

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2012도6676 가. 업무상배임
나. 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반
다. 업무상횡령

피 고 인 피고인 1 외 2인

상 고 인 피고인들

변 호 인 법무법인(유한) 동인 (피고인 1, 피고인 2를 위하여)
담당변호사 오세빈 외 1인
법무법인 대륙아주 (피고인들을 위하여)
담당변호사 김선중 외 2인

원 심 판 결 서울중앙지방법원 2012. 5. 18. 선고 2012노170 판결

판 결 선 고 2012. 11. 15.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부로 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 변호인의견서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 피고인 1, 피고인 3의 상고이유에 대하여

가. 피고인 1, 피고인 3에 대한 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하, '부정경쟁방지법'이라 한다)위반 및 업무상배임 부분에 관한 판단

(1) Q22 합금 발명자의 확정

특허법 제33조 제1항 본문은 발명을 한 자 또는 그 승계인은 특허법에서 정하는 바에 따라 특허를 받을 수 있는 권리를 가진다고 규정하고 있는데, 특허법 제2조 제1호는 '발명'이란 자연법칙을 이용하여 기술적 사상을 고도로 창작한 것을 말한다고 규정하고 있으므로, 특허법 제33조 제1항 본문에서 정하고 있는 '발명을 한 자'는 바로 이러한 발명행위를 한 사람을 가리킨다고 할 것이다. 따라서 발명자가 되기 위해서는 단순히 발명에 대한 기본적인 과제와 아이디어만을 제공하였거나, 연구자를 일반적으로 관리하였거나, 연구자의 지시로 데이터의 정리와 실험만을 하였거나 또는 자금·설비 등을 제공하여 발명의 완성을 후원·위탁하였을 뿐인 정도 등에 그치지 않고, 발명의 기술적 과제를 해결하기 위한 구체적인 착상을 새롭게 제시·부가·보완한 자, 실험 등을 통하여 새로운 착상을 구체화한 자, 발명의 목적 및 효과를 달성하기 위한 구체적인 수단과 방법의 제공 또는 구체적인 조언·지도를 통하여 발명을 가능하게 한 자 등과 같이 기술적 사상의 창작행위에 실질적으로 기여하기에 이르러야 한다. 한편 이른바 실험의 과학이라고 하는 화학발명의 경우에는 당해 발명의 내용과 기술수준에 따라 차이가 있을 수는 있지만 예측가능성 내지 실현가능성이 현저히 부족하여 실험데이터가 제시된 실험예가 없으면 완성된 발명으로 보기 어려운 경우가 많이 있는데(대

법원 2001. 11. 30. 선고 2001후65 판결 등 참조), 그와 같은 경우에는 실제 실험을 통하여 발명을 구체화하고 완성하는 데 실질적으로 기여하였는지 여부의 관점에서 발명자인지 여부를 결정해야 한다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다75178 판결 참조).

위 법리에 따라 원심판결 이유와 기록에 나타난 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 1, 피고인 2가 2007. 6.경 기존 상용합금인 AC8A 합금과 ZA27 합금이 혼합되어 가벼우면서도 강도가 높은 새로운 합금이 만들어질 수 있다는 사실을 발견한 이후 피고인 1이 AC8A 합금과 ZA27 합금을 6:4, 7:3 및 8:2의 비율로 각각 혼합한 Q30 합금을 구상하고, 피고인 3에게 Q30 합금의 물성분석 및 최적화작업을 수행하도록 의뢰한 점, ② 2008. 8.경 Q30 합금이 강도는 월등하나 깨짐성이 있음을 알게 되어 특허출원 진행 및 상용화를 포기한 이후 피고인 1이 2008. 12. 10.경 공소외 1 주식회사로부터 기존의 상용합금보다 강도가 더 강한 합금을 이용하여 휴대전화기 경첩을 주조하여 달라는 요청을 받고 과거 Q30 합금 개발 경험을 바탕으로 새로운 합금을 개발하고자 'Z 시리즈' 등을 착상하여 추진한 점, ③ 또한 이와 비슷한 시기에 피고인 3은 자신의 연구실에서 Q22 합금이 포함되어 있는 새로운 Q 시리즈 합금의 개발을 위한 실험을 수행하면서 각 실험 전후로 피고인 1에게 그 내용 및 다음 실험 일정 등을 구체적으로 보고한 점, ④ 피고인 1, 피고인 3 사이에 오간 이메일의 내용에 비추어 피고인 3이 수행하는 실험의 구체적인 내용에 관하여 피고인 1, 피고인 3 사이에 사전 및 사후로 의사교환과 협의가 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 그러다 피고인들이 함께 2009. 2. 16.경 공소외 2 주식회사(이하 '피해자 회사'라고 한다)의 공장에서 새로운 Q 시리즈 합금들의 시제품(휴대전화기용 외장 부품)을 주조하였고, 피고인 3이 그 주조제품에 대한 물성분석을 마친 결과, Q22 합금의 개발이 완료된 점 등을 종합적으로 고려하면, Q22

