

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)(피고인2에대한예비적죄  
명:특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)방조)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)·업무상배임·업무상횡령·횡령·배임증재·자격모용사문서작성·자격모용작성사문서행사·사문서위조·위조사문서행사·증권거래법위반·주식회사의외부감사에관한법률위반(피고인3에대한인정된



죄명:사문서변조및변조사문서행사)

[서울고등법원 2009. 12. 11. 2009노1531]

【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인들 및 검사

【검 사】 황현덕외 1인

【변 호 인】 법무법인 율촌 담당 변호사 박해성의 9인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2009. 6. 4. 선고 2008고합1413, 2009고합87(병합), 304(병합), 309(병합), 411(병합) 판결 및 2009초기30 배상명령신청

【주문】

】

원심판결 중 피고인들에 대한 유죄부분을 모두 파기한다.

피고인 1을 징역 3년에, 피고인 4를 징역 2년 6월에 각 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 피고인 1에 대하여는 4년간, 피고인 4에 대하여는 3년간 위 각 형의 집행을 유예한다.

피고인 3에 대한 형의 선고를 유예한다.

피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 공소외 7 주식회사 주식 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점, 차량리스 관련 업무상배임의 점, 공소외 13 주식회사 대출 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)의 점, 피고인 4에 대한 이 사건 공소사실 중 차량리스 관련 업무상 배임의 점 및 피고인 2는 각 무죄

원심판결 중 피고인 1, 2의 무죄부분 및 피고인 3에 대한 검사의 항소를 모두 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 4

(1) 피고인 1의 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 배임행위 및 배임의 고의가 없다는 주장

피고인이 공소외 1 주식회사(○○○, □□□를 거쳐 현재와 같이 회사명이 변경됨)의 대표이사로서 공소외 2 주식회사의 주식을 주당 75만 원 합계 150억 원에 인수할 당시, 공소외 1 주식회사는 누적적자가 약 300억 원에 달하였고 매출액도 상당 부분 가공매출로서 향후 상장폐지가 될 가능성이 높아 실질적인 매출과 수익을 창출할 수 있는 새로운 사업의 도입이 필요하여 공소외 2 주식회사 인수를 추진하였고, 공소외 2 주식회사는 2005년도에 132억 원 상당의 매출을 달성한데다가 2006. 4.경부터 복합티엠 영업을 실시할 예정으로 전망이 좋은 회사였으며, 피고인은 위 주식 인수 전에 세림회계법인에 주식가치 평가를 의뢰하여 그 평가결과를 바탕으로 매입가격을 결정한 이상 이는 임무위배행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 피고인에게 배임의 고의가 없다.

(나) 재산상 손해가 없다는 주장

피고인이 세림회계법인이 평가한 공소외 2 주식회사 주식에 대한 평가액(주당 821,715원)을 기초로 보수적인 관점에서 할인한 주당 75만 원에 매입가격을 결정한 이상 그 매입가격이 적정하다고 보아야 하므로, 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수함에 있어 공소외 1 주식회사에 대하여 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

(다) 재산상 손해액의 산정에 관한 주장

피고인의 위와 같은 행위가 배임에 해당한다 하더라도 공소외 3이 피고인에게 투자한 6억 원에 대한 상환 명목으로 피고인으로부터 교부받은 공소외 2 주식회사 주식 8,000주의 주당 가격 75,000주를 공소외 2 주식회사의 주당 적정 가격으로 본 것은 잘못이고, 공소외 2 주식회사의 주주들이 주식 양도대가로 취득한 현금 100억 원 및 50억 원 상당의 신주인수권부사채(변제 및 행사시기가 1년 이후로 제한)의 총가치는 150억 원 이하이므로, 주주들의 이득액 및 공소외 1 주식회사의 손해액을 135억 원으로 산정한 것은 부당하다.

(2) 피고인 1의 공소외 2 주식회사에 대한 대여와 관련된 30억 원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

피고인은 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 자회사인 공소외 2 주식회사의 영업에 필수적인 고객 데이터베이스를 안정적으로 확보하기 위하여 공소외 5 주식회사를 인수할 필요성이 있어 그 인수자금 명목으로 공소외 2 주식회사에 30억 원을 대여한 행위는 경영상 판단에 따른 행위이고, 피고인이 그 과정에서 원심이 인정한 바와 같이 7억 5,000만 원의 차익을 취한 바 없으므로, 이는 배임행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 배임의 고의가 없다.

(3) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대여 관련 5억 원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

피고인은 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 2006. 7. 14.부터 2007. 1. 8.까지 사이에 공소외 5 주식회사에 총 17억 원을 대여하여 그 중 이 사건 대여금 5억 원을 제외한 나머지 12억 원을 상환받았는데, 위 자금 대여행위는 공소외 1 주식회사의 손자회사인 공소외 5 주식회사의 공소외 6 주식회사 지분 인수, 운영자금 등의 영업을 위한 것이므로, 이는 경영상 판단에 따른 행위로서 배임행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 배임의 고의도 없다.

(4) 피고인 1의 공소외 7 주식회사 주식인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

피고인은 공소외 1 주식회사가 생산하는 타포린의 안정적인 공급처를 확보함과 동시에 저평가되어 있는 공소외 7 주식회사(후에 △△△로 회사명이 변경됨)의 주식을 매수할 경우 향후 주가상승으로 인한 투자수익을 얻을 수 있다고 기대하였고, 만약 주가가 상승하지 않더라도 경영권 프리미엄을 받고 주식을 제3자에게 양도하면 된다고 판단하여 공소외 7 주식회사 주식을 적정한 가격에 인수하였고, 당시 실제로 공소외 1 주식회사의 CFO였던 공소외 8 이사가 공소외 7 주식회사의 이사를 겸직하여 공동경영에 참여하였으며, 다만 공소외 1 주식회사를 인수한 공소외 9 주식회사가 공소외 3 및 공소외 10 주식회사 측과 협력하지 아니하고 공소외 7 주식회사 주식을 장내에서 일방적으로 매각하여 손해를 입게 된 것이므로, 피고인의 위와 같은 주식 인수행위는 배임행위에 해당하지 아니하고 배임의 고의도 없다.

(5) 피고인 1, 4의 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점에 대하여

피고인들은 이 사건 차량을 리스할 당시 공소외 9 주식회사와 주식양수도 계약을 체결하였으나 계약금만 지급하였을 뿐 공소외 1 주식회사의 임원으로서의 권한을 완전히 상실한 때가 아닐 뿐만 아니라, 공소외 1 주식회사의 신경영진은 피고인들이 공소외 1 주식회사를 떠난 이후에도 차량이 필요할 것으로 예상하여 피고인들이 위 차량을 리스하여 사용하는 것을 승낙하였으므로, 배임행위에 해당하지 아니하고 배임의 고의도 없다.

(6) 피고인 1의 공소외 11 주식회사 소유 설비부품 4억 9,235,751원 상당 업무상횡령의 점에 대하여

피고인은 ① 공소외 12에게 공소외 11 주식회사 소유의 설비부품에 관하여 매각을 의뢰한 사실이 없고, ② 공소외 12로부터 교부받은 3억 원은 위 설비부품의 매각대금이 아니라 공소외 12로부터 차용한 자금에 불과하며, ③ 자신과 공소외 12도 공소외 11 주식회사로부터 위 설비부품을 매수한 것으로 알고 있었다.

따라서 피고인이 횡령행위를 하였다고 할 수 없고, 횡령의 범의도 없다.

(7) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대출 관련 34억 75,288,900원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대하여

(가) 대출금의 실질적인 주채무자는 피고인이라는 주장

피고인 개인 명의의 대출이 만기가 되자 신한은행 양재남기업금융지점으로부터 대출명의자를 법인으로 바꾸어달라는 요청을 받고 공소외 5 주식회사의 명의만을 잠시 빌린 것인바, 이는 통정허위표시에 해당하여 실질적인 주채무자는 피고인으로서 위 대출금은 공소외 5 주식회사의 소유가 아닌 피고인의 소유이므로 횡령죄가 성립될 수 없다.

(나) 불법영득의 의사가 없다는 주장

가사 그렇지 않다 하더라도 피고인 및 아버지의 공동 소유의 부동산이 담보로 제공되어 있었고, 대출금 이자를 피고인이 상환하다가 2007. 12. 21. 대출금을 모두 변제하였으므로, 피고인에게 불법영득의 의사가 없다.

(8) 피고인 1의 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)에 대하여

공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사에 자금을 대여한 행위는 공소외 1 주식회사의 계열회사들 사이의 자금지원 행위로서, 자회사인 공소외 13 주식회사의 대표이사 공소외 14가 모회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피

고인에게 기망당하였다고 볼 수 없고, 당시 피고인은 공소외 5 주식회사가 위 대여금을 상환할 능력이 있다고 믿었으므로, 이는 기망행위가 존재하지 아니하고 또한 편취의 범의도 없다.

(9) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대하여

(가) 공소외 16 주식회사가 대여자라는 주장

공소외 15에 대한 이 사건 대여금 50억 원은 당초 피고인들의 개인 자금으로 대여하기로 한 것이 아니라 공소외 16 주식회사 회사자금으로 대여하기로 이미 합의하였던 것이고, 공소외 16 주식회사의 경영권을 실질적으로 지배하고 있던 공소외 15와 협의하는 등 공소외 16 주식회사가 내부 의사결정절차를 거쳐 공소외 15에게 대여한 것이므로, 피고인들의 개인 자금으로 공소외 15에게 대여하기로 하였다는 것을 전제로 한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심은 부당하다.

(나) 불법영득의사가 없다는 주장

피고인들이 공소외 15에게 50억 원을 개인자금으로 대여하여 주기로 하였음에도 공소외 16 주식회사의 자금으로 대여하여 주었다고 하더라도, 대여 당시 공소외 15 소유의 도움 주식 100만 주를 담보로 제공받고 공소외 15가 대여금을 모두 변제한 점에 비추어 불법영득의 의사가 없다.

(10) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 배임증재의 점에 대하여

피고인들은 도움의 대표이사이자 최대주주인 공소외 15에게 '도움에 별도의 경영권 프리미엄을 지급하지 않는 한편 공소외 16 주식회사에 대한 경영권을 행사하지 않도록 해달라'는 취지의 부정한 청탁을 한 사실이 없다.

(11) 피고인 1, 4의 도움에 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 피고인들이 대여에 관여하지 않았다는 주장

공소외 16 주식회사가 도움에 50억 원을 대여한 것은 피고인들이 공소외 17, 18로부터 공소외 16 주식회사에 대한 업무인수인계를 받기 전에 이미 실질적 경영자 공소외 15, 등기이사 공소외 17, 18에 의하여 이사회 결의와 자금집행이 모두 이루어진 것으로 피고인들이 이에 관여한 바 없다.

(나) 배임의 범의가 없다는 주장

이 사건 대여 당시 도움이 일시적인 유동성 부족을 겪고 있기는 하였지만, 2007. 9. 30. 당시 자산은 812억 원, 부채는 443억 원으로 순자산이 369억 원에 달하여 변제자력이 충분하였으므로, 피고인들에게 배임의 고의가 없다.

(12) 피고인 1, 4의 공소외 19 주식회사에 대한 35억 원 대여 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 피고인들의 배임의 범의가 없다는 주장

공소외 19 주식회사(후에 ◇◇◇로 회사명이 변경됨)는 4,000억 원 상당의 사업규모로 용인시 남곡지구 아파트시행사업을 진행하고 있어, 위 사업을 성공하면 상당한 이익을 얻을 수 있으므로 위 대여금을 충분히 상환할 능력이 있다

고 믿었고, 실제로 공소외 19 주식회사는 2007. 12. 중순경 토마토상호저축은행으로부터 PF자금 40억 원을 대출받아 같은 해 12. 21.경 공소외 16 주식회사에 원금 35억 원 및 이자를 모두 변제하였으므로 배임의 범의가 없다.

(나) 피고인 4의 공모한 바 없다는 주장

피고인 4는 이 사건 대여에 관하여 피고인 1과 상의하거나 관여한 바 없으므로 공동정범이 성립하지 아니한다.

(13) 피고인 1의 사문서위조, 자격모용에 의한 사문서 작성 및 동행사의 점에 대하여

피고인은 공소외 20 등에게 이사회회의록을 작성하라고 지시한 적이 없을 뿐만 아니라, 가사 지시하였다고 하더라도 2007. 8. 17. 공소외 17, 18로부터 인수인계서 '사임에 관한 특약'에 의하여 신규이사 선임을 위한 임시주주총회 소집결의 외의 이사의 모든 직무에 관련된 일체의 권한을 포괄적으로 위임받았다.

(14) 양형부당

피고인들에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 각 형량( 피고인 1 : 징역 3년 6월, 피고인 4 : 징역 3년, 집행유예 4년, 사회봉사 160시간)은 지나치게 무거워 부당하다.

나. 피고인 2( 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해)

(1) 배임의 고의가 없다는 주장

피고인은 대표이사인 상피고인 1의 지시에 의하여 세림회계법인에 회계관련자료를 제공하여 이에 대하여 설명하여 주었을 뿐 공소외 1 주식회사와는 아무런 관련이 없어 공소외 1 주식회사의 상황을 전혀 알지 못하였기 때문에, 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수할 필요성이 있는지, 인수가격을 적절히 평가하였는지 등을 전혀 알지 못하였으므로, 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 인수로 인하여 공소외 1 주식회사에 손해를 가한다는 것을 인식하지 못하였다 할 것이어서, 피고인에게 배임의 고의가 없다.

(2) 배임의 공동정범 내지 방조범이 아니라는 주장

가사 상피고인 1의 행위가 공소외 1 주식회사에 대한 배임행위가 된다 하더라도, 피고인은 상피고인 1과 공모한 바 없고, 피고인 1의 지시에 의하여 공소외 2 주식회사 회계자료를 공소외 1 주식회사 측에서 지정한 세림회계법인에 회계관련자료를 제공하였을 뿐 기능적행위지배에 해당하는 기여를 한 바도 없으며, 위와 같은 배임행위에 대한 방조의 의사도 없었다.

다.

피고인 3

(1) 법리오해

(가) 사문서에 해당하지 아니한다는 주장

이 사건 감사조서는 감사보고서의 작성을 보조하기 위하여 감사를 담당한 공인회계사에 의해 작성되는 내부서류에 불과한 것으로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서로 볼 수 없고, 주식회사 외부감사에 관한 법률(이하 '외감법'이라 한다)에서 특별히 감사조서의 변조행위를 처벌하는 취지에 비추어 보아도 감사조서는 사문서위조 및 동행사죄의 객체에 해당하지 아니한다.

(나) 완성되지 않은 문서로서 추가·변경이 가능하다는 주장

이 사건 감사조서는 언제든지 그 내용에 관하여 추가·변경이 가능하고, 피고인은 감사조서의 실제작성자로서 감사조서의 추가·변경에 대하여 작성명의인인 회계법인의 포괄적이고 묵시적인 승낙을 받았으므로, 사문서위조 및 동행사죄가 성립하지 아니한다.

(다) 행사할 목적이 없다는 주장

감사조서는 본래 수사기관에 제출되어 지는 것을 목적으로 하지 않는 문서이므로, 이를 수사기관에 제출하였다고 하더라도 감사조서의 기능과 역할에 기대되는 효과를 발생케 할 목적이 있었다고 볼 수 없다.

(라) 변조에 해당하지 않는다는 주장

최초 작성한 감사조서에 이미 기재되어 있던 내용을 그대로 요약한 것이기 때문에 특별히 새로운 증명력을 작출케 한 것이 아니어서 공공의 신용을 해하였다고 볼 수 없으므로, 사문서변조 및 동행사죄가 성립하지 아니한다.

## (2) 양형부당

피고인에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 형량(벌금 100만 원)은 지나치게 무거워 부당하다.

라. 검사

### (1) 피고인 1에 대하여

(가) 사실오인(공소외 4 소유 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당 횡령의 점에 대하여)

공소외 4는 그 소유 공소외 2 주식회사 주식 700주의 매매대금으로 5억 2,500만 원 상당의 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 취득한 사실을 알지 못한 채 피고인으로부터 2006. 4. 24.경 2억 8,000만 원을 송금받았고, 그로부터 3일이 지난 같은 해 4. 27.경 실외 주차장에서 그 정을 모르고 피고인의 요청을 받고 형식적으로 양수도계약서에 서명해 준 것으로, 공소외 4의 진술의 전체 취지에 비추어 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다.

(나) 양형부당

피고인 1에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

### (2) 피고인 2에 대하여

(가) 법리오해(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

이 사건의 경우와 같이 필수적 외부감사 대상 회사가 아님에도 불구하고 외부감사를 실시한 이상 공정한 외부감사를 방해한 피고인의 행위는 주식회사 외부감사에 관한 법률에 의하여 처벌되어야 한다.

(나) 양형부당

피고인 2에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(3) 피고인 3에 대하여

(가) 법리오해(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

이 사건의 경우와 같이 필수적 외부감사 대상 회사가 아님에도 불구하고 외부감사를 실시한 이상 감사인의 감사조서를 변조한 행위도 주식회사 외부감사에 관한 법률에 의하여 처벌되어야 한다.

(나) 양형부당

피고인 3에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(4) 피고인 4에 대하여(양형부당)

피고인 4에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 1, 4의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 피고인 1의 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지(검사는 당심에서 공소외 2 주식회사 주식의 적정가격 산정의 차이를 근거로 배임액수가 다르다는 이유로 아래 [주식가격 산정 및 범행 결과] 중 ②와 같은 취지로 예비적 공소사실을 추가하였고 당심이 이를 허가하였으나, 이는 본래의 공소장변경이라고 볼 수 없으므로 아래와 같이 1개의 공소사실로 인정하여 이를 판단한다)

피고인은 2004. 6. 8.경 공소외 2 주식회사를 설립하여 대표이사로 취임하였고, 2006. 3. 7.경 공소외 1 주식회사를 인수하여 대표이사로 취임하였고, 상피고인 2는 2005. 2. 17.경부터 공소외 2 주식회사의 상무이사로 근무하면서 피고인으로부터 위임을 받아 공소외 2 주식회사의 영업 및 회계 업무를 총괄하였다.

피고인은 상피고인 2와 공모하여,

피고인은 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사를 인수하기로 마음먹었는데, 당시 공소외 1 주식회사가 2000년부터 2005년까지 6년 연속 당기순손실을 기록하여 손실 누적액이 294억 원을 초과하였고 공소외 2 주식회사 인수에 동원할 수 있는 내부보유자금도 거의 없었던 상태로서 이러한 경우 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인으로서 공소외 1 주식회사의 입장에서 공소외 2 주식회사의 주식을 매수할 것인지 여부를 결정함에 있어 사실상 계열회사인 피인수회사의 주식을 인수하여야 할 경영상의 필요성, 당시 재무상황, 피인수회사의 향후 사업전망, 사업수익성 등을 면밀히 검토하여야 하고, 특히 정당한 매수가격을 결정하기 위해 공신력 있는 회계법인에 가격평가를 의뢰한 다음 정확하고 객관적인 회계자료를 제공하여 적정한 가치를 평가한 후 공소외 2 주식회사 주주들과 실질적인 가격협상을 통해 적정한 가격에 매수함으로써 공소외 1 주식회사에 대하여 손해가 발생하지 않도록 하여야 할 업무상 임무가 있음에도,

피고인은 당시 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사의 대표이사이자 최대주주로서 사실상 계열회사이었고 공소외 2 주식회사를 인수하더라도 특별한 경영상 효과를 기대하기 어려워 공소외 2 주식회사를 시급하게 인수할 필요

성이 없음에도 2006. 3. 9.경 세림회계법인에 공소외 2 주식회사의 주식 가치평가를 의뢰한 다음 상피고인 2로 하여금 세림회계법인 소속 공인회계사 공소외 21에게 분식된 2005년도 재무제표와 과장된 사업계획을 제공하게 하고 외부감사인에 의한 회계감사가 진행되고 있다는 사실 및 기타 업계 전망, 사업성 등을 제대로 알리지 않고 그 적정한 주식평가에 필요한 충분한 자료 제공 및 현장실사 요구 등을 한 바 없이, 불과 4일 만인 2006. 3. 12.경 공소외 21로부터 주당 본질가치가 821,715원이라는 평가결과를 제시받았는바, 당시 공소외 2 주식회사가 2005. 12. 31. 당시 자산 총계가 6억 9,277,767원, 부채 총계가 7억 5,121,512원으로서 순자산이 -95,843,745원인 자본전액 잠식 상태였고 공소외 2 주식회사가 2006. 4.경부터 도입하려는 '복합티엠 텔레마케팅' 판매의 한계상 지속적인 고수익 창출이 어렵고 2006년도와 2007년도의 사업계획이 그 실현가능성이 매우 희박함에도, 그 인수가격의 적정성에 대한 면밀한 검토와 인수가격을 최대한 낮추기 위한 충분한 노력 없이 2006. 3. 13.경 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사의 발행주식 2만 주 전부를 위 평가액에서 다소 할인한 금액인 주당 75만 원씩 총 150억 원에 인수하기로 결정하고, 자신을 비롯한 8명의 공소외 2 주식회사 주주들과 주식매매계약을 체결하였다.

피고인은 위 계약을 체결한 날부터 2006. 3. 16.경까지 사이에 공소외 1 주식회사로부터 자신이 소유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 9,000주에 대한 매매대금 명목으로 현금 51억 5,000만 원과 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 16억 원 상당 등 합계 67억 5,000만 원 상당을 지급받은 것을 비롯하여 공소외 2 주식회사 주주들에게 합계 82억 5,000만 원 상당을 지급받게 하였고, 피고인, 상피고인 2를 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들은 이와 같은 거래를 통하여 공소외 1 주식회사로부터 현금 100억 원 및 50억 원 상당의 신주인수권부사채를 취득하였다.

[주식가격 산정 및 범행 결과]

① 공소외 3과의 실제거래 사례 및 상속세 및 증여세법(이하 '상증법'이라 한다) 시행령에 따른 적정가액

피고인은 세림회계법인의 주식가치평가일로부터 2개월 전인 2006. 1. 11.경 공소외 3에게 기존채무 6억 원의 변제를 위하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 주당 75,000원에 양도하였다.

상증법 시행령 규정에 따라 공소외 2 주식회사 주식가치를 산정할 경우 공소외 2 주식회사 주식가치는 주당 49,174원이다.

결국 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수하는 시점에서 공소외 2 주식회사 주식의 주당 적정가격은 49,174원~75,000원이다.

이로써 피고인은 상피고인 2와 공모하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격인 49,174원~75,000원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만 원에 피고인, 상피고인 2를 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들로부터 매수하도록 하여, 최소 60억 7,500만 원에서 최대 62억 57,434,000원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 나머지 주주들로 하여금 74억 2,500만 원에서 최대 78억 59,086,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하며, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 135억 원에서 최대 141억 16,520,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다.



② 공소외 4와의 실제거래 사례 및 유가증권의발행및공시등에관한규정에 따른 적정가액

피고인은 2005. 12. 21. 공소외 4로부터 사업자금 명목으로 2억 5,000만 원을 차용하였다가 10일 뒤인 2005. 12. 31.(세림회계법인이 수행한 공소외 2 주식회사 주식 가치 평가의 기준일) 공소외 4에게 위 차용금의 변제에 갈음하여 공소외 2 주식회사 주식 500주를 양도하고, 그때로부터 9일 뒤인 2006. 1. 9. 공소외 4에게 위 차용금의 변제에 갈음하여 공소외 2 주식회사 주식 200주를 추가로 양도하였다.

이 과정에서 공소외 2 주식회사 주식 가치는 1주당 357,143원으로 계산되었다.

공소외 2 주식회사가 속한 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년(2002년~2005년) 산업 평균 매출액 증가율과 공소외 2 주식회사가 주식가치 평가시 세림회계법인에 제시한 추정 매출액 증가율의 평균치, 공소외 2 주식회사가 속한 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년(2002년~2005년) 산업 평균 매출원가율과 공소외 2 주식회사가 주식가치 평가시 세림회계법인에 제시한 추정 매출원가율의 평균치를 각 적용하는 방법으로 동종 산업 평균과 공소외 2 주식회사라는 개별회사의 특성을 모두 고려하여 '유가증권의발행및공시등에관한규정(금융감독위원회 공고)'에 따라 공소외 2 주식회사의 주식 가치를 산정할 경우 공소외 2 주식회사 주식 1주는 614,928원으로 계산된다.

결국 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수하는 시점에서 공소외 2 주식회사 주식의 주당 적정가격은 357,143원~614,928원이다.

이로써 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사의 업무상 임무에 위배하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격이 357,143원~614,928원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만 원에 자신을 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들로부터 매수하도록 하여, 최소 12억 15,648,000원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 주주들로 하여금 최소 14억 85,792,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 27억 1,440,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(나) 업무상배임죄가 성립하는지 여부에 대한 판단

1) 법리

배임죄에 있어서 '임무에 위배하는 행위'라 함은, 처리하는 사무의 내용, 성질 등에 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 포함한다.

그리고 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이익의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의, 동기 등의 내심적 사실)은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야

하며, 피고인이 본인의 이익을 위한다는 의사도 가지고 있었다 하더라도 위와 같은 간접사실에 의하여 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것임이 판명되면 업무상배임죄의 고의가 있었다고 할 것이다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결 참조).

또한, 모회사와 자회사가 모회사의 대주주로부터 그가 소유한 다른 회사의 비상장주식을 매입한 사안에서, 거래의 목적, 계약체결의 경위 및 내용, 거래대금의 규모 및 회사의 재정상태 등 제반 사정에 비추어 그것이 회사의 입장에서 볼 때 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래로서 허용될 수 있는 한계를 넘어 주로 주식을 매도하려는 대주주의 개인적인 이익을 위한 것에 불과하다면 그 대주주와 모회사 및 자회사의 임직원들에 대하여는 업무상배임죄가 성립한다( 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 참조).

## 2) 인정사실

원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

- ① 피고인은 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 인수 당시 공소외 2 주식회사의 대표이사 겸 대주주(보유주식수 9,000주, 지분율 45%)로서, 2006. 1. 18.부터 2006. 3. 7.까지 사이에 컴퓨터 하드웨어, 소프트웨어 및 반도체 생산설비 등의 제조 및 판매업을 영위하는 코스닥상장법인인 공소외 1 주식회사의 경영권을 인수하기 위하여 주식을 매입하여, 피고인은 총 76만 주(지분율 3.92%)를, 평소 알고 지내던 공소외 3에게 공소외 1 주식회사 주식 매수를 요청하여 공소외 3이 경영하는 공소외 10 주식회사가 70만 3,000주(지분율 3.62%)를 각 인수하였고, 위와 같은 주식인수로 피고인은 공소외 1 주식회사의 최대주주가 되어 2006. 3. 7.경 임시주주총회를 통하여 공소외 1 주식회사의 대표이사로 취임하였다.
- ② 피고인은 공소외 1 주식회사 주식을 매수할 무렵인 2006. 1.경 이미 공소외 1 주식회사를 통하여 자신이 대주주이자 대표이사로 있는 공소외 2 주식회사를 인수할 계획을 가졌고, 공소외 1 주식회사의 경영권을 확보한지 이틀후인 2006. 3. 9.경 공소외 2 주식회사 주식매수를 위하여 세림회계법인 공인회계사 공소외 21에게 공소외 2 주식회사 주식에 대한 가치평가를 의뢰하였다.
- ③ 한편, 피고인은 2006. 3. 6.경 상피고인 2로 하여금 공소외 2 주식회사에 대하여 외부회계감사를 의뢰하도록 하여 위드회계법인 소속 공인회계사인 상피고인 3은 2006. 3. 10.경 상피고인 2로부터 파일 형식으로 송부받은 공소외 2 주식회사의 대차대조표, 손익계산서 등을 토대로 같은 해 3. 13.경 감사보고서를 완성하여 같은 해 3. 15.경 상피고인 2에게 이를 송부하였는데, 피고인은 위 외부회계감사 이후로 공소외 2 주식회사 주식에 대한 가치평가를 미루어 위 외부회계감사를 받은 자료를 토대로 공소외 2 주식회사에 대한 주식가치평가가 이루어지도록 하거나, 공소외 21에게 위 외부회계감사 사실을 알려 이와 연계하여 공소외 2 주식회사에 대한 주식가치평가가 적절하게 이루어지도록 하는 조치를 취하지 아니하였다.

또한 위 감사보고서 일자를 감사가 종료된 날인 2006. 3. 13.을 기준으로 하지 아니하고 감사가 종료되기 이전인 2006. 3. 7.자로 소급기재한 것은 공소외 21의 주식평가서가 완성되기 이전에 위 외부회계감사보고서가 작성되어 이를 토대로 공소외 2 주식회사 주식평가가 이루어진 것으로 외부에 나타내기 위한 것으로 보인다.

- ④ 공소외 21은 2006. 3. 9.경부터 같은 달 12.경까지 상피고인 2로부터 받은 위 회계자료 및 사업계획서 등을 기초로 공소외 2 주식회사의 주식가치를 평가하였는데, 공소외 21이 공소외 2 주식회사 주식가치를 평가할 당시 공소외 2 주식회사 이외의 동종 업계의 회사나 동종업계에 종사하는 사람들로부터 관련된 의견을 구하거나 자료들을 제출 받은 바 없었고, 공소외 2 주식회사 현장을 방문하여 직원들과 면담하여 사업 및 재정 현황, 사업계획 등을 구체적으로 문의한 바도 없으며, 기타 추가적인 자료를 요구한 사실도 없고, 또한 공소외 2 주식회사에 대한 주식평가를 마치기 전인 2006. 3. 초순 무렵 피고인으로부터 공소외 2 주식회사 주식 양수도 가액으로 75만 원이 적정한지 문의받은 적도 있는데, 결국 위와 같은 평가과정을 거쳐 2006. 3. 12.경 공소외 2 주식회사의 주당가치가 821,715원이라고 산정하였다.
- ⑤ 위 공소외 21은 '유가증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정'에 의한 평가방법(이하 '유가증권 규정에 의한 평가방법'이라 한다)을 사용하면서도 상대가치를 고려하지 않은 채 본질가치만을 평가하였고, 본질가치 중 수익가치는 통상 3개년도 회계자료를 기초로 주당 추정이익을 산정하게 되어 있음에도 공소외 2 주식회사가 2004년도에는 사업 초기여서 정상적인 영업을 한 것이 아니므로 2005년도 회계자료만을 기초로 주당 추정이익을 산정하였으며, 수익가치 계산에서도 공소외 2 주식회사가 제시한 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%을 근거로 하였을 뿐 동종 산업 평균의 매출액 증가율 및 매출 원가율을 고려하지 않았고, 공소외 2 주식회사는 당시 복합티엠 영업을 하지 않았음에도 회사가 제시한 사업계획서 만을 근거로 동부생명의 복합부문(41팀)의 실적의 80%인 320만 원을 1인당 월 평균 실적으로 추정하는 등 회사가 제시한 사업계획서 및 손익을 토대로 주식가치를 평가하였을 뿐만 아니라, 공소외 2 주식회사의 본격적 영업은 2005년에만 이루어져 그 미래현금흐름이 불투명한 상태임에도 유사기업 및 산업 평균의 매출, 손익, 원가율 등의 수치를 반영하기 위한 노력을 전혀 하지 아니하였다(다만 원심이 실시하고 있는 피고인 및 상피고인 2의 분식회계의 점에 관하여는 아래 상피고인 2의 주장에 대한 판단에서 보는 바와 같이, 데이터베이스 및 판촉물 구매대금의 경우 무형자산으로 취급하여 합리적인 상각방법에 의하여 상각하여야 하지만 당해 연도에 사용하지 않았다고 판단되는 부분을 선급비용으로 계상하였다고 하여 이를 일반적 회계처리기준에 위배하였다고 볼 수 없고, 퇴직급여충당금 및 감가상각비는 위 피고인들이 이 사건 주식평가를 위하여 고의로 분식회계를 하였다고 보기 어렵다).
- ⑥ 피고인은 공소외 21이 위와 같이 산정한 821,715원을 근거로 이미 결정하여 놓았던 주당 75만 원을 매입가격으로 정하였고, 이 과정에서 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수할 필요성이나 위 평가액에 대한 적정성을 공소외 1 주식회사의 입장에서 검토하지 아니하였으며, 위 매입안건에 대하여 이사회를 개최하거나 임원들 사이의 토의도 전혀 이루어지지 아니하였다.
- ⑦ 당시 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식 전량을 인수할 경영상의 필요성이 있는지 보건대, 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사는 사업의 내용, 설비, 기술 등이 전혀 달라 사업적 연관성이 없어 공소외 2 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입할 경영상의 필요성이 있었다고 보기 어렵고, 당시 공소외 1 주식회사는 2006년 당기순손실이 42억 1,511,753원이고 2000년부터 2005년까지 6년 연속 누적 손실액이 294억 52,337,527원에 달하였으며 마땅한 회사 보유 자산 및 내부 보유자금도 없는 상태였으므로, 공소외 2 주식회사 인수에 150억 원

이라는 거액의 금원을 투입한 것은 당시 자금 사정에 역행한 것으로 보이며, 결국 공소외 1 주식회사가 150억 원에 인수한 공소외 2 주식회사 주식은 불과 8개월 만에 약 91억 원 가량이 손실처리되었고, 약 1년여 만에 그 주식 가치가 0원으로 평가되어 전액 손실처리되었다.

- ⑧ 이에 반하여 피고인 및 공소외 2 주식회사 주주들은 보유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 2만 주를 주당 750,000원에 매각함으로써 100억 원의 현금과 50억 원 상당의 신주인수권부 사채를 취득하게 되었고, 나아가 피고인은 위와 같이 지급받은 현금으로 유상증자에 참여하여 공소외 1 주식회사의 경영권을 견고히 다지는 한편 위와 같이 지급받은 신주인수권부사채를 행사제한 기간인 1년이 경과하자마자 상환받음으로써 상당한 이득을 취하였다.

### 3) 판단

앞서 본 법리에 비추어 원심판결이 실시한 사유 및 위 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 전량을 주당 75만 원에 매입하도록 한 행위는 경영상의 판단에 따른 정상적인 행위라고 볼 수 없고, 공소외 1 주식회사 회사 내에서 적정한 매입가격 결정에 관한 절차를 거치지 않았으며 그 주식평가 방법도 적정하지 않으므로, 본인인 공소외 1 주식회사에 대한 관계에서 그 임무에 위배하여 당시 공소외 2 주식회사의 적정가액을 초과하여 공소외 2 주식회사 주식을 주당 75만 원에 매수하게 하여 공소외 1 주식회사에 재산상손해를 가하고 피고인 및 공소외 2 주식회사 주주들에게 동액 상당의 이익을 취득하게 하였다고 충분히 인정할 수 있다.

#### (다) 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액의 산정 및 배임액수

##### 1) 법리

배임죄에서 재산상의 손해를 가한 때라 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가한 경우를 의미하므로 회사의 대표이사 등이 그 임무에 위배하여 회사로 하여금 다른 회사의 주식을 고가로 매수하게 한 경우 회사에 가한 손해액은 통상 그 주식의 매매대금과 적정가액으로서의 시가 사이의 차액 상당이라고 봄이 상당하며, 비상장주식을 거래한 경우에 있어서 그 시가는 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 만약 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 가지 평가방법들을 고려하되 그러한 평가방법을 규정한 관련 법규들은 각 그 제정 목적에 따라 서로 상이한 기준을 적용하고 있음을 감안할 때 어느 한 가지 평가방법(예컨대, 상속세및증여세법시행령 제 54조의 평가방법)이 항상 적용되어야 한다고 단정할 수는 없고, 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 할 것이며, 한편 비상장주식의 실거래가격이 시가와 근사하거나 적정한 가격으로 볼 수 있는 범위 내에 속하는 것으로 보여 실거래가격과의 차액 상당의 손해가 있다고 할 수 없는 경우에 있어서도, 그 거래의 주된 목적이 비상장주식을 매도하려는 매도인의 자금조달에 있고 회사가 그 규모 및 재정 상태에 비추어 과도한 대출을 일으켜 그 목적달성에 이용된 것에 불과하다고 보이는 등의 특별한 사정이 있는 경우라면 그와 같이 비상장주식을 현금화함으로써 매도인에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 하고 반대로 회사에 그에 상응하는 재산상의 손해로서 그 가액을 산정할 수 없는 손해를 가한 것으로 볼 수 있다( 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 참조).

한편, 배임죄의 성립을 인정하려면 손해의 발생이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 하는바, 배임행위로 인한 재산상 손해의 발생 여부가 충분히 입증되지 않았음에도 가볍게 액수 미상의 손해는 발생하였다고 인정함으로써 배임죄의 성립을 인정하는 것은 허용될 수 없다.

따라서 주식 거래와 관련한 배임행위로 인한 손해의 발생 여부를 판단하기 위하여 주식 가치의 평가가 요구되는 경우에는 그 평가 방법이나 기준에 따라 주식의 가치가 구구하게 산정된다고 하더라도 이를 쉽게 포기하지 말고 상대적으로 가장 타당한 평가방법이나 기준을 심리하여 손해의 발생 여부를 구체적으로 판단하는 것이 필요하다( 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008도11036 판결 참조).

## 2) 판단

### 가) 상증법에 따른 주식가액 산정에 관하여

상증법 시행령 제54조에 의하여 순손익가치와 순자산가치를 각각 3과 2의 비율로 가중평균하여 산정한 주당 가액은 49,174원인 바, 이 방법에 의하여 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 산정하는 것이 타당한지 에 관하여 살펴본다.

상증법에 따른 주식가치 평가방법은 과세관청이 과세표준을 정하는 관점에서 사용하는 방법일 뿐만 아니라 그 과세의 목적을 위하여는 반드시 단일한 수치로 표시된 재화의 가격을 정할 필요가 있어서 부득이하게 규정된 방법에 불과하여 그에 의하여 산정한 평가액이 곧바로 주식의 가액에 해당한다고는 볼 수 없을 뿐만 아니라( 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3191 판결 등 참조), 공소외 2 주식회사의 보험대리 및 티엠 영업은 일반 제조업과 달리 특별한 설비투자가 필요하지 않고 인적 시설 및 기타 영업 노하우 등의 무형자산이 그 자산의 주를 이루고 있고 2005년도 매출액이 급증된 사실을 고려하여 무형자산 및 장래에도 어느 정도 성장할 것으로 예상되는 기업의 미래가치를 일정 정도 반영되어야 하는 점 등에 비추어 보면, 순자산가치와 순손익가치를 기초로 산정하는 상증법에 따른 주식가치 평가방법만으로는 공소외 2 주식회사의 특성을 반영할 수 없으므로 부적절하다.

### 나) 공소외 3과의 실제거래 사례에 의한 주식가격 산정에 관하여

피고인이 세림회계법인의 주식가치 평가일로부터 2개월 전인 2006. 1. 11.경 공소외 3에게 기존 채무 6억 원의 변제를 위하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 배정하였으므로 이때의 주당 가격 75,000원(6억 원 ÷ 8,000주)으로 계산되는 바, 위와 같은 공소외 3과의 실제거래 사례가 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 적절하게 반영하는지에 관하여 살펴본다.

- ① 공소외 3은 2000.경 여의도고등학교 선배인 공소외 22의 소개로 피고인을 알게되어 가깝게 지내온 점( 피고인 1에 대한 증거기록 4권 1619면), ② 공소외 3은 피고인이 공소외 2 주식회사를 설립한 2004. 6. 8.로부터 얼마되지 않아 매출이 발생하기도 전인 2004. 7.경부터 2005. 2.경까지 7-8회에 걸쳐 이자 약정이나 담보 없이 6억원을 대여하여 이는 대여라기 보다는 투자에 가까운 것으로 보이는 점, ③ 피고인도 '자신이 가지고 있던 5억 원으로 공소외 2 주식회사 운영이 충분할 것으로 생각하였는데 운영자금에 모자라서 공소외 3에게 계속하여 돈을 빌리게 되었고, 이에 공소외 3이 대여금액이 증가하면서 담보를 요구하여 공소외 2 주식회사 발행주식의 40%에 해당하는 8,000주를 교부하였다'( 피고인 1에 대한 증거기록 4권 1643면), ' 공소외 3이 돈을 빌려주지 않았더라면 아마 영업

을 할 수 없는 상황이었기 때문에 너무 고마워서 40% 정도 지분을 배당해 준 것이다'(공판기록 5권 2764면)라고 진술하고 있어 6억 원에 대하여 8,000주를 배정한 이유가 공소외 2 주식회사 주식 1주가 약 75,000원 정도의 가치로 계산한 결과인 것은 아닌 것으로 보이는 점, ④ 피고인은 공소외 2 주식회사를 설립할 당시 자본금 5,000만 원 전액을 자신이 납입한 다음 자신에게 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었고, 2005. 12. 31.경, 2006. 1. 9.경에도 사업자금을 대여한 사람들 및 상피고인 2에게 주식을 임의로 배정하였으며, 2006. 1. 11.경 자본금을 5,000만 원에서 1억 원으로 증액하는 유상증자에서도 증자금 5,000만 원 전액을 자신이 납입한 다음 공소외 3을 비롯하여 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었는데, 위와 같은 주식 배정에는 어떠한 일률적인 배정 방법은 없었고, 단순히 피고인이 사업자금 투자액이나 공로에 따라서 적당히 배정한 것으로 보이는 점, ⑤ 공소외 3은 2006. 1. 19.경 자신이 운영하는 공소외 10 주식회사로 하여금 공소외 1 주식회사 주식을 인수하게 하여 피고인의 공소외 1 주식회사 인수를 지원하였고, 반대로 피고인은 2006. 3. 22.경 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 7 주식회사 주식을 인수하게 하여 공소외 3의 공소외 7 주식회사의 경영권확보를 지원하는 상호 특수관계에 있는 점 등에 비추어 보면, 공소외 3의 대여금 6억 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 배정한 사례가 공소외 2 주식회사 주식에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례라고 보기는 어렵다.

다) 공소외 4와의 실제거래 사례에 의한 주식가격 산정에 관하여

피고인이 2005. 12. 21. 공소외 4로부터 사업자금 명목으로 2억 5,000만 원을 차용하였다가 변제에 갈음하여 2005. 12. 31. 공소외 4에게 공소외 2 주식회사 주식 500주, 2006. 1. 9. 공소외 2 주식회사 주식 200주 합계 700주를 양도하였으므로 이 거래에서의 주당 가격 357,143원(2억 5,000만 원 ÷ 700주, 원 미만은 반올림)인 바, 위와 같은 공소외 3과의 실제거래 사례가 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 적절하게 반영하는지에 관하여 살펴본다.

① 피고인은 2004.경 고등학교 선배인 공소외 23의 소개로 공소외 4를 알게 되었고, 피고인이 운영하는 회사에 자금을 지원받는 등 피고인이 '형'이라고 부를 정도로 친분관계가 있었던 점, ② 공소외 4는 2005. 12. 21.경 피고인에게 2억 5,000만 원을 송금하였는데, 그 송금 경위와 관련하여 공소외 4는 원심 법정에서 '제가 피고인에게 투자한 투자금은 어떤 회사에 투자할 것인지, 채권 또는 주식으로 투자할 것인지, 어떠한 형식으로 투자할 것인지 등에 대한 처분권한을 피고인에게 일임하였다'고 진술하여(공판기록 5권 2278면) 2억 5,000만 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 700주가 배정된 것조차 전혀 모르고 있어, 2억 5,000만 원에 대하여 700주를 배정한 이유가 공소외 2 주식회사 주식 1주가 약 357,143원 정도의 가치로 계산된 결과인 것은 아닌 것으로 보이는 점, ③ 앞서 본 바와 같이 피고인은 공소외 2 주식회사를 설립할 당시, 2005. 12. 31.경, 2006. 1. 9.경 및 2006. 1. 11.경 유상증자 당시에 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었는데, 위와 같은 주식 배정에는 어떠한 일률적인 배정 방법은 없었고, 단순히 피고인이 사업자금 투자액이나 공로에 따라서 적당히 배정한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 4의 투자금 2억 5,000만 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 700주를 배정한 사례가 공소외 2 주식회사 주식에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례라고 보기는 어렵다.

라) 유가증권 규정에 의한 평가방법에 따른 주식가격 산정에 관하여

공소외 2 주식회사가 속한 산업군인 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년간 산업 평균 매출액 증가율 및 산업 평균 매출 원가율에 의하여 유가증권 규정에 의한 평가방법에 따라 계산한 주당 가격 614,928원{ 피고인 1에 대한 증거기록 12권 5723면 이하의 수사보고(1)[ 공소외 2 주식회사의 주식가치평가 종합] 참조}이므로 이에 관하여 살펴본다.

구 증권거래법(2007. 8. 3 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것) 시행령 제84조의7, 같은 법 시행규칙 제36조의12와 유가증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정 제82조 및 같은 규정 시행세칙 제6조에 의한 유가증권 규정에 의한 평가방법은 회사들이 합병을 할 경우 그 합병가액을 산정하는데 사용되나, 비상장회사의 주식가치를 평가함에 있어 일반적으로 사용되고 있는 평가방법이기도 하다.

유가증권 규정에 의한 평가방법에 정한 기준에 따라 산정된 순자산가치와 수익가치를 각각 1과 1.5의 비율로 가중하여 산술 평균한 본질가치와 동 규정 시행세칙 제8조 제6항에 의하여 발행회사와 자본금, 매출액 규모, 주요 재무 비율, 주당 수익률 및 제품 구성비 등이 가장 유사하고 일정한 요건을 구비하는 2개사 이상의 상장법인에 대한 유사회사별 비교가치를 평균한 가액의 30% 이상을 할인한 상대가치를 평균하여 산정하여야 한다.

이 사건 공소외 2 주식회사 주식가치를 평가한 세림회계법인 공인회계사 공소외 21은 유가증권 규정에 의한 평가방법을 사용하면서도 상대가치를 고려하지 않은 채 본질가치만을 평가하였고, 본질가치 중 수익가치는 통상 3개년도 회계자료를 기초로 주당 추정이익을 산정하게 되어 있음에도 공소외 2 주식회사가 2004년도에는 사업 초기여서 정상적인 영업을 한 것이 아니므로 2005년도 회계자료만을 기초로 주당 추정이익을 산정하였으며, 수익가치 계산에서도 공소외 2 주식회사가 제시한 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%을 근거로 하였는데, 당시 공소외 2 주식회사와 유사한 업종의 상장법인이 없었으므로 상대가치를 반영할 수 없고, 2004년 매출액을 수익가치에서 배제하더라도, 적어도 수익가치의 미래추정이익 계산에서의 매출액 증가율 및 매출 원가율은 당해 기업이 속한 산업의 추세 등이 반영될 수 있도록 회사 제시 매출액 증가율 및 매출 원가율과 산업 평균 매출액 증가율 및 매출 원가율을 평균하여 이를 사용함이 상당한 것으로 보인다.

따라서 당시의 산업평균 매출액 증가율은 6%, 매출 원가율은 82%이므로 이것들과 회사 제시 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%을 평균하여 이 수치를 토대로 계산한 공소외 2 주식회사의 본질가치는 주당 614,928원이고, 위에서 본 바와 같이 복합티엠 으로 인한 실적 추정이 지나치게 낙관적인 점, 뒤에서 보는 바와 같이 퇴직급여충당금 및 감가상각비가 과소계상되어 2005년 영업이익이 과대계상되었고, 이를 토대로 계산된 2006년도 및 2007년도 추정 매출액 역시 과대계상된 점 등을 감안하면, 당시 공소외 2 주식회사 주식 가격은 614,928원 이하라고 봄이 상당하다.

(라) 소결

따라서 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사의 업무상 임무에 위배하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격이 최대 614,928원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만원에 자신을 비롯한 공소외 2 주식회

사 주주들로부터 매수하도록 하여, 피고인은 최소 12억 15,648,000원(피고인 보유 주식 9,000주 × (750,000원 - 614,928원)) 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 나머지 주주들로 하여금 최소 14억 85,792,000원(나머지 주주들 보유 주식 11,000주 × (750,000원 - 614,928원)) 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 27억 1,440,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정되고, 위 금액을 넘는 범위에 대하여는 범죄의 증거가 없다 할 것이다.

(2) 피고인 1의 공소외 2 주식회사에 대한 대여 관련 30억 원 및 공소외 5 주식회사에 대한 대여 관련 5억 원의 각 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는바, 이 경우 그 '임무에 위배하는 행위'라 함은 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하고, '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되므로, 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 회사의 이사는 단순히 그것이 경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없으며, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는다( 대법원 2006. 11. 10. 선고 2004도5167 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 기록을 면밀히 살피건대, 원심은 그 거시증거 및 이에 의하여 인정되는 사정들을 종합하여, 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 자회사인 공소외 2 주식회사 및 손자회사인 공소외 5 주식회사가 당시 자금사정이 어려워 공소외 1 주식회사에서 이들 회사에 금원을 대여하더라도 변제기에 이를 변제할 수 없어 공소외 1 주식회사에 손해가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하면서도, 이들 회사로부터 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권 보전조치를 취하지 아니하고, 이사회에서 대여의 필요성과 채권 회수방안 등에 대해 실질적인 논의도 하지 않고서, 2006. 4. 26.경 자회사인 공소외 2 주식회사에 30억 원을, 공소외 5 주식회사에 2006. 11. 29.경 2억 원, 2007. 1. 5.경 1억 원, 같은 달 8.경 2억 원 합계 5억 원의 금원을 각 대여하여 이들 회사에 위 각 금액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정하면서, 배임의 고의가 없다는 피고인의 주장을 배척하였는바, 이러한 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인이 주장하고 있는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 1의 공소외 7 주식회사 주식인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

공소외 10 주식회사와 그 대표이사인 공소외 3은 2006. 3. 22.경 공소외 24 주식회사 11호 기업구조조정조합으로부터 코스닥 상장법인인 공소외 7 주식회사의 주식 755,937주(지분율 7.47%)를 1주당 7,937원으로 계산하여 합계 60억



원에 매수하여 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수하였는데, 위 1주당 매매가격은 이른바 경영권 프리미엄을 반영하여 기준주가 5,400원에 비해 47% 할증된 가격이었다.

피고인은 위와 같이 공소외 10 주식회사와 공소외 3이 공소외 7 주식회사 주식을 매수할 때 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하게 하기 위해 공소외 7 주식회사 주식 377,968주(지분율 3.74%)를 위와 같이 경영권 프리미엄이 반영된 주당 7,937원으로 계산하여 합계 30억 원에 위 조합으로부터 매수하게 한 다음 같은 날 '타법인 주식 및 출자증권 취득 결정'을 공시하면서 위 주식 매수목적은 '경영권 참여를 위한 지분 취득'이라고 밝혔다.

피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 2000년부터 2005년까지 6년 연속 당기순손실을 기록하고 그 누적액이 294억 원을 초과하였으며 주식 매수에 동원할 수 있는 여유자금 또한 현저히 부족한 공소외 1 주식회사의 사정을 감안하여 공소외 1 주식회사의 사업영역과 무관한 캠핑용구 제조 및 판매업체인 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하기 위해 공소외 1 주식회사의 자금을 투입하는 것에 대해서는 그 필요성을 보수적인 관점에서 신중히 검토하고 이사회에서 충분히 논의하여 회사 자금이 회사의 사업목적 이외의 분야에 함부로 사용되지 않도록 노력하여야 할 업무상 임무가 있다.

또한 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하기로 결정한 경우에도 경영권 프리미엄의 적정성을 검토하여야 할 뿐만 아니라 공소외 1 주식회사로 하여금 코스닥 상장 주식을 시장가격에 경영권 프리미엄을 더한 가격에 매수하게 하는 경우에는 사전에 공소외 10 주식회사 등 공동매수인과 협의하여 공소외 1 주식회사가 실제 공소외 7 주식회사의 경영에 참여할 수 있도록 조치하고, 만약 경영 참여가 여의치 않을 경우에는 매수한 주식을 매매 당시의 시장가격에 경영권 프리미엄을 더한 가격으로 양도할 수 있도록 미리 조치하여 공소외 1 주식회사에 재산상 손해가 없도록 해야 할 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인은 공소외 1 주식회사의 경영권을 취득한 지 15일 만에 만연히 공소외 7 주식회사의 경영 참여를 위해 공소외 1 주식회사 자금 30억을 투입하기로 결정하고 당시 적정가격이 주당 5,400원인 공소외 7 주식회사 주식 377,968주를 주당 7,937원에 매수하면서 경영 참여 또는 경영권 프리미엄을 보장받기 위한 사전 조치를 소홀히 하고, 이사회에서 경영 참여의 필요성이나 코스닥 시장에서의 거래시가보다 월등히 높은 가격에 공소외 7 주식회사 주식을 인수할 필요성 및 인수가격의 적정성 등에 관하여 논의하지도 않았다.

이로써 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서의 업무상 임무에 위배하여 공소외 3으로 하여금 위 조합에 9억 58,904,816원 $\{(7,937\text{원}-5,400\text{원})\times 377,968\text{주}\}$ 만큼 경영권 프리미엄을 적게 지급하고 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(나) 판단

이른바 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업 경영에 내재된 속성을 고려하여 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단 대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결 등 참조).

기록에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

- ① 공소외 10 주식회사와 그 대표이사 공소외 3, 공소외 1 주식회사와 그 대표이사 피고인은 공동으로 2006. 3. 22. 코스닥상장법인인 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수하기 위하여 공소외 24 주식회사 11호 기업구조조정조합으로부터 공소외 7 주식회사 주식 1,259,895주(지분율 12.5%)를 주당 7,937원, 총 10억 원에 매수하는데, 공소외 10 주식회사가 45억 원, 공소외 3이 15억 원, 공소외 1 주식회사가 30억 원, 피고인이 10억 원을 각 투자하였으므로(증제101호 주식양수도계약서, 공판기록 5권 2622면), 피고인 개인 자금도 투자되어 공소외 1 주식회사의 투자금과 같이 손익을 같이하게 될 운명이었다.
- ② 위 주식 인수 당시 주식양수도 가액의 적정성에 관하여 세림회계법인의 주식평가를 받았는데, 당시 세림회계법인에서는 미래현금흐름할인(DCF) 방법에 의하여 공소외 7 주식회사의 주식의 주당 가치를 그 성장률의 가정에 따라 3,338원~7,306원의 범위로 산정하였고, 유사사례에 의한 방법(경영권 프리미엄이 수반된 주식양수도 사례를 참조)에 의하여 기준주가에 경영권프리미엄을 더하는 방법으로 적정 매매가액을 주당 11,403원으로 산정하였으며(공소외 3 증언, 공판기록 6권 2644면), 한편 당시의 공소외 7 주식회사의 1개월 거래량 가중평균 주가는 6,157원, 1주일 거래량 가중평균 주가는 5,097원으로(증제100호 기준주가산정표, 공판기록 5권 2611면) 피고인 등의 경영권프리미엄을 포함한 매입가격인 주당 7,937원은 세림회계법인의 평가액 및 당시의 기준주가와 경영권프리미엄을 감안하면 적정한 것으로 보인다.
- ③ 당시 공소외 7 주식회사 주식 매수 직전 공소외 7 주식회사가 해외에서 몇 백억 원을 투자받겠다고 공시하였다가 이를 번복하여 단기간내에 주가가 12,000원에서 5,000원으로 급락을 하였기 때문에 단기 반등 가능성이 있어 피고인은 반등할 경우 장내에서 이를 매도하여 시세차익을 얻을 수 있고, 그렇지 않더라도 공동매수인과 함께 경영권프리미엄을 포함하여 보유주식을 매각하면 공소외 1 주식회사로서는 아무런 손해가 발생하지 않는다.
- ④ 공소외 7 주식회사 이사진(정원 4명)에 공소외 1 주식회사의 CFO 공소외 8 이사 1명만이 선출되었는데, 이는 공동매수 당시 공소외 1 주식회사와 피고인의 지분율이 공소외 10 주식회사와 공소외 3의 지분율의 2/3에 불과하고, 위와 같은 격차는 2006. 5.경 공소외 7 주식회사의 기존 경영진이었던 공소외 25와의 경영권분쟁으로 인하여

공소외 10 주식회사가 장내에서 추가로 공소외 7 주식회사 주식을 매집함으로써 더욱 벌어지게 된 것으로 이는 불가피한 것으로 보인다.

- ⑤ 공소외 7 주식회사는 2006. 4. 21. 공소외 1 주식회사가 발행한 20억 상당의 전환사채를 인수하였는데(증 제84호증, 주식등의 대량보유상황보고서, 공판기록 5권 2353면), 이와 같은 공소외 7 주식회사의 의사결정은 피고인의 영향력 없이는 이루어 질 수 없다 할 것이므로 공동경영이 아니더라도 공소외 3은 공소외 7 주식회사 경영에 있어서 피고인의 의사를 존중하였던 것으로 보인다.
- ⑥ 피고인이 공소외 3과 사이에 경영권프리미엄에 상응하는 경영권확보방안이나 경영권 불행사시 자금회수 방안에 관하여 약정을 서면화하지 않은 잘못은 있으나, 위와 같은 공동매수 당시에는 어느 한쪽이 공동약정을 깨게 되면 양쪽 모두 경영권프리미엄을 상실하게 되는 결과가 되어 위와 같은 약정의 서면화는 반드시 필요하였다고 보기 어렵다.
- ⑦ 피고인이 공소외 1 주식회사를 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 양도한 이후에 공소외 9 주식회사가 위 공동매수 이후에 발생한 경영권분쟁에 있어서 공소외 1 주식회사가 경영권확보를 위하여 노력하지 않은 사정 등을 감안하지 않고 기존 매입대금 30억 원에 법정이자를 요구하여, 공소외 10 주식회사가 이를 거부하자 추가 협상 없이 장내에서 바로 이를 매도하여 그 손해가 현실화되었다.

앞서 본 법리에 비추어 위 사정들을 종합하여 보면, 비록 피고인에게 공소외 3이 피고인의 공소외 1 주식회사 인수를 지원한 것에 대한 반대급부로 공소외 3의 공소외 7 주식회사 인수를 지원할 의도가 있었다고 하더라도, 위에서 본 바와 같이 공소외 7 주식회사의 주식을 경영권프리미엄을 포함하여 적정한 가격으로 매수하였고, 그 후 공소외 7 주식회사의 경영에도 참여하였다고 볼 만한 사정이 있으며, 공소외 1 주식회사의 손해가 공소외 9 주식회사의 주식 매도로 인하여 현실화되었다면, 피고인에게 앞서 본 바와 같은 약정을 서면화하지 않는 등의 경영상의 잘못이 있다고 하더라도, 이를 가지고 피고인에게 배임의 고의가 있다고 보기는 어렵다 할 것이어서, 이 부분 공소사실은 그 증거가 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인의 위 주장은 이유 있다.

(4) 피고인 1, 4의 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 2006. 3. 7.경부터 공소외 1 주식회사 대표이사로, 피고인 4는 2006. 7. 11.경부터 공소외 1 주식회사의 이사 겸 부사장으로 공소외 1 주식회사를 경영하다가 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 소유 주식 2,526,667주를 50억 53,334,000원에 매각하고 경영권을 양도하는 내용의 계약을 체결하고, 같은 달 25.경 경영권을 양도한 후 같은 해 6. 22.경 대표이사직을 사임하였다.

피고인들은 2007. 3. 20.경 당시 법인등기부상 대표이사로 등재되어 있기는 하지만 위와 같이 보유주식과 경영권을 전부 양도하기로 계약을 체결한 상황이므로, 형식적으로나마 대표이사직에 머물러 있던 피고인들로서는 공소외 1 주

식회사 자금을 회사의 이익에 반하지 않도록 신중하게 운영하여야 하고, 퇴진이 예정된 경영진인 피고인들의 개인적인 편의를 위한 용도로 회사 자금을 사용하여서는 안 될 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고, 피고인들은 공모하여 2007. 3. 20.경 피고인들이 사용할 벤츠 S550V 승용차 2대를 공소외 1 주식회사 명의로 공소외 42로부터 계약기간을 3년으로 정하여 리스하면서 보증금 명목으로 1억 1,853,700원, 리스로 선급금 명목으로 64,800,000원 등 합계 1억 66,653,700원을 공소외 42에 지급하였다.

이로써 피고인 1은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 임무에 위배하여 82,669,700원 상당의 재산상 이익을, 피고인 4는 83,984,000원 상당의 재산상 이익을 각 취득하고, 공소외 1 주식회사로 하여금 1억 66,653,700원 상당의 재산상 손해를 입게 하였다.

#### (나) 판단

기록에 의하여 인정되는 다음 사정들 즉, ① 공소외 1 주식회사의 임원인 피고인들은 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 대하여 공소외 1 주식회사의 주식 및 경영권을 양도하기로 계약한 다음 계약금 30억 원을 지급받았는데, 이때 차량리스를 승낙하였는지에 관하여 공소외 9 주식회사 대표이사 공소외 26은 검찰에서는 '통상적으로 기존의 대표이사가 경영권을 양도하면서 예우차원에서 기존에 사용하던 차량과 기사, 급여를 대표이사로 사임할 때까지의 기간 동안만 제공한다는 것이지, 새로이 차량을 리스하여 사용하여도 된다는 의미는 아니다'라고 진술하고( 피고인 1에 대한 증거기록 13권 6651면), 원심 법정에서는 '당시 계약금 30억 원만 지급한 상태이므로 제가 의사결정할 수 있는 권한도 없고, 당시 대표이사는 피고인 1이기 때문에 피고인들에게 공소외 1 주식회사 자금으로 신차를 리스해서 타고 다녀라는 말을 할 입장이 아니고, 그렇게 말한 적도 없다'고 진술하고(공판기록 5권 2234, 2251, 2253면) 있으나, 2007. 5.경부터 공소외 1 주식회사의 상무이사로 근무한 공소외 27은 검찰에서 '2007. 5. 1. 입사해서 리스 차량 현황을 보니, 경영권이 양도된 이후에 피고인들이 차량을 리스하여 운행하고 있기에 공소외 26 사장에게 보고하였더니, 공소외 26 사장은 2007. 6. 초순경 대표이사 선임 주주총회 전까지는 피고인들이 계속해서 운행하도록 하였다고 하였고, 2007. 6. 말경 리스차량을 회수하여야 되겠다고 생각하여 공소외 26 사장에게 보고하니 그대로 추진하라고 하여 전보혜 등 실무자에게 리스차량 승계업무를 처리하도록 지시하였다'고 진술하고( 피고인 1에 대한 증거기록 13권 6540면), 원심 법정에서 '동의까지는 몰라도 제가 알기로 6-7월까지인가 계속 그 차량 사용에 대하여 협의가 있었던 것으로 기억한다'고 진술하는 점(공판기록 5권 2294면), 피고인들의 리스차량 이용 당시 공소외 9 주식회사 측에서 아무런 이의를 제기하지 않은 점, 공소외 26은 피고인들과 사이에 공소외 1 주식회사 양수도와 관련된 옵션계약 해제로 인한 손해배상 등으로 민사소송의 반대 당사자로서 서로 치열하게 다투고 있었던 점 등을 고려하면 당시 공소외 26은 피고인들에게 차량리스를 허용하였고 2007. 6.경의 대표이사 선임 주주총회 전까지는 이를 사용하도록 승낙한 것으로 봄이 상당한 점, ② 2007. 6.경 주주총회로 새로운 경영진이 선임되기 전까지는 형식적으로 피고인들이 임원이기는 하나, 이미 경영권이 양도된 상태에서는 공소외 1 주식회사의 양수인인 공소외 9 주식회사가 공소외 1 주식회사에 대하여 실질적인 경영권을 행사한다고 봄이 상당하므로, 피고인들이 공소외 9 주식회사의 대표이사 공소외 26의 승낙을 받고 공소외 1 주식회사 명의로 차량을 리스하였다면 업무상임무에 위배하였다는 인식을 하기는 어려운 점, ③ 피고인들은 공소외 1 주식회사 명의로 차량을 리스하였으므로 피고인들

이 공소외 7 주식회사를 떠나더라도 위 리스차량의 이용자의 지위는 여전히 공소외 1 주식회사에 있다 할 것이므로 리스계약 당시 지급한 보증금 및 선급리스료 상당의 재산상이익을 피고인들이 취득하였다고 보기는 어려운 점, ④ 새로운 경영진이 주주총회에서 선임된 후 이 사건 리스차량을 공소외 1 주식회사에서 그대로 사용하면 차량리스 승계의 문제가 발생하지는 않지만, 공소외 26은 위 차량들이 필요 없게 되자 위와 같이 리스차량 승계를 지시하였는데, 차량리스의 경우 리스계약을 중도해지하면 리스회사에 이에 따른 손해배상을 하여야 하므로 이보다는 리스차량 이용자의 지위를 양도하는 것이 유리하다는 판단하에 공소외 27은 피고인들에게 차량리스 승계를 요청하였고, 이에 피고인들은 위 요청을 받아들여 피고인 1은 2007. 7. 11.경 공소외 28에게 위 리스차량 이용자의 지위를 양도하게 한 후 선급리스료 반환금 명목으로 27,467,220원을 반환하였고, 피고인 4도 그가 대표이사로 있던 공소외 29 주식회사에 리스차량을 승계시킨 다음 2007. 9. 12.경 위약금 보전 명목으로 청주지방법원에 33,484,400원을 공탁하여 이 사건 차량리스로 발생할 수 있는 공소외 1 주식회사의 손해를 보전하기 위하여 노력한 점 등을 종합하여 보면, 비록 피고인들이 위 리스차량을 일부 개인적인 용도에 사용하였다 하더라도, 이것만 가지고는 피고인들에게 배임의 고의가 있다고 보기는 어렵다 할 것이어서, 이 부분 공소사실은 그 증거가 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인들의 위 주장은 이유 있다.

(5) 피고인 1의 공소외 11 주식회사 소유 설비부품 4억 9,235,751원 상당 업무상횡령의 점에 대한 판단

원심이 적절하게 실시한 사유들에 의하면, 피고인은 2006. 4. 25.경 피해자 공소외 11 주식회사로부터 그 소유의 캘린더를 매수한 것이 아니라 임차한 것임을 알면서도 공소외 30 주식회사 대표이사 공소외 12에게 위 캘린더의 매각을 의뢰하여 공소외 12로 하여금 2006. 10.경부터 2007. 2. 25.경까지 사이에 위 캘린더를 분해하여 해외에 매각하게 함으로써 이를 횡령하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(6) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대출 관련 34억 75,288,900원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대한 판단

(가) 대출금의 실질적인 주채무자는 피고인이라는 주장에 대하여

동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 법령이나 금융기관 내부규정의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자가 실제 대출받고자 하는 채무액에 대하여 제3자를 형식상의 주채무자로 내세우고, 금융기관도 이를 양해하여 제3자에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 제3자 명의로 대출관계 서류를 작성받은 경우, 제3자는 형식상의 명의만을 빌려준 자에 불과하고 그 대출계약의 실질적인 당사자는 금융기관과 실질적 주채무자이므로, 제3자 명의로 되어 있는 대출약정은 그 금융기관의 양해하에 그에 따른 채무부담의 의사 없이 형식적으로 이루어진 것에 불과하여 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위라고 할 것이다( 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53013 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 피고인은 2006. 1.경 신한은행 신설동지점으로부터 개인 명의로 33억 원의 대출을 받았는데, 그 대출이 2007. 1.경 만기가 되자, 공소외 1 주식회사의 거래지점인 신한은행 양재남기업금융지점으로부터 실적을 올려달라는 취지로 공소외 5 주식회사 명의로 대출을 받으라는 요청을 받고 위 회사 명의로 35억 원의 대출을

받은 사실, 이 사건 대출 당시 피고인은 공소외 5 주식회사의 대표이사로서 위 회사 명의로 대출을 받았을 뿐 자신이 실제 채무자이고 공소외 5 주식회사는 단순히 형식상의 주채무자라는 의사표시를 하거나, 신한은행 양재남기업금융지점 대출담당자가 공소외 5 주식회사에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 위 회사 명의로 대출관계 서류를 작성받았다고 볼 만한 아무런 자료가 없는 점 등에 비추어, 공소외 5 주식회사로 되어 있는 이 사건 대출약정이 통정허위표시라 인정할 수 없으므로, 이를 전제로 하는 위 주장은 이유 없다.

