

## 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)·업무상배임·상법위반·

### 독점규제및공정거래에관한법률위반

[서울고등법원 2004. 8. 18. 2003노3054]



#### 【전문】

#### 【피 고 인】

【항 소 인】 피고인 1, 2 및 검사

【검 사】 허상구

【변 호 인】 법무법인 광장 담당 변호사 김택수와 2인

【원심판결】 서울지방법원 2003. 10. 28. 선고 2002고합667, 2003고합306(병합) 판결

#### 【주문】

】

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

피고인들은 각 무죄

피고인 1에 대한 무죄부분 및 피고인 3 주식회사에 대한 검사의 항소를 모두 기각한다.

#### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 2

(1) 원심이 유죄 인정의 근거로 채택한 증거의 증거능력 및 신빙성 여부에 대하여

피고인 1, 2의 권유에 따라 공소외 8 주식회사의 주식(이하 '이 사건 주식'이라고 한다)을 각 매수한 피고인 3 주식회사의 자회사 및 협력회사인 공소외 2 주식회사, 공소외 3 주식회사, 공소외 4 주식회사, 공소외 5 주식회사, 공소외 6 주식회사, 공소외 7 주식회사(이하 위 6개 회사 모두를 지칭할 때에는 '자회사 등'이라고 약칭하기로 한다)의 각 대표이사 및 실무담당자인 공소외 18, 19, 20, 21, 22에 대한 각 검사 작성의 제2회 진술조서 및 공소외 23, 공소외 24, 공소외 25, 공소외 26, 공소외 27, 공소외 28, 공소외 29에 대한 각 검사 작성의 진술조서는 모두 진술의 임의성이 보장되지 않은 것으로서 증거능력이 없거나 또는 신빙성이 없어 증거가치가 없는 것이므로 이를 원심 판시 범죄사실에 대한 유죄인정의 자료로 삼을 수 없다.

(2) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 및 업무상배임의 점에 대하여

① 피고인 1, 2는 이 사건 주식이 투자가치가 있고 장래 수익성도 있을 것으로 판단하여 자회사 등의 대표이사들에게 이 사건 주식을 매입하도록 권유한 것이고, 이에 따라 자회사 등의 대표이사들도 당시 공소외 8 주식회사의 사업전망 등에 비추어 위 피고인들로부터 매입 권유를 받은 가격에 이 사건 주식을 매입하더라도 적어도 손해는 보지 않을 것이라는 판단하에 이 사건 주식을 매입한 것으로서 위 피고인들과 자회사 등의 대표이사들에게는 그 임무에 위배하여 자회사 등에게 손해를 가한다는 배임의 고의가 없었으며, ② 위 피고인들과 자회사 등의 대표이사들은 이 사건 주식을 매입함에 있어 당시 가능한 모든 확인과 검토 작업을 통하여 이 사건 주식의 매입이 자회사 등에게 이익이 되는 것이라고 판단하고 이 사건 주식의 매입을 결정하게 된 것인데, 이와 같은 자회사 등의 대표이사들의 경영판단으로 인하여 비록 그 이후에 자회사 등에게 이 사건 주식의 가격하락에 따른 재산상 손해가 발생하게 되었다고

하더라도 이러한 결정은 경영판단원칙으로 보호되어야 할 것으로서 위 피고인들에게 배임의 고의가 있었다고 하여 처벌하는 것은 부당하고, ③ 이 사건 주식은 비상장주식이고, 당시 이 사건 주식에 대한 적정 거래가격이 결정되어 있는 상황도 아니고 달리 이를 산출하거나 확인할 수도 없는 상태에서, 위 피고인들과 자회사 등의 대표이사들은 이용가능한 모든 정보와 자료 등을 종합하여 주당 35,000원을 이 사건 주식의 적정 거래가격으로 판단하여 이 사건 주식을 매입하게 된 것임에도, 신빙성이 없는 공소외 9, 공소외 14의 일부 진술에만 의거하여 이 사건 주식의 적정 거래가격이 주당 20,000원 정도라고 보아 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하거나 비상장주식의 적정한 가액산정에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, ④ 가사 이 사건 주식의 매입 당시 그 적정 거래가격이 주당 20,000원 정도였다고 하더라도 위 피고인들이나 위 자회사 등의 대표이사들은 동원 가능한 모든 방법을 사용하여 이 사건 주식의 객관적인 거래시세를 확인하려고 하였으나 여의치 않아 결국 이 사건 주식의 적정 거래가격을 알지 못한 채 공소외 9 등이 요구하는 가격대로 이 사건 주식을 매입하게 된 것으로서 위 피고인들에게는 역시 배임의 고의가 없다고 할 것이며, ⑤ 또한 실제로 이 사건 주식의 거래가격이 주당 20,000원 정도에 불과한 것이라고 한다면 공소외 9 등은 위 피고인들에게 이 사건 주식의 시세를 35,000원 내지 40,000원 상당이라고 기망한 것이 되고, 따라서 이를 믿고 이 사건 주식의 매입을 권유하게 된 위 피고인들은 공소외 9 등의 기망행위에 의한 사기죄의 피해자에 불과하다고 할 것이므로 이 점에서도 위 피고인들에게 배임의 고의를 인정할 수 없다.

