

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)[피고인1에대하여일부인  
정된죄명및피고인2에대하여인정된죄명:업무상횡령]·자본시장과금융  
투자업에관한법률위반·횡령

[서울고등법원 2016. 6. 17. 2016노54]



【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 8인

【항 소 인】 피고인 1 외 3인 및 검사

【검 사】 김민구(기소), 고민석(공판)

【변 호 인】 법무법인(유한) 대륙아주 외 5인

【원심판결】 서울남부지방법원 2015. 12. 3. 선고 2014고합271, 2014고합308(병합), 2014고합533(병합) 판결

【주문】

】

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분과 피고인 2에 대한 부분을 파기한다.

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

피고인 3(대판: 공소외 7), 피고인 7(대판: 공소외 1)의 항소, 검사의 피고인 3, 피고인 4(대판: 피고인 3), 피고인 5(대판: 공소외 9), 피고인 6(대판: 공소외 10), 피고인 7, 피고인 8(대판: 피고인 4), 피고인 9(대판: 피고인 5)에 대한 항소, 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분에 대한 항소를 모두 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 주가조작 풍문유포 관련 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점(원심 판시 범죄사실 제2항)

피고인 1: 위 피고인은 직접 또는 피고인 7을 통하여 공소외 4 회사 주식의 주가 조작에 관련된 풍문을 유포한 사실이 없다.

피고인 7: 위 피고인은 절친한 소수의 지인에게 공소외 4 회사의 주식이 투자할만한 좋은 주식이라는 취지의 말을 한 사실은 있으나, 공소외 4 회사의 주가가 시장 조작에 의하여 변동한다는 취지로 말한 사실은 없다.

위와 같은 특정인들에 대한 주식매수 권유행위에 대해 전파가능성과 유포의 범의를 인정하는 것은 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 한다)상 주가조작 풍문유포에 관한 법리를 오해한 것이다.

나) △△ 인수 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점(원심 판시 범죄사실 제3항)

피고인 1: 위 피고인이 보관한 15억 원은 △△ 인수대금 감액으로 인해 공소외 3 회사의 운영자인 공소외 12로부터 인수 대금 일부를 돌려받은 것이 아니라, 공소외 4 회사 운영자금을 조달하기로 한 피고인 9가 공소외 12로부터 위 돈을 차용하여 이행 담보를 위해 위 피고인 개인에게 제공한 것이다.

위 15억 원은 피고인 9가 약정에 따라 제공한 이행담보금이고, 위 피고인이 공소외 4 회사로부터 위탁받아 보관한 자금 이 아니므로 공소외 4 회사에 대한 횡령죄는 성립될 수 없다.

다) 공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점(원심 판시 범죄사실 제5항)

피고인 1: 공소외 4 회사와 공소외 5 회사 사이에 체결된 즉석떡 제조장치 총판계약의 대금이 8억 원 이상 부풀려진 금액이라는 점을 인정할 증거가 없다.

위 피고인은 공소외 5 회사로부터 8억 원을 반환받은 경위에 관하여 전혀 알지 못하고, 위 돈은 공소외 5 회사의 운영 자이던 공소외 6이 피고인 2에게 개인적으로 대여한 것이므로, 피고인 1은 위 돈의 보관자가 아니다.

피고인 2: 위 피고인은 공소외 5 회사의 운영자 공소외 6으로부터 8억 원을 교부받아 피고인 1에게 전달하였을 뿐, 위 돈이 즉석떡 제조장치 총판계약의 대금 중 일부라는 사실을 알지 못하였다.

또한 위 8억 원 중 피고인 2에게 지급된 3억 5천만 원은 위 피고인이 공소외 4 회사에 운영자금으로 대여한 3억 원에 대한 원리금 채무 변제 및 사례금에 해당하므로, 공소외 4 회사를 위하여 사용된 것이어서 횡령죄를 구성하지 아니한다.

라) 시세조종 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 범죄사실 제6항)

피고인 1: 위 피고인은 자신이 보유한 공소외 4 회사 주식 400만 주를 사채업자 등에게 담보로 제공하였다가 반대매매로 매각된 후, 피고인 4에게 자신의 보유 주식을 원래대로 회복하라고 요구하였을 뿐, 피고인 2 등과 공모하여 시세조종을 한 사실은 없다.

피고인 2: 위 피고인은 자신의 지인들이 공소외 4 회사 주식에 투자하였다가 입은 손실 보전 명목으로 피고인 1로부터 현금 5억 원과 주식 50만 주를 받은 사실은 있으나, 피고인 1의 의뢰를 받아 다른 피고인들과 공모하여 공소외 4 회사 주식의 시세조종 행위를 한 사실은 없다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(피고인 1: 징역 3년, 피고인 2: 징역 2년, 피고인 3, 피고인 7: 각 징역 1년의 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

## 나. 검사

### 1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 △△ 인수 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 무죄부분 제1항)

위 피고인들은 처음부터 시세차익을 목적으로 미공개된 중요정보인 △△ 인수 건을 이용하여 워런트를 취득함으로써 이익을 창출하였는바, 이는 미공개된 중요한 정보를 알고 있는 자들만이 그 정보를 이용한 것으로 증권시장의 공정성을 해하는 행위에 해당한다.

한편, 피고인 1은 피고인 7을 통하여 공소외 2, 공소외 11 등을 상대로 △△ 인수에 관한 설명을 하고 워런트 인수 및 행사를 권유하는 방식으로 자금을 모집하였고, 피고인 9는 공소외 13, 공소외 14 등에게 △△ 인수에 관한 이야기를

하면서 워런트를 인수하면 주가차익을 얻을 수 있다는 취지의 말을 하여 워런트 인수 및 행사를 권유하였는바, 이는 정보를 공유하는 자들 사이의 거래행위가 아니라 그 이외의 투자자들에게 정보를 제공하여 이익을 얻게 한 것이므로, 자본시장법이 금지하고 있는 미공개중요정보의 이용에 해당한다.

나) 피고인 1, 피고인 8의 □□□ 투자 유치 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 무죄부분 제2항)

피고인 6과 피고인 8의 각 진술 등에 의하면, 위 피고인들은 늦어도 2013. 1. 24. 전에는 공소외 4 회사에 대한 □□□의 투자 유치가 사실상 결렬되었음을 알면서도 그 사실을 공시하지 아니한 채 공소외 4 회사의 일반공모 유상증자를 계속 진행하여 청약 배정을 완료하였는바, 이는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단·계획 또는 기교를 사용하는 행위를 하고, 중요사항에 관한 표시를 누락한 공시를 함으로써 부당이득을 취득한 것이다.

다) 피고인 1의 피해자 공소외 11, 공소외 2에 대한 횡령의 점(원심 판시 무죄부분 제3항)

위 피해자들의 진술 등에 의하면, 위 피고인은 피해자들로부터 교부받은 워런트 행사대금을 납입하여 자신이 보관하게 된 공소외 4 회사 주식 합계 100만 주를 위 피해자들을 위해 보관할 의무가 있음에도, 피해자들에게 교부한 일부 주식과 주식 매각대금을 제외한 나머지 주식들을 임의로 처분하여 이를 횡령하였다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7에 대한 선고형은 위 가. 2)항 기재와 같다.

피고인 4: 징역 1년 6월의 집행유예 3년, 피고인 5: 벌금 1천만 원, 피고인 6: 징역 6월의 집행유예 1년)은 너무 가벼워서 부당하다.

## 2. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 7의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

### 가. 추가조작 풍문유포 관련 자본시장법위반의 점

피고인 1, 피고인 7은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제1항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 위 피고인들로부터 이 부분 공소 사실과 같은 내용으로 공소외 4 회사 주식의 추가조작 풍문을 들었다는 취지의 공소외 2, 공소외 11, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17의 수사기관 및 원심 법정에서의 각 진술이 대체로 일관되고 구체적이며, 서로 모순된다고 보기 어려운 점을 더하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인들이 지적하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

나. △△ 인수 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점

피고인 1은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제2항에서 위 피고인의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 이들 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인이 지적하는 바와 같은 사실 오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

- 피고인 1과 피고인 9 사이에 2011. 12. 8. 체결된 계약에서 '① 피고인 9는 20억 원 이상의 사모유상증자를 할 수 있고, 이를 통하여 조달된 자금 중 16억 원을 △△ 지분 인수에 투자한다.
  - ② 피고인 9는 추가자금 확보를 위해 2012. 1. 초에 10억 원의 소액 공모유상증자를 할 수 있다.
  - ③ 공소외 4 회사는 ◇◇◇◇ 지분을 매도하여 30억 원이 회수되면 25억 원을 △△ 인수 잔금에 사용하되, 위 30억 원이 회수되지 않으면 피고인 9는 25억 원 이상을 사모유상증자 기타의 방법으로 자기자본 조달을 하여 △△ 지분을 매입할 수 있도록 최선을 다한다.
- '고 약정하였다.

공소외 4 회사는 2012. 1. 9. 공소외 3 회사에 △△ 인수자금의 중도금으로 26억 원을 지급하였는데, 이 돈은 공소외 4 회사의 워런트 행사자금으로 납입된 자금과 2012. 1. 6.자 일반공모 유상증자 10억 원 및 피고인 9의 동생 공소외 14 배정 유상증자 20억 원을 통하여 조달한 자금 30억 원에서 마련된 것이었다.

한편 중도금 지급일인 2012. 1. 9. 피고인 1과 공소외 3 회사의 운영자 공소외 12 사이에 작성된 '주식 및 경영권 양수도 계약서 관련 합의서'에는 '2012. 1. 9.부터 2012. 1. 31.까지 사이에 공소외 4 회사가 △△ 주식 인수대금 조달을 위한 유상증자를 하지 못하면 공소외 3 회사는 총 양도대금 51억 원 중 잔금 15억 원을 감액한다.

'고 명시되어 있다.

위와 같은 사실관계를 종합하여 보면, 공소외 4 회사의 공소외 3 회사에 대한 2012. 1. 9. △△ 인수대금의 중도금 지급 당시 위 2011. 12. 8.자 계약에 따른 자금조달 방안 중 ①과 ②는 모두 마쳐진 상태였으므로, 공소외 4 회사의 ◇◇◇◇ 지분 매각이 이루어지지 않는 한 △△ 인수대금의 잔금 확보방법은 위 ③항에 따라 피고인 9가 25억 원 이상을 사모유상증자 등의 방법으로 조달하는 것이었다.

따라서 위 2012. 1. 9.자 '주식 및 경영권 양수도 계약서 관련 합의서'에서 '2012. 1. 9.부터 2012. 1. 31.까지 사이에 공소외 4 회사가 실시할 △△ 주식 인수대금 조달을 위한 유상증자'는 위 2011. 12. 8.자 계약에서 정한 '피고인 9의 25억 원 이상의 사모유상증자'를 의미한다고 할 것이다.

따라서 위 2012. 1. 9.자 합의서 작성 당시 이미 완료된, 2012. 1. 초순 공소외 14 명의로 배정된 20억 원 유상증자에 의하여 감액 조항의 효력이 이미 소멸하였다는 취지의 피고인 1의 주장은 받아들이지 아니한다.

○ 공소외 3 회사에 대한 △△ 인수대금의 잔금 지급일인 2012. 1. 31.까지 공소외 4 회사는 피고인 9에 대한 25억 원 추가 유상증자를 하지 못하였으므로, 위 2012. 1. 9.자 합의에 기하여 공소외 4 회사의 공소외 3 회사에 대한 △△ 인수대금 중 잔금 15억 원의 지급 의무는 소멸되었다.

○ 공소외 3 회사의 운영자인 공소외 12는 검찰 조사에서 피고인 9에 대한 대여금 형식으로 피고인 1에게 15억 원을 교부하게 된 경위에 관하여 '피고인 1이 요구하였다.

당시 피고인 1이 돈을 입금할 것이니 저희 직원 통해서 통장을 공소외 4 회사로 보내라고 하였다.

그래서 공소외 3 회사 직원 공소외 18에게 통장을 가지고 공소외 4 회사에 가서 돈을 받은 다음 뺄서 주고 오라고 하였다.

그런데 피고인 1이 직접 보내지 말고 피고인 9의 통장으로 받아서 달라고 한 것 같고, 저는 공소외 18로부터 그런 보고를 받고 피고인 1이 해 달라는 대로 해주라고 한 것으로 기억한다.

'고 진술하였다.

다.

공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점

1) 피고인 1, 피고인 2는 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제3항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 이들 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 위 피고인들이 공모하여 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에 지급한 계약금 및 중도금 일부를 즉시 반환받아 사용하였다고 인정한 원심의 판단은 정당하다.

○ 공소외 4 회사와 공소외 5 회사는 2013. 3. 25. 공소외 5 회사가 보유한 '즉석떡 제조장치' 및 그 총판권 등에 관한 국내 및 해외 총판계약을 체결하면서, 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에게 지급할 양도대금을 총 22억 원(계약금 3억 5,000만 원, 중도금 5억 원은 계약 당일 지급, 잔금 13억 5,000만 원은 2013. 6. 28. 지급)으로 약정하였는바, ① 위 계약 체결 과정에서 예상수익 등에 대한 실질적인 검토가 이루어지지 않은 점, ② 양도대금 중 18억 7,000만 원에 이르는 부분이 공소외 5 회사가 보유한 '즉석떡 제조장치 등'에 관한 특허권 및 총판권 같은 무형의 재산권임에도 이에 대한 객관적 평가가 제대로 이루어지지 않은 점, ③ 위 계약상 중도금 5억 원은 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에서 공급하는 즉석떡 제조장치 300대를 확인한 후 지급하도록 되어 있는데, 실제로는 89대만 납품되었고 즉시 사용가능한 상태도 아니었음에도 바로 중도금 지급이 이루어진 점, ④ 통상의 계약과 달리 중도금 지급일이 계약금 지급일과 같은 날짜였던 점 등에 비추어 보면, 피고인 1, 피고인 2가 계약금 및 중도금을 지급한 후 즉시 그 대부분을 반환받을 의도에서 정상적인 가치에 비해 상당히 부풀려진 가액으로 계약이 체결된 것으로 보인다.

○ 공소외 5 회사의 운영자였던 공소외 6이 검찰 조사 당시 작성한 자필진술서에는 '공소외 4 회사와 계약 조건 내지 내용을 협상하고 결정한 실무자와 책임자는 피고인 4, 피고인 2, 피고인 1 등이었다.

계약금 및 중도금 중 8억 원 반환에 관해서는 피고인 4, 피고인 2의 요청이 있었고, 본인이 피고인 1의 확인을 거쳐 대여하였다.

차용 이유에 대해서는 감사보고서를 받기 위해 피고인 1이 사채업자로부터 차용한 주식담보 대출이자과 피고인 2로부터 빌린 돈의 변제 등에 사용한다고 하였다.

8억 원의 반환요구는 피고인 1과 피고인 4에게 계속하였고, 나중에 피고인 4로부터 1억 원을 돌려받았다.

피고인 1이 계속 피하다 어느 날 만나게 되어 갚으라고 하니 우선 피고인 4한테 1억 원을 보낼테니 받으라고 하여 받고 그 후로는 만날 일이 없었다.

‘는 취지로 기재되어 있다(공소외 6은 당심 법정에서는 이와 달리 ‘8억 원은 피고인 2에게 빌려 준 것이다.

피고인 1로부터 8억 원을 빌려달라는 부탁을 받은 바 없었고, 그와 관련하여 만나거나 통화한 사실도 없었다.

피고인 1은 4월 초에 처음 만나 사실진위에 관해 물었다.

‘고 하면서, 검찰에서 작성한 자필진술서의 내용은 약을 먹은 상태에서 장시간 조사가 이루어졌고 수사관의 유도에 의해 작성되어 허위라는 취지로 진술하였다.

그러나 ① 공소외 6이 피고인 1을 처음 만난 시기는 위 법정진술에서 언급한 2013. 4. 초경이 아니라 공소외 4 회사와 공소외 5 회사 사이의 계약이 체결된 2013. 3. 25. 이전으로, 서로 만나 계약에 관해 논의하고 즉석떡의 시식회도 열었던 점, ② 공소외 6으로부터 돌려받은 8억 원은 피고인 1이 보유한 주식의 담보대출이자 등에 주로 사용된 점, ③ 공소외 6이 작성한 위 자필진술서는, 당시 공소외 6이 병중에 있어 검찰수사관이 공소외 6의 자택을 방문하여 미리 질문이 인쇄된 종이를 교부하고, 이에 공소외 6이 자필로 각 질문에 답변을 기재하는 방식으로 작성된 것으로 미리 준비된 질문에 답하는 단문장답 형식이라 유도신문의 가능성이 낮고, 그 내용이 구체적이고 자연스러우며 객관적 정황에도 부합하는 점 등을 고려하면, 공소외 6의 위 자필진술서의 기재 내용은 신빙성이 높으나, 그와 다른 취지의 당심 법정진술은 믿기 어렵다).

2) 다만, 공소외 5 회사로부터 반환받은 8억 원 중 피고인 2에게 지급한 3억 5천만 원 부분은 아래와 같은 법리와 원심 및 당심에서 조사한 증거들(특히 피고인 2가 당심에서 신청하여 증거조사가 이루어진 증 제7호증의 1, 2, 3, 증 제8호증의 1, 2의 각 기재)에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때, 공소외 4 회사의 자금을 횡령한 것이라고 보기 어렵다.

○ 횡령죄에서 불법영득의사는 타인의 재물을 보관하는 자가 위탁 취지에 반하여 권한 없이 스스로 소유권자의 처분행위를 하려는 의사를 의미하므로, 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위한 것이 아니라 소유자의 이익을 위하여 이를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 불법영득의사를 인정할 수 없다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1904 판결 등 참조).

○ 피고인 2는 2013. 3. 20. 피고인 1이 대주주로 있던 공소외 19 회사가 공소외 4 회사의 관리종목 지정을 막기 위해 공소외 4 회사 소유의 △△ 주식을 매입하는 과정에서 계약금 2억 8,000만 원을 지급할 수 있도록 공소외 19 회사 명의 계좌로 3억 원을 입금하였다가, 같은 날 공소외 19 회사로부터 위 3억 원을 돌려받았다.

그리고 다음날인 2013. 3. 21. 다시 공소외 4 회사의 법인 운영자금 조달을 위해 공소외 4 회사 명의 계좌로 3억 원을 입금하였고, 공소외 4 회사는 같은 달 27. 위와 같이 공소외 5 회사로부터 반환받은 8억 원 중에서 3억 5,000만 원을 피고인 2에게 지급하였다.

위 3억 5,000만 원 부분은 피고인 2가 공소외 4 회사에 2013. 3. 21. 대여한 3억 원에 대한 원리금 변제 및 앞서 본 공소외 19 회사에 대한 주식인수 계약금 대여, 공소외 4 회사에 대한 긴급 운영자금 대여 등에 대한 사례를 위한 것으로 보이는데, 이는 위 돈의 소유자인 공소외 4 회사의 이익을 위하여 보관금을 처분한 경우에 해당한다고 할 것이어서, 앞서 본 법리에 비추어 불법영득의사를 인정할 수 없다.

3) 이 부분 항소이유 주장은 공소외 5 회사로부터 반환받아 조성한 8억 원 중 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 임의로 처분한 4억 5,000만 원 부분에 관해서는 이유 없다.