(나) 불법영득의 의사가 없다는 주장

횡령죄에 있어서 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같이 처분을 하는 의사를 말하고, 사후에 이를 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있다 하더라도 불법영득의 의사를 인정함에는 지장이 없는 것이다( 대법원 2006. 11. 10. 선고 2004도5167 판결 등 참조).

원심이 적절하게 실시하고 있는 사유들에 의하면, 피고인은 2007. 1. 19. 공소외 5 주식회사 명의로 35억 원을 대출받아 수수료 등을 제외한 34억 75,288,900원을 송금받은 후, 이를 가지고 자신의 개인 명의 대출금 33억 원을 변제하고 나머지는 개인 채무 변제, 투자금으로 사용하여 이를 횡령하였다고 충분히 인정할 수 있고, 비록 피고인이 개인 및 그 아버지 소유의 부동산을 담보로 제공하였고, 이자를 피고인 개인 돈으로 상환하였다는 것만으로는 횡령죄의 성립에 영향을 미치지 못한다 할 것이므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(7) 피고인 1의 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

공소외 1 주식회사는 2006. 9. 20.경 공소외 31 등으로부터 충북 청원군 오창읍 소재 공소외 13 주식회사(당시 상호는 '◇◇◇'였고, 이하 '공소외 13 주식회사'라 한다) 발행주식 76.19%를 8억 원에 매수하여 공소외 13 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입시켰다.

공소외 1 주식회사 대표이사이자 공소외 5 주식회사의 대표이사였던 피고인은 2006. 10. 18.경 공소외 13 주식회사 대표이사 공소외 14가 공소외 13 주식회사의 기존 은행 차입금 상환 및 신제품 생산을 위한 시설 투자를 위해 10억 원의 신규 차입을 고려하고 있다는 사실을 알고 공소외 14에게 "공소외 1 주식회사가 신용도가 낮아 차입이 어려우니 공소외 13 주식회사에서 최대한 자금을 많이 차입하여 공소외 5 주식회사에 6억 원을 빌려 달라. 만기 전이라도 공소외 13 주식회사에서 자금이 필요한 상황이 되면 언제든지 내가 책임지고 상환하겠다.

"라는 취지로 말하여, 공소외 13 주식회사의 최대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 최대주주 겸 대표이사인 피고인의 변제 약속을 믿은 공소외 14로 하여금 그의 연대보증 하에 공소외 13 주식회사 명의로 기업은행 서청주지점으로부터 14억 원을 대출받아 그 중 6억 원을 공소외 5 주식회사에 대여기간 1년, 이율 연 7%의 조건으로 대여하게 하였다.

그러나 사실은 공소외 5 주식회사는 제3항 기재와 같이 영업부진으로 인해 2006. 6.경부터 적자가 발생하여 2006년도 당기순손실이 12억 7,700만 원에 달하였고, 2006. 12. 31. 현재 유동부채(32억 6,800만원)가 유동자산(20억 5,600만원)을 크게 초과하여 자본이 전액 잠식된 상태일 정도로 재무사정이 악화되어 전적으로 차입금에 의존하여 운영되고 있던 상황이었으므로 공소외 13 주식회사로부터 자금을 빌려 사용하더라도 그 원리금을 제대로 변제할 능력이 없었고, 피고인 또한 위와 같은 사정을 잘 알면서 공소외 5 주식회사 명의로 6억원을 차용하였으므로 공소외 14로부터 대여금 상환 요청을 받더라도 자신이 공소외 5 주식회사를 대신하여 위 차용금을 상환할 의사가 없었다.

이로써 피고인은 공소외 14를 기망하여 공소외 5 주식회사로 하여금 6억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하였다.

#### (나) 판단

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음 사정들 즉, ① 피고인과 공소외 14는 공소외 13 주식회사를 공동으로 인수하기로 하여 2006. 9. 20.경 공소외 14는 공소외 13 주식회사 발행주식 24% 가량을 2억 5,000만 원에 매입하고, 공소외 1 주식회사는 2006. 9. 20.경 공소외 13 주식회사 발행주식 76% 가량을 8억 원에 매수하여 공소외 13 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입시킨 사실, ② 엔디플로의 대표이사는 공소외 14가 맡았으나, 피고인은 공소외 13 주식회사 회사 내에서 '사장'으로 호칭되었고, 대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 13 주식회사의 은행대출 및 시설투자 등 주요 자금에 대한 결재권을 행사한 사실, ③ 공소외 14도 '금액이 좀 큰 부분은 언제든지 피고인과 상의해서 집행하였다.

몇 천만 원 정도는 제가 임의로 했고, 나머지 큰 금액들은 피고인과 협의했다'고 진술하여(공판기록 5권, 2457면) 피고인이 공소외 13 주식회사의 주요 자금 결재에 관하여 일정한 권한을 가지고 있었던 것으로 보이는 점, ④ 피고인이 공소외 14에게 6억 원을 추가로 대출하여 공소외 5 주식회사에 대여하게 한 경위에 관하여 보건대, 공소외 14는 '금전 대여 당시 피고인이 공소외 5 주식회사가 어떤 회사라고 이야기한 것 같은데, 정확하게 업종이 달라서 잘 기억도 안 나고, 재무상태나 이런 것에 대하여 전혀 물어보지도 않았고, 듣지도 않았다'(공판기록 5권, 2462면), '공소외 5 주식회사가 뭐하는 회사인지 우리는 알 것 없고, 피고인의 재력을 믿고 빌려주면 된다는 분위기여서 빌려준 것이다'(공판기록 5권, 2467면)라고 진술하여 이 사건 대여는 공소외 5 주식회사의 변제능력과 아무런 상관 없이 피고인의 변제약속을 믿고 이루어 진 것으로 보이는 점, ⑤ 피고인은 공소외 13 주식회사의 대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 13 주식회사의 주요 자금에 대하여 결재권을 행사하였으므로 공소외 14로서도 피고인의 요청을 거절할 수 없다 할 것이고, 위와 같은 위치에 있는 피고인이 구두로 공소외 13 주식회사에서 자금이 필요하면 언제든지 상환하겠다고 함으로써 이 사건 대여가 이루어진 것이라고 봄이 상당하고, 피고인이 공소외 14를 공소사실 기재와 같이 기망하였고, 공소외 14가 이에 착오를 일으켜 공소외 14가 공소외 5 주식회사에 대여하였다고 보기는 어려운 점, ⑥ 2007. 3. 19. 피고인이 공소외 1 주식회사를 공소외 9 주식회사에 양도하기 전에는 이 사건 대여금의 상환요청이 전혀 없었다가 위와 같은 양도가 이루어지고 이 사건 수사가 개시된 후에야 비로소 이 사건 대여를 문제삼은 것도 당시 공소외 14가 기망당하였는지에 관하여 의심이 들게 하는 점 등을 종합하여 보면, 검찰이 제출한 증거들만으로는 합리적 의심을 배제하고 피고인이 공소외 14를 기망하여 동인이 착오로 인하여 이 사건 대여를 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 그

증명이 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인의 위 주장은 이유 있다.

(8) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령) 및 배임증재의 점에 대한 판단

횡령죄에 있어서 재물의 보관이라 함은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하고 그 보관이 위탁관계에 기인하여야 할 것임은 물론이나, 그것이 반드시 사용대차·임대차·위임 등의 계약에 의하여 설정되는 것임을 요하지 아니하고, 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있다( 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005도 7610 판결 등 참조)

또한, 형법 제357조에 규정된 배임증재죄에 있어서의 부정한 청탁이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이에 관련되어 취득한 재물이나 재산상 이익의 액수와 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며, 그 청탁이 반드시 명시적으로 이루어져야 하는 것도 아니고 묵시적으로 이루어지더라도 무방하다( 대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조)

위 각 법리 및 원심이 적절하게 실시한 사유들에 의하면, 피고인들은 공모하여 공소외 16 주식회사 제3자 배정 유상증자에 참여하는 방법으로 경영권을 취득함에 있어, 피고인들의 개인자금으로 최대주주 도움에 경영권 취득에 대한 대가를 취급하는 대신 피고인들이 보관하고 있던 공소외 16 주식회사 소유의 유상증자 자금 중 50억 원을 공소외 15에게 대여하여 이를 횡령하고, 도움에 별도의 경영권 프리미엄을 지급하지 않는 한편 도움의 대표이사 겸 최대주주 공소외 15가 공소외 16 주식회사에 대한 경영권을 행사하지 않도록 하는 취지의 부정한 청탁의 대가로 위와 같이 50억 원을 대여하여 그 경제적 이익을 공여하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(9) 피고인 1, 4의 도움에 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

원심이 적절하게 실시한 사유들에 의하면, 피고인들은 2007. 8. 10.경 공소외 16 주식회사의 유상증자에 참여하여 공소외 16 주식회사의 대주주가 되었고, 그때부터 피고인 1은 총괄CEO, 피고인 4는 재무신규사업 CEO로 공소외 16 주식회사의 업무 전반에 관여하였고, 이 사건 50억 원의 도움에 대한 대여 당시 도움은 주된 매출처인 팬택의 워크아웃으로 지속적인 매출액의 감소가 예상되는 등 변제능력이 부족한 상황이었음에도, 피고인들은 공모하여 도움으로부터 적절한 담보를 제공받는 등 채권회수를 위한 조치를 취하지 않은 채, 단지 공소외 16 주식회사의 경영권을 취득하기 위하여 공소외 16 주식회사 소유의 유상증자 자금 중 50억 원을 도움에 대여하여 도움으로 하여금 50억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 16 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 충분히 인정할 수 있고, 비록 유상증자 이전에 이미 공소외 15를 비롯한 공소외 16 주식회사 경영진과 위 50억 대여에 대한 합의가 있었다 하더라도 이는 업무상배임죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 못하므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.



(10) 피고인 1, 4의 공소외 19 주식회사에 대한 35억 원 대여 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 된다( 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 원심이 실시한 사유들을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인들은 공모하여 당시 공소외 19 주식회사는 아파트시행업을 영위하는 회사로서 별다른 재산이 없어 외부자금이 유입되지 않고서는 회사 운영 및 사업 진행이 어려워 차용금을 변제할 능력이 의심스러운 상황이었음에도 담보제공 등 채권회수를 위한 조치를 취하지 않고 이사회 결의도 거치지 않은 채, 공소외 19 주식회사에 35억 원을 대여함으로써 위 회사로 하여금 동액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 16 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(11) 피고인 1의 사문서위조, 자격모용에 의한 사문서 작성 및 행사의 점에 대한 판단

주식회사의 적법한 대표이사라 하더라도 그 권한을 포괄적으로 위임하여 다른 사람으로 하여금 대표이사의 업무를 처리하게 하는 것은 허용되지 않는다.

따라서 대표이사로부터 포괄적으로 권한 행사를 위임받은 사람이 주식회사 명의로 문서를 작성하는 행위는 원칙적으로 권한 없는 사람의 문서 작성행위로서 자격모용사문서작성 또는 위조에 해당하고, 대표이사로부터 개별적·구체적으로 주식회사 명의로의 문서 작성에 관하여 위임 또는 승낙을 받은 경우에만 예외적으로 적법하게 주식회사 명의로 문서를 작성할 수 있다( 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006도2016 판결 참조).

원심이 적절하게 실시한 사유들에 의하면, 피고인 및 피고인 4가 공소외 16 주식회사의 대표이사 및 이사로 각 선임되는 주주총회 개최일인 2007. 10. 2.까지는 당시 대표이사 공소외 17, 이사 공소외 18 명의로 이사회 회의록을 작성할 권한이 없었고, 또한 동인들로부터는 새로운 이사 선임에 대한 임시주주총회 소집통지를 위한 이사회를 제외하고는 이사회 회의록 작성에 관하여 별다른 동의를 받은 바 없음에도, 2008. 2.경 2007. 8. 17.자 공소외 15에 대한 50억 대여 관련 이사회 회의록, 2007. 9. 4.자 공소외 19 주식회사에 대한 10억 대여 관련 이사회 회의록에서의 '의장 대표이사 공소외 17'이라고 기재된 옆에 공소외 16 주식회사 대표이사 직인을 각 날인하고, '이사 공소외 18'이라고 기재된 옆에 피고인의 도장을 찍은 후 '代'라고 기재하여, 공소외 16 주식회사 대표이사 공소외 17 명의의 권리의무 또는 사실증명에 관한 사문서인 이사회 회의록 2부를 위조하고, 이사 공소외 18의 자격을 모용하여 이사회 회의록 2부를 작성하였다고 충분히 인정할 수 있고, 대표이사 공소외 17 명의의 위조는 위 법리에 비추어 가사 피고인이 공소외 17로부터 포괄적으로 권한 행사를 위임받았다고 하더라도 개별적·구체적으로 주식회사 명의의 문서 작성에 관하여 위임 또는 승낙을 받았다고는 볼 수 없으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 피고인 2의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단( 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여)

(1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인에 대한 이 부분 공소사실의 요지는 위 가의 (1)(가)항에서 본 바와 같고(다만, "피고인"은 " 상피고인 1"로, " 상피고인 2"는 "피고인"으로 변경), 그 외에 검사는 다시 예비적으로 피고인이 상피고인 1의 위와 같은 배임행위를 방조하였다는 것으로 공소제기를 하고 있다.

(2) 판단

형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것이기는 하나, 이를 위해서는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 경우여야 한다( 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도2994 판결 등 참조).

또한, 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 그 방조는 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만 아니라, 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립한다.

그리고 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심적 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이 때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다고 할 것이며, 또한 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다( 대법원 2007. 10. 26. 선고 2007도4702 판결 등 참조).

이 사건 기록에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

(가) 피고인은 상피고인 1의 요청으로 2005. 2. 17.경부터 공소외 2 주식회사의 상무이사로 근무하면서 회사의 조직관리, 영업 등을 담당하였으나, 회사의 자금조달 등 주요한 경영상의 업무는 상피고인 1이 담당하였고, 피고인은 이에 대하여 관여하지 아니하였다.

(나) 피고인은 공소외 1 주식회사와는 아무런 관련이 없어 공소외 1 주식회사의 공소외 2 주식회사 주식 인수의 필요성 및 절차의 적정성, 인수가격, 공소외 1 주식회사의 재정상황 등을 알 수 있는 위치에 있지 않았고, 그에 관한 의사결정에 어떠한 영향력을 행사할 수도 없었다.

(다) 상피고인 1은 평소 공소외 2 주식회사 운영과 관련한 중요 결정을 혼자서 결정하였고, 피고인과 상의하거나 미리 알려주지 않았는데, 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 매도와 관련하여서도 상피고인 1은 피고인과 상의하거나 그 사실을 미리 알려준 것으로는 보이지 않는다.

(라) 피고인은 보유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 500주에 대하여 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채 3억 7,500만 원 상당을 교부받아 후에 이를 상환받아 동액 상당의 금전전 이득을 받았으나, 위와 같은 이득은 상피고인 1이 공소외 1 주식회사 대표이사로서 공소외 2 주식회사 주식 전량을 매수한 것에 따른 것이지, 피고인이 이를 의도하고 행위한 것으로는 보이지 아니한다.

(마) 피고인은 2006. 3. 6.경 상피고인 1의 지시에 따라 공소외 2 주식회사 세무대리를 담당하고 있던 위드회계법인에 외부 회계감사를 의뢰하였고, 2006. 3. 9.경 상피고인 1로부터 '공소외 2 주식회사 매각과 관련하여 세림회계법인 공인회계사 공소외 21로부터 연락이 올테니 요구하는 자료를 주라'는 지시를 받고, 이에 따라 공소외 2 주식회사의 회계자료 등을 제공하였는데, 다음에서 보는 바와 같이 피고인이 공소외 2 주식회사 재무제표를 분석하여 위드회계법인이나 세림회계법인에 제공하였다고 볼 수 없다.

#### 1) 선급비용

공소외 2 주식회사의 2005년도 대차대조표 및 손익계산서에는 2005. 12. 10. 공소외 117 주식회사에 지급한 위탁대행 수수료 94,726,200원, 같은 달 23. 공소외 5 주식회사에 지급한 무료보험대행료 75,087,240원, 같은 날 공소외 35 주식회사에 지급한 판촉물 제작비 3,300만 원, 같은 날 공소외 32 주식회사에 지급한 업무대행수수료 51,188,080원, 같은 달 27. 공소외 33 주식회사에 지급한 이메일광고대행료 21,560,000원 등 비용 합계 2억 75,561,250원을 자산 계정 중 선급비용으로 처리되었다.

그러나 ① 피고인 1의 변호인이 제출한 증 제4호증의 기재(회계법인 리안 작성의 회계처리 적정성 검토의견서, 공판기록 1권 359면), 한국회계기준원에 대한 당심의 사실조회결과 및 당심 증인 공소외 34의 증언 등에 의하면, 공소외 2 주식회사는 홈쇼핑업체 등으로부터 고객정보가 들어있는 데이터베이스를 구입하고 이를 이용하여 전화로 보험을 판매하는 보험상품 판매대행업을 영위하는 회사로서, 외부에서 구매된 데이터베이스는 각 판매원들에게 분배되고, 이들 판매원은 각자 분배받은 데이터베이스 상의 고객에게 오랜기간 동안 여러 차례 전화를 걸어 보험상품의 필요성과 특성, 차별성 등을 설명하여 보험상품에 가입하도록 권유하고, 실제 계약이 체결된 건에 대하여 회사가 판매수수료를 수령하므로, 데이터베이스 구매대금은 무형자산에 해당하는 점, ② 따라서 원칙적으로 데이터베이스 구매대금을 무형자산으로 계상하고 자산의 활용가치 및 활용가능기간을 고려하여 적정 상각기간 및 상각방법을 정하여 일관적이고 체계적으로 비용화하는 것이 원칙이지만, 이 사건과 같이 12월 결산시 매월 청구된 구매대금에 대하여 월별 수익실현 비율을 곱하여 연간 비용화할 부분과 선급비용(자산)으로 이연처리할 부분을 구분하는 방법으로의 계상도 가능한 점, ③ 공소외 2 주식회사는 위와 같은 선급비용 계상방법으로 데이터베이스 구매대금 3억 3,400만 원을 다음해로 이연처리할 대상으로 산출하고, 2004년도 데이터베이스 구매대금 중 2005년에 영업에 이용하였다고 산정한 8,800원을 공제한 2억 4,600여 만 원 및 배포되지 않은 위 공소외 35 주식회사에 대한 광고인쇄물 외주제작

비용 3,300여만 원 합계 2억 7,900여만 원 상당을 2005년도 선급비용으로 계상하였는바, 이는 일반적 회계처리기준에 따른 적절한 것으로 봄이 상당하므로 이 부분을 분식회계라고 볼 수 없다.

## 2) 퇴직급여충당금

2005. 12. 31.경 당시 종업원 6명에 대한 퇴직급여충당금 24,620,017원을 비용 및 부채 계정에 계상하지 않아 그에 상응하는 액수 만큼 2005년도 영업이익 및 자산이 증가한 것은 사실이다.

그러나 ① 퇴직급여충당금은 종업원이 퇴직할 경우에는 근로기준법 또는 노사간의 단체협약에 따라 퇴직금을 지급하게 되어 있으나, 불규칙적으로 발생하는 퇴직금을 발생하는 대로 그 해당연도의 손비로 처리한다면 기간손익계산의 관점으로 보아 타당하지 않아 당해 종업원의 재직기간 중의 각 기간에 사전 배분하여 매기마다 일정액을 비용화하여 처리하는 것으로 실제로 비용을 지출하는 것이 아니고 관념상 부채에 충당하는 것이어서 회계전문가가 아닌 경우 이를 누락하는 경우가 많은 점, ② 당시 공소외 2 주식회사의 경리담당자인 공소외 36은 '퇴직급여충당금을 계상해야 되는지 계정과목도 모르는 상태에서 결산을 담당하는 위드회계법인에서 퇴직급여충당금을 계상하라는 이야기를 들은 적도 없다'고 진술하여( 2009고합87피고인 2, 3 사건 증거기록 107면) 위드회계법인의 외부회계감사 이전까지는 회계프로그램에 위 퇴직급여충당금이 계상되지 않았을 가능성이 높은 점, ③ 위드회계법인 공인회계사 상피고인 3 및 공소외 2 주식회사 담당 직원 공소외 37은 외부회계감사시 이를 발견하여 공소외 2 주식회사 회사에 문의하니 회사에서 연봉제를 실시하고 있기 때문에 퇴직금이 없다고 확인받았다고 진술하나, 상피고인 3은 ' 피고인 2로부터 직접 들은 것은 아니고, 공소외 37을 통해서 들었다'고 진술하고(공판기록 2권 693면), 공소외 37은 ' 피고인 3 지시로 공소외 2 주식회사에 연봉제를 실시하냐고 물었고, 주로 회계 관련 통화는 공소외 36과 하였으므로 추측하건대 공소외 36이었을 것이다'라고 진술하여(공판기록 3권 1243면) 추측에 의하여 위와 같은 진술을 하는 점, 공소외 36은 검찰 및 원심 법정에서 일관하여 ' 공소외 37로부터 퇴직급여충당금이 계상되지 않은 이유를 문의받거나 이에 대하여 연봉제라 퇴직급여를 계상하지 않았다고 답변한 적이 없다.

퇴직금 계산하는 것도 몰라 위드회계법인에 그 방법 등을 문의해서 처리하였다'고 진술하는 점( 2009고합87피고인 2, 3 사건 증거기록 107면, 공판기록 3권 1229면), 단순히 연봉제라는 이유만으로는 퇴직급여충당금을 설정하지 않아도 되는 것은 아닌 점 등에 비추어 상피고인 3 및 공소외 37의 진술은 이를 그대로 믿기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 당시 피고인이 고의로 퇴직급여충당금을 계상하지 아니하였거나, 상피고인 3에게 연봉제라고 거짓말을 하여 이를 계상하지 않도록 한 것은 아니라고 봄이 상당하므로, 이를 영업이익이나 자산을 과대계상할 목적이 있는 분식회계라고 볼 수 없다.

## 3) 감가상각비

세림회계법인의 공소외 21에게 제공한 대차대조표 및 손익계산서의 비용계정 중 유형자산 감가상각비 계정과목이 상각월수가 12개월이 아닌 5개월로 입력되어 2005년 감가상각비가 39,727,731원으로 계산되어 원래의 85,418,104원에서 45,690,373원(53.5%) 만큼 과소계상되었고, 공소외 2 주식회사에 대한 외부회계감사 기간 중에 위드 회계법인의 상피고인 3이 위와 같이 과소계상되었던 부분을 발견하여 이를 정정하여 입력한 사실은 인정된다.

그러나 ① 당시 공소외 2 주식회사가 사용하던 회계기장 컴퓨터 프로그램인 더존프로그램은 평상시 매일 발생하는 회계전표에 의하여 각 계정항목에 수치를 입력하여 나가다가, 어떤 회계기준일을 입력하고 계산 버튼을 누르면 프로그램 안에서 월수까지도 자동으로 계산되는데, 감가상각비의 경우도 자산명, 취득일자, 취득가액, 감가상각방법, 내용연수 등의 항목을 입력하고 결산 기준일을 입력하면 자동으로 상각월수가 계산되어 감가상각비명세서가 출력되는 점, ② 상피고인 3은 '위와 같이 상각월수에 오류가 발생한 것은 누군가 의도적으로 2005. 5월달 결산 등을 위하여 상각월수에 수동으로 "5"를 입력하고, 이를 다시 자동으로 계산되게끔 프로그램을 원상회복시켜놓지 않았기 때문이다'라는 취지로 진술하는데(공판기록 3권 682, 683면), 공소외 38(위드회계법인 담당 과장)은 '공소외 2 주식회사에서 전표 입력을 한 후 위드회계법인에 회계프로그램을 보내오면 각 계정과목이 틀린 것이 없는지 검토한 다음 감가상각비 계상을 해가지고 공소외 2 주식회사에 다시 보내준다.

감가상각비가 과소계상된 것은 위드회계법인이 공소외 2 주식회사 제공한 것이다'라고 진술하고(공판기록 2권 722, 723면), 공소외 39(공소외 2 주식회사 회계담당 직원)은 '종전 공소외 2 주식회사 세무대리를 맡았던 신정회계법인에서 2005. 5. 가결산하면서 위와 같은 오류가 발생한 것으로 보인다.

신정회계법인 경리담당직원은 2005. 5. 공소외 2 주식회사 가결산자료가 있으나 법원이나 검찰의 요구 없이 자신에게 이를 출력하여 줄 수는 없고, 검찰에서 이미 그 가결산 자료를 가져갔다고 말하였다'고 진술하여(공판기록 4권 1982면) 신정회계법인이 2005. 5. 공소외 2 주식회사에 대하여 가결산을 하면서 위 더존프로그램의 감가상각비 상각월수를 "5"로 수동입력하였을 가능성을 배제할 수 없는 점, ③ 위와 같은 오류는 공인회계사가 아닌 일반인도 쉽게 발견할 수 있는 오류로서 쉽게 발견할 수 없는 수치의 조작으로 이익이나 자산을 부풀리는 분식회계의 방법으로 흔히 사용되는 것은 아니고, 단순한 입력의 실수라고 봄이 상당한 점, ④ 피고인은 상피고인 1이 구속되자 2008. 11. 27.경 상피고인 3 명의의 '감가상각비 처리에 대한 의견서'(공판기록 2권 616면)를 제출하였는데, 이를 피고인의 요청에 의하여 상피고인 3이 명의만 빌려주었다는 사정만으로 피고인이 상각월수를 임의로 조작하여 감가상각비를 축소하였다고는 볼 수 없고, 그 내용에 비추어 '2005. 5월에 가결산을 하였다면 그와 같은 잘못이 있을 수 있다'는 피고인 3의 검찰 및 원심 법정에서의 진술과 대체로 일치하여 오히려 피고인이 위와 같이 고의로 감가상각비를 축소하였다는 것에 대한 탄핵증거가 되는 점, ⑤ 상피고인 3은 '피고인이 제공한 2005년도 손익계산서에는 데이터 베이스 구입비용 등을 매출원가로 처리하지 않고 판매비 및 관리비 항목인 광고선전비나 기타 수수료로 기장하여 와서, 자신이 이를 매출원가로 재분류하여 손익계산서를 수정하였다'고 진술하여(공판기록 2권 685면) 공소외 2 주식회사의 회계기장에 여러 가지 착오가 있었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 검찰 제출 증거만으로는 피고인이 2005년 결산시 더존프로그램의 감가상각비 상각월수를 고의로 12개월이 아닌 5개월로 입력한 것은 아니라고 봄이 상당하므로, 이를 영업이익이나 자산을 과대계상할 목적이 있는 분식회계라고 볼 수 없다.

위 법리에 비추어 위 사정들(특히 피고인이 분식회계를 한 바가 없는 점)을 종합하면, 피고인이 상피고인 1과 위 공소외 2 주식회사 주식 인수에 관하여 공동가공의사를 가지고 위 주식 인수로 인한 업무상배임 범죄에 대하여 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 한 바가 없으므로 피고인에게 공동정범의 죄책을 물을 수 없고, 또한 피고인이 상피고인 1이 위와 같은 공소외 2 주식회사 주식 인수로 인하여 업무상배임 범행을 한다는 것을 알았거나 이를 방조한다는 의사가 없어 정범의 고의는 물론 방조의 고의도 없었다고 봄이 상당하므로, 상피고인 1의 위 업무상배임죄에 대한 방조범의 죄책 역시 물을 수 없다고 할 것이다.

다.

#### 피고인 3의 법리오해 주장에 대한 판단

사문서위조, 동 행사죄의 객체인 사문서는 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 가리키고, 권리·의무에 관한 문서라 함은 권리의무의 발생·변경·소멸에 관한 사항이 기재된 것을 말하며, 사실증명에 관한 문서는 권리·의무에 관한 문서 이외의 문서로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서를 의미한다.

그리고 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서는, 법률관계의 발생·존속·변경·소멸의 전후과정을 증명하는 것이 주된 취지인 문서뿐만 아니라 직접적인 법률관계에 단지 간접적으로만 연관된 의사표시 내지 권리·의무의 변동에 사실상으로만 영향을 줄 수 있는 의사표시를 내용으로 하는 문서도 포함될 수 있다고 할 것인데, 이에 해당하는지 여부는 문서의 제목만을 고려할 것이 아니라 문서의 내용과 더불어 문서 작성자의 의도, 그 문서가 작성된 객관적인 상황, 문서에 적시된 사항과 그 행사가 예정된 상대방과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다( 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도8527 판결 참조).

위 법리에 비추어 살피건대, 원심은, 감사조서는 감사인이 감사를 실시하여 감사의견을 표명한 경우 회사의 회계기록으로부터 감사보고서를 작성하기 위하여 적용하였던 감사절차의 내용과 그 과정에서 입수한 정보 및 정보의 분석결과 등을 문서화한 서류(자기테이프·디스켓, 그 밖의 정보보존장치를 포함한다)를 말하는바( 외감법 제14조의2 제1항 ), 감사 당시 감사절차가 적정하게 이루어졌는지 여부를 심사하는 중요한 문서로서 그 내용에 따라 기업과 관련 있는 주주, 임원, 투자자 등 이해관계인들에게 상당한 영향을 미치고, 사후에 금융감독원 등이 그 내용에 있어서 분식회계가 이루어졌는지, 감사인이 분식회계사실을 파악하기 위하여 얼마나 노력하였는지 파악할 수 있는 자료로 사용되는 것으로 중요한 사실을 증명하는 사문서에 해당하고, 감사인은 감사조서를 감사종료 시점부터 8년간 보존하여야 한다는 규정( 외감법 제14조의2 제2항)의 취지에 비추어 감사종료 시점에 완성된 문서라고 봄이 상당하며, 피고인은 검찰에 제출하여 이를 행사할 목적으로 2008. 11. 28.경 이 사건 감사조서에 2005. 12. 31.기준 공소외 2 주식회사 수정사항집계표 등을 2006. 3. 10.자로 소급 작성하여 감사조서에 끼워넣고, '선급비용 명세서' 하단에 감사보고서에서 데이터베이스 구입비용 및 판촉물제작비를 선급비용으로 계상한 것이 타당하다는 취지의 기재를 삽입하여 위드회계법인 명의의 감사조서를 변조하였고, 2008. 12. 1.경 위와 같이 변조한 감사조서를 그 정을 모르는 검찰수사관 공소외 136에 제출함으로써 이를 행사하였으므로 사문서변조 및 동행사죄가 성립한다고 하였는바, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 라. 감사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 피고인 1에 대한 사실오인 주장에 대한 판단( 공소외 4 소유 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당 횡령의 점에 대하여)

##### (가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 공소외 4로부터 2005. 12. 21.경 로제화장품, 공소외 2 주식회사 등의 운영자금 명목으로 2억 5,000만 원을 자신 명의의 조흥은행 계좌로 송금받고 그 보답으로 2005. 12. 31.경 공소외 4에게 자신 소유의 공소외 2 주식회사 주식 500주를 양도하고, 2006. 1. 9. 공소외 2 주식회사 주식 200주를 추가로 양도하였다.

피고인은 2006. 3. 13.경 공소외 1 주식회사 사무실에서 공소외 4가 소유하고 있는 공소외 2 주식회사 주식 700주를  
합계 5억 2,500만 원(1주당 75만 원)에 공소외 1 주식회사에 매도하는 내용의 주식매매계약을 작성한 후 같은 달  
14.경 공소외 1 주식회사로부터 위 주식 매매대금 명목으로 5억 2,500만 원 상당의 무기명 분리형의 공소외 1 주  
식회사 신주인수권부사채를 교부받아 공소외 4를 위하여 보관하던 중, 공소외 4에게 위와 같은 사실을 숨기고 그  
의 투자지분을 제3자에게 원금에 3,000만원의 웃돈을 얹어 매각한 것처럼 거짓말하고 같은 해 4. 24.경 공소외 4  
명의로 하나은행 계좌로 2억 8,000만 원을 송금하는 방법으로 공소외 4 소유의 위 신주인수권부사채 2억 4,500만  
원 상당을 공소외 4에게 반환하지 아니하고 횡령하였다.

(나) 판단

원심은 기록에 나타난 여러 사정들을 종합하여, 피고인은 공소외 4의 허락을 받고 공소외 4 명의로 교부받은 공소외  
1 주식회사 신주인수권부사채 5억 2,500만 원을 매각하여 그 대금 2억 8,000만 원을 공소외 4에게 교부하였다고  
봄이 상당하고, 달리 피고인이 신주인수권부 사채 2억 4,500만 원 상당을 공소외 4에게 반환하지 아니하여 이를 횡  
령하였다고 인정할 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 이 점에 관한 원심의 사  
실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없  
다.

(2) 피고인 2에 대한 범리오해 주장에 대한 판단(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 피고인 1로부터 공소외 2 주식회사의 2005년도 회계감사를 의뢰하라는 지시를 받고 2006. 3. 9.경 공소외 2  
주식회사의 기장업무를 대리해 온 위드회계법인에 회계감사를 의뢰한 후, 위드 회계법인 소속 공인회계사인 피고  
인 3에게 비용 계정 중 광고선전비, 기타 수수료 등의 계정과목에 계상하여야 할 위탁대행수수료 등 합계 2억  
75,561,520원을 자산 계정 중 선급비용 계정과목에 허위계상한 선급비용 명세서를 제공하고, 공소외 2 주식회사에  
선급비용 명세서의 진위를 문의해 온 위드회계법인 직원 공소외 38과 공소외 37에게 선급비용 명세서의 내용이  
진실하다고 거짓말을 하였다.

또한 피고인은 2005. 12. 31.경 현재 1년 이상 재직한 종업원 6명에 대한 퇴직급여충당금 24,620,017원을 비용 및 부채  
계정에 계상하지 않고 누락시킨 다음, 피고인 3의 지시를 받고 공소외 2 주식회사에 퇴직급여 충당금의 누락 경위  
를 문의해 온 위 공소외 38과 공소외 37에게 " 공소외 2 주식회사는 연봉제를 실시하고 있기 때문에 퇴직급여충당  
금을 계상할 필요가 없다"는 취지로 거짓말을 하였다.

결국 피고인은 외부감사인인 위드회계법인에 소속된 공인회계사 피고인 3에게 비용과 부채를 줄이고 영업이익과 자산  
을 늘인 허위의 2005년도 회계자료를 제시하고, 그와 같은 회계자료의 진위 여부를 문의한 것에 대해 아무런 하자  
가 없는 것처럼 거짓말하여 위드회계법인으로 하여금 피고인이 제출한 대차대조표, 손익계산서, 이익잉여금처분계  
산서, 현금흐름표 등의 재무제표가 ' 공소외 2 주식회사의 2005. 12. 31. 현재의 재무상태와 동일로 종료되는 회계연

도의 경영 성과, 이익잉여금의 변동과 현금흐름의 내용을 일반적으로 인정된 회계처리기준에 따라 중요성의 관점에서 적정하게 표시하고 있다.

'는 취지의 감사의견을 제출하게 함으로써 감사인의 정상적인 외부감사를 방해하였다.

(나) 판단

외감법 제20조 제2항 제3호는 감사인의 정상적인 외부감사를 방해한 행위에 대하여 처벌하도록 규정하고 있다.

외감법 제1조는 "이 법은 주식회사로부터 독립된 외부의 감사인(이하 '감사인'이라 한다)이 그 주식회사에 대한 회계감사를 실시하여 회계처리의 적정을 기하게 함으로써 이해관계인의 보호와 기업의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다.

"라고 규정하여 '감사인'이라는 용어를 사용하면서도 그 규정에서 감사인의 의미에 관하여는 따로 정의를 해 두고 있지 않은 채, 제2조에서는 "직전 사업연도 말의 자산 총액이 대통령령이 정하는 기준액 이상인 주식회사는 재무제표를 작성하여 감사인에 의한 회계감사를 받아야 한다.

"고 규정하고, 제3조는 '감사인'이라는 제목으로 그 제1항에서 "제2조의 규정에 의하여 감사를 실시하는 감사인은 다음과 같다.

(단서 생략)"고 하면서 '공인회계사법 제23조의 규정에 의한 회계법인'과 '공인회계사법 제41조에 의하여 설립된 한국공인회계사회에 등록된 감사반'을 규정하여 외감법 제2조에 의한 외부감사의 대상인 주식회사의 감사인을 회계법인과 감사반으로 제한하고 있는바, 주식회사의 회계처리의 적정과 이해관계인 보호 등을 목적으로 하는 외감법의 취지와 감사기준 및 감사인의 권리·의무와 책임 등에 관하여 엄격한 규정을 두고 있는 외감법의 제반 규정에 비추어 볼 때, 외감법에서의 감사인은 외감법 제2조 또는 증권거래법 제194조의3 등의 법령에 의하여 외부의 회계감사를 받아야 하는 회사에 대하여 감사를 실시하는 회계법인과 감사반을 의미하는 것으로 제한하여 해석할 수밖에 없고, 외감법 제20조 제2항 제3호는 위와 같은 감사인의 감사 업무를 방해하는 행위를 처벌하는 것으로 보아야 한다( 대법원 2004. 5. 13. 선고 2002도7340 판결 참조).

원심은 위와 같은 법리에 따라서 외감법 제2조 및 같은 법 시행령 제2조에외부의 감사인에 의하여 회계감사를 받아야 할 대상 주식회사는 '직전사업연도말의 자산총액이 70억 원 이상인 주식회사'로 규정하고 있고, 공소외 2 주식회사의 2004년의 자산총액이 70억 원이하이므로 외부회계감사를 필수적으로 받아야 하는 것은 아니라는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 이 점에 관한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 3에 대한 법리오해 주장에 대한 판단(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2006. 3. 9.경 피고인 2로부터 2005년도 공소외 2 주식회사 회계감사를 의뢰받고 같은 달 10.부터 12.까지 위드회계법인 명의로 회계감사를 실시한 후 감사보고서 및 감사조서를 작성하였다.

피고인은 2008. 11. 28.경 서울중앙지방검찰청 금융조세조사 제1부 소속 수사관 공소외 136으로부터 피고인 2 등에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 사건 수사와 관련하여 위 회계감사시 작성한 위드 회계법인 명의의 감사조서를 제출해 달라는 요청을 받고, 서울 강남구 논현동 소재 위드 회계법인 사무실에서, 2005. 12.



31.자 기준 공소외 2 주식회사 수정사항집계표와 당좌자산, 투자자산, 유형자산, 자본, 매출, 영업 외 손익, 법인세 등의 증감 현황 등에 관한 명세서를 2006. 3. 10.자로 새로 작성하여 감사조서에 끼워 넣고, 감사조서에 편철되어 있는 선급비용명세서 하단에 피고인 2가 주장하는 선급비용 계상내용을 검토한 결과 선급비용 계상이 타당하다는 취지의 문구를 마치 위 회계감사 당시 기재한 것처럼 연필로 기입한 다음 2008. 12. 1. 퀵서비스 편으로 위 감사조서를 위 수사관에게 제출함으로써, 2005년도 공소외 2 주식회사 회계감사와 관련하여 위드 회계법인이 작성한 감사조서를 변조하였다.

#### (나) 판단

원심은 법령상 외감법에 의한 외부감사의 대상이 되지 않은 공소외 2 주식회사가 임의로 회계법인에 감사를 의뢰하였다고 하여 당해 회계법인을 외감법상의 감사인으로 볼 수 없으므로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 앞서 본 2002도7340호 대법원판결의 법리에 비추어 보건대, 이 점에 관한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 마. 피고인 3 및 검사의 위 피고인에 대한 양형부당 주장에 대한 판단

피고인은 수사기관의 요청을 받고 감사조서를 제출함에 있어 이를 변조하여 그에 상응한 처벌을 받아야 하나, 피고인에게 벌금형 외에 다른 전과가 없는 점, 감사조서에 대한 변조 정도가 심하지 아니하고, 부실한 감사조서를 보충하기 위한 동기가 있어 그 경위에 있어 참작할 만한 사정이 있는 점 등 이 사건 공판과정에 나타난 여러 가지 양형 조건들을 참작하여 보면, 피고인에 대한 원심의 선고형량은 다소 무거워 부당하고, 너무 가벼워 부당하다고는 인정되지 않는다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분 중 제이온라인 주식 인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점, 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점, 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)의 점, 피고인 4에 대한 유죄부분 중 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점, 피고인 2에 대한 유죄부분은 위에서 본 바와 같이 모두 범죄의 증거가 없어 무죄를 선고하여야 하며, 피고인 1, 4의 위 각 부분과 피고인 1, 4의 나머지 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있다 하여 하나의 형이 선고되어, 결국 원심판결 중 피고인 1, 4, 2에 대한 유죄부분은 그 전부를 그대로 유지할 수 없게 되었고, 피고인 3의 항소는 이유 있으므로, 피고인 1, 4의 양형부당 및 검사의 위 피고인들에 대한 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여, 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄부분을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 원심판결 중 피고인 1, 2의 무죄부분 및 피고인 3에 대한 검사의 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 4

(1) 피고인 1의 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 배임행위 및 배임의 고의가 없다는 주장

피고인이 공소외 1 주식회사(○○○, □□□를 거쳐 현재와 같이 회사명이 변경됨)의 대표이사로서 공소외 2 주식회사의 주식을 주당 75만 원 합계 150억 원에 인수할 당시, 공소외 1 주식회사는 누적적자가 약 300억 원에 달하였고 매출액도 상당 부분 가공매출로서 향후 상장폐지가 될 가능성이 높아 실질적인 매출과 수익을 창출할 수 있는 새로운 사업의 도입이 필요하여 공소외 2 주식회사 인수를 추진하였고, 공소외 2 주식회사는 2005년도에 132억 원 상당의 매출을 달성한데다가 2006. 4.경부터 복합티엠 영업을 실시할 예정으로 전망이 좋은 회사였으며, 피고인은 위 주식 인수 전에 세림회계법인에 주식가치 평가를 의뢰하여 그 평가결과를 바탕으로 매입가격을 결정한 이상 이는 임무위배행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 피고인에게 배임의 고의가 없다.

(나) 재산상 손해가 없다는 주장

피고인이 세림회계법인이 평가한 공소외 2 주식회사 주식에 대한 평가액(주당 821,715원)을 기초로 보수적인 관점에서 할인한 주당 75만 원에 매입가격을 결정한 이상 그 매입가격이 적정하다고 보아야 하므로, 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수함에 있어 공소외 1 주식회사에 대하여 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

(다) 재산상 손해액의 산정에 관한 주장

피고인의 위와 같은 행위가 배임에 해당한다 하더라도 공소외 3이 피고인에게 투자한 6억 원에 대한 상환 명목으로 피고인으로부터 교부받은 공소외 2 주식회사 주식 8,000주의 주당 가격 75,000주를 공소외 2 주식회사의 주당 적정 가격으로 본 것은 잘못이고, 공소외 2 주식회사의 주주들이 주식 양도대가로 취득한 현금 100억 원 및 50억 원 상당의 신주인수권부사채(변제 및 행사시기가 1년 이후로 제한)의 총가치는 150억 원 이하이므로, 주주들의 이득액 및 공소외 1 주식회사의 손해액을 135억 원으로 산정한 것은 부당하다.

(2) 피고인 1의 공소외 2 주식회사에 대한 대여와 관련된 30억 원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

피고인은 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 자회사인 공소외 2 주식회사의 영업에 필수적인 고객 데이터베이스를 안정적으로 확보하기 위하여 공소외 5 주식회사를 인수할 필요성이 있어 그 인수자금 명목으로 공소외 2 주식회사에 30억 원을 대여한 행위는 경영상 판단에 따른 행위이고, 피고인이 그 과정에서 원심이 인정한 바와 같이 7억 5,000만 원의 차익을 취한 바 없으므로, 이는 배임행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 배임의 고의가 없다.

(3) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대여 관련 5억 원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여  
피고인은 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 2006. 7. 14.부터 2007. 1. 8.까지 사이에 공소외 5 주식회사에 총 17억 원을 대여하여 그 중 이 사건 대여금 5억 원을 제외한 나머지 12억 원을 상환받았는데, 위 자금 대여행위는 공소외 1 주식회사의 손자회사인 공소외 5 주식회사의 공소외 6 주식회사 지분 인수, 운영자금 등의 영업을 위한 것이므로

로, 이는 경영상 판단에 따른 행위로서 배임행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 배임의 고의도 없다.

- (4) 피고인 1의 공소외 7 주식회사 주식인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

피고인은 공소외 1 주식회사가 생산하는 타포린의 안정적인 공급처를 확보함과 동시에 저평가되어 있는 공소외 7 주식회사(후에 △△△로 회사명이 변경됨)의 주식을 매수할 경우 향후 주가상승으로 인한 투자수익을 얻을 수 있다고 기대하였고, 만약 주가가 상승하지 않더라도 경영권 프리미엄을 받고 주식을 제3자에게 양도하면 된다고 판단하여 공소외 7 주식회사 주식을 적정한 가격에 인수하였고, 당시 실제로 공소외 1 주식회사의 CFO였던 공소외 8 이사가 공소외 7 주식회사의 이사를 겸직하여 공동경영에 참여하였으며, 다만 공소외 1 주식회사를 인수한 공소외 9 주식회사가 공소외 3 및 공소외 10 주식회사 측과 협력하지 아니하고 공소외 7 주식회사 주식을 장내에서 일방적으로 매각하여 손해를 입게 된 것이므로, 피고인의 위와 같은 주식 인수행위는 배임행위에 해당하지 아니하고 배임의 고의도 없다.

- (5) 피고인 1, 4의 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점에 대하여

피고인들은 이 사건 차량을 리스할 당시 공소외 9 주식회사와 주식양수도 계약을 체결하였으나 계약금만 지급하였을 뿐 공소외 1 주식회사의 임원으로서의 권한을 완전히 상실한 때가 아닐 뿐만 아니라, 공소외 1 주식회사의 신경영진은 피고인들이 공소외 1 주식회사를 떠난 이후에도 차량이 필요할 것으로 예상하여 피고인들이 위 차량을 리스하여 사용하는 것을 승낙하였으므로, 배임행위에 해당하지 아니하고 배임의 고의도 없다.

- (6) 피고인 1의 공소외 11 주식회사 소유 설비부품 4억 9,235,751원 상당 업무상횡령의 점에 대하여

피고인은 ① 공소외 12에게 공소외 11 주식회사 소유의 설비부품에 관하여 매각을 의뢰한 사실이 없고, ② 공소외 12로부터 교부받은 3억 원은 위 설비부품의 매각대금이 아니라 공소외 12로부터 차용한 자금에 불과하며, ③ 자신과 공소외 12도 공소외 11 주식회사로부터 위 설비부품을 매수한 것으로 알고 있었다.

따라서 피고인이 횡령행위를 하였다고 할 수 없고, 횡령의 범의도 없다.

- (7) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대출 관련 34억 75,288,900원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대하여

(가) 대출금의 실질적인 주채무자는 피고인이라는 주장

피고인 개인 명의의 대출이 만기가 되자 신한은행 양재남기업금융지점으로부터 대출명의자를 법인으로 바꾸어달라는 요청을 받고 공소외 5 주식회사의 명의만을 잠시 빌린 것인바, 이는 통정허위표시에 해당하여 실질적인 주채무자는 피고인으로서 위 대출금은 공소외 5 주식회사의 소유가 아닌 피고인의 소유이므로 횡령죄가 성립될 수 없다.

(나) 불법영득의 의사가 없다는 주장

가사 그렇지 않다 하더라도 피고인 및 아버지의 공동 소유의 부동산이 담보로 제공되어 있었고, 대출금 이자를 피고인이 상환하다가 2007. 12. 21. 대출금을 모두 변제하였으므로, 피고인에게 불법영득의 의사가 없다.

(8) 피고인 1의 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)에 대하여

공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사에 자금을 대여한 행위는 공소외 1 주식회사의 계열회사들 사이의 자금지원 행위로서, 자회사인 공소외 13 주식회사의 대표이사 공소외 14가 모회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인에게 기망당하였다고 볼 수 없고, 당시 피고인은 공소외 5 주식회사가 위 대여금을 상환할 능력이 있다고 믿었으므로, 이는 기망행위가 존재하지 아니하고 또한 편취의 범의도 없다.

(9) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대하여

(가) 공소외 16 주식회사가 대여자라는 주장

공소외 15에 대한 이 사건 대여금 50억 원은 당초 피고인들의 개인 자금으로 대여하기로 한 것이 아니라 공소외 16 주식회사 회사자금으로 대여하기로 이미 합의하였던 것이고, 공소외 16 주식회사의 경영권을 실질적으로 지배하고 있던 공소외 15와 협의하는 등 공소외 16 주식회사가 내부 의사결정절차를 거쳐 공소외 15에게 대여한 것이므로, 피고인들의 개인 자금으로 공소외 15에게 대여하기로 하였다는 것을 전제로 한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심은 부당하다.

(나) 불법영득의사가 없다는 주장

피고인들이 공소외 15에게 50억 원을 개인자금으로 대여하여 주기로 하였음에도 공소외 16 주식회사의 자금으로 대여하여 주었다고 하더라도, 대여 당시 공소외 15 소유의 도움 주식 100만 주를 담보로 제공받고 공소외 15가 대여금을 모두 변제한 점에 비추어 불법영득의 의사가 없다.

(10) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 배임증재의 점에 대하여

피고인들은 도움의 대표이사이자 최대주인 공소외 15에게 '도움에 별도의 경영권 프리미엄을 지급하지 않는 한편 공소외 16 주식회사에 대한 경영권을 행사하지 않도록 해달라'는 취지의 부정한 청탁을 한 사실이 없다.

(11) 피고인 1, 4의 도움에 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 피고인들이 대여에 관여하지 않았다는 주장

공소외 16 주식회사가 도움에 50억 원을 대여한 것은 피고인들이 공소외 17, 18로부터 공소외 16 주식회사에 대한 업무인수인계를 받기 전에 이미 실질적 경영자 공소외 15, 등기이사 공소외 17, 18에 의하여 이사회 결의와 자금집행이 모두 이루어진 것으로 피고인들이 이에 관여한 바 없다.

(나) 배임의 범의가 없다는 주장

이 사건 대여 당시 도움이 일시적인 유동성 부족을 겪고 있기는 하였지만, 2007. 9. 30. 당시 자산은 812억 원, 부채는 443억 원으로 순자산이 369억 원에 달하여 변제자력이 충분하였으므로, 피고인들에게 배임의 고의가 없다.

(12) 피고인 1, 4의 공소외 19 주식회사에 대한 35억 원 대여 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 피고인들의 배임의 범의가 없다는 주장

공소외 19 주식회사(후에 ◇◇◇로 회사명이 변경됨)는 4,000억 원 상당의 사업규모로 용인시 남곡지구 아파트시행사업을 진행하고 있어, 위 사업을 성공하면 상당한 이익을 얻을 수 있으므로 위 대여금을 충분히 상환할 능력이 있다고 믿었고, 실제로 공소외 19 주식회사는 2007. 12. 중순경 토마토상호저축은행으로부터 PF자금 40억 원을 대출받아 같은 해 12. 21.경 공소외 16 주식회사에 원금 35억 원 및 이자를 모두 변제하였으므로 배임의 범의가 없다.

(나) 피고인 4의 공모한 바 없다는 주장

피고인 4는 이 사건 대여에 관하여 피고인 1과 상의하거나 관여한 바 없으므로 공동정범이 성립하지 아니한다.

(13) 피고인 1의 사문서위조, 자격모용에 의한 사문서 작성 및 동행사의 점에 대하여

피고인은 공소외 20 등에게 이사회회의록을 작성하라고 지시한 적이 없을 뿐만 아니라, 가사 지시하였다고 하더라도 2007. 8. 17. 공소외 17, 18로부터 인수인계시 '사임에 관한 특약'에 의하여 신규이사 선임을 위한 임시주주총회 소집결의 외의 이사의 모든 직무에 관련된 일체의 권한을 포괄적으로 위임받았다.

(14) 양형부당

피고인들에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 각 형량( 피고인 1 : 징역 3년 6월, 피고인 4 : 징역 3년, 집행유예 4년, 사회봉사 160시간)은 지나치게 무거워 부당하다.

나. 피고인 2( 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해)

(1) 배임의 고의가 없다는 주장

피고인은 대표이사인 상피고인 1의 지시에 의하여 세림회계법인에 회계관련자료를 제공하여 이에 대하여 설명하여 주었을 뿐 공소외 1 주식회사와는 아무런 관련이 없어 공소외 1 주식회사의 상황을 전혀 알지 못하였기 때문에, 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수할 필요성이 있는지, 인수가격을 적절히 평가하였는지 등을 전혀 알지 못하였으므로, 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 인수로 인하여 공소외 1 주식회사에 손해를 가한다는 것을 인식하지 못하였다 할 것이어서, 피고인에게 배임의 고의가 없다.

(2) 배임의 공동정범 내지 방조범이 아니라는 주장

가사 상피고인 1의 행위가 공소외 1 주식회사에 대한 배임행위가 된다 하더라도, 피고인은 상피고인 1과 공모한 바 없고, 피고인 1의 지시에 의하여 공소외 2 주식회사 회계자료를 공소외 1 주식회사 측에서 지정한 세림회계법인에 회계관련자료를 제공하였을 뿐 기능적행위지배에 해당하는 기여를 한 바도 없으며, 위와 같은 배임행위에 대한 방조의 의사도 없었다.

다.

피고인 3

(1) 법리오해

(가) 사문서에 해당하지 아니한다는 주장

이 사건 감사조서는 감사보고서의 작성을 보조하기 위하여 감사를 담당한 공인회계사에 의해 작성되는 내부서류에 불과한 것으로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서로 볼 수 없고, 주식회사 외부감사에 관한 법률(이하 '외감법'이라 한다)에서 특별히 감사조서의 변조행위를 처벌하는 취지에 비추어 보아도 감사조서는 사문서위조 및 동행사죄의 객체에 해당하지 아니한다.

(나) 완성되지 않은 문서로서 추가·변경이 가능하다는 주장

이 사건 감사조서는 언제든지 그 내용에 관하여 추가·변경이 가능하고, 피고인은 감사조서의 실제작성자로서 감사조서의 추가·변경에 대하여 작성명의인인 회계법인의 포괄적이고 묵시적인 승낙을 받았으므로, 사문서위조 및 동행사죄가 성립하지 아니한다.

(다) 행사할 목적이 없다는 주장

감사조서는 본래 수사기관에 제출되어 지는 것을 목적으로 하지 않는 문서이므로, 이를 수사기관에 제출하였다고 하더라도 감사조서의 기능과 역할에 기대되는 효과를 발생케 할 목적이 있었다고 볼 수 없다.

(라) 변조에 해당하지 않는다는 주장

최초 작성한 감사조서에 이미 기재되어 있던 내용을 그대로 요약한 것이기 때문에 특별히 새로운 증명력을 작출케 한 것이 아니어서 공공의 신용을 해하였다고 볼 수 없으므로, 사문서변조 및 동행사죄가 성립하지 아니한다.

(2) 양형부당

피고인에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 형량(벌금 100만 원)은 지나치게 무거워 부당하다.

라. 검사

(1) 피고인 1에 대하여

(가) 사실오인( 공소외 4 소유 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당 횡령의 점에 대하여)

공소외 4는 그 소유 공소외 2 주식회사 주식 700주의 매매대금으로 5억 2,500만 원 상당의 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 취득한 사실을 알지 못한 채 피고인으로부터 2006. 4. 24.경 2억 8,000만 원을 송금받았고, 그로부터 3일이 지난 같은 해 4. 27.경 실외 주차장에서 그 정을 모르고 피고인의 요청을 받고 형식적으로 양수도계약서에 서명해 준 것으로, 공소외 4의 진술의 전체 취지에 비추어 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다.

(나) 양형부당

피고인 1에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(2) 피고인 2에 대하여

(가) 법리오해(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

이 사건의 경우와 같이 필수적 외부감사 대상 회사가 아님에도 불구하고 외부감사를 실시한 이상 공정한 외부감사를 방해한 피고인의 행위는 주식회사 외부감사에 관한 법률에 의하여 처벌되어야 한다.

(나) 양형부당

피고인 2에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(3) 피고인 3에 대하여

(가) 법리오해(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

이 사건의 경우와 같이 필수적 외부감사 대상 회사가 아님에도 불구하고 외부감사를 실시한 이상 감사인의 감사조서를 변조한 행위도 주식회사 외부감사에 관한 법률에 의하여 처벌되어야 한다.

(나) 양형부당

피고인 3에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(4) 피고인 4에 대하여(양형부당)

피고인 4에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

## 2. 판단

가. 피고인 1, 4의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 피고인 1의 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지(검사는 당심에서 공소외 2 주식회사 주식의 적정가격 산정의 차이를 근거로 배임액수가 다르다는 이유로 아래 [주식가격 산정 및 범행 결과] 중 ②와 같은 취지로 예비적 공소사실을 추가하였고 당심이 이를 허가하였으나, 이는 본래의 공소장변경이라고 볼 수 없으므로 아래와 같이 1개의 공소사실로 인정하여 이를 판단한다)

피고인은 2004. 6. 8.경 공소외 2 주식회사를 설립하여 대표이사로 취임하였고, 2006. 3. 7.경 공소외 1 주식회사를 인수하여 대표이사로 취임하였고, 상피고인 2는 2005. 2. 17.경부터 공소외 2 주식회사의 상무이사로 근무하면서 피고인으로부터 위임을 받아 공소외 2 주식회사의 영업 및 회계 업무를 총괄하였다.

피고인은 상피고인 2와 공모하여,

피고인은 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사를 인수하기로 마음먹었는데, 당시 공소외 1 주식회사가 2000년부터 2005년까지 6년 연속 당기순손실을 기록하여 손실 누적액이 294억 원을 초과하였고 공소외 2 주식회사 인수에 동원할 수 있는 내부보유자금도 거의 없었던 상태로서 이러한 경우 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인으로서 공소외 1 주식회사의 입장에서 공소외 2 주식회사의 주식을 매수할 것인지 여부를 결정함에 있어 사실상 계열회사인 피인수회사의 주식을 인수하여야 할 경영상의 필요성, 당시 재무상황, 피인수회사의 향후 사업 전망, 사업수익성 등을 면밀히 검토하여야 하고, 특히 정당한 매수가격을 결정하기 위해 공신력 있는 회계법인에 가

격평가를 의뢰한 다음 정확하고 객관적인 회계자료를 제공하여 적정한 가치를 평가한 후 공소외 2 주식회사 주주들과 실질적인 가격협상을 통해 적정한 가격에 매수함으로써 공소외 1 주식회사에 대하여 손해가 발생하지 않도록 하여야 할 업무상 임무가 있음에도,

피고인은 당시 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사의 대표이사이자 최대주주로서 사실상 계열회사이었고 공소외 2 주식회사를 인수하더라도 특별한 경영상 효과를 기대하기 어려워 공소외 2 주식회사를 시급하게 인수할 필요성이 없음에도 2006. 3. 9.경 세림회계법인에 공소외 2 주식회사의 주식 가치평가를 의뢰한 다음 상피고인 2로 하여금 세림회계법인 소속 공인회계사 공소외 21에게 분식된 2005년도 재무제표와 과장된 사업계획을 제공하게 하고 외부감사인에 의한 회계감사가 진행되고 있다는 사실 및 기타 업계 전망, 사업성 등을 제대로 알리지 않고 그 적정한 주식평가에 필요한 충분한 자료 제공 및 현장실사 요구 등을 한 바 없이, 불과 4일 만인 2006. 3. 12.경 공소외 21로부터 주당 본질가치가 821,715원이라는 평가결과를 제시받았는바, 당시 공소외 2 주식회사가 2005. 12. 31. 당시 자산 총계가 6억 9,277,767원, 부채 총계가 7억 5,121,512원으로서 순자산이 -95,843,745원인 자본전액 잠식 상태였고 공소외 2 주식회사가 2006. 4.경부터 도입하려는 '복합티엠 텔레마케팅' 판매의 한계상 지속적인 고수익 창출이 어렵고 2006년도와 2007년도의 사업계획이 그 실현가능성이 매우 희박함에도, 그 인수가격의 적정성에 대한 면밀한 검토와 인수가격을 최대한 낮추기 위한 충분한 노력 없이 2006. 3. 13.경 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사의 발행주식 2만 주 전부를 위 평가액에서 다소 할인한 금액인 주당 75만 원씩 총 150억 원에 인수하기로 결정하고, 자신을 비롯한 8명의 공소외 2 주식회사 주주들과 주식매매계약을 체결하였다.

피고인은 위 계약을 체결한 날부터 2006. 3. 16.경까지 사이에 공소외 1 주식회사로부터 자신이 소유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 9,000주에 대한 매매대금 명목으로 현금 51억 5,000만 원과 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 16억 원 상당 등 합계 67억 5,000만 원 상당을 지급받은 것을 비롯하여 공소외 2 주식회사 주주들에게 합계 82억 5,000만 원 상당을 지급받게 하였고, 피고인, 상피고인 2를 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들은 이와 같은 거래를 통하여 공소외 1 주식회사로부터 현금 100억 원 및 50억 원 상당의 신주인수권부사채를 취득하였다.

#### [주식가격 산정 및 범행 결과]

① 공소외 3과의 실제거래 사례 및 상속세 및 증여세법(이하 '상증법'이라 한다) 시행령에 따른 적정가액

피고인은 세림회계법인의 주식가치평가일로부터 2개월 전인 2006. 1. 11.경 공소외 3에게 기존채무 6억 원의 변제를 위하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 주당 75,000원에 양도하였다.

상증법 시행령 규정에 따라 공소외 2 주식회사 주식가치를 산정할 경우 공소외 2 주식회사 주식가치는 주당 49,174원이다.

결국 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수하는 시점에서 공소외 2 주식회사 주식의 주당 적정가격은 49,174원~75,000원이다.



이로써 피고인은 상피고인 2와 공모하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격인 49,174원~75,000원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만 원에 피고인, 상피고인 2를 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들로부터 매수하도록 하여, 최소 60억 7,500만 원에서 최대 62억 57,434,000원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 나머지 주주들로 하여금 74억 2,500만 원에서 최대 78억 59,086,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하며, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 135억 원에서 최대 141억 16,520,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다.

② 공소외 4와의 실제거래 사례 및 유가증권의발행및공시등에관한규정에 따른 적정가액

피고인은 2005. 12. 21. 공소외 4로부터 사업자금 명목으로 2억 5,000만 원을 차용하였다가 10일 뒤인 2005. 12. 31.(세림회계법인이 수행한 공소외 2 주식회사 주식 가치 평가의 기준일) 공소외 4에게 위 차용금의 변제에 갈음하여 공소외 2 주식회사 주식 500주를 양도하고, 그때로부터 9일 뒤인 2006. 1. 9. 공소외 4에게 위 차용금의 변제에 갈음하여 공소외 2 주식회사 주식 200주를 추가로 양도하였다.

이 과정에서 공소외 2 주식회사 주식 가치는 1주당 357,143원으로 계산되었다.

공소외 2 주식회사가 속한 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년(2002년~2005년) 산업 평균 매출액 증가율과 공소외 2 주식회사가 주식가치 평가시 세림회계법인에 제시한 추정 매출액 증가율의 평균치, 공소외 2 주식회사가 속한 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년(2002년~2005년) 산업 평균 매출원가율과 공소외 2 주식회사가 주식가치 평가시 세림회계법인에 제시한 추정 매출원가율의 평균치를 각 적용하는 방법으로 동종 산업 평균과 공소외 2 주식회사라는 개별회사의 특성을 모두 고려하여 '유가증권의발행및공시등에관한규정(금융감독위원회 공고)'에 따라 공소외 2 주식회사의 주식 가치를 산정할 경우 공소외 2 주식회사 주식 1주는 614,928원으로 계산된다.

결국 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수하는 시점에서 공소외 2 주식회사 주식의 주당 적정가격은 357,143원~614,928원이다.

이로써 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사의 업무상 임무에 위배하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격이 357,143원~614,928원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만 원에 자신을 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들로부터 매수하도록 하여, 최소 12억 15,648,000원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 주주들로 하여금 최소 14억 85,792,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 27억 1,440,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(나) 업무상배임죄가 성립하는지 여부에 대한 판단

1) 법리

배임죄에 있어서 '임무에 위배하는 행위'라 함은, 처리하는 사무의 내용, 성질 등에 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 포함한다.

그리고 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의, 동기 등의 내심적 사실)은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 하며, 피고인이 본인의 이익을 위한다는 의사도 가지고 있었다 하더라도 위와 같은 간접사실에 의하여 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것임이 판명되면 업무상배임죄의 고의가 있었다고 할 것이다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결 참조).

또한, 모회사와 자회사가 모회사의 대주주로부터 그가 소유한 다른 회사의 비상장주식을 매입한 사안에서, 거래의 목적, 계약체결의 경위 및 내용, 거래대금의 규모 및 회사의 재정상태 등 제반 사정에 비추어 그것이 회사의 입장에서 볼 때 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래로서 허용될 수 있는 한계를 넘어 주로 주식을 매도하려는 대주주의 개인적인 이익을 위한 것에 불과하다면 그 대주주와 모회사 및 자회사의 임직원들에 대하여는 업무상배임죄가 성립한다( 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 참조).

## 2) 인정사실

원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

- ① 피고인은 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 인수 당시 공소외 2 주식회사의 대표이사 겸 대주주(보유주식수 9,000주, 지분율 45%)로서, 2006. 1. 18.부터 2006. 3. 7.까지 사이에 컴퓨터 하드웨어, 소프트웨어 및 반도체 생산설비 등의 제조 및 판매업을 영위하는 코스닥상장법인인 공소외 1 주식회사의 경영권을 인수하기 위하여 주식을 매입하여, 피고인은 총 76만 주(지분율 3.92%)를, 평소 알고 지내던 공소외 3에게 공소외 1 주식회사 주식 매수를 요청하여 공소외 3이 경영하는 공소외 10 주식회사가 70만 3,000주(지분율 3.62%)를 각 인수하였고, 위와 같은 주식인수로 피고인은 공소외 1 주식회사의 최대주주가 되어 2006. 3. 7.경 임시주주총회를 통하여 공소외 1 주식회사의 대표이사로 취임하였다.
- ② 피고인은 공소외 1 주식회사 주식을 매수할 무렵인 2006. 1.경 이미 공소외 1 주식회사를 통하여 자신이 대주주이자 대표이사로 있는 공소외 2 주식회사를 인수할 계획을 가졌고, 공소외 1 주식회사의 경영권을 확보한지 이틀후인 2006. 3. 9.경 공소외 2 주식회사 주식매수를 위하여 세림회계법인 공인회계사 공소외 21에게 공소외 2 주식회사 주식에 대한 가치평가를 의뢰하였다.
- ③ 한편, 피고인은 2006. 3. 6.경 상피고인 2로 하여금 공소외 2 주식회사에 대하여 외부회계감사를 의뢰하도록 하여 위드회계법인 소속 공인회계사인 상피고인 3은 2006. 3. 10.경 상피고인 2로부터 파일 형식으로 송부받은 공소외 2 주식회사의 대차대조표, 손익계산서 등을 토대로 같은 해 3. 13.경 감사보고서를 완성하여 같은 해 3. 15.경 상피고인 2에게 이를 송부하였는데, 피고인은 위 외부회계감사 이후로 공소외 2 주식회사 주식에 대한 가치평가를 미루어 위 외부회계감사를 받은 자료를 토대로 공소외 2 주식회사에 대한 주식가치평가가 이루어지도록 하거나, 공소외 21에게 위 외부회계감사 사실을 알려 이와 연계하여 공소외 2 주식회사에 대한 주식가치평가가 적절하게 이루어

어지도록 하는 조치를 취하지 아니하였다.