- (3) 공소외 3 주식회사, 공소외 4 주식회사, 공소외 5 주식회사, 공소외 6 주식회사, 공소외 7 주식회사(이하 위 5개 회사를 지칭할 때에는 '공소외 3 주식회사 등'이라고 한다)에 대한 상법위반의 점에 대하여
- 회사의 영업범위라는 것은 회사의 정관이나登記부에 등재되어 있는 영업목적과는 다른 것이고, 회사의登記부나 정관에 회사의 목적 또는 영업종목으로 직접 등재되어 있지 않다고 하더라도 회사는 영리를 목적으로 하는 법인이므로 영리추구의 목적에서 얼마든지 주식매입 등이 가능하다고 할 것이며, 이 사건 주식은 수익성과 사업전망을 두루 갖춘 회사의 주식으로서 공소외 8 주식회사가 체육복표사업을 영위하는 회사라는 이유만으로 회사 자체를 사행성기업이라고 할 수는 없는 것이므로 공소외 3 주식회사 등의 이 사건 주식 매입행위는 회사의 영업범위 외의 투기행위에 해당하지 아니함에도 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다.

#### 나. 검사

- (1) 피고인 1, 피고인 3 주식회사에 대한 독점규제및공정거래에관한법률위반(이하 위 법은 '공정거래법'이라고 약칭한다)의 점에 대하여

자회사 등의 이 사건 주식의 매수는 자회사 등의 영업활동에 있어 전혀 불필요한 것이었던 점, 자회사 등은 은행대출이나 정기예금 해지, 어음할인 등의 방법으로 이 사건 주식의 매입대금을 마련하여 지급한 것인 점, 이 사건 주식의 매입대금이 당해 회사의 2001연도 당기순이익에서 차지하는 비중이 막대한 점 등에 비추어 볼 때 피고인 3 주식회사의 대표이사 회장인 피고인 1이 그의 지시나 요구를 거절할 수 없는 지위에 있는 자회사 등에게 수량, 가격 등을 지정하여 이 사건 주식을 매입하도록 함으로써 자회사 등의 사업활동을 부당하게 방해한 것이라는 이 부분 공소사실은 그 증거가 충분하다고 할 것임에도 불구하고, 이에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 채증법칙에 위배하여 사실을 오인한 잘못이 있다.

(2) 피고인 1, 2에 대한 공소외 2 주식회사에 대한 상법위반의 점에 대하여

공소외 2 주식회사의 이 사건 주식의 매입은 피고인 2의 강요에 의한 것이고, 이 사건 주식을 매입함에 있어 투가가치가 있는지 여부를 검토조차 하지 않는 등 정상적인 절차를 거치지 아니하였을 뿐만 아니라 장래 수익성이 불확실한 사행성 기업의 주식을 시가보다 비싸게 매입한 것으로서 이는 회사의 영업범위 외의 투기행위에 해당한다고 할 것임에도, 이에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 있다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 1, 2의 각 항소이유에 대하여

(1) 원심이 유죄 인정의 근거로 채택한 증거들은 증거능력 및 신빙성이 없다는 주장에 대하여

기록에 의하여 알 수 있는 위 각 진술조서의 구체적인 기재 내용과 형식, 위 각 진술인들의 학력, 경력, 직업, 사회적 지위, 지능 정도 등 여러 사정에 비추어 보면, 위 각 진술인들의 진술은 임의로 된 것이라고 인정할 수 있고, 달리 그 임의성을 의심할 만한 다른 사정도 발견되지 않으므로 위 주장은 이유 없다.

