

배임수재·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)·특정경제범죄
가중처벌등에관한법률위반(횡령)(인정된죄명:업무상횡령)·배임증
재

[부산고등법원 2009. 6. 25. 2009노184]



【판시사항】

- [1] 정리회사인 甲회사의 이사로 취임할 예정이던 피고인이 '甲회사가 공개매각 될 예정이고 부동산 매각대금을 보유하고 있다'는 널리 알려진 사실을 乙회사측에 알려주고, 甲회사의 이사로 취임한 후 '甲회사의 소수주주들의 주식을 乙회사가 인수할 수 있도록 자료와 정보를 제공해 주고 앞으로도 乙회사에 이익이 되도록 활동해 달라'는 부탁을 받고 乙회사측으로부터 거액의 금전을 수수한 사안에서, 이사의 임무에 위배되는 행위를 하였다거나 甲회사의 인수·합병에 관한 어떠한 '부정한 청탁'이 있었다고 보기 어려워 배임수재죄가 성립하지 않는다고 한 사례
- [2] 기업의 인수·합병의 동기에 합병 후에 피인수·합병기업의 자산으로 인수차입금채무를 변제하겠다는 의도가 포함되어 있으나, 피인수회사의 자산을 담보로 기업을 인수하는 LBO(Leveraged Buyout) 방식과 그 기본적인 전제가 다르고 합병의 실질이나 절차에 하자가 없다는 이유로, 배임죄의 성립을 부정한 사례

【판결요지】

- [1] 정리회사인 甲회사의 이사로 취임할 예정이던 피고인이 '甲회사가 공개매각 될 예정이고 부동산 매각대금을 보유하고 있다'는 널리 알려진 사실을 乙회사측에 알려주고, 甲회사의 이사로 취임한 후 '甲회사의 소수주주들의 주식을 乙회사가 인수할 수 있도록 자료와 정보를 제공해 주고 앞으로도 乙회사에 이익이 되도록 활동해 달라'는 부탁을 받고 乙회사측으로부터 거액의 금전을 수수한 사안에서, 이사의 임무에 위배되는 행위를 하였다거나 甲회사의 인수·합병에 관한 어떠한 '부정한 청탁'이 있었다고 보기 어려워 배임수재죄가 성립하지 않는다고 한 사례.
- [2] 乙회사가 甲회사를 인수하기 위하여 그 계열사와 함께 출자하여 丙회사(SPC)를 설립하고 丙회사가 금융기관으로부터 인수자금을 대출받아 甲회사의 주식을 취득한 다음, 乙회사가 차례로 丙회사, 甲회사를 흡수합병한 후 甲회사가 보유하고 있던 자금으로 위 인수차입금을 상환한 사안에서, 피인수회사의 자산을 담보로 기업을 인수하는 LBO(Leveraged Buyout) 방식과 그 기본적인 전제가 다르고 합병의 실질이나 절차에 하자가 없어 위 합병으로 甲회사가 손해를 입었다고 볼 수 없다는 이유로, 甲회사의 이사 등에 대한 배임죄의 성립을 부정한 사례.

【참조조문】

- [1] 형법 제357조
- [2] 형법 제355조 제2항, 제356조

【전문】

【피 고 인】 피고인 1외 2인

【항 소 인】 피고인 2 및 검사

【검 사】 안병수

【변 호 인】 법무법인 국제외 3인

【원심판결】 부산지법 2009. 2. 10. 선고 2008고합482, 516(병합), 656(병합) 판결

【주문】

】

피고인 2 및 검사의 피고인들에 대한 항소를 모두 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 2

(1) 사실오인 내지 법리오해

원심이 업무상 횡령하였다고 유죄로 인정한 141,235,482원은 공소외 12 주식회사 등 명의의 계좌에 보관되어 있던 부외자금인데, 이는 공소외 6 주식회사에게 귀속될 자금이 아닌 ○○그룹 전체 내지 ○○그룹의 투자사업본부(구조조정본부)에 귀속될 자금이다.

피고인은 ○○그룹 투자사업본부장으로서 ○○그룹 차원에서 보유하게 된 위 자금을 위탁받은 취지에 부합하게 ○○그룹 전체 계열사 및 투자사업본부의 업무수행(업무추진비, 임직원 회식비, 공소외 6 주식회사 건설사업 부분의 수주활동비)을 위하여 사용하였을 뿐 개인적으로 사용한 것이 아니어서 불법영득의 의사를 인정할 수 없다.

그런데도, 원심은 위 공소사실을 유죄로 인정하였으므로 업무상 횡령죄에 있어서 부외자금의 귀속관계에 관한 사실을 오인하거나 횡령죄에 있어 '재물의 타인성', '불법영득의 의사'에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

(2) 양형부당

원심이 피고인에 대하여 선고한 형(벌금 500만 원)이 너무 무겁다.

나. 검사

(1) 사실오인 내지 법리오해

(가) 피고인 1에 대한 배임수재 및 피고인 2, 3에 대한 배임증재의 각 점에 대하여

① 피고인 1이 공소외 5를 만난 2006. 8.경 이미 정리회사 공소외 1 주식회사의 법정관리인 공소외 2로부터 입사제의를 받아 피고인 1이 승낙만 하면 바로 공소외 1 주식회사에 입사를 할 수 있어 공소외 1 주식회사에 대한 관계에 있어 그 지위 취득 이전이라도 그 사무와 관련된 업무의 처리 권한 내지 업무에 관련한 의무의 준수가 요구되는 상황이었다.

그런데 피고인 1은 입사 과정에서 공소외 1 주식회사가 공개 매각될 예정이고, 현금 1,700억 원을 보유하고 있다는 비공개 내부정보를 취득한 후 공소외 5에게 이러한 정보를 알려주었고, 피고인 2는 공소외 5를 통하여 피고인 1로부터 이러한 내부정보를 미리 취득하여 공소외 1 주식회사를 인수할 수 있었다.

② 또한 피고인 1의 진술에 의하면, 2007. 1.경 피고인 2가 피고인 1로부터 공소외 1 주식회사의 건설사업부문이 공소외 6 주식회사의 건설사업부문에 흡수된다는 것을 알게 된 공소외 1 주식회사의 건설부문 직원들이 동요한다는 말을 듣고 피고인 1에게 직원들의 동요를 막아주도록 부정한 청탁을 한 사실을 인정할 수 있는 등 피고인 1이 공소외

1 주식회사의 인수 합병의 성공을 위하여 필요불가결한 공소외 1 주식회사의 부외부채, 내부 경영상황, 노조 등 구성원들의 인수기업에 대한 태도 등에 관한 내부정보를 ○○그룹 측에 넘겨준 점을 인정할 수 있다.

- ③ 공소외 7 주식회사는 장차 공소외 1 주식회사와의 원활한 합병을 위하여 합병에 반대하는 공소외 1 주식회사의 소수주주들을 축출하여야 할 필요가 있어 소수주주들의 주식을 최대한 매수할 필요가 있었다.

그런데 주식매수 가액으로 공소외 7 주식회사는 주당 8,000원을 제시하는 데 반하여 소수주주들은 공소외 7 주식회사가 인수한 신주가액인 17,050원을 고려하여 이보다 높은 가액을 제시하여 상당한 차이가 있었다.

이에 피고인 2는 피고인 1에게 공소외 7 주식회사가 제시하는 가액으로 주식을 매도하도록 소수주주들을 설득하여 달라고 부탁을 하여 피고인 1의 도움으로 소수주주들의 주식을 매수하여 소수주주들을 축출하였다.

