

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)·특정경제범죄가중처벌등
에관한법률위반(배임)·사전자기기록등위작·위작사전자기기록등행사·금
융실명거래및비밀보장에관한법률위반·주민등록법위반·주식회사의외부
감사에관한법률위반·자본시장과금융투자업에관한법률위반·상호저축은
행법위반·업무상배임



[대법원 2013. 10. 17. 2013도6826]

【판시사항】

- [1] 주민등록법 제37조 제10호의 규정 취지 및 주민등록번호 소지자의 허락 없이 그 주민등록번호를 함부로 이용하여 신분확인의 용도로 사용한 경우, 위 조항에서 정한 '주민등록번호 부정사용죄'가 성립하는지 여부(적극)
- [2] 형사소송법 제254조 제4항의 규정 취지 및 공소사실의 특정 정도
- [3] 배임죄 구성요건 중 '임무에 위배하는 행위', '재산상의 손해를 가한 때'의 의미
- [4] 부실대출에 의한 업무상배임죄가 성립하는 경우, 손해액의 범위(=대출금 전액)
- [5] 금융기관이 거래처의 기존 대출금에 대한 원리금으로 상환되도록 약정된 새로운 대출금을 실제로 거래처에 교부한 경우, 업무상배임죄가 성립하는지 여부(원칙적 적극)

【참조조문】

- [1] 주민등록법 제37조 제10호, 구 주민등록법(2009. 4. 1. 법률 제9574로 개정되기 전의 것) 제37조 제9호(현행 제37조 제10호 참조)
- [2] 형사소송법 제254조 제4항
- [3] 형법 제355조 제2항
- [4] 형법 제355조 제2항, 제356조
- [5] 형법 제355조 제2항, 제356조

【참조판례】

- [1] 대법원 2007. 10. 11. 선고 2006도7821 판결, 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도11076 판결 /
- [2] 대법원 2008. 3. 14. 선고 2008도418 판결, 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도10885 판결 /
- [3] 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009도1149 판결(공2010하, 2207) /
- [4] 대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도28 판결(공2000상, 1107) /
- [5] 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10730 판결

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인들 및 검사

【변 호 인】 법무법인 민 외 13인

【원심판결】 서울고법 2013. 5. 16. 선고 2012노3666 판결

【주문】

】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

】 상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서들의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 주식회사 제일저축은행(이하 '제일저축은행'이라 한다)과 관련한 공소사실에 관하여

가. 시재현금 임의 사용 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특경법'이라 한다)위반(횡령)의 점 중 제1심 판시 범죄일람표(1) 순번 1 내지 3, 14 내지 16, 27 내지 34, 36 내지 50, 58 부분(피고인별 무죄 부분 제외)에 대하여

(1) 원심은, 피고인 1은 제일저축은행의 대주주 겸 회장, 피고인 2는 그 상무이사 내지 대표이사, 피고인 3은 그 상무이사 내지 전무이사로서, (가) 위 범죄일람표 순번 1 내지 3 부분에 관하여, 판시 증여세에 대하여는 제일저축은행이 지급할 의무가 있지 않고 상호신용금고의 비상장주식에 대한 투자 금지를 회피하기 위한 주식 명의신탁으로 발생한 증여세를 대납한 것은 그 목적과 취지가 법률에 대한 위반을 유지·강화하는 위법한 행위에 해당한다는 등의 판시와 같은 이유를 들어, 피고인 1이 위 증여세를 대납하기 위하여 차명으로 대출을 실행하여 그 대출금을 인출한 것은 피고인 1, 3이 공모하여 불법영득의사에 기하여 제일저축은행의 금원을 횡령한 것에 해당한다고 판단하고, (나) 위 범죄일람표 순번 14 내지 16, 48 내지 50, 58 부분에 관하여 판시와 같은 이유를 들어, 순번 14, 48 내지 50 기재 대출은 피고인 1, 2, 3이 공모하여 횡령을 범하였고, 순번 15, 16 기재 대출은 피고인 1, 2가 공모하여 횡령을 범하였으며, 순번 58 기재 대출은 피고인 2, 3이 공모하여 횡령을 범하였다고 판단하고, (다) 위 범죄일람표 순번 27 내지 34 및 36 내지 47 부분에 관하여 판시와 같은 이유를 들어, 판시 유상증자가 가장납입이라 할 수 없다고 보고, 피고인 1, 3이 공모하여 피고인 1이 유상증자 자금을 마련하기 위하여 지게 된 개인채무를 변제하기 위하여 명의를 도용하여 대출을 실행하여 그 대출금을 인출하는 방식으로 제일저축은행 소유의 금원을 횡령하였다고 판단하였다.

