

특정 경제범죄 가중처벌등에 관한 법률위반(사기)·특정 경제범죄
가중처벌등에 관한 법률위반(횡령)[피고인1·2에 대하여 일
부 인정된 죄명:특정 경제범죄 가중처벌등에 관한 법률위반(배
임)·업무상 배임·피고인3에 대하여 일부 인정된 죄명:특정
경제범죄 가중처벌등에 관한 법률위반(배임)]·특정 경제범죄
가중처벌등에 관한 법률위반(배임)·증권 거래법 위반(인정된
죄명:자본시장과 금융 투자업에 관한 법률위반)·자본시장과 금
융 투자업에 관한 법률위반[피고인5(대법원판결의피고인4)·피
고인6(대법원판결의피고인5)에 대하여 인정된 죄명:자본시장과
금융투자업에 관한 법률위반 방조·피고인12(대법원판결의피고
인11)·피고인13(대법원판결의피고인12)에 대하여 일부 인
정된 죄명:자본시장과 금융 투자업에 관한 법률 위반방조]

[서울고등법원 2011. 6. 9. 2010노3160]

【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】

【검 사】 손우창 외 1인

【변 호 인】 법무법인 원 담당변호사 유재우 외 17인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2010. 10. 29. 선고 2010고합305, 412(병합) 판결

【주문】

- 】
1. 원심판결을 파기한다.
 2. 가. 피고인 1
피고인 1을 징역 5년 및 벌금 4억 원에 처한다.
피고인 1이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 200만 원을 1일로 환산한 기간 피고인 1을 노역장에 유치한다.
피고인 1에 대하여 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.
 - 나. 피고인 2
피고인 2를 징역 2년 6월에 처한다.
다만, 이 판결 확정일로부터 3년간 피고인 2에 대한 위 형의 집행을 유예한다.
 - 다. 피고인 3
피고인 3을 징역 2년 6월에 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 3년간 피고인 3에 대한 위 형의 집행을 유예한다.

라. 피고인 5

피고인 5를 징역 4월 및 벌금 1,500만 원에 처한다.

피고인 5가 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 75,000원을 1일로 환산한 기간 피고인 5를 노역장에 유치한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 2년간 피고인 5에 대한 위 징역형의 집행을 유예한다.

피고인 5에 대하여 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

마. 피고인 6

피고인 6을 징역 4월 및 벌금 1,200만 원에 처한다.

피고인 6이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 6만 원을 1일로 환산한 기간 피고인 6을 노역장에 유치한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 2년간 피고인 6에 대한 위 징역형의 집행을 유예한다.

피고인 6에 대하여 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

바. 피고인 7(대법원판결의 피고인 6)

피고인 7을 징역 6월에 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 2년간 피고인 7에 대한 위 형의 집행을 유예한다.

사. 피고인 8(대법원판결의 피고인 7)

피고인 8을 징역 1년 6월에 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 3년간 피고인 8에 대한 위 형의 집행을 유예한다.

피고인 8에게 80시간의 사회봉사를 명한다.

아. 피고인 9(대법원판결의 피고인 8)

피고인 9를 징역 1년에 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 2년간 피고인 9에 대한 위 형의 집행을 유예한다.

피고인 9에게 80시간의 사회봉사를 명한다.

자. 피고인 10(대법원판결의 피고인 9)

피고인 10을 징역 1년에 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 2년간 피고인 10에 대한 위 형의 집행을 유예한다.

피고인 10에게 80시간의 사회봉사를 명한다.

차. 피고인 11(대법원판결의 피고인 10)

피고인 11을 징역 1년 6월에 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 3년간 피고인 11에 대한 위 형의 집행을 유예한다.

카. 피고인 12

피고인 12를 징역 1년 및 벌금 2억 원에 처한다.

피고인 12가 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 100만 원을 1일로 환산한 기간 피고인 12를 노역장에 유치한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 2년간 피고인 12에 대한 위 징역형의 집행을 유예한다.

피고인 12에 대하여 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

타. 피고인 13

피고인 13을 징역 8월 및 벌금 1억 5,000만 원에 처한다.

피고인 13이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 75만 원을 1일로 환산한 기간 피고인 13을 노역장에 유치한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 2년간 피고인 13에 대한 위 징역형의 집행을 유예한다.

피고인 13에 대하여 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

3. 가. 이 사건 공소사실 중, ① 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점, ② 피고인 11, 12, 13에 대한 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장과금융투자업에관한법률 위반의 점, ③ 피고인 1, 11, 13에 대한 2009. 6. 15.자 공소외 8 주식회사 주주 배정 유상증자 실권주 차명 인수 관련 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점, ④ 피고인 1, 2에 대한 2009. 8. 12.자 공소외 4 주식회사 주주 배정 유상증자 실권주 40만 주 차명 인수 관련 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점, ⑤ 피고인 1, 11, 13에 대한 2009. 7. 13.자 공소외 8 주식회사 신주인수권 22억 원 상당 차명 행사 관련 자본시장과금융투자업에관한법률 위반의 점은 각 무죄.

나. 피고인 4(대법원판결의 피고인 3)는 무죄.

【이유】

Ⅰ. 공소장 변경에 따른 직권판단

검사는 당시에 이르러 원심의 심판대상이었던 공소사실 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 일부 공소사실을 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하는 결정을 고지함으로써 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들의 심판대상이 변경되었다[다만 이 법원은 피고인 1의 2010. 3. 12.자 피해자 공소외 8 주식회사에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 공소사실에 대하여 2011. 4. 12. 공소장변경을 허가하였으나 2011. 6. 2. 위 공소장변경허가결정을 취소하고 이를 불허하는 결정을 하였다.

따라서 이 부분은 이 법원의 심판대상에서 제외된다].

원심판결 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 부분은 심판대상의 변경으로 인하여 더 이상 유지될 수 없다.

그러나 공소사실이 변경되지 않은 부분에 대한 피고인 1, 5, 6, 12, 13 및 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이다.

이에 대하여는 변경된 공소사실에 대한 주장과 함께 아래에서 판단한다.

Ⅱ. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

피고인 1은, 사실은 투자금에 대한 손실보상 조건을 이행할 의사나 능력이 없으면서도, 2003. 7. 23.경 피고인 1의 지인인 상피고인 7을 통하여, 피해자 공소외 1에게 "5억 원을 내가 지정하는 주식에 투자하여 월 10% 이상의 수익이 발생할 경우 그 수익금을 그대로 가져가고 투자 손실이 발생하더라도 투자 원금은 물론 원금의 10%를 월 수익금으로 보전하여 주겠다.

"고 거짓말하여 이에 속은 공소외 1로부터 그 자리에서 5억 원이 입금되어 있는 공소외 1 명의의 증권계좌를 교부받았다.

2. 피고인 1의 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 피고인 1의 자력이나 주식보유 상황 및 공소외 1에게 손실이 발생하게 된 경위 등을 종합적으로 고려할 때 피고인 1의 편취 범의를 인정할 수 없다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ① 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주식 투자 수익금으로 사채업자들에 대한 거액의 차입원리금을 변제하고 투자자들에게 보장한 고율의 수익을 정상적으로 지급하는 것은 결국 향후 공소외 17 주식회사 주식이 급격히 상승할 경우에만 가능한 점, ② 주가는 다양한 변수에 의하여 상승 또는 하락할 수 있는 것으로서 피고인 1이 공소외 1로부터 투자를 받은 시점에서 공소외 17 주식회사 주가가 위와 같이 급격히 상승할 것이 확정적으로 예견된다고 볼 수 없는 점, ③ 피고인 1은 자신이 보유한 현금성 자산을 모두 공소외 17 주식회사 주식 투자에 투입하였고, 달리 주가 하락으로 인한 손해가 발생할 경우 약정 투자기간 내에 공소외 1에게 원금 및 약정한 수익금을 변제할 수 있을 만한 별도의 자산을 보유하고 있지 않았으며, 이후 부동산 처분 등을 통해서도 공소외 1의 손실금 및 약정수익금을 변제하지 못한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1에게 편취의 범의가 있었음을 인정할 수 있다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

(1) 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94도2048 판결 등 참조).

사기죄는 미필적 고의에 의하여도 성립한다.

미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생가능성에 대한 인식이 있음은 물론, 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다.

이 때 그 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 행위자의 진술에 의존하지 아니하고, 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 당해 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다(대법원 2008. 1. 18. 선고 2007도8781 판결 등 참조).

한편 공소가 제기된 범죄사실의 주관적 요소인 미필적 고의의 존재에 대한 입증책임 역시 검사에게 있고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 한다.

따라서 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도12 판결 등 참조).

(2) 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 공소외 17 주식회사의 주가가 예상과 달리 폭락할 경우 공소외 1에게 약정한 투자원금과 수익금을 지급할 만한 충분한 자력을 갖추지 못하였음은 인정된다[피고인 1은 2010. 3. 16. 검찰조사 시 공소외 1에게 원금과 수익금을 보장할

수 있는 별도의 재산을 확보하지 않은 상태에서 공소외 1로부터 투자를 받은 것은 인정한다고 진술하였다.

한편 피고인 1의 변호인이 참고자료로 제출한 등기부등본(공판기록 3권 1497쪽)의 기재에 의하면, 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 피고인 1의 처 공소외 18이 과천시 중앙동 67에 있는 주공아파트 (이하 1 생략)(전유면적 132.28㎡)를 소유하고 있었던 사실은 인정된다.

그러나 위 아파트에 관하여는 2002. 9. 10. 채권최고액을 276,000,000원, 근저당권자를 조흥은행, 채무자를 공소외 18로 한 제1순위 근저당권설정등기가, 2002. 10. 14. 채권최고액을 372,000,000원, 근저당권자를 조흥은행, 채무자를 공소외 18로 한 제2순위 근저당권설정등기가 각 경료되어 있었으므로 그 재산적 가치가 높다고 보이지 않는다. 또 피고인 1은 당시 공소외 19 주식회사 기업구조조정 전문회사의 대표이사로 재직하면서 위 회사의 지분 24%를 보유하고 있었다고 주장하나, 그 객관적 가치 역시 불분명하다.

(3) 그러나 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합할 때, 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가의 상승 가능성을 만연히 믿고 무모하게 공소외 1로부터 5억 원을 투자받았는지는 별론으로 하고 사기 범행에 대한 미필적 고의가 있었다고 단정하기는 어렵다.

① 피고인 1이 공소사실의 발생 가능성을 용인하였다고 보는 것은 피고인 1 본인이 입을 거래의 손실까지도 용인한 것으로 보는 셈이 되어 경험칙에 부합하지 않는다.

피고인 1은 공소외 1 등으로부터 투자받은 돈이나 사채업자로부터 차용한 돈 이외에 상당한 정도의 본인 자금(다만 피고인 1의 주장과 같이 그 액수가 40억 원에 이른다고 단정할 수는 없다)을 이용하여 공소외 17 주식회사 주식을 매수하였다.

결국 공소외 17 주식회사 주가의 폭락은 바로 피고인 1 본인에게도 거래의 손실이 발생하는 것을 의미하는 상황이었다(검사가 제출한 증거를 모두 종합하여 보아도, 피고인 1이 자신의 자금으로 매수한 공소외 17 주식회사 주식에 대하여는 그 투자원금을 회수할 수 있는 별도의 안전조치를 취하여 두었다고 인정되지는 않는다). 과연 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가가 폭락하여 다른 사람들로부터 유치한 투자금은 물론이고 자신의 투자금까지도 회수할 수 없을 가능성을 그대로 용인하는 내심의 의사가 있었다고 볼 수 있는지 의문이다.

② 공소외 1이 투자원금을 회수할 수 있는 조치를 취해 두었다는 피고인 1의 변소를 쉽게 배척할 수 없다.

피고인 1은 검찰조사 이래 이 법정에 이르기까지 일관되게 투자자인 공소외 1로 하여금 원금을 회수할 수 있도록 하기 위해서 만약 공소외 17 주식회사 주가가 하락하여 원금에 미치지 못하게 되는 경우에는 공소외 1이 본인의 의사에 따라 공소외 17 주식회사 주식을 처분할 수 있도록 해당 계좌의 증권카드와 도장을 공소외 1에게 교부하였다고 주장하고 있다.

공소외 1은 피고인 1의 위와 같은 주장을 부인하고 있으나, ㉠ 당시 피고인 1로부터 부탁을 받고 공소외 1의 투자를 유치하였던 상피고인 7도 피고인 1의 주장에 부합하는 취지의 진술을 하고 있는 점, ㉡ 투자 당시 피고인 1과 공소외 1 사이에 작성된 투자약정서는 현재 남아 있지 않고 당사자들의 상반된 진술 이외에 공소외 1의 구체적인

투자조건을 확정할 수 있는 다른 객관적 증거가 제출되지 않은 점, ㉔ 특히 공소외 1은 자신의 후배 소개로 피고인 7을 알게 되어 피고인 1과 처음으로 거래를 한 것이고 그 투자금 액수가 5억 원에 이르는 데도 피고인 1이 투자원금 및 수익금 보장 약정을 이행하지 않을 경우에 대비하여 별도의 담보를 제공받지 않은 점(아래에서 보는 것처럼 피고인 1이 공소외 20 명의 주식을 공소외 1에게 담보로 제공한 시점은 공소외 17 주식회사 주가가 폭락한 직후인 2003년 9월 중순경이다) 등을 고려할 때 피고인 1의 주장이 허위라고 단정할 수는 없다.

피고인 1의 주장처럼 공소외 1 본인의 의사에 따라 투자원금을 회수하거나 손실을 줄일 수 있는 가능성이 있었다면 피고인 1이 공소외 1의 투자금을 편취할 의사가 있었다고 보기는 어렵다.

③ 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가의 폭락을 예견하기는 어려운 상황이었다.

공소외 17 주식회사 주가는 2003. 4. 18. 9,320원이었으나 점진적으로 상승하여 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자 받을 당시에는 11,000원 대에 이르렀고, 그 후 주가가 계속 상승하여 2003. 8. 19.에는 15,800원이 되었다. 그러나 2003. 9. 7. ○○○와 공소외 17 주식회사 컨소시엄의 인수합병 협상이 갑자기 중단되었고, 이에 따라 ○○○ 파산사건을 담당하던 재판부에서 공소외 17 주식회사 컨소시엄에 대한 우선협상 대상자 선정을 취소하기에 이르자 공소외 17 주식회사 주가는 폭락하였다.

주가가 원래 다양한 변수에 의하여 상승 또는 하락할 수 있음을 고려하더라도 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시에는 공소외 17 주식회사 주가가 장기간 동안 꾸준한 상승세를 보여 왔고, 공소외 1의 투자 당시 이미 공소외 17 주식회사 컨소시엄과 ○○○의 인수합병 협상이 난항을 겪고 있었다는 등의 특별한 사정이 존재하거나 나아가 이러한 사정을 피고인 1이 알고 있었음을 인정할 만한 증거도 없는 이상, 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가가 단기간에 폭락할 것을 예견할 수 있었다고 보기는 어렵다.

④ 공소외 1의 투자금은 당초 약정대로 공소외 17 주식회사 주식의 매수에 모두 사용되었다.

피고인 1은, 공소외 1이 투자한 5억 원에다가 공소외 1에 대한 약정 수익금 중 1개월분에 해당하는 5천만 원을 더하여 5억 5천만 원 상당의 공소외 17 주식회사 주식을 매수하였고, 공소외 1의 위 투자금을 유치 당시 목적과는 다르게 사용하였다고 인정할 만한 증거는 없다.

⑤ 피고인 1은 공소외 1의 피해 회복을 위해서 노력하였다.

피고인 1은 공소외 17 주식회사 주가가 하락하자 공소외 1의 요구에 따라 2003년 9월 중순경 공소외 20 명의 주식계좌 내 유가증권을 공소외 1에게 담보로 제공하였는데, 당시 위 계좌에는 공소외 17 주식회사 주식 64,190주, 공소외 21 주식회사 주식 4,300주가 입고되어 그 잔고 평가금액이 657,024,000원에 이르렀다(다만 공소외 20은 2003. 4. 22. 제일화재해상보험으로부터 5억 원을 대출받으면서 위 계좌 내 예치금 및 유가증권에 대하여 질권자를 제일

화재해상보험, 질권설정금액을 6억 5천만 원으로 한 질권을 설정하여 주었는데, 제일화재해상보험은 공소외 17 주식회사 주가의 하락으로 인하여 약정 담보비율이 유지되지 않자 2003. 10. 27.경 위 계좌에 있던 주식들을 매도하여 그 매도대금으로 다음 날 위 대출금채무의 변제에 충당하였다.

그러나 피고인 1이 공소외 20 명의의 위 주식계좌 내 유가증권을 공소외 1에게 담보로 제공할 당시 이미 위 유가증권이 제일화재해상보험에게 담보로 제공된 상태에 있었음을 알았다고 인정할 만한 증거는 없다).

또 피고인 1은 공소외 17 주식회사 주식을 처분하여 공소외 1에게 2억 7천만 원 정도를 변제하였고, 공소외 1의 요구에 따라 2004. 7. 9. 원금 3억 1천만 원과 이에 대한 월 5% 이자를 지급하겠다는 취지의 이행각서를 작성하여 공증하여 주었다.

나아가 공소외 1의 요청에 따라 공소외 1로 하여금 2005년부터 2007년까지 사이에 피고인 1 본인이 추진 중인 유상증자 등에 투자할 수 있는 기회도 여러 번 제공하였다.

특히 그중 공소외 22 주식회사에 대한 투자에 있어서는 공소외 1이 2007년 7월경 신주인수권부 사채 5억 원 상당을 주당 3,500원에 인수하여 2009년 주당 6,000원에 매도함으로써 약 3억 5,700만 원의 이익을 취득하기도 하였다.

한편 피고인 1은 공소외 1을 상대로 하여 위 2004. 7. 9.자 공정증서의 집행력을 배제하기 위하여 서울중앙지방법원 2009가합29491호로 청구이의의 소를 제기하였다.

위 소송은 2010. 1. 7. 조정에 갈음하는 결정이 확정됨으로써 종결되었는데, 피고인 1은 위 결정에서 지급의무를 부과한 8억 2천만 원 중 4억 원을 공소외 1을 위하여 공탁하였다.

4. 소결론

결국 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하고, 사기죄에 있어서 미필적 고의에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

Ⅲ. 법인가금 사용으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 등 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 차용금채무 일시 변제 후 재대여 행위 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 2 주식회사의 분기말 단기대여금 액수를 줄이기 위하여 일시적으로 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무 변제 명목으로 입금된 돈을 다시 대여한 각 자금인출행위(별지 범죄일람표 1 순번 22번, 23번, 25번, 26번, 48번 내지 50번, 65번, 67번, 70번)는 이미 단기대여금으로 인출된 돈에 대하여 일시적으로 변제한 것으로 회계처리하였다가 다시 단기대여금으로 인출한 것에 불과하여 실질에 있어서 대환대출과 다를 바 없다.

따라서 횡령의 범의를 인정하기 어렵고, 새로운 범의침해도 없다(항소이유서 제출기간이 지나서 제출된 항소이유보충서나 변호인의견서에 기재된 내용은 항소이유를 보충하는 범위에서만 판단한다.

이하 같다).

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 상피고인 12, 13으로부터 금원을 빌려서(변호인이 항소이유보충서에서 주장하는 것처럼 공소외 2 주식회사가 위 차용금에 대한 채무자라고 인정되지는 않는다) 이를 공소외 6 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무의 변제 명목으로 공소외 2 주식회사에 입금한 사실, 피고인 1은 그 후 공소외 2 주식회사 자금을 별지 범죄일람표 1 순번 22번, 23번, 25번, 26번(13억 원 중 10억 원), 48번 내지 50번, 65번, 67번, 70번 각 기재와 같이 공소외 3 주식회사 등에 대한 단기대여금 명목으로 인출한 후 이를 상피고인 12, 13에 대한 자신의 차용금채무 변제에 사용한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 피고인 1이 상피고인 12, 13으로부터 차용한 금원이 공소외 6 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무의 변제 명목으로 일단 공소외 2 주식회사에 귀속된 이상 이는 공소외 2 주식회사의 자본이 되는 것이고, 그 후 피고인 1이 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사의 자금을 공소외 3 주식회사 등에 대한 단기대여금 명목으로 임의로 인출하여 이를 피고인 1 본인이 상피고인 12, 13에 대하여 부담하는 차용금채무의 변제에 사용한 것은 공소외 2 주식회사에 대한 별개의 횡령행위로서 새로운 법익침해 행위에 해당한다(피고인 1의 변호인이 들고 있는 대법원 판례는 이 사건과는 사실관계를 달리하는 사안에 대한 것으로 이 사건에서 원용할 수는 없다).

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 공소외 3 주식회사 경비 지급 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금에서 대여금 명목으로 인출하여 공소외 3 주식회사에 지급한 각 행위[별지 범죄일람표 1 순번 13번, 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번, 39번, 53번(3억 원 중 2억 원), 58번(3억 7천만 원 중 1억 1,200만 원, 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지 범죄일람표 2 순번 1번, 4번, 7번, 10번]의 경우 피고인 1의 경영상 판단에 따른 정상적인 계열사 지원행위이므로 불법영득의사를 인정할 수 없다.

(2) 판단

(가) 원심의 판단

원심은 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사는 물론이고 공소외 3 주식회사 역시 피고인 1에 의하여 실질적으로 운영되는 회사이므로 공소외 3 주식회사가 공소외 2 주식회사나 공소외 4 주식회사에 대하여 독립적인 의사결정 체계 및 협상능력을 가진 대등하고 대립적인 대여계약의 상대방으로 보기는 어렵다는 등의 이유를 들어 위 (1)항 기재 각 자금인출행위는 명목상 대여로 회계처리한 것에 불과하고, 따라서 업무상횡령죄가 성립한다고 판단하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사에서 대여금 명목으로 공소외 3 주식회사에 지급된 금원 중 별지 범죄일람표 1 순번 13번(3억 원 전액), 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번

(13억 원 중 3억 원), 30번(7천만 원 전액), 39번(2억 5천만 원 전액), 53번(3억 원 중 2억 원), 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지 범죄일람표 2 순번 1번(3억 원 전액), 4번(3억 원 전액), 7번(1억 5천만 원 전액), 10번(5천만 원 전액) 기재 각 금원의 경우 피고인 1의 주장과 같이 실제로 공소외 3 주식회사 소속 직원 급여지급 등 공소외 3 주식회사의 운영비로 사용된 사실(다만 피고인 1의 주장과 같이 별지 범죄일람표 1 순번 58번 기재 3억 7천만 원 중 1억 1,200만 원이 공소외 3 주식회사의 운영비로 사용되었다고 인정되지는 않는다), 공소외 3 주식회사는 폐이퍼컴퍼니가 아니고 탄소나노튜브 응용제품의 연구 및 개발을 위하여 2008년 1월 설립된 법인으로서 위 각 금원의 입금 당시 안성시에 공장과 연구시설을 갖추고 그 사업목적에 따른 실질적 활동을 하고 있었던 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 대여금 명목으로 공소외 3 주식회사에 입금된 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 자금 중 적어도 실제로 공소외 3 주식회사를 위하여 사용된 금원부분에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 진정한 소비대차약정에 따른 금원 지급이라고 보는 것이 경험칙에 더 부합하는데(공소외 3 주식회사가 피고인 1의 의사에 따른 자금 집행을 위하여 단순한 자금의 이동통로로 이용된 경우도 있다고 하여 공소외 3 주식회사에 입금된 돈 전체의 성격을 동일하게 평가하는 것은 논리적 비약이다), 검사가 제출한 증거만으로는 위 각 금원의 지급이 소비대차약정에 따른 것이 아니라고 단정할 만한 특별한 사정을 인정하기에 부족하다.

결국 이 부분 범죄사실에 대하여 업무상횡령죄의 성립을 인정한 원심은 사실을 오인하거나 업무상횡령죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2) 그런데 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 사정을 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 수 없다.

이러한 이치는 그 타인이 자금대여회사의 계열회사 또는 관계회사라고 하여 달라지지 않는다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6982 판결 등 참조).

더구나 회사의 경영상의 부담에도 불구하고 관계회사에 자금을 지원하는 것이 회사의 신인도를 유지하고 회사의 영업에 이익이 될 것이라는 일반적·추상적인 기대 하에 일방적으로 관계회사에 자금을 지원하게 하여 회사에 손해를 입게 한 경우 등에는 관계회사에 대한 자금지원에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내린 것이라고 볼 수 없다.

따라서 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라고 할 수도 없다(대법원 2007. 10. 11. 선고 2006다33333 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 공소외 3 주식회사에 대한 위 1)항 기재와 같은 각 자금 지원에 대하여 이사회결의 등 공소외 2 주식회사나 공소외 4 주식회사의 내부 검토 절차를 거치지 않은 채 자신의 독자적인 판단에 의하여 결정한 사실, 그 대여금액이 합계 20억 8천만 원(= 공소외 2 주식회사 12억 8천만 원 + 공소외 4 주식회사 8억 원)에 이르는 거액인 사실 및 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사에서 자금을 지원한

2008년과 2009년에는 공소외 3 주식회사가 설립된 지 얼마 되지 않아 별다른 매출이 없는 상황이었으므로 대여금의 회수 여부가 불분명하였던 사실(실제로 피고인 1에 대한 검찰조사가 진행될 때에도 위 대여금은 회수되지 않은 것으로 확인되었다)이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 피고인 1이 공소외 3 주식회사로부터 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금을 공소외 3 주식회사의 운영비로 대여한 행위는 업무상배임죄에 해당한다(피고인 1에 대한 업무상횡령의 공소사실과 그 동일성이 인정되고 피고인 1의 방어진 행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 공소장변경 없이 업무상배임죄를 인정한다. 한편 원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 피고인 2, 3에 대한 부분은 직권으로 피고인 1과 동일하게 업무상배임죄로 변경하여 인정한다).

다.

협력회사 단기대여금 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

별지 범죄일람표 1 순번 32번, 별지 범죄일람표 2 순번 8번, 9번, 12번 기재 각 자금인출행위는 사업상 협력업체인 공소외 23 주식회사나 피고인 1이 당시 인수합병을 추진하고 있던 공소외 24 주식회사에 대여하기 위한 것이었다. 당시 피고인 1은 공소외 23 주식회사나 공소외 24 주식회사가 자금 상환 능력을 충분히 갖추고 있다고 판단하였고 실제로 원리금이 모두 변제되었으므로 단지 담보를 제공받지 않고 금원을 대여하였다는 사실만으로 업무상배임죄의 죄책을 물을 수는 없다.

(2) 판단

배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니다(대법원 2000. 12. 8. 선고 99도3338 판결 등 참조).

여기에서도 위 나.(2)(나)의 2)항(판결문 23쪽)에 기재한 업무상배임죄에 관한 법리를 함께 고려하면, 피고인 1이 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 공소외 23 주식회사나 공소외 24 주식회사에 만연히 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 자금을 대여해 준 행위는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 업무상배임죄가 성립한다.

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

라. 공소외 5 주식회사 자금을 통한 변제와 인출행위 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

공소외 8 주식회사 등 모회사나 계열사 및 관계회사들의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무를 변제하기 위하여 공소외 5 주식회사 자금을 공소외 2 주식회사에 지급한 각 행위(별지 범죄일람표 3 순번 1번 내지 4번)가 횡령죄에 해당한다면 그 후 피고인 1이 공소외 2 주식회사에 입금된 돈을 곧바로 인출하였다고 하더라도 이는 단일한 범의

하에 횡령의 범죄로 취득한 돈을 사용한 것에 불과하므로 새로운 법익침해가 있다고 보기 어렵다.

원심은 불가벌적 사후행위 또는 횡령죄의 죄수에 관한 법리를 오해하였다.

(2) 판단

공소외 2 주식회사와 공소외 5 주식회사는 별개의 법인으로서 공소외 5 주식회사의 자금을 임의로 인출하여 업무상횡령죄가 성립하였더라도 그 인출된 자금이 공소외 8 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무를 변제하기 위하여 공소외 2 주식회사에 입금된 이상 위 금원은 일단 공소외 2 주식회사에 귀속되어 공소외 2 주식회사의 자본이 되는 것이고, 이를 다시 페이퍼컴퍼니 등에 대한 단기대여금 명목으로 공소외 2 주식회사로부터 임의로 인출한 행위는 공소외 2 주식회사에 대한 별개의 횡령행위로서 새로운 법익을 침해한 경우에 해당한다.

또 공소외 5 주식회사에 대한 업무상횡령죄와 공소외 2 주식회사에 대한 업무상횡령죄는 피해자를 달리하는 별개의 범죄로서 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것이므로 같은 전제에 선 원심판결은 옳다.

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

주식회사는 주주와 독립된 별개의 권리주체로서 그 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로 회사 소유의 재산을 주주나 대표이사가 제3자의 자금 조달을 위하여 담보로 제공하는 등 사적인 용도로 임의 처분하였다면 횡령죄의 죄책을 면할 수 없고, 사후 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있더라도 불법영득의 의사를 인정함에 지장이 없다.

별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 기재 각 자금인출행위의 경우 비록 변제가 예정되어 있었다고 하더라도 피고인 1, 2, 3이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 법인 자금을 대표이사 및 관련자들의 공소외 25 주식회사 및 공소외 24 주식회사 지분 취득에 사용하였으므로 그 사용시점에 이미 불법영득의사가 발현되었다고 보아야 한다.

나. 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 그 판시와 같은 사실인정을 기초로 하여 별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 각 기재와 같이 인출된 자금의 경우 즉시 상환이 예정되어 있었고, 실제로 1, 2일 만에 이자를 포함한 원금이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사에 상환되었으므로, 피고인 1, 2, 3의 불법영득의사를 인정하기 어렵다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

(가) 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 없다(대법원 1983. 9. 13. 선고 82도75 판결, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도3045 판결 등 참조).

(나) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 아래의 사실이 인정된다.

- 1)공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1과 공소외 24 주식회사의 대표이사인 공소외 26은 2009년 10월경 공소외 2 주식회사가 상장사를 물색하여 인수한 뒤 이를 공소외 24 주식회사와 합병하여 그 합병된 상장사를 공동으로 경영하기로 합의하였다.
- 2)피고인 1은 피고인 12로부터 차입한 10억 원으로 2009. 11. 10. 실시된 공소외 24 주식회사 유상증자에 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 직원인 공소외 27, 28, 29, 30의 명의를 빌려 그 명의로 참여하는 방법으로 공소외 24 주식회사의 주식 50만 주를 취득하였다.
- 3)피고인 1은 합병에 앞서 대주주의 지분 비율을 조정하는 과정에서 공소외 26의 공소외 24 주식회사 지분을 확대시키는 것이 바람직하다고 판단하여 별지 범죄일람표 1 순번 95번 기재와 같이 2009. 11. 10. 공소외 2 주식회사의 자금 22억 원을 대여금 명목으로 공소외 24 주식회사에 지급하였다.
공소외 24 주식회사는 위 자금으로 공소외 26에 대한 가수금 22억 원을 변제하였고 공소외 26은 위 22억 원을 10명의 차명을 이용하여 공소외 24 주식회사의 유상증자금으로 납입하였으며, 공소외 24 주식회사는 2009. 11. 11. 납입된 유상증자금 중 22억 원을 공소외 2 주식회사에 상환하였다.
- 4)공소외 2 주식회사는 2009. 11. 17. 상장사인 공소외 25 주식회사의 지분 8.64%를 인수하였고, 공소외 25 주식회사는 2009. 11. 18. 피고인 1과 공소외 26이 실질적으로 소유하는 주식 약 57%를 인수하기로 하였다.
그 구체적 인수 방법으로서 피고인 1과 공소외 26은 공소외 25 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채를 인수하고, 공소외 25 주식회사는 신주인수권부사채를 발행하여 납입된 자금으로 피고인 1과 공소외 26이 실질적으로 소유하는 공소외 24 주식회사의 주식을 인수함으로써 결과적으로 공소외 24 주식회사의 일부 주식과 공소외 25 주식회사의 신주인수권부사채를 교환(스왑)하기로 하였다.
- 5) 이에 따라 공소외 25 주식회사는 2009. 12. 22. 109억 8,500만 원 상당의 신주인수권부사채를 발행하였는데, 피고인 1의 지시를 받은 피고인 3은 2009. 12. 22. 공소외 24 주식회사의 담당 직원으로부터 공소외 24 주식회사의 주주인 공소외 26과 공소외 26으로 하여금 차명으로 주식을 취득하도록 명의를 제공한 공소외 31, 32, 33, 34 등 5명의 계좌정보를 받았고, 또 공소외 27, 30, 28, 29로 하여금 그들 명의로 통장을 개설하도록 한 후 그 통장, 도장, 비밀번호 등을 자신이 관리하였다.
- 6)피고인 3은 피고인 1의 지시에 따라 2009. 12. 22. 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 18번 각 기재와 같이 공소외 4 주식회사의 자금 합계 43억 6,500만 원을 인출하여 공소외 26, 31, 32, 33, 34의 명의로 공소외 25 주식회사의 계좌에 43억 6,500만 원 상당의 신주인수권부사채 인수대금 명목으로 입금하였고, 또 별지 범죄일람표 1 순번

107번 내지 109번, 범죄일람표 2 순번 19번, 20번 각 기재와 같이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금 합계 16억 2천만 원을 인출하여 공소외 27, 30, 28, 29 명의로 공소외 25 주식회사의 계좌에 16억 2천만 원 상당의 신주인수권부사채 인수대금 명목으로 입금하였다.

7)공소외 25 주식회사는 2009. 12. 24. 위 신주인수권부사채 발행대금으로 공소외 26과 피고인 1이 보유한 공소외 24 주식회사의 주식을 인수하였고, 피고인 1은 같은 날 공소외 25 주식회사로부터 공소외 27 명의의 계좌로 송금된 공소외 24 주식회사 주식 인수대금 17억 2,400만 원 중 일부로 차입원금 16억 2천만 원과 이자를 공소외 4 주식회사에 상환하였고, 공소외 26 등 계좌로 송금된 주식 인수대금 중 일부로 차입원금 43억 6,500만 원과 이자를 공소외 4 주식회사와 공소외 2 주식회사에 상환하였다.

(다) 위 인정사실에 의하면 별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 기재 각 자금인출행위는 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 대표이사 또는 실질적 운영자인 피고인 1이 자신이 추진하는 방향과 일정에 따라 공소외 24 주식회사의 인수 또는 합병을 추진하기 위한 자금을 마련하기 위하여 명목상 대여로 회계처리하는 방법으로 자금을 인출한 것에 불과하다 할 것이고, 한편 피고인 1이 자신의 독단적 판단과 필요에 따라 거액의 회사 자금을 마치 자신의 자금처럼 임의로 인출하여 사용한 점(공소외 2 주식회사 합계 32억 원, 공소외 4 주식회사 합계 49억 8,500만 원), 금전과 같은 불특정물의 경우 그 대체성으로 인하여 특정물을 일시적으로 사용하였다가 반환한 경우와 불법영득의사를 동일하게 평가할 수 없는 점 등을 고려할 때, 피고인 1과 피고인 2 또는 피고인 3이 공모하여 위와 같이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금을 인출할 당시에 불법영득의사를 갖고 있었음을 충분히 인정할 수 있다.

(라) 결국 이 부분 범죄사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄가 성립하지 않는다고 판단한 원심판결에는 업무상횡령죄에 있어서 불법영득의사의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 직권판단

가. 공소사실의 요지

피고인 1은 2008. 8. 29.경부터 공소외 2 주식회사의 대표이사로 재직하였고, 피고인 2는 2008. 6. 26.경부터 공소외 2 주식회사의 이사로 재직하면서 회계 및 재무업무를 담당하였다.

피고인 1, 2는 공모하여 2009. 4. 27. 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같이 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사의 자금 35억 원을 대여금 명목으로 공소외 6 주식회사에 지급하여 이를 횡령하였다.

나. 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같은 자금인출행위에 대하여 피고인 1, 2가 명목상 대여로 회계처리 하였을 뿐이고 임의로 공소외 2 주식회사의 자금을 인출, 사용한 경우에 해당하므로 업무상횡령죄가 성립한다고 판

단하였다.

(2) 이 법원의 판단

(가) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1, 2는 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같이 2009. 4. 27. 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사 자금 35억 원을 인출하여 공소외 35 주식회사가 발행한 35억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 14 주식회사 명의로 인수하였는데, 회계상으로는 위 35억 원을 공소외 14 주식회사에 단기대여금 명목으로 지급한 것으로 처리한 사실, 공소외 2 주식회사는 2009. 8. 18. 자금 조달을 위하여 공소외 4 주식회사로부터 공소외 14 주식회사 명의로 35억 원을 차용하면서 공소외 14 주식회사 명의로 인수하였던 공소외 35 주식회사 발행의 위 신주인수권부사채를 담보 명목으로 공소외 4 주식회사에 제공하였고, 다만 회계상으로는 공소외 4 주식회사가 공소외 14 주식회사에 35억 원을 대여하고 공소외 14 주식회사는 공소외 2 주식회사에 대한 위 2009. 4. 27.자 차용금채무에 대한 변제 명목으로 35억 원을 공소외 2 주식회사에 입금한 것으로 처리한 사실 및 공소외 14 주식회사는 피고인 1이 자금지원, 조달 등의 편의를 위하여 명목상 설립한 페이퍼컴퍼니인 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 1, 2는 2009. 4. 27. 회계상 공소외 14 주식회사에 대여한 것으로 되어 있는 공소외 2 주식회사의 자금 35억 원을 가지고 공소외 2 주식회사를 위하여 같은 금액 상당의 공소외 35 주식회사 발행의 신주인수권부사채를 인수하였다고 할 것이므로 불법영득의사가 있었다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(나) 결국 이 부분 범죄사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄의 성립을 인정한 원심판결에는 업무상횡령죄에 있어서 불법영득의사의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 소결론

위에서 판단한 것처럼 원심판결 중 공소외 3 주식회사 경비 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분[별지 범죄일람표 1 순번 13번(3억 원 전액), 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번(7천만 원 전액), 39번(2억 5천만 원 전액), 53번(3억 원 중 2억 원), 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지2 순번 1번(3억 원 전액), 4번(3억 원 전액), 7번(1억 5천만 원 전액), 10번(5천만 원 전액)], 공소외 24 주식회사 인수자금 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번, 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번) 및 공소외 35 주식회사 발행의 신주인수권부사채 인수자금 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(별지 범죄일람표 1 순번 52번)에는 사실오인 또는 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

IV. 약속어음 발행 및 공증으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분에 대한 판단

당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 2009. 9. 23.경 상피고인 12로부터 60억 원을 차용하면서 피고인 2에게 지시하여 2009. 9. 24.경 피해자 공소외 8 주식회사, 공소외 2 주식회사 명의의 약속어음(액

면 72억 원, 발행일 2009. 9. 25.)을 발행하여 이를 공증해 준 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실과 같이 피고인 1, 2가 피고인 1 개인의 차용금채무에 대한 담보 명목으로 공소외 8 주식회사 및 공소외 2 주식회사 명의의 약속어음을 발행·공증하여 준 행위는 회사 임원으로서의 임무에 위배하여 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사로 하여금 자신과 전혀 무관한 채무를 부담시키는 것이고, 이로 인하여 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사에 재산상 손해 발생의 위험이 초래되었다고 할 것이다.

따라서 피고인 1, 2의 위 행위는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄에 해당한다(피고인 1은 종전 공소 사실에 대하여는 항소이유 제출 기간 내에 아무런 항소이유도 주장하지 않았다).

V. 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장및금융투자업에관한법률위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1)피고인 1과 공소외 7 법인의 대리인인 공소외 10이 체결한 투자수익보장약정은 투자계약에 해당하고, 당시 작성된 금전소비대차약정 공정증서는 주가 하락으로 공소외 10이 손실을 입었을 경우 집행의 편의를 위하여 작성한 일종의 통정허위표시에 불과하다.

(2)피고인 1이 투자수익보장약정을 체결한 동기와 경위, 공소외 2 주식회사와 코스닥시장의 주가흐름, 공소외 10의 주식 매수량 등에 비추어 볼 때 투자수익보장약정에 따라 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사의 주식을 매수하도록 한 행위가 「자본시장 및 금융투자업에 관한 법률」(이하 '법령의 적용'란을 제외하고는 '자본시장법'이라고 한다) 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종이나 자본시장법 제178조 제1항 제1호 및 같은 조 제2항에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(3)상피고인 8에게 주가를 인위적으로 조종하라고 지시한 사실이 없고, 상피고인 8의 부탁을 받은 상피고인 9의 거래 기간 및 거래량을 고려할 때 상피고인 9의 행위가 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종이나 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

또 2009. 2. 10. 이후 상피고인 9의 주식거래에 대하여는 피고인 1이 전혀 관여하지 않았으므로 책임이 없다.

(4) 2009. 2. 2.경 공소외 2 주식회사 유상증자 과정에서 일부 유상증자 자금을 차입금으로 충당한 것은 사실이다.

하지만 이는 공소외 2 주식회사의 운영자금 조달을 위한 것이었고, 피고인 1의 계산으로 유상증자에 참여하여 주식을 취득한다고 생각해 본 사실이 없으며, 제3자 배정 유상증자와 관련하여 모집된 투자금이 일부 부족한 경우 대주주가 차입금으로 유상증자를 마무리 하는 것은 거래 관행상 일반적으로 이루어지고 있다.

따라서 비록 차명으로 인수하여 보유 주식에 대한 보고의무를 위반한 위법이 있다고 하더라도 불법적인 목적으로 유상증자를 한 것이 아니라면 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 볼 수는 없다.

(5)피고인 1이 공소외 10과의 2차례에 걸친 투자수익보장약정을 통하여 취득하였다가 매도한 주식은 인위적인 시세조종행위로 취득한 것이 아닐 뿐 아니라 계약에 따라 2개월 내지 3개월 동안 보유하고 있다가 자연스러운 주가 등락에 따라 주식을 매도하여 차익이 발생한 것이므로 위반행위로 인하여 이익을 얻었다고 볼 수 없다.

나. 판단

(1) 공소외 7 법인과 체결한 2008. 11. 25.자, 2009. 3. 3.자, 2009. 6. 3.자 및 2009. 10. 7.자 투자수익보장약정(이하 계약 체결 순서에 따라 1차 내지 4차로 표시한다)의 성격

이 부분은 아래 VI항과 XI항 부분에서도 항소이유를 판단하는 과정에서 동일하게 문제되므로 한꺼번에 판단한다.

원심은, ①피고인 1이 공소외 10과 공소외 36으로부터 개인적으로 차용한 금원 또는 회사자금과 별도로 개인적으로 관리하는 자금으로 공소외 10과의 1차 내지 3차 각 투자수익보장약정에 따른 현금담보를 제공한 점, ② 위 각 투자수익보장약정에 따라 작성된 제안서 등은 '연대보증인'을 계약 주체로 하고 있고, 연대보증인으로서는 피고인 1과 공소외 2 주식회사(또는 공소외 8 주식회사)가 기재되었으나, 한편 위 제안서는 계약의 주체를 '공소외 2 주식회사(또는 공소외 8 주식회사)의 실질적인 대주주이자 경영권자인 연대보증인'으로 규정하고 있는데 이는 피고인 1을 의미한다고 할 것인 점, ③피고인 1은 검찰조사 시 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사가 계약주체로 포함된 이유에 관하여, '공소외 10이 말하기를 "어차피 구조가 자사주 매입의 형식이기 때문에 공소외 7 법인에서 공소외 2 주식회사 주식을 매입한다면 공소외 2 주식회사가 계약주체가 되어야 하고 공소외 8 주식회사 주식을 매입한다면 공소외 8 주식회사가 계약주체가 되어야 한다.

솔직히 이것은 투자의 개념이 아니라 금전대여의 개념이기 때문에 회사법인보다는 채권회수가 쉬운 피고인 1과 공소외 37한테 손실을 물을 것이다.

"고 해서 그렇게 하는 것이다'라고 진술하였고, 계약주체에 대하여 '내가 담보를 제공하고 손실도 내가 책임을 지기 때문에 내가 빌리는 것이다'라고 진술한 점, ④공소외 10도 이 법정에서 '계약상대방은 피고인 1 개인이고, 이 사건 거래의 본질은 실제 사주인 피고인 1 개인에게 주식매수대금 또는 유상증자 대금을 대여해주고 증인이 관리하는 계좌로 취득한 주식을 담보로 제공받는 것이며, 거래과정에서 발행한 손해 또는 수익은 모두 실사주인 피고인 1에게 귀속된다.

상대방이 회사가 아니라 개인인 것은 분명하다.

위약사항이 없는 한 회사에 소구할 일도 없기 때문에 피고인 1이 개인적으로 위약이 생겼을 경우에도 개인적으로 갚을 것으로 믿고 한 것이다'라는 취지로 진술한 점, ⑤피고인 1은 공소외 10이 취득한 주식에 대하여 공소외 10의 위임을 통하여 자사주 제한 없이 의결권 등을 행사하는 반면, 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사는 자사주에 대한 의결권을 행사할 수 없는 점, ⑥피고인 1은 공소외 10과의 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 반환받은 현금담보와 이득금을 회사에 귀속시키지 아니하고 개인적으로 관리한 점, ⑦ 2009. 10. 7. 피고인 1, 공소외 8 주식회사 명의로 체결된 4차 투자수익보장약정에 대하여, 2010. 3. 18. 피고인 1과 공소외 10 사이에 기존 연대보증인인 공소외 8 주식회사를 면책시키고, 공소외 14 주식회사와 공소외 3 주식회사를 새로운 연대보증인으로 하며, 피고인 1의 권리의무는 그대로 유지하기로 하는 내용의 합의서가 작성된 점 등을 종합적으로 고려할 때 위 각 투자수익보장약정의 실질적인 계약주체는 피고인 1 개인이라고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들과 함께 ①피고인 1은 공소외 10으로부터 공소외 10이 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주식을 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 주식 매수내역을 지속적으로 확인한 점, ②피고인 1은 공소외 10에게 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식을 2009. 4. 15.부터 2009. 4. 24.까지 사이에 매각하도록 지시하기도 한 점(수사기록 1권 1179쪽) 등을 고려하면 위 각 투자수익보장약정은 피고인 1이 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주가를 안정적으로 관리하기 위하여 공소외 10 또는 공소외 7 법인으로부터 자금을 차용한 금전소비대차에 해당한다고 봄이 옳다.

(2) 투자수익보장약정을 통한 시세조종행위 또는 부정거래행위 여부

(가) 현실거래에 의한 시세조종행위 여부

이 부분은 아래 VI항과 XI항 부분에서도 항소이유를 판단하는 과정에서 동일하게 문제되므로 한꺼번에 판단한다.

1)구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장법 부칙 제2조로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하며, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

한편 위 조항 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것일 뿐 그로 인하여 실제로 시세가 변동될 필요까지는 없고, 일련의 행위가 이어진 경우에는 전체적으로 그 행위로 인하여 시세를 변동시킬 가능성이 있으면 충분한데, 이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성과 공정성, 가장 혹은 허위매매 여부, 시장관여율의 정도, 지속적인 종가관리 등 거래의 동기와 태양 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 대하여도 동일하게 적용된다.

2) 원심은, ①피고인 1이 위 각 투자수익보장약정 체결 시마다 '실질적인 대주주이자 경영권자인 연대보증인(피고인 1 등)은 본인의 보증과 사전담보를 제공하고 주식매입자금을 사용하여 자사주를 매입하는 개념으로, 투자자에게 적절한 일정수익을 보장하고 장내 혹은 동시호가, 시간 외 종가에 블록으로 소액투자자의 매도물량을 인수시켜, 주가의 하락을 지연시키고 시장의 안정을 도모한다'는 취지가 기재된 제안서를 체결하고, 공소외 10에게 원금 및 확정수익을 보장하면서 공소외 7 법인 등의 명의로 위 제안서의 내용과 같이 소액투자자의 매도물량을 지속적으로 흡수하는 거래를 하였는데, 위와 같은 거래에 의하여 형성된 시세는 유가증권 시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것이 아닌 인위적으로 조작된 것으로 봄이 상당한 점, ②피고인 1이 공소외 7 법인과 체결한 1차 내지 3차 각 투자수익보장약정에 따라 공소외 10이 장내매수에 투입한 비용이 각 20억 원, 30억 원, 6억 원에 이르는

거액이고, 이를 통하여 일일 매매 거래량의 약 10%에 이르는 주식을 장내에서 매입하였으며, 특히 매수량의 약 1/3을 공소외 7 법인 등 명의의 외국인투자전용계좌를 사용하여 매수한 점, ③피고인 1이 공소외 10과 체결한 4차 투자수익보장약정의 경우, 피고인 1은 상피고인 2를 통하여 공소외 10 측에 주식매수청구 방어를 위하여 적극적으로 고가·대량매수를 해 줄 것을 요청하였고, 공소외 10도 이를 수락함에 따라, 단 4일의 거래일 동안 30억 원에 이르는 주식을 매수하였고, 위 거래내역에서 별지 범죄일람표 4의 1 내지 3 각 기재와 같이 고가매수, 물량소진 주문, 허수매수 주문 형태의 시세조종성 주문이 발견되는 점, ④피고인 1은 4차 투자수익보장약정 체결과 동시에 상피고인 10, 8을 통하여 공소외 8 주식회사 주식에 대한 시세조종행위를 하였는데, 이를 포함한 시세조종성 거래는 별지 범죄일람표 7 기재와 같이 모두 219회, 339,225주에 이르고, 위 기간 매매관여율이 42.5%, 호가관여율이 합계 8.9%에 이르며, 이에 따라 공소외 8 주식회사 주가가 3,800원대에서 4,200원 대로 상승한 점, ⑤ 위 각 투자수익보장약정은 결국 일정액의 현금담보를 공소외 10에게 지급하여 공소외 10으로 하여금 그 현금담보 금액의 3배에 해당하는 주식을 매입하게 하는 것으로서, 기본적으로 적은 돈으로 많은 양의 주식거래를 일으키는 것이므로 그로 인한 주식거래는 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 것으로 보일 여지가 충분한 점, ⑥피고인 1은 공소외 10으로부터 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 매수내역을 지속적으로 확인한 점, ⑦피고인 1 스스로도 위 각 투자수익보장약정에 관하여 추가하락 방지의 목적이 있었음을 인정하고 있는 점 등을 종합할 때 피고인 1이 매매를 유인할 목적으로 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래를 한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

- 3) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 2)항과 같은 사정들을 위 1)항의 법리에 기초하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고(다만 VI항에서 판단하는 것처럼 3차 투자수익보장약정을 통한 공소외 2 주식회사 주식매수행위에 대하여는 현실거래에 의한 시세조종행위로 판단하지 않는다), 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(나) 부정거래행위 여부

- 1) 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제1호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 부당한 이득을 얻기 위하여 고의로 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하거나 위계를 쓰는 행위를 금지하고 있다.

여기서 '위계'는 거래 상대방이나 불특정 투자자를 기망하여 일정한 행위를 유인할 목적의 수단, 계획, 기교 등을 말하는 것이고, '기망'은 객관적 사실과 다른 내용의 허위사실을 내세우는 등의 방법으로 타인을 속이는 것을 의미한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009도6411 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제178조 제2항에 규정된 '위계'를 해석함에 있어서도 동일하게 적용된다.

- 2) 원심은, ①공소외 10이 위 각 투자수익보장약정에 따라 투자 위험 없이 주식을 매수하는 것임에도 불구하고, 공소외 7 법인 등의 해외계좌와 자신이 관리하는 국내계좌들을 이용하여 자신이 직접 투자위험을 감수하고 주식을 매수하는 것처럼 주식을 장내에서 매수하였는데, 이로 인하여 일반투자자들은 공소외 10의 주식매수로 인하여 늘어난 거래량과 주식의 시세를 정상적인 거래량과 시세로 오인하였을 것으로 보이는 점, ②피고인 1은 공소외 37로부터 공소외 10을 홍콩회사인 공소외 7 법인의 대리인이라고 소개받아서 위 회사가 외국회사임을 인식하고 있었고, 공소외 10과 위 각 투자수익보장약정을 체결할 경우 일부를 외국인 명의 계좌로 매수한다는 점도 알고 있었던 점, ③

실제로 공소외 10은 일정 부분은 공소외 7 법인 등의 외국인투자전용계좌로 주식을 매수하였던 점, ④ 위와 같이 외국인이 국내증권사의 계좌를 이용하는 경우에는 외국인이 주식을 매입하였다는 사실이 일반투자자들에게 공지되고, 일반투자자들로서는 해외법인이나 해외펀드가 당해 법인의 주식을 매수하거나 유상증자에 참여할 경우 당해 법인의 투자 가치가 국제적으로 확인되었다는 인식을 갖게 될 가능성이 있는 점, ⑤ 일반투자자들이 외국인이 매수한 종목이라고 하여 무조건 추격매수를 하는 것으로 볼 수는 없으나, 외국인 지분정보 및 외국인들의 매수도 경향은 주식거래 사이트 및 경제지 등에서 주식시장의 주요 동향으로 취급되면서 일반투자자들에게 그 정보가 제공되는 등 일반투자자들의 투자 판단에 중요한 호재로 작용하고 있는 것으로 보이는 점, ⑥ 피고인 1은 시세조종의 목적으로 위 각 투자수익보장약정을 체결한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1이 시세의 변동을 도모할 목적으로 위계를 사용하는 부정거래행위를 하였다고 판단하였다.

또한 원심은 피고인 1의 공소외 10을 통한 주식매수행위가 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 '위계의 사용'에 해당하므로, 위와 같은 행위는 같은 조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 수단, 계획 또는 기교의 사용'에도 해당한다고 판단하였다.

3) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 2)항과 같은 사정들을 위 1)항의 법리에 기초하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고(특히 위 각 투자수익보장약정에 따른 공소외 10의 주식매수는 실질적으로는 투자가 아니고 금원 대여에 따른 담보취득에 불과함을 고려하면 더욱 그렇다), 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(3) 상피고인 8, 9를 통한 현실거래에 의한 시세조종행위 여부

원심은, ① 피고인 1과 상피고인 8, 9는 공소외 2 주식회사에서 실시하는 제3자 배정 유상증자 주금 납입일까지 주가를 관리한다는 목적 하에 피고인 1이 상피고인 8을 통하여 7천만 원을 상피고인 9에게 교부하여 주식 거래가 이루어진 점, ② 상피고인 9는 일정 부분의 수수료를 지급받음으로써 일부 손실 보장을 받은 상태에서 상피고인 8의 부탁에 따라 공소외 2 주식회사 주식을 장내에서 매매하였는데, 이러한 거래는 정상적인 투자 판단에 따른 매매거래로 볼 수 없고, 이로 인하여 일반투자자들은 상피고인 9의 주식매수로 인하여 늘어난 거래량과 주식의 시세를 정상적인 거래량과 시세로 오인하였을 것으로 보이는 점, ③ 상피고인 9는 공소외 38 명의의 계좌를 통해 주식 매수에 투입한 비용이 합계 7천만 원에 불과함에도 불구하고 위 기간 동안 매수와 매도를 반복하는 방식의 거래를 함으로써, 10억 원 이상의 주식을 매수하고 10억 원 이상의 주식을 매도한 점, ④ 피고인 1은 같은 기간 공소외 10을 통하여 공소외 2 주식회사 주식에 대한 시세조종행위를 하였고, 피고인 1, 상피고인 8, 9 및 공소외 10의 순차적·암묵적 공모관계가 인정되는 점 등을 고려할 때 피고인 1이 상피고인 8, 9와 공모하여 매매를 유인할 목적으로 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래를 한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

나아가 ① 상피고인 9는 2009. 1. 14. 상피고인 8로부터 2천만 원을 교부받아 2009. 1. 20. 이를 공소외 38 명의의 계좌에 입금하여 공소외 2 주식회사 주식을 매매하다가 2009. 2. 3. 이를 모두 매도하여 위 계좌의 거래를 정리하였는데, 2009. 2. 10. 상피고인 8로부터 추가로 5천만 원을 교부받아 이를 추가로 투입하여 같은 날부터 다시 위 계좌를 통

한 공소외 2 주식회사 주식 매매를 시작한 점, ②피고인 1은 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 유상증자가 종료된 후에도, 2008. 11. 25. 공소외 7 법인과 체결하였던 1차 투자수익보장약정의 계약기간을 2009. 2. 25.과 2009. 3. 25. 2회에 걸쳐 연장하고 2009. 3. 3.경 공소외 7 법인과 새로이 2차 투자수익보장약정을 체결하는 등 지속적으로 공소외 2 주식회사의 주가를 관리해 온 점, ③상피고인 9는 수사기관 및 원심법정에서, 2009. 2. 10. 이후에도 상피고인 8의 지시에 따라 위 공소외 38 명의 계좌에서 공소외 2 주식회사 주식을 매매하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합해볼 때, 상피고인 9의 2009. 2. 10. 이후의 공소외 2 주식회사 주식 매매거래에 관하여도 피고인 1과 상피고인 8의 범의 및 공모관계를 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다[공소장과 검사의 2010. 5. 31.자 의견서의 각 기재에 의하면, 검사가 위와 같은 피고인 1과 상피고인 8, 9의 공모에 의한 주식거래행위를 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 위계의 사용에 의한 부정거래행위로 의율하지 않았음은 분명하고, 원심 역시 같은 전제 하에 공소사실을 판단하였다.

결국 아래 4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 1과 상피고인 8, 9의 공모에 의한 주식거래행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위에는 해당하지 않는다].

(4) 유상증자 차명 참여 등으로 인한 부정거래행위 여부

(가) 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위 여부

원심은, ①피고인 1이 공소외 8 주식회사를 통하여 2008. 5. 23.경 공소외 2 주식회사를 인수한 후, 2008년 11월경부터 제3자 배정 유상증자를 추진하려 하였으나 성공하지 못했고, 2009. 1. 23.경 공소외 2 주식회사의 144억 원 상당의 제3자 배정 유상증자 결정을 공시할 무렵에는 유상증자 성공을 위하여 상피고인 8, 9 등을 통하여 공소외 2 주식회사 주식의 시세조종을 하는 등 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자의 성공을 지속적으로 추구하여 온 점, ②피고인 1은 상피고인 11을 통하여 상피고인 13으로부터 10억 원을 차입하고, 상피고인 12로부터 30억 원을 차입하여 차명으로 유상증자금을 납입하고, 상피고인 12가 투자하는 30억 원에 대하여는 공소외 2 주식회사의 당좌수표 및 현금담보를 제공하면서 원금보장 약정을 하였는데, 상피고인 12, 13으로부터 차입한 40억 원을 통한 유상증자금 납입은 공소외 2 주식회사의 실질적인 사주인 피고인 1의 계산으로 차입하여 납입한 것이고, 상피고인 12의 30억 원 유상증자 참여 역시 통상적인 투자 판단에 따라 원금손실 위험을 부담하면서 참여한 것이 아니므로 모두 정상적인 제3자의 유상증자 참여로 볼 수 없는 점, ③ 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 유상증자에 총 129억 원 상당의 주금이 납입됨으로써 위 유상증자가 제3자의 참여로 성공한 듯한 외양이 형성되었으나, 그중 위와 같은 방식으로 납입된 금액이 전체 납입금의 절반을 초과하는 70억 원에 이르고, 이를 제외하면 정상적인 납입이 이루어진 금액은 59억 원에 불과한데, 피고인 1의 위와 같은 행위가 없었다면 144억 원 상당으로 예정되어 공시된 위 유상증자는 사실상 실패하였을 것으로 보이는 점, ④ 제3자 배정 유상증자의 성공은 코스닥시장에서 일반투자자들에게 공개되어 공소외 2 주식회사의 재무구조가 좋아지고 신규사업진출 실현가능성이 높아진 것이라는 평가를 받게 되고 유상증자 참여자들 및 일반투자자들에게 공소외 2 주식회사가 투자할만한 가치가 있는 회사라는 인상을 주는 등 주식시장에서 일반적으로 호재로 작용하는 반면, 제3자 배정 유상증자 실패는 주식시장에서 중대한 악재로 작용하는 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1의 위와 같은 행위는 불특정투자자를 기망하여 착오상태에 빠트릴 수 있는 기

교를 사용하는 행위로서 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규정한 '부정한 기교'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(나) 중요사항에 관한 거짓 기재로 인한 부정거래행위 여부

원심은, 피고인 1이 상피고인 12, 13의 차입금을 통하여 차명으로 공소외 2 주식회사의 주식 1,396,640주를 배정받음으로써 공소외 2 주식회사 지분의 5.2%를 취득하였음에도 2009. 3. 3. 공소외 8 주식회사 명의의 주식 등 대량 보유상황보고에 특수관계인인 피고인 1의 주식 보유 사실을 기재하지 아니한 사실을 인정한 후 공소외 2 주식회사의 주요주주의 변동에 관한 사항, 공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1의 차명 주식 보유 및 매도 여부는 공소외 2 주식회사의 주가에 직접적인 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당한다고 할 것이며, 따라서 피고인 1이 위와 같은 거짓기재를 통하여 자신의 유상증자 참여 및 지분취득 사실을 은폐하고 향후 주식을 매도할 때 발생하는 공시의무를 회피함으로써 주가상승 또는 하락방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들과 원심이 적절하게 기재한 사실들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다(검사는 당심에서 이 부분과 관련한 공소사실을 일부 변경하였으나 변경된 공소사실에는 원심이 판단한 종전 공소사실이 여전히 포함되어 있다).

(5) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 공소외 10이 피고인 1의 요청에 따라 2009. 4. 15.경부터 2009. 4. 22.경까지 사이에 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식 656,480주를 장내에서 매도한 사실, 공소외 10이 2009. 6. 4.에는 2차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식 742,051주를 장내에서 매도한 사실 및 피고인 1이 차명으로 배정받은 공소외 2 주식회사 주식 1,396,640주를 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5. 매도한 사실을 인정한 후, ① 피고인 1, 2와 공소외 10이 장내에서의 시세조종행위로 944,338,799원[=700,602,204원(1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식의 매도가격 2,664,265,714원(거래세 등을 반영한 순매도액임) - 매수가격 1,963,663,510원) + 243,736,595원(2차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식의 매도가격 3,243,730,820원(거래세 등을 반영한 순매도액임) - 매수가격 2,999,994,225원)]의 이익을 취득하였고, ② 피고인 1, 2는 유상증자에서 원금보장약정과 차명을 이용하여 부정하게 신주를 취득하는 행위로 1,268,351,562원(=차명으로 배정받은 주식을 매각한 금액 5,268,348,522원 - 차입금 3,999,996,960원)의 이익을 취득하였으므로, 결국 피고인 1이 자본시장법 위반행위로 인하여 얻은 이익액은 2,212,690,361원(=1, 2차 각 투자수익보장약정을 통한 부당이익액 944,338,799원 + 유상증자 차명 참여 등으로 인한 부당이익액 1,268,351,562원)이라고 판단하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 구 증권거래법 제207조의2와 제214조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'이란 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다.

통상적인 경우에는 위반행위와 관련된 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총비용을 공제한 차액을 산정하는 방법으로 인과관계가 인정되는 이익을 산출할 수 있다.

그러나 구체적인 사안에서 위반행위로 얻은 이익의 가액을 위와 같은 방법으로 인정하는 것이 부당하다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는, 사기적 부정거래행위를 근절하려는 위 법 제207조의2와 제214조의 입법 취지와 형사법의 대원칙인 책임주의를 염두에 두고 위반행위의 동기, 경위, 태양, 기간, 제3자의 개입 여부, 증권시장 상황 및 그 밖에 주가에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들을 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 인정되는 이익을 산정해야 하며, 그에 관한 입증책임은 검사가 부담한다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 위반행위로 인한 이익액을 산정함에 있어서도 동일하게 적용된다.

2) 원심이 1차 투자수익보장약정에 따른 위반행위로 피고인 1이 얻은 이익액이 700,602,204원이라고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가나, 2차 투자수익보장약정에 따른 위반행위로 얻은 이익액과 유상증자 차명 참여 등으로 얻은 이익액을 산정한 부분은 아래와 같이 인정되는 사실에 기초하여 위 1)항의 법리에 따라 살펴볼 때 그 타당성을 인정하기 어렵다.

기록에 의하면 피고인 1이 2차 투자수익보장약정이나 유상증자 차명 참여 등으로 부정하게 취득한 공소외 2 주식회사의 주식을 처분하기 직전인 2009. 6. 2. 이명박 대통령이 한-아세안 특별정상회의 행사장에서 수소연료전지 자동차 기술에 대하여 "This is our dream."이라고 설명했다는 소식이 전해지면서 수소에너지 관련주들의 거래량과 주가가 급증한 사실, 공소외 2 주식회사의 경우 2009. 5. 21.부터 2009. 6. 1.까지는 거래량이 최소 291,230주, 최대 2,641,904주였고, 주가도 계속 하락하는 추세를 보였는데(2009. 5. 21. 종가 4,835원 → 2009. 6. 1. 종가 3,450원), 2009. 6. 2.에는 거래량이 1,227,783주, 종가가 3,965원이 되었다가 2009. 6. 3.에는 거래량이 5,221,418주, 종가가 4,555원, 2009. 6. 4.에는 거래량이 13,124,012주, 종가가 3,875원, 2009. 6. 5.에는 거래량이 4,906,811주, 종가가 3,515원이 되는 등 거래량과 주가가 모두 급격하게 변동한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 1이 공소외 2 주식회사의 주식을 처분한 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5.의 공소외 2 주식회사 주가상승분에는 이명박 대통령의 위와 같은 발언으로 인한 상승분도 포함되어 있으므로 이 부분에 대해서까지 피고인 1의 위반행위로 인한 결과에 귀속시키는 것은 자기책임의 원칙에 반하고 이를 분리하여 제외하여야 한다.

그런데 검사가 제출한 증거들만으로는 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5. 당시 공소외 2 주식회사 주가 중 피고인 1의 위반행위와 인과관계가 인정되는 부분만을 분리하여 그 이익액을 산정하기에 충분하지 않으므로 결국 이 부분 위반행위로 인한 이익액은 산정할 수 없는 경우에 해당한다.

3) 그런데 자본시장법 제443조 제1항은 자본시장법 제176조 또는 제178조를 위반한 자를 10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서는 위 제1항의 위반행위로 얻은 이익액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처하고(제2호), 50억 원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정함으로써(제1호) 이익액에 따라 형을 가중하여 처벌하고 있다.

즉 금원이나 재산상 이익(액수 불상인 경우를 포함한다)의 취득 자체가 구성요건으로 되어 있는 재산범죄 등과는 달리 시세조종행위 또는 부정거래행위로 인한 자본시장법위반죄의 경우 이익 또는 손실의 회피 여부에 관계없이 범죄가 성립하나, 이익액이 있는 경우 그 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로 이익액의 존부와 그 액수는 엄격한 증명 대상이 되고, 그 입증책임은 검사가 부담한다.

한편 아래 4.나.의 (2)항(판결문 57쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 1의 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행과 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행은 단일하고 계속된 범의 하에서 일정기간 계속하여 반복한 범행으로서 포괄일죄의 관계에 있다.

따라서 검사로서는 피고인 1의 자본시장법위반 범행에 대하여 가중 처벌규정의 적용을 구하려면 포괄일죄의 관계에 있는 각각의 자본시장법위반 범행으로 인하여 피고인 1이 이익을 취득하였는지 여부, 이익을 취득하였다면 그 가치가 어느 정도인지에 대하여 입증하여야 하고(일련의 범행 중 일부 범행으로 인한 이익액을 산정할 수 없는 경우에는 적어도 손실을 입지는 않았다는 점을 입증하여야 한다), 만약 이를 입증하지 못한 경우에는 전체적으로 이익액을 산정할 수 없다고 보아야 한다.

예를 들어 피고인이 단일하고 계속된 범의를 가지고 시세조종행위 또는 부정거래행위를 하여 ①, ②, ③의 각 자본시장법위반죄를 저지른 경우를 가정하여 보자. 만약 피고인이 ① 자본시장법위반죄를 통하여 50억 원의 이익이, ② 자본시장법위반죄를 통하여 20억 원의 손실이, ③ 자본시장법위반죄를 통하여 10억 원의 이익이 발생하였다면 피고인은 포괄하여 40억 원(=50억 원 - 20억 원 + 10억 원)의 이익을 얻었다고 평가할 수 있고 이에 따라 자본시장법 제443조 제2항 제2호에 의하여 가중 처벌된다.

한편 피고인이 ② 자본시장법위반죄를 통하여 이익을 얻은 것은 분명하나 그 액수를 산정할 수 없는 경우에는 포괄하여 적어도 60억 원(=50억 원 + 0원 + 10억 원)의 이익을 얻은 것으로 평가하여 자본시장법 제443조 제2항 제1호에 의하여 가중 처벌할 수 있다.

그러나 이와 달리 피고인이 ② 자본시장법위반죄를 통하여 이익을 얻었는지 아니면 손실을 입었는지 자체가 불분명하다면 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 ①, ②, ③ 자본시장법위반죄를 통하여 얻은 이익은 산정할 수 없다고 보아야 하고, 함부로 가중 처벌 규정을 적용하여서는 안 된다.

4) 이 사건의 경우, 위에서 본 것처럼 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행 중 1차 투자수익보장약정에 의한 이익액은 700,602, 204원으로 산정할 수 있는 반면 2차 투자수익보장약정이나 유상증자 차명 참여 등에 의한 자본시장법위반 범행, 나아가 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행의 경우 그로 인하여 피고인 1이 이익을 얻었는지 여부 또는 적어도 손실을 입지 않았는지에 대해

여 이를 인정한 만한 증거가 부족하다.

결국 피고인 1이 포괄일죄의 관계에 있는 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행과 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행을 통하여 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

5) 따라서 피고인 1이 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행으로 인하여 2,212,690,361원의 이익을 취득하였다고 판단한 원심에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 8, 9 부분

(1) 항소이유 요지

공소외 10이 1차 투자수익보장약정에 따라 공소외 2 주식회사 주식을 매수한 시점과 피고인 8, 9가 공소외 2 주식회사 주식을 장내에서 매수한 시점이 불일치하더라도 피고인 8, 9가 범행에 가담한 시점이 1차 투자수익보장약정에 따라 취득한 공소외 2 주식회사 주식이 매도되기 전이고, 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식의 매도, 2차 투자수익보장약정에 따른 공소외 2 주식회사 주식 매수 및 매도 시점에 지속적으로 가담한 점을 고려하면 피고인 8, 9가 위반행위로 인하여 얻은 이익액은 공범인 피고인 1, 2 및 공소외 10과 동일하게 944,338,799원으로 보아야 한다.

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들과 그에 의해서 인정되는 원심 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 8, 9가 2009. 1. 14. 이후의 범행에 대하여만 피고인 1, 2 및 공소외 10의 범행에 대하여 공동정범으로서의 책임을 부담하고, 나아가 공범관계가 인정되는 2009. 1. 14. 이후 거래로 인하여 발생한 이익을 따로 산정할 수 있는 증거가 부족하다고 판단한 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 피고인 11, 12, 13 부분

(1) 항소이유 요지

상피고인 1은 피고인 12, 13으로부터 차용한 금원을 위 차용금으로 배정받은 공소외 2 주식회사 유상증자 신주를 매각하여 변제하기로 약정하였으므로, 상피고인 1, 2와 피고인 11, 12, 13의 공모관계는 2009. 2. 3. 끝나는 것이 아니라 2009년 5월 하순경부터 2009년 6월 초순경까지 공소외 2 주식회사 유상증자 신주를 매각하여 그 이익을 실현할 때까지 계속된다.

따라서 피고인 11, 12, 13에 대하여도 자본시장법 제178조 제1항 제1호가 적용된다.

(2) 판단

원심이 적절하게 판단한 것처럼 검사가 제출한 모든 증거를 종합하더라도 피고인 11, 12, 13이 상피고인 1, 2의 일련의 자본시장법위반 범행 중 차명 이용 또는 원리금 보장 약정 하의 유상증자 참여행위에 가담한 사실이 인정될 뿐이고 나아가 상피고인 1, 2의 2009. 3. 3.자 주식 등 대량보유상황 보고의무위반행위를 비롯한 그 이후의 일련의 시세조종행위 또는 부정거래행위에 가담하였음을 인정할 만한 증거가 없다[또한 아래 3의 나항(판결문 53쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 12나 피고인 13이 상피고인 1과 공소외 2 주식회사 주식을 공동으로 보유하여 대량보유보고의무를 부담하였다고 인정되지도 않는다].

그런데 피고인 11, 12, 13의 범행은 2009. 2. 2. 유상증자금이 납입되고 상피고인 1, 2가 2009. 2. 3.경 제3자 배정 유상증자 청약 및 납입결과를 공시하고 유가증권발행실적보고서를 제출함으로써 기수에 이르렀고, 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 2007. 8. 3. 법률 제8635호로 신설되어 부칙 제1조에 따라 2009. 2. 4.부터 시행되었으므로 결국 피고인 11, 12, 13에 대한 이 부분 공소사실은 행위 당시의 법률에 의하면 죄가 되지 아니하는 때에 해당한다.

결국 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

다.

피고인 1, 2 부분

(1) 항소이유 요지

상피고인 11, 12, 13에 대하여도 자본시장법 제178조 제1항 제1호가 적용되므로 상피고인 12가 30억 원을 투자하여 얻은 이익액 1,345,238,623원도 피고인 1, 2의 위반행위로 얻은 이익액에 포함되어야 한다.

(2) 판단

위 나의 (2)항(판결문 54쪽)에서 판단한 것처럼, 상피고인 12는 피고인 1, 2의 자본시장법위반 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담하지 않으므로, 상피고인 12가 피고인 1의 투자원리금 보장 약정 하에 공소외 2 주식회사의 주식을 취득한 후 이를 처분하여 어떠한 이익이 발생하였다고 하더라도 이를 피고인 1, 2의 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액에 포함시킬 수 없다.

원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 관련 규정

자본시장법시행령 제141조 제2항에서는 '공동보유자'에 대하여, 본인과 합의나 계약 등에 따라, ① 주식등을 공동으로 취득하거나 처분하는 행위, ② 주식등을 공동 또는 단독으로 취득한 후 그 취득한 주식을 상호양도하거나 양수하는 행위, ③ 의결권(의결권의 행사를 지시할 수 있는 권한을 포함한다)을 공동으로 행사하는 행위를 할 것을 합의한 자를 말한다고 규정하고 있다.

나. 판단

- (1) 변경된 공소사실에는, 피고인 12가 피고인 1의 원금보장 하에 취득한 30억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식 1,047,480주, 피고인 1이 피고인 13으로부터 차입한 10억 원을 이용하여 공소외 11 명의로 취득한 공소외 2 주식회사 주식 349,160주, 공소외 10이 1차 투자수익보장약정에 따라 2008. 11. 27.경부터 2009. 1. 7.경까지 장내에서 매수한 공소외 2 주식회사 주식 656,480주와 2차 투자수익보장약정에 따라 2009. 3. 3.경부터 2009. 4. 29.경까지 장내에서 매수한 공소외 2 주식회사 주식 742,051주의 경우 당사자 사이에 공동의 의사로 주식을 취득하거나 처분하기로 합의가 되어 있으므로 각 공동보유 관계에 있다고 기재되어 있다.
- (2) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 공소외 10은 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 피고인 1에게 돈을 빌려주되 공소외 10 본인이 관리하는 계좌로 공소외 2 주식회사의 주식을 매수하는 방법으로 담보를 취득한 사실, 피고인 1은 공소외 10이 취득한 주식에 대하여는 위임을 통하여 의결권 등을 행사하였고, 공소외 10으로부터 공소외 10이 주식을 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 매수내역을 지속적으로 확인한 사실, 피고인 13은 피고인 1에게 10억 원을 대여하고 그 담보 명목으로 피고인 1이 위 자금을 이용하여 차명으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식을 제공받았으나 그 처분은 피고인 1의 의사에 따라 이루어진 사실 및 피고인 12는 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 공소외 2 주식회사 유상증자 대금으로 30억 원을 납입하고 공소외 2 주식회사 주식을 취득한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 공소외 10이 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 취득한 공소외 2 주식회사 주식과 피고인 1이 피고인 13의 차용금 10억 원으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식은 모두 피고인 1이 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이고, 한편 피고인 12가 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 취득한 30억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식은 피고인 12가 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이라고 할 것이며, 검사가 제출한 증거들만으로는 당사자들 사이의 합의에 의하여 주식을 공동으로 취득하였다고 인정하기에 부족하다.

한편 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ①피고인 1이 자신이 보유하는 공소외 2 주식회사 주식을 공소외 10이나 피고인 13에게 담보로 제공하였다고 하더라도 공소외 10이나 피고인 13로서는 피고인 1의 채무불이행이 없는 한 위 각 주식을 임의로 처분할 수 없는 것이고, 반면 피고인 1로서는 담보로 제공된 주식을 처분하지 않는 대신 현금을 제공하는 방법으로 주식을 반환받을 수 있는 점, ②피고인 12가 자신의 투자금으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식을 처분할 때 피고인 1의 의사를 고려하는 것은 공소외 2 주식회사의 주가가 피고인 1에게 불리하게 변동되고 있는 상황에서 주식을 처분하여 피고인 1의 손실이 확대되는 것을 방지하는 데 있는 것이지 피고인 1이 동의하지 않는 한 주식을 처분하지 않기로 약정한 것으로는 볼 수 없는 점, ③피고인 1은 공소외 10 등에 대한 채무이행의 담보 명목으로 공소외 2 주식회사 등이 발행한 약속어음이나 당좌수표를 제공하였으므로 공소외 10 등 피고인 1에 대한 채권자들로서는 반드시 피고인 1과 공동으로 주식을 처분하여 원리금을 회수하여야 하는 것은 아닌 점 등을 고려할 때 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1, 12, 13 및 공소외 10이 합의나 계약 등에 따라 취득한 주식을 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에 부족하다.

(3) 결국 피고인 1, 12, 13 및 공소외 10이 각각 공소외 2 주식회사 주식의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

4. 직권판단

가. 현실거래에 의한 시세조종행위와 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위의 관계

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 8, 9가 공모하여, 피고인 9가 피고인 8로부터 받은 피고인 1의 자금을 이용하여 공소외 2 주식회사의 주식을 매수한 행위를 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단하면서도 이와 동시에 이와 같이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는 범행은 당연히 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위에도 해당한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 일죄만을 구성하는 경우에는 법조경합에 해당하고, 실질적으로 일죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2001도1429 판결 등 참조).

그런데 ①자본시장법 제178조 제1항 제1호는 제176조에 열거된 시세조종행위와는 다르게 규제대상이 금융투자상품이므로 상장증권이나 장내파생상품으로 제한되지 않고, 거래 장소도 거래소 시장으로 제한되지 않으며, 매매 이외의 다양한 유형의 거래까지 규제대상으로 하고 있는 점, ② 위 각 죄의 보호법익은 모두 주식 등 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익인 점 등을 고려하면 위 각 죄는 법조경합관계(특별관계)에 있다고 봄이 옳다.

따라서 피고인 1, 8, 9의 위 범행이 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한 이상 이로 인한 자본시장법위반죄만 성립할 뿐이고, 이와 별도로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위로 인한 자본시장법위반죄가 성립하지는 않는다.

이와 달리 피고인 1, 8, 9의 위 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반죄와 공소외 7 법인과의 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반죄의 죄수

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2의 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반죄와 공소외 7 법인과의 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반죄가 실제적 경합관계에 있다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 한다.

그런데 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 공소외 7 법인의 대리인인 공소외 10과 사이에 체결한 1차(2008. 11. 25.자), 2차(2009. 3. 3.자) 및 3차(2009. 6. 3.자) 각 투자수익보장약정은 모두 미국의 서브프라임 사태로 인하여 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주가가 지속적으로 하락하자 이를 막기 위하여 체결된 것으로 피고인 1, 2의 범의의 단일성과 계속성이 인정되는 점[이러한 측면에서 피고인 1, 2가 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사의 합병을 추진하면서 합병에 반대하는 공소외 8 주식회사 주주들의 매수청구권 행사 규모를 줄이기 위하여 공소외 7 법인과 체결하였던 4차(2009. 10. 7.자) 투자수익보장약정의 경우 범의의 단일성을 인정하기 어렵다], 한편 자본시장법위반죄의 보호법익은 주식 등 거래의 공정성과 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 주식 등 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결 등 참조)에 비추어 위 각 죄의 피해법익의 동일성도 인정되는 점 등을 고려할 때 위 각 죄는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 옳다.

이와 달리 위 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범의 관계에 있다고 보아 경합범가중을 한 원심에는 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

VI. 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유 요지

가. 피고인 1과 공소외 7 법인이 체결한 투자수익보장약정은 투자계약에 해당하는데, 원심은 이를 소비대차계약으로 오인하였다.

나. 공소외 10이 주식을 매수한 기간 중 공소외 2 주식회사의 총 거래량은 13,370,049주인 반면 공소외 10이 매수한 공소외 2 주식회사 주식은 104,926주이고, 공소외 8 주식회사의 총 거래량은 1,571,281주인 반면 공소외 10이 매수한 공소외 8 주식회사 주식은 47,176주에 불과하여 주식의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하였다고 볼 수 없다.

또 공소외 10의 주식매수행위가 주가상승에 절대적 영향을 미쳤다고 보기 어렵고, 주식시장에서의 정상적인 수요·공급의 시장원리에 반하여 주가를 부당하게 형성할 의도로 공소외 10과 투자수익보장약정을 체결한 것도 아니다.

2. 판단

가. 우선 피고인 1이 3차 투자수익보장약정을 통하여 공소외 10으로 하여금 공소외 8 주식회사 주식 47,176주를 매수하도록 한 부분의 경우, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 V.1.나(1)항(판결문 35쪽)과 (2)의 (가)항(판결문 37쪽)에서 기재한 사정들, 여기에다가 2009. 6. 9. 공소외 8 주식회사의 주식거래량은 548,221주인데 공소외 10은 당일 그 8.6%에 해당하는 주식을 매수한 점 등을 더하여 보면 이 부분 범행이 현실적

래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단한 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

다만 위 V.4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 직권으로 판단한 것처럼, 자본시장법 제176조 제2항 제1호와 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 법조경합의 관계에 있다.

따라서 피고인 1의 이 부분 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 다음으로 피고인 1이 3차 투자수익보장약정을 통하여 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 104,926주를 매수하도록 한 부분의 경우, 위 V.1.(5)(나)의 2)항(판결문 47쪽)에서 본 것처럼 이명박 대통령의 2009. 6. 2.자 발언 이후 공소외 2 주식회사의 주식 거래량이 급증하였던 점, 여기에서 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 2009. 6. 5. 공소외 2 주식회사 주식거래량은 4,906,811주인데 공소외 10이 당일 매수한 공소외 2 주식회사 주식은 그 2.1%에 불과하고, 공소외 10은 2009. 6. 5. 이후로는 3차 투자수익보장약정에 따라 공소외 2 주식회사의 주식을 추가로 매수하지 않은 사실(2009. 6. 9.에는 공소외 8 주식회사 주식만을 매수하였다)이 인정되는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 104,926주를 매수하도록 한 행위가 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 '증권의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'에 해당한다거나 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다.

피고인 1의 이 부분 주장은 위에서 인정한 범위 내에서 이유 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 상 피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

VII. 2009. 5. 20.자 공소외 4 주식회사 유상증자 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

피고인 1은 공소외 4 주식회사 공장을 등록하기 위하여 공장등록 담당관과 협의하여 외국계 펀드의 투자를 유치한 것에 불과하고, 부정한 기교나 위계를 사용하여 부정거래행위를 한 사실이 없다.

나. 판단

원심은, ①공소외 10이 통상적인 투자 판단에 따라 원금손실의 위험을 부담하면서 유상증자에 참여한 것이 아니고, 피고인 1과의 원금 및 수익금 보장 약정과 담보제공에 따라 투자위험 없이 유상증자에 참여한 것으로서 정상적인 제3자의 유상증자 참여로 볼 수 없는데도 피고인 1은 외국법인인 공소외 7 법인이 정상적인 투자위험을 감수하고 공소외 4 주식회사의 지분을 취득하는 듯한 외양을 형성한 점, ② 위와 같은 약정 및 유상증자 참여를 통하여 외국법인인 공소외 7 법인이 취득한 공소외 4 주식회사의 지분이 10.06%에 이르고, 이로 인하여 일반투자자들은 공소외 4 주식회사의 투자 가치가 국제적으로 확인되었다는 인식을 갖게 될 가능성이 있는 점, ③ 피고인 1은 자신의

행위로 인하여 외국법인이 공소외 4 주식회사 지분의 10% 이상을 정상적으로 취득하는 듯한 외양을 형성하고 그로 인하여 공소외 4 주식회사의 주식 시세에 영향을 미칠 수 있다는 점에 관하여 적어도 미필적 인식이 있었다고 봄이 상당한 점 등을 종합해볼 때, 피고인 1의 위와 같은 행위는 불특정 투자자를 기망하는 행위로서 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 '위계의 사용'에 해당하고, 같은 조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교의 사용'에도 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

- (1)공소외 7 법인은 2009. 5. 20.자 공소외 4 주식회사 제3자 배정 유상증자에 실질적으로 참여한 것이 아니라 피고인 1에게 명의와 자금을 빌려준 것에 불과하므로 제3자 배정 대상자를 공소외 7 법인으로 공시한 것은 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 한 경우에 해당한다.
- (2)공소외 10이 공소외 7 법인 명의의 공소외 4 주식회사 주식대량보유상황보고서에서 '단순투자목적'이라고 기재한 부분은 원리금 보장, 의결권 위임, Margin call 약정 하에 피고인 1에게 명의와 자금을 빌려준 사실을 감춘 것으로 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 한 경우에 해당한다.
- (3)피고인 1, 2가 2009. 8. 14. 공소외 2 주식회사 분기보고서의 주요 약정사항에 공소외 2 주식회사와 공소외 7 법인 사이의 주식매도청구권 약정 내용을 기재하면서, 담보제공이나 채무 보증, 의결권 위임, Margin call 조항 포함 사실을 누락한 것은 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 사용한 경우에 해당한다.

나. 판단

원심은, ① 피고인 1과 공소외 10 사이에 체결된 투자약정서, 주식매수청구권 행사에 관한 약정서, 투자수익보장약정서는 공소외 10이 운영하는 외국회사인 공소외 7 법인이 2009. 5. 20. 공소외 4 주식회사가 실시하는 제3자 배정 유상증자에 3,866,400,000원을 납입하여 공소외 4 주식회사 주식을 취득하고, 공소외 7 법인은 1년의 보호예수기간을 포함하여 위 주식을 2011. 10. 31.까지 의무적으로 보유하여야 하며, 2011. 11. 1.부터 1개월간 공소외 7 법인은 공소외 2 주식회사에 연 12%를 가산한 금액으로 매수청구를 할 수 있고, 공소외 2 주식회사는 2년 6개월의 투자기간 동안 최소 30%(연 12%)의 수익을 보장한다는 내용으로서, 공소외 7 법인이 실제로 유상증자에 참여하여 공소외 4 주식회사 주식을 취득하되 공소외 2 주식회사가 이에 대하여 매수청구권과 확정수익을 보장한다는 것이므로, 단순히 공소외 7 법인이 유상증자금과 명의만을 대여하는 것이라거나 유상증자 참여 자체가 허위인 것으로는 볼 수 없는 점, ② 실제로 위 약정에 따라 공소외 7 법인은 직접 주금을 납입하고 공소외 4 주식회사 주식을 취득하여 보유한 점, ③ 위 투자수익보장약정서에는 연대보증인(피고인 1, 공소외 2 주식회사)은 투자자인 공소외

7 법인에 교부되는 신주권의 권리행사 및 매도 등 주주로서의 권리에 일체 관여할 수 없다는 취지 및 주식의 매각은 전적으로 투자자의 의사와 판단에 의한다는 취지 등이 기재된 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1, 2가 2009. 5. 14.자 정정신고(보고) 및 2009. 5. 22.자 공소외 4 주식회사의 증권발행결과(자율공시)를 함에 있어 외국법인인 공소외 7 법인이 제3자 배정을 통하여 공소외 4 주식회사의 주식을 취득한 것으로 공시한 것 자체가 허위의 공시로서 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재를 하는 행위'에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다[한편 검사의 항소이유 중 위 가의 (2), (3)항 각 주장은 변경 전 공소사실에 관한 것으로 당원의 심판대상이 아니므로 따로 판단하지 않는다].

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 당심에서 변경된 공소사실에는, 공소외 7 법인이 공소외 4 주식회사의 유상증자에 참여하여 취득한 주식 540만 주
는 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 피고인 1과 공소외 7 법인이 공동으로 취득하여 2011. 10. 31.경 공동으로 처분하거나 피고인 1이 공소외 7 법인으로부터 위 주식을 정해진 가격에 양수할 것을 합의하였으므로 공동보유 관계에 있다고 기재되어 있다.

나. 우선 위 2의 나항(판결문 62쪽)에서 판단한 것처럼 공소외 7 법인은 2009. 5. 20. 체결한 피고인 1과의 투자수익보장약정에 따라 공소외 4 주식회사의 유상증자에 직접 참여하고 주금을 납입한 외국인 투자자에 해당하므로, 공소외 7 법인이 취득한 공소외 4 주식회사 주식은 공소외 7 법인이 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이라 할 것이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 공소외 7 법인이 합의에 의하여 공소외 4 주식회사 주식을 공동으로 취득하였다고 인정하기에 부족하다.

또한 위 2의 나항에서 판단한 것처럼 2009. 5. 20.자 투자수익보장약정서에는 주식의 매각은 전적으로 투자자의 의사와 판단에 의한다는 취지 등이 기재된 점, 여기에서 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 피고인 1은 공소외 7 법인에 대한 원리금 보장 약정의 담보 명목으로 공소외 2 주식회사 발행의 액면 75억 4천만 원의 약속어음 1장을 교부한 사실이 인정되므로 공소외 7 법인으로서 반드시 피고인 1과 공동으로 공소외 4 주식회사 주식을 처분하여 투자원금 및 약정 수익금을 회수하여야 하는 것은 아닌 점, 공소외 7 법인은 피고인 1에 대하여 공소외 4 주식회사 주식에 관한 매수청구권을 행사할 수 있으나 이는 공소외 7 법인의 권리일 뿐 일정 기간 후에 피고인 1에게 공소외 4 주식회사 주식을 매도하여야 하는 의무를 부담하는 것은 아닌 점 등을 더하여 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 공소외 7 법인이 합의나 계약 등에 따라 취득한 주식을 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에는 부족하다.

다.

결국 피고인 1과 공소외 7 법인이 공소외 4 주식회사 주식의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

VIII. 2009. 6. 15.자 공소외 8 주식회사 주주배정 유상증자 실권주 차명 인수 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 되고, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 2009. 6. 11.경 공소외 8 주식회사의 대표이사로서 주주배정 증자를 실시하였으나 1,078,143주의 실권주가 발생하여 이 실권주에 대하여 제3자 배정으로 유상증자를 실시하기로 하였다.

피고인 1은 제3자 유상증자에 참여할 투자자를 모집하였으나 115,993주(453,532,630원)를 인수할 투자자를 구하지 못하여 스스로라도 실권주를 인수함으로써 유상증자가 성공하였다는 외관을 형성하여 투자자들에 대한 신뢰를 유지할 필요가 있었다.

그러나 피고인 1 본인의 명의로 유상증자에 참여한 후 배정받은 주식을 매각한다면, 유상증자가 성공하지 못했다는 인상을 줄 수 있고, 최대주주인 공소외 13 주식회사의 특수관계인이자 회사임원인 피고인 1의 주식처분사실이 공시됨으로써 주가에 좋지 않은 영향을 미치게 될 수도 있었다.

피고인 1은 이러한 문제점을 피하기 위해서 피고인 11을 통해 피고인 13과 사이에 피고인 13의 자금 253,532,630원과 피고인 1의 자금 2억 원을 사용하여 차명으로 위 실권주를 인수한 후 배정받은 신주를 매각한 자금으로 차입금을 상환하기로 약정하였고, 피고인 13은 위 약정에 따라 자신의 자금과 피고인 1의 자금을 이용하여 조카인 공소외 12의 이름으로 실권주를 인수하였다.

위와 같이 납입된 주금 453,532,630원 중 253,532,630원은 상환되어야 하는 차입금이므로 이 부분은 정상적으로 유상증자가 이루어졌다고 보기 어렵다.

또한, 위와 같이 공소외 12 명의로 배정받은 115,993주는 실질적으로 공소외 8 주식회사의 임원인 피고인 1의 계산으로 취득한 주식이다.

따라서 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 임원으로 주식소유상황이 변동된 내용을 5일 이내에 대통령령이 정하는 방법에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 한다.

그럼에도 피고인 1은 2009. 6. 16. 증권발행실적 보고서를 제출함에 있어 253,532,630원 부분도 주금이 정상적으로 납입된 것처럼 표시하여 제3자의 투자로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 만들었고, 임원으로서 주식소유상황보고를 하지 않았을 뿐만 아니라 2009. 7. 10. 특수관계인 관계에 있는 공소외 13 주식회사의 명의로 대량보유보고를 하면서 위 115,993주의 취득사실을 기재하지 아니하여 허위 표시하였다.

피고인 1은 피고인 11을 통해 주권 상장일 2일 전인 2009. 7. 1.경 피고인 13에게 연락하여 위 주식을 전부 매도할 것을 통지하였고, 피고인 13은 공매도의 방식으로 모두 매각하여 37,800,255 원의 이익을 얻었다.

이로써 피고인 1, 11, 13은 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하고, 유상증자가 제3의 투자자의 투자로 성공한 듯한 외관을 만들어 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하여 37,800,255원의 부당이익을 취득하였다.

2. 피고인 1, 13의 항소이유 요지

가. 피고인 1의 항소이유 요지

공소의 8 주식회사는 2009. 6. 15. 145억 원 상당의 주주배정 유상증자를 실시하여 전체 유상증자 금액 중 97%의 주금이 납입되었다.

피고인 1이 극히 소량의 실권주를 차명 인수한 후 이를 공시하지 않은 것만으로 주식거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항의 기재를 누락하였다거나 부정한 기교를 사용한 것으로 볼 수 없다.

나. 피고인 13의 항소이유 요지

(1)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(2) 대주주가 실권주를 인수한다는 것은 유가증권 시장에서 해당 회사의 주가에 긍정적인 영향을 미치는 호재이고 실권주는 일반적으로 시세보다 낮은 가격에 인수되는 것이 보통이어서 일반투자자의 입장에서 인수하고 싶어 하는 주식이다.

따라서 대주주인 상피고인 1이 차명으로 실권주를 인수한 행위가 자본시장법 제178조에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 볼 수 없다.

(3)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ① 피고인 1이 자신의 자금과 자신이 피고인 13으로부터 차입한 자금으로 피고인 13으로 하여금 실권주를 인수하게 하였고, 피고인 13에게 주식을 처분하게 한 후 발생한 이익도 스스로 취득하였고, 스스로 위 실권주의 계산 주체가 자신임을 인정하는 등 공소외 12 명의 주식은 공소외 8 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 자신의 계산으로 차명으로 취득한 점, ② 유상증자에 100% 투자가 이루어졌다는 사실은 공소외 8 주식회사에 대한 다른 유상증자 참여자들에게 피고인 1 및 공소외 8 주식회사에 대한 신뢰를 갖게 하고 공시될 경우 일반투자자들의 투자 판단에도 긍정적인 영향을 미칠 수 있는 사항인 점, ③ 공소외 8 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 스스로 차명으로 실권주를 인수하여 이를 즉시 매도한 사실 역시 일반투자자들에게 알려질 경우 투자자의 투자 판단에 악재로 작용하여 주가에 영향을 미칠 수 있는 내용인 점 등을 종합할 때 피고인 1이 피고인 13을 통하여 실권주를 인수하는 방법으로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 형성한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 기교'에 해당하고, 또 피고인 1이 자신의 주식취득 사실을 기재하지 아니함으로써 주가하락 방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

(1) 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 거래구조의 변화나 시장의 환경변화에 따라 다양하고 새로운 유형의 부정거래행위가 발생할 수 있는 개연성이 높은 반면 모든 부정거래행위 유형을 사전에 일일이 열거하여 규제하는 것은 입법기술상 한계가 있는 점을 고려하여 자본시장법 제정과 함께 신설된 조항이다.

그런데 위와 같은 입법취지를 감안하더라도 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 그 문언 자체가 지나치게 포괄적·추상적이어서 자칫 형사법의 대원칙인 죄형법정주의와 충돌할 우려가 있다.

따라서 자본시장법 제178조 제1항 제1호를 적용함에 있어서는, 자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율성을 높여 국민경제의 발전에 이바지한다는 자본시장법의 목적(자본시장법 제1조)에 유념하면서, 같은 항 제2호, 제3호 및 같은 조 제2항을 통하여 보다 구체화된 부정거래행위의 내용, 그 밖에 당해 행위의 불법성 정도가 다른 규정을 통하여 처벌하더라도 자본시장법의 목적 달성에 지장을 초래하지 않는지 등을 종합적으로 고려하여 죄형법정주의와 최대한 조화를 이룰 수 있도록 신중을 기함이 옳다.

한편 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'은 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제178조 제1항 제2호에 규정된 '중요사항'을 해석함에 있어서도 동일하게 적용된다.

(2) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 약 145억 원 규모의 공소외 8 주식회사 유상증자를 추진하는 과정에서 실권주가 발생하자 자신의 자금 2억 원과 피고인 13으로부터 차용한 253,532,630원을 가지고 피고인 13이 빌려 준 공소외 12의 명의로 실권주를 인수하고서도 마치 실권주가 제3자의 투자로 정상적으로 인수된

것처럼 공시하고 아울러 임원으로서 자신의 주식소유상황보고를 하지 않은 사실은 인정된다.

그런데 ①피고인 1이 사실은 피고인 13으로부터 차용하였으면서도 마치 정상적으로 주금이 납입된 것처럼 공시한 부분이 공소외 8 주식회사의 전체 유상증자금에서 차지하는 비율은 1.7%(145억 원 중 253,532,630원 상당)에 불과한 점, ②피고인 1이 위와 같이 차명으로 공소외 8 주식회사 주식을 취득함으로써 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 것도 아니고, 일반투자자들의 입장에서 공소외 8 주식회사의 임원인 피고인 1이 실제로 유상증자된 주식 중 약 3.1%(145억 원 중 453,532,630원 상당)에 해당하는 주식을 보유하고 있는지를 알게 되었는지 여부에 따라 투자 판단 자체가 달라진다고 보이지 않는 점, ③피고인 1과 상피고인 11은 자신들이 투자를 권한 투자자들과의 신뢰관계를 유지하기 위하여 피고인 13의 자금으로 실권주를 인수하였고, 피고인 13 역시 대여금에 대한 담보 명목으로 공소외 12 명의로 주식을 취득한 것이지 나아가 실권주 인수를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ④피고인 1은 주식 소유상황변동보고의무 위반행위로 처벌받게 되는 점 등을 고려할 때 공소사실 기재와 같은 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다거나 또는 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 이용한 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다(한편 공소사실에는 2009. 7. 10. 공소외 13 주식회사 명의로 대량보유보고를 하면서 공소외 12 명의로 취득한 공소외 8 주식회사 주식 115,993주의 취득사실을 기재하지 아니한 행위가 허위 표시에 해당한다고 기재되어 있으나, 피고인 1은 위 115,993주를 2009. 7. 3.경 모두 매도하였으므로 위와 같이 행위가 '거짓 표시'에 해당한다고 볼 수 없음도 지적하여 둔다).

다.

소결론

결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호에서 규제하는 부정거래행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1, 13과 공동정범의 관계에 있는 상피고인 11에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

IX. 2009. 8. 12.자 공소외 4 주식회사 주주배정 유상증자 실권주 40만 주 차명 인수 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 되고, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 2009. 8. 10.경 공소외 4 주식회사의 실질적인 사주로서 주주배정 유상증자를 실시하였으나 6,766,143주의 실권주가 발생하여 이 실권주에 대하여 제3자 배정으로 유상증자를 실시하기로 하였다.

피고인 1은 제3자 유상증자에 참여할 투자자를 모집하였으나 40만 주(2억 원)를 인수할 투자자를 구하지 못하여 스스로라도 실권주를 인수함으로써 유상증자가 성공하였다는 외관을 형성하여 투자자들에 대한 신뢰를 유지할 필요가 있었다.

그러나 피고인 1 본인의 명의로 유상증자에 참여한 후 배정받은 주식을 매각한다면, 유상증자가 성공하지 못했다는 인상을 줄 수 있고, 회사임원의 주식처분사실이 공시됨으로써 주가에 좋지 않은 영향을 미치게 될 수도 있었다.

피고인 1은 이러한 문제점을 피하기 위해서 피고인 2에게 공소외 2 주식회사 자금을 이용하여 페이퍼컴퍼니인 공소외 6 주식회사 명의로 실권주를 인수할 것을 지시하였고, 피고인 2는 2009. 8. 12.경 공소외 2 주식회사 자금 2억 원을 인출하여 공소외 4 주식회사의 주금으로 납입하였다.

위와 같이 공소외 6 주식회사 명의로 배정된 40만 주는 실질적으로 공소외 4 주식회사의 최대주주인 공소외 2 주식회사의 특수관계인이자 공소외 4 주식회사의登記이사인 피고인 1 개인의 계산으로 취득한 주식이다.

따라서 피고인 1은 위와 같이 주식을 보유하게 된 내용을 취득일로부터 5일 이내에 대통령령이 정하는 바에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 하고, 5일 이내에 공소외 2 주식회사와 연명으로 대량보유보고를 하여야 한다.

그럼에도 피고인 1은 2009. 8. 14. 공소외 2 주식회사 명의로 주식등의 대량보유상황보고서를 제출함에 있어 위와 같은 주식취득 사실을 누락하여 허위 표시하고, 임원으로서 소유상황보고를 하지 아니하였다.

피고인 1은 2009. 8. 20.경 주식처분에 대한 공시 없이 10만 주를 장내매도하고 30만 주를 장외에서 매각하여 25,809,133 원의 이익을 취득하였다.

이로써 피고인 1, 2는 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하고, 유상증자가 제3의 투자자의 투자로 성공한 듯한 외관을 만드는 방법으로 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하여 25,809,133원의 부당이익을 취득하였다.

2. 피고인 1의 항소이유 요지

공소외 4 주식회사는 2009. 8. 12. 122억 원 상당의 주주배정 유상증자를 실시하여 전체 유상증자 금액 중 98.4%의 주금이 납입되었고, 피고인 1이 극히 소량의 실권주를 차명 인수한 후 이를 공시하지 않은 것만으로 주식거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항의 기재를 누락하였다거나 부정한 기교를 사용한 것으로 볼 수 없다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ①공소외 6 주식회사는 피고인 1이 관리하는 페이퍼컴퍼니에 불과하고, 공소외 2 주식회사는 공소외 4 주식회사의 대주주로서 제3자 배정 유상증자에 참여할 수 없으며, 피고인 1은 실제로 위와 같이 취득한 실권주를 공소

외 2 주식회사의 자산으로 회계처리하거나 실권주를 매각하여 발생한 이익을 공소외 2 주식회사에 귀속시키지도 않은 점 등에 비추어 볼 때 공소외 6 주식회사 명의의 주식은 공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 자신의 계산으로 차명으로 취득한 것인 점, ② 유상증자에 100% 투자가 이루어졌다는 사실은 공소외 4 주식회사에 대한 다른 유상증자 참여자들에게 피고인 1 및 공소외 4 주식회사에 대한 신뢰를 갖게 하고 공시될 경우 일반투자자들의 투자 판단에도 긍정적인 영향을 미칠 수 있는 사항인 점, ③ 공소외 4 주식회사의 최대주주인 공소외 2 주식회사의 대표이사이자 공소외 4 주식회사의 등기이사인 피고인 1이 스스로 차명으로 실권주를 인수하여 이를 즉시 매도한 사실 역시 일반투자자들에게 알려질 경우 투자자의 투자 판단에 악재로 작용하여 주가에 영향을 미칠 수 있는 내용인 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1이 제3자의 투자로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 형성한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 기교'에 해당한다고 할 것이고, 피고인 1의 주식취득 사실을 기재하지 아니함으로써 주가하락 방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 같은 항 제2호의 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

- (1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 약 122억 원 규모의 공소외 4 주식회사 유상증자를 추진하는 과정에서 실권주가 발생하자 페이퍼컴퍼니인 공소외 6 주식회사 명의로 2억 원을 납입하여 실권주를 인수하고서도 마치 실권주가 정상적으로 인수된 것처럼 공시하고 아울러 임원으로서 자신의 주식소유상황보고를 하지 않은 사실은 인정된다.

그런데 ① 피고인 1이 마치 정상적으로 주금이 납입된 것처럼 공시한 부분이 공소외 4 주식회사의 전체 유상증자금에서 차지하는 비율이 1.6%(122억 원 중 2억 원)에 불과한 점, ② 피고인 1이 위와 같이 공소외 4 주식회사 주식을 취득함으로써 인하여 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 것도 아니고, 일반투자자들의 입장에서 공소외 4 주식회사의 임원인 피고인 1이 실제로 유상증자된 주식 중 약 1.6%에 해당하는 주식을 보유하고 있는지를 알게 되었는지 여부에 따라 투자 판단 자체가 달라진다고 보이지 않는 점, ③ 피고인 1과 상피고인 2는 자신들이 투자를 권한 투자자들과의 신뢰관계를 유지하기 위하여 공소외 6 주식회사 명의로 실권주를 인수하였던 것이지 나아가 실권주 인수를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ④ 피고인 1은 주식 소유상황변동보고의무 위반으로 처벌받게 되는 점 등을 고려할 때 공소사실 기재와 같은 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다거나 또는 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 이용한 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다.

소결론

결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호에서 규제하는 부정거래행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 상피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

X. 2009. 7. 13.자 공소외 8 주식회사 신주인수권(워런트) 22억 원 상당 차명 행사 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하거나, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 공소외 39 주식회사, 공소외 40 주식회사, 공소외 41 주식회사에 발행된 공소외 8 주식회사 발행 신주인수권부사채(BW)에서 분리된 권면총액 153억 원 상당(2,971,324주, 18.99%)의 신주인수권을 공소외 2 주식회사의 자금으로 사채권자들로부터 다시 인수하여 공소외 23 주식회사 명의 및 페이퍼컴퍼니인 공소외 14 주식회사, 공소외 42 주식회사 명의로 보유하다가 2009. 6. 12.경 위 신주인수권 전부의 명의를 공소외 14 주식회사로 변경하였다.

피고인 1은 2009년 7월경 공소외 8 주식회사 운영자금이 부족하자 사채업자로부터 자금을 차입하여 차명으로 신주인수권을 행사함으로써 신주인수권 행사자금으로 운영자금을 확보함과 동시에 발행된 신주매각에 따른 공소외 14 주식회사의 대량보유상황보고의무를 회피하기로 마음먹었다.

피고인 1은 그 무렵 피고인 11을 통해 사채업자 피고인 13에게 22억 원을 빌려주면 신주인수권 행사 자금으로 납입하여 운영자금을 확보하고 발행된 신주를 차입금 22억 원에 대한 담보로 제공하겠다고 제의하였고 피고인 13은 자신과 공소외 15의 명의로 위 신주인수권을 행사하여 신주를 차입금 22억 원에 대한 담보로 제공받는 조건으로 이에 동의하고 공소외 14 주식회사가 공소외 15에게 워런트를 매각한다는 내용의 '신주인수권 증권 양수도 계약서'를 허위로 작성하였다.

피고인 13은 2009. 7. 13. 자신과 공소외 15의 명의로 22억 원을 공소외 8 주식회사에 신주인수권 행사 자금으로 납입하여 440,440주를 배정받았다.

사실은 공소외 14 주식회사는 피고인 1에 의해 중요한 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사되는 피고인 1의 특별관계자이고, 위와 같이 피고인 13 및 공소외 15의 명의로 배정받은 신주 440,440주는 피고인 13에게 담보로 제공되었다가 피고인 1, 공소외 14 주식회사와의 협의 하에 처분되어 원리금을 정산하기로 합의가 되어 있기 때문에 피고인 1, 공소외 14 주식회사와 피고인 13은 공동보유자의 관계에 있어 상호 특별관계자이다.

따라서, 피고인 1, 공소외 14 주식회사, 피고인 13은 대량보유상황보고를 함에 있어 공소외 14 주식회사 보유 지분, 피고인 13 보유 지분을 모두 보고하고, 공소외 14 주식회사와 피고인 13의 계약내용을 기재하여야 한다.

그럼에도 피고인 1, 13은 2009. 7. 20.경 공소외 14 주식회사 명의로 주식 등의 대량보유상황보고를 하면서 피고인 13 보유 지분에 대한 기재를 누락한 채 공소외 14 주식회사가 보유하고 있는 공소외 8 주식회사 지분이 기존의 18.99%에서 16.71%로 낮아졌다고만 공시하여 거짓 표시를 하였다.

피고인 1은 2009. 8. 11.경 피고인 11을 통해 피고인 13에게 위 440,440주를 매도할 것을 통보하였고, 피고인 13은 전량을 장내매도하였다.

이로써 피고인 1, 11, 13은 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하고, 신주인수권이 소액투자자에 의해 정상적으로 행사되는 듯한 외관을 만드는 방법으로 부정한 기교·수단·계획을 사용하였다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

공소외 14 주식회사 명의의 신주인수권의 실질적인 계산 주체는 피고인 1이고, 피고인 13이나 공소외 15 명의의 신주인수권 행사도 피고인 13으로부터 차입한 자금으로 피고인 1 본인이 행사한 것이므로, 피고인 1은 이러한 신주인수권 행사로 인한 주식 취득과 매각에 대하여 공소외 8 주식회사의 대표이사로서 이를 공시하여야 한다.

그런데 피고인 1은 공시의무를 피하기 위하여 2009년에 페이퍼컴퍼니인 공소외 14 주식회사를 설립하였고, 공소외 8 주식회사와 공소외 14 주식회사의 관계, 피고인 1과 공소외 14 주식회사의 관계를 공시하지 않았다.

피고인 1은 자신이 신주인수권을 행사하자마자 신주를 매각하였다는 내용이 공시되고 이로 인하여 주가가 나쁜 영향을 받는 것을 회피한 것으로 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 사용하였을 뿐 아니라 부정한 기교를 사용하였다.