합금은 피고인 1, 피고인 3이 그 발명의 기술적 과제를 해결하기 위한 구체적인 착상을 함께 구상하고, 발명의 전 과정에 걸쳐 실질적으로 상호 협력한다는 공통의 인식 아래 합금 발명의 완성에 유익한 공헌을 함으로써 완성하였다고 봄이 상당하다.

그렇다면 Q22 합금의 발명자는 피고인 1, 피고인 3라고 보아야 한다.

(2) 피고인 1이 피해자 회사와 체결한 비밀유지 및 경업금지약정의 효력

발명진흥법 제2조는 "직무발명"이란 종업원, 법인의 임원 또는 공무원(이하 "종업원 등"이라 한다)이 그 직무에 관하여 발명한 것이 성질상 사용자·법인 또는 국가나 지방자치단체(이하 "사용자 등"이라 한다)의 업무 범위에 속하고 그 발명을 하게 된 행위가 종업원 등의 현재 또는 과거의 직무에 속하는 발명을 말한다고 규정하면서, 제10조 제3항에서 "직무발명 외의 종업원 등의 발명에 대하여 미리 사용자 등에게 특허 등을 받을 수 있는 권리나 특허권 등을 승계시키거나 사용자 등을 위하여 전용실시권을 설정하도록 하는 계약이나 근무규정의 조항은 무효로 한다."고 규정하고 있고, 위 조항은 직무발명을 제외하고 그 외의 종업원 등의 발명에 대하여는 그 발명 전에 미리 특허를 받을 수 있는 권리나 장차 취득할 특허권 등을 사용자 등에게 승계(양도)시키는 계약 또는 근무규정을 체결하여 두더라도 위 계약이나 근무규정은 무효라고 함으로써 사용자 등에 대하여 약한 입장에 있는 종업원 등의 이익을 보호하는 동시에 발명을 장려하고자 하는 점에 그 입법취지가 있다. 위와 같은 입법취지에 비추어 보면, 계약이나 근무규정이 종업원 등의 직무발명 이외의 발명에 대해서까지 사용자 등에게 양도하거나 전용실시권의 설정을 한다는 취지의 조항을 포함하고 있는 경우에 그 계약이나 근무규정 전체가 무효가 되는 것은 아니고, 직무발명에 관한 부분은 유효하다고 해석하여야 한다. 또한 발명진흥법 제15조 제1항은 "종업원 등은 직무발명에 대하여 특허

등을 받을 수 있는 권리나 특허권 등을 계약이나 근무규정에 따라 사용자 등에게 승계하게 하거나 전용실시권을 설정한 경우에는 정당한 보상을 받을 권리를 가진다."고 규정하고 있으므로, 계약이나 근무규정 속에 대가에 관한 조항이 없는 경우에도 그 계약이나 근무규정 자체는 유효하되 종업원 등은 사용자 등에 대하여 정당한 보상을 받을 권리를 가진다고 해석해야 할 것이나, 직무발명에 대한 특허 등을 받을 수 있는 권리나 특허권 등의 승계 또는 전용실시권 설정과 위 정당한 보상금의 지급이 동시이행의 관계에 있는 것은 아니다.