또한 위 감사보고서 일자를 감사가 종료된 날인 2006. 3. 13.을 기준으로 하지 아니하고 감사가 종료되기 이전인 2006. 3. 7.자로 소급 기재한 것은 공소외 21의 주식평가서가 완성되기 이전에 위 외부회계감사보고서가 작성되어 이를 토대로 공소외 2 주식회사 주식평가가 이루어진 것으로 외부에 나타내기 위한 것으로 보인다.

④ 공소외 21은 2006. 3. 9.경부터 같은 달 12.경까지 상피고인 2로부터 받은 위 회계자료 및 사업계획서 등을 기초로 공소외 2 주식회사의 주식가치를 평가하였는데, 공소외 21이 공소외 2 주식회사 주식가치를 평가할 당시 공소외 2 주식회사 이외의 동종 업계의 회사나 동종업계에 종사하는 사람들로부터 관련된 의견을 구하거나 자료들을 제출 받은 바 없었고, 공소외 2 주식회사 현장을 방문하여 직원들과 면담하여 사업 및 재정 현황, 사업계획 등을 구체적으로 문의한 바도 없으며, 기타 추가적인 자료를 요구한 사실도 없고, 또한 공소외 2 주식회사에 대한 주식평가를 마치기 전인 2006. 3. 초순 무렵 피고인으로부터 공소외 2 주식회사 주식 양수도 가액으로 75만 원이 적정한지 문의받은 적도 있는데, 결국 위와 같은 평가과정을 거쳐 2006. 3. 12.경 공소외 2 주식회사의 주당가치가 821,715원이라고 산정하였다.

⑤ 위 공소외 21은 '유가증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정'에 의한 평가방법(이하 '유가증권 규정에 의한 평가방법'이라 한다)을 사용하면서도 상대가치를 고려하지 않은 채 본질가치만을 평가하였고, 본질가치 중 수익가치는 통상 3개년도 회계자료를 기초로 주당 추정이익을 산정하게 되어 있음에도 공소외 2 주식회사가 2004년도에는 사업 초기여서 정상적인 영업을 한 것이 아니므로 2005년도 회계자료만을 기초로 주당 추정이익을 산정하였으며, 수익가치 계산에서도 공소외 2 주식회사가 제시한 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%을 근거로 하였을 뿐 동종 산업 평균의 매출액 증가율 및 매출 원가율을 고려하지 않았고, 공소외 2 주식회사는 당시 복합티엠 영업을 하지 않았음에도 회사가 제시한 사업계획서만을 근거로 동부생명의 복합부문(41팀)의 실적의 80%인 320만 원을 1인당 월 평균 실적으로 추정하는 등 회사가 제시한 사업계획서 및 손익을 토대로 주식가치를 평가하였을 뿐만 아니라, 공소외 2 주식회사의 본격적 영업은 2005년에만 이루어져 그 미래현금흐름이 불투명한 상태임에도 유사기업 및 산업 평균의 매출, 손익, 원가율 등의 수치를 반영하기 위한 노력을 전혀 하지 아니하였다(다만 원심이 실시하고 있는 피고인 및 상피고인 2의 분식회계의 점에 관하여는 아래 상피고인 2의 주장에 대한 판단에서 보는 바와 같이, 데이터베이스 및 판촉물 구매대금의 경우 무형자산으로 취급하여 합리적인 상각방법에 의하여 상각하여야 하지만 당해 연도에 사용하지 않았다고 판단되는 부분을 선급비용으로 계상하였다고 하여 이를 일반적 회계처리기준에 위배하였다고 볼 수 없고, 퇴직급여충당금 및 감가상각비는 위 피고인들이 이 사건 주식평가를 위하여 고의로 분식회계를 하였다고 보기 어렵다).

⑥ 피고인은 공소외 21이 위와 같이 산정한 821,715원을 근거로 이미 결정하여 놓았던 주당 75만 원을 매입가격으로 정하였고, 이 과정에서 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수할 필요성이나 위 평가액에 대한 적정성을 공소외 1 주식회사의 입장에서 검토하지 아니하였으며, 위 매입안건에 대하여 이사회를 개최하거나 임원들 사이의 토의도 전혀 이루어지지 아니하였다.

⑦ 당시 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식 전량을 인수할 경영상의 필요성이 있는지 보건대, 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사는 사업의 내용, 설비, 기술 등이 전혀 달라 사업적 연관성이 없어 공소외 2 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입할 경영상의 필요성이 있었다고 보기 어렵고, 당시 공소외 1 주식회사는 2006년 당기순손실이 42억 1,511,753원이고 2000년부터 2005년까지 6년 연속 누적 손실액이 294억 52,337,527원에 달하였으며 마땅한 회사 보유 자산 및 내부 보유자금도 없는 상태였으므로, 공소외 2 주식회사 인수에 150억 원이라는 거액의 금원을 투입한 것은 당시 자금 사정에 역행한 것으로 보이며, 결국 공소외 1 주식회사가 150억 원에 인수한 공소외 2 주식회사 주식은 불과 8개월 만에 약 91억 원 가량이 손실처리되었고, 약 1년여 만에 그 주식 가치가 0원으로 평가되어 전액 손실처리되었다.

⑧ 이에 반하여 피고인 및 공소외 2 주식회사 주주들은 보유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 2만 주를 주당 750,000원에 매각함으로써 100억 원의 현금과 50억 원 상당의 신주인수권부 사채를 취득하게 되었고, 나아가 피고인은 위와 같이 지급받은 현금으로 유상증자에 참여하여 공소외 1 주식회사의 경영권을 견고히 다지는 한편 위와 같이 지급받은 신주인수권부사채를 행사제한 기간인 1년이 경과하자마자 상환받음으로써 상당한 이득을 취하였다.

### 3) 판단

앞서 본 법리에 비추어 원심판결이 설시한 사유 및 위 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 전량을 주당 75만 원에 매입하도록 한 행위는 경영상의 판단에 따른 정상적인 행위라고 볼 수 없고, 공소외 1 주식회사 회사 내에서 적정한 매입가격 결정에 관한 절차를 거치지 않았으며 그 주식평가 방법도 적정하지 않으므로, 본인인 공소외 1 주식회사에 대한 관계에서 그 임무에 위배하여 당시 공소외 2 주식회사의 적정가액을 초과하여 공소외 2 주식회사 주식을 주당 75만 원에 매수하게 하여 공소외 1 주식회사에 재산상손해를 가하고 피고인 및 공소외 2 주식회사 주주들에게 동액 상당의 이익을 취득하게 하였다고 충분히 인정할 수 있다.

#### (다) 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액의 산정 및 배임액수

##### 1) 법리

배임죄에서 재산상의 손해를 가한 때라 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가한 경우를 의미하므로 회사의 대표이사 등이 그 임무에 위배하여 회사로 하여금 다른 회사의 주식을 고가로 매수하게 한 경우 회사에 가한 손해액은 통상 그 주식의 매매대금과 적정가액으로서의 시가 사이의 차액 상당이라고 봄이 상당하며, 비상장주식을 거래한 경우에 있어서 그 시가는 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 만약 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 가지 평가방법들을 고려하되 그러한 평가방법을 규정한 관련 법규들은 각 그 제정 목적에 따라 서로 상이한 기준을 적용하고 있음을 감안할 때 어느 한 가지 평가방법(예컨대, 상속세및증여세법시행령 제 54조의 평가방법)이 항상 적용되어야 한다고 단정할 수는 없고, 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 할 것이며, 한편 비상장주식의 실거래가격이

시가와 근사하거나 적정한 가격으로 볼 수 있는 범위 내에 속하는 것으로 보여 실거래가격과의 차액 상당의 손해가 있다고 할 수 없는 경우에 있어서도, 그 거래의 주된 목적이 비상장주식을 매도하려는 매도인의 자금조달에 있고 회사가 그 규모 및 재정 상태에 비추어 과도한 대출을 일으켜 그 목적달성에 이용된 것에 불과하다고 보이는 등의 특별한 사정이 있는 경우라면 그와 같이 비상장주식을 현금화함으로써 매도인에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 하고 반대로 회사에 그에 상응하는 재산상의 손해로서 그 가액을 산정할 수 없는 손해를 가한 것으로 볼 수 있다( 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 참조).

한편, 배임죄의 성립을 인정하려면 손해의 발생이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 하는바, 배임행위로 인한 재산상 손해의 발생 여부가 충분히 입증되지 않았음에도 가볍게 액수 미상의 손해는 발생하였다고 인정함으로써 배임죄의 성립을 인정하는 것은 허용될 수 없다.

따라서 주식 거래와 관련한 배임행위로 인한 손해의 발생 여부를 판단하기 위하여 주식 가치의 평가가 요구되는 경우에는 그 평가 방법이나 기준에 따라 주식의 가치가 구구하게 산정된다고 하더라도 이를 쉽게 포기하지 말고 상대적으로 가장 타당한 평가방법이나 기준을 심리하여 손해의 발생 여부를 구체적으로 판단하는 것이 필요하다( 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008도11036 판결 참조).

## 2) 판단

### 가) 상증법에 따른 주식가액 산정에 관하여

상증법 시행령 제54조에 의하여 순손익가치와 순자산가치를 각각 3과 2의 비율로 가중평균하여 산정한 주당 가액은 49,174원인 바, 이 방법에 의하여 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 산정하는 것이 타당한지 에 관하여 살펴본다.

상증법에 따른 주식가치 평가방법은 과세관청이 과세표준을 정하는 관점에서 사용하는 방법일 뿐만 아니라 그 과세의 목적을 위하여는 반드시 단일한 수치로 표시된 재화의 가격을 정할 필요가 있어서 부득이하게 규정된 방법에 불과하여 그에 의하여 산정한 평가액이 곧바로 주식의 가액에 해당한다고는 볼 수 없을 뿐만 아니라( 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3191 판결 등 참조), 공소외 2 주식회사의 보험대리 및 티엠 영업은 일반 제조업과 달리 특별한 설비투자가 필요하지 않고 인적 시설 및 기타 영업 노하우 등의 무형자산이 그 자산의 주를 이루고 있고 2005년도 매출액이 급증된 사실을 고려하여 무형자산 및 장래에도 어느 정도 성장할 것으로 예상되는 기업의 미래가치를 일정 정도 반영되어야 하는 점 등에 비추어 보면, 순자산가치와 순손익가치를 기초로 산정하는 상증법에 따른 주식가치 평가방법만으로는 공소외 2 주식회사의 특성을 반영할 수 없으므로 부적절하다.

### 나) 공소외 3과의 실제거래 사례에 의한 주식가격 산정에 관하여

피고인이 세림회계법인의 주식가치 평가일로부터 2개월 전인 2006. 1. 11.경 공소외 3에게 기존 채무 6억 원의 변제를 위하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 배정하였으므로 이때의 주당 가격 75,000원(6억 원 ÷ 8,000주)으로 계산되는 바, 위와 같은 공소외 3과의 실제거래 사례가 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 적절하게 반영하는지에 관하여 살펴본다.

- ① 공소외 3은 2000.경 여의도고등학교 선배인 공소외 22의 소개로 피고인을 알게되어 가깝게 지내온 점( 피고인 1에 대한 증거기록 4권 1619면), ② 공소외 3은 피고인이 공소외 2 주식회사를 설립한 2004. 6. 8.로부터 얼마되지 않아 매출이 발생하기도 전인 2004. 7.경부터 2005. 2.경까지 7-8회에 걸쳐 이자 약정이나 담보 없이 6억원을 대여하여 이는 대여라기 보다는 투자에 가까운 것으로 보이는 점, ③ 피고인도 '자신이 가지고 있던 5억 원으로 공소외 2 주식회사 운영이 충분할 것으로 생각하였는데 운영자금이 모자라서 공소외 3에게 계속하여 돈을 빌리게 되었고, 이에 공소외 3이 대여금액이 증가하면서 담보를 요구하여 공소외 2 주식회사 발행주식의 40%에 해당하는 8,000주를 교부하였다'( 피고인 1에 대한 증거기록 4권 1643면), ' 공소외 3이 돈을 빌려주지 않았더라면 아마 영업을 할 수 없는 상황이었기 때문에 너무 고마워서 40% 정도 지분을 배당해 준 것이다'(공판기록 5권 2764면)라고 진술하고 있어 6억 원에 대하여 8,000주를 배정한 이유가 공소외 2 주식회사 주식 1주가 약 75,000원 정도의 가치로 계산한 결과인 것은 아닌 것으로 보이는 점, ④ 피고인은 공소외 2 주식회사를 설립할 당시 자본금 5,000만 원 전액을 자신이 납입한 다음 자신에게 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었고, 2005. 12. 31.경, 2006. 1. 9.경에도 사업자금을 대여한 사람들 및 상피고인 2에게 주식을 임의로 배정하였으며, 2006. 1. 11.경 자본금을 5,000만 원에서 1억 원으로 증액하는 유상증자에서도 증자금 5,000만 원 전액을 자신이 납입한 다음 공소외 3을 비롯하여 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었는데, 위와 같은 주식 배정에는 어떠한 일률적인 배정 방법은 없었고, 단순히 피고인이 사업자금 투자액이나 공로에 따라서 적당히 배정한 것으로 보이는 점, ⑤ 공소외 3은 2006. 1. 19.경 자신이 운영하는 공소외 10 주식회사로 하여금 공소외 1 주식회사 주식을 인수하게 하여 피고인의 공소외 1 주식회사 인수를 지원하였고, 반대로 피고인은 2006. 3. 22.경 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 7 주식회사 주식을 인수하게 하여 공소외 3의 공소외 7 주식회사의 경영권확보를 지원하는 상호 특수관계에 있는 점 등에 비추어 보면, 공소외 3의 대여금 6억 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 배정한 사례가 공소외 2 주식회사 주식에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례라고 보기는 어렵다.

다) 공소외 4와의 실제거래 사례에 의한 주시가격 산정에 관하여

피고인이 2005. 12. 21. 공소외 4로부터 사업자금 명목으로 2억 5,000만 원을 차용하였다가 변제에 갈음하여 2005. 12. 31. 공소외 4에게 공소외 2 주식회사 주식 500주, 2006. 1. 9. 공소외 2 주식회사 주식 200주 합계 700주를 양도하였으므로 이 거래에서의 주당 가격 357,143원(2억 5,000만 원 ÷ 700주, 원 미만은 반올림)인 바, 위와 같은 공소외 3과의 실제거래 사례가 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 적절하게 반영하는지에 관하여 살펴본다.

- ① 피고인은 2004.경 고등학교 선배인 공소외 23의 소개로 공소외 4를 알게 되었고, 피고인이 운영하는 회사에 자금을 지원받는 등 피고인이 '형'이라고 부를 정도로 친분관계가 있었던 점, ② 공소외 4는 2005. 12. 21.경 피고인에게 2억 5,000만 원을 송금하였는데, 그 송금 경위와 관련하여 공소외 4는 원심 법정에서 '제가 피고인에게 투자한 투자금은 어떤 회사에 투자할 것인지, 채권 또는 주식으로 투자할 것인지, 어떠한 형식으로 투자할 것인지 등에 대한 처분권한을 피고인에게 일임하였다'고 진술하여(공판기록 5권 2278면) 2억 5,000만 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 700주가 배정된 것조차 전혀 모르고 있어, 2억 5,000만 원에 대하여 700주를 배정한 이유가 공소외 2 주식회사 주식 1주가 약 357,143원 정도의 가치로 계산된 결과인 것은 아닌 것으로 보이는 점, ③ 앞서 본 바와 같이

피고인은 공소외 2 주식회사를 설립할 당시, 2005. 12. 31.경, 2006. 1. 9.경 및 2006. 1. 11.경 유상증자 당시에 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었는데, 위와 같은 주식 배정에는 어떠한 일률적인 배정 방법은 없었고, 단순히 피고인이 사업자금 투자액이나 공로에 따라서 적당히 배정한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 4의 투자금 2억 5,000만 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 700주를 배정한 사례가 공소외 2 주식회사 주식에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례라고 보기는 어렵다.

라) 유가증권 규정에 의한 평가방법에 따른 주식가격 산정에 관하여

공소외 2 주식회사가 속한 산업군인 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년간 산업 평균 매출액 증가율 및 산업 평균 매출원가율에 의하여 유가증권 규정에 의한 평가방법에 따라 계산한 주당 가격 614,928원( 피고인 1에 대한 증거기록 12권 5723면 이하의 수사보고(1)[ 공소외 2 주식회사의 주식가치평가 종합] 참조)이므로 이에 관하여 살펴본다.

구 증권거래법(2007. 8. 3 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것) 시행령 제84조의7, 같은 법 시행규칙 제36조의12와 유가증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정 제82조 및 같은 규정 시행세칙 제6조에 의한 유가증권 규정에 의한 평가방법은 회사들이 합병을 할 경우 그 합병가액을 산정하는데 사용되나, 비상장회사의 주식가치를 평가함에 있어 일반적으로 사용되고 있는 평가방법이기도 하다.

유가증권 규정에 의한 평가방법에 정한 기준에 따라 산정된 순자산가치와 수익가치를 각각 1과 1.5의 비율로 가중하여 산술 평균한 본질가치와 동 규정 시행세칙 제8조 제6항에 의하여 발행회사와 자본금, 매출액 규모, 주요 재무 비율, 주당 수익률 및 제품 구성비 등이 가장 유사하고 일정한 요건을 구비하는 2개사 이상의 상장법인에 대한 유사회사별 비교가치를 평균한 가액의 30% 이상을 할인한 상대가치를 평균하여 산정하여야 한다.

이 사건 공소외 2 주식회사 주식가치를 평가한 세림회계법인 공인회계사 공소외 21은 유가증권 규정에 의한 평가방법을 사용하면서도 상대가치를 고려하지 않은 채 본질가치만을 평가하였고, 본질가치 중 수익가치는 통상 3개년도 회계자료를 기초로 주당 추정이익을 산정하게 되어 있음에도 공소외 2 주식회사가 2004년도에는 사업 초기여서 정상적인 영업을 한 것이 아니므로 2005년도 회계자료만을 기초로 주당 추정이익을 산정하였으며, 수익가치 계산에서도 공소외 2 주식회사가 제시한 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%을 근거로 하였는데, 당시 공소외 2 주식회사와 유사한 업종의 상장법인이 없었으므로 상대가치를 반영할 수 없고, 2004년 매출액을 수익가치에서 배제하더라도, 적어도 수익가치의 미래추정이익 계산에서의 매출액 증가율 및 매출 원가율은 당해 기업이 속한 산업의 추세 등이 반영될 수 있도록 회사 제시 매출액 증가율 및 매출 원가율과 산업 평균 매출액 증가율 및 매출 원가율을 평균하여 이를 사용함이 상당한 것으로 보인다.

따라서 당시의 산업평균 매출액 증가율은 6%, 매출 원가율은 82%이므로 이것들과 회사 제시 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%을 평균하여 이 수치를 토대로 계산한 공소외 2 주식회사의 본질가치는 주당 614,928원이고, 위에서 본 바와 같이 복합티엠 으로 인한 실적 추정이 지나치게 낙관적인 점, 뒤에서 보는 바와 같이 퇴직급여충당금 및 감가

상각비가 과소계상되어 2005년 영업이익이 과대계상되었고, 이를 토대로 계산된 2006년도 및 2007년도 추정 매출액 역시 과대계상된 점 등을 감안하면, 당시 공소외 2 주식회사 주식 가격은 614,928원 이하라고 봄이 상당하다.

(라) 소결

따라서 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사의 업무상 임무에 위배하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격이 최대 614,928원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만원에 자신을 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들로부터 매수하도록 하여, 피고인은 최소 12억 15,648,000원(피고인 보유 주식 9,000주 × (750,000원 - 614,928원)) 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 나머지 주주들로 하여금 최소 14억 85,792,000원(나머지 주주들 보유 주식 11,000주 × (750,000원 - 614,928원)) 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 27억 1,440,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정되고, 위 금액을 넘는 범위에 대하여는 범죄의 증명이 없다 할 것이다.

(2) 피고인 1의 공소외 2 주식회사에 대한 대여 관련 30억 원 및 공소외 5 주식회사에 대한 대여 관련 5억 원의 각 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는바, 이 경우 그 '임무에 위배하는 행위'라 함은 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하고, '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되므로, 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 회사의 이사는 단순히 그것이 경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없으며, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는다( 대법원 2006. 11. 10. 선고 2004도5167 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 기록을 면밀히 살피건대, 원심은 그 거시증거 및 이에 의하여 인정되는 사정들을 종합하여, 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 자회사인 공소외 2 주식회사 및 손자회사인 공소외 5 주식회사가 당시 자금사정이 어려워 공소외 1 주식회사에서 이들 회사에 금원을 대여하더라도 변제기에 이를 변제할 수 없어 공소외 1 주식회사에 손해가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하면서도, 이들 회사로부터 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권 보전조치를 취하지 아니하고, 이사회에서 대여의 필요성과 채권 회수방안 등에 대해 실질적인 논의도 하지 않고서, 2006. 4. 26.경 자회사인 공소외 2 주식회사에 30억 원을, 공소외 5 주식회사에 2006. 11. 29.경 2억 원, 2007. 1. 5.경 1억 원, 같은 달 8.경 2억 원 합계 5억 원의 금원을 각 대여하여 이들 회사에 위 각 금액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정하면서, 배임의 고의가 없다는 피고인의 주장을 배척하였는바, 이러한 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인이 주장하고 있는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.



(3) 피고인 1의 공소외 7 주식회사 주식인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

공소외 10 주식회사와 그 대표이사인 공소외 3은 2006. 3. 22.경 공소외 24 주식회사 11호 기업구조조정조합으로부터 코스닥 상장법인인 공소외 7 주식회사의 주식 755,937주(지분율 7.47%)를 1주당 7,937원으로 계산하여 합계 60억 원에 매수하여 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수하였는데, 위 1주당 매매가격은 이른바 경영권 프리미엄을 반영하여 기준주가 5,400원에 비해 47% 할증된 가격이었다.

피고인은 위와 같이 공소외 10 주식회사와 공소외 3이 공소외 7 주식회사 주식을 매수할 때 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하게 하기 위해 공소외 7 주식회사 주식 377,968주(지분율 3.74%)를 위와 같이 경영권 프리미엄이 반영된 주당 7,937원으로 계산하여 합계 30억 원에 위 조합으로부터 매수하게 한 다음 같은 날 '타법인 주식 및 출자증권 취득 결정'을 공시하면서 위 주식 매수목적은 '경영권 참여를 위한 지분 취득'이라고 밝혔다.

피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 2000년부터 2005년까지 6년 연속 당기순손실을 기록하고 그 누적액이 294억 원을 초과하였으며 주식 매수에 동원할 수 있는 여유자금 또한 현저히 부족한 공소외 1 주식회사의 사정을 감안하여 공소외 1 주식회사의 사업영역과 무관한 캠핑용구 제조 및 판매업체인 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하기 위해 공소외 1 주식회사의 자금을 투입하는 것에 대해서는 그 필요성을 보수적인 관점에서 신중히 검토하고 이사회에서 충분히 논의하여 회사 자금이 회사의 사업목적 이외의 분야에 함부로 사용되지 않도록 노력하여야 할 업무상 임무가 있다.

또한 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하기로 결정한 경우에도 경영권 프리미엄의 적정성을 검토하여야 할 뿐만 아니라 공소외 1 주식회사로 하여금 코스닥 상장 주식을 시장가격에 경영권 프리미엄을 더한 가격에 매수하게 하는 경우에는 사전에 공소외 10 주식회사 등 공동매수인과 협의하여 공소외 1 주식회사가 실제 공소외 7 주식회사의 경영에 참여할 수 있도록 조치하고, 만약 경영 참여가 여의치 않을 경우에는 매수한 주식을 매매 당시의 시장가격에 경영권 프리미엄을 더한 가격으로 양도할 수 있도록 미리 조치하여 공소외 1 주식회사에 재산상 손해가 없도록 해야 할 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인은 공소외 1 주식회사의 경영권을 취득한 지 15일 만에 만연히 공소외 7 주식회사의 경영 참여를 위해 공소외 1 주식회사 자금 30억을 투입하기로 결정하고 당시 적정가격이 주당 5,400원인 공소외 7 주식회사 주식 377,968주를 주당 7,937원에 매수하면서 경영 참여 또는 경영권 프리미엄을 보장받기 위한 사전 조치를 소홀히 하고, 이사회에서 경영 참여의 필요성이나 코스닥 시장에서의 거래시가보다 월등히 높은 가격에 공소외 7 주식회사 주식을 인수할 필요성 및 인수가격의 적정성 등에 관하여 논의하지도 않았다.

이로써 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서의 업무상 임무에 위배하여 공소외 3으로 하여금 위 조합에 9억 58,904,816원 $\{(7,937\text{원}-5,400\text{원})\times 377,968\text{주}\}$ 만큼 경영권 프리미엄을 적게 지급하고 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(나) 판단

이른바 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업 경영에 내재된 속성을 고려하여 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단 대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결 등 참조).

기록에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

- ① 공소외 10 주식회사와 그 대표이사 공소외 3, 공소외 1 주식회사와 그 대표이사 피고인은 공동으로 2006. 3. 22. 코스닥상장법인인 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수하기 위하여 공소외 24 주식회사 11호 기업구조조정조합으로부터 공소외 7 주식회사 주식 1,259,895주(지분율 12.5%)를 주당 7,937원, 총 10억 원에 매수하는데, 공소외 10 주식회사가 45억 원, 공소외 3이 15억 원, 공소외 1 주식회사가 30억 원, 피고인이 10억 원을 각 투자하였으므로(증제101호 주식양수도계약서, 공판기록 5권 2622면), 피고인 개인 자금도 투자되어 공소외 1 주식회사의 투자금과 같이 손익을 같이하게 될 운명이었다.
- ② 위 주식 인수 당시 주식양수도 가액의 적정성에 관하여 세림회계법인의 주식평가를 받았는데, 당시 세림회계법인에서는 미래현금흐름할인(DCF) 방법에 의하여 공소외 7 주식회사의 주식의 주당 가치를 그 성장률의 가정에 따라 3,338원~7,306원의 범위로 산정하였고, 유사사례에 의한 방법(경영권 프리미엄이 수반된 주식양수도 사례를 참조)에 의하여 기준주가에 경영권프리미엄을 더하는 방법으로 적정 매매가액을 주당 11,403원으로 산정하였으며( 공소외 3 증언, 공판기록 6권 2644면), 한편 당시의 공소외 7 주식회사의 1개월 거래량 가중평균 주가는 6,157원, 1주일 거래량 가중평균 주가는 5,097원으로(증제100호 기준주가산정표, 공판기록 5권 2611면) 피고인 등의 경영권프리미엄을 포함한 매입가격인 주당 7,937원은 세림회계법인의 평가액 및 당시의 기준주가와 경영권프리미엄을 감안하면 적정한 것으로 보인다.
- ③ 당시 공소외 7 주식회사 주식 매수 직전 공소외 7 주식회사가 해외에서 몇 백억 원을 투자받는다고 공시하였다가 이를 번복하여 단기간내에 주가가 12,000원에서 5,000원으로 급락을 하였기 때문에 단기 반등 가능성이 있어 피고

인은 반등할 경우 장내에서 이를 매도하여 시세차익을 얻을 수 있고, 그렇지 않더라도 공동매수인과 함께 경영권프리미엄을 포함하여 보유주식을 매각하면 공소외 1 주식회사로서는 아무런 손해가 발생하지 않는다.

- ④ 공소외 7 주식회사 이사진(정원 4명)에 공소외 1 주식회사의 CFO 공소외 8 이사 1명만이 선출되었는데, 이는 공동매수 당시 공소외 1 주식회사와 피고인의 지분율이 공소외 10 주식회사와 공소외 3의 지분율의 2/3에 불과하고, 위와 같은 격차는 2006. 5.경 공소외 7 주식회사의 기존 경영진이었던 공소외 25와의 경영권분쟁으로 인하여 공소외 10 주식회사가 장내에서 추가로 공소외 7 주식회사 주식을 매집함으로써 더욱 벌어지게 된 것으로 이는 불가피한 것으로 보인다.
- ⑤ 공소외 7 주식회사는 2006. 4. 21. 공소외 1 주식회사가 발행한 20억 상당의 전환사채를 인수하였는데(증 제84호증, 주식등의 대량보유상황보고서, 공판기록 5권 2353면), 이와 같은 공소외 7 주식회사의 의사결정은 피고인의 영향력 없이는 이루어 질 수 없다 할 것이므로 공동경영이 아니더라도 공소외 3은 공소외 7 주식회사 경영에 있어서 피고인의 의사를 존중하였던 것으로 보인다.
- ⑥ 피고인이 공소외 3과 사이에 경영권프리미엄에 상응하는 경영권확보방안이나 경영권 불행사시 자금회수 방안에 관하여 약정을 서면화하지 않은 잘못은 있으나, 위와 같은 공동매수 당시에는 어느 한쪽이 공동약정을 깨게 되면 양쪽 모두 경영권프리미엄을 상실하게 되는 결과가 되어 위와 같은 약정의 서면화는 반드시 필요하였다고 보기 어렵다.
- ⑦ 피고인이 공소외 1 주식회사를 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 양도한 이후에 공소외 9 주식회사가 위 공동매수 이후에 발생한 경영권분쟁에 있어서 공소외 1 주식회사가 경영권확보를 위하여 노력하지 않은 사정 등을 감안하지 않고 기존 매입대금 30억 원에 법정이자를 요구하여, 공소외 10 주식회사가 이를 거부하자 추가 협상 없이 장내에서 바로 이를 매도하여 그 손해가 현실화되었다.

앞서 본 법리에 비추어 위 사정들을 종합하여 보면, 비록 피고인에게 공소외 3이 피고인의 공소외 1 주식회사 인수를 지원한 것에 대한 반대급부로 공소외 3의 공소외 7 주식회사 인수를 지원할 의도가 있었다고 하더라도, 위에서 본 바와 같이 공소외 7 주식회사의 주식을 경영권프리미엄을 포함하여 적정한 가격으로 매수하였고, 그 후 공소외 7 주식회사의 경영에도 참여하였다고 볼 만한 사정이 있으며, 공소외 1 주식회사의 손해가 공소외 9 주식회사의 주식 매도로 인하여 현실화되었다면, 피고인에게 앞서 본 바와 같은 약정을 서면화하지 않는 등의 경영상의 잘못이 있다고 하더라도, 이를 가지고 피고인에게 배임의 고의가 있다고 보기는 어렵다 할 것이어서, 이 부분 공소사실은 그 증명이 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인의 위 주장은 이유 있다.

- (4) 피고인 1, 4의 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점에 대한 판단
  - (가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 2006. 3. 7.경부터 공소외 1 주식회사 대표이사로, 피고인 4는 2006. 7. 11.경부터 공소외 1 주식회사의 이사 겸 부사장으로 공소외 1 주식회사를 경영하다가 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 소유 주식 2,526,667주를 50억 53,334,000원에 매각하고 경영권을 양도하는 내용의 계약을 체결하고, 같은 달 25.경 경영권을 양도한 후 같은 해 6. 22.경 대표이사직을 사임하였다.

피고인들은 2007. 3. 20.경 당시 법인등기부상 대표이사로 등재되어 있기는 하지만 위와 같이 보유주식과 경영권을 전부 양도하기로 계약을 체결한 상황이므로, 형식적으로나마 대표이사직에 머물러 있던 피고인들로서는 공소외 1 주식회사 자금을 회사의 이익에 반하지 않도록 신중하게 운영하여야 하고, 퇴진이 예정된 경영진인 피고인들의 개인적인 편의를 위한 용도로 회사 자금을 사용하여서는 안 될 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고, 피고인들은 공모하여 2007. 3. 20.경 피고인들이 사용할 벤츠 S550V 승용차 2대를 공소외 1 주식회사 명의로 공소외 42로부터 계약기간을 3년으로 정하여 리스하면서 보증금 명목으로 1억 1,853,700원, 리스료 선금 명목으로 64,800,000원 등 합계 1억 66,653,700원을 공소외 42에 지급하였다.

이로써 피고인 1은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 임무에 위배하여 82,669,700원 상당의 재산상 이익을, 피고인 4는 83,984,000원 상당의 재산상 이익을 각 취득하고, 공소외 1 주식회사로 하여금 1억 66,653,700원 상당의 재산상 손해를 입게 하였다.

#### (나) 판단

기록에 의하여 인정되는 다음 사정들 즉, ① 공소외 1 주식회사의 임원인 피고인들은 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 대하여 공소외 1 주식회사의 주식 및 경영권을 양도하기로 계약한 다음 계약금 30억 원을 지급받았는데, 이때 차량리스를 승낙하였는지에 관하여 공소외 9 주식회사 대표이사 공소외 26은 검찰에서는 '통상적으로 기존의 대표이사가 경영권을 양도하면서 예우차원에서 기존에 사용하던 차량과 기사, 급여를 대표이사로 사임할 때까지의 기간 동안만 제공한다는 것이지, 새로이 차량을 리스하여 사용하여도 된다는 의미는 아니다'라고 진술하고( 피고인 1에 대한 증거기록 13권 6651면), 원심 법정에서는 '당시 계약금 30억 원만 지급한 상태이므로 제가 의사결정할 수 있는 권한도 없고, 당시 대표이사는 피고인 1이기 때문에 피고인들에게 공소외 1 주식회사 자금으로 신차를 리스해서 타고 다녀라는 말을 할 입장이 아니고, 그렇게 말한 적도 없다'고 진술하고(공판기록 5권 2234, 2251, 2253면) 있으나, 2007. 5.경부터 공소외 1 주식회사의 상무이사로 근무한 공소외 27은 검찰에서 '2007. 5. 1. 입사해서 리스 차량 현황을 보니, 경영권이 양도된 이후에 피고인들이 차량을 리스하여 운행하고 있기에 공소외 26 사장에게 보고하였더니, 공소외 26 사장은 2007. 6. 초순경 대표이사 선임 주주총회 전까지는 피고인들이 계속해서 운행하도록 하였다고 하였고, 2007. 6. 말경 리스차량을 회수하여야 되겠다고 생각하여 공소외 26 사장에게 보고하니 그대로 추진하라고 하여 전보혜 등 실무자에게 리스차량 승계업무를 처리하도록 지시하였다'고 진술하고( 피고인 1에 대한 증거기록 13권 6540면), 원심 법정에서 '동의까지는 몰라도 제가 알기로 6-7월까지인가 계속 그 차량 사용에 대하여 협의가 있었던 것으로 기억한다'고 진술하는 점(공판기록 5권 2294면), 피고인들의 리스차량 이용 당시 공소외 9 주식회사 측에서 아무런 이의를 제기하지 않은 점, 공소외 26은 피고인들과 사이에 공소외 1 주식회사 양수도와

관련된 옵션계약 해제로 인한 손해배상 등으로 민사소송의 반대 당사자로서 서로 치열하게 다투고 있었던 점 등을 고려하면 당시 공소외 26은 피고인들에게 차량리스를 허용하였고 2007. 6.경의 대표이사 선임 주주총회 전까지는 이를 사용하도록 승낙한 것으로 봄이 상당한 점, ② 2007. 6.경 주주총회로 새로운 경영진이 선임되기 전까지는 형식적으로 피고인들이 임원이기는 하나, 이미 경영권이 양도된 상태에서는 공소외 1 주식회사의 양수인인 공소외 9 주식회사가 공소외 1 주식회사에 대하여 실질적인 경영권을 행사한다고 봄이 상당하므로, 피고인들이 공소외 9 주식회사의 대표이사 공소외 26의 승낙을 받고 공소외 1 주식회사 명의로 차량을 리스하였다면 업무상임무에 위배하였다는 인식을 하기는 어려운 점, ③ 피고인들은 공소외 1 주식회사 명의로 차량을 리스하였으므로 피고인들이 공소외 7 주식회사를 떠나더라도 위 리스차량의 이용자의 지위는 여전히 공소외 1 주식회사에 있다 할 것이므로 리스계약 당시 지급한 보증금 및 선급리스료 상당의 재산상이익을 피고인들이 취득하였다고 보기는 어려운 점, ④ 새로운 경영진이 주주총회에서 선임된 후 이 사건 리스차량을 공소외 1 주식회사에서 그대로 사용하면 차량리스 승계의 문제가 발생하지는 않지만, 공소외 26은 위 차량들이 필요 없게 되자 위와 같이 리스차량 승계를 지시하였는데, 차량리스의 경우 리스계약을 중도해지하면 리스회사에 이에 따른 손해배상을 하여야 하므로 이보다는 리스차량 이용자의 지위를 양도하는 것이 유리하다는 판단하에 공소외 27은 피고인들에게 차량리스 승계를 요청하였고, 이에 피고인들은 위 요청을 받아들여 피고인 1은 2007. 7. 11.경 공소외 28에게 위 리스차량 이용자의 지위를 양도하게 한 후 선급리스료 반환금 명목으로 27,467,220원을 반환하였고, 피고인 4도 그가 대표이사로 있던 공소외 29 주식회사에 리스차량을 승계시킨 다음 2007. 9. 12.경 위약금 보전 명목으로 청주지방법원에 33,484,400원을 공탁하여 이 사건 차량리스로 발생할 수 있는 공소외 1 주식회사의 손해를 보전하기 위하여 노력한 점 등을 종합하여 보면, 비록 피고인들이 위 리스차량을 일부 개인적인 용도에 사용하였다 하더라도, 이것만 가지고는 피고인들에게 배임의 고의가 있다고 보기는 어렵다 할 것이어서, 이 부분 공소사실은 그 증거가 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인들의 위 주장은 이유 있다.

(5) 피고인 1의 공소외 11 주식회사 소유 설비부품 4억 9,235,751원 상당 업무상횡령의 점에 대한 판단

원심이 적절하게 설시한 사유들에 의하면, 피고인은 2006. 4. 25.경 피해자 공소외 11 주식회사로부터 그 소유의 캘린더를 매수한 것이 아니라 임차한 것임을 알면서도 공소외 30 주식회사 대표이사 공소외 12에게 위 캘린더의 매각을 의뢰하여 공소외 12로 하여금 2006. 10.경부터 2007. 2. 25.경까지 사이에 위 캘린더를 분해하여 해외에 매각하게 함으로써 이를 횡령하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(6) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대출 관련 34억 75,288,900원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대한 판단

(가) 대출금의 실질적인 주채무자는 피고인이라는 주장에 대하여

동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 법령이나 금융기관 내부규정의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자가 실제 대출받고자 하는 채무액에 대하여 제3자를 형식상의 주채무자로 내세우고, 금융기관도 이를 양해하여 제3자에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 제3자 명의로 대출관계 서류를 작성받은 경우, 제3자는 형식

상의 명의만을 빌려준 자에 불과하고 그 대출계약의 실질적인 당사자는 금융기관과 실질적 주채무자이므로, 제3자 명의로 되어 있는 대출약정은 그 금융기관의 양해하에 그에 따른 채무부담의 의사 없이 형식적으로 이루어진 것에 불과하여 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위라고 할 것이다( 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53013 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 피고인은 2006. 1.경 신한은행 신설동지점으로부터 개인 명의로 33억 원의 대출을 받았는데, 그 대출이 2007. 1.경 만기가 되자, 공소외 1 주식회사의 거래지점인 신한은행 양재남기업금융지점으로부터 실적을 올려달라는 취지로 공소외 5 주식회사 명의로 대출을 받으라는 요청을 받고 위 회사 명의로 35억 원의 대출을 받은 사실, 이 사건 대출 당시 피고인은 공소외 5 주식회사의 대표이사로서 위 회사 명의로 대출을 받았을 뿐 자신이 실제 채무자이고 공소외 5 주식회사는 단순히 형식상의 주채무자라는 의사표시를 하거나, 신한은행 양재남기업금융지점 대출담당자가 공소외 5 주식회사에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 위 회사 명의로 대출관계 서류를 작성받았다고 볼 만한 아무런 자료가 없는 점 등에 비추어, 공소외 5 주식회사로 되어 있는 이 사건 대출약정이 통정허위표시라 인정할 수 없으므로, 이를 전제로 하는 위 주장은 이유 없다.

(나) 불법영득의 의사가 없다는 주장

횡령죄에 있어서 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같이 처분을 하는 의사를 말하고, 사후에 이를 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있다 하더라도 불법영득의 의사를 인정함에는 지장이 없는 것이다( 대법원 2006. 11. 10. 선고 2004도5167 판결 등 참조).

원심이 적절하게 설시하고 있는 사유들에 의하면, 피고인은 2007. 1. 19. 공소외 5 주식회사 명의로 35억 원을 대출받아 수수료 등을 제외한 34억 75,288,900원을 송금받은 후, 이를 가지고 자신의 개인 명의 대출금 33억 원을 변제하고 나머지는 개인 채무 변제, 투자금으로 사용하여 이를 횡령하였다고 충분히 인정할 수 있고, 비록 피고인이 개인 및 그 아버지 소유의 부동산을 담보로 제공하였고, 이자를 피고인 개인 돈으로 상환하였다는 것만으로는 횡령죄의 성립에 영향을 미치지 못한다 할 것이므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(7) 피고인 1의 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

공소외 1 주식회사는 2006. 9. 20.경 공소외 31 등으로부터 충북 청원군 오창읍 소재 공소외 13 주식회사(당시 상호는 '◇◇◇'였고, 이하 '공소외 13 주식회사'라 한다) 발행주식 76.19%를 8억 원에 매수하여 공소외 13 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입시켰다.

공소외 1 주식회사 대표이사이자 공소외 5 주식회사의 대표이사였던 피고인은 2006. 10. 18.경 공소외 13 주식회사 대표이사 공소외 14가 공소외 13 주식회사의 기존 은행 차입금 상환 및 신제품 생산을 위한 시설 투자를 위해 10억 원의 신규 차입을 고려하고 있다는 사실을 알고 공소외 14에게 " 공소외 1 주식회사가 신용도가 낮아 차입이 어려

우니 공소외 13 주식회사에서 최대한 자금을 많이 차입하여 공소외 5 주식회사에 6억 원을 빌려 달라. 만기 전이라도 공소외 13 주식회사에서 자금이 필요한 상황이 되면 언제든지 내가 책임지고 상환하겠다.

"라는 취지로 말하여, 공소외 13 주식회사의 최대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 최대주주 겸 대표이사인 피고인의 변제 약속을 믿은 공소외 14로 하여금 그의 연대보증 하에 공소외 13 주식회사 명의로 기업은행 서청주지점으로 부터 14억 원을 대출받아 그 중 6억 원을 공소외 5 주식회사에 대여기간 1년, 이율 연 7%의 조건으로 대여하게 하였다.

그러나 사실은 공소외 5 주식회사는 제3항 기재와 같이 영업부진으로 인해 2006. 6.경부터 적자가 발생하여 2006년도 당기순손실이 12억 7,700만 원에 달하였고, 2006. 12. 31. 현재 유동부채(32억 6,800만원)가 유동자산(20억 5,600만원)을 크게 초과하여 자본이 전액 잠식된 상태일 정도로 재무사정이 악화되어 전적으로 차입금에 의존하여 운영되고 있던 상황이었으므로 공소외 13 주식회사로부터 자금을 빌려 사용하더라도 그 원리금을 제대로 변제할 능력이 없었고, 피고인 또한 위와 같은 사정을 잘 알면서 공소외 5 주식회사 명의로 6억 원을 차용하였으므로 공소외 14로부터 대여금 상환 요청을 받더라도 자신이 공소외 5 주식회사를 대신하여 위 차용금을 상환할 의사가 없었다.

이로써 피고인은 공소외 14를 기망하여 공소외 5 주식회사로 하여금 6억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하였다.

#### (나) 판단

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음 사정들 즉, ① 피고인과 공소외 14는 공소외 13 주식회사를 공동으로 인수하기로 하여 2006. 9. 20.경 공소외 14는 공소외 13 주식회사 발행주식 24% 가량을 2억 5,000만 원에 매입하고, 공소외 1 주식회사는 2006. 9. 20.경 공소외 13 주식회사 발행주식 76% 가량을 8억 원에 매수하여 공소외 13 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입시킨 사실, ② 엔디플로의 대표이사는 공소외 14가 맡았으나, 피고인은 공소외 13 주식회사 회사 내에서 '사장'으로 호칭되었고, 대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 13 주식회사의 은행대출 및 시설투자 등 주요 자금에 대한 결재권을 행사한 사실, ③ 공소외 14도 '금액이 좀 큰 부분은 언제든지 피고인과 상의해서 집행하였다.

몇 천만 원 정도는 제가 임의로 했고, 나머지 큰 금액들은 피고인과 협의했다'고 진술하여(공판기록 5권, 2457면) 피고인이 공소외 13 주식회사의 주요 자금 결재에 관하여 일정한 권한을 가지고 있었던 것으로 보이는 점, ④ 피고인이 공소외 14에게 6억 원을 추가로 대출하여 공소외 5 주식회사에 대여하게 한 경위에 관하여 보건대, 공소외 14는 '금전 대여 당시 피고인이 공소외 5 주식회사가 어떤 회사라고 이야기한 것 같은데, 정확하게 업종이 달라서 잘 기억도 안 나고, 재무상태나 이런 것에 대하여 전혀 물어보지도 않았고, 듣지도 않았다'(공판기록 5권, 2462면), '공소외 5 주식회사가 뭐하는 회사인지 우리는 알 것 없고, 피고인의 재력을 믿고 빌려주면 된다는 분위기여서 빌려준 것이다'(공판기록 5권, 2467면)라고 진술하여 이 사건 대여는 공소외 5 주식회사의 변제능력과 아무런 상관 없이 피고인의 변제약속을 믿고 이루어 진 것으로 보이는 점, ⑤ 피고인은 공소외 13 주식회사의 대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 13 주식회사의 주요 자금에 대하여 결재권을 행사하였으므로 공소외 14로서도 피고인의 요청을 거절할 수 없다 할 것이고, 위와 같은 위치에 있는 피고인이 구두로 공소외 13 주식회사에서 자금이 필요하면 언제든지 상환하겠다고 함으로써 이 사건 대여가 이루어진 것이라고 봄이 상당하고, 피고인이 공

소외 14를 공소사실 기재와 같이 기망하였고, 공소외 14가 이에 착오를 일으켜 공소외 14가 공소외 5 주식회사에 대여하였다고 보기는 어려운 점, ⑥ 2007. 3. 19. 피고인이 공소외 1 주식회사를 공소외 9 주식회사에 양도하기 전에는 이 사건 대여금의 상환요청이 전혀 없었다가 위와 같은 양도가 이루어지고 이 사건 수사가 개시된 후에야 비로소 이 사건 대여를 문제삼은 것도 당시 공소외 14가 기망당하였는지에 관하여 의심이 들게 하는 점 등을 종합하여 보면, 검찰이 제출한 증거들만으로는 합리적 의심을 배제하고 피고인이 공소외 14를 기망하여 동인이 착오로 인하여 이 사건 대여를 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 그 증명이 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인의 위 주장은 이유 있다.

(8) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령) 및 배임증재의 점에 대한 판단

횡령죄에 있어서 재물의 보관이라 함은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하고 그 보관이 위탁관계에 기인하여야 할 것임은 물론이나, 그것이 반드시 사용대차·임대차·위임 등의 계약에 의하여 설정되는 것임을 요하지 아니하고, 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있다( 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005도 7610 판결 등 참조)

또한, 형법 제357조에 규정된 배임증재죄에 있어서의 부정한 청탁이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이에 관련되어 취득한 재물이나 재산상 이익의 액수와 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며, 그 청탁이 반드시 명시적으로 이루어져야 하는 것도 아니고 묵시적으로 이루어지더라도 무방하다( 대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조)

위 각 법리 및 원심이 적절하게 실시한 사유들에 의하면, 피고인들은 공모하여 공소외 16 주식회사 제3자 배정 유상증자에 참여하는 방법으로 경영권을 취득함에 있어, 피고인들의 개인자금으로 최대주주 도움에 경영권 취득에 대한 대가를 취급하는 대신 피고인들이 보관하고 있던 공소외 16 주식회사 소유의 유상증자 자금 중 50억 원을 공소외 15에게 대여하여 이를 횡령하고, 도움에 별도의 경영권 프리미엄을 지급하지 않는 한편 도움의 대표이사 겸 최대주주 공소외 15가 공소외 16 주식회사에 대한 경영권을 행사하지 않도록 하는 취지의 부정한 청탁의 대가로 위와 같이 50억 원을 대여하여 그 경제적 이익을 공여하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(9) 피고인 1, 4의 도움에 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

원심이 적절하게 실시한 사유들에 의하면, 피고인들은 2007. 8. 10.경 공소외 16 주식회사의 유상증자에 참여하여 공소외 16 주식회사의 대주주가 되었고, 그때부터 피고인 1은 총괄CEO, 피고인 4는 재무신규사업 CEO로 공소외 16 주식회사의 업무 전반에 관여하였고, 이 사건 50억 원의 도움에 대한 대여 당시 도움은 주된 매출처인 팬택의 워크아웃으로 지속적인 매출액의 감소가 예상되는 등 변제능력이 부족한 상황이었음에도, 피고인들은 공모하여 도움으로부터 적절한 담보를 제공받는 등 채권회수를 위한 조치를 취하지 않은 채, 단지 공소외 16 주식회사의 경영권을 취득하기 위하여 공소외 16 주식회사 소유의 유상증자 자금 중 50억 원을 도움에 대여하여 도움으로 하여금 50억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 16 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 충분



히 인정할 수 있고, 비록 유상증자 이전에 이미 공소외 15를 비롯한 공소외 16 주식회사 경영진과 위 50억 대여에 대한 합의가 있었다 하더라도 이는 업무상배임죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 못하므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(10) 피고인 1, 4의 공소외 19 주식회사에 대한 35억 원 대여 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 된다( 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 원심이 실시한 사유들을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인들은 공모하여 당시 공소외 19 주식회사는 아파트시행업을 영위하는 회사로서 별다른 재산이 없어 외부자금이 유입되지 않고서는 회사 운영 및 사업 진행이 어려워 차용금을 변제할 능력이 의심스러운 상황이었음에도 담보제공 등 채권회수를 위한 조치를 취하지 않고 이사회 결의도 거치지 않은 채, 공소외 19 주식회사에 35억 원을 대여함으로써 위 회사로 하여금 동액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 16 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(11) 피고인 1의 사문서위조, 자격모용에 의한 사문서 작성 및 행사의 점에 대한 판단

주식회사의 적법한 대표이사라 하더라도 그 권한을 포괄적으로 위임하여 다른 사람으로 하여금 대표이사의 업무를 처리하게 하는 것은 허용되지 않는다.

따라서 대표이사로부터 포괄적으로 권한 행사를 위임받은 사람이 주식회사 명의로 문서를 작성하는 행위는 원칙적으로 권한 없는 사람의 문서 작성행위로서 자격모용사문서작성 또는 위조에 해당하고, 대표이사로부터 개별적·구체적으로 주식회사 명의로의 문서 작성에 관하여 위임 또는 승낙을 받은 경우에만 예외적으로 적법하게 주식회사 명의로 문서를 작성할 수 있다( 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006도2016 판결 참조).

원심이 적절하게 실시한 사유들에 의하면, 피고인 및 피고인 4가 공소외 16 주식회사의 대표이사 및 이사로 각 선임되는 주주총회 개최일인 2007. 10. 2.까지는 당시 대표이사 공소외 17, 이사 공소외 18 명의로 이사회 회의록을 작성할 권한이 없었고, 또한 동인들로부터는 새로운 이사 선임에 대한 임시주주총회 소집통지를 위한 이사회를 제외하고는 이사회 회의록 작성에 관하여 별다른 동의를 받은 바 없음에도, 2008. 2.경 2007. 8. 17.자 공소외 15에 대한 50억 대여 관련 이사회 회의록, 2007. 9. 4.자 공소외 19 주식회사에 대한 10억 대여 관련 이사회 회의록에서의 '의장 대표이사 공소외 17'이라고 기재된 옆에 공소외 16 주식회사 대표이사 직인을 각 날인하고, '이사 공소외 18'이라고 기재된 옆에 피고인의 도장을 찍은 후 '代'라고 기재하여, 공소외 16 주식회사 대표이사 공소외 17 명의의 권리의무 또는 사실증명에 관한 사문서인 이사회 회의록 2부를 위조하고, 이사 공소외 18의 자격을 모용하여 이

사회 회의록 2부를 작성하였다고 충분히 인정할 수 있고, 대표이사 공소외 17 명의의 위조는 위 법리에 비추어 가사 피고인이 공소외 17로부터 포괄적으로 권한 행사를 위임받았다고 하더라도 개별적·구체적으로 주식회사 명의의 문서 작성에 관하여 위임 또는 승낙을 받았다고는 볼 수 없으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 피고인 2의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단( 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여)

(1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인에 대한 이 부분 공소사실의 요지는 위 가의 (1)(가)항에서 본 바와 같고(다만, "피고인"은 " 상피고인 1"로, " 상피고인 2"는 "피고인"으로 변경), 그 외에 검사는 다시 예비적으로 피고인이 상피고인 1의 위와 같은 배임행위를 방조하였다는 것으로 공소제기를 하고 있다.

(2) 판단

형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것이기는 하나, 이를 위해서는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 경우여야 한다( 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도2994 판결 등 참조).

또한, 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 그 방조는 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만 아니라, 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립한다.

그리고 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심적 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이 때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다고 할 것이며, 또한 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다( 대법원 2007. 10. 26. 선고 2007도4702 판결 등 참조).

이 사건 기록에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

(가) 피고인은 상피고인 1의 요청으로 2005. 2. 17.경부터 공소외 2 주식회사의 상무이사로 근무하면서 회사의 조직관리, 영업 등을 담당하였으나, 회사의 자금조달 등 주요한 경영상의 업무는 상피고인 1이 담당하였고, 피고인은 이에 대하여 관여하지 아니하였다.

(나) 피고인은 공소외 1 주식회사와는 아무런 관련이 없어 공소외 1 주식회사의 공소외 2 주식회사 주식 인수의 필요성 및 절차의 적정성, 인수가격, 공소외 1 주식회사의 재정상황 등을 알 수 있는 위치에 있지 않았고, 그에 관한 의사결정에 어떠한 영향력을 행사할 수도 없었다.

(다) 상피고인 1은 평소 공소외 2 주식회사 운영과 관련한 중요 결정을 혼자서 결정하였고, 피고인과 상의하거나 미리 알려주지 않았는데, 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 매도와 관련하여서도 상피고인 1은 피고인과 상의하거나 그 사실을 미리 알려준 것으로는 보이지 않는다.

(라) 피고인은 보유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 500주에 대하여 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채 3억 7,500만 원 상당을 교부받아 후에 이를 상환받아 동액 상당의 금전전 이득을 받았으나, 위와 같은 이득은 상피고인 1이 공소외 1 주식회사 대표이사로서 공소외 2 주식회사 주식 전량을 매수한 것에 따른 것이지, 피고인이 이를 의도하고 행위한 것으로는 보이지 아니한다.

(마) 피고인은 2006. 3. 6.경 상피고인 1의 지시에 따라 공소외 2 주식회사 세무대리를 담당하고 있던 워드회계법인에 외부 회계감사를 의뢰하였고, 2006. 3. 9.경 상피고인 1로부터 '공소외 2 주식회사 매각과 관련하여 세림회계법인 공인회계사 공소외 21로부터 연락이 올테니 요구하는 자료를 주라'는 지시를 받고, 이에 따라 공소외 2 주식회사의 회계자료 등을 제공하였는데, 다음에서 보는 바와 같이 피고인이 공소외 2 주식회사 재무제표를 분식하여 워드회계법인이나 세림회계법인에 제공하였다고 볼 수 없다.

#### 1) 선급비용

공소외 2 주식회사의 2005년도 대차대조표 및 손익계산서에는 2005. 12. 10. 공소외 117 주식회사에 지급한 위탁대행 수수료 94,726,200원, 같은 달 23. 공소외 5 주식회사에 지급한 무료보험대행료 75,087,240원, 같은 날 공소외 35 주식회사에 지급한 판촉물 제작비 3,300만 원, 같은 날 공소외 32 주식회사에 지급한 업무대행수수료 51,188,080원, 같은 달 27. 공소외 33 주식회사에 지급한 이메일광고대행료 21,560,000원 등 비용 합계 2억 75,561,250원을 자산 계정 중 선급비용으로 처리되었다.

그러나 ① 피고인 1의 변호인이 제출한 증 제4호증의 기재(회계법인 리안 작성의 회계처리 적정성 검토의견서, 공판기록 1권 359면), 한국회계기준원에 대한 당심의 사실조회결과 및 당심 증인 공소외 34의 증언 등에 의하면, 공소외 2 주식회사는 홈쇼핑업체 등으로부터 고객정보가 들어있는 데이터베이스를 구입하고 이를 이용하여 전화로 보험을 판매하는 보험상품 판매대행업을 영위하는 회사로서, 외부에서 구매된 데이터베이스는 각 판매원들에게 분배되고, 이들 판매원은 각자 분배받은 데이터베이스 상의 고객에게 오랜기간 동안 여러 차례 전화를 걸어 보험상품의 필요성과 특성, 차별성 등을 설명하여 보험상품에 가입하도록 권유하고, 실제 계약이 체결된 건에 대하여 회사가 판매수수료를 수령하므로, 데이터베이스 구매대금은 무형자산에 해당하는 점, ② 따라서 원칙적으로 데이터베이스 구매대금을 무형자산으로 계상하고 자산의 활용가치 및 활용가능기간을 고려하여 적정 상각기간 및 상각방법을 정하여 일관적이고 체계적으로 비용화하는 것이 원칙이지만, 이 사건과 같이 12월 결산시 매월 청구된 구매대금에 대하여

월별 수익실현 비율을 곱하여 연간 비용화할 부분과 선급비용(자산)으로 이연처리할 부분을 구분하는 방법으로의 계상도 가능한 점, ③ 공소외 2 주식회사는 위와 같은 선급비용 계상방법으로 데이터베이스 구매대금 3억 3,400만 원을 다음해로 이연처리할 대상으로 산출하고, 2004년도 데이터베이스 구매대금 중 2005년에 영업에 이용하였다고 산정한 8,800원을 공제한 2억 4,600여 만 원 및 배포되지 않은 위 공소외 35 주식회사에 대한 광고인쇄물 외주제작 비용 3,300여만 원 합계 2억 7,900여만 원 상당을 2005년도 선급비용으로 계상하였는바, 이는 일반적 회계처리기준에 따른 적정한 것으로 봄이 상당하므로 이 부분을 분식회계라고 볼 수 없다.

## 2) 퇴직급여충당금

2005. 12. 31.경 당시 종업원 6명에 대한 퇴직급여충당금 24,620,017원을 비용 및 부채 계정에 계상하지 않아 그에 상응하는 액수 만큼 2005년도 영업이익 및 자산이 증가한 것은 사실이다.

그러나 ① 퇴직급여충당금은 종업원이 퇴직할 경우에는 근로기준법 또는 노사간의 단체협약에 따라 퇴직금을 지급하게 되어 있으나, 불규칙적으로 발생하는 퇴직금을 발생하는 대로 그 해당년도의 손비로 처리한다면 기간손익계산의 관점으로 보아 타당하지 않아 당해 종업원의 재직기간 중의 각 기간에 사전 배분하여 매기마다 일정액을 비용화하여 처리하는 것으로 실제로 비용을 지출하는 것이 아니고 관념상 부채에 충당하는 것이어서 회계전문가가 아닌 경우 이를 누락하는 경우가 많은 점, ② 당시 공소외 2 주식회사의 경리담당자인 공소외 36은 '퇴직급여충당금을 계상해야 되는지 계정과목도 모르는 상태에서 결산을 담당하는 위드회계법인에서 퇴직급여충당금을 계상하라는 이야기를 들은 적도 없다'고 진술하여( 2009고합87피고인 2, 3 사건 증거기록 107면) 위드회계법인의 외부회계감사 이전까지는 회계프로그램에 위 퇴직급여충당금이 계상되지 않았을 가능성이 높은 점, ③ 위드회계법인 공인회계사 상피고인 3 및 공소외 2 주식회사 담당 직원 공소외 37은 외부회계감사시 이를 발견하여 공소외 2 주식회사 회사에 문의하니 회사에서 연봉제를 실시하고 있기 때문에 퇴직금이 없다고 확인받았다고 진술하나, 상피고인 3은 ' 피고인 2로부터 직접 들은 것은 아니고, 공소외 37을 통해서 들었다'고 진술하고(공판기록 2권 693면), 공소외 37은 ' 피고인 3 지시로 공소외 2 주식회사에 연봉제를 실시하냐고 물었고, 주로 회계 관련 통화는 공소외 36과 하였으므로 추측하건대 공소외 36이었을 것이다'라고 진술하여(공판기록 3권 1243면) 추측에 의하여 위와 같은 진술을 하는 점, 공소외 36은 검찰 및 원심 법정에서 일관하여 ' 공소외 37로부터 퇴직급여충당금이 계상되지 않은 이유를 문의받거나 이에 대하여 연봉제라 퇴직급여를 계상하지 않았다고 답변한 적이 없다.

퇴직금 계산하는 것도 몰라 위드회계법인에 그 방법 등을 문의해서 처리하였다'고 진술하는 점( 2009고합87피고인 2, 3 사건 증거기록 107면, 공판기록 3권 1229면), 단순히 연봉제라는 이유만으로는 퇴직급여충당금을 설정하지 않아도 되는 것은 아닌 점 등에 비추어 상피고인 3 및 공소외 37의 진술은 이를 그대로 믿기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 당시 피고인이 고의로 퇴직급여충당금을 계상하지 아니하였거나, 상피고인 3에게 연봉제라고 거짓말을 하여 이를 계상하지 않도록 한 것은 아니라고 봄이 상당하므로, 이를 영업이익이나 자산을 과대계상할 목적이 있는 분식회계라고 볼 수 없다.

## 3) 감가상각비

세림회계법인의 공소외 21에게 제공한 대차대조표 및 손익계산서의 비용계정 중 유형자산 감가상각비 계정과목이 상 각월수가 12개월이 아닌 5개월로 입력되어 2005년 감가상각비가 39,727,731원으로 계산되어 원래의 85,418,104원

에서 45,690,373원(53.5%) 만큼 과소계상되었고, 공소외 2 주식회사에 대한 외부회계감사 기간 중에 위드 회계법인의 상피고인 3이 위와 같이 과소계상되었던 부분을 발견하여 이를 정정하여 입력한 사실은 인정된다.

그러나 ① 당시 공소외 2 주식회사가 사용하던 회계기장 컴퓨터 프로그램인 더존프로그램은 평상시 매일 발생하는 회계전표에 의하여 각 계정항목에 수치를 입력하여 나가다가, 어떤 회계기준일을 입력하고 계산 버튼을 누르면 프로그램 안에서 월수까지도 자동으로 계산되는데, 감가상각비의 경우도 자산명, 취득일자, 취득가액, 감가상각방법, 내용연수 등의 항목을 입력하고 결산 기준일을 입력하면 자동으로 상각월수가 계산되어 감가상각비명세서가 출력되는 점, ② 상피고인 3은 '위와 같이 상각월수에 오류가 발생한 것은 누군가 의도적으로 2005. 5월달 결산 등을 위하여 상각월수에 수동으로 "5"를 입력하고, 이를 다시 자동으로 계산되게끔 프로그램을 원상회복시켜놓지 않았기 때문이다'라는 취지로 진술하는데(공판기록 3권 682, 683면), 공소외 38(위드회계법인 담당 과장)은 '공소외 2 주식회사에서 전표 입력을 한 후 위드회계법인에 회계프로그램을 보내오면 각 계정과목이 틀린 것이 없는지 검토한 다음 감가상각비 계상을 해가지고 공소외 2 주식회사에 다시 보내준다.

감가상각비가 과소계상된 것은 위드회계법인이 공소외 2 주식회사 제공한 것이다'라고 진술하고(공판기록 2권 722, 723면), 공소외 39(공소외 2 주식회사 회계담당 직원)은 '중전 공소외 2 주식회사 세무대리를 맡았던 신정회계법인에서 2005. 5. 가결산하면서 위와 같은 오류가 발생한 것으로 보인다.

신정회계법인 경리담당직원은 2005. 5. 공소외 2 주식회사 가결산자료가 있으나 법원이나 검찰의 요구 없이 자신에게 이를 출력하여 줄 수는 없고, 검찰에서 이미 그 가결산 자료를 가져갔다고 말하였다'고 진술하여(공판기록 4권 1982면) 신정회계법인이 2005. 5. 공소외 2 주식회사에 대하여 가결산을 하면서 위 더존프로그램의 감가상각비 상각월수를 "5"로 수동입력하였을 가능성을 배제할 수 없는 점, ③ 위와 같은 오류는 공인회계사가 아닌 일반인도 쉽게 발견할 수 있는 오류로서 쉽게 발견할 수 없는 수치의 조작으로 이익이나 자산을 부풀리는 분식회계의 방법으로 흔히 사용되는 것은 아니고, 단순한 입력의 실수라고 봄이 상당한 점, ④ 피고인은 상피고인 1이 구속되자 2008. 11. 27.경 상피고인 3 명의의 '감가상각비 처리에 대한 의견서'(공판기록 2권 616면)를 제출하였는데, 이를 피고인의 요청에 의하여 상피고인 3이 명의만 빌려주었다는 사정만으로 피고인이 상각월수를 임의로 조작하여 감가상각비를 축소하였다고는 볼 수 없고, 그 내용에 비추어 '2005. 5월에 가결산을 하였다면 그와 같은 잘못이 있을 수 있다'는 피고인 3의 검찰 및 원심 법정에서의 진술과 대체로 일치하여 오히려 피고인이 위와 같이 고의로 감가상각비를 축소하였다는 것에 대한 탄핵증거가 되는 점, ⑤ 상피고인 3은 '피고인이 제공한 2005년도 손익계산서에는 데이터 베이스 구입비용 등을 매출원가로 처리하지 않고 판매비 및 관리비 항목인 광고선전비나 기타 수수료로 기장하여 와서, 자신이 이를 매출원가로 재분류하여 손익계산서를 수정하였다'고 진술하여(공판기록 2권 685면) 공소외 2 주식회사의 회계기장에 여러 가지 착오가 있었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 검찰 제출 증거만으로는 피고인이 2005년 결산시 더존프로그램의 감가상각비 상각월수를 고의로 12개월이 아닌 5개월로 입력한 것은 아니라고 봄이 상당하므로, 이를 영업이익이나 자산을 과대계상할 목적이 있는 분식회계라고 볼 수 없다.