나. 판단

(1) 원심은, ① 피고인 1의 대량보유상황보고에 따라 공시되는 내용은 공소외 14 주식회사가 보유한 공소외 8 주식회사 지분이 18.99%에서 16.71%로 2.28% 감소하였다는 내용일 뿐인 점, ② 당시 공시된 공소외 8 주식회사의 최대 주주는 지분 18.99%를 보유한 공소외 14 주식회사와 지분 13.67%를 보유한 공소외 13 주식회사인데, 위와 같은 공소외 14 주식회사의 지분감소로 인하여 공소외 8 주식회사의 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 경우에 해당하지는 않는 점, ③ 피고인 1은 신주를 피고인 13이 직접 취득하게 하는 방법으로 담보를 제공함으로써 차입금에 대한 이자를 절감하려는 목적 및 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 행사하는 것과 이를 매각하는 것을 반복하여 공시하는 번거로움을 피하고 한번만 공시하려는 목적으로 위와 같이 피고인 13에게 신주인수권을 행사하게 한 점, ④ 피고인 1이 공소외 14 주식회사의 지분이 감소되었다고 공시한 것은 위와 같은 담보제공을 위하여 형식적으로 공소외 14 주식회사가 보유한 신주인수권을 피고인 13에게 매각한 것을 그대로 공시한 것에 불과하고, 달리 공소외 14 주식회사의 지분감소를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키거나 재산상 이익을

취득하려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ⑤피고인 13으로부터의 자금차입의 목적 및 신주매각, 정산 과정 등에 비추어 볼 때 피고인 1이 공소외 14 주식회사의 명의로 신주인수권을 행사하였다고 하더라도 마찬가지로 그 신주를 매각하여 차입금을 변제하였을 것으로 보이는데, 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 행사한 후 신주를 매각함으로써 공소외 14 주식회사의 지분이 감소한 것으로 공시하는 것과 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 매각함으로써 공소외 14 주식회사의 지분이 감소한 것으로 공시하는 것 사이에 일반투자자들에게 미치는 영향이 특별히 다르다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1의 공시내용이 일반투자자들의 투자 판단에 영향을 미치는 중요한 사항에 관한 것이라거나 피고인 1, 11, 13에게 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻으려는 고의가 있었다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

- (2) 또한 원심은, ①피고인 1은 신주인수권 행사자금을 납입하여 공소외 8 주식회사의 운영자금을 마련하기 위하여 피고인 13으로부터 22억 원을 차입하면서 피고인 13에게 직접 담보를 취득하게 하기 위하여 형식적으로 공소외 14 주식회사가 보유한 신주인수권을 피고인 13에게 매각하고 피고인 13으로 하여금 이를 행사하게 한 것일 뿐 이를 통하여 적극적으로 허위의 외관을 형성하여 일반투자자들을 기망하거나 그로 인하여 이익을 얻으려는 의도가 있었던 것으로는 보이지 않는 점, ②공소외 14 주식회사 명의로 신주인수권 행사가 이루어지는 것과 피고인 13 또는 공소외 15 명의로 신주인수권 행사가 이루어지는 것 사이에 그 외관에 있어서 제3자에 대하여 특별히 다른 의미를 가지는 것으로 보기 어려운 점, ③피고인 13이 자신과 공소외 15의 명의로 신주인수권을 행사하여 취득한 주식은 공소외 8 주식회사 지분의 2.28%에 불과하고, 피고인 13과 공소외 15가 특별히 일반투자자들의 투자 판단에 영향을 미치는 중요투자자라고 볼만한 자료도 없는 점, ④피고인 1, 11이 공소외 14 주식회사 명의로 신주인수권을 행사하지 아니하고 피고인 13 등 명의로 신주인수권을 행사하는 행위로 인하여 피고인 1, 11에게 관계법령상의 제한을 회피한 부당이익이 발생한다고 볼 수도 없는 점 등을 종합해 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 11, 13의 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에 금지하고 있는 '부정한 기교'를 사용하는 행위에 이르렀다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 당심에서 변경된 공소사실에는, 피고인 13 및 공소외 15 명의로 배정받은 공소외 8 주식회사 신주 440,440주는 피고인 13에게 담보로 제공되었다가 피고인 1, 공소외 14 주식회사의 협의 하에 처분되어 원리금을 정산하기로 합의가 되어 있으므로 피고인 13, 1, 공소외 14 주식회사는 공동보유자라고 기재되어 있다.

나. 그러나 위 2의 나항(판결문 77쪽)과 같은 사정들에 의하면, 피고인 13 및 공소외 15 명의로 배정받은 위 공소외 8 주식회사 신주 440,440주는 피고인 1이 공소외 2 주식회사의 자금을 이용하여 공소외 14 주식회사 명의로 보유

하였던 신주인수권을 행사하여 취득한 것으로 피고인 1 또는 공소외 14 주식회사가 보유하는 주식이라고 할 것이고, 한편 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 피고인 13로서는 피고인 1의 채무불이행이 없는 한 위 주식을 임의로 처분할 수 없는 것이고, 반면 피고인 1로서는 담보로 제공된 주식을 처분하지 않는 대신 현금을 제공하는 방법으로 주식을 반환받을 수 있음이 인정되는 점 등을 고려할 때 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1, 13과 공소외 14 주식회사가 합의나 계약 등에 따라 위 440,440주를 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에는 부족하다.

다.

결국 피고인 1, 13과 공소외 14 주식회사가 위 공소외 8 주식회사 주식 440,440주의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

XI. 2009. 10. 26.자 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 13의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(2)상피고인 1의 계획은 회사의 충실화를 위한 “합병”이었고, 그 과정에서 자금이 모자라 빌린 돈에 관한 담보를 제공하기 위하여 매각제한 규정의 적용을 받지 않는 당사자로 하여금 공소외 9 주식회사 주식을 취득하게 한 것뿐이지, 매각제한규정을 회피한 주식을 팔아 이득을 취한다는 것을 목적으로 하지 않았다.

매각제한규정을 회피한다는 것만으로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 계획이 된다고 할 수는 없다.

(3)상피고인 1이 자신이 공소외 9 주식회사 지분을 취득한 사실을 신고하지 않은 것은 피고인 13의 관여 여부와 관계없이 사후적으로 성립한 것이고, 피고인 13로서는 그러한 보고의무 불이행을 미리 예견할 수 없었다.

(4)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

(5) 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 0원이라고 볼 수 없다.

따라서 원심판결에서 상장 즉시 매각할 수 있는 합병신주의 가액에서 공소외 9 주식회사 주식 인수대금의 차액을 위 반행위로 얻은 이익이라고 판단한 것은 부당하다.

또 수시로 증감 변동하는 주식의 가치를 산정하면서 상장 전일의 종가를 기준으로 한 것도 타당하지 않다.

나. 판단

(1) 차명인수 및 허위 공시에 의한 부정거래행위 여부

원심은, ①상피고인 1이 공소외 8 주식회사의 공소외 9 주식회사 인수·합병을 추진하기로 하고 공소외 8 주식회사의 자금 12억 5천만 원과 피고인 13으로부터 차입한 자금 13억 4,875만 원으로 공소외 9 주식회사 지분의 100%를 취득하면서 공소외 86, 87 등 명의의 차명을 이용한 사실, ②상피고인 1은 차명으로 인수한 주식 중 288,000주(지분율 18%)의 명의를 공소외 8 주식회사로 변경한 뒤 '타법인 주식 및 출자증권 취득 결정' 공시 등을 통하여 공소외 8 주식회사가 공소외 9 주식회사의 주식의 18%만을 취득하였고, 위 288,000주에 대해서 배정될 합병신주 219,227주만을 보호예수하게 되는 것처럼 표시한 사실, ③상피고인 1은 2009. 10. 26. 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사의 합병 후 공소외 8 주식회사의 계산으로 총 998,699주를 배정받았음에도 2009. 10. 29. 증권발행실적보고서를 제출하면서 공소외 8 주식회사가 합병신주 219,227주만을 배정받았고 이 주식들만 보호예수하게 될 것이라고 기재한 사실을 인정한 후, 상장회사가 비상장회사와 합병한 후 배정할 합병신주 중 어느 정도의 수량을 보호예수할 것인지는 합병 후 주가에 직접적 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당하고, 상피고인 1, 2가 공소외 9 주식회사를 인수하면서 차명을 사용하고 보호예수 수량을 거짓 기재함으로써 매각제한규정을 회피한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규정한 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위' 및 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규정한 '부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

(2) 피고인 13의 공모관계 인정 여부

(가) 원심은, ①상피고인 11이 피고인 13으로부터 자금을 차입할 때 피고인 13에게 공소외 9 주식회사의 지분을 차명으로 인수하고 그 차명인수된 공소외 9 주식회사에 대해서 공소외 8 주식회사의 합병신주가 배정되면 그 합병신주를 매각해 변제하는 것을 설명한 점, ②피고인 13은 수사기관에서, 상피고인 11이 4명의 인수명의를 빌려달라고 할 때 보호예수를 회피하려고 한다는 짐작은 하였다고 진술하였고, 상피고인 11이 보호예수 때문에 차입한 자금을 공소외 8 주식회사 명의로 공소외 9 주식회사를 인수하면 안 되므로 차명이 필요하고, 차명으로 인수하여 보호예수를 피하여야 합병신주를 매각하여 차입금 변제도 가능하다고 설명하였다고 진술하였으며, 원심법정에서도 " 피고인 11이 보호예수에 안 걸리려면 차명으로 해야 된다고 하면서 피고인 11 측에서 4명의 이름을 제공해 신주를 받아서 줄지 피고인 13 측에서 4명의 차명을 제공할 것인지를 물어보아서 본 피고인이 차명을 제공했다.

"고 진술한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 13은 상피고인 11 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 9 주식회사를 인수한다는 사정을 인식하고 인수자금 및 차명을 제공하였다고 할 것이므로, 피고인 13의 범의 및 공모·범행 가담 사실을 충분히 인정할 수 있고, 따라서 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다

고 판단하였다.

(나) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 비추어 보면, 원심이 그 판시와 같이 인정되는 사실에 기초하여 피고인 13이, 상피고인 11 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 9 주식회사를 인수하고 그 차명인수된 공소외 9 주식회사 주식에 합병신주가 배정되면 이를 담보로 제공받는다는 인식 하에 공소외 9 주식회사 주식 인수대금 명목으로 13억 4,875만 원을 대여하고, 아울러 공소외 44, 45, 46, 47의 명의를 빌려주었다고 판단한 것은 정당하고, 피고인 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

(다) 그런데 형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하다.

여기서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ①피고인 13은 상피고인 1을 잘 알지 못하고 상피고인 1이 수립한 부정한 계획의 구체적 내용에 대해서 까지 상피고인 11을 통하여 설명 받은 것으로 보이지 않는 점, ②피고인 13의 주된 목적은 상피고인 11의 부탁에 따라 상피고인 1에게 자금을 대여하면서 충분한 가치를 가지는 담보를 취득하는데 있었던 점, ③피고인 13이 공소외 9 주식회사 주식의 차명 취득이나 공소외 9 주식회사와 공소외 8 주식회사의 합병과정에 적극적으로 가담한 사실도 없는 점 등을 종합하면 피고인 13이 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였다고 보기는 어렵다.

따라서 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단한 원심판결은 공동정범의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(라) 한편 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 의미한다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1518 판결 등 참조).

위 (나)항에서 인정한 것처럼 피고인 13은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 인식하면서도 그 범행에 이용할 자금과 차명을 제공하였고, 이를 통하여 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 하였다고 할 것이므로 방조의 죄책은 부담한다고 봄이 옳다[법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장 변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다.

따라서 공동정범으로 기소된 범죄사실에 대하여 공소장 변경 없이 방조범으로 인정할 수 있다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결 참조)].

(3) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(가) 원심의 판단

원심은 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11에게 자금 및 차명을 제공하여 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고 그 이익액을 837,274,540원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 한 피고인 13의 자금으로 배정받은 합병신주 631,799주의 평가액 2,186,024,540원 - 공소외 9 주식회사 구주 인수대금 1,348,750,000원)으로 산정하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 이미 살펴본 것처럼 자본시장법위반죄에서의 위반행위로 얻은 이익액은 그 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로 엄격한 증명의 대상이 되고, 그 입증책임은 검사가 부담한다.

원심이 인정한 것처럼 피고인 13이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야지 공소외 9 주식회사 구주 인수대금을 공제한 금액이 된다고 볼 수는 없다(원심과 같은 이득액 산정방식은 보호예수에 걸려서 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 구주 인수대금 상당액으로 볼 수 있는 경우에만 허용될 수 있다). 그런데 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없다.

가사 검사가, 피고인 13이 적법하게 취득할 수 없는 공소외 8 주식회사 합병신주를 취득한 그 자체를 자본시장법 위반행위로 얻은 이익으로 보아 공소제기한 것으로 보더라도 합병신주가 상장되는 경우 그 상장 자체의 효과로 인하여 주가에 상당한 정도의 변동이 발생할 여지가 있는 점, 주식시장에 있어서 합병을 통한 상장이 일반적인 호재로 인식된다고 단정하기는 어려우므로 상장 전일 종가를 기준으로 합병신주의 가치를 산정하는 것이 반드시 피고인 13에게 유리하다고 볼 수도 없는 점, 피고인 13이나 상피고인 1, 2, 11이 매각제한이 없는 합병신주를 상장 즉시 처분할 의사를 가지고 있었던 것도 아니고 실제 주식시장에서 단기간에 처분이 가능하다고 보이지도 않으므로 피고인 13의 자금을 이용하여 취득한 공소외 8 주식회사 합병신주 전체가 상장 직후 처분이 될 수 있다는 가정 하에 그 가치를 산정하는 것은 부당한 점 등을 고려할 때 합병신주의 상장 전일 종가를 기준으로 합병신주의 가치를 산정한 원심판결의 합리성을 선뜻 수긍하기 어렵다.

2) 결국 피고인 13의 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다고 할 것인데 그 이익액을 837,274,540원으로 산정한 원심판결에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 13 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 13은, 상피고인 1 등의 범행에 대한 인식, 용인에 그치지 않고 공동의 의사로 사기적 부정거래 범행을 하기 위하여 일체가 되어 상피고인 1의 행위를 이용하여 자신의 의사를 옮기는 정도에 이르렀다고 보아야 하며, 공모의 범위

에 있어서도 피고인 13과 상피고인 1, 2, 11 사이에 '부정한 합병신주 취득 행위'에 대한 순차적, 암묵적인 공모가 이루어졌다.

따라서 피고인 13이 위반행위로 얻은 이익액은 상피고인 1, 2, 11과 동일하게 1,323,498,540원(=2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 산정한 상피고인 1 등이 매각제한 규정을 회피하여 취득한 공소외 8 주식회사 합병신주 998,699주의 가치 3,455,498,540원 - 공소외 9 주식회사 구주 1,312,000주 인수대금 2,132,000,000원)으로 보아야 한다.

(2) 판단

검사가 제출한 모든 증거들을 종합하더라도, 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11의 전체적인 범행에 가담하거나 이를 인식하였다고 인정하기에 부족하므로 이 부분 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다[아울러 위 1.나 (3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼 검사의 주장과 같은 방법으로 위반행위로 얻은 이익액을 산정하는 것은 부당하고, 달리 피고인 13의 이익액을 산정할 만한 증거가 없다].

나. 피고인 1, 2, 7, 8, 10 부분

(1) 항소이유 요지

자본시장법 위반행위로 얻은 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다.

이 사건의 경우 피고인 1, 2, 7, 8, 10은 시세조종행위를 통하여 합병을 반대하는 공소외 8 주식회사 주주들의 주식 매수청구권 행사 규모를 줄임으로써 절감된 9,040,901,457원의 주식매수비용 상당 이익이 발생하였고 여기에서 이 사건 거래에 투입된 비용인 4,115,203,835원을 공제하면 결국 4,925,697,622원의 이익을 취득하였다고 보아야 한다.

(2) 판단

(가) 이 부분 항소이유와 관련하여서는 검사가 당심에 이르러, ' 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 대표이사로서, 피고인 2, 7, 8, 10 및 공소외 10은 피고인 1과 공모하여, 시세조종행위를 통하여 공소외 8 주식회사에 대한 주식매수 청구권 행사규모가 감소되도록 하여 공소외 8 주식회사로 하여금 4,925,697,622원 상당의 손실을 회피하게 함으로써 동액 상당의 부당이득을 얻게 하였다'는 것으로 공소장을 변경하였으므로 이를 전제로 검사의 항소이유를 판단한다.

(나) 자본시장법 제443조에서 규정하는 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액'은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 옳다(대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결 등 참조).

그런데 우선 자본시장법 제443조가 위반행위자 본인이 아닌 제3자가 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 위반행위자 본인이 이익을 얻은 경우와 동일하게 보아 이를 가중처벌하는 규정으로 볼 수는 없고, 달리 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 피고인 1, 2, 7, 8, 10 및 공소외 10의 이익액 또는 손실 회피액으로 보아야 할 근거를 찾을 수 없다 (피고인 1이 공소외 8 주식회사의 대표이사라고 하여 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 바로 피고인 1 본인의 손실 회피액과 동일 시 할 수는 없다).

가사 견해를 달리하여 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 피고인 1, 2, 7, 8, 10 및 공소외 10의 이익액 또는 손실 회피액으로 볼 수 있다고 하더라도, 원심이 적절하게 지정한 것처럼, ① 주식매수청구권이 행사되는 경우에는 공소외 8 주식회사가 그 주식을 취득하게 되고, 그 주식의 시가 상당액은 손실에서 공제되어야 할 것이므로 주식매수청구권이 행사되지 않은 금액 상당을 모두 이득하였다고 보기 어려운 점, ② 피고인 1이 증권예탁원으로부터 주주들이 약 10,222,278,621원 상당의 주식을 매수청구할 예정이라는 취지의 '이사회 결의사항 반대의사 통지서'를 송달 받았다고 하더라도 실제 매수청구권의 행사규모가 얼마가 될지 여부는 확정된 것이 아니므로 위 금액 전부에 대하여 매수청구권이 행사되었을 것이라는 가정 하에 위반행위로 인한 이익 등의 액수를 산정하는 것은 부당한 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 8 주식회사가 4,925,697,622원 상당의 손실을 회피하였다고 인정하기에 부족하다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없고, 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

3. 직권판단

가. 현실거래에 의한 시세조종행위와 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위의 관계

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2, 7, 8, 10이 공소외 10과 공모하여, 장내에서 공소외 8 주식회사의 주식을 매수한 행위를 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단하면서도 이와 동시에 이와 같이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는 범행은 당연히 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에도 해당한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

위 V.4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 직권으로 판단한 것처럼, 자본시장법 제176조 제2항 제1호와 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 법조경합의 관계에 있다.

따라서 피고인 1, 2, 7, 8, 10의 이 부분 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법 위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2, 11이 공모하여, 매각제한 규정을 회피하여 상장즉시 매각할 수 있는 공소외 8 주식회사 신주 998,699주가 상장됨으로써 1,323,498,540원(2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 산정한 998,699주의 가치 3,455,498,540원 - 공소외 9 주식회사 주식 1,312,000주의 인수대금 2,132,000,000원)의 부당이득을 취득하였다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

위 1.나.(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼, 피고인 1, 2, 11이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 위반행위로 인한 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야 하는데, 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없으므로 결국 피고인 1, 2, 11이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

이와 달리 피고인 1, 2, 11의 이익액을 1,323,498,540원으로 산정한 원심판결에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다(다만 원심은 피고인 1, 2의 경우 포괄일죄의 관계에 있는 다른 자본시장법위반 범행으로 얻은 이익액을 산정할 수 없어서 범행 전체의 이익액을 산정할 수 없다고 판단하였으므로 위와 같은 법리오해가 피고인 1, 2의 판결에는 영향을 미치지 않았다).

다.

2009. 10. 26.자 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄와 2009. 12. 29.자 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄의 죄수

원심은, 피고인 1, 2, 7, 11, 13의 2009. 10. 26. 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄와 2009. 12. 29. 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄가 실체적 경합관계에 있다고 판단하였다.

그런데 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 매출액이 지속적으로 감소하여 관리종목으로 지정될 가능성이 높아지자 비상장회사와 합병하여 자기자본을 확충하고 그 과정에서 시세조종 등이 필요하다고 판단하여 위 각 범행을 저지른 점, 피고인 2, 7, 11은 상사인 피고인 1의 계획과 목적을 인식하고 피고인 1의 지시에 따라 각자의 역할을 수행한 점, 피고인 13의 경우 피고인 11을 통하여 피고인 1의 계획을 대체적으로 인식한 상태에서 2회에 걸쳐서 유사한 형태의 거래를 한 점 등을 고려할 때 피고인 1, 2, 7, 11, 13의 범의의 단일성과 계속성이 인정되고, 또 위 각 죄의 보호법익은 사회적 법익으로서 피해법익의 동일성도 인정되므로 위 각 죄는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 옳다.

이와 달리 위 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범의 관계에 있다고 보아 경합범가중을 한 원심에는 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

XII. 2009. 12. 29.자 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 5, 6, 12, 13의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1) 피고인 5

2009. 9. 27.자 금전소비대차계약서상 차용인은 '공소외 14 주식회사'로 기재되어 있고 피고인 5가 빌려준 5억 원이 실제로 공소외 5 주식회사의 유상증자 자금으로 사용되었다는 증거가 없으며, 상피고인 1의 부탁으로 2009년 9월 초순경 명의를 빌려준 사실은 있으나 그 구체적 목적을 인지한 시점은 2009. 11. 4.경이다.

따라서 피고인 5가, 상피고인 1이 차명으로 유상증자에 참여하여 보호예수를 피할 것이라는 사실을 알면서 유상증자 대금 5억 원을 빌려주었다고 볼 수는 없다.

(2) 피고인 6

(가)피고인 6은 상피고인 1에게 4억 원을 대여한 것이 아니다.

피고인 6은 상피고인 1의 투자 요청을 받았으나 자금이 없어서 상피고인 1을 도와주고자 공소외 16을 소개하여 공소외 16으로 하여금 상피고인 1에게 4억 원을 대여하도록 하였다.

(나)피고인 6은, 상피고인 1이 실제로 4억 원을 차용하는 주체라는 사실이나 상피고인 1이 차명으로 공소외 5 주식회사의 유상증자에 참여하여 보호예수 규정을 피한 합병신주를 취득하려고 한다는 사실을 전혀 알지 못하였다.

따라서 상피고인 1의 행위에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담하지 않는다.

(다)상피고인 1이 매각제한 규정을 회피한 합병신주를 배정받기 위하여 차명으로 주식을 인수하여 이와 관련한 허위의 보고를 한 일련의 행위는 거짓의 기재 내지 부정한 수단을 사용하여 재산을 얻는 일련의 행위로서 법률적으로 하나의 평가를 받아야 한다.

그런데 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 입법취지에 비추어 볼 때 같은 항 제2호로 평가할 수 있는 행위는 같은 항 제2호로만 처벌하여야 하고, 같은 항 제1호를 재차 적용하여 처벌하는 것은 위법하다.

(라)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 죄형법정주의에서 파생되는 명확성 원칙에 부합하지 않는 포괄적이고 추상적인 규정이다.

따라서 같은 조 제2항에서 정한 바와 같이 '재산상 이익을 얻고자 하는 의도'가 있는 행위 등으로 제한하여 해석하지 않는 한 위헌성을 면할 수 없다.

(3) 피고인 12

(가)피고인 12로부터 금원을 차용한 경위에 대한 상피고인 1의 진술은 일관성이 없고 신빙성이 없다.

피고인 12는 상피고인 1에게 공소외 5 주식회사 인수대금 명목으로 60억 원을 빌려준 것이고, 수사기관에서 공소외 5 주식회사 유상증자 자금을 빌려주었다고 진술한 것은 상피고인 1의 부탁에 따라 사실과 다르게 진술한 것에 불과하다.

결국 피고인 12가 상피고인 1 등의 범행을 인식하면서 60억 원을 대여하였다고 인정할 만한 증거가 부족한데도 원심 판결은 채증법칙에 위배하여 사실을 오인함으로써 피고인 12를 상피고인 1 등의 범행에 대한 공동정범으로 판단하는 잘못을 저질렀다.

(나)피고인 12는 상피고인 1에게 4개월 동안 60억 원을 대여하여 72억 원을 변제받기로 되어 있었는데 실제로는 원금은 물론 이자도 받지 못하여 큰 손실이 발생하였다.

원심판결과 같이 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일 종가를 기준으로 한 합병신주 평가액에서 유상증자 납입대금을 공제하는 방식으로 위반행위로 얻은 이익액을 산정하는 것은 부당하고, 인과관계가 인정되는 이익만으로 한정하여야 한다.

(4) 피고인 13

(가)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(나)상피고인 1의 계획은 회사의 충실화를 위한 "합병"이었고, 그 과정에서 자금이 모자라 빌린 돈에 관한 담보를 제공하기 위하여 매각제한 규정의 적용을 받지 않는 당사자로 하여금 공소외 5 주식회사 주식을 취득하게 한 것뿐이지 매각제한규정을 회피한 주식을 팔아 이득을 취한다는 것을 목적으로 하지 않았다.

매각제한규정을 회피한다는 것만으로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 계획이 된다고 할 수는 없다.

(다)상피고인 1이 자신이 취득한 공소외 5 주식회사 지분을 취득하였다고 신고하지 않은 것은 피고인 13의 관여 여부와 관계없이 사후적으로 성립한 것이고, 피고인 13이 관여할 가능성이 전혀 없었다.

(라)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

(마) 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 0원이라고 볼 수 없다.

따라서 원심판결에서 상장 즉시 매각할 수 있는 합병신주의 가액에서 공소외 5 주식회사 주식 인수대금의 차액을 위반행위로 얻은 이익이라고 판단한 것은 부당하다.

또 수시로 증감 변동하는 주식의 가치를 산정하면서 상장 전일의 종가만을 기준으로 한 것도 타당하지 않다.

나. 판단

(1) 부정거래행위 해당 여부

원심은, ①상피고인 1이 2009. 2. 25.경 공소외 13 주식회사의 대표이사로서 2009. 9. 25.경 공소외 5 주식회사의 주식 361,476주(90%)를 8,099,954,800원에 인수하면서, 190,000주만을 공소외 13 주식회사 명의로 인수하고, 나머지 171,476주를 차명으로 인수한 사실, ②상피고인 1은 피고인 12로부터 차입한 60억 원, 피고인 13으로부터 차입한 40억 원, 피고인 5로부터 차입한 5억 원, 피고인 6으로부터 차입한 4억 원 등 139억 5천만 원으로 2009. 9. 28. 공소외 5 주식회사 유상증자금을 납입하면서 차명으로 주금을 납입한 사실, ③상피고인 1은 위와 같은 방법으로 공소외 5 주식회사의 주식 1,437,476주를 차명으로 취득한 사실, ④상피고인 1, 2는 2009. 10. 5.경 '주요사항보고서(합병결정)'를 제출하고 2009. 10. 8.경 '증권신고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주를 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑤상피고인 1, 2는 2009. 10. 19.경 '[정정]회사합병결정'을 공시하고, '[정정]주요사항보고서'를 제출하고, 2009. 10. 20.경 '[정정]증권신고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주 1,267,414주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑥상피고인 1, 2는 2009. 11. 3. '[정정]회사합병결정'을 공시하고 '[정정]주요사항보고서' 및 '[정정]증권신고서(합병)'를 제출하고, 2009. 11. 11. '투자설명서'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주 1,179,817주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑦상피고인 1, 2는 2009. 12. 31. '증권발행실적보고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 취득할 합병신주 중 1,179,817주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실을 인정한 후, 상장회사가 비상장회사와 합병한 후 배정할 합병신주 중 어느 정도의 수량을 보호예수할 것인지는 합병 후 주가에 직접적 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당하고, 상피고인 1, 2가 차명으로 공소외 5 주식회사를 인수하여 유상증자한 후 합병하면서 보호예수 수량을 거짓 기재함으로써 매각제한규정을 회피한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위' 및 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들[다만 아래 (3)의 (가)항(판결문 99쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 6은 상피고인 1에게 4억 원을 대여한 것이 아니라 공소외 16을 소개하여 공소외 16으로 하여금 4억 원을 대여하도록 하였다]과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 6, 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

한편 자본시장법 제178조 제1항 제2호, 제3호 및 제2항은 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 추상성을 고려하여 부정거래유형을 보다 구체적으로 규정하기 위하여 마련된 것으로 상호 유기적인 관계를 가지는 만큼 자본시장법 제178조 제1항 제2호에 해당하는 부정거래행위에 대하여 그 근간이 되는 규정인 자본시장법 제178조 제1항 제1호도 동시에 적용할 수 있다고 본 원심의 판단에 피고인 6의 주장과 같은 잘못이 있다고 볼 수 없다(더구나 원심은 피

고인 6의 범행에 대하여 포괄하여 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호를 적용하였고, 이를 실체적 경합의 관계에 있다고 판단하지 않았다).

(2) 피고인 5, 12, 13의 공모 여부

(가) 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심의 인정사실과 원심이 적절하게 기재한 여러 가지 사정들을 종합하여 보면, 원심이 피고인 13, 12, 5가 상피고인 1 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 5 주식회사 유상증자에 참여하고 그 차명으로 인수된 공소외 5 주식회사 주식에 합병신주가 배정되면 이를 담보로 제공받는다라는 인식 하에 공소외 5 주식회사 유상증자 대금과 함께 피고인 13의 경우 본인과 공소외 15 명의, 피고인 12의 경우 본인 명의, 피고인 5의 경우 공소외 48 명의를 빌려주었다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고인 5, 12, 13의 주장과 같은 사실오인의 잘못이 없다.

(나) 그런데 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ① 피고인 5, 12, 13은 상피고인 1이 수립한 부정한 계획의 구체적 내용에 대해서 까지 알고 있었던 것으로는 보이지 않는 점, ② 피고인 5, 12, 13의 주된 목적은 상피고인 1에게 자금을 대여하면서 충분한 가치를 가지는 담보를 취득하는데 있었던 점, ③ 피고인 5, 12, 13이 공소외 5 주식회사 주식의 차명 취득이나 공소외 5 주식회사와 공소외 8 주식회사의 합병과정에 적극적으로 가담한 사실도 없는 점 등을 종합하면 피고인 5, 12, 13이 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였다고 보기는 어렵다.

따라서 피고인 5, 12, 13이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단한 원심판결은 공동정범의 법리를 오해한 잘못이 있다.

(다) 그러나 위 (가)항에서 인정한 것처럼 피고인 5, 12, 13은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 인식하면서도 그 범행에 이용할 자금과 차명을 제공하였고, 이를 통하여 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 하였다고 할 것이므로 방조의 죄책은 부담한다고 봄이 옳다.

(3) 피고인 6의 공모 여부

(가) 원심은, 피고인 6이 직접 피고인 1에게 4억 원을 대여하였다는 공소사실을 인정하였다.

그러나 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 2009년 9월경 상피고인 1로부터 10억 원 정도를 공소외 5 주식회사와 공소외 8 주식회사 합병에 투자 또는 대여하여 줄 것을 요청받았으나 자금이 부족하여 피고인 6이 대표이사로 재직 중이던 공소외 49 주식회사의 2대 주주인 공소외 16에게 대여 또는 투자를 권유한 사실, 공소외 16은 상피고인 1에게 4억 원은 대여하고, 6억 원은 투자하되, 투자금 중 1억 원은 피고인 6 명의로, 나머지 1억 원은 공소외 49 주식회사의 명의로 투자하기로 한 사실, 상피고인 1은 피고인 6을 통하여 공소외 16이 투자 및 대여를 하게 된다는 말을 전해들은 사실, 실제로 당시 작성된 4억 원에 관한 금전소비대차계약서의 대여인란에는 대여인이 '공소외 16'으로 기재되어 있고, 공소외 16이 자신의 성명 옆에 날인한 사실, 공소외 16은 위 금전소비대차계약을 작성한 후 2009. 9. 28.경 상피고인 1 측에서 차용인으로 내세운 공소외 14 주식회사의

계좌에 직접 인터넷뱅킹 방식으로 4억 원을 입금한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 6은 상피고인 1이 공소외 16으로부터 4억 원을 차용할 수 있도록 소개하였을 뿐 본인이 직접 4억 원을 대여한 것은 아니라고 할 것이므로, 이러한 사실인정을 바탕으로 하여 피고인 6이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 판단한 원심판결에는 사실오인으로 인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(나) 그런데 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심이 들고 있는 여러 가지 사정들, 여기에다가 위 소비대차 약정에 따르면 상피고인 1 측이 마련한 공소외 50, 51 명의로 공소외 5 주식회사의 주권을 납입하여 그 주식을 담보로 제공하고, 합병 후 주식이 나오면 이를 공소외 16에게 제공하기로 되어 있었던 점 등을 종합하면 피고인 6은 상피고인 1 등의 범행을 인식하면서도 상피고인 1이 공소외 16으로부터 범행 자금을 차용할 수 있도록 도움을 주었다 할 것이다.

나아가 당심 및 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 상피고인 1 측에서 작성한 위 금전소비대차계약서(수사기록 9권 5722쪽)나 그 부속약정서(수사기록 9권 5726쪽) 초안에 대하여 일부 문구를 수정하고 상피고인 1에게 담보로 제공될 주식이 보호예수에 걸리지 않도록 보장할 것을 확인·요구하는 등 공소외 16의 대여 과정에 적극적으로 개입한 사실이 인정되므로, 피고인 6은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 한 사람으로서 방조의 죄책을 부담한다고 봄이 옳다(피고인 6의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 피고인 6이 상피고인 1의 자금 차용 과정에서 공소외 16을 소개하여 상피고인 1 등의 범행을 용이하게 한 것으로 범죄사실을 변경하여 인정한다).

(4) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

원심은, 피고인 12, 13이 상피고인 1, 2, 11에게 자금 및 차명을 제공하여 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고, 그 이익액을 피고인 12는 2,897,043,240원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 12의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 2,980,584주의 평가액 8,897,043,240원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 6,000,000,000원)으로, 피고인 13은 1,689,942,377원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 13의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 1,738,674주의 평가액 5,189,942,377원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 3,500,000,000원)으로 각 산정하였다.

그러나 위 XI.1.가(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼, 피고인 12, 13이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 위반행위로 인한 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야 하는데, 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없으므로 결국 피고인 12, 13이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

따라서 이 부분 원심판결은 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 4, 7의 사기적 부정거래행위 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 4는 상피고인 1과의 약정을 통하여 원본의 손실 가능성이 전혀 없는 상품을 취득한 것으로 실질적으로는 금전 소비대차에 해당하므로 피고인 4의 행위 역시 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 사기적 부정거래행위에 해당한다.

(2) 판단

원심은, ①상피고인 5, 6으로부터의 자금차입의 경우 각 금전소비대차계약서가 작성된 것과는 달리, 피고인 4의 경우 '피고인 4가 공소외 5 주식회사가 발행하는 신주 8만 주를 인수한다'는 내용의 신주인수계약서(수사기록 9권 5537쪽)가 작성된 점, ②피고인 7은 원심법정에서, 처음에 피고인 4에게 유상증자 참여를 권유하였는데, 피고인 4가 "10억 원을 투자하는 대신 투자금액의 20%를 확정수익으로 보장하고, 투자기간을 4개월로 하고, 공소외 8 주식회사와 합병이 5개월 이상 지연되면 총 투자금액의 50%를 더하여 재매입하고, 투자원금 및 위 확정수익의 지급 보장을 위하여 공소외 2 주식회사, 공소외 8 주식회사, 공소외 5 주식회사가 발행하는 약속어음을 담보로 제공하고, 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사의 이사회에서 투자원금 및 확정수익금에 대한 연대보증 및 담보제공으로 하기로 하는 결의를 득한 이사회 의사록과 법인인감증명서, 각 이사의 인감증명서를 갖고 오라."고 함에 따라 상피고인 1에게 위 조건에 대한 허락을 받고 피고인 4와 신주인수계약서를 작성하게 되었고, 빌린다는 이야기를 하거나 금전소비대차계약서를 작성한 사실은 없다고 진술한 점, ③상피고인 1은 원심법정에서, 피고인 7에게 "유상증자대금 180억 원 중 10억 원 내지 20억 원이 모자라는데 유상증자에 참여할 자를 물색해오라."고 지시한 후, 피고인 7의 소개로 피고인 4와 계약조건에 관하여 합의하였고, 이후 계약서 작성 당시에는 참여하지 않고 상피고인 2로부터 피고인 4가 작성해 온 신주인수계약서 초안 상의 계약조건이 피고인 4와 사전에 합의한 대로 '4개월 동안 이자가 월 5%이고 5개월부터는 10%'로 되어있는 사실을 전화로 확인하고 계약체결을 지시하였으며, 계약서 형식은 실무자들이 알아서 한 것이고, 검찰에서 10억 원을 빌려온 것이라고 진술한 것은 본인의 입장에서 월 5천만 원의 이자를 지급하는 것이고 계약서를 보지 못했기 때문에 대여라고 진술한 것이고, 당시 증자대금 10억 원이 들어왔는지가 중요했을 뿐 그 성격에 대해서는 관심이 없었다는 취지로 진술한 점, ④상피고인 2는 원심법정에서, 본인이 수사기관에 제출한 공소외 5 주식회사 유상증자 주식내역에 '장회장(피고인 4) 10(차입)'이라고 기재된 이유에 대하여, 위 내역표는 검찰조사 시 공소외 5 주식회사 유상증자 건에 대해 항목별로 구체적으로 작성해서 제출해 달라고 하여 작성하여 제출한 것인데, 위와 같이 기재한 것은 증자 당시 또는 그 후에 상피고인 1이나 피고인 7로부터 피고인 4는 '차입'이라고 들은 것 같아 그렇게 정리하여 제출한 것이라고 진술한 점, ⑤피고인 4는 자신이 제공한 공소외 52, 53 명의로 신주를 배정받아서 그 증권계좌와 도장을 스스로 관리하였고, 배정받은 주식을 스스로 처분한 점 등을 종합해볼 때, 상피고인 1, 2나 피고인 7의 위 수사기관에서의 각 진술 등은 상피고인 1 등의

입장에서 위 자금의 성격을 대여금이라고 생각하였기 때문에 그러한 내용으로 진술된 것으로 보이고, 위 신주인수 계약서상 확정수익 보장 및 매매입 약정 규정에 따라 결과적으로 사실상 대여계약과 유사한 효과가 발생한다고 하여 위 신주인수계약서의 문언 및 형식이 허위에 불과할 뿐 실질적으로는 대여계약에 해당한다거나 신주의 소유권 및 처분권이 상피고인 1에게 귀속한다고 볼 수는 없으며, 달리 상피고인 1 등이 피고인 4로부터 10억 원을 차입 하였음을 인정할 만한 증거가 없다고 보아 피고인 7, 4가 상피고인 1, 2, 11의 사기적 부정거래행위에 가담하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13의 위반행위로 얻은 이익액 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 4, 5, 6, 7, 12, 13은 피고인 1의 범행에 대한 인식, 용인에 그치지 않고 공동의 의사로 사기적 부정거래행위를 하기 위하여 일체가 되어 피고인 1의 행위를 이용하여 자신의 의사를 옮기는 정도에 이르렀다고 보아야 하며, 공모의 범위에 있어서도 위 피고인들 사이에 '부정한 합병신주 취득 행위'에 대한 순차적, 암묵적인 공모가 이루어졌다.

따라서 위 피고인들이 위반행위로 얻은 이익액은 합병신주의 상장 전일 종가를 기준으로 하여 산정한 8,491,403주의 가치 25,346,837,955원에서 공소외 5 주식회사 주식 인수대금 17,064,954,800원을 공제한 8,281,883,155원으로 보아야 한다.

(2) 판단

피고인 4, 7이 피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 가담하였다고 볼 증거가 충분하지 않음은 위 가의 (2)항(판결문 102쪽)에서 판단한 것과 같다.

또 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도, 피고인 5, 6, 12, 13이 피고인 1, 2, 11의 전체적인 범행에 가담하였거나 또는 피고인 1이 자신들로부터 각자 차용한 자금 외의 나머지 인수자금 및 유상증자 자금에 관하여도 차명을 사용하고 보호예수에 걸리는 지분 표시를 허위로 공시한다는 점을 인식하였다고 보기 어렵다.

따라서 공범의 성립범위를 한정된 원심판결은 정당하고[다만 위 1.나의 (2)항(판결문 98쪽) 및 (3)항(판결문 99쪽)에서 판단한 것처럼 피고인 5, 6, 12, 13은 방조범으로서의 책임만 부담한다], 거기에 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 직권판단

원심은, 피고인 1, 2, 5, 6, 11이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고, 그 이익액을 피고인 1, 2, 11의 경우 7,799,042,615원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 산정한 피고인 1, 2, 11이 취득한 7,994,639주의 가치 23,863,997,415원 -

공소외 5 주식회사 주식 1,287,476주의 인수대금 16,064,954,800원)으로, 피고인 5의 경우 241,423,255원(=위 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 5의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 248,383주의 평가액 741,423,255원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 500,000,000원), 피고인 6의 경우 193,134,425원(=위 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 6의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 198,705주의 평가액 593,134,425원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 400,000,000원)으로 각 산정하였다.

그러나 위 XI.1.가(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼 검사가 제출한 모든 증거를 종합하여도 위와 같이 매각 제한을 받지 않는 합병신주의 취득으로 얻은 이익액을 산정할 수 없으므로 이 부분 원심판결은 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

XIII. 결론

그렇다면 원심판결 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 부분의 경우 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있고, 나아가 원심판결에는 위에서 판단한 것처럼 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있으므로 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

Ⅰ. 공소장 변경에 따른 직권판단

검사는 당시에 이르러 원심의 심판대상이었던 공소사실 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 일부 공소사실을 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하는 결정을 고지함으로써 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들의 심판대상이 변경되었다[다만 이 법원은 피고인 1의 2010. 3. 12.자 피해자 공소외 8 주식회사에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 공소사실에 대하여 2011. 4. 12. 공소장변경을 허가하였으나 2011. 6. 2. 위 공소장변경허가결정을 취소하고 이를 불허하는 결정을 하였다.

따라서 이 부분은 이 법원의 심판대상에서 제외된다].

원심판결 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 부분은 심판대상의 변경으로 인하여 더 이상 유지될 수 없다.

그러나 공소사실이 변경되지 않은 부분에 대한 피고인 1, 5, 6, 12, 13 및 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이다.

이에 대하여는 변경된 공소사실에 대한 주장과 함께 아래에서 판단한다.

Ⅱ. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

피고인 1은, 사실은 투자금에 대한 손실보상 조건을 이행할 의사나 능력이 없으면서도, 2003. 7. 23.경 피고인 1의 지인인 상피고인 7을 통하여, 피해자 공소외 1에게 "5억 원을 내가 지정하는 주식에 투자하여 월 10% 이상의 수익이 발생할 경우 그 수익금을 그대로 가져가고 투자 손실이 발생하더라도 투자 원금은 물론 원금의 10%를 월 수익금으

로 보전하여 주겠다.

"고 거짓말하여 이에 속은 공소외 1로부터 그 자리에서 5억 원이 입금되어 있는 공소외 1 명의의 증권계좌를 교부받았다.

2. 피고인 1의 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 피고인 1의 자력이나 주식보유 상황 및 공소외 1에게 손실이 발생하게 된 경위 등을 종합적으로 고려할 때 피고인 1의 편취 범의를 인정할 수 없다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ① 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주식 투자 수익금으로 사채업자들에 대한 거액의 차입원리금을 변제하고 투자자들에게 보장한 고율의 수익을 정상적으로 지급하는 것은 결국 향후 공소외 17 주식회사 주식이 급격히 상승할 경우에만 가능한 점, ② 주가는 다양한 변수에 의하여 상승 또는 하락할 수 있는 것으로서 피고인 1이 공소외 1로부터 투자를 받은 시점에서 공소외 17 주식회사 주가가 위와 같이 급격히 상승할 것이 확정적으로 예견된다고 볼 수 없는 점, ③ 피고인 1은 자신이 보유한 현금성 자산을 모두 공소외 17 주식회사 주식 투자에 투입하였고, 달리 주가 하락으로 인한 손해가 발생할 경우 약정 투자기간 내에 공소외 1에게 원금 및 약정한 수익금을 변제할 수 있을 만한 별도의 자산을 보유하고 있지 않았으며, 이후 부동산 처분 등을 통해서도 공소외 1의 손실금 및 약정수익금을 변제하지 못한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1에게 편취의 범의가 있었음을 인정할 수 있다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

(1) 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94도2048 판결 등 참조).

사기죄는 미필적 고의에 의하여도 성립한다.

미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생가능성에 대한 인식이 있음은 물론, 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다.

이 때 그 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 행위자의 진술에 의존하지 아니하고, 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 당해 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다(대법원 2008. 1. 18. 선고 2007도8781 판결 등 참조).

한편 공소가 제기된 범죄사실의 주관적 요소인 미필적 고의의 존재에 대한 입증책임 역시 검사에게 있고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 한다.

따라서 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도12 판결 등 참조).

(2) 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 공소외 17 주식회사의 주가가 예상과 달리 폭락할 경우 공소외 1에게 약정한 투자원금과 수익금을 지급할 만한 충분한 자력을 갖추지 못하였음은 인정된다[피고인 1은 2010. 3. 16. 검찰조사 시 공소외 1에게 원금과 수익금을 보장할 수 있는 별도의 재산을 확보하지 않은 상태에서 공소외 1로부터 투자를 받은 것은 인정한다고 진술하였다.

한편 피고인 1의 변호인이 참고자료로 제출한 등기부등본(공판기록 3권 1497쪽)의 기재에 의하면, 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 피고인 1의 처 공소외 18이 과천시 중앙동 67에 있는 주공아파트 (이하 1 생략)(전유면적 132.28㎡)를 소유하고 있었던 사실은 인정된다.

그러나 위 아파트에 관하여는 2002. 9. 10. 채권최고액을 276,000,000원, 근저당권자를 조흥은행, 채무자를 공소외 18로 한 제1순위 근저당권설정등기가, 2002. 10. 14. 채권최고액을 372,000,000원, 근저당권자를 조흥은행, 채무자를 공소외 18로 한 제2순위 근저당권설정등기가 각 경료되어 있었으므로 그 재산적 가치가 높다고 보이지 않는다.

또 피고인 1은 당시 공소외 19 주식회사 기업구조조정 전문회사의 대표이사로 재직하면서 위 회사의 지분 24%를 보유하고 있었다고 주장하나, 그 객관적 가치 역시 불분명하다].

(3) 그러나 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합할 때, 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가의 상승 가능성을 만연히 믿고 무모하게 공소외 1로부터 5억 원을 투자받았는지는 별론으로 하고 사기 범행에 대한 미필적 고의가 있었다고 단정하기는 어렵다.

① 피고인 1이 공소사실의 발생 가능성을 용인하였다고 보는 것은 피고인 1 본인이 입을 거래의 손실까지도 용인한 것으로 보는 셈이 되어 경험칙에 부합하지 않는다.

피고인 1은 공소외 1 등으로부터 투자받은 돈이나 사채업자로부터 차용한 돈 이외에 상당한 정도의 본인 자금(다만 피고인 1의 주장과 같이 그 액수가 40억 원에 이른다고 단정할 수는 없다)을 이용하여 공소외 17 주식회사 주식을 매수하였다.

결국 공소외 17 주식회사 주가의 폭락은 바로 피고인 1 본인에게도 거래의 손실이 발생하는 것을 의미하는 상황이었다(검사가 제출한 증거를 모두 종합하여 보아도, 피고인 1이 자신의 자금으로 매수한 공소외 17 주식회사 주식에 대하여는 그 투자원금을 회수할 수 있는 별도의 안전조치를 취하여 두었다고 인정되지는 않는다). 과연 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가가 폭락하여 다른 사람들로부터 유치한 투자금은 물론이고 자신의 투자금까지도 회수할 수 없을 가능성을 그대로 용인하는 내심의 의사가 있었다고 볼 수 있는지 의문이다.

② 공소외 1이 투자원금을 회수할 수 있는 조치를 취해 두었다는 피고인 1의 변소를 쉽게 배척할 수 없다.

피고인 1은 검찰조사 이래 이 법정에 이르기까지 일관되게 투자자인 공소외 1로 하여금 원금을 회수할 수 있도록 하기 위해서 만약 공소외 17 주식회사 주가가 하락하여 원금에 미치지 못하게 되는 경우에는 공소외 1이 본인의 의사에 따라 공소외 17 주식회사 주식을 처분할 수 있도록 해당 계좌의 증권카드와 도장을 공소외 1에게 교부하였다고 주장하고 있다.

공소외 1은 피고인 1의 위와 같은 주장을 부인하고 있으나, ㉔ 당시 피고인 1로부터 부탁을 받고 공소외 1의 투자를 유치하였던 상피고인 7도 피고인 1의 주장에 부합하는 취지의 진술을 하고 있는 점, ㉕ 투자 당시 피고인 1과 공소외 1 사이에 작성된 투자약정서는 현재 남아 있지 않고 당사자들의 상반된 진술 이외에 공소외 1의 구체적인 투자조건을 확정할 수 있는 다른 객관적 증거가 제출되지 않은 점, ㉖ 특히 공소외 1은 자신의 후배 소개로 피고인 7을 알게 되어 피고인 1과 처음으로 거래를 한 것이고 그 투자금 액수가 5억 원에 이르는데도 피고인 1이 투자 원금 및 수익금 보장 약정을 이행하지 않을 경우에 대비하여 별도의 담보를 제공받지 않은 점(아래에서 보는 것처럼 피고인 1이 공소외 20 명의의 주식을 공소외 1에게 담보로 제공한 시점은 공소외 17 주식회사 주가가 폭락한 직후인 2003년 9월 중순경이다) 등을 고려할 때 피고인 1의 주장이 허위라고 단정할 수는 없다.

피고인 1의 주장처럼 공소외 1 본인의 의사에 따라 투자원금을 회수하거나 손실을 줄일 수 있는 가능성이 있었다면 피고인 1이 공소외 1의 투자금을 편취할 의사가 있었다고 보기는 어렵다.

③ 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가의 폭락을 예견하기는 어려운 상황이었다.

공소외 17 주식회사 주가는 2003. 4. 18. 9,320원이었으나 점진적으로 상승하여 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자 받을 당시에는 11,000원 대에 이르렀고, 그 후 주가가 계속 상승하여 2003. 8. 19.에는 15,800원이 되었다. 그러나 2003. 9. 7. ○○○와 공소외 17 주식회사 컨소시엄의 인수합병 협상이 갑자기 중단되었고, 이에 따라 ○○○ 파산사건을 담당하던 재판부에서 공소외 17 주식회사 컨소시엄에 대한 우선협상 대상자 선정을 취소하기에 이르자 공소외 17 주식회사 주가는 폭락하였다.

주가가 원래 다양한 변수에 의하여 상승 또는 하락할 수 있음을 고려하더라도 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시에는 공소외 17 주식회사 주가가 장기간 동안 꾸준한 상승세를 보여 왔고, 공소외 1의 투자 당시 이미 공소외 17 주식회사 컨소시엄과 ○○○의 인수합병 협상이 난항을 겪고 있었다는 등의 특별한 사정이 존재하거나 나아가 이러한 사정을 피고인 1이 알고 있었음을 인정할 만한 증거도 없는 이상, 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가가 단기간에 폭락할 것을 예견할 수 있었다고 보기는 어렵다.

④ 공소외 1의 투자금은 당초 약정대로 공소외 17 주식회사 주식의 매수에 모두 사용되었다.

피고인 1은, 공소외 1이 투자한 5억 원에다가 공소외 1에 대한 약정 수익금 중 1개월분에 해당하는 5천만 원을 더하여 5억 5천만 원 상당의 공소외 17 주식회사 주식을 매수하였고, 공소외 1의 위 투자금을 유치 당시 목적과는 다르게 사용하였다고 인정할 만한 증거는 없다.

⑤ 피고인 1은 공소외 1의 피해 회복을 위해서 노력하였다.

피고인 1은 공소외 17 주식회사 주가가 하락하자 공소외 1의 요구에 따라 2003년 9월 중순경 공소외 20 명의 주식계좌 내 유가증권을 공소외 1에게 담보로 제공하였는데, 당시 위 계좌에는 공소외 17 주식회사 주식 64,190주, 공소외 21 주식회사 주식 4,300주가 입고되어 그 잔고 평가금액이 657,024,000원에 이르렀다(다만 공소외 20은 2003. 4. 22. 제일화재해상보험으로부터 5억 원을 대출받으면서 위 계좌 내 예치금 및 유가증권에 대하여 질권자를 제일화재해상보험, 질권설정금액을 6억 5천만 원으로 한 질권을 설정하여 주었는데, 제일화재해상보험은 공소외 17 주식회사 주가의 하락으로 인하여 약정 담보비율이 유지되지 않자 2003. 10. 27.경 위 계좌에 있던 주식들을 매도하여 그 매도대금으로 다음 날 위 대출금채무의 변제에 충당하였다).

그러나 피고인 1이 공소외 20 명의의 위 주식계좌 내 유가증권을 공소외 1에게 담보로 제공할 당시 이미 위 유가증권이 제일화재해상보험에게 담보로 제공된 상태에 있었음을 알았다고 인정할 만한 증거는 없다).

또 피고인 1은 공소외 17 주식회사 주식을 처분하여 공소외 1에게 2억 7천만 원 정도를 변제하였고, 공소외 1의 요구에 따라 2004. 7. 9. 원금 3억 1천만 원과 이에 대한 월 5% 이자를 지급하겠다는 취지의 이행각서를 작성하여 공증하여 주었다.

나아가 공소외 1의 요청에 따라 공소외 1로 하여금 2005년부터 2007년까지 사이에 피고인 1 본인이 추진 중인 유상증자 등에 투자할 수 있는 기회도 여러 번 제공하였다.

특히 그중 공소외 22 주식회사에 대한 투자에 있어서는 공소외 1이 2007년 7월경 신주인수권부 사채 5억 원 상당을 주당 3,500원에 인수하여 2009년 주당 6,000원에 매도함으로써 약 3억 5,700만 원의 이익을 취득하기도 하였다.

한편 피고인 1은 공소외 1을 상대로 하여 위 2004. 7. 9.자 공정증서의 집행력을 배제하기 위하여 서울중앙지방법원 2009가합29491호로 청구이의의 소를 제기하였다.

위 소송은 2010. 1. 7. 조정에 갈음하는 결정이 확정됨으로써 종결되었는데, 피고인 1은 위 결정에서 지급의무를 부과한 8억 2천만 원 중 4억 원을 공소외 1을 위하여 공탁하였다.

4. 소결론

결국 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하고, 사기죄에 있어서 미필적 고의에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

Ⅲ. 법인자금 사용으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 등 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 차용금채무 일시 변제 후 재대여 행위 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 2 주식회사의 분기말 단기대여금 액수를 줄이기 위하여 일시적으로 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무 변제 명목으로 입금된 돈을 다시 대여한 각 자금인출행위(별지 범죄일람표 1 순번 22번, 23번, 25번, 26번, 48번 내지 50번, 65번, 67번, 70번)는 이미 단기대여금으로 인출된 돈에 대하여 일시적으로 변제한 것으로 회계처리

하였다가 다시 단기대여금으로 인출한 것에 불과하여 실질에 있어서 대환대출과 다를 바 없다.

따라서 횡령의 범의를 인정하기 어렵고, 새로운 법익침해도 없다(항소이유서 제출기간이 지나서 제출된 항소이유 보충서나 변호인의견서에 기재된 내용은 항소이유를 보충하는 범위에서만 판단한다.

이하 같다).

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 상피고인 12, 13으로부터 금원을 빌려서(변호인이 항소이유보충서에서 주장하는 것처럼 공소외 2 주식회사가 위 차용금에 대한 채무자라고 인정되지는 않는다) 이를 공소외 6 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무의 변제 명목으로 공소외 2 주식회사에 입금한 사실, 피고인 1은 그 후 공소외 2 주식회사 자금을 별지 범죄일람표 1 순번 22번, 23번, 25번, 26번(13억 원 중 10억 원), 48번 내지 50번, 65번, 67번, 70번 각 기재와 같이 공소외 3 주식회사 등에 대한 단기대여금 명목으로 인출한 후 이를 상피고인 12, 13에 대한 자신의 차용금채무 변제에 사용한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 피고인 1이 상피고인 12, 13으로부터 차용한 금원이 공소외 6 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무의 변제 명목으로 일단 공소외 2 주식회사에 귀속된 이상 이는 공소외 2 주식회사의 자본이 되는 것이고, 그 후 피고인 1이 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사의 자금을 공소외 3 주식회사 등에 대한 단기대여금 명목으로 임의로 인출하여 이를 피고인 1 본인이 상피고인 12, 13에 대하여 부담하는 차용금채무의 변제에 사용한 것은 공소외 2 주식회사에 대한 별개의 횡령행위로서 새로운 법익침해 행위에 해당한다(피고인 1의 변호인이 들고 있는 대법원 판례는 이 사건과는 사실관계를 달리하는 사안에 대한 것으로 이 사건에서 원용할 수는 없다).

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 공소외 3 주식회사 경비 지급 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금에서 대여금 명목으로 인출하여 공소외 3 주식회사에 지급한 각 행위[별지 범죄일람표 1 순번 13번, 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번, 39번, 53번(3억 원 중 2억 원), 58번(3억 7천만 원 중 1억 1,200만 원, 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지 범죄일람표 2 순번 1번, 4번, 7번, 10번]의 경우 피고인 1의 경영상 판단에 따른 정상적인 계열사 지원행위이므로 불법영득의사를 인정할 수 없다.

(2) 판단

(가) 원심의 판단

원심은 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사는 물론이고 공소외 3 주식회사 역시 피고인 1에 의하여 실질적으로 운영되는 회사이므로 공소외 3 주식회사가 공소외 2 주식회사나 공소외 4 주식회사에 대하여 독립적인 의사결정 체계 및 협상능력을 가진 대등하고 대립적인 대여계약의 상대방으로 보기는 어렵다는 등의 이유를 들어 위 (1)항 기재 각 자금인출행위는 명목상 대여로 회계처리한 것에 불과하고, 따라서 업무상횡령죄가 성립한다고 판단하였다.

(나) 이 법원의 판단

- 1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사에서 대여금 명목으로 공소외 3 주식회사에 지급된 금원 중 별지 범죄일람표 1 순번 13번(3억 원 전액), 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번(7천만 원 전액), 39번(2억 5천만 원 전액), 53번(3억 원 중 2억 원), 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지 범죄일람표 2 순번 1번(3억 원 전액), 4번(3억 원 전액), 7번(1억 5천만 원 전액), 10번(5천만 원 전액) 기재 각 금원의 경우 피고인 1의 주장과 같이 실제로 공소외 3 주식회사 소속 직원 급여지급 등 공소외 3 주식회사의 운영비로 사용된 사실(다만 피고인 1의 주장과 같이 별지 범죄일람표 1 순번 58번 기재 3억 7천만 원 중 1억 1,200만 원이 공소외 3 주식회사의 운영비로 사용되었다고 인정되지는 않는다), 공소외 3 주식회사는 폐이퍼컴퍼니가 아니고 탄소나노튜브 응용제품의 연구 및 개발을 위하여 2008년 1월 설립된 법인으로서 위 각 금원의 입금 당시 안성시에 공장과 연구시설을 갖추고 그 사업목적에 따른 실질적 활동을 하고 있었던 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 대여금 명목으로 공소외 3 주식회사에 입금된 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 자금 중 적어도 실제로 공소외 3 주식회사를 위하여 사용된 금원부분에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 진정한 소비대차약정에 따른 금원 지급이라고 보는 것이 경험칙에 더 부합하는데(공소외 3 주식회사가 피고인 1의 의사에 따른 자금 집행을 위하여 단순한 자금의 이동통로로 이용된 경우도 있다고 하여 공소외 3 주식회사에 입금된 돈 전체의 성격을 동일하게 평가하는 것은 논리적 비약이다), 검사가 제출한 증거만으로는 위 각 금원의 지급이 소비대차약정에 따른 것이 아니라고 단정할 만한 특별한 사정을 인정하기에 부족하다.

결국 이 부분 범죄사실에 대하여 업무상횡령죄의 성립을 인정한 원심은 사실을 오인하거나 업무상횡령죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

- 2) 그런데 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 사정을 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 수 없다.

이러한 이치는 그 타인이 자금대여회사의 계열회사 또는 관계회사라고 하여 달라지지 않는다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6982 판결 등 참조).

더구나 회사의 경영상의 부담에도 불구하고 관계회사에 자금을 지원하는 것이 회사의 신인도를 유지하고 회사의 영업에 이익이 될 것이라는 일반적·추상적인 기대 하에 일방적으로 관계회사에 자금을 지원하게 하여 회사에 손해를 입게 한 경우 등에는 관계회사에 대한 자금지원에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내린 것이라고 볼 수 없다.

따라서 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라고 할 수도 없다(대법원 2007. 10. 11. 선고 2006다33333 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 공소외 3 주식회사에 대한 위 1)항 기재와 같은 각 자금 지원에 대하여 이사회결의 등 공소외 2 주식회사나 공소외 4 주식회사의 내부 검토 절차를 거치지 않은 채 자신의 독자적인 판단에 의하여 결정한 사실, 그 대여금액이 합계 20억 8천만 원(= 공소외 2 주식회사 12억 8천만 원 + 공소외 4 주식회사 8억 원)에 이르는 거액인 사실 및 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사에서 자금을 지원한 2008년과 2009년에는 공소외 3 주식회사가 설립된 지 얼마 되지 않아 별다른 매출이 없는 상황이었으므로 대여금의 회수 여부가 불분명하였던 사실(실제로 피고인 1에 대한 검찰조사가 진행될 때에도 위 대여금은 회수되지 않은 것으로 확인되었다)이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 피고인 1이 공소외 3 주식회사로부터 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금을 공소외 3 주식회사의 운영비로 대여한 행위는 업무상배임죄에 해당한다(피고인 1에 대한 업무상횡령의 공소사실과 그 동일성이 인정되고 피고인 1의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 공소장변경 없이 업무상배임죄를 인정한다.

한편 원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 피고인 2, 3에 대한 부분은 직권으로 피고인 1과 동일하게 업무상배임죄로 변경하여 인정한다).

다.

협력회사 단기대여금 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

별지 범죄일람표 1 순번 32번, 별지 범죄일람표 2 순번 8번, 9번, 12번 기재 각 자금인출행위는 사업상 협력업체인 공소외 23 주식회사나 피고인 1이 당시 인수합병을 추진하고 있던 공소외 24 주식회사에 대여하기 위한 것이었다. 당시 피고인 1은 공소외 23 주식회사나 공소외 24 주식회사가 자금 상환 능력을 충분히 갖추고 있다고 판단하였고 실제로 원리금이 모두 변제되었으므로 단지 담보를 제공받지 않고 금원을 대여하였다는 사실만으로 업무상배임죄의 죄책을 물을 수는 없다.

(2) 판단

배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니다(대법원 2000. 12. 8. 선고 99도3338 판결 등 참조).

여기에도가 위 나.(2)(나)의 2)항(판결문 23쪽)에 기재한 업무상배임죄에 관한 법리를 함께 고려하면, 피고인 1이 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 공소외 23 주식회사나 공소외 24 주식회사에 만연히 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 자금을 대여해 준 행위는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 업무상배임죄가 성립한다.

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

라. 공소외 5 주식회사 자금을 통한 변제와 인출행위 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

공소외 8 주식회사 등 모회사나 계열사 및 관계회사들의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무를 변제하기 위하여 공소외 5 주식회사 자금을 공소외 2 주식회사에 지급한 각 행위(별지 범죄일람표 3 순번 1번 내지 4번)가 횡령죄에 해당한다면 그 후 피고인 1이 공소외 2 주식회사에 입금된 돈을 곧바로 인출하였다고 하더라도 이는 단일한 범의 하에 횡령의 범죄로 취득한 돈을 사용한 것에 불과하므로 새로운 범의침해가 있다고 보기 어렵다.

원심은 불가벌적 사후행위 또는 횡령죄의 죄수에 관한 법리를 오해하였다.

(2) 판단

공소외 2 주식회사와 공소외 5 주식회사는 별개의 법인으로서 공소외 5 주식회사의 자금을 임의로 인출하여 업무상 횡령죄가 성립하였더라도 그 인출된 자금이 공소외 8 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무를 변제하기 위하여 공소외 2 주식회사에 입금된 이상 위 금원은 일단 공소외 2 주식회사에 귀속되어 공소외 2 주식회사의 자본이 되는 것이고, 이를 다시 페이퍼컴퍼니 등에 대한 단기대여금 명목으로 공소외 2 주식회사로부터 임의로 인출한 행위는 공소외 2 주식회사에 대한 별개의 횡령행위로서 새로운 범의를 침해한 경우에 해당한다.

또 공소외 5 주식회사에 대한 업무상횡령죄와 공소외 2 주식회사에 대한 업무상횡령죄는 피해자를 달리하는 별개의 범죄로서 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것이므로 같은 전제에 선 원심판결은 옳다.

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

주식회사는 주주와 독립된 별개의 권리주체로서 그 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로 회사 소유의 재산을 주주나 대표이사가 제3자의 자금 조달을 위하여 담보로 제공하는 등 사적인 용도로 임의 처분하였다면 횡령죄의 죄책을 면할 수 없고, 사후 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있더라도 불법영득의 의사를 인정함에 지장이 없다.

별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 기재 각 자금인출행위의 경우 비록 변제가 예정되어 있었다고 하더라도 피고인 1, 2, 3이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 법인 자금을 대표이사 및 관련자들의 공소외 25 주식회사 및 공소외 24 주식회사 지분 취득에 사용하였으므로 그 사용시점에 이미 불법영득의사가 발현되었다고 보아야 한다.

나. 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 그 판시와 같은 사실인정을 기초로 하여 별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 각 기재와 같이 인출된 자금의 경우 즉시 상환이 예정되어 있었고, 실제로 1, 2일 만에 이자를 포함한 원금이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사에 상환되었으므로, 피고인 1, 2, 3의 불법영득의사를 인

정하기 어렵다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

(가) 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 없다(대법원 1983. 9. 13. 선고 82도75 판결, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도3045 판결 등 참조).

(나) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 아래의 사실이 인정된다.

1)공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1과 공소외 24 주식회사의 대표이사인 공소외 26은 2009년 10월경 공소외 2 주식회사가 상장사를 물색하여 인수한 뒤 이를 공소외 24 주식회사와 합병하여 그 합병된 상장사를 공동으로 경영하기로 합의하였다.

2)피고인 1은 피고인 12로부터 차입한 10억 원으로 2009. 11. 10. 실시된 공소외 24 주식회사 유상증자에 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 직원인 공소외 27, 28, 29, 30의 명의를 빌려 그 명의로 참여하는 방법으로 공소외 24 주식회사의 주식 50만 주를 취득하였다.

3)피고인 1은 합병에 앞서 대주주의 지분 비율을 조정하는 과정에서 공소외 26의 공소외 24 주식회사 지분을 확대시키는 것이 바람직하다고 판단하여 별지 범죄일람표 1 순번 95번 기재와 같이 2009. 11. 10. 공소외 2 주식회사의 자금 22억 원을 대여금 명목으로 공소외 24 주식회사에 지급하였다.

공소외 24 주식회사는 위 자금으로 공소외 26에 대한 가수금 22억 원을 변제하였고 공소외 26은 위 22억 원을 10명의 차명을 이용하여 공소외 24 주식회사의 유상증자금으로 납입하였으며, 공소외 24 주식회사는 2009. 11. 11. 납입된 유상증자금 중 22억 원을 공소외 2 주식회사에 상환하였다.

4)공소외 2 주식회사는 2009. 11. 17. 상장사인 공소외 25 주식회사의 지분 8.64%를 인수하였고, 공소외 25 주식회사는 2009. 11. 18. 피고인 1과 공소외 26이 실질적으로 소유하는 주식 약 57%를 인수하기로 하였다.

그 구체적 인수 방법으로서 피고인 1과 공소외 26은 공소외 25 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채를 인수하고, 공소외 25 주식회사는 신주인수권부사채를 발행하여 납입된 자금으로 피고인 1과 공소외 26이 실질적으로 소유하는 공소외 24 주식회사의 주식을 인수함으로써 결과적으로 공소외 24 주식회사의 일부 주식과 공소외 25 주식회사의 신주인수권부사채를 교환(스왑)하기로 하였다.

5) 이에 따라 공소외 25 주식회사는 2009. 12. 22. 109억 8,500만 원 상당의 신주인수권부사채를 발행하였는데, 피고인 1의 지시를 받은 피고인 3은 2009. 12. 22. 공소외 24 주식회사의 담당 직원으로부터 공소외 24 주식회사의 주주인 공소외 26과 공소외 26으로 하여금 차명으로 주식을 취득하도록 명의를 제공한 공소외 31, 32, 33, 34 등 5명의 계좌정보를 받았고, 또 공소외 27, 30, 28, 29로 하여금 그들 명의로 통장을 개설하도록 한 후 그 통장, 도

장, 비밀번호 등을 자신이 관리하였다.

6)피고인 3은 피고인 1의 지시에 따라 2009. 12. 22. 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 18번 각 기재와 같이 공소외 4 주식회사의 자금 합계 43억 6,500만 원을 인출하여 공소외 26, 31, 32, 33, 34의 명의로 공소외 25 주식회사의 계좌에 43억 6,500만 원 상당의 신주인수권부사채 인수대금 명목으로 입금하였고, 또 별지 범죄일람표 1 순번 107번 내지 109번, 범죄일람표 2 순번 19번, 20번 각 기재와 같이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금 합계 16억 2천만 원을 인출하여 공소외 27, 30, 28, 29 명의로 공소외 25 주식회사의 계좌에 16억 2천만 원 상당의 신주인수권부사채 인수대금 명목으로 입금하였다.

7)공소외 25 주식회사는 2009. 12. 24. 위 신주인수권부사채 발행대금으로 공소외 26과 피고인 1이 보유한 공소외 24 주식회사의 주식을 인수하였고, 피고인 1은 같은 날 공소외 25 주식회사로부터 공소외 27 명의의 계좌로 송금된 공소외 24 주식회사 주식 인수대금 17억 2,400만 원 중 일부로 차입원금 16억 2천만 원과 이자를 공소외 4 주식회사에 상환하였고, 공소외 26 등 계좌로 송금된 주식 인수대금 중 일부로 차입원금 43억 6,500만 원과 이자를 공소외 4 주식회사와 공소외 2 주식회사에 상환하였다.

(다) 위 인정사실에 의하면 별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 기재 각 자금인출행위는 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 대표이사 또는 실질적 운영자인 피고인 1이 자신이 추진하는 방향과 일정에 따라 공소외 24 주식회사의 인수 또는 합병을 추진하기 위한 자금을 마련하기 위하여 명목상 대여로 회계처리하는 방법으로 자금을 인출한 것에 불과하다 할 것이고, 한편 피고인 1이 자신의 독단적 판단과 필요에 따라 거액의 회사 자금을 마치 자신의 자금처럼 임의로 인출하여 사용한 점(공소외 2 주식회사 합계 32억 원, 공소외 4 주식회사 합계 49억 8,500만 원), 금전과 같은 불특정물의 경우 그 대체성으로 인하여 특정물을 일시적으로 사용하였다가 반환한 경우와 불법영득의사를 동일하게 평가할 수 없는 점 등을 고려할 때, 피고인 1과 피고인 2 또는 피고인 3이 공모하여 위와 같이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금을 인출할 당시에 불법영득의사를 갖고 있었음을 충분히 인정할 수 있다.

(라) 결국 이 부분 범죄사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄가 성립하지 않는다고 판단한 원심판결에는 업무상횡령죄에 있어서 불법영득의사의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 직권판단

가. 공소사실의 요지

피고인 1은 2008. 8. 29.경부터 공소외 2 주식회사의 대표이사로 재직하였고, 피고인 2는 2008. 6. 26.경부터 공소외 2 주식회사의 이사로 재직하면서 회계 및 재무업무를 담당하였다.

피고인 1, 2는 공모하여 2009. 4. 27. 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같이 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사의 자금 35억 원을 대여금 명목으로 공소외 6 주식회사에 지급하여 이를 횡령하였다.

나. 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같은 자금인출행위에 대하여 피고인 1, 2가 명목상 대여로 회계처리 하였을 뿐이고 임의로 공소외 2 주식회사의 자금을 인출, 사용한 경우에 해당하므로 업무상횡령죄가 성립한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

(가) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1, 2는 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같이 2009. 4. 27. 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사 자금 35억 원을 인출하여 공소외 35 주식회사가 발행한 35억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 14 주식회사 명의로 인수하였는데, 회계상으로는 위 35억 원을 공소외 14 주식회사에 단기대여금 명목으로 지급한 것으로 처리한 사실, 공소외 2 주식회사는 2009. 8. 18. 자금 조달을 위하여 공소외 4 주식회사로부터 공소외 14 주식회사 명의로 35억 원을 차용하면서 공소외 14 주식회사 명의로 인수하였던 공소외 35 주식회사 발행의 위 신주인수권부사채를 담보 명목으로 공소외 4 주식회사에 제공하였고, 다만 회계상으로는 공소외 4 주식회사가 공소외 14 주식회사에 35억 원을 대여하고 공소외 14 주식회사는 공소외 2 주식회사에 대한 위 2009. 4. 27.자 차용금채무에 대한 변제 명목으로 35억 원을 공소외 2 주식회사에 입금한 것으로 처리한 사실 및 공소외 14 주식회사는 피고인 1이 자금지원, 조달 등의 편의를 위하여 명목상 설립한 페이퍼컴퍼니인 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 1, 2는 2009. 4. 27. 회계상 공소외 14 주식회사에 대여한 것으로 되어 있는 공소외 2 주식회사의 자금 35억 원을 가지고 공소외 2 주식회사를 위하여 같은 금액 상당의 공소외 35 주식회사 발행의 신주인수권부사채를 인수하였다고 할 것이므로 불법영득의사가 있었다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(나) 결국 이 부분 범죄사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄의 성립을 인정한 원심판결에는 업무상횡령죄에 있어서 불법영득의사의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 소결론

위에서 판단한 것처럼 원심판결 중 공소외 3 주식회사 경비 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분[별지 범죄일람표 1 순번 13번(3억 원 전액), 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번(7천만 원 전액), 39번(2억 5천만 원 전액), 53번(3억 원 중 2억 원), 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지2 순번 1번(3억 원 전액), 4번(3억 원 전액), 7번(1억 5천만 원 전액), 10번(5천만 원 전액)], 공소외 24 주식회사 인수자금 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번, 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번) 및 공소외 35 주식회사 발행의 신주인수권부사채 인수자금 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(별지 범죄일람표 1 순번 52번)에는 사실오인 또는 법리오해로 인하여 판

결에 영향을 미친 잘못이 있다.

IV. 약속어음 발행 및 공증으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분에 대한 판단

당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 2009. 9. 23.경 상피고인 12로부터 60억 원을 차용하면서 피고인 2에게 지시하여 2009. 9. 24.경 피해자 공소외 8 주식회사, 공소외 2 주식회사 명의의 약속어음(액면 72억 원, 발행일 2009. 9. 25.)을 발행하여 이를 공증해 준 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실과 같이 피고인 1, 2가 피고인 1 개인의 차용금채무에 대한 담보 명목으로 공소외 8 주식회사 및 공소외 2 주식회사 명의의 약속어음을 발행·공증하여 준 행위는 회사 임원으로서의 임무에 위배하여 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사로 하여금 자신과 전혀 무관한 채무를 부담시키는 것이고, 이로 인하여 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사에 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 할 것이다.

따라서 피고인 1, 2의 위 행위는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄에 해당한다(피고인 1은 종전 공소사실에 대하여는 항소이유 제출 기간 내에 아무런 항소이유도 주장하지 않았다).

V. 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장및금융투자업에관한법률위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1)피고인 1과 공소외 7 법인의 대리인인 공소외 10이 체결한 투자수익보장약정은 투자계약에 해당하고, 당시 작성된 금전소비대차약정 공정증서는 주가 하락으로 공소외 10이 손실을 입었을 경우 집행의 편의를 위하여 작성한 일종의 통정허위표시에 불과하다.

(2)피고인 1이 투자수익보장약정을 체결한 동기와 경위, 공소외 2 주식회사와 코스닥시장의 주가흐름, 공소외 10의 주식 매수량 등에 비추어 볼 때 투자수익보장약정에 따라 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사의 주식을 매수하도록 한 행위가 「자본시장 및 금융투자업에 관한 법률」(이하 '법령의 적용'란을 제외하고는 '자본시장법'이라고 한다) 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종이나 자본시장법 제178조 제1항 제1호 및 같은 조 제2항에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(3)상피고인 8에게 주가를 인위적으로 조종하라고 지시한 사실이 없고, 상피고인 8의 부탁을 받은 상피고인 9의 거래기간 및 거래량을 고려할 때 상피고인 9의 행위가 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종이나 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

또 2009. 2. 10. 이후 상피고인 9의 주식거래에 대하여는 피고인 1이 전혀 관여하지 않았으므로 책임이 없다.

(4) 2009. 2. 2.경 공소외 2 주식회사 유상증자 과정에서 일부 유상증자 자금을 차입금으로 충당한 것은 사실이다. 하지만 이는 공소외 2 주식회사의 운영자금 조달을 위한 것이었고, 피고인 1의 계산으로 유상증자에 참여하여 주식을 취득한다고 생각해 본 사실이 없으며, 제3자 배정 유상증자와 관련하여 모집된 투자금이 일부 부족한 경우 대주주가 차입금으로 유상증자를 마무리 하는 것은 거래 관행상 일반적으로 이루어지고 있다.

따라서 비록 차명으로 인수하여 보유 주식에 대한 보고의무를 위반한 위법이 있다고 하더라도 불법적인 목적으로 유상 증자를 한 것이 아니라면 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 볼 수는 없다.

(5) 피고인 1이 공소외 10과의 2차례에 걸친 투자수익보장약정을 통하여 취득하였다가 매도한 주식은 인위적인 시세조종행위로 취득한 것이 아닐 뿐 아니라 계약에 따라 2개월 내지 3개월 동안 보유하고 있다가 자연스러운 주가 등락에 따라 주식을 매도하여 차익이 발생한 것이므로 위반행위로 인하여 이익을 얻었다고 볼 수 없다.

나. 판단

(1) 공소외 7 법인과 체결한 2008. 11. 25.자, 2009. 3. 3.자, 2009. 6. 3.자 및 2009. 10. 7.자 투자수익보장약정(이하 계약 체결 순서에 따라 1차 내지 4차로 표시한다)의 성격

이 부분은 아래 VI항과 XI항 부분에서도 항소이유를 판단하는 과정에서 동일하게 문제되므로 한꺼번에 판단한다.

원심은, ① 피고인 1이 공소외 10과 공소외 36으로부터 개인적으로 차용한 금원 또는 회사자금과 별도로 개인적으로 관리하는 자금으로 공소외 10과의 1차 내지 3차 각 투자수익보장약정에 따른 현금담보를 제공한 점, ② 위 각 투자수익보장약정에 따라 작성된 제안서 등은 '연대보증인'을 계약 주체로 하고 있고, 연대보증인으로는 피고인 1과 공소외 2 주식회사(또는 공소외 8 주식회사)가 기재되었으나, 한편 위 제안서는 계약의 주체를 '공소외 2 주식회사(또는 공소외 8 주식회사)의 실질적인 대주주이자 경영권자인 연대보증인'으로 규정하고 있는데 이는 피고인 1을 의미한다고 할 것인 점, ③ 피고인 1은 검찰조사 시 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사가 계약주체로 포함된 이유에 관하여, '공소외 10이 말하기를 "어차피 구조가 자사주 매입의 형식이기 때문에 공소외 7 법인에서 공소외 2 주식회사 주식을 매입한다면 공소외 2 주식회사가 계약주체가 되어야 하고 공소외 8 주식회사 주식을 매입한다면 공소외 8 주식회사가 계약주체가 되어야 한다.

솔직히 이것은 투자의 개념이 아니라 금전대여의 개념이기 때문에 회사법인보다는 채권회수가 쉬운 피고인 1과 공소외 37한테 손실을 물을 것이다.

"고 해서 그렇게 하는 것이다"라고 진술하였고, 계약주체에 대하여 '내가 담보를 제공하고 손실도 내가 책임을 지기 때문에 내가 빌리는 것이다'라고 진술한 점, ④ 공소외 10도 이 법정에서 '계약상대방은 피고인 1 개인이고, 이 사건 거래의 본질은 실제 사주인 피고인 1 개인에게 주식매수대금 또는 유상증자 대금을 대여해주고 증인이 관리하는 계좌로 취득한 주식을 담보로 제공받는 것이며, 거래과정에서 발행한 손해 또는 수익은 모두 실사주인 피고인 1에게 귀속된다.

상대방이 회사가 아니라 개인인 것은 분명하다.

위약사항이 없는 한 회사에 소구할 일도 없기 때문에 피고인 1이 개인적으로 위약이 생겼을 경우에도 개인적으로 갚을 것으로 믿고 한 것이다'라는 취지로 진술한 점, ⑤ 피고인 1은 공소외 10이 취득한 주식에 대하여 공소외 10의 위임을 통하여 자사주 제한 없이 의결권 등을 행사하는 반면, 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사는 자사주에 대한 의결권을 행사할 수 없는 점, ⑥ 피고인 1은 공소외 10과의 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 반환받은 현금담보와 이득금을 회사에 귀속시키지 아니하고 개인적으로 관리한 점, ⑦ 2009. 10. 7. 피고인 1, 공소외 8 주식회사 명의로 체결된 4차 투자수익보장약정에 대하여, 2010. 3. 18. 피고인 1과 공소외 10 사이에 기존 연대보

증인인 공소외 8 주식회사를 면책시키고, 공소외 14 주식회사와 공소외 3 주식회사를 새로운 연대보증인으로 하며, 피고인 1의 권리의무는 그대로 유지하기로 하는 내용의 합의서가 작성된 점 등을 종합적으로 고려할 때 위 각 투자수익보장약정의 실질적인 계약주체는 피고인 1 개인이라고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들과 함께 ① 피고인 1은 공소외 10으로부터 공소외 10이 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주식을 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 주식 매수내역을 지속적으로 확인한 점, ② 피고인 1은 공소외 10에게 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식을 2009. 4. 15.부터 2009. 4. 24.까지 사이에 매각하도록 지시하기도 한 점(수사기록 1권 1179쪽) 등을 고려하면 위 각 투자수익보장약정은 피고인 1이 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주가를 안정적으로 관리하기 위하여 공소외 10 또는 공소외 7 법인으로 부터 자금을 차용한 금전소비대차에 해당한다고 봄이 옳다.

(2) 투자수익보장약정을 통한 시세조종행위 또는 부정거래행위 여부

(가) 현실거래에 의한 시세조종행위 여부

이 부분은 아래 VI항과 XI항 부분에서도 항소이유를 판단하는 과정에서 동일하게 문제되므로 한꺼번에 판단한다.

1) 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장법 부칙 제2조로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하며, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

한편 위 조항 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것일 뿐 그로 인하여 실제로 시세가 변동될 필요까지는 없고, 일련의 행위가 이어진 경우에는 전체적으로 그 행위로 인하여 시세를 변동시킬 가능성이 있으면 충분한데, 이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성과 공정성, 가장 혹은 허위매매 여부, 시장관여율의 정도, 지속적인 종가관리 등 거래의 동기와 태양 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 대하여도 동일하게 적용된다.

2) 원심은, ① 피고인 1이 위 각 투자수익보장약정 체결 시마다 '실질적인 대주주이자 경영권자인 연대보증인(피고인 1 등)은 본인의 보증과 사전담보를 제공하고 주식매입자금을 사용하여 자사주를 매입하는 개념으로, 투자자에게 적절한 일정수익을 보장하고 장내 혹은 동시호가, 시간 외 종가에 블록으로 소액투자자의 매도물량을 인수시켜, 주가의 하락을 지연시키고 시장의 안정을 도모한다'는 취지가 기재된 제안서를 체결하고, 공소외 10에게 원금 및 확정수익을 보장하면서 공소외 7 법인 등의 명의로 위 제안서의 내용과 같이 소액투자자의 매도물량을 지속적으로 흡수하

는 거래를 하였는데, 위와 같은 거래에 의하여 형성된 시세는 유가증권 시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것이 아닌 인위적으로 조작된 것으로 봄이 상당한 점, ②피고인 1이 공소외 7 법인과 체결한 1차 내지 3차 각 투자수익보장약정에 따라 공소외 10이 장내매수에 투입한 비용이 각 20억 원, 30억 원, 6억 원에 이르는 거액이고, 이를 통하여 일일 매매 거래량의 약 10%에 이르는 주식을 장내에서 매입하였으며, 특히 매수량의 약 1/3을 공소외 7 법인 등 명의의 외국인투자전용계좌를 사용하여 매수한 점, ③피고인 1이 공소외 10과 체결한 4차 투자수익보장약정의 경우, 피고인 1은 상피고인 2를 통하여 공소외 10 측에 주식매수청구 방어를 위하여 적극적으로 고가·대량매수를 해 줄 것을 요청하였고, 공소외 10도 이를 수락함에 따라, 단 4일의 거래일 동안 30억 원에 이르는 주식을 매수하였고, 위 거래내역에서 별지 범죄일람표 4의 1 내지 3 각 기재와 같이 고가매수, 물량소진 주문, 허수매수 주문 형태의 시세조종성 주문이 발견되는 점, ④피고인 1은 4차 투자수익보장약정 체결과 동시에 상피고인 10, 8을 통하여 공소외 8 주식회사 주식에 대한 시세조종행위를 하였는데, 이를 포함한 시세조종성 거래는 별지 범죄일람표 7 기재와 같이 모두 219회, 339,225주에 이르고, 위 기간 매매관여율이 42.5%, 호가관여율이 합계 8.9%에 이르며, 이에 따라 공소외 8 주식회사 주가가 3,800원대에서 4,200원대로 상승한 점, ⑤ 위 각 투자수익보장약정은 결국 일정액의 현금담보를 공소외 10에게 지급하여 공소외 10으로 하여금 그 현금담보 금액의 3배에 해당하는 주식을 매입하게 하는 것으로서, 기본적으로 적은 돈으로 많은 양의 주식거래를 일으키는 것이므로 그로 인한 주식거래는 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 것으로 보일 여지가 충분한 점, ⑥피고인 1은 공소외 10으로부터 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 매수내역을 지속적으로 확인한 점, ⑦피고인 1 스스로도 위 각 투자수익보장약정에 관하여 추가하락 방지의 목적이 있었음을 인정하고 있는 점 등을 종합할 때 피고인 1이 매매를 유인할 목적으로 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래를 한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

- 3) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 2)항과 같은 사정들을 위 1)항의 법리에 기초하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고(다만 VI항에서 판단하는 것처럼 3차 투자수익보장약정을 통한 공소외 2 주식회사 주식매수행위에 대하여는 현실거래에 의한 시세조종행위로 판단하지 않는다), 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(나) 부정거래행위 여부

- 1) 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제1호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 부당한 이익을 얻기 위하여 고의로 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하거나 위계를 쓰는 행위를 금지하고 있다.
- 여기서 '위계'는 거래 상대방이나 불특정 투자자를 기망하여 일정한 행위를 유인할 목적의 수단, 계획, 기교 등을 말하는 것이고, '기망'은 객관적 사실과 다른 내용의 허위사실을 내세우는 등의 방법으로 타인을 속이는 것을 의미한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009도6411 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제178조 제2항에 규정된 '위계'를 해석함에 있어서도 동일하게 적용된다.
- 2) 원심은, ①공소외 10이 위 각 투자수익보장약정에 따라 투자 위험 없이 주식을 매수하는 것임에도 불구하고, 공소외 7 법인 등의 해외계좌와 자신이 관리하는 국내계좌들을 이용하여 자신이 직접 투자위험을 감수하고 주식을 매수하는 것처럼 주식을 장내에서 매수하였는데, 이로 인하여 일반투자자들은 공소외 10의 주식매수로 인하여 늘어난 거

래량과 주식의 시세를 정상적인 거래량과 시세로 오인하였을 것으로 보이는 점, ②피고인 1은 공소외 37로부터 공소외 10을 홍콩회사인 공소외 7 법인의 대리인이라고 소개받아서 위 회사가 외국회사임을 인식하고 있었고, 공소외 10과 위 각 투자수익보장약정을 체결할 경우 일부를 외국인 명의 계좌로 매수한다는 점도 알고 있었던 점, ③ 실제로 공소외 10은 일정 부분은 공소외 7 법인 등의 외국인투자전용계좌로 주식을 매수하였던 점, ④ 위와 같이 외국인이 국내증권사의 계좌를 이용하는 경우에는 외국인이 주식을 매입하였다는 사실이 일반투자자들에게 공지되고, 일반투자자들로서는 해외법인이나 해외펀드가 당해 법인의 주식을 매수하거나 유상증자에 참여할 경우 당해 법인의 투자 가치가 국제적으로 확인되었다는 인식을 갖게 될 가능성이 있는 점, ⑤ 일반투자자들이 외국인이 매수한 종목이라고 하여 무조건 추격매수를 하는 것으로 볼 수는 없으나, 외국인 지분정보 및 외국인들의 매수도 경향은 주식거래 사이트 및 경제지 등에서 주식시장의 주요 동향으로 취급되면서 일반투자자들에게 그 정보가 제공되는 등 일반투자자들의 투자 판단에 중요한 호재로 작용하고 있는 것으로 보이는 점, ⑥피고인 1은 시세조종의 목적으로 위 각 투자수익보장약정을 체결한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1이 시세의 변동을 도모할 목적으로 위계를 사용하는 부정거래행위를 하였다고 판단하였다.

또한 원심은 피고인 1의 공소외 10을 통한 주식매수행위가 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 '위계의 사용'에 해당하므로, 위와 같은 행위는 같은 조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 수단, 계획 또는 기교의 사용'에도 해당한다고 판단하였다.

3) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 2)항과 같은 사정들을 위 1)항의 법리에 기초하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고(특히 위 각 투자수익보장약정에 따른 공소외 10의 주식매수는 실질적으로는 투자가 아니고 금원 대여에 따른 담보취득에 불과함을 고려하면 더욱 그렇다), 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(3) 상피고인 8, 9를 통한 현실거래에 의한 시세조종행위 여부

원심은, ①피고인 1과 상피고인 8, 9는 공소외 2 주식회사에서 실시하는 제3자 배정 유상증자 주금 납입일까지 주가를 관리한다는 목적 하에 피고인 1이 상피고인 8을 통하여 7천만 원을 상피고인 9에게 교부하여 주식 거래가 이루어진 점, ②상피고인 9는 일정 부분의 수수료를 지급받음으로써 일부 손실 보장을 받은 상태에서 상피고인 8의 부탁에 따라 공소외 2 주식회사 주식을 장내에서 매매하였는데, 이러한 거래는 정상적인 투자 판단에 따른 매매거래로 볼 수 없고, 이로 인하여 일반투자자들은 상피고인 9의 주식매수로 인하여 늘어난 거래량과 주식의 시세를 정상적인 거래량과 시세로 오인하였을 것으로 보이는 점, ③상피고인 9는 공소외 38 명의의 계좌를 통해 주식 매수에 투입한 비용이 합계 7천만 원에 불과함에도 불구하고 위 기간 동안 매수와 매도를 반복하는 방식의 거래를 함으로써, 10억 원 이상의 주식을 매수하고 10억 원 이상의 주식을 매도한 점, ④피고인 1은 같은 기간 공소외 10을 통하여 공소외 2 주식회사 주식에 대한 시세조종행위를 하였고, 피고인 1, 상피고인 8, 9 및 공소외 10의 순차적·암묵적 공모관계가 인정되는 점 등을 고려할 때 피고인 1이 상피고인 8, 9와 공모하여 매매를 유인할 목적으로 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래를 한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

나아가 ①상피고인 9는 2009. 1. 14. 상피고인 8로부터 2천만 원을 교부받아 2009. 1. 20. 이를 공소외 38 명의 계좌에 입금하여 공소외 2 주식회사 주식을 매매하다가 2009. 2. 3. 이를 모두 매도하여 위 계좌의 거래를 정리하였는데, 2009. 2. 10. 상피고인 8로부터 추가로 5천만 원을 교부받아 이를 추가로 투입하여 같은 날부터 다시 위 계좌를 통한 공소외 2 주식회사 주식 매매를 시작한 점, ②피고인 1은 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 유상증자가 종료된 후에도, 2008. 11. 25. 공소외 7 법인과 체결하였던 1차 투자수익보장약정의 계약기간을 2009. 2. 25.과 2009. 3. 25. 2회에 걸쳐 연장하고 2009. 3. 3.경 공소외 7 법인과 새로이 2차 투자수익보장약정을 체결하는 등 지속적으로 공소외 2 주식회사의 주가를 관리해 온 점, ③상피고인 9는 수사기관 및 원심법정에서, 2009. 2. 10. 이후에도 상피고인 8의 지시에 따라 위 공소외 38 명의 계좌에서 공소외 2 주식회사 주식을 매매하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합해볼 때, 상피고인 9의 2009. 2. 10. 이후의 공소외 2 주식회사 주식 매매거래에 관하여도 피고인 1과 상피고인 8의 범의 및 공모관계를 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다[공소장과 검사의 2010. 5. 31.자 의견서의 각 기재에 의하면, 검사가 위와 같은 피고인 1과 상피고인 8, 9의 공모에 의한 주식거래행위를 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 위계의 사용에 의한 부정거래행위로 의율하지 않았음은 분명하고, 원심 역시 같은 전제 하에 공소사실을 판단하였다.

결국 아래 4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 1과 상피고인 8, 9의 공모에 의한 주식거래행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위에는 해당하지 않는다].

(4) 유상증자 차명 참여 등으로 인한 부정거래행위 여부

(가) 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위 여부

원심은, ①피고인 1이 공소외 8 주식회사를 통하여 2008. 5. 23.경 공소외 2 주식회사를 인수한 후, 2008년 11월경부터 제3자 배정 유상증자를 추진하려 하였으나 성공하지 못했고, 2009. 1. 23.경 공소외 2 주식회사의 144억 원 상당의 제3자 배정 유상증자 결정을 공시할 무렵에는 유상증자 성공을 위하여 상피고인 8, 9 등을 통하여 공소외 2 주식회사 주식의 시세조종을 하는 등 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자의 성공을 지속적으로 추구하여 온 점, ②피고인 1은 상피고인 11을 통하여 상피고인 13으로부터 10억 원을 차입하고, 상피고인 12로부터 30억 원을 차입하여 차명으로 유상증자금을 납입하고, 상피고인 12가 투자하는 30억 원에 대하여는 공소외 2 주식회사의 당좌수표 및 현금담보를 제공하면서 원금보장 약정을 하였는데, 상피고인 12, 13으로부터 차입한 40억 원을 통한 유상증자금 납입은 공소외 2 주식회사의 실질적인 사주인 피고인 1의 계산으로 차입하여 납입한 것이고, 상피고인 12의 30억 원 유상증자 참여 역시 통상적인 투자 판단에 따라 원금손실 위험을 부담하면서 참여한 것이 아니므로 모두 정상적인 제3자의 유상증자 참여로 볼 수 없는 점, ③ 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 유상증자에 총 129억 원 상당의 주금이 납입됨으로써 위 유상증자가 제3자의 참여로 성공한 듯한 외양이 형성되었으나, 그중 위와 같은 방식으로 납입된 금액이 전체 납입금의 절반을 초과하는 70억 원에 이르고, 이를 제외하면 정상적인 납입이 이루어진 금액은 59억 원에 불과한데, 피고인 1의 위와 같은 행위가 없었다면 144억 원 상당으로 예정되어 공시된 위 유상증자는 사실상 실패하였을 것으로 보이는 점, ④ 제3자 배정 유상증자의 성공은 코스닥시장에서 일반투자자들에게

게 공개되어 공소외 2 주식회사의 재무구조가 좋아지고 신규사업진출 실현가능성이 높아진 것이라는 평가를 받게 되고 유상증자 참여자들 및 일반투자자들에게 공소외 2 주식회사가 투자할만한 가치가 있는 회사라는 인상을 주는 등 주식시장에서 일반적으로 호재로 작용하는 반면, 제3자 배정 유상증자 실패는 주식시장에서 중대한 악재로 작용하는 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1의 위와 같은 행위는 불특정투자자를 기망하여 착오상태에 빠트릴 수 있는 기교를 사용하는 행위로서 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규정한 '부정한 기교'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(나) 중요사항에 관한 거짓 기재로 인한 부정거래행위 여부

원심은, 피고인 1이 상피고인 12, 13의 차입금을 통하여 차명으로 공소외 2 주식회사의 주식 1,396,640주를 배정받음으로써 공소외 2 주식회사 지분의 5.2%를 취득하였음에도 2009. 3. 3. 공소외 8 주식회사 명의의 주식 등 대량 보유상황보고에 특수관계인인 피고인 1의 주식 보유 사실을 기재하지 아니한 사실을 인정한 후 공소외 2 주식회사의 주요주주의 변동에 관한 사항, 공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1의 차명 주식 보유 및 매도 여부는 공소외 2 주식회사의 주가에 직접적인 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당한다고 할 것이며, 따라서 피고인 1이 위와 같은 거짓기재를 통하여 자신의 유상증자 참여 및 지분취득 사실을 은폐하고 향후 주식을 매도할 때 발생하는 공시의무를 회피함으로써 주가상승 또는 하락방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다(검사는 당심에서 이 부분과 관련한 공소사실을 일부 변경하였으나 변경된 공소사실에는 원심이 판단한 종전 공소사실이 여전히 포함되어 있다).

(5) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 공소외 10이 피고인 1의 요청에 따라 2009. 4. 15.경부터 2009. 4. 22.경까지 사이에 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식 656,480주를 장내에서 매도한 사실, 공소외 10이 2009. 6. 4.에는 2차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식 742,051주를 장내에서 매도한 사실 및 피고인 1이 차명으로 배정받은 공소외 2 주식회사 주식 1,396,640주를 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5. 매도한 사실을 인정한 후, ① 피고인 1, 2와 공소외 10이 장내에서의 시세조종행위로 944,338,799원[=700,602,204원(1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식의 매도가격 2,664,265,714원(거래세 등을 반영한 순매도액임) - 매수가격 1,963,663,510원) + 243,736,595원{2차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식의 매도가격 3,243,730,820원(거래세 등을 반영한 순매도액임) - 매수가격 2,999,994,225원}]의 이익을 취득하였고, ② 피고인 1, 2는 유상증자에서 원금보장약정과 차명을 이용하여 부정

하게 신주를 취득하는 행위로 1,268,351,562원(=차명으로 배정받은 주식을 매각한 금액 5,268,348,522원 - 차입금 3,999,996,960원)의 이익을 취득하였으므로, 결국 피고인 1이 자본시장법 위반행위로 인하여 얻은 이익액은 2,212,690,361원(=1, 2차 각 투자수익보장약정을 통한 부당이익액 944,338,799원 + 유상증자 차명 참여 등으로 인한 부당이익액 1,268,351,562원)이라고 판단하였다.

(나) 이 법원의 판단

1)구 증권거래법 제207조의2와 제214조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'이란 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다.

통상적인 경우에는 위반행위와 관련된 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총비용을 공제한 차액을 산정하는 방법으로 인과관계가 인정되는 이익을 산출할 수 있다.

그러나 구체적인 사안에서 위반행위로 얻은 이익의 가액을 위와 같은 방법으로 인정하는 것이 부당하다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는, 사기적 부정거래행위를 근절하려는 위 법 제207조의2와 제214조의 입법 취지와 형사법의 대원칙인 책임주의를 염두에 두고 위반행위의 동기, 경위, 태양, 기간, 제3자의 개입 여부, 증권시장 상황 및 그 밖에 주가에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들을 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 인정되는 이익을 산정해야 하며, 그에 관한 입증책임은 검사가 부담한다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 위반행위로 인한 이익액을 산정함에 있어서도 동일하게 적용된다.

2) 원심이 1차 투자수익보장약정에 따른 위반행위로 피고인 1이 얻은 이익액이 700,602,204원이라고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가나, 2차 투자수익보장약정에 따른 위반행위로 얻은 이익액과 유상증자 차명 참여 등으로 얻은 이익액을 산정한 부분은 아래와 같이 인정되는 사실에 기초하여 위 1)항의 법리에 따라 살펴볼 때 그 타당성을 인정하기 어렵다.

기록에 의하면 피고인 1이 2차 투자수익보장약정이나 유상증자 차명 참여 등으로 부정하게 취득한 공소외 2 주식회사의 주식을 처분하기 직전인 2009. 6. 2. 이명박 대통령이 한-아세안 특별정상회의 행사장에서 수소연료전지 자동차 기술에 대하여 "This is our dream."이라고 설명했다는 소식이 전해지면서 수소에너지 관련주들의 거래량과 주가가 급증한 사실, 공소외 2 주식회사의 경우 2009. 5. 21.부터 2009. 6. 1.까지는 거래량이 최소 291,230주, 최대 2,641,904주였고, 주가도 계속 하락하는 추세를 보였는데(2009. 5. 21. 종가 4,835원 → 2009. 6. 1. 종가 3,450원), 2009. 6. 2.에는 거래량이 1,227,783주, 종가가 3,965원이 되었다가 2009. 6. 3.에는 거래량이 5,221,418주, 종가가 4,555원, 2009. 6. 4.에는 거래량이 13,124,012주, 종가가 3,875원, 2009. 6. 5.에는 거래량이 4,906,811주, 종가가 3,515원이 되는 등 거래량과 주가가 모두 급격하게 변동한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 1이 공소외 2 주식회사의 주식을 처분한 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5.의 공소외 2 주식회사 주가상승분에는 이명박 대통령의 위와 같은 발언으로 인한 상승분도 포함되어 있으므로 이 부분에 대해서까지 피고인 1의 위반행위로 인한 결과에 귀속시키는 것은 자기책임의 원칙에 반하고 이를 분리하여 제외하여야 한다.

그런데 검사가 제출한 증거들만으로는 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5. 당시 공소외 2 주식회사 주가 중 피고인 1의 위반행위와 인과관계가 인정되는 부분만을 분리하여 그 이익액을 산정하기에 충분하지 않으므로 결국 이 부분 위반행위로 인한 이익액은 산정할 수 없는 경우에 해당한다.

3) 그런데 자본시장법 제443조 제1항은 자본시장법 제176조 또는 제178조를 위반한 자를 10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서는 위 제1항의 위반행위로 얻은 이익액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처하고(제2호), 50억 원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정함으로써(제1호) 이익액에 따라 형을 가중하여 처벌하고 있다.

즉 금원이나 재산상 이익(액수 불상인 경우를 포함한다)의 취득 자체가 구성요건으로 되어 있는 재산범죄 등과는 달리 시세조종행위 또는 부정거래행위로 인한 자본시장법위반죄의 경우 이익 또는 손실의 회피 여부에 관계없이 범죄가 성립하나, 이익액이 있는 경우 그 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로 이익액의 존부와 그 액수는 엄격한 증명의 대상이 되고, 그 입증책임은 검사가 부담한다.

한편 아래 4.나.의 (2)항(판결문 57쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 1의 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행과 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행은 단일하고 계속된 범의 하에서 일정기간 계속하여 반복한 범행으로서 포괄일죄의 관계에 있다.

따라서 검사로서는 피고인 1의 자본시장법위반 범행에 대하여 가중 처벌규정의 적용을 구하려면 포괄일죄의 관계에 있는 각각의 자본시장법위반 범행으로 인하여 피고인 1이 이익을 취득하였는지 여부, 이익을 취득하였다면 그 가치가 어느 정도인지에 대하여 입증하여야 하고(일련의 범행 중 일부 범행으로 인한 이익액을 산정할 수 없는 경우에는 적어도 손실을 입지는 않았다는 점을 입증하여야 한다), 만약 이를 입증하지 못한 경우에는 전체적으로 이익액을 산정할 수 없다고 보아야 한다.

예를 들어 피고인이 단일하고 계속된 범의를 가지고 시세조종행위 또는 부정거래행위를 하여 ①, ②, ③의 각 자본시장법위반죄를 저지른 경우를 가정하여 보자. 만약 피고인이 ① 자본시장법위반죄를 통하여 50억 원의 이익이, ② 자본시장법위반죄를 통하여 20억 원의 손실이, ③ 자본시장법위반죄를 통하여 10억 원의 이익이 발생하였다면 피고인은 포괄하여 40억 원(=50억 원 - 20억 원 + 10억 원)의 이익을 얻었다고 평가할 수 있고 이에 따라 자본시장법 제443조 제2항 제2호에 의하여 가중 처벌된다.

한편 피고인이 ② 자본시장법위반죄를 통하여 이익을 얻은 것은 분명하나 그 액수를 산정할 수 없는 경우에는 포괄하여 적어도 60억 원(=50억 원 + 0원 + 10억 원)의 이익을 얻은 것으로 평가하여 자본시장법 제443조 제2항 제1호에 의하여 가중 처벌할 수 있다.

그러나 이와 달리 피고인이 ② 자본시장법위반죄를 통하여 이익을 얻었는지 아니면 손실을 입었는지 자체가 불분명하다면 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 ①, ②, ③ 자본시장법위반죄를 통하여 얻은 이익은 산정할 수 없다고 보아야 하고, 함부로 가중 처벌 규정을 적용하여서는 안 된다.

4) 이 사건의 경우, 위에서 본 것처럼 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행 중 1차 투자수익보장약정에 의한 이익액은 700,602, 204원으로 산정할 수 있는 반면 2차 투자수익보장약정이나 유상증자 차명 참여 등에 의한 자본시장법위반 범행, 나아가 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행의 경우 그로 인하여 피고인 1이 이익을 얻었는지 여부 또는 적어도 손실을 입지 않았는지에 대하여 이를 인정한 만한 증거가 부족하다.

결국 피고인 1이 포괄일죄의 관계에 있는 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행과 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행을 통하여 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

5) 따라서 피고인 1이 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행으로 인하여 2,212,690,361원의 이익을 취득하였다고 판단한 원심에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 8, 9 부분

(1) 항소이유 요지

공소외 10이 1차 투자수익보장약정에 따라 공소외 2 주식회사 주식을 매수한 시점과 피고인 8, 9가 공소외 2 주식회사 주식을 장내에서 매수한 시점이 불일치하더라도 피고인 8, 9가 범행에 가담한 시점이 1차 투자수익보장약정에 따라 취득한 공소외 2 주식회사 주식이 매도되기 전이고, 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식의 매도, 2차 투자수익보장약정에 따른 공소외 2 주식회사 주식 매수 및 매도 시점에 지속적으로 가담한 점을 고려하면 피고인 8, 9가 위반행위로 인하여 얻은 이익액은 공범인 피고인 1, 2 및 공소외 10과 동일하게 944,338,799원으로 보아야 한다.

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들과 그에 의해서 인정되는 원심 판시와 같은 사실들을 종합하면, 피고인 8, 9가 2009. 1. 14. 이후의 범행에 대하여만 피고인 1, 2 및 공소외 10의 범행에 대하여 공동정범으로서의 책임을 부담하고, 나아가 공범관계가 인정되는 2009. 1. 14. 이후 거래로 인하여 발생한 이익을 따로 산정할 수 있는 증거가 부족하다고 판단한 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 피고인 11, 12, 13 부분

(1) 항소이유 요지

상피고인 1은 피고인 12, 13으로부터 차용한 금원을 위 차용금으로 배정받은 공소외 2 주식회사 유상증자 신주를 매각하여 변제하기로 약정하였으므로, 상피고인 1, 2와 피고인 11, 12, 13의 공모관계는 2009. 2. 3. 끝나는 것이

아니라 2009년 5월 하순경부터 2009년 6월 초순경까지 공소외 2 주식회사 유상증자 신주를 매각하여 그 이익을 실현할 때까지 계속된다.

따라서 피고인 11, 12, 13에 대하여도 자본시장법 제178조 제1항 제1호가 적용된다.

(2) 판단

원심이 적절하게 판단한 것처럼 검사가 제출한 모든 증거를 종합하더라도 피고인 11, 12, 13이 상피고인 1, 2의 일련의 자본시장법위반 범행 중 차명 이용 또는 원리금 보장 약정 하의 유상증자 참여행위에 가담한 사실이 인정될 뿐이고 나아가 상피고인 1, 2의 2009. 3. 3.자 주식 등 대량보유상황 보고의무위반행위를 비롯한 그 이후의 일련의 시세조종행위 또는 부정거래행위에 가담하였음을 인정할 만한 증거가 없다[또한 아래 3의 나항(판결문 53쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 12나 피고인 13이 상피고인 1과 공소외 2 주식회사 주식을 공동으로 보유하여 대량보유보고의무를 부담하였다고 인정되지도 않는다].

그런데 피고인 11, 12, 13의 범행은 2009. 2. 2. 유상증자금이 납입되고 상피고인 1, 2가 2009. 2. 3.경 제3자 배정 유상증자 청약 및 납입결과를 공시하고 유가증권발행실적보고서를 제출함으로써 기수에 이르렀고, 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 2007. 8. 3. 법률 제8635호로 신설되어 부칙 제1조에 따라 2009. 2. 4.부터 시행되었으므로 결국 피고인 11, 12, 13에 대한 이 부분 공소사실은 행위 당시의 법률에 의하면 죄가 되지 아니하는 때에 해당한다.

결국 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

다.

피고인 1, 2 부분

(1) 항소이유 요지

상피고인 11, 12, 13에 대하여도 자본시장법 제178조 제1항 제1호가 적용되므로 상피고인 12가 30억 원을 투자하여 얻은 이익액 1,345,238,623원도 피고인 1, 2의 위반행위로 얻은 이익액에 포함되어야 한다.

(2) 판단

위 나의 (2)항(판결문 54쪽)에서 판단한 것처럼, 상피고인 12는 피고인 1, 2의 자본시장법위반 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담하지 않으므로, 상피고인 12가 피고인 1의 투자원리금 보장 약정 하에 공소외 2 주식회사의 주식을 취득한 후 이를 처분하여 어떠한 이익이 발생하였다고 하더라도 이를 피고인 1, 2의 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액에 포함시킬 수 없다.

원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 관련 규정

자본시장법시행령 제141조 제2항에서는 '공동보유자'에 대하여, 본인과 합의나 계약 등에 따라, ① 주식등을 공동으로 취득하거나 처분하는 행위, ② 주식등을 공동 또는 단독으로 취득한 후 그 취득한 주식을 상호양도하거나 양수하는 행위, ③ 의결권(의결권의 행사를 지시할 수 있는 권한을 포함한다)을 공동으로 행사하는 행위를 할 것을 합의한 자

를 말한다고 규정하고 있다.

나. 판단

- (1) 변경된 공소사실에는, 피고인 12가 피고인 1의 원금보장 하에 취득한 30억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식 1,047,480주, 피고인 1이 피고인 13으로부터 차입한 10억 원을 이용하여 공소외 11 명의로 취득한 공소외 2 주식회사 주식 349,160주, 공소외 10이 1차 투자수익보장약정에 따라 2008. 11. 27.경부터 2009. 1. 7.경까지 장내에서 매수한 공소외 2 주식회사 주식 656,480주와 2차 투자수익보장약정에 따라 2009. 3. 3.경부터 2009. 4. 29.경까지 장내에서 매수한 공소외 2 주식회사 주식 742,051주의 경우 당사자 사이에 공동의 의사로 주식을 취득하거나 처분하기로 합의가 되어 있으므로 각 공동보유 관계에 있다고 기재되어 있다.
- (2) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 공소외 10은 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 피고인 1에게 돈을 빌려주되 공소외 10 본인이 관리하는 계좌로 공소외 2 주식회사의 주식을 매수하는 방법으로 담보를 취득한 사실, 피고인 1은 공소외 10이 취득한 주식에 대하여는 위임을 통하여 의결권 등을 행사하였고, 공소외 10으로부터 공소외 10이 주식을 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 매수내역을 지속적으로 확인한 사실, 피고인 13은 피고인 1에게 10억 원을 대여하고 그 담보 명목으로 피고인 1이 위 자금을 이용하여 차명으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식을 제공받았으나 그 처분은 피고인 1의 의사에 따라 이루어진 사실 및 피고인 12는 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 공소외 2 주식회사 유상증자 대금으로 30억 원을 납입하고 공소외 2 주식회사 주식을 취득한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 공소외 10이 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 취득한 공소외 2 주식회사 주식과 피고인 1이 피고인 13의 차용금 10억 원으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식은 모두 피고인 1이 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이고, 한편 피고인 12가 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 취득한 30억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식은 피고인 12가 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이라고 할 것이며, 검사가 제출한 증거들만으로는 당사자들 사이의 합의에 의하여 주식을 공동으로 취득하였다고 인정하기에 부족하다.