그러나 공소외 4 회사의 이익을 위해 피고인 2에게 변제한 3억 5,000만 원 부분은 앞서 본 바와 같이 불법영득의사를 인정할 수 없어 횡령죄에 해당하지 아니하는바, 위 피고인들이 공모하여 위 3억 5,000만 원을 횡령하였음을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 횡령죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

#### 라. 시세조종 관련 자본시장법위반의 점

피고인 1, 피고인 2는 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는데, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제4항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 아래와 같은 법리 및 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인들이 지적하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

○ 자본시장법 제176조 제2항에서 정한 '매매를 유인할 목적'은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 증권시장 등에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 증권 등의 매매에 끌어들이려는 목적으로서, 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

한편 위 조항 제1호에서 정한 '그 증권 또는 장내파생상품의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'는 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 충분하다.

이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 증권 등의 성격과 발행된 증권 등의 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 2013. 4. 11. 선고 2012도14446 판결 등 참조).

이러한 법리를 기초로 살피건대, ① 피고인 1로서는 반대매매된 공소외 4 회사 주식 400만 주를 매집하여 경영권을 유지할 필요가 있었고, 그 과정에서 경제적 손실을 최소화하기 위하여 시세조종을 시도할만한 유인이 있었던 점, ②

이 사건 시세조종 행위를 공모한 피고인들은 2012. 6. 5.부터 같은 달 20.까지 사이에 총 11개의 증권계좌를 이용하여 비교적 저가에 공소외 4 회사 주식을 매집하고자 의도적으로 주가를 하락시키는 주문을 제출하였는바, 이를 위한 저가매도주문, 허매도성 주문, 시·종가관계 주문, 가장·통정매매 등의 시세조종성 주문이 총 721회에 이르는 점, ③ 피고인들이 관여한 매도 호가의 비중은 시세조종 행위 기간 동안 전체의 20.2%에 이르는 점, ④ 공소외 4 회사 주식은 거래량이 많지 않아 매매를 유인하기 위해서는 저가매수주문과 더불어 시장가매수주문 등을 통하여 시장에서 꾸준히 거래가 이루어지는 것처럼 보이는 것이 중요한데, 피고인들에 의한 시장가매수주문이나 저가매수주문의 거래 간격, 거래수량 등에 비추어 그러한 의도를 엿볼 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 비록 시세조종 행위 기간 동안 2012. 6. 5. 1,245원이던 공소외 4 회사 주가가 2012. 6. 20.에는 1,370~1,400원 대로 상승하였음을 감안하더라도, 이 부분 공소사실이 자본시장법 제176조 제2항에 정한 시세조종 행위에 해당함을 충분히 인정할 수 있다.

- 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적 또는 암묵적으로 상통하여 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이며, 위 공모에 대하여는 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있는 것이다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보건대, 비록 피고인 1이 주식거래시장에서 공소외 4 회사 주식의 시세조종 행위를 직접 담당하지는 아니하였더라도, ① 피고인 4를 통하여 소개받은 피고인 2에게 사채 담보로 제공하였다가 반대매매를 통해 매각된 공소외 4 회사 주식 400만 주의 원상회복을 부탁한 점, ② 시세조종 행위에 필요한 거액의 자금과 차명 증권계좌를 제공한 점, ③ 시세조종행위 기간 동안 주식거래시장 마감 후 수행비서인 공소외 20을 통하여 당일 공소외 4 회사 주식 거래 결과를 보고받은 점, ④ 위 시세조종 행위 이전이기는 하나, 2011. 5.~6.경 피고인 7에게 '내가 지금 공소외 4 회사 주가를 누르고 있는데, 앞으로 10~20배까지 주가를 올릴 것이니 회사에 투자할 사람이 있으면 알아봐 달라.'고 부탁하는 등 시세조종을 통한 주가 조작에 관하여 기본적인 내용을 이미 파악하고 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 최종적으로 공소외 4 회사 주식 합계 약 384만주를 매집하여 당초 자신이 세운 목표를 거의 달성한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 사건 시세조종 행위의 공모공동정범임이 넉넉히 인정된다.

### 3. 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

#### 가. 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 △△ 인수 관련 자본시장법위반의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9가 미공개중요정보를 매매 그 밖의 거래에 이용하였음을 인정하기 어렵다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

기록상 인정되는 원심 설시의 사정들을 종합하면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거리에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다(원심이 설시한 관련 법리와 제반 사정에 비추어 보면, 피고인들이 제3자에게 △△ 지분 인수에 관한 정보를 제공함으로써 제3자에 의한 워런트 행사 및 인수가 일부 이루어졌더라도, 그러한 점만으로 피고인들의 행위가 자본시장법상 '미공개중요정보의 이용'에 해당한다고 단정할 수는 없다). 검사의 이



부분 항소이유 주장도 이유 없다.

나. 피고인 1, 피고인 8의 □□□ 투자 유치 관련 자본시장법위반의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 피고인 8이 공모하여 □□□ 투자계획을 이용하여 일반공모 유상증자를 통해 9억 9,000만 원의 부당이득을 취득하였음을 인정하기에 부족하다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심 설시의 사정들에 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사의 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

○ □□□가 2013. 1. 8.과 같은 달 14. 2회에 걸쳐 공소외 4 회사 측에 '일정한 기한까지 수수료를 지급하지 않으면 2012. 12. 28.자 투자계약(SPPA)이 취소될 것이다.

'라는 취지의 문서들을 보낸 바 있으나, 같은 달 24. 이전에 공소외 4 회사 측에 수수료 미지급으로 인해 위 투자계약이 취소되었거나 최종적으로 종료되었음을 알리는 취지의 문서를 보내지는 아니하였다.

○ 오히려 □□□가 2013. 1. 27. 공소외 21과 공소외 22 회사에게 보낸 문서의 말미에는 '□□□는 공소외 4 회사의 어떠한 의무도 면제하지 않을 것이고, 공소외 4 회사에 대해 어떠한 이의도 제기하지 않을 것이다.

'는 내용이 기재되어 있는바, 이에 비추어 보면 □□□도 적어도 이 시점까지는 공소외 4 회사와의 위 투자계약 관계가 종료되지 않았다고 인식한 것으로 보인다.

다.

피고인 1의 피해자 공소외 11, 공소외 2에 대한 횡령의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1이 공소외 11, 공소외 2 소유의 재물을 횡령하였다고 인정할 수 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

기록상 인정되는 원심 설시의 사정들을 종합하면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

4. 피고인 3, 피고인 7 및 검사의 양형부당 주장에 대한 판단

제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고, 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 이를 존중함이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 법리를 기초로 살피건대, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7에 대하여 당심에서 새로운 양형 자료가 제출되지 아니하여 원심과 비교하여 양형조건에 별다른 변화가 없는바, 이 사건 변론 과정에서 드러난 양형

사유들을 종합하여 보면, 피고인 3, 피고인 7에 대한 원심의 양형이 너무 무겁거나 가벼워서, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6에 대한 원심의 양형이 너무 가벼워서 재량의 합리적인 범위를 벗어났다고 보이지 아니한다.

피고인 3, 피고인 7 및 검사의 양형부당 주장 역시 이유 없다.

## 5. 결론

피고인 3, 피고인 7의 항소와 검사의 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9에 대한 항소 및 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분에 대한 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 모두 기각한다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점에 관한 항소는 일부 이유 있어 피고인 1에 대한 유죄 부분 및 피고인 2에 대한 부분에 관하여 다시 형을 정하여야 하므로, 피고인 1, 피고인 2의 양형부당 주장 및 검사의 피고인 1, 피고인 2에 대한 양형부당 주장에 관한 판단은 생략한 채, 형사소송법 제 364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분 및 피고인 2에 대한 부분을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 주가조작 풍문유포 관련 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점(원심 판시 범죄사실 제2항)

피고인 1: 위 피고인은 직접 또는 피고인 7을 통하여 공소외 4 회사 주식의 주가 조작에 관련된 풍문을 유포한 사실이 없다.

피고인 7: 위 피고인은 절친한 소수의 지인에게 공소외 4 회사의 주식이 투자할만한 좋은 주식이라는 취지의 말을 한 사실은 있으나, 공소외 4 회사의 주가가 시장 조작에 의하여 변동한다는 취지로 말한 사실은 없다.

위와 같은 특정인들에 대한 주식매수 권유행위에 대해 전파가능성과 유포의 범의를 인정하는 것은 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 한다)상 주가조작 풍문유포에 관한 법리를 오해한 것이다.

나) △△ 인수 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점(원심 판시 범죄사실 제3항)

피고인 1: 위 피고인이 보관한 15억 원은 △△ 인수대금 감액으로 인해 공소외 3 회사의 운영자인 공소외 12로부터 인수 대금 일부를 돌려받은 것이 아니라, 공소외 4 회사 운영자금을 조달하기로 한 피고인 9가 공소외 12로부터 위 돈을 차용하여 이행 담보를 위해 위 피고인 개인에게 제공한 것이다.

위 15억 원은 피고인 9가 약정에 따라 제공한 이행담보금이고, 위 피고인이 공소외 4 회사로부터 위탁받아 보관한 자금 이 아니므로 공소외 4 회사에 대한 횡령죄는 성립될 수 없다.

다) 공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점(원심 판시 범죄사실 제5항)

피고인 1: 공소외 4 회사와 공소외 5 회사 사이에 체결된 즉석떡 제조장치 총판계약의 대금이 8억 원 이상 부풀려진 금액이라는 점을 인정할 증거가 없다.

위 피고인은 공소외 5 회사로부터 8억 원을 반환받은 경위에 관하여 전혀 알지 못하고, 위 돈은 공소외 5 회사의 운영 자이던 공소외 6이 피고인 2에게 개인적으로 대여한 것이므로, 피고인 1은 위 돈의 보관자가 아니다.

피고인 2: 위 피고인은 공소외 5 회사의 운영자 공소외 6으로부터 8억 원을 교부받아 피고인 1에게 전달하였을 뿐, 위 돈이 즉석떡 제조장치 총판계약의 대금 중 일부라는 사실을 알지 못하였다.

또한 위 8억 원 중 피고인 2에게 지급된 3억 5천만 원은 위 피고인이 공소외 4 회사에 운영자금으로 대여한 3억 원에 대한 원리금 채무 변제 및 사례금에 해당하므로, 공소외 4 회사를 위하여 사용된 것이어서 횡령죄를 구성하지 아니한다.

라) 시세조종 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 범죄사실 제6항)

피고인 1: 위 피고인은 자신이 보유한 공소외 4 회사 주식 400만 주를 사채업자 등에게 담보로 제공하였다가 반대매매로 매각된 후, 피고인 4에게 자신의 보유 주식을 원래대로 회복하라고 요구하였을 뿐, 피고인 2 등과 공모하여 시세조종을 한 사실은 없다.

피고인 2: 위 피고인은 자신의 지인들이 공소외 4 회사 주식에 투자하였다가 입은 손실 보전 명목으로 피고인 1로부터 현금 5억 원과 주식 50만 주를 받은 사실은 있으나, 피고인 1의 의뢰를 받아 다른 피고인들과 공모하여 공소외 4 회사 주식의 시세조종 행위를 한 사실은 없다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(피고인 1: 징역 3년, 피고인 2: 징역 2년, 피고인 3, 피고인 7: 각 징역 1년의 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

### 나. 검사

#### 1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 △△ 인수 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 무죄부분 제1항)

위 피고인들은 처음부터 시세차익을 목적으로 미공개된 중요정보인 △△ 인수 건을 이용하여 워런트를 취득함으로써 이익을 창출하였는바, 이는 미공개된 중요한 정보를 알고 있는 자들만이 그 정보를 이용한 것으로 증권시장의 공정성을 해하는 행위에 해당한다.

한편, 피고인 1은 피고인 7을 통하여 공소외 2, 공소외 11 등을 상대로 △△ 인수에 관한 설명을 하고 워런트 인수 및 행사를 권유하는 방식으로 자금을 모집하였고, 피고인 9는 공소외 13, 공소외 14 등에게 △△ 인수에 관한 이야기를 하면서 워런트를 인수하면 추가차익을 얻을 수 있다는 취지의 말을 하여 워런트 인수 및 행사를 권유하였는바, 이는 정보를 공유하는 자들 사이의 거래행위가 아니라 그 이외의 투자자들에게 정보를 제공하여 이익을 얻게 한 것이므로

로, 자본시장법이 금지하고 있는 미공개중요정보의 이용에 해당한다.

나) 피고인 1, 피고인 8의 □□□ 투자 유치 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 무죄부분 제2항)

피고인 6과 피고인 8의 각 진술 등에 의하면, 위 피고인들은 늦어도 2013. 1. 24. 전에는 공소외 4 회사에 대한 □□□의 투자 유치가 사실상 결렬되었음을 알면서도 그 사실을 공시하지 아니한 채 공소외 4 회사의 일반공모 유상증자를 계속 진행하여 청약 배정을 완료하였는바, 이는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단·계획 또는 기교를 사용하는 행위를 하고, 중요사항에 관한 표시를 누락한 공시를 함으로써 부당이득을 취득한 것이다.

다) 피고인 1의 피해자 공소외 11, 공소외 2에 대한 횡령의 점(원심 판시 무죄부분 제3항)

위 피해자들의 진술 등에 의하면, 위 피고인은 피해자들로부터 교부받은 워런트 행사대금을 납입하여 자신이 보관하게 된 공소외 4 회사 주식 합계 100만 주를 위 피해자들을 위해 보관할 의무가 있음에도, 피해자들에게 교부한 일부 주식과 주식 매각대금을 제외한 나머지 주식들을 임의로 처분하여 이를 횡령하였다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7에 대한 선고형은 위 가. 2)항 기재와 같다.

피고인 4: 징역 1년 6월의 집행유예 3년, 피고인 5: 벌금 1천만 원, 피고인 6: 징역 6월의 집행유예 1년)은 너무 가벼워서 부당하다.

## 2. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 7의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 추가조작 풍문유포 관련 자본시장법위반의 점

피고인 1, 피고인 7은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제1항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 위 피고인들로부터 이 부분 공소 사실과 같은 내용으로 공소외 4 회사 주식의 추가조작 풍문을 들었다는 취지의 공소외 2, 공소외 11, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17의 수사기관 및 원심 법정에서의 각 진술이 대체로 일관되고 구체적이며, 서로 모순된다고 보기 어려운 점을 더하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인들이 지적하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

나. △△ 인수 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점

피고인 1은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제2항에서 위 피고인의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 이들 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인이 지적하는 바와 같은 사실 오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

- 피고인 1과 피고인 9 사이에 2011. 12. 8. 체결된 계약에서 '① 피고인 9는 20억 원 이상의 사모유상증자를 할 수 있고, 이를 통하여 조달된 자금 중 16억 원을 △△ 지분 인수에 투자한다.
  - ② 피고인 9는 추가자금 확보를 위해 2012. 1. 초에 10억 원의 소액 공모유상증자를 할 수 있다.
  - ③ 공소외 4 회사는 ◇◇◇◇ 지분을 매도하여 30억 원이 회수되면 25억 원을 △△ 인수 잔금에 사용하되, 위 30억 원이 회수되지 않으면 피고인 9는 25억 원 이상을 사모유상증자 기타의 방법으로 자기자본 조달을 하여 △△ 지분을 매입할 수 있도록 최선을 다한다.
- '고 약정하였다.

공소외 4 회사는 2012. 1. 9. 공소외 3 회사에 △△ 인수자금의 중도금으로 26억 원을 지급하였는데, 이 돈은 공소외 4 회사의 워런트 행사자금으로 납입된 자금과 2012. 1. 6.자 일반공모 유상증자 10억 원 및 피고인 9의 동생 공소외 14 배정 유상증자 20억 원을 통하여 조달한 자금 30억 원에서 마련된 것이었다.

한편 중도금 지급일인 2012. 1. 9. 피고인 1과 공소외 3 회사의 운영자 공소외 12 사이에 작성된 '주식 및 경영권 양수도 계약서 관련 합의서'에는 '2012. 1. 9.부터 2012. 1. 31.까지 사이에 공소외 4 회사가 △△ 주식 인수대금 조달을 위한 유상증자를 하지 못하면 공소외 3 회사는 총 양도대금 51억 원 중 잔금 15억 원을 감액한다.

'고 명시되어 있다.

위와 같은 사실관계를 종합하여 보면, 공소외 4 회사의 공소외 3 회사에 대한 2012. 1. 9. △△ 인수대금의 중도금 지급 당시 위 2011. 12. 8.자 계약에 따른 자금조달 방안 중 ①과 ②는 모두 마쳐진 상태였으므로, 공소외 4 회사의 ◇◇◇◇ 지분 매각이 이루어지지 않는 한 △△ 인수대금의 잔금 확보방법은 위 ③항에 따라 피고인 9가 25억 원 이상을 사모유상증자 등의 방법으로 조달하는 것이었다.

따라서 위 2012. 1. 9.자 '주식 및 경영권 양수도 계약서 관련 합의서'에서 '2012. 1. 9.부터 2012. 1. 31.까지 사이에 공소외 4 회사가 실시할 △△ 주식 인수대금 조달을 위한 유상증자'는 위 2011. 12. 8.자 계약에서 정한 '피고인 9의 25억 원 이상의 사모유상증자'를 의미한다고 할 것이다.

따라서 위 2012. 1. 9.자 합의서 작성 당시 이미 완료된, 2012. 1. 초순 공소외 14 명의로 배정된 20억 원 유상증자에 의하여 감액 조항의 효력이 이미 소멸하였다는 취지의 피고인 1의 주장은 받아들이지 아니한다.

- 공소외 3 회사에 대한 △△ 인수대금의 잔금 지급일인 2012. 1. 31.까지 공소외 4 회사는 피고인 9에 대한 25억 원 추가 유상증자를 하지 못하였으므로, 위 2012. 1. 9.자 합의에 기하여 공소외 4 회사의 공소외 3 회사에 대한 △△ 인수대금 중 잔금 15억 원의 지급 의무는 소멸되었다.

○ 공소외 3 회사의 운영자인 공소외 12는 검찰 조사에서 피고인 9에 대한 대여금 형식으로 피고인 1에게 15억 원을 교부하게 된 경위에 관하여 '피고인 1이 요구하였다.

당시 피고인 1이 돈을 입금할 것이니 저희 직원 통해서 통장을 공소외 4 회사로 보내라고 하였다.

그래서 공소외 3 회사 직원 공소외 18에게 통장을 가지고 공소외 4 회사에 가서 돈을 받은 다음 빼서 주고 오라고 하였다.

그런데 피고인 1이 직접 보내지 말고 피고인 9의 통장으로 받아서 달라고 한 것 같고, 저는 공소외 18로부터 그런 보고를 받고 피고인 1이 해 달라는 대로 해주라고 한 것으로 기억한다.

'고 진술하였다.

다.

공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점

1) 피고인 1, 피고인 2는 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제3항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 이들 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 위 피고인들이 공모하여 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에 지급한 계약금 및 중도금 일부를 즉시 반환받아 사용하였다고 인정한 원심의 판단은 정당하다.