위 법리에 비추어 위 사정들(특히 피고인이 분식회계를 한 바가 없는 점)을 종합하면, 피고인이 상피고인 1과 위 공소외 2 주식회사 주식 인수에 관하여 공동가공의사를 가지고 위 주식 인수로 인한 업무상배임 범죄에 대하여 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 한 바가 없으므로 피고인에게 공동정범의 죄책을 물을 수 없고, 또한 피고인이 상

피고인 1이 위와 같은 공소외 2 주식회사 주식 인수로 인하여 업무상배임 범행을 한다는 것을 알았거나 이를 방조한다는 의사가 없어 정범의 고의는 물론 방조의 고의도 없었다고 봄이 상당하므로, 상피고인 1의 위 업무상배임죄에 대한 방조범의 죄책 역시 물을 수 없다고 할 것이다.

다.

#### 피고인 3의 법리오해 주장에 대한 판단

사문서위조, 동 행사죄의 객체인 사문서는 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 가리키고, 권리·의무에 관한 문서라 함은 권리의무의 발생·변경·소멸에 관한 사항이 기재된 것을 말하며, 사실증명에 관한 문서는 권리·의무에 관한 문서 이외의 문서로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서를 의미한다.

그리고 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서는, 법률관계의 발생·존속·변경·소멸의 전후과정을 증명하는 것이 주된 취지인 문서뿐만 아니라 직접적인 법률관계에 단지 간접적으로만 연관된 의사표시 내지 권리·의무의 변동에 사실상으로만 영향을 줄 수 있는 의사표시를 내용으로 하는 문서도 포함될 수 있다고 할 것인데, 이에 해당하는지 여부는 문서의 제목만을 고려할 것이 아니라 문서의 내용과 더불어 문서 작성자의 의도, 그 문서가 작성된 객관적인 상황, 문서에 적시된 사항과 그 행사가 예정된 상대방과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다( 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도8527 판결 참조).

위 법리에 비추어 살피건대, 원심은, 감사조서는 감사인이 감사를 실시하여 감사의견을 표명한 경우 회사의 회계기록으로부터 감사보고서를 작성하기 위하여 적용하였던 감사절차의 내용과 그 과정에서 입수한 정보 및 정보의 분석결과 등을 문서화한 서류(자기테이프·디스켓, 그 밖의 정보보존장치를 포함한다)를 말하는바( 외감법 제14조의2 제1항 ), 감사 당시 감사절차가 적정하게 이루어졌는지 여부를 심사하는 중요한 문서로서 그 내용에 따라 기업과 관련 있는 주주, 임원, 투자자 등 이해관계인들에게 상당한 영향을 미치고, 사후에 금융감독원 등이 그 내용에 있어서 분식회계가 이루어졌는지, 감사인이 분식회계사실을 파악하기 위하여 얼마나 노력하였는지 파악할 수 있는 자료로 사용되는 것으로 중요한 사실을 증명하는 사문서에 해당하고, 감사인은 감사조서를 감사종료 시점부터 8년간 보존하여야 한다는 규정( 외감법 제14조의2 제2항)의 취지에 비추어 감사종료 시점에 완성된 문서라고 봄이 상당하며, 피고인은 검찰에 제출하여 이를 행사할 목적으로 2008. 11. 28.경 이 사건 감사조서에 2005. 12. 31.기준 공소외 2 주식회사 수정사항집계표 등을 2006. 3. 10.자로 소급 작성하여 감사조서에 끼워넣고, '선급비용 명세서' 하단에 감사보고서에서 데이터베이스 구입비용 및 판촉물제작비를 선급비용으로 계상한 것이 타당하다는 취지의 기재를 삽입하여 위드회계법인 명의의 감사조서를 변조하였고, 2008. 12. 1.경 위와 같이 변조한 감사조서를 그 정을 모르는 검찰수사관 공소외 136에 제출함으로써 이를 행사하였으므로 사문서변조 및 동행사죄가 성립한다고 하였는바, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 라. 감사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

- (1) 피고인 1에 대한 사실오인 주장에 대한 판단( 공소외 4 소유 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당 횡령의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 공소외 4로부터 2005. 12. 21.경 로제화장품, 공소외 2 주식회사 등의 운영자금 명목으로 2억 5,000만원을 자신 명의의 조흥은행 계좌로 송금받고 그 보답으로 2005. 12. 31.경 공소외 4에게 자신 소유의 공소외 2 주식회사 주식 500주를 양도하고, 2006. 1. 9. 공소외 2 주식회사 주식 200주를 추가로 양도하였다.

피고인은 2006. 3. 13.경 공소외 1 주식회사 사무실에서 공소외 4가 소유하고 있는 공소외 2 주식회사 주식 700주를 함께 5억 2,500만 원(1주당 75만 원)에 공소외 1 주식회사에 매도하는 내용의 주식매매계약을 작성한 후 같은 달 14.경 공소외 1 주식회사로부터 위 주식 매매대금 명목으로 5억 2,500만 원 상당의 무기명 분리형의 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 교부받아 공소외 4를 위하여 보관하던 중, 공소외 4에게 위와 같은 사실을 숨기고 그의 투자지분을 제3자에게 원금에 3,000만원의 웃돈을 얹어 매각한 것처럼 거짓말하고 같은 해 4. 24.경 공소외 4 명의의 하나은행 계좌로 2억 8,000만 원을 송금하는 방법으로 공소외 4 소유의 위 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당을 공소외 4에게 반환하지 아니하고 횡령하였다.

(나) 판단

원심은 기록에 나타난 여러 사정들을 종합하여, 피고인은 공소외 4의 허락을 받고 공소외 4 명의로 교부받은 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채 5억 2,500만 원을 매각하여 그 대금 2억 8,000만 원을 공소외 4에게 교부하였다고 봄이 상당하고, 달리 피고인이 신주인수권부 사채 2억 4,500만 원 상당을 공소외 4에게 반환하지 아니하여 이를 횡령하였다고 인정할 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 피고인 2에 대한 법리오해 주장에 대한 판단(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 피고인 1로부터 공소외 2 주식회사의 2005년도 회계감사를 의뢰하라는 지시를 받고 2006. 3. 9.경 공소외 2 주식회사의 기장업무를 대리해 온 위드회계법인에 회계감사를 의뢰한 후, 위드 회계법인 소속 공인회계사인 피고인 3에게 비용 계정 중 광고선전비, 기타 수수료 등의 계정과목에 계상하여야 할 위탁대행수수료 등 합계 2억 75,561,520원을 자산 계정 중 선급비용 계정과목에 허위계상한 선급비용 명세서를 제공하고, 공소외 2 주식회사에 선급비용 명세서의 진위를 문의해 온 위드회계법인 직원 공소외 38과 공소외 37에게 선급비용 명세서의 내용이 진실하다고 거짓말을 하였다.

또한 피고인은 2005. 12. 31.경 현재 1년 이상 재직한 종업원 6명에 대한 퇴직급여충당금 24,620,017원을 비용 및 부채 계정에 계상하지 않고 누락시킨 다음, 피고인 3의 지시를 받고 공소외 2 주식회사에 퇴직급여 충당금의 누락 경위를 문의해 온 위 공소외 38과 공소외 37에게 "공소외 2 주식회사는 연봉제를 실시하고 있기 때문에 퇴직급여충당금을 계상할 필요가 없다"는 취지로 거짓말을 하였다.

결국 피고인은 외부감사인인 위드회계법인에 소속된 공인회계사 피고인 3에게 비용과 부채를 줄이고 영업이익과 자산을 늘린 허위의 2005년도 회계자료를 제시하고, 그와 같은 회계자료의 진위 여부를 문의한 것에 대해 아무런 하자가 없는 것처럼 거짓말하여 위드회계법인으로 하여금 피고인이 제출한 대차대조표, 손익계산서, 이익잉여금처분계산서, 현금흐름표 등의 재무제표가 '공소외 2 주식회사의 2005. 12. 31. 현재의 재무상태와 동일로 종료되는 회계연도의 경영 성과, 이익잉여금의 변동과 현금흐름의 내용을 일반적으로 인정된 회계처리기준에 따라 중요성의 관점에서 적정하게 표시하고 있다.

'는 취지의 감사의견을 제출하게 함으로써 감사인의 정상적인 외부감사를 방해하였다.

(나) 판단

외감법 제20조 제2항 제3호는 감사인의 정상적인 외부감사를 방해한 행위에 대하여 처벌하도록 규정하고 있다.

외감법 제1조는 "이 법은 주식회사로부터 독립된 외부의 감사인(이하 '감사인'이라 한다)이 그 주식회사에 대한 회계감사를 실시하여 회계처리의 적정을 기하게 함으로써 이해관계인의 보호와 기업의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다.

"라고 규정하여 '감사인'이라는 용어를 사용하면서도 그 규정에서 감사인의 의미에 관하여는 따로 정의를 해 두고 있지 않은 채, 제2조에서는 "직전 사업연도 말의 자산 총액이 대통령령이 정하는 기준액 이상인 주식회사는 재무제표를 작성하여 감사인에 의한 회계감사를 받아야 한다.

"고 규정하고, 제3조는 '감사인'이라는 제목으로 그 제1항에서 "제2조의 규정에 의하여 감사를 실시하는 감사인은 다음과 같다.

(단서 생략)"고 하면서 '공인회계사법 제23조의 규정에 의한 회계법인'과 '공인회계사법 제41조에 의하여 설립된 한국공인회계사회에 등록된 감사반'을 규정하여 외감법 제2조에 의한 외부감사의 대상인 주식회사의 감사인을 회계법인과 감사반으로 제한하고 있는바, 주식회사의 회계처리의 적정과 이해관계인 보호 등을 목적으로 하는 외감법의 취지와 감사기준 및 감사인의 권리·의무와 책임 등에 관하여 엄격한 규정을 두고 있는 외감법의 제반 규정에 비추어 볼 때, 외감법에서의 감사인은 외감법 제2조 또는 증권거래법 제194조의3 등의 법령에 의하여 외부의 회계감사를 받아야 하는 회사에 대하여 감사를 실시하는 회계법인과 감사반을 의미하는 것으로 제한하여 해석할 수밖에 없고, 외감법 제20조 제2항 제3호는 위와 같은 감사인의 감사 업무를 방해하는 행위를 처벌하는 것으로 보아야 한다( 대법원 2004. 5. 13. 선고 2002도7340 판결 참조).

원심은 위와 같은 법리에 따라서 외감법 제2조 및 같은 법 시행령 제2조에외부의 감사인에 의하여 회계감사를 받아야 할 대상 주식회사는 '직전사업연도말의 자산총액이 70억 원 이상인 주식회사'로 규정하고 있고, 공소외 2 주식회사의 2004년의 자산총액이 70억 원이하이므로 외부회계감사를 필수적으로 받아야 하는 것은 아니라는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 이 점에 관한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 3에 대한 법리오해 주장에 대한 판단(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지



피고인은 2006. 3. 9.경 피고인 2로부터 2005년도 공소외 2 주식회사 회계감사를 의뢰받고 같은 달 10.부터 12.까지 위드회계법인 명의로 회계감사를 실시한 후 감사보고서 및 감사조서를 작성하였다.

피고인은 2008. 11. 28.경 서울중앙지방검찰청 금융조세조사 제1부 소속 수사관 공소외 136으로부터 피고인 2 등에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 사건 수사와 관련하여 위 회계감사시 작성한 위드 회계법인 명의의 감사조서를 제출해 달라는 요청을 받고, 서울 강남구 논현동 소재 위드 회계법인 사무실에서, 2005. 12. 31.자 기준 공소외 2 주식회사 수정사항집계표와 당좌자산, 투자자산, 유형자산, 자본, 매출, 영업 외 손익, 법인세 등의 증감 현황 등에 관한 명세서를 2006. 3. 10.자로 새로 작성하여 감사조서에 끼워 넣고, 감사조서에 편철되어 있는 선급비용명세서 하단에 피고인 2가 주장하는 선급비용 계상내용을 검토한 결과 선급비용 계상이 타당하다는 취지의 문구를 마치 위 회계감사 당시 기재한 것처럼 연필로 기입한 다음 2008. 12. 1. 퀵서비스 편으로 위 감사조서를 위 수사관에게 제출함으로써, 2005년도 공소외 2 주식회사 회계감사와 관련하여 위드 회계법인이 작성한 감사조서를 변조하였다.

#### (나) 판단

원심은 법령상 외감법에 의한 외부감사의 대상이 되지 않은 공소외 2 주식회사가 임의로 회계법인에 감사를 의뢰하였다고 하여 당해 회계법인을 외감법상의 감사인으로 볼 수 없으므로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 앞서 본 2002도7340호 대법원판결의 법리에 비추어 보건대, 이 점에 관한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 마. 피고인 3 및 검사의 위 피고인에 대한 양형부당 주장에 대한 판단

피고인은 수사기관의 요청을 받고 감사조서를 제출함에 있어 이를 변조하여 그에 상응한 처벌을 받아야 하나, 피고인에게 벌금형 외에 다른 전과가 없는 점, 감사조서에 대한 변조 정도가 심하지 아니하고, 부실한 감사조서를 보충하기 위한 동기가 있어 그 경위에 있어 참작할 만한 사정이 있는 점 등 이 사건 공판과정에 나타난 여러 가지 양형조건들을 참작하여 보면, 피고인에 대한 원심의 선고형량은 다소 무거워 부당하고, 너무 가벼워 부당하다고는 인정되지 않는다.

#### 3. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분 중 제이온라인 주식 인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점, 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점, 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)의 점, 피고인 4에 대한 유죄부분 중 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점, 피고인 2에 대한 유죄부분은 위에서 본 바와 같이 모두 범죄의 증거가 없어 무죄를 선고하여야 하며, 피고인 1, 4의 위 각 부분과 피고인 1, 4의 나머지 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있다 하여 하나의 형이 선고되어, 결국 원심판결 중 피고인 1, 4, 2에 대한 유죄부분은 그 전부를 그대로 유지할 수 없게 되었고, 피고인 3의 항소는 이유 있으므로, 피고인 1, 4의 양형부당 및 검사의 위 피고인들에 대한 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여, 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄부분을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 원심판결 중 피고인 1,

2의 무죄부분 및 피고인 3에 대한 검사의 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 4

(1) 피고인 1의 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 배임행위 및 배임의 고의가 없다는 주장

피고인이 공소외 1 주식회사(○○○, □□□를 거쳐 현재와 같이 회사명이 변경됨)의 대표이사로서 공소외 2 주식회사의 주식을 주당 75만 원 합계 150억 원에 인수할 당시, 공소외 1 주식회사는 누적적자가 약 300억 원에 달하였고 매출액도 상당 부분 가공매출로서 향후 상장폐지가 될 가능성이 높아 실질적인 매출과 수익을 창출할 수 있는 새로운 사업의 도입이 필요하여 공소외 2 주식회사 인수를 추진하였고, 공소외 2 주식회사는 2005년도에 132억 원 상당의 매출을 달성한데다가 2006. 4.경부터 복합티엠 영업을 실시할 예정으로 전망이 좋은 회사였으며, 피고인은 위 주식 인수 전에 세림회계법인에 주식가치 평가를 의뢰하여 그 평가결과를 바탕으로 매입가격을 결정한 이상 이는 임무위배행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 피고인에게 배임의 고의가 없다.

(나) 재산상 손해가 없다는 주장

피고인이 세림회계법인이 평가한 공소외 2 주식회사 주식에 대한 평가액(주당 821,715원)을 기초로 보수적인 관점에서 할인한 주당 75만 원에 매입가격을 결정한 이상 그 매입가격이 적정하다고 보아야 하므로, 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수함에 있어 공소외 1 주식회사에 대하여 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

(다) 재산상 손해액의 산정에 관한 주장

피고인의 위와 같은 행위가 배임에 해당한다 하더라도 공소외 3이 피고인에게 투자한 6억 원에 대한 상환 명목으로 피고인으로부터 교부받은 공소외 2 주식회사 주식 8,000주의 주당 가격 75,000주를 공소외 2 주식회사의 주당 적정 가격으로 본 것은 잘못이고, 공소외 2 주식회사의 주주들이 주식 양도대가로 취득한 현금 100억 원 및 50억 원 상당의 신주인수권부사채(변제 및 행사시기가 1년 이후로 제한)의 총가치는 150억 원 이하이므로, 주주들의 이득액 및 공소외 1 주식회사의 손해액을 135억 원으로 산정한 것은 부당하다.

(2) 피고인 1의 공소외 2 주식회사에 대한 대여와 관련된 30억 원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

피고인은 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 자회사인 공소외 2 주식회사의 영업에 필수적인 고객 데이터베이스를 안정적으로 확보하기 위하여 공소외 5 주식회사를 인수할 필요성이 있어 그 인수자금 명목으로 공소외 2 주식회사에 30억 원을 대여한 행위는 경영상 판단에 따른 행위이고, 피고인이 그 과정에서 원심이 인정한 바와 같이 7억 5,000만 원의 차익을 취한 바 없으므로, 이는 배임행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 배임의 고의가 없다.

(3) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대여 관련 5억 원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여 피고인은 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 2006. 7. 14.부터 2007. 1. 8.까지 사이에 공소외 5 주식회사에 총 17억 원을 대여하여 그 중 이 사건 대여금 5억 원을 제외한 나머지 12억 원을 상환받았는데, 위 자금 대여행위는 공소외 1 주식회사의 손자회사인 공소외 5 주식회사의 공소외 6 주식회사 지분 인수, 운영자금 등의 영업을 위한 것이므로, 이는 경영상 판단에 따른 행위로서 배임행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 배임의 고의도 없다.

(4) 피고인 1의 공소외 7 주식회사 주식인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

피고인은 공소외 1 주식회사가 생산하는 타포린의 안정적인 공급처를 확보함과 동시에 저평가되어 있는 공소외 7 주식회사(후에 △△△로 회사명이 변경됨)의 주식을 매수할 경우 향후 주가상승으로 인한 투자수익을 얻을 수 있다고 기대하였고, 만약 주가가 상승하지 않더라도 경영권 프리미엄을 받고 주식을 제3자에게 양도하면 된다고 판단하여 공소외 7 주식회사 주식을 적정한 가격에 인수하였고, 당시 실제로 공소외 1 주식회사의 CFO였던 공소외 8 이사가 공소외 7 주식회사의 이사를 겸직하여 공동경영에 참여하였으며, 다만 공소외 1 주식회사를 인수한 공소외 9 주식회사가 공소외 3 및 공소외 10 주식회사 측과 협력하지 아니하고 공소외 7 주식회사 주식을 장내에서 일방적으로 매각하여 손해를 입게 된 것이므로, 피고인의 위와 같은 주식 인수행위는 배임행위에 해당하지 아니하고 배임의 고의도 없다.

(5) 피고인 1, 4의 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점에 대하여

피고인들은 이 사건 차량을 리스할 당시 공소외 9 주식회사와 주식양수도 계약을 체결하였으나 계약금만 지급하였을 뿐 공소외 1 주식회사의 임원으로서의 권한을 완전히 상실한 때가 아닐 뿐만 아니라, 공소외 1 주식회사의 신경영진은 피고인들이 공소외 1 주식회사를 떠난 이후에도 차량이 필요할 것으로 예상하여 피고인들이 위 차량을 리스하여 사용하는 것을 승낙하였으므로, 배임행위에 해당하지 아니하고 배임의 고의도 없다.

(6) 피고인 1의 공소외 11 주식회사 소유 설비부품 4억 9,235,751원 상당 업무상횡령의 점에 대하여

피고인은 ① 공소외 12에게 공소외 11 주식회사 소유의 설비부품에 관하여 매각을 의뢰한 사실이 없고, ② 공소외 12로부터 교부받은 3억 원은 위 설비부품의 매각대금이 아니라 공소외 12로부터 차용한 자금에 불과하며, ③ 자신과 공소외 12도 공소외 11 주식회사로부터 위 설비부품을 매수한 것으로 알고 있었다.

따라서 피고인이 횡령행위를 하였다고 할 수 없고, 횡령의 범의도 없다.

(7) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대출 관련 34억 75,288,900원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대하여

(가) 대출금의 실질적인 주채무자는 피고인이라는 주장

피고인 개인 명의의 대출이 만기가 되자 신한은행 양재남기업금융지점으로부터 대출명의자를 법인으로 바꾸어달라는 요청을 받고 공소외 5 주식회사의 명의만을 잠시 빌린 것인바, 이는 통정허위표시에 해당하여 실질적인 주채무자

는 피고인으로서 위 대출금은 공소외 5 주식회사의 소유가 아닌 피고인의 소유이므로 횡령죄가 성립될 수 없다.

(나) 불법영득의 의사가 없다는 주장

가사 그렇지 않다 하더라도 피고인 및 아버지의 공동 소유의 부동산이 담보로 제공되어 있었고, 대출금 이자를 피고인이 상환하다가 2007. 12. 21. 대출금을 모두 변제하였으므로, 피고인에게 불법영득의 의사가 없다.

(8) 피고인 1의 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)에 대하여

공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사에 자금을 대여한 행위는 공소외 1 주식회사의 계열회사들 사이의 자금지원 행위로서, 자회사인 공소외 13 주식회사의 대표이사 공소외 14가 모회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인에게 기망당하였다고 볼 수 없고, 당시 피고인은 공소외 5 주식회사가 위 대여금을 상환할 능력이 있다고 믿었으므로, 이는 기망행위가 존재하지 아니하고 또한 편취의 범의도 없다.

(9) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대하여

(가) 공소외 16 주식회사가 대여자라는 주장

공소외 15에 대한 이 사건 대여금 50억 원은 당초 피고인들의 개인 자금으로 대여하기로 한 것이 아니라 공소외 16 주식회사 회사자금으로 대여하기로 이미 합의하였던 것이고, 공소외 16 주식회사의 경영권을 실질적으로 지배하고 있던 공소외 15와 협의하는 등 공소외 16 주식회사가 내부 의사결정절차를 거쳐 공소외 15에게 대여한 것이므로, 피고인들의 개인 자금으로 공소외 15에게 대여하기로 하였다는 것을 전제로 한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심은 부당하다.

(나) 불법영득의사가 없다는 주장

피고인들이 공소외 15에게 50억 원을 개인자금으로 대여하여 주기로 하였음에도 공소외 16 주식회사의 자금으로 대여하여 주었다고 하더라도, 대여 당시 공소외 15 소유의 도움 주식 100만 주를 담보로 제공받고 공소외 15가 대여금을 모두 변제한 점에 비추어 불법영득의 의사가 없다.

(10) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 배임증재의 점에 대하여

피고인들은 도움의 대표이사이자 최대주주인 공소외 15에게 '도움에 별도의 경영권 프리미엄을 지급하지 않는 한편 공소외 16 주식회사에 대한 경영권을 행사하지 않도록 해달라'는 취지의 부정한 청탁을 한 사실이 없다.

(11) 피고인 1, 4의 도움에 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 피고인들이 대여에 관여하지 않았다는 주장

공소외 16 주식회사가 도움에 50억 원을 대여한 것은 피고인들이 공소외 17, 18로부터 공소외 16 주식회사에 대한 업무인수인계를 받기 전에 이미 실질적 경영자 공소외 15, 등기이사 공소외 17, 18에 의하여 이사회 결의와 자금집행이 모두 이루어진 것으로 피고인들이 이에 관여한 바 없다.

(나) 배임의 범의가 없다는 주장

이 사건 대여 당시 도움이 일시적인 유동성 부족을 겪고 있기는 하였지만, 2007. 9. 30. 당시 자산은 812억 원, 부채는 443억 원으로 순자산이 369억 원에 달하여 변제자력이 충분하였으므로, 피고인들에게 배임의 고의가 없다.

(12) 피고인 1, 4의 공소외 19 주식회사에 대한 35억 원 대여 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 피고인들의 배임의 범의가 없다는 주장

공소외 19 주식회사(후에 ◇◇◇로 회사명이 변경됨)는 4,000억 원 상당의 사업규모로 용인시 남곡지구 아파트시행사업을 진행하고 있어, 위 사업을 성공하면 상당한 이익을 얻을 수 있으므로 위 대여금을 충분히 상환할 능력이 있다고 믿었고, 실제로 공소외 19 주식회사는 2007. 12. 중순경 토마토상호저축은행으로부터 PF자금 40억 원을 대출받아 같은 해 12. 21.경 공소외 16 주식회사에 원금 35억 원 및 이자를 모두 변제하였으므로 배임의 범의가 없다.

(나) 피고인 4의 공모한 바 없다는 주장

피고인 4는 이 사건 대여에 관하여 피고인 1과 상의하거나 관여한 바 없으므로 공동정범이 성립하지 아니한다.

(13) 피고인 1의 사문서위조, 자격모용에 의한 사문서 작성 및 동행사의 점에 대하여

피고인은 공소외 20 등에게 이사회회의록을 작성하라고 지시한 적이 없을 뿐만 아니라, 가사 지시하였다고 하더라도 2007. 8. 17. 공소외 17, 18로부터 인수인계서 '사임에 관한 특약'에 의하여 신규이사 선임을 위한 임시주주총회 소집결의 외의 이사의 모든 직무에 관련된 일체의 권한을 포괄적으로 위임받았다.

(14) 양형부당

피고인들에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 각 형량( 피고인 1 : 징역 3년 6월, 피고인 4 : 징역 3년, 집행유예 4년, 사회봉사 160시간)은 지나치게 무거워 부당하다.

나. 피고인 2( 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해)

(1) 배임의 고의가 없다는 주장

피고인은 대표이사인 상피고인 1의 지시에 의하여 세림회계법인에 회계관련자료를 제공하여 이에 대하여 설명하여 주었을 뿐 공소외 1 주식회사와는 아무런 관련이 없어 공소외 1 주식회사의 상황을 전혀 알지 못하였기 때문에, 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수할 필요성이 있는지, 인수가격을 적절히 평가하였는지 등을 전혀 알지 못하였으므로, 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 인수로 인하여 공소외 1 주식회사에 손해를 가한다는 것을 인식하지 못하였다 할 것이어서, 피고인에게 배임의 고의가 없다.

(2) 배임의 공동정범 내지 방조범이 아니라는 주장

가사 상피고인 1의 행위가 공소외 1 주식회사에 대한 배임행위가 된다 하더라도, 피고인은 상피고인 1과 공모한 바 없고, 피고인 1의 지시에 의하여 공소외 2 주식회사 회계자료를 공소외 1 주식회사 측에서 지정한 세림회계법인에 회계관련자료를 제공하였을 뿐 기능적행위지배에 해당하는 기여를 한 바도 없으며, 위와 같은 배임행위에 대한 방조의 의사도 없었다.

다.

피고인 3

(1) 법리오해

(가) 사문서에 해당하지 아니한다는 주장

이 사건 감사조서는 감사보고서의 작성을 보조하기 위하여 감사를 담당한 공인회계사에 의해 작성되는 내부서류에 불과한 것으로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서로 볼 수 없고, 주식회사 외부감사에 관한 법률(이하 '외감법'이라 한다)에서 특별히 감사조서의 변조행위를 처벌하는 취지에 비추어 보아도 감사조서는 사문서위조 및 동행사죄의 객체에 해당하지 아니한다.

(나) 완성되지 않은 문서로서 추가·변경이 가능하다는 주장

이 사건 감사조서는 언제든지 그 내용에 관하여 추가·변경이 가능하고, 피고인은 감사조서의 실제작성자로서 감사조서의 추가·변경에 대하여 작성명의인인 회계법인의 포괄적이고 묵시적인 승낙을 받았으므로, 사문서위조 및 동행사죄가 성립하지 아니한다.

(다) 행사할 목적이 없다는 주장

감사조서는 본래 수사기관에 제출되어 지는 것을 목적으로 하지 않는 문서이므로, 이를 수사기관에 제출하였다고 하더라도 감사조서의 기능과 역할에 기대되는 효과를 발생케 할 목적이 있었다고 볼 수 없다.

(라) 변조에 해당하지 않는다는 주장

최초 작성한 감사조서에 이미 기재되어 있던 내용을 그대로 요약한 것이기 때문에 특별히 새로운 증명력을 작출케 한 것이 아니어서 공공의 신용을 해하였다고 볼 수 없으므로, 사문서변조 및 동행사죄가 성립하지 아니한다.

(2) 양형부당

피고인에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 형량(벌금 100만 원)은 지나치게 무거워 부당하다.

라. 검사

(1) 피고인 1에 대하여

(가) 사실오인( 공소외 4 소유 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당 횡령의 점에 대하여)

공소외 4는 그 소유 공소외 2 주식회사 주식 700주의 매매대금으로 5억 2,500만 원 상당의 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 취득한 사실을 알지 못한 채 피고인으로부터 2006. 4. 24.경 2억 8,000만 원을 송금받았고, 그로부터 3일이 지난 같은 해 4. 27.경 실외 주차장에서 그 정을 모르고 피고인의 요청을 받고 형식적으로 양수도계약서에 서명해 준 것으로, 공소외 4의 진술의 전체 취지에 비추어 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다.

(나) 양형부당

피고인 1에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(2) 피고인 2에 대하여

(가) 법리오해(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

이 사건의 경우와 같이 필수적 외부감사 대상 회사가 아님에도 불구하고 외부감사를 실시한 이상 공정한 외부감사를 방해한 피고인의 행위는 주식회사 외부감사에 관한 법률에 의하여 처벌되어야 한다.

(나) 양형부당

피고인 2에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(3) 피고인 3에 대하여

(가) 법리오해(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

이 사건의 경우와 같이 필수적 외부감사 대상 회사가 아님에도 불구하고 외부감사를 실시한 이상 감사인의 감사조서를 변조한 행위도 주식회사 외부감사에 관한 법률에 의하여 처벌되어야 한다.

(나) 양형부당

피고인 3에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(4) 피고인 4에 대하여(양형부당)

피고인 4에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 1, 4의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 피고인 1의 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지(검사는 당심에서 공소외 2 주식회사 주식의 적정가격 산정의 차이를 근거로 배임액수가 다르다는 이유로 아래 [주식가격 산정 및 범행 결과] 중 ②와 같은 취지로 예비적 공소사실을 추가하였고 당심이 이를 허가하였으나, 이는 본래의 공소장변경이라고 볼 수 없으므로 아래와 같이 1개의 공소사실로 인정하여 이를 판단한다)

피고인은 2004. 6. 8.경 공소외 2 주식회사를 설립하여 대표이사로 취임하였고, 2006. 3. 7.경 공소외 1 주식회사를 인수하여 대표이사로 취임하였고, 상피고인 2는 2005. 2. 17.경부터 공소외 2 주식회사의 상무이사로 근무하면서 피고인으로부터 위임을 받아 공소외 2 주식회사의 영업 및 회계 업무를 총괄하였다.

피고인은 상피고인 2와 공모하여,

피고인은 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사를 인수하기로 마음먹었는데, 당시 공소외 1 주식회사가 2000년부터 2005년까지 6년 연속 당기순손실을 기록하여 손실 누적액이 294억 원을 초과하였고 공소외 2 주식회

사 인수에 동원할 수 있는 내부보유자금도 거의 없었던 상태로서 이러한 경우 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인으로서 공소외 1 주식회사의 입장에서 공소외 2 주식회사의 주식을 매수할 것인지 여부를 결정함에 있어 사실상 계열회사인 피인수회사의 주식을 인수하여야 할 경영상의 필요성, 당시 재무상황, 피인수회사의 향후 사업전망, 사업수익성 등을 면밀히 검토하여야 하고, 특히 정당한 매수가격을 결정하기 위해 공신력 있는 회계법인에 가격평가를 의뢰한 다음 정확하고 객관적인 회계자료를 제공하여 적절한 가치를 평가한 후 공소외 2 주식회사 주주들과 실질적인 가격협상을 통해 적절한 가격에 매수함으로써 공소외 1 주식회사에 대하여 손해가 발생하지 않도록 하여야 할 업무상 임무가 있음에도,

피고인은 당시 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사의 대표이사이자 최대주주로서 사실상 계열회사이었고 공소외 2 주식회사를 인수하더라도 특별한 경영상 효과를 기대하기 어려워 공소외 2 주식회사를 시급하게 인수할 필요성이 없음에도 2006. 3. 9.경 세림회계법인에 공소외 2 주식회사의 주식 가치평가를 의뢰한 다음 상피고인 2로 하여금 세림회계법인 소속 공인회계사 공소외 21에게 분식된 2005년도 재무제표와 과장된 사업계획을 제공하게 하고 외부감사인에 의한 회계감사가 진행되고 있다는 사실 및 기타 업계 전망, 사업성 등을 제대로 알리지 않고 그 적절한 주식평가에 필요한 충분한 자료 제공 및 현장실사 요구 등을 한 바 없이, 불과 4일 만인 2006. 3. 12.경 공소외 21로부터 주당 본질가치가 821,715원이라는 평가결과를 제시받았는바, 당시 공소외 2 주식회사가 2005. 12. 31. 당시 자산 총계가 6억 9,277,767원, 부채 총계가 7억 5,121,512원으로서 순자산이 -95,843,745원인 자본전액 잠식 상태였고 공소외 2 주식회사가 2006. 4.경부터 도입하려는 '복합티엠 텔레마케팅' 판매의 한계상 지속적인 고수익 창출이 어렵고 2006년도와 2007년도의 사업계획이 그 실현가능성이 매우 희박함에도, 그 인수가격의 적정성에 대한 면밀한 검토와 인수가격을 최대한 낮추기 위한 충분한 노력 없이 2006. 3. 13.경 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사의 발행주식 2만 주 전부를 위 평가액에서 다소 할인한 금액인 주당 75만 원씩 총 150억 원에 인수하기로 결정하고, 자신을 비롯한 8명의 공소외 2 주식회사 주주들과 주식매매계약을 체결하였다.

피고인은 위 계약을 체결한 날부터 2006. 3. 16.경까지 사이에 공소외 1 주식회사로부터 자신이 소유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 9,000주에 대한 매매대금 명목으로 현금 51억 5,000만 원과 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 16억 원 상당 등 합계 67억 5,000만 원 상당을 지급받은 것을 비롯하여 공소외 2 주식회사 주주들에게 합계 82억 5,000만 원 상당을 지급받게 하였고, 피고인, 상피고인 2를 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들은 이와 같은 거래를 통하여 공소외 1 주식회사로부터 현금 100억 원 및 50억 원 상당의 신주인수권부사채를 취득하였다.

#### [주식가격 산정 및 범행 결과]

① 공소외 3과의 실제거래 사례 및 상속세 및 증여세법(이하 '상증법'이라 한다) 시행령에 따른 적정가액

피고인은 세림회계법인의 주식가치평가일로부터 2개월 전인 2006. 1. 11.경 공소외 3에게 기존채무 6억 원의 변제를 위하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 주당 75,000원에 양도하였다.

상증법 시행령 규정에 따라 공소외 2 주식회사 주식가치를 산정할 경우 공소외 2 주식회사 주식가치는 주당 49,174원이다.



결국 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수하는 시점에서 공소외 2 주식회사 주식의 주당 적정가격은 49,174원~75,000원이다.

이로써 피고인은 상피고인 2와 공모하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격인 49,174원~75,000원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만 원에 피고인, 상피고인 2를 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들로부터 매수하도록 하여, 최소 60억 7,500만 원에서 최대 62억 57,434,000원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 나머지 주주들로 하여금 74억 2,500만 원에서 최대 78억 59,086,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하며, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 135억 원에서 최대 141억 16,520,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다.

② 공소외 4와의 실제거래 사례 및 유가증권의발행및공시등에관한규정에 따른 적정가액

피고인은 2005. 12. 21. 공소외 4로부터 사업자금 명목으로 2억 5,000만 원을 차용하였다가 10일 뒤인 2005. 12. 31.(세림회계법인이 수행한 공소외 2 주식회사 주식 가치 평가의 기준일) 공소외 4에게 위 차용금의 변제에 갈음하여 공소외 2 주식회사 주식 500주를 양도하고, 그때로부터 9일 뒤인 2006. 1. 9. 공소외 4에게 위 차용금의 변제에 갈음하여 공소외 2 주식회사 주식 200주를 추가로 양도하였다.

이 과정에서 공소외 2 주식회사 주식 가치는 1주당 357,143원으로 계산되었다.

공소외 2 주식회사가 속한 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년(2002년~2005년) 산업 평균 매출액 증가율과 공소외 2 주식회사가 주가가치 평가시 세림회계법인에 제시한 추정 매출액 증가율의 평균치, 공소외 2 주식회사가 속한 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년(2002년~2005년) 산업 평균 매출원가율과 공소외 2 주식회사가 주가가치 평가시 세림회계법인에 제시한 추정 매출원가율의 평균치를 각 적용하는 방법으로 동종 산업 평균과 공소외 2 주식회사라는 개별회사의 특성을 모두 고려하여 '유가증권의발행및공시등에관한규정(금융감독위원회 공고)'에 따라 공소외 2 주식회사의 주식 가치를 산정할 경우 공소외 2 주식회사 주식 1주는 614,928원으로 계산된다.

결국 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수하는 시점에서 공소외 2 주식회사 주식의 주당 적정가격은 357,143원~614,928원이다.

이로써 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사의 업무상 임무에 위배하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격이 357,143원~614,928원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만 원에 자신을 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들로부터 매수하도록 하여, 최소 12억 15,648,000원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 주주들로 하여금 최소 14억 85,792,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 27억 1,440,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(나) 업무상배임죄가 성립하는지 여부에 대한 판단

## 1) 법리

배임죄에 있어서 '임무에 위배하는 행위'라 함은, 처리하는 사무의 내용, 성질 등에 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 포함한다.

그리고 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의, 동기 등의 내심적 사실)은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 하며, 피고인이 본인의 이익을 위한다는 의사도 가지고 있었다 하더라도 위와 같은 간접사실에 의하여 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것임이 판명되면 업무상배임죄의 고의가 있었다고 할 것이다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결 참조).

또한, 모회사와 자회사가 모회사의 대주주로부터 그가 소유한 다른 회사의 비상장주식을 매입한 사안에서, 거래의 목적, 계약체결의 경위 및 내용, 거래대금의 규모 및 회사의 재정상태 등 제반 사정에 비추어 그것이 회사의 입장에서 볼 때 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래로서 허용될 수 있는 한계를 넘어 주로 주식을 매도하려는 대주주의 개인적인 이익을 위한 것에 불과하다면 그 대주주와 모회사 및 자회사의 임직원들에 대하여는 업무상배임죄가 성립한다( 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 참조).

## 2) 인정사실

원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

- ① 피고인은 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 인수 당시 공소외 2 주식회사의 대표이사 겸 대주주(보유주식수 9,000주, 지분율 45%)로서, 2006. 1. 18.부터 2006. 3. 7.까지 사이에 컴퓨터 하드웨어, 소프트웨어 및 반도체 생산설비 등의 제조 및 판매업을 영위하는 코스닥상장법인인 공소외 1 주식회사의 경영권을 인수하기 위하여 주식을 매입하여, 피고인은 총 76만 주(지분율 3.92%)를, 평소 알고 지내던 공소외 3에게 공소외 1 주식회사 주식 매수를 요청하여 공소외 3이 경영하는 공소외 10 주식회사가 70만 3,000주(지분율 3.62%)를 각 인수하였고, 위와 같은 주식인수로 피고인은 공소외 1 주식회사의 최대주주가 되어 2006. 3. 7.경 임시주주총회를 통하여 공소외 1 주식회사의 대표이사로 취임하였다.
- ② 피고인은 공소외 1 주식회사 주식을 매수할 무렵인 2006. 1.경 이미 공소외 1 주식회사를 통하여 자신이 대주주이자 대표이사로 있는 공소외 2 주식회사를 인수할 계획을 가졌고, 공소외 1 주식회사의 경영권을 확보한지 이틀후인 2006. 3. 9.경 공소외 2 주식회사 주식매수를 위하여 세림회계법인 공인회계사 공소외 21에게 공소외 2 주식회사 주식에 대한 가치평가를 의뢰하였다.
- ③ 한편, 피고인은 2006. 3. 6.경 상피고인 2로 하여금 공소외 2 주식회사에 대하여 외부회계감사를 의뢰하도록 하여 위드회계법인 소속 공인회계사인 상피고인 3은 2006. 3. 10.경 상피고인 2로부터 파일 형식으로 송부받은 공소외

2 주식회사의 대차대조표, 손익계산서 등을 토대로 같은 해 3. 13.경 감사보고서를 완성하여 같은 해 3. 15.경 상피고인 2에게 이를 송부하였는데, 피고인은 위 외부회계감사 이후로 공소외 2 주식회사 주식에 대한 가치평가를 미루어 위 외부회계감사를 받은 자료를 토대로 공소외 2 주식회사에 대한 주식가치평가가 이루어지도록 하거나, 공소외 21에게 위 외부회계감사 사실을 알려 이와 연계하여 공소외 2 주식회사에 대한 주식가치평가가 적절하게 이루어지도록 하는 조치를 취하지 아니하였다.

또한 위 감사보고서 일자를 감사가 종료된 날인 2006. 3. 13.을 기준으로 하지 아니하고 감사가 종료되기 이전인 2006. 3. 7.자로 소급지정한 것은 공소외 21의 주식평가서가 완성되기 이전에 위 외부회계감사보고서가 작성되어 이를 토대로 공소외 2 주식회사 주식평가가 이루어진 것으로 외부에 나타내기 위한 것으로 보인다.

④ 공소외 21은 2006. 3. 9.경부터 같은 달 12.경까지 상피고인 2로부터 받은 위 회계자료 및 사업계획서 등을 기초로 공소외 2 주식회사의 주식가치를 평가하였는데, 공소외 21이 공소외 2 주식회사 주식가치를 평가할 당시 공소외 2 주식회사 이외의 동종 업계의 회사나 동종업계에 종사하는 사람들로부터 관련된 의견을 구하거나 자료들을 제출 받은 바 없었고, 공소외 2 주식회사 현장을 방문하여 직원들과 면담하여 사업 및 재정 현황, 사업계획 등을 구체적으로 문의한 바도 없으며, 기타 추가적인 자료를 요구한 사실도 없고, 또한 공소외 2 주식회사에 대한 주식평가를 마치기 전인 2006. 3. 초순 무렵 피고인으로부터 공소외 2 주식회사 주식 양수도 가액으로 75만 원이 적정한지 문의받은 적도 있는데, 결국 위와 같은 평가과정을 거쳐 2006. 3. 12.경 공소외 2 주식회사의 주당가치가 821,715원이라고 산정하였다.

⑤ 위 공소외 21은 '유가증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정'에 의한 평가방법(이하 '유가증권 규정에 의한 평가방법'이라 한다)을 사용하면서도 상대가치를 고려하지 않은 채 본질가치만을 평가하였고, 본질가치 중 수익가치는 통상 3개년도 회계자료를 기초로 주당 추정이익을 산정하게 되어 있음에도 공소외 2 주식회사가 2004년도에는 사업 초기여서 정상적인 영업을 한 것이 아니므로 2005년도 회계자료만을 기초로 주당 추정이익을 산정하였으며, 수익가치 계산에서도 공소외 2 주식회사가 제시한 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%을 근거로 하였을 뿐 동종 산업 평균의 매출액 증가율 및 매출 원가율을 고려하지 않았고, 공소외 2 주식회사는 당시 복합티엠 영업을 하지 않았음에도 회사가 제시한 사업계획서만을 근거로 동부생명의 복합부문(41팀)의 실적의 80%인 320만 원을 1인당 월 평균 실적으로 추정하는 등 회사가 제시한 사업계획서 및 손익을 토대로 주식가치를 평가하였을 뿐만 아니라, 공소외 2 주식회사의 본격적 영업은 2005년에만 이루어져 그 미래현금흐름이 불투명한 상태임에도 유사기업 및 산업 평균의 매출, 손익, 원가율 등의 수치를 반영하기 위한 노력을 전혀 하지 아니하였다(다만 원심이 실시하고 있는 피고인 및 상피고인 2의 분식회계의 점에 관하여는 아래 상피고인 2의 주장에 대한 판단에서 보는 바와 같이, 데이터베이스 및 판촉물 구매대금의 경우 무형자산으로 취급하여 합리적인 상각방법에 의하여 상각하여야 하지만 당해 연도에 사용하지 않았다고 판단되는 부분을 선급비용으로 계상하였다고 하여 이를 일반적 회계처리기준에 위배하였다고 볼 수 없고, 퇴직급여충당금 및 감가상각비는 위 피고인들이 이 사건 주식평가를 위하여 고의로 분식회계를 하였다고 보기 어렵다).

- ⑥ 피고인은 공소외 21이 위와 같이 산정한 821,715원을 근거로 이미 결정하여 놓았던 주당 75만 원을 매입가격으로 정하였고, 이 과정에서 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수할 필요성이나 위 평가액에 대한 적정성을 공소외 1 주식회사의 입장에서 검토하지 아니하였으며, 위 매입안건에 대하여 이사회를 개최하거나 임원들 사이의 토의도 전혀 이루어지지 아니하였다.
- ⑦ 당시 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식 전량을 인수할 경영상의 필요성이 있는지 보건대, 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사는 사업의 내용, 설비, 기술 등이 전혀 달라 사업적 연관성이 없어 공소외 2 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입할 경영상의 필요성이 있었다고 보기 어렵고, 당시 공소외 1 주식회사는 2006년 당기순손실이 42억 1,511,753원이고 2000년부터 2005년까지 6년 연속 누적 손실액이 294억 52,337,527원에 달하였으며 마땅한 회사 보유 자산 및 내부 보유자금도 없는 상태였으므로, 공소외 2 주식회사 인수에 150억 원이라는 거액의 금원을 투입한 것은 당시 자금 사정에 역행한 것으로 보이며, 결국 공소외 1 주식회사가 150억 원에 인수한 공소외 2 주식회사 주식은 불과 8개월 만에 약 91억 원 가량이 손실처리되었고, 약 1년여 만에 그 주식가치가 0원으로 평가되어 전액 손실처리되었다.
- ⑧ 이에 반하여 피고인 및 공소외 2 주식회사 주주들은 보유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 2만 주를 주당 750,000원에 매각함으로써 100억 원의 현금과 50억 원 상당의 신주인수권부 사채를 취득하게 되었고, 나아가 피고인은 위와 같이 지급받은 현금으로 유상증자에 참여하여 공소외 1 주식회사의 경영권을 견고히 다지는 한편 위와 같이 지급받은 신주인수권부사채를 행사제한 기간인 1년이 경과하자마자 상환받음으로써 상당한 이득을 취하였다.

### 3) 판단

앞서 본 법리에 비추어 원심판결이 실시한 사유 및 위 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 전량을 주당 75만 원에 매입하도록 한 행위는 경영상의 판단에 따른 정상적인 행위라고 볼 수 없고, 공소외 1 주식회사 회사 내에서 적정한 매입가격 결정에 관한 절차를 거치지 않았으며 그 주식평가 방법도 적정하지 않으므로, 본인인 공소외 1 주식회사에 대한 관계에서 그 임무에 위배하여 당시 공소외 2 주식회사의 적정가액을 초과하여 공소외 2 주식회사 주식을 주당 75만 원에 매수하게 하여 공소외 1 주식회사에 재산상손해를 가하고 피고인 및 공소외 2 주식회사 주주들에게 동액 상당의 이익을 취득하게 하였다고 충분히 인정할 수 있다.

#### (다) 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액의 산정 및 배임액수

##### 1) 법리

배임죄에서 재산상의 손해를 가한 때라 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가한 경우를 의미하므로 회사의 대표이사 등이 그 임무에 위배하여 회사로 하여금 다른 회사의 주식을 고가로 매수하게 한 경우 회사에 가한 손해액은 통상 그 주식의 매매대금과 적정가액으로서의 시가 사이의 차액 상당이라고 봄이 상당하며, 비상장주식을 거래한 경우에 있어서 그 시가는 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 만약 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편

적으로 인정되는 여러 가지 평가방법들을 고려하되 그러한 평가방법을 규정한 관련 법규들은 각 그 제정 목적에 따라 서로 상이한 기준을 적용하고 있음을 감안할 때 어느 한 가지 평가방법(예컨대, 상속세및증여세법시행령 제 54조의 평가방법)이 항상 적용되어야 한다고 단정할 수는 없고, 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 할 것이며, 한편 비상장주식의 실거래가격이 시가와 근사하거나 적절한 가격으로 볼 수 있는 범위 내에 속하는 것으로 보여 실거래가격과의 차액 상당의 손해가 있다고 할 수 없는 경우에 있어서도, 그 거래의 주된 목적이 비상장주식을 매도하려는 매도인의 자금조달에 있고 회사가 그 규모 및 재정 상태에 비추어 과도한 대출을 일으켜 그 목적달성에 이용된 것에 불과하다고 보이는 등의 특별한 사정이 있는 경우라면 그와 같이 비상장주식을 현금화함으로써 매도인에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 하고 반대로 회사에 그에 상응하는 재산상의 손해로서 그 가액을 산정할 수 없는 손해를 가한 것으로 볼 수 있다( 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 참조).

한편, 배임죄의 성립을 인정하려면 손해의 발생이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 하는바, 배임행위로 인한 재산상 손해의 발생 여부가 충분히 입증되지 않았음에도 가볍게 액수 미상의 손해는 발생하였다고 인정함으로써 배임죄의 성립을 인정하는 것은 허용될 수 없다.

따라서 주식 거래와 관련한 배임행위로 인한 손해의 발생 여부를 판단하기 위하여 주식 가치의 평가가 요구되는 경우에는 그 평가 방법이나 기준에 따라 주식의 가치가 구구하게 산정된다고 하더라도 이를 쉽게 포기하지 말고 상대적으로 가장 타당한 평가방법이나 기준을 심리하여 손해의 발생 여부를 구체적으로 판단하는 것이 필요하다( 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008도11036 판결 참조).

## 2) 판단

### 가) 상증법에 따른 주식가액 산정에 관하여

상증법 시행령 제54조에 의하여 순손익가치와 순자산가치를 각각 3과 2의 비율로 가중평균하여 산정한 주당 가액은 49,174원인 바, 이 방법에 의하여 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 산정하는 것이 타당한지 에 관하여 살펴본다.

상증법에 따른 주식가치 평가방법은 과세관청이 과세표준을 정하는 관점에서 사용하는 방법일 뿐만 아니라 그 과세의 목적을 위하여는 반드시 단일한 수치로 표시된 재화의 가격을 정할 필요가 있어서 부득이하게 규정된 방법에 불과하여 그에 의하여 산정한 평가액이 곧바로 주식의 가액에 해당한다고는 볼 수 없을 뿐만 아니라( 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3191 판결 등 참조), 공소외 2 주식회사의 보험대리 및 티엠 영업은 일반 제조업과 달리 특별한 설비투자가 필요하지 않고 인적 시설 및 기타 영업 노하우 등의 무형자산이 그 자산의 주를 이루고 있고 2005년도 매출액이 급증된 사실을 고려하여 무형자산 및 장래에도 어느 정도 성장할 것으로 예상되는 기업의 미래가치를 일정 정도 반영되어야 하는 점 등에 비추어 보면, 순자산가치와 순손익가치를 기초로 산정하는 상증법에 따른 주식가치 평가방법만으로는 공소외 2 주식회사의 특성을 반영할 수 없으므로 부적절하다.

### 나) 공소외 3과의 실거래 사례에 의한 주식가격 산정에 관하여

피고인이 세림회계법인의 주식가치 평가일로부터 2개월 전인 2006. 1. 11.경 공소외 3에게 기존 채무 6억 원의 변제를 위하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 배정하였으므로 이때의 주당 가격 75,000원(6억 원 ÷ 8,000주)으로 계산

되는 바, 위와 같은 공소외 3과의 실제거래 사례가 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 적절하게 반영하는지에 관하여 살펴본다.

- ① 공소외 3은 2000.경 여의도고등학교 선배인 공소외 22의 소개로 피고인을 알게되어 가깝게 지내온 점( 피고인 1에 대한 증거기록 4권 1619면), ② 공소외 3은 피고인이 공소외 2 주식회사를 설립한 2004. 6. 8.로부터 얼마되지 않아 매출이 발생하기도 전인 2004. 7.경부터 2005. 2.경까지 7-8회에 걸쳐 이자 약정이나 담보 없이 6억원을 대여하여 이는 대여라기 보다는 투자에 가까운 것으로 보이는 점, ③ 피고인도 '자신이 가지고 있던 5억 원으로 공소외 2 주식회사 운영이 충분할 것으로 생각하였는데 운영자금이 모자라서 공소외 3에게 계속하여 돈을 빌리게 되었고, 이에 공소외 3이 대여금액이 증가하면서 담보를 요구하여 공소외 2 주식회사 발행주식의 40%에 해당하는 8,000주를 교부하였다'( 피고인 1에 대한 증거기록 4권 1643면), ' 공소외 3이 돈을 빌려주지 않았더라면 아마 영업을 할 수 없는 상황이었기 때문에 너무 고마워서 40% 정도 지분을 배당해 준 것이다'(공판기록 5권 2764면)라고 진술하고 있어 6억 원에 대하여 8,000주를 배정한 이유가 공소외 2 주식회사 주식 1주가 약 75,000원 정도의 가치로 계산한 결과인 것은 아닌 것으로 보이는 점, ④ 피고인은 공소외 2 주식회사를 설립할 당시 자본금 5,000만 원 전액을 자신이 납입한 다음 자신에게 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었고, 2005. 12. 31.경, 2006. 1. 9.경에도 사업자금을 대여한 사람들 및 상피고인 2에게 주식을 임의로 배정하였으며, 2006. 1. 11.경 자본금을 5,000만 원에서 1억 원으로 증액하는 유상증자에서도 증자금 5,000만 원 전액을 자신이 납입한 다음 공소외 3을 비롯하여 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었는데, 위와 같은 주식 배정에는 어떠한 일률적인 배정 방법은 없었고, 단순히 피고인이 사업자금 투자액이나 공로에 따라서 적당히 배정한 것으로 보이는 점, ⑤ 공소외 3은 2006. 1. 19.경 자신이 운영하는 공소외 10 주식회사로 하여금 공소외 1 주식회사 주식을 인수하게 하여 피고인의 공소외 1 주식회사 인수를 지원하였고, 반대로 피고인은 2006. 3. 22.경 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 7 주식회사 주식을 인수하게 하여 공소외 3의 공소외 7 주식회사의 경영권확보를 지원하는 상호 특수관계에 있는 점 등에 비추어 보면, 공소외 3의 대여금 6억 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 배정한 사례가 공소외 2 주식회사 주식에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례라고 보기는 어렵다.

다) 공소외 4와의 실제거래 사례에 의한 주시가격 산정에 관하여

피고인이 2005. 12. 21. 공소외 4로부터 사업자금 명목으로 2억 5,000만 원을 차용하였다가 변제에 갈음하여 2005. 12. 31. 공소외 4에게 공소외 2 주식회사 주식 500주, 2006. 1. 9. 공소외 2 주식회사 주식 200주 합계 700주를 양도하였으므로 이 거래에서의 주당 가격 357,143원(2억 5,000만 원 ÷ 700주, 원 미만은 반올림)인 바, 위와 같은 공소외 3과의 실제거래 사례가 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 적절하게 반영하는지에 관하여 살펴본다.

- ① 피고인은 2004.경 고등학교 선배인 공소외 23의 소개로 공소외 4를 알게 되었고, 피고인이 운영하는 회사에 자금을 지원받는 등 피고인이 '형'이라고 부를 정도로 친분관계가 있었던 점, ② 공소외 4는 2005. 12. 21.경 피고인에게 2억 5,000만 원을 송금하였는데, 그 송금 경위와 관련하여 공소외 4는 원심 법정에서 '제가 피고인에게 투자한 투자금은 어떤 회사에 투자할 것인지, 채권 또는 주식으로 투자할 것인지, 어떠한 형식으로 투자할 것인지 등에 대한

처분권한을 피고인에게 일임하였다'고 진술하여(공판기록 5권 2278면) 2억 5,000만 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 700주가 배정된 것조차 전혀 모르고 있어, 2억 5,000만 원에 대하여 700주를 배정한 이유가 공소외 2 주식회사 주식 1주가 약 357,143원 정도의 가치로 계산된 결과인 것은 아닌 것으로 보이는 점, ③ 앞서 본 바와 같이 피고인은 공소외 2 주식회사를 설립할 당시, 2005. 12. 31.경, 2006. 1. 9.경 및 2006. 1. 11.경 유상증자 당시에 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었는데, 위와 같은 주식 배정에는 어떠한 일률적인 배정 방법은 없었고, 단순히 피고인이 사업자금 투자액이나 공로에 따라서 적당히 배정한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 4의 투자금 2억 5,000만 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 700주를 배정한 사례가 공소외 2 주식회사 주식에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례라고 보기는 어렵다.

라) 유가증권 규정에 의한 평가방법에 따른 주식가격 산정에 관하여

공소외 2 주식회사가 속한 산업군인 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년간 산업 평균 매출액 증가율 및 산업 평균 매출원가율에 의하여 유가증권 규정에 의한 평가방법에 따라 계산한 주당 가격 614,928원( 피고인 1에 대한 증거기록 12권 5723면 이하의 수사보고(1)[ 공소외 2 주식회사의 주식가치평가 종합] 참조)이므로 이에 관하여 살펴본다.

구 증권거래법(2007. 8. 3 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것) 시행령 제84조의7, 같은 법 시행규칙 제36조의12와 유가증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정 제82조 및 같은 규정 시행세칙 제6조에 의한 유가증권 규정에 의한 평가방법은 회사들이 합병을 할 경우 그 합병가액을 산정하는데 사용되나, 비상장회사의 주식가치를 평가함에 있어 일반적으로 사용되고 있는 평가방법이기도 하다.

유가증권 규정에 의한 평가방법에 정한 기준에 따라 산정된 순자산가치와 수익가치를 각각 1과 1.5의 비율로 가중하여 산술 평균한 본질가치와 동 규정 시행세칙 제8조 제6항에 의하여 발행회사와 자본금, 매출액 규모, 주요 재무 비율, 주당 수익률 및 제품 구성비 등이 가장 유사하고 일정한 요건을 구비하는 2개사 이상의 상장법인에 대한 유사회사별 비교가치를 평균한 가액의 30% 이상을 할인한 상대가치를 평균하여 산정하여야 한다.

이 사건 공소외 2 주식회사 주식가치를 평가한 세림회계법인 공인회계사 공소외 21은 유가증권 규정에 의한 평가방법을 사용하면서도 상대가치를 고려하지 않은 채 본질가치만을 평가하였고, 본질가치 중 수익가치는 통상 3개년도 회계자료를 기초로 주당 추정이익을 산정하게 되어 있음에도 공소외 2 주식회사가 2004년도에는 사업 초기여서 정상적인 영업을 한 것이 아니므로 2005년도 회계자료만을 기초로 주당 추정이익을 산정하였으며, 수익가치 계산에서도 공소외 2 주식회사가 제시한 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%을 근거로 하였는데, 당시 공소외 2 주식회사와 유사한 업종의 상장법인이 없었으므로 상대가치를 반영할 수 없고, 2004년 매출액을 수익가치에서 배제하더라도, 적어도 수익가치의 미래추정이익 계산에서의 매출액 증가율 및 매출 원가율은 당해 기업이 속한 산업의 추세 등이 반영될 수 있도록 회사 제시 매출액 증가율 및 매출 원가율과 산업 평균 매출액 증가율 및 매출 원가율을 평균하여 이를 사용함이 상당한 것으로 보인다.

따라서 당시의 산업평균 매출액 증가율은 6%, 매출 원가율은 82%이므로 이것들과 회사 제시 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%를 평균하여 이 수치를 토대로 계산한 공소외 2 주식회사의 본질가치는 주당 614,928원이고, 위에서 본 바와 같이 복합티엠 으로 인한 실적 추정이 지나치게 낙관적인 점, 뒤에서 보는 바와 같이 퇴직급여충당금 및 감가 상각비가 과소계상되어 2005년 영업이익이 과대계상되었고, 이를 토대로 계산된 2006년도 및 2007년도 추정 매출액 역시 과대계상된 점 등을 감안하면, 당시 공소외 2 주식회사 주식 가격은 614,928원 이하라고 봄이 상당하다.

(라) 소결

따라서 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사의 업무상 임무에 위배하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격이 최대 614,928원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만원에 자신을 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들로부터 매수하도록 하여, 피고인은 최소 12억 15,648,000원(피고인 보유 주식 9,000주 × (750,000원 - 614,928원)) 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 나머지 주주들로 하여금 최소 14억 85,792,000원(나머지 주주들 보유 주식 11,000주 × (750,000원 - 614,928원)) 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 27억 1,440,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정되고, 위 금액을 넘는 범위에 대하여는 범죄의 증명이 없다 할 것이다.

(2) 피고인 1의 공소외 2 주식회사에 대한 대여 관련 30억 원 및 공소외 5 주식회사에 대한 대여 관련 5억 원의 각 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는바, 이 경우 그 '임무에 위배하는 행위'라 함은 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하고, '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되므로, 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 회사의 이사는 단순히 그것이 경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없으며, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는다( 대법원 2006. 11. 10. 선고 2004도5167 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 기록을 면밀히 살피건대, 원심은 그 거시증거 및 이에 의하여 인정되는 사정들을 종합하여, 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 자회사인 공소외 2 주식회사 및 손자회사인 공소외 5 주식회사가 당시 자금사정이 어려워 공소외 1 주식회사에서 이들 회사에 금원을 대여하더라도 변제기에 이를 변제할 수 없어 공소외 1 주식회사에 손해가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하면서도, 이들 회사로부터 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권 보전조치를 취하지 아니하고, 이사회에서 대여의 필요성과 채권 회수방안 등에 대해 실질적인 논의도 하지 않고서, 2006. 4. 26.경 자회사인 공소외 2 주식회사에 30억 원을, 공소외 5 주식회사에 2006. 11.



29.경 2억 원, 2007. 1. 5.경 1억 원, 같은 달 8.경 2억 원 합계 5억 원의 금원을 각 대여하여 이들 회사에 위 각 금액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정하면서, 배임의 고의가 없다는 피고인의 주장을 배척하였는바, 이러한 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인이 주장하고 있는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 1의 공소외 7 주식회사 주식인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

공소외 10 주식회사와 그 대표이사인 공소외 3은 2006. 3. 22.경 공소외 24 주식회사 11호 기업구조조정조합으로부터 코스닥 상장법인인 공소외 7 주식회사의 주식 755,937주(지분율 7.47%)를 1주당 7,937원으로 계산하여 합계 60억 원에 매수하여 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수하였는데, 위 1주당 매매가격은 이른바 경영권 프리미엄을 반영하여 기준주가 5,400원에 비해 47% 할증된 가격이었다.

피고인은 위와 같이 공소외 10 주식회사와 공소외 3이 공소외 7 주식회사 주식을 매수할 때 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하게 하기 위해 공소외 7 주식회사 주식 377,968주(지분율 3.74%)를 위와 같이 경영권 프리미엄이 반영된 주당 7,937원으로 계산하여 합계 30억 원에 위 조합으로부터 매수하게 한 다음 같은 날 '타법인 주식 및 출자증권 취득 결정'을 공시하면서 위 주식 매수목적은 '경영권 참여를 위한 지분 취득'이라고 밝혔다.

피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 2000년부터 2005년까지 6년 연속 당기순손실을 기록하고 그 누적액이 294억 원을 초과하였으며 주식 매수에 동원할 수 있는 여유자금 또한 현저히 부족한 공소외 1 주식회사의 사정을 감안하여 공소외 1 주식회사의 사업영역과 무관한 캠핑용구 제조 및 판매업체인 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하기 위해 공소외 1 주식회사의 자금을 투입하는 것에 대해서는 그 필요성을 보수적인 관점에서 신중히 검토하고 이사회에서 충분히 논의하여 회사 자금이 회사의 사업목적 이외의 분야에 함부로 사용되지 않도록 노력하여야 할 업무상 임무가 있다.

또한 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하기로 결정한 경우에도 경영권 프리미엄의 적정성을 검토하여야 할 뿐만 아니라 공소외 1 주식회사로 하여금 코스닥 상장 주식을 시장가격에 경영권 프리미엄을 더한 가격에 매수하게 하는 경우에는 사전에 공소외 10 주식회사 등 공동매수인과 협의하여 공소외 1 주식회사가 실제 공소외 7 주식회사의 경영에 참여할 수 있도록 조치하고, 만약 경영 참여가 여의치 않을 경우에는 매수한 주식을 매매 당시의 시장가격에 경영권 프리미엄을 더한 가격으로 양도할 수 있도록 미리 조치하여 공소외 1 주식회사에 재산상 손해가 없도록 해야 할 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인은 공소외 1 주식회사의 경영권을 취득한 지 15일 만에 만연히 공소외 7 주식회사의 경영 참여를 위해 공소외 1 주식회사 자금 30억을 투입하기로 결정하고 당시 적정가격이 주당 5,400원인 공소외 7 주

식회사 주식 377,968주를 주당 7,937원에 매수하면서 경영 참여 또는 경영권 프리미엄을 보장받기 위한 사전 조치를 소홀히 하고, 이사회에서 경영 참여의 필요성이나 코스닥 시장에서의 거래시가보다 월등히 높은 가격에 공소외 7 주식회사 주식을 인수할 필요성 및 인수가격의 적정성 등에 관하여 논의하지도 않았다.

이로써 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서의 업무상 임무에 위배하여 공소외 3으로 하여금 위 조합에 9억 58,904,816원 $\{(7,937\text{원}-5,400\text{원})\times 377,968\text{주}\}$ 만큼 경영권 프리미엄을 적게 지급하고 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

#### (나) 판단

이른바 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업 경영에 내재된 속성을 고려하여 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단 대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결 등 참조).

기록에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

- ① 공소외 10 주식회사와 그 대표이사 공소외 3, 공소외 1 주식회사와 그 대표이사 피고인은 공동으로 2006. 3. 22. 코스닥상장법인인 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수하기 위하여 공소외 24 주식회사 11호 기업구조조정조합으로부터 공소외 7 주식회사 주식 1,259,895주(지분율 12.5%)를 주당 7,937원, 총 10억 원에 매수하는데, 공소외 10 주식회사가 45억 원, 공소외 3이 15억 원, 공소외 1 주식회사가 30억 원, 피고인이 10억 원을 각 투자하였으므로(증제101호 주식양수도계약서, 공판기록 5권 2622면), 피고인 개인 자금도 투자되어 공소외 1 주식회사의 투자금과 같이 손익을 같이하게 될 운명이었다.
- ② 위 주식 인수 당시 주식양수도 가액의 적정성에 관하여 세림회계법인의 주식평가를 받았는데, 당시 세림회계법인에서는 미래현금흐름할인(DCF) 방법에 의하여 공소외 7 주식회사의 주식의 주당 가치를 그 성장률의 가정에 따라 3,338원~7,306원의 범위로 산정하였고, 유사사례에 의한 방법(경영권 프리미엄이 수반된 주식양수도 사례를 참조)에 의하여 기준주가에 경영권프리미엄을 더하는 방법으로 적정 매매가액을 주당 11,403원으로 산정하였으며( 공소외 3 증언, 공판기록 6권 2644면), 한편 당시의 공소외 7 주식회사의 1개월 거래량 가중평균 주가는 6,157원, 1주일 거래량 가중평균 주가는 5,097원으로(증제100호 기준주가산정표, 공판기록 5권 2611면) 피고인 등의 경영권프리미엄을 포함한 매입가격인 주당 7,937원은 세림회계법인의 평가액 및 당시의 기준주가와 경영권프리미엄을 감안하면 적정한 것으로 보인다.