(2) 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 하나(형사소송법 제307조 제2항), 사실인정에 관한 증거의 증명력은 자유심증주의의 한계를 벗어나지 않는 한 사실심 법원의 자유판단에 속한다(형사소송법 제308조).

원심판결 이유를 관련 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 위 피고인들의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나고 필요한 심리를 다하지 아니하거나 업무상횡령죄에서의 불법영득의사 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

피고인 1은 (가) 위 범죄일람표 순번 48 내지 50 부분에 관한 상고이유로, 피고인 5의 원심 법정진술 중에서 피고인 3으로부터 들었다는 일부 진술 부분이 전문증거여서 증거능력이 없다고 주장하나, 적법하게 채택된 다른 증거들 및 기록에 의하면 피고인 3의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명되었다고 할 수 있고, 피고인 5의 위 진술 부분을 제외하더라도 위와 같은 원심의 판단에 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 있다고 할 수 없

으므로, 위 상고이유 주장은 받아들이지 아니하며, (나) 또한 위 범죄일람표 순번 15, 16 부분에 관한 상고이유로 불고불리의 원칙 및 공소장변경 없이 심판할 수 있는 범위에 관한 법리 위반을 주장하나, 이 사건 기록에 비추어 보면 원심이 인정한 범죄사실이 이 사건 공소사실과의 동일성에서 벗어난다거나 위 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 있다고 보이지 아니하므로, 위 상고이유 주장 역시 받아들이지 아니한다.

나. 명의도용 신규대출에 의한 기존 대출채무 변제·소멸로 인한 특경법위반(배임) 및 업무상배임의 각 점에 대하여 원심은 판시와 같은 이유를 들어, 기존 차명차주들과 제일저축은행 사이의 대출약정이 통정허위표시로서 무효에 해당하여 제일저축은행은 애초부터 기존 차명차주에 대하여 대출금채권을 갖고 있지 아니하였으므로 명의도용 신규대출을 일으켜 기존 차명차주 명의의 대출채무를 변제하였다 하더라도 제일저축은행에 어떠한 재산상 손해가 발생하였다고 볼 수 없다고 보아 이 부분 각 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결의 사실인정과 판단이 정당하다고 인정하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 검사의 상고이유 주장과 같이 통정허위표시 및 채무의 효력에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

다.

사전자기록위작 및 위작사전자기록행사, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(이하 '금융실명법'이라 한다)위반, 주민등록법위반의 각 점에 대하여

(1) 피고인 1, 3의 공범 성립에 대하여

(가) 원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인 1, 3이 피고인 2와 명의도용 신규대출에 관한 이 부분 각 범행을 서로 공모하였다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 피고인 1, 3의 상고이유 주장과 같이 공범 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법 등이 없다.

(나) 한편 피고인 3은 원심이 그에 대하여 유죄로 인정한 범죄사실 중 위에서 살펴본 범죄사실들 외에 나머지 범죄사실들에 대하여도 피고인 1 등과 서로 공모하거나 이에 가담하지 않았다는 취지로 주장하나, 아래의 범죄사실들에 관하여는 아래에서 살펴보는 바와 같이 그 이유가 없고, 또한 그 밖의 범죄사실에 관하여도 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면 다른 범죄사실들과 마찬가지로 위 피고인과 피고인 1 등과의 공모관계를 인정한 원심판결에 위법이 있다고 보이지 아니하므로, 그 주장은 모두 받아들이지 아니한다.

(2) 사전자기록위작 및 위작사전자기록행사의 점에 대하여

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인 1, 3, 2가 고객들의 명의를 도용하여 대출용 전산자료인 '대출품의서' 등을 작성함으로써 제일저축은행의 사전자기록을 위작한 행위는 제일저축은행의 정당하고 정상적인 사무처리의 범위를 벗어나 하자 있는 사무처리를 하게 하기 위함이 명백하므로 위 피고인들에게는 사무처리를 그르치게 할 목적이 있었다고 본 제1심판결의 판단이 정당하다고 인정하였다.