(2) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 및 업무상배임의 점에 대하여

(가) 이 부분 공소사실의 요지

이 부분 공소사실의 요지는 별지 기재와 같다.

(나) 원심의 판단

원심은 각 거시증거, 특히 공소외 9와 공소외 14의 각 진술에 의하여 이 사건 주식의 당시적정 거래가격은 주당 20,000원 정도라고 인정한 다음, 아래 기초사실에서 인정되는 바와 같은 이 사건 주식의 매입 목적과 경위, 매입 여부 및 매입조건에 관한 결정 과정, 이 사건 주식의 적정한 가액, 피고인 3 주식회사와 자회사 등과의 관계 등 제반 사정에 비추어 보면, 위 피고인들에게 당시 이 사건 주식의 매입행위가 임무에 위배되고 그로 인하여 제3자인 공소외 9가 이익을 취득하고 자회사 등에게 손해를 가한다는 점에 관하여 적어도 미필적 인식이 있었음을 충분히 인정할 수 있다는 이유로 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

(다) 기초사실

원심이 적법하게 조사, 채택한 여러 증거들에 의하면, 아래의 사실을 인정할 수 있다.

- ① 해태그룹의 도산으로 산하 프로야구단인 해태타이거스가 해체 위기에 처하게 되자 2001. 3.경 당시 피고인 3 주식회사의 회장이었던 피고인 1은 해태타이거스 연고지역의 국회의원이나 지방자치단체장 등으로부터 같은 지역의 유관기업인 피고인 3 주식회사에서 위 야구단을 인수하여 줄 것을 요청받게 되었다.
- ② 피고인 1은 피고인 3 주식회사가 위 야구단을 인수할 경우 발생할 막대한 경영상의 부담(인수자금으로 450억 원, 매년 운영비로 100억 원 이상이 소요)을 감안할 때 이를 도저히 수용할 수 없다고 판단하였으나, 다른 한편 이러한 요청을 해 온 상대방측의 영향력을 고려하여 이를 거절할 수도 없는 노릇이어서 고심을 하고 있었다.

- ③ 그 무렵 공소외 8 주식회사는 체육진흥투표권사업의 위수탁사업자로 선정된 후 주거래은행인 조흥은행으로부터 해태타이거스 야구단의 인수를 제안받아 이를 검토하고 있던 중이었는데, 공소외 8 주식회사와 피고인 3 주식회사 양측의 사정을 잘 알고 있던 공소외 14의 주선으로 2001. 4. 중순경 피고인 1, 공소외 9, 공소외 14 3인이 피고인 1의 사무실에서 만나게 되었다.
- ④ 그 자리에서 공소외 8 주식회사의 해태타이거스 야구단 인수 문제를 논의하면서 공소외 9와 공소외 14는 피고인 1에게 피고인 3 주식회사에서 공소외 8 주식회사 주식을 매입하여 주면 위 야구단의 인수와 향후 공소외 8 주식회사의 유상증자 및 해외자본유치 등에 도움이 될 것이라고 하면서 공소외 8 주식회사의 주식 20만 주를 주당 35,000원에 매입하여 줄 것을 요청하였고, 피고인 1은 이를 승낙하였다.
- ⑤ 그 후 피고인 1은 피고인 2에게 공소외 8 주식회사 덕분에 골칫거리이던 해태타이거스 야구단 인수문제가 해결되었는데, 공소외 8 주식회사 측에서 주식 20만 주를 주당 35,000원에 매입하여 달라고 하니 출자제한으로 직접 매입이 어려운 피고인 3 주식회사를 대신하여 자금 여력이 있는 자회사 및 협력회사로 하여금 위 주식을 매입할 수 있도록 권유하라고 지시하였다.
- ⑥ 피고인 2는 위 지시에 따라 7개 자회사 및 협력회사(처음에는 공소외 30 주식회사가 포함되어 7개사였으나 나중에 공소외 30 주식회사가 출자한도 초과로 제외됨으로써 공소외 2 주식회사 등 6개사가 20만 주를 나누어 매입하게 되었다)를 선정하여 각 회사의 자금력에 따라 매입할 주식 수량을 할당한 후 2001. 4. 18.경부터 같은 달 21.경까지 사이에 자회사 등의 대표이사들에게 공소외 8 주식회사 주식의 할당량을 주당 35,000원씩에 각 매입할 것을 구두로 권유하였다.
- ⑦ 이에 따라 자회사 등의 대표이사들은 각 회사의 실무담당자들에게 공소외 8 주식회사라는 회사의 사업내용, 사업전망 등을 검토하여 보고하도록 지시하고, 각 실무담당자들은 공소외 8 주식회사 또는 공소외 9로부터 이 사건 주식의 매매중개를 위탁받은 공소외 10 주식회사 등으로부터 공소외 8 주식회사의 주주현황, 삼일회계법인이 공소외 8 주식회사로부터 의뢰받아 작성한 투자유치를 위한 홍보 목적의 기업가치평가보고서 등의 자료를 입수하여 검토하고, 자체적으로 인터넷 검색, 언론보도 기사 내용의 참고 및 전문가의 자문 등을 통하여 이 사건 주식은 투자가치와 장래 수익성이 충분히 있는 것으로 평가하여 그와 같은 내용을 각 자회사 등의 대표이사들에게 보고하였다.
- ⑧ 자회사 등의 대표이사들은 이사회 결의 등을 거쳐 피고인 2로부터 권유받은 내용대로 이 사건 주식을 매입하기로 결정하고, 모두 같은 날인 2001. 4. 24. 공소외 10 주식회사와 사이에 공소외 2 주식회사는 78,000주(처음에 피고인 2로부터 할당받은 수량은 41,000주였으나 공소외 30 주식회사가 제외되는 바람에 공소외 30 주식회사 할당분까지 매입하게 되어 78,000주가 되었다), 공소외 3 주식회사는 30,000주, 공소외 4 주식회사는 42,000주, 공소외 5 주식회사는 20,000주, 공소외 6 주식회사는 15,000주, 공소외 7 주식회사는 15,000주를 각 주당 35,000원에 매입하는 내용의 각 주식매매계약을 체결하였다.