- ③ 당시 공소외 7 주식회사 주식 매수 직전 공소외 7 주식회사가 해외에서 몇 백억 원을 투자받는다고 공시하였다가 이를 반복하여 단기간내에 주가가 12,000원에서 5,000원으로 급락을 하였기 때문에 단기 반등 가능성이 있어 피고인은 반등할 경우 장내에서 이를 매도하여 시세차익을 얻을 수 있고, 그렇지 않더라도 공동매수인과 함께 경영권프리미엄을 포함하여 보유주식을 매각하면 공소외 1 주식회사로서는 아무런 손해가 발생하지 않는다.
- ④ 공소외 7 주식회사 이사진(정원 4명)에 공소외 1 주식회사의 CFO 공소외 8 이사 1명만이 선출되었는데, 이는 공동매수 당시 공소외 1 주식회사와 피고인의 지분율이 공소외 10 주식회사와 공소외 3의 지분율의 2/3에 불과하고, 위와 같은 격차는 2006. 5.경 공소외 7 주식회사의 기존 경영진이었던 공소외 25와의 경영권분쟁으로 인하여 공소외 10 주식회사가 장내에서 추가로 공소외 7 주식회사 주식을 매집함으로써 더욱 벌어지게 된 것으로 이는 불가피한 것으로 보인다.
- ⑤ 공소외 7 주식회사는 2006. 4. 21. 공소외 1 주식회사가 발행한 20억 상당의 전환사채를 인수하였는데(증 제84호증, 주식등의 대량보유상황보고서, 공판기록 5권 2353면), 이와 같은 공소외 7 주식회사의 의사결정은 피고인의 영향력 없이는 이루어 질 수 없다 할 것이므로 공동경영이 아니더라도 공소외 3은 공소외 7 주식회사 경영에 있어서 피고인의 의사를 존중하였던 것으로 보인다.
- ⑥ 피고인이 공소외 3과 사이에 경영권프리미엄에 상응하는 경영권확보방안이나 경영권 불행사시 자금회수 방안에 관하여 약정을 서면화하지 않은 잘못은 있으나, 위와 같은 공동매수 당시에는 어느 한쪽이 공동약정을 깨게 되면 양쪽 모두 경영권프리미엄을 상실하게 되는 결과가 되어 위와 같은 약정의 서면화는 반드시 필요하였다고 보기 어렵다.
- ⑦ 피고인이 공소외 1 주식회사를 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 양도한 이후에 공소외 9 주식회사가 위 공동매수 이후에 발생한 경영권분쟁에 있어서 공소외 1 주식회사가 경영권확보를 위하여 노력하지 않은 사정 등을 감안하지 않고 기존 매입대금 30억 원에 법정이자를 요구하여, 공소외 10 주식회사가 이를 거부하자 추가 협상 없이 장내에서 바로 이를 매도하여 그 손해가 현실화되었다.

앞서 본 법리에 비추어 위 사정들을 종합하여 보면, 비록 피고인에게 공소외 3이 피고인의 공소외 1 주식회사 인수를 지원한 것에 대한 반대급부로 공소외 3의 공소외 7 주식회사 인수를 지원할 의도가 있었다고 하더라도, 위에서 본 바와 같이 공소외 7 주식회사의 주식을 경영권프리미엄을 포함하여 적정한 가격으로 매수하였고, 그 후 공소외 7 주식회사의 경영에도 참여하였다고 볼 만한 사정이 있으며, 공소외 1 주식회사의 손해가 공소외 9 주식회사의 주식 매도로 인하여 현실화되었다면, 피고인에게 앞서 본 바와 같은 약정을 서면화하지 않는 등의 경영상의 잘못이 있다고 하더라도, 이를 가지고 피고인에게 배임의 고의가 있다고 보기는 어렵다 할 것이어서, 이 부분 공소사실은 그 증명이 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인의 위 주장은 이유 있다.

(4) 피고인 1, 4의 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 2006. 3. 7.경부터 공소외 1 주식회사 대표이사로, 피고인 4는 2006. 7. 11.경부터 공소외 1 주식회사의 이사 겸 부사장으로 공소외 1 주식회사를 경영하다가 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 소유 주식 2,526,667주를 50억 53,334,000원에 매각하고 경영권을 양도하는 내용의 계약을 체결하고, 같은 달 25.경 경영권을 양도한 후 같은 해 6. 22.경 대표이사직을 사임하였다.

피고인들은 2007. 3. 20.경 당시 법인등기부상 대표이사로 등재되어 있기는 하지만 위와 같이 보유주식과 경영권을 전부 양도하기로 계약을 체결한 상황이므로, 형식적으로나마 대표이사직에 머물러 있던 피고인들로서는 공소외 1 주식회사 자금을 회사의 이익에 반하지 않도록 신중하게 운영하여야 하고, 퇴진이 예정된 경영진인 피고인들의 개인적인 편의를 위한 용도로 회사 자금을 사용하여서는 안 될 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고, 피고인들은 공모하여 2007. 3. 20.경 피고인들이 사용할 벤츠 S550V 승용차 2대를 공소외 1 주식회사 명의로 공소외 42로부터 계약기간을 3년으로 정하여 리스하면서 보증금 명목으로 1억 1,853,700원, 리스료 선금 명목으로 64,800,000원 등 합계 1억 66,653,700원을 공소외 42에 지급하였다.

이로써 피고인 1은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 임무에 위배하여 82,669,700원 상당의 재산상 이익을, 피고인 4는 83,984,000원 상당의 재산상 이익을 각 취득하고, 공소외 1 주식회사로 하여금 1억 66,653,700원 상당의 재산상 손해를 입게 하였다.

(나) 판단

기록에 의하여 인정되는 다음 사정들 즉, ① 공소외 1 주식회사의 임원인 피고인들은 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 대하여 공소외 1 주식회사의 주식 및 경영권을 양도하기로 계약한 다음 계약금 30억 원을 지급받았는데, 이때 차량리스를 승낙하였는지에 관하여 공소외 9 주식회사 대표이사 공소외 26은 검찰에서는 '통상적으로 기존의 대표이사가 경영권을 양도하면서 예우차원에서 기존에 사용하던 차량과 기사, 급여를 대표이사로 사임할 때까지의 기간 동안만 제공한다는 것이지, 새로이 차량을 리스하여 사용하여도 된다는 의미는 아니다'라고 진술하고( 피고인 1에 대한 증거기록 13권 6651면), 원심 법정에서는 '당시 계약금 30억 원만 지급한 상태이므로 제가 의사결정할 수 있는 권한도 없고, 당시 대표이사는 피고인 1이기 때문에 피고인들에게 공소외 1 주식회사 자금으로 신차를 리스해서 타고 다녀라는 말을 할 입장이 아니고, 그렇게 말한 적도 없다'고 진술하고(공판기록 5권 2234, 2251, 2253면) 있으나, 2007. 5.경부터 공소외 1 주식회사의 상무이사로 근무한 공소외 27은 검찰에서 '2007. 5. 1. 입사해서 리스 차량 현황을 보니, 경영권이 양도된 이후에 피고인들이 차량을 리스하여 운행하고 있기에 공소외 26 사장에게 보고하였더니, 공소외 26 사장은 2007. 6. 초순경 대표이사 선임 주주총회 전까지는 피고인들이 계속해서 운행하도록 하였다고 하였고, 2007. 6. 말경 리스차량을 회수하여야 되겠다고 생각하여 공소외 26 사장에게 보고하니 그대로 추진하라고 하여 전보혜 등 실무자에게 리스차량 승계업무를 처리하도록 지시하였다'고 진술하고( 피고인 1에 대한

증거기록 13권 6540면), 원심 법정에서 '동의까지는 몰라도 제가 알기로 6-7월까지인가 계속 그 차량 사용에 대하여 협의가 있었던 것으로 기억한다'고 진술하는 점(공판기록 5권 2294면), 피고인들의 리스차량 이용 당시 공소외 9 주식회사 측에서 아무런 이의를 제기하지 않은 점, 공소외 26은 피고인들과 사이에 공소외 1 주식회사 양수도와 관련된 옵션계약 해제로 인한 손해배상 등으로 민사소송의 반대 당사자로서 서로 치열하게 다투고 있었던 점 등을 고려하면 당시 공소외 26은 피고인들에게 차량리스를 허용하였고 2007. 6.경의 대표이사 선임 주주총회 전까지는 이를 사용하도록 승낙한 것으로 봄이 상당한 점, ② 2007. 6.경 주주총회로 새로운 경영진이 선임되기 전까지는 형식적으로 피고인들이 임원이기는 하나, 이미 경영권이 양도된 상태에서는 공소외 1 주식회사의 양수인인 공소외 9 주식회사가 공소외 1 주식회사에 대하여 실질적인 경영권을 행사한다고 봄이 상당하므로, 피고인들이 공소외 9 주식회사의 대표이사 공소외 26의 승낙을 받고 공소외 1 주식회사 명의로 차량을 리스하였다면 업무상임무에 위배하였다는 인식을 하기는 어려운 점, ③ 피고인들은 공소외 1 주식회사 명의로 차량을 리스하였으므로 피고인들이 공소외 7 주식회사를 떠나더라도 위 리스차량의 이용자의 지위는 여전히 공소외 1 주식회사에 있다 할 것이므로 리스계약 당시 지급한 보증금 및 선급리스료 상당의 재산상이익을 피고인들이 취득하였다고 보기는 어려운 점, ④ 새로운 경영진이 주주총회에서 선임된 후 이 사건 리스차량을 공소외 1 주식회사에서 그대로 사용하면 차량리스 승계의 문제가 발생하지는 않지만, 공소외 26은 위 차량들이 필요 없게 되자 위와 같이 리스차량 승계를 지시하였는데, 차량리스의 경우 리스계약을 중도해지하면 리스회사에 이에 따른 손해배상을 하여야 하므로 이보다는 리스차량 이용자의 지위를 양도하는 것이 유리하다는 판단하에 공소외 27은 피고인들에게 차량리스 승계를 요청하였고, 이에 피고인들은 위 요청을 받아들여 피고인 1은 2007. 7. 11.경 공소외 28에게 위 리스차량 이용자의 지위를 양도하게 한 후 선급리스료 반환금 명목으로 27,467,220원을 반환하였고, 피고인 4도 그가 대표이사로 있던 공소외 29 주식회사에 리스차량을 승계시킨 다음 2007. 9. 12.경 위약금 보전 명목으로 청주지방법원에 33,484,400원을 공탁하여 이 사건 차량리스로 발생할 수 있는 공소외 1 주식회사의 손해를 보전하기 위하여 노력한 점 등을 종합하여 보면, 비록 피고인들이 위 리스차량을 일부 개인적인 용도에 사용하였다 하더라도, 이것만 가지고는 피고인들에게 배임의 고의가 있다고 보기는 어렵다 할 것이어서, 이 부분 공소사실은 그 증거가 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인들의 위 주장은 이유 있다.

(5) 피고인 1의 공소외 11 주식회사 소유 설비부품 4억 9,235,751원 상당 업무상횡령의 점에 대한 판단

원심이 적절하게 실시한 사유들에 의하면, 피고인은 2006. 4. 25.경 피해자 공소외 11 주식회사로부터 그 소유의 캘린더를 매수한 것이 아니라 임차한 것임을 알면서도 공소외 30 주식회사 대표이사 공소외 12에게 위 캘린더의 매각을 의뢰하여 공소외 12로 하여금 2006. 10.경부터 2007. 2. 25.경까지 사이에 위 캘린더를 분해하여 해외에 매각하게 함으로써 이를 횡령하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(6) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대출 관련 34억 75,288,900원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대한 판단

(가) 대출금의 실질적인 주채무자는 피고인이라는 주장에 대하여

동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 법령이나 금융기관 내부규정의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자가 실제 대출받고자 하는 채무액에 대하여 제3자를 형식상의 주채무자로 내세우고, 금융기관도 이를 양해하여 제3자에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 제3자 명의로 대출관계 서류를 작성받은 경우, 제3자는 형식상의 명의만을 빌려준 자에 불과하고 그 대출계약의 실질적인 당사자는 금융기관과 실질적 주채무자이므로, 제3자 명의로 되어 있는 대출약정은 그 금융기관의 양해하에 그에 따른 채무부담의 의사 없이 형식적으로 이루어진 것에 불과하여 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위라고 할 것이다( 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53013 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 피고인은 2006. 1.경 신한은행 신설동지점으로부터 개인 명의로 33억 원의 대출을 받았는데, 그 대출이 2007. 1.경 만기가 되자, 공소외 1 주식회사의 거래지점인 신한은행 양재남기업금융지점으로부터 실적을 올려달라는 취지로 공소외 5 주식회사 명의로 대출을 받으라는 요청을 받고 위 회사 명의로 35억 원의 대출을 받은 사실, 이 사건 대출 당시 피고인은 공소외 5 주식회사의 대표이사로서 위 회사 명의로 대출을 받았을 뿐 자신이 실제 채무자이고 공소외 5 주식회사는 단순히 형식상의 주채무자라는 의사표시를 하거나, 신한은행 양재남기업금융지점 대출담당자가 공소외 5 주식회사에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 위 회사 명의로 대출관계 서류를 작성받았다고 볼 만한 아무런 자료가 없는 점 등에 비추어, 공소외 5 주식회사로 되어 있는 이 사건 대출약정이 통정허위표시라 인정할 수 없으므로, 이를 전제로 하는 위 주장은 이유 없다.

(나) 불법영득의 의사가 없다는 주장

횡령죄에 있어서 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같이 처분을 하는 의사를 말하고, 사후에 이를 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있다 하더라도 불법영득의 의사를 인정함에는 지장이 없는 것이다( 대법원 2006. 11. 10. 선고 2004도5167 판결 등 참조).

원심이 적절하게 설시하고 있는 사유들에 의하면, 피고인은 2007. 1. 19. 공소외 5 주식회사 명의로 35억 원을 대출받아 수수료 등을 제외한 34억 75,288,900원을 송금받은 후, 이를 가지고 자신의 개인 명의 대출금 33억 원을 변제하고 나머지는 개인 채무 변제, 투자금으로 사용하여 이를 횡령하였다고 충분히 인정할 수 있고, 비록 피고인이 개인 및 그 아버지 소유의 부동산을 담보로 제공하였고, 이자를 피고인 개인 돈으로 상환하였다는 것만으로는 횡령죄의 성립에 영향을 미치지 못한다 할 것이므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(7) 피고인 1의 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

공소외 1 주식회사는 2006. 9. 20.경 공소외 31 등으로부터 충북 청원군 오창읍 소재 공소외 13 주식회사(당시 상호는 '◇◇◇'였고, 이하 '공소외 13 주식회사'라 한다) 발행주식 76.19%를 8억 원에 매수하여 공소외 13 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입시켰다.

공소외 1 주식회사 대표이사이자 공소외 5 주식회사의 대표이사였던 피고인은 2006. 10. 18.경 공소외 13 주식회사 대표이사 공소외 14가 공소외 13 주식회사의 기존 은행 차입금 상환 및 신제품 생산을 위한 시설 투자를 위해 10억 원의 신규 차입을 고려하고 있다는 사실을 알고 공소외 14에게 " 공소외 1 주식회사가 신용도가 낮아 차입이 어려우니 공소외 13 주식회사에서 최대한 자금을 많이 차입하여 공소외 5 주식회사에 6억 원을 빌려 달라. 만기 전이라도 공소외 13 주식회사에서 자금이 필요한 상황이 되면 언제든지 내가 책임지고 상환하겠다.

"라는 취지로 말하여, 공소외 13 주식회사의 최대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 최대주주 겸 대표이사인 피고인의 변제 약속을 믿은 공소외 14로 하여금 그의 연대보증 하에 공소외 13 주식회사 명의로 기업은행 서청주지점으로부터 14억 원을 대출받아 그 중 6억 원을 공소외 5 주식회사에 대여기간 1년, 이율 연 7%의 조건으로 대여하게 하였다.

그러나 사실은 공소외 5 주식회사는 제3항 기재와 같이 영업부진으로 인해 2006. 6.경부터 적자가 발생하여 2006년도 당기순손실이 12억 7,700만 원에 달하였고, 2006. 12. 31. 현재 유동부채(32억 6,800만원)가 유동자산(20억 5,600만원)을 크게 초과하여 자본이 전액 잠식된 상태일 정도로 재무사정이 악화되어 전적으로 차입금에 의존하여 운영되고 있던 상황이었으므로 공소외 13 주식회사로부터 자금을 빌려 사용하더라도 그 원리금을 제대로 변제할 능력이 없었고, 피고인 또한 위와 같은 사정을 잘 알면서 공소외 5 주식회사 명의로 6억 원을 차용하였으므로 공소외 14로부터 대여금 상환 요청을 받더라도 자신이 공소외 5 주식회사를 대신하여 위 차용금을 상환할 의사가 없었다.

이로써 피고인은 공소외 14를 기망하여 공소외 5 주식회사로 하여금 6억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하였다.

#### (나) 판단

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음 사정들 즉, ① 피고인과 공소외 14는 공소외 13 주식회사를 공동으로 인수하기로 하여 2006. 9. 20.경 공소외 14는 공소외 13 주식회사 발행주식 24% 가량을 2억 5,000만 원에 매입하고, 공소외 1 주식회사는 2006. 9. 20.경 공소외 13 주식회사 발행주식 76% 가량을 8억 원에 매수하여 공소외 13 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입시킨 사실, ② 엔디플로의 대표이사는 공소외 14가 맡았으나, 피고인은 공소외 13 주식회사 회사 내에서 '사장'으로 호칭되었고, 대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 13 주식회사의 은행대출 및 시설투자 등 주요 자금에 대한 결재권을 행사한 사실, ③ 공소외 14도 '금액이 좀 큰 부분은 언제든지 피고인과 상의해서 집행하였다.

몇 천만 원 정도는 제가 임의로 했고, 나머지 큰 금액들은 피고인과 협의했다'고 진술하여(공판기록 5권, 2457면) 피고인이 공소외 13 주식회사의 주요 자금 결재에 관하여 일정한 권한을 가지고 있었던 것으로 보이는 점, ④ 피고인이 공소외 14에게 6억 원을 추가로 대출하여 공소외 5 주식회사에 대여하게 한 경위에 관하여 보건대, 공소외 14는 '금전 대여 당시 피고인이 공소외 5 주식회사가 어떤 회사라고 이야기한 것 같은데, 정확하게 업종이 달라서 잘 기억도 안 나고, 재무상태나 이런 것에 대하여 전혀 물어보지도 않았고, 듣지도 않았다'(공판기록 5권, 2462면), ' 공소외 5 주식회사가 뭐하는 회사인지 우리는 알 것 없고, 피고인의 재력을 믿고 빌려주면 된다는 분위기여서 빌려준 것이다'(공판기록 5권, 2467면)라고 진술하여 이 사건 대여는 공소외 5 주식회사의 변제능력과 아무런 상관 없이

피고인의 변제약속을 믿고 이루어진 것으로 보이는 점, ⑤ 피고인은 공소외 13 주식회사의 대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 13 주식회사의 주요 자금에 대하여 결재권을 행사하였으므로 공소외 14로서도 피고인의 요청을 거절할 수 없다 할 것이고, 위와 같은 위치에 있는 피고인이 구두로 공소외 13 주식회사에서 자금이 필요하면 언제든지 상환하겠다고 함으로써 이 사건 대여가 이루어진 것이라고 봄이 상당하고, 피고인이 공소외 14를 공소사실 기재와 같이 기망하였고, 공소외 14가 이에 착오를 일으켜 공소외 14가 공소외 5 주식회사에 대여하였다고 보기는 어려운 점, ⑥ 2007. 3. 19. 피고인이 공소외 1 주식회사를 공소외 9 주식회사에 양도하기 전에는 이 사건 대여금의 상환요청이 전혀 없었다가 위와 같은 양도가 이루어지고 이 사건 수사가 개시된 후에야 비로소 이 사건 대여를 문제삼은 것도 당시 공소외 14가 기망당하였는지에 관하여 의심이 들게 하는 점 등을 종합하여 보면, 검찰이 제출한 증거들만으로는 합리적 의심을 배제하고 피고인이 공소외 14를 기망하여 동인이 착오로 인하여 이 사건 대여를 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 그 증명이 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인의 위 주장은 이유 있다.

(8) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령) 및 배임증재의 점에 대한 판단

횡령죄에 있어서 재물의 보관이라 함은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하고 그 보관이 위탁관계에 기인하여야 할 것임은 물론이나, 그것이 반드시 사용대차·임대차·위임 등의 계약에 의하여 설정되는 것임을 요하지 아니하고, 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있다( 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005도 7610 판결 등 참조)

또한, 형법 제357조에 규정된 배임증재죄에 있어서의 부정한 청탁이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이에 관련되어 취득한 재물이나 재산상 이익의 액수와 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며, 그 청탁이 반드시 명시적으로 이루어져야 하는 것도 아니고 묵시적으로 이루어지더라도 무방하다( 대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조)

위 각 법리 및 원심이 적절하게 실시한 사유들에 의하면, 피고인들은 공모하여 공소외 16 주식회사 제3자 배정 유상증자에 참여하는 방법으로 경영권을 취득함에 있어, 피고인들의 개인자금으로 최대주주 도움에 경영권 취득에 대한 대가를 취급하는 대신 피고인들이 보관하고 있던 공소외 16 주식회사 소유의 유상증자 자금 중 50억 원을 공소외 15에게 대여하여 이를 횡령하고, 도움에 별도의 경영권 프리미엄을 지급하지 않는 한편 도움의 대표이사 겸 최대주주 공소외 15가 공소외 16 주식회사에 대한 경영권을 행사하지 않도록 하는 취지의 부정한 청탁의 대가로 위와 같이 50억 원을 대여하여 그 경제적 이익을 공여하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(9) 피고인 1, 4의 도움에 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

원심이 적절하게 실시한 사유들에 의하면, 피고인들은 2007. 8. 10.경 공소외 16 주식회사의 유상증자에 참여하여 공소외 16 주식회사의 대주주가 되었고, 그때부터 피고인 1은 총괄CEO, 피고인 4는 재무신규사업 CEO로 공소외 16 주식회사의 업무 전반에 관여하였고, 이 사건 50억 원의 도움에 대한 대여 당시 도움은 주된 매출처인 팬택의 위



크아웃으로 지속적인 매출액의 감소가 예상되는 등 변제능력이 부족한 상황이었음에도, 피고인들은 공모하여 도움으로부터 적절한 담보를 제공받는 등 채권회수를 위한 조치를 취하지 않은 채, 단지 공소외 16 주식회사의 경영권을 취득하기 위하여 공소외 16 주식회사 소유의 유상증자 자금 중 50억 원을 도움에 대여하여 도움으로 하여금 50억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 16 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 충분히 인정할 수 있고, 비록 유상증자 이전에 이미 공소외 15를 비롯한 공소외 16 주식회사 경영진과 위 50억 대여에 대한 합의가 있었다 하더라도 이는 업무상배임죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 못하므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(10) 피고인 1, 4의 공소외 19 주식회사에 대한 35억 원 대여 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 된다( 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 원심이 실시한 사유들을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인들은 공모하여 당시 공소외 19 주식회사는 아파트시행업을 영위하는 회사로서 별다른 재산이 없어 외부자금이 유입되지 않고서는 회사 운영 및 사업 진행이 어려워 차용금을 변제할 능력이 의심스러운 상황이었음에도 담보제공 등 채권회수를 위한 조치를 취하지 않고 이사회 결의도 거치지 않은 채, 공소외 19 주식회사에 35억 원을 대여함으로써 위 회사로 하여금 동액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 16 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(11) 피고인 1의 사문서위조, 자격모용에 의한 사문서 작성 및 행사의 점에 대한 판단

주식회사의 적법한 대표이사라 하더라도 그 권한을 포괄적으로 위임하여 다른 사람으로 하여금 대표이사의 업무를 처리하게 하는 것은 허용되지 않는다.

따라서 대표이사로부터 포괄적으로 권한 행사를 위임받은 사람이 주식회사 명의로 문서를 작성하는 행위는 원칙적으로 권한 없는 사람의 문서 작성행위로서 자격모용사문서작성 또는 위조에 해당하고, 대표이사로부터 개별적·구체적으로 주식회사 명의의 문서 작성에 관하여 위임 또는 승낙을 받은 경우에만 예외적으로 적법하게 주식회사 명의로 문서를 작성할 수 있다( 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006도2016 판결 참조).

원심이 적절하게 실시한 사유들에 의하면, 피고인 및 피고인 4가 공소외 16 주식회사의 대표이사 및 이사로 각 선임되는 주주총회 개최일인 2007. 10. 2.까지는 당시 대표이사 공소외 17, 이사 공소외 18 명의로 이사회 회의록을 작성할 권한이 없었고, 또한 동인들로부터는 새로운 이사 선임에 대한 임시주주총회 소집통지를 위한 이사회를 제외하고는 이사회 회의록 작성에 관하여 별다른 동의를 받은 바 없음에도, 2008. 2.경 2007. 8. 17.자 공소외 15에 대한

50억 대여 관련 이사회 회의록, 2007. 9. 4.자 공소외 19 주식회사에 대한 10억 대여 관련 이사회 회의록에서의 '의장 대표이사 공소외 17'이라고 기재된 옆에 공소외 16 주식회사 대표이사 직인을 각 날인하고, '이사 공소외 18'이라고 기재된 옆에 피고인의 도장을 찍은 후 '代'라고 기재하여, 공소외 16 주식회사 대표이사 공소외 17 명의의 권리의무 또는 사실증명에 관한 사문서인 이사회 회의록 2부를 위조하고, 이사 공소외 18의 자격을 모용하여 이사회 회의록 2부를 작성하였다고 충분히 인정할 수 있고, 대표이사 공소외 17 명의의 위조는 위 법리에 비추어 가사 피고인이 공소외 17로부터 포괄적으로 권한 행사를 위임받았다고 하더라도 개별적·구체적으로 주식회사 명의의 문서 작성에 관하여 위임 또는 승낙을 받았다고는 볼 수 없으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 피고인 2의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단{ 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여}

(1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인에 대한 이 부분 공소사실의 요지는 위 가의 (1)(가)항에서 본 바와 같고(다만, "피고인"은 " 상피고인 1"로, " 상피고인 2"는 "피고인"으로 변경), 그 외에 검사는 다시 예비적으로 피고인이 상피고인 1의 위와 같은 배임행위를 방조하였다는 것으로 공소제기를 하고 있다.

(2) 판단

형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것이기는 하나, 이를 위해서는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 경우여야 한다( 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도2994 판결 등 참조).

또한, 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 그 방조는 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만 아니라, 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립한다.

그리고 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심적 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이 때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다고 할 것이며, 또한 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다( 대법원 2007. 10. 26. 선고 2007도4702 판결 등 참조).

이 사건 기록에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

(가) 피고인은 상피고인 1의 요청으로 2005. 2. 17.경부터 공소외 2 주식회사의 상무이사로 근무하면서 회사의 조직관리, 영업 등을 담당하였으나, 회사의 자금조달 등 주요한 경영상의 업무는 상피고인 1이 담당하였고, 피고인은 이에 대하여 관여하지 아니하였다.

(나) 피고인은 공소외 1 주식회사와는 아무런 관련이 없어 공소외 1 주식회사의 공소외 2 주식회사 주식 인수의 필요성 및 절차의 적정성, 인수가격, 공소외 1 주식회사의 재정상황 등을 알 수 있는 위치에 있지 않았고, 그에 관한 의사결정에 어떠한 영향력을 행사할 수도 없었다.

(다) 상피고인 1은 평소 공소외 2 주식회사 운영과 관련한 중요 결정을 혼자서 결정하였고, 피고인과 상의하거나 미리 알려주지 않았는데, 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 매도와 관련하여서도 상피고인 1은 피고인과 상의하거나 그 사실을 미리 알려준 것으로는 보이지 않는다.

(라) 피고인은 보유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 500주에 대하여 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채 3억 7,500만 원 상당을 교부받아 후에 이를 상환받아 동액 상당의 금전전 이득을 받았으나, 위와 같은 이득은 상피고인 1이 공소외 1 주식회사 대표이사로서 공소외 2 주식회사 주식 전량을 매수한 것에 따른 것이지, 피고인이 이를 의도하고 행위한 것으로는 보이지 아니한다.

(마) 피고인은 2006. 3. 6.경 상피고인 1의 지시에 따라 공소외 2 주식회사 세무대리를 담당하고 있던 워드회계법인에 외부 회계감사를 의뢰하였고, 2006. 3. 9.경 상피고인 1로부터 '공소외 2 주식회사 매각과 관련하여 세림회계법인 공인회계사 공소외 21로부터 연락이 올테니 요구하는 자료를 주라'는 지시를 받고, 이에 따라 공소외 2 주식회사의 회계자료 등을 제공하였는데, 다음에서 보는 바와 같이 피고인이 공소외 2 주식회사 재무제표를 분석하여 워드회계법인이나 세림회계법인에 제공하였다고 볼 수 없다.

#### 1) 선급비용

공소외 2 주식회사의 2005년도 대차대조표 및 손익계산서에는 2005. 12. 10. 공소외 117 주식회사에 지급한 위탁대행 수수료 94,726,200원, 같은 달 23. 공소외 5 주식회사에 지급한 무료보험대행료 75,087,240원, 같은 날 공소외 35 주식회사에 지급한 판촉물 제작비 3,300만 원, 같은 날 공소외 32 주식회사에 지급한 업무대행수수료 51,188,080원, 같은 달 27. 공소외 33 주식회사에 지급한 이메일광고대행료 21,560,000원 등 비용 합계 2억 75,561,250원을 자산계정 중 선급비용으로 처리되었다.

그러나 ① 피고인 1의 변호인이 제출한 증 제4호증의 기재(회계법인 리안 작성의 회계처리 적정성 검토의견서, 공판기록 1권 359면), 한국회계기준원에 대한 당심의 사실조회결과 및 당심 증인 공소외 34의 증언 등에 의하면, 공소외 2 주식회사는 홈쇼핑업체 등으로부터 고객정보가 들어있는 데이터베이스를 구입하고 이를 이용하여 전화로 보험을 판매하는 보험상품 판매대행업을 영위하는 회사로서, 외부에서 구매된 데이터베이스는 각 판매원들에게 분배되고, 이들 판매원은 각자 분배받은 데이터베이스 상의 고객에게 오랜기간 동안 여러 차례 전화를 걸어 보험상품의 필요

성과 특성, 차별성 등을 설명하여 보험상품에 가입하도록 권유하고, 실제 계약이 체결된 건에 대하여 회사가 판매수수료를 수령하므로, 데이터베이스 구매대금은 무형자산에 해당하는 점, ② 따라서 원칙적으로 데이터베이스 구매대금을 무형자산으로 계상하고 자산의 활용가치 및 활용가능기간을 고려하여 적정 상각기간 및 상각방법을 정하여 일관적이고 체계적으로 비용화하는 것이 원칙이지만, 이 사건과 같이 12월 결산시 매월 청구된 구매대금에 대하여 월별 수익실현 비율을 곱하여 연간 비용화할 부분과 선급비용(자산)으로 이연처리할 부분을 구분하는 방법으로서의 계상도 가능한 점, ③ 공소외 2 주식회사는 위와 같은 선급비용 계상방법으로 데이터베이스 구매대금 3억 3,400만 원을 다음해로 이연처리할 대상으로 산출하고, 2004년도 데이터베이스 구매대금 중 2005년에 영업에 이용하였다고 산정한 8,800원을 공제한 2억 4,600여 만 원 및 배포되지 않은 위 공소외 35 주식회사에 대한 광고인쇄물 외주제작 비용 3,300여만 원 합계 2억 7,900여만 원 상당을 2005년도 선급비용으로 계상하였는바, 이는 일반적 회계처리기준에 따른 적정한 것으로 봄이 상당하므로 이 부분을 분식회계라고 볼 수 없다.

## 2) 퇴직급여충당금

2005. 12. 31.경 당시 종업원 6명에 대한 퇴직급여충당금 24,620,017원을 비용 및 부채 계정에 계상하지 않아 그에 상응하는 액수 만큼 2005년도 영업이익 및 자산이 증가한 것은 사실이다.

그러나 ① 퇴직급여충당금은 종업원이 퇴직할 경우에는 근로기준법 또는 노사간의 단체협약에 따라 퇴직금을 지급하게 되어 있으나, 불규칙적으로 발생하는 퇴직금을 발생하는 대로 그 해당연도의 손비로 처리한다면 기간손익계산의 관점으로 보아 타당하지 않아 당해 종업원의 재직기간 중의 각 기간에 사전 배분하여 매기마다 일정액을 비용화하여 처리하는 것으로 실제로 비용을 지출하는 것이 아니고 관념상 부채에 충당하는 것이어서 회계전문가가 아닌 경우 이를 누락하는 경우가 많은 점, ② 당시 공소외 2 주식회사의 경리담당자인 공소외 36은 '퇴직급여충당금을 계상해야 되는지 계정과목도 모르는 상태에서 결산을 담당하는 위드회계법인에서 퇴직급여충당금을 계상하라는 이야기를 들은 적도 없다'고 진술하여( 2009고합87피고인 2, 3 사건 증거기록 107면) 위드회계법인의 외부회계감사 이전까지는 회계프로그램에 위 퇴직급여충당금이 계상되지 않았을 가능성이 높은 점, ③ 위드회계법인 공인회계사 상피고인 3 및 공소외 2 주식회사 담당 직원 공소외 37은 외부회계감사시 이를 발견하여 공소외 2 주식회사 회사에 문의하니 회사에서 연봉제를 실시하고 있기 때문에 퇴직금이 없다고 확인받았다고 진술하나, 상피고인 3은 '피고인 2로부터 직접 들은 것은 아니고, 공소외 37을 통해서 들었다'고 진술하고(공판기록 2권 693면), 공소외 37은 '피고인 3 지시로 공소외 2 주식회사에 연봉제를 실시하냐고 물었고, 주로 회계 관련 통화는 공소외 36과 하였으므로 추측하건대 공소외 36이었을 것이다'라고 진술하여(공판기록 3권 1243면) 추측에 의하여 위와 같은 진술을 하는 점, 공소외 36은 검찰 및 원심 법정에서 일관하여 '공소외 37로부터 퇴직급여충당금이 계상되지 않은 이유를 문의받거나 이에 대하여 연봉제라 퇴직급여를 계상하지 않았다고 답변한 적이 없다.

퇴직금 계산하는 것도 몰라 위드회계법인에 그 방법 등을 문의해서 처리하였다'고 진술하는 점( 2009고합87피고인 2, 3 사건 증거기록 107면, 공판기록 3권 1229면), 단순히 연봉제라는 이유만으로는 퇴직급여충당금을 설정하지 않아도 되는 것은 아닌 점 등에 비추어 상피고인 3 및 공소외 37의 진술은 이를 그대로 믿기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 당시 피고인이 고의로 퇴직급여충당금을 계상하지 아니하였거나, 상피고인 3에게 연봉제라고 거짓말을 하여 이를 계상하지 않도록 한 것은 아니라고 봄이 상당하므로, 이를 영업이익이나 자산을 과대계상할 목적이 있는 분식회계라고 볼 수 없다.

### 3) 감가상각비

세림회계법인의 공소외 21에게 제공한 대차대조표 및 손익계산서의 비용계정 중 유형자산 감가상각비 계정과목이 상각월수가 12개월이 아닌 5개월로 입력되어 2005년 감가상각비가 39,727,731원으로 계산되어 원래의 85,418,104원에서 45,690,373원(53.5%) 만큼 과소계상되었고, 공소외 2 주식회사에 대한 외부회계감사 기간 중에 위드 회계법인의 상피고인 3이 위와 같이 과소계상되었던 부분을 발견하여 이를 정정하여 입력한 사실은 인정된다.

그러나 ① 당시 공소외 2 주식회사가 사용하던 회계기장 컴퓨터 프로그램인 더존프로그램은 평상시 매일 발생하는 회계전표에 의하여 각 계정항목에 수치를 입력하여 나가다가, 어떤 회계기준일을 입력하고 계산 버튼을 누르면 프로그램 안에서 월수까지도 자동으로 계산되는데, 감가상각비의 경우도 자산명, 취득일자, 취득가액, 감가상각방법, 내용연수 등의 항목을 입력하고 결산 기준일을 입력하면 자동으로 상각월수가 계산되어 감가상각비명세서가 출력되는 점, ② 상피고인 3은 '위와 같이 상각월수에 오류가 발생한 것은 누군가 의도적으로 2005. 5월달 결산 등을 위하여 상각월수에 수동으로 "5"를 입력하고, 이를 다시 자동으로 계산되게끔 프로그램을 원상회복시켜놓지 않았기 때문이다'라는 취지로 진술하는데(공판기록 3권 682, 683면), 공소외 38(위드회계법인 담당 과장)은 '공소외 2 주식회사에서 전표 입력을 한 후 위드회계법인에 회계프로그램을 보내오면 각 계정과목이 틀린 것이 없는지 검토한 다음 감가상각비 계상을 해가지고 공소외 2 주식회사에 다시 보내준다.

감가상각비가 과소계상된 것은 위드회계법인이 공소외 2 주식회사 제공한 것이다'라고 진술하고(공판기록 2권 722, 723면), 공소외 39(공소외 2 주식회사 회계담당 직원)은 '종전 공소외 2 주식회사 세무대리를 맡았던 신정회계법인에서 2005. 5. 가결산하면서 위와 같은 오류가 발생한 것으로 보인다.

신정회계법인 경리담당직원은 2005. 5. 공소외 2 주식회사 가결산자료가 있으나 법원이나 검찰의 요구 없이 자신에게 이를 출력하여 줄 수는 없고, 검찰에서 이미 그 가결산 자료를 가져갔다고 말하였다'고 진술하여(공판기록 4권 1982면) 신정회계법인이 2005. 5. 공소외 2 주식회사에 대하여 가결산을 하면서 위 더존프로그램의 감가상각비 상각월수를 "5"로 수동입력하였을 가능성을 배제할 수 없는 점, ③ 위와 같은 오류는 공인회계사가 아닌 일반인도 쉽게 발견할 수 있는 오류로서 쉽게 발견할 수 없는 수치의 조작으로 이익이나 자산을 부풀리는 분식회계의 방법으로 흔히 사용되는 것은 아니고, 단순한 입력의 실수라고 봄이 상당한 점, ④ 피고인은 상피고인 1이 구속되자 2008. 11. 27.경 상피고인 3 명의의 '감가상각비 처리에 대한 의견서'(공판기록 2권 616면)를 제출하였는데, 이를 피고인의 요청에 의하여 상피고인 3이 명의만 빌려주었다는 사정만으로 피고인이 상각월수를 임의로 조작하여 감가상각비를 축소하였다고는 볼 수 없고, 그 내용에 비추어 '2005. 5월에 가결산을 하였다면 그와 같은 잘못이 있을 수 있다'는 피고인 3의 검찰 및 원심 법정에서의 진술과 대체로 일치하여 오히려 피고인이 위와 같이 고의로 감가상각비를 축소하였다는 것에 대한 탄핵증거가 되는 점, ⑤ 상피고인 3은 '피고인이 제공한 2005년도 손익계산서에는 데이터 베이스 구입비용 등을 매출원가로 처리하지 않고 판매비 및 관리비 항목인 광고선전비나 기타 수수료로 기장하여 와서, 자신이 이를 매출원가로 재분류하여 손익계산서를 수정하였다'고 진술하여(공판기록 2권 685면) 공소외 2 주식회사의 회계기장에 여러 가지 착오가 있었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 검찰 제출 증거만으로는 피고인이 2005년 결산시 더존프로그램의 감가상각비 상각월수를 고의로 12개월이 아닌 5개월로 입력한 것은 아니라고 봄이 상당하므로, 이를 영업이익이나 자산을 과대계상할 목적이 있는 분식회계라고 볼 수 없다.

위 법리에 비추어 위 사정들(특히 피고인이 분식회계를 한 바가 없는 점)을 종합하면, 피고인이 상피고인 1과 위 공소외 2 주식회사 주식 인수에 관하여 공동가공의사를 가지고 위 주식 인수로 인한 업무상배임 범죄에 대하여 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 한 바가 없으므로 피고인에게 공동정범의 죄책을 물을 수 없고, 또한 피고인이 상피고인 1이 위와 같은 공소외 2 주식회사 주식 인수로 인하여 업무상배임 범행을 한다는 것을 알았거나 이를 방조한다는 의사가 없어 정범의 고의는 물론 방조의 고의도 없었다고 봄이 상당하므로, 상피고인 1의 위 업무상배임죄에 대한 방조범의 죄책 역시 물을 수 없다고 할 것이다.

다.

#### 피고인 3의 법리오해 주장에 대한 판단

사문서위조, 동 행사죄의 객체인 사문서는 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 가리키고, 권리·의무에 관한 문서라 함은 권리의무의 발생·변경·소멸에 관한 사항이 기재된 것을 말하며, 사실증명에 관한 문서는 권리·의무에 관한 문서 이외의 문서로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서를 의미한다.

그리고 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서는, 법률관계의 발생·존속·변경·소멸의 전후과정을 증명하는 것이 주된 취지인 문서뿐만 아니라 직접적인 법률관계에 단지 간접적으로만 연관된 의사표시 내지 권리·의무의 변동에 사실상으로만 영향을 줄 수 있는 의사표시를 내용으로 하는 문서도 포함될 수 있다고 할 것인데, 이에 해당하는지 여부는 문서의 제목만을 고려할 것이 아니라 문서의 내용과 더불어 문서 작성자의 의도, 그 문서가 작성된 객관적인 상황, 문서에 적시된 사항과 그 행사가 예정된 상대방과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다( 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도8527 판결 참조).

위 법리에 비추어 살피건대, 원심은, 감사조서는 감사인이 감사를 실시하여 감사의견을 표명한 경우 회사의 회계기록으로부터 감사보고서를 작성하기 위하여 적용하였던 감사절차의 내용과 그 과정에서 입수한 정보 및 정보의 분석결과 등을 문서화한 서류(자기테이프·디스켓, 그 밖의 정보보존장치를 포함한다)를 말하는바( 외감법 제14조의2 제1항 ), 감사 당시 감사절차가 적정하게 이루어졌는지 여부를 심사하는 중요한 문서로서 그 내용에 따라 기업과 관련 있는 주주, 임원, 투자자 등 이해관계인들에게 상당한 영향을 미치고, 사후에 금융감독원 등이 그 내용에 있어서 분식회계가 이루어졌는지, 감사인이 분식회계사실을 파악하기 위하여 얼마나 노력하였는지 파악할 수 있는 자료로 사용되는 것으로 중요한 사실을 증명하는 사문서에 해당하고, 감사인은 감사조서를 감사종료 시점부터 8년간 보존하여야 한다는 규정( 외감법 제14조의2 제2항)의 취지에 비추어 감사종료 시점에 완성된 문서라고 봄이 상당하며, 피고인은 검찰에 제출하여 이를 행사할 목적으로 2008. 11. 28.경 이 사건 감사조서에 2005. 12. 31.기준 공소외 2 주식회사 수정사항집계표 등을 2006. 3. 10.자로 소급 작성하여 감사조서에 끼워넣고, '선급비용 명세서' 하단에 감사보고서에서 데이터베이스 구입비용 및 판촉물제작비를 선급비용으로 계상한 것이 타당하다는 취지의 기재를 삽입하여 위드회계법인 명의의 감사조서를 변조하였고, 2008. 12. 1.경 위와 같이 변조한 감사조서를 그 정을 모르는 검찰수사관 공소외 136에 제출함으로써 이를 행사하였으므로 사문서변조 및 동행사죄가 성립한다고 하였는바, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

라. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 피고인 1에 대한 사실오인 주장에 대한 판단( 공소외 4 소유 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당 횡령의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 공소외 4로부터 2005. 12. 21.경 로제화장품, 공소외 2 주식회사 등의 운영자금 명목으로 2억 5,000만 원을 자신 명의의 조흥은행 계좌로 송금받고 그 보답으로 2005. 12. 31.경 공소외 4에게 자신 소유의 공소외 2 주식회사 주식 500주를 양도하고, 2006. 1. 9. 공소외 2 주식회사 주식 200주를 추가로 양도하였다.

피고인은 2006. 3. 13.경 공소외 1 주식회사 사무실에서 공소외 4가 소유하고 있는 공소외 2 주식회사 주식 700주를 함께 5억 2,500만 원(1주당 75만 원)에 공소외 1 주식회사에 매도하는 내용의 주식매매계약을 작성한 후 같은 달 14.경 공소외 1 주식회사로부터 위 주식 매매대금 명목으로 5억 2,500만 원 상당의 무기명 분리형의 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 교부받아 공소외 4를 위하여 보관하던 중, 공소외 4에게 위와 같은 사실을 숨기고 그의 투자지분을 제3자에게 원금에 3,000만원의 웃돈을 얹어 매각한 것처럼 거짓말하고 같은 해 4. 24.경 공소외 4 명의의 하나은행 계좌로 2억 8,000만 원을 송금하는 방법으로 공소외 4 소유의 위 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당을 공소외 4에게 반환하지 아니하고 횡령하였다.

(나) 판단

원심은 기록에 나타난 여러 사정들을 종합하여, 피고인은 공소외 4의 허락을 받고 공소외 4 명의로 교부받은 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채 5억 2,500만 원을 매각하여 그 대금 2억 8,000만 원을 공소외 4에게 교부하였다고 봄이 상당하고, 달리 피고인이 신주인수권부 사채 2억 4,500만 원 상당을 공소외 4에게 반환하지 아니하여 이를 횡령하였다고 인정할 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 피고인 2에 대한 법리오해 주장에 대한 판단(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 피고인 1로부터 공소외 2 주식회사의 2005년도 회계감사를 의뢰하라는 지시를 받고 2006. 3. 9.경 공소외 2 주식회사의 기장업무를 대리해 온 위드회계법인에 회계감사를 의뢰한 후, 위드 회계법인 소속 공인회계사인 피고인 3에게 비용 계정 중 광고선전비, 기타 수수료 등의 계정과목에 계상하여야 할 위탁대행수수료 등 합계 2억 75,561,520원을 자산 계정 중 선급비용 계정과목에 허위계상한 선급비용 명세서를 제공하고, 공소외 2 주식회사에 선급비용 명세서의 진위를 문의해 온 위드회계법인 직원 공소외 38과 공소외 37에게 선급비용 명세서의 내용이 진실하다고 거짓말을 하였다.

또한 피고인은 2005. 12. 31.경 현재 1년 이상 재직한 종업원 6명에 대한 퇴직급여총당금 24,620,017원을 비용 및 부채 계정에 계상하지 않고 누락시킨 다음, 피고인 3의 지시를 받고 공소외 2 주식회사에 퇴직급여 총당금의 누락 경위를 문의해 온 위 공소외 38과 공소외 37에게 "공소외 2 주식회사는 연봉제를 실시하고 있기 때문에 퇴직급여총당금을 계상할 필요가 없다"는 취지로 거짓말을 하였다.

결국 피고인은 외부감사인인 위드회계법인에 소속된 공인회계사 피고인 3에게 비용과 부채를 줄이고 영업이익과 자산을 늘린 허위의 2005년도 회계자료를 제시하고, 그와 같은 회계자료의 진위 여부를 문의한 것에 대해 아무런 하자가 없는 것처럼 거짓말하여 위드회계법인으로 하여금 피고인이 제출한 대차대조표, 손익계산서, 이익잉여금처분계산서, 현금흐름표 등의 재무제표가 '공소외 2 주식회사의 2005. 12. 31. 현재의 재무상태와 동일로 종료되는 회계연도의 경영 성과, 이익잉여금의 변동과 현금흐름의 내용을 일반적으로 인정된 회계처리기준에 따라 중요성의 관점에서 적정하게 표시하고 있다.

'는 취지의 감사의견을 제출하게 함으로써 감사인의 정상적인 외부감사를 방해하였다.

(나) 판단

외감법 제20조 제2항 제3호는 감사인의 정상적인 외부감사를 방해한 행위에 대하여 처벌하도록 규정하고 있다.

외감법 제1조는 "이 법은 주식회사로부터 독립된 외부의 감사인(이하 '감사인'이라 한다)이 그 주식회사에 대한 회계감사를 실시하여 회계처리의 적정을 기하게 함으로써 이해관계인의 보호와 기업의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다.

"라고 규정하여 '감사인'이라는 용어를 사용하면서도 그 규정에서 감사인의 의미에 관하여는 따로 정의를 해 두고 있지 않은 채, 제2조에서는 "직전 사업연도 말의 자산 총액이 대통령령이 정하는 기준액 이상인 주식회사는 재무제표를 작성하여 감사인에 의한 회계감사를 받아야 한다.

"고 규정하고, 제3조는 '감사인'이라는 제목으로 그 제1항에서 "제2조의 규정에 의하여 감사를 실시하는 감사인은 다음과 같다.

(단서 생략)"고 하면서 '공인회계사법 제23조의 규정에 의한 회계법인'과 '공인회계사법 제41조에 의하여 설립된 한국공인회계사회에 등록된 감사반'을 규정하여 외감법 제2조에 의한 외부감사의 대상인 주식회사의 감사인을 회계법인과 감사반으로 제한하고 있는바, 주식회사의 회계처리의 적정과 이해관계인 보호 등을 목적으로 하는 외감법의 취지와 감사기준 및 감사인의 권리·의무와 책임 등에 관하여 엄격한 규정을 두고 있는 외감법의 제반 규정에 비추어 볼 때, 외감법에서의 감사인은 외감법 제2조 또는 증권거래법 제194조의3 등의 법령에 의하여 외부의 회계감사를 받아야 하는 회사에 대하여 감사를 실시하는 회계법인과 감사반을 의미하는 것으로 제한하여 해석할 수밖에 없고, 외감법 제20조 제2항 제3호는 위와 같은 감사인의 감사 업무를 방해하는 행위를 처벌하는 것으로 보아야 한다( 대법원 2004. 5. 13. 선고 2002도7340 판결 참조).

원심은 위와 같은 법리에 따라서 외감법 제2조 및 같은 법 시행령 제2조에외부의 감사인에 의하여 회계감사를 받아야 할 대상 주식회사는 '직전사업연도말의 자산총액이 70억 원 이상인 주식회사'로 규정하고 있고, 공소외 2 주식회사의 2004년의 자산총액이 70억 원이하이므로 외부회계감사를 필수적으로 받아야 하는 것은 아니라는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 이 점에 관한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.



(3) 피고인 3에 대한 법리오해 주장에 대한 판단(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2006. 3. 9.경 피고인 2로부터 2005년도 공소외 2 주식회사 회계감사를 의뢰받고 같은 달 10.부터 12.까지 위드회계법인 명의로 회계감사를 실시한 후 감사보고서 및 감사조서를 작성하였다.

피고인은 2008. 11. 28.경 서울중앙지방검찰청 금융조세조사 제1부 소속 수사관 공소외 136으로부터 피고인 2 등에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 사건 수사와 관련하여 위 회계감사시 작성한 위드 회계법인 명의의 감사조서를 제출해 달라는 요청을 받고, 서울 강남구 논현동 소재 위드 회계법인 사무실에서, 2005. 12. 31.자 기준 공소외 2 주식회사 수정사항집계표와 당좌자산, 투자자산, 유형자산, 자본, 매출, 영업 외 손익, 법인세 등의 증감 현황 등에 관한 명세서를 2006. 3. 10.자로 새로 작성하여 감사조서에 끼워 넣고, 감사조서에 편철되어 있는 선급비용명세서 하단에 피고인 2가 주장하는 선급비용 계상내용을 검토한 결과 선급비용 계상이 타당하다는 취지의 문구를 마치 위 회계감사 당시 기재한 것처럼 연필로 기입한 다음 2008. 12. 1. 퀵서비스 편으로 위 감사조서를 위 수사관에게 제출함으로써, 2005년도 공소외 2 주식회사 회계감사와 관련하여 위드 회계법인이 작성한 감사조서를 변조하였다.

(나) 판단

원심은 법령상 외감법에 의한 외부감사의 대상이 되지 않은 공소외 2 주식회사가 임의로 회계법인에 감사를 의뢰하였다고 하여 당해 회계법인을 외감법상의 감사인으로 볼 수 없으므로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 앞서 본 2002도7340호 대법원판결의 법리에 비추어 보건대, 이 점에 관한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

마. 피고인 3 및 검사의 위 피고인에 대한 양형부당 주장에 대한 판단

피고인은 수사기관의 요청을 받고 감사조서를 제출함에 있어 이를 변조하여 그에 상응한 처벌을 받아야 하나, 피고인에게 벌금형 외에 다른 전과가 없는 점, 감사조서에 대한 변조 정도가 심하지 아니하고, 부실한 감사조서를 보충하기 위한 동기가 있어 그 경위에 있어 참작할 만한 사정이 있는 점 등 이 사건 공판과정에 나타난 여러 가지 양형조건들을 참작하여 보면, 피고인에 대한 원심의 선고형량은 다소 무거워 부당하고, 너무 가벼워 부당하다고는 인정되지 않는다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분 중 제이온라인 주식 인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점, 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점, 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)의 점, 피고인 4에 대한 유죄부분 중 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점, 피고인 2에 대한 유죄부분은 위에서 본 바와 같이 모두 범죄의 증거가 없어 무죄를 선고하여야 하며, 피고인 1, 4의 위 각 부분과 피고인 1, 4의 나머지 유죄부분은 형법 제 37조 전단의 경합범관계에 있다 하여 하나의 형이 선고되어, 결국 원심판결 중 피고인 1, 4, 2에 대한 유죄부분은

그 전부를 그대로 유지할 수 없게 되었고, 피고인 3의 항소는 이유 있으므로, 피고인 1, 4의 양형부당 및 검사의 위 피고인들에 대한 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여, 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄부분을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 원심판결 중 피고인 1, 2의 무죄부분 및 피고인 3에 대한 검사의 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

#### 가. 피고인 1, 4

(1) 피고인 1의 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

##### (가) 배임행위 및 배임의 고의가 없다는 주장

피고인이 공소외 1 주식회사(○○○, □□□를 거쳐 현재와 같이 회사명이 변경됨)의 대표이사로서 공소외 2 주식회사의 주식을 주당 75만 원 합계 150억 원에 인수할 당시, 공소외 1 주식회사는 누적적자가 약 300억 원에 달하였고 매출액도 상당 부분 가공매출로서 향후 상장폐지가 될 가능성이 높아 실질적인 매출과 수익을 창출할 수 있는 새로운 사업의 도입이 필요하여 공소외 2 주식회사 인수를 추진하였고, 공소외 2 주식회사는 2005년도에 132억 원 상당의 매출을 달성한데다가 2006. 4.경부터 복합티엠 영업을 실시할 예정으로 전망이 좋은 회사였으며, 피고인은 위 주식 인수 전에 세림회계법인에 주식가치 평가를 의뢰하여 그 평가결과를 바탕으로 매입가격을 결정한 이상 이는 임무위배행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 피고인에게 배임의 고의가 없다.

##### (나) 재산상 손해가 없다는 주장

피고인이 세림회계법인이 평가한 공소외 2 주식회사 주식에 대한 평가액(주당 821,715원)을 기초로 보수적인 관점에서 할인한 주당 75만 원에 매입가격을 결정한 이상 그 매입가격이 적정하다고 보아야 하므로, 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수함에 있어 공소외 1 주식회사에 대하여 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

##### (다) 재산상 손해액의 산정에 관한 주장

피고인의 위와 같은 행위가 배임에 해당한다 하더라도 공소외 3이 피고인에게 투자한 6억 원에 대한 상환 명목으로 피고인으로부터 교부받은 공소외 2 주식회사 주식 8,000주의 주당 가격 75,000주를 공소외 2 주식회사의 주당 적정 가격으로 본 것은 잘못이고, 공소외 2 주식회사의 주주들이 주식 양도대가로 취득한 현금 100억 원 및 50억 원 상당의 신주인수권부사채(변제 및 행사시기가 1년 이후로 제한)의 총가치는 150억 원 이하이므로, 주주들의 이득액 및 공소외 1 주식회사의 손해액을 135억 원으로 산정한 것은 부당하다.

(2) 피고인 1의 공소외 2 주식회사에 대한 대여와 관련된 30억 원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

피고인은 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 자회사인 공소외 2 주식회사의 영업에 필수적인 고객 데이터베이스를 안정적으로 확보하기 위하여 공소외 5 주식회사를 인수할 필요성이 있어 그 인수자금 명목으로 공소외 2 주식회사에 30억 원을 대여한 행위는 경영상 판단에 따른 행위이고, 피고인이 그 과정에서 원심이 인정한 바와 같이 7억 5,000만 원의 차익을 취한 바 없으므로, 이는 배임행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 배임의 고의가 없다.

(3) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대여 관련 5억 원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여 피고인은 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 2006. 7. 14.부터 2007. 1. 8.까지 사이에 공소외 5 주식회사에 총 17억 원을 대여하여 그 중 이 사건 대여금 5억 원을 제외한 나머지 12억 원을 상환받았는데, 위 자금 대여행위는 공소외 1 주식회사의 손자회사인 공소외 5 주식회사의 공소외 6 주식회사 지분 인수, 운영자금 등의 영업을 위한 것이므로, 이는 경영상 판단에 따른 행위로서 배임행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 배임의 고의도 없다.

(4) 피고인 1의 공소외 7 주식회사 주식인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

피고인은 공소외 1 주식회사가 생산하는 타포린의 안정적인 공급처를 확보함과 동시에 저평가되어 있는 공소외 7 주식회사(후에 △△△로 회사명이 변경됨)의 주식을 매수할 경우 향후 주가상승으로 인한 투자수익을 얻을 수 있다고 기대하였고, 만약 주가가 상승하지 않더라도 경영권 프리미엄을 받고 주식을 제3자에게 양도하면 된다고 판단하여 공소외 7 주식회사 주식을 적정한 가격에 인수하였고, 당시 실제로 공소외 1 주식회사의 CFO였던 공소외 8 이사가 공소외 7 주식회사의 이사를 겸직하여 공동경영에 참여하였으며, 다만 공소외 1 주식회사를 인수한 공소외 9 주식회사가 공소외 3 및 공소외 10 주식회사 측과 협력하지 아니하고 공소외 7 주식회사 주식을 장내에서 일방적으로 매각하여 손해를 입게 된 것이므로, 피고인의 위와 같은 주식 인수행위는 배임행위에 해당하지 아니하고 배임의 고의도 없다.

(5) 피고인 1, 4의 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점에 대하여

피고인들은 이 사건 차량을 리스할 당시 공소외 9 주식회사와 주식양수도 계약을 체결하였으나 계약금만 지급하였을 뿐 공소외 1 주식회사의 임원으로서의 권한을 완전히 상실한 때가 아닐 뿐만 아니라, 공소외 1 주식회사의 신경영진은 피고인들이 공소외 1 주식회사를 떠난 이후에도 차량이 필요할 것으로 예상하여 피고인들이 위 차량을 리스하여 사용하는 것을 승낙하였으므로, 배임행위에 해당하지 아니하고 배임의 고의도 없다.

(6) 피고인 1의 공소외 11 주식회사 소유 설비부품 4억 9,235,751원 상당 업무상횡령의 점에 대하여

피고인은 ① 공소외 12에게 공소외 11 주식회사 소유의 설비부품에 관하여 매각을 의뢰한 사실이 없고, ② 공소외 12로부터 교부받은 3억 원은 위 설비부품의 매각대금이 아니라 공소외 12로부터 차용한 자금에 불과하며, ③ 자신과 공소외 12도 공소외 11 주식회사로부터 위 설비부품을 매수한 것으로 알고 있었다.

따라서 피고인이 횡령행위를 하였다고 할 수 없고, 횡령의 범의도 없다.

(7) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대출 관련 34억 75,288,900원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대하여

(가) 대출금의 실질적인 주채무자는 피고인이라는 주장

피고인 개인 명의의 대출이 만기가 되자 신한은행 양재남기업금융지점으로부터 대출명의자를 법인으로 바꾸어달라는 요청을 받고 공소외 5 주식회사의 명의만을 잠시 빌린 것인바, 이는 통정허위표시에 해당하여 실질적인 주채무자는 피고인으로서 위 대출금은 공소외 5 주식회사의 소유가 아닌 피고인의 소유이므로 횡령죄가 성립될 수 없다.

(나) 불법영득의 의사가 없다는 주장

가사 그렇지 않다 하더라도 피고인 및 아버지의 공동 소유의 부동산이 담보로 제공되어 있었고, 대출금 이자를 피고인이 상환하다가 2007. 12. 21. 대출금을 모두 변제하였으므로, 피고인에게 불법영득의 의사가 없다.

(8) 피고인 1의 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)에 대하여

공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사에 자금을 대여한 행위는 공소외 1 주식회사의 계열회사들 사이의 자금지원 행위로서, 자회사인 공소외 13 주식회사의 대표이사 공소외 14가 모회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인에게 기망당하였다고 볼 수 없고, 당시 피고인은 공소외 5 주식회사가 위 대여금을 상환할 능력이 있다고 믿었으므로, 이는 기망행위가 존재하지 아니하고 또한 편취의 범의도 없다.

(9) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대하여

(가) 공소외 16 주식회사가 대여자라는 주장

공소외 15에 대한 이 사건 대여금 50억 원은 당초 피고인들의 개인 자금으로 대여하기로 한 것이 아니라 공소외 16 주식회사 회사자금으로 대여하기로 이미 합의하였던 것이고, 공소외 16 주식회사의 경영권을 실질적으로 지배하고 있던 공소외 15와 협의하는 등 공소외 16 주식회사가 내부 의사결정절차를 거쳐 공소외 15에게 대여한 것이므로, 피고인들의 개인 자금으로 공소외 15에게 대여하기로 하였다는 것을 전제로 한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심은 부당하다.

(나) 불법영득의사가 없다는 주장

피고인들이 공소외 15에게 50억 원을 개인자금으로 대여하여 주기로 하였음에도 공소외 16 주식회사의 자금으로 대여하여 주었다고 하더라도, 대여 당시 공소외 15 소유의 도움 주식 100만 주를 담보로 제공받고 공소외 15가 대여금을 모두 변제한 점에 비추어 불법영득의 의사가 없다.

(10) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 배임증재의 점에 대하여

피고인들은 도움의 대표이사이자 최대주주인 공소외 15에게 '도움에 별도의 경영권 프리미엄을 지급하지 않는 한편 공소외 16 주식회사에 대한 경영권을 행사하지 않도록 해달라'는 취지의 부정한 청탁을 한 사실이 없다.

(11) 피고인 1, 4의 도움에 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 피고인들이 대여에 관여하지 않았다는 주장

공소외 16 주식회사가 도움에 50억 원을 대여한 것은 피고인들이 공소외 17, 18로부터 공소외 16 주식회사에 대한 업무인수인계를 받기 전에 이미 실질적 경영자 공소외 15, 등기이사 공소외 17, 18에 의하여 이사회 결의와 자금집행이 모두 이루어진 것으로 피고인들이 이에 관여한 바 없다.

(나) 배임의 범의가 없다는 주장

이 사건 대여 당시 도움이 일시적인 유동성 부족을 겪고 있기는 하였지만, 2007. 9. 30. 당시 자산은 812억 원, 부채는 443억 원으로 순자산이 369억 원에 달하여 변제자력이 충분하였으므로, 피고인들에게 배임의 고의가 없다.

(12) 피고인 1, 4의 공소외 19 주식회사에 대한 35억 원 대여 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 피고인들의 배임의 범의가 없다는 주장

공소외 19 주식회사(후에 ◇◇◇로 회사명이 변경됨)는 4,000억 원 상당의 사업규모로 용인시 남곡지구 아파트시행사업을 진행하고 있어, 위 사업을 성공하면 상당한 이익을 얻을 수 있으므로 위 대여금을 충분히 상환할 능력이 있다고 믿었고, 실제로 공소외 19 주식회사는 2007. 12. 중순경 토마토상호저축은행으로부터 PF자금 40억 원을 대출받아 같은 해 12. 21.경 공소외 16 주식회사에 원금 35억 원 및 이자를 모두 변제하였으므로 배임의 범의가 없다.

(나) 피고인 4의 공모한 바 없다는 주장

피고인 4는 이 사건 대여에 관하여 피고인 1과 상의하거나 관여한 바 없으므로 공동정범이 성립하지 아니한다.

(13) 피고인 1의 사문서위조, 자격모용에 의한 사문서 작성 및 동행사의 점에 대하여

피고인은 공소외 20 등에게 이사회회의록을 작성하라고 지시한 적이 없을 뿐만 아니라, 가사 지시하였다고 하더라도 2007. 8. 17. 공소외 17, 18로부터 인수인계시 '사임에 관한 특약'에 의하여 신규이사 선임을 위한 임시주주총회 소집결의 외의 이사의 모든 직무에 관련된 일체의 권한을 포괄적으로 위임받았다.

(14) 양형부당

피고인들에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 각 형량( 피고인 1 : 징역 3년 6월, 피고인 4 : 징역 3년, 집행유예 4년, 사회봉사 160시간)은 지나치게 무거워 부당하다.

나. 피고인 2{ 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해}

(1) 배임의 고의가 없다는 주장

피고인은 대표이사인 상피고인 1의 지시에 의하여 세림회계법인에 회계관련자료를 제공하여 이에 대하여 설명하여 주었을 뿐 공소외 1 주식회사와는 아무런 관련이 없어 공소외 1 주식회사의 상황을 전혀 알지 못하였기 때문에, 공

소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수할 필요성이 있는지, 인수가격을 적절히 평가하였는지 등을 전혀 알지 못하였으므로, 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 인수로 인하여 공소외 1 주식회사에 손해를 가한다는 것을 인식하지 못하였다 할 것이어서, 피고인에게 배임의 고의가 없다.

(2) 배임의 공동정범 내지 방조범이 아니라는 주장

가사 상피고인 1의 행위가 공소외 1 주식회사에 대한 배임행위가 된다 하더라도, 피고인은 상피고인 1과 공모한 바 없고, 피고인 1의 지시에 의하여 공소외 2 주식회사 회계자료를 공소외 1 주식회사 측에서 지정한 세림회계법인에 회계관련자료를 제공하였을 뿐 기능적행위지배에 해당하는 기여를 한 바도 없으며, 위와 같은 배임행위에 대한 방조의 의사도 없었다.

다.

피고인 3

(1) 법리오해

(가) 사문서에 해당하지 아니한다는 주장

이 사건 감사조서는 감사보고서의 작성을 보조하기 위하여 감사를 담당한 공인회계사에 의해 작성되는 내부서류에 불과한 것으로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서로 볼 수 없고, 주식회사 외부감사에 관한 법률(이하 '외감법'이라 한다)에서 특별히 감사조서의 변조행위를 처벌하는 취지에 비추어 보아도 감사조서는 사문서위조 및 동행사죄의 객체에 해당하지 아니한다.

(나) 완성되지 않은 문서로서 추가·변경이 가능하다는 주장

이 사건 감사조서는 언제든지 그 내용에 관하여 추가·변경이 가능하고, 피고인은 감사조서의 실제작성자로서 감사조서의 추가·변경에 대하여 작성명의인인 회계법인의 포괄적이고 묵시적인 승낙을 받았으므로, 사문서위조 및 동행사죄가 성립하지 아니한다.

(다) 행사할 목적이 없다는 주장

감사조서는 본래 수사기관에 제출되어 지는 것을 목적으로 하지 않는 문서이므로, 이를 수사기관에 제출하였다고 하더라도 감사조서의 기능과 역할에 기대되는 효과를 발생케 할 목적이 있었다고 볼 수 없다.

(라) 변조에 해당하지 않는다는 주장

최초 작성한 감사조서에 이미 기재되어 있던 내용을 그대로 요약한 것이기 때문에 특별히 새로운 증명력을 작출케 한 것이 아니어서 공공의 신용을 해하였다고 볼 수 없으므로, 사문서변조 및 동행사죄가 성립하지 아니한다.

(2) 양형부당

피고인에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 형량(벌금 100만 원)은 지나치게 무거워 부당하다.