원심판결 이유를 관련 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 피고인 3의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 사전자기록위작죄에 있어서의 사무처리를 그르치게 할 목적 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

(3) 금융실명법위반의 점에 대하여

원심은, 제일저축은행 등 금융기관에서는 대출이 실행되면 대출에 관하여 전산기표를 완료함으로써 대출계좌가 생성되고 그 대출금이 대출계좌와 동시에 생성되는 차주 명의의 보통예금계좌로 입금이 되는 과정을 거치게 되는 사실을 인정할 수 있으므로, 그 대출차주인 사람은 반드시 동시에 예금자일 수밖에 없어 대출차주의 거래정보를 목적 외의 용도로 이용하게 되면 동시에 예금자의 거래정보를 목적 외의 용도로 이용하는 것이 되어, 결국 대출차주들에 대하여 거래정보 등의 목적 외 이용에 의한 금융실명법위반죄를 범하였다고 판단하여, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 관련 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 피고인 3의 상고 이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 금융실명법위반죄에서의 '거래정보 등'에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

(4) 주민등록법위반죄의 '부정사용'에 대하여

주민등록법 제37조 제10호[구 주민등록법(2009. 4. 1. 법률 제9574로 개정되기 전의 것) 제37조 제9호와 같다]는 공적·사적인 각종 생활분야에서 주민등록증이나 운전면허증과 같이 명의인의 주민등록번호가 기재된 유형적인 신분증명문서를 제시하지 않고 성명과 주민등록번호 등만으로 본인 여부의 확인 또는 개인식별 내지 특정이 가능한 절차에서 주민등록번호 소지자의 허락 없이 마치 그 소지자의 허락을 얻은 것처럼 행세하거나 자신이 그 소지자인 것처럼 행세하면서 그 주민등록번호를 사용하는 행위를 처벌하기 위하여 규정된 것이다.

그러므로 주민등록번호 소지자의 허락이 없음에도 마치 그의 허락을 얻은 것처럼 주민등록번호를 함부로 이용하여 본인 여부의 확인 또는 개인식별 내지 특정의 용도로 사용한 경우에는 위 조항의 주민등록번호 부정사용죄가 성립한다(대법원 2007. 10. 11. 선고 2006도7821 판결 등 참조).

적법하게 채택된 증거들에 의하면, 피고인 1, 2, 3은 제일저축은행 전산시스템에 입력되어 있던 예금자 또는 대출상환자의 명의를 도용하여 신규대출을 발생시키기 위하여, 직원인 공소외 1, 2 등을 통하여 대출결재를 위한 전산자료인 피명의도용자들의 주민등록번호가 기재된 '대출품의서', '대출명세서' 등을 작성하고, 대출 결재 후 제일저축은행 전산시스템 대출용 프로그램에 위 피명의도용자들의 주민등록번호 등 인적사항 등을 입력하여 가장 대출을 발생시킨 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 위 법리에 비추어 보면, 명의를 도용한 가장 대출을 실행하면서 대출품의서 등 전산자료나 전산시스템 대출용 프로그램에 피명의도용자들의 주민등록번호를 입력한 것은 마치 피명의도용자들의 의사에 의하여 진정한 대출이 이루어지는 것처럼 가장한 것으로서 그 결과 그들 명의의 대출계좌 및 보통예금계좌가 생성되므로, 이는 피명의도용자들인 주민등록번호 소지자의 허락이 없음에도 그 허락을 얻은 것처럼 행세하면서 그 주민등록번호를 피명의도용자 명의로 대출을 발생시키고 그 명의의 대출계좌 및 예금계좌를 생성하기 위한 개인식별 내지 특정의 용도로 사용한 것이므로, 주민등록번호 부정사용에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에 피고인 1의 상고이유 주장과 같이 주민등록번호 부정사용에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

라. 주식회사의 외부감사에 관한 법률위반의 점에 대하여

(1) 명의도용 대출채권 분식회계 부분에 대하여

형사소송법 제254조 제4항이 "공소사실의 기재는 범죄의 시일·장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 기재하여야 한다.