○ 공소외 4 회사와 공소외 5 회사는 2013. 3. 25. 공소외 5 회사가 보유한 '즉석떡 제조장치' 및 그 총판권 등에 관한 국내 및 해외 총판계약을 체결하면서, 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에게 지급할 양도대금을 총 22억 원(계약금 3억 5,000만 원, 중도금 5억 원은 계약 당일 지급, 잔금 13억 5,000만 원은 2013. 6. 28. 지급)으로 약정하였는바, ① 위 계약 체결 과정에서 예상수익 등에 대한 실질적인 검토가 이루어지지 않은 점, ② 양도대금 중 18억 7,000만 원에 이르는 부분이 공소외 5 회사가 보유한 '즉석떡 제조장치 등'에 관한 특허권 및 총판권 같은 무형의 재산권임에도 이에 대한 객관적 평가가 제대로 이루어지지 않은 점, ③ 위 계약상 중도금 5억 원은 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에서 공급하는 즉석떡 제조장치 300대를 확인한 후 지급하도록 되어 있는데, 실제로는 89대만 납품되었고 즉시 사용가능한 상태도 아니었음에도 바로 중도금 지급이 이루어진 점, ④ 통상의 계약과 달리 중도금 지급일이 계약금 지급일과 같은 날짜였던 점 등에 비추어 보면, 피고인 1, 피고인 2가 계약금 및 중도금을 지급한 후 즉시 그 대부분을 반환받을 의도에서 정상적인 가치에 비해 상당히 부풀려진 가액으로 계약이 체결된 것으로 보인다.

○ 공소외 5 회사의 운영자였던 공소외 6이 검찰 조사 당시 작성한 자필진술서에는 '공소외 4 회사와 계약 조건 내지 내용을 협상하고 결정한 실무자와 책임자는 피고인 4, 피고인 2, 피고인 1 등이었다.

계약금 및 중도금 중 8억 원 반환에 관해서는 피고인 4, 피고인 2의 요청이 있었고, 본인이 피고인 1의 확인을 거쳐 대

여하였다.

차용 이유에 대해서는 감사보고서를 받기 위해 피고인 1이 사채업자로부터 차용한 주식담보 대출이자와 피고인 2로부터 빌린 돈의 변제 등에 사용한다고 하였다.

8억 원의 반환요구는 피고인 1과 피고인 4에게 계속하였고, 나중에 피고인 4로부터 1억 원을 돌려받았다.

피고인 1이 계속 피하다 어느 날 만나게 되어 갚으라고 하니 우선 피고인 4한테 1억 원을 보낼테니 받으라고 하여 받고 그 후로는 만날 일이 없었다.

‘는 취지로 기재되어 있다(공소외 6은 당심 법정에서는 이와 달리 ‘8억 원은 피고인 2에게 빌려 준 것이다.

피고인 1로부터 8억 원을 빌려달라는 부탁을 받은 바 없었고, 그와 관련하여 만나거나 통화한 사실도 없었다.

피고인 1은 4월 초에 처음 만나 사실진위에 관해 물었다.

‘고 하면서, 검찰에서 작성한 자필진술서의 내용은 약을 먹은 상태에서 장시간 조사가 이루어졌고 수사관의 유도에 의해 작성되어 허위라는 취지로 진술하였다.

그러나 ① 공소외 6이 피고인 1을 처음 만난 시기는 위 법정진술에서 언급한 2013. 4. 초경이 아니라 공소외 4 회사와 공소외 5 회사 사이의 계약이 체결된 2013. 3. 25. 이전으로, 서로 만나 계약에 관해 논의하고 즉석떡의 시식회도 열었던 점, ② 공소외 6으로부터 돌려받은 8억 원은 피고인 1이 보유한 주식의 담보대출이자 등에 주로 사용된 점, ③ 공소외 6이 작성한 위 자필진술서는, 당시 공소외 6이 병중에 있어 검찰수사관이 공소외 6의 자택을 방문하여 미리 질문이 인쇄된 종이를 교부하고, 이에 공소외 6이 자필로 각 질문에 답변을 기재하는 방식으로 작성된 것으로 미리 준비된 질문에 답하는 단문장답 형식이라 유도신문의 가능성이 낮고, 그 내용이 구체적이고 자연스러우며 객관적 정황에도 부합하는 점 등을 등을 고려하면, 공소외 6의 위 자필진술서의 기재 내용은 신빙성이 높으나, 그와 다른 취지의 당심 법정진술은 믿기 어렵다).

2) 다만, 공소외 5 회사로부터 반환받은 8억 원 중 피고인 2에게 지급한 3억 5천만 원 부분은 아래와 같은 법리와 원심 및 당심에서 조사한 증거들(특히 피고인 2가 당심에서 신청하여 증거조사가 이루어진 증 제7호증의 1, 2, 3, 증 제8호증의 1, 2의 각 기재)에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때, 공소외 4 회사의 자금을 횡령한 것이라고 보기 어렵다.

○ 횡령죄에서 불법영득의사는 타인의 재물을 보관하는 자가 위탁 취지에 반하여 권한 없이 스스로 소유권자의 처분행위를 하려는 의사를 의미하므로, 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위한 것이 아니라 소유자의 이익을 위하여 이를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 불법영득의사를 인정할 수 없다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1904 판결 등 참조).

○ 피고인 2는 2013. 3. 20. 피고인 1이 대주주로 있던 공소외 19 회사가 공소외 4 회사의 관리종목 지정을 막기 위해 공소외 4 회사 소유의 △△ 주식을 매입하는 과정에서 계약금 2억 8,000만 원을 지급할 수 있도록 공소외 19 회사 명의 계좌로 3억 원을 입금하였다가, 같은 날 공소외 19 회사로부터 위 3억 원을 돌려받았다.

그리고 다음날인 2013. 3. 21. 다시 공소외 4 회사의 법인 운영자금 조달을 위해 공소외 4 회사 명의 계좌로 3억 원을 입금하였고, 공소외 4 회사는 같은 달 27. 위와 같이 공소외 5 회사로부터 반환받은 8억 원 중에서 3억 5,000만 원을 피고인 2에게 지급하였다.

위 3억 5,000만 원 부분은 피고인 2가 공소외 4 회사에 2013. 3. 21. 대여한 3억 원에 대한 원리금 변제 및 앞서 본 공소외 19 회사에 대한 주식인수 계약금 대여, 공소외 4 회사에 대한 긴급 운영자금 대여 등에 대한 사례를 위한 것으로 보이는바, 이는 위 돈의 소유자인 공소외 4 회사의 이익을 위하여 보관금을 처분한 경우에 해당한다고 할 것이어서,

앞서 본 법리에 비추어 불법영득의사를 인정할 수 없다.

3) 이 부분 항소이유 주장은 공소외 5 회사로부터 반환받아 조성한 8억 원 중 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 임의로 처분한 4억 5,000만 원 부분에 관해서는 이유 없다.

그러나 공소외 4 회사의 이익을 위해 피고인 2에게 변제한 3억 5,000만 원 부분은 앞서 본 바와 같이 불법영득의사를 인정할 수 없어 횡령죄에 해당하지 아니하는바, 위 피고인들이 공모하여 위 3억 5,000만 원을 횡령하였음을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 횡령죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

#### 라. 시세조종 관련 자본시장법위반의 점

피고인 1, 피고인 2는 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제4항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 설시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 설시와 같은 사정들에다가 아래와 같은 법리 및 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인들이 지적하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

○ 자본시장법 제176조 제2항에서 정한 '매매를 유인할 목적'은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 증권시장 등에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 증권 등의 매매에 끌어들이려는 목적으로서, 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

한편 위 조항 제1호에서 정한 '그 증권 또는 장내파생상품의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'는 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 충분하다.

이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 증권 등의 성격과 발행된 증권 등의 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 2013. 4. 11. 선고 2012도14446 판결 등 참조).

이러한 법리를 기초로 살피건대, ① 피고인 1로서는 반대매매된 공소외 4 회사 주식 400만 주를 매집하여 경영권을 유지할 필요가 있었고, 그 과정에서 경제적 손실을 최소화하기 위하여 시세조종을 시도할만한 유인이 있었던 점, ② 이 사건 시세조종 행위를 공모한 피고인들은 2012. 6. 5.부터 같은 달 20.까지 사이에 총 11개의 증권계좌를 이용하여 비교적 저가에 공소외 4 회사 주식을 매집하고자 의도적으로 주가를 하락시키는 주문을 제출하였는바, 이를 위한 저가매도주문, 허매도성 주문, 시·종가관여 주문, 가장·통정매매 등의 시세조종성 주문이 총 721회에 이르는 점,



③ 피고인들이 관여한 매도 호가의 비중은 시세조종 행위 기간 동안 전체의 20.2%에 이르는 점, ④ 공소외 4 회사 주식은 거래량이 많지 않아 매매를 유인하기 위해서는 저가매수주문과 더불어 시장가매수주문 등을 통하여 시장에서 꾸준히 거래가 이루어지는 것처럼 보이는 것이 중요한데, 피고인들에 의한 시장가매수주문이나 저가매수주문의 거래 간격, 거래수량 등에 비추어 그러한 의도를 엿볼 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 비록 시세조종 행위 기간 동안 2012. 6. 5. 1,245원이던 공소외 4 회사 주가가 2012. 6. 20.에는 1,370~1,400원 대로 상승하였음을 감안하더라도, 이 부분 공소사실이 자본시장법 제176조 제2항에 정한 시세조종 행위에 해당함을 충분히 인정할 수 있다.

- 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적 또는 암묵적으로 상통하여 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이며, 위 공모에 대하여는 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있는 것이다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보건대, 비록 피고인 1이 주식거래시장에서 공소외 4 회사 주식의 시세조종 행위를 직접 담당하지는 아니하였더라도, ① 피고인 4를 통하여 소개받은 피고인 2에게 사채 담보로 제공하였다가 반대매매를 통해 매각된 공소외 4 회사 주식 400만 주의 원상회복을 부탁한 점, ② 시세조종 행위에 필요한 거액의 자금과 차명 증권계좌를 제공한 점, ③ 시세조종행위 기간 동안 주식거래시장 마감 후 수행비서인 공소외 20을 통하여 당일 공소외 4 회사 주식 거래 결과를 보고받은 점, ④ 위 시세조종 행위 이전이기는 하나, 2011. 5.~6.경 피고인 7에게 '내가 지금 공소외 4 회사 주가를 누르고 있는데, 앞으로 10~20배까지 주가를 올릴 것이니 회사에 투자할 사람이 있으면 알아봐 달라.'고 부탁하는 등 시세조종을 통한 주가 조작에 관하여 기본적인 내용을 이미 파악하고 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 최종적으로 공소외 4 회사 주식 합계 약 384만주를 매집하여 당초 자신이 세운 목표를 거의 달성한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 사건 시세조종 행위의 공모공동정범임이 넉넉히 인정된다.

### 3. 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

#### 가. 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 △△ 인수 관련 자본시장법위반의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9가 미공개중요정보를 매매 그 밖의 거래에 이용하였음을 인정하기 어렵다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

기록상 인정되는 원심 설시의 사정들을 종합하면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거리에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다(원심이 설시한 관련 법리와 제반 사정에 비추어 보면, 피고인들이 제3자에게 △△ 지분 인수에 관한 정보를 제공함으로써 제3자에 의한 워런트 행사 및 인수가 일부 이루어졌더라도, 그러한 점만으로 피고인들의 행위가 자본시장법상 '미공개중요정보의 이용'에 해당한다고 단정할 수는 없다). 검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

나. 피고인 1, 피고인 8의 □□□ 투자 유치 관련 자본시장법위반의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 피고인 8이 공모하여 □□□ 투자계획을 이용하여 일반공모 유상증자를 통해 9억 9,000만 원의 부당이득을 취득하였음을 인정하기에 부족하다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심 설시의 사정들에 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사의 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

○ □□□가 2013. 1. 8.과 같은 달 14. 2회에 걸쳐 공소외 4 회사 측에 '일정한 기한까지 수수료를 지급하지 않으면 2012. 12. 28.자 투자계약(SPPA)이 취소될 것이다.

'라는 취지의 문서들을 보낸 바 있으나, 같은 달 24. 이전에 공소외 4 회사 측에 수수료 미지급으로 인해 위 투자계약이 취소되었거나 최종적으로 종료되었음을 알리는 취지의 문서를 보내지는 아니하였다.

○ 오히려 □□□가 2013. 1. 27. 공소외 21과 공소외 22 회사에게 보낸 문서의 말미에는 '□□□는 공소외 4 회사의 어떠한 의무도 면제하지 않을 것이고, 공소외 4 회사에 대해 어떠한 이의도 제기하지 않을 것이다.

'는 내용이 기재되어 있는바, 이에 비추어 보면 □□□도 적어도 이 시점까지는 공소외 4 회사와의 위 투자계약 관계가 종료되지 않았다고 인식한 것으로 보인다.

다.

피고인 1의 피해자 공소외 11, 공소외 2에 대한 횡령의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1이 공소외 11, 공소외 2 소유의 재물을 횡령하였다고 인정할 수 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

기록상 인정되는 원심 설시의 사정들을 종합하면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

4. 피고인 3, 피고인 7 및 검사의 양형부당 주장에 대한 판단

제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고, 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 이를 존중함이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 법리를 기초로 살피건대, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7에 대하여 당심에서 새로운 양형 자료가 제출되지 아니하여 원심과 비교하여 양형조건에 별다른 변화가 없는바, 이 사건 변론 과정에서 드러난 양형 사유들을 종합하여 보면, 피고인 3, 피고인 7에 대한 원심의 양형이 너무 무겁거나 가벼워서, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6에 대한 원심의 양형이 너무 가벼워서 재량의 합리적인 범위를 벗어났다고 보이지 아니한다.

피고인 3, 피고인 7 및 검사의 양형부당 주장 역시 이유 없다.

## 5. 결론

피고인 3, 피고인 7의 항소와 검사의 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9에 대한 항소 및 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분에 대한 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 모두 기각한다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점에 관한 항소는 일부 이유 있어 피고인 1에 대한 유죄 부분 및 피고인 2에 대한 부분에 관하여 다시 형을 정하여야 하므로, 피고인 1, 피고인 2의 양형부당 주장 및 검사의 피고인 1, 피고인 2에 대한 양형부당 주장에 관한 판단은 생략한 채, 형사소송법 제 364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분 및 피고인 2에 대한 부분을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 주가조작 풍문유포 관련 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점(원심 판시 범죄사실 제2항)

피고인 1: 위 피고인은 직접 또는 피고인 7을 통하여 공소외 4 회사 주식의 주가 조작에 관련된 풍문을 유포한 사실이 없다.

피고인 7: 위 피고인은 절친한 소수의 지인에게 공소외 4 회사의 주식이 투자할만한 좋은 주식이라는 취지의 말을 한 사실은 있으나, 공소외 4 회사의 주가가 시장 조작에 의하여 변동한다는 취지로 말한 사실은 없다.

위와 같은 특정인들에 대한 주식매수 권유행위에 대해 전파가능성과 유포의 범의를 인정하는 것은 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 한다)상 주가조작 풍문유포에 관한 법리를 오해한 것이다.

나) △△ 인수 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점(원심 판시 범죄사실 제3항)

피고인 1: 위 피고인이 보관한 15억 원은 △△ 인수대금 감액으로 인해 공소외 3 회사의 운영자인 공소외 12로부터 인수 대금 일부를 돌려받은 것이 아니라, 공소외 4 회사 운영자금을 조달하기로 한 피고인 9가 공소외 12로부터 위 돈을 차용하여 이행 담보를 위해 위 피고인 개인에게 제공한 것이다.

위 15억 원은 피고인 9가 약정에 따라 제공한 이행담보금이고, 위 피고인이 공소외 4 회사로부터 위탁받아 보관한 자금 이 아니므로 공소외 4 회사에 대한 횡령죄는 성립될 수 없다.

다) 공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점(원심 판시 범죄사실 제5항)

피고인 1: 공소외 4 회사와 공소외 5 회사 사이에 체결된 즉석떡 제조장치 총판계약의 대금이 8억 원 이상 부풀려진 금액이라는 점을 인정할 증거가 없다.

위 피고인은 공소외 5 회사로부터 8억 원을 반환받은 경위에 관하여 전혀 알지 못하고, 위 돈은 공소외 5 회사의 운영자이던 공소외 6이 피고인 2에게 개인적으로 대여한 것이므로, 피고인 1은 위 돈의 보관자가 아니다.

피고인 2: 위 피고인은 공소외 5 회사의 운영자 공소외 6으로부터 8억 원을 교부받아 피고인 1에게 전달하였을 뿐, 위 돈이 즉석떡 제조장치 총판계약의 대금 중 일부라는 사실을 알지 못하였다.

또한 위 8억 원 중 피고인 2에게 지급된 3억 5천만 원은 위 피고인이 공소외 4 회사에 운영자금으로 대여한 3억 원에 대한 원리금 채무 변제 및 사례금에 해당하므로, 공소외 4 회사를 위하여 사용된 것이어서 횡령죄를 구성하지 아니한다.

라) 시세조종 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 범죄사실 제6항)

피고인 1: 위 피고인은 자신이 보유한 공소외 4 회사 주식 400만 주를 사채업자 등에게 담보로 제공하였다가 반대매매로 매각된 후, 피고인 4에게 자신의 보유 주식을 원래대로 회복하라고 요구하였을 뿐, 피고인 2 등과 공모하여 시세조종을 한 사실은 없다.

피고인 2: 위 피고인은 자신의 지인들이 공소외 4 회사 주식에 투자하였다가 입은 손실 보전 명목으로 피고인 1로부터 현금 5억 원과 주식 50만 주를 받은 사실은 있으나, 피고인 1의 의뢰를 받아 다른 피고인들과 공모하여 공소외 4 회사 주식의 시세조종 행위를 한 사실은 없다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(피고인 1: 징역 3년, 피고인 2: 징역 2년, 피고인 3, 피고인 7: 각 징역 1년의 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

## 나. 검사

### 1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 △△ 인수 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 무죄부분 제1항)

위 피고인들은 처음부터 시세차익을 목적으로 미공개된 중요정보인 △△ 인수 건을 이용하여 워런트를 취득함으로써 이익을 창출하였는바, 이는 미공개된 중요한 정보를 알고 있는 자들만이 그 정보를 이용한 것으로 증권시장의 공정성을 해하는 행위에 해당한다.

한편, 피고인 1은 피고인 7을 통하여 공소외 2, 공소외 11 등을 상대로 △△ 인수에 관한 설명을 하고 워런트 인수 및 행사를 권유하는 방식으로 자금을 모집하였고, 피고인 9는 공소외 13, 공소외 14 등에게 △△ 인수에 관한 이야기를 하면서 워런트를 인수하면 주가차익을 얻을 수 있다는 취지의 말을 하여 워런트 인수 및 행사를 권유하였는바, 이는 정보를 공유하는 자들 사이의 거래행위가 아니라 그 이외의 투자자들에게 정보를 제공하여 이익을 얻게 한 것이므로, 자본시장법이 금지하고 있는 미공개중요정보의 이용에 해당한다.

나) 피고인 1, 피고인 8의 □□□ 투자 유치 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 무죄부분 제2항)

피고인 6과 피고인 8의 각 진술 등에 의하면, 위 피고인들은 늦어도 2013. 1. 24. 전에는 공소외 4 회사에 대한 □□□의 투자 유치가 사실상 결렬되었음을 알면서도 그 사실을 공시하지 아니한 채 공소외 4 회사의 일반공모 유상증자를 계속 진행하여 청약 배정을 완료하였는바, 이는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단·계획 또는 기교를 사용하는 행위를 하고, 중요사항에 관한 표시를 누락한 공시를 함으로써 부당이득을 취득한 것이다.

다) 피고인 1의 피해자 공소외 11, 공소외 2에 대한 횡령의 점(원심 판시 무죄부분 제3항)

위 피해자들의 진술 등에 의하면, 위 피고인은 피해자들로부터 교부받은 워런트 행사대금을 납입하여 자신이 보관하게 된 공소외 4 회사 주식 합계 100만 주를 위 피해자들을 위해 보관할 의무가 있음에도, 피해자들에게 교부한 일부 주식과 주식 매각대금을 제외한 나머지 주식들을 임의로 처분하여 이를 횡령하였다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7에 대한 선고형은 위 가. 2)항 기재와 같다.

