

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2020도15529 업무상배임미수  
피 고 인 피고인  
상 고 인 피고인  
변 호 인 법무법인 엘케이비엔파트너스  
담당변호사 이광범 외 3인  
원 심 판 결 의정부지방법원 2020. 10. 29. 선고 2019노954 판결  
판 결 선 고 2021. 5. 27.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 의정부지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음에 제출된 상고이유보충서 등은 이를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 공소사실 요지

공소사실 요지는 다음과 같다.

피고인은 고양시 (주소 생략) 일대 989,377㎡(이하 '이 사건 사업구역'이라 한다)에서 환지 방식에 의한 도시개발사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 추진하던 피해자 공소의 도시개발사업조합(이하 '피해자 조합'이라 한다)을 위해 환지계획수립 등 이 사건 사업의 진행에 필요한 전반적인 업무를 수행하던 사람이다.

2011. 8. 30.경 이 사건 사업에 관한 도시개발 및 실시계획의 변경이 인가됨으로써 (위와 같이 변경된 실시계획을 이하 '2011년 실시계획'이라 한다) 이 사건 사업구역 중 일부 환지예정토지('C 구역'이라 불리는 토지이다. 이하 '이 사건 환지예정지'라 한다)와 대로(大路)사이의 공공공지(이하 '이 사건 공공공지'라 한다) 조성 방식이 이 사건 환지예정지 지상 건축물로의 진입이 상당 부분 차단되는 '차폐형'에서 그 진입이 용이한 '개방형'으로 변경되었고, 그로 인해 이 사건 환지예정지의 경제적 가치가 상승하게 되었다. 따라서 피고인으로서의 피해자 조합으로 하여금 이 사건 환지예정지의 가치상승을 청산절차에 반영하여 적절한 청산금을 징수할 수 있도록 관련 법령에 따라 이 사건 환지예정지에 대한 재감정, 환지계획 변경, 환지예정지변경 지정 등의 조치를 할 업무상 의무가 있다.

그런데도 피고인은 2011년 실시계획의 인가 직후 즉시 이 사건 환지예정지에 대한 재감정 등의 조치를 취하지 않음으로써 피고인의 친인척, 지인 등 이 사건 환지예정지를 환지받기로 한 사람들로 하여금 토지 가치상승액의 이익을 취득하게 하고, 피해자 조합으로 하여금 위 토지 가치상승액의 합계액인 3,470,766,900원의 손해를 입게 하려 하였으나, 피해자 조합이 2016. 5.경 환지계획변경인가신청 절차를 진행함에 따라 미수에 그쳤다.

## 2. 원심판단

원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 제1심 판결을 파기하고, 유죄로 판단하였다.

피고인은 피해자 조합의 사무를 전적으로 위임받아 처리하던 사람으로서, 이 사건 환지예정지에 대한 평가 요인의 변경에 따른 가치상승액을 적절하게 평가하여 피해자 조합으로 하여금 적절한 청산금을 징수할 수 있도록 할 의무가 있었다. 위 업무에 관해서는 피고인이 적극 관여하여 가장 잘 알고 있었고 다른 사람은 쉽게 확인하기 어려웠다.

그러나 피고인은 이러한 의무를 이행하거나 후임자에게 관련 사항을 인계하지 않고 묵비한 채 2011. 12. 31. 피해자 조합을 대행하여 이 사건 사업에 관한 업무를 수행하던 주식회사 ○○○○(이하 '○○○○'라 한다)에서 퇴사함으로써, 피해자 조합이 그러한 재평가의 필요성을 수년간 인지하지 못하여 청산절차를 제대로 거치지 못할 위험이 발생하였다. 피고인의 이러한 부작위는 사업요지에 집중적으로 환지를 받은 본인과 친인척, 지인에게 경제적 이익이 되고 피해자 조합에는 손해가 될 수 있다는 점을 인식하고 이루어진 것이다. 따라서 피고인이 업무상배임죄의 실행에 착수하였다고 인정함이 옳다.

### 3. 대법원 판단

원심판결은 다음과 같은 이유로 그대로 받아들일 수 없다.

가. 업무상배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 업무상의 임무에 위배되는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 그 타인에게 손해를 가한 때에 성립한다(형법 제356조, 제355조 제2항). 형법 제18조는 부작위범의 성립요건에 관하여 "위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생

의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다."라고 정하고 있다.