즉 공소외 1 주식회사의 소수주주의 이익과 지배주주인 ○○그룹 내지 공소외 7 주식회사의 이익이 상충되는 경우 피고인 1은 공소외 1 주식회사의 이사로서 주주들의 이익을 최대한 보호할 의무가 있음에도 피고인 1은 피고인 2로부터 청탁을 받아 직무상 알게 된 소수주주들의 정보를 피고인 2에게 알려 주었고, 지배주주인 공소외 7 주식회사가 이러한 정보를 이용하여 소수주주들의 주식을 매수할 수 있었으므로, 위와 같은 청탁은 부정한 청탁에 해당한다.

- ④ 기업인수·합병에 있어 인수회사와 피인수회사의 이해관계가 상충되는 경우가 많은데, 이러한 상황에서 피인수회사인 공소외 1 주식회사의 이사로서 경업금지의무를 부담하고 있는 피고인 1이 인수회사인 공소외 7 주식회사에게 경영자문 등을 하여 주는 대가로 거액을 수수하는 것 자체가 부정한 청탁에 대한 대가로 돈을 수수한 것에 해당한다.

- ⑤ 피고인 2가 피고인 1에게 위 돈을 지급하기 전에 피고인 3에게 지급사유 등에 관한 보고를 한 후 허락을 받아 지급하였으므로, 피고인 3이 피고인 2와 공모한 사실 또한 인정할 수 있다.

결국 피고인 2, 3 등이 공모하여 피고인 1에게 부정한 청탁을 하고 그 대가로 약 19억 3,000만 원이라는 거액의 돈을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 이 사건 공소사실 중 배임수재 및 배임증재의 각 점에 대하여 무죄를 선고하여 이에 관한 사실을 오인하거나 배임수증재죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 3에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 대하여

이른바 'H Project'에 따라 처음부터 공소외 7 주식회사와 공소외 1 주식회사를 합병하여 공소외 1 주식회사의 자산으로 인수대금 채무를 변제하기로 계획되어 있었던 점, 공소외 7 주식회사와 대주단은 대출금 중 일부를 먼저 인출되는 대출금의 최초 인출일로부터 15개월이 되는 날 또는 공소외 1 주식회사와 서류상의 회사인 공소외 7 주식회사가 합병하여 합병등기가 완료된 날로부터 1개월이 되는 날 중 먼저 도래하는 날 전액 상환하기로 약정하였는데, 공소외 7 주식회사가 공소외 1 주식회사를 인수하여 15개월 이내에 위 대출금을 변제할 영업이익을 낼 수 없으므로 결국 인수대금 채무는 공소외 1 주식회사의 자산으로 변제될 수밖에 없는 점, 회사채 인수대금을 공소외 1 주식회사 인수 직후 상환 받은 점, 공소외 1 주식회사 노조와의 '고용보장 및 계속기업유지에 관한 협약'을 위반하면서까지 공소외 1 주식회사를 합병할 특별한 사유가 없음에도 공소외 1 주식회사를 합병한 점, 그리고 합병을 결의한 이사회 결의에 하자가 있는 점, 공소외 1 주식회사가 당시 보유하고 있던 약 3,000억 원의 현금을 신규투자나 영업활동에 사용하지 않고 합병 당시까지 약 1년 동안 보관한 점, 나중에 계획이 일부 변경되어 공소외 6 주식회사가 공소외 7

주식회사를 합병한 후 공소외 1 주식회사를 순차적으로 합병하였지만 계획한 대로 공소외 1 주식회사가 보유하고 있던 현금 1,800억 원을 인수대금 채무를 변제하는데 사용한 점 등을 종합하면, 공소외 6 주식회사는 공소외 1 주식회사가 보유하고 있는 자산으로 인수대금 채무를 변제할 의도에서 공소외 1 주식회사를 합병한 것이다.

이는 피인수회사가 보유하고 있는 자산을 담보로 인수대금을 대출받아 피인수회사를 인수하는 이른바 위법한 LBO(Leveraged Buyout)의 방식에 의한 기업인수도 종국에는 서류상의 회사와의 합병을 전제로 하므로, 시간적 선후 관계에 있을 뿐 공소외 6 주식회사가 공소외 1 주식회사를 합병하여 그 자산으로 인수대금 채무를 변제하는 것은 위와 같이 피인수회사의 자산을 담보로 인수대금을 차입하고 합병 후 피인수회사의 자산으로 인수대금 채무를 변제하는 것과 그 실질 및 경제적인 효과는 동일하다.

따라서 이러한 위법한 LBO 방식에 의한 기업인수·합병을 통하여 공소외 6 주식회사는 이득을 얻고 공소외 1 주식회사에게 그 상당액에 해당하는 손해를 가하였으므로, 공소외 1 주식회사에 대한 배임죄가 성립하므로 피고인 2, 3에 대한 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 이에 대하여 무죄를 선고하였으므로, 사실을 오인하였거나 이른바 LBO 방식에 의한 기업인수·합병에 있어서 배임죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

(다) 피고인 2에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)의 점에 대하여

앞서 본 바와 같이 피고인 2의 배임증재죄가 성립하므로 피고인 2가 피고인 1에게 지급한 6억 5,000만 원은 피고인 1의 이익을 위하여 제공한 것이고, 위 돈의 귀속자인 공소외 6 주식회사가 위 돈을 범죄행위에 사용하는 것에 대하여 동의할 이유도 없으므로, 결국 피고인 2는 위탁의 취지에 반하여 위 돈을 사용한 것이어서 횡령죄가 성립한다.

나머지 3억 6,500만 원 또한 피고인 3이 공소외 6 주식회사를 위하여 사용하라고 그 사용용도를 특정하였음에도 공소외 6 주식회사가 아닌 ○○그룹 산하 다른 계열사 내지 그 소속원의 이익을 위하여 사용하였으므로, 불법영득의 의사가 인정되어 횡령죄가 성립한다.

그런데도 원심은 이에 대하여 무죄를 선고하여 사실을 오인하거나 횡령죄에 있어서 불법영득의 의사에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

(2) 양형부당

원심이 피고인 2에 대하여 선고한 형(벌금 500만 원)이 너무 가볍다.

2. 판단

가. 피고인 2의 사실오인 내지 법리오해 주장

피고인은 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 ' 피고인 2의 변호인의 주장에 대한 판단'이라는 제목으로 이 부분에 대한 판단을 상세하게 설시하였는바, 원심의 위와 같은 판단을 기록에 비추어 살펴보면, 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장

(1) 피고인 1에 대한 배임수재 및 피고인 2, 3에 대한 배임증재의 각 점에 대하여

(가) 인정 사실

기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 2004. 9. 6.경 당시 공소외 1 주식회사의 법정관리인 공소외 2는 공소외 3 주식회사에게 마산시 양덕동 소재 토지를 2,850억 원에 매도하면서 공소외 1 주식회사가 공소외 3 주식회사로부터 그 지상에 아파트를 신축하는 공사의 시공권 중 20%를 도급받고, 만약 공소외 3 주식회사가 시공권을 주지 아니하면 위약금으로 100억 원을 받기로 약정하였다.

② 그런데 공소외 3 주식회사와 사이에 시공권 관련 분쟁이 발생하자 공소외 2는 이 문제를 해결할 사람을 찾던 중 2006. 9.경 건설 회사를 운영한 경험이 있던 피고인 1에게 공소외 1 주식회사의 입사를 권유하였다.

③ 한편, 피고인 1은 공소외 2로부터 입사를 권유받기 전인 2006. 7월 말 내지 8월경 평소 알고 지내던 공소외 4 주식회사에서 근무하고 있던 공소외 5에게 '조만간 공소외 1 주식회사가 매각이 될 것인데 자신이 법정관리인을 잘 알고 있으니 소개를 시켜 주겠다.'