피고인 4: 징역 1년 6월의 집행유예 3년, 피고인 5: 벌금 1천만 원, 피고인 6: 징역 6월의 집행유예 1년)은 너무 가벼워서 부당하다.

## 2. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 7의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

### 가. 주가조작 풍문유포 관련 자본시장법위반의 점

피고인 1, 피고인 7은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제1항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 위 피고인들로부터 이 부분 공소 사실과 같은 내용으로 공소외 4 회사 주식의 주가조작 풍문을 들었다는 취지의 공소외 2, 공소외 11, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17의 수사기관 및 원심 법정에서의 각 진술이 대체로 일관되고 구체적이며, 서로 모순된다고 보기 어려운 점을 더하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인들이 지적하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

### 나. △△ 인수 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점

피고인 1은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제2항에서 위 피고인의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 이들 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인이 지적하는 바와 같은 사실 오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

- 피고인 1과 피고인 9 사이에 2011. 12. 8. 체결된 계약에서 '① 피고인 9는 20억 원 이상의 사모유상증자를 할 수 있고, 이를 통하여 조달된 자금 중 16억 원을 △△ 지분 인수에 투자한다.
  - ② 피고인 9는 추가자금 확보를 위해 2012. 1. 초에 10억 원의 소액 공모유상증자를 할 수 있다.
  - ③ 공소외 4 회사는 ◇◇◇◇ 지분을 매도하여 30억 원이 회수되면 25억 원을 △△ 인수 잔금에 사용하되, 위 30억 원이 회수되지 않으면 피고인 9는 25억 원 이상을 사모유상증자 기타의 방법으로 자기자본 조달을 하여 △△ 지분을 매입할 수 있도록 최선을 다한다.
- '고 약정하였다.

공소외 4 회사는 2012. 1. 9. 공소외 3 회사에 △△ 인수자금의 중도금으로 26억 원을 지급하였는데, 이 돈은 공소외 4 회사의 워런트 행사자금으로 납입된 자금과 2012. 1. 6.자 일반공모 유상증자 10억 원 및 피고인 9의 동생 공소외 14 배정 유상증자 20억 원을 통하여 조달한 자금 30억 원에서 마련된 것이었다.

한편 중도금 지급일인 2012. 1. 9. 피고인 1과 공소외 3 회사의 운영자 공소외 12 사이에 작성된 '주식 및 경영권 양수도 계약서 관련 합의서'에는 '2012. 1. 9.부터 2012. 1. 31.까지 사이에 공소외 4 회사가 △△ 주식 인수대금 조달을 위한 유상증자를 하지 못하면 공소외 3 회사는 총 양도대금 51억 원 중 잔금 15억 원을 감액한다.

'고 명시되어 있다.

위와 같은 사실관계를 종합하여 보면, 공소외 4 회사의 공소외 3 회사에 대한 2012. 1. 9. △△ 인수대금의 중도금 지급 당시 위 2011. 12. 8.자 계약에 따른 자금조달 방안 중 ①과 ②는 모두 마쳐진 상태였으므로, 공소외 4 회사의 ◇◇◇◇ 지분 매각이 이루어지지 않는 한 △△ 인수대금의 잔금 확보방법은 위 ③항에 따라 피고인 9가 25억 원 이상을 사모유상증자 등의 방법으로 조달하는 것이었다.

따라서 위 2012. 1. 9.자 '주식 및 경영권 양수도 계약서 관련 합의서'에서 '2012. 1. 9.부터 2012. 1. 31.까지 사이에 공소외 4 회사가 실시할 △△ 주식 인수대금 조달을 위한 유상증자'는 위 2011. 12. 8.자 계약에서 정한 '피고인 9의 25억 원 이상의 사모유상증자'를 의미한다고 할 것이다.

따라서 위 2012. 1. 9.자 합의서 작성 당시 이미 완료된, 2012. 1. 초순 공소외 14 명의로 배정된 20억 원 유상증자에 의하여 감액 조항의 효력이 이미 소멸하였다는 취지의 피고인 1의 주장은 받아들이지 아니한다.

- 공소외 3 회사에 대한 △△ 인수대금의 잔금 지급일인 2012. 1. 31.까지 공소외 4 회사는 피고인 9에 대한 25억 원 추가 유상증자를 하지 못하였으므로, 위 2012. 1. 9.자 합의에 기하여 공소외 4 회사의 공소외 3 회사에 대한 △△ 인수대금 중 잔금 15억 원의 지급 의무는 소멸되었다.

○ 공소외 3 회사의 운영자인 공소외 12는 검찰 조사에서 피고인 9에 대한 대여금 형식으로 피고인 1에게 15억 원을 교부하게 된 경위에 관하여 '피고인 1이 요구하였다.

당시 피고인 1이 돈을 입금할 것이니 저희 직원 통해서 통장을 공소외 4 회사로 보내라고 하였다.

그래서 공소외 3 회사 직원 공소외 18에게 통장을 가지고 공소외 4 회사에 가서 돈을 받은 다음 빼서 주고 오라고 하였다.

그런데 피고인 1이 직접 보내지 말고 피고인 9의 통장으로 받아서 달라고 한 것 같고, 저는 공소외 18로부터 그런 보고를 받고 피고인 1이 해 달라는 대로 해주라고 한 것으로 기억한다.

'고 진술하였다.

다.

공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점

1) 피고인 1, 피고인 2는 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제3항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 이들 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 위 피고인들이 공모하여 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에 지급한 계약금 및 중도금 일부를 즉시 반환받아 사용하였다고 인정한 원심의 판단은 정당하다.

○ 공소외 4 회사와 공소외 5 회사는 2013. 3. 25. 공소외 5 회사가 보유한 '즉석떡 제조장치' 및 그 총판권 등에 관한 국내 및 해외 총판계약을 체결하면서, 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에게 지급할 양도대금을 총 22억 원(계약금 3억 5,000만 원, 중도금 5억 원은 계약 당일 지급, 잔금 13억 5,000만 원은 2013. 6. 28. 지급)으로 약정하였는바, ① 위 계약 체결 과정에서 예상수익 등에 대한 실질적인 검토가 이루어지지 않은 점, ② 양도대금 중 18억 7,000만 원에 이르는 부분이 공소외 5 회사가 보유한 '즉석떡 제조장치 등'에 관한 특허권 및 총판권 같은 무형의 재산권임에도 이에 대한 객관적 평가가 제대로 이루어지지 않은 점, ③ 위 계약상 중도금 5억 원은 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에서 공급하는 즉석떡 제조장치 300대를 확인한 후 지급하도록 되어 있는데, 실제로는 89대만 납품되었고 즉시 사용가능한 상태도 아니었음에도 바로 중도금 지급이 이루어진 점, ④ 통상의 계약과 달리 중도금 지급일이 계약금 지급일과 같은 날짜였던 점 등에 비추어 보면, 피고인 1, 피고인 2가 계약금 및 중도금을 지급한 후 즉시 그 대부분을 반환받을 의도에서 정상적인 가치에 비해 상당히 부풀려진 가액으로 계약이 체결된 것으로 보인다.

○ 공소외 5 회사의 운영자였던 공소외 6이 검찰 조사 당시 작성한 자필진술서에는 '공소외 4 회사와 계약 조건 내지 내용을 협상하고 결정한 실무자와 책임자는 피고인 4, 피고인 2, 피고인 1 등이었다.

계약금 및 중도금 중 8억 원 반환에 관해서는 피고인 4, 피고인 2의 요청이 있었고, 본인이 피고인 1의 확인을 거쳐 대

여하였다.

차용 이유에 대해서는 감사보고서를 받기 위해 피고인 1이 사채업자로부터 차용한 주식담보 대출이자와 피고인 2로부터 빌린 돈의 변제 등에 사용한다고 하였다.

8억 원의 반환요구는 피고인 1과 피고인 4에게 계속하였고, 나중에 피고인 4로부터 1억 원을 돌려받았다.

피고인 1이 계속 피하다 어느 날 만나게 되어 갚으라고 하니 우선 피고인 4한테 1억 원을 보낼테니 받으라고 하여 받고 그 후로는 만날 일이 없었다.

‘는 취지로 기재되어 있다(공소외 6은 당심 법정에서는 이와 달리 ‘8억 원은 피고인 2에게 빌려 준 것이다.

피고인 1로부터 8억 원을 빌려달라는 부탁을 받은 바 없었고, 그와 관련하여 만나거나 통화한 사실도 없었다.

피고인 1은 4월 초에 처음 만나 사실진위에 관해 물었다.

‘고 하면서, 검찰에서 작성한 자필진술서의 내용은 약을 먹은 상태에서 장시간 조사가 이루어졌고 수사관의 유도에 의해 작성되어 허위라는 취지로 진술하였다.

그러나 ① 공소외 6이 피고인 1을 처음 만난 시기는 위 법정진술에서 언급한 2013. 4. 초경이 아니라 공소외 4 회사와 공소외 5 회사 사이의 계약이 체결된 2013. 3. 25. 이전으로, 서로 만나 계약에 관해 논의하고 즉석떡의 시식회도 열었던 점, ② 공소외 6으로부터 돌려받은 8억 원은 피고인 1이 보유한 주식의 담보대출이자 등에 주로 사용된 점, ③ 공소외 6이 작성한 위 자필진술서는, 당시 공소외 6이 병중에 있어 검찰수사관이 공소외 6의 자택을 방문하여 미리 질문이 인쇄된 종이를 교부하고, 이에 공소외 6이 자필로 각 질문에 답변을 기재하는 방식으로 작성된 것으로 미리 준비된 질문에 답하는 단문장답 형식이라 유도신문의 가능성이 낮고, 그 내용이 구체적이고 자연스러우며 객관적 정황에도 부합하는 점 등을 등을 고려하면, 공소외 6의 위 자필진술서의 기재 내용은 신빙성이 높으나, 그와 다른 취지의 당심 법정진술은 믿기 어렵다).

2) 다만, 공소외 5 회사로부터 반환받은 8억 원 중 피고인 2에게 지급한 3억 5천만 원 부분은 아래와 같은 법리와 원심 및 당심에서 조사한 증거들(특히 피고인 2가 당심에서 신청하여 증거조사가 이루어진 증 제7호증의 1, 2, 3, 증 제8호증의 1, 2의 각 기재)에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때, 공소외 4 회사의 자금을 횡령한 것이라고 보기 어렵다.

○ 횡령죄에서 불법영득의사는 타인의 재물을 보관하는 자가 위탁 취지에 반하여 권한 없이 스스로 소유권자의 처분행위를 하려는 의사를 의미하므로, 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위한 것이 아니라 소유자의 이익을 위하여 이를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 불법영득의사를 인정할 수 없다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1904 판결 등 참조).

○ 피고인 2는 2013. 3. 20. 피고인 1이 대주주로 있던 공소외 19 회사가 공소외 4 회사의 관리종목 지정을 막기 위해 공소외 4 회사 소유의 △△ 주식을 매입하는 과정에서 계약금 2억 8,000만 원을 지급할 수 있도록 공소외 19 회사 명의 계좌로 3억 원을 입금하였다가, 같은 날 공소외 19 회사로부터 위 3억 원을 돌려받았다.

그리고 다음날인 2013. 3. 21. 다시 공소외 4 회사의 법인 운영자금 조달을 위해 공소외 4 회사 명의 계좌로 3억 원을 입금하였고, 공소외 4 회사는 같은 달 27. 위와 같이 공소외 5 회사로부터 반환받은 8억 원 중에서 3억 5,000만 원을 피고인 2에게 지급하였다.

위 3억 5,000만 원 부분은 피고인 2가 공소외 4 회사에 2013. 3. 21. 대여한 3억 원에 대한 원리금 변제 및 앞서 본 공소외 19 회사에 대한 주식인수 계약금 대여, 공소외 4 회사에 대한 긴급 운영자금 대여 등에 대한 사례를 위한 것으로 보이는바, 이는 위 돈의 소유자인 공소외 4 회사의 이익을 위하여 보관금을 처분한 경우에 해당한다고 할 것이어서,



앞서 본 법리에 비추어 불법영득의사를 인정할 수 없다.

3) 이 부분 항소이유 주장은 공소외 5 회사로부터 반환받아 조성한 8억 원 중 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 임의로 처분한 4억 5,000만 원 부분에 관해서는 이유 없다.

그러나 공소외 4 회사의 이익을 위해 피고인 2에게 변제한 3억 5,000만 원 부분은 앞서 본 바와 같이 불법영득의사를 인정할 수 없어 횡령죄에 해당하지 아니하는바, 위 피고인들이 공모하여 위 3억 5,000만 원을 횡령하였음을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 횡령죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

#### 라. 시세조종 관련 자본시장법위반의 점

피고인 1, 피고인 2는 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제4항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 아래와 같은 법리 및 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인들이 지적하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

○ 자본시장법 제176조 제2항에서 정한 '매매를 유인할 목적'은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 증권시장 등에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 증권 등의 매매에 끌어들이려는 목적으로서, 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

한편 위 조항 제1호에서 정한 '그 증권 또는 장내파생상품의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'는 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 충분하다.

이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 증권 등의 성격과 발행된 증권 등의 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 2013. 4. 11. 선고 2012도14446 판결 등 참조).

이러한 법리를 기초로 살피건대, ① 피고인 1로서는 반대매매된 공소외 4 회사 주식 400만 주를 매집하여 경영권을 유지할 필요가 있었고, 그 과정에서 경제적 손실을 최소화하기 위하여 시세조종을 시도할만한 유인이 있었던 점, ② 이 사건 시세조종 행위를 공모한 피고인들은 2012. 6. 5.부터 같은 달 20.까지 사이에 총 11개의 증권계좌를 이용하여 비교적 저가에 공소외 4 회사 주식을 매집하고자 의도적으로 주가를 하락시키는 주문을 제출하였는바, 이를 위한 저가매도주문, 허매도성 주문, 시·종가관여 주문, 가장·통정매매 등의 시세조종성 주문이 총 721회에 이르는 점,

③ 피고인들이 관여한 매도 호가의 비중은 시세조종 행위 기간 동안 전체의 20.2%에 이르는 점, ④ 공소외 4 회사 주식은 거래량이 많지 않아 매매를 유인하기 위해서는 저가매수주문과 더불어 시장가매수주문 등을 통하여 시장에서 꾸준히 거래가 이루어지는 것처럼 보이는 것이 중요한데, 피고인들에 의한 시장가매수주문이나 저가매수주문의 거래 간격, 거래수량 등에 비추어 그러한 의도를 엿볼 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 비록 시세조종 행위 기간 동안 2012. 6. 5. 1,245원이던 공소외 4 회사 주가가 2012. 6. 20.에는 1,370~1,400원 대로 상승하였음을 감안하더라도, 이 부분 공소사실이 자본시장법 제176조 제2항에 정한 시세조종 행위에 해당함을 충분히 인정할 수 있다.

- 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적 또는 암묵적으로 상통하여 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이며, 위 공모에 대하여는 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있는 것이다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보건대, 비록 피고인 1이 주식거래시장에서 공소외 4 회사 주식의 시세조종 행위를 직접 담당하지는 아니하였더라도, ① 피고인 4를 통하여 소개받은 피고인 2에게 사채 담보로 제공하였다가 반대매매를 통해 매각된 공소외 4 회사 주식 400만 주의 원상회복을 부탁한 점, ② 시세조종 행위에 필요한 거액의 자금과 차명 증권계좌를 제공한 점, ③ 시세조종행위 기간 동안 주식거래시장 마감 후 수행비서인 공소외 20을 통하여 당일 공소외 4 회사 주식 거래 결과를 보고받은 점, ④ 위 시세조종 행위 이전이기는 하나, 2011. 5.~6.경 피고인 7에게 '내가 지금 공소외 4 회사 주가를 누르고 있는데, 앞으로 10~20배까지 주가를 올릴 것이니 회사에 투자할 사람이 있으면 알아봐 달라.'고 부탁하는 등 시세조종을 통한 주가 조작에 관하여 기본적인 내용을 이미 파악하고 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 최종적으로 공소외 4 회사 주식 합계 약 384만주를 매집하여 당초 자신이 세운 목표를 거의 달성한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 사건 시세조종 행위의 공모공동정범임이 넉넉히 인정된다.

### 3. 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 △△ 인수 관련 자본시장법위반의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9가 미공개중요정보를 매매 그 밖의 거래에 이용하였음을 인정하기 어렵다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

기록상 인정되는 원심 설시의 사정들을 종합하면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거리에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다(원심이 설시한 관련 법리와 제반 사정에 비추어 보면, 피고인들이 제3자에게 △△ 지분 인수에 관한 정보를 제공함으로써 제3자에 의한 워런트 행사 및 인수가 일부 이루어졌더라도, 그러한 점만으로 피고인들의 행위가 자본시장법상 '미공개중요정보의 이용'에 해당한다고 단정할 수는 없다). 검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

나. 피고인 1, 피고인 8의 □□□ 투자 유치 관련 자본시장법위반의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 피고인 8이 공모하여 □□□ 투자계획을 이용하여 일반공모 유상증자를 통해 9억 9,000만 원의 부당이득을 취득하였음을 인정하기에 부족하다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심 설시의 사정들에 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사의 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

○ □□□가 2013. 1. 8.과 같은 달 14. 2회에 걸쳐 공소외 4 회사 측에 '일정한 기한까지 수수료를 지급하지 않으면 2012. 12. 28.자 투자계약(SPPA)이 취소될 것이다.

'라는 취지의 문서들을 보낸 바 있으나, 같은 달 24. 이전에 공소외 4 회사 측에 수수료 미지급으로 인해 위 투자계약이 취소되었거나 최종적으로 종료되었음을 알리는 취지의 문서를 보내지는 아니하였다.

○ 오히려 □□□가 2013. 1. 27. 공소외 21과 공소외 22 회사에게 보낸 문서의 말미에는 '□□□는 공소외 4 회사의 어떠한 의무도 면제하지 않을 것이고, 공소외 4 회사에 대해 어떠한 이의도 제기하지 않을 것이다.

'는 내용이 기재되어 있는바, 이에 비추어 보면 □□□도 적어도 이 시점까지는 공소외 4 회사와의 위 투자계약 관계가 종료되지 않았다고 인식한 것으로 보인다.

다.

피고인 1의 피해자 공소외 11, 공소외 2에 대한 횡령의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1이 공소외 11, 공소외 2 소유의 재물을 횡령하였다고 인정할 수 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

기록상 인정되는 원심 설시의 사정들을 종합하면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

4. 피고인 3, 피고인 7 및 검사의 양형부당 주장에 대한 판단

제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고, 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 이를 존중함이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 법리를 기초로 살피건대, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7에 대하여 당심에서 새로운 양형 자료가 제출되지 아니하여 원심과 비교하여 양형조건에 별다른 변화가 없는바, 이 사건 변론 과정에서 드러난 양형 사유들을 종합하여 보면, 피고인 3, 피고인 7에 대한 원심의 양형이 너무 무겁거나 가벼워서, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6에 대한 원심의 양형이 너무 가벼워서 재량의 합리적인 범위를 벗어났다고 보이지 아니한다.

피고인 3, 피고인 7 및 검사의 양형부당 주장 역시 이유 없다.