한편 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 자신이 보유하는 공소외 2 주식회사 주식을 공소외 10이나 피고인 13에게 담보로 제공하였다고 하더라도 공소외 10이나 피고인 13로서는 피고인 1의 채무불이행이 없는 한 위 각 주식을 임의로 처분할 수 없는 것이고, 반면 피고인 1로서는 담보로 제공된 주식을 처분하지 않는 대신 현금을 제공하는 방법으로 주식을 반환받을 수 있는 점, ② 피고인 12가 자신의 투자금으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식을 처분할 때 피고인 1의 의사를 고려하는 것은 공소외 2 주식회사의 주가가 피고인 1에게 불리하게 변동되고 있는 상황에서 주식을 처분하여 피고인 1의 손실이 확대되는 것을 방지하는 데 있는 것이지 피고인 1이 동의하지 않는 한 주식을 처분하지 않기로 약정한 것으로는 볼 수 없는 점, ③ 피고인 1은 공소외 10 등에 대한 채무이행의 담보 명목으로 공소외 2 주식회사 등이 발행한 약속어음이나 당좌수표를 제공하였으므로 공소외 10 등 피고인 1에 대한 채권자들로서는 반드시 피고인 1과 공동으로 주식을 처분하여 원리금을 회수하여야 하는 것은 아닌 점 등을 고려할 때 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1, 12, 13 및

공소외 10이 합의나 계약 등에 따라 취득한 주식을 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에 부족하다.

- (3) 결국 피고인 1, 12, 13 및 공소외 10이 각각 공소외 2 주식회사 주식의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다.

4. 직권판단

가. 현실거래에 의한 시세조종행위와 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위의 관계

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 8, 9가 공모하여, 피고인 9가 피고인 8로부터 받은 피고인 1의 자금을 이용하여 공소외 2 주식회사의 주식을 매수한 행위를 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단하면서도 이와 동시에 이와 같이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는 범행은 당연히 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위에도 해당한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 일죄만을 구성하는 경우에는 법조경합에 해당하고, 실질적으로 일죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2001도1429 판결 등 참조).

그런데 ①자본시장법 제178조 제1항 제1호는 제176조에 열거된 시세조종행위와는 다르게 규제대상이 금융투자상품이므로 상장증권이나 장내파생상품으로 제한되지 않고, 거래 장소도 거래소 시장으로 제한되지 않으며, 매매 이외의 다양한 유형의 거래까지 규제대상으로 하고 있는 점, ② 위 각 죄의 보호법익은 모두 주식 등 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익인 점 등을 고려하면 위 각 죄는 법조경합관계(특별관계)에 있다고 봄이 옳다.

따라서 피고인 1, 8, 9의 위 범행이 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한 이상 이로 인한 자본시장법위반죄만 성립할 뿐이고, 이와 별도로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위로 인한 자본시장법위반죄가 성립하지는 않는다.

이와 달리 피고인 1, 8, 9의 위 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반죄와 공소외 7 법인과의 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반죄의 죄수

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2의 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반죄와 공소외 7 법인과의 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반죄가 실제적 경합관계에 있다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 한다.

그런데 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 공소외 7 법인의 대리인인 공소외 10과 사이에 체결한 1차(2008. 11. 25.자), 2차(2009. 3. 3.자) 및 3차(2009. 6. 3.자) 각 투자수익보장약정은 모두 미국의 서브프라임 사태로 인하여 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주가가 지속적으로 하락하자 이를 막기 위하여 체결된 것으로 피고인 1, 2의 범의의 단일성과 계속성이 인정되는 점[이러한 측면에서 피고인 1, 2가 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사의 합병을 추진하면서 합병에 반대하는 공소외 8 주식회사 주주들의 매수청구권 행사 규모를 줄이기 위하여 공소외 7 법인과 체결하였던 4차(2009. 10. 7.자) 투자수익보장약정의 경우 범의의 단일성을 인정하기 어렵다], 한편 자본시장법위반죄의 보호법익은 주식 등 거래의 공정성과 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 주식 등 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결 등 참조)에 비추어 위 각 죄의 피해법익의 동일성도 인정되는 점 등을 고려할 때 위 각 죄는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 옳다.

이와 달리 위 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범의 관계에 있다고 보아 경합범가중을 한 원심에는 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

VI. 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유 요지

가. 피고인 1과 공소외 7 법인이 체결한 투자수익보장약정은 투자계약에 해당하는데, 원심은 이를 소비대차계약으로 오인하였다.

나. 공소외 10이 주식을 매수한 기간 중 공소외 2 주식회사의 총 거래량은 13,370,049주인 반면 공소외 10이 매수한 공소외 2 주식회사 주식은 104,926주이고, 공소외 8 주식회사의 총 거래량은 1,571,281주인 반면 공소외 10이 매수한 공소외 8 주식회사 주식은 47,176주에 불과하여 주식의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하였다고 볼 수 없다.

또 공소외 10의 주식매수행위가 주가상승에 절대적 영향을 미쳤다고 보기 어렵고, 주식시장에서의 정상적인 수요·공급의 시장원리에 반하여 주가를 부당하게 형성할 의도로 공소외 10과 투자수익보장약정을 체결한 것도 아니다.

2. 판단

가. 우선 피고인 1이 3차 투자수익보장약정을 통하여 공소외 10으로 하여금 공소외 8 주식회사 주식 47,176주를 매수하도록 한 부분의 경우, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 V.1.나의 (1)항(판결문 35쪽)과 (2)의 (가)항(판결문 37쪽)에서 기재한 사정들, 여기에다가 2009. 6. 9. 공소외 8 주식회사의 주식거래량은

548,221주인데 공소외 10은 당일 그 8.6%에 해당하는 주식을 매수한 점 등을 더하여 보면 이 부분 범행이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단한 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

다만 위 V.4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 직권으로 판단한 것처럼, 자본시장법 제176조 제2항 제1호와 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 법조경합의 관계에 있다.

따라서 피고인 1의 이 부분 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 다음으로 피고인 1이 3차 투자수익보장약정을 통하여 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 104,926주를 매수하도록 한 부분의 경우, 위 V.1.(5)(나)의 2)항(판결문 47쪽)에서 본 것처럼 이명박 대통령의 2009. 6. 2.자 발언 이후 공소외 2 주식회사의 주식 거래량이 급증하였던 점, 여기에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 2009. 6. 5. 공소외 2 주식회사 주식거래량은 4,906,811주인데 공소외 10이 당일 매수한 공소외 2 주식회사 주식은 그 2.1%에 불과하고, 공소외 10은 2009. 6. 5. 이후로는 3차 투자수익보장약정에 따라 공소외 2 주식회사의 주식을 추가로 매수하지 않은 사실(2009. 6. 9.에는 공소외 8 주식회사 주식만을 매수하였다)이 인정되는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 104,926주를 매수하도록 한 행위가 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 '증권의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'에 해당한다거나 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다.

피고인 1의 이 부분 주장은 위에서 인정한 범위 내에서 이유 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 상 피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

VII. 2009. 5. 20.자 공소외 4 주식회사 유상증자 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

피고인 1은 공소외 4 주식회사 공장을 등록하기 위하여 공장등록 담당관과 협의하여 외국계 펀드의 투자를 유치한 것에 불과하고, 부정한 기교나 위계를 사용하여 부정거래행위를 한 사실이 없다.

나. 판단

원심은, ①공소외 10이 통상적인 투자 판단에 따라 원금손실의 위험을 부담하면서 유상증자에 참여한 것이 아니고, 피고인 1과의 원금 및 수익금 보장 약정과 담보제공에 따라 투자위험 없이 유상증자에 참여한 것으로서 정상적인 제3자의 유상증자 참여로 볼 수 없는데도 피고인 1은 외국법인인 공소외 7 법인이 정상적인 투자위험을 감수하고 공소외 4 주식회사의 지분을 취득하는 듯한 외양을 형성한 점, ② 위와 같은 약정 및 유상증자 참여를 통하여 외국법인인 공소외 7 법인이 취득한 공소외 4 주식회사의 지분이 10.06%에 이르고, 이로 인하여 일반투자자들은 공

소외 4 주식회사의 투자가치가 국제적으로 확인되었다는 인식을 갖게 될 가능성이 있는 점, ③피고인 1은 자신의 행위로 인하여 외국법인이 공소외 4 주식회사 지분의 10% 이상을 정상적으로 취득하는 듯한 외양을 형성하고 그로 인하여 공소외 4 주식회사의 주식 시세에 영향을 미칠 수 있다는 점에 관하여 적어도 미필적 인식이 있었다고 봄이 상당한 점 등을 종합해볼 때, 피고인 1의 위와 같은 행위는 불특정 투자자를 기망하는 행위로서 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 '위계의 사용'에 해당하고, 같은 조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교의 사용'에도 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

- (1)공소외 7 법인은 2009. 5. 20.자 공소외 4 주식회사 제3자 배정 유상증자에 실질적으로 참여한 것이 아니라 피고인 1에게 명의와 자금을 빌려준 것에 불과하므로 제3자 배정 대상자를 공소외 7 법인으로 공시한 것은 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 한 경우에 해당한다.
- (2)공소외 10이 공소외 7 법인 명의의 공소외 4 주식회사 주식대량보유상황보고서에서 '단순투자목적'이라고 기재한 부분은 원리금 보장, 의결권 위임, Margin call 약정 하에 피고인 1에게 명의와 자금을 빌려준 사실을 감춘 것으로 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 한 경우에 해당한다.
- (3)피고인 1, 2가 2009. 8. 14. 공소외 2 주식회사 분기보고서의 주요 약정사항에 공소외 2 주식회사와 공소외 7 법인 사이의 주식매도청구권 약정 내용을 기재하면서, 담보제공이나 채무 보증, 의결권 위임, Margin call 조항 포함 사실을 누락한 것은 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 사용한 경우에 해당한다.

나. 판단

원심은, ①피고인 1과 공소외 10 사이에 체결된 투자약정서, 주식매수청구권 행사에 관한 약정서, 투자수익보장약정서는 공소외 10이 운영하는 외국회사인 공소외 7 법인이 2009. 5. 20. 공소외 4 주식회사가 실시하는 제3자 배정 유상증자에 3,866,400,000원을 납입하여 공소외 4 주식회사 주식을 취득하고, 공소외 7 법인은 1년의 보호예수기간을 포함하여 위 주식을 2011. 10. 31.까지 의무적으로 보유하여야 하며, 2011. 11. 1.부터 1개월간 공소외 7 법인은 공소외 2 주식회사에 연 12%를 가산한 금액으로 매수청구를 할 수 있고, 공소외 2 주식회사는 2년 6개월의 투자기간 동안 최소 30%(연 12%)의 수익을 보장한다는 내용으로서, 공소외 7 법인이 실제로 유상증자에 참여하여 공소외 4 주식회사 주식을 취득하되 공소외 2 주식회사가 이에 대하여 매수청구권과 확정수익을 보장한다는 것이므로, 단순히 공소외 7 법인이 유상증자금과 명의만을 대여하는 것이라거나 유상증자 참여 자체가 허위인 것으로는 볼 수 없는 점, ② 실제로 위 약정에 따라 공소외 7 법인은 직접 주금을 납입하고 공소외 4 주식회사 주식을 취

득하여 보유한 점, ③ 위 투자수익보장약정서에는 연대보증인(피고인 1, 공소외 2 주식회사)은 투자자인 공소외 7 법인에 교부되는 신주권의 권리행사 및 매도 등 주주로서의 권리에 일체 관여할 수 없다는 취지 및 주식의 매각은 전적으로 투자자의 의사와 판단에 의한다는 취지 등이 기재된 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1, 2가 2009. 5. 14.자 정정신고(보고) 및 2009. 5. 22.자 공소외 4 주식회사의 증권발행결과(자율공시)를 함에 있어 외국법인인 공소외 7 법인이 제3자 배정을 통하여 공소외 4 주식회사의 주식을 취득한 것으로 공시한 것 자체가 허위의 공시로서 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재를 하는 행위'에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다[한편 검사의 항소이유 중 위 가의 (2), (3)항 각 주장은 변경 전 공소사실에 관한 것으로 당원의 심판대상이 아니므로 따로 판단하지 않는다].

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 당심에서 변경된 공소사실에는, 공소외 7 법인이 공소외 4 주식회사의 유상증자에 참여하여 취득한 주식 540만 주는 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 피고인 1과 공소외 7 법인이 공동으로 취득하여 2011. 10. 31.경 공동으로 처분하거나 피고인 1이 공소외 7 법인으로부터 위 주식을 정해진 가격에 양수할 것을 합의하였으므로 공동보유 관계에 있다고 기재되어 있다.

나. 우선 위 2의 나항(판결문 62쪽)에서 판단한 것처럼 공소외 7 법인은 2009. 5. 20. 체결한 피고인 1과의 투자수익보장약정에 따라 공소외 4 주식회사의 유상증자에 직접 참여하고 주금을 납입한 외국인 투자자에 해당하므로, 공소외 7 법인이 취득한 공소외 4 주식회사 주식은 공소외 7 법인이 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이라 할 것이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 공소외 7 법인이 합의에 의하여 공소외 4 주식회사 주식을 공동으로 취득하였다고 인정하기에 부족하다.

또한 위 2의 나항에서 판단한 것처럼 2009. 5. 20.자 투자수익보장약정서에는 주식의 매각은 전적으로 투자자의 의사와 판단에 의한다는 취지 등이 기재된 점, 여기에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 피고인 1은 공소외 7 법인에 대한 원리금 보장 약정의 담보 명목으로 공소외 2 주식회사 발행의 액면 75억 4천만 원의 약속어음 1장을 교부한 사실이 인정되므로 공소외 7 법인으로서 반드시 피고인 1과 공동으로 공소외 4 주식회사 주식을 처분하여 투자원금 및 약정 수익금을 회수하여야 하는 것은 아닌 점, 공소외 7 법인은 피고인 1에 대하여 공소외 4 주식회사 주식에 관한 매수청구권을 행사할 수 있으나 이는 공소외 7 법인의 권리일 뿐 일정 기간 후에 피고인 1에게 공소외 4 주식회사 주식을 매도하여야 하는 의무를 부담하는 것은 아닌 점 등을 더하여 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 공소외 7 법인이 합의나 계약 등에 따라 취득한 주식을 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에는 부족하다.

다.

결국 피고인 1과 공소외 7 법인이 공소외 4 주식회사 주식의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

VIII. 2009. 6. 15.자 공소외 8 주식회사 주주배정 유상증자 실권주 차명 인수 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 되고, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 2009. 6. 11.경 공소외 8 주식회사의 대표이사로서 주주배정 증자를 실시하였으나 1,078,143주의 실권주가 발생하여 이 실권주에 대하여 제3자 배정으로 유상증자를 실시하기로 하였다.

피고인 1은 제3자 유상증자에 참여할 투자자를 모집하였으나 115,993주(453,532,630원)를 인수할 투자자를 구하지 못하여 스스로라도 실권주를 인수함으로써 유상증자가 성공하였다는 외관을 형성하여 투자자들에 대한 신뢰를 유지할 필요가 있었다.

그러나 피고인 1 본인의 명의로 유상증자에 참여한 후 배정받은 주식을 매각한다면, 유상증자가 성공하지 못했다는 인상을 줄 수 있고, 최대주주인 공소외 13 주식회사의 특수관계인이자 회사임원인 피고인 1의 주식처분사실이 공시됨으로써 주가에 좋지 않은 영향을 미치게 될 수도 있었다.

피고인 1은 이러한 문제점을 피하기 위해서 피고인 11을 통해 피고인 13과 사이에 피고인 13의 자금 253,532,630원과 피고인 1의 자금 2억 원을 사용하여 차명으로 위 실권주를 인수한 후 배정받은 신주를 매각한 자금으로 차입금을 상환하기로 약정하였고, 피고인 13은 위 약정에 따라 자신의 자금과 피고인 1의 자금을 이용하여 조카인 공소외 12의 이름으로 실권주를 인수하였다.

위와 같이 납입된 주금 453,532,630원 중 253,532,630원은 상환되어야 하는 차입금이므로 이 부분은 정상적으로 유상증자가 이루어졌다고 보기 어렵다.

또한, 위와 같이 공소외 12 명의로 배정받은 115,993주는 실질적으로 공소외 8 주식회사의 임원인 피고인 1의 계산으로 취득한 주식이다.

따라서 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 임원으로 주식소유상황이 변동된 내용을 5일 이내에 대통령령이 정하는 방법에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 한다.

그럼에도 피고인 1은 2009. 6. 16. 증권발행실적 보고서를 제출함에 있어 253,532,630원 부분도 주금이 정상적으로 납입된 것처럼 표시하여 제3자의 투자로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 만들었고, 임원으로서 주식소유상황보고를 하지 않았을 뿐만 아니라 2009. 7. 10. 특수관계인 관계에 있는 공소외 13 주식회사의 명의로 대량보유보고를 하면

서 위 115,993주의 취득사실을 기재하지 아니하여 허위 표시하였다.

피고인 1은 피고인 11을 통해 주권 상장일 2일 전인 2009. 7. 1.경 피고인 13에게 연락하여 위 주식을 전부 매도할 것을 통지하였고, 피고인 13은 공매도의 방식으로 모두 매각하여 37,800,255 원의 이익을 얻었다.

이로써 피고인 1, 11, 13은 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하고, 유상증자가 제3의 투자자의 투자로 성공한 듯한 외관을 만들어 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하여 37,800,255원의 부당이익을 취득하였다.

2. 피고인 1, 13의 항소이유 요지

가. 피고인 1의 항소이유 요지

공소외 8 주식회사는 2009. 6. 15. 145억 원 상당의 주주배정 유상증자를 실시하여 전체 유상증자 금액 중 97%의 주금이 납입되었다.

피고인 1이 극히 소량의 실권주를 차명 인수한 후 이를 공시하지 않은 것만으로 주식거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항의 기재를 누락하였다거나 부정한 기교를 사용한 것으로 볼 수 없다.

나. 피고인 13의 항소이유 요지

(1)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(2) 대주주가 실권주를 인수한다는 것은 유가증권 시장에서 해당 회사의 주가에 긍정적인 영향을 미치는 호재이고 실권주는 일반적으로 시세보다 낮은 가격에 인수되는 것이 보통이어서 일반투자자의 입장에서 인수하고 싶어 하는 주식이다.

따라서 대주주인 상피고인 1이 차명으로 실권주를 인수한 행위가 자본시장법 제178조에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 볼 수 없다.

(3)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ① 피고인 1이 자신의 자금과 자신이 피고인 13으로부터 차입한 자금으로 피고인 13으로 하여금 실권주를 인수하게 하였고, 피고인 13에게 주식을 처분하게 한 후 발생한 이익도 스스로 취득하였고, 스스로 위 실권주의 계산 주체가 자신임을 인정하는 등 공소외 12 명의의 주식은 공소외 8 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 자신의 계산으로 차명으로 취득한 점, ② 유상증자에 100% 투자가 이루어졌다는 사실은 공소외 8 주식회사에 대한 다른 유상증자 참여자들에게 피고인 1 및 공소외 8 주식회사에 대한 신뢰를 갖게 하고 공시될 경우 일반투자자들의 투자 판단에도 긍정적인 영향을 미칠 수 있는 사항인 점, ③ 공소외 8 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 스스로 차명으로 실권주를 인수하여 이를 즉시 매도한 사실 역시 일반투자자들에게 알려질 경우 투자자의 투자 판단에 악재로 작용하여 주가에 영향을 미칠 수 있는 내용인 점 등을 종합할 때 피고인 1이 피고인 13을 통하여 실권주를 인수하는 방법으로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 형성한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 기교'에 해당하고, 또 피고인 1이 자신의 주식취득 사실을 기재하지 아니함으로써 주가하락 방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

(1) 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 거래구조의 변화나 시장의 환경변화에 따라 다양하고 새로운 유형의 부정거래행위가 발생할 수 있는 개연성이 높은 반면 모든 부정거래행위 유형을 사전에 일일이 열거하여 규제하는 것은 입법기술상 한계가 있는 점을 고려하여 자본시장법 제정과 함께 신설된 조항이다.

그런데 위와 같은 입법취지를 감안하더라도 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 그 문언 자체가 지나치게 포괄적·추상적이어서 자칫 형사법의 대원칙인 죄형법정주의와 충돌할 우려가 있다.

따라서 자본시장법 제178조 제1항 제1호를 적용함에 있어서는, 자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율성을 높여 국민경제의 발전에 이바지한다는 자본시장법의 목적(자본시장법 제1조)에 유념하면서, 같은 항 제2호, 제3호 및 같은 조 제2항을 통하여 보다 구체화된 부정거래행위의 내용, 그 밖에 당해 행위의 불법성 정도가 다른 규정을 통하여 처벌하더라도 자본시장법의 목적 달성에 지장을 초래하지 않는지 등을 종합적으로 고려하여 죄형법정주의와 최대한 조화를 이룰 수 있도록 신중을 기함이 옳다.

한편 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'은 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제178조 제1항 제2호에 규정된 '중요사항'을 해석함에 있어도 동일하게 적용된다.

(2) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 약 145억 원 규모의 공소외 8 주식회사 유상증자를 추진하는 과정에서 실권주가 발생하자 자신의 자금 2억 원과 피고인 13으로부터 차용한 253,532,630원을 가지고 피

고인 13이 빌려 준 공소외 12의 명의로 실권주를 인수하고서도 마치 실권주가 제3자의 투자로 정상적으로 인수된 것처럼 공시하고 아울러 임원으로서 자신의 주식소유상황보고를 하지 않은 사실은 인정된다.

그런데 ①피고인 1이 사실은 피고인 13으로부터 차용하였으면서도 마치 정상적으로 주금이 납입된 것처럼 공시한 부분이 공소외 8 주식회사의 전체 유상증자금에서 차지하는 비율은 1.7%(145억 원 중 253,532,630원 상당)에 불과한 점, ②피고인 1이 위와 같이 차명으로 공소외 8 주식회사 주식을 취득함으로써 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 것도 아니고, 일반투자자들의 입장에서 공소외 8 주식회사의 임원인 피고인 1이 실제로 유상증자된 주식 중 약 3.1%(145억 원 중 453,532,630원 상당)에 해당하는 주식을 보유하고 있는지를 알게 되었는지 여부에 따라 투자 판단 자체가 달라진다고 보이지 않는 점, ③피고인 1과 상피고인 11은 자신들이 투자를 권한 투자자들과의 신뢰관계를 유지하기 위하여 피고인 13의 자금으로 실권주를 인수하였고, 피고인 13 역시 대여금에 대한 담보 명목으로 공소외 12 명의로 주식을 취득한 것이지 나아가 실권주 인수를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ④피고인 1은 주식 소유상황변동보고의무 위반행위로 처벌받게 되는 점 등을 고려할 때 공소사실 기재와 같은 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다거나 또는 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 이용한 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다(한편 공소사실에는 2009. 7. 10. 공소외 13 주식회사 명의로 대량보유보고를 하면서 공소외 12 명의로 취득한 공소외 8 주식회사 주식 115,993주의 취득사실을 기재하지 아니한 행위가 허위 표시에 해당한다고 기재되어 있으나, 피고인 1은 위 115,993주를 2009. 7. 3.경 모두 매도하였으므로 위와 같이 행위가 '거짓 표시'에 해당한다고 볼 수 없음도 지적하여 둔다).

다.

소결론

결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호에서 규제하는 부정거래행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1, 13과 공동정범의 관계에 있는 상피고인 11에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

IX. 2009. 8. 12.자 공소외 4 주식회사 주주배정 유상증자 실권주 40만 주 차명 인수 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 되고, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 2009. 8. 10.경 공소외 4 주식회사의 실질적인 사주로서 주주배정 유상증자를 실시하였으나 6,766,143주의 실권주가 발생하여 이 실권주에 대하여 제3자 배정으로 유상증자를 실시하기로 하였다.

피고인 1은 제3자 유상증자에 참여할 투자자를 모집하였으나 40만 주(2억 원)를 인수할 투자자를 구하지 못하여 스스로라도 실권주를 인수함으로써 유상증자가 성공하였다는 외관을 형성하여 투자자들에 대한 신뢰를 유지할 필요가 있었다.

그러나 피고인 1 본인의 명의로 유상증자에 참여한 후 배정받은 주식을 매각한다면, 유상증자가 성공하지 못했다는 인상을 줄 수 있고, 회사임원의 주식처분사실이 공시됨으로써 주가에 좋지 않은 영향을 미치게 될 수도 있었다.

피고인 1은 이러한 문제점을 피하기 위해서 피고인 2에게 공소외 2 주식회사 자금을 이용하여 페이퍼컴퍼니인 공소외 6 주식회사 명의로 실권주를 인수할 것을 지시하였고, 피고인 2는 2009. 8. 12.경 공소외 2 주식회사 자금 2억 원을 인출하여 공소외 4 주식회사의 주금으로 납입하였다.

위와 같이 공소외 6 주식회사 명의로 배정된 40만 주는 실질적으로 공소외 4 주식회사의 최대주주인 공소외 2 주식회사의 특수관계인이자 공소외 4 주식회사의 등기이사인 피고인 1 개인의 계산으로 취득한 주식이다.

따라서 피고인 1은 위와 같이 주식을 보유하게 된 내용을 취득일로부터 5일 이내에 대통령령이 정하는 바에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 하고, 5일 이내에 공소외 2 주식회사와 연명으로 대량보유보고를 하여야 한다.

그럼에도 피고인 1은 2009. 8. 14. 공소외 2 주식회사 명의로 주식등의 대량보유상황보고서를 제출함에 있어 위와 같은 주식취득 사실을 누락하여 허위 표시하고, 임원으로서 소유상황보고를 하지 아니하였다.

피고인 1은 2009. 8. 20.경 주식처분에 대한 공시 없이 10만 주를 장내매도하고 30만 주를 장외에서 매각하여 25,809,133 원의 이익을 취득하였다.

이로써 피고인 1, 2는 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하고, 유상증자가 제3의 투자자의 투자로 성공한 듯한 외관을 만드는 방법으로 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하여 25,809,133원의 부당이익을 취득하였다.

2. 피고인 1의 항소이유 요지

공소외 4 주식회사는 2009. 8. 12. 122억 원 상당의 주주배정 유상증자를 실시하여 전체 유상증자 금액 중 98.4%의 주금이 납입되었고, 피고인 1이 극히 소량의 실권주를 차명 인수한 후 이를 공시하지 않은 것만으로 주식거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항의 기재를 누락하였다거나 부정한 기교를 사용한 것으로 볼 수 없다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ①공소외 6 주식회사는 피고인 1이 관리하는 페이퍼컴퍼니에 불과하고, 공소외 2 주식회사는 공소외 4 주식회사의 대주주로서 제3자 배정 유상증자에 참여할 수 없으며, 피고인 1은 실제로 위와 같이 취득한 실권주를 공소외 2 주식회사의 자산으로 회계처리하거나 실권주를 매각하여 발생한 이익을 공소외 2 주식회사에 귀속시키지도 않은 점 등에 비추어 볼 때 공소외 6 주식회사 명의의 주식은 공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 자신의 계산으로 차명으로 취득한 것인 점, ② 유상증자에 100% 투자가 이루어졌다는 사실은 공소외 4 주식회사에 대한 다른 유상증자 참여자들에게 피고인 1 및 공소외 4 주식회사에 대한 신뢰를 갖게 하고 공시될 경우 일반투자자들의 투자 판단에도 긍정적인 영향을 미칠 수 있는 사항인 점, ③공소외 4 주식회사의 최대주주인 공소외 2 주식회사의 대표이사이자 공소외 4 주식회사의 등기이사인 피고인 1이 스스로 차명으로 실권주를 인수하여 이를 즉시 매도한 사실 역시 일반투자자들에게 알려질 경우 투자자의 투자 판단에 악재로 작용하여 주가에 영향을 미칠 수 있는 내용인 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1이 제3자의 투자로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 형성한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 기교'에 해당한다고 할 것이고, 피고인 1의 주식취득 사실을 기재하지 아니함으로써 주가하락 방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 같은 항 제2호의 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

- (1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 약 122억 원 규모의 공소외 4 주식회사 유상증자를 추진하는 과정에서 실권주가 발생하자 페이퍼컴퍼니인 공소외 6 주식회사 명의로 2억 원을 납입하여 실권주를 인수하고서도 마치 실권주가 정상적으로 인수된 것처럼 공시하고 아울러 임원으로서 자신의 주식소유상황보고를 하지 않은 사실은 인정된다.

그런데 ①피고인 1이 마치 정상적으로 주금이 납입된 것처럼 공시한 부분이 공소외 4 주식회사의 전체 유상증자금에서 차지하는 비율이 1.6%(122억 원 중 2억 원)에 불과한 점, ②피고인 1이 위와 같이 공소외 4 주식회사 주식을 취득함으로써 인하여 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 것도 아니고, 일반투자자들의 입장에서 공소외 4 주식회사의 임원인 피고인 1이 실제로 유상증자된 주식 중 약 1.6%에 해당하는 주식을 보유하고 있는지를 알게 되었는지 여부에 따라 투자 판단 자체가 달라진다고 보이지 않는 점, ③피고인 1과 상피고인 2는 자신들이 투자를 권한 투자자들과의 신뢰관계를 유지하기 위하여 공소외 6 주식회사 명의로 실권주를 인수하였던 것이지 나아가 실권주 인수를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ④피고인 1은 주식 소유상황변동보고의무 위반으로 처벌받게 되는 점 등을 고려할 때 공소사실 기재와 같은 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다거나 또는 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 이용한 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다.

소결론

결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호에서 규제하는 부정거래행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 상피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

X. 2009. 7. 13.자 공소외 8 주식회사 신주인수권(워런트) 22억 원 상당 차명 행사 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하거나, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 공소외 39 주식회사, 공소외 40 주식회사, 공소외 41 주식회사에 발행된 공소외 8 주식회사 발행 신주인수권부사채(BW)에서 분리된 권면총액 153억 원 상당(2,971,324주, 18.99%)의 신주인수권을 공소외 2 주식회사의 자금으로 사채권자들로부터 다시 인수하여 공소외 23 주식회사 명의 및 페이퍼컴퍼니인 공소외 14 주식회사, 공소외 42 주식회사 명의로 보유하다가 2009. 6. 12.경 위 신주인수권 전부의 명의를 공소외 14 주식회사로 변경하였다.

피고인 1은 2009년 7월경 공소외 8 주식회사 운영자금이 부족하자 사채업자로부터 자금을 차입하여 차명으로 신주인수권을 행사함으로써 신주인수권 행사자금으로 운영자금을 확보함과 동시에 발행된 신주매각에 따른 공소외 14 주식회사의 대량보유상황보고의무를 회피하기로 마음먹었다.

피고인 1은 그 무렵 피고인 11을 통해 사채업자 피고인 13에게 22억 원을 빌려주면 신주인수권 행사 자금으로 납입하여 운영자금을 확보하고 발행된 신주를 차입금 22억 원에 대한 담보로 제공하겠다고 제의하였고 피고인 13은 자신과 공소외 15의 명의로 위 신주인수권을 행사하여 신주를 차입금 22억 원에 대한 담보로 제공받는 조건으로 이에 동의하고 공소외 14 주식회사가 공소외 15에게 워런트를 매각한다는 내용의 '신주인수권 증권 양수도 계약서'를 허위로 작성하였다.

피고인 13은 2009. 7. 13. 자신과 공소외 15의 명의로 22억 원을 공소외 8 주식회사에 신주인수권 행사 자금으로 납입하여 440,440주를 배정받았다.

사실은 공소외 14 주식회사는 피고인 1에 의해 중요한 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사되는 피고인 1의 특별관계자이고, 위와 같이 피고인 13 및 공소외 15의 명의로 배정받은 신주 440,440주는 피고인 13에게 담보로 제공되었다가 피고인 1, 공소외 14 주식회사와의 협의 하에 처분되어 원리금을 정산하기로 합의가 되어 있기 때문에 피고인 1, 공소외 14 주식회사와 피고인 13은 공동보유자의 관계에 있어 상호 특별관계자이다.

따라서, 피고인 1, 공소외 14 주식회사, 피고인 13은 대량보유상황보고를 함에 있어 공소외 14 주식회사 보유 지분, 피고인 13 보유 지분을 모두 보고하고, 공소외 14 주식회사와 피고인 13의 계약내용을 기재하여야 한다.

그럼에도 피고인 1, 13은 2009. 7. 20.경 공소외 14 주식회사 명의로 주식 등의 대량보유상황보고를 하면서 피고인 13 보유 지분에 대한 기재를 누락한 채 공소외 14 주식회사가 보유하고 있는 공소외 8 주식회사 지분이 기존의 18.99%에서 16.71%로 낮아졌다고만 공시하여 거짓 표시를 하였다.

피고인 1은 2009. 8. 11.경 피고인 11을 통해 피고인 13에게 위 440,440주를 매도할 것을 통보하였고, 피고인 13은 전량을 장내매도하였다.

이로써 피고인 1, 11, 13은 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하고, 신주인수권이 소액투자자에 의해 정상적으로 행사되는 듯한 외관을 만드는 방법으로 부정한 기교·수단·계획을 사용하였다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

공소외 14 주식회사 명의의 신주인수권의 실질적인 계산 주체는 피고인 1이고, 피고인 13이나 공소외 15 명의의 신주인수권 행사도 피고인 13으로부터 차입한 자금으로 피고인 1 본인이 행사한 것이므로, 피고인 1은 이러한 신주인수권 행사로 인한 주식 취득과 매각에 대하여 공소외 8 주식회사의 대표이사로서 이를 공시하여야 한다.

그런데 피고인 1은 공시의무를 피하기 위하여 2009년에 페이퍼컴퍼니인 공소외 14 주식회사를 설립하였고, 공소외 8 주식회사와 공소외 14 주식회사의 관계, 피고인 1과 공소외 14 주식회사의 관계를 공시하지 않았다.

피고인 1은 자신이 신주인수권을 행사하자마자 신주를 매각하였다는 내용이 공시되고 이로 인하여 주가가 나쁜 영향을 받는 것을 회피한 것으로 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 사용하였을 뿐 아니라 부정한 기교를 사용하였다.

나. 판단

- (1) 원심은, ① 피고인 1의 대량보유상황보고에 따라 공시되는 내용은 공소외 14 주식회사가 보유한 공소외 8 주식회사 지분이 18.99%에서 16.71%로 2.28% 감소하였다는 내용일 뿐인 점, ② 당시 공시된 공소외 8 주식회사의 최대주주는 지분 18.99%를 보유한 공소외 14 주식회사와 지분 13.67%를 보유한 공소외 13 주식회사인데, 위와 같은 공소외 14 주식회사의 지분감소로 인하여 공소외 8 주식회사의 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 경우에 해당하지는 않는 점, ③ 피고인 1은 신주를 피고인 13이 직접 취득하게 하는 방법으로 담보를 제공함으로써 차입금에 대한 이자를 절감하려는 목적 및 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 행사하는 것과 이를 매각하는 것을 반복하여 공시하는 번거로움을 피하고 한번만 공시하려는 목적으로 위와 같이 피고인 13에게 신주인수권을 행사하게 한 점, ④ 피고인 1이 공소외 14 주식회사의 지분이 감소되었다고 공시한 것은 위와 같은 담보제공을 위하여 형식적으로

공소외 14 주식회사가 보유한 신주인수권을 피고인 13에게 매각한 것을 그대로 공시한 것에 불과하고, 달리 공소외 14 주식회사의 지분감소를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키거나 재산상 이익을 취득하려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ⑤피고인 13으로부터의 자금차입의 목적 및 신주매각, 정산 과정 등에 비추어 볼 때 피고인 1이 공소외 14 주식회사의 명의로 신주인수권을 행사하였다고 하더라도 마찬가지로 그 신주를 매각하여 차입금을 변제하였을 것으로 보이는데, 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 행사한 후 신주를 매각함으로써 공소외 14 주식회사의 지분이 감소한 것으로 공시하는 것과 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 매각함으로써 공소외 14 주식회사의 지분이 감소한 것으로 공시하는 것 사이에 일반투자자들에게 미치는 영향이 특별히 다르다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1의 공시내용이 일반투자자들의 투자 판단에 영향을 미치는 중요한 사항에 관한 것이라거나 피고인 1, 11, 13에게 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻으려는 고의가 있었다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

- (2) 또한 원심은, ①피고인 1은 신주인수권 행사자금을 납입하여 공소외 8 주식회사의 운영자금을 마련하기 위하여 피고인 13으로부터 22억 원을 차입하면서 피고인 13에게 직접 담보를 취득하게 하기 위하여 형식적으로 공소외 14 주식회사가 보유한 신주인수권을 피고인 13에게 매각하고 피고인 13으로 하여금 이를 행사하게 한 것일 뿐 이를 통하여 적극적으로 허위의 외관을 형성하여 일반투자자들을 기망하거나 그로 인하여 이익을 얻으려는 의도가 있었던 것으로는 보이지 않는 점, ②공소외 14 주식회사 명의로 신주인수권 행사가 이루어지는 것과 피고인 13 또는 공소외 15 명의로 신주인수권 행사가 이루어지는 것 사이에 그 외관에 있어서 제3자에 대하여 특별히 다른 의미를 가지는 것으로 보기 어려운 점, ③피고인 13이 자신과 공소외 15의 명의로 신주인수권을 행사하여 취득한 주식은 공소외 8 주식회사 지분의 2.28%에 불과하고, 피고인 13과 공소외 15가 특별히 일반투자자들의 투자 판단에 영향을 미치는 중요투자자라고 볼만한 자료도 없는 점, ④피고인 1, 11이 공소외 14 주식회사 명의로 신주인수권을 행사하지 아니하고 피고인 13 등 명의로 신주인수권을 행사하는 행위로 인하여 피고인 1, 11에게 관계법령상의 제한을 회피한 부당이익이 발생한다고 볼 수도 없는 점 등을 종합해 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 11, 13의 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에 금지하고 있는 '부정한 기교'를 사용하는 행위에 이르렀다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

- 가. 당심에서 변경된 공소사실에는, 피고인 13 및 공소외 15 명의로 배정받은 공소외 8 주식회사 신주 440,440주는 피고인 13에게 담보로 제공되었다가 피고인 1, 공소외 14 주식회사의 협의 하에 처분되어 원리금을 정산하기로 합의가 되어 있으므로 피고인 13, 1, 공소외 14 주식회사는 공동보유자라고 기재되어 있다.

나. 그러나 위 2의 나항(판결문 77쪽)과 같은 사정들에 의하면, 피고인 13 및 공소외 15 명의로 배정받은 위 공소외 8 주식회사 신주 440,440주는 피고인 1이 공소외 2 주식회사의 자금을 이용하여 공소외 14 주식회사 명의로 보유 하였던 신주인수권을 행사하여 취득한 것으로 피고인 1 또는 공소외 14 주식회사가 보유하는 주식이라고 할 것이고, 한편 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 피고인 13으로서는 피고인 1의 채무불이행이 없는 한 위 주식을 임의로 처분할 수 없는 것이고, 반면 피고인 1로서는 담보로 제공된 주식을 처분하지 않는 대신 현금을 제공하는 방법으로 주식을 반환받을 수 있음이 인정되는 점 등을 고려할 때 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1, 13과 공소외 14 주식회사가 합의나 계약 등에 따라 위 440,440주를 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에는 부족하다.

다.

결국 피고인 1, 13과 공소외 14 주식회사가 위 공소외 8 주식회사 주식 440,440주의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

XI. 2009. 10. 26.자 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 13의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(2)상피고인 1의 계획은 회사의 충실화를 위한 "합병"이었고, 그 과정에서 자금이 모자라 빌린 돈에 관한 담보를 제공하기 위하여 매각제한 규정의 적용을 받지 않는 당사자로 하여금 공소외 9 주식회사 주식을 취득하게 한 것뿐이지, 매각제한규정을 회피한 주식을 팔아 이득을 취한다는 것을 목적으로 하지 않았다.

매각제한규정을 회피한다는 것만으로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 계획이 된다고 할 수는 없다.

(3)상피고인 1이 자신이 공소외 9 주식회사 지분을 취득한 사실을 신고하지 않은 것은 피고인 13의 관여 여부와 관계 없이 사후적으로 성립한 것이고, 피고인 13으로서는 그러한 보고의무 불이행을 미리 예견할 수 없었다.

(4)피고인 13은 상피고인 1로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

(5) 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 0원이라고 볼 수 없다.

따라서 원심판결에서 상장 즉시 매각할 수 있는 합병신주의 가액에서 공소외 9 주식회사 주식 인수대금의 차액을 위 반행위로 얻은 이익이라고 판단한 것은 부당하다.

또 수시로 증감 변동하는 주식의 가치를 산정하면서 상장 전일의 종가를 기준으로 한 것도 타당하지 않다.

나. 판단

(1) 차명인수 및 허위 공시에 의한 부정거래행위 여부

원심은, ①상피고인 1이 공소외 8 주식회사의 공소외 9 주식회사 인수·합병을 추진하기로 하고 공소외 8 주식회사의 자금 12억 5천만 원과 피고인 13으로부터 차입한 자금 13억 4,875만 원으로 공소외 9 주식회사 지분의 100%를 취득하면서 공소외 86, 87 등 명의의 차명을 이용한 사실, ②상피고인 1은 차명으로 인수한 주식 중 288,000주(지분을 18%)의 명의를 공소외 8 주식회사로 변경한 뒤 '타법인 주식 및 출자증권 취득 결정' 공시 등을 통하여 공소외 8 주식회사가 공소외 9 주식회사의 주식의 18%만을 취득하였고, 위 288,000주에 대해서 배정될 합병신주 219,227주만을 보호예수하게 되는 것처럼 표시한 사실, ③상피고인 1은 2009. 10. 26. 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사의 합병 후 공소외 8 주식회사의 계산으로 총 998,699주를 배정받았음에도 2009. 10. 29. 증권발행실적보고서를 제출하면서 공소외 8 주식회사가 합병신주 219,227주만을 배정받았고 이 주식들만 보호예수하게 될 것이라고 기재한 사실을 인정한 후, 상장회사가 비상장회사와 합병한 후 배정할 합병신주 중 어느 정도의 수량을 보호예수할 것인지는 합병 후 주가에 직접적 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당하고, 상피고인 1, 2가 공소외 9 주식회사를 인수하면서 차명을 사용하고 보호예수 수량을 거짓 기재함으로써 매각제한규정을 회피한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규정한 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위' 및 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규정한 '부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

(2) 피고인 13의 공모관계 인정 여부

(가) 원심은, ①상피고인 11이 피고인 13으로부터 자금을 차입할 때 피고인 13에게 공소외 9 주식회사의 지분을 차명으로 인수하고 그 차명인수된 공소외 9 주식회사에 대해서 공소외 8 주식회사의 합병신주가 배정되면 그 합병신주를 매각해 변제하는 것을 설명한 점, ②피고인 13은 수사기관에서, 상피고인 11이 4명의 인수명의를 빌려달라고 할 때 보호예수를 회피하려고 한다는 짐작은 하였다고 진술하였고, 상피고인 11이 보호예수 때문에 차입한 자금을 공소외 8 주식회사 명의로 공소외 9 주식회사를 인수하면 안 되므로 차명이 필요하고, 차명으로 인수하여 보호예수를 피하여야 합병신주를 매각하여 차입금 변제도 가능하다고 설명하였다고 진술하였으며, 원심법정에서도 " 피고인 11이 보호예수에 안 걸리려면 차명으로 해야 된다고 하면서 피고인 11 측에서 4명의 이름을 제공해 신주를 받

아서 줄지 피고인 13 측에서 4명의 차명을 제공할 것인지를 물어보아서 본 피고인이 차명을 제공했다.

"고 진술한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 13은 상피고인 11 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 9 주식회사를 인수한다는 사정을 인식하고 인수자금 및 차명을 제공하였다고 할 것이므로, 피고인 13의 범의 및 공모·범행가담 사실을 충분히 인정할 수 있고, 따라서 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단하였다.

(나) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 비추어 보면, 원심이 그 판시와 같이 인정되는 사실에 기초하여 피고인 13이, 상피고인 11 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 9 주식회사를 인수하고 그 차명인수된 공소외 9 주식회사 주식에 합병신주가 배정되면 이를 담보로 제공받는다 인식 하에 공소외 9 주식회사 주식 인수대금 명목으로 13억 4,875만 원을 대여하고, 아울러 공소외 44, 45, 46, 47의 명의를 빌려주었다고 판단한 것은 정당하고, 피고인 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

(다) 그런데 형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하다.

여기서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ①피고인 13은 상피고인 1을 잘 알지 못하고 상피고인 1이 수립한 부정한 계획의 구체적 내용에 대해서 까지 상피고인 11을 통하여 설명 받은 것으로 보이지 않는 점, ②피고인 13의 주된 목적은 상피고인 11의 부탁에 따라 상피고인 1에게 자금을 대여하면서 충분한 가치를 가지는 담보를 취득하는데 있었던 점, ③피고인 13이 공소외 9 주식회사 주식의 차명 취득이나 공소외 9 주식회사와 공소외 8 주식회사의 합병과정에 적극적으로 가담한 사실도 없는 점 등을 종합하면 피고인 13이 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였다고 보기는 어렵다.

따라서 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단한 원심판결은 공동정범의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(라) 한편 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 의미한다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1518 판결 등 참조).

위 (나)항에서 인정한 것처럼 피고인 13은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 인식하면서도 그 범행에 이용할 자금과 차명을 제공하였고, 이를 통하여 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 하였다고 할 것이므로 방조의 죄책은 부담한다고 봄이 옳다[법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장 변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다.

따라서 공동정범으로 기소된 범죄사실에 대하여 공소장 변경 없이 방조범으로 인정할 수 있다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결 참조)].

(3) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(가) 원심의 판단

원심은 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11에게 자금 및 차명을 제공하여 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고 그 이익액을 837,274,540원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 한 피고인 13의 자금으로 배정받은 합병신주 631,799주의 평가액 2,186,024,540원 - 공소외 9 주식회사 구주 인수대금 1,348,750,000원)으로 산정하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 이미 살펴본 것처럼 자본시장법위반죄에서의 위반행위로 얻은 이익액은 그 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로 엄격한 증명의 대상이 되고, 그 입증책임은 검사가 부담한다.

원심이 인정한 것처럼 피고인 13이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야지 공소외 9 주식회사 구주 인수대금을 공제한 금액이 된다고 볼 수는 없다(원심과 같은 이득액 산정방식은 보호예수에 걸려서 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 구주 인수대금 상당액으로 볼 수 있는 경우에만 허용될 수 있다). 그런데 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없다.

가사 검사가, 피고인 13이 적법하게 취득할 수 없는 공소외 8 주식회사 합병신주를 취득한 그 자체를 자본시장법 위반행위로 얻은 이익으로 보아 공소제기한 것으로 보더라도 합병신주가 상장되는 경우 그 상장 자체의 효과로 인하여 주가에 상당한 정도의 변동이 발생할 여지가 있는 점, 주식시장에 있어서 합병을 통한 상장이 일반적인 호재로 인식된다고 단정하기는 어려우므로 상장 전일 종가를 기준으로 합병신주의 가치를 산정하는 것이 반드시 피고인 13에게 유리하다고 볼 수도 없는 점, 피고인 13이나 상피고인 1, 2, 11이 매각제한이 없는 합병신주를 상장 즉시 처분할 의사를 가지고 있었던 것도 아니고 실제 주식시장에서 단기간에 처분이 가능하다고 보이지도 않으므로 피고인 13의 자금을 이용하여 취득한 공소외 8 주식회사 합병신주 전체가 상장 직후 처분이 될 수 있다는 가정 하에 그 가치를 산정하는 것은 부당한 점 등을 고려할 때 합병신주의 상장 전일 종가를 기준으로 합병신주의 가치를 산정한 원심판결의 합리성을 선뜻 수긍하기 어렵다.

2) 결국 피고인 13의 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다고 할 것인데 그 이익액을 837,274,540원으로 산정한 원심판결에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 13 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 13은, 상피고인 1 등의 범행에 대한 인식, 용인에 그치지 않고 공동의 의사로 사기적 부정거래 범행을 하기 위하여 일체가 되어 상피고인 1의 행위를 이용하여 자신의 의사를 옮기는 정도에 이르렀다고 보아야 하며, 공모의 범위에 있어서도 피고인 13과 상피고인 1, 2, 11 사이에 '부정한 합병신주 취득 행위'에 대한 순차적, 암묵적인 공모가 이루어졌다.

따라서 피고인 13이 위반행위로 얻은 이익액은 상피고인 1, 2, 11과 동일하게 1,323,498,540원(=2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 산정한 상피고인 1 등이 매각제한 규정을 회피하여 취득한 공소외 8 주식회사 합병신주 998,699주의 가치 3,455,498,540원 - 공소외 9 주식회사 구주 1,312,000주 인수대금 2,132,000,000원)으로 보아야 한다.

(2) 판단

검사가 제출한 모든 증거들을 종합하더라도, 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11의 전체적인 범행에 가담하거나 이를 인식하였다고 인정하기에 부족하므로 이 부분 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다[아울러 위 1.나 (3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼 검사의 주장과 같은 방법으로 위반행위로 얻은 이익액을 산정하는 것은 부당하고, 달리 피고인 13의 이익액을 산정할 만한 증거가 없다].

나. 피고인 1, 2, 7, 8, 10 부분

(1) 항소이유 요지

자본시장법 위반행위로 얻은 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다.

이 사건의 경우 피고인 1, 2, 7, 8, 10은 시세조종행위를 통하여 합병을 반대하는 공소외 8 주식회사 주주들의 주식 매수청구권 행사 규모를 줄임으로써 절감된 9,040,901,457원의 주식매수비용 상당 이익이 발생하였고 여기에서 이 사건 거래에 투입된 비용인 4,115,203,835원을 공제하면 결국 4,925,697,622원의 이익을 취득하였다고 보아야 한다.

(2) 판단

(가) 이 부분 항소이유와 관련하여서는 검사가 당심에 이르러, ' 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 대표이사로서, 피고인 2, 7, 8, 10 및 공소외 10은 피고인 1과 공모하여, 시세조종행위를 통하여 공소외 8 주식회사에 대한 주식매수청구권 행사규모가 감소되도록 하여 공소외 8 주식회사로 하여금 4,925,697,622원 상당의 손실을 회피하게 함으로써 동액 상당의 부당이득을 얻게 하였다'는 것으로 공소장을 변경하였으므로 이를 전제로 검사의 항소이유를 판단한다.

(나)자본시장법 제443조에서 규정하는 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액'은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 옳다(대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결 등 참조). 그런데 우선 자본시장법 제443조가 위반행위자 본인이 아닌 제3자가 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 위반행위자 본인이 이익을 얻은 경우와 동일하게 보아 이를 가중처벌하는 규정으로 볼 수는 없고, 달리 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 피고인 1, 2, 7, 8, 10 및 공소외 10의 이익액 또는 손실 회피액으로 보아야 할 근거를 찾을 수 없다(피고인 1이 공소외 8 주식회사의 대표이사라고 하여 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 바로 피고인 1 본인의 손실 회피액과 동일 시 할 수는 없다).

가사 견해를 달리하여 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 피고인 1, 2, 7, 8, 10 및 공소외 10의 이익액 또는 손실 회피액으로 볼 수 있다고 하더라도, 원심이 적절하게 지정한 것처럼, ① 주식매수청구권이 행사되는 경우에는 공소외 8 주식회사가 그 주식을 취득하게 되고, 그 주식의 시가 상당액은 손실에서 공제되어야 할 것이므로 주식매수청구권이 행사되지 않은 금액 상당을 모두 이득하였다고 보기 어려운 점, ② 피고인 1이 증권예탁원으로부터 주주들이 약 10,222,278,621원 상당의 주식을 매수청구할 예정이라는 취지의 '이사회 결의사항 반대의사 통지서'를 송달받았다고 하더라도 실제 매수청구권의 행사규모가 얼마가 될지 여부는 확정된 것이 아니므로 위 금액 전부에 대하여 매수청구권이 행사되었을 것이라는 가정 하에 위반행위로 인한 이익 등의 액수를 산정하는 것은 부당한 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 8 주식회사가 4,925,697,622원 상당의 손실을 회피하였다고 인정하기에 부족하다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없고, 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

3. 직권판단

가. 현실거래에 의한 시세조종행위와 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위의 관계

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2, 7, 8, 10이 공소외 10과 공모하여, 장내에서 공소외 8 주식회사의 주식을 매수한 행위를 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단하면서도 이와 동시에 이와 같이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는 범행은 당연히 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에도 해당한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

위 V.4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 직권으로 판단한 것처럼, 자본시장법 제176조 제2항 제1호와 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 법조경합의 관계에 있다.

따라서 피고인 1, 2, 7, 8, 10의 이 부분 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법 위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원

심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2, 11이 공모하여, 매각제한 규정을 회피하여 상장즉시 매각할 수 있는 공소외 8 주식회사 신주 998,699주가 상장됨으로써 1,323,498,540원(2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 산정한 998,699주의 가치 3,455,498,540원 - 공소외 9 주식회사 주식 1,312,000주의 인수대금 2,132,000,000원)의 부당이익을 취득하였다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

위 1.나.(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼, 피고인 1, 2, 11이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 위반행위로 인한 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야 하는데, 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없으므로 결국 피고인 1, 2, 11이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

이와 달리 피고인 1, 2, 11의 이익액을 1,323,498,540원으로 산정한 원심판결에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다(다만 원심은 피고인 1, 2의 경우 포괄일죄의 관계에 있는 다른 자본시장법위반 범행으로 얻은 이익액을 산정할 수 없어서 범행 전체의 이익액을 산정할 수 없다고 판단하였으므로 위와 같은 법리오해가 피고인 1, 2의 판결에는 영향을 미치지 않았다).

다.

2009. 10. 26.자 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄와 2009. 12. 29.자 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄의 죄수

원심은, 피고인 1, 2, 7, 11, 13의 2009. 10. 26. 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄와 2009. 12. 29. 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄가 실체적 경합관계에 있다고 판단하였다.

그런데 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 매출액이 지속적으로 감소하여 관리종목으로 지정될 가능성이 높아지자 비상장회사와 합병하여 자기자본을 확충하고 그 과정에서 시세조종 등이 필요하다고 판단하여 위 각 범행을 저지른 점, 피고인 2, 7, 11은 상사인 피고인 1의 계획과 목적을 인식하고 피고인 1의 지시에 따라 각자의 역할을 수행한 점, 피고인 13의 경우 피고인 11을 통하여 피고인 1의 계획을 대체적으로 인식한 상태에서 2회에 걸쳐서 유사한 형태의 거래를 한 점 등을 고려할 때 피고인 1, 2, 7, 11, 13의 범의의 단일성과 계속성이 인정되고, 또 위 각 죄의 보호법익은 사회적 법익으로서 피해법익의 동일성도 인정되므로 위 각 죄는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 옳다.

이와 달리 위 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범의 관계에 있다고 보아 경합범가중을 한 원심에는 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

XII. 2009. 12. 29.자 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 5, 6, 12, 13의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1) 피고인 5

2009. 9. 27.자 금전소비대차계약서상 차용인은 '공소외 14 주식회사'로 기재되어 있고 피고인 5가 빌려준 5억 원이 실제로 공소외 5 주식회사의 유상증자 자금으로 사용되었다는 증거가 없으며, 상피고인 1의 부탁으로 2009년 9월 초순경 명의를 빌려준 사실은 있으나 그 구체적 목적을 인지한 시점은 2009. 11. 4.경이다. 따라서 피고인 5가, 상피고인 1이 차명으로 유상증자에 참여하여 보호예수를 피할 것이라는 사실을 알면서 유상증자 대금 5억 원을 빌려주었다고 볼 수는 없다.

(2) 피고인 6

(가)피고인 6은 상피고인 1에게 4억 원을 대여한 것이 아니다.

피고인 6은 상피고인 1의 투자 요청을 받았으나 자금이 없어서 상피고인 1을 도와주고자 공소외 16을 소개하여 공소외 16으로 하여금 상피고인 1에게 4억 원을 대여하도록 하였다.

(나)피고인 6은, 상피고인 1이 실제로 4억 원을 차용하는 주체라는 사실이나 상피고인 1이 차명으로 공소외 5 주식회사의 유상증자에 참여하여 보호예수 규정을 피한 합병신주를 취득하려고 한다는 사실을 전혀 알지 못하였다. 따라서 상피고인 1의 행위에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담하지 않는다.

(다)상피고인 1이 매각제한 규정을 회피한 합병신주를 배정받기 위하여 차명으로 주식을 인수하여 이와 관련한 허위의 보고를 한 일련의 행위는 거짓의 기재 내지 부정한 수단을 사용하여 재산을 얻는 일련의 행위로서 법률적으로 하나의 평가를 받아야 한다.

그런데 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 입법취지에 비추어 볼 때 같은 항 제2호로 평가할 수 있는 행위는 같은 항 제2호로만 처벌하여야 하고, 같은 항 제1호를 재차 적용하여 처벌하는 것은 위법하다.

(라)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 죄형법정주의에서 파생되는 명확성 원칙에 부합하지 않는 포괄적이고 추상적인 규정이다.

따라서 같은 조 제2항에서 정한 바와 같이 '재산상 이익을 얻고자 하는 의도'가 있는 행위 등으로 제한하여 해석하지 않는 한 위헌성을 면할 수 없다.

(3) 피고인 12

(가)피고인 12로부터 금원을 차용한 경위에 대한 상피고인 1의 진술은 일관성이 없고 신빙성이 없다.

피고인 12는 상피고인 1에게 공소외 5 주식회사 인수대금 명목으로 60억 원을 빌려준 것이고, 수사기관에서 공소외 5 주식회사 유상증자 자금을 빌려주었다고 진술한 것은 상피고인 1의 부탁에 따라 사실과 다르게 진술한 것에 불과하다.

결국 피고인 12가 상피고인 1 등의 범행을 인식하면서 60억 원을 대여하였다고 인정할 만한 증거가 부족한데도 원심 판결은 채증법칙에 위배하여 사실을 오인함으로써 피고인 12를 상피고인 1 등의 범행에 대한 공동정범으로 판단하는 잘못을 저질렀다.

(나)피고인 12는 상피고인 1에게 4개월 동안 60억 원을 대여하여 72억 원을 변제받기로 되어 있었는데 실제로는 원금은 물론 이자도 받지 못하여 큰 손실이 발생하였다.

원심판결과 같이 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일 종가를 기준으로 한 합병신주 평가액에서 유상증자 납입대금을 공제하는 방식으로 위반행위로 얻은 이익액을 산정하는 것은 부당하고, 인과관계가 인정되는 이익만으로 한정하여야 한다.

(4) 피고인 13

(가)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(나)상피고인 1의 계획은 회사의 충실화를 위한 "합병"이었고, 그 과정에서 자금이 모자라 빌린 돈에 관한 담보를 제공하기 위하여 매각제한 규정의 적용을 받지 않는 당사자로 하여금 공소외 5 주식회사 주식을 취득하게 한 것뿐이지 매각제한규정을 회피한 주식을 팔아 이득을 취한다는 것을 목적으로 하지 않았다.

매각제한규정을 회피한다는 것만으로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 계획이 된다고 할 수는 없다.

(다)상피고인 1이 자신이 취득한 공소외 5 주식회사 지분을 취득하였다고 신고하지 않은 것은 피고인 13의 관여 여부와 관계없이 사후적으로 성립한 것이고, 피고인 13이 관여할 가능성이 전혀 없었다.

(라)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

(마) 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 0원이라고 볼 수 없다.

따라서 원심판결에서 상장 즉시 매각할 수 있는 합병신주의 가액에서 공소외 5 주식회사 주식 인수대금의 차액을 위 반행위로 얻은 이익이라고 판단한 것은 부당하다.

또 수시로 증감 변동하는 주식의 가치를 산정하면서 상장 전일의 종가만을 기준으로 한 것도 타당하지 않다.

나. 판단

(1) 부정거래행위 해당 여부

원심은, ①상피고인 1이 2009. 2. 25.경 공소외 13 주식회사의 대표이사로서 2009. 9. 25.경 공소외 5 주식회사의 주식 361,476주(90%)를 8,099,954,800원에 인수하면서, 190,000주만을 공소외 13 주식회사 명의로 인수하고, 나머지 171,476주를 차명으로 인수한 사실, ②상피고인 1은 피고인 12로부터 차입한 60억 원, 피고인 13으로부터 차입한 40억 원, 피고인 5로부터 차입한 5억 원, 피고인 6으로부터 차입한 4억 원 등 139억 5천만 원으로 2009. 9. 28. 공소외 5 주식회사 유상증자금을 납입하면서 차명으로 주금을 납입한 사실, ③상피고인 1은 위와 같은 방법으로 공소외 5 주식회사의 주식 1,437,476주를 차명으로 취득한 사실, ④상피고인 1, 2는 2009. 10. 5.경 '주요사항보고서(합병결정)'을 제출하고 2009. 10. 8.경 '증권신고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주를 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑤상피고인 1, 2는 2009. 10. 19.경 '[정정]회사합병결정'을 공시하고, '[정정]주요사항보고서'를 제출하고, 2009. 10. 20.경 '[정정]증권신고서(합병)'을 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주 1,267,414주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑥상피고인 1, 2는 2009. 11. 3. '[정정]회사합병결정'을 공시하고 '[정정]주요사항보고서' 및 '[정정]증권신고서(합병)'를 제출하고, 2009. 11. 11. '투자설명서'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주 1,179,817주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑦상피고인 1, 2는 2009. 12. 31. '증권발행실적보고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 취득할 합병신주 중 1,179,817주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실을 인정한 후, 상장회사가 비상장회사와 합병한 후 배정할 합병신주 중 어느 정도의 수량을 보호예수할 것인지는 합병 후 주가에 직접적 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당하고, 상피고인 1, 2가 차명으로 공소외 5 주식회사를 인수하여 유상증자한 후 합병하면서 보호예수 수량을 거짓 기재함으로써 매각제한규정을 회피한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위' 및 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들[다만 아래 (3)의 (가)항(판결문 99쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 6은 상피고인 1에게 4억 원을 대여한 것이 아니라 공소외 16을 소개하여 공소외 16으로 하여금 4억 원을 대여하도록 하였다]과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 6, 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

한편 자본시장법 제178조 제1항 제2호, 제3호 및 제2항은 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 추상성을 고려하여 부정거래유형을 보다 구체적으로 규정하기 위하여 마련된 것으로 상호 유기적인 관계를 가지는 만큼 자본시장법 제178조 제1항 제2호에 해당하는 부정거래행위에 대하여 그 근간이 되는 규정인 자본시장법 제178조 제1항 제1호도 동시에 적용할 수 있다고 본 원심의 판단에 피고인 6의 주장과 같은 잘못이 있다고 볼 수 없다(더구나 원심은 피고인 6의 범행에 대하여 포괄하여 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호를 적용하였고, 이를 실체적 경합의 관계에 있다고 판단하지 않았다).

(2) 피고인 5, 12, 13의 공모 여부

(가) 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심의 인정사실과 원심이 적절하게 기재한 여러 가지 사정들을 종합하여 보면, 원심이 피고인 13, 12, 5가 상피고인 1 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 5 주식회사 유상증자에 참여하고 그 차명으로 인수된 공소외 5 주식회사 주식에 합병신주가 배정되면 이를 담보로 제공받는다라는 인식 하에 공소외 5 주식회사 유상증자 대금과 함께 피고인 13의 경우 본인과 공소외 15 명의, 피고인 12의 경우 본인 명의, 피고인 5의 경우 공소외 48 명의를 빌려주었다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고인 5, 12, 13의 주장과 같은 사실오인의 잘못이 없다.

(나) 그런데 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ① 피고인 5, 12, 13은 상피고인 1이 수립한 부정한 계획의 구체적 내용에 대해서 까지 알고 있었던 것으로는 보이지 않는 점, ② 피고인 5, 12, 13의 주된 목적은 상피고인 1에게 자금을 대여하면서 충분한 가치를 가지는 담보를 취득하는데 있었던 점, ③ 피고인 5, 12, 13이 공소외 5 주식회사 주식의 차명 취득이나 공소외 5 주식회사와 공소외 8 주식회사의 합병과정에 적극적으로 가담한 사실도 없는 점 등을 종합하면 피고인 5, 12, 13이 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였다고 보기는 어렵다.

따라서 피고인 5, 12, 13이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단한 원심판결은 공동정범의 법리를 오해한 잘못이 있다.

(다) 그러나 위 (가)항에서 인정한 것처럼 피고인 5, 12, 13은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 인식하면서도 그 범행에 이용할 자금과 차명을 제공하였고, 이를 통하여 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 하였다고 할 것이므로 방조의 죄책은 부담한다고 봄이 옳다.

(3) 피고인 6의 공모 여부

(가) 원심은, 피고인 6이 직접 피고인 1에게 4억 원을 대여하였다는 공소사실을 인정하였다.

그러나 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 2009년 9월경 상피고인 1로부터 10억 원 정도를 공소외 5 주식회사와 공소외 8 주식회사 합병에 투자 또는 대여하여 줄 것을 요청받았으나 자금이 부족하여 피고인 6이 대표이사로 재직 중이던 공소외 49 주식회사의 2대 주주인 공소외 16에게 대여 또는 투자를 권유

한 사실, 공소외 16은 상피고인 1에게 4억 원은 대여하고, 6억 원은 투자하되, 투자금 중 1억 원은 피고인 6 명의 로, 나머지 1억 원은 공소외 49 주식회사의 명의로 투자하기로 한 사실, 상피고인 1은 피고인 6을 통하여 공소외 16이 투자 및 대여를 하게 된다는 말을 전해들은 사실, 실제로 당시 작성된 4억 원에 관한 금전소비대차계약서의 대여인란에는 대여인이 '공소외 16'으로 기재되어 있고, 공소외 16이 자신의 성명 옆에 날인한 사실, 공소외 16은 위 금전소비대차계약을 작성한 후 2009. 9. 28.경 상피고인 1 측에서 차용인으로 내세운 공소외 14 주식회사의 계좌에 직접 인터넷뱅킹 방식으로 4억 원을 입금한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 6은 상피고인 1이 공소외 16으로부터 4억 원을 차용할 수 있도록 소개하였을 뿐 본인이 직접 4억 원을 대여한 것은 아니라고 할 것이므로, 이러한 사실인정을 바탕으로 하여 피고인 6이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 판단한 원심판결에는 사실오인으로 인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(나) 그런데 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심이 들고 있는 여러 가지 사정들, 여기에다가 위 소비대차 약정에 따르면 상피고인 1 측이 마련한 공소외 50, 51 명의로 공소외 5 주식회사의 주권을 납입하여 그 주식을 담보로 제공하고, 합병 후 주식이 나오면 이를 공소외 16에게 제공하기로 되어 있었던 점 등을 종합하면 피고인 6은 상피고인 1 등의 범행을 인식하면서도 상피고인 1이 공소외 16으로부터 범행 자금을 차용할 수 있도록 도움을 주었다 할 것이다.

나아가 당심 및 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 상피고인 1 측에서 작성한 위 금전소비대차계약서(수사기록 9권 5722쪽)나 그 부속약정서(수사기록 9권 5726쪽) 초안에 대하여 일부 문구를 수정하고 상피고인 1에게 담보로 제공될 주식이 보호예수에 걸리지 않도록 보장할 것을 확인·요구하는 등 공소외 16의 대여 과정에 적극적으로 개입한 사실이 인정되므로, 피고인 6은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 한 사람으로서 방조의 죄책을 부담한다고 봄이 옳다(피고인 6의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 피고인 6이 상피고인 1의 자금 차용 과정에서 공소외 16을 소개하여 상피고인 1 등의 범행을 용이하게 한 것으로 범죄사실을 변경하여 인정한다).

(4) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

원심은, 피고인 12, 13이 상피고인 1, 2, 11에게 자금 및 차명을 제공하여 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고, 그 이익액을 피고인 12는 2,897,043,240원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 12의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 2,980,584주의 평가액 8,897,043,240원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 6,000,000,000원)으로, 피고인 13은 1,689,942,377원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 13의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 1,738,674주의 평가액 5,189,942,377원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 3,500,000,000원)으로 각 산정하였다.

그러나 위 XI.1.가(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼, 피고인 12, 13이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 위반행위로 인한 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야 하는데, 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없으므로 결국 피고인 12, 13이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

따라서 이 부분 원심판결은 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 4, 7의 사기적 부정거래행위 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 4는 상피고인 1과의 약정을 통하여 원본의 손실 가능성이 전혀 없는 상품을 취득한 것으로 실질적으로는 금전 소비대차에 해당하므로 피고인 4의 행위 역시 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 사기적 부정거래행위에 해당한다.

(2) 판단

원심은, ①상피고인 5, 6으로부터의 자금차입의 경우 각 금전소비대차계약서가 작성된 것과는 달리, 피고인 4의 경우 '피고인 4가 공소외 5 주식회사가 발행하는 신주 8만 주를 인수한다'는 내용의 신주인수계약서(수사기록 9권 5537쪽)가 작성된 점, ②피고인 7은 원심법정에서, 처음에 피고인 4에게 유상증자 참여를 권유하였는데, 피고인 4가 "10억 원을 투자하는 대신 투자금액의 20%를 확정수익으로 보장하고, 투자기간을 4개월로 하고, 공소외 8 주식회사와 합병이 5개월 이상 지연되면 총 투자금액의 50%를 더하여 재매입하고, 투자원금 및 위 확정수익의 지급 보장을 위하여 공소외 2 주식회사, 공소외 8 주식회사, 공소외 5 주식회사가 발행하는 약속어음을 담보로 제공하고, 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사의 이사회에서 투자원금 및 확정수익금에 대한 연대보증 및 담보제공으로 하기로 하는 결의를 득한 이사회 의사록과 법인인감증명서, 각 이사의 인감증명서를 갖고 오라."고 함에 따라 상피고인 1에게 위 조건에 대한 허락을 받고 피고인 4와 신주인수계약서를 작성하게 되었고, 빌린다는 이야기를 하거나 금전소비대차계약서를 작성한 사실은 없다고 진술한 점, ③상피고인 1은 원심법정에서, 피고인 7에게 "유상증자대금 180억 원 중 10억 원 내지 20억 원이 모자라는데 유상증자에 참여할 자를 물색해오라."고 지시한 후, 피고인 7의 소개로 피고인 4와 계약조건에 관하여 합의하였고, 이후 계약서 작성 당시에는 참여하지 않고 상피고인 2로부터 피고인 4가 작성해 온 신주인수계약서 초안 상의 계약조건이 피고인 4와 사전에 합의한 대로 '4개월 동안 이자가 월 5%이고 5개월부터는 10%'로 되어있는 사실을 전화로 확인하고 계약체결을 지시하였으며, 계약서 형식은 실무자들이 알아서 한 것이고, 검찰에서 10억 원을 빌려온 것이라고 진술한 것은 본인의 입장에서는 월 5천 만 원의 이자를 지급하는 것이고 계약서를 보지 못했기 때문에 대여라고 진술한 것이고, 당시 증자대금 10억 원이 들어왔는지가 중요했을 뿐 그 성격에 대해서는 관심이 없었다는 취지로 진술한 점, ④상피고인 2는 원심법정에서, 본인이 수사기관에 제출한 공소외 5 주식회사 유상증자 주식내역에 '장회장(피고인 4) 10(차입)'이라고 기재된 이

유에 대하여, 위 내역표는 검찰조사 시 공소외 5 주식회사 유상증자 건에 대해 항목별로 구체적으로 작성해서 제출해 달라고 하여 작성하여 제출한 것인데, 위와 같이 기재한 것은 증자 당시 또는 그 후에 상피고인 1이나 피고인 7로부터 피고인 4는 '차입'이라고 들은 것 같아 그렇게 정리하여 제출한 것이라고 진술한 점, ⑤ 피고인 4는 자신이 제공한 공소외 52, 53 명의로 신주를 배정받아서 그 증권계좌와 도장을 스스로 관리하였고, 배정받은 주식을 스스로 처분한 점 등을 종합해볼 때, 상피고인 1, 2나 피고인 7의 위 수사기관에서의 각 진술 등은 상피고인 1 등의 입장에서 위 자금의 성격을 대여금이라고 생각하였기 때문에 그러한 내용으로 진술된 것으로 보이고, 위 신주인수 계약서상 확정수익 보장 및 재매입 약정 규정에 따라 결과적으로 사실상 대여계약과 유사한 효과가 발생한다고 하여 위 신주인수계약서의 문언 및 형식이 허위에 불과할 뿐 실질적으로는 대여계약에 해당한다거나 신주의 소유권 및 처분권이 상피고인 1에게 귀속한다고 볼 수는 없으며, 달리 상피고인 1 등이 피고인 4로부터 10억 원을 차입하였음을 인정할 만한 증거가 없다고 보아 피고인 7, 4가 상피고인 1, 2, 11의 사기적 부정거래행위에 가담하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13의 위반행위로 얻은 이익액 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 4, 5, 6, 7, 12, 13은 피고인 1의 범행에 대한 인식, 용인에 그치지 않고 공동의 의사로 사기적 부정거래행위를 하기 위하여 일체가 되어 피고인 1의 행위를 이용하여 자신의 의사를 옮기는 정도에 이르렀다고 보아야 하며, 공모의 범위에 있어서도 위 피고인들 사이에 '부정한 합병신주 취득 행위'에 대한 순차적, 암묵적인 공모가 이루어졌다.

따라서 위 피고인들이 위반행위로 얻은 이익액은 합병신주의 상장 전일 종가를 기준으로 하여 산정한 8,491,403주의 가치 25,346,837,955원에서 공소외 5 주식회사 주식 인수대금 17,064,954,800원을 공제한 8,281,883,155원으로 보아야 한다.

(2) 판단

피고인 4, 7이 피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 가담하였다고 볼 증거가 충분하지 않음은 위 가의 (2)항(판결문 102쪽)에서 판단한 것과 같다.

또 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도, 피고인 5, 6, 12, 13이 피고인 1, 2, 11의 전체적인 범행에 가담하였거나 또는 피고인 1이 자신들로부터 각자 차용한 자금 외의 나머지 인수자금 및 유상증자 자금에 관하여도 차명을 사용하고 보호예수에 걸리는 지분 표시를 허위로 공시한다는 점을 인식하였다고 보기 어렵다.

따라서 공범의 성립범위를 한정한 원심판결은 정당하고[다만 위 1.나의 (2)항(판결문 98쪽) 및 (3)항(판결문 99쪽)에서 판단한 것처럼 피고인 5, 6, 12, 13은 방조범으로서의 책임만 부담한다], 거기에 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 직권판단

원심은, 피고인 1, 2, 5, 6, 11이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고, 그 이익액을 피고인 1, 2, 11의 경우 7,799,042,615원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 산정한 피고인 1, 2, 11이 취득한 7,994,639주의 가치 23,863,997,415원 - 공소외 5 주식회사 주식 1,287,476주의 인수대금 16,064,954,800원)으로, 피고인 5의 경우 241,423,255원(=위 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 5의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 248,383주의 평가액 741,423,255원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 500,000,000원), 피고인 6의 경우 193,134,425원(=위 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 6의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 198,705주의 평가액 593,134,425원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 400,000,000원)으로 각 산정하였다.

그러나 위 XI.1.가(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼 검사가 제출한 모든 증거를 종합하여도 위와 같이 매각 제한을 받지 않는 합병신주의 취득으로 얻은 이익액을 산정할 수 없으므로 이 부분 원심판결은 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

XIII. 결론

그렇다면 원심판결 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 부분의 경우 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있고, 나아가 원심판결에는 위에서 판단한 것처럼 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있으므로 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】I. 공소장 변경에 따른 직권판단

검사는 당시에 이르러 원심의 심판대상이었던 공소사실 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 일부 공소사실을 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하는 결정을 고지함으로써 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들의 심판대상이 변경되었다[다만 이 법원은 피고인 1의 2010. 3. 12.자 피해자 공소외 8 주식회사에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 공소사실에 대하여 2011. 4. 12. 공소장변경을 허가하였으나 2011. 6. 2. 위 공소장변경허가결정을 취소하고 이를 불허하는 결정을 하였다.

따라서 이 부분은 이 법원의 심판대상에서 제외된다].

원심판결 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 부분은 심판대상의 변경으로 인하여 더 이상 유지될 수 없다.

그러나 공소사실이 변경되지 않은 부분에 대한 피고인 1, 5, 6, 12, 13 및 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이다.

이에 대하여는 변경된 공소사실에 대한 주장과 함께 아래에서 판단한다.

Ⅱ. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

피고인 1은, 사실은 투자금에 대한 손실보상 조건을 이행할 의사나 능력이 없으면서도, 2003. 7. 23.경 피고인 1의 지인인 상피고인 7을 통하여, 피해자 공소외 1에게 "5억 원을 내가 지정하는 주식에 투자하여 월 10% 이상의 수익이 발생할 경우 그 수익금을 그대로 가져가고 투자 손실이 발생하더라도 투자 원금은 물론 원금의 10%를 월 수익금으로 보전하여 주겠다.

"고 거짓말하여 이에 속은 공소외 1로부터 그 자리에서 5억 원이 입금되어 있는 공소외 1 명의의 증권계좌를 교부받았다.

2. 피고인 1의 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 피고인 1의 자력이나 주식보유 상황 및 공소외 1에게 손실이 발생하게 된 경위 등을 종합적으로 고려할 때 피고인 1의 편취 범의를 인정할 수 없다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ① 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주식 투자 수익금으로 사채업자들에 대한 거액의 차입원리금을 변제하고 투자자들에게 보장한 고율의 수익을 정상적으로 지급하는 것은 결국 향후 공소외 17 주식회사 주식이 급격히 상승할 경우에만 가능한 점, ② 주가는 다양한 변수에 의하여 상승 또는 하락할 수 있는 것으로서 피고인 1이 공소외 1로부터 투자를 받은 시점에서 공소외 17 주식회사 주가가 위와 같이 급격히 상승할 것이 확정적으로 예견된다고 볼 수 없는 점, ③ 피고인 1은 자신이 보유한 현금성 자산을 모두 공소외 17 주식회사 주식 투자에 투입하였고, 달리 주가 하락으로 인한 손해가 발생할 경우 약정 투자기간 내에 공소외 1에게 원금 및 약정한 수익금을 변제할 수 있을 만한 별도의 자산을 보유하고 있지 않았으며, 이후 부동산 처분 등을 통해서도 공소외 1의 손실금 및 약정수익금을 변제하지 못한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1에게 편취의 범의가 있었음을 인정할 수 있다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

(1) 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94도2048 판결 등 참조).

사기죄는 미필적 고의에 의하여도 성립한다.

미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생가능성에 대한 인식이 있음은 물론, 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다.

이 때 그 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 행위자의 진술에 의존하지 아니하고, 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 당해 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다(대법원 2008. 1. 18.

선고 2007도8781 판결 등 참조).

한편 공소가 제기된 범죄사실의 주관적 요소인 미필적 고의의 존재에 대한 입증책임 역시 검사에게 있고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 한다.

따라서 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도12 판결 등 참조).

(2) 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 공소외 17 주식회사의 주가가 예상과 달리 폭락할 경우 공소외 1에게 약정한 투자원금과 수익금을 지급할 만한 충분한 자력을 갖추지 못하였음은 인정된다[피고인 1은 2010. 3. 16. 검찰조사 시 공소외 1에게 원금과 수익금을 보장할 수 있는 별도의 재산을 확보하지 않은 상태에서 공소외 1로부터 투자를 받은 것은 인정한다고 진술하였다.

한편 피고인 1의 변호인이 참고자료로 제출한 등기부등본(공판기록 3권 1497쪽)의 기재에 의하면, 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 피고인 1의 처 공소외 18이 과천시 중앙동 67에 있는 주공아파트 (이하 1 생략)(전유면적 132.28㎡)를 소유하고 있었던 사실은 인정된다.

그러나 위 아파트에 관하여는 2002. 9. 10. 채권최고액을 276,000,000원, 근저당권자를 조흥은행, 채무자를 공소외 18로 한 제1순위 근저당권설정등기가, 2002. 10. 14. 채권최고액을 372,000,000원, 근저당권자를 조흥은행, 채무자를 공소외 18로 한 제2순위 근저당권설정등기가 각 경료되어 있었으므로 그 재산적 가치가 높다고 보이지 않는다. 또 피고인 1은 당시 공소외 19 주식회사 기업구조조정 전문회사의 대표이사로 재직하면서 위 회사의 지분 24%를 보유하고 있었다고 주장하나, 그 객관적 가치 역시 불분명하다].

(3) 그러나 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합할 때, 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가의 상승 가능성을 만연히 믿고 무모하게 공소외 1로부터 5억 원을 투자받았는지는 별론으로 하고 사기 범행에 대한 미필적 고의가 있었다고 단정하기는 어렵다.

① 피고인 1이 공소사실의 발생 가능성을 용인하였다고 보는 것은 피고인 1 본인이 입을 거래의 손실까지도 용인한 것으로 보는 셈이 되어 경험칙에 부합하지 않는다.

피고인 1은 공소외 1 등으로부터 투자받은 돈이나 사채업자로부터 차용한 돈 이외에 상당한 정도의 본인 자금(다만 피고인 1의 주장과 같이 그 액수가 40억 원에 이른다고 단정할 수는 없다)을 이용하여 공소외 17 주식회사 주식을 매수하였다.

결국 공소외 17 주식회사 주가의 폭락은 바로 피고인 1 본인에게도 거래의 손실이 발생하는 것을 의미하는 상황이었다(검사가 제출한 증거를 모두 종합하여 보아도, 피고인 1이 자신의 자금으로 매수한 공소외 17 주식회사 주식에 대하여는 그 투자원금을 회수할 수 있는 별도의 안전조치를 취하여 두었다고 인정되지는 않는다). 과연 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가가 폭락하여 다른 사람들로부터 유치한 투자금은 물론이고 자신의 투자금까지도 회수할 수 없을 가능성을 그대로 용인하는 내심의 의사가 있었다고 볼 수 있는지 의문이다.

- ② 공소외 1이 투자원금을 회수할 수 있는 조치를 취해 두었다는 피고인 1의 변소를 쉽게 배척할 수 없다.

피고인 1은 검찰조사 이래 이 법정에 이르기까지 일관되게 투자자인 공소외 1로 하여금 원금을 회수할 수 있도록 하기 위해서 만약 공소외 17 주식회사 주가가 하락하여 원금에 미치지 못하게 되는 경우에는 공소외 1이 본인의 의사에 따라 공소외 17 주식회사 주식을 처분할 수 있도록 해당 계좌의 증권카드와 도장을 공소외 1에게 교부하였다고 주장하고 있다.

공소외 1은 피고인 1의 위와 같은 주장을 부인하고 있으나, ㉔ 당시 피고인 1로부터 부탁을 받고 공소외 1의 투자를 유치하였던 상피고인 7도 피고인 1의 주장에 부합하는 취지의 진술을 하고 있는 점, ㉕ 투자 당시 피고인 1과 공소외 1 사이에 작성된 투자약정서는 현재 남아 있지 않고 당사자들의 상반된 진술 이외에 공소외 1의 구체적인 투자조건을 확정할 수 있는 다른 객관적 증거가 제출되지 않은 점, ㉖ 특히 공소외 1은 자신의 후배 소개로 피고인 7을 알게 되어 피고인 1과 처음으로 거래를 한 것이고 그 투자금 액수가 5억 원에 이르는데도 피고인 1이 투자원금 및 수익금 보장 약정을 이행하지 않을 경우에 대비하여 별도의 담보를 제공받지 않은 점(아래에서 보는 것처럼 피고인 1이 공소외 20 명의의 주식을 공소외 1에게 담보로 제공한 시점은 공소외 17 주식회사 주가가 폭락한 직후인 2003년 9월 중순경이다) 등을 고려할 때 피고인 1의 주장이 허위라고 단정할 수는 없다.

피고인 1의 주장처럼 공소외 1 본인의 의사에 따라 투자원금을 회수하거나 손실을 줄일 수 있는 가능성이 있었다면 피고인 1이 공소외 1의 투자금을 편취할 의사가 있었다고 보기는 어렵다.

- ③ 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가의 폭락을 예견하기는 어려운 상황이었다.

공소외 17 주식회사 주가는 2003. 4. 18. 9,320원이었으나 점진적으로 상승하여 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자 받을 당시에는 11,000원 대에 이르렀고, 그 후 주가가 계속 상승하여 2003. 8. 19.에는 15,800원이 되었다. 그러나 2003. 9. 7. ○○○와 공소외 17 주식회사 컨소시엄의 인수합병 협상이 갑자기 중단되었고, 이에 따라 ○○○ 파산사건을 담당하던 재판부에서 공소외 17 주식회사 컨소시엄에 대한 우선협상 대상자 선정을 취소하기에 이르자 공소외 17 주식회사 주가는 폭락하였다.

주가가 원래 다양한 변수에 의하여 상승 또는 하락할 수 있음을 고려하더라도 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시에는 공소외 17 주식회사 주가가 장기간 동안 꾸준한 상승세를 보여 왔고, 공소외 1의 투자 당시 이미 공소외 17 주식회사 컨소시엄과 ○○○의 인수합병 협상이 난항을 겪고 있었다는 등의 특별한 사정이 존재하거나 나아가 이러한 사정을 피고인 1이 알고 있었음을 인정할 만한 증거도 없는 이상, 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가가 단기간에 폭락할 것을 예견할 수 있었다고 보기는 어렵다.

- ④ 공소외 1의 투자금은 당초 약정대로 공소외 17 주식회사 주식의 매수에 모두 사용되었다.

피고인 1은, 공소외 1이 투자한 5억 원에다가 공소외 1에 대한 약정 수익금 중 1개월분에 해당하는 5천만 원을 더하여 5억 5천만 원 상당의 공소외 17 주식회사 주식을 매수하였고, 공소외 1의 위 투자금을 유치 당시 목적과는 다르게 사용하였다고 인정할 만한 증거는 없다.

⑤ 피고인 1은 공소외 1의 피해 회복을 위해서 노력하였다.

피고인 1은 공소외 17 주식회사 주가가 하락하자 공소외 1의 요구에 따라 2003년 9월 중순경 공소외 20 명의 주식계좌 내 유가증권을 공소외 1에게 담보로 제공하였는데, 당시 위 계좌에는 공소외 17 주식회사 주식 64,190주, 공소외 21 주식회사 주식 4,300주가 입고되어 그 잔고 평가금액이 657,024,000원에 이르렀다(다만 공소외 20은 2003. 4. 22. 제일화재해상보험으로부터 5억 원을 대출받으면서 위 계좌 내 예치금 및 유가증권에 대하여 질권자를 제일화재해상보험, 질권설정금액을 6억 5천만 원으로 한 질권을 설정하여 주었는데, 제일화재해상보험은 공소외 17 주식회사 주가의 하락으로 인하여 약정 담보비율이 유지되지 않자 2003. 10. 27.경 위 계좌에 있던 주식들을 매도하여 그 매도대금으로 다음 날 위 대출금채무의 변제에 충당하였다.

그러나 피고인 1이 공소외 20 명의의 위 주식계좌 내 유가증권을 공소외 1에게 담보로 제공할 당시 이미 위 유가증권이 제일화재해상보험에게 담보로 제공된 상태에 있었음을 알았다고 인정할 만한 증거는 없다).

또 피고인 1은 공소외 17 주식회사 주식을 처분하여 공소외 1에게 2억 7천만 원 정도를 변제하였고, 공소외 1의 요구에 따라 2004. 7. 9. 원금 3억 1천만 원과 이에 대한 월 5% 이자를 지급하겠다는 취지의 이행각서를 작성하여 공증하여 주었다.

나아가 공소외 1의 요청에 따라 공소외 1로 하여금 2005년부터 2007년까지 사이에 피고인 1 본인이 추진 중인 유상증자 등에 투자할 수 있는 기회도 여러 번 제공하였다.

특히 그중 공소외 22 주식회사에 대한 투자에 있어서는 공소외 1이 2007년 7월경 신주인수권부 사채 5억 원 상당을 주당 3,500원에 인수하여 2009년 주당 6,000원에 매도함으로써 약 3억 5,700만 원의 이익을 취득하기도 하였다.

한편 피고인 1은 공소외 1을 상대로 하여 위 2004. 7. 9.자 공정증서의 집행력을 배제하기 위하여 서울중앙지방법원 2009가합29491호로 청구이의의 소를 제기하였다.

위 소송은 2010. 1. 7. 조정에 갈음하는 결정이 확정됨으로써 종결되었는데, 피고인 1은 위 결정에서 지급의무를 부과한 8억 2천만 원 중 4억 원을 공소외 1을 위하여 공탁하였다.

4. 소결론

결국 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하고, 사기죄에 있어서 미필적 고의에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

Ⅲ. 법인자금 사용으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 등 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 차용금채무 일시 변제 후 재대여 행위 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 2 주식회사의 분기말 단기대여금 액수를 줄이기 위하여 일시적으로 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무 변제 명목으로 입금된 돈을 다시 대여한 각 자금인출행위(별지 범죄일람표 1 순번 22번, 23번, 25번, 26번, 48번 내지 50번, 65번, 67번, 70번)는 이미 단기대여금으로 인출된 돈에 대하여 일시적으로 변제한 것으로 회계처리하였다가 다시 단기대여금으로 인출한 것에 불과하여 실질에 있어서 대환대출과 다를 바 없다.

따라서 횡령의 범의를 인정하기 어렵고, 새로운 법익침해도 없다(항소이유서 제출기간이 지나서 제출된 항소이유 보충서나 변호인의견서에 기재된 내용은 항소이유를 보충하는 범위에서만 판단한다).

이하 같다).

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 상피고인 12, 13으로부터 금원을 빌려서(변호인이 항소이유보충서에서 주장하는 것처럼 공소외 2 주식회사가 위 차용금에 대한 채무자라고 인정되지는 않는다) 이를 공소외 6 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무의 변제 명목으로 공소외 2 주식회사에 입금한 사실, 피고인 1은 그 후 공소외 2 주식회사 자금을 별지 범죄일람표 1 순번 22번, 23번, 25번, 26번(13억 원 중 10억 원), 48번 내지 50번, 65번, 67번, 70번 각 기재와 같이 공소외 3 주식회사 등에 대한 단기대여금 명목으로 인출한 후 이를 상피고인 12, 13에 대한 자신의 차용금채무 변제에 사용한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 피고인 1이 상피고인 12, 13으로부터 차용한 금원이 공소외 6 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무의 변제 명목으로 일단 공소외 2 주식회사에 귀속된 이상 이는 공소외 2 주식회사의 자본이 되는 것이고, 그 후 피고인 1이 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사의 자금을 공소외 3 주식회사 등에 대한 단기대여금 명목으로 임의로 인출하여 이를 피고인 1 본인이 상피고인 12, 13에 대하여 부담하는 차용금채무의 변제에 사용한 것은 공소외 2 주식회사에 대한 별개의 횡령행위로서 새로운 법익침해 행위에 해당한다(피고인 1의 변호인이 들고 있는 대법원 판례는 이 사건과는 사실관계를 달리하는 사안에 대한 것으로 이 사건에서 원용할 수는 없다).

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 공소외 3 주식회사 경비 지급 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금에서 대여금 명목으로 인출하여 공소외 3 주식회사에 지급한 각 행위[별지 범죄일람표 1 순번 13번, 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번, 39번, 53번(3억 원 중 2억 원), 58번(3억 7천만 원 중 1억 1,200만 원, 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지 범죄일람표 2 순번 1번, 4번, 7번, 10번]의 경우 피고인 1의 경영상 판단에 따른 정상적인 계열사 지원행위이므로 불법영득의사를 인정할 수 없다.

(2) 판단

(가) 원심의 판단

원심은 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사는 물론이고 공소외 3 주식회사 역시 피고인 1에 의하여 실질적으로 운영되는 회사이므로 공소외 3 주식회사가 공소외 2 주식회사나 공소외 4 주식회사에 대하여 독립적인 의사결정 체계 및 협상능력을 가진 대등하고 대립적인 대여계약의 상대방으로 보기는 어렵다는 등의 이유를 들어 위 (1)항 기재 각 자금인출행위는 명목상 대여로 회계처리한 것에 불과하고, 따라서 업무상횡령죄가 성립한다고 판단하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사에서 대여금 명목으로 공소외 3 주식회사에 지급된 금원 중 별지 범죄일람표 1 순번 13번(3억 원 전액), 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번(7천만 원 전액), 39번(2억 5천만 원 전액), 53번(3억 원 중 2억 원), 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지 범죄일람표 2 순번 1번(3억 원 전액), 4번(3억 원 전액), 7번(1억 5천만 원 전액), 10번(5천만 원 전액) 기재 각 금원의 경우 피고인 1의 주장과 같이 실제로 공소외 3 주식회사 소속 직원 급여지급 등 공소외 3 주식회사의 운영비로 사용된 사실(다만 피고인 1의 주장과 같이 별지 범죄일람표 1 순번 58번 기재 3억 7천만 원 중 1억 1,200만 원이 공소외 3 주식회사의 운영비로 사용되었다고 인정되지는 않는다), 공소외 3 주식회사는 페이퍼컴퍼니가 아니고 탄소나노튜브 응용제품의 연구 및 개발을 위하여 2008년 1월 설립된 법인으로서 위 각 금원의 입금 당시 안성시에 공장과 연구시설을 갖추고 그 사업목적에 따른 실질적 활동을 하고 있었던 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 대여금 명목으로 공소외 3 주식회사에 입금된 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 자금 중 적어도 실제로 공소외 3 주식회사를 위하여 사용된 금원부분에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 진정한 소비대차약정에 따른 금원 지급이라고 보는 것이 경험칙에 더 부합하는데(공소외 3 주식회사가 피고인 1의 의사에 따른 자금 집행을 위하여 단순한 자금의 이동통로로 이용된 경우도 있다고 하여 공소외 3 주식회사에 입금된 돈 전체의 성격을 동일하게 평가하는 것은 논리적 비약이다), 검사가 제출한 증거만으로는 위 각 금원의 지급이 소비대차약정에 따른 것이 아니라고 단정할 만한 특별한 사정을 인정하기에 부족하다.

결국 이 부분 범죄사실에 대하여 업무상횡령죄의 성립을 인정한 원심은 사실을 오인하거나 업무상횡령죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2) 그런데 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 사정을 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 수 없다.

이러한 이치는 그 타인이 자금대여회사의 계열회사 또는 관계회사라고 하여 달라지지 않는다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6982 판결 등 참조).

더구나 회사의 경영상의 부담에도 불구하고 관계회사에 자금을 지원하는 것이 회사의 신인도를 유지하고 회사의 영업에 이익이 될 것이라는 일반적·추상적인 기대 하에 일방적으로 관계회사에 자금을 지원하게 하여 회사에 손해를 입게 한 경우 등에는 관계회사에 대한 자금지원에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내린 것이라고 볼 수 없다.

따라서 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라고 할 수도 없다(대법원 2007. 10. 11. 선고 2006다33333 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 공소외 3 주식회사에 대한 위 1)항 기재와 같은 각 자금 지원에 대하여 이사회결의 등 공소외 2 주식회사나 공소외 4 주식회사의 내부 검토 절차를 거치지 않은 채 자신의 독자적인 판단에 의하여 결정한 사실, 그 대여금액이 합계 20억 8천만 원(= 공소외 2 주식회사 12억 8천만 원 + 공소외 4 주식회사 8억 원)에 이르는 거액인 사실 및 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사에서 자금을 지원한 2008년과 2009년에는 공소외 3 주식회사가 설립된 지 얼마 되지 않아 별다른 매출이 없는 상황이었으므로 대여금의 회수 여부가 불분명하였던 사실(실제로 피고인 1에 대한 검찰조사가 진행될 때에도 위 대여금은 회수되지 않은 것으로 확인되었다)이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 피고인 1이 공소외 3 주식회사로부터 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금을 공소외 3 주식회사의 운영비로 대여한 행위는 업무상배임죄에 해당한다(피고인 1에 대한 업무상횡령의 공소사실과 그 동일성이 인정되고 피고인 1의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 공소장변경 없이 업무상배임죄를 인정한다).

한편 원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 피고인 2, 3에 대한 부분은 직권으로 피고인 1과 동일하게 업무상배임죄로 변경하여 인정한다).

다.

협력회사 단기대여금 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

별지 범죄일람표 1 순번 32번, 별지 범죄일람표 2 순번 8번, 9번, 12번 기재 각 자금인출행위는 사업상 협력업체인 공소외 23 주식회사나 피고인 1이 당시 인수합병을 추진하고 있던 공소외 24 주식회사에 대여하기 위한 것이었다. 당시 피고인 1은 공소외 23 주식회사나 공소외 24 주식회사가 자금 상환 능력을 충분히 갖추고 있다고 판단하였고 실제로 원리금이 모두 변제되었으므로 단지 담보를 제공받지 않고 금원을 대여하였다는 사실만으로 업무상배임죄의 죄책을 물을 수는 없다.

(2) 판단

배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니다(대법원 2000. 12. 8. 선고 99도3338 판결 등 참조).

여기예다가 위 나.(2)(나)의 2)항(판결문 23쪽)에 기재한 업무상배임죄에 관한 법리를 함께 고려하면, 피고인 1이 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 공소외 23 주식회사나 공소외 24 주식회사에 만연히 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 자금을 대여해 준 행위는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 업무상배임죄가 성립한다.

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

라. 공소외 5 주식회사 자금을 통한 변제와 인출행위 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

공소외 8 주식회사 등 모회사나 계열사 및 관계회사들의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무를 변제하기 위하여 공소외 5 주식회사 자금을 공소외 2 주식회사에 지급한 각 행위(별지 범죄일람표 3 순번 1번 내지 4번)가 횡령죄에 해당한다면 그 후 피고인 1이 공소외 2 주식회사에 입금된 돈을 곧바로 인출하였다고 하더라도 이는 단일한 범의 하에 횡령의 범죄로 취득한 돈을 사용한 것에 불과하므로 새로운 법익침해가 있다고 보기 어렵다.

원심은 불가벌적 사후행위 또는 횡령죄의 죄수에 관한 법리를 오해하였다.

(2) 판단

공소외 2 주식회사와 공소외 5 주식회사는 별개의 법인으로서는 공소외 5 주식회사의 자금을 임의로 인출하여 업무상 횡령죄가 성립하였더라도 그 인출된 자금이 공소외 8 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무를 변제하기 위하여 공소외 2 주식회사에 입금된 이상 위 금원은 일단 공소외 2 주식회사에 귀속되어 공소외 2 주식회사의 자본이 되는 것이고, 이를 다시 페이퍼컴퍼니 등에 대한 단기대여금 명목으로 공소외 2 주식회사로부터 임의로 인출한 행위는 공소외 2 주식회사에 대한 별개의 횡령행위로서 새로운 법익을 침해한 경우에 해당한다.

또 공소외 5 주식회사에 대한 업무상횡령죄와 공소외 2 주식회사에 대한 업무상횡령죄는 피해자를 달리하는 별개의 범죄로서 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것이므로 같은 전제에 선 원심판결은 옳다.

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

주식회사는 주주와 독립된 별개의 권리주체로서 그 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로 회사 소유의 재산을 주주나 대표이사가 제3자의 자금 조달을 위하여 담보로 제공하는 등 사적인 용도로 임의 처분하였다면 횡령죄의 죄책을 면할 수 없고, 사후 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있더라도 불법영득의 의사를 인정함에 지장이 없다.

별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 기재 각 자금인출행위의 경우 비록 변제가 예정되어 있었다고 하더라도 피고인 1, 2, 3이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 법인 자금을 대표이사 및 관련자들의 공소외 25 주식회사 및 공소외 24 주식회사 지분 취득에 사용하였으므로 그

사용시점에 이미 불법영득의사가 발현되었다고 보아야 한다.

나. 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 그 판시와 같은 사실인정을 기초로 하여 별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 각 기재와 같이 인출된 자금의 경우 즉시 상환이 예정되어 있었고, 실제로 1, 2일 만에 이자를 포함한 원금이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사에 상환되었으므로, 피고인 1, 2, 3의 불법영득의사를 인정하기 어렵다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

(가) 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 없다(대법원 1983. 9. 13. 선고 82도75 판결, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도3045 판결 등 참조).

(나) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 아래의 사실이 인정된다.

1)공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1과 공소외 24 주식회사의 대표이사인 공소외 26은 2009년 10월경 공소외 2 주식회사가 상장사를 물색하여 인수한 뒤 이를 공소외 24 주식회사와 합병하여 그 합병된 상장사를 공동으로 경영하기로 합의하였다.

2)피고인 1은 피고인 12로부터 차입한 10억 원으로 2009. 11. 10. 실시된 공소외 24 주식회사 유상증자에 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 직원인 공소외 27, 28, 29, 30의 명의를 빌려 그 명의로 참여하는 방법으로 공소외 24 주식회사의 주식 50만 주를 취득하였다.

3)피고인 1은 합병에 앞서 대주주의 지분 비율을 조정하는 과정에서 공소외 26의 공소외 24 주식회사 지분을 확대시키는 것이 바람직하다고 판단하여 별지 범죄일람표 1 순번 95번 기재와 같이 2009. 11. 10. 공소외 2 주식회사의 자금 22억 원을 대여금 명목으로 공소외 24 주식회사에 지급하였다.

공소외 24 주식회사는 위 자금으로 공소외 26에 대한 가수금 22억 원을 변제하였고 공소외 26은 위 22억 원을 10명의 차명을 이용하여 공소외 24 주식회사의 유상증자금으로 납입하였으며, 공소외 24 주식회사는 2009. 11. 11. 납입된 유상증자금 중 22억 원을 공소외 2 주식회사에 상환하였다.

4)공소외 2 주식회사는 2009. 11. 17. 상장사인 공소외 25 주식회사의 지분 8.64%를 인수하였고, 공소외 25 주식회사는 2009. 11. 18. 피고인 1과 공소외 26이 실질적으로 소유하는 주식 약 57%를 인수하기로 하였다.

그 구체적 인수 방법으로서 피고인 1과 공소외 26은 공소외 25 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채를 인수하고, 공소외 25 주식회사는 신주인수권부사채를 발행하여 납입된 자금으로 피고인 1과 공소외 26이 실질적으로 소유

하는 공소외 24 주식회사의 주식을 인수함으로써 결과적으로 공소외 24 주식회사의 일부 주식과 공소외 25 주식회사의 신주인수권부사채를 교환(스왑)하기로 하였다.

5) 이에 따라 공소외 25 주식회사는 2009. 12. 22. 109억 8,500만 원 상당의 신주인수권부사채를 발행하였는데, 피고인 1의 지시를 받은 피고인 3은 2009. 12. 22. 공소외 24 주식회사의 담당 직원으로부터 공소외 24 주식회사의 주주인 공소외 26과 공소외 26으로 하여금 차명으로 주식을 취득하도록 명의를 제공한 공소외 31, 32, 33, 34 등 5명의 계좌정보를 받았고, 또 공소외 27, 30, 28, 29로 하여금 그들 명의로 통장을 개설하도록 한 후 그 통장, 도장, 비밀번호 등을 자신이 관리하였다.

6) 피고인 3은 피고인 1의 지시에 따라 2009. 12. 22. 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 18번 각 기재와 같이 공소외 4 주식회사의 자금 합계 43억 6,500만 원을 인출하여 공소외 26, 31, 32, 33, 34의 명의로 공소외 25 주식회사의 계좌에 43억 6,500만 원 상당의 신주인수권부사채 인수대금 명목으로 입금하였고, 또 별지 범죄일람표 1 순번 107번 내지 109번, 범죄일람표 2 순번 19번, 20번 각 기재와 같이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금 합계 16억 2천만 원을 인출하여 공소외 27, 30, 28, 29 명의로 공소외 25 주식회사의 계좌에 16억 2천만 원 상당의 신주인수권부사채 인수대금 명목으로 입금하였다.

7) 공소외 25 주식회사는 2009. 12. 24. 위 신주인수권부사채 발행대금으로 공소외 26과 피고인 1이 보유한 공소외 24 주식회사의 주식을 인수하였고, 피고인 1은 같은 날 공소외 25 주식회사로부터 공소외 27 명의의 계좌로 송금된 공소외 24 주식회사 주식 인수대금 17억 2,400만 원 중 일부로 차입원금 16억 2천만 원과 이자를 공소외 4 주식회사에 상환하였고, 공소외 26 등 계좌로 송금된 주식 인수대금 중 일부로 차입원금 43억 6,500만 원과 이자를 공소외 4 주식회사와 공소외 2 주식회사에 상환하였다.

(다) 위 인정사실에 의하면 별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 기재 각 자금인출행위는 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 대표이사 또는 실질적 운영자인 피고인 1이 자신이 추진하는 방향과 일정에 따라 공소외 24 주식회사의 인수 또는 합병을 추진하기 위한 자금을 마련하기 위하여 명목상 대여로 회계처리하는 방법으로 자금을 인출한 것에 불과하다 할 것이고, 한편 피고인 1이 자신의 독단적 판단과 필요에 따라 거액의 회사 자금을 마치 자신의 자금처럼 임의로 인출하여 사용한 점(공소외 2 주식회사 합계 32억 원, 공소외 4 주식회사 합계 49억 8,500만 원), 금전과 같은 불특정물의 경우 그 대체성으로 인하여 특정물을 일시적으로 사용하였다가 반환한 경우와 불법영득의사를 동일하게 평가할 수 없는 점 등을 고려할 때, 피고인 1과 피고인 2 또는 피고인 3이 공모하여 위와 같이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금을 인출할 당시에 불법영득의사를 갖고 있었음을 충분히 인정할 수 있다.

(라) 결국 이 부분 범죄사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄가 성립하지 않는다고 판단한 원심판결에는 업무상횡령죄에 있어서 불법영득의사의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 직권판단

가. 공소사실의 요지

피고인 1은 2008. 8. 29.경부터 공소외 2 주식회사의 대표이사로 재직하였고, 피고인 2는 2008. 6. 26.경부터 공소외 2 주식회사의 이사로 재직하면서 회계 및 재무업무를 담당하였다.

피고인 1, 2는 공모하여 2009. 4. 27. 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같이 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사의 자금 35억 원을 대여금 명목으로 공소외 6 주식회사에 지급하여 이를 횡령하였다.

나. 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같은 자금인출행위에 대하여 피고인 1, 2가 명목상 대여로 회계처리 하였을 뿐이고 임의로 공소외 2 주식회사의 자금을 인출, 사용한 경우에 해당하므로 업무상횡령죄가 성립한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

(가) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1, 2는 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같이 2009. 4. 27. 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사 자금 35억 원을 인출하여 공소외 35 주식회사가 발행한 35억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 14 주식회사 명의로 인수하였는데, 회계상으로는 위 35억 원을 공소외 14 주식회사에 단기대여금 명목으로 지급한 것으로 처리한 사실, 공소외 2 주식회사는 2009. 8. 18. 자금 조달을 위하여 공소외 4 주식회사로부터 공소외 14 주식회사 명의로 35억 원을 차용하면서 공소외 14 주식회사 명의로 인수하였던 공소외 35 주식회사 발행의 위 신주인수권부사채를 담보 명목으로 공소외 4 주식회사에 제공하였고, 다만 회계상으로는 공소외 4 주식회사가 공소외 14 주식회사에 35억 원을 대여하고 공소외 14 주식회사는 공소외 2 주식회사에 대한 위 2009. 4. 27.자 차용금채무에 대한 변제 명목으로 35억 원을 공소외 2 주식회사에 입금한 것으로 처리한 사실 및 공소외 14 주식회사는 피고인 1이 자금지원, 조달 등의 편의를 위하여 명목상 설립한 페이퍼컴퍼니인 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 1, 2는 2009. 4. 27. 회계상 공소외 14 주식회사에 대여한 것으로 되어 있는 공소외 2 주식회사의 자금 35억 원을 가지고 공소외 2 주식회사를 위하여 같은 금액 상당의 공소외 35 주식회사 발행의 신주인수권부사채를 인수하였다고 할 것이므로 불법영득의사가 있었다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(나) 결국 이 부분 범죄사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄의 성립을 인정한 원심판결에는 업무상횡령죄에 있어서 불법영득의사의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 소결론

위에서 판단한 것처럼 원심판결 중 공소외 3 주식회사 경비 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분[별지 범죄일람표 1 순번 13번(3억 원 전액), 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번(7천만 원 전액), 39번(2억 5천만 원 전액), 53번(3억 원 중 2억 원), 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지2 순번 1번(3억 원 전액), 4번(3억 원 전액), 7번(1억 5천만 원 전액), 10번(5천만 원 전액)], 공소외 24 주식회사 인수자금 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번, 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번) 및 공소외 35 주식회사 발행의 신주인수권부사채 인수자금 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(별지 범죄일람표 1 순번 52번)에는 사실오인 또는 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

IV. 약속어음 발행 및 공증으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분에 대한 판단

당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 2009. 9. 23.경 상피고인 12로부터 60억 원을 차용하면서 피고인 2에게 지시하여 2009. 9. 24.경 피해자 공소외 8 주식회사, 공소외 2 주식회사 명의의 약속어음(액면 72억 원, 발행일 2009. 9. 25.)을 발행하여 이를 공증해 준 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실과 같이 피고인 1, 2가 피고인 1 개인의 차용금채무에 대한 담보 명목으로 공소외 8 주식회사 및 공소외 2 주식회사 명의의 약속어음을 발행·공증하여 준 행위는 회사 임원으로서의 임무에 위배하여 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사로 하여금 자신과 전혀 무관한 채무를 부담시키는 것이고, 이로 인하여 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사에 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 할 것이다.

따라서 피고인 1, 2의 위 행위는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄에 해당한다(피고인 1은 종전 공소사실에 대하여는 항소이유 제출 기간 내에 아무런 항소이유도 주장하지 않았다).

V. 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장및금융투자업에관한법률위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1)피고인 1과 공소외 7 법인의 대리인인 공소외 10이 체결한 투자수익보장약정은 투자계약에 해당하고, 당시 작성된 금전소비대차약정 공정증서는 주가 하락으로 공소외 10이 손실을 입었을 경우 집행의 편의를 위하여 작성한 일종의 통정허위표시에 불과하다.

(2)피고인 1이 투자수익보장약정을 체결한 동기와 경위, 공소외 2 주식회사와 코스닥시장의 주가흐름, 공소외 10의 주식 매수량 등에 비추어 볼 때 투자수익보장약정에 따라 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사의 주식을 매수하도록 한 행위가 「자본시장 및 금융투자업에 관한 법률」(이하 '법령의 적용'란을 제외하고는 '자본시장법'이라고 한다) 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종이나 자본시장법 제178조 제1항 제1호 및 같은 조 제2항에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(3)상피고인 8에게 주가를 인위적으로 조종하라고 지시한 사실이 없고, 상피고인 8의 부탁을 받은 상피고인 9의 거래 기간 및 거래량을 고려할 때 상피고인 9의 행위가 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종이나 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 보기는 어렵다. 또 2009. 2. 10. 이후 상피고인 9의 주식거래에 대하여는 피고인 1이 전혀 관여하지 않았으므로 책임이 없다.

(4) 2009. 2. 2.경 공소외 2 주식회사 유상증자 과정에서 일부 유상증자 자금을 차입금으로 충당한 것은 사실이다. 하지만 이는 공소외 2 주식회사의 운영자금 조달을 위한 것이었고, 피고인 1의 계산으로 유상증자에 참여하여 주식을 취득한다고 생각해 본 사실이 없으며, 제3자 배정 유상증자와 관련하여 모집된 투자금이 일부 부족한 경우 대주주가 차입금으로 유상증자를 마무리 하는 것은 거래 관행상 일반적으로 이루어지고 있다. 따라서 비록 차명으로 인수하여 보유 주식에 대한 보고의무를 위반한 위법이 있다고 하더라도 불법적인 목적으로 유상증자를 한 것이 아니라면 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 볼 수는 없다.

