

대법원 2012. 10. 11. 선고 2010도2986 판결

[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)]

대 법 원

제 3 부

판 결

사건	2010도2986 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)
피고인	1. A 2. B
상고인	피고인들
변호인	법무법인 C(담당변호사 D, E)(피고인들을 위하여)
원심판결	서울고등법원 2010. 2. 10. 선고 2009노1507 판결
판결선고	2012. 10. 11.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제2점에 관하여

가. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 ① '은행업무 중 부수업무의 범위에 관한 지침'(이하 '부수업무지침'이라고 한다)에 규정된 각 항목들은 그 특성상 은행의 인력 및 자산 또는 설비를 이용할 수 있기에 허용되는 것일 뿐이고, 일반적으로

은행의 본래 업무와는 무관한 것들도 적지 않은 점, ② 특히 '기업합병 및 매수의 중개·주선 또는 대리' 업무나 '기업의 경영·구조조정 및 금융에 대한 상담 및 조력' 업무의 경우는 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지, 이하 같다)과 보험법 등에서도 공통적인 부수업무로 허용하고 있는 점, ③ 금융위원회와 은행업계에서 은행의 사회적 기능을 중시하고 그 수익성 확보를 위하여 부수업무의 범위를 비교적 넓게 인정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 은행이 부수업무를 영위함에 있어 반드시 예금·적금의 수입이나 자금의 대출 등 은행의 고유업무를 처리하는 기회에 부수하거나 고유업무의 대상 고객에 대하여만 그에 수반하여 수행할 수 있는 것은 아니라는 취지로 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 구 은행법 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제 20653호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제4호 소정의 은행업무 범위의 해석·적용에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.

나. 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 부수업무지침상의 기업의 금융이란 단순히 '기업의 자금조달', 즉 기업이 자금의 수요자가 되는 측면뿐만 아니라 '기업의 자금조달 및 운용, 전략, 계획수립, 방법 등'이나 '기업이 남는 여유자금을 활용하는 것'과 같이 기업이 자금의 공급자가 되는 측면까지 포괄하는 것이라고 전제한 다음, 피고인들이 이 사건 금융자문으로 실제 행한 업무는 그 주된 내용이 새로운 투자사업의 발굴, 그 투자사업을 위한 거래당사자 사이의 회의 주선, 거래당사자가 제시하는 매매조건의 교섭, 간접투자형식에 관한 조언, 간접투자를 위한 자산운용사의 추천 및 조언 등으로서, 피고인들이 설립한 F와 G 주식회사(이하 'G'이라고 한다) 사이에 체결된 금융자문용역계약서에 기재된 과업범위와 주요 내용에 있어 부합하고, 또한 피고인들이 이전에 처리하였던 한진중공업 주식회사 보유의 주식회사 로템의 주식매각 건과도 기본적인 업무내용에 있어 유사하여 종래 업무처리 경험을 통하여 이 사건 거래에 관한 금융자문도 ING은행의 통상 업무의 일환으로 수행한 것으로 볼 수 있으므로, 이 사건 금융자문은 부수업무지침상의 '기업의 금융에 대한 상담 및 조력'에 해당한다고 판단하였다.