업무상배임죄는 타인과의 신뢰관계에서 일정한 임무에 따라 사무를 처리할 법적 의무가 있는 자가 그 상황에서 당연히 할 것이 법적으로 요구되는 행위를 하지 않는 부작위에 의해서도 성립할 수 있다(대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10139 판결 등 참조). 그러한 부작위를 실행의 착수로 볼 수 있기 위해서는 작위의무가 이행되지 않으면 사무처리의 임무를 부여한 사람이 재산권을 행사할 수 없으리라고 객관적으로 예견되는 등으로 구성요건적 결과 발생의 위험이 구체화한 상황에서 부작위가 이루어져야 한다. 그리고 행위자는 부작위 당시 자신에게 주어진 임무를 위반한다는 점과 그 부작위로 인해 손해가 발생할 위험이 있다는 점을 인식하였어야 한다.

나. 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 따르면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

이 사건 사업의 추진 과정에서 이 사건 공공공지의 조성 방식에 관하여 피해자 조합과 고양시 사이에 이견이 생김에 따라, 2009년 말부터 이 사건 공공공지의 조성 방식은 이 사건 사업의 주요 쟁점 중 하나로 부각되었다. 따라서 2011년 실시계획의 인가에 따라 이 사건 공공공지의 조성계획이 변경되었다는 사실은 피해자 조합의 의사결정에 대한 일차적인 책임을 부담하는 피해자 조합의 임원들도 충분히 인지할 수 있는 사항이었다.

2011년 실시계획의 인가에 따라 이 사건 공공공지의 조성계획이 변경된 이상, 그로 인해 이 사건 환지예정지의 가치를 재평가할 필요가 생겼다는 것은 피고인만 알 수 있는 내용이 아니다. 더욱이 피고인이 2011. 12. 31.경 ○○○○의 대표이사직을 사임함으로써 이 사건 사업에 관한 업무를 수행할 지위를 상실한 이후에도 도시계획기술사인

공소외 1을 비롯한 임직원들이 계속해서 ○○○○에서 근무하였고, 그중 환지 업무를 주로 담당하던 공소외 2는 피고인 못지않게 2011년 실시계획의 인가에 따라 환지계획의 변경이 필요하다는 사정을 알 수 있는 지위에 있었다.

피해자 조합은 2011년 실시계획의 인가 무렵 체비지 매각 지연 등으로 심각한 재정적인 어려움을 겪고 있었고, 이러한 문제를 타개하고자 2012년경부터 2015년경까지 이 사건 사업에 관한 개발계획 및 실시계획의 변경을 지속적으로 추진하였다. 이를 고려하면, 2011년 실시계획의 인가 당시 환지계획의 변경을 서두르지 않을 경우 조만간 환지처분이 이루어져 조합원들 사이의 권리 관계가 확정될 급박한 상황이었다고 보기는 어렵다.

국토해양부장관이 정한 구 도시개발업무지침(훈령 제680호)에는 "시행자가 사업시행 중 공공시설의 변경 또는 집단체비지의 책정 등으로 환지계획을 변경하여야 할 필요가 있을 경우에는 즉시 환지계획을 변경한다."라는 내용이 있다(제4-5-1조 참조). 그러나 환지예정지 권리이전이나 청산금 확정 등은 환지처분이 있어야 비로소 이루어지는 것이므로 실시계획의 인가 후 '즉시' 환지계획의 변경을 위한 조치가 취해지지 않는다고 해서 곧바로 피해자 조합의 재산 관계에 악영향을 미칠 위험이 초래된다는 결론이 도출되는 것은 아니다.

다. 이러한 사정을 위 가.항에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 공소사실 기재와 같이 피고인에게 2011년 실시계획의 인가에 따른 후속 조치를 할 작위의무가 인정된다고 하더라도, 피해자 조합이 이 사건 환지예정지의 가치상승을 청산절차에 반영하지 못할 위험이 구체화한 상황에서 피고인이 그러한 작위의무를 위반하였다고 보기는 어려우므로, 피고인이 부작위로써 업무상배임죄의 실행에 착수하였다고 볼 수 없다.

그런데도 원심은 피고인이 업무상배임죄의 실행에 착수하였다고 보아 이 사건 공소 사실을 유죄로 판단하였다. 원심판결에는 부작위에 의한 업무상배임죄에서 실행의 착수 인정 요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 정당하다.

#### 4. 결론

피고인의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장          대법관          노정희

주 심          대법관          김재형

                  대법관          안철상

                  대법관          이흥구