(5)피고인 1이 공소외 10과의 2차례에 걸친 투자수익보장약정을 통하여 취득하였다가 매도한 주식은 인위적인 시세조종행위로 취득한 것이 아닐 뿐 아니라 계약에 따라 2개월 내지 3개월 동안 보유하고 있다가 자연스러운 주가 등락에 따라 주식을 매도하여 차익이 발생한 것이므로 위반행위로 인하여 이익을 얻었다고 볼 수 없다.

나. 판단

(1) 공소외 7 법인과 체결한 2008. 11. 25.자, 2009. 3. 3.자, 2009. 6. 3.자 및 2009. 10. 7.자 투자수익보장약정(이하 계약 체결 순서에 따라 1차 내지 4차로 표시한다)의 성격

이 부분은 아래 VI항과 XI항 부분에서도 항소이유를 판단하는 과정에서 동일하게 문제되므로 한꺼번에 판단한다.

원심은, ① 피고인 1이 공소외 10과 공소외 36으로부터 개인적으로 차용한 금원 또는 회사자금과 별도로 개인적으로 관리하는 자금으로 공소외 10과의 1차 내지 3차 각 투자수익보장약정에 따른 현금담보를 제공한 점, ② 위 각 투자수익보장약정에 따라 작성된 제안서 등은 '연대보증인'을 계약 주체로 하고 있고, 연대보증인으로서는 피고인 1과 공소외 2 주식회사(또는 공소외 8 주식회사)가 기재되었으나, 한편 위 제안서는 계약의 주체를 '공소외 2 주식회사(또는 공소외 8 주식회사)의 실질적인 대주주이자 경영권자인 연대보증인'으로 규정하고 있는데 이는 피고인 1을 의미한다고 할 것인 점, ③ 피고인 1은 검찰조사 시 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사가 계약주체로 포함된 이유에 관하여, '공소외 10이 말하기를 "어차피 구조가 자사주 매입의 형식이기 때문에 공소외 7 법인에서 공소외 2 주식회사 주식을 매입한다면 공소외 2 주식회사가 계약주체가 되어야 하고 공소외 8 주식회사 주식을 매입한다면 공소외 8 주식회사가 계약주체가 되어야 한다.

솔직히 이것은 투자의 개념이 아니라 금전대여의 개념이기 때문에 회사법인보다는 채권회수가 쉬운 피고인 1과 공소외 37한테 손실을 물을 것이다.

"고 해서 그렇게 하는 것이다"라고 진술하였고, 계약주체에 대하여 '내가 담보를 제공하고 손실도 내가 책임을 지기 때문에 내가 빌리는 것이다'라고 진술한 점, ④ 공소외 10도 이 법정에서 '계약상대방은 피고인 1 개인이고, 이 사건 거

래의 본질은 실제 사주인 피고인 1 개인에게 주식매수대금 또는 유상증자 대금을 대여해주고 증인이 관리하는 계좌로 취득한 주식을 담보로 제공받는 것이며, 거래과정에서 발행한 손해 또는 수익은 모두 실사주인 피고인 1에게 귀속된다.

상대방이 회사가 아니라 개인인 것은 분명하다.

위약사항이 없는 한 회사에 소구할 일도 없기 때문에 피고인 1이 개인적으로 위약이 생겼을 경우에도 개인적으로 갚을 것으로 믿고 한 것이다'라는 취지로 진술한 점, ⑤ 피고인 1은 공소외 10이 취득한 주식에 대하여 공소외 10의 위임을 통하여 자사주 제한 없이 의결권 등을 행사하는 반면, 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사는 자사주에 대한 의결권을 행사할 수 없는 점, ⑥ 피고인 1은 공소외 10과의 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 반환받은 현금담보와 이득금을 회사에 귀속시키지 아니하고 개인적으로 관리한 점, ⑦ 2009. 10. 7. 피고인 1, 공소외 8 주식회사 명의로 체결된 4차 투자수익보장약정에 대하여, 2010. 3. 18. 피고인 1과 공소외 10 사이에 기존 연대보증인인 공소외 8 주식회사를 면책시키고, 공소외 14 주식회사와 공소외 3 주식회사를 새로운 연대보증인으로 하며, 피고인 1의 권리의무는 그대로 유지하기로 하는 내용의 합의서가 작성된 점 등을 종합적으로 고려할 때 위 각 투자수익보장약정의 실질적인 계약주체는 피고인 1 개인이라고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들과 함께 ① 피고인 1은 공소외 10으로부터 공소외 10이 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주식을 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 주식 매수내역을 지속적으로 확인한 점, ② 피고인 1은 공소외 10에게 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식을 2009. 4. 15.부터 2009. 4. 24.까지 사이에 매각하도록 지시하기도 한 점(수사기록 1권 1179쪽) 등을 고려하면 위 각 투자수익보장약정은 피고인 1이 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주가를 안정적으로 관리하기 위하여 공소외 10 또는 공소외 7 법인으로부터 자금을 차용한 금전소비대차에 해당한다고 봄이 옳다.

(2) 투자수익보장약정을 통한 시세조종행위 또는 부정거래행위 여부

(가) 현실거래에 의한 시세조종행위 여부

이 부분은 아래 VI항과 XI항 부분에서도 항소이유를 판단하는 과정에서 동일하게 문제되므로 한꺼번에 판단한다.

1) 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장법 부칙 제2조로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하며, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

한편 위 조항 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것일 뿐 그로 인하여 실제로 시세가 변동될 필요까지는 없고, 일련의 행위가 이어진 경우에는 전체적으로 그 행위로 인하여 시세를 변동시킬 가능성이 있으면 충분한데, 이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된

유가증권의 총수, 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성과 공정성, 가장 혹은 허위매매 여부, 시장관여율의 정도, 지속적인 종가관리 등 거래의 동기와 태양 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 대하여도 동일하게 적용된다.

2) 원심은, ①피고인 1이 위 각 투자수익보장약정 체결 시마다 '실질적인 대주주이자 경영권자인 연대보증인(피고인 1 등)은 본인의 보증과 사전담보를 제공하고 주식매입자금을 사용하여 자사주를 매입하는 개념으로, 투자자에게 적절한 일정수익을 보장하고 장내 혹은 동시호가, 시간 외 종가에 블록으로 소액투자자의 매도물량을 인수시켜, 주가의 하락을 지연시키고 시장의 안정을 도모한다'는 취지가 기재된 제안서를 체결하고, 공소외 10에게 원금 및 확정수익을 보장하면서 공소외 7 법인 등의 명의로 위 제안서의 내용과 같이 소액투자자의 매도물량을 지속적으로 흡수하는 거래를 하였는데, 위와 같은 거래에 의하여 형성된 시세는 유가증권 시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것이 아닌 인위적으로 조작된 것으로 봄이 상당한 점, ②피고인 1이 공소외 7 법인과 체결한 1차 내지 3차 각 투자수익보장약정에 따라 공소외 10이 장내매수에 투입한 비용이 각 20억 원, 30억 원, 6억 원에 이르는 거액이고, 이를 통하여 일일 매매 거래량의 약 10%에 이르는 주식을 장내에서 매입하였으며, 특히 매수량의 약 1/3을 공소외 7 법인 등 명의의 외국인투자전용계좌를 사용하여 매수한 점, ③피고인 1이 공소외 10과 체결한 4차 투자수익보장약정의 경우, 피고인 1은 상피고인 2를 통하여 공소외 10 측에 주식매수청구 방어를 위하여 적극적으로 고가대량매수를 해 줄 것을 요청하였고, 공소외 10도 이를 수락함에 따라, 단 4일의 거래일 동안 30억 원에 이르는 주식을 매수하였고, 위 거래내역에서 별지 범죄일람표 4의 1 내지 3 각 기재와 같이 고가매수, 물량소진 주문, 허수매수 주문 형태의 시세조종성 주문이 발견되는 점, ④피고인 1은 4차 투자수익보장약정 체결과 동시에 상피고인 10, 8을 통하여 공소외 8 주식회사 주식에 대한 시세조종행위를 하였는데, 이를 포함한 시세조종성 거래는 별지 범죄일람표 7 기재와 같이 모두 219회, 339,225주에 이르고, 위 기간 매매관여율이 42.5%, 호가관여율이 합계 8.9%에 이르며, 이에 따라 공소외 8 주식회사 주가가 3,800원대에서 4,200원 대로 상승한 점, ⑤ 위 각 투자수익보장약정은 결국 일정액의 현금담보를 공소외 10에게 지급하여 공소외 10으로 하여금 그 현금담보 금액의 3배에 해당하는 주식을 매입하게 하는 것으로서, 기본적으로 적은 돈으로 많은 양의 주식거래를 일으키는 것이므로 그로 인한 주식거래는 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 것으로 보일 여지가 충분한 점, ⑥피고인 1은 공소외 10으로부터 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 매수내역을 지속적으로 확인한 점, ⑦피고인 1 스스로도 위 각 투자수익보장약정에 관하여 주가하락 방지의 목적이 있었음을 인정하고 있는 점 등을 종합할 때 피고인 1이 매매를 유인할 목적으로 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래를 한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

3) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 2)항과 같은 사정들을 위 1)항의 법리에 기초하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고(다만 VI항에서 판단하는 것처럼 3차 투자수익보장약정을 통한 공소외 2 주식회사 주식매수행위에 대하여는 현실거래에 의한 시세조종행위로 판단하지 않는다), 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(나) 부정거래행위 여부

1) 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제1호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 부당한 이득을 얻기 위하여 고의로 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하거나 위계를 쓰는 행위를 금지하고 있다.

여기서 '위계'는 거래 상대방이나 불특정 투자자를 기망하여 일정한 행위를 유인할 목적의 수단, 계획, 기교 등을 말하는 것이고, '기망'은 객관적 사실과 다른 내용의 허위사실을 내세우는 등의 방법으로 타인을 속이는 것을 의미한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009도6411 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제178조 제2항에 규정된 '위계'를 해석함에 있어도 동일하게 적용된다.

2) 원심은, ①공소외 10이 위 각 투자수익보장약정에 따라 투자 위험 없이 주식을 매수하는 것임에도 불구하고, 공소외 7 법인 등의 해외계좌와 자신이 관리하는 국내계좌들을 이용하여 자신이 직접 투자위험을 감수하고 주식을 매수하는 것처럼 주식을 장내에서 매수하였는데, 이로 인하여 일반투자자들은 공소외 10의 주식매수로 인하여 늘어난 거래량과 주식의 시세를 정상적인 거래량과 시세로 오인하였을 것으로 보이는 점, ②피고인 1은 공소외 37로부터 공소외 10을 홍콩회사인 공소외 7 법인의 대리인이라고 소개받아서 위 회사가 외국회사임을 인식하고 있었고, 공소외 10과 위 각 투자수익보장약정을 체결할 경우 일부를 외국인 명의 계좌로 매수한다는 점도 알고 있었던 점, ③ 실제로 공소외 10은 일정 부분은 공소외 7 법인 등의 외국인투자전용계좌로 주식을 매수하였던 점, ④ 위와 같이 외국인이 국내증권사의 계좌를 이용하는 경우에는 외국인이 주식을 매입하였다는 사실이 일반투자자들에게 공지되고, 일반투자자들로서는 해외법인이나 해외펀드가 당해 법인의 주식을 매수하거나 유상증자에 참여할 경우 당해 법인의 투자가치가 국제적으로 확인되었다는 인식을 갖게 될 가능성이 있는 점, ⑤ 일반투자자들이 외국인이 매수한 종목이라고 하여 무조건 추격매수를 하는 것으로 볼 수는 없으나, 외국인 지분정보 및 외국인들의 매수도 경향은 주식거래 사이트 및 경제지 등에서 주식시장의 주요 동향으로 취급되면서 일반투자자들에게 그 정보가 제공되는 등 일반투자자들의 투자 판단에 중요한 호재로 작용하고 있는 것으로 보이는 점, ⑥피고인 1은 시세조종의 목적으로 위 각 투자수익보장약정을 체결한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1이 시세의 변동을 도모할 목적으로 위계를 사용하는 부정거래행위를 하였다고 판단하였다.

또한 원심은 피고인 1의 공소외 10을 통한 주식매수행위가 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 '위계의 사용'에 해당하므로, 위와 같은 행위는 같은 조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 수단, 계획 또는 기교의 사용'에도 해당한다고 판단하였다.

3) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 2)항과 같은 사실들을 위 1)항의 법리에 기초하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고(특히 위 각 투자수익보장약정에 따른 공소외 10의 주식매수는 실질적으로는 투자가 아니고 금원 대여에 따른 담보취득에 불과함을 고려하면 더욱 그렇다), 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(3) 상피고인 8, 9를 통한 현실거래에 의한 시세조종행위 여부

원심은, ①피고인 1과 상피고인 8, 9는 공소외 2 주식회사에서 실시하는 제3자 배정 유상증자 주금 납입일까지 주가를 관리한다는 목적 하에 피고인 1이 상피고인 8을 통하여 7천만 원을 상피고인 9에게 교부하여 주식 거래가 이

루어진 점, ②상피고인 9는 일정 부분의 수수료를 지급받음으로써 일부 손실 보장을 받은 상태에서 상피고인 8의 부탁에 따라 공소외 2 주식회사 주식을 장내에서 매매하였는데, 이러한 거래는 정상적인 투자 판단에 따른 매매거래로 볼 수 없고, 이로 인하여 일반투자자들은 상피고인 9의 주식매수로 인하여 늘어난 거래량과 주식의 시세를 정상적인 거래량과 시세로 오인하였을 것으로 보이는 점, ③상피고인 9는 공소외 38 명의의 계좌를 통해 주식 매수에 투입한 비용이 합계 7천만 원에 불과함에도 불구하고 위 기간 동안 매수와 매도를 반복하는 방식의 거래를 함으로써, 10억 원 이상의 주식을 매수하고 10억 원 이상의 주식을 매도한 점, ④피고인 1은 같은 기간 공소외 10을 통하여 공소외 2 주식회사 주식에 대한 시세조종행위를 하였고, 피고인 1, 상피고인 8, 9 및 공소외 10의 순차적·암묵적 공모관계가 인정되는 점 등을 고려할 때 피고인 1이 상피고인 8, 9와 공모하여 매매를 유인할 목적으로 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래를 한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

나아가 ①상피고인 9는 2009. 1. 14. 상피고인 8로부터 2천만 원을 교부받아 2009. 1. 20. 이를 공소외 38 명의의 계좌에 입금하여 공소외 2 주식회사 주식을 매매하다가 2009. 2. 3. 이를 모두 매도하여 위 계좌의 거래를 정리하였는데, 2009. 2. 10. 상피고인 8로부터 추가로 5천만 원을 교부받아 이를 추가로 투입하여 같은 날부터 다시 위 계좌를 통한 공소외 2 주식회사 주식 매매를 시작한 점, ②피고인 1은 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 유상증자가 종료된 후에도, 2008. 11. 25. 공소외 7 법인과 체결하였던 1차 투자수익보장약정의 계약기간을 2009. 2. 25.과 2009. 3. 25. 2회에 걸쳐 연장하고 2009. 3. 3.경 공소외 7 법인과 새로이 2차 투자수익보장약정을 체결하는 등 지속적으로 공소외 2 주식회사의 주가를 관리해 온 점, ③상피고인 9는 수사기관 및 원심법정에서, 2009. 2. 10. 이후에도 상피고인 8의 지시에 따라 위 공소외 38 명의 계좌에서 공소외 2 주식회사 주식을 매매하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합해볼 때, 상피고인 9의 2009. 2. 10. 이후의 공소외 2 주식회사 주식 매매거래에 관하여도 피고인 1과 상피고인 8의 범의 및 공모관계를 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다[공소장과 검사의 2010. 5. 31.자 의견서의 각 기재에 의하면, 검사가 위와 같은 피고인 1과 상피고인 8, 9의 공모에 의한 주식거래행위를 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 위계의 사용에 의한 부정거래행위로 의율하지 않았음은 분명하고, 원심 역시 같은 전제 하에 공소사실을 판단하였다.

결국 아래 4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 1과 상피고인 8, 9의 공모에 의한 주식거래행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위에는 해당하지 않는다].

(4) 유상증자 차명 참여 등으로 인한 부정거래행위 여부

(가) 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위 여부

원심은, ①피고인 1이 공소외 8 주식회사를 통하여 2008. 5. 23.경 공소외 2 주식회사를 인수한 후, 2008년 11월경부터 제3자 배정 유상증자를 추진하려 하였으나 성공하지 못했고, 2009. 1. 23.경 공소외 2 주식회사의 144억 원 상당의 제3자 배정 유상증자 결정을 공시할 무렵에는 유상증자 성공을 위하여 상피고인 8, 9 등을 통하여 공소외 2 주식회사 주식의 시세조종을 하는 등 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자의 성공을 지속적으로 추구하여 온 점,

② 피고인 1은 상피고인 11을 통하여 상피고인 13으로부터 10억 원을 차입하고, 상피고인 12로부터 30억 원을 차입하여 차명으로 유상증자금을 납입하고, 상피고인 12가 투자하는 30억 원에 대하여는 공소외 2 주식회사의 당좌 수표 및 현금담보를 제공하면서 원금보장 약정을 하였는데, 상피고인 12, 13으로부터 차입한 40억 원을 통한 유상증자금 납입은 공소외 2 주식회사의 실질적인 사주인 피고인 1의 계산으로 차입하여 납입한 것이고, 상피고인 12의 30억 원 유상증자 참여 역시 통상적인 투자 판단에 따라 원금손실 위험을 부담하면서 참여한 것이 아니므로 모두 정상적인 제3자의 유상증자 참여로 볼 수 없는 점, ③ 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 유상증자에 총 129억 원 상당의 주금이 납입됨으로써 위 유상증자가 제3자의 참여로 성공한 듯한 외양이 형성되었으나, 그중 위와 같은 방식으로 납입된 금액이 전체 납입금의 절반을 초과하는 70억 원에 이르고, 이를 제외하면 정상적인 납입이 이루어진 금액은 59억 원에 불과한데, 피고인 1의 위와 같은 행위가 없었다면 144억 원 상당으로 예정되어 공시된 위 유상증자는 사실상 실패하였을 것으로 보이는 점, ④ 제3자 배정 유상증자의 성공은 코스닥시장에서 일반투자자들에게 공개되어 공소외 2 주식회사의 재무구조가 좋아지고 신규사업진출 실현가능성이 높아진 것이라는 평가를 받게 되고 유상증자 참여자들 및 일반투자자들에게 공소외 2 주식회사가 투자할만한 가치가 있는 회사라는 인상을 주는 등 주식시장에서 일반적으로 호재로 작용하는 반면, 제3자 배정 유상증자 실패는 주식시장에서 중대한 악재로 작용하는 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1의 위와 같은 행위는 불특정투자자를 기망하여 착오상태에 빠트릴 수 있는 기교를 사용하는 행위로서 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규정한 '부정한 기교'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(나) 중요사항에 관한 거짓 기재로 인한 부정거래행위 여부

원심은, 피고인 1이 상피고인 12, 13의 차입금을 통하여 차명으로 공소외 2 주식회사의 주식 1,396,640주를 배정받음으로써 공소외 2 주식회사 지분의 5.2%를 취득하였음에도 2009. 3. 3. 공소외 8 주식회사 명의의 주식 등 대량 보유상황보고에 특수관계인인 피고인 1의 주식 보유 사실을 기재하지 아니한 사실을 인정한 후 공소외 2 주식회사의 주요주주의 변동에 관한 사항, 공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1의 차명 주식 보유 및 매도 여부는 공소외 2 주식회사의 주가에 직접적인 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당한다고 할 것이며, 따라서 피고인 1이 위와 같은 거짓기재를 통하여 자신의 유상증자 참여 및 지분취득 사실을 은폐하고 향후 주식을 매도할 때 발생하는 공시의무를 회피함으로써 주가상승 또는 하락방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들과 원심이 적절하게 기재한 사실들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다(검사는 당심에서 이 부분과 관련한 공소사실을 일부 변경하였으나 변경된 공소사실에는 원심이 판단한 종전 공소사실이 여전히 포함되어 있다).

(5) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 공소외 10이 피고인 1의 요청에 따라 2009. 4. 15.경부터 2009. 4. 22.경까지 사이에 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식 656,480주를 장내에서 매도한 사실, 공소외 10이 2009. 6. 4.에는 2차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식 742,051주를 장내에서 매도한 사실 및 피고인 1이 차명으로 배정받은 공소외 2 주식회사 주식 1,396,640주를 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5. 매도한 사실을 인정한 후, ① 피고인 1, 2와 공소외 10이 장내에서의 시세조종행위로 944,338,799원[=700,602,204원(1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식의 매도가격 2,664,265,714원(거래세 등을 반영한 순매도액임) - 매수가격 1,963,663,510원) + 243,736,595원(2차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식의 매도가격 3,243,730,820원(거래세 등을 반영한 순매도액임) - 매수가격 2,999,994,225원)]의 이익을 취득하였고, ② 피고인 1, 2는 유상증자에서 원금보장약정과 차명을 이용하여 부정하게 신주를 취득하는 행위로 1,268,351,562원(=차명으로 배정받은 주식을 매각한 금액 5,268,348,522원 - 차입금 3,999,996,960원)의 이익을 취득하였으므로, 결국 피고인 1이 자본시장법 위반행위로 인하여 얻은 이익액은 2,212,690,361원(=1, 2차 각 투자수익보장약정을 통한 부당이익액 944,338,799원 + 유상증자 차명 참여 등으로 인한 부당이익액 1,268,351,562원)이라고 판단하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 구 증권거래법 제207조의2와 제214조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'이란 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다.

통상적인 경우에는 위반행위와 관련된 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총비용을 공제한 차액을 산정하는 방법으로 인과관계가 인정되는 이익을 산출할 수 있다.

그러나 구체적인 사안에서 위반행위로 얻은 이익의 가액을 위와 같은 방법으로 인정하는 것이 부당하다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는, 사기적 부정거래행위를 근절하려는 위 법 제207조의2와 제214조의 입법 취지와 형사법의 대원칙인 책임주의를 염두에 두고 위반행위의 동기, 경위, 태양, 기간, 제3자의 개입 여부, 증권시장 상황 및 그 밖에 주가에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들을 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 인정되는 이익을 산정해야 하며, 그에 관한 입증책임은 검사가 부담한다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 위반행위로 인한 이익액을 산정함에 있어서도 동일하게 적용된다.

2) 원심이 1차 투자수익보장약정에 따른 위반행위로 피고인 1이 얻은 이익액이 700,602,204원이라고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가나, 2차 투자수익보장약정에 따른 위반행위로 얻은 이익액과 유상증자 차명 참여 등으로 얻은 이익액을 산정한 부분은 아래와 같이 인정되는 사실에 기초하여 위 1)항의 법리에 따라 살펴볼 때 그 타당성을 인정하기 어렵다.

기록에 의하면 피고인 1이 2차 투자수익보장약정이나 유상증자 차명 참여 등으로 부정하게 취득한 공소외 2 주식회사의 주식을 처분하기 직전인 2009. 6. 2. 이명박 대통령이 한-아세안 특별정상회의 행사장에서 수소연료전지 자동차 기술에 대하여 "This is our dream."이라고 설명했다는 소식이 전해지면서 수소에너지 관련주들의 거래량과 주가

가 급증한 사실, 공소외 2 주식회사의 경우 2009. 5. 21.부터 2009. 6. 1.까지는 거래량이 최소 291,230주, 최대 2,641,904주였고, 주가도 계속 하락하는 추세를 보였는데(2009. 5. 21. 종가 4,835원 → 2009. 6. 1. 종가 3,450원), 2009. 6. 2.에는 거래량이 1,227,783주, 종가가 3,965원이 되었다가 2009. 6. 3.에는 거래량이 5,221,418주, 종가가 4,555원, 2009. 6. 4.에는 거래량이 13,124,012주, 종가가 3,875원, 2009. 6. 5.에는 거래량이 4,906,811주, 종가가 3,515원이 되는 등 거래량과 주가가 모두 급격하게 변동한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 1이 공소외 2 주식회사의 주식을 처분한 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5.의 공소외 2 주식회사 주가상승분에는 이명박 대통령의 위와 같은 발언으로 인한 상승분도 포함되어 있으므로 이 부분에 대해서까지 피고인 1의 위반행위로 인한 결과에 귀속시키는 것은 자기책임의 원칙에 반하고 이를 분리하여 제외하여야 한다.

그런데 검사가 제출한 증거들만으로는 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5. 당시 공소외 2 주식회사 주가 중 피고인 1의 위반행위와 인과관계가 인정되는 부분만을 분리하여 그 이익액을 산정하기에 충분하지 않으므로 결국 이 부분 위반행위로 인한 이익액은 산정할 수 없는 경우에 해당한다.

3) 그런데 자본시장법 제443조 제1항은 자본시장법 제176조 또는 제178조를 위반한 자를 10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서는 위 제1항의 위반행위로 얻은 이익액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처하고(제2호), 50억 원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정함으로써(제1호) 이익액에 따라 형을 가중하여 처벌하고 있다.

즉 금원이나 재산상 이익(액수 불상인 경우를 포함한다)의 취득 자체가 구성요건으로 되어 있는 재산범죄 등과는 달리 시세조종행위 또는 부정거래행위로 인한 자본시장법위반죄의 경우 이익 또는 손실의 회피 여부에 관계없이 범죄가 성립하나, 이익액이 있는 경우 그 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로 이익액의 존부와 그 액수는 엄격한 증명의 대상이 되고, 그 입증책임은 검사가 부담한다.

한편 아래 4.나.의 (2)항(판결문 57쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 1의 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행과 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행은 단일하고 계속된 범의 하에서 일정기간 계속하여 반복한 범행으로서 포괄일죄의 관계에 있다.

따라서 검사로서는 피고인 1의 자본시장법위반 범행에 대하여 가중 처벌규정의 적용을 구하려면 포괄일죄의 관계에 있는 각각의 자본시장법위반 범행으로 인하여 피고인 1이 이익을 취득하였는지 여부, 이익을 취득하였다면 그 가치가 어느 정도인지에 대하여 입증하여야 하고(일련의 범행 중 일부 범행으로 인한 이익액을 산정할 수 없는 경우에는 적어도 손실을 입지는 않았다는 점을 입증하여야 한다), 만약 이를 입증하지 못한 경우에는 전체적으로 이익액을 산정할 수 없다고 보아야 한다.

예를 들어 피고인이 단일하고 계속된 범의를 가지고 시세조종행위 또는 부정거래행위를 하여 ①, ②, ③의 각 자본시장법위반죄를 저지른 경우를 가정하여 보자. 만약 피고인이 ① 자본시장법위반죄를 통하여 50억 원의 이익이, ② 자본시장법위반죄를 통하여 20억 원의 손실이, ③ 자본시장법위반죄를 통하여 10억 원의 이익이 발생하였다면 피고인

은 포괄하여 40억 원(=50억 원 - 20억 원 + 10억 원)의 이익을 얻었다고 평가할 수 있고 이에 따라 자본시장법 제 443조 제2항 제2호에 의하여 가중 처벌된다.

한편 피고인이 ② 자본시장법위반죄를 통하여 이익을 얻은 것은 분명하나 그 액수를 산정할 수 없는 경우에는 포괄하여 적어도 60억 원(=50억 원 + 0원 + 10억 원)의 이익을 얻은 것으로 평가하여 자본시장법 제443조 제2항 제1호에 의하여 가중 처벌할 수 있다.

그러나 이와 달리 피고인이 ② 자본시장법위반죄를 통하여 이익을 얻었는지 아니면 손실을 입었는지 자체가 불분명하다면 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 ①, ②, ③ 자본시장법위반죄를 통하여 얻은 이익은 산정할 수 없다고 보아야 하고, 함부로 가중 처벌 규정을 적용하여서는 안 된다.

4) 이 사건의 경우, 위에서 본 것처럼 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행 중 1차 투자수익보장약정에 의한 이익액은 700,602, 204원으로 산정할 수 있는 반면 2차 투자수익보장약정이나 유상증자 차명 참여 등에 의한 자본시장법위반 범행, 나아가 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행의 경우 그로 인하여 피고인 1이 이익을 얻었는지 여부 또는 적어도 손실을 입지 않았는지에 대하여 이를 인정한 만한 증거가 부족하다.

결국 피고인 1이 포괄일죄의 관계에 있는 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행과 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행을 통하여 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

5) 따라서 피고인 1이 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행으로 인하여 2,212,690,361원의 이익을 취득하였다고 판단한 원심에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 8, 9 부분

(1) 항소이유 요지

공소외 10이 1차 투자수익보장약정에 따라 공소외 2 주식회사 주식을 매수한 시점과 피고인 8, 9가 공소외 2 주식회사 주식을 장내에서 매수한 시점이 불일치하더라도 피고인 8, 9가 범행에 가담한 시점이 1차 투자수익보장약정에 따라 취득한 공소외 2 주식회사 주식이 매도되기 전이고, 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식의 매도, 2차 투자수익보장약정에 따른 공소외 2 주식회사 주식 매수 및 매도 시점에 지속적으로 가담한 점을 고려하면 피고인 8, 9가 위반행위로 인하여 얻은 이익액은 공범인 피고인 1, 2 및 공소외 10과 동일하게 944,338,799원으로 보아야 한다.

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들과 그에 의해서 인정되는 원심 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 8, 9가 2009. 1. 14. 이후의 범행에 대하여만 피고인 1, 2 및 공소외 10의 범행에 대하여 공동정범으로서의 책임을 부담하고, 나아가 공범관계가 인정되는 2009. 1. 14. 이후 거래로 인하여 발생한 이익을 따로 산정할 수 있는 증거가 부족하다고 판단한 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 피고인 11, 12, 13 부분

(1) 항소이유 요지

상피고인 1은 피고인 12, 13으로부터 차용한 금원을 위 차용금으로 배정받은 공소외 2 주식회사 유상증자 신주를 매각하여 변제하기로 약정하였으므로, 상피고인 1, 2와 피고인 11, 12, 13의 공모관계는 2009. 2. 3. 끝나는 것이 아니라 2009년 5월 하순경부터 2009년 6월 초순경까지 공소외 2 주식회사 유상증자 신주를 매각하여 그 이익을 실현할 때까지 계속된다.

따라서 피고인 11, 12, 13에 대하여도 자본시장법 제178조 제1항 제1호가 적용된다.

(2) 판단

원심이 적절하게 판단한 것처럼 검사가 제출한 모든 증거를 종합하더라도 피고인 11, 12, 13이 상피고인 1, 2의 일련의 자본시장법위반 범행 중 차명 이용 또는 원리금 보장 약정 하의 유상증자 참여행위에 가담한 사실이 인정될 뿐이고 나아가 상피고인 1, 2의 2009. 3. 3.자 주식 등 대량보유상황 보고의무위반행위를 비롯한 그 이후의 일련의 시세조종행위 또는 부정거래행위에 가담하였음을 인정할 만한 증거가 없다[또한 아래 3의 나항(판결문 53쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 12나 피고인 13이 상피고인 1과 공소외 2 주식회사 주식을 공동으로 보유하여 대량보유보고의무를 부담하였다고 인정되지도 않는다].

그런데 피고인 11, 12, 13의 범행은 2009. 2. 2. 유상증자금이 납입되고 상피고인 1, 2가 2009. 2. 3.경 제3자 배정 유상증자 청약 및 납입결과를 공시하고 유가증권발행실적보고서를 제출함으로써 기수에 이르렀고, 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 2007. 8. 3. 법률 제8635호로 신설되어 부칙 제1조에 따라 2009. 2. 4.부터 시행되었으므로 결국 피고인 11, 12, 13에 대한 이 부분 공소사실은 행위 당시의 법률에 의하면 죄가 되지 아니하는 때에 해당한다.

결국 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

다.

피고인 1, 2 부분

(1) 항소이유 요지

상피고인 11, 12, 13에 대하여도 자본시장법 제178조 제1항 제1호가 적용되므로 상피고인 12가 30억 원을 투자하여 얻은 이익액 1,345,238,623원도 피고인 1, 2의 위반행위로 얻은 이익액에 포함되어야 한다.

(2) 판단

위 나의 (2)항(판결문 54쪽)에서 판단한 것처럼, 상피고인 12는 피고인 1, 2의 자본시장법위반 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담하지 않으므로, 상피고인 12가 피고인 1의 투자원리금 보장 약정 하에 공소외 2 주식회사의 주

식을 취득한 후 이를 처분하여 어떠한 이익이 발생하였다고 하더라도 이를 피고인 1, 2의 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액에 포함시킬 수 없다.

원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 관련 규정

자본시장법시행령 제141조 제2항에서는 '공동보유자'에 대하여, 본인과 합의나 계약 등에 따라, ① 주식등을 공동으로 취득하거나 처분하는 행위, ② 주식등을 공동 또는 단독으로 취득한 후 그 취득한 주식을 상호양도하거나 양수하는 행위, ③ 의결권(의결권의 행사를 지시할 수 있는 권한을 포함한다)을 공동으로 행사하는 행위를 할 것을 합의한 자를 말한다고 규정하고 있다.

나. 판단

(1) 변경된 공소사실에는, 피고인 12가 피고인 1의 원금보장 하에 취득한 30억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식 1,047,480주, 피고인 1이 피고인 13으로부터 차입한 10억 원을 이용하여 공소외 11 명의로 취득한 공소외 2 주식회사 주식 349,160주, 공소외 10이 1차 투자수익보장약정에 따라 2008. 11. 27.경부터 2009. 1. 7.경까지 장내에서 매수한 공소외 2 주식회사 주식 656,480주와 2차 투자수익보장약정에 따라 2009. 3. 3.경부터 2009. 4. 29.경까지 장내에서 매수한 공소외 2 주식회사 주식 742,051주의 경우 당사자 사이에 공동의 의사로 주식을 취득하거나 처분하기로 합의가 되어 있으므로 각 공동보유 관계에 있다고 기재되어 있다.

(2) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 공소외 10은 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 피고인 1에게 돈을 빌려주되 공소외 10 본인이 관리하는 계좌로 공소외 2 주식회사의 주식을 매수하는 방법으로 담보를 취득한 사실, 피고인 1은 공소외 10이 취득한 주식에 대하여는 위임을 통하여 의결권 등을 행사하였고, 공소외 10으로부터 공소외 10이 주식을 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 매수내역을 지속적으로 확인한 사실, 피고인 13은 피고인 1에게 10억 원을 대여하고 그 담보 명목으로 피고인 1이 위 자금을 이용하여 차명으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식을 제공받았으나 그 처분은 피고인 1의 의사에 따라 이루어진 사실 및 피고인 12는 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 공소외 2 주식회사 유상증자 대금으로 30억 원을 납입하고 공소외 2 주식회사 주식을 취득한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 공소외 10이 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 취득한 공소외 2 주식회사 주식과 피고인 1이 피고인 13의 차용금 10억 원으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식은 모두 피고인 1이 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이고, 한편 피고인 12가 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 취득한 30억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식은 피고인 12가 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이라고 할 것이며, 검사가 제출한 증거들만으로는 당사자들 사이의 합의에 의하여 주식을 공동으로 취득하였다고 인정하기에 부족하다.

한편 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ①피고인 1이 자신이 보유하는 공소외 2 주식회사 주식을 공소외 10이나 피고인 13에게 담보로 제공하였다고 하더라도 공소외 10이나 피고인 13로서는 피고인 1의 채무불이행이 없는 한 위 각 주식을 임의로 처분할 수 없는 것이고, 반면 피고인 1로서는 담보로 제공된 주식을 처분하지 않는 대신 현금을 제공하는 방법으로 주식을 반환받을 수 있는 점, ②피고인 12가 자신의 투자금으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식을 처분할 때 피고인 1의 의사를 고려하는 것은 공소외 2 주식회사의 주가가 피고인 1에게 불리하게 변동되고 있는 상황에서 주식을 처분하여 피고인 1의 손실이 확대되는 것을 방지하는 데 있는 것이지 피고인 1이 동의하지 않는 한 주식을 처분하지 않기로 약정한 것으로는 볼 수 없는 점, ③피고인 1은 공소외 10 등에 대한 채무이행의 담보 명목으로 공소외 2 주식회사 등이 발행한 약속어음이나 당좌수표를 제공하였으므로 공소외 10 등 피고인 1에 대한 채권자들로서는 반드시 피고인 1과 공동으로 주식을 처분하여 원리금을 회수하여야 하는 것은 아닌 점 등을 고려할 때 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1, 12, 13 및 공소외 10이 합의나 계약 등에 따라 취득한 주식을 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에 부족하다.

(3) 결국 피고인 1, 12, 13 및 공소외 10이 각각 공소외 2 주식회사 주식의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다.

4. 직권판단

가. 현실거래에 의한 시세조종행위와 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위의 관계

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 8, 9가 공모하여, 피고인 9가 피고인 8로부터 받은 피고인 1의 자금을 이용하여 공소외 2 주식회사의 주식을 매수한 행위를 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단하면서도 이와 동시에 이와 같이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는 범행은 당연히 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위에도 해당한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 일죄만을 구성하는 경우에는 법조경합에 해당하고, 실질적으로 일죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2001도1429 판결 등 참조).

그런데 ①자본시장법 제178조 제1항 제1호는 제176조에 열거된 시세조종행위와는 다르게 규제대상이 금융투자상품이므로 상장증권이나 장내파생상품으로 제한되지 않고, 거래 장소도 거래소 시장으로 제한되지 않으며, 매매 이외의 다양한 유형의 거래까지 규제대상으로 하고 있는 점, ② 위 각 죄의 보호법익은 모두 주식 등 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익인 점 등을 고려하면 위 각 죄는 법조경합관계(특별관계)에 있다고 봄이 옳다.

따라서 피고인 1, 8, 9의 위 범행이 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한 이상 이로 인한 자본시장법위반죄만 성립할 뿐이고, 이와 별도로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위로 인한 자본시장법위반죄가 성립하지는 않는다.

이와 달리 피고인 1, 8, 9의 위 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반죄와 공소외 7 법인과의 3차 투자수익 보장약정에 의한 자본시장법위반죄의 죄수

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2의 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반죄와 공소외 7 법인과의 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반죄가 실제적 경합관계에 있다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 한다.

그런데 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 공소외 7 법인의 대리인인 공소외 10과 사이에 체결한 1차(2008. 11. 25.자), 2차(2009. 3. 3.자) 및 3차(2009. 6. 3.자) 각 투자수익보장약정은 모두 미국의 서브프라임 사태로 인하여 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주가가 지속적으로 하락하자 이를 막기 위하여 체결된 것으로 피고인 1, 2의 범의의 단일성과 계속성이 인정되는 점[이러한 측면에서 피고인 1, 2가 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사의 합병을 추진하면서 합병에 반대하는 공소외 8 주식회사 주주들의 매수청구권 행사 규모를 줄이기 위하여 공소외 7 법인과 체결하였던 4차(2009. 10. 7.자) 투자수익보장약정의 경우 범의의 단일성을 인정하기 어렵다], 한편 자본시장법위반죄의 보호법익은 주식 등 거래의 공정성과 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 주식 등 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결 등 참조)에 비추어 위 각 죄의 피해법익의 동일성도 인정되는 점 등을 고려할 때 위 각 죄는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 옳다.

이와 달리 위 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범의 관계에 있다고 보아 경합범가중을 한 원심에는 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

VI. 공소외 7 법인과의 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유 요지

가. 피고인 1과 공소외 7 법인이 체결한 투자수익보장약정은 투자계약에 해당하는데, 원심은 이를 소비대차계약으로 오인하였다.

나.공소외 10이 주식을 매수한 기간 중 공소외 2 주식회사의 총 거래량은 13,370,049주인 반면 공소외 10이 매수한 공소외 2 주식회사 주식은 104,926주이고, 공소외 8 주식회사의 총 거래량은 1,571,281주인 반면 공소외 10이 매수한 공소외 8 주식회사 주식은 47,176주에 불과하여 주식의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하였다고 볼 수 없다.

또 공소외 10의 주식매수행위가 주가상승에 절대적 영향을 미쳤다고 보기 어렵고, 주식시장에서의 정상적인 수요·공급의 시장원리에 반하여 주가를 부당하게 형성할 의도로 공소외 10과 투자수익보장약정을 체결한 것도 아니다.

2. 판단

가. 우선 피고인 1이 3차 투자수익보장약정을 통하여 공소외 10으로 하여금 공소외 8 주식회사 주식 47,176주를 매수하도록 한 부분의 경우, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 V.1.나(1)항(판결문 35쪽)과 (2)의 (가)항(판결문 37쪽)에서 기재한 사정들, 여기에다가 2009. 6. 9. 공소외 8 주식회사의 주식거래량은 548,221주인데 공소외 10은 당일 그 8.6%에 해당하는 주식을 매수한 점 등을 더하여 보면 이 부분 범행이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단한 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

다만 위 V.4.가(2)항(판결문 56쪽)에서 직권으로 판단한 것처럼, 자본시장법 제176조 제2항 제1호와 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 법조경합의 관계에 있다.

따라서 피고인 1의 이 부분 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 다음으로 피고인 1이 3차 투자수익보장약정을 통하여 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 104,926주를 매수하도록 한 부분의 경우, 위 V.1.(5)(나)의 2)항(판결문 47쪽)에서 본 것처럼 이명박 대통령의 2009. 6. 2.자 발언 이후 공소외 2 주식회사의 주식 거래량이 급증하였던 점, 여기에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 2009. 6. 5. 공소외 2 주식회사 주식거래량은 4,906,811주인데 공소외 10이 당일 매수한 공소외 2 주식회사 주식은 그 2.1%에 불과하고, 공소외 10은 2009. 6. 5. 이후로는 3차 투자수익보장약정에 따라 공소외 2 주식회사의 주식을 추가로 매수하지 않은 사실(2009. 6. 9.에는 공소외 8 주식회사 주식만을 매수하였다)이 인정되는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 104,926주를 매수하도록 한 행위가 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 '증권의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'에 해당한다거나 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다.

피고인 1의 이 부분 주장은 위에서 인정한 범위 내에서 이유 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 상 피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

Ⅶ. 2009. 5. 20.자 공소외 4 주식회사 유상증자 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

피고인 1은 공소외 4 주식회사 공장을 등록하기 위하여 공장등록 담당관과 협의하여 외국계 펀드의 투자를 유치한 것에 불과하고, 부정한 기교나 위계를 사용하여 부정거래행위를 한 사실이 없다.

나. 판단

원심은, ①공소외 10이 통상적인 투자 판단에 따라 원금손실의 위험을 부담하면서 유상증자에 참여한 것이 아니고, 피고인 1과의 원금 및 수익금 보장 약정과 담보제공에 따라 투자위험 없이 유상증자에 참여한 것으로서 정상적인 제3자의 유상증자 참여로 볼 수 없는데도 피고인 1은 외국법인인 공소외 7 법인이 정상적인 투자위험을 감수하고 공소외 4 주식회사의 지분을 취득하는 듯한 외양을 형성한 점, ② 위와 같은 약정 및 유상증자 참여를 통하여 외국법인인 공소외 7 법인이 취득한 공소외 4 주식회사의 지분이 10.06%에 이르고, 이로 인하여 일반투자자들은 공소외 4 주식회사의 투자가치가 국제적으로 확인되었다는 인식을 갖게 될 가능성이 있는 점, ③피고인 1은 자신의 행위로 인하여 외국법인이 공소외 4 주식회사 지분의 10% 이상을 정상적으로 취득하는 듯한 외양을 형성하고 그로 인하여 공소외 4 주식회사의 주식 시세에 영향을 미칠 수 있다는 점에 관하여 적어도 미필적 인식이 있었다고 봄이 상당한 점 등을 종합해볼 때, 피고인 1의 위와 같은 행위는 불특정 투자자를 기망하는 행위로서 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 '위계의 사용'에 해당하고, 같은 조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교의 사용'에도 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1)공소외 7 법인은 2009. 5. 20.자 공소외 4 주식회사 제3자 배정 유상증자에 실질적으로 참여한 것이 아니라 피고인 1에게 명의와 자금을 빌려준 것에 불과하므로 제3자 배정 대상자를 공소외 7 법인으로 공시한 것은 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 한 경우에 해당한다.

(2)공소외 10이 공소외 7 법인 명의의 공소외 4 주식회사 주식대량보유상황보고서에서 '단순투자목적'이라고 기재한 부분은 원리금 보장, 의결권 위임, Margin call 약정 하에 피고인 1에게 명의와 자금을 빌려준 사실을 감춘 것으로 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 한 경우에 해당한다.

(3)피고인 1, 2가 2009. 8. 14. 공소외 2 주식회사 분기보고서의 주요 약정사항에 공소외 2 주식회사와 공소외 7 법인 사이의 주식매도청구권 약정 내용을 기재하면서, 담보제공이나 채무 보증, 의결권 위임, Margin call 조항 포함 사실을 누락한 것은 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를

사용한 경우에 해당한다.

나. 판단

원심은, ① 피고인 1과 공소외 10 사이에 체결된 투자약정서, 주식매수청구권 행사에 관한 약정서, 투자수익보장약정서는 공소외 10이 운영하는 외국회사인 공소외 7 법인이 2009. 5. 20. 공소외 4 주식회사가 실시하는 제3자 배정 유상증자에 3,866,400,000원을 납입하여 공소외 4 주식회사 주식을 취득하고, 공소외 7 법인은 1년의 보호예수기간을 포함하여 위 주식을 2011. 10. 31.까지 의무적으로 보유하여야 하며, 2011. 11. 1.부터 1개월간 공소외 7 법인은 공소외 2 주식회사에 연 12%를 가산한 금액으로 매수청구를 할 수 있고, 공소외 2 주식회사는 2년 6개월의 투자기간 동안 최소 30%(연 12%)의 수익을 보장한다는 내용으로서, 공소외 7 법인이 실제로 유상증자에 참여하여 공소외 4 주식회사 주식을 취득하되 공소외 2 주식회사가 이에 대하여 매수청구권과 확정수익을 보장한다는 것이므로, 단순히 공소외 7 법인이 유상증자금과 명의만을 대여하는 것이라거나 유상증자 참여 자체가 허위인 것으로는 볼 수 없는 점, ② 실제로 위 약정에 따라 공소외 7 법인은 직접 주금을 납입하고 공소외 4 주식회사 주식을 취득하여 보유한 점, ③ 위 투자수익보장약정서에는 연대보증인(피고인 1, 공소외 2 주식회사)은 투자자인 공소외 7 법인에 교부되는 신주권의 권리행사 및 매도 등 주주로서의 권리에 일체 관여할 수 없다는 취지 및 주식의 매각은 전적으로 투자자의 의사와 판단에 의한다는 취지 등이 기재된 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1, 2가 2009. 5. 14.자 정정신고(보고) 및 2009. 5. 22.자 공소외 4 주식회사의 증권발행결과(자율공시)를 함에 있어 외국법인인 공소외 7 법인이 제3자 배정을 통하여 공소외 4 주식회사의 주식을 취득한 것으로 공시한 것 자체가 허위의 공시로서 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재를 하는 행위'에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다[한편 검사의 항소이유 중 위 가의 (2), (3)항 각 주장은 변경 전 공소사실에 관한 것으로 당원의 심판대상이 아니므로 따로 판단하지 않는다].

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 당심에서 변경된 공소사실에는, 공소외 7 법인이 공소외 4 주식회사의 유상증자에 참여하여 취득한 주식 540만 주를 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 피고인 1과 공소외 7 법인이 공동으로 취득하여 2011. 10. 31.경 공동으로 처분하거나 피고인 1이 공소외 7 법인으로부터 위 주식을 정해진 가격에 양수할 것을 합의하였으므로 공동보유 관계에 있다고 기재되어 있다.

나. 우선 위 2의 나항(판결문 62쪽)에서 판단한 것처럼 공소외 7 법인은 2009. 5. 20. 체결한 피고인 1과의 투자수익보장약정에 따라 공소외 4 주식회사의 유상증자에 직접 참여하고 주금을 납입한 외국인 투자자에 해당하므로, 공소외 7 법인이 취득한 공소외 4 주식회사 주식은 공소외 7 법인이 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이라 할 것이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 공소외 7 법인이 합의에 의하여 공소외 4 주식회사 주식을 공동으로 취득하였다고 인정하기에 부족하다.

또한 위 2의 나항에서 판단한 것처럼 2009. 5. 20.자 투자수익보장약정서에는 주식의 매각은 전적으로 투자자의 의사와 판단에 의한다는 취지 등이 기재된 점, 여기에서 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 피고인 1은 공소외 7 법인에 대한 원리금 보장 약정의 담보 명목으로 공소외 2 주식회사 발행의 액면 75억 4천만 원의 약속어음 1장을 교부한 사실이 인정되므로 공소외 7 법인으로서 반드시 피고인 1과 공동으로 공소외 4 주식회사 주식을 처분하여 투자원금 및 약정 수익금을 회수하여야 하는 것은 아닌 점, 공소외 7 법인은 피고인 1에 대하여 공소외 4 주식회사 주식에 관한 매수청구권을 행사할 수 있으나 이는 공소외 7 법인의 권리일 뿐 일정 기간 후에 피고인 1에게 공소외 4 주식회사 주식을 매도하여야 하는 의무를 부담하는 것은 아닌 점 등을 더하여 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 공소외 7 법인이 합의나 계약 등에 따라 취득한 주식을 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에는 부족하다.

다.

결국 피고인 1과 공소외 7 법인이 공소외 4 주식회사 주식의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

VIII. 2009. 6. 15.자 공소외 8 주식회사 주주배정 유상증자 실권주 차명 인수 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 되고, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 2009. 6. 11.경 공소외 8 주식회사의 대표이사로서 주주배정 증자를 실시하였으나 1,078,143주의 실권주가 발생하여 이 실권주에 대하여 제3자 배정으로 유상증자를 실시하기로 하였다.

피고인 1은 제3자 유상증자에 참여할 투자자를 모집하였으나 115,993주(453,532,630원)를 인수할 투자자를 구하지 못하여 스스로라도 실권주를 인수함으로써 유상증자가 성공하였다는 외관을 형성하여 투자자들에 대한 신뢰를 유지할 필요가 있었다.

그러나 피고인 1 본인의 명의로 유상증자에 참여한 후 배정받은 주식을 매각한다면, 유상증자가 성공하지 못했다는 인상을 줄 수 있고, 최대주주인 공소외 13 주식회사의 특수관계인이자 회사임원인 피고인 1의 주식처분사실이 공시됨으로써 주가에 좋지 않은 영향을 미치게 될 수도 있었다.

피고인 1은 이러한 문제점을 피하기 위해서 피고인 11을 통해 피고인 13과 사이에 피고인 13의 자금 253,532,630원과 피고인 1의 자금 2억 원을 사용하여 차명으로 위 실권주를 인수한 후 배정받은 신주를 매각한 자금으로 차입금을 상환하기로 약정하였고, 피고인 13은 위 약정에 따라 자신의 자금과 피고인 1의 자금을 이용하여 조카인 공소

외 12의 이름으로 실권주를 인수하였다.

위와 같이 납입된 주금 453,532,630원 중 253,532,630원은 상환되어야 하는 차입금이므로 이 부분은 정상적으로 유상증자가 이루어졌다고 보기 어렵다.

또한, 위와 같이 공소외 12 명의로 배정받은 115,993주는 실질적으로 공소외 8 주식회사의 임원인 피고인 1의 계산으로 취득한 주식이다.

따라서 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 임원으로 주식소유상황이 변동된 내용을 5일 이내에 대통령령이 정하는 방법에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 한다.

그럼에도 피고인 1은 2009. 6. 16. 증권발행실적 보고서를 제출함에 있어 253,532,630원 부분도 주금이 정상적으로 납입된 것처럼 표시하여 제3자의 투자로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 만들었고, 임원으로서 주식소유상황보고를 하지 않았을 뿐만 아니라 2009. 7. 10. 특수관계인 관계에 있는 공소외 13 주식회사의 명의로 대량보유보고를 하면서 위 115,993주의 취득사실을 기재하지 아니하여 허위 표시하였다.

피고인 1은 피고인 11을 통해 주권 상장일 2일 전인 2009. 7. 1.경 피고인 13에게 연락하여 위 주식을 전부 매도할 것을 통지하였고, 피고인 13은 공매도의 방식으로 모두 매각하여 37,800,255 원의 이익을 얻었다.

이로써 피고인 1, 11, 13은 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하고, 유상증자가 제3의 투자자의 투자로 성공한 듯한 외관을 만들어 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하여 37,800,255원의 부당이익을 취득하였다.

2. 피고인 1, 13의 항소이유 요지

가. 피고인 1의 항소이유 요지

공소외 8 주식회사는 2009. 6. 15. 145억 원 상당의 주주배정 유상증자를 실시하여 전체 유상증자 금액 중 97%의 주금이 납입되었다.

피고인 1이 극히 소량의 실권주를 차명 인수한 후 이를 공시하지 않은 것만으로 주식거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항의 기재를 누락하였다거나 부정한 기교를 사용한 것으로 볼 수 없다.

나. 피고인 13의 항소이유 요지

(1)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(2) 대주주가 실권주를 인수한다는 것은 유가증권 시장에서 해당 회사의 주가에 긍정적인 영향을 미치는 호재이고 실권주는 일반적으로 시세보다 낮은 가격에 인수되는 것이 보통이어서 일반투자자의 입장에서 인수하고 싶어 하는 주식이다.

따라서 대주주인 상피고인 1이 차명으로 실권주를 인수한 행위가 자본시장법 제178조에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 볼 수 없다.

(3) 피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ① 피고인 1이 자신의 자금과 자신이 피고인 13으로부터 차입한 자금으로 피고인 13으로 하여금 실권주를 인수하게 하였고, 피고인 13에게 주식을 처분하게 한 후 발생한 이익도 스스로 취득하였고, 스스로 위 실권주의 계산 주체가 자신임을 인정하는 등 공소외 12 명의의 주식은 공소외 8 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 자신의 계산으로 차명으로 취득한 점, ② 유상증자에 100% 투자가 이루어졌다는 사실은 공소외 8 주식회사에 대한 다른 유상증자 참여자들에게 피고인 1 및 공소외 8 주식회사에 대한 신뢰를 갖게 하고 공시될 경우 일반투자자들의 투자 판단에도 긍정적인 영향을 미칠 수 있는 사항인 점, ③ 공소외 8 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 스스로 차명으로 실권주를 인수하여 이를 즉시 매도한 사실 역시 일반투자자들에게 알려질 경우 투자자의 투자 판단에 악재로 작용하여 주가에 영향을 미칠 수 있는 내용인 점 등을 종합할 때 피고인 1이 피고인 13을 통하여 실권주를 인수하는 방법으로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 형성한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 기교'에 해당하고, 또 피고인 1이 자신의 주식취득 사실을 기재하지 아니함으로써 주가하락 방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

(1) 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 거래구조의 변화나 시장의 환경변화에 따라 다양하고 새로운 유형의 부정거래행위가 발생할 수 있는 개연성이 높은 반면 모든 부정거래행위 유형을 사전에 일일이 열거하여 규제하는 것은 입법기술상 한계가 있는 점을 고려하여 자본시장법 제정과 함께 신설된 조항이다.

그런데 위와 같은 입법취지를 감안하더라도 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 그 문언 자체가 지나치게 포괄적·추상적이어서 자칫 형사법의 대원칙인 죄형법정주의와 충돌할 우려가 있다.

따라서 자본시장법 제178조 제1항 제1호를 적용함에 있어서는, 자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율성을 높여 국민경제의 발전에 이바지한다는 자본시장법의 목적(자본시장법 제1조)에 유념하면서, 같은 항 제2호, 제3호 및 같은 조 제

2항을 통하여 보다 구체화된 부정거래행위의 내용, 그 밖에 당해 행위의 불법성 정도가 다른 규정을 통하여 처벌하더라도 자본시장법의 목적 달성에 지장을 초래하지 않는지 등을 종합적으로 고려하여 죄형법정주의와 최대한 조화를 이룰 수 있도록 신중을 기함이 옳다.

한편 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'은 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제178조 제1항 제2호에 규정된 '중요사항'을 해석함에 있어서도 동일하게 적용된다.

(2) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 약 145억 원 규모의 공소외 8 주식회사 유상증자를 추진하는 과정에서 실권주가 발생하자 자신의 자금 2억 원과 피고인 13으로부터 차용한 253,532,630원을 가지고 피고인 13이 빌려 준 공소외 12의 명의로 실권주를 인수하고서도 마치 실권주가 제3자의 투자로 정상적으로 인수된 것처럼 공시하고 아울러 임원으로서 자신의 주식소유상황보고를 하지 않은 사실은 인정된다.

그런데 ①피고인 1이 사실은 피고인 13으로부터 차용하였으면서도 마치 정상적으로 주금이 납입된 것처럼 공시한 부분이 공소외 8 주식회사의 전체 유상증자금에서 차지하는 비율은 1.7%(145억 원 중 253,532,630원 상당)에 불과한 점, ②피고인 1이 위와 같이 차명으로 공소외 8 주식회사 주식을 취득함으로써 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 것도 아니고, 일반투자자들의 입장에서 공소외 8 주식회사의 임원인 피고인 1이 실제로 유상증자된 주식 중 약 3.1%(145억 원 중 453,532,630원 상당)에 해당하는 주식을 보유하고 있는지를 알게 되었는지 여부에 따라 투자 판단 자체가 달라진다고 보이지 않는 점, ③피고인 1과 상피고인 11은 자신들이 투자를 권한 투자자들과의 신뢰관계를 유지하기 위하여 피고인 13의 자금으로 실권주를 인수하였고, 피고인 13 역시 대여금에 대한 담보 명목으로 공소외 12 명의로 주식을 취득한 것이지 나아가 실권주 인수를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ④피고인 1은 주식 소유상황변동보고의무 위반행위로 처벌받게 되는 점 등을 고려할 때 공소사실 기재와 같은 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다거나 또는 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 이용한 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다(한편 공소사실에는 2009. 7. 10. 공소외 13 주식회사 명의로 대량보유보고를 하면서 공소외 12 명의로 취득한 공소외 8 주식회사 주식 115,993주의 취득사실을 기재하지 아니한 행위가 허위 표시에 해당한다고 기재되어 있으나, 피고인 1은 위 115,993주를 2009. 7. 3.경 모두 매도하였으므로 위와 같이 행위가 '거짓 표시'에 해당한다고 볼 수 없음도 지적하여 둔다).

다.

소결론

결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호에서 규제하는 부정거래행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1, 13과 공동정범의 관계에 있는 상피고인

11에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

IX. 2009. 8. 12.자 공소외 4 주식회사 주주배정 유상증자 실권주 40만 주 차명 인수 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 되고, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 2009. 8. 10.경 공소외 4 주식회사의 실질적인 사주로서 주주배정 유상증자를 실시하였으나 6,766,143주의 실권주가 발생하여 이 실권주에 대하여 제3자 배정으로 유상증자를 실시하기로 하였다.

피고인 1은 제3자 유상증자에 참여할 투자자를 모집하였으나 40만 주(2억 원)를 인수할 투자자를 구하지 못하여 스스로라도 실권주를 인수함으로써 유상증자가 성공하였다는 외관을 형성하여 투자자들에 대한 신뢰를 유지할 필요가 있었다.

그러나 피고인 1 본인의 명의로 유상증자에 참여한 후 배정받은 주식을 매각한다면, 유상증자가 성공하지 못했다는 인상을 줄 수 있고, 회사임원의 주식처분사실이 공시됨으로써 주가에 좋지 않은 영향을 미치게 될 수도 있었다.

피고인 1은 이러한 문제점을 피하기 위해서 피고인 2에게 공소외 2 주식회사 자금을 이용하여 페이퍼컴퍼니인 공소외 6 주식회사 명의로 실권주를 인수할 것을 지시하였고, 피고인 2는 2009. 8. 12.경 공소외 2 주식회사 자금 2억 원을 인출하여 공소외 4 주식회사의 주금으로 납입하였다.

위와 같이 공소외 6 주식회사 명의로 배정된 40만 주는 실질적으로 공소외 4 주식회사의 최대주주인 공소외 2 주식회사의 특수관계인이자 공소외 4 주식회사의 등기이사인 피고인 1 개인의 계산으로 취득한 주식이다.

따라서 피고인 1은 위와 같이 주식을 보유하게 된 내용을 취득일로부터 5일 이내에 대통령령이 정하는 바에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 하고, 5일 이내에 공소외 2 주식회사와 연명으로 대량보유보고를 하여야 한다.

그럼에도 피고인 1은 2009. 8. 14. 공소외 2 주식회사 명의로 주식등의 대량보유상황보고서를 제출함에 있어 위와 같은 주식취득 사실을 누락하여 허위 표시하고, 임원으로서 소유상황보고를 하지 아니하였다.

피고인 1은 2009. 8. 20.경 주식처분에 대한 공시 없이 10만 주를 장내매도하고 30만 주를 장외에서 매각하여 25,809,133 원의 이익을 취득하였다.

이로써 피고인 1, 2는 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하고, 유상증자가 제3의 투자자의 투자로 성공한 듯한 외관을 만드는 방법으로 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하여 25,809,133원의 부당이익을 취득하였다.

2. 피고인 1의 항소이유 요지

공소외 4 주식회사는 2009. 8. 12. 122억 원 상당의 주주배정 유상증자를 실시하여 전체 유상증자 금액 중 98.4%의 주금이 납입되었고, 피고인 1이 극히 소량의 실권주를 차명 인수한 후 이를 공시하지 않은 것만으로 주식거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항의 기재를 누락하였다거나 부정한 기교를 사용한 것으로 볼 수 없다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ①공소외 6 주식회사는 피고인 1이 관리하는 페이퍼컴퍼니에 불과하고, 공소외 2 주식회사는 공소외 4 주식회사의 대주주로서 제3자 배정 유상증자에 참여할 수 없으며, 피고인 1은 실제로 위와 같이 취득한 실권주를 공소외 2 주식회사의 자산으로 회계처리하거나 실권주를 매각하여 발생한 이익을 공소외 2 주식회사에 귀속시키지도 않은 점 등에 비추어 볼 때 공소외 6 주식회사 명의의 주식은 공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 자신의 계산으로 차명으로 취득한 것인 점, ② 유상증자에 100% 투자가 이루어졌다는 사실은 공소외 4 주식회사에 대한 다른 유상증자 참여자들에게 피고인 1 및 공소외 4 주식회사에 대한 신뢰를 갖게 하고 공시될 경우 일반투자자들의 투자 판단에도 긍정적인 영향을 미칠 수 있는 사항인 점, ③공소외 4 주식회사의 최대주주인 공소외 2 주식회사의 대표이사이자 공소외 4 주식회사의 등기이사인 피고인 1이 스스로 차명으로 실권주를 인수하여 이를 즉시 매도한 사실 역시 일반투자자들에게 알려질 경우 투자자의 투자 판단에 악재로 작용하여 주가에 영향을 미칠 수 있는 내용인 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1이 제3자의 투자로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 형성한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 기교'에 해당한다고 할 것이고, 피고인 1의 주식취득 사실을 기재하지 아니함으로써 주가하락 방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 같은 항 제2호의 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

(1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 약 122억 원 규모의 공소외 4 주식회사 유상증자를 추진하는 과정에서 실권주가 발생하자 페이퍼컴퍼니인 공소외 6 주식회사 명의로 2억 원을 납입하여 실권주를 인수하고서도 마치 실권주가 정상적으로 인수된 것처럼 공시하고 아울러 임원으로서 자신의 주식소유상황보고를 하지 않은 사실은 인정된다.

그런데 ①피고인 1이 마치 정상적으로 주금이 납입된 것처럼 공시한 부분이 공소외 4 주식회사의 전체 유상증자금에서 차지하는 비율이 1.6%(122억 원 중 2억 원)에 불과한 점, ②피고인 1이 위와 같이 공소외 4 주식회사 주식을 취득함으로써 인하여 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 것도 아니고, 일반투자자들의 입장에서 공소외 4 주식회사의 임원인 피고인 1이 실제로 유상증자된 주식 중 약 1.6%에 해당하는 주식을 보유하고 있는지를 알게 되었는지 여부에 따라 투자 판단 자체가 달라진다고 보이지 않는 점, ③피고인 1과 상피고인 2는 자신들이 투자를 권한 투자자

들과의 신뢰관계를 유지하기 위하여 공소외 6 주식회사 명의의 실권주를 인수하였던 것이지 나아가 실권주 인수를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ④ 피고인 1은 주식 소유상황변동보고의무 위반으로 처벌받게 되는 점 등을 고려할 때 공소사실 기재와 같은 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다거나 또는 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 이용한 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다.

소결론

결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호에서 규제하는 부정거래행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 상피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

X. 2009. 7. 13.자 공소외 8 주식회사 신주인수권(워런트) 22억 원 상당 차명 행사 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하거나, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 공소외 39 주식회사, 공소외 40 주식회사, 공소외 41 주식회사에 발행된 공소외 8 주식회사 발행 신주인수권부사채(BW)에서 분리된 권면총액 153억 원 상당(2,971,324주, 18.99%)의 신주인수권을 공소외 2 주식회사의 자금으로 사채권자들로부터 다시 인수하여 공소외 23 주식회사 명의 및 페이퍼컴퍼니인 공소외 14 주식회사, 공소외 42 주식회사 명의로 보유하다가 2009. 6. 12.경 위 신주인수권 전부의 명의를 공소외 14 주식회사로 변경하였다.

피고인 1은 2009년 7월경 공소외 8 주식회사 운영자금이 부족하자 사채업자로부터 자금을 차입하여 차명으로 신주인수권을 행사함으로써 신주인수권 행사자금으로 운영자금을 확보함과 동시에 발행된 신주매각에 따른 공소외 14 주식회사의 대량보유상황보고의무를 회피하기로 마음먹었다.

피고인 1은 그 무렵 피고인 11을 통해 사채업자 피고인 13에게 22억 원을 빌려주면 신주인수권 행사 자금으로 납입하여 운영자금을 확보하고 발행된 신주를 차입금 22억 원에 대한 담보로 제공하겠다고 제의하였고 피고인 13은 자신과 공소외 15의 명의로 위 신주인수권을 행사하여 신주를 차입금 22억 원에 대한 담보로 제공받는 조건으로 이에 동의하고 공소외 14 주식회사가 공소외 15에게 워런트를 매각한다는 내용의 '신주인수권 증권 양수도 계약서'를 허위로 작성하였다.

피고인 13은 2009. 7. 13. 자신과 공소외 15의 명의로 22억 원을 공소외 8 주식회사에 신주인수권 행사 자금으로 납입하여 440,440주를 배정받았다.

사실은 공소외 14 주식회사는 피고인 1에 의해 중요한 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사되는 피고인 1의 특별관계자이고, 위와 같이 피고인 13 및 공소외 15의 명의로 배정받은 신주 440,440주는 피고인 13에게 담보로 제공되었다가 피고인 1, 공소외 14 주식회사와의 협의 하에 처분되어 원리금을 정산하기로 합의가 되어 있기 때문에 피고인 1, 공소외 14 주식회사와 피고인 13은 공동보유자의 관계에 있어 상호 특별관계자이다.

따라서, 피고인 1, 공소외 14 주식회사, 피고인 13은 대량보유상황보고를 함에 있어 공소외 14 주식회사 보유 지분, 피고인 13 보유 지분을 모두 보고하고, 공소외 14 주식회사와 피고인 13의 계약내용을 기재하여야 한다.

그럼에도 피고인 1, 13은 2009. 7. 20.경 공소외 14 주식회사 명의로 주식 등의 대량보유상황보고를 하면서 피고인 13 보유 지분에 대한 기재를 누락한 채 공소외 14 주식회사가 보유하고 있는 공소외 8 주식회사 지분이 기존의 18.99%에서 16.71%로 낮아졌다고만 공시하여 거짓 표시를 하였다.

피고인 1은 2009. 8. 11.경 피고인 11을 통해 피고인 13에게 위 440,440주를 매도할 것을 통보하였고, 피고인 13은 전량을 장내매도하였다.

이로써 피고인 1, 11, 13은 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하고, 신주인수권이 소액투자자에 의해 정상적으로 행사되는 듯한 외관을 만드는 방법으로 부정한 기교·수단·계획을 사용하였다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

공소외 14 주식회사 명의의 신주인수권의 실질적인 계산 주체는 피고인 1이고, 피고인 13이나 공소외 15 명의의 신주인수권 행사도 피고인 13으로부터 차입한 자금으로 피고인 1 본인이 행사한 것이므로, 피고인 1은 이러한 신주인수권 행사로 인한 주식 취득과 매각에 대하여 공소외 8 주식회사의 대표이사로서 이를 공시하여야 한다.

그런데 피고인 1은 공시의무를 피하기 위하여 2009년에 페이퍼컴퍼니인 공소외 14 주식회사를 설립하였고, 공소외 8 주식회사와 공소외 14 주식회사의 관계, 피고인 1과 공소외 14 주식회사의 관계를 공시하지 않았다.

피고인 1은 자신이 신주인수권을 행사하자마자 신주를 매각하였다는 내용이 공시되고 이로 인하여 주가가 나쁜 영향을 받는 것을 회피한 것으로 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 사용하였을 뿐 아니라 부정한 기교를 사용하였다.

나. 판단

- (1) 원심은, ① 피고인 1의 대량보유상황보고에 따라 공시되는 내용은 공소외 14 주식회사가 보유한 공소외 8 주식회사 지분이 18.99%에서 16.71%로 2.28% 감소하였다는 내용일 뿐인 점, ② 당시 공시된 공소외 8 주식회사의 최대 주주는 지분 18.99%를 보유한 공소외 14 주식회사와 지분 13.67%를 보유한 공소외 13 주식회사인데, 위와 같은 공소외 14 주식회사의 지분감소로 인하여 공소외 8 주식회사의 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 경우에 해당하지는 않는 점, ③ 피고인 1은 신주를 피고인 13이 직접 취득하게 하는 방법으로 담보를 제공함으로써 차입금에 대한 이자를 절감하려는 목적 및 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 행사하는 것과 이를 매각하는 것을 반복하여 공시하는 번거로움을 피하고 한번만 공시하려는 목적으로 위와 같이 피고인 13에게 신주인수권을 행사하게 한 점, ④ 피고인 1이 공소외 14 주식회사의 지분이 감소되었다고 공시한 것은 위와 같은 담보제공을 위하여 형식적으로 공소외 14 주식회사가 보유한 신주인수권을 피고인 13에게 매각한 것을 그대로 공시한 것에 불과하고, 달리 공소외 14 주식회사의 지분감소를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키거나 재산상 이익을 취득하려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ⑤ 피고인 13으로부터의 자금차입의 목적 및 신주매각, 정산 과정 등에 비추어 볼 때 피고인 1이 공소외 14 주식회사의 명의로 신주인수권을 행사하였다고 하더라도 마찬가지로 그 신주를 매각하여 차입금을 변제하였을 것으로 보이는데, 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 행사한 후 신주를 매각함으로써 공소외 14 주식회사의 지분이 감소한 것으로 공시하는 것과 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 매각함으로써 공소외 14 주식회사의 지분이 감소한 것으로 공시하는 것 사이에 일반투자자들에게 미치는 영향이 특별히 다르다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1의 공시내용이 일반투자자들의 투자 판단에 영향을 미치는 중요한 사항에 관한 것이라거나 피고인 1, 11, 13에게 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻으려는 고의가 있었다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

- (2) 또한 원심은, ① 피고인 1은 신주인수권 행사자금을 납입하여 공소외 8 주식회사의 운영자금을 마련하기 위하여 피고인 13으로부터 22억 원을 차입하면서 피고인 13에게 직접 담보를 취득하게 하기 위하여 형식적으로 공소외 14 주식회사가 보유한 신주인수권을 피고인 13에게 매각하고 피고인 13으로 하여금 이를 행사하게 한 것일 뿐 이를 통하여 적극적으로 허위의 외관을 형성하여 일반투자자들을 기망하거나 그로 인하여 이익을 얻으려는 의도가 있었던 것으로는 보이지 않는 점, ② 공소외 14 주식회사 명의로 신주인수권 행사가 이루어지는 것과 피고인 13 또는 공소외 15 명의로 신주인수권 행사가 이루어지는 것 사이에 그 외관에 있어서 제3자에 대하여 특별히 다른 의미를 가지는 것으로 보기 어려운 점, ③ 피고인 13이 자신과 공소외 15의 명의로 신주인수권을 행사하여 취득한 주식은 공소외 8 주식회사 지분의 2.28%에 불과하고, 피고인 13과 공소외 15가 특별히 일반투자자들의 투자 판단에 영향을 미치는 중요투자자라고 볼만한 자료도 없는 점, ④ 피고인 1, 11이 공소외 14 주식회사 명의로 신주인수권을 행사하지 아니하고 피고인 13 등 명의로 신주인수권을 행사하는 행위로 인하여 피고인 1, 11에게 관계법령상의 제한을 회피한 부당이익이 발생한다고 볼 수도 없는 점 등을 종합해 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 11, 13의 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에 금지하고 있는 '부정한 기교'를 사용하는 행위에 이르렀다고

인정하기에 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 당심에서 변경된 공소사실에는, 피고인 13 및 공소외 15 명의로 배정받은 공소외 8 주식회사 신주 440,440주는 피고인 13에게 담보로 제공되었다가 피고인 1, 공소외 14 주식회사의 협의 하에 처분되어 원리금을 정산하기로 합의가 되어 있으므로 피고인 13, 1, 공소외 14 주식회사는 공동보유자라고 기재되어 있다.

나. 그러나 위 2의 나항(판결문 77쪽)과 같은 사정들에 의하면, 피고인 13 및 공소외 15 명의로 배정받은 위 공소외 8 주식회사 신주 440,440주는 피고인 1이 공소외 2 주식회사의 자금을 이용하여 공소외 14 주식회사 명의로 보유 하였던 신주인수권을 행사하여 취득한 것으로 피고인 1 또는 공소외 14 주식회사가 보유하는 주식이라고 할 것이고, 한편 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 피고인 13으로서는 피고인 1의 채무불이행이 없는 한 위 주식을 임의로 처분할 수 없는 것이고, 반면 피고인 1로서는 담보로 제공된 주식을 처분하지 않는 대신 현금을 제공하는 방법으로 주식을 반환받을 수 있음이 인정되는 점 등을 고려할 때 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1, 13과 공소외 14 주식회사가 합의나 계약 등에 따라 위 440,440주를 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에는 부족하다.

다.

결국 피고인 1, 13과 공소외 14 주식회사가 위 공소외 8 주식회사 주식 440,440주의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

XI. 2009. 10. 26.자 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 13의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(2)상피고인 1의 계획은 회사의 충실화를 위한 "합병"이었고, 그 과정에서 자금이 모자라 빌린 돈에 관한 담보를 제공하기 위하여 매각제한 규정의 적용을 받지 않는 당사자로 하여금 공소외 9 주식회사 주식을 취득하게 한 것뿐이지, 매각제한규정을 회피한 주식을 팔아 이득을 취한다는 것을 목적으로 하지 않았다.

매각제한규정을 회피한다는 것만으로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 계획이 된다고 할 수는 없다.

(3)상피고인 1이 자신이 공소외 9 주식회사 지분을 취득한 사실을 신고하지 않은 것은 피고인 13의 관여 여부와 관계 없이 사후적으로 성립한 것이고, 피고인 13으로서는 그러한 보고의무 불이행을 미리 예견할 수 없었다.

(4)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

(5) 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 0원이라고 볼 수 없다.

따라서 원심판결에서 상장 즉시 매각할 수 있는 합병신주의 가액에서 공소외 9 주식회사 주식 인수대금의 차액을 위 반행위로 얻은 이익이라고 판단한 것은 부당하다.

또 수시로 증감 변동하는 주식의 가치를 산정하면서 상장 전일의 종가를 기준으로 한 것도 타당하지 않다.

나. 판단

(1) 차명인수 및 허위 공시에 의한 부정거래행위 여부

원심은, ①상피고인 1이 공소외 8 주식회사의 공소외 9 주식회사 인수·합병을 추진하기로 하고 공소외 8 주식회사의 자금 12억 5천만 원과 피고인 13으로부터 차입한 자금 13억 4,875만 원으로 공소외 9 주식회사 지분의 100%를 취득하면서 공소외 86, 87 등 명의의 차명을 이용한 사실, ②상피고인 1은 차명으로 인수한 주식 중 288,000주(지분을 18%)의 명의를 공소외 8 주식회사로 변경한 뒤 '타법인 주식 및 출자증권 취득 결정' 공시 등을 통하여 공소외 8 주식회사가 공소외 9 주식회사의 주식의 18%만을 취득하였고, 위 288,000주에 대해서 배정될 합병신주 219,227주만을 보호예수하게 되는 것처럼 표시한 사실, ③상피고인 1은 2009. 10. 26. 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사의 합병 후 공소외 8 주식회사의 계산으로 총 998,699주를 배정받았음에도 2009. 10. 29. 증권발행실적보고서를 제출하면서 공소외 8 주식회사가 합병신주 219,227주만을 배정받았고 이 주식들만 보호예수하게 될 것이라고 기재한 사실을 인정한 후, 상장회사가 비상장회사와 합병한 후 배정할 합병신주 중 어느 정도의 수량을 보호예수할 것인지는 합병 후 주가에 직접적 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당하고, 상피고인 1, 2가 공소외 9 주식회사를 인수하면서 차명을 사용하고 보호예수 수량을 거짓 기재함으로써 매각제한규정을 회피한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규정한 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위' 및 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규정한 '부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

(2) 피고인 13의 공모관계 인정 여부

(가) 원심은, ①상피고인 11이 피고인 13으로부터 자금을 차입할 때 피고인 13에게 공소외 9 주식회사의 지분을 차명으로 인수하고 그 차명인수된 공소외 9 주식회사에 대해서 공소외 8 주식회사의 합병신주가 배정되면 그 합병신주를 매각해 변제하는 것을 설명한 점, ②피고인 13은 수사기관에서, 상피고인 11이 4명의 인수명의를 빌려달라고 할 때 보호예수를 회피하려고 한다는 짐작은 하였다고 진술하였고, 상피고인 11이 보호예수 때문에 차입한 자금을 공소외 8 주식회사 명의로 공소외 9 주식회사를 인수하면 안 되므로 차명이 필요하고, 차명으로 인수하여 보호예수를 피하여야 합병신주를 매각하여 차입금 변제도 가능하다고 설명하였다고 진술하였으며, 원심법정에서도 " 피고인 11이 보호예수에 안 걸리려면 차명으로 해야 된다고 하면서 피고인 11 측에서 4명의 이름을 제공해 신주를 받아서 줄지 피고인 13 측에서 4명의 차명을 제공할 것인지를 물어보아서 본 피고인이 차명을 제공했다.

"고 진술한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 13은 상피고인 11 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 9 주식회사를 인수한다는 사정을 인식하고 인수자금 및 차명을 제공하였다고 할 것이므로, 피고인 13의 범의 및 공모·범행가담 사실을 충분히 인정할 수 있고, 따라서 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단하였다.

(나) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 비추어 보면, 원심이 그 판시와 같이 인정되는 사실에 기초하여 피고인 13이, 상피고인 11 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 9 주식회사를 인수하고 그 차명인수된 공소외 9 주식회사 주식에 합병신주가 배정되면 이를 담보로 제공받는다 인식 하에 공소외 9 주식회사 주식 인수대금 명목으로 13억 4,875만 원을 대여하고, 아울러 공소외 44, 45, 46, 47의 명의를 빌려주었다고 판단한 것은 정당하고, 피고인 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

(다) 그런데 형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하다.

여기서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ①피고인 13은 상피고인 1을 잘 알지 못하고 상피고인 1이 수립한 부정한 계획의 구체적 내용에 대해서 까지 상피고인 11을 통하여 설명 받은 것으로 보이지 않는 점, ②피고인 13의 주된 목적은 상피고인 11의 부탁에 따라 상피고인 1에게 자금을 대여하면서 충분한 가치를 가지는 담보를 취득하는데 있었던 점, ③피고인 13이 공소외 9 주식회사 주식의 차명 취득이나 공소외 9 주식회사와 공소외 8 주식회사의 합병과정에 적극적으로 가담한 사실도 없는 점 등을 종합하면 피고인 13이 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였다고 보기는 어렵다.

따라서 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단한 원심판결은 공동 정범의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(라) 한편 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 의미한다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1518 판결 등 참조).

위 (나)항에서 인정한 것처럼 피고인 13은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 인식하면서도 그 범행에 이용할 자금과 차명을 제공하였고, 이를 통하여 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 하였다고 할 것이므로 방조의 죄책은 부담한다고 봄이 옳다[법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장 변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다.

따라서 공동정범으로 기소된 범죄사실에 대하여 공소장 변경 없이 방조범으로 인정할 수 있다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결 참조)].

(3) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(가) 원심의 판단

원심은 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11에게 자금 및 차명을 제공하여 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고 그 이익액을 837,274,540원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 한 피고인 13의 자금으로 배정받은 합병신주 631,799주의 평가액 2,186,024,540원 - 공소외 9 주식회사 구주 인수대금 1,348,750,000원)으로 산정하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 이미 살펴본 것처럼 자본시장법위반죄에서의 위반행위로 얻은 이익액은 그 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로 엄격한 증명의 대상이 되고, 그 입증책임은 검사가 부담한다.

원심이 인정한 것처럼 피고인 13이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야지 공소외 9 주식회사 구주 인수대금을 공제한 금액이 된다고 볼 수는 없다(원심과 같은 이득액 산정방식은 보호예수에 걸려서 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 구주 인수대금 상당액으로 볼 수 있는 경우에만 허용될 수 있다). 그런데 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없다.

가사 검사가, 피고인 13이 적법하게 취득할 수 없는 공소외 8 주식회사 합병신주를 취득한 그 자체를 자본시장법 위반행위로 얻은 이익으로 보아 공소제기한 것으로 보더라도 합병신주가 상장되는 경우 그 상장 자체의 효과로 인하여 주가에 상당한 정도의 변동이 발생할 여지가 있는 점, 주식시장에 있어서 합병을 통한 상장이 일반적인 호재로 인식된다고 단정하기는 어려우므로 상장 전일 종가를 기준으로 합병신주의 가치를 산정하는 것이 반드시 피고인 13에게 유리하다고 볼 수도 없는 점, 피고인 13이나 상피고인 1, 2, 11이 매각제한이 없는 합병신주를 상장 즉시 처분할 의사를 가지고 있었던 것도 아니고 실제 주식시장에서 단기간에 처분이 가능하다고 보이지도 않으므로 피

고인 13의 자금을 이용하여 취득한 공소외 8 주식회사 합병신주 전체가 상장 직후 처분이 될 수 있다는 가정 하에 그 가치를 산정하는 것은 부당한 점 등을 고려할 때 합병신주의 상장 전일 종가를 기준으로 합병신주의 가치를 산정한 원심판결의 합리성을 선뜻 수긍하기 어렵다.

- 2) 결국 피고인 13의 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다고 할 것인데 그 이익액을 837,274,540원으로 산정한 원심판결에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 13 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 13은, 상피고인 1 등의 범행에 대한 인식, 용인에 그치지 않고 공동의 의사로 사기적 부정거래 범행을 하기 위하여 일체가 되어 상피고인 1의 행위를 이용하여 자신의 의사를 옮기는 정도에 이르렀다고 보아야 하며, 공모의 범위에 있어서도 피고인 13과 상피고인 1, 2, 11 사이에 '부정한 합병신주 취득 행위'에 대한 순차적, 암묵적인 공모가 이루어졌다.

따라서 피고인 13이 위반행위로 얻은 이익액은 상피고인 1, 2, 11과 동일하게 1,323,498,540원(=2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 산정한 상피고인 1 등이 매각제한 규정을 회피하여 취득한 공소외 8 주식회사 합병신주 998,699주의 가치 3,455,498,540원 - 공소외 9 주식회사 구주 1,312,000주 인수대금 2,132,000,000원)으로 보아야 한다.

(2) 판단

검사가 제출한 모든 증거들을 종합하더라도, 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11의 전체적인 범행에 가담하거나 이를 인식하였다고 인정하기에 부족하므로 이 부분 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다[아울러 위 1.나 (3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼 검사의 주장과 같은 방법으로 위반행위로 얻은 이익액을 산정하는 것은 부당하고, 달리 피고인 13의 이익액을 산정할 만한 증거가 없다].

나. 피고인 1, 2, 7, 8, 10 부분

(1) 항소이유 요지

자본시장법 위반행위로 얻은 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다.

이 사건의 경우 피고인 1, 2, 7, 8, 10은 시세조종행위를 통하여 합병을 반대하는 공소외 8 주식회사 주주들의 주식 매수청구권 행사 규모를 줄임으로써 절감된 9,040,901,457원의 주식매수비용 상당 이익이 발생하였고 여기에서 이

사건 거래에 투입된 비용인 4,115,203,835원을 공제하면 결국 4,925,697,622원의 이익을 취득하였다고 보아야 한다.

(2) 판단

(가) 이 부분 항소이유와 관련하여서는 검사가 당심에 이르러, '피고인 1은 공소외 8 주식회사의 대표이사로서, 피고인 2, 7, 8, 10 및 공소외 10은 피고인 1과 공모하여, 시세조종행위를 통하여 공소외 8 주식회사에 대한 주식매수 청구권 행사규모가 감소되도록 하여 공소외 8 주식회사로 하여금 4,925,697,622원 상당의 손실을 회피하게 함으로써 동액 상당의 부당이득을 얻게 하였다'는 것으로 공소장을 변경하였으므로 이를 전제로 검사의 항소이유를 판단한다.

(나) 자본시장법 제443조에서 규정하는 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액'은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 옳다(대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결 등 참조). 그런데 우선 자본시장법 제443조가 위반행위자 본인이 아닌 제3자가 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 위반행위자 본인이 이익을 얻은 경우와 동일하게 보아 이를 가중처벌하는 규정으로 볼 수는 없고, 달리 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 피고인 1, 2, 7, 8, 10 및 공소외 10의 이익액 또는 손실 회피액으로 보아야 할 근거를 찾을 수 없다(피고인 1이 공소외 8 주식회사의 대표이사라고 하여 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 바로 피고인 1 본인의 손실 회피액과 동일 시 할 수는 없다).

가사 견해를 달리하여 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 피고인 1, 2, 7, 8, 10 및 공소외 10의 이익액 또는 손실 회피액으로 볼 수 있다고 하더라도, 원심이 적절하게 지정한 것처럼, ① 주식매수청구권이 행사되는 경우에는 공소외 8 주식회사가 그 주식을 취득하게 되고, 그 주식의 시가 상당액은 손실에서 공제되어야 할 것이므로 주식매수청구권이 행사되지 않은 금액 상당을 모두 이득하였다고 보기 어려운 점, ② 피고인 1이 증권예탁원으로부터 주주들이 약 10,222,278,621원 상당의 주식을 매수청구할 예정이라는 취지의 '이사회 결의사항 반대의사 통지서'를 송달받았다고 하더라도 실제 매수청구권의 행사규모가 얼마가 될지 여부는 확정된 것이 아니므로 위 금액 전부에 대하여 매수청구권이 행사되었을 것이라는 가정 하에 위반행위로 인한 이익 등의 액수를 산정하는 것은 부당한 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 8 주식회사가 4,925,697,622원 상당의 손실을 회피하였다고 인정하기에 부족하다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없고, 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

3. 직권판단

가. 현실거래에 의한 시세조종행위와 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위의 관계

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2, 7, 8, 10이 공소외 10과 공모하여, 장내에서 공소외 8 주식회사의 주식을 매수한 행위를 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단하면서도 이와 동시에 이와 같이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는 범행은 당연히 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규

제하는 부정거래행위에도 해당한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

위 V.4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 직권으로 판단한 것처럼, 자본시장법 제176조 제2항 제1호와 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 법조경합의 관계에 있다.

따라서 피고인 1, 2, 7, 8, 10의 이 부분 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법 위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2, 11이 공모하여, 매각제한 규정을 회피하여 상장즉시 매각할 수 있는 공소외 8 주식회사 신주 998,699주가 상장됨으로써 1,323,498,540원(2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 산정한 998,699주의 가치 3,455,498,540원 - 공소외 9 주식회사 주식 1,312,000주의 인수대금 2,132,000,000원)의 부당이득을 취득하였다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

위 1.나.(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼, 피고인 1, 2, 11이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 위반행위로 인한 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야 하는데, 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없으므로 결국 피고인 1, 2, 11이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

이와 달리 피고인 1, 2, 11의 이익액을 1,323,498,540원으로 산정한 원심판결에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다(다만 원심은 피고인 1, 2의 경우 포괄일죄의 관계에 있는 다른 자본시장법위반 범행으로 얻은 이익액을 산정할 수 없어서 범행 전체의 이익액을 산정할 수 없다고 판단하였으므로 위와 같은 법리오해가 피고인 1, 2의 판결에는 영향을 미치지 않았다).

다.

2009. 10. 26.자 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄와 2009. 12. 29.자 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄의 죄수

원심은, 피고인 1, 2, 7, 11, 13의 2009. 10. 26. 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄와 2009. 12. 29. 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄가 실체적 경합관계에 있다고 판단하였다.

그런데 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 매출액이 지속적으로 감소하여 관리종목으로 지정될 가능성이 높아지자 비상장회사와 합병하여 자기자본을 확충하고 그 과정에서 시세조종 등이 필요하다고 판단하여 위 각 범행을 저지른 점, 피고인 2, 7, 11은 상사인 피고인 1의 계획과 목적을 인식하고 피고인 1의 지시에 따라 각자의 역할을 수행한 점, 피고인 13의 경우 피고인 11을 통하여 피고인 1의 계획을 대체적으로 인식한 상태에서 2회에 걸쳐서 유사한 형태의 거래를 한 점 등을 고려할 때 피고인 1, 2, 7, 11, 13의 범의의 단일성과 계속성이 인정되고, 또 위 각 죄의 보호법익은 사회적 법익으로서 피해법익의 동일성도 인정되므로 위 각 죄는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 옳다.

이와 달리 위 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범의 관계에 있다고 보아 경합범가중을 한 원심에는 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

XII. 2009. 12. 29.자 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 5, 6, 12, 13의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1) 피고인 5

2009. 9. 27.자 금전소비대차계약서상 차용인은 '공소외 14 주식회사'로 기재되어 있고 피고인 5가 빌려준 5억 원이 실제로 공소외 5 주식회사의 유상증자 자금으로 사용되었다는 증거가 없으며, 상피고인 1의 부탁으로 2009년 9월 초순경 명의를 빌려준 사실은 있으나 그 구체적 목적을 인지한 시점은 2009. 11. 4.경이다.

따라서 피고인 5가, 상피고인 1이 차명으로 유상증자에 참여하여 보호예수를 피할 것이라는 사실을 알면서 유상증자 대금 5억 원을 빌려주었다고 볼 수는 없다.

(2) 피고인 6

(가)피고인 6은 상피고인 1에게 4억 원을 대여한 것이 아니다.

피고인 6은 상피고인 1의 투자 요청을 받았으나 자금이 없어서 상피고인 1을 도와주고자 공소외 16을 소개하여 공소외 16으로 하여금 상피고인 1에게 4억 원을 대여하도록 하였다.

(나)피고인 6은, 상피고인 1이 실제로 4억 원을 차용하는 주체라는 사실이나 상피고인 1이 차명으로 공소외 5 주식회사의 유상증자에 참여하여 보호예수 규정을 피한 합병신주를 취득하려고 한다는 사실을 전혀 알지 못하였다.

따라서 상피고인 1의 행위에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담하지 않는다.

(다)상피고인 1이 매각제한 규정을 회피한 합병신주를 배정받기 위하여 차명으로 주식을 인수하여 이와 관련한 허위의 보고를 한 일련의 행위는 거짓의 기재 내지 부정한 수단을 사용하여 재산을 얻는 일련의 행위로서 법률적으로 하나의 평가를 받아야 한다.

그런데 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 입법취지에 비추어 볼 때 같은 항 제2호로 평가할 수 있는 행위는 같은 항 제2호로만 처벌하여야 하고, 같은 항 제1호를 재차 적용하여 처벌하는 것은 위법하다.

(라)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 죄형법정주의에서 파생되는 명확성 원칙에 부합하지 않는 포괄적이고 추상적인 규정이다.

따라서 같은 조 제2항에서 정한 바와 같이 '재산상 이익을 얻고자 하는 의도'가 있는 행위 등으로 제한하여 해석하지 않는 한 위헌성을 면할 수 없다.

(3) 피고인 12

(가)피고인 12로부터 금원을 차용한 경위에 대한 상피고인 1의 진술은 일관성이 없고 신빙성이 없다.

피고인 12는 상피고인 1에게 공소외 5 주식회사 인수대금 명목으로 60억 원을 빌려준 것이고, 수사기관에서 공소외 5 주식회사 유상증자 자금을 빌려주었다고 진술한 것은 상피고인 1의 부탁에 따라 사실과 다르게 진술한 것에 불과하다.

결국 피고인 12가 상피고인 1 등의 범행을 인식하면서 60억 원을 대여하였다고 인정할 만한 증거가 부족한데도 원심 판결은 채증법칙에 위배하여 사실을 오인함으로써 피고인 12를 상피고인 1 등의 범행에 대한 공동정범으로 판단하는 잘못을 저질렀다.

(나)피고인 12는 상피고인 1에게 4개월 동안 60억 원을 대여하여 72억 원을 변제받기로 되어 있었는데 실제로는 원금은 물론 이자도 받지 못하여 큰 손실이 발생하였다.

원심판결과 같이 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일 종가를 기준으로 한 합병신주 평가액에서 유상증자 납입대금을 공제하는 방식으로 위반행위로 얻은 이익액을 산정하는 것은 부당하고, 인과관계가 인정되는 이익만으로 한정하여야 한다.

(4) 피고인 13

(가)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(나)상피고인 1의 계획은 회사의 충실화를 위한 "합병"이었고, 그 과정에서 자금이 모자라 빌린 돈에 관한 담보를 제공하기 위하여 매각제한 규정의 적용을 받지 않는 당사자로 하여금 공소외 5 주식회사 주식을 취득하게 한 것뿐이지 매각제한규정을 회피한 주식을 팔아 이득을 취한다는 것을 목적으로 하지 않았다.

매각제한규정을 회피한다는 것만으로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 계획이 된다고 할 수는 없다.

(다)상피고인 1이 자신이 취득한 공소외 5 주식회사 지분을 취득하였다고 신고하지 않은 것은 피고인 13의 관여 여부와 관계없이 사후적으로 성립한 것이고, 피고인 13이 관여할 가능성이 전혀 없었다.

(라)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

(마) 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 0원이라고 볼 수 없다.

따라서 원심판결에서 상장 즉시 매각할 수 있는 합병신주의 가액에서 공소외 5 주식회사 주식 인수대금의 차액을 위반행위로 얻은 이익이라고 판단한 것은 부당하다.

또 수시로 증감 변동하는 주식의 가치를 산정하면서 상장 전일의 종가만을 기준으로 한 것도 타당하지 않다.

나. 판단

(1) 부정거래행위 해당 여부

원심은, ①상피고인 1이 2009. 2. 25.경 공소외 13 주식회사의 대표이사로서 2009. 9. 25.경 공소외 5 주식회사의 주식 361,476주(90%)를 8,099,954,800원에 인수하면서, 190,000주만을 공소외 13 주식회사 명의로 인수하고, 나머지 171,476주를 차명으로 인수한 사실, ②상피고인 1은 피고인 12로부터 차입한 60억 원, 피고인 13으로부터 차입한 40억 원, 피고인 5로부터 차입한 5억 원, 피고인 6으로부터 차입한 4억 원 등 139억 5천만 원으로 2009. 9. 28. 공소외 5 주식회사 유상증자금을 납입하면서 차명으로 주금을 납입한 사실, ③상피고인 1은 위와 같은 방법으로 공소외 5 주식회사의 주식 1,437,476주를 차명으로 취득한 사실, ④상피고인 1, 2는 2009. 10. 5.경 '주요사항보고서(합병결정)'를 제출하고 2009. 10. 8.경 '증권신고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주를 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑤상피고인 1, 2는 2009. 10. 19.경 '[정정]회사합병결정'을 공시하고, '[정정]주요사항보고서'를 제출하고, 2009. 10. 20.경 '[정정]증권신고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주 1,267,414주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑥상피고인 1, 2는 2009. 11. 3. '[정정]회사합병결정'을 공시하고 '[정정]주요사항보고서' 및 '[정정]증권신고서(합병)'를 제출하고, 2009. 11. 11. '투자설명서'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주 1,179,817주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑦상피고인 1, 2는 2009. 12. 31. '증권발행실적보고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 취득할 합병신주 중 1,179,817주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실을 인정한 후, 상장회사가 비상장회사와 합병한 후 배정할 합병신주 중 어느 정도의 수량을 보호예수할 것인지는 합병 후 주가에 직접적 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당하고, 상피고인 1, 2가 차명으로 공소외 5 주식회사를 인수하여 유상증자한 후 합병하면서 보호예수 수량을 거짓 기재함으로써 매각제한규정을 회피한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전,

그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위' 및 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들[다만 아래 (3)의 (가)항(판결문 99쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 6은 상피고인 1에게 4억 원을 대여한 것이 아니라 공소외 16을 소개하여 공소외 16으로 하여금 4억 원을 대여하도록 하였다]과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 6, 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

한편 자본시장법 제178조 제1항 제2호, 제3호 및 제2항은 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 추상성을 고려하여 부정거래유형을 보다 구체적으로 규정하기 위하여 마련된 것으로 상호 유기적인 관계를 가지는 만큼 자본시장법 제178조 제1항 제2호에 해당하는 부정거래행위에 대하여 그 근간이 되는 규정인 자본시장법 제178조 제1항 제1호도 동시에 적용할 수 있다고 본 원심의 판단에 피고인 6의 주장과 같은 잘못이 있다고 볼 수 없다(더구나 원심은 피고인 6의 범행에 대하여 포괄하여 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호를 적용하였고, 이를 실체적 경합의 관계에 있다고 판단하지 않았다).

(2) 피고인 5, 12, 13의 공모 여부

(가) 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심의 인정사실과 원심이 적절하게 기재한 여러 가지 사정들을 종합하여 보면, 원심이 피고인 13, 12, 5가 상피고인 1 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 5 주식회사 유상증자에 참여하고 그 차명으로 인수된 공소외 5 주식회사 주식에 합병신주가 배정되면 이를 담보로 제공받는다는 인식 하에 공소외 5 주식회사 유상증자 대금과 함께 피고인 13의 경우 본인과 공소외 15 명의 의를, 피고인 12의 경우 본인 명의의, 피고인 5의 경우 공소외 48 명의를 빌려주었다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고인 5, 12, 13의 주장과 같은 사실오인의 잘못이 없다.

(나) 그런데 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ①피고인 5, 12, 13은 상피고인 1이 수립한 부정한 계획의 구체적 내용에 대해서 까지 알고 있었던 것으로는 보이지 않는 점, ②피고인 5, 12, 13의 주된 목적은 상피고인 1에게 자금을 대여하면서 충분한 가치를 가지는 담보를 취득하는데 있었던 점, ③피고인 5, 12, 13이 공소외 5 주식회사 주식의 차명 취득이나 공소외 5 주식회사와 공소외 8 주식회사의 합병과정에 적극적으로 가담한 사실도 없는 점 등을 종합하면 피고인 5, 12, 13이 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였다고 보기는 어렵다.

따라서 피고인 5, 12, 13이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단한 원심판결은 공동정범의 법리를 오해한 잘못이 있다.

(다) 그러나 위 (가)항에서 인정한 것처럼 피고인 5, 12, 13은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 인식하면서도 그 범행에 이용할 자금과 차명을 제공하였고, 이를 통하여 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 하였다고 할 것이므로 방조의 죄책은 부담한다고 봄이 옳다.

(3) 피고인 6의 공모 여부

(가) 원심은, 피고인 6이 직접 피고인 1에게 4억 원을 대여하였다는 공소사실을 인정하였다.

그러나 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 2009년 9월경 상피고인 1로부터 10억 원 정도를 공소외 5 주식회사와 공소외 8 주식회사 합병에 투자 또는 대여하여 줄 것을 요청받았으나 자금이 부족하여 피고인 6이 대표이사로 재직 중이던 공소외 49 주식회사의 2대 주주인 공소외 16에게 대여 또는 투자를 권유한 사실, 공소외 16은 상피고인 1에게 4억 원은 대여하고, 6억 원은 투자하되, 투자금 중 1억 원은 피고인 6 명의로, 나머지 1억 원은 공소외 49 주식회사의 명의로 투자하기로 한 사실, 상피고인 1은 피고인 6을 통하여 공소외 16이 투자 및 대여를 하게 된다는 말을 전해들은 사실, 실제로 당시 작성된 4억 원에 관한 금전소비대차계약서의 대여인란에는 대여인이 '공소외 16'으로 기재되어 있고, 공소외 16이 자신의 성명 옆에 날인한 사실, 공소외 16은 위 금전소비대차계약을 작성한 후 2009. 9. 28.경 상피고인 1 측에서 차용인으로 내세운 공소외 14 주식회사의 계좌에 직접 인터넷뱅킹 방식으로 4억 원을 입금한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 6은 상피고인 1이 공소외 16으로부터 4억 원을 차용할 수 있도록 소개하였을 뿐 본인이 직접 4억 원을 대여한 것은 아니라고 할 것이므로, 이러한 사실인정을 바탕으로 하여 피고인 6이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 판단한 원심판결에는 사실오인으로 인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(나) 그런데 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심이 들고 있는 여러 가지 사정들, 여기에다가 위 소비대차 약정에 따르면 상피고인 1 측이 마련한 공소외 50, 51 명의로 공소외 5 주식회사의 주권을 납입하여 그 주식을 담보로 제공하고, 합병 후 주식이 나오면 이를 공소외 16에게 제공하기로 되어 있었던 점 등을 종합하면 피고인 6은 상피고인 1 등의 범행을 인식하면서도 상피고인 1이 공소외 16으로부터 범행 자금을 차용할 수 있도록 도움을 주었다 할 것이다.

나아가 당심 및 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 상피고인 1 측에서 작성한 위 금전소비대차계약서(수사기록 9권 5722쪽)나 그 부속약정서(수사기록 9권 5726쪽) 초안에 대하여 일부 문구를 수정하고 상피고인 1에게 담보로 제공될 주식이 보호예수에 걸리지 않도록 보장할 것을 확인·요구하는 등 공소외 16의 대여 과정에 적극적으로 개입한 사실이 인정되므로, 피고인 6은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 한 사람으로서 방조의 죄책을 부담한다고 봄이 옳다(피고인 6의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 피고인 6이 상피고인 1의 자금 차용 과정에서 공소외 16을 소개하여 상피고인 1 등의 범행을 용이하게 한 것으로 범죄사실을 변경하여 인정한다).

(4) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

원심은, 피고인 12, 13이 상피고인 1, 2, 11에게 자금 및 차명을 제공하여 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고, 그 이익액을 피고인 12는 2,897,043,240원(= 공소외 8 주

식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 12의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 2,980,584주의 평가액 8,897,043,240원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 6,000,000,000원)으로, 피고인 13은 1,689,942,377원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 13의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 1,738,674주의 평가액 5,189,942,377원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 3,500,000,000원)으로 각 산정하였다.

그러나 위 XI.1.가(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼, 피고인 12, 13이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 위반행위로 인한 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야 하는데, 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없으므로 결국 피고인 12, 13이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

따라서 이 부분 원심판결은 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 4, 7의 사기적 부정거래행위 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 4는 상피고인 1과의 약정을 통하여 원본의 손실 가능성이 전혀 없는 상품을 취득한 것으로 실질적으로는 금전 소비대차에 해당하므로 피고인 4의 행위 역시 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 사기적 부정거래행위에 해당한다.

(2) 판단

원심은, ①상피고인 5, 6으로부터의 자금차입의 경우 각 금전소비대차계약서가 작성된 것과는 달리, 피고인 4의 경우 ' 피고인 4가 공소외 5 주식회사가 발행하는 신주 8만 주를 인수한다'는 내용의 신주인수계약서(수사기록 9권 5537쪽)가 작성된 점, ②피고인 7은 원심법정에서, 처음에 피고인 4에게 유상증자 참여를 권유하였는데, 피고인 4가 "10억 원을 투자하는 대신 투자금액의 20%를 확정수익으로 보장하고, 투자기간을 4개월로 하고, 공소외 8 주식회사와 합병이 5개월 이상 지연되면 총 투자금액의 50%를 더하여 재매입하고, 투자원금 및 위 확정수익의 지급 보장을 위하여 공소외 2 주식회사, 공소외 8 주식회사, 공소외 5 주식회사가 발행하는 약속어음을 담보로 제공하고, 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사의 이사회에서 투자원금 및 확정수익금에 대한 연대보증 및 담보제공으로 하기로 하는 결의를 득한 이사회 의사록과 법인인감증명서, 각 이사의 인감증명서를 갖고 오라."고 함에 따라 상피고인 1에게 위 조건에 대한 허락을 받고 피고인 4와 신주인수계약서를 작성하게 되었고, 빌린다는 이야기를 하거나 금전소비대차계약서를 작성한 사실은 없다고 진술한 점, ③상피고인 1은 원심법정에서, 피고인 7에게 "유상증자대금 180억 원 중 10억 원 내지 20억 원이 모자라는데 유상증자에 참여할 자를 물색해오라."고 지시한 후, 피고인 7의 소개로 피고인 4와 계약조건에 관하여 합의하였고, 이후 계약서 작성 당시에는 참여하지 않고 상피고

인 2로부터 피고인 4가 작성해 온 신주인수계약서 초안 상의 계약조건이 피고인 4와 사전에 합의한 대로 '4개월 동안 이자가 월 5%이고 5개월부터는 10%'로 되어있는 사실을 전화로 확인하고 계약체결을 지시하였으며, 계약서 형식은 실무자들이 알아서 한 것이고, 검찰에서 10억 원을 빌려온 것이라고 진술한 것은 본인의 입장에서 월 5천 만 원의 이자를 지급하는 것이고 계약서를 보지 못했기 때문에 대여라고 진술한 것이고, 당시 증자대금 10억 원이 들어왔는지가 중요했을 뿐 그 성격에 대해서는 관심이 없었다는 취지로 진술한 점, ④상피고인 2는 원심법정에서, 본인이 수사기관에 제출한 공소외 5 주식회사 유상증자 주식내역에 '장회장(피고인 4) 10(차입)'이라고 기재된 이유에 대하여, 위 내역표는 검찰조사 시 공소외 5 주식회사 유상증자 건에 대해 항목별로 구체적으로 작성해서 제출해 달라고 하여 작성하여 제출한 것인데, 위와 같이 기재한 것은 증자 당시 또는 그 후에 상피고인 1이나 피고인 7로부터 피고인 4는 '차입'이라고 들은 것 같아 그렇게 정리하여 제출한 것이라고 진술한 점, ⑤피고인 4는 자신이 제공한 공소외 52, 53 명의로 신주를 배정받아서 그 증권계좌와 도장을 스스로 관리하였고, 배정받은 주식을 스스로 처분한 점 등을 종합해볼 때, 상피고인 1, 2나 피고인 7의 위 수사기관에서의 각 진술 등은 상피고인 1 등의 입장에서 위 자금의 성격을 대여금이라고 생각하였기 때문에 그러한 내용으로 진술된 것으로 보이고, 위 신주인수계약서상 확정수익 보장 및 매매입 약정 규정에 따라 결과적으로 사실상 대여계약과 유사한 효과가 발생한다고 하여 위 신주인수계약서의 문언 및 형식이 허위에 불과할 뿐 실질적으로는 대여계약에 해당한다거나 신주의 소유권 및 처분권이 상피고인 1에게 귀속한다고 볼 수는 없으며, 달리 상피고인 1 등이 피고인 4로부터 10억 원을 차입하였음을 인정할 만한 증거가 없다고 보아 피고인 7, 4가 상피고인 1, 2, 11의 사기적 부정거래행위에 가담하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13의 위반행위로 얻은 이익액 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 4, 5, 6, 7, 12, 13은 피고인 1의 범행에 대한 인식, 용인에 그치지 않고 공동의 의사로 사기적 부정거래행위를 하기 위하여 일체가 되어 피고인 1의 행위를 이용하여 자신의 의사를 옮기는 정도에 이르렀다고 보아야 하며, 공모의 범위에 있어서도 위 피고인들 사이에 '부정한 합병신주 취득 행위'에 대한 순차적, 암묵적인 공모가 이루어졌다.

따라서 위 피고인들이 위반행위로 얻은 이익액은 합병신주의 상장 전일 종가를 기준으로 하여 산정한 8,491,403주의 가치 25,346,837,955원에서 공소외 5 주식회사 주식 인수대금 17,064,954,800원을 공제한 8,281,883,155원으로 보아야 한다.

(2) 판단

피고인 4, 7이 피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 가담하였다고 볼 증거가 충분하지 않음은 위 가의 (2)항(판결문 102쪽)에서 판단한 것과 같다.

또 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도, 피고인 5, 6, 12, 13이 피고인 1, 2, 11의 전체적인 범행에 가담하였거나 또는 피고인 1이 자신들로부터 각자 차용한 자금 외의 나머지 인수자금 및 유상증자 자금을 관하여도 차명을 사용하고 보호예수에 걸리는 지분 표시를 허위로 공시한다는 점을 인식하였다고 보기 어렵다.

따라서 공범의 성립범위를 한정된 원심판결은 정당하고[다만 위 1.나(2)항(판결문 98쪽) 및 (3)항(판결문 99쪽)에서 판단한 것처럼 피고인 5, 6, 12, 13은 방조범으로서의 책임만 부담한다], 거기에 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 직권판단

원심은, 피고인 1, 2, 5, 6, 11이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고, 그 이익액을 피고인 1, 2, 11의 경우 7,799,042,615원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 산정한 피고인 1, 2, 11이 취득한 7,994,639주의 가치 23,863,997,415원 - 공소외 5 주식회사 주식 1,287,476주의 인수대금 16,064,954,800원)으로, 피고인 5의 경우 241,423,255원(=위 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 5의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 248,383주의 평가액 741,423,255원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 500,000,000원), 피고인 6의 경우 193,134,425원(=위 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 6의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 198,705주의 평가액 593,134,425원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 400,000,000원)으로 각 산정하였다.

그러나 위 XI.1.가(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼 검사가 제출한 모든 증거를 종합하여도 위와 같이 매각제한을 받지 않는 합병신주의 취득으로 얻은 이익액을 산정할 수 없으므로 이 부분 원심판결은 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

XIII. 결론

그렇다면 원심판결 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 부분의 경우 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있고, 나아가 원심판결에는 위에서 판단한 것처럼 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있으므로 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

Ⅰ. 공소장 변경에 따른 직권판단

검사는 당시에 이르러 원심의 심판대상이었던 공소사실 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 일부 공소사실을 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하는 결정을 고지함으로써 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들의 심판대상이 변경되었다[다만 이 법원은 피고인 1의 2010. 3. 12.자 피해자 공소외 8 주식회사에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 공소사실에 대하여 2011. 4. 12. 공소장변경을 허가하였으나 2011. 6. 2. 위 공소장변경허가결정을 취소하고 이를 불허하는 결정을 하였다.

따라서 이 부분은 이 법원의 심판대상에서 제외된다].

원심판결 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 부분은 심판대상의 변경으로 인하여 더 이상 유지될 수 없다.

그러나 공소사실이 변경되지 않은 부분에 대한 피고인 1, 5, 6, 12, 13 및 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이다.

이에 대하여는 변경된 공소사실에 대한 주장과 함께 아래에서 판단한다.

II. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

피고인 1은, 사실은 투자금에 대한 손실보상 조건을 이행할 의사나 능력이 없으면서도, 2003. 7. 23.경 피고인 1의 지인인 상피고인 7을 통하여, 피해자 공소외 1에게 "5억 원을 내가 지정하는 주식에 투자하여 월 10% 이상의 수익이 발생할 경우 그 수익금을 그대로 가져가고 투자 손실이 발생하더라도 투자 원금은 물론 원금의 10%를 월 수익금으로 보전하여 주겠다.

"고 거짓말하여 이에 속은 공소외 1로부터 그 자리에서 5억 원이 입금되어 있는 공소외 1 명의의 증권계좌를 교부받았다.

2. 피고인 1의 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 피고인 1의 자력이나 주식보유 상황 및 공소외 1에게 손실이 발생하게 된 경위 등을 종합적으로 고려할 때 피고인 1의 편취 범의를 인정할 수 없다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ① 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주식 투자 수익금으로 사채업자들에 대한 거액의 차입원리금을 변제하고 투자자들에게 보장한 고율의 수익을 정상적으로 지급하는 것은 결국 향후 공소외 17 주식회사 주식이 급격히 상승할 경우에만 가능한 점, ② 주가는 다양한 변수에 의하여 상승 또는 하락할 수 있는 것으로서 피고인 1이 공소외 1로부터 투자를 받은 시점에서 공소외 17 주식회사 주가가 위와 같이 급격히 상승할 것이 확정적으로 예견된다고 볼 수 없는 점, ③ 피고인 1은 자신이 보유한 현금성 자산을 모두 공소외 17 주식회사 주식 투자에 투입하였고, 달리 주가 하락으로 인한 손해가 발생할 경우 약정 투자기간 내에 공소외 1에게 원금 및 약정한 수익금을 변제할 수 있을 만한 별도의 자산을 보유하고 있지 않았으며, 이후 부동산 처분 등을 통해서도 공소외 1의 손실금 및 약정수익금을 변제하지 못한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1에게 편취의 범의가 있었음을 인정할 수 있다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

- (1) 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94도2048 판결 등 참조).

사기죄는 미필적 고의에 의하여도 성립한다.

미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생가능성에 대한 인식이 있음은 물론, 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다.

이 때 그 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 행위자의 진술에 의존하지 아니하고, 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 당해 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다(대법원 2008. 1. 18. 선고 2007도8781 판결 등 참조).

한편 공소가 제기된 범죄사실의 주관적 요소인 미필적 고의의 존재에 대한 입증책임 역시 검사에게 있고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 한다.

따라서 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도12 판결 등 참조).

(2) 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 공소외 17 주식회사의 주가가 예상과 달리 폭락할 경우 공소외 1에게 약정한 투자원금과 수익금을 지급할 만한 충분한 자력을 갖추지 못하였음은 인정된다[피고인 1은 2010. 3. 16. 검찰조사 시 공소외 1에게 원금과 수익금을 보장할 수 있는 별도의 재산을 확보하지 않은 상태에서 공소외 1로부터 투자를 받은 것은 인정한다고 진술하였다.

한편 피고인 1의 변호인이 참고자료로 제출한 등기부등본(공판기록 3권 1497쪽)의 기재에 의하면, 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 피고인 1의 처 공소외 18이 과천시 중앙동 67에 있는 주공아파트 (이하 1 생략)(전유면적 132.28㎡)를 소유하고 있었던 사실은 인정된다.

그러나 위 아파트에 관하여는 2002. 9. 10. 채권최고액을 276,000,000원, 근저당권자를 조흥은행, 채무자를 공소외 18로 한 제1순위 근저당권설정등기가, 2002. 10. 14. 채권최고액을 372,000,000원, 근저당권자를 조흥은행, 채무자를 공소외 18로 한 제2순위 근저당권설정등기가 각 경료되어 있었으므로 그 재산적 가치가 높다고 보이지 않는다. 또 피고인 1은 당시 공소외 19 주식회사 기업구조조정 전문회사의 대표이사로 재직하면서 위 회사의 지분 24%를 보유하고 있었다고 주장하나, 그 객관적 가치 역시 불분명하다].

(3) 그러나 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합할 때, 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가의 상승 가능성을 만연히 믿고 무모하게 공소외 1로부터 5억 원을 투자받았는지는 별론으로 하고 사기 범행에 대한 미필적 고의가 있었다고 단정하기는 어렵다.

① 피고인 1이 공소사실의 발생 가능성을 용인하였다고 보는 것은 피고인 1 본인이 입을 거래의 손실까지도 용인한 것으로 보는 셈이 되어 경험칙에 부합하지 않는다.

피고인 1은 공소외 1 등으로부터 투자받은 돈이나 사채업자로부터 차용한 돈 이외에 상당한 정도의 본인 자금(다만 피고인 1의 주장과 같이 그 액수가 40억 원에 이른다고 단정할 수는 없다)을 이용하여 공소외 17 주식회사 주식을 매수하였다.

결국 공소외 17 주식회사 주가의 폭락은 바로 피고인 1 본인에게도 거액의 손실이 발생하는 것을 의미하는 상황이었다(검사가 제출한 증거를 모두 종합하여 보아도, 피고인 1이 자신의 자금으로 매수한 공소외 17 주식회사 주식에 대하여는 그 투자원금을 회수할 수 있는 별도의 안전조치를 취하여 두었다고 인정되지는 않는다). 과연 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가가 폭락하여 다른 사람으로부터 유치한 투자금은 물론이고 자신의 투자금까지도 회수할 수 없을 가능성을 그대로 용인하는 내심의 의사가 있었다고 볼 수 있는지 의문이다.

- ② 공소외 1이 투자원금을 회수할 수 있는 조치를 취해 두었다는 피고인 1의 변소를 쉽게 배척할 수 없다.

피고인 1은 검찰조사 이래 이 법정에 이르기까지 일관되게 투자자인 공소외 1로 하여금 원금을 회수할 수 있도록 하기 위해서 만약 공소외 17 주식회사 주가가 하락하여 원금에 미치지 못하게 되는 경우에는 공소외 1이 본인의 의사에 따라 공소외 17 주식회사 주식을 처분할 수 있도록 해당 계좌의 증권카드와 도장을 공소외 1에게 교부하였다고 주장하고 있다.

공소외 1은 피고인 1의 위와 같은 주장을 부인하고 있으나, ㉠ 당시 피고인 1로부터 부탁을 받고 공소외 1의 투자를 유치하였던 상피고인 7도 피고인 1의 주장에 부합하는 취지의 진술을 하고 있는 점, ㉡ 투자 당시 피고인 1과 공소외 1 사이에 작성된 투자약정서는 현재 남아 있지 않고 당사자들의 상반된 진술 이외에 공소외 1의 구체적인 투자조건을 확정할 수 있는 다른 객관적 증거가 제출되지 않은 점, ㉢ 특히 공소외 1은 자신의 후배 소개로 피고인 7을 알게 되어 피고인 1과 처음으로 거래를 한 것이고 그 투자금 액수가 5억 원에 이르는데도 피고인 1이 투자원금 및 수익금 보장 약정을 이행하지 않을 경우에 대비하여 별도의 담보를 제공받지 않은 점(아래에서 보는 것처럼 피고인 1이 공소외 20 명의의 주식을 공소외 1에게 담보로 제공한 시점은 공소외 17 주식회사 주가가 폭락한 직후인 2003년 9월 중순경이다) 등을 고려할 때 피고인 1의 주장이 허위라고 단정할 수는 없다.

피고인 1의 주장처럼 공소외 1 본인의 의사에 따라 투자원금을 회수하거나 손실을 줄일 수 있는 가능성이 있었다면 피고인 1이 공소외 1의 투자금을 편취할 의사가 있었다고 보기는 어렵다.

- ③ 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가의 폭락을 예견하기는 어려운 상황이었다.

공소외 17 주식회사 주가는 2003. 4. 18. 9,320원이었으나 점진적으로 상승하여 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자 받을 당시에는 11,000원 대에 이르렀고, 그 후 주가가 계속 상승하여 2003. 8. 19.에는 15,800원이 되었다. 그러나 2003. 9. 7. ○○○와 공소외 17 주식회사 컨소시엄의 인수합병 협상이 갑자기 중단되었고, 이에 따라 ○○○ 파산사건을 담당하던 재판부에서 공소외 17 주식회사 컨소시엄에 대한 우선협상 대상자 선정을 취소하기에 이르자 공소외 17 주식회사 주가는 폭락하였다.

주가가 원래 다양한 변수에 의하여 상승 또는 하락할 수 있음을 고려하더라도 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시에는 공소외 17 주식회사 주가가 장기간 동안 꾸준한 상승세를 보여 왔고, 공소외 1의 투자 당시 이

미 공소외 17 주식회사 컨소시엄과 ○○○의 인수합병 협상이 난항을 겪고 있었다는 등의 특별한 사정이 존재하거나 나아가 이러한 사정을 피고인 1이 알고 있었음을 인정할 만한 증거도 없는 이상, 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가가 단기간에 폭락할 것을 예견할 수 있었다고 보기는 어렵다.

④ 공소외 1의 투자금은 당초 약정대로 공소외 17 주식회사 주식의 매수에 모두 사용되었다.

피고인 1은, 공소외 1이 투자한 5억 원에다가 공소외 1에 대한 약정 수익금 중 1개월분에 해당하는 5천만 원을 더하여 5억 5천만 원 상당의 공소외 17 주식회사 주식을 매수하였고, 공소외 1의 위 투자금을 유치 당시 목적과는 다르게 사용하였다고 인정할 만한 증거는 없다.

⑤ 피고인 1은 공소외 1의 피해 회복을 위해서 노력하였다.

피고인 1은 공소외 17 주식회사 주가가 하락하자 공소외 1의 요구에 따라 2003년 9월 중순경 공소외 20 명의 주식계좌 내 유가증권을 공소외 1에게 담보로 제공하였는데, 당시 위 계좌에는 공소외 17 주식회사 주식 64,190주, 공소외 21 주식회사 주식 4,300주가 입고되어 그 잔고 평가금액이 657,024,000원에 이르렀다(다만 공소외 20은 2003. 4. 22. 제일화재해상보험으로부터 5억 원을 대출받으면서 위 계좌 내 예치금 및 유가증권에 대하여 질권자를 제일화재해상보험, 질권설정금액을 6억 5천만 원으로 한 질권을 설정하여 주었는데, 제일화재해상보험은 공소외 17 주식회사 주가의 하락으로 인하여 약정 담보비율이 유지되지 않자 2003. 10. 27.경 위 계좌에 있던 주식들을 매도하여 그 매도대금으로 다음 날 위 대출금채무의 변제에 충당하였다).

그러나 피고인 1이 공소외 20 명의의 위 주식계좌 내 유가증권을 공소외 1에게 담보로 제공할 당시 이미 위 유가증권이 제일화재해상보험에게 담보로 제공된 상태에 있었음을 알았다고 인정할 만한 증거는 없다).

또 피고인 1은 공소외 17 주식회사 주식을 처분하여 공소외 1에게 2억 7천만 원 정도를 변제하였고, 공소외 1의 요구에 따라 2004. 7. 9. 원금 3억 1천만 원과 이에 대한 월 5% 이자를 지급하겠다는 취지의 이행각서를 작성하여 공증하여 주었다.

나아가 공소외 1의 요청에 따라 공소외 1로 하여금 2005년부터 2007년까지 사이에 피고인 1 본인이 추진 중인 유상증자 등에 투자할 수 있는 기회도 여러 번 제공하였다.

특히 그중 공소외 22 주식회사에 대한 투자에 있어서는 공소외 1이 2007년 7월경 신주인수권부 사채 5억 원 상당을 주당 3,500원에 인수하여 2009년 주당 6,000원에 매도함으로써 약 3억 5,700만 원의 이익을 취득하기도 하였다.

한편 피고인 1은 공소외 1을 상대로 하여 위 2004. 7. 9.자 공정증서의 집행력을 배제하기 위하여 서울중앙지방법원 2009가합29491호로 청구이의의 소를 제기하였다.

위 소송은 2010. 1. 7. 조정에 갈음하는 결정이 확정됨으로써 종결되었는데, 피고인 1은 위 결정에서 지급의무를 부과한 8억 2천만 원 중 4억 원을 공소외 1을 위하여 공탁하였다.

4. 소결론

결국 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하고, 사기죄에 있어서 미필적 고의에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

Ⅲ. 법인자금 사용으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 등 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 차용금채무 일시 변제 후 재대여 행위 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 2 주식회사의 분기말 단기대여금 액수를 줄이기 위하여 일시적으로 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무 변제 명목으로 입금된 돈을 다시 대여한 각 자금인출행위(별지 범죄일람표 1 순번 22번, 23번, 25번, 26번, 48번 내지 50번, 65번, 67번, 70번)는 이미 단기대여금으로 인출된 돈에 대하여 일시적으로 변제한 것으로 회계처리하였다가 다시 단기대여금으로 인출한 것에 불과하여 실질에 있어서 대환대출과 다를 바 없다.

따라서 횡령의 범의를 인정하기 어렵고, 새로운 법익침해도 없다(항소이유서 제출기간이 지나서 제출된 항소이유 보충서나 변호인의견서에 기재된 내용은 항소이유를 보충하는 범위에서만 판단한다.

이하 같다).

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 상피고인 12, 13으로부터 금원을 빌려서(변호인이 항소이유보충서에서 주장하는 것처럼 공소외 2 주식회사가 위 차용금에 대한 채무자라고 인정되지는 않는다) 이를 공소외 6 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무의 변제 명목으로 공소외 2 주식회사에 입금한 사실, 피고인 1은 그 후 공소외 2 주식회사 자금을 별지 범죄일람표 1 순번 22번, 23번, 25번, 26번(13억 원 중 10억 원), 48번 내지 50번, 65번, 67번, 70번 각 기재와 같이 공소외 3 주식회사 등에 대한 단기대여금 명목으로 인출한 후 이를 상피고인 12, 13에 대한 자신의 차용금채무 변제에 사용한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 피고인 1이 상피고인 12, 13으로부터 차용한 금원이 공소외 6 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무의 변제 명목으로 일단 공소외 2 주식회사에 귀속된 이상 이는 공소외 2 주식회사의 자본이 되는 것이고, 그 후 피고인 1이 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사의 자금을 공소외 3 주식회사 등에 대한 단기대여금 명목으로 임의로 인출하여 이를 피고인 1 본인이 상피고인 12, 13에 대하여 부담하는 차용금채무의 변제에 사용한 것은 공소외 2 주식회사에 대한 별개의 횡령행위로서 새로운 법익침해 행위에 해당한다(피고인 1의 변호인이 들고 있는 대법원 판례는 이 사건과는 사실관계를 달리하는 사안에 대한 것으로 이 사건에서 원용할 수는 없다).

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 공소외 3 주식회사 경비 지급 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금에서 대여금 명목으로 인출하여 공소외 3 주식회사에 지급한 각 행위[별지 범죄일람표 1 순번 13번, 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번, 39번, 53번(3억 원 중 2억 원), 58번(3억 7천만 원 중 1억 1,200만 원, 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지 범죄일람표 2 순번 1번, 4번, 7번, 10번]의 경우 피고인 1의 경영상 판단에 따른 정상적인 계열사 지원행위이므로 불법영득의사를 인정할 수 없다.

(2) 판단

(가) 원심의 판단

원심은 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사는 물론이고 공소외 3 주식회사 역시 피고인 1에 의하여 실질적으로 운영되는 회사이므로 공소외 3 주식회사가 공소외 2 주식회사나 공소외 4 주식회사에 대하여 독립적인 의사결정 체계 및 협상능력을 가진 대등하고 대립적인 대여계약의 상대방으로 보기는 어렵다는 등의 이유를 들어 위 (1)항 기재 각 자금인출행위는 명목상 대여로 회계처리한 것에 불과하고, 따라서 업무상횡령죄가 성립한다고 판단하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사에서 대여금 명목으로 공소외 3 주식회사에 지급된 금원 중 별지 범죄일람표 1 순번 13번(3억 원 전액), 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번(7천만 원 전액), 39번(2억 5천만 원 전액), 53번(3억 원 중 2억 원), 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지 범죄일람표 2 순번 1번(3억 원 전액), 4번(3억 원 전액), 7번(1억 5천만 원 전액), 10번(5천만 원 전액) 기재 각 금원의 경우 피고인 1의 주장과 같이 실제로 공소외 3 주식회사 소속 직원 급여지급 등 공소외 3 주식회사의 운영비로 사용된 사실(다만 피고인 1의 주장과 같이 별지 범죄일람표 1 순번 58번 기재 3억 7천만 원 중 1억 1,200만 원이 공소외 3 주식회사의 운영비로 사용되었다고 인정되지는 않는다), 공소외 3 주식회사는 폐이퍼컴퍼니가 아니고 탄소나노튜브 응용제품의 연구 및 개발을 위하여 2008년 1월 설립된 법인으로서 위 각 금원의 입금 당시 안성시에 공장과 연구시설을 갖추고 그 사업목적에 따른 실질적 활동을 하고 있었던 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 대여금 명목으로 공소외 3 주식회사에 입금된 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 자금 중 적어도 실제로 공소외 3 주식회사를 위하여 사용된 금원부분에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 진정한 소비대차약정에 따른 금원 지급이라고 보는 것이 경험칙에 더 부합하는데(공소외 3 주식회사가 피고인 1의 의사에 따른 자금 집행을 위하여 단순한 자금의 이동통로로 이용된 경우도 있다고 하여 공소외 3 주식회사에 입금된 돈 전체의 성격을 동일하게 평가하는 것은 논리적 비약이다), 검사가 제출한 증거만으로는 위 각 금원의 지급이 소비대차약정에 따른 것이 아니라고 단정할 만한 특별한 사정을 인정하기에 부족하다.

결국 이 부분 범죄사실에 대하여 업무상횡령죄의 성립을 인정한 원심은 사실을 오인하거나 업무상횡령죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2) 그런데 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 사정을 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 수 없다.

이러한 이치는 그 타인이 자금대여회사의 계열회사 또는 관계회사라고 하여 달라지지 않는다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6982 판결 등 참조).

더구나 회사의 경영상의 부담에도 불구하고 관계회사에 자금을 지원하는 것이 회사의 신인도를 유지하고 회사의 영업에 이익이 될 것이라는 일반적·추상적인 기대 하에 일방적으로 관계회사에 자금을 지원하게 하여 회사에 손해를 입게 한 경우 등에는 관계회사에 대한 자금지원에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내린 것이라고 볼 수 없다.

따라서 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라고 할 수도 없다(대법원 2007. 10. 11. 선고 2006다33333 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 공소외 3 주식회사에 대한 위 1)항 기재와 같은 각 자금 지원에 대하여 이사회결의 등 공소외 2 주식회사나 공소외 4 주식회사의 내부 검토 절차를 거치지 않은 채 자신의 독자적인 판단에 의하여 결정한 사실, 그 대여금액이 합계 20억 8천만 원(= 공소외 2 주식회사 12억 8천만 원 + 공소외 4 주식회사 8억 원)에 이르는 거액인 사실 및 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사에서 자금을 지원한 2008년과 2009년에는 공소외 3 주식회사가 설립된 지 얼마 되지 않아 별다른 매출이 없는 상황이었으므로 대여금의 회수 여부가 불분명하였던 사실(실제로 피고인 1에 대한 검찰조사가 진행될 때에도 위 대여금은 회수되지 않은 것으로 확인되었다)이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 피고인 1이 공소외 3 주식회사로부터 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금을 공소외 3 주식회사의 운영비로 대여한 행위는 업무상배임죄에 해당한다(피고인 1에 대한 업무상횡령의 공소사실과 그 동일성이 인정되고 피고인 1의 방어진 행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 공소장변경 없이 업무상배임죄를 인정한다).

한편 원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 피고인 2, 3에 대한 부분은 직권으로 피고인 1과 동일하게 업무상배임죄로 변경하여 인정한다).

다.

협력회사 단기대여금 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

별지 범죄일람표 1 순번 32번, 별지 범죄일람표 2 순번 8번, 9번, 12번 기재 각 자금인출행위는 사업상 협력업체인 공소외 23 주식회사나 피고인 1이 당시 인수합병을 추진하고 있던 공소외 24 주식회사에 대여하기 위한 것이었다. 당시 피고인 1은 공소외 23 주식회사나 공소외 24 주식회사가 자금 상환 능력을 충분히 갖추고 있다고 판단하였고 실제로 원리금이 모두 변제되었으므로 단지 담보를 제공받지 않고 금원을 대여하였다는 사실만으로 업무상배임죄

의 죄책을 물을 수는 없다.

(2) 판단

배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니다(대법원 2000. 12. 8. 선고 99도3338 판결 등 참조).

여기예다가 위 나.(2)(나)의 2)항(판결문 23쪽)에 기재한 업무상배임죄에 관한 법리를 함께 고려하면, 피고인 1이 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 공소외 23 주식회사나 공소외 24 주식회사에 만연히 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 자금을 대여해 준 행위는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 업무상배임죄가 성립한다.

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

라. 공소외 5 주식회사 자금을 통한 변제와 인출행위 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

공소외 8 주식회사 등 모회사나 계열사 및 관계회사들의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무를 변제하기 위하여 공소외 5 주식회사 자금을 공소외 2 주식회사에 지급한 각 행위(별지 범죄일람표 3 순번 1번 내지 4번)가 횡령죄에 해당한다면 그 후 피고인 1이 공소외 2 주식회사에 입금된 돈을 곧바로 인출하였다고 하더라도 이는 단일한 범의 하에 횡령의 범죄로 취득한 돈을 사용한 것에 불과하므로 새로운 범의침해가 있다고 보기 어렵다.

원심은 불가벌적 사후행위 또는 횡령죄의 죄수에 관한 법리를 오해하였다.

(2) 판단

공소외 2 주식회사와 공소외 5 주식회사는 별개의 법인으로서 공소외 5 주식회사의 자금을 임의로 인출하여 업무상횡령죄가 성립하였더라도 그 인출된 자금이 공소외 8 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무를 변제하기 위하여 공소외 2 주식회사에 입금된 이상 위 금원은 일단 공소외 2 주식회사에 귀속되어 공소외 2 주식회사의 자본이 되는 것이고, 이를 다시 페이퍼컴퍼니 등에 대한 단기대여금 명목으로 공소외 2 주식회사로부터 임의로 인출한 행위는 공소외 2 주식회사에 대한 별개의 횡령행위로서 새로운 범의를 침해한 경우에 해당한다.

또 공소외 5 주식회사에 대한 업무상횡령죄와 공소외 2 주식회사에 대한 업무상횡령죄는 피해자를 달리하는 별개의 범죄로서 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것이므로 같은 전제에 선 원심판결은 옳다.

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

주식회사는 주주와 독립된 별개의 권리주체로서 그 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로 회사 소유의 재산을 주주나 대표이사가 제3자의 자금 조달을 위하여 담보로 제공하는 등 사적인 용도로 임의 처분하였다면 횡령죄의 죄책을 면할 수 없고, 사후 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있더라도 불법영득의 의사를 인정함에 지장이 없다.

별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 기재 각 자금인출행위의 경우 비록 변제가 예정되어 있었다고 하더라도 피고인 1, 2, 3이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 법인 자금을 대표이사 및 관련자들의 공소외 25 주식회사 및 공소외 24 주식회사 지분 취득에 사용하였으므로 그 사용시점에 이미 불법영득의사가 발현되었다고 보아야 한다.

나. 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 그 판시와 같은 사실인정을 기초로 하여 별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 각 기재와 같이 인출된 자금의 경우 즉시 상환이 예정되어 있었고, 실제로 1, 2일 만에 이자를 포함한 원금이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사에 상환되었으므로, 피고인 1, 2, 3의 불법영득의사를 인정하기 어렵다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

(가) 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 없다(대법원 1983. 9. 13. 선고 82도75 판결, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도3045 판결 등 참조).

(나) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 아래의 사실이 인정된다.

1)공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1과 공소외 24 주식회사의 대표이사인 공소외 26은 2009년 10월경 공소외 2 주식회사가 상장사를 물색하여 인수한 뒤 이를 공소외 24 주식회사와 합병하여 그 합병된 상장사를 공동으로 경영하기로 합의하였다.

2)피고인 1은 피고인 12로부터 차입한 10억 원으로 2009. 11. 10. 실시된 공소외 24 주식회사 유상증자에 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 직원인 공소외 27, 28, 29, 30의 명의를 빌려 그 명의로 참여하는 방법으로 공소외 24 주식회사의 주식 50만 주를 취득하였다.

3)피고인 1은 합병에 앞서 대주주의 지분 비율을 조정하는 과정에서 공소외 26의 공소외 24 주식회사 지분을 확대시키는 것이 바람직하다고 판단하여 별지 범죄일람표 1 순번 95번 기재와 같이 2009. 11. 10. 공소외 2 주식회사의 자금 22억 원을 대여금 명목으로 공소외 24 주식회사에 지급하였다.

공소외 24 주식회사는 위 자금으로 공소외 26에 대한 가수금 22억 원을 변제하였고 공소외 26은 위 22억 원을 10명의 차명을 이용하여 공소외 24 주식회사의 유상증자금으로 납입하였으며, 공소외 24 주식회사는 2009. 11. 11. 납입된 유상증자금 중 22억 원을 공소외 2 주식회사에 상환하였다.

4)공소외 2 주식회사는 2009. 11. 17. 상장사인 공소외 25 주식회사의 지분 8.64%를 인수하였고, 공소외 25 주식회사는 2009. 11. 18. 피고인 1과 공소외 26이 실질적으로 소유하는 주식 약 57%를 인수하기로 하였다.

그 구체적 인수 방법으로서 피고인 1과 공소외 26은 공소외 25 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채를 인수하고, 공소외 25 주식회사는 신주인수권부사채를 발행하여 납입된 자금으로 피고인 1과 공소외 26이 실질적으로 소유하는 공소외 24 주식회사의 주식을 인수함으로써 결과적으로 공소외 24 주식회사의 일부 주식과 공소외 25 주식회사의 신주인수권부사채를 교환(스왑)하기로 하였다.

5) 이에 따라 공소외 25 주식회사는 2009. 12. 22. 109억 8,500만 원 상당의 신주인수권부사채를 발행하였는데, 피고인 1의 지시를 받은 피고인 3은 2009. 12. 22. 공소외 24 주식회사의 담당 직원으로부터 공소외 24 주식회사의 주주인 공소외 26과 공소외 26으로 하여금 차명으로 주식을 취득하도록 명의를 제공한 공소외 31, 32, 33, 34 등 5명의 계좌정보를 받았고, 또 공소외 27, 30, 28, 29로 하여금 그들 명의로 통장을 개설하도록 한 후 그 통장, 도장, 비밀번호 등을 자신이 관리하였다.

6)피고인 3은 피고인 1의 지시에 따라 2009. 12. 22. 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 18번 각 기재와 같이 공소외 4 주식회사의 자금 합계 43억 6,500만 원을 인출하여 공소외 26, 31, 32, 33, 34의 명의로 공소외 25 주식회사의 계좌에 43억 6,500만 원 상당의 신주인수권부사채 인수대금 명목으로 입금하였고, 또 별지 범죄일람표 1 순번 107번 내지 109번, 범죄일람표 2 순번 19번, 20번 각 기재와 같이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금 합계 16억 2천만 원을 인출하여 공소외 27, 30, 28, 29 명의로 공소외 25 주식회사의 계좌에 16억 2천만 원 상당의 신주인수권부사채 인수대금 명목으로 입금하였다.

7)공소외 25 주식회사는 2009. 12. 24. 위 신주인수권부사채 발행대금으로 공소외 26과 피고인 1이 보유한 공소외 24 주식회사의 주식을 인수하였고, 피고인 1은 같은 날 공소외 25 주식회사로부터 공소외 27 명의의 계좌로 송금된 공소외 24 주식회사 주식 인수대금 17억 2,400만 원 중 일부로 차입원금 16억 2천만 원과 이자를 공소외 4 주식회사에 상환하였고, 공소외 26 등 계좌로 송금된 주식 인수대금 중 일부로 차입원금 43억 6,500만 원과 이자를 공소외 4 주식회사와 공소외 2 주식회사에 상환하였다.

(다) 위 인정사실에 의하면 별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 기재 각 자금인출행위는 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 대표이사 또는 실질적 운영자인 피고인 1이 자신이 추진하는 방향과 일정에 따라 공소외 24 주식회사의 인수 또는 합병을 추진하기 위한 자금을 마련하기 위하여 명목상 대여로 회계처리하는 방법으로 자금을 인출한 것에 불과하다 할 것이고, 한편 피고인 1이 자신의 독단적 판단과 필요에 따라 거액의 회사 자금을 마치 자신의 자금처럼 임의로 인출하여 사용한 점(공소외 2 주식회사

합계 32억 원, 공소외 4 주식회사 합계 49억 8,500만 원), 금전과 같은 불특정물의 경우 그 대체성으로 인하여 특정물을 일시적으로 사용하였다가 반환한 경우와 불법영득의사를 동일하게 평가할 수 없는 점 등을 고려할 때, 피고인 1과 피고인 2 또는 피고인 3이 공모하여 위와 같이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금을 인출할 당시에 불법영득의사를 갖고 있었음을 충분히 인정할 수 있다.

(라) 결국 이 부분 범죄사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄가 성립하지 않는다고 판단한 원심판결에는 업무상횡령죄에 있어서 불법영득의사의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 직권판단

가. 공소사실의 요지

피고인 1은 2008. 8. 29.경부터 공소외 2 주식회사의 대표이사로 재직하였고, 피고인 2는 2008. 6. 26.경부터 공소외 2 주식회사의 이사로 재직하면서 회계 및 재무업무를 담당하였다.

피고인 1, 2는 공모하여 2009. 4. 27. 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같이 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사의 자금 35억 원을 대여금 명목으로 공소외 6 주식회사에 지급하여 이를 횡령하였다.

나. 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같은 자금인출행위에 대하여 피고인 1, 2가 명목상 대여로 회계처리 하였을 뿐이고 임의로 공소외 2 주식회사의 자금을 인출, 사용한 경우에 해당하므로 업무상횡령죄가 성립한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

(가) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1, 2는 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같이 2009. 4. 27. 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사 자금 35억 원을 인출하여 공소외 35 주식회사가 발행한 35억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 14 주식회사 명의로 인수하였는데, 회계상으로는 위 35억 원을 공소외 14 주식회사에 단기대여금 명목으로 지급한 것으로 처리한 사실, 공소외 2 주식회사는 2009. 8. 18. 자금 조달을 위하여 공소외 4 주식회사로부터 공소외 14 주식회사 명의로 35억 원을 차용하면서 공소외 14 주식회사 명의로 인수하였던 공소외 35 주식회사 발행의 위 신주인수권부사채를 담보 명목으로 공소외 4 주식회사에 제공하였고, 다만 회계상으로는 공소외 4 주식회사가 공소외 14 주식회사에 35억 원을 대여하고 공소외 14 주식회사는 공소외 2 주식회사에 대한 위 2009. 4. 27.자 차용금채무에 대한 변제 명목으로 35억 원을 공소외 2 주식회사에 입금한 것으로 처리한 사실 및 공소외 14 주식회사는 피고인 1이 자금지원, 조달 등의 편의를 위하여 명목상 설립한 페이퍼컴퍼니인 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 1, 2는 2009. 4. 27. 회계상 공소외 14 주식회사에 대여한 것으로 되어 있는 공소외 2 주식회사의 자금 35억 원을 가지고 공소외 2 주식회사를 위하여 같은 금액 상당의 공소외 35 주식회사 발행의 신주인수권부사채를 인수하였다고 할 것이므로 불법영득의사가 있었다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(나) 결국 이 부분 범죄사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄의 성립을 인정한 원심판결에는 업무상횡령죄에 있어서 불법영득의사의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 소결론

위에서 판단한 것처럼 원심판결 중 공소외 3 주식회사 경비 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분[별지 범죄일람표 1 순번 13번(3억 원 전액), 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번(7천만 원 전액), 39번(2억 5천만 원 전액), 53번(3억 원 중 2억 원), 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지2 순번 1번(3억 원 전액), 4번(3억 원 전액), 7번(1억 5천만 원 전액), 10번(5천만 원 전액)], 공소외 24 주식회사 인수자금 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번, 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번) 및 공소외 35 주식회사 발행의 신주인수권부사채 인수자금 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(별지 범죄일람표 1 순번 52번)에는 사실오인 또는 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

IV. 약속어음 발행 및 공증으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분에 대한 판단

당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 2009. 9. 23.경 상피고인 12로부터 60억 원을 차용하면서 피고인 2에게 지시하여 2009. 9. 24.경 피해자 공소외 8 주식회사, 공소외 2 주식회사 명의의 약속어음(액면 72억 원, 발행일 2009. 9. 25.)을 발행하여 이를 공증해 준 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실과 같이 피고인 1, 2가 피고인 1 개인의 차용금채무에 대한 담보 명목으로 공소외 8 주식회사 및 공소외 2 주식회사 명의의 약속어음을 발행·공증하여 준 행위는 회사 임원으로서의 임무에 위배하여 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사로 하여금 자신과 전혀 무관한 채무를 부담시키는 것이고, 이로 인하여 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사에 재산상 손해 발생의 위험이 초래되었다고 할 것이다.

따라서 피고인 1, 2의 위 행위는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄에 해당한다(피고인 1은 종전 공소사실에 대하여는 항소이유 제출 기간 내에 아무런 항소이유도 주장하지 않았다).

V. 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장및금융투자업에관한법률위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1) 피고인 1과 공소외 7 법인의 대리인인 공소외 10이 체결한 투자수익보장약정은 투자계약에 해당하고, 당시 작성된 금전소비대차약정 공정증서는 주가 하락으로 공소외 10이 손실을 입었을 경우 집행의 편의를 위하여 작성한 일종의 통정허위표시에 불과하다.

(2)피고인 1이 투자수익보장약정을 체결한 동기와 경위, 공소외 2 주식회사와 코스닥시장의 주가흐름, 공소외 10의 주식 매수량 등에 비추어 볼 때 투자수익보장약정에 따라 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사의 주식을 매수하도록 한 행위가 「자본시장 및 금융투자업에 관한 법률」(이하 '법령의 적용'란을 제외하고는 '자본시장법'이라고 한다) 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종이나 자본시장법 제178조 제1항 제1호 및 같은 조 제2항에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(3)상피고인 8에게 주가를 인위적으로 조종하라고 지시한 사실이 없고, 상피고인 8의 부탁을 받은 상피고인 9의 거래 기간 및 거래량을 고려할 때 상피고인 9의 행위가 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종이나 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

또 2009. 2. 10. 이후 상피고인 9의 주식거래에 대하여는 피고인 1이 전혀 관여하지 않았으므로 책임이 없다.

(4) 2009. 2. 2.경 공소외 2 주식회사 유상증자 과정에서 일부 유상증자 자금을 차입금으로 충당한 것은 사실이다.

하지만 이는 공소외 2 주식회사의 운영자금 조달을 위한 것이었고, 피고인 1의 계산으로 유상증자에 참여하여 주식을 취득한다고 생각해 본 사실이 없으며, 제3자 배정 유상증자와 관련하여 모집된 투자금이 일부 부족한 경우 대주주가 차입금으로 유상증자를 마무리 하는 것은 거래 관행상 일반적으로 이루어지고 있다.

따라서 비록 차명으로 인수하여 보유 주식에 대한 보고의무를 위반한 위법이 있다고 하더라도 불법적인 목적으로 유상증자를 한 것이 아니라면 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 볼 수는 없다.

(5)피고인 1이 공소외 10과의 2차례에 걸친 투자수익보장약정을 통하여 취득하였다가 매도한 주식은 인위적인 시세조종행위로 취득한 것이 아닐 뿐 아니라 계약에 따라 2개월 내지 3개월 동안 보유하고 있다가 자연스러운 주가 등락에 따라 주식을 매도하여 차익이 발생한 것이므로 위반행위로 인하여 이익을 얻었다고 볼 수 없다.

나. 판단

(1) 공소외 7 법인과 체결한 2008. 11. 25.자, 2009. 3. 3.자, 2009. 6. 3.자 및 2009. 10. 7.자 투자수익보장약정(이하 계약 체결 순서에 따라 1차 내지 4차로 표시한다)의 성격

이 부분은 아래 VI항과 XI항 부분에서도 항소이유를 판단하는 과정에서 동일하게 문제되므로 한꺼번에 판단한다.

원심은, ① 피고인 1이 공소외 10과 공소외 36으로부터 개인적으로 차용한 금원 또는 회사자금과 별도로 개인적으로 관리하는 자금으로 공소외 10과의 1차 내지 3차 각 투자수익보장약정에 따른 현금담보를 제공한 점, ② 위 각 투자수익보장약정에 따라 작성된 제안서 등은 '연대보증인'을 계약 주체로 하고 있고, 연대보증인으로서는 피고인 1과 공소외 2 주식회사(또는 공소외 8 주식회사)가 기재되었으나, 한편 위 제안서는 계약의 주체를 '공소외 2 주식회사(또는 공소외 8 주식회사)의 실질적인 대주주이자 경영권자인 연대보증인'으로 규정하고 있는데 이는 피고인 1을 의미한다고 할 것인 점, ③ 피고인 1은 검찰조사 시 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사가 계약주체로 포함된 이유에 관하여, '공소외 10이 말하기를 "어차피 구조가 자사주 매입의 형식이기 때문에 공소외 7 법인에서

공소외 2 주식회사 주식을 매입한다면 공소외 2 주식회사가 계약주체가 되어야 하고 공소외 8 주식회사 주식을 매입한다면 공소외 8 주식회사가 계약주체가 되어야 한다.

솔직히 이것은 투자의 개념이 아니라 금전대여의 개념이기 때문에 회사법인보다는 채권회수가 쉬운 피고인 1과 공소외 37한테 손실을 물을 것이다.

"고 해서 그렇게 하는 것이다"라고 진술하였고, 계약주체에 대하여 '내가 담보를 제공하고 손실도 내가 책임을 지기 때문에 내가 빌리는 것이다'라고 진술한 점, ④공소외 10도 이 법정에서 '계약상대방은 피고인 1 개인이고, 이 사건 거래의 본질은 실제 사주인 피고인 1 개인에게 주식매수대금 또는 유상증자 대금을 대여해주고 증인이 관리하는 계좌로 취득한 주식을 담보로 제공받는 것이며, 거래과정에서 발생한 손해 또는 수익은 모두 실사주인 피고인 1에게 귀속된다.

상대방이 회사가 아니라 개인인 것은 분명하다.

위약사항이 없는 한 회사에 소구할 일도 없기 때문에 피고인 1이 개인적으로 위약이 생겼을 경우에도 개인적으로 갚을 것으로 믿고 한 것이다'라는 취지로 진술한 점, ⑤피고인 1은 공소외 10이 취득한 주식에 대하여 공소외 10의 위임을 통하여 자사주 제한 없이 의결권 등을 행사하는 반면, 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사는 자사주에 대한 의결권을 행사할 수 없는 점, ⑥피고인 1은 공소외 10과의 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 반환받은 현금담보와 이득금을 회사에 귀속시키지 아니하고 개인적으로 관리한 점, ⑦ 2009. 10. 7. 피고인 1, 공소외 8 주식회사 명의로 체결된 4차 투자수익보장약정에 대하여, 2010. 3. 18. 피고인 1과 공소외 10 사이에 기존 연대보증인인 공소외 8 주식회사를 면책시키고, 공소외 14 주식회사와 공소외 3 주식회사를 새로운 연대보증인으로 하며, 피고인 1의 권리의무는 그대로 유지하기로 하는 내용의 합의서가 작성된 점 등을 종합적으로 고려할 때 위 각 투자수익보장약정의 실질적인 계약주체는 피고인 1 개인이라고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들과 함께 ①피고인 1은 공소외 10으로부터 공소외 10이 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주식을 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 주식 매수내역을 지속적으로 확인한 점, ②피고인 1은 공소외 10에게 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식을 2009. 4. 15.부터 2009. 4. 24.까지 사이에 매각하도록 지시하기도 한 점(수사기록 1권 1179쪽) 등을 고려하면 위 각 투자수익보장약정은 피고인 1이 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주가를 안정적으로 관리하기 위하여 공소외 10 또는 공소외 7 법인으로부터 자금을 차용한 금전소비대차에 해당한다고 봄이 옳다.

(2) 투자수익보장약정을 통한 시세조종행위 또는 부정거래행위 여부

(가) 현실거래에 의한 시세조종행위 여부

이 부분은 아래 VI항과 XI항 부분에서도 항소이유를 판단하는 과정에서 동일하게 문제되므로 한꺼번에 판단한다.

1)구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장법 부칙 제2조로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아

니하며, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

한편 위 조항 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것일 뿐 그로 인하여 실제로 시세가 변동될 필요까지는 없고, 일련의 행위가 이어진 경우에는 전체적으로 그 행위로 인하여 시세를 변동시킬 가능성이 있으면 충분한데, 이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성과 공정성, 가장 혹은 허위매매 여부, 시장관여율의 정도, 지속적인 증가관리 등 거래의 동기와 태양 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 대하여도 동일하게 적용된다.

- 2) 원심은, ①피고인 1이 위 각 투자수익보장약정 체결 시마다 '실질적인 대주주이자 경영권자인 연대보증인(피고인 1 등)은 본인의 보증과 사전담보를 제공하고 주식매입자금을 사용하여 자사주를 매입하는 개념으로, 투자자에게 적절한 일정수익을 보장하고 장내 혹은 동시호가, 시간 외 종가에 블록으로 소액투자자의 매도물량을 인수시켜, 주가의 하락을 지연시키고 시장의 안정을 도모한다'는 취지가 기재된 제안서를 체결하고, 공소외 10에게 원금 및 확정수익을 보장하면서 공소외 7 법인 등의 명의로 위 제안서의 내용과 같이 소액투자자의 매도물량을 지속적으로 흡수하는 거래를 하였는데, 위와 같은 거래에 의하여 형성된 시세는 유가증권 시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것이 아닌 인위적으로 조작된 것으로 봄이 상당한 점, ②피고인 1이 공소외 7 법인과 체결한 1차 내지 3차 각 투자수익보장약정에 따라 공소외 10이 장내매수에 투입한 비용이 각 20억 원, 30억 원, 6억 원에 이르는 거액이고, 이를 통하여 일일 매매 거래량의 약 10%에 이르는 주식을 장내에서 매입하였으며, 특히 매수량의 약 1/3을 공소외 7 법인 등 명의의 외국인투자전용계좌를 사용하여 매수한 점, ③피고인 1이 공소외 10과 체결한 4차 투자수익보장약정의 경우, 피고인 1은 상피고인 2를 통하여 공소외 10 측에 주식매수청구 방어를 위하여 적극적으로 고가대량매수를 해 줄 것을 요청하였고, 공소외 10도 이를 수락함에 따라, 단 4일의 거래일 동안 30억 원에 이르는 주식을 매수하였고, 위 거래내역에서 별지 범죄일람표 4의 1 내지 3 각 기재와 같이 고가매수, 물량소진 주문, 허수매수 주문 형태의 시세조종성 주문이 발견되는 점, ④피고인 1은 4차 투자수익보장약정 체결과 동시에 상피고인 10, 8을 통하여 공소외 8 주식회사 주식에 대한 시세조종행위를 하였는데, 이를 포함한 시세조종성 거래는 별지 범죄일람표 7 기재와 같이 모두 219회, 339,225주에 이르고, 위 기간 매매관여율이 42.5%, 호가관여율이 합계 8.9%에 이르며, 이에 따라 공소외 8 주식회사 주가가 3,800원대에서 4,200원 대로 상승한 점, ⑤ 위 각 투자수익보장약정은 결국 일정액의 현금담보를 공소외 10에게 지급하여 공소외 10으로 하여금 그 현금담보 금액의 3배에 해당하는 주식을 매입하게 하는 것으로서, 기본적으로 적은 돈으로 많은 양의 주식거래를 일으키는 것이므로 그로 인한 주식거래는 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 것으로 보일 여지가 충분한 점, ⑥피고인 1은 공소외 10으로부터 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 매수내역을 지속적으로 확인한 점, ⑦피고인 1 스스로도 위 각 투자수익보장약정에 관하여 주가하락 방지의 목적이 있었음을 인정하고 있는 점 등을 종합할 때 피고인 1이 매매를 유인할 목적으로 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래를 한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

- 3) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 2)항과 같은 사정들을 위 1)항의 법리에 기초하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고(다만 VI항에서 판단하는 것처럼 3차 투자수익보장약정을 통한 공소외 2 주식회사 주식매수행위에 대하여는 현실거래에 의한 시세조종행위로 판단하지 않는다), 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(나) 부정거래행위 여부

- 1)구 증권거래법 제188조의4 제4항 제1호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 부당한 이득을 얻기 위하여 고의로 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하거나 위계를 쓰는 행위를 금지하고 있다.

여기서 '위계'는 거래 상대방이나 불특정 투자자를 기망하여 일정한 행위를 유인할 목적의 수단, 계획, 기교 등을 말하는 것이고, '기망'은 객관적 사실과 다른 내용의 허위사실을 내세우는 등의 방법으로 타인을 속이는 것을 의미한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009도6411 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제178조 제2항에 규정된 '위계'를 해석함에 있어서도 동일하게 적용된다.

- 2) 원심은, ①공소외 10이 위 각 투자수익보장약정에 따라 투자 위험 없이 주식을 매수하는 것임에도 불구하고, 공소외 7 법인 등의 해외계좌와 자신이 관리하는 국내계좌들을 이용하여 자신이 직접 투자위험을 감수하고 주식을 매수하는 것처럼 주식을 장내에서 매수하였는데, 이로 인하여 일반투자자들은 공소외 10의 주식매수로 인하여 늘어난 거래량과 주식의 시세를 정상적인 거래량과 시세로 오인하였을 것으로 보이는 점, ②피고인 1은 공소외 37로부터 공소외 10을 홍콩회사인 공소외 7 법인의 대리인이라고 소개받아서 위 회사가 외국회사임을 인식하고 있었고, 공소외 10과 위 각 투자수익보장약정을 체결할 경우 일부를 외국인 명의 계좌로 매수한다는 점도 알고 있었던 점, ③ 실제로 공소외 10은 일정 부분은 공소외 7 법인 등의 외국인투자전용계좌로 주식을 매수하였던 점, ④ 위와 같이 외국인이 국내증권사의 계좌를 이용하는 경우에는 외국인이 주식을 매입하였다는 사실이 일반투자자들에게 공지되고, 일반투자자들로서는 해외법인이나 해외펀드가 당해 법인의 주식을 매수하거나 유상증자에 참여할 경우 당해 법인의 투자가치가 국제적으로 확인되었다는 인식을 갖게 될 가능성이 있는 점, ⑤ 일반투자자들이 외국인이 매수한 종목이라고 하여 무조건 추격매수를 하는 것으로 볼 수는 없으나, 외국인 지분정보 및 외국인들의 매수도 경향은 주식거래 사이트 및 경제지 등에서 주식시장의 주요 동향으로 취급되면서 일반투자자들에게 그 정보가 제공되는 등 일반투자자들의 투자 판단에 중요한 호재로 작용하고 있는 것으로 보이는 점, ⑥ 피고인 1은 시세조종의 목적으로 위 각 투자수익보장약정을 체결한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1이 시세의 변동을 도모할 목적으로 위계를 사용하는 부정거래행위를 하였다고 판단하였다.

또한 원심은 피고인 1의 공소외 10을 통한 주식매수행위가 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 '위계의 사용'에 해당하므로, 위와 같은 행위는 같은 조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 수단, 계획 또는 기교의 사용'에도 해당한다고 판단하였다.

- 3) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 2)항과 같은 사정들을 위 1)항의 법리에 기초하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고(특히 위 각 투자수익보장약정에 따른 공소외 10의 주식매수는 실질적으로는 투자가

아니고 금원 대여에 따른 담보취득에 불과함을 고려하면 더욱 그렇다), 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(3) 상피고인 8, 9를 통한 현실거래에 의한 시세조종행위 여부

원심은, ①피고인 1과 상피고인 8, 9는 공소외 2 주식회사에서 실시하는 제3자 배정 유상증자 주금 납입일까지 주가를 관리한다는 목적 하에 피고인 1이 상피고인 8을 통하여 7천만 원을 상피고인 9에게 교부하여 주식 거래가 이루어진 점, ②상피고인 9는 일정 부분의 수수료를 지급받음으로써 일부 손실 보장을 받은 상태에서 상피고인 8의 부탁에 따라 공소외 2 주식회사 주식을 장내에서 매매하였는데, 이러한 거래는 정상적인 투자 판단에 따른 매매거래로 볼 수 없고, 이로 인하여 일반투자자들은 상피고인 9의 주식매수로 인하여 늘어난 거래량과 주식의 시세를 정상적인 거래량과 시세로 오인하였을 것으로 보이는 점, ③상피고인 9는 공소외 38 명의의 계좌를 통해 주식 매수에 투입한 비용이 합계 7천만 원에 불과함에도 불구하고 위 기간 동안 매수와 매도를 반복하는 방식의 거래를 함으로써, 10억 원 이상의 주식을 매수하고 10억 원 이상의 주식을 매도한 점, ④피고인 1은 같은 기간 공소외 10을 통하여 공소외 2 주식회사 주식에 대한 시세조종행위를 하였고, 피고인 1, 상피고인 8, 9 및 공소외 10의 순차적·암묵적 공모관계가 인정되는 점 등을 고려할 때 피고인 1이 상피고인 8, 9와 공모하여 매매를 유인할 목적으로 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래를 한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

나아가 ①상피고인 9는 2009. 1. 14. 상피고인 8로부터 2천만 원을 교부받아 2009. 1. 20. 이를 공소외 38 명의의 계좌에 입금하여 공소외 2 주식회사 주식을 매매하다가 2009. 2. 3. 이를 모두 매도하여 위 계좌의 거래를 정리하였는데, 2009. 2. 10. 상피고인 8로부터 추가로 5천만 원을 교부받아 이를 추가로 투입하여 같은 날부터 다시 위 계좌를 통한 공소외 2 주식회사 주식 매매를 시작한 점, ②피고인 1은 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 유상증자가 종료된 후에도, 2008. 11. 25. 공소외 7 법인과 체결하였던 1차 투자수익보장약정의 계약기간을 2009. 2. 25.과 2009. 3. 25. 2회에 걸쳐 연장하고 2009. 3. 3.경 공소외 7 법인과 새로이 2차 투자수익보장약정을 체결하는 등 지속적으로 공소외 2 주식회사의 주가를 관리해 온 점, ③상피고인 9는 수사기관 및 원심법정에서, 2009. 2. 10. 이후에도 상피고인 8의 지시에 따라 위 공소외 38 명의 계좌에서 공소외 2 주식회사 주식을 매매하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합해볼 때, 상피고인 9의 2009. 2. 10. 이후의 공소외 2 주식회사 주식 매매거래에 관하여도 피고인 1과 상피고인 8의 범의 및 공모관계를 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다[공소장과 검사의 2010. 5. 31.자 의견서의 각 기재에 의하면, 검사가 위와 같은 피고인 1과 상피고인 8, 9의 공모에 의한 주식거래행위를 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 위계의 사용에 의한 부정거래행위로 의율하지 않았음은 분명하고, 원심 역시 같은 전제 하에 공소사실을 판단하였다.

결국 아래 4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 1과 상피고인 8, 9의 공모에 의한 주식거래행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위에는 해당하지 않는다].

(4) 유상증자 차명 참여 등으로 인한 부정거래행위 여부

(가) 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위 여부

원심은, ① 피고인 1이 공소외 8 주식회사를 통하여 2008. 5. 23.경 공소외 2 주식회사를 인수한 후, 2008년 11월경부터 제3자 배정 유상증자를 추진하려 하였으나 성공하지 못했고, 2009. 1. 23.경 공소외 2 주식회사의 144억 원 상당의 제3자 배정 유상증자 결정을 공시할 무렵에는 유상증자 성공을 위하여 상피고인 8, 9 등을 통하여 공소외 2 주식회사 주식의 시세조종을 하는 등 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자의 성공을 지속적으로 추구하여 온 점, ② 피고인 1은 상피고인 11을 통하여 상피고인 13으로부터 10억 원을 차입하고, 상피고인 12로부터 30억 원을 차입하여 차명으로 유상증자금을 납입하고, 상피고인 12가 투자하는 30억 원에 대하여는 공소외 2 주식회사의 당좌 수표 및 현금담보를 제공하면서 원금보장 약정을 하였는데, 상피고인 12, 13으로부터 차입한 40억 원을 통한 유상증자금 납입은 공소외 2 주식회사의 실질적인 사주인 피고인 1의 계산으로 차입하여 납입한 것이고, 상피고인 12의 30억 원 유상증자 참여 역시 통상적인 투자 판단에 따라 원금손실 위험을 부담하면서 참여한 것이 아니므로 모두 정상적인 제3자의 유상증자 참여로 볼 수 없는 점, ③ 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 유상증자에 총 129억 원 상당의 주금이 납입됨으로써 위 유상증자가 제3자의 참여로 성공한 듯한 외양이 형성되었으나, 그중 위와 같은 방식으로 납입된 금액이 전체 납입금의 절반을 초과하는 70억 원에 이르고, 이를 제외하면 정상적인 납입이 이루어진 금액은 59억 원에 불과한데, 피고인 1의 위와 같은 행위가 없었다면 144억 원 상당으로 예정되어 공시된 위 유상증자는 사실상 실패하였을 것으로 보이는 점, ④ 제3자 배정 유상증자의 성공은 코스닥시장에서 일반투자자들에게 공개되어 공소외 2 주식회사의 재무구조가 좋아지고 신규사업진출 실현가능성이 높아진 것이라는 평가를 받게 되고 유상증자 참여자들 및 일반투자자들에게 공소외 2 주식회사가 투자할만한 가치가 있는 회사라는 인상을 주는 등 주식시장에서 일반적으로 호재로 작용하는 반면, 제3자 배정 유상증자 실패는 주식시장에서 중대한 악재로 작용하는 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1의 위와 같은 행위는 불특정투자자를 기망하여 착오상태에 빠트릴 수 있는 기교를 사용하는 행위로서 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규정한 '부정한 기교'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(나) 중요사항에 관한 거짓 기재로 인한 부정거래행위 여부

원심은, 피고인 1이 상피고인 12, 13의 차입금을 통하여 차명으로 공소외 2 주식회사의 주식 1,396,640주를 배정받음으로써 공소외 2 주식회사 지분의 5.2%를 취득하였음에도 2009. 3. 3. 공소외 8 주식회사 명의의 주식 등 대량 보유상황보고에 특수관계인인 피고인 1의 주식 보유 사실을 기재하지 아니한 사실을 인정한 후 공소외 2 주식회사의 주요주주의 변동에 관한 사항, 공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1의 차명 주식 보유 및 매도 여부는 공소외 2 주식회사의 주가에 직접적인 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당한다고 할 것이며, 따라서 피고인 1이 위와 같은 거짓기재를 통하여 자신의 유상증자 참여 및 지분취득 사실을 은폐하고 향후 주식을 매도할 때 발생하는 공시의무를 회피함으로써 주가상승 또는 하락방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시

를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다(검사는 당심에서 이 부분과 관련한 공소사실을 일부 변경하였으나 변경된 공소사실에는 원심이 판단한 종전 공소사실이 여전히 포함되어 있다).

(5) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 공소외 10이 피고인 1의 요청에 따라 2009. 4. 15.경부터 2009. 4. 22.경까지 사이에 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식 656,480주를 장내에서 매도한 사실, 공소외 10이 2009. 6. 4.에는 2차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식 742,051주를 장내에서 매도한 사실 및 피고인 1이 차명으로 배정받은 공소외 2 주식회사 주식 1,396,640주를 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5. 매도한 사실을 인정한 후, ① 피고인 1, 2와 공소외 10이 장내에서의 시세조종행위로 944,338,799원[=700,602,204원{1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식의 매도가격 2,664,265,714원(거래세 등을 반영한 순매도액임) - 매수가격 1,963,663,510원} + 243,736,595원{2차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식의 매도가격 3,243,730,820원(거래세 등을 반영한 순매도액임) - 매수가격 2,999,994,225원}]의 이익을 취득하였고, ② 피고인 1, 2는 유상증자에서 원금보장약정과 차명을 이용하여 부정하게 신주를 취득하는 행위로 1,268,351,562원(=차명으로 배정받은 주식을 매각한 금액 5,268,348,522원 - 차입금 3,999,996,960원)의 이익을 취득하였으므로, 결국 피고인 1이 자본시장법 위반행위로 인하여 얻은 이익액은 2,212,690,361원(=1, 2차 각 투자수익보장약정을 통한 부당이익액 944,338,799원 + 유상증자 차명 참여 등으로 인한 부당이익액 1,268,351,562원)이라고 판단하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 구 증권거래법 제207조의2와 제214조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'이란 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다.

통상적인 경우에는 위반행위와 관련된 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총비용을 공제한 차액을 산정하는 방법으로 인과관계가 인정되는 이익을 산출할 수 있다.

그러나 구체적인 사안에서 위반행위로 얻은 이익의 가액을 위와 같은 방법으로 인정하는 것이 부당하다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는, 사기적 부정거래행위를 근절하려는 위 법 제207조의2와 제214조의 입법 취지와 형사법의 대원칙인 책임주의를 염두에 두고 위반행위의 동기, 경위, 태양, 기간, 제3자의 개입 여부, 증권시장 상황 및 그 밖에 주가에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들을 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 인정되는 이익을 산정해야 하며, 그에 관한 입증책임은 검사가 부담한다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 위반행위로 인한 이익액을 산정함에 있어서도 동일하게 적용된다.

2) 원심이 1차 투자수익보장약정에 따른 위반행위로 피고인 1이 얻은 이익액이 700,602,204원이라고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가나, 2차 투자수익보장약정에 따른 위반행위로 얻은 이익액과 유상증자 차명 참여 등으로 얻은

이익액을 산정한 부분은 아래와 같이 인정되는 사실에 기초하여 위 1)항의 법리에 따라 살펴볼 때 그 타당성을 인정하기 어렵다.

기록에 의하면 피고인 1이 2차 투자수익보장약정이나 유상증자 차명 참여 등으로 부정하게 취득한 공소외 2 주식회사의 주식을 처분하기 직전인 2009. 6. 2. 이명박 대통령이 한-아세안 특별정상회의 행사장에서 수소연료전지 자동차 기술에 대하여 "This is our dream."이라고 설명했다는 소식이 전해지면서 수소에너지 관련주들의 거래량과 주가가 급증한 사실, 공소외 2 주식회사의 경우 2009. 5. 21.부터 2009. 6. 1.까지는 거래량이 최소 291,230주, 최대 2,641,904주였고, 주가도 계속 하락하는 추세를 보였는데(2009. 5. 21. 종가 4,835원 → 2009. 6. 1. 종가 3,450원), 2009. 6. 2.에는 거래량이 1,227,783주, 종가가 3,965원이 되었다가 2009. 6. 3.에는 거래량이 5,221,418주, 종가가 4,555원, 2009. 6. 4.에는 거래량이 13,124,012주, 종가가 3,875원, 2009. 6. 5.에는 거래량이 4,906,811주, 종가가 3,515원이 되는 등 거래량과 주가가 모두 급격하게 변동한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 1이 공소외 2 주식회사의 주식을 처분한 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5.의 공소외 2 주식회사 주가상승분에는 이명박 대통령의 위와 같은 발언으로 인한 상승분도 포함되어 있으므로 이 부분에 대해서까지 피고인 1의 위반행위로 인한 결과에 귀속시키는 것은 자기책임의 원칙에 반하고 이를 분리하여 제외하여야 한다.

그런데 검사가 제출한 증거들만으로는 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5. 당시 공소외 2 주식회사 주가 중 피고인 1의 위반행위와 인과관계가 인정되는 부분만을 분리하여 그 이익액을 산정하기에 충분하지 않으므로 결국 이 부분 위반행위로 인한 이익액은 산정할 수 없는 경우에 해당한다.

3) 그런데 자본시장법 제443조 제1항은 자본시장법 제176조 또는 제178조를 위반한 자를 10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서는 위 제1항의 위반행위로 얻은 이익액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처하고(제2호), 50억 원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정함으로써(제1호) 이익액에 따라 형을 가중하여 처벌하고 있다.

즉 금원이나 재산상 이익(액수 불상인 경우를 포함한다)의 취득 자체가 구성요건으로 되어 있는 재산범죄 등과는 달리 시세조종행위 또는 부정거래행위로 인한 자본시장법위반죄의 경우 이익 또는 손실의 회피 여부에 관계없이 범죄가 성립하나, 이익액이 있는 경우 그 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로 이익액의 존부와 그 액수는 엄격한 증명의 대상이 되고, 그 입증책임은 검사가 부담한다.

한편 아래 4.나.의 (2)항(판결문 57쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 1의 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행과 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행은 단일하고 계속된 범의 하에서 일정기간 계속하여 반복한 범행으로서 포괄일죄의 관계에 있다.

따라서 검사로서는 피고인 1의 자본시장법위반 범행에 대하여 가중 처벌규정의 적용을 구하려면 포괄일죄의 관계에 있는 각각의 자본시장법위반 범행으로 인하여 피고인 1이 이익을 취득하였는지 여부, 이익을 취득하였다면 그 가치가 어느 정도인지에 대하여 입증하여야 하고(일련의 범행 중 일부 범행으로 인한 이익액을 산정할 수 없는 경우

에는 적어도 손실을 입지는 않았다는 점을 입증하여야 한다), 만약 이를 입증하지 못한 경우에는 전체적으로 이익액을 산정할 수 없다고 보아야 한다.

예를 들어 피고인이 단일하고 계속된 범의를 가지고 시세조종행위 또는 부정거래행위를 하여 ①, ②, ③의 각 자본시장법위반죄를 저지른 경우를 가정하여 보자. 만약 피고인이 ① 자본시장법위반죄를 통하여 50억 원의 이익이, ② 자본시장법위반죄를 통하여 20억 원의 손실이, ③ 자본시장법위반죄를 통하여 10억 원의 이익이 발생하였다면 피고인은 포괄하여 40억 원(=50억 원 - 20억 원 + 10억 원)의 이익을 얻었다고 평가할 수 있고 이에 따라 자본시장법 제443조 제2항 제2호에 의하여 가중 처벌된다.

한편 피고인이 ② 자본시장법위반죄를 통하여 이익을 얻은 것은 분명하나 그 액수를 산정할 수 없는 경우에는 포괄하여 적어도 60억 원(=50억 원 + 0원 + 10억 원)의 이익을 얻은 것으로 평가하여 자본시장법 제443조 제2항 제1호에 의하여 가중 처벌할 수 있다.

그러나 이와 달리 피고인이 ② 자본시장법위반죄를 통하여 이익을 얻었는지 아니면 손실을 입었는지 자체가 불분명하다면 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 ①, ②, ③ 자본시장법위반죄를 통하여 얻은 이익은 산정할 수 없다고 보아야 하고, 함부로 가중 처벌 규정을 적용하여서는 안 된다.

4) 이 사건의 경우, 위에서 본 것처럼 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행 중 1차 투자수익보장약정에 의한 이익액은 700,602, 204원으로 산정할 수 있는 반면 2차 투자수익보장약정이나 유상증자 차명 참여 등에 의한 자본시장법위반 범행, 나아가 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행의 경우 그로 인하여 피고인 1이 이익을 얻었는지 여부 또는 적어도 손실을 입지 않았는지에 대하여 이를 인정한 만한 증거가 부족하다.

결국 피고인 1이 포괄일죄의 관계에 있는 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행과 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행을 통하여 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

5) 따라서 피고인 1이 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행으로 인하여 2,212,690,361원의 이익을 취득하였다고 판단한 원심에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 8, 9 부분

(1) 항소이유 요지

공소외 10이 1차 투자수익보장약정에 따라 공소외 2 주식회사 주식을 매수한 시점과 피고인 8, 9가 공소외 2 주식회사 주식을 장내에서 매수한 시점이 불일치하더라도 피고인 8, 9가 범행에 가담한 시점이 1차 투자수익보장약정에 따라 취득한 공소외 2 주식회사 주식이 매도되기 전이고, 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사

주식의 매도, 2차 투자수익보장약정에 따른 공소외 2 주식회사 주식 매수 및 매도 시점에 지속적으로 가담한 점을 고려하면 피고인 8, 9가 위반행위로 인하여 얻은 이익액은 공범인 피고인 1, 2 및 공소외 10과 동일하게 944,338,799원으로 보아야 한다.

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들과 그에 의해서 인정되는 원심 판시와 같은 사실들을 종합하면, 피고인 8, 9가 2009. 1. 14. 이후의 범행에 대하여만 피고인 1, 2 및 공소외 10의 범행에 대하여 공동정범으로서의 책임을 부담하고, 나아가 공범관계가 인정되는 2009. 1. 14. 이후 거래로 인하여 발생한 이익을 따로 산정할 수 있는 증거가 부족하다고 판단한 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 피고인 11, 12, 13 부분

(1) 항소이유 요지

상피고인 1은 피고인 12, 13으로부터 차용한 금원을 위 차용금으로 배정받은 공소외 2 주식회사 유상증자 신주를 매각하여 변제하기로 약정하였으므로, 상피고인 1, 2와 피고인 11, 12, 13의 공모관계는 2009. 2. 3. 끝나는 것이 아니라 2009년 5월 하순경부터 2009년 6월 초순경까지 공소외 2 주식회사 유상증자 신주를 매각하여 그 이익을 실현할 때까지 계속된다.

따라서 피고인 11, 12, 13에 대하여도 자본시장법 제178조 제1항 제1호가 적용된다.

(2) 판단

원심이 적절하게 판단한 것처럼 검사가 제출한 모든 증거를 종합하더라도 피고인 11, 12, 13이 상피고인 1, 2의 일련의 자본시장법위반 범행 중 차명 이용 또는 원리금 보장 약정 하의 유상증자 참여행위에 가담한 사실이 인정될 뿐이고 나아가 상피고인 1, 2의 2009. 3. 3.자 주식 등 대량보유상황 보고의무위반행위를 비롯한 그 이후의 일련의 시세조종행위 또는 부정거래행위에 가담하였음을 인정할 만한 증거가 없다[또한 아래 3의 나항(판결문 53쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 12나 피고인 13이 상피고인 1과 공소외 2 주식회사 주식을 공동으로 보유하여 대량보유보고의무를 부담하였다고 인정되지도 않는다].

그런데 피고인 11, 12, 13의 범행은 2009. 2. 2. 유상증자금이 납입되고 상피고인 1, 2가 2009. 2. 3.경 제3자 배정 유상증자 청약 및 납입결과를 공시하고 유가증권발행실적보고서를 제출함으로써 기수에 이르렀고, 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 2007. 8. 3. 법률 제8635호로 신설되어 부칙 제1조에 따라 2009. 2. 4.부터 시행되었으므로 결국 피고인 11, 12, 13에 대한 이 부분 공소사실은 행위 당시의 법률에 의하면 죄가 되지 아니하는 때에 해당한다.

결국 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

다.

피고인 1, 2 부분

(1) 항소이유 요지

상피고인 11, 12, 13에 대하여도 자본시장법 제178조 제1항 제1호가 적용되므로 상피고인 12가 30억 원을 투자하여 얻은 이익액 1,345,238,623원도 피고인 1, 2의 위반행위로 얻은 이익액에 포함되어야 한다.

(2) 판단

위 나의 (2)항(판결문 54쪽)에서 판단한 것처럼, 상피고인 12는 피고인 1, 2의 자본시장법위반 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담하지 않으므로, 상피고인 12가 피고인 1의 투자원리금 보장 약정 하에 공소외 2 주식회사의 주식을 취득한 후 이를 처분하여 어떠한 이익이 발생하였다고 하더라도 이를 피고인 1, 2의 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액에 포함시킬 수 없다.

원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 관련 규정

자본시장법시행령 제141조 제2항에서는 '공동보유자'에 대하여, 본인과 합의나 계약 등에 따라, ① 주식등을 공동으로 취득하거나 처분하는 행위, ② 주식등을 공동 또는 단독으로 취득한 후 그 취득한 주식을 상호양도하거나 양수하는 행위, ③ 의결권(의결권의 행사를 지시할 수 있는 권한을 포함한다)을 공동으로 행사하는 행위를 할 것을 합의한 자를 말한다고 규정하고 있다.

나. 판단

(1) 변경된 공소사실에는, 피고인 12가 피고인 1의 원금보장 하에 취득한 30억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식 1,047,480주, 피고인 1이 피고인 13으로부터 차입한 10억 원을 이용하여 공소외 11 명의로 취득한 공소외 2 주식회사 주식 349,160주, 공소외 10이 1차 투자수익보장약정에 따라 2008. 11. 27.경부터 2009. 1. 7.경까지 장내에서 매수한 공소외 2 주식회사 주식 656,480주와 2차 투자수익보장약정에 따라 2009. 3. 3.경부터 2009. 4. 29.경까지 장내에서 매수한 공소외 2 주식회사 주식 742,051주의 경우 당사자 사이에 공동의 의사로 주식을 취득하거나 처분하기로 합의가 되어 있으므로 각 공동보유 관계에 있다고 기재되어 있다.

(2) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 공소외 10은 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 피고인 1에게 돈을 빌려주되 공소외 10 본인이 관리하는 계좌로 공소외 2 주식회사의 주식을 매수하는 방법으로 담보를 취득한 사실, 피고인 1은 공소외 10이 취득한 주식에 대하여는 위임을 통하여 의결권 등을 행사하였고, 공소외 10으로부터 공소외 10이 주식을 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 매수내역을 지속적으로 확인한 사실, 피고인 13은 피고인 1에게 10억 원을 대여하고 그 담보 명목으로 피고인 1이 위 자금을 이용하여 차명으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식을 제공받았으나 그 처분은 피고인 1의 의사에 따라 이루어진 사실 및 피고인 12는 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 공소외 2 주식회사 유상증자 대금으로 30억 원을 납입하고 공소외 2 주식회사 주식을 취득한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 공소외 10이 1, 2차 각 투자이익보장약정에 따라 취득한 공소외 2 주식회사 주식과 피고인 1이 피고인 13의 차용금 10억 원으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식은 모두 피고인 1이 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이고, 한편 피고인 12가 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 취득한 30억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식은 피고인 12가 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이라고 할 것이며, 검사가 제출한 증거들만으로는 당사자들 사이의 합의에 의하여 주식을 공동으로 취득하였다고 인정하기에 부족하다.

한편 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ①피고인 1이 자신이 보유하는 공소외 2 주식회사 주식을 공소외 10이나 피고인 13에게 담보로 제공하였다고 하더라도 공소외 10이나 피고인 13로서는 피고인 1의 채무불이행이 없는 한 위 각 주식을 임의로 처분할 수 없는 것이고, 반면 피고인 1로서는 담보로 제공된 주식을 처분하지 않는 대신 현금을 제공하는 방법으로 주식을 반환받을 수 있는 점, ②피고인 12가 자신의 투자금으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식을 처분할 때 피고인 1의 의사를 고려하는 것은 공소외 2 주식회사의 주가가 피고인 1에게 불리하게 변동되고 있는 상황에서 주식을 처분하여 피고인 1의 손실이 확대되는 것을 방지하는 데 있는 것이지 피고인 1이 동의하지 않는 한 주식을 처분하지 않기로 약정한 것으로는 볼 수 없는 점, ③피고인 1은 공소외 10 등에 대한 채무이행의 담보 명목으로 공소외 2 주식회사 등이 발행한 약속어음이나 당좌 수표를 제공하였으므로 공소외 10 등 피고인 1에 대한 채권자들로서는 반드시 피고인 1과 공동으로 주식을 처분하여 원리금을 회수하여야 하는 것은 아닌 점 등을 고려할 때 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1, 12, 13 및 공소외 10이 합의나 계약 등에 따라 취득한 주식을 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에 부족하다.

(3) 결국 피고인 1, 12, 13 및 공소외 10이 각각 공소외 2 주식회사 주식의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

4. 직권판단

가. 현실거래에 의한 시세조종행위와 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위의 관계

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 8, 9가 공모하여, 피고인 9가 피고인 8로부터 받은 피고인 1의 자금을 이용하여 공소외 2 주식회사의 주식을 매수한 행위를 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단하면서도 이와 동시에 이와 같이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는 범행은 당연히 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위에도 해당한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 일죄만을 구성하는 경우에는 법조경합에 해당하고, 실질적으로 일죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2001도1429 판결 등 참조).

그런데 ①자본시장법 제178조 제1항 제1호는 제176조에 열거된 시세조종행위와는 다르게 규제대상이 금융투자상품이므로 상장증권이나 장내파생상품으로 제한되지 않고, 거래 장소도 거래소 시장으로 제한되지 않으며, 매매 이외

의 다양한 유형의 거래까지 규제대상으로 하고 있는 점, ② 위 각 죄의 보호법익은 모두 주식 등 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익인 점 등을 고려하면 위 각 죄는 법조경합관계(특별관계)에 있다고 봄이 옳다.

따라서 피고인 1, 8, 9의 위 범행이 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는 이상 이로 인한 자본시장법위반죄만 성립할 뿐이고, 이와 별도로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위로 인한 자본시장법위반죄가 성립하지는 않는다.

이와 달리 피고인 1, 8, 9의 위 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반죄와 공소외 7 법인과의 3차 투자수익 보장약정에 의한 자본시장법위반죄의 죄수

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2의 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반죄와 공소외 7 법인과의 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반죄가 실제적 경합관계에 있다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 한다.

그런데 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 공소외 7 법인의 대리인인 공소외 10과 사이에 체결한 1차(2008. 11. 25.자), 2차(2009. 3. 3.자) 및 3차(2009. 6. 3.자) 각 투자수익보장약정은 모두 미국의 서브프라임 사태로 인하여 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주가가 지속적으로 하락하자 이를 막기 위하여 체결된 것으로 피고인 1, 2의 범의의 단일성과 계속성이 인정되는 점[이러한 측면에서 피고인 1, 2가 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사의 합병을 추진하면서 합병에 반대하는 공소외 8 주식회사 주주들의 매수청구권 행사 규모를 줄이기 위하여 공소외 7 법인과 체결하였던 4차(2009. 10. 7.자) 투자수익보장약정의 경우 범의의 단일성을 인정하기 어렵다], 한편 자본시장법위반죄의 보호법익은 주식 등 거래의 공정성과 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 주식 등 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결 등 참조)에 비추어 위 각 죄의 피해법익의 동일성도 인정되는 점 등을 고려할 때 위 각 죄는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 옳다.

이와 달리 위 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범의 관계에 있다고 보아 경합범가중을 한 원심에는 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

VI. 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유 요지

가. 피고인 1과 공소외 7 법인이 체결한 투자수익보장약정은 투자계약에 해당하는데, 원심은 이를 소비대차계약으로 오인하였다.

나. 공소외 10이 주식을 매수한 기간 중 공소외 2 주식회사의 총 거래량은 13,370,049주인 반면 공소외 10이 매수한 공소외 2 주식회사 주식은 104,926주이고, 공소외 8 주식회사의 총 거래량은 1,571,281주인 반면 공소외 10이 매수한 공소외 8 주식회사 주식은 47,176주에 불과하여 주식의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하였다고 볼 수 없다.

또 공소외 10의 주식매수행위가 주가상승에 절대적 영향을 미쳤다고 보기 어렵고, 주식시장에서의 정상적인 수요·공급의 시장원리에 반하여 주가를 부당하게 형성할 의도로 공소외 10과 투자수익보장약정을 체결한 것도 아니다.

2. 판단

가. 우선 피고인 1이 3차 투자수익보장약정을 통하여 공소외 10으로 하여금 공소외 8 주식회사 주식 47,176주를 매수하도록 한 부분의 경우, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 V.1.나(1)항(판결문 35쪽)과 (2)의 (가)항(판결문 37쪽)에서 기재한 사정들, 여기에다가 2009. 6. 9. 공소외 8 주식회사의 주식거래량은 548,221주인데 공소외 10은 당일 그 8.6%에 해당하는 주식을 매수한 점 등을 더하여 보면 이 부분 범행이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단한 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

다만 위 V.4.가(2)항(판결문 56쪽)에서 직권으로 판단한 것처럼, 자본시장법 제176조 제2항 제1호와 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 법조경합의 관계에 있다.

따라서 피고인 1의 이 부분 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 다음으로 피고인 1이 3차 투자수익보장약정을 통하여 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 104,926주를 매수하도록 한 부분의 경우, 위 V.1.(5)나(2)항(판결문 47쪽)에서 본 것처럼 이명박 대통령의 2009. 6. 2.자 발언 이후 공소외 2 주식회사의 주식 거래량이 급증하였던 점, 여기에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 2009. 6. 5. 공소외 2 주식회사 주식거래량은 4,906,811주인데 공소외 10이 당일 매수한 공소외 2 주식회사 주식은 그 2.1%에 불과하고, 공소외 10은 2009. 6. 5. 이후로는 3차 투자수익보장약정에 따라 공소외 2 주식회사의 주식을 추가로 매수하지 않은 사실(2009. 6. 9.에는 공소외 8 주식회사 주식만을 매수하였다)이 인정되는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 104,926주를 매수하도록 한 행위가 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 '증권의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'에 해당한다거나 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행

위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다.

피고인 1의 이 부분 주장은 위에서 인정한 범위 내에서 이유 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 상 피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

VII. 2009. 5. 20.자 공소외 4 주식회사 유상증자 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

피고인 1은 공소외 4 주식회사 공장을 등록하기 위하여 공장등록 담당관과 협의하여 외국계 펀드의 투자를 유치한 것에 불과하고, 부정한 기교나 위계를 사용하여 부정거래행위를 한 사실이 없다.

나. 판단

원심은, ①공소외 10이 통상적인 투자 판단에 따라 원금손실의 위험을 부담하면서 유상증자에 참여한 것이 아니고, 피고인 1과의 원금 및 수익금 보장 약정과 담보제공에 따라 투자위험 없이 유상증자에 참여한 것으로서 정상적인 제3자의 유상증자 참여로 볼 수 없는데도 피고인 1은 외국법인인 공소외 7 법인이 정상적인 투자위험을 감수하고 공소외 4 주식회사의 지분을 취득하는 듯한 외양을 형성한 점, ② 위와 같은 약정 및 유상증자 참여를 통하여 외국 법인인 공소외 7 법인이 취득한 공소외 4 주식회사의 지분이 10.06%에 이르고, 이로 인하여 일반투자자들은 공소외 4 주식회사의 투자가치가 국제적으로 확인되었다는 인식을 갖게 될 가능성이 있는 점, ③피고인 1은 자신의 행위로 인하여 외국법인이 공소외 4 주식회사 지분의 10% 이상을 정상적으로 취득하는 듯한 외양을 형성하고 그로 인하여 공소외 4 주식회사의 주식 시세에 영향을 미칠 수 있다는 점에 관하여 적어도 미필적 인식이 있었다고 봄이 상당한 점 등을 종합해볼 때, 피고인 1의 위와 같은 행위는 불특정 투자자를 기망하는 행위로서 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 '위계의 사용'에 해당하고, 같은 조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교의 사용'에도 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1)공소외 7 법인은 2009. 5. 20.자 공소외 4 주식회사 제3자 배정 유상증자에 실질적으로 참여한 것이 아니라 피고인 1에게 명의와 자금을 빌려준 것에 불과하므로 제3자 배정 대상자를 공소외 7 법인으로 공시한 것은 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 한 경우에 해당한다.

(2)공소외 10이 공소외 7 법인 명의의 공소외 4 주식회사 주식대량보유상황보고서에서 '단순투자목적'이라고 기재한 부분은 원리금 보장, 의결권 위임, Margin call 약정 하에 피고인 1에게 명의와 자금을 빌려준 사실을 감춘 것으로

중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 한 경우에 해당한다.

(3)피고인 1, 2가 2009. 8. 14. 공소외 2 주식회사 분기보고서의 주요 약정사항에 공소외 2 주식회사와 공소외 7 법인 사이의 주식매도청구권 약정 내용을 기재하면서, 담보제공이나 채무 보증, 의결권 위임, Margin call 조항 포함 사실을 누락한 것은 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 사용한 경우에 해당한다.

나. 판단

원심은, ① 피고인 1과 공소외 10 사이에 체결된 투자약정서, 주식매수청구권 행사에 관한 약정서, 투자수익보장약정서는 공소외 10이 운영하는 외국회사인 공소외 7 법인이 2009. 5. 20. 공소외 4 주식회사가 실시하는 제3자 배정 유상증자에 3,866,400,000원을 납입하여 공소외 4 주식회사 주식을 취득하고, 공소외 7 법인은 1년의 보호예수기간을 포함하여 위 주식을 2011. 10. 31.까지 의무적으로 보유하여야 하며, 2011. 11. 1.부터 1개월간 공소외 7 법인은 공소외 2 주식회사에 연 12%를 가산한 금액으로 매수청구를 할 수 있고, 공소외 2 주식회사는 2년 6개월의 투자기간 동안 최소 30%(연 12%)의 수익을 보장한다는 내용으로서, 공소외 7 법인이 실제로 유상증자에 참여하여 공소외 4 주식회사 주식을 취득하되 공소외 2 주식회사가 이에 대하여 매수청구권과 확정수익을 보장한다는 것이므로, 단순히 공소외 7 법인이 유상증자금과 명의만을 대여하는 것이라거나 유상증자 참여 자체가 허위인 것으로는 볼 수 없는 점, ② 실제로 위 약정에 따라 공소외 7 법인은 직접 주금을 납입하고 공소외 4 주식회사 주식을 취득하여 보유한 점, ③ 위 투자수익보장약정서에는 연대보증인(피고인 1, 공소외 2 주식회사)은 투자자인 공소외 7 법인에 교부되는 신주권의 권리행사 및 매도 등 주주로서의 권리에 일체 관여할 수 없다는 취지 및 주식의 매각은 전적으로 투자자의 의사와 판단에 의한다는 취지 등이 기재된 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1, 2가 2009. 5. 14.자 정정신고(보고) 및 2009. 5. 22.자 공소외 4 주식회사의 증권발행결과(자율공시)를 함에 있어 외국법인인 공소외 7 법인이 제3자 배정을 통하여 공소외 4 주식회사의 주식을 취득한 것으로 공시한 것 자체가 허위의 공시로서 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재를 하는 행위'에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다[한편 검사의 항소이유 중 위 가의 (2), (3)항 각 주장은 변경 전 공소사실에 관한 것으로 당원의 심판대상이 아니므로 따로 판단하지 않는다].

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 당심에서 변경된 공소사실에는, 공소외 7 법인이 공소외 4 주식회사의 유상증자에 참여하여 취득한 주식 540만 주를 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 피고인 1과 공소외 7 법인이 공동으로 취득하여 2011. 10. 31.경 공동으로 처분하거나 피고인 1이 공소외 7 법인으로부터 위 주식을 정해진 가격에 양수할 것을 합의하였으므로 공동보유 관계에 있다고 기재되어 있다.

나. 우선 위 2의 나항(판결문 62쪽)에서 판단한 것처럼 공소외 7 법인은 2009. 5. 20. 체결한 피고인 1과의 투자수익보장약정에 따라 공소외 4 주식회사의 유상증자에 직접 참여하고 주금을 납입한 외국인 투자자에 해당하므로, 공소외 7 법인이 취득한 공소외 4 주식회사 주식은 공소외 7 법인이 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이라 할 것이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 공소외 7 법인이 합의에 의하여 공소외 4 주식회사 주식을 공동으로 취득하였다고 인정하기에 부족하다.

또한 위 2의 나항에서 판단한 것처럼 2009. 5. 20.자 투자수익보장약정서에는 주식의 매각은 전적으로 투자자의 의사와 판단에 의한다는 취지 등이 기재된 점, 여기에서 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 피고인 1은 공소외 7 법인에 대한 원리금 보장 약정의 담보 명목으로 공소외 2 주식회사 발행의 액면 75억 4천만 원의 약속어음 1장을 교부한 사실이 인정되므로 공소외 7 법인으로서 반드시 피고인 1과 공동으로 공소외 4 주식회사 주식을 처분하여 투자원금 및 약정 수익금을 회수하여야 하는 것은 아닌 점, 공소외 7 법인은 피고인 1에 대하여 공소외 4 주식회사 주식에 관한 매수청구권을 행사할 수 있으나 이는 공소외 7 법인의 권리일 뿐 일정 기간 후에 피고인 1에게 공소외 4 주식회사 주식을 매도하여야 하는 의무를 부담하는 것은 아닌 점 등을 더하여 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 공소외 7 법인이 합의나 계약 등에 따라 취득한 주식을 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에는 부족하다.

다.

결국 피고인 1과 공소외 7 법인이 공소외 4 주식회사 주식의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

Ⅷ. 2009. 6. 15.자 공소외 8 주식회사 주주배정 유상증자 실권주 차명 인수 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 되고, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 2009. 6. 11.경 공소외 8 주식회사의 대표이사로서 주주배정 증자를 실시하였으나 1,078,143주의 실권주가 발생하여 이 실권주에 대하여 제3자 배정으로 유상증자를 실시하기로 하였다.

피고인 1은 제3자 유상증자에 참여할 투자자를 모집하였으나 115,993주(453,532,630원)를 인수할 투자자를 구하지 못하여 스스로라도 실권주를 인수함으로써 유상증자가 성공하였다는 외관을 형성하여 투자자들에 대한 신뢰를 유지할 필요가 있었다.

그러나 피고인 1 본인의 명의로 유상증자에 참여한 후 배정받은 주식을 매각한다면, 유상증자가 성공하지 못했다는 인상을 줄 수 있고, 최대주주인 공소외 13 주식회사의 특수관계인이자 회사임원인 피고인 1의 주식처분사실이 공시

됨으로써 주가에 좋지 않은 영향을 미치게 될 수도 있었다.

피고인 1은 이러한 문제점을 피하기 위해서 피고인 11을 통해 피고인 13과 사이에 피고인 13의 자금 253,532,630원과 피고인 1의 자금 2억 원을 사용하여 차명으로 위 실권주를 인수한 후 배정받은 신주를 매각한 자금으로 차입금을 상환하기로 약정하였고, 피고인 13은 위 약정에 따라 자신의 자금과 피고인 1의 자금을 이용하여 조카인 공소외 12의 이름으로 실권주를 인수하였다.

위와 같이 납입된 주금 453,532,630원 중 253,532,630원은 상환되어야 하는 차입금이므로 이 부분은 정상적으로 유상증자가 이루어졌다고 보기 어렵다.

또한, 위와 같이 공소외 12 명의로 배정받은 115,993주는 실질적으로 공소외 8 주식회사의 임원인 피고인 1의 계산으로 취득한 주식이다.

따라서 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 임원으로 주식소유상황이 변동된 내용을 5일 이내에 대통령령이 정하는 방법에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 한다.

그럼에도 피고인 1은 2009. 6. 16. 증권발행실적 보고서를 제출함에 있어 253,532,630원 부분도 주금이 정상적으로 납입된 것처럼 표시하여 제3자의 투자로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 만들었고, 임원으로서 주식소유상황보고를 하지 않았을 뿐만 아니라 2009. 7. 10. 특수관계인 관계에 있는 공소외 13 주식회사의 명의로 대량보유보고를 하면서 위 115,993주의 취득사실을 기재하지 아니하여 허위 표시하였다.

피고인 1은 피고인 11을 통해 주권 상장일 2일 전인 2009. 7. 1.경 피고인 13에게 연락하여 위 주식을 전부 매도할 것을 통지하였고, 피고인 13은 공매도의 방식으로 모두 매각하여 37,800,255 원의 이익을 얻었다.

이로써 피고인 1, 11, 13은 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하고, 유상증자가 제3의 투자자의 투자로 성공한 듯한 외관을 만들어 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하여 37,800,255원의 부당이익을 취득하였다.

2. 피고인 1, 13의 항소이유 요지

가. 피고인 1의 항소이유 요지

공소외 8 주식회사는 2009. 6. 15. 145억 원 상당의 주주배정 유상증자를 실시하여 전체 유상증자 금액 중 97%의 주금이 납입되었다.

피고인 1이 극히 소량의 실권주를 차명 인수한 후 이를 공시하지 않은 것만으로 주식거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항의 기재를 누락하였다거나 부정한 기교를 사용한 것으로 볼 수 없다.

나. 피고인 13의 항소이유 요지

(1)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(2) 대주주가 실권주를 인수한다는 것은 유가증권 시장에서 해당 회사의 주가에 긍정적인 영향을 미치는 호재이고 실권주는 일반적으로 시세보다 낮은 가격에 인수되는 것이 보통이어서 일반투자자의 입장에서 인수하고 싶어 하는 주식이다.

따라서 대주주인 상피고인 1이 차명으로 실권주를 인수한 행위가 자본시장법 제178조에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 볼 수 없다.

(3)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ①피고인 1이 자신의 자금과 자신이 피고인 13으로부터 차입한 자금으로 피고인 13으로 하여금 실권주를 인수하게 하였고, 피고인 13에게 주식을 처분하게 한 후 발생한 이익도 스스로 취득하였고, 스스로 위 실권주의 계산 주체가 자신임을 인정하는 등 공소외 12 명의의 주식은 공소외 8 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 자신의 계산으로 차명으로 취득한 점, ② 유상증자에 100% 투자가 이루어졌다는 사실은 공소외 8 주식회사에 대한 다른 유상증자 참여자들에게 피고인 1 및 공소외 8 주식회사에 대한 신뢰를 갖게 하고 공시될 경우 일반투자자들의 투자 판단에도 긍정적인 영향을 미칠 수 있는 사항인 점, ③공소외 8 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 스스로 차명으로 실권주를 인수하여 이를 즉시 매도한 사실 역시 일반투자자들에게 알려질 경우 투자자의 투자 판단에 악재로 작용하여 주가에 영향을 미칠 수 있는 내용인 점 등을 종합할 때 피고인 1이 피고인 13을 통하여 실권주를 인수하는 방법으로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 형성한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 기교'에 해당하고, 또 피고인 1이 자신의 주식취득 사실을 기재하지 아니함으로써 주가하락 방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

(1)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 거래구조의 변화나 시장의 환경변화에 따라 다양하고 새로운 유형의 부정거래행위가 발생할 수 있는 개연성이 높은 반면 모든 부정거래행위 유형을 사전에 일일이 열거하여 규제하는 것은 입법기술상 한계가 있는 점을 고려하여 자본시장법 제정과 함께 신설된 조항이다.

그런데 위와 같은 입법취지를 감안하더라도 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 그 문언 자체가 지나치게 포괄적·추상적이어서 자칫 형사법의 대원칙인 죄형법정주의와 충돌할 우려가 있다.

따라서 자본시장법 제178조 제1항 제1호를 적용함에 있어서는, 자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율성을 높여 국민경제의 발전에 이바지한다는 자본시장법의 목적(자본시장법 제1조)에 유념하면서, 같은 항 제2호, 제3호 및 같은 조 제2항을 통하여 보다 구체화된 부정거래행위의 내용, 그 밖에 당해 행위의 불법성 정도가 다른 규정을 통하여 처벌하더라도 자본시장법의 목적 달성에 지장을 초래하지 않는지 등을 종합적으로 고려하여 죄형법정주의와 최대한 조화를 이룰 수 있도록 신중을 기함이 옳다.

한편 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'은 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미칠거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제178조 제1항 제2호에 규정된 '중요사항'을 해석함에 있어도 동일하게 적용된다.

(2) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 약 145억 원 규모의 공소외 8 주식회사 유상증자를 추진하는 과정에서 실권주가 발생하자 자신의 자금 2억 원과 피고인 13으로부터 차용한 253,532,630원을 가지고 피고인 13이 빌려 준 공소외 12의 명의로 실권주를 인수하고서도 마치 실권주가 제3자의 투자로 정상적으로 인수된 것처럼 공시하고 아울러 임원으로서 자신의 주식소유상황보고를 하지 않은 사실은 인정된다.

그런데 ①피고인 1이 사실은 피고인 13으로부터 차용하였으면서도 마치 정상적으로 주금이 납입된 것처럼 공시한 부분이 공소외 8 주식회사의 전체 유상증자금에서 차지하는 비율은 1.7%(145억 원 중 253,532,630원 상당)에 불과한 점, ②피고인 1이 위와 같이 차명으로 공소외 8 주식회사 주식을 취득함으로써 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 것도 아니고, 일반투자자들의 입장에서 공소외 8 주식회사의 임원인 피고인 1이 실제로 유상증자된 주식 중 약 3.1%(145억 원 중 453,532,630원 상당)에 해당하는 주식을 보유하고 있는지를 알게 되었는지 여부에 따라 투자 판단 자체가 달라진다고 보이지 않는 점, ③피고인 1과 상피고인 11은 자신들이 투자를 권한 투자자들과의 신뢰관계를 유지하기 위하여 피고인 13의 자금으로 실권주를 인수하였고, 피고인 13 역시 대여금에 대한 담보 명목으로 공소외 12 명의로 주식을 취득한 것이지 나아가 실권주 인수를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ④피고인 1은 주식 소유상황변동보고의무 위반행위로 처벌받게 되는 점 등을 고려할 때 공소사실 기재와 같은 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다거나 또는 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 이용한 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다(한편 공소사실에는 2009. 7. 10. 공소외 13 주식회사 명의의 대량보유보고를 하면서 공소외 12 명의로 취득한 공소외 8 주식회사 주식 115,993주의 취득사실을 기재하지 아니한 행위가 허위 표시에 해당한다고 기재되어 있으나, 피고인 1은 위 115,993주를 2009. 7. 3.경 모두 매도하였으므로 위와 같이 행위가 '거

짓 표시'에 해당한다고 볼 수 없음도 지적하여 둔다).

다.

소결론

결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호에서 규제하는 부정거래행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1, 13과 공동정범의 관계에 있는 상피고인 11에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

IX. 2009. 8. 12.자 공소외 4 주식회사 주주배정 유상증자 실권주 40만 주 차명 인수 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 되고, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 2009. 8. 10.경 공소외 4 주식회사의 실질적인 사주로서 주주배정 유상증자를 실시하였으나 6,766,143주의 실권주가 발생하여 이 실권주에 대하여 제3자 배정으로 유상증자를 실시하기로 하였다.

피고인 1은 제3자 유상증자에 참여할 투자자를 모집하였으나 40만 주(2억 원)를 인수할 투자자를 구하지 못하여 스스로라도 실권주를 인수함으로써 유상증자가 성공하였다는 외관을 형성하여 투자자들에 대한 신뢰를 유지할 필요가 있었다.

그러나 피고인 1 본인의 명의로 유상증자에 참여한 후 배정받은 주식을 매각한다면, 유상증자가 성공하지 못했다는 인상을 줄 수 있고, 회사임원의 주식처분사실이 공시됨으로써 주가에 좋지 않은 영향을 미치게 될 수도 있었다.

피고인 1은 이러한 문제점을 피하기 위해서 피고인 2에게 공소외 2 주식회사 자금을 이용하여 페이퍼컴퍼니인 공소외 6 주식회사 명의로 실권주를 인수할 것을 지시하였고, 피고인 2는 2009. 8. 12.경 공소외 2 주식회사 자금 2억 원을 인출하여 공소외 4 주식회사의 주금으로 납입하였다.

위와 같이 공소외 6 주식회사 명의로 배정된 40만 주는 실질적으로 공소외 4 주식회사의 최대주주인 공소외 2 주식회사의 특수관계인이자 공소외 4 주식회사의 등기이사인 피고인 1 개인의 계산으로 취득한 주식이다.

따라서 피고인 1은 위와 같이 주식을 보유하게 된 내용을 취득일로부터 5일 이내에 대통령령이 정하는 바에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 하고, 5일 이내에 공소외 2 주식회사와 연명으로 대량보유보고를 하여야 한다.

그럼에도 피고인 1은 2009. 8. 14. 공소외 2 주식회사 명의로 주식등의 대량보유상황보고서를 제출함에 있어 위와 같은 주식취득 사실을 누락하여 허위 표시하고, 임원으로서 소유상황보고를 하지 아니하였다.

피고인 1은 2009. 8. 20.경 주식처분에 대한 공시 없이 10만 주를 장내매도하고 30만 주를 장외에서 매각하여 25,809,133 원의 이익을 취득하였다.

이로써 피고인 1, 2는 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하고, 유상증자가 제3의 투자자의 투자로 성공한 듯한 외관을 만드는 방법으로 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하여 25,809,133원의 부당이익을 취득하였다.

2. 피고인 1의 항소이유 요지

공소외 4 주식회사는 2009. 8. 12. 122억 원 상당의 주주배정 유상증자를 실시하여 전체 유상증자 금액 중 98.4%의 주금이 납입되었고, 피고인 1이 극히 소량의 실권주를 차명 인수한 후 이를 공시하지 않은 것만으로 주식거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항의 기재를 누락하였다거나 부정한 기교를 사용한 것으로 볼 수 없다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ①공소외 6 주식회사는 피고인 1이 관리하는 페이퍼컴퍼니에 불과하고, 공소외 2 주식회사는 공소외 4 주식회사의 대주주로서 제3자 배정 유상증자에 참여할 수 없으며, 피고인 1은 실제로 위와 같이 취득한 실권주를 공소외 2 주식회사의 자산으로 회계처리하거나 실권주를 매각하여 발생한 이익을 공소외 2 주식회사에 귀속시키지도 않은 점 등에 비추어 볼 때 공소외 6 주식회사 명의의 주식은 공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 자신의 계산으로 차명으로 취득한 것인 점, ② 유상증자에 100% 투자가 이루어졌다는 사실은 공소외 4 주식회사에 대한 다른 유상증자 참여자들에게 피고인 1 및 공소외 4 주식회사에 대한 신뢰를 갖게 하고 공시될 경우 일반투자자들의 투자 판단에도 긍정적인 영향을 미칠 수 있는 사항인 점, ③공소외 4 주식회사의 최대주주인 공소외 2 주식회사의 대표이사이자 공소외 4 주식회사의 등기이사인 피고인 1이 스스로 차명으로 실권주를 인수하여 이를 즉시 매도한 사실 역시 일반투자자들에게 알려질 경우 투자자의 투자 판단에 악재로 작용하여 주가에 영향을 미칠 수 있는 내용인 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1이 제3자의 투자로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 형성한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 기교'에 해당한다고 할 것이고, 피고인 1의 주식취득 사실을 기재하지 아니함으로써 주가하락 방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 같은 항 제2호의 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

(1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 약 122억 원 규모의 공소외 4 주식회사 유상증자를 추진하는 과정에서 실권주가 발생하자 페이퍼컴퍼니인 공소외 6 주식회사 명의로 2억 원을 납입하여 실권주를 인수하고서도 마치 실권주가 정상적으로 인수된 것처럼 공시하고 아울러 임원으로서 자신의 주식소유상황보고를 하지

않은 사실은 인정된다.

그런데 ①피고인 1이 마치 정상적으로 주금이 납입된 것처럼 공시한 부분이 공소외 4 주식회사의 전체 유상증자금에서 차지하는 비율이 1.6%(122억 원 중 2억 원)에 불과한 점, ②피고인 1이 위와 같이 공소외 4 주식회사 주식을 취득함으로써 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 것도 아니고, 일반투자자들의 입장에서 공소외 4 주식회사의 임원인 피고인 1이 실제로 유상증자된 주식 중 약 1.6%에 해당하는 주식을 보유하고 있는지를 알게 되었는지 여부에 따라 투자 판단 자체가 달라진다고 보이지 않는 점, ③피고인 1과 상피고인 2는 자신들이 투자를 권한 투자자들과의 신뢰관계를 유지하기 위하여 공소외 6 주식회사 명의로 실권주를 인수하였던 것이지만 나아가 실권주 인수를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ④피고인 1은 주식 소유상황변동보고의무 위반으로 처벌받게 되는 점 등을 고려할 때 공소사실 기재와 같은 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다거나 또는 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 이용한 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다.

소결론

결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호에서 규제하는 부정거래행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 상피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

X. 2009. 7. 13.자 공소외 8 주식회사 신주인수권(워런트) 22억 원 상당 차명 행사 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하거나, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 공소외 39 주식회사, 공소외 40 주식회사, 공소외 41 주식회사에 발행된 공소외 8 주식회사 발행 신주인수권부사채(BW)에서 분리된 권면총액 153억 원 상당(2,971,324주, 18.99%)의 신주인수권을 공소외 2 주식회사의 자금으로 사채권자들로부터 다시 인수하여 공소외 23 주식회사 명의 및 페이퍼컴퍼니인 공소외 14 주식회사, 공소외 42 주식회사 명의로 보유하다가 2009. 6. 12.경 위 신주인수권 전부의 명의를 공소외 14 주식회사로 변경하였다.

피고인 1은 2009년 7월경 공소외 8 주식회사 운영자금이 부족하자 사채업자로부터 자금을 차입하여 차명으로 신주인수권을 행사함으로써 신주인수권 행사자금으로 운영자금을 확보함과 동시에 발행된 신주매각에 따른 공소외 14 주식회사의 대량보유상황보고의무를 회피하기로 마음먹었다.

피고인 1은 그 무렵 피고인 11을 통해 사채업자 피고인 13에게 22억 원을 빌려주면 신주인수권 행사 자금으로 납입하여 운영자금을 확보하고 발행된 신주를 차입금 22억 원에 대한 담보로 제공하겠다고 제의하였고 피고인 13은 자신과 공소외 15의 명의로 위 신주인수권을 행사하여 신주를 차입금 22억 원에 대한 담보로 제공받는 조건으로 이에 동의하고 공소외 14 주식회사가 공소외 15에게 워런트를 매각한다는 내용의 '신주인수권 증권 양수도 계약서'를 허위로 작성하였다.

피고인 13은 2009. 7. 13. 자신과 공소외 15의 명의로 22억 원을 공소외 8 주식회사에 신주인수권 행사 자금으로 납입하여 440,440주를 배정받았다.

사실은 공소외 14 주식회사는 피고인 1에 의해 중요한 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사되는 피고인 1의 특별관계자이고, 위와 같이 피고인 13 및 공소외 15의 명의로 배정받은 신주 440,440주는 피고인 13에게 담보로 제공되었다가 피고인 1, 공소외 14 주식회사와의 협의 하에 처분되어 원리금을 정산하기로 합의가 되어 있기 때문에 피고인 1, 공소외 14 주식회사와 피고인 13은 공동보유자의 관계에 있어 상호 특별관계자이다.

따라서, 피고인 1, 공소외 14 주식회사, 피고인 13은 대량보유상황보고를 함에 있어 공소외 14 주식회사 보유 지분, 피고인 13 보유 지분을 모두 보고하고, 공소외 14 주식회사와 피고인 13의 계약내용을 기재하여야 한다.

그럼에도 피고인 1, 13은 2009. 7. 20.경 공소외 14 주식회사 명의로 주식 등의 대량보유상황보고를 하면서 피고인 13 보유 지분에 대한 기재를 누락한 채 공소외 14 주식회사가 보유하고 있는 공소외 8 주식회사 지분이 기존의 18.99%에서 16.71%로 낮아졌다고만 공시하여 거짓 표시를 하였다.

피고인 1은 2009. 8. 11.경 피고인 11을 통해 피고인 13에게 위 440,440주를 매도할 것을 통보하였고, 피고인 13은 전량을 장내매도하였다.

이로써 피고인 1, 11, 13은 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하고, 신주인수권이 소액투자자에 의해 정상적으로 행사되는 듯한 외관을 만드는 방법으로 부정한 기교·수단·계획을 사용하였다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

공소외 14 주식회사 명의의 신주인수권의 실질적인 계산 주체는 피고인 1이고, 피고인 13이나 공소외 15 명의의 신주인수권 행사도 피고인 13으로부터 차입한 자금으로 피고인 1 본인이 행사한 것이므로, 피고인 1은 이러한 신주인수권 행사로 인한 주식 취득과 매각에 대하여 공소외 8 주식회사의 대표이사로서 이를 공시하여야 한다.

그런데 피고인 1은 공시의무를 피하기 위하여 2009년에 페이퍼컴퍼니인 공소외 14 주식회사를 설립하였고, 공소외 8 주식회사와 공소외 14 주식회사의 관계, 피고인 1과 공소외 14 주식회사의 관계를 공시하지 않았다.

피고인 1은 자신이 신주인수권을 행사하자마자 신주를 매각하였다는 내용이 공시되고 이로 인하여 주가가 나쁜 영향을 받는 것을 회피한 것으로 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 사용하였을 뿐 아니라 부정한 기교를 사용하였다.

나. 판단

(1) 원심은, ① 피고인 1의 대량보유상황보고에 따라 공시되는 내용은 공소외 14 주식회사가 보유한 공소외 8 주식회사 지분이 18.99%에서 16.71%로 2.28% 감소하였다는 내용일 뿐인 점, ② 당시 공시된 공소외 8 주식회사의 최대주주는 지분 18.99%를 보유한 공소외 14 주식회사와 지분 13.67%를 보유한 공소외 13 주식회사인데, 위와 같은 공소외 14 주식회사의 지분감소로 인하여 공소외 8 주식회사의 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 경우에 해당하지는 않는 점, ③ 피고인 1은 신주를 피고인 13이 직접 취득하게 하는 방법으로 담보를 제공함으로써 차입금에 대한 이자를 절감하려는 목적 및 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 행사하는 것과 이를 매각하는 것을 반복하여 공시하는 번거로움을 피하고 한번만 공시하려는 목적으로 위와 같이 피고인 13에게 신주인수권을 행사하게 한 점, ④ 피고인 1이 공소외 14 주식회사의 지분이 감소되었다고 공시한 것은 위와 같은 담보제공을 위하여 형식적으로 공소외 14 주식회사가 보유한 신주인수권을 피고인 13에게 매각한 것을 그대로 공시한 것에 불과하고, 달리 공소외 14 주식회사의 지분감소를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키거나 재산상 이익을 취득하려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ⑤ 피고인 13으로부터의 자금차입의 목적 및 신주매각, 정산 과정 등에 비추어 볼 때 피고인 1이 공소외 14 주식회사의 명의로 신주인수권을 행사하였다고 하더라도 마찬가지로 그 신주를 매각하여 차입금을 변제하였을 것으로 보이는데, 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 행사한 후 신주를 매각함으로써 공소외 14 주식회사의 지분이 감소한 것으로 공시하는 것과 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 매각함으로써 공소외 14 주식회사의 지분이 감소한 것으로 공시하는 것 사이에 일반투자자들에게 미치는 영향이 특별히 다르다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1의 공시내용이 일반투자자들의 투자 판단에 영향을 미치는 중요한 사항에 관한 것이라거나 피고인 1, 11, 13에게 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻으려는 고의가 있었다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

(2) 또한 원심은, ① 피고인 1은 신주인수권 행사자금을 납입하여 공소외 8 주식회사의 운영자금을 마련하기 위하여 피고인 13으로부터 22억 원을 차입하면서 피고인 13에게 직접 담보를 취득하게 하기 위하여 형식적으로 공소외 14 주식회사가 보유한 신주인수권을 피고인 13에게 매각하고 피고인 13으로 하여금 이를 행사하게 한 것일 뿐 이를 통하여 적극적으로 허위의 외관을 형성하여 일반투자자들을 기망하거나 그로 인하여 이익을 얻으려는 의도가 있었던 것으로는 보이지 않는 점, ② 공소외 14 주식회사 명의로 신주인수권 행사가 이루어지는 것과 피고인 13 또는 공소외 15 명의로 신주인수권 행사가 이루어지는 것 사이에 그 외관에 있어서 제3자에 대하여 특별히 다른 의미를 가지는 것으로 보기 어려운 점, ③ 피고인 13이 자신과 공소외 15의 명의로 신주인수권을 행사하여 취득한 주식은

공소외 8 주식회사 지분의 2.28%에 불과하고, 피고인 13과 공소외 15가 특별히 일반투자자들의 투자 판단에 영향을 미치는 중요투자자라고 볼만한 자료도 없는 점, ④ 피고인 1, 11이 공소외 14 주식회사 명의로 신주인수권을 행사하지 아니하고 피고인 13 등 명의로 신주인수권을 행사하는 행위로 인하여 피고인 1, 11에게 관계법령상의 제한을 회피한 부당이익이 발생한다고 볼 수도 없는 점 등을 종합해 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 11, 13의 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에 금지하고 있는 '부정한 기교'를 사용하는 행위에 이르렀다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 당심에서 변경된 공소사실에는, 피고인 13 및 공소외 15 명의로 배정받은 공소외 8 주식회사 신주 440,440주는 피고인 13에게 담보로 제공되었다가 피고인 1, 공소외 14 주식회사의 협의 하에 처분되어 원리금을 정산하기로 합의가 되어 있으므로 피고인 13, 1, 공소외 14 주식회사는 공동보유자라고 기재되어 있다.

나. 그러나 위 2의 나항(판결문 77쪽)과 같은 사정들에 의하면, 피고인 13 및 공소외 15 명의로 배정받은 위 공소외 8 주식회사 신주 440,440주는 피고인 1이 공소외 2 주식회사의 자금을 이용하여 공소외 14 주식회사 명의로 보유 하였던 신주인수권을 행사하여 취득한 것으로 피고인 1 또는 공소외 14 주식회사가 보유하는 주식이라고 할 것이고, 한편 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 피고인 13으로서는 피고인 1의 채무불이행이 없는 한 위 주식을 임의로 처분할 수 없는 것이고, 반면 피고인 1로서는 담보로 제공된 주식을 처분하지 않는 대신 현금을 제공하는 방법으로 주식을 반환받을 수 있음이 인정되는 점 등을 고려할 때 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1, 13과 공소외 14 주식회사가 합의나 계약 등에 따라 위 440,440주를 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에는 부족하다.

다.

결국 피고인 1, 13과 공소외 14 주식회사가 위 공소외 8 주식회사 주식 440,440주의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

XI. 2009. 10. 26.자 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 13의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1) 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(2)상피고인 1의 계획은 회사의 충실화를 위한 "합병"이었고, 그 과정에서 자금이 모자라 빌린 돈에 관한 담보를 제공하기 위하여 매각제한 규정의 적용을 받지 않는 당사자로 하여금 공소외 9 주식회사 주식을 취득하게 한 것뿐이지, 매각제한규정을 회피한 주식을 팔아 이득을 취한다는 것을 목적으로 하지 않았다.

매각제한규정을 회피한다는 것만으로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 계획이 된다고 할 수는 없다.

(3)상피고인 1이 자신이 공소외 9 주식회사 지분을 취득한 사실을 신고하지 않은 것은 피고인 13의 관여 여부와 관계없이 사후적으로 성립한 것이고, 피고인 13로서는 그러한 보고의무 불이행을 미리 예견할 수 없었다.

(4)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

(5) 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 0원이라고 볼 수 없다.

따라서 원심판결에서 상장 즉시 매각할 수 있는 합병신주의 가액에서 공소외 9 주식회사 주식 인수대금의 차액을 위반행위로 얻은 이익이라고 판단한 것은 부당하다.

또 수시로 증감 변동하는 주식의 가치를 산정하면서 상장 전일의 종가를 기준으로 한 것도 타당하지 않다.