나아가 원심은, 이 사건 금융자문이 '주식매매의 중개'에 해당하므로 ING은행의 업무에 해당하지 아니한다는 피고인들의 주장에 대하여, ① 구 증권거래법상 '주식매매의 중개'의 의미, ② 이 사건 금융자문에 단순한 주식매매의 중개행위 외에 다양한 업무내용이 존재하는 점, ING은행이 이 사건 거래와 유사한 사회간접자본의 지분인수거래에 관한 금융자문을 그동안 수행하여 온 점, 피고인들이 이 사건 금융자문수수료로 받은 금액이 단순한 주식매매의 중개에 따른 수수료라고 보기 어려운 점 등의 판시 사정에 비추어 이 사건 거래에 관한 금융자문의 본질적이고 주요한 부분은 단순한 주식매매의 중개라기보다 주식매매의 중개를 포함하는 포괄적인 금융자문의 성격을 가진다고 보는 것이 합리적인 점, ③ 피고인 A가 이 사건 금융자문을 처음 제안받았을 때에는 주식매매의 중개라고 생각하지 않았다가 나중에 금호아시아나 그룹의 매매계약서를 자세히 검토한 뒤에야 주식매매의 중개라는 성격을 가진다는 점을 알게 되었다는 취지로 진술한 점, 이 사건 금융자문의 내용과 범위가 종래 피고인들이 제공하여 온 자문업무와 대체로 일치하는 점, 피고인들이 F를 설립하면서 회사 목적에 주식매매중개업을 포함시키지 않고 증권업허가를 받지 않은 점 등의 판시 사정에 비추어 피고인들이 이 사건 금융자문을 수행할 당시 주식매매의 중개로 인식하지 않았다고 보이는 점 등의 여러 사정을 종합하여 보면, 이 사건 금융자문은 구 증권거래법상 주식매매의 중개에 해당하지 아니한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건 금융자문을 단순한 주식매매의 중개로 볼 수 없는 사정으로서 이 사건 금융자문수수료의 규모, 피고인들이 F를 설립하면서 증권업 허가를 받지 아니한 점과 피고인 A가 금호아시아나 그룹의 매매계약서를 자세히 검토한 후에 주식매매의 중개임을 알게 되었다고 진술한 점을 든 것은 적절하였다고 보기 어려우나, 원심의 나머지 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 부수업무지침 제2조 파호 내지 은행법 관련 규정상 '기업의 금융'의 해석·적용에 관한 법리오해, 위 금융자문용역계약서를 기준으로 이 사건 금융자문의 내용을 파악한 법리오해 및 채증법칙 위반, 이유모순 또는 증거 없이 사실을 인정하거나 자유심증주의의 한계를 벗어남으로써 판결 결과에 영향을 미친 등의 잘못이 없다.

다. 원심은, 이 사건 금융자문이 구 간접투자자산 운용업법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지, 이하 '구 간접투자법'이라고 한다)상 '투자신탁'에 관한 '투자자문'에 해당하므로 ING은행의 업무에 속하지 아니한다는 피고인들의 주장에 대하여, 이 사건 금융자문에 따른 간접투자의 형식은 투자자인 국민연금공단이 투자형식, 투자대상의 종류, 수량, 매매방법과 시기 등 주된 요소를 모두 결정하고 자산운용사인 G은 위탁자로서 국민연금공단이 설정한 취지에 따라서 운용하는 것에 불과하여 구 간접투자법 소정의 '투자신탁'에 해당한다고 단정하기 어렵고, 투자자문회사 또는 그 임·직원은 업무와 관련하여 구 증권거래법 제2조 제8항 각 호에 해당하는 유가증권의 매매, 위탁매매, 유가증권매매의 중개 또는 대리 등의 행위를 하여서는 아니 되는 제한이 있으므로(구 간접투자법 제147조), 피고인들이 이 사건 금융자문의 성격에 관하여 금호아시아나 그룹과 국민연금공단 사이의 주식매매를 중개하면서 투자신탁이라는 간접투자 형식을 조언하는 투자자문을 한 것이라는 주장은 그 자체로 모순된다는 이유로 이를 배척하였다.

앞서 본 바와 같이 피고인들이 수행한 이 사건 금융자문의 실질은 새로운 투자사업의 발굴, 그 투자사업을 위한 거래 당사자 사이의 회의 주선, 거래 당사자가 제시하는 매매조건의 교섭, 간접투자형식에 관한 조언, 간접투자를 위한 자산 운용사의 추천 및 조언 등을 포함하는 포괄적인 금융자문이라고 봄이 상당하므로, 이를 은행이 취급할 수 없는 단순한 구 간접투자법상 투자자문에 해당한다고 보기는 어렵다고 할 것이다. 원심의 이유 설시에 다소 미흡한 점이 있으나, 이 사건 금융자문이 구 간접투자법상 투자자문에 해당한다고 볼 수 없고 ING은행의 업무에 속한다고 한 원심 결론은 정당하고, 거기에 구 간접투자법 제2조 제3호, 제5호의 해석에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.

