 없이 이루어진 사실을 지적 하면서 다른 대리점들에 이를 알리는 취지인 것으로 보이는바, 당시 피고인에게 명예훼손의 고의가 있었다고 보기도 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 범죄의 증거가 없다는 이유로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 원심의 조처는 정당한 것으로 수긍이 되고, 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 보이지는 아니하므로, 검사의 주장은 이유 없다.

## 5. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 업무상배임의 점에 관한 피고인의 항소는 이유 있으므로 원심판결 중 이 부분은 형사소송법 제364조 제6항에 따라 파기되어야 할 것이나, 이 부분과 나머지 판시 각 사문서위조죄, 각 위조사문서행사죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있으므로 원심판결 중 유죄부분 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(업무상배임, 사문서위조, 위조사문서행사의 점에 관하여)

1) 업무상배임의 점에 관하여, 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점 중 ① 24개는 2005. 6. 9. 공소외 7 주식회사 (2006. 4.경 공소외 8 주식회사로 법인명 변경, 이하 '고소인 회사'라고만 한다)와의 계약이 해지될 당시까지 고소인 회사의 가맹점으로 남아 있었고, 다른 회사로 전환된 사실이 없으며, ② 45개는 피고인과 상관 없이 스스로의 판단에 따라 이탈하거나 폐업한 가맹점이고, ③ 나머지 70개는 피고인 운영의 공소외 1 주식회사{이하 '공소외 1 회사'라 한다}에서 관리하는 가맹점이 아니었거나, 공소외 1 회사의 자대리점에서 독립적으로 모집·관리하는 가맹점이었어서 피고인의 지시나 동의 없이 전환한 가맹점이므로, 결국 피고인은 원심 판시 제1항 기재와 같이 신용카드 가맹점들을 상대로 다른 회사의 신용카드조회단말기로 임의 전환하도록 한 사실이 없음에도 피고인에게 업무상배임죄를 인정한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

2) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 관하여, 신용카드 가맹점, 고소인 회사, 공소외 1 회사의 3자 명의로 작성된 신용카드거래승인 서비스 계약서는 고소인 회사가 가맹점에 지급하는 장려금을 받기 위하여 형식적으로 작성한 것이고, 고소인 회사의 공소외 9도 이러한 목적을 위하여 해당 가맹점의 동의를 받지 않고 작성된 것이라는 점을 잘 알고 있었음에도 불구하고, 피고인에게 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄의 죄책을 인정한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

나. 검사

검사 제출의 증거를 종합하면, 고소인 회사는 동종 업계 회사들 간의 협의회 결정에 따라 수수료를 인하하였고, 대리점들에게 수수료 지급을 보류한 사실이 없음에도 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 호소문을 작성하여 배포함으로써 고소인 회사의 명예를 훼손한 사실을 충분히 인정할 수 있는바, 그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

## 2. 업무상배임의 점에 관한 판단

### 가. 공소사실의 요지

피고인은 공소외 1 회사의 대표이사인바, 2004. 3. 31.경 정보통신부가사업회사{속칭 '밴(VAN : Value Added Network)', 이하 '밴사'라 한다}인 고소인 회사와 피고인 경영의 공소외 1 회사 간에 신용카드조회 단말기 관리대행 대리점 계약을 체결하여 고소인 회사를 위하여 각 신용카드가맹업소와 신용카드 조회 및 거래승인, 자동이체서비스 계약을 체결한 후 각 가맹점을 관리하게 되었으며 고소인 회사로부터 신용카드가맹업소의 교체요구 등 특별한 사정변경이 없는 한 기존가입 가맹업소를 타 밴사 가맹업소로 임의로 전환하여 고소인 회사에 손해가 발생하지 아니하도록 할 업무상 의무가 있음에도, 그 임무에 위배하여, 2005. 1.경 위 공소외 1 회사의 경영이 악화되자 동 회사 부사장인 공소외 2로 하여금 고소인 회사에 가입한 가맹업소들을 상대로 위 공소외 2 명의로 설립된 대리점 ○플러스를 통해 타 밴사 신용카드조회단말기로 임의 전환하도록 하여, 2005. 1. 10.경 위 공소외 2가 고소인 회사 가맹업소인 △△할인마트를 다른 밴사인 공소외 3 주식회사 가입업체로 전환한 것을 비롯하여 그때부터 2005. 6. 8.경까지 사이에 별지 '전환 가맹점 현황' 기재와 같이 139개 가맹업소를 다른 밴사인 공소외 3 주식회사, 공소외 4 주식회사의 가입업체로 전환함으로써 고소인 회사에 신용카드조회 및 신용카드거래승인시 1건당 67원의, 자동이체서비스시 1건당 12원의 각 수수료 수입을 잃게 하여 고소인 회사에 수수료 합계 액수불상의 재산상 손해를 가하였다.