## 5. 결론

피고인 3, 피고인 7의 항소와 검사의 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9에 대한 항소 및 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분에 대한 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 모두 기각한다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점에 관한 항소는 일부 이유 있어 피고인 1에 대한 유죄 부분 및 피고인 2에 대한 부분에 관하여 다시 형을 정하여야 하므로, 피고인 1, 피고인 2의 양형부당 주장 및 검사의 피고인 1, 피고인 2에 대한 양형부당 주장에 관한 판단은 생략한 채, 형사소송법 제 364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분 및 피고인 2에 대한 부분을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 주가조작 풍문유포 관련 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점(원심 판시 범죄사실 제2항)

피고인 1: 위 피고인은 직접 또는 피고인 7을 통하여 공소외 4 회사 주식의 주가 조작에 관련된 풍문을 유포한 사실이 없다.

피고인 7: 위 피고인은 절친한 소수의 지인에게 공소외 4 회사의 주식이 투자할만한 좋은 주식이라는 취지의 말을 한 사실은 있으나, 공소외 4 회사의 주가가 시장 조작에 의하여 변동한다는 취지로 말한 사실은 없다.

위와 같은 특정인들에 대한 주식매수 권유행위에 대해 전파가능성과 유포의 범의를 인정하는 것은 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 한다)상 주가조작 풍문유포에 관한 법리를 오해한 것이다.

나) △△ 인수 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점(원심 판시 범죄사실 제3항)

피고인 1: 위 피고인이 보관한 15억 원은 △△ 인수대금 감액으로 인해 공소외 3 회사의 운영자인 공소외 12로부터 인수 대금 일부를 돌려받은 것이 아니라, 공소외 4 회사 운영자금을 조달하기로 한 피고인 9가 공소외 12로부터 위 돈을 차용하여 이행 담보를 위해 위 피고인 개인에게 제공한 것이다.

위 15억 원은 피고인 9가 약정에 따라 제공한 이행담보금이고, 위 피고인이 공소외 4 회사로부터 위탁받아 보관한 자금 이 아니므로 공소외 4 회사에 대한 횡령죄는 성립될 수 없다.

다) 공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점(원심 판시 범죄사실 제5항)

피고인 1: 공소외 4 회사와 공소외 5 회사 사이에 체결된 즉석떡 제조장치 총판계약의 대금이 8억 원 이상 부풀려진 금액이라는 점을 인정할 증거가 없다.

위 피고인은 공소외 5 회사로부터 8억 원을 반환받은 경위에 관하여 전혀 알지 못하고, 위 돈은 공소외 5 회사의 운영자이던 공소외 6이 피고인 2에게 개인적으로 대여한 것이므로, 피고인 1은 위 돈의 보관자가 아니다.

피고인 2: 위 피고인은 공소외 5 회사의 운영자 공소외 6으로부터 8억 원을 교부받아 피고인 1에게 전달하였을 뿐, 위 돈이 즉석떡 제조장치 총판계약의 대금 중 일부라는 사실을 알지 못하였다.

또한 위 8억 원 중 피고인 2에게 지급된 3억 5천만 원은 위 피고인이 공소외 4 회사에 운영자금으로 대여한 3억 원에 대한 원리금 채무 변제 및 사례금에 해당하므로, 공소외 4 회사를 위하여 사용된 것이어서 횡령죄를 구성하지 아니한다.

라) 시세조종 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 범죄사실 제6항)

피고인 1: 위 피고인은 자신이 보유한 공소외 4 회사 주식 400만 주를 사채업자 등에게 담보로 제공하였다가 반대매매로 매각된 후, 피고인 4에게 자신의 보유 주식을 원래대로 회복하라고 요구하였을 뿐, 피고인 2 등과 공모하여 시세조종을 한 사실은 없다.

피고인 2: 위 피고인은 자신의 지인들이 공소외 4 회사 주식에 투자하였다가 입은 손실 보전 명목으로 피고인 1로부터 현금 5억 원과 주식 50만 주를 받은 사실은 있으나, 피고인 1의 의뢰를 받아 다른 피고인들과 공모하여 공소외 4 회사 주식의 시세조종 행위를 한 사실은 없다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(피고인 1: 징역 3년, 피고인 2: 징역 2년, 피고인 3, 피고인 7: 각 징역 1년의 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

## 나. 검사

### 1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 △△ 인수 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 무죄부분 제1항)

위 피고인들은 처음부터 시세차익을 목적으로 미공개된 중요정보인 △△ 인수 건을 이용하여 워런트를 취득함으로써 이익을 창출하였는바, 이는 미공개된 중요한 정보를 알고 있는 자들만이 그 정보를 이용한 것으로 증권시장의 공정성을 해하는 행위에 해당한다.

한편, 피고인 1은 피고인 7을 통하여 공소외 2, 공소외 11 등을 상대로 △△ 인수에 관한 설명을 하고 워런트 인수 및 행사를 권유하는 방식으로 자금을 모집하였고, 피고인 9는 공소외 13, 공소외 14 등에게 △△ 인수에 관한 이야기를 하면서 워런트를 인수하면 주가차익을 얻을 수 있다는 취지의 말을 하여 워런트 인수 및 행사를 권유하였는바, 이는 정보를 공유하는 자들 사이의 거래행위가 아니라 그 이외의 투자자들에게 정보를 제공하여 이익을 얻게 한 것이므로, 자본시장법이 금지하고 있는 미공개중요정보의 이용에 해당한다.

나) 피고인 1, 피고인 8의 □□□ 투자 유치 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 무죄부분 제2항)

피고인 6과 피고인 8의 각 진술 등에 의하면, 위 피고인들은 늦어도 2013. 1. 24. 전에는 공소외 4 회사에 대한 □□□의 투자 유치가 사실상 결렬되었음을 알면서도 그 사실을 공시하지 아니한 채 공소외 4 회사의 일반공모 유상증자를 계속 진행하여 청약 배정을 완료하였는바, 이는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단·계획 또는 기교를 사용하는 행위를 하고, 중요사항에 관한 표시를 누락한 공시를 함으로써 부당이득을 취득한 것이다.

다) 피고인 1의 피해자 공소외 11, 공소외 2에 대한 횡령의 점(원심 판시 무죄부분 제3항)

위 피해자들의 진술 등에 의하면, 위 피고인은 피해자들로부터 교부받은 워런트 행사대금을 납입하여 자신이 보관하게 된 공소외 4 회사 주식 합계 100만 주를 위 피해자들을 위해 보관할 의무가 있음에도, 피해자들에게 교부한 일부 주식과 주식 매각대금을 제외한 나머지 주식들을 임의로 처분하여 이를 횡령하였다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7에 대한 선고형은 위 가. 2)항 기재와 같다.

피고인 4: 징역 1년 6월의 집행유예 3년, 피고인 5: 벌금 1천만 원, 피고인 6: 징역 6월의 집행유예 1년)은 너무 가벼워서 부당하다.

## 2. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 7의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

### 가. 주가조작 풍문유포 관련 자본시장법위반의 점

피고인 1, 피고인 7은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제1항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 위 피고인들로부터 이 부분 공소 사실과 같은 내용으로 공소외 4 회사 주식의 주가조작 풍문을 들었다는 취지의 공소외 2, 공소외 11, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17의 수사기관 및 원심 법정에서의 각 진술이 대체로 일관되고 구체적이며, 서로 모순된다고 보기 어려운 점을 더하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인들이 지적하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

### 나. △△ 인수 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점

피고인 1은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제2항에서 위 피고인의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 이들 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인이 지적하는 바와 같은 사실 오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

- 피고인 1과 피고인 9 사이에 2011. 12. 8. 체결된 계약에서 '① 피고인 9는 20억 원 이상의 사모유상증자를 할 수 있고, 이를 통하여 조달된 자금 중 16억 원을 △△ 지분 인수에 투자한다.
  - ② 피고인 9는 추가자금 확보를 위해 2012. 1. 초에 10억 원의 소액 공모유상증자를 할 수 있다.
  - ③ 공소외 4 회사는 ◇◇◇◇ 지분을 매도하여 30억 원이 회수되면 25억 원을 △△ 인수 잔금에 사용하되, 위 30억 원이 회수되지 않으면 피고인 9는 25억 원 이상을 사모유상증자 기타의 방법으로 자기자본 조달을 하여 △△ 지분을 매입할 수 있도록 최선을 다한다.
- '고 약정하였다.

공소외 4 회사는 2012. 1. 9. 공소외 3 회사에 △△ 인수자금의 중도금으로 26억 원을 지급하였는데, 이 돈은 공소외 4 회사의 워런트 행사자금으로 납입된 자금과 2012. 1. 6.자 일반공모 유상증자 10억 원 및 피고인 9의 동생 공소외 14 배정 유상증자 20억 원을 통하여 조달한 자금 30억 원에서 마련된 것이었다.

한편 중도금 지급일인 2012. 1. 9. 피고인 1과 공소외 3 회사의 운영자 공소외 12 사이에 작성된 '주식 및 경영권 양수도 계약서 관련 합의서'에는 '2012. 1. 9.부터 2012. 1. 31.까지 사이에 공소외 4 회사가 △△ 주식 인수대금 조달을 위한 유상증자를 하지 못하면 공소외 3 회사는 총 양도대금 51억 원 중 잔금 15억 원을 감액한다.

'고 명시되어 있다.

위와 같은 사실관계를 종합하여 보면, 공소외 4 회사의 공소외 3 회사에 대한 2012. 1. 9. △△ 인수대금의 중도금 지급 당시 위 2011. 12. 8.자 계약에 따른 자금조달 방안 중 ①과 ②는 모두 마쳐진 상태였으므로, 공소외 4 회사의 ◇◇◇◇ 지분 매각이 이루어지지 않는 한 △△ 인수대금의 잔금 확보방법은 위 ③항에 따라 피고인 9가 25억 원 이상을 사모유상증자 등의 방법으로 조달하는 것이었다.

따라서 위 2012. 1. 9.자 '주식 및 경영권 양수도 계약서 관련 합의서'에서 '2012. 1. 9.부터 2012. 1. 31.까지 사이에 공소외 4 회사가 실시할 △△ 주식 인수대금 조달을 위한 유상증자'는 위 2011. 12. 8.자 계약에서 정한 '피고인 9의 25억 원 이상의 사모유상증자'를 의미한다고 할 것이다.

따라서 위 2012. 1. 9.자 합의서 작성 당시 이미 완료된, 2012. 1. 초순 공소외 14 명의로 배정된 20억 원 유상증자에 의하여 감액 조항의 효력이 이미 소멸하였다는 취지의 피고인 1의 주장은 받아들이지 아니한다.

- 공소외 3 회사에 대한 △△ 인수대금의 잔금 지급일인 2012. 1. 31.까지 공소외 4 회사는 피고인 9에 대한 25억 원 추가 유상증자를 하지 못하였으므로, 위 2012. 1. 9.자 합의에 기하여 공소외 4 회사의 공소외 3 회사에 대한 △△ 인수대금 중 잔금 15억 원의 지급 의무는 소멸되었다.

○ 공소외 3 회사의 운영자인 공소외 12는 검찰 조사에서 피고인 9에 대한 대여금 형식으로 피고인 1에게 15억 원을 교부하게 된 경위에 관하여 '피고인 1이 요구하였다.

당시 피고인 1이 돈을 입금할 것이니 저희 직원 통해서 통장을 공소외 4 회사로 보내라고 하였다.

그래서 공소외 3 회사 직원 공소외 18에게 통장을 가지고 공소외 4 회사에 가서 돈을 받은 다음 빼서 주고 오라고 하였다.

그런데 피고인 1이 직접 보내지 말고 피고인 9의 통장으로 받아서 달라고 한 것 같고, 저는 공소외 18로부터 그런 보고를 받고 피고인 1이 해 달라는 대로 해주라고 한 것으로 기억한다.

'고 진술하였다.

다.

공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점

1) 피고인 1, 피고인 2는 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제3항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 이들 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 위 피고인들이 공모하여 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에 지급한 계약금 및 중도금 일부를 즉시 반환받아 사용하였다고 인정한 원심의 판단은 정당하다.

○ 공소외 4 회사와 공소외 5 회사는 2013. 3. 25. 공소외 5 회사가 보유한 '즉석떡 제조장치' 및 그 총판권 등에 관한 국내 및 해외 총판계약을 체결하면서, 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에게 지급할 양도대금을 총 22억 원(계약금 3억 5,000만 원, 중도금 5억 원은 계약 당일 지급, 잔금 13억 5,000만 원은 2013. 6. 28. 지급)으로 약정하였는바, ① 위 계약 체결 과정에서 예상수익 등에 대한 실질적인 검토가 이루어지지 않은 점, ② 양도대금 중 18억 7,000만 원에 이르는 부분이 공소외 5 회사가 보유한 '즉석떡 제조장치 등'에 관한 특허권 및 총판권 같은 무형의 재산권임에도 이에 대한 객관적 평가가 제대로 이루어지지 않은 점, ③ 위 계약상 중도금 5억 원은 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에서 공급하는 즉석떡 제조장치 300대를 확인한 후 지급하도록 되어 있는데, 실제로는 89대만 납품되었고 즉시 사용가능한 상태도 아니었음에도 바로 중도금 지급이 이루어진 점, ④ 통상의 계약과 달리 중도금 지급일이 계약금 지급일과 같은 날짜였던 점 등에 비추어 보면, 피고인 1, 피고인 2가 계약금 및 중도금을 지급한 후 즉시 그 대부분을 반환받을 의도에서 정상적인 가치에 비해 상당히 부풀려진 가액으로 계약이 체결된 것으로 보인다.

○ 공소외 5 회사의 운영자였던 공소외 6이 검찰 조사 당시 작성한 자필진술서에는 '공소외 4 회사와 계약 조건 내지 내용을 협상하고 결정한 실무자와 책임자는 피고인 4, 피고인 2, 피고인 1 등이었다.

계약금 및 중도금 중 8억 원 반환에 관해서는 피고인 4, 피고인 2의 요청이 있었고, 본인이 피고인 1의 확인을 거쳐 대

여하였다.



차용 이유에 대해서는 감사보고서를 받기 위해 피고인 1이 사채업자로부터 차용한 주식담보 대출이자와 피고인 2로부터 빌린 돈의 변제 등에 사용한다고 하였다.

8억 원의 반환요구는 피고인 1과 피고인 4에게 계속하였고, 나중에 피고인 4로부터 1억 원을 돌려받았다.

피고인 1이 계속 피하다 어느 날 만나게 되어 갚으라고 하니 우선 피고인 4한테 1억 원을 보낼테니 받으라고 하여 받고 그 후로는 만날 일이 없었다.

‘는 취지로 기재되어 있다(공소외 6은 당심 법정에서는 이와 달리 ‘8억 원은 피고인 2에게 빌려 준 것이다.

피고인 1로부터 8억 원을 빌려달라는 부탁을 받은 바 없었고, 그와 관련하여 만나거나 통화한 사실도 없었다.

피고인 1은 4월 초에 처음 만나 사실진위에 관해 물었다.

‘고 하면서, 검찰에서 작성한 자필진술서의 내용은 약을 먹은 상태에서 장시간 조사가 이루어졌고 수사관의 유도에 의해 작성되어 허위라는 취지로 진술하였다.

그러나 ① 공소외 6이 피고인 1을 처음 만난 시기는 위 법정진술에서 언급한 2013. 4. 초경이 아니라 공소외 4 회사와 공소외 5 회사 사이의 계약이 체결된 2013. 3. 25. 이전으로, 서로 만나 계약에 관해 논의하고 즉석떡의 시식회도 열었던 점, ② 공소외 6으로부터 돌려받은 8억 원은 피고인 1이 보유한 주식의 담보대출이자 등에 주로 사용된 점, ③ 공소외 6이 작성한 위 자필진술서는, 당시 공소외 6이 병중에 있어 검찰수사관이 공소외 6의 자택을 방문하여 미리 질문이 인쇄된 종이를 교부하고, 이에 공소외 6이 자필로 각 질문에 답변을 기재하는 방식으로 작성된 것으로 미리 준비된 질문에 답하는 단문장답 형식이라 유도신문의 가능성이 낮고, 그 내용이 구체적이고 자연스러우며 객관적 정황에도 부합하는 점 등을 등을 고려하면, 공소외 6의 위 자필진술서의 기재 내용은 신빙성이 높으나, 그와 다른 취지의 당심 법정진술은 믿기 어렵다).

2) 다만, 공소외 5 회사로부터 반환받은 8억 원 중 피고인 2에게 지급한 3억 5천만 원 부분은 아래와 같은 법리와 원심 및 당심에서 조사한 증거들(특히 피고인 2가 당심에서 신청하여 증거조사가 이루어진 증 제7호증의 1, 2, 3, 증 제8호증의 1, 2의 각 기재)에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때, 공소외 4 회사의 자금을 횡령한 것이라고 보기 어렵다.

○ 횡령죄에서 불법영득의사는 타인의 재물을 보관하는 자가 위탁 취지에 반하여 권한 없이 스스로 소유권자의 처분행위를 하려는 의사를 의미하므로, 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위한 것이 아니라 소유자의 이익을 위하여 이를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 불법영득의사를 인정할 수 없다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1904 판결 등 참조).

○ 피고인 2는 2013. 3. 20. 피고인 1이 대주주로 있던 공소외 19 회사가 공소외 4 회사의 관리종목 지정을 막기 위해 공소외 4 회사 소유의 △△ 주식을 매입하는 과정에서 계약금 2억 8,000만 원을 지급할 수 있도록 공소외 19 회사 명의 계좌로 3억 원을 입금하였다가, 같은 날 공소외 19 회사로부터 위 3억 원을 돌려받았다.

그리고 다음날인 2013. 3. 21. 다시 공소외 4 회사의 법인 운영자금 조달을 위해 공소외 4 회사 명의 계좌로 3억 원을 입금하였고, 공소외 4 회사는 같은 달 27. 위와 같이 공소외 5 회사로부터 반환받은 8억 원 중에서 3억 5,000만 원을 피고인 2에게 지급하였다.

위 3억 5,000만 원 부분은 피고인 2가 공소외 4 회사에 2013. 3. 21. 대여한 3억 원에 대한 원리금 변제 및 앞서 본 공소외 19 회사에 대한 주식인수 계약금 대여, 공소외 4 회사에 대한 긴급 운영자금 대여 등에 대한 사례를 위한 것으로 보이는바, 이는 위 돈의 소유자인 공소외 4 회사의 이익을 위하여 보관금을 처분한 경우에 해당한다고 할 것이어서,

앞서 본 법리에 비추어 불법영득의사를 인정할 수 없다.

3) 이 부분 항소이유 주장은 공소외 5 회사로부터 반환받아 조성한 8억 원 중 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 임의로 처분한 4억 5,000만 원 부분에 관해서는 이유 없다.

그러나 공소외 4 회사의 이익을 위해 피고인 2에게 변제한 3억 5,000만 원 부분은 앞서 본 바와 같이 불법영득의사를 인정할 수 없어 횡령죄에 해당하지 아니하는바, 위 피고인들이 공모하여 위 3억 5,000만 원을 횡령하였음을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 횡령죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

#### 라. 시세조종 관련 자본시장법위반의 점

피고인 1, 피고인 2는 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제4항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 설시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 설시와 같은 사정들에다가 아래와 같은 법리 및 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인들이 지적하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

○ 자본시장법 제176조 제2항에서 정한 '매매를 유인할 목적'은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 증권시장 등에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 증권 등의 매매에 끌어들이려는 목적으로서, 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

한편 위 조항 제1호에서 정한 '그 증권 또는 장내파생상품의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'는 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 충분하다.

이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 증권 등의 성격과 발행된 증권 등의 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 2013. 4. 11. 선고 2012도14446 판결 등 참조).