원심판결 이유에 의하면, 피고인 1은 피해자 회사와 사이에 '피해자 회사에서 재직하는 기간 중 자신들이 독자적으로 또는 타인과 함께 개발한 모든 발명은 발명 즉시 피해자 회사에 서면으로 공개하여야 하고, 그 발명에 대한 일체의 권리는 피해자 회사에 독점적·배타적으로 귀속되는 것으로 한다'는 비밀유지 및 경업금지약정을 체결하였음을 알 수 있다.

위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인 1이 피해자 회사와 체결한 위 비밀유지 및 경업금지약정은 피고인 1의 직무발명에 관하여 미리 피해자 회사에 특허 등을 받을 수 있는 권리나 특허권 등을 승계시키는, 이른바 직무발명 사전승계 약정의 범위 내에서 유효하다고 할 것이고, 또한 위 약정에 따라 피고인 1이 그의 직무발명에 관하여 피해자 회사에 특허 등을 받을 수 있는 권리나 특허권 등을 승계시키는 경우에는 피해자 회사에 대하여 정당한 보상을 받을 권리를 가진다고 해석해야 할 것이다.

(3) Q22 합금 발명이 피고인 1의 직무발명에 해당하는지 여부

원심판결 이유 및 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, ① 피해자 회사는

2007. 4. 30. 정밀 알루미늄 다이캐스팅 부품의 제조, 공급 등을 목적으로 설립된 법인으로, 2007. 10.경 공소외 3 주식회사(이하 '피인수회사'라고 한다)로부터 피인수회사의 자산을 양수하고, 정보통신기기용 부품의 제조 및 판매 등을 목적으로 하는 피인수회사의 사업을 그대로 영위하고 있는 사실, ② 피인수회사의 대표이사였던 피고인 1은 2007. 6.경 이사였던 피고인 2와 함께 우연히 상용합금인 AC8A 합금과 ZA27 합금이 혼합되어 기존 AC8A와 ZA27보다 가벼우면서도 강도가 높은 새로운 합금이 만들어진다는 것을 발견하고 이를 Q30 합금으로 명명하였고, 당시 피인수회사와 이 사건 자산양도계약을 협상 중이던 피해자 회사의 모회사인 공소외 4 회사에게 Q30 합금의 발견 사실을 알리면서 Q30 합금의 특성 연구 등을 위한 자금지원을 요청하여, 공소외 4 회사의 자금지원 하에 Q30 합금에 대한 연구를 하였으며, 2007. 9. 14. 미국에서 피고인 1, 피고인 2를 공동발명자로 하여 Q30 합금에 관하여 임시 특허출원을 한 바 있는 사실, ③ 이후 피고인 1, 피고인 2는 2007. 10. 19. Q30 합금에 관한 특허출원권리 등 지적재산권 일체를 피인수회사에 양도하였고, 피인수회사의 Q30 합금에 관한 지적재산권은 피해자 회사와 피인수회사 사이의 2007. 10. 29.자 이 사건 자산양도계약 체결에 따라 피해자 회사에 이전된 사실, ④ 그런데 피고인 1은 피해자 회사에 재직하던 중인 2008. 8.경 Q30 합금의 시험결과 기존 합금에 비하여 강도는 월등하나 깨짐성이 있음을 알게 되어 공소외 4 회사에 Q30 합금에 대한 특허출원 절차를 계속 진행하지 않는 것이 좋겠다는 제안을 하였고, 그에 따라 피해자 회사는 Q30 합금에 대한 특허출원 절차를 더 이상 진행하지 아니한 사실 등을 알 수 있고, 그밖에 제1심이 적법하게 채택한 증거에 의하면 Q22 합금은 강도가 높으면서도 가벼운 특성이 필요한 휴대 전자제품의 부품을 제조하는 데 적합한 경량 고강도 다이캐스팅용 합금으로 개발된 것인 사

실 등을 알 수 있다.

