

서 울 고 등 법 원

제 3 형 사 부

판 결

사 건 2011노2156 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)[인정된
죄명 : 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배
임)], 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)

피 고 인 ○○○

항 소 인 피고인 및 검사

검 사 ○○○, ○○○

변 호 인 변호사 ○○○, ○○○

원 심 판 결 수원지방법원 여주지원 2011. 7. 21. 선고 2010고합80 판결

판 결 선 고 2012. 3. 8.

주 문

피고인과 검사의 항소를 모두 기각한다.

이 유

1. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 출자금 회수를 위한 업무상배임 관련 주장에 대한 판단

(가) 원심은 그 판시와 같은 사실인정에 기초하여, 피고인이 주식회사 □□□(이하 '□□□'이라 한다)에 입금한 20억 원은 대표이사 가수금이 아니라 ■■■와의 동업 약정에 기한 출자금이고, 피고인이 △△△ 등 자신의 친인척 명의로 이 사건 아파트 중 일부 세대에 관하여 소유권이전등기를 각 경료함에 있어서 주식회사의 청산에 관한 상법의 규정에 따른 청산절차를 거치지 않았을 뿐 아니라 □□□의 이사회 결의나 동업자인 ■■■의 동의도 받지 않은 사정 등을 고려할 때 피고인에게는 배임의 고의가 있었음이 인정된다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 이 부분 원심의 사실인정과 판단은 모두 옳고, 거기에 피고인의 주장과 같은 잘못이 없다.

(나) 한편 피고인은 원심 판시 범죄사실 가항 내지 다항과 관련하여, 피고인의 아버지인 △△△ 명의로 소유권이전등기가 경료된 이 사건 아파트 10세대 중 4세대(101동 1110호, 1210호, 1310호, 1410호), 피고인의 처숙부인 ▲▲▲ 명의로 소유권이전등기가 경료된 이 사건 아파트 6세대 중 2세대(101동 1311호, 1312호) 및 피고인의 처인 ◎◎◎ 명의로 소유권이전등기가 경료된 이 사건 아파트 11세대 중 3세대(101동 1011호, 1012호, 1407호)의 경우 □□□의 채무 변제 자금을 마련하기 위해서 △△△, ▲▲▲, ◎◎◎에게 위 101동 1110호 등 9세대를 추가로 분양하고 그 계약금 명목으로 합계 1억 2,700만 원을 지급받았던 것이지 범죄사실 기재와 같이 출자금 회수를 위한 목적으로 소유권이전등기를 경료한 것은 아니라는 취지로 주장한다.

그러나 이 사건 아파트 중 일부 세대에 관하여 △△△, ▲▲▲, ◎◎◎ 명의로 소유권이전등기가 각 경료된 경위에 대한 피고인의 수사기관에서의 진술과 그 진술을 뒷받

침하기 위해서 수사기관에 직접 제출한 자료의 내용, 피고인과 △△△, ▲▲▲, ◎◎◎의 관계, 여기에다가 피고인이 △△△, ▲▲▲, ◎◎◎으로부터 위 101동 1110호 등 9세대에 대한 분양 계약금 명목의 돈을 받았다고 주장하는 '2009. 9. 8.' 이전인 '2009. 8. 24.'에 이미 △△△, ▲▲▲, ◎◎◎ 명의로 위 101동 1110호 등 9세대에 관하여 소유권이전등기가 각 경료되었고, 나아가 □□□의 채권자인 ▽▽▽에게 2억 원이 지급된 날짜는 '2010. 2. 25.'인 사정¹⁾을 더하여 볼 때, 피고인이 자신의 출자금 회수를 위한 목적으로 위 101동 1110호 등 9세대에 관하여 △△△, ▲▲▲, ◎◎◎ 명의로 각 소유권이전등기를 경료하였다고 인정한 원심은 옳다.²⁾