라. 검사

(1) 피고인 1에 대하여

(가) 사실오인( 공소외 4 소유 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당 횡령의 점에 대하여)

공소외 4는 그 소유 공소외 2 주식회사 주식 700주의 매매대금으로 5억 2,500만 원 상당의 공소외 1 주식회사 신주인 수권부사채를 취득한 사실을 알지 못한 채 피고인으로부터 2006. 4. 24.경 2억 8,000만 원을 송금받았고, 그로부터 3일이 지난 같은 해 4. 27.경 실외 주차장에서 그 정을 모르고 피고인의 요청을 받고 형식적으로 양수도계약서에 서명해 준 것으로, 공소외 4의 진술의 전체 취지에 비추어 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다.

(나) 양형부당

피고인 1에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(2) 피고인 2에 대하여

(가) 법리오해(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

이 사건의 경우와 같이 필수적 외부감사 대상 회사가 아님에도 불구하고 외부감사를 실시한 이상 공정한 외부감사를 방해한 피고인의 행위는 주식회사 외부감사에 관한 법률에 의하여 처벌되어야 한다.

(나) 양형부당

피고인 2에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(3) 피고인 3에 대하여

(가) 법리오해(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

이 사건의 경우와 같이 필수적 외부감사 대상 회사가 아님에도 불구하고 외부감사를 실시한 이상 감사인의 감사조서를 변조한 행위도 주식회사 외부감사에 관한 법률에 의하여 처벌되어야 한다.

(나) 양형부당

피고인 3에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(4) 피고인 4에 대하여(양형부당)

피고인 4에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

## 2. 판단

가. 피고인 1, 4의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 피고인 1의 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지(검사는 당심에서 공소외 2 주식회사 주식의 적정가격 산정의 차이를 근거로 배임액수가 다르다는 이유로 아래 [주식가격 산정 및 범행 결과] 중 ②와 같은 취지로 예비적 공소사실을 추가하였고 당심이 이를 허가하였으나, 이는 본래의 공소장변경이라고 볼 수 없으므로 아래와 같이 1개의 공소사실로 인정하여 이를 판단한다)

피고인은 2004. 6. 8.경 공소외 2 주식회사를 설립하여 대표이사로 취임하였고, 2006. 3. 7.경 공소외 1 주식회사를 인수하여 대표이사로 취임하였고, 상피고인 2는 2005. 2. 17.경부터 공소외 2 주식회사의 상무이사로 근무하면서 피

고인으로부터 위임을 받아 공소외 2 주식회사의 영업 및 회계 업무를 총괄하였다.

피고인은 상피고인 2와 공모하여,

피고인은 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사를 인수하기로 마음먹었는데, 당시 공소외 1 주식회사가 2000년부터 2005년까지 6년 연속 당기순손실을 기록하여 손실 누적액이 294억 원을 초과하였고 공소외 2 주식회사 인수에 동원할 수 있는 내부보유자금도 거의 없었던 상태로서 이러한 경우 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인으로서 공소외 1 주식회사의 입장에서 공소외 2 주식회사의 주식을 매수할 것인지 여부를 결정함에 있어 사실상 계열회사인 피인수회사의 주식을 인수하여야 할 경영상의 필요성, 당시 재무상황, 피인수회사의 향후 사업전망, 사업수익성 등을 면밀히 검토하여야 하고, 특히 정당한 매수가격을 결정하기 위해 공신력 있는 회계법인에 가격평가를 의뢰한 다음 정확하고 객관적인 회계자료를 제공하여 적정한 가치를 평가한 후 공소외 2 주식회사 주주들과 실질적인 가격협상을 통해 적정한 가격에 매수함으로써 공소외 1 주식회사에 대하여 손해가 발생하지 않도록 하여야 할 업무상 임무가 있음에도,

피고인은 당시 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사의 대표이사이자 최대주주로서 사실상 계열회사이었고 공소외 2 주식회사를 인수하더라도 특별한 경영상 효과를 기대하기 어려워 공소외 2 주식회사를 시급하게 인수할 필요성이 없음에도 2006. 3. 9.경 세림회계법인에 공소외 2 주식회사의 주식 가치평가를 의뢰한 다음 상피고인 2로 하여금 세림회계법인 소속 공인회계사 공소외 21에게 분식된 2005년도 재무제표와 과장된 사업계획을 제공하게 하고 외부감사인에 의한 회계감사가 진행되고 있다는 사실 및 기타 업계 전망, 사업성 등을 제대로 알리지 않고 그 적정한 주식평가에 필요한 충분한 자료 제공 및 현장실사 요구 등을 한 바 없이, 불과 4일 만인 2006. 3. 12.경 공소외 21로부터 주당 본질가치가 821,715원이라는 평가결과를 제시받았는데, 당시 공소외 2 주식회사가 2005. 12. 31. 당시 자산 총계가 6억 9,277,767원, 부채 총계가 7억 5,121,512원으로서 순자산이 -95,843,745원인 자본전액 잠식 상태였고 공소외 2 주식회사가 2006. 4.경부터 도입하려는 '복합티엠 텔레마케팅' 판매의 한계상 지속적인 고수익 창출이 어렵고 2006년도와 2007년도의 사업계획이 그 실현가능성이 매우 희박함에도, 그 인수가격의 적정성에 대한 면밀한 검토와 인수가격을 최대한 낮추기 위한 충분한 노력 없이 2006. 3. 13.경 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사의 발행주식 2만 주 전부를 위 평가액에서 다소 할인한 금액인 주당 75만 원씩 총 150억 원에 인수하기로 결정하고, 자신을 비롯한 8명의 공소외 2 주식회사 주주들과 주식매매계약을 체결하였다.

피고인은 위 계약을 체결한 날부터 2006. 3. 16.경까지 사이에 공소외 1 주식회사로부터 자신이 소유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 9,000주에 대한 매매대금 명목으로 현금 51억 5,000만 원과 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 16억 원 상당 등 합계 67억 5,000만 원 상당을 지급받은 것을 비롯하여 공소외 2 주식회사 주주들에게 합계 82억 5,000만 원 상당을 지급받게 하였고, 피고인, 상피고인 2를 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들은 이와 같은 거래를 통하여 공소외 1 주식회사로부터 현금 100억 원 및 50억 원 상당의 신주인수권부사채를 취득하였다.

[주식가격 산정 및 범행 결과]

① 공소외 3과의 실제거래 사례 및 상속세 및 증여세법(이하 '상증법'이라 한다) 시행령에 따른 적정가액



피고인은 세림회계법인의 주식가치평가일로부터 2개월 전인 2006. 1. 11.경 공소외 3에게 기존채무 6억 원의 변제를 위하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 주당 75,000원에 양도하였다.

상증법 시행령 규정에 따라 공소외 2 주식회사 주식가치를 산정할 경우 공소외 2 주식회사 주식가치는 주당 49,174원이다.

결국 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수하는 시점에서 공소외 2 주식회사 주식의 주당 적정가격은 49,174원~75,000원이다.

이로써 피고인은 상피고인 2와 공모하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격인 49,174원~75,000원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만 원에 피고인, 상피고인 2를 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들로부터 매수하도록 하여, 최소 60억 7,500만 원에서 최대 62억 57,434,000원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 나머지 주주들로 하여금 74억 2,500만 원에서 최대 78억 59,086,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하며, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 135억 원에서 최대 141억 16,520,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다.

② 공소외 4와의 실제거래 사례 및 유가증권의발행및공시등에관한규정에 따른 적정가액

피고인은 2005. 12. 21. 공소외 4로부터 사업자금 명목으로 2억 5,000만 원을 차용하였다가 10일 뒤인 2005. 12. 31.(세림회계법인이 수행한 공소외 2 주식회사 주식 가치 평가의 기준일) 공소외 4에게 위 차용금의 변제에 갈음하여 공소외 2 주식회사 주식 500주를 양도하고, 그때로부터 9일 뒤인 2006. 1. 9. 공소외 4에게 위 차용금의 변제에 갈음하여 공소외 2 주식회사 주식 200주를 추가로 양도하였다.

이 과정에서 공소외 2 주식회사 주식 가치는 1주당 357,143원으로 계산되었다.

공소외 2 주식회사가 속한 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년(2002년~2005년) 산업 평균 매출액 증가율과 공소외 2 주식회사가 주식가치 평가시 세림회계법인에 제시한 추정 매출액 증가율의 평균치, 공소외 2 주식회사가 속한 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년(2002년~2005년) 산업 평균 매출원가율과 공소외 2 주식회사가 주식가치 평가시 세림회계법인에 제시한 추정 매출원가율의 평균치를 각 적용하는 방법으로 동종 산업 평균과 공소외 2 주식회사라는 개별회사의 특성을 모두 고려하여 '유가증권의발행및공시등에관한규정(금융감독위원회 공고)'에 따라 공소외 2 주식회사의 주식 가치를 산정할 경우 공소외 2 주식회사 주식 1주는 614,928원으로 계산된다.

결국 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수하는 시점에서 공소외 2 주식회사 주식의 주당 적정가격은 357,143원~614,928원이다.

이로써 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사의 업무상 임무에 위배하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격이 357,143원~614,928원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만 원에 자신을 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들로부터 매수하도록 하여, 최소 12억 15,648,000원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 주

주들로 하여금 최소 14억 85,792,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 27억 1,440,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(나) 업무상배임죄가 성립하는지 여부에 대한 판단

1) 법리

배임죄에 있어서 '임무에 위배하는 행위'라 함은, 처리하는 사무의 내용, 성질 등에 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 포함한다.

그리고 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의, 동기 등의 내심적 사실)은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 하며, 피고인이 본인의 이익을 위한다는 의사도 가지고 있었다 하더라도 위와 같은 간접사실에 의하여 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것임이 판명되면 업무상배임죄의 고의가 있었다고 할 것이다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결 참조).

또한, 모회사와 자회사가 모회사의 대주주로부터 그가 소유한 다른 회사의 비상장주식을 매입한 사안에서, 거래의 목적, 계약체결의 경위 및 내용, 거래대금의 규모 및 회사의 재정상태 등 제반 사정에 비추어 그것이 회사의 입장에서 볼 때 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래로서 허용될 수 있는 한계를 넘어 주로 주식을 매도하려는 대주주의 개인적인 이익을 위한 것에 불과하다면 그 대주주와 모회사 및 자회사의 임직원들에 대하여는 업무상배임죄가 성립한다( 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 참조).

2) 인정사실

원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

① 피고인은 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 인수 당시 공소외 2 주식회사의 대표이사 겸 대주주(보유주식수 9,000주, 지분율 45%)로서, 2006. 1. 18.부터 2006. 3. 7.까지 사이에 컴퓨터 하드웨어, 소프트웨어 및 반도체 생산설비 등의 제조 및 판매업을 영위하는 코스닥상장법인인 공소외 1 주식회사의 경영권을 인수하기 위하여 주식을 매입하여, 피고인은 총 76만 주(지분율 3.92%)를, 평소 알고 지내던 공소외 3에게 공소외 1 주식회사 주식 매수를 요청하여 공소외 3이 경영하는 공소외 10 주식회사가 70만 3,000주(지분율 3.62%)를 각 인수하였고, 위와 같은 주식인수로 피고인은 공소외 1 주식회사의 최대주주가 되어 2006. 3. 7.경 임시주주총회를 통하여 공소외 1 주식회사의 대표이사로 취임하였다.

② 피고인은 공소외 1 주식회사 주식을 매수할 무렵인 2006. 1.경 이미 공소외 1 주식회사를 통하여 자신이 대주주이자 대표이사로 있는 공소외 2 주식회사를 인수할 계획을 가졌고, 공소외 1 주식회사의 경영권을 확보한지 이틀후인 2006. 3. 9.경 공소외 2 주식회사 주식매수를 위하여 세림회계법인 공인회계사 공소외 21에게 공소외 2 주식회

사 주식에 대한 가치평가를 의뢰하였다.

- ③ 한편, 피고인은 2006. 3. 6.경 상피고인 2로 하여금 공소외 2 주식회사에 대하여 외부회계감사를 의뢰하도록 하여 위드회계법인 소속 공인회계사인 상피고인 3은 2006. 3. 10.경 상피고인 2로부터 파일 형식으로 송부받은 공소외 2 주식회사의 대차대조표, 손익계산서 등을 토대로 같은 해 3. 13.경 감사보고서를 완성하여 같은 해 3. 15.경 상피고인 2에게 이를 송부하였는데, 피고인은 위 외부회계감사 이후로 공소외 2 주식회사 주식에 대한 가치평가를 미루어 위 외부회계감사를 받은 자료를 토대로 공소외 2 주식회사에 대한 주식가치평가가 이루어지도록 하거나, 공소외 21에게 위 외부회계감사 사실을 알려 이와 연계하여 공소외 2 주식회사에 대한 주식가치평가가 적절하게 이루어지도록 하는 조치를 취하지 아니하였다.

또한 위 감사보고서 일자를 감사가 종료된 날인 2006. 3. 13.을 기준으로 하지 아니하고 감사가 종료되기 이전인 2006. 3. 7.자로 소급기재한 것은 공소외 21의 주식평가가 완성되기 이전에 위 외부회계감사보고서가 작성되어 이를 토대로 공소외 2 주식회사 주식평가가 이루어진 것으로 외부에 나타내기 위한 것으로 보인다.

- ④ 공소외 21은 2006. 3. 9.경부터 같은 달 12.경까지 상피고인 2로부터 받은 위 회계자료 및 사업계획서 등을 기초로 공소외 2 주식회사의 주식가치를 평가하였는데, 공소외 21이 공소외 2 주식회사 주식가치를 평가할 당시 공소외 2 주식회사 이외의 동종 업계의 회사나 동종업계에 종사하는 사람들로부터 관련된 의견을 구하거나 자료들을 제출 받은 바 없었고, 공소외 2 주식회사 현장을 방문하여 직원들과 면담하여 사업 및 재정 현황, 사업계획 등을 구체적으로 문의한 바도 없으며, 기타 추가적인 자료를 요구한 사실도 없고, 또한 공소외 2 주식회사에 대한 주식평가를 마치기 전인 2006. 3. 초순 무렵 피고인으로 부터 공소외 2 주식회사 주식 양수도 가액으로 75만 원이 적정하지 문의받은 적도 있는데, 결국 위와 같은 평가과정을 거쳐 2006. 3. 12.경 공소외 2 주식회사의 주당가치가 821,715원이라고 산정하였다.

- ⑤ 위 공소외 21은 '유가증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정'에 의한 평가방법(이하 '유가증권 규정에 의한 평가방법'이라 한다)을 사용하면서도 상대가치를 고려하지 않은 채 본질가치만을 평가하였고, 본질가치 중 수익가치는 통상 3개년도 회계자료를 기초로 주당 추정이익을 산정하게 되어 있음에도 공소외 2 주식회사가 2004년도에는 사업 초기여서 정상적인 영업을 한 것이 아니므로 2005년도 회계자료만을 기초로 주당 추정이익을 산정하였으며, 수익가치 계산에서도 공소외 2 주식회사가 제시한 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%을 근거로 하였을 뿐 동종 산업 평균의 매출액 증가율 및 매출 원가율을 고려하지 않았고, 공소외 2 주식회사는 당시 복합티엠 영업을 하지 않았음에도 회사가 제시한 사업계획서만을 근거로 동부생명의 복합부문(41팀)의 실적의 80%인 320만 원을 1인당 월 평균 실적으로 추정하는 등 회사가 제시한 사업계획서 및 손익을 토대로 주식가치를 평가하였을 뿐만 아니라, 공소외 2 주식회사의 본격적 영업은 2005년에만 이루어져 그 미래현금흐름이 불투명한 상태임에도 유사기업 및 산업 평균의 매출, 손익, 원가율 등의 수치를 반영하기 위한 노력을 전혀 하지 아니하였다(다만 원심이 실시하고 있는 피고인 및 상피고인 2의 분식회계의 점에 관하여는 아래 상피고인 2의 주장에 대한 판단에서 보는 바와 같이, 데이터베이스 및 판촉물 구매대금의 경우 무형자산으로 취급하여 합리적인 상각방법에 의하여 상각하여야 하지만 당해 연도

에 사용하지 않았다고 판단되는 부분을 선급비용으로 계상하였다고 하여 이를 일반적 회계처리기준에 위배하였다고 볼 수 없고, 퇴직급여충당금 및 감가상각비는 위 피고인들이 이 사건 주식평가를 위하여 고의로 분식회계를 하였다고 보기 어렵다).

- ⑥ 피고인은 공소외 21이 위와 같이 산정한 821,715원을 근거로 이미 결정하여 놓았던 주당 75만 원을 매입가격으로 정하였고, 이 과정에서 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수할 필요성이나 위 평가액에 대한 적정성을 공소외 1 주식회사의 입장에서 검토하지 아니하였으며, 위 매입안건에 대하여 이사회를 개최하거나 임원들 사이의 토의도 전혀 이루어지지 아니하였다.
- ⑦ 당시 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식 전량을 인수할 경영상의 필요성이 있는지 보건대, 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사는 사업의 내용, 설비, 기술 등이 전혀 달라 사업적 연관성이 없어 공소외 2 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입할 경영상의 필요성이 있었다고 보기 어렵고, 당시 공소외 1 주식회사는 2006년 당기순손실이 42억 1,511,753원이고 2000년부터 2005년까지 6년 연속 누적 손실액이 294억 52,337,527원에 달하였으며 마땅한 회사 보유 자산 및 내부 보유자금도 없는 상태였으므로, 공소외 2 주식회사 인수에 150억 원이라는 거액의 금원을 투입한 것은 당시 자금 사정에 역행한 것으로 보이며, 결국 공소외 1 주식회사가 150억 원에 인수한 공소외 2 주식회사 주식은 불과 8개월 만에 약 91억 원 가량이 손실처리되었고, 약 1년여 만에 그 주식가치가 0원으로 평가되어 전액 손실처리되었다.
- ⑧ 이에 반하여 피고인 및 공소외 2 주식회사 주주들은 보유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 2만 주를 주당 750,000원에 매각함으로써 100억 원의 현금과 50억 원 상당의 신주인수권부 사채를 취득하게 되었고, 나아가 피고인은 위와 같이 지급받은 현금으로 유상증자에 참여하여 공소외 1 주식회사의 경영권을 견고히 다지는 한편 위와 같이 지급받은 신주인수권부사채를 행사제한 기간인 1년이 경과하자마자 상환받음으로써 상당한 이득을 취하였다.

### 3) 판단

앞서 본 법리에 비추어 원심판결이 실시한 사유 및 위 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 전량을 주당 75만 원에 매입하도록 한 행위는 경영상의 판단에 따른 정상적인 행위라고 볼 수 없고, 공소외 1 주식회사 회사 내에서 적정한 매입가격 결정에 관한 절차를 거치지 않았으며 그 주식평가 방법도 적정하지 않으므로, 본인인 공소외 1 주식회사에 대한 관계에서 그 임무에 위배하여 당시 공소외 2 주식회사의 적정가액을 초과하여 공소외 2 주식회사 주식을 주당 75만 원에 매수하게 하여 공소외 1 주식회사에 재산상손해를 가하고 피고인 및 공소외 2 주식회사 주주들에게 동액 상당의 이익을 취득하게 하였다고 충분히 인정할 수 있다.

#### (다) 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액의 산정 및 배임액수

##### 1) 법리

배임죄에서 재산상의 손해를 가한 때라 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가한 경우를 의미하므로 회사의 대표이사 등이 그 임무에 위배하여 회사로 하여금 다른 회사의 주식을 고가로 매수하게 한 경우 회사에 가한

손해액은 통상 그 주식의 매매대금과 적정가액으로서의 시가 사이의 차액 상당이라고 봄이 상당하며, 비상장주식을 거래한 경우에 있어서 그 시가는 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 만약 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 가지 평가방법들을 고려하되 그러한 평가방법을 규정한 관련 법규들은 각 그 제정 목적에 따라 서로 상이한 기준을 적용하고 있음을 감안할 때 어느 한 가지 평가방법(예컨대, 상속세및증여세법시행령 제 54조의 평가방법)이 항상 적용되어야 한다고 단정할 수는 없고, 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 할 것이며, 한편 비상장주식의 실거래가격이 시가와 근사하거나 적정한 가격으로 볼 수 있는 범위 내에 속하는 것으로 보여 실거래가격과의 차액 상당의 손해가 있다고 할 수 없는 경우에 있어서도, 그 거래의 주된 목적이 비상장주식을 매도하려는 매도인의 자금조달에 있고 회사가 그 규모 및 재정 상태에 비추어 과도한 대출을 일으켜 그 목적달성에 이용된 것에 불과하다고 보이는 등의 특별한 사정이 있는 경우라면 그와 같이 비상장주식을 현금화함으로써 매도인에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 하고 반대로 회사에 그에 상응하는 재산상의 손해로서 그 가액을 산정할 수 없는 손해를 가한 것으로 볼 수 있다( 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 참조).

한편, 배임죄의 성립을 인정하려면 손해의 발생이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 하는바, 배임행위로 인한 재산상 손해의 발생 여부가 충분히 입증되지 않았음에도 가볍게 액수 미상의 손해는 발생하였다고 인정함으로써 배임죄의 성립을 인정하는 것은 허용될 수 없다.

따라서 주식 거래와 관련한 배임행위로 인한 손해의 발생 여부를 판단하기 위하여 주식 가치의 평가가 요구되는 경우에는 그 평가 방법이나 기준에 따라 주식의 가치가 구구하게 산정된다고 하더라도 이를 쉽게 포기하지 말고 상대적으로 가장 타당한 평가방법이나 기준을 심리하여 손해의 발생 여부를 구체적으로 판단하는 것이 필요하다( 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008도11036 판결 참조).

## 2) 판단

### 가) 상증법에 따른 주식가액 산정에 관하여

상증법 시행령 제54조에 의하여 순손익가치와 순자산가치를 각각 3과 2의 비율로 가중평균하여 산정한 주당 가액은 49,174원인 바, 이 방법에 의하여 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 산정하는 것이 타당한지 에 관하여 살펴본다.

상증법에 따른 주식가치 평가방법은 과세관청이 과세표준을 정하는 관점에서 사용하는 방법일 뿐만 아니라 그 과세의 목적을 위하여는 반드시 단일한 수치로 표시된 재화의 가격을 정할 필요가 있어서 부득이하게 규정된 방법에 불과하여 그에 의하여 산정한 평가액이 곧바로 주식의 가액에 해당한다고는 볼 수 없을 뿐만 아니라( 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3191 판결 등 참조), 공소외 2 주식회사의 보험대리 및 티엠 영업은 일반 제조업과 달리 특별한 설비투자가 필요하지 않고 인적 시설 및 기타 영업 노하우 등의 무형자산이 그 자산의 주를 이루고 있고 2005년도 매출액이 급증된 사실을 고려하여 무형자산 및 장래에도 어느 정도 성장할 것으로 예상되는 기업의 미래가치를 일정 정도 반영되어야 하는 점 등에 비추어 보면, 순자산가치와 순손익가치를 기초로 산정하는 상증법에 따른 주식가치 평가방법만으로는 공소외 2 주식회사의 특성을 반영할 수 없으므로 부적절하다.

나) 공소외 3과의 실제거래 사례에 의한 주식가격 산정에 관하여

피고인이 세림회계법인의 주식가치 평가일로부터 2개월 전인 2006. 1. 11.경 공소외 3에게 기존 채무 6억 원의 변제를 위하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 배정하였으므로 이때의 주당 가격 75,000원(6억 원 ÷ 8,000주)으로 계산되는 바, 위와 같은 공소외 3과의 실제거래 사례가 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 적절하게 반영하는지에 관하여 살펴본다.

① 공소외 3은 2000.경 여의도고등학교 선배인 공소외 22의 소개로 피고인을 알게되어 가깝게 지내온 점( 피고인 1에 대한 증거기록 4권 1619면), ② 공소외 3은 피고인이 공소외 2 주식회사를 설립한 2004. 6. 8.로부터 얼마되지 않아 매출이 발생하기도 전인 2004. 7.경부터 2005. 2.경까지 7-8회에 걸쳐 이자 약정이나 담보 없이 6억원을 대여하여 이는 대여라기 보다는 투자에 가까운 것으로 보이는 점, ③ 피고인도 '자신이 가지고 있던 5억 원으로 공소외 2 주식회사 운영이 충분할 것으로 생각하였는데 운영자금이 모자라서 공소외 3에게 계속하여 돈을 빌리게 되었고, 이에 공소외 3이 대여금액이 증가하면서 담보를 요구하여 공소외 2 주식회사 발행주식의 40%에 해당하는 8,000주를 교부하였다'( 피고인 1에 대한 증거기록 4권 1643면), ' 공소외 3이 돈을 빌려주지 않았더라면 아마 영업을 할 수 없는 상황이었기 때문에 너무 고마워서 40% 정도 지분을 배당해 준 것이다'(공판기록 5권 2764면)라고 진술하고 있어 6억 원에 대하여 8,000주를 배정한 이유가 공소외 2 주식회사 주식 1주가 약 75,000원 정도의 가치로 계산한 결과인 것은 아닌 것으로 보이는 점, ④ 피고인은 공소외 2 주식회사를 설립할 당시 자본금 5,000만 원 전액을 자신이 납입한 다음 자신에게 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었고, 2005. 12. 31.경, 2006. 1. 9.경에도 사업자금을 대여한 사람들 및 상피고인 2에게 주식을 임의로 배정하였으며, 2006. 1. 11.경 자본금을 5,000만 원에서 1억 원으로 증액하는 유상증자에서도 증자금 5,000만 원 전액을 자신이 납입한 다음 공소외 3을 비롯하여 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었는데, 위와 같은 주식 배정에는 어떠한 일률적인 배정 방법은 없었고, 단순히 피고인이 사업자금 투자액이나 공로에 따라서 적당히 배정한 것으로 보이는 점, ⑤ 공소외 3은 2006. 1. 19.경 자신이 운영하는 공소외 10 주식회사로 하여금 공소외 1 주식회사 주식을 인수하게 하여 피고인의 공소외 1 주식회사 인수를 지원하였고, 반대로 피고인은 2006. 3. 22.경 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 7 주식회사 주식을 인수하게 하여 공소외 3의 공소외 7 주식회사의 경영권확보를 지원하는 상호 특수관계에 있는 점 등에 비추어 보면, 공소외 3의 대여금 6억 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 배정한 사례가 공소외 2 주식회사 주식에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례라고 보기는 어렵다.

다) 공소외 4와의 실제거래 사례에 의한 주식가격 산정에 관하여

피고인이 2005. 12. 21. 공소외 4로부터 사업자금 명목으로 2억 5,000만 원을 차용하였다가 변제에 갈음하여 2005. 12. 31. 공소외 4에게 공소외 2 주식회사 주식 500주, 2006. 1. 9. 공소외 2 주식회사 주식 200주 합계 700주를 양도하였으므로 이 거래에서의 주당 가격 357,143원(2억 5,000만 원 ÷ 700주, 원 미만은 반올림)인 바, 위와 같은 공소외 3과의 실제거래 사례가 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 적절하게 반영하는지에 관하여 살펴본다.

① 피고인은 2004.경 고등학교 선배인 공소외 23의 소개로 공소외 4를 알게 되었고, 피고인이 운영하는 회사에 자금을 지원받는 등 피고인이 '형'이라고 부를 정도로 친분관계가 있었던 점, ② 공소외 4는 2005. 12. 21.경 피고인에게 2억 5,000만 원을 송금하였는데, 그 송금 경위와 관련하여 공소외 4는 원심 법정에서 '제가 피고인에게 투자한 투자금은 어떤 회사에 투자할 것인지, 채권 또는 주식으로 투자할 것인지, 어떠한 형식으로 투자할 것인지 등에 대한 처분권한을 피고인에게 일임하였다'고 진술하여(공판기록 5권 2278면) 2억 5,000만 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 700주가 배정된 것조차 전혀 모르고 있어, 2억 5,000만 원에 대하여 700주를 배정한 이유가 공소외 2 주식회사 주식 1주가 약 357,143원 정도의 가치로 계산된 결과인 것은 아닌 것으로 보이는 점, ③ 앞서 본 바와 같이 피고인은 공소외 2 주식회사를 설립할 당시, 2005. 12. 31.경, 2006. 1. 9.경 및 2006. 1. 11.경 유상증자 당시에 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었는데, 위와 같은 주식 배정에는 어떠한 일률적인 배정 방법은 없었고, 단순히 피고인이 사업자금 투자액이나 공로에 따라서 적당히 배정한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 4의 투자금 2억 5,000만 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 700주를 배정한 사례가 공소외 2 주식회사 주식에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례라고 보기는 어렵다.

라) 유가증권 규정에 의한 평가방법에 따른 주식가격 산정에 관하여

공소외 2 주식회사가 속한 산업군인 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년간 산업 평균 매출액 증가율 및 산업 평균 매출원가율에 의하여 유가증권 규정에 의한 평가방법에 따라 계산한 주당 가격 614,928원{ 피고인 1에 대한 증거기록 12권 5723면 이하의 수사보고(1)[ 공소외 2 주식회사의 주식가치평가 종합] 참조}이므로 이에 관하여 살펴본다.

구 증권거래법(2007. 8. 3 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것) 시행령 제84조의7, 같은 법 시행규칙 제36조의12와 유가증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정 제82조 및 같은 규정 시행세칙 제6조에 의한 유가증권 규정에 의한 평가방법은 회사들이 합병을 할 경우 그 합병가액을 산정하는데 사용되나, 비상장회사의 주식가치를 평가함에 있어 일반적으로 사용되고 있는 평가방법이기도 하다.

유가증권 규정에 의한 평가방법에 정한 기준에 따라 산정된 순자산가치와 수익가치를 각각 1과 1.5의 비율로 가중하여 산술 평균한 본질가치와 동 규정 시행세칙 제8조 제6항에 의하여 발행회사와 자본금, 매출액 규모, 주요 재무 비율, 주당 수익률 및 제품 구성비 등이 가장 유사하고 일정한 요건을 구비하는 2개사 이상의 상장법인에 대한 유사회사별 비교가치를 평균한 가액의 30% 이상을 할인한 상대가치를 평균하여 산정하여야 한다.

이 사건 공소외 2 주식회사 주식가치를 평가한 세림회계법인 공인회계사 공소외 21은 유가증권 규정에 의한 평가방법을 사용하면서도 상대가치를 고려하지 않은 채 본질가치만을 평가하였고, 본질가치 중 수익가치는 통상 3개년도 회계자료를 기초로 주당 추정이익을 산정하게 되어 있음에도 공소외 2 주식회사가 2004년도에는 사업 초기여서 정상적인 영업을 한 것이 아니므로 2005년도 회계자료만을 기초로 주당 추정이익을 산정하였으며, 수익가치 계산에서도 공소외 2 주식회사가 제시한 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%을 근거로 하였는데, 당시 공소외 2 주

식회사와 유사한 업종의 상장법인이 없었으므로 상대가치를 반영할 수 없고, 2004년 매출액을 수익가치에서 배제 하더라도, 적어도 수익가치의 미래추정이익 계산에서의 매출액 증가율 및 매출 원가율은 당해 기업이 속한 산업의 추세 등이 반영될 수 있도록 회사 제시 매출액 증가율 및 매출 원가율과 산업 평균 매출액 증가율 및 매출 원가율을 평균하여 이를 사용함이 상당한 것으로 보인다.

따라서 당시의 산업평균 매출액 증가율은 6%, 매출 원가율은 82%이므로 이것들과 회사 제시 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%를 평균하여 이 수치를 토대로 계산한 공소외 2 주식회사의 본질가치는 주당 614,928원이고, 위에서 본 바와 같이 복합티엠 으로 인한 실적 추정이 지나치게 낙관적인 점, 뒤에서 보는 바와 같이 퇴직급여충당금 및 감가 상각비가 과소계상되어 2005년 영업이익이 과대계상되었고, 이를 토대로 계산된 2006년도 및 2007년도 추정 매출 액 역시 과대계상된 점 등을 감안하면, 당시 공소외 2 주식회사 주식 가격은 614,928원 이하라고 봄이 상당하다.

(라) 소결

따라서 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사의 업무상 임무에 위배하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격 이 최대 614,928원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만원에 자신을 비롯한 공소외 2 주식회 사 주주들로부터 매수하도록 하여, 피고인은 최소 12억 15,648,000원(피고인 보유 주식 9,000주 × (750,000원 - 614,928원)) 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 나머지 주주들로 하여금 최소 14억 85,792,000원(나머지 주주들 보유 주식 11,000주 × (750,000원 - 614,928원)) 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 27억 1,440,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정되고, 위 금액을 넘는 범위에 대하여는 범죄 의 증명이 없다 할 것이다.

(2) 피고인 1의 공소외 2 주식회사에 대한 대여 관련 30억 원 및 공소외 5 주식회사 에 대한 대여 관련 5억 원의 각 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는바, 이 경우 그 '임무에 위배하는 행위'라 함은 사무의 내용, 성 질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거 나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포 함하고, '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래 한 경우도 포함되므로, 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실 하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 정을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여 는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 회사의 이사는 단순 히 그것이 경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없으며, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는다( 대법원 2006. 11. 10. 선고 2004도5167 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 기록을 면밀히 살피건대, 원심은 그 거시증거 및 이에 의하여 인정되는 사정들을 종합하여, 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 자회사인 공소외 2 주식회사 및 손자회사인 공소외 5 주식회사가 당시 자금사정



이 어려워 공소외 1 주식회사에서 이들 회사에 금원을 대여하더라도 변제기에 이를 변제할 수 없어 공소외 1 주식 회사에 손해가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하면서도, 이들 회사로부터 충분한 담보를 제공받는 등 상당하 고도 합리적인 채권 보전조치를 취하지 아니하고, 이사회에서 대여의 필요성과 채권 회수방안 등에 대해 실질적인 논의도 하지 않고서, 2006. 4. 26.경 자회사인 공소외 2 주식회사에 30억 원을, 공소외 5 주식회사에 2006. 11. 29.경 2억 원, 2007. 1. 5.경 1억 원, 같은 달 8.경 2억 원 합계 5억 원의 금원을 각 대여하여 이들 회사에 위 각 금액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정하면서, 배 임의 고의가 없다는 피고인의 주장을 배척하였는바, 이러한 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인이 주장하고 있는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 1의 공소외 7 주식회사 주식인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위 반(배임)의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

공소외 10 주식회사와 그 대표이사인 공소외 3은 2006. 3. 22.경 공소외 24 주식회사 11호 기업구조조정조합으로부터 코스닥 상장법인인 공소외 7 주식회사의 주식 755,937주(지분율 7.47%)를 1주당 7,937원으로 계산하여 합계 60억 원에 매수하여 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수하였는데, 위 1주당 매매가격은 이른바 경영권 프리미엄을 반영 하여 기준주가 5,400원에 비해 47% 할증된 가격이었다.

피고인은 위와 같이 공소외 10 주식회사와 공소외 3이 공소외 7 주식회사 주식을 매수할 때 공소외 1 주식회사로 하 여금 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하게 하기 위해 공소외 7 주식회사 주식 377,968주(지분율 3.74%)를 위와 같이 경영권 프리미엄이 반영된 주당 7,937원으로 계산하여 합계 30억 원에 위 조합으로부터 매수하게 한 다음 같 은 날 '타법인 주식 및 출자증권 취득 결정'을 공시하면서 위 주식 매수목적은 '경영권 참여를 위한 지분 취득'이라 고 밝혔다.

피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 2000년부터 2005년까지 6년 연속 당기순손실을 기록하고 그 누적액이 294억 원을 초과하였으며 주식 매수에 동원할 수 있는 여유자금 또한 현저히 부족한 공소외 1 주식회사의 사정을 감안하여 공소외 1 주식회사의 사업영역과 무관한 캠핑용구 제조 및 판매업체인 공소외 7 주식회사의 경영에 참 여하기 위해 공소외 1 주식회사의 자금을 투입하는 것에 대해서는 그 필요성을 보수적인 관점에서 신중히 검토하 고 이사회에서 충분히 논의하여 회사 자금이 회사의 사업목적 이외의 분야에 함부로 사용되지 않도록 노력하여야 할 업무상 임무가 있다.

또한 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하기로 결정한 경우에도 경영권 프리미엄의 적정성을 검토하여야 할 뿐만 아니 라 공소외 1 주식회사로 하여금 코스닥 상장 주식을 시장가격에 경영권 프리미엄을 더한 가격에 매수하게 하는 경 우에는 사전에 공소외 10 주식회사 등 공동매수인과 협의하여 공소외 1 주식회사가 실제 공소외 7 주식회사의 경영에 참여할 수 있도록 조치하고, 만약 경영 참여가 여의치 않을 경우에는 매수한 주식을 매매 당시의 시장가격에 경영권 프리미엄을 더한 가격으로 양도할 수 있도록 미리 조치하여 공소외 1 주식회사에 재산상 손해가 없도록 해

야 할 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인은 공소외 1 주식회사의 경영권을 취득한 지 15일 만에 만연히 공소외 7 주식회사의 경영 참여를 위해 공소외 1 주식회사 자금 30억을 투입하기로 결정하고 당시 적정가격이 주당 5,400원인 공소외 7 주식회사 주식 377,968주를 주당 7,937원에 매수하면서 경영 참여 또는 경영권 프리미엄을 보장받기 위한 사전 조치를 소홀히 하고, 이사회에서 경영 참여의 필요성이나 코스닥 시장에서의 거래시가보다 월등히 높은 가격에 공소외 7 주식회사 주식을 인수할 필요성 및 인수가격의 적정성 등에 관하여 논의하지도 않았다.

이로써 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서의 업무상 임무에 위배하여 공소외 3으로 하여금 위 조합에 9억 58,904,816원 $\{(7,937\text{원}-5,400\text{원})\times 377,968\text{주}\}$ 만큼 경영권 프리미엄을 적게 지급하고 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

#### (나) 판단

이른바 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업 경영에 내재된 속성을 고려하여 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단 대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결 등 참조).

기록에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

- ① 공소외 10 주식회사와 그 대표이사 공소외 3, 공소외 1 주식회사와 그 대표이사 피고인은 공동으로 2006. 3. 22. 코스닥상장법인인 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수하기 위하여 공소외 24 주식회사 11호 기업구조조정조합으로부터 공소외 7 주식회사 주식 1,259,895주(지분율 12.5%)를 주당 7,937원, 총 10억 원에 매수하는데, 공소외 10 주식회사가 45억 원, 공소외 3이 15억 원, 공소외 1 주식회사가 30억 원, 피고인이 10억 원을 각 투자하였으므로(증제101호 주식양수도계약서, 공판기록 5권 2622면), 피고인 개인 자금도 투자되어 공소외 1 주식회사의 투자금과 같이 손익을 같이하게 될 운명이었다.
- ② 위 주식 인수 당시 주식양수도 가액의 적정성에 관하여 세림회계법인의 주식평가를 받았는데, 당시 세림회계법인에서는 미래현금흐름할인(DCF) 방법에 의하여 공소외 7 주식회사의 주식의 주당 가치를 그 성장률의 가정에 따라 3,338원~7,306원의 범위로 산정하였고, 유사사례에 의한 방법(경영권 프리미엄이 수반된 주식양수도 사례를 참조)에 의하여 기준주가에 경영권프리미엄을 더하는 방법으로 적정 매매가액을 주당 11,403원으로 산정하였으며( 공소

외 3 증언, 공판기록 6권 2644면), 한편 당시의 공소외 7 주식회사의 1개월 거래량 가중평균 주가는 6,157원, 1주일 거래량 가중평균 주가는 5,097원으로(증제100호 기준주가산정표, 공판기록 5권 2611면) 피고인 등의 경영권프리미엄을 포함한 매입가격인 주당 7,937원은 세림회계법인의 평가액 및 당시의 기준주가와 경영권프리미엄을 감안하면 적정한 것으로 보인다.

- ③ 당시 공소외 7 주식회사 주식 매수 직전 공소외 7 주식회사가 해외에서 몇 백억 원을 투자받는다고 공시하였다가 이를 번복하여 단기간내에 주가가 12,000원에서 5,000원으로 급락을 하였기 때문에 단기 반등 가능성이 있어 피고인은 반등할 경우 장내에서 이를 매도하여 시세차익을 얻을 수 있고, 그렇지 않더라도 공동매수인과 함께 경영권프리미엄을 포함하여 보유주식을 매각하면 공소외 1 주식회사로서는 아무런 손해가 발생하지 않는다.
- ④ 공소외 7 주식회사 이사진(정원 4명)에 공소외 1 주식회사의 CFO 공소외 8 이사 1명만이 선출되었는데, 이는 공동매수 당시 공소외 1 주식회사와 피고인의 지분율이 공소외 10 주식회사와 공소외 3의 지분율의 2/3에 불과하고, 위와 같은 격차는 2006. 5.경 공소외 7 주식회사의 기존 경영진이었던 공소외 25와의 경영권분쟁으로 인하여 공소외 10 주식회사가 장내에서 추가로 공소외 7 주식회사 주식을 매집함으로써 더욱 벌어지게 된 것으로 이는 불가피한 것으로 보인다.
- ⑤ 공소외 7 주식회사는 2006. 4. 21. 공소외 1 주식회사가 발행한 20억 상당의 전환사채를 인수하였는데(증 제84호증, 주식등의 대량보유상황보고서, 공판기록 5권 2353면), 이와 같은 공소외 7 주식회사의 의사결정은 피고인의 영향력 없이는 이루어 질 수 없다 할 것이므로 공동경영이 아니더라도 공소외 3은 공소외 7 주식회사 경영에 있어서 피고인의 의사를 존중하였던 것으로 보인다.
- ⑥ 피고인이 공소외 3과 사이에 경영권프리미엄에 상응하는 경영권확보방안이나 경영권 불행사시 자금회수 방안에 관하여 약정을 서면화하지 않은 잘못은 있으나, 위와 같은 공동매수 당시에는 어느 한쪽이 공동약정을 깨게 되면 양쪽 모두 경영권프리미엄을 상실하게 되는 결과가 되어 위와 같은 약정의 서면화는 반드시 필요하였다고 보기 어렵다.
- ⑦ 피고인이 공소외 1 주식회사를 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 양도한 이후에 공소외 9 주식회사가 위 공동매수 이후에 발생한 경영권분쟁에 있어서 공소외 1 주식회사가 경영권확보를 위하여 노력하지 않은 사정 등을 감안하지 않고 기존 매입대금 30억 원에 법정이자를 요구하여, 공소외 10 주식회사가 이를 거부하자 추가 협상 없이 장내에서 바로 이를 매도하여 그 손해가 현실화되었다.

앞서 본 법리에 비추어 위 사정들을 종합하여 보면, 비록 피고인에게 공소외 3이 피고인의 공소외 1 주식회사 인수를 지원한 것에 대한 반대급부로 공소외 3의 공소외 7 주식회사 인수를 지원할 의도가 있었다고 하더라도, 위에서 본 바와 같이 공소외 7 주식회사의 주식을 경영권프리미엄을 포함하여 적정한 가격으로 매수하였고, 그 후 공소외 7 주식회사의 경영에도 참여하였다고 볼 만한 사정이 있으며, 공소외 1 주식회사의 손해가 공소외 9 주식회사의 주식 매도로 인하여 현실화되었다면, 피고인에게 앞서 본 바와 같은 약정을 서면화하지 않는 등의 경영상의 잘못이 있

다고 하더라도, 이를 가지고 피고인에게 배임의 고의가 있다고 보기는 어렵다 할 것이어서, 이 부분 공소사실은 그 증명이 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인의 위 주장은 이유 있다.

(4) 피고인 1, 4의 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 2006. 3. 7.경부터 공소외 1 주식회사 대표이사로, 피고인 4는 2006. 7. 11.경부터 공소외 1 주식회사의 이사 겸 부사장으로 공소외 1 주식회사를 경영하다가 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 소유 주식 2,526,667주를 50억 53,334,000원에 매각하고 경영권을 양도하는 내용의 계약을 체결하고, 같은 달 25.경 경영권을 양도한 후 같은 해 6. 22.경 대표이사직을 사임하였다.

피고인들은 2007. 3. 20.경 당시 법인등기부상 대표이사로 등재되어 있기는 하지만 위와 같이 보유주식과 경영권을 전부 양도하기로 계약을 체결한 상황이므로, 형식적으로나마 대표이사직에 머물러 있던 피고인들로서는 공소외 1 주식회사 자금을 회사의 이익에 반하지 않도록 신중하게 운영하여야 하고, 퇴진이 예정된 경영진인 피고인들의 개인적인 편의를 위한 용도로 회사 자금을 사용하여서는 안 될 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고, 피고인들은 공모하여 2007. 3. 20.경 피고인들이 사용할 벤츠 S550V 승용차 2대를 공소외 1 주식회사 명의로 공소외 42로부터 계약기간을 3년으로 정하여 리스하면서 보증금 명목으로 1억 1,853,700원, 리스료 선금 명목으로 64,800,000원 등 합계 1억 66,653,700원을 공소외 42에 지급하였다.

이로써 피고인 1은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 임무에 위배하여 82,669,700원 상당의 재산상 이익을, 피고인 4는 83,984,000원 상당의 재산상 이익을 각 취득하고, 공소외 1 주식회사로 하여금 1억 66,653,700원 상당의 재산상 손해를 입게 하였다.

(나) 판단

기록에 의하여 인정되는 다음 사정들 즉, ① 공소외 1 주식회사의 임원인 피고인들은 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 대하여 공소외 1 주식회사의 주식 및 경영권을 양도하기로 계약한 다음 계약금 30억 원을 지급받았는데, 이때 차량리스를 승낙하였는지에 관하여 공소외 9 주식회사 대표이사 공소외 26은 검찰에서는 '통상적으로 기존의 대표이사가 경영권을 양도하면서 예우차원에서 기존에 사용하던 차량과 기사, 급여를 대표이사로 사임할 때까지의 기간 동안만 제공한다는 것이지, 새로이 차량을 리스하여 사용하여도 된다는 의미는 아니다'라고 진술하고( 피고인 1에 대한 증거기록 13권 6651면), 원심 법정에서는 '당시 계약금 30억 원만 지급한 상태이므로 제가 의사결정할 수 있는 권한도 없고, 당시 대표이사는 피고인 1이기 때문에 피고인들에게 공소외 1 주식회사 자금으로 신차를 리스해서 타고 다녀라는 말을 할 입장이 아니고, 그렇게 말한 적도 없다'고 진술하고(공판기록 5권 2234, 2251, 2253면) 있으나, 2007. 5.경부터 공소외 1 주식회사의 상무이사로 근무한 공소외 27은 검찰에서 '2007. 5. 1. 입사해서 리스 차량 현황을 보니, 경영권이 양도된 이후에 피고인들이 차량을 리스하여 운행하고 있기에 공소외 26 사장에게 보

고하였더니, 공소외 26 사장은 2007. 6. 초순경 대표이사 선임 주주총회 전까지는 피고인들이 계속해서 운행하도록 하였다고 하였고, 2007. 6. 말경 리스차량을 회수하여야 되겠다고 생각하여 공소외 26 사장에게 보고하니 그대로 추진하라고 하여 전보혜 등 실무자에게 리스차량 승계업무를 처리하도록 지시하였다'고 진술하고( 피고인 1에 대한 증거기록 13권 6540면), 원심 법정에서 '동의까지는 몰라도 제가 알기로 6-7월까지인가 계속 그 차량 사용에 대하여 협의가 있었던 것으로 기억한다'고 진술하는 점(공판기록 5권 2294면), 피고인들의 리스차량 이용 당시 공소외 9 주식회사 측에서 아무런 이의를 제기하지 않은 점, 공소외 26은 피고인들과 사이에 공소외 1 주식회사 양수도과 관련된 옵션계약 해제로 인한 손해배상 등으로 민사소송의 반대 당사자로서 서로 치열하게 다투고 있었던 점 등을 고려하면 당시 공소외 26은 피고인들에게 차량리스를 허용하였고 2007. 6.경의 대표이사 선임 주주총회 전까지는 이를 사용하도록 승낙한 것으로 봄이 상당한 점, ② 2007. 6.경 주주총회로 새로운 경영진이 선임되기 전까지는 형식적으로 피고인들이 임원이기는 하나, 이미 경영권이 양도된 상태에서는 공소외 1 주식회사의 양수인인 공소외 9 주식회사가 공소외 1 주식회사에 대하여 실질적인 경영권을 행사한다고 봄이 상당하므로, 피고인들이 공소외 9 주식회사의 대표이사 공소외 26의 승낙을 받고 공소외 1 주식회사 명의로 차량을 리스하였다면 업무상임무에 위배하였다는 인식을 하기는 어려운 점, ③ 피고인들은 공소외 1 주식회사 명의로 차량을 리스하였으므로 피고인들이 공소외 7 주식회사를 떠나더라도 위 리스차량의 이용자의 지위는 여전히 공소외 1 주식회사에 있다 할 것이므로 리스계약 당시 지급한 보증금 및 선급리스료 상당의 재산상이익을 피고인들이 취득하였다고 보기는 어려운 점, ④ 새로운 경영진이 주주총회에서 선임된 후 이 사건 리스차량을 공소외 1 주식회사에서 그대로 사용하면 차량리스 승계의 문제가 발생하지는 않지만, 공소외 26은 위 차량들이 필요 없게 되자 위와 같이 리스차량 승계를 지시하였는데, 차량리스의 경우 리스계약을 중도해지하면 리스회사에 이에 따른 손해배상을 하여야 하므로 이보다는 리스차량 이용자의 지위를 양도하는 것이 유리하다는 판단하에 공소외 27은 피고인들에게 차량리스 승계를 요청하였고, 이에 피고인들은 위 요청을 받아들여 피고인 1은 2007. 7. 11.경 공소외 28에게 위 리스차량 이용자의 지위를 양도하게 한 후 선급리스료 반환금 명목으로 27,467,220원을 반환하였고, 피고인 4도 그가 대표이사로 있던 공소외 29 주식회사에 리스차량을 승계시킨 다음 2007. 9. 12.경 위약금 보전 명목으로 청주지방법원에 33,484,400원을 공탁하여 이 사건 차량리스로 발생할 수 있는 공소외 1 주식회사의 손해를 보전하기 위하여 노력한 점 등을 종합하여 보면, 비록 피고인들이 위 리스차량을 일부 개인적인 용도에 사용하였다 하더라도, 이것만 가지고는 피고인들에게 배임의 고의가 있다고 보기는 어렵다 할 것이어서, 이 부분 공소사실은 그 증거가 없는 경우에 해당한다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인들의 위 주장은 이유 있다.

(5) 피고인 1의 공소외 11 주식회사 소유 설비부품 4억 9,235,751원 상당 업무상횡령의 점에 대한 판단

원심이 적절하게 설시한 사유들에 의하면, 피고인은 2006. 4. 25.경 피해자 공소외 11 주식회사로부터 그 소유의 캘린더를 매수한 것이 아니라 임차한 것임을 알면서도 공소외 30 주식회사 대표이사 공소외 12에게 위 캘린더의 매각을 의뢰하여 공소외 12로 하여금 2006. 10.경부터 2007. 2. 25.경까지 사이에 위 캘린더를 분해하여 해외에 매각하게 함으로써 이를 횡령하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(6) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대출 관련 34억 75,288,900원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대한 판단

(가) 대출금의 실질적인 주채무자는 피고인이라는 주장에 대하여

동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 법령이나 금융기관 내부규정의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자가 실제 대출받고자 하는 채무액에 대하여 제3자를 형식상의 주채무자로 내세우고, 금융기관도 이를 양해하여 제3자에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 제3자 명의로 대출관계 서류를 작성받은 경우, 제3자는 형식상의 명의만을 빌려준 자에 불과하고 그 대출계약의 실질적인 당사자는 금융기관과 실질적 주채무자이므로, 제3자 명의로 되어 있는 대출약정은 그 금융기관의 양해하에 그에 따른 채무부담의 의사 없이 형식적으로 이루어진 것에 불과하여 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위라고 할 것이다( 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53013 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 피고인은 2006. 1.경 신한은행 신설동지점으로부터 개인 명의로 33억 원의 대출을 받았는데, 그 대출이 2007. 1.경 만기가 되자, 공소외 1 주식회사의 거래지점인 신한은행 양재남기업금융지점으로부터 실적을 올려달라는 취지로 공소외 5 주식회사 명의로 대출을 받으라는 요청을 받고 위 회사 명의로 35억 원의 대출을 받은 사실, 이 사건 대출 당시 피고인은 공소외 5 주식회사의 대표이사로서 위 회사 명의로 대출을 받았을 뿐 자신이 실제 채무자이고 공소외 5 주식회사는 단순히 형식상의 주채무자라는 의사표시를 하거나, 신한은행 양재남기업금융지점 대출담당자가 공소외 5 주식회사에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 위 회사 명의로 대출관계 서류를 작성받았다고 볼 만한 아무런 자료가 없는 점 등에 비추어, 공소외 5 주식회사로 되어 있는 이 사건 대출약정이 통정허위표시라 인정할 수 없으므로, 이를 전제로 하는 위 주장은 이유 없다.

(나) 불법영득의 의사가 없다는 주장

횡령죄에 있어서 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같이 처분을 하는 의사를 말하고, 사후에 이를 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있다 하더라도 불법영득의 의사를 인정함에는 지장이 없는 것이다( 대법원 2006. 11. 10. 선고 2004도5167 판결 등 참조).

원심이 적절하게 설시하고 있는 사유들에 의하면, 피고인은 2007. 1. 19. 공소외 5 주식회사 명의로 35억 원을 대출받아 수수료 등을 제외한 34억 75,288,900원을 송금받은 후, 이를 가지고 자신의 개인 명의 대출금 33억 원을 변제하고 나머지는 개인 채무 변제, 투자금으로 사용하여 이를 횡령하였다고 충분히 인정할 수 있고, 비록 피고인이 개인 및 그 아버지 소유의 부동산을 담보로 제공하였고, 이자를 피고인 개인 돈으로 상환하였다는 것만으로는 횡령죄의 성립에 영향을 미치지 못한다 할 것이므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(7) 피고인 1의 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

공소외 1 주식회사는 2006. 9. 20.경 공소외 31 등으로부터 충북 청원군 오창읍 소재 공소외 13 주식회사(당시 상호는 '◇◇◇'였고, 이하 '공소외 13 주식회사'라 한다) 발행주식 76.19%를 8억 원에 매수하여 공소외 13 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입시켰다.

공소외 1 주식회사 대표이사이자 공소외 5 주식회사의 대표이사였던 피고인은 2006. 10. 18.경 공소외 13 주식회사 대표이사 공소외 14가 공소외 13 주식회사의 기존 은행 차입금 상환 및 신제품 생산을 위한 시설 투자를 위해 10억 원의 신규 차입을 고려하고 있다는 사실을 알고 공소외 14에게 "공소외 1 주식회사가 신용도가 낮아 차입이 어려우니 공소외 13 주식회사에서 최대한 자금을 많이 차입하여 공소외 5 주식회사에 6억 원을 빌려 달라. 만기 전이라도 공소외 13 주식회사에서 자금이 필요한 상황이 되면 언제든지 내가 책임지고 상환하겠다.

"라는 취지로 말하여, 공소외 13 주식회사의 최대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 최대주주 겸 대표이사인 피고인의 변제 약속을 믿은 공소외 14로 하여금 그의 연대보증 하에 공소외 13 주식회사 명의로 기업은행 서청주지점으로 부터 14억 원을 대출받아 그 중 6억 원을 공소외 5 주식회사에 대여기간 1년, 이율 연 7%의 조건으로 대여하게 하였다.

그러나 사실은 공소외 5 주식회사는 제3항 기재와 같이 영업부진으로 인해 2006. 6.경부터 적자가 발생하여 2006년도 당기순손실이 12억 7,700만 원에 달하였고, 2006. 12. 31. 현재 유동부채(32억 6,800만원)가 유동자산(20억 5,600만원)을 크게 초과하여 자본이 전액 잠식된 상태일 정도로 재무사정이 악화되어 전적으로 차입금에 의존하여 운영되고 있던 상황이었으므로 공소외 13 주식회사로부터 자금을 빌려 사용하더라도 그 원리금을 제대로 변제할 능력이 없었고, 피고인 또한 위와 같은 사정을 잘 알면서 공소외 5 주식회사 명의로 6억원을 차용하였으므로 공소외 14로부터 대여금 상환 요청을 받더라도 자신이 공소외 5 주식회사를 대신하여 위 차용금을 상환할 의사가 없었다.

이로써 피고인은 공소외 14를 기망하여 공소외 5 주식회사로 하여금 6억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하였다.

(나) 판단

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음 사정들 즉, ① 피고인과 공소외 14는 공소외 13 주식회사를 공동으로 인수하기로 하여 2006. 9. 20.경 공소외 14는 공소외 13 주식회사 발행주식 24% 가량을 2억 5,000만 원에 매입하고, 공소외 1 주식회사는 2006. 9. 20.경 공소외 13 주식회사 발행주식 76% 가량을 8억 원에 매수하여 공소외 13 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입시킨 사실, ② 엔디플로의 대표이사는 공소외 14가 맡았으나, 피고인은 공소외 13 주식회사 회사 내에서 '사장'으로 호칭되었고, 대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 13 주식회사의 은행대출 및 시설투자 등 주요 자금에 대한 결재권을 행사한 사실, ③ 공소외 14도 '금액이 좀 큰 부분은 언제든지 피고인과 상의해서 집행하였다.

몇 천만 원 정도는 제가 임의로 했고, 나머지 큰 금액들은 피고인과 협의했다'고 진술하여(공판기록 5권, 2457면) 피고인이 공소외 13 주식회사의 주요 자금 결재에 관하여 일정한 권한을 가지고 있었던 것으로 보이는 점, ④ 피고인이 공소외 14에게 6억 원을 추가로 대출하여 공소외 5 주식회사에 대여하게 한 경위에 관하여 보건대, 공소외 14는

‘금전 대여 당시 피고인이 공소외 5 주식회사가 어떤 회사라고 이야기한 것 같은데, 정확하게 업종이 달라서 잘 기억도 안 나고, 재무상태나 이런 것에 대하여 전혀 물어보지도 않았고, 듣지도 않았다’(공판기록 5권, 2462면), ‘공소외 5 주식회사가 뭐하는 회사인지 우리는 알 것 없고, 피고인의 재력을 믿고 빌려주면 된다는 분위기여서 빌려준 것이다’(공판기록 5권, 2467면)라고 진술하여 이 사건 대여는 공소외 5 주식회사의 변제능력과 아무런 상관 없이 피고인의 변제약속을 믿고 이루어진 것으로 보이는 점, ⑤ 피고인은 공소외 13 주식회사의 대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 13 주식회사의 주요 자금에 대하여 결재권을 행사하였으므로 공소외 14로서도 피고인의 요청을 거절할 수 없다 할 것이고, 위와 같은 위치에 있는 피고인이 구두로 공소외 13 주식회사에서 자금이 필요하면 언제든지 상환하겠다고 함으로써 이 사건 대여가 이루어진 것이라고 봄이 상당하고, 피고인이 공소외 14를 공소사실 기재와 같이 기망하였고, 공소외 14가 이에 착오를 일으켜 공소외 14가 공소외 5 주식회사에 대여하였다고 보기는 어려운 점, ⑥ 2007. 3. 19. 피고인이 공소외 1 주식회사를 공소외 9 주식회사에 양도하기 전에는 이 사건 대여금의 상환요청이 전혀 없었다가 위와 같은 양도가 이루어지고 이 사건 수사가 개시된 후에야 비로소 이 사건 대여를 문제삼은 것도 당시 공소외 14가 기망당하였는지에 관하여 의심이 들게 하는 점 등을 종합하여 보면, 검찰이 제출한 증거들만으로는 합리적 의심을 배제하고 피고인이 공소외 14를 기망하여 동인이 착오로 인하여 이 사건 대여를 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 그 증명이 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인의 위 주장은 이유 있다.

(8) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령) 및 배임증재의 점에 대한 판단

횡령죄에 있어서 재물의 보관이라 함은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하고 그 보관이 위탁관계에 기인하여야 할 것임은 물론이나, 그것이 반드시 사용대차·임대차·위임 등의 계약에 의하여 설정되는 것임을 요하지 아니하고, 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있다( 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005도 7610 판결 등 참조)

또한, 형법 제357조에 규정된 배임증재죄에 있어서의 부정한 청탁이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이에 관련되어 취득한 재물이나 재산상 이익의 액수와 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며, 그 청탁이 반드시 명시적으로 이루어져야 하는 것도 아니고 묵시적으로 이루어지더라도 무방하다( 대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조)

위 각 법리 및 원심이 적절하게 실시한 사유들에 의하면, 피고인들은 공모하여 공소외 16 주식회사 제3자 배정 유상증자에 참여하는 방법으로 경영권을 취득함에 있어, 피고인들의 개인자금으로 최대주주 도움에 경영권 취득에 대한 대가를 취급하는 대신 피고인들이 보관하고 있던 공소외 16 주식회사 소유의 유상증자 자금 중 50억 원을 공소외 15에게 대여하여 이를 횡령하고, 도움에 별도의 경영권 프리미엄을 지급하지 않는 한편 도움의 대표이사 겸 최대주주 공소외 15가 공소외 16 주식회사에 대한 경영권을 행사하지 않도록 하는 취지의 부정한 청탁의 대가로 위와 같이 50억 원을 대여하여 그 경제적 이익을 공여하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.



(9) 피고인 1, 4의 도움에 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단  
원심이 적절하게 설시한 사유들에 의하면, 피고인들은 2007. 8. 10.경 공소외 16 주식회사의 유상증자에 참여하여 공소외 16 주식회사의 대주주가 되었고, 그때부터 피고인 1은 총괄CEO, 피고인 4는 재무신규사업 CEO로 공소외 16 주식회사의 업무 전반에 관여하였고, 이 사건 50억 원의 도움에 대한 대여 당시 도움은 주된 매출처인 팬택의 워크아웃으로 지속적인 매출액의 감소가 예상되는 등 변제능력이 부족한 상황이었음에도, 피고인들은 공모하여 도움으로부터 적절한 담보를 제공받는 등 채권회수를 위한 조치를 취하지 않은 채, 단지 공소외 16 주식회사의 경영권을 취득하기 위하여 공소외 16 주식회사 소유의 유상증자 자금 중 50억 원을 도움에 대여하여 도움으로 하여금 50억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 16 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 충분히 인정할 수 있고, 비록 유상증자 이전에 이미 공소외 15를 비롯한 공소외 16 주식회사 경영진과 위 50억 대여에 대한 합의가 있었다 하더라도 이는 업무상배임죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 못하므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(10) 피고인 1, 4의 공소외 19 주식회사에 대한 35억 원 대여 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 된다( 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 원심이 설시한 사유들을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인들은 공모하여 당시 공소외 19 주식회사는 아파트시행업을 영위하는 회사로서 별다른 재산이 없어 외부자금이 유입되지 않고서는 회사 운영 및 사업 진행이 어려워 차용금을 변제할 능력이 의심스러운 상황이었음에도 담보제공 등 채권회수를 위한 조치를 취하지 않고 이사회 결의도 거치지 않은 채, 공소외 19 주식회사에 35억 원을 대여함으로써 위 회사로 하여금 동액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 16 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(11) 피고인 1의 사문서위조, 자격모용에 의한 사문서 작성 및 행사의 점에 대한 판단

주식회사의 적법한 대표이사라 하더라도 그 권한을 포괄적으로 위임하여 다른 사람으로 하여금 대표이사의 업무를 처리하게 하는 것은 허용되지 않는다.

따라서 대표이사로부터 포괄적으로 권한 행사를 위임받은 사람이 주식회사 명의로 문서를 작성하는 행위는 원칙적으로 권한 없는 사람의 문서 작성행위로서 자격모용사문서작성 또는 위조에 해당하고, 대표이사로부터 개별적·구체적으로 주식회사 명의의 문서 작성에 관하여 위임 또는 승낙을 받은 경우에만 예외적으로 적법하게 주식회사 명의로

문서를 작성할 수 있다( 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006도2016 판결 참조).

원심이 적절하게 실시한 사유들에 의하면, 피고인 및 피고인 4가 공소외 16 주식회사의 대표이사 및 이사로 각 선임되는 주주총회 개최일인 2007. 10. 2.까지는 당시 대표이사 공소외 17, 이사 공소외 18 명으로 이사회 회의록을 작성할 권한이 없었고, 또한 동인들로부터는 새로운 이사 선임에 대한 임시주주총회 소집통지를 위한 이사회를 제외하고는 이사회 회의록 작성에 관하여 별다른 동의를 받은 바 없음에도, 2008. 2.경 2007. 8. 17.자 공소외 15에 대한 50억 대여 관련 이사회 회의록, 2007. 9. 4.자 공소외 19 주식회사에 대한 10억 대여 관련 이사회 회의록에서의 '의장 대표이사 공소외 17'이라고 기재된 옆에 공소외 16 주식회사 대표이사 직인을 각 날인하고, '이사 공소외 18'이라고 기재된 옆에 피고인의 도장을 찍은 후 '代'라고 기재하여, 공소외 16 주식회사 대표이사 공소외 17 명의의 권리의무 또는 사실증명에 관한 사문서인 이사회 회의록 2부를 위조하고, 이사 공소외 18의 자격을 모용하여 이사회 회의록 2부를 작성하였다고 충분히 인정할 수 있고, 대표이사 공소외 17 명의의 위조는 위 법리에 비추어 가사 피고인이 공소외 17로부터 포괄적으로 권한 행사를 위임받았다고 하더라도 개별적·구체적으로 주식회사 명의의 문서 작성에 관하여 위임 또는 승낙을 받았다고는 볼 수 없으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 피고인 2의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단( 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여)

(1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인에 대한 이 부분 공소사실의 요지는 위 가의 (1)(가)항에서 본 바와 같고(다만, "피고인"은 " 상피고인 1"로, " 상피고인 2"는 "피고인"으로 변경), 그 외에 검사는 다시 예비적으로 피고인이 상피고인 1의 위와 같은 배임행위를 방조하였다는 것으로 공소제기를 하고 있다.

(2) 판단

형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 부담하여 실행하지 않은 자라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것이기는 하나, 이를 위해서는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 경우여야 한다( 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도2994 판결 등 참조).

또한, 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 그 방조는 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만 아니라, 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립한다.

그리고 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심적 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이 때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사

실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다고 할 것이며, 또한 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다(대법원 2007. 10. 26. 선고 2007도4702 판결 등 참조).

이 사건 기록에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

- (가) 피고인은 상피고인 1의 요청으로 2005. 2. 17.경부터 공소외 2 주식회사의 상무이사로 근무하면서 회사의 조직관리, 영업 등을 담당하였으나, 회사의 자금조달 등 주요한 경영상의 업무는 상피고인 1이 담당하였고, 피고인은 이에 대하여 관여하지 아니하였다.
- (나) 피고인은 공소외 1 주식회사와는 아무런 관련이 없어 공소외 1 주식회사의 공소외 2 주식회사 주식 인수의 필요성 및 절차의 적정성, 인수가격, 공소외 1 주식회사의 재정상황 등을 알 수 있는 위치에 있지 않았고, 그에 관한 의사결정에 어떠한 영향력을 행사할 수도 없었다.
- (다) 상피고인 1은 평소 공소외 2 주식회사 운영과 관련한 중요 결정을 혼자서 결정하였고, 피고인과 상의하거나 미리 알려주지 않았는데, 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 매도와 관련하여서도 상피고인 1은 피고인과 상의하거나 그 사실을 미리 알려준 것으로는 보이지 않는다.
- (라) 피고인은 보유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 500주에 대하여 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채 3억 7,500만 원 상당을 교부받아 후에 이를 상환받아 동액 상당의 금전적 이익을 받았으나, 위와 같은 이익은 상피고인 1이 공소외 1 주식회사 대표이사로서 공소외 2 주식회사 주식 전량을 매수한 것에 따른 것이지, 피고인이 이를 의도하고 행위한 것으로는 보이지 아니한다.
- (마) 피고인은 2006. 3. 6.경 상피고인 1의 지시에 따라 공소외 2 주식회사 세무대리를 담당하고 있던 워드회계법인에 외부 회계감사를 의뢰하였고, 2006. 3. 9.경 상피고인 1로부터 '공소외 2 주식회사 매각과 관련하여 세림회계법인 공인회계사 공소외 21로부터 연락이 올테니 요구하는 자료를 주라'는 지시를 받고, 이에 따라 공소외 2 주식회사의 회계자료 등을 제공하였는데, 다음에서 보는 바와 같이 피고인이 공소외 2 주식회사 재무제표를 분석하여 워드회계법인이나 세림회계법인에 제공하였다고 볼 수 없다.