이러한 사정에 비추어 보면, 휴대 전자제품의 부품 제조에 적합한 경량 고강도 다이캐스팅용 합금의 개발은 피해자 회사의 업무에 속한다고 할 것이고, 피고인 1은 정보통신기기용 부품의 제조 및 판매 등을 영위하는 피해자 회사의 이사이자 피해자 회사가 피인수회사를 인수하던 무렵부터 이미 기존 상용합금보다 가벼우면서도 강도가 높은 합금의 개발을 담당하고 있던 자로서, Q22 합금과 같이 휴대 전자제품의 부품 제조에 적합한 경량 고강도 다이캐스팅용 합금의 개발을 시도하여 완성하려고 노력하는 것이 일반적으로 기대되는 자에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면 Q22 합금 발명 중 피고인 1의 기여 부분은 피해자 회사와의 관계에서 피고인 1의 직무발명에 해당한다고 보아야 한다.

(4) 피고인 1, 피고인 3의 업무상배임죄 및 부정경쟁방지법위반죄 성립 여부

(가) 판단기준

발명진흥법 제12조 전문(前文)은 "종업원 등이 직무발명을 완성한 경우에는 지체 없이 그 사실을 사용자 등에게 문서로 알려야 한다."고 규정하고 있고, 제13조는 제1항에서 "제12조에 따라 통지를 받은 사용자 등(국가나 지방자치단체는 제외한다)은 대통령령으로 정하는 기간에 그 발명에 대한 권리의 승계 여부를 종업원 등에게 문서로 알려야 한다. 다만, 미리 사용자 등에게 특허 등을 받을 수 있는 권리나 특허권 등을 승계시키거나 사용자 등을 위하여 전용실시권을 설정하도록 하는 계약이나 근무규정이 없는 경우에는 사용자 등이 종업원 등의 의사와 다르게 그 발명에 대한 권리의 승계를 주장할 수 없다."는 규정을, 제2항에서 "제1항에 따른 기간에 사용자 등이 그 발명에 대한 권리의 승계 의사를 알린 때에는 그때부터 그 발명에 대한 권리는 사용자

등에게 승계된 것으로 본다."는 규정을 각 두고 있으며, 발명진흥법 시행령 제7조는 법 제13조 제1항 본문에서 "대통령령으로 정하는 기간"이란 법 제12조에 따른 통지를 받은 날부터 4개월 이내를 말한다고 규정하고 있다. 따라서 직무발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 사용자 등에게 승계한다는 취지를 정한 약정 또는 근무규정이 있는 경우에는 사용자 등의 위 법령으로 정하는 기간 내의 일방적인 승계 의사 통지에 의하여 직무발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리 등이 사용자 등에게 승계된다. 또한 특허법상 공동발명자 상호간에는 특허를 받을 권리를 공유하는 관계가 성립하고(특허법 제33조 제2항), 그 지분을 타에 양도하려면 다른 공유자의 동의가 필요하지만(특허법 제37조 제3항), 발명진흥법 제14조가 "종업원 등의 직무발명이 제3자와 공동으로 행하여진 경우 계약이나 근무규정에 따라 사용자 등이 그 발명에 대한 권리를 승계하면 사용자 등은 그 발명에 대하여 종업원 등이 가지는 권리의 지분을 갖는다."고 규정하고 있으므로, 직무발명이 제3자와 공동으로 행하여진 경우에는 사용자 등은 앞서 본 바와 같이 그 발명에 대한 종업원 등의 권리를 승계하기만 하면 공유자인 제3자의 동의 없이도 그 발명에 대하여 종업원 등이 가지는 권리의 지분을 갖는다고 보아야 한다.