나. 판단

(1) 차명인수 및 허위 공시에 의한 부정거래행위 여부

원심은, ①상피고인 1이 공소외 8 주식회사의 공소외 9 주식회사 인수·합병을 추진하기로 하고 공소외 8 주식회사의 자금 12억 5천만 원과 피고인 13으로부터 차입한 자금 13억 4,875만 원으로 공소외 9 주식회사 지분의 100%를 취득하면서 공소외 86, 87 등 명의의 차명을 이용한 사실, ②상피고인 1은 차명으로 인수한 주식 중 288,000주(지분율 18%)의 명의를 공소외 8 주식회사로 변경한 뒤 '타법인 주식 및 출자증권 취득 결정' 공시 등을 통하여 공소외 8 주식회사가 공소외 9 주식회사의 주식의 18%만을 취득하였고, 위 288,000주에 대해서 배정될 합병신주 219,227주만을 보호예수하게 되는 것처럼 표시한 사실, ③상피고인 1은 2009. 10. 26. 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사의 합병 후 공소외 8 주식회사의 계산으로 총 998,699주를 배정받았음에도 2009. 10. 29. 증권발행실적보고서를 제출하면서 공소외 8 주식회사가 합병신주 219,227주만을 배정받았고 이 주식들만 보호예수하게 될 것이라고 기재한 사실을 인정한 후, 상장회사가 비상장회사와 합병한 후 배정할 합병신주 중 어느 정도의 수량을 보호예수할 것인지는 합병 후 주가에 직접적 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당하고, 상피고인 1, 2가 공소외 9 주식회사를 인수하면서 차명을 사용하고 보호예수 수량을 거짓 기재함으로써 매각제한규정을 회피한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규정한 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위' 및 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규정한 '부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

(2) 피고인 13의 공모관계 인정 여부

(가) 원심은, ①상피고인 11이 피고인 13으로부터 자금을 차입할 때 피고인 13에게 공소외 9 주식회사의 지분을 차명으로 인수하고 그 차명인수된 공소외 9 주식회사에 대해서 공소외 8 주식회사의 합병신주가 배정되면 그 합병신주를 매각해 변제하는 것을 설명한 점, ②피고인 13은 수사기관에서, 상피고인 11이 4명의 인수명의를 빌려달라고 할 때 보호예수를 회피하려고 한다는 짐작은 하였다고 진술하였고, 상피고인 11이 보호예수 때문에 차입한 자금을 공소외 8 주식회사 명의로 공소외 9 주식회사를 인수하면 안 되므로 차명이 필요하고, 차명으로 인수하여 보호예수를 피하여야 합병신주를 매각하여 차입금 변제도 가능하다고 설명하였다고 진술하였으며, 원심법정에서도 " 피고인 11이 보호예수에 안 걸리려면 차명으로 해야 된다고 하면서 피고인 11 측에서 4명의 이름을 제공해 신주를 받아서 줄지 피고인 13 측에서 4명의 차명을 제공할 것인지를 물어보아서 본 피고인이 차명을 제공했다.

"고 진술한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 13은 상피고인 11 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 9 주식회사를 인수한다는 사정을 인식하고 인수자금 및 차명을 제공하였다고 할 것이므로, 피고인 13의 범의 및 공모·범행가담 사실을 충분히 인정할 수 있고, 따라서 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단하였다.

(나) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 비추어 보면, 원심이 그 판시와 같이 인정되는 사실에 기초하여 피고인 13이, 상피고인 11 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 9 주식회사를 인수하고 그 차명인수된 공소외 9 주식회사 주식에 합병신주가 배정되면 이를 담보로 제공받는다라는 인식 하에 공소외 9 주식회사 주식 인수대금 명목으로 13억 4,875만 원을 대여하고, 아울러 공소외 44, 45, 46, 47의 명의를 빌려주었다고 판단한 것은 정당하고, 피고인 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

(다) 그런데 형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하다.

여기서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ①피고인 13은 상피고인 1을 잘 알지 못하고 상피고인 1이 수립한 부정한 계획의 구체적 내용에 대해서 까지 상피고인 11을 통하여 설명 받은 것으로 보이지 않는 점, ②피고인 13의 주된 목적은 상피고인 11의 부탁에 따라 상피고인 1에게 자금을 대여하면서 충분한 가치를 가지는 담보를 취득하는데 있었던 점, ③피고인 13이 공소외 9 주식회사 주식의 차명 취득이나 공소외 9 주식회사와 공소외 8 주식회사의 합병과정에 적극적으로 가담한 사실도 없는 점 등을 종합하면 피고인 13이 공

동 의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였다고 보기는 어렵다.

따라서 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단한 원심판결은 공동 정범의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(라) 한편 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 의미한다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1518 판결 등 참조).

위 (나)항에서 인정한 것처럼 피고인 13은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 인식하면서도 그 범행에 이용할 자금과 차명을 제공하였고, 이를 통하여 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 하였다고 할 것이므로 방조의 죄책은 부담한다고 봄이 옳다[법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장 변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다.

따라서 공동정범으로 기소된 범죄사실에 대하여 공소장 변경 없이 방조범으로 인정할 수 있다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결 참조)].

(3) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(가) 원심의 판단

원심은 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11에게 자금 및 차명을 제공하여 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고 그 이익액을 837,274,540원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 한 피고인 13의 자금으로 배정받은 합병신주 631,799주의 평가액 2,186,024,540원 - 공소외 9 주식회사 구주 인수대금 1,348,750,000원)으로 산정하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 이미 살펴본 것처럼 자본시장법위반죄에서의 위반행위로 얻은 이익액은 그 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로 엄격한 증명의 대상이 되고, 그 입증책임은 검사가 부담한다.

원심이 인정한 것처럼 피고인 13이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야지 공소외 9 주식회사 구주 인수대금을 공제한 금액이 된다고 볼 수는 없다(원심과 같은 이득액 산정방식은 보호예수에 걸려서 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 구주 인수대금 상당액으로 볼 수 있는 경우에만 허용될 수 있다). 그런데 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없다.

가사 검사가, 피고인 13이 적법하게 취득할 수 없는 공소외 8 주식회사 합병신주를 취득한 그 자체를 자본시장법 위반행위로 얻은 이익으로 보아 공소제기한 것으로 보더라도 합병신주가 상장되는 경우 그 상장 자체의 효과로 인하여 주가에 상당한 정도의 변동이 발생할 여지가 있는 점, 주식시장에 있어서 합병을 통한 상장이 일반적인 호재로 인식된다고 단정하기는 어려우므로 상장 전일 종가를 기준으로 합병신주의 가치를 산정하는 것이 반드시 피고인

13에게 유리하다고 볼 수도 없는 점, 피고인 13이나 상피고인 1, 2, 11이 매각제한이 없는 합병신주를 상장 즉시 처분할 의사를 가지고 있었던 것도 아니고 실제 주식시장에서 단기간에 처분이 가능하다고 보이지도 않으므로 피고인 13의 자금을 이용하여 취득한 공소외 8 주식회사 합병신주 전체가 상장 직후 처분이 될 수 있다는 가정 하에 그 가치를 산정하는 것은 부당한 점 등을 고려할 때 합병신주의 상장 전일 종가를 기준으로 합병신주의 가치를 산정한 원심판결의 합리성을 선뜻 수긍하기 어렵다.

2) 결국 피고인 13의 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다고 할 것인데 그 이익액을 837,274,540원으로 산정한 원심판결에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 13 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 13은, 상피고인 1 등의 범행에 대한 인식, 용인에 그치지 않고 공동의 의사로 사기적 부정거래 범행을 하기 위하여 일체가 되어 상피고인 1의 행위를 이용하여 자신의 의사를 옮기는 정도에 이르렀다고 보아야 하며, 공모의 범위에 있어서도 피고인 13과 상피고인 1, 2, 11 사이에 '부정한 합병신주 취득 행위'에 대한 순차적, 암묵적인 공모가 이루어졌다.

따라서 피고인 13이 위반행위로 얻은 이익액은 상피고인 1, 2, 11과 동일하게 1,323,498,540원(=2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 산정한 상피고인 1 등이 매각제한 규정을 회피하여 취득한 공소외 8 주식회사 합병신주 998,699주의 가치 3,455,498,540원 - 공소외 9 주식회사 구주 1,312,000주 인수대금 2,132,000,000원)으로 보아야 한다.

(2) 판단

검사가 제출한 모든 증거들을 종합하더라도, 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11의 전체적인 범행에 가담하거나 이를 인식하였다고 인정하기에 부족하므로 이 부분 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다[아울러 위 1.나 (3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼 검사의 주장과 같은 방법으로 위반행위로 얻은 이익액을 산정하는 것은 부당하고, 달리 피고인 13의 이익액을 산정할 만한 증거가 없다].

나. 피고인 1, 2, 7, 8, 10 부분

(1) 항소이유 요지

자본시장법 위반행위로 얻은 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다.

이 사건의 경우 피고인 1, 2, 7, 8, 10은 시세조종행위를 통하여 합병을 반대하는 공소외 8 주식회사 주주들의 주식 매수청구권 행사 규모를 줄임으로써 절감된 9,040,901,457원의 주식매수비용 상당 이익이 발생하였고 여기에서 이 사건 거래에 투입된 비용인 4,115,203,835원을 공제하면 결국 4,925,697,622원의 이익을 취득하였다고 보아야 한다.

(2) 판단

(가) 이 부분 항소이유와 관련하여서는 검사가 당심에 이르러, ' 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 대표이사로서, 피고인 2, 7, 8, 10 및 공소외 10은 피고인 1과 공모하여, 시세조종행위를 통하여 공소외 8 주식회사에 대한 주식매수청구권 행사규모가 감소되도록 하여 공소외 8 주식회사로 하여금 4,925,697,622원 상당의 손실을 회피하게 함으로써 동액 상당의 부당이득을 얻게 하였다'는 것으로 공소장을 변경하였으므로 이를 전제로 검사의 항소이유를 판단한다.

(나) 자본시장법 제443조에서 규정하는 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액'은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 옳다(대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결 등 참조). 그런데 우선 자본시장법 제443조가 위반행위자 본인이 아닌 제3자가 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 위반행위자 본인이 이익을 얻은 경우와 동일하게 보아 이를 가중처벌하는 규정으로 볼 수는 없고, 달리 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 피고인 1, 2, 7, 8, 10 및 공소외 10의 이익액 또는 손실 회피액으로 보아야 할 근거를 찾을 수 없다 (피고인 1이 공소외 8 주식회사의 대표이사라고 하여 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 바로 피고인 1 본인의 손실 회피액과 동일 시 할 수는 없다).

가사 견해를 달리하여 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 피고인 1, 2, 7, 8, 10 및 공소외 10의 이익액 또는 손실 회피액으로 볼 수 있다고 하더라도, 원심이 적절하게 지정한 것처럼, ① 주식매수청구권이 행사되는 경우에는 공소외 8 주식회사가 그 주식을 취득하게 되고, 그 주식의 시가 상당액은 손실에서 공제되어야 할 것이므로 주식매수청구권이 행사되지 않은 금액 상당을 모두 이득하였다고 보기 어려운 점, ② 피고인 1이 증권예탁원으로부터 주주들이 약 10,222,278,621원 상당의 주식을 매수청구할 예정이라는 취지의 '이사회 결의사항 반대의사 통지서'를 송달받았다고 하더라도 실제 매수청구권의 행사규모가 얼마가 될지 여부는 확정된 것이 아니므로 위 금액 전부에 대하여 매수청구권이 행사되었을 것이라는 가정 하에 위반행위로 인한 이익 등의 액수를 산정하는 것은 부당한 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 8 주식회사가 4,925,697,622원 상당의 손실을 회피하였다고 인정하기에 부족하다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없고, 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

3. 직권판단

가. 현실거래에 의한 시세조종행위와 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위의 관계

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2, 7, 8, 10이 공소외 10과 공모하여, 장내에서 공소외 8 주식회사의 주식을 매수한 행위를 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단하면서도 이와 동시에 이와 같이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는 범행은 당연히 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에도 해당한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

위 V.4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 직권으로 판단한 것처럼, 자본시장법 제176조 제2항 제1호와 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 법조경합의 관계에 있다.

따라서 피고인 1, 2, 7, 8, 10의 이 부분 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법 위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2, 11이 공모하여, 매각제한 규정을 회피하여 상장즉시 매각할 수 있는 공소외 8 주식회사 신주 998,699주가 상장됨으로써 1,323,498,540원(2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 산정한 998,699주의 가치 3,455,498,540원 - 공소외 9 주식회사 주식 1,312,000주의 인수대금 2,132,000,000원)의 부당이익을 취득하였다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

위 1.나.(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼, 피고인 1, 2, 11이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 위반행위로 인한 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야 하는데, 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없으므로 결국 피고인 1, 2, 11이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

이와 달리 피고인 1, 2, 11의 이익액을 1,323,498,540원으로 산정한 원심판결에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다(다만 원심은 피고인 1, 2의 경우 포괄일죄의 관계에 있는 다른 자본시장법위반 범행으로 얻은 이익액을 산정할 수 없어서 범행 전체의 이익액을 산정할 수 없다고 판단하였으므로 위와 같은 법리오해가 피고인 1, 2의 판결에는 영향을 미치지 않았다).

다.

2009. 10. 26.자 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄와 2009. 12. 29.자 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄의 죄수

원심은, 피고인 1, 2, 7, 11, 13의 2009. 10. 26. 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄와 2009. 12. 29. 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄가 실체적 경합관계에 있다고 판단하였다.

그런데 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 매출액이 지속적으로 감소하여 관리종목으로 지정될 가능성이 높아지자 비상장회사와 합병하여 자기자본을 확충하고 그 과정에서 시세조종 등이 필요하다고 판단하여 위 각 범행을 저지른 점, 피고인 2, 7, 11은 상사인 피고인 1의 계획과 목적을 인식하고 피고인 1의 지시에 따라 각자의 역할을 수행한 점, 피고인 13의 경우 피고인 11을 통하여 피고인 1의 계획을 대체적으로 인식한 상태에서 2회에 걸쳐서 유사한 형태의 거래를 한 점 등을 고려할 때 피고인 1, 2, 7, 11, 13의 범의의 단일성과 계속성이 인정되고, 또 위 각 죄의 보호법익은 사회적 법익으로서 피해법익의 동일성도 인정되므로 위 각 죄는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 옳다.

이와 달리 위 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범의 관계에 있다고 보아 경합범가중을 한 원심에는 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

XII. 2009. 12. 29.자 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 5, 6, 12, 13의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1) 피고인 5

2009. 9. 27.자 금전소비대차계약서상 차용인은 '공소외 14 주식회사'로 기재되어 있고 피고인 5가 빌려준 5억 원이 실제로 공소외 5 주식회사의 유상증자 자금으로 사용되었다는 증거가 없으며, 상피고인 1의 부탁으로 2009년 9월 초순경 명의를 빌려준 사실은 있으나 그 구체적 목적을 인지한 시점은 2009. 11. 4.경이다.

따라서 피고인 5가, 상피고인 1이 차명으로 유상증자에 참여하여 보호예수를 피할 것이라는 사실을 알면서 유상증자 대금 5억 원을 빌려주었다고 볼 수는 없다.

(2) 피고인 6

(가)피고인 6은 상피고인 1에게 4억 원을 대여한 것이 아니다.

피고인 6은 상피고인 1의 투자 요청을 받았으나 자금이 없어서 상피고인 1을 도와주고자 공소외 16을 소개하여 공소외 16으로 하여금 상피고인 1에게 4억 원을 대여하도록 하였다.

(나)피고인 6은, 상피고인 1이 실제로 4억 원을 차용하는 주체라는 사실이나 상피고인 1이 차명으로 공소외 5 주식회사의 유상증자에 참여하여 보호예수 규정을 피한 합병신주를 취득하려고 한다는 사실을 전혀 알지 못하였다.

따라서 상피고인 1의 행위에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담하지 않는다.

(다)상피고인 1이 매각제한 규정을 회피한 합병신주를 배정받기 위하여 차명으로 주식을 인수하여 이와 관련한 허위의 보고를 한 일련의 행위는 거짓의 기재 내지 부정한 수단을 사용하여 재산을 얻는 일련의 행위로서 법률적으로 하나의 평가를 받아야 한다.

그런데 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 입법취지에 비추어 볼 때 같은 항 제2호로 평가할 수 있는 행위는 같은 항 제2호로만 처벌하여야 하고, 같은 항 제1호를 재차 적용하여 처벌하는 것은 위법하다.

(라)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 죄형법정주의에서 파생되는 명확성 원칙에 부합하지 않는 포괄적이고 추상적인 규정이다.

따라서 같은 조 제2항에서 정한 바와 같이 '재산상 이익을 얻고자 하는 의도'가 있는 행위 등으로 제한하여 해석하지 않는 한 위헌성을 면할 수 없다.

(3) 피고인 12

(가)피고인 12로부터 금원을 차용한 경위에 대한 상피고인 1의 진술은 일관성이 없고 신빙성이 없다.

피고인 12는 상피고인 1에게 공소외 5 주식회사 인수대금 명목으로 60억 원을 빌려준 것이고, 수사기관에서 공소외 5 주식회사 유상증자 자금을 빌려주었다고 진술한 것은 상피고인 1의 부탁에 따라 사실과 다르게 진술한 것에 불과하다.

결국 피고인 12가 상피고인 1 등의 범행을 인식하면서 60억 원을 대여하였다고 인정할 만한 증거가 부족한데도 원심 판결은 채증법칙에 위배하여 사실을 오인함으로써 피고인 12를 상피고인 1 등의 범행에 대한 공동정범으로 판단하는 잘못을 저질렀다.

(나)피고인 12는 상피고인 1에게 4개월 동안 60억 원을 대여하여 72억 원을 변제받기로 되어 있었는데 실제로는 원금은 물론 이자도 받지 못하여 큰 손실이 발생하였다.

원심판결과 같이 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일 종가를 기준으로 한 합병신주 평가액에서 유상증자 납입대금을 공제하는 방식으로 위반행위로 얻은 이익액을 산정하는 것은 부당하고, 인과관계가 인정되는 이익만으로 한정하여야 한다.

(4) 피고인 13

(가)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(나)상피고인 1의 계획은 회사의 충실화를 위한 "합병"이었고, 그 과정에서 자금이 모자라 빌린 돈에 관한 담보를 제공하기 위하여 매각제한 규정의 적용을 받지 않는 당사자로 하여금 공소외 5 주식회사 주식을 취득하게 한 것뿐이지

매각제한규정을 회피한 주식을 팔아 이득을 취한다는 것을 목적으로 하지 않았다.

매각제한규정을 회피한다는 것만으로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 계획이 된다고 할 수는 없다.

(다)상피고인 1이 자신이 취득한 공소외 5 주식회사 지분을 취득하였다고 신고하지 않은 것은 피고인 13의 관여 여부와 관계없이 사후적으로 성립한 것이고, 피고인 13이 관여할 가능성이 전혀 없었다.

(라)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

(마) 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 0원이라고 볼 수 없다.

따라서 원심판결에서 상장 즉시 매각할 수 있는 합병신주의 가액에서 공소외 5 주식회사 주식 인수대금의 차액을 위반행위로 얻은 이익이라고 판단한 것은 부당하다.

또 수시로 증감 변동하는 주식의 가치를 산정하면서 상장 전일의 증가만을 기준으로 한 것도 타당하지 않다.

나. 판단

(1) 부정거래행위 해당 여부

원심은, ①상피고인 1이 2009. 2. 25.경 공소외 13 주식회사의 대표이사로서 2009. 9. 25.경 공소외 5 주식회사의 주식 361,476주(90%)를 8,099,954,800원에 인수하면서, 190,000주만을 공소외 13 주식회사 명의로 인수하고, 나머지 171,476주를 차명으로 인수한 사실, ②상피고인 1은 피고인 12로부터 차입한 60억 원, 피고인 13으로부터 차입한 40억 원, 피고인 5로부터 차입한 5억 원, 피고인 6으로부터 차입한 4억 원 등 139억 5천만 원으로 2009. 9. 28. 공소외 5 주식회사 유상증자금을 납입하면서 차명으로 주금을 납입한 사실, ③상피고인 1은 위와 같은 방법으로 공소외 5 주식회사의 주식 1,437,476주를 차명으로 취득한 사실, ④상피고인 1, 2는 2009. 10. 5.경 '주요사항보고서(합병결정)'를 제출하고 2009. 10. 8.경 '증권신고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주를 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑤상피고인 1, 2는 2009. 10. 19.경 '[정정]회사합병결정'을 공시하고, '[정정]주요사항보고서'를 제출하고, 2009. 10. 20.경 '[정정]증권신고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주 1,267,414주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑥상피고인 1, 2는 2009. 11. 3. '[정정]회사합병결정'을 공시하고 '[정정]주요사항보고서' 및 '[정정]증권신고서(합병)'를 제출하고, 2009. 11. 11. '투자설명서'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주 1,179,817주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑦상피고인 1, 2는 2009. 12. 31. '증권발행실적보고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 취득할 합병신주 중 1,179,817주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실을 인정한 후, 상장회사가 비상장회사와 합병한 후 배정할 합병신주 중 어느 정도의 수량을 보호예수할 것인지는 합병 후 주가에 직접적 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을

미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당하고, 상피고인 1, 2가 차명으로 공소외 5 주식회사를 인수하여 유상증자한 후 합병하면서 보호예수 수량을 거짓 기재함으로써 매각제한규정을 회피한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위' 및 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들[다만 아래 (3)의 (가)항(판결문 99쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 6은 상피고인 1에게 4억 원을 대여한 것이 아니라 공소외 16을 소개하여 공소외 16으로 하여금 4억 원을 대여하도록 하였다]과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 6, 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

한편 자본시장법 제178조 제1항 제2호, 제3호 및 제2항은 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 추상성을 고려하여 부정거래유형을 보다 구체적으로 규정하기 위하여 마련된 것으로 상호 유기적인 관계를 가지는 만큼 자본시장법 제178조 제1항 제2호에 해당하는 부정거래행위에 대하여 그 근간이 되는 규정인 자본시장법 제178조 제1항 제1호도 동시에 적용할 수 있다고 본 원심의 판단에 피고인 6의 주장과 같은 잘못이 있다고 볼 수 없다(더구나 원심은 피고인 6의 범행에 대하여 포괄하여 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호를 적용하였고, 이를 실체적 경합의 관계에 있다고 판단하지 않았다).

(2) 피고인 5, 12, 13의 공모 여부

(가) 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심의 인정사실과 원심이 적절하게 기재한 여러 가지 사정들을 종합하여 보면, 원심이 피고인 13, 12, 5가 상피고인 1 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 5 주식회사 유상증자에 참여하고 그 차명으로 인수된 공소외 5 주식회사 주식에 합병신주가 배정되면 이를 담보로 제공받는다라는 인식 하에 공소외 5 주식회사 유상증자 대금과 함께 피고인 13의 경우 본인과 공소외 15 명의, 피고인 12의 경우 본인 명의, 피고인 5의 경우 공소외 48 명의를 빌려주었다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고인 5, 12, 13의 주장과 같은 사실오인의 잘못이 없다.

(나) 그런데 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ① 피고인 5, 12, 13은 상피고인 1이 수립한 부정한 계획의 구체적 내용에 대해서 까지 알고 있었던 것으로는 보이지 않는 점, ② 피고인 5, 12, 13의 주된 목적은 상피고인 1에게 자금을 대여하면서 충분한 가치를 가지는 담보를 취득하는데 있었던 점, ③ 피고인 5, 12, 13이 공소외 5 주식회사 주식의 차명 취득이나 공소외 5 주식회사와 공소외 8 주식회사의 합병과정에 적극적으로 가담한 사실도 없는 점 등을 종합하면 피고인 5, 12, 13이 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였다고 보기는 어렵다.

따라서 피고인 5, 12, 13이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단한 원심판결은 공동정범의 법리를 오해한 잘못이 있다.

(다) 그러나 위 (가)항에서 인정한 것처럼 피고인 5, 12, 13은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 인식하면서도 그 범행에 이용할 자금과 차명을 제공하였고, 이를 통하여 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 하였다고 할 것이므로 방조의 죄책은 부담한다고 봄이 옳다.

(3) 피고인 6의 공모 여부

(가) 원심은, 피고인 6이 직접 피고인 1에게 4억 원을 대여하였다는 공소사실을 인정하였다.

그러나 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 2009년 9월경 상피고인 1로부터 10억 원 정도를 공소외 5 주식회사와 공소외 8 주식회사 합병에 투자 또는 대여하여 줄 것을 요청받았으나 자금이 부족하여 피고인 6이 대표이사로 재직 중이던 공소외 49 주식회사의 2대 주주인 공소외 16에게 대여 또는 투자를 권유한 사실, 공소외 16은 상피고인 1에게 4억 원은 대여하고, 6억 원은 투자하되, 투자금 중 1억 원은 피고인 6 명의로, 나머지 1억 원은 공소외 49 주식회사의 명의로 투자하기로 한 사실, 상피고인 1은 피고인 6을 통하여 공소외 16이 투자 및 대여를 하게 된다는 말을 전해들은 사실, 실제로 당시 작성된 4억 원에 관한 금전소비대차계약서의 대여인란에는 대여인이 '공소외 16'으로 기재되어 있고, 공소외 16이 자신의 성명 옆에 날인한 사실, 공소외 16은 위 금전소비대차계약을 작성한 후 2009. 9. 28.경 상피고인 1 측에서 차용인으로 내세운 공소외 14 주식회사의 계좌에 직접 인터넷뱅킹 방식으로 4억 원을 입금한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 6은 상피고인 1이 공소외 16으로부터 4억 원을 차용할 수 있도록 소개하였을 뿐 본인이 직접 4억 원을 대여한 것은 아니라고 할 것이므로, 이러한 사실인정을 바탕으로 하여 피고인 6이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 판단한 원심판결에는 사실오인으로 인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(나) 그런데 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심이 들고 있는 여러 가지 사정들, 여기에다가 위 소비대차 약정에 따르면 상피고인 1 측이 마련한 공소외 50, 51 명의로 공소외 5 주식회사의 주금을 납입하여 그 주식을 담보로 제공하고, 합병 후 주식이 나오면 이를 공소외 16에게 제공하기로 되어 있었던 점 등을 종합하면 피고인 6은 상피고인 1 등의 범행을 인식하면서도 상피고인 1이 공소외 16으로부터 범행 자금을 차용할 수 있도록 도움을 주었다 할 것이다.

나아가 당심 및 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 상피고인 1 측에서 작성한 위 금전소비대차계약서(수사기록 9권 5722쪽)나 그 부속약정서(수사기록 9권 5726쪽) 초안에 대하여 일부 문구를 수정하고 상피고인 1에게 담보로 제공될 주식이 보호예수에 걸리지 않도록 보장할 것을 확인·요구하는 등 공소외 16의 대여 과정에 적극적으로 개입한 사실이 인정되므로, 피고인 6은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 한 사람으로서 방조의 죄책을 부담한다고 봄이 옳다(피고인 6의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 피고인 6이 상피고인 1의 자금 차용 과정에서 공소외 16을 소개하여 상피고인 1 등의 범행을 용이하게 한 것으로 범죄사실을

변경하여 인정한다).

(4) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

원심은, 피고인 12, 13이 상피고인 1, 2, 11에게 자금 및 차명을 제공하여 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고, 그 이익액을 피고인 12는 2,897,043,240원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 12의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 2,980,584주의 평가액 8,897,043,240원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 6,000,000,000원)으로, 피고인 13은 1,689,942,377원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 13의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 1,738,674주의 평가액 5,189,942,377원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 3,500,000,000원)으로 각 산정하였다.

그러나 위 XI.1.가(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼, 피고인 12, 13이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 위반행위로 인한 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야 하는데, 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없으므로 결국 피고인 12, 13이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

따라서 이 부분 원심판결은 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 4, 7의 사기적 부정거래행위 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 4는 상피고인 1과의 약정을 통하여 원본의 손실 가능성이 전혀 없는 상품을 취득한 것으로 실질적으로는 금전 소비대차에 해당하므로 피고인 4의 행위 역시 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 사기적 부정거래행위에 해당한다.

(2) 판단

원심은, ①상피고인 5, 6으로부터의 자금차입의 경우 각 금전소비대차계약서가 작성된 것과는 달리, 피고인 4의 경우 ' 피고인 4가 공소외 5 주식회사가 발행하는 신주 8만 주를 인수한다'는 내용의 신주인수계약서(수사기록 9권 5537쪽)가 작성된 점, ②피고인 7은 원심법정에서, 처음에 피고인 4에게 유상증자 참여를 권유하였는데, 피고인 4가 "10억 원을 투자하는 대신 투자금액의 20%를 확정수익으로 보장하고, 투자기간을 4개월로 하고, 공소외 8 주식회사와 합병이 5개월 이상 지연되면 총 투자금액의 50%를 더하여 재매입하고, 투자원금 및 위 확정수익의 지급 보장을 위하여 공소외 2 주식회사, 공소외 8 주식회사, 공소외 5 주식회사가 발행하는 약속어음을 담보로 제공하고, 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사의 이사회에서 투자원금 및 확정수익금에 대한 연대보증 및 담보제공으로 하기로 하는 결의를 득한 이사회 의사록과 법인인감증명서, 각 이사의 인감증명서를 갖고 오라."고 함에 따라

상피고인 1에게 위 조건에 대한 허락을 받고 피고인 4와 신주인수계약을 작성하게 되었고, 빌린다는 이야기를 하거나 금전소비대차계약을 작성한 사실은 없다고 진술한 점, ③상피고인 1은 원심법정에서, 피고인 7에게 "유상증자대금 180억 원 중 10억 원 내지 20억 원이 모자라는데 유상증자에 참여할 자를 물색해오라."고 지시한 후, 피고인 7의 소개로 피고인 4와 계약조건에 관하여 합의하였고, 이후 계약서 작성 당시에는 참여하지 않고 상피고인 2로부터 피고인 4가 작성해 온 신주인수계약서 초안 상의 계약조건이 피고인 4와 사전에 합의한 대로 '4개월 동안 이자가 월 5%이고 5개월부터는 10%'로 되어있는 사실을 전화로 확인하고 계약체결을 지시하였으며, 계약서 형식은 실무자들이 알아서 한 것이고, 검찰에서 10억 원을 빌려온 것이라고 진술한 것은 본인의 입장에서 월 5천만 원의 이자를 지급하는 것이고 계약서를 보지 못했기 때문에 대여라고 진술한 것이고, 당시 증자대금 10억 원이 들어왔는지가 중요했을 뿐 그 성격에 대해서는 관심이 없었다는 취지로 진술한 점, ④상피고인 2는 원심법정에서, 본인이 수사기관에 제출한 공소외 5 주식회사 유상증자 주식내역에 '장회장(피고인 4) 10(차입)'이라고 기재된 이유에 대하여, 위 내역표는 검찰조사 시 공소외 5 주식회사 유상증자 건에 대해 항목별로 구체적으로 작성해서 제출해 달라고 하여 작성하여 제출한 것인데, 위와 같이 기재한 것은 증자 당시 또는 그 후에 상피고인 1이나 피고인 7로부터 피고인 4는 '차입'이라고 들은 것 같아 그렇게 정리하여 제출한 것이라고 진술한 점, ⑤피고인 4는 자신이 제공한 공소외 52, 53 명의로 신주를 배정받아서 그 증권계좌와 도장을 스스로 관리하였고, 배정받은 주식을 스스로 처분한 점 등을 종합해볼 때, 상피고인 1, 2나 피고인 7의 위 수사기관에서의 각 진술 등은 상피고인 1 등의 입장에서 위 자금의 성격을 대여금이라고 생각하였기 때문에 그러한 내용으로 진술된 것으로 보이고, 위 신주인수계약서상 확정수익 보장 및 매매입 약정 규정에 따라 결과적으로 사실상 대여계약과 유사한 효과가 발생한다고 하여 위 신주인수계약서의 문언 및 형식이 허위에 불과할 뿐 실질적으로는 대여계약에 해당한다거나 신주의 소유권 및 처분권이 상피고인 1에게 귀속한다고 볼 수는 없으며, 달리 상피고인 1 등이 피고인 4로부터 10억 원을 차입하였음을 인정할 만한 증거가 없다고 보아 피고인 7, 4가 상피고인 1, 2, 11의 사기적 부정거래행위에 가담하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13의 위반행위로 얻은 이익액 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 4, 5, 6, 7, 12, 13은 피고인 1의 범행에 대한 인식, 용인에 그치지 않고 공동의 의사로 사기적 부정거래행위를 하기 위하여 일체가 되어 피고인 1의 행위를 이용하여 자신의 의사를 옮기는 정도에 이르렀다고 보아야 하며, 공모의 범위에 있어서도 위 피고인들 사이에 '부정한 합병신주 취득 행위'에 대한 순차적, 암묵적인 공모가 이루어졌다.

따라서 위 피고인들이 위반행위로 얻은 이익액은 합병신주의 상장 전일 종가를 기준으로 하여 산정한 8,491,403주의 가치 25,346,837,955원에서 공소외 5 주식회사 주식 인수대금 17,064,954,800원을 공제한 8,281,883,155원으로 보아야 한다.

(2) 판단

피고인 4, 7이 피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 가담하였다고 볼 증거가 충분하지 않음은 위 가의 (2)항(판결문 102쪽)에서 판단한 것과 같다.

또 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도, 피고인 5, 6, 12, 13이 피고인 1, 2, 11의 전체적인 범행에 가담하였거나 또는 피고인 1이 자신들로부터 각자 차용한 자금 외의 나머지 인수자금 및 유상증자 자금을 관하여도 차명을 사용하고 보호예수에 걸리는 지분 표시를 허위로 공시한다는 점을 인식하였다고 보기 어렵다.

따라서 공범의 성립범위를 한정한 원심판결은 정당하고[다만 위 1.나(2)항(판결문 98쪽) 및 (3)항(판결문 99쪽)에서 판단한 것처럼 피고인 5, 6, 12, 13은 방조범으로서의 책임만 부담한다], 거기에 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 직권판단

원심은, 피고인 1, 2, 5, 6, 11이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고, 그 이익액을 피고인 1, 2, 11의 경우 7,799,042,615원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 산정한 피고인 1, 2, 11이 취득한 7,994,639주의 가치 23,863,997,415원 - 공소외 5 주식회사 주식 1,287,476주의 인수대금 16,064,954,800원)으로, 피고인 5의 경우 241,423,255원(=위 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 5의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 248,383주의 평가액 741,423,255원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 500,000,000원), 피고인 6의 경우 193,134,425원(=위 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 6의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 198,705주의 평가액 593,134,425원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 400,000,000원)으로 각 산정하였다.

그러나 위 XI.1.가(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼 검사가 제출한 모든 증거를 종합하여도 위와 같이 매각제한을 받지 않는 합병신주의 취득으로 얻은 이익액을 산정할 수 없으므로 이 부분 원심판결은 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

XIII. 결론

그렇다면 원심판결 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 부분의 경우 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있고, 나아가 원심판결에는 위에서 판단한 것처럼 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있으므로 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】I. 공소장 변경에 따른 직권판단

검사는 당시에 이르러 원심의 심판대상이었던 공소사실 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 일부 공소사실을 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하는 결정을 고지함으로써 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들의 심판대상이 변경되었다[다만 이 법원은 피고인 1의 2010. 3. 12.자 피해자 공소외 8 주식회사에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 공소사실에 대하여 2011. 4. 12. 공소장변경을 허가하였으나 2011. 6. 2. 위 공소장변경허가결정을 취소하고 이를 불허하는 결정을 하였다.

따라서 이 부분은 이 법원의 심판대상에서 제외된다.

원심판결 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 부분은 심판대상의 변경으로 인하여 더 이상 유지될 수 없다.

그러나 공소사실이 변경되지 않은 부분에 대한 피고인 1, 5, 6, 12, 13 및 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이다.

이에 대하여는 변경된 공소사실에 대한 주장과 함께 아래에서 판단한다.

II. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

피고인 1은, 사실은 투자금에 대한 손실보상 조건을 이행할 의사나 능력이 없으면서도, 2003. 7. 23.경 피고인 1의 지인인 상피고인 7을 통하여, 피해자 공소외 1에게 "5억 원을 내가 지정하는 주식에 투자하여 월 10% 이상의 수익이 발생할 경우 그 수익금을 그대로 가져가고 투자 손실이 발생하더라도 투자 원금은 물론 원금의 10%를 월 수익금으로 보전하여 주겠다.

"고 거짓말하여 이에 속은 공소외 1로부터 그 자리에서 5억 원이 입금되어 있는 공소외 1 명의의 증권계좌를 교부받았다.

2. 피고인 1의 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 피고인 1의 자력이나 주식보유 상황 및 공소외 1에게 손실이 발생하게 된 경위 등을 종합적으로 고려할 때 피고인 1의 편취 범의를 인정할 수 없다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ① 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주식 투자 수익금으로 사채업자들에 대한 거액의 차입원리금을 변제하고 투자자들에게 보장한 고율의 수익을 정상적으로 지급하는 것은 결국 향후 공소외 17 주식회사 주식이 급격히 상승할 경우에만 가능한 점, ② 주가는 다양한 변수에 의하여 상승 또는 하락할 수 있는 것으로서 피고인 1이 공소외 1로부터 투자를 받은 시점에서 공소외 17 주식회사 주가가 위와 같이 급격히 상승할 것이 확정적으로 예견된다고 볼 수 없는 점, ③ 피고인 1은 자신이 보유한 현금성 자산을 모두 공소외 17 주식회사 주식 투자에 투입하였고, 달리 주가 하락으로 인한 손해가 발생할 경우 약정 투자기간 내에 공소외 1에게 원금 및 약정한 수익금을 변제할 수 있을 만한 별도의 자산을 보유하고 있지 않았으며, 이후 부동산 처분 등을 통해서도 공소외 1의 손실금 및 약정수익금을 변제하지 못한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1에게 편취의 범의가 있었음을 인정할 수 있다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

- (1) 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94도2048 판결 등 참조).

사기죄는 미필적 고의에 의하여도 성립한다.

미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생가능성에 대한 인식이 있음은 물론, 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다.

이 때 그 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 행위자의 진술에 의존하지 아니하고, 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 당해 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다(대법원 2008. 1. 18. 선고 2007도8781 판결 등 참조).

한편 공소가 제기된 범죄사실의 주관적 요소인 미필적 고의의 존재에 대한 입증책임 역시 검사에게 있고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 한다.

따라서 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도12 판결 등 참조).

- (2) 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 공소외 17 주식회사의 주가가 예상과 달리 폭락할 경우 공소외 1에게 약정한 투자원금과 수익금을 지급할 만한 충분한 자력을 갖추지 못하였음은 인정된다[피고인 1은 2010. 3. 16. 검찰조사 시 공소외 1에게 원금과 수익금을 보장할 수 있는 별도의 재산을 확보하지 않은 상태에서 공소외 1로부터 투자를 받은 것은 인정한다고 진술하였다.

한편 피고인 1의 변호인이 참고자료로 제출한 등기부등본(공판기록 3권 1497쪽)의 기재에 의하면, 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 피고인 1의 처 공소외 18이 과천시 중앙동 67에 있는 주공아파트 (이하 1 생략)(전유면적 132.28㎡)를 소유하고 있었던 사실은 인정된다.

그러나 위 아파트에 관하여는 2002. 9. 10. 채권최고액을 276,000,000원, 근저당권자를 조흥은행, 채무자를 공소외 18로 한 제1순위 근저당권설정등기가, 2002. 10. 14. 채권최고액을 372,000,000원, 근저당권자를 조흥은행, 채무자를 공소외 18로 한 제2순위 근저당권설정등기가 각 경료되어 있었으므로 그 재산적 가치가 높다고 보이지 않는다. 또 피고인 1은 당시 공소외 19 주식회사 기업구조조정 전문회사의 대표이사로 재직하면서 위 회사의 지분 24%를 보유하고 있었다고 주장하나, 그 객관적 가치 역시 불분명하다].

- (3) 그러나 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합할 때, 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가의 상승 가능성을 만연히 믿고 무모하게 공소외 1로부터 5억 원을 투자받았는지는 별론으로 하고 사기 범행에 대한 미필적 고의가 있었다고 단정하기는 어렵다.

- ① 피고인 1이 공소사실의 발생 가능성을 용인하였다고 보는 것은 피고인 1 본인이 입을 거액의 손실까지도 용인한 것으로 보는 셈이 되어 경험칙에 부합하지 않는다.

피고인 1은 공소외 1 등으로부터 투자받은 돈이나 사채업자로부터 차용한 돈 이외에 상당한 정도의 본인 자금(다만 피고인 1의 주장과 같이 그 액수가 40억 원에 이른다고 단정할 수는 없다)을 이용하여 공소외 17 주식회사 주식을 매수하였다.

결국 공소외 17 주식회사 주가의 폭락은 바로 피고인 1 본인에게도 거액의 손실이 발생하는 것을 의미하는 상황이었다(검사가 제출한 증거를 모두 종합하여 보아도, 피고인 1이 자신의 자금으로 매수한 공소외 17 주식회사 주식에 대하여는 그 투자원금을 회수할 수 있는 별도의 안전조치를 취하여 두었다고 인정되지는 않는다). 과연 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가가 폭락하여 다른 사람들로부터 유치한 투자금은 물론이고 자신의 투자금까지도 회수할 수 없을 가능성을 그대로 용인하는 내심의 의사가 있었다고 볼 수 있는지 의문이다.

② 공소외 1이 투자원금을 회수할 수 있는 조치를 취해 두었다는 피고인 1의 변소를 쉽게 배척할 수 없다.

피고인 1은 검찰조사 이래 이 법정에 이르기까지 일관되게 투자자인 공소외 1로 하여금 원금을 회수할 수 있도록 하기 위해서 만약 공소외 17 주식회사 주가가 하락하여 원금에 미치지 못하게 되는 경우에는 공소외 1이 본인의 의사에 따라 공소외 17 주식회사 주식을 처분할 수 있도록 해당 계좌의 증권카드와 도장을 공소외 1에게 교부하였다고 주장하고 있다.

공소외 1은 피고인 1의 위와 같은 주장을 부인하고 있으나, ㉞ 당시 피고인 1로부터 부탁을 받고 공소외 1의 투자를 유치하였던 상피고인 7도 피고인 1의 주장에 부합하는 취지의 진술을 하고 있는 점, ㉟ 투자 당시 피고인 1과 공소외 1 사이에 작성된 투자약정서는 현재 남아 있지 않고 당사자들의 상반된 진술 이외에 공소외 1의 구체적인 투자조건을 확정할 수 있는 다른 객관적 증거가 제출되지 않은 점, ㊱ 특히 공소외 1은 자신의 후배 소개로 피고인 7을 알게 되어 피고인 1과 처음으로 거래를 한 것이고 그 투자금 액수가 5억 원에 이르는데도 피고인 1이 투자원금 및 수익금 보장 약정을 이행하지 않을 경우에 대비하여 별도의 담보를 제공받지 않은 점(아래에서 보는 것처럼 피고인 1이 공소외 20 명의의 주식을 공소외 1에게 담보로 제공한 시점은 공소외 17 주식회사 주가가 폭락한 직후인 2003년 9월 중순경이다) 등을 고려할 때 피고인 1의 주장이 허위라고 단정할 수는 없다.

피고인 1의 주장처럼 공소외 1 본인의 의사에 따라 투자원금을 회수하거나 손실을 줄일 수 있는 가능성이 있었다면 피고인 1이 공소외 1의 투자금을 편취할 의사가 있었다고 보기는 어렵다.

③ 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가의 폭락을 예견하기는 어려운 상황이었다.

공소외 17 주식회사 주가는 2003. 4. 18. 9,320원이었으나 점진적으로 상승하여 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자 받을 당시에는 11,000원 대에 이르렀고, 그 후 주가가 계속 상승하여 2003. 8. 19.에는 15,800원이 되었다.

그러나 2003. 9. 7. ○○○와 공소외 17 주식회사 컨소시엄의 인수합병 협상이 갑자기 중단되었고, 이에 따라 ○○○ 파산사건을 담당하던 재판부에서 공소외 17 주식회사 컨소시엄에 대한 우선협상 대상자 선정을 취소하기에 이르

자 공소외 17 주식회사 주가는 폭락하였다.

주가가 원래 다양한 변수에 의하여 상승 또는 하락할 수 있음을 고려하더라도 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시에는 공소외 17 주식회사 주가가 장기간 동안 꾸준한 상승세를 보여 왔고, 공소외 1의 투자 당시 이미 공소외 17 주식회사 컨소시엄과 ○○○의 인수합병 협상이 난항을 겪고 있었다는 등의 특별한 사정이 존재하거나 나아가 이러한 사정을 피고인 1이 알고 있었음을 인정할 만한 증거도 없는 이상, 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가가 단기간에 폭락할 것을 예견할 수 있었다고 보기는 어렵다.

④ 공소외 1의 투자금은 당초 약정대로 공소외 17 주식회사 주식의 매수에 모두 사용되었다.

피고인 1은, 공소외 1이 투자한 5억 원에다가 공소외 1에 대한 약정 수익금 중 1개월분에 해당하는 5천만 원을 더하여 5억 5천만 원 상당의 공소외 17 주식회사 주식을 매수하였고, 공소외 1의 위 투자금을 유치 당시 목적과는 다르게 사용하였다고 인정할 만한 증거는 없다.

⑤ 피고인 1은 공소외 1의 피해 회복을 위해서 노력하였다.

피고인 1은 공소외 17 주식회사 주가가 하락하자 공소외 1의 요구에 따라 2003년 9월 중순경 공소외 20 명의 주식계좌 내 유가증권을 공소외 1에게 담보로 제공하였는데, 당시 위 계좌에는 공소외 17 주식회사 주식 64,190주, 공소외 21 주식회사 주식 4,300주가 입고되어 그 잔고 평가금액이 657,024,000원에 이르렀다(다만 공소외 20은 2003. 4. 22. 제일화재해상보험으로부터 5억 원을 대출받으면서 위 계좌 내 예치금 및 유가증권에 대하여 질권자를 제일화재해상보험, 질권설정금액을 6억 5천만 원으로 한 질권을 설정하여 주었는데, 제일화재해상보험은 공소외 17 주식회사 주가의 하락으로 인하여 약정 담보비율이 유지되지 않자 2003. 10. 27.경 위 계좌에 있던 주식들을 매도하여 그 매도대금으로 다음 날 위 대출금채무의 변제에 충당하였다.

그러나 피고인 1이 공소외 20 명의의 위 주식계좌 내 유가증권을 공소외 1에게 담보로 제공할 당시 이미 위 유가증권이 제일화재해상보험에게 담보로 제공된 상태에 있었음을 알았다고 인정할 만한 증거는 없다).

또 피고인 1은 공소외 17 주식회사 주식을 처분하여 공소외 1에게 2억 7천만 원 정도를 변제하였고, 공소외 1의 요구에 따라 2004. 7. 9. 원금 3억 1천만 원과 이에 대한 월 5% 이자를 지급하겠다는 취지의 이행각서를 작성하여 공증하여 주었다.

나아가 공소외 1의 요청에 따라 공소외 1로 하여금 2005년부터 2007년까지 사이에 피고인 1 본인이 추진 중인 유상증자 등에 투자할 수 있는 기회도 여러 번 제공하였다.

특히 그중 공소외 22 주식회사에 대한 투자에 있어서는 공소외 1이 2007년 7월경 신주인수권부 사채 5억 원 상당을 주당 3,500원에 인수하여 2009년 주당 6,000원에 매도함으로써 약 3억 5,700만 원의 이익을 취득하기도 하였다.

한편 피고인 1은 공소외 1을 상대로 하여 위 2004. 7. 9.자 공정증서의 집행력을 배제하기 위하여 서울중앙지방법원 2009가합29491호로 청구이의의 소를 제기하였다.

위 소송은 2010. 1. 7. 조정에 갈음하는 결정이 확정됨으로써 종결되었는데, 피고인 1은 위 결정에서 지급의무를 부과한 8억 2천만 원 중 4억 원을 공소외 1을 위하여 공탁하였다.

4. 소결론

결국 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하고, 사기죄에 있어서 미필적 고의에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

Ⅲ. 법인가금 사용으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 등 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 차용금채무 일시 변제 후 재대여 행위 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 2 주식회사의 분기말 단기대여금 액수를 줄이기 위하여 일시적으로 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무 변제 명목으로 입금된 돈을 다시 대여한 각 자금인출행위(별지 범죄일람표 1 순번 22번, 23번, 25번, 26번, 48번 내지 50번, 65번, 67번, 70번)는 이미 단기대여금으로 인출된 돈에 대하여 일시적으로 변제한 것으로 회계처리하였다가 다시 단기대여금으로 인출한 것에 불과하여 실질에 있어서 대환대출과 다를 바 없다.

따라서 횡령의 범의를 인정하기 어렵고, 새로운 법익침해도 없다(항소이유서 제출기간이 지나서 제출된 항소이유 보충서나 변호인의견서에 기재된 내용은 항소이유를 보충하는 범위에서만 판단한다.

이하 같다).

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 상피고인 12, 13으로부터 금원을 빌려서(변호인이 항소이유보충서에서 주장하는 것처럼 공소외 2 주식회사가 위 차용금에 대한 채무자라고 인정되지는 않는다) 이를 공소외 6 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무의 변제 명목으로 공소외 2 주식회사에 입금한 사실, 피고인 1은 그 후 공소외 2 주식회사 자금을 별지 범죄일람표 1 순번 22번, 23번, 25번, 26번(13억 원 중 10억 원), 48번 내지 50번, 65번, 67번, 70번 각 기재와 같이 공소외 3 주식회사 등에 대한 단기대여금 명목으로 인출한 후 이를 상피고인 12, 13에 대한 자신의 차용금채무 변제에 사용한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 피고인 1이 상피고인 12, 13으로부터 차용한 금원이 공소외 6 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무의 변제 명목으로 일단 공소외 2 주식회사에 귀속된 이상 이는 공소외 2 주식회사의 자본이 되는 것이고, 그 후 피고인 1이 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사의 자금을 공소외 3 주식회사 등에 대한 단기대여금 명목으로 임의로 인출하여 이를 피고인 1 본인이 상피고인 12, 13에 대하여 부담하는 차용금채무의 변제에 사용한 것은 공소외 2 주식회사에 대한 별개의 횡령행위로서 새로운 법익침해 행위에 해당한다(피고인 1의 변호인이 들고 있는 대법원 판례는 이 사건과는 사실관계를 달리하는 사안에 대한 것으로 이 사건에서 원용할 수는 없다).

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 공소외 3 주식회사 경비 지급 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금에서 대여금 명목으로 인출하여 공소외 3 주식회사에 지급한 각 행위[별지 범죄일람표 1 순번 13번, 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번, 39번, 53번(3억 원 중 2억 원), 58번(3억 7천만 원 중 1억 1,200만 원, 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지 범죄일람표 2 순번 1번, 4번, 7번, 10번]의 경우 피고인 1의 경영상 판단에 따른 정상적인 계열사 지원행위이므로 불법영득의사를 인정할 수 없다.

(2) 판단

(가) 원심의 판단

원심은 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사는 물론이고 공소외 3 주식회사 역시 피고인 1에 의하여 실질적으로 운영되는 회사이므로 공소외 3 주식회사가 공소외 2 주식회사나 공소외 4 주식회사에 대하여 독립적인 의사결정 체계 및 협상능력을 가진 대등하고 대립적인 대여계약의 상대방으로 보기는 어렵다는 등의 이유를 들어 위 (1)항 기재 각 자금인출행위는 명목상 대여로 회계처리한 것에 불과하고, 따라서 업무상횡령죄가 성립한다고 판단하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사에서 대여금 명목으로 공소외 3 주식회사에 지급된 금원 중 별지 범죄일람표 1 순번 13번(3억 원 전액), 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번(7천만 원 전액), 39번(2억 5천만 원 전액), 53번(3억 원 중 2억 원), 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지 범죄일람표 2 순번 1번(3억 원 전액), 4번(3억 원 전액), 7번(1억 5천만 원 전액), 10번(5천만 원 전액) 기재 각 금원의 경우 피고인 1의 주장과 같이 실제로 공소외 3 주식회사 소속 직원 급여지급 등 공소외 3 주식회사의 운영비로 사용된 사실(다만 피고인 1의 주장과 같이 별지 범죄일람표 1 순번 58번 기재 3억 7천만 원 중 1억 1,200만 원이 공소외 3 주식회사의 운영비로 사용되었다고 인정되지는 않는다), 공소외 3 주식회사는 페이퍼컴퍼니가 아니고 탄소나노튜브 응용제품의 연구 및 개발을 위하여 2008년 1월 설립된 법인으로서 위 각 금원의 입금 당시 안성시에 공장과 연구시설을 갖추고 그 사업목적에 따른 실질적 활동을 하고 있었던 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 대여금 명목으로 공소외 3 주식회사에 입금된 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 자금 중 적어도 실제로 공소외 3 주식회사를 위하여 사용된 금원부분에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 진정한 소비대차약정에 따른 금원 지급이라고 보는 것이 경험칙에 더 부합하는데(공소외 3 주식회사가 피고인 1의 의사에 따른 자금 집행을 위하여 단순한 자금의 이동통로로 이용된 경우도 있다고 하여 공소외 3 주식회사에 입금된 돈 전체의 성격을 동일하게 평가하는 것은 논리적 비약이다), 검사가 제출한 증거만으로는 위 각 금원의 지급이 소비대차약정에 따른 것이 아니라고 단정할 만한 특별한 사정을 인정하기에 부족하다.

결국 이 부분 범죄사실에 대하여 업무상횡령죄의 성립을 인정한 원심은 사실을 오인하거나 업무상횡령죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

- 2) 그런데 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 사정을 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 수 없다.

이러한 이치는 그 타인이 자금대여회사의 계열회사 또는 관계회사라고 하여 달라지지 않는다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6982 판결 등 참조).

더구나 회사의 경영상의 부담에도 불구하고 관계회사에 자금을 지원하는 것이 회사의 신인도를 유지하고 회사의 영업에 이익이 될 것이라는 일반적·추상적인 기대 하에 일방적으로 관계회사에 자금을 지원하게 하여 회사에 손해를 입게 한 경우 등에는 관계회사에 대한 자금지원에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내린 것이라고 볼 수 없다.

따라서 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라고 할 수도 없다(대법원 2007. 10. 11. 선고 2006다33333 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 공소외 3 주식회사에 대한 위 1)항 기재와 같은 각 자금 지원에 대하여 이사회결의 등 공소외 2 주식회사나 공소외 4 주식회사의 내부 검토 절차를 거치지 않은 채 자신의 독자적인 판단에 의하여 결정한 사실, 그 대여금액이 합계 20억 8천만 원(= 공소외 2 주식회사 12억 8천만 원 + 공소외 4 주식회사 8억 원)에 이르는 거액인 사실 및 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사에서 자금을 지원한 2008년과 2009년에는 공소외 3 주식회사가 설립된 지 얼마 되지 않아 별다른 매출이 없는 상황이었으므로 대여금의 회수 여부가 불분명하였던 사실(실제로 피고인 1에 대한 검찰조사가 진행될 때에도 위 대여금은 회수되지 않은 것으로 확인되었다)이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 피고인 1이 공소외 3 주식회사로부터 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금을 공소외 3 주식회사의 운영비로 대여한 행위는 업무상배임죄에 해당한다(피고인 1에 대한 업무상횡령의 공소사실과 그 동일성이 인정되고 피고인 1의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 공소장변경 없이 업무상배임죄를 인정한다).

한편 원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 피고인 2, 3에 대한 부분은 직권으로 피고인 1과 동일하게 업무상배임죄로 변경하여 인정한다).

다.

협력회사 단기대여금 관련 주장에 대한 판단

- (1) 항소이유 요지

별지 범죄일람표 1 순번 32번, 별지 범죄일람표 2 순번 8번, 9번, 12번 기재 각 자금인출행위는 사업상 협력업체인 공소외 23 주식회사나 피고인 1이 당시 인수합병을 추진하고 있던 공소외 24 주식회사에 대여하기 위한 것이었다. 당시 피고인 1은 공소외 23 주식회사나 공소외 24 주식회사가 자금 상환 능력을 충분히 갖추고 있다고 판단하였고 실제로 원리금이 모두 변제되었으므로 단지 담보를 제공받지 않고 금원을 대여하였다는 사실만으로 업무상배임죄의 죄책을 물을 수는 없다.

(2) 판단

배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니다(대법원 2000. 12. 8. 선고 99도3338 판결 등 참조).

여기에서 위 나.(2)(나)의 2)항(판결문 23쪽)에 기재한 업무상배임죄에 관한 법리를 함께 고려하면, 피고인 1이 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 공소외 23 주식회사나 공소외 24 주식회사에 만연히 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 자금을 대여해 준 행위는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 업무상배임죄가 성립한다.

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

라. 공소외 5 주식회사 자금을 통한 변제와 인출행위 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

공소외 8 주식회사 등 모회사나 계열사 및 관계회사들의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무를 변제하기 위하여 공소외 5 주식회사 자금을 공소외 2 주식회사에 지급한 각 행위(별지 범죄일람표 3 순번 1번 내지 4번)가 횡령죄에 해당한다면 그 후 피고인 1이 공소외 2 주식회사에 입금된 돈을 곧바로 인출하였다고 하더라도 이는 단일한 범의 하에 횡령의 범죄로 취득한 돈을 사용한 것에 불과하므로 새로운 범의침해가 있다고 보기 어렵다.

원심은 불가벌적 사후행위 또는 횡령죄의 죄수에 관한 법리를 오해하였다.

(2) 판단

공소외 2 주식회사와 공소외 5 주식회사는 별개의 법인으로서 공소외 5 주식회사의 자금을 임의로 인출하여 업무상횡령죄가 성립하였더라도 그 인출된 자금이 공소외 8 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무를 변제하기 위하여 공소외 2 주식회사에 입금된 이상 위 금원은 일단 공소외 2 주식회사에 귀속되어 공소외 2 주식회사의 자본이 되는 것이고, 이를 다시 페이퍼컴퍼니 등에 대한 단기대여금 명목으로 공소외 2 주식회사로부터 임의로 인출한 행위는 공소외 2 주식회사에 대한 별개의 횡령행위로서 새로운 범의를 침해한 경우에 해당한다.

또 공소외 5 주식회사에 대한 업무상횡령죄와 공소외 2 주식회사에 대한 업무상횡령죄는 피해자를 달리하는 별개의 범죄로서 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것이므로 같은 전제에 선 원심판결은 옳다.

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

주식회사는 주주와 독립된 별개의 권리주체로서 그 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로 회사 소유의 재산을 주주나 대표이사가 제3자의 자금 조달을 위하여 담보로 제공하는 등 사적인 용도로 임의 처분하였다면 횡령죄의 죄책을 면할 수 없고, 사후 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있더라도 불법영득의 의사를 인정함에 지장이 없다.

별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 기재 각 자금인출행위의 경우 비록 변제가 예정되어 있었다고 하더라도 피고인 1, 2, 3이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 법인 자금을 대표이사 및 관련자들의 공소외 25 주식회사 및 공소외 24 주식회사 지분 취득에 사용하였으므로 그 사용시점에 이미 불법영득의사가 발현되었다고 보아야 한다.

나. 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 그 판시와 같은 사실인정을 기초로 하여 별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 각 기재와 같이 인출된 자금의 경우 즉시 상환이 예정되어 있었고, 실제로 1, 2일 만에 이자를 포함한 원금이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사에 상환되었으므로, 피고인 1, 2, 3의 불법영득의사를 인정하기 어렵다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

(가) 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 없다(대법원 1983. 9. 13. 선고 82도75 판결, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도3045 판결 등 참조).

(나) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 아래의 사실이 인정된다.

1)공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1과 공소외 24 주식회사의 대표이사인 공소외 26은 2009년 10월경 공소외 2 주식회사가 상장사를 물색하여 인수한 뒤 이를 공소외 24 주식회사와 합병하여 그 합병된 상장사를 공동으로 경영하기로 합의하였다.

2)피고인 1은 피고인 12로부터 차입한 10억 원으로 2009. 11. 10. 실시된 공소외 24 주식회사 유상증자에 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 직원인 공소외 27, 28, 29, 30의 명의를 빌려 그 명의로 참여하는 방법으로 공소외 24 주식회사의 주식 50만 주를 취득하였다.

- 3) 피고인 1은 합병에 앞서 대주주의 지분 비율을 조정하는 과정에서 공소외 26의 공소외 24 주식회사 지분을 확대시키는 것이 바람직하다고 판단하여 별지 범죄일람표 1 순번 95번 기재와 같이 2009. 11. 10. 공소외 2 주식회사의 자금 22억 원을 대여금 명목으로 공소외 24 주식회사에 지급하였다.
- 공소외 24 주식회사는 위 자금으로 공소외 26에 대한 가수금 22억 원을 변제하였고 공소외 26은 위 22억 원을 10명의 차명을 이용하여 공소외 24 주식회사의 유상증자금으로 납입하였으며, 공소외 24 주식회사는 2009. 11. 11. 납입된 유상증자금 중 22억 원을 공소외 2 주식회사에 상환하였다.
- 4) 공소외 2 주식회사는 2009. 11. 17. 상장사인 공소외 25 주식회사의 지분 8.64%를 인수하였고, 공소외 25 주식회사는 2009. 11. 18. 피고인 1과 공소외 26이 실질적으로 소유하는 주식 약 57%를 인수하기로 하였다.
- 그 구체적 인수 방법으로서 피고인 1과 공소외 26은 공소외 25 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채를 인수하고, 공소외 25 주식회사는 신주인수권부사채를 발행하여 납입된 자금으로 피고인 1과 공소외 26이 실질적으로 소유하는 공소외 24 주식회사의 주식을 인수함으로써 결과적으로 공소외 24 주식회사의 일부 주식과 공소외 25 주식회사의 신주인수권부사채를 교환(스왑)하기로 하였다.
- 5) 이에 따라 공소외 25 주식회사는 2009. 12. 22. 109억 8,500만 원 상당의 신주인수권부사채를 발행하였는데, 피고인 1의 지시를 받은 피고인 3은 2009. 12. 22. 공소외 24 주식회사의 담당 직원으로부터 공소외 24 주식회사의 주인 공소외 26과 공소외 26으로 하여금 차명으로 주식을 취득하도록 명의를 제공한 공소외 31, 32, 33, 34 등 5명의 계좌정보를 받았고, 또 공소외 27, 30, 28, 29로 하여금 그들 명의로 통장을 개설하도록 한 후 그 통장, 도장, 비밀번호 등을 자신이 관리하였다.
- 6) 피고인 3은 피고인 1의 지시에 따라 2009. 12. 22. 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 18번 각 기재와 같이 공소외 4 주식회사의 자금 합계 43억 6,500만 원을 인출하여 공소외 26, 31, 32, 33, 34의 명의로 공소외 25 주식회사의 계좌에 43억 6,500만 원 상당의 신주인수권부사채 인수대금 명목으로 입금하였고, 또 별지 범죄일람표 1 순번 107번 내지 109번, 범죄일람표 2 순번 19번, 20번 각 기재와 같이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금 합계 16억 2천만 원을 인출하여 공소외 27, 30, 28, 29 명의로 공소외 25 주식회사의 계좌에 16억 2천만 원 상당의 신주인수권부사채 인수대금 명목으로 입금하였다.
- 7) 공소외 25 주식회사는 2009. 12. 24. 위 신주인수권부사채 발행대금으로 공소외 26과 피고인 1이 보유한 공소외 24 주식회사의 주식을 인수하였고, 피고인 1은 같은 날 공소외 25 주식회사로부터 공소외 27 명의의 계좌로 송금된 공소외 24 주식회사 주식 인수대금 17억 2,400만 원 중 일부로 차입원금 16억 2천만 원과 이자를 공소외 4 주식회사에 상환하였고, 공소외 26 등 계좌로 송금된 주식 인수대금 중 일부로 차입원금 43억 6,500만 원과 이자를 공소외 4 주식회사와 공소외 2 주식회사에 상환하였다.

(다) 위 인정사실에 의하면 별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 기재 각 자금인출행위는 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 대표이사 또는 실질적 운영자인 피고인 1이 자신이 추진하는 방향과 일정에 따라 공소외 24 주식회사의 인수 또는 합병을 추진하기 위한 자금을 마련하기 위하여 명목상 대여로 회계처리하는 방법으로 자금을 인출한 것에 불과하다 할 것이고, 한편 피고인 1이 자신의 독단적 판단과 필요에 따라 거액의 회사 자금을 마치 자신의 자금처럼 임의로 인출하여 사용한 점(공소외 2 주식회사 합계 32억 원, 공소외 4 주식회사 합계 49억 8,500만 원), 금전과 같은 불특정물의 경우 그 대체성으로 인하여 특정물을 일시적으로 사용하였다가 반환한 경우와 불법영득의사를 동일하게 평가할 수 없는 점 등을 고려할 때, 피고인 1과 피고인 2 또는 피고인 3이 공모하여 위와 같이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금을 인출할 당시에 불법영득의사를 갖고 있었음을 충분히 인정할 수 있다.

(라) 결국 이 부분 범죄사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄가 성립하지 않는다고 판단한 원심판결에는 업무상횡령죄에 있어서 불법영득의사의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 직권판단

가. 공소사실의 요지

피고인 1은 2008. 8. 29.경부터 공소외 2 주식회사의 대표이사로 재직하였고, 피고인 2는 2008. 6. 26.경부터 공소외 2 주식회사의 이사로 재직하면서 회계 및 재무업무를 담당하였다.

피고인 1, 2는 공모하여 2009. 4. 27. 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같이 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사의 자금 35억 원을 대여금 명목으로 공소외 6 주식회사에 지급하여 이를 횡령하였다.

나. 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같은 자금인출행위에 대하여 피고인 1, 2가 명목상 대여로 회계처리 하였을 뿐이고 임의로 공소외 2 주식회사의 자금을 인출, 사용한 경우에 해당하므로 업무상횡령죄가 성립한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

(가) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1, 2는 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같이 2009. 4. 27. 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사 자금 35억 원을 인출하여 공소외 35 주식회사가 발행한 35억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 14 주식회사 명의로 인수하였는데, 회계상으로는 위 35억 원을 공소외 14 주식회사에 단기대여금 명목으로 지급한 것으로 처리한 사실, 공소외 2 주식회사는 2009. 8. 18. 자금 조달을 위하여 공소외 4 주식회사로부터 공소외 14 주식회사 명의로 35억 원을 차용하면서 공소외 14 주식회사 명의로 인수하였던 공소외 35 주식회사 발행의 위 신주인수권부사채를 담보 명목으로 공소외 4 주식회사에 제공하였고, 다만 회계상으로는 공소외 4 주식회사가 공소외 14 주식회사에 35억 원을 대여하고 공소외 14 주식회사는 공소외 2 주식회

사에 대한 위 2009. 4. 27.자 차용금채무에 대한 변제 명목으로 35억 원을 공소외 2 주식회사에 입금한 것으로 처리한 사실 및 공소외 14 주식회사는 피고인 1이 자금지원, 조달 등의 편의를 위하여 명목상 설립한 페이퍼컴퍼니인 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 1, 2는 2009. 4. 27. 회계상 공소외 14 주식회사에 대여한 것으로 되어 있는 공소외 2 주식회사의 자금 35억 원을 가지고 공소외 2 주식회사를 위하여 같은 금액 상당의 공소외 35 주식회사 발행의 신주인수권부사채를 인수하였다고 할 것이므로 불법영득의사가 있었다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(나) 결국 이 부분 범죄사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄의 성립을 인정한 원심판결에는 업무상횡령죄에 있어서 불법영득의사의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 소결론

위에서 판단한 것처럼 원심판결 중 공소외 3 주식회사 경비 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분[별지 범죄일람표 1 순번 13번(3억 원 전액), 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번(7천만 원 전액), 39번(2억 5천만 원 전액), 53번(3억 원 중 2억 원), 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지2 순번 1번(3억 원 전액), 4번(3억 원 전액), 7번(1억 5천만 원 전액), 10번(5천만 원 전액)], 공소외 24 주식회사 인수자금 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번, 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번) 및 공소외 35 주식회사 발행의 신주인수권부사채 인수자금 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(별지 범죄일람표 1 순번 52번)에는 사실오인 또는 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

IV. 약속어음 발행 및 공증으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분에 대한 판단

당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 2009. 9. 23.경 상피고인 12로부터 60억 원을 차용하면서 피고인 2에게 지시하여 2009. 9. 24.경 피해자 공소외 8 주식회사, 공소외 2 주식회사 명의의 약속어음(액면 72억 원, 발행일 2009. 9. 25.)을 발행하여 이를 공증해 준 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실과 같이 피고인 1, 2가 피고인 1 개인의 차용금채무에 대한 담보 명목으로 공소외 8 주식회사 및 공소외 2 주식회사 명의의 약속어음을 발행·공증하여 준 행위는 회사 임원으로서의 임무에 위배하여 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사로 하여금 자신과 전혀 무관한 채무를 부담시키는 것이고, 이로 인하여 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사에 재산상 손해 발생의 위험이 초래되었다고 할 것이다.

따라서 피고인 1, 2의 위 행위는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄에 해당한다(피고인 1은 종전 공소사실에 대하여는 항소이유 제출 기간 내에 아무런 항소이유도 주장하지 않았다).

V. 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장및금융투자업에관한법률위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

- (1) 피고인 1과 공소외 7 법인의 대리인인 공소외 10이 체결한 투자수익보장약정은 투자계약에 해당하고, 당시 작성된 금전소비대차약정 공정증서는 주가 하락으로 공소외 10이 손실을 입었을 경우 집행의 편의를 위하여 작성한 일종의 통정허위표시에 불과하다.
- (2) 피고인 1이 투자수익보장약정을 체결한 동기와 경위, 공소외 2 주식회사와 코스닥시장의 주가흐름, 공소외 10의 주식 매수량 등에 비추어 볼 때 투자수익보장약정에 따라 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사의 주식을 매수하도록 한 행위가 「자본시장 및 금융투자업에 관한 법률」(이하 '법령의 적용'란을 제외하고는 '자본시장법'이라고 한다) 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종이나 자본시장법 제178조 제1항 제1호 및 같은 조 제2항에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 보기는 어렵다.
- (3) 상피고인 8에게 주가를 인위적으로 조종하라고 지시한 사실이 없고, 상피고인 8의 부탁을 받은 상피고인 9의 거래 기간 및 거래량을 고려할 때 상피고인 9의 행위가 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종이나 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 보기는 어렵다. 또 2009. 2. 10. 이후 상피고인 9의 주식거래에 대하여는 피고인 1이 전혀 관여하지 않았으므로 책임이 없다.
- (4) 2009. 2. 2.경 공소외 2 주식회사 유상증자 과정에서 일부 유상증자 자금을 차입금으로 충당한 것은 사실이다. 하지만 이는 공소외 2 주식회사의 운영자금 조달을 위한 것이었고, 피고인 1의 계산으로 유상증자에 참여하여 주식을 취득한다고 생각해 본 사실이 없으며, 제3자 배정 유상증자와 관련하여 모집된 투자금이 일부 부족한 경우 대주주가 차입금으로 유상증자를 마무리 하는 것은 거래 관행상 일반적으로 이루어지고 있다. 따라서 비록 차명으로 인수하여 보유 주식에 대한 보고의무를 위반한 위법이 있다고 하더라도 불법적인 목적으로 유상증자를 한 것이 아니라면 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 볼 수는 없다.
- (5) 피고인 1이 공소외 10과의 2차리에 걸친 투자수익보장약정을 통하여 취득하였다가 매도한 주식은 인위적인 시세조종행위로 취득한 것이 아닐 뿐 아니라 계약에 따라 2개월 내지 3개월 동안 보유하고 있다가 자연스러운 주가 등락에 따라 주식을 매도하여 차익이 발생한 것이므로 위반행위로 인하여 이익을 얻었다고 볼 수 없다.

나. 판단

- (1) 공소외 7 법인과 체결한 2008. 11. 25.자, 2009. 3. 3.자, 2009. 6. 3.자 및 2009. 10. 7.자 투자수익보장약정(이하 계약 체결 순서에 따라 1차 내지 4차로 표시한다)의 성격
- 이 부분은 아래 VI항과 XI항 부분에서도 항소이유를 판단하는 과정에서 동일하게 문제되므로 한꺼번에 판단한다. 원심은, ① 피고인 1이 공소외 10과 공소외 36으로부터 개인적으로 차용한 금원 또는 회사자금과 별도로 개인적으로 관리하는 자금으로 공소외 10과의 1차 내지 3차 각 투자수익보장약정에 따른 현금담보를 제공한 점, ② 위 각 투

자수익보장약정에 따라 작성된 제안서 등은 '연대보증인'을 계약 주체로 하고 있고, 연대보증인으로는 피고인 1과 공소외 2 주식회사(또는 공소외 8 주식회사)가 기재되었으나, 한편 위 제안서는 계약의 주체를 '공소외 2 주식회사(또는 공소외 8 주식회사)의 실질적인 대주주이자 경영권자인 연대보증인'으로 규정하고 있는데 이는 피고인 1을 의미한다고 할 것인 점, ③ 피고인 1은 검찰조사 시 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사가 계약주체로 포함된 이유에 관하여, '공소외 10이 말하기를 "어차피 구조가 자사주 매입의 형식이기 때문에 공소외 7 법인에서 공소외 2 주식회사 주식을 매입한다면 공소외 2 주식회사가 계약주체가 되어야 하고 공소외 8 주식회사 주식을 매입한다면 공소외 8 주식회사가 계약주체가 되어야 한다.

솔직히 이것은 투자의 개념이 아니라 금전대여의 개념이기 때문에 회사법인보다는 채권회수가 쉬운 피고인 1과 공소외 37한테 손실을 물을 것이다.

"고 해서 그렇게 하는 것이다'라고 진술하였고, 계약주체에 대하여 '내가 담보를 제공하고 손실도 내가 책임을 지기 때문에 내가 빌리는 것이다'라고 진술한 점, ④ 공소외 10도 이 법정에서 '계약상대방은 피고인 1 개인이고, 이 사건 거래의 본질은 실제 사주인 피고인 1 개인에게 주식매수대금 또는 유상증자 대금을 대여해주고 증인이 관리하는 계좌로 취득한 주식을 담보로 제공받는 것이며, 거래과정에서 발행한 손해 또는 수익은 모두 실사주인 피고인 1에게 귀속된다.

상대방이 회사가 아니라 개인인 것은 분명하다.

위약사항이 없는 한 회사에 소구할 일도 없기 때문에 피고인 1이 개인적으로 위약이 생겼을 경우에도 개인적으로 갚을 것으로 믿고 한 것이다'라는 취지로 진술한 점, ⑤ 피고인 1은 공소외 10이 취득한 주식에 대하여 공소외 10의 위임을 통하여 자사주 제한 없이 의결권 등을 행사하는 반면, 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사는 자사주에 대한 의결권을 행사할 수 없는 점, ⑥ 피고인 1은 공소외 10과의 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 반환받은 현금담보와 이득금을 회사에 귀속시키지 아니하고 개인적으로 관리한 점, ⑦ 2009. 10. 7. 피고인 1, 공소외 8 주식회사 명의로 체결된 4차 투자수익보장약정에 대하여, 2010. 3. 18. 피고인 1과 공소외 10 사이에 기존 연대보증인인 공소외 8 주식회사를 면책시키고, 공소외 14 주식회사와 공소외 3 주식회사를 새로운 연대보증인으로 하며, 피고인 1의 권리의무는 그대로 유지하기로 하는 내용의 합의서가 작성된 점 등을 종합적으로 고려할 때 위 각 투자수익보장약정의 실질적인 계약주체는 피고인 1 개인이라고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들과 함께 ① 피고인 1은 공소외 10으로부터 공소외 10이 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주식을 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 주식 매수내역을 지속적으로 확인한 점, ② 피고인 1은 공소외 10에게 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식을 2009. 4. 15.부터 2009. 4. 24.까지 사이에 매각하도록 지시하기도 한 점(수사기록 1권 1179쪽) 등을 고려하면 위 각 투자수익보장약정은 피고인 1이 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주가를 안정적으로 관리하기 위하여 공소외 10 또는 공소외 7 법인으로부터 자금을 차용한 금전소비대차에 해당한다고 봄이 옳다.

(2) 투자수익보장약정을 통한 시세조종행위 또는 부정거래행위 여부

(가) 현실거래에 의한 시세조종행위 여부

이 부분은 아래 VI항과 XI항 부분에서도 항소이유를 판단하는 과정에서 동일하게 문제되므로 한꺼번에 판단한다.

- 1) 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장법 부칙 제2조로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하며, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

한편 위 조항 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것일 뿐 그로 인하여 실제로 시세가 변동될 필요까지는 없고, 일련의 행위가 이어진 경우에는 전체적으로 그 행위로 인하여 시세를 변동시킬 가능성이 있으면 충분한데, 이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성과 공정성, 가장 혹은 허위매매 여부, 시장관여율의 정도, 지속적인 종가관리 등 거래의 동기와 태양 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 대하여도 동일하게 적용된다.

- 2) 원심은, ①피고인 1이 위 각 투자수익보장약정 체결 시마다 '실질적인 대주주이자 경영권자인 연대보증인(피고인 1 등)은 본인의 보증과 사전담보를 제공하고 주식매입자금을 사용하여 자사주를 매입하는 개념으로, 투자자에게 적절한 일정수익을 보장하고 장내 혹은 동시호가, 시간 외 종가에 블록으로 소액투자자의 매도물량을 인수시켜, 주가의 하락을 지연시키고 시장의 안정을 도모한다'는 취지가 기재된 제안서를 체결하고, 공소외 10에게 원금 및 확정수익을 보장하면서 공소외 7 법인 등의 명의로 위 제안서의 내용과 같이 소액투자자의 매도물량을 지속적으로 흡수하는 거래를 하였는데, 위와 같은 거래에 의하여 형성된 시세는 유가증권 시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것이 아닌 인위적으로 조작된 것으로 봄이 상당한 점, ②피고인 1이 공소외 7 법인과 체결한 1차 내지 3차 각 투자수익보장약정에 따라 공소외 10이 장내매수에 투입한 비용이 각 20억 원, 30억 원, 6억 원에 이르는 거액이고, 이를 통하여 일일 매매 거래량의 약 10%에 이르는 주식을 장내에서 매입하였으며, 특히 매수량의 약 1/3을 공소외 7 법인 등 명의의 외국인투자전용계좌를 사용하여 매수한 점, ③피고인 1이 공소외 10과 체결한 4차 투자수익보장약정의 경우, 피고인 1은 상피고인 2를 통하여 공소외 10 측에 주식매수청구 방어를 위하여 적극적으로 고가·대량매수를 해 줄 것을 요청하였고, 공소외 10도 이를 수락함에 따라, 단 4일의 거래일 동안 30억 원에 이르는 주식을 매수하였고, 위 거래내역에서 별지 범죄일람표 4의 1 내지 3 각 기재와 같이 고가매수, 물량소진 주문, 허수매수 주문 형태의 시세조종성 주문이 발견되는 점, ④피고인 1은 4차 투자수익보장약정 체결과 동시에 상피고인 10, 8을 통하여 공소외 8 주식회사 주식에 대한 시세조종행위를 하였는데, 이를 포함한 시세조종성 거래는 별지 범죄일람표 7 기재와 같이 모두 219회, 339,225주에 이르고, 위 기간 매매관여율이 42.5%, 호가관여율이 합계 8.9%에 이르며, 이에 따라 공소외 8 주식회사 주가가 3,800원대에서 4,200원대로 상승한 점, ⑤ 위 각 투자수익보장약정은 결국 일정액의 현금담보를 공소외 10에게 지급하여 공소외 10으로 하여금 그 현금담보 금액의 3배

에 해당하는 주식을 매입하게 하는 것으로서, 기본적으로 적은 돈으로 많은 양의 주식거래를 일으키는 것이므로 그로 인한 주식거래는 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 것으로 보일 여지가 충분한 점, ⑥피고인 1은 공소외 10로부터 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 매수내역을 지속적으로 확인한 점, ⑦피고인 1 스스로도 위 각 투자수익보장약정에 관하여 주가하락 방지의 목적이 있었음을 인정하고 있는 점 등을 종합할 때 피고인 1이 매매를 유인할 목적으로 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래를 한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

- 3) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 2)항과 같은 사정들을 위 1)항의 법리에 기초하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고(다만 VI항에서 판단하는 것처럼 3차 투자수익보장약정을 통한 공소외 2 주식회사 주식매수행위에 대하여는 현실거래에 의한 시세조종행위로 판단하지 않는다), 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(나) 부정거래행위 여부

- 1) 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제1호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 부당한 이득을 얻기 위하여 고의로 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하거나 위계를 쓰는 행위를 금지하고 있다.

여기서 '위계'는 거래 상대방이나 불특정 투자자를 기망하여 일정한 행위를 유인할 목적의 수단, 계획, 기교 등을 말하는 것이고, '기망'은 객관적 사실과 다른 내용의 허위사실을 내세우는 등의 방법으로 타인을 속이는 것을 의미한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009도6411 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제178조 제2항에 규정된 '위계'를 해석함에 있어서도 동일하게 적용된다.

- 2) 원심은, ①공소외 10이 위 각 투자수익보장약정에 따라 투자 위험 없이 주식을 매수하는 것임에도 불구하고, 공소외 7 법인 등의 해외계좌와 자신이 관리하는 국내계좌들을 이용하여 자신이 직접 투자위험을 감수하고 주식을 매수하는 것처럼 주식을 장내에서 매수하였는데, 이로 인하여 일반투자자들은 공소외 10의 주식매수로 인하여 늘어난 거래량과 주식의 시세를 정상적인 거래량과 시세로 오인하였을 것으로 보이는 점, ②피고인 1은 공소외 37로부터 공소외 10을 홍콩회사인 공소외 7 법인의 대리인이라고 소개받아서 위 회사가 외국회사임을 인식하고 있었고, 공소외 10과 위 각 투자수익보장약정을 체결할 경우 일부를 외국인 명의 계좌로 매수한다는 점도 알고 있었던 점, ③실제로 공소외 10은 일정 부분은 공소외 7 법인 등의 외국인투자전용계좌로 주식을 매수하였던 점, ④ 위와 같이 외국인이 국내증권사의 계좌를 이용하는 경우에는 외국인이 주식을 매입하였다는 사실이 일반투자자들에게 공지되고, 일반투자자들로서는 해외법인이나 해외펀드가 당해 법인의 주식을 매수하거나 유상증자에 참여할 경우 당해 법인의 투자가치가 국제적으로 확인되었다는 인식을 갖게 될 가능성이 있는 점, ⑤ 일반투자자들이 외국인이 매수한 종목이라고 하여 무조건 추격매수를 하는 것으로 볼 수는 없으나, 외국인 지분정보 및 외국인들의 매수도 경향은 주식거래 사이트 및 경제지 등에서 주식시장의 주요 동향으로 취급되면서 일반투자자들에게 그 정보가 제공되는 등 일반투자자들의 투자 판단에 중요한 호재로 작용하고 있는 것으로 보이는 점, ⑥피고인 1은 시세조종의 목적으로 위 각 투자수익보장약정을 체결한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1이 시세의 변동을 도모할 목적으로 위계를 사용하는 부정거래행위를 하였다고 판단하였다.

또한 원심은 피고인 1의 공소외 10을 통한 주식매수행위가 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 '위계의 사용'에 해당하므로, 위와 같은 행위는 같은 조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 수단, 계획 또는 기교의 사용'에도 해당한다고 판단하였다.

3) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 2)항과 같은 사정들을 위 1)항의 법리에 기초하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고(특히 위 각 투자수익보장약정에 따른 공소외 10의 주식매수는 실질적으로는 투자가 아니고 금원 대여에 따른 담보취득에 불과함을 고려하면 더욱 그렇다), 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(3) 상피고인 8, 9를 통한 현실거래에 의한 시세조종행위 여부

원심은, ①피고인 1과 상피고인 8, 9는 공소외 2 주식회사에서 실시하는 제3자 배정 유상증자 주금 납입일까지 주가를 관리한다는 목적 하에 피고인 1이 상피고인 8을 통하여 7천만 원을 상피고인 9에게 교부하여 주식 거래가 이루어진 점, ②상피고인 9는 일정 부분의 수수료를 지급받음으로써 일부 손실 보장을 받은 상태에서 상피고인 8의 부탁에 따라 공소외 2 주식회사 주식을 장내에서 매매하였는데, 이러한 거래는 정상적인 투자 판단에 따른 매매거래로 볼 수 없고, 이로 인하여 일반투자자들은 상피고인 9의 주식매수로 인하여 늘어난 거래량과 주식의 시세를 정상적인 거래량과 시세로 오인하였을 것으로 보이는 점, ③상피고인 9는 공소외 38 명의의 계좌를 통해 주식 매수에 투입한 비용이 합계 7천만 원에 불과함에도 불구하고 위 기간 동안 매수와 매도를 반복하는 방식의 거래를 함으로써, 10억 원 이상의 주식을 매수하고 10억 원 이상의 주식을 매도한 점, ④피고인 1은 같은 기간 공소외 10을 통하여 공소외 2 주식회사 주식에 대한 시세조종행위를 하였고, 피고인 1, 상피고인 8, 9 및 공소외 10의 순차적·암묵적 공모관계가 인정되는 점 등을 고려할 때 피고인 1이 상피고인 8, 9와 공모하여 매매를 유인할 목적으로 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래를 한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

나아가 ①상피고인 9는 2009. 1. 14. 상피고인 8로부터 2천만 원을 교부받아 2009. 1. 20. 이를 공소외 38 명의의 계좌에 입금하여 공소외 2 주식회사 주식을 매매하다가 2009. 2. 3. 이를 모두 매도하여 위 계좌의 거래를 정리하였는데, 2009. 2. 10. 상피고인 8로부터 추가로 5천만 원을 교부받아 이를 추가로 투입하여 같은 날부터 다시 위 계좌를 통한 공소외 2 주식회사 주식 매매를 시작한 점, ②피고인 1은 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 유상증자가 종료된 후에도, 2008. 11. 25. 공소외 7 법인과 체결하였던 1차 투자수익보장약정의 계약기간을 2009. 2. 25.과 2009. 3. 25. 2회에 걸쳐 연장하고 2009. 3. 3.경 공소외 7 법인과 새로이 2차 투자수익보장약정을 체결하는 등 지속적으로 공소외 2 주식회사의 주가를 관리해 온 점, ③상피고인 9는 수사기관 및 원심법정에서, 2009. 2. 10. 이후에도 상피고인 8의 지시에 따라 위 공소외 38 명의 계좌에서 공소외 2 주식회사 주식을 매매하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합해볼 때, 상피고인 9의 2009. 2. 10. 이후의 공소외 2 주식회사 주식 매매거래에 관하여도 피고인 1과 상피고인 8의 범의 및 공모관계를 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다[공소장과 검사의 2010. 5. 31.자 의견서의 각 기재에 의하면, 검사가 위와 같은 피고인 1과 상피고인 8, 9의 공모에 의한 주식거래행위를 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 위계의 사용에 의한 부정거래행위로 의율하지 않았음은 분명하고, 원심 역시 같은 전제 하에 공소사실을 판단하였다.

결국 아래 4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 1과 상피고인 8, 9의 공모에 의한 주식거래행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위에는 해당하지 않는다].

(4) 유상증자 차명 참여 등으로 인한 부정거래행위 여부

(가) 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위 여부

원심은, ① 피고인 1이 공소외 8 주식회사를 통하여 2008. 5. 23.경 공소외 2 주식회사를 인수한 후, 2008년 11월경부터 제3자 배정 유상증자를 추진하려 하였으나 성공하지 못했고, 2009. 1. 23.경 공소외 2 주식회사의 144억 원 상당의 제3자 배정 유상증자 결정을 공시할 무렵에는 유상증자 성공을 위하여 상피고인 8, 9 등을 통하여 공소외 2 주식회사 주식의 시세조종을 하는 등 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자의 성공을 지속적으로 추구하여 온 점, ② 피고인 1은 상피고인 11을 통하여 상피고인 13으로부터 10억 원을 차입하고, 상피고인 12로부터 30억 원을 차입하여 차명으로 유상증자금을 납입하고, 상피고인 12가 투자하는 30억 원에 대하여는 공소외 2 주식회사의 당좌수표 및 현금담보를 제공하면서 원금보장 약정을 하였는데, 상피고인 12, 13으로부터 차입한 40억 원을 통한 유상증자금 납입은 공소외 2 주식회사의 실질적인 사주인 피고인 1의 계산으로 차입하여 납입한 것이고, 상피고인 12의 30억 원 유상증자 참여 역시 통상적인 투자 판단에 따라 원금손실 위험을 부담하면서 참여한 것이 아니므로 모두 정상적인 제3자의 유상증자 참여로 볼 수 없는 점, ③ 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 유상증자에 총 129억 원 상당의 주금이 납입됨으로써 위 유상증자가 제3자의 참여로 성공한 듯한 외양이 형성되었으나, 그중 위와 같은 방식으로 납입된 금액이 전체 납입금의 절반을 초과하는 70억 원에 이르고, 이를 제외하면 정상적인 납입이 이루어진 금액은 59억 원에 불과한데, 피고인 1의 위와 같은 행위가 없었다면 144억 원 상당으로 예정되어 공시된 위 유상증자는 사실상 실패하였을 것으로 보이는 점, ④ 제3자 배정 유상증자의 성공은 코스닥시장에서 일반투자자들에게 공개되어 공소외 2 주식회사의 재무구조가 좋아지고 신규사업진출 실현가능성이 높아진 것이라는 평가를 받게 되고 유상증자 참여자들 및 일반투자자들에게 공소외 2 주식회사가 투자할만한 가치가 있는 회사라는 인상을 주는 등 주식시장에서 일반적으로 호재로 작용하는 반면, 제3자 배정 유상증자 실패는 주식시장에서 중대한 악재로 작용하는 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1의 위와 같은 행위는 불특정투자자를 기망하여 착오상태에 빠트릴 수 있는 기교를 사용하는 행위로서 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규정한 '부정한 기교'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(나) 중요사항에 관한 거짓 기재로 인한 부정거래행위 여부

원심은, 피고인 1이 상피고인 12, 13의 차입금을 통하여 차명으로 공소외 2 주식회사의 주식 1,396,640주를 배정받음으로써 공소외 2 주식회사 지분의 5.2%를 취득하였음에도 2009. 3. 3. 공소외 8 주식회사 명의의 주식 등 대량

보유상황보고에 특수관계인인 피고인 1의 주식 보유 사실을 기재하지 아니한 사실을 인정한 후 공소외 2 주식회사의 주요주주의 변동에 관한 사항, 공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1의 차명 주식 보유 및 매도 여부는 공소외 2 주식회사의 주가에 직접적인 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당한다고 할 것이며, 따라서 피고인 1이 위와 같은 거짓기재를 통하여 자신의 유상증자 참여 및 지분취득 사실을 은폐하고 향후 주식을 매도할 때 발생하는 공시의무를 회피함으로써 주가상승 또는 하락방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다(검사는 당심에서 이 부분과 관련한 공소사실을 일부 변경하였으나 변경된 공소사실에는 원심이 판단한 종전 공소사실이 여전히 포함되어 있다).

(5) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 공소외 10이 피고인 1의 요청에 따라 2009. 4. 15.경부터 2009. 4. 22.경까지 사이에 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식 656,480주를 장내에서 매도한 사실, 공소외 10이 2009. 6. 4.에는 2차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식 742,051주를 장내에서 매도한 사실 및 피고인 1이 차명으로 배정받은 공소외 2 주식회사 주식 1,396,640주를 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5. 매도한 사실을 인정한 후, ① 피고인 1, 2와 공소외 10이 장내에서의 시세조종행위로 944,338,799원[=700,602,204원(1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식의 매도가격 2,664,265,714원(거래세 등을 반영한 순매도액임) - 매수가격 1,963,663,510원) + 243,736,595원(2차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식의 매도가격 3,243,730,820원(거래세 등을 반영한 순매도액임) - 매수가격 2,999,994,225원)]의 이익을 취득하였고, ② 피고인 1, 2는 유상증자에서 원금보장약정과 차명을 이용하여 부정하게 신주를 취득하는 행위로 1,268,351,562원(=차명으로 배정받은 주식을 매각한 금액 5,268,348,522원 - 차입금 3,999,996,960원)의 이익을 취득하였으므로, 결국 피고인 1이 자본시장법 위반행위로 인하여 얻은 이익액은 2,212,690,361원(=1, 2차 각 투자수익보장약정을 통한 부당이익액 944,338,799원 + 유상증자 차명 참여 등으로 인한 부당이익액 1,268,351,562원)이라고 판단하였다.

(나) 이 법원의 판단

1)구 증권거래법 제207조의2와 제214조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'이란 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다.

통상적인 경우에는 위반행위와 관련된 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총비용을 공제한 차액을 산정하는 방법으로 인과관계가 인정되는 이익을 산출할 수 있다.

그러나 구체적인 사안에서 위반행위로 얻은 이익의 가액을 위와 같은 방법으로 인정하는 것이 부당하다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는, 사기적 부정거래행위를 근절하려는 위 법 제207조의2와 제214조의 입법 취지와 형사법의 대

원칙인 책임주의를 엄두에 두고 위반행위의 동기, 경위, 태양, 기간, 제3자의 개입 여부, 증권시장 상황 및 그 밖에 주가에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들을 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 인정되는 이익을 산정해야 하며, 그에 관한 입증책임은 검사가 부담한다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 위반행위로 인한 이익액을 산정함에 있어서도 동일하게 적용된다.

- 2) 원심이 1차 투자수익보장약정에 따른 위반행위로 피고인 1이 얻은 이익액이 700,602,204원이라고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가나, 2차 투자수익보장약정에 따른 위반행위로 얻은 이익액과 유상증자 차명 참여 등으로 얻은 이익액을 산정한 부분은 아래와 같이 인정되는 사실에 기초하여 위 1)항의 법리에 따라 살펴볼 때 그 타당성을 인정하기 어렵다.

기록에 의하면 피고인 1이 2차 투자수익보장약정이나 유상증자 차명 참여 등으로 부정하게 취득한 공소외 2 주식회사의 주식을 처분하기 직전인 2009. 6. 2. 이명박 대통령이 한-아세안 특별정상회의 행사장에서 수소연료전지 자동차 기술에 대하여 "This is our dream."이라고 설명했다는 소식이 전해지면서 수소에너지 관련주들의 거래량과 주가가 급증한 사실, 공소외 2 주식회사의 경우 2009. 5. 21.부터 2009. 6. 1.까지는 거래량이 최소 291,230주, 최대 2,641,904주였고, 주가도 계속 하락하는 추세를 보였는데(2009. 5. 21. 종가 4,835원 → 2009. 6. 1. 종가 3,450원), 2009. 6. 2.에는 거래량이 1,227,783주, 종가가 3,965원이 되었다가 2009. 6. 3.에는 거래량이 5,221,418주, 종가가 4,555원, 2009. 6. 4.에는 거래량이 13,124,012주, 종가가 3,875원, 2009. 6. 5.에는 거래량이 4,906,811주, 종가가 3,515원이 되는 등 거래량과 주가가 모두 급격하게 변동한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 1이 공소외 2 주식회사의 주식을 처분한 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5.의 공소외 2 주식회사 주가상승분에는 이명박 대통령의 위와 같은 발언으로 인한 상승분도 포함되어 있으므로 이 부분에 대해서까지 피고인 1의 위반행위로 인한 결과에 귀속시키는 것은 자기책임의 원칙에 반하고 이를 분리하여 제외하여야 한다.

그런데 검사가 제출한 증거들만으로는 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5. 당시 공소외 2 주식회사 주가 중 피고인 1의 위반행위와 인과관계가 인정되는 부분만을 분리하여 그 이익액을 산정하기에 충분하지 않으므로 결국 이 부분 위반행위로 인한 이익액은 산정할 수 없는 경우에 해당한다.

- 3) 그런데 자본시장법 제443조 제1항은 자본시장법 제176조 또는 제178조를 위반한 자를 10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서는 위 제1항의 위반행위로 얻은 이익액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처하고(제2호), 50억 원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정함으로써(제1호) 이익액에 따라 형을 가중하여 처벌하고 있다.

즉 금원이나 재산상 이익(액수 불상인 경우를 포함한다)의 취득 자체가 구성요건으로 되어 있는 재산범죄 등과는 달리 시세조종행위 또는 부정거래행위로 인한 자본시장법위반죄의 경우 이익 또는 손실의 회피 여부에 관계없이 범죄가 성립하나, 이익액이 있는 경우 그 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로 이익액의 존부와 그 액수는 엄격한 증

명의 대상이 되고, 그 입증책임은 검사가 부담한다.

한편 아래 4.나.의 (2)항(판결문 57쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 1의 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행과 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행은 단일하고 계속된 범의 하에서 일정기간 계속하여 반복한 범행으로서 포괄일죄의 관계에 있다.

따라서 검사로서는 피고인 1의 자본시장법위반 범행에 대하여 가중 처벌규정의 적용을 구하려면 포괄일죄의 관계에 있는 각각의 자본시장법위반 범행으로 인하여 피고인 1이 이익을 취득하였는지 여부, 이익을 취득하였다면 그 가치가 어느 정도인지에 대하여 입증하여야 하고(일련의 범행 중 일부 범행으로 인한 이익액을 산정할 수 없는 경우에는 적어도 손실을 입지는 않았다는 점을 입증하여야 한다), 만약 이를 입증하지 못한 경우에는 전체적으로 이익액을 산정할 수 없다고 보아야 한다.

예를 들어 피고인이 단일하고 계속된 범의를 가지고 시세조종행위 또는 부정거래행위를 하여 ①, ②, ③의 각 자본시장법위반죄를 저지른 경우를 가정하여 보자. 만약 피고인이 ① 자본시장법위반죄를 통하여 50억 원의 이익이, ② 자본시장법위반죄를 통하여 20억 원의 손실이, ③ 자본시장법위반죄를 통하여 10억 원의 이익이 발생하였다면 피고인은 포괄하여 40억 원(=50억 원 - 20억 원 + 10억 원)의 이익을 얻었다고 평가할 수 있고 이에 따라 자본시장법 제443조 제2항 제2호에 의하여 가중 처벌된다.

한편 피고인이 ② 자본시장법위반죄를 통하여 이익을 얻은 것은 분명하나 그 액수를 산정할 수 없는 경우에는 포괄하여 적어도 60억 원(=50억 원 + 0원 + 10억 원)의 이익을 얻은 것으로 평가하여 자본시장법 제443조 제2항 제1호에 의하여 가중 처벌할 수 있다.

그러나 이와 달리 피고인이 ② 자본시장법위반죄를 통하여 이익을 얻었는지 아니면 손실을 입었는지 자체가 불분명하다면 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 ①, ②, ③ 자본시장법위반죄를 통하여 얻은 이익은 산정할 수 없다고 보아야 하고, 함부로 가중 처벌 규정을 적용하여서는 안 된다.

4) 이 사건의 경우, 위에서 본 것처럼 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행 중 1차 투자수익보장약정에 의한 이익액은 700,602, 204원으로 산정할 수 있는 반면 2차 투자수익보장약정이나 유상증자 차명 참여 등에 의한 자본시장법위반 범행, 나아가 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행의 경우 그로 인하여 피고인 1이 이익을 얻었는지 여부 또는 적어도 손실을 입지 않았는지에 대하여 이를 인정한 만한 증거가 부족하다.

결국 피고인 1이 포괄일죄의 관계에 있는 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행과 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행을 통하여 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

5) 따라서 피고인 1이 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행으로 인하여 2,212,690,361원의 이익을 취득하였다고 판단한 원심에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 피고인 2에 대한 부분

은 직권으로 파기한다).

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 8, 9 부분

(1) 항소이유 요지

공소외 10이 1차 투자수익보장약정에 따라 공소외 2 주식회사 주식을 매수한 시점과 피고인 8, 9가 공소외 2 주식회사 주식을 장내에서 매수한 시점이 불일치하더라도 피고인 8, 9가 범행에 가담한 시점이 1차 투자수익보장약정에 따라 취득한 공소외 2 주식회사 주식이 매도되기 전이고, 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식의 매도, 2차 투자수익보장약정에 따른 공소외 2 주식회사 주식 매수 및 매도 시점에 지속적으로 가담한 점을 고려하면 피고인 8, 9가 위반행위로 인하여 얻은 이익액은 공범인 피고인 1, 2 및 공소외 10과 동일하게 944,338,799원으로 보아야 한다.

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들과 그에 의해서 인정되는 원심 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 8, 9가 2009. 1. 14. 이후의 범행에 대하여만 피고인 1, 2 및 공소외 10의 범행에 대하여 공동정범으로서의 책임을 부담하고, 나아가 공범관계가 인정되는 2009. 1. 14. 이후 거래로 인하여 발생한 이익을 따로 산정할 수 있는 증거가 부족하다고 판단한 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 피고인 11, 12, 13 부분

(1) 항소이유 요지

상피고인 1은 피고인 12, 13으로부터 차용한 금원을 위 차용금으로 배정받은 공소외 2 주식회사 유상증자 신주를 매각하여 변제하기로 약정하였으므로, 상피고인 1, 2와 피고인 11, 12, 13의 공모관계는 2009. 2. 3. 끝나는 것이 아니라 2009년 5월 하순경부터 2009년 6월 초순경까지 공소외 2 주식회사 유상증자 신주를 매각하여 그 이익을 실현할 때까지 계속된다.

따라서 피고인 11, 12, 13에 대하여도 자본시장법 제178조 제1항 제1호가 적용된다.

(2) 판단

원심이 적절하게 판단한 것처럼 검사가 제출한 모든 증거를 종합하더라도 피고인 11, 12, 13이 상피고인 1, 2의 일련의 자본시장법위반 범행 중 차명 이용 또는 원리금 보장 약정 하의 유상증자 참여행위에 가담한 사실이 인정될 뿐이고 나아가 상피고인 1, 2의 2009. 3. 3.자 주식 등 대량보유상황 보고의무위반행위를 비롯한 그 이후의 일련의 시세조종행위 또는 부정거래행위에 가담하였음을 인정할 만한 증거가 없다[또한 아래 3의 나항(판결문 53쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 12나 피고인 13이 상피고인 1과 공소외 2 주식회사 주식을 공동으로 보유하여 대량보유보고의무를 부담하였다고 인정되지도 않는다].

그런데 피고인 11, 12, 13의 범행은 2009. 2. 2. 유상증자금이 납입되고 상피고인 1, 2가 2009. 2. 3.경 제3자 배정 유상증자 청약 및 납입결과를 공시하고 유가증권발행실적보고서를 제출함으로써 기수에 이르렀고, 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 2007. 8. 3. 법률 제8635호로 신설되어 부칙 제1조에 따라 2009. 2. 4.부터 시행되었으므로 결

국 피고인 11, 12, 13에 대한 이 부분 공소사실은 행위 당시의 법률에 의하면 죄가 되지 아니하는 때에 해당한다.

결국 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

다.

피고인 1, 2 부분

(1) 항소이유 요지

상피고인 11, 12, 13에 대하여도 자본시장법 제178조 제1항 제1호가 적용되므로 상피고인 12가 30억 원을 투자하여 얻은 이익액 1,345,238,623원도 피고인 1, 2의 위반행위로 얻은 이익액에 포함되어야 한다.

(2) 판단

위 나의 (2)항(판결문 54쪽)에서 판단한 것처럼, 상피고인 12는 피고인 1, 2의 자본시장법위반 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담하지 않으므로, 상피고인 12가 피고인 1의 투자원리금 보장 약정 하에 공소외 2 주식회사의 주식을 취득한 후 이를 처분하여 어떠한 이익이 발생하였다고 하더라도 이를 피고인 1, 2의 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액에 포함시킬 수 없다.

원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 관련 규정

자본시장법시행령 제141조 제2항에서는 '공동보유자'에 대하여, 본인과 합의나 계약 등에 따라, ① 주식등을 공동으로 취득하거나 처분하는 행위, ② 주식등을 공동 또는 단독으로 취득한 후 그 취득한 주식을 상호양도하거나 양수하는 행위, ③ 의결권(의결권의 행사를 지시할 수 있는 권한을 포함한다)을 공동으로 행사하는 행위를 할 것을 합의한 자를 말한다고 규정하고 있다.

나. 판단

(1) 변경된 공소사실에는, 피고인 12가 피고인 1의 원금보장 하에 취득한 30억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식 1,047,480주, 피고인 1이 피고인 13으로부터 차입한 10억 원을 이용하여 공소외 11 명의로 취득한 공소외 2 주식회사 주식 349,160주, 공소외 10이 1차 투자수익보장약정에 따라 2008. 11. 27.경부터 2009. 1. 7.경까지 장내에서 매수한 공소외 2 주식회사 주식 656,480주와 2차 투자수익보장약정에 따라 2009. 3. 3.경부터 2009. 4. 29.경까지 장내에서 매수한 공소외 2 주식회사 주식 742,051주의 경우 당사자 사이에 공동의 의사로 주식을 취득하거나 처분하기로 합의가 되어 있으므로 각 공동보유 관계에 있다고 기재되어 있다.

(2) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 공소외 10은 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 피고인 1에게 돈을 빌려주되 공소외 10 본인이 관리하는 계좌로 공소외 2 주식회사의 주식을 매수하는 방법으로 담보를 취득한 사실, 피고인 1은 공소외 10이 취득한 주식에 대하여는 위임을 통하여 의결권 등을 행사하였고, 공소외 10으로부터 공소외 10이 주식을 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 매수내역을 지속적으로 확인

한 사실, 피고인 13은 피고인 1에게 10억 원을 대여하고 그 담보 명목으로 피고인 1이 위 자금을 이용하여 차명으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식을 제공받았으나 그 처분은 피고인 1의 의사에 따라 이루어진 사실 및 피고인 12는 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 공소외 2 주식회사 유상증자 대금으로 30억 원을 납입하고 공소외 2 주식회사 주식을 취득한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 공소외 10이 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 취득한 공소외 2 주식회사 주식과 피고인 1이 피고인 13의 차용금 10억 원으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식은 모두 피고인 1이 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이고, 한편 피고인 12가 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 취득한 30억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식은 피고인 12가 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이라고 할 것이며, 검사가 제출한 증거들만으로는 당사자들 사이의 합의에 의하여 주식을 공동으로 취득하였다고 인정하기에 부족하다.

한편 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ①피고인 1이 자신이 보유하는 공소외 2 주식회사 주식을 공소외 10이나 피고인 13에게 담보로 제공하였다고 하더라도 공소외 10이나 피고인 13으로서는 피고인 1의 채무불이행이 없는 한 위 각 주식을 임의로 처분할 수 없는 것이고, 반면 피고인 1로서는 담보로 제공된 주식을 처분하지 않는 대신 현금을 제공하는 방법으로 주식을 반환받을 수 있는 점, ②피고인 12가 자신의 투자금으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식을 처분할 때 피고인 1의 의사를 고려하는 것은 공소외 2 주식회사의 주가가 피고인 1에게 불리하게 변동되고 있는 상황에서 주식을 처분하여 피고인 1의 손실이 확대되는 것을 방지하는 데 있는 것이지 피고인 1이 동의하지 않는 한 주식을 처분하지 않기로 약정한 것으로는 볼 수 없는 점, ③피고인 1은 공소외 10 등에 대한 채무이행의 담보 명목으로 공소외 2 주식회사 등이 발행한 약속어음이나 당좌 수표를 제공하였으므로 공소외 10 등 피고인 1에 대한 채권자들로서는 반드시 피고인 1과 공동으로 주식을 처분하여 원리금을 회수하여야 하는 것은 아닌 점 등을 고려할 때 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1, 12, 13 및 공소외 10이 합의나 계약 등에 따라 취득한 주식을 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에 부족하다.

(3) 결국 피고인 1, 12, 13 및 공소외 10이 각각 공소외 2 주식회사 주식의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다.

4. 직권판단

가. 현실거래에 의한 시세조종행위와 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위의 관계

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 8, 9가 공모하여, 피고인 9가 피고인 8로부터 받은 피고인 1의 자금을 이용하여 공소외 2 주식회사의 주식을 매수한 행위를 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단하면서도 이와 동시에 이와 같이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는 범행은 당연히 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위에도 해당한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이거나 실질적으로 일죄만을 구성하는 경우에는 법조경합에 해당하고, 실질적으로 일죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2001도1429 판결 등 참조).

그런데 ①자본시장법 제178조 제1항 제1호는 제176조에 열거된 시세조종행위와는 다르게 규제대상이 금융투자상품이므로 상장증권이나 장내파생상품으로 제한되지 않고, 거래 장소도 거래소 시장으로 제한되지 않으며, 매매 이외의 다양한 유형의 거래까지 규제대상으로 하고 있는 점, ② 위 각 죄의 보호법익은 모두 주식 등 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익인 점 등을 고려하면 위 각 죄는 법조경합관계(특별관계)에 있다고 봄이 옳다.

따라서 피고인 1, 8, 9의 위 범행이 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한 이상 이로 인한 자본시장법위반죄만 성립할 뿐이고, 이와 별도로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위로 인한 자본시장법위반죄가 성립하지는 않는다.

이와 달리 피고인 1, 8, 9의 위 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반죄와 공소외 7 법인과의 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반죄의 죄수

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2의 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반죄와 공소외 7 법인과의 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반죄가 실제적 경합관계에 있다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 한다.

그런데 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 공소외 7 법인의 대리인인 공소외 10과 사이에 체결한 1차(2008. 11. 25.자), 2차(2009. 3. 3.자) 및 3차(2009. 6. 3.자) 각 투자수익보장약정은 모두 미국의 서브프라임 사태로 인하여 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주가가 지속적으로 하락하자 이를 막기 위하여 체결된 것으로 피고인 1, 2의 범의의 단일성과 계속성이 인정되는 점[이러한 측면에서 피고인 1, 2가 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사의 합병을 추진하면서 합병에 반대하는 공소외 8 주식회사 주주들의 매수청구권 행사 규모를 줄이기 위하여 공소외 7 법인과 체결하였던 4차(2009. 10. 7.자) 투자수익보장약정의 경우 범의의 단일성을 인정하기 어렵다], 한편 자본시장법위반죄의 보호법익은 주식 등 거래의 공정성과 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 주식 등 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점(대법원 2002.

6. 14. 선고 2002도1256 판결 등 참조)에 비추어 위 각 죄의 피해법익의 동일성도 인정되는 점 등을 고려할 때 위 각 죄는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 옳다.

이와 달리 위 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범의 관계에 있다고 보아 경합범가중을 한 원심에는 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

VI. 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유 요지

가. 피고인 1과 공소외 7 법인이 체결한 투자수익보장약정은 투자계약에 해당하는데, 원심은 이를 소비대차계약으로 오인하였다.

나. 공소외 10이 주식을 매수한 기간 중 공소외 2 주식회사의 총 거래량은 13,370,049주인 반면 공소외 10이 매수한 공소외 2 주식회사 주식은 104,926주이고, 공소외 8 주식회사의 총 거래량은 1,571,281주인 반면 공소외 10이 매수한 공소외 8 주식회사 주식은 47,176주에 불과하여 주식의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하였다고 볼 수 없다.

또 공소외 10의 주식매수행위가 주가상승에 절대적 영향을 미쳤다고 보기 어렵고, 주식시장에서의 정상적인 수요·공급의 시장원리에 반하여 주가를 부당하게 형성할 의도로 공소외 10과 투자수익보장약정을 체결한 것도 아니다.

2. 판단

가. 우선 피고인 1이 3차 투자수익보장약정을 통하여 공소외 10으로 하여금 공소외 8 주식회사 주식 47,176주를 매수하도록 한 부분의 경우, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 V.1.나(1)항(판결문 35쪽)과 (2)의 (가)항(판결문 37쪽)에서 기재한 사정들, 여기에다가 2009. 6. 9. 공소외 8 주식회사의 주식거래량은 548,221주인데 공소외 10은 당일 그 8.6%에 해당하는 주식을 매수한 점 등을 더하여 보면 이 부분 범행이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단한 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

다만 위 V.4.가(2)항(판결문 56쪽)에서 직권으로 판단한 것처럼, 자본시장법 제176조 제2항 제1호와 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 법조경합의 관계에 있다.