⑨ 그런데 공소외 8 주식회사 주식이 비상장·비등록의 장외 주식이고 위 매입 당시에 빈번한 거래가 이루어지고 있는 상황도 아니어서 이 사건 주식의 객관적인 시세라고 볼 만한 것이 드러나 있지는 않은 상태였으며, 실제로도 자회사 등의 실무담당자들이 이 사건 주식에 대한 주식매매계약을 체결하기 이전에 인터넷 검색 등을 통하여 이 사건 주식의 실제 거래가격 등을 확인하고자 하였으나 아무도 제대로 확인하지 못하였다.

(라) 당시 이 사건 주식의 적정가액이 주당 20,000원이라고 본 원심판단이 옳은지 여부에 대하여

- ① 먼저 비상장주식의 거래가액 산정방법에 관하여 보건대, 증권거래소에 상장되지 않거나 증권협회에 등록되지 않은 법인이 발행한 주식의 경우에도 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이다( 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3191 판결 등 참조).
- ② 원심은 비상장주식인 이 사건 주식의 적정가액이 당시 주당 20,000원이었다고 인정하고 있으나, 원심의 위와 같은 사실인정은 수긍하기 어렵다.

즉, 공소외 8 주식회사 자본금변동내역(공판기록 제601-602면, 이하 공판기록은 '공'이라고만 표시한다), 주식양수도내역(공 제649면), TPI주식변동내역(공 650-651면)의 각 기재에 의하면, 공소외 8 주식회사는 2001. 2. 15. 국민체육진흥공단이 주관하는 체육진흥투표권발행사업의 위수탁사업자로 지정되었는데, 그 이전인 2000. 5. 30.경 주당 30,000원씩에 1,133,334주를 유상증자하였고(위 유상증자에는 주식회사 태영, 중소기업중앙회, 주식회사 경방, 주식회사 삼보컴퓨터 등 국내 주요 상장기업 등이 참여하였다), 또한 2001. 5. 4.경에는 공소외 15 주식회사에 25만 주를 주당 4만 원씩에, 2001. 6. 30.경에는 공소외 16 주식회사에 12,500주를 주당 4만 원씩에 각 유상증자한 사실, 그리고 2001. 2. 26. 공소외 31은 공소외 32에게 1만 주를 주당 4만 원씩에, 같은 해 3. 5. 공소외 33은 공소외 34와 8인에게 37,800주를 주당 25,000원 내지 27,000원씩에, 같은 날 공소외 12는 공소외 35에게 1만 주를 주당 25,000원씩에, 같은 해 3. 21. 공소외 36은 공소외 37 주식회사에게 12,000주를 주당 25,000원씩에, 같은 해 5. 21. 공소외 38은 공소외 39 주식회사에 15,000주를 주당 35,000원씩에 각 공소외 8 주식회사 주식을 매도한 사실을 인정할 수 있고, 여기에다가 기록에 의하여 알 수 있는 바대로 공소외 14도 공소외 8 주식회사 주식 6,000주를 (그룹 이름 생략)그룹의 공소외 40에게 주당 5만 원씩에 매도한 사실이 있다고 진술하고 있는 점 및 2001. 