그렇다면 직무발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리 등을 사용자 등에게 승계한다는 취지를 정한 약정 또는 근무규정의 적용을 받는 종업원 등은 사용자 등이 이를 승계하지 아니하기로 확정되기 전까지는 임의로 위와 같은 승계 약정 또는 근무규정의 구속에서 벗어날 수 없는 상태에 있는 것이어서, 종업원 등이 그 발명의 내용에 관한 비밀을 유지한 채 사용자 등의 특허권 등 권리의 취득에 협력하여야 할 의무는 자기 사무의 처리라는 측면과 아울러 상대방의 재산보전에 협력하는 타인 사무의 처리라는 성격을 동시에 가지게 되므로, 이러한 경우 그 종업원 등은 배임죄의 주체인 '타인의

사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 할 것이다. 따라서 위와 같은 지위에 있는 종업원 등이 그 임무에 위배하여 직무발명을 완성하고도 그 사실을 사용자 등에게 알리지 않은 채 그 발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 제3자에게 이중으로 양도하여 제3자가 특허권 등록까지 마치도록 하는 등으로 그 발명의 내용이 공개되도록 하였다면, 이는 사용자 등에게 손해를 가하는 행위로서 배임죄를 구성한다고 할 것이다.

다만 발명자주의에 따라 직무발명을 한 종업원에게 원시적으로 그 발명에 대한 권리가 귀속되는 이상 위 권리가 아직 사용자 등에게 승계되기 전 상태에서는 유기적으로 결합된 전체로서의 발명의 내용 그 자체가 사용자 등의 영업비밀로 된다고 볼 수는 없으므로, 직무발명에 대한 권리를 사용자 등에게 승계한다는 취지를 정한 약정 또는 근무규정의 적용을 받는 종업원 등이 앞서 본 비밀유지 및 이전절차협력의 의무를 이행하지 아니한 채 그 직무발명의 내용이 공개되도록 하는 행위를 발명진흥법 제58조 제1항, 제19조에 위배되는 행위로 의율하거나, 또는 직무발명의 내용 공개에 의하여 그에 내재되어 있었던 사용자 등의 개개의 기술상의 정보 등이 공개되었음을 문제삼아 누설된 사용자 등의 기술상의 정보 등을 개별적으로 특정하여 부정경쟁방지법 소정의 영업비밀 누설행위로 의율할 수 있음은 별론으로 하고, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 직무발명의 내용 공개가 곧바로 부정경쟁방지법 제18조 제2항에서 정한 영업비밀 누설에도 해당한다고 볼 수는 없는 것이다.

(나) 업무상배임죄 성립여부에 관한 판단

이 사건에 관하여 보건대, 먼저 위에서 본 바와 같이, Q22 합금은 피고인 1, 피고인 3이 공동으로 발명한 것이고, 피고인 1이 피해자 회사와 체결한 위 비밀유지 및 영업금지약정은 직무발명의 사전승계 약정으로서 효력이 유효하며, Q22 합금 발명 중 피고

인 1의 기여 부분은 피해자 회사와의 관계에서 피고인 1의 직무발명에 해당한다고 보아야 한다. 한편 원심판결 이유 및 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 피고인들은 Q22 합금과 같이 강도가 높으면서도 가벼운 특성이 필요한 휴대 전자제품의 부품을 제조하는 데 적합한 경량 고강도 다이캐스팅용 합금의 발명이 피해자 회사에 긴요하다는 점을 잘 알고 있으면서도, 위 합금을 개발한 후 그에 대한 특허를 받을 수 있는 권리 중 피고인 1 공유지분을 피해자 회사에 이전하는 절차를 밟지 아니하고, 위 발명 전체에 대하여 피고인 3 명의로 단독 특허등록을 받아 피고인 3 명의의 사업체(MIB)를 통해 피고인들이 공동으로 수익을 얻고자 하였으며, 실제로 공소외 5 주식회사, 공소외 6 주식회사와 사이에 Q22 합금에 대한 라이선스 계약을 체결하기까지 한 사실 등을 알 수 있다.