'는 말을 하였다.

당시 공소외 5는 공소외 1 주식회사가 매각될 것이라는 소문을 이미 듣고 이에 관하여 관심을 가지고 있었다.

공소외 5는 피고인 1을 만나서 위 피고인에게 '법정관리인을 만나게 해 달라'고 요청하였다.

④ 공소외 5는 피고인 1로부터 이러한 이야기를 들은 후 2006. 8. 중순경 ○○그룹 투자사업본부장으로 근무하던 피고인 2와 부산 소재 공소외 13 주식회사, 공소외 14 주식회사 등에게 공소외 1 주식회사의 인수에 관한 검토보고서를 보냈다.

⑤ 2006. 9.경 공소외 5는 피고인 2로부터 ○○그룹에서 공소외 1 주식회사의 인수를 추진할 의향이 있다는 통지를 받았다.

그 무렵 공소외 5는 피고인 1과 같이 공소외 2를 만났는데, 그 자리에서 '곧 매각공고가 있을 것이고, 우선협상대상자 선정도 있을 것이다.'

'라는 말을 들었다.

2006. 10.경 공소외 5는 피고인 1로부터 '공소외 1 주식회사 매각 공고가 나갈 것인데, ○○그룹을 인수대상자로 추천해도 되겠느냐'라는 말을 듣고 '추천하라'고 하였다.

공소외 5는 이러한 사실을 피고인 2에게 알려 준 후 공소외 2, 당시 공소외 1 주식회사의 감사인 공소외 8, 피고인 1을 같이 만나 ○○그룹에 대한 홍보를 하였다.

⑥ 한편 2006. 8. 15.경 정리법원인 창원지방법원은 공소외 1 주식회사의 대주주인 공소외 15 유한회사의 회사정리절차 폐지 신청을 기각한 다음 공소외 1 주식회사의 매각절차를 적극적으로 추진하였다.

정리법원은 2006. 9. 27.경 매각을 위한 매각주간사로 법무법인 태평양과 딜로이트안진회계법인을 선정하였고, 당시 위 매각주간사가 작성하여 배포한 공소외 1 주식회사에 대한 자료에는 공소외 1 주식회사가 마산 부지를 매각하여 현금성자산이 풍부하고, 활용가능한 부동산을 다수 소유하고 있다는 사실을 부각시켜 홍보하였다.

⑦ 공소외 2는 위와 같이 정리법원이 공소외 1 주식회사의 매각을 적극적으로 추진하자 임원회의 등을 통하여 가능한 많은 기업이 인수절차에 참가할 수 있도록 임원들이 노력을 하여 주고, 공소외 1 주식회사의 홍보를 적극적으로 하여 달라고 당부하였다.

⑧ 한편, 피고인 1은 2006. 10. 18. 정리법원의 허가를 받아 공소외 1 주식회사의 이사로 취임한 후 공소외 1 주식회사 건설사업본부 부사장이라는 직함으로 마산 본사에서 근무를 하면서 공소외 3 주식회사와의 시공권 관련 분쟁을 해결하는 업무를 담당하였다.

⑨ 공소외 1 주식회사 매각절차는 공소외 1 주식회사의 서울 사무실에서 공소외 2, 8 등 소수의 인원들만 관여하고 보안을 유지한 상태에서 매각주간사와 정리법원의 협의에 의하여 추진되었다.

⑩ 2006. 11. 14. 매각공고 이후 같은 달 28. 공소외 6 주식회사 컨소시엄을 비롯하여 총 17개 업체가 인수의향서를 제출하였고, 2006. 11. 30.부터 같은 해 12. 7.까지 예비실사를 거친 후 2006. 12. 20. 공소외 6 주식회사 컨소시엄과 공소외 14 주식회사 컨소시엄이 입찰에 참가하였다.

공소외 6 주식회사 컨소시엄이 공소외 1 주식회사 발행의 신주와 회사채를 500,228,641,900원에, 공소외 14 주식회사 컨소시엄이 336,374,205,800원에 인수하는 내용의 입찰의향서를 제출하여 2006. 12. 21. 공소외 6 주식회사 컨소시엄이 우선협상대상자로 선정되었고, 공소외 6 주식회사 컨소시엄은 2006. 12. 26. 공소외 1 주식회사와 양해각서를 체결한 후 2007. 1. 30. 공소외 1 주식회사의 인수를 위한 투자계약을 체결하였다.

⑪ 한편, 공소외 6 주식회사는 2006. 12. 13.경 공소외 1 주식회사를 인수하기 위한 서류상의 회사로 공소외 7 주식회사를 설립하였고, 공소외 7 주식회사는 2007. 1. 31.경 신주인수를 통하여 공소외 1 주식회사 발행 주식 중 약 56.62%(공소외 16 주식회사, 공소외 17 주식회사, 공소외 18 주식회사가 인수한 주식을 합하면 그 비율은 약 62.9%이다)를 취득하였다.

그리고 그 이전에 이미 2007. 1. 18.부터 같은 달 25.까지 사이에 공소외 1 주식회사의 소수주주들이 보유하고 있는 주식 1,784,665주(주당 6,500원)를 공개매수 하였고, 2007. 2. 5.경 위 공소외 15 유한회사가 보유하고 있는 주식 5,833,490주(주당 8,000원)를 매수하기로 합의하였다.

그리고 2007. 2. 6.부터 같은 달 7.까지 추가로 소수주주들로부터 482,780주(주당 8,000원)를 매수하여 공소외 7 주식회사 등은 실질적으로 공소외 1 주식회사 발행 총 주식 중 약 91.5%를 취득하였다.

그리고 2007. 2. 7. 정리법원은 공소외 1 주식회사에 대하여 회사정리절차 종결 결정을 하였다.

⑫ 그런데 그 무렵 정리법원은 공소외 7 주식회사에게 소수주주들을 위하여 추가로 공개매수한 주식의 가액보다 높은 가액인 주당 8,000원으로 주식을 매수할 것을 권유하여 당시 공소외 7 주식회사의 대표이사이던 피고인 2는 피고인 1의 소개로 공소외 1 주식회사의 전직 임원이던 공소외 19로부터 주식 25만 주를 취득한 적이 있어 피고인 1에게 소수주주들의 주식을 추가로 매수할 수 있도록 소개하여 달라고 부탁하였다.

그러나 그 이후에 피고인 1의 소개로 취득한 주식은 전혀 없었다.

⑬ 한편, 피고인 1은 2007. 1. 중순경 피고인 2에게 공소외 3 주식회사와의 협의 진행과정을 보고하면서 피고인 2를 처음으로 대면하였다.

공소외 1 주식회사는 피고인 1의 노력으로 2007. 2. 5.경 공소외 3 주식회사와 사이에, 공소외 3 주식회사가 공소외 1 주식회사에게 972억 원에 아파트 신축공사 등을 도급주고, 108억 원을 확정이익금으로 지급하고, 공소외 3 주식회사가 위 공사에 소요되는 시멘트 물량 중 30%를 공소외 20 주식회사로부터 구입하기로 합의하였다.

⑭ 피고인 2는 피고인 1과 사이에, 피고인 1이 '공소외 1 주식회사 추가 주식 취득을 위한 자료·정보의 제공 및 자문, 기업의 경쟁력 제고를 위한 경영전략 등과 관련한 자료 제공, 기타 기업경영과 관련하여 필요한 정보제공 및 자문' 등을 하여 주는 대가로 1,289,427,500원을 지급하는 내용의 경영자문에 관한 합의서를 2007. 2. 9.자로 작성한 후 2007. 4. 20.부터 2007. 8. 24.까지 합계 1,937,777,500원을 지급하였다.