2. 상고이유 제3점에 관하여

가. 배임죄에서 '타인의 사무를 처리'한다는 것은 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있을 것을 전제로 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하는 것을 말하고, '임무에 위배하는 행위'는 그 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 의미한다(대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유에 의하면, 기업금융과 관련한 ING은행의 일반적인 업무처리절차는, 피고인들이 영업을 통하여 금융자문 관련 프로젝트를 발굴하게 되면 ING은행 H점 전무 I에게 구두보고하고, I이 이를 검토하여 추진할 가치가 있다고 판단하면 품의서를 작성하여 싱가포르 지역본부에 품의를 올려 심사 및 사전승인을 받아 업무를 추진하며, 그 후 금융자문이 90% 정도 진행되어 구체적으로 계약서를 작성하게 되면 싱가포르 지역본부의 법률자문 등을 거치고, 자문

완료 후에 성공수수료를 받는 순서로 진행되는 것임을 알 수 있다. 위와 같은 업무처리절차는 영업을 통하여 발굴된 금융자문 관련 프로젝트가 계속 추진할 만한 가치가 있는지, 혹시 문제가 될 소지가 없는지를 판단하여 업무 추진의 계속 여부를 결정하기 위한 것으로서, 최종적으로 싱가포르 지역본부에서 승인을 받지 못할 경우 추진을 중단함으로써 ING은행의 사무에서 제외되는 것일 뿐이므로, 그 이전이라도 피고인들이 이 사건 금융자문을 ING은행의 업무범위에 들어가는 프로젝트로서 발굴하여 추진을 시작하였다면 이로써 피고인들은 이 사건 금융자문과 관련하여 ING은행과의 관계에서 타인의 사무를 처리하는 사람이 되었다고 보아야 한다. 따라서 ING은행에서 이 사건 금융자문을 은행의 업무로서 수행하기로 하는 내부의 의사 결정이 없었으므로 피고인들을 타인의 사무를 처리하는 사람으로 볼 수 없다는 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

다. 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 그 판시와 같은 사정들에 비추어 보면, 피고인들은 ING은행과의 고용계약에 기하여 ING은행에서 퇴직하게 되는 경우 피고인들이 재직 중 담당하였거나 퇴직 당시 수행하고 있는 제반 자문업무를 ING은행에 인수인계하여야 할 업무상의 임무를 부담하고, 기업금융자문업계의 관행상 피고인들이 퇴사하면서 위와 같이 인수인계하여야 할 업무를 임의로 새로운 회사로 이관해 갈 수 있다고 보기는 어려우며, 또한 피고인들이 ING은행에 재직할 동안 이미 이 사건 금융자문업무의 주요 내용이나 상당한 부분이 처리된 사정이 있다면 이 사건 금융자문으로 인한 수수료 중 ING은행 재직 당시 처리된 업무에 상당하는 금액은 ING은행의 정당한 이익으로 귀속하도록 하여야 할 임무가 있다고 판단하였다.

앞서 본 법리에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 배임죄에서 타인의 사무를 처리하는 사람과 임무위배행위에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.

3. 상고이유 제4점에 관하여

업무상배임죄에 있어 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 것은 총체적으로 보아 본인의 재산상태에 손해를 가하는 경우, 즉 본인의 전체적 재산가치의 감소를 가져오는 것을 말하는 것으로, 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함하며, 재산상 손해의 유무에 관한 판단은 경제적 관점에서 파악하여야 한다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2004도5742 판결 등 참조).

따라서 앞서 본 바와 같이 이 사건 금융자문이 ING은행의 업무범위에 속하고, 피고인들이 퇴직 당시 수행하고 있던 이 사건 금융자문업무를 ING은행에 인수인계하고 나아가 이 사건 금융자문수수료 중 피고인들의 ING은행 재직 당시 처리한 업무에 상당하는 금액을 ING은행의 정당한 이익으로 귀속하도록 하여야 할 임무가 있다고 보는 이상, 피고인들이 이러한 임무에 위배하여 F가 독자적으로 이 사건 금융자문업무를 수행한 것처럼 금융자문계약을 체결하여 ING은행에 귀속시켜야 할 위 금액 상당의 자문수수료를 F로 하여금 지급받도록 하였다면, 피고인들은 ING은행에게 위 금액 상당의 현실적인 손해를 가하였거나 적어도 재산상 실해 발생의 위험을 초래하였고, 나아가 이러한 임무위배행위와 재산상 손해 사이에는 인과관계가 존재한다고 봄이 상당하다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 배임죄에서 손해 발생 여부나 손해액 산정, 도급계약에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.