위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인들이 공모하여, 피해자 회사의 이사로서 회사를 경영하는 지위에 있었고 그 직무에 관하여 Q22 합금을 공동으로 발명한 피고인 1가, 사용자인 피해자 회사가 위 발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리 중 피고인 1의 지분을 승계하지 아니하기로 확정되기 전까지 그 발명의 내용에 관한 비밀을 유지한 채 피해자 회사의 특허권 등 권리의 취득에 협력하여야 할 업무상의 임무에 위배하여, Q22 합금 발명 완성 사실을 피해자 회사에 알리지 않은 채 그 발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리 중 피고인 1의 지분을 피고인 3에게 이중으로 양도하여 피고인 3이 단독으로 특허권 등록까지 마치도록 하고, 피고인 1, 피고인 2의 주선으로 피고인 3이 위 합금 발명에 관하여 다른 업체와 라이선스 계약을 체결하도록 하여 위 발명의 내용이 공개되도록 함으로써, 피해자 회사에 손해를 가하는 행위를 하였다고 인정하기에 충분하다.

(다) 부정경쟁방지법위반죄 성립여부에 관한 판단

기록에 의하면, 피고인들이 위와 같이 Q22 합금 발명에 대하여 피고인 3 단독 명의로 특허출원을 하고 위 합금 발명에 관하여 다른 업체와 라이선스 계약을 체결하기 전에, 발명진흥법 제12조 전문, 제13조 제1항 및 같은 조 제2항 등에서 정한 바에 따라 위 합금 발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리 중 피고인 1 지분을 피해자 회사에 승계하기 위한 어떠한 절차도 이행된 바 없음을 알 수 있다.

위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인들의 위 행위 당시 그 구성이 유기적으로 결합된 전체로서의 발명인 Q22 합금 발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리 중 피고인 1의 지분은 아직 피해자 회사에 승계되지 아니한 채 피고인 1에게 남아 있었다고 할 것이고, 따라서 아직 피해자 회사에 승계되지 아니한 Q22 합금 발명의 내용이 위와 같은 특허출원 절차 및 라이선스 계약 체결에 의하여 공개되었다고 하더라도, 이를 통해 그에 내재되어 있었던 피해자 회사의 특정한 기술상의 정보가 누설되었음을 근거로 한 공소제기가 이루어져 있지도 아니한 이 사건에서, 피고인들의 위 행위가 부정경쟁방지법 제18조 제2항에서 정한 영업비밀 누설에 해당한다고 볼 수는 없다.

(5) 피고인 3에 대한 업무상배임죄 부분에 관한 직권판단

업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 지위에 있는 사람이 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는 것으로서, 이는 타인의 사무를 처리하는 지위라는 점에서 보면 신분관계로 인하여 성립될 범죄이고, 업무상 타인의 사무를 처리하는 지위라는 점에서 보면 단순배임죄에 대한 가중규정으로서 신분관계로 인하여 형의 경

중이 있는 경우라고 할 것이다. 그러므로 그와 같은 신분관계가 없는 자가 그러한 신분관계가 있는 자와 공모하여 업무상배임죄를 저질렀다면, 그러한 신분관계가 없는 자에 대하여는 형법 제33조 단서에 의하여 단순배임죄에 정한 형으로 처단하여야 할 것이다(대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1517 판결, 대법원 1999. 4. 27. 선고 99도883 판결 등 참조).

그런데 피고인 3은 피해자 회사의 임직원이 아닌데도 제1심판결은 피고인 3에 대하여 형법 제356조, 제355조 제2항, 제30조만을 적용하여 업무상배임죄의 공동정범으로 인정한 다음 위 죄와 부정경쟁방지법위반죄 사이에 형이 더 무거운 업무상배임죄에 정한 형 중 징역형을 선택한 형기범위 내에서 피고인 3을 처단하였고, 원심판결 역시 이러한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

따라서 원심판결에는 형법 제33조 단서의 적용을 누락하여 법률적용을 잘못된 위법이 있다.

(6) 소결론

먼저 원심이 Q22 합금을 피고인 1이 단독으로 발명하였다고 판단한 것은 잘못이나, 피고인 1, 피고인 3의 공동발명으로 보는 이상 여전히 피고인 1, 피고인 3에 대한 업무상배임의 공소사실이 유죄라는 결론에는 영향이 없으므로, 비록 그 이유 설시에 부적절한 부분은 있으나 그 결론에 있어서는 정당하고, 거기에 피고인 1, 피고인 3이 상고이유로 주장하는 바와 같은 업무상배임죄에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 그러나 원심이 피고인 3에 대해서까지 업무상배임죄로 처단한 제1심판결을 유지한 것은 형법 제33조 단서의 적용을 누락하여 법률적용을 잘못된 위법이 있다.