말경 정부가 공소외 8 주식회사에 특혜를 주었다는 취지의 언론 보도가 갑자기 나오면서 공소외 8 주식회사의 복표사업에서 농구, 배구 등에 대한 부대사업권 등이 모두 제외되게 되었고, 그 후 전혀 예기치 못한 공소외 14의 비리혐의가 수사기관에 포착되면서 불거진 소위 '공소외 14 게이트'의 여파로 공소외 8 주식회사의 기업이미지가 추락함에 따라 공소외 8 주식회사 발행 주식의 가격이 대폭으로 급락하게 된 것인 점 등의 사정을 종합하여 보면, 위 피고인들이 이 사건 주식의 매입을 권유하여 위 자회사 등이 이를 매입한 시점에 해당하는 2001. 4. 24.경에 이 사건 주식의 적정 거래가격은 적어도 주당 20,000원은 상회하고 있었다고 보여진다.

또한, 원심이 이 사건 주식의 당시 적정가액이 주당 20,000원 정도라고 인정하기 위한 중요한 근거로 삼고 있는 공소외 9의 원심 법정 및 수사기관에서의 각 진술은 이 사건 주식의 거래시세에 관한 공소외 9 개인의 주관적인 의견진술에 불과한 것으로서, 그 진술만에 터잡아 이 사건 주식의 당시 적정가액이 주당 20,000원 정도이었다고 인정하기에

는 아무래도 부족하다.

- ③ 따라서 위 매입 당시 이 사건 주식의 적정가액이 주당 20,000원 정도이었다고 인정할 만한 아무런 증거가 없음에도 불구하고, 이 사건 주식의 적정가액이 주당 20,000원이라고 인정한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다 할 것이다.

(마) 자회사 등에게 재산상 손해가 발생하였는지 여부에 대하여

- ① 배임죄가 성립하려면 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 적어도 재산상 실해 발생의 위험을 초래하였다고 인정되어야 할 것이므로( 대법원 2000. 2. 11. 선고 99도2983 판결 등 참조), 이 사건의 경우 위 피고인들의 매입 권유에 따라 자회사 등의 대표이사들이 이 사건 주식을 매입한 행위가 자회사 등에게 위와 같은 재산상 손해를 가한 것이라고 볼 수 있는지 여부에 관하여 살펴 본다.
- ② 그런데 자회사 등이 이 사건 주식을 매입할 당시 이 사건 주식의 적정가액이 최소한 주당 20,000원을 상회하고 있었음은 앞서 살펴 본 바와 같으므로, 이 사건 주식의 매입으로 인하여 본인인 자회사 등에게 현실적인 손해를 가하였거나 또는 재산상 실해 발생의 위험을 초래하였다고 인정하기 위해서는 그 전제로서 이 사건 주식의 매입 당시 그 주식의 적정가액이 자회사 등이 실제로 매수한 가격인 주당 35,000원보다 저가이었다거나 적어도 당장은 그렇지않다 하더라도 장차 그보다 저가의 범위로 그 주식의 시세가 하락할 가능성이 충분하였다는 사실만큼은 엄격하게 증명되어야 한다고 할 것이다.