이러한 법리를 기초로 살피건대, ① 피고인 1로서는 반대매매된 공소외 4 회사 주식 400만 주를 매집하여 경영권을 유지할 필요가 있었고, 그 과정에서 경제적 손실을 최소화하기 위하여 시세조종을 시도할만한 유인이 있었던 점, ② 이 사건 시세조종 행위를 공모한 피고인들은 2012. 6. 5.부터 같은 달 20.까지 사이에 총 11개의 증권계좌를 이용하여 비교적 저가에 공소외 4 회사 주식을 매집하고자 의도적으로 주가를 하락시키는 주문을 제출하였는바, 이를 위한 저가매도주문, 허매도성 주문, 시·종가관여 주문, 가장·통정매매 등의 시세조종성 주문이 총 721회에 이르는 점,

③ 피고인들이 관여한 매도 호가의 비중은 시세조종 행위 기간 동안 전체의 20.2%에 이르는 점, ④ 공소외 4 회사 주식은 거래량이 많지 않아 매매를 유인하기 위해서는 저가매수주문과 더불어 시장가매수주문 등을 통하여 시장에서 꾸준히 거래가 이루어지는 것처럼 보이는 것이 중요한데, 피고인들에 의한 시장가매수주문이나 저가매수주문의 거래 간격, 거래수량 등에 비추어 그러한 의도를 엿볼 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 비록 시세조종 행위 기간 동안 2012. 6. 5. 1,245원이던 공소외 4 회사 주가가 2012. 6. 20.에는 1,370~1,400원 대로 상승하였음을 감안하더라도, 이 부분 공소사실이 자본시장법 제176조 제2항에 정한 시세조종 행위에 해당함을 충분히 인정할 수 있다.

- 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적 또는 암묵적으로 상통하여 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이며, 위 공모에 대하여는 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있는 것이다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보건대, 비록 피고인 1이 주식거래시장에서 공소외 4 회사 주식의 시세조종 행위를 직접 담당하지는 아니하였더라도, ① 피고인 4를 통하여 소개받은 피고인 2에게 사채 담보로 제공하였다가 반대매매를 통해 매각된 공소외 4 회사 주식 400만 주의 원상회복을 부탁한 점, ② 시세조종 행위에 필요한 거액의 자금과 차명 증권계좌를 제공한 점, ③ 시세조종행위 기간 동안 주식거래시장 마감 후 수행비서인 공소외 20을 통하여 당일 공소외 4 회사 주식 거래 결과를 보고받은 점, ④ 위 시세조종 행위 이전이기는 하나, 2011. 5.~6.경 피고인 7에게 '내가 지금 공소외 4 회사 주가를 누르고 있는데, 앞으로 10~20배까지 주가를 올릴 것이니 회사에 투자할 사람이 있으면 알아봐 달라.'고 부탁하는 등 시세조종을 통한 주가 조작에 관하여 기본적인 내용을 이미 파악하고 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 최종적으로 공소외 4 회사 주식 합계 약 384만주를 매집하여 당초 자신이 세운 목표를 거의 달성한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 사건 시세조종 행위의 공모공동정범임이 넉넉히 인정된다.

### 3. 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 △△ 인수 관련 자본시장법위반의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9가 미공개중요정보를 매매 그 밖의 거래에 이용하였음을 인정하기 어렵다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

기록상 인정되는 원심 설시의 사정들을 종합하면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거리에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다(원심이 설시한 관련 법리와 제반 사정에 비추어 보면, 피고인들이 제3자에게 △△ 지분 인수에 관한 정보를 제공함으로써 제3자에 의한 워런트 행사 및 인수가 일부 이루어졌더라도, 그러한 점만으로 피고인들의 행위가 자본시장법상 '미공개중요정보의 이용'에 해당한다고 단정할 수는 없다). 검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

나. 피고인 1, 피고인 8의 □□□ 투자 유치 관련 자본시장법위반의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 피고인 8이 공모하여 □□□ 투자계획을 이용하여 일반공모 유상증자를 통해 9억 9,000만 원의 부당이득을 취득하였음을 인정하기에 부족하다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심 설시의 사정들에 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사의 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

○ □□□가 2013. 1. 8.과 같은 달 14. 2회에 걸쳐 공소외 4 회사 측에 '일정한 기한까지 수수료를 지급하지 않으면 2012. 12. 28.자 투자계약(SPPA)이 취소될 것이다.

'라는 취지의 문서들을 보낸 바 있으나, 같은 달 24. 이전에 공소외 4 회사 측에 수수료 미지급으로 인해 위 투자계약이 취소되었거나 최종적으로 종료되었음을 알리는 취지의 문서를 보내지는 아니하였다.

○ 오히려 □□□가 2013. 1. 27. 공소외 21과 공소외 22 회사에게 보낸 문서의 말미에는 '□□□는 공소외 4 회사의 어떠한 의무도 면제하지 않을 것이고, 공소외 4 회사에 대해 어떠한 이의도 제기하지 않을 것이다.

'는 내용이 기재되어 있는바, 이에 비추어 보면 □□□도 적어도 이 시점까지는 공소외 4 회사와의 위 투자계약 관계가 종료되지 않았다고 인식한 것으로 보인다.

다.

피고인 1의 피해자 공소외 11, 공소외 2에 대한 횡령의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1이 공소외 11, 공소외 2 소유의 재물을 횡령하였다고 인정할 수 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

기록상 인정되는 원심 설시의 사정들을 종합하면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

4. 피고인 3, 피고인 7 및 검사의 양형부당 주장에 대한 판단

제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고, 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 이를 존중함이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 법리를 기초로 살피건대, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7에 대하여 당심에서 새로운 양형 자료가 제출되지 아니하여 원심과 비교하여 양형조건에 별다른 변화가 없는바, 이 사건 변론 과정에서 드러난 양형 사유들을 종합하여 보면, 피고인 3, 피고인 7에 대한 원심의 양형이 너무 무겁거나 가벼워서, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6에 대한 원심의 양형이 너무 가벼워서 재량의 합리적인 범위를 벗어났다고 보이지 아니한다.

피고인 3, 피고인 7 및 검사의 양형부당 주장 역시 이유 없다.

## 5. 결론

피고인 3, 피고인 7의 항소와 검사의 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9에 대한 항소 및 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분에 대한 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 모두 기각한다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점에 관한 항소는 일부 이유 있어 피고인 1에 대한 유죄 부분 및 피고인 2에 대한 부분에 관하여 다시 형을 정하여야 하므로, 피고인 1, 피고인 2의 양형부당 주장 및 검사의 피고인 1, 피고인 2에 대한 양형부당 주장에 관한 판단은 생략한 채, 형사소송법 제 364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분 및 피고인 2에 대한 부분을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 주가조작 풍문유포 관련 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점(원심 판시 범죄사실 제2항)

피고인 1: 위 피고인은 직접 또는 피고인 7을 통하여 공소외 4 회사 주식의 주가 조작에 관련된 풍문을 유포한 사실이 없다.

피고인 7: 위 피고인은 절친한 소수의 지인에게 공소외 4 회사의 주식이 투자할만한 좋은 주식이라는 취지의 말을 한 사실은 있으나, 공소외 4 회사의 주가가 시장 조작에 의하여 변동한다는 취지로 말한 사실은 없다.

위와 같은 특정인들에 대한 주식매수 권유행위에 대해 전파가능성과 유포의 범의를 인정하는 것은 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 한다)상 주가조작 풍문유포에 관한 법리를 오해한 것이다.

나) △△ 인수 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점(원심 판시 범죄사실 제3항)

피고인 1: 위 피고인이 보관한 15억 원은 △△ 인수대금 감액으로 인해 공소외 3 회사의 운영자인 공소외 12로부터 인수 대금 일부를 돌려받은 것이 아니라, 공소외 4 회사 운영자금을 조달하기로 한 피고인 9가 공소외 12로부터 위 돈을 차용하여 이행 담보를 위해 위 피고인 개인에게 제공한 것이다.

위 15억 원은 피고인 9가 약정에 따라 제공한 이행담보금이고, 위 피고인이 공소외 4 회사로부터 위탁받아 보관한 자금 이 아니므로 공소외 4 회사에 대한 횡령죄는 성립될 수 없다.

다) 공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점(원심 판시 범죄사실 제5항)

피고인 1: 공소외 4 회사와 공소외 5 회사 사이에 체결된 즉석떡 제조장치 총판계약의 대금이 8억 원 이상 부풀려진 금액이라는 점을 인정할 증거가 없다.

위 피고인은 공소외 5 회사로부터 8억 원을 반환받은 경위에 관하여 전혀 알지 못하고, 위 돈은 공소외 5 회사의 운영자이던 공소외 6이 피고인 2에게 개인적으로 대여한 것이므로, 피고인 1은 위 돈의 보관자가 아니다.

피고인 2: 위 피고인은 공소외 5 회사의 운영자 공소외 6으로부터 8억 원을 교부받아 피고인 1에게 전달하였을 뿐, 위 돈이 즉석떡 제조장치 총판계약의 대금 중 일부라는 사실을 알지 못하였다.

또한 위 8억 원 중 피고인 2에게 지급된 3억 5천만 원은 위 피고인이 공소외 4 회사에 운영자금으로 대여한 3억 원에 대한 원리금 채무 변제 및 사례금에 해당하므로, 공소외 4 회사를 위하여 사용된 것이어서 횡령죄를 구성하지 아니한다.

라) 시세조종 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 범죄사실 제6항)

피고인 1: 위 피고인은 자신이 보유한 공소외 4 회사 주식 400만 주를 사채업자 등에게 담보로 제공하였다가 반대매매로 매각된 후, 피고인 4에게 자신의 보유 주식을 원래대로 회복하라고 요구하였을 뿐, 피고인 2 등과 공모하여 시세조종을 한 사실은 없다.

피고인 2: 위 피고인은 자신의 지인들이 공소외 4 회사 주식에 투자하였다가 입은 손실 보전 명목으로 피고인 1로부터 현금 5억 원과 주식 50만 주를 받은 사실은 있으나, 피고인 1의 의뢰를 받아 다른 피고인들과 공모하여 공소외 4 회사 주식의 시세조종 행위를 한 사실은 없다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(피고인 1: 징역 3년, 피고인 2: 징역 2년, 피고인 3, 피고인 7: 각 징역 1년의 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

## 나. 검사

### 1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 △△ 인수 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 무죄부분 제1항)

위 피고인들은 처음부터 시세차익을 목적으로 미공개된 중요정보인 △△ 인수 건을 이용하여 워런트를 취득함으로써 이익을 창출하였는바, 이는 미공개된 중요한 정보를 알고 있는 자들만이 그 정보를 이용한 것으로 증권시장의 공정성을 해하는 행위에 해당한다.

한편, 피고인 1은 피고인 7을 통하여 공소외 2, 공소외 11 등을 상대로 △△ 인수에 관한 설명을 하고 워런트 인수 및 행사를 권유하는 방식으로 자금을 모집하였고, 피고인 9는 공소외 13, 공소외 14 등에게 △△ 인수에 관한 이야기를 하면서 워런트를 인수하면 주가차익을 얻을 수 있다는 취지의 말을 하여 워런트 인수 및 행사를 권유하였는바, 이는 정보를 공유하는 자들 사이의 거래행위가 아니라 그 이외의 투자자들에게 정보를 제공하여 이익을 얻게 한 것이므로, 자본시장법이 금지하고 있는 미공개중요정보의 이용에 해당한다.

나) 피고인 1, 피고인 8의 □□□ 투자 유치 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 무죄부분 제2항)

피고인 6과 피고인 8의 각 진술 등에 의하면, 위 피고인들은 늦어도 2013. 1. 24. 전에는 공소외 4 회사에 대한 □□□의 투자 유치가 사실상 결렬되었음을 알면서도 그 사실을 공시하지 아니한 채 공소외 4 회사의 일반공모 유상증자를 계속 진행하여 청약 배정을 완료하였는바, 이는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단·계획 또는 기교를 사용하는 행위를 하고, 중요사항에 관한 표시를 누락한 공시를 함으로써 부당이득을 취득한 것이다.

다) 피고인 1의 피해자 공소외 11, 공소외 2에 대한 횡령의 점(원심 판시 무죄부분 제3항)

위 피해자들의 진술 등에 의하면, 위 피고인은 피해자들로부터 교부받은 워런트 행사대금을 납입하여 자신이 보관하게 된 공소외 4 회사 주식 합계 100만 주를 위 피해자들을 위해 보관할 의무가 있음에도, 피해자들에게 교부한 일부 주식과 주식 매각대금을 제외한 나머지 주식들을 임의로 처분하여 이를 횡령하였다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7에 대한 선고형은 위 가. 2)항 기재와 같다.

피고인 4: 징역 1년 6월의 집행유예 3년, 피고인 5: 벌금 1천만 원, 피고인 6: 징역 6월의 집행유예 1년)은 너무 가벼워서 부당하다.

## 2. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 7의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

### 가. 주가조작 풍문유포 관련 자본시장법위반의 점

피고인 1, 피고인 7은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제1항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 위 피고인들로부터 이 부분 공소 사실과 같은 내용으로 공소외 4 회사 주식의 주가조작 풍문을 들었다는 취지의 공소외 2, 공소외 11, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17의 수사기관 및 원심 법정에서의 각 진술이 대체로 일관되고 구체적이며, 서로 모순된다고 보기 어려운 점을 더하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인들이 지적하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

### 나. △△ 인수 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점

피고인 1은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제2항에서 위 피고인의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 이들 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인이 지적하는 바와 같은 사실 오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

- 피고인 1과 피고인 9 사이에 2011. 12. 8. 체결된 계약에서 '① 피고인 9는 20억 원 이상의 사모유상증자를 할 수 있고, 이를 통하여 조달된 자금 중 16억 원을 △△ 지분 인수에 투자한다.
  - ② 피고인 9는 추가자금 확보를 위해 2012. 1. 초에 10억 원의 소액 공모유상증자를 할 수 있다.
  - ③ 공소외 4 회사는 ◇◇◇◇ 지분을 매도하여 30억 원이 회수되면 25억 원을 △△ 인수 잔금에 사용하되, 위 30억 원이 회수되지 않으면 피고인 9는 25억 원 이상을 사모유상증자 기타의 방법으로 자기자본 조달을 하여 △△ 지분을 매입할 수 있도록 최선을 다한다.
- '고 약정하였다.

공소외 4 회사는 2012. 1. 9. 공소외 3 회사에 △△ 인수자금의 중도금으로 26억 원을 지급하였는데, 이 돈은 공소외 4 회사의 워런트 행사자금으로 납입된 자금과 2012. 1. 6.자 일반공모 유상증자 10억 원 및 피고인 9의 동생 공소외 14 배정 유상증자 20억 원을 통하여 조달한 자금 30억 원에서 마련된 것이었다.

한편 중도금 지급일인 2012. 1. 9. 피고인 1과 공소외 3 회사의 운영자 공소외 12 사이에 작성된 '주식 및 경영권 양수도 계약서 관련 합의서'에는 '2012. 1. 9.부터 2012. 1. 31.까지 사이에 공소외 4 회사가 △△ 주식 인수대금 조달을 위한 유상증자를 하지 못하면 공소외 3 회사는 총 양도대금 51억 원 중 잔금 15억 원을 감액한다.

'고 명시되어 있다.

위와 같은 사실관계를 종합하여 보면, 공소외 4 회사의 공소외 3 회사에 대한 2012. 1. 9. △△ 인수대금의 중도금 지급 당시 위 2011. 12. 8.자 계약에 따른 자금조달 방안 중 ①과 ②는 모두 마쳐진 상태였으므로, 공소외 4 회사의 ◇◇◇◇ 지분 매각이 이루어지지 않는 한 △△ 인수대금의 잔금 확보방법은 위 ③항에 따라 피고인 9가 25억 원 이상을 사모유상증자 등의 방법으로 조달하는 것이었다.

따라서 위 2012. 1. 9.자 '주식 및 경영권 양수도 계약서 관련 합의서'에서 '2012. 1. 9.부터 2012. 1. 31.까지 사이에 공소외 4 회사가 실시할 △△ 주식 인수대금 조달을 위한 유상증자'는 위 2011. 12. 8.자 계약에서 정한 '피고인 9의 25억 원 이상의 사모유상증자'를 의미한다고 할 것이다.

따라서 위 2012. 1. 9.자 합의서 작성 당시 이미 완료된, 2012. 1. 초순 공소외 14 명의로 배정된 20억 원 유상증자에 의하여 감액 조항의 효력이 이미 소멸하였다는 취지의 피고인 1의 주장은 받아들이지 아니한다.

- 공소외 3 회사에 대한 △△ 인수대금의 잔금 지급일인 2012. 1. 31.까지 공소외 4 회사는 피고인 9에 대한 25억 원 추가 유상증자를 하지 못하였으므로, 위 2012. 1. 9.자 합의에 기하여 공소외 4 회사의 공소외 3 회사에 대한 △△ 인수대금 중 잔금 15억 원의 지급 의무는 소멸되었다.



○ 공소외 3 회사의 운영자인 공소외 12는 검찰 조사에서 피고인 9에 대한 대여금 형식으로 피고인 1에게 15억 원을 교부하게 된 경위에 관하여 '피고인 1이 요구하였다.

당시 피고인 1이 돈을 입금할 것이니 저희 직원 통해서 통장을 공소외 4 회사로 보내라고 하였다.

그래서 공소외 3 회사 직원 공소외 18에게 통장을 가지고 공소외 4 회사에 가서 돈을 받은 다음 빼서 주고 오라고 하였다.

그런데 피고인 1이 직접 보내지 말고 피고인 9의 통장으로 받아서 달라고 한 것 같고, 저는 공소외 18로부터 그런 보고를 받고 피고인 1이 해 달라는 대로 해주라고 한 것으로 기억한다.

'고 진술하였다.

다.

공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점

1) 피고인 1, 피고인 2는 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제3항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 이들 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 위 피고인들이 공모하여 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에 지급한 계약금 및 중도금 일부를 즉시 반환받아 사용하였다고 인정한 원심의 판단은 정당하다.

○ 공소외 4 회사와 공소외 5 회사는 2013. 3. 25. 공소외 5 회사가 보유한 '즉석떡 제조장치' 및 그 총판권 등에 관한 국내 및 해외 총판계약을 체결하면서, 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에게 지급할 양도대금을 총 22억 원(계약금 3억 5,000만 원, 중도금 5억 원은 계약 당일 지급, 잔금 13억 5,000만 원은 2013. 6. 28. 지급)으로 약정하였는바, ① 위 계약 체결 과정에서 예상수익 등에 대한 실질적인 검토가 이루어지지 않은 점, ② 양도대금 중 18억 7,000만 원에 이르는 부분이 공소외 5 회사가 보유한 '즉석떡 제조장치 등'에 관한 특허권 및 총판권 같은 무형의 재산권임에도 이에 대한 객관적 평가가 제대로 이루어지지 않은 점, ③ 위 계약상 중도금 5억 원은 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에서 공급하는 즉석떡 제조장치 300대를 확인한 후 지급하도록 되어 있는데, 실제로는 89대만 납품되었고 즉시 사용가능한 상태도 아니었음에도 바로 중도금 지급이 이루어진 점, ④ 통상의 계약과 달리 중도금 지급일이 계약금 지급일과 같은 날짜였던 점 등에 비추어 보면, 피고인 1, 피고인 2가 계약금 및 중도금을 지급한 후 즉시 그 대부분을 반환받을 의도에서 정상적인 가치에 비해 상당히 부풀려진 가액으로 계약이 체결된 것으로 보인다.