### 나. 원심의 판단

원심은 피고인이 고소인 회사의 사무인 가맹점 관리 업무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 그 거시 증거를 종합하여 위 공소사실을 유죄로 인정하였다.

다.

### 당심의 판단

#### 1) 인정사실

- ① 고소인 회사는 신용카드조회단말기를 이용하여 정보통신부가사업[Value Added Network, 신용카드 조회서비스(신용카드 가맹점이 정보와 지불 정보를 단말기를 통하여 고소인 회사의 전산처리장치로 보내면 고소인 회사가 신용카드사에 위 정보를 전송한 후 신용카드사로부터 승인결과를 전송받아 가맹점에 승인결과를 통보하여 주는 서비스), 신용 판매대금 자동이체서비스(고소인 회사가 신용카드 가맹점을 대행하여 신용카드사에 판매대금 지급요청을 하여 신용카드사로부터 카드대금이 가맹점의 거래은행 결제계좌로 입금되도록 하고(DATA CAPTURE 업무), 고소인 회사가 신용카드사를 대행하여 가맹점으로부터 카드전표를 수거하여 일정기간 관리, 보관하고 신용카드사의 요청이 있을 경우 이를 제출(DRAFT CAPTURE 업무)하여 주는 서비스} 등을 통해 카드회사로부터 소정의 수수료를 받는 사업, 이른바 '밴(VAN)' 사업을 영위하는 회사인바, 피고인이 운영하는 공소외 1 회사는 2002년경 고소인 회사와

의 사이에 가맹점 관리대행계약, 대리점 계약 및 단말기 무상임대차계약을 체결하고, 고소인 회사의 경기북부 대리점으로서 신용카드단말기의 판매 및 설치, 가맹점 관리 업무 등을 하였으며, 고소인 회사와 공소외 1 회사는 2004. 3.경 위 계약을 갱신하였다.