"라고 규정한 취지는, 심판의 대상을 한정함으로써 심판의 능률과 신속을 꾀함과 동시에 방어의 범위를 특정하여 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 것이다.

따라서 비록 공소범죄의 성격에 비추어 범죄의 일시·장소 등에 관한 개괄적인 표시가 부득이한 경우가 있다 하더라도, 검사는 가능한 한 기소나 공소장변경 당시의 증거에 의하여 이를 특정하여야 할 것이고, 이에 이르지 아니함으로써 사실상 피고인의 방어권 행사에 지장을 가져오는 경우에는 형사소송법 제254조 제4항에서 정하고 있는 구체적인 범죄사실의 기재가 있는 공소장이라고 할 수 없다(대법원 2008. 3. 14. 선고 2008도418 판결 등 참조).

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 이 부분 공소사실은 허위로 자산건전성 분류를 한 대출채권을 '피고인 1 일가로 인하여 발생한 명의도용 대출채권 1,197억 원 상당(2009. 6. 30. 기준)'이라고만 기재하여 그 내용과 범위가 불분명하고, 이에 따라 피고인의 방어권 행사에 곤란이 있으므로, 이 부분 공소제기는 공소사실이 충분히 특정되지 아니하여 위법한 경우에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 검사의 상고이유 주장과 같이 공소사실의 특징에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(2) 공소외 3 주식회사 등에 대한 부실 대출채권 분식회계 부분에 대하여

원심은, (가) 공소외 3 주식회사, 공소외 4 주식회사(이하 '공소외 4 회사'라 한다) 및 공소외 5 등에 대한 제일저축은행의 판시 대출채권은 동일차주 대출한도를 초과하고 상당 기간 연체되어 있었으므로 고정 이하 여신으로 분류하여야 함에도 정상으로 분류·결산하여 공시하였다는 취지로 피고인 2가 진술한 사실 등을 인정하고, (나) 나아가 판시와 같은 이유를 들어 피고인 1, 2, 3은 위 부실대출 채권에 관하여 비록 구체적인 대출규모까지는 정확히 알지 못하였다고 하더라도 적어도 부실대출에 대한 대체적 인식이 있었고, 자산건전성 분류를 허위로 하여 대손충당금을 과소 적립하는 방법으로 분식회계를 하여 허위로 재무제표를 작성·공시한다는 기본적 내용에 대하여 공모하고 실행한다는 것에 관해 미필적으로나마 고의가 있었다고 판단하여, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

이 부분 공소사실을 원심 판시 증거들 및 앞서 본 공소사실 특징에 관한 법리에 비추어 보면, 분식회계의 대상이 된 부실채권들을 구체적으로 알 수 있어 위 피고인들의 방어권 행사에 지장을 가져온다고 할 수 없다.

따라서 이러한 사정과 아울러 원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 위 피고인들의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공소사실의 특정, 공판중심주의 및 직접심리주의에 관한 법리 등을 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

마. 자본시장과 금융투자업에 관한 법률위반의 점에 대하여

원심은, 제일저축은행에 관하여 허위 재무제표를 공시하여 일반투자자로 하여금 제일저축은행이 발행한 후순위채권을 매입하게 한 이 부분 공소사실에 관하여, 판시와 같은 이유를 들어 제일저축은행이 차명매수인을 통하여 일부 후순위채권을 매수하였으므로 그 부분은 피해자가 존재하지 않아 죄가 성립되지 않는다는 피고인 2의 주장을 배척하고, 또한 피고인 3은 임원으로서 이 사건 분식회계 및 후순위채권 발행에 관하여 임원회의에서의 협의를 통하여 그 의사결정을 하였고 이는 공동정범에서 기능적 행위지배가 인정되는 공동가공의 사실에 해당한다고 판단하여, 이 부분

공소사실 전부에 대하여 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 판시 중에 일부 적절하지 아니한 부분이 있지만, 위와 같은 원심의 판단에 피고인 1, 2, 3의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 필요한 심리를 다하지 아니하고 증명책임 및 범죄로 인한 가액 산정에 관한 법리 등을 오해하는 등의 사유로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