따라서 피고인 1의 이 부분 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 다음으로 피고인 1이 3차 투자수익보장약정을 통하여 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 104,926주를 매수하도록 한 부분의 경우, 위 V.1.(5)나(2)항(판결문 47쪽)에서 본 것처럼 이명박 대통령의 2009. 6. 2.자 발언 이후 공소외 2 주식회사의 주식 거래량이 급증하였던 점, 여기에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 2009. 6. 5. 공소외 2 주식회사 주식거래량은 4,906,811주인데 공소외 10이 당일 매수한 공소외 2 주식회사 주

식은 그 2.1%에 불과하고, 공소외 10은 2009. 6. 5. 이후로는 3차 투자수익보장약정에 따라 공소외 2 주식회사의 주식을 추가로 매수하지 않은 사실(2009. 6. 9.에는 공소외 8 주식회사 주식만을 매수하였다)이 인정되는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 104,926주를 매수하도록 한 행위가 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 '증권의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'에 해당한다거나 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다.

피고인 1의 이 부분 주장은 위에서 인정한 범위 내에서 이유 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 상 피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

Ⅶ. 2009. 5. 20.자 공소외 4 주식회사 유상증자 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

피고인 1은 공소외 4 주식회사 공장을 등록하기 위하여 공장등록 담당관과 협의하여 외국계 펀드의 투자를 유치한 것에 불과하고, 부정한 기교나 위계를 사용하여 부정거래행위를 한 사실이 없다.

나. 판단

원심은, ①공소외 10이 통상적인 투자 판단에 따라 원금손실의 위험을 부담하면서 유상증자에 참여한 것이 아니고, 피고인 1과의 원금 및 수익금 보장 약정과 담보제공에 따라 투자위험 없이 유상증자에 참여한 것으로서 정상적인 제3자의 유상증자 참여로 볼 수 없는데도 피고인 1은 외국법인인 공소외 7 법인이 정상적인 투자위험을 감수하고 공소외 4 주식회사의 지분을 취득하는 듯한 외양을 형성한 점, ② 위와 같은 약정 및 유상증자 참여를 통하여 외국법인인 공소외 7 법인이 취득한 공소외 4 주식회사의 지분이 10.06%에 이르고, 이로 인하여 일반투자자들은 공소외 4 주식회사의 투자 가치가 국제적으로 확인되었다는 인식을 갖게 될 가능성이 있는 점, ③ 피고인 1은 자신의 행위로 인하여 외국법인이 공소외 4 주식회사 지분의 10% 이상을 정상적으로 취득하는 듯한 외양을 형성하고 그로 인하여 공소외 4 주식회사의 주식 시세에 영향을 미칠 수 있다는 점에 관하여 적어도 미필적 인식이 있었다고 봄이 상당한 점 등을 종합해볼 때, 피고인 1의 위와 같은 행위는 불특정 투자자를 기망하는 행위로서 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 '위계의 사용'에 해당하고, 같은 조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교의 사용'에도 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

- (1)공소외 7 법인은 2009. 5. 20.자 공소외 4 주식회사 제3자 배정 유상증자에 실질적으로 참여한 것이 아니라 피고인 1에게 명의와 자금을 빌려준 것에 불과하므로 제3자 배정 대상자를 공소외 7 법인으로 공시한 것은 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 한 경우에 해당한다.
- (2)공소외 10이 공소외 7 법인 명의의 공소외 4 주식회사 주식대량보유상황보고서에서 '단순투자목적'이라고 기재한 부분은 원리금 보장, 의결권 위임, Margin call 약정 하에 피고인 1에게 명의와 자금을 빌려준 사실을 감춘 것으로 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 한 경우에 해당한다.
- (3)피고인 1, 2가 2009. 8. 14. 공소외 2 주식회사 분기보고서의 주요 약정사항에 공소외 2 주식회사와 공소외 7 법인 사이의 주식매도청구권 약정 내용을 기재하면서, 담보제공이나 채무 보증, 의결권 위임, Margin call 조항 포함 사실을 누락한 것은 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 사용한 경우에 해당한다.

나. 판단

원심은, ① 피고인 1과 공소외 10 사이에 체결된 투자약정서, 주식매수청구권 행사에 관한 약정서, 투자수익보장약정서는 공소외 10이 운영하는 외국회사인 공소외 7 법인이 2009. 5. 20. 공소외 4 주식회사가 실시하는 제3자 배정 유상증자에 3,866,400,000원을 납입하여 공소외 4 주식회사 주식을 취득하고, 공소외 7 법인은 1년의 보호예수기간을 포함하여 위 주식을 2011. 10. 31.까지 의무적으로 보유하여야 하며, 2011. 11. 1.부터 1개월간 공소외 7 법인은 공소외 2 주식회사에 연 12%를 가산한 금액으로 매수청구를 할 수 있고, 공소외 2 주식회사는 2년 6개월의 투자기간 동안 최소 30%(연 12%)의 수익을 보장한다는 내용으로서, 공소외 7 법인이 실제로 유상증자에 참여하여 공소외 4 주식회사 주식을 취득하되 공소외 2 주식회사가 이에 대하여 매수청구권과 확정수익을 보장한다는 것이므로, 단순히 공소외 7 법인이 유상증자금과 명의만을 대여하는 것이라거나 유상증자 참여 자체가 허위인 것으로는 볼 수 없는 점, ② 실제로 위 약정에 따라 공소외 7 법인은 직접 주금을 납입하고 공소외 4 주식회사 주식을 취득하여 보유한 점, ③ 위 투자수익보장약정서에는 연대보증인(피고인 1, 공소외 2 주식회사)은 투자자인 공소외 7 법인에 교부되는 신주권의 권리행사 및 매도 등 주주로서의 권리에 일체 관여할 수 없다는 취지 및 주식의 매각은 전적으로 투자자의 의사와 판단에 의한다는 취지 등이 기재된 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1, 2가 2009. 5. 14.자 정정신고(보고) 및 2009. 5. 22.자 공소외 4 주식회사의 증권발행결과(자율공시)를 함에 있어 외국법인인 공소외 7 법인이 제3자 배정을 통하여 공소외 4 주식회사의 주식을 취득한 것으로 공시한 것 자체가 허위의 공시로서 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재를 하는 행위'에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다[한편 검사의 항소이유 중 위 가의 (2), (3)항 각 주장은 변경 전 공소사실에 관한 것으로 당원의 심판대상이 아니므로 따로 판단하지 않는다].

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 당심에서 변경된 공소사실에는, 공소외 7 법인이 공소외 4 주식회사의 유상증자에 참여하여 취득한 주식 540만 주
는 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 피고인 1과 공소외 7 법인이 공동으로 취득하여 2011. 10. 31.경 공동으로
처분하거나 피고인 1이 공소외 7 법인으로부터 위 주식을 정해진 가격에 양수할 것을 합의하였으므로 공동보유
관계에 있다고 기재되어 있다.

나. 우선 위 2의 나항(판결문 62쪽)에서 판단한 것처럼 공소외 7 법인은 2009. 5. 20. 체결한 피고인 1과의 투자수익보
장약정에 따라 공소외 4 주식회사의 유상증자에 직접 참여하고 주금을 납입한 외국인 투자자에 해당하므로, 공소
외 7 법인이 취득한 공소외 4 주식회사 주식은 공소외 7 법인이 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이라 할 것
이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 공소외 7 법인이 합의에 의하여 공소외 4 주식회사 주식을 공동
으로 취득하였다고 인정하기에 부족하다.

또한 위 2의 나항에서 판단한 것처럼 2009. 5. 20.자 투자수익보장약정서에는 주식의 매각은 전적으로 투자자의 의사와
판단에 의한다는 취지 등이 기재된 점, 여기에서 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 피고인 1은 공
소외 7 법인에 대한 원리금 보장 약정의 담보 명목으로 공소외 2 주식회사 발행의 액면 75억 4천만 원의 약속어음
1장을 교부한 사실이 인정되므로 공소외 7 법인으로서 반드시 피고인 1과 공동으로 공소외 4 주식회사 주식을
처분하여 투자원금 및 약정 수익금을 회수하여야 하는 것은 아닌 점, 공소외 7 법인은 피고인 1에 대하여 공소외
4 주식회사 주식에 관한 매수청구권을 행사할 수 있으나 이는 공소외 7 법인의 권리일 뿐 일정 기간 후에 피고인
1에게 공소외 4 주식회사 주식을 매도하여야 하는 의무를 부담하는 것은 아닌 점 등을 더하여 보면, 검사가 제출한
증거들만으로는 피고인 1과 공소외 7 법인이 합의나 계약 등에 따라 취득한 주식을 공동으로 처분하기로 약정하
였다고 보기에는 부족하다.

다.

결국 피고인 1과 공소외 7 법인이 공소외 4 주식회사 주식의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의
증명이 없는 때에 해당한다.

Ⅷ. 2009. 6. 15.자 공소외 8 주식회사 주주배정 유상증자 실권주 차명 인수 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의
기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행
위를 하여서는 아니 되고, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니
된다.

피고인 1은 2009. 6. 11.경 공소외 8 주식회사의 대표이사로서 주주배정 증자를 실시하였으나 1,078,143주의 실권주가
발생하여 이 실권주에 대하여 제3자 배정으로 유상증자를 실시하기로 하였다.

피고인 1은 제3자 유상증자에 참여할 투자자를 모집하였으나 115,993주(453,532,630원)를 인수할 투자자를 구하지 못하여 스스로라도 실권주를 인수함으로써 유상증자가 성공하였다는 외관을 형성하여 투자자들에 대한 신뢰를 유지할 필요가 있었다.

그러나 피고인 1 본인의 명의로 유상증자에 참여한 후 배정받은 주식을 매각한다면, 유상증자가 성공하지 못했다는 인상을 줄 수 있고, 최대주주인 공소외 13 주식회사의 특수관계인이자 회사임원인 피고인 1의 주식처분사실이 공시됨으로써 주가에 좋지 않은 영향을 미치게 될 수도 있었다.

피고인 1은 이러한 문제점을 피하기 위해서 피고인 11을 통해 피고인 13과 사이에 피고인 13의 자금 253,532,630원과 피고인 1의 자금 2억 원을 사용하여 차명으로 위 실권주를 인수한 후 배정받은 신주를 매각한 자금으로 차입금을 상환하기로 약정하였고, 피고인 13은 위 약정에 따라 자신의 자금과 피고인 1의 자금을 이용하여 조카인 공소외 12의 이름으로 실권주를 인수하였다.

위와 같이 납입된 주금 453,532,630원 중 253,532,630원은 상환되어야 하는 차입금이므로 이 부분은 정상적으로 유상증자가 이루어졌다고 보기 어렵다.

또한, 위와 같이 공소외 12 명의로 배정받은 115,993주는 실질적으로 공소외 8 주식회사의 임원인 피고인 1의 계산으로 취득한 주식이다.

따라서 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 임원으로 주식소유상황이 변동된 내용을 5일 이내에 대통령령이 정하는 방법에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 한다.

그럼에도 피고인 1은 2009. 6. 16. 증권발행실적 보고서를 제출함에 있어 253,532,630원 부분도 주금이 정상적으로 납입된 것처럼 표시하여 제3자의 투자로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 만들었고, 임원으로서 주식소유상황보고를 하지 않았을 뿐만 아니라 2009. 7. 10. 특수관계인 관계에 있는 공소외 13 주식회사의 명의로 대량보유보고를 하면서 위 115,993주의 취득사실을 기재하지 아니하여 허위 표시하였다.

피고인 1은 피고인 11을 통해 주권 상장일 2일 전인 2009. 7. 1.경 피고인 13에게 연락하여 위 주식을 전부 매도할 것을 통지하였고, 피고인 13은 공매도의 방식으로 모두 매각하여 37,800,255 원의 이익을 얻었다.

이로써 피고인 1, 11, 13은 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하고, 유상증자가 제3의 투자자의 투자로 성공한 듯한 외관을 만들어 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하여 37,800,255원의 부당이익을 취득하였다.

2. 피고인 1, 13의 항소이유 요지

가. 피고인 1의 항소이유 요지

공소외 8 주식회사는 2009. 6. 15. 145억 원 상당의 주주배정 유상증자를 실시하여 전체 유상증자 금액 중 97%의 주금이 납입되었다.

피고인 1이 극히 소량의 실권주를 차명 인수한 후 이를 공시하지 않은 것만으로 주식거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항의 기재를 누락하였다거나 부정한 기교를 사용한 것으로 볼 수 없다.

나. 피고인 13의 항소이유 요지

(1) 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(2) 대주주가 실권주를 인수한다는 것은 유가증권 시장에서 해당 회사의 주가에 긍정적인 영향을 미치는 호재이고 실권주는 일반적으로 시세보다 낮은 가격에 인수되는 것이 보통이어서 일반투자자의 입장에서 인수하고 싶어 하는 주식이다.

따라서 대주주인 상피고인 1이 차명으로 실권주를 인수한 행위가 자본시장법 제178조에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 볼 수 없다.

(3) 피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ① 피고인 1이 자신의 자금과 자신이 피고인 13으로부터 차입한 자금으로 피고인 13으로 하여금 실권주를 인수하게 하였고, 피고인 13에게 주식을 처분하게 한 후 발생한 이익도 스스로 취득하였고, 스스로 위 실권주의 계산 주체가 자신임을 인정하는 등 공소외 12 명의 주식은 공소외 8 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 자신의 계산으로 차명으로 취득한 점, ② 유상증자에 100% 투자가 이루어졌다는 사실은 공소외 8 주식회사에 대한 다른 유상증자 참여자들에게 피고인 1 및 공소외 8 주식회사에 대한 신뢰를 갖게 하고 공시될 경우 일반투자자들의 투자 판단에도 긍정적인 영향을 미칠 수 있는 사항인 점, ③ 공소외 8 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 스스로 차명으로 실권주를 인수하여 이를 즉시 매도한 사실 역시 일반투자자들에게 알려질 경우 투자자의 투자 판단에 악재로 작용하여 주가에 영향을 미칠 수 있는 내용인 점 등을 종합할 때 피고인 1이 피고인 13을 통하여 실권주를 인수하는 방법으로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 형성한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 기교'에 해당하고, 또 피고인 1이 자신의 주식취득 사실을 기재하지 아니함으로써 주가하락 방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락'

된 문서를 사용하여 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

(1) 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 거래구조의 변화나 시장의 환경변화에 따라 다양하고 새로운 유형의 부정거래행위가 발생할 수 있는 개연성이 높은 반면 모든 부정거래행위 유형을 사전에 일일이 열거하여 규제하는 것은 입법기술상 한계가 있는 점을 고려하여 자본시장법 제정과 함께 신설된 조항이다.

그런데 위와 같은 입법취지를 감안하더라도 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 그 문언 자체가 지나치게 포괄적·추상적이어서 자칫 형사법의 대원칙인 죄형법정주의와 충돌할 우려가 있다.

따라서 자본시장법 제178조 제1항 제1호를 적용함에 있어서는, 자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율성을 높여 국민경제의 발전에 이바지한다는 자본시장법의 목적(자본시장법 제1조)에 유념하면서, 같은 항 제2호, 제3호 및 같은 조 제2항을 통하여 보다 구체화된 부정거래행위의 내용, 그 밖에 당해 행위의 불법성 정도가 다른 규정을 통하여 처벌하더라도 자본시장법의 목적 달성에 지장을 초래하지 않는지 등을 종합적으로 고려하여 죄형법정주의와 최대한 조화를 이룰 수 있도록 신중을 기함이 옳다.

한편 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'은 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제178조 제1항 제2호에 규정된 '중요사항'을 해석함에 있어에서도 동일하게 적용된다.

(2) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 약 145억 원 규모의 공소외 8 주식회사 유상증자를 추진하는 과정에서 실권주가 발생하자 자신의 자금 2억 원과 피고인 13으로부터 차용한 253,532,630원을 가지고 피고인 13이 빌려 준 공소외 12의 명의로 실권주를 인수하고서도 마치 실권주가 제3자의 투자로 정상적으로 인수된 것처럼 공시하고 아울러 임원으로서 자신의 주식소유상황보고를 하지 않은 사실은 인정된다.

그런데 ① 피고인 1이 사실은 피고인 13으로부터 차용하였으면서도 마치 정상적으로 주금이 납입된 것처럼 공시한 부분이 공소외 8 주식회사의 전체 유상증자금에서 차지하는 비율은 1.7%(145억 원 중 253,532,630원 상당)에 불과한 점, ② 피고인 1이 위와 같이 차명으로 공소외 8 주식회사 주식을 취득함으로써 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 것도 아니고, 일반투자자들의 입장에서 공소외 8 주식회사의 임원인 피고인 1이 실제로 유상증자된 주식 중 약 3.1%(145억 원 중 453,532,630원 상당)에 해당하는 주식을 보유하고 있는지를 알게 되었는지 여부에 따라 투자 판단 자체가 달라진다고 보이지 않는 점, ③ 피고인 1과 상피고인 11은 자신들이 투자를 권한 투자자들과의 신뢰관계를 유지하기 위하여 피고인 13의 자금으로 실권주를 인수하였고, 피고인 13 역시 대여금에 대한 담보 명목으로 공소외 12 명의로 주식을 취득한 것이지 나아가 실권주 인수를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ④ 피고인 1은 주식 소유상황변동보고의무 위반행위로

처벌받게 되는 점 등을 고려할 때 공소사실 기재와 같은 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다거나 또는 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 이용한 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다(한편 공소사실에는 2009. 7. 10. 공소외 13 주식회사 명의로 대량보유보고를 하면서 공소외 12 명의로 취득한 공소외 8 주식회사 주식 115,993주의 취득사실을 기재하지 아니한 행위가 허위 표시에 해당한다고 기재되어 있으나, 피고인 1은 위 115,993주를 2009. 7. 3.경 모두 매도하였으므로 위와 같이 행위가 '거짓 표시'에 해당한다고 볼 수 없음도 지적하여 둔다).

다.

소결론

결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호에서 규제하는 부정거래행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1, 13과 공동정범의 관계에 있는 상피고인 11에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

IX. 2009. 8. 12.자 공소외 4 주식회사 주주배정 유상증자 실권주 40만 주 차명 인수 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 되고, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 2009. 8. 10.경 공소외 4 주식회사의 실질적인 사주로서 주주배정 유상증자를 실시하였으나 6,766,143주의 실권주가 발생하여 이 실권주에 대하여 제3자 배정으로 유상증자를 실시하기로 하였다.

피고인 1은 제3자 유상증자에 참여할 투자자를 모집하였으나 40만 주(2억 원)를 인수할 투자자를 구하지 못하여 스스로라도 실권주를 인수함으로써 유상증자가 성공하였다는 외관을 형성하여 투자자들에 대한 신뢰를 유지할 필요가 있었다.

그러나 피고인 1 본인의 명의로 유상증자에 참여한 후 배정받은 주식을 매각한다면, 유상증자가 성공하지 못했다는 인상을 줄 수 있고, 회사임원의 주식처분사실이 공시됨으로써 주가에 좋지 않은 영향을 미치게 될 수도 있었다.

피고인 1은 이러한 문제점을 피하기 위해서 피고인 2에게 공소외 2 주식회사 자금을 이용하여 페이퍼컴퍼니인 공소외 6 주식회사 명의로 실권주를 인수할 것을 지시하였고, 피고인 2는 2009. 8. 12.경 공소외 2 주식회사 자금 2억 원을 인출하여 공소외 4 주식회사의 주금으로 납입하였다.

위와 같이 공소외 6 주식회사 명의로 배정된 40만 주는 실질적으로 공소외 4 주식회사의 최대주주인 공소외 2 주식회사의 특수관계인이자 공소외 4 주식회사의 등기이사인 피고인 1 개인의 계산으로 취득한 주식이다.

따라서 피고인 1은 위와 같이 주식을 보유하게 된 내용을 취득일로부터 5일 이내에 대통령령이 정하는 바에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 하고, 5일 이내에 공소외 2 주식회사와 연명으로 대량보유보고를 하여야 한다. 그럼에도 피고인 1은 2009. 8. 14. 공소외 2 주식회사 명의로 주식등의 대량보유상황보고서를 제출함에 있어 위와 같은 주식취득 사실을 누락하여 허위 표시하고, 임원으로서 소유상황보고를 하지 아니하였다.

피고인 1은 2009. 8. 20.경 주식처분에 대한 공시 없이 10만 주를 장내매도하고 30만 주를 장외에서 매각하여 25,809,133 원의 이익을 취득하였다.

이로써 피고인 1, 2는 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하고, 유상증자가 제3의 투자자의 투자로 성공한 듯한 외관을 만드는 방법으로 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하여 25,809,133원의 부당이익을 취득하였다.

2. 피고인 1의 항소이유 요지

공소외 4 주식회사는 2009. 8. 12. 122억 원 상당의 주주배정 유상증자를 실시하여 전체 유상증자 금액 중 98.4%의 주금이 납입되었고, 피고인 1이 극히 소량의 실권주를 차명 인수한 후 이를 공시하지 않은 것만으로 주식거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항의 기재를 누락하였다거나 부정한 기교를 사용한 것으로 볼 수 없다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ①공소외 6 주식회사는 피고인 1이 관리하는 페이퍼컴퍼니에 불과하고, 공소외 2 주식회사는 공소외 4 주식회사의 대주주로서 제3자 배정 유상증자에 참여할 수 없으며, 피고인 1은 실제로 위와 같이 취득한 실권주를 공소외 2 주식회사의 자산으로 회계처리하거나 실권주를 매각하여 발생한 이익을 공소외 2 주식회사에 귀속시키지도 않은 점 등에 비추어 볼 때 공소외 6 주식회사 명의의 주식은 공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 자신의 계산으로 차명으로 취득한 것인 점, ② 유상증자에 100% 투자가 이루어졌다는 사실은 공소외 4 주식회사에 대한 다른 유상증자 참여자들에게 피고인 1 및 공소외 4 주식회사에 대한 신뢰를 갖게 하고 공시될 경우 일반투자자들의 투자 판단에도 긍정적인 영향을 미칠 수 있는 사항인 점, ③공소외 4 주식회사의 최대주주인 공소외 2 주식회사의 대표이사이자 공소외 4 주식회사의 등기이사인 피고인 1이 스스로 차명으로 실권주를 인수하여 이를 즉시 매도한 사실 역시 일반투자자들에게 알려질 경우 투자자의 투자 판단에 악재로 작용하여 주가에 영향을 미칠 수 있는 내용인 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1이 제3자의 투자로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 형성한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 기교'에 해당한다고 할 것이고, 피고인 1의 주식취득 사실을 기재하지 아니함으로써 주가하락 방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 같은 항 제2호의 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

- (1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 약 122억 원 규모의 공소외 4 주식회사 유상증자를 추진하는 과정에서 실권주가 발생하자 페이퍼컴퍼니인 공소외 6 주식회사 명의로 2억 원을 납입하여 실권주를 인수하고서도 마치 실권주가 정상적으로 인수된 것처럼 공시하고 아울러 임원으로서 자신의 주식소유상황보고를 하지 않은 사실은 인정된다.

그런데 ①피고인 1이 마치 정상적으로 주금이 납입된 것처럼 공시한 부분이 공소외 4 주식회사의 전체 유상증자금에서 차지하는 비율이 1.6%(122억 원 중 2억 원)에 불과한 점, ②피고인 1이 위와 같이 공소외 4 주식회사 주식을 취득함으로써 인하여 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 것도 아니고, 일반투자자들의 입장에서 공소외 4 주식회사의 임원인 피고인 1이 실제로 유상증자된 주식 중 약 1.6%에 해당하는 주식을 보유하고 있는지를 알게 되었는지 여부에 따라 투자 판단 자체가 달라진다고 보이지 않는 점, ③피고인 1과 상피고인 2는 자신들이 투자를 권한 투자자들과의 신뢰관계를 유지하기 위하여 공소외 6 주식회사 명의로 실권주를 인수하였던 것이지 나아가 실권주 인수를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ④피고인 1은 주식 소유상황변동보고의무 위반으로 처벌받게 되는 점 등을 고려할 때 공소사실 기재와 같은 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다거나 또는 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 이용한 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다.

소결론

결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호에서 규제하는 부정거래행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 상피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

X. 2009. 7. 13.자 공소외 8 주식회사 신주인수권(워런트) 22억 원 상당 차명 행사 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하거나, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 공소외 39 주식회사, 공소외 40 주식회사, 공소외 41 주식회사에 발행된 공소외 8 주식회사 발행 신주인수권부사채(BW)에서 분리된 권면총액 153억 원 상당(2,971,324주, 18.99%)의 신주인수권을 공소외 2 주식회사의 자금으로 사채권자들로부터 다시 인수하여 공소외 23 주식회사 명의 및 페이퍼컴퍼니인 공소외 14 주식회사, 공소외 42 주식회사 명의로 보유하다가 2009. 6. 12.경 위 신주인수권 전부의 명의를 공소외 14 주식회사로 변경하였

다.

피고인 1은 2009년 7월경 공소외 8 주식회사 운영자금이 부족하자 사채업자로부터 자금을 차입하여 차명으로 신주인수권을 행사함으로써 신주인수권 행사자금으로 운영자금을 확보함과 동시에 발행된 신주매각에 따른 공소외 14 주식회사의 대량보유상황보고의무를 회피하기로 마음먹었다.

피고인 1은 그 무렵 피고인 11을 통해 사채업자 피고인 13에게 22억 원을 빌려주면 신주인수권 행사 자금으로 납입하여 운영자금을 확보하고 발행된 신주를 차입금 22억 원에 대한 담보로 제공하겠다고 제의하였고 피고인 13은 자신과 공소외 15의 명의로 위 신주인수권을 행사하여 신주를 차입금 22억 원에 대한 담보로 제공받는 조건으로 이에 동의하고 공소외 14 주식회사가 공소외 15에게 워런트를 매각한다는 내용의 '신주인수권 증권 양수도 계약서'를 허위로 작성하였다.

피고인 13은 2009. 7. 13. 자신과 공소외 15의 명의로 22억 원을 공소외 8 주식회사에 신주인수권 행사 자금으로 납입하여 440,440주를 배정받았다.

사실은 공소외 14 주식회사는 피고인 1에 의해 중요한 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사되는 피고인 1의 특별관계자이고, 위와 같이 피고인 13 및 공소외 15의 명의로 배정받은 신주 440,440주는 피고인 13에게 담보로 제공되었다가 피고인 1, 공소외 14 주식회사와의 협의 하에 처분되어 원리금을 정산하기로 합의가 되어 있기 때문에 피고인 1, 공소외 14 주식회사와 피고인 13은 공동보유자의 관계에 있어 상호 특별관계자이다.

따라서, 피고인 1, 공소외 14 주식회사, 피고인 13은 대량보유상황보고를 함에 있어 공소외 14 주식회사 보유 지분, 피고인 13 보유 지분을 모두 보고하고, 공소외 14 주식회사와 피고인 13의 계약내용을 기재하여야 한다.

그럼에도 피고인 1, 13은 2009. 7. 20.경 공소외 14 주식회사 명의로 주식 등의 대량보유상황보고를 하면서 피고인 13 보유 지분에 대한 기재를 누락한 채 공소외 14 주식회사가 보유하고 있는 공소외 8 주식회사 지분이 기존의 18.99%에서 16.71%로 낮아졌다고만 공시하여 거짓 표시를 하였다.

피고인 1은 2009. 8. 11.경 피고인 11을 통해 피고인 13에게 위 440,440주를 매도할 것을 통보하였고, 피고인 13은 전량을 장내매도하였다.

이로써 피고인 1, 11, 13은 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하고, 신주인수권이 소액투자자에 의해 정상적으로 행사되는 듯한 외관을 만드는 방법으로 부정한 기교·수단·계획을 사용하였다 .

2. 감사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

공소외 14 주식회사 명의의 신주인수권의 실질적인 계산 주체는 피고인 1이고, 피고인 13이나 공소외 15 명의의 신주 인수권 행사도 피고인 13으로부터 차입한 자금으로 피고인 1 본인이 행사한 것이므로, 피고인 1은 이러한 신주인수권 행사로 인한 주식 취득과 매각에 대하여 공소외 8 주식회사의 대표이사로서 이를 공시하여야 한다.

그런데 피고인 1은 공시의무를 피하기 위하여 2009년에 페이퍼컴퍼니인 공소외 14 주식회사를 설립하였고, 공소외 8 주식회사와 공소외 14 주식회사의 관계, 피고인 1과 공소외 14 주식회사의 관계를 공시하지 않았다.

피고인 1은 자신이 신주인수권을 행사하자마자 신주를 매각하였다는 내용이 공시되고 이로 인하여 주가가 나쁜 영향을 받는 것을 회피한 것으로 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 사용하였을 뿐 아니라 부정한 기교를 사용하였다.

나. 판단

(1) 원심은, ① 피고인 1의 대량보유상황보고에 따라 공시되는 내용은 공소외 14 주식회사가 보유한 공소외 8 주식회사 지분이 18.99%에서 16.71%로 2.28% 감소하였다는 내용일 뿐인 점, ② 당시 공시된 공소외 8 주식회사의 최대 주주는 지분 18.99%를 보유한 공소외 14 주식회사와 지분 13.67%를 보유한 공소외 13 주식회사인데, 위와 같은 공소외 14 주식회사의 지분감소로 인하여 공소외 8 주식회사의 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 경우에 해당하지는 않는 점, ③ 피고인 1은 신주를 피고인 13이 직접 취득하게 하는 방법으로 담보를 제공함으로써 차입금에 대한 이자를 절감하려는 목적 및 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 행사하는 것과 이를 매각하는 것을 반복하여 공시하는 번거로움을 피하고 한번만 공시하려는 목적으로 위와 같이 피고인 13에게 신주인수권을 행사하게 한 점, ④ 피고인 1이 공소외 14 주식회사의 지분이 감소되었다고 공시한 것은 위와 같은 담보제공을 위하여 형식적으로 공소외 14 주식회사가 보유한 신주인수권을 피고인 13에게 매각한 것을 그대로 공시한 것에 불과하고, 달리 공소외 14 주식회사의 지분감소를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키거나 재산상 이익을 취득하려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ⑤ 피고인 13으로부터의 자금차입의 목적 및 신주매각, 정산 과정 등에 비추어 볼 때 피고인 1이 공소외 14 주식회사의 명의로 신주인수권을 행사하였다고 하더라도 마찬가지로 그 신주를 매각하여 차입금을 변제하였을 것으로 보이는데, 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 행사한 후 신주를 매각함으로써 공소외 14 주식회사의 지분이 감소한 것으로 공시하는 것과 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 매각함으로써 공소외 14 주식회사의 지분이 감소한 것으로 공시하는 것 사이에 일반투자자들에게 미치는 영향이 특별히 다르다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1의 공시내용이 일반투자자들의 투자 판단에 영향을 미치는 중요한 사항에 관한 것이라거나 피고인 1, 11, 13에게 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻으려는 고의가 있었다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

(2) 또한 원심은, ①피고인 1은 신주인수권 행사자금을 납입하여 공소외 8 주식회사의 운영자금을 마련하기 위하여 피고인 13으로부터 22억 원을 차입하면서 피고인 13에게 직접 담보를 취득하게 하기 위하여 형식적으로 공소외 14 주식회사가 보유한 신주인수권을 피고인 13에게 매각하고 피고인 13으로 하여금 이를 행사하게 한 것일 뿐 이를 통하여 적극적으로 허위의 외관을 형성하여 일반투자자들을 기망하거나 그로 인하여 이익을 얻으려는 의도가 있었던 것으로는 보이지 않는 점, ②공소외 14 주식회사 명의로 신주인수권 행사가 이루어지는 것과 피고인 13 또는 공소외 15 명의로 신주인수권 행사가 이루어지는 것 사이에 그 외관에 있어서 제3자에 대하여 특별히 다른 의미를 가지는 것으로 보기 어려운 점, ③피고인 13이 자신과 공소외 15의 명의로 신주인수권을 행사하여 취득한 주식은 공소외 8 주식회사 지분의 2.28%에 불과하고, 피고인 13과 공소외 15가 특별히 일반투자자들의 투자 판단에 영향을 미치는 중요투자자라고 볼만한 자료도 없는 점, ④피고인 1, 11이 공소외 14 주식회사 명의로 신주인수권을 행사하지 아니하고 피고인 13 등 명의로 신주인수권을 행사하는 행위로 인하여 피고인 1, 11에게 관계법령상의 제한을 회피한 부당이익이 발생한다고 볼 수도 없는 점 등을 종합해 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 11, 13의 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에 금지하고 있는 '부정한 기교'를 사용하는 행위에 이르렀다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 당심에서 변경된 공소사실에는, 피고인 13 및 공소외 15 명의로 배정받은 공소외 8 주식회사 신주 440,440주는 피고인 13에게 담보로 제공되었다가 피고인 1, 공소외 14 주식회사의 협의 하에 처분되어 원리금을 정산하기로 합의가 되어 있으므로 피고인 13, 1, 공소외 14 주식회사는 공동보유자라고 기재되어 있다.

나. 그러나 위 2의 나항(판결문 77쪽)과 같은 사정들에 의하면, 피고인 13 및 공소외 15 명의로 배정받은 위 공소외 8 주식회사 신주 440,440주는 피고인 1이 공소외 2 주식회사의 자금을 이용하여 공소외 14 주식회사 명의로 보유 하였던 신주인수권을 행사하여 취득한 것으로 피고인 1 또는 공소외 14 주식회사가 보유하는 주식이라고 할 것이고, 한편 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 피고인 13로서는 피고인 1의 채무불이행이 없는 한 위 주식을 임의로 처분할 수 없는 것이고, 반면 피고인 1로서는 담보로 제공된 주식을 처분하지 않는 대신 현금을 제공하는 방법으로 주식을 반환받을 수 있음이 인정되는 점 등을 고려할 때 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1, 13과 공소외 14 주식회사가 합의나 계약 등에 따라 위 440,440주를 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에는 부족하다.

다.

결국 피고인 1, 13과 공소외 14 주식회사가 위 공소외 8 주식회사 주식 440,440주의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

XI. 2009. 10. 26.자 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 13의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(2)상피고인 1의 계획은 회사의 충실화를 위한 "합병"이었고, 그 과정에서 자금이 모자라 빌린 돈에 관한 담보를 제공하기 위하여 매각제한 규정의 적용을 받지 않는 당사자로 하여금 공소외 9 주식회사 주식을 취득하게 한 것뿐이지, 매각제한규정을 회피한 주식을 팔아 이득을 취한다는 것을 목적으로 하지 않았다.

매각제한규정을 회피한다는 것만으로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 계획이 된다고 할 수는 없다.

(3)상피고인 1이 자신이 공소외 9 주식회사 지분을 취득한 사실을 신고하지 않은 것은 피고인 13의 관여 여부와 관계없이 사후적으로 성립한 것이고, 피고인 13으로서는 그러한 보고의무 불이행을 미리 예견할 수 없었다.

(4)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

(5) 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 0원이라고 볼 수 없다.

따라서 원심판결에서 상장 즉시 매각할 수 있는 합병신주의 가액에서 공소외 9 주식회사 주식 인수대금의 차액을 위반행위로 얻은 이익이라고 판단한 것은 부당하다.

또 수시로 증감 변동하는 주식의 가치를 산정하면서 상장 전일의 종가를 기준으로 한 것도 타당하지 않다.

나. 판단

(1) 차명인수 및 허위 공시에 의한 부정거래행위 여부

원심은, ①상피고인 1이 공소외 8 주식회사의 공소외 9 주식회사 인수·합병을 추진하기로 하고 공소외 8 주식회사의 자금 12억 5천만 원과 피고인 13으로부터 차입한 자금 13억 4,875만 원으로 공소외 9 주식회사 지분의 100%를 취득하면서 공소외 86, 87 등 명의의 차명을 이용한 사실, ②상피고인 1은 차명으로 인수한 주식 중 288,000주(지분율 18%)의 명의를 공소외 8 주식회사로 변경한 뒤 '타법인 주식 및 출자증권 취득 결정' 공시 등을 통하여 공소외 8 주식회사가 공소외 9 주식회사의 주식의 18%만을 취득하였고, 위 288,000주에 대해서 배정될 합병신주 219,227주만을 보호예수하게 되는 것처럼 표시한 사실, ③상피고인 1은 2009. 10. 26. 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사의 합병 후 공소외 8 주식회사의 계산으로 총 998,699주를 배정받았음에도 2009. 10. 29. 증권발행실

적보고서를 제출하면서 공소외 8 주식회사가 합병신주 219,227주만을 배정받았고 이 주식들만 보호예수하게 될 것이라고 기재한 사실을 인정한 후, 상장회사가 비상장회사와 합병한 후 배정할 합병신주 중 어느 정도의 수량을 보호예수할 것인지는 합병 후 주가에 직접적 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당하고, 상피고인 1, 2가 공소외 9 주식회사를 인수하면서 차명을 사용하고 보호예수 수량을 거짓 기재함으로써 매각제한규정을 회피한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규정한 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위' 및 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규정한 '부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

(2) 피고인 13의 공모관계 인정 여부

(가) 원심은, ①상피고인 11이 피고인 13으로부터 자금을 차입할 때 피고인 13에게 공소외 9 주식회사의 지분을 차명으로 인수하고 그 차명인수된 공소외 9 주식회사에 대해서 공소외 8 주식회사의 합병신주가 배정되면 그 합병신주를 매각해 변제하는 것을 설명한 점, ②피고인 13은 수사기관에서, 상피고인 11이 4명의 인수명의를 빌려달라고 할 때 보호예수를 회피하려고 한다는 짐작은 하였다고 진술하였고, 상피고인 11이 보호예수 때문에 차입한 자금을 공소외 8 주식회사 명의로 공소외 9 주식회사를 인수하면 안 되므로 차명이 필요하고, 차명으로 인수하여 보호예수를 피하여야 합병신주를 매각하여 차입금 변제도 가능하다고 설명하였다고 진술하였으며, 원심법정에서도 " 피고인 11이 보호예수에 안 걸리려면 차명으로 해야 된다고 하면서 피고인 11 측에서 4명의 이름을 제공해 신주를 받아서 줄지 피고인 13 측에서 4명의 차명을 제공할 것인지를 물어보아서 본 피고인이 차명을 제공했다.

"고 진술한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 13은 상피고인 11 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 9 주식회사를 인수한다는 사정을 인식하고 인수자금 및 차명을 제공하였다고 할 것이므로, 피고인 13의 범의 및 공모·범행가담 사실을 충분히 인정할 수 있고, 따라서 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단하였다.

(나) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 비추어 보면, 원심이 그 판시와 같이 인정되는 사실에 기초하여 피고인 13이, 상피고인 11 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 9 주식회사를 인수하고 그 차명인수된 공소외 9 주식회사 주식에 합병신주가 배정되면 이를 담보로 제공받는다는 인식 하에 공소외 9 주식회사 주식 인수대금 명목으로 13억 4,875만 원을 대여하고, 아울러 공소외 44, 45, 46, 47의 명의를 빌려주었다고 판단한 것은 정당하고, 피고인 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

(다) 그런데 형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하다.

여기서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ①피고인 13은 상피고인 1을 잘 알지 못하고 상피고인 1이 수립한 부정한 계획의 구체적 내용에 대해서 까지 상피고인 11을 통하여 설명 받은 것으로 보이지 않는 점, ②피고인 13의 주된 목적은 상피고인 11의 부탁에 따라 상피고인 1에게 자금을 대여하면서 충분한 가치를 가지는 담보를 취득하는데 있었던 점, ③피고인 13이 공소외 9 주식회사 주식의 차명 취득이나 공소외 9 주식회사와 공소외 8 주식회사의 합병과정에 적극적으로 가담한 사실도 없는 점 등을 종합하면 피고인 13이 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였다고 보기는 어렵다.

따라서 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단한 원심판결은 공동정범의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(라) 한편 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 의미한다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1518 판결 등 참조).

위 (나)항에서 인정한 것처럼 피고인 13은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 인식하면서도 그 범행에 이용할 자금과 차명을 제공하였고, 이를 통하여 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 하였다고 할 것이므로 방조의 죄책은 부담한다고 봄이 옳다[법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장 변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다.

따라서 공동정범으로 기소된 범죄사실에 대하여 공소장 변경 없이 방조범으로 인정할 수 있다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결 참조)].

(3) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(가) 원심의 판단

원심은 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11에게 자금 및 차명을 제공하여 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고 그 이익액을 837,274,540원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 한 피고인 13의 자금으로 배정받은 합병신주 631,799주의 평가액 2,186,024,540원 - 공소외 9 주식회사 구주 인수대금 1,348,750,000원)으로 산정하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 이미 살펴본 것처럼 자본시장법위반죄에서의 위반행위로 얻은 이익액은 그 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로 엄격한 증명의 대상이 되고, 그 입증책임은 검사가 부담한다.

원심이 인정한 것처럼 피고인 13이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야지 공소외 9 주식회사 구주

인수대금을 공제한 금액이 된다고 볼 수는 없다(원심과 같은 이익액 산정방식은 보호예수에 걸려서 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 구주 인수대금 상당액으로 볼 수 있는 경우에만 허용될 수 있다). 그런데 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없다.

가사 검사가, 피고인 13이 적법하게 취득할 수 없는 공소외 8 주식회사 합병신주를 취득한 그 자체를 자본시장법 위반행위로 얻은 이익으로 보아 공소제기한 것으로 보더라도 합병신주가 상장되는 경우 그 상장 자체의 효과로 인하여 주가에 상당한 정도의 변동이 발생할 여지가 있는 점, 주식시장에 있어서 합병을 통한 상장이 일반적인 호재로 인식된다고 단정하기는 어려우므로 상장 전일 종가를 기준으로 합병신주의 가치를 산정하는 것이 반드시 피고인 13에게 유리하다고 볼 수도 없는 점, 피고인 13이나 상피고인 1, 2, 11이 매각제한이 없는 합병신주를 상장 즉시 처분할 의사를 가지고 있었던 것도 아니고 실제 주식시장에서 단기간에 처분이 가능하다고 보이지도 않으므로 피고인 13의 자금을 이용하여 취득한 공소외 8 주식회사 합병신주 전체가 상장 직후 처분이 될 수 있다는 가정 하에 그 가치를 산정하는 것은 부당한 점 등을 고려할 때 합병신주의 상장 전일 종가를 기준으로 합병신주의 가치를 산정한 원심판결의 합리성을 선뜻 수긍하기 어렵다.

2) 결국 피고인 13의 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다고 할 것인데 그 이익액을 837,274,540원으로 산정한 원심판결에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 13 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 13은, 상피고인 1 등의 범행에 대한 인식, 용인에 그치지 않고 공동의 의사로 사기적 부정거래 범행을 하기 위하여 일체가 되어 상피고인 1의 행위를 이용하여 자신의 의사를 옮기는 정도에 이르렀다고 보아야 하며, 공모의 범위에 있어서도 피고인 13과 상피고인 1, 2, 11 사이에 '부정한 합병신주 취득 행위'에 대한 순차적, 암묵적인 공모가 이루어졌다.

따라서 피고인 13이 위반행위로 얻은 이익액은 상피고인 1, 2, 11과 동일하게 1,323,498,540원(=2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 산정한 상피고인 1 등이 매각제한 규정을 회피하여 취득한 공소외 8 주식회사 합병신주 998,699주의 가치 3,455,498,540원 - 공소외 9 주식회사 구주 1,312,000주 인수대금 2,132,000,000원)으로 보아야 한다.

(2) 판단

검사가 제출한 모든 증거들을 종합하더라도, 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11의 전체적인 범행에 가담하거나 이를 인식하였다고 인정하기에 부족하므로 이 부분 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다[아울러 위 1.나 (3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼 검사의 주장과 같은 방법으로 위반행위로 얻은 이익액을 산정하는 것

은 부당하고, 달리 피고인 13의 이익액을 산정할 만한 증거가 없다].

나. 피고인 1, 2, 7, 8, 10 부분

(1) 항소이유 요지

자본시장법 위반행위로 얻은 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다.

이 사건의 경우 피고인 1, 2, 7, 8, 10은 시세조종행위를 통하여 합병을 반대하는 공소외 8 주식회사 주주들의 주식 매수청구권 행사 규모를 줄임으로써 절감된 9,040,901,457원의 주식매수비용 상당 이익이 발생하였고 여기에서 이 사건 거래에 투입된 비용인 4,115,203,835원을 공제하면 결국 4,925,697,622원의 이익을 취득하였다고 보아야 한다.

(2) 판단

(가) 이 부분 항소이유와 관련하여서는 검사가 당심에 이르러, ' 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 대표이사로서, 피고인 2, 7, 8, 10 및 공소외 10은 피고인 1과 공모하여, 시세조종행위를 통하여 공소외 8 주식회사에 대한 주식매수 청구권 행사규모가 감소되도록 하여 공소외 8 주식회사로 하여금 4,925,697,622원 상당의 손실을 회피하게 함으로써 동액 상당의 부당이득을 얻게 하였다'는 것으로 공소장을 변경하였으므로 이를 전제로 검사의 항소이유를 판단한다.

(나) 자본시장법 제443조에서 규정하는 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액'은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 옳다(대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결 등 참조). 그런데 우선 자본시장법 제443조가 위반행위자 본인이 아닌 제3자가 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 위반행위자 본인이 이익을 얻은 경우와 동일하게 보아 이를 가중처벌하는 규정으로 볼 수는 없고, 달리 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 피고인 1, 2, 7, 8, 10 및 공소외 10의 이익액 또는 손실 회피액으로 보아야 할 근거를 찾을 수 없다 (피고인 1이 공소외 8 주식회사의 대표이사라고 하여 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 바로 피고인 1 본인의 손실 회피액과 동일 시 할 수는 없다).

가사 견해를 달리하여 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 피고인 1, 2, 7, 8, 10 및 공소외 10의 이익액 또는 손실 회피액으로 볼 수 있다고 하더라도, 원심이 적절하게 지정한 것처럼, ① 주식매수청구권이 행사되는 경우에는 공소외 8 주식회사가 그 주식을 취득하게 되고, 그 주식의 시가 상당액은 손실에서 공제되어야 할 것이므로 주식매수청구권이 행사되지 않은 금액 상당을 모두 이득하였다고 보기 어려운 점, ② 피고인 1이 증권예탁원으로부터 주주들이 약 10,222,278,621원 상당의 주식을 매수청구할 예정이라는 취지의 '이사회 결의사항 반대의사 통지서'를 송달받았다고 하더라도 실제 매수청구권의 행사규모가 얼마가 될지 여부는 확정된 것이 아니므로 위 금액 전부에 대하여 매수청구권이 행사되었을 것이라는 가정 하에 위반행위로 인한 이익 등의 액수를 산정하는 것은 부당한 점 등에

비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 8 주식회사가 4,925,697,622원 상당의 손실을 회피하였다고 인정하기에 부족하다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없고, 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

3. 직권판단

가. 현실거래에 의한 시세조종행위와 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위의 관계

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2, 7, 8, 10이 공소외 10과 공모하여, 장내에서 공소외 8 주식회사의 주식을 매수한 행위를 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단하면서도 이와 동시에 이와 같이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는 범행은 당연히 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에도 해당한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

위 V.4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 직권으로 판단한 것처럼, 자본시장법 제176조 제2항 제1호와 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 법조경합의 관계에 있다.

따라서 피고인 1, 2, 7, 8, 10의 이 부분 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법 위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2, 11이 공모하여, 매각제한 규정을 회피하여 상장즉시 매각할 수 있는 공소외 8 주식회사 신주 998,699주가 상장됨으로써 1,323,498,540원(2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 산정한 998,699주의 가치 3,455,498,540원 - 공소외 9 주식회사 주식 1,312,000주의 인수대금 2,132,000,000원)의 부당이득을 취득하였다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

위 1.나.(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼, 피고인 1, 2, 11이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 위반행위로 인한 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야 하는데, 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없으므로 결국 피고인 1, 2, 11이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

이와 달리 피고인 1, 2, 11의 이익액을 1,323,498,540원으로 산정한 원심판결에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다(다만 원심은 피고인 1, 2의 경우 포괄일죄의 관계에 있는 다른 자본시장법위반 범행으로 얻은 이익액을 산정할 수 없어서 범행 전체의 이익액을 산정할 수 없다고 판단하였으므로 위와 같은 법리오해가 피고인 1, 2의 판결에는 영향을 미치지 않았다).

다.

2009. 10. 26.자 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄와 2009. 12. 29.자 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄의 죄수

원심은, 피고인 1, 2, 7, 11, 13의 2009. 10. 26. 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄와 2009. 12. 29. 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄가 실체적 경합관계에 있다고 판단하였다.

그런데 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 매출액이 지속적으로 감소하여 관리종목으로 지정될 가능성이 높아지자 비상장회사와 합병하여 자기자본을 확충하고 그 과정에서 시세조종 등이 필요하다고 판단하여 위 각 범행을 저지른 점, 피고인 2, 7, 11은 상사인 피고인 1의 계획과 목적을 인식하고 피고인 1의 지시에 따라 각자의 역할을 수행한 점, 피고인 13의 경우 피고인 11을 통하여 피고인 1의 계획을 대체적으로 인식한 상태에서 2회에 걸쳐서 유사한 형태의 거래를 한 점 등을 고려할 때 피고인 1, 2, 7, 11, 13의 범의의 단일성과 계속성이 인정되고, 또 위 각 죄의 보호법익은 사회적 법익으로서 피해법익의 동일성도 인정되므로 위 각 죄는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 옳다.

이와 달리 위 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범의 관계에 있다고 보아 경합범가중을 한 원심에는 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

XII. 2009. 12. 29.자 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 5, 6, 12, 13의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1) 피고인 5

2009. 9. 27.자 금전소비대차계약서상 차용인은 '공소외 14 주식회사'로 기재되어 있고 피고인 5가 빌려준 5억 원이 실제로 공소외 5 주식회사의 유상증자 자금으로 사용되었다는 증거가 없으며, 상피고인 1의 부탁으로 2009년 9월 초순경 명의를 빌려준 사실은 있으나 그 구체적 목적을 인지한 시점은 2009. 11. 4.경이다.

따라서 피고인 5가, 상피고인 1이 차명으로 유상증자에 참여하여 보호예수를 피할 것이라는 사실을 알면서 유상증자 대금 5억 원을 빌려주었다고 볼 수는 없다.

(2) 피고인 6

(가) 피고인 6은 상피고인 1에게 4억 원을 대여한 것이 아니다.

피고인 6은 상피고인 1의 투자 요청을 받았으나 자금이 없어서 상피고인 1을 도와주고자 공소외 16을 소개하여 공소외 16으로 하여금 상피고인 1에게 4억 원을 대여하도록 하였다.

(나)피고인 6은, 상피고인 1이 실제로 4억 원을 차용하는 주체라는 사실이나 상피고인 1이 차명으로 공소외 5 주식회사의 유상증자에 참여하여 보호예수 규정을 피한 합병신주를 취득하려고 한다는 사실을 전혀 알지 못하였다. 따라서 상피고인 1의 행위에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담하지 않는다.

(다)상피고인 1이 매각제한 규정을 회피한 합병신주를 배정받기 위하여 차명으로 주식을 인수하여 이와 관련한 허위의 보고를 한 일련의 행위는 거짓의 기재 내지 부정한 수단을 사용하여 재산을 얻는 일련의 행위로서 법률적으로 하나의 평가를 받아야 한다.

그런데 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 입법취지에 비추어 볼 때 같은 항 제2호로 평가할 수 있는 행위는 같은 항 제2호로만 처벌하여야 하고, 같은 항 제1호를 재차 적용하여 처벌하는 것은 위법하다.

(라)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 죄형법정주의에서 파생되는 명확성 원칙에 부합하지 않는 포괄적이고 추상적인 규정이다.

따라서 같은 조 제2항에서 정한 바와 같이 '재산상 이익을 얻고자 하는 의도'가 있는 행위 등으로 제한하여 해석하지 않는 한 위헌성을 면할 수 없다.

(3) 피고인 12

(가)피고인 12로부터 금원을 차용한 경위에 대한 상피고인 1의 진술은 일관성이 없고 신빙성이 없다.

피고인 12는 상피고인 1에게 공소외 5 주식회사 인수대금 명목으로 60억 원을 빌려준 것이고, 수사기관에서 공소외 5 주식회사 유상증자 자금을 빌려주었다고 진술한 것은 상피고인 1의 부탁에 따라 사실과 다르게 진술한 것에 불과하다.

결국 피고인 12가 상피고인 1 등의 범행을 인식하면서 60억 원을 대여하였다고 인정할 만한 증거가 부족한데도 원심 판결은 채증법칙에 위배하여 사실을 오인함으로써 피고인 12를 상피고인 1 등의 범행에 대한 공동정범으로 판단하는 잘못을 저질렀다.

(나)피고인 12는 상피고인 1에게 4개월 동안 60억 원을 대여하여 72억 원을 변제받기로 되어 있었는데 실제로는 원금은 물론 이자도 받지 못하여 큰 손실이 발생하였다.

원심판결과 같이 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일 종가를 기준으로 한 합병신주 평가액에서 유상증자 납입대금을 공제하는 방식으로 위반행위로 얻은 이익액을 산정하는 것은 부당하고, 인과관계가 인정되는 이익만으로 한정하여야 한다.

(4) 피고인 13

(가)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(나)상피고인 1의 계획은 회사의 충실화를 위한 "합병"이었고, 그 과정에서 자금이 모자라 빌린 돈에 관한 담보를 제공하기 위하여 매각제한 규정의 적용을 받지 않는 당사자로 하여금 공소외 5 주식회사 주식을 취득하게 한 것뿐이지 매각제한규정을 회피한 주식을 팔아 이득을 취한다는 것을 목적으로 하지 않았다.

매각제한규정을 회피한다는 것만으로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 계획이 된다고 할 수는 없다.

(다)상피고인 1이 자신이 취득한 공소외 5 주식회사 지분을 취득하였다고 신고하지 않은 것은 피고인 13의 관여 여부와 관계없이 사후적으로 성립한 것이고, 피고인 13이 관여할 가능성이 전혀 없었다.

(라)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

(마) 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 0원이라고 볼 수 없다.

따라서 원심판결에서 상장 즉시 매각할 수 있는 합병신주의 가액에서 공소외 5 주식회사 주식 인수대금의 차액을 위 반행위로 얻은 이익이라고 판단한 것은 부당하다.

또 수시로 증감 변동하는 주식의 가치를 산정하면서 상장 전일의 종가만을 기준으로 한 것도 타당하지 않다.

나. 판단

(1) 부정거래행위 해당 여부

원심은, ①상피고인 1이 2009. 2. 25.경 공소외 13 주식회사의 대표이사로서 2009. 9. 25.경 공소외 5 주식회사의 주식 361,476주(90%)를 8,099,954,800원에 인수하면서, 190,000주만을 공소외 13 주식회사 명의로 인수하고, 나머지 171,476주를 차명으로 인수한 사실, ②상피고인 1은 피고인 12로부터 차입한 60억 원, 피고인 13으로부터 차입한 40억 원, 피고인 5로부터 차입한 5억 원, 피고인 6으로부터 차입한 4억 원 등 139억 5천만 원으로 2009. 9. 28. 공소외 5 주식회사 유상증자금을 납입하면서 차명으로 주금을 납입한 사실, ③상피고인 1은 위와 같은 방법으로 공소외 5 주식회사의 주식 1,437,476주를 차명으로 취득한 사실, ④상피고인 1, 2는 2009. 10. 5.경 '주요사항보고서(합병결정)'를 제출하고 2009. 10. 8.경 '증권신고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주를 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑤상피고인 1, 2는 2009. 10. 19.경 '[정정]회사합병결정'을 공시하고, [정정]주요사항보고서를 제출하고, 2009. 10. 20.경 '[정정]증권신고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을

190,000주 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주 1,267,414주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑥상피고인 1, 2는 2009. 11. 3. '[정정]회사합병결정'을 공시하고 '[정정]주요사항보고서' 및 '[정정]증권신고서(합병)'를 제출하고, 2009. 11. 11. '투자설명서'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주 1,179,817주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑦상피고인 1, 2는 2009. 12. 31. '증권발행실적보고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 취득할 합병신주 중 1,179,817주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실을 인정한 후, 상장회사가 비상장회사와 합병한 후 배정할 합병신주 중 어느 정도의 수량을 보호예수할 것인지는 합병 후 주가에 직접적 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당하고, 상피고인 1, 2가 차명으로 공소외 5 주식회사를 인수하여 유상증자한 후 합병하면서 보호예수 수량을 거짓 기재함으로써 매각제한규정을 회피한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위' 및 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들[다만 아래 (3)의 (가)항(판결문 99쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 6은 상피고인 1에게 4억 원을 대여한 것이 아니라 공소외 16을 소개하여 공소외 16으로 하여금 4억 원을 대여하도록 하였다]과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 6, 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

한편 자본시장법 제178조 제1항 제2호, 제3호 및 제2항은 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 추상성을 고려하여 부정거래유형을 보다 구체적으로 규정하기 위하여 마련된 것으로 상호 유기적인 관계를 가지는 만큼 자본시장법 제178조 제1항 제2호에 해당하는 부정거래행위에 대하여 그 근간이 되는 규정인 자본시장법 제178조 제1항 제1호도 동시에 적용할 수 있다고 본 원심의 판단에 피고인 6의 주장과 같은 잘못이 있다고 볼 수 없다(더구나 원심은 피고인 6의 범행에 대하여 포괄하여 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호를 적용하였고, 이를 실체적 경합의 관계에 있다고 판단하지 않았다).

(2) 피고인 5, 12, 13의 공모 여부

(가) 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심의 인정사실과 원심이 적절하게 기재한 여러 가지 사정들을 종합하여 보면, 원심이 피고인 13, 12, 5가 상피고인 1 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 5 주식회사 유상증자에 참여하고 그 차명으로 인수된 공소외 5 주식회사 주식에 합병신주가 배정되면 이를 담보로 제공받는다 인식 하에 공소외 5 주식회사 유상증자 대금과 함께 피고인 13의 경우 본인과 공소외 15 명의, 피고인 12의 경우 본인 명의, 피고인 5의 경우 공소외 48 명의를 빌려주었다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고인 5, 12, 13의 주장과 같은 사실오인의 잘못이 없다.

(나) 그런데 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ①피고인 5, 12, 13은 상피고인 1이 수립한 부정한 계획의 구체적 내용에 대해서 까지 알고 있었던 것으로는 보이지 않는 점, ②피

고인 5, 12, 13의 주된 목적은 상피고인 1에게 자금을 대여하면서 충분한 가치를 가지는 담보를 취득하는데 있었던 점, ③피고인 5, 12, 13이 공소외 5 주식회사 주식의 차명 취득이나 공소외 5 주식회사와 공소외 8 주식회사의 합병과정에 적극적으로 가담한 사실도 없는 점 등을 종합하면 피고인 5, 12, 13이 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였다고 보기는 어렵다.

따라서 피고인 5, 12, 13이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단한 원심판결은 공동정범의 법리를 오해한 잘못이 있다.

(다) 그러나 위 (가)항에서 인정한 것처럼 피고인 5, 12, 13은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 인식하면서도 그 범행에 이용할 자금과 차명을 제공하였고, 이를 통하여 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 하였다고 할 것이므로 방조의 죄책은 부담한다고 봄이 옳다.

(3) 피고인 6의 공모 여부

(가) 원심은, 피고인 6이 직접 피고인 1에게 4억 원을 대여하였다는 공소사실을 인정하였다.

그러나 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 2009년 9월경 상피고인 1로부터 10억 원 정도를 공소외 5 주식회사와 공소외 8 주식회사 합병에 투자 또는 대여하여 줄 것을 요청받았으나 자금이 부족하여 피고인 6이 대표이사로 재직 중이던 공소외 49 주식회사의 2대 주주인 공소외 16에게 대여 또는 투자를 권유한 사실, 공소외 16은 상피고인 1에게 4억 원은 대여하고, 6억 원은 투자하되, 투자금 중 1억 원은 피고인 6 명의로, 나머지 1억 원은 공소외 49 주식회사의 명의로 투자하기로 한 사실, 상피고인 1은 피고인 6을 통하여 공소외 16이 투자 및 대여를 하게 된다는 말을 전해들은 사실, 실제로 당시 작성된 4억 원에 관한 금전소비대차계약서의 대여인란에는 대여인이 '공소외 16'으로 기재되어 있고, 공소외 16이 자신의 성명 옆에 날인한 사실, 공소외 16은 위 금전소비대차계약을 작성한 후 2009. 9. 28.경 상피고인 1 측에서 차용인으로 내세운 공소외 14 주식회사의 계좌에 직접 인터넷뱅킹 방식으로 4억 원을 입금한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 6은 상피고인 1이 공소외 16으로부터 4억 원을 차용할 수 있도록 소개하였을 뿐 본인이 직접 4억 원을 대여한 것은 아니라고 할 것이므로, 이러한 사실인정을 바탕으로 하여 피고인 6이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 판단한 원심판결에는 사실오인으로 인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(나) 그런데 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심이 들고 있는 여러 가지 사정들, 여기에다가 위 소비대차 약정에 따르면 상피고인 1 측이 마련한 공소외 50, 51 명의로 공소외 5 주식회사의 주금을 납입하여 그 주식을 담보로 제공하고, 합병 후 주식이 나오면 이를 공소외 16에게 제공하기로 되어 있었던 점 등을 종합하면 피고인 6은 상피고인 1 등의 범행을 인식하면서도 상피고인 1이 공소외 16으로부터 범행 자금을 차용할 수 있도록 도움을 주었다 할 것이다.

나아가 당심 및 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 상피고인 1 측에서 작성한 위 금전소비대차계약서(수사기록 9권 5722쪽)나 그 부속약정서(수사기록 9권 5726쪽) 초안에 대하여 일부 문구를 수정하고 상피고인 1에게 담보로 제공될 주식에 보호예수에 걸리지 않도록 보장할 것을 확인·요구하는 등 공소외 16의 대여 과정에 적극적으로 개입한 사실이 인정되므로, 피고인 6은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 한 사람으로서 방조의 죄책을 부담한다고 봄이 옳다(피고인 6의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 피고인 6이 상피고인 1의 자금 차용 과정에서 공소외 16을 소개하여 상피고인 1 등의 범행을 용이하게 한 것으로 범죄사실을 변경하여 인정한다).

(4) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

원심은, 피고인 12, 13이 상피고인 1, 2, 11에게 자금 및 차명을 제공하여 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고, 그 이익액을 피고인 12는 2,897,043,240원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 12의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 2,980,584주의 평가액 8,897,043,240원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 6,000,000,000원)으로, 피고인 13은 1,689,942,377원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 13의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 1,738,674주의 평가액 5,189,942,377원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 3,500,000,000원)으로 각 산정하였다.

그러나 위 XI.1.가(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼, 피고인 12, 13이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 위반행위로 인한 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야 하는데, 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없으므로 결국 피고인 12, 13이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

따라서 이 부분 원심판결은 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 4, 7의 사기적 부정거래행위 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 4는 상피고인 1과의 약정을 통하여 원본의 손실 가능성이 전혀 없는 상품을 취득한 것으로 실질적으로는 금전 소비대차에 해당하므로 피고인 4의 행위 역시 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 사기적 부정거래행위에 해당한다.

(2) 판단

원심은, ①상피고인 5, 6으로부터의 자금차입의 경우 각 금전소비대차계약서가 작성된 것과는 달리, 피고인 4의 경우 '피고인 4가 공소외 5 주식회사가 발행하는 신주 8만 주를 인수한다'는 내용의 신주인수계약서(수사기록 9권 5537쪽)가 작성된 점, ②피고인 7은 원심법정에서, 처음에 피고인 4에게 유상증자 참여를 권유하였는데, 피고인 4가 "10억 원을 투자하는 대신 투자금액의 20%를 확정수익으로 보장하고, 투자기간을 4개월로 하고, 공소외 8 주식회사와 합병이 5개월 이상 지연되면 총 투자금액의 50%를 더하여 재매입하고, 투자원금 및 위 확정수익의 지급 보장을 위하여 공소외 2 주식회사, 공소외 8 주식회사, 공소외 5 주식회사가 발행하는 약속어음을 담보로 제공하고, 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사의 이사회에서 투자원금 및 확정수익금에 대한 연대보증 및 담보제공으로 하기로 하는 결의를 득한 이사회 의사록과 법인인감증명서, 각 이사의 인감증명서를 갖고 오라."고 함에 따라 상피고인 1에게 위 조건에 대한 허락을 받고 피고인 4와 신주인수계약서를 작성하게 되었고, 빌린다는 이야기를 하거나 금전소비대차계약서를 작성한 사실은 없다고 진술한 점, ③상피고인 1은 원심법정에서, 피고인 7에게 "유상증자대금 180억 원 중 10억 원 내지 20억 원이 모자라는데 유상증자에 참여할 자를 물색해오라."고 지시한 후, 피고인 7의 소개로 피고인 4와 계약조건에 관하여 합의하였고, 이후 계약서 작성 당시에는 참여하지 않고 상피고인 2로부터 피고인 4가 작성해 온 신주인수계약서 초안 상의 계약조건이 피고인 4와 사전에 합의한 대로 '4개월 동안 이자가 월 5%이고 5개월부터는 10%'로 되어있는 사실을 전화로 확인하고 계약체결을 지시하였으며, 계약서 형식은 실무자들이 알아서 한 것이고, 검찰에서 10억 원을 빌려온 것이라고 진술한 것은 본인의 입장에서 월 5천만 원의 이자를 지급하는 것이고 계약서를 보지 못했기 때문에 대여라고 진술한 것이고, 당시 증자대금 10억 원이 들어왔는지가 중요했을 뿐 그 성격에 대해서는 관심이 없었다는 취지로 진술한 점, ④상피고인 2는 원심법정에서, 본인이 수사기관에 제출한 공소외 5 주식회사 유상증자 주식내역에 '장회장(피고인 4) 10(차입)'이라고 기재된 이유에 대하여, 위 내역표는 검찰조사 시 공소외 5 주식회사 유상증자 건에 대해 항목별로 구체적으로 작성해서 제출해 달라고 하여 작성하여 제출한 것인데, 위와 같이 기재한 것은 증자 당시 또는 그 후에 상피고인 1이나 피고인 7로부터 피고인 4는 '차입'이라고 들은 것 같아 그렇게 정리하여 제출한 것이라고 진술한 점, ⑤피고인 4는 자신이 제공한 공소외 52, 53 명의로 신주를 배정받아서 그 증권계좌와 도장을 스스로 관리하였고, 배정받은 주식을 스스로 처분한 점 등을 종합해볼 때, 상피고인 1, 2나 피고인 7의 위 수사기관에서의 각 진술 등은 상피고인 1 등의 입장에서 위 자금의 성격을 대여금이라고 생각하였기 때문에 그러한 내용으로 진술된 것으로 보이고, 위 신주인수계약서상 확정수익 보장 및 재매입 약정 규정에 따라 결과적으로 사실상 대여계약과 유사한 효과가 발생한다고 하여 위 신주인수계약서의 문언 및 형식이 허위에 불과할 뿐 실질적으로는 대여계약에 해당한다거나 신주의 소유권 및 처분권이 상피고인 1에게 귀속한다고 볼 수는 없으며, 달리 상피고인 1 등이 피고인 4로부터 10억 원을 차입하였음을 인정할 만한 증거가 없다고 보아 피고인 7, 4가 상피고인 1, 2, 11의 사기적 부정거래행위에 가담하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13의 위반행위로 얻은 이익액 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 4, 5, 6, 7, 12, 13은 피고인 1의 범행에 대한 인식, 용인에 그치지 않고 공동의 의사로 사기적 부정거래행위를 하기 위하여 일체가 되어 피고인 1의 행위를 이용하여 자신의 의사를 옮기는 정도에 이르렀다고 보아야 하며, 공모의 범위에 있어서도 위 피고인들 사이에 '부정한 합병신주 취득 행위'에 대한 순차적, 암묵적인 공모가 이루어졌다.

따라서 위 피고인들이 위반행위로 얻은 이익액은 합병신주의 상장 전일 종가를 기준으로 하여 산정한 8,491,403주의 가치 25,346,837,955원에서 공소외 5 주식회사 주식 인수대금 17,064,954,800원을 공제한 8,281,883,155원으로 보아야 한다.

(2) 판단

피고인 4, 7이 피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 가담하였다고 볼 증거가 충분하지 않음은 위 가의 (2)항(판결문 102쪽)에서 판단한 것과 같다.

또 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도, 피고인 5, 6, 12, 13이 피고인 1, 2, 11의 전체적인 범행에 가담하였거나 또는 피고인 1이 자신들로부터 각자 차용한 자금 외의 나머지 인수자금 및 유상증자 자금을 관하여도 차명을 사용하고 보호예수에 걸리는 지분 표시를 허위로 공시한다는 점을 인식하였다고 보기 어렵다.

따라서 공범의 성립범위를 한정한 원심판결은 정당하고[다만 위 1.나의 (2)항(판결문 98쪽) 및 (3)항(판결문 99쪽)에서 판단한 것처럼 피고인 5, 6, 12, 13은 방조범으로서의 책임만 부담한다], 거기에 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 직권판단

원심은, 피고인 1, 2, 5, 6, 11이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고, 그 이익액을 피고인 1, 2, 11의 경우 7,799,042,615원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 산정한 피고인 1, 2, 11이 취득한 7,994,639주의 가치 23,863,997,415원 - 공소외 5 주식회사 주식 1,287,476주의 인수대금 16,064,954,800원)으로, 피고인 5의 경우 241,423,255원(=위 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 5의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 248,383주의 평가액 741,423,255원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 500,000,000원), 피고인 6의 경우 193,134,425원(=위 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 6의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 198,705주의 평가액 593,134,425원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 400,000,000원)으로 각 산정하였다.

그러나 위 XI.1.가(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼 검사가 제출한 모든 증거를 종합하여도 위와 같이 매각제한을 받지 않는 합병신주의 취득으로 얻은 이익액을 산정할 수 없으므로 이 부분 원심판결은 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

XIII. 결론

그렇다면 원심판결 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 부분의 경우 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있고, 나아가 원심판결에는 위에서 판단한 것처럼 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있으므로 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

Ⅰ. 공소장 변경에 따른 직권판단

검사는 당시에 이르러 원심의 심판대상이었던 공소사실 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 일부 공소사실을 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하는 결정을 고지함으로써 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들의 심판대상이 변경되었다[다만 이 법원은 피고인 1의 2010. 3. 12.자 피해자 공소외 8 주식회사에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 공소사실에 대하여 2011. 4. 12. 공소장변경을 허가하였으나 2011. 6. 2. 위 공소장변경허가결정을 취소하고 이를 불허하는 결정을 하였다.

따라서 이 부분은 이 법원의 심판대상에서 제외된다].

원심판결 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 부분은 심판대상의 변경으로 인하여 더 이상 유지될 수 없다.

그러나 공소사실이 변경되지 않은 부분에 대한 피고인 1, 5, 6, 12, 13 및 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이다.

이에 대하여는 변경된 공소사실에 대한 주장과 함께 아래에서 판단한다.

Ⅱ. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

피고인 1은, 사실은 투자금에 대한 손실보상 조건을 이행할 의사나 능력이 없으면서도, 2003. 7. 23.경 피고인 1의 지인인 상피고인 7을 통하여, 피해자 공소외 1에게 "5억 원을 내가 지정하는 주식에 투자하여 월 10% 이상의 수익이 발생할 경우 그 수익금을 그대로 가져가고 투자 손실이 발생하더라도 투자 원금은 물론 원금의 10%를 월 수익금으로 보전하여 주겠다.

"고 거짓말하여 이에 속은 공소외 1로부터 그 자리에서 5억 원이 입금되어 있는 공소외 1 명의의 증권계좌를 교부받았다.

2. 피고인 1의 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 피고인 1의 자력이나 주식보유 상황 및 공소외 1에게 손실이 발생하게 된 경위 등을 종합적으로 고려할 때 피고인 1의 편취 범의를 인정할 수 없다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ① 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주식 투자 수익금으로 사채업자들에 대한 거액의 차입원리금을 변제하고 투자자들에게 보장한 고율의 수익을 정상적으로 지급하는 것은 결국 향후 공소외 17 주식회사 주식이 급격히 상승할 경우에만 가능한 점, ② 주가는 다양한 변수에 의하여 상승 또는 하락할 수 있는 것으로서 피고인 1이 공소외 1로부터 투자를 받은 시점에서 공소외 17 주식회사 주가가 위와 같이 급격히 상승할 것이 확정적으로 예견된다고 볼 수 없는 점, ③ 피고인 1은 자신이 보유한 현금성 자산을 모두 공소외 17 주식회사 주식 투자에 투입하였고, 달리 주가 하락으로 인한 손해가 발생할 경우 약정 투자기간 내에 공소외 1에게 원금 및 약정한 수익금을 변제할 수 있을 만한 별도의 자산을 보유하고 있지 않았으며, 이후 부동산 처분 등을 통해서도 공소외 1의 손실금 및 약정수익금을 변제하지 못한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1에게 편취의 범의가 있었음을 인정할 수 있다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

- (1) 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94도2048 판결 등 참조).

사기죄는 미필적 고의에 의하여도 성립한다.

미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생가능성에 대한 인식이 있음은 물론, 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다.

이 때 그 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 행위자의 진술에 의존하지 아니하고, 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 당해 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다(대법원 2008. 1. 18. 선고 2007도8781 판결 등 참조).

한편 공소가 제기된 범죄사실의 주관적 요소인 미필적 고의의 존재에 대한 입증책임 역시 검사에게 있고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 한다.

따라서 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도12 판결 등 참조).

- (2) 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 공소외 17 주식회사의 주가가 예상과 달리 폭락할 경우 공소외 1에게 약정한 투자원금과 수익금을 지급할 만한 충분한 자력을 갖추지 못하였음은 인정된다[피고인 1은 2010. 3. 16. 검찰조사 시 공소외 1에게 원금과 수익금을 보장할 수 있는 별도의 재산을 확보하지 않은 상태에서 공소외 1로부터 투자를 받은 것은 인정한다고 진술하였다.

한편 피고인 1의 변호인이 참고자료로 제출한 등기부등본(공판기록 3권 1497쪽)의 기재에 의하면, 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시 피고인 1의 처 공소외 18이 과천시 중앙동 67에 있는 주공아파트 (이하 1 생략)(전유면적 132.28㎡)를 소유하고 있었던 사실은 인정된다.

그러나 위 아파트에 관하여는 2002. 9. 10. 채권최고액을 276,000,000원, 근저당권자를 조흥은행, 채무자를 공소외 18로 한 제1순위 근저당권설정등기가, 2002. 10. 14. 채권최고액을 372,000,000원, 근저당권자를 조흥은행, 채무자

를 공소외 18로 한 제2순위 근저당권설정등기가 각 경료되어 있었으므로 그 재산적 가치가 높다고 보이지 않는다. 또 피고인 1은 당시 공소외 19 주식회사 기업구조조정 전문회사의 대표이사로 재직하면서 위 회사의 지분 24%를 보유하고 있었다고 주장하나, 그 객관적 가치 역시 불분명하다].

(3) 그러나 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합할 때, 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가의 상승 가능성을 만연히 믿고 무모하게 공소외 1로부터 5억 원을 투자받았는지는 별론으로 하고 사기 범행에 대한 미필적 고의가 있었다고 단정하기는 어렵다.

① 피고인 1이 공소사실의 발생 가능성을 용인하였다고 보는 것은 피고인 1 본인이 입을 거래의 손실까지도 용인한 것으로 보는 셈이 되어 경험칙에 부합하지 않는다.

피고인 1은 공소외 1 등으로부터 투자받은 돈이나 사채업자로부터 차용한 돈 이외에 상당한 정도의 본인 자금(다만 피고인 1의 주장과 같이 그 액수가 40억 원에 이른다고 단정할 수는 없다)을 이용하여 공소외 17 주식회사 주식을 매수하였다.

결국 공소외 17 주식회사 주가의 폭락은 바로 피고인 1 본인에게도 거래의 손실이 발생하는 것을 의미하는 상황이었다(검사가 제출한 증거를 모두 종합하여 보아도, 피고인 1이 자신의 자금으로 매수한 공소외 17 주식회사 주식에 대하여는 그 투자원금을 회수할 수 있는 별도의 안전조치를 취하여 두었다고 인정되지는 않는다). 과연 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가가 폭락하여 다른 사람들로부터 유치한 투자금은 물론이고 자신의 투자금까지도 회수할 수 없을 가능성을 그대로 용인하는 내심의 의사가 있었다고 볼 수 있는지 의문이다.

② 공소외 1이 투자원금을 회수할 수 있는 조치를 취해 두었다는 피고인 1의 변소를 쉽게 배척할 수 없다.

피고인 1은 검찰조사 이래 이 법정에 이르기까지 일관되게 투자자인 공소외 1로 하여금 원금을 회수할 수 있도록 하기 위해서 만약 공소외 17 주식회사 주가가 하락하여 원금에 미치지 못하게 되는 경우에는 공소외 1이 본인의 의사에 따라 공소외 17 주식회사 주식을 처분할 수 있도록 해당 계좌의 증권카드와 도장을 공소외 1에게 교부하였다고 주장하고 있다.

공소외 1은 피고인 1의 위와 같은 주장을 부인하고 있으나, ㉞ 당시 피고인 1로부터 부탁을 받고 공소외 1의 투자를 유치하였던 상피고인 7도 피고인 1의 주장에 부합하는 취지의 진술을 하고 있는 점, ㉟ 투자 당시 피고인 1과 공소외 1 사이에 작성된 투자약정서는 현재 남아 있지 않고 당사자들의 상반된 진술 이외에 공소외 1의 구체적인 투자조건을 확정할 수 있는 다른 객관적 증거가 제출되지 않은 점, ㊱ 특히 공소외 1은 자신의 후배 소개로 피고인 7을 알게 되어 피고인 1과 처음으로 거래를 한 것이고 그 투자금 액수가 5억 원에 이르는데도 피고인 1이 투자원금 및 수익금 보장 약정을 이행하지 않을 경우에 대비하여 별도의 담보를 제공받지 않은 점(아래에서 보는 것처럼 피고인 1이 공소외 20 명의의 주식을 공소외 1에게 담보로 제공한 시점은 공소외 17 주식회사 주가가 폭락한 직후인 2003년 9월 중순경이다) 등을 고려할 때 피고인 1의 주장이 허위라고 단정할 수는 없다.

피고인 1의 주장처럼 공소외 1 본인의 의사에 따라 투자원금을 회수하거나 손실을 줄일 수 있는 가능성이 있었다면 피고인 1이 공소외 1의 투자금을 편취할 의사가 있었다고 보기는 어렵다.

③ 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가의 폭락을 예견하기는 어려운 상황이었다.

공소외 17 주식회사 주가는 2003. 4. 18. 9,320원이었으나 점진적으로 상승하여 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자 받을 당시에는 11,000원 대에 이르렀고, 그 후 주가가 계속 상승하여 2003. 8. 19.에는 15,800원이 되었다. 그러나 2003. 9. 7. ○○○와 공소외 17 주식회사 컨소시엄의 인수합병 협상이 갑자기 중단되었고, 이에 따라 ○○○ 파산사건을 담당하던 재판부에서 공소외 17 주식회사 컨소시엄에 대한 우선협상 대상자 선정을 취소하기에 이르자 공소외 17 주식회사 주가는 폭락하였다.

주가가 원래 다양한 변수에 의하여 상승 또는 하락할 수 있음을 고려하더라도 피고인 1이 공소외 1로부터 5억 원을 투자받을 당시에는 공소외 17 주식회사 주가가 장기간 동안 꾸준한 상승세를 보여 왔고, 공소외 1의 투자 당시 이미 공소외 17 주식회사 컨소시엄과 ○○○의 인수합병 협상이 난항을 겪고 있었다는 등의 특별한 사정이 존재하거나 나아가 이러한 사정을 피고인 1이 알고 있었음을 인정할 만한 증거도 없는 이상, 피고인 1이 공소외 17 주식회사 주가가 단기간에 폭락할 것을 예견할 수 있었다고 보기는 어렵다.

④ 공소외 1의 투자금은 당초 약정대로 공소외 17 주식회사 주식의 매수에 모두 사용되었다.

피고인 1은, 공소외 1이 투자한 5억 원에다가 공소외 1에 대한 약정 수익금 중 1개월분에 해당하는 5천만 원을 더하여 5억 5천만 원 상당의 공소외 17 주식회사 주식을 매수하였고, 공소외 1의 위 투자금을 유치 당시 목적과는 다르게 사용하였다고 인정할 만한 증거는 없다.

⑤ 피고인 1은 공소외 1의 피해 회복을 위해서 노력하였다.

피고인 1은 공소외 17 주식회사 주가가 하락하자 공소외 1의 요구에 따라 2003년 9월 중순경 공소외 20 명의 주식계좌 내 유가증권을 공소외 1에게 담보로 제공하였는데, 당시 위 계좌에는 공소외 17 주식회사 주식 64,190주, 공소외 21 주식회사 주식 4,300주가 입고되어 그 잔고 평가금액이 657,024,000원에 이르렀다(다만 공소외 20은 2003. 4. 22. 제일화재해상보험으로부터 5억 원을 대출받으면서 위 계좌 내 예치금 및 유가증권에 대하여 질권자를 제일화재해상보험, 질권설정금액을 6억 5천만 원으로 한 질권을 설정하여 주었는데, 제일화재해상보험은 공소외 17 주식회사 주가의 하락으로 인하여 약정 담보비율이 유지되지 않자 2003. 10. 27.경 위 계좌에 있던 주식들을 매도하여 그 매도대금으로 다음 날 위 대출금채무의 변제에 충당하였다).

그러나 피고인 1이 공소외 20 명의 위 주식계좌 내 유가증권을 공소외 1에게 담보로 제공할 당시 이미 위 유가증권이 제일화재해상보험에게 담보로 제공된 상태에 있었음을 알았다고 인정할 만한 증거는 없다).

또 피고인 1은 공소외 17 주식회사 주식을 처분하여 공소외 1에게 2억 7천만 원 정도를 변제하였고, 공소외 1의 요구에 따라 2004. 7. 9. 원금 3억 1천만 원과 이에 대한 월 5% 이자를 지급하겠다는 취지의 이행각서를 작성하여 공증하여 주었다.

나아가 공소외 1의 요청에 따라 공소외 1로 하여금 2005년부터 2007년까지 사이에 피고인 1 본인이 추진 중인 유상증자 등에 투자할 수 있는 기회도 여러 번 제공하였다.

특히 그중 공소외 22 주식회사에 대한 투자에 있어서는 공소외 1이 2007년 7월경 신주인수권부 사채 5억 원 상당을 주당 3,500원에 인수하여 2009년 주당 6,000원에 매도함으로써 약 3억 5,700만 원의 이익을 취득하기도 하였다.

한편 피고인 1은 공소외 1을 상대로 하여 위 2004. 7. 9.자 공정증서의 집행력을 배제하기 위하여 서울중앙지방법원 2009가합29491호로 청구이의의 소를 제기하였다.

위 소송은 2010. 1. 7. 조정에 갈음하는 결정이 확정됨으로써 종결되었는데, 피고인 1은 위 결정에서 지급의무를 부과한 8억 2천만 원 중 4억 원을 공소외 1을 위하여 공탁하였다.

4. 소결론

결국 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하고, 사기죄에 있어서 미필적 고의에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

Ⅲ. 법인자금 사용으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 등 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 차용금채무 일시 변제 후 재대여 행위 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 2 주식회사의 분기말 단기대여금 액수를 줄이기 위하여 일시적으로 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무 변제 명목으로 입금된 돈을 다시 대여한 각 자금인출행위(별지 범죄일람표 1 순번 22번, 23번, 25번, 26번, 48번 내지 50번, 65번, 67번, 70번)는 이미 단기대여금으로 인출된 돈에 대하여 일시적으로 변제한 것으로 회계처리하였다가 다시 단기대여금으로 인출한 것에 불과하여 실질에 있어서 대환대출과 다를 바 없다.

따라서 횡령의 범의를 인정하기 어렵고, 새로운 법익침해도 없다(항소이유서 제출기간이 지나서 제출된 항소이유 보충서나 변호인의견서에 기재된 내용은 항소이유를 보충하는 범위에서만 판단한다).

이하 같다).

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 상피고인 12, 13으로부터 금원을 빌려서(변호인이 항소이유보충서에서 주장하는 것처럼 공소외 2 주식회사가 위 차용금에 대한 채무자라고 인정되지는 않는다) 이를 공소외 6 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무의 변제 명목으로 공소외 2 주식회사에 입금한 사실, 피고인 1은 그 후 공소외 2 주식회사 자금을 별지 범죄일람표 1 순번 22번, 23번, 25번, 26번(13억 원 중 10억 원), 48번 내지 50번, 65번, 67번, 70번 각 기재와 같이 공소외 3 주식회사 등에 대한 단기대여금 명목으로 인출한 후 이

를 상피고인 12, 13에 대한 자신의 차용금채무 변제에 사용한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 피고인 1이 상피고인 12, 13으로부터 차용한 금원이 공소외 6 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무의 변제 명목으로 일단 공소외 2 주식회사에 귀속된 이상 이는 공소외 2 주식회사의 자본이 되는 것이고, 그 후 피고인 1이 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사의 자금을 공소외 3 주식회사 등에 대한 단기대여금 명목으로 임의로 인출하여 이를 피고인 1 본인이 상피고인 12, 13에 대하여 부담하는 차용금채무의 변제에 사용한 것은 공소외 2 주식회사에 대한 별개의 횡령행위로서 새로운 법익침해 행위에 해당한다(피고인 1의 변호인이 들고 있는 대법원 판례는 이 사건과는 사실관계를 달리하는 사안에 대한 것으로 이 사건에서 원용할 수는 없다).

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 공소외 3 주식회사 경비 지급 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

피고인 1이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금에서 대여금 명목으로 인출하여 공소외 3 주식회사에 지급한 각 행위[별지 범죄일람표 1 순번 13번, 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번, 39번, 53번(3억 원 중 2억 원), 58번(3억 7천만 원 중 1억 1,200만 원, 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지 범죄일람표 2 순번 1번, 4번, 7번, 10번]의 경우 피고인 1의 경영상 판단에 따른 정상적인 계열사 지원행위이므로 불법영득의사를 인정할 수 없다.

(2) 판단

(가) 원심의 판단

원심은 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사는 물론이고 공소외 3 주식회사 역시 피고인 1에 의하여 실질적으로 운영되는 회사이므로 공소외 3 주식회사가 공소외 2 주식회사나 공소외 4 주식회사에 대하여 독립적인 의사결정 체계 및 협상능력을 가진 대등하고 대립적인 대여계약의 상대방으로 보기는 어렵다는 등의 이유를 들어 위 (1)항 기재 각 자금인출행위는 명목상 대여로 회계처리한 것에 불과하고, 따라서 업무상횡령죄가 성립한다고 판단하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사에서 대여금 명목으로 공소외 3 주식회사에 지급된 금원 중 별지 범죄일람표 1 순번 13번(3억 원 전액), 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번(7천만 원 전액), 39번(2억 5천만 원 전액), 53번(3억 원 중 2억 원), 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지 범죄일람표 2 순번 1번(3억 원 전액), 4번(3억 원 전액), 7번(1억 5천만 원 전액), 10번(5천만 원 전액) 기재 각 금원의 경우 피고인 1의 주장과 같이 실제로 공소외 3 주식회사 소속 직원 급여지급 등 공소외 3 주식회사의 운영비로 사용된 사실(다만 피고인 1의 주장과 같이 별지 범죄일람표 1 순번 58번 기재 3억 7천만 원 중 1억 1,200만 원이 공소외 3 주식회사의 운영비로 사용되었다고 인정되지는 않는다), 공소외 3 주식회사는 폐이퍼컴퍼니가 아니고 탄소나노튜브 응용제품의 연구 및 개발을 위하여 2008년 1월 설립된 법인으로서 위 각 금원의

입금 당시 안성시에 공장과 연구시설을 갖추고 그 사업목적에 따른 실질적 활동을 하고 있었던 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 대여금 명목으로 공소외 3 주식회사에 입금된 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 자금 중 적어도 실제로 공소외 3 주식회사를 위하여 사용된 금원부분에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 진정한 소비대차약정에 따른 금원 지급이라고 보는 것이 경험칙에 더 부합하는데(공소외 3 주식회사가 피고인 1의 의사에 따른 자금 집행을 위하여 단순한 자금의 이동통로로 이용된 경우도 있다고 하여 공소외 3 주식회사에 입금된 돈 전체의 성격을 동일하게 평가하는 것은 논리적 비약이다), 검사가 제출한 증거만으로는 위 각 금원의 지급이 소비대차약정에 따른 것이 아니라고 단정할 만한 특별한 사정을 인정하기에 부족하다.

결국 이 부분 범죄사실에 대하여 업무상횡령죄의 성립을 인정한 원심은 사실을 오인하거나 업무상횡령죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2) 그런데 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 사정을 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 수 없다.

이러한 이치는 그 타인이 자금대여회사의 계열회사 또는 관계회사라고 하여 달라지지 않는다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6982 판결 등 참조).

더구나 회사의 경영상의 부담에도 불구하고 관계회사에 자금을 지원하는 것이 회사의 신인도를 유지하고 회사의 영업에 이익이 될 것이라는 일반적·추상적인 기대 하에 일방적으로 관계회사에 자금을 지원하게 하여 회사에 손해를 입게 한 경우 등에는 관계회사에 대한 자금지원에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내린 것이라고 볼 수 없다.

따라서 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라고 할 수도 없다(대법원 2007. 10. 11. 선고 2006다33333 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 공소외 3 주식회사에 대한 위 1)항 기재와 같은 각 자금 지원에 대하여 이사회결의 등 공소외 2 주식회사나 공소외 4 주식회사의 내부 검토 절차를 거치지 않은 채 자신의 독자적인 판단에 의하여 결정한 사실, 그 대여금액이 합계 20억 8천만 원(= 공소외 2 주식회사 12억 8천만 원 + 공소외 4 주식회사 8억 원)에 이르는 거액인 사실 및 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사에서 자금을 지원한 2008년과 2009년에는 공소외 3 주식회사가 설립된 지 얼마 되지 않아 별다른 매출이 없는 상황이었으므로 대여금의 회수 여부가 불분명하였던 사실(실제로 피고인 1에 대한 검찰조사가 진행될 때에도 위 대여금은 회수되지 않은 것으로 확인되었다)이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 피고인 1이 공소외 3 주식회사로부터 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금을 공소외 3 주식회사의 운영

비로 대여한 행위는 업무상배임죄에 해당한다(피고인 1에 대한 업무상횡령의 공소사실과 그 동일성이 인정되고 피고인 1의 방어진 행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 공소장변경 없이 업무상배임죄를 인정한다. 한편 원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 피고인 2, 3에 대한 부분은 직권으로 피고인 1과 동일하게 업무상배임죄로 변경하여 인정한다).

다.

협력회사 단기대여금 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

별지 범죄일람표 1 순번 32번, 별지 범죄일람표 2 순번 8번, 9번, 12번 기재 각 자금인출행위는 사업상 협력업체인 공소외 23 주식회사나 피고인 1이 당시 인수합병을 추진하고 있던 공소외 24 주식회사에 대여하기 위한 것이었다. 당시 피고인 1은 공소외 23 주식회사나 공소외 24 주식회사가 자금 상환 능력을 충분히 갖추고 있다고 판단하였고 실제로 원리금이 모두 변제되었으므로 단지 담보를 제공받지 않고 금원을 대여하였다는 사실만으로 업무상배임죄의 죄책을 물을 수는 없다.

(2) 판단

배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니다(대법원 2000. 12. 8. 선고 99도3338 판결 등 참조).

여기에서도 위 나.(2)(나)의 2)항(판결문 23쪽)에 기재한 업무상배임죄에 관한 법리를 함께 고려하면, 피고인 1이 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 공소외 23 주식회사나 공소외 24 주식회사에 만연히 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 자금을 대여해 준 행위는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 업무상배임죄가 성립한다.

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

라. 공소외 5 주식회사 자금을 통한 변제와 인출행위 관련 주장에 대한 판단

(1) 항소이유 요지

공소외 8 주식회사 등 모회사나 계열사 및 관계회사들의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무를 변제하기 위하여 공소외 5 주식회사 자금을 공소외 2 주식회사에 지급한 각 행위(별지 범죄일람표 3 순번 1번 내지 4번)가 횡령죄에 해당한다면 그 후 피고인 1이 공소외 2 주식회사에 입금된 돈을 곧바로 인출하였다고 하더라도 이는 단일한 범의 하에 횡령의 범죄로 취득한 돈을 사용한 것에 불과하므로 새로운 범의침해가 있다고 보기 어렵다.

원심은 불가별적 사후행위 또는 횡령죄의 죄수에 관한 법리를 오해하였다.

(2) 판단

공소외 2 주식회사와 공소외 5 주식회사는 별개의 법인으로서 공소외 5 주식회사의 자금을 임의로 인출하여 업무상횡령죄가 성립하였더라도 그 인출된 자금이 공소외 8 주식회사 등의 공소외 2 주식회사에 대한 차용금채무를 변제

하기 위하여 공소외 2 주식회사에 입금된 이상 위 금원은 일단 공소외 2 주식회사에 귀속되어 공소외 2 주식회사의 자본이 되는 것이고, 이를 다시 페이퍼컴퍼니 등에 대한 단기대여금 명목으로 공소외 2 주식회사로부터 임의로 인출한 행위는 공소외 2 주식회사에 대한 별개의 횡령행위로서 새로운 법익을 침해한 경우에 해당한다.

또 공소외 5 주식회사에 대한 업무상횡령죄와 공소외 2 주식회사에 대한 업무상횡령죄는 피해자를 달리하는 별개의 범죄로서 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것이므로 같은 전제에 선 원심판결은 옳다.

결국 이 부분 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

주식회사는 주주와 독립된 별개의 권리주체로서 그 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로 회사 소유의 재산을 주주나 대표이사가 제3자의 자금 조달을 위하여 담보로 제공하는 등 사적인 용도로 임의 처분하였다면 횡령죄의 죄책을 면할 수 없고, 사후 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있더라도 불법영득의 의사를 인정함에 지장이 없다.

별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 기재 각 자금인출행위의 경우 비록 변제가 예정되어 있었다고 하더라도 피고인 1, 2, 3이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 법인 자금을 대표이사 및 관련자들의 공소외 25 주식회사 및 공소외 24 주식회사 지분 취득에 사용하였으므로 그 사용시점에 이미 불법영득의사가 발현되었다고 보아야 한다.

나. 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 그 판시와 같은 사실인정을 기초로 하여 별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 각 기재와 같이 인출된 자금의 경우 즉시 상환이 예정되어 있었고, 실제로 1, 2일 만에 이자를 포함한 원금이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사에 상환되었으므로, 피고인 1, 2, 3의 불법영득의사를 인정하기 어렵다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

(가) 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 없다(대법원 1983. 9. 13. 선고 82도75 판결, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도3045 판결 등 참조).

(나) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 아래의 사실이 인정된다.

1)공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1과 공소외 24 주식회사의 대표이사인 공소외 26은 2009년 10월경 공소외 2 주식회사가 상장사를 물색하여 인수한 뒤 이를 공소외 24 주식회사와 합병하여 그 합병된 상장사를 공동으로

경영하기로 합의하였다.

2)피고인 1은 피고인 12로부터 차입한 10억 원으로 2009. 11. 10. 실시된 공소외 24 주식회사 유상증자에 공소외 2 주식회사 또는 공소외 4 주식회사의 직원인 공소외 27, 28, 29, 30의 명의를 빌려 그 명의로 참여하는 방법으로 공소외 24 주식회사의 주식 50만 주를 취득하였다.

3)피고인 1은 합병에 앞서 대주주의 지분 비율을 조정하는 과정에서 공소외 26의 공소외 24 주식회사 지분을 확대시키는 것이 바람직하다고 판단하여 별지 범죄일람표 1 순번 95번 기재와 같이 2009. 11. 10. 공소외 2 주식회사의 자금 22억 원을 대여금 명목으로 공소외 24 주식회사에 지급하였다.

공소외 24 주식회사는 위 자금으로 공소외 26에 대한 가수금 22억 원을 변제하였고 공소외 26은 위 22억 원을 10명의 차명을 이용하여 공소외 24 주식회사의 유상증자금으로 납입하였으며, 공소외 24 주식회사는 2009. 11. 11. 납입된 유상증자금 중 22억 원을 공소외 2 주식회사에 상환하였다.

4)공소외 2 주식회사는 2009. 11. 17. 상장사인 공소외 25 주식회사의 지분 8.64%를 인수하였고, 공소외 25 주식회사는 2009. 11. 18. 피고인 1과 공소외 26이 실질적으로 소유하는 주식 약 57%를 인수하기로 하였다.

그 구체적 인수 방법으로서 피고인 1과 공소외 26은 공소외 25 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채를 인수하고, 공소외 25 주식회사는 신주인수권부사채를 발행하여 납입된 자금으로 피고인 1과 공소외 26이 실질적으로 소유하는 공소외 24 주식회사의 주식을 인수함으로써 결과적으로 공소외 24 주식회사의 일부 주식과 공소외 25 주식회사의 신주인수권부사채를 교환(스왑)하기로 하였다.

5) 이에 따라 공소외 25 주식회사는 2009. 12. 22. 109억 8,500만 원 상당의 신주인수권부사채를 발행하였는데, 피고인 1의 지시를 받은 피고인 3은 2009. 12. 22. 공소외 24 주식회사의 담당 직원으로부터 공소외 24 주식회사의 주주인 공소외 26과 공소외 26으로 하여금 차명으로 주식을 취득하도록 명의를 제공한 공소외 31, 32, 33, 34 등 5명의 계좌정보를 받았고, 또 공소외 27, 30, 28, 29로 하여금 그들 명의로 통장을 개설하도록 한 후 그 통장, 도장, 비밀번호 등을 자신이 관리하였다.

6)피고인 3은 피고인 1의 지시에 따라 2009. 12. 22. 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 18번 각 기재와 같이 공소외 4 주식회사의 자금 합계 43억 6,500만 원을 인출하여 공소외 26, 31, 32, 33, 34의 명의로 공소외 25 주식회사의 계좌에 43억 6,500만 원 상당의 신주인수권부사채 인수대금 명목으로 입금하였고, 또 별지 범죄일람표 1 순번 107번 내지 109번, 범죄일람표 2 순번 19번, 20번 각 기재와 같이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금 합계 16억 2천만 원을 인출하여 공소외 27, 30, 28, 29 명의로 공소외 25 주식회사의 계좌에 16억 2천만 원 상당의 신주인수권부사채 인수대금 명목으로 입금하였다.

7)공소외 25 주식회사는 2009. 12. 24. 위 신주인수권부사채 발행대금으로 공소외 26과 피고인 1이 보유한 공소외 24 주식회사의 주식을 인수하였고, 피고인 1은 같은 날 공소외 25 주식회사로부터 공소외 27 명의의 계좌로 송금된

공소외 24 주식회사 주식 인수대금 17억 2,400만 원 중 일부로 차입원금 16억 2천만 원과 이자를 공소외 4 주식회사에 상환하였고, 공소외 26 등 계좌로 송금된 주식 인수대금 중 일부로 차입원금 43억 6,500만 원과 이자를 공소외 4 주식회사와 공소외 2 주식회사에 상환하였다.

(다) 위 인정사실에 의하면 별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번과 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번 기재 각 자금인출행위는 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 대표이사 또는 실질적 운영자인 피고인 1이 자신이 추진하는 방향과 일정에 따라 공소외 24 주식회사의 인수 또는 합병을 추진하기 위한 자금을 마련하기 위하여 명목상 대여로 회계처리하는 방법으로 자금을 인출한 것에 불과하다 할 것이고, 한편 피고인 1이 자신의 독단적 판단과 필요에 따라 거액의 회사 자금을 마치 자신의 자금처럼 임의로 인출하여 사용한 점(공소외 2 주식회사 합계 32억 원, 공소외 4 주식회사 합계 49억 8,500만 원), 금전과 같은 불특정물의 경우 그 대체성으로 인하여 특정물을 일시적으로 사용하였다가 반환한 경우와 불법영득의사를 동일하게 평가할 수 없는 점 등을 고려할 때, 피고인 1과 피고인 2 또는 피고인 3이 공모하여 위와 같이 공소외 2 주식회사와 공소외 4 주식회사의 자금을 인출할 당시에 불법영득의사를 갖고 있었음을 충분히 인정할 수 있다.

(라) 결국 이 부분 범죄사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄가 성립하지 않는다고 판단한 원심판결에는 업무상횡령죄에 있어서 불법영득의사의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 직권판단

가. 공소사실의 요지

피고인 1은 2008. 8. 29.경부터 공소외 2 주식회사의 대표이사로 재직하였고, 피고인 2는 2008. 6. 26.경부터 공소외 2 주식회사의 이사로 재직하면서 회계 및 재무업무를 담당하였다.

피고인 1, 2는 공모하여 2009. 4. 27. 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같이 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사의 자금 35억 원을 대여금 명목으로 공소외 6 주식회사에 지급하여 이를 횡령하였다.

나. 판단

(1) 원심의 판단

원심은, 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같은 자금인출행위에 대하여 피고인 1, 2가 명목상 대여로 회계처리 하였을 뿐이고 임의로 공소외 2 주식회사의 자금을 인출, 사용한 경우에 해당하므로 업무상횡령죄가 성립한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

(가) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1, 2는 별지 범죄일람표 1 순번 52번 기재와 같이 2009. 4. 27. 업무상 보관 중이던 공소외 2 주식회사 자금 35억 원을 인출하여 공소외 35 주식회사가 발행한 35억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 14 주식회사 명의로 인수하였는데, 회계상으로는 위 35억 원을 공소외 14 주식회

사에 단기대여금 명목으로 지급한 것으로 처리한 사실, 공소외 2 주식회사는 2009. 8. 18. 자금 조달을 위하여 공소외 4 주식회사로부터 공소외 14 주식회사 명의로 35억 원을 차용하면서 공소외 14 주식회사 명의로 인수하였던 공소외 35 주식회사 발행의 위 신주인수권부사채를 담보 명목으로 공소외 4 주식회사에 제공하였고, 다만 회계상으로는 공소외 4 주식회사가 공소외 14 주식회사에 35억 원을 대여하고 공소외 14 주식회사는 공소외 2 주식회사에 대한 위 2009. 4. 27.자 차용금채무에 대한 변제 명목으로 35억 원을 공소외 2 주식회사에 입금한 것으로 처리한 사실 및 공소외 14 주식회사는 피고인 1이 자금지원, 조달 등의 편의를 위하여 명목상 설립한 페이퍼컴퍼니인 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 1, 2는 2009. 4. 27. 회계상 공소외 14 주식회사에 대여한 것으로 되어 있는 공소외 2 주식회사의 자금 35억 원을 가지고 공소외 2 주식회사를 위하여 같은 금액 상당의 공소외 35 주식회사 발행의 신주인수권부사채를 인수하였다고 할 것이므로 불법영득의사가 있었다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(나) 결국 이 부분 범죄사실에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄의 성립을 인정한 원심판결에는 업무상횡령죄에 있어서 불법영득의사의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 소결론

위에서 판단한 것처럼 원심판결 중 공소외 3 주식회사 경비 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분[별지 범죄일람표 1 순번 13번(3억 원 전액), 24번(3천만 원 중 2천만 원), 26번(13억 원 중 3억 원), 30번(7천만 원 전액), 39번(2억 5천만 원 전액), 53번(3억 원 중 2억 원), 64번(4억 4천만 원 중 1억 4천만 원)과 별지2 순번 1번(3억 원 전액), 4번(3억 원 전액), 7번(1억 5천만 원 전액), 10번(5천만 원 전액)], 공소외 24 주식회사 인수자금 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(별지 범죄일람표 1 순번 95번, 107번 내지 109번, 별지 범죄일람표 2 순번 14번 내지 20번) 및 공소외 35 주식회사 발행의 신주인수권부사채 인수자금 지급 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(별지 범죄일람표 1 순번 52번)에는 사실오인 또는 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

IV. 약속어음 발행 및 공증으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분에 대한 판단

당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 2009. 9. 23.경 상피고인 12로부터 60억 원을 차용하면서 피고인 2에게 지시하여 2009. 9. 24.경 피해자 공소외 8 주식회사, 공소외 2 주식회사 명의의 약속어음(액면 72억 원, 발행일 2009. 9. 25.)을 발행하여 이를 공증해 준 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실과 같이 피고인 1, 2가 피고인 1 개인의 차용금채무에 대한 담보 명목으로 공소외 8 주식회사 및 공소외 2 주식회사 명의의 약속어음을 발행·공증하여 준 행위는 회사 임원으로서의 임무에 위배하여 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사로 하여금 자신과 전혀 무관한 채무를 부담시키는 것이고, 이로 인하여 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사에 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 할 것이다.

따라서 피고인 1, 2의 위 행위는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄에 해당한다(피고인 1은 종전 공소 사실에 대하여는 항소이유 제출 기간 내에 아무런 항소이유도 주장하지 않았다).

V. 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장및금융투자업에관한법률위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1)피고인 1과 공소외 7 법인의 대리인인 공소외 10이 체결한 투자수익보장약정은 투자계약에 해당하고, 당시 작성된 금전소비대차약정 공정증서는 주가 하락으로 공소외 10이 손실을 입었을 경우 집행의 편의를 위하여 작성한 일종의 통정허위표시에 불과하다.

(2)피고인 1이 투자수익보장약정을 체결한 동기와 경위, 공소외 2 주식회사와 코스닥시장의 주가흐름, 공소외 10의 주식 매수량 등에 비추어 볼 때 투자수익보장약정에 따라 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사의 주식을 매수하도록 한 행위가 「자본시장 및 금융투자업에 관한 법률」(이하 '법령의 적용'란을 제외하고는 '자본시장법'이라고 한다) 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종이나 자본시장법 제178조 제1항 제1호 및 같은 조 제2항에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(3)상피고인 8에게 주가를 인위적으로 조종하라고 지시한 사실이 없고, 상피고인 8의 부탁을 받은 상피고인 9의 거래 기간 및 거래량을 고려할 때 상피고인 9의 행위가 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종이나 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 보기는 어렵다.
또 2009. 2. 10. 이후 상피고인 9의 주식거래에 대하여는 피고인 1이 전혀 관여하지 않았으므로 책임이 없다.

(4) 2009. 2. 2.경 공소외 2 주식회사 유상증자 과정에서 일부 유상증자 자금을 차입금으로 충당한 것은 사실이다. 하지만 이는 공소외 2 주식회사의 운영자금 조달을 위한 것이었고, 피고인 1의 계산으로 유상증자에 참여하여 주식을 취득한다고 생각해 본 사실이 없으며, 제3자 배정 유상증자와 관련하여 모집된 투자금이 일부 부족한 경우 대주주가 차입금으로 유상증자를 마무리 하는 것은 거래 관행상 일반적으로 이루어지고 있다.
따라서 비록 차명으로 인수하여 보유 주식에 대한 보고의무를 위반한 위법이 있다고 하더라도 불법적인 목적으로 유상증자를 한 것이 아니라면 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 볼 수는 없다.

(5)피고인 1이 공소외 10과의 2차례에 걸친 투자수익보장약정을 통하여 취득하였다가 매도한 주식은 인위적인 시세조종행위로 취득한 것이 아닐 뿐 아니라 계약에 따라 2개월 내지 3개월 동안 보유하고 있다가 자연스러운 주가 등락에 따라 주식을 매도하여 차익이 발생한 것이므로 위반행위로 인하여 이익을 얻었다고 볼 수 없다.

나. 판단

(1) 공소외 7 법인과 체결한 2008. 11. 25.자, 2009. 3. 3.자, 2009. 6. 3.자 및 2009. 10. 7.자 투자수익보장약정(이하 계약 체결 순서에 따라 1차 내지 4차로 표시한다)의 성격

이 부분은 아래 VI항과 XI항 부분에서도 항소이유를 판단하는 과정에서 동일하게 문제되므로 한꺼번에 판단한다. 원심은, ① 피고인 1이 공소외 10과 공소외 36으로부터 개인적으로 차용한 금원 또는 회사자금과 별도로 개인적으로 관리하는 자금으로 공소외 10과의 1차 내지 3차 각 투자수익보장약정에 따른 현금담보를 제공한 점, ② 위 각 투자수익보장약정에 따라 작성된 제안서 등은 '연대보증인'을 계약 주체로 하고 있고, 연대보증인으로서는 피고인 1과 공소외 2 주식회사(또는 공소외 8 주식회사)가 기재되었으나, 한편 위 제안서는 계약의 주체를 '공소외 2 주식회사(또는 공소외 8 주식회사)의 실질적인 대주주이자 경영권자인 연대보증인'으로 규정하고 있는데 이는 피고인 1을 의미한다고 할 것인 점, ③ 피고인 1은 검찰조사 시 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사가 계약주체로 포함된 이유에 관하여, '공소외 10이 말하기를 "어차피 구조가 자사주 매입의 형식이기 때문에 공소외 7 법인에서 공소외 2 주식회사 주식을 매입한다면 공소외 2 주식회사가 계약주체가 되어야 하고 공소외 8 주식회사 주식을 매입한다면 공소외 8 주식회사가 계약주체가 되어야 한다.

솔직히 이것은 투자의 개념이 아니라 금전대여의 개념이기 때문에 회사법인보다는 채권회수가 쉬운 피고인 1과 공소외 37한테 손실을 물을 것이다.

"고 해서 그렇게 하는 것이다"라고 진술하였고, 계약주체에 대하여 '내가 담보를 제공하고 손실도 내가 책임을 지기 때문에 내가 빌리는 것이다'라고 진술한 점, ④ 공소외 10도 이 법정에서 '계약상대방은 피고인 1 개인이고, 이 사건 거래의 본질은 실제 사주인 피고인 1 개인에게 주식매수대금 또는 유상증자 대금을 대여해주고 증인이 관리하는 계좌로 취득한 주식을 담보로 제공받는 것이며, 거래과정에서 발행한 손해 또는 수익은 모두 실사주인 피고인 1에게 귀속된다.

상대방이 회사가 아니라 개인인 것은 분명하다.

위약사항이 없는 한 회사에 소구할 일도 없기 때문에 피고인 1이 개인적으로 위약이 생겼을 경우에도 개인적으로 갚을 것으로 믿고 한 것이다'라는 취지로 진술한 점, ⑤ 피고인 1은 공소외 10이 취득한 주식에 대하여 공소외 10의 위임을 통하여 자사주 제한 없이 의결권 등을 행사하는 반면, 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사는 자사주에 대한 의결권을 행사할 수 없는 점, ⑥ 피고인 1은 공소외 10과의 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 반환받은 현금담보와 이득금을 회사에 귀속시키지 아니하고 개인적으로 관리한 점, ⑦ 2009. 10. 7. 피고인 1, 공소외 8 주식회사 명의로 체결된 4차 투자수익보장약정에 대하여, 2010. 3. 18. 피고인 1과 공소외 10 사이에 기존 연대보증인인 공소외 8 주식회사를 면책시키고, 공소외 14 주식회사와 공소외 3 주식회사를 새로운 연대보증인으로 하며, 피고인 1의 권리의무는 그대로 유지하기로 하는 내용의 합의서가 작성된 점 등을 종합적으로 고려할 때 위 각 투자수익보장약정의 실질적인 계약주체는 피고인 1 개인이라고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들과 함께 ① 피고인 1은 공소외 10으로부터 공소외 10이 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주식을 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 주식 매수내역을 지속적으로 확인한 점, ② 피고인 1은 공소외 10에게 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식을 2009. 4. 15.부터 2009. 4. 24.까지 사이에 매각하도록 지시하기도 한 점(수사기록 1권 1179쪽) 등을 고려하면 위 각 투자수익보장약정은 피고인 1이 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주가를 안정적으로 관리하기 위하여 공소외 10 또는 공소외 7 법인으로부터 자금을 차용한 금전소비대차에 해당한다고 봄이 옳다.