4. 상고이유 제5점에 관하여

업무상배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 임무위배의 인식과 그로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 인식, 즉 배임의 고의가 있어야 하는데, 이러한 인식은 미필적 인식으로도 족하다. 피고인이 배임죄의 범의를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 배임죄의 주관적 요소로 되는 사실은 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 합리적으로 판단하면 된다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결, 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010도9652 판결 등 참조).

원심판결 이유 및 기록에 비추어 보면 다음과 같은 사정들을 알 수 있다. 즉 피고인 A가 J으로부터 이 사건 금융자문을 처음 제안받았을 때에는 은행이 취급할 수 없는 주식매매의 중개라고 생각하지 않았고, 피고인 B와 원심 공동피고인 K(이하 'K'이라고 한다)이 이 사건 거래와 관련하여 주고받은 이메일에서도 이 사건 거래를 위한 인수단 컨소시엄 구성원 중 하나로 ING은행을 명시하는 등 피고인들은 이 사건 금융자문을 ING은행의 업무로서 인식하고 추진하기 시작하였음에도, 상급자인 I에게 전혀 보고하지 아니하였고(이와 관련하여 피고인 B은 자신들이 ING은행에 이 사건 금융자문에 관하여 보고하면 퇴사를 할 수 없을 것이라는 생각이 들었다고 진술하였다), 이 사건 금융자문이 은행이 취급할 수 없는 주식매매의 중개로 생각하기 시작하였다고 주장하는 시기부터 ING은행을 퇴사하기까지 ING은행의 준법감시인 등에게 ING은행의 업무로서 수행 가능한지를 문의한 바도 전혀 없었으며, 심지어 피고인 A는 K에게 ING은행이 아닌 자신이 설립할 회사 명의로 자문업무를 추진하려고 하는데 국민연금공단의 의사가 어떠한지에 관하여 문의하였고, K으로부터 국민연금공단으로서는 계약이 성사만 된다면 상관없다는 취지의 답변을 듣고서야 비로소 F를 설립하여 자문업무를 계속하였다. 그리고 피고인들은 위와 같이 이 사건 금융자문을 ING은행의 업무로서 인식하고 추진하였음에도 ING은행을 퇴사하면서 이 사건 금융자문과 관련된 일부 자료나 이메일을 삭제하기까지 하였다.

앞서 본 법리에 위에서 본 사정들을 비추어 보면, 피고인들이 ING은행을 퇴사하면서 그 직원으로서 수행한 이 사건 금융자문업무를 ING은행에 인수인계함으로써 금융자문수수료를 ING은행에 귀속시키는 임무를 다하지 않고, 오히려 F 명의로 금융자문계약을 체결하고 그 금융자문수수료를 수령할 당시에 피고인들에게는 적어도 미필적으로나마 배임의 고의가 있었다고 보아야 한다.

따라서 피고인들에게 배임의 고의를 인정한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 배임의 고의에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

5. 상고이유 제1점에 관하여

원심판결 이유와 기록에 비추어 살펴보면, 원심법원의 금융위원회에 대한 각 사실조회에 따른 금융위원회의 각 답변서와 ING은행에 대한 사실조회에 따른 ING은행의 회신서에 관하여 공판정에서 적법한 증거조사가 이루어진 흔적을 찾아볼 수 없으므로, 위 증거들은 모두 증거능력이 없어서 이를 증거로 사용할 수 없음에도 원심이 이를 피고인들에 대한 유죄의 자료로 실시한 것은 잘못이다. 그러나 위 증거들을 제외하고 원심이 적법하게 채택하여 조사한 나머지 증거들에 의하더라도 원심이 인정한 이 사건 범죄사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 위와 같은 원심의 잘못이 판결 결과에 영향을 미치지 않는 아니하였다.

6. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장) 민일영(주심) 김신