바. 대출취급수수료 임의 사용 관련 특경법위반(횡령)의 점 중 원심 판시 범죄일람표(3-1) 순번 2 내지 14 부분에 대하여

원심은, 피고인 1이 2005. 5.경 실행된 유상증자에 참여하여 47억 원을 유상증자대금으로 납입하면서 그 자금 중 35억 원을 제3자로부터 차용하여 조달하였는데 2005. 5. 31.부터 2005. 12. 2.까지 받은 대출취급수수료를 제일저축은행에 입금하지 않고 위 차용금의 변제에 사용한 사실을 인정한 다음, 위 피고인이 위 유상증자대금을 납입함에 따라 그 금원은 제일저축은행의 재산이 되었고 위 유상증자대금의 납입을 편의상 주금이 납입된 것과 같은 외관을 일시적으로 만들어 내는 것에 불과한 가장납입이라고 할 수 없다고 판단하여, 이 부분 횡령 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 관련 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 위 피고인의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 업무상횡령죄에서의 불법영득의사에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 위법이 없다.

상고이유로 들고 있는 대법원 판결은 이 사건과 사안이 다르므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

사. 피고인 5의 고객예금 임의 사용과 관련한 특경법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은 판시와 같은 이유를 들어, (1) 제1심 판시 범죄일람표(4)에 고객명과 계좌번호가 있어 이를 기초로 개별 횡령의 존부를 충분히 다룰 수 있으므로, 그 공소사실 부분이 피고인 5의 합리적인 방어권 행사에 중대한 지장을 초래하는 경우에 해당한다고 보기 어렵고, (2) 위 범죄일람표 비고란에 '정기예금 신규취소'라고 기재되어 있는 예금에 관하여, 피고인 5가 관리하던 고객에 대한 예금계약이 성립된 사실과 그 예금을 위 피고인이 횡령한 사실은 충분히 증명되었으며, (3) 고객예금을 무단으로 인출하는 행위는 피해자인 제일저축은행의 위탁 취지에 반하는 것이고 그러한 행위의 감행은 위 피고인이 권한 없이 스스로 소유권자의 처분행위를 하려는 의사를 표현한 것이므로 불법영득의사가 인정된다고 보아, (4) 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리 등과 아울러 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 위 피고인의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공소사실의 특정, 은행예금의 법적 성질과 예금해약의 법적 효과, 업무상횡령죄에서의 보관자의 지위 및 불법영득의사 등에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

아. 공소외 4 회사에 대한 부실대출과 관련한 특경법위반(배임)의 점에 대하여

(1) 유죄 부분에 대하여

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립한다.

이 경우 그 '임무에 위배하는 행위'는 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 본

인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하고, '재산상의 손해를 가한 때'는 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2009도1149 판결 등 참조). 또한 부실대출에 의한 업무상배임죄가 성립하는 경우에는 담보물의 가치를 초과하여 대출한 금액이나 실제로 회수가 불가능하게 된 금액만을 손해액으로 볼 것은 아니고, 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해발생의 위험이 있는 대출금 전액을 손해액으로 보아야 할 것이다(대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도28 판결 등 참조).