(나) 판단

① 피고인 1이 공소외 7 주식회사가 우선협상대상자로 선정되도록 도움을 주었는지 여부

살피건대, 앞서 본 사실관계와 이에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ㉠ 피고인 1이 2006. 7월 말 내지 8월경 공소외 5를 만나 공소외 1 주식회사의 공개매각 등에 관하여 말을 할 당시는 공소외 1 주식회사의 이사로 취임(2006. 10. 18.)하기 이전으로서 공소외 1 주식회사의 사무를 처리하는 지위에 있지 않은 점, ㉡ 피고인 1이 이사로 취임한 후에는 마산 본사에서 근무하면서 공소외 3 주식회사와의 협상업무만을 전담하여 서울 사무소에서 공소외 2와 공소외 8 등 소수의 인원들만 관여하여 진행된 매각절차에 참여할 수 없어 그에 관한 내용을 전혀 알 수 없었던 점, ㉢ 당시 공소외 1 주식회사가 공개매각 될 예정이고, 마산 공장부지 매각대금 약 1,700억 원을 보유하고 있는 사실은 널리 알려져 있어 특별한 내부정보라고 보기 어렵고, 더욱이 공소외 1 주식회사의 공개매각이 추진될 당시 피고인 1을 비롯한 공소외 1 주식회사의 임직원들은 공소외 2로부터 공소외 1 주식회사가 유리하게 인수될 수 있도록 적극적으로 홍보를 하고, 매각절차에 많은 기업이 참여할 수 있도록 노력하라는 당부를 받은 점에 비추어 피고인 1이 공개매각 및 공소외 1 주식회사가 활용 가능한 현금 1,700억 원을 보유하고 있다는 사실을 공소외 5를 통하여 피고인 2에게 알려 주었다거나 ○○그룹을 인수기업으로 추천하였다고 하여 이러한 행위가 공소외 1 주식회사의 해가 된 다거나 이사의 임무에 위배되는 부당한 행위라고 볼 수 없는 점, ㉣ 2007. 1. 중순경까지 피고인 2와 피고인 1이 직접 대면한 적이 없었던 점 등을 종합하면, 피고인 1이 공소외 7 주식회사가 우선협상대상자로 선정되는 데 도움을 주었다거나 이에 관한 부정한 청탁이 있었다고 인정하기 어렵다.

또한 피고인 2가 피고인 1에게 공소외 6 주식회사가 공소외 1 주식회사의 건설사업부문을 흡수하는 것과 관련하여 직원들의 동요를 막아주도록 당부한 것에 관하여 보면, 기록에 의하면, 피고인 2가 피고인 1에게 위와 같은 취지의 당부를 한 사실을 인정할 수 있으나, 공소외 1 주식회사의 인수업무를 총괄하는 지위에 있는 피고인 2가 공소외 1 주식회사 건설사업부문의 책임자인 피고인 1에게 위와 같은 당부를 할 수 있으므로, 이와 같은 당부 내지 부탁을 피고인 1의 임무에 관하여 부정한 청탁을 한 것이라고 볼 수 없고, 달리 피고인 1이 부정한 청탁을 받아 M&A의 성공을 위해 필요불가결한 공소외 1 주식회사의 부외부채, 내부경영상황, 노조 등 구성원들의 인수기업에 대한 태도 등에 관한 내부정보를 공소외 7 주식회사에 제공하였다는 점을 인정할 증거가 없다.

② '공소외 7 주식회사가 공소외 1 주식회사 주식을 매수할 수 있도록 자료 및 정보를 제공해 달라'는 청탁

살피건대, 피고인 2는 2007. 2.경 정리법원의 권유에 의하여 소수주주들로부터 공개 매수한 주식의 가액 6,500원보다 높은 가액인 8,000원에 소수주주들의 주식을 추가로 매수하기로 한 사실, 피고인 2는 피고인 1의 소개로 공소외 19로부터 주식 25만 주를 취득한 적이 있어, 피고인 1에게 소수주주들의 주식을 추가로 매수할 수 있도록 소개하여 달라고 부탁을 한 사실은 앞서 인정한 바와 같다.

이사의 의무에는 지배주주에 의하여 소수주주들의 이익이 부당하게 침해되거나 축출되지 않도록 공정하게 업무를 수행할 의무가 포함되어 있기는 하나, 앞서 본 사실관계에 의하여 인정되는 피고인 2가 피고인 1에게 주식매수와 관련한 주선을 하여 달라고 부탁한 경위와 과정 등에 비추어 피고인 2가 소수주주들을 축출하기 위한 목적으로 소수주주들을 주식을 매수하려고 하였다고는 인정하기 어렵다.

이에 더하여 주식매매에 관한 거래관계는 매도인과 매수인 사이에 자율적인 협상을 통하여 형성되는 점에 비추어 소수주주들의 주식매매가 소수주주들과 지배주주인 공소외 7 주식회사 사이에 이해가 상충되는 거래라고 단정할 수 없으므로, 위와 같은 부탁이 부정한 청탁에 해당한다고 볼 수 없다.

③ '향후에도 공소외 7 주식회사에 이익이 되도록 활동해 달라'는 청탁

살피건대, '향후에도 공소외 7 주식회사에 이익이 되도록 활동해 달라'라는 내용은 원심이 적절하게 실시한 바와 같이 그 자체로 어떠한 구체적인 행위에 대한 청탁이라 할 수 없고, 그 내용이 불분명하여 공소사실이 특정되었다고 보기 어렵다.

기업인수·합병에 있어 인수회사와 피인수회사의 이해관계가 상충되는 경우가 많은데, 이러한 상황에서 피인수회사인 공소외 1 주식회사의 이사로서 경업금지의무를 부담하고 있는 피고인 1이 인수회사인 공소외 7 주식회사에게 경영자문 등을 하여 주는 대가로 거액을 수수하는 것 자체가 부정한 청탁에 대한 대가로 돈을 수수한 것이라는 검사의 주장에 관하여 보면, 앞서 본 바와 같이 부정한 청탁이 있었음을 인정하기 어려운 이상 공소외 1 주식회사의 이사로 하여금 공소외 7 주식회사에 이익이 되는 활동을 해달라고 부탁하는 것이 반드시 공소외 1 주식회사 이사의 임무에 위배하여 공소외 1 주식회사에게는 불리한 행위를 해달라는 부탁의 의미라고 해석하기도 어렵고, 막연히 그러한 부탁이 있었다는 사정만으로는 이를 부정한 청탁이라 볼 수 없다.

- ④ 한편 검사는 퇴직금과 합병으로 인한 성공보수금 등으로 법정관리인 공소외 2는 합계 약 4억 8,000만 원을 지급받았고, 감사인 공소외 8은 약 1억 6,000만 원을 지급받았는데, 이에 비하여 피고인 1이 피고인 2로부터 약 19억 3,000만 원이라는 거액을 지급받은 점에 비추어 공소외 1 주식회사의 인수와 관련하여 묵시적으로 부정한 청탁이 있었다고 보아야 한다고 주장한다.

그러나 이 사건에 있어서 위 금원수수와 관련하여 부정한 청탁이 있었음을 인정하기 어려운 점은 앞서 본 바와 같고, 위 금액이 거액이더라도 원심이 이 부분에 관하여 판시한 사정들을 고려하면, 금원수수 사실만으로 공소외 1 주식회사의 인수·합병에 관련한 어떠한 부정한 청탁의 존재가 추정되는 것도 아니고 또한 기록상 그러한 부정한 청탁이 존재한다는 점을 인정할 만한 객관적인 정황이 전혀 드러나지 않고 있으므로, 어떤 '부정한 청탁'이 있었다고 인정하기 어렵다.