그러므로 보건대, 먼저 자회사 등의 이 사건 주식의 각 매입 당시 그 주식의 적정가액이 주당 35,000원 보다 저가이었다는 점에 부합하는 증거로는 공소외 9의 원심 법정 및 수사기관에서의 각 진술이 있으나 이는 이 사건 주식의 거래 시세에 대한 공소외 9 개인의 주관적인 의견을 진술하고 있는 것에 불과할 뿐만 아니라, 그 각 진술에 의하더라도 이 사건 주식의 매입 당시 거래시세는 주당 15,000원에서 30,000원 사이(수사기록 제353면(당시 시세가 주당 15,000원에서 20,000원 사이였다고 진술함), 제886면(이 사건 주식의 적정주가는 주당 20,000원 정도였다고 진술함), 제1168면(장외시장에서 주당 20,000원 정도면 매각할 수 있었다고 진술함), 제1717면( 공소외 14가 이전에도 고가에 매각해 준 사례가 있어 이번에도 주당 3만 원 이상 받을 수 있도록 매각하여 달라고 부탁하였다고 진술함), 공제612면(자회사 등에 이 사건 주식을 매각하기 이전에 통상 공소외 8 주식회사의 주식은 주당 얼마에 매매가 이루어졌냐는 질문에 "주당 20,000원에서 30,000원 선이었습니다.

초기에는 15,000원, 20,000원, 90,000원짜리도 있었고, 액면가도 있었습니다.

그 당시 3건 정도는 30,000원에서 40,000원에 거래된 것도 있습니다.

비상장회사의 주식이라는 것은 사고자 하는 사람이 90,000원을 주고도 살 가치가 있다고 생각하면 90,000원에 사는 것입니다.

그렇기 때문에 고정가격이 정해질 수가 없지만 통상적으로 그 당시 20,000원-30,000원 사이였습니다.

"라고 답변함}}였다는 것이어서 오히려 이 사건 주식에 대한 객관적인 시세라는 것이 제대로 형성되지 않았다고 하는 반증으로도 볼 여지가 있는 점, 앞서 본 바와 같이 위 자회사 등이 이 사건 주식을 매입한 가격인 주당 35,000원을 상

회하는 가격으로도 실제 거래가 이루어진 사례가 있었을 뿐만 아니라 위 매입 당시 이 사건 주식의 매입가격 결정의 근거의 하나로 작용하였던 공소외 15 주식회사에 대한 유상증자 및 그 이후의 이루어진 공소외 16 주식회사에 대한 유상증자도 모두 주당 40,000원씩에 이루어진 것인 점과 객관적인 거래 시세가 없는 비상장주식의 거래에 있어서 거래가격의 결정은 매매 당사자 쌍방의 의사에 의하여 결정되는 경우가 많고, 그와 같은 경우에는 그 거래의 목적이나 거래 수량 등에 따라 매매가액이 다른 경우보다 고가이거나 저가일 경우가 얼마든지 있을 수 있다는 사정 등을 종합하여 보면, 공소외 9의 위 각 진술만으로는 자회사 등이 이 사건 주식을 각 매입할 당시 그 주식의 적정가액이 주당 35,000원 보다 저가이었다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 아무런 증거도 없다.

나아가 이 사건 변론에 나타난 모든 증거에 의하더라도, 자회사 등이 매입한 이 사건 주식의 거래시세가 앞으로 그 실제 매입가격인 주당 35,000원 보다 저가의 범위로 하락할 가능성이 충분히 있었다고 인정할 만한 아무런 사정도 찾아볼 수 없으므로, 따라서 자회사 등에게 이 사건 주식의 매입으로 인해 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 보기도 어렵다.

③ 또한, 앞서 살펴 본 바와 같이 비록 위 피고인들이 공소외 9 등의 요청을 받고 주당 35,000원이라는 거래가격이 적정한지 여부에 대한 세밀하고 적절한 검토를 충분히 하지 아니한 채, 위 자회사 등의 대표이사들에게 그 가격대로 이 사건 주식을 매입하여 줄 것을 권유한 것이라고는 하더라도, 위 피고인들은 공소외 9 등으로부터 곧 공소외 8 주식회사가 주당 40,000원에 유상증자를 할 예정이라는 말을 전해 듣고(실제로 위 가격에 유상증자가 실시되었음은 앞서 본 바와 같다), 또한 국내의 권위있는 삼일회계법인이 작성한 공소외 8 주식회사에 대한 기업가치평가보고서에서 2001. 1. 1. 현재 공소외 8 주식회사의 국내사업부분 기업가치를 주당 184,212원으로 평가한 내용을 신뢰하였으며, 그 외에 위 피고인들이 개인적으로 지득하고 있던 외국에서의 스포츠토트 등 체육복표사업의 활발한 영업현황과 공소외 8 주식회사가 당시 체육복표사업의 독점사업자라는 지위를 확보하고 있고, 각종 언론매체에서도 체육복권사업의 사업전망을 낙관적으로 보도하고 있으며, 당시 2002한일월드컵을 앞두고 있었던 상황으로서 월드컵 열기에 따라 공소외 8 주식회사의 사업전망을 낙관할 수 있었던 제반 사정을 고려하여 전문경영인의 관점에서 장차 공소외 8 주식회사가 충분한 사업전망이 있다고 최종적으로 판단하고 자회사 등에게 이 사건 주식의 매입을 권유하기에 이르렀던 점에 비추어 보면, 위 피고인들이 자회사 등으로 하여금 이 사건 주식을 매입하도록 하면서 이 사건 주식의 적정한 가액을 알아보기 위한 노력을 다소 게을리했다고 하더라도 그것만으로 위 피고인들에게 이 사건 주식의 매입으로 위 자회사 등에게 현실적인 손해를 가하거나 재산상 실해가 발생할 위험을 초래하게 한다는 점에 대한 인식이 있었다고도 볼 수 없다 할 것이다.