- ② 고소인 회사와 공소외 1 회사 간에 체결된 위 각 계약서에 따르면, 공소외 1 회사는 가맹점 관리대행계약에 의하여 신용카드 가맹점으로부터 'DDC(Data & Draft Capture) 서비스'의 이용신청을 받아 각 가맹점이 고소인 회사로부터 위 서비스를 제공받도록 하고, 고소인 회사에 대해서는 가맹점의 매출전표를 수거하고 위 'DDC 서비스' 제공 과정에서 불량 가맹점이 있는 경우 이를 고소인 회사에 통보·처리할 의무를 부담하며, 또한 대리점 계약 및 단말기 임대차계약에 의하여 고소인 회사의 단말기를 가맹점에 판매·설치하고 위 단말기의 보수 등 관리 의무를 부담하도록 되어 있다.
- ③ 또한 위 대리점 계약에서는, 공소외 1 회사의 영업장이 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 사업장으로 이용되거나 공소외 1 회사의 직원이 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 영업을 대행하거나 중개하는 경우 고소인 회사는 공소외 1 회사에 경고 및 시정요구 등의 조치를 취할 수 있도록 정하고 있고, 공소외 1 회사 또는 그 연대보증인이 고소인 회사의 동종 업종과 대리점 계약을 체결하거나 실질적으로 경쟁업체의 영업을 대행하거나 중개한다고 판단되는 경우 14일간의 기간을 정하여 공소외 1 회사에 최고하고, 위 계약을 해지할 수 있도록 정하고 있다.
- ④ 그런데 공소외 1 회사의 부사장이던 공소외 2는 이전에 자신이 공소외 1 회사의 영업을 위하여 피고인에게 대여한 3억 원을 변제받기 어렵게 되자 2004년 말경 피고인에게 공소외 1 회사의 가맹점 30만 건을 자신에게 이전하여 줄 것을 요구하면서 2004. 12.경 공소외 1 회사의 사무실에서 공소외 1 회사와 동일한 업무를 하는 회사인 ○플러스를 설립하였다.
- ⑤ 공소외 2가 설립한 ○플러스는 2005. 1.경부터 공소외 1 회사의 직원이던 공소외 5, 6을 직원으로 하여 주로 공소외 1 회사의 기존 가맹점들을 상대로 영업을 한 결과 2005. 1.경부터 2005. 5.경까지 공소외 1 회사의 상당수 가맹점들이 ○플러스를 통하여 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 다른 뱅사인 공소외 3 주식회사( 영문명칭 생략)이나 공소외 4 주식회사( 영문명칭 생략)의 가맹점으로 등록하였다.
- ⑥ 고소인 회사는 이러한 가맹점의 이탈 현상을 알게 되자 2005. 6. 9.경 공소외 1 회사에 대하여 대리점 계약에 정해진 동종업종 겸업금지 및 가맹점 이탈 등으로 인한 영업실적 저조를 이유로 대리점 계약해지를 통보하였다.
- ⑦ 한편 고소인 회사가 공소외 1 회사 및 피고인을 상대로 제기한 손해배상금 청구 소송에서, 공소외 1 회사는 고소인 회사와의 대리점 계약에 따라 가맹점을 성실히 관리하고 고소인 회사가 판매·임대하는 카드단말기와 동종 또는 유사한 카드단말기를 판매하거나 용역을 제공해서는 아니되며 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 영업을 대행하거나 중개해서는 안 될 의무가 있음에도 공소외 1 회사가 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점을 다른 뱅사로 이탈시킨 계약 위반사실이 있음을 이유로 하여 공소외 1 회사 및 연대보증인인 피고인이 고소인 회사에 그 서

비스 수익 상실 상당의 손해를 배상할 책임이 있다는 취지의 원고 일부승소 판결이 선고되어 확정되었다( 서울고등 법원 2008. 1. 16. 선고 2006나114494 판결).

## 2) 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이익을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 하는데, 여기서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 하고, 만약 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도 그는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등 참조).

이 사건에서 위 공소사실 기재와 같이 피고인이 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점을 다른 뱅스로 임의 전환하도록 한 사실이 있는지 판단하기에 앞서 피고인이 고소인 회사에 대하여 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있는지에 관하여 보건대, 위 인정사실 및 위 사실을 통하여 인정되는 공소외 1 회사와 고소인 회사 간의 계약상 지위 및 권리의무 관계 등을 종합하여 보면, 고소인 회사는 각 신용카드 가맹점에 신용카드 조회서비스, 신용 판매대금 자동이체서비스 등을 제공하는 뱅 사업을 함에 있어 그 서비스 제공 및 가맹점 관리를 원활하게 하기 위하여 공소외 1 회사와 별도의 가맹점 관리대행계약, 대리점 계약 등을 체결하였고, 공소외 1 회사는 고소인 회사와의 계약에 따라 고소인 회사의 단말기를 가맹점에 판매·설치하고, 매출전표를 수거하며, 가맹점 정기점검을 통해 불량 가맹점을 관리하는 일을 담당하면서 이를 통해 고소인 회사로부터 일정한 수수료를 받는 것을 주된 사업으로 하는바, 피고인이 이러한 사업 과정에서 스스로 영업을 통하여 고소인 회사의 단말기를 사용할 가맹점을 모집하는 것은 자신이 고소인 회사로부터 더 많은 수수료 이익을 취득하기 위한 피고인 자신의 사무라고 봄이 상당하고, 고소인 회사와 피고인의 관계가 상호 신임관계에 기초하여 고소인 회사의 재산을 보호하거나 관리하는 데 그 본질적 내용이 있다고 보이지는 아니한다.