원심은, (가) 2004. 10. 11. 이후에 공소외 4 회사에 이루어진 부실대출과 관련하여 공소외 4 회사의 사업경과, 제일저축은행의 공소외 4 회사에 대한 대출경과 및 대출절차와 담보 제공 관계에 관한 판시 사실을 인정한 후, (나) ① 공소외 4 회사는 자금이 부족한 상태에서 임대아파트 분양수익금을 기대하며 대출금에 의존하여 사업을 진행하였고, ② 임대아파트 분양수익금은 예상 분양가격으로서 실제로 임대전환이 이루어져야 비로소 수익이 현실화되는데 부동산경기 등 예측 곤란한 장래의 여러 가지 요인에 의하여 영향을 받으며, 실제로 이러한 위험이 현실화하여 상당 부분 아파트가 분양전환이 이루어지지 않아 대출금을 상환하지 못하였고, ③ 피고인 5 등은 공소외 4 회사의 자금담당 전무이사인 이장상과의 친분을 고려한 나머지 위와 같은 사정으로 인한 대출금 회수불능 위험성에 대하여 진지하게 검토하거나 기타 공소외 4 회사의 신용상태나 대출금 회수방법에 대한 적절한 심사를 하지 않고 대출절차도 준수하지 않은 채 대출을 실행하였으며, ④ 또한 그 대출에 관하여 애초에는 담보를 제공받지 않았다가 사후적으로 주로 금융감독원 검사에 대비하여 적절한 담보를 제공받았다는 외관을 갖추기 위하여 공소외 4 회사로부터 분양수익금채권을 양수받거나 임야 등에 후순위 근저당권을 설정받은 사실 등을 고려하면, 공소외 4 회사에 대한 위 일련의 대출은 그 실행과 동시에 이미 회수불능의 위험이 발생하여 업무상배임죄가 성립하였고, 이후 담보를 취득하였다고 해도 이미 성립한 업무상배임죄에 영향이 없다고 판단하고, (다) 나아가 공소외 4 회사에 제공된 담보 중 분양수익금은 그 불확실성으로 인하여 액면가의 일부만을 담보가치로 인정해 줄 수밖에 없고, 근저당권은 그 담보가치가 거의 없었으므로, 제공된 담보를 전체적으로 보더라도 그 가치가 대출금 총액에 현저히 미치지 못하는 것으로 판단되므로, 위 대출을 위하여 제공된 담보가치를 고려하여 배임죄가 성립하지 않는다거나, 그 담보가치 액수를 공제하지 않은 대출금 전액을 그 부실대출에 따른 배임액으로 봄이 타당하다고 판단하였으며, (라) 또한 원심이 유죄로 인정한 대출에 관하여 판시와 같은 이유를 들어, 그 대출이 실제로 이루어졌다는 증거가 부족하다거나, 상당 부분이 차주명의의 해당자에 대한 실대출 또는 대환대출이나 이른바 '일시대'로서 공소외 4 회사에 대한 대출이 아니라거나, 피고인 4는 그 대출이 공소외 4 회사에 대한 대출임을 알지 못하였다는 등의 사유로 배임죄에 해당하지 아니한다는 취지의 피고인 4, 5의 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 앞서 본 법리에 기초한 것으로 보이고, 거기에 피고인 4, 5의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 업무상배임죄에서의 배임행위, 배임액의 산정 및 불법영득의사 등에 관한 법리를 오해하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(2) 무죄 부분에 대하여

원심은, 공소외 4 회사에 대한 부실대출과 관련한 이 부분 공소사실 중 원심 판시 무죄 부분에 관하여 공소외 4 회사에 실제로 대출이 있었다고 보기 어렵다거나 대출금 회수에 의문이 있는 부실대출이라고 인정하기에 증거가 부족하다는 등의 판시와 같은 이유를 들어 무죄라고 인정하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 없다.

2. 공소외 6 주식회사(이하 '공소외 6 회사'라 한다)와 관련한 공소사실에 관하여

가. 피고인 7의 상고이유에 대하여

(1) 배임죄의 주체에 관한 주장에 대하여

원심은 피고인 7에 대한 부실대출과 관련한 특경법위반(배임)의 점에 관하여, 피고인 7이 공소외 6 회사의 1인 주주로서 대표이사 등 임원들에 대한 실질적 인사권을 행사하고 있었고 업무 전반에 대한 보고를 받으며 공소외 6 회사의 경영에 영향력을 미쳤던 사실 등을 인정한 다음, 피고인 7은 사실상 공소외 6 회사의 대표이사 등 임원진에 대한 지휘 감독 기능을 스스로 인수하여 그 업무 전반을 총괄하는 지위에 있었으므로 공소외 6 회사와의 대내적인 관계에서 대출채권의 회수를 확실하게 하기 위하여 상당하고 합리적인 조치를 강구하게 함으로써 공소외 6 회사에 손해를 끼치지 않도록 임원들을 지휘 감독할 신임관계가 존재한다고 보아 이러한 임무에 반하여 부실대출이 실행되게 하였으므로 공동정범의 기능적 행위지배가 인정된다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 위 피고인의 상고이유 주장과 같이 업무상배임죄의 주체 등 구성요건 및 신분범, 공모공동정범 등에 관한 법리를 오해하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(2) 대환대출에 관한 주장에 대하여

금융기관이 거래처의 기존 대출금에 대한 원리금에 충당하기 위하여 거래처에 신규대출을 하면서, 형식상 신규대출을 하는 것처럼 서류상 정리를 하였을 뿐 실제로 거래처에 대출금을 새로 교부하지 아니하였다면 그로 인하여 금융기관에 새로운 손해가 발생하지 아니하므로 따로 업무상배임죄가 성립된다고 볼 수 없다.