#### 1) 선급비용

공소외 2 주식회사의 2005년도 대차대조표 및 손익계산서에는 2005. 12. 10. 공소외 117 주식회사에 지급한 위탁대행 수수료 94,726,200원, 같은 달 23. 공소외 5 주식회사에 지급한 무료보험대행료 75,087,240원, 같은 날 공소외 35 주식회사에 지급한 판촉물 제작비 3,300만 원, 같은 날 공소외 32 주식회사에 지급한 업무대행수수료 51,188,080원, 같은 달 27. 공소외 33 주식회사에 지급한 이메일광고대행료 21,560,000원 등 비용 합계 2억 75,561,250원을 자산계정 중 선급비용으로 처리되었다.

그러나 ① 피고인 1의 변호인이 제출한 증 제4호증의 기재(회계법인 리안 작성의 회계처리 적정성 검토의견서, 공판기록 1권 359면), 한국회계기준원에 대한 당심의 사실조회결과 및 당심 증인 공소외 34의 증언 등에 의하면, 공소외 2 주식회사는 홈쇼핑업체 등으로부터 고객정보가 들어있는 데이터베이스를 구입하고 이를 이용하여 전화로 보험을 판매하는 보험상품 판매대행업을 영위하는 회사로서, 외부에서 구매된 데이터베이스는 각 판매원들에게 분배되고, 이들 판매원은 각자 분배받은 데이터베이스 상의 고객에게 오랜기간 동안 여러 차례 전화를 걸어 보험상품의 필요성과 특성, 차별성 등을 설명하여 보험상품에 가입하도록 권유하고, 실제 계약이 체결된 건에 대하여 회사가 판매수수료를 수령하므로, 데이터베이스 구매대금은 무형자산에 해당하는 점, ② 따라서 원칙적으로 데이터베이스 구매대금을 무형자산으로 계상하고 자산의 활용가치 및 활용가능기간을 고려하여 적정 상각기간 및 상각방법을 정하여 일관적이고 체계적으로 비용화하는 것이 원칙이지만, 이 사건과 같이 12월 결산시 매월 청구된 구매대금에 대하여 월별 수익실현 비율을 곱하여 연간 비용화할 부분과 선급비용(자산)으로 이연처리할 부분을 구분하는 방법에서의 계상도 가능한 점, ③ 공소외 2 주식회사는 위와 같은 선급비용 계상방법으로 데이터베이스 구매대금 3억 3,400만 원을 다음해로 이연처리할 대상으로 산출하고, 2004년도 데이터베이스 구매대금 중 2005년에 영업에 이용하였다고 산정한 8,800원을 공제한 2억 4,600여 만 원 및 배포되지 않은 위 공소외 35 주식회사에 대한 광고인쇄물 외주제작 비용 3,300여만 원 합계 2억 7,900여만 원 상당을 2005년도 선급비용으로 계상하였는바, 이는 일반적 회계처리기준에 따른 적정한 것으로 봄이 상당하므로 이 부분을 분식회계라고 볼 수 없다.

## 2) 퇴직급여충당금

2005. 12. 31.경 당시 종업원 6명에 대한 퇴직급여충당금 24,620,017원을 비용 및 부채 계정에 계상하지 않아 그에 상응하는 액수 만큼 2005년도 영업이익 및 자산이 증가한 것은 사실이다.

그러나 ① 퇴직급여충당금은 종업원이 퇴직할 경우에는 근로기준법 또는 노사간의 단체협약에 따라 퇴직금을 지급하게 되어 있으나, 불규칙적으로 발생하는 퇴직금을 발생하는 대로 그 해당년도의 손비로 처리한다면 기간손익계산의 관점으로 보아 타당하지 않아 당해 종업원의 재직기간 중의 각 기간에 사전 배분하여 매기마다 일정액을 비용화하여 처리하는 것으로 실제로 비용을 지출하는 것이 아니고 관념상 부채에 충당하는 것이어서 회계전문가가 아닌 경우 이를 누락하는 경우가 많은 점, ② 당시 공소외 2 주식회사의 경리담당자인 공소외 36은 '퇴직급여충당금을 계상해야 되는지 계정과목도 모르는 상태에서 결산을 담당하는 위드회계법인에서 퇴직급여충당금을 계상하라는 이야기를 들은 적도 없다'고 진술하여( 2009고합87피고인 2, 3 사건 증거기록 107면) 위드회계법인의 외부회계감사이전까지는 회계프로그램에 위 퇴직급여충당금이 계상되지 않았을 가능성이 높은 점, ③ 위드회계법인 공인회계사 상피고인 3 및 공소외 2 주식회사 담당 직원 공소외 37은 외부회계감사시 이를 발견하여 공소외 2 주식회사 회사에 문의하니 회사에서 연봉제를 실시하고 있기 때문에 퇴직금이 없다고 확인받았다고 진술하나, 상피고인 3은 '피고인 2로부터 직접 들은 것은 아니고, 공소외 37을 통해서 들었다'고 진술하고(공판기록 2권 693면), 공소외 37은 '피고인 3 지시로 공소외 2 주식회사에 연봉제를 실시하냐고 물었고, 주로 회계 관련 통화는 공소외 36과 하였으므로 추측하건대 공소외 36이었을 것이다'라고 진술하여(공판기록 3권 1243면) 추측에 의하여 위와 같은 진술을 하는 점, 공소외 36은 검찰 및 원심 법정에서 일관하여 '공소외 37로부터 퇴직급여충당금이 계상되지 않은 이유를 문의받거나 이에 대하여 연봉제라 퇴직급여를 계상하지 않았다고 답변한 적이 없다.

퇴직금 계산하는 것도 몰라 위드회계법인에 그 방법 등을 문의해서 처리하였다'고 진술하는 점( 2009고합87피고인 2, 3 사건 증거기록 107면, 공판기록 3권 1229면), 단순히 연봉제라는 이유만으로는 퇴직급여충당금을 설정하지 않아도 되는 것은 아닌 점 등에 비추어 상피고인 3 및 공소외 37의 진술은 이를 그대로 믿기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 당시 피고인이 고의로 퇴직급여충당금을 계상하지 아니하였거나, 상피고인 3에게 연봉제라고 거짓말을 하여 이를 계상하지 않도록 한 것은 아니라고 봄이 상당하므로, 이를 영업이익이나 자산을 과대계상할 목적이 있는 분식 회계라고 볼 수 없다.

### 3) 감가상각비

세림회계법인의 공소외 21에게 제공한 대차대조표 및 손익계산서의 비용계정 중 유형자산 감가상각비 계정과목이 상각월수가 12개월이 아닌 5개월로 입력되어 2005년 감가상각비가 39,727,731원으로 계산되어 원래의 85,418,104원에서 45,690,373원(53.5%) 만큼 과소계상되었고, 공소외 2 주식회사에 대한 외부회계감사 기간 중에 위드 회계법인의 상피고인 3이 위와 같이 과소계상되었던 부분을 발견하여 이를 정정하여 입력한 사실은 인정된다.

그러나 ① 당시 공소외 2 주식회사가 사용하던 회계기장 컴퓨터 프로그램인 더존프로그램은 평상시 매일 발생하는 회계전표에 의하여 각 계정항목에 수치를 입력하여 나가다가, 어떤 회계기준일을 입력하고 계산 버튼을 누르면 프로그램 안에서 월수까지도 자동으로 계산되는데, 감가상각비의 경우도 자산명, 취득일자, 취득가액, 감가상각방법, 내용연수 등의 항목을 입력하고 결산 기준일을 입력하면 자동으로 상각월수가 계산되어 감가상각비명세서가 출력되는 점, ② 상피고인 3은 '위와 같이 상각월수에 오류가 발생한 것은 누군가 의도적으로 2005. 5월달 결산 등을 위하여 상각월수에 수동으로 "5"를 입력하고, 이를 다시 자동으로 계산되게끔 프로그램을 원상회복시켜놓지 않았기 때문이다'라는 취지로 진술하는데(공판기록 3권 682, 683면), 공소외 38(위드회계법인 담당 과장)은 '공소외 2 주식회사에서 전표 입력을 한 후 위드회계법인에 회계프로그램을 보내오면 각 계정과목이 틀린 것이 없는지 검토한 다음 감가상각비 계산을 해가지고 공소외 2 주식회사에 다시 보내준다.

감가상각비가 과소계상된 것은 위드회계법인이 공소외 2 주식회사 제공한 것이다'라고 진술하고(공판기록 2권 722, 723면), 공소외 39(공소외 2 주식회사 회계담당 직원)은 '종전 공소외 2 주식회사 세무대리를 맡았던 신정회계법인에서 2005. 5. 가결산하면서 위와 같은 오류가 발생한 것으로 보인다.

신정회계법인 경리담당직원은 2005. 5. 공소외 2 주식회사 가결산자료가 있으나 법원이나 검찰의 요구 없이 자신에게 이를 출력하여 줄 수는 없고, 검찰에서 이미 그 가결산 자료를 가져갔다고 말하였다'고 진술하여(공판기록 4권 1982면) 신정회계법인이 2005. 5. 공소외 2 주식회사에 대하여 가결산을 하면서 위 더존프로그램의 감가상각비 상각월수를 "5"로 수동입력하였을 가능성을 배제할 수 없는 점, ③ 위와 같은 오류는 공인회계사가 아닌 일반인도 쉽게 발견할 수 있는 오류로서 쉽게 발견할 수 없는 수치의 조작으로 이익이나 자산을 부풀리는 분식회계의 방법으로 흔히 사용되는 것은 아니고, 단순한 입력의 실수라고 봄이 상당한 점, ④ 피고인은 상피고인 1이 구속되자 2008. 11. 27.경 상피고인 3 명의의 '감가상각비 처리에 대한 의견서'(공판기록 2권 616면)를 제출하였는데, 이를 피고인의 요청에 의하여 상피고인 3이 명의만 빌려주었다는 사정만으로 피고인이 상각월수를 임의로 조작하여 감가상각비를 축소하였다고는 볼 수 없고, 그 내용에 비추어 '2005. 5월에 가결산을 하였다면 그와 같은 잘못이 있을 수 있다'는 피고인 3의 검찰 및 원심 법정에서의 진술과 대체로 일치하여 오히려 피고인이 위와 같이 고의로 감가상각비를

축소하였다는 것에 대한 탄핵증거가 되는 점, ⑤ 상피고인 3은 '피고인이 제공한 2005년도 손익계산서에는 데이터 베이스 구입비용 등을 매출원가로 처리하지 않고 판매비 및 관리비 항목인 광고선전비나 기타 수수료로 기장하여 와서, 자신이 이를 매출원가로 재분류하여 손익계산서를 수정하였다'고 진술하여(공판기록 2권 685면) 공소외 2 주식회사의 회계기장에 여러 가지 착오가 있었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 검찰 제출 증거만으로는 피고인이 2005년 결산시 더존프로그램의 감가상각비 상각월수를 고의로 12개월이 아닌 5개월로 입력한 것은 아니라고 봄이 상당하므로, 이를 영업이익이나 자산을 과대계상할 목적이 있는 분식회계라고 볼 수 없다.

위 법리에 비추어 위 사정들(특히 피고인이 분식회계를 한 바가 없는 점)을 종합하면, 피고인이 상피고인 1과 위 공소외 2 주식회사 주식 인수에 관하여 공동가공의사를 가지고 위 주식 인수로 인한 업무상배임 범죄에 대하여 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 한 바가 없으므로 피고인에게 공동정범의 죄책을 물을 수 없고, 또한 피고인이 상피고인 1이 위와 같은 공소외 2 주식회사 주식 인수로 인하여 업무상배임 범행을 한다는 것을 알았거나 이를 방조한다는 의사가 없어 정범의 고의는 물론 방조의 고의도 없었다고 봄이 상당하므로, 상피고인 1의 위 업무상배임죄에 대한 방조범의 죄책 역시 물을 수 없다고 할 것이다.

다.

피고인 3의 법리오해 주장에 대한 판단

사문서위조, 동 행사죄의 객체인 사문서는 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 가리키고, 권리·의무에 관한 문서라 함은 권리의무의 발생·변경·소멸에 관한 사항이 기재된 것을 말하며, 사실증명에 관한 문서는 권리·의무에 관한 문서 이외의 문서로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서를 의미한다.

그리고 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서는, 법률관계의 발생·존속·변경·소멸의 전후과정을 증명하는 것이 주된 취지인 문서뿐만 아니라 직접적인 법률관계에 단지 간접적으로만 연관된 의사표시 내지 권리·의무의 변동에 사실상으로만 영향을 줄 수 있는 의사표시를 내용으로 하는 문서도 포함될 수 있다고 할 것인데, 이에 해당하는지 여부는 문서의 제목만을 고려할 것이 아니라 문서의 내용과 더불어 문서 작성자의 의도, 그 문서가 작성된 객관적인 상황, 문서에 적시된 사항과 그 행사가 예정된 상대방과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다( 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도8527 판결 참조).

위 법리에 비추어 살피건대, 원심은, 감사조서는 감사인이 감사를 실시하여 감사의견을 표명한 경우 회사의 회계기록으로부터 감사보고서를 작성하기 위하여 적용하였던 감사절차의 내용과 그 과정에서 입수한 정보 및 정보의 분석결과 등을 문서화한 서류(자기테이프·디스켓, 그 밖의 정보보존장치를 포함한다)를 말하는바( 외감법 제14조의2 제1항), 감사 당시 감사절차가 적정하게 이루어졌는지 여부를 심사하는 중요한 문서로서 그 내용에 따라 기업과 관련 있는 주주, 임원, 투자자 등 이해관계인들에게 상당한 영향을 미치고, 사후에 금융감독원 등이 그 내용에 있어서 분식회계가 이루어졌는지, 감사인이 분식회계사실을 파악하기 위하여 얼마나 노력하였는지 파악할 수 있는 자료로 사용되는 것으로 중요한 사실을 증명하는 사문서에 해당하고, 감사인은 감사조서를 감사종료 시점부터 8년간 보존하여야 한다는 규정( 외감법 제14조의2 제2항)의 취지에 비추어 감사종료 시점에 완성된 문서라고 봄이 상당하며, 피고인은 검찰에 제출하여 이를 행사할 목적으로 2008. 11. 28.경 이 사건 감사조서에 2005. 12. 31.기준 공소외 2 주식회사 수정사항집계표 등을 2006. 3. 10.자로 소급 작성하여 감사조서에 끼워넣고, '선급비용 명세서' 하단에 감사보

고서에서 데이터베이스 구입비용 및 판촉물제작비를 선급비용으로 계상한 것이 타당하다는 취지의 기재를 삽입하여 위드회계법인 명의의 감사조서를 변조하였고, 2008. 12. 1.경 위와 같이 변조한 감사조서를 그 정을 모르는 검찰 수사관 공소외 136에 제출함으로써 이를 행사하였으므로 사문서변조 및 동행사죄가 성립한다고 하였는바, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

라. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

- (1) 피고인 1에 대한 사실오인 주장에 대한 판단( 공소외 4 소유 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당 횡령의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 공소외 4로부터 2005. 12. 21.경 로제화장품, 공소외 2 주식회사 등의 운영자금 명목으로 2억 5,000만 원을 자신 명의의 조흥은행 계좌로 송금받고 그 보답으로 2005. 12. 31.경 공소외 4에게 자신 소유의 공소외 2 주식회사 주식 500주를 양도하고, 2006. 1. 9. 공소외 2 주식회사 주식 200주를 추가로 양도하였다.

피고인은 2006. 3. 13.경 공소외 1 주식회사 사무실에서 공소외 4가 소유하고 있는 공소외 2 주식회사 주식 700주를 함께 5억 2,500만 원(1주당 75만 원)에 공소외 1 주식회사에 매도하는 내용의 주식매매계약서를 작성한 후 같은 달 14.경 공소외 1 주식회사로부터 위 주식 매매대금 명목으로 5억 2,500만 원 상당의 무기명 분리형의 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 교부받아 공소외 4를 위하여 보관하던 중, 공소외 4에게 위와 같은 사실을 숨기고 그의 투자지분을 제3자에게 원금에 3,000만원의 웃돈을 얹어 매각한 것처럼 거짓말하고 같은 해 4. 24.경 공소외 4 명의의 하나은행 계좌로 2억 8,000만 원을 송금하는 방법으로 공소외 4 소유의 위 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당을 공소외 4에게 반환하지 아니하고 횡령하였다.

(나) 판단

원심은 기록에 나타난 여러 사정들을 종합하여, 피고인은 공소외 4의 허락을 받고 공소외 4 명의로 교부받은 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채 5억 2,500만 원을 매각하여 그 대금 2억 8,000만 원을 공소외 4에게 교부하였다고 봄이 상당하고, 달리 피고인이 신주인수권부 사채 2억 4,500만 원 상당을 공소외 4에게 반환하지 아니하여 이를 횡령하였다고 인정할 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

- (2) 피고인 2에 대한 법리오해 주장에 대한 판단(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 피고인 1로부터 공소외 2 주식회사의 2005년도 회계감사를 의뢰하라는 지시를 받고 2006. 3. 9.경 공소외 2 주식회사의 기장업무를 대리해 온 위드회계법인에 회계감사를 의뢰한 후, 위드 회계법인 소속 공인회계사인 피고인 3에게 비용 계정 중 광고선전비, 기타 수수료 등의 계정과목에 계상하여야 할 위탁대행수수료 등 합계 2억

75,561,520원을 자산 계정 중 선급비용 계정과목에 허위계상한 선급비용 명세서를 제공하고, 공소외 2 주식회사에 선급비용 명세서의 진위를 문의해 온 위드회계법인 직원 공소외 38과 공소외 37에게 선급비용 명세서의 내용이 진실하다고 거짓말을 하였다.

또한 피고인은 2005. 12. 31.경 현재 1년 이상 재직한 종업원 6명에 대한 퇴직급여충당금 24,620,017원을 비용 및 부채 계정에 계상하지 않고 누락시킨 다음, 피고인 3의 지시를 받고 공소외 2 주식회사에 퇴직급여 충당금의 누락 경위를 문의해 온 위 공소외 38과 공소외 37에게 " 공소외 2 주식회사는 연봉제를 실시하고 있기 때문에 퇴직급여충당금을 계상할 필요가 없다"는 취지로 거짓말을 하였다.

결국 피고인은 외부감사인인 위드회계법인에 소속된 공인회계사 피고인 3에게 비용과 부채를 줄이고 영업이익과 자산을 늘린 허위의 2005년도 회계자료를 제시하고, 그와 같은 회계자료의 진위 여부를 문의한 것에 대해 아무런 하자가 없는 것처럼 거짓말하여 위드회계법인으로 하여금 피고인이 제출한 대차대조표, 손익계산서, 이익잉여금처분계산서, 현금흐름표 등의 재무제표가 ' 공소외 2 주식회사의 2005. 12. 31. 현재의 재무상태와 동일로 종료되는 회계연도의 경영 성과, 이익잉여금의 변동과 현금흐름의 내용을 일반적으로 인정된 회계처리기준에 따라 중요성의 관점에서 적정하게 표시하고 있다.

'는 취지의 감사의견을 제출하게 함으로써 감사인의 정상적인 외부감사를 방해하였다.

(나) 판단

외감법 제20조 제2항 제3호는 감사인의 정상적인 외부감사를 방해한 행위에 대하여 처벌하도록 규정하고 있다.

외감법 제1조는 "이 법은 주식회사로부터 독립된 외부의 감사인(이하 '감사인'이라 한다)이 그 주식회사에 대한 회계감사를 실시하여 회계처리의 적정을 기하게 함으로써 이해관계인의 보호와 기업의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다.

"라고 규정하여 '감사인'이라는 용어를 사용하면서도 그 규정에서 감사인의 의미에 관하여는 따로 정의를 해 두고 있지 않은 채, 제2조에서는 "직전 사업연도 말의 자산 총액이 대통령령이 정하는 기준액 이상인 주식회사는 재무제표를 작성하여 감사인에 의한 회계감사를 받아야 한다.

"고 규정하고, 제3조는 '감사인'이라는 제목으로 그 제1항에서 "제2조의 규정에 의하여 감사를 실시하는 감사인은 다음과 같다.

(단서 생략)"고 하면서 '공인회계사법 제23조의 규정에 의한 회계법인'과 '공인회계사법 제41조에 의하여 설립된 한국공인회계사회에 등록된 감사반'을 규정하여 외감법 제2조에 의한 외부감사의 대상인 주식회사의 감사인을 회계법인과 감사반으로 제한하고 있는바, 주식회사의 회계처리의 적정과 이해관계인 보호 등을 목적으로 하는 외감법의 취지와 감사기준 및 감사인의 권리·의무와 책임 등에 관하여 엄격한 규정을 두고 있는 외감법의 제반 규정에 비추어 볼 때, 외감법에서의 감사인은 외감법 제2조 또는 증권거래법 제194조의3 등의 법령에 의하여 외부의 회계감사를 받아야 하는 회사에 대하여 감사를 실시하는 회계법인과 감사반을 의미하는 것으로 제한하여 해석할 수밖에 없고, 외감법 제20조 제2항 제3호는 위와 같은 감사인의 감사 업무를 방해하는 행위를 처벌하는 것으로 보아야 한다( 대법원 2004. 5. 13. 선고 2002도7340 판결 참조).



원심은 위와 같은 법리에 따라서 외감법 제2조 및 같은 법 시행령 제2조에외부의 감사인에 의하여 회계감사를 받아야 할 대상 주식회사는 '직전사업연도말의 자산총액이 70억 원 이상인 주식회사'로 규정하고 있고, 공소외 2 주식회사의 2004년의 자산총액이 70억 원이하이므로 외부회계감사를 필수적으로 받아야 하는 것은 아니라는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 이 점에 관한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 3에 대한 법리오해 주장에 대한 판단(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2006. 3. 9.경 피고인 2로부터 2005년도 공소외 2 주식회사 회계감사를 의뢰받고 같은 달 10.부터 12.까지 위드회계법인 명의로 회계감사를 실시한 후 감사보고서 및 감사조서를 작성하였다.

피고인은 2008. 11. 28.경 서울중앙지방검찰청 금융조세조사 제1부 소속 수사관 공소외 136으로부터 피고인 2 등에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 사건 수사와 관련하여 위 회계감사시 작성한 위드 회계법인 명의로의 감사조서를 제출해 달라는 요청을 받고, 서울 강남구 논현동 소재 위드 회계법인 사무실에서, 2005. 12. 31.자 기준 공소외 2 주식회사 수정사항집계표와 당좌자산, 투자자산, 유형자산, 자본, 매출, 영업 외 손익, 법인세 등의 증감 현황 등에 관한 명세서를 2006. 3. 10.자로 새로 작성하여 감사조서에 끼워 넣고, 감사조서에 편철되어 있는 선급비용명세서 하단에 피고인 2가 주장하는 선급비용 계상내용을 검토한 결과 선급비용 계상이 타당하다는 취지의 문구를 마치 위 회계감사 당시 기재한 것처럼 연필로 기입한 다음 2008. 12. 1. 퀵서비스 편으로 위 감사조서를 위 수사관에게 제출함으로써, 2005년도 공소외 2 주식회사 회계감사와 관련하여 위드 회계법인이 작성한 감사조서를 변조하였다.

(나) 판단

원심은 법령상 외감법에 의한 외부감사의 대상이 되지 않은 공소외 2 주식회사가 임의로 회계법인에 감사를 의뢰하였다고 하여 당해 회계법인을 외감법상의 감사인으로 볼 수 없으므로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 앞서 본 2002도7340호 대법원판결의 법리에 비추어 보건대, 이 점에 관한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

마. 피고인 3 및 검사의 위 피고인에 대한 양형부당 주장에 대한 판단

피고인은 수사기관의 요청을 받고 감사조서를 제출함에 있어 이를 변조하여 그에 상응한 처벌을 받아야 하나, 피고인에게 벌금형 외에 다른 전과가 없는 점, 감사조서에 대한 변조 정도가 심하지 아니하고, 부실한 감사조서를 보충하기 위한 동기가 있어 그 경위에 있어 참작할 만한 사정이 있는 점 등 이 사건 공판과정에 나타난 여러 가지 양형 조건들을 참작하여 보면, 피고인에 대한 원심의 선고형량은 다소 무거워 부당하고, 너무 가벼워 부당하다고는 인정되지 않는다.

3. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분 중 제이온라인 주식 인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점, 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점, 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)의 점, 피고인 4에 대한 유죄부분 중 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점, 피고인 2에 대한 유죄부분은 위에서 본 바와 같이 모두 범죄의 증거가 없어 무죄를 선고하여야 하며, 피고인 1, 4의 위 각 부분과 피고인 1, 4의 나머지 유죄부분은 형법 제 37조 전단의 경합범관계에 있다 하여 하나의 형이 선고되어, 결국 원심판결 중 피고인 1, 4, 2에 대한 유죄부분은 그 전부를 그대로 유지할 수 없게 되었고, 피고인 3의 항소는 이유 있으므로, 피고인 1, 4의 양형부당 및 검사의 위 피고인들에 대한 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여, 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄부분을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 원심판결 중 피고인 1, 2의 무죄부분 및 피고인 3에 대한 검사의 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 4

(1) 피고인 1의 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 배임행위 및 배임의 고의가 없다는 주장

피고인이 공소외 1 주식회사(○○○, □□□를 거쳐 현재와 같이 회사명이 변경됨)의 대표이사로서 공소외 2 주식회사의 주식을 주당 75만 원 합계 150억 원에 인수할 당시, 공소외 1 주식회사는 누적적자가 약 300억 원에 달하였고 매출액도 상당 부분 가공매출로서 향후 상장폐지가 될 가능성이 높아 실질적인 매출과 수익을 창출할 수 있는 새로운 사업의 도입이 필요하여 공소외 2 주식회사 인수를 추진하였고, 공소외 2 주식회사는 2005년도에 132억 원 상당의 매출을 달성한데다가 2006. 4.경부터 복합티엠 영업을 실시할 예정으로 전망이 좋은 회사였으며, 피고인은 위 주식 인수 전에 세림회계법인에 주식가치 평가를 의뢰하여 그 평가결과를 바탕으로 매입가격을 결정한 이상 이는 임무위배행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 피고인에게 배임의 고의가 없다.

(나) 재산상 손해가 없다는 주장

피고인이 세림회계법인이 평가한 공소외 2 주식회사 주식에 대한 평가액(주당 821,715원)을 기초로 보수적인 관점에서 할인한 주당 75만 원에 매입가격을 결정한 이상 그 매입가격이 적정하다고 보아야 하므로, 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수함에 있어 공소외 1 주식회사에 대하여 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

(다) 재산상 손해액의 산정에 관한 주장

피고인의 위와 같은 행위가 배임에 해당한다 하더라도 공소외 3이 피고인에게 투자한 6억 원에 대한 상환 명목으로 피고인으로부터 교부받은 공소외 2 주식회사 주식 8,000주의 주당 가격 75,000주를 공소외 2 주식회사의 주당 적정 가격으로 본 것은 잘못이고, 공소외 2 주식회사의 주주들이 주식 양도대가로 취득한 현금 100억 원 및 50억 원 상

당의 신주인수권부사채(변제 및 행사시기가 1년 이후로 제한)의 총가치는 150억 원 이하이므로, 주주들의 이득액 및 공소외 1 주식회사의 손해액을 135억 원으로 산정한 것은 부당하다.

- (2) 피고인 1의 공소외 2 주식회사에 대한 대여와 관련된 30억 원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

피고인은 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 자회사인 공소외 2 주식회사의 영업에 필수적인 고객 데이터베이스를 안정적으로 확보하기 위하여 공소외 5 주식회사를 인수할 필요성이 있어 그 인수자금 명목으로 공소외 2 주식회사에 30억 원을 대여한 행위는 경영상 판단에 따른 행위이고, 피고인이 그 과정에서 원심이 인정한 바와 같이 7억 5,000만 원의 차익을 취한 바 없으므로, 이는 배임행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 배임의 고의가 없다.

- (3) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대여 관련 5억 원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여  
피고인은 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 2006. 7. 14.부터 2007. 1. 8.까지 사이에 공소외 5 주식회사에 총 17억 원을 대여하여 그 중 이 사건 대여금 5억 원을 제외한 나머지 12억 원을 상환받았는데, 위 자금 대여행위는 공소외 1 주식회사의 손자회사인 공소외 5 주식회사의 공소외 6 주식회사 지분 인수, 운영자금 등의 영업을 위한 것이므로, 이는 경영상 판단에 따른 행위로서 배임행위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 배임의 고의도 없다.

- (4) 피고인 1의 공소외 7 주식회사 주식인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

피고인은 공소외 1 주식회사가 생산하는 타포린의 안정적인 공급처를 확보함과 동시에 저평가되어 있는 공소외 7 주식회사(후에 △△△로 회사명이 변경됨)의 주식을 매수할 경우 향후 주가상승으로 인한 투자수익을 얻을 수 있다고 기대하였고, 만약 주가가 상승하지 않더라도 경영권 프리미엄을 받고 주식을 제3자에게 양도하면 된다고 판단하여 공소외 7 주식회사 주식을 적정한 가격에 인수하였고, 당시 실제로 공소외 1 주식회사의 CFO였던 공소외 8 이사가 공소외 7 주식회사의 이사를 겸직하여 공동경영에 참여하였으며, 다만 공소외 1 주식회사를 인수한 공소외 9 주식회사가 공소외 3 및 공소외 10 주식회사 측과 협력하지 아니하고 공소외 7 주식회사 주식을 장내에서 일방적으로 매각하여 손해를 입게 된 것이므로, 피고인의 위와 같은 주식 인수행위는 배임행위에 해당하지 아니하고 배임의 고의도 없다.

- (5) 피고인 1, 4의 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점에 대하여

피고인들은 이 사건 차량을 리스할 당시 공소외 9 주식회사와 주식양수도 계약을 체결하였으나 계약금만 지급하였을 뿐 공소외 1 주식회사의 임원으로서의 권한을 완전히 상실한 때가 아닐 뿐만 아니라, 공소외 1 주식회사의 신경영진은 피고인들이 공소외 1 주식회사를 떠난 이후에도 차량이 필요할 것으로 예상하여 피고인들이 위 차량을 리스하여 사용하는 것을 승낙하였으므로, 배임행위에 해당하지 아니하고 배임의 고의도 없다.

- (6) 피고인 1의 공소외 11 주식회사 소유 설비부품 4억 9,235,751원 상당 업무상횡령의 점에 대하여

피고인은 ① 공소외 12에게 공소외 11 주식회사 소유의 설비부품에 관하여 매각을 의뢰한 사실이 없고, ② 공소외 12로부터 교부받은 3억 원은 위 설비부품의 매각대금이 아니라 공소외 12로부터 차용한 자금에 불과하며, ③ 자신과 공소외 12도 공소외 11 주식회사로부터 위 설비부품을 매수한 것으로 알고 있었다.

따라서 피고인이 횡령행위를 하였다고 할 수 없고, 횡령의 범의도 없다.

(7) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대출 관련 34억 75,288,900원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대하여

(가) 대출금의 실질적인 주채무자는 피고인이라는 주장

피고인 개인 명의의 대출이 만기가 되자 신한은행 양재남기업금융지점으로부터 대출명의자를 법인으로 바꾸어달라는 요청을 받고 공소외 5 주식회사의 명의만을 잠시 빌린 것인바, 이는 통정허위표시에 해당하여 실질적인 주채무자는 피고인으로서 위 대출금은 공소외 5 주식회사의 소유가 아닌 피고인의 소유이므로 횡령죄가 성립될 수 없다.

(나) 불법영득의 의사가 없다는 주장

가사 그렇지 않다 하더라도 피고인 및 아버지의 공동 소유의 부동산이 담보로 제공되어 있었고, 대출금 이자를 피고인이 상환하다가 2007. 12. 21. 대출금을 모두 변제하였으므로, 피고인에게 불법영득의 의사가 없다.

(8) 피고인 1의 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)에 대하여

공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사에 자금을 대여한 행위는 공소외 1 주식회사의 계열회사들 사이의 자금지원 행위로서, 자회사인 공소외 13 주식회사의 대표이사 공소외 14가 모회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인에게 기망당하였다고 볼 수 없고, 당시 피고인은 공소외 5 주식회사가 위 대여금을 상환할 능력이 있다고 믿었으므로, 이는 기망행위가 존재하지 아니하고 또한 편취의 범의도 없다.

(9) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대하여

(가) 공소외 16 주식회사가 대여자라는 주장

공소외 15에 대한 이 사건 대여금 50억 원은 당초 피고인들의 개인 자금으로 대여하기로 한 것이 아니라 공소외 16 주식회사 회사자금으로 대여하기로 이미 합의하였던 것이고, 공소외 16 주식회사의 경영권을 실질적으로 지배하고 있던 공소외 15와 협의하는 등 공소외 16 주식회사가 내부 의사결정절차를 거쳐 공소외 15에게 대여한 것이므로, 피고인들의 개인 자금으로 공소외 15에게 대여하기로 하였다는 것을 전제로 한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 원심은 부당하다.

(나) 불법영득의사가 없다는 주장

피고인들이 공소외 15에게 50억 원을 개인자금으로 대여하여 주기로 하였음에도 공소외 16 주식회사의 자금으로 대여하여 주었다고 하더라도, 대여 당시 공소외 15 소유의 도움 주식 100만 주를 담보로 제공받고 공소외 15가 대여금을 모두 변제한 점에 비추어 불법영득의 의사가 없다.

(10) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 배임증재의 점에 대하여

피고인들은 도움의 대표이사이자 최대주주인 공소외 15에게 '도움에 별도의 경영권 프리미엄을 지급하지 않는 한편 공소외 16 주식회사에 대한 경영권을 행사하지 않도록 해달라'는 취지의 부정한 청탁을 한 사실이 없다.

(11) 피고인 1, 4의 도움에 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 피고인들이 대여에 관여하지 않았다는 주장

공소외 16 주식회사가 도움에 50억 원을 대여한 것은 피고인들이 공소외 17, 18로부터 공소외 16 주식회사에 대한 업무인수인계를 받기 전에 이미 실질적 경영자 공소외 15, 등기이사 공소외 17, 18에 의하여 이사회 결의와 자금집행이 모두 이루어진 것으로 피고인들이 이에 관여한 바 없다.

(나) 배임의 범의가 없다는 주장

이 사건 대여 당시 도움이 일시적인 유동성 부족을 겪고 있기는 하였지만, 2007. 9. 30. 당시 자산은 812억 원, 부채는 443억 원으로 순자산이 369억 원에 달하여 변제자력이 충분하였으므로, 피고인들에게 배임의 고의가 없다.

(12) 피고인 1, 4의 공소외 19 주식회사에 대한 35억 원 대여 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여

(가) 피고인들의 배임의 범의가 없다는 주장

공소외 19 주식회사(후에 ◇◇◇로 회사명이 변경됨)는 4,000억 원 상당의 사업규모로 용인시 남곡지구 아파트시행사업을 진행하고 있어, 위 사업을 성공하면 상당한 이익을 얻을 수 있으므로 위 대여금을 충분히 상환할 능력이 있다고 믿었고, 실제로 공소외 19 주식회사는 2007. 12. 중순경 토마토상호저축은행으로부터 PF자금 40억 원을 대출받아 같은 해 12. 21.경 공소외 16 주식회사에 원금 35억 원 및 이자를 모두 변제하였으므로 배임의 범의가 없다.

(나) 피고인 4의 공모한 바 없다는 주장

피고인 4는 이 사건 대여에 관하여 피고인 1과 상의하거나 관여한 바 없으므로 공동정범이 성립하지 아니한다.

(13) 피고인 1의 사문서위조, 자격모용에 의한 사문서 작성 및 동행사의 점에 대하여

피고인은 공소외 20 등에게 이사회회의록을 작성하라고 지시한 적이 없을 뿐만 아니라, 가사 지시하였다고 하더라도 2007. 8. 17. 공소외 17, 18로부터 인수인계시 '사임에 관한 특약'에 의하여 신규이사 선임을 위한 임시주주총회 소집결의 외의 이사의 모든 직무에 관련된 일체의 권한을 포괄적으로 위임받았다.

(14) 양형부당

피고인들에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 각 형량( 피고인 1 : 징역 3년 6월, 피고인 4 : 징역 3년, 집행유예 4년, 사회봉사 160시간)은 지나치게 무거워 부당하다.

나. 피고인 2( 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해}

(1) 배임의 고의가 없다는 주장

피고인은 대표이사인 상피고인 1의 지시에 의하여 세림회계법인에 회계관련자료를 제공하여 이에 대하여 설명하여 주었을 뿐 공소외 1 주식회사와는 아무런 관련이 없어 공소외 1 주식회사의 상황을 전혀 알지 못하였기 때문에, 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수할 필요성이 있는지, 인수가격을 적절히 평가하였는지 등을 전혀 알지 못하였으므로, 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 인수로 인하여 공소외 1 주식회사에 손해를 가한다는 것을 인식하지 못하였다 할 것이어서, 피고인에게 배임의 고의가 없다.

(2) 배임의 공동정범 내지 방조범이 아니라는 주장

가사 상피고인 1의 행위가 공소외 1 주식회사에 대한 배임행위가 된다 하더라도, 피고인은 상피고인 1과 공모한 바 없고, 피고인 1의 지시에 의하여 공소외 2 주식회사 회계자료를 공소외 1 주식회사 측에서 지정한 세림회계법인에 회계관련자료를 제공하였을 뿐 기능적행위지배에 해당하는 기여를 한 바도 없으며, 위와 같은 배임행위에 대한 방조의 의사도 없었다.

다.

피고인 3

(1) 법리오해

(가) 사문서에 해당하지 아니한다는 주장

이 사건 감사조서는 감사보고서의 작성을 보조하기 위하여 감사를 담당한 공인회계사에 의해 작성되는 내부서류에 불과한 것으로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서로 볼 수 없고, 주식회사 외부감사에 관한 법률(이하 '외감법'이라 한다)에서 특별히 감사조서의 변조행위를 처벌하는 취지에 비추어 보아도 감사조서는 사문서위조 및 동행사죄의 객체에 해당하지 아니한다.

(나) 완성되지 않은 문서로서 추가·변경이 가능하다는 주장

이 사건 감사조서는 언제든지 그 내용에 관하여 추가·변경이 가능하고, 피고인은 감사조서의 실제작성자로서 감사조서의 추가·변경에 대하여 작성명의인인 회계법인의 포괄적이고 묵시적인 승낙을 받았으므로, 사문서위조 및 동행사죄가 성립하지 아니한다.

(다) 행사할 목적이 없다는 주장

감사조서는 본래 수사기관에 제출되어 지는 것을 목적으로 하지 않는 문서이므로, 이를 수사기관에 제출하였다고 하더라도 감사조서의 기능과 역할에 기대되는 효과를 발생케 할 목적이 있었다고 볼 수 없다.

(라) 변조에 해당하지 않는다는 주장

최초 작성한 감사조서에 이미 기재되어 있던 내용을 그대로 요약한 것이기 때문에 특별히 새로운 증명력을 창출한 것이 아니어서 공공의 신용을 해하였다고 볼 수 없으므로, 사문서변조 및 동행사죄가 성립하지 아니한다.

(2) 양형부당

피고인에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 형량(벌금 100만 원)은 지나치게 무거워 부당하다.

라. 검사

(1) 피고인 1에 대하여

(가) 사실오인(공소외 4 소유 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당 횡령의 점에 대하여)

공소외 4는 그 소유 공소외 2 주식회사 주식 700주의 매매대금으로 5억 2,500만 원 상당의 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 취득한 사실을 알지 못한 채 피고인으로부터 2006. 4. 24.경 2억 8,000만 원을 송금받았고, 그로부터 3일이 지난 같은 해 4. 27.경 실외 주차장에서 그 정을 모르고 피고인의 요청을 받고 형식적으로 양수도계약서에 서명해 준 것으로, 공소외 4의 진술의 전체 취지에 비추어 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다.

(나) 양형부당

피고인 1에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(2) 피고인 2에 대하여

(가) 법리오해(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

이 사건의 경우와 같이 필수적 외부감사 대상 회사가 아님에도 불구하고 외부감사를 실시한 이상 공정한 외부감사를 방해한 피고인의 행위는 주식회사 외부감사에 관한 법률에 의하여 처벌되어야 한다.

(나) 양형부당

피고인 2에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(3) 피고인 3에 대하여

(가) 법리오해(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

이 사건의 경우와 같이 필수적 외부감사 대상 회사가 아님에도 불구하고 외부감사를 실시한 이상 감사인의 감사조서를 변조한 행위도 주식회사 외부감사에 관한 법률에 의하여 처벌되어야 한다.

(나) 양형부당

피고인 3에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

(4) 피고인 4에 대하여(양형부당)

피고인 4에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때, 원심의 위 형량은 지나치게 가벼워 부당하다.

## 2. 판단

가. 피고인 1, 4의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 피고인 1의 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지(검사는 당심에서 공소외 2 주식회사 주식의 적정가격 산정의 차이를 근거로 배임액수가 다르다는 이유로 아래 [주식가격 산정 및 범행 결과] 중 ②와 같은 취지로 예비적 공소사실을 추가하였고 당심이 이를 허가하였으나, 이는 본래의 공소장변경이라고 볼 수 없으므로 아래와 같이 1개의 공소사실로 인정하여 이를 판단한다)

피고인은 2004. 6. 8.경 공소외 2 주식회사를 설립하여 대표이사로 취임하였고, 2006. 3. 7.경 공소외 1 주식회사를 인수하여 대표이사로 취임하였고, 상피고인 2는 2005. 2. 17.경부터 공소외 2 주식회사의 상무이사로 근무하면서 피고인으로부터 위임을 받아 공소외 2 주식회사의 영업 및 회계 업무를 총괄하였다.

피고인은 상피고인 2와 공모하여,

피고인은 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사를 인수하기로 마음먹었는데, 당시 공소외 1 주식회사가 2000년부터 2005년까지 6년 연속 당기순손실을 기록하여 손실 누적액이 294억 원을 초과하였고 공소외 2 주식회사 인수에 동원할 수 있는 내부보유자금도 거의 없었던 상태로서 이러한 경우 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인으로서 공소외 1 주식회사의 입장에서 공소외 2 주식회사의 주식을 매수할 것인지 여부를 결정함에 있어 사실상 계열회사인 피인수회사의 주식을 인수하여야 할 경영상의 필요성, 당시 재무상황, 피인수회사의 향후 사업전망, 사업수익성 등을 면밀히 검토하여야 하고, 특히 정당한 매수가격을 결정하기 위해 공신력 있는 회계법인에 가격평가를 의뢰한 다음 정확하고 객관적인 회계자료를 제공하여 적정한 가치를 평가한 후 공소외 2 주식회사 주주들과 실질적인 가격협상을 통해 적정한 가격에 매수함으로써 공소외 1 주식회사에 대하여 손해가 발생하지 않도록 하여야 할 업무상 임무가 있음에도,

피고인은 당시 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사의 대표이사이자 최대주주로서 사실상 계열회사이었고 공소외 2 주식회사를 인수하더라도 특별한 경영상 효과를 기대하기 어려워 공소외 2 주식회사를 시급하게 인수할 필요성이 없음에도 2006. 3. 9.경 세림회계법인에 공소외 2 주식회사의 주식 가치평가를 의뢰한 다음 상피고인 2로 하여금 세림회계법인 소속 공인회계사 공소외 21에게 분식된 2005년도 재무제표와 과장된 사업계획을 제공하게 하고 외부감사인에 의한 회계감사가 진행되고 있다는 사실 및 기타 업계 전망, 사업성 등을 제대로 알리지 않고 그 적정한 주식평가에 필요한 충분한 자료 제공 및 현장실사 요구 등을 한 바 없이, 불과 4일 만인 2006. 3. 12.경 공소외 21로부터 주당 본질가치가 821,715원이라는 평가결과를 제시받았는데, 당시 공소외 2 주식회사가 2005. 12. 31. 당시 자산 총계가 6억 9,277,767원, 부채 총계가 7억 5,121,512원으로서 순자산이 -95,843,745원인 자본전액 잠식 상태였고 공소외 2 주식회사가 2006. 4.경부터 도입하려는 '복합티엠 텔레마케팅' 판매의 한계상 지속적인 고수익 창출이 어렵고 2006년도와 2007년도의 사업계획이 그 실현가능성이 매우 희박함에도, 그 인수가격의 적정성에 대한 면밀한 검토와 인수가격을 최대한 낮추기 위한 충분한 노력 없이 2006. 3. 13.경 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사의 발행주식 2만 주 전부를 위 평가액에서 다소 할인한 금액인 주당 75만 원씩 총 150억 원에 인수하기로 결정하고, 자신을 비롯한 8명의 공소외 2 주식회사 주주들과 주식매매계약을 체결하였다.

피고인은 위 계약을 체결한 날부터 2006. 3. 16.경까지 사이에 공소외 1 주식회사로부터 자신이 소유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 9,000주에 대한 매매대금 명목으로 현금 51억 5,000만 원과 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 16억 원 상당 등 합계 67억 5,000만 원 상당을 지급받은 것을 비롯하여 공소외 2 주식회사 주주들에게 합계



82억 5,000만 원 상당을 지급받게 하였고, 피고인, 상피고인 2를 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들은 이와 같은 거래를 통하여 공소외 1 주식회사로부터 현금 100억 원 및 50억 원 상당의 신주인수권부사채를 취득하였다.

[주식가격 산정 및 범행 결과]

① 공소외 3과의 실제거래 사례 및 상속세 및 증여세법(이하 '상증법'이라 한다) 시행령에 따른 적정가액

피고인은 세림회계법인의 주식가치평가일로부터 2개월 전인 2006. 1. 11.경 공소외 3에게 기존채무 6억 원의 변제를 위하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 주당 75,000원에 양도하였다.

상증법 시행령 규정에 따라 공소외 2 주식회사 주식가치를 산정할 경우 공소외 2 주식회사 주식가치는 주당 49,174원이다.

결국 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수하는 시점에서 공소외 2 주식회사 주식의 주당 적정가격은 49,174원~75,000원이다.

이로써 피고인은 상피고인 2와 공모하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격인 49,174원~75,000원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만 원에 피고인, 상피고인 2를 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들로부터 매수하도록 하여, 최소 60억 7,500만 원에서 최대 62억 57,434,000원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 나머지 주주들로 하여금 74억 2,500만 원에서 최대 78억 59,086,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하며, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 135억 원에서 최대 141억 16,520,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다.

② 공소외 4와의 실제거래 사례 및 유가증권의발행및공시등에관한규정에 따른 적정가액

피고인은 2005. 12. 21. 공소외 4로부터 사업자금 명목으로 2억 5,000만 원을 차용하였다가 10일 뒤인 2005. 12. 31.(세림회계법인이 수행한 공소외 2 주식회사 주식 가치 평가의 기준일) 공소외 4에게 위 차용금의 변제에 갈음하여 공소외 2 주식회사 주식 500주를 양도하고, 그때로부터 9일 뒤인 2006. 1. 9. 공소외 4에게 위 차용금의 변제에 갈음하여 공소외 2 주식회사 주식 200주를 추가로 양도하였다.

이 과정에서 공소외 2 주식회사 주식 가치는 1주당 357,143원으로 계산되었다.

공소외 2 주식회사가 속한 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년(2002년~2005년) 산업 평균 매출액 증가율과 공소외 2 주식회사가 주식가치 평가시 세림회계법인에 제시한 추정 매출액 증가율의 평균치, 공소외 2 주식회사가 속한 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년(2002년~2005년) 산업 평균 매출원가율과 공소외 2 주식회사가 주식가치 평가시 세림회계법인에 제시한 추정 매출원가율의 평균치를 각 적용하는 방법으로 동종 산업 평균과 공소외 2 주식회사라는 개별회사의 특성을 모두 고려하여 '유가증권의발행및공시등에관한규정(금융감독위원회 공고)'에 따라 공소외 2 주식회사의 주식 가치를 산정할 경우 공소외 2 주식회사 주식 1주는 614,928원으로 계산된다.

결국 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수하는 시점에서 공소외 2 주식회사 주식의 주당 적정가격은 357,143원~614,928원이다.

이로써 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사의 업무상 임무에 위배하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격이 357,143원~614,928원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만 원에 자신을 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들로부터 매수하도록 하여, 최소 12억 15,648,000원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 주주들로 하여금 최소 14억 85,792,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 27억 1,440,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다.

#### (나) 업무상배임죄가 성립하는지 여부에 대한 판단

##### 1) 법리

배임죄에 있어서 '임무에 위배하는 행위'라 함은, 처리하는 사무의 내용, 성질 등에 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 포함한다.

그리고 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의, 동기 등의 내심적 사실)은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 하며, 피고인이 본인의 이익을 위한다는 의사도 가지고 있었다 하더라도 위와 같은 간접사실에 의하여 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것임이 판명되면 업무상배임죄의 고의가 있었다고 할 것이다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결 참조).

또한, 모회사와 자회사가 모회사의 대주주로부터 그가 소유한 다른 회사의 비상장주식을 매입한 사안에서, 거래의 목적, 계약체결의 경위 및 내용, 거래대금의 규모 및 회사의 재정상태 등 제반 사정에 비추어 그것이 회사의 입장에서 볼 때 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래로서 허용될 수 있는 한계를 넘어 주로 주식을 매도하려는 대주주의 개인적인 이익을 위한 것에 불과하다면 그 대주주와 모회사 및 자회사의 임직원들에 대하여는 업무상배임죄가 성립한다( 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 참조).

##### 2) 인정사실

원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

- ① 피고인은 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 인수 당시 공소외 2 주식회사의 대표이사 겸 대주주(보유주식수 9,000주, 지분율 45%)로서, 2006. 1. 18.부터 2006. 3. 7.까지 사이에 컴퓨터 하드웨어, 소프트웨어 및 반도체 생산설비 등의 제조 및 판매업을 영위하는 코스닥상장법인인 공소외 1 주식회사의 경영권을 인수하기 위하여 주식을 매입하여, 피고인은 총 76만 주(지분율 3.92%)를, 평소 알고 지내던 공소외 3에게 공소외 1 주식회사 주식 매수를 요청하여 공소외 3이 경영하는 공소외 10 주식회사가 70만 3,000주(지분율 3.62%)를 각 인수하였고, 위와 같은 주식인수로

피고인은 공소외 1 주식회사의 최대주주가 되어 2006. 3. 7.경 임시주주총회를 통하여 공소외 1 주식회사의 대표 이사로 취임하였다.

② 피고인은 공소외 1 주식회사 주식을 매수할 무렵인 2006. 1.경 이미 공소외 1 주식회사를 통하여 자신이 대주주이자 대표이사로 있는 공소외 2 주식회사를 인수할 계획을 가졌고, 공소외 1 주식회사의 경영권을 확보한지 이틀후인 2006. 3. 9.경 공소외 2 주식회사 주식매수를 위하여 세림회계법인 공인회계사 공소외 21에게 공소외 2 주식회사 주식에 대한 가치평가를 의뢰하였다.

③ 한편, 피고인은 2006. 3. 6.경 상피고인 2로 하여금 공소외 2 주식회사에 대하여 외부회계감사를 의뢰하도록 하여 위드회계법인 소속 공인회계사인 상피고인 3은 2006. 3. 10.경 상피고인 2로부터 파일 형식으로 송부받은 공소외 2 주식회사의 대차대조표, 손익계산서 등을 토대로 같은 해 3. 13.경 감사보고서를 완성하여 같은 해 3. 15.경 상피고인 2에게 이를 송부하였는데, 피고인은 위 외부회계감사 이후로 공소외 2 주식회사 주식에 대한 가치평가를 미루어 위 외부회계감사를 받은 자료를 토대로 공소외 2 주식회사에 대한 주식가치평가가 이루어지도록 하거나, 공소외 21에게 위 외부회계감사 사실을 알려 이와 연계하여 공소외 2 주식회사에 대한 주식가치평가가 적절하게 이루어지도록 하는 조치를 취하지 아니하였다.

또한 위 감사보고서 일자를 감사가 종료된 날인 2006. 3. 13.을 기준으로 하지 아니하고 감사가 종료되기 이전인 2006. 3. 7.자로 소급 기재한 것은 공소외 21의 주식평가가서가 완성되기 이전에 위 외부회계감사보고서가 작성되어 이를 토대로 공소외 2 주식회사 주식평가가 이루어진 것으로 외부에 나타내기 위한 것으로 보인다.

④ 공소외 21은 2006. 3. 9.경부터 같은 달 12.경까지 상피고인 2로부터 받은 위 회계자료 및 사업계획서 등을 기초로 공소외 2 주식회사의 주식가치를 평가하였는데, 공소외 21이 공소외 2 주식회사 주식가치를 평가할 당시 공소외 2 주식회사 이외의 동종 업계의 회사나 동종업계에 종사하는 사람들로부터 관련된 의견을 구하거나 자료들을 제출 받은 바 없었고, 공소외 2 주식회사 현장을 방문하여 직원들과 면담하여 사업 및 재정 현황, 사업계획 등을 구체적으로 문의한 바도 없으며, 기타 추가적인 자료를 요구한 사실도 없고, 또한 공소외 2 주식회사에 대한 주식평가를 마치기 전인 2006. 3. 초순 무렵 피고인으로 부터 공소외 2 주식회사 주식 양수도 가액으로 75만 원이 적정하지 문의받은 적도 있는데, 결국 위와 같은 평가과정을 거쳐 2006. 3. 12.경 공소외 2 주식회사의 주당가치가 821,715원이라고 산정하였다.

⑤ 위 공소외 21은 '유가증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정'에 의한 평가방법(이하 '유가증권 규정에 의한 평가방법'이라 한다)을 사용하면서도 상대가치를 고려하지 않은 채 본질가치만을 평가하였고, 본질가치 중 수익가치는 통상 3개년도 회계자료를 기초로 주당 추정이익을 산정하게 되어 있음에도 공소외 2 주식회사가 2004년도에는 사업 초기여서 정상적인 영업을 한 것이 아니므로 2005년도 회계자료만을 기초로 주당 추정이익을 산정하였으며, 수익가치 계산에서도 공소외 2 주식회사가 제시한 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%을 근거로 하였을 뿐 동종 산업 평균의 매출액 증가율 및 매출 원가율을 고려하지 않았고, 공소외 2 주식회사는 당시 복합티엠 영업을 하지 않았음

에도 회사가 제시한 사업계획서 만을 근거로 동부생명의 복합부문(41팀)의 실적의 80%인 320만 원을 1인당 월 평균 실적으로 추정하는 등 회사가 제시한 사업계획서 및 손익을 토대로 주식가치를 평가하였을 뿐만 아니라, 공소외 2 주식회사의 본격적 영업은 2005년에만 이루어져 그 미래현금흐름이 불투명한 상태임에도 유사기업 및 산업 평균의 매출, 손익, 원가율 등의 수치를 반영하기 위한 노력을 전혀 하지 아니하였다(다만 원심이 실시하고 있는 피고인 및 상피고인 2의 분식회계의 점에 관하여는 아래 상피고인 2의 주장에 대한 판단에서 보는 바와 같이, 데이터베이스 및 판촉물 구매대금의 경우 무형자산으로 취급하여 합리적인 상각방법에 의하여 상각하여야 하지만 당해 연도에 사용하지 않았다고 판단되는 부분을 선급비용으로 계상하였다고 하여 이를 일반적 회계처리기준에 위배하였다고 볼 수 없고, 퇴직급여충당금 및 감가상각비는 위 피고인들이 이 사건 주식평가를 위하여 고의로 분식회계를 하였다고 보기 어렵다).

- ⑥ 피고인은 공소외 21이 위와 같이 산정한 821,715원을 근거로 이미 결정하여 놓았던 주당 75만 원을 매입가격으로 정하였고, 이 과정에서 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식을 인수할 필요성이나 위 평가액에 대한 적정성을 공소외 1 주식회사의 입장에서 검토하지 아니하였으며, 위 매입안건에 대하여 이사회를 개최하거나 임원들 사이의 토의도 전혀 이루어지지 아니하였다.
- ⑦ 당시 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사 주식 전량을 인수할 경영상의 필요성이 있는지 보건대, 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사는 사업의 내용, 설비, 기술 등이 전혀 달라 사업적 연관성이 없어 공소외 2 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입할 경영상의 필요성이 있었다고 보기 어렵고, 당시 공소외 1 주식회사는 2006년 당기순손실이 42억 1,511,753원이고 2000년부터 2005년까지 6년 연속 누적 손실액이 294억 52,337,527원에 달하였으며 마땅한 회사 보유 자산 및 내부 보유자금도 없는 상태였으므로, 공소외 2 주식회사 인수에 150억 원이라는 거액의 금원을 투입한 것은 당시 자금 사정에 역행한 것으로 보이며, 결국 공소외 1 주식회사가 150억 원에 인수한 공소외 2 주식회사 주식은 불과 8개월 만에 약 91억 원 가량이 손실처리되었고, 약 1년여 만에 그 주식가치가 0원으로 평가되어 전액 손실처리되었다.
- ⑧ 이에 반하여 피고인 및 공소외 2 주식회사 주주들은 보유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 2만 주를 주당 750,000원에 매각함으로써 100억 원의 현금과 50억 원 상당의 신주인수권부 사채를 취득하게 되었고, 나아가 피고인은 위와 같이 지급받은 현금으로 유상증자에 참여하여 공소외 1 주식회사의 경영권을 견고히 다지는 한편 위와 같이 지급받은 신주인수권부사채를 행사제한 기간인 1년이 경과하자마자 상환받음으로써 상당한 이득을 취하였다.

### 3) 판단

앞서 본 법리에 비추어 원심판결이 실시한 사유 및 위 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 전량을 주당 75만 원에 매입하도록 한 행위는 경영상의 판단에 따른 정상적인 행위라고 볼 수 없고, 공소외 1 주식회사 회사 내에서 적정한 매입가격 결정에 관한 절차를 거치지 않았으며 그 주식평가 방법도 적정하지 않으므로, 본인인 공소외 1 주식회사에 대한 관계에서 그 임무에 위배하여 당시 공소외 2 주식회사의 적정가액을 초과하여 공소외 2 주식회사 주식을 주당 75만 원에 매수하게 하여 공소외 1 주식회사에 재산상손해를 가하고 피고인 및 공소외 2 주식회사 주주들에게 동액 상당의 이익을 취

득하게 하였다고 충분히 인정할 수 있다.

(다) 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액의 산정 및 배임액수

1) 법리

배임죄에서 재산상의 손해를 가한 때라 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가한 경우를 의미하므로 회사의 대표이사 등이 그 임무에 위배하여 회사로 하여금 다른 회사의 주식을 고가로 매수하게 한 경우 회사에 가한 손해액은 통상 그 주식의 매매대금과 적정가액으로서의 시가 사이의 차액 상당이라고 봄이 상당하며, 비상장주식을 거래한 경우에 있어서 그 시가는 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 만약 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 가지 평가방법들을 고려하되 그러한 평가방법을 규정한 관련 법규들은 각 그 제정 목적에 따라 서로 상이한 기준을 적용하고 있음을 감안할 때 어느 한 가지 평가방법(예컨대, 상속세및증여세법시행령 제 54조의 평가방법)이 항상 적용되어야 한다고 단정할 수는 없고, 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 할 것이며, 한편 비상장주식의 실거래가격이 시가와 근사하거나 적정한 가격으로 볼 수 있는 범위 내에 속하는 것으로 보여 실거래가격과의 차액 상당의 손해가 있다고 할 수 없는 경우에 있어서도, 그 거래의 주된 목적이 비상장주식을 매도하려는 매도인의 자금조달에 있고 회사가 그 규모 및 재정 상태에 비추어 과도한 대출을 일으켜 그 목적달성에 이용된 것에 불과하다고 보이는 등의 특별한 사정이 있는 경우라면 그와 같이 비상장주식을 현금화함으로써 매도인에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 하고 반대로 회사에 그에 상응하는 재산상의 손해로서 그 가액을 산정할 수 없는 손해를 가한 것으로 볼 수 있다( 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 참조).

한편, 배임죄의 성립을 인정하려면 손해의 발생이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 하는바, 배임행위로 인한 재산상 손해의 발생 여부가 충분히 입증되지 않았음에도 가볍게 액수 미상의 손해는 발생하였다고 인정함으로써 배임죄의 성립을 인정하는 것은 허용될 수 없다.

따라서 주식 거래와 관련한 배임행위로 인한 손해의 발생 여부를 판단하기 위하여 주식 가치의 평가가 요구되는 경우에는 그 평가 방법이나 기준에 따라 주식의 가치가 구구하게 산정된다고 하더라도 이를 쉽게 포기하지 말고 상대적으로 가장 타당한 평가방법이나 기준을 심리하여 손해의 발생 여부를 구체적으로 판단하는 것이 필요하다( 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008도11036 판결 참조).

2) 판단

가) 상증법에 따른 주식가액 산정에 관하여

상증법 시행령 제54조에 의하여 순손익가치와 순자산가치를 각각 3과 2의 비율로 가중평균하여 산정한 주당 가액은 49,174원인 바, 이 방법에 의하여 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 산정하는 것이 타당한지 에 관하여 살펴본다.

상증법에 따른 주식가치 평가방법은 과세관청이 과세표준을 정하는 관점에서 사용하는 방법일 뿐만 아니라 그 과세의 목적을 위하여는 반드시 단일한 수치로 표시된 재화의 가격을 정할 필요가 있어서 부득이하게 규정된 방법에 불과하여 그에 의하여 산정한 평가액이 곧바로 주식의 가액에 해당한다고는 볼 수 없을 뿐만 아니라( 대법원 2001. 9.

28. 선고 2001도3191 판결 등 참조), 공소외 2 주식회사의 보험대리 및 티엠 영업은 일반 제조업과 달리 특별한 설비투자가 필요하지 않고 인적 시설 및 기타 영업 노하우 등의 무형자산이 그 자산의 주를 이루고 있고 2005년도 매출액이 급증된 사실을 고려하여 무형자산 및 장래에도 어느 정도 성장할 것으로 예상되는 기업의 미래가치를 일정 정도 반영되어야 하는 점 등에 비추어 보면, 순자산가치와 순손익가치를 기초로 산정하는 상증법에 따른 주식가치 평가방법만으로는 공소외 2 주식회사의 특성을 반영할 수 없으므로 부적절하다.

나) 공소외 3과의 실제거래 사례에 의한 주식가격 산정에 관하여

피고인이 세림회계법인의 주식가치 평가일로부터 2개월 전인 2006. 1. 11.경 공소외 3에게 기존 채무 6억 원의 변제를 위하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 배정하였으므로 이때의 주당 가격 75,000원(6억 원 ÷ 8,000주)으로 계산되는 바, 위와 같은 공소외 3과의 실제거래 사례가 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 적절하게 반영하는지에 관하여 살펴본다.

- ① 공소외 3은 2000.경 여의도고등학교 선배인 공소외 22의 소개로 피고인을 알게되어 가깝게 지내온 점( 피고인 1에 대한 증거기록 4권 1619면), ② 공소외 3은 피고인이 공소외 2 주식회사를 설립한 2004. 6. 8.로부터 얼마되지 않아 매출이 발생하기도 전인 2004. 7.경부터 2005. 2.경까지 7-8회에 걸쳐 이자 약정이나 담보 없이 6억원을 대여하여 이는 대여라기 보다는 투자에 가까운 것으로 보이는 점, ③ 피고인도 '자신이 가지고 있던 5억 원으로 공소외 2 주식회사 운영이 충분할 것으로 생각하였는데 운영자금이 모자라서 공소외 3에게 계속하여 돈을 빌리게 되었고, 이에 공소외 3이 대여금액이 증가하면서 담보를 요구하여 공소외 2 주식회사 발행주식의 40%에 해당하는 8,000주를 교부하였다'( 피고인 1에 대한 증거기록 4권 1643면), ' 공소외 3이 돈을 빌려주지 않았더라면 아마 영업을 할 수 없는 상황이었기 때문에 너무 고마워서 40% 정도 지분을 배당해 준 것이다'(공판기록 5권 2764면)라고 진술하고 있어 6억 원에 대하여 8,000주를 배정한 이유가 공소외 2 주식회사 주식 1주가 약 75,000원 정도의 가치로 계산한 결과인 것은 아닌 것으로 보이는 점, ④ 피고인은 공소외 2 주식회사를 설립할 당시 자본금 5,000만 원 전액을 자신이 납입한 다음 자신에게 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었고, 2005. 12. 31.경, 2006. 1. 9.경에도 사업자금을 대여한 사람들 및 상피고인 2에게 주식을 임의로 배정하였으며, 2006. 1. 11.경 자본금을 5,000만 원에서 1억 원으로 증액하는 유상증자에서도 증자금 5,000만 원 전액을 자신이 납입한 다음 공소외 3을 비롯하여 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었는데, 위와 같은 주식 배정에는 어떠한 일률적인 배정 방법은 없었고, 단순히 피고인이 사업자금 투자액이나 공로에 따라서 적당히 배정한 것으로 보이는 점, ⑤ 공소외 3은 2006. 1. 19.경 자신이 운영하는 공소외 10 주식회사로 하여금 공소외 1 주식회사 주식을 인수하게 하여 피고인의 공소외 1 주식회사 인수를 지원하였고, 반대로 피고인은 2006. 3. 22.경 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 7 주식회사 주식을 인수하게 하여 공소외 3의 공소외 7 주식회사의 경영권확보를 지원하는 상호 특수관계에 있는 점 등에 비추어 보면, 공소외 3의 대여금 6억 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 8,000주를 배정한 사례가 공소외 2 주식회사 주식에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례라고 보기는 어렵다.

다) 공소외 4와의 실제거래 사례에 의한 주식가격 산정에 관하여

피고인이 2005. 12. 21. 공소외 4로부터 사업자금 명목으로 2억 5,000만 원을 차용하였다가 변제에 갈음하여 2005. 12. 31. 공소외 4에게 공소외 2 주식회사 주식 500주, 2006. 1. 9. 공소외 2 주식회사 주식 200주 합계 700주를 양도하였으므로 이 거래에서의 주당 가격 357,143원(2억 5,000만 원 ÷ 700주, 원 미만은 반올림)인 바, 위와 같은 공소외 3과의 실제거래 사례가 공소외 2 주식회사 주식의 적정가액을 적절하게 반영하는지에 관하여 살펴본다.