따라서 피고인이 동종 경쟁업체의 영업을 대행하거나 중개해서는 안된다는 의무를 부담한다 하더라도 이는 고소인 회사와의 계약 기간 동안에는 다른 동종 업체의 단말기를 판매·제공해서는 안된다는 계약상 채무에 불과하다 할 것이고, 위와 같이 가맹점의 모집 및 유지·관리 업무가 피고인 자신의 사무인 이상 피고인이 관리하던 가맹점들이 다른 뱅스로 전환하여 간 결과 고소인 회사에 소정의 수수료 상당의 손해가 발생했다 하더라도 이로 인하여 공소외 1 회사나 피고인이 민사상 계약위반의 책임을 부담함은 별론으로 하더라도, 피고인이 고소인 회사에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 볼 만한 증거가 없다.

## 3) 소결론

그렇다면 피고인이 고소인 회사에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 피고인에게 업무상배임죄를 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

## 3. 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 그 명의자들의 동의 없이 별지 범죄일람표 기재와 같이 6개 주유소 대표의 명의로 '신용카드거래승인 서비스 계약서'를 작성하고, 고소인 회사로부터 판매장려금을 받

기 위하여 위 각 계약서를 고소인 회사의 직원인 공소외 9에게 제출하여 이를 행사한 사실을 충분히 인정할 수 있고, 피고인이 주장하는 바와 같이 가맹점들로부터 삼자계약서를 받는 것이 사실상 불가능하여 형식적으로 위 각 계약서를 작성한 것이라거나 공소외 9가 "삼자계약서를 만들어 오면 판매장려금을 주겠다.

어떻게든 만들어오라."라고 말하였다는 사정만으로는 피고인에게 위 계약서들을 행사할 목적이 없었다거나 공소외 9가 위 위조사실을 알고 있었다고 보기는 어려우므로, 이에 관한 피고인의 주장은 이유 없다.

#### 4. 명예훼손의 점에 관한 판단

##### 가. 공소사실의 요지

피고인은 2005. 6. 28.경 위 공소외 1 회사 사무실에서 사실은 고소인 회사가 대리점에 대한 수수료를 일방적으로 삭감하거나 지급을 보류한 사실이 없음에도 불구하고 고소인 회사를 지칭하며 "수수료를 일방적으로 삭감하고 지급을 보류하는 상도에 어긋나는 행위를 일삼아 왔습니다.

"라고 기재된 호소문을 작성한 다음 이를 500여 곳의 가맹점에 우편으로 배포하여 공연히 허위 사실을 적시하여 고소인 회사의 명예를 훼손하였다.

##### 나. 당심의 판단

피고인이 고소인 회사에 대하여 "수수료를 일방적으로 삭감하고 지급을 보류하는 상도에 어긋나는 행위를 일삼아 왔습니다.

"라는 내용의 호소문을 작성하여 배포한 것이 허위의 사실을 적시하여 고소인 회사의 명예를 훼손한 것인지에 관하여 보건대, 이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 고소인 회사는 2005. 5. 10.경 전 영업본부 및 대리점을 상대로 카드사와 전 뱅사 간의 약정에 따라 DDC 수수료 중 대리점 지급수수료를 인하하겠다고 고지하면서 그 적용시점은 2005. 3. 거래발생분부터 해당한다고 통지한 점, ② 공정거래위원회는 2008. 3. 5. 10개의 뱅사들이 대리점에 지급하는 DDC 수수료 지급수준을 합의하는 것은 부당한 공동행위에 해당한다는 취지의 의결을 한 바 있는 점, ③ 고소인 회사의 직원인 공소외 10은 당시 법정에서 대리점에 지급하여야 할 수수료를 지급하지 않고 상계처리한 사실이 있다고 진술한 점 등에 비추어 보면, 피고인이 호소문에 기재한 위 내용이 반드시 허위라고 단정하기 어렵고, 검사 제출의 나머지 증거들만으로는 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

뿐만 아니라 피고인의 위 행위는 고소인 회사의 지급수수료 인하가 대리점들과의 협의 없이 이루어진 사실을 지적하면서 다른 대리점들에 이를 알리는 취지인 것으로 보이는바, 당시 피고인에게 명예훼손의 고의가 있었다고 보기도 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 범죄의 증거가 없다는 이유로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 원심의 조처는 정당한 것으로 수긍이 되고, 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 보이지는 아니하므로, 검사의 주장은 이유 없다.