그렇지만 금융기관이 실제로 거래처에 대출금을 새로 교부한 경우에는 거래처가 그 대출금을 임의로 처분할 수 없다거나 그 밖에 어떠한 이유로든 그 대출금이 기존 대출금의 원리금으로 상환될 수밖에 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 비록 새로운 대출금이 기존 대출금의 원리금으로 상환되도록 약정되어 있다고 하더라도 그 대출과 동시에 이미 손해발생의 위험은 발생하였다고 보아야 할 것이므로 업무상배임죄가 성립한다(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결 등 참조).

적법하게 채택된 증거들에 의하면, 제1심 판시 범죄일람표(11) 순번 20 내지 27 기재 대출은 기존 대출채무를 변제하기 위한 차명대출이지만, 새로운 명의 차주의 계좌로 대출금이 송금된 후 그 명의 차주가 다시 공소외 6 회사로 돈을 보내어 기존의 대출채무가 상환된 사실을 알 수 있고, 새로운 차명차주가 그 대출금을 임의로 처분할 수 없다거나 그 대출금이 기존 대출금에 상환될 수밖에 없다고 불만한 사정이 있다고 보기 어렵다.

이러한 사실관계를 위 법리에 비추어 보면 위 각 대출에 관하여 업무상배임죄가 성립한다 할 것이고, 이와 같은 취지의 원심판단에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 업무상배임죄에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

나. 피고인 4의 상고이유에 대하여

원심은, (1) 일반차주에 대한 부실대출로 인한 특경법위반(배임)의 점에 관하여, 위 부실대출에 관하여는 일반적인 대출의 경우와 달리 종래 관행적으로 준수하던 차주에 대한 기본적인 신용조사, 담보물에 대한 정상적인 감정평가 및 현황조사 등 대출금의 상환가능성에 대한 정상적인 검토가 없었으며 일부 대출의 경우에는 담보가액에 대하여 임의

적인 가액조정까지 있었던 사정 등의 판시 사실들에 의하여 알 수 있는 사정들을 종합하여 보면, 그 부실대출의 실차주들은 그 재무상태, 다른 금융기관으로부터의 차입금, 기타 채무를 포함한 전반적인 금융거래상황, 사업현황 및 전망과 대출금의 용도, 소요기간 등에 비추어 볼 때에 채무상환능력이 부족하고 충분한 담보가 제공되어 있지 않아서 대출채권의 회수에 문제가 있는 것으로 판단되므로, 그 각 대출과 동시에 이미 공소의 6 회사에 재산상 손해가 발생하였다고 인정하고, (2) 또한 위 일반차주에 대한 부실대출 및 피고인 7에 대한 부실대출로 인한 배임액수와 관련하여, 판시와 같은 이유를 들어 그 담보가액을 공제하지 않은 대출금액 전액으로 봄이 타당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위에서 본 배임액수에 관한 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 경영상의 판단, 배임행위 및 배임액의 산정기준 등에 관한 법리를 오해하고 보증의 가치 등에 관하여 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

다.

피고인 6의 상고이유에 대하여

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 피고인 6이 피고인 4가 주도하는 일반차주에 대한 부실대출에 따른 업무상배임 및 개별차주 한도초과 신용공여 등에 공모하거나 가담하였다고 판단하여, 위 피고인에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 위 피고인의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공판중심주의 및 직접심리주의, 공범 등에 관한 법리를 오해하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

3. 양형부당의 상고이유에 관하여

원심판결에 양형조건에 관한 사유들에 대하여 심리를 다하지 아니하고, 양형 판단에 관한 죄형균형의 원칙 내지 책임주의 원칙을 위반한 위법이 있다는 취지의 주장은 결국 양형부당의 주장에 해당한다.

그러나 형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되므로, 피고인 4에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 형의 양정이 부당하다는 취지의 위 피고인의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

4. 결론

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

대법관 신영철(재판장) 이상훈 김용덕(주심) 김소영