- ⑤ 또한 원심이 적절하게 설시한 바와 같이 검사가 제출한 모든 증거들을 종합하더라도, 피고인 3이 피고인 2와 배임증재에 관하여 공모하였다는 점을 인정하기 부족하며 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- (2) 피고인 2, 3에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 대하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 2는 피고인 1로부터 공소외 1 주식회사에는 마산시 양곡동 부지 매각대금 중 일부로서 당장 활용이 가능한 현금 1,700억 원 정도가 유보되어 있으며 공소외 1 주식회사에 대한 공개매각이 곧 있을 예정이라는 등의 정보를 사전에 취득하고, 또한 ○○그룹이 공소외 1 주식회사를 인수하는 데 도움을 주겠다는 등의 제안을 받게 됨을 기화로, 공소외 6 주식회사가 자산 규모 약 3,745억 원 가량의 거대기업인 공소외 1 주식회사를 인수하기에 충분한 자금여력을 갖추고 있지 못한 상태였음에도 불구하고, 피고인 3과 함께 공소외 1 주식회사 인수에 필요한 자금을 외부차입을 통해 조달하여 일단 공소외 1 주식회사를 인수한 뒤 합병을 통해 공소외 1 주식회사의 현금성 자산을 이용해 차입금을 상환하기로 인수단계에서부터 치밀하게 계획하였다.

즉, 피고인 3은 피고인 2와 함께 서류상 회사(SPC)인 주식회사 공소외 7 주식회사를 설립한 후 피인수기업인 공소외 1 주식회사 내에 유보되어 있던 위 현금성 자산 약 1,700억 원과 공소외 1 주식회사에 새로이 인수자금으로 투입될 자금 등 공소외 1 주식회사의 자산을 담보로 제공하여 공소외 7 주식회사 명의로 한국산업은행 등 금융기관으로부터 인수자금 중 상당 부분을 대출받고, 나머지 일부는 공소외 6 주식회사 등 ○○그룹 계열사의 자금으로 공소외 1 주식회사 인수에 필요한 자금을 조달한 후, 그 돈을 이용하여 공소외 1 주식회사 유상증자에 참가함으로써 공소외 7 주식회사를 통하여 공소외 1 주식회사의 경영권 및 대주주 지위를 취득한 후 공소외 7 주식회사를 공소외 1 주식회사에 합병시켜 공소외 1 주식회사의 자산으로 공소외 7 주식회사의 위 인수채무를 변제하기로 인수 후 시간대 별 합병 추진일정 등을 치밀하게 계획하였다(이른바 'H Project' 수립).

이에 따라 피고인 3은 2006. 12. 13.경 서류상의 회사인 공소외 7 주식회사를 설립한 다음 피고인 2를 그 대표이사로 취임시킨 후 공소외 7 주식회사가 공소외 1 주식회사 공개매각에 응찰하여 같은 달 26. 공소외 7 주식회사가 공소외 1 주식회사의 신주와 회사채를 500,228,641,900원에 인수하는 조건으로 우선협상대상자 지위를 취득하였다.

특히 피고인 2는 궁극적으로 위와 같이 차입금 상환을 위해 공소외 1 주식회사를 합병하기로 사전에 미리 계획하였음에도 불구하고, 2007. 1. 30.경 공소외 1 주식회사의 법정관리인 공소외 2 및 공소외 1 주식회사 노동조합위원장 공소외 21, 22와 5년간 공소외 7 주식회사가 취득한 공소외 1 주식회사의 신주를 소각하는 등의 방법으로 투자금을 회수하지 않고 공소외 1 주식회사를 계속기업으로 유지하는 내용의 계속기업유지 등에 관한 협약을 체결하고, 그 무렵 이를 공소외 1 주식회사에 대한 회사정리절차를 진행중인 창원지방법원 제11민사부에 제출까지 하였다.

한편 피고인 2는 공소외 7 주식회사가 우선협상대상자로 선정된 후 한국산업은행과 인수대금 차입협상을 진행하게 되었는데 그 과정에서 위 H Project와 관련하여 동 은행 담당자로부터 '인수회사가 아무런 대가 없이 피인수회사의 자산을 담보로 제공하는 인수방식은 배임죄에 해당한다.

'는 취지의 대법원 판결로 인하여 공소외 1 주식회사의 자산을 담보로 인수자금을 대출받는 것은 불가능하다는 답변을 얻었다.

이에 따라 피고인 2는 이를 형식적으로 회피하면서 합병을 수단으로 하여 공소외 1 주식회사의 자산을 인수자금으로 충당할 의도로 일단 공소외 7 주식회사 및 ○○그룹 계열사의 자산을 담보로 제공하고 공소외 6 주식회사의 연대보증하에 대출을 받아 인수자금을 조달한 후 다시 당초 'H Project' 계획과 같이 공소외 7 주식회사를 공소외 1 주식회사에 합병시켜 인수자금을 상환하기로 기존 'H Project' 계획을 수정하였다.

그 후 피고인 2는 2007. 1. 31. 공소외 1 주식회사 인수계약 체결과 함께 그 인수자금 마련을 위해 한국산업은행 등 3개 은행으로부터 서류상 회사인 공소외 7 주식회사 명의로 대출받은 4,667억 원 중 1,700억 원과 공소외 6 주식회사의 회사채 500억 원 발행 등을 통하여 마련한 약 1,302억 원 등 합계 300,228,641,900원을 제3자 배정방식에 의한 공소외 1 주식회사 신주 인수대금으로 납입함으로써 공소외 7 주식회사는 공소외 1 주식회사의 지분 약 62.6%를 확보하여 대주주의 지위를 취득하였다.

또한 피고인 3은 2007. 2. 6.경 기존에 공소외 1 주식회사 내에 보유된 단기 현금성 자산 약 1,700억 원을 위와 같은 공소외 7 주식회사의 금융기관 대출금채무 상환에 사용하기 위해 피고인 2를 통해 자신의 지시를 받아 이를 관리하기 위하여 공소외 6 주식회사 재무본부 상무인 공소외 23을 공소외 1 주식회사 재무 담당 상무(등기이사)로 전보함과 동시에 같은 날 피고인 2, 공소외 24, 25 등 ○○그룹 이사들을 위 공소외 1 주식회사 등기 이사로 취임시키고, ○○그룹 자회사인 공소외 26 주식회사의 전 대표이사인 공소외 27을 공소외 1 주식회사 대표이사로 취임시키는 등 공소외 1 주식회사에 대한 경영권을 장악하였다.

한편 피고인 2는 피고인 3으로부터 개괄적인 승낙을 받아 2007. 2. 9.경 공소외 1 주식회사와의 합병을 대비하여 피고인 1에게 부정한 청탁을 하면서 21억 원을 교부하기로 약정하고, 이에 따라 2007. 4. 20.부터 2007. 8. 24.까지 합계 1,937,777,500원을 교부하였다.