## 5. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 업무상배임의 점에 관한 피고인의 항소는 이유 있으므로 원심판결 중 이 부분은 형사소송법 제364조 제6항에 따라 파기되어야 할 것이나, 이 부분과 나머지 판시 각 사문서위조죄, 각 위조사문서행사죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있으므로 원심판결 중 유죄부분 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(업무상배임, 사문서위조, 위조사문서행사의 점에 관하여)

1) 업무상배임의 점에 관하여, 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점 중 ① 24개는 2005. 6. 9. 공소외 7 주식회사(2006. 4.경 공소외 8 주식회사로 법인명 변경, 이하 '고소인 회사'라고만 한다)와의 계약이 해지될 당시까지 고소인 회사의 가맹점으로 남아 있었고, 다른 회사로 전환된 사실이 없으며, ② 45개는 피고인과 상관 없이 스스로의 판단에 따라 이탈하거나 폐업한 가맹점이고, ③ 나머지 70개는 피고인 운영의 공소외 1 주식회사{이하 '공소외 1 회사'라 한다}에서 관리하는 가맹점이 아니었거나, 공소외 1 회사의 자대리점에서 독립적으로 모집·관리하는 가맹점이었어서 피고인의 지시나 동의 없이 전환한 가맹점이므로, 결국 피고인은 원심 판시 제1항 기재와 같이 신용카드 가맹점들을 상대로 다른 회사의 신용카드조회단말기로 임의 전환하도록 한 사실이 없음에도 피고인에게 업무상배임죄를 인정한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

2) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 관하여, 신용카드 가맹점, 고소인 회사, 공소외 1 회사의 3자 명의로 작성된 신용카드거래승인 서비스 계약서는 고소인 회사가 가맹점에 지급하는 장려금을 받기 위하여 형식적으로 작성한 것이고, 고소인 회사의 공소외 9도 이러한 목적을 위하여 해당 가맹점의 동의를 받지 않고 작성된 것이라는 점을 잘 알고 있었음에도 불구하고, 피고인에게 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄의 죄책을 인정한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

나. 검사

검사 제출의 증거를 종합하면, 고소인 회사는 동종 업계 회사들 간의 협의회 결정에 따라 수수료를 인하하였고, 대리점들에게 수수료 지급을 보류한 사실이 없음에도 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 호소문을 작성하여 배포함으로써 고소인 회사의 명예를 훼손한 사실을 충분히 인정할 수 있는바, 그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

#### 2. 업무상배임의 점에 관한 판단

가. 공소사실의 요지

피고인은 공소외 1 회사의 대표이사인바, 2004. 3. 31.경 정보통신부가사업회사{속칭 '밴(VAN : Value Added Network)', 이하 '밴사'라 한다}인 고소인 회사와 피고인 경영의 공소외 1 회사 간에 신용카드조회 단말기 관리대행 대리점 계약을 체결하여 고소인 회사를 위하여 각 신용카드가맹업소와 신용카드 조회 및 거래승인, 자동이체서비스

계약을 체결한 후 각 가맹점을 관리하게 되었으며 고소인 회사로부터 신용카드가맹업소의 교체요구 등 특별한 사정변경이 없는 한 기존가입 가맹업소를 타 뱅사 가맹업소로 임의로 전환하여 고소인 회사에 손해가 발생하지 아니하도록 할 업무상 의무가 있음에도, 그 임무에 위배하여, 2005. 1.경 위 공소외 1 회사의 경영이 악화되자 동 회사 부사장인 공소외 2로 하여금 고소인 회사에 가입한 가맹업소들을 상대로 위 공소외 2 명의로 설립된 대리점 ○플러스를 통해 타 뱅사 신용카드조회단말기로 임의 전환하도록 하여, 2005. 1. 10.경 위 공소외 2가 고소인 회사 가맹업소인 △△할인마트를 다른 뱅사인 공소외 3 주식회사 가입업체로 전환한 것을 비롯하여 그때부터 2005. 6. 8.경 까지 사이에 별지 '전환 가맹점 현황' 기재와 같이 139개 가맹업소를 다른 뱅사인 공소외 3 주식회사, 공소외 4 주식회사의 가입업체로 전환함으로써 고소인 회사에 신용카드조회 및 신용카드거래승인시 1건당 67원의, 자동이체서비스시 1건당 12원의 각 수수료 수입을 잃게 하여 고소인 회사에 수수료 합계 액수불상의 재산상 손해를 가하였다.