○ 공소외 5 회사의 운영자였던 공소외 6이 검찰 조사 당시 작성한 자필진술서에는 '공소외 4 회사와 계약 조건 내지 내용을 협상하고 결정한 실무자와 책임자는 피고인 4, 피고인 2, 피고인 1 등이었다.

계약금 및 중도금 중 8억 원 반환에 관해서는 피고인 4, 피고인 2의 요청이 있었고, 본인이 피고인 1의 확인을 거쳐 대

여하였다.

차용 이유에 대해서는 감사보고서를 받기 위해 피고인 1이 사채업자로부터 차용한 주식담보 대출이자와 피고인 2로부터 빌린 돈의 변제 등에 사용한다고 하였다.

8억 원의 반환요구는 피고인 1과 피고인 4에게 계속하였고, 나중에 피고인 4로부터 1억 원을 돌려받았다.

피고인 1이 계속 피하다 어느 날 만나게 되어 갚으라고 하니 우선 피고인 4한테 1억 원을 보낼테니 받으라고 하여 받고 그 후로는 만날 일이 없었다.

‘는 취지로 기재되어 있다(공소외 6은 당심 법정에서는 이와 달리 ‘8억 원은 피고인 2에게 빌려 준 것이다.

피고인 1로부터 8억 원을 빌려달라는 부탁을 받은 바 없었고, 그와 관련하여 만나거나 통화한 사실도 없었다.

피고인 1은 4월 초에 처음 만나 사실진위에 관해 물었다.

‘고 하면서, 검찰에서 작성한 자필진술서의 내용은 약을 먹은 상태에서 장시간 조사가 이루어졌고 수사관의 유도에 의해 작성되어 허위라는 취지로 진술하였다.

그러나 ① 공소외 6이 피고인 1을 처음 만난 시기는 위 법정진술에서 언급한 2013. 4. 초경이 아니라 공소외 4 회사와 공소외 5 회사 사이의 계약이 체결된 2013. 3. 25. 이전으로, 서로 만나 계약에 관해 논의하고 즉석떡의 시식회도 열었던 점, ② 공소외 6으로부터 돌려받은 8억 원은 피고인 1이 보유한 주식의 담보대출이자 등에 주로 사용된 점, ③ 공소외 6이 작성한 위 자필진술서는, 당시 공소외 6이 병중에 있어 검찰수사관이 공소외 6의 자택을 방문하여 미리 질문이 인쇄된 종이를 교부하고, 이에 공소외 6이 자필로 각 질문에 답변을 기재하는 방식으로 작성된 것으로 미리 준비된 질문에 답하는 단문장답 형식이라 유도신문의 가능성이 낮고, 그 내용이 구체적이고 자연스러우며 객관적 정황에도 부합하는 점 등을 등을 고려하면, 공소외 6의 위 자필진술서의 기재 내용은 신빙성이 높으나, 그와 다른 취지의 당심 법정진술은 믿기 어렵다).

2) 다만, 공소외 5 회사로부터 반환받은 8억 원 중 피고인 2에게 지급한 3억 5천만 원 부분은 아래와 같은 법리와 원심 및 당심에서 조사한 증거들(특히 피고인 2가 당심에서 신청하여 증거조사가 이루어진 증 제7호증의 1, 2, 3, 증 제8호증의 1, 2의 각 기재)에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때, 공소외 4 회사의 자금을 횡령한 것이라고 보기 어렵다.

○ 횡령죄에서 불법영득의사는 타인의 재물을 보관하는 자가 위탁 취지에 반하여 권한 없이 스스로 소유권자의 처분행위를 하려는 의사를 의미하므로, 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위한 것이 아니라 소유자의 이익을 위하여 이를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 불법영득의사를 인정할 수 없다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1904 판결 등 참조).

○ 피고인 2는 2013. 3. 20. 피고인 1이 대주주로 있던 공소외 19 회사가 공소외 4 회사의 관리종목 지정을 막기 위해 공소외 4 회사 소유의 △△ 주식을 매입하는 과정에서 계약금 2억 8,000만 원을 지급할 수 있도록 공소외 19 회사 명의 계좌로 3억 원을 입금하였다가, 같은 날 공소외 19 회사로부터 위 3억 원을 돌려받았다.

그리고 다음날인 2013. 3. 21. 다시 공소외 4 회사의 법인 운영자금 조달을 위해 공소외 4 회사 명의 계좌로 3억 원을 입금하였고, 공소외 4 회사는 같은 달 27. 위와 같이 공소외 5 회사로부터 반환받은 8억 원 중에서 3억 5,000만 원을 피고인 2에게 지급하였다.

위 3억 5,000만 원 부분은 피고인 2가 공소외 4 회사에 2013. 3. 21. 대여한 3억 원에 대한 원리금 변제 및 앞서 본 공소외 19 회사에 대한 주식인수 계약금 대여, 공소외 4 회사에 대한 긴급 운영자금 대여 등에 대한 사례를 위한 것으로 보이는바, 이는 위 돈의 소유자인 공소외 4 회사의 이익을 위하여 보관금을 처분한 경우에 해당한다고 할 것이어서,

앞서 본 법리에 비추어 불법영득의사를 인정할 수 없다.

3) 이 부분 항소이유 주장은 공소외 5 회사로부터 반환받아 조성한 8억 원 중 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 임의로 처분한 4억 5,000만 원 부분에 관해서는 이유 없다.

그러나 공소외 4 회사의 이익을 위해 피고인 2에게 변제한 3억 5,000만 원 부분은 앞서 본 바와 같이 불법영득의사를 인정할 수 없어 횡령죄에 해당하지 아니하는바, 위 피고인들이 공모하여 위 3억 5,000만 원을 횡령하였음을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 횡령죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

#### 라. 시세조종 관련 자본시장법위반의 점

피고인 1, 피고인 2는 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제4항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 아래와 같은 법리 및 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인들이 지적하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

○ 자본시장법 제176조 제2항에서 정한 '매매를 유인할 목적'은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 증권시장 등에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 증권 등의 매매에 끌어들이려는 목적으로서, 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

한편 위 조항 제1호에서 정한 '그 증권 또는 장내파생상품의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'는 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 충분하다.

이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 증권 등의 성격과 발행된 증권 등의 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 2013. 4. 11. 선고 2012도14446 판결 등 참조).

이러한 법리를 기초로 살피건대, ① 피고인 1로서는 반대매매된 공소외 4 회사 주식 400만 주를 매집하여 경영권을 유지할 필요가 있었고, 그 과정에서 경제적 손실을 최소화하기 위하여 시세조종을 시도할만한 유인이 있었던 점, ② 이 사건 시세조종 행위를 공모한 피고인들은 2012. 6. 5.부터 같은 달 20.까지 사이에 총 11개의 증권계좌를 이용하여 비교적 저가에 공소외 4 회사 주식을 매집하고자 의도적으로 주가를 하락시키는 주문을 제출하였는바, 이를 위한 저가매도주문, 허매도성 주문, 시·종가관여 주문, 가장·통정매매 등의 시세조종성 주문이 총 721회에 이르는 점,

③ 피고인들이 관여한 매도 호가의 비중은 시세조종 행위 기간 동안 전체의 20.2%에 이르는 점, ④ 공소외 4 회사 주식은 거래량이 많지 않아 매매를 유인하기 위해서는 저가매수주문과 더불어 시장가매수주문 등을 통하여 시장에서 꾸준히 거래가 이루어지는 것처럼 보이는 것이 중요한데, 피고인들에 의한 시장가매수주문이나 저가매수주문의 거래 간격, 거래수량 등에 비추어 그러한 의도를 엿볼 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 비록 시세조종 행위 기간 동안 2012. 6. 5. 1,245원이던 공소외 4 회사 주가가 2012. 6. 20.에는 1,370~1,400원 대로 상승하였음을 감안하더라도, 이 부분 공소사실이 자본시장법 제176조 제2항에 정한 시세조종 행위에 해당함을 충분히 인정할 수 있다.

- 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적 또는 암묵적으로 상통하여 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이며, 위 공모에 대하여는 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있는 것이다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보건대, 비록 피고인 1이 주식거래시장에서 공소외 4 회사 주식의 시세조종 행위를 직접 담당하지는 아니하였더라도, ① 피고인 4를 통하여 소개받은 피고인 2에게 사채 담보로 제공하였다가 반대매매를 통해 매각된 공소외 4 회사 주식 400만 주의 원상회복을 부탁한 점, ② 시세조종 행위에 필요한 거액의 자금과 차명 증권계좌를 제공한 점, ③ 시세조종행위 기간 동안 주식거래시장 마감 후 수행비서인 공소외 20을 통하여 당일 공소외 4 회사 주식 거래 결과를 보고받은 점, ④ 위 시세조종 행위 이전이기는 하나, 2011. 5.~6.경 피고인 7에게 '내가 지금 공소외 4 회사 주가를 누르고 있는데, 앞으로 10~20배까지 주가를 올릴 것이니 회사에 투자할 사람이 있으면 알아봐 달라.'고 부탁하는 등 시세조종을 통한 주가 조작에 관하여 기본적인 내용을 이미 파악하고 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 최종적으로 공소외 4 회사 주식 합계 약 384만주를 매집하여 당초 자신이 세운 목표를 거의 달성한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 사건 시세조종 행위의 공모공동정범임이 넉넉히 인정된다.

### 3. 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 △△ 인수 관련 자본시장법위반의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9가 미공개중요정보를 매매 그 밖의 거래에 이용하였음을 인정하기 어렵다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

기록상 인정되는 원심 설시의 사정들을 종합하면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거리에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다(원심이 설시한 관련 법리와 제반 사정에 비추어 보면, 피고인들이 제3자에게 △△ 지분 인수에 관한 정보를 제공함으로써 제3자에 의한 워런트 행사 및 인수가 일부 이루어졌더라도, 그러한 점만으로 피고인들의 행위가 자본시장법상 '미공개중요정보의 이용'에 해당한다고 단정할 수는 없다). 검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

나. 피고인 1, 피고인 8의 □□□ 투자 유치 관련 자본시장법위반의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 피고인 8이 공모하여 □□□ 투자계획을 이용하여 일반공모 유상증자를 통해 9억 9,000만 원의 부당이득을 취득하였음을 인정하기에 부족하다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심 설시의 사정들에 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사의 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

○ □□□가 2013. 1. 8.과 같은 달 14. 2회에 걸쳐 공소외 4 회사 측에 '일정한 기한까지 수수료를 지급하지 않으면 2012. 12. 28.자 투자계약(SPPA)이 취소될 것이다.

'라는 취지의 문서들을 보낸 바 있으나, 같은 달 24. 이전에 공소외 4 회사 측에 수수료 미지급으로 인해 위 투자계약이 취소되었거나 최종적으로 종료되었음을 알리는 취지의 문서를 보내지는 아니하였다.

○ 오히려 □□□가 2013. 1. 27. 공소외 21과 공소외 22 회사에게 보낸 문서의 말미에는 '□□□는 공소외 4 회사의 어떠한 의무도 면제하지 않을 것이고, 공소외 4 회사에 대해 어떠한 이의도 제기하지 않을 것이다.

'는 내용이 기재되어 있는바, 이에 비추어 보면 □□□도 적어도 이 시점까지는 공소외 4 회사와의 위 투자계약 관계가 종료되지 않았다고 인식한 것으로 보인다.

다.

피고인 1의 피해자 공소외 11, 공소외 2에 대한 횡령의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1이 공소외 11, 공소외 2 소유의 재물을 횡령하였다고 인정할 수 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

기록상 인정되는 원심 설시의 사정들을 종합하면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

4. 피고인 3, 피고인 7 및 검사의 양형부당 주장에 대한 판단

제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고, 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 이를 존중함이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 법리를 기초로 살피건대, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7에 대하여 당심에서 새로운 양형 자료가 제출되지 아니하여 원심과 비교하여 양형조건에 별다른 변화가 없는바, 이 사건 변론 과정에서 드러난 양형 사유들을 종합하여 보면, 피고인 3, 피고인 7에 대한 원심의 양형이 너무 무겁거나 가벼워서, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6에 대한 원심의 양형이 너무 가벼워서 재량의 합리적인 범위를 벗어났다고 보이지 아니한다.

피고인 3, 피고인 7 및 검사의 양형부당 주장 역시 이유 없다.

## 5. 결론

피고인 3, 피고인 7의 항소와 검사의 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9에 대한 항소 및 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분에 대한 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 모두 기각한다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점에 관한 항소는 일부 이유 있어 피고인 1에 대한 유죄 부분 및 피고인 2에 대한 부분에 관하여 다시 형을 정하여야 하므로, 피고인 1, 피고인 2의 양형부당 주장 및 검사의 피고인 1, 피고인 2에 대한 양형부당 주장에 관한 판단은 생략한 채, 형사소송법 제 364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분 및 피고인 2에 대한 부분을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 주가조작 풍문유포 관련 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점(원심 판시 범죄사실 제2항)

피고인 1: 위 피고인은 직접 또는 피고인 7을 통하여 공소외 4 회사 주식의 주가 조작에 관련된 풍문을 유포한 사실이 없다.

피고인 7: 위 피고인은 절친한 소수의 지인에게 공소외 4 회사의 주식이 투자할만한 좋은 주식이라는 취지의 말을 한 사실은 있으나, 공소외 4 회사의 주가가 시장 조작에 의하여 변동한다는 취지로 말한 사실은 없다.

위와 같은 특정인들에 대한 주식매수 권유행위에 대해 전파가능성과 유포의 범의를 인정하는 것은 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 한다)상 주가조작 풍문유포에 관한 법리를 오해한 것이다.

나) △△ 인수 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점(원심 판시 범죄사실 제3항)

피고인 1: 위 피고인이 보관한 15억 원은 △△ 인수대금 감액으로 인해 공소외 3 회사의 운영자인 공소외 12로부터 인수 대금 일부를 돌려받은 것이 아니라, 공소외 4 회사 운영자금을 조달하기로 한 피고인 9가 공소외 12로부터 위 돈을 차용하여 이행 담보를 위해 위 피고인 개인에게 제공한 것이다.

위 15억 원은 피고인 9가 약정에 따라 제공한 이행담보금이고, 위 피고인이 공소외 4 회사로부터 위탁받아 보관한 자금 이 아니므로 공소외 4 회사에 대한 횡령죄는 성립될 수 없다.

다) 공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점(원심 판시 범죄사실 제5항)

피고인 1: 공소외 4 회사와 공소외 5 회사 사이에 체결된 즉석떡 제조장치 총판계약의 대금이 8억 원 이상 부풀려진 금액이라는 점을 인정할 증거가 없다.

위 피고인은 공소외 5 회사로부터 8억 원을 반환받은 경위에 관하여 전혀 알지 못하고, 위 돈은 공소외 5 회사의 운영자이던 공소외 6이 피고인 2에게 개인적으로 대여한 것이므로, 피고인 1은 위 돈의 보관자가 아니다.

피고인 2: 위 피고인은 공소외 5 회사의 운영자 공소외 6으로부터 8억 원을 교부받아 피고인 1에게 전달하였을 뿐, 위 돈이 즉석떡 제조장치 총판계약의 대금 중 일부라는 사실을 알지 못하였다.

또한 위 8억 원 중 피고인 2에게 지급된 3억 5천만 원은 위 피고인이 공소외 4 회사에 운영자금으로 대여한 3억 원에 대한 원리금 채무 변제 및 사례금에 해당하므로, 공소외 4 회사를 위하여 사용된 것이어서 횡령죄를 구성하지 아니한다.

라) 시세조종 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 범죄사실 제6항)

피고인 1: 위 피고인은 자신이 보유한 공소외 4 회사 주식 400만 주를 사채업자 등에게 담보로 제공하였다가 반대매매로 매각된 후, 피고인 4에게 자신의 보유 주식을 원래대로 회복하라고 요구하였을 뿐, 피고인 2 등과 공모하여 시세조종을 한 사실은 없다.

피고인 2: 위 피고인은 자신의 지인들이 공소외 4 회사 주식에 투자하였다가 입은 손실 보전 명목으로 피고인 1로부터 현금 5억 원과 주식 50만 주를 받은 사실은 있으나, 피고인 1의 의뢰를 받아 다른 피고인들과 공모하여 공소외 4 회사 주식의 시세조종 행위를 한 사실은 없다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(피고인 1: 징역 3년, 피고인 2: 징역 2년, 피고인 3, 피고인 7: 각 징역 1년의 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

## 나. 검사

### 1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 △△ 인수 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 무죄부분 제1항)

위 피고인들은 처음부터 시세차익을 목적으로 미공개된 중요정보인 △△ 인수 건을 이용하여 워런트를 취득함으로써 이익을 창출하였는바, 이는 미공개된 중요한 정보를 알고 있는 자들만이 그 정보를 이용한 것으로 증권시장의 공정성을 해하는 행위에 해당한다.

한편, 피고인 1은 피고인 7을 통하여 공소외 2, 공소외 11 등을 상대로 △△ 인수에 관한 설명을 하고 워런트 인수 및 행사를 권유하는 방식으로 자금을 모집하였고, 피고인 9는 공소외 13, 공소외 14 등에게 △△ 인수에 관한 이야기를 하면서 워런트를 인수하면 주가차익을 얻을 수 있다는 취지의 말을 하여 워런트 인수 및 행사를 권유하였는바, 이는 정보를 공유하는 자들 사이의 거래행위가 아니라 그 이외의 투자자들에게 정보를 제공하여 이익을 얻게 한 것이므로, 자본시장법이 금지하고 있는 미공개중요정보의 이용에 해당한다.

나) 피고인 1, 피고인 8의 □□□ 투자 유치 관련 자본시장법위반의 점(원심 판시 무죄부분 제2항)

피고인 6과 피고인 8의 각 진술 등에 의하면, 위 피고인들은 늦어도 2013. 1. 24. 전에는 공소외 4 회사에 대한 □□□의 투자 유치가 사실상 결렬되었음을 알면서도 그 사실을 공시하지 아니한 채 공소외 4 회사의 일반공모 유상증자를 계속 진행하여 청약 배정을 완료하였는바, 이는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단·계획 또는 기교를 사용하는 행위를 하고, 중요사항에 관한 표시를 누락한 공시를 함으로써 부당이득을 취득한 것이다.

다) 피고인 1의 피해자 공소외 11, 공소외 2에 대한 횡령의 점(원심 판시 무죄부분 제3항)

위 피해자들의 진술 등에 의하면, 위 피고인은 피해자들로부터 교부받은 워런트 행사대금을 납입하여 자신이 보관하게 된 공소외 4 회사 주식 합계 100만 주를 위 피해자들을 위해 보관할 의무가 있음에도, 피해자들에게 교부한 일부 주식과 주식 매각대금을 제외한 나머지 주식들을 임의로 처분하여 이를 횡령하였다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7에 대한 선고형은 위 가. 2)항 기재와 같다.

피고인 4: 징역 1년 6월의 집행유예 3년, 피고인 5: 벌금 1천만 원, 피고인 6: 징역 6월의 집행유예 1년)은 너무 가벼워서 부당하다.

## 2. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 7의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

### 가. 주가조작 풍문유포 관련 자본시장법위반의 점

피고인 1, 피고인 7은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제1항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 위 피고인들로부터 이 부분 공소 사실과 같은 내용으로 공소외 4 회사 주식의 주가조작 풍문을 들었다는 취지의 공소외 2, 공소외 11, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17의 수사기관 및 원심 법정에서의 각 진술이 대체로 일관되고 구체적이며, 서로 모순된다고 보기 어려운 점을 더하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인들이 지적하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

### 나. △△ 인수 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점

피고인 1은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제2항에서 위 피고인의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.