그 후 피고인 2는 공소외 1 주식회사와 공소외 7 주식회사의 합병을 준비하던 중인 2007. 9.경 위 계획대로 공소외 1 주식회사와 공소외 7 주식회사를 합병할 경우 ○○그룹의 공소외 1 주식회사에 대한 지배율, 세금 등에 있어 문제가 발생한다는 내부 결론을 내리고, 공소외 6 주식회사가 공소외 7 주식회사 및 공소외 1 주식회사를 순차적으로 합병하기로 계획을 다시 수정하되, 공소외 1 주식회사 합병 후 그 때까지 남아있던 공소외 1 주식회사의 유일한 사업 분야인 섬유부문을 공소외 6 주식회사의 100% 자회사인 별도 법인을 설립하여 분리함으로써 사업리스크를 분산시키려는 계획을 내부적으로 검토, 계획하였다.

기업합병의 경제적 목적은 기업의 합병을 통한 경영합리화, 재무구조개선 등을 위한 것이므로 공소외 1 주식회사와 다른 회사와의 합병을 결정함에 있어 공소외 1 주식회사의 이사는 합병으로 인해 공소외 1 주식회사가 생산적이고 긍정적인 합병효과를 얻을 수 있는지, 경제적으로 이득이 발생하는지, 손해가 없는지 등을 면밀히 검토하는 한편, 이사회나 주주총회에서 그에 대한 충분한 토론과 의결절차를 거쳐 합병 여부를 결정하여 회사에 재산상 피해가 가지 않도록 하는 등 회사재산을 적정하게 관리, 보전하여야 할 업무상 임무가 있다.

그런데 합병 직전 무렵인 2007. 12. 31. 기준으로 공소외 1 주식회사의 자산은 약 4,688억 원이고, 부채는 약 331억 원이며, 자본은 약 4,357억 원인 반면, 같은 시점의 공소외 6 주식회사의 자산은 약 1조 670억 원이고, 부채는 약 7,350억 원이며, 자본은 약 3,320억 원으로서 부채비율 등을 고려하면 공소외 1 주식회사의 재무구조가 훨씬 견고한 상황이고, 특별히 공소외 1 주식회사가 독자적 법인으로 존속하면서 그대로 기존사업을 영위하는 것이 불가능하다거나 현저히 곤란한 상황도 아니었으며, 이미 위와 같이 공소외 1 주식회사에 대한 경영권을 장악한 상태에서 곧바로 공소외 1 주식회사를 흡수합병 하여야 할 시급하고도 특별한 경영상의 필요는 없었다.

그럼에도 불구하고 피고인 3은 공소외 1 주식회사 내에 유보된 현금성 자산으로 공소외 7 주식회사의 대출금 채무를 상환하기 위하여 공소외 1 주식회사를 합병하기로 한 사전계획을 그대로 실행에 옮기기 위하여 ○○그룹의 최고 의사결정권자인 자신의 실질적인 영향력하에 있는 피고인 2와 공소외 23이 사전에 마련한 합병 계획 일정에 따라, 2007. 12. 24. 피고인 3을 포함한 다수의 공소외 6 주식회사 이사들이 실제로 참석하지 않았음에도 마치 이들이 모두 참석하여 만장일치로 합병을 결의하였다는 내용으로 이사회 회의록을 조작하고, 같은 날 공소외 1 주식회사의 이사회 역시 피고인 2가 실제로 참석하지 않았고 이사들 간에 합병의 필요성 등에 대한 진지한 토론과 의사결정이 없었음에도 불구하고 공소외 6 주식회사와의 합병을 결의하는 내용의 이사회 회의록을 형식적으로 작성한 뒤, 위와 같은 하자 있는 각 이사회 결의에 터잡아 2008. 2. 29. 공소외 7 주식회사를 공소외 6 주식회사에 합병시킨 후, 다시 2008. 5. 13. 공소외 1 주식회사를 공소외 6 주식회사에 합병시켰다.

그러면서 피고인 2는 2008. 5. 13. 공소외 6 주식회사로 하여금 공소외 1 주식회사가 단기 금융상품 등으로 보유하고 있던 1,800억 원 전액을 인출하여 한국산업은행 등으로부터 대출받은 대출금채무를 상환하는 데 사용하도록 하였다.

이로써 공소외 6 주식회사는 공소외 1 주식회사를 합병함과 동시에 공소외 1 주식회사가 기존에 보유하고 있던 현금성 자산 1,800억 원을 이용하여 위와 같이 금융기관으로부터 대출받은 대출금 채무를 전액 상환하였다.

결국 ○○그룹의 최고이사결정권자인 피고인 3은 공소외 1 주식회사의 인수·합병 과정에서 공소외 1 주식회사의 이사로서 공소외 1 주식회사와 그 주주를 위하여 직무를 성실하게 수행하여야 하고, 공소외 1 주식회사가 타 기업의 인수·합병 대상이 될 경우 공소외 1 주식회사의 자산건전성이 최대한 유지되도록 노력하며, 그 과정에서 공소외 1 주식회사 및 주주의 이익이 최대한 보호되도록 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여 그 직무를 수행하여야 할 업무상 임무가 있는 피고인 2 및 같은 업무상 임무가 있는 공소외 23, 같은 공소외 1 주식회사의 대표이사 공소외 28 등 자신의 실질적인 영향력하에 있는 공소외 1 주식회사 이사들과 공모하여, 공소외 1 주식회사 인수과정에서 차입한 대출금 채무 중 상당 부분을 공소외 1 주식회사의 현금성 자산을 이용해 상환하기 위한 목적으로 재무구조가 공소외 6 주식회사보다 견고할 뿐만 아니라 부채가 거의 없었던 공소외 1 주식회사와 그에 비하여 재무구조가 상대적으로 부실하였던 공소외 6 주식회사를 합병시킴으로써, 공소외 6 주식회사로 하여금 그 상환 자금으로 사용된 1,800억 원 및 위와 같이 공소외 1 주식회사의 법인격 소멸에 따른 현금유동성을 취득함으로써 인한 액수 미상의 재산상 이익을 취득하게 하고, 공소외 1 주식회사에 그에 상응하는 재산상 손해를 가하였다(검사는 당시에 이르러 합병과정 및 배임에 관련한 손해액 및 이득액에 관한 공소사실을 일부 수정하여 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였으나 그 실질은 공소사실을 일부 정정한 것에 불과하므로, 공소사실을 일부 정정한 것으로 보고 판단한다).

(나) 인정 사실

기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 5는 2006. 7월 말 내지 8월경 피고인 1로부터 공소외 1 주식회사가 매각될 예정이라는 말을 듣고 2006. 8. 초 순경 공소외 6 주식회사가 서류상 회사(SPC)를 설립한 후 그 회사가 공소외 1 주식회사의 자산을 담보로 인수자금을 차입하여 공소외 1 주식회사를 인수한 후 공소외 1 주식회사와 서류상 회사가 합병하여 인수차입금을 변제하는 내용이 포함된 계획안(이른바 'H Project')을 작성하여 2006. 8. 17.경 피고인 2에게 제시하였다.
- ② 당시 ○○그룹은 투자사업본부를 중심으로 신규사업의 진출을 통한 신성장동력 확보를 위하여 기업인수·합병을 적극적으로 추진하고 있었는데, 당시 투자사업본부장인 피고인 2는 위와 같은 계획을 검토한 후 2006. 9.경 공소외 5에게 공소외 1 주식회사의 인수를 추진하겠다는 의향을 밝혔다.
- ③ 정리법원인 창원지방법원이 2006. 9. 27.경 공소외 1 주식회사의 매각을 위한 중간사를 선정하자 ○○그룹은 피고인 2를 중심으로 공소외 1 주식회사의 인수 여부를 구체적으로 검토한 결과 공소외 1 주식회사의 건설사업부문, 레저사업부문, 자회사인 핀튜브텍 사업부문은 공소외 6 주식회사의 사업부문과 연관성이 있어 시너지 효과를 낼 수 있다고 판단하고 또한 공소외 1 주식회사가 활용가능한 부동산이 많다는 사정을 고려하여 본격적으로 공소외 1 주식

회사를 인수하기로 결정하였다.