#### 나. 원심의 판단

원심은 피고인이 고소인 회사의 사무인 가맹점 관리 업무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 그 거시 증거를 종합하여 위 공소사실을 유죄로 인정하였다.

다.

#### 당심의 판단

##### 1) 인정사실

- ① 고소인 회사는 신용카드조회단말기를 이용하여 정보통신부가사업[Value Added Network, 신용카드 조회서비스(신용카드 가맹점이 정보와 지불 정보를 단말기를 통하여 고소인 회사의 전산처리장치로 보내면 고소인 회사가 신용카드사에 위 정보를 전송한 후 신용카드사로부터 승인결과를 전송받아 가맹점에 승인결과를 통보하여 주는 서비스), 신용 판매대금 자동이체서비스(고소인 회사가 신용카드 가맹점을 대행하여 신용카드사에 판매대금 지급요청을 하여 신용카드사로부터 카드대금이 가맹점의 거래은행 결제계좌로 입금되도록 하고(DATA CAPTURE 업무), 고소인 회사가 신용카드사를 대행하여 가맹점으로부터 카드전표를 수거하여 일정기간 관리, 보관하고 신용카드사의 요청이 있을 경우 이를 제출(DRAFT CAPTURE 업무)하여 주는 서비스} 등을 통해 카드회사로부터 소정의 수수료를 받는 사업, 이른바 '밴(VAN)' 사업]을 영위하는 회사인바, 피고인이 운영하는 공소외 1 회사는 2002년경 고소인 회사와의 사이에 가맹점 관리대행계약, 대리점 계약 및 단말기 무상임대차계약을 체결하고, 고소인 회사의 경기북부 대리점으로서 신용카드단말기의 판매 및 설치, 가맹점 관리 업무 등을 하였으며, 고소인 회사와 공소외 1 회사는 2004. 3.경 위 계약을 갱신하였다.
- ② 고소인 회사와 공소외 1 회사 간에 체결된 위 각 계약서에 따르면, 공소외 1 회사는 가맹점 관리대행계약에 의하여 신용카드 가맹점으로부터 'DDC(Data & Draft Capture) 서비스'의 이용신청을 받아 각 가맹점이 고소인 회사로부터 위 서비스를 제공받도록 하고, 고소인 회사에 대해서는 가맹점의 매출전표를 수거하고 위 'DDC 서비스' 제공 과정에서 불량 가맹점이 있는 경우 이를 고소인 회사에 통보·처리할 의무를 부담하며, 또한 대리점 계약 및 단말기 임대차계약에 의하여 고소인 회사의 단말기를 가맹점에 판매·설치하고 위 단말기의 보수 등 관리 의무를 부담하도록 되어 있다.