① 피고인은 2004.경 고등학교 선배인 공소외 23의 소개로 공소외 4를 알게 되었고, 피고인이 운영하는 회사에 자금을 지원받는 등 피고인이 '형'이라고 부를 정도로 친분관계가 있었던 점, ② 공소외 4는 2005. 12. 21.경 피고인에게 2억 5,000만 원을 송금하였는데, 그 송금 경위와 관련하여 공소외 4는 원심 법정에서 '제가 피고인에게 투자한 투자금은 어떤 회사에 투자할 것인지, 채권 또는 주식으로 투자할 것인지, 어떠한 형식으로 투자할 것인지 등에 대한 처분권한을 피고인에게 일임하였다'고 진술하여(공판기록 5권 2278면) 2억 5,000만 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 700주가 배정된 것조차 전혀 모르고 있어, 2억 5,000만 원에 대하여 700주를 배정한 이유가 공소외 2 주식회사 주식 1주가 약 357,143원 정도의 가치로 계산된 결과인 것은 아닌 것으로 보이는 점, ③ 앞서 본 바와 같이 피고인은 공소외 2 주식회사를 설립할 당시, 2005. 12. 31.경, 2006. 1. 9.경 및 2006. 1. 11.경 유상증자 당시에 사업자금을 빌려주거나 투자한 사람들 및 공소외 2 주식회사 직원들에게 주식을 임의로 나누어 주었는데, 위와 같은 주식 배정에는 어떠한 일률적인 배정 방법은 없었고, 단순히 피고인이 사업자금 투자액이나 공로에 따라서 적당히 배정한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 4의 투자금 2억 5,000만 원에 대하여 공소외 2 주식회사 주식 700주를 배정한 사례가 공소외 2 주식회사 주식에 관한 객관적 교환가치가 적절하게 반영된 정상적인 거래의 실례라고 보기는 어렵다.

라) 유가증권 규정에 의한 평가방법에 따른 주식가격 산정에 관하여

공소외 2 주식회사가 속한 산업군인 '보험 대리 및 중개업'의 과거 4개년간 산업 평균 매출액 증가율 및 산업 평균 매출원가율에 의하여 유가증권 규정에 의한 평가방법에 따라 계산한 주당 가격 614,928원{ 피고인 1에 대한 증거기록 12권 5723면 이하의 수사보고(1)[ 공소외 2 주식회사의 주식가치평가 종합] 참조}이므로 이에 관하여 살펴본다.

구 증권거래법(2007. 8. 3 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것) 시행령 제84조의7, 같은 법 시행규칙 제36조의12와 유가증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정 제82조 및 같은 규정 시행세칙 제6조에 의한 유가증권 규정에 의한 평가방법은 회사들이 합병을 할 경우 그 합병가액을 산정하는데 사용되나, 비상장회사의 주식가치를 평가함에 있어 일반적으로 사용되고 있는 평가방법이기도 하다.

유가증권 규정에 의한 평가방법에 정한 기준에 따라 산정된 순자산가치와 수익가치를 각각 1과 1.5의 비율로 가중하여 산술 평균한 본질가치와 동 규정 시행세칙 제8조 제6항에 의하여 발행회사와 자본금, 매출액 규모, 주요 재무 비율, 주당 수익률 및 제품 구성비 등이 가장 유사하고 일정한 요건을 구비하는 2개사 이상의 상장법인에 대한 유사회사별 비교가치를 평균한 가액의 30% 이상을 할인한 상대가치를 평균하여 산정하여야 한다.

이 사건 공소외 2 주식회사 주가치를 평가한 세림회계법인 공인회계사 공소외 21은 유가증권 규정에 의한 평가방법을 사용하면서도 상대가치를 고려하지 않은 채 본질가치만을 평가하였고, 본질가치 중 수익가치는 통상 3개년도 회계자료를 기초로 주당 추정이익을 산정하게 되어 있음에도 공소외 2 주식회사가 2004년도에는 사업 초기여서 정상적인 영업을 한 것이 아니므로 2005년도 회계자료만을 기초로 주당 추정이익을 산정하였으며, 수익가치 계산에서도 공소외 2 주식회사가 제시한 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%을 근거로 하였는데, 당시 공소외 2 주식회사와 유사한 업종의 상장법인이 없었으므로 상대가치를 반영할 수 없고, 2004년 매출액을 수익가치에서 배제하더라도, 적어도 수익가치의 미래추정이익 계산에서의 매출액 증가율 및 매출 원가율은 당해 기업이 속한 산업의 추세 등이 반영될 수 있도록 회사 제시 매출액 증가율 및 매출 원가율과 산업 평균 매출액 증가율 및 매출 원가율을 평균하여 이를 사용함이 상당한 것으로 보인다.

따라서 당시의 산업평균 매출액 증가율은 6%, 매출 원가율은 82%이므로 이것들과 회사 제시 매출액 증가율 20%, 매출 원가율 73%을 평균하여 이 수치를 토대로 계산한 공소외 2 주식회사의 본질가치는 주당 614,928원이고, 위에서 본 바와 같이 복합티엠 으로 인한 실적 추정이 지나치게 낙관적인 점, 뒤에서 보는 바와 같이 퇴직급여충당금 및 감가상각비가 과소계상되어 2005년 영업이익이 과대계상되었고, 이를 토대로 계산된 2006년도 및 2007년도 추정 매출액 역시 과대계상된 점 등을 감안하면, 당시 공소외 2 주식회사 주식 가격은 614,928원 이하라고 봄이 상당하다.

#### (라) 소결

따라서 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사의 업무상 임무에 위배하여 공소외 1 주식회사로 하여금 주당 적정가격이 최대 614,928원인 공소외 2 주식회사 발행주식 2만 주 전부를 주당 75만원에 자신을 비롯한 공소외 2 주식회사 주주들로부터 매수하도록 하여, 피고인은 최소 12억 15,648,000원(피고인 보유 주식 9,000주 × (750,000원 - 614,928원)) 상당의 재산상 이익을 취득하고, 공소외 3 등 나머지 주주들로 하여금 최소 14억 85,792,000원(나머지 주주들 보유 주식 11,000주 × (750,000원 - 614,928원)) 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 대하여 최소 27억 1,440,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정되고, 위 금액을 넘는 범위에 대하여는 범죄의 증거가 없다 할 것이다.

(2) 피고인 1의 공소외 2 주식회사에 대한 대여 관련 30억 원 및 공소외 5 주식회사 에 대한 대여 관련 5억 원의 각 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는바, 이 경우 그 '임무에 위배하는 행위'라 함은 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하고, '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되므로, 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를



제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 회사의 이사는 단순히 그것이 경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없으며, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는다( 대법원 2006. 11. 10. 선고 2004도5167 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 기록을 면밀히 살피건대, 원심은 그 거시증거 및 이에 의하여 인정되는 사정들을 종합하여, 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 자회사인 공소외 2 주식회사 및 손자회사인 공소외 5 주식회사가 당시 자금사정이 어려워 공소외 1 주식회사에서 이들 회사에 금원을 대여하더라도 변제기에 이를 변제할 수 없어 공소외 1 주식회사에 손해가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하면서도, 이들 회사로부터 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권 보전조치를 취하지 아니하고, 이사회에서 대여의 필요성과 채권 회수방안 등에 대해 실질적인 논의도 하지 않고서, 2006. 4. 26.경 자회사인 공소외 2 주식회사에 30억 원을, 공소외 5 주식회사에 2006. 11. 29.경 2억 원, 2007. 1. 5.경 1억 원, 같은 달 8.경 2억 원 합계 5억 원의 금원을 각 대여하여 이들 회사에 위 각 금액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정하면서, 배임의 고의가 없다는 피고인의 주장을 배척하였는바, 이러한 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 피고인이 주장하고 있는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 1의 공소외 7 주식회사 주식인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

공소외 10 주식회사와 그 대표이사인 공소외 3은 2006. 3. 22.경 공소외 24 주식회사 11호 기업구조조정조합으로부터 코스닥 상장법인인 공소외 7 주식회사의 주식 755,937주(지분율 7.47%)를 1주당 7,937원으로 계산하여 합계 60억 원에 매수하여 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수하였는데, 위 1주당 매매가격은 이른바 경영권 프리미엄을 반영하여 기준주가 5,400원에 비해 47% 할증된 가격이었다.

피고인은 위와 같이 공소외 10 주식회사와 공소외 3이 공소외 7 주식회사 주식을 매수할 때 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하게 하기 위해 공소외 7 주식회사 주식 377,968주(지분율 3.74%)를 위와 같이 경영권 프리미엄이 반영된 주당 7,937원으로 계산하여 합계 30억 원에 위 조합으로부터 매수하게 한 다음 같은 날 '타법인 주식 및 출자증권 취득 결정'을 공시하면서 위 주식 매수목적은 '경영권 참여를 위한 지분 취득'이라고 밝혔다.

피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서 2000년부터 2005년까지 6년 연속 당기순손실을 기록하고 그 누적액이 294억 원을 초과하였으며 주식 매수에 동원할 수 있는 여유자금 또한 현저히 부족한 공소외 1 주식회사의 사정을 감안하여 공소외 1 주식회사의 사업영역과 무관한 캠핑용구 제조 및 판매업체인 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하기 위해 공소외 1 주식회사의 자금을 투입하는 것에 대해서는 그 필요성을 보수적인 관점에서 신중히 검토하고 이사회에서 충분히 논의하여 회사 자금이 회사의 사업목적 이외의 분야에 함부로 사용되지 않도록 노력하여야 할 업무상 임무가 있다.

또한 공소외 7 주식회사의 경영에 참여하기로 결정한 경우에도 경영권 프리미엄의 적정성을 검토하여야 할 뿐만 아니라 공소외 1 주식회사로 하여금 코스닥 상장 주식을 시장가격에 경영권 프리미엄을 더한 가격에 매수하게 하는 경우에는 사전에 공소외 10 주식회사 등 공동매수인과 협의하여 공소외 1 주식회사가 실제 공소외 7 주식회사의 경영에 참여할 수 있도록 조치하고, 만약 경영 참여가 여의치 않을 경우에는 매수한 주식을 매매 당시의 시장가격에 경영권 프리미엄을 더한 가격으로 양도할 수 있도록 미리 조치하여 공소외 1 주식회사에 재산상 손해가 없도록 해야 할 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인은 공소외 1 주식회사의 경영권을 취득한 지 15일 만에 만연히 공소외 7 주식회사의 경영 참여를 위해 공소외 1 주식회사 자금 30억을 투입하기로 결정하고 당시 적정가격이 주당 5,400원인 공소외 7 주식회사 주식 377,968주를 주당 7,937원에 매수하면서 경영 참여 또는 경영권 프리미엄을 보장받기 위한 사전 조치를 소홀히 하고, 이사회에서 경영 참여의 필요성이나 코스닥 시장에서의 거래시가보다 월등히 높은 가격에 공소외 7 주식회사 주식을 인수할 필요성 및 인수가격의 적정성 등에 관하여 논의하지도 않았다.

이로써 피고인은 공소외 1 주식회사 대표이사로서의 업무상 임무에 위배하여 공소외 3으로 하여금 위 조합에 9억 58,904,816원 $\{(7,937\text{원}-5,400\text{원})\times 377,968\text{주}\}$ 만큼 경영권 프리미엄을 적게 지급하고 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

#### (나) 판단

이른바 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업 경영에 내재된 속성을 고려하여 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단 대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결 등 참조).

기록에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

- ① 공소외 10 주식회사와 그 대표이사 공소외 3, 공소외 1 주식회사와 그 대표이사 피고인은 공동으로 2006. 3. 22. 코스닥상장법인인 공소외 7 주식회사의 경영권을 인수하기 위하여 공소외 24 주식회사 11호 기업구조조정조합으로부터 공소외 7 주식회사 주식 1,259,895주(지분율 12.5%)를 주당 7,937원, 총 10억 원에 매수하는데, 공소외 10 주식회사가 45억 원, 공소외 3이 15억 원, 공소외 1 주식회사가 30억 원, 피고인이 10억 원을 각 투자하였으므로(증제101호 주식양수도계약서, 공판기록 5권 2622면), 피고인 개인 자금도 투자되어 공소외 1 주식회사의 투자금

과 같이 손익을 같이하게 될 운명이었다.

- ② 위 주식 인수 당시 주식양수도 가액의 적정성에 관하여 세림회계법인의 주식평가를 받았는데, 당시 세림회계법인에서는 미래현금흐름할인(DCF) 방법에 의하여 공소외 7 주식회사의 주식의 주당 가치를 그 성장률의 가정에 따라 3,338원~7,306원의 범위로 산정하였고, 유사사례에 의한 방법(경영권 프리미엄이 수반된 주식양수도 사례를 참조)에 의하여 기준주가에 경영권프리미엄을 더하는 방법으로 적정 매매가액을 주당 11,403원으로 산정하였으며(공소외 3 증언, 공판기록 6권 2644면), 한편 당시의 공소외 7 주식회사의 1개월 거래량 가중평균 주가는 6,157원, 1주일 거래량 가중평균 주가는 5,097원으로(증제100호 기준주가산정표, 공판기록 5권 2611면) 피고인 등의 경영권프리미엄을 포함한 매입가격인 주당 7,937원은 세림회계법인의 평가액 및 당시의 기준주가와 경영권프리미엄을 감안하면 적정한 것으로 보인다.
- ③ 당시 공소외 7 주식회사 주식 매수 직전 공소외 7 주식회사가 해외에서 몇 백억 원을 투자받는다고 공시하였다가 이를 번복하여 단기간내에 주가가 12,000원에서 5,000원으로 급락을 하였기 때문에 단기 반등 가능성이 있어 피고인은 반등할 경우 장내에서 이를 매도하여 시세차익을 얻을 수 있고, 그렇지 않더라도 공동매수인과 함께 경영권프리미엄을 포함하여 보유주식을 매각하면 공소외 1 주식회사로서는 아무런 손해가 발생하지 않는다.
- ④ 공소외 7 주식회사 이사진(정원 4명)에 공소외 1 주식회사의 CFO 공소외 8 이사 1명만이 선출되었는데, 이는 공동매수 당시 공소외 1 주식회사와 피고인의 지분율이 공소외 10 주식회사와 공소외 3의 지분율의 2/3에 불과하고, 위와 같은 격차는 2006. 5.경 공소외 7 주식회사의 기존 경영진이었던 공소외 25와의 경영권분쟁으로 인하여 공소외 10 주식회사가 장내에서 추가로 공소외 7 주식회사 주식을 매집함으로써 더욱 벌어지게 된 것으로 이는 불가피한 것으로 보인다.
- ⑤ 공소외 7 주식회사는 2006. 4. 21. 공소외 1 주식회사가 발행한 20억 상당의 전환사채를 인수하였는데(증 제84호증, 주식등의 대량보유상황보고서, 공판기록 5권 2353면), 이와 같은 공소외 7 주식회사의 의사결정은 피고인의 영향력 없이는 이루어 질 수 없다 할 것이므로 공동경영이 아니더라도 공소외 3은 공소외 7 주식회사 경영에 있어서 피고인의 의사를 존중하였던 것으로 보인다.
- ⑥ 피고인이 공소외 3과 사이에 경영권프리미엄에 상응하는 경영권확보방안이나 경영권 불행사시 자금회수 방안에 관하여 약정을 서면화하지 않은 잘못은 있으나, 위와 같은 공동매수 당시에는 어느 한쪽이 공동약정을 깨게 되면 양쪽 모두 경영권프리미엄을 상실하게 되는 결과가 되어 위와 같은 약정의 서면화는 반드시 필요하였다고 보기 어렵다.
- ⑦ 피고인이 공소외 1 주식회사를 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 양도한 이후에 공소외 9 주식회사가 위 공동매수 이후에 발생한 경영권분쟁에 있어서 공소외 1 주식회사가 경영권확보를 위하여 노력하지 않은 사정 등을 감안하지 않고 기존 매입대금 30억 원에 법정이자를 요구하여, 공소외 10 주식회사가 이를 거부하자 추가 협상 없이 장내에서 바로 이를 매도하여 그 손해가 현실화되었다.

앞서 본 법리에 비추어 위 사정들을 종합하여 보면, 비록 피고인에게 공소외 3이 피고인의 공소외 1 주식회사 인수를 지원한 것에 대한 반대급부로 공소외 3의 공소외 7 주식회사 인수를 지원할 의도가 있었다고 하더라도, 위에서 본 바와 같이 공소외 7 주식회사의 주식을 경영권프리미엄을 포함하여 적정한 가격으로 매수하였고, 그 후 공소외 7 주식회사의 경영에도 참여하였다고 볼 만한 사정이 있으며, 공소외 1 주식회사의 손해가 공소외 9 주식회사의 주식 매도로 인하여 현실화되었다면, 피고인에게 앞서 본 바와 같은 약정을 서면화하지 않는 등의 경영상의 잘못이 있다고 하더라도, 이를 가지고 피고인에게 배임의 고의가 있다고 보기는 어렵다 할 것이어서, 이 부분 공소사실은 그 증명이 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인의 위 주장은 이유 있다.

(4) 피고인 1, 4의 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 2006. 3. 7.경부터 공소외 1 주식회사 대표이사로, 피고인 4는 2006. 7. 11.경부터 공소외 1 주식회사의 이사 겸 부사장으로 공소외 1 주식회사를 경영하다가 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 소유 주식 2,526,667주를 50억 53,334,000원에 매각하고 경영권을 양도하는 내용의 계약을 체결하고, 같은 달 25.경 경영권을 양도한 후 같은 해 6. 22.경 대표이사직을 사임하였다.

피고인들은 2007. 3. 20.경 당시 법인등기부상 대표이사로 등재되어 있기는 하지만 위와 같이 보유주식과 경영권을 전부 양도하기로 계약을 체결한 상황이므로, 형식적으로나마 대표이사직에 머물러 있던 피고인들로서는 공소외 1 주식회사 자금을 회사의 이익에 반하지 않도록 신중하게 운영하여야 하고, 퇴진이 예정된 경영진인 피고인들의 개인적인 편의를 위한 용도로 회사 자금을 사용하여서는 안 될 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고, 피고인들은 공모하여 2007. 3. 20.경 피고인들이 사용할 벤츠 S550V 승용차 2대를 공소외 1 주식회사 명의로 공소외 42로부터 계약기간을 3년으로 정하여 리스하면서 보증금 명목으로 1억 1,853,700원, 리스료 선금 명목으로 64,800,000원 등 합계 1억 66,653,700원을 공소외 42에 지급하였다.

이로써 피고인 1은 공소외 1 주식회사 대표이사로써 임무에 위배하여 82,669,700원 상당의 재산상 이익을, 피고인 4는 83,984,000원 상당의 재산상 이익을 각 취득하고, 공소외 1 주식회사로 하여금 1억 66,653,700원 상당의 재산상 손해를 입게 하였다.

(나) 판단

기록에 의하여 인정되는 다음 사정들 즉, ① 공소외 1 주식회사의 임원인 피고인들은 2007. 3. 19.경 공소외 9 주식회사에 대하여 공소외 1 주식회사의 주식 및 경영권을 양도하기로 계약한 다음 계약금 30억 원을 지급받았는데, 이때 차량리스를 승낙하였는지에 관하여 공소외 9 주식회사 대표이사 공소외 26은 검찰에서는 '통상적으로 기존의 대표이사가 경영권을 양도하면서 예우차원에서 기존에 사용하던 차량과 기사, 급여를 대표이사로 사임할 때까지의 기

간 동안만 제공한다는 것이지, 새로이 차량을 리스하여 사용하여도 된다는 의미는 아니다'라고 진술하고( 피고인 1에 대한 증거기록 13권 6651면), 원심 법정에서는 '당시 계약금 30억 원만 지급한 상태이므로 제가 의사결정할 수 있는 권한도 없고, 당시 대표이사는 피고인 1이기 때문에 피고인들에게 공소외 1 주식회사 자금으로 신차를 리스해서 타고 다녀라는 말을 할 입장이 아니고, 그렇게 말한 적도 없다'고 진술하고(공판기록 5권 2234, 2251, 2253면) 있으나, 2007. 5.경부터 공소외 1 주식회사의 상무이사로 근무한 공소외 27은 검찰에서 '2007. 5. 1. 입사해서 리스 차량 현황을 보니, 경영권이 양도된 이후에 피고인들이 차량을 리스하여 운행하고 있기에 공소외 26 사장에게 보고하였더니, 공소외 26 사장은 2007. 6. 초순경 대표이사 선임 주주총회 전까지는 피고인들이 계속해서 운행하도록 하였다고 하였고, 2007. 6. 말경 리스차량을 회수하여야 되겠다고 생각하여 공소외 26 사장에게 보고하니 그대로 추진하라고 하여 전보혜 등 실무자에게 리스차량 승계업무를 처리하도록 지시하였다'고 진술하고( 피고인 1에 대한 증거기록 13권 6540면), 원심 법정에서 '동의까지는 몰라도 제가 알기로 6-7월까지인가 계속 그 차량 사용에 대하여 협의가 있었던 것으로 기억한다'고 진술하는 점(공판기록 5권 2294면), 피고인들의 리스차량 이용 당시 공소외 9 주식회사 측에서 아무런 이의를 제기하지 않은 점, 공소외 26은 피고인들과 사이에 공소외 1 주식회사 양수도과 관련된 옵션계약 해제로 인한 손해배상 등으로 민사소송의 반대 당사자로서 서로 치열하게 다투고 있었던 점 등을 고려하면 당시 공소외 26은 피고인들에게 차량리스를 허용하였고 2007. 6.경의 대표이사 선임 주주총회 전까지는 이를 사용하도록 승낙한 것으로 봄이 상당한 점, ② 2007. 6.경 주주총회로 새로운 경영진이 선임되기 전까지는 형식적으로 피고인들이 임원이기는 하나, 이미 경영권이 양도된 상태에서는 공소외 1 주식회사의 양수인인 공소외 9 주식회사가 공소외 1 주식회사에 대하여 실질적인 경영권을 행사한다고 봄이 상당하므로, 피고인들이 공소외 9 주식회사의 대표이사 공소외 26의 승낙을 받고 공소외 1 주식회사 명의로 차량을 리스하였다면 업무상임무에 위배하였다는 인식을 하기는 어려운 점, ③ 피고인들은 공소외 1 주식회사 명의로 차량을 리스하였으므로 피고인들이 공소외 7 주식회사를 떠나더라도 위 리스차량의 이용자의 지위는 여전히 공소외 1 주식회사에 있다 할 것이므로 리스계약 당시 지급한 보증금 및 선급리스료 상당의 재산상이익을 피고인들이 취득하였다고 보기는 어려운 점, ④ 새로운 경영진이 주주총회에서 선임된 후 이 사건 리스차량을 공소외 1 주식회사에서 그대로 사용하면 차량리스 승계의 문제가 발생하지는 않지만, 공소외 26은 위 차량들이 필요 없게 되자 위와 같이 리스차량 승계를 지시하였는데, 차량리스의 경우 리스계약을 중도해지하면 리스회사에 이에 따른 손해배상을 하여야 하므로 이보다는 리스차량 이용자의 지위를 양도하는 것이 유리하다는 판단하에 공소외 27은 피고인들에게 차량리스 승계를 요청하였고, 이에 피고인들은 위 요청을 받아들여 피고인 1은 2007. 7. 11.경 공소외 28에게 위 리스차량 이용자의 지위를 양도하게 한 후 선급리스료 반환금 명목으로 27,467,220원을 반환하였고, 피고인 4도 그가 대표이사로 있던 공소외 29 주식회사에 리스차량을 승계시킨 다음 2007. 9. 12.경 위약금 보전 명목으로 청주지방법원에 33,484,400원을 공탁하여 이 사건 차량리스로 발생할 수 있는 공소외 1 주식회사의 손해를 보전하기 위하여 노력한 점 등을 종합하여 보면, 비록 피고인들이 위 리스차량을 일부 개인적인 용도에 사용하였다 하더라도, 이것만 가지고는 피고인들에게 배임의 고의가 있다고 보기는 어렵다 할 것이어서, 이 부분 공소사실은 그 증거가 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인들의 위 주장은 이유 있다.

(5) 피고인 1의 공소외 11 주식회사 소유 설비부품 4억 9,235,751원 상당 업무상횡령의 점에 대한 판단

원심이 적절하게 설시한 사유들에 의하면, 피고인은 2006. 4. 25.경 피해자 공소외 11 주식회사로부터 그 소유의 캘린더를 매수한 것이 아니라 임차한 것임을 알면서도 공소외 30 주식회사 대표이사 공소외 12에게 위 캘린더의 매각을 의뢰하여 공소외 12로 하여금 2006. 10.경부터 2007. 2. 25.경까지 사이에 위 캘린더를 분해하여 해외에 매각하게 함으로써 이를 횡령하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(6) 피고인 1의 공소외 5 주식회사 대출 관련 34억 75,288,900원 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 점에 대한 판단

(가) 대출금의 실질적인 주채무자는 피고인이라는 주장에 대하여

동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 법령이나 금융기관 내부규정의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자가 실제 대출받고자 하는 채무액에 대하여 제3자를 형식상의 주채무자로 내세우고, 금융기관도 이를 양해하여 제3자에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 제3자 명의로 대출관계 서류를 작성받은 경우, 제3자는 형식상의 명의만을 빌려준 자에 불과하고 그 대출계약의 실질적인 당사자는 금융기관과 실질적 주채무자이므로, 제3자 명의로 되어 있는 대출약정은 그 금융기관의 양해하에 그에 따른 채무부담의 의사 없이 형식적으로 이루어진 것에 불과하여 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위라고 할 것이다( 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53013 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 피고인은 2006. 1.경 신한은행 신설동지점으로부터 개인 명의로 33억 원의 대출을 받았는데, 그 대출이 2007. 1.경 만기가 되자, 공소외 1 주식회사의 거래지점인 신한은행 양재남기업금융지점으로부터 실적을 올려달라는 취지로 공소외 5 주식회사 명의로 대출을 받으라는 요청을 받고 위 회사 명의로 35억 원의 대출을 받은 사실, 이 사건 대출 당시 피고인은 공소외 5 주식회사의 대표이사로서 위 회사 명의로 대출을 받았을 뿐 자신이 실제 채무자이고 공소외 5 주식회사는 단순히 형식상의 주채무자라는 의사표시를 하거나, 신한은행 양재남기업금융지점 대출담당자가 공소외 5 주식회사에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 위 회사 명의로 대출관계 서류를 작성받았다고 볼 만한 아무런 자료가 없는 점 등에 비추어, 공소외 5 주식회사로 되어 있는 이 사건 대출약정이 통정허위표시라 인정할 수 없으므로, 이를 전제로 하는 위 주장은 이유 없다.

(나) 불법영득의 의사가 없다는 주장

횡령죄에 있어서 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같이 처분을 하는 의사를 말하고, 사후에 이를 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있다 하더라도 불법영득의 의사를 인정함에는 지장이 없는 것이다( 대법원 2006. 11. 10. 선고 2004도5167 판결 등 참조).

원심이 적절하게 설시하고 있는 사유들에 의하면, 피고인은 2007. 1. 19. 공소외 5 주식회사 명의로 35억 원을 대출받아 수수료 등을 제외한 34억 75,288,900원을 송금받은 후, 이를 가지고 자신의 개인 명의 대출금 33억 원을 변제하고 나머지는 개인 채무 변제, 투자금으로 사용하여 이를 횡령하였다고 충분히 인정할 수 있고, 비록 피고인이 개인 및 그 아버지 소유의 부동산을 담보로 제공하였고, 이자를 피고인 개인 돈으로 상환하였다는 것만으로는 횡령죄의

성립에 영향을 미치지 못한다 할 것이므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(7) 피고인 1의 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)에 대한 판단

(가) 이 부분 공소사실의 요지

공소외 1 주식회사는 2006. 9. 20.경 공소외 31 등으로부터 충북 청원군 오창읍 소재 공소외 13 주식회사(당시 상호는 '◇◇◇'였고, 이하 '공소외 13 주식회사'라 한다) 발행주식 76.19%를 8억 원에 매수하여 공소외 13 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입시켰다.

공소외 1 주식회사 대표이사이자 공소외 5 주식회사의 대표이사였던 피고인은 2006. 10. 18.경 공소외 13 주식회사 대표이사 공소외 14가 공소외 13 주식회사의 기존 은행 차입금 상환 및 신제품 생산을 위한 시설 투자를 위해 10억 원의 신규 차입을 고려하고 있다는 사실을 알고 공소외 14에게 "공소외 1 주식회사가 신용도가 낮아 차입이 어려우니 공소외 13 주식회사에서 최대한 자금을 많이 차입하여 공소외 5 주식회사에 6억 원을 빌려 달라. 만기 전이라도 공소외 13 주식회사에서 자금이 필요한 상황이 되면 언제든지 내가 책임지고 상환하겠다.

"라는 취지로 말하여, 공소외 13 주식회사의 최대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 최대주주 겸 대표이사인 피고인의 변제 약속을 믿은 공소외 14로 하여금 그의 연대보증 하에 공소외 13 주식회사 명의로 기업은행 서청주지점으로부터 14억 원을 대출받아 그 중 6억 원을 공소외 5 주식회사에 대여기간 1년, 이율 연 7%의 조건으로 대여하게 하였다.

그러나 사실은 공소외 5 주식회사는 제3항 기재와 같이 영업부진으로 인해 2006. 6.경부터 적자가 발생하여 2006년도 당기순손실이 12억 7,700만 원에 달하였고, 2006. 12. 31. 현재 유동부채(32억 6,800만원)가 유동자산(20억 5,600만원)을 크게 초과하여 자본이 전액 잠식된 상태일 정도로 재무사정이 악화되어 전적으로 차입금에 의존하여 운영되고 있던 상황이었으므로 공소외 13 주식회사로부터 자금을 빌려 사용하더라도 그 원리금을 제대로 변제할 능력이 없었고, 피고인 또한 위와 같은 사정을 잘 알면서 공소외 5 주식회사 명의로 6억 원을 차용하였으므로 공소외 14로부터 대여금 상환 요청을 받더라도 자신이 공소외 5 주식회사를 대신하여 위 차용금을 상환할 의사가 없었다.

이로써 피고인은 공소외 14를 기망하여 공소외 5 주식회사로 하여금 6억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하였다.

(나) 판단

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음 사정들 즉, ① 피고인과 공소외 14는 공소외 13 주식회사를 공동으로 인수하기로 하여 2006. 9. 20.경 공소외 14는 공소외 13 주식회사 발행주식 24% 가량을 2억 5,000만 원에 매입하고, 공소외 1 주식회사는 2006. 9. 20.경 공소외 13 주식회사 발행주식 76% 가량을 8억 원에 매수하여 공소외 13 주식회사를 공소외 1 주식회사의 자회사로 편입시킨 사실, ② 엔디플로의 대표이사는 공소외 14가 맡았으나, 피고인은 공소외 13 주식회사 회사 내에서 '사장'으로 호칭되었고, 대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외

13 주식회사의 은행대출 및 시설투자 등 주요 자금에 대한 결재권을 행사한 사실, ③ 공소외 14도 '금액이 좀 큰 부분은 언제든지 피고인과 상의해서 집행하였다.

몇 천만 원 정도는 제가 임의로 했고, 나머지 큰 금액들은 피고인과 협의했다'고 진술하여(공판기록 5권, 2457면) 피고인이 공소외 13 주식회사의 주요 자금 결재에 관하여 일정한 권한을 가지고 있었던 것으로 보이는 점, ④ 피고인이 공소외 14에게 6억 원을 추가로 대출하여 공소외 5 주식회사에 대여하게 한 경위에 관하여 보건대, 공소외 14는 '금전 대여 당시 피고인이 공소외 5 주식회사가 어떤 회사라고 이야기한 것 같은데, 정확하게 업종이 달라서 잘 기억도 안 나고, 재무상태나 이런 것에 대하여 전혀 물어보지도 않았고, 듣지도 않았다'(공판기록 5권, 2462면), '공소외 5 주식회사가 뭐하는 회사인지 우리는 알 것 없고, 피고인의 재력을 믿고 빌려주면 된다는 분위기여서 빌려준 것이다'(공판기록 5권, 2467면)라고 진술하여 이 사건 대여는 공소외 5 주식회사의 변제능력과 아무런 상관 없이 피고인의 변제약속을 믿고 이루어진 것으로 보이는 점, ⑤ 피고인은 공소외 13 주식회사의 대주주 회사인 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 공소외 13 주식회사의 주요 자금에 대하여 결재권을 행사하였으므로 공소외 14로서도 피고인의 요청을 거절할 수 없다 할 것이고, 위와 같은 위치에 있는 피고인이 구두로 공소외 13 주식회사에서 자금이 필요하면 언제든지 상환하겠다고 함으로써 이 사건 대여가 이루어진 것이라고 봄이 상당하고, 피고인이 공소외 14를 공소사실 기재와 같이 기망하였고, 공소외 14가 이에 착오를 일으켜 공소외 14가 공소외 5 주식회사에 대여하였다고 보기는 어려운 점, ⑥ 2007. 3. 19. 피고인이 공소외 1 주식회사를 공소외 9 주식회사에 양도하기 전에는 이 사건 대여금의 상환요청이 전혀 없었다가 위와 같은 양도가 이루어지고 이 사건 수사가 개시된 후에야 비로소 이 사건 대여를 문제삼은 것도 당시 공소외 14가 기망당하였는지에 관하여 의심이 들게 하는 점 등을 종합하여 보면, 검찰이 제출한 증거들만으로는 합리적 의심을 배제하고 피고인이 공소외 14를 기망하여 동인이 착오로 인하여 이 사건 대여를 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 그 증명이 없는 경우에 해당하다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 이를 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인의 위 주장은 이유 있다.

(8) 피고인 1, 4의 공소외 15에게 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령) 및 배임증재의 점에 대한 판단

횡령죄에 있어서 재물의 보관이라 함은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하고 그 보관이 위탁관계에 기인하여야 할 것임은 물론이나, 그것이 반드시 사용대차·임대차·위임 등의 계약에 의하여 설정되는 것임을 요하지 아니하고, 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있다( 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005도 7610 판결 등 참조)

또한, 형법 제357조에 규정된 배임증재죄에 있어서의 부정한 청탁이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이에 관련되어 취득한 재물이나 재산상 이익의 액수와 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며, 그 청탁이 반드시 명시적으로 이루어져야 하는 것도 아니고 묵시적으로 이루어지더라도 무방하다( 대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조)

위 각 법리 및 원심이 적절하게 설시한 사유들에 의하면, 피고인들은 공모하여 공소외 16 주식회사 제3자 배정 유상증자에 참여하는 방법으로 경영권을 취득함에 있어, 피고인들의 개인자금으로 최대주주 도움에 경영권 취득에 대한 대가를 취급하는 대신 피고인들이 보관하고 있던 공소외 16 주식회사 소유의 유상증자 자금 중 50억 원을 공소외



15에게 대여하여 이를 횡령하고, 도움에 별도의 경영권 프리미엄을 지급하지 않는 한편 도움의 대표이사 겸 최대주주 공소외 15가 공소외 16 주식회사에 대한 경영권을 행사하지 않도록 하는 취지의 부정한 청탁의 대가로 위와 같이 50억 원을 대여하여 그 경제적 이익을 공여하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(9) 피고인 1, 4의 도움에 대여한 50억 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단  
원심이 적절하게 설시한 사유들에 의하면, 피고인들은 2007. 8. 10.경 공소외 16 주식회사의 유상증자에 참여하여 공소외 16 주식회사의 대주주가 되었고, 그때부터 피고인 1은 총괄CEO, 피고인 4는 재무신규사업 CEO로 공소외 16 주식회사의 업무 전반에 관여하였고, 이 사건 50억 원의 도움에 대한 대여 당시 도움은 주된 매출처인 팬택의 워크아웃으로 지속적인 매출액의 감소가 예상되는 등 변제능력이 부족한 상황이었음에도, 피고인들은 공모하여 도움으로부터 적절한 담보를 제공받는 등 채권회수를 위한 조치를 취하지 않은 채, 단지 공소외 16 주식회사의 경영권을 취득하기 위하여 공소외 16 주식회사 소유의 유상증자 자금 중 50억 원을 도움에 대여하여 도움으로 하여금 50억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 16 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 충분히 인정할 수 있고, 비록 유상증자 이전에 이미 공소외 15를 비롯한 공소외 16 주식회사 경영진과 위 50억 대여에 대한 합의가 있었다 하더라도 이는 업무상배임죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 못하므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(10) 피고인 1, 4의 공소외 19 주식회사에 대한 35억 원 대여 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단

회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 된다( 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 원심이 설시한 사유들을 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인들은 공모하여 당시 공소외 19 주식회사는 아파트시행업을 영위하는 회사로서 별다른 재산이 없어 외부자금이 유입되지 않고서는 회사 운영 및 사업 진행이 어려워 차용금을 변제할 능력이 의심스러운 상황이었음에도 담보제공 등 채권회수를 위한 조치를 취하지 않고 이사회 결의도 거치지 않은 채, 공소외 19 주식회사에 35억 원을 대여함으로써 위 회사로 하여금 동액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 16 주식회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(11) 피고인 1의 사문서위조, 자격모용에 의한 사문서 작성 및 행사의 점에 대한 판단

주식회사의 적법한 대표이사라 하더라도 그 권한을 포괄적으로 위임하여 다른 사람으로 하여금 대표이사의 업무를 처리하게 하는 것은 허용되지 않는다.

따라서 대표이사로부터 포괄적으로 권한 행사를 위임받은 사람이 주식회사 명의로 문서를 작성하는 행위는 원칙적으로 권한 없는 사람의 문서 작성행위로서 자격모용사문서작성 또는 위조에 해당하고, 대표이사로부터 개별적·구체적으로 주식회사 명의의 문서 작성에 관하여 위임 또는 승낙을 받은 경우에만 예외적으로 적법하게 주식회사 명의로 문서를 작성할 수 있다( 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006도2016 판결 참조).

원심이 적절하게 설시한 사유들에 의하면, 피고인 및 피고인 4가 공소외 16 주식회사의 대표이사 및 이사로 각 선임되는 주주총회 개최일인 2007. 10. 2.까지는 당시 대표이사 공소외 17, 이사 공소외 18 명의로 이사회 회의록을 작성할 권한이 없었고, 또한 동인들로부터는 새로운 이사 선임에 대한 임시주주총회 소집통지를 위한 이사회를 제외하고는 이사회 회의록 작성에 관하여 별다른 동의를 받은 바 없음에도, 2008. 2.경 2007. 8. 17.자 공소외 15에 대한 50억 대여 관련 이사회 회의록, 2007. 9. 4.자 공소외 19 주식회사에 대한 10억 대여 관련 이사회 회의록에서의 '의장 대표이사 공소외 17'이라고 기재된 옆에 공소외 16 주식회사 대표이사 직인을 각 날인하고, '이사 공소외 18'이라고 기재된 옆에 피고인의 도장을 찍은 후 '代'라고 기재하여, 공소외 16 주식회사 대표이사 공소외 17 명의의 권리의무 또는 사실증명에 관한 사문서인 이사회 회의록 2부를 위조하고, 이사 공소외 18의 자격을 모용하여 이사회 회의록 2부를 작성하였다고 충분히 인정할 수 있고, 대표이사 공소외 17 명의의 위조는 위 법리에 비추어 가사 피고인이 공소외 17로부터 포괄적으로 권한 행사를 위임받았다고 하더라도 개별적·구체적으로 주식회사 명의의 문서 작성에 관하여 위임 또는 승낙을 받았다고는 볼 수 없으므로, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 피고인 2의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단( 공소외 2 주식회사 주식 고가 인수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대하여)

(1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인에 대한 이 부분 공소사실의 요지는 위 가의 (1)(가)항에서 본 바와 같고(다만, "피고인"은 " 상피고인 1"로, " 상피고인 2"는 "피고인"으로 변경), 그 외에 검사는 다시 예비적으로 피고인이 상피고인 1의 위와 같은 배임행위를 방조하였다는 것으로 공소제기를 하고 있다.

(2) 판단

형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것이기는 하나, 이를 위해서는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 경우여야 한다( 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도2994 판결 등 참조).

또한, 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 그 방조는 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만 아니라, 실행 착수 전에 장래의 실행

행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립한다.

그리고 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심적 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이 때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다고 할 것이며, 또한 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다(대법원 2007. 10. 26. 선고 2007도4702 판결 등 참조).

이 사건 기록에 의하면 다음 사정들이 인정된다.

(가) 피고인은 상피고인 1의 요청으로 2005. 2. 17.경부터 공소외 2 주식회사의 상무이사로 근무하면서 회사의 조직관리, 영업 등을 담당하였으나, 회사의 자금조달 등 주요한 경영상의 업무는 상피고인 1이 담당하였고, 피고인은 이에 대하여 관여하지 아니하였다.

(나) 피고인은 공소외 1 주식회사와는 아무런 관련이 없어 공소외 1 주식회사의 공소외 2 주식회사 주식 인수의 필요성 및 절차의 적정성, 인수가격, 공소외 1 주식회사의 재정상황 등을 알 수 있는 위치에 있지 않았고, 그에 관한 의사결정에 어떠한 영향력을 행사할 수도 없었다.

(다) 상피고인 1은 평소 공소외 2 주식회사 운영과 관련한 중요 결정을 혼자서 결정하였고, 피고인과 상의하거나 미리 알려주지 않았는데, 이 사건 공소외 2 주식회사 주식 매도와 관련하여서도 상피고인 1은 피고인과 상의하거나 그 사실을 미리 알려준 것으로는 보이지 않는다.

(라) 피고인은 보유하고 있던 공소외 2 주식회사 주식 500주에 대하여 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채 3억 7,500만 원 상당을 교부받아 후에 이를 상환받아 동액 상당의 금전전 이득을 받았으나, 위와 같은 이득은 상피고인 1이 공소외 1 주식회사 대표이사로서 공소외 2 주식회사 주식 전량을 매수한 것에 따른 것이지, 피고인이 이를 의도하고 행위한 것으로는 보이지 아니한다.

(마) 피고인은 2006. 3. 6.경 상피고인 1의 지시에 따라 공소외 2 주식회사 세무대리를 담당하고 있던 위드회계법인에 외부 회계감사를 의뢰하였고, 2006. 3. 9.경 상피고인 1로부터 '공소외 2 주식회사 매각과 관련하여 세림회계법인 공인회계사 공소외 21로부터 연락이 올테니 요구하는 자료를 주라'는 지시를 받고, 이에 따라 공소외 2 주식회사의 회계자료 등을 제공하였는데, 다음에서 보는 바와 같이 피고인이 공소외 2 주식회사 재무제표를 분석하여 위드회계법인이나 세림회계법인에 제공하였다고 볼 수 없다.

#### 1) 선급비용

공소외 2 주식회사의 2005년도 대차대조표 및 손익계산서에는 2005. 12. 10. 공소외 117 주식회사에 지급한 위탁대행 수수료 94,726,200원, 같은 달 23. 공소외 5 주식회사에 지급한 무료보험대행료 75,087,240원, 같은 날 공소외 35

주식회사에 지급한 판촉물 제작비 3,300만 원, 같은 날 공소외 32 주식회사에 지급한 업무대행수수료 51,188,080원, 같은 달 27. 공소외 33 주식회사에 지급한 이메일광고대행료 21,560,000원 등 비용 합계 2억 75,561,250원을 자산 계정 중 선급비용으로 처리되었다.

그러나 ① 피고인 1의 변호인이 제출한 증 제4호증의 기재(회계법인 리안 작성의 회계처리 적정성 검토의견서, 공판기록 1권 359면), 한국회계기준원에 대한 당심의 사실조회결과 및 당심 증인 공소외 34의 증언 등에 의하면, 공소외 2 주식회사는 홈쇼핑업체 등으로부터 고객정보가 들어있는 데이터베이스를 구입하고 이를 이용하여 전화로 보험을 판매하는 보험상품 판매대행업을 영위하는 회사로서, 외부에서 구매된 데이터베이스는 각 판매원들에게 분배되고, 이들 판매원은 각자 분배받은 데이터베이스 상의 고객에게 오랜기간 동안 여러 차례 전화를 걸어 보험상품의 필요성과 특성, 차별성 등을 설명하여 보험상품에 가입하도록 권유하고, 실제 계약이 체결된 건에 대하여 회사가 판매수수료를 수령하므로, 데이터베이스 구매대금은 무형자산에 해당하는 점, ② 따라서 원칙적으로 데이터베이스 구매대금을 무형자산으로 계상하고 자산의 활용가치 및 활용가능기간을 고려하여 적정 상각기간 및 상각방법을 정하여 일관적이고 체계적으로 비용화하는 것이 원칙이지만, 이 사건과 같이 12월 결산시 매월 청구된 구매대금에 대하여 월별 수익실현 비율을 곱하여 연간 비용화할 부분과 선급비용(자산)으로 이연처리할 부분을 구분하는 방법으로서의 계상도 가능한 점, ③ 공소외 2 주식회사는 위와 같은 선급비용 계상방법으로 데이터베이스 구매대금 3억 3,400만 원을 다음해로 이연처리할 대상으로 산출하고, 2004년도 데이터베이스 구매대금 중 2005년에 영업에 이용하였다고 산정한 8,800원을 공제한 2억 4,600여 만 원 및 배포되지 않은 위 공소외 35 주식회사에 대한 광고인쇄물 외주제작 비용 3,300여만 원 합계 2억 7,900여만 원 상당을 2005년도 선급비용으로 계상하였는바, 이는 일반적 회계처리기준에 따른 적정한 것으로 봄이 상당하므로 이 부분을 분식회계라고 볼 수 없다.

## 2) 퇴직급여충당금

2005. 12. 31.경 당시 종업원 6명에 대한 퇴직급여충당금 24,620,017원을 비용 및 부채 계정에 계상하지 않아 그에 상응하는 액수 만큼 2005년도 영업이익 및 자산이 증가한 것은 사실이다.

그러나 ① 퇴직급여충당금은 종업원이 퇴직할 경우에는 근로기준법 또는 노사간의 단체협약에 따라 퇴직금을 지급하게 되어 있으나, 불규칙적으로 발생하는 퇴직금을 발생하는 대로 그 해당년도의 손비로 처리한다면 기간손익계산의 관점으로 보아 타당하지 않아 당해 종업원의 재직기간 중의 각 기간에 사전 배분하여 매기마다 일정액을 비용화하여 처리하는 것으로 실제로 비용을 지출하는 것이 아니고 관념상 부채에 충당하는 것이어서 회계전문가가 아닌 경우 이를 누락하는 경우가 많은 점, ② 당시 공소외 2 주식회사의 경리담당자인 공소외 36은 '퇴직급여충당금을 계상해야 되는지 계정과목도 모르는 상태에서 결산을 담당하는 위드회계법인에서 퇴직급여충당금을 계상하라는 이야기를 들은 적도 없다'고 진술하여( 2009고합87피고인 2, 3 사건 증거기록 107면) 위드회계법인의 외부회계감사 이전까지는 회계프로그램에 위 퇴직급여충당금이 계상되지 않았을 가능성이 높은 점, ③ 위드회계법인 공인회계사 상피고인 3 및 공소외 2 주식회사 담당 직원 공소외 37은 외부회계감사시 이를 발견하여 공소외 2 주식회사 회사에 문의하니 회사에서 연봉제를 실시하고 있기 때문에 퇴직금이 없다고 확인받았다고 진술하나, 상피고인 3은 '피고인 2로부터 직접 들은 것은 아니고, 공소외 37을 통해서 들었다'고 진술하고(공판기록 2권 693면), 공소외 37은 '피고인 3 지시로 공소외 2 주식회사에 연봉제를 실시하냐고 물었고, 주로 회계 관련 통화는 공소외 36과 하였으

로 추측하건대 공소외 36이었을 것이다'라고 진술하여(공판기록 3권 1243면) 추측에 의하여 위와 같은 진술을 하는 점, 공소외 36은 검찰 및 원심 법정에서 일관하여 '공소외 37로부터 퇴직급여충당금이 계상되지 않은 이유를 문의받거나 이에 대하여 연봉제라 퇴직급여를 계상하지 않았다고 답변한 적이 없다.

퇴직금 계산하는 것도 몰라 위드회계법인에 그 방법 등을 문의해서 처리하였다'고 진술하는 점( 2009고합87피고인 2, 3 사건 증거기록 107면, 공판기록 3권 1229면), 단순히 연봉제라는 이유만으로는 퇴직급여충당금을 설정하지 않아도 되는 것은 아닌 점 등에 비추어 상피고인 3 및 공소외 37의 진술은 이를 그대로 믿기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 당시 피고인이 고의로 퇴직급여충당금을 계상하지 아니하였거나, 상피고인 3에게 연봉제라고 거짓말을 하여 이를 계상하지 않도록 한 것은 아니라고 봄이 상당하므로, 이를 영업이익이나 자산을 과대계상할 목적이 있는 분식 회계라고 볼 수 없다.

### 3) 감가상각비

세림회계법인의 공소외 21에게 제공한 대차대조표 및 손익계산서의 비용계정 중 유형자산 감가상각비 계정과목이 상각월수가 12개월이 아닌 5개월로 입력되어 2005년 감가상각비가 39,727,731원으로 계산되어 원래의 85,418,104원에서 45,690,373원(53.5%) 만큼 과소계상되었고, 공소외 2 주식회사에 대한 외부회계감사 기간 중에 위드 회계법인의 상피고인 3이 위와 같이 과소계상되었던 부분을 발견하여 이를 정정하여 입력한 사실은 인정된다.

그러나 ① 당시 공소외 2 주식회사가 사용하던 회계기장 컴퓨터 프로그램인 더존프로그램은 평상시 매일 발생하는 회계전표에 의하여 각 계정항목에 수치를 입력하여 나가다가, 어떤 회계기준일을 입력하고 계산 버튼을 누르면 프로그램 안에서 월수까지도 자동으로 계산되는데, 감가상각비의 경우도 자산명, 취득일자, 취득가액, 감가상각방법, 내용연수 등의 항목을 입력하고 결산 기준일을 입력하면 자동으로 상각월수가 계산되어 감가상각비명세서가 출력되는 점, ② 상피고인 3은 '위와 같이 상각월수에 오류가 발생한 것은 누군가 의도적으로 2005. 5월달 결산 등을 위하여 상각월수에 수동으로 "5"를 입력하고, 이를 다시 자동으로 계산되게끔 프로그램을 원상회복시켜놓지 않았기 때문이다'라는 취지로 진술하는데(공판기록 3권 682, 683면), 공소외 38(위드회계법인 담당 과장)은 '공소외 2 주식회사에서 전표 입력을 한 후 위드회계법인에 회계프로그램을 보내오면 각 계정과목이 틀린 것이 없는지 검토한 다음 감가상각비 계산을 해가지고 공소외 2 주식회사에 다시 보내준다.

감가상각비가 과소계상된 것은 위드회계법인이 공소외 2 주식회사 제공한 것이다'라고 진술하고(공판기록 2권 722, 723면), 공소외 39(공소외 2 주식회사 회계담당 직원)은 '종전 공소외 2 주식회사 세무대리를 맡았던 신정회계법인에서 2005. 5. 가결산하면서 위와 같은 오류가 발생한 것으로 보인다.

신정회계법인 경리담당직원은 2005. 5. 공소외 2 주식회사 가결산자료가 있으나 법원이나 검찰의 요구 없이 자신에게 이를 출력하여 줄 수는 없고, 검찰에서 이미 그 가결산 자료를 가져갔다고 말하였다'고 진술하여(공판기록 4권 1982면) 신정회계법인이 2005. 5. 공소외 2 주식회사에 대하여 가결산을 하면서 위 더존프로그램의 감가상각비 상각월수를 "5"로 수동입력하였을 가능성을 배제할 수 없는 점, ③ 위와 같은 오류는 공인회계사가 아닌 일반인도 쉽게 발견할 수 있는 오류로서 쉽게 발견할 수 없는 수치의 조작으로 이익이나 자산을 부풀리는 분식회계의 방법으로 흔히 사용되는 것은 아니고, 단순한 입력의 실수라고 봄이 상당한 점, ④ 피고인은 상피고인 1이 구속되자 2008. 11. 27.경 상피고인 3 명의의 '감가상각비 처리에 대한 의견서'(공판기록 2권 616면)를 제출하였는데, 이를 피고인

의 요청에 의하여 상피고인 3이 명의만 빌려주었다는 사정만으로 피고인이 상각월수를 임의로 조작하여 감가상각비를 축소하였다고는 볼 수 없고, 그 내용에 비추어 '2005. 5월에 가결산을 하였다면 그와 같은 잘못이 있을 수 있다'는 피고인 3의 검찰 및 원심 법정에서의 진술과 대체로 일치하여 오히려 피고인이 위와 같이 고의로 감가상각비를 축소하였다는 것에 대한 탄핵증거가 되는 점, ⑤ 상피고인 3은 '피고인이 제공한 2005년도 손익계산서에는 데이터 베이스 구입비용 등을 매출원가로 처리하지 않고 판매비 및 관리비 항목인 광고선전비나 기타 수수료로 기장하여 와서, 자신이 이를 매출원가로 재분류하여 손익계산서를 수정하였다'고 진술하여(공판기록 2권 685면) 공소외 2 주식회사의 회계기장에 여러 가지 착오가 있었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 검찰 제출 증거만으로는 피고인이 2005년 결산시 더존프로그램의 감가상각비 상각월수를 고의로 12개월이 아닌 5개월로 입력한 것은 아니라고 봄이 상당하므로, 이를 영업이익이나 자산을 과대계상할 목적이 있는 분식회계라고 볼 수 없다.

위 법리에 비추어 위 사정들(특히 피고인이 분식회계를 한 바가 없는 점)을 종합하면, 피고인이 상피고인 1과 위 공소외 2 주식회사 주식 인수에 관하여 공동가공의사를 가지고 위 주식 인수로 인한 업무상배임 범죄에 대하여 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 한 바가 없으므로 피고인에게 공동정범의 죄책을 물을 수 없고, 또한 피고인이 상피고인 1이 위와 같은 공소외 2 주식회사 주식 인수로 인하여 업무상배임 범행을 한다는 것을 알았거나 이를 방조한다는 의사가 없어 정범의 고의는 물론 방조의 고의도 없었다고 봄이 상당하므로, 상피고인 1의 위 업무상배임죄에 대한 방조범의 죄책 역시 물을 수 없다고 할 것이다.

다.

#### 피고인 3의 법리오해 주장에 대한 판단

사문서위조, 동 행사죄의 객체인 사문서는 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 가리키고, 권리·의무에 관한 문서라 함은 권리·의무의 발생·변경·소멸에 관한 사항이 기재된 것을 말하며, 사실증명에 관한 문서는 권리·의무에 관한 문서 이외의 문서로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서를 의미한다.

그리고 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서는, 법률관계의 발생· 존속·변경·소멸의 전후과정을 증명하는 것이 주된 취지인 문서뿐만 아니라 직접적인 법률관계에 단지 간접적으로만 연관된 의사표시 내지 권리·의무의 변동에 사실상으로만 영향을 줄 수 있는 의사표시를 내용으로 하는 문서도 포함될 수 있다고 할 것인데, 이에 해당하는지 여부는 문서의 제목만을 고려할 것이 아니라 문서의 내용과 더불어 문서 작성자의 의도, 그 문서가 작성된 객관적인 상황, 문서에 적시된 사항과 그 행사가 예정된 상대방과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다( 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도8527 판결 참조).

위 법리에 비추어 살피건대, 원심은, 감사조서는 감사인이 감사를 실시하여 감사의견을 표명한 경우 회사의 회계기록으로부터 감사보고서를 작성하기 위하여 적용하였던 감사절차의 내용과 그 과정에서 입수한 정보 및 정보의 분석결과 등을 문서화한 서류(자기테이프·디스켓, 그 밖의 정보보존장치를 포함한다)를 말하는바( 외감법 제14조의2 제1항 ), 감사 당시 감사절차가 적정하게 이루어졌는지 여부를 심사하는 중요한 문서로서 그 내용에 따라 기업과 관련 있는 주주, 임원, 투자자 등 이해관계인들에게 상당한 영향을 미치고, 사후에 금융감독원 등이 그 내용에 있어서 분식회계가 이루어졌는지, 감사인이 분식회계사실을 파악하기 위하여 얼마나 노력하였는지 파악할 수 있는 자료로 사용되는 것으로 중요한 사실을 증명하는 사문서에 해당하고, 감사인은 감사조서를 감사종료 시점부터 8년간 보존하여

야 한다는 규정( 외감법 제14조의2 제2항)의 취지에 비추어 감사종료 시점에 완성된 문서라고 봄이 상당하며, 피고인은 검찰에 제출하여 이를 행사할 목적으로 2008. 11. 28.경 이 사건 감사조서에 2005. 12. 31.기준 공소외 2 주식회사 수정사항집계표 등을 2006. 3. 10.자로 소급 작성하여 감사조서에 끼워넣고, '선급비용 명세서' 하단에 감사보고서에서 데이터베이스 구입비용 및 판촉물제작비를 선급비용으로 계상한 것이 타당하다는 취지의 기재를 삽입하여 위드회계법인 명의의 감사조서를 변조하였고, 2008. 12. 1.경 위와 같이 변조한 감사조서를 그 정을 모르는 검찰수사관 공소외 136에 제출함으로써 이를 행사하였으므로 사문서변조 및 동행사죄가 성립한다고 하였는바, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

라. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

- (1) 피고인 1에 대한 사실오인 주장에 대한 판단( 공소외 4 소유 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당 횡령의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 공소외 4로부터 2005. 12. 21.경 로제화장품, 공소외 2 주식회사 등의 운영자금 명목으로 2억 5,000만 원을 자신 명의의 조흥은행 계좌로 송금받고 그 보답으로 2005. 12. 31.경 공소외 4에게 자신 소유의 공소외 2 주식회사 주식 500주를 양도하고, 2006. 1. 9. 공소외 2 주식회사 주식 200주를 추가로 양도하였다.

피고인은 2006. 3. 13.경 공소외 1 주식회사 사무실에서 공소외 4가 소유하고 있는 공소외 2 주식회사 주식 700주를 합계 5억 2,500만 원(1주당 75만 원)에 공소외 1 주식회사에 매도하는 내용의 주식매매계약서를 작성한 후 같은 달 14.경 공소외 1 주식회사로부터 위 주식 매매대금 명목으로 5억 2,500만 원 상당의 무기명 분리형의 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 교부받아 공소외 4를 위하여 보관하던 중, 공소외 4에게 위와 같은 사실을 숨기고 그의 투자지분을 제3자에게 원금에 3,000만원의 웃돈을 얹어 매각한 것처럼 거짓말하고 같은 해 4. 24.경 공소외 4 명의의 하나은행 계좌로 2억 8,000만 원을 송금하는 방법으로 공소외 4 소유의 위 신주인수권부사채 2억 4,500만 원 상당을 공소외 4에게 반환하지 아니하고 횡령하였다.

(나) 판단

원심은 기록에 나타난 여러 사정들을 종합하여, 피고인은 공소외 4의 허락을 받고 공소외 4 명의로 교부받은 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채 5억 2,500만 원을 매각하여 그 대금 2억 8,000만 원을 공소외 4에게 교부하였다고 봄이 상당하고, 달리 피고인이 신주인수권부 사채 2억 4,500만 원 상당을 공소외 4에게 반환하지 아니하여 이를 횡령하였다고 인정할 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

- (2) 피고인 2에 대한 법리오해 주장에 대한 판단(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 피고인 1로부터 공소외 2 주식회사의 2005년도 회계감사를 의뢰하라는 지시를 받고 2006. 3. 9.경 공소외 2 주식회사의 기장업무를 대리해 온 위드회계법인에 회계감사를 의뢰한 후, 위드 회계법인 소속 공인회계사인 피고인 3에게 비용 계정 중 광고선전비, 기타 수수료 등의 계정과목에 계상하여야 할 위탁대행수수료 등 합계 2억 75,561,520원을 자산 계정 중 선급비용 계정과목에 허위계상한 선급비용 명세서를 제공하고, 공소외 2 주식회사에 선급비용 명세서의 진위를 문의해 온 위드회계법인 직원 공소외 38과 공소외 37에게 선급비용 명세서의 내용이 진실하다고 거짓말을 하였다.

또한 피고인은 2005. 12. 31.경 현재 1년 이상 재직한 종업원 6명에 대한 퇴직급여충당금 24,620,017원을 비용 및 부채 계정에 계상하지 않고 누락시킨 다음, 피고인 3의 지시를 받고 공소외 2 주식회사에 퇴직급여 충당금의 누락 경위를 문의해 온 위 공소외 38과 공소외 37에게 " 공소외 2 주식회사는 연봉제를 실시하고 있기 때문에 퇴직급여충당금을 계상할 필요가 없다"는 취지로 거짓말을 하였다.

결국 피고인은 외부감사인인 위드회계법인에 소속된 공인회계사 피고인 3에게 비용과 부채를 줄이고 영업이익과 자산을 늘린 허위의 2005년도 회계자료를 제시하고, 그와 같은 회계자료의 진위 여부를 문의한 것에 대해 아무런 하자가 없는 것처럼 거짓말하여 위드회계법인으로 하여금 피고인이 제출한 대차대조표, 손익계산서, 이익잉여금처분계산서, 현금흐름표 등의 재무제표가 ' 공소외 2 주식회사의 2005. 12. 31. 현재의 재무상태와 동일로 종료되는 회계연도의 경영 성과, 이익잉여금의 변동과 현금흐름의 내용을 일반적으로 인정된 회계처리기준에 따라 중요성의 관점에서 적정하게 표시하고 있다.

'는 취지의 감사의견을 제출하게 함으로써 감사인의 정상적인 외부감사를 방해하였다.

(나) 판단

외감법 제20조 제2항 제3호는 감사인의 정상적인 외부감사를 방해한 행위에 대하여 처벌하도록 규정하고 있다.

외감법 제1조는 "이 법은 주식회사로부터 독립된 외부의 감사인(이하 '감사인'이라 한다)이 그 주식회사에 대한 회계감사를 실시하여 회계처리의 적정을 기하게 함으로써 이해관계인의 보호와 기업의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다.

"라고 규정하여 '감사인'이라는 용어를 사용하면서도 그 규정에서 감사인의 의미에 관하여는 따로 정의를 해 두고 있지 않은 채, 제2조에서는 "직전 사업연도 말의 자산 총액이 대통령령이 정하는 기준액 이상인 주식회사는 재무제표를 작성하여 감사인에 의한 회계감사를 받아야 한다.

"고 규정하고, 제3조는 '감사인'이라는 제목으로 그 제1항에서 "제2조의 규정에 의하여 감사를 실시하는 감사인은 다음과 같다.

(단서 생략)"고 하면서 '공인회계사법 제23조의 규정에 의한 회계법인'과 '공인회계사법 제41조에 의하여 설립된 한국공인회계사회에 등록된 감사반'을 규정하여 외감법 제2조에 의한 외부감사의 대상인 주식회사의 감사인을 회계법인과 감사반으로 제한하고 있는바, 주식회사의 회계처리의 적정과 이해관계인 보호 등을 목적으로 하는 외감법의 취지와 감사기준 및 감사인의 권리·의무와 책임 등에 관하여 엄격한 규정을 두고 있는 외감법의 제반 규정에 비추어 볼 때, 외감법에서의 감사인은 외감법 제2조 또는 증권거래법 제194조의3 등의 법령에 의하여 외부의 회계감사를



받아야 하는 회사에 대하여 감사를 실시하는 회계법인과 감사반을 의미하는 것으로 제한하여 해석할 수밖에 없고, 외감법 제20조 제2항 제3호는 위와 같은 감사인의 감사 업무를 방해하는 행위를 처벌하는 것으로 보아야 한다( 대법원 2004. 5. 13. 선고 2002도7340 판결 참조).

원심은 위와 같은 법리에 따라서 외감법 제2조 및 같은 법 시행령 제2조에외부의 감사인에 의하여 회계감사를 받아야 할 대상 주식회사는 '직전사업연도말의 자산총액이 70억 원 이상인 주식회사'로 규정하고 있고, 공소외 2 주식회사의 2004년의 자산총액이 70억 원이하이므로 외부회계감사를 필수적으로 받아야 하는 것은 아니라는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 이 점에 관한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 3에 대한 법리오해 주장에 대한 판단(주식회사 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2006. 3. 9.경 피고인 2로부터 2005년도 공소외 2 주식회사 회계감사를 의뢰받고 같은 달 10.부터 12.까지 위드회계법인 명의로 회계감사를 실시한 후 감사보고서 및 감사조서를 작성하였다.

피고인은 2008. 11. 28.경 서울중앙지방검찰청 금융조세조사 제1부 소속 수사관 공소외 136으로부터 피고인 2 등에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 사건 수사와 관련하여 위 회계감사시 작성한 위드 회계법인 명의로의 감사조서를 제출해 달라는 요청을 받고, 서울 강남구 논현동 소재 위드 회계법인 사무실에서, 2005. 12. 31.자 기준 공소외 2 주식회사 수정사항집계표와 당좌자산, 투자자산, 유형자산, 자본, 매출, 영업 외 손익, 법인세 등의 증감 현황 등에 관한 명세서를 2006. 3. 10.자로 새로 작성하여 감사조서에 끼워 넣고, 감사조서에 편철되어 있는 선급비용명세서 하단에 피고인 2가 주장하는 선급비용 계상내용을 검토한 결과 선급비용 계상이 타당하다는 취지의 문구를 마치 위 회계감사 당시 기재한 것처럼 연필로 기입한 다음 2008. 12. 1. 퀵서비스 편으로 위 감사조서를 위 수사관에게 제출함으로써, 2005년도 공소외 2 주식회사 회계감사와 관련하여 위드 회계법인이 작성한 감사조서를 변조하였다.

(나) 판단

원심은 법령상 외감법에 의한 외부감사의 대상이 되지 않은 공소외 2 주식회사가 임의로 회계법인에 감사를 의뢰하였다고 하여 당해 회계법인을 외감법상의 감사인으로 볼 수 없으므로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였는바, 앞서 본 2002도7340호 대법원판결의 법리에 비추어 보건대, 이 점에 관한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

마. 피고인 3 및 검사의 위 피고인에 대한 양형부당 주장에 대한 판단

피고인은 수사기관의 요청을 받고 감사조서를 제출함에 있어 이를 변조하여 그에 상응한 처벌을 받아야 하나, 피고인에게 벌금형 외에 다른 전과가 없는 점, 감사조서에 대한 변조 정도가 심하지 아니하고, 부실한 감사조서를 보충하기 위한 동기가 있어 그 경위에 있어 참작할 만한 사정이 있는 점 등 이 사건 공판과정에 나타난 여러 가지 양형 조건들을 참작하여 보면, 피고인에 대한 원심의 선고형량은 다소 무거워 부당하고, 너무 가벼워 부당하다고는 인정

되지 않는다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분 중 제이온라인 주식 인수 관련 9억 58,904,816원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점, 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점, 공소외 13 주식회사 대출 관련 6억 원 상당의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)의 점, 피고인 4에 대한 유죄부분 중 차량리스 관련 1억 66,653,700원 업무상배임의 점, 피고인 2에 대한 유죄부분은 위에서 본 바와 같이 모두 범죄의 증거가 없어 무죄를 선고하여야 하며, 피고인 1, 4의 위 각 부분과 피고인 1, 4의 나머지 유죄부분은 형법 제 37조 전단의 경합범관계에 있다 하여 하나의 형이 선고되어, 결국 원심판결 중 피고인 1, 4, 2에 대한 유죄부분은 그 전부를 그대로 유지할 수 없게 되었고, 피고인 3의 항소는 이유 있으므로, 피고인 1, 4의 양형부당 및 검사의 위 피고인들에 대한 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여, 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄부분을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 원심판결 중 피고인 1, 2의 무죄부분 및 피고인 3에 대한 검사의 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 한다.