정리법원이 2006. 11. 14.경 공소외 1 주식회사의 매각공고를 하자 공소외 6 주식회사는 2006. 11. 20. 공소외 4 주식회사와 공소외 1 주식회사 인수에 관한 자문 용역계약을 체결하였다.

④ 2006. 11. 28. 공소외 6 주식회사 컨소시엄을 비롯하여 총 17개 업체가 인수의향서를 제출하였다.

한편, 공소외 6 주식회사는 2006. 12. 13.경 5,000만 원을 출자하여 공소외 1 주식회사를 인수하기 위하여 서류상의 회사인 공소외 7 주식회사를 설립하였다.

⑤ 2006. 12. 20. 공소외 6 주식회사 컨소시엄과 공소외 14 주식회사 컨소시엄만이 입찰에 참가하였고, 공소외 6 주식회사 컨소시엄이 공소외 1 주식회사 발행의 신주와 회사채를 500,228,641,900원에, 공소외 14 주식회사 컨소시엄이 336,374,205,800원에 인수하는 내용의 입찰의향서를 제출하였다.

2006. 12. 21. 공소외 6 주식회사 컨소시엄은 우선협상대상자로 선정되었고, 2006. 12. 26. 공소외 1 주식회사와 양해각서를 체결하였다.

⑥ 한편, 공소외 6 주식회사 컨소시엄이 우선협상대상자로 선정될 무렵 공소외 6 주식회사의 재무팀 팀장으로 근무하던 공소외 23은 공소외 29 전무를 통하여 피고인 2로부터 금융기관에 공소외 1 주식회사 인수를 위한 자금조달 가능성을 알아보라는 지시를 받고, 그 무렵 한국산업은행과 접촉을 하였다.

공소외 23은 기존 계획에 따라 공소외 1 주식회사의 자산을 담보로 인수대금을 차용한 후 위 자산으로 인수대금 채무를 변제하겠다는 안을 제시하였으나 한국산업은행 담당자인 공소외 30으로부터 이러한 경우 배임죄가 성립할 수 있어 대출이 불가능하다는 답변을 들었다.

⑦ 공소외 23로부터 이러한 보고를 받은 피고인 2 등은 기존의 계획을 변경하여 공소외 6 주식회사 및 ○○그룹 계열사의 자산을 담보로 인수대금을 차입하기로 계획을 변경한 후 2007. 1. 30. 공동대주인 한국산업은행, 주식회사 우리은행, 산은캐피탈 주식회사, 수산업협동조합중앙회로부터 공소외 1 주식회사 인수대금으로 4,667억 원(대출약정액은 4,725억 원이다)을 대출받으면서, 그 대출금의 담보로 공소외 6 주식회사가 보유하는 공소외 20 주식회사 주식(액면가 5,000원인 보통주) 200만 주 및 공소외 7 주식회사, 공소외 17 주식회사, 공소외 18 주식회사 등이 추후 인수하게 될 1주당 발행가 17,050원의 공소외 1 주식회사 신주에 대하여 근질권설정계약을, 인수계약이 취소될 경우 등의 계약상 인수대금 반환청구권과 공소외 1 주식회사 입금계좌에 대한 반환청구권 및 공소외 1 주식회사가 발행하여 공소외 7 주식회사가 인수하게 될 2,000억 원 상당의 사채에 대하여 양도담보계약을 체결하였고, 연대보증을 한다는 의미에서 추가로 공소외 6 주식회사가 자금제공의무를 부담한다는 내용의 자금보충약정을 체결하였다.

⑧ 당시 체결한 대출약정에 의하면, 위 대출금의 용도에 관하여 대출금 2,000억 원(대출금 A)은 회사채 인수대금으로, 대출금 1,700억 원(대출금 B)은 신주 인수대금으로, 대출금 375억 원(대출금 C)은 대출금의 이자 및 수수료, 비용의 지급, 공소외 1 주식회사의 인수와 관련한 수수료와 비용의 지급 명목으로, 대출금 650억 원(대출금 D)은 공소외 1 주식회사 주식의 추가 매입대금으로 각 사용하기로 약정하였다.

대출금의 변제기에 관하여 대출금 A는 대출금의 최초 인출일로부터 3개월이 되는 날 또는 공소외 1 주식회사의 정리절차가 종결된 날로부터 1개월이 되는 날 중 먼저 도래하는 날에 전액 상환하고, 나머지 대출금은 먼저 인출되는 대출금의 최초 인출일로부터 15개월 되는 날 또는 차주와 정리회사가 합병하여 합병등기가 완료된 날로부터 1개월 되는 날 중 먼저 도래하는 날에 전액 상환하기로 약정하였다.

⑨ 공소외 7 주식회사는 2007. 1. 말경 공소외 6 주식회사의 회사채발행 등을 통하여 추가로 약 1,002억 원의 자본을 투자받았다.

한편 공소외 7 주식회사는 2007. 1. 30. 공소외 1 주식회사와 신주인수대금으로 300,228,641,900원, 회사채 인수대금으로 2,000억 원을 납입하여 공소외 1 주식회사를 인수하기로 하는 내용의 투자계약을 체결하였고, 같은 날 공소외 1 주식회사의 노조위원장인 공소외 21, 22와 근로자들의 5년간 고용을 보장하고, 고용보장기간 중 공소외 1 주식회사의 유상감자 및 공소외 7 주식회사가 인수한 공소외 1 주식회사의 신주 및 공개매수한 공소외 1 주식회사의 자사주를 소각하지 않기로 하는 등을 내용으로 하는 '고용보장 및 계속기업유지'에 관한 협약을 작성하였다.

⑩ 공소외 7 주식회사는 2007. 1. 31. 신주인수를 통하여 공소외 1 주식회사 발행 주식 중 약 56.62%(공소외 16 주식회사 등이 인수한 주식을 합하면 그 비율은 약 62.9%이다)를 취득하였다.

그리고 그 전에 이미 2007. 1. 18.부터 같은 달 25.까지 사이에 공소외 1 주식회사의 소수주주들이 보유하고 있는 주식 1,784,665주(주당 6,500원)를 공개매수 하였고, 2007. 2. 5.경 위 공소외 15 유한회사가 보유하고 있는 주식 5,833,490주(주당 8,000원)를 매수하기로 합의하였다.

그리고 2007. 2. 6.부터 같은 달 7.까지 추가로 소수주주들로부터 482,780주(주당 8,000원)를 매수하여 실질적으로 공소외 1 주식회사 발행 총 주식 중 약 91.5%를 취득하였다.

⑪ 공소외 1 주식회사는 2007. 2. 7. 정리법원으로부터 회사정리절차 종결 결정을 받았고, 2007. 2. 15. 공소외 7 주식회사에게 위 회사가 2007. 1. 31. 인수한 회사채 대금 2,000억 원을 상환하였고, 공소외 7 주식회사는 위 2,000억 원을 위 대출약정에 따라 한국산업은행에 변제하였다.

⑫ 2007. 2. 6.경 공소외 1 주식회사의 대표이사로 공소외 27, 24가 선임되었고, 공소외 23, 25, 피고인 2 등이 각 이사로, 공소외 29가 감사로 각 선임되었다.

⑬ 공소외 27은 공소외 1 주식회사의 대표이사로 취임한 후 구조조정의 일환으로 공소외 1 주식회사의 □□□ 리조트를 물적 분할하여 ○○리조트를 설립하였고, 공소외 1 주식회사의 건설사업부문을 공소외 6 주식회사의 건설사업 부문에 통합하였다.