(2) 경영상 판단 관련 주장에 대한 판단

경영상 판단과 관련하여 경영자에게 배임의 고의와 불법이득의 의사가 있었는지 여부를 판단함에 있어서는, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단 대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실 발생의 개연성과 이익 획득의 개연성 등의 여러 사정을 고려하여 볼 때 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하여야 하고, 그러한 인식이 없는데도 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 단순히 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물어서는 안 된다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결, 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도6075 판결 등 참조). 그러나 배임죄에서 말하는 임무위배행위는 처리하는

1) 피고인은 원심에서 이 사건 아파트 중 16평형 30세대와 24평형 60세대에 대한 가압류채권자인 ▽▽▽에게 변제할 자금을 마련하기 위해서 이 사건 아파트 중 일부 세대를 □□□에 다소 불리한 조건으로 추가 분양한 후 △△△, ▲▲▲, ◎◎◎으로부터 계약금 명목으로 합계 1억 2,700만 원, ▼▼▼, ☆☆☆으로부터 계약금 명목으로 합계 7,300만 원을 받아 ▽▽▽에게 2억 원을 지급하였다고 주장하였다.

2) 가사 피고인의 주장과 같은 경위로 위 101동 1110호 등 9세대에 관하여 △△△, ▲▲▲, ◎◎◎ 명의로 소유권이전등기가 각 경료되었다고 하더라도, 아래 (2)항에서 보는 것처럼 이는 □□□에 일방적으로 불리한 약정에 기한 것으로서 합리적인 경영상 판단에 따른 행위로는 볼 수 없으므로 여전히 업무상배임죄가 성립한다.

사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 말아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 맺은 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말하므로, 경영자의 경영상 판단에 관한 위와 같은 사정을 모두 고려하더라도 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 구체적 상황과 자신의 역할·지위에서 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 하지 말아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 본인에게 손해를 가하였다면 그에 관한 고의 내지 불법이득의 의사는 인정된다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도14464 판결 참조).

위와 같은 법리에 기초하여, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 설시와 같은 이 사건 아파트 중 일부 세대에 관하여 피고인의 친인척 명의로 소유권이전등기가 각 경료된 경위, 위 각 소유권이전등기의 경료에 관하여 동업자인 ■■■와의 사전 협의나 □□□의 이사회 결의 여부, 당시 □□□의 자산 상태 및 이에 대한 피고인의 인식 정도, ▼▼▼, ☆☆☆에게 추가 매매 형식으로 이 사건 아파트 중 5세대에 관한 소유권이전등기를 각 경료하는 과정에서 하였던 추가 약정의 내용 등을 종합적으로 고려할 때, 피고인의 행위가 경영상 판단에 따른 것이므로 □□□ 대표이사로서의 임무위배행위에 해당하지 않는다거나 피고인에게 배임의 고의가 없었다고 볼 수는 없다.

피고인의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

나. 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단

원심은, 그 판시와 같은 피고인의 유리하거나 불리한 양형요소를 종합적으로 고려

한 후 대법원 양형위원회의 양형기준에서 권고하는 형량범위(징역 2년~5년) 내에서 피고인에게 징역 3년 및 집행유예 5년을 선고하였다.

이 법원의 양형심리 과정에서는, 피고인이 자신의 친인척 명의로 소유권이전등기를 각 경료하였던 이 사건 아파트 중 일부 세대에 관하여 □□□의 채권자인 주식회사 ★★★(이하 '★★★'라 한다) 또는 ★★★가 지정한 제3자 명의로 소유권이전등기가 각 경료된 사실은 있지만,³⁾ 이는 피고인과 ★★★ 측의 공모에 의한 허위의 등기에 불과하고 실제로는 그 후 피고인과 이해관계를 같이 하는 제3자 명의로 다시 소유권이전등기가 각 경료되었으며, 이로 인하여 피고인의 주장과는 달리 이 사건 범행으로 인한 □□□의 피해가 전혀 회복되지 않은 것은 아닌지가 쟁점이 되었다.