- ③ 또한 위 대리점 계약에서는, 공소외 1 회사의 영업장이 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 사업장으로 이용되거나 공소외 1 회사의 직원이 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 영업을 대행하거나 중개하는 경우 고소인 회사는 공소외 1 회사에 경고 및 시정요구 등의 조치를 취할 수 있도록 정하고 있고, 공소외 1 회사 또는 그 연대보증인이 고소인 회사의 동종 업종과 대리점 계약을 체결하거나 실질적으로 경쟁업체의 영업을 대행하거나 중개한다고 판단되는 경우 14일간의 기간을 정하여 공소외 1 회사에 최고하고, 위 계약을 해지할 수 있도록 정하고 있다.
- ④ 그런데 공소외 1 회사의 부사장이던 공소외 2는 이전에 자신이 공소외 1 회사의 영업을 위하여 피고인에게 대여한 3억 원을 변제받기 어렵게 되자 2004년 말경 피고인에게 공소외 1 회사의 가맹점 30만 건을 자신에게 이전하여 줄 것을 요구하면서 2004. 12.경 공소외 1 회사의 사무실에서 공소외 1 회사와 동일한 업무를 하는 회사인 ○플러스를 설립하였다.
- ⑤ 공소외 2가 설립한 ○플러스는 2005. 1.경부터 공소외 1 회사의 직원이던 공소외 5, 6을 직원으로 하여 주로 공소외 1 회사의 기존 가맹점들을 상대로 영업을 한 결과 2005. 1.경부터 2005. 5.경까지 공소외 1 회사의 상당수 가맹점들이 ○플러스를 통하여 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 다른 벤사인 공소외 3 주식회사( 영문명칭 생략)이나 공소외 4 주식회사( 영문명칭 생략)의 가맹점으로 등록하였다.
- ⑥ 고소인 회사는 이러한 가맹점의 이탈 현상을 알게 되자 2005. 6. 9.경 공소외 1 회사에 대하여 대리점 계약에 정해진 동종업종 겸업금지 및 가맹점 이탈 등으로 인한 영업실적 저조를 이유로 대리점 계약해지를 통보하였다.
- ⑦ 한편 고소인 회사가 공소외 1 회사 및 피고인을 상대로 제기한 손해배상금 청구 소송에서, 공소외 1 회사는 고소인 회사와의 대리점 계약에 따라 가맹점을 성실히 관리하고 고소인 회사가 판매·임대하는 카드단말기와 동종 또는 유사한 카드단말기를 판매하거나 용역을 제공해서는 아니되며 고소인 회사와 경쟁관계에 있는 업체의 영업을 대행하거나 중개해서는 안 될 의무가 있음에도 공소외 1 회사가 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점을 다른 벤사로 이탈시킨 계약 위반사실이 있음을 이유로 하여 공소외 1 회사 및 연대보증인인 피고인이 고소인 회사에 그 서비스 수익 상실 상당의 손해를 배상할 책임이 있다는 취지의 원고 일부승소 판결이 선고되어 확정되었다( 서울고등법원 2008. 1. 16. 선고 2006나114494 판결).

## 2) 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이득을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 하는데, 여기서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 하고, 만약 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도 그 는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등 참조).

이 사건에서 위 공소사실 기재와 같이 피고인이 별지 '전환 가맹점 현황' 기재 139개 가맹점을 다른 뱅사로 임의 전환하도록 한 사실이 있는지 판단하기에 앞서 피고인이 고소인 회사에 대하여 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있는지에 관하여 보건대, 위 인정사실 및 위 사실을 통하여 인정되는 공소외 1 회사와 고소인 회사 간의 계약상 지위 및 권리의무 관계 등을 종합하여 보면, 고소인 회사는 각 신용카드 가맹점에 신용카드 조회서비스, 신용 판매대금 자동이체서비스 등을 제공하는 뱅 사업을 함에 있어 그 서비스 제공 및 가맹점 관리를 원활하게 하기 위하여 공소외 1 회사와 별도의 가맹점 관리대행계약, 대리점 계약 등을 체결하였고, 공소외 1 회사는 고소인 회사와의 계약에 따라 고소인 회사의 단말기를 가맹점에 판매·설치하고, 매출전표를 수거하며, 가맹점 정기점검을 통해 불량 가맹점을 관리하는 일을 담당하면서 이를 통해 고소인 회사로부터 일정한 수수료를 받는 것을 주된 사업으로 하는바, 피고인이 이러한 사업 과정에서 스스로 영업을 통하여 고소인 회사의 단말기를 사용할 가맹점을 모집하는 것은 자신이 고소인 회사로부터 더 많은 수수료 이익을 취득하기 위한 피고인 자신의 사무라고 봄이 상당하고, 고소인 회사와 피고인의 관계가 상호 신임관계에 기초하여 고소인 회사의 재산을 보호하거나 관리하는 데 그 본질적 내용이 있다고 보이지는 아니한다.

따라서 피고인이 동종 경쟁업체의 영업을 대행하거나 중개해서는 안된다는 의무를 부담한다 하더라도 이는 고소인 회사와의 계약 기간 동안에는 다른 동종 업체의 단말기를 판매·제공해서는 안된다는 계약상 채무에 불과하다 할 것이고, 위와 같이 가맹점의 모집 및 유지·관리 업무가 피고인 자신의 사무인 이상 피고인이 관리하던 가맹점들이 다른 뱅사로 전환하여 간 결과 고소인 회사에 소정의 수수료 상당의 손해가 발생했다 하더라도 이로 인하여 공소외 1 회사나 피고인이 민사상 계약위반의 책임을 부담함은 별론으로 하더라도, 피고인이 고소인 회사에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 볼 만한 증거가 없다.