⑭ 공소외 23은 2007. 8. 초순경 대출조건에 따라 공소외 1 주식회사와 공소외 7 주식회사 합병을 준비하기 위하여 한영회계법인에게 합병과 관련한 구체적인 절차와 방법에 대하여 검토를 의뢰하였다.

그런데 2007. 9. 중순경 한영회계법인으로부터 원래 계획대로 공소외 1 주식회사와 공소외 7 주식회사를 합병할 경우 ○○그룹의 공소외 1 주식회사에 대한 지배율, 세금 등에 있어 문제가 발생한다는 자문결과를 받은 후 이러한 내용을 피고인 2 등에게 보고를 하였다.

당시 피고인 2, 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 28, 23 등은 공소외 1 주식회사의 회사정리절차가 장기간 지속된 관계로 공소외 1 주식회사가 조직이나 영업활동 등 내, 외부적으로 많은 문제점을 가지고 있어 공소외 1 주식회사의 경영정상화를 위한 방안을 찾고 있었는데, 위와 같이 공소외 7 주식회사와 공소외 1 주식회사의 합병이 문제가 있다는 것을 알고 피고인 2는 2007. 11.경 합병의 문제점을 해결함과 동시에 공소외 1 주식회사의 경영정상화의 일환으로 공소외 6 주식회사가 공소외 7 주식회사 및 공소외 1 주식회사를 순차적으로 합병하기로 하였다.

⑮ 2007. 12. 24. 피고인 2, 3 등 공소외 6 주식회사의 일부 이사가 참석하지 않은 상태에서 이사회가 개최되어 합병결의가 이루어졌고, 2008. 2. 21., 2008. 2. 29., 2008. 3. 14. 순차적으로 개최된 이사회에서 합병계약의 변경안에 대한 결의가 이루어진 후 2008. 4. 8. 개최된 이사회에서 최종적으로 합병계약을 승인하는 결의가 이루어졌다.

한편 2007. 12. 24. 개최된 공소외 1 주식회사의 이사회에서도 공소외 6 주식회사와의 합병을 결의하였고, 2008. 4. 8. 개최된 주주총회에서 합병이 승인되었다.

공소외 6 주식회사는 2008. 2. 29. 공소외 7 주식회사를 합병한 후 2008. 5. 13. 공소외 1 주식회사를 순차적으로 합병하였다.

공소외 6 주식회사는 2008. 5. 13. 공소외 1 주식회사가 보유하고 있던 현금 1,800억 원과 공소외 6 주식회사가 보유하고 있던 현금 약 867억 원 등 합계 2,667억 원으로 남아 있던 인수대금 채무 잔액을 모두 변제하였다.

한편 공소외 6 주식회사는 공소외 1 주식회사를 합병한 후 공소외 1 주식회사라는 상호를 타사가 사용하지 못하게 하기 위한 경영상 필요에 의하여 2008. 5. 20.경 공소외 1 주식회사라는 별도의 법인을 설립하였다.

공소외 6 주식회사는 공소외 1 주식회사의 기존 사업부문을 그대로 유지하면서 영업을 하고 있고, 고용관계 또한 명예 퇴직한 사람을 제외하고 그대로 승계하였다.

(다) 판단

위 사실관계에 나타난 공소외 6 주식회사가 공소외 1 주식회사를 인수 및 합병을 한 경위와 과정, 합병 이후의 사정 등과 이에 더하여 원심이 적절하게 실시한 바와 같이 회사채 인수대금의 조기 상환이 위법하거나 부당하다고 볼 수 없고, 이 사건 합병이 고용보장 등에 관한 협약의 취지에 반한다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 공소외 6 주식회사가 공소외 1 주식회사를 인수하여 경영할 의사는 전혀 없이 오로지 공소외 1 주식회사 내에 있던 1,700억 원의 현금성 자산으로 인수차입금을 변제할 목적으로 공소외 1 주식회사를 인수·합병함으로써 기업재산을 탈취(소위 '기업사냥')한 것이라고 인정하기 어렵다.

그리고 이 사건 합병을 하게 된 동기에 공소외 1 주식회사가 보유하고 있는 자산을 인수대금 채무에 변제할 의도가 일부 포함된 것은 인정할 수 있다.

그러나 앞서 본 바와 같이 공소외 6 주식회사 등의 자산을 담보로 제공하여 마련한 대출금과 공소외 6 주식회사를 비롯한 ○○그룹의 일부 계열사들이 투자한 총 합계 1,302억 원을 인수대금으로 사용하여 공소외 7 주식회사가 공소외 1 주식회사를 인수한 것으로서, 피인수회사의 자산을 담보로 기업을 인수하는 LBO 방식과 그 기본적인 전제가 다른 점, 나아가 원심이 적절하게 실시한 바와 같이 합병의 본질과 그 효과 및 상법상 합병비율, 주주총회의 특별결의, 합병에 반대하는 주주들의 주식매수청구권, 채권자 보호절차 등을 통하여 합병에 반대하는 주주들이나 채권자들이 보호받을 수 있는 제도가 마련되어 있는 점, 이 사건 합병에 관한 2007. 12. 24.자 이사회결의에 그 절차상 일부 하자가 있으나 나중에 이사회가 4회나 더 개최되어 합병과 관련한 결의가 이루어졌는데, 이러한 이사회결의가 모두 무효라고 인정할 만한 자료가 없고, 공소외 1 주식회사의 경우 2008. 4. 8. 개최된 주주총회를 거쳐 합병이 이루어진 사정에 비추어 위와 같은 사유를 합병무효사유에 해당한다고 단정하기 어려운 점, 이 사건 합병이 합병의 본질 및 요건에 반하여 법률상 합병할 수 없거나 합병비율의 산정이 위법하거나 소수주주들이나 채권자 보호절차에 위법이 있는 등 합병의 실질이나 절차에 하자가 있다는 점을 기록상 찾아볼 수 없는 점 등을 종합하면, 이 사건 합병으로 인하여 공소외 1 주식회사가 1,800억 원 상당 내지 법인격 소멸에 따른 현금유동성 상실이라는 손해를 입었다고 볼 수 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

(3) 피고인 2에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)의 점에 대하여

원심은, 피고인 2가 피고인 1에게 지급한 6억 5,000만 원은 공소외 6 주식회사의 의사에 부합하게 사용한 것이고, 공소외 11 주식회사의 퇴직임원 공소외 31 등 3명에게 지급한 3억 6,500만 원은 피고인 2가 불법영득의 의사로 지급하였다고 인정하기 어렵다는 이유로 무죄를 선고하였는바, 이와 같은 판단을 기록에 비추어 살펴보면 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 검사의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

다.

피고인 2 및 검사의 양형부당 주장

형령금액이 약 1억 4,000만 원에 달하는 거액인 점은 인정된다.

그러나 이 사건 업무상 횡령의 범행으로 피고인 2가 개인적으로 취득한 이익이 없어 보이는 점, 부외자금의 조성경위, 사용처 등에 일부 참작할 만한 사정이 있는 점, 동종범죄로 처벌받은 전력이 없는 점, 그 밖에 피고인의 나이, 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 양형의 조건이 되는 여러 사정을 종합하면, 피고인에 대한 원심의 형은 적절하고, 너무 무겁거나 가벼워 부당하다고 인정할 수 없으므로, 피고인 및 검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

3. 결 론

그렇다면 피고인 2 및 검사의 피고인들에 대한 항소는 각 이유 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김신(재판장) 이진수 성익경