다음 원심이 피고인 1, 피고인 3에 대한 부정경쟁방지법위반 공소사실까지 유죄로

인정한 것은 부정경쟁방지법상 영업비밀 누설에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점에 관한 피고인 1, 피고인 3의 상고이유의 주장은 이유 있다.

나. 피고인 1에 대한 업무상횡령 부분에 관한 판단

불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있다는 점은 검사가 입증하여야 하는 것으로서 그 입증은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다고 할 것이나, 피고인이 자신이 위탁받아 보관 중이던 돈이 모두 없어졌는데도 그 행방이나 사용처를 설명하지 못하거나 또는 피고인이 주장하는 사용처에 사용된 자금이 다른 자금으로 충당된 것으로 드러나는 등 피고인이 주장하는 사용처에 사용되었다는 점을 인정할 수 있는 자료가 부족하고 오히려 개인적인 용도에 사용하였다는 점에 대한 신빙성 있는 자료가 많은 경우에는 일응 피고인이 위 돈을 불법영득의 의사로써 횡령한 것으로 추단할 수 있다(대법원 2007. 7. 13. 선고 2005도6129 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 제1심의 채택 증거들에 의하여 판시와 같은 업무상횡령 공소사실을 유죄로 인정한 것은 위 법리에 따른 것으로 정당하고, 거기에 피고인 1이 상고이유로 주장하는 바와 같은 업무상횡령죄에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 피고인 1이 상고이유에서 들고 있는 대법원 판결은 사안이 달라 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

다. 과기의 범위

위에서 본 이유로 원심판결 중 피고인 1에 대한 부정경쟁방지법위반 부분과 피고

인 3에 대한 부분은 파기되어야 한다. 그런데 피고인 1의 업무상배임 부분은 부정경쟁방지법위반 부분과 상상적경합 관계에 있고, 업무상횡령 부분은 부정경쟁방지법위반 및 업무상배임 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있으므로 함께 파기되어야 한다. 결국 원심판결 중 피고인 1, 피고인 3에 대한 부분은 모두 파기되어야 한다.

2. 피고인 2의 상고이유에 대하여

형사소송법 제392조는 "피고인의 이익을 위하여 원심판결을 파기하는 경우에 파기의 이유가 상고한 공동피고인에 공통되는 때에는 그 공동피고인에 대하여도 원심판결을 파기하여야 한다."고 규정하고 있는바, 이 규정은 상고가 법률상 방식에 위반하거나 상고권 소멸 후인 것이 명백한 공동피고인에게는 이를 적용할 수 없다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도6412 판결 참조).

그런데 기록에 의하면, 원심은 피고인 2가 적법한 항소이유서제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았다는 이유로 다른 피고인들과 함께 일괄하여 항소기각판결을 하였고, 피고인 2는 피고인들의 항소를 모두 기각한 원심판결에 대하여 사실오인 내지 법리오해를 이유로 상고를 제기한 사실을 알 수 있는바, 피고인 2가 상고이유서에서 주장하는 상고이유는 적법한 상고이유가 될 수 없다고 할 것이다. 그러나 피고인 2의 상고가 법률상 방식에 위반되거나 상고권 소멸 후인 것이 명백한 때에 해당하는 부적법한 상고는 아니므로, 피고인 2는 피고인 1, 피고인 3과 파기의 이유가 공통되는 공동피고인으로서 형사소송법 제392조의 적용을 받는다고 할 것이다.

그렇다면 앞에서 판단한 바와 같이 피고인 1, 피고인 3의 상고이유를 받아들여 원심판결을 파기하는 이상, 그 파기의 이유가 피고인 2에게도 공통되므로 형사소송법 제392조에 따라 피고인 2에 대한 부분도 함께 파기하기로 한다.