### 3) 소결론

그렇다면 피고인이 고소인 회사에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 피고인에게 업무상배임 죄를 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

## 3. 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 그 명의자들의 동의 없이 별지 범죄일람표 기재와 같이 6개 주유소 대표의 명의로 '신용카드거래승인 서비스 계약서'를 작성하고, 고소인 회사로부터 판매장려금을 받기 위하여 위 각 계약서를 고소인 회사의 직원인 공소외 9에게 제출하여 이를 행사한 사실을 충분히 인정할 수 있고, 피고인이 주장하는 바와 같이 가맹점들로부터 삼자계약서를 받는 것이 사실상 불가능하여 형식적으로 위 각 계약서를 작성한 것이라거나 공소외 9가 "삼자계약서를 만들어 오면 판매장려금을 주겠다.

어떻게든 만들어오라."라고 말하였다는 사정만으로는 피고인에게 위 계약서들을 행사할 목적이 없었다거나 공소외 9가 위 위조사실을 알고 있었다고 보기는 어려우므로, 이에 관한 피고인의 주장은 이유 없다.

## 4. 명예훼손의 점에 관한 판단

### 가. 공소사실의 요지

피고인은 2005. 6. 28.경 위 공소외 1 회사 사무실에서 사실은 고소인 회사가 대리점에 대한 수수료를 일방적으로 삭감하거나 지급을 보류한 사실이 없음에도 불구하고 고소인 회사를 지칭하며 "수수료를 일방적으로 삭감하고 지급을 보류하는 상도에 어긋나는 행위를 일삼아 왔습니다.

"라고 기재된 호소문을 작성한 다음 이를 500여 곳의 가맹점에 우편으로 배포하여 공연히 허위 사실을 적시하여 고소인 회사의 명예를 훼손하였다.

#### 나. 당심의 판단

피고인이 고소인 회사에 대하여 "수수료를 일방적으로 삭감하고 지급을 보류하는 상도에 어긋나는 행위를 일삼아 왔습니다.

"라는 내용의 호소문을 작성하여 배포한 것이 허위의 사실을 적시하여 고소인 회사의 명예를 훼손한 것인지에 관하여 보건대, 이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 고소인 회사는 2005. 5. 10.경 전 영업본부 및 대리점을 상대로 카드사와 전 뱅사 간의 약정에 따라 DDC 수수료 중 대리점 지급수수료를 인하하겠다고 고지하면서 그 적용시점은 2005. 3. 거래발생분부터 해당한다고 통지한 점, ② 공정거래위원회는 2008. 3. 5. 10개의 뱅사들이 대리점에 지급하는 DDC 수수료 지급수준을 합의하는 것은 부당한 공동행위에 해당한다는 취지의 의결을 한 바 있는 점, ③ 고소인 회사의 직원인 공소외 10은 당심 법정에서 대리점에 지급하여야 할 수수료를 지급하지 않고 상계처리한 사실이 있다고 진술한 점 등에 비추어 보면, 피고인이 호소문에 기재한 위 내용이 반드시 허위라고 단정하기 어렵고, 검사 제출의 나머지 증거들만으로는 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

뿐만 아니라 피고인의 위 행위는 고소인 회사의 지급수수료 인하가 대리점들과의 협의 없이 이루어진 사실을 지적하면서 다른 대리점들에 이를 알리는 취지인 것으로 보이는바, 당시 피고인에게 명예훼손의 고의가 있었다고 보기도 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 범죄의 증명이 없다는 이유로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 원심의 조처는 정당한 것으로 수긍이 되고, 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 보이지는 아니하므로, 검사의 주장은 이유 없다.

#### 5. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 업무상배임의 점에 관한 피고인의 항소는 이유 있으므로 원심판결 중 이 부분은 형사소송법 제364조 제6항에 따라 파기되어야 할 것이나, 이 부분과 나머지 판시 각 사문서위조죄, 각 위조사문서행사죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있으므로 원심판결 중 유죄부분 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.