원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 이들 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인이 지적하는 바와 같은 사실 오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

- 피고인 1과 피고인 9 사이에 2011. 12. 8. 체결된 계약에서 '① 피고인 9는 20억 원 이상의 사모유상증자를 할 수 있고, 이를 통하여 조달된 자금 중 16억 원을 △△ 지분 인수에 투자한다.
  - ② 피고인 9는 추가자금 확보를 위해 2012. 1. 초에 10억 원의 소액 공모유상증자를 할 수 있다.
  - ③ 공소외 4 회사는 ◇◇◇◇ 지분을 매도하여 30억 원이 회수되면 25억 원을 △△ 인수 잔금에 사용하되, 위 30억 원이 회수되지 않으면 피고인 9는 25억 원 이상을 사모유상증자 기타의 방법으로 자기자본 조달을 하여 △△ 지분을 매입할 수 있도록 최선을 다한다.
- '고 약정하였다.

공소외 4 회사는 2012. 1. 9. 공소외 3 회사에 △△ 인수자금의 중도금으로 26억 원을 지급하였는데, 이 돈은 공소외 4 회사의 워런트 행사자금으로 납입된 자금과 2012. 1. 6.자 일반공모 유상증자 10억 원 및 피고인 9의 동생 공소외 14 배정 유상증자 20억 원을 통하여 조달한 자금 30억 원에서 마련된 것이었다.

한편 중도금 지급일인 2012. 1. 9. 피고인 1과 공소외 3 회사의 운영자 공소외 12 사이에 작성된 '주식 및 경영권 양수도 계약서 관련 합의서'에는 '2012. 1. 9.부터 2012. 1. 31.까지 사이에 공소외 4 회사가 △△ 주식 인수대금 조달을 위한 유상증자를 하지 못하면 공소외 3 회사는 총 양도대금 51억 원 중 잔금 15억 원을 감액한다.

'고 명시되어 있다.

위와 같은 사실관계를 종합하여 보면, 공소외 4 회사의 공소외 3 회사에 대한 2012. 1. 9. △△ 인수대금의 중도금 지급 당시 위 2011. 12. 8.자 계약에 따른 자금조달 방안 중 ①과 ②는 모두 마쳐진 상태였으므로, 공소외 4 회사의 ◇◇◇◇ 지분 매각이 이루어지지 않는 한 △△ 인수대금의 잔금 확보방법은 위 ③항에 따라 피고인 9가 25억 원 이상을 사모유상증자 등의 방법으로 조달하는 것이었다.

따라서 위 2012. 1. 9.자 '주식 및 경영권 양수도 계약서 관련 합의서'에서 '2012. 1. 9.부터 2012. 1. 31.까지 사이에 공소외 4 회사가 실시할 △△ 주식 인수대금 조달을 위한 유상증자'는 위 2011. 12. 8.자 계약에서 정한 '피고인 9의 25억 원 이상의 사모유상증자'를 의미한다고 할 것이다.

따라서 위 2012. 1. 9.자 합의서 작성 당시 이미 완료된, 2012. 1. 초순 공소외 14 명의로 배정된 20억 원 유상증자에 의하여 감액 조항의 효력이 이미 소멸하였다는 취지의 피고인 1의 주장은 받아들이지 아니한다.

- 공소외 3 회사에 대한 △△ 인수대금의 잔금 지급일인 2012. 1. 31.까지 공소외 4 회사는 피고인 9에 대한 25억 원 추가 유상증자를 하지 못하였으므로, 위 2012. 1. 9.자 합의에 기하여 공소외 4 회사의 공소외 3 회사에 대한 △△ 인수대금 중 잔금 15억 원의 지급 의무는 소멸되었다.

○ 공소외 3 회사의 운영자인 공소외 12는 검찰 조사에서 피고인 9에 대한 대여금 형식으로 피고인 1에게 15억 원을 교부하게 된 경위에 관하여 '피고인 1이 요구하였다.

당시 피고인 1이 돈을 입금할 것이니 저희 직원 통해서 통장을 공소외 4 회사로 보내라고 하였다.

그래서 공소외 3 회사 직원 공소외 18에게 통장을 가지고 공소외 4 회사에 가서 돈을 받은 다음 빼서 주고 오라고 하였다.

그런데 피고인 1이 직접 보내지 말고 피고인 9의 통장으로 받아서 달라고 한 것 같고, 저는 공소외 18로부터 그런 보고를 받고 피고인 1이 해 달라는 대로 해주라고 한 것으로 기억한다.

'고 진술하였다.

다.

공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점

1) 피고인 1, 피고인 2는 원심에서도 이 부분 항소이유와 유사한 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제3항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 이들 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 위 피고인들이 공모하여 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에 지급한 계약금 및 중도금 일부를 즉시 반환받아 사용하였다고 인정한 원심의 판단은 정당하다.

○ 공소외 4 회사와 공소외 5 회사는 2013. 3. 25. 공소외 5 회사가 보유한 '즉석떡 제조장치' 및 그 총판권 등에 관한 국내 및 해외 총판계약을 체결하면서, 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에게 지급할 양도대금을 총 22억 원(계약금 3억 5,000만 원, 중도금 5억 원은 계약 당일 지급, 잔금 13억 5,000만 원은 2013. 6. 28. 지급)으로 약정하였는바, ① 위 계약 체결 과정에서 예상수익 등에 대한 실질적인 검토가 이루어지지 않은 점, ② 양도대금 중 18억 7,000만 원에 이르는 부분이 공소외 5 회사가 보유한 '즉석떡 제조장치 등'에 관한 특허권 및 총판권 같은 무형의 재산권임에도 이에 대한 객관적 평가가 제대로 이루어지지 않은 점, ③ 위 계약상 중도금 5억 원은 공소외 4 회사가 공소외 5 회사에서 공급하는 즉석떡 제조장치 300대를 확인한 후 지급하도록 되어 있는데, 실제로는 89대만 납품되었고 즉시 사용가능한 상태도 아니었음에도 바로 중도금 지급이 이루어진 점, ④ 통상의 계약과 달리 중도금 지급일이 계약금 지급일과 같은 날짜였던 점 등에 비추어 보면, 피고인 1, 피고인 2가 계약금 및 중도금을 지급한 후 즉시 그 대부분을 반환받을 의도에서 정상적인 가치에 비해 상당히 부풀려진 가액으로 계약이 체결된 것으로 보인다.

○ 공소외 5 회사의 운영자였던 공소외 6이 검찰 조사 당시 작성한 자필진술서에는 '공소외 4 회사와 계약 조건 내지 내용을 협상하고 결정한 실무자와 책임자는 피고인 4, 피고인 2, 피고인 1 등이었다.

계약금 및 중도금 중 8억 원 반환에 관해서는 피고인 4, 피고인 2의 요청이 있었고, 본인이 피고인 1의 확인을 거쳐 대

여하였다.

차용 이유에 대해서는 감사보고서를 받기 위해 피고인 1이 사채업자로부터 차용한 주식담보 대출이자와 피고인 2로부터 빌린 돈의 변제 등에 사용한다고 하였다.

8억 원의 반환요구는 피고인 1과 피고인 4에게 계속하였고, 나중에 피고인 4로부터 1억 원을 돌려받았다.

피고인 1이 계속 피하다 어느 날 만나게 되어 갚으라고 하니 우선 피고인 4한테 1억 원을 보낼테니 받으라고 하여 받고 그 후로는 만날 일이 없었다.

‘는 취지로 기재되어 있다(공소외 6은 당심 법정에서는 이와 달리 ‘8억 원은 피고인 2에게 빌려 준 것이다.

피고인 1로부터 8억 원을 빌려달라는 부탁을 받은 바 없었고, 그와 관련하여 만나거나 통화한 사실도 없었다.

피고인 1은 4월 초에 처음 만나 사실진위에 관해 물었다.

‘고 하면서, 검찰에서 작성한 자필진술서의 내용은 약을 먹은 상태에서 장시간 조사가 이루어졌고 수사관의 유도에 의해 작성되어 허위라는 취지로 진술하였다.

그러나 ① 공소외 6이 피고인 1을 처음 만난 시기는 위 법정진술에서 언급한 2013. 4. 초경이 아니라 공소외 4 회사와 공소외 5 회사 사이의 계약이 체결된 2013. 3. 25. 이전으로, 서로 만나 계약에 관해 논의하고 즉석떡의 시식회도 열었던 점, ② 공소외 6으로부터 돌려받은 8억 원은 피고인 1이 보유한 주식의 담보대출이자 등에 주로 사용된 점, ③ 공소외 6이 작성한 위 자필진술서는, 당시 공소외 6이 병중에 있어 검찰수사관이 공소외 6의 자택을 방문하여 미리 질문이 인쇄된 종이를 교부하고, 이에 공소외 6이 자필로 각 질문에 답변을 기재하는 방식으로 작성된 것으로 미리 준비된 질문에 답하는 단문장답 형식이라 유도신문의 가능성이 낮고, 그 내용이 구체적이고 자연스러우며 객관적 정황에도 부합하는 점 등을 등을 고려하면, 공소외 6의 위 자필진술서의 기재 내용은 신빙성이 높으나, 그와 다른 취지의 당심 법정진술은 믿기 어렵다).

2) 다만, 공소외 5 회사로부터 반환받은 8억 원 중 피고인 2에게 지급한 3억 5천만 원 부분은 아래와 같은 법리와 원심 및 당심에서 조사한 증거들(특히 피고인 2가 당심에서 신청하여 증거조사가 이루어진 증 제7호증의 1, 2, 3, 증 제8호증의 1, 2의 각 기재)에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때, 공소외 4 회사의 자금을 횡령한 것이라고 보기 어렵다.

○ 횡령죄에서 불법영득의사는 타인의 재물을 보관하는 자가 위탁 취지에 반하여 권한 없이 스스로 소유권자의 처분행위를 하려는 의사를 의미하므로, 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위한 것이 아니라 소유자의 이익을 위하여 이를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 불법영득의사를 인정할 수 없다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1904 판결 등 참조).

○ 피고인 2는 2013. 3. 20. 피고인 1이 대주주로 있던 공소외 19 회사가 공소외 4 회사의 관리종목 지정을 막기 위해 공소외 4 회사 소유의 △△ 주식을 매입하는 과정에서 계약금 2억 8,000만 원을 지급할 수 있도록 공소외 19 회사 명의 계좌로 3억 원을 입금하였다가, 같은 날 공소외 19 회사로부터 위 3억 원을 돌려받았다.

그리고 다음날인 2013. 3. 21. 다시 공소외 4 회사의 법인 운영자금 조달을 위해 공소외 4 회사 명의 계좌로 3억 원을 입금하였고, 공소외 4 회사는 같은 달 27. 위와 같이 공소외 5 회사로부터 반환받은 8억 원 중에서 3억 5,000만 원을 피고인 2에게 지급하였다.

위 3억 5,000만 원 부분은 피고인 2가 공소외 4 회사에 2013. 3. 21. 대여한 3억 원에 대한 원리금 변제 및 앞서 본 공소외 19 회사에 대한 주식인수 계약금 대여, 공소외 4 회사에 대한 긴급 운영자금 대여 등에 대한 사례를 위한 것으로 보이는바, 이는 위 돈의 소유자인 공소외 4 회사의 이익을 위하여 보관금을 처분한 경우에 해당한다고 할 것이어서,

앞서 본 법리에 비추어 불법영득의사를 인정할 수 없다.

3) 이 부분 항소이유 주장은 공소외 5 회사로부터 반환받아 조성한 8억 원 중 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 임의로 처분한 4억 5,000만 원 부분에 관해서는 이유 없다.

그러나 공소외 4 회사의 이익을 위해 피고인 2에게 변제한 3억 5,000만 원 부분은 앞서 본 바와 같이 불법영득의사를 인정할 수 없어 횡령죄에 해당하지 아니하는바, 위 피고인들이 공모하여 위 3억 5,000만 원을 횡령하였음을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 횡령죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

#### 라. 시세조종 관련 자본시장법위반의 점

피고인 1, 피고인 2는 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였는바, 원심은 그 판결문의 '피고인들과 그 변호인의 주장에 관한 판단' 제4항에서 위 피고인들의 주장과 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 실시와 같은 사정들에다가 아래와 같은 법리 및 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 피고인들이 지적하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

○ 자본시장법 제176조 제2항에서 정한 '매매를 유인할 목적'은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 증권시장 등에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 증권 등의 매매에 끌어들이려는 목적으로서, 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

한편 위 조항 제1호에서 정한 '그 증권 또는 장내파생상품의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'는 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 충분하다.

이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 증권 등의 성격과 발행된 증권 등의 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 2013. 4. 11. 선고 2012도14446 판결 등 참조).

이러한 법리를 기초로 살피건대, ① 피고인 1로서는 반대매매된 공소외 4 회사 주식 400만 주를 매집하여 경영권을 유지할 필요가 있었고, 그 과정에서 경제적 손실을 최소화하기 위하여 시세조종을 시도할만한 유인이 있었던 점, ② 이 사건 시세조종 행위를 공모한 피고인들은 2012. 6. 5.부터 같은 달 20.까지 사이에 총 11개의 증권계좌를 이용하여 비교적 저가에 공소외 4 회사 주식을 매집하고자 의도적으로 주가를 하락시키는 주문을 제출하였는바, 이를 위한 저가매도주문, 허매도성 주문, 시·종가관여 주문, 가장·통정매매 등의 시세조종성 주문이 총 721회에 이르는 점,

③ 피고인들이 관여한 매도 호가의 비중은 시세조종 행위 기간 동안 전체의 20.2%에 이르는 점, ④ 공소외 4 회사 주식은 거래량이 많지 않아 매매를 유인하기 위해서는 저가매수주문과 더불어 시장가매수주문 등을 통하여 시장에서 꾸준히 거래가 이루어지는 것처럼 보이는 것이 중요한데, 피고인들에 의한 시장가매수주문이나 저가매수주문의 거래 간격, 거래수량 등에 비추어 그러한 의도를 엿볼 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 비록 시세조종 행위 기간 동안 2012. 6. 5. 1,245원이던 공소외 4 회사 주가가 2012. 6. 20.에는 1,370~1,400원 대로 상승하였음을 감안하더라도, 이 부분 공소사실이 자본시장법 제176조 제2항에 정한 시세조종 행위에 해당함을 충분히 인정할 수 있다.

- 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적 또는 암묵적으로 상통하여 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이며, 위 공모에 대하여는 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있는 것이다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003도4320 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보건대, 비록 피고인 1이 주식거래시장에서 공소외 4 회사 주식의 시세조종 행위를 직접 담당하지는 아니하였더라도, ① 피고인 4를 통하여 소개받은 피고인 2에게 사채 담보로 제공하였다가 반대매매를 통해 매각된 공소외 4 회사 주식 400만 주의 원상회복을 부탁한 점, ② 시세조종 행위에 필요한 거액의 자금과 차명 증권계좌를 제공한 점, ③ 시세조종행위 기간 동안 주식거래시장 마감 후 수행비서인 공소외 20을 통하여 당일 공소외 4 회사 주식 거래 결과를 보고받은 점, ④ 위 시세조종 행위 이전이기는 하나, 2011. 5.~6.경 피고인 7에게 '내가 지금 공소외 4 회사 주가를 누르고 있는데, 앞으로 10~20배까지 주가를 올릴 것이니 회사에 투자할 사람이 있으면 알아봐 달라.'고 부탁하는 등 시세조종을 통한 주가 조작에 관하여 기본적인 내용을 이미 파악하고 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 최종적으로 공소외 4 회사 주식 합계 약 384만주를 매집하여 당초 자신이 세운 목표를 거의 달성한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 사건 시세조종 행위의 공모공동정범임이 넉넉히 인정된다.

### 3. 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

가. 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 △△ 인수 관련 자본시장법위반의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9가 미공개중요정보를 매매 그 밖의 거래에 이용하였음을 인정하기 어렵다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

기록상 인정되는 원심 설시의 사정들을 종합하면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거리에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다(원심이 설시한 관련 법리와 제반 사정에 비추어 보면, 피고인들이 제3자에게 △△ 지분 인수에 관한 정보를 제공함으로써 제3자에 의한 워런트 행사 및 인수가 일부 이루어졌더라도, 그러한 점만으로 피고인들의 행위가 자본시장법상 '미공개중요정보의 이용'에 해당한다고 단정할 수는 없다). 검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

나. 피고인 1, 피고인 8의 □□□ 투자 유치 관련 자본시장법위반의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1, 피고인 8이 공모하여 □□□ 투자계획을 이용하여 일반공모 유상증자를 통해 9억 9,000만 원의 부당이득을 취득하였음을 인정하기에 부족하다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심 설시의 사정들에 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사의 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

○ □□□가 2013. 1. 8.과 같은 달 14. 2회에 걸쳐 공소외 4 회사 측에 '일정한 기한까지 수수료를 지급하지 않으면 2012. 12. 28.자 투자계약(SPPA)이 취소될 것이다.

'라는 취지의 문서들을 보낸 바 있으나, 같은 달 24. 이전에 공소외 4 회사 측에 수수료 미지급으로 인해 위 투자계약이 취소되었거나 최종적으로 종료되었음을 알리는 취지의 문서를 보내지는 아니하였다.

○ 오히려 □□□가 2013. 1. 27. 공소외 21과 공소외 22 회사에게 보낸 문서의 말미에는 '□□□는 공소외 4 회사의 어떠한 의무도 면제하지 않을 것이고, 공소외 4 회사에 대해 어떠한 이의도 제기하지 않을 것이다.

'는 내용이 기재되어 있는바, 이에 비추어 보면 □□□도 적어도 이 시점까지는 공소외 4 회사와의 위 투자계약 관계가 종료되지 않았다고 인식한 것으로 보인다.

다.

피고인 1의 피해자 공소외 11, 공소외 2에 대한 횡령의 점

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1이 공소외 11, 공소외 2 소유의 재물을 횡령하였다고 인정할 수 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

기록상 인정되는 원심 설시의 사정들을 종합하면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장도 이유 없다.

4. 피고인 3, 피고인 7 및 검사의 양형부당 주장에 대한 판단

제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고, 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 이를 존중함이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 법리를 기초로 살피건대, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7에 대하여 당심에서 새로운 양형 자료가 제출되지 아니하여 원심과 비교하여 양형조건에 별다른 변화가 없는바, 이 사건 변론 과정에서 드러난 양형 사유들을 종합하여 보면, 피고인 3, 피고인 7에 대한 원심의 양형이 너무 무겁거나 가벼워서, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6에 대한 원심의 양형이 너무 가벼워서 재량의 합리적인 범위를 벗어났다고 보이지 아니한다.

피고인 3, 피고인 7 및 검사의 양형부당 주장 역시 이유 없다.

## 5. 결론

피고인 3, 피고인 7의 항소와 검사의 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9에 대한 항소 및 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분에 대한 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 모두 기각한다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 5 회사 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점에 관한 항소는 일부 이유 있어 피고인 1에 대한 유죄 부분 및 피고인 2에 대한 부분에 관하여 다시 형을 정하여야 하므로, 피고인 1, 피고인 2의 양형부당 주장 및 검사의 피고인 1, 피고인 2에 대한 양형부당 주장에 관한 판단은 생략한 채, 형사소송법 제 364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분 및 피고인 2에 대한 부분을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.