(바) 그렇다면, 위 피고인들이 자회사 등에게 재산상의 손해를 가하였다는 점이 인정되지 아니하고, 나아가 위 피고인들에게는 그와 같은 점에 대한 인식도 없었다고 할 것이어서 결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 위 피고인들의 주장은 이유 있다.

(3) 상법위반의 점에 대하여

(가) 이 부분 공소사실의 요지

이 부분 공소사실의 요지는 별지 제2항 내지 제6항 기재와 같다.

(나) 기초사실

원심이 적법하게 조사, 채택한 증거들에 의하면 아래의 사실을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 3 주식회사 등이 위 피고인들의 권유로 이 사건 주식을 각 매입한 사실 및 그 매입에 이르게 된 경위 등은 앞서 살펴 본 바와 같다.
- ② 공소외 3 주식회사 등 각 회사는 대부분 각종 기계설비나 금속제품 등의 제조 등을 주된 영업목적으로 하고 있고 각 그 정관이나 법인등기부상 어디에도 시세차익을 얻기 위한 주식거래 등은 그 영업목적으로 포함되어 있지 않다.
- ③ 공소외 3 주식회사는 자본금 100억 원, 연간매출액 약 672억 원 정도 되는 기업으로 2000년도 당기순이익은 약 29억 원, 이익잉여금은 약 46억 원 이었으며, 공소외 4 주식회사는 자본금 200억 원, 연간매출액 약 2,160억 원 정도 되는 기업으로 2000년도 당기순이익은 약 159억 원, 이익잉여금은 약 380억 원 이었고, 부곡산업은 자본금 17억 원, 연간매출액 약 230억 원 정도 되는 기업으로 2000년도 당기순이익은 약 10억 원, 이익잉여금은 약 67억 원 이었으며, 공소외 6 주식회사는 자본금 22억 원, 연간매출액 약 300억 원 정도 되는 기업으로 2000년도 당기순이익은 약 9억 원, 이익잉여금은 약 64억 원 이었으며, 공소외 7 주식회사는 자본금 18억 원, 연간매출액 약 160억 원 정도 되는 기업으로 2000년도 당기순이익은 약 4억 원, 이익잉여금은 약 25억 원 이었다.
- ④ 공소외 5 주식회사, 공소외 6 주식회사는 피고인 3 주식회사로부터 지급받은 전자어음을 할인하여, 공소외 7 주식회사는 정기예금을 해지하여 그 각 주식매입대금을 지급하였으나, 이는 위 각 회사가 금융비용의 부담이 가장 적은 방법으로 회사의 자금을 운용하기 위한 이유에서였고, 실제로 위 각 회사는 위 주식매입 당시 상당한 여유자금을 정기예금이나 채권의 형태로 보유하고 있었다( 공소외 4 주식회사, 공소외 3 주식회사는 회사가 보유하고 있던 여유자금으로 그 각 주식매입대금을 지급하였다).