재산범죄에 있어서 피해자의 피해가 회복되었다는 사실은 피고인에게 유리한 양형요소로서 이에 대한 입증책임은 원칙적으로 피고인에게 있는데, 그 입증의 정도는 범죄사실에 대한 증명과 같이 합리적인 의심을 배제할 정도의 '엄격한 증명'이 요구되는 것은 아니고 '자유로운 증명'으로 충분하다. 한편 피고인이 주장하는 유리한 양형요소의 존재를 인정함에 있어서 이와 양립할 수 없거나 그 인정을 방해하는 반대사실의 존재에 관해서는 검사가 입증책임을 부담하는 것이고, 피고인이 이러한 반대사실의 부존재에 관해서까지 입증하여야 하는 것은 아니다.

그런데 위와 같이 이 사건 아파트 중 일부 세대에 관하여 피고인의 친인척 명의로 소유권이전등기가 각 경료되었다가 □□□의 채권자인 ★★★ 측 명의로 소유권이전등기가 각 경료되었다면 특별한 사정이 없는 한 □□□은 ★★★에 대한 채무를 면하게 됨으로써 피고인의 이 사건 범행으로 인한 □□□의 피해는 회복되었다고 인정할

3) 원심 판결선고 시까지 피고인의 친인척 명의로 소유자 명의를 남아 있었던 이 사건 아파트 중 나머지 4세대에 관하여도 당시에 이르러 ★★★ 측으로 소유권이전등기가 각 경료되었다.

수 있고,⁴⁾ 검사가 제출한 모든 증거를 종합하여도 위와 같은 소유권이전등기의 경료는 피해 회복을 가장하기 위한 방편에 불과하고 이 사건 범행으로 인한 이익이 여전히 피고인 또는 피고인과 이해관계를 같이 하는 제3자에게 귀속되어 있다는 사실을 인정하기에 부족하다.

결국 '□□□의 피해 회복'이라는 피고인에게 유리한 양형요소가 존재함을 전제로 하여, 피고인의 이 사건 범행으로 인한 피해액(합계 약 42억 1,500만 원), 이 사건 변론과정에서 나타난 피고인과 ■■■의 분쟁 경위 및 내용, 이 사건 범행의 경위, ■■■나 □□□에 대한 일부 채권자들의 탄원 내용, 피고인의 동종 범죄전력 유무 등을 종합적으로 고려할 때, 원심의 위 선고형이 피고인의 행위책임의 정도에 비하여 지나치게 무겁거나 가벼워서 부당하다고 판단되지 않는다.

피고인과 검사의 양형부당 주장은 모두 받아들일 수 없다.

2. 결론

피고인과 검사의 항소는 이유 없으므로 이를 모두 기각한다.

[다만 직권으로 원심판결의 제1쪽 '사건'란에 기재된 "특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률위반(배임)"을 "특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률위반(횡령)[인정된 죄명 : 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률위반(배임)], 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률위반(배임)"으로, 제9쪽 '법령의 적용'란에 있는 "특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호"를 "구 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2012. 2. 10. 법률 제11304호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 제2호"로 각 바로 잡는다]

4) ★★★는 수원지방법원 여주지원 2010가합735호로 □□□을 상대로 하여 2007. 3. 28.자 대물변제 약정에 기한 소유권이전 등기절차의 이행을 구하는 소송을 제기하였다. 위 소송은 2010. 8. 10. 조정에 갈음하는 결정에 의하여 확정되었는데, 위 결정에서는 □□□은 ★★★에 29억 원을 분할 지급하되, 만약 이를 이행하지 않을 경우 기한의 이익을 상실하여 이 사건 아파트 중 ★★★에 의한 처분금지처분이 남아 있는 모든 세대에 관하여 ★★★ 명의로 소유권이전등기절차를 이행하도록 정하였다.

재판장 판사 최규홍 _____

 판사 여운국 _____

 판사 손철우 _____