(2) 투자수익보장약정을 통한 시세조종행위 또는 부정거래행위 여부

(가) 현실거래에 의한 시세조종행위 여부

이 부분은 아래 VI항과 XI항 부분에서도 항소이유를 판단하는 과정에서 동일하게 문제되므로 한꺼번에 판단한다.

- 1) 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장법 부칙 제2조로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하며, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

한편 위 조항 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것일 뿐 그로 인하여 실제로 시세가 변동될 필요까지는 없고, 일련의 행위가 이어진 경우에는 전체적으로 그 행위로 인하여 시세를 변동시킬 가능성이 있으면 충분한데, 이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성과 공정성, 가장 혹은 허위매매 여부, 시장관여율의 정도, 지속적인 종가관리 등 거래의 동기와 태양 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 대하여도 동일하게 적용된다.

- 2) 원심은, ①피고인 1이 위 각 투자수익보장약정 체결 시마다 '실질적인 대주주이자 경영권자인 연대보증인(피고인 1 등)은 본인의 보증과 사전담보를 제공하고 주식매입자금을 사용하여 자사주를 매입하는 개념으로, 투자자에게 적절한 일정수익을 보장하고 장내 혹은 동시호가, 시간 외 종가에 블록으로 소액투자자의 매도물량을 인수시켜, 주가의 하락을 지연시키고 시장의 안정을 도모한다'는 취지가 기재된 제안서를 체결하고, 공소외 10에게 원금 및 확정수익을 보장하면서 공소외 7 법인 등의 명의로 위 제안서의 내용과 같이 소액투자자의 매도물량을 지속적으로 흡수하는 거래를 하였는데, 위와 같은 거래에 의하여 형성된 시세는 유가증권 시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것이 아닌 인위적으로 조작된 것으로 봄이 상당한 점, ②피고인 1이 공소외 7 법인과 체결한 1차 내지 3차 각 투자수익보장약정에 따라 공소외 10이 장내매수에 투입한 비용이 각 20억 원, 30억 원, 6억 원에 이르는 거액이고, 이를 통하여 일일 매매 거래량의 약 10%에 이르는 주식을 장내에서 매입하였으며, 특히 매수량의 약 1/3을 공소외 7 법인 등 명의의 외국인투자전용계좌를 사용하여 매수한 점, ③피고인 1이 공소외 10과 체결한 4차 투자수익보장약정의 경우, 피고인 1은 상피고인 2를 통하여 공소외 10 측에 주식매수청구 방어를 위하여 적극적으로 고가대량매수를 해 줄 것을 요청하였고, 공소외 10도 이를 수락함에 따라, 단 4일의 거래일 동안 30억 원에 이르는 주식을 매수하였고, 위 거래내역에서 별지 범죄일람표 4의 1 내지 3 각 기재와 같이 고가매수, 물량소진 주문, 허수매수 주문 형태의 시세조종성 주문이 발견되는 점, ④피고인 1은 4차 투자수익보장약정 체결과 동시에 상피고인 10, 8을 통하여 공소외 8 주식회사 주식에 대한 시세조종행위를 하였는데, 이를 포함한 시세조종성 거래는 별지 범죄일람표 7 기재와 같이 모두 219회, 339,225주에 이르고, 위 기간 매매관여율이 42.5%, 호가관여율이 합

계 8.9%에 이르며, 이에 따라 공소외 8 주식회사 주가가 3,800원대에서 4,200원대로 상승한 점, ⑤ 위 각 투자수익보장약정은 결국 일정액의 현금담보를 공소외 10에게 지급하여 공소외 10으로 하여금 그 현금담보 금액의 3배에 해당하는 주식을 매입하게 하는 것으로서, 기본적으로 적은 돈으로 많은 양의 주식거래를 일으키는 것이므로 그로 인한 주식거래는 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 것으로 보일 여지가 충분한 점, ⑥ 피고인 1은 공소외 10으로부터 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 매수내역을 지속적으로 확인한 점, ⑦ 피고인 1 스스로도 위 각 투자수익보장약정에 관하여 주가하락 방지의 목적이 있었음을 인정하고 있는 점 등을 종합할 때 피고인 1이 매매를 유인할 목적으로 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래를 한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

- 3) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 2)항과 같은 사정들을 위 1)항의 법리에 기초하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고(다만 VI항에서 판단하는 것처럼 3차 투자수익보장약정을 통한 공소외 2 주식회사 주식 매수행위에 대하여는 현실거래에 의한 시세조종행위로 판단하지 않는다), 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(나) 부정거래행위 여부

- 1) 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제1호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 부당한 이득을 얻기 위하여 고의로 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하거나 위계를 쓰는 행위를 금지하고 있다.

여기서 '위계'는 거래 상대방이나 불특정 투자자를 기망하여 일정한 행위를 유인할 목적의 수단, 계획, 기교 등을 말하는 것이고, '기망'은 객관적 사실과 다른 내용의 허위사실을 내세우는 등의 방법으로 타인을 속이는 것을 의미한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009도6411 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제178조 제2항에 규정된 '위계'를 해석함에 있어서도 동일하게 적용된다.

- 2) 원심은, ① 공소외 10이 위 각 투자수익보장약정에 따라 투자 위험 없이 주식을 매수하는 것임에도 불구하고, 공소외 7 법인 등의 해외계좌와 자신이 관리하는 국내계좌들을 이용하여 자신이 직접 투자위험을 감수하고 주식을 매수하는 것처럼 주식을 장내에서 매수하였는데, 이로 인하여 일반투자자들은 공소외 10의 주식매수로 인하여 늘어난 거래량과 주식의 시세를 정상적인 거래량과 시세로 오인하였을 것으로 보이는 점, ② 피고인 1은 공소외 37로부터 공소외 10을 홍콩회사인 공소외 7 법인의 대리인이라고 소개받아서 위 회사가 외국회사임을 인식하고 있었고, 공소외 10과 위 각 투자수익보장약정을 체결할 경우 일부를 외국인 명의 계좌로 매수한다는 점도 알고 있었던 점, ③ 실제로 공소외 10은 일정 부분은 공소외 7 법인 등의 외국인투자전용계좌로 주식을 매수하였던 점, ④ 위와 같이 외국인이 국내증권사의 계좌를 이용하는 경우에는 외국인이 주식을 매입하였다는 사실이 일반투자자들에게 공지되고, 일반투자자들로서는 해외법인이나 해외펀드가 당해 법인의 주식을 매수하거나 유상증자에 참여할 경우 당해 법인의 투자 가치가 국제적으로 확인되었다는 인식을 갖게 될 가능성이 있는 점, ⑤ 일반투자자들이 외국인이 매수한 종목이라고 하여 무조건 추격매수를 하는 것으로 볼 수는 없으나, 외국인 지분정보 및 외국인들의 매수도 경향은 주식거래 사이트 및 경제지 등에서 주식시장의 주요 동향으로 취급되면서 일반투자자들에게 그 정보가 제공되는 등 일반투자자들의 투자 판단에 중요한 호재로 작용하고 있는 것으로 보이는 점, ⑥ 피고인 1은 시세조종의 목적으로 위 각 투자수익보장약정을 체결한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1이 시세의 변동을 도모할 목적으로 위계를 사

용하는 부정거래행위를 하였다고 판단하였다.

또한 원심은 피고인 1의 공소외 10을 통한 주식매수행위가 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 '위계의 사용'에 해당하므로, 위와 같은 행위는 같은 조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 수단, 계획 또는 기교의 사용'에도 해당한다고 판단하였다.

3) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 2)항과 같은 사정들을 위 1)항의 법리에 기초하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고(특히 위 각 투자수익보장약정에 따른 공소외 10의 주식매수는 실질적으로는 투자가 아니고 금원 대여에 따른 담보취득에 불과함을 고려하면 더욱 그렇다), 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(3) 상피고인 8, 9를 통한 현실거래에 의한 시세조종행위 여부

원심은, ①피고인 1과 상피고인 8, 9는 공소외 2 주식회사에서 실시하는 제3자 배정 유상증자 주금 납입일까지 주가를 관리한다는 목적 하에 피고인 1이 상피고인 8을 통하여 7천만 원을 상피고인 9에게 교부하여 주식 거래가 이루어진 점, ②상피고인 9는 일정 부분의 수수료를 지급받음으로써 일부 손실 보장을 받은 상태에서 상피고인 8의 부탁에 따라 공소외 2 주식회사 주식을 장내에서 매매하였는데, 이러한 거래는 정상적인 투자 판단에 따른 매매거래로 볼 수 없고, 이로 인하여 일반투자자들은 상피고인 9의 주식매수로 인하여 늘어난 거래량과 주식의 시세를 정상적인 거래량과 시세로 오인하였을 것으로 보이는 점, ③상피고인 9는 공소외 38 명의의 계좌를 통해 주식 매수에 투입한 비용이 합계 7천만 원에 불과함에도 불구하고 위 기간 동안 매수와 매도를 반복하는 방식의 거래를 함으로써, 10억 원 이상의 주식을 매수하고 10억 원 이상의 주식을 매도한 점, ④피고인 1은 같은 기간 공소외 10을 통하여 공소외 2 주식회사 주식에 대한 시세조종행위를 하였고, 피고인 1, 상피고인 8, 9 및 공소외 10의 순차적·암묵적 공모관계가 인정되는 점 등을 고려할 때 피고인 1이 상피고인 8, 9와 공모하여 매매를 유인할 목적으로 주식의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래를 한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

나아가 ①상피고인 9는 2009. 1. 14. 상피고인 8로부터 2천만 원을 교부받아 2009. 1. 20. 이를 공소외 38 명의의 계좌에 입금하여 공소외 2 주식회사 주식을 매매하다가 2009. 2. 3. 이를 모두 매도하여 위 계좌의 거래를 정리하였는데, 2009. 2. 10. 상피고인 8로부터 추가로 5천만 원을 교부받아 이를 추가로 투입하여 같은 날부터 다시 위 계좌를 통한 공소외 2 주식회사 주식 매매를 시작한 점, ②피고인 1은 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 유상증자가 종료된 후에도, 2008. 11. 25. 공소외 7 법인과 체결하였던 1차 투자수익보장약정의 계약기간을 2009. 2. 25.과 2009. 3. 25. 2회에 걸쳐 연장하고 2009. 3. 3.경 공소외 7 법인과 새로이 2차 투자수익보장약정을 체결하는 등 지속적으로 공소외 2 주식회사의 주가를 관리해 온 점, ③상피고인 9는 수사기관 및 원심법정에서, 2009. 2. 10. 이후에도 상피고인 8의 지시에 따라 위 공소외 38 명의 계좌에서 공소외 2 주식회사 주식을 매매하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합해볼 때, 상피고인 9의 2009. 2. 10. 이후의 공소외 2 주식회사 주식 매매거래에 관하여도 피고인 1과 상피고인 8의 범의 및 공모관계를 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다[공소장과 검사의 2010. 5. 31.자 의견서의 각 기재에 의하면, 검사가 위와 같은 피고인 1과 상피고인 8, 9의 공모에 의한 주식거래행위를 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 위계의 사용에 의한 부정거래행위로 의율하지 않았음은 분명하고, 원심 역시 같은 전제 하에 공소사실을 판단하였다.

결국 아래 4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 1과 상피고인 8, 9의 공모에 의한 주식거래행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위에는 해당하지 않는다].

(4) 유상증자 차명 참여 등으로 인한 부정거래행위 여부

(가) 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위 여부

원심은, ① 피고인 1이 공소외 8 주식회사를 통하여 2008. 5. 23.경 공소외 2 주식회사를 인수한 후, 2008년 11월경부터 제3자 배정 유상증자를 추진하려 하였으나 성공하지 못했고, 2009. 1. 23.경 공소외 2 주식회사의 144억 원 상당의 제3자 배정 유상증자 결정을 공시할 무렵에는 유상증자 성공을 위하여 상피고인 8, 9 등을 통하여 공소외 2 주식회사 주식의 시세조종을 하는 등 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자의 성공을 지속적으로 추구하여 온 점, ② 피고인 1은 상피고인 11을 통하여 상피고인 13으로부터 10억 원을 차입하고, 상피고인 12로부터 30억 원을 차입하여 차명으로 유상증자금을 납입하고, 상피고인 12가 투자하는 30억 원에 대하여는 공소외 2 주식회사의 당좌수표 및 현금담보를 제공하면서 원금보장 약정을 하였는데, 상피고인 12, 13으로부터 차입한 40억 원을 통한 유상증자금 납입은 공소외 2 주식회사의 실질적인 사주인 피고인 1의 계산으로 차입하여 납입한 것이고, 상피고인 12의 30억 원 유상증자 참여 역시 통상적인 투자 판단에 따라 원금손실 위험을 부담하면서 참여한 것이 아니므로 모두 정상적인 제3자의 유상증자 참여로 볼 수 없는 점, ③ 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 유상증자에 총 129억 원 상당의 주금이 납입됨으로써 위 유상증자가 제3자의 참여로 성공한 듯한 외양이 형성되었으나, 그중 위와 같은 방식으로 납입된 금액이 전체 납입금의 절반을 초과하는 70억 원에 이르고, 이를 제외하면 정상적인 납입이 이루어진 금액은 59억 원에 불과한데, 피고인 1의 위와 같은 행위가 없었다면 144억 원 상당으로 예정되어 공시된 위 유상증자는 사실상 실패하였을 것으로 보이는 점, ④ 제3자 배정 유상증자의 성공은 코스닥시장에서 일반투자자들에게 공개되어 공소외 2 주식회사의 재무구조가 좋아지고 신규사업진출 실현가능성이 높아진 것이라는 평가를 받게 되고 유상증자 참여자들 및 일반투자자들에게 공소외 2 주식회사가 투자할만한 가치가 있는 회사라는 인상을 주는 등 주식시장에서 일반적으로 호재로 작용하는 반면, 제3자 배정 유상증자 실패는 주식시장에서 중대한 악재로 작용하는 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1의 위와 같은 행위는 불특정투자자를 기망하여 착오상태에 빠트릴 수 있는 기교를 사용하는 행위로서 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규정한 '부정한 기교'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

(나) 중요사항에 관한 거짓 기재로 인한 부정거래행위 여부

원심은, 피고인 1이 상피고인 12, 13의 차입금을 통하여 차명으로 공소외 2 주식회사의 주식 1,396,640주를 배정받음으로써 공소외 2 주식회사 지분의 5.2%를 취득하였음에도 2009. 3. 3. 공소외 8 주식회사 명의의 주식 등 대량 보유상황보고에 특수관계인인 피고인 1의 주식 보유 사실을 기재하지 아니한 사실을 인정한 후 공소외 2 주식회사의 주요주주의 변동에 관한 사항, 공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1의 차명 주식 보유 및 매도 여부는 공소외 2 주식회사의 주가에 직접적인 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당한다고 할 것이며, 따라서 피고인 1이 위와 같은 거짓기재를 통하여 자신의 유상증자 참여 및 지분취득 사실을 은폐하고 향후 주식을 매도할 때 발생하는 공시의무를 회피함으로써 주가상승 또는 하락방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다(검사는 당심에서 이 부분과 관련한 공소사실을 일부 변경하였으나 변경된 공소사실에는 원심이 판단한 종전 공소사실이 여전히 포함되어 있다).

(5) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(가) 원심의 판단

원심은, 공소외 10이 피고인 1의 요청에 따라 2009. 4. 15.경부터 2009. 4. 22.경까지 사이에 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식 656,480주를 장내에서 매도한 사실, 공소외 10이 2009. 6. 4.에는 2차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식 742,051주를 장내에서 매도한 사실 및 피고인 1이 차명으로 배정받은 공소외 2 주식회사 주식 1,396,640주를 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5. 매도한 사실을 인정한 후, ① 피고인 1, 2와 공소외 10이 장내에서의 시세조종행위로 944,338,799원[=700,602,204원{1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식의 매도가격 2,664,265,714원(거래세 등을 반영한 순매도액임) - 매수가격 1,963,663,510원} + 243,736,595원{2차 투자수익보장약정에 따라 매수한 주식의 매도가격 3,243,730,820원(거래세 등을 반영한 순매도액임) - 매수가격 2,999,994,225원}]의 이익을 취득하였고, ② 피고인 1, 2는 유상증자에서 원금보장약정과 차명을 이용하여 부정하게 신주를 취득하는 행위로 1,268,351,562원(=차명으로 배정받은 주식을 매각한 금액 5,268,348,522원 - 차입금 3,999,996,960원)의 이익을 취득하였으므로, 결국 피고인 1이 자본시장법 위반행위로 인하여 얻은 이익액은 2,212,690,361원(=1, 2차 각 투자수익보장약정을 통한 부당이익액 944,338,799원 + 유상증자 차명 참여 등으로 인한 부당이익액 1,268,351,562원)이라고 판단하였다.

(나) 이 법원의 판단

1)구 증권거래법 제207조의2와 제214조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'이란 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다.

통상적인 경우에는 위반행위와 관련된 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총비용을 공제한 차액을 산정하는 방법으로 인과관계가 인정되는 이익을 산출할 수 있다.

그러나 구체적인 사안에서 위반행위로 얻은 이익의 가액을 위와 같은 방법으로 인정하는 것이 부당하다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는, 사기적 부정거래행위를 근절하려는 위 법 제207조의2와 제214조의 입법 취지와 형사법의 대원칙인 책임주의를 염두에 두고 위반행위의 동기, 경위, 태양, 기간, 제3자의 개입 여부, 증권시장 상황 및 그 밖에 주가에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들을 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 인정되는 이익을 산정해야 하며, 그에 관한 입증책임은 검사가 부담한다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 위반행위로 인한 이익액을 산정함에 있어서도 동일하게 적용된다.

- 2) 원심이 1차 투자수익보장약정에 따른 위반행위로 피고인 1이 얻은 이익액이 700,602,204원이라고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가나, 2차 투자수익보장약정에 따른 위반행위로 얻은 이익액과 유상증자 차명 참여 등으로 얻은 이익액을 산정한 부분은 아래와 같이 인정되는 사실에 기초하여 위 1)항의 법리에 따라 살펴볼 때 그 타당성을 인정하기 어렵다.

기록에 의하면 피고인 1이 2차 투자수익보장약정이나 유상증자 차명 참여 등으로 부정하게 취득한 공소외 2 주식회사의 주식을 처분하기 직전인 2009. 6. 2. 이명박 대통령이 한-아세안 특별정상회의 행사장에서 수소연료전지 자동차 기술에 대하여 "This is our dream."이라고 설명했다는 소식이 전해지면서 수소에너지 관련주들의 거래량과 주가가 급증한 사실, 공소외 2 주식회사의 경우 2009. 5. 21.부터 2009. 6. 1.까지는 거래량이 최소 291,230주, 최대 2,641,904주였고, 주가도 계속 하락하는 추세를 보였는데(2009. 5. 21. 종가 4,835원 → 2009. 6. 1. 종가 3,450원), 2009. 6. 2.에는 거래량이 1,227,783주, 종가가 3,965원이 되었다가 2009. 6. 3.에는 거래량이 5,221,418주, 종가가 4,555원, 2009. 6. 4.에는 거래량이 13,124,012주, 종가가 3,875원, 2009. 6. 5.에는 거래량이 4,906,811주, 종가가 3,515원이 되는 등 거래량과 주가가 모두 급격하게 변동한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 1이 공소외 2 주식회사의 주식을 처분한 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5.의 공소외 2 주식회사 주가상승분에는 이명박 대통령의 위와 같은 발언으로 인한 상승분도 포함되어 있으므로 이 부분에 대해서까지 피고인 1의 위반행위로 인한 결과에 귀속시키는 것은 자기책임의 원칙에 반하고 이를 분리하여 제외하여야 한다.

그런데 검사가 제출한 증거들만으로는 2009. 6. 4.과 2009. 6. 5. 당시 공소외 2 주식회사 주가 중 피고인 1의 위반행위와 인과관계가 인정되는 부분만을 분리하여 그 이익액을 산정하기에 충분하지 않으므로 결국 이 부분 위반행위로 인한 이익액은 산정할 수 없는 경우에 해당한다.

- 3) 그런데 자본시장법 제443조 제1항은 자본시장법 제176조 또는 제178조를 위반한 자를 10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서는 위 제1항의 위반행위로 얻은 이익액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처하고(제2호), 50억 원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정함으로써(제1호) 이익액에 따라 형을 가중하여 처벌하고 있다.

즉 금원이나 재산상 이익(액수 불상인 경우를 포함한다)의 취득 자체가 구성요건으로 되어 있는 재산범죄 등과는 달리 시세조종행위 또는 부정거래행위로 인한 자본시장법위반죄의 경우 이익 또는 손실의 회피 여부에 관계없이 범죄가 성립하나, 이익액이 있는 경우 그 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로 이익액의 존부와 그 액수는 엄격한 증명의 대상이 되고, 그 입증책임은 검사가 부담한다.

한편 아래 4.나.의 (2)항(판결문 57쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 1의 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행과 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행은 단일하고 계속된 범의 하에서 일정기간 계속하여 반복한 범행으로서 포괄일죄의 관계에 있다.

따라서 검사로서는 피고인 1의 자본시장법위반 범행에 대하여 가중 처벌규정의 적용을 구하려면 포괄일죄의 관계에 있는 각각의 자본시장법위반 범행으로 인하여 피고인 1이 이익을 취득하였는지 여부, 이익을 취득하였다면 그 가치가 어느 정도인지에 대하여 입증하여야 하고(일련의 범행 중 일부 범행으로 인한 이익액을 산정할 수 없는 경우에는 적어도 손실을 입지는 않았다는 점을 입증하여야 한다), 만약 이를 입증하지 못한 경우에는 전체적으로 이익액을 산정할 수 없다고 보아야 한다.

예를 들어 피고인이 단일하고 계속된 범의를 가지고 시세조종행위 또는 부정거래행위를 하여 ①, ②, ③의 각 자본시장법위반죄를 저지른 경우를 가정하여 보자. 만약 피고인이 ① 자본시장법위반죄를 통하여 50억 원의 이익이, ② 자본시장법위반죄를 통하여 20억 원의 손실이, ③ 자본시장법위반죄를 통하여 10억 원의 이익이 발생하였다면 피고인은 포괄하여 40억 원(=50억 원 - 20억 원 + 10억 원)의 이익을 얻었다고 평가할 수 있고 이에 따라 자본시장법 제443조 제2항 제2호에 의하여 가중 처벌된다.

한편 피고인이 ② 자본시장법위반죄를 통하여 이익을 얻은 것은 분명하나 그 액수를 산정할 수 없는 경우에는 포괄하여 적어도 60억 원(=50억 원 + 0원 + 10억 원)의 이익을 얻은 것으로 평가하여 자본시장법 제443조 제2항 제1호에 의하여 가중 처벌할 수 있다.

그러나 이와 달리 피고인이 ② 자본시장법위반죄를 통하여 이익을 얻었는지 아니면 손실을 입었는지 자체가 불분명하다면 피고인이 포괄일죄의 관계에 있는 ①, ②, ③ 자본시장법위반죄를 통하여 얻은 이익은 산정할 수 없다고 보아야 하고, 함부로 가중 처벌 규정을 적용하여서는 안 된다.

4) 이 사건의 경우, 위에서 본 것처럼 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행 중 1차 투자수익보장약정에 의한 이익액은 700,602, 204원으로 산정할 수 있는 반면 2차 투자수익보장약정이나 유상증자 차명 참여 등에 의한 자본시장법위반 범행, 나아가 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행의 경우 그로 인하여 피고인 1이 이익을 얻었는지 여부 또는 적어도 손실을 입지 않았는지에 대하여 이를 인정한 만한 증거가 부족하다.

결국 피고인 1이 포괄일죄의 관계에 있는 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행과 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 범행을 통하여 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

5) 따라서 피고인 1이 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반 범행으로 인하여 2,212,690,361원의 이익을 취득하였다고 판단한 원심에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 8, 9 부분

(1) 항소이유 요지

공소외 10이 1차 투자수익보장약정에 따라 공소외 2 주식회사 주식을 매수한 시점과 피고인 8, 9가 공소외 2 주식회사 주식을 장내에서 매수한 시점이 불일치하더라도 피고인 8, 9가 범행에 가담한 시점이 1차 투자수익보장약정에 따라 취득한 공소외 2 주식회사 주식이 매도되기 전이고, 1차 투자수익보장약정에 따라 매수한 공소외 2 주식회사 주식의 매도, 2차 투자수익보장약정에 따른 공소외 2 주식회사 주식 매수 및 매도 시점에 지속적으로 가담한 점을 고려하면 피고인 8, 9가 위반행위로 인하여 얻은 이익액은 공범인 피고인 1, 2 및 공소외 10과 동일하게 944,338,799원으로 보아야 한다.

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들과 그에 의해서 인정되는 원심 판시와 같은 사실들을 종합하면, 피고인 8, 9가 2009. 1. 14. 이후의 범행에 대하여만 피고인 1, 2 및 공소외 10의 범행에 대하여 공동정범으로서의 책임을 부담하고, 나아가 공범관계가 인정되는 2009. 1. 14. 이후 거래로 인하여 발생한 이익을 따로 산정할 수 있는 증거가 부족하다고 판단한 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 피고인 11, 12, 13 부분

(1) 항소이유 요지

상피고인 1은 피고인 12, 13으로부터 차용한 금원을 위 차용금으로 배정받은 공소외 2 주식회사 유상증자 신주를 매각하여 변제하기로 약정하였으므로, 상피고인 1, 2와 피고인 11, 12, 13의 공모관계는 2009. 2. 3. 끝나는 것이 아니라 2009년 5월 하순경부터 2009년 6월 초순경까지 공소외 2 주식회사 유상증자 신주를 매각하여 그 이익을 실현할 때까지 계속된다.

따라서 피고인 11, 12, 13에 대하여도 자본시장법 제178조 제1항 제1호가 적용된다.

(2) 판단

원심이 적절하게 판단한 것처럼 검사가 제출한 모든 증거를 종합하더라도 피고인 11, 12, 13이 상피고인 1, 2의 일련의 자본시장법위반 범행 중 차명 이용 또는 원리금 보장 약정 하의 유상증자 참여행위에 가담한 사실이 인정될 뿐이고 나아가 상피고인 1, 2의 2009. 3. 3.자 주식 등 대량보유상황 보고의무위반행위를 비롯한 그 이후의 일련의 시세조종행위 또는 부정거래행위에 가담하였음을 인정할 만한 증거가 없다[또한 아래 3의 나항(판결문 53쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 12나 피고인 13이 상피고인 1과 공소외 2 주식회사 주식을 공동으로 보유하여 대량보

유보고의무를 부담하였다고 인정되지도 않는다].

그런데 피고인 11, 12, 13의 범행은 2009. 2. 2. 유상증자금이 납입되고 상피고인 1, 2가 2009. 2. 3.경 제3자 배정 유상증자 청약 및 납입결과를 공시하고 유가증권발행실적보고서를 제출함으로써 기수에 이르렀고, 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 2007. 8. 3. 법률 제8635호로 신설되어 부칙 제1조에 따라 2009. 2. 4.부터 시행되었으므로 결국 피고인 11, 12, 13에 대한 이 부분 공소사실은 행위 당시의 법률에 의하면 죄가 되지 아니하는 때에 해당한다.

결국 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

다.

피고인 1, 2 부분

(1) 항소이유 요지

상피고인 11, 12, 13에 대하여도 자본시장법 제178조 제1항 제1호가 적용되므로 상피고인 12가 30억 원을 투자하여 얻은 이익액 1,345,238,623원도 피고인 1, 2의 위반행위로 얻은 이익액에 포함되어야 한다.

(2) 판단

위 나의 (2)항(판결문 54쪽)에서 판단한 것처럼, 상피고인 12는 피고인 1, 2의 자본시장법위반 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담하지 않으므로, 상피고인 12가 피고인 1의 투자원리금 보장 약정 하에 공소외 2 주식회사의 주식을 취득한 후 이를 처분하여 어떠한 이익이 발생하였다고 하더라도 이를 피고인 1, 2의 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액에 포함시킬 수 없다.

원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 관련 규정

자본시장법시행령 제141조 제2항에서는 '공동보유자'에 대하여, 본인과 합의나 계약 등에 따라, ① 주식등을 공동으로 취득하거나 처분하는 행위, ② 주식등을 공동 또는 단독으로 취득한 후 그 취득한 주식을 상호양도하거나 양수하는 행위, ③ 의결권(의결권의 행사를 지시할 수 있는 권한을 포함한다)을 공동으로 행사하는 행위를 할 것을 합의한 자를 말한다고 규정하고 있다.

나. 판단

(1) 변경된 공소사실에는, 피고인 12가 피고인 1의 원금보장 하에 취득한 30억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식 1,047,480주, 피고인 1이 피고인 13으로부터 차입한 10억 원을 이용하여 공소외 11 명의로 취득한 공소외 2 주식회사 주식 349,160주, 공소외 10이 1차 투자수익보장약정에 따라 2008. 11. 27.경부터 2009. 1. 7.경까지 장내에서 매수한 공소외 2 주식회사 주식 656,480주와 2차 투자수익보장약정에 따라 2009. 3. 3.경부터 2009. 4. 29.경까지 장내에서 매수한 공소외 2 주식회사 주식 742,051주의 경우 당사자 사이에 공동의 의사로 주식을 취득하거나 처분하기로 합의가 되어 있으므로 각 공동보유 관계에 있다고 기재되어 있다.

(2) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 공소외 10은 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 피고인 1에게 돈을 빌려주되 공소외 10 본인이 관리하는 계좌로 공소외 2 주식회사의 주식을 매수하는 방법으로 담보를 취득한 사실, 피고인 1은 공소외 10이 취득한 주식에 대하여는 위임을 통하여 의결권 등을 행사하였고, 공소외 10으로부터 공소외 10이 주식을 매수한 당일이나 다음날 그 매수내역을 보고받는 등 구체적인 매수내역을 지속적으로 확인한 사실, 피고인 13은 피고인 1에게 10억 원을 대여하고 그 담보 명목으로 피고인 1이 위 자금을 이용하여 차명으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식을 제공받았으나 그 처분은 피고인 1의 의사에 따라 이루어진 사실 및 피고인 12는 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 공소외 2 주식회사 유상증자 대금으로 30억 원을 납입하고 공소외 2 주식회사 주식을 취득한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 공소외 10이 1, 2차 각 투자수익보장약정에 따라 취득한 공소외 2 주식회사 주식과 피고인 1이 피고인 13의 차용금 10억 원으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식은 모두 피고인 1이 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이고, 한편 피고인 12가 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 취득한 30억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식은 피고인 12가 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이라고 할 것이며, 검사가 제출한 증거들만으로는 당사자들 사이의 합의에 의하여 주식을 공동으로 취득하였다고 인정하기에 부족하다.

한편 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 자신이 보유하는 공소외 2 주식회사 주식을 공소외 10이나 피고인 13에게 담보로 제공하였다고 하더라도 공소외 10이나 피고인 13로서는 피고인 1의 채무불이행이 없는 한 위 각 주식을 임의로 처분할 수 없는 것이고, 반면 피고인 1로서는 담보로 제공된 주식을 처분하지 않는 대신 현금을 제공하는 방법으로 주식을 반환받을 수 있는 점, ② 피고인 12가 자신의 투자금으로 취득한 공소외 2 주식회사 주식을 처분할 때 피고인 1의 의사를 고려하는 것은 공소외 2 주식회사의 주가가 피고인 1에게 불리하게 변동되고 있는 상황에서 주식을 처분하여 피고인 1의 손실이 확대되는 것을 방지하는 데 있는 것이지 피고인 1이 동의하지 않는 한 주식을 처분하지 않기로 약정한 것으로는 볼 수 없는 점, ③ 피고인 1은 공소외 10 등에 대한 채무이행의 담보 명목으로 공소외 2 주식회사 등이 발행한 약속어음이나 당좌수표를 제공하였으므로 공소외 10 등 피고인 1에 대한 채권자들로서는 반드시 피고인 1과 공동으로 주식을 처분하여 원리금을 회수하여야 하는 것은 아닌 점 등을 고려할 때 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1, 12, 13 및 공소외 10이 합의나 계약 등에 따라 취득한 주식을 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에 부족하다.

(3) 결국 피고인 1, 12, 13 및 공소외 10이 각각 공소외 2 주식회사 주식의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다.

4. 직권판단

가. 현실거래에 의한 시세조종행위와 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위의 관계

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 8, 9가 공모하여, 피고인 9가 피고인 8로부터 받은 피고인 1의 자금을 이용하여 공소외 2 주식회사의 주식을 매수한 행위를 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단하면서도 이와 동시에 이와 같이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는 범행은 당연히 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위에도 해당한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 일죄만을 구성하는 경우에는 법조경합에 해당하고, 실질적으로 일죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2001도1429 판결 등 참조).

그런데 ①자본시장법 제178조 제1항 제1호는 제176조에 열거된 시세조종행위와는 다르게 규제대상이 금융투자상품이므로 상장증권이나 장내파생상품으로 제한되지 않고, 거래 장소도 거래소 시장으로 제한되지 않으며, 매매 이외의 다양한 유형의 거래까지 규제대상으로 하고 있는 점, ② 위 각 죄의 보호법익은 모두 주식 등 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익인 점 등을 고려하면 위 각 죄는 법조경합관계(특별관계)에 있다고 봄이 옳다.

따라서 피고인 1, 8, 9의 위 범행이 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한 이상 이로 인한 자본시장법위반죄만 성립할 뿐이고, 이와 별도로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위로 인한 자본시장법위반죄가 성립하지는 않는다.

이와 달리 피고인 1, 8, 9의 위 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반죄와 공소외 7 법인과의 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반죄의 죄수

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2의 2009. 2. 2.자 공소외 2 주식회사 제3자 배정 유상증자 관련 자본시장법위반죄와 공소외 7 법인과의 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반죄가 실체적 경합관계에 있다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 한다.

그런데 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 공소외 7 법인의 대리인인 공소외 10과 사이에 체결한 1차(2008. 11. 25.자), 2차(2009. 3. 3.자) 및 3차(2009. 6. 3.자) 각 투자수익보장약정은 모두 미국의 서브프라임 사태로 인하여 공소외 2 주식회사 또는 공소외 8 주식회사의 주가가 지속적으로 하락하자 이를 막기 위하여 체결

된 것으로 피고인 1, 2의 범의의 단일성과 계속성이 인정되는 점[이러한 측면에서 피고인 1, 2가 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사의 합병을 추진하면서 합병에 반대하는 공소외 8 주식회사 주주들의 매수청구권 행사 규모를 줄이기 위하여 공소외 7 법인과 체결하였던 4차(2009. 10. 7.자) 투자수익보장약정의 경우 범의의 단일성을 인정하기 어렵다], 한편 자본시장법위반죄의 보호법익은 주식 등 거래의 공정성과 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 주식 등 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결 등 참조)에 비추어 위 각 죄의 피해법익의 동일성도 인정되는 점 등을 고려할 때 위 각 죄는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 옳다.

이와 달리 위 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범의 관계에 있다고 보아 경합범가중을 한 원심에는 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

VI. 공소외 7 법인과 3차 투자수익보장약정에 의한 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유 요지

가. 피고인 1과 공소외 7 법인이 체결한 투자수익보장약정은 투자계약에 해당하는데, 원심은 이를 소비대차계약으로 오인하였다.

나. 공소외 10이 주식을 매수한 기간 중 공소외 2 주식회사의 총 거래량은 13,370,049주인 반면 공소외 10이 매수한 공소외 2 주식회사 주식은 104,926주이고, 공소외 8 주식회사의 총 거래량은 1,571,281주인 반면 공소외 10이 매수한 공소외 8 주식회사 주식은 47,176주에 불과하여 주식의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하였다고 볼 수 없다.

또 공소외 10의 주식매수행위가 주가상승에 절대적 영향을 미쳤다고 보기 어렵고, 주식시장에서의 정상적인 수요·공급의 시장원리에 반하여 주가를 부당하게 형성할 의도로 공소외 10과 투자수익보장약정을 체결한 것도 아니다.

2. 판단

가. 우선 피고인 1이 3차 투자수익보장약정을 통하여 공소외 10으로 하여금 공소외 8 주식회사 주식 47,176주를 매수하도록 한 부분의 경우, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위 V.1.나(1)항(판결문 35쪽)과 (2)의 (가)항(판결문 37쪽)에서 기재한 사정들, 여기에다가 2009. 6. 9. 공소외 8 주식회사의 주식거래량은 548,221주인데 공소외 10은 당일 그 8.6%에 해당하는 주식을 매수한 점 등을 더하여 보면 이 부분 범행이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단한 원심판결은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

다만 위 V.4.가(2)항(판결문 56쪽)에서 직권으로 판단한 것처럼, 자본시장법 제176조 제2항 제1호와 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 법조경합의 관계에 있다.

따라서 피고인 1의 이 부분 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 다음으로 피고인 1이 3차 투자수익보장약정을 통하여 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 104,926주를 매수하도록 한 부분의 경우, 위 V.1.(5)(나)의 2)항(판결문 47쪽)에서 본 것처럼 이명박 대통령의 2009. 6. 2.자 발언 이후 공소외 2 주식회사의 주식 거래량이 급증하였던 점, 여기에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 2009. 6. 5. 공소외 2 주식회사 주식거래량은 4,906,811주인데 공소외 10이 당일 매수한 공소외 2 주식회사 주식은 그 2.1%에 불과하고, 공소외 10은 2009. 6. 5. 이후로는 3차 투자수익보장약정에 따라 공소외 2 주식회사의 주식을 추가로 매수하지 않은 사실(2009. 6. 9.에는 공소외 8 주식회사 주식만을 매수하였다)이 인정되는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 공소외 10으로 하여금 공소외 2 주식회사 주식 104,926주를 매수하도록 한 행위가 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 '증권의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'에 해당한다거나 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다.

피고인 1의 이 부분 주장은 위에서 인정한 범위 내에서 이유 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 상 피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

VII. 2009. 5. 20.자 공소외 4 주식회사 유상증자 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

피고인 1은 공소외 4 주식회사 공장을 등록하기 위하여 공장등록 담당관과 협의하여 외국계 펀드의 투자를 유치한 것에 불과하고, 부정한 기교나 위계를 사용하여 부정거래행위를 한 사실이 없다.

나. 판단

원심은, ①공소외 10이 통상적인 투자 판단에 따라 원금손실의 위험을 부담하면서 유상증자에 참여한 것이 아니고, 피고인 1과의 원금 및 수익금 보장 약정과 담보제공에 따라 투자위험 없이 유상증자에 참여한 것으로서 정상적인 제3자의 유상증자 참여로 볼 수 없는데도 피고인 1은 외국법인인 공소외 7 법인이 정상적인 투자위험을 감수하고 공소외 4 주식회사의 지분을 취득하는 듯한 외양을 형성한 점, ② 위와 같은 약정 및 유상증자 참여를 통하여 외국법인인 공소외 7 법인이 취득한 공소외 4 주식회사의 지분이 10.06%에 이르고, 이로 인하여 일반투자자들은 공소외 4 주식회사의 투자가치가 국제적으로 확인되었다는 인식을 갖게 될 가능성이 있는 점, ③피고인 1은 자신의 행위로 인하여 외국법인이 공소외 4 주식회사 지분의 10% 이상을 정상적으로 취득하는 듯한 외양을 형성하고 그로 인하여 공소외 4 주식회사의 주식 시세에 영향을 미칠 수 있다는 점에 관하여 적어도 미필적 인식이 있었다고 봄이 상당한 점 등을 종합해볼 때, 피고인 1의 위와 같은 행위는 불특정 투자자를 기망하는 행위로서 자본시장법 제178조 제2항에서 규제하는 '위계의 사용'에 해당하고, 같은 조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교의 사용'에도 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 1의 주장과 같은 잘못이 없다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

- (1)공소외 7 법인은 2009. 5. 20.자 공소외 4 주식회사 제3자 배정 유상증자에 실질적으로 참여한 것이 아니라 피고인 1에게 명의와 자금을 빌려준 것에 불과하므로 제3자 배정 대상자를 공소외 7 법인으로 공시한 것은 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 한 경우에 해당한다.
- (2)공소외 10이 공소외 7 법인 명의의 공소외 4 주식회사 주식대량보유상황보고서에서 '단순투자목적'이라고 기재한 부분은 원리금 보장, 의결권 위임, Margin call 약정 하에 피고인 1에게 명의와 자금을 빌려준 사실을 감춘 것으로 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 한 경우에 해당한다.
- (3)피고인 1, 2가 2009. 8. 14. 공소외 2 주식회사 분기보고서의 주요 약정사항에 공소외 2 주식회사와 공소외 7 법인 사이의 주식매도청구권 약정 내용을 기재하면서, 담보제공이나 채무 보증, 의결권 위임, Margin call 조항 포함 사실을 누락한 것은 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 사용한 경우에 해당한다.

나. 판단

원심은, ① 피고인 1과 공소외 10 사이에 체결된 투자약정서, 주식매수청구권 행사에 관한 약정서, 투자수익보장약정서는 공소외 10이 운영하는 외국회사인 공소외 7 법인이 2009. 5. 20. 공소외 4 주식회사가 실시하는 제3자 배정 유상증자에 3,866,400,000원을 납입하여 공소외 4 주식회사 주식을 취득하고, 공소외 7 법인은 1년의 보호예수기간을 포함하여 위 주식을 2011. 10. 31.까지 의무적으로 보유하여야 하며, 2011. 11. 1.부터 1개월간 공소외 7 법인은 공소외 2 주식회사에 연 12%를 가산한 금액으로 매수청구를 할 수 있고, 공소외 2 주식회사는 2년 6개월의 투자기간 동안 최소 30%(연 12%)의 수익을 보장한다는 내용으로서, 공소외 7 법인이 실제로 유상증자에 참여하여 공소외 4 주식회사 주식을 취득하되 공소외 2 주식회사가 이에 대하여 매수청구권과 확정수익을 보장한다는 것이므로, 단순히 공소외 7 법인이 유상증자금과 명의만을 대여하는 것이라거나 유상증자 참여 자체가 허위인 것으로는 볼 수 없는 점, ② 실제로 위 약정에 따라 공소외 7 법인은 직접 주금을 납입하고 공소외 4 주식회사 주식을 취득하여 보유한 점, ③ 위 투자수익보장약정서에는 연대보증인(피고인 1, 공소외 2 주식회사)은 투자자인 공소외 7 법인에 교부되는 신주권의 권리행사 및 매도 등 주주로서의 권리에 일체 관여할 수 없다는 취지 및 주식의 매각은 전적으로 투자자의 의사와 판단에 의한다는 취지 등이 기재된 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1, 2가 2009. 5. 14.자 정정신고(보고) 및 2009. 5. 22.자 공소외 4 주식회사의 증권발행결과(자율공시)를 함께 있어 외국법인인 공소외 7 법인이 제3자 배정을 통하여 공소외 4 주식회사의 주식을 취득한 것으로 공시한 것 자체가 허위의 공시로서 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재를 하는 행위'에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다[한편 검사의 항소이유 중 위 가의 (2), (3)항 각 주장은 변경 전 공소사실에 관한 것으로 당원의 심판대상이 아니므로 따로 판단하지 않는다].

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 당심에서 변경된 공소사실에는, 공소외 7 법인이 공소외 4 주식회사의 유상증자에 참여하여 취득한 주식 540만 주
는 피고인 1의 원리금 보장 약정 하에 피고인 1과 공소외 7 법인이 공동으로 취득하여 2011. 10. 31.경 공동으로
처분하거나 피고인 1이 공소외 7 법인으로부터 위 주식을 정해진 가격에 양수할 것을 합의하였으므로 공동보유
관계에 있다고 기재되어 있다.

나. 우선 위 2의 나항(판결문 62쪽)에서 판단한 것처럼 공소외 7 법인은 2009. 5. 20. 체결한 피고인 1과의 투자수익보
장약정에 따라 공소외 4 주식회사의 유상증자에 직접 참여하고 주금을 납입한 외국인 투자자에 해당하므로, 공소
외 7 법인이 취득한 공소외 4 주식회사 주식은 공소외 7 법인이 자기의 계산으로 취득하여 보유한 주식이라 할 것
이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1과 공소외 7 법인이 합의에 의하여 공소외 4 주식회사 주식을 공동
으로 취득하였다고 인정하기에 부족하다.

또한 위 2의 나항에서 판단한 것처럼 2009. 5. 20.자 투자수익보장약정서에는 주식의 매각은 전적으로 투자자의 의사와
판단에 의한다는 취지 등이 기재된 점, 여기에서 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 피고인 1은 공
소외 7 법인에 대한 원리금 보장 약정의 담보 명목으로 공소외 2 주식회사 발행의 액면 75억 4천만 원의 약속어음
1장을 교부한 사실이 인정되므로 공소외 7 법인으로서 반드시 피고인 1과 공동으로 공소외 4 주식회사 주식을
처분하여 투자원금 및 약정 수익금을 회수하여야 하는 것은 아닌 점, 공소외 7 법인은 피고인 1에 대하여 공소외
4 주식회사 주식에 관한 매수청구권을 행사할 수 있으나 이는 공소외 7 법인의 권리일 뿐 일정 기간 후에 피고인
1에게 공소외 4 주식회사 주식을 매도하여야 하는 의무를 부담하는 것은 아닌 점 등을 더하여 보면, 검사가 제출한
증거들만으로는 피고인 1과 공소외 7 법인이 합의나 계약 등에 따라 취득한 주식을 공동으로 처분하기로 약정하
였다고 보기에는 부족하다.

다.

결국 피고인 1과 공소외 7 법인이 공소외 4 주식회사 주식의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의
증명이 없는 때에 해당한다.

VIII. 2009. 6. 15.자 공소외 8 주식회사 주주배정 유상증자 실권주 차명 인수 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의
기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행
위를 하여서는 아니 되고, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니

된다.

피고인 1은 2009. 6. 11.경 공소외 8 주식회사의 대표이사로서 주주배정 증자를 실시하였으나 1,078,143주의 실권주가 발생하여 이 실권주에 대하여 제3자 배정으로 유상증자를 실시하기로 하였다.

피고인 1은 제3자 유상증자에 참여할 투자자를 모집하였으나 115,993주(453,532,630원)를 인수할 투자자를 구하지 못하여 스스로라도 실권주를 인수함으로써 유상증자가 성공하였다는 외관을 형성하여 투자자들에 대한 신뢰를 유지할 필요가 있었다.

그러나 피고인 1 본인의 명의로 유상증자에 참여한 후 배정받은 주식을 매각한다면, 유상증자가 성공하지 못했다는 인상을 줄 수 있고, 최대주주인 공소외 13 주식회사의 특수관계인이자 회사임원인 피고인 1의 주식처분사실이 공시됨으로써 주가에 좋지 않은 영향을 미치게 될 수도 있었다.

피고인 1은 이러한 문제점을 피하기 위해서 피고인 11을 통해 피고인 13과 사이에 피고인 13의 자금 253,532,630원과 피고인 1의 자금 2억 원을 사용하여 차명으로 위 실권주를 인수한 후 배정받은 신주를 매각한 자금으로 차입금을 상환하기로 약정하였고, 피고인 13은 위 약정에 따라 자신의 자금과 피고인 1의 자금을 이용하여 조카인 공소외 12의 이름으로 실권주를 인수하였다.

위와 같이 납입된 주금 453,532,630원 중 253,532,630원은 상환되어야 하는 차입금이므로 이 부분은 정상적으로 유상증자가 이루어졌다고 보기 어렵다.

또한, 위와 같이 공소외 12 명의로 배정받은 115,993주는 실질적으로 공소외 8 주식회사의 임원인 피고인 1의 계산으로 취득한 주식이다.

따라서 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 임원으로 주식소유상황이 변동된 내용을 5일 이내에 대통령령이 정하는 방법에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 한다.

그럼에도 피고인 1은 2009. 6. 16. 증권발행실적 보고서를 제출함에 있어 253,532,630원 부분도 주금이 정상적으로 납입된 것처럼 표시하여 제3자의 투자로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 만들었고, 임원으로서 주식소유상황보고를 하지 않았을 뿐만 아니라 2009. 7. 10. 특수관계인 관계에 있는 공소외 13 주식회사의 명의로 대량보유보고를 하면서 위 115,993주의 취득사실을 기재하지 아니하여 허위 표시하였다.

피고인 1은 피고인 11을 통해 주권 상장일 2일 전인 2009. 7. 1.경 피고인 13에게 연락하여 위 주식을 전부 매도할 것을 통지하였고, 피고인 13은 공매도의 방식으로 모두 매각하여 37,800,255 원의 이익을 얻었다.

이로써 피고인 1, 11, 13은 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하고, 유상증자가 제3의 투자자의 투자로 성공한 듯한 외관을 만들어 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하여 37,800,255원의 부당이익을 취득하였다.

2. 피고인 1, 13의 항소이유 요지

가. 피고인 1의 항소이유 요지

공소외 8 주식회사는 2009. 6. 15. 145억 원 상당의 주주배정 유상증자를 실시하여 전체 유상증자 금액 중 97%의 주금이 납입되었다.

피고인 1이 극히 소량의 실권주를 차명 인수한 후 이를 공시하지 않은 것만으로 주식거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항의 기재를 누락하였다거나 부정한 기교를 사용한 것으로 볼 수 없다.

나. 피고인 13의 항소이유 요지

(1) 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(2) 대주주가 실권주를 인수한다는 것은 유가증권 시장에서 해당 회사의 주가에 긍정적인 영향을 미치는 호재이고 실권주는 일반적으로 시세보다 낮은 가격에 인수되는 것이 보통이어서 일반투자자의 입장에서 인수하고 싶어 하는 주식이다.

따라서 대주주인 상피고인 1이 차명으로 실권주를 인수한 행위가 자본시장법 제178조에서 규제하는 부정거래행위에 해당한다고 볼 수 없다.

(3) 피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ① 피고인 1이 자신의 자금과 자신이 피고인 13으로부터 차입한 자금으로 피고인 13으로 하여금 실권주를 인수하게 하였고, 피고인 13에게 주식을 처분하게 한 후 발생한 이익도 스스로 취득하였고, 스스로 위 실권주의 계산 주체가 자신임을 인정하는 등 공소외 12 명의의 주식은 공소외 8 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 자신의 계산으로 차명으로 취득한 점, ② 유상증자에 100% 투자가 이루어졌다는 사실은 공소외 8 주식회사에 대한 다른 유상증자 참여자들에게 피고인 1 및 공소외 8 주식회사에 대한 신뢰를 갖게 하고 공시될 경우 일반투자자들의 투자 판단에도 긍정적인 영향을 미칠 수 있는 사항인 점, ③ 공소외 8 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 스스로 차명으로 실권주를 인수하여 이를 즉시 매도한 사실 역시 일반투자자들에게 알려질 경우 투자자의 투자 판단에 악재로 작용하여 주가에 영향을 미칠 수 있는 내용인 점 등을 종합할 때 피고인 1이 피고인 13을 통하여 실권주를 인수하는

방법으로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 형성한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 기교'에 해당하고, 또 피고인 1이 자신의 주식취득 사실을 기재하지 아니함으로써 주가하락 방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

(1)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 거래구조의 변화나 시장의 환경변화에 따라 다양하고 새로운 유형의 부정거래행위가 발생할 수 있는 개연성이 높은 반면 모든 부정거래행위 유형을 사전에 일일이 열거하여 규제하는 것은 입법기술상 한계가 있는 점을 고려하여 자본시장법 제정과 함께 신설된 조항이다.

그런데 위와 같은 입법취지를 감안하더라도 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 그 문언 자체가 지나치게 포괄적·추상적이어서 자칫 형사법의 대원칙인 죄형법정주의와 충돌할 우려가 있다.

따라서 자본시장법 제178조 제1항 제1호를 적용함에 있어서는, 자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율성을 높여 국민경제의 발전에 이바지한다는 자본시장법의 목적(자본시장법 제1조)에 유념하면서, 같은 항 제2호, 제3호 및 같은 조 제2항을 통하여 보다 구체화된 부정거래행위의 내용, 그 밖에 당해 행위의 불법성 정도가 다른 규정을 통하여 처벌하더라도 자본시장법의 목적 달성에 지장을 초래하지 않는지 등을 종합적으로 고려하여 죄형법정주의와 최대한 조화를 이룰 수 있도록 신중을 기함이 옳다.

한편 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'은 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결 등 참조). 이러한 법리는 자본시장법 제178조 제1항 제2호에 규정된 '중요사항'을 해석함에 있어에서도 동일하게 적용된다.

(2) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 약 145억 원 규모의 공소외 8 주식회사 유상증자를 추진하는 과정에서 실권주가 발생하자 자신의 자금 2억 원과 피고인 13으로부터 차용한 253,532,630원을 가지고 피고인 13이 빌려 준 공소외 12의 명의로 실권주를 인수하고서도 마치 실권주가 제3자의 투자로 정상적으로 인수된 것처럼 공시하고 아울러 임원으로서 자신의 주식소유상황보고를 하지 않은 사실은 인정된다.

그런데 ①피고인 1이 사실은 피고인 13으로부터 차용하였으면서도 마치 정상적으로 주금이 납입된 것처럼 공시한 부분이 공소외 8 주식회사의 전체 유상증자금에서 차지하는 비율은 1.7%(145억 원 중 253,532,630원 상당)에 불과한 점, ②피고인 1이 위와 같이 차명으로 공소외 8 주식회사 주식을 취득함으로써 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 것도 아니고, 일반투자자들의 입장에서 공소외 8 주식회사의 임원인 피고인 1이 실제로 유상증자된 주식 중 약 3.1%(145억 원 중 453,532,630원 상당)에 해당하는 주식을 보유하고 있는지를 알게 되었는지 여부에 따라 투자 판단 자체가 달라진다고 보이지 않는 점, ③피고인 1과 상피고인 11은 자신들이 투자를 권한 투자자들과의 신

회관계를 유지하기 위하여 피고인 13의 자금으로 실권주를 인수하였고, 피고인 13 역시 대여금에 대한 담보 명목으로 공소외 12 명의로 주식을 취득한 것이지 나아가 실권주 인수를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ④피고인 1은 주식 소유상황변동보고의무 위반행위로 처벌받게 되는 점 등을 고려할 때 공소사실 기재와 같은 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다거나 또는 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 이용한 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다(한편 공소사실에는 2009. 7. 10. 공소외 13 주식회사 명의로 대량보유보고를 하면서 공소외 12 명의로 취득한 공소외 8 주식회사 주식 115,993주의 취득사실을 기재하지 아니한 행위가 허위 표시에 해당한다고 기재되어 있으나, 피고인 1은 위 115,993주를 2009. 7. 3.경 모두 매도하였으므로 위와 같이 행위가 '거짓 표시'에 해당한다고 볼 수 없음도 지적하여 둔다).

다.

소결론

결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호에서 규제하는 부정거래행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1, 13과 공동정범의 관계에 있는 상피고인 11에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

IX. 2009. 8. 12.자 공소외 4 주식회사 주주배정 유상증자 실권주 40만 주 차명 인수 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 되고, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 2009. 8. 10.경 공소외 4 주식회사의 실질적인 사주로서 주주배정 유상증자를 실시하였으나 6,766,143주의 실권주가 발생하여 이 실권주에 대하여 제3자 배정으로 유상증자를 실시하기로 하였다.

피고인 1은 제3자 유상증자에 참여할 투자자를 모집하였으나 40만 주(2억 원)를 인수할 투자자를 구하지 못하여 스스로라도 실권주를 인수함으로써 유상증자가 성공하였다는 외관을 형성하여 투자자들에 대한 신뢰를 유지할 필요가 있었다.

그러나 피고인 1 본인의 명의로 유상증자에 참여한 후 배정받은 주식을 매각한다면, 유상증자가 성공하지 못했다는 인상을 줄 수 있고, 회사임원의 주식처분사실이 공시됨으로써 주가에 좋지 않은 영향을 미치게 될 수도 있었다.

피고인 1은 이러한 문제점을 피하기 위해서 피고인 2에게 공소외 2 주식회사 자금을 이용하여 페이퍼컴퍼니인 공소외 6 주식회사 명의로 실권주를 인수할 것을 지시하였고, 피고인 2는 2009. 8. 12.경 공소외 2 주식회사 자금 2억 원을 인출하여 공소외 4 주식회사의 주금으로 납입하였다.

위와 같이 공소외 6 주식회사 명의로 배정된 40만 주는 실질적으로 공소외 4 주식회사의 최대주주인 공소외 2 주식회사의 특수관계인이자 공소외 4 주식회사의 등기이사인 피고인 1 개인의 계산으로 취득한 주식이다. 따라서 피고인 1은 위와 같이 주식을 보유하게 된 내용을 취득일로부터 5일 이내에 대통령령이 정하는 바에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 하고, 5일 이내에 공소외 2 주식회사와 연명으로 대량보유보고를 하여야 한다. 그럼에도 피고인 1은 2009. 8. 14. 공소외 2 주식회사 명의로 주식등의 대량보유상황보고서를 제출함에 있어 위와 같은 주식취득 사실을 누락하여 허위 표시하고, 임원으로서 소유상황보고를 하지 아니하였다.

피고인 1은 2009. 8. 20.경 주식처분에 대한 공시 없이 10만 주를 장내매도하고 30만 주를 장외에서 매각하여 25,809,133 원의 이익을 취득하였다.

이로써 피고인 1, 2는 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하고, 유상증자가 제3의 투자자의 투자로 성공한 듯한 외관을 만드는 방법으로 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 기교를 사용하여 25,809,133원의 부당이익을 취득하였다.

2. 피고인 1의 항소이유 요지

공소외 4 주식회사는 2009. 8. 12. 122억 원 상당의 주주배정 유상증자를 실시하여 전체 유상증자 금액 중 98.4%의 주금이 납입되었고, 피고인 1이 극히 소량의 실권주를 차명 인수한 후 이를 공시하지 않은 것만으로 주식거래와 관련하여 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항의 기재를 누락하였다거나 부정한 기교를 사용한 것으로 볼 수 없다.

3. 판단

가. 원심의 판단

원심은, ①공소외 6 주식회사는 피고인 1이 관리하는 페이퍼컴퍼니에 불과하고, 공소외 2 주식회사는 공소외 4 주식회사의 대주주로서 제3자 배정 유상증자에 참여할 수 없으며, 피고인 1은 실제로 위와 같이 취득한 실권주를 공소외 2 주식회사의 자산으로 회계처리하거나 실권주를 매각하여 발생한 이익을 공소외 2 주식회사에 귀속시키지도 않은 점 등에 비추어 볼 때 공소외 6 주식회사 명의의 주식은 공소외 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 자신의 계산으로 차명으로 취득한 것인 점, ② 유상증자에 100% 투자가 이루어졌다는 사실은 공소외 4 주식회사에 대한 다른 유상증자 참여자들에게 피고인 1 및 공소외 4 주식회사에 대한 신뢰를 갖게 하고 공시될 경우 일반투자자들의 투자 판단에도 긍정적인 영향을 미칠 수 있는 사항인 점, ③공소외 4 주식회사의 최대주주인 공소외 2 주식회사의 대표이사이자 공소외 4 주식회사의 등기이사인 피고인 1이 스스로 차명으로 실권주를 인수하여 이를 즉시 매도한 사실 역시 일반투자자들에게 알려질 경우 투자자의 투자 판단에 악재로 작용하여 주가에 영향을 미칠 수 있는 내용인 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 1이 제3자의 투자로 유상증자가 성공한 듯한 외관을 형성한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 기교'에 해당한다고 할 것이고, 피고인 1의 주식취득 사실을 기재하지 아니

함으로써 주가하락 방지라는 재산상 이익을 얻고자 한 것은 같은 항 제2호의 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재가 누락된 문서를 사용하여 재산상 이익을 얻고자 하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

- (1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1이 약 122억 원 규모의 공소외 4 주식회사 유상증자를 추진하는 과정에서 실권주가 발생하자 페이퍼컴퍼니인 공소외 6 주식회사 명의로 2억 원을 납입하여 실권주를 인수하고서도 마치 실권주가 정상적으로 인수된 것처럼 공시하고 아울러 임원으로서 자신의 주식소유상황보고를 하지 않은 사실은 인정된다.

그런데 ①피고인 1이 마치 정상적으로 주금이 납입된 것처럼 공시한 부분이 공소외 4 주식회사의 전체 유상증자금에서 차지하는 비율이 1.6%(122억 원 중 2억 원)에 불과한 점, ②피고인 1이 위와 같이 공소외 4 주식회사 주식을 취득함으로써 인하여 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 것도 아니고, 일반투자자들의 입장에서 공소외 4 주식회사의 임원인 피고인 1이 실제로 유상증자된 주식 중 약 1.6%에 해당하는 주식을 보유하고 있는지를 알게 되었는지 여부에 따라 투자 판단 자체가 달라진다고 보이지 않는 점, ③피고인 1과 상피고인 2는 자신들이 투자를 권한 투자자들과의 신뢰관계를 유지하기 위하여 공소외 6 주식회사 명의로 실권주를 인수하였던 것이지 나아가 실권주 인수를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ④피고인 1은 주식 소유상황변동보고의무 위반으로 처벌받게 되는 점 등을 고려할 때 공소사실 기재와 같은 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 기교를 사용하는 행위'에 해당한다거나 또는 같은 항 제2호에서 규제하는 '타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서를 이용한 행위'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다.

소결론

결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

이를 유죄로 인정한 원심판결에는 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호에서 규제하는 부정거래행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(원심판결 중 피고인 1과 공동정범의 관계에 있는 상피고인 2에 대한 부분은 직권으로 파기한다).

X. 2009. 7. 13.자 공소외 8 주식회사 신주인수권(워런트) 22억 원 상당 차명 행사 관련 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 공소사실의 요지

누구든지 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하거나, 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하여서는 아니 된다.

피고인 1은 공소외 39 주식회사, 공소외 40 주식회사, 공소외 41 주식회사에 발행된 공소외 8 주식회사 발행 신주인 수권부사채(BW)에서 분리된 권면총액 153억 원 상당(2,971,324주, 18.99%)의 신주인수권을 공소외 2 주식회사의 자금으로 사채권자들로부터 다시 인수하여 공소외 23 주식회사 명의 및 페이퍼컴퍼니인 공소외 14 주식회사, 공소외 42 주식회사 명의로 보유하다가 2009. 6. 12.경 위 신주인수권 전부의 명의를 공소외 14 주식회사로 변경하였다.

피고인 1은 2009년 7월경 공소외 8 주식회사 운영자금이 부족하자 사채업자로부터 자금을 차입하여 차명으로 신주인수권을 행사함으로써 신주인수권 행사자금으로 운영자금을 확보함과 동시에 발행된 신주매각에 따른 공소외 14 주식회사의 대량보유상황보고의무를 회피하기로 마음먹었다.

피고인 1은 그 무렵 피고인 11을 통해 사채업자 피고인 13에게 22억 원을 빌려주면 신주인수권 행사 자금으로 납입하여 운영자금을 확보하고 발행된 신주를 차입금 22억 원에 대한 담보로 제공하겠다고 제의하였고 피고인 13은 자신과 공소외 15의 명의로 위 신주인수권을 행사하여 신주를 차입금 22억 원에 대한 담보로 제공받는 조건으로 이에 동의하고 공소외 14 주식회사가 공소외 15에게 워런트를 매각한다는 내용의 '신주인수권 증권 양수도 계약서'를 허위로 작성하였다.

피고인 13은 2009. 7. 13. 자신과 공소외 15의 명의로 22억 원을 공소외 8 주식회사에 신주인수권 행사 자금으로 납입하여 440,440주를 배정받았다.

사실은 공소외 14 주식회사는 피고인 1에 의해 중요한 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사되는 피고인 1의 특별관계자이고, 위와 같이 피고인 13 및 공소외 15의 명의로 배정받은 신주 440,440주는 피고인 13에게 담보로 제공되었다가 피고인 1, 공소외 14 주식회사와의 협의 하에 처분되어 원리금을 정산하기로 합의가 되어 있기 때문에 피고인 1, 공소외 14 주식회사와 피고인 13은 공동보유자의 관계에 있어 상호 특별관계자이다.

따라서, 피고인 1, 공소외 14 주식회사, 피고인 13은 대량보유상황보고를 함에 있어 공소외 14 주식회사 보유 지분, 피고인 13 보유 지분을 모두 보고하고, 공소외 14 주식회사와 피고인 13의 계약내용을 기재하여야 한다.

그럼에도 피고인 1, 13은 2009. 7. 20.경 공소외 14 주식회사 명의로 주식 등의 대량보유상황보고를 하면서 피고인 13 보유 지분에 대한 기재를 누락한 채 공소외 14 주식회사가 보유하고 있는 공소외 8 주식회사 지분이 기존의 18.99%에서 16.71%로 낮아졌다고만 공시하여 거짓 표시를 하였다.

피고인 1은 2009. 8. 11.경 피고인 11을 통해 피고인 13에게 위 440,440주를 매도할 것을 통보하였고, 피고인 13은 전량을 장내매도하였다.

이로써 피고인 1, 11, 13은 공모하여 주식의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하고, 신주인수권이 소액투자자에 의해 정상적으로

행사되는 듯한 외관을 만드는 방법으로 부정한 기교·수단·계획을 사용하였다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

공소외 14 주식회사 명의의 신주인수권의 실질적인 계산 주체는 피고인 1이고, 피고인 13이나 공소외 15 명의의 신주인수권 행사도 피고인 13으로부터 차입한 자금으로 피고인 1 본인이 행사한 것이므로, 피고인 1은 이러한 신주인수권 행사로 인한 주식 취득과 매각에 대하여 공소외 8 주식회사의 대표이사로서 이를 공시하여야 한다.

그런데 피고인 1은 공시의무를 피하기 위하여 2009년에 페이퍼컴퍼니인 공소외 14 주식회사를 설립하였고, 공소외 8 주식회사와 공소외 14 주식회사의 관계, 피고인 1과 공소외 14 주식회사의 관계를 공시하지 않았다.

피고인 1은 자신이 신주인수권을 행사하자마자 신주를 매각하였다는 내용이 공시되고 이로 인하여 주가가 나쁜 영향을 받는 것을 회피한 것으로 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 사용하였을 뿐 아니라 부정한 기교를 사용하였다.

나. 판단

(1) 원심은, ① 피고인 1의 대량보유상황보고에 따라 공시되는 내용은 공소외 14 주식회사가 보유한 공소외 8 주식회사 지분이 18.99%에서 16.71%로 2.28% 감소하였다는 내용일 뿐인 점, ② 당시 공시된 공소외 8 주식회사의 최대주주는 지분 18.99%를 보유한 공소외 14 주식회사와 지분 13.67%를 보유한 공소외 13 주식회사인데, 위와 같은 공소외 14 주식회사의 지분감소로 인하여 공소외 8 주식회사의 최대주주 또는 주요주주가 변동되는 경우에 해당하지는 않는 점, ③ 피고인 1은 신주를 피고인 13이 직접 취득하게 하는 방법으로 담보를 제공함으로써 차입금에 대한 이자를 절감하려는 목적 및 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 행사하는 것과 이를 매각하는 것을 반복하여 공시하는 번거로움을 피하고 한번만 공시하려는 목적으로 위와 같이 피고인 13에게 신주인수권을 행사하게 한 점, ④ 피고인 1이 공소외 14 주식회사의 지분이 감소되었다고 공시한 것은 위와 같은 담보제공을 위하여 형식적으로 공소외 14 주식회사가 보유한 신주인수권을 피고인 13에게 매각한 것을 그대로 공시한 것에 불과하고, 달리 공소외 14 주식회사의 지분감소를 적극적으로 허위공시함으로써 일반투자자들의 오해를 유발시키거나 재산상 이익을 취득하려는 의사가 있었다고 보기 어려운 점, ⑤ 피고인 13으로부터의 자금차입의 목적 및 신주매각, 정산 과정 등에 비추어 볼 때 피고인 1이 공소외 14 주식회사의 명의로 신주인수권을 행사하였다고 하더라도 마찬가지로 그 신주를 매각하여 차입금을 변제하였을 것으로 보이는데, 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 행사한 후 신주를 매각함으로써 공소외 14 주식회사의 지분이 감소한 것으로 공시하는 것과 공소외 14 주식회사가 신주인수권을 매각함으로써 공소외 14 주식회사의 지분이 감소한 것으로 공시하는 것 사이에 일반투자자들에게 미치는 영향이 특별히 다르다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1의 공시내용이 일반투자자들의 투자 판단에 영향을 미치는 중요한 사항에 관한 것이라거나 피고인 1, 11, 13에게 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요한 사항에 관하여 거짓의 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻으려는 고의가 있었다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

- (2) 또한 원심은, ①피고인 1은 신주인수권 행사자금을 납입하여 공소외 8 주식회사의 운영자금을 마련하기 위하여 피고인 13으로부터 22억 원을 차입하면서 피고인 13에게 직접 담보를 취득하게 하기 위하여 형식적으로 공소외 14 주식회사가 보유한 신주인수권을 피고인 13에게 매각하고 피고인 13으로 하여금 이를 행사하게 한 것일 뿐 이를 통하여 적극적으로 허위의 외관을 형성하여 일반투자자들을 기망하거나 그로 인하여 이익을 얻으려는 의도가 있었던 것으로는 보이지 않는 점, ②공소외 14 주식회사 명의로 신주인수권 행사가 이루어지는 것과 피고인 13 또는 공소외 15 명의로 신주인수권 행사가 이루어지는 것 사이에 그 외관에 있어서 제3자에 대하여 특별히 다른 의미를 가지는 것으로 보기 어려운 점, ③피고인 13이 자신과 공소외 15의 명의로 신주인수권을 행사하여 취득한 주식은 공소외 8 주식회사 지분의 2.28%에 불과하고, 피고인 13과 공소외 15가 특별히 일반투자자들의 투자 판단에 영향을 미치는 중요투자자라고 볼만한 자료도 없는 점, ④피고인 1, 11이 공소외 14 주식회사 명의로 신주인수권을 행사하지 아니하고 피고인 13 등 명의로 신주인수권을 행사하는 행위로 인하여 피고인 1, 11에게 관계법령상의 제한을 회피한 부당이익이 발생한다고 볼 수도 없는 점 등을 종합해 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 11, 13의 행위가 자본시장법 제178조 제1항 제1호에 금지하고 있는 '부정한 기교'를 사용하는 행위에 이르렀다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 변경된 공소사실(공동보유 여부)에 대한 판단

가. 당심에서 변경된 공소사실에는, 피고인 13 및 공소외 15 명의로 배정받은 공소외 8 주식회사 신주 440,440주는 피고인 13에게 담보로 제공되었다가 피고인 1, 공소외 14 주식회사의 협의 하에 처분되어 원리금을 정산하기로 합의가 되어 있으므로 피고인 13, 1, 공소외 14 주식회사는 공동보유자라고 기재되어 있다.

나. 그러나 위 2의 나항(판결문 77쪽)과 같은 사정들에 의하면, 피고인 13 및 공소외 15 명의로 배정받은 위 공소외 8 주식회사 신주 440,440주는 피고인 1이 공소외 2 주식회사의 자금을 이용하여 공소외 14 주식회사 명의로 보유 하였던 신주인수권을 행사하여 취득한 것으로 피고인 1 또는 공소외 14 주식회사가 보유하는 주식이라고 할 것이고, 한편 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 피고인 13로서는 피고인 1의 채무불이행이 없는 한 위 주식을 임의로 처분할 수 없는 것이고, 반면 피고인 1로서는 담보로 제공된 주식을 처분하지 않는 대신 현금을 제공하는 방법으로 주식을 반환받을 수 있음이 인정되는 점 등을 고려할 때 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1, 13과 공소외 14 주식회사가 합의나 계약 등에 따라 위 440,440주를 공동으로 처분하기로 약정하였다고 보기에는 부족하다.

다.

결국 피고인 1, 13과 공소외 14 주식회사가 위 공소외 8 주식회사 주식 440,440주의 공동보유자임을 전제로 한 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

XI. 2009. 10. 26.자 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 13의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(2)상피고인 1의 계획은 회사의 충실화를 위한 "합병"이었고, 그 과정에서 자금이 모자라 빌린 돈에 관한 담보를 제공하기 위하여 매각제한 규정의 적용을 받지 않는 당사자로 하여금 공소외 9 주식회사 주식을 취득하게 한 것뿐이지, 매각제한규정을 회피한 주식을 팔아 이득을 취한다는 것을 목적으로 하지 않았다.

매각제한규정을 회피한다는 것만으로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 계획이 된다고 할 수는 없다.

(3)상피고인 1이 자신이 공소외 9 주식회사 지분을 취득한 사실을 신고하지 않은 것은 피고인 13의 관여 여부와 관계없이 사후적으로 성립한 것이고, 피고인 13으로서는 그러한 보고의무 불이행을 미리 예견할 수 없었다.

(4)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

(5) 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 0원이라고 볼 수 없다.

따라서 원심판결에서 상장 즉시 매각할 수 있는 합병신주의 가액에서 공소외 9 주식회사 주식 인수대금의 차액을 위반행위로 얻은 이익이라고 판단한 것은 부당하다.

또 수시로 증감 변동하는 주식의 가치를 산정하면서 상장 전일의 종가를 기준으로 한 것도 타당하지 않다.

나. 판단

(1) 차명인수 및 허위 공시에 의한 부정거래행위 여부

원심은, ①상피고인 1이 공소외 8 주식회사의 공소외 9 주식회사 인수·합병을 추진하기로 하고 공소외 8 주식회사의 자금 12억 5천만 원과 피고인 13으로부터 차입한 자금 13억 4,875만 원으로 공소외 9 주식회사 지분의 100%를 취득하면서 공소외 86, 87 등 명의의 차명을 이용한 사실, ②상피고인 1은 차명으로 인수한 주식 중 288,000주(지분을 18%)의 명의를 공소외 8 주식회사로 변경한 뒤 '타법인 주식 및 출자증권 취득 결정' 공시 등을 통하여 공소

외 8 주식회사가 공소외 9 주식회사의 주식의 18%만을 취득하였고, 위 288,000주에 대해서 배정될 합병신주 219,227주만을 보호예수하게 되는 것처럼 표시한 사실, ③상피고인 1은 2009. 10. 26. 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사의 합병 후 공소외 8 주식회사의 계산으로 총 998,699주를 배정받았음에도 2009. 10. 29. 증권발행실적보고서를 제출하면서 공소외 8 주식회사가 합병신주 219,227주만을 배정받았고 이 주식들만 보호예수하게 될 것이라고 기재한 사실을 인정한 후, 상장회사가 비상장회사와 합병한 후 배정할 합병신주 중 어느 정도의 수량을 보호예수할 것인지는 합병 후 주가에 직접적 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당하고, 상피고인 1, 2가 공소외 9 주식회사를 인수하면서 차명을 사용하고 보호예수 수량을 거짓 기재함으로써 매각제한규정을 회피한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규정한 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위' 및 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규정한 '부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

(2) 피고인 13의 공모관계 인정 여부

(가) 원심은, ①상피고인 11이 피고인 13으로부터 자금을 차입할 때 피고인 13에게 공소외 9 주식회사의 지분을 차명으로 인수하고 그 차명인수된 공소외 9 주식회사에 대해서 공소외 8 주식회사의 합병신주가 배정되면 그 합병신주를 매각해 변제하는 것을 설명한 점, ②피고인 13은 수사기관에서, 상피고인 11이 4명의 인수명의를 빌려달라고 할 때 보호예수를 회피하려고 한다는 짐작은 하였다고 진술하였고, 상피고인 11이 보호예수 때문에 차입한 자금을 공소외 8 주식회사 명의로 공소외 9 주식회사를 인수하면 안 되므로 차명이 필요하고, 차명으로 인수하여 보호예수를 피하여야 합병신주를 매각하여 차입금 변제도 가능하다고 설명하였다고 진술하였으며, 원심법정에서도 " 피고인 11이 보호예수에 안 걸리려면 차명으로 해야 된다고 하면서 피고인 11 측에서 4명의 이름을 제공해 신주를 받아서 줄지 피고인 13 측에서 4명의 차명을 제공할 것인지를 물어보아서 본 피고인이 차명을 제공했다.

"고 진술한 점 등을 종합해 볼 때, 피고인 13은 상피고인 11 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 9 주식회사를 인수한다는 사정을 인식하고 인수자금 및 차명을 제공하였다고 할 것이므로, 피고인 13의 범의 및 공모·범행 가담 사실을 충분히 인정할 수 있고, 따라서 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단하였다.

(나) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 비추어 보면, 원심이 그 판시와 같이 인정되는 사실에 기초하여 피고인 13이, 상피고인 11 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 9 주식회사를 인수하고 그 차명인수된 공소외 9 주식회사 주식에 합병신주가 배정되면 이를 담보로 제공받는다 인식 하에 공소외 9 주식회사 주식 인수대금 명목으로 13억 4,875만 원을 대여하고, 아울러 공소외 44, 45, 46, 47의 명의를 빌려주었다고 판단한 것은 정당하고, 피고인 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

(다) 그런데 형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하다.

여기서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ①피고인 13은 상피고인 1을 잘 알지 못하고 상피고인 1이 수립한 부정한 계획의 구체적 내용에 대해서 까지 상피고인 11을 통하여 설명 받은 것으로 보이지 않는 점, ②피고인 13의 주된 목적은 상피고인 11의 부탁에 따라 상피고인 1에게 자금을 대여하면서 충분한 가치를 가지는 담보를 취득하는데 있었던 점, ③피고인 13이 공소외 9 주식회사 주식의 차명 취득이나 공소외 9 주식회사와 공소외 8 주식회사의 합병과정에 적극적으로 가담한 사실도 없는 점 등을 종합하면 피고인 13이 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였다고 보기는 어렵다.

따라서 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단한 원심판결은 공동정범의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(라) 한편 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 의미한다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1518 판결 등 참조).

위 (나)항에서 인정한 것처럼 피고인 13은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 인식하면서도 그 범행에 이용할 자금과 차명을 제공하였고, 이를 통하여 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 하였다고 할 것이므로 방조의 죄책은 부담한다고 봄이 옳다[법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장 변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다.

따라서 공동정범으로 기소된 범죄사실에 대하여 공소장 변경 없이 방조범으로 인정할 수 있다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결 참조)].

(3) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(가) 원심의 판단

원심은 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11에게 자금 및 차명을 제공하여 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고 그 이익액을 837,274,540원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 한 피고인 13의 자금으로 배정받은 합병신주 631,799주의 평가액 2,186,024,540원 - 공소외 9 주식회사 구주 인수대금 1,348,750,000원)으로 산정하였다.

(나) 이 법원의 판단

1) 이미 살펴본 것처럼 자본시장법위반죄에서의 위반행위로 얻은 이익액은 그 다과에 따라 범죄구성요건이 되므로 엄격한 증명의 대상이 되고, 그 입증책임은 검사가 부담한다.

원심이 인정한 것처럼 피고인 13이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야지 공소외 9 주식회사 구주 인수대금을 공제한 금액이 된다고 볼 수는 없다(원심과 같은 이득액 산정방식은 보호예수에 걸려서 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 구주 인수대금 상당액으로 볼 수 있는 경우에만 허용될 수 있다). 그런데 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없다.

가사 검사가, 피고인 13이 적법하게 취득할 수 없는 공소외 8 주식회사 합병신주를 취득한 그 자체를 자본시장법 위반행위로 얻은 이익으로 보아 공소제기한 것으로 보더라도 합병신주가 상장되는 경우 그 상장 자체의 효과로 인하여 주가에 상당한 정도의 변동이 발생할 여지가 있는 점, 주식시장에 있어서 합병을 통한 상장이 일반적인 호재로 인식된다고 단정하기는 어려우므로 상장 전일 종가를 기준으로 합병신주의 가치를 산정하는 것이 반드시 피고인 13에게 유리하다고 볼 수도 없는 점, 피고인 13이나 상피고인 1, 2, 11이 매각제한이 없는 합병신주를 상장 즉시 처분할 의사를 가지고 있었던 것도 아니고 실제 주식시장에서 단기간에 처분이 가능하다고 보이지도 않으므로 피고인 13의 자금을 이용하여 취득한 공소외 8 주식회사 합병신주 전체가 상장 직후 처분이 될 수 있다는 가정 하에 그 가치를 산정하는 것은 부당한 점 등을 고려할 때 합병신주의 상장 전일 종가를 기준으로 합병신주의 가치를 산정한 원심판결의 합리성을 선뜻 수긍하기 어렵다.

2) 결국 피고인 13의 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다고 할 것인데 그 이익액을 837,274,540원으로 산정한 원심판결에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 13 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 13은, 상피고인 1 등의 범행에 대한 인식, 용인에 그치지 않고 공동의 의사로 사기적 부정거래 범행을 하기 위하여 일체가 되어 상피고인 1의 행위를 이용하여 자신의 의사를 옮기는 정도에 이르렀다고 보아야 하며, 공모의 범위에 있어서도 피고인 13과 상피고인 1, 2, 11 사이에 '부정한 합병신주 취득 행위'에 대한 순차적, 암묵적인 공모가 이루어졌다.

따라서 피고인 13이 위반행위로 얻은 이익액은 상피고인 1, 2, 11과 동일하게 1,323,498,540원(=2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 산정한 상피고인 1 등이 매각제한 규정을 회피하여 취득한 공소외 8 주식회사 합병신주 998,699주의 가치 3,455,498,540원 - 공소외 9 주식회사 구주 1,312,000주 인수대금 2,132,000,000원)으로 보아야 한다.

(2) 판단

검사가 제출한 모든 증거들을 종합하더라도, 피고인 13이 상피고인 1, 2, 11의 전체적인 범행에 가담하거나 이를 인식하였다고 인정하기에 부족하므로 이 부분 원심판결은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다[아울러 위 1.나 (3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼 검사의 주장과 같은 방법으로 위반행위로 얻은 이익액을 산정하는 것은 부당하고, 달리 피고인 13의 이익액을 산정할 만한 증거가 없다].

나. 피고인 1, 2, 7, 8, 10 부분

(1) 항소이유 요지

자본시장법 위반행위로 얻은 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다.

이 사건의 경우 피고인 1, 2, 7, 8, 10은 시세조종행위를 통하여 합병을 반대하는 공소외 8 주식회사 주주들의 주식 매수청구권 행사 규모를 줄임으로써 절감된 9,040,901,457원의 주식매수비용 상당 이익이 발생하였고 여기에서 이 사건 거래에 투입된 비용인 4,115,203,835원을 공제하면 결국 4,925,697,622원의 이익을 취득하였다고 보아야 한다.

(2) 판단

(가) 이 부분 항소이유와 관련하여서는 검사가 당심에 이르러, ' 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 대표이사로서, 피고인 2, 7, 8, 10 및 공소외 10은 피고인 1과 공모하여, 시세조종행위를 통하여 공소외 8 주식회사에 대한 주식매수 청구권 행사규모가 감소되도록 하여 공소외 8 주식회사로 하여금 4,925,697,622원 상당의 손실을 회피하게 함으로써 동액 상당의 부당이득을 얻게 하였다'는 것으로 공소장을 변경하였으므로 이를 전제로 검사의 항소이유를 판단한다.

(나) 자본시장법 제443조에서 규정하는 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액'은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 옳다(대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결 등 참조). 그런데 우선 자본시장법 제443조가 위반행위자 본인이 아닌 제3자가 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 위반행위자 본인이 이익을 얻은 경우와 동일하게 보아 이를 가중처벌하는 규정으로 볼 수는 없고, 달리 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 피고인 1, 2, 7, 8, 10 및 공소외 10의 이익액 또는 손실 회피액으로 보아야 할 근거를 찾을 수 없다 (피고인 1이 공소외 8 주식회사의 대표이사라고 하여 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 바로 피고인 1 본인의 손실 회피액과 동일 시 할 수는 없다).

가사 견해를 달리하여 공소외 8 주식회사의 손실 회피액을 피고인 1, 2, 7, 8, 10 및 공소외 10의 이익액 또는 손실 회피액으로 볼 수 있다고 하더라도, 원심이 적절하게 지정한 것처럼, ① 주식매수청구권이 행사되는 경우에는 공

소외 8 주식회사가 그 주식을 취득하게 되고, 그 주식의 시가 상당액은 손실에서 공제되어야 할 것이므로 주식매수 청구권이 행사되지 않은 금액 상당을 모두 이득하였다고 보기 어려운 점, ②피고인 1이 증권예탁원으로부터 주주들이 약 10,222,278,621원 상당의 주식을 매수청구할 예정이라는 취지의 '이사회 결의사항 반대의사 통지서'를 송달 받았다고 하더라도 실제 매수청구권의 행사규모가 얼마가 될지 여부는 확정된 것이 아니므로 위 금액 전부에 대하여 매수청구권이 행사되었을 것이라는 가정 하에 위반행위로 인한 이익 등의 액수를 산정하는 것은 부당한 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 8 주식회사가 4,925,697,622원 상당의 손실을 회피하였다고 인정하기에 부족하다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없고, 변경된 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

3. 직권판단

가. 현실거래에 의한 시세조종행위와 부정한 기교 사용으로 인한 부정거래행위의 관계

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2, 7, 8, 10이 공소외 10과 공모하여, 장내에서 공소외 8 주식회사의 주식을 매수한 행위를 자본시장법 제176조 제2항 제1호에서 규제하는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 판단하면서도 이와 동시에 이와 같이 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는 범행은 당연히 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정거래행위에도 해당한다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

위 V.4.가의 (2)항(판결문 56쪽)에서 직권으로 판단한 것처럼, 자본시장법 제176조 제2항 제1호와 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 법조경합의 관계에 있다.

따라서 피고인 1, 2, 7, 8, 10의 이 부분 범행에 대하여 자본시장법 제176조 제2항 제1호 위반으로 인한 자본시장법 위반죄를 인정하면서 이와 동시에 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반으로 인한 자본시장법위반죄를 인정한 원심판결에는 법조경합의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

(1) 원심의 판단

원심은, 피고인 1, 2, 11이 공모하여, 매각제한 규정을 회피하여 상장즉시 매각할 수 있는 공소외 8 주식회사 신주 998,699주가 상장됨으로써 1,323,498,540원(2009. 11. 6. 종가 3,460원을 기준으로 산정한 998,699주의 가치 3,455,498,540원 - 공소외 9 주식회사 주식 1,312,000주의 인수대금 2,132,000,000원)의 부당이득을 취득하였다고 판단하였다.

(2) 이 법원의 판단

위 1.나.(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼, 피고인 1, 2, 11이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 위반행위로 인한 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회

사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야 하는데, 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없으므로 결국 피고인 1, 2, 11이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

이와 달리 피고인 1, 2, 11의 이익액을 1,323,498,540원으로 산정한 원심판결에는 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다(다만 원심은 피고인 1, 2의 경우 포괄일죄의 관계에 있는 다른 자본시장법위반 범행으로 얻은 이익액을 산정할 수 없어서 범행 전체의 이익액을 산정할 수 없다고 판단하였으므로 위와 같은 법리오해가 피고인 1, 2의 판결에는 영향을 미치지 않았다).

다.

2009. 10. 26.자 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄와 2009. 12. 29.자 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄의 죄수

원심은, 피고인 1, 2, 7, 11, 13의 2009. 10. 26. 공소외 8 주식회사와 공소외 9 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄와 2009. 12. 29. 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반죄가 실체적 경합관계에 있다고 판단하였다.

그런데 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 공소외 8 주식회사의 매출액이 지속적으로 감소하여 관리종목으로 지정될 가능성이 높아지자 비상장회사와 합병하여 자기자본을 확충하고 그 과정에서 시세조종 등이 필요하다고 판단하여 위 각 범행을 저지른 점, 피고인 2, 7, 11은 상사인 피고인 1의 계획과 목적을 인식하고 피고인 1의 지시에 따라 각자의 역할을 수행한 점, 피고인 13의 경우 피고인 11을 통하여 피고인 1의 계획을 대체적으로 인식한 상태에서 2회에 걸쳐서 유사한 형태의 거래를 한 점 등을 고려할 때 피고인 1, 2, 7, 11, 13의 범의의 단일성과 계속성이 인정되고, 또 위 각 죄의 보호법익은 사회적 법익으로서 피해법익의 동일성도 인정되므로 위 각 죄는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 옳다.

이와 달리 위 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범의 관계에 있다고 보아 경합범가중을 한 원심에는 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

XII. 2009. 12. 29.자 공소외 8 주식회사와 공소외 5 주식회사 합병과정에서의 자본시장법위반 부분에 대한 판단

1. 피고인 5, 6, 12, 13의 항소이유에 대한 판단

가. 항소이유 요지

(1) 피고인 5

2009. 9. 27.자 금전소비대차계약서상 차용인은 '공소외 14 주식회사'로 기재되어 있고 피고인 5가 빌려준 5억 원이 실제로 공소외 5 주식회사의 유상증자 자금으로 사용되었다는 증거가 없으며, 상피고인 1의 부탁으로 2009년 9월 초순경 명의를 빌려준 사실은 있으나 그 구체적 목적을 인지한 시점은 2009. 11. 4.경이다.

따라서 피고인 5가, 상피고인 1이 차명으로 유상증자에 참여하여 보호예수를 피할 것이라는 사실을 알면서 유상증자 대금 5억 원을 빌려주었다고 볼 수는 없다.

(2) 피고인 6

(가)피고인 6은 상피고인 1에게 4억 원을 대여한 것이 아니다.

피고인 6은 상피고인 1의 투자 요청을 받았으나 자금이 없어서 상피고인 1을 도와주고자 공소외 16을 소개하여 공소외 16으로 하여금 상피고인 1에게 4억 원을 대여하도록 하였다.

(나)피고인 6은, 상피고인 1이 실제로 4억 원을 차용하는 주체라는 사실이나 상피고인 1이 차명으로 공소외 5 주식회사의 유상증자에 참여하여 보호예수 규정을 피한 합병신주를 취득하려고 한다는 사실을 전혀 알지 못하였다. 따라서 상피고인 1의 행위에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담하지 않는다.

(다)상피고인 1이 매각제한 규정을 회피한 합병신주를 배정받기 위하여 차명으로 주식을 인수하여 이와 관련한 허위의 보고를 한 일련의 행위는 거짓의 기재 내지 부정한 수단을 사용하여 재산을 얻는 일련의 행위로서 법률적으로 하나의 평가를 받아야 한다.

그런데 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 입법취지에 비추어 볼 때 같은 항 제2호로 평가할 수 있는 행위는 같은 항 제2호로만 처벌하여야 하고, 같은 항 제1호를 재차 적용하여 처벌하는 것은 위법하다.

(라)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 죄형법정주의에서 파생되는 명확성 원칙에 부합하지 않는 포괄적이고 추상적인 규정이다.

따라서 같은 조 제2항에서 정한 바와 같이 '재산상 이익을 얻고자 하는 의도'가 있는 행위 등으로 제한하여 해석하지 않는 한 위헌성을 면할 수 없다.

(3) 피고인 12

(가)피고인 12로부터 금원을 차용한 경위에 대한 상피고인 1의 진술은 일관성이 없고 신빙성이 없다.

피고인 12는 상피고인 1에게 공소외 5 주식회사 인수대금 명목으로 60억 원을 빌려준 것이고, 수사기관에서 공소외 5 주식회사 유상증자 자금을 빌려주었다고 진술한 것은 상피고인 1의 부탁에 따라 사실과 다르게 진술한 것에 불과하다.

결국 피고인 12가 상피고인 1 등의 범행을 인식하면서 60억 원을 대여하였다고 인정할 만한 증거가 부족한데도 원심 판결은 채증법칙에 위배하여 사실을 오인함으로써 피고인 12를 상피고인 1 등의 범행에 대한 공동정범으로 판단하는 잘못을 저질렀다.

(나)피고인 12는 상피고인 1에게 4개월 동안 60억 원을 대여하여 72억 원을 변제받기로 되어 있었는데 실제로는 원금은 물론 이자도 받지 못하여 큰 손실이 발생하였다.

원심판결과 같이 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일 종가를 기준으로 한 합병신주 평가액에서 유상증자 납입대금을 공제하는 방식으로 위반행위로 얻은 이익액을 산정하는 것은 부당하고, 인과관계가 인정되는 이익만으로 한정하여야 한다.

(4) 피고인 13

(가)자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금지대상행위가 구체적이지 못하고 추상적이어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 부합하지 않을 수 있으므로 그 적용범위에 대하여 일정한 기준을 가져야 하고, 그 적용범위도 매우 제한적으로 해석하여야 한다.

원심은 지나치게 포괄적인 해석을 통하여 피고인 13이 상피고인 1의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 인정하였다.

(나)상피고인 1의 계획은 회사의 충실화를 위한 "합병"이었고, 그 과정에서 자금이 모자라 빌린 돈에 관한 담보를 제공하기 위하여 매각제한 규정의 적용을 받지 않는 당사자로 하여금 공소외 5 주식회사 주식을 취득하게 한 것뿐이지 매각제한규정을 회피한 주식을 팔아 이득을 취한다는 것을 목적으로 하지 않았다.

매각제한규정을 회피한다는 것만으로 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 부정한 계획이 된다고 할 수는 없다.

(다)상피고인 1이 자신이 취득한 공소외 5 주식회사 지분을 취득하였다고 신고하지 않은 것은 피고인 13의 관여 여부와 관계없이 사후적으로 성립한 것이고, 피고인 13이 관여할 가능성이 전혀 없었다.

(라)피고인 13은 상피고인 11로부터 상피고인 1의 구체적 행위 내용이나 목적을 들은 사실이 없고, 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 죄책을 부담하지 않는다.

(마) 매각이 제한되는 합병신주의 가치가 0원이라고 볼 수 없다.

따라서 원심판결에서 상장 즉시 매각할 수 있는 합병신주의 가액에서 공소외 5 주식회사 주식 인수대금의 차액을 위반행위로 얻은 이익이라고 판단한 것은 부당하다.

또 수시로 증감 변동하는 주식의 가치를 산정하면서 상장 전일의 증가만을 기준으로 한 것도 타당하지 않다.

나. 판단

(1) 부정거래행위 해당 여부

원심은, ①상피고인 1이 2009. 2. 25.경 공소외 13 주식회사의 대표이사로서 2009. 9. 25.경 공소외 5 주식회사의 주식 361,476주(90%)를 8,099,954,800원에 인수하면서, 190,000주만을 공소외 13 주식회사 명의로 인수하고, 나머지 171,476주를 차명으로 인수한 사실, ②상피고인 1은 피고인 12로부터 차입한 60억 원, 피고인 13으로부터 차입한 40억 원, 피고인 5로부터 차입한 5억 원, 피고인 6으로부터 차입한 4억 원 등 139억 5천만 원으로 2009. 9. 28. 공소외 5 주식회사 유상증자금을 납입하면서 차명으로 주금을 납입한 사실, ③상피고인 1은 위와 같은 방법으로 공소외 5 주식회사의 주식 1,437,476주를 차명으로 취득한 사실, ④상피고인 1, 2는 2009. 10. 5.경 '주요사항보고서(합병결정)'을 제출하고 2009. 10. 8.경 '증권신고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주를 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주만을 보호예수할 것이라고 거짓

기재한 사실, ⑤상피고인 1, 2는 2009. 10. 19.경 '[정정]회사합병결정'을 공시하고, [정정]주요사항보고서를 제출하고, 2009. 10. 20.경 '[정정]증권신고서(합병)'을 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주 1,267,414주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑥상피고인 1, 2는 2009. 11. 3. '[정정]회사합병결정'을 공시하고 '[정정]주요사항보고서' 및 '[정정]증권신고서(합병)'를 제출하고, 2009. 11. 11. '투자설명서'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 공소외 5 주식회사의 주식을 190,000주 취득하여 최대주주이고, 위 주식에 대해서 배정될 합병신주 1,179,817주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실, ⑦상피고인 1, 2는 2009. 12. 31. '증권발행실적보고서(합병)'를 제출하면서 공소외 13 주식회사가 취득할 합병신주 중 1,179,817주만을 보호예수할 것이라고 거짓 기재한 사실을 인정한 후, 상장회사가 비상장회사와 합병한 후 배정할 합병신주 중 어느 정도의 수량을 보호예수할 것인지는 합병 후 주가에 직접적 영향을 미치는 내용이고 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에 해당하고, 상피고인 1, 2가 차명으로 공소외 5 주식회사를 인수하여 유상증자한 후 합병하면서 보호예수 수량을 거짓 기재함으로써 매각제한규정을 회피한 것은 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 '중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상 이익을 얻고자 하는 행위' 및 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 규제하는 '부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사실들[다만 아래 (3)의 (가)항(판결문 99쪽)에서 판단하는 것처럼 피고인 6은 상피고인 1에게 4억 원을 대여한 것이 아니라 공소외 16을 소개하여 공소외 16으로 하여금 4억 원을 대여하도록 하였다]과 원심이 적절하게 기재한 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 피고인 6, 13의 주장과 같은 잘못이 없다.

한편 자본시장법 제178조 제1항 제2호, 제3호 및 제2항은 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 추상성을 고려하여 부정거래유형을 보다 구체적으로 규정하기 위하여 마련된 것으로 상호 유기적인 관계를 가지는 만큼 자본시장법 제178조 제1항 제2호에 해당하는 부정거래행위에 대하여 그 근간이 되는 규정인 자본시장법 제178조 제1항 제1호도 동시에 적용할 수 있다고 본 원심의 판단에 피고인 6의 주장과 같은 잘못이 있다고 볼 수 없다(더구나 원심은 피고인 6의 범행에 대하여 포괄하여 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2호를 적용하였고, 이를 실체적 경합의 관계에 있다고 판단하지 않았다).

(2) 피고인 5, 12, 13의 공모 여부

(가) 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심의 인정사실과 원심이 적절하게 기재한 여러 가지 사정들을 종합하여 보면, 원심이 피고인 13, 12, 5가 상피고인 1 등이 보호예수 회피를 위하여 차명으로 공소외 5 주식회사 유상증자에 참여하고 그 차명으로 인수된 공소외 5 주식회사 주식에 합병신주가 배정되면 이를 담보로 제공받는다 인식 하에 공소외 5 주식회사 유상증자 대금과 함께 피고인 13의 경우 본인과 공소외 15 명의, 피고인 12의 경우 본인 명의, 피고인 5의 경우 공소외 48 명의를 빌려주었다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고인 5, 12, 13의 주장과 같은 사실오인의 잘못이 없다.

(나) 그런데 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들, 즉 ①피고인 5, 12, 13은 상피고인 1이 수립한 부정한 계획의 구체적 내용에 대해서 까지 알고 있었던 것으로는 보이지 않는 점, ②피고인 5, 12, 13의 주된 목적은 상피고인 1에게 자금을 대여하면서 충분한 가치를 가지는 담보를 취득하는데 있었던 점, ③피고인 5, 12, 13이 공소외 5 주식회사 주식의 차명 취득이나 공소외 5 주식회사와 공소외 8 주식회사의 합병과정에 적극적으로 가담한 사실도 없는 점 등을 종합하면 피고인 5, 12, 13이 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였다고 보기는 어렵다.

따라서 피고인 5, 12, 13이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범으로서 책임을 부담한다고 판단한 원심판결은 공동정범의 법리를 오해한 잘못이 있다.

(다) 그러나 위 (가)항에서 인정한 것처럼 피고인 5, 12, 13은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 인식하면서도 그 범행에 이용할 자금과 차명을 제공하였고, 이를 통하여 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 하였다고 할 것이므로 방조의 죄책은 부담한다고 봄이 옳다.

(3) 피고인 6의 공모 여부

(가) 원심은, 피고인 6이 직접 피고인 1에게 4억 원을 대여하였다는 공소사실을 인정하였다.

그러나 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 2009년 9월경 상피고인 1로부터 10억 원 정도를 공소외 5 주식회사와 공소외 8 주식회사 합병에 투자 또는 대여하여 줄 것을 요청받았으나 자금이 부족하여 피고인 6이 대표이사로 재직 중이던 공소외 49 주식회사의 2대 주주인 공소외 16에게 대여 또는 투자를 권유한 사실, 공소외 16은 상피고인 1에게 4억 원은 대여하고, 6억 원은 투자하되, 투자금 중 1억 원은 피고인 6 명의로, 나머지 1억 원은 공소외 49 주식회사의 명의로 투자하기로 한 사실, 상피고인 1은 피고인 6을 통하여 공소외 16이 투자 및 대여를 하게 된다는 말을 전해들은 사실, 실제로 당시 작성된 4억 원에 관한 금전소비대차계약서의 대여인란에는 대여인이 '공소외 16'으로 기재되어 있고, 공소외 16이 자신의 성명 옆에 날인한 사실, 공소외 16은 위 금전소비대차계약을 작성한 후 2009. 9. 28.경 상피고인 1 측에서 차용인으로 내세운 공소외 14 주식회사의 계좌에 직접 인터넷뱅킹 방식으로 4억 원을 입금한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면 피고인 6은 상피고인 1이 공소외 16으로부터 4억 원을 차용할 수 있도록 소개하였을 뿐 본인이 직접 4억 원을 대여한 것은 아니라고 할 것이므로, 이러한 사실인정을 바탕으로 하여 피고인 6이 상피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 공동정범의 책임을 부담한다고 판단한 원심판결에는 사실오인으로 인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(나) 그런데 당심과 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심이 들고 있는 여러 가지 사정들, 여기에다가 위 소비대차 약정에 따르면 상피고인 1 측이 마련한 공소외 50, 51 명의로 공소외 5 주식회사의 주금을 납

입하여 그 주식을 담보로 제공하고, 합병 후 주식이 나오면 이를 공소외 16에게 제공하기로 되어 있었던 점 등을 종합하면 피고인 6은 상피고인 1 등의 범행을 인식하면서도 상피고인 1이 공소외 16으로부터 범행 자금을 차용할 수 있도록 도움을 주었다 할 것이다.

나아가 당심 및 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 상피고인 1 측에서 작성한 위 금전소비대차계약서(수사기록 9권 5722쪽)나 그 부속약정서(수사기록 9권 5726쪽) 초안에 대하여 일부 문구를 수정하고 상피고인 1에게 담보로 제공될 주식이 보호예수에 걸리지 않도록 보장할 것을 확인·요구하는 등 공소외 16의 대여 과정에 적극적으로 개입한 사실이 인정되므로, 피고인 6은 상피고인 1, 2, 11의 범행을 용이하게 한 사람으로서 방조의 죄책을 부담한다고 봄이 옳다(피고인 6의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 피고인 6이 상피고인 1의 자금 차용 과정에서 공소외 16을 소개하여 상피고인 1 등의 범행을 용이하게 한 것으로 범죄사실을 변경하여 인정한다).

(4) 위반행위로 얻은 이익액 산정의 적법 여부

원심은, 피고인 12, 13이 상피고인 1, 2, 11에게 자금 및 차명을 제공하여 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고, 그 이익액을 피고인 12는 2,897,043,240원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 12의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 2,980,584주의 평가액 8,897,043,240원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 6,000,000,000원)으로, 피고인 13은 1,689,942,377원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 13의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 1,738,674주의 평가액 5,189,942,377원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 3,500,000,000원)으로 각 산정하였다.

그러나 위 XI.1.가(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼, 피고인 12, 13이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득한 것이 위반행위로 인한 이익이라고 한다면 그 이익액은 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치에서 매각제한을 받는 공소외 8 주식회사의 합병신주의 가치를 공제한 금액이라고 보아야 하는데, 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도 매각이 제한되는 공소외 8 주식회사의 합병신주 가치를 산정할 수 없으므로 결국 피고인 12, 13이 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액은 산정할 수 없다.

따라서 이 부분 원심판결은 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 4, 7의 사기적 부정거래행위 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 4는 상피고인 1과의 약정을 통하여 원본의 손실 가능성이 전혀 없는 상품을 취득한 것으로 실질적으로는 금전 소비대차에 해당하므로 피고인 4의 행위 역시 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 규제하는 사기적 부정거래행위에 해당한다.

(2) 판단

원심은, ①상피고인 5, 6으로부터의 자금차입의 경우 각 금전소비대차계약서가 작성된 것과는 달리, 피고인 4의 경우 '피고인 4가 공소외 5 주식회사가 발행하는 신주 8만 주를 인수한다'는 내용의 신주인수계약서(수사기록 9권 5537쪽)가 작성된 점, ②피고인 7은 원심법정에서, 처음에 피고인 4에게 유상증자 참여를 권유하였는데, 피고인 4가 "10억 원을 투자하는 대신 투자금액의 20%를 확정수익으로 보장하고, 투자기간을 4개월로 하고, 공소외 8 주식회사와 합병이 5개월 이상 지연되면 총 투자금액의 50%를 더하여 재매입하고, 투자원금 및 위 확정수익의 지급 보장을 위하여 공소외 2 주식회사, 공소외 8 주식회사, 공소외 5 주식회사가 발행하는 약속어음을 담보로 제공하고, 공소외 8 주식회사와 공소외 2 주식회사의 이사회에서 투자원금 및 확정수익금에 대한 연대보증 및 담보제공으로 하기로 하는 결의를 득한 이사회 의사록과 법인인감증명서, 각 이사의 인감증명서를 갖고 오라."고 함에 따라 상피고인 1에게 위 조건에 대한 허락을 받고 피고인 4와 신주인수계약서를 작성하게 되었고, 빌린다는 이야기를 하거나 금전소비대차계약서를 작성한 사실은 없다고 진술한 점, ③상피고인 1은 원심법정에서, 피고인 7에게 "유상증자대금 180억 원 중 10억 원 내지 20억 원이 모자라는데 유상증자에 참여할 자를 물색해오라."고 지시한 후, 피고인 7의 소개로 피고인 4와 계약조건에 관하여 합의하였고, 이후 계약서 작성 당시에는 참여하지 않고 상피고인 2로부터 피고인 4가 작성해 온 신주인수계약서 초안 상의 계약조건이 피고인 4와 사전에 합의한 대로 '4개월 동안 이자가 월 5%이고 5개월부터는 10%'로 되어있는 사실을 전화로 확인하고 계약체결을 지시하였으며, 계약서 형식은 실무자들이 알아서 한 것이고, 검찰에서 10억 원을 빌려온 것이라고 진술한 것은 본인의 입장에서 월 5천 만 원의 이자를 지급하는 것이고 계약서를 보지 못했기 때문에 대여라고 진술한 것이고, 당시 증자대금 10억 원이 들어왔는지가 중요했을 뿐 그 성격에 대해서는 관심이 없었다는 취지로 진술한 점, ④상피고인 2는 원심법정에서, 본인이 수사기관에 제출한 공소외 5 주식회사 유상증자 주식내역에 '장회장(피고인 4) 10(차입)'이라고 기재된 이유에 대하여, 위 내역표는 검찰조사 시 공소외 5 주식회사 유상증자 건에 대해 항목별로 구체적으로 작성해서 제출해 달라고 하여 작성하여 제출한 것인데, 위와 같이 기재한 것은 증자 당시 또는 그 후에 상피고인 1이나 피고인 7로부터 피고인 4는 '차입'이라고 들은 것 같아 그렇게 정리하여 제출한 것이라고 진술한 점, ⑤피고인 4는 자신이 제공한 공소외 52, 53 명의로 신주를 배정받아서 그 증권계좌와 도장을 스스로 관리하였고, 배정받은 주식을 스스로 처분한 점 등을 종합해볼 때, 상피고인 1, 2나 피고인 7의 위 수사기관에서의 각 진술 등은 상피고인 1 등의 입장에서 위 자금의 성격을 대여금이라고 생각하였기 때문에 그러한 내용으로 진술된 것으로 보이고, 위 신주인수계약서상 확정수익 보장 및 재매입 약정 규정에 따라 결과적으로 사실상 대여계약과 유사한 효과가 발생한다고 하여 위 신주인수계약서의 문언 및 형식이 허위에 불과할 뿐 실질적으로는 대여계약에 해당한다거나 신주의 소유권 및 처분권이 상피고인 1에게 귀속한다고 볼 수는 없으며, 달리 상피고인 1 등이 피고인 4로부터 10억 원을 차입하였음을 인정할 만한 증거가 없다고 보아 피고인 7, 4가 상피고인 1, 2, 11의 사기적 부정거래행위에 가담하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들을 종합적으로 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

나. 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13의 위반행위로 얻은 이익액 부분

(1) 항소이유 요지

피고인 4, 5, 6, 7, 12, 13은 피고인 1의 범행에 대한 인식, 용인에 그치지 않고 공동의 의사로 사기적 부정거래행위를 하기 위하여 일체가 되어 피고인 1의 행위를 이용하여 자신의 의사를 옮기는 정도에 이르렀다고 보아야 하며, 공모의 범위에 있어서도 위 피고인들 사이에 '부정한 합병신주 취득 행위'에 대한 순차적, 암묵적인 공모가 이루어졌다.

따라서 위 피고인들이 위반행위로 얻은 이익액은 합병신주의 상장 전일 종가를 기준으로 하여 산정한 8,491,403주의 가치 25,346,837,955원에서 공소외 5 주식회사 주식 인수대금 17,064,954,800원을 공제한 8,281,883,155원으로 보아야 한다.

(2) 판단

피고인 4, 7이 피고인 1, 2, 11의 범행에 대하여 가담하였다고 볼 증거가 충분하지 않음은 위 가의 (2)항(판결문 102쪽)에서 판단한 것과 같다.

또 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하여도, 피고인 5, 6, 12, 13이 피고인 1, 2, 11의 전체적인 범행에 가담하였거나 또는 피고인 1이 자신들로부터 각자 차용한 자금 외의 나머지 인수자금 및 유상증자 자금을 관하여도 차명을 사용하고 보호예수에 걸리는 지분 표시를 허위로 공시한다는 점을 인식하였다고 보기 어렵다.

따라서 공범의 성립범위를 한정한 원심판결은 정당하고[다만 위 1.나.의 (2)항(판결문 98쪽) 및 (3)항(판결문 99쪽)에서 판단한 것처럼 피고인 5, 6, 12, 13은 방조범으로서의 책임만 부담한다], 거기에 검사의 주장과 같은 잘못이 없다.

3. 직권판단

원심은, 피고인 1, 2, 5, 6, 11이 매각제한을 받지 않는 공소외 8 주식회사의 합병신주를 취득하는 이익을 취득하였다고 판단하고, 그 이익액을 피고인 1, 2, 11의 경우 7,799,042,615원(= 공소외 8 주식회사 합병신주 상장 전일인 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 산정한 피고인 1, 2, 11이 취득한 7,994,639주의 가치 23,863,997,415원 - 공소외 5 주식회사 주식 1,287,476주의 인수대금 16,064,954,800원)으로, 피고인 5의 경우 241,423,255원(=위 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 5의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 248,383주의 평가액 741,423,255원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 500,000,000원), 피고인 6의 경우 193,134,425원(=위 2010. 1. 14. 종가 2,985원을 기준으로 한 피고인 6의 자금으로 배정받은 공소외 8 주식회사 합병신주 198,705주의 평가액 593,134,425원 - 공소외 5 주식회사 유상증자 납입대금 400,000,000원)으로 각 산정하였다.

그러나 위 XI.1.가(3)의 (나)항(판결문 85쪽)에서 판단한 것처럼 검사가 제출한 모든 증거를 종합하여도 위와 같이 매각제한을 받지 않는 합병신주의 취득으로 얻은 이익액을 산정할 수 없으므로 이 부분 원심판결은 자본시장법 위반행위로 얻은 이익액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

XIII. 결론

그렇다면 원심판결 중 피고인 3, 9를 제외한 나머지 피고인들에 대한 부분의 경우 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있고, 나아가 원심판결에는 위에서 판단한 것처럼 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있으므로 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.