(다) 판단

- ① 상법 제625조 제4호는 '회사의 영업범위 외에서 투기행위를 하기 위하여 회사재산을 처분한 때'를 회사재산을 위태롭게 하는 죄로 처벌한다고 규정하고 있는데, 이는 회사의 물적 기초를 위태롭게 하거나 회사재산을 임원 등의 사리를 위하여 이용할 염려가 있는 투기행위 즉 거래시세의 변동에서 생기는 차액의 이득을 목적으로 하는 거래행위를 벌하기 위한 규정으로서, 회사가 투기행위를 그 영업목적으로 하는 경우에 그 영업으로서 회사재산을 처분하는 것은 이에 해당하지 않는 것이 당연하다고 할 것이며, 또한 회사는 원래 상행위 기타 영리를 목적으로 하는 것이므로 회사 정관에 직접 투기행위가 영업종목으로 기재되어 있지 않은 경우에도 정관상의 영리목적사업의 수행을 위하여 유리한 투기행위를 한 때에는 이에 해당하지 않는다고 할 것이다.

여기서 거래행위가 회사의 영업범위 외의 투기행위에 해당하는지 여부는 회사의 목적, 그 거래자금의 조성경위, 거래의 기간, 규모, 횟수 등의 제반사정에 비추어 판단하여야 할 것이다( 대법원 2003. 4. 11. 선고 2003도574 판결 참조).

- ② 위 인정사실에 의하면, 주식거래는 공소외 3 주식회사 등의 회사의 영업목적에 포함되어 있지 아니한 사실은 알 수 있으나, 위에서 인정한 바와 같은 공소외 3 주식회사 등이 이 사건 주식의 매입에 이르게 된 경위와 공소외 3 주식회사 등 회사의 각 자본금, 연간매출액, 이 사건 주식의 취득가액, 그리고 주식매입대금의 조성내역 및 단일한 거래



횡수 등에 비추어 보면, 공소외 3 주식회사 등이 위 피고인들의 권유에 따라 이 사건 주식을 매입하였다고 하더라도 그것만으로 공소외 3 주식회사 등의 이 사건 주식의 매입거래행위가 공소외 3 주식회사 등 회사의 물적 기초를 위태롭게 할 정도이거나 공소외 3 주식회사 등 각 회사의 임원 등이 개인의 이익을 위하여 회사자금을 이용한 경우의 투기행위에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다.

(라) 그렇다면 회사의 영업범위 외에서의 주식거래라는 이유만으로 공소외 3 주식회사 등 회사가 이 사건 주식을 매입한 것이 바로 투기행위에 해당한다고 할 수는 없다 할 것이므로 이 부분에 대한 위 피고인들의 주장도 이유 있다.

나. 검사의 항소이유에 대하여

(1) 피고인 1, 2에 대한 공소외 2 주식회사에 대한 상법위반의 점에 대하여

원심이 적법하게 조사, 채택한 여러 증거들, 특히 공소외 2 주식회사에 대한 법인등기부등본의 기재에 의하면, 공소외 2 주식회사는 '국내·외 투자 및 주식소유'를 그 영업목적으로 하고 있는 사실을 인정할 수 있어, 공소외 2 주식회사에 있어서 이 사건 주식의 매입은 그 영업범위 내의 거래행위라고 할 것이므로 이 부분에 대한 검사의 항소는 더 나아가 살필 필요없이 이유 없다.

(2) 피고인 1, 피고인 3 주식회사에 대한 공정거래법위반의 점에 대하여

위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실에 대하여 검사가 내세우는 각 증거들만으로는 피고인 1이 부당하게 자회사 등의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 자료가 없어 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 한 원심의 판단은 옳고, 거기에 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 잘못이 있다고 보이지 않으므로 검사의 이 부분 주장도 이유 없다.

다.

소결

그렇다면, 피고인 1, 2에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 및 업무상배임의 점과 공소외 3 주식회사 등에 대한 상법위반의 점에 대한 각 공소사실 부분은 각 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 무죄를 선고하여야 할 것인데도 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있으므로 위 피고인들의 항소는 이유 있고, 원심판결은 이 점에서 파기를 면치 못한다 할 것이다.

### 3. 결론

따라서, 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하고, 피고인 1, 2의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분 및 피고인 2에 대한 부분을 모두 파기하고, 당원은 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

이 사건 공소사실 중 피고인 1, 2에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 및 업무상배임의 점과 공소외 3 주식회사 등에 대한 상법위반의 점에 대하여 살피건대, 앞서 항소이유에 대한 판단에서 실시한 바와 같이 위 피고

인들에 대한 이 부분 각 공소사실은 각 그 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 위 피고인들에게 각 무죄를 선고한다.

판사 김용균(재판장) 오준근 김하늘